

【研究ノート】

表現の自由とその制約

目次

- 一 問題の所在
- 二 検閲の禁止の原則
- 三 明白かつ現在の危険の原則
- 四 明確性の原則
- 五 LRAの原則
- 六 おわりに

圓
谷
勝
男

一 問題の所在

近現代憲法の諸原則の中で、基本的人権の保障が中枢的地位を占めるのは、立憲主義形成の歴史的由来から当然の帰結といえる。特に、その根源的立場に個人の尊重主義を位置づける理念の下に於いては、精神的自由権がとりわけ重視されなければならない。すなわち、価値の多元（相対）主義を基盤とする民主的体制では、精神的自由権の一つの類型である表現（言論）の自由権は、最大限に保障されなければならないことは言うまでもない。

例えば、仏革命（一七八九年）の、「人権宣言」¹ 一条で、「思想および意見の自由な伝達の自由は、人の最も貴重な権利の一つである。従って、すべての市民は自由に発言し、記述し、印刷することができる」（傍点筆者記入）と確認しているのは、それを象徴していよう。思想・言論が「国家からの自由」という枠組の下に、いわゆる「自由市場」の自律、自浄的規律に委ねられているのは、真実、真理が市場システムによって自然淘汰されるという、いわば自由哲学への信頼の証しであることは論をまたない。しかし、現実には国家の制約や規制が強化されていったのも歴史的事実である。¹

このような歴史的経過を踏まえて、現行憲法でも「表現の自由」（二二条）を高々と保障している。そして、その自由の法的構造内容は、第一に政治的表現行為の自由として、国民主権を実質化させていく機能手段として最も重視される権利と言われていることは周知の通りである。そして第二に、個人の自律と人格形成に関わる機能で、多様な表現形態を含む、いわば一種の自己決定の権利という側面をもつ。換言すれば、第一は「自己統治」

であり、第二は「自己実現」であり、両者の「表現の自由は、自己実現の価値を基本に置いた自己統治の価値によって支えられている」と総括でき、まさに民主社会の基本理念の重要な内容といえる。また、今日の情報社会では、マス・メディア等の報道の自由と関わって、第三の構成内容として「知る権利」が、法的構造に組み込まれていることは言うまでもない^③。

これ等の表現の自由は、同じ精神的自由の内心の自由と違って、対外的な社会性を含むので無制約に保障されるものでなく、内在的制約を受けることは周知の通りである。すなわち比較衡量ないし利益衡量などの手法で、人権対立の調整が図られるとするのが、学説・判例の通説である。そして、表現の自由をはじめとする精神的自由権は、同じ自由権でも経済的自由権と比較して、調整の上で優越的地位 (preferred position) を占めるものと解され、それ故にこの権利を制約する立法等の合憲性審査には、経済的自由に適用されると考えられている、いわゆる「合理性」の理由は妥当しないとする説が通説である。つまり合憲性審査には、より厳格な基準によって審査されなければならないという要請で、この対応の意味から、一般に「二重の基準 (Double standard) 論」^④が、憲法学説として広く支持されていることは周知の通りである。

この理論は、アメリカの判例集積の中で体系化されたもので、それ故に、司法審査に対しての基本的姿勢と対応を示す概念理論であり、この意味から権利それ自体の優劣を示す人権の価値の序列化でないことは言うまでもない。制限するには原則として許されず、制限するにしても他の権利よりも厳しい条件を必要とすると考えられるのである。そして、この理論の導入を支える根拠は、代表民主政の課程と表現の自由との深い関連であることはよ

く語られる。^⑥すなわち民主政の過程に於いて、この権利が不当に制約、制限されると民主政そのものが本来的に機能しないという経験則からの創設である。

つまり、表現の自由や選挙の公正が十分に確保されて、いわゆる代表民主政の機能なり権能が健全に維持されていけば、他の自由に対する不当な制約は議会によって矯正が可能であるという、いわば一種の道具的役割(担保的手段ともいえよう)を担う権利である故に、優位的地位があるという認識である。^⑦表現の自由は本質的に「ほとんどすべての他の形式の自由の母体であり、不可欠の条件である」(カードーズ)と語られ、しかも、それ故に歴史的経験より「こわれ易く傷つき易い」権利の側面を持つと解される。従って不当に制限されて、国民の知る権利が保障されない場合には、民主政の過程そのものが傷つけられるので、裁判所が積極的に介入して正常な運営の回復を要請しなければならないという主張である。このような理解から、表現の自由の制約では「通常の立法には認められる合憲性の推定は働かず、政府の側で合憲性を証明できない限りは違憲とされる」^⑧ばかりか、次のようなフィルターを通して、その合憲か違憲かが確認しなければならないと考えられている。すなわち規制立法の合憲性を判断する基準(いわゆる違憲審査基準)として、これまで主として検閲の禁止の原則(事前抑制の禁止)、明白かつ現在の危険の原則、明確性の原則、LRAの原則等が、判例、学説で示されているところである。表現の自由の許容度の目安であるこれ等の基準がどれだけ承認されているかは、その社会の民主的深化の程度を測定する尺度であるとよく語られる。基準の歴史的由来やその内容、さらに諸原則の相互の関係を、学説や判例を素材に検討しようとするのが、本稿の目的である。

- (1) 稻本洋之助「一九世紀フランスにおける『出版の自由』」東大社研編『基本的人権4』三二七頁以下参照。
 - (2) 芦部信喜『憲法Ⅲ人権(1)』二五九頁。
 - (3) 従来は、T・I・エマーソンの、個人の自己実現、真理の到達、政策決定への参加、安定と変化の間の均衡、の原則を採用する場合が一般的であったといえよう(T・I・エマーソン(小林・横田訳)『表現の自由第一章』(一九七二年)。
 - (4) この理論の形成に影響を与えた、伊藤正己教授の『言論・出版の自由』を分析した上で、この理論の主導的役割を果たした、芦部信喜教授の理論がどのように深化していったかを詳細に評釈しているものとして、江橋崇「二重の基準論」芦部信喜編「講座憲法訴訟第二巻」一二五頁以下参照。
 - (5) 浦部法穂『違憲審査の基準』三〇頁以下。戸松秀典「憲法上の価値実現」法学教室一九九五、八月号(二七九号)五三頁以下。
 - (6) 憲法二一条は全体として、対人的コミュニケーションを保障していると解した上で、優位的地位を次のようにいう説もある。すなわち「対人的コミュニケーションこそが、自我同一性と、相互主観的了解を確立せしめるものである点に配慮するなら、それは人間の社会的生存の根源であるといえるのであり、この点からしても、表現の自由を優越的地位に置くことが、正当であろう。もっともこれは、表現の低位類型の特質を捨象した「表現」についての基本的見方を示すものであって、優越的地位から、個別具体的な結論を引き出しうる、との過剰な期待を寄せるわけにはいかないであろう。」阪本昌成「憲法二一条の構成と機能」日本公法学会編『公法研究五〇号』七一頁。
 - (7) この説の先駆的役割を果たした伊藤教授も次のようにいう。すなわち「アメリカ憲法の本質的基盤が、代議的民主政、国民の自治の原則にあるとし、表現の自由の保障はそのための不可欠の要件であることに、根拠を求める見解である。それは、憲法そのものに内在する基本原則のうち根拠を求める点において、最も説得力にとむと同時に、司法的原理としても有効なものと考えられる」(伊藤正己『言論・出版の自由』四〇頁)。
- また、この説の深化に精力的に研究されている芦部教授も次のように言う。すなわち「精神的自由の制限または政治的に支配的な多数者による少数者の権利の無視もしくは侵害をもたらす立法の場合は、それによって民主政の過

