

# 表現行為に対する刑事法の適用と その合憲性

高 作 正 博

## 目 次

序——問題の所在

第1 表現の自由の規制態様と違憲審査基準

第2 本件表現行為に対する規制の合憲性

結——適用上違憲の判断と法的安定性

## 序——問題の所在

(1) 米軍基地の建設に抗議の意思を示す目的でそのゲート前に座り込みをしていた者が、同じ目的でブロックを積み上げて座り込みを続ける行為（以下、「本件行為」という。）に対し、威力業務妨害罪（刑法第234条）を適用して処罰することは、表現の自由を保障する憲法第21条第1項に違反するのではないか。本件における争点の特徴をどのように理解すべきか。最高裁判所による判決を用いて説明すれば、次のように捉えることも可能かもしれない。各室玄関ドアの新聞受けにビラを投函する目的で、管理者が管理する集合住宅の敷地等に立ち入る行為に対し、住居等侵入罪（刑法第130条前段）を適用して処罰することの憲法適合性が争われた「立川反戦ビラ事件」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れているのではなく、表現の手段……を処罰することの憲法適合性が問われている」（最高裁平成20年4月11日判決・刑集62巻5号1217頁）と述べている。

(2) 判決の論理によれば、「表現の手段」の処罰については、人権制約の程度が強くなく、憲法上問題となくいくともいえる。しかし、本件行為は、単なる「表現の手段」にとどまるものではなく、「表現そのもの」（以下、「表

現行為」ということがある。)と見る余地を有するものである。また、米軍基地の建設に抗議を行う表現行為であるが故の規制であるとするれば、表現内容に対する規制と解することも可能である。そこで、本件で問われるべき点は、「表現そのもの」の処罰と「表現の手段」の処罰とをどのように区別すべきか、また、本件行為に対する処罰の憲法適合性をどのように審査・判断すべきかという点にある。本稿は、本件における憲法上の問題点について、本件行為に対する刑事法の適用が憲法違反となることを主張するものである。

(3) 刑事法の適用の違憲性を判断する場合、次の方法が考えられる。第1に、法令の適用にあたり、具体的事例に適用する限りで当該規定を違憲とするものである<sup>1)</sup>。これは、当該規定自体に対する違憲判断を含む点で第2の審査方法とは異なる。この方法を採用した判決として、公務員による政治活動を規制する国家公務員法第102条及び人事院規則14-7の合憲性が争われた「猿払事件」に係る第1審判決(旭川地裁昭和43年3月25日判決・下刑集10巻3号293頁)がある<sup>2)</sup>。第2に、それ自体は合憲である法令につき、人権を侵害するような形で解釈適用する場合に、その解釈適用行為を違憲とするものである(処分違憲)<sup>3)</sup>。第3に、法律が適用されようとしている行為が憲法上保護されたもの

1) 芦部信喜による適用違憲3類型のうち、第1類型に相当する。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第6版〕』(岩波書店、2015)387頁。

2) この判決では、「国公法110条1項19号は……同法102条1項に規定する政治的行為の制限に違反した者という文字を使っており、制限解釈を加える余地は全く存しないのみならず、同法102条1項をうけている人事院規則14-7は、全ての一般職に属する職員にこの規定の適用があることを明示している以上、当裁判所としては、本件被告人の所為に、国公法110条1項19号が適用される限度において、同号が憲法21条および31条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない」と判断されている。大分県屋外広告物事件判決(最高裁昭和62年3月3日判決・刑集41巻2号15頁)において、伊藤正己裁判官の補足意見は、比較衡量による適用違憲の余地を認めているが、これも同じ類型に位置づけられるものとも解される。もっとも、宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣、2012)80頁は、両者の違いを指摘する。

3) これは、芦部信喜による3類型のうち第3の類型である。芦部・前掲(1)388頁、宍戸・前掲(2)77頁以下参照。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

