

最高裁の違憲審査の活性化と憲法判例

—最近の最高裁判決をめぐって—

中京大学法科大学院 教授

横尾日出雄

1. はじめに
2. 日本国憲法と最高裁判所
 - (1) 憲法施行65年と最高裁判所
 - ①憲法学における重点の変化
 - ②最高裁への期待と評価
 - (2) 最高裁判所と憲法判断
 - ①最高裁判所の憲法上の役割
 - ②違憲審査制の性格
 - ③最高裁判所の違憲判断
 - ④最高裁が違憲審査に消極的な理由
3. 最近の憲法判例と最高裁の違憲審査の活性化
 - (1) 最近の最高裁の憲法判断
 - ①法令違憲の判断
 - ②特筆すべき重要な憲法判断
 - (2) 最高裁の憲法判断の特徴
 - ①従前の憲法判断の特徴
 - ②最近の憲法判断の特徴
 - ③最高裁の憲法判断の変化の要因
4. おわりに

1. はじめに

1947年（昭和22年）5月3日に日本国憲法が施行されてからおよそ65年が経過したが、司法権を行使する裁判所に認められた違憲審査権に関して、とくにその終審裁判所たる最高裁判所による違憲審査権の行使については、必ずしも十分に機能してこなかったのではないかと批判が、学説を

中心になされるが多かった。しかし、今世紀に入ってから最近10年ほどの最高裁の判例をみる限り、最高裁判所は従前と変わってきたのではないかとの評価がなされ、これに同調する見解や最高裁の活性化を指摘する見解が主張されている。⁽¹⁾とくに憲法上の問題が扱われた憲法判例においては、立法裁量が広汎な領域でも、憲法上許容される裁量権が適切に行使されているかという観点から裁量権に対する統制を行って、その判断過程において比較的厳密な審査を行う手法が採用されたり、救済が必要な当事者に対して、その方法を具体的に検討して、実際上の救済を図るような結論が導き出されている。⁽³⁾

日本国憲法が採用した違憲審査制は、一般にアメリカ型の通常裁判所による付随的違憲審査制として理解され運用されてきたが、第二次大戦後の現代立憲主義型の憲法を制定した諸国においては、ドイツ型の憲法裁判所による抽象的違憲審査制のシステムを採用する形態も含めて、人権保障ならびに憲法保障の実効的な憲法制度として違憲審査制度を導入した。そして、多くの場合、この制度は、裁判所による違憲審査権の行使によって憲法適合性の判断を行うものとして一般化し、「違憲審査制革命」⁽⁴⁾といわれるような状況が生まれた。しかしながら、わが国の最高裁判所による違憲審査権の行使については、憲法問題が通常の訴訟の中で提起された場合に、憲法上の判断がなされることがあるが、この憲法適合性の判断において「違憲」の判断がなされることは稀であり、ましてや法令自体の違憲判断については数えるほどしかないのが現状である。このような点で見ると、わが国の違憲審査制が十分に機能していないのではないかとの批判にも肯けるものがあるといえよう。

たしかに、最高裁が法令違憲の判断を行ったものは、これまで8つの判例が存在するにすぎない。⁽⁵⁾しかし、この最近10年ほどの最高裁の判例をみる限り、違憲判決がなされたものも含めて、実効的な救済を図るために、事実上従前の判例の立場を変更するに等しい判断を示して、⁽⁶⁾違憲審査権を行使している状況が見られる。⁽⁷⁾

本稿では、最近の憲法判例を手掛かりにして、そこで示された最高裁の憲法判断について、考察を試みるものである。

2. 日本国憲法と最高裁判所

(1) 憲法施行 65 年と最高裁判所

① 憲法学における重点の変化

日本国憲法が施行され、わが国の司法のあり方は、明治憲法下のものと大きく転換し、新たに設置された最高裁判所は、最上級審の司法裁判所として位置づけられ、法令等の国家行為の憲法適合性の判断を行う違憲審査権の行使が重要な役割として認められるところとなった。しかし、もともと違憲審査の制度も理論もほとんど積み重ねのないところからスタートした時点では、当然のごとく、判例も学説も違憲審査のあり方について十分に対応することはできなかった。

憲法学も、当初は、「主権論争」や「解散権論争」のように、日本国憲法の基本的な原理や統治制度の運用にかかわる、いわば憲法の基礎理論的な問題への対応を迫られていたのであり、「警察予備

隊違憲訴訟⁽⁸⁾のように、日本国憲法における違憲審査制度の理解をめぐる争いが表面化したとはいえ、司法権や違憲審査権をめぐる問題は、統治システムのあり方やその運用をめぐる問題に比して、未だ潜在的なものにとどまっていたように思われる。しかし、通常の民事事件や刑事事件において憲法上の争点が訴訟の中で徐々に提起されるようになると、裁判所は何らかの形でこうした憲法問題に対応することを迫られ、しだいに憲法適合性の判断のあり方が具体的に問われる状況が生じてきた。とくに、最高裁判所は、違憲審査権を行使する終審裁判所と位置づけられたことから、その判断がきわめて重要な意味を有するものとなるが、当初は、人権侵害や憲法違反の主張についても、「公共の福祉」の原理を論拠として、たやすく合憲の判断を導いていたことが、学説の大きな批判を受けるところとなった。ただし、学説においても、初期の見解は必ずしも合憲性判断の問題に対する精緻な理論を展開するものではなかったが、このような学界や裁判実務の状況に対して、「憲法訴訟」の理論的所与を提供したのが芦部信喜教授や佐藤幸治教授であった⁽⁹⁾。こうした憲法訴訟に関する理論は、憲法適合性の問題における裁判所の判断のあり方に大きな影響を与えたと考えられ、最高裁の憲法判断もより具体的かつ理論的な理由付けが行われるようになってきたといえる。

このように、日本国憲法施行後から今日までの憲法学の状況は、統治システムのあり方や運用をめぐる問題から人権保障と司法的救済の方法をめぐる問題へとしだいに比重が推移し、これは、憲法における問題状況の重心が、立法権・行政権を担う国会・内閣をめぐる問題から司法権・違憲審査権を担う裁判所にかかわる問題すなわち人権問題へ移動していることの表れでもあり、いわば憲法学が「政治」的問題から「法律」問題へと踏み込んだ証しといえるものかもしれない⁽¹⁰⁾。

②最高裁への期待と評価

戦前のわが国では、国民の権利・自由は、たしかに明治憲法をはじめとした法令によって、「法治国家」の体裁の下に形式的には保障されていたと考えることもできるが、実際には、憲法以下の法令の規定自体が権利保障という面ではきわめて不十分であり、実際上も公権力の恣意的な運用がなされ、司法による権利救済も極力限られていた。それゆえに、日本国憲法が基本的人権を保障し、裁判所に司法権を一元的に帰属させて権利救済の機能を高めたことに対して、大きな期待が寄せられ、とくに最高裁判所の役割には多大なる希望が込められていたといえる。かくして、憲法の施行により、公正な裁判の実現と国民の権利の保障の確保ために司法の活性化が求められ、裁判所による違憲審査権の積極的な行使によって人権の保障と憲法秩序の保障が実現されるものと考えられたのであり、とくに最高裁判所は、国民の自由や権利の保障の最後の守り手として期待されたのであった。

しかし、憲法施行後の最高裁の姿勢は、違憲審査や違憲判断にきわめて消極的であり、その結果、国民の自由や権利の保障に十分にできていないという点で、当初の期待を裏切るものであった。最高裁は、政治部門の判断に追随し、違憲判断や行政のチェックには消極的であるとの評価が、学説も含めて、なされるようになり、このような最高裁の態度は、「司法消極主義⁽¹¹⁾」として批判されることとなった。たしかに、憲法上の人権の制約が問題となっている事案が裁判所に提訴され、上告事件として最高裁においても憲法上の争点として提起されているにもかかわらず、実際には、違憲

の争点を憲法適合的に解釈するなど、違憲の判断を回避することが多く存在する⁽¹²⁾。そこでは、憲法上の判断を行うことは比較的多く見られたとしても、違憲判断には極力消極的な姿勢が垣間見られる。

