

# 特別権力関係論・終論

——堀越事件判決の再考を経て——

君 塚 正 臣

## はじめに

「特別権力関係 (besonderes Gewaltverhältnis)」<sup>1)</sup>とは、「法律によることなく、特別権力に服する者の権利を制限し、義務を課すことの可能性を認め、司法審査にも一定の限界があるとする考え方である」<sup>2)</sup>。より具体的には、「特別権力関係において公権力は当該関係に服する者に対して、①法律の根拠なしに包括的な支配権を行使することができる (法治主義の排斥)、②基本的人権を広範に制限することができる (人権保障の排斥)、③行為の適法性に関して、裁判所の審査に服さない (司法審査の排斥)、という3点が認められてきた」<sup>3)</sup>のである。「この世の中には、普通の場合とちがった特別の権力関係という一つの別世界があり、この中では普通の社会の理屈は通用しない」<sup>4)</sup>ということである。

元を辿れば、特別権力関係とは、一般権力関係 (allgemeines Gewaltverhältnis) とは異なる関係で私人が国または公共団体の特別権力に服従する関係<sup>5)</sup>であり、中世欧州の都市・公の組合・ツフト等の権力の公法的形貌と内容が発見できるものであって、特に教会法にそれはよく見られたという<sup>6)</sup>。中世的支配が克服され<sup>7)</sup>、絶対王政期に国家の一般公権力が確立しても、特別な行政使命の達成のためにはこれを欠くことができなかった<sup>8)</sup>。その中で、官吏 (Beamte) 関係<sup>9)</sup>もまた、近代的統一国家権力の発展と、公法と私法の分離により、公法上の勤務関係に

なったとされる<sup>10)</sup>。ゲンナーによる、「国家の諸勤務は、公の負担としても生計地位としてもその特質において公法に属し、私法的諸規範の混合なしにそれ自体国家の本質に従って判断されねばならぬ」とする見解<sup>11)</sup>等では確立された。オットー・マイヤーは「憲法は減びるが行政法は存続する」と語ったが、この言は、行政国家化によっても行政の担当者の法秩序に基本的に何らの変化もなく、これらのことは国家行政の現実の上層担当者の魂の連続性を見事に表現していた<sup>12)</sup>。イエリネックは、兵士、証人、囚人のような特別統治関係と、官吏や学生のような単純な権力関係と区別したとされる<sup>13)</sup>。

ワイマール憲法期でも、法規範は必然的に特別権力関係の外で発せられる<sup>14)</sup>としてこの理論は継続し<sup>15)</sup>、遂に、ナチス期では特別権力関係は拡充され<sup>16)</sup>、「ナチス運動における勤務」となった<sup>17)</sup>。このように特別権力関係論は、ドイツという国と共に、専制や独裁と結びつくものとの印象を有する「特殊な歴史的な性格をもつことばである」<sup>18)</sup>。そして、ドイツ帝国憲法を模範とした大日本帝国憲法 (明治憲法) 下で、「行政権優位の憲法体制下の19世紀ドイツに生まれ、明治憲法体制にいかにも適合的なことからわが国に」<sup>19)</sup>「そのまま導入された」<sup>20)</sup>ものであり、「それ自体たいへん包括的、全説明的」な「みごと」な説明<sup>21)</sup>なのであった。

よって、法治主義と人権尊重主義を掲げる日本国憲法の下では、特別権力関係論は「その本

来的存在基盤を失った」<sup>22)</sup>、「最早原理的に妥当しえなくなった」<sup>23)</sup>、もしくは「破綻したといってよい」<sup>24)</sup>。相対的区別説から転じた、そのマイルドな表現としての「特別の公法関係」などの語を用いるべきとの指摘<sup>25)</sup>もあるが、その語すら現在、あまり見かけなくなった<sup>26)</sup>。だが、匿名の学説としても存続している。また、判例は、自主的な選択であれ、強制であれ、一般権力関係とは異なる国又は公共団体との関係があることを暗黙のうちに念頭に置いている。そうでなければ制約されない基本的人権が、国立大学生である、公務員である、受刑者であるという理由で、一般とは異なる制約可能性があるということは、この概念が継続しているということなのではないか<sup>27)</sup>。果たしてそれは妥当なのであろうか。本稿ではこれを検証し、あるべき法理を追究したいと思うものである。

この際、特に取り上げる事案は、比較的最近のものという理由で、いわゆる堀越事件<sup>28)</sup>とする。本件は、特別権力関係の典型とされて来た「官公吏の勤務関係」<sup>29)</sup>に属するものであり、コンパニオン・ケースである宇治橋事件<sup>30)</sup>とは異なり、公務員の政治活動に無罪判決が下った画期的な事案でもある。本事件最高裁判決が齎した、猿払事件最高裁判決<sup>31)</sup>との「事案の区別」の問題については別稿<sup>32)</sup>に譲り、本稿では、この判決を出発点に、特別権力関係もしくは「特別の公法関係」一般を論じることとする。

## 1 堀越事件再考

堀越事件とは、一審<sup>33)</sup>判決によれば、以下のような事実関係の事案である。

被告人の厚生労働省社会保険庁社会保険事務局社会保険事務所の年金審査官は、2003年11月9日施行の衆議院議員総選挙に際し、日本共産党を支持する目的で、10月19日午後0時3分ころから東京都中央区など12カ所に「しんぶん赤旗」10月号外及び同党を支持する政治的目的を有する無署名の文書である「東京民報」

10月号外を配布した。また、25日午前には、同区内集合住宅号室ほか55カ所に同様のものを配布、11月3日午前にも、同区内集合住宅号室ほか56カ所に「しんぶん赤旗」10月号外と11月号外を配布した。これにより、被告人は、「政党のために、人事院規則で定める政治的行為をした」罪に問われ、一審では、罰金10万円執行猶予2年を宣告された。

この事案が特に起訴された経緯は興味深い。2003年春の統一地方選挙において、公安係勤務の巡査らが選挙違反取締りのため、聞き込みをしていたところ、被告人が集合住宅玄関内にある集合郵便受けにビラ様のものを多数投函している状況を現認し、行動確認を続けたところ、中央区議候補者の事務所に入入りするところを発見、追跡を続け、同区内在住の身元を確認、目黒区内の社会保険事務所勤務であることを突き止めた。警視庁本部の選挙違反取締本部の警部は、当該ビラが公選法上の違法文書に該当しない旨回答したが、被告人が国家公務員であるとすれば、国公法の政治的行為の禁止に抵触する可能性がある旨を伝えた。だが、この時点では、この件は、現認状況、ビラの回収を含めた採証状況等を勘案して、検察庁に事件送致し立件することは見送られ、継続捜査となった。ところが、衆議院が急遽解散されたため、同様のビラを配布することが予想されたことから、本件捜査が始まった。警部らは、衆議院解散の翌日の10月11日から総選挙施行の前日である11月8日まで、被告人を尾行し、その行動を確認した。上述の3日において、被告人が判示のとおりビラの配布行為を行っているところを現認し、ビデオカメラに撮影した。ビラは、その後配布先から任意提出を受けて確認された。以上により、被告人は2004年3月3日に通常逮捕され、自宅、社会保険事務所、選挙事務所などの関係各所が搜索の後、同月5日に起訴された。

一審は、猿払事件最高裁判決は「先例的意味を失っているから、判例変更がなされるべきで

あ」って、国家公務員法（以下、国公法、と略す）110条1項19号などは違憲である主張する弁護人に対し、「国公法102条1項、規則6項7号による政党機関紙の配布の禁止及び国公法102条1項、規則6項13号（5項3号）による特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の配布の禁止（以下、これらの政治的行為を「規則6項7号、13号による政治的文書の配布」、あるいは、「本件政治的行為」ともいう。）がいずれも憲法21条に違反しないこと、国公法110条1項19号の罰則が憲法21条、31条に違反しないこと、国公法102条1項における人事院規則への委任が憲法に違反する立法の委任ということができないこと、しかも、いずれの点においても、合憲的限定解釈をする必要がないことは」猿払事件最高裁判決「の判示ないしはその趣旨に徴して明らかである」、「当裁判所は」同「判決の判示内容に概ね賛同する」、「選択刑として罰金刑（10万円以下）も用意されて」おり、「罪刑の均衡等の観点からしておよそ不合理で許容し難いものとはいえない」などと述べ、弁護人の主張を一蹴した。

特に、特別権力関係論に関連する部分では、「公務員の携わる公務は、国民の一部に対する奉仕としてではなく、その全体に対する奉仕として運営されるべきものであり（憲法15条2項参照）、とりわけ、行政の分野における公務にあっては、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ることが強く求められる」などとした後、「国公法及び規則が定める公務員に対する政治的行為の禁止が、上記の限度にとどまるものであるか否かが問題となるが、これを判断するに当たっては、〔1〕禁止の目的が正当であること、〔2〕その目的と禁止される行為との間に合理的関連性があること、〔3〕禁止により得られる利益と失われる利益との均衡を失するものでないことという、いわゆる合理的関連性

の基準に従って検討するのが相当である」とする合憲性判断テストを、寺西判事補事件最高裁決定<sup>34)</sup>と小法廷判決である戸別訪問禁止合憲判決<sup>35)</sup>を先例として引用して、提示するのである。結果、「行政機関の公務の運営に、党派的偏向を招くおそれ」、「行政の中立性に対する国民の信頼」などを根拠に目的を正当化し、「国公法及び規則」が「公務員の政治的中立性を損なうおそれがあると認められる政治的行為に限りて禁止している」点で「上記目的と禁止される行為との間には、合理的な関連性がある」とするほか、重ねて、「利益の均衡の点についてみると、まず、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、行政の中立性とこれに対する国民の信頼を確保するといった国民全体の共同利益である。他方、禁止により失われる利益は、国民の一部に過ぎない公務員の自由な政治活動であり、かつ、規制「により意見表明の自由が制約されることとなったとしても、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」と断じたのであった。判決では、「表現の自由は、個人の人格形成にとって不可欠であるとともに、民主政の基盤をもなす、かけがえのない重要な価値を有しており、基本的人権の中で優越的地位にあり、「厳格な審査基準を用いて、その合憲性が判断されるべき」ことは認めつつも、重ねて「公務の中でも行政の分野に携わる一般職の国家公務員のみを対象としている」ことが強調されていた。

また、「被告人の本件各行為は、休日に、所属官庁から遠く離れ、かつ、職場の管轄外の場所である自宅近くで、職務や職場とは無関係の文書を配布したものであること、公務員としての職場の地位を利用するものでないばかりか、被告人が公務員であることさえ認知できない、一般の商業ビラの配布と異なるところのない態様」であったのだが、判決は、被告人「の行為は、具体的な選挙における特定政党のためにする直接かつ積極的な支援活動であり、現代の議会制民主主義、議院内閣制において政党が重要

な役割を果たしていることを考慮しても、政治的偏向の強い典型的な行為と違って差し支えず、「公務員の政治的中立性を損なうおそれの高い行為に及んだのであるから、それによって法益侵害の危険を抽象的にせよ発生させた」として有罪としたのである。「被告人が、勤務時間外の休日に、職場と離れた自宅周辺の場所において、その職務や職場組織等と関係なく行った行為である」ことなどは、執行猶予判決とする理由としたのである。

この判決には、公益は重く、政治的少数者の表現の自由が軽いという、特別権力関係論もしくは「特別な公法関係の理論」や、戦後すぐの「公共の福祉」論が色濃い。また、表現規制も公務員関係となると「合理的関連性の基準」が採られるべきだとするのだが、この基準は中間審査基準に近いものと思える。間接規制、付随的規制、もしくは香城敏磨理論的な意味での消極規制<sup>36)</sup>となれば、憲法上許容限界が広がるとの立場でもある。つまりは、猿払事件最高裁判決の判例通り、つまりは、規制の目的、規制手段と目的の合理的関連性、規制によって失われる利益と得られる利益の衡量の3要素から行うべしという、いわゆる猿払基準<sup>37)</sup>に従った、先例に忠実な、換言すれば古臭い判断だったと言えよう。

だが、二審<sup>38)</sup>は、原審判決を批判し、被告人を無罪とした。日本国憲「法21条1項の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤を提供し、国民の基本的人権の中でも特に重要なものである」が、「本法及び本規則による公務員の政治活動の禁止」の「規制目的は正当であり、」「本件罰則規定それ自体が、直ちに、憲法21条1項及び31条に違反した無効なものと解するのは合理的でないと考える。また、その他の主張については、政治的行為の定めを本規則に委任する本法102条1項が直ちに憲法31条や73条6号に違反するものといえ」ないと判示した。

「しかし、本件罰則規定は、その文言や本法

の立法目的及び趣旨に照らし、国の行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼の確保を保護法益とする抽象的危険犯と解されるところ、これが憲法上の重要な権利である表現の自由を制約するものであることを考えると、これを単に形式犯として捉えることは相当ではなく、具体的危険まで求めるものではないが、ある程度の危険が想定されることが必要であると解釈すべきであるし、そのような解釈は刑事法の基本原則にも適合すると考えられる」とする。かつ、「本件配布行為は、裁量の余地のない職務を担当する、地方出先機関の管理職でもない被告人が、休日に、勤務先やその職務と関わりなく、勤務先の所在地や管轄区域から離れた自己の居住地の周辺で、公務員であることを明らかにせず、無言で、他人の居宅や事務所等の郵便受けに政党の機関紙や政治的文書を配布したにとどまるものである。そのような本件配布行為について、本件罰則規定における上記のような法益を侵害すべき危険性は、抽象的なものを含めて、全く肯認できない。したがって、上記のような本件配布行為に対し、本件罰則規定を適用することは、国家公務員の政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度を超えた制約を加え、これを処罰の対象とするものといわざるを得ず、憲法21条1項及び31条に違反するとの判断を免れない」ことがその理由である。

ポイントとなったのは、被告人の身分と業務内容である。被告人は厚生労働事務官であり、2001「年7月1日に、目黒社会保険事務所年金審査官に配置換えとなり、国民年金業務課国民年金業務係長に併任されたが、」2003「年7月1日に同係長の併任を解除されて」いた。「目黒社会保険事務所は、」「地方社会保険事務局の出先機関であって、」「健康保険、厚生年金及び国民年金の適用、給付及び保険料の徴収等に関する業務を行っていた。」被告人は「の具体的な業務は、来庁した1日当たり20人ないし25人程度の利用者からの年金の受給の可否や年金の請求、年金の見込額等に関する相談を受



け、これに対し、コンピューターに保管されている当該利用者の年金に関する記録を調査した上、その情報に基づいて回答し、必要な手続をとるよう促すというものであった。そして、社会保険事務所の業務については、すべての部局の業務遂行の要件や手続が法令により詳細に定められていた上、相談業務に対する回答はコンピューターからの情報に規定されるものであるため、被告人の担当業務は、全く裁量の余地のないものであった」のである。

また、二審判決では、本件配布行為が公務員であることを示唆して行われたものでもない点が強調された。配布のなされた「10月19日は日曜日、同月25日は土曜日、同年11月3日は国民の祝日に当たる文化の日であって、いずれも国家公務員として勤務を要しない休日で」「本件配布行為の際に、私服を着用し、記章等の物品を身に付けておらず、外見からは公務員であることが分かることはなく」「自己の上記勤務先や職務とは全く無関係に、その関係者と協力することもなく、勤務先の所在地でありかつ管轄区域である目黒区から相当な距離のある上記各地区を対象とし」ていた。そして、「本件のような配布行為が、いわゆる中央省庁の幹部に当たるような、地位が高く、大きな職務権限を有する一般職公務員によって行われた場合や、とりわけ、さきにも触れたように、個人的なものを超えて、一般職公務員により、集団的、組織的に行われた場合は、もとより別論である」として、事案が区別されたのである。

では、猿払事件最高裁判決との関係をどうするのか。判決は、「同判例は、公務員の政治的行為禁止の根拠として、『公務のうちでも行政の分野におけるそれは、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もっぱら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであって、そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏すること

なく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要があるのである。』とした上、『行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがって、公務員の政治的中立性を損な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得ない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない。』としているが、この点については、当裁判所も全く異論はない」としつつ、猿払事件最高裁判決の示した『『合理的関連性』の基準に準拠して判断することは、直ちに、猿払事件判決と全く同様の結論に至ることを意味するものではない』とし、「公務員の政治的活動の規制をどのように考えるか」についての「国民の法意識は、時代の進展や政治的、社会的状況の変動によって変容してくるのである。したがって、『合理的関連性』の存否は、そのような観点から、常に検証されるべきものである」とした。それは、「表現の自由がとりわけ重要な権利であることに対する認識を一層深めてきている」ことや「冷戦状態が終結し、」「国民の法意識」が「猿払事件判決当時とは異なり、大きく変わったというべきであって、このことは、公務員、公務に対する国民の見方についても当てはまるとみるべきであり、当時の冷戦状況と官公労組合の実態、「国民は未だ戦前からの意識を引きずり、公務員すなわち『官』を『お上』視して、『官』を『民』よりも上にとらえ、いわば公務員を、その職務内容やその地位と結び付けることなく、一体的に見て、その影響力を強く考える傾向」なども現在では変化したとした。

