

人権制約法理としての公共の福祉論の現在
—最高裁判決における近時の展開を踏まえて—

棟 居 快 行

- ① 日本国憲法が保障する人権については、同第13条の「公共の福祉」が人権全般を通じての制約の法的根拠となり、また職業選択の自由（営業の自由）を定めた22条、財産権保障を定めた29条は、それぞれ個別に公共の福祉による制約を予定している。
- ② 学説は、公共の福祉を人権に内在する、人権保障と調和的な概念であると主張し、人権とは異質な利益を含み得る公共の福祉の理解を退けてきた。また学説は、このような人権制約の理解の延長上に、裁判所が人権制約立法の合憲性を司法審査する局面において、とりわけ精神的自由の規制立法については厳格な審査で当該自由を強く保護すべきであるとする、いわゆる「二重の基準」論を説いてきた。
- ③ 判例は、学説の整理によれば、かねてより審査基準論的な言い回しを用いる場合であっても、肝心の精神的自由の事案においては、規制によって得られる利益と失われる利益の衡量によって合憲性を判断するという、比較衡量（利益衡量、利益較量などと呼ばれることも多い）という方法に依拠してきた。
- ④ 学説は、判例の比較衡量論を強く批判してきた。国家公務員の政治的表現の規制を含む国家公務員法第102条第1項、人事院規則14-7の合憲性が争われた猿払事件で、最高裁昭和49年大法廷判決は独自の審査基準を提示したとも見えるが、学説は、同判決は比較衡量を決め手としており審査基準論の妥当な使用例とは言い難いとして批判してきた。
- ⑤ この間、判例は比較衡量の方法をますます明示的に採用するようになり、その流れを象徴する例として、やはり国家公務員法違反事件についての平成24年の最高裁第二小法廷の判決が、近時学説によって大きく取り上げられている。同判決は、小法廷判決であることから猿払判決の判例変更ではないはずであるものの、国家公務員法ならびに人事院規則の該当条文を限定解釈することにより、管理職的地位の有無で有罪無罪を区別する、という新判断を下した。
- ⑥ 近時の最高裁判決のこのような展開は、人権保障と公共の福祉を異質なもののぶつかり合いとして対置させる発想が、それなりに成熟し個別の人権救済の実を上げつつあることを示しており、これまでの公共の福祉の捉え方に一石を投じるものと考えられる。

人権制約法理としての公共の福祉論の現在 —最高裁判決における近時の展開を踏まえて—

国立国会図書館 調査及び立法考査局
専門調査員 政治議会調査室主任 棟居 快行

目 次

はじめに

- I 日本国憲法における「公共の福祉」
 - 1 条文の構造
 - 2 人権制約法理としての「公共の福祉」の解釈論
 - 3 本稿の課題
 - II 猿払事件最高裁大法廷判決
 - 1 同事件の概要
 - 2 同判決の主な理由付け
 - 3 猿払判決のいわゆる「猿払基準」への批判
 - III 「平成24年判決」の登場と審査基準論のゆらぎ
 - 1 平成24年判決のインパクト
 - 2 平成24年判決の判旨
 - 3 猿払判決と平成24年判決の相違点
 - 4 千葉裁判官補足意見
 - 5 千葉裁判官補足意見をめぐる学説の反応
- おわりに—平成24年判決が公共の福祉論に与え得る影響—

はじめに

日本国憲法における人権保障（第3章「国民の権利及び義務」）は、もとより無制約のものではない。問題は、どのような制約を憲法が予定しているかである。人権の制約が法律により任意に定められるとすれば、大日本帝国憲法が例えば第29条において「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス」としていたような、いわゆる「法律の留保」に人権保障が服していることとなる。しかし、日本国憲法はこのような建前をとらず、その代わりに、人権制約の法理（法理論上の根拠）として、「公共の福祉」という新たな法概念を据えた（日本国憲法第12条、第13条。以下、特に断らないかぎり条文は日本国憲法のそれを指す。）。

その結果、人権を制約する法律は、「公共の福祉」に合致していれば合憲であり、そうでなければ違憲ということになる。このことを制約される人権の側から表現すれば、人権を制約する法律は、人権規定自体が織り込み済みの合憲的な制約であるのか、それとも人権侵害に該当する違憲な制約であるのかの、いずれかである。

裁判所は司法審査に際して、当該法律による制約が「公共の福祉」に該当し合憲であるのか、それとも人権侵害的であり違憲というべきであるのかを、立法目的、目的達成の手段（規制手段）の両面から審査するのが定型となっている⁽¹⁾。すなわち、規制立法が「公共の福祉」に該当するか否かは、それ自体が正面から論じられるというよりは、司法審査の手順に従って当該法律の合憲違憲が判断されることに随伴して、おの

ずと解決されることになっている。

このように、「公共の福祉」の内実それ自体が、一般的抽象的に裁判所による憲法解釈の対象とされることはないのであって、「公共の福祉」という人権制約法理が現実にとどのようなものとして裁判所により解釈運用されているのかは、規制立法の合憲性が争われた個々の事案ごとに見てゆくほかはない。

そこで本稿では、憲法学説における「公共の福祉」の捉え方（これは人権の側から見てどこまでの制約が許されるかを、裁判所が基準を使い分けながら判断する、いわゆる「審査基準論」に帰着されてきた。）、ならびに判例におけるその捉え方（これは規制によって得られる利益と失われる利益との比較を旨とするいわゆる「比較衡量論」に帰着されてきた。）を、その代表的なものを通じて概観し、「公共の福祉」概念が学説ならびに判例において、今日どのように捉えられているのかを管見することとする⁽²⁾。

あらかじめ要約すれば、公共の福祉の概念を人権とは異質な制約原理と見るのではなく、人権に内在する制約原理と捉えるのが、今日の学説状況といい得るようである。また、学説から見た判例は、公共の福祉を人権と異質なものとして両者を対置させた上で、それらの比較衡量によって人権制約立法の合憲違憲を判断しているということになる。そして今日においても、両者は平行線のまま交わることなく、判例の新たな展開において、比較衡量論が審査基準論に吸収されるどころか、むしろ独自の進化を遂げつつあるようにすら見えるのである。

なお、比較衡量論と審査基準論を統一的に把握しようとする試みは、学説の側からも判例の

(1) 例えば、最高裁判所が初めて法律を違憲とした「尊属殺重罰規定判決」（最高裁昭和48年4月4日大法院判決・最高裁判所刑事判例集（以下「刑集」）27巻3号265頁）は、自由権ではなく平等保障に関する判例であるが、「刑法」（明治40年法律第45号）第200条（平成7年改正前）の尊属殺人罪の規定の立法目的は合憲、しかし手段として普通殺人罪（同第199条）に比べて刑を加重している度合いが「著しく不合理な差別的取扱い」に相当し、この点で違憲であるとしている。

(2) なお、衆議院憲法調査会事務局「「公共の福祉（特に、表現の自由や学問の自由との調整）」に関する基礎的資料 基本的人権の保障に関する調査小委員会（平成16年4月1日の参考資料）」衆憲資第46号、2004.4, pp.1-10が、学説ならびに判例の形成と展開についてまとめている。

側からもなされているが、本稿では、公共の福祉論をめぐる両者の思考方法の相違を際立たせるために、あえて単純な対比の構図を用いていることをお断りしたい。

I 日本国憲法における「公共の福祉」

1 条文の構造

日本国憲法は、思想の自由（第19条）、信教の自由（第20条）、表現の自由（第21条）などの自由権の保障規定を有するが、それら諸規定においては、当該自由権の限界ないし制約に触れるところがない（例外として、職業選択の自由（第22条）ならびに財産権保障（第29条）一両者を併せて経済的自由の保障—には、その制約法理としての「公共の福祉」が明記されている。）。他方で、このような自由権をはじめとする人権保障全体に対し、一般的な制約法理としての「公共の福祉」が、第12条、第13条に置かれている。

なお、人権の「制約」とは、制約立法以前に人権が一定の内容のものとして存在することで、はじめて成り立つ概念である。それゆえ、自由権、社会権、参政権という人権の3類型のうち、「制約」が厳密な意味で問題となり得るのは自由権のみである（予算等の制約から社会権の実現に一定の限界が課される場合にも「制約」という語を当てることがあるが、これは社会権立法に際しての立法者の「裁量」を意味しているにほかならない。）。したがって、「人権の制約」は「自由権の制約」とほぼ等値し得る。それゆえ、以下に「人権の制約」という言い方をする場合も、

その内実は自由権の制約を指すものとする。

さて、上に挙げた条文のうち、第12条は宣言的な規定であり、法規範としての性格は有しないとされる。これに対して、第13条は裁判規範性を有するとされ、そこでうたわれた「幸福追求権」は個々の人権規定を包摂する「包括的基本権」であり、また規定全体として人権一般に共通する個人主義を打ち出すものとされる。このように、個人主義的観点から保障された自由権の諸規定が、「公共の福祉」による制約には服するというのが、日本国憲法の人権（自由権）保障の有り様である。

以上のような日本国憲法の文言の配置から見るかぎり、日本国憲法は自由権を保障しつつ、同時に自由権にとっては異質な「公共の福祉」という制約法理により、自由権の保障を限界付けているもののように見える。すなわち、日本国憲法は「人権」と「公共の福祉」を異質なものの同士として対置しているかのように読み得る⁽³⁾。

