

公務員の政治的行為をめぐる司法消極主義と積極主義 (3)

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, 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合併号 (2016))

(6) 「必要最少限度の制約（合憲限定解釈）・委任は合憲／処分適法」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原告の主張について、公務員の政治活動の制限は憲法上十分な理由が認められ、かつ、その制限は右憲法上の理由に照して必要最少限にとどめられなければならないとしつつ、規制目的と禁止される行為の間に合理的関連性を肯定するが、再度、規制は必要最少限であるべきとし、合理的に関連する規制対象を公権力の行使という観点から限定した上で、本件行為は、限定された法令内に入るとして原告の請求を拒けるアプローチである。このアプローチは、公務員の政治的行為へかなりコミットするが、公務員の政治的行為制限へのコミットも強い。

(B) 裁判例

- (1) S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4内閣反対・6-13文書揭示】／賠> 京都地判（行集27巻2号177頁, ②→S-53.9.27 <(平・表・委)大【5-4内閣反対・6-13文書揭示】／賠> 大阪高判）は、国公法102条1項の、人事院規則14-7への委任が、白紙委任であって憲法41条に違反すると原告の主張について、「白紙委任でないテーゼ」（後述（C）（2）オ）参照）をいう。ついで、一般国民と国家公務員および国家公務員と地方公務員との間に取扱いの差は、憲法14条に反するとの主張について、「国家公務員において政治的中立性を保持すべきことが憲法上の要請

であり、「右の目的を達するため、必要かつ相当であると合理的に認められる範囲で政治活動の自由を制限することは憲法 14 条の容認するところである」、「国家行政と地方行政とは規模、性格等を異にし、従ってその中立的運営が阻害された場合の影響にも差異がある」として、斥ける。憲法 21 条違反の主張については、「表現の自由の重要性テーゼ」（後述 (C) (1) ア）参照）をいいつつ、「表現の自由は無制約なものではないテーゼ」（後述 (C) (2) ア）参照）をいい、表現の自由「を制限する場合には」、表現の自由「の重要性に鑑み、制限することに憲法上十分な理由が認められ、かつその制限は右憲法上の理由に照して必要最少限にとどめられなければならない」という。そして、「全体の奉仕者・公務員の政治的中立性・行政の中立性の維持・行政の中立性に対する国民の信頼の確保テーゼ」（後述 (C) (2) イ）参照）、「防止テーゼ」（後述 (C) (2) ウ）参照）をいい、「ある政治的行為の禁止が憲法上の要請に照らして必要性があるといえるためには右禁止の目的との間に合理的関連性があることを要する」とし、「行政の中立的運営を阻害するおそれがあると認められる限り、かかる行為を禁止することは右禁止の目的との間に合理的な関連性があるものと認められる」という。また、「公務員一律制限テーゼ」（後述 (C) (2) エ）参照）をいう。しかるに、その後、「表現の自由の重要性テーゼ」（後述 (C) (1) ア）「規則の定める政治的行為は……免れ難い」という部分参照）を述べ、「政治的行為の制限に憲法上の合理的根拠があり、その必要性が認められるとしても、表現の自由の重要性に鑑み、これと行政の中立的運営という二つの相反する法益を調整し、均衡をとることを要するのであって、そのため公務員の政治的行為の制限は行政の中立的運営を確保するため必要でさえあればなし得るというのではなく、真に政治的行為の自由が譲歩しなければならない場合に、その限度において制限し得るという意味において、最少限にとどめなければならない」とする。そして、「国公法 102 条 1 項および規則の規定する政治的行為はいずれも行政の中立的運営を損う『おそれ』のある行為であることは明らかであり、これを禁止するのは」「弊害の防止という憲法上の要請による」としつつ、「公務員の地位・職務権限多様性テーゼ」（後述 (C) (1) イ）参照）をいい、行政の中立的運営を損う『『おそれ』の性質ないし程度にもこれらの多様性に依じて差異があるものと認めざるをえないのであって、制限が必要最少限にとどまっているか否かの判断も個別的に右の差異を検討しなければなしえない」という。そして、若干積極的な司法哲学をいい（後述 (C) (3) 参照）、「公権力を行使し、国民の身体または財産に対し直接的な影響を与えることを内容とする職務に従事する公務員により行政の中立性が害される虞れが強いテーゼ」（後述 (C) (2) カ）参照）及び「公権力の行使を内容とせず国民の財産に対して間接的な影響しか及ぼさない職務に従事する公務員により行政の中立性が阻害される虞れは小さいテーゼ」（後述 (C) (1) ウ）参照）を提示し、本件行為に規則 6 項を適用することの合憲性について、原告の職務権限等を具体的に検討する。そして、原告「の職務の性質および職務権限に照せば、原告」「は国税の徴収という重大な公権力の行使の第一線において国民と直接に接触し、かつその職務の遂行に当っては裁量権、ないし税務署長の裁量権行使を左右し得る事実上の裁量権を有し、いわゆる『手心を加える』余地があるものといえることができる。したがってその職務の運営につき政治的中立性が失われたとき生ずる弊害の性質ないし程度は極めて深刻なものといわざるをえず、従って右のような職務に従事する原告」「については規則の定める程度の政治的行為をそれがなされた時、場所その他の諸条件を問わず一律に禁止することもやむをえないものであり、憲法上も許容される」、原告「の本件行為は日曜日のメーデーにおける示威行進中の行為であるが」、【5-4 内閣反対・

