

---

---

論 説

---

---

## 公務員の政治的行為をめぐる 司法消極主義と積極主義 (5)

中 谷 実

### I はじめに

#### II 消極主義のアプローチ

《消極主義 I》

《消極主義 II》

《消極主義 III》

- (1) 「やむを得ない制限・委任は合憲/有罪」アプローチ
- (2) 「合理的根拠あり・委任は合憲/有罪」アプローチ
- (3) 「必要最少限度の制約・比較衡量・委任は合憲/有罪」アプローチ
- (4) 「必要最少限度の制約(制限が著しく不合理でない)・委任は合憲/有罪」  
アプローチ

(以上, 南山大学紀要『アカデミア』社会科学編第 10 号 [2016])

- (5) 「合理的で必要やむをえない限度にとどまる制約(合理的関連性あり)・  
委任は合憲/有罪, 処分適法」アプローチ

(以上, 南山法学第 39 巻第 3・4 号 [2016])

- (6) 「必要最少限度の制約・合憲限定解釈(範囲確定型)・委任は合憲/処分  
適法」アプローチ
- (7) 「公共の利益保護のための必要やむをえない措置・委任は合憲/有罪」ア  
プローチ

(以上, 南山大学紀要『アカデミア』社会科学編第 11 号 [2016])

- (8) 「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈(総合判断型)・構成要件  
該当/有罪」アプローチ

#### III 積極主義のアプローチ

《積極主義 I》

α タイプ

- (1) 「必要最小限度の制約・LRA・適用違憲/無罪」アプローチ

- (2) 「必要最少限度の制約・LRA・合憲限定解釈（ピンポイント型）/ 無罪」アプローチ
- (3) 「必要最小限度の制約・LRA・合憲限定解釈（範囲確定型）/ 処分違法（違憲）」アプローチ  
（以上，南山大学紀要『アカデミア』社会科学編第12号〔2017〕）
- (4) 「合憲限定解釈（範囲確定型）・構成要件該当・実質的違法性を欠く/ 無罪」アプローチ
- (5) 「適用には合理的な制約・適用違憲（可罰的違法性なし）/ 無罪」アプローチ
- (6) 「必要最小限度の制約・適用違憲/ 無罪，処分違法」アプローチ
- (7) 「合理的の最小限度の制約・合憲限定解釈（ピンポイント型）・適用違憲/ 処分違法」アプローチ
- (8) 「（真にやむをえない場合，真にやむをえない最小限度の制約）・合憲限定解釈（現実の侵害ないし侵害の具体的危険性なし）/ 無罪」アプローチ
- (9) 「合理的で必要やむをえない限度の制約・公務員の国との権利義務関係と刑罰関係は次元が異なる・合憲限定解釈（身分に基づく行為の抽象的危険性なし）・構成要件非該当/ 無罪」アプローチ
- (10) 「必要やむを得ない限度の制約・合理的関連性あり（修正型）・合憲限定解釈（ある程度の危険なし）・適用違憲/ 無罪」アプローチ
- (11) 「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈（範囲不確定型）・総合判断・構成要件非該当/ 無罪」アプローチ
- (12) 「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈（勤務外）・構成要件非該当/ 無罪」アプローチ

βタイプ

《積極主義Ⅱ》

（以上，本号）

### III—《積極主義Ⅰ》—αタイプ〔承前〕

- (4) 「合憲限定解釈（範囲確定型）・構成要件該当・実質的違法性を欠く/ 無罪」アプローチ

#### (A) 概要

これは，国公法・人事院規則の制限は表現の自由を侵害するという被告人の主張に対して，国公法の規制対象を，国家公務員の地位に基づく行為でなければならないとし，① 非管理職の公務員の行為，② 勤務時間外の行為，

③ 勤務庁施設外の行為、④ 公務員の地位又は職務に関連性のない行為は、たとえ政治的目的を有する政治的行為であっても、国家公務員法の定める政治的行為の禁止に違反しないとして合憲限定解釈をするが（許される政治的行為と許されない政治的行為の区別がかなり確定されているので範囲確定型と捉える）、本件の場合、無罪となる範囲に入らないとしつつ実質的違法性を欠くとして無罪とするアプローチである。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットは強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

## (B) 裁判例

(1) S-47.4.5 <(表)総【5-1選挙応援・6-13文書配布】/刑>東京高判昭和47年4月5日(判時665号29頁, ①→S-44.6.14 <(表)総【5-1選挙応援・6-13文書配布】/刑>東京地判, ③→S-49.11.6-1168 <(表)総【5-1選挙応援・6-13文書配布】/刑>最大判)は、原審が、被告人らの文書頒布の所為に対し、公職選挙法243条5号、146条1項を適用し、また、政治的目的を有する文書を配布した所為に対し、国公法110条1項19号、102条1項、人事院規則14-7、【5-1選挙応援・6-13文書配布】を適用したことについて、「被告人らの本件文書の頒布は公職選挙法146条1項に該当しない<sup>1)</sup>とし、国公法違反の点についても、「各法の立法目的は異なるであろうが、行為の目的、内容を同じくする二者については、刑の均衡の面からいっても後者において定める特定の意義を前者において定める意味よりも広義に解すべきではない」、「それ故本件文書は候補者の特定性を欠き政治的目的を有する文書に当たらない」とする。ところが、その後、本判決は、予備的に、「仮に」「特定の意義を確定の1人と限定すべきではなく、確定の複数者をも含むと解するのが正当であるとして、更に本件被告人らの所為の可罰性について考察する」とし、国公法違反の点について、「国家公務員が他の公務員と異なり政治的目的を有する政治的行為を処罰されることは合理的な理由があることではあろうが、この点に関し一応政治的目的、政治的行為という二重の枠はめはしているにせよ、いわば一般的禁止を規定する国家公務員法、人事院規則の法条は憲法21条の定める言論

の自由の立場から合憲的に解釈されねばならない」とし、「公務員多様性・規制不可テーゼ」（後述(C)(1)ア参照）をいい、「非管理職の公務員の勤務時間外，勤務庁施設外の，公務員の地位又は職務に関連性のない行為は，たとえ政治的目的を有する政治的行為であっても，国家公務員法の定める政治的行為の禁止に違反しない」，「このように解することは，同法条の合憲性を判示する，S-33.3.12〈(平)農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最大判，S-33.4.16〈(平)農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最大判「の趣旨に反するものではなく，同法の目的，立言に矛盾するものでもない」<sup>2)</sup>という。そして，「本件において，被告人らの所為は」，「行為の態様として勤務時間に近接し，勤務庁施設内の行為であり，この限りにおいて公務員の立場に基づく行為といわざるを得ないのであるが，行為の主体の面からいえば，被告人Iは統計官の地位にあったとはいえ，その職務内容は他の両被告人と共に裁量権のない機械的職務に従事する非管理職と見るべきものであり，行為の態様としては，組合の候補者推薦決定を内容とする文書の配付であって，その方法は組合の日常活動としてとられていたいわゆる朝ビラの配付であるから，たまたまその行為が形式上政治的行為に該当するにせよ，組合活動に伴随する行為として違法性は低いのみならず」，「原審認定結果も被告人Iは11枚，同Tは6枚，同Kは14枚の各同僚に対する配付であり，被告らの主観においても，割り当てられた組合の日常行動としての意識が主潮をなすもので，違法性の認識において軽度のもの」「であるから，以上を総合すれば，被告人らの所為は社会生活上行為の通常性を有するものであって，実質的違法性を欠き，刑罰をもって処断するに価する行為とは認められない。この観点からすれば，畢竟，被告人らの所為は国家公務員法110条1項19号に該当しない」，「この理は，被告人らの所為の公職選挙法243条5号該当性についても妥当し，たまたま被告人らの所為が形式上公職選挙法146条1項違反に該当するにせよ，その行為の態様，被告人らの主観において行為の通常性を有し，実質的違法性を欠き被告人らの所為は公職選挙法243条5号に該当しない」とし，被告人らに対し有罪を認定した原判決を破棄し，無罪とする。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治的行為への強いコミット

ア) 表現の自由の重要性テーゼ

S-47.4.5 <(表)総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京高判は、表現の自由の重要性について明確にはいわないが、「一般的禁止を規定する国家公務員法、人事院規則の法条は憲法 21 条の定める言論の自由の立場から合憲的に解釈されねばならない」というとき、その趣旨は含意されていると思われる。

イ) 公務員多様性・規制不可テーゼ

S-47.4.5 <(表)総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京高判は、公務員多様性という趣旨の表現は用いないが、「国家公務員の処罰の対象となる政治的行為は、それが国家公務員としての立場換言すれば国家公務員の地位に基づく行為でなければならない」、「一私人としての行為まで国家公務員であるが故に処罰されなければならない理由はない」という。

(2) 公務員の政治的行為制限への弱いコミット

ア) 全体の奉仕者・公務員の職務遂行における政治的中立性・行政の継続性と安定性の確保テーゼ

S-47.4.5 <(表・委)総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京高判は、「国家公務員が他の公務員と異なり政治的目的を有する政治的行為を処罰されることは合理的な理由があることではあろう」という程度であるが、上記標題テーゼをいう S-33.3.12 <(平)農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 最大判、S-33.4.16 <(平)農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 最大判を援用している(前述《消 III》(2)(C)(2)ア参照)。

(3) 司法哲学

明確な表現はないが、積極的な司法哲学が内在していると思われる。

(D) このアプローチをめぐる

(1) S-47.4.5〈(表・委)総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑〉東京高判について、「本件判旨もいわゆる合憲解釈のアプローチをとり、国家公務員法、人事院規則における公務員の政治的行為の禁止は（そういう言葉は直接は使ってはいないが）『合理的にして必要最小限の制約』とか『より制限的でない他の選びうる手段』とかのテストをへたものにかぎって合憲たりうるという立場にたっていることは猿払判決以下と同様である。猿払判決は、右の点の具体的基準として、(イ) 現業公務員が、(ロ) 勤務時間外に、(ハ) 国の施設を利用することなく、(ニ) 職務を利用し若しくはその公正を害する意図なく行った行為かどうかを問題とした。これに対し、本件判旨は、(イ) 裁量権ある管理職の地位にある者か否か、(ロ) 勤務時間内か、否か、(ハ) 勤務庁施設の内か外か、(ニ) 行為内容が公務員の地位又は職務に関連するか否かを問題にしており、微妙な違いがある。そして、これらの基準にすべて否定的なものは公務員の地位に基づく行為ではないから、政治的行為の禁止に違反しないとされる。問題は、これら4つの基準が同等のウエイトで考慮されるのかどうかであるが、判旨を全体として読むと、(イ)の点、すなわち裁量権の有無に重点がおかれているように思われる」、「本判決は結局、被告人らの行為は4つの基準をみたしていないとして、国公法102条1項、110条1項19号に該当することをみとめている。行為の態様として勤務時間に近接し、勤務庁施設内の行為であることを理由とする。ただし、行為の軽微性と通常性を根拠として実質的違法性の阻却をみとめるのである」、「判旨は行為の軽微性と通常性を特に区別していないようであるが、厳密には両者は異なる。行為は軽微であっても通常でないこともあるし、その逆もありうる。軽微性による違法阻却は可罰的違法性論から導びきやすいし、通常性による違法阻却は社会的相当説から導びきやすい。判旨は、軽微性」「と通常性」「の双方を考慮して違法阻却をみとめたのであろう。このような結論は事案の処理としては妥当なのかもしれないが、推論の過程がやや明確さを欠く。もう少し詳細な判断が示されるべき」<sup>3)</sup>とのコメントの他、

本判決の限定解釈について、「このような限定解釈が『同法の目的、立言に矛盾するものでもない』といえるか疑問である。むしろ『規定の文言にとらわれることなく、憲法に調和するよう合目的的に解釈することによって、規定に合理的な限界を付する』」「ものといえよう。法令の違憲判断を回避する手段の1つである合憲解釈は、一般的に否定されるべきではないが、その使用には一定の限界がある。この限界を超えると、判決によって法文を書きかえることになり、あるいは法規の内容を不明確にし構成要件をあいまい化するおそれがある」、本判決は、「公選法における公務員の地位利用による選挙運動の規制との対比を重視するが、その合憲解釈が許容の限界を超えていることは否定できない」<sup>4)</sup>との批判がある。

## (5) 「適用には合理的な制約・適用違憲(可罰的違法性なし)/無罪」アプローチ

### (A) 概 要

これは、国公法・人事院規則の制限は表現の自由を侵害するという被告人の主張に対して、国公法・人事院規則自体の合憲性は肯定するものの、その適用について合理的な制限が存するとし、① その職務の内容が政策決定や裁量権を伴う行為にたずさわれることがなく、② もっぱら機械的労務の提供にとどまる職員が職務の遂行と認めるに足る外観的状况もなく、③ 勤務時間外に、④ しかも国の施設等を利用することなくして行う政治的行動については、刑事罰をもつてのぞむ程度の違法性はないとして無罪とするアプローチである。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットは強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

