



Title	地方公務員法違反の争議行為の可罰性（上） ー埼玉県教組同盟罷業事件最高裁判決を契機にー
Author(s)	鋤本, 豊博; SUKIMOTO, Toyohiro
Citation	北大法学論集, 42(2), 272-223
Issue Date	1991-12-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16826
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(2)_p272-223.pdf



地方公務員法違反の 争議行為の可罰性（上）

——埼玉県教組同盟罷業事件最高裁判決を契機に——

鋤 本 豊 博

目 次

- 一. 序論
- 二. 公務員の争議行為に係る最高裁判例理論の検討
 1. 埼教組事件の事案と判旨
 2. 最高裁判例理論の変遷とその問題点
 3. 最高裁判例理論に対する本稿の課題
- 三. 地方公務員の労働基本権と争議行為の禁止
 1. 労働基本権の保障とその制約
 2. 地公法37条1項の合憲性
 3. 地公法61条4号の合憲性 (以上、本号)
- 四. あおり行為と可罰的違法性
- 五. 判例変更と被告人の不利益
- 六. 総括

一．序論

(1) 「地方公務員法違反の争議行為の可罰性」という本稿のテーマを取り上げる契機となった埼玉県教組同盟罷業事件⁽¹⁾（以下、埼教組事件と称す）は、昭和49年春闘日教組スト事件⁽²⁾（以下、日教組事件と称す）及び岩手県教組同盟罷業事件⁽³⁾（以下、岩教組事件と称す）と共に、日教組が、第一次石油ショックに続く狂乱物価の年であった昭和49年の春闘に際し、公務員労働組合共闘会議の統一闘争として全国的規模で実施した「4・11全一日スト」に係る一連の刑事事件である。

(2) 最高裁第三小法廷は、他の二事件を扱った第一小法廷と同様、結論的には全農林警職法闘争事件判決（最大判昭48・4・25刑集27・4・547；以下、全農林事件判決と称す）・岩教組学力テスト事件判決（最大判昭和51・5・21刑集30・5・1178；以下、岩学テ事件判決と称す）の判断を踏襲したが、本判決には、かねてより東京中郵事件判決（最大判昭41・10・26刑集20・8・901）の論理を基調とされる坂上裁判官の補足意見のほか、より積極的に都教組事件判決（最大判昭44・4・2刑集23・5・305）の見解の基調に従うと明言された上、無罪と結論付けられた園部裁判官の反対意見が付されている。東京中郵事件判決から都教組事件判決に至る論理が葬り去られた観のある今日、この現象に何らかの意義を見出し得るであろうか。のみならず、それ以上に注目に値するのは、これら三事件に係った下級審の対応である。同種事件であるにもかかわらず、各裁判所の判決にはそれぞれ特色が見られ、殊にどの下級審も「あおり」概念に限定解釈を施しているのである。中には解釈論の域を逸脱したように見受けられるものもないではないが、何故、その問題性を承知しつつも、限定解釈の手法を採ったのであろうか。

確かに、現在のところ、公務員の争議行為については、名古屋中郵事件判決（最大判昭52・5・4刑集31・3・182）以降判例路線は定着したものと受け止められており、「[園部裁判官の] 反対意見は、最高裁自身が誤りを認めて是正したかつての特異判例に固執するものとして理解しがたい」とのコメント⁽⁵⁾が出されるのも無理なからぬ状況にある。しかしながら、結論的には、この現象は東京中郵事件判決への「揺れ戻し」の胎動として捉えることができるように思う。もとより、同判決の論理自体にも軽視しえない問題性があり、本稿自身必

ずしもその完全復活を主張するものではないが、少なくとも、名古屋中郵事件判決の論理をこのまま堅持してよいかを問い直す時期に来ていることは事実である。

(3) かかる問題意識から、以下ではまず、埼教組事件最高裁判決（罰金10万円の有罪判決）を象徴的に取り上げた上で、本判決をもたらした「公務員の争議行為」に係る今日の最高裁判例理論とその形成過程を検証し、どこにその問題点があるのかを明らかにする。次に、新たな判例理論の形成を目指すべく、第一の課題として、地公法37条1項・61条4号の各規定の合憲性をどのように考えるべきかという憲法論に立ち入ることとする。というのも、既に最高裁内部でも論じ尽くされた東京中郵事件判決の論理の繰り返し又はその焼き直しでは、とても現状は打破できないと思われるからである。そして第二の課題として、構成要件限定解釈以外の手法（可罰的違法性論の再構成）による処罰の限定化を考察することとする。このことを通じて、下級審が直面し、「あおり」概念の限定解釈で対処した問題状況の解消を図ると共に、今日いさか過小評価されている可罰的違法性論の再考を促さんがためである。最後に、今回の一連の事件に特有の問題として、行為当時の判例準則によれば適法と評価され得る被告人の行為を、その後の判例変更による準則で有罪となし得るのかという点に触れ、どのように判断すべきであったかを提示して、締めくくりたいと思う。

二. 公務員の争議行為に係る最高裁判例理論の検討

1. 埼教組事件の事案と判旨

[昭49・2・20] 埼教組第129回臨時中央委員会開催：春闘に向けたストライキの闘争方針の決定。

[同・2・25～6] 日教組第44回臨時大会開催：全一日ストの実施・スト指令権の中央闘争委員長への委譲などの決定。

[同・3・4～16] 埼教組のスト批准投票の実施：約61%の賛成を得てスト体制確立。

[同・3・19] 日教組第5回全国戦術会議開催：「戦術行使の日時を4月11日全一日、4月13日早朝2時間を予定する」旨発表。

批准投票の確認をもって過半数を超えた25都道府県に対するスト指令とする旨宣言。

[同・3・20] 埼教組第130回中央委員会開催：日教組第5回全国戦術会議の決定内容伝達、同盟罷業実施体制確立のための具体的行動（「校区内対話集会を企画してストライキに対する理解を深めるようにすること」等）の決定。…公訴事実で「あおりの企て」とされた会議。

[同・3・29] ・日教組本部から各県教組へ「スト日時指定指令」発出：「春闘共闘委戦術会議の決定を受け、公務員共闘は4月11日の第一波全一日スト、4月13日第二波2時間ストを配置することを決定した。各組織は闘争体制確立に全力をあげよ。」

・埼教組第5回拡大戦術会議開催：各支部代表（約65名）に「3・29」指令の伝達、同盟罷業に際し組合員が執るべき行動を指示。…公訴事実で「あおり」とされた会議。

[同・4・9] 日教組本部から各県教組へ「スト突入指令」発出：「各教組は、第5回全国戦術会議の決定に基づき予定どおり4月11日全一日ストライキに突入せよ。」

[同・4・11] 約500校・（本件当時の組合員数約10,300人の内）約3,500人が、「賃金の大幅引上げ・5段階賃金粉碎、スト権奪還・処分阻止・撤回、インフレ阻止・年金・教育をはじめ国民的諸課題」の要求実現を掲げ、全一日スト突入。

(1) 第一審認定の事実関係の概要は上記の通りである。被告人は当時の埼教組中央執行委員長であり、日教組本部役員と共謀の上、傘下組合員に対し、同盟罷業の実施とそのための具体的行動を決定したこと、及びスト指令の伝達と執るべき行動を指示したことから、地公法61条4号の罪（争議行為の「あおりの企て」及び「あおり」）により起訴された事件である。

(2) 浦和地裁は、「あおり」を限定解釈しても被告人の行為はこれに該当するとしながらも、「あおりの企て」については、次のような限定解釈と事実認定を通じて、犯罪の証明がないとした。即ち、(i)「あおりの企て」とは、「あおり行為の遂行を計画、準備することによって、違法行為の危険性が具体的に生じ

たと認めうる状態に達したもの」(全農林事件判決の定義)をいうが、「『あおりの企て』は直接には『あおり』を目的とするものであるから、『違法行為の危険性が具体的に生じたと認めうる状態に達したもの』といっても、その当然の前提として、『あおり』行為の危険性が具体的に生じたということも要求されている。」(ii)「3月20日の段階では、埼教組においてスト権は確立したあとであり、一応スト指令が発出されていること」等からすると、同盟罷業を行わせる決定が存在したとは認め得ないし、また、組合員に対する具体的な行動の決定が、「本件ストライキ実施に欠くことのできない事項を決定しているとはいえ、その伝達はストライキの原動力と呼べるほどストライキ実施を招来する高度の危険性がある行為とは認められないから、『あおり』と認められず、したがって、その伝達を予定しての決定は『あおりの企て』とは認められない」。

これに対して、検察官及び被告人側双方が控訴したが、東京高裁は、一審判決が「あおりの企て」を「あおり」の前段階として捉えた点に賛同できないとしつつも、新たな限定解釈(「『あおり』を通じて具体的、現実的な違法行為の遂行に直接結びつき、違法行為遂行の具体的な危険性を生じさせるおそれのある」ものをいうとの解釈)を施し、結論的には一審判決を維持した。この二審判決に対しては、被告人側が上告に及んだが、検察官は上告しなかったため、当初より「あおりの企て」の訴因は審判対象にならず、上告審においては、地公法37条1項・61条4号の合憲性、「あおり」の意義及び被告人の行為の「あおり」罪構成要件該当性が主たる争点となったのである。

(3) 上告審判決は、地公法37条1項・61条4号の違憲性の主張については、岩学テ事件判決及び全農林事件判決の趣旨に徴して理由がないとし、これまでの合憲性判断を踏襲すると共に、被告人の行為の「あおり」罪構成要件該当性の点については、原判決及びその是認する第一審判決の事実認定を要約摘示した上で、「以上の事実関係の下においては、被告人の右行為は、地方公務員法61条4号にいうあおりに当たるものというべきであるから(前記各大法廷判決参照)、これと同旨の原判断は、正当である」との職権判断を下すに止まった。

もっとも、本判決には、坂上裁判官補足意見と園部裁判官反対意見が付されている。補足意見の骨子は、まず、「公務員の争議行為に対する規制……が憲法上許容されるか否かは、国民生活全体の利益と労働基本権を保障することにより実現しようとする利益とを比較衡量した上、両者の調整を図るという観点から決定されるべきもの」であり、地公法61条4号は争議行為をあおった者等に

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（上）

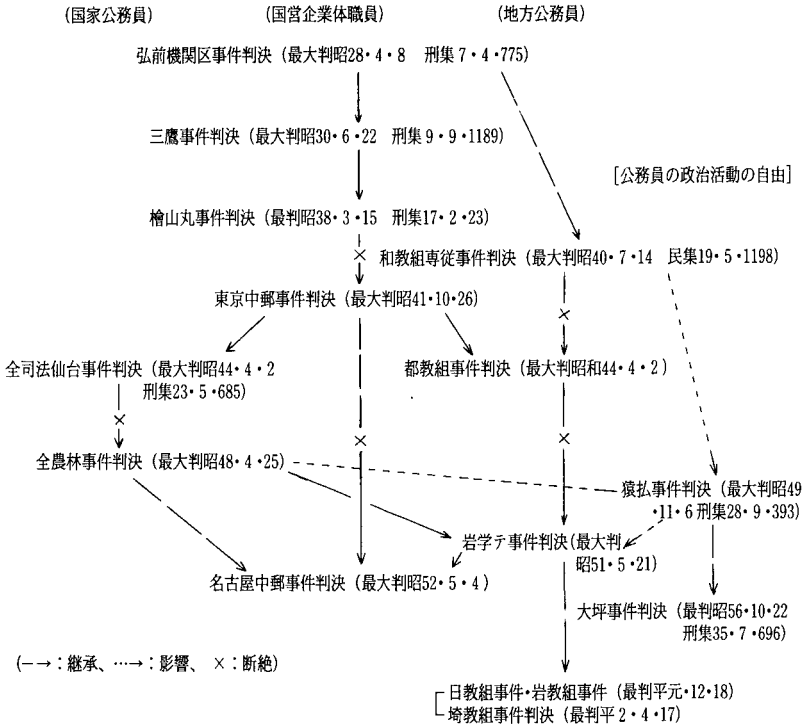
限って処罰していることなどから直ちに違憲とはいえないが、「争議行為の内容いかんによっては、そのあおり行為等が刑事制裁を科するに足りる違法性を欠如するものと評価すべき場合もありうる」という一般論を展開した後、しかし本件争議行為は、「広汎な地域において全一日にわたり公立小・中学校の教育に空白をもたらすものであり、これが児童生徒、保護者等を含む国民生活全体に及ぼす影響は、軽視すべきものではない」として、結論的に多数意見に賛同するということである。

これに対し、反対意見は、「近時の当審判例のように、財政民主主義等の理由から直ちに公務員の団体交渉権及び争議権が憲法上当然に保障されているものでないとの結論を導くのは、いささか性急な理論構成」だと評した上で、補足意見と同様の比較衡量論に立って制限解釈を施すべき旨を説くが、これに止まらず、次のような所謂二重の絞り論を復活させ、無罪を帰結せしめた。即ち、

（i）争議行為の目的は、主として賃金の大幅引上げにあり、同盟罷業も所謂単純不作為であって、暴力行使などを伴っていないこと、「学校教育という職務は一定の弾力性を有するものであるから、右同盟罷業によって年間計画の実施に一日間の空白をもたらしたことが、直ちに国民生活に重大な支障を及ぼすこととなったとまではいえないこと」等から、本件争議行為は強度の違法性を有しない。（ii）同盟罷業に関する指令及び指示を傘下の組合員に伝達した被告人の行為は「同盟罷業に通常随伴して行われる程度のものであったと認められ、被告人のあおりの態様が格別強度の違法性を帯びていたとの形跡もない」。

2. 最高裁判例理論の変遷とその問題点

（1）公務員の争議行為に関する最高裁判例理論の変遷及びその問題点を考察するのに有用な、主たる判決の流れをごく大雑把に描くとすれば、次頁のようになるかと思う。まずはリーディングケースとして、公務員は憲法28条の「勤労者」であることを前提にしつつも、「公共の福祉」・「全体の奉仕者性」から、政令201号による争議行為禁止を違憲でないとした弘前機関区事件判決がある。これを、旧公労法（現国労法）17条による争議行為禁止に及ぼしたのが三鷹事件判決であり、地方公務員の団結権等の制限に適用したのが和教組専従事件判決である。特に後者の判決が、地公法52条1項（昭和40年改正前）と憲法28条との関係を論じるに際して示した合憲性判断の枠組（「右の制限の程度は、勤労



者の団結権等を尊重すべき必要と公共の福祉を確保する必要とを比較考量し、両者が適正な均衡を保つことを目的として決定されるべきであるが、このような目的の下に立法がなされる場合において、具体的に制限の程度を決定することは立法府の裁量権に属するものというべく、その制限の程度が著しく右の適正な均衡を破り、明らかに不合理で……ないかぎり、その判断は、合憲……と解する」は、後の猿払事件における検察官の上告趣意に引用されたのを契機に、今日の最高裁に形を変えて存在しているといつてよい。⁽⁶⁾

