

「合憲限定解釈」または「憲法適合的解釈」の諸相

大石和彦

目次

本稿の目的

- (1) 「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」との間
 - i) 「広義の憲法適合的解釈」
 - ii) 「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」
 - iii) 新潟県公安条例事件・よど号ハイジャック記事抹消事件の位置づけ
 - iv) 泉佐野市民会館事件判決はハイブリッド事案か？
- (2) 合憲限定解釈の2タイプ
 - i) 「合憲限定解釈が行われた場合には、法令自体の合憲性が改めて審査されることはない」というのは本当か？
 - ii) 広島市暴走族追放条例事件—2つの観点からの「審査」—
 - iii) 堀越事件の位置づけ
 - iv) 千葉裁判官補足意見と先例
- (3) 合憲「拡張」解釈の位置—合憲限定解釈に似ているか？
 - i) “狭過ぎ”問題への対処法としての「合憲拡張解釈」または「合憲補充解釈」
 - ii) 国籍法違憲判決は合憲拡張解釈の例か？
 - iii) 合憲拡張解釈は合憲限定解釈と似ているか？

本稿の目的

本稿では、従前「合憲（限定）解釈」を用いた（最近ではより広く、宍戸常寿がいう「狭義の憲法適合的解釈」の例を含め「広義の憲法適合的解釈」⁽¹⁾の）例と解されてきた判例（およびその周辺事例）について、それらの事例に見られる共通の特徴（と同時に相違点）を整理して説明するため提示されてきた既出の議論の基本発想の延長線上で、さらなる整理の徹底を試みたいと思う。

諸判例を分類することの意義については、既に先行業績の中で語られていることではあるが⁽²⁾、あえて本稿なりの言葉で確認しておく、学説が判例を対象として議論する際、それらの事例に見られるいかなる特徴（複数の事例の間に見られる共通性または違い）に着目しているのかを、学説の側が十分整理した形で示しておくことが、両者の間の対話（判例に対する批判を含め）、さらに学説どうし意思疎通にとって不可欠なのは自明の理だということに尽きる。

（1）「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」との間

そもそも「合憲限定解釈」とは何か（そうでない法令解釈とどこが違うのか）を明らかにするためには、「広義の憲法適合的解釈」という上位概念の下、「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」という2つの下位類型の間の区別を行う宍戸常寿の議論から見て行くのが有益と思われる。

-
- (1) 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78号（2016）4頁。宍戸の議論については本稿で以下検討する。
 - (2) 宍戸・前掲（注1）16頁は、「広義の憲法適合的解釈」という上位概念の下、「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」という2つの下位類型の間の区別を行う自身の議論につき、「『分類論のための分類』ではなく、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察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、意味があるものと考えている」と述べる。

i) 「広義の憲法適合的解釈」

宍戸によると、「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」することであり、その主体は裁判所に限られない⁽³⁾。裁判所によらない(学説による)「広義の憲法適合的解釈」の例として宍戸があげるのは、放送番組が「政治的に公平であること」を求める放送法4条1項2号につき、憲法(21条)による放送の自由の保障に適合させるため、倫理的な意味を持つにとどまる(法的拘束力はない)と解する学説⁽⁴⁾である。もちろん、これは例示であるし、そこにいう「憲法上の要請」も、あえて人権規定のそれに限られているわけではないとするなら、憲法58条2項が各院(議院規則)の所管としている事項につき定める国会法上の規定につき法的拘束力を持たない「紳士協定」だと解する学説⁽⁵⁾をここに数えることも可能であるように思われる。また例えば、「人事院規則14-7(政治的行為)の運用方針」(昭24年10月21日人事院事務総長発各庁宛通牒)は、人事院規則14-7(政治的行為)が「学問の自由及び思想の自由を尊重するように解釈され運用されなければならないことは当然」とした上で、同規則第5項第5号にいう「政治の方向に影響を与える意図」につき、「日本国憲法に定められた民主主義政治の根本原則を変更しようとする意思をいう」ものと、「一般人」が当該文言を見ただけでは容易には想像し難いと思われる射程範囲の絞り込みをかけているが、これも裁判所によらない(行政機関による)「広義の憲法適合的解釈」の例ということになるだろうか。

(3) 宍戸・前掲(注1)5頁。

(4) そこで念頭に置かれているのは、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法(第六版)』(岩波書店2015)188頁等であろう。

(5) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会1987)406頁。

ii) 「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」

宍戸は2016年の論文⁽⁶⁾において、上記の「広義の憲法適合的解釈」という上位概念の下、「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」という下位類型を、それぞれ以下のように区別する。すなわち、「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一従って、わが国では裁判所によって一、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(傍線は本稿筆者。以下同じ。)。これに対し、「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」とされる。同論文では、都教組事件⁽⁷⁾、札幌税関検査事件⁽⁸⁾、広島市暴走族追放条例事件⁽⁹⁾が「合憲限定解釈」の例として⁽¹⁰⁾、新潟県公安条例事件⁽¹¹⁾、全通東京中郵事件⁽¹²⁾、西山記者事件⁽¹³⁾、よど号ハイジャック記事抹消事件⁽¹⁴⁾ (以上い

(6) 宍戸・前掲(注1)5-6頁。

(7) 最大判昭和44年4月2日・刑集23巻5号305頁。

(8) 最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁。

(9) 最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁。

(10) さらに宍戸常寿「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)64頁では、福岡県青少年保護育成条例事件(最大判昭和60年10月23日・刑集39巻6号413頁)、さらにはインサイダー取引事件(最大判平成14年2月13日・民集56巻2号331頁)なども「合憲限定解釈」の例としてあげられている。