結果、「一公務員が政治的活動に出た場合に、国民が直ちに行政の中立的運営に対する信頼を失うようなものとして受け止めるかどうかについて」、「自動車運転手や庁務員といったいわゆ

る行(二)の一般職が、個人的に政治的活動を行った場合に」「行政の中立性に不安を抱き、不信を覚えるということはない」と断じ、「勤務時間外の政治的行為の禁止についても同様である」、「国家公務員について広範に制限を設けすぎているのではないかとこの疑問につながる」とも述べ、「本件で問題とされている配布行為については、基本的に、表現行為としてとらえられるべき場合が多いことを考えると、直ちに前記説示をそのまま肯定することには躊躇を覚える」とし、結局、こ「のような事案については、具体的な法適用の場面で適正に対応することが可能であることを考えると、その過度の広範性や不明確性を大きくとらえ、本法及び本規則の政治的行為の規制をすべて違憲であるとするには決して合理的な思考ではない」として、法令違憲とはせず、「被告人の本件各所為は、未だ本件罰則規定の構成要件、すなわち国家公務員として政党の機関紙や政治的文書を配布するという政治活動をしたものと認定することができないとともに、本件各所為に対し、本件罰則規定を適用して被告人に刑事責任を問うことは、保護法益と関わりのない行為について、表現の自由という基本的人権に対し必要やむを得ない限度を超えた制約を加え、これを処罰の対象とするものといわざるを得ないから、憲法21条1項及び31条に違反する」として、適用違憲の判断を行ったのである。

最高裁も、二審の判断を認容し、検察側の上告を棄却した。結果として、猿払基準ではなく利益衡量論もしくは総合的衡量の手法を採用したと評されるに至っている<sup>39)</sup>。

判決は、「本法102条1項は、」「行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することをその趣旨とするものと解され」、「行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである」と、まず、大原則を述べる。

だが、「他方、国民は、憲法上、表現の自由(21

条1項)としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権である」と直ちに切り返す。すると、本法102条1「項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し」「たものと解すべきである。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則6項7号、13号(5項3号)については、それぞれが定める行為類型に文言上該当する行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものを当該各号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。このような行為は、それが一公務員のものであっても、行政の組織的な運営の性質等に鑑みると、当該公務員の職務権限の行使ないし指揮命令や指導監督等を通じてその属する行政組織の職務の遂行や組織の運営に影響が及び、行政の中立的運営に影響を及ぼし、「こうした影響は、勤務外の行為であっても、事情によってはその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まることなどによって生じ得る」とした。

そして、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。具体的には、当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位(管理職的地位)の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の

対象となるものと解される」ので、「本件罰則規定は憲法21条1項、31条に違反するものではない」というのである。

しかし、「被告人は、社会保険事務所に年金審査官として勤務する事務官であり、管理職的地位にはなく、その職務の内容や権限も、来庁した利用者からの年金の受給の可否や年金の請求、年金の見込額等に関する相談を受け、これに対し、コンピューターに保管されている当該利用者の年金に関する記録を調査した上、その情報に基づいて回答し、必要な手続をとるよう促すという、裁量の余地のないものであった。そして、本件配布行為は、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、公務員としての地位を利用することなく行われたものである上、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様でもなかったものである。これらの事情によれば、本件配布行為は、」  
「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである」としたのである。

結局、最高裁は、「被告人を無罪とした原判決は結論において相当である。なお、原判決は、本件罰則規定を被告人に適用することが憲法21条1項、31条に違反するとしているが、そもそも本件配布行為は本件罰則規定の解釈上その構成要件に該当しないためその適用がないと解すべきであって、上記憲法の各規定によってその適用が制限されるものではないと解されるから、原判決中その旨を説示する部分は相当ではないが、それが判決に影響を及ぼすものでない」と判示した。この判決が、理論上、二審判決の適用違憲の判断を取り消した点も注意が必要である。

最高裁は、しかしながら同日の宇治橋事件で

は、二審<sup>40)</sup>の罰金10万円有罪判決を維持した。

事案は、東京都世田谷区の警視庁職員住宅の各集合郵便受け合計32カ所に「しんぶん赤旗」9月号外を投函して配布したものであり、この点は結論を分ける理由ではなかった。異なっていたのは、被告人が「当時、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐であり、庶務係、企画指導係及び技術開発係担当として部下である各係職員を直接指揮するとともに、同課に存する8名の課長補佐の筆頭課長補佐（総括課長補佐）として他の課長補佐等からの業務の相談に対応するなど課内の総合調整等を行う立場にあった」点である。これは、「国家公務員法108条の2第3項ただし書所定の管理職員等」「であったものであって、指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあったといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、国民全体の奉仕者として政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が殊更にこのような一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出ているのであるから、当該公務員による裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。したがって、これらによって、当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるものといえることができる」のであり、「配布行為が、勤務時間外である休日に」なされた「などの事情を考慮しても、本件配布行為には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当する」としたのである。

この判決には、猿払事件最高裁判決との「整



合性」を語る千葉勝美裁判官補足意見がある。

同意見は、「猿払事件大法廷判決の上記判示は、本件罰則規定自体の抽象的な法令解釈について述べたものではなく、当該事案に対する具体的な当てはめを述べたものであり、本件とは事案が異なる事件についてのものであって、本件罰則規定の法令解釈において本件多数意見と猿払事件大法廷判決の判示とが矛盾・抵触するようなものではないというべきである」ほか、同判決の「合憲性審査基準」も、「当該事案については、公務員組織が党派性を持つに至り、それにより公務員の職務遂行の政治的中立性が損なわれるおそれがあり、これを対象とする本件罰則規定による禁止は、あえて厳格な審査基準を持ち出すまでもなく、その政治的中立性の確保という目的との間に合理的関連性がある以上、必要かつ合理的なものであり合憲であることは明らかであることから、当該事案における当該行為の性質・態様等に即して必要な限度での合憲の理由を説示したにとどめたものと解することができる」、「そうであれば、本件多数意見の判断の枠組み・合憲性の審査基準と猿払事件大法廷判決のそれとは、やはり矛盾・抵触するものでない」と述べている。

これに対して、須藤正彦裁判官は、被告人を無罪とする反対意見を述べている。

本件における争点は、やはり、被告人が管理職であった点に尽きようが、「当該公務員の管理職的地位の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等にかかわらず——それらの事情は、公務員の職務の遂行の政治的中立性に対する国民の信頼を損なうなどの服務規律違反を理由とする懲戒処分の対象となるか否かの判断にとって重要な考慮要素であろうが——その政治的行為からうかがわれる政治的傾向がその職務の遂行に反映する機序あるいはその蓋然性について合理的に説明できる結

び付きが認められず、公務員の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるとは認められないというべきである。この点、勤務外の政治的行為についても、事情によっては職務の遂行の政治的中立性を損なう実質のおそれが生じ得ることを認める多数意見とは見解を異にする」とする。

また、「本法102条1項の政治的行為の上記の解釈は、憲法の趣旨の下での本件罰則規定の趣旨、目的に基づく厳格な構成要件解釈にほかならず、「厳格かつ限定的である解釈の限りで、憲法21条、31条等に反しない」とも述べている。

はっきりしている点は、公務員の政治活動という、従来であれば特別権力関係論が主たる論点となる事案でありながら、現在の最高裁が、このような問題として理論構成を行うことをしていないということである。一審判決にその残滓をやや感じるが、結局、何れの事案でも、つまりは有罪という結論に至った事案でも、二審以降はこのような傾向は消えている。その意味で、この理論の是非は過去に遡って検証する必要がある。ただ、小法廷判決でもあり、猿払判決が覆ったわけでもない。実際、公務員の政治活動を巡る事案として、2011年の君が代起立斉唱事件判決<sup>41)</sup>があるが、この中でも猿払基準は生きているとの指摘があり<sup>42)</sup>、堀越事件で判例変更がなかったことを裏打ちしている。

## 2 特別権力関係の学説・判例の展開

堀越事件に至る判例の立場、そして戦後長期にわたる通説の立場を確認しておきたい。

最高裁は、まず、1951年のいわゆる東京急行電鉄事件判決で、「自己の自由意思に基づ<sup>マフ</sup>く特別な公法関係上又は私法関係上の職務によって制限を受けることのあるのは、已むを得ないところである」<sup>43)</sup>と述べ、特別権力関係論に与するような判示を行ったとも受け取れることがあった。この事件は私企業における争議の事案であり、特別権力関係の先例としては適切では



ない。そして、1958年になると、本筋の、一般職公務員の政治的行為制限事件で、「国家公務員法102条が一般職に属する公務員について、とくに一党一派に偏するおそれのある政治活動を制限することとした理由であつて、この点において、一般国民と差別して処遇されるからといつて、もとより合理的根拠にもとづくものであり、公共の福祉の要請に適合するものであつて、これをもつて所論のように憲法14条に違反するとすべきではない<sup>44)</sup>」などと述べ、特別権力関係にあるから人権の制限が簡単にできるといふ立場を取らなかつた<sup>45)</sup>。

その後も公務員関係に関しては、様々な事件が最高裁まで上ってきた。上述の通り、人事院規則「政治的行為」を巡る問題は大きな争いとなった。このほか、労働基本権を巡っては、当初、合憲限定解釈などの人権制約に慎重な判例が、全通東京中郵事件最高裁判決<sup>46)</sup>、都教組事件最高裁判決<sup>47)</sup>などで継続された<sup>48)</sup>。しかし、これが全農林警職法事件最高裁判決<sup>49)</sup>で覆り、現在でも先例であることは著名である。このあたりまで、特別権力関係論は「古典的な」それとは「かなり異なつた」形で「判例法上定着している」との評価<sup>50)</sup>もあつた。しかし、20世紀末の寺西判事補事件最高裁決定では、一人の裁判官の政治活動によって裁判所内部はびくともしないことから、特別権力関係論ではなく、裁判所の外部との関係から規制を合憲とした<sup>51)</sup>点には注意が必要であつた。

在監者の人権を巡っても、特に無罪の推定が及ぶ未決拘禁者に関しては「できる限り尊重され厚く保護されなければならない<sup>52)</sup>」ところ、立法による、閲読の自由や外部交通権などの制限については多くの批判があつたところである。多くの批判が集中したのは、「よど号」新聞記事抹消事件最高裁判決<sup>53)</sup>である。監獄法は2007年6月に廃止され、「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」となったが、このために生じた新たな運用は特に見当たらない。

このほか、いわゆる法廷メモ訴訟<sup>54)</sup>のような、

法廷における紀律関係も元々は特別権力関係として認識されていた<sup>55)</sup>が、20世紀末の同事案では、そのような判断はやはりなかつた。同様に、東京都青年の家事件<sup>56)</sup>を巡っても東京高裁は、営造物（Anstalt）利用関係だとして特別権力関係に言及することはなかつた<sup>57)</sup>。そうすると、その残滓のような発想が見られるのは、公務員関係、在監関係などであり、強いて言えば、国公立学校在学関係に用いられる印象が残るばかりであつて、その理論の本来の意味である、特別権力関係を一体のものとして包括して用いられることはなくなつてきたのである<sup>58)</sup>。これらの場面では、学校や監獄に何からの自律性を認め、内部の規律に委ねようとするのが判例であり、その意味では、特別権力関係論の残像が継続したとも言えなくもない<sup>59)</sup>。他方、堀越事件などで2012年に最高裁は、「公務員もその一員であるところの国民の政治的行為の制約」という問題の立て方に移行し<sup>60)</sup>、また、法令の限定解釈を行った後、より厳格な審査基準による審査を行っている<sup>61)</sup>。有罪の判断を維持した宇治橋事件判決の方でも、管理職である被告人が指導監督によって多数の職員に影響を及ぼし得ることが強調され、刑罰の構成要件に限定解釈を施しており<sup>62)</sup>、最高裁は、特別権力関係論からの完全なる離陸を進めていると言えよう。

対して、学説による特別権力関係論からの脱却は、そう古い話ではないように思われる。

そもそも特別権力関係論は、「その出発点において、ドイツ的特質を内包して」おり、「国家権力行使の現実的担当者としての官吏、君主の現実的助力者たる官吏を一方的に国家権力の側に引き寄せ、近代法的装いの下に、プロイセン絶対主義的官僚制をその本質において保持せんとすることの法学的表現」なのであつた<sup>63)</sup>。官吏関係が19世紀に絶対主義的公法関係として位置付けられ、時代の推移とともに他の行政領域にまで拡大されたものである<sup>64)</sup>。君主制であれナチス期であれ、官吏が個人人格の忠誠を誓うという特殊な思想に支配されてきたのであ

り<sup>65</sup>、「ドイツの外見的立憲主義の行政法学的一表現といえることができる」<sup>66</sup>。

日本は、ドイツ帝国憲法を範とする明治憲法の制定と共に、この理論も導入することとなった<sup>67</sup>。形式的な法治行政原理すら、公法上の特別権力関係においては妥当しないとされた<sup>68</sup>。明治憲法下では、その規定する臣民の権利自由は法律の留保に属するものであり、特別権力関係においては、当該関係の設定目的達成に必要な限り、そのような法律の留保の原則という行政に対する一応の制限も妥当せず、当該関係の権利自由は、各個の場合の法律の根拠なしに当然のように制約されていた<sup>69</sup>。

しかしながら、戦前の特別権力関係論を支える前提は、近代立憲主義を標榜する日本国憲法の制定により崩れた筈である。だが、日本国「憲法がその性質上この関係を規律しえないものであるとは到底いいえないはずである」<sup>70</sup>として、公法学界では、どのような場合が人権規制として許容されるかは「わが現行法上、特別権力関係に法治行政の原理が適用されるか否かは、わが現行法」に徴して、これを決しなければならない<sup>71</sup>という状況が続き、行政法の規定とその解釈によって許容範囲が決まるだけであり、憲法の最高法規性を語る意味があまりなかったのである<sup>72</sup>。この辺りが、戦前からの延長で、「変わらない」慣性の強い行政法学のこの当時の大勢であったように思われる。

行政法の大家であり、最高裁判事としては人権派に属すと思われる田中二郎は、戦後になっても、「人は、」しばしば、公法上の特別の目的のために認められる特別の権力に服する<sup>73</sup>と述べ、特別権力関係論が有効であることを主張した。これは、一般権力関係「以外にも、特定の目的をもった多種多様な社会関係の構成メンバーとして、その社会関係の規律に服するのが当然であり、このうち「公的なものは、」特別権力関係を構成するものとし、この関係においては、その公的な目的を達成するために必要な限度において、一方が包括的に他方を支配す

ることができ、他方がこれに服する立場に立つものと考えられてきた」との記述<sup>74</sup>に端的に示されている。基本的人権の制約であるとしても、「特別権力関係設定の目的に鑑み、社会通念に照らし、合理的と認められる範囲において、一般人については許されない制限を課することも不可能ではない<sup>75</sup>」と述べる。そして、法治主義との関係においても、「人がつくる多種多様な社会関係のいちいちについて、常に法律によって規律しなければならないいわれはない<sup>76</sup>」と断じ、「特別な社会関係を構成している以上、その社会関係を成り立たしめるための特別の規制は、合理的な範囲においては、これを否定することができない<sup>77</sup>」と言い切った。また、「単純な特別権力関係内部の規律保持のためにする懲罰・懲戒については、司法審査権の介入を認めるべきでない<sup>78</sup>」と断じ、司法権に対しても、この領域における行政権による独立王国の性格を是認したのであった。

同じく、雄川一郎も、やはり特別権力関係を当然の前提としている。この「概念はドイツ行政法学者の間にひろく用いられてきた」ものだが、「同様の問題即ち官吏関係のように人民が国政に対して一般市民としてではなく、特殊の関係に立つ場合は、他の国にもあるわけであるが、この関係を法律的にどう見るかについて、」一般私人と異つた法律上の義務に服すべきことは各国法のひとしく認めるところである<sup>79</sup>として、こういった関係が比較法的に見ても一般的であることを強調する<sup>80</sup>。そして、英米仏では異なる法的構成は見られるものの、「ドイツ的理論の特色を捨象して見るときには、」異つた法律関係には異つた法原理が妥当すべきであるという一般的な法的思惟の原則に還元することができる<sup>81</sup>と言いつけるのである。この、特別権力関係は存在して当然という姿勢は、「基本権は国家権力の人民に対する発動を規制するものとして、換言すれば元来は、国家と人民との一般権力関係を規制する目的をもつものに外ならない<sup>82</sup>」という言説で裏打ちされ

ている。やはり、雄川にとっては、そこでは「法治主義の原則の妥当が排除される」<sup>83)</sup>、「国家公務員法に基く、公務員に対する広範な権利制限については、特別権力関係が存在するのであつて、上司の命令件については法律の授權を要しない」<sup>84)</sup>のであり、ただ、「憲法の掲げる理念に矛盾抵触するような特別権力関係の成立は認めえない」<sup>85)</sup>などとして、戦前との違いを示すのみである。

