

刑罰法規と違憲審査

中島 広樹

- 1 はじめに
- 2 最高裁による違憲判決
- 3 刑罰法規に関する判例の合憲性判断
- 4 合憲限定解釈の意義と限界
- 5 むすびにかえて

1 はじめに

今さら説明するまでもないが、わが国の議会制度は、戦後、天皇大権としての立法権を協賛する帝国議会（明治憲法五条）から、国民主権のもとに国権の最高機関であるとともに唯一の立法機関である国会（日本国憲法四一条）へと大きく変貌した。すなわち、国会は、明治憲法下における強い行政府への従属から解放され、原則として立法機能を独占したわけである。

他方、司法権を行使する裁判所もまた、司法国家主義とよばれるほど権限が強化され、とりわけ司法審査権（憲法

八一条)の行使により、国会の制定法を無効にしうるほどの力をもつことによつて、統治部門においては、最高の立法機関たる国会と憲法の最終番人である最高裁判所とが聳え立つこととなり、両者の衝突を調整する必要がある¹⁾。

ただ、最高裁判所は司法審査権行使の場面においては、立法裁量論という裁判法理によつて国会に広範な裁量権限を認め、法律の正当化を行う機能を發揮しがちであると以前から指摘されている²⁾。

ところで、刑法をはじめとする刑罰法規には、たとえば戦前制定されたもののように、そのような立法の基礎を支えるに足りる立法事実 (legislative facts) の存在がもはや疑わしく、司法審査 (judicial review) の対象とすべきと解されるものも少なくないであろう。ただ、昭和四八年に最高裁で違憲とされ、平成七年に国会において削除された尊属殺人罪を規定した刑法二〇〇条のほかには、過去に法令違憲とされた刑罰法規はなく、他方、合憲限定解釈を施された事例については解釈の不明確さが争われ、一定のタイプでは下級審レベルで法的安定性の観点から違憲主張が排斥されるといふのが現状のようである。

しかし、刑事裁判の場合において、起訴状に掲げられた適用法条の合憲性が疑われることから、被告弁護側によつて合憲限定解釈の主張がなされたにもかかわらず、裁判所が上述したような立法裁量論にもとづく判断を行った場合には、被告人限りの最低限度の人権保障すら実現できず、少数者の人権擁護という司法権の使命が十分に果たされないおそれが生じる。そしてまた、後述するようになわが国の刑罰法規の立法過程の特殊性にかんがみると、一般に刑罰法規の改正には長時間を要するため、違憲の疑われる刑罰法規の問題性が解消されなのまま放置され続ける危険性がよりいつそう大きくなるのではないだろうか。

そこで、本稿では主として刑罰法規に関する違憲性の主張がなされた場合、これまで最高裁がどのような判断を下しているかを概観したうえで、とりわけ実体的デュープロセスに関する判例についての現在の問題性および将来的に

進むべき方向性について検討したいと思う。

2 最高裁による違憲判決

憲法九九条は、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と定め、さらに憲法八一条では「最高裁判所は、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権限を有する終審裁判所である」と規定されていることから、すべての裁判官は、事件を解決するのに必要不可欠である限り、司法権の行使に付随して統治機関の行為に対して違憲審査権を行使できるし、判例もそのように解している。⁽⁴⁾

そして、違憲審査権が行使される場合、一般に違憲判断の方法には大別して、法令そのものを違憲とする法令違憲の裁判と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する適用違憲の裁判等があるとされる。⁽⁵⁾

ところで、戦後最高裁判所が上記の法令違憲判断を下した事例は一〇件あるので、それらの違憲裁判を年代順に概観すると以下のようになる。⁽⁶⁾

- ① 尊属殺重罰規定事件（最判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁）
- ② 薬事法距離制限事件（最判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁）
- ③ 議員定数不均衡事件（最判昭和五一年四月一四日民集三〇卷三号二二三頁）

- ④ 議員定数不均衡事件（最判昭和六〇年七月一七日民集三九卷五号一一〇〇頁）
- ⑤ 森林法共有分割制限事件（最判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁）
- ⑥ 郵便法免責規定事件（最判平成一四年九月一日民集五六卷七号一四三九頁）
- ⑦ 在外邦人選挙権制限事件（最判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁）
- ⑧ 非嫡出子国籍取得制限事件（最判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁）
- ⑨ 非嫡出子法定相続分規定事件（最決平成二五年九月四日民集六七卷六号一七二〇頁）
- ⑩ 女子再婚禁止期間事件（最判平成二七年一月二六日民集六九卷八号二四二七頁）

このうち、刑罰法規に関する事例は、①の尊属殺重罰規定事件一件のみであるが、刑罰法規について、憲法違反の主張がなされたとき、従来の裁判所はどのように対応していたか、すなわち刑罰法規合憲判断の基準について振り返ってみたい。

3 刑罰法規に関する判例の合憲性判断

刑罰法規は、いうまでもなく刑罰として個人の生命・自由といった人格価値や財産を強制的に受刑者から剥奪するものであるから、各刑罰の内容と憲法の保障する人権規定との適合性の有無が直ちに問題視されるであろうことは誰しも容易に想像できるはずであるが、予想にたがわず最高裁では刑罰法規に関する憲法訴訟が少なくない。まず憲法三六条の残虐な刑罰との関係において、死刑をはじめとする各刑罰とその執行方法の合憲性が問題となった。⁷⁾以下に

においては、それらの判例を概観することにする。

a 現行刑法の各刑罰と合憲性判断

すなわち、現行刑法が採用する刑罰は、剥奪される法益の種類に応じて、生命刑（死刑）、自由刑（懲役・禁錮・拘留）、財産刑（罰金・科料・没収）に大別される（刑法九条）が、死刑（刑法二一条）に関しては、早い時期から、死刑一般の合憲性および現行刑法が採用する絞首刑の合憲性が特に憲法三六条との関連で争われ、自由刑については、とりわけ終身を含め最も長期に受刑者の自由拘束と定役を強制する無期懲役刑（刑法二二条）につきやはり憲法三六条に反しないかが争点となるとともに、禁錮刑（刑法一三条）についても受刑者に定役作業を課さないことが憲法二七条一項に規定する勤労の権利義務に違反しないかが問われた。さらに罰金については、罰金不完納者に対する労役場留置（刑法一八条）につき経済的不平等性という脈絡において憲法一四条の平等原則違反が問題となり、附加刑たる没収との関係では憲法三九条後段（主刑と附加刑併科の二重処罰禁止抵触）、憲法二九条（善意の第三者からの所有物没収に関する財産権保障違反）、憲法二二条（具体的手続規定を欠く第三者没収の法定手続違反）の各条文との整合性が論点となったのである⁸⁾。

最高裁は、死刑制度一般につき刑法一九九条、二〇〇条を適用した殺人事件に関して、憲法一三条が個人の生命に對しても公共の福祉による制限・剥奪を認めており、他方、憲法三二条も適理な手続きによれば刑罰として個人の生命をも奪いうる」と規定しているという点を根拠として、憲法三六条の残虐な刑罰を禁止する条項には違反しないと⁹⁾いう合憲判断を下した。

また、無期懲役刑に関する最高裁の多数意見は、死刑すら憲法三六条の禁止する残虐刑に当たらない以上、それよ

り軽い無期刑は当然に残虐刑に当たらないという理由で合憲性を肯定した。¹⁰⁾そして、禁錮刑が懲役刑と異なり刑務作業を強制せず(刑法一二条・同一三条)、労働に従事させない点で勤労の権利義務を規定する憲法二七条一項に違反するとの主張に対しては、禁錮刑は受刑者を無為徒食させる制度ではなく、禁錮受刑者にも請願作業が認められている以上、憲法二七条一項には違反しない旨を判示した。¹¹⁾

さらにまた、財産刑に関し、罰金・科料(刑法一五条・同一七条)の換刑処分である労役場留置制度については、罰金・科料を言い渡されたが、定められた金額を支払う能力がないために、一定期間労役場に留置され労役を強制されることになるため、経済的不平等性が憲法問題として争われる可能性があるが、最高裁は、この点について、罰金およびその換刑処分としての労役場留置に関しては、受刑者の貧富の格差による不平等が事実生ずることを認めながら、受刑者の苦痛の差異は自由刑にもみられること、罰金には刑の執行猶予(刑法二五条一項)、労役場留置に対しては仮出場(刑法三〇条二項)が認められていることを主な根拠として、罰金及び労役場留置は憲法一四条の禁止する不合理な差別的取り扱いに当たらない旨を判示している。¹²⁾他に刑法二六条の各号に関して、執行猶予の取消しが憲法三九条の被告人の權益擁護不利益変更の禁止の精神に違背する等の理由で違憲性が主張されたが、最高裁は一貫して二六条各号のいずれによる執行猶予取消しも合憲であると判示している。¹³⁾

ちなみに、没収(刑法一九条)については、違憲とした判例がある。すなわち、貨物の密輸を企てた被告人が有罪判決を受けた際に、その附加刑として、密輸にかかる貨物の没収判決を受けたが、この貨物には被告人以外の第三者の所有する貨物が含まれていた。そこで、被告人は所有者たる第三者に事前に財産権擁護の機会を与えないで没収することは違憲であると主張した事案である。

かつて、類似事案¹⁴⁾において最高裁は、「訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、

本来許されない筋合のものとして解するを相当とする」という理由から、適法な上告理由と認めなかったが、本件では「所有者たる第三者に事前に財産権擁護の機会を与えないで没収することは違憲である」という主張に適格性を認め、「第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果も第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦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、関税法一一八条一項は、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屬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、防禦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、前記関税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」と判示した。

なお、刑法典以外の他の刑罰法規との關連では、たとえば選挙罰則違反事件における宣告刑が重すぎて憲法三六条の「残虐な刑罰」にあたることされた事例¹⁶⁾、明治三八年法律第六六号一項の法定刑が刑法一四九条の法定刑と比較して刑の下限が著しく不均衡であり憲法三六条等に反すると主張された事例¹⁷⁾、軽微な犯罪に対して懲役刑を科している自転車競技法一八条が憲法三六条の禁止する「残虐な刑罰」にあると被告側から上告された事例¹⁸⁾などがあるが、最高裁はいずれも違憲ではないと判断している。

b 罪刑均衡論と合憲判断

さらに、その後の憲法訴訟論は、より一般的な罪刑均衡論へと発展する¹⁹。そこに現れる判例の特色は、等しく罪刑均衡論絡みのものでありながら前記注(16)～(18)に掲げられた判例のように端的に憲法適合性を判断するという手法をとることなく、憲法問題ではなく立法政策の問題になりうるにとどまると判示されている点にある²⁰。以下においては、以後の論述の便宜のため、判例①～④の判例を簡単に振り返ることとする。

まず判例①は、有毒飲食物等取締令四条の法定刑が不当に重く憲法に反すると主張された事例について「立法政策乃至立法技術の当否、巧拙の問題であつて憲法適否の問題ではない」と判示²¹し、判例②は、酒税法の定める刑罰が憲法三六条等に反すると主張されたものの、「刑罰法令に・・・いかなる種類、範囲の刑を科すべきものとするか、また裁判所にその種類範囲についていかなる程度の裁量を認めるべきかは、すべて立法機関の定めるところに委ねられた立法政策ないし立法技術の問題であつて、憲法適否の問題ではない」として判例①の立場に拠ることを明示した²²。