しかしながら、憲法学説はむしろ、この両者を同質なものと捉え、公共の福祉を人権保障に内包する方向で展開されてきているようである。以下に学説の展開を概観する。

2 人権制約法理としての「公共の福祉」の解釈論

(1) 学説の展開

日本国憲法をめぐる学説状況を芦部信喜教授の整理に従って⁽⁴⁾、時系列的にまとめると⁽⁵⁾、大要次のようになろう⁽⁶⁾。

(3) なお、ジャン＝ジャック・ルソーはその「社会契約論」の冒頭部分において、「人間は自由なものとして生まれた、しかもいたるところで鎖につながれている。」と述べている。桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』岩波書店、1954、p.15。このように、「自由」を人が生まれながらに有する人としての自然的自由の意味で捉えるならば、自由の制約は、本来自由であるはずの人を拘束する「鎖」ということになる。つまり、自由を制約するのは、自由の異物である「鎖」としての社会のルールということであろう。これに関連付けていけば、日本国憲法の「公共の福祉」がルソーが言うところの自由の「鎖」であるのか、それとも自由と公共の福祉は同質的・調和的に捉えられるのか、が「公共の福祉」の解釈にとり大きな分岐点である。学説は後者に親和的な審査基準論を、判例は前者に親和的な比較衡量論を採り、両者は後述するように、平行線のままである。

(4) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』岩波書店、2011、pp.98-101；渋谷秀樹『憲法（第2版）』有斐閣、2013、pp.164-168も、ほぼ同様の分類による。

① (一元的外在制約説) 初期には、人権と公共の福祉を異質なものとして対立的に捉える立場が通例であった。

② (内在・外在二元的制約説) その後、人権の外側において人権を制約し得るものとしての公共の福祉を批判する観点から、公共の福祉による人権制約を、明文で公共の福祉による制約を

(5) 芦部 同上, p.99 は、「このような「公共の福祉」の条項が、各人権に対して具体的にどのような法的意味をもつのかについて、学説は当初、大別して二つに分かれた。」とし、①「一元的外在制約説」と②「内在・外在二元的制約説」を対置する。芦部教授の整理を引用すると、①一元的外在制約説は、「基本的人権はすべて「公共の福祉」によって制約される。すなわち、憲法 12 条・13 条の「公共の福祉」は、人権の外にあって、それを制約することのできる一般的な原理である。…この説は、美濃部達吉によって代表される当初の通説であったが、一般に、「公共の福祉」の意味を「公益」とか「公共の安寧秩序」と言うような、抽象的な最高概念として捉えているので、法律による人権制限が容易に肯定されるおそれが少なくなく、ひいては、明治憲法における「法律の留保」のついた人権保障と同じことになってしまわないか、という問題があった。」(同上)。また、②内在・外在二元的制約説は、「公共の福祉」の意味を「国の政策的考慮に基づく公益」という意味に限定した上で、「公共の福祉」による制約が認められる人権は、その旨が明文で定められている経済的自由権 (22 条・29 条) と、国家の積極的施策によって実現される社会権 (25 条—28 条) に限られる。12 条・13 条は訓示のない倫理的な規定であるにとどまり、13 条の「公共の福祉」は人権制約の根拠とはなりえない。国家の政策的・積極的な規制が認められる経済的自由権や社会権以外の自由権は、権利が社会的なものであることに内在する制約に服するにとどまる。」とするもので、戦後の比較的早い時期に出版された法学協会編『注解日本国憲法 (上)』有斐閣, 1954, p.294 によって初めて説かれ、「憲法の社会国家原理を踏まえた優れた解釈として注目をひいたが、しかし、問題点も少なくない。」とし、「憲法に言う「公共の福祉」の概念を国の政策的考慮に基づく公益という意味に限定して考えるのは適切か」、「13 条を倫理的な規定であるとしてしまうと、それを新しい人権…を基礎づける包括的な人権条項と解釈できなくなるのではないか」、などの疑問点を指摘する (p.100)。

さらにその後、①②両説の「対立状況の下で、1955 年 (昭和 30 年) に学界に登場し、その後の学説・判例に大きな影響を与えた説」として、芦部教授は、宮沢俊義『コンメンタール日本国憲法』日本評論新社, 1955, pp.201-203 を注記し、宮沢説である③「一元的内在制約説」を上記 2 説に続く第 3 説として挙げている (同上)。同説は、芦部教授の整理によれば、a) 「公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である。」、b) 「この意味での公共の福祉は、憲法規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在している。」、c) 「この原理は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、必要最小限度の規制のみを認め (自由国家的公共の福祉)、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠づける場合には、必要な限度の規制を認めるもの (社会国家的公共の福祉) としてはたらく。」(同上)、というものである。芦部教授は、「この説は、要するに、「公共の福祉」の観念をすべての権利を規制する原理としている点で」、先の①説と同様の立場に立つが、「その制約がすべての人権に論理必然的に内在しており、しかも、権利の性質に応じて権利の制約の程度が異なると解している点で」、②説の趣旨と一致する、と集約している (pp.100-101)。ただし芦部教授自身は、この③一元的内在制約説にも、「人権の具体的限界についての判断基準として、「必要最小限度」ないしは「必要限度」という抽象的な原則しか示されず、人権を制約する立法の合憲性を具体的にどのように判定していくのか、必ずしも明らかでない」、「具体的な基準は何かという基本的課題に対する解答を判例の集積に委ねてしまうのでは、内在的制約の意味が明確を欠くだけに、実質的には、外在的制約説と大差のない結果となるおそれも生じる。」と指摘している (p.101)。

(6) 本文①②③は、注(5)の①②③の各説に対応した説明である。なお、渋谷 前掲注(4), pp.166-167 は、④第 4 説「新内在・外在二元的制約説」を芦部教授の 3 説の整理に付け加える。同説は、主に浦部法穂『憲法学教室 全訂第二版』日本評論社, 2006, pp.79-83 の提唱にかかるものであり、内在的制約とは、憲法が保障する権利それ自体に内在するもので、a) 「他人の生命・健康を害してはならない」、b) 「他人の人間としての尊厳を傷つけてはならない」、c) 「他人の人権と衝突する場合の相互調整の必要、という観点から帰結される限界」であり (p.79)、このような制約はすべての憲法上の権利に共通するが、経済的自由 (憲法第 22 条 = 営業の自由、同第 29 条 = 財産権保障) については、内在的制約に加えて、「弱者保護の政策を実現するために、一定の制約を加えること」である政策的制約も認められる (p.80)、とする。渋谷教授は、上記のように、この第 4 説を、「内在・外在二元的制約説」の発展と捉え、「新内在・外在二元的制約説」と命名しているが、芦部 同上, p.101 では、同説は、第 3 説である「一元的内在制約説」の「内在的制約」の「意味を限定しようと試みる立場」(すなわち第 3 説の亜種) として位置付けられている。

うたう第22条（営業の自由）、第29条（財産権保障）に限定し、その他の表現の自由等の自由権の保障については、権利が社会的なものであることに内在する制約のみが許される、とする見解が有力となる。

この説は、第13条は第12条と並んで訓示的倫理的規定にすぎないとして、同条文における公共の福祉が表現の自由など人権一般の制約法理となる可能性を否定するのである。同説は、人権を制約する憲法上の法理という重要な役割を「公共の福祉」という条文上の概念に担わせることをあえて否定し、その代わりに憲法上の人権保障それ自体にいわば制約が織り込み済みである、と考えるのである。人権の至高性という基本的人権尊重主義の観点から、人権は人権によってのみ制約され得る、とする結果として、このようないわば哲学的な人権制約論にたどり着いた見解である。

③（一元的内在制約説）その後、公共の福祉という実定憲法上の概念そのものを、「人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理」と捉える見解が有力になる。この説は、人権と公共の福祉を異質な対立物と見なす①の立場に戻ったものではない。むしろ、公共の福祉という概念を人権にとって異質な存在でなく、人権相互の調整を通じて人権保障を実効化する役に立つ、人権に親和的な概念と位置付け直すのである。公共の福祉が人権に内在するというのであるから、同説は前者と後者とを同質のものと捉えていることになる。

(2) 判例における比較衡量論の展開

学説は前述の③の見解に到達した後、以下に述べるような判例の比較衡量論を「一般的に比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法の分野

においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い」⁽⁷⁾との理由で批判した。比較衡量論を用いた典型的な判例として、芦部教授はいわゆる「よど号乗っ取り事件」新聞記事抹消事件の最高裁昭和58年6月22日大法廷判決（最高裁判所民事判例集（以下「民集」）37巻5号793頁）を挙げ、「未決拘禁者の自由につき、逃亡ないし罪証隠滅の防止または内部の規律および秩序の維持という在監目的のため、「必要かつ合理的な範囲において一定の制限が加えられることは、やむをえない」とし、その制限が是認されるかどうかは、「右の〔在監〕目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」、と述べた判例の論法が、比較衡量論に該当するという⁽⁸⁾。

そして学説は、「一元的内在的制約説の趣旨を具体的な違憲審査の基準として準則化」する必要を説き、さらにその際、精神的自由の制約立法については経済的自由のそれに比べて「より厳格な基準によって審査されなければならないとする理論」としての「二重の基準」論を展開した⁽⁹⁾。ここで学説は、判例の比較衡量論が公共の福祉を人権にとって異質な存在であるとする論法であるとして、これを問題視し、両者を同質視する一元的内在的制約説の観点から、審査基準論および「二重の基準」論を提唱しているのである⁽¹⁰⁾。

このように、芦部教授による標準的な整理に従う限り、公共の福祉の概念を人権とは異質な制約原理と見るのではなく、人権に内在する制約原理と捉えるのが、今日の学説状況と言い得るようである。また、学説から見た判例は、公共の福祉を人権と異質なものとして両者を対置させた上で、それらの比較衡量によって人権制約立法の合憲違憲を判断しているということに

(7) 芦部 同上, p.102.

