

表現の自由の保障範囲を 画定する手法としての「定義づけ衡量」

門 田 孝

I. はじめに—「定義づけ衡量」の理解をめぐる

日本国憲法21条1項で保障された表現の自由に対する規制の合憲性を審査するための手法としては、学説上さまざまな法理や審査基準が提唱されてきたが、そのひとつに、「定義づけ衡量」(definitional balancing)と称されるものがある。これは一般に、ある表現行為に対する規制の合憲性が問題となった場合に、当該表現行為の価値と、規制により保護しようとする法益の価値とを衡量し、そうした衡量を通じて、規制を受ける表現行為を定義づけていく手法として理解されてきた。だが実際には、こうした「定義づけ衡量」の適用領域や性格づけをめぐる学説の説明は、ややもすると明確性を欠き、この手法を理解するうえで混乱を招く一因となってきたように思われる。本稿では、この「定義づけ衡量」に改めて焦点を当て、こうした手法をどのように理解すべきかについて、本稿なりの整理を試みたいと思う。

こうした整理に先立ってはまず、日本の憲法学における「定義づけ衡量」の理解の仕方を見定める必要があるのであるが、実はこの手法のとらえ方自体一様ではなく、論者による説明にも微妙な違いが見受けられる。ただ、これまでの「定義づけ衡量」の一般的な説明には、次のような傾向を見出すことができるように思われる。

第一に、この手法は、主として性表現や名誉毀損的表現の規制、あるいは「低価値表現」の規制の合憲性を検討する際に用いられる基準ないし法理として

理解されてきたことである。この点に関する教科書的説明は、例えば以下のようなものである。

「性表現・名誉毀損的表現は、わいせつ文書の頒布・販売罪とか名誉毀損罪が自然犯として刑法に定められているので、従来は、憲法で保障された表現の範囲に属さないと考えられてきた。しかしそのように考えると、わいせつ文書なり名誉毀損の概念をどのように決めるかによって、本来憲法上保障されるべき表現まで憲法の保障の外におかれてしまうおそれが生じる。そこで、わいせつ文書ないし名誉毀損の概念の決め方それ自体を憲法論として検討し直す考え方が有力になってきた。つまり、それらについても、表現の自由に含まれると解したうえで、最大限保護の及ぶ表現の範囲を画定していくという立場である。この立場は、性表現について言えば、わいせつ文書の罪の保護法益……との衡量をはかりながら、表現の自由の価値に比重をおいてわいせつ文書の定義を厳格にしぼり、それによって表現内容の規制をできるだけ限定しようとする考え方で、定義づけ衡量…論と呼ばれる。」⁽¹⁾

もっとも、同じ論者の別の説明によれば、「低い価値の言論 (low value speech) と称されて議論されている性表現、名誉毀損的表現、営利的表現、憎悪表現…の規制の合憲性」が、「定義づけ衡量…ないし範疇的衡量 (categorical balancing)」の手法によって判断されるのが妥当だとされる⁽²⁾。このように、この手法の妥当範囲自体の理解からして不明確な部分があるが、それを特定の表現規制の文脈で論じるのが教科書や注釈書での一般的な説明となっている⁽³⁾。

第二に、「定義づけ衡量」は、表現内容規制の合憲性を審査するための「違

(1) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第7版〕』(岩波書店, 2019年)197-98頁(傍点ママ)。もっとも、引用部分の理解に関し、わいせつ文書ないし名誉毀損を「表現の自由に含まれると解したうえで」という趣旨と解すべきではないことにつき、参照、長谷部恭男『続・Interactive 憲法』(有斐閣, 2011年)47頁以下。

(2) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣, 2000年)410頁。

憲審査基準」のひとつとして、あるいはそれを補うものないしそれにとって代わるものとして、説明されてきたように思われることである。そこでは「定義づけ衡量」は、例えば、「表現内容を規制する立法の合憲性を審査するに当たって適用される厳格な基準」の「典型的な例」として、「明白かつ現在の危険」のテストと並んで挙げられ⁽⁴⁾、または、「違憲審査の基準としての比較衡量論」⁽⁵⁾の中で論じられる。あるいはそれは、「わいせつ物の販売や名誉毀損など表現の自由の保護範囲から除外されてきた行為類型への規制については、内容に基づく規制であるにもかかわらず、厳格な違憲審査が行われないという考え方」⁽⁶⁾に基づく手法として言及されている。

しかしながら、「定義づけ衡量」を文字通り、「表現の自由の規制範囲を定義づけるための衡量」として理解した場合、こうした手法を特定の表現の規制分野に限定して理解する理由は乏しいのではないかという素朴な疑問を禁じ得ないのみならず、このような「衡量」をもって、違憲審査基準またはその代替物として位置づけることにも違和感が残る。そして実のところ、論者によっては、「定義づけ衡量」を、より広く、憲法によって保護される人権一般の範囲を考える場合の利益衡量のひとつのあり方として説明するものもある。それによれば、「定義づけ衡量」とは、「保護される人権の範囲あるいは人権として保護されない範囲を明確に定義し、具体的事例がこの定義に該当するかどうかを判断するアプローチ」であり、この「定義づけの段階で利益

(3) 例えば参照、辻村みよ子『憲法〔第6版〕』（日本評論社、2018年）212頁、市川正人『基本講義憲法』（新世社、2014年）142頁、毛利透ほか『憲法Ⅱ人権〔第2版〕』（有斐閣、2017年）219頁（毛利透）、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）361頁（坂口正二郎）、木下智史＝只野雅人編『新・コンメンタール憲法〔第2版〕』（日本評論社、2019年）234頁（木下智史）等。

(4) 芦谷信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）230頁以下。

(5) 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）719頁（ここでは、「定義的衡量」という用語が用いられている）。

(6) 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）211頁。

衡量がなされる」という⁽⁷⁾。それは、「個別的衡量」(ad hoc balancing)すなわち「保護される範囲を予め明確に定義づけることはやめ、個別の事例ごとにそこで問題となっているすべての利益を衡量して結論を出すという考え方」と対比され、「予測可能性が高度に要求される領域(たとえば、表現の自由の領域)では、可能な限り定義づけ衡量の手法を試みる価値があるが、明確な定義が困難なことが多く、現実には個別的衡量との中間において、類型ごとに大まかな方向づけを与える基準を設定する『典型的アプローチ』を採用することが多い」とされるのである⁽⁸⁾。

本稿も、基本的には、このように広く憲法上の権利の範囲を画定するための一般的な手法として「定義づけ衡量」を理解していくアプローチを志向するものである。もっとも、以上にみたような「定義づけ衡量」に関する論者間の説明のちがいは、単にニュアンスを異にするだけであって、実際の理解の仕方に大きな隔たりはないとの見方もあり得よう。しかしながら、この手法を意識的に、より一般的な視点から理論的な考察を加えることによって、憲法上の権利制限の合憲性が問題となった場合の違憲審査の手法や基準に関する理解を深めると同時に、新たな視座を得ることもできるのではないかと思われるのである。

日本で提唱される表現の自由に関する法理の多くがそうであるように、「定義づけ衡量」という考え方も、もともとはアメリカ合衆国憲法修正1条で保障された言論・出版の自由をめぐる解釈理論を参考にしたものである⁽⁹⁾。そして、まさに日本の状況に呼応するかのよう、この手法の理解の仕方や評

(7) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣, 2017年)135頁。

(8) 同上。ここにいう「典型的アプローチ」の意味するところについては、同222頁以下参照。なお、本稿後掲注98、及び対応する本文参照。

(9) U. S. Const. amend. I “Congress shall make no law …abridging the freedom of speech, or of the press…”. (合衆国憲法修正第1条「連邦議会は、…言論または出版の自由を損なう法律を制定してはならない」)。同条は、修正14条を通して州にも適用される。

価値は合衆国においても一様ではない。以下、本稿では、「定義づけ衡量」の提唱者とされる Nimmer の議論に分析の糸口を求め、さらにいくつかの具体的事例を素材に実際の訴訟においてこの手法が果たしてきた役割を概観した後、そこで得られた視座をもとに、日本国憲法の解釈においてこの手法をどのように用いていくことができるのか、あるいは用いるべきなのか、具体例も交えながら検討を加えることとしたい。こうした分析を通して導き出し得る「定義づけ衡量」とは、特定の表現分野に特化した審査基準等ではなく、むしろ表現の自由一般（あるいは自由一般）の保障範囲を画定する手法としてのそれである。

II. 合衆国憲法における「定義づけ衡量」論

1. 「定義づけ衡量」はどう理解されてきたか

もともと「定義づけ衡量」は、Melville Nimmer が、その1968年の論稿の中で用いた用語だとされる⁽¹⁰⁾。Nimmer は、修正1条の保障する言論の自由の保障のあり方について、一方で Black 裁判官に代表されるような、言論の自由の保障を絶対的なものとする「絶対主義」(absolutism) を批判し⁽¹¹⁾、他方で何らのルールにもよらず、裁判官がその都度個別的な理由にもとづき保護される言論を判断する「個別的衡量」も採り得ないとしたうえで⁽¹²⁾、どちらの手法とも異なる第3の手法、すなわち「定義づけ衡量」を、1964年の New York Times 事件判決⁽¹³⁾における連邦最高裁の判断のうちに見出したのである：

「New York Times Company v. Sullivan 事件における連邦最高裁の判断は、絶対

(10) Melville B. Nimmer, "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", 56 Cal. L. Rev. 935 (1968).

(11) 同 935-38.

(12) 同 939-41.

