

## 憲法訴訟の現状：「ピアノ判決」と「暴走族判決」 を素材として

渡辺, 康行  
九州大学大学院法学研究院：教授：憲法

<https://doi.org/10.15017/15601>

---

出版情報：法政研究. 76 (1/2), pp.33-60, 2009-10-01. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

憲法訴訟の現状

—「ピアノ判決」と「暴走族判決」を素材として—

渡辺 康行

- 一 はじめに
  - 二 三段階審査
  - 三 猿払判決
  - 四 正当化の審査
  - 五 結び
- 一 はじめに

「憲法訴訟の現状」の描き方は、様々にあり得る。私は、次の三つの観点に立った上で、私のみる「憲法訴訟の現状」の一端について、報告したい。

第一は、素材の限定である。本報告は、最近の憲法判例に幅広く目を通し、「憲法訴訟の現状」を総括するという

オーソドックスな手法はとらない。<sup>①</sup> そうではなく、本報告は、二〇〇七年に出された二つの最高裁判決、つまり、「君が代」ピアノ伴奏拒否事件判決（以下では、「ピアノ判決」という）、および広島市暴走族追放条例事件判決（以下では、「暴走族判決」という）を素材とした分析を行う。両判決とも、現代的で重要な問題にかかわり、法廷内でも意見が分かれた微妙な事件だということのほかに、いずれも第三小法廷の判決であるため比較可能性が高いということが、さしあたりの選択理由である。

本報告の第二の視点は、猿払判決の影響力の復活ということにある。一九七四年に出された猿払判決による憲法判断の手法は、その後、とりわけ一九七〇代後半から一九八〇年代の憲法判例に大きな影響を与え、公法字（会）においても盛んに議論されてきた。しかし、この猿払判決の影響力は、一九九〇年代から今世紀初頭においては、さほど顕著ではなくなっていた。ところが、最近、この判決の影響力が復活する傾向にある。この報告で素材として取り上げるピアノ判決と暴走族判決は、共に、猿払判決を先例として明示的に援用している。この二つの判決を素材として選択しているのは、両判決を通じて、猿払判決の現在の判例理論への影響力を探る、という本報告の関心をも理由と

している。

第三の問題関心は、「憲法訴訟の現状」とは理論の現状をも含む、という理解を前提としている。近年の憲法学においては、従来から研究が盛んに行われてきたアメリカ型の憲法訴訟論とはやや異なる、ドイツ型の違憲審査の手法とりわけ防御権に関する審査の枠組みが知られるようになってきた。本報告は、この防御権に関する三段階審査の考え方を、最近の憲法判例に即しながら、展開しようとするものである。先の二つの判決は、そのために適切な素材だということも、それらを素材として選択した理由として挙げるができる。

以下では、三段階審査(二)、猿払判決の影響力(三)、そして三段階審査のなかで最も議論のありうる正当化の段階における審査手法(四)という、三つの論点に分けて報告する\*。

\* 本稿は二〇〇八年一〇月一一、一二日に、学習院大学で開催された、日本公法学会第七三回総会における私の総会報告を基にしたものである。この報告は公法研究七一号(二〇〇九年)一頁以下に掲載される予定であるが、ここでは紙面の制約上、註はすべて割愛せざるをえなかった。

そこで、報告後に公刊された文献なども参照しながら詳しい註を付し、最新の議論状況を反映させた形で本誌に公表することとした。

(1) 法と民主主義四三三号(二〇〇八年)二頁以下における特集「最高裁の実像と虚像」は、「現在の司法の全体像を把握し、的確に評価」することが目的とされている。本報告を補うものとして参照されたい。

## 二 三段階審査

### 1 三段階審査の概略

(1) ドイツにおける防御権の三段階審査という判断枠組みの形成過程を探求することは、興味深い比較法研究の課題である。しかしそのような作業は、この報告の任務ではない。この考え方は、一九八五年に、ピエロト/シュリンクによる基本権教科書で採用されて以降、学説(とりわけ教育の場面)において確固とした地位を占めるようになった。連邦憲法裁判所の判例は、より以前からこの枠組みをとっていた。現在のドイツにおいても、異論がないわけではないが、判例・通説であり続けている。ここでは、

これらのことだけを確認しておきたい。以下では、これまた簡単に、この判断枠組みについて説明する。<sup>(2)</sup>

(2) 第一段階では、ある行為、自由、利益が基本権によって保障されている領域にかかわるかどうかの審査がなされる。この領域が基本権の保護領域などと呼ばれている。ドイツの判例・通説は、基本法二条一項の「人格の自由な発展」の権利、日本国憲法でいえば一三条に相当する条項を、「一般的行為の自由」を保障するものと解している。

そのため、個別的基本権の保護領域に当たらない場合でも、二条一項の保護領域には入ると考えられている。なお、財産権のように、内容は法律で定める、とされている場合は、その法律は保護領域を具体化しているのか、基本権を制約しているのか、という問題がでてくる。しかしこの論点は、複雑化を避けるため、本報告の対象外とした。<sup>(3)</sup>

国家の措置が保護領域にかかわるといことになること、第二段階で、その措置が基本権の制約（介入、侵害）となるかどうかの問題とされる。古典的な介入概念では、①目的志向性、②直接性、③命令性、④法形式性、の四つが属性とされてきた。しかし現在では、この概念はかなり広く解されており、「基本権法益に対する些細とはいえないような国家作用であって、基本権の担い手の意思に反する行

為」という理解が支配的だとされている。<sup>(4)</sup>

第三段階では、制約があつた場合に、その制約は正当化されるかどうかの審査がなされる。正当化の論証責任は国家の側にある、と考えられている。「形式的正当化」の主たる要素として紹介されてきたのが、制約行為に法律あるいは法律の授權に基づいていることを要求する、法律の留保原則である。「実質的正当化」に際して使われるのが、比例原則である。

(3) このような三段階審査に関しては、日本においても、既にすぐれた比較法研究やピエロート／シュリンクの基本権教科書などの翻訳がなされ、広く知られるようになった。<sup>(5)</sup> また、この審査枠組みを使って日本における憲法判例を分析しようとする試みも、行われつつある。<sup>(6)</sup> 本報告も、この三段階審査の枠組みを用いることによって日本の最高裁の思考を明晰に分析できるといふことを、二つの最高裁判決を素材として、示したい。<sup>(7)</sup>

## 2 保護領域

(1) ピアノ判決は、市立小学校の入学式に際し、校長による「君が代」ピアノ伴奏の職務命令を受けた音楽教師が、当該職務命令の憲法一九条違反などを主張した事案に

かわる。

最高裁は、「君が代」が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない」といった考えは、「君が代」が過去の我が国において果たした役割に係わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等ということができるといえる。しかし、「学校の儀式的行事において『君が代』のピアノ伴奏をすべきでないとして本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとって、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあるが、一般的には、これと不可分に結び付くものということはできない」とする。こうしてこの判決は、ピアノ伴奏を拒否することがそもそも一九条の保護領域に入っていない、という理屈で原告の主張を退けた。<sup>9)</sup>

この判断は、同じく原告を敗訴させたこの事件の一番二審が、ピアノ伴奏を拒否することを一九条の保護領域に入ると認めた上で、後で触れる正当化の段階で退けていたこととは対照的である。これに対して、那須弘平裁判官の補足意見が指摘するように、ピアノ伴奏を拒否することは、「一般的には」、前記の歴史観ないし世界観と「不可分に結び付」かないとしても、「Xの場合はこれが当てはらない

とX自身が考える点にある」とみるべきではないかということが、しばしば指摘されてきた。<sup>9)</sup>

(2) 暴走族判決は、暴走族追放条例違反を理由として起訴された被告人が、条例の規定が「文面上」も「内容上」も違憲だと主張した事件にかかわる。判決の重点は「文面上」の判断にあったが、ここではまず内容に関する判断に注目する。

この点に関する判示はごく簡単であった。つまり、条例の各規定を「限定的に解釈すれば」、この規制は、「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」などの事情にかんがみると、憲法二二一条一項、三一条に反しないとされたのである。<sup>10)</sup>

この判示を、判決が暴走族の集会を一律に憲法二二一条一項の保障の埒外と解したものとみることが、適切ではない。むしろ、後で触れるように、制約は正当化されると判断した、と読むべきであろう。<sup>11)</sup>

