

〔論 説〕

法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力
「違憲判決の効力論」を手がかりとして

異 智 彦

0. 序

0. 1 本稿の目的

本稿は、法律、条例、法規命令などの法規範（以下「法令等」ということがある）の違憲性ないし違法性が訴訟物の存否の判断の前提問題として争われ、法令等が裁判の理由中において違憲または違法と宣言された場合に、当該裁判が他の事件においていかなる効力を発揮するのかについて、我が国の「違憲判決の効力論」を手がかりに、一定の見通しを付けることを目的とするものである。

この問題は、近時下された一連の最高裁判決によって、具体的な検討を要する課題として顕在化するに至っている。まず想起されるのは、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としていた民法900条旧4号が憲法14条1項に違反するとした判決（最大判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）であろう。この判決の法廷意見は、当該事件の申立人を相続人とする相続の開始時において当該規定が違憲無効であるという判断が、当該時点以降に開始した相続に係る他の事件の処理に一定の影響を与えることを認め、議論を呼んだ。また、少し遡るならば、神奈川県臨時特例企業税条例が地方税法に違反するとした判決（最判平成25年3月21日民集67巻3号438頁）が、当該事件を超えた影響を持ったことも想起されるであろう。具体的には、当該判決により原告に対する徴収税額等の還付等

を命じられた神奈川県は、同一の根拠に基づきこれまでに課税を行った他の事例についても、過去10年に遡り返還処理を行うことを決定した¹。

また、本稿がこの問題に注目する理由は、法令等の効力を争う訴訟の形態をめぐる議論においてこの問題が重要な役割を果たしているとの認識にもある。いわゆる在外邦人選挙権事件最高裁判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）は、公職選挙法の違憲性を確認する訴訟よりも次回の選挙において投票することができる地位の確認請求訴訟の方が「より適切な訴え」であることを理由に、前者の訴訟を却下したが、なぜ前者より後者の方が「より適切な訴え」なのかは語らなかつた²。この点に関しては、立法裁量の存在に鑑みてむしろ前者のような「原告の法的地位を侵害する点で法令の規定が違法であること」の確認請求の方が原則的に適切であるとの指摘がある³。この問題を議論するに当たっては、法令等の違憲性ないし違法性を前提問題として付随的に審査するか、それ自体を訴訟物に据えて直接に審査するかでいかなる点が異なるのかを明らかにする必要性があり、本稿は前者の付随的審査の特色を明らかにするという側面をもつ。なお、後者の直接審査については、土地区画整理事業計画や公立保育所廃止条例の処分性が認められたことに伴い（参照、最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁、最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁）重要性を増した、取消判決の第三者効（行訴法32条1項）の範囲の問題⁴が参考になるうが、付随的審査の場合との比較の視点をもって取消判決の第三者効の範囲の問題にアプローチすることも、ここで有意義な課題として浮かび上がってくる。

本稿は、こうした問題群への発展可能性をにらみつつ、手始めに「違憲

-
- 1 参照、神奈川県 HP「臨時特例企業税の返還について」(<http://www.pref.kanagawa.jp/cnt/f470039/>)（2015年9月24日最終閲覧）。
 - 2 鶴澤剛「憲法訴訟の新たな可能性」立教法学71号283頁、284頁（2006）。
 - 3 山本隆司「当事者訴訟における訴えの利益」同『判例から学ぶ行政法』484頁、495頁（有斐閣、2012）〔初出：2006〕。
 - 4 例えば参照、芝池義一『行政救済法講義（第3版）』98-100頁（有斐閣、2006）；塩野宏『行政法Ⅱ（第5版補訂版）』183-184頁（有斐閣、2013）；宇賀克也『行政法概説Ⅱ』276-277頁（有斐閣、2015）。近時の詳細な検討として、興津征雄「行政訴訟の判決の効力と実現——取消判決の第三者効を中心に」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅱ』209頁、239頁以下（日本評論社、2015）。

判決の効力論」を通じて、法令等の違憲・違法を理由中で宣言する裁判の効力について考察するものである。具体的には、「違憲判決の効力論」で論じられている論点を腑分けし (1)、それを伝統的な判決効理論に定位し (2)、憲法裁判の方法との関係を整理する (3) ことが、本稿の課題である。

0. 2 問題の特定

判決効の問題は、原告ないし申立人の反対利害関係人に対する判決の作用と、原告ないし申立人の同種利害関係人に対する判決の作用とに大別される⁵が、本稿は後者の問題に焦点を当てる。前者の問題は、原告ないし申立人の救済の貫徹の観点と、反対利害関係人の訴訟参加や第三者再審といった手続保障の必要性の観点との衡量に関わる問題であるが、法令等の違憲性ないし違法性が前提問題として付随的に争われる場面では⁶、法令等をめぐる利害関係それ自体は正面に出て来ない⁷ため、本稿では検討対象から除外する。

なお、判決効の遡及効の有無の問題⁸にも、本稿では立ち入らない。他の事件における判決の作用が深刻な問題となるのは遡及効があるからであって、遡及効の有無の問題は本稿のテーマに密接に関わるものではあるが、理論的には別の問題であり⁹、本稿では深入りしないこととする。また、

5 興津征雄・前掲註 (4) 参照。

6 これに対して、法令等の違憲性ないし違法性が訴訟物として直接審査される手続においては、法令等をめぐる利害が相反する第三者に対する手続保障が重要な問題となる。ドイツ行政裁判所法上の規範統制手続について参照、異智彦「ドイツ行政裁判所法上の規範統制手続の裁判の一般的拘束力と参加制度」成蹊法学 81 号 109 頁 (2014)。

7 例えば、距離制限 (公衆浴場法 2 条 2 項) を理由に公衆浴場業の許可申請を拒否された X が、当該距離制限規定の違憲性を主張して当該拒否処分の取り消しを求める場合 (参照、最判平成元年 3 月 7 日判時 1308 号 111 頁) には、X の許可処分を争う原告適格を有する既存業者 Z (参照、最判昭和 37 年 1 月 19 日民集 16 卷 1 号 57 頁) は、当該訴訟において原告の反対利害関係人として位置づけられることとなる。しかし、この場合 Z の参加の利益等を判断するに当たって問題となるのは、X が許可処分を受けるという「訴訟の結果」 (行訴法 22 条 1 項) であり、距離制限規定そのものではない。判決主文を基準とするドイツの理解について参照、異智彦「ドイツ行政訴訟における判決効の主體的範囲—『引き込み型』から『効力拡張型』へ」行政法研究 7 号 47 頁、123 頁 (2014)。

いわゆる違憲確認判決、違憲警告判決¹⁰や「将来効¹¹判決」¹²等の判決形式の問題も、我が国では選挙無効訴訟等について喫緊の重要性を有しているが、本稿はその前提として違憲無効判決の我が国における意義を明確にすることに注力し、立ち入らないこととする¹³。

1. 「違憲判決の効力論」の概要

「違憲判決の効力論」には、今なお議論の整理を要する点が多い。具体的には、我が国の違憲審査制がいわゆる付随的審査制であり¹⁴、法令の違憲性そのものを訴訟物とする規範統制手続（Normenkontrolle）を念頭に置くドイツの憲法訴訟理論を直接に援用できない一方で、我が国と同じく付随的審査制を採るアメリカの憲法訴訟理論もまた、基本的にドイツの

8 古典的業績として、Prosper Weil, *Les consequences de l'annulation d'un acte administrative pour excès de pouvoir*, 1952, pp.136-265；覚道豊治「違憲法律の効力」阪大法学 72・73号1頁、16頁以下（1970）；伊藤洋一「EC判例における無効宣言判決効の制限について（一）」法教 111巻2号161頁；「同（二・完）」同3号295頁（1994）。この点について、ドイツでは規範統制手続により違憲または違法とされた法律または命令に基づく裁判や行政行為の効力について明文規定が置かれるに至っており、一定の解決が図られている。Vgl. z.B., Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980；Torsten Gerhard, *Die Rechtsfolgen prinzipialer Normenkontrollen für Verwaltungsakte — § 79 Abs.2 BVerfGG und § 183 VwGO*, 2008.

9 参照、高橋一修「違憲判決の効力論・考」田中英夫還暦『英米法論集』123頁、139頁（東京大学出版会、1989）。

10 古典的業績として、野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」同『憲法訴訟の原理と技術』263頁（有斐閣、1995）〔初出：1976〕；永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集 33巻3号86頁、95頁以下（1981）。

11 将来効という言葉は、我が国の民事法学では遡及効が制限される場面、すなわち「将来に向かって」（会社法 849条等）効力を発揮する場面を指して使われることが一般的である。これに対して、選挙無効判決について論じられているいわゆる「将来効判決」は、遡及効の有無に関わりなく、判決効の発生時期を後の時点に遅らせることを意味している（いわば「将来において」効力を発揮する判決）。換言すれば、「将来において」遡及的に効力を発揮する判決も理論的にはあり得る。したがって、この場面では「将来効判決」というネーミングは少なくともミスリーディングであり、条件付判決といった用語を用いる方が適切である。

民事訴訟法理論に則って体系化された我が国の訴訟法理論に順接できなかった¹⁵ため、我が国の「違憲判決の効力論」は、他分野との架橋可能性に乏しい形で発展してきた¹⁶。そこで以下では、「違憲判決の効力論」について、学説史¹⁷を単に追うのではなく、他分野の議論と通訳可能な形で論点を特定したうえで、それに対していかなる答えが与えられているかを確認する作業を行う¹⁸。

1. 1 「一般的効力説」と「個別的効力説」

違憲判決の効力に関する説明においては、「一般的効力説」と「個別的効力説」とが対比されるのが通例である¹⁹。しかし、この両説の対比の中には、複数の異なる問題が存在しており、それを腑分けして議論を進める必要がある。