程そのものが傷つけられているため、政治過程による適切な改廃を期待することは不可能ないし著しく困難であり、裁判所が積極的に介入して民主政の過程の回復をはからなければ、人権の保障を実現することはできなくなる。精神的自由を規制する立法の合憲性を裁判所が厳格に審査しなければならぬことは、主としてこの意味である。」(芦部信喜『憲法学II人権総論』二一八頁)。この説を批判的立場で総合的に評釈しているものとして、佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」芦部古稀記念論文集『現代立憲主義の展開』(上)三頁以下。松井茂記『二重の基準論』(8) 松井茂記「表現・報道と法」『岩波講座現代の法』(10)——情報と法』五七頁。

二 検閲の禁止の原則

表現の自由市場の導入は、言うまでもなく、その自由論を展開したミルトンの言葉を借りれば「真理は、思想の自由で、公開の闘いから生まれる」と言う、自由淘汰の自由哲学を前提に立っていることは論をまたない。従って、表現(言論)をその発表以前に発表を禁止することはその趣旨に反する。しかし、多様な規制形態が「書籍印刷術の発明と同時に生まれた」ことは各国に共通した現象である。すなわち表現に対して公権力が、表現内容を事前に審査し、その当否を認定して規制の対象とするところから、事前抑制の原則ともいえ、その結果として禁止するのを検閲と言う。そして、この検閲と言う言葉は一種の政治的意図を含む概念として機能することが多いのも、各国に共通した現象である。

例えば出版文化の先進地域の西欧世界では、中世の教会によって異端の書が禁書とされたことはよく伝えられ

るが、特に印刷術が発明（一五世紀）されると同時に、表現に対する抑圧政策が一段と強化されていったことはよく語られる。とりわけ宗教改革運動や農民運動の拡大の中で、一六世紀のローマ法王庁による異端書抑圧（例えばローマ教皇パウル四世の禁書目録（一五五九年））、さらにイギリスの公権力による出版物に対する独占を図った、いわゆる免許制度^②（一五三〇年）は代表的事例といえよう。そして、後者のイギリスでは、権利章典（一六八九年）で国会内に於ける言論の自由が保障されたばかりか、一六九四年には検閲法が廃止される。特に一連の言論統制の強化の中で、「言論の自由」の理論を説いた、ジョン・ミルトンは「真理の、自由な公開による勝利」^④を宣言して、その後の表現の自由の歴史の行手を示したことは銘記すべきであろう。

この点で、アメリカは憲法修正一条で、言論及び出版の自由を保障している。そして、この条文の「出版の自由」とは「出版に対する事前の抑制をしないこと」、すなわち事前検閲に対する禁止が重要な内容と考えられている。しかし、その後扇動罪法（一七九八年）等で、その権利性が判例で問われたことは周知の通りである。判例では、出版の自由は自由な国家の本質に不可欠であり、その本質は出版物に対して事前の抑制を課さないことであるとイギリス法に公認させる。ブラックストーンの有名な見解は、アメリカ憲法にも大きな影響を与え、「如何なる州裁判所の判決によっても否定されなかつたのみならず、それは幾つかの州において、繰り返し、確認され^⑤て、修正一条の独自性が定着する。

我が国の場合、明治に入って、出版条例、新聞紙条例が制定（明治二〇年）され、後に出版法（明治二六年）や新聞紙法に整備されて、単行書籍と新聞、雑誌の定期刊行物が厳しく統制されたことはよく語られる。すなわ

ち、新聞紙法では「内務大臣ハ新聞紙掲載ノ事項ニシテ安寧秩序ヲ紊シ又ハ風俗ヲ害スルモノト認ムルトキハ其ノ発売及頒布ヲ禁止……得」(二三条、同旨出版法一九条)と規定され、さらに記事差止命令や発行禁止などの規制手段が制度として設けられていた。そして、ここで言う出版内容が安寧秩序を紊しや風俗を害するという要件の内容の解釈は取締側にあり、従ってその内容は「皆目わからない。すなわち、大臣の権限は考えられる最大の裁量の幅をもっていた」⁽⁶⁾のが実態であった。

これ等の各国の言論統制の歴史的教訓から、表現の自由権を確かなものにする為には、「事前の抑制を課さないこと」に帰結する。つまり、その原則が確立していることは、「思想の自由市場」の条件確保ばかりでなく、表現者の、いわゆる「萎縮的效果」の防止に結びつくからである。このような経過から、多くの国で、憲法上の規定で「検閲禁止」の原則が、採用する例が多いことは周知の通りである。

我が国の現行憲法二二条でも、「表現の自由」を保障していると同時に、同条二項で「検閲はこれを禁止する」と規定しているところである。そして、学説上の従来の通説は、検閲とは、「思想内容」の「事前審査」と解する説で、「公権力が外に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、不適當とみとめるときは、その発表を禁止すること、すなわち、事前審査を意味する」と解⁽⁷⁾されていた。従って、検閲は事前抑制の一方法と捉えられ、しかも両者の関係には言及しないので、発行時を基準に事前審査が検閲と考えられていた。しかし、その後、この見解に対して、はたして発表後の事後検閲を全く含まない趣旨かどうかという疑問が示される。つまり「事前・事後を、発行基準として厳格に区別せず、発行後に内容を検査するものであっても、例えば明治憲法下の内務大

臣が有していた書籍等の発売禁止のように、思想の自由市場から一定の書籍等を強制的に隔離して、實質的に事前検閲と同視しうる影響を表現の自由に与える場合は、これを憲法の禁ずる検閲に当る⁽⁸⁾と言つ指摘が加味されて、現代社会に適合した、いわば機能的な概念定義⁽⁹⁾が有力となる。すなわち従来の通説で言う「思想内容」の思想は、厳密に解されると、思想と区別される一定の表現内容の審査を許すことになるおそれがあるので、より広く「表現内容」の審査の問題として捉えるとともに、「事前審査」の事前とは厳密な意味の「発表前」ではなく、思想・情報を受ける知る権利の観点から「受領前」をも含むことがあると考え、思想・情報の発表に対して實質的に事前検閲（発表前の審査）と同視できるような抑止的效果を及ぼす公権力の規制は、厳密な意味では発表後であつても、検閲に含まれる」と解する（例えば、マス・メディアの自主規制でも、自主規制機関が公権力から非公式の強い要請を受け、それを「思想の自由市場」から排除してしまふ場合など⁽¹⁰⁾）。

これ等の概念の論議を踏まえて、「検閲」と「事前抑制」とを概念的に二分し、しかもその法的根拠を異なると説いたのが佐藤教授であり、後述の判例でも採用され今日では有力説といえよう。すなわちこの説によれば、事前抑制とは「表現行為がなされるに先立ち公権力が何らかの方法でこれを抑止すること、および實質的にこれと同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法という」と定義し、他方、その中でも「表現行為に先立ち行政権がその内容を事前に審査し、不適當と認める場合にその表現行為を禁止すること」が、検閲であると定義した。そして、前者の広義の法理は、憲法二一条の表現の自由論の前提として含まれるのに対して、後者は解釈論的に、憲法二一条二項によって、絶対的に禁止されるという見解⁽¹¹⁾である。そして、この見解を分類すると、検閲

は「事前」審査に限られる形式的概念であるが、事前抑制は「事前」の規制に限定されていないので、いわば実質的機能的概念として定義することも可能である。さらに、検閲は絶対的禁止であるのに対して、事前抑制は一定の要件の下に許容されるが、その要件は事後規制にあたって加えられる制約よりも厳しいものでなければならぬことは、表現の自由の本質より当然といえる。¹²