(3) このようにして、二つの判決は保護領域に関する審査の段階で既に異なった判断をしていた、と整理できる。

### 3 制約

(1) ピアノ判決は、伴奏拒否行為が一九条の保護領域

に該当しないことを述べたが、さらに念を入れて、職務命令を発することが制約にも当たらないことをも論じている。つまり、「本件職務命令当時、公立小学校における入学式や卒業式において、国歌斉唱として『君が代』が斉唱されることが広く行われていたことは周知の事実であり、客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとつて通常想定され期待されるものであつて、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従つてこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難である<sup>(12)</sup>、という。

ここで、「客観的にみて」一九条に対する制約と「評価することは困難」とした理由は、定かではない。この判決は一九条の問題を、教師の外部的行為が内心においてもそれを受容して行つていると他者から評価されてしまうという苦痛のことに捉えた上で、本件ではそれを否定しているのかも知れない。しかし、この事件の原告はそのようなことを主張してはいないため、もし判決がそういう趣旨であるならば、原告による問いかけに対する答えとはなつていない。あるいは、ピアノを伴奏する行為は単なる外形的な

行為であり、内面の状態とは切り離されたものだから、それを命令しても思想・良心の自由に対する制約にはならない、と考えているのかもしれない。しかし、このような、外部的行為と内心を完全に分離する思考は、近年の学説が批判し、この事件の一・二審もそうした考えはとらなかつたものだけに、あえてそう解するならかなりの論証が必要ではなかつたのか<sup>(13)</sup>。

(2) これに対し暴走族判決の場合は、集会をしたことなどを理由として起訴されているため、集会の自由などに対する制約は当然になされている。

#### 4 正当化

(1) ピアノ事件の最高裁は、地方公務員の「地位の特殊性」や「職務の公共性」、学習指導要領の「国歌を斉唱するよう指導するものとする」という規定などに言及した上で、「本件職務命令は、その目的及び内容において不合理的であるということはできない<sup>(14)</sup>、という。

この事件の一審・二審は、先ほど触れたように、原告のピアノ伴奏拒否が一九条の保護領域に入り、ピアノ伴奏の職務命令を出すことはそれに対する制約となることを認めたと。その上で、地方公務員の「地位の特殊性」や「職務の

公共性」を理由として、その制約は正当化される、と考えた。<sup>15</sup>しかし、最高裁は、ピアノ伴奏を拒否することは一条の保護領域に入らず、職務命令は制約にもならない、と考えているため、制約が正当化されるかどうかという審査を行う必要はない。実際、最高裁は、「地位の特殊性」や「職務の公共性」などの議論を、職務命令が制約にならないことを別の側面から説明する文脈で使ったものと思われる。

(2) 暴走族の集会在自由の保護領域に入ること  
を承認し、集会を行ったことなどを理由とした起訴がその制約であることを当然の前提とした暴走族判決は、制約の内容の正当化を論じている。それが、猿払判決を踏まえて、「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、いまだ憲法二一条一項、三一条に違反するとまではいえない」とした判旨である。<sup>16</sup>

## 5 小結

(1) 以上のように、この二つの最高裁判決も、保護領域・制約・正当化という審査図式を用いることによって、その構造を明快に理解できる。

(2) ここで補足的に、第三小法廷における裁判官の意見の動向について言及しておきたい。第一は藤田宙靖裁判官である。藤田裁判官は、ピアノ判決の反対意見において伴奏拒否の基礎にある考え方が思想・良心の自由の保護領域に入り、当該職務命令はそれに対する「直接的抑圧」となることを認めた上で、それを正当化するためには、「公共の利益の具体的内容は何か」を問うという、「慎重な考量」が必要であると主張した。<sup>17</sup>同裁判官は、暴走族判決における反対意見では、条例の文言の「過度の広汎性」を理由として違憲だとしたので、条例の内容に関する判断は行っていない。しかし、この事件において内容的な審査をするのであれば、ピアノ判決と同じような「慎重な考量」をとるのだろうか。藤田裁判官は、問題となった「暴走族」概念の定義などを改めれば、条例は合憲だという立場のように見受けられる。<sup>18</sup>この事件においては「慎重な考量」は必要がない、と考えているのだろうか。もしそうだとすれば、それは、規制される権利が集会の自由だからか、暴走族の集会だからか、あるいは規制が事後的・段階的だからか、直接的規制ではないと考えたからか、あるいは制約により得られる利益の大きさは明らかだと考えたからか、またはそれらの事情を併せ考えたのかもしれない。もしく

は、「慎重な考量」をした上でも限定的な規定であれば合憲となる、という趣旨なのであろうか。

(3) 第二は、田原睦夫裁判官である。暴走族判決において、田原裁判官は、形式面からも内容面からも、条例を違憲だとする反対意見を書いた。他方、ピアノ判決では、多数意見に与している。田原裁判官は、暴走族条例を、服装等の自由、行動の自由、表現、集会の自由といった重要な権利に対する、「直接的な規制」であるとみた上で、保護されるのは公衆の漠とした「不安」「恐怖」にすぎないことから、規制は「必要最小限」ではなく違憲だ、とした。<sup>20</sup>「重要な権利に対する」「直接的な規制」だから「必要最小限」でなければならぬという議論を行うことは、ピアノ判決でも可能であったはずである。そうしなかつたのは、田原裁判官はおそらく、ピアノ伴奏を拒否する行為は思想・良心の自由の保護領域に入っていない、と考えたためだと思われる。しかし、田原裁判官は、暴走族判決では、服装等の自由を、「民主主義社会における、いわば憲法一条や二三条によって保障される以前の自由」として最も尊重すべきもの、と位置づけていた。ピアノ伴奏を拒否する自由が仮に一九条の保護領域に入らないとしても、田原裁判官ではこのカテゴリーによって保護されないのだろう

か。<sup>20</sup>原告側の主張にもう少しの説明力があれば、同裁判官を巻き込んでピアノ判決も三対二になる可能性はあったのではないかと、判決文上からは想像できる。

(2) 三段階審査に関する説明は、松本和彦「基本権保障の理論」（大阪大学出版会、二〇〇一年）一四頁以下、同「基本権の『保護領域』」小山・駒村編「論点探求 憲法」（弘文堂、二〇〇五年）九四頁以下に拠ることとする。その他、ピエロート／シュリンク著、永田秀樹ほか訳「現代ドイツ基本権」（法律文化社、二〇〇一年）七一頁以下、および次註以降で挙げるものなど邦語でも多くの文献がでている。

(3) 小山剛「基本権の内容形成」（尚学社、二〇〇四年）が、本文で対象外とした問題についての本格的な研究である。

(4) ヨーゼフ・イーゼンゼー（松本和彦訳）「防衛権としての基本権」、ヨーゼフ・イーゼンゼー著／ドイツ憲法判例研究会編訳「保護義務としての基本権」（信山社、二〇〇三年）九三頁。

(5) ドイツにおける三段階審査をめぐる最近の議論状況については、實原隆志「基本権の構成要件と保障内容」千葉大学法学論集二三巻一号（二〇〇八年）一五五頁以下。

(6) 代表的なものとして、宍戸常寿「憲法解釈論の応用と



展開 1」法学セミナー六四〇号(二〇〇八年)五四頁以下を皮切りとした連載、および石川健治/駒村圭吾/巨理格「憲法の解釈」法学教室三一十九号(二〇〇七年)二五頁以下から、同誌三四二号(二〇〇九年)二五頁以下までの連載のほか、小山剛「憲法上の権利」の作法」(尚学社、二〇〇九年)を挙げておく。また、渡辺康行「思想・良心の自由」と「国家の信条的中立性」(一)「法政研究七三巻一号(二〇〇五年)一頁以下および、後註で引用する各拙論も、そうした試みをしたものである。

(7) なお、日本において三段階審査を主張する論者の間でも、微妙な見解の違いはある。「構成要件(行為・違法(客観法違反)性・主観的)責任」という構成がなされてきた不法行為法や刑法との連関を考慮して、三段階審査を「国家行為(Enactment)・保護範囲・正当化事由」という形で説明するのが石川健治「憲法解釈学における「論議の蓄積志向」法律時報七四巻七号(二〇〇二年)六〇頁以下などである。これに対し、宍戸常寿「憲法上の権利」の解釈枠組み」安西文雄ほか「憲法学の現代的論点」(有斐閣、二〇〇六年)二一六頁は、「実体法としての「憲法上の権利」論としては、国家権力という名宛人に対し、事前にかなる行為態度が憲法上禁止されているかを明らかにする行為規範性を前景に押し出すことが、人権保障の観点からも有益なのではなからうか」などととして、「保護範囲」論を先行させることの適切性を主張する。本稿は、この指摘