続いて、それまで下級審において、公労法定制に至る沿革(政令201号には争議行為自体に対する罰則があったが、公労法には継承されなかったこと等)を背景に、旧公労法17条違反の争議行為に対する労組法1条2項(刑法35条の準用規定)適用の有無が論議されていたが、⁽⁷⁾ 檜山丸事件判決が、三鷹事件判決を引用しながら、「公共企業体等の職員は、争議行為を禁止され争議権自体を否定されている以上、その争議行為について正当性の限界如何を論ずる余地はなく、

したがって労働組合法1条2項の適用はない」と判示したことから、最高裁はこの問題をあっさりとして処理したかに見えた。

(2) ところが、以上のような判例理論は、先の和教組専従事件判決の翌年に下された東京中郵事件判決で一変する。同判決は、「実定法規によって労働基本権の制限を定めている場合にも、労働基本権保障の根本精神にそくしてその制限の意味を考察すべき」との立場を打ち出し、公務員も「憲法28条にいう勤労者」である以上、全体の奉仕者性を根拠に「労働基本権をすべて否定するようなことは許されない」とした上で、「勤労者がする争議行為は、正当な限界をこえないかぎり、憲法の保障する権利の行使にほかならな」ず、労組法1条2項は、その限界内であれば刑事制裁の対象にならないことを注意的に規定したものと解すべきとの観点から、公労法違反の争議行為にその適用を認めたのである。

この判決をもたらした要因の一つに、檜山丸事件判決後も憲法28条を主たる根拠として刑事免責を認めた下級審の動向が指摘されているが、⁽⁸⁾ 解釈論的には、労働基本権の制約原理における「内在的制約論」の採用と共に、その制約違反に対する刑事制裁の合憲性を判示する際に用いた「憲法次元における違法性相対論」を挙げることができる。即ち、同判決は、従来の観念的三段論法（「基本権は非常に重要である、しかしそれは公共の福祉によって制限される、結論として、当該の法律は公共の福祉に合致するものであるから合憲であるという論理」⁽⁹⁾）に代え、公務員の労働基本権の制限を合憲とするには、①労働基本権の尊重と国民生活全体の利益との適正な均衡に基づく必要最小限度の制約であること、②その停廃が国民生活に重大な障害をもたらすおそれのある職務につき、その障害を避けるために必要やむを得ない場合であること、③違反者に対して課せられる不利益、特に争議行為に対する刑事制裁は必要やむを得ない場合に限ること、④制限に見合う代償措置を講ずること、という四条件が必要であると説いた上で、争議行為禁止違反に対する刑事制裁の合憲性の限界を違法性の強さの程度に求め、国民生活に重大な障害をもたらす場合（政治目的の場合・暴力を伴う場合・不当に長期に及ぶ場合等）でない限り、争議行為は刑事制裁の対象にはならない（公労法上の違法は解雇・損害賠償等の民事責任に結びつくものの、刑罰法規である郵便法79条の予定する違法の程度に達しない）として、労組法1条2項の適用を否定した檜山丸事件判決を変更したのである。

この新たな判例理論は、その基調において「いかにも格調の高い憲法裁判所

らしい立論である⁽¹⁰⁾」が、それだけに少なからぬ問題性も含んでおり、目指す論理体系を明らかにするには相当な時間を要するものであった。その問題性とは、第一に、内在的制約論には、合憲性判断の枠組・審査基準が提示されない限り、その判断が不明確かつ恣意的になるという危険を伴うこと、第二に、労働基本権制約の正当化の根拠として、「国民生活全体の利益」の保障を重視するあまり、公務員関係の憲法秩序における位置付け（15条・73条4号）及び財政民主主義（83条）に基づく制約原理の配慮に欠けていること、そして第三に、「本来統一であるべき憲法秩序の中での一定の行為に対する憲法次元での評価として、民事法上違法とすることは合憲であるが、刑事法上違法とすることは違憲となる場合があることを肯定するとともに、民事法上は保護されるが刑事法上は保護されない憲法上の法益・価値の存在を認め⁽¹¹⁾」たこと等である。

(3) その後、この判例理論は、かかる問題性を抱えながらも、争議行為のあおり罪の成否が争点となった都教組事件・全司法仙台事件判決に継承され、「二重の絞り論」という形で展開されることになった。即ち、まず都教組事件判決は、地公法37条・61条4号が、文字通りすべての地方公務員の一切の争議行為を禁止しその遂行のあおり行為等を処罰するものであれば、違憲の疑いを免れないが、「争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、もっぱら争議行為のあおり行為等、特定の行為のみを処罰の対象としていることから」とすると、「争議行為自体が違法性の強いもの……のあおり行為等であってはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めようとする趣旨」であり、「争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごとき争議行為の一環となるものは、「あおり行為的な要素をあわせもつとしても、……原則として、刑事罰をもつてのぞむ違法性を有」しないと解されるから違憲でないとした。次いで、全司法仙台事件判決は、その処罰基準を具体化し、「あおり行為等を処罰するには、争議行為そのものが、職員団体の本来の目的を逸脱してなされるとか、暴力その他これに類する不当な圧力を伴うとか、社会通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な支障を及ぼすとか等違法性の強いものであることのほか、あおり行為等が争議行為に通常随伴するものと認められるものでないことを要する」としたのである。

もつとも、かかる限定解釈が、東京中郵事件判決から論理的に帰結されるのか極めて疑問に思うが、⁽¹²⁾いずれにせよ、二つの新たな問題点が付け加わることになった。その一つは、「二重の絞り論」が憲法31条の要請である犯罪構成要件

の明確性に反することにならないか（公務員が実際に争議行為を行う際に、自己の行為が、①憲法上禁止される争議行為に当るか否か、②刑事罰を基礎付ける争議行為に当るか否か、③刑事罰の対象となるあおり行為等に当るか否かという微妙な決定に迫られるのは、構成要件の保障機能を損なうのではないか）という点であり、もう一つは、「二重の絞り論」を機械的に適用した場合に生じ得る不合理性、即ち、「非常に大規模な政治ストや、暴力を伴ったり、不当に長期に及ぶ争議行為でも、その争議のあおり行為などをした者が、職員団体の幹部や上部機関の責任者のみである場合は、処罰の対象とならず（……）、ごく短時間の争議行為でも、それが政治ストであって、そのあおり行為などが、第三者が一人でも介入して、これと共同して行なわれたような場合には、職員団体の幹部が処罰されることになるの〔は〕、不合理⁽¹⁴⁾」という点である。

以上のように、全司法仙台事件判決をもたらした判例理論には、数多くの問題があったことは認識しておかねばならない。そして、これらの点を基本に据え、否定の論理を展開していったのが全農林事件判決である。とはいえ、8人以上の裁判官の意見の一致が見られず、（適用）違憲判決を出し難い状況⁽¹⁵⁾の下で、当時の最高裁多数派が労働基本権の重要性を強調して採用した合憲性判断の枠組（法益の比較衡量による内在的制約論と、その「調和点を、法的効果に対応させて求め、刑事制裁を科す場合には、行政上、民事上の制裁を課す場合に比し、国民の側に一段と高度の法益が存在することを要求」⁽¹⁶⁾すること）は、論理的に完結したものでないだけに、将来的に幾重にも工夫を施す余地があり、今日においてもなおその理論的意義は見失われてはならない。

（4）さて、争議行為のあおり罪の構成要件から二重の絞りを取り払うと、当該処罰規定及びその前提となる争議行為禁止規定の合憲性につき、新たな論証が求められることになる。そこでまず、全農林事件判決は、労働基本権の保障は公務員にも及ぶとしつつも、「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」との観点に立ち帰り、次のような論理構成で国家公務員の争議行為禁止を合憲とした。即ち、（i）非現業の公務員の地位の特殊性と職務の公共性（国民全体に対して労務提供義務を負い、公共の利益のために勤務すること）から、必要やむを得ない程度の制限を課すことはできる。（ii）私企業の場合と異なり、主要な勤務条件は国会の制定する法律・予算によって定められ、争議行為の圧力による強制を容認する余地がないだけでなく、市場の抑制力が働かないから、争議行為は民主的に行われるべき決定過程を歪曲するこ

とになりかねず、私企業とは異なる制約に服せしめてもよい。(iii)労働基本権に対する制限の代償として、制度上整備された生存権擁護措置による保障がある(公務員にも労働基本権の保障が及ぶことを配慮している)から、争議行為の禁止はやむを得ない制限である。こうした上で、合憲的に禁止された争議行為をおこなう行為者は、違法な争議行為の原動力を与える者として、単純参加者に比し社会的責任が重く、あおり行為は争議行為の開始・遂行の原因となるのだから、独立犯としてその行為者を処罰する規定を設けても不合理とはいえず、従って、二重の絞りをかけずとも違憲でない結論付けたのである。

このように、全農林事件判決は、合憲性判断の枠組において東京中郵事件判決以後の判例理論と異なっているが⁽¹⁷⁾、本件は当時の判例理論でも争議権の保障の及ばない政治ストに係るもので、事案解決に判例変更する必要はなかったとの意見⁽¹⁸⁾も出されたことから、何故に僅少差で判例変更に踏み切ったのかが問題となった。考えられる重要な要因としては、東京中郵事件判決から本判決に至るまでの下級審の混乱がある。即ち、東京中郵事件判決で示された前述の解釈は、確かに、刑事労働事件における無罪判決の増加はもとより、懲戒処分取消事件に転用されて民事制裁の弛緩をもたらし、さらに、表現の自由の領域に波及して、公安条例事件において(一部)無罪判決を続出せしめたほか、公務員の政治活動の自由が争点となった猿払事件において適用違憲判決⁽¹⁹⁾を生ぜしめるに至らしめたことから、判例理論の前進との評価がある反面、他方において、同判決の示した「国民生活に重大な障害をもたらす」という刑罰法規の適用基準は、「その明解な意味内容を把握するのに大きな困惑を感じざるを得ない」との表明⁽²⁰⁾を始め、都教組判決の合憲限定解釈は、「立法作用と同一の機能を営むことになる」と指摘した上で、労使双方が自己に有利な解釈をして対立抗争を激化させるおそれがあり、「そのような漠然とした犯罪構成要件の規定のしかたは、憲法第31条ならびに罪刑法定主義に反する疑いがある」とする判決⁽²¹⁾もあったこと、さらには、地公法61条4号違反事件における高裁初の無罪判決となった福岡県教組事件控訴審判決⁽²²⁾が、争議行為禁止規定の合憲性を判断するに際し、次の四点を挙げていたことが注目されるのである。即ち、「(1)地方公務員は国民全体の利益の維持増進をその職務とし、その職務の停廃は……国民生活に重大な障害を招来するものであること、(2)使用者である地方公共団体に公務員側の争議行為に対する対抗手段としての作業場閉鎖等の争議行為が認められていないこと、(3)地方公務員の勤務条件は議会の定める法律または条例等により定めら

れていること、(4)地方公務員の争議行為等の禁止の代償措置として [の] 人事委員会または公平委員会……は完全な代償措置とはいえず、一応の代償機能を果たしていること」。

こうしてみると、全農林事件判決の基盤は、東京中郵事件・都教組事件判決後早々に形成されていたように思われる。確かに、同判決が下されたことに對して、「公務員の職務または業務の公共性の強弱はもちろん、違法性の強弱の明確な基準のないのに恰もこれがあるが如くにほしいままにいわゆる限定解釈することの許されなことを明確にしたことは判例理論の大きな進歩と評価してよい⁽²⁶⁾」といえるか疑問があるにせよ、下級審が揺れ動いていたこの時期に、争議行為の禁止・処罰規定の違憲論に熱心なあまり、あるいは処罰の限界基準を具体的な判例の集積に委ねたがために、憲法判断の枠組と審査基準の理論化、及びあおり罪の構造的解明と処罰限定の理論化が遅れ、このことが判例変更に拍車をかける大きな要因となったといえるであろう。

(5) 全農林事件判決による判例理論の変容（個別的・具体的な利益衡量に基づく必要最小限の制限から、一般的・抽象的な利益衡量に基づく必要やむを得ない限度の制限への転換）の影響は、翌年の猿払事件判決に現われ、同判決は、「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對する国民の信頼を確保するという国民全体の重要な共同利益を擁護するための」公務員の政治的行為の禁止は、「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」と判示するに至った。もっとも、その判断に際し、「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」と述べ、労働基本権の場合よりは厳格な合憲性判断の枠組を示したが、「国民の信頼⁽²⁷⁾」を禁止目的に加味し、行政の運営を有機的統一⁽²⁸⁾として機能している行政組織の観点から捉えるだけでなく、公務員の政治的中立性を媒介⁽²⁹⁾にすることを通じて、政治的行為禁止規定をいわば抽象的危険犯化⁽³⁰⁾させ、その上で「合理的関連性⁽³¹⁾」の基準をあてはめ、さらに、意見表明と行動の区別を前提として、後者の規制が付随的であることを理由に直ちに利益均衡を肯定するという手法を採ったのである。そのため、表現の自由の「優越的地位」（精神的自由を不当に規制する立法は民主政の過程そのものを傷つけ、容易には復元させなくすることから要保護性が高いこと）が合憲性の判断過程に反映されず⁽³²⁾、結果的には全農林事件判決よりも中味の薄

い合憲性判断になったように思える。即ち、「本判決は、立法目的の重要性と規制の態様・範囲とを重視し、立法目的と合理的に関連する一定の行動類型に属する行為の規制である限り利益の均衡を失しないことを根拠として、その基準を導き出している⁽³³⁾」だけであり、全農林事件判決において代償措置が合憲性の不可欠の前提とされたような、被規制利益への個別的配慮が乏しく、論理的な割り切りが目立つのである。

(6) かかる判例理論の新たな展開（具体的事情に左右されない、形式的・名目的になされる比較衡量に基づく優劣の判断；以下、猿払事件判決方式と称す）は、公務員の労働基本権の制約論理に不可避的に跳ね返ることになるが、具体的にどのような形でそれが現われたかは、その後都教組事件判決を明示的に判例変更した岩学テ事件判決において、全農林事件判決との論理的継承が得られ難いところから推察し得るであろう。この観点から同判決をみたとき、最も注目されるのは代償措置の点である。というのも、和歌山地裁が地公法37条1項を違憲とした際の論拠の一つに挙げたほど⁽³⁴⁾、地方公務員の場合の代償措置は弱体であり、全農林事件判決の論理からも、一般論としてならば適用違憲の余地を導くことは十分可能であったからである。ところが同判決は、人事院に相応する「人事委員会又は公平委員会、特に後者は、その構成及び職務権限上、公務員の勤務条件に関する利益の保護のための機構として、必ずしも常に人事院の場合ほど効果的な機能を実際に発揮しうるものと認められるかどうかにつき問題がないではない」としたものの、「なお中立的な第三者的立場から公務員の勤務条件に関する利益を保障するための機構としての基本的構造をもち、かつ、必要な職務権限を与えられている（……）点においては、人事院制度と本質的に異なるところはなく、その点において、制度上、地方公務員の労働基本権の制約に見合う代償措置としての一般的要件を満たしている」と判示したのである。そこには、「制度的保障論」に対し懸念されている危険（「人権と『制度』とがいつの間にか主客転倒し、人権の内容が制度によって規定され、人権が制度によってのみ存在するかのごとき事態が発生する危険⁽³⁶⁾」）と同様の危険の現実化が見られる。

