

# 国公法 102 条 1 項の合憲性

－堀越事件判決（最判平成 24 年 12 月 7 日  
刑集 66 卷 12 号 1337 頁）を読む－

中 曾 久 雄

# 国公法 102 条 1 項の合憲性

－堀越事件判決（最判平成 24 年 12 月 7 日  
刑集 66 卷 12 号 1337 頁）を読む－

中 曾 久 雄

## 事 案 の 概 要

被告人は、社会保険庁東京社会保険事務局目黒社会保険事務所に年金審査官として勤務していた厚生労働事務官であるが、平成 15 年 11 月 9 日施行の第 43 回衆議院議員総選挙に際し、日本共産党を支持する目的をもって、3 回にわたり同党の機関紙及び同党を支持する政治的目的を有する無署名の文書を配布した。被告人の行為は、国家公務員法 110 条 1 項 19 号（平成 19 年法律第 108 号による改正前のもの）、102 条 1 項、人事院規則 14-7(政治的行為の禁止)、同規則の 6 項 7 号、13 号（5 項 3 号）（罰則規定）に該当するとして、起訴された。

第 1 審の東京地裁<sup>1)</sup> は、猿払判決に「概ね賛同する」としつつ、公務員の政治的行為の禁止が合理的で必要やむを得ないものになっているか否かは、「合理的関連性の基準」に従って判断すべきこと、公務員の政治的行為がもたらす弊害は、直接かつ具体的なものとどまらず、累積的かつ波及的な効果も視野に入れて考えなければならないとして、罰金 10 万円（執行猶予 2 年）の有罪判決を下した。

第 2 審の東京高裁<sup>2)</sup> は「規制目的は正当であり、また、公務員の地位や職種等と関係することなくその政治的行為自体で、あるいは、政治的行為が集团的、組織的に行われた場合など、その規制目的に明らかに背馳するものも幅広く考えられること、

---

1) 東京地判平成 18 年 6 月 29 日判例集未搭載。

さきの過度の広範性ゆえに問題のある事例については、本件罰則規定の具体的適用の場面で適正に対応することが可能であること等を考えると、本件罰則規定それ自身が、直ちに、憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反した無効なものとして解するのは合理的でない<sup>2)</sup>と考える」。しかし、「本件罰則規定は、その文言や本法の立法目的及び趣旨に照らし、国の行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼の確保を保護法益とする抽象的危険犯と解されるところ、これが憲法上の重要な権利である表現の自由を制約するものであることを考えると、これを単に形式犯として捉えることは相当ではなく、具体的危険まで求めるものではないが、ある程度の危険が想定されることが必要であると解釈すべきであるし、そのような解釈は刑事法の基本原則にも適合すると考えられる」。その上で、「本件配布行為について、本件罰則規定における上記のような法益を侵害すべき危険性は、抽象的なものを含めて、全く肯認できない。したがって、上記のような本件配布行為に対し、本件罰則規定を適用することは、国家公務員の政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度を超えた制約を加え、これを処罰の対象とするものといわざるを得ず、憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反するとの判断を免れないから、被告人は無罪である」とした。

## 判旨 上告棄却

国公法 102 条 1 項および憲法 15 条 2 項は「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

---

2) 東京高判平成 22 年 3 月 29 日判例タイムズ 1340 号 105 頁。なお、二審判決については、「適用違憲の判決を下しつつ、最高裁に向けてはおそらく法令の一部違憲判決を期待するような書き方」をしていると指摘されている。日本国憲法研究座談会「違憲審査制と最高裁の活性化」(蟻川恒正発言) 論究ジュリスト 2 号 (2012 年) 186 頁。

頼を維持することを目的とするものと解される」。

「他方、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権利であって、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、同項はこ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」。

「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」。

「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、…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」。

「次に、本件配布行為が本件罰則規定の構成要件に該当するかを検討するに、本件配布行為が本規則6項7号、13号（5項3号）が定める行為類型に文言上該当する行為であることは明らかであるが、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かどうかについて、前記諸般の事情を総合して判断する」。

「本件配布行為は、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、公務員としての地位を利用することなく行われたものである上、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、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様でもなかったものである。これらの事情によれば、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」。

## 1 本判決<sup>3)</sup>の位置づけ

周知のように、1974年の猿払判決<sup>4)</sup>では、国家公務員法（以下、国公法）102条

1 項を合憲とされた。それ以来、国公法 102 条 1 項違反での摘発はなかったが、2005 年に 2 件が摘発され、再び国公法 102 条 1 項の合憲性に関する問題に対して注目が集まった。そうした中で、下されたのが堀越事件判決（以下、本判決とする）である。本判決は、国公法 102 条 1 項の合憲性、そして、猿払基準の今後の行方を考える上で重要な判決であるといえよう。

## 2 猿払基準とそれに対する批判

猿払判決は、公務員の政治的行為の禁止について、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り」合憲という前提のもと、以下の 3 つの点を検討すべきとした。①「禁止の目的」、②「この目的と禁止される政治的行為との関連性」、③「政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」である。この猿払判決で示された上記の 3 つの要素を以下では猿払基準とする。猿払判決は、①の目的について、公務員の政治的行為の「すべてが自由に

