

# 憲法解釈における「憲法の根本原則」の存在意義（一）

——国家機関と憲法研究者との対立をめぐって——

大山 儀 雄

はじめに

二 憲法原則と憲法感覚

三 国家機関と憲法研究者との対立的憲法問題

はじめに

一九四七年五月三日に日本国憲法施行以来半世紀有余経過した。その憲法の前文の第四項で「日本国民は、国家の名譽にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。」といい厳肅に国民自らが憲法の理想と目的の達成を宣誓しているが、ここで言う「憲法の崇高な理想と目的」とは、言うまでもなく、国民主権主義、基本的人権尊重、そして恒久平和主義の根本原則を指している。しかしながら、今日までどれだけの国民がどれだけ憲法の大原則の達成をして来たのであろうか。もちろん、憲法改正や最高裁判所裁判官の国民審査や公務員の選挙以外は、国民自身が直接、憲法の理念と目的の達成に係わるわけではなく、議会制民主政治の下にあっては、主に

国家機関（立法・行政・司法機関）を通じて憲法の根本原則を達成するわけであるが、果たして多数者としての国民が信託した立法・行政・司法の各機関がどれだけ、憲法の理念と目的を達成してきたのだろうか。確かにある分野においては憲法の理念と目的の達成の方向に向かって努力していると言えるものもかなりあるわけであるが、しかし、他面そのような努力も水泡に帰するような憲法の根本原則に反する方向に向かっているようにさえ思われる側面が認められるのである。詳細には逐次後で検討するとして、これまで多くの憲法研究者に指摘され、問題視されてきた主なものを挙げるとすれば、たとえば、立法・行政機関（地方公共団体も含む）においては、憲法制定・公布から今日まで約五十年を便宜的に初・中・後期の三つに分けると、立法・行政機関においては、初期では、国家公務員法一〇二条（一九四七・一〇・二二）、地方公務員法三六条（五〇・一二・一三）及び人事院規則一四一七において一般職公務員の政治的活動の禁止または制限する規定が置かれていたり、公安条例（一九四八・一〇・二〇）において国民の集団行動の自由を公安委員会の一般的許可制にからしめたりするものがあつたり、学校行事に国旗掲揚・君が代斉唱をすすめる行政通達を出したり（五〇・一〇・一七）、任命制教育委員会を発足させたり（五六・一〇・二）、日米安保体制（一九五一・九・八調印、五二・四・二八発効）の確立、防衛二法の制定（五四・六・九）、岸首相の「核保有可能」発言（五七・五・七参議院にて）などは、およそ基本的人権尊重主義の理念や恒久平和主義の理念の達成とは無縁なものである。また中期では、学習指導要領告示により国民の教育の自由を不当に制限したり（五八・一〇・二）、岸首相の「憲法九条廃止」発言があつたり（五八・一〇・一四ZBCにて）、元号法公布（七九・六・六）により明治憲法下の天皇制の復活を企るなどは、基本的人権尊重の理念と国民主権の理念に真つ向から反する方向に向いている。そして後期では、大喪の礼において葬場殿の儀を挙行し（八九・二・二四）、即位の礼において大嘗祭挙行（九〇・二・一二）、国旗及び国歌に関する法律の制定（九九・八・一三）などの一連の行為

は、明らかに基本的人権尊重の理念に反し、PKO法制定(九二・六・一五)、自衛隊海外派遣(カンボジア(九二・九・一七)、モザンビーク(九三・四・二七)、ルワンダ(九四・九・一七))、ガイドライン関係法の制定(九九・五・二八)などは、絶対平和主義の理念の形骸化のダメ押しであるとさえ思われる。

司法機関においては、初期では民主主義の理念に反する尊属殺(平成七年に削除)を合憲とした最高裁判決(五〇・一〇・一一)、国公法一〇二条の公務員の政治的行為の禁止規定を合憲とした最高裁判決(昭三三・三・一一)、四・一六・五・一、昭四九・一一・六)、警察予備隊違憲訴訟で統治行為論により憲法判断を回避した最高裁判決(五九・一一・一六)等は、基本的人権尊重の理念と絶対平和主義の理念に則した裁判とは考えられない。中期では、東京都公安条例最高裁合憲判決(六〇・七・二〇)では、国民の集団行動の自由を否定し、また、東大ポポロ事件で学生の大学自治の主体性を否認した最高裁判決(六三・五・二三)があり、さらに朝日訴訟最高裁判決(六七・五・二四)では、国民の生存権を否定した行政の処分を肯定し、国民の知る権利を軽視した裁判所の博多TVフィルム提出命令を合憲とした最高裁判決(六九・一一・二六)、金権腐敗政治を助長するような八幡製鉄政治献金を合憲とした最高裁判決(七〇・六・二四)、基本的人権の第三者効力を否定した三菱樹脂事件最高裁判決(七三・一一・一一)、猿仏事件において国公法一〇二条の公務員の政治的行為の制限規定を公務員の私的生活においてさえ政治活動することを禁止したものと解し、合憲とした最高裁判決(七四・一一・六)、政教分離原則に反する津市地鎮祭を合憲とした最高裁判決(七七・七・一三)、後期では、堀木訴訟で児童扶養手当法の併給禁止規定(後に改正)を合憲とした最高裁判決(八二・七・七)、長沼基地訴訟で平和的生存権の裁判規範性を否定した札幌高裁(七六・八・五)と最高裁判決(八二・七・七)等もすべて、基本的人権尊重の理念や絶対平和主義の理念とは相いれない裁判と思われる<sup>2)</sup>。

以上のように、形式的には国民から憲法の理念と目的の達成を信託されたはずの国家機関（国会、内閣、裁判所）の行為がなぜ憲法の理念や目的に反すると憲法学界の多数の学者から批判される行為を招来するに至るのであるか。後ほど具体的に検討するが、すくなくとも著者の知る限り、日本の憲法学者の多くは、これまでこれらの問題に関する著書・論文を読む限り、今挙げた国家機関の一連の行為については、憲法の理念に反するとして違憲判断を下している。このような国家の根本法である憲法の重要問題について国家機関の判断と憲法学界（憲法研究者）との分裂現象を、単に、憲法解釈の相違とか、立場・方法論の相違とか、あるいは認識と実践（或いは学問（理論）と実際）とは別だといって片付けることは、一五〇〇年の貴い歴史的経験に基づいて得た人類の叡知としての憲法にとつてはあまりにも空しいことである。すくなくとも右に挙げた問題に関する限り、このままでは合憲説（国家機関側）と違憲説（憲法学界側）との対立が深まるばかりであり、これでは、憲法研究者の違憲説の側からすれば、ますます憲法の形骸化が進み、強いては憲法の崩壊を招くことになりかねないので、このまま放置されてよいわけがないと思うが、形式的民主主義の下でどうすることもできず今日にいたっている。このような現象を放置しておくこと、あるいは国家機関が憲法学界の研究成果を無視する（どの学問的分野においても国家機関は学界の成果を尊重しているにもかかわらず、憲法学界だけは無視されている）ことは、憲法学または憲法学界に対する国民の不信を招き、真理を探求し人類の文化と福祉・平和に貢献せんとする日本の憲法学の存立にもかわる問題でもある。もちろんこの問題だけで憲法学界の過去の憲法学における業績（例えば、比較憲法学や憲法史の分野、しかし、国家によってそれらの業績は、国家行為の合憲説、違憲説の正当化の論拠として利用されこそすれ、その努力は徒労に帰しているといえる。）のすべてが否定されたわけではないことはいうまでもない。そこで、重要な憲法問題に関してだけでも国家機関（政治過程）と憲法学界（憲法学）の多数の学者の研究成果とが合憲説と違憲説という氷炭相容れない形で真っ