加えて、岩学テ事件判決は、国公法と地公法の制度上の違いを明確に意識することなく全農林事件判決を踏襲しているが、このことがかえって論理的継承に疑念を抱かせることになる。つまり、同判決は、争議権の本来の機能を団体交渉と位置付けた上、勤務条件条例決定主義から団体交渉を消極的に解し争議

権制限を導いているが、地公法では条例の許す範囲において書面協定締結権が認められ(55条9項)、その限りでは「合意の形成を目標として交渉を行う権利」を觀念し得るし、⁽³⁷⁾そもそも執行機関たる長も住民の代表機関であって、地方議会とは原理的・理念的に独立対等の関係にあり、⁽³⁸⁾「現実には、……労使間の協定の結果を長がその提案権にもとづいて議会に提案し、議会が条例改正を行なって勤務条件を決定するという方式が数多く存在する」⁽³⁹⁾のであるから、仮令全農林事件判決が、非現業国家公務員の争議行為を、「その担当する職務内容の別なく」公共の利益に反するとしたからといって、この制度上の相違を軽視して同判決の論理を踏襲することにはいささか無理があるように思う。

こうしてみると、岩学テ事件判決は、全農林事件判決の論理をやや強引に適用したがために、かえってその内包していた問題性を助長させただけでなく、その一般論で押しまくる手法の点においては、ある種の断絶すら感じさせるのである。何故こうなったかを推察するに、一つには、国公法と地公法の制度上の相違を乗り越えるには、猿払事件判決方式を転用する必要があったこと、もう一つは、「今日においても変更の要を認めない」と表明せざるを得なかったほど、全農林事件判決による判例変更（全面合憲論）の下級審への浸透が遅れていたこと（岩学テ事件判決までは、「争議行為禁止規定につき、限定合憲の立場を採るものと、全面的に合憲とするもの……は数の上ではほぼ相拮抗している」⁽⁴⁰⁾一方、「違憲判決の数は少ないが、順次その議論は緻密になってきている」⁽⁴¹⁾状況）が要因として挙げられるように思う。

(7) ところで、岩学テ事件判決は14対1の圧倒的多数意見によるものであり、かくして確立された判例理論が、公企体職員の争議行為に波及し、公労法違反の争議行為にも労組法1条2項（刑事免責規定）の適用を認めた東京中郵事件判決の論理と対峙するは必然的であった。ただその際、公労法が、①公務員法と異なり協約締結権を保障していたこと（8条）、②争議行為の処罰規定を置かず、労組法1条2項の適用も排除していなかったこと（3条）、及び③争議行為の単純参加者に刑罰を科すことになれば、争議指導者のみを処罰する公務員法との均衡を失することから、当然には全農林・岩学テ事件判決の論理を用いることはできないという問題状況になっていた。こういう中で登場した名古屋中郵事件判決は、その当否はさておき、「その内容においては、従来の判例理論を集大成するとともに、これに彫琢を加えて完全化したものである」⁽⁴²⁾といえるが、これを裏返せば、同判決に現れる問題性は、そのまま現在の判例理論の限界を

意味付けることになるのである。

では、同判決は、以上の問題状況に対し、どのように対処したのであろうか。まず、①の点は、勤務条件法定主義（憲法73条4号）・財政民主主義（憲法83条）に基づく憲法上の地位の特殊性から克服する。即ち、「公務員及び三公社その他の公共的職務に従事する職員は、財政民主主義に表れている議会制民主主義の原則により、その勤務条件の決定に関し国会又は地方議会の直接、間接の判断を待たざるをえない特殊な地位に置かれていている……ため、これらの者は、労使による勤務条件の共同決定を内容とするような団体交渉権ひいては争議権を憲法上当然には主張することのできない立場にある⁽⁴³⁾」という観点から、「労働協約締結権を含む団体交渉権の付与は、憲法28条の当然の要請によるものではなく、国会が、憲法28条の趣旨をできる限り尊重しようとする立法上の配慮から、財政民主主義の原則に基づき、その議決により、財政に関する一定事項の決定権を使用者としての政府又は三公社に委任したものにほかならず、結局、「現行法制が非現業の公務員、現業公務員・三公社職員、それ以外の公共的職務に従事する職員の三様に区分し、それぞれ程度を異にして労働基本権を保障しているのも、まさに「憲法上の権限行使」の限度における国会の立法裁量に基づくものにほかならない」と言い切るのである。次いで、②の点については、公労法違反の争議行為は「正当なもの」（労組法8条）とはいえ、公共性の強い業務の正常な運営を阻害する点に鑑み、民事責任を課すことは不合理でないとした上で、「かりに、争議行為が憲法28条によって保障される権利の行使又は正当な行為であることの故に、これに対し刑罰を科することが許されず、労組法1条2項による違法性阻却を認めるほかないものとすれば、これに対し民事責任を問うことも原則として許されないはずであって、そのような争議行為の理解は、公労法17条1項が憲法28条に違反しないとしたところにそぐわない」として、憲法次元における違法一元論を述べると共に、公労法3条1項が「労組法の規定を適用する場合を公労法に定めのない場合に限定しているところからみると、……争議行為については、公労法17条1項にいつさいの行為を禁止する定めがあって、これに違反することが明らかであるので、労組法1条2項を適用する余地はな」く、また、公労法上争議行為禁止違反に対する刑罰規定がない点についても、それは「その違反を理由としては刑罰を科さないことを意味するにとどま」り、ある類型の行為に対し一般的に刑罰を科す「郵便法79条1項など……の罰則に該当する争議行為に対しても刑事法上の違法性阻却を

認める趣旨と解することは、合理性を欠く」とすることで乗り切るのである。

これらに対し、③の点は、もはや論理的な解釈では解消し得ない。何故なら、名古屋中郵便事件判決の論理的帰結は、「何ら争議行為を予定しない事業法中に郵便法79条1項のように労務を提供しないという不作為を処罰する規定を一ヶ条設けさえすれば、折角争議行為不処罰を定めた法の趣旨をも容易に無にすることができる⁽⁴⁴⁾」というものだからである。そこで、本判決は、立法の沿革を主たる根拠として、争議行為の単純参加者に処罰阻却を認めることで対処しようとする。即ち、「国公法の罰則が、……争議行為の単純参加者までを処罰していた[政令第201号]の厳しい態度を特に緩和し、それまで同政令の罰則と刑法の共犯規定とによって処罰していた……指導的行為のみを処罰することとした趣旨を考慮するときは、同政令の適用を受けていた当時において、その罰則……のみによって処罰されていた争議行為の単純参加者は、国公法の適用を受けるに至った後においては、同法の罰則の適用を受けなければならず、その行為の違法性をそのままにしながらも、郵便法79条1項によっても処罰されなくなったものと解するのが、立法の経過に沿う解釈」であり、かかる単純参加者を、公労法の適用を受けるようになった後も「一定限度で不処罰とすることは、……争議行為に関する他の罰則の変遷とその底流にある法の理念によもく適合する」と判示して、争議行為の単純参加者に郵便法79条1項違反の罪の成立を認めるものの、処罰からは解放し、あつた被告人だけを同罪の幫助犯として処罰したのである。この判旨については、「東京中郵便事件判決の違法性阻却論は否定されたが、その根拠とされた立法の経過と刑罰の均衡の観点、形を変え、従来まったく論じられることのなかった処罰阻却原由という、論点の中で生かされることになった」という評価⁽⁴⁵⁾もあるが、郵便法のような「個々人に対する罪の場合、正犯について犯罪が成立しないのに、教唆・幫助だけは犯罪が成立する」ということは、正犯に処罰阻却事由がある場合でも、これまでの判例犯罪理論の認めないところである⁽⁴⁶⁾から、「不規則、例外的な立法経過を主要参考事項として採り上げた末、郵便法の明文の規定に反して、……恣意的ともいふべき立法的解釈を行なおうとするものであつて」（下田裁判官の批判）、「名古屋中郵便事件で法に明文がないのに処罰阻却など認めることは、この法理の濫用を来し将来に禍根を残す⁽⁴⁷⁾」であろう。

(8) こうして、これまで論理で押しまくってきた判例理論の尽きたることを垣間見ると共に、かかる事態をもたらした論理自体に対する数々の疑問が浮か

び上がってくる。主たるものを列挙すれば、まず第一に、財政民主主義の過大視である。何故財政民主主義という統治原理が、その本来の実現目的であるはずの基本的な人権（労働基本権）を否認する役割を担い得るのかという疑問である。第二に、その否認の対象となる団体交渉権の捉え方である。「憲法28条の団体交渉権を本来の内容以上に強力な権利と理解したうえ、その強力さを同権利が保障されていない理由に用いている、との疑問が生じ」てくるのである⁽⁴⁸⁾。そして第三に、憲法次元における違法一元論の用い方である。労組法1条2項適用の可否はあくまで公労法の解釈問題であり、争議行為の刑法35条による正当化の有無と憲法28条の権利性の有無とを結び付けることは、この理論に無用の誤解を招く虞がある⁽⁴⁹⁾。その他、あおり罪における問題点（「あおり」の概念内容・処罰根拠及び単純参加の不処罰根拠）は所謂原動力論で解決されたのか、あるいは、より根源的に、精神的自由の領域にまで影響を及ぼした、労働基本権規制立法に対する合憲性判断の枠組・審査基準はこのままでよいのか等々の疑問も存するのである。

(9) その後の最高裁判決をみても、以上のような判例理論が、揺るぎないほどに確立しているわけではない。例えば、公務員の政治的行為処罰規定の合憲性が問題となった大坪事件判決では、結論でこそ3対2で猿払事件判決が踏襲されたが、同判決における補足意見で中村裁判官は、猿払事件判決の多数意見と反対意見を分析された後、「公務員の政治的活動の制限、禁止が公務員の雇用条件の一つとして定められる場合と刑罰原因として定められる場合とでは、その性質を異にするものがあり、憲法上許される制限、禁止の範囲についても、後者の場合は前者の場合よりもより厳格な基準によってこれを律すべきものとする右反対意見の見解は、十分な合理的根拠を有するもの」であって、「一般論としては反対意見の持っている態度が正しいのではないか」と述べられたほか、懲戒処分無効確認請求訴訟で公労法17条1項の合憲性が問題となった専売公社山形工場事件判決（最一判昭56・4・9民集35・3・47）の補足意見でも、名古屋中郵事件判決の多数意見が、財政民主主義の建前上公労法の団体交渉権等を立法政策上の権利と解しているのであれば、「憲法28条の団体交渉権等とはもつと広い弾力的な内容をもつものであり、また、いわゆる財政民主主義の原理もしかく硬直的なものではないと考えるので、この見解には直ちに賛同することができない」という立場を表明されたのである。

さらに、東京中郵事件判決の論理自体も、その基調において、名古屋中郵事

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（上）

件判決における団藤・環両裁判官の反対意見を始め、その後も例えば、全林野の争議関係訴訟事件判決における伊藤裁判官の補足意見⁽⁵⁰⁾、坂上裁判官の補足・反対意見、あるいは林裁判官の補足意見（判例タイムズ No.634 117頁以下）に継承されていることにも留意する必要がある。

3. 最高裁判例理論に対する本稿の課題

	日教組事件	岩教組事件	埼教組事件
一審	東京地判昭55・3・14 [判時967・17]—日教組委員長、求刑懲役1年6月に対し罰金10万円；都教組委員長、求刑懲役1年に対し罰金10万円—検・被控訴。	盛岡地判昭57・6・11 [判時1060・42]—求刑懲役1年に対し無罪—検控訴。	浦和地判昭60・6・27 [判時1168・20]—求刑懲役1年に対し（あおりの訴因）罰金10万円；（あおりの企ての訴因）無罪—検・弁控訴。
控訴審	東京高判昭60・11・20 [判時1177・15]—破棄自判—日教組委員長、懲役6月執行猶予1年；都教組委員長、懲役3月執行猶予1年—弁上告。	仙台高判昭61・10・24 [判時1216・44]—控訴棄却—検上告。	東京高判昭63・5・10 [判時1278・58]—控訴棄却—弁上告。
上告審	最一小判平元・12・18 [判時1332・24]—上告棄却。	最一小判平元・12・18 [判時1332・27]—破棄差戻し。	最三小判平2・4・17 [判時1346・4]—上告棄却。

(1) 2で概観したように、全農林事件判決以降展開されてきた判例理論は、名古屋中郵事件判決で完成を迎えると共に、その後徐々にではあるが、その翳が見え始めている。ただ、破壊の論理は容易いが、それに代わり得る実際的な論理体系が未だ現われていないため、判例を動かすことができない状況にある。

こういう中で、名古屋中郵事件判決以降初めての労働刑事事件が今回の三事件であったが、結論は上表のように分かれた。その直接的な原因は、地公法の「あおり」「あおりの企て」の限定解釈とそれに基づく事実認定の厳密さの違いにあるといえるが、重要なのは下級審の裁判官にかかる手法を採るに至らしめた要因であり、それは結局、地公法37条1項・61条4号の合憲性判断に端を発する現在の最高裁判例理論に対する疑念であるように思う。このことは、今回の一連の下級審判決において、限定解釈以外にも、①判例拘束論、②財政民主主義論、そして③代償措置論につき、注目すべき判断が下されていることから

伺えるのである。

(2) 「審級制をとる訴訟制度のもとにおいては、最高裁判所の判例がもつべき判例統一の機能やこれによって法的安定をはかるべき必要性を軽視することはできない。とくに、最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認められなければならないと考えられる。このことは審級制度から必然的に導かれる要請である。日教組事件第一審判決はこう判示したが、何故判例拘束性にことさら言及したのであろうか。確立された判例理論を納得した上での判旨であればこの部分は全く不要となるから、そこに何らかの意味を見出そうとすると、判例理論には賛同し難いものの、それに代わり得る理論を提示し得なかったがための苦悩の表明と考えられるのである。これと対照的なのが、岩教組第一審判決である。同判決は、同じく下級審は最高裁「判例の趣旨を十分に把握してその法令解釈に従うべきである」とするが、同時に、「もしその判旨に到底承服しがたい事由があるとか、判旨の適用が具体的事案については不合理をもたらし、むしろ判例の変更が求められる外ないとする確信を抱き得た場合には、それらの事由を明らかにして、これと相反する判断をなす」ものとし、実際には、「公務員の争議権の制限に関する『比較衡量論』、『刑罰必要最小限度論』に立っており、全農林事件判決等とは理論的に相容れないものであることは明白⁽⁵¹⁾と評せられるほど、最高裁判例理論に補正を施したのである⁽⁵²⁾。

また、同判決は、財政民主主義についても、注目に値する判断を下している。即ち、団体交渉権の保障は、労働組合「からの労使の合意を目指した正当な団体交渉の要求に対して使用者が誠実に応ずべき義務を課したもので、この点に権利性を有する」と捉えた上で、「憲法上の基本的な諸原則は互いに調和を保つように解釈すべきである」と考えるならば、勤務条件法定主義や財政民主主義の原則は、公務員の労働基本権が私企業労働者のそれに比較してより大きな修正を受ける根拠となるのにとどまり、この原則をもって憲法上、公務員の団体交渉権や争議権の保障が当然には及ばないとまで断定するには、いささか躊躇せざるを得ない」と判示したのである。かかる視点は、日教組事件控訴審判決にも見受けられ、この「原則はかなり幅のある概念であって、その具体的あらわれ方は多様であり、憲法28条の団体交渉権も名古屋中郵事件判決のいう『共同決定』を内容とするものに限られず、労働者が使用者側と労働条件その他労使関係の事項について合意の形成を目標として交渉を行う権利を含むと解」さ