- 
- 3) 本判決については、多くの評釈が公表されている。嘉門優「国家公務員の政治的行為処罰に関する考察——国公法事件最高裁判決を題材として」立命館法学 5・6 号（2012 年）282 頁、蟻川恒正「国公法 2 事件最高裁判決を読む」法学セミナー 697 号（2013 年）26 頁、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013 年）401 頁、木下智史「国公法 102 条の『政治的活動』の禁止について無罪とされた事例」TKC ローライブラリー（2013 年）1 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、中林暁生「憲法判例としての国公法二事件上告審判決」法律時報 85 巻 5 号（2013 年）62 頁、市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」法律時報 85 巻 5 号（2013 年）67 頁、木村草太「公務員の政治的行為の規制について」法律時報 85 巻 2 号（2013 年）74 頁、晴山一穂「公務員の政治的行為の制限 国公法違反事件最高裁判決の考察」自治総研 416 号（2013 年）1 頁、岩崎邦生「時の判例」ジュリスト 1458 号（2013 年）72 頁、中富公一「国公法二事件最高裁判決は何を変更したのか：有機的統一論を中心に」岡山大学法学会雑誌 63 巻 4 号（2014 年）598 頁、宍戸常寿「国家公務員の政治行為に対する刑事罰」ジュリスト 1466 号（2014 年）24 頁、宍戸常寿「公務員の政治活動の自由」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法 増補版』（信山社、2014 年）454 頁、長岡徹「公務の中立性と公務員の中立性の間—最高裁判決の意義」関西学院大学紀要『法と政治』64 巻 4 号（2014 年）277 頁、横大道聡「堀越事件」川崎政司・小山剛編『判例から学ぶ憲法行政法』（法学書院、2014 年）10 頁などが挙げられる。
- 4) 最大判昭 49 年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁。

放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われることを免れない」と、正当であるとした。次に②について、「右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められる」とする。これは、猿払判決が「有機的統一体として機能している行政組織における公務の全体の中立性」という観点から、「特定の政治的行為を行う者が一地方の一公務員に限られ、ために右にいう弊害が一見軽微なものであっても、特に国家公務員については、その所属する行政組織の機構の多くは広範囲にわたるものであるから、そのような行為が累積されることによって現出する事態を軽視し、その弊害を過小に評価することがあってはならない」という考えに基づいている。最後に③について、猿払判決は、一方で、「民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によって政治が行われることが国民全体にとって重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによって右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあってはならない」としつつ、他方で、「禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない」とする。これは、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為」の禁止は、「これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく」、「単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約」であるということに基づくものである。

以上が猿払基準の概要である。猿払基準については、「そのプレゼンスの大きさを考えると、“通奏低音”ではなく、1970年代以降の“主旋律”<sup>5)</sup>であると評価される一方で、学説から厳しい批判が加えられ「憲法訴訟における論理からも乗り越えられ

5) 駒村圭吾「さらば、香城解説!? -平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから-」高橋和之先生古希祝賀『現代立憲主義の諸相 下』（有斐閣、2013年）421頁。

なければならない判決<sup>6)</sup>として位置付けられてきた。では、これまで学説はどのように猿払判決を批判してきたのか。以下では、学説による猿払判決を見ていくことにする。

まず、①についてである。確かに、猿払判決が指摘するように、「行政の中立的運営が確保され」ることは憲法にかなうものであろう。また、この点について、猿払判決の担当調査官の香城敏磨氏も「公務員が政治的中立性を保つ必要があることには、異論をみない。公務員の政治的行為を放任するときは、公務員が特定の政治勢力と結びつき、行政の中立的運営が損なわれるおそれがあり、行政内部に政治的な軋轢が生じて完全な行政運営が損なわれ、かつ、国民の行政に対する信頼が失われるおそれもあるからである。そして、こうした弊害を防止するため、公務員の政治的行為をある程度制約することが必要であり、かつ、そうすることが許されることも、どの国においても承認されている事柄である<sup>8)</sup>」としている。しかし、問題は、今1つの「国民の信頼が維持される」という立法目的である。抽象的で一般的な立法目的のもとで公務員の政治的行為を一律に禁止することが正当化されるのかということである。しかも、それが「憲法上の要請<sup>9)</sup>」としても、直ちに公務員の政治的行為の禁止ができるかについては、論理の飛躍もある。そのために、公務員に対する「国民の信頼<sup>10)</sup>」が、公務員の政治的行為を禁止するに足りるほどの重要で具体的な目的といえるかどうかは疑わしいのである。

次に、②についてである。学説は公務員の地位、職務の内容や性質等の相違、その他の事情、政治活動の種類・性質・態様・程度、行政の中立性に及ぼす影響の性質や程度、その禁止が公務員の政治活動の自由に対して及ぼす侵害の程度を考慮したうえで、個別具体的に政治活動の自由と行政の中立性と「吟味検討し、真に行政の中立性

6) 石村修「猿払事件」石村修・浦田一郎・芹沢斉編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社、2012年）181頁。他方で、なぜ、最高裁は、そうまでして政治的行為の規制の合憲性を擁護する必要があったのかを理解することも必要であろう。猿払判決の歴史的背景については、曾我部真裕「表現の自由の現在（特集 憲法訴訟の潮流を読む）」法学セミナー 674号（2011年）18頁。

7) 国公法の立法目的について、阿部照哉「公務員の政治活動の制限」ジュリスト 579号（1975年）16頁。

8) 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、2004年）111頁。

9) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011年）366頁。

10) 宍戸常寿「『猿払基準』の再検討」法律時報 83 卷 5 号（2011年）23頁。



保持の利益の前に公務員の政治活動が退かなければならない場合、かつ、その限度においてのみこれを制限するとの態度がとられなければならない<sup>11)</sup>として、政治的行為の一律禁止を適用違憲ないし文面違憲とすべきとしていた。これに対して、猿払判決は、「公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない」とするとし、の部分は、「本判決の根幹をなすもの」であるとされている。しかしこの部分の問題点は、一般的・抽象的なレベルでの検討しか行っていないということである。国公法及び人事院規則の禁止する政治的行為からの法益が侵害されるという弊害の発生に至るまでの因果関係も、行政組織の統一性や累積効果等といったことについても、具体的な立論が行われたわけではない<sup>12)</sup>さらに、政治的行為の禁止が究極的な行政の中立的運営や国民の信頼の維持にどのように資するのかについても、立法事実に依拠し具体的・実質的に裏付を行っているわけではない<sup>13)</sup>

