

猿払事件判決批判・覚書

「表現の自由」論の観点から

佐々木 弘 通

- 一 はじめに 問題の所在と本稿の課題
- 二 猿払事件の概要と、同事件最高裁判決の全体構成
- 三 猿払三基準の論理と問題点
 - 1 猿払事件判決の論理 猿払三基準
 - 2 猿払三基準の論理の問題点
 - A (1)の目的審査と(2)の手段審査の問題点
 - B (3)の利益衡量の問題点
 - C (1)(2) + (3)の全体枠組みの不可解さ
 - D 説明抜き、司法審査の緩やかさ
- 四 一般的法規定と個別的行为
 - 1 猿払事件判決の論理 「一般的・客観的審査」
 - 2 個別的行为への着目
 - 3 個別的行为に即した本件禁止の意味
- 五 刑罰と懲戒処分
 - 1 猿払事件判決の論理 懲戒処分と刑罰の異質性

2 目的審査における抑制の可能性

六 おわりに

* 本稿は、拙稿「社会保険庁職員事件 地裁判決をどう理解するか 表現の自由論に絞った検討」法学セミナー六三三号(二〇〇六年)四四頁以下、に加除修正を施して、世田谷事件の意見書として〇七年一月一六日に東京地裁に提出したものを基礎としている。その後、同事件の被告人側証人として同年二月一四日に法廷で証言した内容を中心として、さらに注記の形で加筆した。

一 はじめに 問題の所在と本稿の課題

国家公務員法一〇二条一項は「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、これに違反する行為は、同法八二条の定める懲戒処分⁽¹⁾の根拠となるとともに、同法一〇一条一項一九号により刑事制裁の対象ともなる。国公法一〇二条一項(一九四八年制定)と、これを受けて「政治的行為」を網羅的に具体化した人事院規則一四七(以下「規則」、四九年制定)が、憲法二一条の保障する表現の自由を侵害しないかという論点については、両者の制定当時から議論があつた。だが一九七四年の猿払事件判決(最大判昭和四九年一月六日刑集二八巻九号三九三頁)が一一対四で合憲の判断を示し、それが今日の先例となっている。

本件(以下「世田谷事件」⁽¹⁾)は、いわゆる堀越事件と並んで、この政治的行為禁止規定の違反を理由として起訴がなされた久々の刑事事件である。宇治橋眞一氏は国家公務員(厚生労働事務官)である。二〇〇五年九月一日の衆議院議員選挙に際して、宇治橋氏が勤務のない土曜日(九月一〇日)に、職場から離れた世田谷区のアパートの集合ポスト等に、日本共産党の機関紙である「しんぶん赤旗」号外を投函してまわったところ、その行為が国公

法一一〇条一項一九号、一〇二条一項、規則六項七号（五項三号）に該当するとして、同月二九日に起訴された。表現の自由の憲法的価値を弁えない憲法論を展開した猿払事件判決から三〇年以上経って、今日の裁判所が前記論点にどのような判断を示すのか。これが本件訴訟の実体面における最大の注目点である。

残念ながら、堀越事件に関する第一審判決（東京地判平成一六（二〇〇六）年六月二九日、毛利晴光裁判長、宮本聡・松永智史裁判官⁽¹⁾）は、被告人・堀越明男氏に罰金一〇万円、執行猶予二年の有罪判決（求刑は罰金一〇万円）を宣告した。上記論点についてこの判決は、猿払事件判決に「概ね賛同する」ところから出発する。そして判決理由中の「第4」の「2 本件政治的行為の禁止及びこれに対する罰則規定の合憲性について」の「(1) 当裁判所の見解」の部分で、基本的に猿払事件判決の該当部分を書き写したあと、続く「(2)」の部分で、弁護人の主張をことごとく斥けている。つまり、上記論点について、この判決の内容は、基本的には猿払事件判決の論理を繰り返すものであり、この論理を擁護する過程で猿払事件判決の問題点を拡大再生産するものだったといつてよい。

猿払事件判決の論理は、(目的審査・手段審査や比較衡量論や付随的制約論などの)憲法訴訟論の専門用語を大量にブレンドしているため、目くらましに合って「結論はともかく、こういう違憲審査基準論もそれとして成立可能ではないか」と誤解する人も少なくない。だがこれらは本質的に目くらましなのであって、同判決の示した判断枠組みは、まともな近代法感覚を身につけ、人権論の基本を弁えた裁判官であれば、けっして易々と採用しえないはずのものである。堀越事件第一審担当の諸裁判官は、何の葛藤⁽²⁾・苦惱⁽³⁾もなく猿払事件判決の判断枠組みを全面支持して有罪判決を出しつつも、執行猶予をつけることでバランスをとった気である、その仕事振りで、はしなくも法律家としての地金を衆目にさらしたといえよう⁽³⁾。

世田谷事件と堀越事件を担当する裁判官には、何より、先例としての猿払事件判決の「おかしさ」を十分に弁えたうえで、仕事に取り組んでいただきたい、というのが筆者の願いである。「おかしい先例は即、覆せばよい」と

いほど裁判官の仕事が簡単なものでないことは、筆者も了解している。しかし、おかしい先例をおかしと感じることもできないで書かれた判決理由は、法律家としてのプロフェッションリズムないしはリーガル・マインドを欠いており、限りなく屁理屈に近づく。本稿の目的は、「表現の自由」論(憲法二一条)の観点から、先例としての猿払事件判決のどこにどうい問題点があるのかについて網羅的に論じることによって、その「おかしさ」を明らかにする点にある。それゆえ基本的には、本件・世田谷事件そのものについて論じることはいらない。

- (1) 大久保史郎「公務員の政治的行為の制限の制定過程」名古屋大学法政論集二二二号(二〇〇六年)一頁以下。
- (1a) 参照、小林容子「国公法・世田谷事件」法律時報編集部編『法律時報増刊・新たな監視社会と市民的自由の現在』(二〇〇六年)(以下『法時増刊』と略記)二七〇頁以下。
- (1b) 『法時増刊』八一頁以下、に判決全文が掲載されている。
- (2) 奥平康弘「安全・安心」国家と表現の自由の現段階」『法時増刊』二頁以下、「と」、「内の言葉」。
- (3) 拙稿「裁判官と「自分の言葉」と近代法」『法時増刊』六三頁。
- (4) 猿払事件に関わる、憲法二一条論とは別の重要論点は、立法委任論(憲法四一条)であるが、筆者の時間的・能力的制約から、本稿では論じることができない。この論点に関して、法学教室の連載企画「論点講座・憲法の解釈」が「Round 2」として「法律の留保」をテーマとしている。石川健治「二つの言語、二つの公法学 『法律の留保』の位置をめぐって」法学教室三三二二号(二〇〇七年)五四頁以下、亘理格「法律の規律密度と委任命令」同三三三号(二〇〇七年)五七頁以下、駒村圭吾「憲法の留保」と権力の変容」同三四号(二〇〇七年)四六頁以下。

