



釜ヶ崎威力業務妨害罪事件の憲法的考察：
憲法論を踏まえた刑罰法規解釈の手法と実践

メタデータ	言語: jpn 出版者: 宮崎大学教育文化学部 公開日: 2013-10-17 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中川, 律, Nakagawa, Ritsu メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10458/4605

釜ヶ崎威力業務妨害罪事件の憲法的考察

——憲法論を踏まえた刑罰法規解釈の手法と実践——

中川 律

A Constitutional Study on the KAMAGASAKI Criminal Case of Forcible Obstruction of Business ——Criminal Law Interpretations from the Constitutional Perspective——

Ritsu NAKAGAWA

目次

はじめに

- I 分析の視点——法秩序の統一性
- II 憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈の手法——最高裁判例の分析を中心に
 - 1 刑罰法規の規定の合憲的な解釈の必要性
 - 2 犯罪構成要件の合憲的な限定解釈の手法
 - (1) 憲法上保護される行為を規制対象とする場合
 - (2) 公務執行妨害罪の「書かれざる構成要件要素＝公務の適法性」の意義
 - 3 憲法上の権利保障と刑法35条正当行為の解釈の手法
 - (1) 法秩序の統一性と刑法35条の正当行為との関係
 - (2) 名誉毀損罪における違法性阻却事由——刑法230条の2の意義
 - (3) 最高裁判例における憲法上の権利保障と刑法35条の正当行為
——外務省秘密漏えい事件最高裁判決
 - (4) 憲法上の権利との衡量の手法としての具体的な利益衡量
——大分県屋外広告物条例事件最高裁判決・伊藤正己裁判官補足意見
- III 本件に関連する事実関係と1審判決および控訴審判決の判断
 - 1 本件に関連する事実関係
 - (1) 本件に至る経緯
 - (2) 本件の公訴事実
 - 2 本件1審判決および控訴審判決の判断
- IV 「威力」該当性と「妨害」該当性——構成要件該当性の検討その1
 - 1 威力業務妨害罪の合憲的な限定解釈の必要性
 - 2 「妨害」の概念の合憲的な限定解釈
 - (1) 憲法上の権利行使としての集団的なアピール活動の価値

- (2) 集団的なアピール活動の価値と「人の業務活動の円滑な遂行」の保護との衡量
- (3) 威力業務妨害罪の「妨害」＝「人の業務活動の円滑な遂行の実質的な阻害の危険」
- 3 「妨害」該当性の判断要素——都立板橋高校事件最高裁判決
 - (1) 「時」、「場所」、「業務の性質」
 - (2) 「場所」の要素の重要性——パブリック・フォーラム概念の意義
- 4 本件控訴審判決の評価——本件行為の「威力」および「妨害」該当性の検討
 - (1) 概要
 - (2) 「威力」該当性
 - (3) 「妨害」該当性
 - (4) 被告人らの本件行為の構成要件該当性
 - (5) 刑法60条（共同正犯）の解釈に関する補論
- V 「業務」の適法性——構成要件該当性の検討その2
 - 1 本件における業務の適法性判断の意義
 - 2 本件控訴審判決の評価——本件業務の適法性
 - (1) 本件控訴審判決の判断
 - (2) 適法性の3要件に関する本稿のポイント
 - (3) 国民の選挙権と国家の作為義務
 - (4) 本件における投票管理者および選挙管理委員会の特別な作為義務
 - (5) 本件警備業務の具体的な遂行の適法性
 - (6) 被告人らの本件行為の構成要件該当性
- VI 違法性阻却事由としての正当行為該当性
 - 1 本件における正当行為該当性判断の意義
 - 2 本件控訴審判決の評価
 - (1) 憲法上の権利行使に配慮した具体的な利益衡量の必要性
 - (2) 被告人らの本件行為の有する価値から得られる具体的な利益
 - (3) 被告人らの本件行為によって失われた具体的な利益
 - (4) 被告人らの本件行為の正当行為該当性

おわりに

はじめに

本稿は、釜ヶ崎威力業務妨害罪事件の上告審(平成25年〔あ〕第131号)に、筆者が弁護人の依頼を受けて提出した意見書(2013年4月29日付け)に加筆・修正¹を施したものである。釜ヶ崎威力業務妨害罪事件とは、公職選挙の投票日の当日に投票所が設置された小学校の校門前の公道で、本件の被告人らが集団的なアピール活動等を行ったことが、刑法234条の威力業務妨害罪に当たる行為であるとして、本件被告人4名が起訴された事案である。本件に関しては、1審判決(大阪地判2012〔平成24〕・3・28〔平成23年(わ)第1832号〕判例集未登載)は被告人4名全員を有罪とする判断を示し、控訴審判決(2012〔平成24〕・12・12〔平成24年(う)第707号〕判例集未登載)も、1審判決の判断を是認し、被告人からの控訴を棄却している。

本件の事実関係を被告人らが本件行為に至った背景を含めて詳しく分析すると、本件には憲

法21条1項で保障された表現の自由および憲法15条1項で保障された選挙権に関わる重大な憲法問題が含まれていることを看取できる。それゆえ、本件の上告審は、本件控訴審判決が被告人らの本件行為が威力業務妨害罪の成立要件を充たすと判断したことの是非を判断する際に、本件控訴審判決の判断が本件に含まれる憲法問題を十分に考慮してなされたものなのかを慎重に検討しなければならない。そこで、本稿の元になった意見書では、本件に含まれる憲法問題が適切に考慮されていたのかという観点から、本件1審判決および控訴審判決の結論とその理由づけの是非について評価を行った。

本稿の特徴は、本件のように刑事事件の裁判において憲法問題が考慮されなければならない場合には、法秩序の統一性を確保するために憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈および適用が重要であるという考え方を提示し、実際に、そのような考え方にに基づき本件の被告人らの行為の刑法234条の威力業務妨害罪の構成要件該当性と刑法35条の正当行為該当性について検討することで、本件1審判決および本件控訴審判決の評価を行っている点にある。つまり、本稿は、憲法学の視点から書かれたものであるが、その大部分を刑罰法規の解釈および適用のあり方の考察に割くものである。本稿がこのような形になった理由は、最高裁判決を中心に日本の裁判例を分析すると、憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈および適用を行うことで、刑罰法規の適用が憲法上の権利行使に対する制約になる場合などの当該事案に含まれる憲法問題が処理されることが多く、そのような手法を整理して、本件にも用いることが、裁判所に対する本稿の主張の説得力を高めることにつながると考えたからである。この点で、本稿は、1つの事案の分析という実践を通じて、裁判所の判決において実質を伴った憲法判断がより示されるようにするための工夫として、ありうる考え方の1つを理論化しようと試みたものでもある。

I 分析の視点——法秩序の統一性

日本国の法体系は、日本国憲法（以下、単に「憲法」と表記する）や民法、刑法などの様々な法規範が相互に矛盾・対立がないものとして存在していることを前提にしている。これを法秩序の統一性と呼ぶ²。この概念は、憲法と他の法令との関係を整序する際に特に重要なものであり、最高法規たる憲法と他の法令とが矛盾・対立する場合には、後者は違憲無効とされなければならない。日本国の法体系において法秩序の統一性を保つためには、何よりもまず、立法、司法、行政という各種の作用を担う国家機関が、憲法と他の法規範との関係を統合的に理解しうるように、憲法の下位の法令を制定し、解釈し、適用しなければならないのである。すなわち、国の立法府たる国会は、憲法と矛盾がないように法律を制定する義務を負い、また、司法府たる裁判所は、法令自体が憲法に違反していない場合にも、憲法と矛盾しないように他の法令を解釈し、適用する義務を負う。裁判所による法令の解釈・適用が憲法と矛盾する場合には、その裁判所の適用行為は違憲である（憲法98条1項）。

このような極めて基本的な事項をわざわざ冒頭で述べたのは、本件1審判決および本件控訴審判決の結論とその理由づけの是非を評価する際に重要な視点だからである。本件は、威力業務妨害罪を定める刑法234条の適用の是非が問われている事案である。刑法234条は、それが適切に解釈および適用される場合にはそれ自体では合憲性に疑いがないものである。しかし、被告人らの本件行為は、憲法21条1項で原則的に保護される集団的なアピール活動であり、さらに、本件における威力業務妨害の保護の客体とされる「業務」とは、国民の選挙権行使（憲法

15条1項)に深い関わり合いのある公職選挙での投票事務である。それゆえに、後に詳しく分析するように、被告人らの本件行為への刑法234条の適用は、憲法21条1項の表現の自由への不合理・不必要な制約となり、あるいは、憲法15条1項の国民の選挙権を侵害する違憲な業務遂行を保護することになる可能性があるものである。つまるところ、本件においては、もし、本件1審判決および控訴審判決が憲法の諸規定との矛盾・衝突を回避するために、刑法234条を合憲的に解釈せずに有罪判決を言い渡していたとするならば、その適用行為は憲法の諸規定と矛盾し、法秩序の統一性を阻害する違憲なものと同評価せざるをえないのである。

したがって、本稿の目的が憲法論の観点から本件1審判決および控訴審判決を評価することである以上、本稿では、被告人を有罪とした本件1審判決およびそれを是認した控訴審判決が、最高法規たる憲法を頂点とした法秩序の統一性を阻害しないように、刑法234条を合憲的に解釈および適用したと言っているのか、すなわち、本件1審判決および本件控訴審判決による刑法234条の適用行為が、憲法上の諸規定に違反する違憲のものでなかったのかどうかを慎重に検討することが焦点になる。

そこで、以下、やや迂遠ではあるが、本稿の第Ⅱ章の部分では、最高裁判例の分析を中心に、刑罰法規の規定の適用と憲法の規定とが矛盾しないように刑罰法規の規定を合憲的に解釈するために日本の裁判所で採用されてきた手法について整理する。この部分においては、日本の最高裁判例を中心に分析すると、日本では、刑罰法規の犯罪構成要件の解釈と違法性阻却事由としての刑法35条の正当行為の解釈の両段階において、刑罰法規の適用が憲法の諸規定と矛盾することを回避するための手法が採用されてきたのがわかることを論述する。ここでは、憲法の規定との矛盾を回避するために、第一に、犯罪構成要件に関しては、それを合憲的な適用範囲に絞り込む解釈の手法が採用されていること、第二に、正当行為に関しては、憲法上の権利行使の意義を踏まえた具体的な利益衡量の手法が採用されていることを明らかにする。

続いて、第Ⅱ章の整理に基づき、本稿の第Ⅲ章で本件に関する事実関係を詳しく示し、第Ⅳ章、第Ⅴ章、第Ⅵ章の部分では、憲法の規定との矛盾を回避する刑法234条の合憲的な解釈のあり方を示し、さらに、本件1審判決および控訴審判決の結論とその理由付けの是非について検討する。

本稿の第一次的な結論は、刑法234条の構成要件を憲法21条1項および15条1項との整合性を保つように解釈すると、被告人らの本件行為は刑法234条の構成要件を充足するものではないから、これと異なる判断を示した本件1審判決および本件控訴審判決は刑法234条の構成要件の解釈を誤り、それを本件被告人に違憲的に適用するものであったというものである。ここでは、第一に、本件で問題になっている集団的なアピール活動に威力業務妨害罪を適用しようとする場合には、憲法上の権利行使としての集団的なアピール活動の意義を十分に考慮して、威力業務妨害罪の構成要件要素の1つである業務の「妨害」とは、人の業務活動の円滑な遂行を実質的に阻害するものを言うものと解釈すべきであり、この解釈に基づき本件を分析すると、被告人らの本件行為の「妨害」該当性は否定されなければならないことを述べる。第二に、本件で威力業務妨害罪の保護の客体とされている「業務」とは、投票管理者の投票事務という「公務」であるところ、その公務の適法性が威力業務妨害罪の「書かれざる構成要件要素」であることを前提に、本件における投票管理者の公務遂行の適法性を分析する。この分析の結論は、本件において投票管理者の投票事務の遂行として行われた一部の業務遂行は、本件に特有な事情のゆえに有権者の投票の機会を確保するために本件の投票管理者が負っていた特別な義務に

違反するものであり、それは特定の有権者の選挙権（憲法15条1項）を侵害する違憲なものであったというものである。それゆえに、本件では威力業務妨害罪の保護の客体としての業務の要保護性が認められないから、やはり被告人の本件行為は威力業務妨害罪の構成要件を充足するものではないと述べることになる。

さらに、本稿では、第二次的な結論として、仮に被告人らの本件行為に構成要件該当性が認められるとしても、本件1審判決および本件控訴審判決で、被告人らの本件行為が刑法35条の正当行為にも該当しないとし、被告人が有罪とされたことは、刑法234条および刑法35条の解釈を誤り、それらを違憲的に被告人適用したものであるということも述べる。なぜなら、憲法21条1項の保障する表現の自由の価値を考慮し、被告人らの本件行為を保護することをから得られる利益と失われる利益の具体的利益衡量を行うと、被告人らの本件行為は、刑法35条の正当行為に該当するものであり、刑罰法規による制約を正当化しえない表現活動として違法性を阻却されなければならなかったということが明らかになるからである。

これらの本稿の結論に基けば、本件1審判決の有罪判決を支持した控訴審判決は、破棄を免れえないものだと評価されることになる。

II 憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈の手法——最高裁判例の分析を中心に

1 刑罰法規の規定の合憲的な解釈の必要性

立法府は、憲法の規定と矛盾しないように法を制定しなければならない。それゆえ、刑罰法規も憲法と矛盾がないものとして制定されているはずである。もっとも、刑罰法規のなかには、その規定それ自体は違憲ではないとしても、その解釈次第では、本来正当な憲法上の権利の行使にまで規制を及ぼしてしまうなどの憲法規定との矛盾を生じさせる適用可能性を含むものが存在する。例えば、わいせつ物頒布等の罪（刑法第175条）や名誉棄損罪（刑法第230条）を典型例として挙げることができる。これらの刑罰法規の規定は、原則的に憲法上の保護が与えられている表現行為（憲法第21条1項）を規制対象とし、その解釈および適用を誤れば表現の自由に対する違憲的な制約を課す結果となるからである。このような場面では、最高法規たる憲法を頂点とした法秩序の統一性を保つために、刑罰法規の規定を合憲的に解釈することで、憲法規定との矛盾を回避することが必要とされることになる³。そこで、以下では、本件の分析の前提として、このような場面で実際に日本の裁判所において用いられてきた刑罰法規の合憲的な解釈の手法について整理する。

2 犯罪構成要件の合憲的な限定解釈の手法

(1) 憲法上保護される行為を規制対象とする場合

i 憲法上保護される行為と犯罪構成要件の限定解釈の必要性

日本の最高裁判例において憲法と刑罰法規との矛盾を回避するために多く用いられてきた手法が、憲法上の権利保障の重要性に鑑みての犯罪構成要件の限定解釈である。この典型的な場面が、原則的に憲法上保護される行為が刑罰法規の規制対象とされたときである。この場面での構成要件の限定解釈の手法は、ある行為が、文言上・形式上は犯罪構成要件に該当するように見える場合でも、当該行為が憲法上の権利行使としての側面も有するために、憲法上の権利に対する制約として正当化しうる範囲まで構成要件の適用範囲を絞り込むというものである。

ii わいせつ物頒布等の罪の限定解釈——四畳半襖の下張事件最高裁判決

例えば、わいせつ物頒布等の罪（刑法175条）に関しては、本来的に表現物の規制であり、その構成要件の一部である「わいせつ」の概念の解釈次第では、文学上・芸術上の価値のある表現行為の一部に過激な性的描写が含まれば構成要件に該当することになりかねず、憲法21条1項との矛盾の可能性を拭い去れないことになりかねない。このような問題を念頭に置いて、最高裁は、刑法175条の「わいせつ」の概念を表現の自由の価値に鑑みて限定する解釈を採用するに至っている。

最高裁は、わいせつ物について、「徒らに性慾を興奮又は刺激せしめ且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するもの」（最一小判1951〔昭和26〕・5・10刑集5巻6号1026頁〔サンデー娯楽事件〕、最大判1957〔昭和32〕・3・13刑集11巻3号997頁〔チャタレー夫人の恋人事件〕）と定義する。最高裁は、この定義の当てはめの段階で、文学的・芸術的な表現物に対する違憲な制約とならないように実質的に判断するための枠組みを採用している。すなわち、最高裁は、四畳半襖の下張事件において、当該定義に該当するかどうかは、「当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして」（最二小判1980〔昭和55〕・11・28刑集34巻6号433頁）判断すべきと判示するに至っているのである。

この枠組みは、文学的・芸術的な表現行為の価値に鑑みて、刑法175条の構成要件を合憲的に限定解釈する手法と言いうるのであろう。このように憲法上の権利行使との関係で刑罰法規の規定を限定解釈する手法は、近年の最高裁判例において特に顕著である。ここでは、2007年の広島市暴走族追放条例事件最高裁判決（最三小判2007〔平成19〕・9・18刑集61巻6号601頁）と2012年の国家公務員法違反二事件（最二小判2012〔平成24〕・12・7裁判所時報1569号2頁〔堀越事件〕；同9頁〔世田谷事件〕）を取り上げる。

iii 暴走族追放条例の限定解釈——広島市暴走族追放条例事件最高裁判決

2007年の広島市暴走族追放条例事件では、特定の集団による公共の場所での集会行為等を規制する条例と憲法21条1項が保障する集会の自由との関係が問題になった。広島市暴走族追放条例は、同条例16条1項の禁止行為として、同1号に「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集又は集会を行うこと」を挙げる。それを受けて、同条例17条は、「前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる」と規定し、同19条は、同17条の市長の命令に違反した者に対する罰則を規定している。

同条例につき、最高裁は、まず、「禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題がある」との認識を示す。しかし、最高裁は、同条例の目的規定

(1条)や少年が加入の対象になっている暴走族による暴走行為の抑止を狙った同条例の全体の趣旨等を考慮し、「本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来の意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている『集会』との関係では、本来の意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例16条1項1号、17条所定の場所及び態様で行われている場合に限定されると解される」と判断した。