最後に、③についてである。③については、直接規制・付随的規制の区別および衡量が問題となる。

まず、直接規制・付随的規制の区別について、これは *United States v. O'Brien*<sup>14)</sup> において提示された基準（O'Brien テスト）が参照されている<sup>15)</sup>そこでは、ベトナム戦争に抗議して徴兵登録証明書を焼却した行為が問題となったが、連邦最高裁は以下のような判断枠組みを提示した。もし表現行為として表現の自由の保障が及ぶものであるとした場合に、それを処罰することは、①政府の憲法上の権限内にあり、②重要なまたは実質的な政府利益を促進し、③政府の利益が自由な表現の抑圧と無関係であ

11) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）265頁。

12) この点、長谷部恭男教授は以下のように指摘する。公務員が勤務時間外に政治的意見表明を行うことは、公務遂行が実際に党派的に行われるか否かとは無関係である。国公法が勤務時間外の政治的意見表明を抑圧しても得るものは何もなく、得られるのは、公務員の中立性らしさという見かけだけである。すると、公務員の政治的中立性の確保と手段との間に合理的関連性はなく、得られる利益と失われる利益との衡量も当を失っているという。長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状』（有斐閣、2012年）243頁。

13) 宍戸・前掲注10）23頁。

14) 391 U. S. 367 (1968)。

15) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）266～273頁。

り、④主張されるところの修正 1 条の諸自由に対する付随的制限が、政府利益の促進にとって不可欠である以上のものでないならば、正当化されるとしている。ただ、猿払基準は、O'Brien テストとは異なり、厳格度の高められた審査でなく、実際には付随的規制を正当化するものとして機能している。この付随的規制論を日本においても全面的に展開した香城氏によれば、直接規制とは、「規制が直接の憲法上の権利なり自由なりがもたらす弊害を抑えるために権利性なり自由性を否定する」場合であり、付随的規制とは「ほかの立法目的を達成するのがねらいで、その結果としていわば付随的に憲法上の権利なり自由なりが制約されざるを得ない場合」であるという<sup>16)</sup>そして、その射程は表現の自由の領域のみならず、精神的自由全般の制約に及ぶとしている<sup>17)</sup>猿払基準の場合、意見の表明と行動の区別が、直接的規制と間接的・付随的規制の区別と重ねられており、緩やかな審査を導いている<sup>18)</sup>

猿払判決が厳格な審査を退けるために<sup>19)</sup>当該規制を付随的規制としたこと、すなわち、政治的行為について「行動としての面」と「政治的意見の表明としての面」とを区別して、しかも、「行動としての面」にのみ着目した規制により意見表明の自由が制約されたとしても、それは「間接的、付随的な制約」にすぎないということが猿払基準の最大の問題点であるとされ<sup>20)</sup>学説から厳しい批判が加えられている。例えば、そもそも表現を表現と行為に区分することが可能であるのか<sup>21)</sup>「政治的行為や戸別訪問は通常は表現活動として理解されており、そうであるとすれば表現の直接規制であって、付随的規制<sup>22)</sup>ではないのか、国公法 102 条 1 項および規則による政治的行為の禁止は単に行動がもたらす弊害の防止を狙いとした規制ではなく、公務員による政治的意見の表明がもたらす弊害の防止を狙いとした規制であり、その意味では、意見表明の自由に対する「間接的、付随的制約」ではなく「直接的な制約<sup>23)</sup>」ではないのか、あるいは、行動から生ずる弊害を規制するというものではなく、表現内容規

16) 芦部信喜他「憲法判例の 30 年—学説と実務の関連において」ジュリスト 638 号 (1977 年) 474~475 頁 (香城発言)。

17) 芦部・前掲注 16) 475 頁 (香城発言)。

18) 矢戸・前掲注 10) 24 頁。

19) 山元一「猿払判決」LS 憲法研究会編『プロセス演習憲法』(信山社, 2011 年) 569 頁。

20) 野坂・前掲注 9) 367 頁。

21) 芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店, 1987 年) 116 頁。

22) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣, 2010 年) 211 頁。

23) 野坂・前掲注 9) 368 頁。

制・内容中立規制の観点からすれば、国公法及び人事院規則は、政治的な表現行為を禁止する点で表現内容規制に該当する<sup>24)</sup>と指摘されてきた。要するに、猿払基準を用いると、表現内容そのものを直接に規制するのではなく、内容には中立的であり、行動のもたらず弊害を防止するというで、当該規制は是認されることになる<sup>25)</sup>そして、この論理に従えば、公務員の政治活動の余地は残されないことになる<sup>26)</sup>

もっとも、ここでの問題は、付随的規制の適用の在り方であり、付随的規制それ自体が批判されているのではない。むしろ、近年の学説は、憲法上の権利に対する制限の態様について、直接規制と間接規制を区分すべきであると主張する<sup>27)</sup>その上で、憲法上の権利に対する制約については、①「行為内容自体の害悪性に着目した規制」、②「生命、健康、財産権保護など、表現内容・職業内容中立的な目的から行う規制」、③「ある特定の法益を保護するために、その法益を害するおよそあらゆる行為を禁止する規制が、表現行為や職業活動に対しても及ぶ場合」をあげる。①と②は、憲法上の権利に対して「意図的・直接的に法的規制を加えるものである」であり、③は間接的制約であるという<sup>28)</sup>

次に、衡量についてである。猿払判決では「憲法 21 条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである」としている。確かに、人権は公共の福祉により制限されるが、「問題は、具体的事件においてどこまでの制限が公共の福祉として許されるかであり、抽象的には、人権の制限により得られる価値・利益と失われる価値・利益を比較衡量し、得られる価値・利益のほうが大きいときはじめて制限が正当化される」かである<sup>29)</sup>そこで、学説は、厳格審査、中間基準、合理性の基準といった審査基準について、「規制される人権価値の重要性に応じて3つの審査基準を設定し、それぞれの基準をパスすれば利益の衡量は保たれるとのフィクションを採用し、それにより審査にある程度の客観性を与えよう」として