この点で、最高裁判例も学説と符合するように、有力説の言う、いわば二つの類型を採用している。すなわち、東京都公安条例事件に対する判決¹³（昭和三五大法院判決（刑集一四卷九号一二四三頁）で「地方公共団体が、純粹な意味における表現といえる出版等についての事前規制である検閲が憲法二二条二項によって禁止されているにもかかわらず、集団行動による表現の自由に関するかぎり、いわゆる『公安条例』を以て、地方的情況その他諸般の事情を十分考慮に入れ、不測の事態に備え、法と秩序を維持するに必要かつ最小限度の措置を事前に講ずることは、けだし止むを得ない次第である」と判示している。一読して理解されるように、伝統的検閲の禁止は憲法上維持されているが、他方本件で問われている集団行動による表現の自由の問題は憲法二二条一項の、いわゆる事前抑制の類型として処理すべきであり、従って本件の公安条例の規制は恣性であると言う結論を導いている。この類型的発想論は、後の最高裁判例でも踏襲されている。すなわち税関検査事件判決¹⁴（最大判昭和五九年、民集三八卷一二号一三〇八頁）で、検閲の定義は「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止すること」とした上で、憲法二二条一項の事前抑制の原則的禁止

にも違反しないとして、税関検査を適法とした。この定義では、「網羅的・一般的に」行なわれる審査「網羅的・一般的に」行われる禁止などということは考えられない¹⁵⁾と云う、いわば判示の定義に対する意味不明の批判があり、さらに、この定義概念からすると、前述した狭義説の立場を採用して、検閲概念を厳格にしぼっているといえるが、合憲の結論のために、「発表前の審査」とか「発表の禁止」と言う要件に形式的にこだわり過ぎているとも思われる。他方、北方ジャーナル事件判決¹⁶⁾とか「発表の禁止」と言う要件に形式的にこだわり過ぎていると表現行為に対する、事前抑制は「新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読書ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を後らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるもの」と定義した上で、続けて事前抑制の原則的禁止の意味と効果を説示している¹⁷⁾。事前抑制でも、特に行政権に対する厳しい制約を検閲と做し、憲法上から絶対的禁止であるが、その他の事前抑制については、原則的禁止と云う、いわば二分論の枠組を基本的に追認している。そしてこのような二分論に立つならば、検閲については、歴史的形成に立った検閲概念の構成要件を検討することが要請されよう。そして、事前抑制については、機能論的アプローチによる規制対応の検討や吟味が迫られよう。特に類型論の事前抑制に対して、この言葉の厳密な法律概念とは対応しない、一種の政治的意味を持った概念として用いられることは、しばしば指摘されるところである。この点で、憲法的評価基準としての合憲性審査ポイントとして、次の点を踏まえることが前提条件¹⁸⁾といえよう。すなわち重要かつ欠かせない一点は、規制基準が客観的に明確であり、行政権の恣意性が取り込む余地がないこと、そして当然のことであるが、第二に規制の適正化のために法的手段

が十分に整備されていること、この二点を類型別に個別化して設定することが法的に強く要請されよう。何故なら、表現行為の事前抑制の禁止は、規制する行政側が、人権行使から生ずる、いわば副次的障害作用を最小限度に防止することが目的であり、さらに人権対人権の相互的対立や競合を社会的立場から調整、克服するために規制が憲法上で容認されるからである（例えば、新潟県公安条例最高裁判決が、単なる届出制はともかく一般許可制は憲法に反するとしながらも「特定の場所又は方法につき合理的かつ明白な基準の下」に規制は許されるとしたのは同様の趣旨といえよう）。

- (1) J・ミルトン・上野精一他訳『言論の自由』四五頁。
- (2) 芦部教授は次のように要約している。すなわち「事前抑制の歴史的な範例は一七世紀前に至るまでイギリスで行われた出版物に対する許可制、すなわち、『印刷物をあらかじめ政府専売の書籍出版販売業組合(Stationers' Company)に提出し、権限ある職員によって正式に許可されない限り、何人も出版することは許されなかった』という、行政機関のシステム (as system of administrative censorship) である。(芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界」佐藤功古稀記念『日本国憲法の理論』二六七頁)。
- (3) 詳細に論じているものとして、石村善治『言論の自由』理念の歴史的成立と発展」同『言論法研究Ⅰ』三二頁以下。
- (4) J・ミルトン・上野精一他訳『アレオパヂテイカ』六五頁以下参照。
- (5) 種谷春洋「法の支配と言論、出版——合衆国憲法一条の史的解釈」磯崎辰五郎喜寿記念論文集編『現代における法の支配』五五頁。
- (6) 奥平康弘「戦前の出版・言論統制」ジュリスト三七八号三二頁。奥平教授はその実態を詳細に検討して、次のよう

- にまとめているのは妥当といえよう。すなわち「著作印行の自由」が法律の留保の下で保障されており、当面その法律（新聞紙条例・出版条例）がきわ立って抑制的であるにもかかわらず、それをはるかに上まわって抑制的な立法が、何ら議会の掣肘をうけることなく内閣の手によってなされうるといふ明治憲法体制は、私の見るところ戦前日本社会の特質の一つであった。「言論出版の自由」の不毛性の最も重要な法的要因の一つであった、と思われる。」（奥平康弘「検閲制度全期」鶴飼信成他編『日本近代法発達史』一四八頁）。
- (7) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（一九七一年）三六六頁。
- (8) 芦部信喜『現代人権論』一一六頁。
- (9) 詳細に論述しているものとして、芦部前掲（2）二六三頁以下。
- (10) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論』三六三頁。
- (11) 佐藤幸治「表現の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（Ⅱ）』四八六頁以下。次のように解することもできよう。すなわち「事前抑制という広域に包摂されたところに狭い空間を作り、これを検閲Ⅱ行政権による事前審査とする。歴史的・現実に検閲が行政権者のその権利の濫用によって生じたことと、他方で検閲から除外されて、限定的ではあるが事前抑制が可能となる領域を設定したことに、狭義説の意図がある。」（石村修『基本論点憲法』六〇頁）。
- (12) 学説の動向を評釈しているものとして、中村陸男「表現の自由と事前規制の合憲性」ジュリスト八三〇号二七頁以下。長岡徹「検閲と事前抑制」ジュリスト一〇八九号二三七頁以下。
- (13) 本判決の評釈は多いが、さしあたり、阿部照哉「公安条例と集団示威運動」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ』（一九八〇）八八頁以下。
- (14) 隅野隆徳「輸入書籍・図画等の税関検査」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ（第二版）』一一四頁以下。
- (15) 山内一夫「税関検査合憲判決に対する批判」ジュリスト八三〇号六頁。奥平教授もこの定義では、旧憲法下の発売頒布禁止処分や新聞掲載記事差止め命令が検閲概念に包摂されない可能性があると指摘している（奥平康弘「税関検査の『検閲』性と『表現の自由』」ジュリスト八三〇号一四頁以下参照）。
- (16) 奥平康弘「名誉毀損と事前差止め——「北方ジャーナル事件」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ（第二版）』一一

二頁。

(17) 評釈したものが多く、さしあたり須藤典明「北方ジャーナル事件大法廷判決について」法律のひろば三九卷一〇号九頁以下。本判決を「司法的事前抑制の合憲性に関する最高裁の初めての判断であり、その論旨には、これまでの憲法学、民事訴訟法学等の成果をきちんと押さえた箇所が数多くみられ、その意味では、アカデミックな批判にも対抗しうるほどの内容であると評してよからう。」と評価が高い(阪本昌成「プライバシー権と事前抑制・検閲」ジュリスト八六七号二二頁)。

(18) 浜田純一「事前抑制の諸相」法学教室一〇六号一六頁以下参照。同「事前抑制理論」芦部信喜編『憲法訴訟2』二七〇頁以下参照。次の指摘は傾聴に値しよう。すなわち「ある事件で規制が検閲に該当し違憲であるとの提起がなされたときは、事実関係よりも、根拠法令の文面の審査によって、問題の制度が検閲という概念に含まれるか否かという、いわゆる定義的アプロウチにより判断すべきである。」(阪本昌成「表現の自由と事前抑制」同『情報公開と表現の自由』一七九頁)。