### (B) 裁 判 例

(1) S-47.4.7<(表)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書掲示】/刑> 仙台高判昭和47年4月7日(判時報671号99頁, ①→S-45.3.30



〈(表)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】/刑〉青森地判)は、「林野庁・営林署の性格は非権力的テーゼ」(後述(C)(1)ア参照)をいう。そして、「被告人の職務内容につき検討するに」、「これらの事務内容は、俸給表、法令等によって規制され、計算や法令調査等の知的判断作業を伴うものの、被告人にはもとより裁量権、決裁権はなく、すべて上司の決裁」「を得なければならないのであって、それ自体全く裁量権のない機械的労務にとどまり、もとより公権力の行使に該当する職務とはいえない」という。そして、原判決は国公法 110 条 1 項 19 号、憲法 21 条、31 条の解釈適用を誤ったという検察官の主張について、S-33.3.12 〈(平)農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最大判、S-33.4.16 〈(平)農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最大判を援用し、「全体の奉仕者・公務員の職務遂行における政治的中立性・行政の継続性と安定性の確保テーゼ」(後述(C)(2)ア))をいい、また、S-33.5.1 〈(人・委)郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最 1 判を援用し、「人事院規則 14-7 は、国公法 102 条 1 項に基づき、一般職に属する国家公務員の職責に照らして必要と認められる政治的行為の制限を規定したものであるから、右大法廷判決の趣旨に照らし、実質的なんら違法違憲の点は認められないばかりでなく、右人事院規則には国公法の規定によって委任された範囲を逸脱した点もなんら認められず、形式的にも違法ではない」とする。しかし、「表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ」(後述(C)(1)イ))、「全通中郵判決テーゼ」(後述(C)(1)ウ))、「公務員多様性テーゼ」(後述(C)(1)エ)「国公法・人事院規則は、『一般職に属する国家公務員について……触れるところはない』」部分)をいい、「政治的行動の自由という憲法上の基本的権利と国家公務員についてこれを制限することによって公共の福祉を守ることの必要性との間に調和と均衡とが保持されることを求める」全通中郵「最高裁判決の趣旨に基づくならば、右国公法および人事院規則の適用について、おのずから合理的な制限が存する」という。そして、再度、「公務員多様性テーゼ」(後述(C)(1)エ)「人事院規則……見易いところである」部分参照)をいい、「以上の諸点を比較考量すれば、その職務の内容が政策決定や裁量権を



伴う行為にたずさわれることがなく、もっぱら機械的労務の提供に止まる職員が職務の遂行と認めるに足る外観的状况もなく、勤務時間外に、しかも国の施設等を利用することなくして行なう」【6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】「所定の政治的行動については、これに対し刑事罰をもつてのぞむのを相当とする程度の違法性は見出し難いところであって、かかる行為については、国公法 110 条 1 項 19 号の適用はない」として検察官の控訴を棄却し、無罪とする。

### C このアプローチを支える思想

#### (1) 公務員の政治活動への強いコミット

##### ア) 林野庁・営林署の性格は非権力的テーゼ

S-47.4.7 <(表)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】/刑> 仙台高判は、「民有林野に対する指導監督の任務をも保有し、また、司法警察職員等指定応急措置法、大正 12 年勅令 528 号『司法警察官吏および司法警察官吏の職務を行うべき者の指定等に関する件』により、特に指命された営林局署勤務の農林事務官および農林技官が国有林野や公有林野官行造林に関する犯罪について、司法警察職員としての職務を行なうとはいえ、その本来の企業形態に着目するならば、公共性は有するものの、なお、民間企業と大差のない非権力的性格を有するものとみて差し支えはない。ことにこれら職員の労働関係については、公共企業体等労働関係法により、公共企業体であるいわゆる 3 公社とならび 5 現業の一つとして、一般の国家公務員と異なった調整を受けているところであって、国の政治に密接な関係を有する他の一般の行政官庁とはおのずから異なった性格特徴を有する」とし、「原判決が、林野庁およびその地方支分部局である営林署の性格について、公共性を有するものの、民間企業と大差のない非権力的なものと認定したのは正当」という。

##### イ) 表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ

S-47.4.7 <(表)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文

書揭示】/刑〉仙台高判は、「政治的信条の自由な表現と自由な政治活動は、自由にして民主的な社会にとって欠くべからざるもの」という。

ウ) 全通中郵判決テーゼ

S-47.4.7 <(表)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】/刑〉仙台高判は、最大判昭和 41 年 10 月 26 日（全通中郵判決）、昭和 44 年 4 月 2 日（都教組判決）を援用し、「この基本的な憲法上の権利に対する制限は、予想される弊害に対処するために必要な限度を越えてはならず、また禁止行為の種類とその行為によって影響を受ける職務の種類について慎重な検討を加えるべきことは累次の最高裁判決の趣旨」だという。

エ) 公務員多様性テーゼ

S-47.4.7 <(表)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】/刑〉仙台高判は、国公法・人事院規則は、「一般職に属する国家公務員について、極めて詳細な政治行為の禁止規定を、また同法 110 条 1 項 19 号は、右禁止行為の違反について処罰規定を設けているが、公務員の担当する職務内容の差異による合理的な区別を設けておらず、かつ職務の遂行との関連の有無にも触れるところはない」、人事院規則【6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】「所定の政治的行為についていえば、一般職に属する国家公務員において、政治的に中立の立場を堅持すべきものとされたゆえんは」、「その職務の遂行が一部の階級、一派の政党または政治団体に偏することが許されないことによるものであるから、右の行為が職務の遂行と認めるに足る外観的状况のもとにおいてなされる場合、たとえばその行為のために職務を利用し、あるいは勤務時間または国の施設等を利用してなされる場合と、これらとは全く関係なくしてなされる場合とによって中立性に対する侵害の程度に顕著な差異があり、またその職務の内容が政策の決定や裁量権を伴う行為にたずさわるものであるか、あるいはもっぱら機械的労務の提供に止まるものであるかによっても影響を受けるべき職務の比重に多大の差異があることは見易いところである」という。

(2) 公務員の政治活動制限への弱いコミット

ア) 全体の奉仕者・公務員の職務遂行における政治的中立性・行政の継続性と安定性の確保テーゼ

S-47.4.7 <(表・31)農【5-1 選挙応援・5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書揭示】/刑> 仙台高判のいう上記標題のテーゼについては、前出《消 III》(2)(C)(2)ア参照。

(3) 司法哲学

明確な表現はないが、積極的な司法哲学が内在していると思われる。

(D) このアプローチをめぐる

コメントは、特に見られない。

(6) 「必要最小限度の制約・適用違憲/無罪，  
処分違法」アプローチ

(A) 概 要

これは、国公法・人事院規則が憲法 21 条に違反し無効である、もしくは、これらの規定の適用は違憲であるとの被告人，原告の主張について、国公法・人事院規則の制限は、法目的を達成するために必要最小限度のものでなければならないとし、規制は必要最小限度を超えているとしつつも、法令を違憲とせず、また、合憲限定解釈をする余地はないとし、① 非管理者である現業公務員で、② 職務内容が機械的労務の提供にとどまるものが、③ 勤務時間外に、④ 国の施設を利用することなく、⑤ かつ職務を利用し、⑥ もしくはその公正を害する意図なしで行われたと認められる所為に、刑事罰を適用する、もしくは、懲戒処分をすることは必要最小限の域を超えるとして、法令の適用を違憲とし、無罪もしくは処分違法（違憲）を導くアプローチである。このアプローチは、前述《積 I》 $\alpha$ (1)「必要最小限度の制約・LRA・

適用違憲/無罪」アプローチとは、LRA が用いられていない点、合憲限定解釈をする余地はないと明言する点で異なる。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットは強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

## (B) 裁判例

(1) S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判昭和 48 年 3 月 30 日<sup>1)</sup>(判タ 295 号 400 頁, ②→S-50.6.24 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋高判, ③→S-52.7.15 <(表・委)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>最 3 判)は、国公法・人事院規則が憲法 21 条に違反し無効であるとの弁護人の主張について、「先例は憲法 14 条に関するものテーゼ」(後述(C)(1)ア)参照)をいう。そして、「表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ」(後述(C)(1)エ)参照)、「公務員も一市民・一国民テーゼ」(後述(C)(1)カ)参照)、「全通中郵判決テーゼ」(後述(C)(1)ウ)参照)をいい、「その権利の制限の理由が十分具体的で合理的である場合にもかような権利の制限違反に課せられる不利益は必要最小限度にとどめるべきである」という。そして、「全体の奉仕者・公務員の職務遂行における政治的中立性・行政の継続性と安定性の確保テーゼ」(後述(C)(2)イ)参照)をいうが、「国家公務員の政治活動の自由を制限する実質的理由が『行政の公正な運営, 執行』という点に存するとした場合, その具体的制限の方法, 程度を考えるにあたっては」, 「国家公務員にも政治活動を保障すべき趣旨をも考え合わせて次の諸点を十分考慮すべき」とし、「公務員多様性・規制不可テーゼ」(後述(C)(1)オ)参照)をいうとともに、「公務員多様性・規制可テーゼ」(後述(C)(2)ウ)参照)をいい、この基準に照らすと、国公法・人事院規則の規定は、「その弊害のいちじるしく少ない行為をも禁止行為に含め、一律に重い刑罰を加え得るとしている」と認められ、憲法 21 条の保障する政治活動に対する制限として広範にすぎ、かつその違反に対する制裁が必要最小限度を超えている」とする。ついで、合憲限定解釈の可能性も問いつつも否定し<sup>2)</sup>, また、国公法・人事院規則「を全体として違憲無効な規定と解する余地も大

である」ともいうが、「国家公務員の職務の重要性、その本質が現業公務員に存するわけではないことなどを考慮すると、前記諸規定がその重要部分に瑕疵が存すると断ずるにはなお理論上疑義なしとしない」と述べ、「本件の如き被告人の行為に国公法 110 条 1 項 19 号が適用される限度において憲法 21 条, 31 条に違反し、これを被告人に適用できない」として無罪とする。

(2) S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判昭和 48 年 9 月 19 日(判時 715 号 3 頁, ①→S-46.11.1 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京地判, ③→S-55.12.23 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>最 3 判)は、懲戒処分は適法、合憲との被告(東京郵政局長)の主張について、「先例は憲法 14 条に関するものテーゼ」(後述(C)(1)ア参照)をいう。そして、「全体の奉仕者・公務員の職務遂行における政治的中立性・行政の継続性と安定性の確保テーゼ」(後述(C)(2)イ参照)、「公務員も一国民・一市民テーゼ」(後述(C)(1)カ参照)、「表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ」(後述(C)(1)エ参照)をいい、「政治的自由の民主制社会における重要性に鑑みるときは、行政の中立確保およびそれに対する国民の信頼維持のため、一般職の国家公務員につき政治活動に対する制限は、その目的達成のため必要な最小限のものでなければならず、いやしきも右目的達成に不必要な制限を加えることは許されない」という。そして、「公務員多様性・規制不可テーゼ」(後述(C)(1)オ参照)とともに、「公務員多様性・規制可テーゼ」(後述(C)(2)ウ参照)をいう。そして、「憲法第 15 条に規定する全体の奉仕者たることは、公務員の政治活動の制限の根拠となりえても、その必要最小限度の制限の程度、範囲は、公務員の地位、職務内容等につき個別的、具体的に検討することを要する」とし、「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ、職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行った【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】に規定する特定の内閣に反対する政治目的を有する文書を揭示する行為を制限することは、少なくとも前記立法目的達成のために必要な最小限の域を超えている」、「国公法第 102 条

第1項は、職員は人事院規則で定める政治的行為をしてはならないと規定し、又それをうけた人事院規則14-7は、すべての一般職に属する職員に同規則が適用される旨明記されており（第1項）」、【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】「の規定を合理的に制限解釈を加える余地は全く存しない」、「被控訴人の本件行為に」、【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】「が適用される限度において、右各規定が憲法第21条に違反するもので、これを被控訴人に適用することは許されない」、「被控訴人に対する本件懲戒処分は、違憲違法のものとして取り消すべき」とし、控訴を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治活動への強いコミット

ア) 先例は憲法14条に関するものテーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判, S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判のいう上記標題のテーゼについては、前述《積I》(1)(C)(1)ア)と同旨。

イ) ハッチ法テーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判のいう上記標題のテーゼについては、前述《積I》(1)(C)(1)イ)と同旨。S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判は取消訴訟であり、言及がない。

ウ) 全通中郵判決テーゼ（争議行為の禁止違反に対する効果又は制裁は必要最小限度に）

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判のいう上記標題のテーゼについては、前述《積I》(1)(C)(1)エ)と同旨。S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判は取消訴訟であり、言及がない。

エ) 表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判,

S-48.9.19 〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉東京高判のいう上記標題のテーゼについては、前述《積Ⅰ》(1)(C)(1)キ)と同旨。