二 猿払事件の概要と、同事件最高裁判決の全体構成

猿払事件では、郵便局に勤務する国家公務員(郵政事務官)が、一九六七年度の衆議院議員選挙に際して、勤務時

間外に選挙用ポスターを掲示した行為などを理由に起訴された。第一審は、「非管理職である現業公務員であつて、その職務内容が機械的労務の提供にとどまるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ、職務を利用せず又はその公正を害する意図なくして行つた規則六項一三号の行為で、労働組合活動の一環として行われたと認められるものに、刑罰を科することを定める国公法一〇条一項一九号は、このような被告人の行為に適用される限度において、行為に対する制裁としては合理的にして必要最小限の域を超えるものであり、憲法二一条、三一条に違反するとの理由で、被告人を無罪とし」（以上は上告審による要約）、第二審もこの結論を支持した。

最高裁は一一対四で破棄自判し罰金刑五〇〇〇円の有罪判決を下した（反対に回つた大隅健一郎、関根小郷、小川信雄、坂本吉勝の四裁判官は共同して反対意見を書いている）。法廷意見の理由づけは二部構成である。「一件政治的行為の禁止の合憲性」の部分では、（二）でまず一般的に「国公法一〇二条一項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止」が、次いで（三）で特定の「本件で問題とされている規則五項三号、六項一三号の政治的行為」の禁止が、憲法二一条に違反しないことを論じる。そして、「一 本件政治的行為に対する罰則の合憲性」の部分で、違反行為を懲戒処分のみならず刑罰の対象とすることが憲法二一条と三一条に違反しないことを論じている。以下ではこの論理を三つに分けて（本稿三了五）、批判的に検討する。

三 猿払三基準の論理と問題点

1 猿払事件判決の論理 猿払三基準

「一」の（一）の部分で法廷意見は、「憲法二一条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なもの」と述べ、（また「政治的行為」が）憲法二一条による保障を受ける「ことを承認し、）それゆえその制限は「合理的で必要やむをえない限度にとどまるもの」でなければ違憲

になるとする。一方、国公法一〇二条一項と規則による政治的行為の禁止の保護法益は、憲法一五条二項にも関連する、「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されること」だとする。^(4a)

続く(二)の部分で、目下の論点たる政治的行為の禁止が上記「合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、(1)禁止の目的、(2)この目的と禁止される政治的行為の関連性、(3)政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要」だとする。(1)(2)(3)の記号は引用者)。いわゆる猿払三基準(別名「合理的関連性の基準」)である。

この猿払三基準はどう展開されるのか。

(1)と(2)につき、まずベースとなる「弊害」論がこう説かれる。「もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行 につ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くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われる……」。また、公務員の右のような党派的偏向は、逆に政治的党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が歪められ……、そのような傾向が拡大すれば、…… 行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため 行政の能率的で安定した運営は阻害され、……このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内部規律のみによってはその弊害を防止することができない事態に立ち至る」()、()、()の記号は引用者。⁽⁵⁾

「こいつ因果の連鎖を念頭に置いて、法廷意見は」「このような弊害を防止し、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うおそれのある政治的行為を禁止すること」といふふうに、目的手段の関連を定式化する。そして、その前段を指して、「その目的は正当なもの」だとし、同じ定式の後段を指して、「禁止目的との間に合理的な関連性がある」とする。そしてこいつ附加する。「たとえばその禁止が、公務

員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない。

(3)についてはこうだ。「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失うものではない」。

2 猿払三基準の論理の問題点

以上の猿払三基準は、たしかに憲法訴訟論の専門用語を大量にブレンドしており、素人目にはもっともらしく見える。だが詳細に検討すると、論理的な不整合を来しており、かつ、本質的に「表現の自由」論の基本的考え方と相入れない。

A (1)の目的審査と(2)の手段審査の問題点

第一。文面上判断における(1)の目的審査と(2)の手段審査は本来、手段たる自由制約が、制約目的との関係で真に「必要やむをえない限度にとどまる」かどうかを、立法事実を照らして審査する場である。

だがここではそれがなされず、先述した目的手段の関連の定式において、もつぱら字面のうえで前段と後段とを

関連づけてみせるという作業に終始している。⁽⁶⁾つまり、ここで法廷意見が行っていることは、目的手段の関連の定式を行った文、「このような弊害を防止し、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うおそれのある政治的行為を禁止すること」の順序を少し並べ替えて、もう一つの文を書いているだけのことなのである。「右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性がある」。⁽⁷⁾これは特段の審査を行うものではなく（緩やかな審査すら行っているとはいえず）、たんに言い換えているにすぎない。

この定式のベースにある「弊害」論は、一九五〇年代の判例がよくやっていたように「公共の福祉」の一言で自由制約を正当化する代わりに、本論点に即した物語を語ってみせたにすぎない。実際にこの「弊害」論のように成り行く（にまで至る！）現実的基盤がどれほど存在するかを、七五年の薬事法違憲判決（最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁）や八七年の森林法違憲判決（最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁）のような立法事実論のアプローチで検討すれば、そこに現実性を認める判断はまずありえない。

もう一点、仮にこの「弊害」物語を承認しても、それを防止するために、部分否定（政治的行為のなかには禁止されねばならぬものがある）に止まらず全部否定（全ての政治的行為が禁止されねばならぬ）が導かれる根拠は、別に説明されねばならないはずだ。⁽⁷⁾

B (3)の利益衡量の問題点

第二。(3)の利益衡量では、一方で「得られる利益」として①の禁止目的と同じ「行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼」の「確保」が再登場⁽⁸⁾、他方で「失われる利益」は小さく描き出される。だがこの「失われる利益」の説明は出鱈目だ。

すなわち、法廷意見は本件の禁止が「意見表明そのものの制約をねらい」としていないとするが、正しくない。一方で、この猿払事件では選挙用ポスター掲示行為が対象となった。これは政治的な表現行為である。この禁止は、表現内容が自民党支持か社会党支持かを問わない点で、「意見」の制約をねらいとはしていない。だが紛れもなく表現行為の禁止だから、本件禁止は「意見表明そのものの制約をねらい」としている（「表明」とは「表明」行為なのであり「行動」に他ならない！）。他方で、商業ポスター掲示行為も選挙用ポスター掲示行為も行為の外形は同じだが、本件の禁止はポスター掲示行為一般という「行動」もたらす弊害の防止をねらい」としていない。選挙用ポスター掲示行為だけが、つまり政治的メッセージの伝達行為だけが、禁止対象なのであり、それゆえ本件禁止は「意見表明そのものの制約をねらい」としているのだ。

