

論 説

国公法二事件最高裁判決は何を変更したのか

—— 有機的統一体論を中心に ——

中 富 公 一

第一章 問題の所在

- 一 事実の概要
- 二 課題の設定

第二章 国公法の特異性と立法事実

第三章 行政の中立性原則と公務員の政治的中立性原則

- 一 行政の中立性原則
- 二 行政の中立的運営＝国民の信頼≠公務員の政治的中立性

第四章 公務員の政治活動の自由と合理的関連性の基準

- 一 猿払判決の合理的関連性の基準
- 二 政治的チラシ配布行為の法的評価
- 三 政治的チラシ配布行為＝政治活動の自由
- 四 猿払事件大法廷判決と抵触しないのか

第五章 本判決の論理と有機的統一体論

- 一 本判決の「行政の中立的運営」論
- 二 有機的統一体論と累積の効果論
- 三 本判決における有機的統一体論の構造

第六章 国公法の構造問題

第七章 本判決は何を変更したのか

- 一 本判決は何を変更したのか
- 二 判例は変更されたのか
- 三 適用違憲か合憲的限定解釈か、限定解釈か

第一章 問題の所在

一 事実の概要

2012年12月7日最高裁第二小法廷は、国家公務員法上の政治的行為に関する同種の2つの事件について上告棄却の判決を下した⁽¹⁾。

第一の「堀越事件」における被告人Xは、社会保険事務所の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、衆議院議員総選挙に際し、ある政党を支持する目的をもって機関紙などを配布した。Xは、社会保険事務所国民年金業務課相談室付係長として、年金の受給の可否や年金の請求、年金の見込額等に関する相談を受け、記録を調査した上、その情報に基づいて回答し、必要な手続をとるよう促すという相談業務にあたっていた。Xの担当業務は、全く裁量の余地のないものであり、年金支給の可否を決定したり、支給される年金額等を変更したりする権限はなく、保険料の徴収等の手続に関与することもなく、人事や監督に関する権限も与えられていなかった。

第二の「世田谷事件」における被告人Zは、本件当時、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐であり、庶務係、企画指導係及び技術開発係担当として部下である各係職員を直接指揮するとともに、同課に存する8名の課長補佐の筆頭課長補佐（総括課長補佐）として他の課長補佐等からの業務の相談に対応するなど課内の総合調整等を行う立場にあった。また、国家公務員法108条の2第3項ただし書所定の管理職員等に当たり、一般の職員と同一の職員団体の構成員となることのない職員であった。Zもやはり、特定政党を支持する目的で、集合住宅に同党の機関紙を配布したとして起訴された。

国家公務員法102条1項は、人事院規則14-7（以下「規則」という）で定める「政治的行為」を禁止し、110条1項19号により違反行為に刑罰を科して

(1) 最二判2012（平24）年12月7日（堀越事件：刑集66巻12号1337頁，世田谷事件：刑集66巻12号1722頁）。

いる。(以下これらを「本件罰則行為」という)。XおよびZは、本件配布行為が、「政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布……すること。」(規則6項7号)、「政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配布……すること。」(同13号)(そこにいう「政治的目的」には、「特定の政党その他の政治的団体を支持し又はこれに反対すること。」が含まれる(規則5項3号))に該当するとして起訴された。なお、同規則4項には、「法又は規則によつて禁止又は制限される職員の政治的行為は、第6項第16号に定めるものを除いては、職員が勤務時間外において行う場合においても、適用される。」の規定がある。

堀越事件第一審判決は、本件罰則規定が憲法21条1項、31条等に違反しないとしたうえで、Xを有罪と認め、被告人を罰金10万円、執行猶予2年に処した。

控訴審である東京高裁は、本件配布行為は、裁量の余地のない職務を担当する、地方出先機関の管理職でもない被告人が、休日に、勤務先やその職務と関わりなく、勤務先の所在地や管轄区域から離れた自己の居住地の周辺で、公務員であることを明らかにせず、無言で、他人の居宅や事務所等の郵便受けに政党の機関紙や政治的文書を配布したことにとどまるものであると認定した上で、本件配布行為が本件罰則規定の保護法益である国の行政の中立的運営及びこれに対する国民の信頼の確保を侵害すべき危険性は、抽象的なものを含めて、全く肯認できないから、本件配布行為に対して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るものであり、憲法21条1項及び31条に違反するとして、第一審判決を破棄し、被告人を無罪とした⁽²⁾。(以下、裁判長の名前をとって「中山判決」で引用する)。

他方、世田谷事件でZは控訴審でも有罪とされた。Zの行為は、具体的な

(2) 東京高裁2010(平22)年3月29日(刑集66巻12号1687頁)。

選挙における特定政党のためにする直接的かつ積極的な支援活動と評価でき、政治的偏向の強い典型的な行為というほかはなく、このような行為を放任することによる弊害は軽微ではないとして、被告人の控訴を棄却した⁽³⁾。

(以下、「出田判決」で引用する)。ほぼ同種の事件であるにもかかわらず、控訴審段階で結論が分かれた本事案について、最高裁第二小法廷はいずれの事件とも上告を棄却し、控訴審の判断を維持した。(以下、本判決で引用する)。その結果、堀越事件は無罪、世田谷事件は有罪が確定した。

二 課題の設定

周知のように、公務員の政治活動については、リーディングケースとして猿払事件が存在する。この事件は、猿払村の郵便局に勤務する事務官であり、猿払地区労働組合協議会事務局長を務めていた被告人が、日本社会党を支持する目的をもって、選挙用ポスターを自ら掲示し、また同ポスターの掲示方を他に依頼して配布したと起訴されたものである。

その第一審である旭川地方裁判所1968(昭43)年3月25日判決⁽⁴⁾(以下、「時国判決」で引用する)は、立法事実論、LRAの法理、適用違憲といった憲法訴訟の諸テクニックを駆使して無罪を導いた。しかし猿払事件最高裁大法廷判決⁽⁵⁾はそれらを全面否定する形でこの問題に決着をつけ、以来、これまで精神的自由に関する日本の判例理論に君臨しつづけてきた⁽⁶⁾。(以下、「猿払判決」で引用する)。

これに挑んだのが、堀越事件原審の中山判決である。同判決は、適用違憲・無罪判決を下し、国公法の見直しを期待する付言を付した。これに対し、検察側は中山判決を判例違反で上告した。他方、世田谷事件で出田判決は、猿払判決を踏襲し、「当裁判所も、……、猿払事件判決と見解を同じくするもの

(3) 東京高裁2010(平22)年5月13日(刑集66巻12号1964頁)。

(4) 旭川地裁1968(昭43)年3月25日(下刑集10巻3号293頁)。

(5) 猿払事件最高裁大法廷1974(昭49)年11月6日判決(刑集28巻9号393頁)。

(6) 猿払基準が表現の自由事案において基準として機能してきたことについて、青柳幸一「猿払基準の現在の判決への影響」法学教室388号・2013年、4頁以下参照。

である」と述べ、Zの控訴を棄却した。これに対し、Z側は、国公法の違憲判断と猿払判決の見直しを求めて上告し、同時に両事件を大法廷に回付することを申し立てた。これを受けた第二小法廷は、しかしながら大法廷への回付の申し立てを退け、両事件とも「弁論を経ない」で上告を棄却した⁽⁷⁾。こうして両原審の判決結果は両方とも維持された。

両事件の結果を分けたものはなにか。中山判決は維持されたが猿払判決は変更されたのか。猿払判決を変更しないでそのことは可能なのか。なぜそれは可能とされたのか、望ましいのか。判例変更でないとすれば何をどのように変更したのか。さらに、千葉補足意見は、本件「限定」解釈を「合憲限定解釈」と呼ぼうとしないだけでなく、本件「限定」解釈は「合憲限定解釈」ではないとまで弁ずるのは何故か⁽⁸⁾などなど、本判決は様々な問題を投げかけている。

本稿は、猿払判決のいう「有機的統一性」論を中心に据えながら、猿払判決多数意見ばかりでなく、時国判決、中山判決、出田判決、猿払判決反対意見とも比較することにより、本判決の意味を確認し、本判決が猿払判決の何をどのように変えたのかをまずは確認することが必要だと考えた。その上で、判例変更との関係、限定解釈の意味を考察することとする。

第二章 国公法の特殊性と立法事実

以上の問題の検討に入る前提として、日本の国家公務員法（以下、「国公法」で引用）の特殊性に触れておかねばならない。というのも、法102条1項の定める「政治的行為」は、110条の定める刑事罰の要件規定でもあり、同時に、法82条が定める懲戒処分要件規定でもある。そしてこの「政治的行為」

(7) 大久保史郎「憲法裁判としての国公法二事件上告審判決」法時85巻5号・2013年、54頁。なお、刑事訴訟法408条は、上告の申立の理由がないと認めるときは、弁論を経ないで、判決を棄却することができる」と規定する。

(8) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(2)」(法教395号・2013年)は、この問題設定のうえで検討を進めている。

の内容についての定めを一律一体として人事院規則に委任しているという構造をもっている。公務員の政治的行為に刑事罰で臨むという、世界でも例を見ない措置をとっていることが特殊性の第一点目として指摘できる。第二点目は、法益が異なる刑事罰と懲戒処分が、同一の要件で定められる異常性である。第三点目として、職務外、勤務時間外の行為まで一律に、刑事罰、懲戒処分の対象としていることを挙げ得よう。

ところで、何故このような特殊な法制度が成立したのか。時国判決がその事情（立法事実）を説明していた。

「現行国家公務員法102条1項は、米連邦のいわゆるハッチ法9条を母法としたものであり、……連邦人事委員会が禁止していた諸行為をも参酌して作られたものと推認される。」「米合衆国においては19世紀後半より獵官制度（スポイルシステム）の弊害が認識され、特定の公務員については政治活動が禁止されていたのであつたが、1939年のハッチ法はこの適用範囲をすべての連邦公務員に拡大したものであり、この法律に違反し、政治活動に従事した公務員はその官職又は地位から罷免されることになつてゐるが、刑事罰則の定めはなかつた。」「ハッチ法9条は、現行の連邦法典第5篇7324条となつており、……7325条には、『7324条に違反した職員は、その地位から罷免される。但し、連邦人事委員会が罷免に値しないと全員一致で票決した場合、30日以上は無給停職の制裁を同委員会が命ずることができる。』と定められ」ている。

以上のように、時国判決は、日本の法制度が、獵官制度の弊害対策として採用されたハッチ法をモデルとしながら、そのハッチ法でさえも有していない刑事罰則を有していることを確認し、さらに、他の諸国とも比較する。

まずドイツ（当時の西ドイツ）との比較である。「憲法15条にいう全体の奉仕者なる概念はワイマール憲法に由来するものであるが現在の西ドイツにおいて連邦官吏法の下で公務員は全体の奉仕者である者を定められながら、他方その職業上の義務に抵触しない限り政治活動の自由が認められている。」

と⁽⁹⁾。

さらに、猿払事件の被告人が非管理職の郵政事務官であったことを念頭に置いた上で、イギリスとも比較する。「産業の国有化の著しく進んでいるイギリスにおいては、1948年および53年の公務員制度の改革により全公務員の約62%にあたる、現業公務員を含む下級公務員約65万人については、全く政治活動の制約が行われていない。……我国の場合、昭和42年現在国公法の適用を受ける公務員の総数中3割が現業公務員であり、米合衆国におけるその様相を異にし、むしろ、イギリスの現状に近いものである。」と指摘し日本法制の特異性を浮かび上がらせている。

しかし時国判決が行った、上記立法事実論に対し、猿払判決は以下のように述べてこれを切り捨てた。「外国の立法例は、一つの重要な参考資料ではあるが、右の社会的諸条件を無視して、それをそのままわが国にあてはめることは、決して正しい憲法判断の態度ということとはできない。」と。

では日本における立法事実は如何なるものであったのだろうか。米国のような二大政党制を背景にした猟官制による官職の政党マシンの経験を共有しない日本で、何故にハッチ法がモデルとされるべきとされたのか疑問がないわけではないが、時国判決は、それが日本で母法とされた理由を次のように述べる。

[1] 現行国家公務員法102条1項および110条1項19号は、1948（昭和23）年の改正による条文であり、当時官公庁労働組合の反政府的政治活動が活発になつたのを憂慮した占領軍総司令部の強い示唆により、国会による独自の審議の許されない状況下に作られた。

[2] 1952（昭和27）年の日米平和条約によりポツダム緊急勅令は廃止され、ポツダム政令は国会によつて必要なものは法律化されたが、国公法は法律の形式を採っていたため、同条項が特殊な要因によつて生れたものであることにつき検討が加えられず、また人事院規則14-7もポツダム政令の形式を採っていなかつたため改正もされずそのまま現在に至っている、と。

