

表現の自由と動機審査理論(2)

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 一元論からの批判（47 卷 1 号）
 - 3-3 動機の観点からの二分論の再構築
- 4 むすび

2-4 表現内容中立規制

表現内容中立規制とは、表現内容あるいはメッセージの伝達効果と関係なしに表現を規制するために、一般的に、表現内容規制に比べて、緩やかな審査が妥当するとされている。表現内容中立規制の場合には表現内容規制とは異なり、政府による表現内容に対する判断が存在しないため、恣意的で抑圧的規制が行われる危険性は高くないといえる⁴⁶⁾。このような規制の場合、合憲性判断基

46) 松井・前掲注 11) 448~449 頁。

準は結果ないし危険性を考慮したものとならざるをえない。それゆえ、重要な政府利益を達成するための必要最小限度の制約であれば、内容中立的な制約は許されるということになる⁴⁷⁾

そして、合憲性判断基準としては、LRAの基準が妥当するとされている⁴⁸⁾。この基準の特色は、次の点である。①政府が、とくに精神的自由を間接的に規制する場合、すなわち自由の内容に直接かかわりのない実質的で正当な利益を追求する場合に、主として用いられる。②規制目的について、「十分に重要利益」の存在の証明が可能で、規制を行う政府の側に権利・自由に対して一定の制約を加える理由はあるが、広汎な規制手段をとる実質的利益が認められるかどうか、裁判所が種々の要件を衡量して決定する場合に用いられる。規制手段が広汎でも、規制目的と手段との間に合理的な関連がない場合、あるいは規制手段があまりにも広汎にすぎ、当然に他に制限的でない手段の存在が明白であるような場合には、この基準は適用されない。③衡量は、規制を受ける権利・自由の側により大きな比重が置かれた上で行われるのであり、規制を行う政府の側に規制手段の正当性（より制限的ではない他の選びうる手段が利用できないこと）を証明する重い責任が負われる。この点において、この基準は「明白かつ現在の危険」の基準と基本思想を等しくする。④衡量の結果、立法の意図する利益が個人の権利・自由に対してより厳しくない制約を課するであろう他の選びうる手段によっても達成することができると判定される場合には、当該広汎な規制立法は違憲とされる⁴⁹⁾。このように、LRAの基準とは、「立法目的は表現内容には直接かかわりのない一定の正当な利益を追求している点で『十分に重要なもの』として是認できるが、規制手段が広汎である点に問題のある法令について、立法目的を達成できる他のより制限的でない手段の有無を具体的に審査することによって、違憲か合憲かの結論を導き出す基準である」。それは「立法者に、表現の自由の不必要な制約を避けるよう、立法目的を達成す

47) 松井・前掲注11) 449頁。

48) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）233頁。

49) 芦部・前掲注48) 233～234頁。

るために必要な最小限度の規制手段－『注意深く定められた手段』－を用いることを要求する基準だと言うことができる」のである⁵⁰⁾

判例の立場は必ずしも明確ではないが、表現内容規制と表現内容中立規制の二分論に依拠していると見られる判決もある。ただ、その場合には学説の主張する LRA の基準ではなく、緩やかな合憲性判断基準が適用されている⁵¹⁾

その典型例として挙げられるのが、公務員の政治的行為の合憲性が争われた猿払判決⁵²⁾である。公務員の政治的行為の禁止について、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り」合憲という前提のもと、以下の3つの点を検討すべきとした。「禁止の目的」、「この目的と禁止される政治的行為との関連性」、「政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」である。猿払判決の核心は「政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」であり⁵³⁾ここでは意見の表明と行動の区別が、直接的規制と間接的・付随的規制の区別に重ねられており、緩やかな審査を導いている⁵⁴⁾この点について、学説の批判が集中している⁵⁵⁾

次に、戸別訪問禁止規定⁵⁶⁾(公職選挙法 138 条 1 項)の合憲性が争われた事案である。ここでは、猿払基準をダイレクトに適用し、合憲の結論を導いてい

50) 芦部・前掲注 48) 234 頁。

51) 市川・前掲注 3) 211 頁。

52) 最判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁。

53) 高橋和之「審査基準の理論的基礎 (上)」ジュリスト 1363 号 (2008 年) 71 頁。

54) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』(日本評論社, 2016 年) 243 頁 (宍戸常寿担当), 手塚崇聡「公務員の人権」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) 40 頁, 橋本基弘「公務員の政治活動の自由－猿払事件最高裁判決」工藤達明編『憲法判例インデックス』(商事法務, 2014 年) 63 頁, 曾我部真裕「間接的制約・付随的制約」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室』(日本評論社, 2012 年) 64 頁, 宍戸常寿「『猿払基準』の再検討」法律時報 83 卷 5 号 (2011 年) 24 頁。