オ) 公務員多様性・規制不可テーゼ

S-48.3.30 〈(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑〉名古屋地豊橋支判は、「国家公務員の政治活動の自由を制限する実質的理由が『行政の公正な運営，執行』という点に存するとした場合，その具体的制限の方法，程度を考えるにあたっては」，「国家公務員にも政治活動を保障すべき趣旨をも考え合わせて次の諸点を十分考慮すべきである」とし，「第一に，職務内容が公正さを害するおそれがないか，あるいはいちじるしく少ないものの政治活動はこれを制限すべきではない」，「非管理職であって機械的労務を提供する現業公務員については，その職務権限上，通常行政の公正さを害するおそれがないと考えられるので，原則として政治活動の自由が認められるべきである。第二に」，「私的に職務時間外に公の設備を利用せずに行なう職務の公正を害する意図の認められない行為については行政の公正な運営，執行を害するおそれのない行為として，これを禁止すべきではない」という。S-48.9.19 〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉東京高判は，【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】は，「一般職の国家公務員の種類も多様であり，またその職務内容も千差万別であって，政治的自由の制限の可否を一律に決することはできない。従って一般職の国家公務員の政治活動に対する制限が必要最小限のものであるか否かを判断するに当っては，公務員の地位職務内容，職務上の行為か職務外の行為か，勤務時間内の行為か勤務時間外の行為か，国の施設を利用してなされたか否か，職務を利用する意図をもってなされたかあるいは行為の内容について個別的具体的に検討しなければならない」と述べ，「特定の内閣に反対する政治的目的を有す（署名ある）文書を掲示することを一律に禁止している。しかしながら，右行為を」非管理職の現業公務員が，勤務時間外に，国の施設を利用することなく，かつ，職務を利用しもしくはその公正を害する意図なしに行った場合には，その行為により公務の中立性が害されるおそれのないことはもとより，国民の信頼を損うおそれも又ない」，



「もともと政策決定あるいは裁量権の行使に影響を及ぼしうる権限を有しない職員が、時間的、場所的に、又その意図の上においても職務と離れて、前記の如き行為をしても、それにより行政が政治的に影響を受けあるいは行政運営の能率が阻害され、もしくはその揭示により国民が公務の公正な運営に危惧を抱き、信頼を損うに至るおそれはない」、「従って少なくとも右職員に対しては、前記行為を制限する根拠は存しない」とする。

カ) 公務員も一国民・一市民テーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判, S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判のいう上記標題のテーゼについては、前述《積I》(1)(C)(1)ケ)と同旨。

キ) 公務員の政治活動禁止違反に刑事罰を科している近代民主主義国家はないテーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判の上記標題のテーゼについては、前述《積I》(1)(C)(1)コ)と同旨。S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判は、取消訴訟であり、言及がない。

(2) 公務員の政治活動制限への弱いコミット

ア) 表現の自由も無制限ではないテーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判は、「仮に政治活動の自由を制限すべき理由があるとしても」という。S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判には記述がない。

イ) 全体の奉仕者・公務員の職務遂行における政治的中立性・行政の継続性と安定性の確保テーゼ

S-48.3.30 <(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑>名古屋地豊橋支判, S-48.9.19 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消>東京高判のいう上記標題のテーゼについては、前述《積I》(1)(C)(2)イ)と同旨。

ウ） 公務員多様性・規制可テーゼ

S-48.3.30〈(表)郵【5-1 選挙応援・6-13 文書揭示】/刑〉名古屋地豊橋支判は、「国の権力行使を直接担当する職務，あるいは国の重要な政策決定に影響のある職務，いわゆる管理職などある程度裁量権を有する職務等にある者」，「政治活動をするにあたって自己の職務執行を利用したり，公の施設，設備を利用したり，勤務時間中であるなど，職務の公正を害する目的を有するとみられる場合」は，規制可という。S-48.9.19〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉東京高判は，【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】は，「一般職の国家公務員のうち国の政策決定に密着した職務にあるもの，直接公権力を行使しあるいは裁量権を保有するもの，もしくは以上の公務員を補佐する等いわゆる行政過程に関与する職員については，これらの公務員が一党一派に偏した活動を行うときは，これが職務執行に影響し，公務の公正な運営が害される虞が強い」，「そしてこれら公務員は職務の執行に際してのみならず，職務外においてあるいは勤務時間外において前記政治活動を行うときは，やはり公務の公正な運営もしくはそれに対する国民の信頼が損われる虞がある」，「国家公務員が議会で制定された法律の具体的執行者として，一般国民と異なる地位にある以上，その権限行使が国民に対し公正におこなわれるよう配慮することはもとより必要なことであるから，この理由からする制限は合理的なもの」という。また，「国の権力行使を直接担当する職務，あるいは国の重要な政策決定に影響のある職務，いわゆる管理職などある程度裁量権を有する職務等にある者」，「政治活動をするにあたって自己の職務執行を利用したり，公の施設，設備を利用したり，勤務時間中であるなど，職務の公正を害する目的を有するとみられる場合」，規制可という。

(3) 司法哲学

このアプローチには，明確な表現はないが，積極的な司法哲学が内在していると思われる。

(D) このアプローチをめぐる

(1) S-48.9.19〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉東京高判は、原審の合憲限定解釈のアプローチではなく、適用違憲のアプローチを用いた。この点、「明文に反してまで合理的限定解釈を行なった1審判決と異なり、本高裁判決は明文が存在するがゆえに『合理的に制限解釈を加える余地は全く存しない』とした。結論的にはいずれも適用違憲の立場に立つものであるが、論理展開においては高裁判決の方が一層明解である」<sup>3)</sup>という好意的コメントがある。他方、「この適用違憲のアプローチは、本件行為が憲法により保護された行為として規制対象から除外されることを明らかにするのみで、それ以外にいかなる行為が除外されうかは不明確なままに残し（この点が合憲限定解釈との違いである）、畏縮効果の除去を十分になしえない。したがって、本件が表現行為の直接的規制であり、畏縮効果の除去が要請される類型の規制であるとすれば、適用違憲のアプローチは適切ではない。合憲限定解釈が許されないと判断したなら、文面上違憲とすべきであった」<sup>4)</sup>との批判がある。

(7) 「合理的最小限度の制約・合憲限定解釈（ピンポイント型）・適用違憲/処分違法」アプローチ

(A) 概 要

これは、猿払最高裁判決のいう、公務員に対する政治的行為の禁止は、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまる限りにおいてのみ憲法上許されるとの基準を、「合理的最小限度の原理」と言い換え、また、「当然のこととして、右の禁止はあくまでも例外」とし、合理的最小限度の原理は、関係実定法規の憲法 21 条への適合性の判断基準であると同時に、その解釈・適用の基本原則であり、かつ、その結果として当該公務員に対してされた具体的処分の正当性の有無を決定する原理であるという。そして、猿払最高裁判決が、規則 5 項、6 項の各号の定める政治的目的を有する行為のすべての

解釈・適用にあたって、① 当該公務員の職務内容が機械的労務の提供にとどまるものであり、② 当該行為が勤務時間外に、③ 国の施設を利用することなく、④ 職務を利用せず又はその公正を害する意図なく、⑤ かつ、労働組合活動の一環として行われた場合であっても違憲でない旨判示したことについて、安易に一般化すべきものではないと述べ、本件懲戒処分には法令の解釈・適用を誤った違法があるとして懲戒処分を取り消すアプローチである。合憲限定解釈（ピンポイント型）のアプローチとも適用違憲のアプローチともいえる。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットはかなり強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

## (B) 裁判例

(1) S-55.12.23 〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉最3判の環  
反対意見は、国公法 102 条 1 項、【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】の規定が憲  
法 21 条に違反するかについて、「表現の自由の重要性テーゼ」（後述(C)(1)  
ア参照）、「公務員も一国民テーゼ」（後述(C)(1)ウ参照）、「公務員多様性・規  
制不可テーゼ」（後述(C)(1)イ）「公務員も……広狭の差は大きい」部分参照）をいう  
とともに、「行政の中立性の確保と国民のこれに対する信頼の維持・公務員  
の公務の執行における政治的中立性」（後述(C)(2)ア参照）をいい、「公務員  
に対する政治的行為の禁止は、それが」「合理的で必要やむをえない限度に  
とどまる限りにおいてのみ憲法上許容される」、「このことを『合理的最小限  
度の原理』という」、「当然のこととして、右の禁止はあくまでも例外」とい  
う。そして、猿払最高裁判決「の判示の趣旨は、本件における国公法 102 条  
1 項、【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】」の規定の合憲性についても妥当す  
る」が、「これらの規定」が「すべての公務員に一律に一定の種類の行為を  
政治的行為として禁止していることのみを根拠として、それが合理的最小限  
度の原理に反する違憲の立法であるとするのは相当でない」とする。そして、  
「合理的最小限度の原理に基づく憲法上の要請をより一層高度に達成しよう

とすれば、各種の公務員それぞれの実体に即応するよう緻密に配慮した立法がされることが望ましいところであり、その意味で現行法制の不十分を指摘することができないわけではないであろう。しかし、そのためには現行公務員制度全体の再検討を前提とする実質上、立法技術上の多大の困難が存することは見易いところであることからすれば、「これらの規定の解釈・適用の段階において合理的最小限度の原理に対する慎重な考慮がされることを前提とする限り、右の各規定の合憲性はこれを肯定すべき」という。また、猿払最高裁判決が、同事件の下級審判決について、「法令の一部を違憲とすることにひとしい」と批判したことについて、「この趣旨は、本件における」国公法 102 条 1 項【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】「の合憲性の判断についても同様である」とし、「右法及び規則の規定が憲法 21 条に違反するものでない」という。ついで、「右各規定が合憲であるとされた場合、被上告人の本件行為に右各規定を適用してされた本件懲戒処分が正当であるか」について、「公務員多様性・規制不可テーゼ」（後述(C)(1)イ）「規則 5 項、6 項それぞれの……画餅にすぎないこととなる場合がないとはいえない」部分参照）をいうが、【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】「各規定の合憲性はこれを肯定すべきもの」とする。しかし、猿払最高裁判決の趣旨——「衆議院議員の選挙に際して、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布する行為が」【5-3 政党支持・6-13 文書揭示】「に違反するものであり、この行為に法 110 条 1 項 19 号の罰則を適用することは、当該公務員の職務内容が機械的労務の提供にとどまるものであり、当該行為が勤務時間外に、国の施設を利用することなく、職務を利用せず又はその公正を害する意図なく、かつ、労働組合活動の一環として行われた場合であっても違憲でない」——について、「規則 5 項、6 項それぞれの各号の定める政治的目的を有する行為のすべての解釈・適用にあたって安易に一般化すべきものではない」、「合理的最小限度の原理は、関係実定法規の憲法 21 条への適合性の判断基準であると同時に、その解釈・適用の基本原則であり、かつ、その結果として当該公務員に対してされた具体的処分の正当性の有無を決定する原理でもなければならない」とい

う。そして、「メーデーの一行事テーゼ」(後述(C)(1)エ)参照)を述べ、「被上告人の本件行為を規則 6 項 10 号<sup>1)</sup>所定の類型に属する行為とみることなく」,【6-13 文書揭示】「によって禁止された政治的行為に当るものとしてされた本件懲戒処分には法令の解釈・適用を誤った違法があり, 本件懲戒処分はすでにこの点において取消を免れない」,「原審が, 右各規定を, 被上告人の本件行為に適用する限度において違憲としたことは」, 猿払最高裁判決の趣旨に徴して誤りであるが,「本件懲戒処分を取り消すべきものとした結論はこれを維持すべき」とし, 本件上告を棄却すべきという。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治的行為へのかなり強いコミット

ア) 表現の自由の重要性テーゼ

S-55.12.23 〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉最 3 判の環反対意見は, 猿払最高裁判決について,「公務員(ここでは国家公務員を念頭において考える。)に対する政治的行為制約の憲法上もつ意義一般について, 政治的行為が政治的意見の表明としての面において憲法 21 条による保障を受けるものであり, しかも同法条の保障する表現の自由は, 民主主義国家の基盤をなし, 国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なもの」とフォローしつつ,「国民の表現の自由を国の権力特に行政上のその行使による侵害から保障するという観点からすれば, 公務員がその公務の執行に当って政治的中立性を堅持すべきことはむしろ表現の自由保障の基本条件でさえある」という(後述(C)(2)ア)参照)。

イ) 公務員多様性・規制不可テーゼ

S-55.12.23 〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉最 3 判の環反対意見は,「公務員も, その生存のすべてを国に捧げているものではなく, 現行法のもとではその公務員としての職種・地位等によって広狭の差は大きい」,「ひとしく公務員といっても, 現行公務員法制のもとにおいてその生存を国に捧げる度合いないし広狭は多種多様である」, また,「規則 5 項, 6 項それ

