

公務員の政治的行為をめぐる司法消極主義と積極主義 (1)

中 谷 実

I はじめに

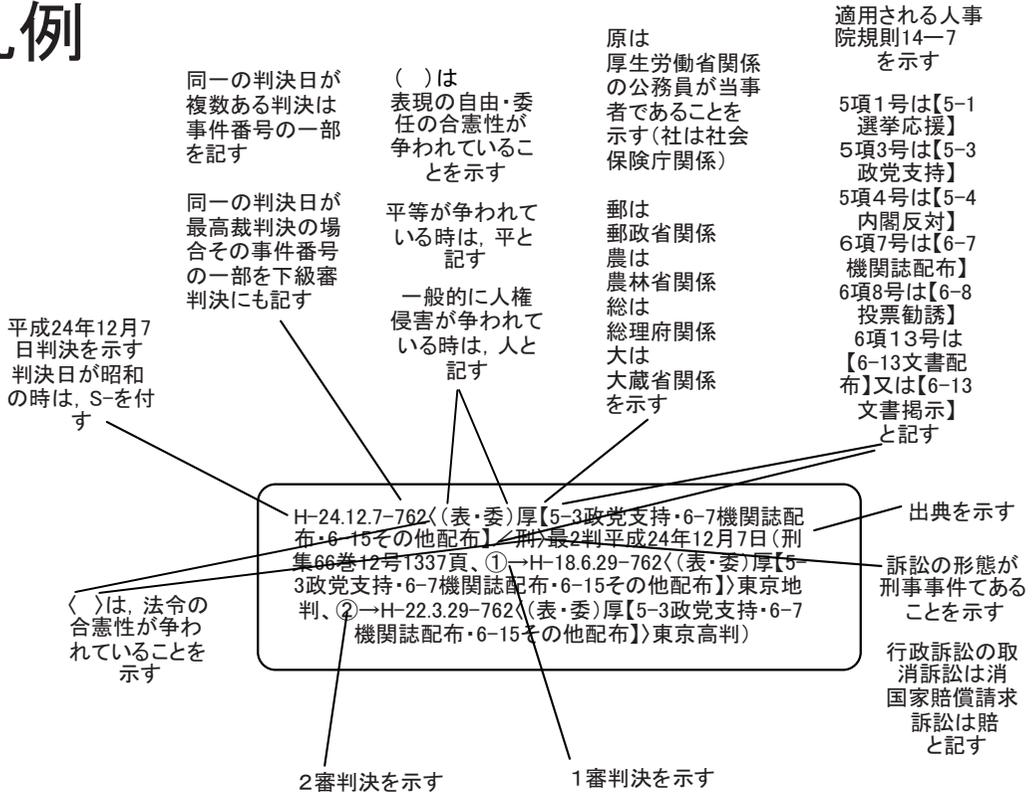
大日本帝国憲法の下、官吏制度は、天皇大権としての官制大権および文武官の任免大権¹⁾の下、勅令を以て定められた。日本国憲法は、国民主権の原理の下、15条1項は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」とし、2項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」と規定する。そして、1947年(昭和22年)、国の公務員関係に関する統一法典として国家公務員法(以下、国公法と呼ぶことがある)が公布され、同年施行された。同法102条1項は、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与してはならない。」とするのみであったが、昭和23年の国公法改正²⁾により、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」(傍点-筆者)となり、これを受けた人事院規則14-7政治的行為(昭和24年9月19日)は、「してはならない」政治的行為を種々規定する³⁾。そして、国公法110条1項19号は、「102条第1項に規定する政治的行為の制限に違反した者」に対し、罰則—3年以下の懲役又は10万円以下の罰金—を規定するほか、82条は懲戒処分—「この法律又はこの法律に基づく命令に違反した場合」「免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる」—を規定し、現在に至っている。これまで、国公法102条1項、人事院規則の制限に違反したとして罰則を科された者が刑事事件において⁴⁾、また、懲戒処分を受けた者が処分の取消訴訟や国家賠償請求訴訟において、国公法102条1項、人事院規則14-7の合憲性を争う—一般的に人権侵害をいう他、法の下での平等違反⁵⁾、表現の自由違反⁶⁾、委任の違憲の主張⁷⁾—他⁸⁾、適用の合憲性⁹⁾を争ってきた¹⁰⁾。

本稿は、公務員の政治的行為制限の合憲性が争われた事件を対象に、最高裁の多数意見、補足意見、反対意見、さらに、下級審に見られる様々な憲法判断のアプローチを、筆者の消極主義、積極主義の枠組¹¹⁾をもって整理・分析し、さらに、各アプローチを支えていると思われる思想や司法哲学¹²⁾を抽出するとともに学説の対応¹³⁾も検討しようとするものである(本稿では、平等違反、表現の自由違反、委任の違憲等、性格の異なる論点を同一次元で扱っている。それは、これらの論点の深部には、公務員の全体の奉仕者性、政治的中立性をどのように考えるかという共通の論点が存在すると考えるからである)。

公務員の政治的行為制限の限界を扱う本分野は、公務員の労働基本権制限の合憲性を争う分野とともに、昭和40年前後から合憲限定解釈や適用違憲のアプローチを生み出しており、憲法訴訟の

大きなフィールドとなったこと、本分野には批判の多かった猿払事件最高裁判決が存在したこと¹⁴⁾、そして、この猿払判決と近年の最高裁による2判決との整合性が議論されていること¹⁵⁾等において注目される。本稿は、憲法訴訟の全体像を捉えようとする筆者の研究の一部をなすものである。

凡例



II 消極主義のアプローチ

《消極主義Ⅰ》

ここに類別されるアプローチは、見られない。

《消極主義Ⅱ》

ここに類別されるアプローチは、見られない。

《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

(A) 概要

これは、人事院規則 14-7 が法律によらないで人権を制限するものであるから無効であるとの被告人の主張について、国公法の授權の仕方は限定を付しており、国公法の委任を受けて制定された人事院規則は、同法内のやむを得ない制限である（国公法自体の制限もやむを得ない制限とみていると思われる）として斥けるアプローチである。なお、以下で見る、S-33.6.30 〈(委・平) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉熊本地判では平等の論点も争われ、不合理な差別でないとしてされている。このアプローチは、公務員の政治的行為にある程度コミットするが、公務員の政治的行為制限へのコミットは、より強い。

(B) 裁判例

- (1) S-32.8.6 〈(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉福岡高宮崎支判昭和 32 年 8 月 6 日¹⁾ (刑集 12 卷 7 号 1282 頁, ③→S-33.5.1 〈(委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉) は、人事院規則 14-7 は憲法の保障する国民の基本的な人権を法律によらないで制限するものであるから、無効であるとの被告人の主張に対し、「人権保障テーゼ」（後述 (C) (1) ア参照）をいいつつも、「全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ」（後述 (C) (2) ア参照）をいう。そして、国公法 102 条 1 項が「人事院規則に委任した『政治的行為』は無制限ではあり得ないテーゼ」（後述 (C) (1) イ）参照）をいい、「人事院規則で定め得べき『政治的行為』は右法条に例示的に定められた程度に一定の限界があり、その程度の限界の定め方は、全体の奉仕者である国家公務員が中立性を維持する上からいって、やむを得ない制限であって、その制限をもって、直ちに憲法の保障する基本的な人権をじゅうりんするものということとはできない。更に、人事院規則 14-7 をみれば、それには裁判所法第 52 条所定のような抽象的規定をおかず、特定の『政治的目的』、特定の『政治的行為』とそれぞれ列挙し、右列挙された『政治的目的』と『政治的行為』を禁止することは、国家公務員の中立性を保持し、公共の福祉を満足するに最小限のものとして認められるから、人事院規則の右規定は、いずれも国家公務員法第 102 条第 1 項の精神に合致し、その内容をなしているので、その授權の方法は、右委任事項に関する限り適当であり、何ら授權の範囲を逸脱していない」、「国家公務員法第 102 条第 1 項が憲法に違反しない以上、人事院規則 14-7 は実質的にも、形式的にも何ら憲法に違反する無効のものでないから、原判決が右規則を適用したのは相当であり、原判決には所論のような法令の適用に誤りはない」として控訴を棄却する。
- (2) S-33.6.30 〈(人・委・平) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉熊本地判昭和 33 年 6 月 30 日²⁾ (下刑 1 卷 6 号 972 頁) は、国公法第 102 条が政治的行為の内容を人事院規則に委任していることは、白地立法であり、しかも、思想、表現の自由を禁止したもので、基本的な人権を害し、憲法に違反する無効の規定であるとの被告人の主張について、「人権保障テーゼ」（後述 (C) (1) ア）参照）、「全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ」（後述 (C) (2) ア）参照）、「人事院規則に委任した『政治的行為』は無制限ではあり得ないテーゼ」（後述 (C) (1) イ）参照）をいい、「その限界の定め方は、国民全体の奉仕者である国家公務員が中立性を保持する上からいって止むを得ない制限である」、「されば、その制限をもって、直ちに憲法の保障する思想、表現の自由を禁止し、基本的な人権をじゅうりんするものということとはできない」、「更に、人事院規則 14-7 の規定をみれば、それには裁判所法第 52 条所定のような抽象的規定をおかず、特定