ところが、判例③²³になると、地方税法一三六条二項の特別徴収義務者の自治体への税金不納入に対する法定刑は重きに過ぎ、憲法一三条及び三六条に違反するという主張に対して、最高裁は、確かに「憲法一三条は国民の権利について立法その他国政の上で最大の尊重を必要とする旨定めているが、相当の理由があつて設けられた刑罰規定については、その刑が他の一般の刑に比して重いというだけの理由で、同法条違反の問題を生ずるものでない」と判示した。これにより、最高裁は相当の理由がない罪刑不均衡の場合は、憲法問題となりうるという解釈を僅かばかり可能にしたともいえるのではなからうか。

さらに判例④²⁴は、刑事特別法二条(米軍の使用する立入禁止施設・区域への侵入不退去罪)が、軽犯罪法一条三二

号(田畑等侵入罪)所定の場合よりも重刑をもって臨むのは、合理的な理由がなく憲法三一条に反するとした原判決に対して、河村大助補足意見は、整序された議論を行っているのが注目されるので、以下に要約する。すなわち、(1)憲法三一条は、ある刑罰法規の法定刑が他の刑罰法規の法定刑と均衡を保っていることまでも保障する規定と解すべきではない、(2)わが国の憲法上、刑罰法規の法定刑を如何に定めるかは、立法政策に属し、憲法上人権保障に関する他の規定に違反しない限り、立法機関の裁量に委ねられているものというべきである、(3)この場合、立法機関が立法するにあたり、他の法定刑との均衡を考慮しなければならぬことは当然であるが、それは立法機関の裁量権の範囲内における不当の問題であつて、憲法三一条の問題ではない、(4)もつとも、法定刑に著しい不均衡を生じ、何人もその不均衡を是認できないことが、一見明白である場合には、裁量権の範囲を逸脱したものととして、憲法三一条の問題になることは考えられる。以上であるが、この河村補足意見について最高裁が罪刑均衡論を条件付きながら憲法問題の枠内に入れたものと解する評価もある、という点を指摘しておきたい。⁽⁵⁾

確かに河村補足意見により、何人もその不均衡を是認できないことが、一見明白な場合には、憲法三一条に違反し違憲である、という判断を下しうる可能性が示されたことから、判例③よりは罪刑均衡論が憲法判断の枠内に入ったという方向性が明白化されたように思われるものの、「何人もその不均衡を是認できないことが、一見明白な場合」に関する判断基準が示されていないため、現実には罪刑不均衡ゆえに違憲である判断が可能な場合の手掛かりは乏しいままであるといえよう。⁽⁶⁾

さて、判例④以後も罪刑不均衡・憲法違反が争われた事案も現れたが、法定刑の罪刑不均衡は、立法裁量の範囲内に属するものであつておよそ憲法適否の問題ではない、と判例①・②で示された立場を繰り返し判示するのが最高裁の態度であつた。

c 違憲審査と立法裁量論

前述したように、最高裁判所の刑罰法規に対する違憲判断には立法裁量論がつきまとう。この点については、裁判所が立法裁量論に強く依拠するならば、司法府は立法府と対立することなく、権力分立の原理を基とした批判を避けることができるが、立法裁量論を排し法律の合憲性審査に裁判所独自の判断を強く加え、さらに法律を違憲・無効とするならば、司法府が立法府の法定立機能を侵害したとの非難を受けることになる。そこで、裁判所は、憲法訴訟で争点となっている法律の性格・憲法の保障する権利・自由の侵害の態様・その他の訴訟をとりまく諸要素を考慮しつつ、司法審査権の行使の可能性を探ることになる、と説明される。²⁸⁾

そこで、さらに立法裁量論を適用している諸判例を五つの代表的類型に分けて、その特色を考察した戸松論文を取り上げて検討してみたい。というのは、刑罰法令の罪刑不均衡を理由とする違憲性主張に関して裁判所から打ち出されたのは、法定刑の不均衡問題は立法裁量の問題にすぎないという考え方であったからである。すなわち、他の法領域において立法裁量論が適用されている判例を概観することにより、刑罰法規の違憲性審査という本稿の問題の解明に役立つのではないかと思われるのである。

すなわち、論者は、立法裁量論が適用されることによる人権保障の程度という観点から、立法裁量論を、(i) 広い裁量論↓裁判所が立法府の判断を全面的に尊重する場合(審査基準は合理性の基準)、(ii) 狭い裁量論↓裁判所が立法府の判断をある程度尊重する姿勢を示すが、裁判所の判断もそこに加える場合(審査基準は厳格な合理性の基準)、(iii) 立法裁量の不適用↓立法府の判断を全く排して裁判所が独自に法律の目的の合憲性に判断を加える場合(審査基準は厳格な審査基準)に三分する分析枠組みを設定する。

そして、このような分類のもとに、広い裁量論に依拠する判例を(1)租税立法の合憲性が争われた訴訟、(2)福祉

立法の合憲性を争う訴訟、(3)公職選挙法による選挙運動の自由に対する制限・禁止が争われた訴訟、(4)参議院の議員定数不均衡訴訟、(5)公務員の政治的行為を規制する国家公務員法およびそれに基づく人事院規則に対する訴訟の五種に分け、狭い裁量論に立脚するものを(6)衆議院の議員定数不均衡訴訟、(7)営業規制立法に関する訴訟、(8)社会福祉立法に関する訴訟の三種に分類し、立法裁量の不適用の代表例として(9)在宅投票制度違憲訴訟をあげている。以下においては、この九種の類型について簡単にみてゆくこととするが、(2)と(8)、(4)と(6)のように広い裁量論と狭い裁量の重複する領域については、便宜上両者をまとめて考察することとする。

まず、広い立法裁量論を適用する判例の第一類型であるが、いわゆる大島サラリーマン税金訴訟第一審判決³⁰⁾において「いかなる租税体系を組むかは、主として国民経済・財政政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかないというべきである」と立法裁量論を適用するとともに、「当該租税法規が著しく不合理であることの明白である場合に限ってこれを違憲として、その効力を否定することができる」と明白性の原則を採用し、審査基準として、単なる合理性の基準が適用されていることが示されているが、当該訴訟に対する最高裁判決もこの判断手法をおおむね採用していると分析されたうえで、事件によつては租税立法の合憲性判断でも厳格な合理性の基準が用いられるべきだとする³¹⁾。

次に、第二類型については、いわゆる堀木訴訟の最高裁判決³²⁾が取り上げられ、「憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しないことであるといわなければならない」と判示していることが指摘されたうえで、法規定の差別事由などに違憲の疑いが指摘されているときは、狭い裁量論のもとに厳格な合理性の基準による判断が適当だとされている³³⁾。

ただし、堀木訴訟第一審判決は「元來、手当の受給資格の要件をどのようなものとするかについては、立法時における立法者の裁量に属するわけではあるけれども、その裁量により制定された手当法上の差別的取扱が、著しく合理性を欠く場合には、当該差別を生ぜしめる規定は、憲法一四条一項に違反し、無効なものといわなければならない」と狭い裁量論に立脚しており、福祉立法の差別事由を憲法上どの程度強く保障すべきか、という点に関する裁判所の見解の相違が裁量論の広狭に現れていると指摘されている。⁽³⁵⁾

そして、第三類型では、最高裁が「戸別訪問を一律に禁止するかどうかは、専ら選挙の自由と公正を確保する見地からする立法政策の問題である」と判示した事例⁽³⁷⁾があげられるとともに、選挙運動の自由は言論の自由、政治活動の自由に直結する高い価値の自由であるという観点から、厳格な審査基準による審査が行われた若干の下級審判決の存在することも指摘されている。⁽³⁸⁾

さらに、第四類型では「社会的、経済的变化の激しい時代にあつて不斷に生ずる人口の異動につき、その政治的意味をどのように評価し、政治における安定の要請をも考慮しながら、これをいつどのような形で選挙区割、議員定数の配分その他の選挙制度の仕組みに反映させるべきか、また、これらの選挙制度の仕組みの変更にあたつて予想される実際上の困難や弊害をどのような方法と過程によつて解決するかなどの問題は、いずれも複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要求するものであつて、その決定は、これらの変化に対応して適切な選挙制度の内容を決定する責務と権限を有する国会の裁量に委ねられているところである」と広い裁量論を採る最高裁の判示内容を引用しつつ、選挙権の平等という権利の実現という問題が、その基本的性格に照らしてそもそも立法裁量論の適用になじむのかという根本的問題を指摘する。⁽⁴¹⁾

これとの関係で論者は、衆議院の議員定数不均衡訴訟における最高裁の「投票価値の平等は、各選挙が選挙の結果

に及ぼす影響力が数字的に完全に同一であることまでも要求するものと考えすることはできない」として明らかに憲法上正当な理由となりえない差別を除いて「原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきもの」という判示内容を引用しながら、参議院の議員定数不均衡訴訟とは対照的に狭い裁量論がとられている旨および、この判例評釈との関連で、選挙権の平等問題には一歩進んで立法裁量論の適用を排除すべきとの批判があることを指摘する⁽⁴³⁾。

また、第五類型では、公務員の政治的行為に対して、いわゆる猿払事件最高裁判決⁽⁴⁴⁾が「刑罰を違憲とする特別の事情がない限り、立法機関の裁量により決定されたところのものは尊重されなければならない」と判示して広い裁量権に立脚する旨指摘されている。

最後に、第七類型と第九類型に関する記述である。前者では、営業規制立法のうちでも、いわゆる小売市場判決⁽⁴⁵⁾は、社会経済政策実施の手段として営業規制を加える立法につき立法院の裁量的判断を尊重するという広い裁量論に立脚する判断が示されたが、いわゆる薬事法判決⁽⁴⁶⁾では、対照的に広い立法裁量論を適用せず狭い裁量論により、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であること、よりゆるやかな制限的では目的を達せられないことという合憲性のための要件を課す」厳格な合理性の基準が用いられていることが指摘されている。

他方、後者ではいわゆる在宅投票制度廃止違憲訴訟一審判決⁽⁴⁷⁾がとりあげられ、選挙に関する事項は原則として立法裁量に委ねられているとの被告(国)の主張に対して、「およそ選挙権という民主政の根幹をなす重要な基本権⁽⁴⁸⁾」についてその実質的侵害が問題とされている事案については、立法裁量論なしそれに伴う明白性の原則は採用できないとし、立法目的及びその達成手段に対して詳しい審査を加えていることが指摘されている⁽⁴⁸⁾。

さて、以上の事例の考察の結果、裁量論の適用・不適用、広い裁量論か狭い裁量論かは、裁判所が合理性の基準、

厳格な合理性の基準、厳格な審査基準のいずれを採用しようとしたかという裁判所の審査姿勢にかかわるとともに、そのような審査基準は、主として法律により制限・禁止を受けた人権の価値序列によって決せられると説かれるが、⁽⁴⁹⁾最高裁の司法審査権行使の場面では、裁判法理としての立法裁量論が、ほとんどの合憲判決において人権のあらゆる領域にわたって表れているのは確かである。⁽⁵⁰⁾