向からの対立は、どうして生じるのか、そしてどちらが正しくどちらが誤っているのか、それともどちらとも正しいのか、そしてこの対立は永遠に続き一致を見出し得ないのであるうかなど個々の問題を検討しつつ、若干、筆者の考えを述べることにしたい。

## 一 憲法原則と憲法感覚

### (一) 憲法原則のドクマチズム

具体的な憲法問題についてどうして国家機関と憲法研究者との間にこのような絶対的対立が生ずるかについて、ここで筆者の考えの結論めいたことを云っておくとすると、ある具体的な憲法問題について違憲と合憲といった絶対的対立・差異が生ずる原因は、具体的な憲法問題についての解釈や判断の違いと云うよりも、憲法の基本原則・理念そのものの理解・解釈そしてその前提としての憲法感覚が異なっていることから生ずるのではないかということである。つまり国家機関の憲法の基本原則や理念・目的・原理(以下「憲法原則」という)の解釈や理解は、長い長い国家権力との苦闘を経て体得した鋭い憲法感覚または立憲主義の感覚を基礎としないドクマチズム(独断論)から生ずるということである。憲法問題の判断または解釈の大前提の準則となる基本的人権尊重、国民主権、恒久平和主義の各憲法原則についての理解や解釈が異なっていれば、法学は常に客観的論理的でなければならぬから、憲法の具体的問題の判断・結論も当然に異なってくるといわざるを得ないのである。後に具体的問題について逐次明にするつもりであるが、たとえば、基本的人権の尊重をいいなが、公共の福祉または国益を持ち出して公共の福祉や国益を優先し、基本的人権の過度の制限や侵害を肯定したり、民主主義の尊重をいいつつ、ほとんど審議を尽くさず、形式的多数決で少数者の人権を侵害する法律を成立させたり(最近、制定された「国旗・国歌法」

はその典型、あるいは主権者たる国民の名を利用しなから、その実体は国家権力の利益を優先したり、平和主義の尊重をいいながら、それが相対的平和主義の下に、個々の国民の生命や自由・平等を守るのではなくて、漠然たる国家の防衛のための軍事力が肯定されたりしているのである。つまり、漠然たる国家防衛のための戦争のために、個々の国民の生命・自由・財産（とくに、戦争反対者の生命・自由・財産）が犠牲になることは捨象される。これらは現行憲法の原則についての全くの独断論であり、憲法の根本原則を単に自己主張の正当化のためのイデオロギーとして利用しているにすぎないのである。したがって、このような悲劇的な対立を発生させないためには、憲法の根本原則についての自己のドクマチックで露骨な党利党略に立つた主観的解釈や理解を排して、憲法規範の根本原則についての科学的で客観的な解釈そしてそのための憲法史を踏まえた鋭い憲法感覚を確立すること以外には方法がないように思われる。その方法には、憲法の根本原則のドクマチズムを排するには、まず、憲法の根本原則としての「人間の尊厳」について、国家機関の担当者はもちろんのこと、憲法研究者および広く一般国民が科学的客観的解釈・理解するには正確かつ鋭い憲法感覚を身につけるための徹底した憲法教育をすることしかないと思ふのである。実際、国家機関に従事する者、例えば、憲法九九条に規定する憲法遵守義務を有する国会および地方議会の議員や国家や地方公共団体の行政を担当する者そして法曹界に身を置く者たちがどれだけ鋭い憲法感覚を身につける訓練をしてきたらどうか。選挙に際しても、公務員試験や司法試験においても、政治家、行政官そして司法官として一番大切な資格は鋭い憲法感覚そして徹底した立憲主義の感覚を修練してきたかどうかであろう。それが、現実には、政治家ならば、ジバン、カバン、カンバンが、公務員ならば単なる受験勉強による専門知識が資格要件になっており、憲法原則については単に知識としてしか持っていないのが現状であろう。これまで憲法研究者と共に憲法感覚を身につけるべくどれだけの努力をしてきたであろうか。政治家も公務員も個人としては憲法学界に身

を置くのは自由であるはずであるが、憲法学界に身を置く政治家、公務員は極めて少ない。これでは、同じ憲法感覚および憲法の精神を体得することはできないし、国家機関の担当者と憲法研究者との対立は必然的現象となろう。国家機関の担当者<sup>1</sup>と憲法研究者とが少なくとも同一の憲法感覚を所有していることが、両者の絶対的対立を解消する唯一の方法であり、カギであると思う。そうすれば、具体的憲法問題について、細部の点では多少の見解の差異はあっても(憲法学界でもある憲法問題について合憲か違憲かの結論において一致しても、結論に至る理論的プロセスにおける対立や差異が生ずることは当然あるが)今日のような憲法問題についての結論において極端な違憲判断と合憲判断といった真つ向からの対立・分裂は避けられるように思うのである。それでこそ憲法前文でいう「憲法の崇高な理念や目的の達成」又は憲法の完全実施が可能となるのである。そういう意味において憲法問題の判断・解釈において憲法の根本原則を科学的客観的に認識するための憲法史を踏まえた鋭い憲法感覚または立憲主義の感覚こそが重要であり、憲法判断のすべてを決定するといえよう。そこで以後、今挙げた具体的憲法問題について合憲と違憲の絶対的対立が生ずる原因が憲法の根本原則を科学的客観的に認識するための憲法史に基礎を置く鋭い憲法感覚があるか否かの相違から生じてることを分析かつ証明して行きたいと思う。<sup>3)</sup>

## (二) 憲法の根本原則とは何か

個々の憲法問題について国民的一致を見出すためには、常に、鋭い立憲主義の憲法感覚をもって、個々の憲法問題については、憲法の根本原則に照らして判断する必要がある。徹底した立憲主義の憲法感覚なしに憲法の根本原則について解釈・判断すれば、個々の憲法問題についての解釈や判断も異なることになるから、そこで、まず、憲法前文で国民主権の原理は「人類普遍の原理」であるといひ、基本的人権の尊重の原理も憲法十一条及び九七条に

において「現在及び将来の国民に」保障されたものといい、恒久平和主義の原則についても、憲法前文で「全世界の国民が……平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」といっているように、憲法原則は普遍的でなければならず、人の解釈や判断によってまちまちであってはならないはずであるから、ここで、憲法の根本原則について、国家機関が憲法原則についてあらためて認識を示した例を知らないので、鋭い徹底した立憲主義の憲法感覚を有する多数の憲法研究者の最小限の客観的普遍的認識を簡単に示しておく必要がある。<sup>(4)</sup>