および裁判所による実際の思考も、本報告で述べるように、暗示的に後者のような順でなされているのではないかと、いうことを考慮している。

(8) 最判二〇〇七(平成一九)年二月二七日民集六一巻一号二九一頁(二九四頁)。

(9) これは、ドイツにおける基本権論の用語でいうと、「基本権主観主義」と「基本権客観主義」の対立にかかわる。保護領域が個人の自己理解に従って方向づけられるとなると、「保護領域は主観的な恣意の権能となってしまう」。そのため、「基本権の構成要件の解釈の際は、客観的考察方法が妥当する」とされている。J・イーゼンゼー・前掲(註2)九一〜九二頁。そのような観点から「一般人」基準を用いるとしても、一般人が当該個人の立場であればどう考えるかという、規範的要素を含んだ「一般人」基準でなければならぬだろう。渡辺康行「公教育における「君が代」と教師の「思想・良心の自由」ジュリスト一三三七号(二〇〇七年)三四頁(註8)。ピアノ判決は、類似の事件を扱うその後の下級審に強い影響を与えた。しかし、そうした下級審も、本文のような最高裁による保護領域判断には従わない傾向がみられることについて、渡辺康行「職務命令および職務命令違反に対する制裁的措置に関する司法審査の手法」法政研究七六巻一・二号(本号)一頁以下を参照。

(10) 最判二〇〇七(平成一九)年九月一八日刑集六一巻六

号六〇一頁（六〇四頁）。

(11) この判決に関して詳細な検討をしたものとして、渡辺康行「集会の自由の制約と合憲限定解釈」法政研究七五巻二号（二〇〇八年）四一三頁以下を参照。

(12) 民集六一巻一号二九一頁（二九四〜二九五頁）。なおこの判決は、本文に続けて、「本件職務命令は、上記のように、公立小学校における儀式的行事において広く行われ、A小学校でも従前から入学式等において行われていた国歌斉唱に際し、音楽専科の教諭にそのピアノ伴奏を命ずるものであって、上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることができない」としている。つまり、四つの類型の制約行為を示した上で、本件ではいずれにも該当しない、という。本文で挙げた一つの制約類型が、第三類型の一部としてでているのであるが、本文とこの四類型論はいかなる論理的関係にあるかが不明である。また、原告が問題としていた、外部的行為の強制による思想・良心の自由の制約が扱われていないことにも疑問がある。

(13) 調査官の解説によると、本判決も外部的行為が一九条の保護領域に入る可能性を否定しているわけではない、とされている。本件職務命令は、「Xの歴史観ないし世界観

という、いわばXの内心の核心部分を直接否定するような外部的行為」の強制ではない、という趣旨だと説明される。森英明「時の判例」ジュリスト一三四四号（二〇〇七年）八四頁。判決文のどこからそう読めるのかという疑問はさておくとしても、この説明に対しては、本件におけるXの考え方がなぜ「内心の核心部分」に入らないといえるのか、という疑問が再び生ずる。最高裁の本文のような判断と謝罪広告事件判決などとの関係については、渡辺康行「職務命令と思想・良心の自由」法律のひろば六一巻一号（二〇〇八年）六〇頁以下で論じている。

(14) 民集六一巻一号二九一頁（二九五〜二九六頁）。

(15) 民集六一巻一号四二六頁（四四八頁以下）、四五七頁（四六六頁以下）。

(16) 刑集六一巻六号六〇一頁（六〇四頁）。

(17) 民集六一巻一号二九一頁（三〇三頁）。

(18) 刑集六一巻六号六〇一頁（六一二〜六一三頁）。

(19) 刑集六一巻六号六〇一頁（六一七〜六一九頁）。

(20) 例えば、田原裁判官がいう「行動の自由」のなかに「行動しない自由」は含まれないのだろうか。ただし、本文のようにいうことは、田原裁判官の考え方が疑問の余地なく適切だという趣旨ではない。憲法学上、「放任行為」と「憲法上の権利」との区別論は、従来から存在した。その場合、制限に対する正当化は、「権利としての重み」をもっているという理由から、後者のほうが難しいと考えら

れてきたはずである。さしあたり、宍戸常寿「自由と法律」法学セミナー六四二号（二〇〇八年）七一頁以下。

### 三 猿払判決

#### 1 猿払判決の影響力

（1）一九七四年に出された猿払判決は、最高裁の憲法判例のなかでも屈指の重要判決である。ただし、この判決の影響力を正確に把握することは、かなり困難である。ここではその顕著な例として、猿払判決を直接援用している最高裁判決をいくつか拾うことにより、まず状況を大づかみにしておきたい。

猿払判決を直接援用する最高裁判決は、一九七〇年代後半から一九八〇年代初めごろに目に付く。その中にも、いくつかの類型がある。第一は、豊橋郵便局事件に関する最判一九七七（昭和五二）年七月十五日（最高裁判所裁判集刑事二〇五号九七頁）、全通プラカード事件に関する最判一九八〇（昭和五五）年二月二三日（民集三四卷七号九五九頁）、高松簡易保険局事件に関する最判一九八一（昭和五六）年一〇月二二日（刑集三五卷七号六九六頁）など

のような、公務員の政治的行為を理由とする民事上、刑事上の処分が争われた事件に関する判決である。これらは、国公法一〇二条一項などが合憲という、猿払判決による実体判断の結論に依拠している。

第二は、戸別訪問の禁止に関する最判一九八一（昭和五六）年六月十五日（刑集三五卷四号二〇五頁）である。この判決は、後にも触れるように、猿払判決の三基準による違憲審査の枠組みに依拠している。この三基準に依拠する後の判決としては、寺西事件に関する最大決一九九八（平成一〇）年一月二日（民集五二卷九号一七六一頁）がある<sup>21</sup>。

第三の類型が出現するのは、時期は遅くなり、家永教科書第一次訴訟に関する最判一九九三（平成五）年三月一六日判決（民集四七卷五号三四八三頁）がおそらく最初であろう。この判決では、憲法二一条に関する合憲性判断の手法として比較衡量論を述べ、よど号ハイジャック記事抹消事件判決や成田新法事件判決と並べて、猿払判決を先例として挙げている。その後の教科書検定に関する最判一九九七（平成九）年八月二九日（民集五一卷七号二九二頁）、最判二〇〇五（平成一七）年一月一日（判時一九二二号七二頁）も同様である<sup>22</sup>。

(2) 大まかな時期的傾向としては、顕著な影響は、判決が出た後の時期から一九八〇年初めごろまでに見て取れる。この時代には、公務員関係の判例では、猿払判決の結論をそのまま援用するタイプが多くあり、また三基準の判断枠組みに依拠するものもあつた。一九九〇年代以降は、三基準ではなく、比較衡量論の判例として援用する判決が現れるという状況にあつた。この援用の仕方においては猿払判決固有の意味はなくなつてゐるため、以下で猿払判決の影響力を語る際には、この類型は除外しておく。そうすると、領域としては基本的には公務員に関する表現の自由の制限に関する事件で援用されている、といえる。

(3) このことからすると、公務員の政治的行為が久しぶりに起訴された事件において、最近の下級審判決が猿払判決に全面的に依拠しているのはいわば当然として、公務員の懲戒事案であるピアノ判決で猿払判決が援用されることも、全く予想外ではない。これに対して暴走族判決が猿払判決の三基準を持ち出したのは、唐突の感がある。このように判例における猿払判決の影響力は、近年、復活（拡大）傾向にあり、それに伴つて学説においても、猿払判決を再考する論稿は激増している。

そこで、猿払判決の判断枠組みとはそもそもいかなるも

のだったのかを、もう一度確認することにした。

## 2 猿払判決の判断枠組み

(1) 猿払判決は、まず、「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」という、一般的な基準を設定する。そして、その「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、①「禁止の目的（の正当性）」、「②「この目的と禁止される政治的行為との（合理的な）関連性」、③「政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」、という三点から検討するという立場を示した。この事案については、利益の均衡の判断に際して、「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」ない、とされた。<sup>24)</sup>ここが、「間接的・付随的制約」論として注目されてきたところであ