55) 石村修「猿払事件」石村修・浦田一郎・芹沢斉編『時代を刻んだ憲法判例』(尚学社, 2012 年) 180 頁, 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981 年) 210 頁。

56) 昭和 56 年 6 月 15 日刑集 35 卷 4 号 205 頁。

る。本判決は、まず、「戸別訪問の禁止は、意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のもたらす弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、選挙人の生活の平穩を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなるうえに多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もって選挙の自由と公正を確保することを目的としている」とする。そして、「目的は正当であり、それらの弊害を総体としてみるとときには、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるということが出来る」としている。その上で、「戸別訪問の禁止によって失われる利益は、それにより戸別訪問という手段方法による意見表明の自由が制約されることではあるが、それは、もとより戸別訪問以外の手段方法による意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいということが出来る」として、公職選挙法 138 条 1 項は憲法 21 条に違反するものではないと結論づける。

判例における間接規制・付随的規制と学説の主張する表現内容規制と表現内容中立規制には一定の距離がある⁵⁷⁾学説は表現内容中立規制についても比較的厳格な合憲性判断基準を妥当させようとするが⁵⁸⁾判例は、間接規制・付随的規制に着目することでそれが合憲判決を導く理由になるということである⁵⁹⁾猿払判決では、政治的行為の禁止について、「意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止する」間接的・付随的制約であるとして、失われる利益の少なさが強調され、結果として、得られる利益の方が重要であるとされてしまっている⁶⁰⁾このように、間接規

57) 市川・前掲注 3) 330～331 頁。

58) 市川・前掲注 3) 330 頁。

59) 長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状』(有斐閣, 2012 年) 241 頁。

60) 市川・前掲注 3) 327 頁。

制・付随的規制は、「経済的自由を規制する立法および租税ないし経済活動規制に関する差別的措置等の合憲性を判定するさいに適用される」合理性の基準と同等ということになる⁶¹⁾。他方で、戸別訪問禁止規定の合憲性が争われた事案の判決では、猿払判決に比べて、精緻な枠組みを採用しているように見えるが、実際には緩やかな審査を妥当させている⁶²⁾。目的は正当としつつ、戸別訪問の禁止が目的を実現するための必要最小限度の手段であるか否かの検討を行っていない。戸別訪問が選挙における買収や利害誘導の温床となる可能性がどれほど高いのか、それらを防止するために戸別訪問の禁止をすることがどれほど必要であるのか、選挙人の生活の平穏を守るための手段が他にないのか、選挙人の生活の平穏を守るために戸別訪問の禁止がどれほど必要なのかについては検討を加えてはいない⁶³⁾。

しかし、問題は、それだけではない。猿払判決の射程は拡大して⁶⁴⁾公務員の権利制限のみならず⁶⁵⁾表現活動一般に妥当している⁶⁶⁾。そこでは、一見したところ表現内容規制のようではあるが、表現活動から派生する間接的効果を抑止するための付随的規制として扱うべきだとする考えが適用されることとなった⁶⁷⁾。それゆえに、間接的・付随的規制は、表現の自由の保障を狭めることにつながったのである⁶⁸⁾。

なお、近年、間接的規制・付随的規制の区分については、注目すべき動きがあった。それは堀越事件判決の登場である。本件は、社会保険事務所に勤務し

61) 芦部・前掲注 55) 245～246 頁。

62) 市川・前掲注 3) 330 頁。

63) 市川・前掲注 3) 330 頁。

64) 渡辺康行「憲法訴訟の現状」法政研究 76 卷 1 = 2 号 (2009 年) 46 頁。

65) 最判平成 23 年 5 月 30 日民集 65 卷 4 号 1780 頁、最判平成 19 年 7 月 15 日判例時報 1875 号 48 頁、最判平成 7 年 7 月 6 日判例時報 1542 号 134 頁。