-
- 12 この問題は諸外国においてかねてから議論されてきたものである。オーストリア憲法裁判所について、夙に美濃部達吉「オーストリアの憲法裁判所」国家44巻2号1頁、22頁（1930）。アメリカ連邦最高裁判所について、夙に高柳賢三「違憲判決の効果」同『司法権の優位（増訂版）』191頁、195頁以下（有斐閣、1958）〔初出：1935〕。カナダ最高裁判所について、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』92-93頁（有斐閣、1995）。イタリア憲法裁判所について、井口文男「合憲性判断の手法とその拘束力」初宿正典選『各国憲法の差異と接点』359頁、365-373頁（成文堂、2010）。また、2008年憲法改正によって導入されたフランスの事後的違憲審査制度について、ベルトラン・マチュー（植野妙実子=兼頭ゆみ子訳）『フランスの事後的違憲審査制』109頁以下（日本評論社、2015）；辻信幸「将来効判決に関する一考察」高見勝利古稀『憲法の基底と憲法論』593頁（2015）。
- 13 そのほか、憲法29条3項に基づく補償請求の可否の論点なども「違憲判決の効力」に関わるが、立ち入らない。参照、川添利幸「違憲判決の効力に関する一考察」同『憲法保障の理論』197頁、208-209頁（尚学社、1986）〔初出：1985〕。
- 14 その来歴と含意について参照、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』356頁以下（弘文堂、2005）。
- 15 鶴飼信成「違憲性判決の効力」同『司法審査と人権の法理—その比較憲法史的研究』3頁（有斐閣、1984）〔初出：1948〕は、アメリカの憲法学説を日本の法理論に接合しようとした初期の労作である。この論文は先例拘束性の問題と確定力（res judicata）とを区別する（同14頁）など重要な視点を提示しているが、確定力の範囲に関する訴訟法理論の理解になお不明瞭な点がある（14-17頁）。

現在の通常の整理によれば、「一般的効力説」とは、裁判所がある法律を違憲無効と判示した場合に、違憲とされた法律が「客観的に無効となる（すなわち、議会による廃止の手続無くして存在を失う）」とする説であり、「個別的効力説」とは、「当該事件に限って適用が排除される」とする説である²⁰。子細に見るならば、この両説の対比は複数の異なる問題についてなされていることが分かる。一つ目は、判決により違憲性を宣言された法律の効力がいかなる影響を被るかという問題、より具体的には違憲判決が「違憲とされた法律（規定）を法令集から除去せしめる（あるいはそれと同然の）効果をもつか」の問題²¹である。二つ目は、判決によって示された違憲の判断が他の案件ないし事件においても通用するか否かという問題である。この二つ目の問題は、より具体的には、違憲判決が立法府および行政府を拘束するかという問題²²と、違憲判決が他の事件において後訴訟

16 アメリカおよびドイツの憲法訴訟理論の詳細な検討を基に我が国の「違憲判決の効力論」の精緻化を試みた労作として、鶴澤剛「憲法訴訟における判決の効力に関する比較法的考察（一）」立教大学大学院法学研究 31 号 4 頁（2004）；同「（二・完）」同 32 号 39 頁（2005）；同「憲法訴訟における判決効の訴訟法的構造——訴訟法から見た公法の特質——」立教法学 69 号 105 頁（2005）；同「憲法訴訟における訴訟物概念の役割（一）—憲法訴訟法学の方法論をめぐる一考察—」立教大学大学院法学研究 33 号 43 頁（2005）；同「（二・完）」同 34 号 33 頁（2005）がある。これらの論稿は、立法府や行政府に対する行為規範として公法を理解し、国家活動の公法適合性を確保するために憲法訴訟および行政訴訟という制度が存在するという認識を基軸に、主として基礎理論的な問題関心から分析を進めている。本稿はこれらの論稿に多くを負っているが、本稿はこうした公法の理解および公法関係訴訟の認識を出発点とはせず、実践的な問題の解決のために議論を整理し、その延長線上に公法学の課題を認識するというスタンスをとっている（例えば 2. 3. 4 参照）。

17 学説史を端的にまとめたものとして参照、種谷春洋「違憲判決の効力」ジュリ 638 号 178 頁（1977）；佐藤美由紀『「違憲判決の効力論」の変遷』杏林社会科学 19 巻 3 号 27 頁（2003）。

18 類似の問題関心に基づく論稿として、大貫裕之「巻報告へのコメント」公法研究 77 号 208 頁（2015）。

19 嚆矢として、雄川一郎「違憲判決の効力」同『行政争訟の理論』492 頁、493 頁以下（有斐閣、1986）〔初出：1949〕。なお、いわゆる法律委任説や裁判所委任説は、違憲判決の効力そのものとは異なる次元の論点を問題とするものであるため、本稿では扱わない。

20 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第 6 版）』389 頁（岩波書店、2015）。

判所を拘束するかという問題に分けられる。要するに、いわゆる「違憲判決の効力論」において論じられてきた事柄の中には、①違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するか否かの問題、②違憲の判断が裁判所以外の国家機関を拘束するか否かの問題、③違憲の判断が後訴裁判所を拘束するか否かの問題が含まれている。

このうちの一つ目の問題、すなわち①の問題については、付随的審査制の建前に鑑みて、違憲と判断された法律もそのことのみによって失効するわけではないという「個別的効力説」の帰結が、一致して支持されている。ただし、「違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するわけではない」とすることにいかなる意味があるのかは、なお不明瞭である。この点は後にもう一度見よう(2. 2)。

1. 2 「実質的な一般的効力」——他の国家機関の拘束

他方で、現在においては、「個別的効力説」と「一般的効力説」との相対化が見られるという理解もまた通例である。具体的には、「個別的効力説」を取る場合でも、「他の国家機関は最高裁の違憲判決を十分尊重することが要求され」、「国会は、違憲とされた法律をすみやかに改廃し、政府はその執行を控え」ることが期待される²³と説明され、両説の差異は、違憲とされた法律を国会が廃止しない間に当該違憲判断について判例変更がなされた場合の当該法律の効力の問題に収れんと解されている²⁴。この「実質的な一般的効力」は、違憲判決が裁判所以外の全ての国家機関に対して当該判決の趣旨に沿った行動をとるよう「拘束」する効力として、行訴法 33 条の拘束力を引き合いに出しながら理論構成されている²⁵。

この議論は、先に見た「違憲判決の効力論」の 3 つの論点のうち、②違

21 佐藤幸治『日本国憲法論』666 頁(成文堂、2011)。これは、佐藤幸治「違憲判決の効力」同『現代国家と司法権』301 頁、340 頁(1988)〔初出:1988〕の言う「強い効力」であり、野中俊彦「判決の効力」同『憲法訴訟の原理と技術』385 頁、396 頁(有斐閣、1995)〔初出:1987〕のいう「直接の法的効力」であると解される。

22 この問題を「一般的効力説」の要諦と解するものとして、有蔵遼吉「違憲判決の効力」時の法令 837 号 16 頁(1973)。新正幸『憲法訴訟論(第 2 版)』599 頁(信山社、2010)は、「違憲判決の効力」を専らこの問題として論じている。

23 芦部信喜・前掲註(20) 390 頁。

24 長谷部恭男『憲法(第 6 版)』433 頁(新世社、2014)。

憲の判断が裁判所以外の国家機関を拘束するか否かの問題について論じているものである²⁶。他方で、③違憲の判断が後訴裁判所を拘束するか否かの問題については、この議論は解答を与えていない。換言すれば、この議論は、②裁判所以外の他の国家機関の拘束を説くことで、そもそも③の論点が問題となる場面を生じさせないようにするという議論であると理解することができる。

1. 3 「判例の事実上の拘束性」——後訴裁判所の拘束

しかしながら、①②の問題を扱うだけでは、「違憲判決の効力論」は完結しない。②の問題として国会および行政が違憲判決に拘束されることを肯定したとしても、憲法裁判の方法に関わって（3参照）、当該拘束の内容について関係国家機関間で見解が相違し、裁判所により違憲と判断された法律が適用されることはあり得る²⁷ため、そこで新たに当該法律を適用された別の者が再び当該法律の違憲無効を前提とした訴訟を提起したとき、果たして後訴裁判所は当該法律の違憲判断に拘束されるのか否かという③の問題が重要となる。また、当該事件以外にも既に当該法律が適用されてきた場合には、新たな適用行為をまたずして、別の事件において再び当該法律の違憲無効を前提とした主張がなされることがあり得る²⁸。

この問題は、これまでの「違憲判決の効力論」においても一応の言及がみられたところである²⁹が、平成25年判決の法廷意見が「判例の事実上

25 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力——民事訴訟法学からの一試論」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新（中）』669頁、704-707頁（有斐閣、1991）；渋谷秀樹『憲法（第2版）』720頁（有斐閣、2013）。

26 初期の「一般的効力説」の代表論者である宮澤俊義は、違憲判決により法律が失効することの意味として、租税法規を例に、行政が当該法律の適用を拒む義務を負うことと、（遡及効を前提に）当該法律を適用して行った課税処分により獲得した税を返還する義務を負うことの二点を理解している（宮澤俊義「裁判所の法令審査権——新憲法の諸問題（その三）」法律タイムズ第1巻第4号11頁、13頁（1947））。この二つの帰結はいずれも行政の義務を論じており、宮澤の議論は本文の①の論点よりも②の論点に焦点を当てたものであったと言える。

27 なお、拘束の内容が明確である場合でも、国会が違憲の法律を改正せず、行政が当該法律を適用し続けるという事態も想定しておくべきであろうと思われるが、立ち入らない。

の拘束性」に言及したことを契機に再び議論が興りつつある³⁰。この「判例の事実上の拘束性」は、判例に法源性が認められるか否か、判例の拘束力は法的なものか事実上のものか、といった問題として論じられてきたものに関わる³¹。しかし、こうした問題設定の実用性は疑われるに至っており³²、一方で我が国の司法制度の仕組みに照らした判例の位置づけの具体的な考察が³³、他方で判例の拘束力の理論的正当性の探究が³⁴、それぞれ要請されている。