このような状況が続く中で、2001年に司法制度改革審議会意見書が、「裁判所がこの期待に応えてきたかについては必ずしも十分なものではなかった」と述べたことは、最高裁判所をはじめとした司法機関が、憲法適合性の判断を含めて、権利の救済という機能において必ずしも十分にその役割を果たしてこなかったということが、公的にも確認されたに等しい状況を明らかにしたものである。

(2) 最高裁判所と憲法判断

①最高裁判所の憲法上の役割

最高裁判所は、憲法が直接その設置を定める裁判所（76条1項）であり、裁判所法によって具体的に定められた司法制度においては、いわゆる三審制の上告事件を扱う最上級審の司法裁判所である。日本国憲法の下では、民事事件及び刑事事件のみならず行政事件も含めて一切の法律上の争訟は、司法権を行使する裁判所が審理するものであるから、すべての争訟は、最終的に最高裁判所によって判断される途があるということになる。したがって、最高裁判所は、最上級審の司法裁判所として、上告事件の判断を通じて、法令の解釈適用を統一することが重要な役割となる。

また、最高裁判所は、一切の国家行為の憲法適合性を審査する権限を有し（81条）、この違憲審査権は、司法権を行使するすべての裁判所に認められるものであるが、最高裁判所はその終審裁判所として、憲法適合性の問題を最終的に判断する裁判所ということになる。裁判所による違憲審査権の行使は、具体的事件の解決に必要な限りで憲法判断を行うものであり、最高裁も、上告事件について常に憲法判断を求められるわけではなく、法令の要件に基づいて、当該事件の解決に必要な範囲で憲法判断を行うにすぎないが、いずれにせよ、争訟において提起された憲法問題は、すべて最終的には最高裁判所によって判断される途があるということになる。したがって、最高裁判所は、唯一の終審裁判所として、違憲の疑いのある法令等について最終的な憲法判断を行うというきわめて重要な役割を有することになる。

なお、日本国憲法の下では、三権分立や司法権の独立という憲法上の要請から、司法部内の司法行政は裁判所自らが行うことになっており、こうした司法行政権を行使する司法行政機関の中で、最高裁判所は、最上級の司法行政機関として位置づけられることになる。

②違憲審査制の性格

憲法上の権利として定められた基本的人権の実効的な保障のためには、裁判所による司法的な救済が不可欠であり、人権侵害の除去のためには、侵害行為やその根拠法令の憲法適合性違反を理由とする無効化が必要となる。この点で、日本国憲法における違憲審査の制度は、司法権を行使する「終審裁判所」としての最高裁判所に、この「違憲審査権」を認めることを明記する（81条）ことに

よって、司法権を行使する通常裁判所に違憲審査権を認めることとしている。その場合に、付随的違憲審査制を採用したものか、さらには抽象的違憲審査制も認めるものか、憲法解釈上の争点ともなった。すなわち、違憲審査制度の法的性質をめぐっては、当初から学説上の対立があり、この点については、「警察予備隊違憲訴訟」の提起によって、最高裁判所の憲法判断も示された⁽¹⁴⁾。

学説をめぐっては、裁判所に付随的違憲審査権が認められていると解する点では、学説は一致したが、最高裁判所にはさらに抽象的違憲審査権が与えられているか否かという点で対立した⁽¹⁵⁾。通説は、日本国憲法の違憲審査制度はアメリカ流の付随的違憲審査制の流れを汲むもので、最高裁判所に与えられた権限は、具体的な訴訟を前提としてその解決に必要な限りでのみ違憲審査を行う権限にとどまると解する（「付随的違憲審査制説」）。これに対して、最高裁判所には、付随的違憲審査権のほか、法令等の合憲性を抽象的・一般的に審査する憲法裁判所的権限が与えられていると解する立場がある（「抽象的違憲審査制説」・「憲法裁判所併存説」）。後者においては、憲法裁判所的な権限の行使を求めるには法定の手続が必要であり、それがなければ出訴はできないと解するものと、法定の手続がなくても直接に最高裁判所に対して憲法裁判所的な権限の行使を求めることができると解するものがある⁽¹⁶⁾。さらに、憲法81条は最高裁判所に必ずしも憲法裁判所的権限を与えていると積極的に解することはできないが、それを禁ずる趣旨にも解されないので、法律や裁判所規則でその権限や手続を定めるならば、最高裁判所に憲法裁判所の機能を果たさせることもできると解する立場がある（「法律事項説」）。

最高裁判所は、警察予備隊令とそれに基づいて設置された警察予備隊の違憲性が争われた事件（「警察予備隊違憲訴訟」）で、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法およびその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行いうるものではない。けだし、最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異るところはない。」（警察予備隊違憲訴訟判決・最大判昭和27・10・4民集6-9-783）と判示したが、これは一般に付随的違憲審査制説に立ったものと解されている。

憲法施行後さらに今日まで、立法権や行政権による人権侵害ならびに憲法違反行為の可能性が増大している中で、司法権や違憲審査権による人権救済ならびに憲法保障機能の役割の重大性が増す高まっている状況では、付随的違憲審査制の下で、個人の権利救済を図ることを基本としつつ、人権保障を通じて憲法秩序そのものを保障する機能も重視される傾向が強まっているといえるが、他方で、違憲審査制の閉塞状況を打破するために、憲法改正による憲法裁判所制度の導入や、法律による抽象的違憲審査制の導入による制度改革の提案が指摘されてもいる⁽¹⁷⁾。

③最高裁判所の違憲判断

最高裁判所は、憲法施行後今日までに、憲法上の問題が争点となった事案について憲法判断を行い、それらは、「憲法判例」として積み重ねられてきている⁽¹⁸⁾。しかしながら、最高裁が憲法適合性の

判断を行い、そこで憲法違反であるとの「違憲」判断を行ったものは、比較的限られたものにすぎない。

法令の規定そのものを違憲と判断した「法令違憲」の最高裁判決は、①（旧）刑法200条に関して、法の下での平等を保障した憲法14条1項に違反すると判断した、尊属殺重罰規定違憲判決（最大判昭和48・4・4刑集27-3-265）、②（旧）薬事法6条2項に関して、職業選択の自由を保障した憲法22条1項に違反すると判断した、薬事法距離制限規定違憲判決（最大判昭和50・4・30民集29-4-572）、③（旧）公職選挙法13条1項・別表一に関して、法の下での平等を保障した憲法14条1項に違反すると判断した、衆議院議員定数配分規定違憲判決（最大判昭和51・4・14民集30-3-223）、④同じく、（旧）公職選挙法13条1項・別表一に関して、法の下での平等を保障した憲法14条1項に違反すると判断した、衆議院議員定数配分規定違憲判決（最大判昭和60・7・17民集39-5-1100）、⑤（旧）森林法186条に関して、財産権を保障した憲法29条2項に違反すると判断した、森林法分割制限規定違憲判決（最大判昭和62・4・22民集41-3-408）、⑥（旧）郵便法68条・73条に関して、国の賠償責任と国家賠償請求権を定めた憲法17条に違反すると判断した、郵便法賠償責任制限規定違憲判決（最大判平成14・9・11民集56-7-1439）、⑦（旧）公職選挙法附則8項に関して、選挙権や普通選挙の原則を定めた憲法15条1項・3項、43条1項、44条但書に違反すると判断した、在外邦人選挙権制限規定違憲判決（最大判平成17・9・14民集59-7-2087）、⑧（旧）国籍法3条1項に関して、法の下での平等を保障した憲法14条1項に違反すると判断した、国籍法要件規定違憲判決（最大判平成20・6・4民集62-6-1367）、の8つの判例がある。

また、当該事件に関する適用行為等を違憲と判断した最高裁判決は、いくつか見られるが、その代表的なものに、1）第三者の所有物の没収に関して、適正手続を保障した憲法31条および財産権を保障した憲法29条に違反すると判断した、第三者所有物没収事件判決（最大判昭和37・11・28刑集16-11-1593）、2）県が神社に玉串料等として公費を支出した行為に関して、政教分離原則を定めた憲法20条3項・89条に違反すると判断した、愛媛玉串料訴訟判決（最大判平成9・4・2民集51-4-1673）、3）市が神社施設の敷地として市有地を無償で提供していた行為に関して、政教分離原則を定めた憲法20条1項・89条に違反すると判断した、砂川政教分離訴訟空知太神社事件判決（最大判平成22・1・20民集64-1-1）といったものがある。