(8) 同上

(9) 同上, pp.103-104.

なる⁽¹¹⁾。

3 本稿の課題

それでは、最高裁判所の憲法判例においては、人権の制約法理である「公共の福祉」の解釈はどのように展開してきたか。学説が主張する審査基準論へと進展を遂げてきているのか、それとも、比較衡量論のままであるのか。

人権を制約する日本国憲法は、その保障する人権を立法等で制約する場合に、制約理由が「公共の福祉」に該当するものであることを要求する。前出のように、学説の一部には、そもそも憲法第13条の「公共の福祉」の法規範性を否定し、人権制約法理を人権保障それ自体に内在

する原理と捉えるものがあつた。しかし、判例は例えば、同条が保障すると解される「私生活上の自由」(参照、最高裁昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁)と、「公共の福祉」をともに法規範性を有する概念として対置するという、日本国憲法第13条の文言に準拠した解釈枠組みを維持してきた⁽¹²⁾。

さらに、平成以降の最高裁判決に至ると、それ以前に確立された最高裁大法廷判決を引用し、そこで述べられた憲法解釈の一般的命題を個別事案に当てはめる、という形式をとるものが通例である。これは、すでに判例の蓄積が相当になされている段階としては、当然の現象と言ひ得る。そこで、平成以降の判例においては、

(10) なお、「はじめに」末尾でも触れたように、本文で述べたような、学説＝一元的内在的制約説＝審査基準論、判例＝外在的制約説＝比較衡量論、という図式は、実際の学説・判例を対比のためにやや単純化したものである。学説は、比較衡量論自体は違憲審査基準の一種と見ており(同上、p.101)、また判例も審査基準の提示に努めてきた歴史がある(後掲の猿払事件最高裁判決などは、その典型事例であろう。)。にもかかわらず、学説が提唱する審査基準論は、判例が陥りがちであるとされる事案ごとの個別的比較衡量(これは予測可能性に乏しく国民の利益に不利に作用するから、学説は緻密な審査基準論の導入を唱導するのである。(同、p.102。))とは対極に立つものであるから、本文の整理も本稿のテーマのかぎりでは許されると考えられる。

(11) 同上、p.103は他方で、「このような比較衡量論の問題点を指摘しながら、前述の一元的内在制約説の趣旨を具体的な違憲審査の基準として準則化しようとして主張されたのが、アメリカの判例理論に基づいて体系化された「二重の基準」(double standard)の理論である。」「この理論は、人権のカタログのなかで、精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される「合理性」の基準…は、精神的自由の規制領域については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならないとする理論である。」、とし、人権の類型に応じた規制立法の種別(精神的自由の制約立法か経済的自由の制約立法か。)に応じて、裁判所による司法審査の基準の厳緩を使い分けるべきである、という「二重の基準論」を提唱する。なお、同、p.218は、経済的自由の規制立法の司法審査にあたって用いられるべき「合理性の基準」につき、「この基準は、立法目的および立法目的達成手段の双方について、一般人を基準にして合理性が認められるかどうかを審査するもので、立法府の下した判断に合理性があるということを前提としている(合憲性推定の原則)ので、比較的ゆるやかな審査の基準であると言える。」と述べている。

(12) デモ隊の集団行動を警察官が本人同意や令状を得ることなく撮影した行為の合憲性につき、同判決は次のように述べ、人権対公共の福祉の図式を明示している。「憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているのであって、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態(以下「容ぼう等」という。)を撮影されない自由を有するものといふべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。」「…その許容される限度について考察すると、…現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるときである。」

すでに判例が形成されている領域にあっては、「公共の福祉」という用語が直接に用いられることは少ない⁽¹³⁾。代わりに、昭和40年代・50年代に主に確立された主要判例を引用することにより、それらの判例が用いていた人権対公共の福祉の図式を踏襲しながら、対象となる人権ごと、事案ごとに人権解釈と公共の福祉の法解釈の双方を精緻化してゆく傾向が見受けられる。いわば、学説に厳しく批判されてきた比較衡量論が独自の進化をとげ、学説が称揚してきた審査基準論に帰順することなく、司法審査権の行使という国会・内閣との間で本来的に緊張をはらむ営みを、個別の紛争解決機関・権利救済機関としての裁判所にふさわしい形でこなしてきたとも言い得る。

このような判例の流れを象徴するのが、いわゆる公務員の政治活動の自由の制約についての近時の最高裁判決であると思われる。このテーマについては、猿払（さるふつ）事件最高裁大法廷昭和49年11月6日判決（刑集28巻9号393頁）が主要な判例であるが、そこでは、「猿払基準」などと呼ばれる一定の基準が示されながら、裁判所の司法審査を予測可能なものとするはずの、本来の審査基準とは似て非なる物で

あるとして、激しい批判を受けてきた⁽¹⁴⁾。その「猿払基準」すら、最近の判決においては実質的に捨象され、個別の比較衡量が正面から打ち出されるという、学説からすれば許容しえない現象が、近時の最高裁判例には見られるとされるのである⁽¹⁵⁾。そこで本稿では、このような判例の動きを概観し、公共の福祉による人権制約の法理が、判例においては実際にどのように具体化されているのかを管見することとする。

II 猿払事件最高裁大法廷判決

1 同事件の概要

国家公務員の政治活動の自由については、憲法第15条第2項が「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。」とすることから、公務員の職務の政治的中立性確保、ならびに国民の当該中立性に対する信頼確保を目的として、「国家公務員法」（昭和22年法律第120号）ならびに人事院規則において、一定の政治活動の自由等が罰則により規制されているところである⁽¹⁶⁾。

この規制の合憲性について争われた事案のリーディングケースは、それを合憲とした前出

(13) 「公共の福祉」に言及した平成期の最高裁判例の例として、外国人登録法上の指紋捺捺制度（平成11年廃止）を合憲とした最高裁平成7年12月15日第三小法廷判決（刑集49巻10号842頁）は、「憲法13条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶと解される」として、憲法第13条の保障には、「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」という法的な自由権の保障が含まれる、という立場をとる。と同時に、しかしながらこの自由も「無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けることは、憲法13条に定められている」、とする。また、インサイダー取引規制の一種である証券取引法第164条第1項（現・金融商品取引法同条同項）の規定を合憲とした最高裁平成14年2月13日大法廷判決（民集56巻2号331頁）は、「同項は、…一般投資家の信頼を確保するという経済政策に基づく目的を達成するためのものと解することができる、このような目的が正当性を有し、公共の福祉に適合するものであることは明らかである。」と述べている。

(14) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）」『ジュリスト』1363号、2008.9.15、p.73は、目的と手段の合理的関連性の文脈においてはああるが、猿払判決の論理を「ほとんどトートロジー」と批判している。なお、駒村圭吾「さらば、香城解説！—平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから—」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 下』有斐閣、2013、p.421は、「猿払判決が戦後司法の大きな転換の象徴であるとすれば、学説がこれを敵役と見定め、その後、ことあるごとに執拗な批判を加え続けたのには理由がある」、「そのプレゼンスの大きさを考えると、通奏低音、ではなく、1970年代以降の『主旋律』と言った方がいい」、と述べている。

(15) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』日本評論社、2013、pp.129-142。

の猿払事件最高裁大法廷判決（以下「猿払判決」と略称する。）である。同事件は、民営化前の郵便局員という現業の国家公務員による勤務時間外の政党候補者の選挙ポスター貼りの事案が国家公務員法違反とされた事件であった。その論法は、審査基準論とはおよそ呼べず、まさに比較衡量論であると指摘されるが⁽¹⁷⁾、審査基準とも見得るような「猿払基準」などと呼ばれる基準を伴っていた⁽¹⁸⁾。

2 同判決の主な理由付け

同判決は、合憲との結論を導くに当たり、次のような理由付けに基づいていた（①、aなどの番号ならびに表題は筆者による付記。）。

①（公務員の政治的行為規制立法に対する司法審査の一般的あり方）「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は、憲法の要請にかなうものであり、…国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがって、公務員の政治的中立性を損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いわなければならない。」

②（「猿払基準」）「国公法 102 条 1 項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるもの

(16) 国家公務員法第 102 条第 1 項は、一般職の国家公務員について、「職員は、政党又は政治的目的のために、…人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」と規定する。この規定の委任を受けて、人事院規則 14-7 第 6 項は、禁止される「政治的行為」として第 7 号「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」、第 13 号「政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配布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。」などを列挙している。そして罰則規定である国家公務員法第 110 条第 1 項第 19 号は、「第 102 条第 1 項に規定する政治的行為の制限に違反した者」をその対象に掲げている。

(17) 高橋 前掲注(14), pp.64, 74. なお、猿払判決の審査基準論の観点からの分析として、参照、穴戸常寿「「猿払基準」の再検討」『法律時報』83 卷 5 号, 2011.5, pp.20-27.