-
- 28 郵便法旧 68 条および旧 73 条が憲法 17 条に違反するとした最大判 14 年 9 月 11 日民集 56 巻 7 号 1439 頁を承けてなされた他の事件の再審請求を適法とした、大阪高決平成 16 年 5 月 10 日判例集未登載は、この状況が現出したものである（ただし、同決定は、特別抗告審において、再抗告期間の徒過を理由に破棄されている。最決平成 16 年 9 月 17 日判時 1880 号 70 頁）。また、平成 25 年改正前民法 900 条 4 号を違憲とする裁判について、この問題を具体的に考察したものとして、中村心「もしも最高裁が民法 900 条 4 号ただし書の違憲判決を出したら」東京大学法科大学院ローレビュー 7 号 191 頁、195 頁以下（2012）。
- 29 例えば、大西芳雄「違憲判決の効力」同『憲法の基礎理論』165 頁、180-181 頁（有斐閣、1975）〔初出：1964〕は、違憲判決が下級裁判所および最高裁判所を拘束する作用に言及し、「英米法の判例拘束性と似たような結果を生ずる」とする。夙に中田淳一「違憲の判定を受けた法令の効力（一）」論叢 54 巻 1・2 号 1 頁、2 頁（1947）は、出版取締法に基づき出版物を差し押さえられ、かつ起訴された著作者および出版者が、根拠規定の違憲を理由に無罪の判決を得、次いで違法な差押に基づく損害の賠償を請求した場合に、後訴損害賠償請求訴訟において当該根拠規定が合憲である旨を主張できるかという問題を設定しており、この③の問題を意識的に検討するものであったが、残念ながら未完に終わっている。なお、兼子一も、違憲判断は「普通の裁判と異つて、一般的に他の国家机关即ち国会、内閣、下級裁判所等を拘束し、この点に関する国家的終局的判断として、その法令の無効を確定的なものとするのだと考える」（傍点筆者）としており（兼子一『新憲法と司法』56 頁（国立書院、1948））、下級裁判所の拘束という形で③後訴裁判所の拘束の問題についても言及していたと見る余地がある。
- 30 例えば参照、巻美矢紀「判決の効力」公法研究 77 号 196 頁、199 頁以下（2015）。
- 31 当初はこの問題が直接に「違憲判決の効力論」に結びつけられていた。例えば兼子一・前掲註（29）56 頁は、アメリカとは異なつて我が国は最高裁判決の先例拘束性を否定しているとの理解にたつが故に、「個別的効力説」では憲法 81 条が有名無実化するとの危惧を表明している。同『裁判法』78-79 頁（有斐閣、1959）も同旨である。

2. 「違憲判決の効力論」の精緻化

以上の憲法学における議論を精緻化し、本稿冒頭の問題の分析に役立てるためには、やはり訴訟法学における判決効理論へと定位する必要があるだろう。

我が国では、法令の違憲性それ自体を訴訟物とした訴えは想定されて来ず、違憲の判断は主文中ではなく理由中の判断としてなされることが想定されてきた³⁵。そのため、民事事件および行政事件の裁判においてなされた違憲の判断は既判力の客体的範囲（民事訴訟法 114 条 1 項）に入らず³⁶、既判力の作用として②他の国家機関の拘束および③後訴裁判所の拘束を説くことは不可能である³⁷。また、この点を措くとしても、判決効の主體的

32 参照、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第 3 巻』139 頁、143 頁以下（1987、有斐閣）。民事法分野における先例拘束性についての最大公約数的理解として参照、大村敦志ほか編『民法研究ハンドブック』318 頁（有斐閣、2000）。

33 例えば参照、佐藤幸治「判例について」同『憲法訴訟と司法権』262 頁、273 頁以下（日本評論社、1984）〔初出：1983〕。

34 例えば参照、平井宜雄『判例』を学ぶ意義とその限界』同『平井宜雄著作集 I』335 頁、349 頁以下（有斐閣、2010）〔初出：2006〕；長谷部恭男「憲法判例の権威について」同『憲法の円環』193 頁（岩波書店、2013）〔初出：2012〕。

35 ただし、このことはいわゆる付随的審査制の不可避の帰結ではない（浦部法穂「判決の効力と判例理論」同『違憲審査の基準』92 頁、94 頁（勁草書房、1985）〔初出：1983〕は、「付随的審査制だから当然に合憲・違憲の決定じたいを目的とする手続は存在しないとは言えない」とする）。在外邦人選挙権事件最高裁判決（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 巻 7 号 2087 頁）も、公職選挙法が憲法および自由権規約に違反して「違法」であることの確認の請求を、警察予備隊事件最高裁判決（最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 巻 9 号 783 頁）を引用して却下することはしなかった。法令の違憲・違法確認請求訴訟の意義については本稿では立ち入らない（0. 1 参照）。

36 なお、刑事事件については既判力の範囲という形での議論はなされないが、例えば無罪の判決の前提問題として構成要件規定の違憲が認定された場合に、当該違憲の判断が他の場面において通用することは想定されておらず、同様のことが言える。

37 この点で、処分の違法性について既判力が生ずる取消判決とは状況を異にする。参照、塩野宏・前掲註（4）185 頁。

範囲は原則として訴訟当事者に限られており（民事訴訟法 115 条 1 項）、判決効の作用として当該当事者以外の者との関係で違憲の判断が通用することもない。そこで近時の「個別的効力説」は、一方で「拘束力」という別の効力を編み出して②他の国家機関の拘束を導こうとし（1. 2）、他方で先例拘束性という他の法理に依拠して③後訴裁判所の拘束を導こうとしている（1. 3）。便宜上後者から見よう。

2. 1 後訴裁判所の拘束

2. 1. 1 「先例としての事実上の拘束性」？

民法 900 条 4 号を違憲とした最大判平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁の法廷意見は、「憲法に違反する法律は原則として無効であり、その法律に基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであることからすると、本件規定は、本決定により遅くとも平成 13 年 7 月当時（本件申立人を相続人とする相続の開始時点。筆者注）において憲法 14 条 1 項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、(a) 上記当時以降は無効であることとなり、また、(b) 本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになる」と述べている（下線等筆者）。この判示からは、この判決がいう「先例としての事実上の拘束性」は、(a) 平成 13 年 7 月当時以降において旧民法 900 条 4 号を無効とし、かつ (b) 同号に基づいてされた裁判や合意の効力等を否定するものだと理解される。

この判示は、①違憲と判断された法律の効力の問題については曖昧さを残している（2. 2. 2 参照）が、少なくとも③後訴裁判所の拘束の問題については、この (a) (b) の判断が後訴裁判所を拘束すると理解しているものと解される。というのも、仮にこの (a) (b) の判断が後訴裁判所を拘束しないのであれば、この引用部の先に続く、「法的安定性」の観点から「当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められているといわなければならない、このことは、裁判において本件規定を違憲と判断することの適否という点からも問題となり得るところといえる」との判示は、必要ないはずだからである。換言すれば、他の事件における後訴裁判所の拘束が肯定されて初めて、遡及効を制限する必要が生じるため、遡及効制限にまで言及

するこの判決は、後訴裁判所の拘束性を認めていると見るのが自然である³⁸。このことは、「本件遡及効の判示は、いわゆる傍論 (obiter dictum) ではなく、判旨 (ratio decidendi) として扱うべきものである」とする千葉勝美補足意見の論理においては、より強く妥当する。

2. 1. 2 先例拘束性

しかし本来、③違憲判断への後訴裁判所の拘束が自明でないことは、すでに述べたとおりであり (2. 冒頭参照)、この後訴裁判所の拘束がいかなる論理で認められるのかが、さらに問われねばならない。

この点は、法廷意見においては特段語られていないが、金築誠志補足意見においては「法の平等な適用」が根拠とされている。まず、金築補足意見では、「個別的効力説」を採用することを前提に、「立法により当該規定が削除ないし改正されない限り、他の事件を担当する裁判所は、当該規定の存在を前提として、改めて憲法判断をしなければならない。個別的効力説における違憲判断は、他の事件に対しては、先例としての事実上の拘束性しか有しないのである」とされている (下線筆者)。下線部から明らかであるように、ここでは「先例としての事実上の拘束性」それ自体は、(a) (b) の判断を他の事件において後訴裁判所に通用させるためのロジックとしては用いられていない。しかし次に、「とはいえ、遅くとも本件の相続開始当時には本件規定は憲法 14 条 1 項に違反するに至っていた旨の判断が最高裁判所においてされた以上、法の平等な適用という観点からは、それ以降の相続開始に係る他の事件を担当する裁判所は、同判断に従って本件規定を違憲と判断するのが相当であることになる。その意味において、本決定の違憲判断の効果は、遡及するのが原則である」(下線部筆者) と述べられており、金築補足意見においては、後訴裁判所が (a) (b) の判断に拘束されることになるのは、「法の平等な適用」の要請によるものとされているのである。

この「法の平等な適用」は、より具体的には「同種の事件は同様に解決されるべきである」という要請³⁹であると解される⁴⁰。我が国の司法制度

38 合憲判断を下した最大判平成 7 年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁に関する論評として夙に、工藤達朗「『違憲判決の効力』論の再検討」同『憲法学研究』171 頁、192 頁 (尚学社、2009) [初出：2007] ; 中村心・前掲註 (28) 194-195 頁。

においてもこの要請が妥当することについては特段の異論はないであろう⁴¹が、より具体的に言えば、現在では最高裁判例への違反が最高裁判所への一般的な上訴理由とされている点⁴²が、この要請の制度的な根拠となろう。これは最高裁による法令解釈の統一のためだと理解されており⁴³、最高裁による法令解釈の統一が意味を持つのは、最高裁によって統一された法令解釈を下級審が順守することが想定されているからに他ならない⁴⁴。

2. 1. 3 先例拘束性と既判力

こうした現象を「先例拘束性」と呼ぶならば、この先例拘束性は、果たして伝統的な意味での判決効、とりわけ既判力とは如何なる関係に立つであろうか。

-
- 39 浦部法穂・前掲註(35) 108頁。清宮四郎『憲法I(第3版)』376頁(有斐閣、1979)が、「同種の事件は同じように扱われるようになる」というのも同趣旨であろう。
- 40 なお、この意味での「法の平等な適用」も、ある種の「法的安定性」を達成するものであるが、それは遡及効制限を正当化するための「法的安定性」とは区別されるべきものである。本稿ではこれ以上立ち入らない。
- 41 例えば参照、田中成明「裁判による法形成」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座1』49頁、65-66頁(日本評論社、1981)。高橋一修・前掲註(32) 159頁も、「判例の拘束力の根拠が公平・平等の要請にあることは、我が国で意見の一致を見ていると見てよいと思われる」とする。
- 42 具体的には、最高裁判例への違反は、民事事件の上告受理申立事由(民事訴訟法318条1項)、許可抗告事由(同337条2項)および上告裁判所である高等裁判所からの最高裁への移送事由(同324頁、民訴規則203条)並びに刑事事件の上告理由(刑事訴訟法405条2号)および特別抗告事由(同433条1項)とされている。
- 43 兼子一＝竹下守夫『裁判法(第4版)』166-168頁(有斐閣、1999)；中野次雄『判例とその読み方(3訂版)』86-88頁〔中野次雄〕(有斐閣、2009)。
- 44 下級審が最高裁の法令解釈を順守する理由については、それに反する解釈を行った裁判は破棄される可能性が高いから(兼子一＝竹下守夫・前掲註(43) 10頁)という説明がなされるほか、最高裁の法令解釈にことさらに違反した場合には、明白に法律の解釈適用を誤った場合(参照、最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説中巻』146頁(法曹会、1969))として懲戒処分(裁判所法49条)が下され得るからという説明もありえよう(憲法判断への違反についてはあるが、竹下守夫・前掲註(25) 706-707頁)。ここではこうした説明の妥当性にまで立ち入る必要はない。