れ、「公務員等も同条にいう『勤労者』であるとするれば、財政民主主義・勤務条件法定主義と公務員等の労働基本権との関係については、……前者は後者の制約原理としてはたらくという形で両者を両立させ、その調和の方式は国会の立法裁量にまつと理解する」というように、より明確化されている。

さらに、この控訴審判決は、代償措置論にも触れ、人事院勧告を「そのまま実施しないことが、国会及び政府側において真に誠実に法律上及び事実上可能な限りのことを尽くしたうえのことでやむを得ないと認められる場合は別として」、代償措置制度が本来の機能を果たさずその実効性を失う「ような事態に立ち至ったときには、……この制度の正常な運用を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為に出ることは、例外的に、憲法上許容される」とした。そして、この点をもう一步踏み出したのが、埼教組事件控訴審判決であり、「代償措置は、地公法37条1項が憲法28条に違反しないことを支えている重要な制度であるから、運用に当たって当局が誠実厳格な努力をせず、その制度が本来の機能を果たさない事態に立ち至った場合には、一種の違憲状態を生じ、地方公務員がその正常な運用を求めて、争議行為に出ることが許容される場合もあり得る」と判示したのである。

(3) このように、下級審の段階では、今日の最高裁判例理論に再考を促すかのような判旨が相次いで見られたことから、最高裁がどのような判断を示すか注目されたが、全農林事件・岩学テ事件判決を原則的に踏襲した結果に終わった。もっとも、全くの無風状態であったわけではない。日教組事件判決では、角田・佐藤両裁判官補足意見が、罰金刑を破棄しあえて懲役刑で臨んだ原判決の量刑を問題視され、「本件は、公務員等の争議行為に関する当審判例が変更途上の時期に発生した事案であり、……本件で直接問題となる地方公務員法の関係では、いわゆる都教組事件判決（……）がいまだ明示的に変更されてはいなかったのであって、最上級審の判例変更に伴う右のような特別の事情は、被告人両名に対する刑の量定に当たっては、やはり軽視することのできない重要な要素であり、情状等にも照らすといささか重きに失するとされた。しかし、「本件は、原判決の刑の量定が甚しく不当であって原判決を破棄しなければ著しく正義に反する場合にはいまだ当たらない」と結論付けられたがために、その反対解釈を通じて、判例理論確立後の公務員ストに対し懲役刑で臨む途を開きかねず、⁽⁵³⁾ 慎重さにやや欠ける点があったように思う。のみならず、そもそも上記事情は量刑論において考慮するだけで足りるものなのか疑問があり、仮に

足りるといのであれば、むしろ控訴審判決の如く、全農林事件判決が「当初から、『たたかい』の対象とみなされていたのであって、このことはその判決が動揺期のなかにあろうと否とには毫もかわりはなかった」と判示する方が筋ではなからうか。再考あって然るべき問題である。

他方、岩教組事件判決で注目されるのは、無罪を維持した控訴審判決が示した「あおりの企て」の限定解釈を、判例違反だとする検察官の上告趣意に対し、同判決が、「原判決が所論のこのような格別の法律判断を示しているものとは認められないから前提を欠」くとした点である。ここから、最高裁は、少なくとも「あおりの企て」の限定解釈は受け入れたと読み取ることができる。そうだとすると、「あおり」等の限定解釈及びその前提となる処罰根拠を改めて問い直し、その当否を考察してみる価値は十分にある。

これに対し、埼教組事件判決の場合、その法廷意見からは新たな視点を見出すことはできないが、既に論じたように、坂上裁判官補足意見と園部裁判官反対意見において内容のある憲法論が展開され、この小法廷では、争議行為一律禁止につき、全面合憲論と制限合憲論が2対2の拮抗状態にあった点は注目に値しよう。両者が結論を異にしたのは、主として小・中学校教育に一日の空白をもたらしたことに対する評価の違いにあるとあってよいが、この点について本稿は、補足意見が相当と考える。確かに、教育は弾力性のある職務といえるかもしれないが、批判能力のない生徒に与える影響は経済的損失と異なり算出できないものだけに、⁽⁵⁴⁾ わずか一日だからといって過小評価すべきでないからである。また、下級審の限定解釈の影響であろうか、反対意見において都教組事件判決の論理の復活が見られるが、この方式は労の割には功少なく、限定解釈以外による処罰限定を考えていく方が合理的であるように思う。このような立場から新たな判例理論の形成を目指すならば、争議行為禁止に係る憲法論に関しては、東京中郵事件判決の論理の出発点に立ち帰った上で、その問題性の解消をめざした考察を行い、都教組事件判決とは異なった方向での論理展開を行わねばならなくなるであろう。

(4) 以上の判例理論の検討から、本稿は、序論に掲げた三つの課題を考察対象とし、第一の課題については、労働基本権の複合的性格に応じた憲法論の展開を、第二の課題については、違法性段階における質的な可罰的違法性論の展開を、そして第三の課題については、国家の処罰適格性喪失による免訴の主張を試みようと思うに至った。但し、以下で論じることは、一つのいわばモデル

論的検討の域を出ず、問題提起以上の意味合いを持たせるつもりのないことをお断りしておく。

三. 地方公務員の労働基本権と争議行為の禁止

1. 労働基本権の保障とその制約

公務員の類別	労働三権	違反に対する制裁
現業国家公務員・地方公営企業職員	争議権否認（国労17条・地公労11条）	民事制裁 … 現業国家公務員：必要的解雇（国労18条）、地方公営企業職員：任意的解雇（地公労12条）。 c f、郵便法79条1項。
非現業国家公務員・地方公営企業職員以外の地方公務員	争議権・団体協約締結権否認（国公98条2項・108条の5第2項；地公37条1項・55条2項）	争議行為に民事制裁：懲戒処分に対する権利対抗不可（国公98条3項・地公37条2項）、争議行為の「あり」等に刑事罰（国公110条1項17号・地公61条4号）
警察職員・消防職員・自衛隊員等	団結権も否認（国公108条の2第5項・地公52条5項・自衛64条1項）	団体結成に刑事罰（国公110条1項20号・自衛119条1項2号、地公法には制裁規定なし）、自衛隊員には民事制裁（懲戒処分に対し権利対抗不可）もあり（自衛64条4項）

(1) 憲法28条の労働基本権は、「憲法25条に定めるいわゆる生存権の保障を基本理念とし、勤労者に対して人間に値する生存を保障すべきものとする見地に立ち、……経済上劣位に立つ勤労者に対して実質的な自由と平等とを確保するための手段として、その団結権、団体交渉権、争議権等を保障しようとするもの」（東京中郵事件判決）であり、公務員も、労働力を提供して「賃金、給料その他これに準ずる収入によつて生活をする者」（労組法3条）である以上、「勤労者」に含まれる。しかるに、現行法上公務員に対する労働三権の制約は上表のように広汎に及び、殊に争議権は全面一律に禁止され、その違反に対しては刑事罰が科される場合もあることから、これらの規定の合憲性が問題となる。

(2) この問題に関して、労働基本権を専ら生存権実現の手段として捉えた上で、この点を極端に強調していくと、代償措置が制度的にありさえすれば争議権の全面一律禁止も可能となり、その違反に対していかなる制裁も臨むかは立法裁量の問題とする判例理論に立ち至るであろう。そこで、労働基本権の手段的性格（社会権的側面）の他に、「国家からの自由」的性格（自由権的側面）を

強調し、その「自由」に様々な意味を込めた議論が展開されているが、その本来の意義は、争議行為をしたというだけでは不利益に扱われないという点にあることを確認しておく必要がある。つまり、「先進資本主義諸国では、労働者の……団体行動は、当初は刑事責任を課する立法や法理によって抑圧され、次には民事責任（損害賠償やインジャンクション）を課する法理によって抑制を受け」、「やがてこれらの立法の撤廃と責任法理の修正とが行われ」て法認されたのであるから、憲法28条が、労働者の団体行動は立法や行政によって抑圧されないという自由権的規範の設定と、その行動に関する刑事及び民事免責付与の効果を含んでいることは明らかであるが、かといって、争議行為であるということから直ちに免責特権が与えられることまで意味付けるものではない。争議行為は、特定の相手方である使用者に争議結果の甘受を余儀なくさせ、ときには所謂階級闘争の便法となる危険もある以上、相当程度の内在的制約に服するもの、これまた明らかなはずだからである。

もっとも、学説上有力になされる議論はこの程度に止まらない。即ち、「先進諸国の労働基本権保障の歴史の中で、労働者の争議行為の自由は、……個々の労働者が1人で労務提供義務を放棄しても刑罰が科されないのであるから、それを個々の労働者の集合である労働者の集団によって放棄しても、国家の刑罰権が発動されない、という論理によって正当化された」ことから、「刑事上の自由という側面は今日においても基本的には個々の労働者の労働放棄の自由として正当化される」と論じられたり、さらには、「ストライキ権は……弾圧からの自由による本質がある」とした上で、「生存権が他の手段（たとえば代償措置）によって確保されていればストライキ権の否認が可能だという性質のものではないことを強調し、「それは人間に根ざす権利であるから」、「表現の自由や政治的自由が代償にしないのと同じ理由で、……代償にしない」という見解も主張されている。しかしながら、「労働放棄の自由」を認めるならば、使用者にも「債務不履行を理由として労働者を解雇する自由」を認めざるを得なくなるであろうから、かえって民事免責の範囲が狭まる虞はないであろうか。また、代償措置が完全実施され労働条件が相応に改善されるのであれば、争議権保障の要請は遙減して然るべきであるし、争議行為すること自体の価値までも憲法28条に包含させるのは、過分の保障を同条に求めているように思える（但し、憲法13条・21条の問題となる余地はある）。さらに、そもそも国家の不作為を求める自由権的要請と国家の作為を求める社会権的要請という、相反する要

請を本質的に兼ね備えさせることは、一つの権利として把握することを困難にさせ、自由主義を基調とする現行憲法下においては、その意図に反して、相対的に社会権の側面を弱めることにならないかといった危惧もある。

この意味で、判例理論が労働基本権の本質を生存権実現の手段として捉えることは、当該人権固有の価値の把握としては相当である。しかし、代償措置の制度的保障で以って労働基本権の代替保障と考えている点、及び社会権も上記した意味での自由権的效果（これはすべての人権が有する普遍的価値）を包含していることを看過している点には強い疑問を覚える。

(3) 思うに、労働基本権の制約を考察する際には、労働基本権の自由権的效果を必要以上に強調するのではなく、労働基本権固有の価値と人権としての普遍的価値とを意識的に区別し、それらを各々、労働三権制約規定と違反行為制裁規定の合憲性論議に対応させて考察することが有益であろう。即ち、労働三権制約規定により侵害されるのは、労働基本権固有の価値であり、そこでは経済的弱者たる労働者の生存権実現利益と使用者の経済的利益との調整による正当化が必要となるのに対し、違反行為制裁規定により侵害されるのは、労働基本権も当然に有する人権としての普遍的価値であり、そこでは自由権の論理による正当化が必要となると考えるのである。以下では、このような観点から、「地公法37条1項及び同法61条4号の合憲性の論理」につき、若干の考察を試みたい。

2. 地公法37条1項の合憲性

(1) 地公法37条1項は、地方公務員の争議権を全面一律に禁止しているが、このことを地方公務員の労働基本権の内在的制約（憲法13条）の観点だけで正当化することは極めて困難である。その原因は、地方公務員の生存権実現利益と比肩しう程度に具体性のある対立利益が存在しない点にある。つまり、双方の利益の効用の総和が最大限になるよう調整するための個別的衡量（ad hoc balancing）⁽⁵⁹⁾ができないのである。仮令「国民全体の共同利益」（全農林事件判決）という一般的な利益との衡量をなし得たとしても、判断の決め手は、結局のところ、かかる絶対的価値に対する侵害の抽象的な危険の有無に帰着するであろうから、それは内在的制約というに値しない。それ故、正当化の根拠は他に求めねばならないが、その際、地方公務員が憲法28条の「勤労者」に含まれ

ると解され、地公法37条1項の合憲性に対する疑念が法律の厳格解釈だけでは回避できない以上、現在の判例理論の如く、地公法が予定する公務員関係を想定した上で、それが憲法と調和するか、ないし調和するように憲法を解釈できるかという角度から捉えるのではなく、憲法が予定する公務員関係を想定した上で、それが地公法と調和するか、ないし調和するように地公法を解釈できるかという視点で考察されねばならない。

ところで、その憲法は、公務員の選定罷免権を「国民固有の権利」である参政権の一つとして捉え（15条1項）、「すべての公務員の選定および罷免は、直接または間接に、主権者たる国民の意志に依存するように、その手続が定められなくてはならない⁽⁶⁰⁾」とすると共に、国民主権（全文・1条）の下における公務員の地位を「全体の奉仕者」と位置付け（15条2項）、「公務員が、国民の信託によって公務を担当する者として、国民全体の利益のためにその職務を行なわなければならない、国民の中の一部を占める特定の政党や階級・階層の利益のために行動してはならない⁽⁶¹⁾」と要請している。また、国家公務員のような「官吏に関する事務を掌理すること」を内閣の権能とした上で、「法律の定める基準に従」わせること（憲法73条4号）により、内閣の人事行政に関する権限を国会の民主的統制に服させよう、特に財政運用面については、国民の利害に直結するだけに内閣の恣意的な権限行使を抑制しようとしている（憲法83条）が、かかる趣旨は、地方公共団体における長と議会との関係においても、基本的に妥当するであろう。

このように、公務員関係は憲法的秩序の構成要素とされていることから、その自律性を維持する上で必要な最小限度の制約は、憲法の予定・許容するところと言わねばならない。では、そこから具体的に、いかなる制約原理が抽出できるであろうか。

(2) まず、憲法15条1項の趣旨及び73条4号の類推解釈から、地方公務員の実質的な使用者は住民全体であり、勤務条件は住民全体の意思表示である条例によって決すべきであるとの勤務条件法定主義（地公法24条6項）が導かれ、憲法83条の類推解釈から、給与の支給が放漫に行われぬよう納税者である住民全体のコントロール下に服せしめる給与条例主義（地公法25条1項）が帰結される。それ故、地方公共団体の当局と公務員組合との団体交渉により勤務条件を最終的に決定することは許されない。また、議会が設定した大綱的基準の具

⁽⁶²⁾

体化を団体交渉を委ねることも、制度的には十分考慮に値するが、これを憲法

上の要請と解すると、議会が問題となっている勤務条件の細部に踏み込んで条例的解決を施そうとしてもできなくなる虞があるから、そのような権限は議会から付与されて初めて認められるべきものであって、議会の意思とは無関係に、憲法上の要請と解するのは相当でない。