このような同条例の限定解釈を前提に、最高裁は、同条例16条1項1号、17条、19条の各規定による規制は、「その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない」と判示した。ここには、刑罰法規の犯罪構成要件解釈において、集会の自由という憲法上の権利に対する過度の制約とならないように、憲法上の権利の保障の利益と条例による規制目的・手段の必要性・合理性を比較衡量し、同条例の適用を合憲的な範囲に絞り込もうとする手法を読み取ることができる。

iv 国家公務員の政治的行為の禁止の限定解釈——国公法違反二事件最高裁判決

2012年の国家公務員法違反の二事件では共に、被告人であった国家公務員が勤務時間外の休日に特定政党の機関紙などを集合住宅あるいは個人住宅の郵便受けに匿名で配布した行為が国家公務員法の禁止する政治的行為に当たるかが争点になった。周知のとおり、国家公務員法(以下、単に「国公法」と表記する)は、102条1項後段で、国家公務員である職員は「選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」と規定し、その委任を受けた人事院規則14-7は国公法102条1項で禁止される政治的行為を具体的に列挙し、そこには特定政党の機関紙等や政治的目的をもつ文書の配布等(6項7号および13号)が含まれている。国公法は、これらに対する違反行為には刑罰を科すことを予定するものである(国公法110条1項19号)。

国公法違反二事件の被告人であった国家公務員の行為は、文言上・形式上はこれらの刑罰法規の規定の構成要件に該当するものであると評価しうるのであろう。しかし、最高裁は、国公法102条1項の「政治的行為」および人事院規則14-7の列挙する具体的な政治的行為の類型を、公務員の職務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、現実的に起こりうるものとして実質的に認められるもの」に限定する解釈を示した。そして、人事院規則14-7・6項7号および13号の禁止する犯罪構成要件にあたるかどうかは、文言上その行為類型に該当するだけではなく、さらに、政治的中立性を損なう「実質的なおそれ」がなければならぬと判示した。このような判示を前提に、最高裁は、その「実質的なおそれ」があるかどうかに関して、「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」との基準を示し、一事件では原審の有罪判決を維持したが(上掲・世田谷事件)、もう一事件では原審の無罪判決を支持したのである(上掲・堀越事件)。

同二事件で最高裁が国公法および人事院規則に規定された犯罪構成要件の限定解釈に至った理由は、言うまでもなく、上記の政治的行為の禁止が同時に憲法21条1項の保障する表現の自

由に対する制約になるからである。すなわち、同判決での犯罪構成要件の限定解釈の前提には、「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な人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的〔行政の中立的運営の確保とそれに対する国民の信頼の確保——引用者〕に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである」との関心が存したのである。

同判決で、最高裁が、当該国公法および人事院規則の諸規定による政治的行為の規制は、表現の自由に対する必要かつ合理的な制約であり、憲法21条1項および31条に違反するものではないと判断できたのも、政治的中立性を損なう「実質的なおそれ」がある政治的行為に限り規制の対象にしているという当該諸規定の限定解釈を前提にできたからに他ならないのである。

v 憲法上の権利行使の価値と刑法上の保護法益との比較衡量による均衡の保持

以上のように、近年の最高裁判例では、被告人の行為が同時に憲法上保護される行為である時には、たとえその行為が刑罰法規の文言上・形式上は規制対象である犯罪類型に含まれる場合にも、当該刑罰法規の違憲的な適用の可能性を排除するために、規制対象となる憲法上の権利の性質、規制法規の文言や規制目的・手段、規制の性質などを考慮して当該刑罰法規の規定の構成要件を合憲的な範囲に画するという手法が採用されている。

そこには、刑罰法規の適用の前段階として、当該刑罰法規による憲法上の権利に対する規制が「必要かつ合理的なものとして是認されるか」を、当該刑罰法規の規定の「目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決する」（上掲の国公法違反二事件最高裁判決が引用する、「よど号」ハイジャック新聞記事抹消事件最高裁判決：最大判1983〔昭和58〕・6・22民集37巻5号793頁）という憲法判断を先行させる思考を読み取ることができる。憲法上保護される行為を規制対象とする刑罰法規の合憲的な限定解釈の際には、当該憲法上の権利行使を保護する価値と、刑法上の保護法益とを衡量し、その均衡を保つための憲法判断が、その中心に位置づいているのである。

後に詳しく述べるところであるが、本件の判断にあたっては、威力業務妨害罪（刑法234条）の構成要件に該当するかどうかを判断する以前に、憲法判断を先行させ、憲法上の権利行使の価値と刑法上の保護法益との比較衡量により、その両者の均衡を保持するための犯罪構成要件の限定解釈を施すことが極めて重要である。

(2) 公務執行妨害罪の「書かれざる構成要件要素＝公務の適法性」の意義

i 犯罪構成要件の合憲的な限定解釈の手法としての「公務の適法性」の要求

本件に関連して犯罪構成要件の合憲的な限定解釈の手法として考慮されるべきもう1つのが、公務執行妨害罪（刑法95条1項）の適用において問題になる「公務の適法性」の要求である。刑法95条1項では、「公務員が職務を遂行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた者」とのみ規定され、文言上、犯罪成立の要件として公務員による当該職務遂行が適法であることは要求されていない。しかし、公務の適法性を要求するのが判例・通説（大判1918〔大正7〕・5・14刑録24輯605頁）であり、「書かれざる構成要件要素」であるとみなされている⁴。

刑法学上、これは、違法な公務執行は刑法上保護する必要がないこと、違法な公務執行に対

しては正当防衛さえ認められること、を根拠とするものである。また、裁判例においては、公務の適法性を要求する意義に関して、「国家は公務員の職務行為の円滑強力な遂行を保護すると同時に、個人の基本的人権を尊重するため、国権の行使にも厳重な規制を設けているのであるから、公権力を行使する側における法規不遵守を保護するために、これに因つて誘発された国民の側の法規不遵守に対して刑罰を科するというようなことは近代国家の理念に反するといわなければならない」と述べられている（東京高判1958〔昭和33〕・7・28刑集13巻3号381頁）。

「書かれざる構成要件要素」としての公務の適法性の要求は、憲法で保障される個人の「人身の自由」（憲法18条、31条）に対する不必要な刑罰権行使を回避し、裁判所による公務執行妨害罪の適用の客観的合憲性・適法性を確保するための、犯罪構成要件の合憲的な限定解釈の産物と言いうるのである。

ii 公務の適法性判断と憲法判断との関係

以上のように、公務の適法性の要求は裁判所による法適用の合憲性を確保する上で重要なものである。さらに憲法学の観点からは、公務の適法性の有無を具体的に判断する際には当該公務執行が憲法の諸規定に違反するものでないかどうかを慎重に検討する必要性があることも指摘しておかなければならない。

公務の適法性の判断に当たっては、刑法学上、「①職務の執行が当該公務員の抽象的職務権限に属すること、②当該公務員が当該職務を行う具体的職務権限を有すること、③当該職務の執行が公務としての有効要件である法律上の手続・方式の重要部分を履践していること」という3要件が挙げられている⁵。

これら3要件の検討の際にも、当該公務員による公務執行が、例えば、表現の自由（憲法21条1項）などの憲法上の権利に対する不必要な制約になっていないかが慎重に考慮されなければならないのである。後述のとおり、この点は、本件の事案の性質からして、被告人への威力業務妨害罪の適用の是非を検討する際に逸することのできない重要な考慮事項である。

3 憲法上の権利保障と刑法35条正当行為の解釈

(1) 法秩序の統一性と刑法35条の正当行為との関係

刑法35条は、「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」とし、違法性阻却事由の一種としての正当行為を規定している。この規定の意義は、刑法学上、法秩序の統一性を確保するところにあると考えられている。刑法35条の正当行為に着目して、法秩序の統一性の原理を言い直せば、「何らかの刑罰構成要件に当たる行為がどのように最終的に違法とみなされるべきかは、刑法からだけではなく、『法秩序全体の見地から』判定されなければならない」⁶ということになるのである。

この「法秩序全体」の最高位に位置するのが、憲法であり、刑法35条の正当行為は、刑罰法規の適用を合憲的な範囲に留める枠組みとして機能する。すなわち、ある行為が犯罪構成要件に当たる場合であっても当該行為が同時に憲法上の権利行使であることに鑑みて刑法上の違法性阻却事由である正当行為（刑法35条）であると判断することが、犯罪構成要件の合憲的な解釈に加えて、法秩序の統一性を確保するため刑罰法規の違憲的な適用を回避するもう1つの手法となるのである。このことは、立法例や最高裁判例に照らしても明らかである。

(2) 名誉毀損罪における違法性阻却事由——刑法230条の2の意義

例えば、刑法230条1項(名誉毀損罪)は、「公然と事実を適示し、人の名誉を毀損した者」を「その事実の有無にかかわらず」、処罰すると規定するものである。もっとも、同法230条の2は、名誉毀損罪の違法性阻却事由として、「公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合」等に真实性の証明が許されること、および適示事実が真実であることの証明があるときには罰しないこと、を規定している⁷。最高裁判例によれば、刑法230条の2は、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法二一条による正当な言論の保障との調和」(最大判1969〔昭和44〕・6・25刑集23巻7号1118頁〔夕刊和歌山時事事件〕)を図るために設けられた規定である⁸。

さらに、最高裁は、真实性の証明に関して、「事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である」(同前)と判示し、表現の自由の保障と名誉の保護との衡量をさらに綿密なものにする解釈も示している。

(3) 最高裁判例における憲法上の権利保障と刑法35条の正当行為

——外務省秘密漏えい事件最高裁判決

また、外務省秘密漏えい事件判決(最一小決1978〔昭和53〕・5・31刑集32巻3号457頁)で、最高裁は、被告人の取材行為が国家公務員法111条の秘密漏示の「そそのかし」の罪の構成要件に当たると判断しながらも、取材行為と公務員の守秘義務との対立・拮抗を認識し、「報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上は認められるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである」と判示している。

このような判断の前提には、言うまでもなく、憲法21条1項で保護される報道の自由にとって不可欠なものである取材行為の重要性を認識し、「報道のための取材の自由もまた、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない」という考え方が存在する。刑法35条の正当行為が、憲法上の権利行使に対する不必要な制約を回避し、その価値を慎重に衡量するための枠組みとして機能しているのである⁹。

(4) 憲法上の権利との衡量の手法としての具体的な利益衡量

——大分県屋外広告物条例事件最高裁判決・伊藤正己裁判官補足意見

それでは、刑法35条の枠組みを用いて、実際にはどのように憲法上の権利行使を保護する利益と刑罰法規の保護法益との衡量を行うべきなのであろうか。この点に関しては、上記の外務省秘密漏えい事件最高裁判決が述べるように、被告人の構成要件該当行為が憲法上の権利行使として「正当な目的のための相当な手段」であると言おうような社会的相当性を備えていたのかどうかということになるであろう。もっとも、「正当な目的のための相当な手段」であるかどうかを具体的にどのように判断するのは、最高裁判決それ自体からは直ちに読み取ることができない。

ここで参考になるのが、いくつかの事件の最高裁判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見に表れている考え方である。伊藤裁判官の補足意見には、刑法35条の正当行為を憲法上の権利との衡量の枠組みとして用いる思考方法が強く表れている。例えば、大分県屋外広告物条例事件最高裁判決（最小三判1987〔昭和62〕・3・3刑集41巻2号15頁）の補足意見において、伊藤裁判官は、憲法21条1項との関係で美観風致を目的に街頭の「支柱」への広告物の掲出をも規制する同条例を合憲と解した多数意見に賛同しながらも、「その規制の範囲がやや広きに失するうらみはある」との認識を示し、そのような同条例に関する疑問点は、「当然に、本条例の適用にあつては憲法の趣旨に即して慎重な態度をとるべきことを要求するものであり、場合によつては適用違憲の事態を生ずることをみのがしてはならない」と述べる。そして、伊藤裁判官は、同事件の控訴審判決が、「本条例は法令として違憲無効ではないことから、直ちにその構成要件に該当する行為にそれを適用しても違憲の問題を生ずることなく、その行為の可罰性は否定されないとしているように解される」と評価し、同控訴審判決において適用違憲の可能性に十分な考慮が払われていないことを論難するのである¹⁰。それでは、どのようにして刑法35条の枠組みの中で憲法判断を行うことを伊藤裁判官の補足意見は示しているのであろうか。

同補足意見で、伊藤裁判官は、「それぞれの事案の具体的な事情に照らし、広告物の貼付されている場所がどのような性質をもつものであるか、周囲がどのような状況であるか、貼付された広告物の数量・形状や、掲出のしかた等を総合的に考慮し、その地域的美観風致の侵害の程度と掲出された広告物にあらわれた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、表現の価値の有する利益が美観風致の維持の利益に優越すると判断されるときに、本条例の定める刑事罰を科することは、適用において違憲となるのを免れないというべきである」と述べている。ここには、憲法上の権利行使を保護することから得られる利益とそれによって失われる利益とを事件の具体的な文脈に即して慎重に衡量する手法が提示されていると言いうるのであろう。

この憲法上の権利に十分に配慮した上で行われる具体的な利益衡量は、刑法学上、刑法35条に関する実質的な違法性の有無を判断するために具体的な事情の中で利益衡量を行うことを主張する優越的利益説¹¹とも整合しやすいものであり、有用であると思われる。すなわち、憲法上の権利行使に対する不必要な制約を回避するために行われる刑法35条の正当行為該当性の判断は、抽象的な法益同士の衡量に留まらず、憲法上の権利行使が具体的にどのような意義を持つ行為だったのか、その行為によって刑法上の保護されるべき利益は実際にはどの程度侵害されたと言いうるのか、その保護されるべき利益の要保護性の程度はどのくらいなのかなどを、当該事件の具体的な事情のもとで慎重に考慮することが求められるのである。後に見るように、本件も、被告人の行為が構成要件に該当すると判断された場合にも、具体的な利益衡量の手法を用いて憲法上の権利に対する不必要な制約でないかどうかを検討すべき場面である。

Ⅲ 本件に関連する事実関係と本件1審および控訴審判決の判断

1 本件に至る経緯

本件1審判決および控訴審判決の結論とその理由づけの是非を憲法論の観点から分析する際には、本件で被告人らが公訴を提起された行為をするに至った経緯を含めて検討することが重要である。

本件の被告人4名が本件行為に及ぶことになったそもそもの原因は、2007（平成19）年3月

29日に実施された大阪市西成区における2088名の住民票の一斉大量職権消除処分が始まる一連の出来事に遡るものである。

本件の被告人は、この住民票の大量職権消除により、その対象になった日雇い労働者や住居喪失者の選挙権が制約される結果となったと主張して、大阪市や西成区選挙管理委員会に抗議してきた者である。公職選挙法上、特定の市町村の住民として住民票が作成され、3カ月以上当該市町村の住民基本台帳に住民として記録されていることが、公職選挙において投票の機会を得るために必要な選挙人名簿への登録の条件になっているからである（公職選挙法21条1項）。それらの本件被告人らによる抗議を受けて、西成区選挙管理委員会は、被告人らとの話し合いに基づき、住民票の大量職権消除の対象となった日雇い労働者らのうち、大量職権消除以前から西成区内に住所を有したことを疎明できる者に関しては、公職選挙の当日に投票所において住民票の職権消除処分を取消し、選挙人名簿への住所を有しない旨の表示処分あるいは登録の抹消処分を誤りとして、選挙人名簿への登録を回復する処分を行うことを約束した（なお、この住民票消除の経緯やその選挙権行使への影響、選挙人名簿への登録の回復処分の法的な仕組みなどの関連する事柄については、本稿のV「業務の適法性」の部分に関わるものであるので、そこでより詳しく説明する）。

西成区選挙管理委員会は、実際に選挙人名簿登録の回復処分の実施のために、以降の公職選挙の際には、西成区萩之茶屋投票所が設置された萩ノ茶屋小学校の敷地内に、住民票および選挙人名簿への登録の回復の手続を行う特設ブースを設置していた。また、西成区選挙管理委員会は、この選挙人名簿への登録の回復措置に関して、西成区役所に、相談窓口を設け、周知用のポスターを掲示するなどをしていたが、被告人らは、住民票の一斉大量職権消除の対象になった日雇い労働者らに周知する活動として不十分であると抗議していた。

そこで、被告人らは、日雇い労働者らの選挙権行使の機会を確保するために、日ごろから周知活動を行い、特に公職選挙の当日には朝からチラシなどを配り、投票日当日でも選挙人名簿への登録を回復できる可能性を周知し、選挙に行くことを呼びかける活動を行い、日雇い労働者らが投票しやすい時間帯である夕刻からは投票所が設置された小学校の校門前でそれらの活動を行ってきた。また、被告人らは、日雇い労働者らのうち、選挙人名簿への登録の回復手続に詳しくなく、不安を抱える者に関しては、選挙管理委員会関係者との交渉にあたり、回復の手続をサポートすべく、投票所の設置された小学校の敷地内の特設ブースまで付き添う活動も行っていた。実際に、2007年の住民票の大量職権消除以降、被告人らの活動により、40名以上の日雇い労働者らが、投票日当日に選挙人名簿への登録の回復手続を経て、公職選挙において投票を行うことができた。

なお、本件1審判決および控訴審判決の事実認定によれば、本件に至るまでの各公職選挙の際には、被告人らの活動により、投票所内外が一時騒がしい状態になったこともあり、2007年（平成19年）4月8日施行の統一地方選挙の際には、被告人らが退出しないために、西成区の開票作業が約2時間遅れたこともあった。後に見るように、本件1審判決および控訴審判決では、被告人らの本件行為が威力業務妨害罪の成立要件を充たすとの判断において、この事実がある程度重視されている。もっとも、この事実の評価に際しては、一時的に騒がしい状態になったのは、そもそも住所を有していることの疎明が、住民票消除以前からの簡易宿所の領収書を継続的に持っていることなどとされており、疎明に必要とされる書面などが曖昧であったので、選挙管理委員会関係者らと被告人らとの間に交渉が必要であったことによるものであり、選挙