まず、最も大きな違いとして、既判力は訴訟事件の確定した裁判⁴⁵一般に備わる効力であるため、最高裁判所の裁判以外にも、すなわち下級審の裁判にも生ずるが、先例拘束性は最高裁判所の裁判以外には生じないという点がある。この特徴に鑑みると、先例拘束性は既判力とは質的に異なる現象であると整理すべきとの理解もありえよう。しかし、先例拘束性が後訴裁判所の判断内容を拘束する作用の一種であることは否定しえない。すなわち、先例拘束性と既判力とは、その拘束の内容が異なるに過ぎないとして連続的に捉えることが可能であり⁴⁶、かつ議論の深化のためにはそれが妥当であるように思われる。

このように把握する場合、先例拘束性と既判力との拘束の内容の差異は、以下の点に見出されることとなる。まず、裁判中の判断のうち、両者が妥当する範囲が異なる。具体的には、既判力は主文中の判断に生じるのに対して、先例拘束性は、理由中の判断のうちの判旨（ratio decidendi）に生ずる⁴⁷。次に、既判力を覆す手段は再審手続であるが、先例拘束性を覆す手段は最高裁判所大法廷による⁴⁸判例変更（参照、裁判所法 10 条 3 号）である⁴⁹。この点に関連してさらに、既判力に抵触する判断は下級裁判所のみならず最高裁判所もできないのに対して、先例に抵触する判断は最高

45 非訟事件の裁判については争いがあるが、立ち入らない。近時の論考として参照、中間靖規「非訟裁判の既判力に関する一考察」河野正憲古稀『民事手続法の比較法的・歴史的研究』127 頁（慈学社出版、2014）。

46 川嶋四郎『民事訴訟法』669-670 頁（日本評論社、2013）は、判決の「事実的効力」として先例拘束性を把握する。ただし、「日本の場合には、法的なレベルでは先例拘束性がない」という叙述には不明瞭なところがある。

47 判例法主義国の理論との比較を含め参照、渋谷秀樹・前掲註（25）722-723 頁。なお、判決理由中の判断のうちの一部分について生じる参加的効力（民事訴訟法 46 条）や取消判決の拘束力（行訴法 33 条）との比較も有用であろうが、本稿で立ち入る余裕はない。

48 判例変更の権限を大法廷のみに認めているのは、判例変更の慎重を期するためと解される（高橋一修・前掲註（32）158 頁）。

49 民事事件についてはさらに、先に確定した裁判の既判力に抵触する裁判には再審事由が生じる（民事訴訟法 338 条 1 項 10 号）が、先例に抵触する裁判には再審事由は生じないという差異がある（松浦馨ほか編『条解民事訴訟法（第 2 版）』1733 頁〔松浦馨〕（弘文堂、2014）は、参加的効力その他の付随的効力との抵触は再審事由にならないとしており、先例との抵触もまた再審事由にはならないものと解される）。

裁判所であれば大法廷における判例変更の手続を踏んだ上で行うことが可能である、という差異もある⁵⁰。

このように整理すると、翻って、後訴裁判所の拘束の論点においては、憲法判断であることの特異性は小さいことが確認されよう。「法の平等な適用」の要請に基づいて違憲の判断が後訴裁判所を拘束するという現象としての先例拘束性は、憲法判断に固有のものではない。確かに、憲法問題は最高裁判所への一般的な上訴事由であり（民事訴訟法 312 条 1 項、327 条 1 項、刑事訴訟法 405 条 1 項、433 条 1 項）、最高裁によって統一された解釈を下級審が順守することが想定されているという論理（2. 1. 2）は、憲法判断についても同様に当てはまる⁵¹が、このことは憲法判断も先例拘束性と同じ論理によって後訴裁判所を拘束することを意味しているに過ぎない。このように考えるならば、憲法判例の先例性は通常先例性とは異なるという理解⁵²は、憲法判例の変更に関して必要とされている特殊の考慮の存在を指摘するものと受け止められることになろう⁵³。

2. 2 違憲・違法と判断された法令等の効力

以上論じ来たところを踏まえて、①違憲と判断された法律がそのこと

50 竹下守夫・前掲註(25)は、最高裁の違憲判断について、理由中の判断ではあっても、当事者間において「当該法令の違憲・無効を確定し、以後それを争えないとの効力（違憲・無効の確定力）を有すると考えるべきではあるまいか」とし（702頁）、「個別的効力説が言う個別的効力とは、真に判決の効力として考えるとすれば、このような効力になると思われる」（709頁註50）とするが、これは既判力でも先例拘束性でもない特殊な効力であり、こうした効力を認めることができるか否かはまた別の問題である。

51 この方向性の説明として夙に、加藤正治「違憲法令審査権の効力」法学新報 57 卷 1 号 1 頁、13-15 頁（1950）。

52 佐藤幸治「憲法判例の法理」同『現代国家と司法権』349 頁、356 頁以下（有斐閣、1988）〔初出：1977〕。

53 最高裁自身が憲法判例の射程の正確な把握を行わないままに、非明示的な憲法判例変更が行いがちである（参照、樋口陽一「判例の拘束力・考——特に憲法の場合」佐藤功古稀『日本国憲法の理論』675 頁、687 頁（有斐閣、1986））ことに鑑みるならば、最高裁判所自身に対する憲法判断の拘束性（同 686 頁以下）を強調するために、敢えて憲法判例の特異性を強調するという戦略もありえようが、これは後訴裁判所の拘束の論点において憲法判断が特殊の構造を持つということではない。

のみによって失効するか否かの問題について、「違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するわけではない」とする「個別的効力説」の具体的内容を確認しよう。

「違憲判決の効力論」に関する通説的な説明は、①違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するか否かの問題について「個別的効力説」をとり、違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するわけではないとしても、②違憲の判断が立法府および行政府を拘束することを認めるならば、それは①の論点において「一般的効力説」をとり、違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するとするのとほとんど変わらないとする。しかし、この説明には、③違憲の判断が後訴裁判所を拘束するか否かの問題に関する言及がない。そのため、③の論点との関係で「一般的効力説」と「個別的効力説」とに有意な差が出るのではないかが、さらに問題となる。

2. 2. 1 「一般的効力説」と「個別的効力説」再論

とはいえ、結論的には、この③の論点との関係でも「一般的効力説」と「個別的効力説」とに有意な差はないと言える。

まず、①の論点における「一般的効力説」と「個別的効力説」とには、以下の点で一応の差異が認められる。「一般的効力説」に従い、法律が違憲判決により失効すると解するとしても、当該法律は国会が廃止しない限りその存在ないし外観を維持しているため⁵⁴、「個別的効力」をとる場合と同様に、さらなる適用行為に基づいて、または既に適用された別の事件において、再び当該法律の違憲無効を前提とした主張がなされることがあり得る（1. 3 参照）。この場合に、前訴判決が当該法律を失効させているとすれば、後訴において当該法律の有効性が再度争われた際に、後訴裁判所は再び当該法律の違憲性の問題を審査することなくして、前訴判決の存在のみを理由に当該法律を無効と判断することができる⁵⁵。換言すれば、後訴当事者は、自身の不利益が当該法律に係るものであることを立証できるならば、それだけで目的を達することができる。これに対して、「個別

54 最高裁判所の違憲判決は、その要旨が官報に公告され（最高裁判所裁判事務処理規則 14 条）、その正本が内閣および国会に送付されることとなる（同 14 条、12 条参照）が、これを法律の廃止のための立法措置と見ることは不可能であり、それだけでは法律の外観は除去されない。

的効力説」に従い、違憲判決が当該法律を失効させていないとすれば、後訴裁判所は当該法律の有効性を判断するために、再び当該法律の違憲性の問題を審査しなければならない。より具体的に言えば、後訴当事者は、自身の不利益が当該法律に係るものであることのみならず、当該法律が違憲無効であることを再び立証しなければならない。このように、①の問題は、後訴裁判所における法律の違憲性および有効性に係る審理の内容に影響するという意味で、③後訴裁判所の拘束の問題の一部を構成していると理解することができる。

しかし、③後訴裁判所の拘束の問題として先例拘束性を肯定するのであれば(2. 1参照)、「一般的効力説」と「個別的効力説」とには、やはり差はないことになる。というのも、「個別的効力説」を採ったとしても、違憲性の判断について先例拘束性が生じているのであるから、判例変更がされない限りは後訴裁判所は当該法律が違憲であるという前提で審理せねばならず、後訴当事者の違憲性の主張は当然に認められることとなるからである。換言すれば、「個別的効力説」を採ったとしても、結論的には「一般的効力説」と同様に、後訴当事者は自身の不利益が当該法律に係るものであることさえ立証すればよいことになるのである⁵⁶。

2. 2. 2 非嫡出子相続分差別違憲判決の理解

ここで翻って、民法 900 条旧 4 号を違憲とした最大判平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁の法廷意見が「個別的効力説」と「一般的効力説」のどちらを前提にしたのかという点について見よう。判を厭わず繰返せば、同判決の法廷意見は、「憲法に違反する法律は原則として無効であり、その法律に基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであることからすると、本件規定は、本決定により遅くとも平成 13 年 7 月当時において憲法 14 条 1 項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、(a) 上記当時以降は無効であることとなり、

55 この帰結は、前訴判決の法律の無効の判断について、基準性のみならず排除効までが後訴当事者に及んでいることを前提としているが、同種利害関係人に対する作用を基準性に留めることに理由がないことについては、巽智彦・前掲註(6) 128-130 頁を参照のこと。

56 この意味で、両説の対立を判例の拘束力を否定する前提に起因するものと見ると高橋一修・前掲註(9) 136 頁は、正鵠を射ていたと言えよう。

また、(b) 本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになる」と述べている(下線等筆者)が、これが「個別的効力説」と「一般的効力説」のどちらを前提にしたのかについては特段触れるところがない。