24) 宍戸・前掲注 10) 24 頁。

25) 芦部・前掲注 21) 120 頁。

26) 山元・前掲注 19) 569 頁。

27) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 [新版]』(尚学社, 2011 年) 36 頁。

28) 小山・前掲注 27) 37 頁。

29) 高橋和之『審査基準論－個別衡量と『絶対主義』理論のあいだ』ジュリスト 1089 号 (1977 年) 165, 170 頁。

いるというのである。この観点からすれば、厳格審査を用いると、「憲法上極めて重要な権利が問題となっているので、あらかじめ権利の側に秤を傾けた上で衡量を行い、政府の側がこれを覆しうるかということを意味し」、これに対して、緩やかな基準を用いると、「あらかじめ政府の規制の側に秤を傾けた上で衡量を行い、憲法上の権利侵害を主張する側がこれを覆しうるかを問うことを意味する」<sup>30)</sup>そして、表現の自由の制限については、通常、厳格審査が妥当し、重要な規制利益のためにやむをえない場合に限り、規制することのみが憲法上許容されることになる。そうすると、表現の自由の制約が正当化されるには、規制利益がどの程度重要なものか、規制目的と手段がどれほど必要であるかを示す必要がある。もっとも、これは、表現の自由が絶対的保障されるというわけではなく、この基準を満たす程度に規制利益が重要であり、かつ、規制手段が必要であれば、表現の自由の制約は憲法上許容される<sup>31)</sup>

これに対して、③において示された衡量は、一見すると、規制目的の憲法的正当性、規制目的と手段との合理的関連性、という通常の司法審査の順序を踏むようでありながらも<sup>32)</sup>猿払基準では実際にはそれが行われてはいない<sup>33)</sup>規制目的の審査について、「あくまで規制目的のみならずプラス面と規制手段のみならずマイナス面の、量的な比較にすぎない」<sup>34)</sup>ものであり、手段審査は「規制手段のあり方だけを対象にして、規制目的との対比における規制手段の過大さをチェックするための審査で」<sup>35)</sup>ある。そして、均衡の審査について、「『目的』として実現される利益と『手段』として失われる利益との大小という政策評価の観点からの審査」となっている<sup>36)</sup>猿払基準は失われる利益が小さいとされるが<sup>37)</sup>その前提には、「国公法 102 条 1 項及び規則の

30) 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の2つの機能－憲法と理由」長谷部恭男・辻村みよ子編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）153頁。

31) 市川・前掲注3) 102頁。

32) 棟居快行「人権制約法理としての公共の福祉論の現在－最高裁判決における近時の展開を踏まえて－」リファレンス（2014年）13頁。

33) 芦部・前掲注21) 117頁。

34) 棟居・前掲注32) 13頁。

35) 棟居・前掲注32) 13～14頁。ここでは、規制手段のあり方だけを対象にし、「規制目的との対比における規制手段の過大さをチェックするための審査であり、いわば『割り算の審査』が行われているという。

36) 棟居・前掲注32) 13～14頁。

37) 佐々木弘通「猿払事件判決批判・覚書」成城法学77号（2008年）57頁。

定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するものではない」ということがある。こうした前提から出発して論議するかぎりにおいて、いかに「合理的な関連性」とか「利益の均衡」とはいつても、結論が合憲となるのは当然のことである<sup>38)</sup> 猿払基準のように、「『行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保する』という立法目的を『国民全体の利益』という抽象的・一般的なレベルまで高め、しかもこのように政治活動により『得られる利益』を…『表現』から区別される『行動』としての政治活動の禁止によって『失われる利益』と対比するアプローチ」のもとでは「衡量は単なる修辭的なごまかし<sup>39)</sup>でしかない。人事院規則が禁止する行為は「広汎であり、公務員から見て禁止された行為と実質的に同等の表現チャンネルは、事実上閉ざされ<sup>40)</sup> そうすると、猿払基準において示された衡量は、学説の主張する司法審査基準ではなく<sup>41)</sup> その中身は形式的・名目的なもので論証らしい論証は行っておらず<sup>42)</sup> むしろ、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為」の禁止を合憲とするか違憲とするかを実体的に判定するための「基準」ではなく、「基準なしの審査<sup>43)</sup>あるいは「理由づけないし『論証』<sup>44)</sup>でしかない。まさに、それが猿払基準の本質であるといえよう<sup>45)</sup>

### 3 猿払判決以降の判例の展開—猿払基準の影響力

以上のように、猿払判決は、学説により厳しい批判が加えられている一方で、公務員の権利制限の事案のみならず、一般国民の権利制限が問題となった事案においても広く引用されている。以下では、その主要な裁判例を概観する。

公務員の権利制限の事案において猿払判決が引用されている裁判例としては、まず、自衛官が政治的集会において不特定多数の者に対して政府が適法に決定した自衛

---

38) 芦部・前掲注 15) 250 頁。

39) 芦部・前掲注 15) 250～251 頁。

40) 宍戸・前掲注 10) 24 頁。

41) 棟居・前掲注 32) 13 頁。

42) 芦部・前掲注 15) 118 頁。

43) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」ジュリスト 1363 号（2008 年）71 頁。