さらに、違憲違法として法的効力を無効とするものではないが、憲法違反の状態にあることを最高裁が宣言した「違憲状態」の判断がある。1票の格差をめぐる投票価値の平等の問題は、議員定数の不均衡訴訟あるいは衆議院小選挙区の区割不均等訴訟として、これまでに多くの訴訟が提起され、上記③の昭和51年判決および④の昭和60年判決では、国会の合理的裁量の限界を超えて「違憲」の判断が示されたが、是正に必要な合理的期間内であるとして「違憲」には至らずとも、「投票価値の著しい不平等状態」、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」にあるとして、憲法上要請される投票価値の平等の点については「違憲」の状態として判断したものがある。すなわち、衆議院議員選挙に関しては、議員定数不均衡訴訟として争われた事案について、昭和58年判決（最大判昭和58・11・7民集37-9-1243）および平成5年判決（最大判平成5・1・20民集47-1-67）が、また、小選挙区選挙における選挙区間の区割不均等とその基準となっている「一人別枠方式」が問題となっ

た事案について、平成23年判決（最大判平成23・3・23民集65-2-755）が、「違憲状態」の判断を示した。さらに、参議院議員選挙に関しては、選挙区選挙の議員定数不均衡訴訟として争われた事案について、平成8年判決（最大判平成8・9・11民集50-8-2283）そして平成24年判決（最大判平成24・10・17判時2166-3）が、「違憲状態」と判断した。

このように、最高裁判所が「違憲」判断を行ったものは、最高裁が憲法問題について判断した多くの事案の中では、比較的少ないといえる。

④最高裁が違憲審査に消極的な理由

違憲審査において最高裁が消極的な理由として指摘される事由に、①政権交代の不在、②政治部門による統制、③通常裁判所であることによる憲法裁判官としての意識の希薄さ、④最高裁の負担過剰、⑤内閣法制局の事前審査の存在、⑥「政治的中立性」を強調する司法哲学、などが挙げられている⁽¹⁹⁾。たしかに、いずれの事由も根拠のあるものと考えられるが、裁判所とくに最高裁判所の憲法上の位置づけや司法権の機能からすれば、⑥および②の事由が大きく浮上してくるであろうし、また、最高裁ならびに最高裁裁判官の現状を直視するならば、④および③の事由が当然のごとく想起され、さらに、わが国における立法過程の実情を見るならば、⑤の事由にも肯けるものがある。

元最高裁判所判事の滝井繁男弁護士は、最高裁が違憲判断をすることが少ない理由として、内閣法制局による事前の合憲性のチェックがあることを指摘しつつ、別の2つの理由を挙げている⁽²⁰⁾。1つは、最高裁が扱う通常の事件の多さであり、最高裁が最上級審の司法裁判所としての役割を果たす一方で、憲法判断の余裕がないという点である。もう1つの理由は、最高裁裁判官の選任のあり方に関するもので、選任の仕組みが憲法判断よりも最上級審裁判所としての判断をするのに適した人を最高裁裁判官に選任する形になっているという点である。

最高裁が扱う通常の事件が多いという理由については、日本国憲法下では、裁判所は行政事件も含めてすべての分野の事件を取扱い、最高裁も年間6000件から7000件の事件を扱っており、限られた15人の裁判官で、三つの小法廷に分かれて審理するものの、裁判官が処理できる事件数は当然に限られている。そして、最高裁が扱う上告事件は、必ずしも憲法違反や判例違反の上告事案に限られず、大半は憲法判断にかかわりのない通常の上告事件を扱っているとされる。

また、最高裁裁判官の選任に関する理由については、憲法の規定では、最高裁裁判官は、内閣が任命し（79条1項）、天皇が認証する（7条5号）ことで選任されるが、実際上は、裁判官出身者6名・弁護士出身者4名・学識経験者5名（学者1名・検察官や行政官）というかたちで出身元が固定されていることから、裁判官・検察官出身者が過半数を占め、これらの者は従来の最高裁の憲法判断を忠実に守ろうとしてきた者であり、結局のところ、憲法判断とくに違憲判断には消極的にならざるを得ないとされる。

さらに、滝井弁護士は、国民の司法への関心の低さも、最高裁が違憲判断をすることが少ない理由の一つとしている⁽²¹⁾。たしかに、これまで司法は国民生活にとって身近なものとはあまり考えられてこなかったといえる。司法や裁判に関する情報が、国民の関心を高めるような形で伝達されるこ

とはあまりなかったし、裁判には関わりたくないという国民の消極的な意識もあって、最高裁の裁判官でさえ、国民にはその顔や名前が見えておらず、こうした背景もあって、最高裁が国民に憲法判断を積極的に示すという姿勢が見られなかったのである。

3. 最近の憲法判例と最高裁の違憲審査の活性化

(1) 最近の最高裁の憲法判断

① 法令違憲の判断

今世紀に入ってから最高裁による法令違憲の判断には、①郵便法賠償責任制限規定違憲判決（最大判平成14・9・11民集56-7-1439）、②在外邦人選挙権制限規定違憲判決（最大判平成17・9・14民集59-7-2087）、③国籍法要件規定違憲判決（最大判平成20・6・4民集62-6-1367）、の3つの判決がある。

①の郵便法事件において、最高裁は、「法68条、73条の規定のうち、書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害賠償が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものであるといわざるを得ず、同条に違反し、無効である」とし、また、「法68条、73条の規定のうち、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条に違反し、無効である」と判示した。⁽²²⁾ 本判決は、憲法の定める国家賠償責任を具体化する立法に関して立法裁量と捉えつつも、いわゆる総合考量によってこの立法裁量を限定するという手法をとって、裁量の逸脱による憲法違反を導くことにより、原告の救済を図っており、また、法令の一部を違憲とする「部分違憲」の手法を最高裁として初めて採用したものである。

②の在外邦人選挙権制限事件において、最高裁は、在外国民の選挙権行使の全部または一部を制限した公職選挙法の規定の合憲性について、「国民の選挙権またはその行使を制限することは原則として許されず、その制限はやむを得ないと認められる事由がある場合に限られ、在外国民の選挙権の行使を制限した公選法の規定は、憲法15条1項および3項、43条1項ならびに44条但書に違反する」とし、また、公法上の法律関係に関する確認の訴えの適法性について、「選挙権をもつことの確認を求める訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法であり、比例代表選挙以外の衆議院小選挙区選挙ならびに参議院選挙区選挙でも、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて、投票することができる地位にある」ことを認め、さらに、立法不作為の違法性と国家賠償請求に関しては、「立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合になどには、例外的に、国会議員の立法行為または立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものと

いべきである」と判示した⁽²³⁾。本判決は、国民に保障される選挙権を重要な人権と位置づけて、その制約に対しては厳格に審査する姿勢をとっており、また、立法不作為による国家賠償請求について、在宅投票制度廃止事件判決（最一判昭和60・11・21民集39-7-1512）がきわめて例外的な場合のみに事実上限定していた立法行為の国家賠償請求を、形式的にはこの昭和60年判決を踏まえつつ、「例外的」に賠償請求が認められる範囲を実質的に拡大して請求を認めることによって、原告の救済を図っている。

③の国籍法事件において、最高裁は、(旧)国籍法3条1項による国籍取得の区別の合憲性について、「国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせているものといわざるを得ず、「本件区別は、遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当时には、……合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反する」とし、救済のための違憲状態の是正として、「準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要」があると述べ、合憲的な合理的解釈による救済措置として、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められる」と判示した⁽²⁴⁾。本判決は、(旧)国籍法3条1項について、いわゆる「部分違憲」の手法をとり、授権的・創設的規定のうち違憲的な一部の要件を除外した残余の要件を適用するという、違憲の是正方法を採用し、このような適用をすることによって、当該規定の適用範囲を拡大させて、原告の直接的な救済を図っている。