(9) ドイツにおける全体の奉仕者論について、さらに赤坂正浩「公務員の政治的中立性と全体の奉仕者」比較憲法研究No20・2008年、86頁以下を参照せよ。

すなわち時国判決の認定によれば、同法の条項について国会が審議し意思を示す機会がなかったことは明らかである。さらに、制定過程の検討を行った論文は、次のことを明らかにしている。

旧国公法には、一定の例外を除き、公務員個人の政治的自由や行為を直接規制する規定は存在しなかったこと。1948年の改正において総司令部側のフーバー公務員課長がハッチ法をモデルにした包括的な政治活動の制限・禁止、さらには米国にもない刑事罰を科すことに固執し強要したこと。日本側はこれに抵抗したが押し切られたこと。1950年の地公法制定において国会は比較的自主的、本格的に審議を行い、そこでは国公法の政治的行為の包括的な制限と罰則規定に対する強い批判を背景に、政府原案段階から、政治的行為の制限範囲を限定する必要が意識され、とくに違反に対する刑事罰は意識的に否認されたこと⁽¹⁰⁾、である。

にもかかわらず猿払判決は、国公法の罰則規定が地公法改正時においても「あえて削除されることなく」今日に至っているとし、「罰則を存置することの必要性が、国民の代表機関である国会により、わが国の現実の社会的基盤に照らして、承認されてきた」と述べ、その正当性を承認したのであった。米国においてハッチ法を必要としたのは二大政党制を背景にした猟官制であったとすれば、日本において、刑事罰を必要とする「わが国の現実の社会的基盤」が何を意味するのかは、判決において必ずしも明らかではない。判決はただ、「国民の権利意識や自由感覚にもまた差異があるので、……規制の合理性についての判断基準は、およそ、その国の社会的基盤を離れて成り立つものではない」と述べるだけであった。

(10) 大久保史郎「公務員の政治的行為の制限の制定過程」名古屋大学法政論集213号・2006年、1頁以下。

第三章 行政の中立性原則と公務員の政治的中立性原則

一 行政の中立性原則

近代立憲主義の重要な柱の一つに法の支配がある。法の支配の要請の一つが、法を忠実に適用し執行することである。法の忠実な執行を実現するために、法を制定する権力（立法権）と執行する権力（執行権）と法の争いを裁定する権力（裁判権）を分離し異なる機関に授けるという権力分立の原理が要請される。執行権は、立法権が作った法律を忠実に解釈適用し執行していく義務を負い、忠実に執行しているかどうか争いになったときには、裁判所が判断する⁽¹¹⁾。

「行政の中立性」とはこのことを指す。このことを憲法は73条1項において要請し、内閣の職務として「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」を挙げる。このため国公法は、1条で「職員が、……民主的な方法で、……指導さるべきことを定め」、82条で「職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合」に懲戒を予定する。すなわち、「法令と職務命令に従って服務する公務員は、当該服務を忠実に果たすことによっておのずから行政の中立性を担保するにいたるのである」⁽¹²⁾。

そうであるとするならば、「行政の中立性」原則から必然的に、「公務員の政治的中立性」原則が導かれるわけではない。すなわち、公務員の「職務権限と職務執行とにかかわりのない個人的政治活動を禁止・制限する理由はない」⁽¹³⁾。というのも、もしそれを実行するならば、名古屋地裁豊橋支判がいうように、「この外見的公正を確保するためには、結局公務員としての地位にある以上、職務内容、公私の別なくその一挙手一頭足が国民から注視されているとも言えるわけであり、そのためあらゆる場面でのすべての政治活動を規制するという方向に進まざるを得ないことにな」⁽¹⁴⁾るからである。

(11) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』有斐閣・2013年、24頁。

(12) 室井 力『公務員の権利と法』勁草書房・1976年、120頁。

(13) 同 上。

(14) 名古屋地裁豊橋支判1973（昭48）年3月30日（判例タイムズ295号・1973年、400頁）。

以上のことが法の支配原則，そして憲法73条1項から導かれるとすれば，その外延に，「すべて公務員は，全体の奉仕者であつて，一部の奉仕者ではない。」という憲法15条2項の要請がくるとされる。とはいえ，「全体の奉仕者」が「公務員の政治的中立性」を要請しているわけではない。同条項の公務員概念は，議員・大臣・知事・市町村長などの政治的公務員をも含むと解されている。彼らにとって，全国民のために活動すること＝党派的であつて，彼らの活動を保障することが彼らを「全体の奉仕者」としているといえる。したがって，そこにいう「全ての奉仕者」の意味は，公務員の職種に応じて異なっている。

「一般の行政公務員の場合には，15条2項の『全体の奉仕者』条項によって，議会制民主主義の維持に必要な限度での政治的中立の要請が根拠づけられる」⁽¹⁵⁾とされる。

そのことを猿払判決は，次のように述べている。「公務のうちでも行政の分野におけるそれは，憲法の定める統治組織の構造に照らし，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の忠実な遂行を期し，もっぱら国民全体に対する奉仕を旨とし，政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであって，そのためには，個々の公務員が，政治的に，一党一派に偏することなく，厳に中立の立場を堅持して，その職務の遂行にあたる必要があるのである。」

このことを前提に，猿払判決は次の定式を打ち出す。

「①行政の中立的運営が確保され，これに対する②国民の信頼が維持されることは，憲法の要請にかなうものであり，③公務員の政治的中立性が維持されることは，国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。」
(○囲み数字は筆者による)。

(15) 赤坂正浩「公務員の政治的中立性と全体の奉仕者」比較憲法研究No20・2008年，15-16頁。さらに赤坂は，「公務員の政治活動には，15条2項の観点からの許容性の問題の外側に，さらに憲法99条の「憲法尊重擁護義務」に基づく究極的な限界が存在すると」述べる。同16頁。

ここには論理的飛躍がある。ここでは、①+②=③の等式が打ち出されている。しかし、先に見たようにこの等式は自明ではない。本来なら、①および②のために、合理的で必要やむを得ない限度で、③が要請されるとなるべきであろう。

しかし同判決は、この等式からさらに次の定立を導き出す。

「したがって、③公務員の政治的中立性を損な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④合理的で必要やむを得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。」(○囲み数字、および下線は筆者による)と。

③の下線部は本来、①「行政の中立的運営」であるべきと思われる。つまり「行政の中立的運営」のための「公務員の政治的中立性」であるはずが、「公務員の政治的中立性」が自己目的化し、それが主役となっているのである。③が主語であるならば、公務員の政治的行為が③を損なうのは当然であろう。こうして④下線部は、ほとんど意味の無い限定となるのであり、実際、そのように判断されたのである。

ところでハッチ法を検討した論文によれば、ハッチ法の合憲性が争われた Mitchell 事件米国最高裁判決(1947年)は、①積極的に党派的な行動する職員を公務に当たらせるのは良き行政を危機に陥れる、②公務ではなく政治で頑張ることが昇進につながるような状況が行政に与える危険、③政府の歓心を政治的なコネで獲得できるような状況が公衆に与える危険を挙げ、ハッチ法の目的の正当性を認めた。そして、ハッチ法の制限手段に関して、④それが禁止するのは党派的な政治活動だけであるとして、その正当性を認めている、とされる。

また、Letter Carriers 事件最高裁判決(1973年)は、目的の正当性に次の2点を挙げている。①連邦執行府の職員による法律の中立的執行、これに関連して、代表制的統治システムへの信頼を確保するために、政治的判断を実行に移すことを回避しているという外形を公衆に対して備えること、②政府が政党の政治マシンと化すことの回避、これに関連して、職員が上司によ

る政治活動の強要圧力から自由になることを挙げている、と⁽¹⁶⁾。

これらの議論の特徴は、「行政の中立的運営」が守るべき法益であること、公務員の政治的党派の活動がそれを侵害する可能性があること、との論理枠組みによってハッチ法の合憲性を導いていることである。猿払判決も参考にしたと思われる米国最高裁判決の論理を、猿払判決が組み替えていることに注意すべきであろう。なお、猿払判決は、①行政の中立的運営、これに対する国民の信頼を法益に挙げているが、Letter Carriers 事件判決でいえば、②に触れていない。これは後に検討する、行政組織の「有機的統一体」論との関係で、その意味を考える場合の留意点かもしれない。

すなわち猿払判決は、「公務員の政治的中立性」を自己目的化したうえで、行政組織の「有機的統一体」論、すなわち「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」によって、「本件被告人の職務内容が裁量の余地のない機械的業務である」としても、「もし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、……本来政治的中立を保ちつつ一体となつて国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成」するとして、被告人を有罪とした⁽¹⁷⁾。

つまり猿払判決は、「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得ない限度にとどまるものである限り」という条件を有していたが、先ほどの論理の組み替えと、この行政組織の「有機的統一体」論によって、その条件をほとんど有名無実化していたといえよう。

なお、Mitchell 事件において免職処分を下された公務員も、非権力的で公

(16) 駒村圭吾「ハッチ法と公務の政治的中立性——封印された2つの論点——」比較憲法 No20・2008年、28-32頁。なお、駒村も参考になっている論文に、佐伯祐二「アメリカ公務員法における政治的行為の制限」広島法学20巻2号・1996年がある。そこには Letter Carriers 判決で参照された1970年の解釈規則が紹介されている（同224-226頁）、参照されたい。また佐伯が、堀越訴訟に関し東京地裁に提出した意見書をもとにした論文として、「合衆国公務員との比較から見た政治的行為の制限について」広島法科大学院論集第2号・2006年、93頁以下がある。

(17) 駒村圭吾、同上29頁。

衆とも接触をもたない技術職員にすぎなかったが、米国最高裁は、処分の正当性を、①官僚機構の政治マシーン化の回避、②公務員の政治活動が彼らのモラルに与える集積の効果、から合憲判決を導いている。猿払判決との違いは、公務員の政治活動制約の正当性を、有機的統一体論から、すなわち行政の視点から根拠づけるのか、国民の視点から、すなわち「国民の信頼」から根拠づけるのかの違いであると思われる。

二 「行政の中立的運営」=「国民の信頼」≠「公務員の政治的中立性」

この「行政の中立的運営」、「国民の信頼」から「公務員の政治的中立性」を導く等式を崩したのが中山判決である。中山判決は、一般職公務員については猿払判決の論理を維持しながら、「しかし一般職の国家公務員以外の公務員にもこの要請は及ぶであろうか？」との問を立てる。この問に対して、「公務員の政治的活動の規制をどのように考えるかは、国民がこの点をどのように考えるか、ひとえに国民の法意識にかかってくるものであるが、このような国民の法意識は、時代の進展や政治的、社会的状況の変動によって変容してくるものである」との定立で答える。

そして猿払判決当時は、「国民は未だ戦前からの意識を引きずり、公務員すなわち『官』を『お上』視して、『官』を『民』よりも上にとらえ、いわば公務員を、その職務内容やその地位と結び付けることなく、一体的に見て、その影響力を強く考える傾向にあったことも指摘でき、これらを併せ考えると、有機的統一体として公務全体をとらえ、公務員の政治的活動の影響を、累積的、波及的に考える合理的な基礎が当時の社会にはあったというべきであって、その意味で、猿払事件判決は、当時の時代的背景や社会的状況に即し、その結論には正当なものがあったというべきである。」とする。

しかしながら、行政の中立的運営の要請は、公務員の職務と関わりのない政治的活動の規制とは直結しない。「政治活動の規制を正当化することができるのは、基本的には、行政の中立的運営に対する国民の信頼の確保」にあるとしたうえで、中山判決は、この「国民の信頼」は「国民の法意識」に依拠

しており、「現在において、一公務員が政治的活動に出た場合に、国民が直ちに行政の中立的運営に対する信頼を失うようなものとして受け止めるかどうかについては疑問があるとしなければならない。」と結論づけた。

ここで否定された猿払判決の論理は、「行政に対する国民の信頼」は「公務員の政治的中立性」を要請するというものである。

猿払判決は、時国判決が説く立法事実論に対して、先に紹介したように「国民の権利意識や自由感覚にもまた差異があるので、……規制の合理性についての判断基準は、およそ、その国の社会的基盤を離れて成り立つものではない」と反論し切り捨てていたが、中山判決はこの猿払判決の問題提起を考究することによって、猿払判決の論理を抜け出たのである。

