

(2) 適用違憲

法令に基づく処分が問題となっている場合、まず法令を潰しにいき、法令が潰れたらそれに基づく処分も違憲ということ結論がでる。しかし、仮に法令が合憲の場合、今度は本件処分の限りにおいて違憲という主張をしていくことになる。

要件効果的整理

法令違憲

第一段階：要件(判例の射程)→効果(判例と同様の審査基準の適用)

第二段階：要件(審査基準)→効果(目的手段適合すれば、合憲)

適用違憲

第一段階：要件(法令の合憲部分に基づかない処分)→効果(処分は違憲)

ア 適用違憲の種類

- ①まず、法令が全部違憲ならそれに基づく処分も全部違憲である(これはただの法令違憲)
- ②法令が一部違憲の場合、本件処分が違憲部分に基づく場合のみ処分は違憲となる
- ③法令を合憲限定解釈した場合、その解釈からはみ出した処分は違憲となる

	法令違憲	処分違憲
一部違憲(部分審査)	目的手段審査・立法事実の審査 芦部第一類型(法令の一部違憲)	当該部分に該当する処分か判断・司法事実の審査 芦部第三類型① (違憲部分に該当する処分は違憲)
合憲(合憲限定解釈・部分無効による除去)	合憲限定解釈 芦部第二類型(法令の解釈限定)	要件充足性を判断・司法事実の審査 芦部第三類型② (解釈と合致しない処分は違憲)

※芦部は法令の一部違憲(ないし合憲限定解釈)と処分違憲をまとめて適用違憲として考えている

※一部違憲・合憲限定解釈は本来の意味では適用違憲ではない。事件限りでの適用の違憲が適用違憲。

(3) 処分違憲

処分に根拠法令がない場合。この場合、処分自体の合憲性を見ていくことになる。適用違憲が問題となる場合であっても、処分違憲の審査は可能。

ここでは明確な処理手順がないため、事案ごとに判例を見様見真似でなざるしかない。だがしかし、侵害留保原則の下、そもそも人権を制約するような処分は根拠法令がないとできない以上、ここで問題となるのは平等権侵害や、刑事法における強制処分に至っているのではないかといった問題、或いは政教分離等の公人の活動を巡る問題くらいである。平等権侵害であれば処分ピンポイントの検討でも、法令違憲における平等権の処理と同様の処理で片づけられるし、強制処分は有名な刑事法の論点そのものである(ゆえに憲法では出題されない)。政教分離などは目的効果基準など判例の処理手順が明確である。ゆえに、処分違憲は出題がそもそもされにくいし、出題されても範囲は相当限られている。