在学関係に関しては、これを前面に打ち出したような目立った判例やこれに特に言及する行政法学説は見当たらないものの、文部官僚などであった渋谷徳雄<sup>86)</sup>、木田宏<sup>87)</sup>、天城勲<sup>88)</sup>、今村武俊<sup>89)</sup>の著書などの影響からか、「明治憲法以来の伝統的特別権力関係が」「みごとに継承され、」「その健在ぶりを誇示しているばかりか、安易にその過剰と拡大すら行われ」たとの指摘<sup>90)</sup>もあり、伝統的な特別権力関係論が「その明快さゆえに学校現場には強い影響力を及ぼすことにな」<sup>91)</sup>っていた<sup>92)</sup>ことは見逃せない。これは、教育が本質的に対等ではない当事者間でなされ、命令や規律を包含すること、義務教育の場合は更に強制的行政処分としての修学指定事務が存在することが、在学関係に特別権力関係論を色濃く残存させた理由であるとの分析<sup>93)</sup>もある。教育分野でのこのような、法律学の成果とは無関係に、旧来の理論を振り回した官僚支配や政治イデオロギーの横暴は、明治憲法下で、官吏任用の場面では天皇機関説が通用しながら、軍と小学校で天皇の神格化が進んだことを想起させ、日本人の精神構造に関わるような大きな影響を及ぼしたとの疑念も晴れない。無論、これらに対する批判的な主張も、教員養成系学部の研究者や教員などを軸に展開された<sup>94)</sup>。

以上のストレートな（絶対的）特別権力関係論肯定論は主に行政法学者や官僚から唱えられたが、これが徐々に疑問を持たれた。だが、憲法学界も、憲法15条2項の「全体の奉仕者」を根拠に、一般国民とは異なる人権制約ができる

とする、公務員＝「全体の奉仕者」論の隆盛を経て<sup>95)</sup>、「このような特殊な包括的支配服従関係」としてこの関係を捉えがちであった<sup>96)</sup>。宮沢俊義は、「人権宣言による人権の保障は、本来、一般的法律関係において妥当することを原則とする。特殊的法律関係は、もともと、一般的法律関係とは、多かれ少なかれちがった法的取扱いを目的とするものであるから（そういうちがった取扱いをしないなら、特殊的法律関係の存在理由がなくなる）、人権の保障についても、その特殊的法律関係の性質から、必然的に出てくるような特別扱いは、当然許され、」「その限りで、人権宣言への違反ということはない」と述べ<sup>97)</sup>、緩和しつつも特別権力関係論を肯定した。

芦部信喜ほか、それに続く多くの憲法学説も、人権保障規定が原則として適用されること、人権の制限は、各特別権力関係の設定目的を達成するために必要で、かつ、社会通念に照らし合理的と認められる範囲に限定されるとする考えが支配的<sup>98)</sup>で、「それぞれの特別の法律関係に設定および存続に直接内在する権利・自由の制限にかぎり（何が内在的かの判断は具体的にはかなりの困難を伴うことはあるけれども）いちいち法律の根拠を要しない、と説く見解が妥当」<sup>99)</sup>などとした。いわゆる相対的区別説は、「特別の権力関係たる行政法関係の内容をなす行政主体の支配行為は、」「その内容において当該特殊的行政領域の行政目的の達成に必要とせられる限度内」において人権を制限する<sup>100)</sup>とする線に沿うものである。また、司法判断を排除するかという点についても、当該法律関係から排除する行為（除名・罷免など）のように、市民としての法的地位に直接関連する行為についてはそうではないとするのが通説とされていった<sup>101)</sup>。いわゆる憲法秩序構成要素説である<sup>102)</sup>。

同説の説明方法は以下のようなものである。公務員関係について、憲法15条2項自体は国民民主権原理の下での「広義の公務員一般の職務遂行の指導理念」であって、これを公務員の具



体的な人権制限の法的根拠とする「全体の奉仕者」説には無理があった<sup>103)</sup>。そこで、公務員の人権制限の根拠として、「全体の奉仕者」性とは関係ない「もっぱらその担任する職務の性質によってきまること」<sup>104)</sup>とする職務性質説に一旦は流れた。これは、前述の全通東京中郵便事件最高裁判決に表れたとされる。これを更に踏み込めば、「公務員の人権の制限の根拠は、憲法が公務員関係という特別の法律関係の存在とその自律性を憲法的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」られるとすることになり、憲法秩序構成要素によって説明できたことになると言うのである<sup>105)</sup>。

結果、憲法学説は総じて、「特別の公法上の原因(④法律の規定に基づく場合と、⑤私人の同意に基づく場合とがある)によって成立する国または地方公共団体と国民または住民との特別の公法関係(④の例として、監獄法による受刑者の在監関係、伝染病予防法により強制入院させられた患者の国公立病院在院関係、⑤の例として、公務員の勤務関係、国公立大学学生の在学関係)を特別権力関係という概念で捉えて、人が当然に国または地方公共団体の統治権に服する一般権力関係と区別し、」①「特別権力の主体は命令権・懲戒権などの包括的支配権を与えられ、個々の場合に法律の根拠なくして当該関係に属する者を包括的に支配することができること、②特別権力の主体はそれに服するものに対して、一般国民として保障される権利・自由を法律の根拠なくして制限することができること、③特別権力の主体がそれに服する者に対して行う行為は、支配権の発動であるから、原則として司法審査は排除される」などとする<sup>106)</sup>という形で整理できるようになったのであった。無論、この説においても、公務員関係、在監関係、在学関係、患者の在院関係など、実質的に全く異なる法律関係を「権力服従性という形式的なカテゴリーによって同じ性質の公法上の権力関係に属するもの」として「包括的な概念で一般

的・抽象的に捉えた」<sup>107)</sup>のであり、そこでは、各個の法律の根拠を要するものではなく、法律の直接の規定又は個人の同意によって一般的包括的に成立するとされたのである<sup>108)</sup>。

実際、人権がより制約され得る場面があるとすると修正理論支持は少なくなく、「相手方の同意によりまたは法律の一般的な授権に基づいて、一般国民よりもより多く基本権の制限を受ける特別権力関係が存在することは否定できない」<sup>109)</sup>とする説明であるとか、「たとえば刑務所や伝染病病院などに典型的にみられるように、一般の公法関係とは異なった性質と目的をもつ、特別な公法関係が存在することはたしかであり、否定説が「現実に存在する右のような側面を全く捨ててかえりみないのは問題だと思われる」との主張<sup>110)</sup>もあった。

このような修正論は未だに根強い。堀内健志は、特別権力関係を「一つの歴史的産物」としながら<sup>111)</sup>も、「官吏」が「終身雇用制の保護を受ける特権階層でもあった」ことや、「人事院規則14-7は勤務時間中に限らず公務員の全日常生活を規制する点で、公務員が持ちうる様々の『法関係』をわきまえない行き過ぎがある」<sup>112)</sup>ことなどから、同法理の残存を肯定し、後は「それぞれの必要最小限の合理的な人権制約は残る」<sup>113)</sup>と説明する。松本哲治は、最も論争的な場面である教育現場を頭に浮かべつつ、「およそ一般権力関係と同じ議論が全面的に妥当すると考えることにも無理があろう」とし、「支配的見解」の説明として、「特別権力関係の語を避けつつ、」公務員関係などの「特別な関係についても基本的人権の保障が妥当することを原則としつつ、特別な関係の設定の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲で制限が認められると考えている」<sup>114)</sup>と、肯定説を肯定的に記述する。

ただ、まず、人権の種類により、「特別権力関係に例外なく入り込む基本権」があるとする説明<sup>115)</sup>もあり、これによれば、絶対的保障とされる内心の自由につき特別権力関係論は通用

せず、特別権力関係論はその分縮減されるという説明になろう<sup>116</sup>。また、排他的懲戒のみではあるが、特別権力関係における行為についても司法審査（行政訴訟）に服すると理解するようになっていった<sup>117</sup>。そして、これに平仄を合わせるが如く、この分野の判例もまた、訴訟において特別権力関係であるとして門前払いすることなく、公務員の懲戒処分、学生の懲戒処分、地方議会議員の懲罰議決が裁量の濫用や踰越に至り違法となるときには司法審査の対象とする傾向を示しており<sup>118</sup>、学説も概ねこれを支持した。そうだとすると、多くの憲法学説における特別権力関係論は、存続しつつも、当初、行政法学の重鎮たちが述べていたような姿から相当の変容を受けたと解されるべきである<sup>119</sup>。しかも、その範囲を広く考える学説と狭く考える学説があった<sup>120</sup>のであるから、狭く考える学説では、その分この理論を縮減したことになる。

なお、堀越事件に至るまで、判例が公務員の政治活動の際に、猿払基準など、その場合特有の合憲性判断テストを用いるべきであるとしていることは、いわゆる特別権力関係であれば司法審査基準や合憲性判断テストが変容することを暗黙のうちに述べているに等しく、それが表現の自由の制約の場面でもそうであることを黙認したものになっていることは黙殺できないところであった。この点、芦部通説は、「公務員の人権の制約の限界は、」「政治活動の自由についても、労働基本権についても、」「必要にして合理的な最小限度のものでなければならない」としており<sup>121</sup>、特別権力関係であるからといって、「人権の制限内容が正当かどうかの審査が緩和されることはない」<sup>122</sup>し、司法審査基準の変動を齎すということは認めていない<sup>123</sup>。補足すれば、芦部は、在監者の人権を巡っても、刑事施設内における文書図画の閲読についても、「相当の具体的蓋然性」の基準を用いるべきであるとしている<sup>124</sup>が、このことは、「明白かつ現在の危険」基準をそのまま適用すること

が無理だからとするものの、刑事施設という事情を加味して必要最低限の規制を模索したものと読め、司法審査基準を中間審査基準以下に転じるべきとの記述も見えない。これらは理論的にも当然であって、猿払事件最高裁判決以来の公務員の政治活動に関する判例の立場には疑問であることには注意せねばなるまい。但し、実際には包括的支配権のようなものを容認してきたため、従来、特別権力関係論が妥当してきた分野で、広汎な合憲判断を導いていたのではないかとの疑念は拭えなかった。

要するに、判例は「特別権力関係」という文言は用いないものの、潜在的にその思考を残しており、審査の枠組みにそれが表出していた。これに対し、通説は、これを修正する理論を提示しながら、結論が大幅に変わったわけではなかった。その意味で、両者は無意識の共犯関係にあったと言えなくもなかったのである。

### 3 特別権力関係への批判

しかしながら、修正されたり結論において妥協的であったりするからといって、特別権力関係論が現在でも妥当すると言ってよいものであろうか。日本国憲法上、その内包する近代立憲主義からして、理論的に許されるものなのかは、具体的処理とは別に考えてみるべきであろう。絶対主義的官僚制と訣別した戦後日本で採用できる理論ではなく、そもそも、法令の根拠なく特別権力関係が成立するのであれば、およそ法治国家とは思えず、これを特例として認める憲法条項や憲法原則もないように思える。

再度、特別権力関係論の母国であるドイツの歴史から遡る。ワイマール憲法期にも、既に労働法学的官吏観が現れていた<sup>125</sup>。特別権力関係論は、この時期のドイツですら、早くも絶対的なものでなかったのである。

そして、(西)ドイツ基本法時代<sup>126</sup>に入ると、「法律により明確に定められるか又は法律の全内容よりして不可欠のものでなければならない」ほか、「任意な同意、自由意思 (Freiwilligkeit)

に基づいて設定される」<sup>127)</sup>と説く説もあり、法律がなくとも当然に特別権力関係が存在するとの立場は、終戦直後から揺らいだ。もし、法令の根拠なくして特別権力関係が存在しないのであれば、当該の公務員関係や在監関係を定める法令の規制が合憲の範囲内かどうかを検討すればよいだけのこととなり、通常の法令審査にかなり近づくこととなろう。自由意思によるものは公法上の契約と考えることができ<sup>128)</sup>、そうであれば、契約としての合理性を検討すれば足りることと思われるようになっていった。戦後(西)ドイツ基本法は、違憲の政党を排除する中で、官吏に対する政治的義務の強化は図られたとも言えよう<sup>129)</sup>。そして、基本法下の法治主義の徹底は、特別権力関係を法から自由な行政領域とする理解に強い反省を齎し、基本権の妥当とその制限、法律の留保の問題が必然的に再検討されるに至ったのである<sup>130)</sup>。「法治主義の原理を排除しようとする従前の見解は疑問であることが」「判例や学説で認められるようになって」<sup>131)</sup>、「この関係をはじめから基本権の妥当領域の外におく考え方は見られな」くなり<sup>132)</sup>、1960年代ともなると、包括的な特別権力関係論ではなく<sup>133)</sup>、「権利保護、基本権および法律の留保との関係について、それぞれ個別的具体的に考察されるべきである」という主張が、西ドイツにおいても一般的になされるようになった<sup>134)</sup>。1970年代に、本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)が連邦憲法裁判所や連邦行政裁判所の判例となることによって妥当し始めると、特別権力関係の否定が一般化し<sup>135)</sup>、現在では「およそ採用されていない」<sup>136)</sup>ようになった。欧州人権裁判所の判例を基準に考えても、「制約措置の目的と手段が釣りあっているか、国家により立証される正当化手段が関連し十分であるか」が「厳格な審査」でなされる<sup>137)</sup>ようである。

日本近現代史は、このようなドイツ近現代史とある程度パラレルに語ることができよう。特別権力関係論は、「官僚が天皇に特別の忠誠を

誓って特権的地位を与えられ」、「立憲主義的な権利保障も不十分であった明治憲法下においては妥当しえたが、」<sup>138)</sup>日本国憲法41条の国会の唯一の立法機関性及び基本的人権尊重主義を貫徹すれば、特別権力関係論は否定される筈である<sup>139)</sup>。人権の制約は「個別的に考慮され」、「制約可能性は、憲法の本質に従って、できるだけ狭く解釈することが必要である」<sup>140)</sup>。ドイツの「特殊な歴史的現実の妥協の産物として生成したこの理論を、その歴史的性質を無視ないし軽視しつつ一般化する」ことは、日本国憲法下では、ない<sup>141)</sup>であろう。それでもなお特別権力関係論はここで維持されるという主張には、「伝統的行政法理論に内在する権力性の過剰」<sup>142)</sup>を指摘せねばならないであろう。

宮沢俊義が特別権力関係論を肯定するのに具体的に示す事例は、「公務員に対し、その職務上の必要から行って合理的な理由がある場合に、その居住を特別の地域に置くことを義務づけたとしても、それをもって、彼の居住・移転の自由を制限した違憲の措置でない」<sup>143)</sup>であるとか、「公務員の外国旅行について許可を要することは、許されるだろうが、国立大学がその学生に教会の礼拝に参加することを禁止することは、その限界を超える」<sup>144)</sup>というものであるが、これらの規制は、別段、特別権力関係もしくはそれに代わる概念を定立せずとも、憲法22条の人権の合理的な制限や憲法20条の人権の制約の限界として一般的に説明できるものである。芦部信喜による「従来特別権力関係とよばれてきた個々の法関係をそれを規律するそれぞれの実定法規と関連されて個別・具体的に考察し、それぞれの法関係で、いかなる人権が、いかなる根拠に基づいて、どの程度制約されるかを具体的に明らかにすることこそ重要」<sup>145)</sup>であるとする説明や、佐藤功による「特別の公法関係の個々の場合において、その存在理由、目的などからみて合理的と認められる限度にとどめなければならない」<sup>146)</sup>という解説についても、この法理論を要しないことでは同じである。



これらは、言ってみれば、初めに、包括的に、「特別権力関係を公法上の（特殊）権力関係とみなし、そこでの特別権力を一種の公権力であると断定してかかる」<sup>147)</sup> ことありきの説であった。そして、特別「権力」関係論と言いながら、本来そうではない対等の契約関係であろう、公務員関係や大学の在学関係が含まれていた点も疑問であった<sup>148)</sup>。無原則な包括化、このような性質の異なるものを一律に論じてきたことを、この理論の問題点としてまず指摘できる<sup>149)</sup>。また、あるものが特別権力関係となるのには法律を根拠にせざるを得ず、特別権力関係論には限界もしくは自己撞着性が見られた<sup>150)</sup>。