一方で、法律の規定が違憲であるのみならず無効とされ((a))、それに基づきなされた裁判や合意の効力等が否定される((b))という論の運びは、違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するという「一般的効力説」を彷彿とさせる。他方で、これに対して、金築補足意見および千葉補足意見は、この判示を「個別的効力説」を前提に読む。特に千葉補足意見は、さらに、「本件の違憲判断についての遡及効の有無、範囲等を、それが先例としての事実上の拘束性という形であったとしても、対象となる事件の処理とは離れて、他の同種事件の今後の処理の在り方に関わるものとしてあらかじめ示す」ことも「個別的効力説」と矛盾しないと説いている。両補足意見は、法廷意見は民法900条旧4号が他の事件においてあくまで有効であることを前提に、(a) (b)の結果が当該裁判や合意の効力を判断する後訴訟裁判所に先例拘束性の結果として通用する旨を述べたに留まると理解するのであろう。

しかし、先に見たところからすれば、この問題は少なくとも実際の帰結を左右するものではない(2. 2. 1参照)。この判決の法廷意見が、「個別的効力説」と「一般的効力説」のいずれを前提とするかに触れなかったのは、この対立が結論を左右するわけではないことを認識したからだと理解することもできよう。この判決の意義は、あくまで先例拘束性を前提とした遡及効制限の処理の仕方にあるというべきである。

2. 3 立法府および行政府の拘束

先に確認したとおり、「違憲判決の効力論」における現在の通説は、違憲判決により直接に法令が失効することはないが、違憲判決は裁判所以外の他の国家機関を「拘束」し、国会は当該法令を改廃し、行政は当該法令の適用を控えることとなると解することで、後訴が係属する事態を極力避けようとしている(1. 2)。以下では、この「拘束力」を拘束の内容別に考察し、先例拘束性の裏面として把握することができる範囲を確認したうえで(2. 3. 1ないし2. 3. 3)、国家機関に対する義務の付加という構成がもつ意味に一言する(2. 3. 4)。

2. 3. 1 違憲の法律の不適用等

まず、行政府に対する違憲判決の「拘束力」は、行政に違憲の法律の適用を控えさせるものとして議論されている。

2. 3. 1. 1 違憲の法律の不適用

通説的な理解によれば、違憲判決は違憲と宣言した法令を失効させるわけではない（1. 1 参照）。そのため、行政に対する違憲判決の「拘束力」は、行政に違憲だが有効な法令の執行を控える義務を課すものとして理解されてきた。この点は、形成力によって処分が失効することを前提とする取消判決の拘束力（行訴法 33 条）についてはそもそも議論する必要がないため、その理論を直接援用することはできず⁵⁷、独自の理論構成が必要である。この点について憲法学説は、違憲判決は行政の法律の誠実執行義務（憲法 73 条 1 号）を解除するものと理解し⁵⁸、その根拠を最高裁の違憲審査の「終審」性（憲法 81 条）に求めた⁵⁹。刑法 200 条（尊属殺人罪）を違憲とした最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 巻 3 号 265 頁の後、同条は平成 7 年改正に至るまで廃止されず、その間同条の罪による起訴が控えられることで対応がなされたことは著名であるが、ここではこの論理に基づいて検察官が違憲の判断に「拘束」されていたと説明されることが多い。

しかし他方で、行政が違憲の判断に拘束されるのは、先例拘束性の裏面であるという論理もあり得る。具体的には、ある法律が違憲だという最高裁の判断に後訴裁判所が拘束される（2. 1 参照）と、行政が当該法律を適用することの「意味が法的にない」こととなり⁶⁰、結果的に行政は当該法律の適用を控えるはずだという論理である。より正確に言えば、先例拘

57 逆に、取消判決等の理由中の判断として法律の違憲性が宣言される場合、違憲の法律の不適用は、違憲判決の効力論を持ち出すまでもなく、取消判決等の拘束力（行訴法 33 条）によって解決される場合がある。例えば、仮に距離制限規定の違憲を理由に申請拒否処分を取り消す判決が出された場合、処分庁は当該距離制限規定を前提に申請を処理することが禁じられる（浦部法穂・前掲註（35）93 頁）が、この帰結は、違憲の判断の拘束力というよりは、原告の救済の貫徹のための（2. 3. 1. 2 参照）取消判決の拘束力（行訴法 33 条 2 項）によるものである。

58 例えば、清宮四郎・前掲註（39）323 頁。

59 例えば、渋谷秀樹・前掲註（25）720 頁。

法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力

束性によって法的に意味のなくなった行為を繰り返すこと自体が行政の必要性・有効性・効率性等の原理⁶¹に反するため、こうした原理の作用としてこの「拘束」が導かれるのである。

この論理であれば、違憲審査の「終審」性に根拠を求める場合とは異なり、最高裁の判断一般が、行政に対する「拘束力」を発揮し得ることとなる⁶²。例えば、第1類および第2類医薬品の郵便等販売を禁止する等していた薬事法施行規則を違法とした最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁を承けて、薬事法施行規則等の一部を改正する省令（平成26年2月10日厚生労働省令第8号）が成立したのは判決確定後1年以上経ってからであるが、同省令が施行されるまでの間になされた郵便等販売について罰則（薬事法85条1号）が適用されなかったのは、上記の論理によって検察官が違法の判断に「拘束」されていたからだと説明することが可能であろう。

2. 3. 1. 2 原状回復

こうした法令の不適用の「拘束」の延長線上に、当該法令が適用されなかったなら存在していたであろう状態を実現せざるを得なくなるという形で「拘束」が存在する。本稿冒頭で紹介した、神奈川県臨時特例企業税条例を地方税法に違反するとした判決（最判平成25年3月21日民集67巻3号438頁）を例にとろう。この判決を承けて、同税を課税された別の企業が、返還請求権の消滅時効⁶³の完成前に同様の訴訟を提起した場合、後訴裁判所は当該条例の違法無効を前提に判断をすることとなるため、判例変更がされない限りは確実に認容判決が下されることになる。神奈川県がこうした事態を予見し、応訴のコストを抑えるべく予め対応を行ったのだとすれば、これもまた先例拘束性に行政の必要性・有効性・効率性等の原理を加えた「拘束」として説明することが可能である。これは条例の違

60 取消判決の反復禁止効を既判力によって基礎づける説明として参照、高橋滋ほか編『条解行政事件訴訟法（第4版）』666頁（興津征雄）（弘文堂、2014）。

61 宇賀克也『行政法概説I（第5版）』61-63頁（有斐閣、2013）。

62 高橋和之ほか「座談会——非嫡出子相続分違憲最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配175号5頁、37頁（穴戸常寿発言）（2014）が示している、「違憲判断だからというよりも、最高裁の判断だからという理由が大きい」という理解も、こうした論理を指すものであろう。

法性が問題となった事例⁶⁴であるが、法規命令の違法性が問題となる事例⁶⁵においても、法律の違憲性が問題となる事例⁶⁶においても同様のことが言える。

こうした事態は、行政が一種の原状回復を行ったものと言える。そうすると、これを取消判決等の拘束力（行訴法 33 条 1 項）の作用の一種としての原状回復義務⁶⁷として説明することが可能であるか否かが、一応問題となろう。再び上記の神奈川県臨時特例企業税条例事件を例にとれば、原告は納付済み税額の還付および還付加算金の支払いを内容とする給付判決

- 63 なお、神奈川県 HP・前掲註（1）を見る限り、神奈川県への対応は、納税者による更正の請求を待たずして返還するというものである。これは、過納金ではなく誤納金であることを前提にしたもの（参照、金子宏『租税法（第 20 版）』778 頁-779 頁（弘文堂、2015））であると解されるが、還付請求権の消滅時効（「請求をすることができる日から 5 年」。地方税法 18 条の 3 第 1 項）を適用せず、民法上の不当利得返還請求権の消滅時効（「権利を行使することができる時」から「10 年」。民法 166 条 1 項、167 条 1 項）を適用しているように見える点には議論がありえよう。過納金との均衡の観点から、誤納金の返還請求権の「消滅時効の起算点は納付のときであるというごとき形式論は到底とることができない」とした最判昭和 52 年 3 月 31 日訟月 23 卷 4 号 802 頁や、地方公共団体による消滅時効の主張を信義則により遮断した最判平成 19 年 2 月 6 日民集 61 卷 1 号 122 頁の趣旨も再度吟味する必要があるように思われるが、立ち入らない。
- 64 他にも、市民税の税率を改正した条例が告示されていないことの違法性が争われた事例（昭和 24 年（オ）第 228 号同 25 年 10 月 1 日最高裁第三小法廷判決、請求棄却）が紹介されている（河原峻一郎「違憲判決の効力」ジュリ 41 号 11 頁、14 頁、同註 14（1953））。
- 65 児童扶養手当法施行令旧 1 条の 2 第 3 号括弧書を違法とした最判平成 14 年 1 月 31 日民集 56 卷 1 号 246 頁を例にとるならば、原告と同じ理由で受給資格喪失処分を受けた者に対して、受給資格を失っていなかったならば受け取っていたであろう金額に相当する額を支払うべきかという問題がありえよう。
- 66 施行日前の譲渡により生じた損失の金額を損益通算することを認めない租税特別措置法の改正を憲法 84 条に違反しないとした最判平成 23 年 9 月 30 日判時 2132 号 39 頁が、仮に違憲の判断を下していたならば、同様の事態が生じていたと考えられる。
- 67 さしあたり参照、芝池義一・前掲註（4）101 頁。ただし、原告との関係での原状回復義務は、取消判決の拘束力の作用としてではなく、職権取消等の場合と共通の実体法原理に基づくものとして整理する理解が有力である。参照、高橋滋ほか編・前掲註（60）〔興津征雄〕685-686 頁。

を得ており⁶⁸、過誤納金の返還請求訴訟は給付訴訟としての実質的当事者訴訟であると解されている⁶⁹ことから、当該給付判決には拘束力が備わることとなる（行訴法41条1項による33条1項の準用）。しかし、取消判決等の結果生ずる原状回復義務は、原告の救済の貫徹のために認められるものであり⁷⁰、原告の救済の貫徹のために必ずしも必要のない同種利害関係人との関係での原状回復をその内容に含めることは当然にはできない。したがって、原告以外の者との関係での原状回復を原告の得た取消判決の拘束力の作用に含めるとしても、それは原告との関係での原状回復義務とは異なった要請に基づくものと言わざるを得ず、その「異なった要請」とは結局、先に見た行政の必要性・有効性・効率性等の原理に還元されるのではないかと思われる⁷¹。