66) 最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁、最判平成 5 年 3 月 16 日民集 47 卷 5 号 3483 頁。

67) 長谷部・前掲注 59) 243 頁。

68) 市川・前掲注 3) 331 頁。なお、学説上の表現内容規制と表現内容中立規制と間接的・付随的制約論は全く異なり、また、間接的・付随的制約論は表現の自由の優越的地位と両立しえないと指摘されている。

ていた被告人が⁶⁹、休日に自宅周辺の民家やマンションのポストにビラを配布したことが国家公務員の政治活動を禁止している国家公務員法・人事院規則に違反するとして逮捕・起訴された事案である。本判決は、公務員の政治的行為を行うことに対して罰則により制限することの合憲性を判断するに際して、猿払基準（禁止の目的、目的と禁止される政治的行為との関連性、利益衡量）には明らかに依拠するものではない。本判決は、「本件罰則規定による政治的行為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どうかによることになるが、これは、本件罰則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せられるべきものである」とする。本判決が依拠するのは猿払基準における利益衡量ではない。本判決が依拠するのは、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件⁶⁹において提示された「自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきもの」とする利益衡量である。加えて、本判決では、人事院規則件罰則規定が「憲法 21 条 1 項、31 条に違反するものではない」ということが猿払判決「の趣旨に徴して明らかである」としているが、実際には、猿払基準は消え去っている⁷⁰（この点、学説は判例変更であると捉えている）⁷¹。

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

以上、表現内容規制と表現内容中立規制の意義とその適用について検討してきた。ではなぜ、学説は表現内容規制と表現内容中立規制を区別し、前者が後

69) 最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁。

70) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回 - 憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013 年）417 頁。

71) 木村草太「公務員の政治的行為の規制について」法律時報 85 卷 2 号（2013 年）82 頁。

者よりも厳格な審査を適用するべきとするのか。その根拠は、表現の自由の原理論と関連している⁷²⁾

まず、表現内容規制と狙い撃ちの関係についてである。表現内容規制は、特定の見解を狙い撃ちにするものであり、政府による表現抑圧の危険性が高い⁷³⁾。特に、権力に立つ側は「権力やその拠って立つ既存秩序を脅かしそうな言論は、可能なかぎり抑圧しようとする」⁷⁴⁾。そうすると、それは「正統な権力」による支配ではなく「裸の権力」の支配を認めることになる⁷⁵⁾。

次に、思想の自由市場の歪曲である。特定の内容や主題に関する表現を規制することは思想の自由市場を歪曲する効果を有することである。思想の自由市場が存在する前提としては、表現の良し悪しの判断は、市場における判断に委ねられるべきであるという考え方が存在する。政府が特定の表現を規制することによって、当該表現が思想の自由市場に登場しないことになれば、思想の自由市場は成立しない⁷⁶⁾。悪しき表現には、当該表現を規制するのではなく、当該表現を批判する「モア・スピーチ」でもって対処すべきであり、政府は原則として表現内容の良し悪しを判断する権限を持たないのである⁷⁷⁾。

次に、受け手の自律に対する影響である。表現の自由の保障は、受け手こそが表現内容の価値、適否等について判断する力を有しているという考え方、すなわち、受け手の自律を前提としている。それゆえに、表現内容が受け手に違

72) 棟居快行「表現の自由の意味をめぐる省察」ドイツ憲法判例研究会編『講座憲法の規範力 第4巻 憲法の規範力とメディア法』(信山社, 2015年)308~309頁, 阪口正二郎「表現の自由の「優越的地位」論と厳格審査の行方」駒村圭吾・鈴木秀美編「表現の自由I」(尚学社, 2011年)565頁。表現の自由の原理論については、見平典「表現の自由」曾我部真裕・見平典編『古典で読む憲法』(有斐閣2016年)228~238頁。

73) 阪口正二郎「表現の自由はなぜ大切か」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『なぜ表現の自由か: 理論的視座と現況への問い』(法律文化社, 2017年)19頁。

74) 浦部法穂『全訂 憲法学教室』(日本評論社, 2006年)148~149頁。

75) 阪口正二郎「表現の自由」辻村みよ子編『ニューアングル憲法』(法律文化社, 2012年)139頁。

76) 阪口・前掲注75)139頁。

77) 佐々木弘通「言論内容規制と内容中立規制」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年)118頁。

