

表現内容規制・ 表現内容中立規制二分論の現在

木 下 智 史*

目 次

- はじめに
- 一 表現内容規制・表現内容中立規制二分論の意義と内容
 - 二 市川による表現内容規制・表現内容中立規制二分論批判
 - 三 表現内容規制・表現内容中立規制二分論の現状
 - 四 表現内容規制・表現内容中立規制二分論の再構成に向けての視点
むすびに代えて

はじめに

市川正人教授（以下、敬称を略させていただく）の学界に対する重要な貢献として、表現内容規制・表現内容中立規制二分論（以下、単に「二分論」という。）の批判がある¹⁾。

* きのした・さとし 関西大学大学院法務研究科教授

- 1) 市川の「二分論」批判が展開されたのは、以下の文献においてである。市川「表現内容の規制・内容中立規制二分論と表現の自由（一）～（三・完）」三重大学法経論叢4巻1号（1986年）1頁以下、5巻1号（1987年）31頁以下、7巻1号（1989年）1頁以下、同「表現の内容規制・内容中立規制二分論」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995年）99頁以下（以上は、後に、市川『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）75頁以下所収。本稿の参照はこの本に拠る）、同「表現の自由——表現内容規制・内容中立規制二分論」法学教室452号（2018年）22頁以下参照。「二分論」批判の先駆的主張として、長岡徹「表現の自由と規制類型論——表現の内容に基づく規制と内容中立規制区分論の検討（二）・完」香川大学教育学部研究報告第I部69号（1987年）95頁以下参照。

市川は、公務員の政治活動を禁止する国家公務員法102条1項を合憲とした猿払事件最高裁判決（最大判1974（昭和49）年11月6日刑集28巻9号393頁）などの背景に「二分論」があるとの認識にもとづいて、同判決にみられる規制類型論が結果として表現の自由の「優越的地位」に基づく人権保障体系を脅かす点を厳しく批判した。市川の「二分論」批判の要点は、表現内容規制が表現の多様性を損なうことの問題性を認識しつつも、表現内容中立規制による表現の量の減少を軽視すべきでないという点にあった。この指摘は、今日からみても正鵠を射るものであったといえる。

本稿は、現在の時点に立って、「二分論」批判の意義と影響を観測し、表現内容規制と表現内容中立規制の違憲審査のあり方について改めて検討を加えようとするものである。

一 表現内容規制・表現内容中立規制二分論の意義と内容

(1) 芦部信喜による「二分論」の提唱

表現の自由に対する規制に表現内容に着目した規制とそうでない規制があることについて本格的に論じたのは、芦部信喜である²⁾。芦部は、人権規制の合憲性審査にあたっての「公共の福祉」論から脱却して、「二重の基準」原則に基づく違憲審査の確立をめざすとの問題意識から違憲審査基準の具体化を志向した。表現の自由規制に関する「二分論」も規制態様に応じて審査基準を使い分けるという「違憲審査基準をできる限り準則化する」方向性の一環であった³⁾。

芦部が「二分論」に基づく規制類型論を提唱した背景には、猿払事件最

2) 芦部による「二分論」の提唱については、芦部「人権判例と憲法学説」法学教室70号（1986年）6頁以下（同『人権と憲法訴訟』（有斐閣，1994年）421頁以下（第XIV論文）所収。以下は論文集から参照。）、同『憲法判例を読む』（1987年）103頁以下参照。

3) 芦部・前掲注2）『人権と憲法訴訟』437頁。

高裁判決を主導した香城敏磨判事の憲法判断方法論⁴⁾への対抗という意識もあったと思われる。芦部は、香城判事の規制類型論がアメリカにおけるオブライエン・テストに着想を得たものであることを見抜き、アメリカの判例・学説を詳しく紹介することで同テストの本来の用法を論証しつつ、日本の裁判所に、よりきめ細かな審査基準論の採用させる足がかりにしようとした。

もっとも、芦部の「二分論」は、子細にみると、それほど単純な二分論ではなく、そこには矛盾や、芦部自身の葛藤すら垣間見ることできる。

(2) 芦部「二分論」の内容

ア 表現内容規制と表現内容中立規制の区別

芦部は、表現規制を、「文面判断のアプローチが妥当する」事前抑制・過度の広汎規制の領域⁵⁾と、「事実判断のアプローチ」が妥当する領域に分けたうえで、当初、後者の領域の規制を「表現の内容（content）に関する規制」と「表現の時・所・方法（time, place, manner）に関する規制」とに大別していた⁶⁾。その後、芦部は、表現内容規制と表現内容中立規制とを対比させるようになり、表現内容規制を「ある表現（言論）をその伝達するメッセージを理由として制限する」規制⁷⁾、表現内容中立規制を「表

4) 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、2004年）51頁以下参照。拙稿「体制維持のための憲法判断方法論構築——香城敏磨——」渡辺康行ほか編『憲法学からみた最高裁判所裁判官 70年の軌跡』（日本評論社、2017年）283頁以下参照。

5) 芦部の文面審査理解についても、市川らによる批判があり、今日では否定的に解されている。市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）247頁以下参照。

6) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）229頁（初出は、芦部「憲法講義ノート第29回 人権の限界（5）」法学教室117号（1990年）76頁以下）。芦部・前掲注2）『人権と憲法訴訟』438頁においても同様の区分がされている。時・所・方法の規制のなかには、青少年保護条例に基づく「有害図書」の販売規制のように、表現内容に基づく時・所・方法の規制もあり、時・所・方法の規制と表現内容中立規制を同視するのは誤りである。

7) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人格各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000年）403頁（初出は、芦部「憲法講義ノート第70回 言論・出版の自由（14）厳格審査」法学教室199号（1997年）123頁以下）。芦部は、「規制目的がある表現の『伝達効果』（communicative impact）」