本稿の考察対象である刑罰法規においても、猿払事件最高裁判決にみられるように、合理性の審査基準としての「裁量の範囲を著しく逸脱している」ことが認められる場合にのみ違憲判断を可能とするという判断手法が確立しており、罪刑均衡論に基づく違憲主張に対しては、前述のとおり軒並み広い裁量論によつて合憲とされ続けていたわけである。ただ、憲法一四条で処理されたものの、実質は罪刑均衡論であつたと評される尊属殺重罰規定違憲判決の多数意見は、「普通殺人のほかに尊属殺人罪という特別罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲とはいえないが、刑法二〇〇条は、尊属殺人の法定刑を死刑または無期懲役刑に限っている点において、一九九条の普通殺人罪の法定刑に比して著しく不合理な差別的取扱いをするものであり、憲法一四条一項に違反して無効である」と結論し、上記の「裁量の範囲を著しく逸脱している」ことを認めた形になつたが、「著しさ」を確定するための準則を見いだせない⁽⁵¹⁾と指摘されている。⁽⁵²⁾しかも、その内容の相対的な「権限の著しい逸脱・濫用」を根拠に違法か合法かの判断の決手が、裁判を担当する裁判官の見識に負うところが大きい以上、憲法訴訟の結果は裁判所が議會を補充する機能を發揮するにとどまり、議會に対して合憲性の統制を行う機能を十分に果たしていない観が強いといわざるを得ない。⁽⁵³⁾このような経緯をたどつた結果、立法裁量論と同様の司法抑制のための、換言すると違憲主張を退けるための法技術としての縮小解釈の一種としての合憲限定解釈の方法の採用が近時目立つと評されるに至つてい⁽⁵⁴⁾る。

4 合憲限定解釈の意義と限界

合憲限定解釈とは、ある法令について違憲の疑いがかけられているとき、その疑いを除去するように法令の意味を解釈する手法をいい、限定解釈を加えて文面上の合憲を宣言するので、憲法判断回避の方法と区別できるが、限定解釈を加えてもなお違憲の疑いが消えないときは、文面上の違憲が宣告される⁵⁶⁾。

最高裁判所の裁判例を観察すると、合憲限定解釈の手法を用いる例は、かなり顕著であり、その採用例は、①人権保障促進型合憲限定解釈と②立法正当化型合憲限定解釈という二つに類型化される⁵⁷⁾。なお、適用違憲の裁判は、当該法令に対する合憲限定解釈が可能か否かの判断を重要な要素としているが、下級審判例には①法令の合憲限定解釈が不可能ないし不適切であるとの前提、あるいは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解釈上不可分の関係にあるとの前提に立ち、違憲的適用を含むような広い解釈を行って法令を適用するのは違憲であるとするもの、②法令の合憲限定解釈が可能であるとの前提に立ち、それにもかかわらず、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ないで、広い解釈のもとに違憲的に適用するのは違憲であるとするものがあるが、最高裁は、適用違憲は法令の一部を違憲とするに等しい（猿払事件）という趣旨の判断を行っている⁵⁸⁾。

合憲限定解釈の手法を用いて刑罰法規の内容的適正を実現しようとした判例の代表例としては、①都教組事件判決⁵⁹⁾と②福岡県青少年保護育成条例事件判決⁶⁰⁾があげられる。

a 都教組事件判決

まず、都教組事件判決であるが、昭和三三年の勤務評定阻止のための一斉休暇闘争に際して、東京都教組の執行委員長ら被告人が指令の配布伝達をしたことが、地方公務員法六一条四号の「あたり罪」にあたるとして起訴され、一審無罪、控訴審有罪とされた事件で、最高裁は「地方公務員の争議行為についてみるに、地公法三七条一項は、すべての地方公務員の一切の争議行為を禁止しているから、これに違反してした争議行為は、右条項の法文にそくして解釈するかぎり、違法といわざるをえないであろう。しかし、右条項の元来の趣旨は、地方公務員の職務の公共性にかんがみ、地方公務員の争議行為が公共性の強い公務の停廃をきたし、ひいては国民生活全体の利益を害し、国民生活にも重大な支障をもたらすおそれがあるので、これを避けるためのやむをえない措置として、地方公務員の争議行為を禁止したものにほかならない。ところが、地方公務員の職務は、一般的にいえば、多かれ少なかれ、公共性を有するとはいえ、さきに説示したとおり、公共性の程度は強弱さまざまで、その争議行為が常に直ちに公務の停廃をきたし、ひいては国民生活全体の利益を害するとはいえないのみならず、ひとしく争議行為といっても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない。地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによって保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによって実現しようとする法益との比較較量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である。そして、その結果は、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と判断すべき場合もあるであろう。

また、地方公務員の行為が地公法三七条一項の禁止する争議行為に該当する違法な行為と解される場合であっても、それが直ちに刑事罰をもつてのぞむ違法性につながるものでないことは、同法六一条四号が地方公務員の争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、もっぱら争議行為のあおり行為等、特定の行為のみを処罰の対象としていることからいって、きわめて明瞭である。かえって、同法三七条二項は、職員で同条一項に違反する行為をしたものは、地方公共団体に対して保有する任命上または雇用上の権利をもって対抗することができないという不利益を課しているにすぎないことを注意すべきである。したがって、地方公務員のする争議行為については、それが違法な行為である場合に、公務員としての義務違反を理由として、当該職員を懲戒処分の対象者とし、またはその職員に民事上の責任を負わせることは、もとよりありうべきところであるが、争議行為をしたことそのことを理由として刑事制裁を科することは、同法の認めないところといわなければならない。

ところで、地公法六一条四号は、争議行為をした地方公務員自体を処罰の対象とすることなく、違法な争議行為のあおり行為等をした者にかぎって、これを処罰することにしてしているのであるが、このような処罰規定の定め方も、立法政策としての当否は別として、一般的に許されないとはいえない。ただ、それは、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つて、前叙のように、あおり行為等の対象となるべき違法な争議行為が存しない以上、地公法六一条四号が適用される余地はないと解すべきである。(もつとも、あおり行為等は、争議行為の前段階における行為であるから、違法な争議行為を想定して、あおり行為等をした場合には、仮りに予定の違法な争議行為が実行されなかつたからといって、あおり行為等の刑責は免れえないものといわなければならない。) つぎに、あおり行為等の意義および要件については、意見の分かれるところであるが、一般に「あおり」の意義に

ついては、違法行為を実行させる目的で、文書、図画、言動により、他人に対し、その実行を決意させ、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えることをいうと解してよいであろう（昭和三十三年（あ）第一四一三号、同三七年二月二一日大法院判決、刑集一六卷二号一〇七頁参照）。しかし、地公法でいう争議行為等のあおり行為等がすべて一律に処罰の対象とされうべきものであるかどうかについては、慎重な考慮を要する。

問題は、結局、公務員についても、その労働基本権を尊重し保障しようとする憲法上の要請と、公務員については、その職務の公共性にかんがみ、争議行為を禁止すべきものとする要請との二つの相矛盾する要請を、現行法の解釈のうえで、どのように調整すべきかの点にあり、労働基本権尊重の憲法の精神からいって、争議行為禁止違反に対する制裁、とくに刑事罰をもつてする制裁は、極力限定されるべきであつて、この趣旨は、法律の解釈適用にあたつても、十分尊重されなければならない。そして、地公法自体は、地方公務員の争議行為そのものは禁止しながら、右禁止に違反して争議行為をした者を処罰の対象とすることなく、争議行為のあおり行為等にかぎつて、これを処罰すべきものとしているのであるが、これらの規定の中にも、すでに前叙の調整的な考え方が現われているということができ。しかし、さらに進んで考えると、争議行為そのものに種々の態様があり、その違法性が認められる場合にも、その強弱に程度の差があるように、あおり行為等にもさまざまな態様があり、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。それにもかかわらず、これらのニュアンスを一切否定して一律にあおり行為等を刑事罰をもつてのぞむ違法性があるものと断定することは許されないといふべきである。ことに、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つて処罰すべきものとしている地公法六一四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。それは、争議行為禁止に違反する意味において違法な行為であるということができるとしても、争議行為の一環としての

行為にほかならず、これらのあおり行為等をすべて安易に処罰すべきものとすれば、争議行為者不処罰の建前をとる前示地公法の原則に矛盾することにならざるをえないからである。したがって、職員団体の構成員たる職員をした行為が、たとえ、あおり行為的な要素をあわせもつとしても、それは、原則として、刑事罰をもつてのぞむ違法性を有するものとはいえないというべきである」(傍線筆者)と判示されたが、要するに地方公務員法六一条四号の争議行為をあおる罪について、あおり等の行為をすべて処罰する趣旨と解すべきものとすれば、憲法の保障する労働基本権にかんがみ違憲の疑いを免れないから、「違法性の強い争議行為」を「違法性の強い方法(争議行為に通常随伴するもの以外の方法)であつた」場合に初めて合憲的に処罰し得るとする、いわゆる「二重の絞り論」によつて合憲限定解釈を行い、被告人を無罪にしたものである。⁽⁶¹⁾

しかし、このいわゆる「二重の絞り論」による合憲限定解釈は、国公法については全農林警職法事件判決⁽⁶²⁾、地公法に關しては岩手教組事件判決⁽⁶³⁾で、その不明確さが憲法三一条に疑いのある解釈として否定されたのである。すなわち、合憲限定解釈によつて導かれた「違法性の強い争議行為」と「違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によるあおり」という基準が、「違法性の強弱が元来はなほだ曖昧であることを理由に過度に不明確で処罰範囲を確定し得ない」とされたのである。⁽⁶⁴⁾この判例については、賛否両論が存する。たとえば、憲法上の労働基本権の保障、争議行為を処罰しない法の趣旨からの疑問⁽⁶⁵⁾が生まれるのは当然として、全農林判決が限定解釈の必要性まで水に流してしまうのであれば、憲法三一条違反の程度はより大きいとする批判⁽⁶⁷⁾が行われる一方、全農林事件を一定程度肯定的にみる論者の存在も注目される。⁽⁶⁸⁾

b 福岡県青少年保護育成条例事件判決

被告人は、Nが一八歳に満たない青少年であることを知りながらホテルの客室において、Nと性交し、もって淫行したという事案について、最高裁は、「本条例一〇条一項、一六条一項の規定（以下、両者を併せて「本件各規定」という）の趣旨は、一般に青少年が、その心身の未成熟や発育程度の不均衡から、精神的に未だ十分に安定していないため、淫行為等によって精神的な痛手を受け易く、また、その痛手からの回復が困難となりがちである等の事情にかんがみ、青少年の健全な育成を図るため、青少年を対象としてなされる淫行為等のうち、その育成を阻害するおそれのあるものとして社会通念上非難を受けらるべき性質のものを禁止することとしたものであることが明らかであつて、右のような本件各規定の趣旨及びその文理等に徴すると、本条例一〇条一項の規定にいう「淫行」とは、広く青少年に対する淫行為一般をいうものと解すべきでなく、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、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（傍線筆者）をいうものと解するのが相当である。けだし、右の「淫行」を広く青少年に対する淫行為一般を指すものと解するときは、「淫らな」淫行為を指す「淫行」の用語自体の意義に添わないばかりでなく、例えば婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる淫行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものを含むこととなつて、その解釈は広きに失することが明らかであり、また、前記「淫行」を目して単に反倫理的あるいは不純な淫行為と解するのは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであつて、前記の規定の文理から合理的に導き出される解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする。このような解釈は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、「淫行」の意義を右のように解釈するときは、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(傍線筆者)から、本件各規定が憲法三一条の規定に違反するものとはいえず、憲法一一条、一三条、一九条、二一条違反をいう所論も前提を欠くに帰し、すべて採用することができない」と判示した。

すなわち、福岡県青少年保護育成条例一〇条一項の「淫行」の意義につき、それを「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」と「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」の二種の行為に限定するとともに、このような解釈の明確性を肯定する(多数意見。ただし、反対意見は明確性を否定する)。本判例については、これを支持する意見と反対する意見に分かれている。まず、一方において本判決が①法文の文理、趣旨から合理的解釈が導き出される、②解釈基準が、通常の判断能力をもつ一般人の理解に適用すること、③不明確の批判を招かないような解釈の結果が求められる、という三点の要求が判文から理解されるところとして、②③は法文の明確性のみならず解釈の明確性まで求められる趣旨と解したうえで、このような合憲限定解釈の方法・要件を支持する考え方があ

