

表現の自由と動機審査理論(1)

中 曾 久 雄

目 次

- 1 はじめに
- 2 表現の自由の優越的地位と表現内容規制・表現内容中立規制の区分
 - 2-1 表現内容規制
 - 2-2 表現内容中立規制
 - 2-3 合憲性判断基準（法学会雑誌 46 卷 1・2 号）
 - 2-4 表現内容中立規制
- 3 二分論の新たな展開
 - 3-1 二分論の根拠と表現の自由の原理論
 - 3-2 一元論から
 - 3-3 動機の観点からの二分論の再構築
- 4 むすび

1 はじめに

本稿では、前稿に引き続き¹⁾ 動機審査（政府の権利制限の理由を問う司法審査）の諸問題を取り上げ検討することを目的としている。今回検討するのは、表現の自由の領域における動機審査理論である。動機審査はアメリカにおいて生成し展開したものであるが²⁾ 日本においても、表現の自由の領域、とりわけ、

1) 中曾久雄「憲法 14 条と動機審査」愛媛大学教育学部紀要 59 卷（2012 年）221 頁。

2) 中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学 59 卷 1 号（2009 年）154 頁以下。

表現の自由の内容規制と内容中立規制の区分をめぐって、政府の動機に着目する理論が展開されている。本稿ではこうした議論に着目し、表現の自由の領域における動機審査理論の意義、そして、動機審査の観点からの表現の自由の意義を考察することにする。

2 表現の自由の優越的地位と表現内容規制・ 表現内容中立規制の区分

一般に、表現の自由は、人権のなかでも優越的地位を占めるとされている。そのために、表現の自由を制限する立法は、厳格な司法審査に服するとされている。具体的には、表現の自由の規制について、表現内容に基づく規制（表現内容規制）と表現内容に中立的規制（表現内容中立規制）とを区別して、前者には厳格な審査が、これに対して、後者には前者に比べて緩やかな審査が妥当するという考え方が一般的になっている³⁾。もっとも、こうした二分論に対しては批判も多い。例えば、表現内容の規制が多義的であり、また、表現内容中立規制について審査の程度を下げることには十分な理由が存在しないということが挙げられる。そもそも、二分論はもともとアメリカにおいて主張された理論である。確かにアメリカにおける二分論の展開は、日本における表現の自由の議論に対して多大な示唆を与えるものである。もっとも、日本における表現内容規制と表現内容中立規制二分論の在り方を考える上では、ダイレクトにアメリカの法理が妥当するというものではなく、「日本国憲法の下でふさわしい表現の自由の裁判法理は何かという問題」と関連し、「日本国憲法の構造と共にわが国における人権状況、表現の自由をめぐる社会状況ないし判例動向をも踏

3) 土井真一「表現の時・場所・方法等の規制」初宿正典・大石眞編『憲法 Cases and Materials 人権第2版』（有斐閣、2013年）323頁、安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本』（有斐閣、2012年）141頁（宍戸常寿担当）、大石眞『憲法講義Ⅱ 第2版』（有斐閣、2012年）277頁、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）21頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』（有斐閣、2010年）199頁、松井茂記『日本国憲法 第三版』（有斐閣、2007年）509頁、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2005年）207頁。

まえた」⁴⁾ 上での検討が必要であることは言うまでもない。以下では、日本における表現の自由の内容規制と内容中立規制の区分の在り方を概観することにした。

2-1 表現内容規制

表現内容規制とは、コミュニケーションが伝達するメッセージを理由に制限する規制のことであり、例えば違法行為を煽動する表現の禁止、国の秘密情報の公表の禁止などがそれに該当する⁵⁾。問題は、表現内容規制を判定するに際して、何がそのメルクマールとなるかである。この点、芦部信喜博士は、「内容規制に、見解 (viewpoint) によって差別的に取り扱う規制が含まれることは言うまでもない」としつつ、表現の主題 (subject-matter) による規制をいかに考えるかが問題になるという⁶⁾。表現主題による規制については、種々のものがあり、それを一律に表現内容規制として扱うことはできないとする⁷⁾。そこで、主題が狭く限定されている規制 (特定の争点に関する言論に限って対象とする規制) と主題が狭く限定されていない規制 (広い種類の言論を切り離し一括対象とする規制) を区別して、前者を表現内容規制とするという Stone 教授の立場と同じ方向性を示している⁸⁾。これに対して、例えば、ちらし配り、電柱への広告掲示、他人の所有物への広告板掲示などの特定の型 (format) の表現は、「厄介な側面」はあるとしつつも、表現内容中立規制であるとしている⁹⁾。もっとも、これらの規制は、外観上表現内容中立規制であるとしつつも、①規制によって公的討論の全体量が減少する程度と、②規制によって特定の個人もしくはグループの自由な表現活動の重要な機会が制限される程度を考慮する必要性