る。

猿払判決の七年後に出された戸別訪問判決は、戸別訪問禁止の、①「目的は正当」であり、②「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り」、③「戸別訪問の禁止によって失われる利益は、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」。以上によれば、公職選挙法一三八条一項は、「合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められ」ない。「このように解することは、意見表明の手段方法を制限する立法について憲法二一条との適合性に関する判断を示した」猿払判決の「趣旨にそとところ」である、と判示した。<sup>26)</sup>

(2) 既に指摘されているところであるが、この二つの判決の判断枠組みは、微妙に異なる。第一に、猿払判決に

おいては、表現の自由に対する「間接的、付随的な制約」にすぎないことは、第三基準の「利益の均衡」の場面で、「表現の利益を低める要因として用いられてい」た。これに対して戸別訪問判決は、最高裁の判例理論は、「意見表明の手段方法を制限する立法について憲法二一条との適合性」を審査する際にはこの三基準を使うという立場だ、ということも述べている。<sup>26)</sup>猿払判決の担当調査官だった香城敏磨も、「直接的規制」と「間接的規制」という類型論を、自由規制立法の合憲性判定のための一般的枠組みとして説明していた。<sup>27)</sup>判決文の文言とは異なるが、猿払判決の真意は、戸別訪問判決と同様に、「間接的・付随的制約」論を、審査基準の設定という場面で、利益の均衡判断という場面との、双方で用いるという趣旨とみることも可能であろう。<sup>28)</sup>もつとも、この三基準を使ったその後の重要判決である寺西判決は、猿払判決と同様な形で、付随的規制論を明示的にはもつぱら利益の均衡判断のところを用いている。<sup>29)</sup>

第二に、猿払判決は、「付随的制約」を、「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」もの、と理解していた。これに対して戸別訪問判決は、戸別訪問の禁止を「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」を防止することなどを目的とするもの、とした。つまり、猿払判決は「純粹言論と行動を伴う言論」の区別論を、戸別訪問判決は「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みえる。<sup>(30)</sup>猿払判決の本来の射程を測る際に、この違いを重要視することも可能だった。しかしその後の最高裁が、この使い分けを意識的に行っているのかは、定かではない。ちなみに寺西判決は、ここでも、「その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして」という猿払判決の定式に回帰した。<sup>(31)</sup>こうした観点からすると、寺西判決が猿払判決の嫡流に位置するようである。<sup>(32)</sup>

### 3 比較衡量論と猿払判決

(1) 最高裁が憲法上の権利制約立法の正当化審査に際して用いている判断手法は、比較衡量である。暴走族判決が、猿払判決と並んで援用している成田新法事件最高裁判決は、その代表例であろう。それによると、「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ぬものではなく、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を較量して決めるのが相当である」、<sup>(33)</sup>とされる。そこで問題となるのは、こうした比較衡量の立場を示す判例と猿払判決の関係をどう理解したらよいか、ということである。

(2) 猿払判決の三基準も、比較衡量の仕方を準則化することをねらいとしたもので、第三基準の利益の均衡は、狭義の比較衡量をするものである。先ほど紹介したように(三一)、最高裁が、家永教科書第一次訴訟判決などにおいて、比較衡量論判例の代表として猿払判決を挙げていたのも、そのような趣旨だと思われる。では、最高裁は成田新法判決型の定式化をする場合と猿払判決型の定式化をする場合を、いかに使い分けているのだろうか。

一つの考え方として、猿払判決は「純粹言論と行動を伴う言論」の区別を前提としているかにみえることに、着目できるかもしれない。猿払判決の三基準は、典型的に「行動を伴う言論」を「間接的、付随的」に規制する立法の審査のために使うのであり、だからこそ最高裁は、典型的に「行動を伴う言論」である暴走族の集会を「間接的、付随的」に規制する条例の審査に際して、猿払三基準を持ち出

してきたのだ、という説明の仕方である。しかし、本当に最高裁は、これまで「行動を伴う言論」の「間接的、付随的」制約の合憲性審査に際して猿払三基準を適用してきたといえるか。例えば、猿払判決の翌年に出された徳島市公安条例事件判決は、「行動を伴う言論」であるデモ行進規制の事案であったが、この三基準を用いてはいない。<sup>(34)</sup>

さらに射程をしぼって、この三基準は、本来的には、公務員関係における典型的に「行動を伴う言論」に対する「間接的、付随的」制約の事例にのみ当てはまるものだったのかもしれない。しかし、三基準が猿払判決の原型どおりに用いられた寺西判決の事案もそういうものではなかったのではないか。このように考えると、最高裁は、一般的な比較衡量の枠組みで事件を処理する場合と、猿払判決の三基準によって処理する場合を、どのように区別しているのか、理解することはかなり困難である。<sup>(35)</sup>

#### 4 小結

(1) 暴走族判決は、従来、基本的には公務員関係において援用されてきた猿払判決の射程を、大幅に拡大させた。しかし、この判決は、猿払三基準を集会の自由に対する制約が正当化されるかどうかの審査に用いているから、用法

という点では本来的な次元のものであった。

(2) これに対してピアノ判決の事案は、公務員に対する懲戒処分が問題となっていたため、適用領域としては予想可能な範囲内の事例である。しかし、その使われる次元は本来的なものではなかった。この判決は、判決の最後の箇所で、「以上は、当裁判所大法廷判決……の趣旨に徴して明らかである」という文章を置き、四つの大法廷判決を挙げるなかで、猿払判決をも援用していた。この判決が、猿払判決を判決のどの部分の先例としたのかは、明確ではない。しかし、最も可能性があるのは、この判決が、「上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求め、内容を内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできない」、と判示している部分が猿払判決を踏まえている、というものである。つまり、最高裁は、思想・良心の自由の保護領域を、基本的に「歴史観ないし世界観」に限定した上で、当該職務命令はそれに対する「間接的・付随的制約」にすぎないと位置づけたのではないかと、と思われる。

ピアノ判決は、表現の自由に関する事案に用いられた猿払判決の判断枠組みを、思想・良心の自由の場面に移転し

ている。しかも、法律の合憲性審査のために用いられた判断枠組みを、職務命令の合憲性審査のために転用している。しかし、それ以上に注目されるのは、猿払三基準は、公務員の行為が二一条の保護領域に入っていることは当然とした上で、制約の仕方が「間接的・付随的」だということと理由として、制約に対する正当化審査の仕方として提出された枠組みのほざだということである。これに対してピアノ判決は、ピアノ伴奏を拒否する行為は思想・良心の自由の保護領域に入っていないことを述べた文章に続けて、補足的ないし駄目押しの、本件職務命令は、「間接的・付随的制約」だから「直ちに」思想・良心の自由「それ自体」を否定するものではない、と論じた。これが保護領域に関する判断なのか、制約の判断なのか、必ずしも明らかではないが、少なくとも正当化の審査ではない。こうした、ピアノ判決における猿払判決の判断枠組みの使用場面に關する転換(あるいは誤用)にも注目すべきである。<sup>37)</sup>

- (21) 寺西判決に関しては、渡辺康行「裁判官の身分保障―裁判官の分限事件」木下智史ほか編著『事例研究 憲法』(日本評論社、二〇〇八年)二二二頁以下。また、明示的に猿払三基準を用いているわけではないが、生徒会誌

回想文切り取り命令事件に関する最判二〇〇四(平成一六)年七月一五日判時一八七五号四八頁が猿払判決を先例として援用している趣旨は、三基準に拠って判断すれば当該職務命令は合憲だ、というものだと思う。同判決について、渡辺康行「表現の自由・教育の自由―教師の生徒会誌への回想文に対する切り取り命令」大沢秀介ほか「憲法事例演習教材」(有斐閣、近刊)を参照。

- (22) 猿払判決の影響力については、市川正人「合憲性判断基準論」法律時報編集部編『新たな監視社会と市民的自由の現在』(日本評論社、二〇〇六年)一四八頁以下。