44) 蟻川・前掲注 3) 27 頁。

45) 宍戸・前掲注 3)（「国家公務員の政治行為に対する刑事罰」）25 頁。

隊の沖縄配備等の政策を批判し自衛隊をひぼう中傷する内容の要求書及び声明文を読み上げるなどした行為を懲戒処分が争われた事案が挙げられる<sup>46)</sup>そこでは、「国民全体の利益を守るために、隊員の表現の自由に対して必要かつ合理的な制限を加えることは、憲法 21 条の許容するところであるということが出来る」とする。それは、猿払判決「の趣旨に徴して明らかである」という。次に、市立小学校の音楽専科の教諭が、入学式の国歌斉唱の際に「君が代」のピアノ伴奏を行うことを内容とする校長の職務命令が憲法 19 条に違反するかどうか争われた事案である<sup>47)</sup>本件職務命令はその目的及び内容において不合理だといえないとし、先例として猿払判決が挙げられている。最後に、県立高等学校の校長が、生徒会の担当教諭に対する職務命令として、同校を定年で退職する教諭が生徒会誌に寄稿した回想文を生徒会誌から削除するように指示した行為が争われた事案である<sup>48)</sup>そこでも、「本件職務命令が憲法 21 条 1 項、2 項前段に違反するものでないことは」、猿払判決「の趣旨に徴して明らかである」とする。

この猿払判決の射程は、「公務員関係における典型的に『行動を伴う言論』に対する『間接的、付随的』制約の事例にのみ<sup>49)</sup>に妥当するものではない。猿払判決は、広く一般国民の権利制限に関する事案にも妥当している。例えば、公職選挙法 138 条 1 項の戸別訪問禁止規定が争われた事案<sup>50)</sup>では、猿払判決を引用して、立法「目的は正当であり、それらの弊害を総体としてみるときは、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるということができ」、「戸別訪問の禁止によって失われる利益は、それにより戸別訪問という手段方法による意見表明の自由が制約されることではあるが、それは、もとより戸別訪問以外の手段方法による意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいということが出来る」と結論づけている。ま

46) 最判平成 7 年 7 月 6 日判例時報 1542 号 134 頁。

47) 最判平成 19 年 2 月 27 日民集 61 卷 1 号 291 頁。

48) 最判平成 19 年 7 月 15 日判例時報 1875 号 48 頁。

49) 渡辺康行「憲法訴訟の現状」法政研究 76 卷 1=2 号 (2009 年) 46 頁。

50) 最判昭和 56 年 6 月 15 日刑集 35 卷 4 号 205 頁。

た、学校教育法 21 条 1 項・51 条、旧教科用図書検定基準に基づく高等学校用の教科用図書の検定が憲法 21 条を侵害するか否かが問題となった事案においても<sup>51)</sup>猿払判決を引用して「本件検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものというべきであって、憲法 21 条 1 項の規定に違反するものではない」とした。さらに、広島市暴走族追放条例（平成 14 年広島市条例 39 号）の合憲性が争われた事案<sup>52)</sup>では、「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」とした。それは猿払判決の「の趣旨に徴して明らかである」とする。

このように、猿払判決の射程は拡大してきた。そもそも猿払判決は公務員の政治的行為の禁止について合理的で必要やむをえない限度にとどまるものであるか否かの判断枠組みであったはずが、国民一般の権利制限の事例に対してダイレクトに用いるのは問題であろう<sup>53)</sup>また、猿払判決により、表現活動一般について、一見したところ内容規制のようではあるが、実は表現活動から派生する間接的効果を抑止するための付随的規制であるために、内容中立規制として扱うべきだとの考え方が広く適用されることにつながったのである<sup>54)</sup>

## 4 本判決の構造

### 4-1 本判決における限定解釈—憲法適合解釈か合憲限定解釈か？

次に、上記の検討を踏まえて、本判決の構造を分析していくことにする。本判決は以下のように構成されている。①国公法「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

51) 最判平成 5 年 3 月 16 日民集 47 卷 5 号 3483 頁。その後もこの枠組みは踏襲されている。

最判平成 9 年 8 月 29 日民集 51 卷 7 号 2921 号、最判平成 17 年 12 月 1 日判例時報 1922 号 72 頁。

52) 最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁。

53) 野坂・前掲注 9) 382 頁。

54) 長谷部・前掲注 12) 243 頁。

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」としつつも、「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」。②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」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」。「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」。③「本件配布行為は、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、公務員としての地位を利用することなく行われたものである上、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、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様でもなかったものである。これらの事情によれば、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」。

本判決は、国公法 102 条 1 項の禁止する政治的行為の射程を提示する。ここに猿払判決との重大な差異がある。猿払判決では「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない」という前提のもとに、人事院規則が規制するのは「政治的偏向の強い行動類型に属するものにほかならず、政治的行為の中でも、公務員の政治的中立性の維持を損うおそれが



強いと認められるものであ」とし、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為」のなかに、「公務員の政治的中立性の維持を損うおそれが強いと認められる」<sup>55)</sup>が包摂されている。しかし、問題は「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為」という一般的方向性を示しただけで、その射程は明らかではないことにある。この問題について、本判決は「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」という解釈を提示することで、政治的行為の禁止の範囲を限定している。

本判決におけるこの限定解釈は、立法の委任の範囲にも関連する。猿払判決においては立法の委任の合憲性も問題となっていたが、猿払判決の反対意見は立法政策の問題ではなく、「単に行為者が公務員たる身分を有するというだけの理由で、包括的、一般的な禁止を施しているものであり、公務員に対し、實際上あまねく国の政策に関する批判や提言等の政治上の意見表明の機会を封ざるに近く、公務員関係上の義務の設定として合理的規制ということができかどうかは別論として、少くとも刑罰を伴う禁止規定としては、公務員の政治的言論の自由に対する過度に広範な制限として、それ自体憲法に違反するとされてもやむをえないといわなければならない」とする。これに対して、本判決における限定解釈は「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」として委任の範囲の画定に際しても反映され、しかも、「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」として、人事院規則にも及ぶものであるとしている<sup>56)</sup>。本判決は、当該法令が政治的表現の自由を規制している範囲を縮小し、その後、縮小処理を施された法令に対して司法審査を行い、合憲とするものである<sup>57)</sup>。