なお、この法意識の変化はハッチ法の母国米国においても見られる。1993年にはハッチ法の改正が行われ、そこでは、まず、「職員は、政治的運営または政治的キャンペーンに積極的に参加することができる」との規定が置かれ、政治活動の自由が原則的に承認されることとなった。同時に、①禁止行為が明示的に列挙され、②一部の職員には政治的運営・政治的キャンペーンへの積極的参加が禁じられている⁽¹⁸⁾。

こうして中山判決は、「国民の信頼」は「行政の中立的運営」にかかっているとの判断のもとに、「本件罰則規定については、結論的にその合憲性を認める一方、被告人の本件配布行為について当該規定を適用することは違憲である」とする適用違憲・無罪の判断を行った。「被告人が単独で、かつ、勤務先や職務と全く無関係に行った本件配布行為の結果として、猿払事件判決が危惧する上記のような事態を招き、ひいて本件罰則規定の保護法益である行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼を侵害する抽象的危険性は想定し難く、このような行為まで処罰の対象とすることは、さきの合理的関連性の基準に照らしても、やむを得ない限度にとどまるものとはいえない。」(下線は筆者による。以下同様)と。

(18) 詳しくは、駒村圭吾・前掲注(16)、29頁を参照せよ。

猿払判決との関係を言えば、その判断枠組みを維持した上で、それによっても本件に関しては無効ということであろう。なお、中山判決は、猿払判決が否定したかにみえる適用違憲の手法を採用した。合理的関連性の基準を用いて、果たして違憲判決を導きうるのか疑問がないわけではないが、高裁としての大法廷判決への謙譲であろうか。なお、中山判決が、国公法の見直しを期待する異例の付言を付したのは既に指摘した通りである。

第四章 公務員の政治活動の自由と合理的関連性の基準

一 猿払判決の合理的関連性の基準

「公務員の政治的中立性」について、本判決はどのような論理を採ったのか。その問題に入る前に、少し回り道だが、今扱った、猿払判決の採用した「合理的関連性の基準」についてみてみたい。公務員の、国民としての政治活動の自由をどう見るかという議論なくして、「公務員の政治的中立性」は語り得ないからである。

そしてこの「合理的関連性の基準」がいわゆる猿払基準として、これまで精神的自由に関する日本の判例理論に君臨しつづけてきたことは既に指摘したとおりである。まず合理的関連性の基準について見てみよう。次の定立が示される。

「国公法一〇二条一項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の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にあたっては、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の三点から検討することが必要である。」(○番号は筆者による)。

この基準の問題性については様々な論者によって検討が加えられてき

(19) 猿払基準についての最近の検討として、例えば、高橋和之「審査基準論の理論的基礎 (上) (下)」ジュリスト1363号・1364号(2008年)、宍戸常寿「『猿払基準』の再検討」法時83巻5号・2011年、20頁以下、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転換——憲法的論証を求めて』日本評論社・2013年、第8講129頁以下、などがある。

た⁽¹⁹⁾。とはいえ、この理論（香城理論とも呼ばれる）が最高裁判決に長い間君臨してきたことは事実である⁽²⁰⁾。本件判決は、この理論を変更したのであるだろうか。変更したとすれば、何をどのように変更したのであるだろうか。これについては、すでに論文も多いことから、簡単にみるに留めたい。

二 政治的チラシ配布行為の法的評価

まず、政治的チラシ配布行為に対する規制は、表現内容規制か表現方法規制か、が争点となる。というのも、猿払判決は、意見表明の自由が表現の自由の核心であり、従って意見表明の方法の規制は表現の自由にとって「間接的、付随的な制約にすぎず」、それ故に③の審査において規制によって「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」とした⁽²¹⁾からである。

判決は次のように述べていた。「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を、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、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、……それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、……他面、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

(20) しかし他方、最高裁判決内部においてもその影響力の低下が指摘されてもいた。例えば、宍戸常寿・前掲注(19)、21頁。それは、また、本判決・千葉補足意見が詳しく述べるところである。

(21) 宍戸常寿「国家公務員と政治的表現の自由（堀越事件）・コメント——東京高裁2010年3月29日判決——」国際人権22号（2011年年報）102頁。

(22) この定立は様々に批判されてきた。青井の適切な整理を借りれば、猿払判決は、「行動」と「意見表明」とを区別し、軽微な行為の累積によって現出する事態を重視する。目的と手段との関係について、直接的で具体的な関連性の存在を求めているのではないため、目的の正当性が是認されれば、合理的な関連性も認められる道理となる。さらに利益の衡量の段階で、表現の自由への制約は行動の禁止に伴う「間接的、付随的な制約に過ぎ〈ない〉」とする以上、比べる相手である「国民全体の共同利益」との重さの違いは、そもそも最初から明らかである、などとされる。青井未帆「公務員の『政治的行為』と刑罰——猿払事件上告審」（『憲法判例百選Ⅰ 第6版』有斐閣・2013年）31頁。

のではない。」と⁽²²⁾。

これに対して正面から批判したのが、猿払判決における四名の裁判官（大隅健一郎・関根小郷・小川信雄・坂本吉勝）による反対意見であった。

「文書の発行、配布、著作等は、政治活動の中でも最も基礎的かつ中核的な政治的意見の表明それ自体であり、これを意見表明の側面と行動の側面とに区別することはできず、その禁止は、……公務員に対し、実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ずるに近しい。したがって、「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。

この応酬について穴戸は、当時の背景を次のように物語る。憲法訴訟論によって席卷されつつあった当時の憲法学説と、その後方支援を受けた時国判決に対して、最高裁自身が一応の審査基準を提示して反撃したという側面を看過するわけにはいかない。担当調査官であった香城敏磨が本判決を積極的に擁護し、進んで「香城理論」を展開して学説との応酬があった⁽²³⁾、と。

その香城理論の一つが、意見表明の規制と行動の規制を区別する方法に立脚して利益衡量を行う方法である。彼は、次のような解説を書いている⁽²⁴⁾。

猿払判決を理解するには、「表現の自由の制約が問題となる法令に三つの型があることを明らかにする必要があると思われる。……第二の型は、表明される意見の内容とは無関係に、これに伴う行動がもたらす弊害を防止することを目的とするものであって、それによって生じる表現の自由の制約は付随的な結果にとどまる場合である。例えば都市の美観や安全を確保するための屋外広告物の規制又は交通や公衆の安全を守るためのデモの規制がこれにあたる。……第二の型は、表明される意見がどのようなものであるかを問わず、無差別に、特定の行動を規制するのであるから、検閲的な性質を帯びるものではなく、表現の自由に対して及ぼす抑制の効果は間接的、付随的であり、

(23) 穴戸常寿・前掲注(9), 20-21頁。

(24) 香城敏磨『憲法解釈の法理』信山社・2004年, 59-60頁。

かつその程度は低い。」と。

この方法は、例えば次のように批判される。「この基準は、つまるところ③が決め手となっており、その意味で厳密に言えば『審査基準』なしの『裸の利益衡量』であり、政治活動の自由を審査する基準としては適切ではないのみならず、その適用の仕方も緩やかすぎる。」⁽²⁵⁾と。

では、この猿払判決および香城理論に対して、本判決はそれにどのようにアプローチしたのであろうか。まずは中山判決から見ていきたい。

三 政治的チラシ配布行為＝政治活動の自由

中山判決は、上で述べた猿払判決の論理を紹介した上で、「一般論としては正当であると考えられるものの、本件で問題とされている配布行為については、基本的に、表現行為としてとらえられるべき場合が多いことを考えると、直ちに前記説示をそのまま肯定することには躊躇を覚える。」と述べた。

リップサービスとしては、猿払判決に敬意を払っているものの、実質判断は変更しているように見える。先に同判決が、「合理的関連性の基準に照らしでも」適用違憲と述べているのを見たが、香城が「根幹をなす」⁽²⁶⁾としていた、表現行為そのものとそれに付随する行為の二分論を否定しているのであれば、「合理的関連性の基準に照らし」た、とはいえないのではなかろうか。ただ、本件ではと、限定している点で、猿払基準そのものを否定している訳ではない。

この意義について、宍戸は次のように述べている⁽²⁷⁾。「ビラ配布それ自体を『基本的に、表現行為としてとらえられるべき場合が多い』と述べた本判決は、表現の自由には意見を表明するための行為それ自体が含まれる以上、政治的行為の規制は自由の直接的制約であるとの見方に接近する。こうした表現行為の位置づけを出発点としてはじめて、個々の『行為』の累積・波及

(25) 高橋和之・前掲注(11), 126頁。

(26) 香城敏磨・前掲注(24), 48-49 頁。

(27) 宍戸常寿・前掲注(19), 102頁。

して国民全体の共同利益を害するおそれがわずかでもあるのだから規制はやむを得ない、とする猿払判決の基調を覆し得るように思われる。」と。

累積の効果論そして有機的統一体論はのちに扱うが、「政治的行為の規制は自由の直接的制約である」という視点が据えられたことの意義は大きい。

では、本判決はどのように判断したのか。政治的チラシ配布行為についてそれは、次のように述べている。

「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。

ここには、表現行為そのものと、それに付随する行為という考え方を見いだすことはできない。それは「表現の自由」として表現されている。その上で、参照すべきとされたのは、「よど号事件」新聞記事抹消事件最高裁大法院判決⁽²⁸⁾である。そして次の審査基準が示される。「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」、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、と⁽²⁹⁾。

ここでは次のことを確認しておこう。まず政治的チラシ配布行為の法的評価について、猿払判決は、「表現の自由に付随する行為」としていたのに対し、中山判決は、「基本的に、表現行為」とし、本判決は、「表現の自由」そのものと捉えたことである。第二に、その判断基準が、「合理的関連性の基

(28) 最大判1983（昭58）年6月22日（民集37巻5号793頁）。

(29) この審査基準の読み方について、駒村圭吾・前掲注(19)、419頁以下、蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」法学セミナー697号・2013年、26頁以下、および市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」法時85巻5号・2013年、70頁以下など。

準」から「利益衡量」の判断手法へと変わったことである。

四 猿払事件大法廷判決と抵触しないのか

では、こうした解釈基準の採用は、猿払判決と抵触しないのであろうか。この問に答えるのは、千葉補足意見である。その説くところによれば、上で述べた審査基準こそが一般的基準であるとされる。「近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、……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」いる、と。

そして猿払事件は特殊な事件であって、だからこそ、「合理的関連性の基準」を採用することができたのだというのである。

「猿払事件大法廷判決の上記判示は、当該事案については、公務員組織が党派性を持つに至り、それにより公務員の職務遂行の政治的中立性が損なわれるおそれがあり、これを対象とする本件罰則規定による禁止は、あえて厳格な審査基準を持ち出すまでもなく、その政治的中立性の確保という目的との間に合理的関連性がある以上、必要かつ合理的なものであり合憲であることは明らかであることから、当該事案における当該行為の性質・態様等に即して必要な限度での合憲の理由を説示したにとどめたものと解することができる」と。

第五章 本判決の論理と有機的統一体論

一 本判決の「行政の中立的運営」論

さて、以上の分析を前提として、再び、「行政の中立的運営」と「公務員の政治的中立性」の問題に戻ろう。

本判決はまず憲法15条2項の全体の奉仕者についての見解を述べた上で、

この趣旨に立って、「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頼を維持することを目的とするものと解される。」という。

猿払判決が「国民の信頼」を維持するためには「公務員の政治的中立性」が必要であるとしていたのに対し、本判決は、「国民の信頼」は「行政の中立的運営」に基づき、そのためには「公務員の職務の遂行の政治的中立性」が必要であるとした。つまり主語が、「公務員の政治的中立性」から「公務員の職務の遂行の政治的中立性」へと転換したのである⁽³⁰⁾。

その上で、「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、(a)公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれ、(b)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、同項はそのような行為の種類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。」(アルファベット記号は筆者による、以下同様)とした。

これを猿払判決の次の部分、「(c)公務員の政治的中立性を損な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(d)合理的で必要やむを得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。」と比較してみよう。

(c)が(a)に変わったことは既に指摘した。猿払判決では、(d)といいながらほとんど重きを置かなかった要件を、本判決は(b)と再定義することによってそれを実質化した。

次には、この(a)(b)の要件によって、適用規定を絞っていると思われるのが重要である。

「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

(30) この点につき長岡は、趣旨を明確にしたとの論者を批判し、論理に転換があったことを踏まえるべきだと述べる。長岡 徹「公務の中立性と公務員の中立性の間——最高裁国公法二事件判決の意義」関西学院大学紀要『法と政治』64巻4号・2014年、309頁。

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。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、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、(e)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。