(13) New York Times Company v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

主義か個別的衡量かのいずれかの選択を回避する第3の手法を示すものである。それは、訴訟のレベルまたは個別的レベルではなく、定義づけのレベルでの衡量のあり方を示している。つまり最高裁は、個別の事件においていずれの当事者が勝訴に値するかを判断するためではなく、どのような形態の言論が、修正第1条にいう『言論』と解されるべきかを定義づけるためにのみ衡量を用いているのである。」⁽¹⁴⁾

よく知られているように、New York Times 判決は、公職者への名誉毀損が成立するための要件として、「現実的悪意」の法理—公職者への名誉毀損を理由とした損害賠償責任が認められるためには、表現者が公職者を批判する言論を、その言論が虚偽であることを知っていたか、虚偽であるか否かを全く意に介さず行ったことの立証を必要とするという法理—を打ち出した事例であり⁽¹⁵⁾、そこでは明示的に「定義づけ衡量」という語が用いられているわけではない。しかしながら、Nimmerによれば、この判決においては、「全ての名誉毀損的表現が修正第1条によって保護されるわけではないと解されたという点で、衡量は行われた」のであり、そこでは、「認識され、及び無頓着による虚偽の言論が、修正第1条にいう『言論』ではないと事実上判断することにより、連邦最高裁は暗黙…のうちに、一定の相対する政策的配慮に留意する必要があった」のであって、「これは明らかに、ある種の衡量ではあるが、同じく明らかに、それは個別的衡量ではない」という⁽¹⁶⁾。

こうした分析をするに際してのNimmerの主たる狙いは、言論の自由保障に際して絶対的保障とも、個別的衡量とも異なる手法としての「定義づけ衡量」を提唱し擁護すると共に、この手法を用いた事例の当否を検討することであったが⁽¹⁷⁾、ここでは、Nimmerの説く「定義づけ衡量」の特徴と思われる点について2点ほど指摘するにとどめ、それらに関連したいくつかの問題

(14) Nimmer, 前掲注 10, 942.

(15) この点に関しては、後述注 45、及び対応する本文を参照。

(16) Nimmer, 前掲注 10, 943.

点に検討を加えておきたい。

第一に、Nimmerによれば、「定義づけ衡量」は、修正1条によっても保護されない「言論」を定義づけるための——これを逆にいえば、同条による保護の対象となる「言論」を定義づけるための——手法であり、そこにいう「衡量」(balancing)も、表現の価値とその対抗利益の価値とを考慮しつつも、いわば一般的かつ総合的な利益の調整として、ある程度抽象的なレベルで広く理解されている点である。それは、上述したように、「どのような形態の言論が、修正第1条にいう『言論』と解されるべきかを定義づけるためののみ」⁽¹⁷⁾用いられているのであり、問題となるのは、公人の名誉との関連でいえば、「ある言論が公人に対してなされた場合、連邦最高裁が名誉毀損法の多くを一掃することを、言論の価値が正当化するか否か」⁽¹⁹⁾である。

通常の意味での「言論」の全てが修正1条にいう「言論」ではないこと、この意味である種の「言論」は、修正1条の保障範囲から除外され得ることは、連邦最高裁の判例によっても認められてきた。この点に関してよく知られた1942年のChaplinsky判決の傍論の一節によれば、「予防及び処罰の対象としても、いかなる憲法問題も生じないと考えられてきた、一定の、明確に定義され厳密に限定づけられた(well-defined and narrowly limited)言論の諸類型が存している」のであり、「それに含まれるものとしては、みだらでわいせつなもの(lewd and obscene)、冒とく的なもの(profane)、中傷的で侮辱的なもの(libelous and insulting)あるいは『けんか言葉』(fighting words)があり、これらは口にするだけで危害を与えるもの、あるいは即座の治安破壊に駆り立てるようなものである」⁽²⁰⁾という。ここで挙げられた言論の類型も、その

(17) Nimmerは、名誉毀損が問題となった事例における「定義づけ衡量」の手法を評価する一方で(948-55)、同じ手法をそのままプライバシー侵害が問われた事例で用いたことには批判を加えている(956-67)。

(18) Nimmer, 前掲注10, 942.

(19) 同, 950.

範囲は後の判決によって限定的に解されていったが⁽²¹⁾、修正1条の保障範囲に含まれない言論が存すること自体は広く認められており、こうした説示が、修正1条の保障範囲を画する手法として「定義づけ衡量」を理解する起源となったともいわれる⁽²²⁾。

上述したような Nimmer による議論における「衡量」のとらえ方を理解するうえで、衡量という手法そのものを批判する T. Alexander Aleinikoff の議論との対比が参考になる⁽²³⁾。Aleinikoff は、「衡量とされるもの」を、「相対立する利益を特定し、評価し、及び比較することに基づく憲法解釈の理論」⁽²⁴⁾と理解したうえで、これに批判を加える。その批判は多岐にわたっているが、例えば「内在的批判」として、①裁判所は問題となった利益を比較検討する客観的基準を有していないこと、②裁判所が関連する利益を全て参照することは実際にはできないこと、③衡量に際しては通常、個人の利益と政府のそれとが相対するものとして検討されるが、そうした利益は実際には双方に関わるものであり、このような対比は恣意的であること、また「外在的批判」として、④裁判所による衡量が、民主政において立法府に求められる任務を繰り返すもので、裁判所の役割として疑問であること、あるいは、⑤衡量という手法は、憲法が解釈的企て (interpretive enterprise) だという通常の理解

(20) *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942). なお、「けんか言葉」を修正1条の対象外とした本判決も、「定義づけ衡量」を用いた事例として理解し得るものである。後掲注42及び対応する本文参照。修正1条の保障範囲について論じてものとして、なお参照、Frederick Schauer, "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience", 117 *Harv. L. Rev.* 1765 (2004).

(21) 参照、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第8版〕』(有斐閣、2018年)255頁脚注。

(22) Norman T. Deutsch, "Professor Nimmer Meets Professor Schauer (And Others): An Analysis of 'Definitional Balancing' as a Methodology for Determining the 'Visible Boundaries of the First Amendment'", 39 *Akron L. Rev.* 483, 501 (2006).

(23) T. Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale L.J.* 943 (1987)

(24) 同 945.

を損ない、憲法の議論を、政府の行為が合理的かという一般的な議論に転換してしまうものであること等が指摘される⁽²⁵⁾。

こうした個々の批判の当否はさておくとして、ここで問題にしたいのは、以上の批判を展開するにあたって Aleinikoff が前提とした「衡量」の理解が、Nimmer によるそれと同じものであったか否かである。Aleinikoff が批判の対象とした「衡量」という手法は、「直接的な (head-to-head) 比較を要求する」⁽²⁶⁾ 利益に焦点を当てるものであり、それは彼自身認めるように、裁判所が判断を下すにあたり「様々な要素を検討するという判決の手法とは異なる」⁽²⁷⁾。だが、上述した Nimmer の議論は、まさに後者の手法として「衡量」を理解するものではなかったという疑問が—Aleinikoff 自身は、Nimmer による「定義づけ衡量」も解決策にはならないとして批判するが⁽²⁸⁾—生じる。この点は、Nimmer が「定義づけ衡量」が用いられた例として挙げる、上述の New York Times 判決を⁽²⁹⁾、Aleinikoff 自身は衡量が用いられなかった事例として理解し、同判決が「現実的悪意」のテストを用いた理由としては、「出版に対するこうした保護が、修正1条の目的を十分達成するうえで必要とみなしたから」⁽³⁰⁾ だと説明するが、まさにこうした考慮こそ、Nimmer が「衡量」と呼んだものだと解されるのである⁽³¹⁾。そうだとしたら、少なくとも Nimmer による「定義づけ衡量」論にいうところの「衡量」は、相対立する価値を突き合せた比較検討といった狭い意味ではなく、憲法問題を検討するに際し、こうした価値を基本に据えつつも、当該問題に関する種々の事情を検討するというより

(25) 本文中の①につき、Aleinikoff, 前掲注 23,972, ②につき同 977, ③につき同 981, ④につき同 984, ⑤につき同 987 参照。

(26) 同 945.

(27) 同上.

(28) 同 979.

(29) 前掲注 13, 及び対応する本文参照。

(30) Aleinikoff, 前掲注 23, 1001

(31) Deutsch, 前掲注 22, 499

広い、それ自体はおそらく異論のない思考法ということになる。

Nimmerによる「定義づけ衡量」論の特徴として挙げ得る第二の点は、この手法が明解な「ルール」が生み出すものとして、「個別的衡量」との対比でその優位性が強調されている点である。Nimmerによれば、「定義づけ衡量」は、将来の事例でも用いることができるような「ルール」を生み出す点で、「個別的衡量」と大きく異なるのであり、それにより一定の確実な尺度が与えられ、言論に対する抑止力が最小限のものに抑えられるという⁽³²⁾。そして「個別的衡量」の問題点として、①この衡量においては衡量される利益のみが存しており、適用されるルールがないため確実性に欠けること、②言論の自由の問題が、法律違反が生じてはじめて取り上げられること等から、衡量の結果が言論の自由に対抗する側に有利なものになりやすいこと、及び③衡量に際して裁判所が立法府の判断に影響され、権限を十分行使できない結果を生じやすいことを挙げる⁽³³⁾。もとよりNimmerも、「個別的衡量」の意義を全く否定するものではなく、それにより微妙な価値衡量が可能になる場合も抽象論としてはあり得るとするが、こと言論の一般的規制の場面では、言論により生じた被害を目の当たりにすれば言論の側を過小評価する衡量へと傾きがちで、また、世論や立法府の圧力によって衡量が歪められる等の問題があり⁽³⁴⁾、これに対して「定義づけ衡量」では、裁判官は「ルール」を援用することにより無用な圧力とは無縁に法的判断を行うことができるというのである⁽³⁵⁾。

もっとも、Nimmerによる「定義づけ衡量」が、修正1条をめぐる事件における「個別的衡量」の余地を一切認めないほどにカテゴリカルなものとして理解されていたのか、あるいはそのようなものとして理解されるべきなのかについては、注意が必要である。例えば、Steven H. Shiffrinは、Nimmerが「定

(32) Nimmer, 前掲注 10, 944-45.

(33) 同 939-41

(34) 同 945-46.

(35) 同 945.