こうして考えてみると、理論的には、特別権力関係論を正面から否定する方がすっきりする。別段無用であり、憲法原則に悖る法理を抱える必要はない。だが、多くの学説は、それで様々な場面において具体的に妥当な結論を導くまでの説明が可能なのかというのが漠然たる不安を抱き続けたためか、直ちに純粋な否定論が隆盛になったのではない。そして、特別権力関係否定論に対しては、多分に結論の妥当性を見据え、特別権力関係の特殊性からの批判が続いてきた。「特に公務員関係と刑事施設被収容（在監）関係については、基本的人権の制約のあり方に関し特殊性の存することは否定できない」<sup>151)</sup>、特別権力関係論否定論が「現行実定法の解釈論として」「そのまま妥当するかどうか、いいかえると、現実の特別権力関係と考えられる法秩序をどこまで説明しきれるかは疑問である」<sup>152)</sup>との反論も多かった。雄川一郎が、「一般権力関係に妥当する法秩序の原則がそのままには当然には妥当せず、特殊の法律関係を構成するものとして、特別権力関係の性質に応じてモディファイされるものと考え」<sup>153)</sup>とするように、公務員関係や在監関係においては、その関係の性質上、通常の国と国民との関係とは異なる規制が妥当する場面があることは是認できるところ、それを「特別権力関係」と呼ぶのか、個別の「公務員関係」などの概念で説明

するのか、裁量や自律としてより一般的な憲法の言葉で説明するののかの技術的な違いに過ぎなからう、という反論はあり得るところであった。

確かに、公務員関係が、職務命令権や懲戒権を含む、一種の支配服従関係を含んでいることは否定できない<sup>154)</sup>。これらを法律の束と考えれば、包括的な特別権力関係論は肯定され、この当時、現実的であると理解されたこともわからないではない。この結果、肯定論は修正され、相対的な特別権力関係論、穏健な肯定論として存続してきたのである。「特別権力関係の理論は妥当性を欠くとしても、国と特別の法律関係にたつ者の人権が、一般国民より多くの制限を受けることは認めねばならない」<sup>155)</sup>としていることからして、こういったことは「用語の適否とこの理論の内容の問題」とされ、旧理論と区別して「公法上の特別関係という語」などと言い換えられる<sup>156)</sup>ことが多くなったのであった<sup>157)</sup>。

だが、逆に、戦後の多くの特別権力関係肯定論者ですら、「結局、具体的な特別権力関係設定の目的なり性質と、人権制限の程度、態様などを考え、社会通念に従って、合理的と判断されるところを標準として決する」<sup>158)</sup>としているのであるから、以上のような主張に対して、裁量は広がるものの司法審査は及ぶ<sup>159)</sup>とするのであれば、否定論と大差ない具体的結論に到るのではないかという再反論は十分可能である。

そして、一般権力関係と異なる何かがあるとしても、それぞれ制約される権利の内容や制約の目的などの違いもあり、特別権力関係論として一括に論じても問題の解明にならないと思われた<sup>160)</sup>。そもそも特別権力関係論には、「警察行政も、刑務所も教育行政も同一視する」<sup>161)</sup>欠陥があった。少なくとも公務員関係と刑事施設被収容（在監）関係についての制約を、その性質から検討すれば足りるのではないか。かつ、相対化された特別権力関係論の下では、このような関係は私的労働契約関係にも存在するものであり、今日の公務員関係との異同が問われな

ければならない<sup>162)</sup>ところ、以上のような穏健な肯定論の多くが、特別権力関係一般を包括する理論の擁護を求めず、各論的な2つの公的関係にはほぼ限定して議論を進めようとしていることは、そのような包括的理論は不要である<sup>163)</sup>ことを自白したようなものである。そうだとすれば、修正論に歩みを進めたことは、否定論に対する肯定論の敗北の始まりのように思えた。

また、雄川一郎などの特別権力関係肯定論者は、どのような国にもこれに匹敵するものはあると主張してきたが、上記のように、ドイツでも絶対でなく、イギリスにはそのようなものはなく<sup>164)</sup>、フィンランドでもなく<sup>165)</sup>、台湾及び韓国でも否定的で<sup>166)</sup>、比較憲法学が日本国憲法の近代立憲主義的解釈のための実践としてなされるべきことを踏まえれば<sup>167)</sup>、特別権力関係相当の法理は寧ろ一般的になさそうである。国際的標準を支えとする正当化の主張は、最早自滅したと言ってよい。こうなると、立憲主義国ではこのような理論を認めない方が自然である。

美濃部達吉の1948年の著書<sup>168)</sup>や、佐々木惣一の1954年の著書<sup>169)</sup>も、実は特別権力関係等に特に触れていない。鈴木安蔵の1956年の著書<sup>170)</sup>も同様である<sup>171)</sup>。これらは、特別権力関係を消極的に否定したと言ってよいだろう。或いは、意図するかしないかに拘らず、特別権力関係論に依拠せずとも公務員関係や在監関係に関する憲法的説明が可能なることを自証したように見え、やはり特別権力関係は無用だと言えようか。

権力関係は、特別のそれであっても、一般権力関係における公権力に還元できる筈である<sup>172)</sup>。だからこそ、多くの学説はそこへ動いている<sup>173)</sup>。憲法の「公共の福祉」による制約で議論は片付く<sup>174)</sup>。そして、それで説明が可能なるものに、立憲主義を超越する特別権力関係なる概念を持ち出すことは、現在でも、規制が拡大しがちになり、この「理論の放棄が自由の拡大につながっている」とは言い難い<sup>175)</sup>のであ

り、ましてこの概念を残せばイデオロギー的にも疑問である。特別権力関係論者が、この概念構成の下、雑駁な議論を行い、過度の権力行使を容認する懸念があるのである<sup>176)</sup>。特別権力関係論の蔓延が、教員の、宿直などの長時間労働を長く支えてきたとの指摘もある<sup>177)</sup>。無原則な人権抑圧の片棒を担ぐものである。特別権力関係論の説明は本末転倒なのであり、「そのような特殊な関係にあるがゆえに、その関係者には全面的に基本的人権が制約されるというのではなく、そのような関係が設けられた目的を果すために、合理的で最小止むをえない限度における制限のみが許されると考えるべきである」<sup>178)</sup>。相対的区別説にしても、法律が一般的包括的授權をなすことが現行憲法上許されるか、疑問である<sup>179)</sup>。労働契約上存在する支配的命令権から説明し、但し、制限的に解すれば足りる<sup>180)</sup>。本人の同意による権利放棄についても、本来市民法上のものであり、公法的権力関係には原則として認め難い<sup>181)</sup>。こういったことは、「公務員の労働者性を基礎」<sup>182)</sup>にせずとも、一般理論として言えそうである。「よど号」新聞記事抹消事件最高裁判決を巡って、「検閲」ではないとの判断に「具体的説明はない」と断じ<sup>183)</sup>、或いは、その「人権制約は、法律上の根拠を有し特殊な法律関係の設定目的を達する上で必要かつ合理的な範囲にとどまるものでなければならぬ」<sup>184)</sup>として、つまりは一般権力関係と同じ地平での判断をすべきと評するならば、なおさらである。

そうなると、当該事案の合憲性判断については、原則として通常の目的手段審査に従えばよく<sup>185)</sup>、その中で、「個別・具体的に」<sup>186)</sup>「対象となる権利の性質、制約の根拠となる目的の正当性、および目的と実現手段となる権利の制約との対応関係」<sup>187)</sup>即ち、人権の種類に応じて該当する司法審査基準を適用し<sup>188)</sup>、「行政の中立性」<sup>189)</sup>や「業務の公共性」などが当該人権規制目的としてやむにやまれぬもしくは重要な目的かを考え、必要最小限もしくは実質的関連性あ

る手段かを審査すればよく、包括的な法理としての特別権力関係論は無用となる<sup>190</sup>。芦部説などに対しても、必要最小限度性を強調し、あるいは法律上の根拠を要求するのであれば、修正されたものとは言え、特別権力関係論を肯定する必要はないと言えよう<sup>191</sup>。一般的な司法審査基準論、「二重の基準」論に解消される<sup>192</sup>。ならば、特殊な法理論は無用であろう<sup>193</sup>。

公務員の人権規制に関し、その独立性から考え、「具体的な職種・職位・職権および行為の状況・態様に応じてその制限の範囲と程度を判定する職務性質説が妥当」だとする渋谷秀樹の見解<sup>194</sup>がある。いわゆる君が代・日の丸訴訟のうち、2011年の最高裁判決<sup>195</sup>における宮川光治判事反対意見も、公務員関係事案であるからといって司法審査基準を下げてはいないと指摘できる<sup>196</sup>。堀越事件最高裁判決でも、被告人の行為は職務の遂行とはおよそ関係ないと判断されており<sup>197</sup>、私人としての行為に、当該行為者が公務員や国立大学生などであるから、一般人とは異なる人権規制がア・プリオリにあるという考えは最早取られていないのである。この事案は、被告人が労組の協議会の決定に従い、労組の支持する公認候補者の選挙ポスターを貼り、貼ることを依頼したという公務員によって組織された団体の行動であり、それが一般人に容易に認識できる事案と区別したのである<sup>198</sup>。

公務員は、統治機関の一部としてできないことはできない。公の機関は憲法の授権なき活動が禁じられるからである。公務員の言動が、主権者国民の政治判断に対する圧力となるとすれば、統治機構が民主権原理を制約するという主客転倒であることは、疑いもない。地位利用の禁止は寧ろ憲法上も当然のことと考えられる。他方、公務員の地位・権限の濫用を伴う政治活動は悪質であるが、それ以外の行為にまで安易に規制を広げることは、基本的人権を広範に保障する日本国憲法に触れないか、疑問であり<sup>199</sup>、その幅の上に合憲的な解決点がある。

その意味で、「公務員の政治活動」という論点の立て方自体が、公務員に市民的自由がないかのようにニュアンスで捉えられてきたのは誤導的であったように思われた<sup>200</sup>。そこで求められる公務員の中立性が政党内閣制からの中立ばかりが求められ、公務員の行動原理としての中立性が問題となっていないという問題点もある<sup>201</sup>。そこで、主として、公務員が私人として行う言論と、公人としてなしたと見做される言論とに分けて考えることが、この問題を解く第一歩のように思われる。かつ、その言論が、個人的な利益に基づくものなのか、国家のためになされたものなのかもメルクマールとなるであろうし、加えて、公務員個人が自身の言論を前提とする、科学者、法律家、教員などであるのかも合憲・違憲の分かれ目となる<sup>202</sup>。

同様のことは公務員の労働基本権制限についても言えよう。単に公務員の特殊性を理由として制限することはできず、代替措置論は制限の理由にならず、「職務の公共性」や「勤務条件法定主義・財政民主主義」、「市場抑制論」が妥当する範囲では合憲となり得る可能性がある<sup>203</sup>。但し、現行法が民間企業に代替可能な事業についても争議権を制限していることや、通常の地方公共団体の業務に携わる職員についてもその一律全面禁止を定めていること、団体交渉権の制限が過剰であること<sup>204</sup>、警察・消防・刑務・防衛の職員についての団結権の否定などは、労働基本権の過剰な制限、必要最小限度の規制とは言えない可能性がある<sup>205</sup>。

公務員関係以外についても、伝統的に特別権力関係として理解され続けているが、このような包括的説明抜きの説明がなされるべきである。例えば、国公立学校の在学関係や国公立病院の在院関係については、これまで通例、営造物利用関係と括られてきたが、修正を要する。社会国家化により、国や公共団体の私経済的活動や給付活動が活発化してきても、これを特別権力関係に入れることはない<sup>206</sup>。



在学関係について、「教育上必要最小限の合理的な範囲および程度における支配権（授業命令その他の命令権および当該学校教育遂行秩序違反に対する懲戒権）の存在も、」私立学校に同様の命令権と懲罰権がある以上、「学校利用関係を公法的権力関係とすることを当然に正当づけるものではない」<sup>207)</sup>と考えられる。このことは、教育基本法が、国公立か私立かに拘らず、これらを把握していることからしても、補強できよう<sup>208)</sup>。学校利用関係は、国公立であっても、契約関係と解すれば足りる<sup>209)</sup>。学生らの基本権についても、教育上必要最小限度の制限は許されるものとして、小中学校、高校、大学などの差異に基づき、法令に違反しない限りにおいて、契約によって授權されていると解すれば足り、これを特別権力関係と呼ぶ必要はない<sup>210)</sup>。多分に未熟な未成年者集団と向き合う特殊な「専門職と顧客関係」<sup>211)</sup>として、合理的な人権規制や権限を考えればよく<sup>212)</sup>、現状は特別権力関係論とパターンリズムが「二重の理由に基づく制約」となっていると言うべきであろう<sup>213)</sup>。

病院にも国公立と私立があり、基本的には契約関係とし、法規に基づく行政処分によって成立する伝染病院などの利用関係については、その性質上、他よりも自由の拘束が強いと解すればよい<sup>214)</sup>。在院関係でも、治療・公衆衛生という専門的・技術的判断からその社会团体秩序維持のための自律性により説明すれば足りる<sup>215)</sup>。そして、しばしば、精神病患者の強制入院についても、ほぼ当然のように合憲と説明してしまう<sup>216)</sup>など、現行実定法に流されがちで、憲法が歯止めになっていない疑いがあった。規制の目的・手段を通常の司法審査の枠組みで検討し、併せて、適正でない手続については憲法違反と宣告することが求められる。

刑務所関係についても、懲戒における適正手続の保障はあり<sup>217)</sup>、法治主義はやはり妥当するのであって、ある種の権力行為が司法的救済に服さないとしても、それは特別権力関係によるものではなく、いわば裁量行為の一部である

からに過ぎないのである<sup>218)</sup>。ある種のもの、違憲と評価されざるを得ないであろう。

このように、より具体的に、特別権力関係として包括されてきた諸類型を分けて検討してみても、性質の異なる法律関係を形式的概念で一括して考える必要はないことがわかる<sup>219)</sup>。「包括的な4類型を、」機能的に個別具体的に再検討することによって、それをばらばらに分解すればよいだけなのではなからうか<sup>220)</sup>。法の支配や司法審査の可能性を肯定しながら、特別権力関係論もどきの概念を用い続けることは「結局言葉のいい換えにすぎない」のであり<sup>221)</sup>、はっきりとやめるべきであろう。

### おわりに

以上のように、現在では特別権力関係否定論が主流であり、それが正当のように思える。結論はそれに尽きよう。だが、依然として、憲法教科書の記述では、「特別権力関係」や「特別な公法関係」などが残っている。学説・判例状況とは異なり、憲法の教科書となると、人権総論の中で、注釈などではなく、詳細な説明が繰り返されている<sup>222)</sup>。現状は最早疑問である<sup>223)</sup>。過去の学説として紹介すれば足りる<sup>224)</sup>。各規制に関する論点は人権各論に委ねる対応が、教科書的にもそろそろ求められる段階にあらう<sup>225)</sup>。

なお、念のため、判例法理として、富山大学単位不認定等違法確認請求事件最高裁判決<sup>226)</sup>で確立したとされる部分社会の法理<sup>227)</sup>がある<sup>228)</sup>。特別権力関係論に、あくまでも一時期の判例法理としてではあるが、「取ってかわつた」<sup>229)</sup>ものである。階層組織の内部的規律の存在は否定できず<sup>230)</sup>、同じ事業を公営企業と民間企業が並行して行うことや、民営化、民間委託も頻繁となり、公私二分論的に特別権力関係論を支えることも現在では難しくなった<sup>231)</sup>。では、特別権力関係論が妥当でないならば部分社会の法理があるさという感性も一部にはあるのか、これは、特別権力関係論を私的結社にまで拡張したものと云える<sup>232)</sup>。部分社会の法理は、概ね

多元的法秩序論に由来したと思われ、法治主義を全体として排除したものとは言えず<sup>233)</sup>、内部自治を重視したものであり<sup>234)</sup>、この点、特別権力関係論が権力関係に焦点を合わせているのとは異なるという主張<sup>235)</sup>もあるが、その内部に属する者（特に少数派）にとっては、屈服され、人権が抑圧され、反対の声も上げられない点ではほぼ同じである。まさに、「特別権力関係は国家の全法体系に包摂せられる部分法体系である」<sup>236)</sup>ことや「部分的法秩序または内部的自律的法関係、換言すれば、一瞬の包括的支配権の発動が認められる内部規律的法関係」<sup>237)</sup>の別の説明である。『『特殊法社会』または『特殊な部分社会』の内部規律を司法審査の対象から完全に除外するのは、特別権力関係内部規律権を司法統制の外におくのと同じ」<sup>238)</sup>であり、認め難い<sup>239)</sup>。

しかも、私的結社については「主として憲法21条の保障する『結社の自由』との関連で理解されるべき」であり、「いかなる司法審査が求められるかは、結社その他の存在の目的、性格、機能、紛争の性格ないし深度等々」によって異なる<sup>240)</sup>のであるのであれば、政党や宗教団体、私立大学の内部自治の問題<sup>241)</sup>は偏に結社（宗教的結社、学問的結社）の自由の問題に還元できる<sup>242)</sup>。このことは既に、憲法の私人間効力論の発展的検討として論じた通りである<sup>243)</sup>。全てのルールは法ではなく、部分社会のルールの一部が法と評価できる点でもある点である<sup>244)</sup>。国立大学<sup>245)</sup>や地方議会などの公的機関内部の問題は、大学の自治や議院等の自律という憲法原則の問題に過ぎない。部分社会論は、特別権力関係論がそうであったように、これらを「十把一絡げの扱い」しており、「特別権力関係論は克服されていない」<sup>246)</sup>ため、このような超憲法総論的理論を起す必要はない。その概念の外延・内包の曖昧さ、例外的に司法審査を行う場合があるとするときの根拠・基準・範囲の曖昧さなどもやはり疑問であろう<sup>247)</sup>。