#### (1) 基本的人権尊重の原則

憲法十一条は「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。」といい、学界の通説によれば、前段は、憲法が、すべての国民が人間たることにもとづいて、国家や憲法以前において、すでに成立しているものと考えられる、人間の本質に伴うものとされる『基本的人権』を享有する原理を承認し、これを尊重する方針であることを意味する規定とされる。<sup>(3)</sup>つまり憲法が基本的人権尊重を原則としていることが分かる。しかも、この基本的人権は「人類の多年にわたる自由獲得の成果であって、過去幾多の試練に堪へ……国民に信託されたものである。」(憲法九七条)ということ、つまり、人権の保障が歴史性にこそ裏付けられたものであることを確認すべきである。そしてさらに憲法十三条では、基本的人権保障の理念的前提として、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする。」いい、個人主義の原則の絶対的尊重を国家権力(立法・行政・司法の各機関)に義務づけている。なお、因に、ここでいう「公共の福祉」とは、学界の通説では、人権相互の調整原理にすぎないから、「全体の利益」とか「国家の利益」とかいう漠然とした個人の権利・自由を否定する二律背反的概念ではないことを確認しておく必



要がある。つまり、個人相互の権利・自由の衝突による合理的範囲の必要最小限度の制約はあり得ても、国家や全体との衝突による個人の自由・権利の制約はありえないことである。後者の場合は、常に個人の権利・自由が絶対的に優先するのが基本的人権尊重の原則である。そういう意味では基本的人権の保障の原則は、少数者または弱者保護の原理と言い換えることもできる。従って、国家権力とその行使機関たる立法・行政・司法の各機関は、この絶対的の原則に照らして権限を行使しなければならないのである。

## (2) 国民主権

まず国民主権の「国民」の意味については、老若男女をとわずすべての国民を含む抽象的な漠然とした国民の意味なのか、それとも天皇、未成年者、精神障害者を除く選挙権を有する国民すなわち選挙人団を意味するのかが争いがあるが、国民主権とは、「国政のあり方について最終的かつ最高の決定権が国民にある」という意味であることには争いが<sup>(6)</sup>ない。また、ここで確認しておかなければならないことは、国民の意味が前者であっても後者であっても、国政についての決定が、少数者の意思を無視したものであってはならず、国民全体の意思を尊重したものでなければならぬことについても争いが無いはずである。とくに、基本的人権尊重の原理との関係から、国民の代表者の決定によって国民の一人の基本的人権の侵害も許されないはずである。国民主権、民主主義政治は、とかく、形式的多数決政治に置き換えられるきらいが有るが、それは国民主権の原理とは無縁である。確かに、現行憲法は代議政治において決定方法として多数決の原理を採用しているが、憲法の根本原則（少数者または弱者保護の原則）に反する多数決を保障したわけでもないことも自明である。昔から、民主主義政治は「数の政治」ではなく「質の政治」でなければならぬといわれるのもこのことを意味している。結局、国民主権の原則とは、「人間の尊厳」を内容とする政策を実質的には全国民で決定する政治を内容とするといえよう。

## (3) 恒久平和主義

現行憲法の平和主義は、前文で「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないようにすることを決意し、」といい、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間の関係を支配する崇高の理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。」といつてゐるうちに、絶対平和主義を原則としてゐることは明白であり、これを歴代の自民党政府のような相対平和主義と解することとは誤りであることを確認しておかなければならない。これについては後で具体的憲法問題のなかでさらに確認することに<sup>(7)</sup>する。

以上の憲法原則は、常に三位一体のものとして把握しなければならないことも、憲法学界の通説である。これらの憲法原則は、単なる知識に留まる事なく、過去における我が国が二千年近くの間「人間の尊厳」を否定してきた長い長い歴史を直視したうえで、はじめて得ることができる鋭い憲法感覚を身につけていなければ真に理解することができないものであることを確認しておく必要がある。

## 二 国家機関と憲法研究者との対立的憲法問題

## (一) 国家公務員法一〇二条について

重要な憲法問題のなかで、国家機関と憲法学界の通説と判断が結論において真つ向から対立している問題としてまず第一に挙げなければならないのは、憲法制定後間もなく制定された国家公務員法の一〇二条一項における公務員の政治的行為の禁止をめぐる問題である。ただし、労働基本権の制限については、政治的行為の制限と関連があるが、この問題はこれ自体で一つの論文テーマとなる大きな問題なので次の機会に論ずることにする。

## (1) 立法・行政機関の判断と憲法研究者の判断の対立

周知の通り、現行の公務員制度は、わが国の第二次大戦の敗戦により、天皇絶対主義を基本原理とする明治憲法が廃止されるに伴って、その下にあった天皇や政府に対して絶対的忠誠を義務づけられていた「天皇の官吏」の制度も廃止され、国民主権と基本的人権尊重と恒久平和主義を原理とする現行憲法制定の翌年一九四七年一〇月二一日(法律第一二〇号)に国家公務員法の公布、その翌年の七月一日の施行により、基本的人権を保障された国民(市民)でもある者が、公務員になることによつて、同時に「国民全体の奉仕者」(憲法一五条二項、国公法九六条)としての職務をになうことが、個人としての民主主義を支える基本的人権として一般国民に保障されている「表現の自由(政治活動の自由)」が選挙権の行使を除いてほとんどすべて禁止されてしまうという矛盾する規定をもつ制度(公務員制度)が確立されたのである。

(1) 国家公務員法一〇二条の沿革　しかし、現行公務員法の一〇二条とそれに基づく人事院規則十四―七のような公務員の政治的行為の制限規定が置かれるまでには紆余曲折を経ているのである。すなわち、わが国の第二次世界大戦の敗戦直後の官吏制度の改革は、一九四五年九月二十日の閣議決定「ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」に始まり、それを具体化した一九四五年十一月十三日の閣議決定「官吏制度改正ニ関スル件」があるが、これには旧官吏制度と比べたら多少の進歩も見られるが、徹底した民主的な公務員制度とはほど遠いものであったし、もちろん、まだ公務員の政治的行為の制限規定も存在しなかった。このような日本政府がポツダム宣言の趣旨を理解できず、公務員制度の中途半端な改正をマッカーサーが知り、新憲法の制定とともに、日本の民主改革の一環として封建的全体主義的天皇制官僚を排除し、アメリカ型の近代的公務員制度を樹立すべく日本政府にプレッシャをかけて来ることになった。