(11) 最大判昭和29年11月24日・刑集8巻11号1866頁。

(12) 最大判昭和41年10月26日・刑集20巻8号901頁。

(13) 最一小判昭和53年5月31日・刑集32巻3号457頁。

(14) 最大判昭和58年6月22日・民集37巻5号793頁。

ずれも最高裁判決）が「狭義の憲法適合的解釈」の例として⁽¹⁵⁾、それぞれあげられている。

「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」との間の区別に当たり、穴戸が最も重視していると思われるのは、上記引用箇所の中の傍線部、すなわち当該法令に「違憲的適用部分」が含まれる（と裁判所が考える）か否かであろう⁽¹⁶⁾。穴戸が同様の区別論を最初に提示したのは2012年の論文⁽¹⁷⁾においてであったが、その時点で既に、「憲法適合的解釈」（2016年論文でいう「狭義の憲法適合的解釈」に相当⁽¹⁸⁾。）が「もともと合憲である法令の規定の意義を憲法論を踏まえて明らかにするのに対して、合憲限定解釈は、通常の解釈によるならば法令の規定が違憲の瑕疵を含むという憲法判断に至った場合に、法令の適用範囲等をより限定する解釈を採用することで、法令の規定を合憲とする裁判の方法」である点に、両者の区別のポイントを見出していた。

(15) さらに穴戸・前掲（注1）12頁は「狭義の憲法適合的解釈」の例として、「四畳半襖の下張り」事件（最二小判昭和55年11月28日・刑集34巻6号433頁）におけるわいせつ概念の解釈も（ということは、メープルソープ事件〔最三小判平成20年2月19日・民集62巻2号445頁〕における関税込率法21条1項4号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等をめぐる解釈も「狭義の憲法適合的解釈」の例ということになるか。）、エホバの証人剣道実技拒否事件（最二小判平成8年3月8日・民集50巻3号469頁）のような「行政裁量の司法的統制」に関する事案（例えば人権への配慮が、判断過程における要考慮事項となるものとの解釈を処分根拠法令に対して施す点で、根拠法令に対する憲法適合的解釈の一種だと理解を前提とするものであろう。）、「憲法の私人間効力の場面一般」（例えば日産自動車事件〔最三小判昭和56年3月24日・民集35巻2号300頁〕における憲法14条1項適合的な民法90条解釈を念頭に置くものであろう。）もあげている。

(16) さらに穴戸・前掲（注1）11-12頁は、「合憲限定解釈に関する最高裁判例は、…法令の規定が違憲的適用部分を含むということを前提にする」のに対し、「狭義の憲法適合的解釈」を行った判例は、「規定の中に違憲的適用部分が存在しないにもかかわらず、なお憲法上の要請が当該規定の理解や解釈に影響する場合があることを示している」と述べている。

(17) 穴戸・前掲（注10）72頁。

(18) なお2012年段階では、「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」の両方を包摂する「広義の憲法適合的解釈」なる上位概念は、まだ明示されていなかった。

iii) 新潟県公安条例事件・よど号ハイジャック記事抹消事件の位置づけ

上記のような穴戸の区別論において、「新潟県公安条例事件」上告審判決および、「よど号ハイジャック記事抹消事件」上告審判決が、「狭義の憲法適合的解釈」、すなわち最初から法令違憲問題が疑われないケースとして（そうしたケースといっしょに）位置づけられている点は、本稿筆者にとっては、建付けが良いようには思えない。まず、新潟県公安条例事件上告審判決は、デモ行進について「本件条例4条1項は、文理としては許可することを原則とする立言をとりながら、その要件としてきわめて一般的抽象的に『公安を害する虞がないと認める場合は』と定めているから、逆に『公安を害するおそれがあると認める場合は』許可されないという反対の制約があることとなり、かかる条項を唯一の基準として許否を決定するものとするれば、公安委員会の裁量によって、これらの行動が不当な制限を受けるおそれがないとはいえない。従ってかかる一般的抽象的な基準を唯一の根拠とすれば、本件条例は憲法の趣旨に適合するものでないといわなければならない」とした上、「しかしながらこれらの行動に対する規制は、右摘示部分のみを唯一の基準とするのではなく、条例の各条項及び附属法規全体を有機的な一体として考察し、その解釈適用により行われるものであることというまでもないから、…結論としてはこれを違憲と解することはできない」としている。これは、本件条例が「憲法の趣旨に適合するものでない」ことも合理的に疑い得る（少なくとも、最初から法令違憲の瑕疵がないものとはいい難い）ケースであることを前提とした議論と見るのが素直ではないだろうか。また、よど号ハイジャック記事抹消事件上告審判決は、監獄法31条2項および監獄法施行規則86条1項につき「その文言上はかなりゆるやかな要件のもとで制限を可能としているようにみられるけれども」、「閲読を許すことにより〔刑事施設内〕の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、…相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、…制限の程度は、…必要か

「合理的な範囲にとどまるべきものと解する」ことも可能であるから、結論的に憲法に違反するものではないとしている。ここでもまた、当該法令を文言通り読み限り「かなりゆるやかな要件のもとで制限を可能としている」がゆえ違憲と疑う余地がある（違憲の瑕疵がないとはいい難い）ことが前提とされているように思われる。

いうまでもないことであるが、法令「違憲の瑕疵」は、規制範囲の“広過ぎ”の問題（過剰包摂、上記引用箇所表現でいえば、法令の射程に「違憲的な適用部分が含まれる」こと）には限られない。猿払事件を例にえば、そこには、「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行った」⁽¹⁹⁾ 政治的行為にまで法的制約の射程を広げて良いのか、という“広過ぎ”の問題の他、違反行為に対し懲戒処分にとどまらず刑罰を規制手段として投入していることの是非、すなわち、“広過ぎ”ではなく、いわば“強過ぎ”の問題も含まれていた。こうした観点から見た場合、新潟県公安条例事件上告審判決に付された井上裁判官・岩松裁判官による補足意見が「本件条例は許可という語を用いて居るけれども、特に許可しない場合を規定し、それに該当しない限り許可しなければならないことになって居り（第4条第1項）また特に許さない旨の意思表示をしない限り許可されたと同様になるのである（第4条第4項）。されば語は許可とって居るけれども実質は届出制において正当な事由ある場合に禁止をするのと少しも変らない」から合憲だとしているのは、条例を字句通り読んだ場合は違憲が疑われるものの、条例の全体として理解した場合には「実質は届出制」と解しうる、という、一種の合憲解釈というべきであろう。ただし、許可制か届出制かは、不許可としうる範囲が「広い」か「狭い」かの問題ではなく、制約の程度が「強い」か「弱い」かの問題であろうから、合憲「限定」解釈とい