(23) 目黒社会保険事務所職員事件に関する東京地判二〇〇六(平成一八)年六月二九日法律時報編集部編・前掲八一頁以下、国公法・世田谷事件に関する東京地判二〇〇八(平成二〇)年九月一九日判例集未登載。

- (24) 最大判一九七四(昭和四九)年一月六日刑集二八巻九号三九三頁(三九九、四〇一頁)。

(25) 最判一九八一(昭和五六)年六月一五日刑集三五巻四号二〇五頁(二〇七、二〇八頁)。近年の最高裁でも、この判決が戸別訪問に関する先例として参照されている。最判二〇〇二(平成一四)年九月九日判時一七九九号一七四頁。

- (26) 松井幸夫「政治的表現と表現の手段方法」島大法学二六巻一号(一九八二年)七五頁、山口和秀「戸別訪問禁止規定と最高裁」岡山大学法学会雑誌三三巻三号(一九八四



(年) 三〇三頁、三二〇頁。このような判断の前提に、類似の立場をとった先行する下級審諸判決(香城裁判官が陪席として関与したものを含む)があることについて、奥平康弘「なぜ「表現の自由」か」(東京大学出版会、一九八八年)一六四頁以下、市川正人「表現の自由の法理」(日本評論社、二〇〇三年)七七頁以下。

(27) 香城敏彦「政治的行為の規制に関する最高裁猿払判決」(一九七七年)、現在、同「憲法解釈の法理」(信山社、二〇〇四年)四八〜四九頁、同「(研究叢) 憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト八三五号(一九八五年)一〇頁以下。関連して、後註35を参照。

(28) 市川・前掲(註22)一四六頁。香城・前掲(註27・研究叢)一四〜一五頁は、付随的規制か直接的規制かを問題とする際には、二つの場合があるという。一つは、「規制のタイプを区別してそれぞれの規制に対応する合憲的な規制の基準を考え」るものである。いま一つは、「失われる国民の側の権利、自由の程度がどの程度かということを判定するために用いる場合」である。

(29) 民集五二巻九号一七六一頁(一七七六〜一七七七頁)  
 (30) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)増補版』(有斐閣、二〇〇〇年)四〇二頁、阪本昌成『憲法2 基本権クレンジック【全訂第三版】』(有信堂、二〇〇八年)一四九〜一五〇頁。

(31) 民集五二巻九号一七六一頁(一七七七頁)。

(32) 本文で述べたことは判断枠組みの定式化についてであり、判断枠組みの事案への適用に際しても、両判決において同一の論じ方がされているということではない。猿払判決の対象は行政公務員であったのに対し、寺西判決の対象は裁判官である。この違いが、「禁止の目的」および「この目的と禁止される行為の関連性」についての両判決の行論に相異をもたらしていることについて、宍戸常寿「特別の公法上の関係」法学セミナー六四七号(二〇〇八年)八一頁。

(33) 最大判一九九二(平成四)年七月一日民集四六巻五号四三七頁(四四一〜四四二頁)。

(34) 最大判一九七五(昭和五〇)年九月一〇日刑集二九巻八号四八九頁。この判決における岸盛一裁判官の補足意見は、本文の区別を意識しつつ、次のように述べていた。「表現活動に対して、法令による規制がなされる場合に、それが憲法二一条に違反するか否かを判断するにあたっては、その目的が、表現そのものを抑制することにあるのか、それとも当該表現に伴う行動を抑制することにあるのかを一応区別して考察する必要があると考える。もとより、すべての表現活動は、なんらかの意味において行動を伴うものともいえるのであるから、この区別は、表現活動を表現そのものと行動を伴う表現に截然と二分して憲法上の保障に差等を設けようとするものではない。それは、規制の目的を重視し、表現そのものがもたらす弊害の防止に規制

の重点があるのか、もしくは表現に伴う行動がもたらす弊害の防止が重点であるのかを識別したうえで、規制の合憲性を厳密に審査する必要があるとの見地から、右の区別をしようとするものである」。猿払判決もそのような考え方をとっていた。（ちなみに岸裁判官は、猿払判決では多数意見に加わっていた。）その上で、徳島市条例は、「行動のもたらす弊害の防止を目的とするものとする」。また「表現そのものと行動に伴う表現を一応区別して考える当裁判所の従来の判例を維持したい」という考えは、多数意見もとっており、それを支持したい、という（五〇九〜五一四頁）。

また、猿払判決に関する香城解説も、徳島市公安条例事件判決の「合憲判断を支えた実質的根拠は、公安条例が行動のもたらす弊害の防止を目的とするものであり、したがって不許可の対象とされるような集団行動を規制しても憲法二一条に違反するものではないという点にあった」とする。同・前掲（註27）八四頁。しかし、そうであるならば、なぜ猿払判決の三基準により判断されなかったのだろうか。ちなみに香城解説について、芦部信喜「憲法訴訟の現代的展開」（有斐閣、一九八一年）二七〇頁は、次のように批判する。「これは確かにオプライエン・テストの意味をよく理解した上での立言といえるが、『言論プラス』の表現行為の非言論的要素（行動の要素）を言論的要素（表現の要素）と区別した上で、前者に対する規制を付随的制

限だという理由から劣位の保障しか与えられないものとして合憲と解する考え方自体に、やはり大きな疑問が残る。」<sup>(35)</sup> 香城理論による判例の理解の仕方こうである。香城理論は、利益衡量のあり方を、消極規制・積極規制、直接規制・付随的規制という二つの軸で類型化する。「消極規制とは……制約対象行為自体が除去されるべき弊害をもたらすところから、その行為を制約すること自体が制約利益になる場合の規制」である。「積極規制とは……その行為を制約すること自体が制約利益ではなく、他に制約利益があり、これを実現するための一つの手段としてその行為を制約する場合の規制」である。これに対して、「直接規制とは、憲法上の人権の行使を否定すること自体に規制の目的が置かれている場合」である。「付随的規制とは、人権の行使自体を否定することではなく、それに伴う行為を制約することに規制の目的が置かれているが、行為の規制に伴って付随的に人権の行使も規制される結果になる場合」である。直接規制でかつ消極的規制の例としては、よど号ハイジャック記事抹消事件判決が挙げられる。付随的規制でかつ消極規制の例は、成田新法判決や猿払判決である。付随的規制でかつ積極規制にあたるのが、戸別訪問判決である。香城敏彦「人権に関する判例理論」（一九八三年）、現在、同・前掲（註27）二九頁以下。

猿払三基準の判断枠組みを使った、猿払判決と戸別訪問判決が異なった類型に分類されていること、異なった判断

枠組みが使われていると思われる猿払判決と成田新法判決が同一の類型とされていることが注目される。そのため香城理論によっても、本文の疑問は説明されていない。なお、猿払判決は、「弊害の防止というよりは、それとは別の目的である『政治的中立性の維持』という点に重点がある」というのである。そうだとすれば、これは積極規制というべきではないか、という疑問はしばしば出されてきた。高橋和之「審査基準論の理論的基礎(下)」ジュリスト一三六四号(二〇〇八年)一一九〜一二〇頁。なお、香城理論を営業の自由に関する場面で批判的に分析している、棟居快行『人権論の新構成』(信山社、一九九二年)二二四頁以下も参照。

(36) 民集六一卷一頁二九二頁(二九四頁)。

(37) 渡辺・前掲(註13)六二〜六三頁。

#### 四 正当化の審査

##### 1 比例原則

(1) 先ほど紹介した三段階審査理論において、正当化には二つの仕方があると考えられている。主要な役割を演ずるのは、「実質的正当化」である。「実質的正当化」とい

う判断手法の基本軸は、目的・手段審査である。まず、基本権を制約するための目的が正当かについて審査される。正当な目的としては、「衝突する第三者の基本権」と「憲法的地位を備えた他の法的価値」の保護が挙げられる。しかし、この目的審査は、正当でない目的をはじくという、消極的な審査にとどまる。したがって、審査の重点は、手段審査に置かれる。ここで用いられているのが比例原則である。比例原則は、伝統的には行政法(とりわけ警察法)の領域で用いられてきたが、ドイツでは第二次大戦後、憲法の領域でも盛んに使われるようになった<sup>38)</sup>。もともと、比例原則は、人間の尊厳や人格権の内密領域のように、絶対的に保障されると理解されている法益については適用されない、とされている<sup>39)</sup>。