それがブレイン・フーバーを長とする合衆国人事顧問団 (United States Personnel Advisory) の公務員制度には、公務員から政治的行為の自由と労働基本権を奪うことを内容とする日本の憲法の理念と相いれない規定を含んだものであったが、当時の日本政府 (片山内閣) は、一方では、「フーバーあての問題点覚書」には公務員のストライキについての肯定的コメントがあるものの、政治的規制についてはノー・コメントであった。<sup>(9)</sup> 他方、一九四七年七月二三日の法案には争議権禁止規定を削除し、人事院規則への白紙委任規定はなかったものの一〇三条に政治的行為制限規定のある国公法案<sup>(10)</sup>があつたが、同年七月三〇日の「総司令部提出原案」では、一〇二条に政治的行為の規制規定を置き、一〇三条 (団結権) はブランクのままにしてある (この点について片山総理の総司令部提出書簡でコメントしてある)。その翌日と八月四日のマーカーカム法制局長官との会談<sup>(11)</sup>を経て、同年八月一日に一〇三条のブランクを埋めた修正案があつたものの、八月二二日法案には、一〇一条には政治的行為制限規定を置き、労働基本権禁止規定は置かないまま、さらに政治的行為規制規定は一〇二条に変更して、それが国会を通過し (一〇・一六)、十一月一日に一旦は施行されたのであつた。<sup>(12)</sup> しかし、四七年二月一日のいわゆる二・一ゼネストをきっかけに総司令部が占領政策上全官公労の労働運動に不安を感じはじめ、同時に米ソ冷戦の進行に伴い、アメリカの占領政策の転換の現れの一つとして四八年七月二二日、マッカーサーの内閣総理大臣宛の「公務員法改正を要求する書簡」に基づく国公法の改正 (四八・十二・二二) が、芦田内閣のもと、前述の勧告に含まれていた公務員の政治活動の禁止規定や公務員の労働基本権を制限する諸規定が復活し、置かれることになつたのである。<sup>(13)</sup> その後一九五〇年に制定された地方公務員法にも罰則規定はないが同様な規定が置かれている。

(四) 立法機関・行政機関の判断のドクマチズム これらの国公法・地公法の公務員の政治活動の禁止や労働基本権の制限がアメリカの占領下の影響へさらにブレイン・フーバーの考え方はアメリカの連邦公務員法制定 (一八八

三年)やメリット・システム実施以前からあった一般職公務員の non-politically の考えに基づいたものであるといわれているから、<sup>(14)</sup> おそらくは、市民的自由しか認めていないアメリカでは、合衆国憲法においては積極的違憲でないにしても、共産主義政党の存在や保守党との連立内閣ではあっても社会主義政党の政権を認めている日本においては、憲法とは相いれない規定をわが国の独立後もそのままにし、全く改正されなかったのはなぜだろうか。そしてILO八七号条約の批准に伴っても改正が要求されたこともあるし、また六四年の臨時行政審査会の答申でも公務員の政治的行為に対する画一的規制の排除が提案されているにもかかわらず今日に至っているのが憲法学者によってこれまで指摘されて来ているところでもある。<sup>(15)</sup>

このように、前述の改正前の国公法で公務員の政治活動の禁止規定を削除させたのも、当時あった「公法研究会」(有倉遼吉、磯田進、鶴飼信成、内田力蔵、熊倉武、辻清明、永田一郎、中村哲、林茂、丸山真男、山之内一郎をメンバーとする研究会)の意見「官僚の特権的地位を打破し官職に対する民主的支配を確立するため、政治的行為の制限を削除すること」の影響によるものとされており、<sup>(16)</sup> 一時的に憲法研究者と国会も内閣も現行公務員法一〇二条、地方公務員法三六条の公務員の政治的行為の全面的禁止規定が憲法の根本原則に照らして正当化されないことについて一致したこともあるが、それはつかの間、改正後は、この問題については、憲法研究者と国家・内閣とは、全く価値判断を異にしている。これでは国会や政府が憲法の理想と目的を全力を挙げて達成すべく努力しているとは、お世辞にもいえないのである。しかも五〇年以上にわたる今日までの国公法一〇二条と地公法三六条についての枚挙に暇がないほど多くの憲法学者の研究成果は全く無視されている。

ところで、なぜ、これまで国公法の改正が他の点においては、ざっと数えただけでも三五回なされているながら、公務員の政治的行為禁止規定については、政府や国会が改正を提案しないで四八年の改正のままになっているのか

を考えて見る必要がある。

そもそも、公務員の政治活動および労働争議権の禁止を肯定する理由または論拠として考えられるのは、第一回国会衆議院決算委員会（一九四七・九・二五）での佐藤達夫法制局長官の答弁の中に、「行政の民主化のための公務員の科学性と合理性と中立性」とか「政治と行政の分離」とか「わき目もふらずに専心その仕事に打ち込んでくれるような人を期待しているわけ」とか「学閥とか派閥とか民間から色目で見られるというおそれを避ける必要」等が理由とされている<sup>(17)</sup>、前に見たように、一つには、この公務員の政治活動禁止規定は、一九四八年片山社会党内閣総辞職後、保守党政権の下で作られたものであるが、保守党（自由党と民主党、後に保守合同により自民党となる）の長期政権（四八年三月一〇日に成立した芦田内閣以来今日の森内閣まで）は、言うまでもなく、資本主義国家を支持する内閣であるから、公務員の政治活動が必然的に労働運動や強いては政治闘争と結びつくことを考え、公務員の政治活動の禁止・制限を肯定することになるだろうということ<sup>(18)</sup>。二つ目は、保守党内閣の政策を実行するためには、当然、公務員の忠実な職務の執行が要求されるので、能率的な職務の執行の妨げとなるような政治活動は認められないということ<sup>(19)</sup>。三つ目は、公務員の国民全体の奉仕者性（憲法一五）と行政の中立性・統一性を理由とするものである。すなわち、公務員に政治活動の自由を認めると職務が党派的になり一党一派に偏し、職務の公平性を欠き、国民全体の奉仕者でなくなり、結局、行政の中立性・統一性を失うと考えることにある<sup>(20)</sup>。この理由は、後述する司法機関の論拠でもある。四つ目は、この規定が置かれたのは超憲法的効力をもったマッカーサーの命令によるものであること等である。