現をその伝達するメッセージの内容もしくは伝達効果 (communicative effect or impact) に直接関係なく制限する規制」と定義するようになった⁸⁾。表現内容規制は、審査基準との関係でさらに細分化され、「低い価値の表現」とされる(「長い間憲法の保障する言論表現ではないとされてきた」ものとも表される)猥褻的表現、名誉毀損的表現の規制など(後に営利的表現や憎悪表現もそこに含まれるようになる)と、「高い価値の表現」とされる違法行為のせん動の規制などに分けられる。

芦部は、表現内容規制には、特定の見解を差別的に規制する見解規制のみならず、「特定の争点に関する言論または比較的範囲の狭い一群の争点に関する言論に限って規制の対象とする」、主題規制も含める⁹⁾。芦部が、見解規制を表現内容規制の核心にしているのは、主題規制の対象を絞り込んでいることから明らかであるが、はたしてそのような狭い表現内容規制の理解で十分かという問題がある。芦部は、戸別訪問禁止など、選挙運動規制を表現内容中立規制に分類するが¹⁰⁾、「選挙に関し、投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもって行われる」言論行為のみを特に規制しようとするのは、典型的な、メッセージを理由とする規制であり、かつ支持者による戸別訪問・文書配布等の選挙運動に依存する政党・候補者に不利に働くという「公共討論歪曲効果」を生じせしめるのであって¹¹⁾、単に手段が必要最小限度かどうかだけでなく、選挙運動を規制すべき十分な根拠があるかも厳密に審査すべきように思われる。

ゝに関わる規制)」とか「ある表現を規制することによって除去しようとする害悪が右表現の『伝達の効果』から生じる場合、その規制目的は表現内容に関わるものである」ともいう。

8) 同・431頁。

9) 同・405頁。

10) 同・467頁。

11) 市川・注1)書223頁。佐藤幸治も、戸別訪問禁止について、「当選を目的として他者に働きかけるということにともなう“弊害”に着目してのことであるとすれば、……それは内容に着目しての規制といわざるを得ない」と指摘する(佐藤『日本国憲法論 [第2版]』(成文堂, 2020年)455頁)。

他方、表現内容中立規制には、①時・所・方法の規制、②「言葉によらず行為そのものによる思想の表明、伝達」である「象徴的表現」、③「それ自体はコミュニケーションとはみ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」（傍点はいずれも芦部）である「行動を伴う表現（speech plus）」があるとされる¹²⁾。

しかし、表現内容中立的な時・所・方法の規制のなかにも、屋外広告物規制のような表現活動が直接規制されているもの、軽犯罪法のビラ貼り規制のように他人の財産上での表現活動が問題となっているもの、表現活動のための場所・施設利用の規制、ビラ配布のための立ち入り行為の規制などの「付随的規制」が含まれる。それらにおける自由の制約状況、規制を必要とする理由は大きく異なり、合憲性審査のあり方も異なるはずである。

イ 違憲審査基準との対応

(a) 表現内容規制の違憲審査基準 「二分論」においては、表現内容規制は、「表現の自由の保障に及ぼす影響がきわめて重大であるから、原則として許されず」、「合憲性は厳格に審査される」（傍点はいずれも芦部）と説かれる¹³⁾ものの、適用される基準は、先に挙げた表現内容規制の類型に応じて異なる。すなわち、いわゆる「低い価値の表現」とされる性表現、名誉毀損的表現、営利的表現、憎悪表現などについては、「概念をできるかぎり絞って定義づけたり、また、各類型の表現が制約される要件ないし状況は何であるかを精密に画定したりすること」により規制対象を絞り込む「定義づけ衡量」によって審査される¹⁴⁾。他方、「高い価値の表現」に分類される

12) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』432頁。

13) 芦部・前掲注6)『憲法学Ⅱ』230頁。

14) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』410頁。営利的表現については、当初、「政治的表現よりは厳格度は弱い」ものの「それに準ずる厳しい基準」で合憲性を審査するとされていた（芦部・注2）『人権と憲法訴訟』439頁）が、後に、「定義づけ衡量」により判断されるとされたり（芦部・注7）『憲法学Ⅲ』410頁）、さらに「セントラル・ハードソン基準」（中間審査基準のひとつと位置付けられる）を用いることにも「合理的な理由がある」とされる（同・323頁）などはっきりしない。そもそもそれ自体は害悪を発生させない営利的表現や名誉毀損的表現などと同列に論じようとするところに無理があるというべきである。

違法行為のせん動ないし唱道については、「やむにやまれぬ（必要不可欠な）公共的利益」の基準ないし「明白かつ現在の危険」の基準によって判断されると説明される¹⁵⁾。とすれば、表現内容規制のうちで、「低い価値の表現」にも違法行為のせん動ないし唱道にあたらぬものが「やむにやまれぬ公共的利益」の基準という極めて厳格な基準（やむをえない公共的利益のために「厳密に定められた」立法目的達成手段がとられているかを審査する（具体的には、㊦当該法律が公共的目的を実際に促進するものであることを立証する責任が政府側にあること、㊧当該法律が「公共的利益と深く結びついていないような相当量の言論まで規制する」過大規制でないこと、㊨「制約される言論と同じ程度に公共的利益を害するような相当量の言論を規制しないままにしておく」過少規制でないこと、㊩「立法目的である公共的利益を達成するであろう他のより言論制限的でない手段の利用が不可能」であることを証明する責任が規制権力側にあることが審査される¹⁶⁾）によって合憲性が審査されることになる。

芦部による表現内容規制の違憲審査基準に関する記述には、以下のような疑問がある。

第1に、芦部は、「低い価値の表現」¹⁷⁾についての規制を表現内容規制のなかの例外的存在と位置付けているようにみえるが、猥褻、名誉毀損などの規制は、表現のメッセージが害悪を発生させることを理由とする、典型的な表現内容規制である。これに対する「定義づけ衡量」による審査を

15) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』411頁。後の説明では、「明白かつ現在の危険」の基準ないしブランデンバーク原則によって判断されると考えられているようである（芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』420頁）。

16) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』412頁。

17) 表現のなかに価値の高低を認めることの問題性について芦部が認識していなかったはずはなく、「価値が高いか低いかはともかく」などと一定の留保を付していた（芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』410頁）。芦部は、「長期にわたって表現の自由の保障の外に置かれてきたもの」との表現も用いており、より適切な用語法が検討されるべきであったと思われる。アメリカでは「保護されない言論（unprotected speech）」と呼ばれることもある。菅谷麻衣『「保護されない言論」と内容規制——アメリカにおける両者の関係に関する覚書——』憲法理論研究会編『展開する立憲主義』（教文堂、2017年）203頁以下参照。

「厳格な審査」でないとすると、表現内容規制に対して「厳格な審査」を行うとする「二分論」が骨抜きになってしまう。

第2に、芦部は、しばしば「明白かつ現在の危険」の基準を「きわめて厳格な基準」と評価するが¹⁸⁾、いまやそのような評価は本国アメリカでも一般的ではない。芦部は、この基準の適用対象について、「主として特定の表現内容を規制する法規、たとえば、違法行為のせん動（あおる行為）を処罰する法律に関わる事件で、その合憲性ないし有罪・無罪を判定する審査基準として用いるなど」とするが¹⁹⁾、この基準はその名称からも明らかのように、危険性の予測に基づく表現規制について適用されるものと解すべきである²⁰⁾。さらにいえば、アメリカの判例法理においては、違法行為の「差し迫った煽動」は、喧嘩言葉などと同様、憲法上の保障の対象外とされているにもかかわらず²¹⁾、なぜ芦部がせん動を「高い価値の表現」に分類し続けるのかも理解が困難である。

第3に、「高い価値の表現」に関する表現内容規制に適用される「やむにやまれぬ公共的利益」の基準の適用対象についての説明も十分とはいえない。「やむにやまれぬ公共的利益」の基準という「厳格審査」の核心部分の適用対象となる規制の具体像が明らかでないとすると、表現内容規制に対して「厳格な審査」が課されるという芦部の「二分論」そのものの基盤が揺らいでしまう。

(b) 表現内容中立規制の違憲審査基準 表現内容中立規制についても、適用される違憲審査基準は一律でなく、それぞれの規制類型に応じた審査基準が適用される²²⁾。

① 時・所・方法の規制については、「より制限的でない他にとりうる手

18) 芦部（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）217頁。

19) 芦部・前掲注7）『憲法学Ⅲ』420頁。

20) 拙稿「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準・再考」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配 下巻』（成文堂、2008年）295頁以下、316頁。

21) See *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

22) 芦部・前掲注7）『憲法学Ⅲ』435頁以下。

段)「厳格な合理性」の基準(「LRAの基準」とよばれる、㉗「立法目的が表現内容に直接関わりのない高度に実質的な利益を追求するものであること」、㉘「規制手段はその立法目的を達成するために必要な最小限度のものであり、国家権力に規制手段の正当性(つまり、より制限的でない他の選り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されること」を求める審査基準が適用される。

㉙「象徴的表現」については、「オブライエン・テスト」と呼ばれる、㉚「当該規制が政府〔統治機関〕の憲法上の権限内のものであること」、㉛「当該規制がある重要なもしくは実質的な政府利益〔公共的利益〕を促進するものであること」、㉜「その規制利益が自由な表現の抑圧とは関係ないものであること」、㉝「修正1条の自由に対する付随的な制約が右政府利益の促進に必須な(essential)もの以上に大きくないこと」を問う基準が問われる(「行動を伴う表現」についても、「一つの行為に結合した形の表現行為」として象徴的表現と共通する部分があるとして、オブライエン・テストで審査されるようになってきたため、「行動を伴う表現」と象徴的表現の区別の実益はなくなった、とされる)。

このように「象徴的表現」について、時・所・方法の規制よりも緩やかな審査が行われる理由は、「象徴的表現」は『言論』と『非言論』の二つの要素が一つに結合した『行為』であるため、表現の自由の問題として取り扱われるとしても、その自由に対する規制は間接的・付随的なものとして捉えられるにとどまり、規制の利益と自由の利益との比較衡量が、前者は後者よりも重要かどうかを具体的事実在即し真剣に検討する形で行われることがなかった(傍点は芦部)と説明される²³⁾。

ウ 「二分論」の根拠

芦部は、表現内容規制について厳格に合憲性が審査される根拠として、G・ストーン²⁴⁾の著作に基づいて、㉞「思想の市場 (market-place of ideas) の

23) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』440-41頁。

正常な作動を歪曲してしまう」（傍点は芦部）こと、①「全く正当性のない動機によって強く毒されて制定された可能性が特別に高い規制であること」を挙げる²⁴⁾。ここにも、芦部が表現内容規制の核心として、見解規制を念頭に置いていることが表われている。

しかし、表現内容規制の合憲性が疑わしい理由には、見解に基づく差別的規制であることだけでなく、そもそも表現内容自体が害悪を発生させることは極めて稀であるという点もある²⁵⁾。したがって、見解規制とはいえ、見解規制についても、その規制の合理性が疑わしい場合が多いという点を踏まえた判断枠組みを設定する必要があると思われる。