法行為を行わせる、あるいは、道徳的に墮落させるといったことを根拠にして表現内容を禁止することは、受け手を自律的個人として扱っておらず、許されないということになる⁷⁸⁾。このようなパターンリスティックな規制は、受け手の自律性を否定するものであって、表現の自由保障の前提と矛盾するのである⁷⁹⁾。

最後に、表現内容規制は政府の恣意的な規制が行われやすいが、これに対して、表現内容中立規制の場合には、表現行為と当該表現のもたらす害悪との関連性が明白であり、政府の規制が恣意的である可能性が低いことにある⁸⁰⁾。

このように、表現内容規制が許されないのは、健全な民主主義社会が何よりも回避すべきものである⁸¹⁾。そして、異論を提示する表現を保障するかどうか、当該社会が民主主義的な社会か、あるいは、非民主主義的な社会かを決定するに際しての指標となる⁸²⁾。

3-2 一元論からの批判

しかしながら、こうした形で表現内容規制と表現内容中立規制を区別する学説に対しては、いくつかの難点が指摘されている。表現内容中立規制も表現内容規制と同様に厳格な審査が適用されなければならないという立場（いわゆる一元論）からの批判である。一元論からの批判は以下のようなものである。

まず、二分論は表現内容中立規制が有する危険性・問題性を軽視するものであるとしている。表現内容中立規制も、表現内容規制と同様に、表現の全体量を減らし、また、情報の自由な流れを阻害する点において変わらない⁸³⁾。また、それは、表現の自由が有する機能、すなわち、民主的な過程の促進、真理への到達、個人の自己実現、自己統治を損うものである。特に、表面的には表現内

78) 佐々木・前掲注 77) 119 頁。

79) 市川・前掲注 3) 221 頁。

80) 阪口・前掲注 75) 139~140 頁。

81) 毛利透『表現の自由』（岩波書店、2008 年）332 頁。

82) 阪口・前掲注 75) 140 頁。

83) 市川・前掲注 3) 224 頁。同様の指摘として、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995 年）39 頁。

容中立でも、圧倒的に特定の见解や表現カテゴリーに不利益を及ぼす場合には、むしろそのことが意図されたのではないかと疑われるような場合がある⁸⁴⁾

次に、表現の時・場所・方法や表現手段の意義を軽視すべきではないということである。表現の時・場所・方法の意義は人によって異なり、特定の時・場所・方法での表現行為が重要な意義を有する場合がある⁸⁵⁾ 特定の時、場所、方法での表現行為を規制する場合には、情報の伝達が阻害され、また、情報の多様性が減少することになり、そのことを軽視すべきではない。このように、表現内容中立規制であっても、特定の個人、集団に影響を及ぼす場合は、内容差別的効果を有する⁸⁶⁾

次に、現在のような社会では、政府が表立って表現内容規制を行うことは考えにくい。政府が表現内容規制を行う場合には、表現内容中立規制を装って行われる可能性がある。そうすると、二分論のもとでは、多くの表現の自由規制が厳格な審査を免れる結果になってしまう⁸⁷⁾

最後に、より根本的な問題として、表現の自由は、自らの伝達したい情報について、自らの望む時・場所・方法で伝える自由を包含するものなのではないかということがある。自己実現の観点からは、こうした点が重要となる。自己が選択した特定の時、場所、方法での表現行為をすることによって、自己実現が保障されることになる。そうすると、安易に表現の時、場所、方法の規制は認められてはならないということになる⁸⁸⁾

84) 松井・前掲注 11) 449 頁、棟居・前掲注 72) 310 頁。

85) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅱ』（青林書院、1997 年）62 頁（浦部法穂担当）。同様の指摘として、上村都「集合住宅のドアポストへの政党ビラの配布と表現の自由」小山剛・畑尻剛・土屋武編『判例から考える憲法』（法学書院、2014 年）117 頁、青井未帆「ビラ投函のための共同住宅・敷地への立ち入りと住居侵入罪」高橋和之編『新・判例ハンドブック』（日本評論社、2013 年）48 頁、市川正人「第 21 条」芹沢齊・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011 年）106 頁、阪本昌成『憲法 2 基本権クラシック第四版』（有信堂、2011 年）159 頁。

86) 市川・前掲注 3) 225 頁。

87) 市川・前掲注 3) 226 頁。

88) 市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014 年）143 頁。