義づけ衡量」により「ルール」を生じるべきで「基準」(standard)ではないと解することに異を唱えたい。ここで、「定義づけ衡量」が必ずしも「個別的衡量」を排除するものではない旨を説く⁽³⁶⁾。Shiffrinは、やはり連邦最高裁で名誉毀損が争われたGertz事件判決⁽³⁷⁾を例にとり、私人がメディアを被告として名誉毀損による損害賠償を求める場合、少なくとも公的問題については、被告が過失により私人の名誉を損なう出版物を出版したことを示さなければならぬと判示した同判決において示された「過失」(negligence)という基準が、個別的衡量を可能にするものだ⁽³⁸⁾。Shiffrinによれば、Nimmer自身、修正1条の領域においても事件によっては個別的衡量が可能である旨の指摘をしており、少なくとも、個別的衡量がある文脈では適切ではないかという問題を未解決のまま残しているという⁽³⁹⁾。仮に、修正1条の法理としての「定義づけ衡量」が、個別的衡量の可能性も残した、ある程度柔軟な手法だとしたら、それが硬直的な絶対主義的アプローチで、言論を過度に制限してしまう可能性を秘めているのではないかという懸念も⁽⁴⁰⁾、ある程度払拭されることになるであろう。

2. 具体的事例に即しての検討

以上みてきたような「定義づけ衡量」は、合衆国連邦最高裁の判決の中では、どのようなかたちで用いられてきたのであろうか。連邦最高裁自体は、「定義づけ衡量」という語を用いたことはなく、この手法の理解の仕方自体論者間で見解が異なり得る現状にあっては、衆目の一致する「定義づけ衡量」の事

(36) Steven H. Shiffrin, "The Dark Side of the First Amendment", 61 UCLA L. Rev. 1480 (2014).

(37) Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974). なお、後掲注50、及び対応する本文参照。

(38) Shiffrin, 前掲注36, 1494-95.

(39) 同1495. ShiffrinによるNimmerの「定義づけ衡量」の批判については、なお参照、Steven H. Shiffrin, *The First Amendment, Democracy, and Romance* (Princeton University Press, 1900) 15-17.

(40) 例えば参照、Frederick Schauer, "Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts", 34 Vand. L. Rev. 265, 274-76 (1981).

例を特定することは困難である。この点、Nimmerによる「定義づけ衡量」論を好意的に評価する Norman T. Deutsch は、連邦最高裁が暗黙のうちに概ね Nimmer の述べたようなかたちで「定義づけ衡量」を用いてきたとして⁽⁴¹⁾、そうした連邦最高裁判決を、①けんか言葉、②敵対する聴衆を挑発する言論、③違法な行為の唱道、④脅迫的言論 (threatening speech)、⑤不快な言論 (offensive speech)、⑥営利的言論 (commercial speech)、⑦意図的な精神的苦痛、⑧プライバシーの侵害、⑨わいせつな言論 (obscene speech)、⑩児童ポルノ、及び⑪名誉毀損 (defamation) に分けて分析している⁽⁴²⁾。以上の諸類型のうち、本稿では日本との比較も念頭に置きつつ、⑪、⑨、③及び⑥のみを順次取り上げて、これら諸領域に関する最高裁判決ではどのような審査が行われたのか、とりわけそれらはいかなる点で「定義づけ衡量」と理解し得るのかという点に留意しつつ、主要判例を概観することとする⁽⁴³⁾。

(1) 名誉毀損

「定義づけ衡量」が用いられる領域としてまず挙げられるのは、名誉毀損の成否が問題になる事例である。名誉を損なう表現は、かつては言論の自由の保障の範囲外とされたが⁽⁴⁴⁾、この立場を大きく修正したのが、すでに触れたように Nimmer が「定義づけ衡量」論を提唱する機縁ともなった New York Times 事件判決⁽⁴⁵⁾である。ここでも、この判決を改めて分析することとしたい。

新聞紙上に掲載された意見広告により名誉を傷つけられたとして、市政委

(41) Deutsch, 前掲注 22, 493.

(42) 同 500-29.

(43) ここで挙げた諸領域を含め、修正 1 条で保障された言論の自由に対する内容規制の合憲性に関する合衆国連邦最高裁判決の概要につき、参照、松井・前掲注 21, 250 頁以下。本稿で検討する合衆国判例の多くは、日本でもよく知られているものであり、それらに対する評釈も多く出されているが、本稿ではその目的上、こうした評釈等にまでは言及できなかつたことをあらかじめお断りしておく。

(44) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

(45) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

員が新聞社等を相手どって損害賠償を請求したというこの事件において、連邦最高裁は、前述したように「現実の悪意」の法理を打ち立て、賠償を認めた州最高裁判所の判断を破棄し差戻した。問題の意見広告そのものには、真実と異なる記述が含まれていたため、被告側としてはいわゆる「真実性の抗弁」はできなかったが、最高裁は、「公職者とその職務上の行為に関する、誤りを含む名誉毀損的言論 (defamatory falsehood) を理由に賠償を求めることができるのは、当該言論が『現実の悪意』 (actual malice), すなわちそれが誤りであることを知りつつ、もしくは誤りであるか否かを全く意に介さず (with reckless disregard) になされたことを立証した場合のみである」⁽⁴⁶⁾と述べ、本件においては「現実の悪意」を示す証拠に欠けると判断し、賠償を認めた原判決を破棄し差戻したのであった。

こうした説示が、これまでみてきたような「定義づけ衡量」の結果だと解した場合、そこで示された、修正1条の保障範囲に含まれない言論とは、「公職者の名誉を損なう、真実と異なる内容を含む言論であって、それが誤りであることを知りつつ、もしくは誤りであるか否かを全く意に介さず行われたもの」ということになる。そこでは、公職者に対する名誉毀損に該当する「言論」が定義づけられると共に、名誉毀損に該当するか否かを判断するための「ルール」ないし「基準」が示されているのがわかる。それは反面、修正1条の保障を受ける名誉毀損的言論の範囲を示すものともなっている。

では、このような「定義づけ」を生んだ New York Times 事件判決における「定義づけ衡量」とはどのようなものであったのであろうか。そうした衡量は、例えば、「現実の悪意」の法理を導き出す理由となった以下のような説示の中に表れているとみることができよう：

「公的問題についての討論が、制限されることなく、力強くかつ広く開かれ、並びにそれが政府及び公職者に対して、激しく、辛辣で、時に不快なほど鋭い

(46) 同 279-80.

攻撃を含み得るという原則を、国民は深く信奉しており、これに基づいて、われわれは本件を検討する。…本件における意見広告は、…明らかに憲法の保護を受けるに値するように思われる。問題は、それが、事実に関する誤った言論及び申し立てのあった被告に対する名誉毀損によって、そうした保護を失うことになるか否かである。」⁽⁴⁷⁾

「公職者の行為を批判する者に対して、その事実に関する主張全てが真実であると保証するよう—それが不可能なら事実上賠償額の上限がない名誉毀損の判決を下すという条件のもとで—強いることにより行き着くところは、『自己検閲』に等しい。…そうしたルールの下では、公職者の行為を批判しようとする者は、たとえそれが真実であると信じており、実際に真実であったとしても、それが法廷で立証できるか確信がもてず、あるいは立証のための出費を懸念するがために、批判の声を上げることを阻止されることになる。かれらは『違法地帯からはるかに離れた』発言のみをするようになる。…こうして当該ルールは、公的討論の活力を削ぎ、その多様性を制限することになる。それは、修正1条及び修正14条と相いれないものである。」⁽⁴⁸⁾

上に引いた説示においては、公職者を批判する言論の重要性が説かれ、併せて修正1条（それが修正14条を通じて州に適用される場合も含む）の趣旨に照らした検討が行われている反面、名誉の価値に関する言及は明示的にはみられない。むろん名誉を損なうある種の言論が不法行為を構成することは暗黙の前提となっており、その意味では黙示的に名誉の価値も検討されたということではある。しかしながら、判決においては、公職者を批判する言論の意義が主に説かれたことから、結果的には言論の価値を重視した「衡量」が行われたとみることができるであろう。

なお、New York Times 判決は、公職者（public officials）を批判する言論に

(47) 同 270-71.

(48) 同 279.

関するものであったが、そこで示された法理の適用範囲は、1967年の *Curtis Publishing Co.* 判決では著名人(public figure)に対する言論にまで拡張された⁽⁴⁹⁾。他方、私人が名誉毀損を理由に出版社を訴えた1974年の *Gertz* 判決では、前述したように、*New York Times* 判決の法理は及ぼされず、被告に過失の証明責任が課されたが⁽⁵⁰⁾、そこでは言論の価値に基づいた衡量を行った *New York Times* 判決と異なり、比較衡量的な判断がなされたとの指摘がある⁽⁵¹⁾。

(2) わいせつな言論

わいせつな言論も、名誉を毀損する言論と共に、*Chaplinsky* 判決で修正1条にいう「言論」の範囲から除外されたものであり⁽⁵²⁾、これを受けてこの分野においても当該判決の趣旨に沿った判断が示されていたが⁽⁵³⁾、ここでは特に、1973年の *Miller* 判決⁽⁵⁴⁾ に注目したい。

Miller 判決は、「大人向け」の出版物を扱う業者が、宣伝のためのパンフレットを郵送したところ、男女の性行為を露骨に描いた写真・イラスト等が載っていたため、州刑法違反で起訴された事件に関わるもので、州裁判所の有罪判決に対して業者の側は、連邦憲法修正1条及び修正14条違反を主張して連邦憲法裁判所に上訴した。最高裁は、許容される規制の範囲を「性的行為を描写し又は記述する表現物(work)」に限定し⁽⁵⁵⁾、*Miller* テストとして知られる以下のような判断基準を打ち出している。すなわち、「事実認定に際して基礎となる指針は、(a)『一般人(average person)が、その時代のコミュニティの基準に照らし』、当該表現物を全体的に判断して、好色的興味(prurient interest)に訴えるものにとらえるか否か…、(b) 当該表現物が、適用される

(49) *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

(50) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). なお、前述注37及び対応する本文参照。

(51) 例えば参照、*Aleinkoff*, 前掲注23, 1001.

(52) 前掲注20, 及び対応する本文参照。

(53) 参照, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957),

(54) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

(55) 同23-24.