さらに法廷意見は、「国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく」と意味ありげに述べる。だが規則は様々な類型の政治的行為を網羅的に列挙して禁じているから、選挙用ポスター掲示行為を禁止された被告人に、同じメッセージ内容を同じ層の受け手に対して伝達可能な他の「行動類型」は残されていない。別のメッセージ内容を別の層の受け手に対して伝達可能な「行動類型」があっても、被告人の救いに全くなならない。ゆえにこの点も、「失われる利益」が小さいことの理由になりえない。

C (1)(2) + (3)の全体枠組みの不可解さ

第三。(1)(2)の目的審査と手段審査を行ったあと、さらに(3)の比較衡量を行うという審査枠組みは、不可解である。

比較衡量の枠組みでは、規制によって得られる利益（「公益」）と失われる利益（「自由」）とを衡量するが、往々

にして国家の「公益」を個人のちつぽけな「自由」に優先しがちだ。その難点を克服するための枠組みが、目的審査と手段審査である。目的審査の次元で「公益」の重要性が承認されたとしても、審査をそこで終えて「自由」の制約を全面的に認めてしまわずに、なお可能な限り「自由」の存立余地を追求すべく、「自由」制約という手段が「公益」目的を実現するために必要不可欠かどうかといった、目的と手段との関連性を一枚腰で審査するのが、手段審査の課題なのである。つまり、人権価値を織り込んだ比較衡量の枠組みが、目的審査と手段審査である。⁽¹⁰⁾

しかるに猿払三基準では、それを済ませた後もう一回、先祖帰りした原始的な利益衡量を⁽¹¹⁾で行うのだ。これは一体、どういうことなのだろうか。

もし法廷意見に、①・②の目的審査と手段審査を通じて、人権価値を織り込んだ比較衡量を行っている、との自覚があれば、それを終えた後にあらためて③の比較衡量を行うことはなかったに違いない。ゆえにその自覚がなかったのだと推測される。実際、①と②では、人権価値を織り込んだなら到底ありえないような、「審査」の名に値しないおぞまりの検討がなされていたにすぎない点は、既に述べた通りである。

また、③についても、次の点を看過すべきでない。すなわち、法廷意見は、「失われる利益」が何かを論ずる部分で、政治的行為の制約が「意見表明そのものの制約をねらい」とするのか「その行動のもたらす弊害の防止をねらい」とするのかの区別を論じている。こうした区別論は、アメリカから憲法訴訟論が導入されて間もない猿払事件判決当時の日本においては、さぞ洗練されて見えたであろうことは想像に難くない。だが、アメリカではこの手の区別は、「厳格な審査基準とより緩やかな審査基準（いわゆる中間審査基準）のいずれを適用すべきかを定める目的で行われて」いた。つまり、この手の区別論は、①と②の目的審査・手段審査をどれほど厳密に行うべきか（審査密度ないし審査の厳格度）を決めるために行われていたわけである。ところが本判決の法廷意見では、この区別が「利益衡量のために」失われる利益⁽¹²⁾の大小を判定する目的でなされている⁽¹²⁾、もつと言えば、「失われる利

「益」が小さいことを言わんがためだけに、用いられている。しかも既述のように、その区別論のあてはめも出鱈目である。

「このように見てくると、要するにこいついことなのではないだろうか。目的審査・手段審査の枠組みにせよ、直接規制と付随規制の区別論にせよ、本来は、人権をよりよく保護できるような利益衡量の枠組みをどのように構成するかという問題意識に導かれて、母国・アメリカで築かれてきた理論的な道具立てであった。そういう本来の大きな文脈の理解を全く欠いたまま、ただその道具立ての諸パーツを、それらの見てくれのよさだけを理由に、あるうことが本来の文脈とは正反対の方向で用いる目的で（つまり人権の大幅な制約を説明するという目的で）、継ぎ接ぎして提示されたのが、猿払三基準に他ならない。諸パーツの意義と機能を本当に理解して導入したわけではないから、既に述べたように、各パーツの一つひとつについても、それぞれ看板倒れ・見掛け倒しに終わっていない」といって、目的審査・手段審査と言いが、一体どこがそうなのか、また、「意見表明そのものの制約をねらい」としていないと言いが、しているではないか、等々、ということになるのである。

D 説明抜きの、司法審査の緩やかさ

第四。一般に司法審査の厳格度には、いちばん厳しい厳格審査、いちばん緩い合理性審査、その中間の中間審査、と三つのレベルがある。そして、どんな人権がどんな規制を受けているかに着目して類型化がなされ、その類型ごとにどの厳格度で審査をなすべきかの枠組みが形成されている。

「人権のうちでもとりわけ重要な」表現の自由の制約が問題となる場面では、厳格審査か、緩くても中間審査のレベル止まりであり、合理性審査は認められない。「とりわけ重要な」人権でいちばん緩い審査がまかり通れば、人権の裁判的保障など、あとは推して知るべしだからだ。つまり、裁判所がある人権について「とりわけ重要」だ

と述べたからには、その人権の制約の合憲性をいちばん緩い合理性審査で検討することは、本来はありえない話である。⁽¹³⁾

そして猿払事件で問題となったのは、普通に考えればどこから見ても厳しい審査が必要とされる類型 政治的表現行為の、表現内容規制(主題規制)にして、網羅的・全面的な禁止⁽¹⁴⁾であった。

ところが法廷意見は、きわめて緩い猿払三基準を、どういう類型論に基づくのか、また何故この場面でも緩い審査が正当とされるか等の説明を一切せずに、「一」の(二)の冒頭で唐突に導入し、利用した。基準の緩さもさることながら、⁽¹⁵⁾そうした説明ができない審査基準は、審査基準として失格である。⁽¹⁶⁾

(4a) 意見書には書くことができなかつたが、法廷証言で次の趣旨を述べた。すなわち、猿払事件判決の法廷意見の「一」の(一)における問題設定は、十分に「表現の自由」の問題に照準が絞れていない、という点である。本来ならば本稿三、の前に一つの独立した章を立てたうえでその本文で論じるべきところだが、本稿ではやむなくこの注記のなかで論じておく。

「一」の(一)の部分は二つの段落から成る。その第一段落は三つの文で構成されている。その第一文はこうである。「憲法二条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によってもみだりに制限することができないものである。ここでは「表現の自由」が主語となっている。ところが一転、第二文はこうである。「そして、およそ政治的行為は、行動としての面をもつほかに、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、その限りにおいて、憲法二条による保障を受けるものであることも、明らかである。ここでは主語が「政治的行為」に変わっており、そうして法廷意見の論述ではこれ以後ずっと、主語 ないし論述の主題 は「政治的行為」であり続けている。

なるほど、第二文では、「政治的行為は……憲法二条による保障を受ける」と述べてはいる。だが、更地で考えてみよう。はたしてあらゆる「政治的行為」は憲法二条の保障に与る「表現行為」であるうか。

