

# 猿 弘 基 準 の 行 方

中 曾 久 雄

# 猿払基準の行方

中 曾 久 雄

## 1 はじめに

猿払判決は、最高裁の憲法判例のなかで最重要判例の1つであることに疑いはない。そのために、猿払判決、そして、そこで提示された猿払基準は、単に公務員の政治的活動に対する規制の在り方にとどまらず、我が国における憲法訴訟における底流ともなっており、常に学説による検討対象（あるいは、批判の対象）になってきた。猿払判決・猿払基準はこれまで判例としての確固とした地位を維持し続けてきたが、堀越判決の登場で猿払判決・猿払基準の地位が大きく揺らぐことになった。本稿は、猿払判決・猿払基準およびそれに対する批判、猿払基準と堀越判決の関係の検討を踏まえて、猿払基準の行方を考察することを目的とするものである。

## 2 猿払基準の理論構造とそれに対する批判

1974年の猿払判決<sup>1)</sup>では、国家公務員法（以下、国公法）102条1項が合憲とされた。

---

1) 最大判昭49年11月6日刑集28巻9号393頁。なお、猿払判決は、石田コートの全農林警職法事件判決の趣旨を承継する「タカ派」的判断が行われていると指摘されている。山田隆司『最高裁の違憲判決「伝家の宝刀」をなぜ抜かないのか』（光文社、2012年）111頁。

猿払判決では、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。一般に、この3つの要素が猿払基準として称されている<sup>2)</sup>

## 2-1 猿払基準の理論構造

では、猿払判決において上記の要素は具体的にどのように展開しているのか、その理論構造を概観する。

猿払判決は、①について、公務員の政治的行為の「すべてが自由に放任されるときは、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の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、「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るとしても、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である。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つて重要な利益

---

2) 宍戸常寿『「猿払基準」の再検討』法律時報 83 巻 5 号（2011 年）22 頁。

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」としつつも、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が、「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。猿払基準は、①から③の基準をパスすれば、当該規制は「合理的で必要やむをえない限度」となるのである。

## 2-2 香城理論による猿払判決の正当化

この猿払判決を理論上正当化したのが、猿払判決時において最高裁判所調査官であった香城敏麿である<sup>3)</sup>（以下、香城理論）。香城は、アメリカにおける公務員の政治行為の制約に関する判例を分析し、それをもとに公務員の政治行為の禁止・処罰を正当化するとともに<sup>4)</sup>、猿払基準について「憲法訴訟論的な」<sup>5)</sup>理論を提示した。香城理論は猿払基準を単に公務員の政治行為に対する制約にとどまらず、憲法上の権利の制約の在り方に関する一般的な理論として位置づけた。その後、周知の通り、香城理論は、「憲法訴訟論の一種として影響力」<sup>6)</sup>を

3) 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）39頁。

4) 石村修「猿払事件」石村修・浦田一郎・芹沢齊編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社、2012年）182頁。

5) 蟻川恒正「合憲であることの定型的論証としての猿払基準」長谷部恭男・安西文雄・宍戸常寿・林更知編『高橋和之先生古希祝賀記念 現代立憲主義の諸相下』（有斐閣、2013年）371頁。

持つことになった。

香城理論のもとで、猿払判決は以下のように位置づけられる。「政治的行為の禁止をめぐり対立している利益を分析する」猿払判決は、「二重の意味で重要である」とする。第1に、「それは、本件の合憲性判断につき合理的で必要やむをえない限度の基準が適用されるべきことを示す点で重要である。もし、規制の対象行為が憲法上の権利その他の利益に根拠を有するものでないとするれば、その規制は、公共の利益に適合するものである限り、原則として憲法違反の問題を生ずることはないのに対し、規制の対象行為が憲法上の権利その他の利益に根拠を有するものとするれば、その規制は、右の憲法上の権利その他の利益を制約するに足りるだけの理由がない限り、憲法違反の問題を生ずるはずである。合理的で必要やむをえない限度の基準は、まさしく右のように憲法上の権利その他の利益の制約が問題となる場合についてその制約を相当なものとするかどうかを判断するための一般的基準であり、本件のように表現の自由の制約が問題となる場合においても、もとより適用があるものということができる」。第2に、「行為の禁止が合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断する際の基礎となる対立利益を解明している点でも」重要であるという<sup>7)</sup>。そして、この定式のもとに、「禁止目的、これと禁止される政治的行為との関連性、利益考量の三点」が、「合憲性を判断するに際しての際の具体的な判定基準」ではなく、判断基準を導くための方法として示されているとする。

では、香城理論のもとで、「禁止目的、これと禁止される政治的行為との関連性、利益考量」の3つの要素はいかに位置づけられているのであろうか。

まず、禁止目的の審査についてである。禁止目的の審査の機能は以下のように説明されている。「禁止の目的が憲法上擁護することの許されない利益の保持に向けられているときには、その禁止は、それだけで違憲とされなければな

6) 曾我部真裕「猿払判決香城解説の検討－憲法学から」法律時報増刊（2011年）121～122頁。

7) 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、2005年）52頁。

らない。禁止の目的を検討する意義は、まずこの点に存する。さらに、禁止の目的の検討は、禁止により擁護する利益の検討にほかならず、禁止される行為との関連性と利益の均衡を検討することの不可欠の前提となる<sup>8)</sup>。目的審査の固有の機能は、憲法上許容されない目的を排除することにあるといえよう。そのために、香城理論における目的審査は、立法目的の重要度を審査する学説の主張する目的審査とは異なる。

次に、禁止の目的と禁止される行為との関連性の審査についてである。この審査の意義は以下のように説明されている。「まず、それが合理的なものとして認められないときには禁止か違憲となる点にある。また、右の関連性を検討することにより、当該行為の禁止が当該目的を達成するための手段として有する必要性、有効性の度合が明らかとなり、その禁止が必要やむをえない限度にとどまるものかどうかの判断に資することができる。さらに、右の関連性の検討は、禁止のねらいか、行動のもたらす弊害の防止にあるのか、行動に伴う意見表明のもたらす弊害の防止にあるのかを明らかにする点に及び、関連性の度合と相まって、利益の均衡を判断する際の基礎となるのである<sup>9)</sup>。要するに、この関連性の審査は、あくまで衡量審査のための前提作業であり、ここで問われる関連性は抽象的な関連性でよいのである<sup>10)</sup>」