6-13 文書揭示】「に該当することが明らかであり、これを訓告処分の対象とすることは、憲法 21 条に違反するものではない」とする。さらに、本件行為は規則に該当しないと主張を斥け¹⁾、本件行為は【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】を合憲限定解釈した場合、右条項に該当しないと主張を斥け²⁾、本件行為は組合活動であるから規則に該当しないと主張を斥け³⁾、不当労働行為の主張を斥け、原告の各請求を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

(1) 公務員の政治的行為へのコミット

ア) 表現の自由の重要性テーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠 京都地判は、「わが国」は、「その政治体制として議会制民主主義を採用している」が、「これは表現の自由に裏打ちされた政治活動の自由を必要不可欠の大前提とするものであり、もし表現の自由がみだりに制限されるようなことがあれば、国民はその主権を行使するために必要な判断資料を入手する途を狭められ、その批判ないし選択を通じてなされる政治的意見の形成も妨げられる結果、国民の正当な主権の行使は望めなくなるのであって、自由に形成された政治的意見に基づく正当な主権の行使を前提とする議会制民主主義はやがて崩壊することになる」、「このように、表現の自由はわが国の政治体制の存続にもかかわる自由であって、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであることは憲法の諸規定に照して明らか」という。また、「規則の定める政治的行為は多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるから、これを禁止すれば、同時に政治的意見の表明という表現の自由をも制限されることになるのは免れ難い」ともいう。

イ) 公務員の地位・職務権限多様性テーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠 京都地判は、「ひとしく公務員といっても、それが属する行政組織の所管事務の内容・性質およびその中における公務員の地位・職務権限は多種多様であり、またそれらの公務員が行う政治活動の種類・態様も区々であって、これらの多様性に応じて特定の公務員の特定の政治的行為が行政の中立的運営に及ぼす影響およびこれによって国民が蒙るべき被害の性質ないし程度、ひいては行政の中立的運営に対する国民の信頼に対して及ぼす影響の程度、そしてひるがえってはその禁止が公務員の国民として有する表現の自由に対して及ぼす影響の意義にも大きな相違が存する」という。

ウ) 公権力の行使を内容とせず国民の財産に対して間接的な影響しか及ぼさない職務に従事する公務員により行政の中立性が阻害される虞れは小さいテーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠 京都地判は、「同じく国家公務員といっても」、「公権力の行使を内容とせず国民の財産に対して間接的な影響しか及ぼさない職務に従事するいわゆる現業の公務員のようなものも存」し、「公務員の職務の中立的運営が阻害されたとしても、それによって国民の身体財産に対して直接的な影響を及ぼすわけではない点で弊害は」「重大なものではなく、従って右中立的運営に対する国民の信頼を損う程度も」「大きくはない」という。また、「裁量権もなく、職務執行の細部まで規定されていて第三者による執行の適否の検証が比較的可能な職務に従事する公務員が偏頗な職務執行をしたとしても、その発見是正は比較的容易であり、行政の中立性を阻害する虞れも小さく、従って行政の中立性に対する国民の信頼を損うおそれもより小さい」ともいう。