人名簿への回復処分の性質上致し方ないものであったということも関連する事実として留意すべきことを付言しておく。また、2007年4月8日の統一地方選挙で、被告人らが体育館から退去しなかったのも、ある日雇い労働者が簡易宿所の領収書を持参したにもかかわらず、投票を実現できなかったのも、彼の投票の機会が阻害されていないかをきちんと確認し、必要に応じて彼を支援していたからであり、決して不当な理由で意図的に投票所内を混乱させようとしていたわけではないことにも留意すべきである。実際に、後の裁判では、1審判決と控訴審判決とともに、当該労働者への投票事務従事者（大阪市職員）の対応が適切になされていたのかについて、相当程度の疑問が残ることを指摘している（仮投票の機会の喪失に関する国家賠償事件：大阪地判2011〔平成23〕・11・9判例集未登載、大阪高判2012〔平成24〕・5・25判例集未登載）。

2 本件の公訴事実

本件公訴に関連する被告人らの行為は、2010（平成22）7月11日施行の第22回参議院議員通常選挙の際に、大阪市西成区の萩之茶屋投票所が設置された大阪市立萩之茶屋小学校の校門前で行われたものである。

西成区選挙管理委員会は、同参議院議員通常選挙に際し、住民票一斉大量削除後の公職選挙における萩之茶屋投票所での被告人らの活動を見知り、今回は特設ブースでの対応ではなく、被告人らを投票所が設置される小学校の敷地に一切立ち入らせない措置が必要と考えた。そこで、実際に同通常選挙当日には、萩之茶屋小学校の校門前に選挙管理委員会関係者および警察官によって4列横隊の人垣を築き、「選挙人以外の方は敷地外に退去してください」という文言のプラカードを掲げるなどして、被告人らの小学校敷地内への入場を禁止する警備線を引いた。

被告人X1、X2、X3は、その他の者と共に、同通常選挙当日も、従来と同じく日雇い労働者らに住民票を削除されていても投票所で選挙人名簿登録が回復できる可能性があること等を呼びかけ、同日午後7時4分頃には、日雇い労働者らを含め数十名を伴い、萩之茶屋小学校の校門前までアピール活動を行いながら移動した。しかし、従前と異なり校門前には選挙管理委員会関係者による警備線が引かれ、被告人らは、従前と同じく小学校敷地内に立ち入ることを求めたが、それを拒否された。それに対して、被告人らは、現在でも日雇い労働者らの中には選挙人名簿への登録の抹消を取消されうべき者がいる可能性があり、従前どおりそれを確かめる手続を行うべきであり、その手続きが公正に行われるためには選挙管理委員会関係者ときちんと交渉しうる被告人らの付き添いが必要であることを訴えて、交渉に当たったが、なおも立ち入りを拒否された。

こうした状況において、被告人らは、選挙管理委員会関係者の警備活動の不当性を訴え、それに抗議する目的で、同日午後8時頃までの約1時間、現場に集まった者たちと共に様々なアピール行動をとるに至った。被告人らが行ったアピール活動には、太鼓を打ち鳴らす、笛を吹く、スピーカーを用いて抗議のために怒鳴り声をあげる、などが含まれていた。被告人X1に関しては、警備線を引いていた選挙管理委員会関係者に体を押し付けたり、体当たりをしたりする行動も行っていた。被告人X2およびX3に関しては、それぞれ選挙管理委員会関係者に向けて怒声を浴びせていた。また、被告人X4に関しては、同日午後7時27分ころに現場に到着し、立ち入り拒否への抗議に加わり、実際に小学校敷地内に立ち入ろうとして押しとどめられることもあった。

3 本件1審判決および本件控訴審判決の判断

本件は、このような同通常選挙当日の小学校校門前での被告人らの一連の行動が、その他の者と共謀して、威力を用いて投票管理者の業務を妨害したとされ、刑法234条の威力業務妨害罪で起訴されたものである。本件1審判決は、本件での被告人らの行動は威力業務妨害罪の成立要件を充たすものであり、被告人4名すべてを共同正犯（刑法60条）として有罪とし、被告人からの控訴を受けた控訴審判決は、1審判決の判断を全面的に是認し、控訴を棄却した。以下、このような本件1審判決および控訴審判決の結論およびその理由づけの是非について検討する。なお、本件1審判決および本件控訴審判決に付された理由づけの内容は、以下の関連する部分で個別的に紹介および検討を行う。

IV 「威力」該当性と「妨害」該当性——構成要件該当性の検討その1

1 威力業務妨害罪の合憲的な限定解釈の必要性

本件1審判決および本件控訴審判決の評価に際しては、まずは威力業務妨害罪の構成要件解釈に憲法上の問題がなかったかどうかから検討を始めなければならない。なぜなら、本件1審判決および本件控訴審判決は、本件では小学校の校門前での集団的なアピール活動を憲法21条1項で保護の対象となる表現の自由の行使として特徴づけながらも、それらを含めた被告人らの一連の行動が威力業務妨害罪の構成要件に該当すると判断としているからである。前述のとおり、刑罰法規の規制対象に憲法上の権利行使が含まれる場合には、その犯罪構成要件を憲法上の権利保障の価値との衡量に基づいて合憲的な適用範囲に絞り込む解釈が施されているかが検討されなければならない。

前述のとおり、刑罰法規の合憲的な限定解釈の際には、憲法上の権利行使の価値と刑法上の保護法益とを比較衡量し、その両者の均衡を保つための憲法判断を行うために、規制対象となる憲法上の権利の性質、規制法規の文言や規制目的・手段、規制の性質などが考慮されてきた。まず、これらのことを念頭に置いて、威力業務妨害罪が、表現の自由との関係でいかなる特徴を有するのかを確認する。

刑法234条の構成要件は、「威力を用いて人の業務を妨害した者」である。刑法234条は、業務妨害罪の一種であり、その保護法益は「人の業務活動の円滑な遂行」¹²であると解することができる。威力業務妨害罪の構成要件要素のうち、表現の自由との関係で検討を要するのが、「威力」と「妨害」の概念である。

最高裁判例によれば、「威力」とは、「犯人の威勢、人数及び四圍の状勢よりみて、被害者の自由意思を制圧するに足る犯人側の勢力と解するを相当とするものであり、且つ右勢力は客観的にみて被害者の自由意思を制圧するに足るものであればよいのであつて、現実に被害者が自由意思を制圧されたことを要するものではない」（最二小判1953〔昭和28〕・1・30刑集7巻1号128頁）とされる。具体的には、「集団等の威圧的勢力を利用したり、怒号などによって混乱状態を作出するなど、被害者らの面前で勢力を利用して、人の意思に働きかける場合が典型である」¹³。また、「妨害」とは「現に業務妨害の結果の発生を必要とせず、業務を妨害するに足る行為であるをもつて足るもの」（同前・最二小判1953〔昭和28〕・1・30）であると言われ、「業務妨害のおそれ」を処罰する危険犯であると捉えられている。

このような最高裁判例における「威力」と「妨害」の概念によれば、文言上、威力業務妨害

罪の構成要件と表現の自由とは、かなりの程度に対立・拮抗するものであることがわかる。まず、「威力」概念と表現の自由との関係から検討すると、表現行為は、政府機関や民間企業に対する抗議活動として行われる場合を典型に、しばしば大声や怒号などを伴い、又はデモ行為のように集団的勢力を背景に行われる場合もある。憲法21条1項は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と定め、原則的に表現手段の一切を問わずに表現行為を保護しているため、それらの集団的なアピール活動も、原則的に憲法21条1項の保護の対象となると考えられている。また、表現行為とは、そもそも他者の自由意思に対する働きかけを行うものである。したがって、表現の自由の行使として保護される集団的なアピール活動は、集団的勢力を背景に大声や怒号を伴いつつ他者の自由意思に働きかけるものである以上、上記の刑法234条の「威力」の概念とかなりの程度に重複する概念である。

次に、「妨害」概念と表現の自由との関係を検討すると、もし、「妨害」概念の内実である「業務妨害のおそれ」が緩やかに理解されるのであれば、それは、大声や怒号を伴う表現活動やデモ行為などの集団的なアピール活動をかなり広範囲に含むものとなる。なぜなら、抗議活動などは、それが切実なものであればあるほど激しさを増すものである以上、たとえ、それらの活動が公道上でなされるものであっても、その表現活動の相手方である政府機関や民間企業の業務遂行中に通常は確保されている平穏さを一定程度は阻害するものであろうし、あるいはその相手方に面会を求めるなど何らかの対応を要求することもあるものだからである。

これらのことを考えると、威力業務妨害罪は、文言上は、憲法21条1項で保護の対象になる表現活動を広範囲に規制する可能性を有するものであり、表現の自由の価値と業務妨害罪の保護法益との衡量に基づき、構成要件の合憲的な解釈を可能な限りで施すべき必要性が高いものと言うべきである。この点、刑法234条の「威力」の概念は、上記のとおり憲法上の保護の対象となる表現行為とかなりの程度に重複する概念であり、それを限定的に解釈することは困難である。しかし、下記のとおり、刑法234条の「妨害」の概念の限定解釈は可能である。表現の自由の価値と業務妨害罪の保護法益である「人の業務活動の円滑な遂行」との調和を図るためには、「妨害」概念の限定解釈が極めて重要である。

2 「妨害」の概念の合憲的な限定解釈

(1) 憲法上の権利行使としての集団的なアピール活動の価値

大声や怒声を伴う表現活動やデモ活動などの集団的なアピール活動が、現代社会において特に一般市民にとって大きな意義を有することはつとに指摘されることである。一般市民は、政府や報道機関と異なり、社会に対して自己の考え等を効果的に伝達するメディアを持たない。それゆえ、社会に対して広く自己の考えを伝達しようとする場合には、一般市民は、他者の目につく街頭などに立ち、出来るだけ目立つように大声で宣伝し、あるいは集団となってデモを行うことに頼らざるをえない。大声や怒声を伴う表現活動やデモ活動は、他の表現活動と同じく、あるいはそれ以上に極めて大きな価値を有するものである。

(2) 集団的なアピール活動の価値と「人の業務活動の円滑な遂行」の保護との衡量

それでは、これらの集団的なアピール活動等と、威力業務妨害罪の保護法益である「人の業務活動の円滑な遂行」とはいかなる関係に立つものと言いうるであろうか。

「人の業務活動の円滑な遂行」は、個々人の社会生活の基盤をなすものであり、それ自体、

刑法上の保護に値する重要な利益である。それゆえ、集団的アピール活動等がいかに憲法上の権利行使として保護に値するものであろうとも、それに対して常に「人の業務活動の円滑な遂行」が劣後することにはならないであろう。「憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するものは許されない」（吉祥寺駅事件最高裁判決：最小三判1984〔昭和59〕・12・18刑集38巻12号3026頁）のである。それゆえ、人は表現の自由を盾にされて謂れのない業務妨害を受忍する必要はなく、例えば、民間企業の業務中に大勢でオフィスに押し入り、大声で演説する行為や、政府の何らかの式典の真最中に政府を批判する声明文を大声で読み上げる行為などは、たとえ表現行為であったとしても、「人の業務活動の円滑な遂行」を阻害するものとして、威力業務妨害罪の構成要件を充たすものとすべきである。

しかし、先ほども述べたように、集団的アピール活動等は、その性質上、通常は存する平穏さなどのある程度は阻害するものであり、その意味で「人の業務活動の円滑な遂行」にある程度の影響を必然的に与えてしまうものである。「人の業務活動の円滑な遂行」を阻害する何らかの観念的なおそれがあれば、刑法234条の「妨害」に当たるとしてしまうと、集団的アピール活動等はそもそも成り立たなくなる。それに対して、「人の業務活動」とはさまざま状況において往々にしてトラブルに突き当たるものであり、通常の業務遂行の状態と多少異なることが生じ、その「円滑な遂行」が多少なりとも妨げられることは言わば日常茶飯事である。それゆえ、通常の業務遂行の状態と多少異なる状態が生じるという程度の「業務妨害のおそれ」を保護し、表現活動を規制することは、集団的アピール活動等がもつ表現の自由の価値との均衡を失することになるであろう。

(3) 威力業務妨害罪の「妨害」＝「人の業務活動の円滑な遂行の実質的な阻害の危険」

以上の集団的なアピール活動の価値と「人の業務活動の円滑な遂行」の保護との衡量に基けば、刑法234条の「妨害」の概念は、そこに含まれる「業務妨害のおそれ」を有する行為を、「人の業務活動の円滑な遂行」を単に観念的に阻害する危険だけでなく、それを実質的に阻害する危険を有するものに限定する解釈を施されなければならないものである¹⁴。なぜなら、威力業務妨害罪の「妨害」の概念は、一方で、「人の業務活動の円滑な遂行」を立ち行かなくさせるような行為をきちんと捕捉するものでなければならないが、他方で、単なる観念的な業務妨害のおそれまで含むものとして解釈する必要性には乏しいものであり、それを緩やかに解しすぎると、表現の自由の行使として重大な意義を有する集団的なアピール活動等を不可能なものにしてしまうからである。「妨害」概念がある程度の実質を伴った「業務妨害のおそれ」のみを含むものとして限定的に解釈されなければ、威力業務妨害罪は、集団的なアピール活動の価値と「人の業務活動の円滑な遂行」の保護との均衡を著しく欠いたものとして機能し、果てには集団的なアピール活動等が憲法21条1項で原則的に保護されることの意義を失わせるものになってしまうのである。

3 「妨害」該当性の判断要素——都立板橋高校事件最高裁判決

(1) 「時」、「場所」、「業務の性質」

それでは、集団的アピール活動等の表現活動が、「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻

害するおそれ（刑法234条の「妨害」）があるかどうかをどのように判断すればよいのであろうか。ここで参照すべきものが、都立板橋高校事件最高裁判決（最一小判2011〔平成23〕・7・7刑集65巻5号619頁）である。同最高裁判決は、本件と同じく、憲法21条1項が保障する表現の自由と威力業務妨害罪との関係を検討するものであり、「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれをどのように見極めるののかの糸口となるからである。

都立板橋高校事件は、都立板橋高校の卒業式に来賓として招かれた同校の元教諭が、卒業式の開式の18分ほど前に、生徒の保護者に向けて国歌斉唱の時に着席を求める呼びかけを大声で行い、それを制止した教頭や校長に向けて怒号をあげたことは威力業務妨害罪に当たるとして、起訴されたものである。最高裁は、1審の有罪判決を維持した控訴審判決を支持し、上告を棄却した。

最高裁は、元教諭の行為の具体的態様を「卒業式の開式直前という時期に、式典会場である体育館において、主催者に無断で、着席していた保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭に対して怒号し、被告人に退場を求めた校長に対しても怒鳴り声を上げるなどし、粗野な言動でその場を喧噪状態に陥れるなどしたもの」と特徴づけた。その上で、最高裁は、弁護人による憲法21条1項違反の主張に対して、「被告人の本件行為は、その場の状況にそぐわない不相当な態様で行われ、静穏な雰囲気の中で執り行われるべき卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせたものであり、被告人の本件行為をもって刑法234条の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない」との判断を示している。

同判決の特徴は、表現活動が「人の業務活動の円滑な遂行」を阻害するものであったかどうかを、その表現活動が行われた「時」と「場所」、さらには当該業務の「性質」に着目して判断しているところにある。すなわち、最高裁は、「卒業式の開式直前という時期」であること、「式典会場である体育館」という場所であること、さらに卒業式という業務が「静穏な雰囲気の中で執り行われるべき」性質を有することに着目して、そのような状況における元教諭の行為が「卒業式の円滑な遂行」を妨げたと判断しているのである。これら3つの要素に着目する最高裁の手法は、表現の自由の価値に鑑みて、「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれがあるかを判断するものとして有用である。最高裁は、「時」と「場所」、「業務の性質」の各要素に関して、表現活動が行われた場面が、他の場面と比べて特に「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害しやすい時間帯であり、場所であったのか、表現活動によって傷つけられやすい性質の業務であったのかを分析したのである。

(2) 「場所」の要素の重要性——パブリック・フォーラム概念の意義

ただ、一点、注意すべきことがある。それは、板橋高校事件最高裁判決ではこれら3つの要素がそれぞれ同程度に機能しているわけではなく、「場所」の要素が鍵となっていることである。例えば、板橋高校事件で問題になったような表現活動が、卒業式という式典の会場ではなく、校門の前の公道上でなされたものであったとしたら、たとえ、卒業式の開式直前という時間帯であっても、また、卒業式という業務の性質が静穏さを要求するものであっても、当該表現活動が卒業式という業務の円滑な遂行に及ぼす影響はそれが式典の会場で行われた場合とはまったく異なったものとみなされるべきであり、そのような表現活動に刑罰をもって臨むべきではなく多くの人々は考えるであろう。

同判決の補足意見においても、宮川光治裁判官は、元教諭の呼びかけの行為などが、「いわゆ

るパブリック・フォーラム（最高裁昭和59年（あ）第206号同年12月18日第三小法廷判決・刑集38巻12号3026頁における伊藤正己裁判官の補足意見参照）たる性質を有する場所、例えば校門前の道路等で行われるのであれば、原則として、憲法21条1項により表現の自由として保障される」と述べている。最高裁判決において、元教諭の一連の行為に威力業務妨害罪を適用しても憲法21条に違反するものではないとされた要因としては、その行為が卒業式の式典の会場でなされたものであったことが大きいのである。

それでは、なぜ、表現活動の「場所」の違いによって、その他が似通っている状況で行われる同じような態様の表現活動であっても、それに対する制約があつてしかるべきかどうかに関する認識に差異を生じるのであろうか。それは、表現の自由が尊重される社会として存在する日本においては、表現活動に対する規制が許容されやすい場所と許容されにくい場所が存在することを、多くの市民が前提にして生活を営んでいるからである。前者に当たる場所は、例えば、図書館の閲覧室であつたり、会社のオフィスであつたり、何らかの式典の会場であつたりし、後者に当たる場所は、例えば、道路であつたり、公園であつたり、駅前の広場であつたりする。この後者に当たる場所がいわゆる「パブリック・フォーラム」であり、このような物理的な場所が確保されない限り、大したメディアも持たない一般市民は、そもそも見知らぬ他者に対して自己の意見を伝達することができない。パブリック・フォーラムにおいては、街頭演説やデモ行為あるいはその他のパフォーマンスなど、さまざま表現活動が社会的に許容されているのであり、許容されなければならないのである。

