

表現の自由と「社会良心」

石 埜 学*

目 次

立川反戦ビラ事件最高裁判決と「社会良心」

「生きた憲法」に基づく裁判？

利益衡量としての「公共の福祉」

「公共の福祉」イデオロギーの批判

ま と め

立川反戦ビラ事件最高裁判決と「社会良心」

立川反戦ビラ事件の最高裁判決（最判2008年（平成20年）4月11日，刑集62巻5号1217頁）に対しては，すでに憲法学からも厳しい批判がなされている。

最高裁は，「確かに，表現の自由は，民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならない，被告人らによるその政治的意見を記載したビラの配布は，表現の自由の行使といえることができる」としながら「憲法21条1項も，表現の自由を絶対無制約に保障したのではなく，公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって，たとえ思想を外部に発表する手段であっても，その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されないというべきである」として，表現の自由に対する「公共の福祉」のための制限が認められることを示した。

その上で「本件では，表現そのものを処罰することの憲法適合性が問わ

* いしざき・まなぶ 亜細亜大学准教授

れているのではなく、表現の手段すなわちピラの配布のために『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の憲法適合性が問われている」とし、「本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入る事は、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。したがって、本件被告人らの行為をもって刑法130条前段の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない」と結論付けた。

この判決の最大の問題は、「本件事実関係を正視しようとしぬこと」¹⁾であり、判決自体が「砂上の楼閣」の観を呈していることだ。

しかし、本稿では、この判決を歓迎する一部のメディアの論説や社会的風潮が存在することに眼を向ける。

まず、この判決について、二つの点を確認しておく。

第1に、この判決は、表現の自由の手段である集合住宅における平穩なピラ配布を「公共の福祉」によって制約することを合憲とした。その「公共の福祉」の内容は、「管理権者の管理権」と「私生活の平穩」である。表現の自由の行使とそれらの憲法上の人権とまではいえない利益とが衡量され、後者が優先させられたのである。

第2に、事実の問題としては自由に立ち入りの出来た本件防衛庁官舎の敷地及び共有部分が、「人の看守する邸宅」(刑法130条前段)であると評価され、「一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない」と評価された。つまり事実の問題としては「自由に出入りすることのできる」場所であったが、最高裁は、「本来自由に出入りしてしかるべき」という規範的判断を否定する規範的判断をしたのである²⁾。

この最高裁判決を支持する一部の論調は、まさにこの2つの点に関係す

る。読売新聞は、社説「ビラ配り有罪 一つのルールが示された」(2008年4月13日)で、本件判決は「立ち入りを強く拒まれている場所でビラを配れば犯罪になる」という「日常生活の一つのルールとなる司法判断」だとしたし、産経新聞は、「視点 ビラ配りに求める節度」(2008年4月12日)で、「官舎管理者の明確な立ち入り禁止の意思を無視し続けた被告3人の行為を重視し、『有罪』の結論を導き出した。ただ、この判決はビラ配りという表現方法そのものを否定しているわけではなく、節度を欠いた被告の行為を判断したにとどまることに注意が必要だ」とし、「ビラ投函以外に自らの意見の表明方法がないわけではなく、明らかに住民や管理者への配慮を欠いた行動だった。『権利侵害の程度は軽いとはいえない』と判断されてもやむを得ないだろう」と評価した。

本件の事実関係のもとでは、被告人らは、「立ち入りを強く拒まれている場所」でビラ配布をしたとも「官舎管理者の明確な立ち入り禁止の意思を無視し続け」たとも、「節度を欠いた」とも評価できない。

筆者は、これらの論説を最高裁判決の正しい評価として受け入れることはできない。しかし、これらの論説 あるいはこれに類する諸言説が、最高裁判決に対する社会の側の反応として呼び覚まされたことを無視するわけにもいかない。最高裁が「日常生活の一つのルール」を新たに示したことは事実であるし、そのルールは、近い将来に社会に幅広く受け入れられるかもしれないからだ。

先の第1の点に関することだが、現に、最高裁判決から約1ヵ月後の2008年5月18日に、反戦ビラ事件が起った東京都立川市に隣接する東京都国分寺市内のマンションのポストに市議会報告のビラを配布した共産党の市議が、住居侵入容疑で書類送検されるという事件もあった。この事件は、マンションの管理組合が「市議は地元の自治会活動にも積極的に参加している」などとして被害届を取り下げたことなどから不起訴処分になったが、そもそもポストに入れられる大量のビラを迷惑と感じていた一住民が投函をやめるように市議に強く求め、この住民から被害届を出すように求めら

れたマンションの管理組合が「他の複数の住民も迷惑と感じていたことが確認できた」として組合として被害届を出したものであった(朝日新聞2008年7月25日)。また東京都千代田区の「生活環境条例」は、「安全で快適な生活環境を守る」という目的(前文)で、「公共の場所」で「チラシが散乱した場合においては、速やかにこれを回収し、当該公共の場所の清掃を行わなければならない」(13条2項)とし、これに違反したビラの配布者等には、二万円以下の「過料」(24条)を課すこととしている。これらは、「節度を欠いた」ビラ配布自体が、「安全で快適な生活環境」として迷惑なものであるとする社会的風潮が形成されつつあることの証左であろう³⁾。

こうしたビラ配布を迷惑と感じる社会的風潮　それ自体、社会学的な研究対象である　を最高裁判決は、「管理権の侵害」と「私生活の平穩」という言葉で拾ったと言えなくはない。