(2) 公務員の政治的行為制限へのコミット

ア) 表現の自由は無制約なものではないテーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、「もとよりいかに重要な表現の自由といえども絶対無制約なものではありえない」という。

イ) 全体の奉仕者・公務員の政治的中立性・行政の中立性の維持・行政の中立性に対する国民の信頼の確保テーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、上記表題に関し、猿払最高裁判決と表現は若干変わっているが、ほぼ同旨をいう。但し、「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」という表現は用いず、猿払最高裁判決を引用しない。

ウ) 防止テーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、「全体の奉仕者・公務員の政治的中立性・行政の中立的運営の確保・国民の信頼の維持テーゼ」に続けて、「行政の運営における党派的偏向およびこれによる行政の中立性に対する国民の信頼の喪失という弊害の発生を未然に防止し……」とし、猿払最高裁判決とほぼ同旨をいう。但し、猿払最高裁判決を引用しない。

エ) 公務員一律制限テーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、上記表題に関し、猿払最高裁判決と同旨(前述<<消Ⅲ>>(5)(C)(2)ウ)参照)をいう。但し、猿払最高裁判決を引用しない。

オ) 白紙委任でないテーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、国公法 102 条 1 項「の文言および趣旨よりすれば委任の目的が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するにあること、委任が公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為の定めを予定するものであることは明らかであるから、目的、方法は特定しており、そうである以上一々具体的な禁止の基準を明示していなくとも、これを白紙委任ということができず、更にこの委任に基きいかに多くの行為類型を規定しても右委任の範囲を逸脱することもない」、「故に同条項の委任の形式自体については憲法 41 条に反するところはな」い、とし、委任の合憲性について猿払最高裁判決より詳しく述べている⁴⁾。

カ) 公権力を行使し、国民の身体または財産に対し直接的な影響を与えることを内容とする職務に従事する公務員により行政の中立性が害される虞れが強いテーゼ

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、「同じく国家公務員といっても、国民に接して公権力を行使し、国民の身体または財産に対し直接的な影響を与えることを内容とする職務に従事するものがあり」、「公務員の職務の中立的運営が阻害された場合の弊害は大きく、その行使する公権力の強度によっては国民の基本的な人権の否定にも連なる深刻なものとなるのであり、またそれだけにかかる公務員の職務運営の中立性に対する国民の関心は大きく、従って右中立性が阻害された場合にこれに対する国民の信頼が損われる程度も甚大である」、「少くとも、直接国民の身体財産に対して公権力を行使し、かつその行使につき行政上の裁量権を有するいわゆる『手心を加える』余地のある者に対しては、規則 6 項に規定する程度の政治的行為は、それがなされる場所、時間等の諸条件を問わず一律に制限しても、必要最少限の範囲を出ない」という。

(3) 司法哲学

S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、若干、積極主義の司法哲学をいう⁵⁾。

(D) このアプローチをめぐって

(1) S.51.2.17 <(平・表・委)大【5-4 内閣反対・6-13 文書揭示】／賠> 京都地判は、刑罰による制裁ではなく、また法律上の懲戒処分とは区別される訓告処分についてはじめての判断である。「本件については法解釈上の問題を論ずる前に本件の事実認定」「自体にそもそも疑問が存する」、「今日メーデーは労働者の祭典であり、メーデーに参加することが特定の政治的目的をもった行為ということはできない。また原告」「がプラカードを掲げたのも、たまたま原告」「が他の参加者よりも若かったからであり、主観的には政治的行動の意図はなかったといえる。したがって、本件行為は人事院規則あるいはその前提である国家公務員法が予定していない事実であり、そのような事実を法律の構成要件に該当するとしてなした本件処分は事実誤認に基づく処分といえよう。かりに、本件のような事実までも規則が予定しているとするならば、国家公務員は選挙において投票すること以外のなものをもなしえないことを意味し、それだけ規則の違憲性の疑いを強めることになる」、本判決が、「国家公務員である以上、その職務内容等にかかわらず一律に政治活動を禁止されてもやむをえないとする」猿払最高裁判決「と全く同じ立場をとらずに」「公務員の政治活動を一律には否定せずに、職務内容に応じて（本件においては裁量の有無）区別しつつも、一方の公務員（本件では裁量のある公務員）の政治活動は一律に禁止されても合憲とする」立場をとったが、「この見解は公務員の職務内容（たとえば現業か非現業か）に応じて規制のあり方を具体的に考えるべきだとする」「見解を著しく歪曲した」、「というのは、たとえば、現業公務員と非現業公務員とを区別して論ずべきだ」という主張は、現業公務員は民間労働者とその職務内容がほとんど同じであり、政治活動を禁止される合理的理由はまったく存しないことを強調する点に意味があるのであって、だからといって非現業公務員の場合には一律な政治活動が禁止されてよいという主張ではないからである」⁶⁾との批判がある。