このようなパブリック・フォーラムでの表現活動に関する社会的コンセンサスの中には、ある種の利益衡量の存在を看取できる。パブリック・フォーラムでの表現活動が原則的に許容されなければならないのは、そこでの表現活動が他者に対する害悪を及ぼさないからではない。例えば、公道上での集団行進やシュプレヒコールを伴うデモ活動は、通常は確保されている交通秩序を一時的に阻害するものであり、また、周辺の住民や通行人の中には聞きたくもないことを聞かされて迷惑だし、うるさいと感じる者もいるであろう。表現活動が行動を伴うものである以上、ある程度の害悪を必然的に伴わざるをえない。

しかし、表現活動は、民主主義社会においては不可欠なものであり、大したメディアも持たない一般市民にとって集団的アピール活動等が大きな意義を有することは先に述べたとおりである。それゆえ、表現活動の「場所」が確保されなければならず、他者に対するある程度の害悪は織り込み済みのものとされなければならない。すなわち、多くの市民は、パブリック・フォーラムでの表現活動が社会にもたらす利益とそれがもたらす他者への害悪を比較衡量し、前者を確保するために、後者はある程度は受忍されなければならないという暗黙裡の想定を共有しているのである¹⁵。

以上のように、板橋高校事件最高裁判決における当該表現活動が「人の業務活動の円滑な遂行」を阻害するおそれを有するのかどうかを検討する際の「場所」の要素の重視は、大きな意義を有するものである。したがって、集団的アピール活動等の表現活動が刑法234条の「威力」に該当するものであったとして、「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれがあるかどうかを検討する際には、まずは、当該表現活動の「場所」が「表現の自由に対する規制が許容されやすい場所」と社会的に考えられているところであったのか、それとも「表現の自由に対する規制が許容されにくい場所」と社会的に考えられているところであったのかを見極めることが必要である。そして、もし、後者のパブリック・フォーラムと性格づけられる場所

でのものならば、表現の自由の価値に鑑みて、たとえ業務遂行が通常とは異なる状態に置かれ、その円滑さをある程度損なうものであったとしても、原則的に業務者の受忍の範囲内のものとして「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するものではなく、刑法234条の「妨害」には当たらないと判断されなければならない。

4 本件控訴審判決の評価——本件行為の「威力」および「妨害」該当性の検討

(1) 概要

以上の刑法234条の「威力」および「妨害」の概念に関する分析に基づき、ここでは被告人らの行為を威力業務妨害罪の「威力」および「妨害」に該当すると判断した本件控訴審判決の結論およびその理由づけの評価を行う。また、本件控訴審判決において全面的に是認された1審判決における理由づけにも必要に応じて言及する。

本件で妨害の対象となったとされている「業務」は、投票管理者の投票事務およびその付随的業務として実施された選挙管理委員会関係者による小学校校門前での警備業務である。また、公訴を提起された被告人らの行為は、小学校校門前で太鼓を打ち鳴らし、笛を吹き、スピーカーを用いて怒鳴り声を上げるという集団的なアピール活動であり、さらには、被告人X1による選挙管理委員会関係者への体当たりや身体を押しつける行為、被告人X4による小学校の敷地内に立ち入ろうとした行為である。本件1審判決およびそれを全面的に是認した本件控訴審判決では、被告人4名は、威力業務妨害罪の構成要件に該当するこれら一連の行為に関して、その他の現場に居合わせた者たちと実行行為の少なくとも一部を分担したものとされ、威力業務妨害罪の共同正犯（刑法60条）とされている。

しかし、上記の表現の自由との衡量を経て限定解釈された刑法234条の構成要件に基づき分析すると、被告人らの本件行為は、刑法234条の「威力」に該当するものであるとしても、それらの行為の大部分は憲法21条1項で保護された正当な表現活動の域を出るものではなく、投票管理者の投票事務等の「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するものでないから、刑法234条の「妨害」には該当するものではないと判断されなければならない。したがって、本件控訴審判決は、威力業務妨害罪の構成要件に該当しない表現活動にまで刑法234条を適用する点で憲法21条1項に違反するものであり、破棄を免れないものであると評価できる。以下、これらの点について詳述する。

(2) 「威力」該当性

まず、本件行為の「威力」該当性について検討する。上掲の最高裁判例によれば、「威力」とは「犯人の威勢、人数及び四囲の状況よりみて、被害者の自由意思を制圧するに足る犯人側の勢力」である。被告人らの本件行為は、選挙人名簿への登録の回復の可能性がある日雇い労働者らに投票を呼びかけ、投票所が置かれた小学校の敷地内への立ち入りを拒否されたことに対して抗議の意思を表明し、そのような日雇い労働者らの選挙人名簿への回復手続が円滑に進められるように、その者たちをサポートする付添いの者として小学校の敷地内への立ち入りを実現するために行われたものである。被告人らの行為は、「威勢」、「人数」の点では、楽器による大きな音、スピーカーによる怒鳴り声などを伴う集団的な抗議活動であり、また、その他の「四囲の状況」という点では校門前での警備担当の選挙管理委員会関係者に直接に要求をなすというものであった。これらの被告人らの行為の外形的態様の点からは、大きな音声を伴う集団的

勢力を背景に、抗議の相手方である選挙管理委員会関係者の意思に直接に働きかけたものであり、投票事務業務の一部を担う選挙管理関係者の「自由意思を制圧するに足る勢力」が使用されたと評価してもよいであろう。したがって、本件控訴審判決が被告人らの行為を「威力」に該当すると判断した点に限っては是認できるものである。

(3) 「妨害」該当性

i 本件1審判決および本件控訴審判決に対する評価の視点

もっとも、被告人らの行為が「威力」に該当すると判断されたとしても、そもそも集団的アピール活動等と「威力」の概念とは相当程度に重複するものであり、表現の自由の保障との衡量に基づき、「妨害」の概念は、「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれを意味するものに限定解釈されなければならないのは既述のとおりである。それゆえ、本件では、被告人らの行為が投票管理者の投票事務およびその一部として行われた選挙管理委員会関係者による警備業務の円滑な遂行を実質的に阻害するおそれがあるものであったと評価しうるのであるかが慎重に検討されなければならない。しかし、本件1審判決および本件控訴審判決は、被告人らの行為が「威力」に該当すると判断することに続いて、ほとんど理由を示さずに即座に「妨害」該当性も肯定するものであり、理由づけに不備を抱えるものである。そこで、以下では、1審判決および控訴審判決の「威力」該当性判断の部分から推察される「妨害」該当性の判断に影響を与えたと思われる要素を取り出しつつ、その是非の評価を行う。

なお、本件で威力業務妨害罪の保護の対象になっている「人の業務」とは、投票管理者の投票事務であり、選挙管理委員会関係者による警備業務は付随的業務である。したがって、本件の警備業務に関しては、それが阻害されることで、投票管理者の投票事務が実質的に阻害されるおそれを生じたかという観点から検討されることになる。この点は、1審判決および控訴審判決も前提にしていることだと思われる。

既述のとおり、「威力」に該当する行為が「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するかどうかの判断に際しては、当該行為の態様はもちろん、それが行われた「時」、「場所」、「業務の性質」の各要素が考慮されなければならない。1審判決および本件控訴審判決の結論にもこれらの判断要素は影響しているように思われる。

ii 被告人らの本件行為の態様

まず、被告人らの本件行為の態様について検討すると、被告人らの行為の大部分は、太鼓や笛を使い、スピーカーで大声を出すというものであり、抗議の意思を示す通常の集団的なアピール活動の範疇内で行われた社会的に許容されている表現活動である。

これらに加えて、被告人X1による体当たりや身体を押しつける行為、被告人X4による小学校の敷地内に立ち入ろうとする行為が一部で散発的に行われていたことが伺われる。もっとも、本件で問題にされているのはあくまで集団での抗議活動の勢力が投票管理者の業務遂行に影響を与えた程度であるので、被告人X1およびX4の個別的な行為のみをことさらに重視することは適切ではない。1審判決および控訴審判決も、被告人らの本件行為の大部分を占める集団的なアピール活動に焦点を合わせて構成要件該当性を検討しており、このアプローチは適切であると思われる。被告人X1およびX4の個別的な行動に関しては、それらが加わったことで業務妨害の危険がことさらに高まったという事情がないかどうかという観点から検討すれば十分

であろう。

したがって、以下では、被告人らの本件行為の大部分を占める集団的なアピール活動が、投票管理者の投票事務を実質的に阻害するおそれを生じさせたかどうかを中心に検討する。

iii 被告人らの本件行為の「場所」＝パブリック・フォーラム

次に、被告人らの本件行為の「時」と「場所」、投票事務という「業務の性質」について検討する。既述のとおり、この各要素の中でも、当該行為が集団的なアピール活動等の「威力」の概念と重複しうる表現活動である場合には、「場所」の要素の検討が極めて重要である。すなわち、表現活動が行われたのは、「表現の自由に対する規制が許容されやすい場所」と社会的に考えられているところであったのか、それとも「表現の自由に対する規制が許容されにくい場所」と社会的に考えられているところであったのかを見極めなければならない。

本件の被告人らの集団的なアピール活動が行われたのは、投票所の設けられた小学校の校門前の公道である。公道は、日本社会においてもまさに集団的なアピール活動の場所、すなわち、パブリック・フォーラムとして利用されてきた典型的な場所であり、「表現の自由に対する規制が許容されにくい場所」と社会的に考えられているところである。それゆえ、被告人らの集団的なアピール活動は、表現の自由の価値に鑑みて、たとえ業務遂行が通常とは異なる状態に置かれ、その円滑さにある程度損なうものであったとしても、原則的に業務者の受忍の範囲内のものとして「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するものではないと考えられなければならない。こう考えられなければならない意義に関しては前述した（本稿IV-3-(2)を参照）。

それでは、本件では、公道上の表現活動であるにもかかわらず、それが「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれを生じさせるような例外的な事情が存在したのであろうか。この点に関し、本件1審判決および本件控訴審判決では、本件の集団的なアピール活動が行われたのが、①投票所の周辺という場所であったこと、②投票終了まで1時間という時間帯であったこと、③投票事務という業務の性質上平穏が必要とされること、という3点が考慮されて、業務妨害のおそれが導き出されている。これらの事情の考慮は、第一に、①および③に関連しては、投票管理者の投票事務が、投票所の設置された体育館から離れた小学校の校門前という敷地外の公道でもことさらに平穏さを要求する性質を有するものであるとの認識から、第二に、②および③に関連しては、被告人らの行為が実際に投票所内を混乱させ、不当に投票所内の平穏さを破り、投票事務を遅らせる危険を有するものであったというという認識から生じたものである。したがって、本件1審判決および本件控訴審判決の理由づけの評価に際しては、これらの認識の是非について検討しなければならない。

iv 投票事務の性質と公道上の平穏さとの関連性

A 業務遂行に必要とされる「平穏さ」と集団的なアピール活動との関係

第一の点、投票事務の性質上、小学校の敷地外の公道でも平穏さが要求されるという認識の是非について検討する。この点に関しては、およそ世の中に存在する多くの業務活動の円滑な遂行にとって程度の差はあるものの「平穏さ」は望ましいものであるが、公道上の集団的なアピール活動などによって「平穏さ」を害されることはある程度までは受忍されなければならないということに注意しなければならない。例えば、民間、行政を問わず多くのデスク・ワークでは職場が平穏であることが望ましいし、また、学校教育の授業なども平穏な中で実施される

に越したことはない。また、これらの「平穏さ」は、建物の敷地外で集団的なアピール活動等が行われる場合には、ある程度は害されるものであろう。しかし、これによって「人の業務活動の円滑な遂行」が実質的に阻害されるおそれが発生していると考えすることはできない。なぜなら、既述のとおり、公道上での集団的なアピール活動のもたらす「平穏さ」の阻害を理由に威力業務妨害罪の構成要件を充たすとするならば、およそいかなる集団的なアピール活動も原則的に行いえないことになり、憲法21条1項の保障する表現の自由との明白な矛盾を生じさせることになるからである。前述のとおり、表現の自由が尊重される社会である日本には、公道上での集団的なアピール活動は原則的に許容されなければならない、という社会通念が存在していることの意義は、ここにあるのである。

投票管理者の投票事務の性質を考えると、確かに、他の業務と同じく、投票事務が「平穏」に遂行されることは大切なことである。しかし、この「平穏さ」の大切さも、他の業務にとって「平穏さ」が大切であるのと異なるところはなく、投票事務のなかに、その業務が行われている体育館が設置された小学校の敷地外の公道での「平穏さ」を要求すると言っているほどの業務の特殊な性質を見出すことはできない¹⁶。

B 選挙の公正と公道上の平穏さとの関連性

この点に関して、本件1審判決および本件控訴審判決では、他の業務と区別される投票事務の特殊性として選挙の公正さの確保の必要性が挙げられ、これがことさらに投票所の周辺の公道上での「平穏さ」を要求するかのように言及されている。しかし、例えば、暴行や脅迫などを用い特定の候補者に投票するように強要する場合などはいざしらず、社会的に許容されている公道上での集団的なアピール活動が、選挙の公正さに影響を及ぼすとはどうてい考えられない。それゆえに、選挙の公正さの確保という目的と、公道上での「平穏さ」の確保という手段には何の関連性も見出されず、選挙の公正さの確保という投票事務の性質は、公道上の「平穏さ」という点で他の業務との区別をことさらに要求するものではないと考えなければならない。

C 公職選挙法の諸規定の趣旨と公道上の平穏さとの関連性

また、1審判決では、投票所が設置された小学校の敷地外の公道上の平穏さがことさらに要求されることの根拠として、公職選挙法で定められた投票管理者の投票所の秩序保持権限（同法59条、60条）、選挙事務関係者に対する暴行・騷擾罪等（同法229条）、多衆選挙妨害罪（同法230条）、凶器携帯罪（同法231条）、投票所等における凶器携帯罪（同法232条）を挙げている。しかし、これらの規定の趣旨からも敷地外の公道での「平穏さ」まで要求されると解することはできない。なぜなら、投票管理者の投票所の秩序保持権限は、投票所内というまに限定された範囲内でのみ認められるものであり、また、その他の公職選挙法の刑罰規定は、投票所内や選挙会場内で騷擾状態を作出するなどして投票事務に現実に多大な支障を生じさせる行為やそのおそれが具体的に看取される凶器携帯行為に刑罰を科すものだからである。投票所内での平穏さを阻害する行為や公選法が刑罰をもって禁止する行為と、敷地外での集団的なアピール活動とでは投票事務に与える影響は明らかに異なるものであり、これらの規定を根拠に、投票事務の性質上、敷地外の公道上の「平穏さ」まで要求されるとは到底言うことができない。

したがって、投票管理者の投票事務の性質を考慮したとしても、これが本件のような投票所の設置された体育館のある小学校の敷地外での「平穏さ」を要求するものとは考えることはで

きず、投票事務の性質を理由に被告人らの本件行為が「業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれがあったとは評価できない。

v 被告人らの本件行為による投票所内の混乱の危険性

A 本件被告人の集団的なアピール活動と投票所内の混乱の危険性

第二の点、被告人らの行為が実際に投票所内を混乱させ、不当に投票所内の平穏さを破り、投票事務を遅らせる危険を有するものであったとする認識の是非について検討する。この点は、被告人らの集団的なアピール活動が、被告人らによる投票所内への立ち入りの実現およびそれによる投票所内の混乱を予見させるものであったかどうかの評価に懸っているであろう。

そうするとここで大切なのは、被告人らの本件行為の大部分は小学校の敷地外での集団的なアピール活動に留まるものであったことである。すなわち、被告人らの大部分は、小学校の敷地内への立ち入りを求めはしたが、敷地外に留まり、集団の実力でもって敷地内への立ち入りを実現しようとはしていなかったのである。この意味で、被告人らの本件行為を全体として評価すれば、投票管理者の意思に反して投票所内を混乱させるような態様のものではなく、それゆえ、投票管理者の投票事務を実質的に阻害するおそれがあったとは評価できない。もし、被告人らの集団的なアピール活動によって、投票所内の混乱のおそれが生じたとするのであれば、そもそもいかなる集団的なアピール活動も不可能になるであろう。

B 本件被告人の身体的接触を伴う行為と投票所内の混乱の危険性

このように被告人らの本件行為の態様は、その全体との関係で評価されるべきであることは既述したとおりである。もっとも、被告人らの本件行為には、大部分の身体的接触を伴わない集団的なアピール活動に加えて、被告人X1とX4による散発的な身体的接触も含まれるものとされている。それゆえ、これらの被告人X1とX4の行動によって、被告人らの本件行為の全体が、投票所内への立ち入りの実現とそれによる混乱を予見させるものへと転化させられていたと評価できるかどうかを検討しておくべきであろう。この点は、被告人X1とX4による散発的な身体接触の客観的な態様と、被告人らによる立ち入り要求の理由から客観的に予見される立ち入り後の混乱の可能性という2点を見ることで明らかになるものである。

まず、被告人X1とX4による散発的な身体的接触の客観的な態様を見てみる。被告人X4の行動の態様は、警備担当の選挙管理委員会関係者に歩み寄り、小学校の敷地内に立ち入るそぶりを見せたが、選挙管理委員会関係者に制止されたというものであり、これによって被告人らの本件行為の全体が立ち入りの実現を予見させるものになったとは評価できないことは明らかである。被告人X1の行動の態様は、人垣を築いた警備担当の選挙管理委員会関係者らに単独で体当たりや身体を押しつける行為をしたというものである。被告人X1は、小柄な女性（身長154センチ、体重52キロ）であり、その行動も殴る蹴るといった態様のものではなく、単独での近距離から体当たりという程度のものであり、実際にすぐに押し返されてしまうようなものであった。また、周りにいた者たちが、被告人X1と共に体当たりをしたという事実もない。被告人X1の行動の客観的な態様は、言わば本件警備活動への抗議の意思を表明するためのパフォーマンスの域を越えるものではなく、とうてい被告人X1が敷地内への立ち入りを現実に達成しようとするものではなかったと言わねばならない。それゆえ、被告人X1の本件の個別的行为は、被告人らの本件行為の全体をして立ち入りの実現を予見させるほどの特徴を有していたと考え