第2の点についても、最高裁が、同じ言葉である種の社会的風潮を拾ったと言えなくはない。部外者による不快な行為に煩わされない私生活圏のうち内閉したいという市民の願望の高まりは、部外者の立ち入りを拒否するセキュリティ設備を施したマンションや宅地の増加に表れている。これを「ゲーティッド・タウン」⁴⁾と言うが、最高裁は、物理的にではなく、規範的に「ゲーティッド・タウン」を一つ作り出したと言えなくもない。

少なくとも、筆者には、こう解する以外に最高裁のこれらの言葉の含意はまったく分からない。

さて、本件事実関係から離れてこのように論じることには法学上いかなる意味があるのか、筆者自身疑問がないわけではない。また一部の断片だけを取り上げて　社会学的な探求をせず　社会的風潮を云々することも危ういかもしれない。しかし、次のカドーゾの言葉を念頭に置くのであれば、本件において、裁判官が「社会良心(the social conscience)」に基づいて利益衡量をし、そうすることによって「社会良心を育成し、修正」しようとしたとして判決を正当化することは、まったく荒唐無稽とも言い切れない

いのではないか。

カドーゾは、次のように述べる。「社会思想，社会意志の探求と言うと，なるほど，それは，外部的なもの，すなわち，慣習とか，確信とかに表れている規範の探求であるに違いない。しかし，その探求で発見されたものを，宣明する行為から，実は，一つの新しい規範，一つの新しい基準が生まれて来るのであり，そして，それから後では，習慣も，確信も，その新しく生れた規範，基準に順応するようになるのである……裁判官は社会良心（the social conscience）を解釈し，それに法律上の効果を与える。しかし，裁判官はそういう行為をすることによって，その解釈する社会良心を育成し，修正することになるのである。発見と創造は，互いに働きかけ合うものなのである」⁵⁾。

奥平康弘は，表現の自由に対する現代的な公権力規制に次のような注意を促していた。すなわち「旧日本と違って現代では，表現の内容そのものに向けられた公権力規制は減少しつつある。問題になる規制は内容を直撃するよりは，そのわきをねらうソフィスティケートされたものになってきている。こういう状況のもとで，内容・外形二区分論は，『優越的地位』＝「二重の基準」の出番を奪いこれを陳腐化するおそれがある」⁶⁾⁷⁾。

立川反戦ピラ事件は，具体的事実関係を知れば，表現の内容そのものに向けられた規制であることはほぼ間違いないのだが，そうではなく，いちおうは表現手段の規制であるようにも見える外観を規制する側が整えていた⁸⁾。そして，そうしたソフィスティケートされた規制が，すでに形成されつつある「社会良心」の中に共鳴盤を持ち得る状態があったからこそ，公権力は，あえてこのような規制に出たのであって，最高裁は，「一つの新しい規範」を作ったのだとも解釈しうるのではないか。さて，憲法学は，このようなソフィスティケートされた，しかも「社会良心」によって妥当性を獲得しうるような規制に対抗しうるであろうか。

「生きた憲法」に基づく裁判？

今日、カドゾーのいう「社会良心」であれ、なんであれ、法外的な規範が裁判官の法解釈の一つの基礎となっていることは、事実の問題としては、広く認められるであろう。

エールリッヒは、「法制度がもっぱら法規範に基づいているというのは誤りである。倫理・宗教・習俗・礼儀・行儀作法、否、それどころか節度や流行も、法以外の関係を規定するだけではなく、至る所で法の分野にも影響を及ぼす」ことを示し⁹⁾、さらに裁判官が、法外な社会的な規範を援用していることを次のように叙述した。「法規則自体が、到る所で、他の社会的規範の援用を指示し、倫理・習俗・礼儀に反する法の濫用を許さず、倫理に反する契約を禁止し、信義誠実の原則や取引慣行による契約の解釈と履行を行うように命じ、名誉毀損・礼儀の無視・故意による非行に刑罰を科し、判決を裁判官の自由な裁量 つまり、純粹に法的な衡量とは別のものに基づいている法的な裁量 に委ねているのである」¹⁰⁾。

つまり、社会学的解釈を肯定する限り、裁判官が、「生ける法」とか「社会良心」の中に判決の妥当性の根拠を置き、ひとつの具体的事件の解決のために裁判官が発見し、宣明した「生ける法」とか「社会良心」が社会にフィードバックされることを一般的に否定することはできないだろう。

ところで、このことは、違憲審査権を行使する裁判官にも当てはまるだろうか。1965年の論文「司法審査制の理念と機能」において芦部信喜は、社会学的方法に拠ることを明らかにしつつ、次のように述べる。「憲法事件で裁判官が自己の下す判決によって将来促進される『結果』を顧慮し、ある程度 result-oriented な解釈を行うことは不可避であり、しかもその場合多くの原則または価値の中から裁判官が行う選択は、たとえ既存の原則では説明し正当化できないものであっても、社会学的な妥当性をもつことによって正当化される場合があると考えるべきである。そうした判決は、

既存の原則なりルールからみれば not principled であり not reasoned であっても、社会学的には決してそうではなく、いわば社会の生ける法(E・エアリヒ)に合致するかぎり、やはり『原則化され』かつ『筋道を通った』憲法裁判の方法と考えていいのではないか¹¹⁾。