本規則 6 項 7 号とは、「政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布し又はこれらの行為を援助すること。」であり、5 号 3 号は、「特定の政党その他の政治的団体を支持し又はこれに反対すること。」、6 項 13 号は、「政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配布し……」である。

先に見た Mitchell 事件米国最高裁判決（1947年）は、ハッチ法の制限手段に関して、それが禁止するのは政党党派的な政治活動だけであるとして、その正当性を認めていた。おそらくこの観点と同様の立場から、本判決は、公務員の政党党派的活動は(e)に当たるとの認識を示したといえよう。しかしこの部分は、反対解釈をすれば、人事院規則の定める他の行為類型について、この(a)(b)の要件は適用規定をも限定する可能性を示唆したと思われる。

ところで公務員の政党党派的活動であるが、それが(e)に当たるとはいえ、「おそれが実質的に認められる」と述べているに過ぎない点にも注意が必要である。先にみた(b)は、「観念的なものとどまらず、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」であった。(e)は(b)にどのように実質化するとされるのか。

それは総合的に判断されるとされ、以下の 8 つの考慮事項が挙げられた。

「当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る①地位（管理職的地位）の有無、職務の内容や権限における②裁量の有無、当該行為につき、③勤務時間の内外、④国ないし職場の施設の利用の有無、⑤公務員の地位の利用の有無、⑥公務員により

組織される団体の活動としての性格の有無, ⑦公務員による行為と直接認識され得る態様の有無, ⑧行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の対象となる」(○番号は筆者による) と。以下, これを本多に習って⁽³¹⁾, 「8項目による総合考慮」と呼ぶ。

これを猿払判決と比較すると, 同判決は, 「本件行為のような政治的行為が公務員によってされる場合には, ①当該公務員の管理職・非管理職の別, 現業・非現業の別, ②裁量権の範囲の広狭などは, 公務員の政治的中立性を維持することにより行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保しようとする法の目的を阻害する点に, 差異をもたらすものではない。」(○番号は筆者) と断じていたのであり, 判例理論の変更のようにも見える⁽³²⁾。

しかしながら, これも「本件行為のような政治的行為」とは, 猿払事件のような「公務員により組織される団体の活動としての性格を有するもの」を指す, と事例を限定することにより, 矛盾しないとされるであろう。その意味で本判決は, 猿払判決のこの部分の射程をも当該事案にのみ限定したと言える。

二 有機的統一論と累積的效果論

とはいえ, 猿払判決がこの判断を行った根拠の一つが, 行政組織の「有機的統一」論であった。この「有機的統一」論について本判決は如何なる判断をなしたのであろうか。

この観点から本判決をみれば「有機的統一」という用語は見られず, 「公務員の職務の遂行の政治的中立性」という言葉に置き換わっている。この変更はどのような意味を持つのであろう。それを説明していると思われるのは中山判決であった。

(31) 本多滝夫「憲法と行政法の交錯——国公法2事件最高裁判決の射程」(民主主義科学者協会法律部会2013年秋季学会報告)。

(32) この点につき, 駒村は, かつて最高裁自身が引導を渡したはずの時国判決の解法が「かなり効力を薄められて, 密輸入されたかのような印象を受ける」と指摘する。駒村圭吾・前掲注(19), 406頁。また長岡 徹(前掲注30, 320頁)も, 時国判決に「戻っている」とする。

判決は次のように述べていた。当時はまだ、「いわば公務員を、その職務内容やその地位と結び付けることなく、一体的に見て、その影響力を強く考える傾向にあったことも指摘でき、これらを併せ考えると、有機的統一体として公務全体をとらえ、公務員の政治的活動の影響を、累積的、波及的に考える合理的な基礎が当時の社会にはあった」。しかし今日、行政組織が有機的統一体と受け取られなくとも、「国民が直ちに行政の中立的運営に対する信頼を失うようなものとして受け止めるかどうかについては疑問があるとしなければならない。」と。この認識を本判決はある意味、継承していると思われる。

その意義を駒村は、公務員を個人として認知した、画期をなす判決として位置づける。つまり有機的統一体論は、猿払判決が「公務員を統治の組織を組成している分子としてしか見ない論理に立つからであった」。本判決は、「公務員を組織的分子から個人へと生みなおした」と。その意味で、「猿払判決を実質的に変更したものと評価せざるを得ない」⁽³³⁾と。

この評価は重要である。がしかし、本判決は、「猿払事件判決と見解を同じくするものである」とする出田判決も否定はしていない。この関係を如何に捉えるのか。この評価を評価する前に、猿払判決がとった累積的效果論について、変更があったのか見てみたい。

公務員の政治的行為の累積的效果とは、猿払判決の次のような議論であった。「第一審判決及び原判決は、また、本件政治的行為によつて生じる弊害が軽微であると断定し、そのことをもつてその禁止を違憲と判断する重要な根拠としている。しかしながら、……かりに……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つ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つてはならない」と。

そしてその評価は、有機的統一体論からも導かれていた。「右各判決が、個

(33) 駒村圭吾・前掲注(19)、410-411頁。

々の公務員の担当する職務を問題とし、……禁止違反による弊害が小さいものであるとしている点も、有機的統一論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が問題とされるべきものである以上、失当である。」と。

もし本判決が有機的統一論を変更したのならば、この累積的效果論はどう変更されたのであろうか。

有機的統一論に明示的に疑義を呈した中山判決は、次のように述べる。「本件罰則規定は、……抽象的危険犯と解されるところ、……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」と。

これに対して疑義を唱えたのが、その45日後に下された世田谷事件出田判決である。有機的統一論を念頭に置きながらだと思われるが、次のように述べる。「猿払事件判決で示されたこの認識は、我が国の社会的諸条件、殊に、政治的党派の様々な実態、多数の公務員からなる行政組織の機構等を踏まえれば、自ずから導き出される合理的な認識である。この認識は、……第二次大戦直後から猿払事件判決当時までの政治的、社会的状況からは現実に即した正当な認識であったといえるし、それ以降の社会的諸条件の変化、行政組織内の内部規律の在り方（決裁制度、懲戒制度等）等を踏まえても、その事実認識に基本的に改めるべき点はない。」と。

この認識の上に、「本規制は、公務員及び行政組織の政治的中立性を維持し、ひいては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ための予防的な制度的措置であり、規制される特定の行動類型から生ずる直接的、具体的な弊害を問題とするものではない。」とする。そして「本罰則についていえば、規制目的、保護法益のほか、その構成要件が、政党機関紙の配布という党派的偏向の強い行動類型であること等にかんがみれば、行為のうちに抽象的危険が擬制されていると解すべきであり、具体的事案における罰則の適用に当たり、構成要件該当性の問題として現実の危険発生の有無を考慮する必要はな」いと述べたのであった。

有機的統一体論に立ち、累積的効果論によって「現実の危険発生の有無を考慮する必要はない」とする出田判決。これに対し、有機的統一体論の不要性を説き、その認識のもとに、「ある程度の危険が想定されることが必要である」とする中山判決。この両判決への上告を棄却した本判決は、それらに対してどのような体系を示したのであろうか。

三 本判決における有機的統一体論の構造

先にみたように本判決の論理は次のようなものだった。公務員に禁止されるべき「政治的行為」とは、(a)公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、(b)観念的なものとどまらず、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、である。他方で、(e)公務員の政党党派的活動は、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、(f)おそれが実質化するかどうかは、8項目による総合考慮で判断する。

そしてこの論理枠組みによって、本件判決は、堀越事件には無罪判決を下し、他方、堀越事件と同様、「公務員の職務の遂行の政治的中立性」を損なうことが実質的になかったと思われる世田谷事件には、有罪判決を下したのである。

堀越事件に対しては、「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。

そして世田谷事件に対しては、「被告人は、……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にあったといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、国民全体の奉仕者として(g)政治

的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が殊更にこのような一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出ているのであるから、当該公務員による裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。したがって、これらによって、当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるものといえることができる。」と。

さきに本判決においては「公務員の政治的中立性」という定立が消えていることを確認したが、ここで(g)という新たな概念が創出されていることが注目される。これは本判決が猿払判決を否定したのではなく、絞った、すなわち限定解釈を行ったということの意味するのであろう。

これに対して、世田谷事件判決における須藤反対意見（堀越事件では意見である。以下、須藤意見で引用）は、公務員に禁止されるべき「政治的行為」とは、「公務員の政治的行為と職務の遂行との間で一定の結び付き（牽連性）」が実質的に認められる場合を指すことが必要だとして、無罪を主張した。

ある論者によれば、出田判決は、抽象的危険犯・擬制説、中山判決および須藤意見は、抽象的危険犯・実質説とされ、本判決は「擬制説的な側面を有している」と評される⁽³⁴⁾。

ところで本判決は、累積的效果論を採ったのであろうか。累積的效果論とは、「本件政治的行為によつて生じる弊害が軽微であるとしても、……そのような行為が累積されることによつ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つてはならない」との理論であった。しかし本件においてその弊害は「軽微」どころか無であったと思われる。ゼロがいくら累積してもゼロであろう。それにも関わらず有罪とされたのは、抽象的危険性の程

(34) 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345・346号・2013年、300-305頁。

度が高いと認定されたということかと思われる。

この見解に反対する須藤意見は、次のような公務員組織の認識に立っている。すなわち、「公務員組織における各公務員の自律と自制の下では、公務員の職務権限の行使ないし指揮命令や指導監督等の職務の遂行に当たって、そのような政治的傾向を持ち込むことは通常考えられない。また、稀に、そのような公務員が職務の遂行にその政治的傾向を持ち込もうとすることがあり得るとしても、公務員組織においてそれを受入れるような土壌があるようにも思われない。」という認識である。

これは先にみた出田判決とは正反対の認識となっている。先の駒村の用語を用いれば、「公務員を統治の組織を組成している分子としてしか見ない」猿払事件判決で示された認識について、出田判決は、「我が国の社会的諸条件、殊に、政治的党派の様々な実態、多数の公務員からなる行政組織の機構等を踏まえれば、自ずから導き出される合理的な認識である」という。つまり、出田判決は、個々の公務員の実態を「分子」でしかないと捉え、須藤意見は、「個人」として捉えているのである。

この有機的統一体論をめぐる交錯を、本判決多数意見はどのように消化したのであろうか。これを分析するには、認識論と規範論をまず区別して考察すべきである。

まず認識論から始めよう。ここでいう認識論とは、事実解明的分析(positive analysis)のことであり、「現実がどうなっているかに関する分析」の意味で用いる。認識論としての有機的統一体論は、三つの観点から考察することが必要であるように思われる。一つ目は①公務員組織の実態、二つ目が②政治的党派の実態、三つめが③国民の意識である。出田判決は、猿払判決と同様、①②③とも、その構成員は分子でしかないと認識を示している。これに対して、須藤反対意見は、少なくとも①③は、個人で構成されているとの認識を示した。中山判決は、③国民の構成員は個人、との認識論あるいは規範論を展開したとみることができよう。

次に規範論である。ここでいう規範論とは規範的分析(normative analysis)

のこと、つまり「ものごとがどうあるのが望ましいかを課題とした分析」との意味で用いる。「公務員組織は有機的統一体である」という規範は、公務員組織は有機的統一体でなければならないとの要請を表現している。それは、「公務員は組織の分子でなければならない」という要請を意味しており、極端に言えば、それは、先に引用した名古屋地判豊橋支判も指摘していたように、公務員は政治的意見もプライバシーも持つべきではないという要請にまで至る⁽³⁵⁾。もちろん猿払判決は、それに「合理的で必要やむを得ない限度」でとの一定のブレーキをかけていたのではあるが。この要件をさらに緩めようとしたのが、大阪市の職員基本条例案（2012年5月28日）、および「職員の政治的行為に関する条例」（2012年7月27日）制定、およびそれに向けた動きであったろう。2012年12月7日に判示された本判決は、こうした動きも見ながらその年の末に下されたのである⁽³⁶⁾。

この観点からもう一度、本件判決の論理をみれば、「公務員の政治的中立」から(a)「公務員の職務の遂行の政治的中立性」への転換は、規範の定立にあたる。公務員組織は、公務員個々人の自律を前提に、法令および職務命令に基づいて活動し、公務員はそれを遵守することで足りるという規範である。それは規範として、行政の長にも、国民にも向けられたのである。

出田判決がそれは事実とは違うといい、須藤反対意見が、それが事実だとしても、それは事実論である。事実がどちらであれ（おそらくどちらも否定はできない）、それを規範として要請できる時代になったのだというのが中山判決の意味であろう。本判決の(a)は、同様の認識の上に下された規範なのである。したがって、公務員にも「国民としての政治活動の自由」⁽³⁷⁾が