2. 3. 2 違憲・違法の法令の改廃

次に、違憲判決の立法府に対する「拘束力」は、国会に違憲の法律を改廃させるものとして議論されている。この「拘束」は、地方議会による違法の条例の改廃や、行政による違法の法規命令の改廃についても、同様に問題となる。便宜上、違法の法規命令の場面から見よう。

理由中の判断として法規命令が法律の委任の趣旨を逸脱して違法とした諸判決が、当該法規命令を改廃するべく行政を「拘束」とすれば、それはいかなる根拠に基づくものであろうか。ここでもまた、先例拘束性の裏面としての「拘束」の延長として説明する可能性が考えられる。具体的には、違法の法規命令は先例拘束性の裏面としてもはや適用することに意味がなくなるのであり（2. 3. 1. 1 参照）、そうであればそれを存続させていることにも意味がないので、行政は自然と当該法規命令を廃止するこ

68 なお、最高裁は、同条例が違法無効であることを前提に増額更正処分および過少申告加算金賦課決定を無効であるとした第一審判決を是認している。この点にも議論があり得るが、立ち入らない。

69 塩野宏・前掲註(4) 260頁。

70 このことは、結果除去請求権や結果除去負担といった実体法原理から行政の原状回復義務を基礎づける場合（参照、山本隆司『行政上の主観法と法関係』394-398頁（有斐閣、2000））には、より明らかである。

71 鶴澤剛・前掲註(16)「憲法訴訟における判決効の訴訟法的構造」140頁以下も、法的紛争解決過程内の拘束力としての行訴法上の拘束力と、将来の「同種の事件」に対する国家機関の拘束のための「判例の拘束力」とを区別する。

とになる、という説明である。より正確には、先例拘束性の裏面として適用が予定されなくなった法規範を存続させていることは、当該法規範に関する予見可能性⁷²を害することとなるため、この予見可能性の確保が当該「拘束」の根拠となろう。法規命令が法律の委任の趣旨を逸脱して違法だとされた最高裁判例のうち、判決確定時において未だ当該法規命令が改廃されていなかった事例⁷³では、行政は上記の論理によって当該法規命令を改廃すべく「拘束」されていたものと解される。この説明は、違法の条例を改廃させる地方議会の「拘束」や、違憲の法律を改廃させる立法府の「拘束」についても用いることができる。

他方で、国会に対する法律改廃の「拘束」の根拠として取消判決等の拘束力（行訴法 33 条）が持ち出されること（1. 2）に鑑みるならば、この行訴法上の拘束力の作用として、違法の法規命令や違憲の法律の改廃の「拘束」を語ることができるかも一応検討すべきであろう。しかし、先に行政の原状回復に関して述べたのと同様のことがここでも当てはまり（2. 3. 1. 2 参照）、行訴法上の拘束力を持ち出す場合でも、結局は先例拘束性および予見可能性の確保に基づく説明に還元されることになる。

2. 3. 3 違憲・違法の規範の反復禁止

なお、「拘束力」が、判決を受けて行政や国会が廃止した法規命令や法律と同内容のものを後に定めなおすことを禁ずる効力まで有するか否か、換言すれば反復禁止効を有するか否かについては、我が国においてはさほど論じられていないが⁷⁴、今後議論が必要とされる論点であろう。

この反復禁止効は、ドイツでは行政裁判所系列の裁判、憲法裁判所の裁判を問わず既判力の作用とされ⁷⁵、我が国でも取消判決の反復禁止効は既判力の作用だとする理解が有力である⁷⁶。しかし、我が国の取消判決の訴

72 参照、小早川光郎『行政法上』89-90 頁（弘文堂、1999）。

73 便宜上平成に入ってからのもに限ると、監獄法施行規則を違法とした最判平成 3 年 7 月 9 日民集 45 卷 6 号 1049 頁、戸籍法施行規則を違法とした最判平成 15 年 12 月 25 日民集 57 卷 11 号 2562 頁、貸金業法施行規則を違法とした最判平成 18 年 1 月 13 日民集 60 卷 1 号 1 頁、地方自治法施行令を違法とした最大判平成 21 年 11 月 18 日民集 63 卷 9 号 2033 頁、薬事法施行規則を違法とした最判平成 25 年 1 月 11 日民集 67 卷 1 号 1 頁がある。これに対して、児童扶養手当法施行令を違法とした最判平成 14 年 1 月 31 日民集 56 卷 1 号 246 頁が確定した時点では、問題となった条項はすでに削除されていた。

訟物が処分の違法性一般であり、したがってそれが主文中の判断に位置づけられるのとは異なり、我が国の違憲判決は、法律の違憲性をあくまで理由中の判断で示すに留まるため⁷⁷、違憲の判断がそもそも既判力の客体的範囲に入らない⁷⁸。また、民事訴訟のように国が当事者とならない場面で違憲判決が下された場合には、既判力の主体的範囲⁷⁹の観点からも反復禁止を基礎づけられないこととなる。

したがって、我が国における問題は、既判力ではなく先例拘束性の裏面として違憲の規範の反復禁止を導くことができるか否かにあることとなる。

-
- 74 佐藤幸治・前掲註(52) 389頁は、後訴裁判所の先例拘束性の問題と、先例に対する国会の態度の問題(先例違反の法律を制定することが可能か否かの問題)とを分けており、後者の問題はここでいう反復禁止効に関わるものであると見受けられる。
- 75 Vgl., z.B., *Helmuth von Nicolai*, in: *Konrad Redeker/ Hans-Joachim von Oertzen (Hrsg.)*, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 16. Aufl., 2014, § 121 Rn.5a, 10a; *Herbert Bethge*, in: *Theodor Maunz et al. (Hrsg.)*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, Stand: 2014, § 31 Rn.69ff. なお、憲法異議を認容する場合には、連邦憲法裁判所は問題となった行為が繰り返されることもまた基本法違反となる旨を宣言することができる(連邦憲法裁判所法 95 条 1 項 2 文)、これも反復禁止を指示するものと解されている。Vgl., *Bethge*, a.a.O., Rn.72.
- 76 参照、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』14頁以下(弘文堂、2010)。
- 77 ただし、前掲註(35)参照。
- 78 この点で比較対象として有用なのは、自己の基本権を侵害されたことを要件とする点で我が国の付随的違憲審査制と共通する、ドイツの憲法異議(Verfassungsbeschwerde)の手続である(概要として参照、畑尻剛=工藤達朗編『ドイツの憲法裁判(第2版)』282頁以下(中央大学出版部、2013))。ドイツ連邦憲法裁判所法 95 条 1 項 1 文は、憲法異議を認容する場合には、どの行為又は不作為がどの基本法規定に違反したのかを裁判中で確認(feststellen)しなければならないとしており、違憲の判断も手続の対象に含まれ既判力の対象となるとされている。Vgl., *Bethge*, a.a.O. (Anm. 75), § 31 Rn58ff., insb. Rn.64.この問題については、林屋礼二「西ドイツと日本の違憲判決の効力——西ドイツの憲法訴訟の違憲判決効力論をつうじて」同『憲法訴訟の手続理論』1頁、68頁以下(信山社、1999)〔初出:1963-65〕の先駆的業績がある。
- 79 ドイツ連邦憲法裁判所法(BVerfGG) 31 条 2 項は、連邦憲法裁判所の裁判の対世効(具体的には、法律としての効力(Gesetzeskraft))を定めており、現在では憲法異議の裁判にも対世効が生ずることが法文上明確とされている。

先に述べたように、既判力と先例拘束性とは裁判所に対する「拘束」の内容が異なり(2. 1. 3 参照)、その裏面としての国会に対する「拘束」の内容も異なるため、この問題に関しては既判力の時的限界に関する議論を単純に応用することができない⁸⁰。本稿では問題の指摘に留めておきたい。

2. 3. 4 「拘束力」の必要性

以上のように、違憲判決が立法府および行政府を「拘束」する作用は、平等原則を根拠とした先例拘束性に、行政の必要性・有効性・効率性等の原理や、法令に関する予測可能性の確保の要請を加えたものとして説明することが可能である⁸¹。

しかし、関係諸機関の「拘束」を全て先例拘束性の原理に還元することが妥当であるか否かは、今一度立ち止まって考えるべき問題であろう⁸²。上記の説明において「拘束」の根拠となる行政の必要性・有効性・効率性等の原理や、法令の適用に関する予測可能性の確保の要請は、いずれも行政や国会に具体的な義務を課すものではない。とりわけ選挙区割りの問題において国会が違憲判決の趣旨に従わない事態が常態化していることに鑑みると、違憲判決による関係国家機関の「拘束」を具体的な義務の形で示すことにも一定の意義が認められるように思われる⁸³。

この問題は、権力分立原理の具体化の作業の一種に他ならず、言うまでもなく公法学に課せられた課題である。今後の課題は、この具体的な義務

80 そもそもドイツでも、立法府に対する絶対的な反復禁止義務 (absolutes Normwiederholungsverbot) は生じないとされており、これが既判力の時的限界の問題を指すだけなのか、それ以上の含意を持つのかに関しては、判然としないところがある。Vgl., *Bethge*, a.a.O. (Anm. 75), § 31 Rn.69ff., 121, 195.