ここでは、「生ける法」の発見のみならず、裁判官が、「将来促進される『結果』」を顧慮して、目的論的解釈を行うことが肯定されている。この方法において、「生ける法」が、妥当性を競い合う諸利害の衡量である以上、裁判官の行う価値選択とは、利益衡量のことである。エールリッヒは、現代の法学の任務を「社会の中で妥当性を競い合っている全ての利害を顧慮しつつ、それらを互いに考量するといった最も重要な義務を果たす」ことであるとしている¹²⁾。

ところで、芦部のこの論旨は、「司法審査と『生きた憲法』の観念」と題された節で展開されている。そうした節のなかで、「時代と社会の変転に応じて変化する『生きた思想の皮袋』」として「『生きた憲法』(living constitution)の思想からみた司法審査のあるべき姿¹³⁾」を論じる中で展開されているのだ。

「裁判所が憲法事件に一定の判断を下す過程は、通常つぎの二つの段階に分けられる。第一は、それぞれの憲法上の主張　たとえば公安条例事件を例にとれば、思想表現の自由の一形態としての集団的示威運動と、それを制約する原理として援用される公共の福祉　に内容を与える段階であり、第二は、この相争う主張の一つを他の主張に従属させる段階である。ところが、憲法を進化発展する『生きた』文書だとみる立場をとると、高柳博士の強調される『事件に関連する社会事実に十分な検討を加え、これに第一次的重要性を置いて良識的に解釈する』社会学的方法が当然に重視されねばならないから、特別の事件を除いて、通常は右にあげた二つの段階のいずれにおいても、相争う両当事者の主張に含まれた種々の社会的利益と無関係に、形式論理で分析を行うことは許されない¹⁴⁾。

こうしてみると、芦部にとっては、例えば「集団的示威運動」や「公共

の福祉」といった実定憲法上の価値の内容は、憲法の条文の文理解釈や歴史的解释のみによっては確定できず、さらに争う利益の衡量も、社会学的方法によらなければ、究極的には達成できないだろう。

ここでは、例示としてではあるが、人権の内容だけではなく、人権制約原理としての「公共の福祉」の内容も「生きた憲法」によってその内容を与えられることとされている。

この論旨には、「生きた憲法」としての「公共の福祉」が、人権保障に厳しくなったときには、実定憲法が保障する人権の保障を縮減する可能性すら抽象的には存する。

もっとも芦部は、裁判官の「選択の主権的特権」を無限定に承認するものではなく、その選択には「相争う憲法的価値のうちいずれが特定の事実関係およびそれと同種の将来起りうる事実関係において『われわれの社会の質に永続的な貢献』をなす可能性があるかという観点からなされるべきであるし、しかもその『社会の質』の評価は、憲法に具体化された『自由な社会の基本的な諸価値』に対するきびしい忠誠に根ざすものでなければならぬ」という限定をし、さらに「とくに成文憲法の下においては、憲法の規範性なり、人権保障を中核とする憲法の価値体系から導き出される一定の解釈基準」によって強く限定されるという¹⁵⁾。

さらに、1977年の論文「憲法訴訟における裁判所の政策形成機能」において、芦部は、「国民の納得する裁判」の意義を強調しつつ、「法は最上級の裁判所すら拘束するものでなければならないが、同時にまた、人々のニーズを充たし、彼らの倫理的感受性に釣り合うものでなければならない」というジレンマに答える必要があるのであって、そのために裁判は「文明の道徳的観念」(moral sense of civilization)を考慮に入れたものでなければならない旨をコックスが主張する¹⁶⁾のは、自らの社会学的方法と同じ趣旨であるとしている¹⁷⁾。

そのコックスは、「自由な社会において法の最も重要な特質は、社会からの承認と支持を獲得する力」であり、これを「正当性の力」と呼ぶが、

「司法府は、憲法裁判に従事するとき、他に類がないほどこの正当性の力に依拠する」¹⁸⁾とする。また「最高裁は、刺激を与え道徳上の教育を促進させるのである。しかし、最高裁の意見は、われわれ自身についてのわれわれの国民的理解を形成するのに役立つが、他方、その判断の根拠は、すでに国民の中に存在しなければならない。最高裁から表明された抱負は、社会が進んで従うばかりでなく、最終的にはそれにより暮らしていけるものでなければならない。というのは、立派な憲法判決の力は、この種の公衆の意思を最高裁がどれだけ正確に感知したかということと、それが感知したことを表現することにより究極的に合意を得る最高裁の能力にかかっているからである」¹⁹⁾とも説く。ここでも、憲法裁判に従事する裁判官は、「公衆の意思」を感知するだけでなく、それに「刺激を与え道徳上の教育を促進させる」という相互作用を行うことが肯定されているのだ。

しかし、「社会の質」にせよ、「文明の道徳的観念」にせよ「生きた憲法」が人権の保障を縮減する可能性への歯止めとはならないだろう²⁰⁾。もっとも芦部の説は、「生きた憲法」とは別の性質の「人権保障を中核とする憲法の価値体系から導き出される一定の解釈」にその歯止めを求めているようにも読めるが²¹⁾。

むしろ、これら諸説には、人権保障を縮減させるような判決に「社会学的妥当性」を付与する余地があることが危惧される。そのことの例証に「大阪市屋外広告物条例事件」の最高裁判決（最大判昭和43年12月18日，刑集22巻13号1549頁）を見てみよう。

