

憲法訴訟における比較衡量的方法(1)

—刑事免責論を中心として—

The Balancing Approach in Constitutional Litigation

藤 井 俊 夫

Toshio Fujii

一 比較衡量論の適用の場

憲法訴訟における比較衡量的方法といえ、まず想起されるのはいわゆる「利益衡量論（厳密には個別的利益衡量—ad hoc balancing）」であろう。これは主として1950年代に、合衆国の連邦最高裁によって、思想、表現の自由に制約を加える立法の合憲性を肯定する際にしばしば用いられたものである。この理論についてはすでにわが国でもいくつかの有益な紹介がなされているが、⁽¹⁾それらの紹介の中での評価は必ずしも芳しいものではない。その理由は、端的に言えば、そこでの利益衡量論が、表現の自由の優越性の否定および司法消極主義という発想と不可分のものとして主張されていた、ということの中に求められる。すなわち、「比較衡量論は合衆国の場合、相対立する利益をはかりにのせるというものの、とくに共産主義活動の取締りが問題になる際には、国家の側の規制利益について国会の判断を尊重しなければならないという別な前提が措定されて、機能的には自由を制約するための理論になってしまっている。結果的には『合憲性の推定』が形態をかえて再現しているようにさえみえる」⁽²⁾というのである。ところで、このように合衆国において現実に展開された「利益衡量論」に対してはかなり批判が強いのであるが、これがそのまま利益衡量的方法一般について妥当すると考えられているわけではない。それどころか、むしろ逆にわが国の憲法訴訟におけるこの理論の適用については肯定的な評価が加えられているといってよい。というのは、従来（およそ昭和40年代に至るまで）例えば表現の自由といった基本的人権を制約するような立法の合憲性が問題となった事件において裁判所（とくに最高裁）が常用してきた論理は、（例えば）表現の自由が尊重されねばならないことはいうまでもないが、……しかし……基本的人権も絶対無制約というわけではなく……常に公共の福祉による制約に服する、という「公共の福祉」（憲法12、13条）を絶対概念とする一刀両断的な処理（立法の合憲化）だったのである。このような先験的な独断論に比すれば、人権保障によって得られる利益と、それを制約することによって獲得される利益とを同列に置いて比較衡量した上で問題の立法の合憲性などを判断しようという考え方はより積極的な評価を受けるに値すると考えられるからである。⁽³⁾但し、方法論としての利益衡量論一般のもついくつかの難点⁽⁴⁾の故に、あくまでも一定程度の期待を担わされているにとどまることもまたつけ加えておかねばならない。

わが国の最高裁で利益衡量論が採用されたものとして通常あげられるのは、例えば、いわゆる全通東京中郵事件最高裁判決、博多駅TVフィルム提出命令事件最高裁決定、サド「悪徳の栄え」事件最高裁判決奥野、岩田少数意見などであるが、無論これに限られるわけではない。ところで、注意すべきことは、これらの判決（決定）は、それぞれに判決の中で利益の比較衡量論を展開しているのであるが、よく読むと、その利益衡量が行なわれる次元が、例えば立法の違憲判断の場であったり、行為の可罰性判定の場であるというように必ずしも統一されては

いない⁽⁵⁾ということである。そこでまず、どんな次元での利益の比較衡量が行なわれてきているかを整理してみよう。

(一) 立法の合憲性審査に際して比較衡量を行ったもの——昭和41年の全通東京中郵事件最高裁判決(昭41・10・26刑集20—8—901)はその1つの典型例とされている。ここでの主要な論点は、公労法17条1項による争議行為の禁止は憲法28条に違反しないか、また、違反しないとした場合、公労法17条1項に違反する争議行為には労組法1条2項の規定の適用があるか否か、であった。判決はまず勤労者の労働基本権についても国民生活全体の保障という見地からの制約が当然の内在的制約として許されるが、全体的にどのような制約が合憲とされるかについては以下の条件が考慮されねばならないとする。すなわち、

「(1)労働基本権の制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべきであるが、労働基本権が勤労者の生存権に直結し、それを保障するための重要な手段である点を考慮すれば、その制限は、合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならない。(2)労働基本権の制限は、勤労者の提供する職務または業務の性質が公共性の強いものであり、したがってその職務または業務の停廃が国民生活全体の利益を害し、国民生活に重大な障害をもたらすおそれのあるものについて、これを避けるために必要やむを得ない場合について考慮されるべきである。(3)労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように、十分な配慮がなされなければならない。とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不作為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならない。…(4)職務または業務の性質上からして、労働基本権を制限することがやむを得ない場合には、これに見合う代償措置が講ぜられなければならない」。

このような基準を立てた後に、判決は立法の沿革、禁止違反に対する制裁の内容などを吟味して、公労法17条1項は憲法28条に違反しないとしたのである。なお、公労法17条1項は合憲という結論を出すための前提として、判決が同条違反の争議行為に対する刑事制裁は原則として免責される(労組法1条2項の適用あり)という立場に立っていることが注意されねばならない。このような立場(法解釈)が上の比較衡量論を行なう際の1つの重大な要因として考慮されたからこそ、判決は公労法17条1項は憲法28条に違反しないという結論を出したのである。その意味ではこの限定解釈⁽⁶⁾は判決の大前提たる比較衡量論と不可分のものとなっている。

立法の合憲性審査に関して比較衡量的手法が用いられたもう1つの例としては、昭和50年のいわゆる薬事法違憲判決(昭50・4・30民集29—4—572)がある。ここでは当時の薬事法6条2項、4項(これを準用する同法26条2項)および、これに基づく広島県条例の定める薬局等の開設に対する距離制限が、憲法22条(職業選択の自由の保障)に違反しないかが問題となっていた。これについて判決はまず、

「(職業に対するさまざまな)規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これを比較衡量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合……立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであって、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない」

とする。更に、職業の許可制の合憲性の判断に関する比較衡量を行うに際していわゆるLR A（より制限的でない他の規制手段）の基準を採用し、次のように述べている。

「一般に許可制は……職業の自由に対する強力な制限であるから、……それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対する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」。

そして、判決はこのような基準に基づいて薬事法の目的および採用された手段を検討した結果、本件適正配置規制は、全体としてその必要性和合理性を欠き、この点に関する立法府の判断はその合理的裁量の範囲を超える（憲法22条違反・無効）としたのである。

この判決で注目すべきことは、単に一般原則として比較衡量的方法をとるというだけでなく、さらに具体的に、財産権に対するいわゆる消極的な規制については上にのべたLR Aの基準によるとしたことである。すなわち、より具体的な比較衡量的手法を適用したわけである。このLR Aの原則は、さきに述べたいわゆる「利益衡量論」とは一線を画されている。⁽⁷⁾ たしかに、このLR Aの原則は、問題となっている立法の目的だけでなく手段により強くかかわる理論であるがために、⁽⁸⁾ いわゆる「利益衡量論」とは次元を異にするようにも見えるが、さまざまな利益の比較衡量を行う点では根は同一のものだとしてよいであろう。⁽⁹⁾ さきにあげた全通中郵判決にも、規制の方法についての衡量という観点はふくまれているのである。

(二) 立法の具体的な適用の合憲性の審査に際して比較衡量的方法をとったもの——これは立法そのものの合憲性については問題とはしないが、具体的事件についてその法律をそのまま適用する場合には結果的にはある基本的人権を制限することになってしまうため、当該事件については適用（執行）を否定ないし制限すべきではないか、という問題が生じた場合のことであり、更に、これは次の二通りに分けることができる。

(a) 具体的な処分の合憲性の審査に関して比較衡量的方法をとったもの——このような例はあまり生じないはずであるが、昭和43年1月のいわゆる博多駅事件に対する付審判請求に関して、福岡地裁からNHKなどのテレビ局4社に対して出されたフィルムの提出命令に関する事件がそれにあたる。提出命令そのものは刑事訴訟法99条2項に基づくものであったが、しかし、そのような提出命令が認められ、フィルムが証拠として採用されることになると、報道機関に対する信頼が失われ、それ以後の取材活動に支障をきたし、結局、報道の自由（表現の自由）が制約を受けることになるという問題が生じたのである。最高裁の決定（昭44・11・26刑集23—11—1490）はこれについて、

「公正な刑事裁判を実現することは、国家の基本的要請であり、刑事裁判においては、実体的真実の発見が強く要請されることもいうまでもない。このような公正な刑事裁判の実現を保障するために、報道機関の取材活動によって得られたものが、証拠として必要と認められるような場合には、取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなってもやむを得ないところというべきである。しかしながら、このような場合においても、一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無を考慮するとともに、他面において取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによって受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない」

として、比較衡量によって提出命令の当否を考察するという立場をとったのである。そして、結論的には、

「事件発生後二年ちかくを経過した現在、第三者の新たな証言はもはや期待することができず、したがって、当時、右の現場を中立的な立場から撮影した報道機関の本件のフィルムが証拠上きわめて重要な価値を有し、被疑者らの罪責の有無を判定するうえに、ほとんど必須のものと認められる状況にある。他方、本件フィルムは、すでに放映されたものを含む放映のために準備されたものであり、それが証拠として使用されることによって報道機関が蒙る不利益は、報道の自由そのものではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるというにとどまる」とした。この判決については、とくに、具体的に行なわれた比較衡量の仕方が問題であるという批判もあり、それが逆に、前提部分たる比較衡量自体への疑問をも生ぜしめている。すなわち「本来的には比較できぬものを比較する結果、このアプローチは客観性に乏しく恣意的になりやすい」⁽¹⁰⁾という問題である。(一)の立法の違憲性判断に関する比較衡量論は、抽象的、一般的な形でのものだけに、例えば東京中郵判決でみたように、更に具体的な（といってもこれも程度の問題であるが）基準による手助けが不可欠のものとなり、その基準の有効性によって比較衡量論の有効性が支配されることになる。それに対して、このような事案では個別的な事実関係に支配されるために、更に具体的な基準の設定は難かしく、たしかに、裁判所の主観的な判断に左右されやすいという面のあることは否定できない。そして、そのことは次の可罰性判定のための比較衡量についても同様である。