三 明白かつ現在の危険の原則

「明白かつ現在の危険」(clear and present danger)の原則(以下、危険の原則と略す)は、表現の自由の限界に関する原則でも、早くから「恐らく唯一の正当な基準」と評価されて、学説上も不動の地位を占めていた。

本説は、周知のように、防諜法違反事件に関するアメリカ連邦最高裁のホームズ判事が、判決文の中で言論の自由が規制できるのは、「用いられた言葉が、連邦議会が防止する権利を有するものに、実質的害悪を生じさせるであろうという、明白かつ現在の危険を生む」場合に限定されると説示したことに由来する。しかし、判事自身は

言論の自由の限界を意識して使用したものでなく、その後の判例の集積の中で、一九四〇年代に判例理論としてこの原則が確立したと解されている。すなわち憲法修正一条の言論の自由は、個人的自由と社会的利益の二点を保障することを目的としているが、特に、後者が重視される場合には、重大かつ悪しき結果が生じうることが明白かつ時間的に差し迫っているときには、規制が容認できるという見解が定着する。勿論この見解では、単に將來、その恐れがあるという理由だけでは処罰できないことは当然である。

この見解をより詳細に整理すると次のように要約・分類することができよう。すなわち(イ)言論の性質上、害悪な結果の発生が明白であること、そして、(ロ)害悪の結果が発生する危険が時間的に近接していること、さらに(ハ)害悪を避けるのに絶対必要な手段であること。つまり危険の切迫性、重大性、および手段の必要性という、いわゆる三要件が充足されてこそ、表現の自由の制限が正当化されるという理論である⁽³⁾。しかし、この原則の内容、とりわけ内容基準の客観性をめぐって、判例でも大きな変遷を経て今日に至っている⁽⁴⁾。特に、この原則基準の言葉の内実、すなわち「実質的害悪とはどのような害悪であるのか、危険の『明白』性や『現在』性とはどのように判断されるのか、といったこと——については必ずしも論理的に十分に掘下げがなされたわけではなかった⁽⁵⁾」ことが、多様な評価を生む結果となり、必ずしも固定化した判例理論として踏襲されず、しかも、学説上でも表現の自由を擁護する見解として疑問視もされる⁽⁶⁾。

しかし、一九五〇年代に入って、スミス法の下で共産党が、暴力を以て政府転覆の必要性を故意に唱道、教育することを共謀したとして起訴された、世界的に注目された、いわゆるデニス事件(一九五一年)で最高裁判決

はこの基準を修正する。すなわち政府を暴力によって転覆するといった害悪実現の蓋然性をみた上で、その害悪がなおかつ重大であるならば、その危険を回避するために言論を正当に制約できるといった、いわば「明白かつありうべき危険の法則」(clear and probable danger rule)に修正化されて、スミス法を合憲として、思想的迫害を加える結果をもたらす。そして、ここに示された、プロバビリティを判定する言論の置かれた環境を、国内だけでなく、国際的規模、世界情勢における共産党の地位、勢力も背景として重視されたことは注目される。従って一九五〇年代は「危険の原則」は不行使の状態に終り、この基準の適用例は姿を消す。

もっとも、六〇年代後半のいわゆるウォーレンコートの末期に、ブランデンバーク判決(最高裁判決)で「危険の原則」は扇動理論を基礎として復活させたものと評されている。本件は、過激な宗教団体の幹部が、暴力による政治改革とその教義を広める意図と教育を唱道する集会をオハイオ州法に基づいて起訴された事件である。すなわち「暴力の行使もしくは憲法行為の唱道は、それが差し迫った非合法な行動を扇動すること、もしくは生ぜしめる蓋然性のある場合でなければ州は禁することはできない。つまり、扇動の対象たる違法行為が「さし迫った」もので、しかも「そのような違法行為を鼓舞し生ぜしめる可能性のあること」の二つの要件を示した上で違憲とする。この判決に対して「危険」の基準の切迫性の要件を判例上で再生させたこと、さらに、重大性の要件は「非合法な行為」をもって足りるとしていることは、「危険の原則」の基準の一変種であるという評価がなされている。

このように判例の潮流としては、右往曲折を辿って、当初の原則基準を素直に適用する姿は消えたといえるが、

しかし「代わりの基準の中で、それを直接間接に結びつき、あるいは一部となつて、依然として重要な役割を果たしている」とも言われるが、その場合、特に注意しなければならないのは、「危険」原則の合憲性判定基準と可罰性判定基準（法適用の基準）を区別すること、さらに表現行為の行使の制限理由としての、実質的害悪の慎重な検証といえよう。特に後者については、アメリカの判例の教訓として「危険」の原則は「それのもっている言論擁護的な要素だけを抽出すると同時に言論抑圧的要素を切り捨てて、そのうえで理論的に再構築するものでなければ、本当の意味での表現の自由擁護のための憲法原則とはなりえない」という指摘は、重く銘記しなければならないまい。

この点で、日本では「危険」の原則基準は多くの下級審で判例上で採用されているが、最高裁は直接その原則を判例で示していない。例えば、破壊活動防止法が問われた訴訟¹³で、岐阜地裁判決（昭和三四年、判例時報一八三号五頁）は、「言論等の表現の自由の制限せらるべきは、具体的に明白の濫用行為があり、これによって公共の安全に対し明らかに差し追つた危険を及ぼすことが予見される場合に限るといふ、かのホームズ判事のいわゆる『明白かつ現在の危険』の原則が破防法の解釈の根底にある」と説示した上で、内乱等と呼びかけた文書の配布について、社会的危険の生ずる可能性がないと認定して無罪の判決をしている。また、受刑者の図書閲読を制限する監獄法が問われた訴訟で、広島地裁判決（昭和四二年、判例時報四七八号五三頁）は、「ある文書図書画を当該受刑者に閲読させることによつて監獄からの逃亡の防止と監獄内の紀律および秩序の維持に明白かつ現在の危険を生ずる蓋然性の認められる場合」にかぎると判示している。両判決とも一読して理解されるように、刑罰法令の解釈、

適用のさいの、刑罰決定における、いわば事実認定の基準として採用している。特に前者の破防法事件においては、「危険」の原則は、各項の合憲性の基準として採用された例はなく、前者の判例のように、法適用にあたっての目安として使用されているところから、この基準の導入は「真に意味あるのは、立法の合憲性を吟味するためのもものに外ならない。日本の裁判所は最も重要なところでポイントを外したのである」という、手厳しい批判があり、妥当といえよう。尚、最高裁は前述したように、この原則を基準として法令の違憲性や刑罰法令の審査に用いた例はないが、しかし、いわゆる新潟県公安条例事件判決（最大判昭和二九年刑集八巻一八六六頁）で「公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが予見せられるときは」不許可とし又は禁止する旨の規定を設けることができると、判示して、表現に相違のみられるところである。このように最高裁が、正面より合憲性判定の基準として活用していないことから、この基準は表現の自由を保障する有力な規制道具として定着していない。この動きに対して、一部では「危険な傾向の理論」に近似した（例えば、食糧緊急措置令一条に関する判例）流れであるという評価もあるが、しかしそれ以上に、この原則を導入して検証する場合、表現の自由に及ぼす直接の影響以外に、いみじくも佐藤教授が語っているように、「実害の重大性とか、代替手段の有無あるいは懸念される害悪との関連における言論の価値等の諸々の要素が考慮に入れられなければならない結果、⁽¹⁵⁾いわゆる個別的利益衡量論と余り違わなくなったのではないかという批判の登場の余地を醸成した」ことも、判例上で採用が消極的である、一つの理由といえよう。