州法で明確に定義された性的行為を、明らかに不快な方法で (in a patently offensive way) 描写し又は記述しているか否か、及び (c) 当該表現物が、全体的に判断して、真摯な (serious) 文学的、芸術的、政治的又は科学的価値を欠いているか否か、というものでなければならない。⁽⁵⁶⁾ そしてこうした判断に適合した審理に付す必要から、原判決を取消し、事案を差戻している。

最高裁が、上記のような考え方を示したのは、「わいせつ物 (obscene material) が修正1条の保護を受けないことは確立されている」ものの、「いかなる形態の表現も規制しようとする内在的危険」ゆえに、「わいせつ物を規制しようとする州法は、慎重に限定づけられなければならない」⁽⁵⁷⁾ という配慮に基づくものであった。ここで問題になった性表現の性格づけをめぐってはさらに、本件における言論の自由の抑圧を懸念する裁判官を念頭においた以下のような説示も注目される：

「自由で力強い、思想の交換や政治的討論と、わいせつ物の営利的宣伝とを同視することは、自由のための歴史上の闘争における、修正1条の荘厳な概念 (grand conception) と崇高な目的を貶めることになる。それは、『自由な言論及び自由な出版の濫用』である。…修正1条は、全体的に判断して、真摯な文学的、芸術的、政治的又は科学的価値を有する表現物を保護しており、それはこうした表現物の表明する思想を、政府や多数人が認めるか否かとは無関係である。『言論と出版に与えられる保護は、人々の望む政治的及び社会的変化をもたらすために、思想の自由な交換を確保しようとするものである。』…しかし、営利目的で、ハードコアの性行為それ自体を公然と描写することは、また別の問題である。」⁽⁵⁸⁾

修正1条の保障範囲を画する「定義づけ衡量」という視点からみた場合、最高裁が、上記の Miller テストというかたちで定義づけようとしたのは、厳

(56) 同 24.

(57) 同 23-24.

(58) 同 34-35.

密には、修正1条の保障を受けない「行為」としての言論そのものではなく、こうした言論の構成要素をなす「わいせつ物」であるということが出来る。そして、「性的行為を描写し又は記述する表現物であって上記テストの(a)乃至(c)の要件をみたすもの」が、「わいせつ物」ということになり、他方これに該当しない表現物の発信等は、たとえ性的描写や記述を含むものであっても、修正1条による保障の範囲に含まれると解されるという点で、上記の説示はなお、「定義づけ衡量」の結果として理解できるであろう。

この判決も、わいせつ物を、これを見たくない受け手の感受性を損なう仕方、あるいは未成年者の目にふれるような仕方でも配布し又は禁止するという州の正当な利益自体は、先例を引くかたちで認めている⁽⁵⁹⁾。しかしながら、ミラーテストを生み出すに至った判断過程に関する説示をみると、少なくとも上に引用した部分においては、性描写を含む言論の規制を正当化する対抗利益に関する記述は明示的には見いだすことができないのに対し、言論の価値については、「わいせつ物の営利的宣伝」自体は否定的に評価されつつも、「真摯な文学的、芸術的、政治的又は科学的価値を有する表現物」の発信等が不当に制限されないことへの配慮にみるように、細心の注意が払われていることが見てとれる。そして、わいせつ物を定義づけるための要件として、これに先立つ1966年のMemoirs判決で採られた「埋め合わせになる社会的価値を全く欠いていること」⁽⁶⁰⁾という事由は、その立証の困難性にも配慮してこのMiller判決においては採用されなかったこと⁽⁶¹⁾等も併せ考えるなら、同判決は、言論の価値を擁護することに重きをおいた事例として理解すること

(59) 同18-19. なお、わいせつ物を規制する利益としては、Miller判決と同日に下されたParis Adult Theatre I判決が、本文で挙げた事由に加えて、「地域の通商及びあらゆる公共施設の場におけるわいせつ物の使用を規制する州の利益」という事由も認めている。参照、Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49, 57 (1973).

(60) Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413, 419 (1966).

(61) 同413 U.S. 15, at 24-25.

ができるであろう⁽⁶²⁾。

(3) 違法な行為の唱道

違法な行為の唱道に対する規制の合憲性審査は、連邦最高裁判決においても長い歴史と多くの事例の蓄積があり、例えば「明白かつ現在の危険」(clear and present danger)の法理を最初に述べたことで知られる1919年のSchenck判決⁽⁶³⁾の例にみるように、この分野における違憲審査は、修正1条の法理が発展していくうえで主導的な役割を果たしてきたとさえいえる⁽⁶⁴⁾。もっとも本稿では、現在この領域において有効とされる法理を打ち出したことで知られる1969年のBrandenburg判決⁽⁶⁵⁾を中心とした検討にとどめることとしたい。

この判決は、人種差別団体であるクー・クルックス・クラン(KKK)の指導者が、「黒人、ユダヤ人およびかれらの支持者への報復」等をよびかける集会を主催したこと等により、州のクリミナル・サンディカリズム法に基づき起訴された事件に関するものである。連邦最高裁は、問題となった州法を違憲と判断し、被告人を有罪とした州裁判所の判断を覆した。最高裁は、1927年のWhitney判決⁽⁶⁶⁾では同様の州法を合憲と解していたのであるが、同判決に疑問を呈したとされる1951年のDennis判決⁽⁶⁷⁾を引きながら、後にBrandenburg法理として知られることになる次のような説示を行ったのである。すなわち、Dennis判決等によって形成された原則(principle)によれば、「憲法による自由な言論及び出版の保障ゆえに、実力を行使しあるいは法に違反するよう仕向ける唱道を、州が禁止することは、そうした唱道が、差し迫っ

(62) 参照, Deutsch, 前掲注 22, 522.

(63) Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

(64) 参照, 松井・前掲注 21, 237 頁以下。

(65) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

(66) Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

(67) Dennis v. U.S., 341 U.S. 494 (1951).

た違法行為 (imminent lawless action) を引き起こし又は生み出すことに向けられており、そうした行為を現に引き起こし又は生み出しそう (likely to) なものである場合を除き、許されない。」⁽⁶⁸⁾

以上の説示を、「定義づけ衡量」という視点からみた場合、修正1条によって保護されない言論とは、「差し迫った違法行為を引き起こし又は生み出すことに向けられており、そうした行為を現に引き起こし又は生み出しそうな言論」ということになろう。それは同時に、修正1条の保障範囲を画するルールないし基準——最高裁の上記の言葉では「原則」——を提供するものでもある。それによると、違法行為の「切迫性」の存在と、そうした行為が発生する「蓋然性」の存在という、2つの要件を備えた唱道のみが、修正1条の保障の範囲から除外され得ることになる。

本稿の目的上、この判決に関して注目される点を、なお2点ほど指摘しておきたい。第一は、本判決は、上記のルールないし基準によって、問題となった州法を違憲と判断したことである。最高裁は、上記の法理に依拠しつつ、次のようにいう：

「この尺度 (test) に沿って判断した場合、オハイオ州のクリミナル・サンディカリズム法は、支持することができない。同法が処罰の対象としているのは、暴力の『義務、必要性、若しくは妥当性を唱道若しくは教示する』者ら、又はそうした唱道を含む図書若しくは文書を、出版し、配布し、掲示する者ら、又は『クリミナル・サンディカリズムの教義を実証し、流布し若しくは唱道する意図をもって』暴力行為を『正当化』する者ら、又は『クリミナル・サンディカリズムの教義を教示し若しくは唱道するために』形成された集団と『自発的に集会を行う』者らである。そして、起訴状も、事実審裁判官による陪審への指示も、差し迫った違法行為のせん動と区別することなく、単なる唱道を犯罪とする、法律のあからさまな定義 (bald definition) を、精緻化してはいなかつ

(68) 395 U.S. at 447.

た」⁽⁶⁹⁾

最高裁は、このように述べて、問題となった州法が「文言上及び適用上」(by its own word and as applied) 単なる唱道まで禁止し処罰しようとするもので、修正 1 条及び修正 14 条に違反すると結論づけたのであった⁽⁷⁰⁾。これを素直に読む限り、「定義づけ衡量」により生じたルールないし基準は、法令の「違憲審査の基準」としても機能していることになる。この点、前にみた名誉毀損とわいせつな言論に関する事例においては、「定義づけ衡量」の結果は、法令の解釈指針とはなり得ても、法令そのものを違憲とするものではなかったことを考慮するなら、なお注目に値しよう。

本判決に関して注目される点の第二は、それが *per curiam* 判決として下されたこともあって、上の基準ないしルール—それ自体は、言論擁護的な内容であることは容易にみてとれるが—を導き出すに至った理由が、明確に述べられていないことである。もっとも、このように違法行為の唱道に、当該行為発生の切迫性と蓋然性が必要だとする発想は、*Hand*, *Holmes*, あるいは *Buradeis* 等の裁判官の間にはすでに存していたとされる。ここではある論者に倣い⁽⁷¹⁾、まさに *Brandenburg* 判決が覆した *Whitney* 判決における補足意見からの一節を引用することにより、違法行為の唱道の領域で考えられ得る「定義づけ衡量」のプロセスの一端の提示に代えることとしたい：

「かれら [制憲者ら] は、目的としても手段としても、自由というものに価値をおいた。…かれらは、欲するとおりに考え、そして考えるとおりに話す自由が、政治的真実の発見及び普及に不可欠の手段であること、言論及び集会の自由なしには議論は無益なものになってしまうこと、そうした自由があることで、議論は、有害な教義が流布することのないよう保護することができるのだということ、自由に対する最大の脅威は活力のない人民 (*inert people*) だということ、

(69) 同 448-49.

(70) 同 449.

(71) *Deutsch*, 前掲注 22, 506.