ることはできない。

以上のように、被告人らの本件行為は被告人X1とX4の行動によっても、小学校敷地内への立ち入りの実現を予見させるものではなかったのであるから、実際に立ち入りを実現した場合の混乱の可能性を考慮するまでもなく、被告人らの本件行為は、投票所内を混乱させ、投票事務を遅らせることを予見させるものではなかったと考えねばならない。したがって、被告人らが敷地内への立ち入りを実現した場合にそれによつては投票所内の混乱が予見されたかどうかを次に検討するが、これは念のため行うものである。

この点は、被告人らの本件行為に伴う発言内容を見ることで確認できる。なぜ、被告人らが小学校の敷地内への立ち入りを求めたかと言えば、それは被告人らの校門前で発言内容から明らかのように、西成区選挙管理委員会が、住民票を削除された日雇い労働者らのうちそれ以前から西成区に住所を有することを疎明できる者に関しては、投票日当日に選挙人名簿への登録を回復する措置を約束していたのを受けて、選挙人名簿への登録の回復の可能性がある者に付添い、あるいはそのような者が投票所に現れた場合にその者の援助し、その回復手続を円滑に進ませるためである。被告人らは、その旨を警備担当の選挙管理委員会関係者に十分に伝えていたことは明らかであり、それゆえ、被告人らの本件行為の客観的態様は、たとえ小学校の敷地内に立ち入りを実現したとしても、不当に投票所内を混乱させることを予見させるものではなかったと評価されなければならない。

C 過去の公職選挙の際の投票所付近の状況と投票所内の混乱の危険性

これに対して、特に1審判決では、過去の公職選挙の際に被告人らが投票所付近を混乱させ、開票を2時間遅らせたことがあることから、被告人らの本件行為によつても小学校の敷地内や投票所付近が混乱することが予見されたとしている。しかし、これは事実の評価を誤った不当なものである。まず、被告人らの本件行為が、小学校の敷地内への立ち入りの実現やそれによる投票所内の混乱を予見させるものであったかは、第一次的には、被告人らの本件行為の客観的態様を評価することで見極められるべきであり、過去の事実を過大に評価するべきではない。次に、過去の投票所付近での混乱とは、被告人らが上記の選挙人名簿への登録の回復の可能性がある者に付き添って、誠実に投票のための手続を進めるように求めたにもかかわらず、選挙管理委員会関係者と意思の疎通がうまく計れず、手続が進まなかったことに起因するものである。また、そもそも、投票日当日における選挙人名簿への登録の回復手続自体が、争いの生じうる基準によるものであり、被告人らと選挙管理委員会関係者との交渉を要するものであったと言いうる。被告人らは決して、過去においても意図的に投票所を混乱させることを目論んだこともなく、実際に生じたある程度の混乱も被告人らに一方的に責任が帰せられるものでもなかったのである。むしろ、過去の混乱は、選挙人名簿への登録回復手続の制度上の問題や過去の選挙管理委員会関係者らの対応による部分が大きいと言いうるであろう。それゆえに、過去の投票所での混乱を理由に、被告人らの本件行為は、投票所内やその付近での混乱を予見させるものであったと評価することはできない。

(4) 被告人らの本件行為の構成要件該当性

以上のとおり、1審判決および控訴審判決が重視していた3点、すなわち、本件の集団的なアピール活動が行われたのが、①投票所の周辺という場所であったこと、②投票終了まで1時

間という時間帯であったこと、③投票事務という業務の性質上平穏さが必要されること、を考慮したとしても、被告人らの本件行為の態様は、投票管理者の投票事務を実質的に阻害するおそれを生じさせるものではないことが確認できた。

被告人らの本件行為は、全体として評価すれば、小学校の敷地外の公道での集団的なアピール活動の域を出るものではなく、正当な表現活動として原則的に許容されるべきものであり、また、被告人X1とX4の散発的な身体的接触を考慮したとしても、投票管理者の投票事務という「人の業務活動の円滑な遂行」を実質的に阻害するおそれを生じさせるものではなかったと評価しなければならない。

したがって、被告人らの本件行為は、刑法234条の「威力」に当たるとしても、「妨害」に該当するものではないので、本件1審判決およびそれを全面的に是認した控訴審判決は、刑法234条の解釈および適用を誤り、憲法21条1項で保護される表現活動に不必要な制約を課す違憲なものであり、破棄を免れえないと評価できるであろう。

(5) 刑法60条（共同正犯）の解釈に関する補論

なお、念のために、仮に、被告人らの本件行為の大部分である集団的なアピール活動だけならば問題なかったが、被告人X1とX4の個別的な身体的接触を伴う行為があったということと理由に、投票管理者の投票事務が実質的に阻害されるおそれが生じたと評価されたとした場合にも、注意すべき点があることを付言しておく。

ここで注意すべき点とは、そのような場合にも、威力業務妨害罪の「妨害」該当性の判断において、被告人X2とX3のように集団的なアピール活動のみに従事していた者と、個別的な身体的接触を伴う行為をした被告人X1およびX4とを区別せず、被告人らすべてが「妨害」該当性を有する行為に従事した共同正犯（刑法60条）であるとするはできないことである。

ある犯罪において複数の者を共同正犯であると判断することは、その者たちの間で犯罪の実行行為の一部を分担することに関する「意思の連絡」があったことを前提にするものである。1審判決および控訴審判決においも、集団的なアピール活動のみに従事していた被告人X2とX3が、被告人X1およびX4の身体接触を伴う行為を黙認していたことを主な理由に、それらの身体的接触を含む行為まで含めて、被告人4名に黙示の意思の連絡があったとされている。

しかし、本件のように集団的なアピール活動という表現行為とそれとは区別可能な一部の者の行動が混在している場面に威力業務妨害罪を適用しようとする際には、例えば、その一部の者に対して他の参加者が当該行動を指示したというような例外的な事情がない限り、一部の者の当該行動を含めて、その活動の参加者すべてに「意思の連絡」があったとすることは原則的にはできないと考えなければならない。そもそも威力業務妨害の「威力」概念と相当程度に重複するものである集団的なアピール活動が行われている最中に、その参加者の一部が威力業務妨害罪の「妨害」該当性を充足する行動をとった場合に、例えば、それら一部の者の行動を黙認したというだけで、その参加者のすべての者に「意思の連絡」を簡単に認めてしまうと、その参加者すべては「威力」を用いていたということで実行行為の一部を分担していることになり、共同正犯になってしまう。

これは、集団的なアピール活動が憲法21条1項で原則的に保護されることと明らかに矛盾する。なぜなら、集団的なアピール活動に参加しようとする者は、常に自らの予想もしない一部の者の突発的・散発的な行動により、威力業務妨害罪の共同正犯とされる可能性を背負わなけ

ればならないことになるからである。自らは憲法上保護された正当な表現活動に従事していただけにもかかわらず、罪に問われることになるのである。このような状況においては、一般市民は、集団的なアピール活動に従事することをためらわざるをえなくなるであろうし、一般市民が容易に参加できない集団的なアピール活動を憲法で保障したところで無意味である。

したがって、本件においても、仮に被告人X1およびX4の個別的な身体的接触を伴う行動のゆえに「妨害」該当性を充足したと考えられたとしても、集団的なアピール活動のみに従事した被告人X2とX3などのその他の参加者に関しては原則的に「意思の連絡」を欠くものと考えなければならない。被告人X1およびX4を除く参加者は、被告人X1およびX4の威力業務妨害罪の「妨害」該当性を充足する行為に関する共同正犯とされてはならないのである。それゆえ、たとえ被告人X1およびX4の本件行為が投票管理者の投票事務を実質的に阻害するものであったと評価されたとしても、被告人X2およびX3は、被告人X1およびX4の個別的な身体的接触を伴う行為を黙認したというだけでは無罪であったと考えなければならない。「意思の連絡」があったされるのは、例えば、被告人X2とX3が、被告人X1やX4に対して、本件のような個別的な身体的接触を伴う行為を実行するように指示していたことが証拠上で明らかなきなどの明白な意思の連絡がある場合に限られると考えるべきであろう。

V 「業務」の適法性——構成要件該当性の検討その2

1 本件における業務の適法性判断の意義

被告人らの本件行為が威力業務妨害罪の構成要件に該当するかどうかを判断する際に「業務の適法性」は、本件において裁判所による法適用の合憲性を担保するうえで逸することのできないもう1つの重大な考慮要素である。

業務妨害罪に言う「業務」とは、「職業その他社会生活上の地位に基づき継続して行う事務又は事業をいう」¹⁷と解されている。現在の判例では、「強制力を行使する権力的公務」を除く「公務」も、ここに言う「業務」に含まれるとされている（最小一決1987〔昭和62〕・3・12刑集41巻2号140頁など）。

威力業務妨害罪の保護の客体となる「業務」には、法的瑕疵がないこと、すなわち、業務の適法性が要求されるかどうかに関しては、裁判例や学説上、民間業務と公務とで区別して考えられている¹⁸。民間業務に関しては、たとえ行政法規に違反するなどの法的瑕疵があったとしても、事実上平穏に行われているものであれば、本罪の客体にあたるとする裁判例がある¹⁹。また、学説上は、裁判例の考え方におおむね従いながら、例えばダフ屋行為などの事実上平穏に行われているものであっても「当該行為の反社会性ないし違法性に照らし、当座の保護に値しない行為は、業務妨害罪の客体にあたらぬ」²⁰とする見解が多い。しかし、学説上、公務に関しては、刑法95条1項の公務執行妨害罪において公務の適法性が「書かれざる構成要件要素」とされていることとの整合性を考慮して、当該公務に法的瑕疵があり、公務執行妨害罪の保護の客体にならない場合には、業務妨害罪の保護の客体である「業務」にも当たらないと解するのが妥当とされている²¹。また、判例上も、新宿駅動く歩道事件において、最高裁は法的瑕疵のある公務については業務妨害罪に言う「業務」としての要保護性が否定される場合があることを前提にした判断を示している（最小一決2002〔平成14〕・9・30刑集56巻7号395頁）。

既述のとおり、公務執行妨害罪における「書かれざる構成要件要素」としての公務の適法性

の要求は、憲法で保障される個人の「人身の自由」（憲法18条、31条）に対する不必要な刑罰権行使を回避し、裁判所による公務執行妨害罪の適用の客観的合憲性・適法性を確保するための、犯罪構成要件の合憲的な限定解釈の産物と言いうるものである。そうであるならば、威力業務妨害罪に関しても保護の客体たる業務が公務である場合には、業務の適法性判断は、同様の役割を果たすものと言いうる。さらに、本件のように、公訴を提起された被告人の行為が憲法上の権利行使として原則的に保護されるものである場合に業務の適法性を充足しないにもかかわらず刑罰を科すことは、憲法上の権利に対する不合理かつ不必要な制約となり、この観点からも裁判所による法適用は違憲と判断されなければならないことになる。

以上のように、威力業務妨害罪の構成要件該当性判断において、業務の適法性は、裁判所による法適用の合憲性を担保するうえで極めて重要な要素である。もっとも、憲法上の権利保障という観点からは、本件での業務の適法性判断の意義は、これに留まるものではない。本件で保護の客体とされている業務は投票管理者の投票事務という公務であり、憲法上の権利である国民の選挙権行使と密接な関係を有するものである。そして、後述のとおり、本件での業務の適法性判断の焦点は、投票管理者の本件業務遂行が国民の選挙権行使を不合理・不必要に制約するものでなかったかどうかというところにある。ここに、表現の自由の保障に加えて、国民の選挙権行使の実現という本件が抱えるもう1つの重大な憲法問題が位置づいている。それゆえ、本件での業務の適法性判断は、憲法の観点から極めて重要な意義を有するものであり、裁判所には慎重な判断が求められるのである。

2 本件控訴審判決の評価——本件業務の適法性

(1) 本件控訴審判決の判断

本件で保護の客体とされている業務は、投票管理者の投票事務である。投票管理者は、公職選挙法37条に基づき、選挙管理委員会によって選任され、公職者の選挙に関する事務の一部である投票事務を担当することとされている。公職者の選挙は、国又は地方公共団体の活動にとって不可欠なものであるから、投票管理者の投票事務も民間の業務とは区別される公務である。この点は、本件控訴審判決も前提にして判断している。したがって、本件においても、被告人らの本件行為が威力業務妨害罪の構成要件に該当するのかの判断に際しては、投票管理者の本件業務遂行の適法性が問われなければならない。

本件で、投票管理者の投票事務のうち特にその適法性が問われねばならないのは、投票管理者の指示に基づき実施されたとされている選挙管理委員会関係者による本件小学校の校門前での警備業務である。この点に関して、本件控訴審判決は、①投票管理者は投票が平穏な状態の下に行われるように「投票に関する事務に付随的な業務として、必要かつ相当な範囲内で自主的な警備を行うべき法的な根拠を有」すること、②過去の同投票所の状況を勘案すれば、本件の校門前での警備活動は「必要かつ相当なもの」であったこと、③本件警備は「選挙人として平穏に投票しようとする者や、その同伴する幼児その他選挙人とともに本件投票所に入ることについてやむを得ない事情がある者として投票管理者が認めた者」については本件の小学校の敷地内への立ち入りを拒否するものではないから、被告人X1らの立ち入りを拒否しても公職選挙法58条に違反するものでなかったこと、④本件投票所において選挙人として平穏に投票しようとする者らには選挙人名簿との対照の手续がとられていたことを疑うべき証拠は存しないので、本件警備業務は公職選挙法施行令35条1項にも違反しないこと、という4点の理由を挙

げて、本件警備業務は適法であり、したがって、本件の投票管理者の投票事務は法的に保護すべき要保護性を有すると判断した。以下、このような本件控訴審判決の結論とその理由づけの是非について評価しなければならない。

(2) 適法性の3要件に関する本稿のポイント

公務執行妨害罪における公務の適法性の要件と同様に、業務妨害罪においても公務の適法性は、(a) 当該公務の遂行が当該公務遂行者の抽象的職務権限の範囲内にあったのか、(b) 当該公務遂行者が当該公務を遂行する具体的権限を有していたのか、(c) 当該公務の遂行に際して要求される手続・方式の重要部分が履践されていたのか、という3つの要件に基づき判断されなければならない。

本件控訴審判決も、これら3つの要件に基づき本件警備業務の適法性を判断している。すなわち、前記(1)で示した本件控訴審判決の理由づけのなかの上記①では投票管理者の「警備業務の法的根拠の有無」＝「(a) 抽象的職務権限の有無」が、上記②および③では「本件警備業務の必要性和相当性」および「被告人X1らの立ち入り拒否の適法性」＝「(b) 具体的職務権限の有無」が、上記④「選挙人名簿の対照手続の履践の有無」＝「(c) 必要的手続・方式の重要部分の履践の有無」が、それぞれ検討されているのである。

本稿では、これらの本件控訴審判決の判断の中でも、「(b) 具体的職務権限の有無」および「(c) 必要の手続・方式の重要部分の履践の有無」に関する部分を中心に検討する。本件においては、「(a) 抽象的職務権限の有無」に関わって、本件警備業務の法的根拠の有無は慎重に検討されなければならない²²。しかし、仮に投票管理者が本件警備業務を遂行する抽象的職務権限を有していたと想定したとしても、後述のとおり、本件の特殊な事情を考慮すると、本件警備業務の遂行は、国民の選挙権行使に対する重大な制約となるものであったと考えなければならない。それゆえ、憲法の観点から本件控訴審判決を評価する本稿では、本件警備業務の具体的な遂行の適法性に焦点を絞って検討する。

(3) 国民の選挙権と国家の作為義務

i 選挙権の制度依存的性格

本件警備業務の具体的な遂行の適法性を検討する前提として、公職選挙における有権者の投票の機会を確保する制度の重要性について確認しておく。民主主義の政治制度を採用する日本国憲法下においては、国民の選挙権(憲法15条1項)は極めて重要な憲法上の権利である。国民の選挙権の特徴の1つは、その行使を実現する制度の存在が不可欠なところにある。国民の選挙権は、たとえ憲法に明記されたとしても、それだけで十分なわけではなく、現実に公職選挙においてすべての有権者に投票の機会を確保する制度があってはじめて、その行使が実現されるのであり、それをもって十全な保障を受ける制度依存的な憲法上の権利である²³。

このような国民の選挙権の制度依存的な性格を考え、最高裁は、在外邦人選挙権制限事件判決において、国会が公職選挙におけるすべての有権者の投票の機会を確保する適切な制度を構築しないという立法不作為は、国民の選挙権に対する重大な制約となるものであり、やむを得ない事情が存するなどの極めて例外的な場合を除いて、原則的に違憲と評価されなければならない、と判示するに至っている(最大判2005〔平成17〕年・9・14民集59巻7号2085頁)。国家は、国民の選挙権行使を実現するための投票の機会を確保する制度を構築する憲法上の高度の作為

義務を負っているのである。

ii 制度運用に関する国家の作為義務

本件との関連で注意すべきことは、この国家の作為義務が、制度を構築する法令の制定に尽きるものではない点である。せっかく投票の機会を確保する制度が作られたとしても、その制度の趣旨に則った運用がなされないのであれば元も子もないからである。それゆえ、公職選挙の実施にあたる国家機関が投票の機会を確保する制度を適切に運用しないことも、立法の不作為と同様に、国民の選挙権に対する重大な制約となるものであり、極めて例外的な場合を除いて原則的に違憲と評価されなければならない。国家は、投票の機会を確保する制度の運用面においても憲法上の高度の作為義務を負っているのである。例えば、公職選挙法（以下、単に「公選法」と表記する）上の公職選挙の際の選挙管理委員会の周知義務（公選法6条1項）は、この制度運用面で投票の機会を確保するために行政が果たさなければならない憲法上の作為義務を法律上で確認した一例であると考えられる。

以上の投票の機会を確保する制度の運用の重要性に関する考察を前提にすると、本件における投票管理者の投票事務の具体的な遂行の適法性の判断に際しては、本件において投票管理者は、投票事務の遂行上いかなる作為義務を負っていたのかを慎重に検討する必要がある。なぜなら、日本国憲法下において、国民の選挙権行使を実現するためにすべての有権者に投票の機会を確保する制度を構築したものとされているのが公選法であり、公選法上、投票管理者は、その制度運用の一部としての投票事務の遂行を担わされているからである。