本件は、「四十五年の危機迫る!! 国民よ決起せよ!! 大日本菊水会本部」などと印刷したビラ合計26枚を、13箇所の橋柱、電柱および電信柱にのりで貼りつけたという事案であるが、最高裁は次のように述べた。「大阪市屋外広告物条例は、屋外広告物法（昭和二四年法律第一八九号）に基づいて制定されたもので、右法律と条例の両者相待つて、大阪市における美観風致を維持し、および公衆に対する危害を防止するために、屋外広告物の表示の場所および方法ならびに屋外広告物を掲出する物件の設置およ

び維持について必要な規制をしているのであり、本件印刷物の貼付が所論のように営利と関係のないものであるとしても、右法律および条例の規制の対象とされているものと解すべきところ(屋外広告物法一条、二条、大阪市屋外広告物条例一条)、被告人らのした橋柱、電柱、電信柱にビラをはりつけた本件各所為のごときは、都市の美観風致を害するものとして規制の対象とされているものと認めるのを相当とする。そして、国民の文化的生活の向上を目途とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であるから、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要且つ合理的な制限と解することができる。従って、所論の各禁止規定を憲法に違反するものということとはでき」ない。

この最高裁判決では、前出の立川反戦ビラ事件と同じく、それ自体としては憲法上の価値といえるかどうか疑わしい「美観風致」が公共の福祉の内容とされ、それとビラ貼りという表現行為とが衡量され、前者が優先させられている。注意を引くのは、「美観風致」の維持が、「国民の文化的生活の向上を目途とする憲法」という憲法観と関連付けられていることである。「公共の福祉」に、「美観風致」の維持の上位概念としての「国民の文化的生活の向上」という価値が読み込まれているのだ。

さて、芦部信喜は、表現の内容規制・内容中立規制二分論に立ち、屋外広告物の規制は後者にあたるとした上で、LRAの基準²²⁾を適用し、「この種の条例それ自体を直ちに違憲と断ずることは、困難」であるとし、その理由として「一般的許可制を定めて表現の自由を事前に抑制するものではなく、「美観風致」の維持と「公衆に対する危害」の防止のために必要な規制であって、それらの文言は許可基準として明確であり、恣意的な判断によって表現の自由が不当に侵害される危険が少ないこと、目的達成のための手段も「必要最小限の限界を逸脱した不当な規制だと断ずることも難しい」ことなどをあげている²³⁾。

ここでは、本稿の目的からして、どのような審査基準が用いられるべき

か等の問題には立ち入らず、芦部が、そもそも、「美観風致」の維持という社会的利益を「公共の福祉」の内容と捉えている点²⁴⁾に注目しよう。芦部は、ビラ貼りについては、「主としてスローガンを大衆に訴えるもので、思想の自由な交流の場を提供する働きを営むものとしての性格は少ない」とし、また「電柱・塀・壁その他の建造物などビラを貼付する場所を管理する者との関係、および交通の安全、美観の保持などの社会的利益との関係から制約が存すること」を認め、「アメリカでも公衆の衛生・道徳・安全のため、屋外広告物を規制する立法の合憲性は、古くから是認されており、「美観風致という許可基準で屋外広告物の表示を規制することも合法とされている」として、次のようなアメリカの判例を肯定的に紹介している。すなわち「連邦最高裁が *Berman v. Parker*, 348 U. S. 26(1954) で述べているように、アメリカでは、公共の福祉の観念が意味する価値は、『物質的であるとともに精神的であり、金銭的であるとともに美的である』とされ、『社会が健康であるとともに美しく、清潔であるとともに広々としており、注意深く哨戒されているとともに十分バランスがとれているように決めるのは、議会の権限に属する』と考えている」と²⁵⁾。

「美観風致」もその内容をなす、「精神的」でもあり「美的」でもありうる「公共の福祉」という価値によって、内容中立的規制が LRA の基準によって、その憲法適合性が審査されるのであれば、表現の自由に重みを置くとはいえ、それと利益衡量される「社会的利益」の内容は相当に幅広いはずである。「国民の文化的生活の向上」という「美観風致」の維持の上位概念に先の最高裁判決が言及しているのは、芦部が紹介したアメリカの判例と同じ方向性を持つものであるだろうことに注意すべきだろう。

このように「国民の文化的生活の向上」に資する様々な立法の目的が、「社会的利益」として「公共の福祉」の内容とされうる²⁶⁾のであって、それと自由との衡量は、裁判官が、「生きた憲法」を斟酌して判断するのだとすると、それはミッシェル・フーコーのいう「正常化機能を使命とする権力」²⁷⁾そのものとさえ言えるような「社会的利益」によって、表現の自

由が「息継ぎする空間」²⁸⁾を縮減させることとなる。

ともあれ、このように利益衡量を核心とする社会学的方法は、人権とは言えない重要な利益による人権制約を、公共の福祉による制約として正当化する役割を果たす。優越的地位にあるとされる精神的自由権でさえも、である。それは、公共の福祉論に関する樋口陽一の言葉を借りるならば「立憲主義の核心を『調整』対象」²⁹⁾としてしまうものなのだ。

利益衡量としての「公共の福祉」

さて、利益衡量とは、芦部信喜によれば、「個々の事件の具体的状況を踏まえて対立する諸利益を衡量しながら公共の福祉の内容を明らかにする手法」³⁰⁾である。この手法は、抽象的な公共の福祉論よりも優れているとされるが、しかし、「一般に必ずしも、比較の基準が明確でなく何を比較の対象として拾い上げるか裁判所の裁量に委ねられてしまうこと、人権は国家権力との間で争われる場合が多いので、人権制約の合憲性を常に利益衡量という方法で判断すると、秤の重みが権力の側に傾く可能性が大きいこと」などは利益衡量を人権制約の合憲性を判定する基準として用いる場合の「根本的な問題」だとされる³¹⁾。