(19) 猿払事件第1審判決（旭川地判昭和43年3月25日・刑集28巻9号676頁）。

う呼び方はなじまないであろう。

宍戸は、「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」との区別に当たり、2012年論文の段階では、上掲引用の通り「通常の解釈によるならば法令の規定が違憲の瑕疵を含む」か否かを識別基準として掲げていたのに対し、2016年の論文の上掲引用箇所では、当該法令をめぐる「違憲の瑕疵」一般（広過ぎ問題のみならず強過ぎ問題も含む）ではなく、当該法令の規定に「違憲的な適用部分が含まれる」か否か（広過ぎのみ）を問題にしている。これにより、新潟県公安条例事件上告審判決の井上裁判官・岩松裁判官補足意見のような見解が合憲「限定」解釈に含まれないことが明確化される結果とはなっているものの、それと同時に、どのみち文言通り読めば「許可制」であるがゆえ法令違憲の疑いが否定し難い点で、そもそも法令違憲が最初から疑われない「狭義の憲法適合的解釈」の他の事例との間で違和感を生じさせる結果にもなっているのではないかと。「広い」か「狭い」かの問題を合憲「限定」解釈により解決したのではなく、制約の程度が「強い」か「弱い」かの問題を、真正面から当該規制手段を対象として憲法判断を行うことなく、当該法令につき一種の合憲解釈を施すことで解決する例というものがあ（り得）るとすれば、それは、宍戸の区別論の大枠の中では、「狭義の憲法適合的解釈」ではなく、むしろ「合憲限定解釈」に性質上近いものとして位置付けた方が据わりが良い（それぞれの議論の仕方の特徴が、よりすっきりと見える整理が可能となる）のではないかと思われる。

なお、新潟県公安条例事件上告審判決の法廷意見は、デモ行進についての「一般的な許可制」という憲法に反する規制手段と、「特定の場所又は方法について制限する場合」とを対置した上で、当該条例1条には一見すると前者と思しき部分もないではないが、「条例の各条項及び附属法規全体を有機的な一体として考察し」た場合、後者に過ぎないので合憲と結論づけるものであり、不許可としうる範囲が「広い」か「狭い」かの問題を

合憲「限定」解釈により解決した例と見る余地が十分にあると思われる。

iv) 泉佐野市民会館事件判決はハイブリッド事案か？

また穴戸は、泉佐野市民会館事件上告審判決⁽²⁰⁾が、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を会館の使用を許可してはならない事由として規定している市立泉佐野市民会館条例7条1号につき、「同号は、広義の表現を採っているとはいえ、…本国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、本国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、その危険性の程度としては、…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と解するのが相当である」としていることにつき、同号の「公の秩序をみだす」の部分合憲限定解釈すると同時に、「おそれ」の部分に対しては狭義の憲法適合的解釈を施している例としている⁽²¹⁾。これはおそらく、同判決が「本国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、本国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」としている部分を「公の秩序をみだす」を合憲限定解釈したものと考える一方、「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」という部分につき「おそれがある」に対して狭義の憲法適合的解釈を施しているものと、それぞれ「分節化」して理解するものであろう。同判決にいう「限定して解すべき」という文言が前者の判示部分にしか（後者の判示部分には）かかっていないことを意識し

(20) 最三小判平成7年3月7日・民集49巻3号687頁。

(21) 穴戸・前掲（注1）16-17頁および同・前掲（注7）69頁。

ているのかもしれないし、また「おそれがある」を「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」の意と解する際に、穴戸が狭義の憲法適合的解釈の一例として理解する新潟県公安条例事件上告審判決を泉佐野市民会館事件判決が引用しているため、泉佐野市民会館事件判決の当該部分も同様に狭義の憲法適合的解釈の例であるはずだ、という趣旨なのかもしれない。これに対し本稿としては上記の通り、そもそも新潟県公安条例事件上告審判決の法廷意見を合憲限定解釈の例と見る余地があるものと考えているし、「おそれがある」を「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」の意と解することの帰結は、結局のところ不許可処分が可能な範囲の縮減（「限定」）であるため、泉佐野市民会館事件判決の上掲部分を全体として合憲限定解釈の事例と見ることに特段の支障があるわけではないと考える。

むしろ「分節化」の必要は、よど号ハイジャック記事抹消事件上告審判決の方にあるのではないか。同判決は、「制限が許されるためには、当該閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、…その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である」という形で合憲範囲を絞り込んでいるところ、「かつ」の前は、制約が許される適用範囲を“限定”しているのに対し、「かつ」の後には、必要かつ合理的な「範囲」という言葉を用いているものの、制限が許される「場合」を絞り込んでいるわけではなく（なぜなら、制限が許される「その場合」の絞り込みは「かつ」の前の段階で既に完了しているから。）、制限の「程度」に行き過ぎがあってはな