特別権力関係論は、憲法の私人間効力論同

様<sup>248)</sup>に「一方が優越的な意思によって包括的に他方を支配しうる」<sup>249)</sup>理論であり、「歴史的イデオロギー的所産であ」って<sup>250)</sup>、「記時錯誤（アナクロニズム）のきらいがある」<sup>251)</sup>。そして、特殊ドイツ的でもある。初めに特別権力関係論ありきの「かつて」<sup>252)</sup>の論法は、部分社会論と共に最早歴史の彼方に消え去るべきであろう。

## 注

- 1) 本論点については、君塚正臣「演習」法学教室413号134頁（2015）も参照。
- 2) 川上勝己「特別権力関係と判例」ジュリスト500号79頁（1972）。また、蟻川恒正「日本国憲法における公と私の境界」法律時報80巻6号27頁（2008）が述べるように、個人の自由を私人（企業など）が制限すれば憲法の私人間効力の問題となるのであり、更には、樋口陽一『憲法』〔第3版〕190頁（創文社、2007）が、「国家との関係で諸個人が持つ権利について、特別的法律関係にはそれが及ばないとされる問題場面と、私人間の関係にもそれが及ぶとされる問題場面がある」と記し、戸松秀典『憲法』77頁（弘文堂、2015）が、「特別な法関係に置かれている者の人権保障問題に焦点を当てた議論」があるものの、「私法上の特別な法関係の問題といっても」「私人間の問題にかかわるから、別個に取り上げる必要はない」ように、「公法上の特別な法関係」についても「ここで特に論じる必要はない」などと述べるように、特別権力関係論はこの法理と背中合わせの関係にあり、双方を整合的に説明する必要がある。つまり、もしも私人間効力論という概念構成を卒業すべきである（君塚正臣『憲法の私人間効力論』536頁（悠々社、2008）、同「三菱樹脂事件—復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法』79頁、96頁（有斐閣、2017））ときには、特別権力関係論という概念構成も卒業するとするのが法理論もしくは一個の学説として自然である。
- 3) 松本和彦「特別権力関係と人権」大石真＝石川健治編『憲法の争点』72頁（2008）。芦部信喜編『憲法II』107-108頁（有斐閣、1978）〔阿部照哉〕、川岸令和『憲法』〔第4版〕65頁（青林書院、2016）〔藤井樹也〕なども参照。
- 4) 山本博「特別権力関係ということ」法学セミナー298号101頁、103頁（1979）。

- 5) 園部敏『公法上の特別権力関係の理論』〔増補版〕1頁(有斐閣, 1950).
- 6) 同上6頁.
- 7) 簡潔な説明は, 松島淳吉「特別権力関係における基本的人権の保障」阪大法学40=41号167頁, 172-174頁注6(1962)など参照.
- 8) 園部前掲註5)書6頁.
- 9) 詳細は, 中西又三「特別権力関係論の一検討(1, 2)」中大法学新報78巻12号37頁, 79巻1号1頁(1971), 須貝脩一「ウェンガー『特別権力関係論』」名城法学34巻2号173頁(1985)など参照.
- 10) 室井力『特別権力関係論』3頁(勁草書房, 1968)参照.
- 11) 同上10頁参照.
- 12) 同上74-75頁参照.
- 13) 園部前掲註5)書13頁参照.
- 14) Ch.グズイ(原田武夫訳)『ヴァイマール憲法—全体像と現実』91頁(風行社, 2002)参照.
- 15) 教育法領域では, 基本権さえも確認されていなかった. 結城忠「西ドイツにおける学校管理と特別権力関係」教育学研究39巻1号63頁, 65頁(1972).
- 16) 教育現場における例として, 林量俣「ナチス・ドイツにおける教員統制—教育行政における特別権力関係をめぐって」日本教育行政学会年報1号124頁, 126頁以下(1975)参照.
- 17) 室井前掲註10)書162頁.
- 18) 佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕162頁(学陽書房, 1996).
- 19) 佐藤幸治『日本国憲法論』157頁(成文堂, 2011).
- 20) 高橋和之『現代立憲主義の制度と構想』131頁(有斐閣, 2006).
- 21) 奥平康弘『憲法Ⅲ』113頁(有斐閣, 1993).
- 22) 川上前掲註2)論文79頁.
- 23) 佐藤幸治編『憲法Ⅱ』62頁(成文堂, 1988)[中山勲].
- 24) 田中館照橋「大学と学生との法的関係(4)」大学と学生194号49頁, 53頁(1982).
- 25) 佐藤前掲註18)書162頁.
- 26) 園部前掲註5)書7頁は, 特別権力関係の存在は「何れの時代, 何れの国家にも認められる」としながら, 「社会的法治国」では「契約的要素がこの関係に強められ, 「これが不当に推し進められ, 「この関係の存在が不明確になる」ということを理由に挙げている.
- 27) 辻村みよ子『憲法』〔第5版〕121頁(日本評論社, 2016)同旨.
- 28) 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁, 本件評釈として, 加藤健次「判批」法と民主主義474号68頁(2012), 嘉門優「判批」立命館法学345=346号上巻282頁(2012), 長谷部恭男「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕32頁(2013), 岩崎邦生「判批」ジュリスト1458号72頁(2013), 同「判批」法曹時報66巻2号251頁(2014), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度』463頁(法曹会, 2015), 木下智史「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』13号13頁(2013), 渡邊賢「判批」同233頁, 三宅裕一郎「判批」法学セミナー698号130頁(2013), 松宮孝明「判批」同699号145頁(2013), 前田雅英「判批」警察学論集66巻3号167頁(2013), 中山和久「判批」労働法律旬報1791号61頁(2013), 西片聡哉「判批」国際人権24号134頁(2013), 蟻川恒正「判批」世界840号188頁(2013), 太田航平「判批」中大法学新報120巻3=4号451頁(2013), 松井修視「判批」関西大学社会学部紀要45巻1号139頁(2013), 山岸善久治「判批」宮城学院女子大学研究論文集117号1頁(2013), 穴戸常寿「判批」ジュリスト臨時増刊1466号『平成25年度重要判例解説』23頁(2014), 薄井一成「判批」同60頁, 松原芳博「判批」同161頁, 工藤達朗「判批」法学教室401号別冊附録『判例セレクト2013-1』5頁(2014), 長岡徹「判批」法と政治64巻4号299頁(2014), 四方奨「判批」同志社法学67巻7号153頁(2016)などがある. このほか, 君塚正臣「国家公務員法違反事件鑑定意見書」横浜国際経済法学19巻1号89頁(2010), 蟻川恒正「国公法2事件最高裁判決を読む」法学セミナー697号26頁(2013), 同「国公法2事件最高裁判決を読む(1, 2)」法学教室393号84頁, 395号90頁(2013), 同「合憲であることの定型的論証としての猿払基準」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相下』369頁(有斐閣, 2013), 木村草太「公務員の政治的行為の規制について—大阪市条例と平成24年最高裁2判決」法律時報85巻2号74頁(2013), 大久保史郎「国公法2事件上告審判決と2つの負の遺産」同3号1頁(2013), 「小特集・国公法2事件上告審判決の検討」同5号54頁(2013), 「特集・国家公務員の政治的活動の制限—最高裁判決を受けて」労働法律旬報1790号6頁(2013), 駒村圭吾「さらば, 香城解説! —国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」法学セミナー698号46頁(2013)(同『憲法訴訟の現代的展開』401頁(日本評論社, 2013)所収), 晴山一穂「公務員の政治的行為の制限—国公法違反事件最高裁2判決の考察」自治総研416号1頁(2013), 櫻井敬子「行政法講座64」自治実務セミナー52巻9号12頁(2013), 青柳幸一「公務員の政治的行為の自由をめぐる判例変更」明治大学法科大学院法学13号25頁(2013), 長谷部恭男「憲



- 法の円環』248頁(岩波書店, 2013)棟居快行「人権制約法理としての公共の福祉論の現在—最高裁判決における近時の展開を踏まえて」レファレンス760号5頁(2014), 「ミニ・シンポジウム4・国公法2事件最高裁判決の批判的考察と今後の展望」法の科学45号153頁(2014), 宇賀克也「国家公務員の政治的行為の制限(1-3)」自治実務セミナー53巻7号38頁, 8号42頁, 9号46頁(2014), 中富公一「国公法2事件最高裁判決は何を変更したのか—有機的統一論を中心に」岡山大学法学会雑誌63巻4号598頁(2014), 大河内美紀「公務員の政治的意見表明—堀越事件判決を受けて」論究ジュリスト13号48頁(2015)(長谷部編前掲註2)書301頁所収)などもある。更に, 両事件で補足意見を執筆した裁判官による, 千葉勝美『違憲審査』60頁以下(有斐閣, 2017)も参照。
- 29) 園部前掲註5)書2頁。
- 30) 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁。本件評釈等は, 堀越事件最高裁判決に関するもの参照。
- 31) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。本件評釈としては, 尾吹善人「判批」ジュリスト臨時増刊590号『昭和49年度重要判例解説』26頁(1974), 中義勝「判批」同131頁, S・H・E「判批(上, 下)」時の法令877号53頁, 878号50頁(1974), 竹下英男「判批」季刊労働法94号72頁(1974), 浦山太郎「判批」教育委員会月報26巻8号11頁(1974), 香城敏麿「判批」法曹時報27巻11号86頁(1975), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和49年度』165頁(法曹会, 1977)(同『憲法解釈の法理』39頁(信山社, 2004)所収), 吉川基道「判批」月刊労働問題205号122頁(1975), 松岡浩「判批」慶大法学研究48巻9号84頁(1975), 室井力「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕10頁(1977), 同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』23頁(1985), 同「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選I』〔第4版〕46頁(1999), 大久保史郎「判批」法学セミナー269号105頁(1977), 吉川経夫「判批」警察研究48巻4号44頁(1977), 井上祐司「判批」平野龍一編『刑法判例百選I』18頁(1978), 中谷実「判批」法セミナー増刊『憲法裁判』94頁(1983), 手島孝「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』212頁(1985), 安念潤司「判批」塩野宏ほか編『公務員判例百選』142頁(1986), 同「判批」法学教室213号65頁(1998), 藤田達朗「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕173頁(法律文化社, 1994), 大沢秀介「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕23頁(1996), 釜田泰介「判批」同224頁, 樋口陽一「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕30頁(2000), 渋谷秀樹「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』112頁(三省堂, 2000), 小山剛「判批」同166頁, 同「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法I』10頁(悠々社, 2010), 高橋和之「判批」高橋ほか編『憲法判例百選I』〔第5版〕32頁(2007), 野坂泰司「判批」法学教室331号89頁(2008), 青井未帆「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕30頁(2013), 晴山一穂「判批」自治総研416号1頁(2013)などがある。このほか, 今村成和「猿払事件—最高裁の違憲審査はいかにあるべきか」法律時報44巻10号28頁(1972), 石黒克巳「全通猿払事件—表現の自由と公務員の政治活動」法学セミナー202号124頁(1972), 江橋崇ほか「猿払事件」同204号179頁, 山本博「全通猿払事件の概要と上告審での争点」労働法律旬報813号31頁(1972), 同「猿払事件—違憲訴訟へのアプローチ」法学教室122号94頁(1990), 「特集・政治活動の自由」法律時報46巻3号8頁(1974), 「特集・政治活動3事件大法廷判決」判例時報757号3頁(1974), 高柳信一「労使関係における市民的自由について—最高裁(三菱樹脂・全通猿払)判決を踏まえて」労働法学会報1071号1頁(1974), 沼田福次郎ほか「座談会・基本的人権を無視する最高裁の体質を批判する—全通猿払事件・徳島郵便局事件・総理府統計局事件判決」労働経済旬報28巻948号8頁(1974), 阿部照哉「公務員の政治活動の制限—猿払など3事件の最高裁判決を契機として」ジュリスト579号14頁(1975), 山内一夫「政治的行為の禁止を合憲とした猿払事件の最高裁判決について」同21頁, 「特集・公務員の政治活動の自由—猿払事件最高裁判決について」法学セミナー233号2頁(1975), 「特集・公務員の政治活動」法律のひろば26巻1号6頁(1975), 村上健「猿払事件最高裁判決(回顧と展望)」日本労働法学会誌45号126頁(1975), 有泉亨ほか「座談会・公務・公共部門の労働観と基本権—最高裁全農林事件・猿払事件判決」季刊労働法95号94頁(1975), 「特集・最高裁判所と市民的自由」労働法律旬報872号18頁(1975), 菊池高志「公務員政治活動禁止と刑事制裁の合憲性」労働判例212号27頁(1975), 同「公務員の政治的中立性」神奈川法学10巻2=3号197頁(1975), 安達拓二「公務員の政治活動禁止は合憲—猿払事件判決」現代教育科学18巻1号105頁(1975), 中村陸男＝常本照樹『憲法裁判50年』100頁以下(1997), 大久保史郎「猿払事件と芦部信喜先生」ジュリスト1169号80頁(1999), 樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす』〔改訂版〕90頁以下(1999), 野中俊彦「憲法を読む3—

- 判例を〈流れの中で〉読む(2)―猿払事件」法学教室247号15頁(2001), 棟居快行『憲法解釈演習』〔第2版〕22頁以下(信山社, 2009), 駒村圭吾「憲法的論証の型―猿払基準―利益衡量審査(狭義の比例性審査)の居場所」法学セミナー679号62頁(2011), 阪口正二郎「猿払事件判決と憲法上の権利の『制約型』類型」論究ジュリスト1号18頁(2012), 青柳幸一「猿払基準の現在の判決への影響」法学教室388号4頁(2013), 山田隆司「『55年体制』と猿払事件, 八幡製鉄事件(上)―猿払事件」法学セミナー710号36頁(2014)などもある。
- 32) 君塚正臣「判例の拘束力―判例変更, 特に不遡及的判例変更も含めて」横浜法学24巻1号87頁(2015)。
- 33) 東京地判平成18年6月29日刑集66巻12号1627頁。本件評釈として, 多田一路「判批」法学セミナー622号115頁(2006)などがある。このほか, 船尾徹「公務員の政治活動禁止を合憲とするふたつの判決―憲法と刑法が交錯する論点を中心とした批判レポート(1-4・完)」労働法律旬報1706号20頁, 1707号21頁, 1708号48頁, 1709号34頁(2009)などもある。
- 34) 最大決平成10年12月1日民集52巻9号1761頁。本件評釈として, 佐々木高雄「判批」ジュリスト臨時増刊1157号『平成10年度重要判例解説』6頁(1999), 大橋寛明「判批」ジュリスト1158号112頁(1999), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成10年度下』937頁(法曹会, 2001), 同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1 公法編』119頁(2003), 西原博史「判批」法学教室227号98頁(1999), 奥平康弘「判批」法律時報71巻2号1頁(1999), 高見澤昭治「判批」法学セミナー531号106頁(1999), 只野雅人「判批」法学セミナー536号98頁(1999), 君塚正臣「判批」法学教室234号別冊附録『判例セレクト'99』11頁(2000), 佐々木くみ「判批」法学65巻6号887頁(2002), 小山剛「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』11頁(悠々社, 2010), 本秀紀「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕392頁(2013)などがある。
- 35) 最判昭和56年6月15日刑集35巻4号205頁。本件評釈として, はやし・しうぞう「判批」時の法令1115号53頁(1981), 柚正夫「判批」ジュリスト748号59頁(1981), 佐藤文哉「判批」同82頁, 同「判批」法曹時報37巻2号519頁(1985), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和56年度』139頁(法曹会, 1985), 田中館照橋「判批」法令解説資料総覧24号277頁(1981), 松井茂記「判批」法学セミナー324号122頁(1982), 野中俊彦「判批」判例評論276号60頁(1982), 野中健一「判批」西南学院大法学論集16巻1号135頁(1983), 中川義朗「判批」小林孝輔編『判例教室憲法』〔新版〕221頁(法学書院, 1989), 内藤謙「判批」警察研究61巻6号58頁(1990), 吉田善明「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選』〔第3版〕340頁(1994), 清野幾久子「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』228頁(三省堂, 2000), 毛利透「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』227頁(悠々社, 2010)などがある。
- 36) これについては, 芦部信喜=佐藤幸治=高橋和之=香城敏磨「研究会・憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト835号6頁(1985)が特に参考になる。
- 37) 平地秀哉「『公務員の政治活動の自由』の現在」憲法問題25号20頁, 21頁(2014)など参照。
- 38) 東京高判平成22年3月29日判タ1340号105頁。本件評釈として, 大久保史郎「判批」法律時報82巻8号1頁(2010), 中島徹「判批」法学セミナー668号46頁(2010), 三宅裕一郎「判批」同670号134頁(2010), 須藤正樹「判批」法と民主主義447号50頁(2010), 奥平康弘「判批」世界805号48頁(2010), 曾根威彦「判批」早稲田法学85巻4号231頁(2010), 永田秀樹「判批」ジュリスト臨時増刊1420号『平成22年度重要判例解説』21頁(2011), 平地秀哉「判批」法学教室365号別冊付録『判例セレクト2010-1』10頁(2011), 市川正人「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』8号23頁(2011), 田中孝男「判批」同49頁, 中山和久「判批」労働法律旬報1735=1736号64頁(2011), 泉澤章「判批」国際人権22号96頁(2011), 穴戸常寿「判批」同101頁, 石埼学「判批」同161頁, 長岡徹「判批」法と政治61巻4号37頁(2011), 上田健介「判批」近畿大学法科大学院論集7号135頁(2011)などがある。このほか, 「特集・政治活動の自由と民主主義の現在」法と民主主義453号2頁(2010), 嘉門優「抽象的危険犯の検討―公務員の政治的行為をめぐる近時の判決を契機として」法律時報83巻5号112頁(2011), 駒村圭吾「憲法的論証の型―猿払基準―利益衡量審査(狭義の比例性審査)の居場所」法学セミナー679号62頁(2011), 山本龍彦「『適用か, 法令か』という悩み(後篇)―違憲審査の対象・範囲と憲法判断の方法」同682号86頁(2011), 加藤健次「事件報告・言論弾圧事件で問われる最高裁の役割」法と民主主義458号52頁(2011), 「ミニ・シンポジウム 国家公務員の政治活動の自由」法の科学42号142頁(2011), 中川登志男「公務員の政治