- (1) 佐藤功『ポケット註解憲法(旧版)』(一九五五)一五三頁。
- (2) 大沢秀介「21明白かつ現在の危険」ジュリスト別冊『アメリカ公法』四四頁以下。
- (3) 芦部信喜「表現の自由」芦部信喜編『演習法律学大系演習憲法』二六〇頁以下。
- (4) この原則の内容が判例変遷のなかでどのように変化していったかを詳細に分析している論文として、宮崎啓一「米法における言論の自由と明白かつ現在の危険の法則」法律時報二七卷三号七八頁以下。
- (5) 浦部法穂「明白かつ現在の危険」芦部信喜編『講座憲法訴訟』二五四頁。
- (6) この原則の確立の為に、精力的に研究されている芦部教授も、問題点を次のように指摘している。すなわち「たとえ、①危険の切迫性・重大性の認定には複雑な相対立する社会的利益を事件ごとに比較衡量することを必要とするため、必ずしも準則化された基準とはいえず、裁判官に主観的判断を許し、その結果規制権力の側の利益だけが重視されるおそれが出たり、そうでなくとも裁判官に過大の負担を課したりするか、②刑罰により一定の表現を直接に規制せず、一般的な方法または間接的な方法で表現の自由を規制効果をおよぼす最近の立法形式の適否を判定するには無力であるとか、いう批判がそれである。」(芦部信喜『憲法叢書 2 人権と統治』九九一—一〇〇頁)。
- (7) 宮崎前掲(4) 八三頁。
- (8) 浦部法穂「48明白かつ現在の危険 Brandenburg V. Ohio, 395 U. S. 444 (1969)」別冊ジュリスト『英米判例百選(公法)』一一〇頁以下参照。戸松秀典「第九講明白かつ現在の危険」法学セミナー増刊『言論とマスコミ』二六一頁参照。
- (9) 芦部信喜「憲法人権Ⅲ」四一九頁。芦部教授は、ブランデンバークの法理(原則)は公権力側で「①表現者がせん動を主観的に意図したこと、②用いられた言葉が、その時の状況では、差し迫った違法行為を生ぜしめる蓋然性があつたこと、③表現者の用いた言葉が、せん動を客観的に助長し駆り立てるものであつたこと、の三点を証明しなければならぬ」という点で、わが国においても用い方いかんにより言論保護的に働く可能性が少なくない」と評価している(同上書四一九頁)。奥平教授も次のように評価している。すなわち「見方によれば、ここでは行動の直接的な火付け役をはたすものという限定がついた「そそのかし」の要件と、言論と違法行動とのあいだの時間的な近接性を

要する「いまだちに」との要件が、わざわざ付け加えられた分だけ、「危険」の法理にいまひとつ厳格適用をはかるべきことを念頭において、「危険」法理に敬意を表した、ということになる。

マッカーシズムの時代に手足をもがれた観のある「明白にして現存する危険」法理はより、健全な手足を具してめでたく再帰し、そのことによってアメリカ憲法史上の伝統が保たれるにいたったと言えるだろう。」(奥平康弘「表現の自由を求めて——アメリカにおける権利獲得の軌跡」(二六〇頁)。

- (10) 久保田きぬ子「言論の自由に関するアメリカ判例の一考察」宮沢俊義先生古稀記念「憲法の現代的課題」(二八一頁)。
- (11) 曾根教授の指摘は重い。すなわち「まず第一に、表現行為は『明白かつ現在の危険』を生ぜしめて初めて初めに可罰性を帯びると解することによって、危険な傾向さえ備わっていればただちに処罰しようとす立場を排除することが可能となる。これを刑法理論的にいえば、行為に危険性が擬制(抽象的危険)されているだけではこれを処罰しえず、当該行為が現実具体的に危険を発生させてはじめて処罰が可能となる、ということである。第二に、抽象的に合憲と判定された法規といえども、そこで憲法上の審査が終了したというのではなく、さらにかかる法規の適用段階においても憲法が支配している、ということ承認するところに拓く。刑法上の厳格解釈も憲法の要求するところであり(三二条。表現の自由に関してさらにはさらに二二条)、運用違憲論や合憲限定解釈も憲法論を内在させた形で『危険』原則を可罰制の判定基準として機能せしめたものであるといえよう。」(曾根威彦『表現の自由と刑事規制』(二四〇―二五頁)。
- (12) 浦部前掲(五)二六三頁。
- (13) 評釈しているものとして、清水睦「明白にして現在の危険」原則の適用をめぐる問題——破防法三八II2事件の判例を中心にして——」日本公法学会編『公法研究』一二号一三七頁以下。
- (14) 奥平康弘『「明白にして現在の危険」理論について』清水英夫編『法と表現の自由』(三二五頁)。
- (15) 佐藤幸治「明白かつ現在の危険」ジュリスト別冊『憲法の争点(新版)』(八二頁)。

四 明確性の原則

表現の自由を制約・規制する法令条文の文言が、不明確であると、主として二つの問題を生起する。すなわち一つは、その法令の運用過程で規制目的を越えて適用される可能性を含むこと、二つは、適用範囲が不確定であると対象とする表現行為が萎縮させる可能性がある。この立場から、規制法令条文の文言が漠然不明確 (vague) で、しかも過度に広汎 (overbroad) である場合は、法規自体は原則的に無効と做すという原則である。換言すると、一般に前者は「あいまいさの故に無効」(void for overbreadth) という言葉で言われ、後者は「過度の広汎性の故に無効」(void for vagueness) という言葉で、主として刑事関係で語られるが、実際上は両者の区別は難しい。いずれも、法令上でこれ等に該当すると違憲とされる法理の原則であるが、特に表現の自由を対象とする場合、とりわけ重視されるのは、「許される表現と規制を受ける表現とが区別できないために、市民に『萎縮的効果』をもたらす」^②ことが、違憲視される理由であることは、注目しなければならない。

明確性の原則を支える両者は、ともにアメリカの判例集積の中で形成された理論で、早くから日本に紹介^③されて、学説や判例の相互作用の中で理論的にも深化したものである。今日では、一般に「漠然不明確な文言の法律は違憲である」という原則で、定着している。そして、この原則を支える法的根拠は、実体的デュー・プロセスの条項、すなわち憲法三一条にあることも異論のないところである。^④すなわち同条項は、刑罰権の発動の根拠は法律によってなされるべきとする、いわば刑法分野の「法の支配」化の原則である、罰刑法定主義が黙示的に保

障されているという理解である。そして刑罰法令は、生命、自由を規制するところから、次の二点を満たさなければならぬという、刑事法上の要請的ルールである。一つは、法令が明確で、特に犯罪の構成要件が客観的であり、しかもその内容が事前に公正な告知をすること、二つは、法規執行者の恣意的裁量の余地を認めない内容であること、とりわけ、表現の自由を制約する法令の場合に、この二つの条件が満たされないと、表現の自由そのものに萎縮的效果 (chilling effect) が生起するという、いわゆる実体的デュー・プロセスからの問題があり、その意味で、漠然不明確な法規は文面上で無効と説かれてきた。換言すれば、表現の自由を対象とする事前規制法令は、少しでも明確にする余地が残されている限り無効とするのが常道である⁵⁾と考えるのが通例といえる。

この点で、判例でこの種の問題が一つの争点になったのが、いわゆる徳島県公安条例事件である。すなわち同条例は、数少ない届出制を採用し、しかも、三条で「集団行進又は集団示威運動の秩序を保ち、公共の安寧を保持するため」の遵守事項の一つとして、「交通秩序を維持すること」(三号)が定められている。そして五条では、三条に違反した場合には、主催者、指導者または煽動者を処罰する規定が設けられている。これ等の規定に違反したとして起訴されたのが、本件である。

高松高裁(高松高裁昭和四八年、判例時報六二九号)は、本件で問われた公安条例の「交通秩序を維持すること」という義務づけは、およそ集団行進、集団示威運動が多かれ少なかれ交通の障害を伴う以上、刑罰法規として明確性に欠くところがあると判示して、徳島地裁(昭和四七年)を支持している。すなわち、その内容は、前述した三条三号の規定は、一般的、抽象的、多義的であって、これを合理的な限定解釈を加えることは困難であり、