②特筆すべき重要な憲法判断

さらに、最近のわずか数年の間にも、最高裁がきわめて重要な憲法判断を行った判決がある。すなわち、④政教分離原則違反として違憲の判断を行った、砂川政教分離訴訟空知太神社事件判決（最大判平成22・1・20民集64-1-1）、⑤衆議院議員小選挙区選挙における「一人別枠方式」とこれに基づく選挙区割りを違憲状態と判断した、衆議院小選挙区割不均等事件判決（最大判平成23・3・23民集65-2-755）、⑥参議院議員選挙区選挙における議員定数配分規定を違憲状態と判断した、参議院選挙区選挙定数不均衡事件判決（最大判平成24・10・17判時2166-3）、さらに、⑦国家公務員の政治活動の制限について刑事処罰の構成要件に該当せず無罪と判断した、堀越事件判決（最二判平成24・12・7裁判所 HP）等が挙げられる。

④の空知太神社事件において、最高裁は、政教分離原則違反の判断基準として、「国家と宗教と

のかかわり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというのではなく、憲法89条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものであり、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、……信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて、憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当」であり、「以上のように解すべきことは、当裁判所の判例（最大判昭和52・7・13民集31巻4号533頁、最大判平成9・4・2民集51巻4号1673頁）の趣旨とするところからも明らかである」としたうえで、本件では、「憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当する⁽²⁵⁾」として、違憲の判断を行った。本判決は、政教分離原則違反の判断の基準として、宗教とのかかわり合いが「相当とされる限度」を超えるかどうかという大枠の部分については、従来通りに津地鎮祭事件判決（最大判昭和52・7・13民集31-4-533）や愛媛玉串料事件判決（最大判平成9・4・2民集51-4-1673）の基準を踏襲しているが、いわゆる「目的効果基準」に関する部分には言及することなく、「総合判断」によって決している。しかし、その後の白山比咩神社事件判決（最一判平成22・7・22判時2087-26）では、目的・効果を判断して政教分離原則に反しないとの結論を出しており、本判決によって、「目的効果基準」そのものが退けられたものということにはならないと考えられる。なお、本判決では、砂川政教分離訴訟のもう一つの訴訟である富平神社事件判決（最大判平成22・1・20民集64-1-128）の事案もふまえて、政教分離違反の状態を解消する方策も暗に示されており、関係者の救済を図ろうとする意図が示唆されているといえる。

⑤の衆議院小選挙区割不均等事件において、最高裁は、選挙制度の合憲性については投票価値の平等の要請と国会の合理的な裁量権行使の限界によって判断するという、これまでの大法廷判決を踏襲しながら、いわゆる「一人別枠方式」について、「一人別枠方式は、おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われるもの」として、「本件選挙時においては、本件選挙制度導入後の最初の総選挙が平成8年に実施されてから既に10年以上経過しており、……本件選挙制度は定着し、安定した運用がされるようになっていたと評価することができるのであって、もはや一人別枠方式の……合理性は失われていたというべきである」と、「一人別枠方式」の合理性を否定した。そして、「本件区割基準のうち一人別枠方式に係る部分は、遅くとも本件選挙時においては、その立法時の合理性が失われたにもかかわらず、投票価値の平等と相容れない作用を及ぼすものとして、それ自体、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたもの」であり、「本件選挙区割りについては、本件選挙時において上記の状態にあった一人別枠方式を含む本件区割基準に基づいて定められたものである以上、これもまた、本件選挙時において、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたものというべきである」として、本件選挙区割りが「違憲状態」にあ

ると判断した。しかし、「いずれも憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったとはいえず、本件区割基準規定及び本件区割規定が憲法14条1項等の憲法の規定に違反するものということはできない」として、違憲の判断はしなかった⁽²⁶⁾。本判決は、衆議院議員選挙制度に小選挙区制が導入された当初から採用されていた「一人別枠方式」の採用やこれに基づく選挙区間の較差2.3倍程度の区割り規定を、はじめて「違憲状態」と判断したものであり、選挙制度の構築に国会の裁量を広く認めながらも、裁量統制の強化が図られ、より積極的な審査を行った結果もたらされたものである。

⑥の参議院選挙区選挙議員定数不均衡事件において、最高裁は、選挙区間の最大較差が1対5.00倍の議員定数配分規定について、「本件選挙が平成18年改正による4増4減の措置後に実施された2回目の通常選挙であることを勘案しても、本件選挙当時、前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らしてもはや看過し得ない程度に達しており、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていた」として、本件定数配分規定が「違憲状態」にあると判断した。しかし、国会の裁量権の限界とのかかわりでは、「当裁判所が平成21年大法廷判決においてこうした参議院議員の選挙制度の構造的問題及びその仕組み自体の見直しの必要性を指摘したのは本件選挙の約9ヶ月前のことであり、その判示の中でも言及されているように、選挙制度の仕組み自体の見直しについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が求められるなど、事柄の性質上課題も多いためその検討に相応の時間を要することは認めざるを得ないこと、参議院において、同判決の趣旨を踏まえ、参議院改革協議会の下に設置された専門委員会における協議がされるなど、選挙制度の仕組み自体の見直しを含む制度改革に向けての検討が行われていたことなどを考慮すると、本件選挙までの間に本件定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えるものとはいえず、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできない」として、違憲の判断はしなかった。さらに、「参議院議員の選挙制度については、限られた総定数の枠内で、半数改選という憲法上の要請を踏まえて各選挙区の定数が偶数で設定されるという制約の下で、長期にわたり投票価値の大きな較差が続いてきた。しかしながら、国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、投票価値の平等が憲法上の要請であることや、さきに述べた国政の運営における参議院の役割に照らせば、より適切な民意の反映が可能となるよう、単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる前記の不平等状態を解消する必要がある」と述べて、違憲状態の解消に向けた選挙制度の見直しを求めている⁽²⁷⁾。本判決は、平成16年判決（最大判平成16・1・14民集58-1-56）、平成18年判決（最大判平成18・10・4民集60-8-2696）、平成21年判決（最大判平成21・9・30民集63-7-1620）の延長上にあると考えられるが、最大較差5倍程度の定数配分規定をはじめ「違憲状態」と判断したものであり、上記の一連の判決において、国会による裁量権の適切な行使という点で裁量統制を次第に強めていることがわかる。

⑦の堀越事件において、最高裁は、公務員の政治的行為を処罰の対象とする本件罰則規定について

て、「本件罰則規定の目的は、……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、……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」として、猿払事件判決（最大判昭和49・11・6刑集28-9-393）を踏まえつつ、憲法21条1項に違反しないとした。そして、本件配布行為が処罰の対象となる政治的行為にあたるか否かについて、「本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、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とはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである」として、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当せず無罪と結論づけた⁽²⁹⁾。本判決は、猿払事件判決を形式的には維持するものであるが、処罰の対象となる政治的行為を「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」であると限定解釈をして、本件配布行為はこれに該当しないとしたものである。他方で、同じく国家公務員の政治的行為が問題となった世田谷事件の最高裁判決（最二判平成24・12・7裁判所 HP）では、管理職立場にある公務員の配布行為として、「本件配布行為には、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、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当する」としている。また、堀越事件の第二審判決（東京高判平成22・3・29判例集未掲載）では、適用違憲の判断が示されたが、本判決では、「そもそも本件配布行為は本件罰則規定の解釈上その構成要件に該当しないためその適用がないと解すべきであって、上記憲法の各規定によってその適用が制限されるものではない」として、適用違憲の判断を退けている。

（2）最高裁の憲法判断の特徴

①従前の憲法判断の特徴

以上のように、今世紀に入ってから最高裁の憲法判断は、①立法裁量が広汎な領域でも、憲法上許容される裁量権が適切に行使されているかという観点から裁量権に対する統制を行って、その判断過程において比較的厳密な審査を行う手法が採用され、②救済が必要な当事者に対して、その方法を検討して、実際上の救済を図るような結論を示す、といった特徴が見られる⁽³⁰⁾。こうした傾向