(b) 刑罰法規の具体的事件への適用の合憲性の判定に関して比較衡量的方法をとったもの——これは、ある刑罰法規（例えば猥褻文書頒布罪—刑法175条）の規定が具体的事案に適用された場合、基本的人権（例えば表現の自由）を不当に制約することになるおそれがあるという場合に生ずるものである。このような場面での比較衡量的方法の採用は最高裁の判例の中にはないが、いわゆるサド「悪徳の栄え」事件判決（昭44・10・15刑集23—10—1239）の奥野、岩田少数意見の中にその考え方が見られる。この判決では、多数意見は問題の文書（マルキ・ド・サド「悪徳の栄え」の翻訳書）につき、その芸術性、思想性とは別個にその猥褻性を認定し、両者の比較衡量を行うことを拒否した。それに対し、奥野少数意見は、

「その作品の猥褻性によって侵害される法益と、芸術的、思想的、文学的作品として持つ公益性とを比較衡量して、なおかつ、後者を犠牲にしても、前者の要請を優先せしめるべき合理的理由があるときにおいて、始めて猥褻罪として処罰されるべきものである」

とし、また、多数意見に加わった岩田裁判官もその意見の中で、

「この文書の公表により猥褻性のため侵害される法益と、これが公表により、社会が芸術的、思想的、学問的に享ける利益とを比較衡量して、猥褻性のため侵害される法益よりもその文書を公表することにより社会の享ける利益（公益）の方が大きいときは、その社会の利益（公益）のためにその文書を公表することは、刑法35条の正当な行為として猥褻罪を構成しない」

とする。同じく比較衡量的方法をとりながら両裁判官の結論が異なっているという点に、比較衡量的判断の主観性という(a)の場合と同じ問題点を見出すのであるが、しかし、このような場面での比較衡量論の積極的意義も全く否定することはできないであろう⁽¹¹⁾。

ところで、岩田意見の「刑法35条の正当な行為として」という表現の中にあるように、このような場合は、実は通常は標記のような刑罰の適用の合憲性としてではなく、むしろ可罰性の（逆に言えば刑事免責の）有無の問題、すなわち刑罰法規に外見的には該当するような行為が違法性を欠くものとして無罪とされるべきか否かという問題（違法性論）として処理されてきている。すなわち、憲法論よりも刑法理論という土俵の上の問題とされているのである。少く

とも現在の憲法裁判制度の下では固有の意味での憲法訴訟というものは存在しない。例えばある特定の刑事訴訟が同時に憲法問題の色彩を帯びることがあり、それがまさに、わが国における憲法訴訟ということになるにすぎない。その意味では、上のような場面での問題が、基本的に刑法理論の土俵の上で展開されてゆくのは当然のことであるかもしれない。しかし、人権規定が国家に対する権利（その本質をどうとらえるべきかは一様ではないが）である以上、国家刑罰権の発動の分野においてもその趣旨が、十分に生かされねばならないことはいうまでもない。そこで、本稿ではこのような刑事訴追に関する場面での憲法上の利益衡量論が、刑法上の違法性論の中でどのように展開されているかを考えてみたい。まず、二つの下級審判決を素材としながら、一般刑事事件の中での憲法上の比較衡量論のあらわれ方を検討し、次に、これがいわゆる公安、労働事件の分野ではどのように形をかえ、そして、どのレベルでの比較衡量論が展開されているのかを考えることにする。

註(1) 例えば、山口和秀「アメリカにおける表現の自由と利益衡量論」岡山大学法学会雑誌20巻3号59頁。奥平康弘「表現の自由」日本国憲法体系7巻107—18頁。芦部信喜・現代人権論170—78頁。伊藤正己「憲法解釈における利益衡量論」ジュリスト・法学教室（第2期）1号24頁。

(2) 奥平康弘・表現の自由とは何か93—4頁。

(3) 樋口陽一「『公共の福祉』論の現状とゆくえ」ジュリスト500号41頁。伊藤正己「憲法解釈と利益衡量論」ジュリスト638号201頁。清水英夫「表現の自由」体系憲法判例研究Ⅱ167頁。

(4) 例えば典型的には、裁判所が判断を行うための基準のないこと、があげられる。

(5) 伊藤・前掲ジュリスト638号201頁。樋口・前掲書41頁。

(6) 公労法17条1項が労組法1条2項（刑事免責）を排除しているか否かは規定の明文からは明らかではない。その意味では、労組法1条2項の適用が除外されないとするこの判決の立場は、当然生じうる1つの解釈であり、従って、後述する都教組事件の最高裁判決（昭44・4・2）とは異なり、それ自体はあえて限定解釈とよぶべきものでもない。ただ、この中野判決は更に「もし争議行為が労組法1条1項の目的のためでなくして政治的目的のために行なわれたような場合であるとか、暴力を伴う場合であるとか、社会の通念に照らして不当に長期に及ぶときのように国民生活に重大な障害をもたらす場合には、憲法28条に保障された争議行為としての正当性の限界をこえるもので、刑事制裁を免れない」

とするのであり、この点が問題となる。労働組合の行った争議行為等がすべて刑法35条によって免責されるとは限らない。という至極当然のことを述べたようにもとれるが（とすれば刑法上はいわゆる「社会的相当行為」あるいは「正当な争議行為」の問題となる）、ここでの基準は多少異った面もあり（例えば不当に長期に及び……など）、やはりこの基準は判決の前提となっている比較衡量論（およびその基準）から発しているものと解すべきであろうと思われる。とすると、判決の刑事免責に関する部分の全体の趣旨は、比較衡量論を前提とした限定解釈だと理解すべきであろう。

(7) その理由は、このLRA論がむしろ逆に司法積極主義と深く結びついて主張されたためである。例えば、田中和夫「『より制限的でない他の選択しうる手段』の原則」訟務月報19巻3号107頁。

(8) 田中・前掲書93頁は、「『より制限的でない他の選択しうる手段』の原則とは、結局、基本的人権の制約の程度は必要最小限度のものでなければならない、という原則であり、ただその表現が単に『必要最小限度』というよりはより具体的な形をとったものである」とする。

(9) 芦部・現代人権論299頁は、この基準について「国家権力よりも権利に大きな比重がおかれた上で価値の衡量が行われることを要求し、そのような観点からの価値衡量にもとづいて広汎な規制立法を排除することをねらいとしている」ことに根本的な重要性があるとする。

(10) 横田耕一「取材フィルムの提出命令と取材の自由」憲法判例百選（三版）71頁。ここではまた、「比較衡量において裁判における当該フィルムの必要性は十分拾いあげられているのに対して、取材の自由に関しては『将来の取材の自由が妨げられるおそれ』の一言で片付けられており、実

質的には『公共の福祉』による切りすてと大差はなくなっている」としている。

- (11) 清水英夫「わいせつの概念」憲法判例百選（三版）47頁。その他例えば、石村善治「『ワイセツ』文書の出版と表現の自由」ジュリスト昭和44年度重要判例解説20頁。

二 一般刑事事件における刑事免責論

憲法の基本的人権規定の趣旨が刑事免責論の中で展開された比較的最近の例として、いわゆる牧会権事件判決と外務省公電漏洩（西山記者）事件判決をとりあげてみよう。

(一) いわゆる牧会権事件判決（神戸簡裁昭50・2・20判時768—3）——事案は教会牧師が学園紛争に関して、建造物侵入等の罪責を犯した高校生2名をかくまった行為が犯人蔵匿罪（刑法103条）に該当するとして起訴されたものであるが、この牧師の行為は、自己を頼ってきた少年の将来を考え、彼らを反省させてその魂を救うための配慮として行われたものであった。そこで、このような宗教活動としてなされた行為が刑罰法規にふれた場合、宗教活動であることを理由として刑事上の免責を受けるべきか否かが問題となったのである。これについて判決は、結論的には、被告（牧師）の行為がかりに「蔵匿」にあたるとしても、この行為は正当な業務行為にあたり罪とならないとした。すなわち、判決はまず一般的に、キリスト教の牧師の牧会活動（判決によれば、いわゆる「魂への配慮」等を通して社会に奉仕すること）が宗教上の職責であり、従って、社会生活上牧師の業務の一内容をなすものであることを認め、被告人（牧師）の行為はこれにあたるとする。次に、この牧会活動が正当な業務行為として違法性を阻却（刑法35条）するためには、業務そのものが正当であるとともに、行為そのものが正当であることを要するとし、前者の正当性については疑問の余地なしとする。そして、問題は後者であるが、これについては、

「社会共同生活の秩序と社会正義の理念に照らし、具体的に評価決定すべきものであって、それが具体的諸事情に照らし、目的において相当な範囲にとどまり、手段方法において相当であるかぎり、正当な業務行為として違法性を阻却すると解すべきものである」