最後に、衡量の審査についてである。この衡量の審査の機能については、以下のような説明が行われている。「一般的にいうと、利益較量は、被制約行為により得られる制約利益、つまりはその行為との関連性の遠さに応じて割引きした制約利益と、その行為により失われる被制約利益とを較量して行うものである。したがって、制約利益が重大であればあるほど、被制約利益との関連性が遠いものまで制約が許されることになり、また、被制約利益が重いものまで制約が許されることになる。一定の制約利益についてみた場合、被制約行為との関連性が密接であればあるほど、許される被制約利益の重さは増すことにな

8) 香城・前掲注7) 53頁。

9) 香城・前掲注7) 53頁。

10) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(下)」ジュリスト1364号(2008年)110頁。

り、その逆も真であり、また、他に変え得る被制約行為があるときにはその点も考慮される」<sup>11)</sup>

そこで、香城理論は、衡量に際して、まず、得られる利益（制約利益）について、以下の区別を導入する。すなわち、「制約対象行為自体が除去されるべき弊害をもたらすところから、その行為を制約すること自体が制約利益になる場合の規制」である「消極規制」と「その行為を制約すること自体が制約利益ではなく、他に制約利益があり、これを実現するための一つの手段としてその行為を制約する場合の規制」である「積極規制」を区別する。この区別は、営業の自由の規制に関して設定された積極規制と消極規制に対応するものであるが、香城理論はこれを精神的自由の領域においても妥当させる。そのために、消極規制・積極規制の区別が一般的な形でなされ、区別のメルクマールが「制約により得られる利益」の性格に求められている<sup>12)</sup>

次に、失われる利益（被制約利益）について、以下のような説明を行う。「被制約利益については、まず、その憲法上の地位、特に表現の自由か営業の自由かといった性質に着目する必要がある。また、制限対象行為がいかなる理由で選択されたのかによって、失われる利益に大きな相違が生じるので、その点の検討も不可欠である。この検討に当たっては、直接規制と付随的規制の区分が重要である。直接規制とは、憲法上の人権の行使を否定すること自体に規制の目的が置かれている場合であり、付随的規制とは、人権の行使自体を否定することではなく、それに伴う行為を制約することに規制の目的が置かれているが、行為の規制に伴って付随的に人権の行使も規制される結果になる場合である。付随的規制の場合にも、人権の行使の機会が失われることになるので、その点も考慮した利益較量をする必要があるが、直接規制とは違い、制約利益と

11) 香城・前掲注7) 31頁。もっとも、利益の均衡に際しては、「必ずしも具体的な利益の考量により判断することを要するものではなく、得られる利益と失われる利益の憲法上の地位のいかんによっては、利益の考量をまたずに、利益の対比上一定の規制が当然に合憲となる場合」があるという。その典型例として、財産権に対する公共の目的での法律上の制約を挙げる。

12) 高橋・前掲注10) 115頁。

人権との利益較量をする必要はない」<sup>13)</sup>そして、直接規制と付随的規制の区別と衡量の関係を以下のように説明する。「直接規制については、憲法上その実現が不可欠な制約利益を実現するため、実現に不可避的に伴う範囲の権利行使を制約する場合、又は憲法上国会の裁量に委ねられた重要な利益を実現するため、裁量上許される範囲の権利行使を制約する場合には、原則として利益較量により合憲と判断されることになる。また、付随的規制については、制約利益と制約対象行為のみの利益較量では広い範囲の規制が許されることになるが、制約に伴う権利行使の機会の喪失を考慮すると、その喪失を伴わない規制の手段がないか、その喪失を考慮してもやむを得ない程度の規制であるかが検討されなければならない」<sup>14)</sup>香城理論は、失われる利益（被制約利益）について、直接規制と付随的規制を区別することで、衡量に際しての「失われる利益」の大きさを検討しようとするのである。要するに、直接規制の方が付随規制より人権を制約する程度が大きいということを前提にして、異なる衡量の枠組みを提示する。

このように、香城理論は、衡量に際して規制により得られる利益、規制により失われる国民の利益がどのような条件下においてバランスを保ち合憲の関係を形づくるかに重点を置いている<sup>15)</sup>さらに、得られる利益（制約利益）について、一定の行為を制約することでいかなる利益がもたらされるのかを具体化するために、消極・積極規制を区別し、失われる利益（人権利益）について、制約の対象となる行為により失われる利益に大きな違いが生じるために直接・付随規制を区別している。香城理論の特色は、衡量に際しての失われる利益・得られる利益に対してそれぞれに制約態様の差異を導入したことで、衡量のプロセス（権利制約がどのように正当化できるかのプロセス）をクリアーにしたことにある<sup>16)</sup>（香城理論の構造はイメージ図も併せて参照されたい）。

13) 香城・前掲注7) 30頁。

14) 香城・前掲注7) 31頁。

15) 芦部信喜ほか「研究会・憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト835号（1985年）10頁（香城敏磨発言）。



以上要するに、香城理論の重点は規制の適切さをいかに測定するかにあり<sup>17)</sup>、規制の在り方について4つの類型を識別して、判例を整理・説明する。この香城理論は、猿払判決にとどまらず、経済的自由の領域などあらゆる領域に応用しようとしたのである。そして、この規制の類型こそが表現の自由のみならず憲法上の権利の裁判的保障に関わるものであるために、香城理論の中核を成しているのである<sup>18)</sup>。

### 2-3 猿払基準に対する主要な批判

猿払基準について、学説は実務上における重要な役割を認めつつも<sup>19)</sup>、極めて厳しい批判を加え常に議論の対象とし続けてきた<sup>20)</sup>。以下では、猿払基準に対する学説による主要な批判を概観する。