(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

(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、基本的には、猿払最高裁判決の反対意見のアプローチを正しいとしつつも、選挙運動に対する積極的な関与行為には、公共の利益保護のため必要やむをえない措置として、法益侵害の危険性を一般的に肯定して差支えないような、抽象的危険の存在をもって規制しうる政治的行為もあり、このような場合には、人事院規則への委任も許容されるとし、本件は、この場合に該当するとして有罪とするアプローチである。このアプローチは、公務員の政治的行為にコミットするが、公務員の政治的行為制限へのコミットも強い。

(B) 裁判例

(1) S-56.10.22 <(表・委)郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑> 最1判の中村補足意見は、猿払最高裁判決の多数意見と反対意見について、両者は、「政治活動の自由の重要性テーゼ」（後述 (C) (1)

ア) 参照), 「行政の中立性と能率的な運営及びこれに対する国民の信頼の確保・公務員の政治的中立性テーゼ」(後述 (C) (2) ア) 参照), そして, 「その政治的活動に対し一定の制約が課せられてもやむをえない」とする点において見解を同じくするという。しかし, 多数意見が, 国公法 102 条 1 項, 【5-3 政党支持・6-13 文書掲示】について, 猿払 3 基準でもって検討し, 「合理的で必要やむをえない限度を超え」ない, とし, その禁止は, 「懲戒の原因となる場合であると刑罰の原因となる場合であるとを問わず, 憲法に違反」しない, とするのに対し, 反対意見が, 「雇用者としての国が国の行政事務に従事する公務員に対する雇用条件として」政治的活動の禁止を定める場合と, 「一般国民に対する統治権者としての立場から刑罰権の発動原因となる事由として一定の政治的行為の禁止を定める場合」とを区別し, 前者では, 「禁止目的のために必要又は適当と合理的に判断しうる範囲であれば憲法に違反」しないとするが, 後者では, 「禁止が公務員の政治的活動の自由の利益に明らかに優越する行政の中立性」, 「行政公務員の政治的中立性の保持という利益をまもるために真にやむをえない場合で, かつ, その内容が真にやむをえない最小限の範囲にとどまる限りにおいて憲法上は認められるのであって」, 「当該行為の右利益侵害の観念的な可能性ないしは抽象的危険性があるというだけでは足りないとし」, 「立法府である国会が」, 両者の「間になんらの区別を設けることなく, 一律に禁止の内容及び範囲について特定の定めをする権限を行政機関である人事院に委任することは, 少なくとも刑罰の対象となる禁止行為についての立法の委任に関する限り, 憲法に違反し, 無効であるとする点」で異なる¹⁾, という。そして, 「反対意見の見解は, 十分な合理的根拠を有する」としつつも, 「形式的要件をみたした立法の委任であれば, 憲法違反の内容を有するもののみを無効とすれば足りるテーゼ」(後述 (C) (2) イ) 参照)をいい, 立法の委任に関しては反対意見に同調できないという²⁾。そして, 公務員の政治的行為の禁止には, 「抽象的危険の存在をもって足りる場合もありうるテーゼ」(後述 (C) (2) ウ) 参照), 「選挙運動に対する積極的な関与行為は, 政治的中立性の要求の理由とされる法益侵害の危険性を一般的に肯定できるテーゼ」(後述 (C) (2) エ) 参照), 「公務員一律制限 (選挙運動への積極的関与行為) テーゼ」(後述 (C) (2) オ) 参照), 「選挙運動への積極的関与の禁止が公務員の政治活動の自由の権利に対して加える制約は限定的テーゼ」(後述 (C) (2) カ) 参照)をいい, 「過度に広範な規制の危険に厳しい眼を向けるという立場の下においても」【5-1 応援・6-8 勧誘】は, 「刑罰法規の内容を定めるという面においても, これによって制限される行政公務員の政治活動の自由に優越する公共の利益の保護のための必要やむをえない措置であるとする立法者の判断には, これを支持するに足りる合理的根拠があるというに妨げがなく, これを憲法上の基本権を不当に侵害するものとして違憲と断ずることは相当でない」という。かくして, 被告人の行為は, 【5-1 応援・6-8 勧誘】「所定の投票勧誘運動にあたるものというべく, 被告人において右行為をした以上, 同人が右演説に際して自己の身分を明らかにしたことがなく, また, それが右候補者らやその属する政党との間の組織的なつながりその他の政治的背景の下でされたものではなく, 専ら一書家としての立場からの発言としてされたものであるとしても, また, それが, 職務と全く関係なく, かつ勤務時間外に勤務場所以外の場所でされた行為であるとしても, これにつき規則の上記規定及び法 102 条 1 項, 110 条 1 項 19 号を適用して被告人に刑を科したことになんら憲法及び法令違反の廉はない」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コミット