しかし、憲法研究者たちは第一の立法・行政機関の理由または論拠についてつぎのように考えるのである。

第一の理由または根拠については、憲法の諸原則（民主主義と基本的人権尊重と絶対平和主義）にてらして考えた

場合、明らかに憲法原則についてのドグマチズム(独断論)で非論理的判断である。もちろん、いうまでもなく、どのような法律を作るかは政策の問題であるから、立法理由にはドグマ性や非論理性を伴うことは不可避であろう。しかし、どんな国の政策でも憲法のワクすなわち憲法の原則(念理と目的)を無視し、それに違反するほどのドグマ性や非論理性が認められないことも自明のことである。したがって、国公法制定の主体が保守党内閣であり、その内閣は資本主義国家を支持するから、公務員の政治活動の自由の禁止や労働基本権の剝奪を認めるとするならば、憲法のワクを超え、憲法原則に反し、憲法違反であることは明白である。たしかに、現行憲法は、憲法二二条(企業の自由)と憲法一九条(私的所有制度)により、わが国は、資本主義国家であることを認め、これらの権利・自由の資本主義的性格(又は市民階級の性格)を認めている。しかし、これは憲法上の権利・自由の一側面に過ぎない。他面、憲法は、その一九条(思想の自由)、二二条(表現の自由)、と二八条(労働基本権)で自然権的性格を有する自由権と社会権を保障しているのである。したがって、これは、憲法上保障している基本権の衝突の問題でもある。どちらも憲法上保障する国民の基本権であるからどちらも尊重されなければならないが、一般的にいつて、憲法上の資本主義的性格の権利・自由と自然権的性格の自由・権利の衝突をしたとき、どちらを優先させるかであるが、この問題を解決する論拠として、一つは、憲法構造上の価値的ランクづけ論がある。<sup>(2)</sup>この理論は、およそ憲法には国家の統治体制を決定し、その正当性にかかわる基本的価値を包含する「根本規範」が存在し、それに見合つて一定の階層秩序が対応し、諸価値の保障の度合やサンクションの軽重が決定されると考えるのである。この憲法学界の通説的理論をこの問題に援用すると、現行憲法の根本規範に当たるのは「国民主権」「基本権の保障」「平和主義」の理念・原則である。しかし、この三つの理念・原則は三位一体であるが、これらをもつに括るものは「権力からの人間の解放」を意味する「人間の尊厳」(個人が個人として尊重されること)という憲法の最高

価値を有する理念である。そこから直接派生する基本権も、前国家的の基本権（自然権の基本権）と後国家的の基本権に大別されるが、前国家的（自然権的）基本権には、精神的自由、人身の自由、経済的権利・自由（企業の自由と資本として機能し得る財産権を除く）があり、後国家的権利には、資本主義的権利、国務請求権、参政権（選挙権）などが挙げられる。従って、説明するまでもなく論理的必然的に前者が後者よりもより高い価値を有することは自明である。したがって、公務員の政治活動は、自然権であるから後国家的権利としての資本主義的権利より常に優先するから、資本主義国家を理由とする国家公務員法の政治活動の選挙権を除いた個人として私的生活においてまでも禁止する国公法一〇二条の規定は、憲法のワク（人間の尊厳の原則）をはるかに超えており、合憲化できず、むしろ違憲であるといえる。筆者は、このことは、日本国憲法の下においてのみならず、世界の近代憲法（資本主義国の憲法）を有する国ならば妥当すると考える。

第二の理由も憲法の根本原則（人間の尊厳）に照らして考えれば、妥当性がないことが明らかである。つまり保守党内閣であろうと、革新政党内閣であろうと、内閣の政策を公務員が誠実に執行することと、公務員が国民（個人）または市民として政治活動を行うこととは、他の一般の国民と同様、内在的制約また公共の福祉による制約はあるにしても、憲法の理念の実現という目的において一致しているが、手段・方法的にはその目的も方法も時間も場所も異なることであり、相互に衝突・矛盾することはあり得ず、両立しうるのである。もし相互に衝突・矛盾するとすればそれはどちらかが憲法のワク（原則）または内在的制約または公共の福祉を逸脱しているからに過ぎない。いいかえれば、公務員が公務員としての職務を全うすること（内閣の政策を誠実に執行すること）と個人として基本的人権としての政治活動の自由の行使とが自己矛盾をしてならないことは自明のことであるからである。したがって、国公法なしい地公法にしても、国公法一〇二条を除いた国公法七節の服務規定があれば必要にして十分



であり、国公法一〇二条の公務員の政治的活動までを全面的に禁止するとする規定は、全く無用のものであり、不要なものであり、あまつさえ、後にみるように、公務員の私的生活においても政治活動を禁止している規定と解釈し、それを人事院規則に白紙委任さえしているところから、人事院規則にはその旨の規定(一項、四項)がおかれ、行政府の濫用を招来する危険すらあるので明白な違憲でもあるといえよう。つまり、公務員の職務活動の目的は、行政の民主的かつ能率的執行にあり、その職務活動の方法、場所、時間は、職務の種類によって定められているのであり、それに対し政治活動はあくまで個人として国民として市民として表現の自由の主体として、職場以外の場所、職務時間外に、職務と関係ない方法で自己の主義・思想を外部に発表する行為である。このことは公務員がスポーツをやり、音楽を楽しみ、学問・研究活動をし、宗教活動をするのと全く同じである。ただし、後にも問題となるが、公務員がたとえ個人として政治活動をやることは、公務員がスポーツや音楽や学問・研究をやるのとは違うのではないかということである。なぜならば、政治活動は、趣味や学問と違い、性質上どうしても党派性になりがちであるから、特別職を除いた一般職の公務員は、職務の上でも国民から政治的・党派の立場と結び付けて見られることは、職務の中立性が確保できなくなるだろうというのである。しかし、公務員自らが中立を客観的に守っていればよいのであって、国民が主観的に公務員の職務と個人としての政治活動とを結び付けて考えるのは勝手であり、そのために公務員であるがゆえに、個人としての政治活動が制限されてよいことにはならない。党派的といえ、宗教的活動はもつとはつきり現れるのでないであろうか。だから公務員は、国公法上も個人としての宗教的活動を禁止されないはずである。現自民政権のように宗教団体を母体とする公明党との連立政権の下では一般職の公務員のみならず、特別職の公務員まで公務員法で宗教活動も禁止しなければならぬことになりはしないだろうか。したがって、公務員が職務活動と国民個人としての政治活動とのどちらかの境界線を逸脱ないし越え

たかどうかは、一〇二条を除いた服務規定を基準にしてケース・バイ・ケースで判断すればよいことである。ただし、公務員の個人としての政治活動ではなく、公務員が労働者としての労働基本権の行使が政治目的をもつことになると、労働基本権の制限が公務員の政治的行為の制限と関連することになるから、別に論じなければならない問題であるから、後述することにする。<sup>(22)</sup>

第三の理由は、司法機関における理由でもあるので、そこで検討することにする。

第四の理由は、現行法の正当性の根拠を憲法を越えた権力に求める理論は、もはや憲法論を越えていることになり、議論にはならないこと、百歩譲って、超憲法的効力を認めるとしても、わが国の独立によつて、妥当性の根拠がなくなつたのであるから、政府や国会がその改正を行うべきである。それをしないのであるから、国公法の政治的行為の全面的禁止規定を政府も国会も合憲と判断していると見なければならぬ。いづれにしても、国公法のこの公務員の政治的行為の全面的禁止規定を憲法の根本原則に照らして合憲化する明確な根拠が示されていないことは確かである。あえていうならば、超憲法的権力を持ち出すことは、自己の無為無策をものがたることになるに過ぎない。<sup>(23)</sup>

(2) 司法機関と憲法研究者との判断の齟齬

(i) 判例 司法機関(裁判所)が国公法一〇二条とそれに基づいて作られた人事院規則一四一七、そして地公法三六条を公務員の私的生活における政治的行為も含んで禁止した規定を合憲と判断した判決には、(イ)昭和三三年三月一二日の最大判、(ロ)同年四月一六日の最大判、<sup>(24)</sup>(ハ)同年五月一日の最大判、<sup>(25)</sup>(ニ)昭和四九・一一・六の最大判<sup>(27)</sup>(①②③の三つの判決がある)などがある。