は、従前の最高裁の憲法判断には見られなかったものである。

従前の最高裁の憲法判断には、「全体として司法消極主義的な傾向が支配的」であり、「法令違憲の判決も、今日目から見れば極端な立法についてのものであったという印象を否めない」との指摘がある。⁽³¹⁾ すなわち、法令違憲の判決は、それぞれ画期的な面があったとはいえ、昭和48年の尊属殺重罰規定違憲判決や、昭和51年および昭和60年の2つの衆議院議員定数配分規定違憲判決は、極端な差別の不均衡が問題となったものであり、また、昭和50年の薬事法距離制限規定違憲判決も、距離制限自体が恣意的な立法であったと評価されている。

たしかに、従前の最高裁の憲法判断は、合憲性の判定において緩やかな審査を行うことが常套手段であり、多くの憲法判例において、重要な基本人権の侵害が問題となっているにもかかわらず、合憲性の判定において「合理性」という緩やかな審査基準によって、結局のところ合憲との判断をするのが常であった。そして、たとえば、猿払事件最高裁判決（最大判昭和49・11・6刑集28-9-393）にみられるように、人権の保障を重視し、その制限は必要最小限のものでなければならぬとしながらも、人権に対立する「公共」的な利益を設定し、この2つの対立する利益を比較較量する際には、後者の「公共」的な利益に「合理」的根拠を認め、当事者の自由や権利の保障を二の次にしてしまう結論となり、結局のところ、訴訟当事者の救済を図ることにはきわめて消極的であったといえる。

②最近の憲法判断の特徴

最近の最高裁の憲法判断には、従前と比べていくつかの特徴が見られるが、ここでは、前述した2つの特徴について考察する。一つは、立法裁量が広汎な領域でも、憲法上許容される裁量権が適切に行使されているかという観点から裁量権に対する統制を行って、その判断過程において比較的厳密な審査を行う手法が採用されている点である。もう一つは、救済が必要な当事者に対して、その方法を検討して、実際上の救済を図るような結論を示している点である。

立法裁量に対する統制と厳密な審査という特徴は、郵便法事件最高裁判決、在外邦人選挙権事件最高裁判決、国籍法事件最高裁判決にあらわれている。⁽³²⁾ 郵便法事件判決では、憲法17条が定める国家賠償請求権は、「法律による具体化を予定」したものとして、立法府の裁量が広く認められる領域であることを前提にしながら、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為を負う」のが原則であるとして、他の類似した法令すなわち運送事業者の損害賠償責任を軽減している法令と比較する手法をとって、最高裁が比較的厳密な審査を行ったものである。そして、在外邦人選挙権事件判決では、憲法47条によって選挙に関する事項は「法律でこれを定める」とされていることから、具体的な投票方法や選挙制度の構築については立法府の裁量が広く認められる領域であることを前提にしながら、民主主義国家における選挙権の意義の重要性を示して、「やむを得ないと認められる事由」がない限り、選挙権行使の制限をすることはできないとして、最高裁は比較的厳密な審査を行った。また、衆議院小選挙区割不均等事件の平成23年判決や参議院選挙区選挙議員定数不均等事件の平成24年判決でも、選挙権とのかかわりで投票価値の平等という憲法上の要請をふまえて、比較的厳密な審査を行っている。さらに、国籍法事件判決においては、問題となった国籍取得

に関して憲法10条により「日本国民たる要件」は「法律でこれを定める」とされていることから、国籍取得の要件も立法府の裁量が広く認められる領域であることを前提にしながら、国籍が重要な法的地位であることや、本人の意思や努力では変更できない事由に基づく差別的取扱いであることを理由にして、最高裁は合理的理由の有無を「慎重に検討」する審査を行ったのである。このように、憲法がその具体化を法律に委ねている領域において、従来は、この立法裁量の範囲を広く捉えて、立法府の判断を最大限尊重する姿勢を基本とし、最高裁は比較的緩やかに審査していたのに対して、最近のこうした判決では、問題となっている人権や憲法的価値の重要性を法原理から再確認し、その具体化としての立法裁量の行使が憲法原理に照らして適切に行われているか厳密に審査するという姿勢を最高裁が見せているといえる。

当事者の実効的救済措置の検討という特徴も、とくに在外邦人選挙権事件最高裁判決や国籍法事件最高裁判決⁽³³⁾にあらわれている。在外邦人選挙権事件判決では、次回選挙で選挙権を行使する権利を有することの確認請求について、原審が、具体的紛争を離れて抽象的・一般的に法令の違憲性の判断を求めるものとして不適法としたのに対して、「選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のもの」として、最高裁は、確認の利益を認めたのである。また、国の立法不作為により選挙権を行使できず損害を被ったこと⁽³⁴⁾の国家賠償請求について、原審が、在外選挙の制度や仕組みの具体的な決定は立法府の裁量に委ねられているとして、本件の立法不作為は国家賠償法上の違法にはならないとしたのに対して、最高裁は、先例（在宅投票制度廃止事件判決・第一判昭和60・11・21民集39-7-1512）を実質的に変更して請求を認めたのである。そして、国籍法事件判決においては、そもそも国籍取得の要件は、権利・自由を制限する侵害的規定ではなく、創設的・受益的規定であり、国籍取得要件を定める規定そのものが違憲無効となった場合には、日本国籍取得の根拠規定が失われ、国籍取得を求める当事者の請求は認められないこととなるが、最高裁は、当該規定を法令の一部違憲とすることにより、残された合憲的な規定の部分に国籍取得の根拠において、原告側の請求を認めたのである。このように、これらの事案では原審がむしろ救済に否定的な判断を示していたのに対して、最高裁は、これを覆して、個別の救済を図る手法をとっており、そのための理論的な検討を充実させているといえる。

③最高裁の憲法判断の変化の要因

以上のように、最近の最高裁の憲法判断は、従前のものと比べて変化が見られるが、そこにはいくつかの要因があると指摘され、①司法制度改革審議会意見書（2001年6月）の影響、②行政判例の深化に基づく憲法判例の変化、③下級審による最高裁判例の「解釈」の努力、といったものが挙げられている⁽³⁴⁾。

上記①の要因については、「裁判所がこの期待に応えてきたかについては必ずしも十分なものではなかった」との見解が示されたことで、最高裁をはじめとした裁判所が司法権の本質をあらためて再認識し、違憲審査による権利保障の重要性を再確認したことの一つのあらわれと見ることができる。また、上記②の要因については、小田急線高架化訴訟最高裁判決（最大判平成17・12・7民集59-

10-2645) や土地区画整理事業計画事件最高裁判決(最大判平成20・9・19民集62-8-2029)において、行政訴訟における原告適格や処分性を拡大する判断によって、行政事件訴訟法の改正と相まって、従来慎重であった行政のチェックの領域でより積極的な姿勢をとっており、⁽³⁵⁾こうした傾向は、行政裁量統制の理論的深化をふまえて、最高裁が裁量統制論を次第に受容しつつあることの証しと見ることができる。

上記③の要因については、司法権を行使する裁判所全体にかかわるものでもあり、重要な要因である。下級審の判断は、最高裁の判例を先例としながらも、個別の訴訟の事案に応じて事実認定を行い、法律の解釈適用によって、結論を下すことになる。その際に、最高裁判例をいかに「解釈」するかは、その結論を左右することにもなる。在外邦人選挙権事件最高裁判決が、在宅投票制度廃止事件最高裁判決(最一判昭和60・11・21民集39-7-1512)の障壁を克服したのは、下級審による障壁の克服の努力の結果であり、熊本ハンセン病訴訟判決(熊本地判平成13・5・11判時1748-30)による「事案の差別化」や ALS 訴訟判決(東京地判平成14・11・28判タ1114-93)による「昭和60年判決の読み換え」という手法をふまえて、最高裁が在外邦人選挙権事件判決において「昭和60年判決の読み換え」⁽³⁶⁾を追認したものとの評価がなされている。また、衆議院小選挙区割不均等事件の平成23年最高裁判決や参議院選挙区選挙議員定数不均等事件の平成24年最高裁判決に関しても、これら以前の「一票の格差」訴訟をめぐる事案においても同様であるが、選挙無効訴訟における高裁段階の第一審判決が数多く示されていた。2009年(平成21年)8月30日衆議院議員総選挙の小選挙区の区割り規定の合憲性に関する下級審判決では、9つの判決のうち、「合憲」としたものは2つだけであったのに対して、「違憲状態」としたものが3つ、「違憲」としたものが4つあり、これら下級審の判断をふまえて、最高裁は、平成23年判決で「違憲状態」⁽³⁷⁾の判断を行っている。また、2010年(平成21年)7月11日参議院議員通常選挙の選挙区選挙における定数配分規定の合憲性に関する下級審判決では、16の判決のうち、「合憲」としたものはわずかに1つだけであったのに対して、「違憲状態」としたものが12、「違憲」としたものが3つあり、⁽³⁸⁾こうした下級審の判断をふまえて、最高裁は、平成24年判決で「違憲状態」の判断を行っている。さらに、非嫡出子相続分差別規定違憲訴訟においては、最高裁の平成7年決定(最大決平成7・7・5民集49-7-1789)が合憲との判断を示して以来、最高裁は、その後の事案においてもこれを合憲としているが、最近の下級審では、違憲ないし適用違憲の判断を示しているものがいくつか登場し、⁽³⁹⁾嫡出性を理由とする差別の問題で最高裁が国籍法事件判決で示した論理を、この相続の領域でどのように取り扱うのが焦点となっている。⁽⁴⁰⁾