とする。ここまでは通常の刑法理論にのっとったものであるが、この判決の重要性は、これに加えてさらに、手段方法の相当性の判断に関して憲法上の観点を導入し、その要件を緩和しようとしているように思われることである。

すなわち、判決は、牧会活動は宗教行為であるからその自由は憲法20条により保障をうけている。もとより、外面的行為である牧会活動が公共の福祉による制約を受けることは否定できないが、「その制約が結果的に行為の実体である内面的信仰の自由を事実上侵すおそれが多分にあるので、その制約をする場合は最大限に慎重な配慮を必要とする」という考え方を基本にすえ、宗教活動とそれに抵触する刑罰法規との関係について、「公共の福祉」の観念を媒介として次のように論ずる。

「確かに、形式上刑罰法規に触れる行為は、一応反社会的なもので公共の福祉に反し違法であるとの推定を受けるであろうが、その行為が宗教行為でありかつ公共の福祉に奉仕する牧会活動であるとき、同じく公共の福祉を窮極の目標としながらも、直接には国家自身の法益の保護（本件の刑法103条の保護法益は正にこれに当る。）を目的とする刑罰法規との間において、その行為が後者に触れるとき、公共の福祉的価値において、常に後者が前者に優越し、その行為は公共の福祉に反する（従ってその自由も制約を受け、引いては違法性を帯びる）ものと解するのは、余りに観念的かつ性急に過ぎる論であって採ることができない。後者は外面的力に関係し、前者は内面的心の確信に関係する。両者は本来社会的機能において相重なることがなく、かつ相互に侵すことのできない領域を有し、性格を全く異にしながら公共の福祉において相互

に補充し合うもので、同時的又は順位的に両立しうる関係にある。何故ならば、そもそも国政の権威は国民に由来し、その権力は国民の福祉のために行使されるべきものであり、両者はともにそのことを目標とするものであるからである。従って、右のような場合、事情によってはその順位の先後を決しなくてはならなくなるが、それは具体的事情に応じて社会的大局的に実際感覚による比較衡量によって判定されるべきものである。この場合宗教行為の自由が基本的人権として憲法上保障されたものであることは重要な意義を有し、その保障の限界を明らかに逸脱していない限り、国家はそれに対し最大限の考慮を払わなければならない、国家が自らの法益を保護するためその権利を行使するに当っては、謙虚に自らを抑制し、寛容を以てこれに接しなければならない」。

判決はこのような理解に基づき、手段方法の相当性について次のように述べている。

「その手段方法の相当性は、右憲法上の要請を踏まえた上で、その行為の性質上必要と認められる学問上慣習上の諸条件を遵守し、かつ相当の範囲を超えなかったか否か、それらのためには法益の均衡、行為の緊急性および補充性等の諸事情を比較検討することによって具体的総合的に判定すべきものである」。

以上のような理論的な前提の下に、判決は本件においては目的の相当性があり、また手段の相当性も認められるとしたのである。なおその際、少年の信頼を得て救済を行うためには、その所在を秘匿するほかなく、「被告人の採った右処置以外に適当な方途を見出すことは至難の業であった」として行為の「補充性」の要件の充足を認め、また、

「両少年も八日後には牧会が効を奏し、自己の責任を反省し自ら責任をとるべく任意に警察に出頭したことではあるし、右程度の捜査の支障は、前述の憲法上の要請を考え、かつその後大きくは彼等が人間として救済されたこと、小さくは彼等の行動の正常化による捜査の容易化等の利益と比較衡量するとき、被告人の右会活動は、国民一般の法感情として社会的大局的に許容しうるものであると認めるのを相当とし、それが宗教行為の自由を明らかに逸脱したものとは到底解することができない」

として、法益衡量を行っている点に注意すべきである。

この判決の評価すべき点は、まず、聖職者の宗教活動が刑法35条の正当業務行為として、刑事免責の対象となり得るということを認めた⁽¹⁾ことであり、次に、そこでの違法性阻却の判断の中で、憲法的価値を含めた比較衡量的判断を行なおうとした⁽²⁾ことである。ただし、上にあげた「信教の自由によって実現されようとする公共の福祉」と「犯人蔵匿罪によって実現されようとする公共の福祉」との間の比較衡量論⁽³⁾が違法性阻却論の中でどのような位置を占めているのかは判決文中からは必ずしも明確ではなく⁽⁴⁾、また、そのような比較衡量を行ったことが、実際の結論（手段方法の相当性の判断）の中にどのように結実しているのかということもあいまいなままになっていることは否定できない。というのは、手段方法の相当性の判断の中で、主力となっているのはむしろ最後に引用した補充性の面と望ましい結果が生じたことを前提とする法益衡量の側面ではないかと思われる⁽⁵⁾ふしもあるからである。事案が両者の要件をみたと認められるものであったため、やむを得ないことではあるが、上述の憲法論（比較衡量論）を前提としながらも、補充性の有無にかかわらず、とかあるいは、結果の如何にかかわらず、といった要件の緩和という方向へは必ずしも向ってはいないのである。そして、この点について、更に一步踏み出していたのが、外務省公電漏洩事件第一審判決である。

(二) 外務省公電漏洩（西山記者）事件第一審判決（東京地裁昭49・1・31判時732—12）——事案は、新聞記者が一般秘書業務に従事する外務事務官を通じて外交交渉（沖縄返還交渉）に関する文書あるいはそのコピーを入手したが、外務事務官については秘密漏洩罪（国公法109

条12号),新聞記者については,それをそそのかした罪(同111条)に該当するとして起訴されたものである。これに対して新聞記者の取材の自由は,憲法21条の保障する表現の自由の中に含まれるものであるから,そのような行為に対し罪責を負わせることはできないのではないか,という問題が生じたのである(なお,これに対応して外務事務官の取材協力行為の正当性という問題も存するが,ここでは取り扱わない)。判決はまず,本件において漏示された内容は「秘密」(ここでは実質秘説をとった)にあたり,また,被告人(新聞記者)の行為は,「そそのかし」にあたるとして,いわゆる構成要件該当性を肯定し,次に,本件そそのかし行為が,正当行為(刑法35条)にあたるか否かの検討に入っている。結論的にはこれを肯定し,被告人を無罪としたのであるが,これについて判決は,はじめに,その大前提として報道の自由および取材の自由が憲法21条により保障されていることを認め,次いで,報道記者の取材行為の正当行為性について次のように述べている。

「取材行為は報道機関の前記公共的使命を全うするために不可欠な行為であるが故に社会生活上重要な行為であると一般に認められており,又,前記の通り取材の自由は憲法21条の精神に照らして十分尊重されなければならないから,報道記者の取材行為が刑罰法規の構成要件に一応該当する場合であっても,当該行為が,その取材結果を利用,窃用する目的とか単に報道記者の個人的好奇心や私的欲望を満足させる目的とかでなされるのではなく,報道機関の前記公共的使命を全うする目的をもってなされたものであるという事情,又その行為に際して具体的に用いられた手段方法が,右の目的を達成するために必要であるか若しくはこれに通常随伴するものであり,例えば行為時の具体的諸事情に照らして他にこれに勝る方法がない場合など当該手段方法を用いたこと自体に対しては社会通念上特段の非難を加えることができないと考えられるという事情、更に又その行為によってもたらされる利益がその行為の結果損なわれる利益と均衡を保ち又はこれに優越していると認められるという事情などを総合考慮して,当該行為が全体としてなお法秩序の精神に照らして是認できると認められる場合には,当該行為は正当行為であるということができる」。

このような基準の下で本件について主として問題となったのは,手段方法の相当性と,法益衡量の部分である。前者について判決が問題点としてあげているのは,相手方(外務事務官)が秘密の実質的保有者でなかったこと,漏示の方法が大胆かつ危険であったこと,更に取材の方法が情交関係を利用するもので,取材の意図の説得に基づく相手方の自発的な協力によるものとはいえないものであったということである。これについて判決は「報道記者としての自覚を忘れその尽すべき努力を怠った誠にこそくな反倫理的な取材活動というべく,報道記者の取材の正道を逸脱し,報道記者の品位や社会的信用をも失墜させるもの」としている。しかし,判決は他方で,「その不当性の是正は社会一般や記者相互間の指弾又は倫理的な非難にゆだねたほうがより適切である」とし,結論的には,「手段方法の相当性には欠ける点があるけれどもこれと目的の正当性の程度,及び利益の比較衡量の点とを総合判断してみるとこれが処罰されてもおやむを得ないと断定することができ(ず)……従って……正当行為性を具備している」としたのである。

ところで,もう1つの問題点である法益衡量であるが,これについて判決は,報道機関の取材活動によって,国民の当該外交へのコントロールが一層強化されるという国民的利益が生じ,また,取材活動の一環としてなされた行為に刑罰的制裁を加えることにより将来の取材活動によって支えられる国民的利益が失なわれるとした上で,

「前記各しょうよう行為によって外交交渉の能率的効果が阻害される危険性の程度が,前記各しょうよう行為によってもたらされる国民的利益や将来の取材活動一般によって支えられる国

