

# 表現の自由と動機審査理論(3)

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（47 卷 2 号）

### 3-3 動機の観点からの二分論の再構築—表現の自由の領域における動機審査理論の展開

そこで、近年、こうした二分論に新たな根拠をもって正当化する見解が有力に主張されている。表現内容規制を内容中立規制に比してより厳格に審査すべきだとする根拠を、表現内容規制における差別性の問題に求める。この見解によれば、「特定の思想や宗教を抑圧する権限濫用の危険の大きさを理由に」、表現内容規制を厳格審査すべきだとする<sup>89)</sup>。この見解が強調するのは、「国家機関が特定の思想・信条を持つ者への嫌悪感や蔑視感情から権力を濫用する危険の

存在」である。「国家機関たる個人も、様々な個人的信条を持っており、特定の思想・信条（とりわけ政府に批判的な思想・信条）を持つ者に嫌悪感や蔑視感情を持つことは十分にあり得る」といえる。この見解の特色は、表現の自由に対する「打撃」ではなく、「差別禁止の理念」から、表現の自由の規制に対する厳格審査を基礎づけるものである<sup>90)</sup>。そもそも、特定の表現に対する同意・不同意ゆえにそれを促進、抑圧しようという政府の意図に基づく規制、要するに、政府の違憲の動機に基づく規制は、民主主義過程の維持保全や自己実現といった表現の自由の機能ないし価値や、思想の自由市場論と明らかに矛盾するものである。表現の自由の保障は、表現内容の正しさ、適切さについては、政府ではなく国民の判断に委ねられるべきであるということを前提としており、政府は表現内容に対しては中立であるべきことが要請されるのである<sup>91)</sup>。この見解は二元論を完全に否定するわけではないが<sup>92)</sup>、表現内容規制と表現内容中立規制の区別を固定的なものとはせずに<sup>93)</sup>、柔軟な運用の必要性を主張する<sup>94)</sup>。両者の区分は「あくまで目安<sup>95)</sup>」として考えて、政府の側の動機に着目して、表現内容中立規制が本当に表現内容中立規制になっているか否かを慎重に検討していく方向性を示すものであるといえよう<sup>96)</sup>。こうした見解こそが動機審査理論と合致するものである。

89) 長谷部恭男『憲法 第5版』（新世社、2011年）199頁。

90) 木村草太「表現内容規制と平等条項－自由権から〈差別されない権利〉へ」ジュリスト1400号（2010年）101頁。

91) 市川・前掲注3）218頁。

92) 長谷部・前掲注59）237頁。二分論を定着させることが、表現の自由の保障の根幹を補強することにつながると指摘する。

93) 齊藤愛『異質性社会における「個人の尊重」』（弘文堂、2015年）154頁。

94) 新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ人権』（日本評論社、2016年）123頁（曾我部真裕担当）、毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ人権』（有斐閣、2013年）201頁（毛利透担当）、安西文雄「表現の自由の保障構造」安西文雄・青井未帆・浅野博宣・岩切紀史・木村草太・小島慎司・齊藤愛・佐々木弘通・宍戸常寿・林知更・巻美矢紀・南野森『憲法学の現代的論点 第2版』（有斐閣、2009年）382頁。

95) 阪口・前掲注75）140頁。

96) 村山健太郎「基地のある街」宍戸常寿編『憲法演習ノート』（弘文堂、2015年）192頁、大日方信春『憲法Ⅱ基本権論』（有信堂、2014年）153頁。

ただ、違憲の動機を直接的に特定することは困難であるので<sup>97)</sup>直接的に違憲の動機を特定する審査に代替するものが必要となる。そこで考えられるのが法律の文面に着目する手法である<sup>98)</sup>例えば、法律の文面上、特定の表現内容を規制対象として切り出される場合には、規制目的において違憲の動機が推定される。したがって、こうした場合に、政府が違憲の動機の不在を強力に証明しない限り、規制は違憲となる。他方で、表現内容中立規制であったとしても、それが重要な政府利益に資するものでなければ、違憲の動機の存在が疑われる<sup>99)</sup>

そして、こうした点に密接に関連するのが、立川ビラ配布事件判決<sup>100)</sup>である。本件の事案の概要は以下の通りである。被告人らは東京都立川市内の防衛庁官舎の各戸の新聞受けに、自衛隊のイラク派遣に反対する趣旨のビラを配布した。同宿舎の管理者(航空自衛隊立川支団長等)は警察に被害届を提出して、被告人らは住居侵入罪(刑法130条)で逮捕・起訴されたというものである。