エ アメリカ判例の動向との距離

「二分論」のルーツであるアメリカ判例の動向を詳細に紹介した芦部ではあるが、その検討の結果は必ずしも芦部の意図に沿ったものとはならなかった。合衆国最高裁が保守化を強めるとともに、表現内容規制の対象を絞り込み、厳格審査の対象を狭めるとともに、表現内容中立規制の合憲性審査基準²⁶⁾について、「このテスト（オプライエン・テスト：筆者）が……時・所・方法の規制について広く用いられるようになった『十分な他の選びうる経路』の基準……と互換的と解されるようになったのである。したがって時・所・方法の規制立法は、中間審査の基準（LRAの基準）が用いられることもあるが、多くの場合、立法裁量を広く認める敬謙的審査の基準が適用されるのが、アメリカ法の特色と言える」（傍点は芦部²⁷⁾と評価される状況となった²⁸⁾。この記述に付された「この理由を明確に説明する

24) 芦部・前掲注 7) 『憲法学Ⅲ』404-405頁。

25) 佐々木弘通「言論の内容規制と内容中立規制」大石眞・石川健治編『新・法学の争点シリーズ3 憲法の争点』（2008年）118頁。

26) See e.g., *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 47-50 (1986). アメリカにおける、表現内容中立規制の違憲審査の展開について、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』（中央大学出版部、2014年）第Ⅲ部169頁以下参照。

27) 芦部・前掲注 7) 『憲法学Ⅲ』441頁。

28) ここで芦部が参照している Keith Werhan, *The O'Brien of Free Speech Methodology*, 19 ARIZ.ST.L.J. 635, 637-38 (1987) は、*Members of City Council of Los Angeles v. ♪*

ことは難しい。表現の自由を支える価値や『二重の基準』の理論についての考え方の相違という、本質的な問題点とも関わるので、ここでは立ち入らない。」との注記²⁹⁾は、「二分論」についてのアメリカ判例法理研究への訣別宣言のようにもみえる。

オ 表現内容中立規制審査の厳格化？

芦部は、「二分論」を展開しながらも、執筆時期が後になるにつれて、表現内容中立規制の審査基準をより厳格なものとして描こうとしているようにみえる。芦部は、表現内容中立規制の違憲審査の基準として、「原則として中間審査の基準……を用いるのが妥当」との結論を繰り返しているが³⁰⁾、先の引用にもあるように、その内実はLRAの基準である³¹⁾。そして、「コンペリング・インタレストの基準（筆者注：表現内容規制に適用される「やむにやまれぬ公共の利益の基準」と同義）の場合と同じように、公権力の側で、より制限的でない他の選び得る手段では立法目的が大きく損なわれる旨を論証、証明する責任を負う」（傍点筆者）と述べ、LRAの審査について、表現内容規制と表現内容中立規制における審査が同質のものであると説明する一方で、その審査は「オプライエン・テストの下で『他の選び得る手段』の有無を問題とする場合とでは、考え方が基本的に異なる」と述べる³²⁾。

表現内容規制における合憲性審査の厳格度を強調するために、表現内容中立規制についての審査を相対的に緩やかなものとして描いていた芦部は、しだいに表現内容中立規制における手段審査を厳格なものとして描き、オ

↘ Taxpayers for Vincent, 466 U.S. 789 (1984) 判決等を例に挙げて、オプライエン・テストが象徴的言論（付随的規制）の文脈を離れて、表現活動を直接規制する表現内容中立規制一般についての審査基準として使われる傾向にある点を批判する。

29) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』442頁注(15)。

30) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』458頁。

31) 芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』441頁。ここにいう、「中間審査の基準」は、立法目的が重要であることと、目的と規制手段の実質的関連性を求める平等審査における「中間審査の基準」（芦部・前掲注7)『憲法学Ⅲ』30頁）とは別物のようである。

32) 芦部信喜「人権判例法理の特色」法学教室169号（1994年）7頁以下、14頁（芦部『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）193頁以下）。

ブライエン・テストとの違いを強調する姿勢を鮮明に示すようになった。そこには、香城敏磨判事の規制類型論への対抗とともに、市川らによる「二分論」批判への応答の必要性もあったと思われる³³⁾。

二 市川による表現内容規制・表現内容中立規制二分論批判

(1) 市川の問題意識

市川による「二分論」批判は、1986年に遡る³⁴⁾。市川による「二分論」批判の出発点には、猿払事件最高裁判決等に見られる、規制類型の違いに応じて違憲審査基準の厳格度を変える議論がしばしば表現活動の規制に対する違憲審査を著しく緩やかにしてしまい、結果として、「二重の基準」論を骨抜きにしかねないことへの批判的視点がある³⁵⁾。市川は、「二分論」の論拠として、㊦ 特定内容の表現を規制することは政府による好ましい表現としからざる表現との選別を許すことになり警戒的な姿勢をとるべきこと、㊧ 表現内容の規制は特定内容の表現を全面的に禁止することになること、という理由付けが渾然一体となって主張されていることを挙げ、二つの論拠が相互に矛盾すると指摘する³⁶⁾。すなわち、㊦によれば、表

33) なお、芦部の体系書『憲法』の初版（岩波書店、1993年）には、「二分論」の説明はみられず、「二分論」が登場するのは、同書・新版（1997年）からである。そこでの「二分論」についての論述においては、アメリカにおいてオブライエン・テストが時・所・方法の規制にも用いられるようになってきたことを指摘しつつ、それでは「二重の基準の理論の本来の意義」が失われてしまうことを理由に、表現内容中立規制について原則としてLRAの基準を用いて合憲性を審査すべきことが明確にされている（176頁）。

34) 市川・前掲注1）「表現内容の規制・表現内容中立規制二分論と表現の自由（一）」。

35) 市川・前掲注1）書75頁以下。市川が指摘するように、戸別訪問禁止に関する1981年の最高裁判決（最2小判1981（昭和56）年6月15日刑集35巻4号205頁）は、表現規制について、「意見表明そのものの制約を目的とするもの」と「意見表明の手段方法を制限する立法」とに二分し、猿払事件判決のいう、目的の正当性、目的手段との合理的関連性、規制によって得られる利益と失われる利益との衡量という「判断基準」に基づいて合憲判断を下したという点で、猿払事件以上に「二分論」に近接しているといえる。