ア) 政治活動の自由の重要性テーゼ

S-56.10.22 〈(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑〉最1判の中村補足意見は、猿払最高裁判決の多数意見と反対意見を要約する形で、「政治活動の自由は、自由民主主義国家における最も重要な基本原理をなし、国民各自につきその基本的な権利の一つとして尊重されなければならない」という。

(2) 公務員の政治的行為制限へのコミット

ア) 行政の中立性と能率的な運営及びこれに対する国民の信頼の確保・公務員の政治的中立性テーゼ

S-56.10.22 〈(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑〉最1判の中村補足意見は、猿払最高裁判決の多数意見と反対意見を要約する形で、「国の公務、なかんずく国の行政に従事する公務員については、行政の中立性と能率的な運営及びこれに対する国民の信頼の確保等の要請から、その行動基準として政治的中立性が要求され」る、という。

イ) 形式的要件をみたした立法の委任であれば、憲法違反の内容を有するもののみを無効とすれば足りるテーゼ

S-56.10.22 〈(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑〉最1判の中村補足意見は、「立法の委任がその対象事項と委任の目的と委任立法権を行使するにあたって則るべき基準の設定という要件をみたしてされる限り、その委任自体は憲法に違反するものでないことは」「反対意見の説くとおりであるが、このようないわば形式的要件をみたした立法の委任であれば、たとえ右委任にあたって示された目的や立法基準が一部違憲な法規の制定をも許容するような内容上の不当性を有する場合でも、委任そのものを全部無効とし、ひいてこれに基づく規定の全部の効力を否定する必要はなく、憲法に違反するような内容の立法をも委任した部分、したがってまた、現実に制定された規定中かかる憲法違反の内容を有するもののみを無効とすれば足りる」という。

ウ) 抽象的危険の存在をもって足りる場合もありうるテーゼ

S-56.10.22 〈(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑〉最1判の中村補足意見は、「規則は、5項の政治的目的の列挙と6項の禁止行為の態様の列挙との組み合わせによって禁止されるべき政治的行為を具体化しているのであるが、それらの規定をつぶさにみると、禁止の対象が比較的特定されているものから比較的広範かつ包括的なものに至るまで区々にわたっており、しかもそれぞれの禁止行為が行政の中立性やこれに対する国民の信頼等に及ぼす影響の性質、内容、程度及びその政治的自由に対する制約の内容、性質、程度もさまざまであって、これらの多岐多様な禁止規定のすべてを同じ基準で処理すること自体果して妥当なりやの疑問が生ずる」、「しかも、行政の中立性やこれに対する国民の信頼等行政公務員の政治的中立性を要求する理由となる法益に対する侵害の危険なるものは、それ自体極めてとらえ難い観念であり、抽象的、一般的には容易に肯定できても、その具体的な存在を明確に示すことが困難な場合も少なからず存すると思われるが、この場合に後者の要件がみたされなければ禁止は許されないとの態度を固執すれば、結局禁止そのものを断念しなければならない場合が出てくることになり、果してそれでよいのかという疑問が生ずるのであって、行為自体がその性質上公務員の政治的中立性に強く抵触すると考えられるようなものとか、行政の中立性に格別影響を及ぼさないような場合もないではないが、それは極く例外の場合に限られるというような行為については、抽象的危険の存在をもって足りると