(35) 芦部信喜は、こうした公務員観を、「公務員は『常時勤務状態にある』という君主制憲法下での公務員観」をそのまま受けついでいると評していた。大阪市条例制定に当たったの橋下市長の言説などを聞くと、そうした公務員観を感じざるを得ない。

(36) 大阪市条例と本判決の関係を考察するものとして、木村草太「公務員の政治的行為の規制について——大阪市条例と平成24年最高裁二判決」法律時報85巻2号・2013年、74頁以下。

(37) 駒村圭吾（前掲注(9)、410頁）は、本件判決が「国民としての政治活動の自由」という用語を用いていることに注意を喚起する。

あるのだから、それをできる限り尊重すべきであるとの規範的要請が生じるのである。

他方で、(e)公務員の政党党派的活動は、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、というのは事実論である。これは、政党党派的活動は、組織統一的に行われるとの認識を示している。これは、出田判決の事実認識に近い。つまりこういうことである。公務員Aが政党党派的活動を行う時、Aは公務員として政治的中立性に基づき職務を遂行する市民としてよりも、党员として分子的に動く「おそれ」があり、それによって他の公務員も影響を受け、彼らも政党の分子的活動を始める可能性があるとの認識を示している。そしてその可能性の強弱を、(f)8項目による総合考慮によって判断しようというのである。

こうした考え方に対し、それは差別感情に基づく憲法14条1項に反する差別だというのが木村である。「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」という差別感情に基づく差別だと⁽³⁸⁾。これに対して、出田判決は、この認識は、「第二次大戦直後から猿払事件判決当時までの政治的、社会的状況からは現実に即した正当な認識であったといえるし、それ以降の社会的諸条件の変化、行政組織内の内部規律の在り方（決裁制度、懲戒制度等）等を踏まえても、その事実認識に基本的に改めるべき点はない。」とそれを切り捨てる。

ここに一つの大きな問題があるように思われる。日本の労働運動あるいは政党は、その構成員である公務員や民間労働者に対して、この点に関して、どのような規範を語っているのか、あるいは現実にどのような活動を行ってきたのか。当該公務員は、それをどう受けとめているのか。そのような社会学が必要であるとともに、その事実に基づいて議論が行われるべきであるように思われる。

それはともかく、本判決の定立(e)「公務員の政党党派的活動は、公務員の

(38) 木村草太・前掲注36, 79頁。

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」は、公務員の政党党派的活動に関しては、出田認識に近い。出田認識との違いは、出田認識は、それが現実だとするのに対して、本判決は「おそれ」があるというに留まるところにある。

それを前提に、先にみた定立(g)「管理職的地位の公務員は、政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき」という規範が新たに挿入されたのである。

すなわち、猿払判決が、行政組織全体は有機的統一体でなければならないとの規範を有し、そこにおける公務員の全政治活動は、累積的效果によって「行政の中立性」を侵害する、と観念的に認識していたのに対し、本判決は、公務員を市民として扱うべきとしながらも、公務員の政党党派的活動は、累積的效果によって「行政の中立性」を侵害する「おそれ」があり、それは8項目による総合考慮によって実質的に判断されなければならないが、いずれにせよ管理職的公務員による政党党派的活動は許されない、としたのだと思われる。

しかしなぜ(g)が規範としての正当性を有するのであろうか。管理職的公務員による政党党派的活動は、「おそれ」を現実化させるとの認識を示したということであらうか。とするならば、この規範の正当性は、それが事実によって判定されなければならない。それとも、管理職的公務員までは、有機的統一体でなければならないと要請したのであろうか。とすれば、なぜそうでなければならないのか。それはその地位と職種に基づいて具体的に論証されねばならないであらう⁽³⁹⁾。公務員全員に有機的統一体であることを求めるのが、理念的にも現実的にも観念論すぎて説得性に欠けると同様に、管理職的公務員までそれを求めるのも抽象的一般論すぎるように思われる。

本判決の評価はおそらくこの評価にかかってくると思われる。先に駒村がこの判決を、公務員を個人として認知した、画期をなす判決として位置づけ

(39) 木村草太・前掲注(36), 81-82頁は、「職位と裁量は事案を分けるか?」との検討を行い、「管理職の私的な政治活動を、非管理職のそれに比して強く規制すべき理由はない」とする。

たのをみだが、「(a)公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、(b)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」という、規範(a)(b)を定立したという意味では賛同できるが、規範(g)を持ち込んだことをみると、その評価にも留保をつけざるをえないように思われる。

問題は、この規範(g)の正当性であり、「実質的」の意味である⁽⁴⁰⁾。本判決は、形式的に「実質的か」を論証できるかのようである。しかし、人がそれぞれであるように、政党も政党の支部活動も、労働運動もそれぞれであろう。その実態に即した裁判が求められるのではないだろうか⁽⁴¹⁾。その意味で、「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」か、という問題を設定した本判決は、そうであるならば、世田谷事件について、「事件を差し戻し、実質的おそれの有無を審査させるべきだった」⁽⁴²⁾と思われる。

とはいえ、本判決がなぜそれをしなかったかといえは、「管理職的地位の公務員は、政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき」であり、世田谷事件の被告人がそれを守らなかったのは明らかであるからと応答するように思われる。やはり、この規範(g)についての徹底的議論が今後必要であると思われる。それは、これから予定されるかもしれない、公務員制度改革において重要なテーマの一つとなるように思われるのである。

(40) 前最高裁判所調査官の岩崎邦生（ジュリスト№1458、2013年9月、76頁）は、本判決で「累積的波及的弊害論」が述べられていないことに対して、本判決が「否定的な見解に立つと理解することも可能であろう」が、「あえて持ち出す必要がなかった」と理解することも可能だと述べている。しかし本判決の意味は、本文でも述べたように、あれかこれかという枠組みを採らなかったということだと思われる。

(41) 具体的な司法事実にもとづいて裁判を受ける権利は、憲法32条、13条の要請するところであると思われる。

(42) 長岡 徹・前掲注(30)、326頁。

第六章 国公法の構造問題

ところで世田谷事件について、本判決が、上述の論理により有罪にしたことには学説からは批判が強い。その理由として大きくは二つの理由が指摘できる。一つは、本件罰則規定の対象が抽象的危険犯と解されており、実害がないということ。もう一つは、罪刑法定主義の観点からである。

須賀意見は次のように述べている。被告人の本件配布行為は、「いわば、一人、一市民として行動しているとみられるから、それは勤務外のものであると評価される。そうすると、被告人の本件配布行為からうかがわれる政治的傾向が……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とはいえない」と。

さらに、本判決の判断基準によれば、被告人に一定の地位・立場などの要件がそろえば、「公務員の職務の遂行への影響」が自動的に認められ、処罰が肯定されるという点で、擬制説的な側面を有しているが、しかし、その「影響」は、あまりにも内容があいまいで、「現実的に起こり得るもの」とは到底いいがたい⁽⁴³⁾、とも評される。

本判決がもたらすこうした帰結に対して、そこには「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」という前提を置かざるを得ない。とすれば、世田谷事件上告審判決、そしてそれと同趣旨と見られる堀越事件上告審判決は、結局のところ偏見と差別の産物と評価すべきであり、強く批判されるべきだろう⁽⁴⁴⁾、との批判は既にみた。それに対し出田判決が述べていたように、仮にそれが日本の現実だとしても、公務員の職務の遂行の政治的中立性が損なわれた段階で、懲戒または処罰すればよいのではないだろうか。あるいはせめて、中山判決の言うように「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」と解釈すべきであったように思われる。

(43) 嘉門 優・前掲注34, 305頁。

(44) 木村草太・前掲注36, 81頁。

なぜなら同判決のいうように、「被告人の行為を放任したとしても、実際に生じるか否かが不明かつ未確定な弊害を根拠として、その行為を処罰することは、謙抑性を始めとする刑罰法規の基本原則に照らしても、明らかに行き過ぎというほかな」といわれるからであり、この論理は、世田谷事件にも当てはまるはずである。

また罪刑法定主義の見地からも、総合考慮される8項目について、「これらの諸要素は規制する側が服務規律一般を実施する場合の考慮要因であつても、そのままでは政治活動の自由を制限する場合に求められる合憲性判断の基準でも、要素でもない。権利・自由の側からみれば、このような諸要因をあげるほど『不明瞭で、過度に広汎な規制』というべきなのである。」との批判がある⁽⁴⁵⁾。

さらに、「管理職的地位」という概念の問題性も指摘されている⁽⁴⁶⁾。これは、世田谷事件第一審東京地裁判決に由来し、本判決が採用したものであるが、「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」とされる。しかしこれは、「恣意の流入を容易に許す概念」である。「『管理職に準じる地位』ないし『管理職的地位』なるものは、職制上は存在しない。職制上は（本庁の課長相当職以上）か否かだけである。」と。

そして、これらのことは本稿第一章で検討したように、国公法102条1項が、公務員につき禁止されるべき政治的行為に関し、懲戒処分を受けるべきものと、犯罪として刑罰を科せられるべきものとを区別することなく、一律一体としてその内容についての定めを人事院規則に委任していることに由来する。

この問題についてはすでに、猿払判決反対意見が次のように述べ批判していたところである。

(45) 大久保史郎「堀越・世田谷事件最高裁判決の意義と残された課題」労働法律旬報No1790(2013.4), 13頁。

(46) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(1)」法教393号・2013年, 96頁。

「これは、同法が、両者のいずれの場合についても全く同一の基準、同一の考慮に基づいて禁止行為の範囲及び内容を定めることができるとする誤った見解によつたものか、又は憲法上前記のような区別が存することに思いを致さなかつたためであるとししか考えられない。」と。

正論であろう。これに対し、猿払判決多数意見は、「禁止の違反行為に対し懲戒処分のほか罰則を法定することが不合理な措置であるとはいえない」と苦しい言い訳をしていた。

したがって、中山判決は、「刑事罰の対象とすることの当否、その範囲等を含め、再検討され、整理されるべき時代が到来しているように思われる。」と述べ、須藤意見も、「このような批判の存在や、我が国の長い歴史を経ての国民の政治意識の変化に思いを致すと(なお、公務員の政治的行為の規制について、地方公務員法には刑罰規定はない。また、欧米諸国でも調査し得る範囲では刑罰規定は見受けられない。)、本法102条1項及び本規則については、更なる明確化やあるべき規制範囲・制裁手段について立法的措置を含めて広く国民の間で一層の議論が行われてよいと思われる。」と述べていたのである。

では、102条1項のこの構造的問題点について本判決はどのように認識し対処しようとしているのであろうか。

本判決は、「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。」という。

この一節は、まずは懲戒処分で臨むことを原則とすべきで、その上で、懲戒処分等では対応しきれない場合に、刑罰で臨む必要もあるのだから、否定すべきとまではいえないと言っているのだと思われる。したがって、刑罰を適用すべき公務員の行為類型を限定解釈すべきであると。しかしこれも明らかに、猿払判決が言っていたこととは異なる。

猿払判決は次のように述べていた。時国判決や原審は、「被告人の本件行為

につき罰則を適用する限度においてという限定を付して右罰則を違憲と判断するのであるが、これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであつて、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとし」といふ。

すなわち102条1項が規定する行為には刑罰の適用が予定されているのだから、適用すべき行為を絞って適用しないというのは許されないと述べていたのである。ここにも本判決による猿払判決の変更をみることができる。しかし、これも「公務員組織が党派性を持つに至」った場合のことを述べているのであって本件には当たらないと、猿払判決の射程を限定することによって、正当化されるのだと思われる。

なお、猿払判決のこの一節について、最高裁が適用違憲を一般的に否定した、と受け取る向きもあったが、この適用違憲への否定的言明もまた、国公法に関する、しかも「公務員組織が党派性を持つに至」った事例に限られることとなった。

しかしなお、罪刑法定主義からの疑問は残ったままである。

これについて蟻川は、「ひとつの法条が同時に刑事罰の要件規定でもあり懲戒処分の要件規定でもあるという国公法102条1項が背負った条件のもとでは、刑事罰の適用局面であれば適切である『明確性の要請』も、懲戒処分の適用局面のことを考えると強調しておかないほうが適切であるということがいくらかもありうるのである。」⁽⁴⁷⁾と述べるが、本末転倒した議論であろう。刑罰規定が必要なら、別個に、国民生活に重大な害悪を与える行為に絞って、構成要件を明確化して規定すべきである。さらに、懲戒処分であれば、不明確な基準でも良いのかという疑問もある⁽⁴⁸⁾。