比例原則の理解の仕方も様々だが、現在の標準的な整理によると、次の三つの要素からなる。第一は「適合性」であり、制約目的を達成するための手段として、当該制約手段が実際に役立つかを、事実に照らして判断する。ただし、この判断も、目的達成のために何の役にも立たない手段だけが適合性の原則に反すると理解されているため、消極的な審査にとどまる。第二の要素は「必要性」であり、制約目的達成のためには他にもっと緩やかな手段がないか、を

審査するものである。この必要性の審査も、事情に応じて、審査密度が変化する。第三は「狭義の比例性（均衡性）」であり、規制によって得られる利益と規制によって失われる利益の比較衡量が求められる。その結果、後者があまりにも大きいと判断された場合は、当該規制は比例的ではない、として正当化されないことになる。<sup>40)</sup>

(2) 日本における最高裁の判例理論は、自由規制立法の合憲性審査の大枠として、立法目的の正当性（あるいは公共の福祉適合性）と、その目的達成のために採用された手段の「必要性」と「合理性」を審査する、という定式を用いてきた。ここでいう手段の「合理性」は、比例原則における「適合性」にほぼ相当し、「必要性」は、比例原則という「必要性」と比較可能なものであるから、最高裁の判例理論を、比例原則を基礎にしているものと読む見解が出てくることは自然である。<sup>41)</sup> もちろん、大枠としての手段の「必要性」と「合理性」審査は、常に同じ密度で行われるのではなく、例えば先に引用した成田新法判決の言い回しを借りると(三三(一))、「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」によって変化する。換言すると、最高裁の判例理論において比較衡量の考慮諸要素とされたも

のは、比例原則の審査密度を規定する諸要因として読み替え可能ではないかというのが、本報告の見方である。<sup>42)</sup>

## 2 比例原則、猿払三基準、比較衡量

(1) では、先ほど扱った猿払判決の三基準と比例原則は、いかなる関係にあるのか。一見したところ、比例原則も猿払三基準も三つの構成要素から成り、また、全体が比較衡量の準則化を図っていると同時に、第三基準で狭義の比較衡量を要素としていることから、近似性があるように捉えられるかもしれない。

しかし、①比例原則はもっぱら手段審査にかかわるのに対し、猿払三基準は、第一要素が目的審査であり、第二および第三要素が手段審査に関している、という違いがある。しかし、より重要な違いは、②比例原則は第二要素で「必要性」審査を要求しているのに対し、猿払三基準の第二要素は「合理的関連性」という緩い審査が要求されているにとどまる、ということにある。<sup>43)</sup>

なお、前述したように(三三(一))、猿払判決も、一般的定式としては、「合理的で必要やむをえない限度」かどうか、という基準を採用していた。一般論として「必要性」の原則を述べておきながら、具体的基準としては「合

理的関連性」しか要求しないことには、この判決の「論理的破綻」が指摘されるところである。<sup>44</sup> 最高裁は、比例原則的な考えを基本としながらも、表現の自由に対する「間接的、付随的規制」の事例に関する審査密度は猿払三基準の程度で足りる、と考えていたのかもしれない。しかし、これまで繰り返し指摘されてきたように、この事案は表現の自由の保護領域に入る行為（ビラはり）に対する直接的規制がなされたものとみるべきであるため、そのような緩い審査密度により判断することは問題であったと思われる。<sup>45</sup>

(2) 猿払三基準に対しては、これまで様々な批判がなされてきた。ここでは二つの指摘を取り上げる。第一に、目的審査と手段審査を行ったあとで、さらに比較衡量を行うという審査枠組みは不可解だ、という批判がある。つまり、目的審査の次元で「公益」の重要性が承認されたとしても、さらに「自由」制約の手段が「公益」目的を実現するために必要不可欠かどうかなどを二枚腰で審査するのが、手段審査の課題であり、人権価値を織り込んだ比較衡量の枠組みが目的・手段審査であったはずなのに、なぜもう一度比較衡量をするのか、という問いである。<sup>46</sup>

また、この批判の裏返しとなる指摘として、猿払三基準の核心は第三要素にあり、目的の正当性と、手段の合理的

関連性は、利益の均衡審査を行うために必要な手順を独立させたにすぎず、結局、猿払三基準は個別的利益衡量論にすぎない、という見解も出されている。<sup>47</sup>

(3) こうした批判は、潜在的には、比例原則にも向けられているのかもしれない。しかし、比例原則における必要性審査は、「制約目的達成のためには、その手段しかないのか、他にもっと緩やかな手段がないのかどうかを判定する」という、「手段間の比較」である。これに対して、狭義の比例性審査は、「利益と利益の比較衡量」だとされる。<sup>48</sup> このような説明からすると、第一の批判とは異なり、目的・手段審査をした後で、もう一度比較衡量をする意味はある、ということになるだろう。

比例原則によると「二重の基準論以前の比較衡量論への先祖返りになってしまう」のではないか、という懸念はおそらく一般的にある。また、この点はドイツ憲法学においても、見解が分かれているところにかかわる。一方では、シユリンクのように、質的な価値判断を必要とする法益間の比較衡量は立法者の役割だとして、狭義の比例性原則を放棄（又は限定）することを主張する見解がある。これに対して、連邦憲法裁判所による衡量を正面から認めた上で、それを合理化しようとする立場もある。このドイツにおけ

る判例・通説的な見解からは、シュリンクは必要性審査に負担をかけすぎているとか、必要性審査において隠れて価値衡量を行っているのではないか、といった批判がなされてきた。<sup>50)</sup> さらに、裁判所が狭義の比較衡量を行うことを承認する立場からは、ドイツにおける連邦憲法裁判所も様々な準則を立てており、「個別事例を顧慮した衡量は、個別事例に引きずられた、場当たりのな衡量ではない」、<sup>51)</sup> とも論じられる。

日本において比例原則の思考を判例理論の基礎にすえて審査基準を再構築しようとするとしても、狭義の比例原則を認めるか否かによつて様相はかなり異なってくる。本報告は、さしあたりそれをも組み入れる理解をとつておきたい。<sup>52)</sup>

(4) 日本における判例理論の基本的立場は、「基準を定立して自縄自縛に陥ることを忌避する」ものとされている。<sup>53)</sup> 審査密度が、先ほど述べたように、「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」によつて変化する比例原則の柔軟性は、その点でも最高裁の立場に親和的である。これに対し従来の憲法学は、そのような立場を「比較の基準が明確でなく、また秤の重みが権力の側に傾く可能性が

高い」としてきらつてきたことからすると、<sup>54)</sup>（とりわけ第三基準をも含めた形で）比例原則を基礎として判例を読み直そうとする立場は、受け入れ難い思考だとされるのである。<sup>55)</sup> しかし実際には、どちらの手法をとつたとしても、結論に大きな差はでない。おそらく、ここは最終的には「戦略」の問題である。<sup>56)</sup> 学説は、判例を外側から批判していくべきか、判例理論を内在的に理解した上で、それを再構成していくべきか、という選択である。いずれの立場も重要であることは、言うまでもない。しかし、従来の憲法学は外在的批判にあまりにも傾斜しすぎていたため、実務との距離が遠くなりすぎたというきらいがあるのではないか。そのことにかんがみて、従来とは別の手法をとること

の実際上の有効性を確認しておいてもよいように思われる。

### 3 「形式的正当化」としての「明確性（漠然性のゆえに無効）の理論」「過度の広汎性の理論」

(1) 三段階審査理論は、これまで扱ってきた「実質的正当化」と並んで、「形式的正当化」という審査手法も用意している。「実質的正当化」の審査をどのように行うとしても、それを補充するものとして、「形式的正当化」の役割を論じておく必要がある。「形式的正当化」の要素と

しては、従来、主に、法律の留保理論が紹介・検討されてきた。しかし、「明確性の理論」「過度の広汎性の理論」もそのようなものと位置づけることができる。<sup>57)</sup>これらの理論の役割を再認識させたのも、暴走族判決であった。

(2) 暴走族判決では、むしろ、この問題が主たる論点であった。暴走族判決のこの点に関する特色は、さしあたり二つある。従来、最高裁は「明確性」と「過度の広汎性」の理論を明確に区別して論じていない、とされてきた。<sup>58)</sup>確かに、札幌税関検査事件最高裁判決でも、福岡県青少年保護育成条例事件判決でも、「広汎又は不明確の故に違憲無効ということとはできない」といった、両者を併記する言い回しがなされた。しかし、最高裁が両者の違いを意識していないというのは、些かいいすぎであろう。とはいえ、明確に区別していたともいいがたいところがあった。