規則六項は、一七号にわたって「政治的行為」の定義規定を用意している。そこで定義された全ての行為が、真面目

な「表現の自由」主張の対象となるとは到底、考えられない。まず、そもそも憲法上保護された表現行為に該当しないと考えられる諸行為が存在する。「政治的目的のために職名、職権又はその他の公……の影響力を利用すること」(一号)、「……政治的目的をもつならんかの行為をなし又はなさないことに対する代償又は報復として、任用、職務、給與其他職員の地位に關してなんらかの利益を得若しくは得ようと企て又は得させようとすることあるいは不利益を与え、与えようと企て又は与えようとおよびやくすこと」(二号)などがそれである。また、猿払事件で検討対象とされた選挙用ポスター掲示行為は、一般論としては紛れもなく憲法上保護された表現行為である。だがしかし、その行為が明らかに「政治的目的を有する文書又は図画を国の庁舎、施設等に掲示し又は掲示させその他政治的目的のために国の庁舎、施設、資材又は資金を利用し又は利用させること」(三号)に該当するケースでは、その行為までが憲法上保護されていると真面目に主張する人はいないであろう。さらに、堀越事件や世田谷事件で検討対象となっている「政党……機関紙……を……配布」する行為(七号)にしても、これまた一般論としては紛れもなく憲法上保護された表現行為ではあるが、その行為を公務員が職務遂行と関連づけて行うような場合、例えば住民票の交付に來た住民に対して、その交付窓口で住民票交付と同時に政党機関紙を配布するような場合、には、そういう行為までを、憲法二一条を楯にして真面目に擁護しようとする人はいないであろう。

そうだとすると、規則の定義する「政治的行為」一般を主題とするのでは、「表現の自由」の問題をよく論じることができない。「政治的行為」一般には、憲法上保護された表現行為ではないものもたくさん混ざっている。憲法二一条の保護を受ける行為と受けない行為とを一緒にした「政治的行為」一般を主題として憲法二一条論を論じるのは、議論として明らかに粗雑である。真つ当な「表現の自由」論を行うためには、議論の主題を「表現行為」に純化させたうえで行うのでなければならない。この点に無自覚なまま猿払事件判決を読んできたこれまでの読者は、前記したような憲法二一条の保護を受けない諸々の政治的行為がそれなりの制限を受けてもやむをえないという潜在意識に引張られて、憲法二一条の保護対象である政治的表現行為までが本来被るべきでない制約を被ることになる論理を、容認させられてきた面があったのではないだろうか。

以上の点を、本稿四、で後述する点と関連づけておこう。まず、猿払事件で問題とされた具体的行為が存在する。次に、その具体的行為が該当するとされた、規則六項一三号の規定する行為類型が存在する。最後に、規則六項が一号から一七号にわたって定める諸行為類型の束であるところの、政治的行為一般が存在する。こういう三つの次元のうち、

猿払事件判決は、最後の次元を対象にした禁止が合憲であるとの判断を下したあと、その合憲判断をそのまま、最初の次元を対象にした禁止の合憲判断へと流し込んでいるのである。それに対して本稿四、では、憲法二二条で保護された行為であることに異論がない最初の次元を対象にした禁止、これが合憲かどうかの判断こそを詳細に行うべきである、との主張を提出している。このような本稿四、の主張からすると、猿払事件判決の論理は、そこから幾重にも隔たった、「表現行為」ならざる夾雑物が満載であるところの「政治的行為」一般を禁止することが合憲であるとの判断を、何よりの決め手としていることになる。

(5) から発する因果の連鎖として、(公務員個人の次元)と(行政機関の次元)を経ての「国民の信頼」の毀損という事態に至る筋と、同じく(公務員個人の次元)を経て(行政機関の次元)の「行政の中立的運営」と能率的安定的運営の破綻という事態に至る筋を示している。と、とはイコールである。また、「行政の中立的運営」の損われる原因が、では行政機関内部の公務員にあり、では行政機関外部からの介入にあるという違いを持ちつつ、とは重なっている。そしてそこから先が二つに枝分かれしており、一方がへと至る筋であり、もう一方が、と進む筋である。

(6) 奥平康弘「猿払事件等最高裁判決と表現の自由」同『表現の自由』(一九八四年、有斐閣)三〇二頁以下、三一一―三二二頁。但し奥平氏は、本稿が「目的手段の関連の定式」と捉えている部分を丸ごと、「目的」の定式だと読んでいる。

(7) 職務遂行()と無関係の私的な政治的行為は、の「公務員の政治的中立性」に反するか、またそれは、の職務遂行の偏向にどうつながるか、の諸論点が鍵となる。

(8) 樋口陽一「公務員関係と基本的人権」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選・第二版』(一九八八年、有斐閣)二二頁以下、「二」の論述。

(9) へ禁止された「行動類型以外の行為により意見を表明する自由」があるのではないかという論理が、「表現の自由」論として説得力を持つためには、特定の人々が特定のメッセージ内容特定層の人々に向けて伝達するために用いたその特定の「行動類型A」が禁止されても、別の「行動類型B」によれば、その同じ人が同じメッセージ内容と同じ層の人々に向けて伝達することが可能である、と現実的に言えなければならない。

表現の内容規制・内容中立規制の二分論によると、裁判所が表現内容中立規制の合憲性を審査するに際しては、表現

内容規制の合憲性を審査する場合ほど厳しい審査密度で審査することは求められない。その理由はこう説明される。すなわち、表現内容規制が合憲だと判断されると、禁止対象となったメッセージ内容は、どのような行為類型を通じて伝達されるのであれ、およそ言論の自由市場に登場することを許されなくなる。つまりそのメッセージ内容は社会的に抹殺される。ゆえに裁判所が表現内容規制に対して合憲のお墨付きを与えるには幾重にも慎重になる必要がある。それに對して表現内容中立規制であれば、そこで禁止対象となった「行為類型A」とは別の「行為類型B」を通じてであれば、そこで禁止対象となったのと同じメッセージ内容を、言論の自由市場に登場させることが可能である。ゆえに裁判所は、表現の内容中立規制の合憲性を審査する際には、表現内容規制の合憲性を審査する場合ほど警戒的である必要はない、と。