このような問題点を指摘した上で、芦部は、一方で「個別的利益衡量(ad hoc balancing)」が適用されうる場面を、表現の自由とプライバシー権あるいは報道の自由と公正な裁判の実現とが衝突するケースのように「国家権力が第三者的な仲裁者としての立場で、対立するほぼ同じ程度に重要な利益の調節を行うような場面に原則として限定して用いるのが妥当」とし、他方では、「二重の基準」の理論によって説かれる表現の自由の「優越的地位」の考えを前提とする利益衡量を擁護する³²⁾。

ところで、そもそも「公共の福祉」の内容を明らかにする手法としての利益衡量の何が問題なのであろうか。たしかに芦部が指摘する2つの問題点をあげることも出来よう。しかし、根本的には、「公共の福祉」や利益

衡量の絶望的な多義性、裏を返せば無内容であることが、問題なのではな
かるうか。

立法や判例に現れた「公共の福祉」を詳細に分析した奥平康弘は、「何
らかの規制の是認するものとしての『公共の福祉』が絶望的なほどに多元
的に存在する。さらに……特定の規制手段を合憲とする『公共の福祉』は、
もっと多元的に存在することになるだろう」と指摘していた³³⁾。また大久
保史郎は、公務員の労働基本権の規制や公安条例事件の判例の流れを分析
しつつ、戦後初期の人権論が直面したのは、憲法第三章の人権規定が「一
二条、一三条の『公共の福祉』によって蹂躪されるという圧倒的現実で
あった」とし、その「『公共の福祉』は権利内在的な限界として、相立す
る利益調整の原理として、あるいは、人権と対立する社会的利益として、
また国家的利益として、その場その場で用いられながら、基本的人権の制
限・禁止をやむをえないという結論を導いていた」とした³⁴⁾。この大久保
の表現が適切に言い表しているように、人権に対立する様々な利益に憲法
上の根拠を与える「レバレッジ」としての「公共の福祉」は、今なお
とくに表現の時・場所・方法の規制とされる場面で 利益衡量の装いを
まとって機能していると言わざるをえない。

そうであるならば、二重の基準の理論によって、表現の自由を規制する
立法や立法の適用を厳しく審査するといっても、「公共の福祉」が「絶望
的なほどに多元的」であり、表現の自由に対立する様々な利益に憲法上の
根拠を与える「レバレッジ」として機能しうる以上、二重の基準論が、表
現の自由の側に重みを付加した利益衡量をするもののだとしても、その対抗
利益のほうにさらに重みを付加することは、裁判官のさじ加減にかかって
しまっているのではなからうか³⁵⁾。とくにその対抗利益の重みが「社会良
心」(カドーゾ)において増しているような状況では、秤のバランスは、
比較的容易に対抗利益の側に傾斜しうるだろう。

奥平康弘が「利益衡量方法が原則である下では、危険理論は、そのもっ
ている諸長所を無に帰せしめられ、ついには、前者に併呑されてしまうで

あろうことが、明らかであると考えられる³⁶⁾としていたのは、上述の意味で理由のあることだと思われる。利益衡量という秤で重みを比べることを前提とする限り、表現の自由の側にどれだけ重みを置こうとも、その対抗利益の側にも相応の「レバレッジ」を働かせることが可能だろう。しかも、不人気な内容の表現や迷惑と一般に考えられている表現方法には、常にその対抗利益の側に「レバレッジ」を働かせる不寛容な「社会良心」が存在しうるということを見逃してはなるまい。

その意味では、川岸令和が、表現の自由擁護が人間にとって「不自然」なものであり、「人は自己の思考に合わなければ社会的に有意義であっても表現を抑圧しようとするのである。表現を自由に認めないという衝動が人間の世界にはあまた溢れているのである」ということを強調していることは重要だ。川岸は、「多くの人にとって、自らの正しさや権威への挑戦を素直に許容できる寛容さが具わっていることはごく稀である。表現行為は確かに感動や説得といった積極的な影響を及ぼすが、それだけではなく人の心理に不安や怒りあるいは恐怖をもたらすというふうに消極的にも作用する。表現行為の影響力に敏感であればあるほど、自由な表現に対する許容度が低くなってもおかしくはないし、むしろ合理的ですらある」と説き、「大勢的な見解、支配的な意見、正統な思想、社会通念、一般の感情といった考え方を拒絶することが表現の自由の保障の意義に他ならない」と説く³⁷⁾。この見地からは不寛容な「社会良心」に支えられた利益を表現の自由の対抗利益とすること自体が否定されるのではないか。

「公共の福祉」イデオロギーの批判

このように「社会良心」を解釈する裁判官のさじ加減で、表現の自由に対抗する利益に異様な重みがかかりうる「公共の福祉」を批判的に検討するに当たって、渡辺洋三の「公共の福祉」イデオロギーの批判からは、今日なお学ぶべきことが多いと思われる。

渡辺洋三は、「公共の福祉を、比較衡量という観点からとらえ、人権を制限することによって得られる利益と、それを制限しない場合の利益とを比較し、前者の価値が高い場合に公共の福祉による人権の制限が認められるという考え方も、公共の福祉の内容を実質化することによって、結局は、権力の価値判断に奉仕することになる。……このような比較衡量をする場合の客観的基準は、等価交換法則のくずれた現代国家には存在しない。では、だれが、どのような基準で、比較をするのか。それは、結局において、権力が、その階級的基準にもとづく公益判断によって行う以外にありえない」とする³⁸⁾。