81 この意味で、「『違憲判決の効力』なる概念を廃棄する」という高橋一修・前掲註 (9) 139 頁の選択も、一つのあり得る方向性と評されよう。

82 参照、大貫裕之・前掲註 (18) 209 頁。

83 この点について、フランス行政法が、違法な行政立法に基づいてなされた個別決定の一つが越権訴訟で取り消された場合に、他の個別決定を名宛人の申請に応じて取り消さなければならない義務や、違法な行政立法を廃止する義務をデクレで明確化するに至ったことも参考になろう。参照、交告尚史「フランスにおける行政と公衆の関係改善 (2・完)」六甲台論集 32 巻 1 号 1 頁、5-7 頁 (1985)。

をいかなるものとして⁸⁴、またいかなる根拠によって⁸⁵基礎づけられるかについて、議論を積み重ねることにある。

2. 4 小括

以上の検討の結果、「違憲判決の効力論」の3つの論点、すなわち、①違憲と判断された法律がそのことのみによって失効するか否かの問題、②違憲の判断が裁判所以外の国家機関を拘束するか否かの問題、③違憲の判断が後訴裁判所を拘束するか否かの問題について、③後訴裁判所の拘束の論点から①②の論点を統一的に把握する可能性が開かれた。具体的には、③後訴裁判所が違憲の判断に拘束されるのは、「法の適用の平等」を根拠とする最高裁判所の裁判の先例拘束性によるものであり(2. 1)、①違憲の法律が失効するか否かの問題は、後訴裁判所の先例拘束性を肯定する限りは実際の帰結を左右する重要性を持たず(2. 2)、②他の国家機関の違憲の判断への拘束は、後訴裁判所の先例拘束性の反射に、行政の必要性・有効性・効率性等の原理や法規範に関する予見可能性の確保の要請が加わることで導かれる(2. 3)ことを論証した。ここでは、③先例拘束性の原

84 この点に関連するのは、違憲の判断の「拘束力」の履行確保手段である。参考までにドイツを見ると、関係機関が連邦憲法裁判所の裁判の拘束力(§ 31 Abs.1 BVerfGG)に違反した場合、そのこと自体がさらなる憲法異議の対象になることがあり得る(Vgl., Bethge, a.a.O. (Anm. 75), § 31 Rn.20)が、関係機関に対して拘束力に沿った行動の実現の強制執行を開始することは予定されていない(Vgl., Gerd Roellecke, in: Dieter Umbach et al. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Mitarbeiterkommentar, 2.Aufl., 2005, § 35 Rn.12)。この点は、義務付け判決を債務名義とした行政に対する強制執行を認めている行政裁判所法(Vgl., § 167ff. VwGO)とは異なる。

85 この点に関して、鶴澤剛・前掲註(16)「憲法訴訟における判決効の訴訟法的構造」140頁が、公法は立法部や行政庁に対する行為規範であるという位置づけから、「公法をめぐって生ずる訴訟においては、判決の有する機能は、紛争の一回的解決という側面よりも、むしろ立法部や行政庁を拘束するという側面が正面に出てくるのではないかと指摘し、「裁判所を国家活動の適法性保障の担い手とする憲法構造」を根拠に、先例拘束性と他の国家機関に対する拘束力とを「同一の基礎を有する」とする点が着目される。日独の立法過程における議論を踏まえた憲法理論として参照、笹田栄司「『違憲判決の効力論』についての覚書き」高見勝利古稀『憲法の基底と憲法論』547頁、563頁(2015)。

理が違憲判断固有の問題ではなく、最高裁の判断一般について妥当することが確認され、「違憲判決の効力論」は広く法令等の違憲・違法の判断に関する問題として捉え直されるべきことも、併せて示された。

このように整理すると、さらに、本稿で論じた②③の問題は、法令等の効力を否定する場面に限られない妥当範囲を持つことも判明する。具体的には、裁判所が行政の解釈とは異なる解釈に立脚した場合、とりわけ行政の通達とは異なる法解釈を妥当とした場合が、視野に入れられるべきであろう。例えば、いわゆる生命保険年金二重課税事件判決（最判平成22年7月6日民集64巻5号1277頁）は、神奈川県臨時特例企業税条例事件以上に複雑で難解な後処理の問題を残した⁸⁶が、ここでも、最高裁の統一した法解釈が③後訴裁判所を拘束し、その延長線上で②国税庁を拘束しているということが、前提として確認されるべきであろう。

3. 憲法裁判の方法との関係

ところで、以上の検討では、裁判が法令の「どの部分を」違憲または違法としたのか、ないしは「どのような条件の下で」違憲または違法としたのかという点は、一応措くこととしていた。しかし、この点も本稿にとって重要な問題である。というのも、こうした違憲部分または違法部分の確定に関する判断が関係国家机关間で相違した場合にこそ、先に見た②裁判所以外の国家机关の「拘束」の問題（2. 3 参照）や、③後訴裁判所の「拘束」の問題（2. 1 参照）が顕在化するからである。また、「個別的効力説」と「一般的効力説」の争いは、①違憲と宣言された法律の効力に関するものとしては実益が見いだされなかったが、この憲法裁判の方法論⁸⁷との関係では今なお一つの対立軸を形成していると見る余地がある。

86 生命保険会社による源泉徴収の問題等も含めて参照、藤谷武史「生保年金二重課税最判の租税手続法上のインパクト——源泉徴収・還付を中心に」ジュリ1410号28頁（2010）。なお、神奈川県の対応とは異なり、本件では誤納金ではなく過納金としての処理がなされ（「相続又は贈与等に係る生命保険契約等に基づく年金の税務上の取扱いの変更等の方向性について」（https://www.nta.go.jp/sonota/sonota/osirase/data/h22/sozoku_zoyo/pdf/9382.pdf））、かつ特別還付金の制度（租特97条の2）を創設して更正の請求の期間制限を超えた部分の還付もなされた（「特別還付金の支給制度等について（情報）」（<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/joho-zeikaishaku/shotoku/shinkoku/110630/all.pdf>）（2015年9月24日最終閲覧））。

以下では、「違憲判決の効力論」と関わる限りで憲法裁判の方法論を概観し(3. 1)、「個別的効力説」のさらなる含意を確認しておきたい(3. 2)。

3. 1 法令違憲と適用違憲

「違憲判決の効力論」が適用違憲を念頭に置いてこなかったとの指摘がなされて以来⁸⁷、憲法裁判の方法論においても⁸⁸、「違憲判決の効力論」においても⁹⁰、両者の関係は意識的に議論がなされてきた。この文脈で出発点におかれるのは、やはり法令違憲と適用違憲との対比である。

本稿では、さしあたり、法令違憲を、(i)「過度の広汎性」の法理等により、立法事実の検証なくして法律の違憲性が導かれる場合(いわゆる文面上違憲)、(ii)立法事実の検証を経て導かれた違憲性が法律の規定の全適用事例に通用する一般的なものである場合(いわゆる全適用違憲)、および(iii)立法事実の検証を経て法律の規定の意味ないし文言の一部のみが違憲とされ、かつ残部の合憲性が示される場合(いわゆる一部違憲)⁹¹とを含むものとして、適用違憲を、(iv)立法事実の検証を経て導かれた違憲性が当該事案限りのものとされ、他の事案における適用の合憲性が示されない場合(適用上違憲)および(v)立法事実の審査なくして、司法事実の審査のみから当該事実が憲法上保護されたものであることを違憲性の理由とする場合(適用上違憲⁹²)とを含むものとして、それぞれ理解しておく⁹³。

87 「憲法裁判の方法」という用語の内容について参照、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』64頁、65頁(有斐閣、2012)。

88 佐藤幸治「違憲判決の効力」同『憲法訴訟と司法権』202頁、215-216頁(1984)〔初出：1982〕。現に、一般的効力説が念頭に置いた事例は、違憲の租税法規に従った課税処分が取消された事例であり、全適用違憲としての法令違憲を想定したものであった(宮澤俊義・前掲註(26)13頁)。

89 例えば土井真一「憲法判断の在り方——違憲審査の範囲及び違憲審査の方法を中心に」ジュリ1400号51頁、53-54頁(2010)。

90 古典的業績として、竹下守夫・前掲註(25)；野中俊彦・前掲註(21)。近時の業績として、工藤達朗・前掲註(38)186頁以下；佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』205-206頁(三省堂、2013)。

91 適用違憲と一部違憲との差異を含め参照、宍戸常寿・前掲註(87)76頁、82-83頁。なお、合憲限定解釈がなされ、かつ通常の解釈が違憲である旨が示される場合は、一部違憲と裏表の位置にあるものと考えられるが、立ち入らない。

このように理解する場合、(i) ないし (v) の分類は、違憲の裁判が下された事件以外の事件において当該違憲判断がその性質上通用し得るかという観点から、連続的な把握が可能となる⁹⁴。グラデーションの両端から見ると、(i) 文面上違憲は、違憲の理由が司法事実にもそもそも関連付けられておらず、判断の性質上、司法事実が異なる他の事件に対しても一般的に違憲判断が通用しうるのに対して、(v) 適用上違憲は、当該事件における司法事実の審査のみで憲法判断が完結し、法令の違憲性を問題としないため、判断の性質上、当該事件と同種の司法事実が存在する事案に属する事件に対してしか違憲判断が通用しえない。

この両端の間に、(ii) 全適用違憲、(iii) 一部違憲、(iv) 文面上判断による適用違憲とが位置づけられる。具体的には、(ii) ないし (iv) はいずれも当該事件における司法事実に限定されない形で法律の違憲性を導出するものであり、判断の性質上、司法事実が異なる他の事件に対しても違憲判断が通用しうるが、違憲判断が通用しうる「他の事件」の広さが異なる。すなわち、違憲判断が通用しうる「他の事件」は、(ii) では異なる事案を含めた全ての事件であるのに対して、(iii) では一部違憲とされた範囲に属する事件に、(iv) では当該事件と同一の規定に関する事件で、同種の事案に属する事件に限られることとなる。

しかし他方で、法令違憲 ((i) ないし (iii)) と適用違憲 ((iv) (v)) との間には質的な差異も見いだされる。すなわち、法令違憲に対する適用違憲の特殊性は、「違憲判決の効力論」における②③の論点における拘束の範囲の不明確性に見いだされる。法令違憲の場合には、②他の国家機関および③後訴裁判所に対する拘束の範囲は明確に示されることになる。これに対して、適用違憲の場合には、②他の国家機関および③後訴裁判所に

92 高橋和之「適用上判断の法理」同『憲法判断の方法』185頁(有斐閣、1995)〔初出：1990〕。

93 近時の詳細な研究として参照、宍戸常寿・前掲註(87)；同「憲法判断の方法」同『憲法解釈論の応用と展開(第2版)』294頁以下(2014)。なお、適用審査・文面審査の区別(市川正人「違憲審査権の行使(2)文面審査と適用審査」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』276頁、276頁(有斐閣、2008))との関係性など、詰めるべき点は多いが、これ以上は立ち入らない。

94 このような連続的な把握の可能性は、「レイシオ・デシデンダイの違い」による判例の拘束力の範囲の違いに着目する、高橋一修・前掲註(9)133頁註33において夙に示されている。

法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力

対する拘束の範囲は、明確に示されない。このことは例えば、「適用違憲は…イエローカードの事例ごとの蓄積によって政治部門の対処を期待するにとどまる」⁹⁵、適用違憲は「違憲部分を明示しない部分無効である」⁹⁶等の形で指摘されている。