(18) 高橋 同上 p.70 は、猿払判決多数意見を、「①禁止目的が正当であり、②禁止目的とそれを達成する手段の間に関連性があり、③禁止により得られる利益と失われる利益が均衡している場合には、その規制は「合理的で必要やむをえない限度にとどまるもの」で合憲であるという定式として理解しえよう。」とする。この①②③からなる定式を、高橋 同上は「猿払基準」と命名する（駒村 前掲注(15), p.412 以下も同じ語を用いる。）。高橋教授によれば、そもそもアメリカ判例理論が形成してきた「審査基準論のアプローチ」においては、「合憲性審査の枠組が目的審査と手段審査という構造に設定されるとともに、審査の厳格度を異にする 3 つの基準が区別されていく。…問題は、どのような場合にどの基準を適用するかであるが、アメリカ最高裁判例では、それを政府の側の利益ではなく規制される人権の性質に着目して決めている点が重要である。」[傍点ママ]。(p.68.) 高橋教授によれば、規制立法により「失われる利益が「重大」であればあるほど、まず目的審査において、それに対抗する利益（得られる利益）が失われる利益に見合うだけの重大さをもつかが審査され、次に、手段審査で、不必要な「失われる利益」を生み出す手段となっていないかを審査するのである。ゆえに、審査基準の振り分けの原理は、規制される人権の性質に求められている」のであり、「人権の側が起点となっている。」(p.69.) これに対して、前出の「猿払基準」の①②③は、目的審査に相当する①と手段審査に相当する②で審査が尽きているはずであるのに、さらに③が付加され、むしろ「猿払基準の核心は③にあり、①と②は③を行うために必要な手順を独立させたにすぎないものである。」そして、③は「まさに基準なしの審査であり、個別的比較衡量 (ad hoc balancing) として性格づけられる手法である。」(p.71.)

なお、蟻川恒正「合憲であることの定型的論証としての猿払基準」長谷部ほか編 前掲注(14), p.391 は、「猿払基準のうちに見出すことができるのは、それらの命題ないし基準が有する＜事案に対する判断＞としての契機にほかならない。」と主張する。また、同 p.393 は、猿払基準に至る思考には、公務員を「全体の奉仕者」と規定する「憲法 15 条 2 項の要請」と、表現の自由を保障する「憲法 21 条 1 項の保障」とを、猿払事件という事案において「調整する観点」があるという。「最高裁は、基準にもとづく司法判断は当然に＜事案に対する判断＞であると見ている。」(p.405) このような猿払判決の捉え方をするとすれば、事案に即した比較衡量を前面に押し出した平成 24 年判決（後述）に至る契機は、すでに猿払判決に内包されていたことになる。

か否かを判断するにあたっては、a 禁止の目的、b この目的と禁止される政治的行為との関連性、c 政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である。」

③ (a 目的の正当性) 「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ことを免れない。」

④ (b 目的と手段の合理的関連性) 「また、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ものと認められるのであつて、たとえその禁止が、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。」

⑤ (c 禁止により得られる利益と失われる利益の均衡) 「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102条1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、他面、禁止により得られる利益

は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。」

3 猿払判決のいわゆる「猿払基準」への批判

(1) 「均衡性審査」の特殊性

猿払判決が審査基準の外見を有する独自の基準を定立したことに對しては、以下のような批判が加えられてきた。すなわち、同判決は、一見すると、a 規制目的の憲法的正当性の審査(目的審査)、b 規制手段が規制目的と合理的関連性を有しているかの審査(手段審査)、という通常の司法審査の手順を踏むようでありながら、それだけでは合憲違憲の答えに至らず、学説のいう「審査基準論」では説明できないc 規制目的と規制手段の利益不利益の均衡性の審査(「均衡性審査」と仮に呼ぶ。)、という段階を増設している。この点を捉えて高橋和之教授は、「猿払基準」は司法審査基準論ではなく、aとbはcの作業のためになされるにすぎず、比較衡量論に他ならない、と厳しく批判している⁽¹⁹⁾。

たしかに、このcの均衡性審査は、それ自体としては、あくまで規制目的のもたらすプラス面と規制手段のもたらすマイナス面の、量的な比較にすぎない。すなわち、a 規制目的の憲法的正当性(危険防止や行政の中立性の確保といった、それ自体憲法から読み取られ得る価値の保護や実現を目的とする立法であること)の審査のような、そもそも人権を規制する正当な理由が憲法から読み取られ得るのかという質的な観点からの審査とは言い難い。また、b 規制手段が規制目的と合理的に関連しているか(当該の規制手段が当該立法目的を実現するという目的—手段の因果関係があるか、また規制手段が目的実現にとって不必要に過大なものでないか。)、という手段審査

(19) 高橋 同上, p.71.

は、憲法的に正当とされた立法目的との関連で規制手段として相当と言い得るか、という審査である。

したがってbは、規制手段のあり方だけを対象にして、規制目的との対比における規制手段の過大さをチェックするための審査であり、いわば「割り算の審査」と言い得よう。これに対して、c均衡性審査は、「目的」として実現される利益と「手段」として失われる利益との大小という政策評価的観点からの審査であり、両者を同一平面に置いて秤にかける、いわば「引き算の審査」である点で、bとは似て非なる作業ということになる。

(2) 司法審査における「目的審査」「手段審査」

本来、①目的審査の段階では、当該人権を規制するにふさわしい価値（それは人権保障が法律を超えた存在である以上、多数決に基づく単なる法律上の利益では足りず、ましてや行政コストといった予算上の制約では不十分ということになる。）、すなわちそれ自体としても憲法的な位置付けを有する価値（憲法的価値）が、そもそも当該規制立法によって保護され、あるいは実現されようとしているのか、ということが問われる。政策としての良し悪し以前に、「そもそも規制が許されるのか」が審査される段階である。

その具体的な類型として考えられるものとしては、例えば、i) 安全といった自由の基礎をなすような基本的価値や、ii) 名誉・プライバシーといった他人の個人の尊厳にかかわる人権価値がこれに相当しよう。さらに、iii) 規制対象とされた人権それ自体の十全な行使の環境のための、条件整備的な規制のような場合の、いわば憲法的価値の具体的実現のための自由の規制もまた、規制目的としての憲法的正当性を有

している⁽²⁰⁾。規制目的がこのような憲法的正当性を有していない場合、この①の段階ですでに違憲ということになる（いわゆる「目的違憲」）。

この①の段階を通過したのちに、今度は法律が選択した規制手段が行き過ぎていないか、という②手段審査がなされるとされる。そこでは、法律によって目指されている立法目的の憲法的価値としての正当性はもはや疑いがないことから、もっぱら法律の当該規制を定めた条文に着目し、そこでの規制手段の程度が目的実現のために相当な水準にとどまっているか、という審査がなされる。目的と手段の「均衡」という両天秤の量的比較ではなく、目的を固定した上で、手段としての選択の合理性を審査する段階である。また、規制手段は事の性質上、自由権を制約するものであることから、手段として機能する（目的と関連する）ことはもちろん、不必要過大なものであってはならないということになる（目的と合理的に関連する程度に収まっていない）。)

そして、裁判所が法律に対して司法審査を行う場合、以上の①目的審査（立法目的が違憲とされればそれだけで違憲判決が下される。）、②手段審査（立法目的が合憲である場合であっても、目的と手段の間におよそ関連性がないとか合理的関連性があるとは言い難いとされれば違憲判決が下される。）の関門を潜り抜けて、当該法律ははじめ合憲有効なものとして合憲有効なものとして適用されることになる⁽²¹⁾。

(3) 「猿払基準」と司法審査基準の異同

以上を逆から言えば、(1)で見た「猿払基準」のa, bの審査をクリアすれば、それ以外の審査の段階や観点は存在しない。a → b → cという

⁽²⁰⁾ 本文で例示した制約の3類型は、浦部 前掲注(6)の引用部分に示された3要件を敷衍したものである。

⁽²¹⁾ 目的審査・手段審査につき高橋 前掲注(14)参照。なお、渋谷 前掲注(4), pp.712-715では、目的審査基準を「目的に関する基準」、手段審査基準を「手段に関する基準」と呼び、さらに第3の基準類型として「目的と手段の関係に関する基準」を挙げるが、本文では前出高橋に示された通例の用法に従い、目的と手段の「関係性審査」の基準を手段審査基準に含めている。

順番をたどる「猿払基準」は、結局のところ、a, bの司法審査の段階を有しているように見えながら、「得られる利益と失われる利益の均衡」というcが全てではないのか、仮にa, bで通常の司法審査を行うというのであれば、cはbの作業に吸収され、独立に論じる意味を有さないはずではないのか、というのが、学説による猿払基準批判の要点であるように思われる。

なお、仮にあえて猿払基準を通常の司法審査の観点から説明するとすれば、同判決はcの記述のなかでa, bについての具体的な判断をしているのであって、a, bはいわば前振りにすぎず、cが目的の正当性（国家公務員の政治的中立性の維持による国民の信頼確保）、ならびに手段の相当性について具体的に審査をする場であったのであり、そこで決め手とされた「均衡」とは、まさに立法目的を実現する手段として当該人権制約が合理的関連性を有しているか、という手段審査の言い換えなのである、と説明することが考えられよう。

すなわち、目的達成手段としての表現の自由の制約は、表現内容そのものについての「直接的制約」ではなく、ポスター貼りなど（人事院）規則で列挙された行為の制約に伴って当該表現内容がその手段では伝えられないという意味での「間接的・付随的制約」にとどまるから合憲であるというのである。このようなcでの具体的な審査内容は、手段としての制約の度合いの軽重を測定する際に、表現の自由に対する制約はその内容を直撃する制約とそれ以外の制約で軽重が異なるという観点から、「直接的制約」と「間接的・付随的制約」の区別という目安を手段審査に持ち込んだのだ（したがって、目的審査—手段審査という司法審査基準論から逸脱するものではない）、という説明である。