本判決は、管理権の行使の重要性に依拠し<sup>101)</sup>『『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』が憲法に反しないとしている<sup>102)</sup>この判決に対しては、表現の自由の侵害を放置しているという批判がなされている<sup>103)</sup>ここでの問題は、法令それ自体は内容中立であるが、その運用が実質的に表現内容規制となっているということである<sup>104)</sup>そうした観点で、

97) 阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能－憲法と理由」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011年)165～168頁。

98) 村山・前掲注96)192頁。

99) 村山・前掲注96)192～193頁。

100) 最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁。

101) 棟居快行『憲法学の可能性』(信山社, 2012年)176～177頁, 小山剛『『憲法上の権利』の作法〔新版〕』(尚学社, 2011年)92頁。

102) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I 第五版』(有斐閣, 2012年)390頁(中村睦男担当), 阪口正二郎「防衛庁宿舎へのポスティング目的での立入り行為と表現の自由」法学教室336号(2008年)12頁。

103) 市川正人「自衛隊宿舎へのビラ戸別配布のための立入りと表現の自由」立命館法学311号(2007年)1頁。

104) 片桐直人・井上武史・大林啓吾『一歩先への憲法入門』(有斐閣, 2016年)188頁(大林啓吾担当), 大林啓吾「表現の自由と動機審査」千葉大学法学論集第30巻第3号(2015年)5頁。

本件を考察すると、以下の問題が浮かび上がる。まず、本件において管理者が掲示した「宿舎地域内の禁止事項」は、文面上、「ビラ貼り・配り等の宣伝活動」を含めて広くそれ以外の行為も禁止するものであった。この「禁止事項」が提示されたのは、自衛隊のイラク派遣に反対し、自衛官やその家族にイラク派遣に反対する特定のビラを立川宿舎に投函した直後のことである<sup>105)</sup>しかも、この禁止事項の提示にもかかわらず、被告人のビラ配布以外にも現実には多くのビラの配布が行われていた<sup>106)</sup>次に、本件における逮捕・起訴の恣意性である。特定のビラを排除するために、「権力にとって使い勝手のよい住居侵入罪が利用された」疑いが極めて濃厚である。そうすると、逮捕・起訴の理由を問うことも重要となってくる<sup>107)</sup>管理者が掲示した宿舎地域内の禁止事項は一般的なビラ配り配布の禁止のようにみえつつ、実際の規制が行われているのは被告人の配布したビラだけである<sup>108)</sup>

以上のような問題を応じるには、規制の中身、規制の動機に着目する必要がある<sup>109)</sup>動機審査の観点からすれば、本件で最も重要な点は、他のビラ配布者については被害届を出さず、特定のビラ配布についてのみ被害届を出しているということである<sup>110)</sup>これは管理者が特定のビラを排除することを狙いとするものであったことを認識している証左であるといえよう<sup>111)</sup>要するに、被告人の配布するビラが伝達するメッセージが不快、あるいは、ビラの伝達するメッセージが悪質であるという理由での規制<sup>112)</sup>ということになる。そして、それ

---

105) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』(日本評論社, 2014年) 135頁, 渋谷秀樹『憲法 第2版』(有斐閣, 2013年) 385頁。

106) 毛利・前掲注 81) 335~336頁。

107) 西村裕一「表現の自由論-その魔力からの解放について」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』(有斐閣, 2014年) 173頁, 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法-法律問題を読み解く 35の事例』(有斐閣, 2010年) 282頁。

108) 西村・前掲注 107) 172~173頁。

109) 大林・前掲注 104) 5頁。

110) 木村・前掲注 90) 100頁。

111) 木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』(日本評論社, 2015年) 240頁(木下智史担当)。