民的利益の程度をりょうがするものであったか否かを検討する必要がある」

とする。そして上記の国民的利益（ここでは主として沖縄返還交渉に対する民主的コントロールという利益）は相当重大であるのに対して、漏示された「秘密」は実質秘性の程度はあまり高度のものではなく、沖縄返還交渉や将来の外交交渉一般に対して重大且つ回復不能の悪影響を及ぼすものとはいえない（すなわち、国民的利益をりょうがするものではない）とした。この法益衡量が、上記の結論に結びついているわけである。本稿の目的との関連では、本判決の主要な問題点はこの比較衡量論にあるといっていよい。これについて学説は、一定程度の評価を与えながらも、その比較衡量の仕方自体の難かしさを一様に指摘し⁽⁶⁾、更に、この判旨の理論によれば、秘匿性の少ない秘密についてのみ正当行為性が認められるにすぎず、高度の秘密性の政府情報については正当行為性が認められなくなる点を問題としている⁽⁷⁾。

なお、この事件の第二審判決（東京高裁昭51・7・20判時820—26）は、一転して被告人（新聞記者）を有罪とした。判決はまず、報道記者による通常の取材活動がこのそそのかしの罪にあたることのないように、「そそのかし」の定義に限定解釈を加える。その理由は実質的には、もし、一審判決のような広い定義をとった場合には、この罰条は例えば、報道記者の官庁取材にまで適用される危険性があり、その結果取材の自由を含めた表現の自由を保障している憲法21条に抵触し、ひいては憲法31条に違反するおそれがあるからである。この間の事情について判決は次のように述べている。

「原判決のごとく、広義の解釈を採りながら、個々の事案ごとに刑法35条の正当行為、あるいは、他の違法阻却事由にあたるか否かの判断をすることとし、漏示されまたは漏示の予想された秘密の価値の程度と、その漏示を通して得られる利益の程度の衡量という煩瑣で、ともすれば客観性に欠け、恣意的判断に陥りやすい手法をもちこむことは、司法判断の方法としては好ましくないばかりでなく、報道目的のための取材活動として公務員に対し秘密漏示をしようとする行為の、どの範囲のものが犯罪として処罰されるかについての基準が不明確となり、可罰性についての客観的判定基準の予測が困難になるから、構成要件の不明確な場合と同様、憲法31条に違反する疑いが濃厚である」。

このように限定解釈を加えた後で、判決はさらに実質的な限定を加える。すなわち、「秘密」を「真正秘密」と「擬似秘密」とに区別し、これに対して、名誉毀損罪における事実の真実性の誤信に関する最高裁判例（昭44・6・25刑集23—7—975）の趣旨をあてはめるのである。それによれば、「擬似秘密であると主観的に判断したことについて、確実な資料や根拠に照らし相当の理由があると客観的にも肯認しうる場合には……『秘密』の点につき、確定的及び未必的な認識を欠く」として犯罪が成立しなくなるというのである。そして、おそらくこれだけ限定すればもう十分という趣旨なのであろうか、違法性が阻却される場合というのは、この判旨では「違法秘密」の取材に関して特別の事情があった場合に限られてしまうのである。ある意味では一審判決が逆転された最大の原因はここにあるといっていよいのではないと思われる。しかし、判旨のこの違法性阻却論の部分はあくまでも本来の違法性論とはいえず、「名誉毀損」に関する上述の趣旨を更に「故意の阻却」あるいは「違法性の認識の阻却」（この用語は門外漢ゆえ不正確かと思われるが）に関して拡張してみせたにすぎないというべきである。判決はこの点（違法性論をとり扱わなかったこと）については批判⁽⁸⁾を免れないであろう。

ここで、これまで引用した判旨を対比しながら、牧会権判決および外務省公電漏洩事件第一審判決（以下西山記者事件判決とする）における違法性（阻却）論について検討してみよう。まず、被告人の行為が違法性を阻却されるとする理由づけの仕方であるが、牧会権判決は刑法35条の正当業務行為にあたるか否かの問題だとする。これに対して、西山記者事件判決は必ず

しも明示してはいないがほぼ同趣旨と考えてよいであろう。ただし、同じ刑法35条にその根拠を求めるとしても正当業務行為にあたるとするのか、それ以外の一般的正当行為あるいは社会的相当行為にあたるとするのかは、なお不明確である。後述するように両者の要件が余り変わらないことからこたわる必要はないかもしれないが、しかし、なお微妙な問題もあるため——例えば牧会権判決に関しては、もしこれが牧師でなく熱心な信者あるいは自称宗教家の行為であった場合にはどうなっていたか⁽⁹⁾という問題はなお残されているのであり、またこの西山記者事件判決についても、これが新聞記者でなく、例えば自称ルポライターの行為であった場合にはどうなるかなどという問題もありうるのである——、判決が実際にいっていた概念を明示すべきであったと思われる。ここでは報道機関による取材行為に対する憲法上の保障が中心問題であったということからすれば、判決は正当業務行為にあたるか否かという問題としてとらえていたものとしてよいであろう。次に具体的に行なわれた行為の正当性を判断するための基準についてであるが、これは両判決ともに目的の相当性および手段方法の相当性を要求するという点で基本的には変わりはない。ただ、手段方法の相当性の判断に際して、牧会権判決は行為の緊急性および補充性という要件を明記しているのに対して、西山記者事件判決では、緊急性という要件を明示してはならず、また、表現全体をみると要件が多少緩やかであるように読めないでもない。しかし、いずれにせよ両判決とも最終的には法益衡量をも含めた総合的な判断によるとしている。そこで更に、この基準の具体的な適用を両判決についてみることにする。まず、牧会権判決であるがここでは被告人の具体的な行為が緊急性および補充性の原則をみたすものとみとめ、更に被告人の行為により望ましい結果が出たということも含めて、法益衡量においても被告人に有利な結論が出されている。これに対して、西山記者事件判決においては少し問題がある。すなわち、ここでは上に述べたように緊急性および補充性の原則を要求するかわりに、「社会通念上特段の非難を加えることができないと考えられるという事情」という緩やかな表現がなされているわけであるが、被告人の行為は、これに照らしてみても「その相当性になお欠ける」⁽¹⁰⁾とされている。しかし、それにもかかわらず、その欠点は法益衡量によってカバーされるというのである。総合的な評価の中でこの法益衡量の占める割合がかなり大きいわけである。その意味では、この判決の中では憲法の人権規定（ここでは表現の自由→取材の自由）の趣旨が、この法益衡量の部分にかなり強く反映されているということになる。ここでは、思い切りのよさを評価すべきであろうか。ところで、すでに述べたように牧会権判決の場合にはこれとは異なり、すべての要件がみたされているという形をとっているため、この西山記者事件判決のように、ある部分に憲法論が強く生かされるという形をとってはいない。しかし、手段方法の相当性判断のいわば「総論」部分で詳細に憲法論が展開されているのであり、これにかんがみれば、むしろ、ここでは、補充性の原則その他の各部分で、それぞれ宗教活動に対する深い理解が示されていることを汲み取るべきであろうか。もともと事案が異なるのであるから当然のことではあるが、これら2つの判決はそれぞれ異った特色をもっている。また、これに関連して西山記者事件控訴審判決の中でも、さきに引用した部分は傾聴すべきものをもっている。そこで、憲法論と違法性論の関係をより深く理解するために、また、これらの判決の位置づけを考えるためにも、更に違法性論を掘りさげてみよう。

すでにふれたように牧会権判決は、被告人の行為の違法性阻却（正当化）の根拠として刑法35条の「正当業務行為」をあげている。これに対して西山記者事件（一審）判決は単に「正当行為」とするだけである。内容的にはむしろ、正当業務行為とする趣旨のつもりであろうと思われる。ただし、学説上は正当業務行為の違法性が阻却される理由は「業務」性にあるのではなく「正当」性にあるとし、本質的には正当業務行為と一般的正当行為（あるいは社会的相当行

為)とを区別していない。⁽¹¹⁾ところで、その正当(業務)行為が違法性を阻却される根拠(正当化原理)は何か。これは、正当行為あるいは社会的相当行為の中にどのような行為が含まれると解するか、ということ自体について学説上見解が分かれており、またそのような行為は類型化することが困難なほど多様であるともいわれているため一概にはいえないと思われるが、特に正当(業務)行為に関しては、優越的な利益の保護、あるいは保護の必要のある利益の保護という点に求められる⁽¹²⁾。医師の診療、電車の運行、スポーツ(ボクシング、相撲など)がその例とされる。社会的にみて、相対的に保護されるべき利益は保護し、そうでないものは保護しないという法益衡量がその根底に横たわっているといえよう。ただ、このように解した場合、いくつか問題がある。まず、牧師の牧会活動の利益と国家の犯罪捜査の利益、記者の取材活動の利益と国家の秘密保持の利益とがそれぞれ比較衡量されるわけであるが、しかし、例えば、医師の診療の場合ほどには利益の大小が明白(例えば生命を救うために身体を傷害するというように)ではなく、またボクシングや相撲の場合のように、相手方の推定的な承諾ないしは危険の容認といったような前提があるわけでもないため、これら二つの比較衡量において、それぞれ前者が後者に優越するとするのはさほど簡単なことではないであろう。また、ここでは衡量の対象たる法益が少くとも第一次的には国家法益であるため、牧会活動あるいは取材活動による利益を単なる私的利益として構成すべきではない。その意味では牧会権判決および西山記者事件(一審)判決がともに衡量されるべき二つの利益を社会的法益の場にすえて比較衡量したのは評価されるべきであろう。