(イ)(ロ)(ハ)(ニ)の事件は、被告人らは、一般職の公務員であたが、国会議員選挙に立候補した者の当選を

目的とする選挙運動を行なつたことが、政治活動を禁止する国公法一〇二条一項、一一〇条および人事院規則一四一七の五項六項、そして公選法二二二条一項一号等に違反するとして起訴された点で共通している。(イ)(ロ)(ハ)は一、二審では有罪とされたが、(ニ)の①では一、二審無罪、②で一審有罪、二審無罪、③では一審有罪、二審無罪であったが、(イ)(ロ)(ハ)の原審の判決に対しては被告らは、憲法一四条(社会的身分による差別及び二八条(労働基本権)、憲法二二条(政治活動の自由)に違反するとして、(ニ)の原審に対して国側が、国公法一〇二条、一一〇条及び人事院規則を合憲としたのは誤りであるとして上告した。したがって、(イ)(ロ)(ハ)(ニ)の争点は多少異なり、下級審における判断を異にするが、最高裁(大)は一貫して、国公法一〇二条、一一〇条及び人事院規則は合憲とした点一致している。これらの判決とこの問題に関する憲法学者の通説とを比較検討してみるとつぎのようである。

国公法一〇二条一項が憲法二二条に違反しているかどうかについては、最高裁の趣旨は、国公法一〇二条一項及び規則による政治的行為の禁止の目的は、①憲法一五条二項の規定を根拠に公務(行政)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こと、②その目的達成のために、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、その職務の遂行にあたること、すなわち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、憲法の許容する所であること、③国家公務員法一〇二条一項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである否かは、「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し判断する必要がある」こと、(a)政治的行為の禁止の目的が憲法の要請である公務員の政治的中立性を確保すること、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ものであるから、正当なものというべきであること、(b)たとえその禁止が公務員の職種・職務権限、勤務時間内外、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、政治的行為の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こと、(c)利益の均衡の点について考えて見ると、……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なるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までを制約するものでなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失うものではないこと、④(a)一般国民と差別して処置されることは、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ること、(b)特別職の公務員と差別することは、職務の性質上、著しくその性質を異にするものであるから、両者間の差別は、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ること、などから憲法一四条に違反しないこと。

(ii) 学説 これに対し、憲法研究者の通説の趣旨は、つぎのように云う。

A 説①憲法一五条一項は、公務員はつねに公共の利益のみをその指針として行動すべく、その地位を私的利益のために利用してはならないという公務員の当然の本質を宜明したものであること、②公務員が「一部の奉仕者」で

はなく、「全体の奉仕者」であることは、公務員が政党に加入し、または、そのために投票することと矛盾するものではないこと、③公務員の職務の性質によっては、その政党加入を制限することが妥当とされる場合もありうるが、それはその公務員の職務の特質に由来すること、「全体の奉仕者」であることに由来することではないこと、④公務員が「全体の奉仕者」だということは、かならずしも、すべての公務員の政治活動が制限されるべきだとか、公務員は政治的に中立の態度をとらなくてはならないとかいう結論を生むわけではないこと、④事務的職員は、これらの政治的職員の指揮のもとに公務に従事することによって「全体」に奉仕するものであるから、その必然的結果として、彼らは、公務を行うにあたって、彼等の個人的政治的意見によって行動することなく、多かれ少なかれ政府の政治的意見によって行動すべき拘束を受ける。そこに彼らの職務の本質がある。この種の公務員が合目的に行うことを確保するために、その職務執行に関して、一般国民にくらべて、政治的活動が制約を受ける可能性が生ずる。国家公務員法一〇二条とそれにもとづく人事院規則が一般職の公務員の政治的行為を制限しているのや、公職選挙法が公務員の立候補を禁止している(公選法八九条)のは、こういう趣旨にもとづくと考えられること、⑥ただ、前者が公務員の政治活動をきわめてひろい範囲で制限し、その違反に刑罰を料している点は(国公法一一〇条一九号)言論の自由との関係で憲法違反ではないかが問題とされること、⑦要するに、公務員の政治活動に対し制約がみとめられるべきや否やもっぱらその担任する職務の性質よってきまることであり、「全体の奉仕者」とは直接の関係がないこと。<sup>(28)</sup>

B説①政治的行為の制限禁止という原則は、具体的には、二つの相対立する要求の調整の上に立っている。その一つは、公務員はその政治的中立性を確保しなければならないという要求であり、その二は、公務員といえども、個人としては一人の市民であり、その政治的権利の行使は十分に保障されなければならないという要求であること、

②現行のわが国家公務員法の規定は、第一の要求にいちじるしく傾斜している。少なくとも政治的自由については、その制限が必要最小限に止められるべきものであること、③判例は、この（政治的行為の）制限は一律無差別に、すべての公務員に及ぶというのが立法の趣旨であるとしている。しかし、果たしてそのような画一的な解釈が、実質的にも、理念的にも正しいものであろうか、問題であること、④国家公務員法はたしかに成績制を採用し獵官制（政治的公務員選任制）廃棄したけれども、それは、民主主義発達のために市民のもっている政治活動の権利が、公務員の場合には、投票の権利を除いて全く制限されることを要求しているとは解せられないこと。<sup>(29)</sup>

C説①公務員の個人としての政治活動は、本来自由でなければならぬもので、それが、害悪を生ずるおそれのある限度において、制限されてもやむを得ないというに過ぎないこと、これが、公務員の政治的行為の制限に対する必要最小限度の法則のもつ具体的な意見内容であること、②たとえば、「現業公務員であつても、「勤務時間内に政治活動を行うとするならば職務の能率を阻害することはあきらみかであり、人事院規則一四一七でそれを禁止しても憲法に違反するものではない」と述べているのは、職場規律確保の必要と政治的行為制限の理由とを混同しているものというほかはない。職務の能率を阻害することならば、政治活動であろうと演劇活動であろうと同じであろう。それを規律するには、それに適した基準があるはずで、前者のみを政治的行為の一種として禁止し、且つ刑罰を科することには理由がないこと、③権力の濫用が直接政治支配に影響するおそれのある警察官などの政治活動は高級者に限らずびしく制限されてよいであろうし、官庁の庁舎施設などを公衆の目につく形で政治活動に利用することも、一般的には制限されてよいこと、④以上の基準に照らして考えれば、人規一四一七の違憲性は明らかである。この規則は、その立法の沿革によって知られるように、行政の中立性の確保に目的を限っているとは言えないし、一切の公務員に対し、選挙における投票の自由以外の政治的自由をすべて奪い去っているといえる

ほど、規制の内容は広範であること、⑤しかも、その現実の効果は、広範な行政裁量の権限を有する高級公務員に対しては、全く無力である反面において、下級公務員の市民的政治活動に対してのみぎびしく作用するものとなっている。いいかえれば、この規則は、行政の中立性確保のためには何の役にも立たないのに、国民としての正当な政治的権利の行使に対しては、公務員たるが故に強圧を加える具となつていたのであつて、そこに、猿払事判決以降無罪判決が輩出するに至つた根本の理由があるといつてよいこと。<sup>(30)</sup>