従って問題は、議会の承認・修正を求めることになる原案の決定に際して、公務員組合の意見表明がどの程度反映されるべきかにある。もし単なる参考意見に止まるとするならば、団体交渉権を実質的に保障したことになる（この程度は団結権の保障でも可能）から、原案についての合意のための提案たる性質をもつと解すべきであろう。もっとも、かかる見解に対しては、そのような意味の団体交渉権が憲法上保障されているならば、勤務条件の原案につき労使間に合意が成立しない限り当局はこれを議会に提出できないとの批判（名古屋中郵事件判決）⁽⁶³⁾があるが、そうではなく、地方公務員の団体交渉権は原案の決定に向けての合意形成のプロセスへの参加という所謂参加民主主義を実現するもの（地公法55条2・3・5・9・10項）と解されるから、何が原因で合意に達しなかったかの状況がわかるような形で原案を提出すれば、当局は交渉に応じるべき憲法上の義務を尽くしたことになり、後は議会の判断に委ねればよいのである。結局、団体交渉権の積極的な意義は次のように言える。即ち、「労使が正常な交渉を積み重ねることは、両者間の意思疎通を円滑にするものであり、そのことによって相互の理解が深まり、職員の士気が高まり、さらに公務能率が増進することに資する」⁽⁶⁵⁾と。

団体交渉権をこのように捉えると、争議権保障に対する評価も変わってこよう。争議権は、団体交渉の行き詰まりを打開するという意味で、団体交渉権の実効性を担保する権利と解されるから、もともと公務員の団体交渉権として憲法上保障されている以上のものを含む「労使による勤務条件の共同決定を内容とする団体交渉権」を想定すれば、公務員の争議権は憲法上保障されないことになるのは当然である。しかし、「財政民主主義の見地から団体協約締結権の保障を否認しようとしても、団体協約締結権を含まない団体交渉権の保障は残っているはずであり、したがって、それに見合う争議権の保障があると見なければならぬ」⁽⁶⁶⁾。つまり、当局が交渉に応じるべき憲法上の義務を果たさない場合、公務員が義務の履行を求めて争議権を行使することは、憲法上の権利行使と見てさしつかえないのである。そうだとすると、勤務条件条例決定主義・財政民主主義は、争議権の抑制原理ではあっても、否定原理にはなり得ないことにな

る。

(3) 次に、憲法15条2項の趣旨から、地方公共団体の職務は常に住民全体の利益を考慮に入れて遂行されるべきものであり、従って、地方公務員も自己の利益だけを主張することは許されないという職務の公共性が帰結される。確かに、経済的活動を伴う事業であっても、「私企業のように利潤の追求を本来の目的とするものではなくて……公共的な政策を遂行するものであり、かつ、その労使関係にはいわゆる市場の抑制力が欠如していることの結果として、……争議権は、適正な勤務条件を決定する機能を十分に果たすことができず、競合する国民の諸要求を公平に調整すべき行政当局……等に対する一方的な圧力と化すおそれがある」(名古屋中郵便事件判決)。国民世論による抑制力が働くといっても、公務員組合に対する損害賠償請求が提訴されるといったような具体的な形となって現われない限り、「合意の方向に労使を導く一つの誘因であるにすぎない」⁽⁶⁸⁾。しかしながら、「現代社会における行政機能の拡大、変質に伴う公務の多様化の中で、一概に地方公務員といっても、その担当する職務は千差万別であり、その公共性の質、程度にも強弱さまざまなものがある」一方、「かかる公務の遂行に対応する地域住民の利益にも、直接生命・身体および重要な財産にかかわるものから、単に日常的に享受する便益にとどまるものまで、多種多様なものがある」⁽⁶⁹⁾のも事実であり、職務の公共性という一般的基準で処理すること自体相当の無理がある。もっとも、この視点から必要最小限度の制約を示そうとすれば、職務の公共性に応じた労働三権の制約を緻密に議論していかねばならず(その際には、現行法上公務員が類別され労働三権の制約を異にする枠組がその出発点となろう)、實際上立法による線引きは不可能であるから、かかる手法に固執すると、結局禁止そのものを断念することになりかねず、今度は公務員関係の自律性を維持し得るかという危惧が生じてくる。こうしてみると、「職務の公共性」も争議権の抑制原理に過ぎないことが理解されよう。

(4) かくして、本稿においては、憲法が公務員関係を構成要素とするところから抽出できる原理では、争議権の全面一律禁止の合憲性論理を導き出すことはできなかった。では、直ちに地公法37条1項は違憲無効とすべきであろうか。思うに、上記した争議権抑制諸原理がそれ自体不合理あり、同条項が合憲的に適用される場面がないとの論証がなされればともかく、そうでない限り、違憲部分が含まれていても適用違憲の手法を採り得るし、また、労働基本権固有の価値は勤労者としての生存権実現利益にあり、争議権はそのための手段的権利

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（上）

と解されるから、代償措置によってその価値が実現される場合には、あえて違憲無効と断じる必要はないであろう⁽⁷⁰⁾。ただ、ここで確認すべきことは、代償措置は単なる法律上の代償措置ではなく、憲法的保障下にある代償措置と考えねばならないという点である。かかる観点からは、実際上代償措置が機能せず、争議権の代替保障がない状態に至った場合には、必然的に公務員にも争議権の本来的保障が回復される結果、その限度においてはであるが、地公法37条1項は違憲無効と解すべきことになる。

もともと、代償措置そのものにも少なからぬ問題があることは認めねばならない⁽⁷¹⁾。特に、地公法の代償措置は、制度として弱体であることは先に触れた通りである（二2(6)参照）。しかしながら、代償措置は争議権の制度的保障でなく、代償措置制度さえ設けておけば争議権禁止が合憲になるというものではないのだから、いかに整備された代償措置制度であっても、本来正当な争議行為によれば得られるであろう利益を実現できなければ代替保障といえない反面、仮令不完全な制度であっても、その勧告が現に実施されれば代替保障といえることができるように思う。

(5) 以上要するに、地公法37条1項が、地方公務員の多種多様な職務の性質ないしその停廃が国民全体の利益に及ぼす影響等につき何ら配慮することなく、争議権を全面一律に禁止しているのは、必要最小限の制約を越えるものであり、勤務条件条例法定主義・財政民主主義、及び職務の公共性を考慮しても、当然には合憲とは言い得ないが、代償措置が完全に実施される場合には、労働基本権固有の価値を十分考慮しても、直ちに憲法28条違反と断じることは相当でないと考えるのである。

3. 地公法61条4号の合憲性

(1) 労働基本権を「自由権として把握することの意義は、その制約が人身の自由や表現の自由などのような自由権の場合と同様に厳格でなければならないことを要求するところにあり、自由権の論理から労働基本権の刑事上の限界として正当化されるのは、暴行、脅迫によって他人の自由を侵害する場合のように、他人の生命や身体に対して具体的な侵害をもたらす場合のみである」。学説上有力な見解はこう主張し、「争議行為が憲法28条によって保障される権利の行使又は正当な行為であること故に、これに対して刑罰を科することが許され……

ないものとすれば、これに対して民事責任を問うことも原則として許されない」とする判例理論（名古屋中郵事件判決）を、労働基本権の複合的性格を看過するものと批判される⁽⁷²⁾。

しかし、「本判決は、憲法次元での違法性判断の問題と刑法次元での違法性判断の問題とを峻別し、前者については違法性一元論をとりながらも、後者については、もとより民事上の違法性と刑事上の違法性とが相対的であることを肯定する立場を前提にして論旨を進めているのである⁽⁷³⁾」。そもそも憲法上の権利行使といえるのであれば、複合的性格を持ち出すまでもなく、不利益を課せられないのは当然である（最高規範によって保護される利益を否定する下位規範は、存在そのものが憲法違反である）し、他人の生命身体に対して具体的な侵害をもたらす争議行為は、権利行使を装っているに過ぎず、憲法的保障が及ぶはずはない。問題なのは、行為当時憲法上の権利行使といえるか必ずしも明らかでない場合であり、その際には、厳密に見れば内在的制約に服さなければならない争議行為でも、刑罪を科すには相応の弊害の存在が必要と解さねばならないであろう。さもなくば、限界線上の権利行使に萎縮の効果が生じ、正当な権利行使の範囲を必要以上に制限することになるからである。ここに、自由権の効果を論じる意味がある。

ところで、刑事上の限界を正当化させる「自由権の論理」とは何であろうか。自由権規制立法に関する合憲性判断の枠組と審査基準の体系を意味するのだとすると、現在どこまで構築されているのであろうか。その解明は、もとより憲法学の課題である⁽⁷⁴⁾。しかしながら、門外漢にとって、その体系化ないし全体構造に関する現在の憲法学の到達点を正確に把握することは極めて困難であり、かといって、東京中郵事件判決における論理的問題性の解消を目指し、新たな判例理論の形成を期そうとする以上は、この点の考察を回避することは許されないであろう。それ故、誤解を恐れず、本稿なりに、地公法61条4号の合憲性を考察する前提として、次頁の表のように二重の基準論を体系化し、これに基づいた結論付けを試みたいと思う。

(2) 二重の基準論とは、「経済的自由は『民主政の過程』が健全に作動しているかぎり、そのプロセスで過誤を改めることができるので、それを規制する立法というのは合憲性が推定され、できるかぎり立法府の裁量が尊重されなければならない、したがって合憲性の判定基準は『合理性』の基準という……緩やかな基準が用いられるのに対して、精神的自由を規制する立法」の場合には、

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（上）

被規制権利の性質	規制目的	規制手段	判断基準	最高裁判例への適用例
①精神的自由に対する規制	①積極目的規制 ②消極目的規制	①直接的規制 ②付随的規制	I. 精神的自由→優越的地位→厳格な審査基準。 II. 積極目的規制→facial balancing. 消極目的規制→ad hoc balancing. III. 規制目的①+規制手段①⇨憲法的裁量権限なき故違憲。 規制目的①+規制手段②⇨憲法的裁量権限なき限り違憲。 規制目的②+規制手段①⇨「明白かつ現在の危険」基準、definitional balancing. 規制目的②+規制手段②⇨LRAの基準。	・戸別訪問禁止合憲判決（最判昭56・7・21 刑集35・5・568）：規制目的相対的に①+規制手段相対的に②⇨§47の存在⇨結論支持。 ・公務員政治活動禁止合憲判決（最大判昭49・11・6）：規制目的②+規制手段相対的に②⇨LRAの基準⇨適用違憲の余地あり疑問。
②経済的自由に対する規制	①消極目的規制 ②積極目的規制	①直接的規制 ②付随的規制	I. 経済的自由⇨合憲性推定の原則=合理性の基準。 II. 消極目的規制→ad hoc balancing. 積極目的規制→facial balancing. III. 規制目的①+規制手段①⇨厳格な合理性の基準。 規制目的①+規制手段②⇨必要性プラス合理性の基準。 規制目的②+規制手段①⇨必要性の原則。 規制目的②+規制手段②⇨明白性の原則。	・薬局距離制限違憲判決（最大判昭50・4・30 民集29・4・572）：規制目的①+規制手段①⇨厳格な合理性の基準⇨支持。 ・共有林分割制限違憲判決（最大判昭62・4・22 民集41・3・408）：規制目的相対的に①+規制手段相対的に②⇨必要性プラス合理性の基準⇨支持。 ・公衆浴場距離制限合憲判決（最判平元3・7 判時1308号・111頁）：規制目的相対的に②+規制手段①⇨必要性の原則⇨支持。

「『民主政の過程』自体が傷つけられ、健全に動いていない状態になる……から、立法府の大幅な裁量を認めることは許されず、したがって……『合理性』の基準……よりも厳しい基準によって違憲審査を行なわなければならない」というもの⁽⁷⁵⁾である。もっとも、この理論は、「人権の性質を一つの座標軸として、審査基準の違いを説明しようとするもの」であり、「議論の深化にともなって、それぞれがさらに幾つかに分かれていかなければならないのは、予期された」ところであって、考えられる「いろいろな座標軸を……どういう順序と組合せで使用した場合に、一番違憲審査がうまく行なわれるか、あるいは、どれが一番違憲審査基準を体系的に説明することができるか⁽⁷⁶⁾」が、問題の核心である。

(3) 一般に、自由権規制立法の合憲性判断を行う際には、①被規制権利の性質、②規制目的、③規制手段の三点に着目し、表中に掲げた判断基準の順序で二重の基準論を展開していくことが有益ではないかと思う⁽⁷⁷⁾。

まず、①に着目し、精神的自由と経済的自由のいずれと共通する部分が多いか（特に選挙や住民運動等の「民主政の過程」による修復が可能か否か）で振り分ける。もし経済的自由領域に属すと判断したならば、合憲性推定の原則（「法律は必ず具体的な必要性に基づいて制定される……が、その法律を支えている

必要性の存在が推定されるということ」⁽⁷⁸⁾が働くから、この推定を覆すに足りる「合理的な疑い」が存在するかどうかという姿勢で、規制立法に臨めばよいであろう（精神的自由領域に属すと判断した場合はこれと反対の姿勢で臨むことになる）。

次に、②に着目し、規制によって得られる立法利益を分析する。その際、積極目的規制と消極目的規制という対概念を用いる。積極目的規制とは、規制立法によって新たな利益を創出せしめるために被規制権利の行使を制限する場合をいうのに対し、消極目的規制とは、被規制権利の行使が弊害を生ぜしめることを理由にその行使を制限する場合をいう。もっとも、両者はかなり相対的な概念であり、混在する場合や状況により変遷する場合もあり得よう。ただ、積極目的規制を許すことは、被規制権利の有する憲法的利益を「上回るような政策的な立法利益を肯定する」ことだから、「憲法から明確に導き出される立法利益がなければならぬ」と同時に、かかる立法利益を創出できる権限が国会にあることを明示する憲法規定がなければならぬであろう。そうだとすると、裁量権限を付与する規定（29条2項・47条等「法律でこれを定める」旨の規定）がなければ、積極目的規制を考える余地はないことになる。その反面、そういう規定があり、当該利益の創出が憲法の要請に基づくと解されるならば、対立する利益との優劣関係は、名目的衡量（facial balancing）で割り切ってよいであろう。何故なら、高度の裁量的判断による立法利益の創出に対し、裁判所がどこまで具体的な評価をなし得るか疑問があるだけでなく、両者の共存を図ろうとすると、優越性が認められる場合の立法利益をも生かし切れなくさせる虞があるからである。これに対し、消極目的規制の場合には、いかなる弊害がどの程度存在するかが吟味されることになるから、個別的衡量（ad hoc balancing）による調整と結び付く。⁽⁸⁰⁾ただ、個別的衡量は、対立する利益が比肩し得る程度に具体性があり、その利益の実現が個別事案によって異なることを前提とするものであるから、公権力の利益（国民全体の利益）と国民個人の人権が対決する場合には、立法事実を検討して前者を特殊化した上で個別的衡量をしないと、既に決している結論を論理的に導いたかのように見せかけるための道具となる虞がある。それ故、その衡量を準則化した審査基準を創造し、そのルールに従った衡量を行うことを通じて、判断が恣意的にならぬよう、また事後的にその思考過程を検証できるようにすることが要請されるのである。