**芦部信喜の批判** まず、芦部信喜の批判である。芦部にとり、猿払基準は理論的に許容し難いものであった。芦部は、早くから、猿払基準を緩やかな司法審査基準の象徴である合理性の基準の同列として位置づけ、猿払基準における審査のレベルの緩やかさを強調することによって、今日に至るまでの猿払基準に対する憲法学の批判的応答の典型を構成した<sup>21)</sup>。猿払基準と合理性の基準の関係について、芦部によれば、猿払判決における「多数意見は、制限は『合理的で必要やむを得ない限度にとどまる』べきだとし、その限度の判定は、制限の目的、目的と手段との合理的関連性、利益の均衡という三つの観点から検討する必要があるという立場を採る。この立場は、判旨の全体から判断するかぎり、経済的自由の規制立法について典型的に用いられる『合理性』の基準と、

16) 香城理論は、衡量に際して得られる利益と失われる利益を具体化することに力点が置かれている。香城・前掲注7) 29頁。

17) したがって、学説の主張する司法審査基準論とは大きな隔りがある。君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学 16 巻 1 号 (2007 年) 8～9 頁。

18) 蟻川・前掲注5) 389 頁。

19) 宍戸・前掲注2) 20 頁。

20) 当時、学説のほとんどが猿払判決を批判していた。この点については、室井力「公務員関係と政治的自由」樋口陽一編『憲法の基本判例』(有斐閣, 1985 年) 28 頁。

21) 蟻川・前掲注5) 374～375 頁。

性質は必ずしも同じではないにしても、それと実質的には異ならないものだ、ということができよう<sup>22)</sup>という。猿払判決のいう、「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」表現の自由の制約立法は、それがいかに「公務員のみに対して向けられているもの」であっても、合理性の基準と実質的に同じような基準によって、審査されなければならないことになる<sup>23)</sup>。芦部によれば、合理性の基準とは「立法目的を探究すること、規制手段がその立法目的と合理的に関連しているかどうかを問うことの二つの段階から成るが、立法を支える事実の存在が推定され、不合理性の挙証責任が立法を攻撃する側にあるとされる点に一つの大きな特色を有する」<sup>24)</sup>ものである。合理性の基準のもとでの合憲性審査は、「仮定的な正当化で十分であり、立法目的と規制手段との間にはごく少しの関連性があれば足りる」<sup>25)</sup>のである。猿払判決は、アメリカの判例と異なり合憲性推定の原則を強く打ちだしているわけではない<sup>26)</sup>。猿払判決は、裁判官の利益衡量による判断を求めている点では、立法について『合理的な疑い』があるか否かを裁判官が独自に判断するという<sup>27)</sup>アメリカの連邦最高裁における保守立場と同一のものであり、「そのこと自体は、立法府の決定に強度の合憲性を推定する自由派の司法哲学がそのままに妥当しないと考えられる日本の憲法訴訟においては、一定の意義を有する違憲審査のあり方だということができる」<sup>27)</sup>という。しかし、合理性の基準は、通常、立法府の判断がある程度の合理的基礎にもとづくものである限りで、ほとんど常に立法を合憲とする結論を導くものである。猿払判決は、合憲性判定の基準として、立法目的と手段との合理的関連性、規制による「得られる利益」と「失われる利益」との均衡とかいう要件をあげてはいるものの、「立法目的の正当性から、論証らしい論証もないままに、ただ、『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

22) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣，1981年）239頁。

23) 芦部・前掲注22）239～240頁。

24) 芦部・前掲注22）246頁。

25) 芦部・前掲注22）247頁。

26) 芦部・前掲注22）248頁。

間に合理的な関連性があるものと認められる』とか、『禁止により得られる利益は…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うものではない』というにとどまっているといっても過言でないので、実質的には、立法府の広汎な裁量権を前提とする<sup>28)</sup>ものであるという。

この猿払基準における「合理的関連性」に直接関わるのが、「この目的と禁止される政治的行為との関連性」に関して、「弊害の発生を防止するため」であれば、「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」と述べた上で、「たとえその禁止が、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」という説示である<sup>29)</sup>この説示について、芦部は、「公務員の管理職・非管理職の別、現業・非現業の別、裁量権の範囲の広狭」のほかに、「勤務時間の内外、国の施設の利用の有無、職務利用の有無」といった要素について、これまで下級審が政治活動制約の違憲性ないし実質的違法性欠如の認定に際して、考慮すべき基準として掲げた要件を、猿払判決はすべて考慮の外においてしまったと批判する<sup>30)</sup>かつて、全農林判決は、公務員について「その担当する職務内容の別なく」公共の利益のために勤務すべきであるとの前提から、争議行為の一律禁止を正当化しようとしたが、反対意見は「論理の飛躍がある」と批判したが、それは同時に、職務の性質・内容上の相違、勤務時間の内外等の要件に関する猿払基準とそれを批判する猿払判決における反対意見の対立でもある<sup>31)</sup>芦部は、この2つの対立は、「ひっきょう、政治活動の自由の憲法的意義をいかに考えるか、という問題に帰着」し、「政治

27) 芦部・前掲注 22) 248～249 頁。

28) 芦部・前掲注 22) 249 頁。

29) 蟻川・前掲注 5) 376 頁。

30) 芦部・前掲注 22) 253 頁。

31) 芦部・前掲注 22) 253～254 頁。

活動の自由を民主政の基礎をなす最も重要な権利として重視し、公務員にも最大限保障されなければならないという立場を採れば、政治活動の規制は公務の中立性を確保するのに必要最小限度にとどまらなければならない<sup>32)</sup>と指摘する。