る。他方、本判例には批判的な意見が多いように思われる。たとえば、「淫行」という文言自体が曖昧であり、そのままで不当に処罰が広がり、処罰の必要のない行為まで含まれる可能性があるばかりか、「一般人の理解」において限定することも不可能と解すべきだから、最高裁は限定解釈をせずに違憲・無効とすべきであったとする見解等である。

その後も、明確性や広汎な処罰との関連において合憲限定解釈が行われた裁判例が公刊されている。これら一連の判例を検討すると、解釈の明確性を担保する基準として一般に持ち出される「言葉の可能な意味」や「予測可能性」

等は、いずれも一義的な解釈を保証するものではないことが明らかになったともいっているのであり、合憲限定解釈の趣旨や採用の背景にある事情に鑑みて、徒に解釈の不明確性を批判するのではなく、法の改正による根本的解決が視野に入らない限りは、できる限り事例ごとに解釈の明確性を打ち出すための努力を重ねてゆくことが求められる、というべきであろう。

5 むすびにかえて

以上ごく簡単ではあるが、刑罰法規に関する憲法裁判が提起された場合、立法裁量論から合憲とされるのが一般であることを、まず概観し、次いで実体的デュープロセスの見地から合憲限定解釈という手法が主張される刑事判例・学説を考察し、その結果、合憲限定解釈を活用するならば、処罰の拡大を限定しようと解することもできるが、限定の仕方によっては解釈の不明確をきたし、ひいては法的安定性や国民の予測可能性を損ないかねない事態の発生が予想されることを弁えた⁷⁵⁾。そして、合憲限定解釈の実例として代表的な都教組事件判決の「二重の絞り論」が全農林事件判決により不明確な解釈だとして退けられ⁷⁶⁾、合憲限定解釈を採用したもう一つの判例として有名な福岡県青少年保護育成条例事件判決の「淫行」解釈については、三名の反対意見を含め、おおむね不明確な解釈だとして学説上不評であり、このままでは、実体的デュープロセス違反の事態に対する司法的救済については合憲限定解釈の手法をあきらめ、「弁護士独自の主張にすぎない」と裁判所から切り捨てられる覚悟で、端的に法令違憲の主張を行うという直球勝負の訴訟だけを考えてゆくか、もはや司法的解決を頼らず、法改正のための市民的立法運動に賭けるしかないであろう。

しかし、刑罰法令に関する法令違憲の主張が認められたのは尊属殺重罰規定違憲判決一件（ただ、尊属殺重罰規定はその条文「刑法二〇〇条」の性質上、限定解釈の困難な規定であつたと解されることにも注意を要する）だけであり、やはり、端的な法令違憲の主張による解決はこれまでの判例の流れに徴すると難しいと考えられることから、実体的デュープロセスの要請が満たされない事態に備えて合憲限定解釈の主張は避けて通ることはできないと思われる。だがしかし、これまでの判例の傾向に鑑みると被告・弁護側による合憲限定解釈の主張は、「合憲限定解釈は、そもそも可罰性の限界が不明確で法的安定性を害するので採用できない」という裁判所の決めゼリフによって徒勞に終わる公算が大きいであろう。

この難問解決への展望を開くためには、従来から主張されてきた合憲限定解釈と適用違憲の関係についての学説・判例の議論からヒントを得る必要がある。

すなわち、学説には、適用違憲を（１）法令の合憲限定解釈が不可能な場合、違憲的適用の場合をも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、（２）法令の合憲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、違憲的に適用した場合、その適用行為は違憲であるという趣旨の判決、（３）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の三種類に分類するものがあるが、ここで問題にしているような場合はこの学説の（１）もしくは（２）に該当するものとして適用違憲とされよう。また、判例においても、いわゆる全農林事件における田中、大隅、関根、小川、坂本裁判官の反対意見は、やはり法律が「基本的人権の侵害に当た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制限、禁止の範囲に属するようなものである場合に、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、出来る限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)によってことを処理するのが妥当な措置というべき」であるとする。すなわち、違憲判断が困難な場合は合憲限定解釈の方法をとり、それに失敗した場合には適用違憲の判断が下されるべきだとするわけである。⁽²⁸⁾ 思うに、合憲限定解釈が立法に対して認められた合憲性推定原則を救済するためのものであることに鑑みれば、合憲限定解釈が困難なときは少なくとも当該事件について合憲性は推定されず当該法令は適用違憲とされるべきであろう。

ところで、これまでの検討からすると、刑罰法規に関する憲法訴訟としては、おおむね①罪刑均衡に関するもの、②労働基本権などの個々の人権保障規定に反して行為を罰している場合、③処罰に値しない行為を罰している場合の三種類が考えられ、過去のものとしては①としては尊属殺重罰規定違憲判決、②としては都教組事件判決、③としては福岡県青少年保護育成条例事件判決が代表的なものとして挙げられるが、法令違憲とされたのは①であり、合憲限定解釈を施されたのは②と③であるが、②は全農林事件判決により今後の合憲限定解釈の道をほぼ封じられ、③は限定解釈の不明確性が問題となっていることを確認した。

そして、今後は戦前などの古い時期に立法され、現代の諸事情と極端に整合性を持たないような刑罰法規(たとえば、昭和恐慌期という異常な時期に制定された盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗規定)について、立法事実の存在に数多くの説得的な疑問が提起され、それが当該法規の罪刑不均衡の主張に直結し、端的な法令違憲論や合憲限定解釈論、適用違憲論などの適用が求められるようになるのではないか。

その場合に、司法はもはや立法裁量論に凭れ掛かっていられないのではないか(①)③の混合したような型の違憲問題の発生)と思われる。⁽²⁹⁾

すなわち、このような刑罰法規についてその違憲性を争えば、これまでの判例からすると通例まず、立法裁量論により「立法者に著しい権限の逸脱」（しかも権限逸脱の有無を判断するための準則を判例は示していない）がない限り合憲判断が下されると予測される。次に合憲限定解釈が主張された場合には、その解釈の明確性が争われがちであり、その際、全農林事件判決のように裁判所にとつて合憲限定解釈が困難とされる公算も大きい。だがしかし上述した通り、違憲とは断じえない以上合憲とするのではなく、少数者の人権保障を中核とする憲法秩序を維持するためには、合憲性推定による立法院のための救済を犠牲にしても適用違憲とすべきこととなるのであり、その際、立法事実論に基づく立証が適切に行われるならば、合憲限定解釈はよりいつそう実りあるものになると思われる。

他方、わが国の司法は、政策的配慮から立法・行政（政治部門）に対して独自の憲法判断を示そうとしないといういわゆる司法消極主義に立つものと指摘されてきたが、そのような政策的配慮の根拠としては、①政治化の回避、②訴訟の洪水の回避、③裁判所の能力の限界等が考えられるが、^④罪刑均衡（責任主義）に関する憲法訴訟の場合、政治化という点に関しては憲法九条関連の訴訟のような政治的性格を帯びることは考えにくく、訴訟の洪水という点については、社会福祉立法や租税法の適用をめぐる訴訟のように、一個の訴訟への司法の積極的介入に刺激されて類似の訴訟が説得的に濫発されるおそれはあまりないと考えられるし、裁判所の能力に関しても、たとえば憲法二五条の具体的内容の実現に際して予想されるような、多方面にわたる複雑多様な政策的判断が裁判所に求められることはないはずである（尊属殺重罰規定の場合は当該規定の削除だけであった）。したがって、このような刑罰法規に関する憲法訴訟では、研究者も実務家も、これまでの合憲限定解釈に向けられた批判をふまえて、実体的デュープロセスの類型的内容ごとに合憲限定解釈の方法をいつそう工夫し、「点滴石を穿つ」努力を続けるべきであろう。

【註】

(1) 戸松秀典・憲法訴訟(第二版)(平成二〇年)四三頁以下によると、裁判官が、民主制の原理に従って制定された法律の規定の効力を憲法違反として否定するとき、直接国民に対して政治的責任を負わない裁判官が司法審査権を行使することは、民主制の原理に反するのではないかという問題が現れるが、その答えとしては、司法審査の目的たる人権保障にかかる問題は、必ずしも民主制の内容である多数決原理になじまず、多数決原理の欠陥を是正する必要性を生み出すため、社会における少数者の権利・利益を保護すべく、多数決原理から距離を置いてはいるものの、立法権に対するものとは性質を異にするが、国民審査という民主的統制のもとにはある司法権がその役割を与えられなくてはならない、という理由をあげている。つまり、「裁判官政治」に陥るのは許されないとともに、司法までが極端に民主化しないところに、合理的な民主主義の運用があるというわけである。

(2) 戸松秀典・立法裁量論(平成五年)三一九―三二六頁。

(3) 芦部信喜／高橋和之(補訂)・憲法(第七版)(平成三二年)三九五頁。戸松・前掲書(注1)四三頁は、司法審査という言葉葉は、アメリカ合衆国で確立された制度である「judicial review」の訳語で、違憲立法審査、法令審査、違憲審査等の用語とともに憲法八一条の制度のことを指すとし、その意味内容は「裁判所に適正に係属している訴訟の処理にあたり、合憲性の争点とその訴訟の処理と密接な関係をもつものであるとき、統治機関の行為について合憲性の判断を下す裁判所の権限」であるとす。

(4) 最判昭二五・二・一刑集四・二・七三。

(5) 芦部・前掲書(注3)三九九―四〇一頁、佐藤幸治・日本国憲法論(平成三三年)六五七―六五九頁。違憲裁判の方法には他に「処分違憲」(違憲判断方法の一種であり、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)があり、判例として、愛媛玉串訴訟判決(最判平九・四・二民集五一・四・一六七三)、空知大神社訴訟判決(最判平二二・一・二〇民集六四・一・一)、高田事件判決(最判昭四七・一二・二〇刑集二六・一〇・六三一、不作為の処分)、第三者所有物没収違憲判決(最判昭三七・一・二八刑集一六・一・一五九三、なお本判例を適用違憲に位置付ける学説もある)、強制調停違憲決定(最決昭三五・七・六民集一四・九・一六五七)などがあげられるが、さらに違憲裁判の特殊な方法として、「事情判決の法理」(法令の規定を違憲と判断しながらも、そのことを直ちに法令の規定の執行に対する効力の否定に結び付けない方法、例、最判昭五一・四・一四民集三〇・三・二三三)、「違憲の警告」(国会に対する合理的期間内における規定の是正が憲法上要求されているにもかかわらず、それが行われない

とき裁判所は違憲判断を下すという方法例、最判昭五八・一一・七民集三七・九・一二四三）、「運用違憲」（公安条例のもとでの許可制の違憲・無効の運用実態の一環として行われた処分を違憲・無効とする方法例、東京地判昭四二・五・一〇下刑集九・五・六三八）、「勧告的意見」（裁判所が現実の争訟の解決とは関係なく、国家機関や当事者の求めに応じて、憲法問題について示す見解例、仙台高判平三・一・一〇行集四二・一・一）等があり、種々の課題・問題をかかえている（戸松・前掲書（注1）三四九―三五八頁）。