また、本件に関しては、投票管理者の作為義務に加えて、公選法上、投票管理者とは別に投票の機会を確保する制度の運用の一部を担うものとされている市町村の選挙管理委員会の作為義務についても併せて検討する必要がある。なぜなら、下記のとおり、本件においてはそれに特有の事情のゆえに、投票日当日に投票管理者と市町村の選挙管理委員会がそれぞれ特別な作為義務を負っており、投票管理者の投票事務の具体的な遂行の適法性も、市町村の選挙管理委員会の作為義務との関連性を十分に考慮して判断されなければならないと考えられるからである。

そこで、以下では、第一に、公選法上の投票の機会を確保するものと想定されている制度の仕組み、第二に、その仕組みに基づき、投票管理者および市町村の選挙管理委員会が一般的に負っている通常の作為義務の内容、第三に、本件に特有の事情のゆえに投票管理者および市町村の選挙管理委員会が負っていた特別な作為義務の内容について順次確認し、最後に、それらの作為義務との関係で本件の投票管理者の投票事務の具体的な遂行の適法性について検討する。

(4) 本件における投票管理者および選挙管理委員会の特別な作為義務

i 公職選挙法上の投票の機会を確保する仕組み

憲法15条1項の規定を受けて、公選法は、国政選挙に関しては9条1項で「日本国民で年齢満二十年以上の者は、衆議院議員及び参議院議員の選挙権を有する」と定め、原則的に年齢要件を除く一切の要件なしに、すべての日本国民が国政選挙における選挙権を有することを確認している。また、地方選挙に関しては、「日本国民たる年齢満二十年以上の者で引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有する者は、その属する地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する」と定め、年齢要件に加えて住所要件を充たす住民のすべてが地方選挙における選挙権を有することを確認している²⁴。

もっとも、公職選挙において実際に投票するためには、公選法の規定に基づき選挙権を有する者(以下、単に「有権者」とする)であるということに加えて、選挙人名簿又は在外選挙人名簿に登録される必要がある。選挙人名簿又は在外選挙人名簿に登録されていない者は、公職選挙において投票することはできない(公選法42条1項)²⁵。

選挙人名簿は、市町村の選挙管理委員会が調製および保管するものである(公選法19条2項)²⁶。選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有する有権者で、その者に係る当該市町村等の住民票が作成された日から引き続き3か月以上登録市町村等の住民基本台帳に登録されている者について行われる(公選法21条1項)²⁷。また、公選法では、市町村の選挙管理委員会は、選挙人名簿に登録されている者が当該市町村の区域内に住所を有しなくなったことを知った場合には、直ちに選挙人名簿にその旨の表示をしなければならず(同法27条1項)、選挙人名簿に当該表示がなされた者が当該市町村の区域内に住所を有しなくなった日から4か月を経過するに至ったときには、その者を選挙人名簿から抹消しなければならないと定められている(同法28条2号)。

公選法上、市町村における住民票の作成が選挙人名簿への登録の原則的な要件となっているから、本件との関連でも住民票の作成の仕組みについて確認しておくことが重要である。この仕組みを構築しているのは、住民基本台帳法(以下、単に「住基法」と表記する)である。住基法上、住民票の作成は市町村の事務であり、市町村は、住民基本台帳を備え、その住民に関する要記載事項を記録するものとされている(同法5条)。当該市町村の「住民」とはその区域内に住所を有する者であり(地方自治法10条1項)、「住所」とは「各人の生活の本拠」を言うものである(民法22条)。住民基本台帳は市町村長が作成するものとされ(住基法6条1項)、住民票の記載、消除又は記載の修正は、届出に基づくか又は職権で行われる(同法8条)。また、選挙人名簿と住民基本台帳との関係につき、住基法では、選挙人名簿への登録は、住民基本台帳に記載されている者について行うものとされ(同法15条1項)、市町村長は、同法8条の規定により住民票の記載等をしたときは、遅滞なく、当該記載等で選挙人名簿の登録に関係がある事項を当該市町村の選挙管理委員会に通知しなければならないと定められている(同条2項)。

ii 投票管理者および選挙管理委員会の一般的な作為義務の内容

以上の公選法と住基法が定める仕組みに基づき、日本国内に居住する有権者が投票の機会を得るためには、現行法上では、選挙人名簿に登録される必要があり、さらに、そのためには、特定の市町村の区域内に住所を有する住民として住民票が作成され、3か月以上住民基本台帳に住民として記録されている必要がある。現行法上の制度では、これらの仕組みが適切に機能することにより、日本国内に居住する有権者に関しては、あまねく投票の機会が確保されると想定されている²⁸。

したがって、市町村の選挙管理委員会も、投票管理者も、通常は、有権者の投票の機会を確保する制度の運用の一部を担う機関として、上記の仕組みが適切に機能していることを前提に、それぞれの職務を果たす一般的な作為義務を負っているに止まり、その職務を遂行すれば、国民の選挙権行使を実現する投票の機会を有権者に保障しているものと考えられることになる。すなわち、市町村の選挙管理委員会は、住民基本台帳の記録に基づき有権者の選挙人名簿への登録・表示・抹消を行い(公選法21条、22条、27条1項、28条)、投票管理者は、投票日当日について言えば、選挙人名簿への登録と表示に照らして投票をなしうる有権者かどうかを判断し、

そう判断される者に投票用紙を交付し、投票を行わせれば（公選法37条5項、42条、44条、45条、50条、同法施行令35条1項）²⁹、通常は制度運用上の一般的な作為義務を履行したことになるのである。

iii 本件における投票管理者および選挙管理委員会の特別な作為義務の内容

A 特別な作為義務を負うに至った背景——住民票の大量職権削除と選挙権

しかし、本件の参議院議員通常選挙の投票日当日においては、それに特有の事情のゆえに、西成区選挙管理委員会と萩ノ茶屋投票所の投票管理者は、上記の通常の一般的な作為義務に留まらず、特別な作為義務をも負っていた。

本件に特有の事情とは、2007(平成19)年3月29日に、大阪市によって、釜ヶ崎解放会館等を住所として住民基本台帳に記録されていた者2088名の住民票が一斉に職権削除されたことを端緒とするものである。この住民票の大量職権削除の対象となった者たちの多くは、日雇い労働などを生業とする者であり、釜ヶ崎解放会館等の周辺の釜ヶ崎地区内に居住していたが、その労働形態や貧困などの理由により、安定した住居を確保できず、やむを得ず釜ヶ崎解放会館を住所として届け出ている。大阪市は、これらの者の「生活の本拠」としての居住実態が釜ヶ崎解放会館等にはないとして、住民票の大量職権削除を行ったのである。これを受けて、上記の公選法の規定に基づき、西成区選挙管理委員会は、大量職権削除の対象となった者たちについて、選挙人名簿に西成区内に住所を有しない者という表示を行い、4カ月後には、その者たちの選挙人名簿への登録を抹消することになった。

しかし、住民票の大量職権削除の対象となった者たちのなかには、釜ヶ崎解放会館の周辺の簡易宿所などに引き続き生活の本拠を有する有権者が多く含まれていた。それにもかかわらず、彼らは、住民票の職権削除の後になってしまえば、たとえ新たに住所の届出をしたとしても、すでに住民票はいったん削除されているから、単なる転入届としての扱いを受けることになり、届出によって住民票が新たに作成されて以後3カ月以上住民基本台帳に記録されていなければ、再び選挙人名簿に登録されることはないという状態に陥った。彼らは、有権者であり、住民票の職権削除以前と同じく、西成区に生活の本拠を有する住民であるにもかかわらず、住民票の一方的な職権削除に連動する選挙人名簿への表示および登録の抹消により、公職選挙における投票の機会を失い、選挙権に対する重大な制約を被る結果になってしまったのである³⁰。

B 投票日当日における選挙人名簿登録の回復手続の意義

このような有権者の選挙権行使に対する重大な制約となる状況を踏まえると、大阪市による住民票の大量職権削除以降、西成区選挙管理委員会は、有権者に投票の機会を確保する制度の一部である選挙人名簿の調製の職務を担うものとして、上記の通常の一般的な作為義務に加えて、特別な作為義務を負うに至ったと考えなければならない。

西成区選挙管理委員会も、選挙人名簿の調製の際には、通常は、住民基本台帳の記録に基づき有権者の選挙人名簿への登録を行えば、その作為義務を果たしうることになる。上記のとおり、これで作為義務を果たしたと言いうるのは、住民基本台帳の記録に基けば、西成区内に住所を有し、選挙人名簿に登録されるべき有権者をあまねく探知しうるといふ制度上の想定が成り立つからである。しかし、この制度上の想定は、大阪市による住民票の大量削除以降は成り立たなくなっていた。なぜなら、住民票の大量職権削除以降は、本来であれば引き続き西成

区内に住所を有する者として選挙人名簿に登録されるべき多くの有権者が、住民基本台帳には記録されていないということが客観的に明白であり、このことは当然に西成区選挙管理委員会も大阪市からの通知により把握していたはずだからである。それゆえ、西成区選挙管理委員会は、住民票の大量消職権除以降は、選挙人名簿の調製の際には、住民票が削除された者の中には選挙人名簿に登録されるべき者がいることを前提に、住民基本台帳を管理する大阪市と緊密に協力しながら、それらの者が適切に選挙人名簿に登録されることを確保する措置を行うべき特別な義務を負っていたのである。西成区選挙管理委員会は、その特別な義務の不履行は、有権者の選挙権行使に対する重大な制約となると認識せねばならない立場にあったのである。このような場面に備えて、選挙人名簿の調製を担う選挙管理委員会は、選挙人名簿への登録のための調査義務を負わされているのである（公選法施行令10条の2第1項）。

そこで、実際に、西成区選挙管理委員会が大阪市と協力して住民票の大量消職権消除の対象となった有権者の投票の機会を確保するために設けた措置が、投票日当日に投票所で選挙人名簿への登録を回復する手続（以下、単に「選挙人名簿登録の回復手続」と表記する）であった。2009年8月30日実施の衆議院議員選挙の際の「萩ノ茶屋投票所 当日対応『質疑応答集』」という西成区選挙管理委員会の用意したマニュアルによれば、選挙人名簿登録の回復手続とは、住民票の大量消職権消除の対象となった有権者のうちで公職選挙の投票日当日に萩ノ茶屋投票所に来た者が、簡易宿所の領収書などにより住民票の大量消職権消除以前から引き続き西成区の区域内に住所を有したことを疎明できる場合には、有権者の選挙人名簿への登録を回復し、投票の機会を確保するというものであった。この法的仕組みは、上記の住所に関する疎明がある者に関しては、その者の住民票の消職権消除が誤りであったとして、その処分を大阪市の職員が消職権で取消し、さらにそれによって選挙人名簿への住所を有しなくなった者という旨の表示あるいは選挙人名簿への登録の抹消が、当初から誤りであったとして、その処分を選挙管理委員会の職員が取消すというものである³¹。

C 投票日当日における西成区選挙管理委員会の特別な作為義務

この選挙人名簿登録の回復手続は、2007年の住民票の大量消職権消除後に選挙管理委員会が負っていた特別な作為義務の一部を果たすものであり、投票の機会を確保されるべき有権者が、その機会を失い、選挙権行使を制約されることを防ぐために極めて重要な最低限の措置であったと評価できる。したがって、住民票の大量消職権除以降、西成区選挙管理委員会は、投票日当日においては、有権者が投票の機会を逸することがないように、①選挙人名簿登録の回復手続を誠実に遂行する義務、さらに、②その手続が通常は想定されていないものである以上は、公職選挙法6条1項に基づき、改めて選挙人名簿登録の回復手続の実施について説明・周知する義務という少なくとも2つの特別な義務を負っていたと考えなければならない。

D 投票日当日における萩ノ茶屋投票所の投票管理者の特別な作為義務

また、投票日当日において西成区選挙管理委員会が特別な義務を負うことに伴い、萩ノ茶屋投票所の投票管理者も、住民票の大量消職権除以降は、投票日当日において特別な義務を負うに至ったと考えなければならない。すなわち、投票管理者は、投票日当日において投票所の管理を担う者であるから、まずは、実体的義務として、①選挙人名簿登録の回復手続が円滑に遂行されるように投票所やその周辺を整備する義務を負っていた。さらには、投票管理者は、

手続的義務として、通常は選挙人名簿との対照のみで選挙人であるかどうかを判断する手続を踏めば原則的には十分であるが（公選法44条2項、同法施行令35条1項）、萩ノ茶屋投票所においてはそれでは十分なく、②投票所に至った者に関して、選挙人名簿への表示がある場合や選挙人名簿に登録がない場合でも、選挙人名簿登録の回復手続により投票しうる者であるかどうかを確認する手続を踏む義務も負っていたと考えねばならない。

(5) 本件警備業務の具体的な遂行の適法性

i 投票管理者の特別な義務違反の判断の必要性

以上のように、2007年の大阪市による住民票の大量職権消除以降は、公職選挙の投票日当日の萩ノ茶屋投票所においては、西成区選挙管理委員会と萩ノ茶屋投票所の投票管理者は、特別な作為義務を負っていたと考えなければならない。それゆえに、本件において、投票管理者の付随的業務として行われた萩ノ茶屋小学校の校門前での警備業務も、上記の投票管理者の特別な義務に違反するものであった場合には、そのような義務を果たすことができない例外的な事情が存しない限り、有権者の選挙権行使を侵害するものとして憲法15条1項および関連する公選法・同法施行令の諸規定に違反するものであったと判断されなければならない。

ii 選挙人名簿登録の回復手続のための環境整備義務違反の有無

まず、本件警備業務が、投票管理者の特別な義務のうち、①選挙人名簿登録の回復手続が円滑に遂行されるように投票所やその周辺を環境を整備する義務に違反するところはなかったかどうかを検討する。この点は、具体的な公務遂行の実体的な面に關わる義務であるから、上記の公務の適法性の要件のうち、(b) 当該公務遂行者が当該公務を遂行する具体的な権限を有していたのかの判断に關わるものである。

本件当日の選挙管理委員会関係者による警備業務の態様を確認すると、西成区選挙管理委員会の関係者が、本件の参議院議員通常選挙の投票日に先立ち、住民票の大量職権消除後の公職選挙における萩ノ茶屋投票所での被告人らの活動を見知り、今回は選挙人名簿登録の回復手続のための特設ブースでの対応ではなく、被告人らを投票所が設置される小学校の敷地に一切立ち入らせない措置が必要と考え、実際に当日には、萩ノ茶屋小学校の校門前に選挙管理委員会関係者および警察官によって4列横隊の人垣を築き、「選挙人以外の方は敷地外に退去してください」という文言のプラカードを掲げるなどして、被告人らの小学校敷地内への入場を禁止する警備線を引いたというものである。

このような警備業務の態様は、もはや選挙人名簿の回復手続のために特別措置をとる必要はないという想定に基づき、第一に、上記の西成区選挙管理委員会が負っている特別な義務の1つである選挙人名簿登録の回復手続の説明・周知の義務と真っ向から矛盾する措置であり、第二に、従前から選挙人名簿登録の回復のための支援活動を行っていた被告人らの立ち入りを一切拒否し、選挙人以外は立ち入れない旨のプラカードを挙げることにより、住民票が消除されたことで自ら選挙人たる資格を有するかどうか明確には判断できない日雇い労働者らに、選挙人名簿登録の回復手続がなされないかのような誤解を与える措置であった。本件控訴審に提出された被告人X3の陳述書で述べられているとおり、日雇い労働者らは、警察官や役所の職員の言動に対して過度に萎縮する傾向を有するのであればなおさら誤解を生みやすいものであったと言いうるであろう。

したがって、本件警備業務は、上記の投票管理者の①選挙人名簿登録の回復手続が円滑に遂行されるように投票所やその周辺を整備する義務に違反するものであり、この義務を果たしえなかったことについて極めて例外的な事情が存しない限り、必要性・相当性を有するものではないと評価されなければならない。

これに対して、本件控訴審判決では、本件警備業務は、過去の公職選挙の投票日における萩ノ茶屋投票所の状況から、投票所周辺の平穏を保つために必要かつ相当なものであったと判断されている。それでは、このような過去の状況が、上記の投票管理者の特別な義務違反を正当化しうる極めて例外的な事情と言いうるのであろうか。この点に関しては、第一に、そもそも、過去の状況がどうであれ、次回の公職選挙で選挙人名簿登録の回復の可能性がある有権者の投票の機会が否定されることにはならない以上は、過去の状況のみを理由に投票管理者が選挙人名簿登録の回復手続のための環境整備を行う義務を免除されることにはならないことに注意すべきである。

第二に、選挙管理委員会関係者が選挙人名簿登録の回復手続による投票所の混乱の可能性があることと認識し、何らかの措置をとる必要があると考えたとしても、例えば、選挙人名簿登録の回復手続の場所を投票所とは別に設けるなどの代替的な措置を執ることは容易であったと言わねばならない。それにもかかわらず、本件において投票管理者は、そのような措置を一切執ることなく、上記のようにただ単に日雇い労働者らに誤解を与える警備業務のみを遂行したのは、例外的な事情もないのに上記の選挙人名簿登録の回復手続のための環境を整備する義務に違反したものと判断されなければならない。

第三に、上記の威力業務妨害罪の「妨害」該当性の判断の部分で詳述したように、過去の投票所周辺での混乱は被告人らに一方的に帰責されるべきものでもなく、投票管理者や選挙管理委員会関係者の責任にも帰せられるべきものであるならば、これのみを理由に有権者の側に投票の機会の喪失という負担を一方的に課し、投票管理者は、有権者の投票の機会を確保するという極めて重要な特別な義務を免除されるということは、公正さを欠くものと評価されるべきであろう。