(47) 蟻川恒正、同上、94頁。

(48) この刑罰と懲戒処分の問題につき、木村草太・前掲注36、80頁を参照せよ。なお、晴山一穂は、「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行為」に限定する判決の論理は、懲戒処分についてもそのまま妥当すると述べる。（「再び大阪市政活動制限条例の問題点を考える：国公法違反事件最高裁二判決との関係で」労働法律旬報1790号・2013年、28頁）。

この問題点について千葉補足意見は、問題を認識しながらも司法権の限界を語る。

「国家公務員法は、……その国家機構の担い手の在り方を定める基本法の一つである。……このような基本法についての合憲性審査において、その一部に憲法の趣旨にそぐわない面があり、全面的に合憲との判断をし難いと考えた場合に、司法部がそれを合憲とするために考え得る複数の限定方法から特定のものを選び出して限定解釈をすることは、全体を違憲とすることの混乱や影響の大きさを考慮してのことではあっても、やはり司法判断として異質な面があるといえよう。」と。

さらに次のように述べる。「憲法が規定する国家の統治機構を踏まえて、その担い手である公務員の在り方について、一定の方針ないし思想を基に立法府が制定した基本法は、全体的に完結した体系として定められているものであって、服務についても、公務員が全体の奉仕者であることとの関連で、公務員の身分保障の在り方や政治的任用の有無、メリット制の適用等をも総合考慮した上での体系的な立法目的、意図の下に規制が定められているはずである。」

この後者の部分には、同法の制定過程からみると違和感がある⁽⁴⁹⁾。果たしてここでいうほど、体系的総合的に考え抜かれたのであろうか。そうではないからこそ、解釈技術を駆使して補修していかねばならないと言っているのかもしれない。蟻川はそうに読む。

千葉補足意見に読むべきは、「比較立法史的に見ても独特の構成（「全体」）を誇る『基本法』を、……来たるべき懲戒事案に面したときにも破綻や不整合を来すことがないよう、『体系』を解釈的に再構成し、なおかつそれが眼前に与えられた訴訟事案の最も『丁寧』で『慎重な』処理でもありうるように

(49) 同じく違和感を指摘するものとして、中山和久「国家公務員法の政治活動制限合憲論の愚かしさ——最高裁第二小法廷2012年12月7日判決中の千葉裁判長補足意見を契機に」(労働法律旬報1791号・2013年、61頁以下)がある。議論の歴史的背景を知る者による含蓄のあるエッセーである。

することに対する、一人の最高裁判事の職業的自負であろう。』⁽⁵⁰⁾と。千葉補足意見は、先の引用に続けて、「したがって、その一部だけを取り出して限定することによる悪影響や体系的な整合性の破綻の有無等について、慎重に検討する姿勢が必要とされるところである。」と述べている。

しかし刑罰規定を置いていることの問題は、単に前科がつき、罰金を支払わねばならないということに尽きるわけではない。

大久保は、堀越事件において、誰も国家公務員と気付かない行為が、誰によって、なぜ、国公法違反の行為と認識されたかであるとの問題を提起する。

「事件は単なる警察官の疑いによって4月からの第1捜査が始まり、立件送致に至らなかったが継続され、約半年後に、国公法違反の行為を予測した第2の大規模な身辺捜査となって、半年後の逮捕・起訴になった。」と。

問題は、実害のない罰金10万円の罪に対して、1年あるいは半年を通して、大規模な人員が動員され、その身辺を調査していたことである。これはプライバシーの問題であると同時に、その調査に莫大な予算が投入されていたということを意味する。こんなことのために税金を払ってもよいと考える市民がどれだけいるだろうか。国公法・人事院規則の決定的問題は、「違反に罰則を科して、刑罰権発動の可能性を与えたことである。ここに、行政当局が責任をもつ公務員規律の維持とは無関係に警察権・検察権という異質な権力行使が持ち込まれる可能性が生まれた。』⁽⁵¹⁾との指摘は重要である。それが米国ハッチ法との違いでもある。

とはいえ、それは立法政策の問題であろう。では何故、本判決は、大法廷を開廷して違憲判決を下さなかったのか⁽⁵²⁾。千葉補足意見によれば、公務員法のような国家の基本法は、国民のコンセンサスの上で、「総合考慮した上で

(50) 蟻川恒正・前掲注(46), 94頁。

(51) 大久保史郎・前掲注(7), 56頁。

(52) ちなみに国公法の見直しを求めた、中山判決を書いた中山隆夫裁判官は、2000年1月4日最高裁判所事務総局総務局長に就任し、司法改革をリードした人物である。内閣に司法制度改革審議会が設置されたのが1999年7月、最終意見書が提出されたのが2001年6月であった。司法改革の次は、公務員制度改革だと考えたとしても不思議ではない。

の体系的な立法」でなければならない。安倍政権の発足は2012年（平成24年）12月26日である。その発足を眼前に控えた12月7日に本判決は下されている。第二小法廷はいまその時期ではないと考えたのかもしれない。これは筆者の妄想かもしれないが、そうしたことも、今後の判例研究は視野に入れていくべきだろう⁽⁵³⁾。

この点につき蟻川は次のようにいう。「千葉補足意見が考えたことは、誤解を恐れずにいえば、立法者による法改正への断念ではないだろうか。……法令違憲にした場合に、国会と人事院は、より憲法の要請に忠実な、運用可能な新たな法条を考案しうるかという観点が大きな比重を占めているように推測される。」⁽⁵⁴⁾と。であるならば、それは今後、研究者が担っていくべきだろう。千葉補足意見のいう部分的批判に留まらず、国家の基本法たる公務員法のあるべき体系について議論を起こしていくことが必要と思われる。

それはともかく、その意味で、蟻川は、本判決を行政に向けられたものという。「千葉裁判官自身による本件解釈は、行政機関非難型の『合憲限定解釈』と呼ぶことが許されよう」と。

中山判決は次のように述べる。「地方公務員法との整合性にも問題があるほか、かえって、禁止されていない政治的行為の方に規制目的を阻害する可能性が高いと考えられるものがあるなど、本規則による政治的行為の禁止は、法体系全体から見た場合、様々な矛盾がある。加えて、猿払事件当時は、広く問題とされた郵政関係公務員の政治的活動等についても、さきの郵政民営化の過程では、国会で議論はなく、その関心の外にあったといわざるを得ない。しかも、……国民の法意識も変容し、……公務員の政治的行為についても、組織的に行われたものや、他の違法行為を伴うものを除けば、表現の自由の発現として、相当程度許容的になってきているように思われる。また、ILO 151号条約は未批准とはいえ、様々な分野でグローバル化が進む中で、世界標準という視点からも改めてこの問題は考えられるべきであろう。」と。

(53) 岡山大学でも講演いただいた（2010年3月16日）、米国連邦第九控訴巡回裁判所裁判官で、カリフォルニア大学バークレー校・ロースクールの民訴法の教授でもあるウィリアム・A・フレッチャー裁判官は、アジアの法律家たちを招いた懇談会（これは当時、バークレー・ロースクールの院生であった辻雄一郎氏の企画で行われた。記して謝意を表したい。）で、普段は、街に出て、情報に接し、学生と討論し、社会を感じるように努力していると話していた。憲法判断するにはそのようなことが必要なのだ。判決に現れる論理ばかりでなく、そうしたことを言葉にできる判例研究が今後望まれる。岡山大学での講演は、「アメリカ司法部の構成と裁判官の任命」[辻雄一郎訳]（駿河台法学第24巻1・2号合併号、2010年、265頁以下）で読むことができる。

(54) 蟻川恒正・前掲注(8)、99-100頁。

また大久保は、先に引用した、刑罰法規の存置の合憲性を論じた部分で、本判決が懲戒処分を前提に、刑罰を適用すべき行為類型を絞るべきと述べていた点を捉えて、「この判示は、罰則条項を独自の判断で運用してきた公安警察・検察側に向けられ、刑事罰則の適用への批判と抑制を意味する。」という。

すなわち、もともと人事院規則14-7第8項は「各省各庁の長及び特定独立行政法人の長は、法又は規則に定める政治的行為の禁止又は制限に反する行為又は事実があったことを知ったときは、直ちに人事院に通知するとともに、違反行為の防止または矯正のために適切な措置をとらなければならない」としていた。警察公安当局がこの規定を無視したことが問題の発端であった。この意味で、判決は、制限を懲戒処分を主とする服務規定の実務レベルに立ち返ることべきことを求めたといつてよいだろう⁽⁵⁵⁾、と。

さらに行政機関に向けられた規範という意味では、すなわち「公務員の職務の遂行の政治的中立性」という規範の定立は、有機的統一体意識のもと公務員組織を「君主制下での公務員」であるかのように扱おうとする行政の長や、地方自治体の長をも意識して定立されたようにも思われる。それは猿払判決が果たしえなかった役割である。

第七章 本判決は何を変更したのか

一 本判決は何を変更したのか

本判決が猿払判決の何を变えたのか、本稿の検討で明らかになったことを整理し、その後、判例変更との関係を考えてみたい。

まず政治的チラシ配布行為の法的評価について、猿払判決は、「表現の自由に付随する行為」としていたのに対し、本判決は、「表現の自由」そのものと捉えた。第二に、その違憲判断基準を、「合理的関連性の基準」から「利益衡

(55) 大久保史郎・前掲注(45)、13頁。

量」の判断手法へと変更した。但し後者は一般的な利益衡量ではなく、千葉補足意見のいう「限定解釈」の手法を採った。

次に「行政の中立性」と「公務員の政治的中立性」の問題にかんして、猿払判決の次の定立、「(c)公務員の政治的中立性を損な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(d)合理的で必要やむを得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。」を以下の定立に変えた。

「同項にいう『政治的行為』とは、(a)公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、(b)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す、に。

その上で、(e)公務員の政党党派的活動は、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、(f)おそれが実質化するかどうかは、8項目による総合考慮で判断する、とした。そしてそこに、(g)「管理職的地位の公務員は、政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき」という定立を付加した。

「公務員の政治的中立」から「公務員の職務の遂行の政治的中立性」への転換は、有機的統一論との関係でいえば、規範としての有機的統一論、すなわち全公務員が有機的統一体でなければならないという要請から、公務員を個人として扱うべきとの要請への転換を意味した。

では、事実論としての有機的統一体論、すなわち累積的效果論はどうなったのであろうか。累積的效果論とは、公務員の政治活動の「弊害を過小に評価することがあつてはならない」との理論である。それは限定された形で維持された。

すなわち、猿払判決が、行政組織全体は有機的統一体でなければならないとの規範を有し、そこにおける公務員の全政治活動は、累積的效果によって「行政の中立性」を侵害する、と観念的に認識していたのに対し、本判決は、公務員を市民として扱うべきとしながらも、公務員の政党党派的活動は、累積的效果によって「行政の中立性」を侵害する「おそれ」があり、それは8

項目による総合考慮によって実質的に判断されなければならないとした。にもかかわらず、管理職的公務員による政党党派的活動は許されないとの定立を行った。

この「管理職的公務員による政党党派的活動は許されない」との最後の定立は、管理職的公務員は有機的統一体でなければならないという規範論なのか、管理職的公務員の政治活動は、その「弊害を過小に評価することがあつてはならない」との事実論に基づく要請なのか、定かではなかった。

刑罰と懲戒処分との関係について、猿払判決は次のように述べていた。すなわち、時国判決や原審は、「被告人の本件行為につき罰則を適用する限度においてという限定を付して右罰則を違憲と判断するのであるが、これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであつて、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとし」と。

これに対して本判決は、まずは懲戒処分で臨むべきで、刑罰を適用するとしてもその行為類型を限定解釈するよう求めた。刑罰が併置されたのは、「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る」と。

その結果、猿払判決の適用違憲への否定的言明もまた、国公法に関する、しかも「公務員組織が党派性を持つに至」った事例に限られることとなった。

こうして、猿払判決の射程は、「党派性を持つに至った、公務員により組織される団体の活動として、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布をしたという行為を行った事案」に限定されることとなった。

二 判例は変更されたのか

以上みたように、本判決は、猿払判決が判決理由としてきたもの＝判例理論を変更したことは間違いない。これを判例変更というべきであろうか。

判例変更を巡って、訴訟の経緯を、先に紹介した前最高裁判所調査官の評釈は、次のように物語る。本件においては、上記猿払判決の射程が問題となるが、被告人側は猿払判決の判例変更求める旨主張し、検察官も中山判決が

