

松 山 大 学 論 集
第 35 卷 記 念 号 抜 刷
2 0 2 3 年 12 月 発 行

特異な間接的付随的制約論
あるいは猿払基準のゆくえ

福 岡 英 明

特異な間接的付随的制約論 あるいは猿払基準のゆくえ

福 岡 英 明

はじめに

昭和 49 年の猿払事件最高裁大法廷判決（以下、猿払事件最大判と略す）¹⁾は、その登場以来、ほぼ一貫して学説による批判の対象となってきた。とりわけ、そこで提示された間接的付随的制約論・猿払基準は、その論理構造が十全に解明されていない憾みを残しつつ²⁾ 学界の批判的検討の対象とされてきた。

その後、猿払事件最大判は、戸別訪問禁止、裁判官の政治活動および暴走族の集会規制などへと適用範囲を拡大していったが³⁾ 平成 24 年に最高裁第 2 小法廷は、いわゆる堀越事件、宇治橋事件という 2 つの国公法違反被告事件について、間接的付随的制約論・猿払基準によらずに判決を下した。そのため、小法廷判決による判例変更はありえないにせよ、平成 24 年判決は、「猿払判決を実質的に変更したものと評価せざるを得ない」とも評される⁴⁾

本稿では、遅ればせながら、長年、主流的な学説の間接的付随的制約論・猿払基準の理解が腑に落ちないまま放置してきたその論理構造の筆者なりの解明を試み、その後の諸判決への影響を検討したい。

I 前史 「国民の信頼の確保」と「国民全体の共同利益」

猿払事件最大判の検討に先立って、いわば前史ともいうべき最高裁判決を確認しておきたい。

1 昭和33年の2つの大法廷判決

まずは、猿払事件と同種の一般職の国家公務員による政治的行為にかかわる2つの大法廷判決がある。昭和33年3月12日判決は以下のようにいう。

「およそ、公務員はすべて全体の奉仕者であつて、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つ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つて、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るものといわなければならない。これが即ち、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つて、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つて、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つて、これをもつて所論のように憲法14条に違反するとすべきではないのである。」、「なお論旨は、特別職に属する公務員のうちに、政治的行為の制限を受けていない者（例えば内閣総理大臣、国務大臣等）のあることを挙げ、一般職公務員との間に差別あることを云為するが、これら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、かえつて政治的に活動することによつ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つて、前示のごとく、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ものであつて、所論

憲法 14 条違反の主張は採用することはできない。」⁵⁾ また、昭和 33 年 4 月 16 日判決も上記の引用箇所については同一である⁶⁾。

昭和 33 年 3 月 12 日判決は、一般職の国家公務員について国家公務員法が「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」として「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」の確保と憲法 15 条の公務員が全体の奉仕者であることのみを挙げており、猿払事件最大判のように「行政の中立的運営に対する国民の信頼」の確保には言及していない。これは猿払事件最大判に初めて登場することになる。

2 全農林警職法事件最高裁大法廷判決

つぎに、猿払事件最大判の前年に下された昭和 48 年の全農林警職法事件最高裁大法廷判決（以下、全農林事件最大判と略す）⁷⁾ は、以下のようである。

「憲法 28 条の労働基本権の保障は公務員に対しても及ぶものと解すべきである。ただ、この労働基本権は、右のように、勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであつて、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法 13 条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところである（この場合、憲法 13 条にいう「公共の福祉」とは、勤労者たる地位にあるすべての者を包摂した国民全体の共同の利益を指すものといふことができよう。）。」「公務員の地位の特殊性と職務の公共性にかんがみるときは、これを根拠として公務員の労働基本権に対し必要やむをえない限度の制限を加えることは、十分合理的な理由があるというべきである。けだし、公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務の円滑な運営のためには、その担当する職務内容の別なく、それぞれの職場においてその職責を果すことが必要不可欠であつて、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性および職務の公共性と相容れないばかりでなく、多かれ少なかれ公務の停廃をもたらし、その停廃は勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を

及ぼすか、またはその虞れがあるからである。』。

ここで注目されるのは、公務員の労働基本権制約の根拠として「勤労者を含めた国民全体の共同利益」が挙げられていることである。本件についての調査官解説が「これまでの判例には出てこない新しいもの」であるというように⁸⁾、それまでは「国民生活全体の利益」が用いられていた。昭和41年の全通東京中郵事件最高裁大法廷判決（以下、全通東京中郵事件最大判と略す）⁹⁾は、労働基本権は「何らの制約も許されない絶対的なものではないのであつて、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない。」と述べ、「国民生活全体の利益」を制約の根拠としていた。また、事業法に関する事案ではない昭和44年の都教組事件最高裁大法廷判決も同様であった¹⁰⁾。公務の停廃が国民生活全体の利益に支障を及ぼすことはみやすいところであるが、公務の停廃が「勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすか、またはその虞れがある」とされても、「国民全体の共同利益」の観念が明瞭ではないので、文意の不明瞭さが残る。本件の調査官解説は「国民全体の共同利益」の観念は、「決して通り一遍の単なる『全体の奉仕者』論にとどまっているものではないのである。」とし、「国民の『最後の一人の利益』をも尊重するところの、真の全体の共同利益を指しているものであり、そこでは単純な功利主義的な多数利益が述べられているのではないと考えられる。」とする¹¹⁾。

ここで「国民全体の共同利益」が持ち出されたのは、全通東京中郵事件最大判を意識したからであろう。同判決は、「通り一遍の単なる『全体の奉仕者』論」を否定し、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量」という手法を採用し、正当な争議行為には刑事制裁は科せられないとした。そこで、全農林事件最大判は、上記の比較衡量の手法を否定するために「国民全体の共同利益」を持ち出したのでであろう。「国民生活全体の利益」は「単純な功利主義的な多数利益」であるとの含みを持たせることにより、そうであるからこそ労働基本権を尊重確保する必要との比較

衡量の対象となるが、実は公務員の労働基本権を制約する根拠は「国民全体の共同利益」であるから、両者の比較衡量は成立しえないということである。ところで、比較衡量の対象となることを否定する「国民全体の共同利益」という超然的な規制利益の性格づけはいかにしてなされているのであろうか。これについて全農林事件最大判は明瞭に語っていないが、そこで展開されたいわゆる「勤務条件法定主義・議会制民主主義」論が裏付けていると思われる。全農林事件最大判は、以下のように述べていた。