の『政治的目的』, 特定の『政治的行為』と, それぞれ具体的に列挙され, 右列挙された『政治的目的』と『政治的行為』とを禁止することは, 国家公務員の中立性を保持し, 公共の福祉を満足するに最小限のものと認められる, 「してみれば人事院規則の右規定は, いずれも, 国家公務員法第 102 条第 1 項の精神と合致し, その内容をなしている, その授権の方法は右委任事項に関する限り適当であり, 何ら授権の範囲を逸脱していない, 「国家公務員法第 102 条第 1 項の規定は, 憲法の基本的人権乃至罪刑法定主義を定めている規定に違反するものでなく, 従ってまた, 人事院規則 14-7 の規則も右国家公務員法第 102 条第 1 項の精神に合致し, その内容をなしている以上, 実質的にも形式的にも憲法に違反する無効のものということとはできない」とする。法の下における平等の原則に反するとの主張については, 「公共企業体の職員に比較し, その処遇において多少の差異があっても」「そのことは」「国家公務員の特殊的性格からいつて憲法自体が既に予定しているところである。それで, 郵政省の職員に対する政治的行為の禁止は, 他の国家公務員と同様, 人種, 信条, 性別, 社会的身分又は門地により差別するものでないことは勿論, その政治的行為を禁止したとしても, その一事をもって, 直ちに, 公共企業体の職員に比し, 特に不合理な差別待遇を加えたものということもできない, 「公共企業体等労働関係法規の適用を受ける郵政省の職員に対する政治的行為の禁止は, 同じ同法規の適用を受ける公共企業体の職員と異なり, 国家公務員たる特殊的性格からきたものであり, 憲法第 14 条に違反しないとして有罪とする。

(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ある程度のコミット

ア) 人権保障テーゼ

S-32.8.6 <(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 福岡高宮崎支判は, 「国民の基本的人権は, もとより憲法の保障するところ」という。S-33.6.30 <(委・平) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 熊本地判も同旨。

イ) 人事院規則に委任した「政治的行為」は無制限ではあり得ないテーゼ

S-32.8.6 <(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 福岡高宮崎支判は, 国公法 102 条 1 項によると, 「国家公務員の『政治的行為』は一切禁止する趣旨でないことは自ら明らかであるが, 他面, 右法条により人事院規則に委任した『政治的行為』は無制限ではあり得ない」という。S-33.6.30 <(人・委・平) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 熊本地判も同旨。

(2) 公務員の政治的行為制限への強いコミット

ア) 全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ

S-32.8.6 <(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 福岡高宮崎支判は, 「元来, 公務員は, 全体の奉仕者であるから, 一般国民に比べ, その政治的行動につき制約を受ける場合のあることも, また, 憲法の予期するところである, 人事院規則の「程度の限界の定め方は, 全体の奉仕者である国家公務員が中立性を維持する上からいつて, やむを得ない制限であって……」という。S-33.6.30 <(人・委・平) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 熊本地判は同旨をいうとともに, 平等の論点を論じる時, 「日本国憲法第 15 条第 2 項は『すべて公務員は, 全体の奉仕者であって, 一部の奉仕ではない』旨規定している。これは, 国家公務員の勤労関係の相手方である使用者は, 表面は政府であるが, その実質は国民全体であることは, 憲法第 15 条第 1 項の『公務員を選定し及びこれを罷免することは, 国民固有の権利である』旨の規定に照らし自ら

明らかなどころである。しかも、使用者である国民全体と国家公務員とは信託奉仕の関係にあって、企業体におけるように、単なる労使対等の取引関係にはない、「従って、国家公務員が、その政治的行為につき制限を受けるのは、右のように、その国家公務員としての特殊的性格からいって、憲法自体が既にこれを予定している」、「それ故、国家公務員法も憲法第15条の規定に基き、その第96条の第1項をもって『すべて職員は、国民全体の奉仕者として、公共の利益のために勤務し、且つ、職務の遂行に当っては、全力を挙げてこれに専念しなければならない』旨その職務の根本基準を定めた所以である」という。

(3) 司法哲学

表面にでていないが、このアプローチには、立法府尊重の司法哲学（拙著第1章Ⅱ注12）参照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-32.8.6 <(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑> 福岡高宮崎支判が、人事院規則の規定が法律による授権の範囲を逸脱していないことに言及していることについて、「慎重な判断過程が述べられている」、「受任命令が法律による授権の範囲内のものであらねばならぬという当然の法理は、その前提として、授権法律における委任範囲の明確さを要求する」、本「判決は法102条による委任範囲明確化の努力をしている」、「授権法律は委任にあたって、受任命令制定にあたって『知覚しうる基準』『目的』『標識』を示す要はないかという問題がある」、本「判決が、委任そのものの合憲性判断のためではなかったとはいえ、この探究をやっているのは興味ぶかい」³⁾とのコメントがある。

(2) 「合理的根拠あり・委任は合憲／有罪」アプローチ

(A) 概要

これは、国公法の制限は憲法14条に違反するという被告人の主張について、合理的根拠にもとづくもので公共の福祉の要請に適合するとして合憲とし（以下で扱う、S-33.5.1 <(委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑> 最1判では、憲法14条違反が争点となっていないが、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ので同一のアプローチとして扱う）、また、人事院規則は国公法により委任せられた範囲を逸脱していないとして合憲とし（国公法の人事院規則への委任自体の合憲性については明確な記述がないが合憲であることを前提としていると考えられる）、有罪を導くアプローチである（S-33.3.12 <(定) (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> 最大判では、委任の合憲性は争われていない）。このアプローチの公務員の政治的行為へのコミットは弱く、公務員の政治的行為制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

(1) S-33.3.12 <(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑> 最大判昭和33年3月12日¹⁾（刑集12巻3号501頁）は、一般職への政治的行為の制限が一般国民と差別した処遇であるとの被告人の主張について、「全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ」（後述（C）（2）ア）参照）をいい、「国家公務員法102条が一般職に属する公務員について、とくに一党一派に偏するおそれのある政治活動を制限することとした理由であって、この点において、一般国民と差別して

処遇されるからといって、もとより合理的根拠にもとづくものであり、公共の福祉の要請に適合するものであって、これをもって所論のように憲法 14 条に違反するとすべきではない」として上告を棄却する。内閣総理大臣、国務大臣のように政治的行為の制限を受けていない特別職に属する公務員との間にある差別の主張についても「特別職テーゼ」（後述 (C) (2) イ 参照）をいい、斥ける。

- (2) S-33.4.16 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最大判昭和 33 年 4 月 16 日²⁾ (刑集 12 卷 6 号 942 頁) は、国公法 102 条 1 項は、憲法 14 条に違反するとの被告人の主張について、「全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ（後述 (C) (2) ア 参照）」をいい、「国家公務員法 102 条が一般職に属する公務員について、とくに一党一派に偏するおそれのある政治活動を制限することとした理由であって、この点において、一般国民と差別して処遇されるからといって、もとより合理的根拠にもとづくものであり、公共の福祉の要請に適合するものであって」、「憲法 14 条に違反するとすべきではない」とし、また、最大判昭和 28 年 4 月 8 日（裁判集 7 卷 4 号 775 頁）を援用し、憲法 28 条違反でないとし、上告を棄却する。
- (3) S-33.5.1 〈(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最 1 判昭和 33 年 5 月 1 日³⁾ (刑集 12 卷 7 号 1272 頁, ②→S-32.8.6 〈(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉福岡高宮崎支判) は、人事院規則 14-7 が日本国憲法第 11 条が侵すことのできない永久の権利として国民に保障する基本的人権を蹂躪するゆえ無効であり、国家公務員の政治的行為の制限は裁判官に対する政治運動等の禁止の裁判所法第 52 条の如く法律をもって行うことが憲法 31 条の要請するところという被告人の主張について、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、「人事院規則は、右国家公務員法 102 条 1 項に基き、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」、「実質的に何ら違法、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家公務員法の規定によって委任された範囲を逸脱した点も何ら認められず、形式的にも違法ではないから、憲法 31 条違反の主張はその前提を欠く」とし、上告を棄却する。
- (4) S-35.11.30 〈(平・表・委) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉熊本簡判昭和 35 年 11 月 30 日⁴⁾ (下刑集 2 卷 11・12 号 1488 頁) は、国公法 102 条 1 項は憲法 14 条、21 条に違反するとの被告人の主張について、「全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ」（後述 (C) (2) ア 参照）をいい、「国家公務員法第 102 条第 1 項が一般職に属する国家公務員につき、とくに一党一派に偏するおそれのある政治活動を制限することとしているのは右理由に基くものであって、この点において一般国民と差別して処遇せられるからといってもとより合理的な根拠に立脚するものであり、公共の福祉の要請に適合するもので、憲法第 14 条、第 21 条に違反するものとはなしえない」という。人事院規則 14-7 5 項 6 項は憲法（ことに 31 条）に違反するとの主張について、「人事院規則 14-7 は右国家公務員法第 102 条第 1 項に基いて一般職に属する国家公務員の」「職務に照し必要と認められる政治的行為の制限を規定したもので実質的に憲法に違反する点は認められず、さらに右規則には国家公務員法により委任せられた範囲を逸脱した点も認められないから形式的にも違法でなく、憲法第 31 条違反の主張はその前提を欠く」として有罪とする。