しかしながら、このような説明で猿払判決を司法審査基準論に忠実な枠組みに依拠したもの、と捉えるのは、やはり困難であろうとも思

われる。上記のように、「猿払基準」は、「間接的・付随的制約」であれば規制手段の強度（すなわち人権を制約する度合い）の点でそもそも軽微である、という判断を行っているもののように見えるが、司法審査基準論においては、立法目的との対比における規制手段の合理的関連性が問われるのであるから、同じ規制手段であっても立法目的次第で合憲にも違憲にもなり得る。猿払基準のように、手段の軽重を具体的に審査することなく、固定的に合憲となる基準は、やはり司法審査基準とは異なるものというべきであろう。

換言すれば、猿払判決においては、行政の政治的中立性および国民の信頼確保という立法目的が挙げられながら、具体的にどのような態様の政治的行為の規制であれば当該目的との関係で「合理的関連性」があるゆえに合憲とされ、そのような態様のものでなければ違憲とされるのか、という具体的な線引きの基準が打ち出されていない。これでは合憲違憲を判定するための司法審査基準とは言い難い。

このように、猿払基準を打ち出した猿払判決は、国家公務員の政治活動の自由という基本的人権（表現の自由）の制約立法である国家公務員法、人事院規則の合憲性を判定するに際して、「国民の信頼確保という重大な利益」vs.「間接的・付随的制約という軽微な不利益」という定型的な図式で合憲という答えをいわば約束してしまっているきらいがある⁽²²⁾。すなわち、同判決は、罰則による規制という規制手段の重さにもかかわらず、人事院規則で列挙された行為類型に該当する行為をその具体的な中身を問うことなく一律に禁止し、そうすることによって、「国民の信頼確保」という立法目的が一律に達成され得る、という立場を前提としている。学説はこの点を捉えて、審査基準論の衣をまとった比較衡量論に他ならないと批判してきた。

(22) 参照、高橋 同上

Ⅲ 「平成 24 年判決」の登場と審査基準論のゆらぎ

1 平成 24 年判決のインパクト

猿払判決は、その猿払基準とともに、判例としての地位を今日まで守ってきた。ところが、判例変更が明示的になされたわけではないものの、同じく国家公務員法違反の事案について、最高裁平成 24 年 12 月 7 日第二小法廷判決（いわゆる堀越事件判決＝刑集 66 卷 12 号 1337 頁、ならびに同日に同じ第二小法廷判決が下したいわゆる宇治橋事件判決＝刑集 66 卷 12 号 1722 頁。両者を合わせて、以下「平成 24 年判決」と呼ぶ。両判決の判断枠組みは同一であるが、事案の相違に基づき結論は相違する。）は、猿払基準には言及せず、もとより小法廷判決である以上、明示的な判例変更ではなく、批判の多かった猿払基準に代わる本来の司法審査基準を樹立したわけでもない。むしろ同判決は、猿払基準のような審査基準の外装を実質的に放棄し、端的に裸の比較衡量論に依拠しているのではないか、という見方もなされている²³⁾。

2 平成 24 年判決の判旨

以下に、判決から引用する。①～④の一般論は 2 判決に共通であり、当てはめ部分である⑤⑤'のみ異なる（記号は筆者が付した）。

①（公務員の政治的行為規制立法に対する司法

審査の一般的あり方）国家公務員法の「102 条 1 項は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される。」「他方、国民は、憲法上、表現の自由（21 条 1 項）としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、…公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。」

②（法令の限定解釈）「以上のような国公法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性…を考慮すると、同項にいう「政治的行為」とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はこのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為の類型を規定したものと解すべきである。」

③（法令の限定解釈に基づく判断基準）「上記

²³⁾ 駒村 前掲注(15), p.413 は、堀越事件判決を評して「猿払基準が消えて、比較衡量だけが残った。」「[比較衡量⇒違憲審査基準]という“歴史の発展法則”は、平成 24 年判決によってふりだしに戻ったかのように見える。」という。なお、学説においては、平成 24 年判決によって猿払判決が実質的に判例変更されたものと捉える見解（青柳幸一「猿払基準の現在の判決への影響」『法学教室』388 号, 2013.1, p.12 など）と、実質的には変更されていないと捉える見解（木村草太「公務員の政治的行為の規制について—大阪市条例と平成 24 年最高裁二判決—」『法律時報』85 卷 2 号, 2013.2, p.81 など）とがあり、評価は定まっていない。参照、蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(1)」『法学教室』393 号, 2013.6, p.84。また、市川正人「国公法二事件上告審判決と合憲性判断の手法」『法律時報』85 卷 5 号, 2013.5, p.70 は、「国公法二事件上告審判決 [=平成 24 年判決] は一小法廷の判決にすぎないのであるから、最高裁が猿払基準を廃棄したと断定することはできないが、最高裁が表現の自由領域において一般的に利益衡量論 [=比較衡量論] を用いることを明確にしたことは確かである。」（[]内は執筆筆者補記）と述べ、猿払判決の判例としての猿払基準が維持されながら、その内実が比較衡量論の下で運用されるに至った点に平成 24 年判決の意義があることを指摘している。

のような規制の目的やその対象となる政治的行為の内容等に鑑みると、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かどうかは、…当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位(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、当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、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が考慮の対象となるものと解される。」

④ (限定解釈された法文の合憲性判定基準と合憲性)「本件罰則規定が憲法 21 条 1 項、31 条に違反するか…については、本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである(最高裁昭和 52 年(オ)第 927 号同 58 年 6 月 22 日大法院判決[前出「よど号乗っ取り事件」新聞記事抹消事件判決=引用者注]・民集 37 卷 5 号 793 頁等)。「…その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」
「以上の諸点に鑑みれば、本件罰則規定は憲法…に違反するものではない…。」

⑤ (堀越事件=管理職的地位にない国家公務員への当てはめ)「…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、…本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである。」

⑤' (宇治橋事件=管理職的地位にある国家公務員への当てはめ)「被告人は、…課長補佐であり、…管理職員等に当たり、…指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあったといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、…その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。」「…本件配布行為には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当するというべきである。」

3 猿払判決と平成 24 年判決の相違点

両判決の主な相違点は、以下の点にあらう⁽²⁴⁾。

(1) 司法審査基準の相違点

まず、司法審査基準に焦点をあてると、両者の違いは顕著であるように見える(そうであれば平成 24 年判決は判例に違背しているのかが問題となるが、この点は後述する)。

猿払判決は、前出のように、「公務員の政治的中立性を損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いわなければならない。」としていた。これに対して、平成 24 年判決は、猿払判決という判例に従っているはずであるのに、国家公務員の政治的表現の自由の規制立法に対する司法審査について、そのあり方

⁽²⁴⁾ 駒村 同上, pp.403-413 が両判決の相違点につき詳細な分析を行っている。

を述べた一般論的部分である判旨(1)では、「国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。」という言い回しをしている。

ここで文言上の相違として、以下の2点を指摘し得る。

第一に、猿払判決が、「公務員の政治的行為の制約」という問題の立て方をしていたのに対して、平成24年判決は「公務員もその一員であるところの国民の政治的行為の制約」という問題の立て方をしている⁽²⁵⁾。

第二に、猿払判決が、規制手段の許される限度(すなわち規制手段の合憲性審査基準)を「合理的で必要やむをえない限度」としていたのに対して、平成24年判決は、「必要やむを得ない限度」として、「合理的で」という部分を落としている。猿払基準の「合理的関連性」につながる「合理的」という語を意識的に避けたとも見得るし、国家公務員でなく国民を人権制約の対象と捉えたことと合わせ、審査基準の厳格度を事実上引き上げて、「合理的関連性」(があれば合憲とする)基準から、「必要最小限度の基準」(必要最小限度を超える規制は違憲となる)という厳格審査基準を採用すべきである、という一般論を示唆しているとも見得る(もっとも、平成24年判決は④では「必要かつ合理的な範囲」と述べている)。

ところが、平成24年判決は、限定解釈を施した後の法令に対して司法審査を行っている。もちろん、この限定解釈が法文に対して裁判所が行う通常の限定解釈であって、憲法判断すなわち司法審査を伴った合憲限定解釈ではない以

上、限定解釈後の法令が改めて司法審査の俎上に乗せられることになるのは当然である。そこでの合憲性判定の基準は、判旨④で述べられているように、「本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」(前出「よど号乗っ取り事件」新聞記事抹消事件判決引用)、というものであった。これは、いわゆる司法審査基準というものとは異別の、学説が猿払基準に対して強く批判してきた比較衡量論そのものであるが、同判決においては、比較衡量論が猿払基準のように司法審査基準の外形を伴うことすらなく、ストレートに表明されているのである。

(2) 判断枠組みにおける相違点

猿払判決が正面から当該法令の合憲性を猿払基準によって審査したのに対して、平成24年判決は前掲のように、司法審査(憲法適合性審査)を踏まえた判断(法令そのものの合憲違憲の判断、あるいは法令の当該事件への適用の合憲違憲の判断)を事案解決の決め手とせず、憲法適合性審査以前の刑罰の構成要件の限定解釈の部分ではほぼ答えを出している。すなわち後者は、通常の法令解釈に含まれる限定解釈という手法をまず用い、しかる後に司法審査を行って合憲という結論を得るという道筋をたどった。言うなれば、当該法令が政治的表現の自由を規制している範囲をまず縮小しておいた上で、そのような縮小処理を施された法令に対して司法審査を行い、合憲との結論に至った。同時に、最初の限定解