但し、ここで表現の内容中立規制として典型的に想定されているのは、あくまで一定の表現行為類型を部分的に規制するケースであることに、注意が必要である。一定の表現行為類型を全面的に規制するケースでは前記の正当化理由が妥当しなくなり、その合憲性審査を行うに際して裁判所は、表現内容規制に対するのと同じくらい厳しい審査密度をもって事に臨まなければならない、と説かれているのである（参照、後述の注14）。例を挙げると、表現内容中立規制が典型的に想定するのは、一定の場所についてピラ貼り行為を禁止する措置であって、ピラ貼り行為を一律全面的に禁止する措置はその想定の外にある。もう一つ別の例を挙げると、表現内容中立規制が典型的に想定するのは、街頭演説行為を一定の夜間時間帯に行うことを禁止する措置であって、街頭演説行為を一律全面的に禁止する措置はその想定の外にある。つまり、「行為類型A」とは別の「行為類型B」があるだろう、というときの「行為類型A」と「行為類型B」との距離は、一定の場所にはピラ貼りができないが他の場所にはピラ貼りができる、とか、夜間時間帯には街頭演説ができないが昼間時間帯には街頭演説ができる、という程度のものである。それはけっして、全く別の行為類型

例えばTVに出演して発言する行為 を指示することによって、伝統的な表現行為類型 例えばピラ貼りや街頭演説 を一律全面的に禁止することを正当化する論理ではないのである。そうであってはじめて、特定の人が特定のメッセージ内容を特定層の人々に向けて伝達するために用いたその特定の「行動類型A」が禁止されても、別の「行動類型B」によれば、その同じ人が同じメッセージ内容をほぼ同じ層の人々に向けて伝達することが可能である、と現実的に言えるからである（圧倒的に多くの場合、完全に同じ層の人々に向けて伝達するのは現実的に無理である）。全く別の表現行為類型を指示する論理に説得力がないのは、まず、一定の表現行為類型を禁止された当該の表現者に、

その別の表現行為類型がアクセス可能であるかどうかは問題があるからだし、また仮にその点がクリアされたとしても、次に、別の表現行為類型によってメッセージ内容が伝達される受け手層は、禁止された元の表現行為類型によってメッセージ内容が伝達される受け手層とは異質であるのが常だからである。

以上の「表現の自由」論を踏まえて、猿払事件判決の法廷意見に戻ろう。法廷意見は、「国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までをも制約するものではなく」と述べることで、いったい何を意味しようとしたのだろうか。第一に、規則六項は様々な類型の政治的行為を網羅的に列挙して禁じているから、政治的意見の表明はどのみち無理だが、例えば宗教的な意見や芸術的な意見など、政治的でない意見の表明は自由である、という意味だったと理解しよう。しかし、政治的でない意見の表明が自由であれば政治的意見の表明を禁止してよい、などという理屈が憲法的に成立するわけがないので、この理解は却下される。第二に、規則六項は様々な類型の政治的行為を網羅的に列挙して禁じているから、公務員職にある人がたとえ一人としての立場であっても、およそ公的に(つまり不特定多数の公衆に向かって)何らかの政治的表現行為を行うのは無理だが、しかし私的に(例えば家庭の食卓をさんだ会話などにおいて)政治的意見を表明することは自由である、という意味だったと理解しよう。けれども、「表現の自由」保障の何よりの意義は、自由に公的な(つまり不特定多数の公衆に向けた)発言ができる点にある。そのことは「表現の自由」の「優越的地位」の根拠として、個人的価値とともに民主主義的価値(ないし社会的価値)が挙げられる点に明らかである。公的な発言を封じ、ただ私的領域での発言のみを認めて事足りりとするのは、「憲法一九条の思想良心の自由を保障しさえすれば、憲法二一条の表現の自由は本気で保障しなくてよい」という主張と、限りなく近い。こういう理屈が、日本の最高裁ではまかり通ってしまうのだろうか。第三に、規則六項は様々な類型の政治的行為を網羅的に列挙して禁じているものの、なお、一定の「行動類型」による公的な政治的意見の表明を、公務員職にある人々に認めている、という意味だったと理解しよう。もしこういう意味だったとしたらまともな「表現の自由」論として真摯な取扱いに値するが、問題は、規則六項を精読してみても、いったいどのような「行動類型」が認められているのか、少なくとも筆者には全く読み取れない点である。ゆえに、もしこういう意味だったのであれば、一体どのような「行動類型」があるのか、是非ご教示いただきたいと願う。

香城敏磨「政治的行為の規制に関する最高裁猿払事件」同『憲法解釈の法理』(二〇〇四年、信山社)三九頁以下(初出一九七七年。言うまでもなく猿払事件最高裁判決の担当調査官による解説である)、六三 六四頁、の説明は、一見

すると前記第三の理解を説くようだが、その実は前記第二の理解に帰着すると筆者は考える。

掘越事件第一審判決は事あるごとに、「公務員がその禁止された類型以外の行為により政治的意見の表明をすることまで禁じるものではない」との趣旨を繰り返す（判決理由中「第4」「2」「2」の「イ」「ウ」「エ」「オ」、『法時増刊』九九 一〇一頁）。だが、それでは他にどのような行為類型が現に存在し、そしてその行為類型がどのようにこの行為類型を禁止することの代替となりうるのかについて、何も語るところがない。

- (10) 石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック憲法・改訂版』（二〇〇〇年）一二四頁以下、一七七—一七八頁。

- (11) 高橋和之「本判決へのコメント」、『法時増刊』五五頁以下、「一」の論述。同「審査基準論 個別の衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」、『ジュリスト』一〇八九号（一九九六年）一六五頁以下、「五」の論述。すでに同「公務員の政治的行為と懲戒処分 プラカード事件」、『芦部信喜・高橋和之編』『憲法判例百選 第三版』（一九九四年、有斐閣）三〇頁以下、の「二」の論述に、この点の認識に立脚した指摘が行われていた。次注を見よ。

- (12) 本文の二つの引用は、高橋、前掲「公務員の政治的行為と懲戒処分 プラカード事件」、の「二」の論述からである。

- (13) この点 ある人権の制約の合憲性を検討するのにいちばん緩い合理性審査で済ませてしまふのであれば、裁判所はその人権を「とりわけ重要」なものとしてはちっとも扱っていないことになるのであって、合理性審査で済ますことは、その人権を「とりわけ重要」だとした裁判所の当初の言明を全く裏切るものである、という点 が、裁判所にはなかなかピンとこないようであるのは、いったいどういうわけだろうか。

最近の時事問題から素材をとって言えば、食品メーカーが賞味期限を改ざんしたり売れ残り品を再び販売したりすれば、その食品メーカーが日頃から口にして、「お客様は神様です」（つまり、お客様は非常に重要な存在です）との言葉が口先だけのものであったことが、誰にもわかるであろう。丁度これと同じように、ある人権の制約が合憲であるかどうかの検討を裁判所がいちばん緩い合理性審査でしか行わないならば、その人権を「とりわけ重要」だとする裁判所の言葉には何の重みもなかったことになるのである。

掘越事件第一審判決は、判決理由中「第4」「2」「(1)」「ア」で、「政治活動の自由は、基本的人権のうちでもとりわけ重要とされる表現の自由の一環として、憲法二一条一項による保障を受ける」と、明らかに猿払事件判決の該当部