4. おわりに

今世紀に入ってからこの10年間ほどの最近の最高裁の憲法判例をみる限り、従前のものとは変わってきたといえる。しかし、憲法施行当初に国民が期待した「最高裁判所」からは、未だ距離が遠く離れているといわざるを得ない。

たしかに、憲法判断や違憲判断そのものの数が増えているというわけではないが、憲法判断を行う中で、審査の密度をより厳格化することによって、最高裁の憲法判断そのものに対する姿勢の変

化が見られるのであり、このような点が違憲判断や訴訟当事者の救済につながっていると考えることができる。しかし、在外邦人選挙権制限事件判決において立法不作為の国家賠償請求を認容した判断や衆議院小選挙区割規定不均等事件判決において一人別枠方式の合理性を否定して違憲状態とした判断、さらに堀越事件判決において構成要件に該当せず無罪とした判断等をみる限り、従前の判例との理論的な整合性を常に想定して判断している面が見られ、こうした傾向からは、従前の憲法判例そのものを変更するというような手法はむしろ避けているといえる。その点では、最高裁の憲法判断には、よりいっそうの理論的な緻密さが要求されることになると思われる。

- (1) 滝井繁男『最高裁判所は変わったか ― 一裁判官の自己検証』(岩波書店、2009年)、同「わが国最高裁判所の役割をどう考えるか」(法律時報82巻4号、2010年)50頁以下、同「最高裁の憲法上の役割と国民の期待」(憲法問題23号、2012年)121頁以下、参照。
- (2) 佐藤岩夫「最高裁判所は変わったか ― 企画趣旨と今後の議論への示唆」(法律時報82巻4号、2010年)46頁以下、宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」(法律時報82巻4号、2010年)57頁以下、小山剛「最高裁判所は変わったか?」(憲法問題23号、2012年)135頁以下、土井真一「法の支配と違憲審査制」(論究ジュリスト2号、2012年)165頁以下、「〔座談会〕違憲審査制と最高裁の活性化」(論究ジュリスト2号、2012年)183頁以下、戸松秀典「憲法訴訟の現状分析・序論」(戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』有斐閣、2012年)10頁、参照。
- (3) 最近の最高裁の法令違憲の判決では、このような様相が見られる。郵便法賠償責任制限規定違憲判決(最大判平成14・9・11民集56-7-1439)、在外邦人選挙権制限規定違憲判決(最大判平成17・9・14民集59-7-2087)、国籍法要件規定違憲判決(最大判平成20・6・4民集62-6-1367)、参照。
- (4) 樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正『新版 憲法判例を読みなおす』日本評論社、2011年、5頁参照。
- (5) 最高裁による法令違憲の判決としては、①(旧)刑法200条に関して、尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭和48・4・4刑集27-3-265)、②(旧)薬事法6条2項に関して、薬事法距離制限規定違憲判決(最大判昭和50・4・30民集29-4-572)、③(旧)公職選挙法13条1項・別表一に関して、衆議院議員定数配分規定違憲判決(最大判昭和51・4・14民集30-3-223)、④(旧)公職選挙法13条1項・別表一に関して、衆議院議員定数配分規定違憲判決(最大判昭和60・7・17民集39-5-1100)、⑤(旧)森林法186条に関して、森林法分割制限規定違憲判決(最大判昭和62・4・22民集41-3-408)、⑥(旧)郵便法68条・73条に関して、郵便法賠償責任制限規定違憲判決(最大判平成14・9・11民集56-7-1439)、⑦(旧)公職選挙法附則8項に関して、在外邦人選挙権制限規定違憲判決(最大判平成17・9・14民集59-7-2087)、⑧(旧)国籍法3条1項に関して、国籍法要件規定違憲判決(最大判平成20・6・4民集62-6-1367)、の8つの判例がある。また、憲法31条違反が問題となった、第三者所有物没収事件判決(最大判昭和37・11・28刑集16-11-1593)は、適用違憲の判決として、ここでは除外する。
- (6) 最近の最高裁による違憲判決としては、①郵便法賠償責任制限規定違憲判決(最大判平成14・9・11民集56-7-1439)、②在外邦人選挙権制限規定違憲判決(最大判平成17・9・14民集59-7-2087)、③国籍法要件規定違憲判決(最大判平成20・6・4民集62-6-1367)の3つの法令違憲判決に加えて、政教分離原則違反として違憲の判断を行った、④砂川政教分離訴訟空知太神社事件判決(最大判平成22・1・20民集64-1-1)がある。
- (7) 例えば、在外邦人選挙権制限規定違憲判決においては、立法不作為による国家賠償請求について、在宅投票制度廃止事件判決(最一判昭和60・11・21民集39-7-1512)を実質的に変更して請求を認め

たものと解することが可能である。そして、選挙権に関する投票価値の平等をめぐる訴訟では、衆議院議員の小選挙区選挙について、「一人別枠方式」の採用やこれに基づく選挙区間の較差2.3倍程度を、従前は合憲としていた（最大判平成11・11・10民集53-8-1441等）が、最近では違憲状態と判断し（最大判平成23・3・23民集65-2-755）、また、参議院議員の選挙区選挙について、較差5倍程度を、従前は合憲としていた（最大判昭和58・4・27民集37-3-345、最大判平成16・1・14民集58-1-56等）が、最近では違憲状態と判断している（最大判平成24・10・17判時2166-3）。さらに、国家公務員の政治活動の制限が問題となった事案において、猿払事件判決（最大判昭和49・11・6刑集28-9-393）は、政治活動の一律全面禁止を合憲としたものと解されていたが、堀越事件判決（最二判平成24・12・7裁判所 HP）では、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ず、構成要件に該当しないとして、無罪の判断を示している。