(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弱いコミット

公務員の人権にコミットする記述は見られない。

(2) 公務員の政治的行為制限への強いコミット

ア) 全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ

S-33.3.12 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最大判は、「およそ、公務員はすべて全体の奉仕者であって、一部の奉仕者でないことは、憲法 15 条の規定するところであり、また行政の運営は政治にかかわりなく、法規の下において民主的且つ能率的に行われるべきものであるところ、国家公務員法の適用を受ける一般職に属する公務員は、国の行政の運営を担任することを職務とする公務員であるから、その職務の遂行にあたっては厳に政治的に中正の立場を堅持し、いやしくも一部の階級若しくは一派の政党又は政治団体に偏することを許されないものであって、かくしてはじめて、一般職に属する公務員が憲法 15 条にいう全体の奉仕者である所以も全うせられ、また政治にかかわりなく法規の下において民主的且つ能率的に運営せらるべき行政の継続性と安定性も確保されう」という。S-33.4.16 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最大判、S-33.5.1 〈(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最 1 判は同旨。S-35.11.30 〈(平・表・委) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉熊本簡判は、公務員の政治的中立性という言葉は用いないが同旨。

イ) 特別職テーゼ

S-33.3.12 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最大判は、内閣総理大臣、国務大臣等の「特別職に属する公務員は、その担任する職務の性質上、その政治活動がその職務となら矛盾するものでないばかりでなく、かえって政治的に活動することによって公共の利益を実現することをも、その職分とする公務員であって」、「政治と明確に区別された行政の運営を担当し、この故につよくその政治的中立性を要求されるに一般職に属する公務員とは著しくその性質を異にするものであるから、右のごとき差別は、また、合理的根拠にもとづくものであり、公共の福祉の要請に適合する」という。S-33.4.16 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最大判も同旨。

(3) 司法哲学

表面にでていないが、このアプローチには強い立法府尊重の司法哲学（拙著第 1 章 II 注 12）参照）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-33.3.12 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最大判は、一般職公務員の政治的行為の制限を合理的根拠にもとづくものとした。この点、「公務員の政治的行為の制限については、基本的には第一に公務員の一市民としての立場と、第二にその政治的中立性の確保の立場との、二つの相対立する要求から考えられねばならぬ」、「問題は、アメリカのハッチ法」「の運用などに比べて、また、日本のような官僚制の過剰に苦しむ現在の制度的環境において、そのような方法での、またそのような程度の制限が、一般職国家公務員の本質的性格からして、必要かつ妥当なものであり、それだけの『合理的な根拠』や『公共の福祉の要請』に適合するといえるかどうか、にある。この点について結論的にいうならば国家公務員法 102 条は」、「公務員の政治的中立性への傾斜を、公務員の市民的立場の軽視において、立法化した嫌いがある。たし

かに一般職公務員は、『かえって政治的に活動することによって公共の利益を実現することをもその職分とする』特別職公務員とも、政治的中立性の要請とは無関係の一般国民とも異なる。そうして、この場合一般職公務員について、『政治的中立性』とか『全体の奉仕者であって一部の奉仕者ではない』憲法 15 条 2 項という理由づけは一応、正当であるが、むしろ、その理由はその担当する職務の内在的性格そのものに求めるべきであろう⁵⁾とのコメントがある⁶⁾。

- (2) S-33.4.16 〈(平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最大判も、国公法 102 条の定める一般職の国家公務員の政治的行為の制限は憲法 14 条に違反しないとした。本判決について、「この判決は、同種の事件に関する」S-33.3.12 (平) 農【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑〉最大判「とともに、この問題に関する確定した判例となっているものといえよう。本件判決の大きな特色として」、「第 1 に、判旨は、一般職の公務員の政治的活動がなんらかの制限に服すべきことの一般的理由を述べるにとどまっていること、そして第 2 に、判旨には、少なくとも文面上、公務員の政治的活動の制限は必要最小限度にとどまるものでなければならないという考慮が窺えないということである。この 2 点は、不可分の関係にあるといえよう。一般職の公務員が、その政治的活動についてなんらかの制限に服すべきことは一般に承認されるであろう。そしてその理由として判旨の述べているところにおよぶものであって、しかもこれらの制限規定の違反に対しては、重い刑罰が科せられることになっている。判旨の理由が一般論としては是認されとしても、それによってただちに、右のような現行法の制限規定がすべてそのまま是認されとすることには問題がある。けだし、これらの規定によって公務員に禁止された行為は、ほとんどすべて憲法 21 条の保障する表現の自由の自由の属するものであり、そして公務員も同時に市民として、原則としてこれらの自由を享受しうべきものであるとすれば、これに対する制限は、判旨のいう『政治的中立・中正』を確保するための必要最小限度にとどまるものでなければならないことが当然に要請されるであろう。そして公務員の政治的行為の制限が右のように必要最小限度にとどまるものでなければならないとすれば、現行法規による諸制限がこの限度をこえるものでないかどうかを個別的に検討しなければならないであろう」⁷⁾とのコメント、「この判決が一般職に属する公務員の地位・性質について述べているところは、『特別権力関係』という概念を用いてはいないが、国家公務員法 102 条による政治的行為の制限が公務員関係の性質から見て右の合理的な必要の限度内にあるものであることを示そうとしたものといえよう」、「本件では上告論旨が憲法 14 条の問題として主張されているので、判旨も一般職の公務員と一般国民との差別的取扱も、『合理的根拠にもとづくもの』であることを述べている。『法の下での平等』も絶対的・無制限な平等を意味するものではなく不合理な差別を禁止するもの、従って合理的な差別は許されるものであるということは、学説・判例においても一般に承認されているところである。ただ、問題は、個々の場合に、その差別が果たして合理的かどうかにあるわけであり、従って一般職の公務員の政治的行為の制限についても、その合理性の論証が必要なのであるが、この判決」「は、この点について、いわば教科書的・概説的ではあるが、最高裁判所が最も詳細にその見解を示した判決である。しかし国家公務員法 102 条と人事院規則 14-7 が公務員の政治活動を広汎かつ一律に厳しく制限している点については、当初から違憲論があり、個別的・具体的に、たとえば職務上の行為と職務外の行為、勤務時間内の行為と勤務時間外の行為、職務の性質上の相違等を考慮し、これらに応じて制限の程度と範囲を検討すべきだとする主張が強く主張されていた。この立場からは、この判決」「は『全体の奉仕者』『公務員の政治的中立性』『公共の福祉』など一般的・抽象的理由を挙げるの

みであり、十分でないとの批判を免れない」、人事院規則への委任について、「この判決では論点とされていないが、国家公務員法 102 条の合憲性については、むしろ、同条 1 項が禁止さるべき政治的行為をほとんど包括的に、人事院規則に委任している点が問題とされるべきである」という批判がある⁸⁾⁹⁾。

- (3) S-33.5.1 <(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑> 最 1 判は、国公法 102 条の委任の仕方を合憲とした。この点、「このような委任の仕方について、学界は、批判的であったが」、[下級審は、一般に、合憲としていた。本判決は、最高裁が、規則 14-7 について、形式的にも違法・違憲でないことを判示した点で、注目すべきものであるとされている。しかし、判旨を見れば分かるように、この判決は、結論だけを簡単に述べるだけで、何故そのような結論になるのかについては、全く理由らしいものが示されていない]、「人事院の性格や位置づけからくる特殊性の問題を除けば、人事院規則への委任の理論は、通常の行政立法への委任一般の問題と基本的には同じものと見てよい。本件最高裁判決は、むしろ一般理論の見地から、白紙の委任を合憲とした点で、注目すべき¹⁰⁾とするコメント、本「事件の上告論旨は、政治的行為の制限が法律によるものでないことを攻撃するにとどまり、判旨は、当該人事院規則が『国家公務員法 102 条 1 項の委任に基き制定せられたものであること、および『国家公務員法の規定によって委任された範囲を逸脱した点は何ら認められ』ないことを有効理由とした。委任先が『片々たる人事院規則』であることについて何も述べられていないが」、最大判昭和 25 年 2 月 1 日(刑集 4 巻 2 号 73 頁)での最高裁の態度「からみて、それはなんら特別の考慮を要するものでないとしての所論であることが推察される。人事院規則の規定が法律による授権の範囲を逸脱していないことは、それが有効であるために不可欠の条件である。上告論旨においてこの点が争われていないために判旨はその判断の結論を述べるにとどまっている」、「受任命令が法律による授権の範囲内のものであらねばならぬという当然の法理は、その前提として、授権法律における委任範囲の明確さを要求する。が、この点についての最高裁の態度は、さまで峻厳ではない」、原審判決、S-32.8.6 <(人・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑> 福岡高宮崎支判は、「法 102 条による委任範囲明確化の努力をしているが、その委任範囲は、不明確というべきほどのものではない」、「法 102 条の委任については、包括性を理由として合憲性に疑いを示す論者」も存した。このような基準からの判断は所詮匙加減の問題であるが、右 102 条は、本件原審判決のように厳格解釈をあたえられるべきもので、いかなる『政治的行為』をも自由に制限することを委任したものではないから、違憲とするに及ぶまい¹¹⁾」とのコメントがある。