次に、行為の態様の面での問題がある。すなわち、医師の外科手術による身体の傷害、電車の運行による一定時間の身体の束縛(監禁)、ボクシング、相撲における暴行などはこれらの行為にほとんど必然的に付随して生ずる結果あるいは行為態様なのである。したがって、例えば、医師の治療行為は正当(業務)行為であるという時には、そのような結果もまたすでに一般的に読み込まれているのであり、通常はそれぞれの行為とかあるいは結果の1つ1つを問題とする必要はないわけである。労働争議行為——これは労組法による免責があるため法令による行為と解することもできるが、いずれにせよ社会的正当行為の一種である——などもやはりしばしば「業務妨害」とか「強要」などを伴うものである。もちろん、これは必然的に伴うものとは言いきれない。しかし、そのような行為態様を伴う蓋然性は高いため、一定程度ではあるが免責が典型的に予定されているといってよい。これらの社会的正当行為が常態的正当(違法阻却)事由⁽¹³⁾とされる所以である。ところで、牧会活動と犯人蔵匿、あるいは、取材活動と公務員に対する秘密漏洩のそそのかしが上に述べたような関係にあるといえるであろうか。まず両者ともにこれらは必然的に生ずるような関係にあると言えないことは明らかである。とくに、牧師の牧会活動と犯人蔵匿との関係については、蓋然性は(特に現代においては)きわめて低い、すなわち、あくまでもたまたま犯人蔵匿が行なわれたものと考えてよいであろう。とすると、このような場合にも、簡単に常態的正当事由たる正当業務行為にあたるとして免責することには疑問の余地もあるわけである。それは逆に言えば、そのような疑問の生じた分だけ、逆に要件を厳しくする必要があるということになる。牧会権判決が、いわゆる緊急的正当事由(とくに緊急避難および超法規的違法阻却事由=自救行為)の要件である緊急性、補充性(他にとるべき適切な方法がなかったこと)および法益衡量という三要件を、すでにあげた手段の相当性に関する判旨の中に盛り込んでいるのは、その意味ではうなずけるのである。なお、さきに問題点としてあげた法益衡量(牧会活動における法益対国家の捜査活動における法益)は、むしろこの場面(緊急的正当事由)における衡量だと考えるべきかもしれない(ただし、判決は望ましい結果が生じたということを含めて衡量しているが、ここではむしろ結果の如何にか

かわらず追求されようとした法益自体を基準とすべきではなかったかと思われる)。これに対し、取材活動と、「そそのかし」との関係についてはどうであろうか。一般的に言っても牧会活動の場合よりは蓋然性が高そうであるし、また、「そそのかし」の定義を広くとった場合には、とくに官庁取材記者の取材が公務員に対する秘密漏洩のそそのかしにあたるという蓋然性は決して低いとはいえなくなる。とすれば、そのような行為態様は取材行為一般の正当（業務）性の判断の中にすでに包摂されているとも考えられるのであり、従って西山記者事件（一審）判決が、具体的な行為の相当性の判断の中で、緊急性および補充性（とくに緊急性）の要件を緩和しているのは正当とすべきである¹⁴。以上要するに、牧会権判決および西山記者事件（一審）判決はともに正当（業務）行為論を基本としながらも、事案が例えば医者の治療行為といったようないわゆる典型例から遠ざかっているその程度において、要件を厳格にして均衡をはかっている。このことは逆に言えば、例えば牧会活動による犯人蔵匿のような非典型的あるいは非常態的な行為をも、正当業務行為論の吟味の対象に取り込み、そして、そのような形でかつての超法規的な違法阻却論を生かそうとするものである¹⁵といえよう。そして、このような理論構成を可能にしたものは、信教の自由あるいは表現の自由（ここでは取材の自由）という憲法上の権利は個人的価値のみならず社会的価値をも具有するものであり、従ってこの権利の行使は本来的に正当（業務）行為とされるべきだとする観点なのである。

註(1) 熊本信夫（判例評釈）判例評論196号（判例時報774号）21頁。

(2) 三輪隆「牧会活動と信教の自由」人権の憲法判例第二集86頁。

(3) これについては、高柳信一「宗教の自由」体系憲法判例研究Ⅱ148—59頁の影響が顕著に見られる。

(4) 前掲高柳論文でもこの点は必ずしも具体的に展開されているわけではない。

(5) これについては、熊本・前掲書23頁も疑問を提示している。

(6) 例えば、伊藤正己「国家の秘密と報道の自由(二)」ジュリスト558号101頁。奥平康弘「外務省公電漏洩事件判決と国民の知る権利」法学セミナー1974年3月号6頁。香川達夫「報道取材の自由とそそのかし」判例時報732号11頁。

(7) 伊藤・前掲ジュリスト558号101頁、および奥平・前掲法学セミナー1974年3月号6頁。

(8) 香川達夫「西山事件高裁判決の問題点」ジュリスト621号41—2頁。

(9) 例えば三輪・前掲書92頁参照。

(10) 西山記者事件控訴審判決は、この部分に関する評価を構成要件該当性の判断の中で行った——すなわち、「そそのかし」を限定しても、このような態様でなされた情報収集は、その限定された「そそのかし」になおあてはまるとした——わけである。もし、一審判決の趣旨が正しいとしたら、この控訴審判決は、それにもかかわらず、更に、正当性（違法性阻却）の判断を法益衡量論に基づいて行うべきであった。

(11) 通説である。例えば、団藤重光・刑法綱要総論（増補）148頁。木村亀二・刑法総論279頁。西原春夫・刑法総論232頁。

(12) 例えば、西原・前掲書142—3頁。

(13) 西原・同上140頁によれば、正当防衛（刑36）、緊急避難（刑37）、および自救行為が緊急的正当（違法阻却）事由であり、法令または正当業務行為による行為（刑35）、その他の社会的相当行為、および被害者の承諾が常態的正当（違法阻却）事由であるとされている。

(14) 伊藤・前掲ジュリスト558号100頁は、更に、「この三要件（ここでは、目的の正当性、手段方法の正当性および法益衡量をさす——筆者注）は、刑法における正当行為性の基準として妥当といえるが、憲法的な視角からみると、取材活動の場合、目的の正当性は重要であるとしても、他の要件についてとくにきびしく考える必要はないのではないかという考え方もありうる」としている。

(15) 金沢文雄（判例評釈）判例タイムズ325号105頁参照。なお、大谷実「牧会行為を業務行為とし

た判決」ジュリスト昭和50年度重要判例解説125頁は、本判決が正当業務行為を前面に出したことに對して批判的である。

三 公安労働事件における刑事免責論

上にみたように牧会権判決、西山記者事件（一審）判決はともに、正当（業務）行為論を基本とし、それに緊急的正当（違法阻却）事由の要件をつけ加え、最終的にすべてを総合判断するとしている。とすればこれら二つの判決の論理構成の中に、時をさかのぼって、いわゆる東大ポポロ事件第一審判決以下の一連の超法規的違法阻却事由に関する諸判決の影響を読みとってよいであろう。これらは、警察官その他の公務員による警備情報収集活動に関して生じた諸事件を中心としている。それらは、これらの行為は学問の自由とかあるいは集会の自由に対する侵害行為であるとして、それらの警察官等に対して行った抗議的行動が、逮捕、監禁罪などに該当するとして起訴されたものであるが、これらの抗議的行動が学問の自由、集会の自由を保障する全憲法秩序の下で正当性をもつものとして刑事免責を受けるか否か、そして、それに際して、正当防衛、緊急避難以外の超法規的な違法阻却事由を認めることができるかが問題となったのである。結論的にいえば、具体的な事案において現実にその要件が充たされたとは認められなかったが、超法規的違法阻却事由の存在そのものは一応認められたといつてよい。しかし、その要件については大別して二通りのものが示されている。1つは、被告人の行為の正当性を認めたポポロ事件判決第二審判決（東京高裁昭31・5・8 刑集17—4—445）のそれである。ここでは、行為態様の相当性にも配慮を払ってはいるが、主として法益衡量——この事件では、大学自治保全の法的価値と損害を被った警察官の個人的法益の価値を衡量している——を根拠にしている。これに對していわゆる舞鶴事件第二審判決（東京高裁昭35・12・27刑集18—10—910）は、正当防衛または緊急避難の場合に比し、一層厳格なものを要するとして、目的の正当性、法益権衡のほかに、「特にその行為に出ることがその際における情況に照らし緊急を要するやむを得ないもの」であること（緊急性）および「他にこれに代る手段方法を見出すことが不可能若しくは著しく困難である」こと（補充性）を要するとして、被告人の行為の正当性を認めた一審判決を破棄した⁽¹⁾のである。これは上告審においても支持され、判例上はこのような立場はほぼ固まったとされている。但し、学説上は、このような厳格な要件を要求することには批判もあり、補充性の原則はあくまでも総合判断に際して考慮されるべき一つの事情にすぎないとする⁽²⁾ものも少なくはなく、このような考え方は、さきにあげた西山記者事件判決にも影響を与えている。ともあれ、このような要件の下では超法規的違法阻却が認められる途は実際上ほとんどなくなったわけであるが、しかし、これらの判決の根底にある考え方、すなわち、法益衡量その他手段方法の相当性などを含めた総合判断により実質的な違法性を吟味し、それによって刑罰権の行きすぎを限定しようとする考え方（刑罰の謙抑）は否定されたわけではなかった。すなわち、それは超法規的違法阻却事由を肯定するという形でなく、むしろ、「構成要件該当性の判断あるいは事実認定の段階において実質的にその趣旨を実現」⁽³⁾しようとする方向へ向かったのである。