そこで、芦部は公務員の政治行為に対する禁止が問題となる場合に適用されるのは、アメリカの判例で適用されている「より制限的でない他の選ぶう手段」の基準（LRAの基準）<sup>33)</sup>であると主張する。芦部によれば、この基準は、表現の自由の規制立法の合憲性判定基準の1つとして、日本においても十分に有用性をもちうるものであるという。この基準のもとでは、広汎な規制手段をとる実質的利益がどの程度あるか、種々の要件を衡量して裁判所が決定する場合、その衡量が規制を受ける権利・自由の側により大きな比重がおかれた上で行われ、国家権力側は規制手段の正当性（より制限的でない他の選ぶう手段が利用できないこと）を証明する挙証責任が負わされることになる<sup>34)</sup>。LRAの基準は「裁判所は立法部の判断に特に重きをおくことなく、法目的を達成しうる『より制限的でない他の手段』がないかどうか、いいかえるとその制限が必要最小限度のものであるかどうかを基準として判断<sup>35)</sup>する」というものなのである。そして、この主張は学説の支持を集めることになる<sup>36)</sup>。

このように、芦部が、国家公務員の政治的行為に対する禁止について、合理性の基準ではなく、LRAの基準を適用すると主張することの意義は<sup>37)</sup>、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が可能な「機動的な審査枠組」<sup>38)</sup>に差し替えることにある。

**高橋和之の批判** 次に、高橋和之の批判である。高橋は猿払基準を以下のよ  
うに整理する。猿払基準は、公務員の政治的行為について、「それが合理的で

32) 芦部・前掲注22) 254頁。

33) 芦部・前掲注22) 210頁。

34) 芦部・前掲注22) 215頁。

35) 芦部・前掲注22) 215～216頁。

36) 例えば、市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014年）151頁、阿部照哉「政治的行為」ジュリスト520号（1972年）44～45頁。

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」であるというが、猿払基準は①禁止目的が正当であり、②禁止目的とそれを達成する手段の間に関連性があり、③禁止により得られる利益と失われる利益が均衡している場合に、当該規制「合理的で必要やむをえない限度にとどまるもの」で合憲であるという定式として理解する<sup>39)</sup>。高橋が着目するのは、①から③のテストをパスすることがなぜ「合理的で必要やむをえない限度」の保証となるのかである。高橋によれば、①と②の審査に意味はないとするが、というのは当時の最高裁は利益衡量を採用してきたが、従来の判例理論の流れの中では、利益衡量という判断手法は③で尽きているからである<sup>40)</sup>。③の前になぜ、①と②が付加されているのかについて、「①と②の審査を行った後に、③により改めて利益均衡の確認を行わなければならない」というのが、「それでも①と②を通過することにより③の審査の説得力が増すというのであれば、それはそれで意味のあることかもしれない」が、実際には①と②の審査にそうした意味はないという<sup>41)</sup>。①の審査の役割は規制が実現しようとする利益が憲法上許容しないものである場合に、その利益が③の審査において「得られる利益」の秤に乗るのを阻止することであるが、それを③から独立する意味はないという。それは②についても同様である。②の審査の役割は、正当な目的と合理的関連性のない手段を排除することにあるが、手段が目的と合理的関連性を欠くならば、そ

37) ただ、蟻川によれば、「芦部は、『合理性』の基準に近似するものとして、猿払基準を、自ら『合理的関連性』の基準として定式化しながら、その性格づけを、最後まで「合理性」の基準に近似するものとして一貫させることができずにいた」という。猿払基準には、「一方で、立法府の裁量権を結果において広く認めるかに見えるベクトルがあり、他方で、立法府の利益衡量を裁判所が判断代替することまでを正当化しうるベクトルがあつて、そのふたつは、突き詰めれば相互に衝突せざるをえないものであるから、いかに猿払基準がその全体において『合理性』の基準に近いとしても、後者のベクトルは見えないことにして専ら前者のベクトルだけで猿払基準の性格を一面的に説明するような解釈はとることができないと芦部は考えたに違いない」という。蟻川はそれを「芦部自身の留保」とする。蟻川・前掲注5) 379頁。

38) 蟻川・前掲注5) 377頁。

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

40) 高橋・前掲注39) 70～71頁。

41) 高橋・前掲注39) 71頁。

の手段により達成される「得られる利益」はないのであるから、③の審査を行うまでもなく利益不均衡として違憲となる。しかし、それは③の審査に当然含意されたものであり、③で行うべき審査を独立させたという意味をもつにすぎないという。しかも、ここでの審査において合理的関連性があるとされたからといって、その手段により得られる利益と失われる利益が均衡しているという保証はないという。そうすると、猿払基準の核心は③の審査ということになる<sup>42)</sup>（そして、それは同時に猿払基準の真の問題でもある<sup>43)</sup>）

要するに、猿払基準にとって、①と②をパスしたからといって、利益の均衡は保証されないので、結局は③における個別的利益衡量により決着をつける以外にないことになる<sup>44)</sup>猿払基準における利益衡量の決め手は、一方で、政治的ポスターの掲示・配布がもたらす害が非常に大きいゆえにそれを禁止することにより得られる利益が非常に大きいこと、他方で、表現の間接的・付随的規制であるから失われる利益は小さいこと、に求められている<sup>45)</sup>高橋によれば、前者について、公務員にも政党支持の自由はあるのであり、一定の公務員については、政党支持を表明しても公務の中立的運営の確保は可能であり、それについて信頼するという了解を国民の側で形成していくべきであるという。後者について、ポスターの掲示・配布行為は、従来から全面的に表現行為として扱われてきたものであり、当該規制は間接的・付随的規制であり、失われる利益は小さいという論理は成立しないとす<sup>46)</sup>高橋は、猿払基準における③の利益衡量の審査を審査基準なしの「裸の利益衡量論」<sup>47)</sup>として位置づける。

**蟻川恒正の批判** 最後に蟻川恒正の批判である。蟻川は従来とは異なる視点で猿払基準を批判する。蟻川によれば、芦部は猿払基準を司法審査基準である

42) 高橋・前掲注 39) 71 頁。

43) 高橋・前掲注 39) 64 頁。

44) 高橋・前掲注 39) 74 頁。

45) 高橋・前掲注 39) 75 頁。

46) 高橋・前掲注 39) 75～76 頁。

47) 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報 61 卷 12 号（2009 年）24 頁。

合理的関連性の基準であると批判し、高橋は基準のない裸の利益衡量であると批判してきたが、「ベクトルの違いはあるものの、両者は、猿払基準を批判するに当たり同基準を実体規範と看做している点で共通であった」<sup>48)</sup>という。