らないこと（“広過ぎ”ではなく“強過ぎ”の禁止）を述べているからだ。従って、同判決が先の引用箇所につき、監獄法31条2項および監獄法施行規則86条1項につき「上に述べた要件及び範囲内でのみ閲読の制限を許す旨を定めたものと解する」箇所においても、上掲の「かつ」の前に対応する当該法令解釈が合憲「限定」解釈と理解し得るのに対し、「かつ」の後に対応する解釈も確かに、そう解しなければ法令違憲の瑕疵があるという意味で、一種の合憲解釈なのではあろうが、“広過ぎ”と見えるものを狭く解するのではなく、制約の程度が“強い”か“弱い”かにかかわる点で、「限定」解釈と呼ぶのはしっかり来ないであろう。

（2）合憲限定解釈の2タイプ

ここまで、法令違憲の瑕疵を意識するか否かを識別基準として「合憲限定解釈」と「狭義の憲法適合的解釈」とを区別する宍戸の議論を参考に、合憲限定解釈の、いわば外側から、合憲限定解釈とは何か（そうでない法令解釈とどう違うのか）ということを考えてきたが、次に以下では、合憲限定解釈の中でのさらに下位の区分を足掛かりに、合憲限定解釈とは何かという問題を、合憲限定解釈の、いわば内側から考えてみたい。

- i) 「合憲限定解釈が行われた場合には、法令自体の合憲性が改めて審査されることはない」というのは本当か？

「合憲限定解釈が行われた場合には、法令自体の合憲性が改めて審査されることはない」⁽²²⁾

小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』には、上掲引用箇所が2つある。泉佐野市民会館事件上告審判決を例に言えば、「本件条例7条1号

(22) 小山剛『「憲法上の権利」の作法（第3版）』（尚学社2016）62頁および250頁。

は、『公の秩序をみだすおそれがある場合』を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、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、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、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と解するのが相当である」と述べる部分が、上述の通り合憲限定解釈の部分である。そして、それに続く、「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21条に違反するものではな…いというべきである」と述べているのは、条例の憲法適合性を「審査」した結果合憲との判断を述べるものではなく、既になされた合憲判断を、単に「確認」しているに過ぎないと考えられる⁽²³⁾。これはおそらく、合憲限定解釈を、いわば条件付きの法令合憲判断（同判決がいうように限定解釈を施すという条件付きで、条例そのものは合憲だとの判断）だとした上で、合憲限定解釈部分に「審査」（の結果としての法令合憲判断）がビルド・イン済みなのであるから、もはやその後に残されているのは、条例が合憲だとの「確認」に過ぎない、という理解なのであろう。「…憲法の趣旨を十分に踏まえた丁寧な解釈をしたのであれば、その後に行うべきは合憲であることの『確認』であり、合憲性の有無の『審査』ではない」⁽²⁴⁾。念のため付言しておく、私自身、そう思う。

(23) 小山・前掲（注22）250頁。

(24) 小山・前掲（注22）248頁。

ii) 広島市暴走族追放条例事件—2つの観点からの「審査」—

問題はここからだ。さらに小山は、広島市暴走族追放条例事件上告審判決（のうち、おそらく以下部分）も、上記と同様の「審査」・「確認」区別論によって理解しようとする⁽²⁵⁾。

「…所論は、本条例16条1項1号、17条、19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指摘する。

なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることは所論のとおりである。しかし、本条例19条が処罰の対象としているのは、同17条の市長の中止・退去命令に違反する行為に限られる。そして、本条例の目的規定である1条は、『暴走行為、い集、集会及び祭礼等における示威行為が、市民生活や少年の健全育成に多大な影響を及ぼしているのみならず、国際平和文化都市の印象を著しく傷つけている』存在としての『暴走族』を本条例が規定する諸対策の対象として想定するものと解され、本条例5条、6条も、少年が加入する対象としての『暴走族』を想定しているほか、本条例には、暴走行為自体の抑止を眼目としている規定も数多く含まれている。また、本条例の委任規則である本条例施行規則3条は、『暴走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた服装等』の着用者の存在（1号）、『暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた旗等』の存在（4号）、『暴走族であることを強調するような大声の掛

(25) 小山・前掲（注22）250頁。

合い等』(5号)を本条例17条の中止命令等を発する際の判断基準として挙げている。このような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2条7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類似集団による集会が、本条例16条1項1号、17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と解される。

そして、このように限定的に解釈すれば、本条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、その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、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえないことは…明らかである。」

上掲引用部のうち「なるほど、…」ではじまる段落は、いうまでもなく合憲限定解釈により過度の広汎性ゆえ条例違憲の瑕疵を払拭できるとする部分である。同段落には、規制の人的射程範囲を「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」するという条

件付きでの条例合憲判断が含まれていると考えられる。とすれば、「そして、」ではじまる段落では、もはや条例に対する憲法適合性「審査」の必要はないはずであり、そこでなされているのは高々、「審査」ではなく「確認」だということになるのであろう。

本当にそうなのだろうか。確かに、「なるほど、…」ではじまる段落には、ある種の憲法適合性「審査」の結果としての、条件付き条例合憲判断が含まれている。それは、条例文言の過度の広汎性ゆえ文面無効か否かの審査、ドイツ流の表現を使えば、「形式的」観点からの正当化⁽²⁶⁾である。すなわち、そこでの関心対象は、法令（条例）の言い回しがそもそも被治者の予測を攪乱するので法令違憲かどうかという次元の問題である。これに対し、「そして、」ではじまる段落で語られているのは、「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」た判断である。これはドイツ流にいえば、「実質的」観点からの正当化にかかわる。「形式的」観点からの憲法適合性審査、「実質的」観点からの憲法適合性審査は、それぞれ別の観点からの「審査」であって、片方をやったからといって、その後ではもう片方も含め、やる必要がなくなるわけではないだろう。「そして、」ではじまる段落でなされていることは、その前の段落で既になされた「審査」結果の単なる「確認」ではなく、その前の段落でなされた「審査」とはまた別の観点からの「審査」なのだと思すべきであろう。