(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

(A) 概要

これは、国公法の制限は表現の自由を侵害するとの被告人の主張に対し、必要最少限度の制約にとどむべきとしながら、問題とされている行動を放任した場合の利益及び弊害とこれを禁止した場合の利益及び弊害とを比較衡量して合憲とし、また、委任の合憲性については、違憲の疑いがあるとするが、制定された人事院規則の正当性をいうことによって合憲とし、有罪を導くアプローチである。このアプローチは、公務員の政治的行為にかなりコミットするが、最終的には公務員の政治的行為制限により強くコミットする。

(B) 裁判例

- (1) S-44.6.14 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京地判昭和 44 年 6 月 14 日¹⁾ (判時 566 号 3 頁, ②→S-47.4.5 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京高判, ③→S-49.11.6 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 最大判)は, 被告人の主張²⁾³⁾のうち, 国公法 102 条 1 項は表現の自由を侵害するとの主張については, 「公共の福祉テーゼ」(後述 (C) (2) ア) 参照), 「全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ」(後述 (C) (2) イ) 参照)をいうとともに, 「組合の選挙活動をする利益は否定できないテーゼ」(後述 (C) (1) イ) 参照), 「一市民としての生活テーゼ」(後述 (C) (1) ウ) 参照)をいい, 「表現の自由のなかでも選挙活動の自由が最も尊重されなければならない, 公共の福祉のためにこれを制約するについては, それだけの合理的な理由があることを要しかつ必要最少限度の制約にとどむべき」であり, 「当裁判所としては, 具体的には, 問題とされている行動を放任した場合の利益及び弊害とこれを禁止した場合の利益及び弊害との比較衡量の上においてこれを決すべきものと考えるが, 具体的な本件の場合, ひとしく憲法の条文である憲法第 21 条と同第 15 条第 2 項との関係として問題が提起されているわけであるから, この点を加えて検討する」という。そして, 「本件で具体的に問題になっているのは, 特定の政党または特定の候補者のための選挙活動であり, それ自身が公務員の中立性に反する行為であることは肯認されるとしても, それが刑罰の制裁をもってまで規制されなければならない違法な行為であるか否か」の検討において, 「懲戒処分のほかには刑罰の制裁を科することは合理的な理由に乏しいテーゼ」(後述 (C) (1) エ) 参照), 「職務権限多様性テーゼ」(後述 (C) (1) オ) 参照)をいうものの, 最終的には, 「行政の公正な運営テーゼ」(後述 (C) (2) ウ) 参照), 「公務員一律制限テーゼ」(後述 (C) (2) エ) 参照), 「累積効果テーゼ」(後述 (C) (2) オ) 参照)をいい, 「その弊害を避けるために憲法第 15 条第 2 項の規定による要請として憲法第 21 条の保障する表現の自由にある程度の規制を加えることは, 合理的な理由のないことではなく, 右弊害が軽視できない程度のものであり, 公職選挙法違反の点について, 「現行法の下においても公務員またはその組合に容認されている選挙活動の程度等をも合わせ考えれば, 少なくとも, 本件についてその適用をみることになる」 「規定の程度の規正は必要最少限度の規制に属するものというべく, さらにそれが一般国民にかかわる問題であって行政官庁の単なる内部事項として処理さるべき事柄ではないことをも考え合わせれば, その違反行為に対し刑罰の制裁をもってのぞむことも理由のないこととはいえない」という。公訴棄却の申立も斥け, 有罪とする⁴⁾⁵⁾。委任の合憲性については, 「公務員がその政治的行為を規制されることは, 公務員の基本的人権にかかわることであるから, 本来, 法律自体がその中において明確に規定すべき事柄であり, その規定を包括的に人事院規則に委ねることは, 人事院の特殊性格を考慮に入れても望ましいことではなく, むしろ違憲の疑いがある」というものの, 「本件に適用される人事院規則 14-7 の第 5 項第 1 号及び第 6 項第 13 号中文書配付に関する規定の結合よりなる行為の如きが国公法第 102 条にいう政治的行為の代表的なものとみられ, 「これが人事院規則をもって規制されることは国公法第 102 条自体の当然に予想したことであるということが出来るから, 右各規定に関する限りは, 違憲な委任によるものということとはできない」とし有罪とする。

(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かなりのコミット

ア) 表現の自由の重要性テーゼ

S-44.6.14 〈(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】／刑〉東京地判は、公職選挙法 146 条 1 項、243 条 5 号が憲法 21 条に違反するかの判断において、「我国のように議会制民主主義を採る国において、表現の自由、とくにその中でも言論、文書による選挙活動の自由が重要なものである」という。

イ) 組合の選挙活動をする利益は否定できないテーゼ

S-44.6.14 〈(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】／刑〉東京地判は、組合の統制権の限界に関する最大判昭和 43 年 12 月 4 日（刑集 22 卷 13 号 1425 頁）を援用し、「労働組合は、一般的には、対使用者との関係においてその経済的地位の向上を図るものであるが、現実の政治、経済、社会機構の下においては、対使用者との交渉にこれを求めるだけでは十分でないため、その目的をより十分に達成するための手段として、その目的達成に必要な政治活動や社会活動を行うことを妨げられるものではなく、地方議会議員の選挙にあたり、その利益代表を議会に送りこむための選挙活動をすることもできることは、私企業の労働組合の行動について結論を出すための前提としてではあるが、最高裁判所によっても是認されている」という。

ウ) 一市民としての生活テーゼ

S-44.6.14 〈(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】／刑〉東京地判は、「国家公務員は、その自由な意思に基づき承諾によって国との間に雇傭関係を持つようになった者ではあるが、国家公務員としての生活のほかは一市民としての生活を有し、一市民としてその生活利益を追求することができなければならない。これを選挙に即していえば、自分の利益に合致する候補者を当選させることについて利害関係を有するものとしなければならない。本件の場合、被告人らは国家公務員であり、その労働条件等は、法律等により国との関係において定められているのに対し、問題となった選挙は東京都議会議員選挙であるから、これに対しては、いずれかといえば、国家公務員の組合としてよりも、一市民としての立場において有する利害関係の方が大きいと考えられるが、組合といっても、その構成員の一部に東京都以外の居住者もないではないにしても、その大部分の構成員が」本件「選挙に利害関係のある市民、すなわち都民である集団には違いないし、集団は集団として都政に対し共通の利害を有することが考えられるほか、独自の有効な選挙活動の手段、方法を有することも考えられるのであるから、国家公務員の組合員であるからといって」本件「選挙について組合が選挙活動をする利益を有することは否定できない」という⁶⁾。

エ) 懲戒処分ほかに刑罰の制裁を科することは合理的な理由に乏しいテーゼ

S-44.6.14 〈(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】／刑〉東京地判は、「公務員の保護という考慮も働らいているものとすれば、そのような選挙活動等をした者に対し、懲戒処分のほかに刑罰の制裁を科することは、合理的な理由に乏しい」という。

オ) 職務権限多様性テーゼ

S-44.6.14 〈(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】／刑〉東京地判は、「選挙活動に職務上の不公平で差別的な扱いをすることを結び付けて考える立場を採るとすれば、何よりも問題となるのは当該公務員の職務権限であり、裁量権限のある者は一応よしとしても、単なる機械的事務、労務に従事する下級の公務員は原則的には問題にならない」という。

(2) 公務員の政治的行為制限への強いコミット

ア) 公共の福祉テーゼ

S-44.6.14 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京地判は、公職選挙法による文書頒布規制の合憲性を判断する脈絡において、「表現の自由、とくにその中でも言論、文書による選挙活動の自由が絶対的なものではなく、公共の福祉の観点から制約される場合のあることは憲法第13条の規定するところである」という。

イ) 全体の奉仕者・公務員の中立性テーゼ

S-44.6.14 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京地判は、S-33.3.12 <(平) 農【5-1 応援・6-8 投票勧誘】/刑> 最大判を援用し、「公務員の政治活動を規制処罰するこれらの規定は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』とする憲法第15条第2項の規定にその根拠を有するものとされている」、「憲法第15条第2項の前段にいう『全体の奉仕者』の意義について、いろいろな論議のあることは、周知のとおりであるが、それはとも角として、その後段の『一部の奉仕者ではない』という規定が、なんらの意味もない規定ではなく、少なくとも、これが公務員の中立性を宣したものであり、一党一派の奉仕者であってはならないという意味を有していることは否定できない。そして、どのような行為が一党一派の奉仕者である行為にあたるかと考えた場合、公務員がその職務を執行するにあたって、一党一派のために、その地位、権限を利用して、法律その他によって定められている基準を超えてその利益をはかること及び政治活動としては、公務員として特定の政党または特定の候補者のために選挙活動をすることが、その代表的なものとしてこれにあたることは恐らく異論のないところである」という。

ウ) 行政の公正な運営テーゼ

S-44.6.14 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京地判は、「公務員が」本件での「ような選挙活動をすることは、一般国民に対し、その公務員が勤務する行政官庁が特定の政党とつながりを有するのではないかとの疑惑をもたせ、ひいては当該官庁の行政の公正な運用について一般的に不安、不信を抱かせる」という。また、「総理府統計局は、要するに、国その他地方公共団体等の施策樹立の基礎となる統計の仕事を管掌するところであって、一般国民の側がそれに期待するところのものは客観的真実を伝える統計であり、客観性、中立性を要請されている行政官庁であるというに妨げはなく、そこに勤務する公務員が特定の政党または特定の候補者のために選挙活動をすることは、一般国民の側に上述の意味における不安、不信等を抱かせるに足りる官庁である」ともいう。