そもそも現代的な「公共の福祉」ないし「利益衡量」によって人権を制約しようという考え方は、権利概念の相対化を前提とする。渡辺洋三によれば、「現代法」にあつては、権利の相対的概念が登場する。すなわち「現代法」にあつては、「財産権の自由をどこまで制限しようのかという量的問題ないし相対的問題が法律問題の一つの中心を占めるようになる」が、そこでは「権利の絶対性・固定性という観念はくずれ、権利の相対性という観念が生じ、それが、さらに一般論にも反映して、権利と言うものはもともと相対的なものだという認識がでてくる」。そして、かかる「権利の相対性概念の登場は、法の任務ないし機能を変化させる」という。すなわち「現代法」における「法の任務は、客観的利益範囲の確定という任務から、対立する諸利益の調整という任務に変わってくる」のである。ところがそれにともなつて、古典市民法のもとでは権利それ自体のなかに存在していた「調整の基準」を、現代法のもとでは、権利の中に求めることができなくなるのであつて、「権利内在的な制限はない」ということになる。「こうして、古典的市民法のもとでは法の外的問題とされてきた社会実質上の契機が、現代法のものとは、まさに法の中に入ってこざるをえなくなる。社会実質上の契機を視野に入れた法判断が、問題となるゆえんである」。その結果、渡辺によれば、「現代法」にあつては、古典市民法の抽象性とは異なる次のような抽象性が問題となる。すなわち「現代法的抽象性

は、社会生活上の価値判断を法の中にとりこんだことから生ずる抽象性である。つまり、一般条項を媒介として、法の中に、あらゆる社会生活上の価値判断がなまの形で入りこみ、価値判断の争いが直接に法判断の争いとして現象することになった」のであり、このような「現代法的抽象条項の最も典型的なもの」が「公共の福祉」であるという³⁹⁾。

この渡辺の「公共の福祉」イデオロギーの批判からは、次のことを学んでおく必要があるように思う。

第1に、「公共の福祉」は、「無内容な、単なることばにすぎない」のであり、「法のことばが無内容であればあるほど、論者によっていかなるイデオロギーをもそこに盛りこむことができるという一般法則」である。

第2に、現代法においては、「法の外の問題とされてきた社会実質上の契機が、現代法のものとは、まさに法の中に入ってこざるをえなくなる」のであるが、その「法の外の問題」が「法の中に入って」くる契機として「公共の福祉」を捉まえることである。

第3に、「公共の福祉」を比較衡量という観点から捉えた場合、「どのような基準で、比較をするのか」「そもそも何と何の利益を比較するのか」を決めるのは国家であるということである。

このような特徴を有する現代法のもとでは、表現の自由をそれに対抗する利益とともに秤にかけて、表現の自由に重みをかけるアプローチは、非常に危ういバランスの上に表現の自由をおくことになるかと思われる。

筆者のこの問題意識を日本国憲法の「公共の福祉」の解釈論としてどのように構築するかという問題は他日を期すほかはない。

その際には、「第一に、合衆国の利益衡量論が登場してきた過程は、明らかに東西の『冷たい戦争』に対応するものであり、第二に、その間にあって、それは言論規制領域を含めた一切の自由規制領域に、司法権の自制を要求する理論と、あいたずさえて現れたものであり、第三に、四〇年代に展開した表現の自由の優越的な地位の、現象形態のあれこれが、ドグマであると批判され、各個具体的な事件の中でのプラグマティックなアプ

ローチが必要だと論ぜられた時期に照応する⁴⁰⁾との表現の自由に関わる利益衡量の出自に関する奥平康弘の指摘を踏まえる必要があると現時点では考えている。

また「人権の保障とそれへの制約とはあくまで原則と例外の関係にあるのであって均等に『利益衡量』の秤にのせられるべきものではない、という立憲主義の原則的立場⁴¹⁾を踏まえた二重の基準論を模索するべきであろうと現時点では考えている⁴²⁾。

ま と め

以上、立川反戦ピラ事件最高裁判決をきっかけにして、筆者が考えてきたことをまとめた。その要点は、社会学的方法に基礎をおく利益衡量、それを下敷きにした「公共の福祉」論及びその具体的内容を明らかにする二重の基準論というアプローチには、まさに社会学的方法に基礎を置くがゆえに「社会良心」あるいは「生きた憲法」の主張によって表現の自由の保障を危うくする可能性があるのではないかということである。

- 1) 川岸令和「砂上の楼閣に建つ表現の自由 立川反戦ピラ事件最高裁判決によせて」法学セミナー643号、2008年。この最高裁判決について、憲法学に限定するが、他に、阪口正二郎「立川反戦ピラ事件最高裁判決批判 裁判所による管理の『親切さ』と『怖さ』」世界780号、2008年、田中祥貴「ピラ配布目的で集合住宅共用部分へ立ち入った行為に住居侵入罪を適用しても憲法21条1項に違反しないとされた事例」法学セミナー増刊『速報判例解説』2008年、毛利透『表現の自由 その公共性ともろさについて』岩波書店、2008年、第7章を参照。なお拙稿「政治的表現の自由と市民社会 立川反戦ピラ事件最高裁判決批判」法と民主主義430号、2008年もある。
- 2) 毛利・前掲書、335-336頁を参照。
- 3) この条例について、清水雅彦『治安政策としての「安全・安心まちづくり」』社会批評社、2007年、116頁以下を参照。
- 4) マイク・デイヴィス(村山敏勝・日比野啓訳)『要塞都市L A』青土社、2001年。
- 5) B. N. カドーゾ(守屋善輝訳)『法の成長』中央大学出版部、1965年、101-102頁。
- 6) 奥平康弘『憲法 憲法が保障する権利』有斐閣、1993年、186頁。
- 7) 国家が、「ある個人を他の個人と同等の存在としてみなさないような理由」を正面から掲げることは考えにくいとする長谷部恭男『憲法の理性』東京大学出版会、2006年、