この3点を考慮すれば、本件投票所の過去の状況は本件における投票管理者の特別な義務が果たされなかったことを正当化する極めて例外的な事情であったとは判断できない。したがって、本件の投票管理者の本件警備業務の遂行は、例外的な事情もないのに上記の特別な義務に反するがゆえに、上記の (b) 当該公務遂行者が当該公務を遂行する具体的権限を有することという公務の適法性要件を欠くものであったと評価されざるをえない。

iii 選挙人名簿登録の回復手続の可否を確認する手続的義務違反の有無

次に、本警備業務が、投票管理者の②投票所に至った者に関して、選挙人名簿登録の回復手続により投票しうる者であるかどうかを確認する手続を踏む義務に違反するものでなかったかどうかについて検討する。この点は、具体的な公務の遂行の手続面に関する義務であるから、上記の公務の適法性要件のうち、(c) 当該公務の遂行に際して要求される手続・方式の重要部分が履践されていたのかの判断に関わるものである。

この点に関し、本件控訴審判決では、本件投票所において選挙人として平穏に投票しようとする者らには選挙人名簿との対照の手続がとられていたことを疑うべき証拠は存しないので、本件警備業務は公職選挙法施行令35条1項にも違反しないとのみ判断されている。しかし、本

件においては、上記の投票管理者の手続面での特別な義務の違反がなかったかどうか問題にされるべきであるから、本件控訴審判決の判断は審理不尽と言わざるをえない。

そこで、本件警備業務の態様を手続面から分析すると、仮に本件警備業務に必要性が認められるとしても、それには重大な法的瑕疵があったと考えざるをえない。もし、本件警備業務が上記の投票管理者の手続面での義務を果たすものだと言いうるためには、校門前で警備線を引き、選挙人以外の入場を断る方針を決めた以上、最低限、まず、校門前に選挙人名簿の写しなどを用意し、それと対照し、さらに、そこに登録がない場合にも、校門前で選挙人名簿登録を回復しうる者かどうかを確認する手続の場所を用意しなければならなかったと考えられる。なぜなら、本件の投票管理者は、本件に特有の事情を踏まえて、投票日当日に投票所に至る者のなかには、選挙人名簿への表示や登録抹消のために投票所入場券も持たず、選挙人として敷地内に立ち入ることができるかどうか明確でない者もいることを想定しなければならなかったからである。

しかし、本件警備業務の態様から明らかなように、本件では、そのような手続きが校門前で行われうる体制自体が整えられていなかった。また、そのような措置をとりえない例外的な事情も見出すことはできない。したがって、本件警備業務は、極めて例外的な事情もないのに、投票管理者の②投票所に至った者に関して、選挙人名簿登録の回復手続により投票しうる者であるかどうかを確認する手続を踏む義務に違反するものであり、上記の(c)当該公務の遂行に際して要求される手続・方式の重要部分の履践という公務の適法性の要件も欠くものと評価せざるをえない。

(6) 被告人らの本件行為の構成要件該当性

以上のように、本件警備業務の適法性を本件に特有な事情のゆえに投票管理者が負っていた特別な義務という観点から検討すると、本件警備業務は、実体面においても手続面においても、例外的な事情もないのに、本件の投票管理者の特別な義務に違反するものであるから、国民の選挙権行使を侵害し、憲法15条1項に違反するものであることは明白であったと評価できる。それゆえ、投票管理者の本件警備業務は、威力業務妨害罪の保護の客体としての要保護性を欠くものであるから、被告人らの本件行為は威力業務妨害罪の構成要件に該当しないと判断しなければならない。したがって、これと異なる判断を示した本件控訴審判決は破棄を免れないものである。

VI 違法性阻却事由としての正当行為該当性

1 本件における正当行為該当性判断の意義

上記のとおり、本件の被告人らの行為は、威力業務妨害罪の構成要件に該当しないと判断されなければならない。それゆえ、違法性阻却事由に関する検討をするまでもなく、本件は被告人らに無罪を言い渡すべき事案であった。しかし、本件控訴審判決は、本稿とは異なる憲法および刑法の諸規定の解釈に基づき、被告人らの本件行為は威力業務妨害罪の構成要件に該当すると判断している。そこで、本稿の以下の部分では、仮に被告人らの行為が構成要件に該当すると判断したとしても、本件控訴審判決において被告人らの行為が違法性阻却事由としての正当行為（刑法35条）にも当たらないと判断されたことは妥当であったと評価できるのかどうか

について検討する。

本件は、仮に本件被告人らの行為が威力業務妨害罪の構成要件に該当すると判断したとしても、本件被告人らの行為が刑法35条の正当行為に該当するものではないのかどうかを、憲法の規定との矛盾を回避し、法秩序全体の統一性を確保するために慎重に検討しなければならない典型的な事案である。なぜなら、上記のとおり刑法234条の禁止する威力業務妨害の実行手段である「威力」の使用は、憲法21条1項が保障する集団的なアピール活動等の表現活動と相当程度に重複する概念であり、さらに、実際に本件公訴の対象となった被告人らの行為は、その大部分が公道上での集団的なアピール活動という憲法21条1項が原則的に保護する行為である以上、それに対する刑罰の賦課は憲法上の権利に対する重大な制約となるからである。上記の大分県屋外広告物条例事件最高裁判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見が述べるように、このような場面は、刑罰法規の「適用にあつては憲法の趣旨に即して慎重な態度をとるべきことを要求するものであり、場合によつては適用違憲の事態を生ずることをみのがしてはなら」(上掲・最小三判1987〔昭和62〕・3・3〔伊藤正己裁判官補足意見]) ず、刑法35条の正当行為該当性の判断を憲法上の権利との衡量の枠組みとして慎重に行わなければならないのである。

2 本件控訴審判決の評価

(1) 憲法上の権利行使に配慮した具体的な利益衡量の必要性

本件は被告人らの憲法上の権利行使に対して不必要な制約を課すことがないように刑法35条の正当行為該当性を慎重に判断しなければならない事案であるから、上述のとおり、最高裁判例に依拠して被告人らの本件行為が「正当な目的のための相当な手段」であったのかを検討する際には、抽象的な法益同士の衡量に留まらず、憲法上の権利行使が具体的にどのような意義を持つ行為だったのか、その行為によって刑法上の保護されるべき利益は実際にはどの程度侵害されたかと言っているのか、その保護されるべき利益の要保護性の程度はどのくらいなのかなどを、本件の具体的事情のもとで慎重に衡量することが求められる。そして、具体的な利益衡量の結果、憲法上の権利行使としての被告人らの表現活動から得られる具体的な利益が、被告人らの行為によって失われる威力業務妨害罪の保護の対象になる具体的な利益を上回ると評価される場合には、被告人らの本件行為は、「正当な目的のための相当な手段」であったとして、刑法35条の正当行為にあたり、その行為に威力業務妨害罪を適用することは違憲であると判断されなければならない。

しかし、本件1審判決および本件控訴審判決は、被告人らの本件行為が威力業務妨害罪の構成要件に該当すると判断するところから、慎重な考慮を経ずに被告人らの本件行為の違法性も肯定するものである。それらの判断は、被告人らの本件行為の憲法上の権利行使としての意義や、投票管理者の業務の円滑な遂行という保護法益の侵害の具体的な程度、本件警備業務の要保護性の程度などを考慮しておらず、極めて不十分なものと評価せざるをえない。それゆえ、被告人らの本件行為が刑法35条の正当行為に当たるかどうかを、上記の具体的な利益衡量の枠組みに基づいて判断し直す必要がある。

(2) 被告人らの本件行為の有する価値から得られる具体的な利益

i 被告人らの本件行為の有する価値の分析視点

被告人らの本件行為の有する価値から導かれる具体的な利益について検討する。被告人らの

本件行為の大部分は、公道において、太鼓や笛を用い、スピーカーで大声を出すなどの集団的なアピール活動であった。これらに加えて、被告人X1による体当たりや身体を押しつける行為、被告人X4による小学校の敷地内に立ち入ろうとする行為が一部で散発的に行われていた。これらの被告人らの本件行為の価値については、その態様の相当性、目的・表現内容の公益性、表現手段の必要性という観点から明らかにできる。

ii 被告人らの本件行為の態様の相当性

第一に、被告人らの本件行為の態様の相当性という観点から検討する。被告人X1の身体的接触を伴う行為は、小学校の校門前で本件警備業務に対する抗議の意思を示すために行われたある種の表現行為とも特徴づけうるものであるが、このような行動を伴う表現活動は場合によっては表現活動として相当性を欠くものと特徴づけられてもやむをえないであろう。

もっとも、本件は、このような被告人X1の個別的な行動のみが問題にされている事案ではないことに注意すべきである。被告人X1の個別的な行為の価値のみが問題にされている事案ならば、それ自体の表現活動としての相当性のみを考慮すればよいが、本件では、被告人X1の身体的接触を伴う行為は、被告人らの本件行為の極一部を構成するものにすぎない。したがって、被告人らの本件行為の有する価値を検討する際には、被告人X1の本件行為の相当性を殊更に重視すべきではなく、被告人らの本件行為の大部分を構成した集団的なアピール活動の相当性を中心に据えるべきである。

被告人らの本件行為の大部分について検討すると、それは日本社会で日常的に見られる公道上での集団的なアピール活動であったから、憲法21条1項が原則的に保護する表現活動であった。現代社会において、大したメディアを持たない一般市民にとって集団的なアピール活動を行うことは極めて大きな意義を有することは先述のとおりである。それゆえ、被告人らの本件行為の大部分は、その客観的な態様の相当性のみを考慮しても、憲法上の権利行使として極めて大きな価値を有すると考えられる。

iii 被告人らの本件行為の目的と表現内容の公益性

第二に、被告人らの本件行為の目的と表現内容の公益性という観点から検討する。被告人らの本件行為の目的は、これまでの論述から明らかなように、選挙人名簿登録の回復の可能性のある日雇い労働者らへ投票の機会を確保することにあった。また、その表現内容も、選挙人名簿登録の回復の可能性のある日雇い労働者への呼びかけや、その回復手を妨げていると被告人らが考えた校門前で本件警備業務に対する抗議であった。

上述のように、大阪市による住民票の大量職権消除の対象となった日雇い労働者らにとって、選挙人名簿登録の回復手続は、彼らの選挙権行使の実現のために不可欠な措置であったのであり、さらに、選挙管理委員会関係者による校門前の警備業務は、そのような日雇い労働者に対して回復手続がなされないかのような誤解を生じさせるものであった。これらの投票日当日の事情を考慮すれば、被告人らの本件行為は、その目的、表現内容の双方の点からして、住民票の大量職権消除の対象になった日雇い労働者らの投票の機会を確保するという具体的な利益に資するものであり、極めて公益性が高いものであったと考えられる。

iv 表現手段としての被告人らの本件行為の必要性

第三に、被告人らの本件行為の表現手段としての必要性について検討する。先に述べたように、被告人らの本件行為の目的は、住民票の大量職権消除の対象になった日雇い労働者らの投票の機会を確保することにあった。そうすると、被告人らが投票所の設置された小学校の校門前で投票時間終了の1時間前から集団的なアピール活動を行うという表現手段を用いたことは、その目的を達成するためにどうしても必要であったと言わねばならない。なぜなら、日雇い労働者らに選挙人名簿登録の回復手続を呼びかけるのであれば、それは投票日の当日にその手続きが行われている場所の近くで行うことが最も効率的であり、また、日雇い労働者らに誤解を与えかねない本件警備活動にはその場で抗議の意思を示す以外に方法がないからである。

また、被告人らが、投票時間終了の1時間前から集団的なアピール活動を行ったのも、被告人らの呼びかけの対象である日雇い労働者らの労働形態を考慮して彼らが仕事を終えた時間に合わせる必要性があったからである。それゆえ、被告人らの本件行為は、高度の必要性に迫られて行われたものであると考えねばならない。

以上のように、憲法上の権利行使としての被告人らの本件行為を保護することによって得られる利益は、その態様の相当性、目的・表現内容の公益性、表現手段としての必要性を考慮すると極めて大きなものであったと特徴づけることができる。

(3) 被告人らの本件行為によって失われた具体的な利益

i 本件における投票事務の円滑な遂行の阻害の具体的な程度

被告人らの本件行為によって失われた具体的な利益について、刑法上の保護されるべき利益が実際に侵害された程度、および、その保護されるべき利益の要保護性の程度はどのくらいであったのかという観点から検討する。

本件は威力業務妨害罪事件であるから、刑法上の保護されるべき利益は、投票管理者の投票事務の円滑な遂行である。それでは、被告人らの本件行為によって投票管理者の投票事務の円滑な遂行はどの程度阻害されたと言いうるのであろうか。

これに関して、本件1審判決および本件控訴審判決は、被告人らの本件行為によって投票所周辺の平穏さが害されたこと、さらに平穏さが害されたことによって被告人らを除く投票所に赴いた選挙人を萎縮させる可能性があったことを理由に、被告人らの本件行為は威力業務妨害罪の構成要件に該当し、違法性もあったと判断している。しかし、本件1審判決および本件控訴審判決では、投票所周辺の平穏さが害されたことによって投票管理者の投票事務の遂行にどの程度の影響があったのか、さらに、投票所に赴いた選挙人を萎縮させる可能性がどの程度のものであったのかについて言及するところがなく、害悪発生の観念的な危険が想定されているにすぎない。本件1審判決および本件控訴審判決は、被告人らの憲法上の権利行使に対する規制であることに配慮して具体的な利益衡量を行うべき場面において極めて不十分な理由づけしか行っていないと評価せざるをえない。

そこで、被告人らの本件行為が投票事務の円滑な遂行をどの程度阻害したもののなのかを具体的に検討すると、被告人らの本件行為の大部分は、日常的な表現活動の場所である公道上における通常の集団的なアピール活動の域を出るものではなかった。その点で、1審判決および本件控訴審判決が認定するおりに、投票所周辺の平穏さがある程度は破るものであったことは確かであり、それを見た被告人らとは無関係な選挙人が、いつもの投票日とは異なり、違和感を

抱くこともありえたという限りでは、多少は萎縮させた可能性がある。

もっとも、被告人らの本件行為は、例えば、小学校の敷地内に立ち入り、投票所内やそのすぐ近くで集団的なアピール活動を行うようなものではなく、それゆえに、その投票事務に及ぼす影響は、先の程度のものに留まり、それ以上に具体的に投票事務を阻害するものでなかったことに注意すべきであろう。そして、公道上の集団的なアピール活動がそもそもある程度は周辺の平穏さを害するものであり、それにもかかわらず、憲法上の権利行使として保護されるべきである以上、その程度の周辺の平穏さへの害悪やそれを見た者の抱く違和感を防止する利益は、原則的に表現の自由を保護することから得られる利益を上回るほど大きなものとは考えられていないということになる。

さらに、被告人らの本件行為によって被告人らを除く投票所に赴いた選挙人が萎縮する可能性があったという点も、本件被告人らの具体的な表現内容を考慮すれば説得力を欠くものである。なぜなら、本件において、被告人らは一貫して日雇い労働者らに投票の呼びかけを行っていたのであり、選挙人一般に対して投票行為を促進するものであったとしても、決してそれを思い留らせるようなものではなかったからである。したがって、被告人らの本件行為によって投票管理者の投票事務の円滑な遂行が阻害された程度は、表現の自由に対する制約を正当化するほど大きなものではなかったと考えなければならない。

ii 本件における投票事務の要保護性の具体的な程度

また、本件において被告人らの本件行為によって失われた利益を考察する際には、本件の投票管理者の投票事務の要保護性の程度も具体的に検討しなければならない。これに関して本件でポイントになるのは、選挙管理委員会関係者による小学校の校門前での警備業務の不当性である。本件警備業務は、仮に適法であり、それゆえ、投票管理者の投票事務もある程度は要保護性を認めうるものであったとしても、住民票の大量職権消除の対象になった日雇い労働者らに対して、選挙人名簿登録の回復手続が行われないかのような誤解を生むものであったことは確かであろう。

そのような日雇い労働者らにとって、選挙人名簿登録の回復手続は、彼らの選挙権行使を実現するうえで極めて重要なものであったことは既述のとおりである。本件警備業務は、そのような日雇い労働者らの選挙権行使に対して配慮欠いた極めて不当なものであり、それゆえ、本件の投票管理者の投票事務の要保護性の具体的な程度は通常よりも相対的に低いものであったと言わねばならない。

これに関連してさらに考慮すべきは、被告人らの本件行為は、まさにこのような本件警備活動の不当性への抗議として行われたものであるという一面を有することである。被告人らの本件行為は、不当な本件警備業務を行った投票管理者が自ら招いたものでもあるのである。そう考えると、たとえ被告人らの本件行為によって投票所の周辺の平穏さがある程度害されるなどの害悪が生じていたとしても、それをすべて被告人らに一方的に帰責することは公正さに欠けるものと言わねばならないであろう。

(4) 本件被告人らの行為の正当行為該当性

以上の正当行為該当性に関する考察をまとめると、被告人らの本件行為を保護することによって得られる利益は、被告人らの本件行為の態様が表現の自由の行使としての相当性を備え、

その目的・表現内容は極めて公益性が高く、また、その表現手段も高度の必要性に支えられたものであることを考慮すれば、極めて大きなものである。

それに対して、被告人らの本件行為が投票所周辺の平穏さを害し、投票管理者の投票事務の円滑な遂行をある程度は阻害するものであったとしても、その阻害の程度は表現の自由に対する制約を正当化しうるほど大きなものではなく、また、そもそも本件警備業務の不当性から、本件投票事務の円滑な遂行の要保護性の程度は相対的に低いものであり、被告人らの本件行為による投票事務の円滑な遂行に対するある程度の害悪も投票管理者が自ら招きこんだものであるという面を有するものであった。これらを考慮すると、たとえ被告人らの行為が威力業務妨害罪の構成要件に該当するものだととしても、それによって失われる利益は相対的にかなり小さいものであった。

本件においては、被告人らの本件行為を保護することによって得られる具体的な利益は、それによって失われる具体的な利益を上回るものだと考えられる。それゆえに、被告人らの本件行為は、たとえ威力業務妨害罪の構成要件に該当するとしても、刑法35条の正当行為に該当するものであり、違法性を阻却されるものである。これとは異なり、本件控訴審判決が被告人の本件行為に刑法234条を適用しうるものと判断したことは、憲法上の権利である表現の自由に対する不必要・不合理な制約を課すことになり、憲法21条1項に違反するものであったと考えられる。したがって、本件控訴審判決は破棄を免れないものである。