蟻川は、従来の学説が猿払基準を司法審査理論として捉えるのは当然であるとしつつも<sup>49)</sup>、最高裁はそもそも猿払基準を実体規範として捉えていないという。蟻川によれば、最高裁は「基準にもとづく司法判断は当然に《事案に対する判断》である」と見ている。だからこそ、最高裁は、基準にもとづくかの如き外貌をとっている場合においてさえ、必要によっては、『基準なき適用』に訴えることをも辞さない<sup>50)</sup>とする。そこで、蟻川が着目するのは禁止目的と禁止される行為との間の「合理的関連性」<sup>51)</sup>である。ここでの審査において重要なことは、「得られる利益と失われる利益の関係は、恒常的に、得られる利益に圧倒的に有利となるということである」。というのは、「いかに表現の自由、それも、政治的表現の自由が憲法上最も重要な権利のひとつであるとしても、その表現を禁止することが『行政の中立的運営』という立法目的との間で『合理的関連性』を有すると判断されたら、表現の自由とその制約利益とは、一方で、そのような『行政の中立的運営』を阻害するおそれのある表現行為をする自由…と、他方で、そのような行為によって脅かされる『行政の中立的運営』…との均衡として観念されたため、得られる利益「行政の中立性確保」と失われられる利益（『行政の中立性的運営』を阻害するおそれのある表現の自由）との均衡点は、致命的に前者に有利に詮索されるほかない<sup>52)</sup>という。猿払基準における「合理的関連性」の要素が、それを充たす場合・充たさない場合のいずれかの場合であっても違憲の判定がなされることを想定していない構造となっており、ここに猿払基準の「性格が露呈」<sup>53)</sup>しているという。そこで、蟻川

48) 蟻川・前掲注5) 404～405頁。

49) 蟻川・前掲注5) 415頁。

50) 蟻川・前掲注5) 405頁。

51) 蟻川・前掲注5) 406頁。

52) 蟻川・前掲注5) 407頁。

53) 蟻川・前掲注5) 407～408頁。

は、猿払基準を司法審査基準でも裸の利益衡量でもなく、『論証』ないし『理由づけ』<sup>54)</sup>として位置づけ直す。確かに、これまで猿払基準は合憲の判定の局面において登場してきた。その意味で、猿払基準の規範的機能は理論ではなく<sup>55)</sup>「合憲の判定の『理由づけ』ないし『論証』の機能を果たすこと」<sup>56)</sup>にある。それは後の判例の展開において見てとることができる。猿払基準にとり重要なのは実体規範という理論の適用ではなく、「事案に対する判断」<sup>57)</sup>であるということになる。そうすると、猿払基準にとっての勝負どころは、利益衡量ではなく、実は禁止目的が正当かどうかという最初の段階であり、次の禁止目的とそれを達成する手段の間に関連性があるかどうかは「どうにかして合憲の判定を受け入れられるものにするため」<sup>58)</sup>のものであった。そのために、猿払基準は合憲論証のための「護符」<sup>59)</sup>であるという。

## 2-4 猿払判決以降の判例の展開

以上のように、学説から厳しい批判が加えられている猿払判決・猿払基準であるが、猿払判決は判例としての地位を維持してきた<sup>60)</sup>しかも、その射程は拡大しており、公務員の権利制約の事案のみならず、表現の自由の制約の事案においても引用されている。

まず、典型的には公務員の政治的行為を理由とする民事上あるいは刑事上の処分が争われた事案は猿払判決が引用され合憲の判決が導出されている（厳密には猿払判決の「趣旨に徴して明らかである」という形で引用されている）。主要な事案としては、全通ブラカード事件<sup>61)</sup>豊橋郵便局事件<sup>62)</sup>高松簡易保険局

54) 蟻川・前掲注5) 408頁。

55) 蟻川・前掲注5) 371頁。

56) 蟻川・前掲注5) 408～411頁。

57) 蟻川・前掲注5) 417頁。

58) 蟻川・前掲注5) 415頁。

59) 蟻川・前掲注5) 416頁。

60) 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）16頁。

61) 最判昭和55年12月22日民集34巻7号959頁。



事件<sup>63</sup> 自衛官が政治的集会において自衛隊の沖縄配備等の政府の政策を批判し  
ひぼう中傷する内容の要求書・声明文を読み上げたために下された懲戒処分が  
争われた事案<sup>64</sup> 寺西判事補事件<sup>65</sup> 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件<sup>66</sup> 県立高等学校  
の校長が職務命令として同校を定年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<sup>67</sup> が挙げられる。

次に、公務員の権利制約以外の事案でも猿払判決に依拠する場合が見られ  
る<sup>68</sup> 国民の表現の自由に関する事案においても猿払判決の射程は妥当してい  
る<sup>69</sup> 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>70</sup> 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検  
定が憲法 21 条を侵害するか否かが問題となった事案<sup>71</sup> 広島市暴走族追放条例  
の合憲性が争われた事案<sup>72</sup> では、猿払判決が引用されている。

こうして、猿払判決の射程は拡大してきたが、そもそも猿払判決は公務員の  
政治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、国民一般の権利制約の事例にダイレクト  
に用いるのは問題である<sup>73</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  
との考え方が広まったのも重大な問題である<sup>74</sup>

以上、猿払基準に対する主要な批判、その後の判例の展開を概観してきた。

62) 最判昭和 52 年 7 月 15 日最高裁判所裁判集刑事 205 号 97 頁。

63) 最判昭和 56 年 10 月 22 日刑集 35 卷 7 号 696 頁。

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

65) 最大決平成 10 年 12 月 1 日民集 52 卷 9 号 1761 頁。

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

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

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

69) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣, 2011 年) 382 頁。

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

71) 最判平成 5 年 3 月 16 日民集 47 卷 5 号 3483 頁。

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

73) 野坂・前掲注 69) 382 頁。

猿払基準は、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にも関わらず<sup>75)</sup>「『国民の信頼確保という重大な利益』 vs 「『間接的・付随的制約という軽微な不利益』という定型的な図式で合憲という答えをいわば約束してしまっているきらいがある」が、しかし、そこには公務員の政治行為を制約することで立法目的が一律に達成され得るという前提が存在している<sup>76)</sup>。そのために、蟻川が指摘するように、猿払基準を理解し批判するには単に利益衡量だけではなく、その前段階の審査にも着目する必要があるだろう。