小山いわく、「合憲限定解釈は、①規範が漠然・不明確であるとの疑義（形式的正当化）、②規範が憲法の許容する限度を超えて広範または過剰な規制を加えるとの疑義（実質的正当化）の両方に関わる」⁽²⁷⁾。正確には、「広範」の問題は、法令の文言選びが拙劣であるため、立法者の意図では規制対象とはならないようなケースにまで規制範囲が及ぶものと思いついで被治者が畏縮するパターンと、立法の意図自体が広過ぎた（過剰包摂）

(26) 小山・前掲（注22）47頁。

(27) 小山・前掲（注22）62頁。

規制を志向しているパターンに分けた上、前者は①、後者は②へと分別し直すべきであろう。そのように再構成した上で、①（形式的正当化に関わる合憲限定解釈）の例としては、徳島市公安条例事件⁽²⁸⁾、札幌税関検査事件⁽²⁹⁾、福岡県青少年保護育成条例事件⁽³⁰⁾、成田新法事件⁽³¹⁾（以上いずれも最高裁判例）をあげることができよう。②の「実質的正当化」においては、立法「目的」という形で登場するか、それとも比較衡量される利益の一方の側、すなわち「制約により得られる（政府）利益」という形で登場するかはともかく、必ず人権に対抗する反対利益（政府利益）が登場する点がポイントであろうから、その例としては、人権と対抗利益の間での比較衡量を前提とした合憲限定解釈事例という意味で、都教組事件⁽³²⁾、よど号ハイジャック記事抹消事件⁽³³⁾（もちろんこれを本稿のように合憲限定解釈の例と解した場合であるが）、泉佐野市民会館事件⁽³⁴⁾、目的手段の2段階の審査を行う中、手段審査部分で合憲限定解釈を行う事例としてインサイダー取引事件⁽³⁵⁾をあげることができよう。これを前提とした上で本稿としては、広島市暴走族追放条例事件上告審判決は、①（上掲引用箇所のうち「なるほど、…」ではじまる段落）と②（「そして、…」ではじまる段落）を、それぞれ両方行った例と見るべきと考える。

iii) 堀越事件の位置づけ

小山は、上記の通り広島市暴走族追放条例事件上告審判決（の「そして、…」ではじまる段落）については「審査」ではなく「確認」と説明し

(28) 最大判昭和50年9月10日・刑集29巻8号489頁。

(29) 前掲（注8）。

(30) 前掲（注10）。

(31) 最大判平成4年7月1日・民集46巻5号437頁。

(32) 前掲（注7）。

(33) 前掲（注14）。

(34) 前掲（注20）。なお上告趣意書において上告人（原告）側は文面無効（形式的観点からの）違憲主張も行っている。

(35) 前掲（注10）。

ているのとは対照的に、「堀越事件」上告審判決⁽³⁶⁾が憲法21条で保障される「政治活動の自由の重要性」にも鑑みつつ、「政治的行為」の文言の射程範囲に限定解釈を加えている部分（以下引用部のうち「ア」）に続く部分（同「イ」）については、合憲性の単なる「確認」ではなく、「実質的な審査を行っ」たものと説明している。以下「イ」の冒頭に「本件罰則規定が憲法21条1項、31条に違反するかを検討する」と明確に宣言されている以上、これを単なる既決事項の「確認」と説明するのはいかにも無理だからであろう。

「…所論は、原判決は、憲法21条1項、31条の解釈を誤ったものであると主張する。

ア そこで検討するに、本法102条1項は、『職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。』と規定しているところ、同項は、行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することをその趣旨とするものと解される。すなわち、憲法15条2項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に

(36) 最二小判平成24年12月7日・刑集66巻12号1337頁。小山・前掲（注22）247頁。

当たることが必要となるものである。このように、本法102条1項は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される。国民は、憲法上、表現の自由(21条1項)としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であって、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、上記の目的に基づく法令による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その範囲が画されるべきものである。

このような本法102条1項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、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と解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為の類型を規定したものと解すべきである。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則6項7号、13号(5項3号)については、それぞれが定める行為類型に文言上該当する行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものを当該各号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。このような行為は、それが一公務員のものであっても、行政の組織的な運営の性質等に鑑みると、当該公務員の職務権限の行使ないし指揮命令や指導監督等を通じてその属する行政組織の職務の遂行や組織の運営に影響が及び、行政の中立的運営に影響を及ぼすものというべき

であり、また、こうした影響は、勤務外の行為であっても、事情によってはその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まることなどによって生じ得るものというべきである。

そして、上記のような規制の目的やその対象となる政治的行為の内容等に鑑みると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。具体的には、当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の対象となるものと解される。

イ そこで、進んで本件罰則規定が憲法21条1項、31条に違反するかを検討する。この点については、本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである（最高裁昭和…58年6月22日大法院判決・民集37巻5号793頁等）。そこで、まず、本件罰則規定の目的は、前記のとおり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することにあるところ、これは、議会制民主主義に基づく統治機構の仕組みを定める憲法の要請にかなう国民全体の重要な利益というべきであり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認め

られる政治的行為を禁止することは、国民全体の上記利益の保護のためであって、その規制の目的は合理的であり正当なものといえる。他方、本件罰則規定により禁止されるのは、民主主義社会において重要な意義を有する表現の自由としての政治活動の自由ではあるものの、前記アのとおり、禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。そして、上記の解釈の下における本件罰則規定は、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解される。なお、このような禁止行為に対しては、服務規律違反を理由とする懲戒処分のみではなく、刑罰を科すことをも制度として予定されているが、これは、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容、態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合も想定されるためであり、あり得べき対応というべきであって、刑罰を含む規制であることをもって直ちに必要かつ合理的なものであることが否定されるものではない。