「公務員の場合は、その給与の財源は国の財政とも関連して主として税金によつて賄われ、私企業における労働者の利潤の分配要求のごときものとは全く異なり、その勤務条件はすべて政治的、財政的、社会的その他諸般の合理的な配慮により適当に決定されなければならない、しかもその決定は民主国家のルールに従い、立法府において論議のうえなされるべきもので、同盟罷業等争議行為の圧力による強制を容認する余地は全く存しないのである。これを法制に即して見るに、公務員については、憲法自体がその73条4号において『法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること』は内閣の事務であると定め、その給与は法律により定められる給与準則に基づいてなされることを要し、これに基づかずにはいかなる金銭または有価物も支給することはできないとされており（国公法63条1項参照）、このように公務員の給与をはじめ、その他の勤務条件は、私企業の場合のごとく労使間の自由な交渉に基づく合意によつて定められるものではなく、原則として、国民の代表者により構成される国会の制定した法律、予算によつて定められることとなつているのである。その場合、使用者としての政府にいかなる範囲の決定権を委任するかは、まさに国会みずからが立法をもつて定めるべき労働政策の問題である。したがつて、これら公務員の勤務条件の決定に関し、政府が国会から適法な委任を受けていない事項について、公務員が政府に対し争議行為を行なうことは、的はずれであつて正常なものとはいいがたく、もしこのような制度上の制約にもかかわらず公務員による争議行為が行なわれるならば、使用者としての政府によつては

解決できない立法問題に逢着せざるをえないこととなり、ひいては民主的に行なわれるべき公務員の勤務条件決定の手續過程を歪曲することともなつて、憲法の基本原則である議会制民主主義（憲法41条、83条等参照）に背馳し、国会の議決権を侵す虞れすらなしとしないのである。」。

議会制民主主義の意思決定過程を侵害するからこそ公務員の労働基本権、とりわけ団体行動は制約されるべきであり、議会制民主主義の意思決定過程を擁護することこそ「国民全体の共同利益」に適うということなのであろう。ともあれ、比較衡量の対象となることを否定する「国民全体の共同利益」論が猿払事件最大判でも採用されたことは看過しえない重大な意味を持つ。

Ⅱ 猿払事件最高裁大法廷判決の論理構造

本稿は間接的付随的制約論・猿払基準の論理構造の解明を試みるものなので、猿払事件最大判の「第二 当裁判所の見解」中の「一 本件政治的行為の禁止の合憲性」を考察の対象としたい。ここは（一）から（五）の部分からなる。

1 行動と意見表明の区別

（一）の末尾で「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」という規範（以下、猿払規範と呼ぶ¹²⁾）が定立されているが、これはいかにして導出されたのであろうか。また、猿払規範に反対解釈を施せば、「公務員の政治的中立性を損うおそれのない公務員の政治的行為を禁止することは、合理性と必要性がなく、憲法の許容するところではない」という規範が定立されることにも留意しておきたい¹³⁾

（一）の第1段落で、「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21条による保障を受けるものであることも、明らかである。国公法102

条 1 項及び規則によつて公務員に禁止されている政治的行為も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、もしそのような行為が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ことはいうまでもない。」とし、第 2 段落冒頭で、「しかしながら、国公法 102 条 1 項及び規則による政治的行為の禁止は、もとより国民一般に対して向けられているものではなく、公務員のみに対して向けられているものである。」という。

ここでは、公務員の政治的意見表明の自由の保障と公務員の政治的中立性の維持との均衡のとれた調整を行わなければならないということを前提としたうえで¹⁴⁾『政治的意見の表明を内包する政治的行為の行動としての面に着目した制約は、公務員に対するものであれば、必ずしも憲法違反の問題が生ずるとはいえない』ということが示唆されている。国民一般の政治的主張を掲げたデモ行進の規制は、政治的なテーマを扱っているからとか（主題規制）、特定の政治的主張をしているからとか（観点規制）表現内容に着目した規制ではなく、もっぱらデモ行進一般の時・場所・方法に着目した規制となっている。これに対して、国公法は公務員の表現行為一般ではなく、政治的行為を規制し（すでに主題規制の網がかけられている）、一定の行動類型に属する行為を禁止している。それでは、なぜ、公務員の場合、政治的行為に対する規制という主題規制が可能となるのであろうか。また、なぜ、この場合、行動と意見表明の区別が可能となるのであろうか。これについては、(一)の第 2 段落が説明している。

すなわち、「国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならないことは当然の理であるが、『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。』とする憲法 15 条 2 項の規定からもまた、公務が国民の一部に対する奉仕としてではなく、その全体に対する奉仕として運営されるべきものであることを理解することができる。公務のうちでも行政の分野におけるそれは、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もっぱら国民全

体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであつて、そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要があるとなるのである。すなわち、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、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にほかならないといふべきである。」と。

「国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならない」という当然の理と憲法15条2項の規定から、「公務のうちでも行政の分野におけるそれは」、「議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し」、「政治的偏向を排して運営されなければならない」ことが要請されており、「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、この要請にかなうものである。こうして国公法102条1項の基底的な立法目的の合憲性が承認されている。さらに、「そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要がある」として、基底的な立法目的の達成手段が示され、「公務員の政治的中立性が維持されること」と言葉を換えて、この目的の達成手段は「国民全体の重要な利益にほかならない」として、基底的な立法目的の達成手段であると同時に、それ自体が第2のより具体的な立法目的であることが示される。この立法目的は「国民全体の重要な利益」であると認定されているから、すでにこの段階で、その合憲性は承認されている。

ところで、昭和33年の2つの大法廷判決には見られなかった「国民の信頼が維持されること」が基底的な立法目的に加わっている。これは公務員の政治的中立性を現に損なう政治的行為だけでなく、公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為をも規制の対象とすることを正当化するための仕掛けであろう。そうであるとすれば、行政の中立的運営に対する「国民の信頼が維