本判決の提示した限定解釈をめぐっては、それを憲法適合解釈<sup>58)</sup>として位置づけるのか、あるいはまた、合憲限定解釈<sup>59)</sup>として位置づけるのか、で議論がある<sup>60)</sup>。憲法

---

55) 駒村・前掲注3) 405頁。

56) 駒村・前掲注3) 409頁。

57) 棟居・前掲注32) 18頁。

58) 駒村・前掲注3) 404頁。

適合解釈とは、制定法を解釈するに際して憲法の趣旨を取り込んでそれを行うという手法である<sup>61)</sup>。これに対して、合憲限定解釈とは、通常「字義通りに解釈すれば違憲になるかも知れない広汎な法文の意味を限定し、違憲となる可能性を排除することによって、法令の効力を救済する解釈」<sup>62)</sup>あるいは、「ある法令について違憲の疑いがかけられているとき、その疑いを除去するように法令の意味を解釈する手法」<sup>63)</sup>である。そして、合憲限定解釈というには、「法令の文言、趣旨から最も素直な解釈を選んだら、当該規定が違憲的に適用される部分が出てきてしまうために、次善三善の解釈だけれども、やむを得ず違憲的部分を含まない解釈を選ぶという場面」<sup>64)</sup>を要する。両者の違いは元来相対的なものではあるが<sup>65)</sup>本判決は憲法を取り込んだ体系解釈を行っており<sup>66)</sup>実質的には合憲限定解釈を行ったとみるべきであろう。本判決は、憲法の趣旨を踏まえて、国公法、人事院規則の禁止する「政治的行為」を公務員の職務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に限定し、この限定解釈には合憲との判断が伴っている<sup>67)</sup>本判決が自らの解釈を合憲限定解釈ではないとす

59) 蟻川・前掲注 3) 30～32 頁。

60) 蟻川・前掲注 3) 30～31 頁。

61) 駒村・前掲注 3) 380 頁。

62) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 [第 5 版]』(岩波書店, 2011 年) 371 頁。

63) 戸松秀典『憲法訴訟 第 2 版』(有斐閣, 2008 年) 234 頁。

64) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第 2 版』(日本評論社, 2014 年) 310 頁。

65) 宍戸・前掲注 3) (「国家公務員の政治行為に対する刑事罰」) 24 頁。なお、両者の区別の可能性を探る近年の論考として、山田哲史『「憲法適合解釈」をめぐる覚書—比較法研究のための予備的考察—』帝京法学 29 巻 2 号 (2015 年) 278 頁が挙げられる。そこでは合憲限定解釈と憲法適合解釈を以下のように区別する。合憲限定解釈は憲法適合解釈に包含されるものであり、「重畳的」に行われるものである。通常の解釈を加えた場合、さしあたり違憲の問題は生じないが、憲法を用いて法令の意味内容を補足的に明らかにするのが憲法適合解釈であるとする。他方で、違憲の瑕疵が生じる場合にその解消を「アクロバットな手段」を用いて行うのが合憲限定解釈であるという。要するに、合憲限定解釈とは憲法適合解釈のうち、事後的にそれを見直し実際上の憲法判断を行い、その問題を払拭するために「無理」を行う解釈ということになるという。同 291～292 頁。

66) 宍戸常寿「日本型違憲審査制の現在」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』(三省堂, 2015 年) 264 頁、宍戸・前掲注 3) (「公務員の政治活動の自由」) 憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法 増補版』454 頁。この点について、広く一般的に憲法価値を取り込んだ憲法適合解釈を採用した場合に、法令の憲法適合を論じることは不要であり、そこで得られた法令の適用範囲の当該事案に対する該当性を論じれば足りるという。山田・前掲注 65) 294 頁。

67) 市川・前掲注 3) 70 頁。

るのは、合憲限定解釈とするとそれが実質的に部分違憲と同等の効果を持つことになり、それを回避したいためのものである<sup>68)</sup>しかし、これを合憲限定解釈としないことは「その解釈によって賭けられているものが憲法上の権利（表現の自由）であることを曖昧にする」<sup>69)</sup>ことになる。

#### 4-2 公務員の職位と政治的行為の関係性

本判決は「国民は、憲法上、表現の自由（21条項）としての政治活動の自由を保たれており、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」として、公務員にも国民としての政治的自由を認めている。この点について、須藤正彦裁判官の意見は「本件で問題となっている一般職の公務員もまた、憲法上、公務員である前に国民の一人として政治に無縁でなく政治的な信念や意識を持ち得る以上、前述の意味での政治的行為の自由を享受してしかるべきであり、したがって、憲法は、公務員が多元的な価値観ないしは政治思想を有すること、及びその発現として政治的行為をすることを基本的に保障しているものというべきである」と指摘する。この点について、猿払判決では、公務員の「有機的統一体として機能している行政組織における公務の全体の中立性」に着目して、公務員の政治的活動の累積的波及的效果を問題視していた。だからこそ、「予防的な規制」が正当化されてきた<sup>70)</sup>確かに、公務員がその地位の特殊性に鑑みて、一般の国民とは異なる人権制限を受けることを認める考え方そのものは、判例および学説も認めている。学説は、一方で、公務員の自律性が確保しつつも、他方で行政の中立性が確保され、行政の継続性・安定性が維持されることが重要であるとしている。一口に公務員といってもその職務や責任等が極めて多様であり、制限の対象となる公務員の地位、職務の内容・性質等の違いに応じて、その制限のあり方について違いを設けるべきであるとしてきた<sup>71)</sup>この点について、本判決は公