- 的行為の禁止・制限に関する考察—堀越事件控訴審判決を手がかりに」専修法研論集48号55頁（2011）、宇賀克也「国家公務員の政治的行為の制限（1,2）」自治実務セミナー53巻7号38頁、8号42頁（2014）などもある。
- 39) 平地前掲註37) 論文23頁など参照。
- 40) 東京高判平成22年5月13日判タ1351号123頁。本件評釈等は、堀越事件二審に関するもの参照。
- 41) 最判平成23年5月30日民集65巻4号1780頁。本件評釈として、駒村圭吾「判批」法学セミナー680号84頁（2011）、山田隆司「判批」同681号52頁（2011）、榎透「判批」同128頁、西原博史「判批」季刊教育法170号14頁（2011）、同「判批」国際人権24号3頁（2013）、高津芳則「判批」教育790号117頁（2011）、戸波江二「判批」ジュリスト臨時増刊1440号『平成23年度重要判例解説』18頁（2012）、花見忠「判批」ジュリスト1444号124頁（2012）、金井光生「判批」法学教室377号49頁（2012）、同「判批」福島大行政社会論集24巻4号9頁（2012）、土本武司「判批」判例評論636号12頁（2012）、岩井伸晃＝菊池章「判批」ジュリスト1461号93頁（2013）、同＝同「判批」法曹時報66巻9号227頁（2014）、同＝同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例7 平成21-23年』2頁（2014）、同＝同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成23年度下』465頁（法曹会、2014）、島根里織「判批」行政判例研究会編『平成23年行政関係判例解説』30頁（ぎょうせい、2013）、御幸聖樹「判批」法学論叢175巻2号119頁（2014）、水口洋介「判批」国際人権23号95頁（2012）、内野正幸「判批」同99頁、竹内俊子「判批」同127頁、江藤祥平「判批」法学協会雑誌130巻6号195頁（2013）、奥野恒久「判批」龍谷法学44巻4号127頁（2012）、巻美矢紀「判批」千葉大学法学論集28巻1=2号574頁（2013）、竹中勲「判批」同志社法学65巻3号1頁（2013）、蟻川恒正「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』85頁（2013）、同「判批」法学教室403号114頁（2014）、堀口悟郎「判批」慶應法学30号37頁（2014）などがある。このほか、「特集・『日の丸・君が代』訴訟上告審判決」判例地方自治347号15頁（2011）、勝野正章「『日の丸・君が代』最高裁判決で問われる学校観」世界820号20頁（2011）、西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか—良心の自由の『間接的制約』と『必要性・合理性』をめぐる」同821号112頁（2011）、渡辺康行「『日の丸・君が代訴訟』を振り返る—最高裁諸判決の意義と課題」論究ジュリスト1号108頁（2012）、土屋英雄「思想・良心等に基づく拒否事件の類型的判断枠組（上,下）—『国旗・国歌』強制事件の判断枠組の類型的特性」筑波法政51号1頁（2011）、52号5頁（2012）などもある。
- 42) 横大道聡編『憲法判例の射程』22頁（弘文堂、2017）〔山田哲史〕。
- 43) 最大判昭和26年4月4日民集5巻5号214頁。
- 44) 最判昭和33年4月16日刑集12巻6号942頁。本件評釈として、岩田誠「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度』324頁（法曹会、1959）、佐藤功「判批」田中二郎編『行政判例百選』36頁（1962）、永田一郎「判批」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅰ』14頁（1963）、新井隆一「判批」法学セミナー207号113頁（1973）、室井力「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第2版〕10頁（1977）、外間寛「判批」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅰ』22頁（1980）などがある。
- 45) 川上前掲註2) 論文80頁。
- 46) 最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁。本件評釈として、中山和久「判批」法学セミナー130号41頁（1967）、初井常喜「判批」季刊労働法65号172頁（1967）、花見忠「判批」判例評論97号81頁（1966）、田原義衛「判批」同84頁、同「判批」ジュリスト359号63頁（1966）、峯村光郎「判批」季刊労働法62号86頁（1966）、中野次雄「判批」法曹時報19巻3号178頁（1967）、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和41年度』233頁（法曹会、1967）、吉川経夫「判批」ジュリスト363号92頁（1967）、村上尚文「判批」法律のひろば20巻1号33頁（1967）、佐藤昭夫「判批」日本労働法学会誌29号191頁（1967）、上田勝美「判批」同志社法学18巻3号110頁（1967）、伊藤正己「判批」ジュリスト臨時増刊『昭和41・42年度重要判例解説』9頁（1968）、同「判批」萩沢精彦編『労働判例百選』〔第3版〕14頁（1974）、大谷実「判批」法学セミナー165号85頁（1969）、中義勝「判批」『刑法判例百選』〔新版〕28頁（1970）、井戸田侃「判批」藤木英雄編『続刑法判例百選』24頁（1971）、井上祐司「判批」平野龍一編『刑法の判例』〔第2版〕44頁（1972）、蓼沼謙一「判批」石川吉右衛門＝山口浩一郎編『労働法の判例』16頁（1972）、新井章「判批」法律時報44巻10号45頁（1972）、神山敏雄「判批」法学セミナー244号121頁（1975）、杉村敏正「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第2版〕156頁（1977）、芹沢斉「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』66頁（1983）、山本博「判批」自由と正義38巻5号21頁（1987）、橋本公亘「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第2版〕298頁（1988）、小林孝輔「判批」『判例教室憲法』



- [新版] 300頁 (法学書院, 1989), 元山健「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』[増補版] 273頁 (法律文化社, 1994), 結城洋一郎「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』[第4版] 308頁 (2000), 本秀紀「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅱ』242頁 (三省堂, 2000), 大和田敢太「判批」彦根論叢 379号 47頁 (2009), 藤井樹也「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』205頁 (悠々社, 2010), 吉田栄司「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』[第6版] 308頁 (2013) などがある。このほか, 石川吉右衛門ほか「座談会・全通中郵事件最高裁大法廷判決」ジュリスト 360号 20頁 (1966), 青木宗也ほか「座談会・中郵判決の成果・問題点と今後の権利闘争」労働法律旬報 615=616号 16頁 (1966), 後藤清「全通中郵事件最高裁大法廷判決のもつ意義」ジュリスト 362号 67頁 (1967), 野村平爾「全通中郵事件判決と残された問題点」法律時報 39巻 1号 55頁 (1967), 中山和久「全通中郵判決の法理と意義」法学セミナー 130号 41頁 (1967), 三藤正「全通中郵事件判決について」判例タイムズ 199号 4頁 (1967), 井上祐司「刑事違法論の帰趨」同 11頁, 長谷川正安「憲法判例からみた労働基本権」法律時報 40巻 8号 19頁 (1968), 川上勝己「国家公務員等の争議行為の禁止」ジュリスト 520号 29頁 (1972), 山本博「憲法裁判における金字塔的判決」自由と正義 38巻 5号 21頁 (1987), 同「全通東京中郵事件判決と労働基本権」労働法律旬報 1471=1472号 37頁 (2000), 蓼沼謙一「全通東京中郵事件大法廷判決」ジュリスト 900号『法律事件百選』146頁 (1988), 安念潤司「労働基本権, 特に争議権」法学教室 214号 52頁 (1998) などもある。
- 47) 最大判昭和 44年 4月 2日刑集 23巻 5号 305頁。本件評釈として, 莊子邦雄「判批」判例評論 126号 14頁 (1969), 船田三雄「判批」法曹時報 21巻 6号 198頁 (1969), 同「判批」ジュリスト 423号 104頁 (1969), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 44年度』54頁 (法曹会, 1970), S.H.E.「判批」時の法令 679号 44頁 (1969), 野村平爾「判批」労働法律旬報 702=703号 33頁 (1969), 同「判批」季刊労働法 75号 219頁 (1970), 初井常喜「判批」法学セミナー 158号 75頁 (1969), 中山研一「判批」判例タイムズ 234号 9頁 (1969), 坂本重雄「判批」季刊労働法 72号 49頁 (1969), 中山和久「判批」労働法律旬報 702=703号 24頁 (1969), 同「判批」ジュリスト臨時増刊 456号『昭和 44年度重要判例解説』148頁 (1970), 井上正治「判批」團藤重光編『刑法判例百選』[新版] 10頁 (1970), 出射義夫「判批」藤木英雄編『続刑法判例百選』22頁 (1971), 新井章「判批」法律時報 44巻 10号 45頁 (1972), 足立昌勝「判批」中大法学新報 79巻 1号 165頁 (1972), 青木宗也「判批」小林直樹=兼子仁編『教育判例百選』36頁 (1973), 山内敏弘「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』[第3版] 190頁 (1974), 内田文昭「判批」警察研究 52巻 9号 69頁 (1981), 古川純「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』76頁 (日本評論社, 1983), 佐伯静治「判批」自由と正義 38巻 5号 33頁 (1987), 播磨信義「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』[第4版] 310頁 (2000), 藤井俊夫「判批」同 428頁, 本秀紀「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅱ』238頁 (三省堂, 2000), 尾形健「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』306頁 (悠々社, 2010), 倉田原志「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』[第6版] 310頁 (2013), 畑尻剛「判批」同 424頁などがある。このほか, 石川吉右衛門ほか「座談会・公務員関連判決をめぐって」ジュリスト 424号 15頁 (1969), 野村平爾「4.2判決と最高裁の姿勢」法律時報 41巻 7号 61頁 (1969), 片岡昇「最高裁 4.2判決と公務員の争議権」判例タイムズ 234号 2頁 (1969), 中山研一「公務員の争議権と刑事罰」同 9頁, 井嶋一友ほか「特集・4.2判決のなげかけた問題点と意義」法律のひろば 23巻 6号 6頁 (1969), 兼子仁「教育公務員の争議行為と処分問題」ジュリスト 472号 53頁 (1971), 村井正義「都教組判決と特別権力関係をめぐる諸問題」教育評論 268号 28頁 (1971), 川上勝己「国家公務員等の争議行為の禁止」ジュリスト 520号 29頁 (1972), 井上祐司「最高裁 4.2判決と可罰的違法性の理論」法律時報 44巻 13号 69頁 (1972), 佐伯静治「違憲判決への道」法学教室 106号 34頁 (1989) などもある。
- 48) 田中館照橋「わが国の行政裁判制度 (20) —特別権力関係」判例時報 1065号 28頁, 33頁 (1983) は, 公務員法制に関する裁判所の立場を「きわめて流動的」と評していた。
- 49) 最大判昭和 48年 4月 25日刑集 27巻 4号 547頁。本件評釈として, S.H.E.「判批」時の法令 829号 50頁 (1973), 片岡昇「判批」判例評論 173号 142頁 (1973), 同「判批」萩沢清彦編『労働判例百選』[第5版] 12頁 (1989), 橋本顕信「判批」地方自治 308号 17頁 (1973), 西川美数「判批」労働判例 175号 4号 64頁 (1973), 佐藤功「判批」ジュリスト臨時増刊 565号『昭和 48年度重要判例解説』18頁 (1974), 山本吉人「判批」同 174頁, 石川吉右衛門「判批」萩沢清彦編『労働判例百選』[第3版] 16頁 (1974), 大谷実=上田健二「判批」法学セミナー 226号 131頁 (1974), 川添利幸=横井芳

弘「判批」判例評論181号2頁(1974), 向井哲次郎「判批」法曹時報26巻6号198頁(1974), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度』305頁(法曹会, 1975), 宮城邦彦「判批」法と秩序4巻2号25頁(1974), 南川諱弘「判批」天理大学学報25巻4号64頁(1974), 浦田賢治「判批」法学セミナー249号80頁(1976), 中村睦男「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕174頁(1977), 同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』29頁(有斐閣, 1985), 蓼沼謙一「判批」石川吉右衛門=山口浩一郎編『労働法の判例』〔第2版〕20頁(1978), 棟居快行「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』89頁(日本評論社, 1983), 盛秀雄「判批」大阪学院大法学研究8巻2号145頁(1983), 横山晃一郎「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕54頁(1984), 浜田富士郎「判批」塩野宏ほか編『公務員判例百選』168頁及び178頁(1986), 林修三「判批」判例解説憲法編(4)237頁(1989), 中山和久「判批」山口浩一郎ほか編『労働判例百選』〔第6版〕12頁(1995), 若狭勝「判批」研修593号33頁(1997), 室井力「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選II』〔第4版〕312頁(2000), 渋谷秀樹「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』110頁(三省堂, 2000), 清水敏「判批」『労働判例百選』〔第7版〕12頁(2002), 横田耕一「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕320頁(2007), 野坂泰司「判批」法学教室325号120頁(2007), 道幸哲也「判批」村中孝史=荒木尚志編『労働判例百選』〔第8版〕12頁(2009), 藤井樹也「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』206頁(悠々社, 2010), 渡辺賢「判批」法律時報84巻2号9頁(2012), 大河内美紀「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕312頁(2013), 浜村彰「判批」村中孝史=荒木尚志編『労働判例百選』〔第9版〕12頁(2016)などがある。このほか, 佐藤功ほか「特集・官公労争議と刑事罰」ジュリスト536号39頁(1973), 和田英夫ほか「特集・労働3事件大法廷判決をめぐって」判例時報699号3頁(1973), 萩沢清彦「4.25大法廷判決の検討(上, 下)」判例タイムズ295号2頁, 297号10頁(1973), 則定衛ほか「特集・4.25労働3判決の意義と問題点」法律のひろば26巻7号4頁(1973), 粕井常喜ほか「特集・最高裁4.25判決の問題点」労働法律旬報833号10頁(1973), 室井力「公務員の労働基本権」ジュリスト569号27頁(1974), 中山和久「4.25判決以後の官公労働関係」同72頁(1974), 野村平爾ほか「特集・最高裁と労働基本権」法律時報45巻8号8頁(1974), 小山高次「労働基本

権の制限に関する判例の変遷と4.25判決の意義」警察学論集27巻3号54頁(1974), 川口実「労働基本権制限の法理(1-6・完)」判例タイムズ306号2頁, 307号2頁(1974), 315号12頁, 324号2頁(1975), 329号2頁, 333号2頁(1976), 島田信義「全農林判決以後の労働事件と最高裁裁判官」法学セミナー236号22頁(1975), 室井力=中山和久=清水敏「対談・名古屋中郵判決における憲法・行政法理論の検討」法律時報50巻4号44頁(1978), 竹澤哲夫「全農林警職法事件」法学教室113号53頁(1990), 戸松秀典「事件でみる裁判100年—全農林警職法事件判決—判例変更の在り方」同121号72頁(1990)などもある。

50) 川上前掲註2) 論文83頁。

51) 宍戸常寿「特別の公法上の関係」法学セミナー647号78頁, 81頁(2008)(同『憲法—解釈論の応用と展開』〔第2版〕83頁(日本評論社, 2014)所収)。