おわりに

本件は、刑法234条の威力業務妨害罪事件ではあるが、表現の自由（憲法21条1項）と選挙権（憲法15条1項）という2つの憲法上の権利に関連する問題を含むものであり、この点を慎重に考慮しながら、本件被告人への威力業務妨害罪の適用の是非を検討しなければならない事案であった。本稿では、この点を十分に踏まえた上で、本件1審判決および本件控訴審判決の結論とその理由づけの是非について評価を行った。

上記のとおり、本件1審判決および控訴審判決はともに、本件に含まれる憲法問題を適切に考慮することを怠り、被告人らの本件行為が、威力業務妨害罪の構成要件に該当するという判断においても、刑法35条の正当行為に該当しないという判断においても、憲法および刑罰法規の規定の解釈および適用を誤っていた。本件1審判決が本件被告人4名全員を有罪とし、本件控訴審判決がこれを是認したことは、本件被告人に刑法234条を違憲的に適用するものであったと評価しなければならない。したがって、本件上告審においては、本件控訴審判決は破棄され、本件被告人4名は全員無罪と判断されなければならないと考えられる。

*

本稿「はじめに」で述べたように、本稿は、裁判所の判決においてより実質を伴った憲法判断が示されるようにするために、憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈のあり方を提示する試論でもあった。最後に、本稿の試みの問題意識について敷衍することで、結びに代えることにする。

近年、表現行為に従事した市民が、刑法130条の邸宅侵入罪や刑法234条の威力業務妨害罪という表現行為以外も含む比較的軽微な犯罪類型を定める刑罰法規の違反を理由に逮捕され、場

合によっては起訴されて、有罪判決を受ける事件が頻発している。例えば、立川自衛隊官舎反戦ビラ配布事件（最二小判2008〔平成20〕・4・11刑集62巻5号1217頁）、葛飾マンション政党ビラ配布事件（最二小判2009〔平成21〕・11・30刑集63巻9号1765頁）、都立板橋高校事件（上掲・最一小判2011〔平成23〕・7・7）を挙げることができる。また、2012年12月には、JR大阪駅前の広場で震災瓦礫処理に反対する宣伝活動を行っていた市民3名が威力業務妨害罪で逮捕され、そのうち1名が起訴されるという事件も起きている³²。本件も、このような事件の一例として挙げることができるものである。

これらの事件のうちですでに最高裁で有罪が確定している事件の最高裁判決の問題点について述べれば、それは判決文のなかで実質を伴った憲法判断がほとんど示されないところにあると言ってよいであろう。例えば、立川自衛隊官舎反戦ビラ配布事件最高裁判決では、「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ」と述べたのに続き、ほとんど即座にビラ配布のために自衛隊官舎の共用部分への立入りを刑法130条前段違反で処罰しても憲法21条1項に反するものではないと判断されている。この憲法判断のあり様は、例えば、上掲の大分県屋外広告物条例事件（上掲・最三小判1987〔昭和62〕・3・3）や広島市暴走族追放条例事件（上掲・最三小判2007〔平成19〕・9・18）、国公法違反二事件（上掲・最二小判2012〔平成24〕・12・7〔堀越事件・世田谷事件〕）などの表現行為や集会を規制対象とする法令の違憲性が問題になった事件と大きく異なる。最高裁は、目的・手段審査や総合衡量の枠組みのなかで憲法上の権利に対する制約の必要性・合理性を判断することさえしないのである。なぜ、表現行為など憲法上原則的に保護される行為以外も含む犯罪類型を定める刑罰法規に基づき、憲法上の権利行使が制約される場面では、ほとんど実質を伴わない憲法判断しか示されないのであろうか。

この理由は、最高裁が、「法令の存在そのもの」に憲法上の疑義を向ける法令違憲の是非の判断を自らの任務とし、憲法上原則的に保護される当該の個別的な行為に法令を適用する限りで違憲であるという判断を示す適用違憲の考え方に消極的であったという観測³³に関係しているのではなからうか。刑法130条の邸宅侵入罪や刑法234条の威力業務妨害罪などの憲法上原則的に保護される行為以外も含む犯罪類型を定める刑罰法規については、その適用の大部分においては憲法上の権利行使への制約を問題にする必要がない。例えば、民家の庭に単に侵入する行為（邸宅侵入）に関しては、そもそも憲法上原則的に保護される行為が存在せず、株主総会で怒声を上げて理不尽な理由で議事を妨害する行為（威力業務妨害）に関しては、たとえ表現行為と言えたとしてもその害悪の重大・明白性のゆえに制約は問題がないと直感的に判断しうるのであろう。これらの刑罰法規の適用が憲法問題を惹起するのは、全体の件数のごく少数であろうし、表面的に見ればたまたまである。それゆえに、憲法上原則的に保護される行為以外を規制対象に含む刑罰法規に関しては、「法令の存在そのもの」を問題にするという意味での法令違憲やそれを回避するという意味での合憲限定解釈を考慮する余地、すなわち、法令の立てつけを問題にする余地は、表現行為や集会などの憲法上原則的に保護される行為を直接に規制対象とする法令よりも少なく、そのような法令違憲を第一次的なものとする考え方による限りは、その適用が惹起する憲法問題が察知されにくいのである。

このような特性を有する刑罰法規の適用が憲法問題を惹起していることを敏感に察知するためには、常に規制を受ける被告人の行為の個別的な文脈に注意を払い、場合によっては適用違

憲の可能性があることを意識しておく必要がある。しかし、最高裁は適用違憲の考え方に消極的である。そうであるならば、最高裁は、これらの刑罰法規の適用に際して、言葉の上では憲法上の権利行使への制約を語っても、そもそも考えるべき憲法問題を発見できていない、あるいは、それを見て見ぬふりをしている可能性がある。

この推測が正しければ、最高裁は、憲法上原則的に保護される行為以外を規制対象に含む刑罰法規は法令としての存在そのものに憲法上の疑義がない以上、その犯罪構成要件に形式上・文言上該当する行為は、その当該刑罰法規の保護法益を多少なりとも侵害するものであろうから、それがあれば憲法上の権利行使を制約するのに十分であり、それを超えて制約の必要性・合理性を検討する必要はない、との発想に基づいて憲法判断を示している可能性がある。上掲の立川自衛隊官舎反戦ビラ配布事件や葛飾マンション政党ビラ配布事件、都立板橋高校事件の各最高裁判決で、被告人の公訴を提起された行為が刑罰法規の定める犯罪の構成要件に該当するという判断が必ず先に示され、それに続いて付け足し程度にしか憲法判断が示されないという判決文の構成からも、そのような発想を読み取ることができると思われる。

このような現状において、憲法上保護される行為以外も規制対象に含む刑罰法規の適用において、より実質を伴った憲法判断を最高裁に行わせるためには、いかなる処方箋が考えられるであろうか。筆者は、憲法上原則的に保護される行為への刑罰法規の適用が問題になっている以上、最高裁は、その行為への制約の必要性・合理性を個別的に慎重に検討する適用上の審査を正面から行い、適用違憲の考え方を積極的に活用すべきだと思う³⁴。しかし、上記の最高裁の発想に関する推測が正しいとするならば、その可能性は現状では低いものと考えざるをえない。処方箋たりうるためには何らかの工夫が必要である。その工夫の1つとして、本稿は、憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈という形のなかに適用違憲の考え方の活路を見出し、その手法を、釜ヶ崎威力業務妨害罪事件を素材にした刑法234条の解釈という実践を通じて鍛え、理論化することを試みたものである³⁵。

(2013年5月7日受理)

注

- ¹ 「はじめに」と「おわりに」を修正し、章立ての変更や注の追加をした他は、誤字・脱字、文章表現の修正はあるが、内容は最高裁に提出した意見書と同じである。
- ² 「『法秩序の統一性』とは、憲法、刑法、民法などの多様な法分野から構成されている法秩序に相互矛盾がないことを、より正確に言えば、これら個別の法分野が相互に矛盾・衝突を起こさないように解釈されるべきことを意味している」（松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』〔成文堂、2003〕123頁）。
- ³ 近年、憲法の規定と矛盾する刑罰法規の適用を回避するために、憲法論を踏まえた刑罰法規の解釈を行う手法を進展させる必要性に注目が集まっているように思われる。例えば、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012）64頁；佐々木弘通「表現行為の自由・表現場所の理論・憲法判断回避準則」同書246頁；藤井俊夫「適用違憲と法曹教育」同書364頁の各論文を参照。
- ⁴ 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012）424頁；山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010）543頁。
- ⁵ 西田・各論・前掲注4、424頁。
- ⁶ 松宮・前掲注2、123頁。
- ⁷ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）255頁・脚注71によれば、刑法230条の2は、230条1項の構成要件該当行為に関する違法性阻却事由を定めるものと解釈するのが刑法学上の通説である。
- ⁸ 憲法上の権利行使として刑法35正当行為であることを確認するその他の立法例としては、労働組合法1条2項がある。
- ⁹ 刑法35条の正当行為が憲法上の権利との衡量の枠組みとして機能したその他の裁判例としては、牧会活動事件判決（神戸簡裁判1975〔昭和50〕・2・20判時768号3頁）がある。
- ¹⁰ また、吉祥寺駅ビラ配布事件最高裁判決（最三小判1984〔昭和59〕・12・18刑集38巻12号3026頁）の補足意見においても、伊藤裁判官は、他人の権利を侵害する憲法上の権利行使は不当であるが、「形式的に刑罰法規に該当する行為は直ちに不当な侵害になると解するのは適当ではなく、そこでは、憲法の保障する表現の価値を十分に考慮したうえで、それにもかかわらず表現の自由の行使が不当とされる場合に限り、これを当該刑罰法規によつて処罰しても憲法に違反することにならないと解されるのであり、このような見地に立つて本件ビラ配布行為が処罰しうるものであるかどうかを判断すべきである」と述べている。
- ¹¹ 近年においては、刑法学上、従来の法益衡量説を進展させた優越的利益説を支持する学説が極めて有力になっている。例えば、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010）134頁；山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007）106頁；井田・講義前掲注7、256頁。
- ¹² 佐伯仁志「業務妨害罪」法学教室363号83頁（2010）83頁。
- ¹³ 浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール 刑法』（日本評論社、2012）515頁（森永真網執筆）。
- ¹⁴ なお、このような刑法234条の「妨害」の概念の解釈は、多くの裁判例とも合致するものである。裁判例においても、威力業務妨害罪は危険犯であると解釈されているが、「人の業務の円滑な遂行」への障害が現に生じるような実質を備えた行為にのみが「業務妨害のおそれ」を生じるものとされている。例えば、山口・各論・前掲注4、165頁によれば、威力業務妨害の構成要件に該当すると判断された事例として、デパートの食堂の配膳部に縞蛇をまき散らした事例（大判1932〔昭和7〕・10・10刑集11巻1519頁）、役員室内に侵入して団体交渉を強要した事例（最二小判1953〔昭和28〕・1・30刑集7巻1号128頁）、机の引出しに猫の死骸を入れ、これを被害者に発見させた事例（最二決1992〔平成4〕・11・27刑集46巻8号623頁）、営業中の商家の周りに板囲い設置した事例（大判1920〔大正9〕年・2・26刑録26輯82頁）、キャバレーの客席で牛の内臓をコンロで焼いて悪臭を放った事例（広島高岡山支部判1955〔昭和30〕・12・22

裁特2巻18号1342頁)、貨車に積載された石炭を落下させた事例(最一小判1957〔昭和32〕・2・21刑集11巻2号877頁)などが挙げられている。

¹⁵ 前掲の吉祥寺駅事件最高裁判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見も、このような考え方を前提にパブリック・フォーラム論を展開している。

¹⁶ 実際に、業務の性質の特殊性から、周辺の公道上でも「平穏さ」を保つために、周辺の公道上での集団的なアピール活動等を規制する場合には、立法者は特別な法律を制定している。業務の性質の特殊性からことさらに公道上の平穏さが要求される場合には、表現の自由の保障の意義を鑑みて、例外的に立法によって対処すべきであり、威力業務妨害罪の「妨害」の概念を拡大解釈することは慎まれるべきであろう。この点に関しては、石崎学「憲法21条1項と威力業務妨害罪——大阪高判平成24年12月12日、判例集未登載」龍谷法学第45巻第4号521頁(2013)、529-531頁を参照。

¹⁷ 山口・各論・前掲注4、156頁。また、大判1921〔大正10〕年・10・24刑録27輯643頁も参照。

¹⁸ 本段落の記述に関しては、山口・各論・前掲注4、157-158頁、162；佐伯・前掲注12、87-88頁を参照。

¹⁹ 風俗営業法に違反するパチンコ景品の買入営業の業務としての要保護性を認めた判決(横浜地判1986〔昭和61〕・2・18刑月18巻1・2号127頁)。

²⁰ 山口・各論・前掲注4、157頁。

²¹ 山口・各論・前掲注4、162頁。

²² この点は、弁護人が作成した本件の上告趣意書で強調されている点であった。

²³ 制度依存的な憲法上の権利という考え方に関しては、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(有斐閣、1993)95頁以下を参照。

²⁴ ただし、国政選挙および地方選挙において、本文の要件を充たすものであっても、例外的に国政選挙の選挙権を有しない者とされることがある(公職選挙法11条)。

²⁵ ただし、公職選挙法42条1項但書きで、「選挙人名簿に登録されるべき旨の決定書又は確定判決書を所持し、選挙の当日投票所に至る者があるときは、投票管理者は、その者に投票させなければならない」と規定されている。

²⁶ 地方自治法上の指定都市(地方自治法252条の19第1項)においては、選挙人名簿の調製および保管は、当該指定都市に設けられる区の選挙管理委員会が行うものとされている(公職選挙法149条の2第1項)。本件との関連では、本件当時の萩ノ茶屋投票区で使用された選挙人名簿の調製および保管は、大阪市西成区の選挙管理委員会によって行われたものである。

²⁷ 本稿では本件との関連で重要な日本国内に居住する有権者の登録の仕組みのみ確認すれば十分なので、在外選挙人名簿に触れずに、選挙人名簿への登録の仕組みのみを確認する。

²⁸ この現行法上の制度が有権者に投票の機会を確保する仕組みとして機能するものだとすると、そこには、日本国内に居住するすべての有権者が、いずれかの市町村の区域内に住所を有する住民として住民票を作成されうとのさらなる想定を見て取ることができる。しかし、住居喪失という貧困により安定した住所を確保できない者が現に存在する以上、この現行制度の想定は是非自体が問題になる。この点は、本件の重大な背景的な事情をなすものでもある。これに関しては、笹沼弘志「傷ついた公共性と『社会的なもの』：住居喪失と選挙権をめぐる」杉原康雄・樋口陽一・森英樹編『戦後憲法学と憲法：歴史・現状・展望〔長谷川正安先生追悼論集〕』(日本評論社、2012)361頁を参照。

²⁹ ただし、選挙人名簿に登録されていない者であっても、「選挙人名簿に登録されるべき旨の決定書又は確定判決書を所持し、選挙の当日投票所に至る者があるときは、投票管理者は、その者に投票させなければならない」(公選法42条1項但書)、また選挙人名簿に登録された者であっても「選挙人名簿……に登録されることができない者であるときは、投票をすることができない」(公選法42条2項)。

³⁰ ただし、国政選挙に関しては、有権者は、選挙人名簿に当該市町村の区域内に住所を有しない者としての表示がなされて以後4カ月を経過し、選挙人名簿への登録を抹消されるまでは、転出先の市町村の選挙人名簿に登録されていない限り、投票をなしうる(公選法施行令29条1項)。したがって、大阪市に

よる住民票の大量職権消除の対象になった者たちも、職権消除後4カ月を経過するまでは、国政選挙においては投票の機会を有していたと言いうる。

³¹ 法制度上は、住民票の消除処分、取消処分は大阪市の権限に属するものであり、選挙人名簿への表示あるいは登録の抹消処分、取消処分は西成区選挙管理委員会の権限に属するものであるが、投票日当日に実際には、両処分とも、大阪市の職員として身分を有する選挙管理委員会関係者が一括して行っていたようである。

³² 東京新聞2012年12月21日朝刊28面「震災瓦礫反対 また逮捕者」。

³³ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）656頁。

³⁴ 佐々木・前掲注3は、立川自衛隊官舎ビラ配布事件を素材に、適用上の審査を積極的に活用する必要性を強調する。

³⁵ 蟻川恒正は、2012年の国公法二事件判決（上掲・最二小判2012〔平成24〕・12・7〔堀越事件・世田谷事件〕）において、最高裁が国公法102条1項の「政治的行為」を限定解釈した行いについて、これを同判決の補足意見で千葉勝美裁判官が合憲限定解釈ではないとすることに呼応して、あえて「憲法適合的解釈」ではなく「合憲限定解釈」と性格づけるべきことを主張する（蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む」法セミ697号26頁〔2013〕30-32頁）。これは、同判決の実質を部分的違憲判断と径庭のないものと捉える立場から当該「限定解釈を殊更に憲法適合性判断としての一定の実質から遠ざけて性格づけようとする」ことへの違和感を反映しているものであるが、これに伴い、「合憲限定解釈」という概念それ自体を、「現在までの憲法理論が前提とする合憲限定解釈と同一のものであってはいけない可能性」にさらし、「生成中」のものとするに至っている（同32頁）。そして、蟻川は、この「合憲限定解釈」について敷衍して、国公法二事件の限定解釈を「形式はともかく実体判断の内実においては」国公法二事件で問題になった法を被告人に適用したら違憲であると言ったのと「必ずしも遠く隔たるものではない」と述べた上で、「本来は行為の側から『適用』の場面に定位して考察されるにふさわしい問題を法の射程ないし構成要件といった『法令』の問題として再構成しているところに、本判決の論理の巧みさがあるように思われる」、「この意味での『適用』と『法令』の境界に存するのが、ここでの『合憲限定解釈』である」と言う（同34頁注18）。合憲限定解釈という概念を蟻川論文が示す方向で生成すべきかどうかについては現時点では判断ができない。しかし、その「合憲限定解釈」の基にある発想は、本稿で筆者が適用違憲の考え方を刑罰法規という法令の解釈のなかで活かそうとしたことと近いのではないかと思われる。