例えば、上述の「抗議行動」に関する一連の事件の中の1つに数えられる大阪学芸大事件第二審判決（大阪高裁昭41・5・19下級刑集8—5—686）がそれである。ここでは、被害者たる警察官の警備情報収集活動に対する評価をまじえながら、法益侵害の程度はきわめて軽微であり、「本件暴力行為は可罰的评价に値するほどのものとは認められない」としている⁽⁴⁾。また、労働事件について言えば、縮小解釈などに基づいて下級審が下してきたたび重なる無罪判決の影響を受けて、最高裁はすでに紹介した全通東京中郵判決（昭41・10・26刑集20—8—901）お

よび、都教組事件判決（昭44・4・2刑集23—5—305）を下している。後者の都教組判決は、まず、全通東京中郵判決においてすでに示されていたところの労働本権の制約が合憲とされるための4つの条件——とりわけ(3)の条件——に照して地公法37条、61条4号をみると、文字通り解釈すれば違憲の疑いを免れない、すなわち「必要やむを得ない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最小限度にとどめなければならないとの要請を無視し、その限度をこえて刑罰の対象としているもの」だとする。しかし、

「法律の規定は、可能なかぎり、憲法にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであって、この見地からすれば、これらの規定の表現のみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解は採ることができない。すなわち、地公法は地方公務員の争議行為を一般的に禁止し、かつあおり行為等を一律的に処罰すべきものと定めているのであるが、これらの規定についても、その元来の狙いを洞察し労働基本権を尊重し保障している憲法の趣旨と調和しうるよう解釈するときは、これらの規定の表現にかかわらず、禁止されるべき争議行為の種類や態様についても、さらにまた、処罰の対象とされるべきあおり行為等の態様や範囲についても、おのずから合理的な限界の存することが承認されるはずである」

とし、いわゆる二重のしぼり、すなわち争議行為およびあおり行為の限定的な解釈を展開する。まず争議行為については、

「地方公務員の職務は、一般的にいえば、多かれ少なかれ、公共性を有するとはいえず、さきに説示したとおり、公共性の程度は強弱さまざまで、その争議が常に直ちに公務の停廃をきたし、ひいて国民生活全体の利益を害するとはいえないのみならず、ひとしく争議行為といっても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない。地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによって保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによって実現しようとする法益との比較衡量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である。そして、その結果は、地方公務員の行為が地公法37条1項に禁止する争議行為に該当し、しかも、その違法性の強い場合も勿論あるであろうが、争議行為の態様からいって、違法性の比較的弱い場合もあり、また、実質的には、右条項にいう争議行為に該当しないと判断すべき場合もあるであろう」

とし、更に民事制裁の対象となる争議行為と刑事制裁の対象となる争議行為との区別（いわゆる違法の相対性）を強調するのである。次に、あおり行為についても上述の比較衡量的観点から考慮されねばならないとし、

「あおり行為等にかぎって処罰すべきものとしている地公法61条4号の趣旨からいっても、争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない……したがって、職員団体の構成員たる職員のした行為が、たとえ、あおり行為的な要素をあわせもつとしても、それは原則として刑事罰をもつてのぞむ違法性を有するものとはいえない」

としたのである。このように、この判決は全通中郵判決の比較衡量的観点を受けつぎ、それに基づいて、犯罪構成要件に限定解釈を加えたのである。問題はその限定解釈の更に具体的な基準をどこから導びき出したか⁽⁶⁾であるが、これはすでに述べたように、それまでに下級審が一連の無罪判決の中で蓄積してきた構成要件の縮小解釈をそのままとり入れてゆくという実務的色彩の濃いあり方をとっている⁽⁷⁾。その意味では逆に、実務における刑罰の謙抑を憲法上の比較衡量論によって基礎づけたといってもよいであろう。

官公労働法の分野におけるこのような判決の流れは、公安条例の分野にも強く影響を与えてい

る。すなわち、昭和41年の全通東京中郵事件判決以降、その影響を受けて、とくに非暴力的な公安条例事件に関する無罪判決が相ついで出されたのであった⁽⁸⁾。これらの判決は大別すれば、公安条例の規定そのものの違憲性（主として憲法31条違反）を指摘するものと、公安条例の合憲性を前提としつつ法解釈や事実認定の操作によって条例の適用に限定を加えようとするものとに分けられるが、この時期（以降も含めて）の公安条例に批判的な判決の主流をなしていたのは、後者の、「刑法解釈論のレベルで構成要件該当性または違法性の不存在を理由に条例の適用に限定を加えてゆく」⁽⁹⁾諸判決⁽¹⁰⁾であった。これは全通中郵判決の影響——すなわち、憲法上の法益に対して慎重な配慮を加え、制裁としての刑罰を抑制しようとする傾向、可罰性の範囲を限定的に解釈しようとする傾向などを助長した⁽¹¹⁾こと——によるものである。そして、この傾向は、昭和44年の都教組判決において更に助長されたのである。これらの判決は、はじめは、縮小解釈により構成要件該当性を否定するという考え方と、集団行進は本来憲法によって保障された表現の自由の一形態であるということを重視して、それを超法規的違法阻却事由あるいは社会的相当行為論の法益衡量の中に読み込もうとする考え方とに分かれていた⁽¹²⁾が、最近ではそれらが相互に交錯しつつ、主として前者については具体的危険犯説⁽¹³⁾、後者については、可罰的違法性論⁽¹⁴⁾という形で展開してきている。ところで、具体的危険犯説というのは、無許可デモ行進あるいは許可条件に違反したデモ行進を行ったとしても、それが公共の安全に何らの危険もおよぼさず、全く平穏に行なわれた場合には、その指導者あるいは煽動者は処罰されないとする考え方である。これは具体的な危険の発生ということを構成要件要素として読み込んだものだとは解すれば、まさに構成要件の限定解釈にあたる。これに対して、具体的な危険が発生しない場合には、構成要件の予定する可罰性がないから犯罪を構成しないのだと解すれば、いわゆる可罰的違法性論をとった⁽¹⁵⁾ことになる。両者の趣旨を含みながらも公安条例事件に関して、可罰的違法性論を採用する、とはじめて明示したのは、いわゆる羽田空港ビル内デモ事件の第二審判決（東京高裁昭46・2・15判時621—3）である。そこでは次のように述べられている。

「たとえ無許可の集団示威運動を指導したとしても、そこに公共の安寧に対する直接且つ明白な危険がなく、可罰的な違法性が認められない限り、その者に対しては敢えて右のような重い刑罰を以て臨むべきものではないものといわれなければならない。同条例が、指導者などを体刑を含む重い刑罰で処罰することによって鎮圧しようとする無許可の集団示威運動とは、可罰的違法性の明確たるものであることを要するものというべきである」。「羽田空港の国際線出発ロビー内等ではこれまでも幾度びか諸種の集団による示威運動が行われたことが窺われるけれども、本件の事案における行動が、右のような事例のものと比較して特に激烈、且つ悪質であったと推認せしめるような証拠は何もなく、……本件集団の行動は集団示威運動としては、寧ろ比較的犯情の軽微なものであった部類に属し、そこに公共の安寧に対する直接且つ明白な危険があったものとは考えられないこと……などに徴すれば、本件においては、集団示威運動の可罰的な違法性が未だ明確であったとまではいえないのである。結局、本件は可罰的な違法性がない場合とみるのが相当であって、ここに被告人らに対し有罪の判決をすることはできないものと考えられる」。

ここで注目すべきことは、判旨が可罰的な違法性を認めるための条件として、「公共の安寧に対する直接且つ明白な危険」の存在を要求していることである。これは、判決の文中では明示されていないが、集団示威行進は憲法によって保障されている表現の自由の一態様であること、従って、それに対する制限および罰則は必要最小限にとどめるべきである、という全通中郵、都教組判決と同じ発想から、表現の自由によって生ずる法益と、その規制により保護される法

益¹⁶を比較衡量した結果その均衡点として、「直接且つ明白な危険の発生」という条件をうち出したものとみることができる。その意味では、これは都教組判決における限定解釈と本質的に同じ¹⁷ものと解すべきであろう。

このような可罰的違法性の理論が展開されているのはこれまでのところ多くは公安事件、労働事件の分野においてである。これはこの分野における事案は「刑法により保護される法益と衝突する労働法上の権利あるいは政治的行動の権利などが顕著に対立し、行為の正当性を形式的に判定しがたく」、「実質的違法性を考慮したとき、まったく完全な正当行為とまではいえないが、違法とも判定しがたい、いわば灰色の中間領域がひろく存在し、実質的違法性の判断をぬきにして、形式的に構成要件該当性を論ずることの意味が疑われるような事案が多い¹⁸」ためである。このような事情が「刑罰法規の解釈について目的論的、弾力的な解釈態度をもちつづけてきたとみられる実務の伝統と結びついて、可罰的違法性の理論の志向するような実務処理を無意識に展開させてきた¹⁹」のだとされている。可罰的違法性論とは、「刑罰法規の構成要件に該当する形式外観をそなえているように見える行為であっても、その行為がその犯罪類型において処罰に価すると予想している程度の実質的違法性をそなえていないときは、定型性を欠き、犯罪構成要件にはあたらない」とする、いいかえれば、構成要件該当性は、「定型的な実質的違法性——違法の軽重という量的意味のみならず、法益保護の目的からみた質的面を含めて——をそなえている」とするものであり、「具体的には、刑法の解釈につき、拘子定規な形式的解釈によらず、実質的観点から合理的、縮少的解釈を行うべきだという主張¹⁹」である。そして、可罰的違法性の欠如を根拠づける要素として、法益侵害といういわば結果の面での輕微、すなわち微罪性と行為態様、法益侵害惹起の態様における違法性の輕微、すなわち、社会通念上容認される相当性（目的および手段の相当性）があげられている²⁰。