して差支えない場合もありうる」という。

エ) 選挙運動に対する積極的な関与行為は、政治的中立性という法益侵害の危険性を一般的に肯定できるテーゼ

S-56.10.22 <(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑> 最1判の中村補足意見は、「本件で問題とされているのは」、【5-1 応援・6-8 勧誘】「の合憲性である」、公職の選挙は、代表民主制の下においては最も重要な政治的出来事であるが、同時にこれをめぐって展開される行動は、それ自体政治的意味の強い、かつ、一般に党派的色彩を帯びた行動とすることができる。公職の選挙において特定の候補者の当選を得させるために積極的な選挙運動をする行為のごときは、そのような党派的政治性を強く有するものであり、その者がこのような関与行為をした動機や関与の態様のいかんによって右の政治性に濃淡の差が生じるとはいえ、行為自体として右のような評価をされてもやむをえない、「このような選挙運動に対する積極的な関与行為は、行政公務員の政治的中立性に著しく反するような性質の行為であり、行政の中立性やそれに対する国民の信頼の確保等かかる行政公務員に対する政治的中立性の要求の理由とされる法益侵害の危険性を一般的に肯定して差支えないような性質のもの」という。

オ) 公務員一律制限(選挙運動への積極的干与行為) テーゼ

S-56.10.22 <(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑> 最1判の中村補足意見は、「関与行為が職務と無関係にされたかどうか、勤務時間外に、勤務場所以外の場所でされたかどうか等は、職務専念義務などとの関係では大きな意味を有するが、選挙運動への積極的関与という行為自体がもつ」政治的中立性という「法益侵害の危険性の評価にそれ程重大な関係があるとは思われない。要するに、公職選挙における選挙運動に行政公務員が深く結びつき、これに関わることで自分が一個の大きな問題をもつものであり、その関与形態が行政公務員の政治的中立性を強くそこなうと認められる」「ものである限り、立法者が、これをそれ自体として一般的に行政の中立性とその能率的運営及びこれに対する国民の信頼の確保等行政公務員の政治的中立性を要求する根拠となる公共の利益に対する重大な侵害の危険性を有する行為類型と認め、右法益を保護するためにこれを一般的に禁止する必要性があると判断することには、これを支持する合理的根拠がある」という。

カ) 選挙運動への積極的関与の禁止が公務員の政治活動の自由の権利に対して加える制約は限定的テーゼ

S-56.10.22 <(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑> 最1判の中村補足意見は、「公職選挙における選挙運動の自由は、制度的には極めて重要な法益であるが、実際にこれに積極的に参加する者は国民のうち特別の関係や関心をもつ比較的一部の者に限られるというのが現実であることにかんがみると」、「選挙運動への積極的関与の禁止が行政公務員の政治活動の自由の権利に対して加える制約の意味及び程度には限定的なものがある」という。

(3) 司法哲学

S-56.10.22 <(表・委) 郵【5-1 応援・6-8 勧誘】／刑> 最1判の中村補足意見は、多数意見より、若干、積極的な司法哲学と思われる。

(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判の中村補足意見は、基本的には、猿払最高裁判決の反対意見のアプローチを正しいとしつつも、「選挙運動に対する積極的な関