持されること」という「行政の外観上の中立性の保持」¹⁵⁾は、なにゆえ「憲法の要請にかなうもの」であるのか、また、保護法益たりうるのか。もし、この正当化がなしえなければ、(二)の末尾の「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。」という認定は覆ることになるはずである。少なくとも、内部規律の問題として懲戒処分の対象とすることは可能であるとしても、刑罰を科すことは可能であろうか。また、仮に裁判官並みに職務の遂行について国民の信頼が求められるとしても、それは裁量的な権限を持つ者に限られよう。しかし、これについての明瞭な説明は見られない。(一)の第2段落の「厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要がある」とその根拠なのだろうか。つまり、「厳に中立の立場を堅持」するとは、中立であることを疑われないことも含むということなのであろうか。正当化が説得的になされているとは言いがたい。

ともあれ、かくして、「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」という猿払規範が導出されるわけである。先に「政治的意見の表明を内包する政治的行為の行動としての面に着目した制約は、公務員に対するものであれば、必ずしも憲法違反の問題が生ずるとはいえないということが示唆されている。」と記したが、これと猿払規範をあわせて、「公務員の政治的中立性を損うおそれがあるために、禁止することが合理的で必要やむをえない公務員の政治的行為の行動としての面に着目した制約は、憲法の許容するところである。」と書き換えることができよう。

ここで十分に留意すべきことは、(一)の第1段落で、「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21条による保障を受けるものであることも、明らかである。」としていたことである。すなわち、政治的行為の行動としての面は、それ自体としては、憲法21条による保障を受けないということである。換言すれば、公務員の政治的行為の行動としての面は、一般的な行為の自由として保障されるに過ぎないことになる。

2 猿払基準の構造

1 猿払基準に含まれる2つの判断基準

(二)が本判決の中核部分である。(二)の第1段落で猿払基準が提示される。すなわち、「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か否かを判断するにあつては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、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。」とされる。猿払基準は猿払規範の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かの判定基準として提示されている。換言すると、「禁止することが合理的で必要やむをえない公務員の政治的行為の行動としての面に着目した制約」か否か、「禁止することが合理的で必要やむをえない」か否かの判定基準である。

(二)は、すでに示した第1段落、禁止の目的および禁止目的と禁止される行為との関連性に関する第2段落および利益の均衡に関する第3段落からなる。第2段落では、禁止の目的および禁止目的と禁止される行為との関連性が検討され、第3段落では、利益の均衡が検討されていることから推測されるように、猿払基準は別個の2つの基準を合体したものと思われる。「禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、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。」とされているが、第1の基準は一種の目的・手段

審査の形式に合わせた基準であって、公務員の政治的行為の行動としての面に着目した制約の合理性と必要性を判定するものであり、第2の基準は利益衡量の形式に合わせた基準であって、公務員の政治的行為の政治的意見の表明としての面の制約における利益の均衡を判定するものである。

若干、敷衍すると、(二)の第3段落の「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」ないとされている箇所からすると、第3段落での利益の均衡の判定は、意見表明の自由と規制利益との均衡に関することは明白であろう。そうすると、(二)の第2段落の一種の目的・手段審査は、公務員の政治的行為の行動としての面に対する制約の合憲性の判定に関するものであることになる。そもそも、一種の目的・手段審査をするわけであるから、それがまともな目的・手段審査であるならば、公務員の政治的行為の行動としての面（行動の自由）の保障と規制利益との均衡はこの目的・手段審査の中で判定されるはずであり、再度、別個に利益の均衡が判定される必要はないはずである。

2 禁止の目的および禁止の目的と禁止される行為との関連性

まず、立法目的、立法目的の達成手段とせず、若干、異質な禁止目的、禁止される行為という文言を用いていることの意味を考えてみよう。

(二)の第2段落では、「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。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る可能性が一層増大するばかりでなく、その

ような傾向が拡大すれば、本来政治的中立を保ちつつ一体となつて国民全体に奉仕すべき責務を負う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、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれがあり、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つ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である。」とし、(一)の第2段落で述べられていたことが、より詳しく説明され、「行政の能率的で安定した運営」という保護法益が追加されている。さらに続けて、「したがつて、このような弊害の発生を防止し、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は、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであつて、その目的は正当なものというべきである。」としている。

「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」の直前の「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」では基本的な立法目的が述べられており、「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」の中には「公務員の政治的中立性が維持されること」という第2のより具体的な立法目的が含まれているが、これは「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」ことという基本的な立法目的の達成手段でもある。したがって、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止すること」の目的については、立法目的とはいわずに禁止することの目的、禁止目的としたのであろう。また、これに合わせて、目的達成手段とせず禁止される行為としたのであろう。

ともあれ、すでに述べたように、「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、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にほかならない」ので、立法目的は合憲であると暗黙の裡に判定されている。したがって、禁止

目的の合憲性の判定も不要といえるが、禁止措置の目的の合憲性であるから、いちおう検討することになる。また、これもすでに述べたように、公務員の政治的行為の行動としての面は、一般的な行為の自由として保障されるに過ぎないので、ゆるやかな審査がなされることになる。したがって、禁止の目的は「正当なもの」で足りることになる。『公務員の政治的中立性を損うおそれがあるために、禁止することが合理的で必要やむをえない制約』であるためには、まず第1に、禁止目的が正当であることが必要とされる。なお、「公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならない」とし、たんに「国民全体の重要な利益」としていない。これは、公務員の党派的偏向が「議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれ」があるという意味で、勤務条件法定主義・議会制民主主義論に基づいて「国民全体の共同利益」を初めて用いた全農林事件最大判の事案と共通するものがあるからであろう。

次に、禁止の目的と禁止される行為との関連性であるが、(二)の第2段落の後半で、「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。」としている。

立法目的と目的達成手段の関連性は、規制により得られる利益（規制しないことにより失われる利益）と規制により失われる利益（規制しないことにより得られる利益）の均衡の問題として検討される。たとえば、薬事法事件最高裁大法廷判決は、⁶⁾「職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さな

ければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失わない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。」とし（事案によっては、「必要性がないとはいえないというだけ」で足り、利益の均衡が認められることもある）、職業の自由と国民の保健という2つの利益が均衡していれば目的達成手段は合理的であるとしている。本件においては、公務員の政治的行為の行動としての側面の保障と「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」こと・「公務員の政治的中立性が維持されること」という対立する利益が均衡していれば、目的達成手段である禁止される行為は禁止目的との関係で合理的であるとされることになる。『公務員の政治的中立性を損うおそれがあるために、禁止することが合理的で必要やむをえない制約』であるためには、第2に、禁止目的と禁止される行為の間に合理的な関連性があることが必要とされる。

3 利益の均衡

(二)の第3段落での利益の均衡のテストは、上記の禁止目的と禁止された行為の関連性における利益の均衡のテストとは別物である。

まず、(二)の第3段落の冒頭で、「民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によつて政治が行われることが国民全体にとって重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによつて右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあつてはならない。」とし、国民の政治参加は「国民全体にとって重要な利益」であるとする。この利益は、(一)の第2段落の「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にほかならない」中の利益と等価であろう。

続けて、「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。」とする。

ここでは、憲法21条により保障される公務員の政治的行為の政治的意見の表明としての面と「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」こと・「公務員の政治的中立性が維持されること」という対立する利益の均衡がテストされる。後者の利益は、「国民全体の重要な利益」であり、「公務員を含む国民全体の共同利益」と性格づけられるものである。他方、公務員の政治的行為の政治的意見の表明としての面は、憲法21条で保障されるだけでなく、「国民全体にとって重要な利益」である国民の政治参加の一部をなすといえよう。この国民の政治参加という「国民全体にとって重要な利益」は、「国民全体の共同利益」と性格づけられらう。そう考えることができるとすれば、ここで対立する2つの利益は、ともに「国民全体の共同利益」であり、「国民全体の共同利益」どうしの利益衡量がなされることになる。すでに指摘したように、「国民全体の共同利益」は、比較衡量の対象となることを拒否する超然的な利益であるから、ここでは超然的な利益どうしの衡量がなされる(ただし、公務員の政治的行為の政治的意見の表明としての面は「国民全体の共同利益」と結びつけられていないようにも見える)。公務員の政治的行為の政治的意見の表明としての面は、禁止される行動類型以外の行為により政治的意見を表明する自由までは制約されないが、「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」は、

「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」大打撃を受けるものである。したがって、意見表明の自由に対する単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約は合理的で必要やむをえないものと判定される。要するに、『公務員の政治的中立性を損うおそれがあるために、禁止することが合理的で必要やむをえない制約』であるためには、第3に、得られる利益と失われる利益の均衡が必要とされる。

ところで、「国公法および人事院規則による公務員の政治的行為の禁止が間接的・付随的規制であるとの主張は不可能と言わざるを得ない。」と指摘されている¹⁷⁾ なぜならば、「表現活動の間接的・付随的制約とは、一見したところ内容規制であるかのように見えるにもかかわらず、実際には当該表現活動から派生する間接的（secondary）な害悪を抑止するための規制が、付随的（incidentally）に表現活動を抑止してしまうものを言う。」のであり¹⁸⁾ 猿払事件で問題とされた「政治的行為の禁止が政治的行為から派生する間接的効果の抑止を狙っていると見ることは困難」だからである¹⁹⁾ 確かに、指摘のとおりである。

しかし、最高裁の間接的付随的制約論は、アメリカ合衆国の判例や学説のそれとは似て非なるものである。猿払事件最大判の間接的付随的制約論の出発点は、公務員の政治的行為には、政治的意見表明としての面と行動としての面があるということである。そして、一般職の国家公務員には憲法の要請にかなうものとして政治的中立性を堅持して、その職務を遂行することが求められるから、あらゆる政治的行為を自由になしえないが、政治的中立性を損うおそれのない政治的行為もあり、これを禁止することはできない。両者の区分けは禁止することに合理性と必要性があるかによる。政治的行為の禁止のねらいは政治的行為の行動の面が公務員の政治的中立性にもたらす弊害の発生防止であるから、直接的な規制の対象は公務員の政治的行為の行動としての面である。これに対する制約が合理的で必要やむをえないものであるためには、禁止目的が正当であることと禁止目的と禁止される行為の間に合理的な関連性があること

が求められる。同時に、政治的行為には政治的意見の表明の面もあるが、これも過剰に制約されてはならない。本来、政治的行為の行動としての面と政治的意見の表明の面は一体であるから、行動としての面を直接的な規制対象としたとしても、間接的付随的に政治的意見の表明としての面も規制されることになる。これに対する制約が合理的で必要やむをえないものであるためには、規制することにより得られる利益と失われる利益が均衡していなければならない。得られる利益は公務員の政治的中立性の維持であり、失われる利益は政治的中立性を損うおそれのあるとして禁止された行動類型に属する政治的行為に含まれる政治的意見の表明の自由であり、この種の政治的行為が禁止されることにより政治的意見の表明も禁止されることになるが、利益の均衡が失われていなければ、それは合理的で必要やむをえないものとされる。

以上が、最高裁の間接的付随的制約論である。この理論の特質、それと同時に問題点は、国民一般の政治的行為に対する規制の場合、政治的行為の政治的意見の表明としての面と行動としての面を一体のものとして憲法 21 条の保障が及ぶとしつつ、公務員の政治的行為に対する規制の場合には、両者を区別し、行動としての面を憲法 21 条の保障の対象から切り離し、一般的行為の自由の問題としてゆるやかな審査に付し、そして、本来の直接的な規制対象ではない政治的意見表明としての面は制約されるべき行動類型に属する政治的行為の禁止に付随して、その限りでは行動としての面と一体的に制約され、その審査は素朴な利益衡量によりなされることである。このように、表現行為に含まれる意見表明と行動を何らかの理由で分離し、行動の面を憲法 21 条の保障の埒外に置き、意見表明の面が付随的に直接的な規制対象に含まれるとしても、間接的付随的に制約されるだけであって、意見表明のルートは他にもあるとして素朴な利益衡量に付されることになると表現の自由の保障は骨抜きになってしまう。