である場合に、法律の合憲・違憲を問わずに法律を適用できないとする判断方法である（適用上違憲）。法律自体の違憲審査を伴わない点で、第2の処分違憲とは異なる方法である<sup>4)</sup>。以上のうち、本稿は、最高裁判所が第1の適用違憲について、「法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであつて、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとし」として批判的な見解を示している（猿払事件に係る最高裁昭和49年11月6日大法廷判決・刑集28巻9号393頁）ことに鑑み、また、威力業務妨害罪自体の合憲性についての判断を行うものではないことから、第3の適用上違憲と判断されるべき旨を述べるものである。

### 第1 表現の自由の規制態様と違憲審査基準

#### 1 表現の自由の規制態様

(1) 憲法適合性の審査は、人権に対する制限が加えられている場合に必要となるものであるから、当該事案に人権に対する制限や国家介入が存在することが求められる。人権に対する制約・介入を考える場合、その差異や強弱等に応じて、違憲審査基準の選択、正当化の審査手法を検討する必要がある。

(2) 第1に、表現の内容規制と表現の内容中立規制との区別が重要である。表現の内容規制とは、ある表現・言論が伝達するメッセージ内容に着目し、それがもたらす害悪を理由に規制するものをいう。表現の自由をその内容故に規制する場合、内容中立規制と比較して、さらに厳格な審査基準に基づきその違憲性が審査されなければならない。その理由として、内容規制については、①思想の自由市場を歪めるおそれ、②「誤った思想」の抑止という、それ自体許されない動機に基づく規制であるおそれ、③伝達の効果（メッセージの内容が「受け手」に起こす反応）への警戒に由来する規制であるおそれが高いからである<sup>5)</sup>。

また、内容規制には「見解」規制と「主題」による規制（「見解中立」的な

4) 高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995）21頁以下、185頁以下等参照。

5) 芦部信喜『憲法学Ⅲ・人権各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000）404頁。

内容規制)との区別がある<sup>6)</sup>。①「見解」規制とは、表現内容のみならず、その視点まで考慮して規制する場合をいう(例えば、戦争を批判する言論の規制、原発再稼働に反対する表現の規制等)。②「主題」による規制とは、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ものをいう(自衛隊基地から50メートル以内での戦争に関する発言を禁止する法律等。ここでは、賛成反対を問わず規制の対象となる)。前者については、後者以上の警戒が必要であり、違憲性の推定も最も強いものと解されるが、後者については、内容規制の側面と内容中立規制の側面とを併せ持つものと解され、前者ほどの厳格さは要求されない。

(3) 他方、表現の内容中立規制とは、表現をその伝達するメッセージの内容や伝達効果には直接関係なく制限する規制を意味する。表現の自由に対する制約を内容規制と内容中立規制とに区別し、後者については厳格度の緩和された審査基準を用いて判断するという考え方が、一般的に受け入れられてきた。その理由としては、①規制が思想内容ごとに差別的な効果を生じず、また、規制されたのとは別のチャンネルを通じて同じ内容が自由市場に参入できる、②美観維持のような正当な公共の利益に基づく、③表現行為と害悪発生との因果関係が直接であり、受け手の自律的判断という介在(因果関係の切断)がない、というものである<sup>7)</sup>。

さらに、内容中立規制には異なる性質のものが含まれ、①表現の時・場所・方法に関する規制、②象徴的表現に対する規制、③言論プラスに対する規制等がある<sup>8)</sup>。象徴的表現は、行為それ自体が表現行為と見なされる場合であり、また、言論プラス(行動を伴う言論)とは、純粋言論との区別を前提に、一般的・典型的に表現と見なされない行為と一緒になされた表現行為を意味する。言論プラスは、言論の要素と非言論の要素が同じ行動の中で結合している

6) 芦部・前掲(5)405頁、安西文雄「表現の自由の保障構造」安西文雄他『憲法学の現代的論点 [第2版]』(有斐閣, 2009) 381頁。

7) 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開 [第2版]』(日本評論社, 2014) 136頁。