与行為は、政治的中立性の要求の理由とされる法益侵害の危険性を一般的に肯定して差支えないような性質」の政治的行為、「抽象的危険の存在をもって足りる」政治的行為もありうるとし、このような場合は、人事院規則への委任も許容されるとした。この点、多数意見に好意的な立場からは、「立論の仕方は大いに傾聴すべき点をもち、賛意を表したい点も多々あるが、現行人事院規則 14-7 は、たしかに幅が広すぎ、その規制の態様がこまかすぎる点はあるが、この規則に掲げられている政治的目的を有する政治的行為は、いずれも多かれ少なかれ、党派的活動を公務の運営の中にもちこみ、その公正中立性に障害を生ずる危険性をもつものであり、特定候補者の支持・不支持のための投票勧誘などの選挙活動だけが、規則の定める他の行為よりも危険性が大きいとすることは必ずしもできないように思われる³⁾」との批判、「この補足意見が、多数意見を補足するものでありながら、その内容において、多数意見の拠って立っている猿払判決の多数意見と相反する判断をしている点が問題といえる。本件多数意見は、「無限定で本件関連規定や人事院規則への委任を合憲としているのであるが、それと意見を同じくしながら、補足意見中で展開されている論理の運びは明らかに、多数意見と矛盾し、これを限定するものである。とりわけ、この補足意見が、懲戒原因としての政治活動の制限、禁止と刑罰原因のそれとが異なり、後者の場合は、前者の場合より厳格な基準によって律すべきとする立場を、十分な合理的根拠を有するとし、その論理的帰結と思われるが、違憲立法の委任部分ないし違憲規定を無効とすれば足りるとして、人事院規則の一部について違憲無効のものがあることを示唆する点は、明らかに猿払判決と相反し、そして、本件多数意見とも相反する⁴⁾」という批判がある。他方、猿払最高裁判決の反対意見に好意的な立場からは、「中村裁判官の補足意見は、猿払事件最高裁判決の『反対意見』が、『一般論としては反対意見のとしている態度が正しい』ことを認めている。したがって具体的危険を、少なくとも抽象的危険の実質化を必要としていたはずなのである。しかし、抽象的危険でなく法益侵害の具体的危険を『みたされなければ禁止は許されないとの態度を固執すれば、結局禁止そのものを断念しなければならない場合が出てくることになり、果してそれでよいのかという疑問が生ずる』とする治安と秩序優先の思想のもとに、例外的であるにせよ、『行為自体がその性質上公務員の政治的中立性に強く抵触する』行為には、一般的に危険性が存在するとして、抽象的危険を肯定してしまった。その例として、同裁判官は、『公職選挙における選挙運動』は、『立法者が、これをそれ自体として一般的に行政的中立性とその能率的運営及びこれに対する国民の信頼の確保等行政公務員の政治的中立性を要求する根拠となる公共の利益に対する重大な侵害の危険性を有する行為類型』であるとして、『これを一般的に禁止する必要がある』とすることに『合理的根拠がある』とした。こうした政治的行為は、行政の中立的運営に対する国民の信頼という法益を個別具体的に侵害する結果としての危険をもたらさなくとも、また、個別具体的な行為の危険性を論証しなくとも、その行為自体がその性質上、法益侵害の危険性を一般的に有する行為類型であると決めつけてしまった⁵⁾」という批判がある。

注

(6) 「必要最少限度の制約（合憲限定解釈）・委任は合憲／処分適法」アプローチ

1) 本判決は、規則の制定事情からみて本件行為は【6-13 文書掲示】に該当しないとの原告の主張について、「一旦制定された法令は、制定者の意思（制定理由）に必ずしも拘束される訳ではなく、その客観的解釈による制定理由

が適用の時点でなお妥当性を有すればこれに従って法令を適用すべきであると解すべきところ、規則の制定理由は憲法上の要請に基づくものであり、かつ政治的行為の放任によって行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を損うおそれが現在もお認められる」という。