²⁵⁾ なお、蟻川 前掲注(23), p.85 は、平成24年判決においても「表現の自由を制約される主体が国民(あるいは個人)一般ではなく公務員に限定されている」と捉えた上で、したがって同判決は、「表現の自由のなかでも憲法上最も強い保障を受けるといわれる政治的表現の自由が制約される事案でありながら、表現の自由の優越的地位を一面的に貫徹することが適切とはいえない事案」に妥当すべき判断枠組み(比較衡量論であると批判される判断枠組み)を示し得たのである、と述べる。これに対して、駒村 前掲注(14), p.410 は、平成24年判決が「国民としての政治活動の自由」という表現を用いたことに注目し、同判決により公務員が「全体の奉仕者から個人へ解放される契機が開かれたのである。このことが、猿払判決で潜在的に含意されていたとは到底思えない[脚注で猿払判決において国民への言及が重要な部分ではなされていないことが示されている]。猿払判決はその実質において変更されたのではないだろうか。」([]内は執筆者補記)と主張する。

積の産物である、被告人が管理職的地位かそうでないかに応じて罰則の適用面で差別化を図るという図式のおかげで、(高裁⁽²⁶⁾の適用違憲という判断とは異なって)合憲判決でありながら、管理職的地位にない者については無罪とする高裁判決が維持され得た。

もとより、同判決が行った限定解釈が、国家公務員法ならびに人事院規則だけから読み取られ得る法の趣旨に照らした法文の通常の限定解釈にとどまっているのか、それとも、言及なく実質的には法令の司法審査を行い、過剰な規制部分についての法令の一部無効判決の代替措置としての合憲限定解釈を施したのかは、にわかに断定しがたいところである。

なお、判旨④では合憲性判断を行い、そのための司法審査基準も示されている。その中身は猿払基準とは別物である。しかしながら、この部分の存在は、限定解釈に際して限定前の法令に対する司法審査がなされ、違憲の疑いを生じ得る規範内容を除外するために、いわゆる合憲限定解釈が行われたことを意味するものではな

い。

むしろ、『判例時報』誌上の同判決コメント⁽²⁷⁾が指摘するように、判旨②に相当する部分で、「本件罰則規定の合憲性判断に入る前に、本件罰則規定につき、その文言、趣旨、目的等に照らして解釈を…通常の法令解釈のレベルで行い、そのように解釈された本件罰則規定について合憲性判断を行っ」たものであろう⁽²⁸⁾。

さらに同コメントは、同判決が限定解釈された後の法令に対する司法審査に際して採用した「合憲性判断の方法は、「よど号乗取り事件」新聞記事抹消事件の大法廷判決…等多数の最高裁判例において採られ、あるいは前提とされていた利益較量の手法である。さらに、近年の表現の自由の規制に関する最高裁の判例は、この比較衡量の手法を前提としながらも、個々の事案ごとのアドホックな利益較量に陥らないようにするため、いわゆる審査基準論を一部取り入れ、…厳格な審査基準を併用あるいは意識、配慮しているものが主流であり、平成24年判決も、「制限は必要やむを得ない限度にとどま

(26) 東京高等裁判所平成22年3月29日判決・刑集66巻12号1687頁

(27) 『判例時報』2174号「判例特報 国家公務員政党機関紙配布事件上告審判決(①, ②最高裁二小法廷24.12.7判決)」、2013.3.21, p.23. 同コメントによれば、「このような手法は、裁判官分限事件の大法廷決定… [=最高裁平成10年12月1日大法廷決定(民集52巻9号1761頁)] 等でもみられたものである。」([]内は執筆補記)。なお、同コメントなどの判例コメントは匿名でなされているものの、「裁判官や最高裁判所調査官によって書かれていると言われている。」(いしかわまりこ「連載:研究・実務に役立つ!リーガル・リサーチ入門 第12回 法分野における人物・図書館情報」『情報管理』vol.56 no.6, 2013.9, p.375)との記事もある。蟻川恒正「表現「禁止」事案の起案」『法学教室』396号, 2013.9, p.112も、上記『判例時報』の同コメントに言及し、「本判決に対する(最高裁調査官によって執筆されているといわれる)「判例時報の匿名コメント」…」と述べている。

(28) 蟻川 同上, p.111は、「表現行為が公権力によって「禁止」される事案における最高裁の憲法適合性審査の基本型」として、「[「規制の対象となる行為の画定」を行う「第一段階」、[「行為することの許容性(合憲性)」を判断する「第二段階」、[「刑事罰を科すことの許容性(合憲性)」を判断する「第三段階」]という判断枠組みが採用されており、最高裁の重要判例の多くが第一段階を重視するのに対して、学説は審査基準論が中心となる第二段階を重視していることを指摘した上で、「最高裁判例とそれを解釈する学説との乖離」を問題視する。そして、「[「第一段階」を重視する最高裁の基本姿勢は、民主的基盤に脆弱さを持つ裁判所が「全国民の代表」(憲43条1項)である国会によって制定された法律を違憲無効とする局面を限定しようとする志向を法解釈の専門機関として、法律の限定解釈の技術を活かすことを通じて実現しようとするところに成立した志向(法解釈によって文言の意味に限定を付し、原則としては、それでも「違憲の疑い」が残る場合に限って違憲判断に踏み切るという志向)であると考えられる。][傍点ママ]と指摘する。平成24年判決の、限定解釈→法令の司法審査→合憲→事案に応じた無罪/有罪、という流れは、蟻川教授の見地からすれば、非民主的機関としての裁判所が民主的立法に司法審査を行う場合に編み出した謙抑的な手法ということになろう。同判決が、猿払判決との整合性が問われるにもかかわらず、比較衡量を前面に押し出すことに躊躇しなかったとすれば、同判決における(のみならず学説が批判してきた一連の比較衡量論的判決における)比較衡量論が、その内実において法文の趣旨や社会通念を動員した限定解釈であったためであるようにも思われる。

り」などという表現から、厳格な審査基準を意識、配慮していることがうかがわれ」る、と述べている。

このように、平成24年判決は法令の限定解釈を施した上で、限定的に解された当該法令を合憲とした。その際、「その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」(判旨④)という厳格な審査基準を用いた上で、それでも合憲判決に至った。猿払判決を判例として忠実に再現するのであれば、当該法令が合憲という結論は同一であるものの、異なる判決の展開となるはずであった。すなわち第一に、合憲性審査に先行する法令の限定解釈の部分は猿払判決に従えば不要であったはずである。また第二に、合憲性審査自体においてもいわゆる猿払基準を用いず、より厳格な審査基準に置き換えているように見える。

(3) 猿払判決と平成24年判決の整合性

それでは、平成24年判決は、猿払判決の判例を変更してしまったのであろうか。小法廷としてそれが制度上許されないからには、もちろんそうではないはずであるが、前者が後者の判例に矛盾するものではないことの説明として、前記の『判例時報』コメントは、次のように解説している。「なお、[平成24年判決における]

このような判断の手法が猿払判例との判例違反の問題を生じないことは、猿払判例の「合理的関連性の基準」は理由付けの一部であることから明らかと思われる。」([]内は執筆後補記)⁽²⁹⁾

しかしながら、このような説明によって判例の整合性を維持することは、その反面として、猿払判決が猿払基準によってある種の司法審査基準を樹立し、(その基準は緩すぎるものの)それに依拠して司法審査を行ったという外観さえも捨て去ることを意味するようにも思われる。平成24年判決ばかりか、もともと猿払判決自体も比較衡量で司法審査を行っていたのである(したがって両判決に矛盾はない)、ということになるからである⁽³⁰⁾。

(4) 平成24年判決の独自性としての比較衡量論の明示

前述のように、一部の学説は、同判決が猿払判決の「猿払基準」といわれる(擬似的な)司法審査基準を明示的には用いなかったことにつき、むしろ猿払判決に内包されていた比較衡量論を正面から持ち出している、と批判的に評価している。このような見方が説得力を持ち得るのは、当該両判決に付された千葉勝美裁判官の補足意見が、次のように明言しているからである。

「近年の最高裁大法廷の判例においては、基

⁽²⁹⁾ 『判例時報』前掲注⁽²⁷⁾

⁽³⁰⁾ 蟻川 前掲注⁽²⁷⁾は、このような比較衡量論への移行につき、「猿払基準から「よど号」基準 [=前出の「よど号乗っ取り事件」新聞記事抹消事件最高裁大法廷判決で示された比較衡量論] へのこの意味での移行が猿払事件大法廷判決の「判断枠組み」の廃棄を意味するものではない」、この移行は「猿払事件大法廷判決の「判断枠組み」の内部で、両基準の実質的な互換性の保証のもとに行われている」、平成24年判決は「実質の有意味な変更を伴うものではない」、と論じている。なお、最高裁判所調査官による平成24年判決の各解説として、岩崎邦生「最高裁判所判例解説 平成24・12・7,2小判」『法曹時報』66巻2号,2014.2, pp.251-314; 同「最高裁判所判例解説 平成24・12・7,2小判」『法曹時報』66巻2号,2014.2, pp.315-329がある。同解説は、「表現の自由に対する規制の合憲性審査について、これまでの最高裁の判例は、いずれも基本的には利益較量によっているということができる」(p.283)と分析している。また、「利益較量」(比較衡量、利益衡量とほぼ同義で用いられていると思われる)と審査基準の関係につき、同調査官は、「利益較量においては、…その「方法」を問題にしなければならないように思われ、それは、結局のところ「目的及び手段(方法)の合理性の審査」にならざるを得ないように思われる」(同所)、「ここで、利益較量すなわち目的及び手段(方法)の合理性の審査の枠付けとして、学説のいう審査基準論が機能し得るものと、筆者は考えている。」(p.284)とする。比較衡量の合理化の手法として、審査基準論をその中に取り込もうとする考え方であろう。

本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、「基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処しているのである」。