### 3 堀越判決と千葉理論

猿払判決において国家公務員法 102 条 1 項を合憲とされて以来、同法違反での摘発はなかったが、2005 年に 2 件が摘発され、再度、同法の合憲性に注目が集まった。そうした中で、下されたのが、堀越判決である。堀越判決は、今後の猿払基準の行方を考える上で重要な理論的方向性が示されている。

#### 3-1 堀越判決

堀越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ある、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのよ

74) 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。しかも、間接的・付随的制約がどのような理由に基づき何を標的としているのか不明確であるという問題点も指摘されている。西村裕一「表現の自由論—その魔力からの解放について」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014 年）169 頁。

75) 長谷部・前掲注 74) 243 頁。

76) 棟居・前掲注 60) 15 頁。

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」。<sup>②</sup> 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」。<sup>③</sup> 「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」。

まず、堀越判決は、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。堀越判決の提示する射程と猿払判決の提示する射程には大きな違いがある。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る」としている。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」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」が包摂されている<sup>77)</sup>。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、堀越判決は「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、政治行為の禁止の範囲を限定している。この限定解釈は、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が問題となっていた。猿払判決は立法政策の問題として、「罰則制定の要否及び法定刑についての立法機関の決定がその裁量の範囲を著しく逸脱しているものであるとは認められない」としたが、堀越判決では「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>78)</sup>。このように、堀越判決では、猿払判決が行っていなかった限定解釈を行い、国家公務員の政治活動に対する規制の範囲を限定している。堀越判決の提示したこの限定解釈をめぐっては、それを憲法

77) 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）405頁。

78) 駒村・前掲注77) 409頁。

適合解釈とするか<sup>79)</sup>あるいは、合憲限定解釈<sup>80)</sup>とするか、で論争がある<sup>81)</sup>憲法適合解釈とは、制定法を解釈するに際して憲法の趣旨を取り込むという解釈手法である<sup>82)</sup>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>83)</sup>である。そして、合憲限定解釈とするには、「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でも、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>84)</sup>を要する。両解釈の違いは元来相対的なものではあるが<sup>85)</sup>堀越判決は憲法を取り込んだ体系解釈を行っているが<sup>86)</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。堀越判決は、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>87)</sup>堀越判決が自らの解釈を合憲限定解釈ではないとするのは、合憲限定解釈とするとそれが「実質的に部分違憲と等しい」ことになり、それを回避したいからである<sup>88)</sup>堀越判決は、法律の明文上において限定が行われていない、国公法102条1項について、「政治

79) 駒村・前掲注77)404頁。

80) 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)30～32頁。

81) 蟻川・前掲注80)30～31頁。

82) 駒村・前掲注77)380頁。

83) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第五版〕』(岩波書店,2011年)371頁。

84) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』(日本評論社,2011年)310頁。

85) 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。

86) 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。この点、千葉勝美裁判官の補足意見は「多数意見の採る限定的な解釈は、司法の自己抑制の観点からではなく、憲法判断に先立ち、国家の基本法である国家公務員法の解釈を、その文理のみによることなく、国家公務員法の構造、理念及び本件罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮した上で行うという通常の法令解釈の手法によるものである」と指摘している。

87) 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)70頁。

88) 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)4頁。

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」という限定を行い、その結果として無限定に政治的行為をすること一般を禁止していると理解した場合には違憲判断を免れないところ、合憲との結論を導き出している。これは明らかに合憲限定解釈というべきであろう。にもかかわらず、堀越判決がそれを合憲限定解釈とするのは、この解釈によって賭けられているのが表現の自由であることを曖昧にすることにつながる<sup>89)</sup>

次に、堀越判決は公務員に対しても国民としての政治的自由を明確に認めている<sup>90)</sup>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効果を問題視していた。だからこそ、「予防的な規制」が正当化されたのである。猿払判決は公務員を「公務員を統治の組織を組成している分子」として見ているのである<sup>91)</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約を受けることを認める考え方そのものは、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、憲法的秩序の構成要素として公務員関係の自律性が公務員の人権制約の根拠になるとしている。もっとも、学説は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、制約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、その制約のあり方について違いを設けるべきであるとしてきたのである<sup>92)</sup>また、公務員といえども人権の享有主体であり、公務員が有機体の一部に

89) 蟻川・前掲注 80) 31 頁。

90) 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、公務員が多面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。

91) 駒村・前掲注 77) 410 頁。

92) 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）568 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）13 頁。

吸収されてしまうものではないとする。この点について、堀越判決は公務員にも国民としての政治的自由を認めていることで、公務員を組織の分子から解放し個人として認めたのである<sup>93)</sup>

そして、最後に、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。堀越判決では「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」としている。これに対して、世田谷判決<sup>94)</sup>では、勤務外の「休日には、国ないし職場の施設を利用せず、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。両判決ともに、職務とは関連がなく、また、外観上自らが国家公務員であるとは判断できない行為という点において共通している。にもかかわらず、両判決の判断を分けたのは公務員の職位である。ただ、世田谷判決では、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どのような影響を及ぼし、かつ、なぜ職務の遂行の中立性を損なわせるかについては、具体的説明は行われていない<sup>95)</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、「当該公務員の地位、

93) 駒村・前掲注 77) 410 頁。

94) 最判平成 24 年 12 月 7 日。

95) 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) 299 頁。

その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断」という枠組みを提示する。そのために、法令上禁止される「政治的行為」に該当するか否かの判断は、極めて曖昧であるといえよう。そうすると、この限定は、結局のところ、「おそれの発生を観念的に想定させることを排除し、現実的なそれに限定して、自由の可能性を拡大する論理」<sup>96)</sup>とはいえないことになる。