68) 木下・前掲注3) 4頁。

69) 蟻川・前掲注3) 31頁。

70) 駒村・前掲注3) 410頁。

71) 山元・前掲注19) 568頁。

務員にも国民としての政治的自由を認めることで、公務員を組織の分子から解放し、個人として認知したのである<sup>72)</sup>

そして、本件における政治文書の配布が人事院規則の罰則規定に該当するか否かである。先にみた公務員の「国民としての政治活動の自由」の行使に対する配慮から、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、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」とすることで罰則の規制対象を限定する。

他方で、世田谷事件判決<sup>73)</sup>では、勤務外の「休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、それ自体は公務員としての地位を利用することなく行われたものであること、公務員により組織される団体の活動としての性格を有しないこと、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであっても「指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位」であることに鑑みて、有罪判決が下されている。両者の判断を分けたのは公務員の職位である。ただ、世田谷事件判決では、管理職のある公務員が勤務外に政治的行為を行った場合に、それが指揮命令・指導監督を通じて、公務員の職務の遂行に影響を及ぼし、かつ、職務の遂行の中立性を損なわせると言えるかについては、具体的な説明は行われていない<sup>74)</sup>

両判決ともに、処罰対象を「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」に限定しているものの、考慮事項を挙げるだけでどのような場合に規制されるのかということは依然として不明確である<sup>75)</sup> そうすると、この限定は、それが現実的なものであることを要請するのではなく、むしろ、職務遂行関連性を広く捉える機能を有していることになり、自由の可能性を拡大するものとはなっていないことになる<sup>76)</sup>

72) 駒村・前掲注 3) 410 頁。駒村圭吾教授はこうした点に着目して、本判決を「日本憲法論に近代をもたらしたランドマーク判決」とであると評価する。

73) 最判平成 24 年 12 月 7 日。

74) 嘉門・前掲注 3) 299 頁。

75) 木下・前掲注 3) 3 頁、嘉門・前掲注 3) 299～300 頁。

76) 駒村・前掲注 3) 411～412 頁。

### 4-3 合憲性判断基準

本判決は、公務員の政治的行為を行うことに対して罰則により制限することの合憲性を判断するに際して、猿払基準ではなく、利益衡量へと判断手法を変更した<sup>77)</sup> 本判決は、先にみた合憲限定解釈を前提として<sup>78)</sup> 猿払基準における利益衡量において提示された付随的制約に言及することなく<sup>79)</sup> 「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」とする利益衡量を提示する<sup>80)</sup> 本判決が依拠するのは猿払基準ではなく、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件<sup>81)</sup> において提示された「自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきもの」とする利益衡量である。よど号ハイジャック新聞記事抹消事件における利益衡量は、基本的人権の制約の合憲性審査に際して、「一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容・性質、制限の態様・程度等を具体的に比較する利益衡量論を採用し、その際、事案に応じて厳格な審査基準等を併せて考慮する」<sup>82)</sup> ものである。両者は全くことなる基準である。よど号ハイジャック新聞記事抹消事件における利益衡量と猿払基準の違いは、前者は基準提示のあとで限定解釈を加えるのに対して、後者はあらかじめ規制対象が限定された段階において、その合憲性を念押しするという点にある<sup>83)</sup>

77) 中富・前掲注3) 40～41頁。

78) 市川・前掲注3) 71頁。

79) 棟居・前掲注32) 23頁。

80) 棟居・前掲注32) 20頁。

81) 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。その後、成田新法事件最高裁判決(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)においても同様の枠組みが踏襲され、「集会の自由といえどもあらゆる場合に無制限に保障されなければならないものではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあるのはいうまでもない。そして、このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度を較量して決める」とされている。

82) 尾形健「最高裁判例における利益衡量論」曾我部真裕・赤坂孝一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室』(日本評論社、2012年)30頁。

本判決では、人事院規則における罰則規定が「憲法 21 条 1 項、31 条に違反するものではない」ということが猿払判決の「の趣旨に徴して明らかである」としている。そうすると、表向きは猿払判決が引用されていることになるが、実際には、猿払基準には言及されていない。そのために、本判決は猿払基準を消し去り<sup>84)</sup>(この点、学説は判例変更とみている)<sup>85)</sup>残ったのは利益衡量である<sup>86)</sup>この点をいかに考えるべきか。猿払基準が駆逐され、その代わりに千葉勝美裁判官の提示する司法審査理論(以下、千葉理論とする)が台頭したという指摘がなされている。本判決における千葉勝美裁判官の補足意見では「近年の最高裁大法廷の判例においては…一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという『利益較量』の判断手法を採ってきて」と指摘する。そして、「その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準(明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など)ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる」という<sup>87)</sup>しかし、「厳格な基準の活用については、アプリアリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨を一般的に宣言する」のではなく、「基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処しているのである」というのである。この説示は千葉裁判官が成田新法事件判決時に自らの調査官解説において展開したものであり、本判決においても成田新法事件判決が先例として引用されている。千葉裁判官によれば、判例は利益衡量を一般枠組みとして、審査基準を定立して自らそれに拘束されることなく、具体的事案に処理するのに必要な基準を選択しながら柔軟に対処しているとする。審査基準が裁判官の裁量を限定するものである

83) 君塚正臣「判例の拘束力－判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて－」横浜法学 24 卷 1 号 (2015 年) 99 頁、手塚崇聡「公務員の人権」辻村みよ子・山元一・佐々木弘通編『憲法基本判例－最新の判決から読み解く』(尚学社, 2015 年) 37 頁、木下・前掲注 3) 3 頁。

84) 駒村・前掲注 3) 417 頁。

85) 木村・前掲注 3) 82 頁。

86) 駒村・前掲注 3) 412 頁。

87) もっとも千葉裁判官は、「本件多数意見の判断の枠組み・合憲性の審査基準と猿払事件大法廷判決のそれとは、やはり矛盾・抵触するものでない」という。

以上、これは当然の態度であるといえよう<sup>88)</sup>要するに、千葉理論は、「学説が批判した比較衡量という方法を用いながら、結果としては厳格な審査基準ないし中間審査基準（最厳格ではないが、立法目的と規制手段の間の実質的関連性を要求する「厳格な合理性の基準」を用いた程度には、制約される人権の側に配慮した解決に至っている）のである<sup>89)</sup>（その意味では、学説の主張してきた司法審査基準をダイレクトに採用することは否定されている<sup>90)</sup>