Ⅲ 間接的付随的制約論・猿払基準の適用範囲の拡大

その後、間接的付随的制約論・猿払基準はいくつかの事件で用いられることになった。

1 戸別訪問禁止事件最高裁第2小法廷判決

公職選挙法による戸別訪問の一律禁止の合憲性につき、最高裁第2小法廷は、以下のように述べた²⁰⁾

「戸別訪問の禁止は、意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のもたらす弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、選挙人の生活の平穩を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなるうえに多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もつて選挙の自由と公正を確保することを目的としている。」「右の目的は正当であり、それらの弊害を総体としてみるとときには、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるといえることができる。そして、戸別訪問の禁止によつて失われる利益は、それにより戸別訪問という手段方法による意見表明の自由が制約されることではあるが、それは、もとより戸別訪問以外の手段方法による意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいといえることができる。」

選挙という国民の政治参加の最も重要な場面での政治的表現行為に対する制約、それも一律禁止という最も厳しい制約がなされているので、厳格な審査に付されるべきであると考えられるところであるが、実際には、ゆるやかな審査に付され、戸別訪問の一律禁止は合憲であると判断された。選挙運動としての

戸別訪問禁止の合憲性審査に間接的付随的制約論・猿払基準が適用されたのは、戸別訪問禁止の基底的目的が「選挙の自由と公正を確保すること」であり、公務員の党派的偏向が「議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれ」があることを規制の正当化理由としていた猿払事件最大判の事案と共通するものがあるからであろう。

また、猿払事件最大判のように意見表明としての面および行動としての面といわずに、「意見表明そのもの」および「意見表明の手段方法」としている。そこから本判決は「表現内容規制と時・所・方法の規制」の区別論を踏まえているかに見えるとの指摘もあるが（そうすると中間審査が求められるというのが学説の主流であろう）²¹⁾ 種々の選挙運動の手段方法のうち、強度の弊害をもたらすおそれがあるとして戸別訪問という手段方法が直接的な規制対象となったことにより、種々の選挙運動の手段方法のうちに含まれる意見表明そのものが、戸別訪問が一律禁止になったことに付随して、戸別訪問という手段方法を媒体とする限りで、その意味で間接的に禁止されてしまうという事情を踏まえてのことであろう。

2 寺西事件最高裁大法廷決定

裁判官の積極的な政治運動の禁止の合憲性につき、寺西事件最高裁大法廷決定は、以下のように述べた²²⁾

「憲法 21 条 1 項の表現の自由は基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、その保障は裁判官にも及び、裁判官も一市民として右自由を有することは当然である。しかし、右自由も、もとより絶対的なものではなく、憲法上の他の要請により制約を受けることがあるのであって、前記のような憲法上の特別な地位である裁判官の職にある者の言動については、おのずから一定の制約を免れないというべきである。裁判官に対し『積極的に政治運動をすること』を禁止することは、必然的に裁判官の表現の自由を一定範囲で制約することにはなるが、右制約が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものである限り、

憲法の許容するところであるといわなければならない、右の禁止の目的が正当であって、その目的と禁止との間に合理的関連性があり、禁止により得られる利益と失われる利益との均衡を失するものでないなら、憲法21条1項に違反しないというべきである。そして、右の禁止の目的は、前記のとおり、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにより、この立法目的は、もとより正当である。また、裁判官が積極的に政治運動をすることは前記のように裁判官の独立及び中立・公正を害し、裁判に対する国民の信頼を損なうおそれ大きいから、積極的に政治運動をすることを禁止することと右の禁止目的との間に合理的な関連性があることは明らかである。さらに、裁判官が積極的に政治運動をすることを、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、付随的な制約にすぎず、かつ、積極的に政治運動をすること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い。他面、禁止により得られる利益は、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するなどというものであるから、得られる利益は失われる利益に比して更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。』。

猿払事件最大判と同じ論証が採用されている。事案は裁判官に関するものであるから裁判官の独立および中立・公正の確保が目的であるが、猿払事件最大判で用いられていた「国民全体の重要な利益」および「国民全体の共同利益」は用いられていない。裁判官の独立および中立・公正の確保という利益の重要性や性格づけは自明のことなので、あえて明示するまでもないということであろうか²³⁾

3 広島市暴走族追放条例事件最高裁第3小法廷判決

本判決は、広島市暴走族追放条例の集会規制の合憲性について、以下のよう
に述べた²⁴⁾

本条例の規制は、「広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない」。

これまでに間接的付随的制約論・猿払基準が適用された事案では規制利益が「国民全体の共同利益」と性格づけられるような「国民全体の重要な利益」であったので、本件に間接的付随的制約論・猿払基準を用いることには違和感が残る。

また、本条例の合憲性の審査に間接的付随的制約論・猿払基準を用いるためには、若干、不自然な操作が必要である。本条例16条1項1号は、「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」を禁止し、同17条は、「前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。」と定めている。すなわち、「特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより」「公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」が中止命令等の対象、つまり直接的な規制対象になっているので、このままでは間接的付随的制約論・猿払基準を用い

ることは難しい。そこで、本条例が直接的に規制しているのは、広島市が管理する公共の場所における暴走族による集会等で「特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示す」こととし、直接的な規制に付随して、そのような形態での「集会等」が中止命令等の対象になると読み替えるわけである。直接的に規制されるのは一般的な行為の自由としての服装の自由等であるから、弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性がゆるやかな審査に付されることになる。他方、間接的付随的に制約されてしまう集会の自由は憲法21条1項で保障されているが、これに対する制約の合憲性は得られる利益と失われる利益の均衡を判定する素朴な利益衡量により判断される。

本稿では、上記のように、直接的な規制対象は服装の自由等であるとしたが、本判決の田原裁判官の反対意見も、直接的な規制対象か間接的付随的に規制されるのかの区別はしていないが、「服装等の自由」であるとしている。これについて、「多数意見は、本条例は服装の自由等を規制しているわけではなく、服装等は16条に該当する行為に対して中止又は退去命令を出す際の要件となっているに過ぎない、と考えているものと思われる。」との指摘があるが²⁵⁾直接的な規制の対象は服装等の自由であると考えなければ、本判決が間接的付随的制約論・猿払基準を採用したことが説明できないだろう。