- 2) 本判決は、「行政の中立性を確保するためには、現実これを侵害する行為、あるいはこれを侵害する現実の危険がある行為のみでなく、その抽象的危険がある政治的行為をも規制する必要」があり、「右目的を達する為に合理的であり必要最少限度の範囲内にある限り、抽象的危険に止まる政治的行為をも規制することは憲法の容認するところ」という。
- 3) 本判決は、「集団示威行進が憲法 28 条にいわゆる『その他の団体行動』に含まれるとしても、それが規則に定める政治的目的をもってなされるときは、勤労者の経済的地位の向上のために右団体行動権を保障した同条の趣旨を逸脱する」という。
- 4) 本判決は、本件訓告処分が憲法 31 条に違反するとの主張について、「国税庁職員訓告規程」は「国家行政組織法 10 条、14 条 2 項に基づき国税庁長官の発した訓令である」、「本件訓告処分は右規程に基づくものであって刑罰ではない。ただ規程中に訓告の対象となる非違行為として国公法 102 条 1 項、規則を取込んでいるに過ぎない。同法 110 条 1 項 1 号（罰則）とは関係がない。」として斥ける。
- 5) 本判決は、最大判昭和 40 年 7 月 14 日（民集 19 卷 5 号 1198 頁）—表現の自由の制限が憲法上肯認される場合には、その制限の程度、範囲等は立法府の政治的裁量に任されるのであって、それが一見して気まぐれで不合理と認められる場合を除いて司法審査に服さないとした—を援用する被告の主張に対して、「この判決は勤労者の団結権の制限に関する事案であり、表現の自由の制限を問題とする本件とは相違し、先例とならない」、「当裁判所も公務員の政治的行為の禁止の限度に対する判断権は一次的には立法府にあることは否まないが、表現の自由は、民主政治の死命を制し、その中核をなすだけに、裁判所は立法府の判断が一見して気まぐれで不合理と認められる場合でなくとも、合理性を失うと考えられる場合は、その旨の判断を加える権能を有すると考える」、「現に」猿払最高裁判決「において、表現の自由の制限について司法審査をしている」（傍点-中谷）という。なお、本判決は、上述のように、「全体の奉仕者・公務員の政治的中立性・行政の中立性の維持・行政の中立性に対する国民の信頼の確保テーゼ」（c）（2）イ参照）、「防止テーゼ」（c）（2）ウ参照）、「公務員一律制限テーゼ」（c）（2）エ参照）等において、猿払最高裁判決と同旨を述べるが、同判決を明示して援用するのは、前記傍点部分に関してのみである。
- 6) 北野弘久・三木義一・法民 108 号 34-35 頁（1976）。

(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

- 1) 本補足意見は、「多数意見と反対意見は、行政の中立性とその能率的運営及びこれに対する国民の信頼の確保という公共の利益のために、行政公務員の政治活動の自由に対し、一定の範囲において刑罰の制裁を伴う禁止を施すことも憲法上可能であること、どこまでそれが可能かについては、禁止の必要性の有無についての判断と、制限によって得られる利益とこれによって失われる利益との間の比較考量を行わなければならないとする点においては共通して」いる、とするが、両者は、「右の考量判断をするにあたってとるべき態度、すなわち規制を許容する方向に比較的ゆるやかな眼を向けるか、これに対してより厳しい態度で接するか」という点で異なるという。そして、「その一つのあらわれが、前者においては行政の中立性とそれに対する信頼の確保という保護法益を極く抽象的、一般的な形でとらえ、これに対する侵害やその可能性の存在が抽象的、一般的に肯認される限り規制の合憲性を肯定しようとする態度となり、逆に後者においては、右の法益に対する現実の侵害ないし侵害の具体的危険性の存在が認められることが必要であるとの見解の表明となっている」という。
- 2) 本補足意見は、「本件における法 102 条 1 項における人事院規則の委任についても、多数意見の認めているように委任についての」「形式的要件が充足されている以上、刑罰法規の内容となる面においては立法基準がゆるやかにすぎるといふ憲法上の欠陥を帯有するとしても、そのためにこの関係において規則の全部の効力を否定すること

は妥当とはいいい難い」という。

- 3) はやししうぞう・時法 1130 号 61 頁 (1981)。
- 4) 河上和雄・ひろば 35 卷 1 号 40 頁 (1982)。
- 5) 船尾徹・労旬 1709 号 36-37 頁 (2009)。

Judicial Passivism and Activism concerning Political Activities of National Public Servants— (3) —

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つつ、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）。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とする本稿は、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）—アカデミア社会科学編第10号（2016）、同（2）南山法学第39巻第3・4合併号（2016）に続くものであり、（6）「必要最少限度の制約（合憲限定解釈）・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」アプローチを分析、検討するものである。