その点では、暴走族判決は画期的と評してよいのかもしれない。この事件の一番・二審とも、論点を条例一六条一項一号「公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集ま又は集会を行うこと」という文言などの「明確性」の問題として受け止めた上で、それを退けたものであった。上告理由も、条例の文言の不明確性をまず主張していた。これに対して最高裁は、「文言が不明確とはいえないから、所論

は前提を欠く」と簡単に答えた上で、中心的論点をむしろ、条例二条七号における「暴走族」の定義の文言や、一六条などによる禁止行為の対象の文言からして、条例の適用範囲が過度に広汎ではないか、という点においた。このように二つの理論をはっきり区別して論じたというのは、判例史上ほとんど例をみないものと思われる。<sup>59)</sup>

(3) 暴走族判決の多数意見は、条例の文言を「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例二条七号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られる」と、合憲限定解釈した。<sup>60)</sup>

最高裁の判例において、合憲限定解釈をする際に要件を設定する先例はよく知られている。その一つは、徳島市公安条例事件判決である。そこでは、「ある刑罰法規があまり不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうか」は、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれる

かどうか」によって決定されるべき、とされた<sup>65</sup>。もう一つは、札幌税関検査事件判決である。この判決は、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許される」場合について、「その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるとでなければならぬ」という要件を立てた<sup>64</sup>。刑法学では徳島市公安条例判決が、憲法

学では税関検査判決が先例として扱われることが多い。ところが暴走族判決は、前述したような合憲限定解釈をする際に、こうした要件には言及していない。もつとも、これは暴走族判決の特徴ではない。むしろ、札幌税関検査事件判決以降、合憲限定解釈をした最高裁判決は多いが、要件に言及しながら判断した判決を探すことはむしろ難しい。福岡県青少年保護育成条例事件判決が、前年（一九八四年）に下された税関検査判決の二要件を下敷きにして

このような判断をしているのが目に付く程度である<sup>65</sup>。

裁判官の補足意見と藤田裁判官の反対意見が、正反対の結論を導いているが、札幌税関検査事件判決の二要件に依拠しながら論じていたことは、例外的である。さらにこの判決では、田原裁判官の反対意見が、「その法律（条例）の立法目的、対象とされる行為に対する規制の必要性、当該法律（条例）の規定それ自体から、通常人の判断能力をもって限定解釈をすることができる可能性、当該法律（条例）が限定解釈の枠を外れて適用される可能性及びその可能性が存することに伴い国民（市民）に対して生じ得る萎縮的効果の有無、程度等を総合的に考慮し、限定解釈をしてもその弊害が生じ得ないと認められる場合に限られるべき」という新たな基準を提唱した上で、条例の文言が「過度に広汎」だと判断していたことにも注目できる<sup>66</sup>。

(4) 以上のように、暴走族判決において、結論はともあれ、最高裁が久方ぶりに、法律（条例）の「過度の広汎性」いかんを真剣に検討したことは重要である。集会の自由に対する制約の「形式的正当化」の一つとして「明確性」や「過度の広汎性」の理論が果たす役割には限界がある。しかしこの判決が、判例実務においてこれらの理論にそれ相応の位置が与えられるきっかけとなることを期待したい<sup>67</sup>。



## 4 小括

では、本節で扱った正当化審査の手法を、例えばピアノ判決の事例に適用すると、いかなる判断方法がなされるのか。ここでも注目できるのが藤田反対意見である。この反対意見は、先にも触れたように(二五)、思想・良心の内容を、「君が代」の斉唱をめぐり、学校の入学式のような公的儀式の場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに對する否定的評価(従つて、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし信条)」といった側面をも含むものとみる。その上で、上告人の考え方が一九条により保障されるとすれば、そのような者にピアノ伴奏を強制することは「信念・信条そのものに対する直接的抑圧」となる、とする。したがって、その正当化については、職務命令によつて達せられようとしている公共の利益の具体的内容を明らかにした上で、思想・良心の保護の必要との間で「慎重な考量」がなされなければならない、とした<sup>(68)</sup>。この論旨は、職務命令の「必要性」と、「利益の均衡性」の審査密度を、「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」を考慮して厳格化するといふものだと思う。つまり、藤田反対意見は、法律では

なく職務命令についてはあるが、比例原則の思考に基づいてその憲法適合性を審査したものと位置づけることができるのではないか。<sup>(69)</sup>

(38) 比例原則に関する行政法学による近年の研究として、須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能(一)〜(三)・完」東京都立大学法学会雑誌三一巻二号(一九九〇年)三二七頁以下、三二巻一号(一九九一年)五〇一頁以下、三二巻二号(一九九一年)一〇一頁以下、同「比例原則」法学教室二三七号(二〇〇〇年)一八頁以下、高木光「比例原則の実定化」樋口陽一・高橋和之編『菅部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣、一九九三年)二〇九頁以下、山下義昭『「比例原則」は法的コントロール基準たりえるか(一)〜(三)・完』福岡大学法学論叢三六巻一―二二三号(一九九一年)一四六頁以下、三八巻二二三三―四号(一九九四年)一八九頁以下、三九巻二号(一九九五年)二四三頁以下、亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室三三九号(二〇〇八年)三七頁以下など。

(39) 小山・前掲(註3)八三頁。

(40) 以上について、さしあたり、松本・前掲(註2・理論)五四頁以下、ピエロート/シュリンク・前掲(註2)九四頁以下、クラス・シュテルン(小山剛訳)「過度の侵害禁止

（比例原則）と衡量命令（一）（二・完）名城法学四四卷二  
号（一九九四年）一五三頁以下、四四卷三号（一九九  
五年）一二五頁以下など。

（41）石川健治、「法制度の本質と比例原則の適用」L.S憲法  
研究会編『プロセス演習 憲法（第3版）』（信山社、二〇  
〇七年）二九三頁以下、宍戸常寿「目的・手段審査」法学  
セミナー六四四号（二〇〇八年）八六頁以下、小山・前掲  
（註6）八二頁以下など。この立場では「必要性」の審査  
に重点が置かれることになる。ちなみに、最高裁では「立  
法目的に合理性があり、その目的達成の手段が「必要かつ  
合理的」なものであるかを審査するという手法を採るのが  
一般的である」とした上で、「問題は規制手段の合理性の  
中身としての程度のものを要求するのか、どこまで立法  
事実に入り込んで合理性の判断を行うかという点にあり、  
この点については、事柄ないし権利の性質に応じた対処が  
なされている」、という調査官による解説がある。菅野博  
之「解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成九年度  
（上）』（法曹会、二〇〇〇年）四七二頁。これは新連座制  
の合憲性にかかわる最判一九九七（平成九）年三月三日  
民集五一卷三号一四五三頁についての解説であるが、「合  
理性」の審査に重点が置かれているという理解である。

（42）本文で述べたことは、石川健治が「立法裁量に対する  
裁判所の統制の密度を左右するのは、具体的な規制の目  
的・対象・方法等の性質・内容に照らして抽出される、「事

の性質」如何だ」とするのと同趣旨である。同・前掲（註  
41）二九三頁。この論文は、「少なくとも経済的自由に関す  
る限り」という慎重な留保を付したものであったが（二九  
二頁）、精神的自由に関しても同様なことが妥当している  
ものと思われる。

（43）石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」法学教室三  
四〇号（二〇〇九年）五九頁、渡辺・前掲（註11）四四八頁、  
小山・前掲（註6）八五〇八六頁。

（44）近年では、石川・前掲（註41）二九四頁。なお、長岡徹  
「公務員の政治的行為の自由と『合理的関連性の基準』初  
宿正典ほか編『国民主権と法の支配・佐藤幸治先生古稀記  
念論文集（下巻）』（成文堂、二〇〇八年）二四五頁は、猿  
払判決の「合理的で必要やむをえない」という定式は、  
「当時の判例・学説の対立を前提にすれば」、第一に、「必要  
最小限度の原則」を否定したことにあり、第二に、「全農  
林警職法事件最高裁判決が行ったと同じ基準で違憲審査と  
行うとの宣言である」という。そのことを前提とした上で  
も、この定式は一般的なものであり、その審査密度は個々  
的な事情によって変動しうるものであること、薬事法判決  
や泉佐野市民会館判決などでは、この定式が実際により厳  
格な形で適用されていたことも忘れるべきではないだろう。