4) 市川・前掲注3) 208頁。ただし、判例はこれまで表現の自由の制限を緩やかに審査し、しかも、近年では緻密な理由づけで合憲判断を正当化していることが批判されている。本秀紀編『憲法講義』(日本評論社、2015年) 378頁(塚田哲之担当)。

5) 市川・前掲注3) 208頁。

6) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000年) 405頁。

7) 芦部・前掲注6) 406頁。

8) 芦部・前掲注6) 406頁。

9) 芦部・前掲注6) 407頁。

があるという¹⁰⁾

いかなる規制を表現内規制とするのか、あるいは、表現内容中立規制とするのかについての判断基準は一樣ではない。松井茂記教授は、プロセスの憲法観及びプロセス的司法審査理論という観点から、表現の自由は政治参加のプロセスに不可欠な権利であるために、裁判所により手厚く保護されるべきであるという¹¹⁾しかも、手厚く保護されるべきは、すべての表現の自由であって、それぞれの表現が異なる表現の価値を有しているために、表現の自由における価値の序列を否定する。そのために、表現であるのに、それが表現の価値を欠くとして憲法的保護の射程外とするのも妥当ではないとする。そもそも、憲法は、表現の自由一般を保障しており、その趣旨は表現の価値・危険性を表現者と表現の受け手の判断に委ねるものであり、裁判所を含めて政府が表現内容について判断することを原則として禁止したものであるとする¹²⁾このことを前提として、表現の自由の制約については、制約類型に応じた合憲性判断基準が妥当するという。とりわけ、問題となるのは表現内容規制である¹³⁾表現内容規制の典型とは、「政府が一定の思想・見解を狙い撃ちする制約である」とする。しかし、たとえ特定の見解が狙い撃ちでなくとも、「政府が一定のカテゴリーの表現内容を特定して制約している場合にも危険性は強い」とする。一定のカテゴリーの表現内容を制約することは、「表現市場からそのカテゴリーを排斥する効果」を有することにつながるからである¹⁴⁾このように、松井教授は、表現内容規制について、「特定の見解を狙い撃ちした制約も一定の表現カテゴリーを対象とする制約も」、表現内容に基づく制約に該当するという¹⁵⁾

10) 芦部・前掲注 6) 406～407 頁。

11) 松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣, 2007年) 446 頁。

12) 松井・前掲注 11) 447 頁。

13) 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣, 1994年) 311 頁。

14) 松井・前掲注 11) 448 頁。

15) 松井・前掲注 11) 448～449 頁。松井茂記「最高裁判所の憲法判例の世紀」佐藤幸治・初宿正典・大石真編『憲法五十年の展望Ⅱ－自由と秩序－』(有斐閣, 1998年) 259 頁。

2-2 表現内容中立規制

表現内容に向けられていない制約とは、表現内容、表現の伝達するメッセージとは関係のない制約であり、¹⁶⁾ 2つの類型がある。1つは、表現行為の時・場所・態様を内容中立的に制約している場合である。そして、今1つは、それ自体としてみれば表現行為に向けられていない制約が、表現と結びついた行為に適用される場合である。¹⁷⁾ 後者の制約については、象徴的表現と行動を伴う表現が包含されている。まず、象徴的表現とは、言葉によらず行為により思想を伝達するものである。そのために、「言葉によらないコミュニケーション行為」と称されている。¹⁸⁾ 問題は、それが表現として保護されるための条件である。この点については、「特定のメッセージを伝える意図が存在し、かつ、四囲の状況からみて、そのメッセージが表象物を見た人によって理解される蓋然性は大きい」ことがその条件とされている。そして、当該象徴的表現の保護の程度は、当該事案に適用される法規の真の目的が思想の伝達効果を禁止し処罰することにあるか否かにより決定される。この点を明らかにしたのが、O'Brien¹⁹⁾ テストである。²⁰⁾ 次に、行動を伴う言論とは、「それ自体はコミュニケーションとは見なされないかもしれない行為と一緒になされた言葉による思想の表明」であり、象徴的表現とは概念上区別される。この概念は、1960年代において合衆国の判例において用いられたものである。「特定の行為を伴って（それと結びついて）行われる思想の表明」を純粹言論と区別して、低次元の表現と捉え、規制の対象としても違憲とならないという結論を導くために用いられたものである。もっとも、純粹言論と行動を伴う言論を区別できるかについては、疑問も投げかけられている。ただ、象徴的表現それ自体も、言葉によらず行為によ