52) 芦部信喜『憲法学II』266頁(有斐閣, 1994)。

53) 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。本件評釈として, 阿部照哉「判批」ジュリスト799号13頁(1983), 同「判批」民商法雑誌90巻3号425頁(1984), 同「判批」伊藤正己=堀部政男編『マスコミ判例百選』〔第2版〕28頁(1985), 澤登俊雄「判批」ジュリスト799号18頁(1983), 太田豊「判批」ジュリスト799号68頁(1983), 同「判批」季刊実務民事法5号204頁(1984), 同「判批」法曹時報37巻11号297頁(1985), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和58年度』255頁(法曹会, 1988), 橋本公巨「判批」法学教室37号106頁(1983), 江橋崇「判批」法学セミナー344号20頁(1983), 宮崎礼壺「判批」法律のひろば36巻9号35頁(1983), はやし・しうぞう「判批」時の法令1192号59頁(1983), 都築弘「判批」民事研修320号14頁(1983), 戸波江二「判批」ジュリスト臨時増刊815号『昭和58年度重要判例解説』8頁(1984), 野村敬造「判批」法学セミナー351号40頁(1984), 向井久了「判批」受験新報34巻2号161頁(1984), 荒川雅行「判批」甲南法学24巻3=4号289頁(1984), 中川剛「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』19頁(1985), 五十嵐雅之「判批」立教大学大学院法学研究7号65頁(1986), 近藤勝「判批」自由と正義38巻5号65頁(1987), 市川正人「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕19頁(1996), 竹中勲「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕38頁(2000), 小山剛「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』172頁(三省堂, 2000), 土井真一「判批」堀部政男=長谷部恭男編『メディア判例百

- 選』170頁(2005), 岩間昭道「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I』〔第5版〕38頁(2007), 小山剛「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』13頁(悠々社, 2010), 稲葉実香「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕36頁(2013)などがある。
- 54) 最判平成元年3月8日民集43巻2号89頁, 本件評釈として, 森英樹「判批」法学セミナー414号100頁(1989), 田中信義「判批」法律のひろば42巻6号4頁(1989), 小林節「判批」同12頁(1989), 同「判批」判例タイムズ698号58頁(1989), 船田三雄「判批」判例時報1319号3頁, 1320号3頁(1989), 阿部照哉「判批」判例評論369号34頁(1989), 河上和雄「判批」判例タイムズ699号47頁(1989), 千葉和郎「判批」同709号4頁(1989), 門口正人「判批」ジュリスト931号96頁(1989), 同「判批」法曹時報41巻4号1212頁(1989), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』43頁(法曹会, 1991), 同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1 公法編』26頁(有斐閣, 2003), 竹中章「判批」訟務月報35巻12号136頁(1989), はやし・しうぞう「判批」時の法令1356号68頁(1989), 田中館照橋「判批」法令解説資料総覧88号104頁(1989), 遠山廣直「判批」警察学論集42巻5号1頁(1989), 小林武「判批」南山法学13巻2=3号237頁(1989), 内藤光博「判批」専修法学論集50号201頁(1989), 清水陸「判批」ジュリスト臨時増刊957号『平成元年度重要判例解説』28頁(1990), 日比野勤「判批」法学教室113号別冊附録『判例セレクト'89』11頁(1990), 松井茂記「判批」民商法雑誌101巻4号587頁(1990), 浦部法穂「判批」受験新報40巻4号42頁(1990), 毛利透「判批」法学協会雑誌108巻3号462頁(1991), 松本一郎「判批」中大法学新報97巻5号203頁(1991), 安達賢二「判批」立教大学大学院法学研究11号27頁(1991), 野間禮二「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕112頁(1992), 小田中聰樹「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選II』〔第3版〕420頁(1994), 渥美東洋「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第7版〕124頁(1998), 佐々木善三「判批」研修605号49頁(1998), 渋谷秀樹「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』116頁(三省堂, 2000), 川上拓一「判批」田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』149頁(成文堂, 2004), 市川正人「判批」堀部政男=長谷部恭男編『メディア判例百選』10頁(2005), 井上典之「判批」法学セミナー616号64頁(2006), 浜田純一「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I』〔第5版〕160頁(2007), 佐々木雅寿「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』279頁(悠々社, 2010), 大沢秀介「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕164頁(2013)などがある。このほか, 「特集・法廷メモ訴訟最高裁判決」ジュリスト936号17頁(1989), 家永三郎「法廷メモ事件最高裁判決の問題点」法律時報61巻8号78頁(1989)などもある。
- 55) 園部前掲註5) 書2頁。
- 56) 東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁, 本件評釈として, 清野幾久子「判批」法学教室210号別冊附録『判例セレクト'97』4頁(1998), 松山恒昭=島崎邦彦「判批」判例タイムズ1005号『平成10年度主要民事判例解説』118頁(1999), 須藤陽子「判批」自治総研253号1頁(1999), 中川重徳「判批」法と民主主義458号20頁(2011), 君塚正臣「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕66頁(2013)などがある。
- 57) 君塚同上67頁。
- 58) このような判例の傾向を, 小嶋和司『憲法概説』163頁(良書普及会, 1987)は好意的に記述する。
- 59) 戸波江二ほか『憲法(2)』51頁(有斐閣, 1992)[安念潤司] 同旨か。
- 60) 棟居前掲註28) 論文18頁。
- 61) 同上20頁。
- 62) 同上21頁。実質的判断方法は比較衡量論そのものではないかと, 同論文25頁は述べる。
- 63) 室井前掲註10) 書42頁。
- 64) 同上372頁。
- 65) 同上207頁。
- 66) 同上275頁。
- 67) それは, 明治20年代後半から強まり, 学校関係においても教師を「準官吏」と規定していくようになった。伊津野朋弘「明治教育行政官僚制の成立過程」北海道教育大学紀要(第一部C)20巻2号31頁(1970)参照。
- 68) 室井前掲註10) 書336頁。
- 69) 同上340頁。
- 70) 松島前掲註7) 論文176頁。
- 71) 同上195頁。
- 72) 但し, 同上論文は, 206頁で「基本的人権を放棄するということは憲法上許されない」, 207頁で「合意に法律に替るべき効力が認められない」と述べており, 公務員となる労働契約などにより自動的に特別権力関係に入るという理解はしていない。また, 松島諄吉「特別権力関係における出訴可能性」阪大法学52号1頁, 21頁(1964)は, 自律性を根拠に出訴可能性を全面否定することはできないと論ずる。
- 73) 田中二郎『新版行政法上』〔全訂第2版〕89



- 頁（弘文堂，1974）.
- 74) 同上 90 頁.
- 75) 同上 94-95 頁注 3.
- 76) 同上 91 頁.
- 77) 同上 91 頁.
- 78) 同上 93 頁.
- 79) 雄川一郎「特別権力関係と基本的人権」公法研究 9 号 46 頁，47 頁（1953）.
- 80) 松島前掲註 7) 論文 169 頁同旨.
- 81) 雄川前掲註 79) 論文 48 頁.
- 82) 同上 49 頁.
- 83) 同上 50 頁.
- 84) 高橋貞三ほか「討論報告・自然権と基本的人権」公法研究 9 号 67 頁，70 頁（1953）[雄川一郎発言].
- 85) 雄川前掲註 79) 論文 52 頁.
- 86) 渋谷徳雄『実務のための教育行政学』（学陽書房，1954）.
- 87) 木田宏『教育行政法』（良書普及会，1957）.
- 88) 有倉遼吉 = 天城勲『教育関係法』（日本評論社，1958）.
- 89) 今村武俊『教育行政の基礎知識と法律問題— 校長・教頭・市町村教育長・管理主事のために』[改訂版]（第一法規，1969）.
- 90) 和田英夫「特別権力関係論への疑問（1）— 憲法原理と行政法理論との谷間」法学セミナー 131 号 49 頁（1967）.
- 91) 平井貴美代「改正教育基本法下における教育の実践的創造性確保の課題」教育学研究 74 巻 4 号 2 頁，5 頁（2007）.
- 92) 原龍之助「特別権力関係について」教育委員会月報 13 巻 10 号 42 頁（1962），上田一郎「特別権力関係の理論（1，2）— 何をすることも法的根拠が必要か？」同 12 号 11 頁，14 巻 1 号 11 頁（1962），糟谷正彦「特別権力関係論」同 22 巻 3 号 48 頁（1970）など。以上，全てが教育委員会月報であることが特徴的である。
- 93) 雪丸武彦「在学関係論の理論課題」九大教育経営学研究紀要 9 号 43 頁，48 頁（2006）.
- 94) 後藤米夫「公法上の特別権力関係について」東京学芸大学研究報告〔法学・経済学・社会学〕11 集 7 頁（1960），宗像誠也『教育行政学序説』[増補版] 277 頁（有斐閣，1969），伊藤和衛「教育における特別権力関係論の克服」東京教育大学教育学部紀要 16 号 1 頁（1970）など。
- 95) 芦部信喜『憲法叢説 2— 一人権と統治』79 頁以下（信山社，1995）など参照。
- 96) 室井前掲註 10) 書 343 頁.
- 97) 宮沢俊義『憲法 II』[新版] 254 頁（有斐閣，1971）.
- 98) 芦部前掲註 52) 書 247-248 頁. 田中二郎『要説行政法』[新版] 38 頁以下（弘文堂，1972），芦部編前掲註 3) 書 108 頁以下 [阿部照哉] も参照。
- 99) 芦部前掲註 52) 書 248 頁.
- 100) 渡辺宗太郎『改訂日本行政法上』16-18 頁（弘文堂，1940）.
- 101) 芦部前掲註 52) 書 248 頁.
- 102) なお，野中俊彦ほか『憲法 I』[第 5 版] 237 頁（有斐閣，2012）は，芦部説を「有力」な「特別権力関係そのものに否定的な学説」の「代表的学説」として紹介する。
- 103) 芦部前掲註 52) 書 253 頁.
- 104) 宮沢俊義『法律学体系コンメンタール篇 1— 日本国憲法』221 頁（日本評論社，1955）.
- 105) 芦部前掲註 52) 書 259 頁.
- 106) 同上 247 頁. なお，室井前掲註 10) 書 419 頁以下によれば，古くは，公企業の特許企業者に対する国家の積極的監督関係，行政事務受任者に対する監督関係，公共組合に対する監督関係，公法上の社団関係としての公共組合と組合員との関係，地方議会と議員との関係なども特別権力関係に分類した例があるという。
- 107) 芦部前掲註 52) 書 249 頁参照。
- 108) 室井前掲註 10) 書 354 頁参照。
- 109) 阿部照哉『憲法』[改訂] 84 頁（青林書院，1991）.
- 110) 大須賀明ほか『憲法講義 2— 基本的人権』42 頁（有斐閣，1979）[大須賀].
- 111) 堀内健志『憲法』[改訂新版] 99 頁（信山社，2000）.
- 112) 同上 100 頁.
- 113) 同上 101 頁.
- 114) 毛利透ほか『憲法 II』[第 2 版] 34 頁（有斐閣，2017）[松本哲治]. だが，個別検討の限りでは，「特別な公法関係」論ですら，最早支配的見解ではない。
- 115) 園部前掲註 5) 書 195 頁以下. これによれば，通常の人権は「原則として特別権力関係に入り込むのであるが，特別の例外が認められるか又は特定の特別権力関係に入り込まぬことのある」ものであり，経済的自由は「特別権力関係に入り込まぬ基本権」だとされる。
- 116) この園部説に対し，室井前掲註 10) 書 351 頁は，通常の人権についても「公共の福祉に反しない限り」の相対的保障に過ぎないのであれば，「具体的な結果としては，」経済的自由と通常の人権との区別は不可能ではないか，と批判する。
- 117) 同上 362 頁参照。
- 118) 同上 366 頁.
- 119) この点，初宿正典『憲法 2』[第 3 版] 117 頁（成文堂，2010）は，特別権力関係論を肯定するか否かという論点に関して最大限に慎重であり，「もし，」「特殊な権力的関係に立つ場合があることを肯定しうるとすれば（この関係を《特別権力関係》と呼ぶかどうかは別として，）」

- 「その限りでのみ、原則的には具体的な法律の根拠に基づいて基本権の制限が認められる」と解説している。
- 120) 山本前掲註4) 論文103頁参照。
- 121) 芦部前掲註52) 書261頁。
- 122) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第4版〕130頁(有斐閣, 2017)。
- 123) 但し、芦部前掲註52) 書261頁は続けて、「この原則を各個のケースに具体化するに当たっては『より制限的でない他に選びうる手段』(LRA)の基準の趣旨にしたがうべきだと述べている点は、LRAの基準を、表現に対する刑罰その他のサンクションを不必要に重くすべきでないとする基準として用いるべきことに鑑みて疑問である。君塚正臣「LRAの基準—他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め」横浜国際経済法学19巻3号103頁(2011)参照。
- 124) 芦部前掲註52) 書275頁。
- 125) 室井前掲註10) 書123頁以下参照。
- 126) この下での理論状況については、相原一介「西ドイツにおける特別権力関係」山梨学院大社会科学研究所2号1頁(1986)など参照。
- 127) 室井前掲註10) 書165頁。
- 128) 園部前掲註5) 書166頁参照。
- 129) 室井前掲註10) 書187-188頁。
- 130) 同上329頁参照。
- 131) 橋本公巨『日本国憲法』148頁(有斐閣, 1980)。
- 132) 芦部編前掲註3) 書111頁[阿部照哉]。
- 133) 結城前掲註15) 論文69頁によると、教育法関係でも、特定学校への入学請求、就学保留、学級閉鎖、学年の飛び越え、高校卒業資格試験の許可、他学年への変更、学位の剥奪、学校区の変更などが、学説上、取り消し得べき行政行為とされていたという。
- 134) 室井前掲註10) 書346頁。
- 135) 高田敏『法治国家観の展開』516-517頁(有斐閣, 2013)。
- 136) 君塚正臣編『比較憲法』195頁(ミネルヴァ書房, 2012)[松原光宏]。松本前掲註3) 文献72頁同旨。
- 137) 西片前掲註28) 評釈136頁。
- 138) 高橋前掲註122) 書130頁。
- 139) 園部前掲註5) 書172頁。
- 140) 橋本前掲註131) 書149頁。
- 141) 室井前掲註10) 書372-373頁。
- 142) 和田英夫「特別権力関係論への疑問(2)—憲法原理と行政法理論との谷間」法学セミナー132号73頁, 76頁(1967)。
- 143) 宮沢前掲註97) 書254頁。
- 144) 同上255頁。
- 145) 芦部前掲註95) 書79頁。
- 146) 佐藤前掲註18) 書162頁。
- 147) 室井前掲註10) 書372頁。
- 148) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕353-354頁(有斐閣, 2007)。
- 149) 青井未帆=山本龍彦『憲法I』225頁(有斐閣, 2016)[青井]。
- 150) 園部前掲註5) 書99頁。
- 151) 佐藤前掲註19) 書157頁。
- 152) 原龍之助「特別権力関係の理論について」清宮四郎退職記念『憲法の諸問題』187頁, 193頁(有斐閣, 1963)。
- 153) 雄川前掲註79) 論文51頁。
- 154) 室井前掲註10) 書381頁。
- 155) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕203頁(弘文堂, 1995)。畑博行『憲法II』32頁(有信堂, 1998)同旨。
- 156) 橋本前掲註131) 書148頁。
- 157) 榎原猛『憲法—体系と争点』111頁(法律文化社, 1986)は、これを「特別権力関係理論」修正説と呼び、多数説にして「妥当」と評する。
- 158) 原前掲註152) 論文204頁。
- 159) 同上211頁。
- 160) 長谷部恭男『憲法』〔第6版〕134頁(新世社, 2014)。
- 161) 伊ヶ崎暁生「『特別権力関係論』と『学校重層構造』を打破するために」教育評論250号20頁, 22頁(1970)参照。
- 162) 室井前掲註10) 書381頁。
- 163) 戸波江二『憲法』(新版)165頁(ぎょうせい, 1998)。
- 164) 君塚編前掲註136) 書193頁[上田健介]。
- 165) 同上196頁[遠藤美奈]。
- 166) 同上197頁[松井直之, 國分典子]。
- 167) 同上3頁以下[君塚正臣]。
- 168) 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣, 1948)。
- 169) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』(有斐閣, 1954)。
- 170) 鈴木安蔵『憲法学原論』(勁草書房, 1956)。
- 171) このほか、最近では岩間昭道『憲法綱要』(尚学社, 2011)も同様の構成である。
- 172) 室井前掲註10) 書344頁。
- 173) 新井誠ほか『憲法II』32頁(日本評論社, 2016)[新井]。
- 174) 和田前掲註142) 論文77頁。
- 175) 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』〔第3版〕64頁(法律文化社, 2017)[早瀬勝明]。
- 176) 松本前掲註3) 文献72頁。
- 177) 松岡三郎「教師の8時間労働論」労働法律旬報436号4頁(1961)参照。
- 178) 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕204頁(ミネルヴァ書房, 1973)。伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕54頁(法律文化社, 1983)、榎原前掲註