ところで、本判決は、猿払事件最大判だけでなく、成田新法事件最高裁大法廷判決（以下、成田新法事件最大判と略す）²⁶⁾も先例として挙げている。さらに言うところ、成田新法事件最大判自体、猿払事件最大判を先例として挙げている。

成田新法事件最大判の関連する部分は、以下のとおりである。

「現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法21条1項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならないも

のである。」「しかしながら、集会の自由といえどもあらゆる場合に無制限に保障されなければならないものではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあるのはいうまでもない。そして、このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、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めるのが相当である。」「本法3条1項1号は、規制区域内に所在する建築物その他の工作物が多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供され又は供されるおそれがあると認めるときは、運輸大臣は、当該工作物の所有者等に対し、期限を付して当該工作物をその用に供することを禁止することを命ずることができるとしているが、同号に基づく工作物使用禁止命令により当該工作物を多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供することが禁止される結果、多数の暴力主義的破壊活動者の集会も禁止されることになり、ここに憲法21条1項との関係が問題となるのである。」「そこで検討するに、本法3条1項1号に基づく工作物使用禁止命令により保護される利益は、新空港若しくは航空保安施設等の設置、管理の安全の確保並びに新空港及びその周辺における航空機の航行の安全の確保であり、それに伴い新空港を利用する乗客等の生命、身体の安全の確保も図られるのであって、これらの安全の確保は、国家的、社会経済的、公益的、人道的見地から極めて強く要請されるところのものである。他方、右工作物使用禁止命令により制限される利益は、多数の暴力主義的破壊活動者が当該工作物を集合の用に供する利益にすぎない。しかも、前記本法制定の経緯に照らせば、暴力主義的破壊活動等を防止し、前記新空港の設置、管理等の安全を確保することには高度かつ緊急の必要性があるというべきであるから、以上を総合して較量すれば、規制区域内において暴力主義的破壊活動者による工作物の使用を禁止する措置を採り得るとすることは、公共の福祉による必要かつ合理的なものであるといわなければならない。』

それでは、なぜ、暴走族条例事件最判は、集会の自由が共通の争点であることとはいうまでもないが、成田新法事件最大判を先例として挙げたのであろうか。

上記の引用にあるように「工作物使用禁止命令により当該工作物を多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供することが禁止される結果、多数の暴力主義的破壊活動者の集会も禁止されることになり、ここに憲法21条1項との関係が問題となる」のであって、直接的な規制対象は「当該工作物を多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供すること」である。多数の暴力主義的破壊活動者の集会は、「集合」が禁止されることによって、付随的にその限りで開催できなくなる、すなわち、集会は集合の禁止を媒体にして間接的に禁止されるのである。このように成田新法事件最大判は間接的付随的制約論をとっていると思われるが、猿払基準を採用していないようにも見える。これは集合の禁止が争点になっていなかったので（仮に、争点になっていたとしても、集合の禁止の目的は正当であり、禁止目的と禁止される行為に合理的な関連性があるから合憲であると判断されたであろう）、間接的付随的に禁止される集会についてのみ集会の自由と規制利益との利益の均衡が明示的に検討されているからであろう。注目されるのは、得られる利益と失われる利益の均衡という素朴な利益衡量ではなく、集会の自由に対する制限が「必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、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めるのが相当である。」という比較衡量の枠組みが示されていることである。にもかかわらず、「工作物使用禁止命令により保護される利益は、新空港若しくは航空保安施設等の設置、管理の安全の確保並びに新空港及びその周辺における航空機の航行の安全の確保であり、それに伴い新空港を利用する乗客等の生命、身体の安全の確保も図られるのであって、これらの安全の確保は、国家的、社会経済的、公益的、人道的見地から極めて強く要請されるところのものである。」としつつ、「他方、右工作物使用禁止命令により制限される利益は、多数の暴力主義的破壊活動者が当該工作物を集合の用に供する利益にすぎない。」としている。制限される利益として「集合」のみを挙げ、「集会の自由」は明示されていない。本法がいわゆる措置法（処分的法律）であるとするれば、本法の「暴

力主義的破壊活動者」は抽象的な「暴力主義的破壊活動者」一般ではなく、本法の制定を必要とさせた個別具体的な「暴力主義的破壊活動者」であるから、少なくとも、この個別具体的な「暴力主義的破壊活動者」の「集会」の自由は、憲法 21 条 1 項の保障の埒外であるとして、制限される利益に含めなかったのかもしれない。また、だからこそ、考慮事項として「制限される自由の内容及び性質」を明示したのであろう。

暴走族条例事件最判に戻ると、成田新法事件最大判では「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める」とされていたが、暴走族条例事件最判では、「この規制により得られる利益と失われる利益との均衡」という素朴な利益衡量の枠組みが示された。いわば、猿払事件最大判の素朴な利益衡量の枠組みに戻っている。集会の自由という重要な権利の制約が問題なのであるから、成田新法事件最大判の「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める」という枠組みが適切であると思われるが、ここでは、本判決の調査官解説が、当該集会に「その禁止に係る態様によらなければ実現できないような正当な目的ないし利益は、見出し難い」と指摘しているような事情から²⁷⁾「この規制により得られる利益と失われる利益との均衡」という素朴な利益衡量の枠組みが採られたのであろう。

4 第 1 次家永訴訟最高裁第 3 小法廷判決

本判決は、教科書検定制度の合憲性について、以下のように述べた²⁸⁾。その際、猿払事件最大判、よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判所大法廷判決²⁹⁾および成田新法事件最大判を先例として挙げていた。

「所論は、教育の自由の一環として国民の教科書執筆の自由をいうが、憲法 26 条がこれを規定する趣旨でないことは前記のとおりであり、憲法 21 条、23 条との関係については、後記二、三において判断するとおりである。」。「憲法

21条1項にいう表現の自由といえども無制限に保障されるものではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあり、その制限が右のような限度のものとして容認されるかどうかは、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。これを本件検定についてみるのに、(一)前記のとおり、普通教育の場においては、教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請があり、これを実現するためには、これらの観点に照らして不適切と認められる図書の教科書としての発行、使用等を禁止する必要があること(普通教育の場でこのような教科書を使用することは、批判能力の十分でない児童、生徒に無用の負担を与えるものである)、(二)その制限も、右の観点からして不適切と認められる内容を含む図書のみを、教科書という特殊な形態において発行を禁ずるものにすぎないことなどを考慮すると、本件検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものといふべきであって、憲法21条1項の規定に違反するものではない。』。