また、市川正人「違憲審査の方法と法令違憲」立命館法学三六九―三七〇号（平成二八年）三四頁によると、法令の違憲審査の方法には、①司法事実も立法事実も考慮せず法令の合憲性を判断するもの、②立法事実を考慮して法令の合憲性を判断するもの、③司法事実を考慮して当該法令に適用された限りでの法令の合憲性を判断するもの三種類があるという点において、憲法学の学説にはほぼ共通の理解があるとされる。

(6) 芦部・前掲書（注3）三九九頁。これらはいずれも、目的審査による法令違憲ではなく、手段審査の場面での法令違憲であるが、立法と司法が法目的において正面から衝突することになるから他の手法によって司法的救済の目的を達成できるのなら対立を避けるべきだとの視点からは、そのことをもって直ちにわが国の司法審査制の機能を低く評価すべきではないとされる（戸松・前掲書（注1）三四五頁）。

(7) 田宮裕・変革のなかの刑事法（平成二二年）四五―四六頁。

(8) 名和鉄郎「刑罰制度の合憲性」判例刑法研究第一卷（昭和五五年）二一〇―二二二頁。

(9) 最判昭二・三・三・一二刑集二・三・一九一。同様に現行絞首刑の合憲性についても憲法三六条には違反しないとされている（最判昭三〇・四・六刑集九・四・六六三「帝銀事件」）。

(10) 最判昭二四・一二・二刑集三・一二・二〇四八。なお、少数意見は死刑との比較で無期懲役刑の残虐性を論ずべきではなく、無期懲役刑自体とその執行方法等が憲法三六条に違反するのかどうかを判断すべきだと主張した。

(11) 最判昭三三・九・一〇刑集一二・一三・二八九七。

(12) 最判昭二五・六・七刑集四・六・九五六。なお、労役場留置が憲法二一条・同一三条・同一八条に反すると主張されたこともありはするが、最高裁は、前掲の昭和二五年判例の趣旨に照らして、その合憲性は明らかであると述べている（最判昭三三・五・六刑集一二・七・一三五五）。

(13) 刑法二六条一号については、最決昭二六・一〇・六刑集五・一一・二一七三、同一号に関しては、最決昭四二・三・八刑集二一・二・四三三、同一号に対しては、最決昭三五・一〇・四刑集一四・一二・一五三三。詳細については、澤登俊雄／石井

光「刑の執行猶予」判例刑法研究第一卷（昭和五五年）二五七―二六四頁。

(14) 最判昭三七・一一・二八刑集一六・一一・一五九三。なお、芦部・前掲書（注3）二四四、三八九頁や佐藤（幸）・前掲書

（注5）六五九頁は、本判決を適用違憲の判決の一種と解しているが、戸松・前掲書（注1）三四七頁は、「適用違憲の裁判は、最高裁判所の判例では、・・・個別意見が示唆している場合を別としてその実例がな」としている。

(15) 最判昭三三・一一・二七刑集一一・一二・三三三三。

(16) 最判昭二三・六・二三刑集二・七・七七七。本判例では、宣告された刑量の罪刑均衡が事実審の自由裁量権にかかわるものであるとの認識が示され、憲法三六条に違反しないとされた（中島広樹「罪刑均衡について」平成法政研究六卷一号（平成三年）六三頁、三井誠「罪刑法定主義」判例刑法研究第一卷（昭和五五年）九〇頁）。

(17) 最判昭三〇・七・七刑集九・九・一八一六。本判例では、法定刑の短期は、法条の適用上、必ずしもこれに拘束されるものではなく、事案に比し重いと認められるときは酌量減輕の方法によりこれを減輕適用できる・・・から、憲法違反の主張は採用できない旨、判示された（中島・前掲論文（注16）六四―六五頁、宮澤浩一「罪刑の均衡」刑法判例百選Ⅰ総論〔第二版〕（昭和五九年）一七頁参照）。

(18) 最判昭三七・四・一九刑集一六・四・四二一。本判例は、弁護人による憲法三六条違反の主張を、「先例からすると明らかに立法は違憲ではない」という論法で否定している（中島・前掲論文（注16）六三―六四頁）。

(19) 田宮・前掲書（注7）四六頁。

(20) 中島・前掲論文（注16）六五頁。

(21) 最判昭二三・一二・一五刑集二・一三・一七八三。

(22) 最判昭二九・四・一三刑集八・四・四四一。

(23) 最判昭二九・一一・一〇刑集八・一一・一七四九、中島・前掲論文（注16）六七―六八頁。

(24) 最判昭三四・一二・一六刑集三・一三・三三三五（砂川事件）。

(25) 三井・前掲論文（注16）九二頁（砂川事件のほか、昭和四八年の尊属殺違憲判決も、罪刑均衡の問題を合憲性判断の枠内に入れたものと解している）。

(26) 中島・前掲論文（注16）六八―六九頁

(27) 最判昭三七・九・一八判時三三〇・三三〇、最判昭四七・三・九刑集二六・二・一五一等。

(28) 戸松・前掲書（注2）一六頁。

- (29) 戸松・前掲書(注2)三〇―四〇頁。
- (30) 京都地判昭四九・五・三〇行裁例集二五・五・五四八。
- (31) 最判昭六〇・三・二七民集三九・二・二四七。
- (32) 戸松・前掲書(注2)三三頁。
- (33) 最判昭五七・七・七民集三六・七・一二三五。二審判決の大阪高判昭五〇年一月一〇日行裁例集二六・一〇―一一・一二六八も同旨である。
- (34) 戸松・前掲書(注2)三三、九七―一四八頁。
- (35) 神戸地判昭四七・九・二〇行裁例集二三・八―九・七一―
- (36) 戸松・前掲書(注2)三八頁。
- (37) 最判昭五六・六・一五刑集三五・四・二〇五。他に事前運動の禁止に関し、最判昭四四・四・二三刑集二三・四・二三五、選挙活動中の文書活動の制限につき、最判昭三〇・三・三〇刑集九・三・六三五が引用されている。
- (38) 広島高松江支判昭五五・四・二八判時九六四・一三四、松江地出雲支判昭五四・一・二四判時九二三・一四一。
- (39) 戸松・前掲書(注2)三三―三四頁。
- (40) 最判昭五八・四・二七民集三七・三・三四五。
- (41) 戸松・前掲書(注2)三四、一七一―二〇二頁。
- (42) 最判昭五一・四・一四民集三〇・三・二三三。
- (43) 戸松・前掲書(注2)三七頁。
- (44) 最判昭四九・一一・六刑集二八・九・三九三。この判決では「およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮を必要とする」というまでもなく、刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであって、とうてい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならぬのである。そして、刑罰規定は、保護法益の性質、行為の態様・結果、刑罰を必要とする理由、刑罰を法定することによりもたらされる積極的・消極的な効果・影響などの諸々の要因を考慮しつつ、国民の法意識の反映として、国民の代表機関である国会により、歴史的、現実的な社会的基盤に立つて具体的に決定されるものであり、その法定刑は、違反行為が帯びる違法性の大小を考慮して定められるべきものである」としたうえで、「国公法の右の罰則を設けたことについて、政策の見地からする批判のあることはさておき、その保護法益の重要性にかんがみるときは、罰則制定の要否及び法定刑について

の立法機関の決定がその裁量の範囲を著しく逸脱しているものであるとは認められない」と判示され、いかなる罰則規定を設けるべきか、その規定でいかなる刑罰が適当かについては立法裁量に属することであり、「裁量の範囲を著しく逸脱している」ことが認められる場合にのみ司法審査権の行使により違憲判断ができるとする、これまでの刑罰や罪刑均衡に関する事例で確立されてきた考え方が示されている（傍線筆者）。

(45) 最判昭四七・一一・二二刑集二六・九・五八六。

(46) 最判昭五〇・四・三〇民集二九・四・五七二は、合憲性が問われている距離制限規定を、国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的を達成するための手段と位置づけたうえで、「不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法二二条一項に違反し、無効である」と手段審査の面で違憲の結論を導いている（戸松・前掲書（注1）三四三頁）。

(47) 札幌地小樽支判昭四九・一二・九判時七六二・八

(48) 戸松・前掲書（注2）三五―四〇頁。

(49) 戸松・前掲書（注2）三九、五三―六一頁。

(50) 戸松・前掲書（注2）三三―六頁。

(51) 田宮・前掲書（注7）四六頁。

(52) 最判昭四八・四・四刑集二七・三・二六五。本判例において立法裁量論的な主張を正面から行ったのは「そもそも法定刑をいかに定めるかは、本来、立法府の裁量に属する事項であつて、かりにある規定と他の規定との間に法定刑の不均衡が存するごとく見えることがあつたとしても、それは原則として立法政策当否の問題たるにとどまり、ただちに憲法上の問題を生ずるものでないことは、つとに当裁判所昭和三三年（れ）第一〇三三号同年二月一日大法廷判決・刑集二卷一三号一七八三頁の示すとおりである」、「多数意見も、尊属殺の場合に法定刑が加重されること自体を問題とするのではなく、ただ、加重の程度が極端に過ぎるとするものであるが、極端であるか否かは要するに価値判断にかかるとして、国民多数の意見を代表する立法府が、することは、専断、恣意を導入するおそれがある。けだし、かかる価値判断に際しては、国民多数の意見を代表する立法府が、法律的観点のみからでなく、国民の道徳・感情・歴史・伝統・風俗・習慣等各般の見地から、多くの資料に基づき十分な討議を経て到達した結論ともいふべき実定法規を尊重することこそ、憲法の根本原則たる三権分立の趣旨にそうものというべく、裁判所がたやすくかかる事項に立ち入ることは、司法の謙抑の原則にもとることとなるおそれがあり、十分慎重な態度をもつて処する要があるものとしなければならない」、「多数意見も指摘するとおり、昭和三二年、第一回国会において、刑法の規

定を新憲法の理念に適合せしめるため、その一部改正が行なわれた際にも、同法二〇〇条は、ことさらにその改正から除外されたのであつて、右は当時立法院が本条をもつて憲法に適合するものと判断したことによると認むべきである。爾來わずかに四半世紀を経過したに過ぎないのであるが、その間多数意見の指摘するとおり、同条のもとにおける量刑上の困難が論議され、さらに同条の違憲論すら公にされ、最近には同条の削除を含む改正刑法草案も発表されるに至つたのは事実であるが（もつとも右草案ははまだ試案の域を出でないものである）、今日なお同条についての立法上の措置が実現していないことは、立法院が、現時点において、同条の合憲性はもとより、立法政策当否の観点からも、なお同条の存置を是認しているものと解すべきである。かかる経緯をも考慮するときは、司法の謙抑と立法院の判断の尊重の必要は、刑法二〇〇条の場合において一段と大であるといわなければならない。「立法上の措置がまつたく予見されていない時期においてならばともかく、現在のように、法制審議会を中心として、刑法改正案作成の作業が進捗中であり、これに基づき、さして遠からざる将来に、政府原案が作成され、国会提出の運びとなることが予想され、しかもその場合、これを受けた立法院における討議の帰趨は、いまだまつたく予見することができない時期において、にわかに裁判所が、立法院の検討に予断を与え、あるいは立法の先取りをなすものとも見られるおそれのある判断を下すことは、はたして司法の謙抑の原則に反することなきやを深く憂えざるをえないのである」等と論じた下田武三裁判官だけである。