- 157) 書 110 頁同旨か。
- 179) 室井前掲註 10) 書 374 頁。
- 180) 逆に、地方公務員の政治活動の取り締まりは不完全であり、罰則を加える抜本的な法改正が必要だとする主張もある。櫻井敬子「橋下市長も手を焼く地方公務員の政治活動 抜本的な法改正を」WEDGE 24 巻 9 号 10 頁(2012)。但し、このことは、特別権力関係論の維持・強化を招かずとも、政策決定権限を有する公務員の政治活動の合理的規制を考えれば足りる。櫻井前掲註 28) 文献 12 頁も、猿払事件最高裁判決においては、反対意見に賛成している。
- 181) 室井前掲註 10) 書 374 頁。
- 182) 室井力「公務員法における特別権力関係論の破綻」法律時報 43 巻 12 号 14 頁, 18 頁(1971)。
- 183) 佐藤前掲註 19) 書 159 頁。
- 184) 大沢秀介『憲法入門』〔第 3 版〕84 頁(成文堂, 2003)。
- 185) 松本前掲註 3) 文献 73 頁。
- 186) 市川正人『基本講義憲法』82 頁(新世社, 2014)。吉田善明『日本国憲法論』〔第 3 版〕298 頁(三省堂, 2003)。浦部法徳『憲法学教室』〔第 3 版〕79 頁(日本評論社, 2016) 同旨。
- 187) 長谷部前掲註 160) 書 134 頁。
- 188) 君塚正臣ほか『VIRTUAL 憲法』100 頁(悠々社, 2005)〔藤井樹也〕。
- 189) 渋谷秀樹『憲法』〔第 3 版〕150-151 頁(有斐閣, 2017) が、「公正と中立性が、抽象的レベルでの鍵となる概念である」としつつ、「中立性を導く中間概念としては自律性という概念よりは、独立性の概念の方がふさわしい」と述べている点などにも留意したい。
- 190) 中谷実編『ハイブリッド憲法』117 頁(勁草書房, 1995)〔君塚正臣〕同旨。
- 191) 松本和彦「特別な法律関係における人権保障」小山剛＝駒村圭吾編『論点研究憲法』〔第 2 版〕79 頁, 87 頁(弘文堂, 2013)。
- 192) 君塚前掲註 28) 文献 100 頁。
- 193) この点、「統治行為」という概念を必要以上にも用いるべきではなく、実際裁判では用い得る場面がないに等しいということと類似する。君塚正臣「統治行為論再考—《ある》が《ない》」横浜法学 22 巻 1 号 33 頁(2013) 参照。併せて、愛敬浩二「『統治行為』諸論の批判的考察」論究ジュリスト 21 号 28 頁(2017) も参照。
- 194) 渋谷秀樹「公務員の政治活動の制約に対する違憲審査」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』274 頁, 279 頁(有斐閣, 2012)。
- 195) 最判平成 23 年 6 月 6 日民集 65 巻 4 号 1855 頁。本件評釈として、駒村圭吾「判批」法学セミナー 680 号 84 頁(2011)、西原博史「判批」季刊教育法 170 号 14 頁(2011)、大島佳代子「判批」同 21 頁(2011)、新村響子「判批」季刊労働者の権利 290 号 77 頁(2011)、高津芳則「判批」教育 790 号 117 頁(2011)、澤藤統一郎「判批」法と民主主義 465 号 18 頁(2012)、水口洋介「判批」国際人権 23 号 95 頁(2012)、内野正幸「判批」同 99 頁、金井光生「判批」福島大行政社会論集 24 巻 4 号 9 頁(2012)、奥野恒久「判批」龍谷法学 44 巻 4 号 127 頁(2012)、岩井伸晃＝菊池章「判批」ジュリスト 1461 号 93 頁(2013)、同＝同「判批」法曹時報 66 巻 9 号 255 頁(2014)、同＝同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例 7 平成 21-23 年』2 頁(2014)、同＝同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 23 年度下』493 頁(法曹会, 2014)、御幸聖樹「判批」法学論叢 175 巻 2 号 119 頁(2014)、江藤祥平「判批」法学協会雑誌 130 巻 6 号 195 頁(2013)、卷美矢紀「判批」千葉大学法学論集 28 巻 1=2 号 574 頁(2013)、竹中勲「判批」同志社法学 65 巻 3 号 1 頁(2013) などがある。このほか、「特集・『日の丸・君が代』訴訟上告審判決」判例地方自治 347 号 15 頁(2011)、勝野正章「『日の丸・君が代』最高裁判決で問われる学校観」世界 820 号 20 頁(2011)、西原博史「『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか—良心の自由の『間接的制約』と『必要性・合理性』をめぐる」同 821 号 112 頁(2011)、土屋英雄「思想・良心等に基づく拒否事件の類型別の判断枠組(上, 下)—『国旗・国歌』強制事件の判断枠組の類型的特性」筑波法政 51 号 1 頁(2011)、52 号 5 頁(2012) などもある。
- 196) 渋谷前掲註 194) 論文 300 頁。
- 197) 加藤前掲註 28) 論文 69 頁。他面、宍戸前掲註 28) 評釈 24 頁は、「憲法・法律の解釈の一体化による法状態の凝結化のおそれ」も指摘する。
- 198) 晴山前掲註 28) 論文 62 頁同旨。
- 199) 木村前掲註 28) 論文 82 頁同旨。
- 200) 平地前掲註 37) 論文 28 頁。
- 201) 渋谷前掲註 194) 論文 278 頁。
- 202) 平地前掲註 37) 論文 26 頁。橋本前掲註 131) 書 152 頁同旨。
- 203) 安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』〔第 2 版〕322 頁(有斐閣, 2009)〔岩切紀史〕は、現行法合憲論を打ち出している。
- 204) 特に、渡辺賢「公務員の労働基本権—団交権に関する一考察」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』229 頁(有斐閣, 2004) など参照。
- 205) 仮に、労働基本権規制の場面の司法審査基準が合理性の基準だという立場を採り、このような規制は著しく不合理であるとまでは言えないとして、これらが憲法違反ではないのだとし



- ても、ILO条約などの日本が批准した国際条約に違反しており、その意味で当該法条が無効とされる可能性もあることは注意したい。
- 206) 室井前掲註10) 書400-401頁。
- 207) 同上401頁。
- 208) 同上同頁同旨か。
- 209) 同上403頁。
- 210) 同上404頁同旨。
- 211) 南本長穂「専門職としての教職に関する組織論的研究」愛媛大学教育学部紀要第1部教育学科学23号29頁, 34頁以下(1977)参照。
- 212) 現在でも、学校現場には特別権力関係論が色濃く、「高校生が立憲主義を理解できない所以である」との嘆きがある。宮下与兵衛『「生徒参加の学校づくり」と特別権力関係論』教育814号58頁, 62頁(2013)。
- 213) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』214-215頁(成文堂, 1993)。
- 214) 室井前掲註10) 書408-409頁同旨。
- 215) 和田前掲註142) 論文77頁。
- 216) 松本前掲註3) 文献72頁。
- 217) 芦部編前掲註3) 書126-127頁〔阿部照哉〕。
- 218) 室井前掲註10) 書414頁同旨。
- 219) 新正幸『憲法訴訟論』〔第2版〕52頁(信山社, 2010)。
- 220) 和田前掲註142) 論文76頁。
- 221) 松井前掲註14) 書354頁。
- 222) 但し、松井前掲註148) 書353頁は、「基本的人権の制約と司法審査」のサブカテゴリーとして「公務員、受刑者、国立大学の学生などの基本的人権の制約」という小単元を立て、既に「特別権力関係論」などの表題を立てていない。阿部照哉ほか編『憲法(2)』〔第3版〕106頁(有斐閣, 1995)〔市川正人〕も、「基本的人権の保障」の中の小単元でしか語らず、同書69頁以下が「私人間における人権規定の効力」という節を立てているのは扱いを異にしている。君塚正臣編『高校から大学への憲法』〔第2版〕166頁(法律文化社, 2016)もコラムで取り上げるに留める。
- 223) この中で、赤坂正浩『憲法講義(人権)』335頁(信山社, 2011)が、この問題を「憲法上の権利の主体」の議論の一つとして取り上げていることは興味深い。
- 224) このようなことは意外に多い。例えば、憲法21条2項の「検閲」の定義を巡って一元論はほぼ有力な学説からは消えた。君塚正臣「書評」関大法学論集50巻1号214頁, 251頁(2000)。しかし、教科書には有力説として一元論が記載され続けていることが多い。
- 225) その意味で渡辺康之ほか『憲法Ⅰ』43頁(日本評論社, 2016)〔宍戸常寿〕が、「特別権力関係論とその克服」という表題を掲げた点には、同書が三段階審査を前面に打ち出している点は兎も角、共感ができる。
- 226) 最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁。本件評釈として、石井健吾「判批」ジュリスト643号90頁(1977)、室井力「判批」判例評論222号19頁(1977)、田村悦一=上杉信敬「判批」立命館法学132号200頁(1977)、藤谷正博「判批」ジュリスト臨時増刊666号『昭和52年度重要判例解説』36頁(1978)、田村悦一「判批」民商法雑誌77巻5号693頁(1978)、はやし・しうぞう「判批」時の法令991号53頁, 992号58頁(1978)、高木光「判批」法学協会雑誌95巻10号1724頁(1978)、川上宏二郎「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』332頁(1979)、園部逸夫「判批」法曹時報33巻2号541頁(1981)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和52年度』95頁(法曹会, 1981)、佐藤司「判批」兼子仁編『教育判例百選』〔第3版〕90頁(1992)、高橋宏志「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅰ』〔新法対応補正版〕6頁(1998)、兼子仁「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第4版〕392頁(1999)、笹田栄司「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ』80頁(三省堂, 2000)、井上典之「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕416頁(2007)、渡辺康行「判批」法学教室357号17頁(2010)、佐々木雅寿「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』268頁(悠々社, 2010)、野口貴公美「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕318頁(2012)、見平典「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕402頁(2013)などがある。
- 227) これについては、佐藤幸治『部分社会論』について判例タイムズ455号2頁(1982)、同『現代国家と司法権』147頁以下(有斐閣, 1988)、甲斐素直「いわゆる『部分社会の法理』について」法学紀要36号319頁(1994)、山本龍彦「NPOにおける結社の自由と内部自治—政党との比較を通して」尚美学園大学総合政策研究紀要8号83頁(2004)、佐伯唯貴「宗教団体内部紛争と司法審査権—部分社会論を中心に」龍谷大学大学院法学研究6号147頁(2004)、雪丸武彦「部分社会の法理の在学関係への適用に関する考察」九大教育経営学研究紀要10号55頁(2007)、大野拓哉『「権利擁護」と『部分社会』の法理—「権利擁護」から『権利』の『擁護』への試論的一考察』弘前学院大学社会福祉学部研究紀要8号1頁(2008)、渡邊互「いわゆる『部分社会の法理』の再構成」法政治研究創刊号229頁(2015)、佐々木雅寿「判批」法学教室432号161頁(2016)など参照。
- 228) 楠元茂「特別権力関係と裁量権の問題」鹿

- 児島県立短期大学商経論叢 20 号 47 頁, 51 頁 (1971) は、公私区別なき概念として「特殊機能的法律関係」という概念が再構成されていると紹介する。同論文は、民間団体・私立学校に関する判決も区別なく取り上げている。
- 229) 奥平前掲註 21) 書 113 頁。  
230) 阪本昌成『憲法 2—基本法クラシック』〔第 4 版〕53 頁 (有信堂, 2011)。  
231) 君塚前掲註 28) 文献 100 頁。君塚正臣「BOT の憲法学」横浜国際社会科学研究所 14 巻 4 号 112 頁 (2009), 君塚前掲註 2) 書 453 頁以下なども参照。  
232) 佐藤前掲註 227) 書 173 頁同旨。  
233) 小山剛『憲法上の権利』の作法』〔第 3 版〕226 頁 (尚学社, 2016)。  
234) そうであって、司法権の内在的制約を説くものではない。長谷部前掲註 160) 書 404 頁。  
235) 松本前掲註 3) 文献 73 頁。  
236) 園部前掲註 5) 書 172 頁。  
237) 室井前掲註 10) 書 424 頁。  
238) 芦部編前掲註 3) 書 112 頁 [阿部照哉]。  
239) この点で、宗教団体内部紛争について、一般に司法審査を回避すべきとするのは、それが教義の解釈を前提問題にするため、法解釈を本義とする司法権の役割を超え、「司法権」が取り扱うべき紛争ではなくなるからであること、誤解してはなるまい。曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』186 頁 (日本評論社, 2012) [田近肇] が、「宗教問題の判断が事件の解決に必要な不可欠な核心的」でない「場合は、法律上の争訟ではあるが、信教の自由・政教分離原則ゆえ司法審査が限定される」としているのは、別の問題を短く纏めたものであり、誤解される懸念がある。  
240) 佐藤前掲註 19) 書 595 頁。  
241) 関連して、特別権力関係論否定論が、国立大学と私立大学の大学という共通性を説くなどして、両場面を同じく人権各論の問題に委ねることを主張する場合がある。市川前掲註 186) 書 82 頁など。これを逆手にとって、両者は同じと言いつつと部分社会論を肯定することになりかねない。だが、部分社会論は、憲法上の公的機関と私的結社の峻別を無視している点で、少なくとも日本国憲法解釈論としては妥当ではなからう。  
242) 結城忠「学校特別権力関係論と学校部分社会論」教職研修 25 巻 8 号 134 頁, 137 頁 (1997) 同旨。これに対し、坪井秀雄「私立学校における学校と生徒の間の特別権力関係理論について (その 1, 2)」日本私学教育研究所紀要 1 教育・経営篇 15 巻 1 号 29 頁 (1980), 16 巻 1 号 29 頁 (1981) は、営造物利用関係についてのみ肯定し、私学にも適用しようとする。  
243) 君塚前掲註 2) 書 476 頁以下。そして、こうした取り上げられ方から考えても、前註 2) で述べたように、憲法の私人間効力論と特別権力関係論には共通の問題があるのであって、一方を捨て去るときは他方も捨て去るべきという関係にあることを示唆するものである。  
244) 阪本前掲註 213) 書 211 頁。  
245) これについては、立山紘毅「大学の自治—国立大学の独立行政法人化」法学セミナー 540 号 69 頁 (1999), 近藤真「大学と学問の自由—地方国立大学の立場から」日本の科学者 42 巻 10 号 522 頁 (2007), 中村睦男「国立大学の法人化と大学の自治」北海学園大学法学研究 43 巻 3 = 4 号 1 頁 (2008), 君塚正臣「国立大学法人と『大学の自治』」横浜国際経済法学 17 巻 3 号 193 頁 (2009), 中富公一「国立大学法人化と大学の自治」人権 21 = 209 号 11 頁 (2010), 栗野宏「『アベノミクス成長戦略』のもとで大学に起きていること—地方国立大学からの報告」日本の科学者 49 巻 7 号 384 頁 (2014), 松田浩「新法解説 大学の『自治』と『決定』—学校教育法及び国立大学法人法の一部を改正する法律」法学教室 413 号 49 頁 (2015), 中西又三「学校教育法・国立大学法人法一部改正法 (平成 26 年法律 88 号) の問題点」中大法学新報 121 巻 9 = 10 号 381 頁 (2015), 中澤達哉「歴史の眼・新自由主義時代における地方国立大学の『ガバナンス改革』—本当に『大学の自治』は死んだのか?」歴史評論 786 号 75 頁 (2015), 松井直之「国立大学改革と『大学の自治』—『国立大学法人等の組織及び業務全般の見直しについて』をめぐって」横浜法学 25 巻 3 号 75 頁 (2017) など参照。  
246) 松本前掲註 191) 論文 82 頁同旨。  
247) 洪谷秀樹『憲法訴訟要件論』240 頁 (信山社, 1995)。  
248) なお、阪本前掲註 213) 書 206 頁は、「<内部紛争の解決は司法審査によらず内部的救済に待つべし>との理屈は、私的な結社に妥当するのであって、基本権主体となりえない国家機関については通用しない」と述べ、憲法の私人間効力論と連動しない解決を試みる。  
249) 吉田力雄「特別権力関係と基本的人権」静岡大学文理学部研究報告社会科学 4 号 15 頁, 18 頁 (1955)。  
250) 和田英夫「特別権力関係の再検討」杉村章三郎古稀記念『公法学研究下』629 頁, 667 頁 (有斐閣, 1974)。  
251) 穴戸前掲註 51) 論文 79 頁。君塚前掲註 1) 文献 135 頁の内容を若干繰り返す。「民営化で強い官公労組合は消滅し、今や労働組合組織率も 2 割を切ったという時代の変化も見落とせない。かつて、郵便局員が安定した公職として憧

れだったであろう猿払村では、ほたて貝の養殖が成功し、漁民こそが富を築いた。ただ、国鉄天北線の細い線路はもうない。」  
252) 小山前掲註233) 書49頁。

### 付 記

本稿は、平成25年度-29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号25380029)による研究成

果の一部である。なお、筆者は、宇治橋事件二審弁護団に向けて「国家公務員法違反事件鑑定意見書」を執筆し、研究ノートとして横浜国際経済法学19巻1号89頁(2010)に公表したことがあるが、本稿は、これを参照・引用しつつも、特別権力関係論一般を論ずるべく、一から執筆したものである。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授]