（45）高橋和之「公務員の『政治的行為』と刑罰」高橋・長  
谷部・石川編『憲法判例百選Ⅰ（第5版）』（有斐閣、二〇  
〇七年）三三三頁、長谷部恭男「憲法 第四版」（新世社、

- 二〇〇八年)一四五―一四六頁など。
- (46) 佐々木弘通「猿払事件判決批判・覚書」成城法学七七号(二〇〇八年)五七頁以下。
- (47) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリスト一三六三号(二〇〇八年)七一頁。
- (48) 松本・前掲(註?)・理論)五九頁以下。
- (49) 宍戸・前掲(註41)八六頁。
- (50) 渡辺康行「憲法」と「憲法理論」の対話(六・完)国家学会雑誌一一四卷九・一〇号(二〇〇一年)二六頁以下。
- (51) 小山・前掲(註3)八八頁。
- (52) 従来の違憲審査基準論から拒否反応が少ないのは、シュリンク的な理解のほうであろう。しかし本報告は、むしろ、日本における判例の立場との接合可能性や、行政法学における比例原則論との連携を意識する必要性などを考慮している。
- (53) 千葉勝美「解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成四年度』(法曹会、一九九五年)二四二頁、前田巖「時の判例」ジュリスト一三五〇号(二〇〇八年)八七頁。
- (54) 芦部信喜『憲法学II 人権総論』(有斐閣、一九九四年)二〇八頁以下。
- (55) 高橋和之・前掲(註35)一二二頁は、比較衡量論と審査基準論について、総括的に次のようにいう。「違いは、利益衡量論がどの利益が優位するかの最終的判断を裁判官の主観に委ね、対立する諸利益の性格や程度分析は利益衡

量の準備的手順にすぎないと構成するのに対し、審査基準論は規制される人権が憲法体系において占める位置に応じて厳格度の異なる審査基準を割り振り、その審査基準に従って目的審査・手段審査を行い、その両者をパスすれば『得られる利益』が『失われる利益』に優位し、そのいずれかをパスしなければ『失われる利益』が優位すると考える点にある。これを、高橋は別の論稿では「フィクションを採用」とすると表現している。同「審査基準論」ジュリスト一〇八九号(一九九六年)一七〇頁。ここは、比例原則と審査基準論との考え方の違いでもある。比例原則は、上記のようには想定しないものである。

それならば、比較衡量論と比例原則は何が違うのか。「比較衡量論は、国家権力による人権の制約と、本来同列には論じられない重大な憲法上の原則であるはずの人権保障とを、無造作に同じ秤にかけてしまうことになる。その結果、「人権保障がこれ以上沈んではならない」という最低線を不明確にする危険性が高い」。石川健治「自分のことは自分できめる」樋口陽一編『ホーンブック憲法(改訂版)』(北樹出版、二〇〇〇年)一七四頁。これに対して「目的・手段図式」をとることににより、「ある立法目的のために一定の法益を侵害すること自体はやむを得ないとしても、せめて可能な限り侵害の程度の軽微な規制『手段』を採用することにより、被侵害利益とその侵害によって獲得される法益の両者にとって、最適の解に近づくことができ

- る」(一七七頁)、と説かれていることが参考となろう。
- (56) 宍戸常寿「二重の基準または審査密度」法学セミナー 六四五号(二〇〇八年)七九頁。高橋和之「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義六〇巻七号(二〇〇九年)一一二頁は、「比例原則の考え方よりはアメリカの審査基準論の方が、理論として優れている」と論ずる。これに対して本報告は、理論としてどちらが優れているかという視座はとっていない。
- (57) ピエロート/シュリンク・前掲(註2)一〇三頁。ただし、同書は、「形式的正当化」という用語は使っていない。
- (58) 芦部・前掲(註30)三九七頁、戸松秀典「憲法訴訟」[第2版](有斐閣、二〇〇八年)三二九頁。
- (59) 最大判一九八四(昭和五九)年二月二日民集三八巻二二号一三〇八頁(一三二五頁)。
- (60) 最大判一九八五(昭和六〇)年一〇月二三日刑集三九巻六号四一三頁(四一六頁)。
- (61) 渡辺・前掲(註11)四二一頁以下。
- (62) 刑集六一巻六号六〇一頁(六〇四頁)。
- (63) 最大判一九八五(昭和五〇)年九月一〇日刑集二九巻八号四八九頁(五〇三頁以下)。
- (64) 民集三八巻一一号一三〇八頁(一三二二頁以下)。従来の判例における合憲限定解釈について、さしあたり、戸松・前掲(註58)二三四頁以下。
- (65) ただし、この判決では、先の基準が、法文の明確性でなく、限定解釈の明確性を判断する際に用いられている。前田雅英「現代社会と実質的犯罪論」(東京大学出版会、一九九二年)五一頁以下。
- (66) 刑集六一巻六号六〇二頁(六二〇頁)。合憲限定解釈については、渡辺・前掲(註11)四一四頁以下のほか、飯田稔「法令の合憲限定解釈とその要件」亜細亜法学四三巻一号(二〇〇八年)一一九頁以下、橋本基弘「合憲限定解釈の限界」法学新報一一五巻五・六号(二〇〇八年)一頁以下、宍戸常寿「文面上判断と合憲限定解釈」法学セミナー 六五二号(二〇〇九年)七八頁以下など、この判決をきっかけとして多くの論稿が出されている。
- (67) その後の最高裁判決で、規範の明確性が争点となった事件としては、世田谷区清掃・リサイクル条例事件、最判二〇〇八(平成二〇)年七月一七日判例集未登載がある。この事件は、表現の自由とはかかわっていないこともあつてか、最高裁はごく簡単に「不明確とはいえない」と判示している。さしあたり、駒村圭吾「古紙持ち去りと刑罰法規の明確性」法学教室三四二号別冊付録「判例セレクト二〇〇八」(二〇〇九年)一〇頁、嘉間優「世田谷区清掃・リサイクル条例三二条の二、七九条一号は犯罪構成要件として明確であるとされた事例」速報判例解説—TKCローライブラリー刑法No.32 [z18817009-00-070320272]
- (68) 民集六一巻一号二九一頁(三〇二―三〇三頁)。
- (69) 渡辺・前掲(註9・職務命令)二〇頁以下。なお、須藤

陽子「比例原則と違憲審査基準」立命館法学三二一・三二二号（二〇〇九年）一六三―頁は、おそらく本報告を念頭に置きつつ、ピアノ判決のような事例では「比例原則が違憲審査基準として機能することが困難」だ、と論じている。同論文は、ピアノ判決を公務員の懲戒処分に関する裁量統制の事例として扱っている。しかし、この最高裁の判断対象は、職務命令の憲法適合性であり、本報告もこの点について比例原則による審査を模索していることを見落としているように思われる。

## 五 結び

本報告は、自由権に関する三段階審査理論を基本において、保護領域と制約の審査に関してはピアノ判決を主な素材とし、正当化の審査については暴走族判決を主な素材として、論じてきた。そのため、「憲法訴訟の現状」を語るという課題からは、ややアクセントをつけすぎたものとなったかもしれない。しかし、このような考察を通じて、三段階審査理論の有用性をわずかながらでも示すことができたのではないかと思われる。両判決が援用している猿払判決の枠組みには、発想としてはアメリカの憲法判例から

の影響がある。したがって、その枠組みが復活（拡大）する傾向がみられることと、比例原則を基調とするものとして判例を読む試みは折り合いがつかぬのか、という疑問が生じるかもしれない。しかし猿払判決の判断枠組みは、日本的な修正を施したものであるため、折り合いをつけることはさほど難しくはない。しかし、判例における比較衡量論と猿払三基準の定式化の使い分けの仕方という問題は残る。繰り返し指摘されてきた猿払三基準の問題点と本報告で論じた比較衡量論を再構成する可能性にかんがみれば、猿払判決の影響力の拡大には歯止めをかけておく必要がある。この報告で行った、最近の判決が猿払判決を援用する仕方への疑問の提示は、そのような試みであった。