36) 市川・前掲注1）書81-83頁。

現内容を理由とする表現手段・方法の規制は厳格に審査されることになるが、④によれば、全面禁止でない以上、厳格に審査される必要はなくなるからである。また、市川は、⑦の論拠について、意図的な情報選別が問題であることは、情報流通そのものが阻害されることを軽視する理由にはならないし、④の論拠について、他の表現手段・方法が残されていることを審査基準の引き下げの理由とすることは、表現にとっての手段・方法の重要性を軽視するものであることを指摘する。市川の「二分論」批判は、表現内容規制がすべて全面規制であり、表現内容中立規制がすべて部分規制であるかのように想定する日本の「二分論」の前提の誤りを衝くとともに、表現内容規制の問題性を強調することが表現内容中立規制の合憲性審査の基準を緩める根拠とはならないことを指摘する本質的な批判であった。

(2) アメリカ判例研究から得られる知見

以上の問題意識に立ったうえで、市川は「二分論」の源流である、アメリカ判例法理の綿密な検証にとりかかる。市川のアメリカ判例法理の研究は、アメリカの表現の自由論が展開をはじめる1940年代からレーンキスト・コートの判例に至る極めて徹底したものである。市川は、アメリカ判例法理上の「二分論」を分析するにあたって「二分論」が本格的な展開をみせるバーガー・コート以降の判例を素材に、「保護されない表現」、営利的表現、性的表現・下品な表現、放送においては比較的容易に表現内容規制が認められ、表現内容規制の原則的禁止というルールは完全な表現の自由保障が認められる領域でのみ認められること³⁷⁾、「二分論」がパブリック・フォーラム論とむすびつきながら展開してきたこと³⁸⁾を明らかにした。これらは、「二分論」がもともと表現の自由の一般的法理として展開してきたものというよりは、一定の文脈、すなわち公共施設の施設管理権への制約法理として展開してきたことを示唆するものである。

37) 市川・前掲注 1) 書149頁。

38) 市川・前掲注 1) 書110頁。

また、市川の検討によれば、アメリカ判例法理における表現内容規制への厳格な態度は、見解規制の禁止を基点としその外縁を主題規制、表現主体の規制にまで拡大してきたとされる³⁹⁾（「二分論」の起源とされる *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972) 判決は、ピケッティング禁止に関わる主題規制の事例であった）。ただし、市川によれば、表現内容規制の核心である見解規制においても、その合憲性を厳格にすべきとする根拠（㉗ 不当な動機に基づく規制である、㉘ 表現の伝達効果を理由とする規制は表現の保障にとって危険である、㉙ 公共討論を歪曲することになる）について、有力な批判もあり、それほど確固たるものとはいえない⁴⁰⁾。そして、そうした根拠付けの薄弱さは、主題規制の場合、そして主体による規制についてはいっそう顕著なものとなる。そこで、「二分論」の提唱者である G・ストーンは、主題規制のうち、見解規制に近い、特定の争点または比較的に狭い争点に関する主題規制のみを厳格な合憲性審査の対象とするよう主張するが、主題の広狭の判断、そして危険性の高い主題規制とそうでない規制との区別は困難であり、結局は、表現内容中立規制との違い自体もあいまいなものと評価されることとなる⁴¹⁾。

他方で、市川は、表現内容中立規制も表現の自由の保障にとって重大な危険性をもつ点を過小評価すべきでないとするレディッシュらの主張⁴²⁾を詳しく紹介する。その要点は、第1に、表現内容中立規制が表現の全体量を縮減することの問題性、第2に、表現にとっての表現手段・方法の重要性、第3に、文面上、表現内容中立的な規定が見解差別的に適用される危険性や過剰な規制となりうる危険性であり、市川がここから大きく影響を受けていることが窺われる。

39) 市川・前掲注 1) 書151頁。

40) 市川・前掲注 1) 書185頁。

41) 市川・前掲注 1) 書189頁以下。

42) Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 *STAN.L. REV.* 113 (1981).

(3) 市川による「二分論」批判の要点

市川による「二分論」批判の最大のポイントは、(1)でも述べたように、表現内容規制を厳格に審査すべき根拠とされる、不当な動機に基づく規制であること、伝達的効果に基づく規制が表現の自由の保障にとって危険であること、さらには表現内容規制によって思想の自由市場に歪みが生ずることが、表現内容規制を厳格に審査することに結びつくとしても、そこから表現内容中立規制を緩やかに審査することには結びつかないという点である⁴³⁾。

市川は、さらに、上に述べた表現内容規制を厳格に審査すべき論拠と表現内容規制との結びつきにも疑問を投げかける。すなわち、表現内容規制を厳格にすべき根拠の一つ、不当な動機に基づく規制のおそれが強いという点は、見解規制については当てはまるものの、主題規制一般には当てはまらない⁴⁴⁾。ここから芦部は、先のストーンの議論と同様、「主題が狭く限定されている」主題規制のみを表現内容規制として扱うと主張するが、表面上は見解規制ではないが実際には見解規制にほかならないといった規制はほとんど考えられない⁴⁵⁾ ことに加え、このような限定は、もともとの表現内容規制の定義に矛盾することになる。

他方、市川は、表現内容中立規制の危険性・問題性を軽視すべきでないことを強調する⁴⁶⁾。第1に、表現内容中立規制は、表現の全体量を縮減し、情報の自由な流通を妨げる点で、表現の自由保障の機能を損なうおそれが高い。第2に、表現の時・所・方法は当該表現にとって重大な意義を有することが少なくなく、表現手段・方法の規制の危険性を軽視すべきでない。第3に、現代社会においては、むしろソフトな規制手法である表現内容中