これに対する田中二郎裁判官の主張は、司法抑制を重視する立法裁量論よりも違憲判断を優先するストレートな違憲主張であり、「本件について下田裁判官の主張されるところに限つてみても、私には、とうてい、賛成することができないのである。おおよそ立法院として（行政府についても同様のことがいえる）、その行為が違憲であることを意識しながら、あえてこれを強行するというようなことは、ナチ政権下の違憲立法のごとき、いわば革命的行為をあえてしようとするような場合は別として、わが国においては、通常、あり得ないことであり、また、あつてはならないことである。しかし、現実には、立法院の主観において合憲であるとの判断のもとにされた立法についても、これを客観的にみた場合に、果して合憲といえるかどうか問題となる場合もあり得るのであつて、その場合の合憲か違憲かの審理判断を裁判所の重要な権限として認めようとするのが裁判所の違憲立法審査制の本来の狙いなのである。したがつて裁判所の違憲立法審査権が明文で認められている現行憲法のもとでは、立法院自体が合憲であると判断したということは、裁判所の違憲立法審査権の行使を否定しこれを拒否する理由となし得るものでないことはいふまでもない。殊に、現在のように、基本的人権の尊重確保の要請と公共の福祉の実現の要請とをどのように調整すべきかの問題について、政治的・思想的な価値観の対立に基づき、重点の置きどころを異にし、利害の対立もからんで、見解の著しい差異が見られる時代においては、国会の多数の意見に従つて制定された法律であることのゆえのみを

もつてただちに常に合憲であると断定するわけにはいかないのである。もちろん、法律には、一応、「合憲性の推定」は与えられてよいが、それが果たして合憲であるかどうかは、まさに裁判所の審理判断を通して決せられるべき問題にはかならない。したがって、司法の謙抑の原則のみを強調し、裁判所の違憲立法審査権の行使を否定したり、これを極度に制限しようとしたりする態度は、わが現行憲法の定める三権分立制の真の意義の誤解に基づき、裁判所に与えられた最も重要な権能である違憲立法審査権を自ら放棄するにも等しいものであつて、憲法の正しい解釈とはいいがたく、とうてい賛成することができないのである」と述べた。なお、六名の少数意見では、目的審査による法令違憲が主張されたのは周知のとおりである。

(53) 戸松・前掲書(注2)二一八頁。すなわち、法廷意見は立法目的を合憲としたのに対して、手段審査の場面で違憲判断を下したわけである(戸松・前掲書(注1)三四三頁)。

(54) 戸松・前掲書(注2)三二一―三二六頁。

(55) 田宮・前掲書(注7)四五頁。なお、前田雅英・現代社会と実質的犯罪論(平成四年)五七頁は、憲法学では、合憲限定解釈の「限界」が重視されている旨が指摘され、憲法上、(a)法規の文言及び法文外の資料から複数の解釈が論理的に可能であり、(b)そのうちいずれが法目的に照らして合理的であるかが一義的に決定し得ない場合にのみ合憲限定解釈が可能であり、このような合憲限定解釈を施し得ない法規は違憲・無効とされるのに対して、刑法解釈学においては「合憲の、合理的な処罰範囲を決定するには、どのように実質的に解釈すればよいのか」という姿勢で議論が展開され、解釈の対象となる法規自体の違憲性を問うという問題意識が従来乏しく、さらに処罰範囲の限定方向の解釈でさえあれば、処罰範囲が不明確化する可能性があつたとしても、一定の寛容さがあり、合憲限定解釈に關していえば、刑法解釈学の場合、(i)与えられた条文の文言の可能な語義の範囲を確定し、(ii)保護法益を特定し、その刑罰的保護の必要性を吟味し、(iii)当該構成要件該当行為が一定の価値を担っている場合は、その価値と被害法益の価値を衡量し、(iv)具体的事案の処罰化がもたらす他の事例への波及効果を計算し、(v)他の法規範との整合性を検討するのが基本的方法で、憲法的価値は、(ii)―(iii)に組み込まれるべき一ファクターでしかなかった、と指摘している。

(56) 芦部信喜・憲法学Ⅱ人權総論(平成六年)二〇六、二一五―二一六頁、杉原泰雄・憲法Ⅰ(憲法総論)(昭和六二年)三三二―三三三―三四頁、戸松・前掲書(注1)三四頁、大谷實・刑法講義総論(新版第五版)(平成三年)六一頁。なお、吉田善明・日本国憲法論(第三版)(平成十五年)二七一頁は、合憲限定解釈のメリットとして、①当該法令の違憲性を立証するよりは限定解釈を施して結論づけることの方が容易であること、②法令の違憲性の部分を切り捨て、合憲の部分は引き続き効力を有するのであるから、合憲性推定の原則・立法の判断を尊重することになる等の諸点をあげ、デメリットとして、①違憲判断が

少なくなり、裁判所による人権保障機能を十分に發揮することができず、違憲審査の意味は失われる危険性が生ずる、②法文の不明確な部分が残り、構成要件の保障機能が失われやすくなる等の諸点を指摘する。

- (57) 戸松・前掲書(注1)三三五―三三六頁によると、人権保障促進型合憲限定解釈の例は、都教組事件判決であり、立法正当化型合憲限定解釈の例は、福岡県青少年保護育成条例事件であるが、前者に対して最高裁は解釈の明確性を厳格に要求するのに、反対に後者に対しては最高裁による無理な解釈についての寛容さが指摘されている。なお、阪本昌成・憲法理論Ⅰ(補訂第三版)(平成二十二年)四二六頁以下によると、合憲解釈には合憲部分画定型(法文の意味を合憲的なものへと画定する解釈方法)と違憲部分削除型(法文の違憲部分を画定し、その部分を切り取る解釈方法)の二タイプがあり、合憲解釈が合理的であるためには、①合憲部分の画定または違憲部分の削除にあたって、画定または切除のための一定の法準則が発見でき、かつ②画定または削除した後の法文の意味が明確であつて基本権行使を委縮させないこと、が必要だが、都教組事件では、法文の意味の明確化に成功せず、福岡県青少年保護育成条例事件においては、合憲部分の確定に際して、確固たる法準則を欠いていた、と批判される。また、佐藤功・日本国憲法概説(全訂第五版)(平成八年)四九八頁以下は、合憲限定解釈により、その解釈によらない適用を違憲とすることを適用違憲の一類型と解し、都教組事件判決はこの類型の適用違憲判決の例とみている。
- 他方、刑法の側においては、曾根威彦・刑法総論(第四版)(平成二〇年)二〇―二二頁、内藤謙・刑法講義総論(上)(昭和五八年)三九頁は、いわゆる実体的デュープロセス論について、刑罰法規の内容が①刑罰法規に規定された犯罪と刑罰とが均衡を失している場合、②言論・表現の自由(憲法二二条)、労働基本権(憲法二八条)などの個々の人権保障規定に違反するものであるとき、③処罰することが必ずしも必要不可欠とはいえないのに、処罰に値しない行為を罰している場合には、個人の権利と自由は不当に制限されることになり、罪刑法定主義の人権保障機能をみたすことはできず、憲法三一条の罪刑法定主義違反として当該刑罰法規は違憲・無効となると述べている。前述の罪刑均衡論は、まさに①の刑法二〇〇条の違憲判決で実質的に問題となり、都教組事件は②の場合が問題となった代表例であり、同様に福岡県青少年保護育成条例事件は③の問題に関する事例の一種(過度に広汎な処罰規定)である。なお、山口厚・刑法総論(第三版)(平成二八年)一七頁は、実体的デュープロセスの理論の内容に明確性の原則を含めているが、明確性の原則が実体的デュープロセスと共通の思想的基盤に立つので実質的に大きな差異はないのは確かであるが、明確性の問題は、刑罰法規の内容の当・不当を争う以前の、形式的観点からの法律の適正要請の問題であるから、本稿では両者を区別する立場をとっている(曾根・前掲書二二―二三頁)。なお、都教組事件判決と青少年保護育成条例事件判決については、後述する。

(58) 戸松・前掲書(注1)三四六―三四九頁。

(59) 最判昭四四・四・二刑集二三・五・三〇五。周知のように、都教組事件判決の合憲限定解釈としての源流には、東京中郵事件判決（最判昭四一・一〇・二六刑集二〇・八・九〇一）がある（佐藤（幸）・前掲書（注5）六一頁、団藤重光・実践の法理と法理の実践（昭和六一一年）二六二―二六六頁）。

(60) 最判昭六〇・一〇・二三刑集三九・六・四一三。なお、徳島市公安条例事件（最判昭五〇・九・一〇刑集二九・八・四八九）では、よく知られているように「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三二条に違反するものと認めるべきかどうかは、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」と判示されている。しかし、浅田和茂・刑法総論（第二版）（平成二二年）五七頁は、「具体的な場合に当該行為が」という限定を付したことにより文面上無効とされる範囲を極端に狭めたという問題を指摘するとともに、「殊更な交通秩序の阻害」という合憲限定解釈は、不明確かつ過度に広汎といわざるをえない」と批判している。なお、山口・前掲書（注57）二一頁においては、徳島市公安条例事件判決は、罰則の合憲性判断基準がそれほど厳格とはいえないのに、全農林事件判決における「二重のしぼり」批判は限定解釈の方向において明確性が厳格に考えられている、という指摘がなされている。司法としては、刑罰法規の文言の定義に関する解釈にかかわり、相対的に緩やかな合憲基準（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）で足りる明確性事例の解釈に関しては合憲限定解釈の手法を比較的受け入れやすく、都教組事件や罪刑均衡に関する諸判例のように、法益保全主義（違法性の大小の問題）や罪刑均衡（責任の大小）という刑法の基本原理に関する本質的に困難な判断をなすことが不可避となる事例においては、合憲限定解釈の手法を避ける傾向があるのかもしれない。

(61) 同日に言い渡された国公法違反の「全司法仙台事件判決」（刑集二三・五・六八五）の方は、争議行為・あり行為とともに違法性が強かったとして有罪とされている。

(62) 最判昭四八・四・二五刑集二七・四・五四七。最高裁は、本判決において公務員の労働基本権に関する基本的立場を変更して、合憲限定解釈を否定し、憲法二八条の労働基本権の保障が公務員にも及ぶことを認めながら、憲法一三条の「公共の福祉」による制約を肯定し、公務員の争議行為の一律禁止を以下の四個の理由により、合憲と判断した。つまり、①憲法一五条の示す通り公務員の使用者は国民全体であり、公務員の争議行為はその地位の特殊性および職務の公共性に反し勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすかまたはそのおそれがあること（「公務員の地位の特殊性および職務の公共性」、②公務員の勤務条件の決定は、国会の制定する法律と予算によってなされるのであるから、公務員の争議行為は、憲法の基本原則

である議會制民主主義（憲法八一条、八三条等）に反し、国会の議決権を侵すおそれがあること（議會制民主主義論）、③公務員にはロックアウトや市場の抑制力のような争議行為の歯止めがないこと、④人事院をはじめ整備された代償措置が設けられていること、の四点である（浦部法穂・憲法學教室（平成一二年）二八三頁、中村睦男「人権総論」野中俊彦Ⅱ中村睦男Ⅱ高橋和之Ⅱ高見勝利『憲法Ⅰ（第五版）』（平成二四年）二四二―二四四頁、和田英夫・新版憲法体系（昭和五七年）二二八頁）。