分を横目に見ながら書き記す(『法時増刊』九六頁)。ところが「第4」「2」「2」「イ」では何のためらいもなく、「表現の自由の優越的地位を強調して……厳格な基準を採用すると、そのために、憲法上の重要な国の利益を損う結果を招きかねない」と言っている(『法時増刊』九九頁)。表現の自由を保護することこそが他ならぬ「憲法上の重要な国の利益」のひとつであるなどは完全に思いの外なのである。こうして堀越事件第一審判決は、「とりわけ重要な言明の意味が本当には全く理解できていないことを露呈している」。

- (14) 表現の内容規制・内容中立規制二分論を前提とするとき、主題規制と、特定の表現行為類型の全面禁止との二つは、いわば内容規制と内容中立規制の真ん中に位置するかたちになる。一方で、内容規制のなかでも主題規制は、典型的な見解規制とは異なるという点で、内容規制に求められる厳格審査よりも若干緩やかな審査でよいことが示唆される。他方で、内容中立規制のなかでも特定の表現行為類型の全面禁止は、情報伝達のための十分な代替的経路が開かれていると言えなくなる点で、内容中立規制に求められる中間審査よりも厳しい審査をすべきことが示唆される。参照、芦部信喜『憲法学 人権各論(一)・増補版』(二〇〇〇年、有斐閣)四〇五 四〇七頁。

したがって(本文で述べた「政治的表現行為」という点が、一般に審査の厳格度を高める方向の力を働かせることは、ここでは脇に置くとして)、本文で述べた、「表現内容規制(主題規制)にして、網羅的・全面的な禁止」という点からは、中間審査よりも厳しい審査が要請されることは間違いない。

- (15) 憲法学説による猿払三基準に対する批判がこれまでずっとも強調してきたのが、正にこの点 基準の緩さ、ないし司法審査の厳格度がいちばん緩やかなレベルのものである点 である。市川正人、合憲性判断基準論『法時増刊』一四三頁以下、は、この点に関する批判論を総括的に論じたあと、猿払事件判決がその後の最高裁判例でどのような位置を占めているのかについて論じている。

(16) 堀越事件第一審判決は、判決理由中「第4」「2」「2」「イ」の第三段落(『法時増刊』九九頁)で、なぜ緩やかな合理的関連性の基準によることが不当でないかの説明を試みてはいる。だがそこで述べられていることは全てこれ、なぜ緩やかな審査でよいかの説明ではなくて、規制により「失われる利益」がいかに小さなものであるかという利益衡量の場面での説明である。

四 一般的法規定と個別的行為

1 猿払事件判決の論理 「一般的・客観的審査」

さて猿払事件判決の「一」の部分では、(一)で一般的に「国公法二〇二条一項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止」の合憲性を論じたあと、その結論を流し込む形で、続く(三)で特定の「本件で問題とされている規則五項三号、六項一三号の政治的行為」の禁止の合憲性を、簡単に導き出している。この順序には要注意である。本判決は、法規定を一般的・抽象的・全面的に合憲だとしたうえで、その法規定の適用される一事例としてのみ、本件の個別的行為を扱っているのである。そして、続く(四)・(五)の、原審の論理を批判する部分も、全面的にその思考に乗っている。

一般的法規定に対して文面上合憲の判断を行ったあと、その結論を流し込む形で、当該事件の個別的行為に対する規制が合憲であると説く、という論じ方は、実は日本の最高裁にはお馴染みのものである。佐藤幸治氏も次のように指摘している。「わが国では、付随的審査であるとされながらも、違憲審査は具体的な事件・争訟の提起を契機にして、法令そのものを客観的・一般的見地から問題にするものだという傾きがとくに最高裁判所のレベルで見られた」、これは、「引用者注 アメリカ的(な)『文面審査』……を含めてより広く『客観的審査』ないし『一般的審査』と呼ぶにふさわしいような性質のもの」だ。⁽¹⁷⁾

2 個別的行為への着目

だがそれとは反対に、何よりもまず、目前の個別的行為が憲法上保護された行為であるかどうかを十分に検討し、そのうえでさらに必要であれば、法規定の文面審査へと至る、という論じ方があるはずだ。本件・猿払事件の

ポスター掲示行為は、憲法上保護された表現行為である。その表現内容は暴動を誘発したわけではないし、その行為が街の美観を損ねたわけでもない。職務外でなされ職務遂行と無関係だから、「行政の中立的運営」を歪めていない。ゆえに本件行為を禁止・処罰することは憲法上許されない。と、このように、個別的行為を規制することの違憲性をひとまずはつきりさせたうえで、必要に応じて、それでは本件行為に適用されようとしていた法規定の文面には憲法上問題がないかどうかの審査へと及んでいくアプローチである。

違憲判断の文脈で言うと、このように、「当該事件で問題とされた個別的行為は憲法上保護されている、ゆえに、規制根拠となる当該法律規定を本件行為に適用することは違憲となる」という適用上違憲の判断のほが、「当該法律規定そのものが違憲である」という文面上違憲の判断よりも、一般的には望ましい、とアメリカでは考えられている。その理由は、第一に、文面上違憲の判断は、法律の憲法判断を真正面から行ったうえで違憲だと判断するから、民主的基盤の強い議会との軋轢が大きいものに対して、適用上違憲の判断は、そのような文面上違憲の判断を回避する意味を持つことである。第二に、その行為者の救済という司法権本来の目的は、適用上違憲の判断で十分に達成されるのであり、文面上違憲の判断を行う必要がないことである。⁽¹⁸⁾

日本の最高裁では、なぜ上記の「一般的・客観的審査」のありかたが習い性となってしまったのだろうか。理由として二つのことが考えられる。第一に、一般的法規定を対象として憲法判断を行い到達した結論が、圧倒的多数の場合、文面上合憲の判断になった結果として、アメリカにおけるように、議会との軋轢という問題を真剣に考える必要がなかったことである。⁽¹⁹⁾第二に、戦後、新たに司法審査制（ないし違憲審査制）が導入され、日本国憲法施行後まもなくの時期に、戦前以来の裁判官が、馴染みのないこの制度を試行錯誤で使っていく過程で、その後の司法審査制の運用を支配するに至る一定の道筋が敷かれた、ということがあった。ここでは、憲法は法律の上にある規範であり、法律規定を憲法に照らして検討するのが司法審査制である、と考えられた。乱暴を承知で単純化する

ば、法律規定がその上にある憲法に適合すると判断されたからには、そこから先の、法律規定の適用の場面では、もはや憲法の出る幕はなく、戦前以来の裁判官がよく馴染んでいる、刑法・民法その他の法律以下の規範が支配する法的世界が広がっている、と考えられたのである。⁽²⁰⁾裏から言つと、憲法が保障する諸々の権利が、諸個人の具体的な生活場面で常に生き生きと働いている、というものの見方がたいへん希薄であった。そして、法律規定が適用される場面で、いわばその下から、「憲法上の権利」がその適用を掣肘する、という発想は、定着しないまま、今日に至っている。