43) 市川・前掲注1)書218頁以下。

44) たとえば、市川は、主題規制である選挙運動規制(市川は戸別訪問禁止を例に挙げる)について、実質的に見解規制とみることは困難であると指摘する(市川・前掲注1)書220頁)。

45) 市川・前掲注1)書221頁。

46) 市川・前掲注1)書224頁以下。

立規制が多用されるおそれも強く、そこに対する警戒心を怠るべきでない。

こうして、市川は、「二分論」を廃棄し、厳格な違憲審査基準を表現内容中立的規制にも及ぼすことを主張する「一元論」を支持する。ここで問題は、「一元論」に立ったうえで、結局、表現規制に対してどのような違憲審査基準を適用することになるのかという問題に回帰する。そして、市川は、「それが伝達されることによって一定の害悪が生ずるのを防ぐためにある内容の表現の伝達を禁止するような規制」には、「事前に範疇化ないし定義的に画定しておく手法」をとることとともに、規制の必要性、規制の限定性、規制の目的等を考慮に入れた「類型化」を提案する⁴⁷⁾。

三 表現内容規制・表現内容中立規制二分論の現状

1 芦部の応答

芦部は、市川らによる「二分論」批判に対して、表現の自由保障に向けての基本的な問題意識は共有していること、表現内容中立規制についても「より制限的でない他に取りうる手段のないこと」を求める厳しい審査基準を求めており、内容中立規制に緩やかな違憲審査基準を適用しているとの批判があたらないことを指摘している⁴⁸⁾。ほかにも、「二分論」を維持しつつ、表現内容中立規制にも「緩やかな審査では不十分であり、裁判所が立法事実を具体的・実質的に審査すべきである」と説く論者は多い⁴⁹⁾。ただし、これによると表現内容規制に適用される「厳格な審査」と表現内容中立規制に課される基準が接近することとなり、そもそも「二分論」と言いうるのが疑問にも思われる。「二分論は、内容中立的規制は緩やかに認められるという趣旨ではない」⁵⁰⁾とすれば、「二分論」の存在理由が改

47) 市川・前掲注 1) 書229頁以下。

48) 芦部・前掲注 7) 『憲法学Ⅲ』408頁注(2)。

49) 安西・巻・宍戸『憲法学読本 [第3版]』(有斐閣, 2018年) 153頁(宍戸常寿)。

50) 毛利透ほか『憲法Ⅱ 人権 [第2版]』(有斐閣, 2017年) 220頁(毛利透)。

めて問われよう。

この点、長谷部恭男は、芦部の「二分論」を引き継いで、表現内容規制について、①『『真にやむをえない compelling』政府の規制目的の存在』と②『『規制が当該目的の必要最小限度の達成手段として厳密に設定されている (narrowly tailored)』を、政府の側が立証すること』との「厳格な審査基準」を適用しつつ、表現内容中立規制については、「典型的な中間審査基準」であるオブライエン・テストで足りるとの立場をとっており⁵¹⁾、この点で芦部とは立場を異にしている。

2 「二分論」修正の試み

市川らの「二分論」批判を受けて、論者の中には、「二分論」の枠組みを維持しつつ修正を試みる論者もみられる。

(1) 表現内容規制の明確化

芦部の提唱した「二分論」において、表現内容規制の対象が明確さを欠いている点はすでにみた。

高橋和之は、この点を踏まえ、見解規制と主題規制の区別に基づく合憲性審査の違いを明確にする。高橋は、見解規制については、「自己統治・民主政治の理念に反するし、政府が自己に都合の悪い表現を抑圧する危険性も大きいから、きわめて厳格な審査が必要となる」としつつ、主題規制については、「公的討論の場から全面的に排除してしまう場合」と「時・場所・態様規制と結合してなされる場合」を区別し、前者は見解規制と同様に解し、後者は、「公的討論の場に向けて表現する他の回路が開かれている限り」内容中立規制と同様にとらえることができると説く⁵²⁾。

また、安西文雄も、大枠としての「二分論」には賛意を示しつつも、表現内容規制のなかに、見解規制と見解中立的な内容規制があることを指摘し、前者には、「最も強い違憲の推定が働き、ほとんど自動的に違憲の評

51) 長谷部恭男『憲法 [第7版]』(新世社, 2018年) 210頁。

52) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第5版]』(有斐閣, 2020年) 237頁。

断に至る」としつつ、後者については、違憲の推定を覆すことも可能と説く。安西は、また、表現内容中立規制のなかにも、戸別訪問禁止などの「表現に向けられた内容中立規制」とポスティングへの住居侵入罪の適用などの「付随的規制」があることを指摘し、結局のところ、「規制のあり方は、多段階のグラデーションをなしているとみた方がよいのではないか」と論ずる⁵³⁾。

(2) 「二分論」の徹底

芦部の「二分論」をより徹底させた形で論ずるのは、松井茂記である。松井は、表現の自由保障の中核的機能を、「政府が表現内容について判断を加えることを原則として禁止する点にある」との前提から、表現内容に基づく制約あるいは表現内容に向けられた制約は原則として許されず、「最も厳格な合憲性判断基準が適用されるべきである」と論ずる⁵⁴⁾。松井は、「特定の見解の狙い撃ち」（見解規制）のみならず、「一定のカテゴリーの表現内容を制約すること」、すなわち主題規制も厳格な基準によって合憲性を審査するとし、さらに、名誉毀損、違法な行為のせん動、猥褻など、芦部が、いわゆる「低い価値の表現」として別扱いとしていた表現の規制も正面から内容規制に含める。そのうえで、表現内容規制が、「表現の結果によって安易に制約がみとめられがち」であることから、「可能な限り定義的な手法が用いられるのが望ましい」として、「定義的衡量」（「定義づけ衡量」に同じ）の基準を適用することを主張する⁵⁵⁾。