公的議論は政治上の義務だということ、そしてこれは、アメリカの統治における基本的原理だということを信じていた。しかし、かれらは、秩序というものが、単に秩序違反に対する処罰の恐怖によっては保たれないこと、思想、希望、及び想像力を抑圧することは危険 (hazardous) であること、恐怖は抑圧を生み、抑圧は憎悪を生み、憎悪は統治の安定の脅威となること、安全な道のりは、想定される苦情及び提案される救済策を自由に議論する機会の中に存すること、そして邪悪な見解を抱く者ら (evil counsels) に適合した救済策は善いものであるということも知っていた…。支配的多数者が時に専制に至ることを認識し、かれらは憲法を改正し、言論及び集会の自由を保障したのである。」⁽⁷²⁾

むしろ *Brandenburg* 法理を生むに至った考え方は、これに尽きるものではなからうが、こうした議論は、当該法理のひとつの理由づけにはなり得よう。ここには、自己統治の手段としての言論・集会の自由という考え方と共に、そうした自由によって安全が維持されるのだという発想をみてとることができる。

(4) 営利的言論

「定義づけ衡量」の手法を用いたとされる事例として、最後に、営利的言論の規制に関するものをみておこう。営利的言論も、かつては修正1条による保障の範囲外と解されていたが⁽⁷³⁾、1978年の *Virginia State Bd. of Pharmacy* 判決⁽⁷⁴⁾ でこの立場は大きく変わった。本稿でもまず、この判決からみていくことにする。

免許薬剤師に処方薬の価格の広告を禁じた州法が違憲だとして、処方薬の消費者らが州の委員会とその構成員を相手どって訴えを提起したというこの

(72) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375-76 (1927) (Brandeis, J., joined by Holmes, J., concurring).

(73) *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52, 54 (1942).

(74) *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

事件で、連邦最高裁は、問題となった州法による広告禁止が、薬剤師の専門性を維持するという州の利益によっては正当化されないことを主たる理由として、同法の規定を違憲とした州裁判所の判断を維持している。最高裁によれば、本件で問題になったのは、「完全に合法的な活動に関する、明白に真実である情報を宣伝することを、そうした情報が宣伝者及び受け手に与える影響を懸念して、州が完全に抑止することが許されるか否か」であり、それに対する裁判所の答えは「否」(negative) というものであった⁽⁷⁵⁾。この判決における、「定義づけ衡量」とその結果がどのようなものであったのか、そもそもそうした衡量が行われたのか、やや不明確な部分があるが、最高裁は、営利的言論を全て修正1条の保障の範囲外とすることは妥当ではないとしつつも、以上の説示から、合法的な製品に関する真実の営利的言論であるか否かによって、定義づけの線を引いたとする見解がある⁽⁷⁶⁾。

実際、本判決はまず、営利的言論の意義を認め、それが修正1条の保障の範囲内に含まれ得る旨を指摘する。最高裁によれば、「言論は、それを発信するために出費がされるからといって、修正1条の保護を喪失するものでないことは明らか…」であり、また「儲けのために『売却』されとしても、保護される」⁽⁷⁷⁾。また、営利広告における「広告者の利益は純粹に経済的なものとみることができる」が、「このことは、広告者が修正1条の保護を受ける資格をはく奪するものではない」し、「商業情報の自由な流れに対する個別の消費者の利益については、そうした利益は、日々の差し迫った政治的討議の利益よりも…鋭いものであり得る。」⁽⁷⁸⁾ そして一般的に、「社会もまた、自由な商業情報の流通に対して強い利益を有して」おり「個々の広告でさえ、たとえ全くの『営利的』なものであったとしても、一般的な公共の利益たり得

(75) 同 773

(76) Deutsch, 前掲注 22, 512.

(77) 425 U.S., at 761.

(78) 同 762-763.

る。』⁽⁷⁹⁾

しかしながら最高裁は、同時に次のように述べて、営利的言論の特殊性もまた指摘し、とりわけその真実性を要求することの必要性と可能性を示唆している：

「営利的言論が修正1条の保護を受けると判断するにあたり、われわれは、それが他の形態の表現と何ら区別されないとまでいうものではない。『商業取引を申し込むだけの』言論…と、他の種類の言論との間には、常識的な差異が存在している。こうした差異は、営利的言論が無価値で、州による完全な抑圧に服するという結論を正当化するものではないが、真実で合法的な商業情報の流通が損なわれないことを確保するため、異なる程度の保護が必要であることを示すものである。例えば、通常営利広告主は、その提供する、だれよりもよく知っている特定の製品やサービスに関する情報を流すのであるから、営利的言論の真実性は、ニュース報道や政治論評よりも、容易に証明できるであろう。また、営利的言論は、他の種類の言論よりも耐久力があるであろう。広告は商業利益の必須の前提条件（*sine qua non*）であるから、それが通常の規制により萎縮し、発信を全て差し控えられる可能性はまずない。こうした、より客観的で耐久性があるという営利的言論の属性ゆえに、話者を沈黙させることを懸念して不正確な言明を容認する必要性は小さいであろう。…」⁽⁸⁰⁾

ここで示唆された営利的言論の特性を理由とした他の言論とは異なる規制は、電気事業会社が電力消費を促進するための広告をすることを一切禁止した州委員会の規制を修正1条および修正14条違反とした、1980年 *Central Hudson* 判決⁽⁸¹⁾において明確にされた。*Central Hudson* テストとして知られる基準ないしルールがそれである。それによると、まず、営利的言論であっても、

(79) 同764.

(80) 同771 note 24.

(81) *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980)

誤解を招いたり非合法的活動に関わったりするものについて規制することは許される：

「営利的言論に対する修正1条の関心は、広告の有する情報伝達機能に基づいている。…したがって、合法的な活動についての正確な情報を公衆に伝達するものではないような商業上のメッセージを抑止することに対して、憲法上の疑義はあり得ない。政府は、公衆に情報提供するよりもむしろ、かれらを惑わす (deceive) と思われるような形態の情報伝達行為…あるいは非合法的活動に関する営利的言論…を禁止することができる。」⁽⁸²⁾

だが、本件で問題となった規制の合憲性審査は、これに尽きるものではない。最高裁は、続けていう：

「情報伝達行為が誤解を招くものでも、違法な活動に関するものでもない場合には、政府の規制権限はより制限されたものとなる。州は、営利的言論を制限することにより達成される実質的利益 (substantial interest) を主張しなければならない。さらに、規制の手法 (regulatory technique) は、当該利益に比例したもの (in proportion to) でなければならない。…この要件が充たされているか否かは、2つの規準 (criteria) によって測定される。第一に、制限は主張される州の利益を直接促進するものでなければならない。規制は、それが政府の目的に役に立たないもの (ineffective) であったり、ほとんど助けにならないもの (remote support) であったりする場合には、支持されない。第二に、政府利益が、営利的言論に対するより限定的な制限でも同様に達成できるなら、過度の制限は存続し得ない。」⁽⁸³⁾

本件の場合、問題となった言論が誤解を招いたり、非合法的活動に関するものではないこと、規制の目的であるエネルギー節約という州の利益が実質的であること、及び規制手段が州利益を直接推進するものであることは認めら

(82) 同 563-64.

(83) 同 564

れたが、一切の広告を禁止している点で禁止が過度に広範にわたっており、最後の要件が充たされていないとして、問題の規制は修正1条および修正14条に違反すると判断されたのである⁽⁸⁴⁾。

以上にみたような Central Hudson テストは、要するに、①問題の言論が誤解を招くものでなく、かつ合法的活動に関わるものであることを前提に、②主張される政府利益が実質的であること、③当該規制が、主張される政府利益を直接促進するものであること、及び、④政府利益がより限定的な制限では達成できないこと、つまり制限が必要以上のものでないこと、という4つの部分——③と④を比例性審査としてまとめるなら3つの部分——から成る基準ないしルールである。このうち、①は、憲法の保護を受ける営利的言論の範囲を画するもので、「定義づけ衡量」の結果導かれた部分として、そして②乃至④の部分は、目的・手段審査を通じた制限の合憲性を問う部分として理解できる。そしてこうした理解が正しいとすれば、Central Hudson テストは、「定義づけ衡量」によって導かれる、修正1条の保障範囲を画する基準と、制限の合憲性を審査する基準とが、実際に区別が可能であり、また両立可能であることを示す一例とみることができるであろう。

Ⅲ. 日本国憲法の解釈における「定義づけ衡量」の理解をめぐって

1. 「定義づけ衡量」をどう理解するべきか

前節までで、アメリカ合衆国において展開されてきた「定義づけ衡量」をめぐる議論、およびこの手法を用いたとされる判例の一端をみてきた。むろん、合衆国においてもこの手法に対する論者の理解及び評価も様々で、判例も意識的にこの手法を採用してきたとまではいえず、したがって、この手法の理解の仕方のみならずそれを用いることの当否からして、様々な見解があり得ることはいうまでもない。こうした点を承知の上で、本稿では、前節で

(84) 同569-70.

検討したような、この手法の提唱者である Nimmer の議論あるいはそれに若干の微修正を施したものをベースに、「定義づけ衡量」を理解していくこととしたい。こうした観点から、日本国憲法の解釈においてこの手法が持ち得る意義と可能性について、以下、試論的に記してみようと思う。

さて、これまで分析・検討してきたところからまず確認されるべきことは、「定義づけ衡量」とは、表現の自由保障規定の——さらには憲法上の権利保障規定全般の——「保障範囲」を画定するための手法だということである。それは、しばしば説かれるように、特定の表現行為の規制が問題となった場合の違憲審査基準などではない⁽⁸⁵⁾。前節でみた合衆国判例の法理に従うなら、名誉を毀損する表現行為、わいせつ物を伝搬する表現行為、現に惹起する可能性のある差し迫った違法行為を唱道する表現行為、あるいは、誤解を招く営利広告あるいは違法な行為に関する営利広告を発信する表現行為は、言論の自由を保障した修正 1 条の保障の範囲内に——これを日本国憲法の規定に即していえば、表現の自由を保障した憲法 21 条 1 項の保障の範囲内に——含まれない。「定義づけ衡量」は、典型的には、憲法によって保障されない表現行為を画定するための手法であり、換言すれば、憲法により保障される表現行為の範囲を画定していくための手法である。

こうした「定義づけ衡量」のとらえ方は、決して新奇なものではなく、日本においても暗黙裡に前提とされていた面もあるのではないかと思われる⁽⁸⁶⁾。ただ、この手法を憲法の保障範囲を画定するものとして自覚的に位置づけ、その帰結を探っていくことにもなにかの意義があるのではなからうか。これまでの検討から、表現の自由の保障範囲を画定する手法としての「定義づけ衡量」については、なおいくつかの指摘が可能であろう。以下では、「定義づけ衡量」の生み出す「ルール」ないし「基準」、「定義づけ衡量」という