### 3-2 猿払基準から千葉理論へ

堀越判決は、公務員の政治的行為に対して罰則により制約することの合憲性を判断するに際して、猿払基準（禁止の目的、目的と禁止される政治的行為との関連性、利益衡量）には明らかに依拠するものではない。堀越判決では、人事院規則件罰則規定が「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「の趣旨に徴して明らかである」とし、堀越判決では表面的に猿払基準は維持されているように見える<sup>97)</sup>しかし、猿払基準を正当化する香城理論にとって重要であった間接・付随規制という論理に言及はなく<sup>98)</sup>猿払基準は実質的に「消え去った」<sup>99)</sup>といえよう。これは「黙示的判例変更」<sup>100)</sup>というべきであろう。そして、残ったのは、「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

96) 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）35頁（新井誠担当）、駒村・前掲注77）411～412頁。

97) 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-」長谷・安西・宍戸・林・前掲注5）441頁。

98) これは暗黙裡に公務員の政治行為の制限が公務員の政治活動に対する直接的制約であることを認めたものであるという指摘が存在する。渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）219頁（宍戸常寿担当）。

99) 駒村・前掲注（97）441頁。

100) 君塚正臣「判例の拘束力-判例変更、特に不遑及的判例変更も含めて-」横浜法学 24巻1号（2015年）99頁、毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2013年）42頁（松本哲治担当）。



るべきものである」とする利益衡量である<sup>101)</sup>これをいかに考えるべきであるか。この点について、千葉勝美裁判官の提示する判断枠組み(以下、千葉理論)が顕在化したという指摘がなされている<sup>102)</sup>しかも、この千葉理論は、近年の憲法判例を主導するという実務上重要な役割を果たしているとされている<sup>103)</sup>

### 3-3 千葉理論の構造

では、千葉理論はどのような構造となっているのであろうか。堀越判決における千葉裁判官の補足意見に千葉理論の構造が明確に現れている<sup>104)</sup>「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」を採用し、「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。「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」としている。この説示は千葉裁判官が成田新法判決時に自らの調査官解説において展開したものであるが<sup>105)</sup>猿払基準、香城理論は利益衡量に際して、制約利益、被制約利益とそれに対する制約態様を明確化し、権利制約の根拠を明確化したのが、千葉理論はこれを否定しており、ここに、両者の決定的違いがある。また、千葉理論の提示する利益衡量は基準なしの利益衡量として批判される猿払基準とも異なるものである<sup>106)</sup>千葉理論は、利益衡量を一般枠組みとしつつも<sup>107)</sup>(この点は、

101) 駒村・前掲注(97)438頁。

102) 駒村・前掲注(97)443頁。

103) 駒村・前掲注(97)444頁。

104) 上田健介「事実をみつめて-千葉勝美-」法律時報88巻2号(2016年)96頁。

105) 上田・前掲注(104)96頁。

香城理論も同様で、人権制約の審査の出発点は利益衡量であるとしている)<sup>108)</sup>、それは単なる利益衡量ではない<sup>109)</sup>千葉理論はアドホックな利益衡量<sup>110)</sup>に依拠するのではなく、利益衡量に対する枠づけや客観性の担保の必要性を重視し<sup>111)</sup>学説の主張する厳格な審査基準ないし中間審査基準を利益衡量における指導するルールとして用いている<sup>112)</sup> もっとも、千葉理論は、司法審査基準を定立しつつも、それを硬直的・定型的に適用するのではなく個々の事案の処理のために必要な基準を選択しながら柔軟に対処するという枠組みを展開する<sup>113)</sup> そのため、千葉理論は利益衡量に際して最終的にフリーハンドを残しておきたいという裁判官の思考と親和的でもある<sup>114)</sup>

このように、千葉理論は、学説における司法審査基準を利益衡量の要素として内在化された汎用性を持った枠組みとして位置づけ、その適用の在り方は事

106) 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。

107) 市川正人「憲法判例の展開－司法制度改革以降を中心に－」公法研究77号（2015年）6～7頁。

108) 香城・前掲注7) 26頁。

109) 堀越判決では「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」としている。実は、ここに正当性を問うという意味で「目的審査」を見出すことが可能であり、目的と手段の関連性を問う手段審査が猿弘判決とは異なり、合理的関連性ではなく必要性を問うレベルで行われている。堀越判決では、利益衡量が抱える不明確な「総合思考」を「論証の順序・段階を意識的に整序」して行っているのである。その意味で、堀越判決では利益衡量が全面に出ながらも実質的には目的手段審査が行われたと見ることが可能である。駒村・前掲注97) 439～440頁。

110) 学説はアドホックな利益衡量を批判してきた。高橋和之『『通常審査』の意味と構造』法律時報83巻5号（2011年）19頁、榎透「公務員の政治的表現の自由(1)…猿弘事件」高橋和之編『新・判例ハンドブック』（日本評論社、2013年）43頁。

111) 上田健介・前掲注104) 96～97頁。

112) 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2005年）301頁。

113) 宍戸・前掲注2) 25頁。

114) 高橋・前掲注10) 122頁。

案ごとに積み重ねていくという方向性を示している<sup>115)</sup>(千葉理論の構造はイメージ図も併せて参照されたい)。要するに、千葉理論は、学説の主張する司法審査基準も定立しつつもそれに拘泥することなく、紛争解決機関として個別の事案ごとに審査していくというものである<sup>116)</sup>この枠組みに沿えば、事案に即して「目的の重要性や目的と手段との適合性をどの程度の厳格さで審査すべきなのかを示しながら」<sup>117)</sup>その主張を組み立てていくことになる。