ここでいわれる「近年の最高裁大法廷判決」には、おそらく昭和49年に下された猿払判決は含まれないものと思われる⁽³¹⁾。すなわち、同補足意見は、平成24年判決が事実上、近年の判例の傾向である「利益較量」の判断手法に従い、司法審査の「基準を定立して自らこれに縛られることなく」、事案ごとに「柔軟に対処」することを特徴とするものであることを明言しているであろう。

仮に上記の学説のような見方が当を得ているとすれば、学説が主張してきたような、個別の比較衡量（学説は裁判所が審査基準抜きでこのような作業を行っているとして、「個別的比較衡量」(ad hoc balancing)と呼んで批判している⁽³²⁾。）から審査基準へ、というあるべき発展にまさに逆行する流れが、猿払判決から平成24年判決へという移行で生じてしまっていることになる。

もとより、平成24年判決は第二小法廷判決であり、正面からの判例変更は大法廷によるものとされている以上（裁判所法第10条第3号⁽³³⁾）、形式上も同小法廷判決が猿払事件大法廷判決を明文で否定するものではなく、そうした事態はおよそあり得ない。とはいえ、郵政民営化前の郵便局員という現業の国家公務員による勤務時間外の政党候補者の選挙ポスター貼り

の事案が国家公務員法違反とされた猿払事件と比較すると、平成24年判決のうちの原審無罪判決が維持された堀越事件（社会保険庁の年金審査官という管理職的地位にない一事務官者が勤務時間外に行った政党機関紙号外等の民間マンションへのポスティングの事案であった。）は典型的に同様の事案であるようにも見えるにもかかわらず、国家公務員法違反の罪に問えないとされた。

また、平成24年判決のうちの原審有罪判決が維持された宇治橋事件（厚生労働省の課長補佐という管理職的地位にある者が前記堀越事件と同種の行為をした事案であった）では、たしかに同法違反で有罪とはされたが、「被告人は、厚生労働省…課長補佐であり、庶務係、企画指導係及び技術開発係担当として部下である各係職員を直接指揮するとともに、同課に存する8名の課長補佐の筆頭課長補佐（総括課長補佐）として他の課長補佐等からの業務の相談に対応するなど課内の総合調整等を行う立場にあり、…指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあったといえる。」という点が強調されており、刑罰の構成要件に限定解釈を施すことにより、猿払判決よりも国家公務員法違反となる要件を加重しているようにも見得るのである⁽³⁴⁾。

このように、平成24年判決が名目上は猿払判決の判例理論を（その猿払基準を含めて）維持しながら、実際の当てはめにおいては、猿払判決から予想される両判決ともに有罪相当という帰結に至らなかったのは、どのような法律構成に基づくものか。審査基準の厳格化が奏効したわけではない。この点に、平成24年判決の独自の工夫が見られる。同判決は、猿払判決はその事案が、郵便局職員が職員団体の政治活動の

(31) なお、平成24年判決の調査官解説は、猿払判決も比較衡量論を採用していたと指摘しており（岩崎 同上, p.283）、また学説もすでに見たように、猿払基準は審査基準の外観をまとった比較衡量論であると激しく批判してきたところである。参照、高橋 前掲注(14), p.71.

(32) 芦部 前掲注(4), p.101.

(33) 同条項は、「事件を大法廷又は小法廷のいずれで取り扱うかについては、最高裁判所の定めるところによる。但し、左の場合においては、小法廷では裁判をすることができない。…三 憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき。」と定める。

一環として特定政党候補者の公認用ポスターを貼ったというものであり⁽³⁵⁾、個人としての政治活動であった平成24年判決の事案とは異なる、という「事案の相違」を決め手とした⁽³⁶⁾。もとより、国民の信頼確保という点からすれば、個人が勤務時間外にその政治信条に基づいて行う特定政党機関紙のポスティングと、職員団体として勤務時間外に行う特定政党候補者のポスター貼りとは、国民が抱き得る行政の政治的中立性に対する不信感の度合いは異なるであろう。

しかしながら、そもそも人事院規則で列挙された行為のみが国家公務員法違反として処罰の対象とされるのは、国民の信頼が損なわれ得る定型的な「行為」に着目するという手法を国家公務員法ならびに人事院規則が立法技術として採用したからであり、国民の信頼が損なわれ得る定型的な「主体」（個人か団体か）に着目した

立法技術は制度設計の段階では明示的には採用されていないものと思われる。にもかかわらず、個人か団体か、という主体をベースにした限定解釈が行われたものとするれば、それは立法者の意図を忖度しそれを一貫させる限定解釈ではなく、誰のどのような行為を禁圧することで行政の政治的中立性に対する国民の信頼を確保するかについて、立法者の意図とは異質な政策的ファクターを裁判所かぎりを取り込む解釈であるようにも思われる。このような、立法趣旨とは別方向の限定解釈も、社会通念を取り込む限定解釈であれば当然に可能であり⁽³⁷⁾、また憲法適合的に（すなわち違憲判断を回避するために）法文を限定解釈するものである「合憲限定解釈」⁽³⁸⁾としてであればやはり可能であるが、果たして広く異質な政策的な評価軸を取り込む限定解釈が可能であるのかは、一般的には疑問の余地もあり得るであろう。そうであれば、平成

34 長谷部恭男「公務員による政党機関紙の配布一堀越事件」長谷部恭男ほか編『別冊ジュリスト 憲法判例百選 I [第6版]』有斐閣、2013、p.32は、「本判決〔堀越事件判決〕は同日にやはり第二小法廷によって下された宇治橋事件判決（刑集66巻12号1722頁）とともに、公務員の政治活動に対する刑事制裁を伴う広汎な規制を一括して合憲と判断したかに見える猿払事件最高裁判決の論理を根本的に組み換え、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為」のみを罰則の対象とする限定解釈を加えた。」（〔 〕内は執筆補記）と指摘する。

35 平成24年判決によれば、猿払判決の事案は、「公務員により組織される団体の活動としての性格を有するものであり、勤務時間外の行為であっても、その行為の態様からみて当該地区において公務員が特定の政党の候補者を国政選挙において積極的に支援する行為であることが一般人に容易に認識され得るようなものであった。」

36 なお、『判例時報』前掲注27は、平成24年判決も「猿払判例と同様、「公務員の職務の遂行の政治的中立性」を、個々の公務員の個別的な職務の遂行のみならず、有機的統一体として機能している行政組織における全体的な公務員の職務の遂行の政治的中立性ととらえているといえる。」とする。

37 最高裁判例として限定解釈の意義を述べたものに、最高裁昭和60年10月23日大法廷判決（刑集39巻6号413頁）がある。同判決は、満18才に満たない青少年との「淫行」を罰則で禁止した福岡県青少年保護育成条例の「淫行」という構成要件の解釈につき、次のように述べて限定解釈を施した。「本条例10条1項の規定にいう「淫行」とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である。けだし、右の「淫行」を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解するときは、「淫らな」性行為を指す「淫行」の用語自体の意義に添わないばかりでなく、例えば婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものを含むこととなって、その解釈は広きに失することが明らかであり、また、前記「淫行」を目にして単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであつて、前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする。このような解釈は通常的判断能力を有する一般人の理解にも適うものであ[る]」。

38 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ 第5版』有斐閣、2012、p.312は、「合憲（限定）解釈」につき、「これは違憲判断の回避方法であつて、…実質的には法令の違憲判断がなされるが、その際、それをなるべく法令を救済するような仕方で行う方法である。」とする。

24年判決が示した限定解釈は、実質的には合憲限定解釈にほかならないのではないか⁽³⁹⁾、が問題とされ得るであろう。

4 千葉裁判官補足意見

平成24年判決の多数意見は、猿払判決との矛盾を回避するために、法文の限定解釈を先行させ、そこで実質的に事案を解決し、それなりに厳格化された審査基準を限定解釈済みの法文にあてがって司法審査をすることで、審査基準に基づく司法審査のスタイルも守った。ただし、実際に用いられた審査基準は、「均衡性審査」を伴った猿払基準とはおよそ異なる。

このような、猿払判決との整合性の苦心をいわば捨て去り、正面から比較衡量論として平成24年判決多数意見を解説し補強しているのが、先にも引用した千葉裁判官の補足意見である。そこで次に、同意見のあらましを紹介することにする。

①(猿払判決の射程の限定) 同判決は、一見すると、「本件罰則規定の禁止する「政治的行為」に限定を付さないという法令解釈を示しているようにも読めなくはない。しかしながら、判決による司法判断は、全て具体的な事実を前提にしてそれに法を適用して事件を処理するために、更にはそれに必要な限度で法令解釈を展開するものであり、常に採用する法理論ないし解釈の全体像を示しているとは限らない。上記の政治的行為に関する判示部分も、飽くまでも当該事案を前提とするものである。」

②(猿払判決は具体的な当てはめについての判

示であること)「猿払事件大法廷判決の上記判示は、本件罰則規定自体の抽象的な法令解釈について述べたものではなく、当該事案に対する具体的な当てはめを述べたものであり、本件とは事案が異なる事件についてのものであって、本件罰則規定の法令解釈において本件多数意見と猿払事件大法廷判決の判示とが矛盾・抵触するようなものではないというべきである。」

③(近時の最高裁大法廷における比較衡量論)

「近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準…ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。」

④(審査基準の事案に即した可変的使用)「もっとも、厳格な基準の活用については、アプリアリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨を一般的に宣言するようなことをしない」のであって、「厳格な基準のどれを採用するかについては、規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等の具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選択して適用するという態度を採っており、さらに、適用された厳格な基準の内容についても、事案に応じて、その