(85) 前掲注 4-6、及び対応する本文参照。

(86) 例えば参照、高橋・前掲注 7、135 頁、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第 3 版〕』（尚学社、2016 年）26 頁。

ときの「衡量」、及び「定義づけ」について、若干の考察を行っておきたい。

第一に、「定義づけ衡量」は、表現の自由の保障範囲を画定するための「ルール」ないし「基準」を生み出すものである。こうした「ルール」ないし「基準」とは、前節までにみた合衆国憲法判例の中に例を求めれば、例えば、公職者等に対する名誉毀損を定義づける「現実の悪意」の法理であり⁽⁸⁷⁾、「わいせつ物」を定義づける Miller テストであり⁽⁸⁸⁾、憲法の保護の対象とならない、「違法な行為の唱道」を定義づける Brandenburg 法理であり⁽⁸⁹⁾、あるいは、憲法の保障対象とならない営利的表現を定義づける Central Hudson テストの第一の要件である⁽⁹⁰⁾。

これらを厳密には「ルール」とみるべきか「基準」とみるべきかをめぐっては—両者の相違如何という問題も相まって—即答は難しいが、前述した Shiffrin の議論等も踏まえるなら⁽⁹¹⁾、本稿筆者自身は、「個別的衡量」による精緻化の可能性を残す「基準」として理解したいと思う。ただし、こうして生み出される「基準」は、あくまでも表現の自由の保障範囲を画定するための「基準」であって、当該自由の制限の合憲性を審査する「違憲審査基準」とは、理論的には区別されるべきものである。しかしながら、こうした「保障範囲画定基準」は、Brandenburg 法理の例にみるように、実質的に「違憲審査基準」としての機能をも果たし得る⁽⁹²⁾。保障範囲の明確さが強く要請される表現の自由の領域では、こうした例が少なくないであろう。もっとも、「保障範囲画定基準」と目的・手段審査に代表されるような「違憲審査基準」とは、互いに相反するものではなく、両立可能である。この点は例えば、前述した

(87) 前掲注 46, 及び対応する本文参照。

(88) 前掲注 56, 及び対応する本文参照。

(89) 前掲注 68, 及び対応する本文参照。

(90) 前掲注 82, 及び対応する本文参照。

(91) 前掲注 36-39, 及び対応する本文参照。

(92) 前掲注 69, 及び対応する本文参照。

Central Hudson テストにその例をみることができる⁽⁹³⁾。

第二に、「定義づけ衡量」というときの「衡量」とは、少なくともこれまでみた限りでは、言論とそれに対抗する利益を天秤にかけてその価値の軽重を計測するといった限定的な作業ではなく、保障される言論の範囲に関する一般的・総合的な考察として理解され得るものである。「衡量」そのものは、憲法解釈においてもその全体像が明示的に表れるわけではないが、個々の判決において示される、保障範囲画定基準を導出する「理由づけ」のうちに、そこでなされた「衡量」の内容の一端をみてとることができる。そういう意味では、判決が個々のテストや法理を生み出すに至った「衡量」の内容・性格は、こうしたテストや法理を正当化する「理由づけ」のそれに重なるものである。

この観点から、前節までにみた合衆国判例でなされた「衡量」の性格を表す「理由づけ」をみてみると、そこでは修正1条の保障の趣旨、言論の価値・性格、抑止の危険等に関する議論が展開されていることがみてとれる。そこに見出されるのは、例えば、New York Times 判決におけるような、公職者を批判する言論というものの性格の説明、およびそれに過度の真实性を要求することから生じる抑止の危険への懸念であり⁽⁹⁴⁾、Miller 判決におけるような、「いかなる形態の表現も規制しようとする内在的危険」や「真摯な文学的、芸術的、政治的又は科学的価値を有する表現物」の保護に関する説示であり⁽⁹⁵⁾、Virginia State Bd. of Pharmacy 判決にみるような、真実で合法的な商業広告から得られる個人や社会の利益の指摘であり⁽⁹⁶⁾、あるいは、Brandenburg 判決の法理を正当化し得る考え方としての、自己統治の手段としての、そして安全を維持するものとしての言論（及び集会）の意義の説明である⁽⁹⁷⁾。むろん、

(93) 前掲注 82-83、及び対応する本文参照。

(94) 前掲注 47-48、及び対応する本文参照。

(95) 前掲注 57-58、及び対応する本文参照。

(96) 前掲注 77-79、及び対応する本文参照。

(97) 前掲注 72、及び対応する本文参照。

こうした説示も、特定の表現行為は保障範囲から除外され得るという前提の下で行われるものであり、対抗利益の評価が暗黙のうちに行われるとみることとはできるであろうが、「衡量」に際して強調されるのは、どちらかというところ「言論」の価値の方である。そして、こうした「衡量」は、総じて、言論の自由を厚く擁護する方向で作用するものといえるであろう。

第三に、「定義づけ衡量」というときの「定義づけ」とは、これまでも述べてきたように、表現の自由の保障範囲を画定する作業、換言するならば、憲法によって保障される表現行為と、保障されないそれとの間に線引きをするものである。そして、前述したように「衡量」というものを、決して単純な価値比較と考えるのではなく、表現とその対抗利益の価値をふまえた総合的な検討として広く理解するのであれば、およそ、憲法による表現の自由（あるいは自由一般）の保障の範囲を意識した議論を展開するとき、何らかのかたちでの「定義づけ衡量」は——それを「定義づけ衡量」として意識するとしないうちにかかわらず——必然的についてまわるものである。そういう意味では、理論的に把握される「定義づけ衡量」とは、表現の自由さらには広く自由一般の解釈における、普遍的な手法であるということができよう。

もっとも、これまでみてきたところからすると、ここにいる「定義づけ」には、若干の注意が必要である。それは、表現の自由の全体的・一般的な保障範囲を示すものではない。それは、やはり前節でみたように、例えば、名誉毀損的表現、性表現、違法行為煽動的表現あるいは営利的表現といった、個別の表現行為ごとに、そうした表現行為の保障範囲を画定するものである。「定義づけ衡量」と「個別的衡量」との中間に位置づけ得るものとしての「類型学的アプローチ」ないし「範疇化アプローチ」(categorical approach) が説かれるもの⁽⁹⁸⁾、そうした点を捉えてのことではないかと思われる。しかしながら、翻って考えてみると、そもそも一般的・固定的に定義づけられる「表現の自

(98) 前掲注8及び対応する本文参照。

由の保障範囲」なるものが存在しているのかどうか問われる必要があるのではなからうか。一般的な「表現の自由の保障範囲」というものを少しでも具体化しようとするなら、それは必然的に、類型化が要求されるのではないか。そういう意味では、「定義づけ衡量」は「範疇化アプローチ」とならざるを得ず、具体的な「表現の自由の保障範囲」は、表現の自由の制限が問題となる個々の文脈を通じてしか語り得ないという性格を有している。

最後に、「定義づけ衡量」を通じた表現の自由(さらには自由一般)の保障範囲の画定というとき、自ずと想起される、ドイツ憲法の解釈理論である三段階審査にいう「保護領域の画定」をめぐる議論との関係について一言しておこう。周知のように三段階審査とは、防御権(Abwehrrechte)の制限の合憲性が問題になった場合に、当該権利の保護領域(Schutzbereich)とそれに対する介入(Eingriff)の有無を確認し、そうした介入を正当化(Rechtfertigung)できるか否かを審査するという手法であるが⁽⁹⁹⁾、本稿の目的からすると、さしあたり関係してくるのは「保護領域」に関する議論であろう。そしてこの点に関しては、①「基本権の『一応の』保護領域を広く捉えたいうで制限の正当化の段階で最終的に範囲を確定するというアプローチ」と、②「基本権の内在的限界については基本権の保護領域から除外し、一応の保障の対象と最終的な保障の範囲を接近させるアプローチ」の区別が説かれている点が注目される⁽¹⁰⁰⁾。これまでみてきたように「定義づけ衡量」という手法は、別途正当化の余地を残しつつも、当該事件における表現の自由の最終的な保障範囲を極力示していこうとする手法であるから、明らかに②に重なるものであるが、仮にドイツにいう「保護領域の画定」によって示されるのが、あくま

(99) この点に関しても近時文献は多いが、ここでは、先駆的業績として、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001年)のほか、最近の体系書の中から、渡辺康行ほか『憲法I基本権』(日本評論社、2016年)58頁以下(工藤達朗)及び小山・前掲注86、14頁以下を挙げるにとどめたい。

(100) 小山・前掲注86、25頁。

でも「一応の」ものであるとしたら、「定義づけ衡量」という手法とはその趣旨を異にするという見方も可能であろう。その場合、「定義づけ衡量」もやはり、一応の「保護領域」への「介入」が「正当化」できるかという段階で語られることになるのであろうか。いずれにせよ、こうした問題を検討するためには、さらに立ち入った考察が必要になってくることはいうまでもない。

2. 具体例に即しての検討

さて、これまで述べてきたような、表現の自由の保障範囲を画定する手法としての「定義づけ衡量」は、日本国憲法の解釈においては、どのように用いられてきたのであろうか。むろん日本の最高裁も、「定義づけ衡量」という語を用いたことはないが、前述したように、この手法が、およそ表現の自由の保障範囲に関する議論に実質的に随伴するものであるとしたら、最高裁判例の中にも「定義づけ衡量」の例を見出すこと自体は可能であろう。ここでは、前節でみた合衆国判例の例に対比するかたちで、名誉毀損的表現、性表現、せん動的表現、及び営利的表現の規制が問題となった事例を素材に、日本の判例から見出すことのできる「定義づけ衡量」の内容・性格について簡単な検討を行っておこう⁽¹⁰¹⁾。