8) 芦部・前掲(5)431頁以下。

表現行為であり、言論に付随してなされる行動である点で、行動自体が何らかの主張を表している象徴的表現から区別される。

第2に、直接的制約とそれ以外の制約との区別が重要である。まず、直接的制約とは、ドイツの議論を参考に、「① 目的志向性（規制する目的をもって意図的になされたのかどうか）、② 直接性、③ 命令性（命令権および強制権の発動としてなされたものかかどうか）、④ 法形式性（法律・命令・判決という法形式をもってなされたのかどうか）」の4要件を満たす国家行為と説明されることがある<sup>9)</sup>。表現の自由の直接的制約には、事前規制・事後規制の区別、内容規制・内容中立規制の区別等が考えられる。また、規制は直接的制約のみに限定されてはならない。現代では、非権力的・間接的手段による規制が見られ、また、技術の発達により規制手段の拡張が図られているからである。他方で、人権に何らかの影響を及ぼす国家行為を全て「制限」行為と捉えると、非常に多くの国家行為が基本権を侵害するものとみなされ、国家活動が不当に阻害されるおそれもある。多くの国家行為が人権侵害として裁判に持ち込まれる結果、裁判所の負担過剰、機能麻痺を起こすことも予想される<sup>10)</sup>。「制限」の無限定な拡大は望ましくない。

(4) そこで、憲法適合性審査の対象となりうる「制限」には、どのようなものが考えられるのか。この点で、猿払事件に係る最高裁判所の判決（以下、「猿払判決」ということがある。）が重要な示唆を与える。「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは……単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎ」ない（前掲最高裁昭和49年11月6日大法廷判決）。

「政治的行為……に内包される意見表明そのものの制約」と「その行動のもたらす弊害の防止をねらい」とする制約との区別については、猿払判決の調査官解説を見ると、より明確になる。表現の自由の制約を、①「表明される意見

9) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 [第3版]』（尚学社、2016）36頁。

10) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001）29頁。

がもたらす弊害を防止するためにその意見の表明を制約するもの」(猥褻文書の頒布, 内乱の煽動を処罰する法令等), ②「表明される意見の内容とは無関係に, これに伴う行動がもたらす弊害を防止することを目的とするもの」(都市の美観や安全を確保するための屋外広告物の規制, 交通や公衆の安全を守るためのデモの規制等), ③「競合する表現の自由の要請を相互に調整するために意見表明を制約するもの」(放送電波の免許制, 集会のための公物利用の許可制等)と3つに区別し, このうち②の規制による「表現の自由の制約は付随的な結果にとどまる」とし, 「表現の自由に対して及ぼす抑制の効果は間接的, 付随的であ」とする<sup>11)</sup>。

ここから, 猿払判決における「政治的行為……に内包される意見表明そのものの制約」と「その行動のもたらす弊害の防止をねらい」とする制約は, 第1の点として述べた, 表現の内容規制と表現の内容中立規制との区別に相当するものであり, また, 「間接的, 付随的な制約」という類型に言及している点で, 第2の点である, 直接的制約とそれ以外の制約との区別をも認めるものである。国家公務員法第102条及び人事院規則14-7による公務員の政治活動規制を「その行動のもたらす弊害の防止をねらい」とする制約, 「間接的, 付随的な制約」ととどまるとする判断には学説上異論が強いものの, ここでは, 最高裁判所の判例が, 表現の自由の規制態様について区別を認め, 違憲審査基準と関連させて整理する視点が採用されていることを確認すれば十分であろう。

11) 香城敏磨「一 国家公務員法一〇二条一項, 人事院規則一四-七・五項三号, 六項一三号による特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布の禁止と憲法二一条 二 国家公務員法一一〇条一項一九号の罰則と憲法三一条 三 国家公務員法一一〇条一項一九号の罰則と憲法二一条 四 国家公務員法一〇二条一項における人事院規則への委任の合憲性 五 国家公務員法一〇二条一項, 人事院規則一四-七・五項三号, 六項一三号の禁止に違反する文書の掲示又は配布に同法一一〇条一項一九号の罰則を適用することが憲法二一条, 三一条に違反しないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和49年度』(法曹会, 1977) 188頁 [香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社, 2004) 所収]。