- (8) 警察予備隊違憲訴訟最高裁判決（最大判昭和27・10・8民集6-9-783）。なお、笹田栄司「警察予備隊違憲訴訟 — 政治との距離を図る『方程式』の誕生」（論究ジュリスト1号、2012年）10頁以下、参照。
- (9) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）、同『現代人権論』（有斐閣、1974年）、同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）、同『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）等参照。佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）、同『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）、同『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）、同『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）等参照。
- (10) 芦部教授や佐藤教授の影響の下に、その後多くの研究者が憲法訴訟論や審査基準論等の理論的な展開と深化を図ってきたことは周知のとおりであり、これに関する多くの業績が存在する。また、最近では、ドイツ流の「三段階審査論」・「憲法上の権利論」に基づく研究が盛んになり、従来の違憲審査のあり方に関する大きな転換点となっていることも事実である。（こうした状況について、憲法訴訟の現代的「転回」として位置づけるものもある。駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回 — 憲法的論証を求めて」（法学セミナー670号、2010年）72頁以下、参照。）
- (11) 「司法消極主義」の表現は、「司法積極主義」の表現と対置して用いられるが、その意味するところは、論者によって相違が見られる。ここでは、宍戸准教授にならって、「政治部門の判断に敬讓を払い、それを違憲・違法と判断しない傾向を指す」ものとして理解するものである（宍戸・前掲注（2）58頁参照）。
- (12) 憲法上の争点が提起されているにもかかわらず、裁判所がその合憲性の判断や違憲判断を回避することは、「憲法判断回避の準則」として、事件の解決にとって必要な場合以外は憲法判断を行わないとする、アメリカ型の付随的違憲審査制の特質の一つとして説明されている（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第5版）』岩波書店、2011年、370頁以下参照）。このうち、違憲の争点にまったく触れないでも当該事件の法的解決ができるとして違憲の争点に関する判断を行わない手法は、「憲法判断そのものの回避」であり、恵庭事件の札幌地裁判決（札幌地判昭和42・3・29下刑集9-3-359）が典型的なものである。また、法文の意味を文字どおりに解釈すれば違憲の可能性が高いので、これを憲法に適合するように限定して解釈し、違憲の可能性を排除することによって、法令の効力を救済する手法は、「法律の違憲判断の回避」であり、一般的には「合憲（限定）解釈」といわれるものである。最高裁は、この「合憲限定解釈」を都教組事件判決（最大判昭和44・4・2刑集23-5-305）で採用したが、全農林警職法事件判決（最大判昭和48・4・25刑集27-4-547）で、これを否定している。しかし、合憲的な限定解釈の手法は、その後の判例でも取り入れられている（税関検査事件判決・最大判昭和59・12・12民集38-12-1308）。
- (13) 最高裁による違憲審査の活性化の要因の一つとして、司法制度改革審議会意見書の影響が挙げられている（滝井・前掲注（1）『最高裁判所は変わったか』68頁以下、同・前掲注（1）「わが国最高裁判所の役割をどう考えるか」55頁、同・前掲注（1）「最高裁の憲法上の役割と国民の期待」128頁、参照）。

- (14) 警察予備隊違憲訴訟最高裁判決（最大判昭和27・10・8民集6-9-783）。
- (15) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法』（岩波書店、2011年）368-369頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2012年）274-276頁、畑尻剛「憲法訴訟と憲法裁判」（大石眞・石川健治編『憲法の争点』有斐閣、2008年）272-273頁、参照。
- (16) 警察予備隊違憲訴訟における原告はこの立場に立っており、最高裁判所には、付随的違憲審査の権限以外に、法令等の合憲性を抽象的・一般的に審査する権限が与えられており、法定の手続がなくても直接に最高裁判所に提訴することができるかと解していた。
- (17) 畑尻・前掲注（15）273頁参照。
- (18) たしかに、最高裁判所による積極的な憲法判断の事例は、それほど多くはないとはいえ、憲法施行65年の歳月の経過は、最高裁が判断した憲法事案について、「憲法判例」としての一定の積み重ねができていくといえる。『憲法判例百選』をはじめとして、多くの憲法判例解説書等の公刊は、その証しである。
- (19) 佐藤・前掲注（2）46頁、参照。
- (20) 滝井・前掲注（1）「最高裁の憲法上の役割と国民の期待」122-127頁、参照。
- (21) 滝井・前掲注（1）「最高裁の憲法上の役割と国民の期待」133-134頁、参照。
- (22) 郵便法賠償責任制限規定違憲判決（最大判平成14・9・11民集56-7-1439）に関する評釈としては、以下のものを参照。宍戸常寿「国家賠償責任の免除・制限と憲法17条 — 郵便法違憲判決」（『憲法判例百選Ⅱ（第5版）』有斐閣、2007年）292-293頁、井上典之「国家賠償責任の免除・制限と憲法17条 — 郵便法違憲判決」（『平成14年度重要判例解説』、2003年）19-20頁、市川正人「郵便法免責規定違憲判決 — 最高裁平成14年9月11日大法廷判決」（法学教室269号、2003年）53頁以下、安西文雄「郵便法の責任免除・制限規定違憲訴訟」（法学教室270号別冊付録『判例セレクト2002』、2003年）3頁、宇賀克也「最新判例批評」（判例時報1831号、2003年）170頁以下、野坂泰司「郵便法免責・責任制限規定と憲法17条 — 郵便法違憲判決」（法学教室295号、2005年）127頁以下、安西文雄「郵便法の責任免除・制限規定の合憲性審査（郵便法違憲判決）」（論究ジュリスト1号、2012年）73頁以下。
- (23) 在外邦人選挙権制限規定違憲判決（最大判平成17・9・14民集59-7-2087）に関する評釈としては、以下のものを参照。野坂泰司「在外日本国民の選挙権」（『憲法判例百選Ⅱ（第5版）』有斐閣、2007年）334-335頁、米沢広一「在外選挙権と立法不作為」（『平成17年度重要判例解説』、2006年）7-8頁、新井誠「在外国民の選挙権をめぐる最高裁大法廷判決」（法学セミナー612号、2005年）74頁以下、只野雅人「在外邦人選挙権訴訟」（法学教室306号別冊付録『判例セレクト2005』、2006年）6頁、野坂泰司「在外日本国民の選挙権 — 在外選挙権訴訟違憲判決」（法学教室315号、2006年）77頁以下、長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決めぐって」（ジュリスト1303号、2005年）2頁以下、野中俊彦「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」（ジュリスト1303号、2005年）18頁以下、北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」（ジュリスト1303号、2005年）25頁以下、杉原則彦「在外選挙権最高裁大法廷判決の解説と全文」（ジュリスト1303号、2005年）31頁以下、内野正幸「在外日本国民の選挙権」（法律時報78巻2号、2006年）78頁以下、浜川清「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」（法律時報78巻2号、2006年）84頁以下、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断（在外国民選挙権訴訟）」（論究ジュリスト1号、2012年）81頁以下。
- (24) 国籍法要件規定違憲判決（最大判平成20・6・4民集62-6-1367）に関する評釈としては、以下のものを参照。山元一「国籍法違憲大法廷判決」（『平成20年度重要判例解説』、2009年）13頁以下、前田雅子「国籍法3条1項の違憲性と日本国籍確認判決」（『平成20年度重要判例解説』、2009年）58頁以下、立松美也子「婚外子と国際人権法 — 国籍取得」（『平成20年度重要判例解説』、2009年）319頁以下、浮田徹「国籍法3条1項が憲法14条に違反するとされた事例（国籍法違憲訴訟大法廷判

決) (『速報判例解説』 vol.4、2009年) 9頁以下、金亮完「国籍法3条1項の規定のうち、準正を日本国籍取得の要件とした部分が憲法14条1項に違反するとされた2つの事例」(『速報判例解説』 vol.4、2009年) 83頁以下、榎透「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」(法学セミナー645号、2008年) 126頁、近藤敦「非嫡出子の届出による国籍取得の差別 — 国籍法違憲訴訟」(法学教室342号別冊付録『判例セレクト2008』、2009年) 3頁、奥田安弘「国籍法違憲訴訟に関する最高裁大法廷判決」(法律時報80巻10号、2008年) 1頁以下、竹下啓介「国籍法3条1項を違憲とした最高裁判決」(法学セミナー647号、2008年) 6頁以下、近藤博徳「国籍法違憲訴訟 — 大法廷判決獲得までの歩み」(法学セミナー651号、2009年) 26頁以下、原田央「最高裁平成20年6月4日大法廷判決をめぐって — 国際私法の観点から」(法学教室341号、2009年) 6頁以下、高橋和之・岩沢雄司・早川眞一郎「〔鼎談〕国籍法違憲判決をめぐって」(ジュリスト1366号、2008年) 44頁以下、長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」(ジュリスト1366号、2008年) 77頁以下、佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」(ジュリスト1366号、2008年) 85頁以下、森英明「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」(ジュリスト1366号、2008年) 92頁以下、佐久間健吉「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」(法律のひろば61巻11号、2008年) 56頁以下、市川正人「最新判例批評：国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍を認めていることと憲法14条1項」(判例時報2021号、2009年) 164頁以下、拙稿「国籍法3条1項の合憲性と違憲の是正方法 — 国籍法違憲訴訟最高裁判決をめぐって」(中京ロイヤー12号、2010年) 21頁以下、常本照樹「平等判例における違憲判断と救済方法の到達点(国籍法違憲判決)」(論究ジュリスト1号、2012年) 100頁以下。