すなわち、同判決は「国公法九八条五項、一一〇条一項一七号の解釈に関して、公務員の争議行為等禁止の措置が違憲ではなく、また、争議行為をおおる等の行為に高度の反社会性があるとして罰則を設けることの合理性を肯認できることは前述のとおりであるから、公務員の行なう争議行為のうち、同法によって違法とされるものとそうでないものととの区別を認め、さらに違法とされる争議行為にも違法性の強いものと弱いものととの区別を立て、あおり行為等の罪として刑事制裁を科されるのはそのうち違法性の強い争議行為に対するものに限るとし、あるいはまた、あおり行為等につき、争議行為の企画、共謀、説得、懲罰、指令等を争議行為にいわゆる通常随伴するものとして、国公法上不処罰とされる争議行為自体と同一視し、かかるあおり等の行為自体の違法性の強弱または社会的許容性の有無を論ずることは、いづれも、とうてい是認することができない。けだし、いま、もし、国公法一一〇条一項一七号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によりあおる等した場合に限ってこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するときは、いうところの違法性の強弱の区別が元来はなほ曖昧であるから刑事制裁を科しうる場合と科しえない場合との限界がすこぶる明確性を欠くこととなり、また同条項が争議行為に「通常随伴」し、これと同一視できる一体不可分のあおり等の行為を処罰の対象としない趣旨と解することは、一般に争議行為が争議指導者の指令により開始され、打ち切られる現実を無視するばかりでなく、何ら労働基本権の保障を受けない第三者がした、このようなあおり等の行為までが処罰の対象から除外される結果となり、さらに、もしかかるとするものとしたあおり等の行為は、争議行為に「通常随伴」するものでないとしてその態様のいかんを問わずこれを処罰の対象とすることとなつて、ただに法文の「何人たるを問わず」と規定するところに反するばかりでなく、衡平を失するものといわざるをえないからである。いづれにしても、このように不明確な限定解釈は、かえつ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ものといわなければならない」（傍線筆者）と判示している。

(64) 板倉宏・刑法総論(平成一六年)一八〇頁、大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(平成二〇年)四一七頁、川端博・刑法総論講義(第二版)三〇三頁、佐久間修・刑法総論(平成二二年)一八二頁、曾根・前掲書(注57)二一、九五頁、高橋則夫・刑法総論(第四版)(平成三〇年)二五八頁、西田典之/橋爪隆補訂・刑法総論(第三版)(平成三二年)二四一―二五頁、林幹人・刑法総論(第二版)(平成二〇年)二二八頁、前田雅英・刑法総論講義(第七版)(平成三二年)七九頁。なお、日高義博・刑法総論(平成二七年)二一六頁は、全農林事件判決が「公務員の団体行動とされるものの中でも、その態様からして、実質が単なる規律違反としての評価を受けるに過ぎないものについては、その扇動等の行為が国公法一一〇条一項一七号所定の罰則の構成要件に該当しないことは勿論であるとし、さらに構成要件に該当する行為であつても、具体的事情のいかんによっては、法秩序全体の精神に照らして許容されるものと認められるときは、刑法上の違法性が阻却される」と判示している点をとらえて、二重の絞り論による違法性の強弱判断は否定されているが、可罰的違法性の理論自体まで否定したものでないと評している。斎藤信治・刑法総論(第六版)(平成二〇年)一一一頁は、全農林判決以後の判例も極度に縮小された形で一種の「二重絞り」的解釈を採用している点に注目している。

(65) 前田・前掲書(注55)六一頁。
 (66) 内藤・前掲書(注57)四一頁。

(67) 中山研一・刑法総論(昭和五七年)七一頁。なお、都教組事件・全農林事件等の包括的研究については、中山研一・争議行為「あたり」罪の検討(平成元年)一頁以下参照。他に、井田良・講義刑法学・総論(第二版)(平成三〇年)二六八頁が、二重の絞り論は、処罰範囲の明確性を要求する罪刑法定主義の原則(憲法三二条)と矛盾するおそれを伴うものの、もし限定解釈こそが憲法の要求するところであるならば、処罰の限界が不明確なることを理由として一律に広く処罰すべきことを導くのはおかしな論理であると指摘する。また、鈴木茂嗣・刑法総論(第二版)(平成二三年)一四六頁は、憲法の労働基本権保障の趣旨や刑法における謙抑原理に鑑みれば「二重の絞り論」による可罰性の限定は、いわゆる実体的デュープロセスの要請として十分合理性を有するのであり、判例の方向転換には疑問があるといわねばならない、と論じている。さらに、西原春夫・刑法総論(昭和五二年)一三三頁は、全農林事件判決によると、違法の相対的把握とか可罰的違法性の理論が軽視される傾向になるように思われ適当でないとする。そして、藤木英雄・刑法講義総論(昭和五〇年)一九三頁も、全農林事件判決のいわゆる「原動力論」や「二重の絞り否定論」といった結論を疑問視し、「旧判例(都教組事件判決)に、より妥当性があつたと考えるべきである」と述べ、前田・前掲書(注64)五八頁は、福岡県青少年保護育成条例事件判決において問題になつた「単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められない性交」と都教組事件判決における「違法

性の程度の強い争議」との両解釈の処罰限定機能に大きな差異があるとは思われないとしつつ、前者が不明確無効とされても処罰範囲は拡大しなかつたはずなのに、全農林事件判決が二重の絞罪論を曖昧な解釈と違憲視して、かえって処罰範囲を拡大したことを批判し、松宮孝明・刑法総論講義〔第五版補訂版〕（平成三〇年）一〇七一―一〇八頁は、全農林事件判決において「可罰的違法性の理論によって刑罰法規を縮小解釈することは、刑罰法規の明確性を害するという筋違いの非難が加えられた」という批評を加えている。なお、香川達夫・刑法講義総論〔第三版〕（平成七年）二〇五頁、福田平・全訂刑法総論〔第五版〕（平成二三年）一七五頁も同様。

(68) 小林直樹・〔新版〕憲法講義（上）（昭和五六年）五九三頁は、「地方公務員の争議行為の一律禁止の不当性を減殺するうえで、積極的意味をもつものであつたといえよう」と評している。また、団藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕（平成二年）六〇―六一頁は、「法規の規定は可能なかり、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であることは、（都教組事件の）判例の示すとおりである。そのような見地から、限定解釈が必要となることがあるのは、いうまでもない」とする一方、「構成要件の規定について立法上明確性が要請されるのに対応して、構成要件の解釈についてもその限界を明確にするものであることが要請される。これは構成要件を限定的に解釈するに依るべきであらう」と評している。また、東中野事件判決（最判昭四一・一〇・二六刑集二〇・八・九〇一）―を要請する憲法三二条に違反する疑いすら存する」という判示を正しいものと認めている。

なお、団藤・前掲書（注59）二六五―二六六頁は、東京中野事件判決（最判昭四一・一〇・二六刑集二〇・八・九〇一）―都教組事件判決―全司法事件判決あたりまでの一連の最高裁判所の流れの転回点となつたのが全農林事件判決であり、この判例の基本的立場の抜本的变化の原因は、理論的なものというよりむしろ最高裁判事の顔ぶれの変更にあると説明し、判例と法的安定性の問題を考えるに際しては「裁判官の任命」の問題を重要視すべきことを指摘している。また、内田文昭・改訂刑法Ⅰ（総論）（平成九年）二二二頁は、全農林判決につき、「正当な方向をとつたもの」と評しつつ、「国公法一一〇条一項一七号、地公法六一―四号は、憲法二八条を制約するものであるから、いわゆる縮小解釈が要請されてしかるべきだろう。四・二判決（都教組事件）の縮小解釈は否定されてはならない。ただ、その内容が、構成要件の形式的性格を無意味にするほどのものであつてはならないことはいままでもなからう。この点で、四・二判決の「二重のしぼり」には問題があるといつてよい」と評している。なお、莊子邦雄・刑法総論〔第三版〕（平成八年）一八七頁参照。

(69) 肯定的な見解としては、田宮・前掲書（注7）五〇―五三頁。なお、前田・前掲書（注64）五八頁は、「合理的な（合憲的）

処罰範囲を求めて限定解釈を行えば、それによって導かれる構成要件は、一定程度曖昧化せざるを得ない。条文と同様に、それに関する裁判官の「解釈」まで、国民の目から見て明確でなければならぬとする必要はない。一般人が条文から最も導きやすい「明確な解釈」のみが裁判官に許容されるわけではない。形式的文言を離れて処罰範囲を限定する場合は、国民が条文から当然には導けない解釈を示すことは許される」と述べている。これに対して、曾根・前掲書(注57)二二頁は、法文の明確性とは「そのように解釈された」法文(構成要件)の明確性を意味するのであるから、法文自体はもとより、その解釈もまた明確でなければならぬであろう、とする。

- (70) 他方、否定的な見解としては、井田・前掲書(注67)四一—四二頁、大谷・前掲書(注56)六一頁、大塚・前掲書(注64)六一頁、西田・前掲書(注64)六三頁、前田・前掲書(注55)五六頁等。なお、伊藤(威迫等不当な処罰を伴った場合にのみ処罰を限定すべきだと主張したうえ条例の処罰規定自体を明確性の要請に反するとして違憲とした)、谷口・鳥谷裁判官の反対意見も参照。また、前田・前掲書(注55)五五頁が、「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」という解釈については、「健全な常識がある一般社会からみて、結婚を前提としない欲望を満たすことのためにのみ行う不純とされる性行為」(高松地判昭四三・五・六下刑集一〇・五・五六七等)にほぼ対応する処罰範囲が必要かつ合理的であると評価判断が多数意見の基底に存する旨の指摘をしているほか、松宮・前掲書(注67)二七頁は、わが国を代表する三人の裁判官が多数意見のような「解釈」はもはや「淫行」という言葉から通常の判断能力を有する一般人の理解の及びえないものであり、解釈の限界を逸脱した立法作業であり「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」という定義も曖昧で処罰範囲として広すぎる、と論ずる以上多数意見の結論には疑問があるということになるが、本事例は、解釈論と立法論の限界はいかにあるべきかという問題にも示唆を与えるとする。

また、山口・前掲書(注57)二二頁は、多数意見のような解釈は、本判決以前には当然の理解だったわけではないので、それが「通常の判断能力を有する一般人」の理解に適うかは疑問といえよう、と述べている。

- (71) 広島市暴走族追放条例事件判決(最判平一九・九・一八刑集六六・六・六〇二)、北海道迷惑防止条例事件判決(最判平二〇・一一・一〇刑集六六・一〇・二八五三)、世田谷区清掃・リサイクル条例事件判決(最判平二〇・七・二三LEXDB25450195)等が合憲限定解釈を行っている。ちなみに、これらの判例については、井田・前掲書(注67)四二—四三頁、大谷・前掲書(注56)六二頁、高橋・前掲書(注64)四〇頁、西田・前掲書(注64)六〇—六二頁、前田・前掲書(注64)六一頁、山中敬一・刑法総論(第三版)(平成二七年)八五—八七頁等参照。

(72)