(3) 「二分論」の論拠の補強

芦部は、「二分論」の根拠として、思想の自由市場論や不当な動機を挙げたが、近年、表現内容規制について厳格に合憲性を審査すべき新たな根

53) 安西文雄「表現の自由の保障構造」安西ほか『憲法学の現代的論点【第2版】』（有斐閣、2009年）377頁以下、381-82頁。

54) 松井茂記『日本国憲法【第3版】』（有斐閣、2007年）448頁。渋谷秀樹も、性表現、名誉毀損等を「表現内容規制」の典型的問題として論ずる（渋谷『憲法【第3版】』（有斐閣、2017年）370頁以下参照）。

55) 松井・前掲注54)書457頁以下。

拠付けが示されている。

たとえば、木村草太は、民主的政治過程を通じての是正が困難であるとか、真理発見を困難にする、あるいは、個人の自己実現・自己統治といった観点から表現内容規制を内容中立規制に比べて厳格に審査することを正当化できないと主張しつつ、「特定の思想・信条をもつ者への嫌悪感や蔑視感情」に基づく内容規制については、差別禁止の原則から厳格な違憲審査を正当化しようと主張する⁵⁶⁾。同様の指摘は、安西からもなされている。安西は、先にもみたように、表現内容規制を、見解規制、見解中立的な内容規制、内容中立規制に分類するが、R・ドゥオーキンの手段主義的論拠と構成的論拠の区別も参照しつつ、見解規制が、本来、個人に留保されるべき、「表現内容の当否、価値、合理性などに関する判断」を政府が篡奪するものであり、「人を責任ある道德上の主体として扱っているとはいえず、正義に適った政治社会の構成的なあり方にそぐわない」ことを厳格審査の根拠に据える⁵⁷⁾。

もっとも、表現内容規制を厳格に審査すべき論拠をいくら補強したところで、表現内容中立規制について緩やかな違憲審査を行う理由にはならないとの市川の批判には応えたことにはならない。そこで、表現内容中立規制について厳格な違憲審査を課す必要がない理由を積極的に論ずる主張もある。たとえば、浦部法穂は、「明白かつ現在の危険」を（制限の対象となっている行為と害悪発生との間の関連性（因果関係）の程度にかかわる）目的審査の基準として用いることを論ずる過程で、以下のような「二分論」に応じた違憲審査の違いを示している。「法が表現内容に規制を加えている場合、ある一定の範ちゅうないし類型に属する表現内容と害悪発生との間の因果関係は、ほとんど不可避的といいうほどの明白性をもたない場合が多いと考えられるから、この場合には、原則として現実の害悪発生を要

56) 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）96頁以下、101頁。

57) 安西・前掲注53) 論文384頁。

件としてのみ合憲的に規制しうる」とする一方で、「表現の時・所・方法についての規制は、因果関係が明白である場合も比較的が多いと考えられるから、その場合には、危険性のゆえに規制することも許される」と論ずる⁵⁸⁾。表現内容規制と時・所・方法の規制を対比させているという問題はあるが、規制の審査密度の違いの説明としては筋が通っている。

3 「二分論」の比重低下

近年の傾向として顕著なのは、「二分論」の地位低下であるようにも思われる。近年出版された憲法の基本書においては、表現内容規制と表現内容中立規制に大別して体系的な解説を加えるのではなく、「二分論」の概略を説明するものの、それとは切り離れた形で個々の表現規制の問題を論ずる傾向、あるいは表現内容規制と表現内容中立規制との区別を説明概念として用いるものの、違憲審査基準の厳格度とは結びつけない傾向が顕著になっており⁵⁹⁾、「二分論」への言及の比重は小さくなっている⁶⁰⁾。その原因として大きいのは、「二分論」が判例法理と乖離していることであろう。いわゆる厳格審査の対象となる表現内容規制の具体例は不明なままであり、表現内容中立規制について、「より制限的でない手段の利用可能性」の基準を適用した判例もないという状況においては、「二分論」についての記述は、表現の自由に関する解説全体のなかでどうしても「浮いて」しまうことになる。「二分論」の意義付けを明確にするためには、判例の判断動向との接点を見出す必要がある。

58) 樋口陽一ほか『注解法律学全集 憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）17頁（浦部法穂）、浦部『憲法学教室 [全訂第2版]』（日本評論社、2016年）170頁。

59) 市川も、自らの基本書『基本講義 憲法』（新世社、2014年）では、説明概念として表現内容規制と表現内容中立規制の区分を用いている（141頁以下）。

60) 「二分論」に対する厳しい批判として、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 下』（法律文化社、2018年）82頁以下参照。佐藤幸治も表現の自由保障にとっての二分論の意義に否定的な立場をとる（佐藤・前掲注11）書292-93頁）。

四 表現内容規制・表現内容中立規制二分論の再構成に向けての視点

1 表現内容規制の定義について

もともと表現内容規制と表現内容中立規制の区分は、害悪発生の原因による区分であったはずである。初期の芦部の説明にみられたように、表現内容規制を、規制態様の量的な種別である「時・所・方法の規制」と対比させるべきではない。

そして、表現内容規制についての審査をより綿密にするためには、「見解」「主題」の区別が重要である。特定の見解を狙い打ちにする見解規制は、思想の自由の侵害ともなりうる規制であり、それを正当化しうる理由も基本的に見いだせないはずであるから、原則的に禁止される⁶¹⁾。他方、主題規制については、高橋の指摘するように⁶²⁾、表現のための施設利用の規制との関係では許容されることもあるが、隠れた見解規制でないかを規制目的との関連性を厳格に行うことにより精査する必要がある。