⁽³⁹⁾ なお、駒村 前掲注(14), p.446は、平成24年判決につき、「公務員の政治活動の当否という論点に関して、15条対21条という対抗的図式を用いて、憲法上の比較衡量を行い、その弁証法的止揚として、くだんの「限定解釈、が定立される」、「憲法上の比較衡量と、当該論点に関する法令上の比較衡量が照合されるかたちで、法令審査が行われている。」とし、同判決の限定解釈が法令に対する憲法解釈の一環としてなされていることを認めるものようである。このような同判決の論理構成は、「司法事実に対する強い志向性」(p.449)と駒村教授によって評される千葉裁判官補足意見の見地から説明される。「一見抽象的な憲法解釈を述べているように見えて、その実、当該事案の具体的事実を念頭においてそれはなされているのだ」、というのが千葉裁判官補足意見の主張であるという(p.449)。

内容を変容させあるいはその精神を反映させる限度にとどめるなどしており(…[「よど号乗っ取り事件」新聞記事抹消事件判決引用])、基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処している」。

⑤(合憲限定解釈ではないこと)本判決多数意見の限定解釈は、「いわゆる合憲限定解釈の手法、すなわち、規定の文理のままでは規制範囲が広すぎ、合憲性審査におけるいわゆる「厳格な基準」によれば必要最小限度を超えており、利益較量の結果違憲の疑いがあるため、その範囲を限定した上で結論として合憲とする手法を採用したというものではない。」

5 千葉裁判官補足意見をめぐるとの学説の反応

以上の千葉補足意見に対しては、同意見は審査基準と比較衡量の統合を目指すものである、という指摘もある。このように言う論者は、「最高裁は、利益衡量論 [= 比較衡量論] と違憲審査基準論との統合を指向している」ことになるが、「基準のない利益衡量論が表現の自由制約立法の合憲性を判断する手法として好ましくないことは確かだが、この千葉理解にも危惧を感じざるをえない」、「これは、結局、審査基準をつまみ食いして用いるということである」⁽⁴⁰⁾と厳しい評価を下している。また、審査基準論を捨てて比較衡量だけで具体的な結論を出そうとする、裁判所の本性に忠実な見解であるという見方をする論者は、予測可能性の減少を警戒する⁽⁴¹⁾。

これに対して、千葉補足意見が合憲限定解釈でなく「限定解釈」に固執する点に、次のように積極的評価を下す論者もいる。法令の「違憲判決であれば、立法者は無効とされた法律に代わる法律を自ら創造し限定する(一定程度の)フリーハンドを持ち得るが、法律を違憲無効とすることなく解釈によって裁判所が法律の意味を変えてしまったら、立法者には手を出す術がないのである。これが、通俗的にはもっぱら立法者への敬讓という観点のみから説明されることが多い「合憲限定解釈」のもうひとつの姿にほかならない。」⁽⁴²⁾。合憲限定解釈には、このように立法者の立法権を侵奪する要素があることから、裁判所に許された文言解釈の範囲内での「限定解釈」を最大限に活用することで、合憲限定解釈という技法を避けながら、同様の限定を施した、というわけであろう。

合憲限定解釈の場合には、なにがしかの審査基準論を前提とせざるを得ないはずであるから(合憲限定解釈は事案からいったん離れて規範のレベルで憲法の内容と法令の内容を突き合わせ、前者に合うように後者を限定するという営みであるからそうならざるを得ない。)、比較衡量という事案に即した判断の手法を前面に押し出すためにも、単なる「限定解釈」が望ましかったのであろうと推察され得る。こうしてみると、限定解釈も比較衡量も、ともに事案への法令の適用に焦点を合わせ、法適用機関・権利救済機関としての裁判所の役割を全うしながら、司法審査基準論や合憲限定解釈の手法が惹起し得る立法者と裁

(40) 市川 前掲注(23), p.72.

(41) 長谷部 前掲注(34), p.33 は、千葉補足意見の一節を引用しながら、「最高裁が、審査「基準を定立して自らこれに縛られること」が全くなければ、最高裁以外の者は、法令等の解釈適用の適否の判断にあたって、何の指針も得ることもできない。海図もコンパスもなければ大海の航行は不可能である。最高裁の憲法判断を予期するための補助線として、具体的判示の背後に見え隠れするさまざまな厳格度の基準を探索する講学上の試みは、今後も続かざるを得ない。」と述べる。この点、「法令等の解釈適用の適否の判断」にあたる「最高裁以外の者」が誰を指すかが問題となる。法学者は実体憲法解釈を提示すればよく、また立法過程に関与する機関(政府提出法案の所管官庁を含む)は立法に際して、将来裁判所で違憲判決を受けることがないように予測をするのは当然であるが、さしあたりは、合理的な立法事実と法体系内部での整合性の存在がセルフチェックとして重視されることになる。最も審査基準論の影響を受けそうな下級審の裁判官や当事者は、いずれにせよ個別事案の特徴に照らした対立利益の比較衡量を尽くすほかないから、千葉補足意見が特に不利に作用するわけではない。

(42) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(2)」『法学教室』395号, 2013.8, p.98.

判所とのいたずらな緊張関係を回避する、という点で、同一の目的に出るものとも思われる。平成24年判決や、そこでの千葉補足意見には、このような民主的正当性を持つ国会と、それを持たない裁判所との間での、最適の均衡点を探る裁判所側の努力を見て取ることも不可能ではないであろう。

おわりに—平成24年判決が公共の福祉論に与え得る影響—

以上に見たように、平成24年判決が、猿払判決の判例変更ではないことを示すために採用したロジックが、限定解釈という手法であった。しかしながら、平成24年判決の実質的な合憲性判断の方法は、前述の千葉補足意見が述べるように、比較衡量論（千葉補足意見は「利益較量」の表記を用いる。）そのものである。そのように同判決を捉えた場合、本稿の課題である公共の福祉論にとっても、重要な示唆がなされているように思われる。

すでに見たように、公共の福祉を自由権を中心とする人権保障に内在するものと捉える見解（学説の主流の見方）と、公共の福祉を人権保障にとっては外在的な存在と捉える見解（判例の比較衡量論がこの見方を採っていると学説は批判してきた。）とが対立してきた。猿払判決は、審査基準論の外装をまとった比較衡量論という趣があったが、明示的な判例変更を経ることなく、平成24年判決は「事案に即した比較衡量」という司法の本来的な作用を露わにした。

その結果として、平成24年判決は、猿払判

決では人事院規則に列挙された禁止事項の文言がそのまま合憲有効なものとして適用されたのとは異なり、法令に対する通常の「限定解釈」（その実態は合憲限定解釈ではないか、という疑いは残されているが）によって刑罰の構成要件を絞りこんだ結果、管理職的地位にない国家公務員の事案では無罪判決である原審を維持した。つまり、同判決は学説が批判した比較衡量という方法を用いながら、結果としては厳格な審査基準ないし中間審査基準（最厳格ではないが、立法目的と規制手段の間の実質的関連性を要求する「厳格な合理性の基準」⁽⁴³⁾）を用いた程度には、制約される人権の側に配慮した解決に至っている。

判例の、類型的な審査基準論に拘泥せず、紛争解決機関・権利救済機関として、事案ごとに柔軟に立法事実を検証し制約の必要性を吟味してゆく、というアプローチは、本稿の冒頭で紹介した、人権にとって外在的な存在として公共の福祉を捉える流儀が到達した地点と言い得る⁽⁴⁴⁾。このような審査基準論抜きの、あるいはそれを前提としても決め手とはしないところの司法審査の手法は、公共の福祉を人権内在的に捉えようとする学説からは、人権にとり異質なものを人権制約の根拠に持ち込む論法として、なお警戒感が強いこともすでに見たとおりである。

しかしながら、裁判所に与えられた司法審査権は、個々の具体的事案の適切な処理に際して用いられるべき一つのツールに過ぎないのであれば⁽⁴⁵⁾、民主的正当性を有する立法機関の立法権への敬讓を意識することは、当然の帰結と

(43) 渋谷 前掲注(4), p.713 参照。

(44) 判例の審査基準離れ、具体的事案や立法事実 に即した現実的な考察の傾向は、経済的自由の規制立法の分野では、すでに森林法判決（最高裁昭和62年4月22日大法院判決（民集41巻3号408頁））においても、それまでの判例で確立されてきた審査基準論の図式をそのまま当てはめることなく、「財産権に対して加えられる規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものである」とする点にも表れている。同判決につき参照、巻美矢紀「共有林の分割制限と財産権の保障—森林法共有林事件」長谷部ほか編 前掲注(34), pp.214-215。

ということになる。このような敬讓の現れとしては、審査基準論に立ちつつ立法裁量を尊重し緩やかな審査基準を採る、というのが一つの考え方であるが、平成24年判決が示したような、個別事件の救済に特化して限定解釈という司法本来の手法を駆使する、というやり方も、十分に敬讓の現実化と見なし得るようにも思われるところである。

いずれにせよ、人権 vs. 公共の福祉という論点は、現実の憲法裁判においては、審査基準論

vs. 比較衡量論という具体的な対立に様相を転化している。また、近時の最高裁判決（ないしは一部裁判官の補足意見）においては、自覚的に審査基準論離れをし、比較衡量論の正当性を打ち出すものも現れつつある。日本国憲法における公共の福祉を論じる場合にあっても、このような論点の成熟ぶりを視野に入れる必要があるであろうと思われる。

（むねすえ としゆき）

(45) いわゆる警察予備隊違憲訴訟において、最高裁昭和27年10月8日大法廷判決（民集6巻9号783頁）は、「わが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。」と述べて、裁判所に憲法上与えられた司法審査権はいわゆる付随審査制のそれであることを明らかにした。