しかも、五条によって処罰されるべき犯罪構成要件の内容として合理的解釈によって確立できる程度の明確性を備えているとはいえず、従って罪刑法定主義の原則に背き、それは結果的に憲法三一条の趣旨に反するとした。⁽⁶⁾

これに対して、最高裁の判決⁽⁷⁾(最高裁昭和五〇年刑集一九卷八号四八九頁)が注目されたが、高裁と異なつて、「交通秩序を維持すること」という条文の文言は、抽象的で立法措置として著しく妥当性を欠くものではあるが、集団行進等における道路交通の秩序遵守についての基準を読みとることが可能で、明確性を欠き憲法三一条に違反するものではないと判示している。しかし、判旨の中で、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断の可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならぬ」として、規制の基準を想定し認定していることは、表現行為の萎縮的効果の立場から評価できよう。

特に、この多数意見に対して団藤裁判官の補足意見が、明確性の問題を考える場合には、不明確な法令が国民一般の表現の自由に対するところの、「萎縮的」かつ「抑止的作用」を、特に考慮しなければならないことを強調していることは、注目される。すなわち、「罪刑法定主義が犯罪構成要件の明確性を要請するのは、一方、裁判規範としての面において、刑罰権の恣意的な発動を禁止することを趣旨とするとともに、他方、行為規範としての面において、可罰的行為と不可罰的行為との限界を明示することによって国民に行動の自由を保障することを目

的とする」と確認した上で、特に「後者の見地における行動の自由の保障は、表現の自由に関しては、とくに重要であつて、もし、可罰的行為と不可罰的行為との限界が不明確であるために、国民が本来自由^⑧に属する行動さえも遠慮するような事態がおれば、それは国民一般の表現の自由に対する重大な侵害だといわなければならない。これは不明な構成要件が国民一般の表現の自由に対して有するところの萎縮的ないし抑止的作用の問題である」(傍点は筆者記入)と、刑法研究出身者らしく、その理由を詳細かつ明確に説示していることは、傾聴に値しよう^⑨。

この外に、いわゆる青少年保護条例で言う、淫行処罰規定の「淫行」という法令用語の意味の範囲が明確性を欠いているという指摘、さらに税関定立法二一条三号に言う「公安又は風俗を害すべき書籍、凶画」という文言があいまいである等が問題になっているが、前者について最高裁判決(最高裁大昭和六〇年刑集三九卷六号四一三頁)は、いわゆる限定解釈をして、広過ぎるとも不明であるとは言えないので、憲法三一条に違反しないと判示しているが、この判旨の前提には、不明確性の理論ないし広範性の理論がベースになっていること^⑩は、見逃すことはできない。

後者については、最高裁判決(最高裁大昭和五九年民集三八卷二二号一三〇八頁)は、表現の自由は基本的人権の中でも、特に重要であることを説示した上で、「法律をもって表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制約されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある、事前規制的なものについては特に然りというべきである」と一

般説を展開したが、本件で問われている文言は、これまでの法的規制の沿革から、その意味は「わいせつ書籍、凶画」等に限定して解釈することができるので、この規定は明確性の要請に反しないと結論づけている。¹⁰ 税関検閲制度については、戦前の検閲制度の残滓として孤立して機能してきたという評価があり、しかも、「表現内容についての強制検査、当局の認定による表現内容の公表禁止」検閲の権限を税関に附与している。かかる権限が、公権力による表現の自由に対する事前抑制を意味し、したがって表現の自由保障のために最も危険なものである、こというまでもない¹²と語られていることからすると、文言の不明確性以前の制度それ自体を、見直す時期にきているとも思われる。

いずれにしろ、明確性の原則にとって一番に大切なことは、前述の公安条例事件に対する最高裁判例が、いみじくも示しているように、一般人の理解において、「具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」が、基本基準を確認する第一であることは論をまたない。そして、その基準が客観化された上で、さらに刑罰の種類や量が特定されていることをもって、「明確性」が承認されると、¹³結論づけることができよう。特に、不明確である故に、自主規制という、いわゆる間接的規制が話題になるなかで、この原則が規制立法に適用されることは、情報社会の必須の条件の、一つといえよう。この意味で、藤井教授の指摘は重く受けとめねばならない。

すなわち、「過度の広汎性の理論」というのは、適用上の審査方法を前提としながらも、なお、『過度に広汎な』表現規制立法の違憲審査に関しては、裁判所はあえて文面上の審査をすべきであるとする理論なのである。また、

明確性の理論というのは、もともととは、『不明確な』文言を用いた刑罰法規に關しては、やはり裁判所は文面上の審査をすべきだとする理論なのである。』（藤井俊夫）「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第一卷』三四八頁。）

(1) 田宮教授はこれらの動向を次のように語っている。すなわち「今日では、不明確性そのものよりも、このような過度の広範性や処罰の適正範囲という、その背景にある実質に着目して議論が開される傾向がある。アメリカでは、かつて不明確を、法規がたんにあいまい・漠然なるがゆえに無効となる場合と、広範にすぎるため人権侵害に至るおそれがあるゆえに無効となる場合に分け、後者をサブスタンティブ・デュープロセス違反と称し、この場合は実体権侵害の処罰不適正と構成すべきだという主張があり、今日、その流れにそって『広範性』の原則が援用されている。」（田宮裕『刑事法の理論と現実』八五頁）。

(2) 山内敏弘・古川純『憲法の現況と展望』一四八頁。

(3) 伊藤正己「明確性の理論」同『言論・出版の自由』一五一頁以下。

(4) この理論を確立した、アメリカの判例の動きを指摘した次の説明は注目しなければなるまい。すなわち「明確性の理論に基づく法令違憲の根拠は修正一四条のデュープロセス条項に求められているが、ここでは刑罰法令の実体的内容の当否（つまり処罰の適正さ）が問題とされるわけではない。連邦最高裁は、表現の自由を制約する法令の違憲審査基準の一つとしてこの理論を適用するに至っているのが、それはデュープロセスの要請というよりも、端的に表現の自由を保障した修正一条の要請によるものと解されていることに注意すべきである。」（秋原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』一九三頁）。

(5) 佐藤幸治、芦部信喜編『憲法II』四八九頁。

(6) 昭和四〇年代に、下級審であるが、表現の自由の立場から、いわゆる「公安条例」が問われて、その違憲性が示さ

れたことは注目されよう。すなわち条例そのものを違憲(京都地判昭和四二年、判例時報四八〇号)、条例によって包括的に委任された公安委員会の付する条件が処罰の根拠とするのは、憲法三一条の罪刑法定主義に反する(横浜地判昭和四三年、判例時報五三四号)、さらに、許可に付された条件が、必要以上で、しかも不明確な表現の自由の制限は違憲である(東京地判昭和四二年、判例時報四八二号)などである。

(7) 評釈したものが多いが、さしあたり、榎原猛「公安条例の明確性——徳島市公安条例事件——」別冊ジュリスト『憲法判例百選一(第二版)』一三四頁。

(8) 近時の学説に沿うものであるという評価がなされているが、しかし、同補足意見も本件では、本条例の「萎縮効果」について立証がないとの理由で多数意見の結論に同調していることに、疑問視する厳しい指摘もあることも忘れてはならない。例えば「およそ表現の自由の規制立法に関しては『合憲性の推定』は働かないとするのが『優越的地位』の理論の核心であり、また、立法事実の認定は、当事者の主張・立証をまたずに裁判所が職権で判定しうべきことである以上、『萎縮効果』についての立証がないことの故をもって合憲と結論することは、裁判所の職責放棄と評されても致し方ないであろう。」(曾根威彦『表現の自由と刑事規制』二四一頁)。