## 2 間接的・付随的制約と付随的制約との区別

(1) 猿払判決以降の判例の展開や学説上の議論の進展もあり、現在では、間接的・付随的制約（間接的制約）と付随的制約とを区別する考え方が示されている。例えば、「間接的・付随的制約」と「付随的規制」とを厳密に区別し、前者は、「一見したところ内容規制であるかのように見えるにもかかわらず、実際には当該表現活動から派生する間接的（secondary）な害悪を抑止するための規制が、付随的（incidentally）に表現活動を抑制してしまうもの」であり、後者は、「たとえば、売春が行われていた建造物全体を閉鎖する措置が、当該建造物の一部を使って営業していた書店の活動をも不可能にする事例（Arcara v. Cloud Books, Ins., 478 U.S. 697 (1986)) や、銃の所持を禁止する規制が宗教目的で銃を貯蔵しようとする宗教団体の活動を困難にする事例」であるとする説明である<sup>12)</sup>。

また、間接的・付随的制約という用語を避け、「間接的制約」として説明する立場もある。①「『付随的』は、意見とは異なる弊害の抑止を狙った規制の結果、偶然的に意見表明の自由に制約が及んだことを、『間接的』は行動の結果としての弊害が直接的な規制対象だから、意見表明の自由の不利益の程度は小さいはずだ、ということを目指す」とする説明<sup>13)</sup>、②「付随的規制」を「ある特定の法益を保護するために、その法益を害するおおよそあらゆる行為を禁止する規制が、表現行為や職業活動に対しても及ぶ場合（刑法130条とビラ配布の禁止、自然災害を理由とした立ち入り禁止による取材の自由、知る自由の制限など。また、いわゆる象徴的表現に対する規制の多くもこれに当たる）」とし、「間接的規制」を「典型的には《宗教法人に対する解散命令は、宗教的結社の自由を直接に制限するものではなく、また、信徒の信教の自由を直接に制限するものではない》という場合に限られ」とする説明<sup>14)</sup> 等である。

---

12) 長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松・野坂編・前掲(2)237頁 [長谷部恭男『憲法の円環』（岩波書店、2013）所収]。

13) 宍戸・前掲(7)39頁。

14) 小山・前掲(9)38頁。

(2) 用語や説明の仕方に若干の違いがあっても、総じて、付随的制約とは、思想・信条・意見等とは異なる弊害の抑止を目的とする一般的な規制の結果、偶然的に人権に制約が及ぶ場合を意味し、間接的・付随的制約は、人権行使である行動の結果として生じる弊害が直接的な規制対象であり、人権の側の不利益の程度は必ずしも大きくはない場合を意味するものと解される<sup>15)</sup>。信教の自由に対する制約を例に挙げると、次のように整理されうる。信教の自由に対する付随的制約として、信仰を理由とする兵役拒否や「エホバの証人剣道受講拒否事件」（最高裁平成8年3月8日判決・民集50巻3号469頁）を挙げることができる。エホバの証人剣道受講拒否事件につき、最高裁判所は、原級留置処分及び退学処分が「その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえない」と述べるにとどまるが、これは、宗教とは異なる観点から設けられた一般的法義務（剣道受講義務）が偶然的に信教の自由に対する制約となる場合に相当し、付随的制約と位置づけるべき事案である<sup>16)</sup>。

15) また、他者に対する権利利益が直接的な規制対象であり、それにより自らも影響を受ける場合を意味する場合もある。具体例として、オウム真理教解散命令事件決定（最高裁平成8年1月30日決定・民集50巻1号199頁）を挙げることができる。「解散命令によって宗教団体であるオウム真理教やその信者らが行う宗教上の行為に何らかの支障を生ずることが避けられないとしても、その支障は、解散命令に伴う間接的で事実上のものであるにとどまる」と述べられている。さらに、一定の行為を禁止する規制だけでなく、行為を強制する規制の場合にも、間接的制約と位置づけられる場合も見られる。思想良心の自由に対する規制の合憲性が問われた起立斉唱拒否事件で、最高裁判所は、「自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難い」と考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」と判断した（最高裁平成23年5月30日判決・民集65巻4号1780頁）