以上の諸点を鑑みれば、本件罰則規定は憲法21条1項、31条に違反するものではない…。」

上掲引用箇所のうち「ア」の部分で行われた「政治的行為」に対する限定解釈が「合憲限定解釈」なのかどうかはともかく、これが上記の①（形式的正当化に関わるもの）、②（実質的審査に関わるもの）のうちいずれのタイプかといわれれば、後者だというべきであろう。一方で立法目的（人権に対抗する利益）、一方で政治活動の自由の重要性という2つの利益の間での判示と考えられるからである。さらに続く「イ」の部分を見ると、

「前記アのとおり、禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである」と述べているのは、法令（規制手段の）違憲の疑いが認められるケースにおいて、法令の射程を限定する解釈を前提に手段合憲だとする点で、上述の通り合憲限定解釈の例とされるインサイダー取引事件⁽³⁷⁾に明らかに似る。従って、インサイダー取引事件を合憲限定解釈の例だと解した場合、上掲「ア」を合憲限定解釈ではないとする、堀越事件上告審判決に付された千葉裁判官補足意見の説明の趣旨を理解するのは容易でない。これを合憲限定解釈と解した場合、やはり②の例と考えることになる。もっとも「イ」には、「…上記の解釈の下における本件罰則規定は、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解される」という①に相当する部分も見られる。これも文面上違憲の瑕疵が疑われるケースにおいて、合憲限定解釈の結果、違憲判断を免れるという典型パターンの1つと解するのが素直なように思われ、その点でも、本判決を合憲限定解釈ではないと力説する千葉裁判官補足意見の説明の趣旨を理解するのは容易でない。

iv) 千葉裁判官補足意見と先例

以上、千葉裁判官補足意見の説くところは難解だと繰り返したが、一つ明らかかなことがある。千葉裁判官が堀越事件上告審判決（のうち上掲「ア」）につき合憲限定解釈を行ったものではないとする箇所は以下の通りであるが、そこで意識されているのが専ら②（実質的正当化に関わるもの）であり、①は（上述の通り上掲「イ」）の中にそれに対応する部分が見られるに

(37) 前掲（注10）。

もかかわらず)、少なくともその文面上、意識されていないということだ(なお、以下引用箇所がいう「広すぎ」とは、過度の広汎性ゆえ文面無効問題をいうのではなく、「実質的」審査における手段違憲問題の中の一パターンを指すものと解される。ちなみに同補足意見がいう「オーバールール」の語も、判例変更という英米で通常念頭に置かれる意味、さらにはより広く判断代置といった意味ではなく、以下引用部にいう「規定の文理のままでは規制範囲が広すぎ…違憲の疑いがある」法令の意味と解しておくのが、同補足意見の全一的解釈という観点から、妥当であると思われる。)

「これは、いわゆる合憲限定解釈の手法、すなわち、規定の文理のままでは規制範囲が広すぎ、合憲性審査におけるいわゆる『厳格な基準』によれば必要最小限度を超えており、利益較量の結果違憲の疑いがあるため、その範囲を限定した上で結論として合憲とする手法を採用したというものではない。」

そもそも同裁判官が堀越事件で補足意見を書かなければならなかった、その大きな理由の一つとしては、過去の同裁判所の判例(もちろん、その第一のものが猿払事件⁽³⁸⁾であることはいうまでもない。)との整合性(全一性)を強く意識した(意識せざるを得なかった)ことをあげなければならないであろう。ところで、過去の最高裁判例との整合性(全一性)の問題という観点から(加えて、被告人が公務員であるという事実をも視野に入れ)、合憲限定解釈をめぐる事例というと、猿払事件上告審判決とほぼ同時期の、「全農林警職法事件」⁽³⁹⁾を、誰もが想起するはずだ。同判決は、田中二郎裁判官をはじめとするそれ以前の最高裁内の多数意見の立場(都教組事件⁽⁴⁰⁾がそうしたかつての判例の到達点であろう。)に対し、「…不

(38) 最大判昭和49年11月6日・刑集28巻9号393頁。

(39) 最大判昭和48年4月25日・刑集27巻4号547頁。

(40) 前掲(注7)。

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31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」と非難して、判例としての命脈を断ち切った。もともと、実際にはその後も最高裁は、合憲限定解釈をやめなかったが、それは、戸松秀典⁽⁴¹⁾の用語を借りていえば、都教組事件判決のような「人権保障促進型合憲限定解釈」（当該法令の規制範囲を限定解釈することにより、違憲主張側当事者の行為を規制範囲から免れさせる〔典型的には刑事事件の被告人を無罪とする〕手法）ではなく、「立法正当化型合憲限定解釈」（当該法令の文言を字義通り解釈したならば違憲の疑いがある場合に、文言の意味につき限定解釈を加えることで違憲判断を回避（別言すれば、立法を「正当化」）しつつ、当該法令を刑事事件の被告人または抗告訴訟の原告に適用する〔有罪判決または処分を合憲とする判決を下す〕というパターン）であった。それでは判例全体の全一性を最高裁自身が損なったようなものだといいたいくなる人もいるかもしれないが、おそらく最高裁にいわせれば、その後の（戸松いわくの「立法正当化型合憲限定解釈」の例）は全農林警職法判決がいう「不明確な」限定解釈には当たらないということなのであろう。合憲限定解釈が許される要件として札幌税関検査事件判決⁽⁴²⁾が、「…法律の規定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とることができるものでなければならず」との公式をわざわざ立て、しかもその趣旨は全農林警職法事件判決の後間もなく徳島市公安条例事件判決⁽⁴³⁾において既に示されていた

(41) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣2008）235頁以下。

(42) 前掲（注8）。

(43) 前掲（注28）。

ものであるとしているのも、全農林警職法事件判決における「不明確な限定解釈」に対する批判を念頭に置いた最高裁自身による弁明とでもいうべき文脈をも意識しつつ、理解されるべきもののように思われる。