猿払判決に違反すると主張していたものであり、当事者は本件に猿払判決の射程が及ぶことを前提としていたことがうかがわれる⁽⁵⁶⁾、と。

猿払判決が精神的自由の領域に君臨していたとは、最高裁が、猿払判決を事案が異なる場合にも判断枠組みという点で先例として引用しているということの意味する。そうしたことがあり、しかも、ともに公務員の政治的行為事案であるにもかかわらず、猿払判決と本判決を切り離すことには違和感があり、実質的には判例変更であった⁽⁵⁷⁾、という見解もみられる。

しかし他方、判例の事実上の拘束力という観念のあいまいさを指摘し、そのようなあいまいな観念のもとで、逆に個々の事案を無視して抽象的な法理論が事実上拘束力を持つ結果となってしまう点を鋭く批判し、「最高裁は、基本的には、当該事件・争訟の確かな事実的基盤に立って、特定された問題について判断すべきであって、不必要に一般的・抽象的な理論の呈示に立ち入らないように自制すべきである」⁽⁵⁸⁾ との見解も強力に主張されてきたところである。

ある刑事訴訟法の教科書によれば、「判例とは、具体的事件において裁判所が示した結論的判断で、その判断が当該事件を超えて同種類型の事案に妥当するものをいう。結論の前提となる一般的法律論や当該結論と対比して展開された理論は傍論であって、判例（主論）とは言えない。」（田宮 裕）⁽⁵⁹⁾ とされる。

また別の教科書は、「判例」とは、裁判の理由の中で示された法的判断あり、主文と理由の全体からの確に抽出されなければならないことについて異論はない。問題は、いわゆるレシオ・デシデンダイ（ratio decidendi；以下 RD と略す）を判例とする考え方に従うべきどうかだ（松尾浩也）⁽⁶⁰⁾ とい

(56) 岩崎邦生・前掲注(40), 74頁。ゆえに岩崎は、本判決が、「猿払事件の意義や射程範囲についても一定の示唆を与えたという点でも先例的価値は大きく、憲法判例としての重要な意義を有する」と指摘する（同, 76頁）。

(57) 青柳幸一・前掲注(6), 12頁。

(58) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』日本評論社・1984年, 280頁。

(59) 田宮 裕『刑事訴訟法』有斐閣・1992年, 488頁。

(60) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）新版補正第2版』弘文堂・1999年, 248頁。

う。RD とは当該事件の具体的な事実関係に適用されて裁判の結論を導いた法的判断を言い、それ以外の部分、すなわちオビタ・ディクタム (obiter dictum ; 以下 OD と略す) と区別される。OD は、いわゆる傍論である。

その上で次のようにいう。「裁判の本質が具体的な事件に対する司法的解決であることからすれば、RD が真の裁判理由であり、これが『判例』に当たることは疑いを容れない。とくに、下級審に対する判例の『拘束力』を論ずる場合は、RD について考察すべきであろう。しかし405条の上告理由となるかという観点から検討する場合は、OD であっても、結論を導く過程に組み込まれている法的判断、および最高裁判所が特に『判例』として示した法的判断は、その論点について上告の機会を与えるのがよいから、ともに RD に準じて取り扱うべきだと思われる。前者の例としては、法律適用の操作のために示される中間命題 (例えば『わいせつ』の定義)、後者の例としては、明示的な判例変更の場合などが挙げられよう。」と。

刑訴法405条のいう判例に OD を含むべきかどうかについての結論はここでは留保し、まずは RD の読み方から始めたい。この RD の読み方には、三つの考え方に大別されることが指摘されている。古典的理論、グッドハート理論そしてストーン・ウィリアムズ理論である。

古典理論とは、判例の RD を「当該判例が樹立した (lay down) した準則 (rule) とみなし、それを当該判決に際して裁判官が行った言明 (statement) の中から取り出す、という方法」であって準則言明説とも呼ばれる。グッドハート理論とは、およそ判例の RD は、その判決を行った裁判官がその事件において重要なもの [material] と扱った事実とその事実に基づき下した結論を確定することにより発見されうる、とするものでその判例事件の重要事実を確かめることこそ肝要であるという考え方である。ストーン・ウィリアムズ理論とは、グッド・ハート理論が判例による推論を本質的に「類推による推論」あるいは「事例による推論」と見るのに対し、これは「準則による推論」であって、個別 [具体的事件] から一般 [a rule] を機能的に析出し、これを後の事件に適用とするというプロセスである。そして、裁判官はこれ

らの方法—またはその亜種—を適宜選択して裁判を行っている⁽⁶¹⁾。

猿払判決の RD はなんであったのか、以上の道具立てをもって検討する。
猿払判決の論理は、以下のものであった。

定立 A：「猿払村の郵便局に勤務する事務官であり、猿払地区労働組合協議会事務局長を務めていた被告人が、日本社会党を支持する目的をもって、選挙用ポスターを自ら掲示し、また同ポスターの掲示方を他に依頼して配布した行為は、国公法110条1項19号、102条1項、規則5項3号、6項13号に該当する。」

憲法との関係では、定立 B：「公務員の政治的中立性を損な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得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。」

そしてその理由付けとして、合理的関連性の基準、累積の効果論、有機的統一体論が用いられた。

では、このうち RD はどこを指すのか。[定立 A] は RD だろうか。宮田の定義の、「その判断が当該事件を超えて同種類の事案に妥当するものをいう」からすると、そのままでは判例とはいえないということになる。では、[定立 B] は？

田宮の定義によれば、「結論の前提となる一般的法律論や当該結論と対比して展開された理論は傍論」とされるが、そこからみれば[定立 B] は傍論のようでもある。しかし、判例とは、「その判断が当該事件を超えて同種類の事案に妥当するものをいう」からすれば、[定立 B] は、公務員の政治活動に関する判例であるようにも思われた。仮にこれを中間命題である⁽⁶²⁾ といったとしても、憲法論から判例を扱う場合は、こうした中間命題を判例として扱ってきたように思われる。事実、本件訴訟の当事者たちはこれを判例と認識し

(61) 佐藤幸治・前掲注58、292頁注27。

(62) 松宮孝明（法セミ699号・2013年4月、145頁）は、こうした中間命題は判例ではないという。

ていた。また出田判決は、これを判例として扱った。RD に関する古典理論あるいはストーン・ウィリアムズ理論⁽⁶³⁾ からしても、そう考えることは可能であろう。

そして本判決は、[定立B]を、[党派性を持つに至った（千葉補足意見）、公務員により組織される団体の活動として、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布をしたという行為を行った事案]（以下、猿払事案と略す）に関する定立＝準則であるとした。

ここでは、[定立B]は変更されていない。ただ、それは公務員一般の政治活動に関する準則ではなく、上記猿払事案に関する準則であると射程を限定したといえよう。そして上記事案に該当しない本件においては、別の定立によって裁判を行ったのである。これはグッドハート理論を実践した結果であるといえよう。

とすれば、本判決が理解した、猿払判決における RD とは、「猿払事案に罰則を適用することは憲法の許容するところである」といってよいであろう。とすれば、準則それ自体は RD ではないが、事実としっかり結びついて RD を構成するといいうるように思われる⁽⁶⁴⁾。これを判例とすれば、判例とは、当該事件と類似の事件を類型化しそれに適用すべき準則を明らかにしたものといえよう⁽⁶⁵⁾。

おそらくこの判例理解を前提として、千葉補足意見は、「本件罰則規定の法

(63) 佐藤幸治・前掲注(61)にもかかわらず、古典理論とストーン・ウィリアムズ理論との違いは必ずしも明らかではない。松尾浩也・前掲注(60) (249頁)は、グッドハートの RD 論と、抽象化の程度を異にするいくつかの RD (の可能性)があるとする G・ウィリアムズの考え方との2つを対置する。

(64) 佐藤幸治（前掲注58, 281頁）は次のような議論を紹介している。「先例性を持つ判例とは、判決中の ratio decidendi であるが、特にアメリカにおける伝統的な ratio decidendi 観によれば、司法判決の『結論 (judgment)』部分と『推論 (reasoning)』部分とが『一つに凝集した統一 (one cohesive whole)』に融合すべきものであるということであったといわれる。」と。

(65) 佐藤幸治（前掲注58, 277頁）によれば、先例法理としての判例を支える最も重要な基礎は、「類似の事件は同じように扱うべしという公正の観念にある」とされる。したがって、判例として適切かは、類似の事件といえるかどうかを吟味することにより判断されると思われる。

令解釈において本件多数意見と猿払事件大法廷判決の判示とが矛盾・抵触するようなものではない」とし、結論において同旨の原判決にも「判例違反」はないと述べたのだと思われる。

なお、本判決は、「猿払事件」判決を、「公務員により組織される団体の活動としての性格を有する文書の掲示又は配布の事案」に絞ったとの見解がある⁽⁶⁶⁾。しかし単なる、「公務員により組織される団体」ではなく、党派性を持つに至った「公務員により組織される団体」と本判決はさらに絞っているともみべきであろう。加えて、単なる「文書の掲示又は配布」行為ではなく、「特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布をしたという行為」とさらに限定をかけていると読むべきだと思われる。すなわち本稿のいう猿払事案である。したがって、党派性をもつに至っていない「公務員により組織される団体」が原発反対のチラシを配布したとしても、罰則は適用されないと述べたのだと考えられる。

では、合理的関連性の基準、累積の効果論、有機的統一体論などの猿払判決の中間命題は判例なのであろうか。

最高裁は、合理的関連性の基準を、それが RD かはともかくとして、判例だと考えていたように思われる。したがって、先にみたように千葉補足意見は、それを猿払事案に限定されたものだと説示したのである。ただ、判例といわず判示というに留めているのには注意が必要であろう。

「猿払事件大法廷判決の上記判示は、当該事案については、公務員組織が党派性を持つに至り、それにより公務員の職務遂行の政治的中立性が損なわれるおそれがあり、これを対象とする本件罰則規定による禁止は、あえて厳格な審査基準を持ち出すまでもなく、その政治的中立性の確保という目的との間に合理的関連性がある以上、必要かつ合理的なものであり合憲であることは明らかであることから、当該事案における当該行為の性質・態様等に即して必要な限度での合憲の理由を説示したにとどめたものと解することがで

(66) 松宮孝明・前掲注(62), 145頁。

きる」と。

では、累積的効果論、有機的統一体論はどうなったのであろうか。これは、公務員組織に関する理論であるが、判例を、裁判所を拘束する先例法理＝準則だと解すれば、それがRDかはともかくとして、これらも判例だったと理解できないことはない。そして本判決は、この累積的効果論、有機的統一体論を、まずは、猿払事案に限定した、ゆえに大法廷を開かなかったのだと考えることもできる。

しかし先にもみたように、規範としての、行政組織の有機的統一体論は、原則として否定された。だからこそ、堀越事件を、猿払事案から切り離せたのだろう。その意味では、この点は判例が変更されたのだと考えてよいように思われる。にもかかわらず最高裁が大法廷による判例変更を行わなかったのは、これは中間命題であり、法のいう意味で判例ではないと考えたからであるとも理解される。本判決は、判例違反という検察官上告趣意に対して、猿払判決は猿払事案に関するもので、本件には適用されないと述べるだけである⁽⁶⁷⁾。

他方、世田谷事件では、それを有罪に導く新たな定立が現れた。「政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員」という概念である。この問題点は先にも述べたところであるが、これが新たな準則として定着するのが今後の焦点となっていくと思われる。世田谷事件最高裁判決を、「猿払判決の射程外での新たな判例として、問題を孕むものである」⁽⁶⁸⁾との指摘があるが、以上の意味で、重要な問題提起といえよう。

⁽⁶⁷⁾ この点、千葉補足意見はそれを次のように説明している。「判決による司法判断は、全て具体的な事実を前提にしてそれに法を適用して事件を処理するために、更にはそれに必要な限度で法令解釈を展開するものであり、常に採用する法理論ないし解釈の全体像を示しているとは限らない。」と。この点で、松宮孝明・前掲注62のいうように、中間命題は判例ではないといっているのだと思われる。ただ、合理的関連性の基準を判例のように扱っていることとの整合性が問われるようにも思われるが、しかしこれも千葉補足意見は「判例」とはいわずに、「当該事案における当該行為の性質・態様等に即して必要な限度での合憲の理由を説示した」ものと呼んでいる。

⁽⁶⁸⁾ 松宮孝明・前掲注62, 145頁。

三 適用違憲か合憲的限定解釈か、限定解釈か

最後に、本判決の採った「限定解釈」の提起する問題を確認して本稿を終えることとしたい。

国公法に問題があり、当該事件に適用するには問題があると考えた場合、裁判所が採るべき方法には幾つかの方法がある。大きくいえば、法令違憲、合憲限定解釈、適用違憲であり、そして今回登場した「限定解釈」である。まずは、この前三者の関係について、全農林警職法事件大法廷判決における五裁判（田中二郎・大隅健一郎・関根小郷・小川信雄・坂本吉勝）の意見をみておきたい。