2 表現内容規制の違憲審査基準について

芦部の提唱した違憲審査基準論は、利益衡量論の延長線上にあり、目的の重要性の違いと手段審査の厳密さによって階層化された審査基準を使い分けるものであった⁶³⁾。しかし、多様な憲法上の権利の制約に対する審査の厳格度をもつばら量的な指標の操作だけで差別化することにはそもそも

61) 補助金の給付などの給付の場面では、見解による規制が助成の趣旨に合致するかぎりでも許容される場合もある。長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣, 2017年) 351頁(阪口正二郎)。

62) 高橋・前掲注 52) 書237頁。

63) 目的の重要性の違いについて、芦部・前掲注 7) 『憲法学Ⅲ』411頁参照。平等についての「三段階審査基準」(芦部・前掲注 7) 『憲法学Ⅲ』27頁以下) と他の自由についての審査基準との違いが不明である点も問題である。

無理がある。表現内容規制の違憲審査基準を考える上では、そもそもその規制が孕んでいる問題性が何かに着目して判断枠組みを構築する必要がある。

「二分論」を害悪発生の原因による区別に純化させると、佐々木や浦部らの主張するように、表現内容自体が害悪を発生させることが極めて稀であり、しばしば支配者・権力者にとって都合が悪いということを「害悪」とみなして規制することにつながるという点（「不当な動機」に基づく規制となりやすい点）が、表現内容規制を厳格に審査すべき理由として浮かび上がってくる。ここから、表現内容規制の合憲性審査にあたってまず問われるべきは、当該表現内容と害悪との因果関係ということになる⁶⁴⁾。

害悪発生との因果関係が明確な表現については、害悪発生の防止と表現の自由保障との調整を、規制対象を厳格に絞り込む形で行うことになる。表現内容規制のうち、いわゆる「低い価値の表現」について「定義づけ衡量」の審査が行われるのは、こうした理由によるものであり、名誉毀損やプライバシー侵害などの「低い価値の表現」を表現内容規制のなかで別扱いすべきではなく、むしろ表現内容規制の典型例として扱うべきである。プライバシー侵害や名誉毀損は表現と害悪発生との因果関係が明白であるから規制対象となることが異論なく受け入れられているだけで、それらが内容規制でないからではないし、緩やかな合憲性審査が行われているとみる必要はない。

そして、違法行為のせん動についての合憲性審査に用いられる「明白かつ現在の危険」の基準⁶⁵⁾または「ブランデンバーグ基準」⁶⁶⁾は、違法行為

64) 佐々木・前掲注25) 論文118頁。表現内容規制のなかには、毛利透の主張するように、「政府は表現内容が受け手にもたらす効果を勝手に見積ってそれを表現制約の理由としてはならない」という原則から規制が認められないものもある（毛利『国家と自由の法理論』（岩波書店、2020年）304頁）。

65) 拙稿・前掲注20) 論文316頁。

66) 拙稿「違憲審査基準としてのブランデンバーグ原則・再考」市川正人・徐勝編『現代における人権と平和の法的探求』（日本評論社、2011年）48頁以下参照。

発生との近接性や唱道の内容に着目して、せん動的言辞の規制対象を絞り込む審査基準であり、これらもやはり「定義づけ衡量」の一種とみなすことができる。

3 表現内容中立規制の違憲審査基準について

表現内容規制と表現内容中立規制との違憲審査は、前者については害悪の発生との因果関係について厳格な審査が必要なのに対し、後者については害悪の発生との因果関係が比較的明確であるというだけであり、表現内容中立規制について規制手段の合憲性審査を緩やかにする必然性はない。表現「内容」に基づいて場所の使用を制限する場合と、騒音を理由に付近での公共の場における演説を一切禁止する場合において、どちらが表現の抑圧効果が強いかを断定することはできない。害悪の発生原因とは別に、規制の態様も加味して違憲審査の厳密度を判定すべきである⁶⁷⁾。

むすびに代えて

本稿は、「二分論」を否定的に扱ってきたが、表現内容規制と表現内容中立規制の区分自体の意義を否定するものではない。したがって、「二分論」を否定して「一元説」を採用すれば問題が解決するわけではない。芦部が「二重の基準」を具体化するために提示した「二分論」が所期の目的を果たさなかったのは、「二分論」に固執するあまり審査基準の振り分けが形式化・硬直化したところにあった。表現の自由のより十全な保障のためには、表現内容規制か否かという視点だけではなく、様々な規制態様の違いをとりこんだ体系を構築する必要がある。そのためには、ともすれば

67) 横大道聡「表現の自由に対する『規制』方法」阪口正二郎他編『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）49頁以下、55頁、小山剛「『憲法上の権利』各論6 表現の自由(2)」法学セミナー711号（2014年）82頁以下、84頁、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）137頁参照。

形式化されがちな「二分論」をもう一度見直し、再構成する必要がある。

「二分論」の母国、アメリカでは近年も表現内容規制についての違憲判決が下されるなど、依然として「二分論」は表現の自由保障論のなかで重要な位置を占めている。そこでは、むしろリベラル派が差別的表現や青少年保護のための表現内容規制を求め、保守派がそれに反対するという、新しい構図もみられる⁶⁸⁾。「二分論」を提唱した芦部、それを批判した市川がそうであったように、日本の判例動向についての鋭敏な批判的視点を基盤にしつつ、外国の判例・理論動向も積極的に吸収して、より有効な表現の保障のための違憲審査のあり方を探究する営みは継続されなければならない。

68) *See e.g.*, United States v. Stevens, 559 U.S. 460 (2010); Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 786 (2011). 大林啓吾「表現の自由——修正1条絶対主義？」大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツ・コートの立憲主義』（成文堂、2017年）191頁以下、金原宏明「過小包摂な規制と厳格審査の基準の下での目的審査のあり方について：EMA 事件判決におけるスカリア裁判官廷意見を素材として」関大法学論集65巻3号（2015年）869頁以下参照。