(9) 田宮裕「刑罰法規の不明確性と広範性——福岡県青少年保護育成条例事件——」ジュリスト『憲法判例百選II』二二七頁。

(10) 多数意見の限定解釈は、通常の判断能力を有する一般人に可能な解釈とはいえず、解釈の限界を超えるものとす。伊藤正己裁判官等の反対意見は妥当といえよう。すなわち『風俗』という用語の意味内容は多義的であり、それを性的風俗に限定し、『風俗を害すべき書籍、図画』等をわいせつ表現物に限ると解すべき根拠はなく、右規定がそれ以外の憲法上保護されるべき表現にまで適用される可能性を否定することはできない。したがって、右規定は憲法二一条一項に違反し、無効である」とし、さらに「表現の自由は基本的人権の中でも最も重要なものであるから、これを規制する法律の限定解釈には他の場合よりも厳しい枠があるべきであり、規制の目的、文理及び他の条規との関係から合理的に導き出し得る限定解釈のみが許される。『風俗を害すべき書籍、図画』等をわいせつ表現物に限るとする解釈は、右の限界を超えるものであるのみならず、右のような解釈が通常の判断能力を有する一般人に可能で

あるとは考えられない」とした。

- (11) 江橋崇「税関検閲の憲法史的考察」法学セミナー一九八二年十一月号十九頁。
- (12) 奥平康弘「税関検閲の違憲性」ジュリスト二四〇号（一九六一年）一三頁。
- (13) 刑法理論研究会編『現代刑法学原論』一一六頁。

五 LRAの原則

表現の自由に対する規制は、経済的自由と異なって、合理的基準よりも、一段と厳しい基準内容が適用されることは、前述した通りである。この立場から、多様な基準から選択する基本的方針として、「必要最小限度の基準」が、強く要請される。すなわち、規制の程度・範囲・手段等について、目的達成のために必要最小限度の方法であるのかの確認作業であり、換言すれば規制目的からして、当該ケースで「より制限的でない他の選びうる手段」(Less Restrictive Alterna) が適用されうるかの、一種の利益衡量的な吟味方策がはかられる。この由来より一般に、ここに示した英文の頭文字を表示して、LRAの原則と呼称される。審査基準の方法の在り方を問う原則であるので、規制の手段に視点を置いて、違憲性の審査上、どれがより有効であるかに着目して検討するのが、一つの特徴といえる。この意味から、法令を支える社会的・政治的事実(立法事実)の実態を媒介として、「規制そのものが必要最小限度をこえて広汎であったり厳しいものであったりしてはならない」とともに、規制違

反に對する制裁が必要最小限度をこえて厳しいものであつてはならない^①」等を檢証する原則といえる。

そして、この原則はアメリカ憲法訴訟で形成された理論で、とりわけウォーレン・コート期の判例で広く用いられて確立したことはよく語られる。特に、判例の流れとして、立法目的が表現内容に直接関わりのない（表現内容には中立的）事例で、實質的な利益を目的とする場合に国家権力の正当性の為、表現の時・所・方法の立場より、より制限的でない他の選びうる手段が、利用できないことを証明する基準として登場し形成されたものである。換言すると「立法者に、表現の自由の不必要な制約を避けるよう、立法目的を達成するために必要最小限度の規制手段を用いることを要求する基準^②」と云うことができよう。

そして、アメリカの判例の中で、この原則を適用した典型的なものは、いわゆる「Stelton v. Tucher（一九六〇年）判決^③」だと言われる。事実の概要は、州立学校の教員に対して、採用および継続雇用の条件として、過去五年間に所屬または寄附をした団体のリストを提出することを要求したアーカンソー州法が、結社の自由との関係で、その違憲性が問われた訴訟である。合衆国最高裁は、州が教員の能力と適性を調査するという法目的の正当性を認めながらも、しかし「仮りに政府の目的が正当であり實質的であるとしても」、結社の自由に不合理な制約を課さないですむ、より抑圧的でない手段を他に考察すべきであるとして、同法を違憲と判示している。この判決は、より限定された調査ならば適法であると認めているが、そこでの内容である「他の選びうる手段^④」が具体的に何であるかは明示されていない^⑤。

この点で、日本の最高裁判例の姿勢は、権利や自由の種類によって異なっていることは注目されよう。すなわ

ち、いわゆる薬事法違憲判決^⑥（最大判昭和五〇年民集二九卷四号五七二頁）で、経済的自由に関して、この原則に言及して適用している。判旨は「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が「よく」及ぶとして、いわゆる二重の基準説の趣旨を明確にした上で、「これらの規制措置が憲法二二条の一項にいう公共の福祉の為に要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらの比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」とした。そして、「一般に許可制は……職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、またそれが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認めることを要するもの、というべきである」。

この判旨を踏まえて、右適正規制は、「国民の生命及び健康に対する危険防止という消極的、警察的目的のための規制措置である」と認定した。しかし、その目的のために、現行法上で厳しい規制（例えば薬事法の医薬品の製造、販売上の規制）や行政上の是正措置（例えば不良医薬品の廃棄命令など）が設けられ、「それが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずのもので

ある」と判示して、違憲判決を示している。結論的に言うと、薬事法の規制目的と距離制限という規制手段の合理的な連関の欠如が違憲の根拠としたのが本判決である。この判旨のアプローチは、一読して理解されるように立法事実の審査を要求し、立法目的達成手段について「よりゆるやかな規制」の有無の調査が必要だとしている点などから、「厳格な合理性」の基準のねらいと著しく類似していると思われる^⑦。また、この判決は現行の法規制を「他の選びうる手段」と明示認定し、それ故に等しく法目的が達成されると判断している。このことは、本訴訟の争点である、適正配置規制によって得られる利益、さらに職業の自由に及ぼす影響の程度などを比較衡量して、「全体としてその必要性と合理性を肯定しうるにはなお遠い」と結論づけているが、その手段方法はLRA原則によって境界線上の利益衡量を行っているところから典例に近いと評価されるのは、妥当といえよう。

次に、ここで話題にしている表現の自由を規制する法令分野においては下級審は素直に導入を試みているが、最高裁はこの原則に対して冷淡かつ拒否的である。公務員の政治活動の規制が問われた、いわゆる猿払事件の判例動向が、代表的事例といえよう。すなわち、公務員の政治的行為の全面一律の禁止を定める国家公務員法・人事院規則違反に対して、第一審判決（旭川地判昭和四三年下級刑集一〇巻三二二九三頁）は、政治活動の権利の重要性を考えると、公務員の制約・制裁は必要最小限度の原理を基準として法令審査をおこなうという対応を示した上で、「法の定めている制裁方法よりも、より狭い範囲の制裁方法があり、これによってもひとしく法目的を達成することができる場合には、法の定めている広い制裁方法は法目的達成の必要限度を超えたものとして違憲となる場合がある」と説示して、現業公務員のおこなった選挙運動に国公法一一〇条一項九号を適用するのはその限

度において憲法二一条および三一条に違反するとした。結論的に言う、この判決は、規制対象となっている行為の弊害の大小についての必要最小限度の原則からくる吟味を前提として展開し、違反に対する制裁の正当性について判定するという、いわば「規制対象にせよ制裁にせよ『より狭められた法律』であるLR Aがあるはずである」と認定したということができよう。

第二審判決（札幌高判昭和四四年判例時報五六〇号三〇頁）は、第一審判決が、言論の自由および政治活動の自由をめぐり、合理性の基準を司法審査に採用しないで、前述のように「同じ目的を達成できる、より制限でない他の選りうる手段」という、いわばLR Aの原則に準拠したことを是認して、相当として支持している¹⁰。

これに対して最高裁判決（最大判昭和四九年刑集二八巻九号三九三頁）は、立法目的の正当性を示した上で「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、憲法の許容するところである」とされた。規制が「合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものか否か」については、次の三点、すなわち「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」を検証して、公務員に対する「制裁として刑罰をもって臨むことを必要とするか否かは、国民全体の共同の利益を擁護する見地からの立法政策の問題」であるとし、現行の法制は「罰則制定の要否及び法定刑についての立法機関の決定がその裁量の範囲を著しく逸脱しているものであるとは認められない」とした¹²。