ぞれの各号の規定を具体的な公務員の行為に適用するに当って、その行為がこれら各号の規定の定める要件に該当するかどうかをその形式的文言のみによって決するとすれば、およそ政治的色彩のある行為であって許容される行為を発見するのに苦しまざるをえないであろう。のみならず、猿払最高裁判決「の判示するように、特に国家公務員については、その所属する行政機構の多くは広範囲にわたるものであるから、当該政治的行為のもたらす弊害が軽微なものであっても、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、その弊害を過少に評価することがあってはならないということになると、当然公務員の具体的な行為が、その者の職種・職務権限や当該行為の態様等から、実質上行政の中立性を損ない、これに対する国民の信頼の維持をゆるがすようなものとは法的良識に照して認められないような場合にまで禁止違反の責めを問うことになりかねず、かくては個々の公務員にとって合理的最小限度の原理は単なる名目ないし画餅にすぎないこととなる場合がないとはいえない」という。

#### ウ) 公務員も一国民テーゼ

S-55.12.23 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消> 最3判の環反対意見は、公務員も、「それぞれに国民全体の一員としての私的生存の部面を保有するものであり、その面において政治的意見の表現を含む表現の自由の保障を受けるべき」という。

#### エ) メーデーの一行事テーゼ

S-55.12.23 <(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消> 最3判の環反対意見は、「被上告人の本件行為の社会的実体は、昭和41年のメーデーにおける示威行進に一労働組合員として参加したことにほかならない。本件横断幕は行進の趣意をあらわす標識であり、その掲出行為は本件行進を示威行進たらしめる要素として行進そのものに包摂される行為というべきである。そして本件行進に接する一般国民は右掲出の結果としてそれがメーデーの一行事であることを容易に理解しえたものと考えられる。当時すでにわが国においても、メーデーが年中行事として世界的に広く行われる労働者の祭典であり、



私企業労働者のみならず公務員その他の公共事業の労働者等が参加して、労働者の団結と連帯を誇示する行事であることの認識は国民の間に広く行きわたっており、たとえそこに何ほどの政治的色彩が認められるとしても、公務員の労働組合等がこれに参加することによって、国民に、行政の中立性が損なわれるとの危慮の念を起こさせるようなものでなかったし、このような立場から右行事を論ずることが一般であったような事実もなかったことは公知の事実というべきである。また、本件横断幕に記載された文言も右メーデーにおけるスローガンの一つであると認められ、被上告人ないしその属する一群の行進者が、特にメーデーの行進を利用して当時の佐藤内閣の打倒を国民に訴えるべく一般の参加者とは特異の行動をしたものであるとも認められない。そうすると、右横断幕の文言の故にその行進が政治的目的をもつものと解することができないものではないとしても、横断幕の掲出そのものに特に一個の政治的行為としての法的意義を認めようとすることは、「メーデーにおける行進の実体にそぐわない無理な解釈というほかはない」という。

## (2) 公務員の政治的行為制限への弱いコミット

### ア) 行政の中立性の確保と国民のこれに対する信頼の維持・公務員の公務執行における政治的中立性

S-55.12.23 〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉最3判の環反対意見は、猿払最高裁判決について、「公務員によって運営される行政の中立性の確保と国民のこれに対する信頼の維持もまた憲法の要請するところであるから、特に行政にたずさわる公務員に対し政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為をすることを禁止することは、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の趣旨を判示する」とまとめ、「右の判示はもとより正当であり、国民の表現の自由を国の権力特に行政上のその行使による侵害から保障するという観点からすれば、公務員がその公務の執行に当って政治的中立性を堅持すべきことは

むしろ表現の自由保障の基本条件である」という。

### (3) 司法哲学

このアプローチには、明確な表現はないが、かなり積極的な司法哲学が内在していると思われる。

#### (D) このアプローチをめぐる

(1) S-55.12.23〈(表)郵【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】/消〉最3判の環  
反対意見が、「合理的最小限度の原理は、関係実定法規の憲法 21 条への適合  
性の判断基準であると同時に、その解釈・適用の基本原則であり、かつ、そ  
の結果として当該公務員に対してされた具体的処分の正当性の有無を決定す  
る原理」とした点について、「裁判所が司法審査にあたって当然に堅持すべき  
立場であった」<sup>2)</sup>とのコメントの他、法令レベルでは制限規定を合憲としつ  
つ、適用レベルで「合理的最小限度」の原理を要求したことについて、「全  
体としてきわめて妥当な見解である」<sup>3)</sup>等の好意的コメントがある。他方、  
「本件行為は法の予定する『政治的行為』には該当しないということで、こ  
のアプローチは、合憲限定解釈と志向を同じくするものといえよう。しか  
し、『政治的行為』の適用範囲を明確に画定する解釈を提示しているわけ  
ではなく、むしろ本件行為の性格（メーデーのデモ行進に労働組合員として参  
加し、メーデーの標語を掲げたにすぎない）に着目し、そのような行為は適  
用範囲には含まれないとして適用除外を行っているにすぎない。その意味  
では、適用違憲的アプローチに似る。しかし、本件行為が憲法上保護された行  
為かどうかは判断していない（原審が適用違憲とした判断を誤りとして退け  
ている）ので、適用違憲とは異なる」、「このようなアプローチは、適用違  
憲のアプローチと同様、具体的事件の救済としての意味はもちうるが、適用  
範囲を不明確にする点で問題を残す」<sup>4)</sup>という批判の他、「メーデーの一行事  
であるという点を余りにも重視しすぎている」<sup>5)</sup>という批判がある。

(8) 「(真にやむをえない場合, 真にやむをえない最小限度の制約)・合憲限定解釈(現実の侵害ないし侵害の具体的危険性なし)/無罪」アプローチ

(A) 概 要

これは、猿払反対意見のアプローチ(後述《積 III》(1)参照)の「公務員の権利義務関係と刑罰関係は次元が異なるテーゼ」に影響を受け——その意味で、本アプローチの冒頭に(真にやむをえない場合, 真にやむをえない最小限度の制約)を付加する——, 憲法 73 条 6 号により規則への罰則の委任は特定委任でなければならない, 国公法 102 条 1 項の人事院規則への委任は, 公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼を現実害する具体的危険性がある場合にのみ合憲であり(この点で合憲限定解釈と捉える), 具体的危険性がない場合, 国公法 110 条 1 項 19 号の罪の構成要件該当性を欠くとし, 本件被告人の行為がこのような場合かどうか審理を尽くさせるため原判決を破棄し, 原審に差し戻すアプローチである。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットはかなり強く, 公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

(B) 裁 判 例

(1) S-56.10.22 <(表)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑> 最 1 判の団藤反対意見は, 国公法 102 条 1 項および 110 条 1 項 19 号が, 職員の政治的行為の制限違反の罪の構成要件の内容の一部を人事院規則に委任していることについて, 「すでに当裁判所は」, 猿払最高裁判決, 徳島郵便局最高裁判決「において, その合憲性をみとめるにいたっている」が, 「両判決には, いずれも大隅裁判官をはじめとする 4 裁判官の反対意見があり, この反対意見は傾聴に値する」とし, 「憲法 73 条 6 号によれば, 政令には, 法律の特定委任がなければ罰則を設けることができないものとされている。人事院規則への罰則の

委任も、すくなくとも同様の要件のもとにおいてのみ許される」という。そして、「国公法 102 条 1 項が人事院規則への委任について、どの程度の限定をあたえているかをみるのに、そこには、『選挙権の行使を除く』ということと『政治的行為』ということがあるだけである。しかも、選挙権の行使を制限することができないのは憲法上あまりにも明白であるから、つまりは『政治的行為』という限定があるにすぎない」、「もともと、国公法 102 条 1 項は公務員の政治的中立性を保障することを目的とするものであつて、それじたいは当然の規定であるが、それが犯罪の構成要件的内容をなすところに問題がある」とする。また、両判決における反対意見の「公務員の権利義務関係と刑罰関係は次元が異なるテーゼ」（後述(C)(1)イ参照）をいい、「単に国家的、社会的利益を守る必要があるとか、当該行為に右の利益侵害の観念的な可能性ないしは抽象的な危険性があるとか、右利益を守るための万全の措置として刑罰を伴う強力な禁止措置が要請される等の理由だけでは、かかる形における自由の制限を合憲とすることはできない」、「右両判決における反対意見の指摘するように、罰則の関係においては、国公法 102 条 1 項の人事院規則への委任を違憲とすることは相当の理由を有するものと考えるのであつて、これを合憲とみるためには、罰則に関するかぎり、特定委任といえる程度に、この規定をしぼって解釈する以外にない」として、「特定委任テーゼ」（後述(C)(1)ア参照）をいう。そして、「国公法 102 条 1 項の委任の趣旨を前記のように解し、したがって、その規則の違反行為は、それが公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼に対する現実の侵害ないし侵害の具体的危険性がないかぎり、国公法 110 条 1 項 19 号の罪の構成要件該当性を欠く」、「本件についてみるのに、原審の認定した事実のもとでは、被告人の行為がはたして右のような具体的危険性を有するものといえるかどうかは疑問」とし、原判決を破棄し、原審に差し戻すとする。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治活動への強いコミット

ア) 特定委任テーゼ

S-56.10.22〈(表)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑〉最1判の団藤反対意見は、「公務員の政治的行為であって、公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼を現実害するもの、すくなくとも、これを害するような具体的な危険性があるものにかぎって、その内容の規定を人事院規則に委任したものと解することによって、かろうじて、この規定の合憲性を肯定することができる」、「『政治的行為』についての現行人事院規則14-7を通覧すると、各項号の組合せのいかんによっては、公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼を害する危険性のきわめて稀薄な行為までが含まれることになるのであり、その中には、公務員に対する単なる訓示規定としてはともかく、懲戒処分原由としてさえ、問題になりうるものがある」、「まして、そのような態様のものを含むすべての規則違反行為が刑事罰の対象となると考えることは、とうていできない」という。

イ) 公務員の権利義務関係と刑罰関係は次元が異なるテーゼ

S-56.10.22〈(表)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑〉最1判の団藤反対意見は、前記両判決において反対意見のいう上記標題のテーゼ(後述《積III》(1)(C)(1)エ参照)、ならびに、「単に国家的、社会的利益を守る必要があるとか、当該行為に右の利益侵害の観念的な可能性ないしは抽象的な危険性があるとか、右利益を守るための万全の措置として刑罰を伴う強力な禁止措置が要請される等の理由だけでは、かかる形における自由の制限を合憲とすることはできない」という部分を引用する。

(2) 公務員の政治活動制限への弱いコミット

ア) S-56.10.22〈(表)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑〉最1判の団藤反対意見には、記述が見られない。

### (3) 司法哲学

明確な表現はないが、積極的な司法哲学が内在していると思われる。

#### (D) このアプローチをめぐって

(1) S-56.10.22〈(表)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑〉最1判の団藤反対意見は、猿払反対意見を引用しながらも刑罰の委任を全面的に違憲とせず、「国公法102条1項に合憲的限定解釈を行い、これを前提に、個別的に各違反行為の構成要件該当性を問題」とした点について、後述の谷口反対意見、ならびに、団藤「反対意見が主張する刑罰原則は、初歩的であるにもかかわらず、新鮮さを感じさせる」<sup>1)</sup>という好意的コメントがある。他方、「団藤反対意見には立法論として傾聴すべき点もないではないが、公務員の政治的行為はたとえ機械的作業に従事する非管理職の現業職員の行為でも、また、それが勤務時間外において職務に関係のないところで行われるものであっても、行政運営の中に党派的对立をもちこむものであって行政秩序の維持とか、その公正中立な運営の上に大きな障害をもたらすものであり、さらには一般国民に公務の公正中立性ということに疑いを生じさせ、ひいては行政に対する信頼をゆるがすに至るものであるという点で重大な社会法益の侵害をもたらすものであって、たとえ現実具体的な危険性のある場合だけでなく、抽象的危険にとどまるものをも処罰の対象としていても、それが直ちに違憲となるものでないことは、もちろん、立法政策としても、個々の規定の仕方には問題点があるけれども、それなりに合理性を有し、一がいに排撃できない」、「たとえ国家公務員であることを特に表示せず、また、組合活動の一環として行われたものでなくても国家公務員の行為であることはおのずから明らかになることであり、公務の中立性や社会の公務員の中立性に対する信頼に影響を及ぼすことにはほとんど差がないからである」<sup>2)</sup>という批判、「団藤裁判官の反対意見は、猿払判決の反対意見と軌を一にするものであり、特に憲法レベルでの違法性二元論に立脚する点は、猿払判決多数意見のすでに克服したものであって」、「その違法性二元論に立ったとしても、何故、刑罰の対象

となる行政の中立性とこれに対する国民の信頼確保という保護法益に対する現実の侵害ないし侵害の具体的危険性がある場合にのみ刑事罰が合憲であるかという論理的必然性がない（現に、谷口裁判官の反対意見は、抽象的危険で足りるとしているように解される。）にも拘らず、この点の論証がなされていない」、「保護法益の重要性は、猿払反対意見も認めるところであり、団藤裁判官も当然それを前提としていると思われるのに、行政罰について抽象的危険でも足りるとして何故、刑事罰について具体的危険が要件となるのか。両者の範囲、程度が異なるべきものとしても、同じ抽象的危険の中で差を設けることはもとより可能である、又、刑事罰の範囲、程度に限って、行政罰を課することも可能な筈である。規則への委任、規則の構成要件の解釈を、具体的危険に限定することを主張する以上、その論証は、主張する者にある」<sup>3)</sup>という批判がある。