(1) 名誉毀損的表現の規制

まず、憲法による名誉毀損的表現の保障範囲を画定するための「定義づけ衡量」の結果は、日本においては、法律の規定のうちその一端を見出すことができる。名誉毀損については、「公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者」が、「その事実の有無にかかわらず」刑罰の対象となるほか（刑法 230

(101) 「定義づけ衡量」に関する日本の判例の分析にあたっては、本稿の目的上、取り上げる判例は最小限のものとならざるを得ず、そうした判例の評釈等には言及できなかったことをあらかじめお断りしておきたい。むろん、日本国憲法において「定義づけ衡量」が問題になるのは、ここで挙げる領域だけではない。この点に関し例えば、坂口・前掲注3、360頁以下は、「表現の自由の保護範囲と定義づけ衡量」の文脈の中で、「違法行為のせん動」、「名誉毀損」、「プライバシー侵害」、「性表現の規制」、「営利的言論」及び「差別的表現（ヘイトスピーチ）」について、分析・検討を行っている。

条), 不法行為に基づく不法行為責任(民法709条・710条・723条)をも生じ得る。

一般に「名誉毀損」に当たる表現行為自体は, 憲法21条1項による表現の自由の保障の範囲外であるといえよう。しかしながら, 周知のように, 刑法230条の2により, 表現の自由と名誉保護との間で調整がはかられており, そこでは, 人の名誉を毀損する行為であっても, ①「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には, 事実の真否を判断し, 真実であることの証明があったとき」は不可罰とすること(刑法230条の2第1項), ②「公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実, 公共の利害に関する事実とみなす」(同2項)ことにより, 公益目的と真実性の証明のみで足りること, 及び, ③「公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合」(同3項)には真実性の証明のみで足りることが定められており, こうした事由は, 不法行為が問題となった場合にも違法性阻却事由となると解されている⁽¹⁰²⁾。

そして, このような表現の自由と名誉との間の調整は, さらに判例によっても行われ, そこで示される「定義づけ衡量」の結果は, 法令によるそれを補足するものとなっている。まず, 真実性の証明については, 1969年の「夕刊和歌山時事」事件判決⁽¹⁰³⁾が以下のように述べている:

「刑法230条ノ2の規定は, 人格権としての個人の名誉の保護と, 憲法21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230条ノ2第1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ものと解するのが相当

(102) 参照, 最判昭和42年6月23日民集20巻5号1118頁。

(103) 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁。

である。」⁽¹⁰⁴⁾

また、「公共の利益に関する事実」については、1981年の「月間ペン」事件判決⁽¹⁰⁵⁾で、「私人の私生活上の行状であつても、そのたずさわる社会的活動の性質及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つては、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、刑法230条ノ2第1項にいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたる場合があると解すべきである」⁽¹⁰⁶⁾との判断が示されている。

名誉毀損的表現が「名誉毀損」となるための要件は、日本においては、「現実的悪意」を要求する合衆国のそれほど厳格なものではない。しかしながら、真実性の証明に関しては、先の「夕刊和歌山時事」事件判決にみるように——判決自身は「個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論の保障との調和…と均衡」以外は何も語っていないが——明らかに表現の萎縮効果に対する配慮がみられ、また「公共の利益に関する事実」についての「月間ペン」事件判決も、名誉毀損の成立範囲を限定する姿勢をみてとることができ、そうした意味では、表現の自由擁護的な「定義づけ衡量」が——そうした衡量がどのようなものだったかに関する説明不足の感があることは否めないとしても——行われたと評価することができよう。なおこれらの事例では、刑法230条の2による「定義づけ衡量」の結果が、個別の事件での衡量——その意味では「個別的衡量」としての性格をも有する衡量——によって補足・修正されており、「個別的衡量」の有用性、及び「個別的衡量」と「定義づけ衡量」の区別の相対性をも示す例としてみることもできるように思われる。

(2) 性表現の規制

性表現の規制に関しては、刑法175条1項が「わいせつな文書、図画」（これに加えて2011年の改正以降は、「電磁的記録に係る記録媒体」）等を「頒布

(104) 同977頁。

(105) 最判昭和56年4月16日刑集35巻3号84頁。

(106) 同88頁。

し、又は公然と陳列した者」を処罰の対象とし、同じく2項が「有償で頒布する目的で、前項の物を所持」した者(加えて2011年以降は「同項の電磁的記録を保管した者」)も、同様に処罰の対象としている。こうした刑法175条の規定の合憲性が、しばしば問題になり、裁判でも争われてきた。ここでは、よく知られた1957年のチャタレイ事件判決⁽¹⁰⁷⁾を取り上げ、同判決中にどのような「定義づけ衡量」を見出すことができるか、検討してみよう。

この判決は、刑法175条自体は合憲であることを前提に、裁判で問題となった翻訳書を同条にいう「わいせつ文書」に該当すると判断した事例であるが、この判決からみてとれるのは、「わいせつ」文書等の規制利益を強調する姿勢である。判決は、先例に依拠しつつ、「わいせつ文書」(判決当時は「猥褻文書」)を定義するという：

「…猥褻文書(および図画その他の物)とは如何なるものを意味するか。従来の大審院の判例は『性欲を刺戟興奮し又は之を満足せしむべき文書図画その他一切の物品を指称し、従つて猥褻物たるには人をして差恥嫌悪の感念を生ぜしむるものたることを要する』ものとしており…、また最高裁判所の判決は『徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的差恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものをいう』としている…。…我々もまたこれらの判例を是認するものである。

要するに判例によれば猥褻文書たるためには、差恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される」⁽¹⁰⁸⁾

ここでは「わいせつ文書」の定義と共に、「わいせつ文書」であるための要件が示されているが、それは、「差恥心を害すること」、「性欲の興奮、刺戟を来すこと」、及び「善良な性的道義観念に反すること」の3点のみが挙げられているにすぎず、表現の価値に対する配慮は特にみられない。芸術的表現の価

(107) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。

(108) 同1003頁(大判大正7年6月10日刑事第2部、及び最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁を引用)。

値に関しては、例えば、「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではなく」、「芸術的面においてすぐれた作品であつても、これと次元を異にする道徳的、法的面において猥褻性をもっているものと評価されることは不可能ではない」⁽¹⁰⁹⁾とされていることからすると、こうした芸術的価値は、そもそも衡量の対象とされていないのではないかとも思われる。そして、これに呼応するかのように、判決には性表現のもたらし得る害悪に関する説示が並ぶ。すなわち、「猥褻文書は性欲を興奮、刺戟し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥の感情をいだかしめる。そしてそれは人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外視し、奔放、無制限に振舞い、性道徳、性秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している」⁽¹¹⁰⁾と。

「定義づけ衡量」の視点からみた場合、名誉毀損的表現の自由と名誉との調整に関する刑法230条の2に相当する規定は、性表現の自由とその対抗利益の調整に関してはみられない。こうした調整もないままに、一般的抽象的に「わいせつ」文書等の頒布・販売等を処罰の対象とする刑法175条の規定が、憲法21条1項に違反するという議論は十分に説得的である。刑法175条に対する違憲の疑いを払拭するには、最低でも「わいせつ」な表現として憲法の保障の対象外となる表現行為と、そうでない行為との間の境界づけを、判例が積極的に行っていくことが求められるところである。

しかしながら、「わいせつ文書」等に関する判例の説示は、性表現規制の利益を強調するあまり過度に表現抑止的なものとなっており、こうした点は、先にみた Miller 判決の説示⁽¹¹¹⁾と対比すると明らかである。むろん「わいせつ」の概念も時代と共に変遷し得るものであり、1957年のチャタレイ判決と、1973年の Miller 判決を比較するのは公正ではないとする見方もあり得よう。

(109) 同1008頁。

(110) 同1004-05頁。

(111) 前掲注56、及び対応する本文参照。

しかしながら、最高裁による「わいせつ」判断の現在の立場を示すとされる1980年の「四畳半襖の下張」事件判決⁽¹¹²⁾においても、「わいせつ」性の判断に際して、芸術性も考慮した総合考慮を説くにとどまっており⁽¹¹³⁾、チャタレイ判決の姿勢よりも若干の変化を見出せるとはいえ、表現の自由の価値を十分に考慮した姿勢を打ち出しているとはまだはなお認め難い。性表現規制の合憲性審査の場面における最高裁判例には、自由擁護的な「定義づけ衡量」を見出すことは難しい。

(3) せん動的表現の規制

せん動的表現の規制に関して最も問題となってきたのは、破壊活動防止法(破防法)における「せん動罪」の規定であろう。その問題点についてもすでに随所で指摘されているところであるが、「定義づけ衡量」のあり方という観点から、本稿でも検討しておきたい。現行の破防法は、「せん動」を、「特定の行為を実行させる目的をもつて、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること」(4条2項)と定義し、特定の「罪を実行させる目的をもつてその罪のせん動をなした者」を処罰の対象としている(内乱・外患の罪のせん動について38条1項、政治目的をもってする放火、激発物破裂、汽車転覆等、殺人、強盗の罪のせん動について39条、政治的目的をもってする騒乱、往来危険、公務執行妨害・職務強要の罪のせん動につ

(112) 最判昭和55年11月28日刑集34巻6号433頁。

(113) 同435-36頁(「文書のわいせつ性の判断にあたっては、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。)

いて40条)。

表現行為としてなされた「せん動」を処罰することは、それが実際に犯罪の着手があったかにかかわらず、表現行為が行われたというだけで処罰対象となり得ることから表現抑圧的な性格を有しており、また、その構成要件にみるように多くが政治的表現として行われることから、表現内容を理由とした不当な侵害となる危険を秘めている。破防法自体、憲法の保障する自由に配慮する規定を置いており、同法が、「国民の基本的な人権に重大な関係を有するものであるから、公共の安全の確保のために必要な最小限度においてのみ適用すべき」(2条)こと、及び「思想、信教、集会、結社、表現及び学問の自由並びに勤労者の団結し、及び団体行動をする権利その他日本国憲法の保障する国民の自由と権利を、不当に制限するようなことがあつてはならない」(3条1項)ことを定めてはいる。しかしながら、こうした規定は、破防法解釈の指針とはなり得ても、そこから表現の自由等との調整ルールが導かれるわけではないことからすると、名言毀損に関する刑法230条の2の場合と異なり、破防法自身が、自由との間で「定義づけ衡量」を行っているとはいえないであろう。