さらに、③に着目し、被規制権利の利益侵害の範囲・程度を分析する。ここ

では、付随的規制と直接的規制という対概念を用いる。付随的規制とは、「権利、自由を規制することが立法目的ではなくて、他のこれに伴う行動を規制することを目的とし、これに付随して権利、自由が結果として制約されることになる場合」をいうのに対し、直接的規制とは、「権利や自由の行使自体がもたらす弊害に着目して、その除去を直接の立法目的として規制する場合」をいう。⁽⁸³⁾ 直接的規制は、権利内容の実現が好ましくないとして規制するものであるから、被規制権利の利益侵害性は顕著であり、これをバランスのとれた状態に引き戻すには、かなりの立法利益の重大性が要求されよう。他方、付随的規制は、権利行使の態様が好ましくないとして規制するに過ぎず、行使態様を変えれば権利内容の実現が可能となるから、一般に被規制権利の利益侵害性は軽微である。但し、ここでも両者の相対性を強調しておかねばならない。例えば、「表現の自由の行使の一つの方法が禁止されたときも、その表現を他の方法によって伝達することは可能であるが、禁止された方法がその表現の伝達にとって有効適切なものであり、他の方法ではその効果を挙げえない場合には、その禁止は、実質的にみて表現の自由を大幅に制限することとなる」⁽⁸⁴⁾し、経済的自由領域においても、その活動に資格が要求されると、被規制権利の利益侵害性はその取得の難易度に比例することになるからである。

(4) 以上で、合憲性判断の枠組の設定を終えたことにし、続いて審査基準について、若干の具体例を踏まえた考察を試みることにする。

まず、精神的自由領域において、積極目的規制を想定できるのは、憲法47条に基づく選挙運動規制立法に限定されよう。精神的自由を上回ることになり得る立法利益を観念することが極めて困難である上に、47条以外にそのような利益の創出権限を付与する規定は存在しないからである。もともと、選挙運動規制立法のすべてについて積極的規制の合憲性を基礎付け得るかには疑問がなくはないが、⁽⁸⁵⁾ 戸別訪問禁止規定の場合、それは可能なように思う。というのも、著名人や現職議員のような圧倒的な知名度のある候補者とそうでない候補者とは、権利内容の実現（候補者が実際に有権者に自己の意思を伝えることができること）可能性に格段の差があることは否定できず、戸別訪問の形式的保障は知名度の低い候補者の選挙運動の自由を事実上劣位に置きかねないことに鑑み、戸別訪問禁止による選挙の公正の確保は憲法の要請と解されるからである。しかも、街頭演説・立会演説会等権利行使方法が他に存在し、⁽⁸⁶⁾ 効果の点において大差があるとまでいえないから、当該規制は付随的規制であり、結局、利益

衡量上立法利益が相対的に上回るといってさしつかえないように思う。

これに対し、経済的自由領域においては、経済的弱者保護のための社会経済政策（例えば、業種の公共性を理由に過当競争防止による経営の安定を図ること）実施のための積極目的規制は、むしろ福祉国家理念に立つ憲法の要請と解されるべきものである。その場合、「法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、……相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであるから、「目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない」⁽⁸⁷⁾場合には、合憲と解してよい。ただ、積極目的規制であっても、規制手段が距離制限規制のような競争制限的規制の場合には、他の態様による権利行使ができないという意味で直接的規制といえるから、審査基準はその分厳しくなって然るべきであり、規制目的と規制手段の双方に必要性を裏づける事実が認められねばならないとの観点を加味して考えるのが相当である。この意味で、公衆浴場距離制限に係わる最高裁第三小法廷が、適正配置規制の目的を「国民保健及び環境衛生の確保にある」（消極目的）と共に、「既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、……公衆浴場自体を確保しようとすること」⁽⁸⁸⁾（積極目的）と解し、「適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられる」から違憲でないとしたのは、妥当であろう。

(5) では、消極目的規制の場合、規制手段との関係でどのような審査基準が採られるべきであろうか。

精神的自由、特に表現の自由は、「民主政の過程を基礎づけそれを維持するために不可欠な機能を営む点」（自己統治の価値）、及び、「各個人が多くの源から情報を受領して自己の知見を広め、人格の発展を確保する手段である点」（自己実現の価値）で、「高度の社会的価値をもつ」⁽⁸⁹⁾が、侵害されるとその回復が容易でないことから、これに対する直接的規制は原則として許されず、この種の規制立法の合憲性は厳格な審査基準によるべきことになる。そして、その基準として挙げられているのが、「明白かつ現在の危険」の基準と定義づけ衡量⁽⁹⁰⁾（definitional balancing）であることは周知の通りである。一方、付随的規制の

場合、ここまでの厳格さは要しないが、その審査基準にどの程度の厳格さを要求するかは、二重の基準論を憲法訴訟技術論として捉えるか、実体憲法解釈論として捉えるかの、いわば試金石である。前者の立場からすると、猿払事件判決における審査基準（「合理的関連性」の基準）に見られるように、表現の自由の規制の方が経済的自由の規制よりも審査基準が緩くなっても、利益状況の差に過ぎないと捉えられることになる⁽⁹¹⁾のに対し、後者の立場からすると、それは二重の基準の思想にふさわしくなく、表現の自由の「優越的地位」に鑑み、LRAの基準が憲法上要請されると解すべきことになる。

LRAの基準とは、「法目的そのものが実質的に正当であっても、規制方法ないし規制違反に対する制裁の面から、その法目的を達成するためにより制限的でない他の選びうる手段（Less Restrictive Alternative）が利用できたことを指摘し、違憲と判断する考え方⁽⁹²⁾」をいい、「規制を受ける権利・自由の側により大きな比重がおかれた上で価値の衡量が行なわれることを要求する基準である⁽⁹³⁾」。この基準で猿払事件を判断すると、公務員の政治的活動の禁止は、行政の中立性と能率的な運営を確保するためのものであり、党派的傾向が行政組織内部の政治的対立や政治的権力の介入の基盤を形成し得ることから、その規制目的は正当であるが、雇用条件としてこれを定めることを超え、一般統治権にもとづく刑罰事由として定めることは、公務員の私人としての表現の自由の行使（公務員の場合争議行為は禁止されるだけに、国政に対する現場の意見を表明する不可欠の手段）まで否定しかねず、私生活の領域にまで組織としての有機的一体性が及ぶ必要のあることを示す立法事実が立証されない限り、必要最小限度を超えた規制として違憲の疑念をもたざるを得ない⁽⁹⁵⁾。ただ、全体の奉仕者としての行為と私人としての行為をどのように画するかの問題があるほか、規制目的を達成するには現行法のような規制手段を要する職務（政策の立案・形成等に直接携わり得る職務）もあるから、法令違憲と断じる必要はなく、①民間委託可能な職務を行う地位にあり、②勤務時間外に国の施設を利用することなく、かつ③職務権限を利用しようとする形跡がみられないような公務員の政治的行為の事例に適用される限度で、違憲とすれば十分であろう⁽⁹⁶⁾。

(6) 経済的自由の領域においても、消極目的規制の場合には福祉国家理念に立つ憲法上の要請を考慮する必要はなく、警察比例の原則が作用するから、積極目的規制よりは審査基準は厳格となり⁽⁹⁷⁾、殊に、直接的規制の場合には、権利行使できない点で精神的自由と区別する理由はないから、かなり厳格な審査基

準が要請されよう。この点で注目されるのは、最高裁が薬局距離制限違憲判決で示した基準である。同判決は、許可制は職業選択の自由そのものに制約を課す強力な制限であるから、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要」と共に、消極目的措置の場合には、「よりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」として、合憲性判断の枠組と審査基準を論じた後、配置規制は主として国民の生命・健康に対する危険の防止（重要な公共の利益）という消極目的措置と認定する一方、立法事実を詳細に検討して、規制側の指摘する事由では、「これらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達成することができない」とは認められないとしたのである。ここで採用された基準は、「厳格な合理性の基準」と呼ばれ、LRAの基準と「ともに『人権の制約は必要にして合理的な最小限度にとどめなければならない』⁽⁹⁸⁾という原則を具体化したテストである点で、同じ性質のもの」と言われているが、前者は経済的自由の直接的規制の場合に用いられ、付随的規制でも立法目的を達成し得るか否かの程度の厳格さで足りるのに対し、後者は精神的自由の付随的規制の場合に用いられ、最小限度の手段か否かが厳しく問われる点（この差は合憲性推定原則が妥当するか否かに起因する）で異なっているように思う。

いずれにせよ、ともすると立法府の裁量だけが尊重される傾向のある経済的自由領域において、それを抑制する機能を有する「厳格な合理性の基準」は、消極目的・直接的規制の審査基準として有益であり、本判決がこれを用い、立法事実に基づいて結論付けたことは評価に値しよう。ただ、このことから直ちに、判例理論では、「積極目的規制の場合は『明白性の原則』、消極目的規制の場合は『厳格な合理性』の基準……が採られている⁽⁹⁹⁾」といえるか疑問の余地があり、むしろ付随的規制の場合は「明白性の原則」、直接的規制の場合は「厳格な合理性」の基準が採られているという方が適切であろう。というのも、本件で問題となったのが許可性という直接的規制であるが故に、付随的規制による目的達成の検討が可能になったと考えられるのであり、当初から付随的規制が問題となっていたならば、それより緩やかな規制手段の「態様」は考えられない以上、消極目的規制という点を加味しても、これ程厳格な手段審査は行われなかったのではないかと推察されるからである。

では、その付随的規制の場合には、いかなる審査基準が妥当するであろうか。

まず、かかる問いかけが意味をもつためには、「消極目的規制は厳格な基準」という命題が前提になければならない。既に論じたように、積極目的・付随的規制の場合には明白性の原則が妥当するからである。さらに、積極目的規制と消極目的規制との区別がその前提となる。そして、かかる点の評価をめぐって問題となったのが共有林分割制限違憲判決である。同判決は、財産権規制目的は積極的なものから消極的なものまで多岐にわたるから、規制の是非は、「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」、「立法の規制目的が……公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は……規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」な場合に限る（薬局距離制限違憲判決参照）とした後、制限の立法目的を「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図ること」と解して是認したが、幾つかの点を挙げ、右目的と2分の1以下の持分権からの分割請求禁止との関係につき、「合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らか」として、違憲判断を下したのである。

本判決に対しては、積極的規制と消極的規制の二分論に依拠していない点をどう評価するか、及びいかなる審査基準を適用したのかという点が問題視されている⁽¹⁰⁰⁾。しかし、二分論は、当該規制がいずれに属するか明確に示さなければ展開し得ないものであったのだろうか。両概念は相対的であって、混在することもあるし、⁽¹⁰¹⁾立法事実の変化によって比重の差に変化が生じることもある一方、⁽¹⁰²⁾立法の規定文言や規制側の主張の仕方如何にかかわらず、立法利益の分析（例えば、①利益実現の具体性の有無、②利益の公共性の有無、③被規制利益との両立性の有無⁽¹⁰³⁾）によって決められるべきものであろう。本件の規制目的についてみると、一見積極目的のようではあるが、実質的には「森林法186条は持分2分の1以下の共有者についてのみ、その分割請求権を奪うという現状では福祉国家理想に基づく積極的規制とは言えないもの、むしろ消極的規制に近い性格のものである⁽¹⁰⁴⁾」。このように考えるならば、薬局距離制限違憲判決を念頭において一種の厳格な審査基準（達成手段に必要性和合理性の双方を要求していることから、「必要性プラス合理性の基準」と称せられ得よう）を設定したと理解し得るように思える。そしてこの点に本判決の最大の意義がある。というのも、猿払事件判決に見られるように、付随的規制即緩やかな審査基準という定式が支配的であった最高裁において、付随的規制（但し本件では直接的規制の要素

も否定し切れないが)であっても、消極目的規制であればある程度厳格な審査を要することを示唆していると読み取れるからである。今後の動向に注目を要しよう。

(7) さて、以上によって、本稿の想定する二重の基準論の体系化を方向付けたことにして、次にいよいよ、この体系論によれば、労働基本権の自由権的效果に対する制約規定(地公法61条4号)の合憲性はどうかを結論付けてみたいと思う。

まず、労働基本権の性質に着目することになるが、この人権は類型別が困難であり、一義的な回答が得られない。というのも、労働基本権は、「社会権として生存権などと同質性をもつとされるが、裁判規範としての観点からは、……その制限は裁判を通じて争うことができる」と解される点で異なる一方、「人の経済生活を支えるものは財産と労働であるという……意味では、……経済的自由の類型に属するとみることでもできるが、団結権はむしろ結社の権利と近似したものであるし、……労働は人間の人格と結びつく面の大きいことに注目するときには、外面性の精神的自由権の類型に近づく⁽¹⁰⁵⁾」からである。ただ、ここで問題にしているのは、二重の基準論の体系内での位置付けに過ぎないから、既に論じたように、労働基本権の固有の価値を生存権実現の手段と解するならば、精神的自由権の要素を併せもつ経済的自由権として捉えれば足りるであろう。次に、規制目的の点については、違反の効果として刑罰が科されるのだから、本条項は消極目的規制と解される。そして、第三の規制手段の観点からすると、本条項は、争議行為をおった者等に限って処罰していることから一見付随的規制のようではあるが、烏合の衆による争議行為は実効性の点において疑わしく、指導者の存在は集団行為に不可欠であることに鑑みれば、直接的規制の範疇に入れる方が適当であろう。かくして、本稿の「二重の基準論」体系表における、地公法61条4号の合憲性判断の枠組は、精神的自由に対する規制と経済的自由に対する規制のまさに境界線上に設定されることになるのである。

では、かかる規制(処罰)立法の合憲性判断には、いかなる審査基準が創造されるべきであろうか。この点につき、既に、「労働基本権は、精神的自由殊に表現の自由のように民主政を支える根幹をなす自由とは区別すべきであり、さればとって財産権の不可侵や契約の自由等の経済的自由とも同列にみるべきではない、いいかえると両者の中間に位するもの⁽¹⁰⁶⁾と考える」として、緩やかなLRAの基準の適用を主張する見解があるが、支持してよい。もっとも、この

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（上）

見解は結論を述べるに止まり、どの程度緩やかであってもよいのか明らかでないが、本稿の体系論との整合性を保つためには、少なくとも「厳格な合理性の基準」より緩やかであってはならないから、「同一効果を期待し得る他の手段がないこと」の実証を要請すべきであろう。そうだとすると、あおり等の処罰に替わる他の有効適切な手段があれば、地公法61条4号は合理性を失うことになる。しかしながら、非公務員が指導者の地位に就いてあおり等を行う場合には懲戒罰の適用がなく、また公務員であっても辞職を予定している指導者等には制裁としての意味はほとんどないから、必要最小限の刑罰はやむを得ないのではなかろうか。加えて、地公法61条4号は、「争議行為への参加者を一律に処罰することなく、争議行為をあおった者等に限って処罰することとしており、このことなどを考慮すると、同号の規定が直ちに違憲であるとすることはできない」（坂上裁判官補足意見）のである。

(8) 以上要するに、地公法61条4号の合憲性は、争議行為の憲法上の権利性を否定することによってではなく、「自由権の論理」によって根拠付けられるべきものであり、東京中郵事件判決の目指す論理体系も、このようなものではなかったかと推察されるのである。かくして、今日の段階においては、もはや名古屋中郵事件判決の論理に固執する必要はなく、本稿は、今回の一連の下級審判決と共に、最高裁に対し再考を促したいと思う。