(9) 「合理的で必要やむをえない限度の制約・公務員の  
国との権利義務関係と刑罰関係は次元が異なる・  
合憲限定解釈（身分に基づく行為の抽象的危険性  
なし）・構成要件非該当/無罪」アプローチ

(A) 概 要

これは、猿払最高裁判決のアプローチ（前述《消Ⅲ》(5)参照）と同じく、合理的で必要やむをえない限度にとどまる制約は可というとともに、後述の猿払最高裁反対意見のアプローチ（後述《積Ⅲ》(1)参照）の「公務員の国との権利義務関係と刑罰関係は次元が異なるテーゼ」（後述《積Ⅲ》(1)(C)(1)エ参照）に影響を受け、人の行為が犯罪として成立し処罰されるためには、抽象的危険にせよ法益侵害の危険がなければならず、また、国公法 102 条 1 項は国家公務員たる身分に基づく行為を要求しているとし（この意味で、合憲限定解釈と捉える）、本件の場合、国家公務員の身分と全く無関係な私人としての行為であって、国家公務員たる身分に基づく行為の抽象的危険性を認められず、罰



則の構成要件に該当しないとし、無罪を導くアプローチである。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットはかなり強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

## (B) 裁判例

(1) S-56.10.22 <(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑> 最1判の谷口反対意見は、「行政の中立性・公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼テーゼ」(後述(C)(2)ア)参照)をいい、「多数意見に引用する」猿払最高裁判決「の示すとおり」、「公務員の政治的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である限り、憲法の許容するところ」という。しかし、猿払最高裁判決の反対意見を援用し、「公務員の国との権利義務関係と刑罰関係は次元が異なるテーゼ」(後述(C)(1)ア)参照)をいい、「およそ人の行為が犯罪として成立し処罰されるためには、抽象的危険にせよ法益侵害の危険がなければならない。およそ法益侵害の危険を伴わない行為を違法として処罰することは、刑罰法の基本原則に反する。そのことは、本件のごときいわゆる形式犯についても同じ」とする。また、「行為の違法性は行為主体の身分によるテーゼ」(後述(C)(1)イ)参照)をいい、「本件被告人の所為について」、「被告人の右行為が勤務時間内及びその勤務場所または勤務場所と関係のある場所でなされたものでないことはもとよりとして、職場の組織を通じ、あるいは職員関係を利用してなされたものではなく、専ら書道家大坪南竜としての立場でなされたものであること、その演説内容も書道または文化活動の面から I, S をたたえ、共産党の掲げる政策に賛成する旨を述べたものであって、国家公務員の立場からする言及は一切なかったこと、また、その際被告人が」「国家公務員の身分を有する者であること等の紹介もなかった」、「それは被告人の国家公務員たる身分を離れ専ら私人たる書道家」大坪南竜「としてなされた行為であり、同人の個人生活に属するものというべく、行為の内容、行為の附随事情についてみても、国家公務員たる身分は捨象され、被告人の国家公務員たる身分に基く行為の抽象的危険性を認めるこ

とは」「記録上困難である」,「被告人の本件所為は未だ前記罰則の構成要件,すなわち国家公務員として選挙に関する政治活動をしたものと断定することはできない」とし, 原判決を破棄して本件を原審に差し戻すべきという。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治活動へのかなり強いコミット

ア) 公務員の国との権利義務関係と刑罰関係は次元が異なるテーゼ

S-56.10.22 <(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑> 最 1 判の谷口反対意見は, 上記標題のようにいう。

イ) 行為の違法性は行為主体の身分によるテーゼ

S-56.10.22 <(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑> 最 1 判の谷口反対意見は, 「本件において被告人の所為に適用される国家公務員法 110 条 1 項 19 号, 102 条 1 項, 人事院規則 14-7 は, 「国家公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼を保護法益とするものであるが, そこで禁止処罰の対象となる行為の違法性は行為の主体が国家公務員であることによるものであって, 行為主体の身分による」, 「行為の違法性がその主体の身分的属性により導かれるものである以上, 行為がその主体の身分的属性と全く関係なく行われたばあい, すなわち, 行為並びに行為の附随事情を通じて行為主体の身分的属性が毫も当該行為と結びついてこないばあいには, 抽象的にせよ法益侵害の危険性はないものというべく, 行為者がたまたま国家公務員の身分を有するとの故を以ってかかる行為についてまで, 右罰則を適用することは」「刑罰法の基本原則に反し許されない」という。

(2) 公務員の政治活動制限への弱いコミット

ア) 行政の中立性・公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼

S-56.10.22 <(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑> 最 1 判の谷口反対意見は, 「国家公務員は多かれ少なかれ国政の運営に関与するものであるから, 国家公務員のする選挙に関する政治活動が行政の中立性ないしこれに対する国民

の信頼をゆるがすおそれがあり、民主的政治過程を不当にわい曲する危険を招くばあいがある」、国公法・人事院規則は、「国家公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼を保護法益とする」という。

### (3) 司法哲学

明確な表現はないが、積極的な司法哲学が内在していると思われる。

#### (D) このアプローチをめぐる

(1) S-56.10.22〈(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑〉最1判の谷口，ならびに，団藤反対意見について，「わが国における代表的な刑法学者としての団藤裁判官，そして，刑事裁判官として豊富な経験を有する谷口裁判官のいずれの見解も，刑事裁判官としてのすぐれた見識と良識を示した」<sup>1)</sup>との好意的コメントがある。他方，「谷口裁判官の反対意見は，行為がその主体の身分的属性と全く関係なく行われ得ることを前提とするものであり，公務員を中心とする限り，抽象的には想定し得るところと言えようが，立法者は，それが国民の側からみた場合をも念頭において，行政の中立性に対する国民の信頼の確保を保護法益としたものであって，その点を見逃した議論であり，この点に対する論証がなされていない」，「その意味で，一方的な議論に終わっている」<sup>2)</sup>との批判がある。

### (10) 「必要やむを得ない限度の制約・合理的関連性あり (修正型)・合憲限定解釈(ある程度の危険なし)・ 適用違憲/無罪」アプローチ

#### (A) 概要

これは，国公法・人事院規則の制限は，憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反するとの被告人の主張について，前述《消 III》(5)「合理的で必要やむをえない限度にとどまる制約(合理的関連性あり)・委任は合憲/有罪，処分適法」

アプローチにおける合理的関連性の基準を妥当としつつ、合理的関連性の存否を国民の法意識に求め、国民の法意識は可変であるとし、禁止目的は正当であるが、禁止目的と禁止される政治的行為との関連性、利益の均衡について疑問を呈しつつも法令を合憲とするが、規制するにはある程度の危険が必要とし（この点で合憲限定解釈と捉える）、最終的には適用を違憲として無罪を導くアプローチである。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットは強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

## (B) 裁判例

(1) H-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>東京高判平成 22 年 3 月 29 日（判タ 1340 号 105 頁，①→H-18.6.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>東京地判，③→H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>最 2 判）は，国公法・人事院規則の制限は，憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反するとの被告人の主張について，「被告人による本件配布行為は，形式的には明らかに」【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】「に該当する」という。そして，猿払最高裁判決が，【6-7 機関紙配布】を除く本件罰則規定について，「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」としたことについては「全く異論はない」というが，その後，「表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ」（後述(C)(1)ア参照）をいうとともに，「全体の奉仕者・成績制を根幹とする公務員制度・中立的な立場にたつ職務の遂行テーゼ」（後述(C)(2)ア参照）をいい，「公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為を禁止することは，絶対的に憲法が禁止するというものではなく，その範囲や方法が合理的で必要やむを得ない限度にとどまる限り，憲法の許容するところ」とする。そして，猿払 3 基準（前述《消 III》(5)(B)(1)参照）の「大枠に従い，この基準に準拠して判断を進めていく」とし<sup>1)</sup>，「国民の法意識の変化テー

ぜ」(後述(C)(1)ウ参照)をいい、『合理的関連性』の存否は、そのような観点から、常に検証されるべき」とする。そして、「合理的関連性」の基準による判断において、政治的行為の禁止目的は正当とするが(後述注7)参照)、猿払最高裁判決が、禁止目的と禁止される行為に合理的な関連性があるとした際に、「公務員一律制限テーゼ」(前述《消Ⅲ》(5)(C)(2)ウ参照)、「間接的・付随的制約に過ぎず、意見表明の自由を制約しないテーゼ」(前述《消Ⅲ》(5)(C)(2)ク参照)でもって利益の均衡を肯定した論理については、「一般論としては、それなりに説得力を持つ」としながらも<sup>2)</sup>、「公務員多様性・規制不可テーゼ」(後述(C)(1)エ参照)をいい、「累積的、波及的影響を基礎に据え、予防的規制であることを強調して合理的関連性があるとする原判決の判断は、その意味で、いささか強引に過ぎる」という。しかし、「規制目的は誠に正当と認められることや、さらなる具体的事案での検討と集積が必要であるけれども、現段階において広範に過ぎるとみられる部分は配布行為の一律禁止という場面の一部にすぎず」、「そのような事案については、具体的な法適用の場面で適正に対応することが可能であることを考えると、その過度の広範性や不明確性を大きくとらえ、本法及び本規則の政治的行為の規制をすべて違憲であるとすることは決して合理的な思考ではない」と述べる。ついで、本件罰則規定の本質について、「行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼の確保という保護法益」は、「侵害される危険が現実には発生することを必要とする具体的危険犯ではなく、原則として法益侵害の危険性の存在が擬制される抽象的危険犯としての性質を有する」というが、「これを形式犯としてとらえることは、この規制によって制限されるものが、憲法上最も重要な権利の一つである表現の自由であることを考えると、妥当ではなく、具体的危険までの必要はないけれども、ある程度の危険が認められることを、その成立要件とすべきであって、そのように解釈することにより、憲法上の疑義もなくなり、かつ」、「過度に広範に過ぎる事例に適切に対応できる」と限定解釈を行う。そして、「結論として、本法 102 条 1 項並びに」【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】「には、前記の合理的関連性が

認められ、公務員の表現の自由に合理的で必要やむを得ない限度を超える制約を加えるものではない」く、「それらの規定自体が、憲法 21 条 1 項に違反するものとはいえない」とし、「罰則制定の要否及び法定刑に関する立法機関の上記判断が、その裁量の範囲を著しく逸脱しているものとはいえず、本法 110 条 1 項 19 号の規定が、それ自体として、憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反するものとはいえない」とする。次に、「委任可テゼ」（後述(C)(2)ウ参照）をいい、「条約に反しないテゼ」（後述(C)(2)エ参照）もいう。さらに、適用違憲の主張については、再度、ある程度の危険が認められることが必要だとし、「寺西テゼ（少なくとも懲戒処分と同程度以上の要件が必要）」（後述(C)(1)カ参照）をいう。そして、事案を検討し、「被告人の本件各所為は、国家公務員という立場を離れ、職務と全く無関係に、休日に、私人としての立場で、かつ、他の国家公務員とも全く無関係に個人的に行われたものであるから、これを本件罰則規定の合憲性を基礎付ける前提となる保護法益との関係でみると、行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼という保護法益が損なわれる抽象的危険性を肯定することは常識的にみて全く困難である」<sup>3)</sup>、「被告人の本件各所為は、未だ本件罰則規定の構成要件、すなわち国家公務員として政党の機関紙や政治的文書を配布するという政治活動をしたものと認定することができないとともに、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は、保護法益と関わりのない行為について、表現の自由という基本的人権に対し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ないから、憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反する」、「被告人の本件各所為は本件罰則規定の構成要件に触れていない上、それらの所為について本件罰則規定を適用することは、憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反する」とし、原判決を破棄し、被告人は無罪とする。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治的行為への強いコミット

ア) 表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ

H-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>  
東京高判は、「憲法 21 条 1 項の保障する表現の自由は、それが不当に制限された場合には、国民に伝えられるべき情報が十全には伝わらず、国民の意思に基づいて決定されるという民主的政治の過程そのものが適正に機能しない事態を招くことになるから、民主主義国家の政治的基盤を根元から支えるものである。その意味で、国民の基本的人権のうちでも特に重要なものであって、法律によってみだりに制限することは許されないところ、一般に政治的行為は、行動としての面を持つとともに、政治的意見の表明としての面をも有するものであるから、後者の点で同条による保障を受ける」、「また、本法 102 条 1 項及び本規則によって、その適用を受ける行政機関の一般職国家公務員に対して禁止される政治的行為も、程度の差こそあれ、政治的意見の表明を含むものとみることができるから、仮に、国民一般に対してそれらの行為が禁止されるとすれば、基本的に、憲法 21 条 1 項に違反する」という。

イ) 公務員も一国民テーゼ

H-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>  
東京高判は、表現の「自由の一形態としての政治活動ないし政治的行為をする自由は、国民の一員である国家公務員に対しても、可能な限り保障される必要がある」という。