だがしかし、前記したように、個人の権利保護を第一目的とする伝統的な司法の役割には、何よりもまず個別的行为に着目して憲法判断を行うアプローチのほうが適格的だと考えられる。また、一般的法規定を対象とする文面上の憲法判断は、基本的には立法部が立法を行うにあたってなす憲法判断と同じ性質のものである。それに対して、個別的行为に着目した適用上の憲法判断こそが、司法部ならではの性質のものであると考えられる。

3 個別的行为に即した本件禁止の意味

ところが法規定の一般的な合憲判断を個別的行为の評価に流し込む猿払事件判決のアプローチによると、同事件の対象行為（本件行為）は「政治的行為のなかでも党派的偏向の強い行動類型に属する」とされ、「違法性の強い行為」だと性格づけられた。この性格づけを、個別的行为に即して理解し直してみよう。

本件行為はそれ自体としては、前記したように何の実体的害悪ももたらさない。職務遂行と無関係だから、「行政の中立的運営」を歪めてもない。しかしその行為を標識として、行為者の信条の「党派的偏向」が表面化する。それこそが「公務員の政治的中立性の維持を損うおそれ」の元凶だ。偏向した政治的信条の持ち主が公務員であることそのことが、「行政の中立的運営に対する国民の信頼」を損う、と理解される。これは行為に着目

するようで実は内心の信条に着目するものに外ならない。⁽²¹⁾

だが考えてみよう。多様な信条の持ち主が公務員に就職することを憲法一九条は保障している。そして公務員が私的生活では様々な政治的信条を持つというのは当り前の事実である。ところがそんなことさえ弁えずに、公務員職にある個人のもつ私的な「党派的」信条がその人の行為によって露わになっただけで、「行政の中立的運営に対する国民の信頼」を失う、我々はその程度の「国民」なのか。⁽²²⁾ 本判決のアプローチが導く帰結は、個別的行為に即して検討すれば、間違っているという外ないであろう。

以上、個別的行為に着目した憲法判断こそを、裁判所は丁寧に行うべきである、との主張を行った。これはもちろん、そこから進んでさらに一般法規定の憲法的評価を行った結果が、個別的行為の制約に対する憲法的評価に對して、ある種の(保守的であれ)フィードバックをもたらしうることを、否定するものではない。猿払事件判決は、個別的行為それ自体を対象とする憲法的評価を真つ当に行うことなく、一般法規定を対象とする憲法的評価で獲得した、合憲であるとの結論を所与としてのみ、個別的行為の憲法的評価に携わっている点において、欠陥を有しているのである。

(17) 佐藤幸治『憲法・第三版』(一九九五年、青林書院)三六七頁。

(18) 高橋和之『憲法判断の方法』(一九九五年、有斐閣)一七、一九二〇、二二頁。

(19) これに対しては樋口陽一『司法の積極性と消極性』(一九七八年、勤草書房)九三―九五頁、が早くから、最高裁は合憲判断積極主義であり、政治部門の実例にお墨付きを与えるという政治的役割を演じている、との批判的指摘を行っていた。

(20) こういう状況に対する、早い時期の奇立ちの表明として、奥平康弘『わいせつ文書頒布販売罪』(刑法一七五条)に
 ついて「同『表現の自由』(一九八四年、有斐閣)二頁以下(初出一九六二年)に

(21) この点、適用法条は憲法一九条か二二条かという多少細かい解釈論に入ると、本文で述べたことのゆえに本件行為の規制は憲法二二条に違反するのだと把握される。一定の内心が表に出たのは、あくまで本人の自発的な表現行為によつてであり、公権力が内心の開示を求めたわけではないからである。それに対して、「不利益取扱い」型と結合するかたちで、人の内心が特定内容であることが判明した場合には、正にそのことを理由としてその人を不利益に取扱う目的で、公権力が人にその内心の開示を求める場合には、思想良心の自由の侵害として憲法一九条に違反するのだと把握される。憲法一九条の解釈論について参照、拙稿「思想良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』(二〇〇五年、信山社)二八七頁以下。

(22) もし我々がその程度の「国民」であるとすると、日本は「お子さま社会」であるということになる。マンガなどによく笑い話として、クラスメートの可愛いマドンナ女子生徒も自分と同じようにトイレに行くことがあるのだと知つて激しいショックを受けるナイーブな小学生男子、というお決まりの図式が出てくるが、前記「国民」の精神レベルはこの小学生男子と同等であるからだ。

堀越事件第一審判決は、判決理由中「第6」「2」「②」と「③」で『法時増刊』一〇八―一〇頁、本件行為が「政治的偏向の強い行動類型に属する」との性格づけにしがみつき、それによつて「保護法益を侵害する抽象的危険が発生した」とし、違法性の強弱ではなく違法性の有無を検討する場面では、本件行為が許容された場合の「累積的、波及的效果」をも考慮に加えて、本件行為の弊害を論じることが妥当であると述べる。だがしかし、この点(抽象的危険を根拠に表現行為を規制できると論じて何の痛痒も感じないところに、担当諸裁判官の人権感覚がはからずも現れている点)は、脇に置く、本文で述べたような個別的行为の憲法的评价から出発すれば、本件行為がどれだけ「累積・波及」しようとして「国民の信頼」が損われることはないか評価されるのではなからうか。

五 刑罰と懲戒処分

1 猿払事件判決の論理 懲戒処分と刑罰の異質性

最後に猿払事件判決は、「二」の部分で、「本件政治的的行為に対する罰則」が合憲であると論じる。それは、「一」

で公務員の政治的行為の禁止を合憲だと判断した以上、その禁止「違反……に対する制裁として刑罰をもって臨むことを必要とするか否かは……立法政策の問題」だとする立法裁量論によっている。

そこでは一方で、下級審の判断を斥ける文脈でこう論じる。国公法八二条の懲戒処分は、「国が公務員に対し、あたかも私企業における使用者にも比すべき立場において、公務員組織の内部秩序を維持するため、その秩序を乱す特定の行為について課する行政上の制裁である」。だが同法一一〇条一項一九号の刑罰は、「国が統治の作用を営む立場において、国民全体の共同利益を擁護するため、その共同利益を損う特定の行為について科する司法上の制裁」である。「このように、懲戒処分と刑罰とは、その目的、性質、効果を異にする別個の制裁なのであるから、前者と後者を同列において比較し、司法判断によって前者をもってより制限的でない他の選り手手段であると軽々に断定することは、相当ではない」と。