ここで、上に述べた諸判決、とりわけいわゆる公安、労働事件の分野の諸判決を（ひいては、この分野での問題の処理を）、この可罰的違法性論によって根拠づけることの是非を——憲法論の立場から——考えておく必要がある。まず、積極面であるが、それはこの理論が問題を主として、構成要件該当性（すなわち、構成要件の縮少解釈、あるいは事実認定）の段階で処理していることをあげてよいのではないと思われる。すなわち、さきに引用した羽田空港内デモ事件判決は、条例の規定の趣旨からみて当該罰条の予定する可罰性をもつためには具体的な危険が発生する必要があるという形で、縮少解釈を行い、そして現実には危険が発生しなかったため罪とならないとしたのであるが、もし、このような縮少解釈をしていなかった場合にはどうであろうか。この場合に違法性阻却の段階で免責をはかる²¹ことができるであろうか。社会的相当行為とするにせよ、超法規的違法性阻却事由とするにせよ、行為の正当性その他（例えば補充性）を主張しなければならないが、縮少解釈をしない以上（すなわち、抽象的危険犯とする以上）、被告人の行為は、例えば無許可デモをすること（実際には、例えば指導すること）自体で違法（それも犯罪構成要件によって禁止された刑事的な違法）なのである。いかにして正当性を主張できるのであろうか。たとえ無許可デモであろうとデモ行進は憲法上保障された権利であるから、それに基づいて正当化できる、と仮にするならば、もともとそれを刑事罰によって禁止する（刑事的に違法とする）こと自体が逆に憲法違反となってしまうのである。したがって、縮少解釈をしない場合には、理論的には少なくとも憲法上の見地からする違法性阻却はあり得ないのであり、せいぜい余程短時間で平穩なデモを行ったときに微罪性を理由として、構成要件該当性を否定されるにすぎない。この公安条例（無許可デモの禁止）とか、国公法、地公法（争議行為の禁止）のように憲法上保障された権利の行使そのものが直接的に禁止されている場合の刑事免責論は、必然的に、例えばすでにあげた牧会権事件のように、憲法上の権

利の行使がたまたま例外的に一般刑法典の犯罪構成要件に該当した、というような場合とは異った形をとる²²⁾わけである。問題となっている憲法上の権利を確保するためには、後者の場合には、違法性阻却の場において、人権の行使によって生ずる法益を含めた個別的具体的な比較衡量的判断を行うことになる。それに対して、前者の場合には、通常の場合には人権が保障される趣旨（あるいは、人権保障による法益）とそれを規制する趣旨目的（あるいは、規制による法益）との間の比較衡量によりどの程度の人権規制が許されるかが判定されねばならず、もし、問題の犯罪構成要件（行為類型）がそれを上回る場合には違憲とされるか、少なくとも限定されねばならないのである。ところが、わが国の最高裁判所は、これまで人権の規制立法をほとんど「切り捨て御免」式に一律合憲とする立場をとってきているのであり、公安条例も例外ではなかった。「実質的違法性」を考慮すべき、「灰色の中間領域がひろく存在」したのはこのためである。立法府の（わが国では更に最高裁の）し残した仕事をなしとげるためにもこの分野での縮小解釈あるいは可罰的違法性論は不可欠のものなのである。

次にこの可罰的違法性論の消極面であるがとりわけ、上の公安、労働事件の分野での、可罰的違法性論による問題の処理については「本来、憲法上の言論、表現の自由の限界はどこまで許容されるかというように問題を提起することを回避し、違法だがその態様は社会倫理的に耐えうる程度か、刑罰を科すほどに邪悪かと問題をたてるのは、やはり問題をのこすことになる。出発となる『違法だが』という評価は、社会倫理的に耐えうる程度の判定に、心理的に誤った影響を与えるであろうばかりでなく、出発として与えられている『違法』が果して真実かどうか問いかえす途を自ら閉じているからである²³⁾」という指摘がある。これは、いわゆる制限的合憲解釈に対する批判でもあり、少なくとも憲法論のレベルに関する限りは甘受せざるを得ないであろう。更に、かりに現実的な考慮から違憲判決に代わるものとして制限的合憲解釈を認めたとしても、今度はこの制限的合憲解釈論と可罰的違法性論との関係についてもこの批判はあてはまるのである。制限的合憲解釈とは、言葉の意味からすれば、「合憲になるように限定する」とか、あるいは「限定しなければ違憲である」という考え方を基礎にしている。これに対して、可罰的違法性論は、いわゆる「一厘事件」(大判明治43・10・11刑録16—1620)に典型的にみられるように、結果および行為における違法性の微弱なものを不可罰とするものであり、すでに述べたように、これが刑罰の謙抑の一つのあらわれである刑罰法規の縮小解釈、すなわち、「真に処罰に価する行為のみを処罰すべき²⁴⁾」であるという考え方に支持されて、展開されたものである。従って、両者がしばしば同視されることは事実であるが、本質的にはその妥当範囲を異にするのである²⁵⁾。前者の制限的合憲解釈の場合には、例えば「公共の安全に対する直接且つ明白な危険の発生」という憲法上の基準が出され、それによって類型化し縮小解釈がなされることが必須であるが、可罰的違法性では、具体的事案において、種々の事情を考慮した結果「軽微性」が認定されればよいのであるから一般的基準の定立は必ずしも要求されない。すなわち、前者においては、憲法価値（人権保障）の比較衡量は不可欠とされるが、後者においては、それは必ずしも本質的な問題ではない²⁶⁾のである。もちろん、現実的には、可罰的違法性論もいわば社会的相当行為論にあたるものを構成要件該当性の判断の中で行うという側面もあるため、その中で憲法価値が考慮されることになる²⁷⁾(現実には公安条例判決ではその点が生かされてきている)とされているが、しかし、上に述べた本質的な差異は注意されねばならないであろう²⁸⁾。

註(1) この2つの判決については藤木英雄・可罰的違法性19—24頁参照。

(2) 例えば、仲地哲哉「舞鶴事件」続刑法判例百選113頁。福田平・注釈刑法(2)の1・130頁。

(3) 藤木英雄「刑法の超法規的運用」ジュリスト500号391頁。

- (4) なお、中義勝「大阪学芸大事件」続刑法判例百選109頁は、「超法規的違法阻却事由が判例上その採用がためられている事情とも相俟って今後とも援用される機会が多いものと予想される」としている。
- (5) これについては橋詰洋三「官公労働者の基本権」ジュリスト500号499—500頁参照。
- (6) 例えば、山内敏弘「地方公務員の労働基本権」憲法判例百選（三版）191頁。
- (7) 橋詰・前掲書499—500頁参照。
- (8) 香城敏磨「集団行動の規制をめぐる諸問題——公安条例と道路交通法を中心として(1)」警察研究40巻4号78—80頁は昭和40年初めから43年末までの公安条例無罪判決の特色について検討している。
- (9) 西原春夫＝曽根威彦「公安条例判決の最近の動向（上）」判例タイムズ227号20頁。
- (10) これらの厳格解釈の手法をとった諸判決については、江橋崇「公安条例判決の動向」ジュリスト605号15—16頁が詳細に分類している。
- (11) 香城・前掲書79頁。
- (12) その例については、西原＝曽根・前掲判例タイムズ277号20—26頁参照。
- (13) このような理論がでてくる背景については、江橋・前掲書17—18頁参照。その例については、西原＝曽根・前掲論文（下）判例タイムズ278号17—22頁参照。抽象的危険犯説に対する批判としては、佐伯千仞「公安条例と抽象的危険犯・3」法律時報49巻6号67—71頁。
- (14) この例については、西原＝曽根・前掲判例タイムズ278号22—28頁参照。
- (15) 西原＝曽根同上28頁は、「憲法が保障する表現の自由に照らして、いまだ刑事罰をもって臨むほどの違法性はないというのであるから、その程度において違法性の軽減が認定されればもって足りる。『結果の発生』を公安条例違反の罪の成立要件として何らかの形で考慮する最近の公安条例判決の傾向（形式犯から実質犯へ）からして、これを構成要件要素として構成することの是非はともかく、その不存在を違法性減輕事由ないし、可罰的違法阻却事由として構成することは、公安条例判決が今後進むべき方向を示唆している」とする。但し、逆に可罰的違法性論といった場合、それは具体的危険犯説をとることだけを意味するわけではない。参照、佐伯・前掲論文・2・法律時報49巻5号126—128頁。江藤孝「公安条例違反事件と可罰的違法性」ジュリスト665号27頁。
- (16) 西原＝曽根・前掲判例タイムズ278号29頁は、規制により保護される法益をまず確定すべきことを説いている。
- (17) 西原＝曽根・同上14—17, 28—29頁は、可罰的違法性論という立場での両者の同質性を強調する。なお、13頁では、縮小解釈による合憲判断は、立法府に対する事実上の違憲判断だとする。江橋・前掲書18頁は「無許可集団行動を具体的危険犯とする説はいわば刑法理論の装いをした憲法論である」とし、また、同20頁は可罰的違法性論について、「法益の比較衡量がなされ、集団行動は、憲法上の権利の実現という公益の担い手と評価されることになるから、ここでもまた刑法理論の装いをした憲法論が展開されることとなる」とする。
- (18) 藤木・前掲ジュリスト500号392頁。
- (19) 藤木英雄・可罰的違法性9頁。なお、この理論の内容および犯罪論体系の中での位置づけは論者によって多少異なるようである（例えば、同上31—32頁、佐伯千仞・刑法における違法性の理論369—447参照）。以下、本稿では、基本的にはこの藤木説の立場を念頭において問題を考えていくことにする。
- (20) 藤木英雄・可罰的違法性の理論38—41頁。
- (21) 例えば、莊子邦雄『限定解釈』の刑法的意義」ジュリスト536号64—65頁参照。そこでは、国公法による争議行為の禁止に関して、構成要件該当性の判断において労働法規範の介入をこころみすることは許されない（65頁）とする。しかし、「争議行為」および「あおり行為」の限定は憲法規範の介入によるものである。なお、内田文昭「羽田空港ビル内デモ事件差戻審判決」ジュリスト昭和51年度重要判例解説154—155頁参照。
- (22) 要するに、本文で述べたような憲法上の権利行使の制限そのものを目的とする刑罰法規（いわ