ウ) 国民の法意識の変化テーゼ

H-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>  
東京高判は、「国家公務員による政治的行為の禁止は、行政の中立的運営の要請とこれに対する国民の信頼の確保をその規制目的とするものであるが、本件のような配布行為をその対象としてみた場合、このうち行政の政治的中立性の要請は、専ら職務執行に関連してのものであるから、職務と無関係の政治的活動の規制に直ちににつながるものではなく、結局、国民の信頼の確保



こそ、本件のような公務員の政治的活動の規制を正当化し、これを根拠付けるといふ関係に立つ」、「したがって、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」という。そして、「国民の法意識の変化を推し量る時代の進展や政治的、社会的状況の変動を見ると、猿払事件判決以降今日まで、我が国においては、民主主義はより成熟して、着実に根付き、その現れとして、国民の知る権利との関連でいわゆる情報公開法が制定され、あるいは、インターネットに見られるように、情報化社会が顕著に進展し、非民主的国家における言論の自由の制限等の情報にも日々接触する中で、国民は、民主主義を支えるものとして、表現の自由がとりわけ重要な権利であることに對する認識を一層深めてきている。さらに、国際的にはいわゆる冷戦状態が終結し、国内的には左右のイデオロギー対立という状況も相当程度落ち着いたものとなっている。加えて、政治的、経済的、社会的なあらゆる場面においてグローバル化が進み、何事も世界標準といった視点から見る必要がある時代となってきたことも、国民は強く認識してきているとみられる。このように国民の法意識は」、「猿払事件判決当時とは異なり、大きく変わったといふべきであって、このことは、公務員、公務に対する国民の見方についても当てはまる」という。

#### エ） 公務員多様性・規制不可テーゼ

H-22.3.29 <（表・委）社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 東京高判は、「規制目的の一つである行政の中立的運営の要請は、専ら職務行為の在り方にかかわるものであるから、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せず、これ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という視点であるところ」、「時代の進展、政治的・社会的状況の変動等を受けた国民の法意識の変化を前提とした場合、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」、「現在の法規制は」、「一般職公務員全体に

対して、その政治活動を禁止するものであるが」、 「例えば、自動車運転手や  
庁務員といった」「職種にある者が私的に政治的活動を行ったからとい  
て、その職務に関連して、行政の中立的運営が阻害されるという事態は客観  
的に考え難い。国民も、このような事例については、公務員であるからとい  
う一事で、行政の中立性に不安を抱き、不信を覚えるということはなく、む  
しろ、事態を冷静に受け止め、その影響等については、少なくとも、その地  
位や職務権限等と結び付けて考える素地と余裕を有しているのではないか」、  
「勤務時間外の政治的行為の禁止についても同様である。勤務時間の内外に  
ついても、この間の国民の意識の変化には大きなものがあるのであって、残  
業をいわず、滅私奉公的な勤務が求められていた時代と、余暇の活用が言  
われ、勤務時間内と外を明確に区別することを求められて、勤務を離れた人  
生の充実等が語られる現代において、勤務時間外であることは、国民の目か  
ら見た場合、往時に比べて、原則として、それは職務とは無関係という評価  
につながるものとなってきた。したがって、公務員の勤務時間外の政治  
活動も、その態様等によっては、そのようにみられる素地がある」という<sup>4)</sup>。

オ) 寺西テーゼ (少なくとも懲戒処分と同程度以上の要件が必要)

H-22.3.29-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/  
刑> 東京高判は、裁判官が積極的に政治運動をしたとして、裁判官分限法に  
基づき、裁判官に対し、懲戒処分がされた事案に関する最大判平成 10 年 12  
月 1 日(寺西裁判官分限事件, 民集 52 卷 9 号 1761 頁)が<sup>5)</sup>, 裁判所法 52 条 1 号に  
いう「積極的に政治運動をすること」の意義について、「組織的、計画的又  
は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中  
立・公正を害するおそれがあるもの」とし、「具体的行為の該当性を判断す  
るに当たっては、その行為の内容、その行為の行われるに至った経緯、行わ  
れた場所等の客観的な事情のほか、その行為をした裁判官の意図等の主観的  
な事情をも総合的に考慮して決するのが相当である」と判示したことに言及  
し、「懲戒処分と刑事罰はその目的を異にするものではあるが、本件罰則規  
定は」、「政治的行為を自由に放任するときは、やがてその弊害が大きくな

り、懲戒処分等の行政組織の内部規律だけでは解決できない事態に立ち至ることを勘案してのものであり、このような国家刑罰権の発動である以上、少なくとも懲戒処分と同程度以上の要件が必要である」という。

## (2) 公務員の政治的行為制限への弱いコミット

### ア) 全体の奉仕者・成績制を根幹とする公務員制度・中立的な立場にたつ職務遂行テーゼ

H-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 東京高判は、「国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務が、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であることは、憲法15条2項が」「定めていることから、明らかである。また、公務のうちでも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、政治的偏向を排し、中立的に運営されるべきであることも、異論がない」、「そのため、個々の公務員は、政治的に一党一派に偏ることなく、中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが求められている。そして、これを国民の側から見ると、国民は、その政治的な立場や信条にかかわらず、行政の上では平等に取り扱われるべき権利を有しているから、公務員の」「中立性は決して軽視できるような事柄ではない。さらに、本法は、日本国憲法の下において、国の行政に従事する一般職の公務員について、『国民に対し、公務の民主的且つ能率的な運営を保障する』目的(1条)から、成績制(メリット・システム)を根幹とする公務員制度を採用(33条1項)しているところ、この成績制公務員制度においては、いわゆる政治的中立性の確保がその本質的なものとして要請される」という<sup>5)6)</sup>。

### イ) 公務員多様性・規制可テーゼ

H-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 東京高判は、合理的関連性の基準に疑問を呈した際、「このような疑問はあ

るけれども、例えば、本件のような配布行為が、いわゆる中央省庁の幹部に当たると、地位が高く、大きな職務権限を有する一般職公務員によって行われた場合や、とりわけ、「個人的なものを超えて、一般職公務員により、集团的、組織的に行われた場合は、もとより別論であり、前者については、その行為が勤務時間外に行われたとしても、後者については、その公務員の地位や職務権限にかかわらず、いずれも、国民の目から見て行政の中立的運営に強い疑いを招くものであり、その信頼の確保という視点からは」、「本法及び本規則の制定目的に明確に背馳するものであって、規制の必要があることは明らかであろう。また」、「単独で、個人的に行われた場合でも、行為者が、他の公務員によって集团的に行われていることを認識しながら、敢えてその行為に出たようなときについては、その規制の必要は司法の立場から明らかに不要と断ずることもできない」という。

#### ウ) 委任可テゼ

H-22.3.29<(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>東京高判は、国会による白紙委任、包括的委任であって違憲であるとの被告人の主張について、「当裁判所は、猿払事件判決と同様の立場に立つ」という(前述《消 III》(5)(C)(2)サ参照)。

#### エ) 条約に反しないテゼ

H-22.3.29-762<(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>東京高判は、本件罰則規定が、国際人権規約(B規約19条3項)に違反して無効であるとの主張を、S-56.10.22<(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】/刑>最1判を援用して斥ける(前述《消 III》(5)(B)(9)参照)。また、本件罰則規定が、憲法98条2項所定の確立した国際法規に当たるI.L.O. 151号条約に違反して、無効であるとの主張については、「憲法の上記規定を介して、我が国の批准していない特定の国際条約により、国内法の効力が否定されるという立論は、採用の余地がない」として斥ける。

### (3) 司法哲学

H-22.3.29〈(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑〉東京高判は、「国民の法意識の変化テーゼ」(前述(C)(1)ウ参照)をいうとき、「このような国民の法意識は、本来、国会が体现すべきものである。しかし、国会が法律を制定し、その後、長期が経過したという場合には、立法当初はともかく、国民の法意識と乖離が生じることもないとはいえない。もとより、その場合にも、理想的には、国会が常にそのような機能を果たすことが期待されるけれども、近年の大きな政治課題とされた郵政民営化に当たって、猿払事件判決が対象とした郵政関係公務員の、あるいは、独立行政法人化に当たって、一般職国家公務員の、政治的行為の在り方等について、国会では議論された形跡はなく、これらの問題に関心は示されなかったといってもよい。このことは上記のような国民の意識の変容を反映したものともみることができ、仮に、それが単に関心の外にあったとしても、このような時代や社会の流れの中での国民意識の変化を、いわば公知の事実として、判断要素とすることも許容される」とし、積極的な司法哲学をいう。

#### (D) このアプローチをめぐって

(1) H-22.3.29〈(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑〉東京高判は、表現の自由にコミットし、猿払最高裁判決の合理的関連性の基準を「国民の法意識の変化テーゼ」(前述(C)(1)ウ参照)でもって変形した上で限定解釈し、最終的には適用を違憲とした。

ア) 本判決の「表現の自由に由来する政治活動を行う国民の権利は重要な権利テーゼ」(前述(C)(1)ア参照)について、「ここまで表現の自由の現代的な重要性を強調した判決はあまりなかった」という好意的コメントがある<sup>7)</sup>。

イ) 本判決の、「国民の法意識の変化テーゼ」について、「この国民の法意識と国民の目線から、猿払判決を見直すべきことに力を込めた」<sup>8)</sup>、「行政の中立的運営に対する『国民の信頼』の確保を全社会状況のなかで、客観化

しようとする」<sup>9)</sup>等の積極的評価がある。他方、「立法事実の審査において、冷戦体制の崩壊等、時代の変化を考慮要素として組み込んだこと自体については肯定できるが、それならばなおさら立法を支える正当化理由が消失したとの観点から法令違憲を導くべきだろう」<sup>10)</sup>との批判、「判決の随所に、『国民の法意識』によって公務員の政治的行為の規制が基礎づけられるとする点がみられる」「ことは、ともすれば『国民の法意識』＝多数者意思の変容如何では、公務員の基本的人権がより縮減される方向へとつながりかねない論理を内包させているだけに、一層の注意が必要であろう（ただし、本件では、依然として現在の公務員がおかれている時代錯誤的な規制実態の妥当性を否定するための判断要素として、これが用いられている）」<sup>11)</sup>という指摘がある。

ウ) 本判決が、本件罰則規定の本質について、抽象的危険犯としながらも、具体的危険までの必要はないが、ある程度の危険が認められると限定解釈した点について、『『ある程度の危険』としてどのような内容が要求されるべきなのか、その基準は明示されていない」<sup>12)</sup>との指摘がある。

エ) 「委任可テゼ」について、「人事院規則への委任についても、憲法上の欠陥を指摘する判決の論理にしたがえば、少なくとも意味上の一部違憲の判断は可能だった」<sup>13)</sup>という批判がある。

オ) 「寺西テーゼ（少なくとも懲戒処分と同程度以上の要件が必要）」について、「このような法的体系性の観点からの不合理性の指摘は既になされているところであるが、法の体系性、整合性という観点が法的議論にとり重要である」、「この点に対する言及もまた、最高裁に対する『問いかけ』であると理解することもできる」<sup>14)</sup>というコメントがある。

カ) その他、全体的評価として、「本判決は、猿払事件判決当時との政治的・社会的状況の違いや国民の法意識の進展を重視し、猿払事件判決とは違った形で『合理的関連性』の基準を用いており、また、猿払事件判決が否定していないタイプの適用違憲の手法を採用している。本判決は、最高裁が猿払事件判決を先例として維持しつつ、事案の違い、時代の違いを理由に受

け入れることができるように論を進めている」,「ここには、(事実上であるにしても)最高裁判例の拘束力を前提としつつ、最高裁との対話を進め、裁判による法の発展を図ろうとする下級裁判所の努力がうかがわれる」<sup>15)</sup>,「近年の最高裁判決は、公務員の人権制約以外の様々な精神的自由を規制する法律等の合憲性を導き出すときに猿払事件判決を援用しており、猿払事件判決の影響力の復活(拡大)傾向が指摘されている。そうした最高裁判例の傾向を踏まえれば、まずは、合理的関連性の基準に準拠するという本件判決は、裁判実務からは現実的な対応であろう」<sup>16)</sup>,「法令違憲とするのが本筋だったという指摘も多いが、下級審裁判所として最大限の努力をしたこの判決の意義は、正当に評価すべきであろう」<sup>17)</sup>等の比較的好意的な評価の他,「本判決は、『付言』で日本の規制が西欧先進国に比べて過度に広範な規制になっていることや国民の法意識が変化してきていることにより『世界標準』の視点から法制度の見直しが必要になってきていることを認めながらも、自ら違憲立法審査権を行使することでこれを正すことはしなかった。全体として、合理的関連性の基準を最高裁よりも厳格な方向へ傾斜させて使おうと腐心していること、とくに間接的・付随的規制論や累積的・波及的影響論にくみしなかったことは評価できるとしても、時代遅れの最高裁判決に対して遠慮しすぎているとの感は否めない」,「表現の自由領域で使われる本来の厳格な審査基準である明確性の基準(「過度の広範性ゆえに違憲無効」のルールを含む)やLRAの基準を適用して法令違憲とすべき事例であろう」<sup>18)</sup>との批判がある。