ところが法廷意見は他方で、四裁判官による反対意見を斥けるためにこう論じる。国公法一一〇条一項は規則に、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものである」。そして、「そのような政治的行為が、公務員組織の内部秩序を維持する見地から課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものであるとともに、国民全体の共同利益を擁護する見地から科される刑罰を根拠づける違法性を帯びるものである」と。つまり、懲戒処分の対象となる政治的行為と、刑罰の対象となる政治的行為との範囲は、同一であって構わない、というのだ。⁽²⁶⁾

だがしかし、前半における、懲戒処分と刑罰とが質的に異なる制裁であるとの洞察と、後半における、懲戒処分と刑罰それぞれの対象となる政治的行為の範囲が同一であってよいとの判断とは、はたして首尾一貫しているだろうか。

2 目的審査における抑制の可能性

懲戒処分と刑罰とが「その目的、性質、効果を異にする別個の制裁」であるとの洞察は、「表現の自由」論のなかにどのように取り込まれるべきか。⁽²⁴⁾

法廷意見によると、「公務員組織の内部秩序を維持するため」という目的を実現するための手段が懲戒処分であり、「国民全体の共同利益を擁護するため」という目的を実現するための手段が刑罰である。

公務員の政治的行為は、二つの異なる目的のために、各目的実現のための二つの異なる制裁手段（刑罰と懲戒処分）によって、二重に制約されている。刑罰と懲戒処分とは、同じ目的を達成するための二つの制裁手段ではないから、たしかに法廷意見の言うように、手段審査において両者を同列に並べて「より制限的でない他の選べる手段」を論じることは正しくない。だがその一方で、（少なくとも一定範囲において）同一の行為が制約対象となっているのだから、二つの異なる目的相互間の関係がどうなっているのかの検討は必要になるのではないだろうか。

法廷意見の、先に本稿五、の第三段落で引用した部分から読み取ることができるのは、「公務員組織の内部秩序を維持する」という懲戒処分の目的と、「国民全体の共同利益を擁護する」という刑罰の目的とが、「公務員の政治的中立性を損うおそれ」に対処すべし、という内容において重なりを見せている、という点である。そうだとすると、その限りで同一の目的を実現するために懲戒処分と刑罰という二つの制裁手段が存在することになる。その場合に、同一の行為に対して、二つの制裁手段を別個独立のものとして重疊的に課することの正当性は、怪しいのではないだろうか。

それではどう考えるべきなのだろうか。試論的に、次のような考え方を提出したい。すなわち、本件政治的行為は憲法上保護された表現行為であり、法廷意見の認めるように「国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずる」。それが合憲である可能性は、本件政治的行為が「公務員のみに対して向けられている」とこ

るから拓かれる。だとすると、「公務員の政治的中立性を損うおそれ」に対処すべし、という要請は、まずは「公務員組織の内部秩序を維持するため」という目的から出てくるものと捉えられる。そして、その目的のために用意された手段（懲戒処分）で足りない場合にはじめて、「国民全体の共同利益を擁護するため」という目的が呼び出され、そのための手段（刑罰）を用いることが憲法上正当化されると考えられる。

このように、公務員の政治的行為を刑罰でもって禁止することの合憲性審査にあたって、懲戒処分と刑罰とを、手段審査において同列に並べて「より制限的でない他の選びうる手段」を論じることが間違っていたとしたら、両者の違いは目的審査において明確に踏まえられるべきである。そうすると、あらためて目的審査の次元で、懲戒処分だけでは不十分である理由が問題とされざるをえないのではないか。この問題を検討したうえでなお、同じ範囲の政治的行為が懲戒処分のみならず刑罰の対象ともなると言えるか、たいへん疑問である。

(23) 一方、猿払事件判決における四裁判官の反対意見は、「国公法一〇二条一項は……公務員につき禁止されるべき政治的行為に関し、懲戒処分を受けるべきものと、犯罪として刑罰を科せられるべきものとを区別することなく、一律一体としてその内容についての定めを人事院規則に委任している。このような立法の委任は、少なくとも後者、すなわち、犯罪の構成要件の規定を委任する部分に関与するかぎり、憲法に違反する」とした。

反対意見は、懲戒処分の対象となる禁止行為と、刑罰の対象となる禁止行為とは、「憲法上是認される制限の範囲に相違を生ずべきものである（具体的には、刑罰の対象となる禁止行為の範囲のほうが狭くてしかるべきである）」との判断を基礎としている。そのうえで、そうした区別なく、「禁止されるべき政治的行為」を、「一律一体としてその内容についての定めを人事院規則に委任している」という、国公法一〇二条一項の立法委任の仕方を、違憲だと判断したのである。

(24) 長岡徹「公務員の政治的行為に対する刑事制裁の違憲性」、『法時増刊』一六三頁以下、は、猿払事件判決における四裁判官の反対意見の説示にも含まれていた次の議論、すなわち、「公務員の表現活動を理由として懲戒処分を行う場合

には合理的関連性基準の下で司法審査がなされることもありうるかもしれないが、刑事罰を科すときには、厳格な司法審査が必要だ」（一六八頁）との議論、を深めている。つまり、政治的表現行為が懲戒処分の対象となる場合と刑罰の対象となる場合とで、司法審査の厳格度を違えることがありうる、という議論である。

本稿はこれとはまた別の議論を提示することを目指している。但しその議論の種は、やはり猿払事件判決における四裁判官の反対意見の説示に含まれていたものである。

六 おわりに

先例としての猿払事件判決に表現の自由の観点から多くの問題があることは、夙に知られてきた。本稿では、猿払事件判決の構成に即して、筆者なりにそれらの問題点を一つひとつ指摘することに努めた。先例としての猿払事件判決の法理を問題だと感じる憲法感覚を持つ裁判官に対して、堀越事件・世田谷事件は、「悪しき先例を前にして、どのような判決理由を書いて無罪判決を出すべきか」という挑戦を突きつける。先例の論理を維持しつつその射程を限定して事件の特徴に着目した「区別」を行うか、⁽²⁵⁾先例の論理の部分的な組み替えを図るか、先例の論理を正面から否定するか、憲法を迂回して自由権規約の違反を認定するか、等々。それを簡単に斥ける挙に出ると最高裁が国民の信頼を失うような、そのような説得力を備えた論証を行うことが目標となる。

だが、堀越事件・世田谷事件がそうした挑戦を突きつけていると受け止めるためには、裁判官の側に、憲法感覚と「議論する気概」⁽²⁶⁾が備わっていないなければならない。担当裁判官の、法律家としての資質が問われている。

(25) 木下智史「猿払事件最高裁判決の射程と国公法適用の違憲性」『法時増刊』一五六頁以下、が、そうした観点からの議論を行う。

(26) 米倉明『民法の教え方 一つのアプローチ・増補版』（二〇〇三年、弘文堂）六八頁。

（ささき・ひろみち＝本学准教授）