このように、本判決においては猿払基準が排除され<sup>91)</sup>千葉理論が台頭することになったといえるであろう<sup>92)</sup>この千葉理論については、学説の主張する審査基準と判例の採用する利益衡量を統合する<sup>93)</sup>あるいは、学説の主張する審査基準を利益衡量に内在化する（そうすると、判例の枠組みと学説の枠組みに大きな違いはないということになる<sup>94)</sup>という評価がなされる一方で、「法教養学的思考への回帰と事実への志向性が、目的手段を形骸化させ、かたちばかりの比較衡量にそれを取って替えようとしているのではないか<sup>95)</sup>「基準のない利益衡量論が表現の自由制約立法の合憲性を判断する手法として好ましくないことは確かだが」「結局、審査基準をつまみ食いして<sup>96)</sup>いる、審査基準論を放棄し利益衡量だけで具体の結論を出そうとすれば予測可能性が減少するといった危惧が示されている<sup>97)</sup>いずれにせよ、今後、具体的事案に即して、先例といかに対話し、判例としてどの部分を参照し、区別するのかについて説得的に提示されることが要求される場所である<sup>98)</sup>

---

88) 宍戸・前掲注3)（「国家公務員の政治行為に対する刑事罰」ジュリスト1466号（2014年）25頁。

89) 棟居・前掲注32) 25頁。

90) 中林・前掲注3) 66頁。

91) 駒村・前掲注3) 420頁。

92) 駒村・前掲注3) 417頁、木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）154頁（木下智史執筆）。

93) 市川・前掲注3) 71～72頁。

94) 横大道聡「憲法改正の阻止は公務員の義務？」宍戸常寿編『憲法演習ノート』（弘文堂、2015年）32頁。

95) 駒村・前掲注3) 421頁。

96) 市川・前掲注3) 72頁。

97) 棟居・前掲注32) 24頁。

98) 宍戸・前掲注3)（「国家公務員の政治行為に対する刑事罰」）25頁。

## 5 今後の方向性

本判決が猿払基準を引用しつつもそれを限定し<sup>99)</sup> 公務員の政治的行為を一定の範囲で刑罰から解放したという点で<sup>100)</sup> 小法廷であるものの最高裁の「前進」<sup>101)</sup> を読み取ることができる。そして、残る問題は、公務員に対しては一律かつ広範な規制(刑罰)を科すことが憲法上許されるかどうかである<sup>102)</sup>。これが本件の問題の本質でもあるといえよう。憲法が表現の自由を保障する以上、個々人は多様な価値や意見を有することを前提とし、公務員にも政治的信条を持つ自由が保障されることになる。しかしだからといって、公務員は政治的に偏った職務遂行を行うことは許されない<sup>103)</sup>。猿払判決においては、国公法 102 条 1 項の立法目的について、「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請」であるとしている。そこで、公務員の政治的に偏った職務遂行を禁止して、「行政の中立的運営」の確保にすることは、「行政という体系を持続可能な制度として設計する際当然に見込まれていた制度内在的な目標」<sup>104)</sup> ともいえよう。しかし、「国民の信頼」については、それ自体が曖昧であるだけでなく、しかも、それが職務とは無関係な公務員が行う個人的政治活動の規制まで正当化してしまう可能性をはらんでいるものである<sup>105)</sup>。また、同時に、それは「それ自体としては非実体的・非客観的・抽象的・観念構成的・想定的」要素<sup>106)</sup> でもある。そうすると、「国民の信頼」の保護という立法目的は、結局のところ、「私的な政治活動をする人は、政治的に偏った仕事をする職業倫理の欠如した人間だ」<sup>107)</sup> という(政治的行為を行う)公務員に対する不合理な偏見に基づくものであり<sup>108)</sup> 規制目的における違憲性を示すものであるといえよう。なおも、本判決では「国民の信頼」という用語は残存している<sup>109)</sup>。それは裁判所が「国民の信頼」

99) 従来から学説は猿払判決を限定しようとしてきた。山元・前掲注 19) 569 頁。

100) 長岡・前掲注 3) 327 頁。

101) 中林・前掲注 3) 66 頁。

102) 芦部・前掲注 11) 251 頁。

103) 木村・前掲注 3) 79 頁。

104) 奥平康弘「日本社会の現在と最高裁判所」法律時報増刊(2011年)10頁。

105) 奥平康弘『表現の自由Ⅲ』(有斐閣, 1984年)308頁。

106) 奥平・前掲注 104) 10 頁。

107) 木村・前掲注 3) 79 頁。



ということに基づく立法目的をそれ自体大きい問題として捉えていないことの証左であり、<sup>110)</sup>この用語が残存し続けることの意義は決して小さくない。<sup>111)</sup>この規制目的に基づいて刑罰<sup>112)</sup>を下すことそれ自体の合憲性について、今一度再考が求められよう。

---

108) この点、「そもそも、上級公務員が政治的であるという想定は、脱却せねばならない」と指摘されている。君塚正臣「国家公務員法違反事件鑑定意見書」横浜国際経済法学 19 巻 1 号 (2010 年) 118 頁。

109) 大河内美紀「公務員の政治的意見表明」論究ジュリスト (2015 年) 52 頁。

110) 大河内・前掲注 109) 52 頁。

111) 大河内・前掲注 109) 53 頁。

112) 単なる懲戒ではなく、刑罰を下すことの質的相違を強調すべきとする。大河内・前掲注 109) 54 頁。