D 説①憲法一五条二項の解釈として「全体の奉仕者」ということが、「国民の幸福」または「公共の利益」の意味であるとするならば、政府職員の国民としての基本的人権はどうなるのか、政府職員と雖も国民であり、日本国憲法は国民に主権者たる地位を與えたのであるから、もし政府職員が国民としての政治上の基本的人権を主張しないことに「全体の奉仕者」たる所以があるとするならば、政府職員だけが、かつての明治憲法における臣民の地位にとり残されるのではないか問題であること、②この問題は、日本国憲法の解釈として結局において、「全体の奉仕者」の觀念と、第一二条、一三条等の「公共の福祉」と基本的人権との関係の問題にはかならないこと、③またこの問題をめぐる論議の焦点は、政府職員の政治的中立性の觀念にあること、④憲法一五条第二項によつて、政府職員が「全体の奉仕者」でなければならぬということ、決して、彼がこれによつて国民としての、市民としての、個人としての地位を失うものでないこと、すなわち政府職員は、わが国の政治の決定、即ち国民の意思の形成に対しては、国民として、市民として、私人としては、主権者としての政治上の基本的人権をあくまで主張し得なければならぬこと、⑤このことが政府職員が「全体の奉仕者」であるとされる場合の前提であり、この前提の上(31)に立つて、具体的ないろいろの制度が定められ、かつ解釈されなければならないこと。

E 説は、①国公法一〇二条の違憲性は、公務員の政治的行為の制限について、人事院規則に白紙委任している点

は白紙委任禁止の憲法規定を無意味化するものとして、とうてい賛成できないこと、②人規一四一七の形式的かつ内容的違憲であることは、(i)まず、形式上の違憲性について、事院規則への委任は限定的なものだから、白紙委任ではないかといえ、規則一四一七は、国公法一〇二条一項から予想することさえできない百数十の制限禁止を定めており、規則一四一七はその限定を超えた違法の規則となること、③また、この規則は抽象的規定を置いていないから合憲であるかといえ、規則が合法であるためには、国公法一〇二条一項が示しているという限定、すなわちそこに定められた程度或いはそれ以下の事項に限定されていることの趣旨を守っているかどうかによって決せられるべきものであること、④さらに、人事院規則一四一七の制限が最小限か否かの問題は、内容上の違憲性に關する問題であつて、法の授權の範囲内であるかどうかの問題とは異質のものである。形式上の違法性が問われている時に、内容上の合憲性をもって答えるときはまさに問題のすりかえと云わなければならぬこと、⑤規則の制定主体が人事院であるから白紙委任が許されるとする見解に対し、白紙委任が禁止されている趣旨は、政党からの独立性の有無に有るのではなく、国民の人権に關する規範は、国会が定めるべきであると云うこと、国会のような合議制の機関が公開の議場で決すべきであることの二点にあること、⑥したがって、国公法一〇二条が人事院規則に白紙委任していることは、憲法七三条六号但書に反し、これを受けた規則一四一七も違憲無効であること。<sup>(32)</sup>

F 說(二)の最高裁の判決の特徴は、①公務の中立性の要求を優先させて、公務員の政治的権利の行使を大幅に禁止する現行法制を合憲化したこと、②公務員の政治的行為の制限の基準は不明瞭でルーズなものであること、③立法府の「裁量」を重視し、法令審査権を著しく後退させる司法消極主義の姿勢が顕著にみられること、④人権擁護の熱意の希薄さと相俟って、論理と考量が薄手で、必要な理由づけに欠けて、それだけ説得力に乏しかったこと、⑤最高裁は司法に要求される公正の感覚に乏しく、外見上の「中立性」論とは反対に、実際には現状追認の形



で党派的「偏向」を示したこと、⑥本判決が政治的影響力をもつこと。<sup>(33)</sup>

(iii) 判例と学説の比較検討 (a) B説とC説またはF説(前出の論文の他の箇所)が指摘するように、一般職の公務員の政治活動をすべて一党一派に偏した中立性を欠くものもと断定するのは問題である。なんとすれば、最高裁の判決によれば、一般職の公務員の政治活動は、公的にも私的にも制限されるとすれば、一般職の公務員のうち現業の公務員のみならず、非現業の公務員の政治活動も同様に一党一派に偏しない、中立的なものとならねばならないはずであるが、非現業の公務員のうちいわゆる高級官僚といわれる公務員の在職中の政治活動が見逃される現状との矛盾については最高裁の判決で全く言及されていない。一般職の公務員は現業・非現業をとわず市民として政治活動する権利(憲法二二条)があり、憲法の根本原則(人間の尊厳)からすれば、一般職公務員は現業非現業の区別は、市民としては何等区別する必要はないこと、(b)言い換えれば、A説、B説もいうように、一般職の公務員が一党一派に偏した政治活動をするにしても、それは公務員の職務執行と関係無く行うことが可能であること、つまり公務員が政治活動を行うことと全体の奉仕者であることは矛盾せず、両立しうることが可能であること等が考えられる。従って、公務員の政治的行為が公選法二二条一項(買収及び利害誘導罪)に反しない行為で、かつ職務執行と関係なく勤務時間外に、一市民として行われた時には、国公法一〇二条に違反しないといふべきであろう。(c)また各学説がいうように国公法及び地公法による公務員の政治活動の制限が過度に一般的で広範であることはそれだけで、憲法の根本原則に反すること明白であるが、さらに、(d)人事院規則への委任が白紙委任的であること、(e)違反者に刑罰による制裁があることなどは、憲法の根本原則(人間の尊厳)に反するかどうか論外であるので割愛することにする(この点についてE説は詳細に論じている)。その他の最高判批判については他の文献参照。<sup>(34)(35)</sup>

このように最高裁の憲法解釈と憲法研究者のそれとの違いは、憲法史に依拠した憲法感覚により憲法の大原則である「人間の尊厳」を理解しているかどうかにあるといえよう。最高裁の憲法解釈は、憲法の根本原則の存在を言葉で指摘していても、具体的判断において意識的意図的にそれを忘却した憲法一五条「全体の奉仕者」規定を全体主義的または国家主義的に解釈したものであり、それに対し憲法研究者の憲法解釈は、常に、人間の貴い犠牲の上に獲得した憲法の根本原則である「人間の尊厳」に照らして、論理必然的に導出される結論であるといえよう。

ただし、司法機関といっても、最高裁の一連の判決に対し、下級審の判決のなかには「公務員の政治活動の制限は、必要最小限度のものでなければならぬ。」「現業公務員が、勤務時間外に国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し若しくはその公正を害する意図なしに行った場合」に「国公法一一〇条一項一九号が適用される限度において、同号が憲法二一条及び三一条に違反する……」<sup>(36)</sup> といひ、憲法の根本原則（人間の尊厳）に照らして判断した、憲法研究者の見解と一致するものもあることは注目すべきである。