エ) 公務員一律制限テーゼ

S-44.6.14 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京地判は、「職務権限多様性テーゼ」(前出(C)(1)オ)参照)に言及するものの「重要なのは、むしろ当該公務員の勤務する行政官庁全体の性格であって、個々の公務員の担当職務が、大なり小なりの裁量権限のあるものかそれの全くない機械的事務であるかどうかは重要ではなく、ことに実際に行なわれる選挙活動の内容、程度とも不可分のことであってみれば、下級の公務員についても、これを考慮の外におくことは、直ちには是認できないことである」という。

オ) 累積効果テーゼ

S-44.6.14 <(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】/刑> 東京地判は、「本件で問題となっているのはたまたま文書の配付であり、それだけをとって考えれば、左程重視すべきことではな

いと論もあり得るであろうが、選挙活動はひとり文書の配付にとどまるものではなく、いろいろな態様のものがあり得るわけであって、たとえば公務員が主催して特定の政党、候補者のための公開の演説会を開催することも可能であること、公務員中一の政党の支持者ができることは他の政党の支持者においてもできなければならないこと、全国的にもあらゆる行政官庁の公務員においてできることであること、各種選挙の度にその効果が累積されていくこと等を考え合わせると、公務員の選挙活動を放任した場合、そのことが行政官庁の公正な運営について一般的に国民に与える不安、不信任等は、軽視することのできないものがある」という。

(3) 司法哲学

このアプローチには、やはり、立法府尊重の司法哲学（拙著第1章Ⅱ注12）参照）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-44.6.14 〈(表・委) 総【5-1 選挙応援・6-13 文書配布】／刑〉東京地判について、「公選法146条1項による文書の規制が、その違反に対する刑事制裁をふくめて、合理的な理由に基づく必要最小限度の範囲を超えるものでないとするのは、法益の比較衡量において、国民主権下の選挙運動における国民の表現の権利の重要性を正当に評価していないためであるように思われる」⁷⁾とのコメントがある。

(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

(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ついて、必要最少限度の制約であって、制限が著しく不合理でないとして合憲とし、また、委任が違憲という主張も斥け、有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弱く、公務員の政治的行為制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

(1) S-49.6.28 〈(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉高松地判昭和49年6月28日¹⁾（判時747号46頁、②→S-54.1.30 〈(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉高松高判、③→S-56.1.22 〈(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉最1判は、国公法、人事院規則の各規定はいずれも憲法21条、31条に違反すると被告人の主張について、「公共の福祉テーゼ」（後述(C)(2)ア）参照）、「全体の奉仕者・公務員の中立性・国民の信頼テーゼ」（後述(C)(2)イ）参照）をいいつつ、他方、「公務員といえども政治的活動の一切が制限されてはならないテーゼ」（後述(C)(1)ア）参照）をいい、制限は「合理的で適正な均衡をもって必要最少の限度でなされることを要する」という。そして、立法府尊重の司法哲学（後述(C)(3)参照）を述べ、「その具体的な制限の程度が著しく不合理不均衡で、右機関が明らかにその裁量の範囲を逸脱したと認められるものでない限り、その判断は合憲、適法なものとするのが相当」とする。その上で、本件は、「(1) 顧問・参与・委員等諮問的非常勤職員を除くすべての一般職員を対象に (2) 公然たると内密たるとを問わず、また職員以外の者と共同の場合を含め (3) 直接間接の別なく (4) 勤務時間の内外を問わず (5) 人事院規則14-5の定める選挙（本件はそのうちの参議院議員選挙）の特定の候補者を支持して (6) 右候補者へ投票す

るよう勧誘の運動をすることを禁止し(7)この禁止の違反者に対し3年以下の懲役又は10万円以下の罰金の制裁を課すというものである」とし、「投票勧誘運動は顕著な政治的行為テーゼ」(後述(C)(2)ウ)参照)、「公務員一律制限テーゼ」(後述(C)(2)エ)参照)、「有機的統一・累積効果テーゼ」(後述(C)(2)オ)参照)をいい、公共企業体等労働関係法は、簡易生命保険業務員については国公法102条、110条関係の適用を除外していないことは、「合理性があるところであって、民間企業に同様の内容のものが存在し、職員の行う事務の内容が似ていることを考慮に入れても、右立法が著しく不合理であるとはいえない」とする。かくして、「本件認定事実のような政治的行為は明らかに一部に奉仕するものであって、これを国家公務員法第102条、人事院規則14-7第1ないし第4項、第5項第1号、第6項第8号の結合のような形態で禁止することは、公務員の政治的中立性確保ひいては公務員の身分保障の確立、行政の運用の能率性継続的安定性の確保等公共の福祉の要請上必要止むを得ない十分な合理性があり、被告人のような地位にある者をも含めてこれに違反するものにつき国家公務員法第110条所定の範囲内で刑罰を課すこともまた十分合理的な理由があり、これをもって著しく不合理な逸脱した立法であるとは到底断ずることはできないから、前記各規定は憲法第21条、第31条に違反するものでなく、また被告人に対し本件行為について右規定を適用することが憲法に違反するともいえない」とする。なお、国公法102条、人事院規則14-7の成立過程を問題にする違憲の主張(I注8)①参照)については、裁判所の法令審査権は国会両院における法律制定手続の適否には及ばないとする最大判昭和37年3月7日(警察法改正無効事件(民集16巻3号445頁))を、人事院規則への委任が違憲であるとの主張については、S-33.5.1<(人・委)郵【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】/刑)最1判に徴し採用できないとし、有罪とする²⁾。

(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弱いコミット

ア) 公務員といえども政治的活動の一切が制限されてはならないテーゼ

S-49.6.28<(表・委)郵【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】/刑)高松地判は、「表現の自由は民主国家における根幹をなす権利であり、公務員といえども私人として尊重されるべきものであるから、公務員といえども政治的活動の一切が制限されてはならない」という。

(2) 公務員の政治的行為制限への強いコミット

ア) 公共の福祉テーゼ

S-49.6.28<(表・委)郵【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】/刑)高松地判は、「憲法第21条の保障する表現(政治的行為がその一つであることは勿論である)の自由といえども、もともと無制約な恣意のままに許されるものでなく、公共の福祉に反する場合は合理的な制約が加えられることはいうまでもなく(憲法第13条)……」という。

イ) 全体の奉仕者・公務員の政治的中正・行政的中正・国民の信頼テーゼ

S-49.6.28<(表・委)郵【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】/刑)高松地判は、「行政の運営は政治的にかかわりなく法規の下において民主的能率的に行われるべきもので、国家公務員法の適用を受ける一般職公務員」「は国の行政の運営を担当することを職務とするものであるから、その職務の遂行に当っては政治的中正の立場を堅持し、いやしくも一部の階級もしくは一派の政党・政治団体・個人に偏することは許されず、かくて政治にかかわりなく法規の下において民主的能率的に運営せらるべき行政の継続性安定性が確保される」、「行政は国民生活とのかかわり合の中で

運営されるものであるから、右にいう行政の中正、能率的継続的安定的運営は、いずれもその実質においてそのようにあることは論勿、行政が右のように運営さるべきであることを望む国民の側から見て行政がそのように運営せられているのであろうことに対する信頼を欠いては十全を期し得ないものであって、公務員は、国民の側から客観的に見た場合に右の信頼を阻害するものと評価されるようなことがないように十分な慎しみをもって行動すべく公務員がかかる態勢にあることは公共の福祉の上から強く要請される」、「憲法が公務員は全体の奉仕者であって一部の奉仕者であってはならないとするのもこの理由による」、「かくして公務員が一般私人に比し表現の自由の一である政治的行為を制約されることは憲法の予期するところといわなければならない。国家公務員法第102条、人事院規則14-7が公務員に対して一定の政治的行為を禁止した所以もここに存する」という³⁾。

ウ) 投票勧誘運動は顕著な政治的行為テーゼ

S-49.6.28 〈(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉高松地判は、「選挙は、政治活動のなかでも最も顕著な活動で、各政党や政治団体または個人が、その具体的施策と、政策の方向を、鮮明に掲げて運動を展開し、その命運をかけて国民の支持を争うもので、右規則が規定する参議院議員の選挙は、各種選挙のうちでも衆議院議員の選挙とともに最も政治的な色彩の強いものであることは多言を要しない」、「そして右法条の『投票勧誘運動』とは、単なる特定政党支持ないし特定候補者を支持」「することを表明するとか、単なる投票依頼といった領域を著しく超えたところの、組織的計画的又は継続的な方法によって、特定候補者への投票を訴える行為をいう」、「右の選挙において特定候補者のため右のような行為をなすことは明らかに積極的に一党一派ないし特定個人の立場に奉仕する行動といわざるを得ず、公務員がかかる行動に出ることは、一部の奉仕者であってはならないとする憲法の要請に反するものであり、殊に本件認定のように、選挙に際して個人演説会において応援弁士として応援演説をする行為は、演説をする行為者の主観においても、またこれを受ける聴衆の側の客観的な受け取り方にしても、その特定候補者の立場を代表するいわば代表選手としての役割を果たすもので、顕著な政治的行為として評価されるものであることは異論を容れる余地のないもの」という。