- (25) 砂川政教分離訴訟空知太神社事件判決(最大判平成22・1・20民集64-1-1)に関する評釈としては、以下のものを参照。常本照樹「砂川政教分離訴訟上告審判決」(『平成22年度重要判例解説』、2011年) 15-16頁、榎透「砂川政教分離訴訟最高裁判決」(法学セミナー667号、2010年) 118頁、野坂泰司「最新判例批評」(判例時報2090号、2010年) 164頁以下、井田洋子「神社の敷地となっている市有地の無償貸与が違憲とされ(A)、同譲与が合憲とされた事件(B)」(『速報判例解説』 vol.7、2010年) 19頁以下、小泉良幸「政治と宗教との『かかわり合い』 — 砂川市市有地無償貸与違憲判決(最大判平成22年1月20日)に即して」(法律時報82巻4号、2010年) 1頁以下、蟻川恒正「実体法と手続法の間 — 空知太神社訴訟最高裁判決を素材として」(法律時報82巻11号、2010年) 85頁以下、三好一生「砂川政教分離(空知太神社)訴訟最高裁大法廷判決」(法律のひろば63巻8号、2010年) 53頁以下、安西文雄「政教分離と最高裁判所判例の展開」(ジュリスト1399号、2010年) 56頁以下、安西文雄・岡田信弘・長谷部恭男・大沢秀介・川岸令和・宍戸常寿「〔座談会〕政教分離」(ジュリスト1399号、2010年) 65頁以下、清野正彦「砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」(ジュリスト1399号、2010年) 83頁以下、石田明義「北海道砂川市・空知太神社政教分離住民訴訟(最高裁大法廷2010・1・20判決)」(法学セミナー673号、2011年) 30頁以下、井上典之「政教分離規定の憲法判断の枠組み(空知太神社訴訟)」(論究ジュリスト1号、2012年) 125頁以下。
- (26) 衆議院小選挙区割不均等事件判決(最大判平成23・3・23民集65-2-755)に関する評釈としては、以下のものを参照。岡田信弘「衆議院議員総選挙と「投票価値の平等」 — 「一人別枠方式」の合憲性」(『平成23年度重要判例解説』、2012年) 8頁以下、榎透「一人別枠方式と選挙区割規定の合憲性 — 衆議院総選挙無効訴訟2011年最高裁判決」(法学セミナー679号、2011年) 116頁、中林暁生「衆議院議員選挙『一票の較差』違憲訴訟」(法学教室365号別冊付録『判例セレクト2010』、2011年) 8頁、片桐直人「衆議院小選挙区選出議員の選挙区割規定の合憲性」(『速報判例解説』 vol.9、2011年) 27頁以下、渡辺康行「最新判例批評：衆議院小選挙区選挙における区割基準、区割りおよび選挙運動上の差異の合憲性」(判例時報2136号、2012年) 158頁以下、平井直也「衆議院小選挙区選挙における『一票の格差』に関する最高裁大法廷判決」(法律のひろば64巻8号、2011年) 53頁以下、新井誠「衆議院議員小選挙区選挙の『一人別枠方式』の違憲状態と立法裁量統制 — 最大判平成23

年3月23日の検討」(法律時報83巻7号、2011年)1頁以下、長谷部恭男「1人別枠方式の非合理性 — 平成23年3月23日大法廷判決について」(ジュリスト1428号、2011年)48頁以下、岩井伸晃・小林宏司「衆議院議員定数訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」(ジュリスト1428号、2011年)56頁以下、宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』(投票価値の平等)」(論究ジュリスト1号、2012年)41頁以下。

- (27) 参議院選挙区選挙議員定数不均衡事件判決(最大判平成24・10・17判時2166-3)に関する評釈としては、以下のものを参照。榎透「参議院議員定数配分規定の合憲性：2012年最高裁判決」(法学セミナー697号、2013年)128頁、工藤達朗「参議院議員選挙と投票価値の平等 — 参議院議員選挙無効請求事件」(論究ジュリスト4号、2013年)92頁以下。
- (28) 参議院選挙区選挙議員定数不均衡訴訟に関する平成16年判決、平成18年判決、平成21年判決については、拙稿「参議院の特殊性と投票価値の平等 — 参議院議員定数不均衡訴訟最高裁判決をめぐって」(中京ロイヤー13号、2010年)27頁以下、参照。
- (29) 堀越事件判決(最二判平成24・12・7裁判所HP)に関する評釈としては、以下のものを参照。蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」(法学セミナー697号、2013年)26頁以下、木村草太「公務員の政治的行為の規制について — 大阪市条例と平成24年最高裁二判決」(法律時報85巻2号、2013年)74頁以下、駒村圭吾「さらば、香城解説!? — 国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」(法学セミナー698号、2013年)46頁以下、三宅裕一郎「国家公務員の政治的行為の禁止と表現の自由 — 国公法事件上告審判決」(法学セミナー698号、2013年)130頁、青柳幸一「猿払基準の現在の判決への影響」(法学教室388号、2013年)4頁以下。
- (30) 郵便法賠償責任制限規定違憲判決(最大判平成14・9・11民集56-7-1439)、在外邦人選挙権制限規定違憲判決(最大判平成17・9・14民集59-7-2087)、国籍法要件規定違憲判決(最大判平成20・6・4民集62-6-1367)などに顕著に見られる。
- (31) 小山・前掲注(2)136頁。
- (32) 小山・前掲注(2)137-138頁、参照。
- (33) 小山・前掲注(2)138-139頁、参照。
- (34) 小山・前掲注(2)139-141頁、参照。
- (35) 佐藤・前掲注(2)48頁、参照。
- (36) 小山・前掲注(2)140-141頁、参照。
- (37) 2009年(平成21年)8月30日衆議院議員総選挙の小選挙区の区割り規定の合憲性に関する9つの下級審判決において、「合憲」としたものが2つ(東京高判平成22・3・11、札幌高判平成22・4・27)、「違憲状態」としたものが3つ(東京高判平成22・2・24、福岡高那覇支判平成22・3・9、高松高判平成22・4・8)、「違憲」としたものが4つ(大阪高判平成21・12・28、広島高判平成22・1・25、福岡高判平成22・3・12、名古屋高判平成22・3・18)であった。
- (38) 2010年(平成21年)7月11日参議院議員通常選挙の選挙区選挙における定数配分規定の合憲性に関する16の下級審判決において、「合憲」としたものが1つ(東京高判平成22・11・17①)にすぎないのに対して、「違憲状態」としたものが12(広島高判平成22・12・10、東京高判平成22・12・16、広島高岡山支判平成22・12・16、仙台高判平成22・12・24、仙台高秋田支判平成23・1・25、福岡高那覇支判平成23・1・25、広島高松江支判平成23・1・26、大阪高判平成23・1・28、福岡高宮崎支判平成23・1・28、名古屋高判平成23・2・24、札幌高判平成23・2・24、名古屋高金沢支判平成23・2・28)、「違憲」としたものが3つ(東京高判平成22・11・17②、高松高判平成23・1・25、福岡高判平成23・1・28)であった。
- (39) 非嫡出子相続分差別規定違憲訴訟において、最高裁は、平成7年決定以降も一貫して合憲との判断を行っている(最一判平成12・1・27判時1707-121、最二判平成15・3・28判時1820-62、最一判平成15・3・31判時1820-62、最一判平成16・10・14判時1884-40、最二判平成21・9・30判時2064-61)が、

個別意見の中で違憲とするものが増えてきている。また、下級審では、違憲と判断したもの（大阪高決平成23・8・24判時2140-19）だけでなく、適用違憲の判断をしたものも見られる（東京高決平成22・3・10判タ1324-210、名古屋高判平成23・12・21判時2150-41）。

- (40) 現在の実質的な争点は、民法900条4号但書の規定について、どの時点から違憲に転ずると考えるか、そして違憲判断を示した場合の財産関係の安定をどのように図るか、という点にあると指摘されている（土井・前掲注（2）166頁参照）。