「およそ、ある法律における行為の制限、禁止規定がその文言上制限、禁止の内容において広範に過ぎ、それ自体憲法上保障された個人の基本的人権を不当に侵害する要求を含んでいる場合には、右基本的人権の保障は憲法の次元において処理すべきものであって、刑法の次元における違法性阻却の理論によって処理することは相当でなく、また、右基本的人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律といっても、常にその規定を全面的に憲法違反として無効としなければならないわけではなく、公務員の争議行為の禁止のように、右の基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によって規定内容を合憲の範囲にとどめる方法（合憲的制限解釈）、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法（適用違憲）によってことを処理するのが妥当な処置といふべきであり、この場合、立法による修正がされないかぎり、当該規定の適用が排除される範囲は判例の累積にまつこととなるわけであり、ことに後者の方法を採用した場合には、これに期待せざるをえない場合の少なくないと考えられるのである。」と⁽⁶⁹⁾いう。

(69) 最高裁1968（昭48）年4月25日大法廷判決、刑集27巻4号547頁。

この考え方にも種々議論のあるところであるが、本稿ではそれを省略し、本判決を理解する上で必要な流れを押さえるに留めたい。

先にも述べたように、猿払事件第一審、時国判決によって、この問題についての幕が開けられた。

国公法110条1項19号は、「同法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者」という文字を使っており、制限解釈を加える余地は全く存しないのみならず、同法102条1項をうけている人事院規則14-7は、全ての一般職に属する職員にこの規定の適用があることを明示している以上、当裁判所としては、本件被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号が憲法21条および31条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない。」⁽⁷⁰⁾。

これに対し、猿払判決が、「これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであつて、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとし」といって、非難したことも既に述べた。

しかし本件において原審中山判決が、先に検討したように国民意識の変化を理由に、適用違憲判断を行った。

当裁判所も、「被告人の本件各所為について、本件罰則規定を具体的に適用して、被告人に刑事責任を問うことは、憲法21条1項及び31条に違反するものといわなければならないと考える。……被告人が単独で、かつ、勤務先や職務と全く無関係に行った本件配布行為……まで処罰の対象とすることは、さきの合理的関連性の基準に照らしても、やむを得ない限度にとどまるものとはいえない。」⁽⁷¹⁾。

(70) 適用違憲判決には3つの類型化があり、時国判決の適用違憲は、第1類型、すなわち法令の合憲限定解釈が不可能である場合に、違憲的適用をも含むような広い解釈のもとに法令を当該事件に適用するのは違憲であるという類型に当たるとされる。芦部信喜「違憲判断の方法」(『憲法判例百選Ⅱ 第6版』有斐閣・2013年)426-427頁。

(71) 同じ適用違憲でも、時国判決と中山判決の論理の違いを指摘するのは、山本龍彦(『適用か、法令か』という悩み(後編)——違憲審査の対象・範囲と憲法判断の方法)法学セミナー682号・2011年、89頁)である。中山判決は、まず内容上法令審査を行い、「法令合憲の結論」を導いたうえで「適用違憲」の判断を行った。時国判決は、法令それ自

これに対して、本判決は堀越事件につき、次のように述べて、法の解釈によって無罪とした。

「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。……

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。」と。

この間検討してきたように、猿払判決の射程を猿払事案に限定し、本件事案については、「公務員の職務の遂行の政治的中立性」という概念を定立することにより被告人の無罪を導いたのである⁽⁷²⁾。

そして千葉補足意見は、適用違憲の方法について次のように評価した。

「表現の自由の規制立法の合憲性審査に際し、このような適用違憲の手法

体の合憲・違憲について明示的な判断を行わなかった、と。そして中山判決が、行為重視型適用審査を行った結果として、「本件各所為に対し、本件罰則規定を適用して被告人に刑事責任を問うこと」を、「違憲」と結論したことにも注意が必要である、と。猿払一審判決とは異なり、法令の一部（“statute as applied”）ではなく、本件行為に対して罰則規定を適用することを（“application”）「違憲」と判断したことによって、一体誰が憲法に違反したのか（who has violated the Constitution?）、すなわち、本法・本規則のような法令を作った「立法者」に非があるのか、本件のような適用を行った「行政府」に非があるのか一憲法的罪人（constitutional culprit）—— がきわめて不明瞭になるからである（責任の所在の不明確化）。さらに、本判決のような「適用行為違憲」は、猿払一審判決のような法令の一部違憲（部分無効ないし適用法令違憲）ではなく、純粹に事例限定的な違憲判断ということになるため、法的安定性に資せず、萎縮効果を有効に除去できないように思われる、と。

を採用することは、個々の事案や判断主体によって、違憲、合憲の結論が変わり得るものであるため、その規制範囲が曖昧となり、恣意的な適用のおそれも生じかねず、この手法では表現の自由に対する威嚇効果がなお大きく残ることになる。」と⁽⁷³⁾。

また、合憲限定解釈については次のように評価した。「本件においては、司法部が基本法である国家公務員法の規定をいわばオーバールールとして合憲限定解釈するよりも前に、……国家公務員法自体の条文の丁寧な解釈を試みるべきであり、その作業をした上で、具体的な合憲性の有無等の審査に進むべきものである……」と。結果、堀越事件について無罪とした。

そしてその方法を、限定的解釈と呼び、「本件の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からである。」と述べたのである。

これを、実質上の適用違憲であるとみる意見⁽⁷⁴⁾、合憲的限定解釈であるとみる意見⁽⁷⁵⁾ など、がある。

(72) 木下智史（新・判例解説 Watch13号・2013年、15頁）は、「原判決は、『国民の信頼』の確保を規制目的と設定しつつ『国民の法意識』の変化を梃子に規制対象を限定する戦略をとったが、測定不可能な『国民の法意識』に依拠する限定解釈は不安定さを免れず、規制目的を職務遂行のあり方に限定する判決のアプローチのほうが優れている」とする。

(73) しかし、木村草太のいう意味で、適用違憲は、部分無効違憲だと考えるならば、それほど不安定ともいえないと思われる。もちろん他の事案における萎縮効果は残るのであるが。木村によれば、「いわゆる適用違憲判断を行う場合には、違憲とされた適用類型を明確に定義する必要がある、猿払事件第一審判決も、明確な定式を伴う部分無効判決だと考える。」（前掲注36、76頁）とされる。

(74) 例えば、長谷部恭男（『憲法の円環』岩波書店・2013年、252頁）は、「本件多数意見の論理からしても、……適用違憲の手法とさほどの差異があるとは考えにくい。むしろ、最高裁が適用違憲の判断を示すには大法廷を開く必要があったことが勘案されるべきであろう。」とする。

(75) 例えば、蟻川恒正は、千葉補足意見が「限定」解釈を「合憲限定解釈」と呼ぼうとしないことに私は賛同できないとし（前掲注46、96頁）、「合憲限定解釈」を分類して、行政機関非難型の「合憲限定解釈」と呼ぶ（前掲注8、100頁）。

堀越事案, すなわち, 「配布行為が, 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, 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」事案に関して罰則を適用することが違憲に当たると解したとすれば, 部分無効違憲という意味で適用違憲⁽⁷⁶⁾と考えることも可能かもしれない。

他方, 「(a)公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが, (b)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」という定立によって, 事件を判断しようとしたと考えるならば, 合憲限定解釈といえよう。

しかしながら, (a)(b)定立の判断を, 8項目による総合考慮で判断するという文脈のなかに, (g)「政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員」という定立が現れ, それによって世田谷事件は形式的判断で有罪とされた。これは合憲限定解釈といえるのであろうか。

ここにおける RD は, 「政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が, 特定の政党を積極的に支援するという, 殊更に政治的傾向を顕著に示す行動に出た事案」(世田谷事案)に, 罰則を適用したというものであろう。

とするならばそれは千葉補足意見のいうように, オーバールールとして合憲限定解釈によって判断されたというよりも, 国家公務員法の解釈を, その構造, 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って行い, 有罪を導いたともいえる。

であるならば, むしろこの事案においては, 合憲限定解釈を行い, 定立(a)(b)に基づいて, それが生じていたのか, 破棄差し戻し, 審理させるべきであった, あるいは, 定立(g)にもかかわらず, その行為が, 「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

(76) 木村草太・前掲注(73)。

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」事案であるとして適用違憲を行うべきであった、と、批判できなくもない。とすれば、少なくとも世田谷事件において本判決は、適用違憲でないのは当然として、やはり合憲限定解釈でもなかったといえよう⁽⁷⁷⁾。むしろ、合憲限定解釈は、須藤反対意見によって行われたのであり、その結果、破棄自判すべきとの結論に至ったのだといえる。

ただ堀越事件については適用違憲というようにも思われる。しかし、先にみたように、本判決は、国公法のいうすべての政治的行為に刑事罰を科すべきだとの解釈をとっていない。その解釈をもたらししたのは合憲限定解釈によってであるといえなくもないが、そう理解するのは猿払判決の言辞に惑わされているからであって、法の元々の趣旨がそうであったと理解するならば⁽⁷⁸⁾、限定解釈というように思われる。

とはいえ、本件罰則規定の解釈をその合憲性審査に先行させるというこの審査手法⁽⁷⁹⁾を如何に評価すべきか、これからの課題であろう。

なお、「違憲」と判断することによって、一体誰が憲法に違反したのかという問が立つとするならば⁽⁸⁰⁾、限定解釈をすることによって、その問は消えるのであろうか。

前章でもみたように、大法廷を開き違憲判断を採る道を選ばなかったとい

(77) 長谷部恭男・前掲注(74)は、「千葉裁判官のコメントの意図は、裁判所で憲法論を展開する将来の当事者に対して、当該法令等は文理自体からすれば違憲の疑いがあるが、裁判所は自制すべきであるから合憲限定解釈をすべきだと主張するのではなく、当該法令等に関する憲法の趣旨をも踏まえた通常の解釈を加えるならば、斯く斯くしかじかの限定解釈がなされるべきだと主張するよう助言することにあると見るべきだろう。」という。それはつまり、RDを厳格に解することが今後訴訟において、益々有効になると助言しているとも言えるであろう。その意味で岩崎邦生・前掲注(56)のいうように、本判決は、「憲法判例としての重要な意義を有する」といえる。

(78) 大久保史郎・前掲注(59)を参照せよ。

(79) この審査手法について、蟻川恒正（前掲注(8)，100頁）は、「阿部のいう『法律の合憲解釈』と宍戸のいう『憲法適合的解釈』がともに違憲審査権のないドイツの事件裁判官によって開拓されてきた解釈観念を前提としていることの意義についても議論を深めていく必要がある」とする。

(80) 山本龍彦，前掲注(7)参照。

うことは、その責を立法府に求めることをあきらめたということであろう⁽⁸¹⁾。その限界を認識しつつも、その責を行政庁に向けることになることは積極的に評価できるとも評される⁽⁸²⁾。さらには、この限定解釈は、判例変更を行わないにしても、猿払判決を漫然と踏襲してきた司法府にもその責を問うているようにも思われる。これら評価についても今後の課題としたい。

最後に、本稿は、岡山弁護士会の弁護士の皆さんに招かれての講演（2012年11月30日）、岡山公法判例研究会での報告（2013年3月16日）、そして民主主義科学者会議法律部会秋季学会での報告（2013年11月30日）をベースにしている。そこで、様々なご意見を戴いた。本稿執筆において参考にさせていただいた。記して謝意を表したい。なおご意見にできていない部分もあるかと思う。お詫びするとともに、今後の課題とさせていただきたい。

(81) 木下智史（前掲注72）、16頁）は、それは、本件罰則規定のもつ表現活動への萎縮効果に目をつむることになるという。確かに8項目による総合考慮は、「不明瞭で、過度に広汎な規制」（大久保史郎・前掲注45）であるが、本判決のRDはある意味明確である。問題はむしろ、「政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員」という定立の正当性であると思われる。

(82) 第六章で紹介した、蟻川恒正（前掲注54）、大久保史郎（前掲注55）の評価参照。なお、長岡 徹（前掲注30）、302頁）も次のようにいう。「積極的に評価すべきであろう。結果、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおその実質性を問う解釈は、今後懲戒処分事例においても適用され、処分庁を拘束することとなる。」と。しかしにもかかわらず、本文でも述べたように、本判決が「管理職的地位の公務員は、政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき」との定立を置いたことは、その積極的評価に留保を求めているように思われる。