## 4 む す び

猿払基準は、香城が考え出した緻密な合憲性判断の基準であり<sup>118)</sup>「違憲審査基準論や憲法的論証技法の滋味を多彩に味わえる魅力」<sup>119)</sup>を有し、その後の判例に多大な影響を与え、さらに、学説にとっての好敵手としての地位を維持し続けてきた<sup>120)</sup>猿払基準は、規制の類型に応じて異なる衡量の枠組みを当てはめようとするが、実際には著しく公益に有利な形で利益衡量を行うものであった<sup>121)</sup>その結果として、当該制約が合憲との結論を確実に導く「予測可能」<sup>122)</sup>な基準として機能するものであった。ところが、千葉理論に全面的に依拠する堀越判決の登場で、公務員の権利制限、さらには表現の自由の合憲性審査に関する最高裁の「典型的な『判例法理』」<sup>123)</sup>であった猿払基準が消えさった<sup>124)</sup>(厳密

115) 上田・前掲注 104) 97 頁。

116) 棟居・前掲注 60) 25 頁。

117) 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) 32～33 頁。

118) 市川・前掲注 87) 68 頁。

119) 駒村・前掲注 77) 413 頁。

120) 駒村・前掲注 77) 422 頁。

121) 阪本昌成『憲法 2 基本権クラシック第四版』(有信堂、2011 年) 162～163 頁、市川・前掲注 87) 69 頁。例えば、先にみた戸別訪問禁止が争われた事案で最高裁は猿払基準を適用し、失われる利益を絞り込み、得られる利益が大きく見積もられていると指摘されている。松本和彦「憲法における立法合理性の要請」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』(成文堂、2015 年) 445～446 頁。

122) 市川・前掲注 87) 69～70 頁。

123) 蟻川・前掲注 5) 371 頁。

には堀越判決では猿払基準を適用しなかった)。その意味で、千葉理論は実務上重要な意義を有しているというべきであろう。千葉理論の台頭で利益衡量へシフトしたことは、<sup>125)</sup>猿払基準のみならず、学説の主張する司法審査基準の定型的な適用からの離脱を意味し<sup>126)</sup>(もっとも、千葉理論は司法審査基準それ自体が否定したわけではない)、利益衡量から審査基準へと「あるべき発展にまさに逆行する流れ」<sup>127)</sup>にもなっているようにも見える<sup>128)</sup>(なお、この傾向は経済的自由の領域においても見出すことができる)<sup>129)</sup>しかし、そうであっても、堀越判決では千葉理論に基づき制約される人権の側に配慮した点において、<sup>130)</sup>「最高裁の『前進』」<sup>131)</sup>を読み取ることができる。

この千葉理論が今後の判例の展開にどのような影響を及ぼすのか、千葉理論の台頭により猿払基準の射程が縮小していくのか、<sup>132)</sup>あるいは、猿払基準ではなく千葉理論の方向で進むのか、<sup>133)</sup>を含めて注目しなければならないであろう。

本稿では敬称を略させていただいた。

124) もっとも、世田谷判決では、「合憲の判定『明らか』な事案だったから、この猿払規範も形式としては目立たない形でパスさせることで足りたとはいえ、厳格な審査をおよそ遠ざけているわけではない」という説明を千葉裁判官は行っており、これは「香城の意図を的確に酌んだ説明」であるとされている。蟻川・前掲注5) 417頁。

125) 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。

126) 例えば、君塚正臣は堀越事件で問題となっているのは、「本政治的言論であるが故に、そして、その当事者が公務員であるが故に規制されたものであるので、表現内容中立規制と呼べるものではなく、そのために、厳格審査が妥当するという。君塚正臣「国家公務員法違反事件鑑定意見書」横浜国際経済法学第19巻第1号(2010年)92頁。

127) 棟居・前掲注60)21頁。

128) 駒村・前掲注97)438頁。

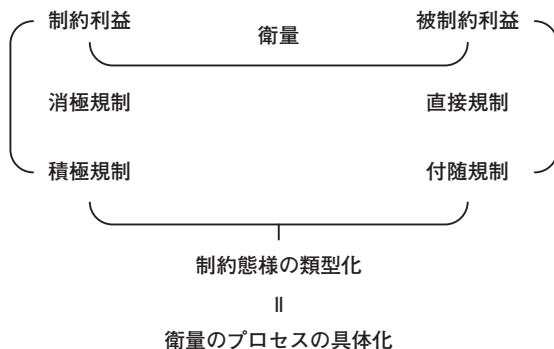
129) 棟居・前掲注60)5頁。

130) 棟居・前掲注60)25頁。

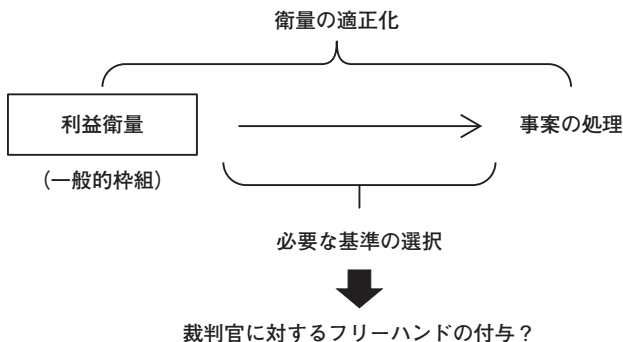
131) 中林暁生「憲法判例としての国公法二事件上告審判決」法律時報85巻5号(2013年)66頁。

132) もっとも、この点について、蟻川によれば、定型的論証である猿払判決・猿払基準は判例運用にとり今後も使われ続けるという。蟻川・前掲注5)416頁。

### 香城理論の構造



### 千葉理論の構造



133) 近年において、最高裁の調査官の間で千葉理論が有力になっていると指摘する。市川・前掲注 87) 72 頁。例えば、君が代の起立斉唱を命じた職務命令の合憲性が争われた最高裁判決に関する調査官解説においても以下のような千葉理論の枠組みに言及がある。「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衡量論を採用した上で、その際の判断指標として、具体的な事案に応じて、その処理に適する基準が適宜選択されており（表現の自由が直接的な制約を受ける事案では、明白かつ現在の危険の原則、不明確のゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則などの基準ないしその精神を併せ考慮したのが見られる。）、ある事案で採られた基準の内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度でこれを用いるなど、特定の基準に縛られることなく柔軟に対処しているものと解されている」。岩井伸晃・菊池章「最高裁時の判例」ジュリスト 1461 号（2013 年）97 頁。