16) 芦部・前掲注6) 431頁。

17) 松井茂記『マスメディア法入門 第4版』（日本評論社、2008年）206頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）230頁。

18) 芦部・前掲注6) 432頁。

19) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968). 本件では、ベトナム戦争に抗議して徴兵登録証明書を焼却した行為を象徴的表現であるとされた。

20) 芦部・前掲注6) 432頁。

る表現であるとはいえ、思想の表明という言論の部分と、非言論の部分とが、「一つの行為に結合した形の表現行為」であるがゆえに、行動を伴う表現と共通する側面が存する。しかも、象徴的表現が問題になる場合に適用される基準である O'Brien テストは、言葉によるコミュニケーション以外にも広く適用されるようになり、象徴的表現と行動を伴う表現を区別する実益はなくなってきている²¹⁾

2-3 合憲性判断基準

次に、合憲性判断基準である。表現内容規制は、原則として許されず、表現内容規制を行う立法に対しては厳格な審査が妥当することになる。表現内容規制に対して適用される審査の典型として挙げられるのが、「明白かつ現在の危険」の基準である。この基準はもともとアメリカで誕生したものである。アメリカにおいて、この基準は、個々の事件で表現が重大な害悪を発生させる、「明白かつ現在の危険」がなければ、表現を制約することは許されないとするだけでなく、表現の自由を制約する法律は、「明白かつ現在の危険」を有する表現だけを限定的に制約していなければならぬと理解されるようになった。そうでなければ、当該法律は過度に広汎であって、文面上無効だとされるようになったのである。こうして「明白かつ現在の危険」基準は、表現の自由を手厚く保護する基準として機能したのであった²²⁾ この基準は、ある表現行為が社会に対して実質的な害悪を引き起こす明らかに差し迫った重大な危険が存在する場合には、はじめてその表現行為を制約することが許されるというものとして理解され、日本国憲法下においても妥当するとされている。この基準は、規制する政府に対して危険の切迫性・重大性及び規制手段の必要不可欠という極めて厳格な要件の論証を要求するものとされている²³⁾ として、この基準が妥当する領域として挙げられるのが、犯罪又は違法行為を煽動する表現を処罰する破壊活動

21) 芦部・前掲注6) 433頁。

22) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）262頁。

23) 市川・前掲注3) 209頁。

防止法 38 条・40 条である。最高裁は一貫して、破壊活動防止法に基づく処罰の合憲性を支持している²⁴⁾

また、性表現や名誉毀損の表現については、表現の自由は最大限保障されるべきだという趣旨を基本にして、わいせつや名誉毀損の範囲をしぼり、その上で具体的事情をも衡量して判断する定義づけ衡量 (definitional balancing) の手法によるべきであるとされている²⁵⁾そして、判例もそうした傾向にある。「四畳半襖の下張」事件判決において²⁶⁾「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、それが『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、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』…といえるか否かを決すべきである」としている。本判決は、二審判決が示した基準を踏襲しつつ²⁷⁾文書のわいせつ性判断の方法という観点から判示することで、「悪徳の栄え」事件判決によって示された全体的考察方法の具体的内容を明らかにしようとしている²⁸⁾その意味で、本判決は現在の判例の到達点として位置付けられる²⁹⁾本判決ではわいせつの判断基準を明確化することで、わいせつとされる表現について限定を加える方向性を示しており³⁰⁾それは表現の自由に対