エ) 公務員一律制限テーゼ

S-49.6.28 〈(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】／刑〉高松地判は、被告人「のような行動が公務員につき許容されるとすると、すべての政党・個人との関係で一様に許さなければならない結果選挙の都度」、「多数の公務員の中に、一党一派に組みしてそれを代表するような行動をすることを認める結果となり、その行動が勤務時間内ないし行政の執行の過程で行われるときは勿論、それ以外の場合において行われる場合であっても、その累積によって、一つには、一党一派、特定人の政治的勢力による特定行政省庁の行政組織や公務員機構あるいは、公務員の地位・身分に対する有形・無形の圧力の浸透を、他面では公務員の側から政治的勢力への接近迎合の弊を生み、この弊害は更に公務員機構の中に、ひいては行政の運営の中に、政治的な対立抗争の場を与えるような状況を醸成する結果となることは、我々が日常生活において接する報道を通じ(例えば官僚の一部政治勢力との癒着の問題、公務員組織内の政党支持をめぐる対立の問題)、容易に予想し得る」、「そしてそうすると、行政の中立的運営についての一般国民の疑念不信を招来し、行政の能率的継続的安定的な運営を阻害するに至ることも明らか」とし、「国の行政意思は日常の具体的な行政事務を通じて国民一般に対し表現されるもので、その任に当るものは、裁量権限をもつ公務員であるよりは、多くは一般的な公務員であり、国民はその一般的な公務員を通じて

行政の運用を直接かつ具体的に感得するものであって、かかる意味合から、すべての一般職公務員は政治的な行動については慎しみを保ち、いやしくも一方に顕著に差し出ることのないよう行動すべきことが要求され、この点はいわゆる裁量的管理的公務員と基本的に差異はない」という。

オ) 有機的統一・累積効果テーゼ

S-49.6.28 <(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 高松地判は、「更に行政の運営は公務員の機構を通じて運営されるものであるところ、その機構がすべての面で有機的に一体(上からの指示, 下からの積み上げ, 横の連携調整)として機能して、はじめて適正かつ能率的安定的に営まれるものであることも多言を俟たず、その機構の一部に」「弊害断絶が生ずるときは、その一つ一つが見えさやかに見えても一般の公務員は人数の面では多数を占め、殊に本件判示のような行為についてはその累積による弊害は無視できないものがあるというべきで、一般職公務員の政治的行為の制約は最小限のものに止むべきものであるとの要請を最大限考慮に容れてもなお本件判示のような態様における行為を一般職公務員に対し一律に禁止する人事院規則 14-7 の前記規定は十分納得のいく合理性あるものといえる」とし、累積による弊害をいう。

(3) 司法哲学

S-49.6.28 <(表・委) 郵【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】/刑> 高松地判は、制限する「立法がなされる場合において、我が国の現実的諸条件のもとで具体的にどのような態度のものを、如何なる限度で制約するかはまずもって立法府(ないしその委任を受けた行政府)の裁量に属する」、
「表現の自由の尊重と、公務員に政治からの中立を求めるための制約とは、二つながらともに憲法上の要請であり、これを具体的にどのように調和させるかは、まさに国民全体の選択の問題であって、我が国憲法が基本とする三権分立と議会制民主主義の制度のもとでは、右選択は国民がその代表者を通じ、その代表者が国会において国民に対して責任を負う形のもとに合理的な裁量をもって定立さるべきものであり、その定立された選択の是非は、国民の多数意見を反映する政治の過程において審判されることを期待すべきが相当で、司法的介入は右裁量に甚しい不合理な逸脱がない限りこれを差し控えるべきものであるからである」という。また、「司法審査のあり方を考えると、国情を異にする外国の立法例をもって、我が国の立法の違憲性を判断する際の大きな要素の1つとしてあげることが相当でないというべきで、米国におけるハッチ法が公務員の政治的活動について民事罰の範囲に止めていることを引用して、我が国国家公務員法第110条の違憲性をいう論には賛成し難い」ともいう。

(D) このアプローチをめぐって

コメントは、特に見られない。

注

I はじめに

- 1) 大日本帝国憲法は、10条において、「天皇ハ行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免ス但シ此ノ憲法又ハ他ノ法律ニ特例ヲ設ケタルモノハ各々其ノ條項ニ依ル」とし、19条において、「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應ジ均ク文武官ニ任セラレ及ク他ノ公務ニ就クコトヲ得」とする。
- 2) 後述のS-44.3.27 <(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 投票勧誘】/刑> 徳島地判は、この改正の経緯について、「右の改正は、当時、インフレーションの下で国民が困窮するなどきびしい社会事情を反映して、労働組合運動が活発を

- 極めていたが、就中、官公庁労働組合が組織力、活動力において最強力であり遂には強度の反政府的政治活動をなすに至ったことに対処すべく、いわゆるマツカーサー書簡（昭和23年7月22日）を契機として、国会の内外で強い批判を受けながらも、連合国総司令部からの強い要求により、国会による独自の審議を尽すことの許されない状況下になされた」と捉える。その他、この改正について、「昭和23年7月22日のマツカーサー元帥の書簡により、同法が全面的に改正されることになり、第3国会でその改正が成立し同年12月3日」「公布された」、「そして右102条1項の規定の委任により昭和24年9月19日人事院規則14-7（政治的行為）が制定されたのであるが、その5項が政治的目的の定義を、6項が政治的行為の定義をそれぞれ掲げ、そこに列挙された政治的目的を以て、列挙された政治的行為をなすことを禁止乃至制限した。右のような規定の複雑な構成とその難解のため、当時、国家公務員の政治的行為の制限の範囲が広いことに世人は驚き、公務員の基本的人権は不当に狭められたとして論議された」（田原義衛・最判解刑（昭和33年度）129頁）という指摘がある。
- 3) 人事院規則第14-7第5項は、「法及び規則中政治的目的とは、次に掲げるものをいう。政治的目的をもってなされる行為であっても、第6項に定める政治的行為に含まれない限り、法第102条第1項の規定に違反するものではない。」とし、政治的目的の定義をする（以下、本稿に關係する条項のみ掲げる）。
- 1 規則14-5に定める公選による公職の選挙において、特定の候補者を支持し又はこれに反対すること。（以下、【5-1 選挙応援】と略す）
- 3 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。（以下、【5-3 政党支持】と略す）
- 4 特定の内閣を支持し又はこれに反対すること。（以下、【5-4 内閣反対】と略す）
- 第6項は、「法第102条第1項の規定する政治的行為とは、次に掲げるものをいう。」とする（以下、本稿に關係する条項のみ掲げる）。
- 7 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。（以下、【6-7 機関誌配布】と略す）
- 8 政治的目的をもって、第5項第1号に定める選挙、同項第2号に定める国民審査の投票又は同項第8号に定める解散若しくは解職の投票において、投票するように又はしないように勧誘運動をすること。（以下、【6-8 投票勧誘】と略す）
- 13 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又は多数の人に対して朗読し若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し又は編集すること。（以下、【6-13 文書配布】又は【6-13 文書掲示】と略す）
- 15 政治的目的をもって、政治上の主義主張又は政党その他の政治的団体の表示に用いられる旗、腕章、記章、えり章、服飾その他これらに類するものを製作し又は配布すること。（以下、【6-15 その他配布】と略す）
- なお、本規則第4項は、「法又は規則によっ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。」とする。
- 4) 1個の行為が、国公法・人事院規則違反だけでなく、同時に、公選法違反（146条1項の文書図画の頒布又は掲示の禁止等）に問われる場合もある。
- 5) 憲法14条違反の主張として、政治活動を一般職に属する国家公務員に制限している国公法102条は、①一般国民と差別して処遇する、②政治的行為の制限を受けない内閣総理大臣、国務大臣等の特別職に属する公務員との間に差別がある、③公共企業体等労働関係法規の適用を受ける日本国有鉄道等の職員に対しては、政治的行為を禁止しないのに、同じく同法規の適用を受ける郵政省の職員に対しては国公法102条関係の適用を除外しないのは平等の原則に反する、④国公法とはほぼ同様の政治的行為の制限を規定する地方公務員の場合、刑罰の制裁がなく懲戒の事由となるにとどまる（地方公務員法29条、36条）点で差別扱いである等の主張がある。
- 6) 憲法21条の保障する表現の自由、とくに政治活動の自由は市民に固有の権利であり、民主的な政治過程を基礎づける最も根本的、不可欠な自由である等との主張。労働組合の表現は憲法第21条のみならず、憲法28条によっても保障されているとも主張される。
- 7) 委任の合憲性に関し、国公法102条1項は、政治的行為の範囲と基準を具体的に明示せず、刑罰の包括的、白紙委任であり、憲法31条、41条、73条6項但書に違反し無効であると授權が問題にされる場合と、人事院規則が授

権された範囲を逸脱していると主張される場合とがある。前者は、「授権法律における委任範囲の明確性」の問題であり、後者は、「受任命令が法律による授権の範囲内のものであらねばならぬという当然の法理」の問題であって、後者は前者を前提とする（小嶋和司・ジュリ増刊（憲法の判例）183頁（1966）、後述《消極主義Ⅲ》（2）（D）（3）S-33.5.1（（人・委）郵【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】／刑）最1判へのコメント参照）。