ここでは、「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」とし、成田新法事件最大判の「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める」と同じ枠組みが採用されている。これが先例とされているのであるから当然であろう。

ところで、成田新法事件最大判は、ハイジャック記事抹消事件最大判を先例として挙げていた。ハイジャック記事抹消事件最大判は、未決勾留による被拘禁者の閲読の自由に対する制約の合憲性について、以下のように述べていた。

「未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものであつて、右の勾留により拘禁された者は、その限度で身体的行動の自由を制限される。」「未決勾留により監獄に拘禁されている者の新聞紙、図書等の閲読の自由についても、

逃亡及び罪証隠滅の防止という勾留の目的のためのほか、前記のような監獄内の規律及び秩序の維持のために必要とされる場合にも、一定の制限を加えられることはやむをえないものとして承認しなければならない。しかしながら、未決勾留は、前記刑事司法上の目的のために必要やむをえない措置として一定の範囲で個人の自由を拘束するものであり、他方、これにより拘禁される者は、当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障されるべき者であるから、監獄内の規律及び秩序の維持のためにこれら被拘禁者の新聞紙、図書等の閲読の自由を制限する場合においても、それは、右の目的を達するために真に必要と認められる限度にとどめられるべきものである。したがって、右の制限が許されるためには、当該閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、被拘禁者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該新聞紙、図書等の内容その他の具体的事情のもとにおいて、その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまらるべきものと解するのが相当である。】。

これをまとめれば、「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める」となる。

上記の引用から理解されるように、本件は間接的付随的制約が問題となっている事案である。直接的な規制対象は人身の自由として保障される身体的行動であり、これに付随して間接的に制約されるのが閲読の自由として保障される拘置所内での新聞紙、図書等の閲読である。ただし、本件では、未決勾留による拘禁の合憲性は争われていないので（仮に、争ったとしても、憲法34条から見て合憲であろう）、閲読の自由の制限の合憲性を判断するための衡量の枠組みしか明示されていないのである。

なお、ハイジャック記事抹消事件最大判は、被拘禁者の喫煙禁止事件最高裁大法廷判決³⁰)を先例として挙げている。喫煙禁止事件最大判は、被拘禁者に対する喫煙禁止の合憲性について、つぎのように述べている。「制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立つて決せられる」。ハイジャック記事抹消事件最大判の衡量の枠組みとほぼ同一であるが、害悪発生の「相当の蓋然性」は要求していないところが異なる。これは、喫煙の自由と閲読の自由の重要性の違いによると思われる。

さて、第1次家永訴訟最判に戻ろう。それは、猿払事件最大判、ハイジャック記事抹消事件最大判および成田新法事件最大判を先例として挙げている。つまり、本件も間接的付随的制約が問題となっている事案である。教科書検定制度は、執筆者の考えとおりに教科書を執筆することを直接的に制約し、それに付随して間接的に執筆者の自由な意見表明を制約する。これが事案の構図である。そして、「普通教育の場においては、教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請があり、これを実現するためには、これらの観点に照らして不適切と認められる図書の教科書としての発行、使用等を禁止する必要があること」、「その制限も、右の観点からして不適切と認められる内容を含む図書のみを、教科書という特殊な形態において発行を禁ずるものにすぎないこと」を考慮すると、「本件検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものというべきであって、憲法21条1項の規定に違反するものではない。」とされた。教科書検定に合格しないと、教科書という特殊な形態を通じての意見表明がなしえなくなるが、「不合格図書をそのまま一般図書として発行し、教師、児童、生徒を含む国民一般にこれを発表すること、すなわち思想の自由市場に登場させることは、何ら妨げられるところはない」ので、意見表明の自由に対する過度の制約ではないということである。

ただ、教科書執筆の自由が憲法26条により保障されるということは明確に否定されているが、それが憲法21条1項で保障されるのか否かについては明

確ではない（憲法23条についても同様である）。「執筆者の考えるとおりに教科書を執筆すること」が教科書執筆の自由として憲法のどこかで保障されているとしても、それに対する制約は、意見表明に対する制約のところで述べられていた「普通教育の場においては、教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請があり、これを実現するためには、これらの観点に照らして不適切と認められる図書の教科書としての発行、使用等を禁止する必要があること」を理由に合憲と判断されるであろう。これが直接的な規制対象について目的・手段審査が明示されていない理由であろう。

Ⅳ 間接的付随的制約論あるいは猿払基準のゆくえ

以上、見てきたように、猿払事件最大判で示された間接的付随的制約論・猿払基準は、その後のいくつかの判決で用いられ、あるいは、先例として挙げられてきた。平成24年のいわゆる堀越事件と宇治橋事件の最高裁第2小法廷判決を契機にして、本稿の冒頭で触れたように、猿払事件最大判は実質的に変更されたのではないかと評されるようになってきている。ただ、ここでは堀越事件最高裁第2小法廷判決が³¹⁾ 検察官の上告趣意における判例違反の主張について、「事案を異にする判例を引用するもの」としたことをそのまま素直に受け止めておくことにする。ただし、罰則規定が合憲であるとの結論について、猿払事件最大判を先例として挙げている。また、罰則規定の合憲性の判断枠組みとしては、ハイジャック記事抹消事件最大判の衡量の枠組みを採用している（それが先例として挙げられている）。

また、猿払事件最大判を先例とする判決がいくつかある。本稿では、これらの判決は、間接的付随的制約論を採用していると説明したが、猿払基準の「禁止の目的および禁止の目的と禁止される行為との関連性」の部分を示す判決と明示しない判決がある。これを明示しない判決については、間接的付随的制約論を採っていないのではないかと批判されるかもしれないが、それは直接的な規制の合憲性について争いがなく、争点になっていない場合や間接的付随