註

- (1) 最（三）判平2・4・17 刑集44・3・1,東京高判昭63・5・10 判時1278・58,浦和地判昭60・6・27 判時1168・20.
- (2) 最（一）判平元・12・18 刑集43・13・882,東京高判昭60・11・20 判時1177・15,東京地判昭55・3・14 判時967・17.
- (3) 最（一）判平元・12・18 刑集43・13・1223,仙台高判昭61・10・24 判時1216・44,盛岡地判昭57・6・11 判時1060・42.
- (4) 各下級審の紹介・検討につき、中山研一『争議行為「あおり」罪の検討』133頁以下参照。
- (5) 労働判例研究会「判例紹介」警察時報45巻10号122頁。
- (6) 芦部信喜『憲法判例を読む』120-2頁参照。
- (7) 慶谷淑夫「公労法違反の争議行為の刑事責任について」ジュリストNo. 273 14-5頁参照。
- (8) 香城敏麿「最高裁判所判例解説」法曹時報32巻6号115-7頁,153-5頁参照。尚、中野次雄「最高裁判所判例解説」法曹時報19巻3号188頁には、

「現に各下級裁判所では、公共企業体等の職員の争議行為に関連する持ちちの刑事事件を処理するのに、本件の判決のあるのを待っていたものが少なくないように聞いている」とある。

- (9) 座談会「全通中郵事件最高裁大法廷判決」ジュリスト No.360 20頁(伊藤発言)。
- (10) 田原義衛「時の判例」ジュリスト No.359 65頁。
- (11) 臼井滋夫「公務員等の争議行為をめぐる刑事判例の動向」法律のひろば 30巻8号17頁。さらに同頁には、「刑事制裁の限界を画する前提として、懲戒処分、損害賠償等の民事制裁と刑事制裁としての刑罰とを比較して、前者を軽しとし、後者を重しとしているが、そのような軽重の比較それ自体も、すこぶる疑問」との批判がある。この批判は、刑罰の謙抑性に対するものと受け止めることができるが、第一に、制裁内容の軽重—重い懲戒処分(例えば免職)と軽い刑罰(例えば罰金刑)とではいずれが重いか—というより、むしろ制裁手続に伴う負担の軽重—警察権力に介入され公訴提起に伴う法的・社会的不利益を蒙る被告人になる場合と行政事件訴訟の原告になる場合とではいずれが重大か—に問題があること、第二に、一般に民事制裁に係る訴訟は結論が出るまでかなりの時間を要し、その間ずっと当局との直接対決となるだけに、他の公務員との労使関係に影響を及ぼしかねず、それだけに刑事制裁を求める方向に容易に流れる虞があること、さらに第三に、罰金刑との比較に着目するあまり懲役刑の可能性があることの意味を軽視してはならないこと等の理由から、かかる議論の立て方は好ましくないように思う(尚、田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』278-9頁注(1)参照)。

その他、植松正「違法で正当な争議行為」時の法令588号 17-9頁は、公労法違反の争議行為が、刑法35条の適用のある「正当なもの」といえるかという点に疑問を提起されているが、正当かどうかの問題の核心は、当該争議行為が労組法1条1項の目的を実現する価値を有するか否かにあるというべきであろう。そうだとすると、同条2項も、憲法28条の権利行使であることから帰結される当然の注意規定ではなく、労働基本権の趣旨をより徹底させるために、刑法35条の効果の及ぶ範囲を拡張した創設規定と解すべきことになる。

- (12) 全司法仙台事件判決における入江裁判官補足意見も、「本件は、争議行為自体に刑罰を科する問題ではなく、違法とされる争議行為を対象となされたあおり行為等に刑罰を科することが問題となっているのであって、……中郵判決はこの点に関する限り、本件とは事案を異にし本件に適切でなく」、多数意見の中、争議行為の違法の程度に強弱の区別をたて、その強度なものに対するあおり行為のみが刑罰規定の適用を受けるとする「部分に関しては、中郵判決は何らの判示をも包含しているものではない」と

述べられている。

- (13) この問題性につき、片岡昇「最高裁四・二判決と公務員の争議権」判例タイムズ No.234 4-7頁参照。
- (14) 「判例紹介」時の法令679号54頁。
- (15) 香城敏磨「4・2都教組判決および仙台全司法判決の意義と問題点」警察学論集22巻6号165-6頁参照。
- (16) 香城敏磨「四・二最高裁判決をめぐる論点」季刊公企労研究 No.1 52頁。
- (17) 実質的に差異はないとする見解として、木藤繁夫「四・二五最高裁大法廷判決に関する学説・判例・立法の動向」法曹時報26巻6号33-4頁。しかし、内在的制約説は当該人権の憲法上の保護範囲を発見しようとするアプローチであり、比較衡量はその認識手段と解されるから、「国民全体の共同利益」という絶対的価値とのバランスは想定され得ないように思う（尚、「最高裁四・二五判決の基本性格・問題点」労働法律旬報 No.833 34-5頁（片岡発言）参照）。両者の差異は、その制約を「担当する職務の内容に応じて」考える否かに端的に現れている。
- (18) 田中裁判官ら五裁判官の意見。もともと、石田裁判官ら七裁判官は、「通常随伴性論をとるとすれば、結論は、むしろ反対となるべき筋合いであろう」とされるが、あながち不当な指摘とまでいえない（「昭和48・4・25労働三事件最高裁判決めぐって」ジュリスト No.536 30頁（藤木発言）参照）。
- (19) 島田信義『刑事労働裁判の展開』139-41頁参照。
- (20) 外尾健一「公務員の争議行為と懲戒処分」労働法の判例（第二版）28-30頁参照。
- (21) 香城敏磨「集団行動の規制をめぐる諸問題」警察研究40巻4号78-80頁参照。
- (22) 旭川地判昭43・3・25下刑集10・3・293。
- (23) 東京高判昭42・9・6（全通東京中郵事件差戻控訴審判決）判時509・70。
- (24) 東京地判昭46・10・15判時645・29。
- (25) 福岡高判昭42・12・18判時505・21。
- (26) 神山欣治「四・二五最高裁三判決について」季刊公企労研究15号31頁。尚、編集局「各紙の論調に表われた労働三判決」法律のひろば26巻7号37-8頁参照。
- (27) 松浦繁「公務員の政治活動制限を合憲とした高松地裁判決について」季刊公企労研究20号79-81頁参照。確かに、行政の中立的運営に対する国民の信頼は法益たり得るが、一般国民は時として状況判断が十分でないため、故なく信頼を失うことも考えられるから、この点を強調し過ぎると、信頼

の対象を公務員の政治的中立性に移行したのと結果的に同一となり、国家公務員の政党所属自体は許容している現行法の立場（国公法102条3項）にそぐわなくなるであろう。

- (28) この点の問題性につき、佐藤功「公務員の政治活動と行政の中立性」判例時報757号14-5頁参照。
- (29) 行政の中立的運営を公務員の中立性によって確保することは最も有効な手段であるが、この手段を憲法から演繹できるかは疑問に思う。というのも、「公務員の人権の制約の根拠は、憲法が公務員関係という特別の法関係の存在とその自律性を憲法秩序の構成要素として認めていること（15条・73条4号参照）に、求められ[るところ]、政党内閣制の下においては、行政の政治的中立性ないし公正な行政運営が保たれて始めて、公務員関係の自律性が確保され行政の継続性・安定性が維持されるのであるから、かような中立性の維持という目的を達成するために合理的にして必要最小限度の規制は、憲法上容認されている」[芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』192頁]とは言えても、公務員の行動のルールを定める権限が国会にあるとは言い得ないからである。
- (30) 研究会「憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト No.835 12頁（香城発言）参照。
- (31) 「合理的関連性」の基準の意義と問題性につき、芦部・前出注（6）・112-8頁参照。尚、香城敏麿「最高裁判所判例解説」法曹時報27巻11号112-20頁参照。
- (32) 香城・同上・103-4頁は、「表現の自由[が]、……優越的地位に立つと評価する……ことは、直ちに表現の自由に対して規約を加えることが原則として違憲となるとか、同一の厳格な基準によりその合憲性を判断しなければならないとの結論を導くものではない」との前提から、「表明される意見がどのようなものであるかを問わず」これに伴う行動がもたらす弊害を防止ために制約する場合には、「対象となる特定の行動によるのでなければ、同一内容の意見を表明することは何ら差支えない」という意味で、表現の自由に対する抑制の効果は付随的であり、その程度は低いから、「規制をすることにより十分な利益が得られ、かつその利益が付随的に失われる表現の機会の利益を上まわるものと認められるときは、これを合憲としてよい」とされるが、同じく表明された意見でも、いかなる行動と結び付くかによりその及ぼす効果は異なる（規制対象となっている特定の行動を伴って始めて意思表示する意義が生じる）場合もあり得るから、付随的規制だからといって直ちに抑制の程度は低いとまで言えない（詳細は、芦部・前出注（29）266-71頁参照）。
- (33) 香城・同上・109頁。
- (34) 和歌山地裁昭50・6・9 判時780・3。同判決は、地公法の規定する代

償措置は、「人事委員会または公平委員会の構成が、いわば対抗関係にある地方公共団体の当局と職員もしくは職員団体から中立性を確保できるような制度上保障されているとはいいいがたい」し、「給与その他の勤務条件に関する勧告は、地方公共団体の議会その他の機関をなんら法的に拘束するものではなく、相手機関の誠実な実施に期待するよりほかはない」ことからみて、「一応形の上では代償措置制度が設けられているようにみえるが、これをもって争議行為を全面的に禁止することの代償としては未だ十分なものとはいい得ない」と判示した。

- (35) 岸・天野裁判官補足意見（団藤裁判官同調）が、「公務員の争議行為を禁止することが違憲とされないためには、適切な代償措置が設けられ、かつ、それが本来の機能を果たすものと認められるべきこと……は、……地方公務員の場合にも同じく当てはまる」とされるが、この方が全農林警職法事件判決の論理に忠実なのであって、「その説くところは、いさかききびしすぎるのではないか」[時の法令94号 59頁]というのであれば、公務員は憲法28条という勤労者ではないと解く見解〔林修三「公務員・準公務員の労働基本権問題に対する考え方について」季刊公企労研究 No.15 15-6頁〕に立つべきであろう。
- (36) 佐藤幸治『憲法〔新版〕』364頁。
- (37) 清水敏「地方公務員の団体交渉権」法律時報61巻11号 133-4頁参照。
- (38) 室井力＝兼子仁編『基本法コンメンタール地方自治法』74頁（室井力執筆）。
- (39) 青木宗也＝室井力編『基本法コンメンタール地方公務員法』84頁（竹下英男執筆）。
- (40) 矢崎秀一「四・二五判決以後の下級審裁判例の動向（1）」判例時報815号3頁。
- (41) 矢崎秀一「四・二五判決以後の下級審裁判例の動向（3・完）」判例時報818号17頁。尚、「座談会／諸判例の動向と公労法違憲判決」労働法律旬報 No.861 16頁以下参照。
- (42) 白井滋夫「名古屋中郵事件最高裁大法廷判決について」季刊公企労研究 No.33 126頁。
- (43) この判旨の部分は、本判決によれば、全農林事件判決・岩学テ事件判決の帰結であるかのようにされているが、本文において概観したように、全農林事件判決とは論理的継承はなく、岩学テ事件判決との関係もはっきりしない。それは、三公社の職員に全農林事件判決の論理を適用しようとする強引な判例解釈のように思える。
- (44) 岩田誠「いわゆる名古屋中央郵便局事件の最高裁判所大法廷判決について」判例時報848号5頁。
- (45) 香城敏磨「名古屋中郵事件判決の要点」ジュリスト No.643 56頁。

- (46) 平野龍一「刑事判例研究」警察研究49巻5号76頁。
- (47) 岩田誠「刑事裁判随想」判例タイムズ No.350 5頁。
- (48) 菅野和夫「『財政民主主義と団体交渉権』覚書」法学協会百周年記念論文集第二巻314頁。
- (49) この点につき、前田雅英『可罰的違法性論の研究』419-21頁参照。同教授によると、憲法次元における違法一元論は、「争議行為の刑法上の違法性の判断構造を、単に憲法上権利性が存するか否かのみで決定する」ものとされるが、最高裁は、憲法上の権利性を欠く以上刑法35条にいう「法令行為」（憲法28条に基づく行為）とはいええないから、労組法1条2項（刑法35条）の適用の余地はないと判示しただけであり、「憲法上の権利性を欠く以上刑法上正当化すべきでないという考え方」を採るものでも、「刑事違法の特殊性、特に刑罰謙抑主義を、意図的に軽視」するものでもない。このことは、法秩序全体の見地からの許容性を留保している点に現われている。
- (50) 伊藤裁判官の反対意見の詳細につき、北九州市病院事件判決（最判平元・4・25判時1336・128）参照。
- (51) 金谷暁「刑事判例研究」警察学論集36巻4号154頁。
- (52) この点につき、中山和久「『あおり』罪についての新判例」季刊労働法 No.125 109-12頁参照。
- (53) 労働判例研究会「判例紹介」警察時報45巻4号125頁には、「この[判旨]を反面解釈するならば、今後行われる公務員ストに対しては、……今回の最高裁判決で『あおり』行為等の違法性が確定したことから、その量刑が罰金刑にとどまらず懲役刑が増加するなど、さらに厳しくなっていくことが予想される」とある。
- (54) 争議行為の経済的損失につき、神代和欣「公共部門における争議行為の影響の測定」季刊公企労研究 No.31頁以下参照。
- (55) 西谷敏「労働基本権保障の意義」法律時報61巻11号77-83頁参照。
- (56) 菅野和夫「労働法第二版補正版」18頁。
- (57) 中村睦男「労働基本権」芦部信喜編『憲法III人権(2)』462頁。
- (58) 中山和久「ストライキ権」132-3頁。
- (59) これに対し、小林直樹「労働基本権制約の憲法判断」法律時報49巻9号19頁は、東京中郵事件判決が用いた「国民生活全体の利益」は、「『国民生活』というより具体的な内容もち、公共性のつよい部門の長期スト等によって生じうる『実害』が、かなり実態的にイメージされ、それによって利益考量の可能な基準にもなるだけの現実性をもっている」とされるが、それ以上の展開は見られない。かえって、国民生活全体に及ぶ実害さえなければその利益が保全されるかのようにも読み取れ、そうだとすると、逆の意味でバランスとはいえないであろう。