112) 木村・前掲注 90) 102頁。

こそが本件における真の動機ではないかということが疑われる。最高裁は、こうした動機にこそ着目すべきであったように思われる<sup>113)</sup>

## 4 む す び

以上検討してきたように、表現の自由の領域において動機審査を展開することが可能である。表現の自由における動機審査理論には以下の2つの意義が存在するように思われる。

第1に、表現の自由を規制しようとする政府の邪まな意図、すなわち、特定の表現を抑圧する政府の権限濫用の危険という観点から表現の自由を基礎づけ、表現内容規制と表現内容中立規制の在り方を方向づけるものである<sup>114)</sup>表現内容規制と表現内容中立規制の趣旨は司法審査の機械的な振り分けというよりも、違憲の動機を排除するものとして理解されることになる。違憲の動機に基づく表現規制は、表現の自由の基本的趣旨に強く反することになる。違憲の動機に基づく規制は、民主主義過程の維持保全、自己実現、といった表現の自由の価値や表現の自由の根底にある思想の自由市場と抵触することになる<sup>115)</sup>特に、表現内容規制の場合には、「特定の思想を是認しない政府がその流通を阻害する意図に基づいてなされる蓋然性が高いことから、裁判所としては厳格な審査を行ない、必要不可欠な目的を実現するために厳密に設計された手段を採用する規制のみを正当な規制として認めるべき理由がある<sup>116)</sup>」ということになる。また、表現内容中立規制であっても、立川ピラ配布事件に見られるように強い差別効果を有し、特定の表現を抑圧する場合には表現の自由に対する重大な制約となり許容されないことになる<sup>117)</sup>動機審査理論は、表現内容規制と表現内容中立規制の区分を否定するものではなく、<sup>118)</sup>この区分を定着させ表現

113) 大林・前掲注104) 4頁。

114) 木村・前掲注90) 101頁。

115) 市川・前掲注3) 218頁。

116) 長谷部・前掲注59) 236頁。

117) 市川・前掲注3) 225~226頁。

の自由の保障をより強固なものにしようとするものである<sup>119)</sup>

第2に、動機審査理論は表現内容規制と表現内容中立規制の区分を違憲の動機と関連づけるものであったが、同時に、それは表現の自由の機能（表現の自由の保障は何を意味するのか<sup>120)</sup>）をいかに考えるかとも密接に関連する。表現の自由には、個人の利益には還元することのできない、統治の在り方に関わる客観法的側面が存在している<sup>121)</sup>。確かに、表現の自由は自由権ではあるが<sup>122)</sup>自己統治を支える参政権的性格も有しており複合的な性格を併せ持つものである<sup>123)</sup>。表現の自由は「情報流通の全過程」にかかわり<sup>124)</sup>、統治の在り方とも関連している<sup>125)</sup>。自己統治や思想の自由市場は「広範な社会的サーキュレーション」<sup>126)</sup>を前提とするものである。こうして表現の自由を客観法として捉えた場合、そこで重要なのは情報流通のシステムの維持である<sup>127)</sup>。表現の自由には、表現の自由が社会全体にもたらす便益、公共財としての意義が存在する。表現活動が社会全体にもたらす便益は、「個人の自律的な生き方を実質化する生活の基本となる情報の提供や、多様な思想や生き方を相互に許容する寛容な社会を再生産」するということである。多様な事実、思想、感性についての知識を得ることは、人々が実質的な選択の自由を享受し、自らの人格を発展させるために必要不可欠な条件であり、また、多様な考え方や生き方の存在を知ることによって、寛容の精神が養われることになる<sup>128)</sup>。それと同時に、表現の自由が国家の立法過程や行政過程に不可欠のものである。このような表現の自由の機能に着目すれば、政府は特定の表現のみを尊重し、あるいは、逆に、特定の表現を

118) 長谷部・前掲注59) 237頁。

119) 長谷部・前掲注59) 237頁。

120) 市川・前掲注3) 232頁。

121) 西村・前掲注107) 174頁。

122) 駒村・前掲注70) 254頁。

123) 駒村・前掲注70) 254頁。

124) 駒村・前掲注70) 253頁。

125) 駒村・前掲注70) 255頁。

126) 駒村・前掲注70) 253頁。

127) 駒村・前掲注70) 256頁。

128) 長谷部・前掲注89) 193頁。

差別することは許されないことになる。<sup>129)</sup> 表現規制立法は立憲主義はもとより国家の意思そのものを剝奪することにもなる。<sup>130)</sup> そうなると、ここで重要なのは表現の自由の価値というよりも、むしろ、いかにして政府の「恣意的な権力行使」<sup>131)</sup> を統制するかである。

このように、表現内容規制と表現内容中立規制の区分を違憲の動機と関連づけることは、表現の自由の客観法的機能にスポットライトを当ててるものである。多様で豊かな情報の流通を維持することが重要であるからこそ、個々人に対して伝達したい情報を自己の望む方法で伝達することの保障の重要性が浮かび上がる。<sup>132)</sup> ここに表現の自由を保障する意義が存在する。

---

129) 西村・前掲注 107) 176 頁。

130) 棟居・前掲注 72) 308 頁。

131) 西村・前掲注 107) 172 頁。

132) 西村・前掲注 107) 172 頁。ここに表現の自由が他の法益に優越する理由がある。