24) 最判平成 2 年 9 月 28 日刑集 44 卷 6 号 463 頁、最判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁、最判昭和 33 年 2 月 21 日刑集 16 卷 2 号 107 頁、最判昭和 27 年 1 月 9 日刑集 6 卷 1 号 4 頁、最判昭和 24 年 5 月 18 日刑集 3 卷 6 号 389 頁。

25) 高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、2017 年) 272~273 頁。

26) 最判昭和 55 年 11 月 28 日刑集 34 卷 6 号 433 頁。

27) 東京高判昭和 54 年 3 月 20 日判例時報 918 号 17 頁。

28) 建石真公子「わいせつ概念の再構築」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選 I 第 5 版』(有斐閣、2007 年) 121 頁。

29) 曾我部真裕「わいせつの判断方法(2)」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法 増補版』(信山社、2014 年) 138 頁。

30) 市川・前掲注 3) 314 頁。

する法令に明確性を求めるという裁判所の認識の反映であり³¹⁾ こうした点については評価できよう。もっとも、本判決では、わいせつ性判断の拠所となる社会通念について、「その時代の健全な社会通念」という現実的方向性を示した。それにより、「ただでさえ不明確な社会通念の内容やその判断方法に関する混乱はなお深まった」側面がある。結局のところ、社会通念に基づく総合衡量では、わいせつ性の判断方法が従来に比べて明確化されたとはいえ、なお不十分であるといわざるを得ない³²⁾

そこで、わいせつの処罰範囲を緩和し、一定限度のものについては可罰性を否定する方向性が必要となってくる³³⁾。この点において、ビニール本事件³⁴⁾における伊藤正巳裁判官の補足意見は、そうした方向性を示すものである³⁵⁾。伊藤裁判官の補足意見は「いわゆるハード・コア・ポルノと、それにはあたらないが、『猥褻』的要素のつよいもの」と「準ハード・コア・ポルノ」を区別する。前者は「特定の思想や意見を伝達するものとはいえ、社会的価値を欠いているか、または法的に評価できる価値をほとんどもつものではない」とする。これに対して、後者は「当該性表現によってもたらされる害悪の程度と右作品の有する社会的価値との利益較量が不可欠となるわけである」としつつ、以下の2点に注意する必要があるという。「第一点は、当該作品が単に娯楽的価値を有するにすぎない場合はともかく、それが、政治的言論を含んでいたり、学問的・芸術的価値を有する場合には、右の利益較量がとくに慎重になされるべきであるということである。政治的言論の自由や学問・芸術上の表現の自由は、憲法二一条の保障のまさに核心をなすものであって、憲法上最大限の尊重を必要とするものであるから、いやしくも『猥褻』の取締りに名を籍りて、政治的言論や学問・芸術上の表現の自由に対する不当な抑圧を是認するようなことは、許されないというべきである。その第二点は、社会通念について社会の実態が流

31) 伊藤正巳『憲法 第三版』(弘文堂, 1995年) 312頁。

32) 曾我部・前掲注29) 138頁。

33) 市川・前掲注3) 315頁。

34) 最判昭和58年3月8日刑集37巻2号15頁。

35) 市川・前掲注3) 316頁。

動的であることを認め、普通人がこのような性表現に接してことさら刺激を受けなくなる馴れの現象や、通常人においてそのような表現が社会に広く提供されている事実を(積極的であるにせよ消極的であるにせよ)うけいれている状況、さらには取締り当局がこのような社会の状況に応じて準ハード・コア・ポルノの流通を放任している事情などを考慮することが求められ」とする。伊藤裁判官の補足意見はわいせつ概念の精緻化の試みであると評価されている³⁶⁾。ただ、批判がないわけではない。ハード・コア・ポルノを一律に表現の自由の範囲外であるとしてよいのか、また、準ハード・コア・ポルノについては、「害悪」とは何かが不明確であり、当該作品が有する社会的価値は受け手が判断すべきであって裁判所による利益衡量は不相当ではないかと指摘されている³⁷⁾。さらに、わいせつ規制をめぐる根源的な問題はなぜわいせつ表現を処罰できるのかということである。依然、この問題に対する意識は存在していない³⁸⁾。