なお、判決には四名の反対意見として、刑罰の制裁によって公務員の意見表明の自由を制限できるための基準を厳格に解すべきことを説き、「単に行為者が公務員たる身分を有するというだけの理由で、包括的、一般的な禁止

を施している」ことは、「少くとも刑罰を伴う禁止規定としては、公務員の政治的言論の自由に対する過度に広範な制限として、それ自体憲法に違反する」と断定していることは注目される。

いずれにしろ、最高裁の判例はこの種の判例動向に対して、目的達成にとつて合理的関連性の吟味は、一見それなりの論理とうなずけても、「国民全体の共同の利益」という観念を示して、本件の行為を「政治的偏向の強い行動類型に属する」と単純に判定しているが、しかし、「目的と合理的関連性の手段の中で、人権への侵害度の最も小さいものだけが規制手段として正当化される資格を持つこと」¹³⁾を考えると、公務員の政治的行為の一律全面禁止が正当な規制手段であるかどうかは、行為の諸特性や刑事罰の適否を吟味したで結論を示すべきである。この意味で、秩序感覚に敏感で、人権感覚が欠落していると評価されても、やむを得ない判例であり、それ故に一、二審の判旨は妥当といえよう。

- (1) 樋口陽一・栗城壽夫「現代憲法大系憲法と裁判」二九九頁。
- (2) 松井茂記「アメリカ法入門」一五一頁以下参照。
- (3) 芦部信喜「憲法学Ⅱ人権総論」二三四頁。橋本基弘「時間・場所・方式規制に対する司法審査——アメリカ連邦最高裁判所における規制類型論の生成と展開」法学新報第一〇一卷八号六一頁以下。
- (4) 戸松秀典「第一〇講 LRAの原則」法学セミナー増刊「言論とマスコミ」二六二頁。
- (5) LRA基準適用の判例を詳細に評釈しているものとして、右崎正博「『より制限的でない他の選びうる手段』の基準」芦部信喜編「講座憲法訴訟2」二二二以下。
- (6) 高見勝利「薬局開設の距離制限と職業選択」『憲法判例の研究』四〇五頁以下。宮崎良夫「薬局等の適正配置規制

と職業の自由」別冊ジュリスト『憲法判例百選』一一四頁以下参照。

(7) 芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」田中二郎古稀記念公法の理論1』一五七四頁。

(8) 藤井教授も、次のように評価しているところである。すなわち「この判決は、手段の合理性の吟味に際して、むしろ、積極的に既存の規制手段というLRRAが存することを指摘し、さらに、一面では、そのLRRAがほぼ等しく効率的であるとしつつ、他面では、問題となっている規制の強化による利点と、それによって失われる損失との、いわゆる境界線上の利益衡量にあたることをも行なっているからである。」(藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』三三〇頁)。

(9) 藤井俊夫「憲法訴訟と違憲審査基準」八一頁。判例を詳細に批評しているものとして、芦部信喜「公務員の政治活動禁止の違憲性——いわゆる猿払事件第一審判決について」『判例時報五一九号』一〇八頁以下参照。

(10) 今村教授が次のように指摘していることは興味ぶかい。すなわち「猿払事件第二審は、一審判決が、『より制限的でない他の選び得る手段』という基準(以下これをLRRAテストと略称する)を用いたものと認めて支持した。しかし、一審判決にはこの表は用いられていないのであって、二審判決は、おそらく、一審判決理由中に、このテストによるべきことを主張した芦部信喜教授の影響を看取して、かく述べたのであろう。」(今村成和「猿払事件」法律時報四四卷一〇号三一頁)。

(11) 評釈したものが多く、さしあたり中村睦男他編『教材憲法判例(第二版)』二八七頁以下参照。

(12) 次の指摘は傾聴に値しよう。すなわち「『より制限的でない他の選びうる手段』論に対して、それを斥ける際に、『それぞれの国の歴史的経験と伝統はまちまちであり、国民の権利意識や自由感覚にもまた差異がある』から、権利規制の合理性の判断基準は『その国の社会的基盤を離れて成り立つものではない』とのべている箇所は、端的にいつて、内容的には『日本は日本』という見地から立憲主義の普遍性に異議を申立てるものであり、手続的には、『国民』の『意識』を裁判所の判断のきめ手とすることを意味する。『国民』の『意識』をそれとして反映する立法府の制定した法律を審査するときに、それは、法律を裁判所が追認することの宣言にほかならないだろう。」(樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子『憲法判例を読みなおす——下級審判決からのアプローチ(改訂版)』九四〜九五頁)。

(13) 松本和彦「人権制約の正当化と判例理論——表現の自由に関する最高裁判例を素材にして——」榎原古稀記念

『現代国家と人権』三〇〇頁。

(14) 中義勝「公務員の政治活動——猿払事件——」別冊『ジュリスト(昭和四九年度重要判例解説)』二六頁以下参照。声部教授の次のような指摘を注目したい。すなわち「国民の政治への参加が要請される現代国家において、占領下の特殊事情の下に生まれ——しかも職務の性質による相違を全く考慮せず、すべての一般公務員に『常時勤務状態にある』ことを要求する——かくも厳しい政治活動の規制立法を、現在の時点において、限定解釈すらず、文字通り執行する合理的理由が、はたしてあるかどうか、これははなはだ疑わしいといわなければならぬであろう。それを憲法に照らして判定する場合の基準として、LR Aの原則のすぐれた側面を強調したい。『より制限的でない他の選びうる手段』というような表現を用いると否とを問わず、少なくとも右の原則が前提とする基本思想は、決して無視されてはならないであろう。」(声部信喜「公務員の政治活動規制法の合憲性判定基準——『より制限的でない他の選びうる手段』の基準について」ジュリスト五〇五号一〇五頁)。

六 おわりに

表現の自由の限界をめぐる司法審査基準について、二重の基準論を前提にして概観してきたが、そこでの課題を要約すると、次のように整理することができよう。

第一は、二重の基準論に対する批判の検討といえよう。通説として広く学説で支持されているが、一部で生存権や労働基本権などの社会権にも、適用されることが問われて久しい。そして、同じ人権でも具体的に置かれた問題状況や権利の担い手によって異なった基準が適用されないかなども問われている。さらに、この説を疑問視す

る井上教授は、民主政の道具的担保だけでは正当化できなく、何と言っても「精神的自由が経済的自由よりも内在的価値において優位しているという前提が必要である」という素材な論拠のあいまい性を指摘¹⁾している。これらの指摘を十分に踏まえて、更なるこの理論の見直し¹⁾が、要請されよう。

次に第二は、違憲基準理論が、主としてアメリカの判例重積によって形成されたので、今後は、我が国の最高裁を中心とした司法審査制の判例動向の味¹⁾が問われるといえよう。一般に、司法消極主義であると評価がなされているが、人権保障と憲法秩序の維持という本来の意味を考えると、この種の準則化形成に積極的な判例動向が望まれよう。特に、かつての「公共の福祉」という一言で、規制を妥当化した時代から、個別のかつ具体的に比較衡量を実証化した判例が示されるようになったが、さらに詳細かつ準則化の原型を形成する判旨が残されることが望まれるところである。判例と学説の相互作用の中で憲法理論、とりわけ人権保障が深化することは論をまたない。この意味からも、表現の自由が問われた訴訟では、より確かな審査基準を創設する判例の集積が期待される。民主社会のシンボルである、表現の自由を守る基準形成のための判例の推移を見まもりたい。

(1) 井上達夫「人権保障の現代的課題」碧海純一編『現代日本法の特質』六五頁以下参照。