こうした破防法の規定のうち、39条及び40条のせん動処罰規定が、表現の自由を不当に侵害しないかが争われた事例として知られるのが、1990年の沖縄返還協定批准阻止闘争事件判決⁽¹¹⁴⁾である。この判決で、問題のせん動処罰規定が憲法21条1項に違反するという被告人側の主張に対して、最高裁は、せん動が、「表現活動としての性質を有している」ことは認めつつも、次のように述べて、違憲の主張を退けている：

「しかしながら、表現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないものであるところ、右のようなせん動は、公共の安全を脅かす現

(114) 最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁。

住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ないものというべきであり、右のようなせん動を処罰することが憲法 21 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例……の趣旨に徴し明らかであり、所論は理由がない。⁽¹¹⁵⁾

この説示の中には、「公共の安全を脅かす…重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為」という、せん動が引き起こす可能性のある害悪についての記述があるだけで、表現の自由の意義に関する積極的な言及はみられない。

表現の自由に配慮した「定義づけ衡量」という観点からすれば、表現の価値に何らの配慮もみられないのは、やはり問題といわざるを得ない。処罰の対象となる「せん動」自体は、すでにみたように破防法 4 条 2 項で定義されており、判例も同様の定義を採用しているので⁽¹¹⁶⁾、こうした「せん動」の意味を改めて説明する必要がないとの判断が、あるいはあったのであろうか。しかしながら、表現の自由の保障範囲に含まれない「せん動」を、表現の自由の価値を踏まえて画定する基準が、破防法中に見出せないことを踏まえるなら、最低でも判例の中でそうした作業が試みられるべきではなかったか。せん動的表現の規制の合憲性をめぐる日本の判例の「定義づけ衡量」としてみえてくるのは、前節でみた **Brandenburg** 判決の法理⁽¹¹⁷⁾とは対照的な、極めて言論抑圧的なそれである。

(115) 同 465-66 頁(最大判昭和 24 年 5 月 18 日刑集 3 卷 6 号 839 頁(食糧緊急措置令事件)、最大判昭和 27 年 1 月 9 日刑集 6 卷 1 号 4 頁、最大判昭和 30 年 11 月 30 日刑集 9 卷 12 号 2545 頁、最大判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 卷 3 号 997 頁(チャタレイ事件)、最大判昭和 37 年 2 月 21 日判決刑集 16 卷 2 号 107 頁、最大判昭和 44 年 10 月 15 日刑集 23 卷 10 号 1239 頁(「悪徳の栄え」事件)、最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁を引用)。

(116) 最大判昭和 37 年 2 月 21 日刑集 16 卷 2 号 107 頁。

(117) 前掲注 68、及び対応する本文参照。

なお、上にみた判決が、せん動処罰規定が憲法21条1項に違反しないという結論を正当化するにあたり、せん動が問題となった先例等と並んで、わいせつ規制に関するチャタレイ事件判決と「悪徳の栄え」事件判決を引用している点が、興味を引く。せん動処罰規定が合憲であることが、いかなる意味において、こうした判決の「趣旨に徴し明らか」なのか、一見したところでは理解に苦しむものがあるが、仮に処罰の対象とされる「せん動」が、「わいせつ」文書の頒布・販売等と同じく、憲法21条1項の保障の範囲外にあることを示す意味で引かれているのだとしたら、それは、最高裁自身も、一定の「表現」が憲法21条1項の保障する「表現」から除外され得ることを認めているということを示すものだということができよう。そうだとしたら、「せん動」が、「表現活動としての性質を有している」という説示にもかかわらず、最高裁自身は、それが憲法21条1項の保障の範囲外であると解しているということになる。

(4) 営利的表現の規制

営利的表現の規制の合憲性をめぐる問題は、これまでみてきた他の分野と比べても、日本では判例の蓄積が乏しく、十分な議論が展開されてきたとはいえない。ここでは、あん摩師はり師きゆう師及び柔道整復師法（現在の「あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律」に当たる）7条による、きゆう等の適応症等についての広告の禁止が争われた事件に関する、1961年の最高裁判決⁽¹¹⁸⁾をみておくことにしよう。

この事件で、きゆうの適応症及び効能を説いたピラを配布したために起訴された被告人側は、法7条による広告の禁止が、憲法21条ほかに違反する旨の主張を行ったが、最高裁は、次のように述べて、この主張を退けている：

「本法があん摩、はり、きゆう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け、いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのもの、もしこれを無制限

(118) 最大判昭和36年2月15日刑集15巻2号347頁。

に許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであつて、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない。されば同条は憲法 21 条に違反せず、同条違反の論旨は理由がない。」⁽¹¹⁹⁾

こうした説示からは、最高裁が、本件で問題となったような広告が、そもそも表現の自由の保障の範囲外であるととらえていたのか、それとも、一応保障の範囲内としたうえで、その制限が正当化されることを説いたものなのか、それ自体判然としない。しかしながら、仮に前者とした場合であっても、そこで説かれているのは、きゅう等の広告を許容した場合に生じるおそれのある弊害のみであつて、表現の自由の意義・性格に関する説示は一切みられないことからすると、そこで行われたであろう「定義づけ衡量」もまた、極めて自由抑圧的な性質を有していたと評さざるを得ないように思われる。

なお、この判決には、5名の裁判官の個別意見が付されているが、その中では特に、問題となった規定が違憲である旨説く少数意見が注目される。それによると、「施術が如何なる病気に効能があるか、真実、正当に世間一般に告知することは当然のことであつて、かかる真実、正当な広告まで全面的に禁止しなければならない保健、衛生上その他一般公共の福祉の観点からもその理由を発見することができない。これは正に不当に表現の自由を制限しているものという外はない」のであつて、「これを要するに、本法7条が真実、正当な適応症の広告までも一切禁止したことは不当に表現の自由を制限した違憲な条章であつて無効であると断ずるの外な [い]」⁽¹²⁰⁾ というのである。このような見解の中には、先にみた Central Hudson テストが⁽¹²¹⁾、「誤解を招くも

(119) 同 349-50 頁。

(120) 同 357 頁 (奥野裁判官少数意見)。

(121) 前掲注 82-83、及び対応する本文参照。

のでなく、かつ合法的活動に関わる」営利的言論を言論の自由の保障の範囲内にあることを認めたくて、規制の目的・手段を検討していこうとすることに、相通じるものがあり、注目される。

IV. まとめと展望

日本の憲法学における「定義づけ衡量」の理解がこれまで、やや明確性を欠いていた点は否めないように思われる。この点、合衆国における学説とりわけ、この手法の提唱者である Nimmer の議論を分析することを通してみえてくる、言論の自由における典型的な「定義づけ衡量」は、言論の自由の保障範囲を画定するための手法であり、その一端は、保障範囲を画定する基準の理由づけの中に示される。そこにみられる「衡量」は、言論と対抗法益との間の単純な価値比較などではなく、両者の価値を念頭におきつつも、より一般的かつ総合的な観点から展開される憲法的考察である。それは、憲法で保障される表現の自由の境界を検討しようとするとき、必然的に現れる思考法であるということができ、表現の自由を重視するか、その対抗法益を重視するかによって、当然ながら導かれる帰結も大きく異なり得る。「定義づけ衡量」に際して、表現の自由の意義、性格、保障の趣旨、抑圧の危険等が重視されるときは、概して表現の自由擁護的な方向での「衡量」がなされているとみることができ、それにより本稿でみた合衆国連邦最高裁判所の判例にみるような、表現の自由擁護的な法理やテストが生み出されるということができ、これに対して、表現行為によって生じ得る弊害や、規制利益の重要性が強調される場合には、表現の自由抑圧的な「衡量」をその背後にみることができ、それは往々にして日本の最高裁判例の中に見出されるものである。

以上のようなものとして「定義づけ衡量」を理解し得るとしたら、それは、理論的には表現の自由のみに特化した手法ではなく、また、比例性審査にみられるような目的・手段審査と並存不可能な手法でもないと言い得よう。し

かしながら、実際にこの手法が語られる場面の多くが、表現の自由の規制、それもいわゆる「表現内容規制」の合憲性が争われる事例であり、多くの場合目的・手段審査を経ることなく結論に至るのはなぜであろうか。考えられる一つの答えは、まさに「表現内容規制」というもののもつ性格ゆえに、「定義づけ衡量」が必要になる、ということである。「表現内容規制」とは、厳密には、当該表現内容をもたらし得る法益侵害を理由とした規制であり、守られるべき法益自体は多くの場合確定しているばかりか、その要保護性も広く認められている。他方で、そうした法益侵害をもたらし得る「表現行為」は——たとえそれが為政者や社会の多数者にとってはおよそ受け入れ難いものだとしても——そうした「表現行為」をなす本人らからすると、往々にして真摯な政治的、社会的あるいは芸術的意味をもつメッセージ伝達行為であり、それだけに不当な抑止からの保護が必要になるものでもある。このような表現行為の価値とそれに対抗する保護法益の価値とのぎりぎりのせめぎ合いの中で行われるのが、「定義づけ衡量」であるといえよう。そのような場においては、多くの場合、「表現内容規制」に妥当するとされる「必要不可欠な公共的利益…の基準」⁽¹²²⁾にいう規制目的としての「やむにやまれぬ利益」は改めて問われるまでもなく、他方、規制手段として求められる手段の「必要最小限度性」に解消しきれないような、複雑かつ細心の「衡量」が「定義づけ」の段階で行なわれる結果、改めて手段審査をするまでもない、ということになるのではなかろうか。そうだとすれば、憲法学に求められるのは、およそ「表現内容規制」には何らかのかたちでの「定義づけ衡量」が必要になってくることを認識したうえで、さまざまな場面で、そうした「衡量」を経た、表現の自由の保障範囲を画定する基準を提唱し、あるいは精緻化していくことではないだろうか。

(122) 芦部・前掲注1, 204頁参照。