107-108頁も参照。

- 8) 本稿では、表現内容規制・内容中立規制二分論には踏み込めなかった。市川正人『表現の自由の法理』日本評論社、2003年の特に第3編第1章を参考にした。
- 9) エールリッヒ(河上倫逸・M. フープリヒト共訳)『法社会学の基礎理論』みすず書房、1984年、50頁。
- 10) エールリッヒ・前掲書・118頁
- 11) 芦部信喜「司法審査制の理念と機能」『憲法訴訟の理論』有斐閣、1973年、26頁。
- 12) エールリッヒ、河上倫逸・M. フープリヒト共訳『法律的論理』みすず書房、1987年、218-219頁。
- 13) 日本では、「生きた憲法」という観念は、憲法調査会の議論の中で出てきたようである。憲法調査会会長でもあった高柳賢三は、芦部も引用している論文で「生きた憲法」について次のように論じている。すなわちそれは、「一国の憲法の条章が、現実にとどのように解釈され運用されているかという点に重点をおく考え方である。憲法の条章は憲法改正が行われるまでは動かない。しかるに生きた憲法の内容は、時代の変遷とともに動いて行くのである」(高柳賢三「憲法調査会における改憲論議の思想的背景」ジュリスト309号、1964年、42頁)。このような憲法についての考え方こそが高柳の言う「生きた憲法」であり、それは「ダイナミックな、動的な憲法観」であるとされる。このような「生きた憲法」観に立って、高柳は、憲法解釈における「社会学的解釈」の必要性を説く。いわく「憲法を、字句にとらわれず、憲法の基本精神にてらし、また問題に関連性のある社会事実にてらし、弾力的に解釈すべしとする者も、成文憲法の文理的ないし歴史的解釈を全面的に排除しようとするのではない。多くの場合にはそれだけで十分なものであり、こうした解釈方法には、成文憲法の法的安定性に奉仕する価値があるのである。ただ合憲性についての争いのある場合、文理的または歴史的解釈では、解釈の時点における国民大多数の良識に合致しないような場合において、社会学的解釈を使わねばならぬことを主張するのである」。なお高柳賢三「憲法に関する逐条意見書」ジュリスト289号、1964年も参照。この高柳の「時代の変遷とともに動いていく」「生きた憲法」は、ある憲法の条項を「国民大多数の良識に合致」させるような社会学的解釈によって、実定憲法破壊的にも作用しうるものである点に注意しておくべきだろう。
- 14) 芦部・前掲論文、22-23頁。
- 15) 芦部・前掲論文、25頁。
- 16) A. コックス(芦部信喜監訳)『最高裁判所の役割』東京大学出版会、1979年、171頁。
- 17) 芦部信喜「憲法訴訟における裁判所の政策形成機能」『憲法訴訟の現代的展開』有斐閣、1981年、148頁。
- 18) A. コックス・前掲書、162頁
- 19) A. コックス・前掲書、182頁
- 20) なお、芦部信喜は、社会学的妥当性に憲法事件の判決の正当性を依拠させることの危険性に対する注意を次のように促していた。ただし、それは、新しい人権の主張への警戒としてではある。「右に触れた社会学的妥当性に比重をおきすぎると、憲法規範が抽象的または相対的な性質をもつものが少なくないだけに……裁判官の世界観による憲法解釈を容

表現の自由と「社会良心」(石崎)

認する可能性も生じるであろう。これが最近、アメリカ憲法学界において、とくにプライバシーの権利や平等権に関する諸判決をめくり、実体的デュー・プロセスの復活として議論を呼んでいる問題である。国民の納得する裁判を強調する立場は、そのような問題に発展していく大きな契機を含んでいることが注意される」(芦部・前掲論文「憲法訴訟における裁判所の政策形成機能」150-151頁)。この注意は、以下の叙述にも見出される。「プライバシーの権利は、名誉権とともに、広く人格権と呼ばれるものの一つですが、それ自体かなり包括的な広い権利ですから、今後いろいろな態様のものが十三条を根拠に認められていく可能性はあると思われます。」「ただ問題は、裁判官による法の形成をあまり広く認めすぎますと、裁判官の主観的な判断によって人権が創出されていくということにもなりかねませんので、人権全体の保障の上から望ましい場合もありえますが、かえって人権体系を崩す、そういうおそれが出てくることです。ですから、安易に十三条の幸福追求権を持ち出して、いろいろの権利を憲法レベルに高めてしまうことは厳に慎まねばならないと思うのです。これは『権利』とは何かというむづかしい問題にもかかわるのですが、とにかく憲法レベルの権利のための基準を厳格にしばって慎重に判断していく必要があるわけです。たとえば、長期間にわたって人間の尊厳、生存にとっての基本的なものと考えられてきたこと、また多数の国民がしばしば行使することのできるものであること、しかも他人の権利を侵すおそれの少ない、あるいはないものであること、少なくともそういう要件がある場合に限りて裁判所で新しい人権として認めていく、そういう方向で考えるべきではないかと思えます」(芦部『憲法判例を読む』岩波セミナーブックス21, 1987年, 130-131頁)。