広島市暴走族追放条例事件判決であるが、被告人は、暴走族構成員約四〇名と共謀の上、平成一四年某日夜間、広島市が管轄する公共の場所において、広島市長の許可を得ないで、所属する暴走族のグループ名を刺しゅうした「特攻服」と呼ばれる服を着用し、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、旗を立てる等威勢を示して、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集会を行い、同所において、本条例による広島市長の権限を代行する広島市職員から、集会を中止して広場から退去するよう命令を受けたが、これに従わず、引き続き同所において集会を継続し、もつて、広島市暴走族追放条例一九条、一六条一項一号、一七条に該当するとして、懲役四月、三年間刑執行猶予の有罪判決を言い渡された。被告人は、本条例一六条一項一号、一七条、一九条の規定の文言からすれば、その適用範囲が広範に過ぎると主張したが、多数意見は、限定的に解釈すれば、いまだ憲法二二条一項、三一条に違反するとははいえない、と判示した。これに対して、藤田反対意見は、「表現の自由の規制について、最高裁判所が法令の文言とわけ定義規定の強引な解釈を行つてまで法令の合憲性を救うことが果たして適切であるかについては、重大な疑念を抱くものである。本件の場合、…問題となる諸規定を（多数意見の）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あるとは思われないのであつて、本件は、当審が敢えて合憲限定解釈を行つて条例の有効性を維持すべき事案ではなく、違憲無効と判断し、即刻の改正を強いるべき事案である」と述べ、田原反対意見も、多数意見の合憲限定解釈につき、「仮にその限定解釈の枠を超えて本条例が適用されると、それに伴つて、国民（市民）の行動の自由や表現、集会の自由等精神的自由が、一旦直接に規制されることとなり、それがその後裁判によつて、その具体的適用が限定解釈の枠を超えるものとして違法とされても、既に侵害された国民（市民）の精神的自由自体は、回復されないものであり、また、一旦、それが限定解釈の枠を超えて適用されると、それが違憲無効であるとの最終判断がなされるまでの間、多くの国民（市民）は、本条例が限定解釈の枠を超えて適用される可能性があり得ると判断して行動することとなり、国民（市民）の行動に對し、強い萎縮的效果をもたらしかねない」として法令違憲を主張した（傍線筆者）。藤田反対意見は、文字通り解釈すれば違憲の疑いのある規定を合憲限定解釈といういわば姑息な手段によつて救済するよりも、問題を法の改正という立法的な解決にゆだねて、憲法の番人としての役割を全うすべきだとの趣旨であらうし、田原反対意見は、戸松・前掲書（注一）二三五―二四二頁にいわゆる立法正当化型合憲限定解釈が、不明確さの指摘が根強いにもかかわらず、限定解釈によつて存続した場合、限定解釈の枠を超えた適用がなされ国民に萎縮効果をもたらすおそれがあるという指摘であらう。いずれも少なくとも一理ある正論と思われるが、裁判所としてはよほどのことがない限り、法令違憲の判断を回避したいというのが現状のように思われ、やはりこれらの反対意見が多数意見と化する当面は困難と思われる。参考までに、寺田治郎第一〇代最高裁長官の退官後の談話を以下に引用する。すなわち、「違憲の法律を廃止して新たに立法するコストを考えたら、その方（合憲限定解釈の方）

が効率的である。それに国権の最高機関である国会のつくった法律がどんどん違憲になったらおかしいでしょう」(山田隆司・最高裁の違憲判決(平成二四年)二四五頁)。

(73) 北海道迷惑防止条例事件判決であるが、被告人は、正当な理由がないのに、平成一八年某日夜間、旭川市内のショッピングセンター一階の出入口付近から女性靴売場にかけて、女性客(当時二七歳)に対し、その後を少なくとも約五分間、四〇m余りにわたって付けねらい、背後の約一ないし三mの距離から、右手に所持したデジタルカメラ機能付きの携帯電話を自己の腰部付近まで下げて、細身のズボンを着用した同女の臀部を同カメラでねらい、約一回これを撮影した行為について、原判決は、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例(昭和四〇年北海道条例第三四号)一〇条一項、二条の二第一項四号に当たるとしたが、弁護人は上記条例二条の二第一項四号の「卑わいな言動」は、不明確であり、憲法三一条違反であると主張した。しかし、最高裁は、当該「卑わいな言動」とは、社会通念上、性的道義観念に反する下品でみだらな言語又は動作をいうと解され、同条一項柱書きの「公共の場所又は公共の乗物にいる者に対し、正当な理由がないのに、著しくしゅう恥させ、又は不安を覚えさせるような」と相まって、日常用語としてこれを合理的に解釈することが可能であり、所論のように不明確であるということとはできない、と判示した(傍線筆者)。

(74) 世田谷区清掃・リサイクル条例事件判決であるが、被告人は、古紙回収業を営む被告人が、世田谷区内の資源・ごみ集積所から古新聞を回収したとして、世田谷区清掃・リサイクル条例(以下「本件条例」という)第三一条の二第一項、同七九条一号(以下、あわせて「本件条項」という)を根拠に訴追された事案である。本件条項は、「第三五条第一項に規定する一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」から、区長および区長が指定する者以外の者が、古紙等を収集等することを禁止し、禁止命令に違反した者に対して刑罰を科するものであるが、第一審判決は、本件条項は、「廃棄物処理法に違反すると共に、構成要件要素である犯行場所の明確性・公示性にも欠けていることなどの理由から、違法・無効と判断したものである」とし、被告人に無罪を言い渡したものの、原判決は、「本件条項の犯罪構成要件である『所定の場所』は、すなわち一般廃棄物処理計画中の区の分別収集する廃棄物を区民等が排出すべき場所として明記された『定められた場所』であるとし、いわゆる集積所等に置かれた古紙等の『持ち去り』行為を規制したもので、構成要件として特にあいまい・不明確な点はないというべきである」として第一審判決を以下のとおり否定して破棄したうえ、被告人に罰金二〇万円の刑を言い渡し、最高裁はこれに対する上告を棄却した。

(75) 周知のように、ラートブルフ著作集第一巻『法哲学』(田中耕太郎訳)(昭和三六年)二〇九頁においては、正義・合目的性・法的安定性という三つの法理念のうち「・・・法的安定性をどれだけ合目的性および正義のために犠牲とすべきかということ

は、国家観および法律観によって、すなわち政党の立場によって決せられる。法理念のうち正義および法的安定性は普遍妥当的な要素であり合目的性は相対主義的な要素であるが、さらに、これら三要素相互の順位関係もまた相対主義的なものであるとして、法的安定性が常に他の法理念に対して優位に立つものでないことを認めており、さらに、アルトゥール・カウフマン(著)／西野基嗣(訳)「解釈学の光に照らされた法の歴史性」『法・人格・正義』(平成八年)一八一―一九頁では、法的安定性の思想が、一九世紀に制定法の計算可能性などを主張し、その法価値を承認されたことはよいことではあったものの、反面それが教義に持ち上げられると、危険なイデオロギーになる旨警告されている。法ないし法治国家は、完成した静態的なものではなく、人がたえず形成しなければならないものだからである。

(76) 前田・前掲書(注55) 六三頁は正当にも、解釈の場では明確性と並んで結論の具体的妥当性の要請を重視せざるを得ない以上、形式的で明確な解釈を行った結果、かえって不当に処罰範囲を拡大することは許されず、裁判官は常に処罰範囲を明確化する一般の基準を提示する必要性よりも、むしろ一般の基準を具体的事案にあてはめ事案の妥当な解決を行う必要性の方が重要である旨を述べたうえ、全農林判決が法文の明確性の要請と解釈の明確性を一体化し、厳しい明確性を要求し二重の絞り論を否定したことを批判すべきであるとする。

(77) 芦部・前掲書(注3)三九九―四〇一頁。

(78) 大谷・前掲書(注56)六一頁、佐藤(幸)・前掲書(注5)六五七―六五九頁、田宮・前掲書(注7)五二頁、中山・前掲書(注67)七三頁。ただし、法令自体の欠陥は是正されず、予測可能性を欠くという問題は残る(山田・前掲書(注72)二七頁)。もっとも、樋口陽一・憲法(第三版)(平成一九年)四四九頁は、「限定解釈をしなければ、その法令を違憲といわざるをえないときにこそ、限定解釈の必要性が出てくるのであり、限定解釈が法律の予測機能を阻害すること、違憲と判断される余地のある法令が言論への委縮効果を及ぼすことが問題とされ、そのような法令そのもの自身が違憲とされるべきだ、とされるはず」と論じている。

(79) 戸松・前掲書(注1)二三八頁。なお、合憲限定解釈よりも立法的解決が権力分立思想からの筋ではないかという根本的な疑問が起ころのは当然であるが、伝統的にいわゆる「根回し型立法過程」の風土をもつわが国では、意見の対立が利害の対立に基づくような政策立法は妥協が成立しやすいものの、意見の対立が価値観に根差し、さらに立法の推進に必要な社会生活上のインパクトに乏しい刑事関係立法については妥協が難しく、(法改正のための)立法化をしにくい(亀山継夫「刑事関係立法過程はこのままでよいか」ジュリスト八五二―三頁(昭和六一年)二六五―二七一頁)、司法における合憲限定解釈の必要性がおのずから大きくなることをも考慮すべきであろう。

(80) たとえば、大阪地判平二九・八・二八 LEX/DB25540943。なお、罪刑均衡の問題が実質的には責任主義の問題であることは夙に指摘されるところであり(川端博「罪刑法定主義の現代的意義」植松正・川端博・曾根威彦・日高義博(編)『現代刑罰論争Ⅰ』(第二版)(平成九年)三三三頁等)、罪刑均衡と責任主義は一体とみるべきであり、罪刑均衡の観点から合憲限定解釈が主張された場合、責任主義の観点に基づく合憲限定解釈を行うことも認められるはずである。

また、市川・前掲論文(注5)三三三頁は、「……合憲限定解釈を認めるのであれば、通常、当該合憲限定解釈の妥当性、許容性の判断をするのに立法事実の考慮は必要である。それゆえ、立法事実の考慮をするまでもなく法令の文言からして合憲限定解釈が不可能であることが明らかなる場合にのみ、法令の文言のみから合憲性が判断されることになる。……わが国の最高裁の場合、立法事実を考慮して法令の合憲性を一般的に審査する手法をとることが通常であるが、こうした手法も文面審査なのである。……要するに、文面審査には、立法事実を考慮しない文面審査と立法事実を考慮する文面審査とがある。……」とされる。

なお、立法事実・立法事実論に関しては、渡辺千原「法を支える事実」立命館法学三三三・三三三・三四号(平成二二年)一八〇七—一八〇八頁が、以下のように整理しているのが参考になる。すなわち、「立法事実の定義としては、……『法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち、社会的、経済的、政治的もしくは科学的事実』という定義がよく参照されるが、この事実とは、基本的には『立法府が立法の資料として収集認定する事実と同質』のものと理解され、この二つは通常重なるものとして想定される。そして、この事実は、司法事実、つまり、『特定の事件の中で起こった特定の事実で、通例裁判所によって訴訟上認定される事実』と対比される。……立法府が、法律を制定する際に、その前提として、法の合理性を支えるような社会的、経済的、政治的、科学的事実についての資料を収集し、それに基づいて立法がなされている場合、立法府が収集し、それに基づいて立法がなされた事実とほぼ同じものとなるが、この二者が必然的に同一になるわけではない。むしろ、その二者が、食い違うからこそ、立法事実を問うことに意味がある。つまり、立法府が収集し、認定した事実が、社会的、経済的、政治的もしくは科学的事実と照らしてみても、妥当ではなかったという場合(立法事実の不存在)や、立法府が収集し、認定した事実が、現在においては、立法の合理性を支える事実として妥当しなくなった(立法事実の変遷)という場合に、当該立法の合憲性が問題になる。……そして、合憲性の推定は、立法事実の適正な存在、すなわち立法府が法律を制定する際に、その前提として認定した事実が妥当であることの推定でもある。よって、合憲性の推定を破るには、その立法の合理性を支える事実である立法事実の不存在を明らかにする必要がある。このような事実……の立証を要求し、その立証がない場合に違憲判断を行う違憲審査の手段の

(81) ことを立法事実論という……。立法事実論の展開は、積極的に違憲判断を行うという意味で司法積極主義に結びつきやすい」。

戸松・前掲書(注1)四三―四四二頁。