16) なお、直接的制約・付随的制約・間接的制約以外にも、「事実上の制約」、 「事

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

(3) 以上の内容は、次のように整理されうる。意見表明そのものの制約（表現の内容規制）とは区別される制約として、表現の内容中立規制がある。その中にはさらに、次の類型に分類される。第1に、直接的制約である。表現の時・場所・方法に関する規制は、一般的・類型的に表現行為と見なされる行為（街頭演説、ビラ配布・ビラ貼付、集会・デモ行進等）、換言すれば、本質上コミュニケーション活動である行為に対する規制であり、通常、直接的制約と考えられる（道路交通法第77条第1項第4号、屋外広告物法及び屋外広告物条例、軽犯罪法第1条第33号前段等<sup>17)</sup>。第2に、間接的・付随的制約である。この種類の制約とされた事例としては、先の猿払事件以外には、戸別訪問を禁止する公職選挙法第138条第1項の合憲性が争われた判決（最高裁昭和56年6月15日判決・刑集35巻4号205頁）、裁判官の「積極的に政治運動をすること」を禁止する裁判所法第52条第1号の合憲性が争われた決定（最高裁平成10年12月1日大法廷決定・民集52巻9号1761頁）等がある。第3に、付随的制約である。象徴的表現及び言論プラスに対する規制の場合、通常は、適用される法規範自体は人権には向けられていないため、その適用行為は付随的制約と解される<sup>18)</sup>。

「後のかつ段階的規制」と判断する判決も見られるが、ここでは触れない。「事実上の制約」については、本文で挙げたオウム真理教解散命令事件決定（最高裁平成8年1月30日決定）、「事後のかつ段階的規制」については、広島市暴走族追放条例事件判決（最高裁平成19年9月18日判決・刑集61巻6号601頁）等参照。事実上の制約であれば憲法上問題が生じない、とする考え方には問題があると指摘するものとして、小島慎司「憲法上の自由に対する事実上の制約について」『上智法学論集』59巻4号（2016）75頁以下。さらに、ドイツでは、「間接性を理由とした審査密度の緩和は行われていない」のに対して、「最高裁判例では、『間接』という言葉の中に、制約が軽微であることが含意されているように思われる」と指摘するものとして、小山剛「間接的ないし事実上の基本権制約」『法学新報』120巻1・2号（2013）168頁。表現の自由に対する多様な規制方法を整理するものとして、横大道聡「表現の自由に対する『規制』方法」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『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）49頁以下参照。

17) 穴戸・前掲(7)134頁。

18) 穴戸・前掲(7)135頁。象徴的表現に対する制約及び言論プラスに対する制約については、表現と行為との関係が一体としてとらえられる場合、または、当該規制が直接に表現行為に向けられたものである場合には、直接的制約と解されようが、そうでない限り、付随的制約となると解される。

ビラ配布のため、他者が居住するマンションや住宅、また、私鉄の駅構内に立ち入る行為は、当該土地に立ち入るといふ行為が表現の手段として行われたものであり、その立入行為に住居侵入罪等を適用することも付随的制約と解される。

### 3 表現の自由の付随的制約と違憲審査基準

(1) 人の社会的活動の自由を保護法益として設けられている威力業務妨害罪(刑法第234条)は、表現内容とは異なる弊害の抑止を目的とする一般的な規制であり、それ自体は、表現の自由に向けられた規制とは解されない。そのため、本件では、同罪自体の憲法適合性は問題とはならない。他方、それを表現行為に適用する場合には、一般的な規制が偶然的に表現の自由の不利益を及ぼすものであり、表現の自由に対する付随的規制が見いだされる。本件で問われているのは、ひとまずは表現の自由に対する付随的規制の憲法適合性と考えられる。法適用上の違憲審査につき、いかなる審査基準を用いて判断すべきか。