## (11) 「必要やむを得ない程度の制約・合憲限定解釈(総合判断型)・構成要件非該当/無罪」アプローチ

### (A) 概 要

これは、前述《消 III》(8)「必要やむを得ない程度の制約・合憲限定解釈(範囲不確定型)・総合判断・構成要件該当/無罪」アプローチと同じ枠組の



アプローチであるが、事案の違いから、構成要件非該当とされ、有罪となっている。

## (B) 裁判例

(1) H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>最2判平成24年12月7日<sup>1)</sup>(堀越事件最高裁判決、以下、堀越最高裁判決と呼ぶ、刑集66巻12号1337頁、①→S-18.6.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>東京地判、②→S-22.3.29 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>東京高判)は、判断枠組において、前述《消III》(8)「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈(総合判断型)・構成要件非該当/無罪」アプローチのH-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑>最2判と同一であるが<sup>2)</sup>、本事案につき、「被告人は、社会保険事務所に年金審査官として勤務する事務官であり、管理職的地位ではなく、その職務の内容や権限も、来庁した利用者からの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、これに対し、コンピューターに保管されている当該利用者の年金に関する記録を調査した上、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、裁量の余地のないものであった」、「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」という。そして、「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ず、「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

し、検察官の上告を斥け、無罪とする<sup>3)</sup>。検察官の判例違反の主張については、「事案を異にする」として斥ける（終章参照）。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治的行為へのかなりのコミット

ア) 表現の自由としての政治活動の自由は重要な権利テーゼ

H-24.12.7-762<(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(1)ア) 参照。

イ) 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ない政治的行為は禁止されないテーゼ

H-24.12.7-762<(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(1)イ) 参照。

(2) 公務員の政治的行為制限へのかなりのコミット

ア) 全体の奉仕者・行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼は国民全体の重要な利益・その実現には公務員の職務遂行における政治的中立性が必要テーゼ

H-24.12.7-762<(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(2)ア) 参照。

イ) 公務員一律制限（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政治的行為の場合）テーゼ

H-24.12.7-762<(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(2)イ) 参照。

ウ) 禁止の対象は限られるテーゼ

H-24. 12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/ 刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(2)ウ) 参照。

エ) 白紙委任でないテーゼ

H-24. 12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/ 刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(2)エ) 参照。

オ) 懲戒処分等では対応しきれない場合も想定されるテーゼ

H-24. 12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/ 刑> 最 2 判のいう上記標題のテーゼについては、前述《消 III》(8)(C)(2)オ) 参照。

### (3) 司法哲学

このアプローチは、それなりに、積極的な司法哲学を内在させているといえる。

#### (D) このアプローチをめぐって

(1) H-24. 12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最 2 判をめぐる議論は、H-24. 12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑> 最 2 判で用いられたアプローチとともに、終章で扱う。

## (12) 「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈 (勤務外)・構成要件非該当/無罪」アプローチ

### (A) 概 要

これは、前述《消 III》(8)「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈 (総合判断型)・構成要件該当/有罪」アプローチ、前述《積 I》(11)「必要や

むを得ない限度の制約・合憲限定解釈（総合判断型）・構成要件非該当/無罪」アプローチと同様、公務員の政治的行為の規制は必要やむを得ない限度に限られ、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（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認められる）ものを指すとするが、公務員の政治的行為と職務遂行との間の牽連性（一私人・一市民としてか、勤務外か）を問うことによって構成要件を限定し（この点で合憲限定解釈と捉える）、本件の場合、構成要件に該当しないとして無罪を導くアプローチである。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットは強く、公務員の政治的行為制限へのコミットは弱い。

## (B) 裁判例

(1) H-24.12.7-957 <〔表・委〕厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑〕最2判の須藤反対意見は<sup>1)</sup>、「表現の自由に由来する政治活動の自由は重要な権利テーゼ」（後述(C)(1)ア参照）、「公務員も一国民テーゼ」（後述(C)(1)イ参照）をいう。そして、「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の維持テーゼ」（後述(C)(2)ア参照）をいい、「公務員の政治的行為の自由が」「憲法上重大な性質を有することに照らせば、その目的を達するための公務員の政治的行為の規制は必要やむを得ない限度に限られる」という。そして、「多数意見と同様に、本法 102 条 1 項の政治的行為とは、国民の政治的活動の自由が民主主義社会を基礎付ける重要な権利であること、かつ、同項の規定が本件罰則規定の構成要件となることなどに鑑み、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（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認められる）ものを指す」という。そして、「公務員の政治的行為と職務の遂行との間の牽連性（一私人・一市民としてか、勤務外か）テーゼ」（後述(C)(1)ウ参照）をいい、「公務員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とは、そのような結び付きが認められる場合を指す」とし、そのように解釈された国公法「102 条 1 項の政治的行

為」が、「必要やむを得ない規制となるか」を問う。そして、「刑罰は国権の作用による最も峻厳な制裁テーゼ」(後述(C)(1)エ参照)をいい、「信頼自体のみが損なわれたにすぎない場合は懲戒処分が必要にして十分テーゼ」(後述(C)(1)オ参照)をいい、「公務員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認められるときにその法益侵害の危険が生ずるとの考えのもとに、本法 102 条 1 項の政治的行為を上記のものと解することによって、処罰の対象は相当に限定される」<sup>2)</sup>とし、「結局、以上の解釈によれば、本件罰則規定については、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の配布は、上記の要件及び範囲の下で大幅に限定されたもののみがその構成要件に該当するのであるから、目的を達するための必要やむを得ない規制であり、「本件罰則規定は、上記の厳格かつ限定的である解釈の限りで、憲法 21 条、31 条等に反しない」とする。かくして、「被告人の本件配布行為は、政治的傾向を有する行為ではあることは明らかであるところ、被告人は、厚生労働大臣官房の社会統計課の筆頭課長補佐(総括課長補佐)で、本法 108 条の 2 第 3 項ただし書所定の管理職員等に当たり、指揮命令や指導監督等の裁量権を伴う職務権限の行使などの場面で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るといえるが、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、かつ、公務員としての地位を利用することも、公務員であることを明らかにすることもなく、しかも、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、いわば、一私人、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」、「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被告人の職務の遂行に反映する機序あるいは蓋然性について合理的に説明できる結び付きは認めることができず、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」、「したがって、被告人が」「管理職的地位にあること、その職務の内容や権限において裁量権があること等を考慮しても、被告人の本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しない」とし、1 審判決及び原判決を破棄し、被告人を無罪とすべきとする。

（2） H-24.12.7-762 <（表・委）社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>最2判の須藤意見<sup>3)</sup>は、H-24.12.7-957 <（表・委）厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑>最2判の須藤反対意見と同じ判断枠組を用い、「被告人の本件配布行為は政治的傾向を有する行為ではあることは明らかであるが、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、かつ、公務員としての地位を利用することも、公務員であることを明らかにすることもなく、しかも、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、被告人は、いわば、一私人、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」、「被告人の本件配布行為からうかがわれる政治的傾向が被告人の職務の遂行に反映する機序あるいは蓋然性について合理的に説明できる結び付きは認めることができず、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」、「したがって、被告人の管理職的地位の有無、その職務の内容や権限における裁量の有無等を検討するまでもなく、被告人の本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しない」とし、「被告人を無罪とした原判決は」、「結論において相当である」とする。

（C） このアプローチを支える思想

（1） 公務員の政治的行為への強いコミット

ア 表現の自由由来する政治活動の自由は重要な権利テーゼ

H-24.12.7-957 <（表・委）厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑>最2判の須藤反対意見は、「国民の政治的活動の自由が民主主義社会を基礎付ける重要な権利である」、「本法102条1項が政治的行為の自由を禁止することは、表現の自由の重大な制約となる」、「民主主義に立脚し、個人の尊厳（13条）を基本原理とする憲法は、思想及びその表現は人の人たるのゆえんを表すものであるがゆえに表現の自由を基本的人権の中で最も重要なものとして保障し（21条）、かつ、このうち政治的行為の自由を特に保障している」、「そのことは、必然的に、異なった価値観ないしは政治思想、及びその発現

としての政治的行為の共存を保障することを意味している」,「憲法は、自分にとって同意できない他人の政治思想に対して寛容で(時には敬意をさえ払う),かつ、それに基づく政治的行為の存在を基本的に認めないしは受忍すること,いわば『異見の尊重』をすることが望ましいとしている」という。H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>最2判の須藤意見も同旨。

イ) 公務員も一国民テーゼ

H-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑>最2判の須藤反対意見は,「当然のことながら,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」という。H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑>最2判の須藤意見も同旨。

ウ) 公務員の政治的行為と職務遂行との間の牽連性(一私人・一市民としてか,勤務外か)テーゼ

H-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑>最2判の須藤反対意見は,「公務員の政治的行為とその職務の遂行とは元来次元を異にする性質のものであり,例えば公務員が政党の党员となること自体では無論公務員の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるとはいえない。公務員の政治的行為によってその職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが生ずるのは,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)があるがゆえであり,しかもそのおそれが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となるのは,公務員の政治的行為からうかがわれるその政治的傾向がその職務の遂行に反映する機序あるいはその蓋然性について合理的に説明できる結び付きが認められるからである」,「この『結び付き』について更に立ち入って考察すると,問題



は、公務員の政治的行為がその行為や付随事情を通じて勤務外で行われたと評価される場合、つまり、勤務時間外で、国ないし職場の施設を利用せず、公務員の地位から離れて行動しているといえるような場合で、公務員が、いわば一私人、一市民として行動しているとみられるような場合である。その場合は、そこからうかがわれる公務員の政治的傾向が職務の遂行に反映される機序あるいは蓋然性について合理的に説明できる結び付きは認められない<sup>4)</sup>、「結局、この場合は、当該公務員の管理職的地位の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、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、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等にかかわらず——それらの事情は、公務員の職務の遂行の政治的中立性に対する国民の信頼を損なうなどの服務規律違反を理由とする懲戒処分の対象となるか否かの判断にとって重要な考慮要素であろうが——その政治的行為からうかがわれる政治的傾向がその職務の遂行に反映する機序あるいはその蓋然性について合理的に説明できる結び付きが認められず、公務員の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるとは認められない」、「この点、勤務外の政治的行為についても、事情によっては職務の遂行の政治的中立性を損なう実質的おそれが生じ得ることを認める多数意見とは見解を異にする」<sup>5)</sup>という。H-24.12.7-762〈(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑〉最2判の須藤意見も同旨。

#### エ) 刑罰は国権の作用による最も峻厳な制裁テーゼ

H-24.12.7-957〈(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑〉最2判の須藤反対意見は、「刑罰は国権の作用による最も峻厳な制裁で公務員の政治的行為の自由の規制の程度の最たるものであって、処罰の対象とすることは極力謙抑的、補充的であるべきことが求められる」という。H-24.12.7-762〈(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑〉最2判の須藤意見も同旨。

オ) 信頼自体のみが損なわれたにすぎない場合は懲戒処分が必要にして十分テーゼ

H-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑> 最2判の須藤反対意見は、「この公務員の政治的行為禁止違反という犯罪は、行政の中立的運営を保護法益とし、これに対する信頼自体は独立の保護法益とするものではなく、そのみが損なわれたにすぎない場合は行政内部での服務規律違反による懲戒処分をもって必要にして十分としてこれに委ねることとした」という。H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最2判の須藤意見も同旨。

## (2) 公務員の政治的行為制限への弱いコミット

ア) 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の維持テーゼ

H-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑> 最2判の須藤反対意見は、多数意見「が述べるとおり、本法102条1項の規制は、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」という。H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最2判の須藤意見も同旨。

## (3) 司法哲学

このアプローチは、かなり強い積極主義の司法哲学を内在させていると思われる。

### (D) このアプローチをめぐって

(1) H-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑> 最2判の須藤反対意見、H-24.12.7-762 <(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑> 最2判の須藤意見についてのコメントは終章で考察

する。

## βタイプ

ここに類別されるアプローチは、見られない。

## 《積極主義 II》

ここに類別されるアプローチは、見られない。

### 注

- (4) 「合憲限定解釈（範囲確定型）・構成要件該当・実質的違法性を欠く／無罪」アプローチ
- 1) 本判決は、「本本文書は」、「革新政党的候補者を推薦し、各選挙区毎に社会党、共産党の複数候補者の氏名を列記したものである」、「その内容は革新候補者らの推薦であり、確定の1人の候補者の当選を得させることを目的とするものとは認められない。その配付行為等から総合判断しても、その目的を確定の1人の当選に限定すべき特段の事情は見当たらないのであって、選挙運動のために使用する文書の頒布の禁止を免かれる行為とは認められない」という。
  - 2) 本判決は、「むしろ人事院規則14-7、4項が勤務時間外の行為をも処罰の対象とし、同14-7、6項1号に、職名、職権又はその他の公私の影響力利用を政治的行為として掲げていること」、「公職選挙法136条の2が公務員の地位利用という合理的な理由により選挙運動として政治活動を制約していること及び国家公務員法の罰則の法定刑の重いこと等の反面解釈から非管理職の公務員の地位に基づかない行為を除外する趣旨であることが窺われる」という。
  - 3) 阿部純二・判評168号（判時688号）40頁（1973）。
  - 4) 阿部照哉・判評192号（判時762号）15頁（1975）。
- (6) 「必要最小限度の制約・適用違憲／無罪、処分違法」アプローチ
- 1) 豊橋郵便局勤務の郵政事務官が、昭和42年4月28日施行の豊橋市議会議員選挙に際して、同月18日午前11時50分ごろから同日午後零時55分ごろまでの間、同市の12ヶ所に、右選挙に立候補した候補者の選挙ポスター合計20枚を画紙で貼付して掲示したとして、【5-1選挙応援・6-13文書掲示】違反で訴追された。
  - 2) 本判決は、「法律の規定は」、「合憲性推定原則に則り、可能な限り憲法の問題に即し、これと調和し得るように合理的に解釈されるべき」といい、合憲的解釈の可能