ところで、全農林警職法事件判決で命脈を絶たれた、都教組事件判決に代表される「人権保障促進型合憲限定解釈」とは、以上本稿で検討した小山の分類でいうと②（実質的正当化に関わるもの）であったのに対し、その後の「立法正当化型合憲限定解釈」の例は、基本的に①（形式的正当化に関わるもの）であったといえる⁽⁴⁴⁾。この観点からもう一度掘越事件判決を見ると、それを一種の合憲限定解釈だと真正面から認めてしまった場合、それは②（実質的正当化に関わる）「人権保障促進型合憲限定解釈」、しかも「不明確な」その復活ということになり、全農林警職法事件判決以降の最高裁判例との整合性（全一性）という観点からは、建付けの悪さ（もちろんその種の建付けを気にすればの話であるが）が生じていた可能性もある。

（3）合憲「拡張」解釈の位置—合憲限定解釈に似ているか？

i) 「狭過ぎ」問題への対処法としての「合憲拡張解釈」または「合憲補充解釈」

合憲限定解釈に一見すると似ている言葉に、「合憲拡張解釈」または「合憲補充解釈」があるが、それらは、合憲限定解釈が「過剰包摂」（不利益法律の射程の広過ぎ）問題の解決法であるのに対し、授益的規定の対象範囲が、文言を文字通り読んだ限りでは限定的に見える「過小包摂」（狭過ぎ）問題の打開策である点で、そもそも違いがある。

(44) もっとも、よど号ハイジャック記事抹消事件上告審判決・前掲（注14）および泉佐野市民会館事件判決・前掲（注20）の一般的判断枠組は、それぞれの事案では、原告の特殊性（過激派メンバーであること）ゆえ、その「人権保障促進」機能を顕在化させなかったものの、前者については最一小判平成18年3月23日・判タ1208号72頁、後者については上尾市福祉会館事件（最一小判平成8年3月15日・民集50巻3号549頁）において、その本来的機能を発揮したと考えることもできよう。

授益的法律の保護射程の過小包摂問題への対処法としては、当該文言の通常の語義の範囲内での「拡張」解釈、授益規範の穴（欠缺）を「類推」等を通じ「補充」する等が考えられる。例えば仮に地方公務員災害補償法32条が、「遺族補償年金を受けることができる遺族は、職員の妻、子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹であって、職員の死亡の当時その収入によって生計を維持していたものとする。」という規定であったとすると、事実婚カップルの女性を授益対象に含めるためには、「妻」という文言の拡張解釈で行けるという考え方も成り立ち得るし、あるいは実際の現行法のように、「妻」の後に「(婚姻の届出をしていないが、職員の死亡の当時事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。)」というカッコ書きを「補充」するのと同値（これは実質的に、法律婚カップルの妻を対象とする規範を事実婚カップルの女性側にも「類推」適用するのと同じ）と解する考え方もあり得よう。これに対し死亡当時地方公務員（「職員」）であった妻の収入で生計を維持していた夫を授益対象に含めようとする場合⁽⁴⁵⁾には、「妻」に「夫」という含意を見出すことは可能な語義の範囲を超えるため、「妻」の文言の後に「又は夫」という文言を「補充」（妻に対する規範を夫に類推適用）するような形の解釈を施すしかないだろう。

そもそも法解釈の世界で「拡張」とか「補充」といったら、主には法令の《文言》を念頭に置きつつ、その意味の射程を「拡張」すれば済むのか、穴（「欠缺」）があるので（似たようなケースに適用すべき規範を「類推」適用するなどして）「補充」しなくてはならないのか、といった場面で語られてきた言葉であろう。とすれば、上記の「職員の妻」という文言をめぐるケースが、「(合憲) 拡張解釈」、「(合憲) 類推（補充）解釈」の本来的イメージというべきであろう。国籍法違憲判決の類似事案として言及されることの多い昭和57年東京高裁判決⁽⁴⁶⁾は、父系血統主義を採っていた

(45) 大阪地判平成25年11月25日・判タ1402号69頁。

(46) 東京高判昭和57年6月23日・判時1045号78頁。

当時の国籍法2条1号(「出生の時に父が日本国民であるとき。」)の下、出生による国籍取得が認められなかった、日本国民たる母と外国人たる父の間の子が提起した訴えであったが、この原告の主張とは要するに、当時の規定の「父」の後に「又は母」という文言を「(欠缺)補充」すること(により、日本国民たる父と外国人たる母の間の子を対象とする授益規範を自分にも「類推」適用すること)を求めるものであった。

ii) 国籍法違憲判決は合憲拡張解釈の例か?

これに対し、国籍法違憲判決⁽⁴⁷⁾は、当時の国籍法3条1項のうち「父母の婚姻…により嫡出子たる身分を取得した」と定める部分の無効(平たくいえば《余計な部分の削除》)が求められた事案であって、《足りない部分の付け足し》が求められた上掲昭和57年東京高判とは、この点正反対の操作であったといわなくてはならない。

国籍法違憲判決における各意見の分布状況は、当時の国籍法3条1項の中にどのような規範的意味が含まれているかに関する理解の仕方由来している。

①法廷意見(参加裁判官9名)は、同項の中に、外国人たる母から生まれ、日本国民たる父から生後認知を受けた子のうち、婚外子(以下「非準正子」という。)には日本国籍付与対象者から排除するという、その意味では不利益的な規範(これを差し当たり本稿では「規範B」と呼ぶ。)と、日本国民の子にはできる限り広く日本国籍を認めるべしという徹底的授益規範(甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見にいう「徹底した血統主義」。以下本稿では「規範A」と呼ぶ。)の両方が含まれており、しかも両者が可分だと考えた上、規範Bのみを無効とし、国会自身によって既に定立されている規範Aを根拠として(国会が定立したわけでもない