(2) 第1に、表現の自由に対する付随的制約の違憲性を判断する基準として、アメリカの判例で採用されてきたのが、「オブライエン・テスト」である<sup>19)</sup>。これは、「徴兵カード焼却事件」(United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968))で採用された基準であり、この事件は、ヴェトナム戦争反対のデモに参加した者が、デモの後で徴兵カードを裁判所前で焼却したところ、その行為

19) アメリカの議論状況については、伊志嶺恵徹「象徴的言論に関する考察——アメリカの判例に則して」『琉大法学』13号(1972)27頁以下〔伊志嶺恵徹『公法の研究』(沖縄時事出版, 1983)所収〕、榎原猛『表現権理論の新展開』(法律文化社, 1982)81頁以下、紙谷雅子「象徴的表現(1)～(4・完)」『北大法学論集』40巻5・6号(1990)730頁以下、41巻2号(1990)464頁以下、41巻3号(1991)232頁以下、41巻4号(1991)582頁以下、中川剛「象徴的言論の領域」『政経論叢』19巻2号(1969)51頁以下、長峯信彦「象徴的表現(1)～(4・完)」『早稲田大学大学院法研論集』67号(1993)167頁以下、69号(1994)197頁以下、70号(1994)321頁以下、『早稲田法学』70巻4号(1995)161頁以下、森脇敦史「象徴的言論——象徴への態度が示すもの」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由I——状況へ』(尚学社, 2011)221頁以下等参照。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

が、徴兵カードを偽造・変造し、または、故意に損壊・切断した行為等を処罰する選抜兵役法に違反するとして起訴されたものである。合衆国最高裁判所は、付随的制約が正当化されるための条件として、「① 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、② 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、③ その政府利益が自由な表現の抑圧とは関係ないものであること、④ 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」という4条件を示した<sup>20)</sup>。これは、①②③の条件、特に③の条件を満たす場合には、④の利益衡量で判断すれば足りるとする基準であり、厳格性の緩和された基準と解される。先に述べた整理に即していえば、表現の内容規制や表現行為に対する直接的制約とは異なり、付随的制約の憲法適合性については、利益衡量で判断すべきとする立場である。

このように表現の自由に対する制約の違いによって、違憲審査基準の厳格度を変えるという考え方は、日本の判例によっても採用されている。猿払事件では、「国公法102条1項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が……合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、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の三点から検討することが必要である」とし、第3の利益の均衡について、「その行為の禁止は、もとよりそれに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしたものではなく、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしたものであつて、国民全体の共同利益を擁護するためのものであるから、その禁止により得られる利益とこれにより失われる利益との間に均衡を失うところがあるものとは、認められない」(前掲最高裁昭和49年11月6日大法廷判決)と判示された。表現に対する規制と行動に対する規制とを区別し、表現に伴う行動のもたらす弊

20) 芦部・前掲(5)438頁。また、伊藤正己「最近の判例」『アメリカ法』(1970)60頁以下、榎原・前掲(19)103頁以下、長峯・前掲(19)186頁以下〔(1)〕、197頁以下〔(2)〕等参照。

害の防止を狙いとする規制の合憲性を利益の均衡で判断しようとする考え方は、先のオブライエン・テストと共通の特徴を有する<sup>21)</sup>。

(3) 第2に、利益衡量論で判断する場合でも、表現の自由の保障に対する最大限の配慮が必要となる。駅係員の許諾を受けないで駅構内において乗降客らに対しビラ多数を配布して演説等を行い、駅管理者からの退去要求を無視して約20分間にわたり駅構内に滞留した行為に、鉄道営業法第35条（「鉄道係員ノ許諾ヲ受ケスシテ車内、停車場其ノ他鉄道地内ニ於テ旅客又ハ公衆ニ対シ寄附ヲ請ヒ、物品ヲ購買ヲ求メ、物品ヲ配付シ其ノ他演説勧誘等ノ所為ヲ為シタル者ハ料ニ処ス」）及び刑法第130条後段の各規定を適用することの憲法適合性が争われた事件で、最高裁判所は、「たとえ思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは許されない」とし、当該行為に法令を「適用してこれを処罰しても憲法21条1項に違反するものでない」としている（最高裁昭和59年12月18日判決・刑集38巻12号3026頁）。この事案は、ビラ配布及び演説という表現行為の手段として、他者の管理権が及ぶ場所へ立ち入り、退去しない行為の処罰が問われたものであり、一般的な法令の適用が偶然に表現の手段に及ぶ付随的制約の事例である点で、本件と共通の事案と考えてよい。