的制約の合憲性の説明と重複する場合である。反対に、猿払基準の「禁止の目的および禁止の目的と禁止される行為との関連性」の部分を明示するときは、直接的な規制の合憲性が争点となっている場合である。また、利益の均衡について、得られる利益と失われる利益の均衡という素朴な衡量がなされる場合と「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める」という丁寧な衡量がなされる場合がある。これは主として、規制することにより得られる利益と規制することにより失われる利益、立法が保護する法益と立法により制約される被侵害法益の重要性の隔たり具合によるとと思われる。

今後、君が代起立斉唱事件³²⁾のような事案では、猿払事件最大判が先例として挙げられるのであろうか。

注

- 1) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。
- 2) その論理構造の精緻な解明の試みとして、たとえば、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」長谷部恭男他編『現代立憲主義の諸相 下』（有斐閣、2013年）367頁がある。
- 3) その他の事案も含めて、渡辺康行『憲法裁判の法理』（岩波書店、2022年）292頁以下参照。
- 4) 駒村圭吾「さらば香城解説!？」長谷部恭男他編『現代立憲主義の諸相 下』（有斐閣、2013年）433頁。ただし、駒村は、「しかし、即断はやめよう。最高裁判決の、そして裁判官たちの、おそるべき巧緻≒狡知にたけたそのテキストの仕掛けはそう簡単に見破られるものではないからである。猿払判決も、香城理論も、そして違憲審査基準も依然として、憲法訴訟論のトポスを徘徊し続けると構えておいた方がいいだろう。」という。
- 5) 最大判昭和33年3月12日刑集12巻3号501頁。
- 6) 最大判昭和33年4月16日刑集12巻6号942頁。
- 7) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。
- 8) 向井哲次郎「判解」最判解刑昭和48年度（1975年）328頁。
- 9) 最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁。
- 10) 最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁。
- 11) 向井・前掲328頁。本調査官解説は、「国民全体の共同利益」の観念の典拠として、木村亀二『新憲法と刑事法』（法文社、1950年）所収の「死刑再考」という論考を挙げてい

る。そこでは死刑は公共の福祉に反しないとする最高裁の判断に対して、死刑は公共の福祉に反するということが主張されている。少し長くなるが、そのまま引用する（表記は改めた）。「公共の福祉ということが単に多数の利益ではなく、すべての国民に共同の、全体の利益であると解するならば、この理想主義的見解の下においては、たとえ悪逆非道の一人の人間といえども、その最後の一人の生命をも尊重することが公共の福祉の原則を真に徹底するものといわねばならぬから、一人の人間の生命を剥奪することが公共の福祉上必要であるということもあり得ないし、一人の人間を生かしておくことが公共の福祉に反するということもあり得ないことになる。従って、死刑は公共の福祉の原則によっては到底肯定し得ないことになるのである。そして、もしこのように公共の福祉の原則を理想主義的に解するならば、憲法第13条は、死刑に対して何らの実質的根拠を与えていないのみならず、かえって、その逆に、憲法第13条は死刑を否定していることになるのである。」「公共の福祉は単純に功利主義的な多数の利益を意味するのであろうか。それとも、それは、全体、しかり、最後の一人の生命をも尊重するところの全体の共同利益を意味する理想主義を表明するものであろうか。民主主義は浅薄な理解の下においては直ちにそれが多数主義だと解せられている。しかし、民主主義は多数の独裁主義でもなければ功利主義でもない。民主主義の多数主義は全員一致の共同の利益を前提し承認した上での多数主義であって、その根底には全体の共同利益の確認を予定している。憲法第13条の個人尊重の原則及び公共の福祉の原則はこの全体の共同利益のイデーを表現したものに外ならない。その意味において、公共の福祉の原則を単純に功利主義的意味に解するのは新憲法を貫く民主主義の精神に合致したものではない。公共の福祉の原則は、最後の一人、その最後の一人がたとえ殺人犯人であるとしても、その者の生命をも亦尊重することを意味する理想主義的な共同利益の原則を意味するのである。」（同200 - 201頁）。

- 12) 蟻川「合憲であることの定型的論証としての猿払基準」前掲393頁。
- 13) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」法学セミナー697号（2013年）27頁参照。
- 14) (二)の第3段落の冒頭で「民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加によつて政治が行われることが国民全体にとって重要な利益であることはいうまでもないのであるから、公務員が全体の奉仕者であることの一面的みを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治的行為を禁止することによつて右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあつてはならない。」としているので、公務員の政治的意見表明の自由の保障と公務員の政治的中立性の維持との均衡のとれた調整を行わなければならないと考えていることは確認できよう。
- 15) 蟻川恒正「日本国憲法における公と私の境界」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）30頁。
- 16) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- 17) 長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）241頁。

- 18) 同 237 頁。
- 19) 同 242 頁。
- 20) 最 2 小判昭和 56 年 6 月 15 日刑集 35 巻 4 号 205 頁。
- 21) 渡辺・前掲書 296 頁。
- 22) 最大決平成 10 年 12 月 1 日民集 52 巻 9 号 1761 頁。
- 23) 「国民の信頼を維持すること」については、蟻川恒正「裁判官と行政官」駒村圭吾編著『テキストとしての判決』（2016 年，有斐閣）137 頁以下も参照。
- 24) 最 3 小判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 巻 6 号 601 頁。以下，暴走族条例事件最判と略す。
- 25) 渡辺・前掲書 279 頁。
- 26) 最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 巻 5 号 437 頁。
- 27) 前田巖「判解」最判解刑平成 19 年度（2011 年）407 頁。
- 28) 最 3 小判平成 5 年 3 月 16 日民集 47 巻 5 号 3483 頁。以下，第 1 次家永訴訟最判と略す。
- 29) 最高裁昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 巻 5 号 793 頁。以下，ハイジャック記事抹消事件最大判と略す。
- 30) 最大判昭和 54 年 9 月 16 日民集 24 巻 10 号 1410 頁。以下，喫煙禁止事件最大判と略す。
- 31) 最 2 小判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 巻 12 号 1337 頁。
- 32) 最 2 小判平成 23 年 5 月 30 日民集 65 巻 4 号 1780 頁。これも猿払事件最大判を先例として挙げている。