次に、名誉毀損についてである。名誉毀損についても、名誉毀損の範囲を絞る傾向にある。刑法上の名誉毀損罪については、名誉権と表現の自由とを調整するものとされる刑法 230 条の 2 が存在している。夕刊和歌山時事件³⁹⁾では、「刑法二三〇条の二の規定は、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をはかつたものというべきであり、これら両者間の調和と均衡を考慮するならば、たとい刑法二三〇条の二第一項にいう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」としている。この刑法 230 条の 2 の規定は、公共性、公益目的性、真実性の 3 要件を表現者

36) 根本猛「わいせつ文章頒布等禁止と表現の自由」堀部政男・長谷部恭男編『メディア判例百選』(有斐閣、2005年)119頁。

37) 曾我部真裕「わいせつの判断方法(3)」憲法判例研究会・前掲注 29) 139頁。

38) 市川・前掲注 3) 316頁。そのために、最高裁が依拠する社会通念それ自体にもより詳細な説明が必要であるといえよう。小谷順子「表現の自由と性表現の自由」辻村みよ子・山元一・佐々木弘通編『憲法基本判例-最新の判決から読み解く』(尚学社、2015年)165頁。

39) 最判昭和 44 年 6 月 25 日刑集 23 卷 7 号 975 頁。

たる被告人が証明した場合には、たとえ相手の社会的評価を低下させた場合でも、処罰しないというものである。真実性の証明については、真実と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」名誉毀損罪は成立しないとしている。表現の自由に配慮して刑法 230 条の 2 の規定を拡大解釈し、真実性の要件を緩和した。真実性の証明は、表現者に当該表現が真実であることの証明を求めるというよりも、むしろ、真実と誤信したとしてもやむを得ないと考えられるとする相当の理由を提示させるものとなったのである⁴⁰⁾ また、公共性の要件については、月刊ペン事件⁴¹⁾において、「私人の私生活上の行状であっても、そのたずさわる社会的活動の性質およびこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として」公共の利害に関する事実にあたる場合があるとす。さらに、『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたるか否かは、摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべきものであり、これを摘示する際の表現方法や事実調査の程度などは、同条にいわゆる公益目的の有無の認定等に関して考慮されるべきことがらであって、摘示された事実が『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたるか否かの判断を左右するものではない」としている。同判決は、「私人の私生活上の行状」が公共性に該当するかどうかは、その者の社会的活動の性質・影響力を考慮して判断されるべきことを明らかにしている。このように、刑法 230 条の 2 の規定は、定義づけ衡量により名誉権と表現の自由の衝突の調整法と機能している⁴²⁾

刑法 230 条の 2 において提示されている免責法理は、民事上の名誉毀損にも妥当する。「署名狂やら殺人前科」事件⁴³⁾では、「民事上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、

40) 松本和彦「名誉毀損と表現の自由」佐藤幸治・土井真一編『憲法 I 基本的人権』（悠々社、2010 年）95 頁。

41) 最判昭和 56 年 4 月 16 日刑集 35 卷 3 号 84 頁。

42) 松本・前掲注 40) 96 頁。

43) 最判昭和 41 年 6 月 23 日民集 20 卷 5 号 1118 頁。

右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するのが相当であり、もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないものと解するのが相当である(このことは、刑法二三〇条の二の規定の趣旨からも十分窺うことができる。)」とされている。

また、意見・論評によっても名誉毀損は成立する。しかし、意見・論評の前提となる事実が公共の利害に関するものであり、公益目的であり、かつ、意見・論評の前提となる事実が真実であるか、真実であると信じたことに相当の理由があれば、論評が公正である限りは、名誉毀損は成立しない、という公正論評の法理(フェア・コメントの法理)が妥当するとされている。この点は、長崎教師批判ビラ事件⁴⁴⁾において、「公共の利害に関する事項について自由に批判、論評を行うことは、もとより表現の自由の行使として尊重されるべきものであり、その対象が公務員の地位における行動である場合には、右批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあっても、その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠くものというべきである」とされ、公正な論評の法理が採用されている。それは、その後にも踏襲されることになる。このように、判例は、表現の自由についての憲法解釈を全面的に展開はしないものの、公共の利害に関する事項について、表現の自由に配慮して、名誉毀損の成立する範囲を限定している⁴⁵⁾

44) 最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁。

45) 市川・前掲注3) 322～323頁。