- (60) 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』219頁。
- (61) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法上巻』352頁（中村睦男執筆）。
- (62) この立場からの主張につき、蓼沼謙一「名古屋中郵判決における公労法17条合憲論の検討」ジュリスト No.643 37-41頁参照。
- (63) 香城・前出注（8）・128-9頁参照。
- (64) 研究会「公務員争議権問題の公法的検討」ジュリスト No.708 62頁（兼子・浦部発言）参照。
- (65) 鹿児島重治『逐条地方公務員法』（改訂増補版）845頁。
- (66) 山内一夫「感心しない最高裁判決の論理」ジュリスト No.643 24頁。
- (67) これに対し、原案が議会に提出された段階での争議権行使に対しては、憲法28条の保障は及ばないように思う。公務員の勤務条件の決定の際には政治的・党派的な色彩が濃くなるだけに、もし公務員が政党になびく行動をとるようなことにでもなれば、中立な公務の遂行が確保されないからである。もとより、一般市民的権利を行使することは可能であり、その場合には、他の憲法規定に基づいて具体的に判断されるべきことにならう。
- (68) 香城・前出注（8）・134頁。
- (69) 和歌山地判昭50・6・9 判例時報780号17頁。尚、本判決は「これをさらに敷衍すれば」として詳細な分析を行っている。
- (70) 結局、職務内容如何によって、違憲性を回避するのに代償措置がなくてもよいもの、代償措置が不可欠なもの、そして代償措置があっても適用違憲判決が下されるものに大別できる。
- (71) 代償措置としての人事院制度の問題性につき、中山和久「国際労働基準、代償措置論」法律時報61巻11号99-101頁参照。
- (72) 中村睦男「公務員関係と労働基本権」憲法の基本判例33頁。尚、同教授が、労働基本権保障の態様を、①国家の刑罰権からの自由の側面、②民事上の権利としての側面、③不当労働行為制度による労働者の権利の救済の側面に分類されることに対する批判として、西谷・前出注（55）78-9頁参照。
- (73) 白井・前出注（42）134頁。
- (74) 体系化の試みとして、研究会「憲法判例の三〇年」ジュリスト No.638 452頁以下・同「憲法判断の基準と方法」ジュリスト No.789 14頁以下・同「憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト No.835 6頁以下における香城判事の規制類型論；芦部・前出注（6）102-10頁、同「人権の限界(5)」法学教室 No.117 76-83頁における二重の基準論の具体化；横田耕一「合理性の基準」芦部編『講座憲法訴訟第2巻』190-6頁が挙げられよう。
- もともと、香城理論に対する批判として、奥平康弘「憲法訴訟の軌跡と理論」法セ増刊『憲法訴訟』18-20頁参照。また、同教授は、「裁判実務で……『基準論』がもてはやされている……結果、規制目的が積極か消極か、

規制手段が直接か間接かという二段審査を機械的におこなえば、能事足りりということになり、この間にあって表現の自由の原理論のごときは、裁判官の思考過程にまで下がってくることは金輪際ありえない、という構造になっている」といわれる（奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』18頁）。確かに、香城理論の最大の問題性は、予め設定した枠組の中に当該規制立法をあてはめ、そこから事例判断を行うという意識が強過ぎる点にあると思うが、基準論による憲法判断の体系化・客観化を通じて、イデオロギー論・精神論の展開を回避させると共に、いかなる基準に基づいて結論を下したかという思考過程に対する分析・批判を可能にさせる点にその狙いがあると考えられ、この意味では評価に値するのではないか。個々の類型や基準は人権の原理論を解明する分析道具に過ぎず、そこから一義的な判断が演繹されるようなものでないことを確認するだけで足りよう。

- (75) 芦部信喜『司法のあり方と人権』109-10頁。尚、二重の基準論の根拠につき、伊藤正己『憲法の研究』68-74頁参照。
- (76) 研究会「憲法判断の基準と方法」ジュリスト No.789 27頁（川添発言）。
- (77) 尚、その際に注意を要するのは、「憲法判断の基準という場合には、(1) 基本的人権に関する条文解釈によって導きだされる法令の合憲性に関する実体的判定基準（standard of constitutionality）と、(2) 裁判の過程で、当該の法令、あるいは当該事件における適用が右の基準に達しているか否かをどのような方法で判定するかに関する審査基準（standard of proof of constitutionality）とが存在する」点である（江橋崇「二重の基準」芦部編『講座憲法訴訟第2巻』127頁）。違憲審査には、規範の設定（実体憲法解釈論の反映）と事案へのあてはめ（憲法訴訟技術論の反映）という作業を伴うからであるが、かかる二つの判断基準（表中→は前者、□は後者を表す）の存在を意識し、しかも(1)と(2)がうまく噛み合うように体系論を構築しないと、いずれか一方だけでは規範論か技術論だけで終わってしまい、裁判所に対し違憲審査の指針を明らかにして、人権保障の実質化を図ろうとする二重の基準論の趣旨が生かされないであろう。例えば、香城理論における二重の基準論の特徴は、直接的規制か付随的規制かが中核をなす点にあり、その意義は、精神的自由について直接的規制の許される場合がほとんどないことを示すこと、及び付随的規制の場合でも失われる利益とのバランスを厳しく要求するところにあるとされる〔研究会「憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト No.835 17頁（香城発言）〕が、そこには何故精神的自由の規制立法には厳しい審査基準が要請されるのかと

いった考察からくる規範的理由付けが軽視されている。奥平教授の批判はこの点をつくものである。加えて、直接的規制か付随的規制かは相対的であり、解釈如何で影響され得るから、これを出発点とすることは体系論として大いに疑問がある。

(78) 芦部・前出注（75）11頁。「すなわち、合憲性推定の原則は、当該法律の制定目的の合理性とその目的達成手段の合理性の存在についての推定であり、したがって合理性の基準を意味する」〔向井久了「合憲性推定の原則」芦部編『講座憲法訴訟第2巻』48頁〕。

(79) 研究会・前出注（77）14頁（香城発言）。

(80) 本稿は、戸別訪問禁止は積極目的規制であり、公務員の政治活動禁止は消極目的規制と考えているが、それは、公正な選挙制度を確立するためのルールを作る権限が47条によって国会に与えられているのに対し、公務の中立性を確立するためのルールを作る権限を与える憲法規定が見当たらない点に基づいている。

(81) この手法につき、研究会・前出注（76）35-8頁参照。

(82) 尚、消極的規制が常に個別的衡量に結び付くわけではない。例えば、表現の自由の規制立法が事前抑制を内容としたものであれば、文面審査に基づき法令違憲を導くことは可能である。しかし、かかる審査方式は、本稿のテーマと直接係りがないため、捨象することにした。

(83) 研究会・前出注（77）11-2頁（香城発言）。

(84) 最判昭56・7・21刑集35・5・568における伊藤補足意見。

(85) 例えば、法定外文書頒布禁止規定（公選142条）において、表現の自由を上回る立法利益を憲法から演繹し得るか疑問に思う。この点につき、最判昭57・3・23刑集36・3・339における伊藤補足意見は、「国会が選挙運動のルールを定める場合には、……そのルールが合理的と考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるところが尊重されなければならない」との立場から、「文書図画による選挙運動の規制の場合も、個別訪問の禁止の場合と同様である」とされる（尚、かかる立論に対する批判的検討として、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』166-83頁参照）。確かに、憲法47条は選挙の公正を確保するためのルールを設定する権限を国会に与えたが、このことから直ちに、そのルール設定につき国会に広汎な裁量があることを意味しない。権限の有無の問題と権限の範囲の問題とは混同さ

れてはならず、後者の問題は、創出された立法利益と制限される憲法的利益との名目的衡量によって決せられるべきものだからである。そして、文書図画頒布という表現形態は、誰でも容易に効果的に行使できる手段(特に知名度の低い候補者にとっては不可欠の意思伝達手段)であるから、法定外文書頒布禁止による選挙の公正の確保が憲法の要請と解し得るか疑問に思われる。少なくとも、この点を鑑みれば、戸別訪問と同様には考えられないであろう。

- (86) かかる論法に対する批判として、奥平・前出注(85)194-8頁参照。ここでは、戸別訪問禁止の代用品がない旨を強調されているが、付随的規制であることは被規制利益の侵害性が軽微であることを意味付けるに過ぎず、必ずしも議論が噛み合っていないように思える。
- (87) 最大判昭47・11・22刑集26・9・586(小売市場許可規制合憲判決)。もっとも、かかる「『明白の原則』の適用にあたっては、立法事実論のアプローチにより、立法目的のみならず、立法目的達成の手段が合理的ないし必要最小限度であることを基礎づける事実の精査が要求される」と主張される[向井・前出注(78)59頁]こともあるが、合憲性が推定されているのだから、立法目的及び達成手段の合理性を疑わしめる程に立法事実が存在でない限りは、合憲判断を下してよいのではないか。
- (88) 最(二)判平元・1・20刑集43・1・1(公衆浴場距離制限合憲判決)は、適正配置規制を「積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法」と解し、明白性の原則で処理した。しかし、最大判昭30・1・26刑集9・1・89は、濫立→無用の競争→経営の不合理化→浴場の衛生設備の低下を防止するための規制とし、むしろ消極目的規制と解していたはずであり、公衆浴場の状況の変化[原田國男「最高裁判所判例解説」法曹時報42巻2号445-6頁参照]が規制目的の転換を伴い得るものなのか疑問に思う。この点については、大法廷合憲判決後「公衆浴場の激減現象のもとで公衆浴場の確保という積極目的が全面に出て合憲性の根拠が一層強化された」[原田・同450頁]とみるべきで、両者が併存する場合には「消極目的のみの規制の場合に準じて考えるべき」[小林武「経済的自由規制立法と最高裁判所」南山法学11巻2号142頁]理由はないと同時に、積極目的のみの規制の場合と同様に考える(明白性の原則)必然性もない。
- (89) 芦部信喜『演習憲法新版』136頁。

(90) 明白かつ現在の危険の基準は、「ある表現行為が社会に対して実質的な害悪を惹き起こす、明らかに差し迫った危険が存在する場合にはじめてその表現行為を制約することが許される、というもので、規制する公権力のがわで危険の切迫性と重大性および規制手段の必要不可欠性という、きわめて厳格な要件を論証することが要求される」[芦部「人権の限界(5)」法学教室 No.117 78頁]のに対し、定義づけ衡量は、対立する他の価値と衡量しながら、憲法上権利性が認められる範囲を前もって定義づけ、その該当性の有無で判断していくもので、「公権力のそのつどそのつどの判断の必要をできるだけ少なくして、言論の自由を最大限に保障しようという趣旨のもの」[研究会・前出注(77) 18-9頁(佐藤発言)]である。

(91) 研究会・前出注(77) 16頁(香城発言)。

(92) 伊藤正己『憲法新版』312頁。

(93) 芦部信喜『現代人権論』290頁。この基準の特色につき、芦部・前出注(90) 78-9頁参照。

(94) 所謂スポイルズシステムの弊害につき、座談会「公務員の政治活動の自由」労働法律旬報 No.682 5-6頁(中山発言)参照。

(95) ここで注意を要するのは、本稿は、「制裁としては軽度の懲戒で十分であるから、その上罰則を科するのはLRAテストに反するというような理論構成」[今村成和「猿払事件第一審判決と最高裁」判例時報757号 23頁]を採用していないという点である。雇用条件としての政治的活動禁止条項違反に対し、刑事罰を科すか否かは立法政策の問題であるが、およそ政治的行為をした公務員に刑事罰を科す旨の規定は、無限定に私生活領域にまで制裁を及ぼすことを可能にするという意味で身分犯規定と言え、このことが規制手段として広汎である(仮に雇用条件の実効性を担保するためには現行法程度の規制が不可欠というのであれば、その規制を合理化せしめる立法事実を規制側は示さねばならない)と主張するものである。

その他のLRAの基準に対する批判と反論については、芦部、前出注(29) 210-9頁参照。

(96) 適用違憲の手法に対し、猿払事件最高裁判決は、「これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひつきょう法令の一部違憲とするにひとし」と批判を加えたが、この批判は現行法の規制手段を全面合憲とみる立場からの当然の帰結に過

ぎず、適用違憲とされても、当該条項の効力自体は全面的に維持されるのであるから、法令の一部違憲とは質的に異なる。また、ソーンヒル理論の適用を前提に、当該条項の「書き替えとして、表現の自由を争点とするこの種の事件では裁判所が行なってはならないことではなからうか」との疑問も提示されている〔芦部・前出注（93）282頁〕が、当該条項に限定解釈を施し合憲的に適用させようというのではなく、当該事案に適用すると違憲性を帯びるから適用をやめさせようという趣旨で論じることも可能であろう。違憲的適用事例を設けても規制目的を達成でき、かつ法の予見機能が害されないのであれば、それ以外の事例ではそのまま適用しても合憲であるのだから、効力を維持する方が望ましいように思う。

- (97) この点につき、「消極目的の規制について、……厳格な審査がなされると、かえって不都合な結果が生ずる場合がある」として、公害規制立法による経済規制の例を挙げ、「国民の生命・健康の維持のために必要不可欠な規制……は必要最小限度でなければならないということではなく、むしろ、広汎で強力な規制が要請され」という批判がある〔戸波江二「職業の自由」法学教室 No.57 24頁〕。確かに、消極目的規制と結び付く個別的衡量を準則化した審査基準は厳格になるが、そこでなされる衡量は、「経済的生存権>健康権」〔棟居快行「営業の自由における違憲審査基準の再検討」神戸法学雑誌35巻3号708頁〕という抽象的な衡量ではなく、当該事案における具体的状況下でどちらの利益の現実化がより保護に値するかを知るために行われる衡量というべきだから、一方の利益の現実化の要保護性が明らかに強い場合（国民の健康の保持）には、この方に重点をおいた考察（立法事実の合憲性の推定の度合いを強めること）がなされて然るべきである。それ故、厳格な審査だから規制利益の保護が不十分とは必ずしもいえず、まして規制利益を保護しなければならないから緩やかな審査をしなければならないとすると、審査基準体系を構築する意味を疑わしめることになる。

(98) 芦部信喜「職業の自由の規制（五）」法学セミナーNo.298 37頁。

(99) 芦部・前出注（89）175頁。

(100) 中村睦男「職業選択の自由」法学教室 No.90 28頁参照。

(101) 成田頼明「営業規制法の類型と問題点」法律のひろば28巻8号12頁以下参照。

- (102) 戸波江二「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌94巻1号130-2頁参照。
- (103) 単なる政策目標・理念であったり、実現利益が特定の国民だけに帰属する場合には「積極目的規制」というに値しないし、個別的衡量が可能な利益状況であれば「消極目的規制」とみなしてさしつかえないであろう。
- (104) 芦部・前出注(89)178頁。尚、本判決における坂上裁判官補足意見が、統計資料に基づく検討の結果、「森林法186条は、ほんの一握りの森林共有体の経営の便宜のために、すべての森林共有体の、しかもそのうちの持分2分の1以下の共有者についてのみ、その分割請求権を奪うという不合理を敢えてしている」と結論付けられたのは、注目に値する。
- (105) 伊藤・前出注(92)215頁。
- (106) 田中和夫「『より制限的でない他の選択しうる手段』の原則」訴訟月報19巻3号114-5頁。
- (107) この点に関し、横浜地判昭59・6・14判時1125・96が、外国人指紋押捺拒否事件で示した審査基準が参考になる。同判決は、「指紋押なつは犯罪捜査を連想させ……、これが識別手段としての欠点といえる」から、「これに替わる他の有効適切な方法があれば、……外国人のみに対して右の指紋押なつ制度を採用する合理的理由はないことになる」と論じた後、写真による確認方法を検討し、結論的には、写真では代替手段にならないとした。