- 21) この点について、山本龍彦「『法原理機関説』の内実についての覚書 リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学第14巻第1号, 2007年, 110-116頁を参照。
- 22) 芦部信喜『憲法学 人権総論』有斐閣, 1994年, 234頁を参照。
- 23) 芦部信喜『憲法学 人権各論(1) [増補版]』有斐閣, 2000年, 449頁以下。
- 24) なおこのことは、多くの学者の支持のあることである。たとえば、高橋和之は、公共の福祉の内容の説明として「人権の制限が必要となるのは、人権同士が衝突する場合に限られない。……他人の人権を直接侵害するとは言えないのに、自己の人権行使が制限を受けることがありうる。『個人を等しく尊重する』ために、そのようなことが必要となることがありうる」とし、「たとえば、ある個人の人権を制限することにより、多数の個人の人権とは言えないにしても重要な利益が、実現されるというような場合(たとえば街の美観を保護するために看板の規制を行う場合を考えよ)、ある程度までは人権の制限が認められてもよいであろう」とする(高橋『立憲主義と日本国憲法』有斐閣, 2005年, 103頁)。「『美観』というのは、相当に主観的な感覚である。だから、街の美観の維持のために表現行為を規制するということには、かなり慎重であることが求められる。……美観風致の維持ということが、とくに強く要請される特定の地域(たとえば、史跡名勝の類)に限ってピラ貼りを禁止するなど、限定的に考えるべきであろう」(浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』日本評論社, 2006年, 172頁)とするのは少数説である。
- 25) 芦部信喜『現代人権論 違憲判断の基準』有斐閣, 1971年, 185-189頁。
- 26) 個人の人権に還元できない「社会的利益」を「公共の福祉」の内容とすることは、「厳

格に個人主義的観点からとらえられた『他人の人権』(もしくは利益)に固執するところ」にその核心がある一元的内在的制約説とは異なることにも注意が必要である(奥平康弘『表現の自由』有斐閣,1983年,50-51頁)。なお一元的内在的制約説を批判する立場から「この説は、人権を制約する根拠となるのは、必ず他人の人権でなければならないとの前提から出発するが、これはわれわれの常識と衝突する。たとえば表現の自由を規制する根拠として持ち出される街の美観や静穏、性道德の維持、電波の混信の防止などは、いずれも個々人の人権には還元されえないものであり、せいぜい社会全体の利益としてしか観念し得ない」との指摘もある(長谷部・前掲書,65-66頁)。

- 27) ミッセル・フーコー(渡辺守章訳)『性の歴史 知への意志』新潮社,1986年,第5章参照。
- 28) 毛利・前掲書,126頁以下。
- 29) 樋口陽一『憲法(第三版)』創文社,2007年,203頁。
- 30) 芦部・前掲書・『憲法学 人権総論』,208頁。
- 31) 芦部・前掲書・『憲法学 人権総論』,209頁。
- 32) 芦部・前掲書・『憲法学 人権総論』,212頁。
- 33) 奥平康弘「公共の福祉に関する立法及び判例の傾向」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座 二』1963年,36頁。また奥平康弘「基本的人権と『公共の福祉』」奥平康弘=杉原泰雄編『憲法学1《人権の基本問題》』有斐閣,1976年も参照。
- 34) 大久保史郎「『公共の福祉』論と戦後人権論」『人権主体としての個と集団 戦後日本の軌跡と課題』日本評論社,2003年,58-59頁。
- 35) 「法の解釈に利益衡量=価値判断は不可欠である」という当然の前提(ここではこの前提における利益衡量とは法解釈論争で問題となった価値判断であると理解されている)も、「衡量=価値判断の公正さということが客観的に主張しうるものであるという点が論証されなければ、その条件・基準じたいもまた、主観的なものにおわらざるをえない」との指摘(浦部法穂『違憲審査の基準』勁草書房,1985年,24頁)も参照。
- 36) 奥平康弘・前掲書『表現の自由』53頁。
- 37) 川岸令和「表現の自由のジレンマ」自由人権協会編『市民的自由の広がり』新評論,2007年,203-206頁。
- 38) 渡辺洋三『現代法の構造』岩波書店,1975年,154頁。
- 39) 渡辺洋三・前掲書,144-147頁。
- 40) 奥平康弘・前掲書『表現の自由』56頁。
- 41) 樋口陽一「『公共の福祉』論の現状とゆくえ」ジュリスト500号,1972年,41頁。
- 42) 『厳格な審査基準』や『中間審査の基準』は、単に『権利にウエイトをおいた利益衡量』の手法として機能するだけでなく、政府の規制の違憲な目的を洗い出す手法としても機能する」ことを指摘しつつ、利益衡量論を核心とする社会学的法学を基礎とする「憲法革命」によって失われた「憲法を政府の行為の帰結を統制するものとしてだけでなく、政府の行為の理由を統制しようとする」構想を再評価する阪口正二郎「人権論・違憲審査基準の二つの機能 憲法と理由」法律時報80巻11号,2008年,75-76頁も、筆者の問題関心と関係しており重要だろう。