3. 2 「個別的効力説」の含意

法令違憲と適用違憲とを上記のように整理すると、「個別的効力説」の含意をさらに明らかにすることができる。具体的に言えば、「個別的効力説」と「一般的効力説」との対立は、判決効理論の次元では有意な論点ではなかった(2. 2 参照)が、憲法判断の方法論と関係づけることで、なお有意な論点として再構成することができる。

「個別的効力説」のエッセンスは、我が国の違憲審査制がいわゆる付随的審査制であり、「当該事件の解決に必要な限りで審査が行われ、したがって、違憲判決の効力も当該事件に限って及ぶ」⁹⁷という論理である。ここには、もともと①違憲と宣言された法律の効力に関する態度決定以上のものが胚胎していたといえる。

3. 2. 1 事件限りの適用違憲？

一つには、「個別的効力説」は、付随的審査制の建前に鑑みて当該事件限りでの解決を志向し、②裁判所以外の国家機関の「拘束」の問題や、③後訴裁判所の「拘束」の問題において、同種の事案であっても違憲判断の通用性を敢えて否定するという論理を表現するものでありうる。

この論理はもともと、適用違憲の判断の構造の理解に関する学説の微妙なずれの中に見え隠れしていたものである。適用違憲の判断の構造に関しては、子細に見ると二つのものが想定されてきたように見える。すなわち、適用違憲の判断は当該事件限りで法令の適用を否定するものだという理解と、当該事案限りで法令の適用を否定するものだという理解である⁹⁸。具体的には、前者であれば、後訴が同種事案であったとしても、③の論点に

95 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』55頁(日本評論社、2013)。

96 木村草太『憲法判断の方法——『それでもなお』の憲法理論』高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相(上)』507頁、517頁(有斐閣、2013)。

97 芦部信喜・前掲註(20)389-390頁。

において後訴裁判所は違憲判断に拘束されず、場合によっては合憲の判断が下され得ることになる⁹⁹のに対して、後者であれば、後訴が同種事案である場合、③の論点において後訴裁判所が違憲判断に拘束され、もはや合憲の判断は下されなくなる¹⁰⁰。ここで「個別的効力説」は、前者の事件限りの適用違憲の理解と結びついて、同種事案についても他の事件であれば違憲判断を通用させないという含意を持つ可能性があり得るのである。

しかし、こうした論理は付随的審査制の帰結としても支持できないであろう。同種事案への判断の通用性は、先に見た先例拘束性によって確保される。具体的には、裁判の先例性は「法の平等な適用」の要請に基づくものであり（2. 1 参照）、まさに同種事案に対する法解釈の通用性を意味する。付随的審査制の下でもこの意味での先例拘束性は働くのであり¹⁰¹、事件限りで解決を厳密に貫くことは、まさにこの先例拘束性の原理に反することとなる。かつての「一般的効力説」が、法律がある人に対しては無効であるのに対して他の人に対しては有効であるという事態を問題視した¹⁰²のに対して、「個別的効力説」が付随的審査制の下でもそのような自

98 佐藤幸治・前掲註(82) 213-214 頁が「適用審査に基づく当事者限りの違憲無効型」と、「適用審査に基づく文面上違憲無効型」とを区別したのは、この両者を対比するものであったと理解することができる。意識的に使い分けられているかは定かではないが、「事件」という用語を使うものとして、例えば芦部信喜・前掲註(20) 389 頁がある。同じく意識的かはさておき、「事案」という用語を使うものとして、例えば安西文雄ほか編『憲法学読本(第2版)』333 頁〔安西文雄〕(有斐閣、2014) がある。

99 適用違憲の場合は「当該事件への法令の適用が排除されるにとどまるから、政治部門への憲法上の特別の効果という問題は生じない」とする説(新正幸・前掲註(22) 600 頁)は、少なくとも②国会の拘束についてこうした理解に立つものと解される。

100 適用違憲判決でも「同じような事実状態にある者は、同じように違憲の効果を受けるとの期待が抱かれ、法令違憲と同様の裁判の効果の問題が生じるといえる」との説(戸松秀典『憲法訴訟(第2版)』394 頁(有斐閣、2008))は、こうした理解に立つものと解される。

101 アメリカの付随的審査制は先例拘束性の原理によって事実上の対世的効力を発揮しているとの指摘(Bernd J. Hartmann, Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung, in: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Bd.8 (2006/2007), 2007, S.154 (173))は、この文脈でも示唆的である。

102 中田淳一・前掲註(29) 15-16 頁。

体は生じないと応答した¹⁰³のは、この文脈で捉えなおすことができよう。

3. 2. 2 適用違憲の優先？

他方で、「個別的効力説」は、付随的審査制の建前に鑑みて、②裁判所以外の国家機関の「拘束」の問題（2. 2 参照）や、③後述裁判所の「拘束」の問題（2. 1 参照）において、敢えて違憲判断の異種事案への通用性を否定するという論理を表現するものでもあり得る。これは、法令違憲の手法よりも適用違憲の手法を優先し、異種事案への違憲判断の通用性を制限するという論理に他ならない（3. 1 参照）。

しかし、我が国においてはこうした帰結は必ずしも支持されてこなかったように思われる。例えば、郵便法 68 条および 73 条の国賠責任の免除・制限規定を部分的に違憲とした判決（最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁）は、当該原告との関係では特別送達郵便物に関してのみ違憲性を宣言すれば足りたところを¹⁰⁴、書留郵便に関する部分についても違憲性を宣言している。また、特別送達郵便物を紛失したことに関する本件公務員の過失の軽重も問題とされなかった。これに対して、厳密に事案限りの解決を志向し、当該公務員の過失の軽重を特定したうえで、そこに限って特別送達郵便物に関する国賠責任の免除・制限を違憲とする手法、すなわち適用違憲の手法も成り立ちえないではなかった。しかし、国会ではこうした制限的な理解は議論には上らず、書留郵便も含めた法改正が直ちに実現している¹⁰⁵、本判決の手法については学説上の異論も見受けら

103 法令違憲を念頭に置いているように見えるが、雄川一郎・前掲註（19）497-498 頁は、適用違憲にも当てはまる以下の論理を説いていた。「ここでの問題は、一の法律が或る場合には適用され他の場合には適用されないのではなく、法律の規範意味内容の憲法適合性の認定が個別的な形式でなされるか一般的な形式でなされるかに存する。この場合に個別的認定の方式をとっても、憲法に適合すると認定されたときはその法律が一般的に適用可能なものとなり、その結果その事件に適用され、憲法に適合しないと認定されたときは、一般的に適用不可能とされてその結果その事件にも適用されなくなるのであって、いずれにしても法律の一般の性質と論理的に矛盾するものではない」（傍点ママ）。「一般的効力説」に立つ加藤正治・前掲註（51）9-10 頁も、この点に関しては同旨を述べているように見える。

104 同判決の福田博＝深澤武久意見は、書留郵便に関する部分は「厳密に言えば本件事案の外の問題」であることを指摘する。

れない¹⁰⁶。適用違憲一般について、部分無効のように「他の事案」における先例性が示されないことを問題視する向きがあることも、この文脈において注目に値しよう¹⁰⁷。

3. 3 小括

「一般的効力説」と「個別的効力説」とは、①違憲と宣言された法律の効力に関する次元においては有意な差が見いだされなかった(2, 2参照)が、憲法判断の方法との関係では、付随的審査制と結びついた「個別的効力説」は、事件限りの適用違憲や適用違憲の優先といった理解を嚮導するものであった(3, 2)。

本稿は、「個別的効力説」として議論されてきたものの内容を腑分けし、今後の議論のための基礎を構築することを目指すものであるため、こうした「個別的効力説」のさらなる含意が憲法理論上採用されるべきものか否か、とりわけ部分無効と適用違憲のいずれがふさわしいかという問題については立ち入らない。ただし、こうした「憲法裁判の方法論」と判決の効力に関する議論は、法規命令や条例が違法とされる場面でも同様に問題となりえ、行政法学にとっても無視できない重要性を持ちうることは、ここで確認しておきたい¹⁰⁸。

105 佐々木雅寿・前掲註(90) 60-66頁。

106 宇賀克也「判批」判評537号8頁、11頁(2003)は、本判決の部分無効の判断は違憲性の論証過程からして自然なことであるとする。また、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」同『憲法基本判例を読み直す』1頁、11頁(有斐閣、2011)〔初出：2005〕は、本判決の判断を適用違憲に比して「法的安定に資する」として肯定的に評価する。

107 石川健治ほか「〔座談会〕『公法訴訟』論の可能性(2・完)——連載終了にあたって」法教392号69頁、72-73頁、74-76頁〔中川丈久発言〕(2013)は、事例判決とはいえ残部の事案における先例性を示すことが法解釈の原則であるとして、適用違憲を問題視している。木村草太・前掲註(96)518頁の問題意識もこれに近いものと見受けられる。ただし、部分無効の当否は、一部と残部の「線引きの、憲法解釈としての説得力次第である」とする穴戸常寿「司法審査——『部分無効の法理』をめぐる」辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』195頁、202頁(2011)〔初出：2009〕の指摘もまた正鵠を射ており、十分な説得力をもった線引きの論証ができない場合に適用違憲の判断ないし(通常の意味での)事例判決が下されることは許容されてよいように思われる。

4. 結

本稿では、「違憲判決の効力論」を三つの論点に腑分けし(1)、③後訴裁判所の拘束の論点から①法令の効力の問題および②他の国家機関の拘束の問題を統一的に把握する可能性とその意義および限界を示し(2)、憲法裁判の方法との関係で「違憲判決の効力論」をもう一段精密化することに努めた(3)。以上の分析では、憲法学固有の論理とそうでないものを区別し、後者に属する論理は条例や法規命令の違法性の問題にも同様に適用可能であることを示しながら、憲法学と行政法学(および民事訴訟法学)との架橋ないし協働可能性をも示すことができたのではないかと思われる。本稿の分析が公法学にとって実りある議論を誘発することができれば幸いである。

※本研究は、財団法人野村財団 2014 年度社会科学助成(法規範の効力を争う訴訟の判決効の構造—司法府と立法府・行政府との協働の一断面)の助成を受けたものである。

108 例えば、医薬品のインターネット販売規制のように規制の内容が複層的な事例では、規制のどの部分が違法とされたのかについて関係諸機関において意見の相違が生ずる場面も生じ得ると思われる。