- 8) その他、①国公法の昭和23年の改正は、当時連合軍総司令部からの原案を示しての改正すべしとの強い要請により、国会がこれを修正する自由を有しない状態の下において改正されており、主権が国民にあることを宣言した憲法の前文及び国会が国の最高機関であり国の唯一の立法機関であるとする憲法41条に違反する（後述のS-44.6.14〔表・委〕総【5-1選挙応援・6-13配布】／刑）東京地判参照）、②国公法102条の委任を受けた人事院規則14-7の規定は構成要件的に非常に不明確であり、憲法31条に違反する、③国公法110条19号にいう法定刑は職権濫用罪、収賄罪、公職選挙法上の地位利用の選挙運動をした罪等他の公務員犯罪の法定刑と比較しても異常に重く、適正な刑罰といえず、憲法31条に違反する、④公務員が政治的行為をしたことに対し刑罰を科する立法は外国にも例がない、⑤国際人権規約（B規約）19条（表現の自由）2項、3項、ILO151号条約（公務における団結権の保護及び雇用条件の決定のための手続に関する条約、1978年採択）に違反する等。
- 9) 適用違憲、合憲限定解釈の主張の他、問題とされている行為は、法益侵害の危険性が存在せず、国公法102条1項の構成要件には該当しないので被告人は無罪、労働組合の正当な内部的行為であり、実質的違法性を欠き、刑法35条により処罰することができない等の主張。
- 10) その他、本件捜査手続には重大な違法が存在するから公訴は棄却されるべきと主張される。
- 11) 《消極主義Ⅰ》これは、①法令の合憲性は争われず、公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合、及び、②公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において、本案判断に入らず、つまり、事件として成立しないと訴えを斥ける手法である。本稿では、このアプローチは、見られない。
- 《消極主義Ⅱ》これは、①法令の合憲性は争われず、公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合、本案判断に入るが、憲法上の権利侵害の主張を法律上の権利の問題と捉えたり、②公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合、法令レベルの判断により憲法判断を回避することにより、憲法判断を行うことなく事件を処理する手法である。本稿では、このアプローチは、見られない。
- 《消極主義Ⅲ》これは、①法令の合憲性は争われず、公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合、本案判断に入り、公権力の具体的行為は違憲でないとする手法、及び、②公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において、本案判断に入り、公権力の具体的行為の根拠となっている法令を違憲でないとし、その適用も違憲でないとする（当然として明示されないこともある）手法である（これは、後述の法令の合憲限定解釈により問題となった行為は限定された合憲の部分の適用として違憲でないといえる場合を含む）。
- 《積極主義Ⅰ》これは、第1に、①法令の合憲性は争われず、公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合において、違法性阻却他、被告人の行為の正当性や可罰的違法性の判断において違憲判断が見られる場合、また、行政裁量の逸脱、濫用の審査において違憲判断が見られる場合である。違憲判断が見られるといっても、違憲判断が文言上、明確に表現される場合（ α タイプ）もあれば、違憲判断は文言上、明確には表現されていないが、内在もしくは潜在していると考えられる場合（ β タイプ）もある。第2に、②公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において、法令について合憲違憲を明言せず、「合憲限定解釈」、「適用違憲」の手法により、被告人、原告を救済する場合である。この場合は、違憲判断が明確といえるので、 α タイプに分類される。
- 《積極主義Ⅱ》これは、①法令の合憲性は争われず、公権力の具体的行為の合憲性が争われる場合、②公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われる場合において、一旦は、違憲判断がなされるものの、最終的には合憲性を争う側に不利な結論を導く手法である。本稿では、このアプローチは、見られない。
- 《積極主義Ⅲ》これは、②公権力の具体的行為の根拠となる法令の合憲性が争われている場合において、法令に違憲の判断を加え、無効（一無効を含む）とする他、合憲性を争う側に有利な結論を導く手法である。中谷実『日本における司法消極主義と積極主義』7頁以下（2015）参照。以下、本書を拙著とよぶ。
- 12) 拙著・第1章Ⅱ注12)参照。
- 13) 学説は、筆者の目についた主要なものに限られる。

- 14) 後述のS-49.11.6-1501〈【表・委】郵【5-3 政党支持・6-13 文書揭示】／刑〉最大判。本判決について、たとえば、「日本の憲法訴訟論の課題として、審査基準論の考え方を最高裁に受け入れてもらうことが重要ではないか」、「そのために最も障害となっているのが猿払判決」である（高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義60巻7号113（2009））という指摘がある。
- 15) 後出の、H-24.12.7-762〈（表・委）社【5-3 政党支持・6-7 機関誌配布・6-13 文書配布】〉最2判（堀越事件）、H-24.12.7-957〈（表・委）厚【5-3 政党支持・6-7 機関誌配布】／刑〉最2判（世田谷事件）。整合性については、たとえば、蟻川恒正「国公法2事件最高裁判決を読む」（法セミ697号26頁（2013））参照。

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

- 1) 郵政事務官である被告人らが、共謀の上、昭和28年施行の参議院議員通常選挙に際し、全通従業員組合の推薦候補を当選させる目的で、同候補者の選挙応援、投票の勧誘をし、政治的行為をしたとして、【選挙応援（5-1）】、【勧（6-8）】違反で訴追された。1審において、弁護人は、人事院規則14-7は憲法の保障する国民の基本的人権を法律によらないで制限するものであるから無効であると主張した。都城簡判昭和31年12月26日（刑集12巻7号1278頁）は、「国家公務員法第16条第1項には、人事院は同法の執行に関し必要な事項については、人事院規則を制定することができ、同法第102条第1項によれば、職員は選挙権の行使を除く外、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ている。すなわち、人事院規則14-7は国家公務員法の委任により制定されたものであって、このことは『規則の法的根拠』（昭和24・1・1人事院規則—10）にも明らかにされている」、「従って選挙権の行使を除いては政治的行為を制限することは法律の予想するところであって、国家公務員法第16条第2項に、人事院はいつでも、適宜に、人事院規則を改廃することができることから見ても、むしろ、法律が直接にこれを規定しなかったのは、法規を实情に合致させ、弾力性をもたせるためである」として斥けた。この判決は、公務員のあり方についての実質的理由を述べていないので、1つのアプローチとして独立させて扱わない。
- 2) 郵政事務員である被告人は、昭和31年施行の参議院議員通常選挙に際し、熊本県地方区から立候補した候補を支持し、同候補を当選させるため、右候補者に投票を得しめる目的をもって、選挙人宅を戸別訪問して、右候補者に投票するように勧誘運動をしたとして、公職選挙法138条1項、239条3号違反にあたることとともに、政治的目的のため政治的行為をしたとして【5-1 選挙応援】【6-8 投票勧誘】で訴追された。
- 3) 小嶋・前出I注7) 183-184頁（1966）。

(2) 「合理的根拠あり・委任は合憲／有罪」アプローチ

- 1) 農林技官らが、共謀の上、昭和28年施行の参議院議員選挙に立候補したAに当選を得しめる目的をもって、現金を供与するなどして投票の勧誘運動をし、金銭供与の点は公職選挙法221条1項1号（買収及び利害誘導罪）で、また政治的行為をしたとして【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】違反で訴追された。1審、松江地浜田支判昭和28年10月31日（刑集12巻3号516頁）、2審、広島高松江支判昭和31年1月23日（刑集12巻6号962頁）で有罪となった。1審、2審では、憲法問題は争われていない。被告人らは、国公法102条1項は憲法14条に違反すると主張する。その根底には、「国家公務員法第102条の規定は、ひとしく労働者であるところの一般職の職員が労働者階級の地位の向上のために政治活動を行うことを禁止し、国民のなかの政治的勢力を形成することを排除しようとするものであって、非民主的であり」、憲法28条に違反し無効という考えがある。
- 2) 農林技官らが、共謀の上、正当な組合の活動をを超えて、昭和28年施行の参議院議員通常選挙に立候補したAに当選を得しめる目的で選挙人らに現金を供与し、投票の勧誘運動をしたとして公職選挙法252条3項、221条1項1号違反（買収及び利害誘導罪）に、また、政治的行為をしたとして【5-1 選挙応援・6-8 投票勧誘】違反に問われた。1審、松江地浜田支判昭和29年6月12日（刑集12巻6号960頁）は、被告人2人を有罪とし、1人は無罪