ゆる治安立法というべきものに属する)の場合には、そもそも、その刑罰法規(犯罪構成要件)の存在自体がはじめから問題視されているのである。そのような場合には、通常の刑法典の犯罪構成要件(例えば、暴行、監禁)のように、その存立の基盤(合憲性)に安定性のある(特別な事情がない限り、それを犯罪として禁止することには誰も異存はあるまい)ものを前提とした市民刑法理論(例えば、典型的には構成要件該当性——違法性——責任性)の感覚をそのまま適用できないのではないか。ここでは、いわば犯罪論の大前提たる犯罪構成要件そのもののなかで、実質的違法性に関する問題が大きく渦巻いているとでもいうべきだからである。この分野での可罰的違法性論にもとづく限定解釈は、その渦を和らげ、市民刑法理論の前提たる犯罪構成要件の安定性に資する役割を果たすものと考えらるべきであろうか。その意味では同じ労働事件でも通常の労働事件(例えば民間労組のストに伴う威力の使用など)の場合には話は別である。犯罪構成要件(例えば威力業務妨害罪)の存立の基盤(合憲性)は安定しており、したがって争議権保障の観点は違法性(ここでは社会的相当性——すなわち、労働基本権の保障と財産権保障の調整——)判断の場にもち越される(参照、*荘子・前掲書*66—7頁)。但し、すでにあげた国家の秘密漏洩のそそのかしの罪などのように、事実上治安立法的な運用のなされ易いような分野(犯罪構成要件)については、また、縮小解釈による限定の必要性も考えられねばならないであろう。すでに引用した西山記者事件控訴審判決は、その危惧を表明したものと考えることができる。似たような例として道交法により禁止されている「物の交付」に関して限定的に解釈した東京高裁のビラ配り無罪判決(昭41・2・28下級刑集8—2—252)がある。こうしてみるとこれらは段階的な差異をおびた程度の問題と考えるべきであるかもしれないが。

- (23) 井上裕司「政治的抗議ストにつき、可罰的違法性を欠くとした事例」ジュリスト昭和47年度重要判例解説116頁。その他、井上裕司・争議禁止と可罰違法論76頁。また、西原＝曾根・前掲判例タイムス278号27頁は、「可罰的違法性の理論は、刑法解釈論のレベルで被告人を救済するという積極的役割をになうことができると同時に、違憲の疑いの濃い立法を合憲と糊塗することにより、裁判所の有する違憲立法審査権を自ら放棄してしまうマイナス効果を持つ両刃の剣である」とする。
- (24) 芝原邦爾「罪刑法定主義の展開」ジュリスト500号378—9参照。
- (25) 例えば、本文にあげた羽田空港内デモ事件の上告審判決(最判昭50・10・24刑集29—9—777)は、この控訴審判決のとした具体的危険犯説を否定し、抽象的危険犯説を採用したわけであるが、佐伯・前掲論文・4・法律時報49巻9号43頁は、この判決後もなおかつ可罰的違法性論の適用の余地ありとする。
- (26) 井上・前掲ジュリスト昭和47年度重要判例解説116頁参照。
- (27) 藤木・可罰的違法性89頁。同・可罰的違法性の理論40—3頁。
- (28) なお、河上和雄「いわゆる可罰的違法性論について」警察学論集27巻6号99頁は、本文で引用した羽田空港内デモ事件控訴審判決について、「犯罪構成要件を歪曲させる罪」として、「構成要件の本来予定している行為態様を、可罰的違法性論を導入して、構成要件の枠外に追放するため、公共の安全に対する直接且つ明白な危険の存することが構成要件要素であるとして、構成要件の文理解釈から導き出される抽象的危険で足りるとする立法者の意図や構成要件の合理的解釈を恣意的に歪曲するのである。そのため通説判例とはかけ離れ、犯罪の輕微性、行為の相当性という基準は問題になっていない」とする。しかし、「公共の安全に対する直接且つ明白な危険」の発生を構成要件要素として読み込んだというのは、すでに述べた制限的合憲解釈の一種である。とすれば、単に、「恣意的に歪曲」したとすませるべきではない。この論者自身が、「可罰的違法性なしとされる行為を処罰することが憲法違反となる場合」には縮小解釈を認めている(91頁)からである。この判決のように、この要素を読み込む際に、最高裁の合憲判決との低触を回避するという実務的な配慮から可罰的違法性という側面の方を強調すれば「恣意的な歪曲」ときめつけられる。限定解釈と可罰的違法性論の関係の難かしさを示しているというべきであろうか。なお、逆にこの判決につき、佐伯・前掲法律時報49巻5号123頁は、「当該事案については可罰的違法性を

失わせる特別な事情（可罰的違法性阻却事由）があるとして、犯罪の成立を否定することもできたはず」だとする。そのように解した場合には、限定解釈と可罰的違法性論の差異は明瞭なものとなる。

四 むすびにかえて

国民の基本的人権を尊重すべしという憲法の趣旨（憲法上の価値）が刑事裁判の中で比較衡量の対象とされる「場」は2通りに分けられる。1つは一般刑事事件におけるそれで、通常は違法性阻却（正当性）論の中で論じられる。憲法によって保障された権利の行使がたまたま刑罰法規に抵触した場合にそれが基本的人権の行使であるという理由で免責されるべきか、結論が事情によって異なることはいうまでもない。問題は、その事情を具体的事案の中で考慮する（違法性論）際に基本的人権という憲法上の価値をどのようにくみ込むかである。違法性論における法益衡量の中で、基本的人権のもつ価値を一方の受け皿に乗せる時、それは私益（個人的法益）として表現されるのか、あるいは、公益（社会的、国家的法益）とされるのか。別の見方をすれば、当該事案における具体的個別的な私益として表現されるのか、あるいは、抽象的一般的な価値として問題にされるのか。また、違法性の総合的判断の中で憲法上の権利の行使という側面がどれだけの待遇を受けるべきか（例えば、人権の行使という目的の正当性を重視すべきか否か。また、法益衡量の結果を重視すべきか否かなど）。更に、異質の法益を並べて比較衡量をする際の基準はあるのか。憲法裁判が刑事裁判という土俵の上で行なわれる以上、いわば憲法上の価値の刑法上の価値への転換（というよりもむしろ翻訳とでもいうべきか）は必須の作業となるであろうと思われるが、問題は少なくない。

比較衡量が行なわれるもう1つの「場」については問題がある。公安、労働事件といえども刑事事件である以上、本来的には、前者の違法性（阻却）論の中で展開されるべきであろう。しかし、ある立法（例えば公安条例）が基本的人権（例えば表現の自由）の行使自体を違法として規制している時に、その基本的人権の行使だから免責されると主張するのは背理である。この場合にはいわば「あとがない」のであり、したがって規制の範囲そのものが局限される方向での刑事免責が追求されねばならない。ここでは、ある一定の人権がどこまで規制され得るのか、という憲法上の諸価値の比較衡量に基づいた基準の定立が主要な問題となる。その基準に基づいた立法が行われるか、あるいは、判決によって立法をそこまで局限するかが、基本的人権を保障するための最低の条件である。人権を不必要に規制する広汎な刑罰法規を合憲としその前提の下で、正当な権利行使は場合によっては「お目こぼし」を受けるという形で保障される——これでは真の権利保障とはいえないのである。しかし、現実には、公安、労働事件においても——否むしろこの分野こそが、というべきだが——この方向を再び歩みつつある。最高裁の全農林警職法判決——猿払事件判決——徳島市条例事件（および、羽田空港内デモ事件その他）判決——全通名古屋中郵事件判決は、その道すじを示している。かつては、比較衡量論を、都教組判決の限定解釈の中に結実させた最高裁は、現在ではそれを薬事法違憲判決の中で規制手段および方法の吟味に積極的に利用し、その一方で、逆に、この分野ではこれを眠らせたのである。これは比較衡量論そのものの評価にかかわる変貌というべきであるが、これについては別に検討してみたい。

（1977年9月稿）