(47) 最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁。

規範を裁判所自らが勝手に創設することなく)、上告人(原告)の請求を認容したと考えられる。

②藤田裁判官意見は、当時の国籍法3条1項には、上記規範Aのみが含まれている(規範Bは含まれていない)と解する。すなわち非準正子について、国会は、彼らに国籍を付与するための明示的規範も作らず、また上記規範Bも作らなかった。これが、藤田裁判官がいう「立法府の不作為」である。もっとも、藤田裁判官が当時の国籍法3条1項に含意されていると考える規範A(「徹底した血統主義」)は、その「徹底」性ゆえ非準正子に対しても授益範囲を「拡張」することができるのであり、ゆえに、規範Bを無効とするという法廷意見が採った操作を無用とする(なぜなら規範Bは無いのだから)ものの、国会自身によって既に定立されている規範Aを根拠として(国会が定立したわけでもない規範を裁判所自らが勝手に創設することなく)、上告人(原告)の請求を認容するという、法廷意見と同じ結論へと至った。

③当時の国籍法3条1項の下での、準正子と非準正子との間の区別につき、そもそも憲法14条1項に反するものではないとする横尾裁判官・津野裁判官・古田裁判官反対意見のみならず、法廷意見や藤田裁判官と同様、当該区別を違憲とする甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見もまた、上告人(原告)の請求を棄却すべきとした理由は以下のようなものである。すなわち、これら2つの反対意見によれば(この論点に限っては、横尾裁判官・津野裁判官・古田裁判官反対意見も甲斐中裁判官・堀籠裁判官反対意見に「おおむね同旨」)、当時の国籍法3条1項の中に見出されるのは、外国人たる母から生まれ、日本国民たる父から生後認知を受けた子のうち、婚内子(「準正子」)に限って日本国籍を認めるといふ、授益射程限定的な規範(「徹底」的とはいえない血統主義の立場

を採る「規範a」。)に過ぎず(別言すれば、当時同規定には、規範Aと規範Bという可分の規範が含まれているわけではなく、唯一規範aのみが、一体不可分の形で存在している。)、これは、授益射程外の非準正子に国籍を付与するための根拠とはならない。未だ国会が授益範囲拡張志向的規範(「徹底した血統主義」を採る「規範A」)を未だ定立しておらず、非準正子については「立法(の)不存在ないし立法不作為」状態があるに過ぎないとすれば、非準正子に対し裁判所が判決で勝手に(国会の頭越しに)国籍を付与することは司法権の限界を逸脱し、立法権の篡奪(裁判所自ら国籍法改正を行うようなもの)になってしまう。したがって、上告人(原告)の請求を認めるわけには行かない、という結論になる。

もっとも、ここまでこう書いておいてからこういうのも変に思われるかもしれないが、現行法の《文言》をどういじくるか(「拡張解釈」で済ますか、「欠缺補充」[足りない文言の付け足し]をするか、それとも余計な文言の削除[「合憲的『反制定法的法形成』!?!」なのか]という差異は、以下に述べる本質的な問題との比較では、実は些末なものであると思われる。すなわち法令の規定を解釈するとき(日本の)我々が決定的要因とするのは文理よりもむしろ、当該規定の《趣旨、目的》という、直ちには目には見えないものだからである。この観点からいえば、国籍法違憲判決の法廷意見及び藤田裁判官意見の立場は、彼らからしてみれば、本文中に述べた通り「規範A」という国会自身が当該制定法中に込めた含意に対して逆接どころか順接的なものであり、「反制定法的」(立法権の篡奪)という謗りは正鵠を得たものとはいえない、ということになる。これに対し上掲昭和57年東京高判における原告側主張は、重国籍者を生み出しにくいという点で父母両系主義よりも父系主義を 선호したというのが当時の規定の《趣旨、目的》の本質部分だとすると、「(欠缺)補充」どころか「反制定法的」であったといえるかもしれない。

iii) 合憲拡張解釈は合憲限定解釈と似ているか？

上述の通り授益法令の「過小包摂」問題の解決策には、法令の文言へのいじり方という観点から、「拡張解釈」、「欠缺補充」（足りない文言の付け足し）、逆に余計な文言の削除といった3種があるのだが、ここで差し当たりそれらの間の相違をあえて無視して、どのみち授益範囲が広がるという意味で、これら全部「合憲拡張解釈」と呼ぶとしよう。では、そのような（広義の？）合憲拡張解釈は、合憲限定解釈とどの程度似ているであろうか。法令（上の文言）の射程範囲に対する「解釈」変更が、実のところ法令の書き換え（解釈改正？）、つまり裁判所による立法権の篡奪なのではないかが問題となる点で、確かに両者には共通性もある。

だが、まず指摘しなくてはならないのは、先に見た通り実質的正当化に関わる合憲限定解釈がなされた場合、その後は実質的観点からの合憲性審査は無用となる（実質的正当化に関わる合憲限定解釈⇒実質的観点からの憲法判断無用）。これに対し国籍法違憲判決が行った（広義の）合憲拡張解釈は、既に当該法令に対してなされた憲法14条1項違反の判断の後に行われたものである（実質的観点からの憲法判断⇒広義の合憲拡張解釈）。

国籍法違憲判決法廷意見が上記の通り「規範A」と「規範B」との間の可分性を前提にしているのは、合憲限定解釈が合憲的適用部分と違憲的適用部分の可分性を前提とするのと似ているように思われるかもしれない。だが、不利益的規範の各パーツ（両方のパーツとも不利益的。ただ合憲か違憲かの違いがあるのみ）の間の関係と、授益規定に含まれる「徹底した」授益規範（A）と不利益規範（B）との間の関係を相似的なものととらえてよいのかも問題であろう。

本稿筆者としては差し当たり、合憲限定解釈と（広義の）合憲拡張解釈は、日本語の名称がたまたま似ているだけで、基本的に異なったツールだと考えておくのが、現段階では無難であると思っている（今後も折に触れ

つつ再考したいが…。

(本学法学部非常勤講師・元本学法学部教授)