性を問うものの、「人規 14-7 は『政治的目的』と『政治的行為』の組合わせによって極めて詳細な禁止行為をかかげており、これを例えば被告人の如き銀行員と実質的に異ならないような非管理職であって、機械的労務を提供する現業公務員についてはその職務時間外の政治活動には適用されないと解釈して排除することは、あまりに人規 14-7 の規定の文言から離れすぎており、通常の常識の人間がその文言を読んで一応その内容を理解し得るように規定している犯罪構成要件の解釈としては無理があり、むしろ人規 14-7 の詳細な規定方法は限定解釈を加える余地をほとんどなくしている」、「仮にその規定文言を通常の常識人が理解する意味内容と異なって理解することを強いるとすればそれは解釈の範囲を逸脱し、裁判による新たな立法との非難を免れ」ず、「合憲の解釈をほどこす余地は極めて少ない」という。

3) 菊池高志・労判 184 号 19 頁 (1973)。

4) 高橋和之・ジュリ別冊 154 号 33 頁 (2000)。

(7) 「合理的最小限度の制約・合憲限定解釈 (ピンポイント型)・適用違憲/処分違法」アプローチ

1) 人事院規則 6 項 10 号は、「政治的目的をもって、多数の人の行進その他の示威運動を企画し、組織し若しくは指導し又はこれらの行為を援助すること」と規定する。

2) 戸波江二・ジュリ別冊 88 号 147 頁 (1986)。本コメントは、「刑罰と懲戒とで文面審査のレベルで違憲判断が異なるとしても、同じ政治的行為に対して、刑罰を科することは違憲で、懲戒処分を課することは合憲となるわけではない。下級公務員の職務外の政治活動に対して刑罰をもって規制することが違憲であるならば、同じ行為に対して懲戒処分を課することも同様に違憲でなければならない」、「つまり、刑罰に関しては、制限規定を違憲とし、あるいは限定解釈ないし適用違憲の手法によって救済が図られるのに対し、懲戒処分に関しては、政治活動の制限規定自体は合憲であっても、懲戒事由を嚴格解釈して非該当とし、あるいはそれを当該行為に適用した懲戒処分を違憲とし、あるいは裁量権の濫用と構成することによって、懲戒処分の効力が否定されるべきこととなる」という (147 頁)。

3) 大久保史郎・ジュリ臨増 743 号 14 頁 (1981)。

4) 高橋・前出《消 III》(5)注 58) 35 頁。

5) 中村博・《積 I》α(3)注 7) 230 頁。本コメントは、「メーデーを奇貨としてあるいはこれを利用して政治的行為が行われる場合もありえようし、また、メーデーの示威行進において掲げられるスローガンについては国民の注視するところでもあるから、右の行動はメーデーの中に埋没されるところか、郵便業務に従事する国家公務員が現内閣の打倒を主張しているものとしての効果が、メーデーの一行事として行われたことによって愈々国民に明確になる、とも考えることが可能である。いずれにしても、メーデーにこのような格別の意義を認めることには反対で、せいぜい、

『勤務時間外』並びに『職務関連および国の施設利用がないこと』の徴表となるにすぎない」と批判する(230頁)。

- (8) 「(真にやむをえない場合、真にやむをえない最小限度の制約)・合憲限定解釈(現実の侵害ないし侵害の具体的危険性なし)/無罪」アプローチ
- 1) 大久保史郎・法教16号78, 81頁(1982)。
  - 2) はやし・しうぞう・時法1130号60-61頁(1981)。
  - 3) 河上和雄・ひろば35巻1号42-43頁(1982)。

- (9) 「合理的で必要やむをえない限度の制約・公務員の国との権利義務関係と刑罰関係は次元が異なる・合憲限定解釈(身分に基づく行為の抽象的危険性なし)・構成要件非該当/無罪」アプローチ

- 1) 船尾・前出《消III》(7)注5)34頁。本コメントは、「抽象的危険を認定するにあたっての谷口裁判官の危険性の判断枠組みに照らすとき」、H-18.6.29-762〈(表・委)社【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布・6-13 文書配布】/刑〉東京地判, H-20.9.19〈(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑〉東京地判, H-20.9.19〈(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑〉東京地判「のそれは、予断と偏見に近い観念的な抽象的危険をもって処罰の根拠としているといわざるをえない」と批判する。
- 2) 河上・前出《積I》α(8)注3)43頁。

- (10) 「必要やむを得ない限度の制約・合理的関連性あり(修正型)・合憲限定解釈(ある程度の危険なし)・適用違憲/無罪」アプローチ

- 1) 本判決は、「この『合理的関連性』の基準については、そもそも米国の判例に由来するものであるが、経済的自由の制限に関する審査基準に適合するものであって、本件の表現の自由のように精神的自由に直結する制限規定の合憲性の判断基準としては、緩やかに過ぎて不適當であり、『より制限的でない他の選べる手段の基準(いわゆる LRA 基準)』や『明白かつ現在の危険』基準によるべきであるとする」「立場からの批判があり、また、論者によっては、猿払事件判決は、目的が正当でさえあれば、即、合理的関連性が認められるに等しいと述べているにすぎない、あるいは、国家公務員との理由のみで政治的活動を一切禁止する考え方と結果的に同一になり、合憲性の審査基準として機能していない」等の批判があることに言及するが、同基準は、「目的が正当と認められればそれだけで合憲性が認められるというものでは決してなく、実質的基準として機能し、あるいは機能し得る」、「『合理的関連性』の基準に準拠して判断することは、直ちに、猿払事件判決と全く同様の結論に至ることを意味するものではない」という。
- 2) 本判決は、「確かに」猿払最高裁判決「当時、国際的には、冷戦体制下であり、世

界的な思想的対立を背景として、我が国の基本的な政治体制や経済制度の在り方自体についても社会的意見の不一致が見られ、様々な事象にイデオロギー対立的な視点を持ち込み、一部には、暴力的ないし非合法的な手段を用いて自己の見解の実現を図る勢力が存在するなど、社会情勢がなお不安定な状況にあったとみられる」、「さらに、これらに加えて、往時、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。

- 3) 本判決は、「しかも、本規則で禁止の対象とされている6項所定の政治的行為を閲覧すると、その大半は、政治的目的をもって多数の人に働きかけ、あるいは多数の人の力を借りる行為と評価することができるものであり、そのような本規則の趣旨を前提とすると、被告人の本件各所為のように、名宛人及び場所共に126回という相当数に上る機関紙や政治的文書の配布行為であるとはいえ」、「被告人が公務員であることを明らかにしない態様で単独で行った行為について、刑事処罰をもって禁止すべき実質的な意義、すなわち実質的違法性の存在（当罰性）に対しても、疑問を抱かざるを得ない」と続ける。
- 4) 本判決は、「そもそも、合憲性審査基準としての、合理的関連性の基準の下に、禁止の目的と禁止される行為との関連性を検討するのは」、「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、有効性の度合いが明らかとなり、その禁止が必要やむを得ない限度にとどまるかどうかの判断に資するからであるが、本法、本規則が、『公務員の職種・職務権限』に無関係に、あるいは、『勤務時間の内外』を問わずに、全面的に政治活動を禁止することは、原判決のいう予防的規制という意味で」、「目的を達するに有効であることは否定できないけれども、不必要に広過ぎる面があるのではないか」と疑問を呈する。
- 5) 本判決は、「本法の採用した」「公務員制度の趣旨及び性格、とりわけ公務員の政治的中立性の原則に照らすと、公務員は、単に実際の行政運営において政治的な利害や影響に基づく法令に忠実でない行政活動を避けなければならないだけでなく、現実にもそのような行政の歪曲をもたらさなくても、その危険性を生じさせ、あるいは、国民からそのような疑惑を抱かれる原因となるような政治的性格を持つ行動を避けることが要請されている」と続ける。
- 6) 本判決は、政治的行為を禁止する目的は正当であるとする際、「仮に公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるとすれば、おのずから公務員の政治的中立性が損なわれ、その職務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

招き, その結果, 行政の中立的運営に対する国民の信頼が損なわれる危険性は否定できない, 「したがって, そのような弊害の発生を未然に防止し, 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ため, 公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為を禁止することは, 憲法の要請にこたえ, 公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するために必要な措置であって, 今日的に見ても, その目的は正当」ともいう。

- 7) 座談会 (石井和彦発言)・前出《消 III》(5)注 48) 146 頁。
  - 8) 大久保史郎・法時 82 巻 8 号 2 頁 (2010)。
  - 9) 大久保史郎・法と民主主義 453 号 30 頁 (2010)。
  - 10) 永田秀樹・ジュリ臨増 1420 号 22 頁 [平成 22 年度重判解] (2011)。
  - 11) 三宅裕一郎・法セミ 670 号 134 頁 (2010)。
  - 12) 嘉門優・立命 345=346 号 302 頁 (2012)。
  - 13) 永田・前出注 10) 22 頁。
  - 14) 上田健介・近畿ロー 7 号 148 頁 (2007)。
  - 15) 市川正人・速判解 (法セミ増刊) 8 号 26 頁 (2011)。
  - 16) 田中孝男・速判解 (法セミ増刊) 8 号 51 頁 (2011)。
  - 17) 渡辺・前出《消 III》(5)注 48) 146 頁 (2011)。
  - 18) 永田・前出注 10) 21 頁。
- (11) 「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈 (総合判断型)・構成要件非該当 / 無罪」アプローチ
- 1) 多数意見: 千葉勝美 (補足意見), 竹内行夫, 須藤正彦, 小貫芳信。意見: 須藤正彦。
  - 2) 本判決も, 世田谷最高裁判決と同一の諸判決 (《消 III》(8)注 2) 参照) を引用して, 「本件罰則規定は憲法 21 条 1 項, 31 条に違反するものではない」という。
  - 3) 本判決は, 「被告人を無罪とした原判決は結論において相当である。なお, 原判決は, 本件罰則規定を被告人に適用することが憲法 21 条 1 項, 31 条に違反するとしているが, そもそも本件配布行為は本件罰則規定の解釈上その構成要件に該当しないためその適用がないと解すべきであって, 上記憲法の各規定によってその適用が制限されるものではないと解されるから, 原判決中その旨を説示する部分は相当ではないが, それが判決に影響を及ぼすものでないことは明らか」という。
- (12) 「必要やむを得ない限度の制約・合憲限定解釈 (勤務外)・構成要件非該当 / 無罪」アプローチ
- 1) 以下, 実際の判文の叙述順を再構成している。
  - 2) 本反対意見は, 「そのおそれが実質的に生ずるとは, 公務員の政治的行為からうか



がわれる政治的傾向がその職務の遂行に反映する機序あるいはその蓋然性について合理的に説明できる結び付きが認められる場合を指し、しかも、勤務外の政治的行為にはその結び付きは認められないと解するのであるから、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場合は一層限定される」という。

- 3) H-24.12.7-957 <(表・委)厚【5-3 政党支持・6-7 機関紙配布】/刑>最 2 判が、無罪としたため、意見となっている。
- 4) 本反対意見は、「確かに、このように勤務外であるにせよ、公務員が政治的行為を行えば、そのことによってその政治的傾向が顕在化し、それをしないことに比べ、職務の遂行の政治的中立性を損なう潜在的可能性が明らかになるとは一応いえる。また、職務の遂行の政治的中立性に対する信頼も損なわれ得るであろう。しかしながら、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。そうすると、公務員の政治的行為が勤務外で行われた場合は、職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれがあるとしても、そのおそれは甚だ漠としたものであり、観念的かつ抽象的なものととどまる」という。
- 5) 本反対意見は、「念のためいえば、『勤務外』と『勤務時間外』とは意味を異にする。本規則 4 項は、本法又は本規則によって禁止又は制限される政治的行為は、『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』と規定しているところであるが、これは、勤務時間外でも勤務外とは評価されず、上記の結び付きが認められる場合（例えば、勤務時間外に、国又は職場の施設を利用して政治的行為を行うような場合に認められ得よう。）にはその政治的行為が規制されることを規定した」という。