- とした。2審、広島高松江支判昭和31年1月23日(刑集12巻6号962頁)は、3人とも有罪とする。1審、2審では、憲法問題は争われていない。被告人らの主張の根底には、S-33.3.12〈(平)農【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】/刑〉最大判と同じく、労働組合の組合活動は組合の自由権として尊重されなければならない、国公法の制限は憲法28条に違反するという考えがある。
- 3) 本判決には、「合理的根拠」という表現がないが、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点に注目し、このアプローチに類別する。
- 4) 農林事務官であって全農林労働組合熊本県本部執行委員及び農林技官であって全農林熊本本所統計分会執行委員らが、共謀の上、昭和34年6月2日施行の参議院議員選挙に際し全国区より立候補したA及び地方区熊本県より立候補したBに当選を得しめる目的を以て、同年5月22日午後1時頃より同3時頃までの間、熊本県庁内において多数の県職員組合員である選挙人等に対し、協力を願うとの趣旨の演説をなし、右両候補者に投票するよう勧誘運動をしたとして公職選挙法166条(特定の建物及び施設における演説等の禁止)、243条10号、252条3項違反ならびに政治的行為をなしたとして【5-1選挙応援・6-8投票勧誘】違反で訴追された。
- 5) 和田英夫・ジュリ200号185頁(1960)。同コメントは、「一般職公務員の『政治的行為』を制限する現行国家公務員法102条1項それ自体が、解釈論として、法の下での平等に違反するとはいえないが、その場合の解釈論は、「一市民としての公務員の立場を実定法の許す可能なかぎり配慮し、そのうえで政治的中立性の確保の立場との調整をはかるとい建前を忘れてはならない」、「本判例によって、国家公務員法102条の合憲性は明らかにされたが、これによって、右人事院規則(14-7)の『政治的行為』それ自体の合憲性が直接に肯定されたとはいえない。とくに、その⑤の5の『政治の方向に影響を与える意図で特定の政策を主張し又はこれに反対すること」(傍点—原文)の法文上の曖昧さ、また右規則が国家公務員法102条の授權を超えているとの疑い」「等があるだけに、問題はまだ十分に解決され尽したとはいえない」という(185頁)。
- 6) その他、「その判示するところは正当」としつつ、「本判決は国家公務員法102条の憲法14条に違反しないことを判示したものであって、右人事院規則14-7(政治的行為)自体の合憲性を直接肯認したわけではない」とし、宮沢教授の所説(「公務員が全体の奉仕者だということは必ずしもすべての公務員の政治活動が制限されるべきだとか、公務員に中立の態度をとらなくてはならないとかいう結論を生むわけではない。国会議員や、国務大臣そのほかの政治的職員が政党的立場に立って行動すべきは当然であり、彼らはそれぞれの政党を通じて全体に奉仕しようとする」、「これに対して事務的職員は、これらの政治的職員の指揮の下に公務に従事することによって、全体に奉仕するをその職務とする」、「要するに、公務員の政治活動に対して制約がみとめられるべきや否やは、もっぱらその担任する職務の性質によってきまることであり、公務員が『全体の奉仕者』であることは直接の関連はない」(宮沢俊義『日本国憲法』221-222頁(1995))、「本判決も、公務員が全体の奉仕者であって一部の奉仕者ではないという憲法15条2項の規定のみを論拠として公務員の政治的活動に対する制約を肯認するというのではなく、それは又公務員の担任する職務の性質に由来するものであることを判示している」(田原・前出I注2)127頁)というコメントがある。
- 7) 外間寛・別冊ジュリ21号13頁(1968)。
- 8) 佐藤功・別冊ジュリ28号40頁(1970)。このコメントをはじめとする「学者の多くが、本判決がその前提として公務員関係を特別権力関係と把握した上でなされているものと推測している」点について、「本件判決のごとき、言葉の上でもななら特別権力関係ということを一言も述べていないのに、それを当然に特別権力関係を前提としているのごとき主観的推測は反省されねばならない」という批判がある。室井力・ジュリ増刊(憲法の判例)10-11頁(1966)。
- 9) 本判決が、最大判昭和28年4月8日(裁判集7巻4号775頁)を援用し、憲法28条違反でないとして簡単に判示した点について、「政治活動の自由は、主として憲法第21条の保障するところであって、直接的には憲法第28条の団結権、団体行動権の問題ではない。ただ政治的行為の制限が、団体行動権等に制約を及ぼす限りにおいて、その憲法第28条適否の問題が生じ得るであろう」としつつ、「国家公務員法第102条、人事院規則『政治的行為』も実は、公務員の政治行動のうち一定の態容若しくは、形態の政治行動(主としていわゆる政治的目的を以て多数の

人に働きかけ又はこれらの人の力を借りる行為)を禁止しているのであって、換言すれば、政治目的を達する行為のうち一定の手段方法によるものを限定的に禁止しているものと解せられる。以上の如く考えると、政治的職員の決定したところに従って、厳に政治的に中正の立場に立って国の行政を担任することによって全体に奉仕すべき一般職の公務員が右人事院規則『政治的行為』に定義するような態容による政治行動をすることは、たといそれが『勤労者たる公務員の経済的地位の向上』ないしはその『労働条件の改善』のための行為であっても、一般職公務員の政治的中正を害するので、国家公務員法第102条人事院規則『政治的行為』がかかる行為を禁止したのは公共の福祉のためやむを得ないところであり、国家公務員法の右規定、及び右人事院規則は憲法第28条に違反しないと解すべきであろう、「しかしこの点に関する本件大法廷判決の判示は余りに簡単であって如何なる意味で右」「大法廷判決を引用したのか不明である」とのコメントがある。岩田誠・判解刑昭和33年度号325-327頁。

10) 園部逸夫・別冊ジュリ 21号230-231頁(1968)。

11) 小嶋・前出I注7) 183-184頁。

(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

- 1) 総理府事務官として統計局に勤務する被告人ら3名が、昭和40年7月23日施行の東京都議会議員選挙に際し、日本社会党からの立候補者56名、日本共産党からの立候補者35名の当選を得しめる目的で、その選挙運動の期間中Aらと共謀のうえ、複数の政党名及び候補者の氏名を列記したビラを頒布するとともに、政治的目的を有する統計局職員組合発行名義の文書を配布したとして、公職選挙法146条1項(禁止文書頒布)違反、ならびに政治的行為をしたとして【5-1選挙応援・6-13文書配布】違反で訴追された。
- 2) 本判決は、被告人の公職選挙法146条1項、243条5号は憲法21条に違反すると主張—公職選挙法142条、146条1項等の規定は、終戦直後の物資の欠乏を原因として立法されたものであるが、現在においてはその前提条件が消失してしまっていること、現行法の許容する文書、図画の頒布または掲示程度では、候補者及び政党の政策、見解を有権者に十分に伝えることができず、有権者は限られた情報を受け取るだけの受動的立場を強いられ、能動的に選挙に参加できない弊害があること、民意を暢達に国政に反映させることを妨げるもので、国民主権の原理に反すること、規制の仕方自体並びに違反行為に対する現実の取締、運用が政府与党に有利に、革新政党に不利であること、文書活動の規制は、買収、饗応、選挙の自由妨害等実質犯を逆に誘発し、かえって選挙の腐敗を招来していること、議会制民主主義をとる先進資本主義諸国においては、選挙運動取締の重点はいわゆる実質犯におかれ、言論文書による選挙活動は最大限に保障されていること等—について、「表現の自由の重要性テーゼ」(後述(C)(1)ア)参照)をいい、「これが絶対的なものではなく、公共の福祉の観点から制約される場合のあることは憲法第13条の規定するところであるとしても、その制約が合理的な理由に基づき必要最少限度のものでなければならない」、「公職選挙法第142条及び第146条は、公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布等を許すときは、選挙運動に不当な競争を招き、そのために選挙の自由公正を害し、その適正公平を保障できないことになるので、この弊害を防止するために設けられた規定である」とし、「法定外文書の頒布を原則として禁止するという立場をとっているため、この規制の仕方が合理的で必要最少限度のものであるか否かが問題となる」という。そして、「この点について、文書活動を無制限に放任した場合の利害得失と現行公職選挙法のような立場をとった場合の利害得失との比較衡量という見地から検討」するとし、公職選挙法の文書図画の頒布規制は、憲法21条に違反しないとす。
- 3) 国公法の制定過程に問題があるとの被告人の主張(前出I注8)①参照)については、「当時の我国は占領下にあり、連合軍最高司令官の要求は憲法にかかわりなくその効力を有したものであって、その要求によって法律として成立したものであっても、国会において法律として形式的に成立したことは否定できない事実であり、講和条約発効後これを改廃することができる立場にある国会がこれを改廃しなかったことの結果として、現在においても法律としての形式的効力を有することも否定できないことであるから、裁判所としてもその形式的効力を云々することができる筋合ではなく、その内容に憲法に適合しない点があるか否かを判定できるととどまる」という。
- 4) 本判決は、「具体的な本件についてとくに指摘されなければならないことは、もしも本件被告人らの行為が公職選挙法第146条第1項の規定に違反し、同法第243条第5号によって刑罰を科せられるに値する行為であるとの当裁判所の認定が容認できるものであるとすれば、それは一般国民に対しても公職選挙法上の犯罪とせられる部類

Judicial Passivism and Activism concerning Political Activities of National Public Servants— (1) —

Minoru NAKATANI

要 旨

筆者の研究は、憲法の各分野における最高裁の多数意見、補足意見、反対意見、さらに下級審判決を網羅的に収集し、司法消極主義、積極主義という枠組による体系的・時系列的分析を通じ、憲法判例形成の全体像を明らかにし、あるべき司法像探求の基礎作業とするものである。『日本における司法消極主義と積極主義Ⅰ』（勁草書房、2015）に続く本稿は、国家公務員の政治活動制限の合憲性が争われた憲法判例を対象に、猿払最高裁判決に至るまでの判決を、《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」アプローチに類別し、検討するものである。