おわりに 国公法一〇二条の公務員の政治活動の全面的禁止規定について、国家機関と憲法研究者との対立について比較検討してきたが、このような両者の対立がどうして生ずるかは、前述したとおり、憲法原則についての理解がたとえ外見的に一致していても、憲法研究者は、近代憲法成立まで人類の貴い犠牲、また、日本国憲法が制定された直接的原因である第二次世界大戦の意義を世界的に認識して得た「人間の尊厳」すなわち国家権力からの人間の解放という憲法を支えている思想を鋭くかつ客観的な憲法感覚で捉えているのに対して、国家機関は、立法・行政機関は、政治的・党派的イデオロギーを剥き出しにして、国公法一〇二条の改正もせず、現行憲法下の公務員を明治天皇制官僚と同視した弾圧立法を堅持しており、司法機関は、その立法・行政機関の違憲の国公法・人規を合憲と判断し、「公務員の中立性」を強調する最高裁が、人間の尊厳という憲法原則を無視して、抽象的な「全

体の奉仕者」とか「国民の信頼」とかの曖昧な言葉を羅列することで、立法・行政機関の違憲行為を追認した。これは、国家機関の担当者たちが憲法研究者のような鋭い憲法感覚をもって憲法原則を理解していないかの証拠をみる思いである。<sup>(37)</sup>

(1) ここで憲法研究者とっているのは、当該の憲法問題について論文を書いている憲法研究者のことであり、しかも、当該の憲法問題について論文を発表しているすべての研究者ではなく、いわゆる憲法学界を代表する学者に限定し、しかも、著者が扱う憲法問題について常に徹底して立憲主義に立脚し論じている「立憲主義学派」の学者を著者が主観的に独断と偏見で選んだ学者のことをいっているにすぎない。なお、著者の不勉強で「立憲主義学派」の著名な憲法学者の諸論文を引用できなかったとするならば、それはいうまでもなく、著者の不徳の致すところであり、お詫び申し上げます。

(2) 憲法問題についての国家機関と憲法研究者との対立の総決算として書かれた本として、永井憲一編「戦後政治と日本国憲法」三省堂一九九六・三、あるいは裁判所(司法機関)における憲法解釈のあり方について「原意主義」の立場から書かれた最近の本としては、猪股弘貴「憲法論の再構築」信山社二〇〇〇・三等を参照。

(3) 憲法議論の大前提としての「人間の尊厳」を強調された最近の論文として、小林直樹「論憲の大前提を考える」世界二〇〇〇・六、七七頁を参照。

(4) 憲法原則についてのコメントは憲法学界の通説とされる宮沢俊義著芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」日本評論社、宮沢俊義「憲法Ⅰ」法律学全集、有斐閣、清宮四郎「憲法Ⅱ」有斐閣によるが、しかも、これは大きな問題であるのでこの論文に必要な範囲に著者が要約的に述べたものであることを付記しておくことにする。

(5) 宮沢コメ一九四頁参照。

(6) 国民主権論については、議会制民主主義の形骸化にさいして、最近の憲法学界において貴重な樋口・杉原論争があるが、他の機会に言及することにし、ここでは割愛させて頂く。

(7) 最近の国歌・国旗法をはじめ絶対平和主義に反する一連の事件または判例を問題にしたときに詳細に言及すること

にする。

- (8) 「国家公務員法沿革史」〔資料編Ⅰ〕人事院（以下「資料編」という）七六頁、一二九頁。
- (9) 前掲「資料編」一三九頁。
- (10) 前掲「資料編」一四二頁。
- (11) 前掲「資料編」一八二―四頁。
- (12) 前掲「資料編」一八七頁、二〇七頁、二一一頁。
- (13) 前掲「資料編」二四六頁以下参照。
- (14) 永井一郎「公務員関係と基本的人権」憲法判例百選、有斐閣一四頁。
- (15) 大河内繁男「日本における公務員制度の歴史」〔日本の公務員〕法学セミナー増刊号総合特集シリーズ一、七九・一〇、日本評論社。
- (16) 前掲「資料編」二四二頁、前掲、鶴飼信成「公務員法」有斐閣二三―二五頁参照。
- (17) 「資料編Ⅱ五五、五九頁、ただし、行政・立法機関の制定当時の参考資料として、内閣の行政調査部の公務員部長であった浅井清の著書「国家公務員法精義」五一年学陽書房（以下これを「旧版」という）及び「新版国家公務員法精義」とか佐藤達夫「国家公務員制度」学陽書房九五頁以下などがある。
- (18) 前掲「旧版」浅井六五六頁。
- (19) 前掲「旧」浅井六五七頁。
- (20) 前掲「旧」六五七頁。
- (21) 小林直樹「憲法講義」東大出版会三七頁参照。
- (22) 国側の根拠については他に、吉田善明「公務員の政治的中立性」前掲「日本の公務員」二三九頁参照。
- (23) 有倉遼吉「憲法における判例の意義」成文堂三六二頁参照。
- (24) 刑集一二・三・五〇一。

- (25) 刑集二二・六・九二四。
- (26) 刑集二二・七・一二七二。
- (27) 刑集二八・九・三九三、六九四、七四三。
- (28) 宮沢コメニ二二頁。
- (29) 鶴飼信成「公務員法」有斐閣二五五頁、二六七頁八頁。
- (30) 今村成和「人權と裁判」北大図書館刊行三八頁四一頁。
- (31) 佐藤功「憲法解釈の諸問題」第一巻一一六頁以下。
- (32) 有倉前掲。
- (33) 小林直樹「憲法判断の原理」上巻二二九頁日本評論社。
- (34) 室井力「現代公務員の人権状況」『日本の公務員』総合特集シリーズ一法学セミナー増刊一九七九・一〇日本評論社一二頁参照。
- (35) 最高裁の猿払判決についての憲法研究者の論文は多数にのぼり、文中に挙げたもの以外にも批判的立場のものとして、阿部照哉「公務員の政治活動の制限」ジュリスト五七九号一四頁、浦部法穂「精神的自由」法学セミナー三八四号七四頁などがある。
- (36) 地判昭和四三・三・二五判時五一四号二〇頁、その他、同趣旨のものとして、札幌高判昭和四四・六・二四判時五六〇号三〇頁、徳島地判四四・三・二・二七判時五六〇号三〇頁、東京地判昭和四六・一一・一判時六四六号二六頁。
- (37) なお、猿払事件の司法機関(一審判決、検察官の上告審における弁論要旨、最高裁判決)の判断について憲法訴訟の観点から徹底的に立憲主義の見地に立つて詳細に論駁した論文として、芦部信喜「憲法訴訟の現代的展開」の第二部V、VIIがあるが、ここでは割愛せざるをえない。しかし、このような憲法学者による司法判断(最高裁における少数意見)による反省は若干みられるが)に対する緻密な批判は全く意に介せず無視される観があるのも、所詮は立憲主義の憲法感覚のない者にどんな高等な理論を提起しようとも猫に小判であり空しい限りである。