但し、この判決には伊藤正己裁判官の補足意見が付されており、次の指摘は本件を検討する際にも重要な示唆を与えるものである。①「他人の財産権、管理権……の侵害が不当なものであるかどうかを判断するにあつて、形式的に刑罰法規に該当する行為は直ちに不当な侵害になると解するのは適當ではなく、そこでは、憲法の保障する表現の自由の価値を十分に考慮したうえで、それにもかかわらず表現の自由の行使が不当とされる場合に限つて、これを当該刑罰法規によつて処罰しても憲法に違反することにならないと解される」。②「ビラ配布の規制については、その行為が主張や意見の有効な伝達手段であること

21) 猿払事件判決が打ち出した審査基準は、オブライエン判決を参照しつつ採用されるにいたつたものである。芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981）266頁以下、香城・前掲(11)187頁以下参照。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

からくる表現の自由の保障においてそれがもつ価値と、それを規制することによつて確保できる他の利益とを具体的状況のもとで較量して、その許容性を判断すべきであり、……この較量にあつては、配布の場所の状況、規制の方法や態様、配布の態様、その意見の有効な伝達のための他の手段の存否など多くの事情が考慮されることとなろう」。以上の点は、利益衡量を行う場合には重要な視点であり、後で立ち返って検討する。

(4) 第3に、政府利益が自由な表現の抑圧とは関係ないものである場合（オブライエン・テストの条件③）に利益の均衡を判断する方法として、違法性阻却事由の有無を検討する審査もありうる。それ自体は合憲である法令につき憲法論を前提に解釈することで、規定の適用に際して開かれていた解釈の余地を充填し、その適用の違法・合法を決定しようとするものである（憲法適合的解釈<sup>22)</sup>。「外務省秘密漏えい事件」で、最高裁判所は、「報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといつて、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである」と述べ（最高裁昭和53年5月31日決定・刑集32巻3号457頁）、表現の自由を実質的に確保しようとする判断を示している。

もっとも、外務省秘密漏えい事件判決のように違法性阻却事由の有無を判断する場合にも、次の点が重要となる。即ち、これは、表現行為を行った者の側の目的や手段・方法の正当性を問うものであるが、法適用の合憲性を問う場合には、規制する側の行為こそ問わなければならないという点である。この点、オブライエン・テストは、規制する側の目的や手段・方法の正当性を問う審査

22) 穴戸(2)68頁以下参照。

基準であり、その判断こそが先行して行われなければならない。それをクリヤーした場合に、引き続いて表現行為を行った者についての違法性阻却事由の有無を検討することが必要である。規制する側の事情を十分に検討することなく、安易に表現行為を行った者の事情のみを対象に違法性阻却事由の有無の判断に落とし込んでしまわないよう注意すべきである。

## 第2 本件表現行為に対する規制の合憲性

### 1 規制態様の再検討と厳格審査の可能性

(1) しかし、以上の見通しにもかかわらず、本件行為を処罰することの憲法適合性を判断する場合には、オブライエン・テストや利益衡量論で審査するのは適切ではないとするのが本稿の見立てである。既に述べたように、「表現の手段」に対する刑法適用の憲法適合性が問われている本件は、言論プラスの非言論的要素に対する制約と解され、一見すると「表現内容中立規制」＋「付随的制約」の事案であり、オブライエン・テストが妥当するものと考えられる。しかし、このような判断にはなお検討すべき点が多い。以下では、規制態様と規制目的について、異なる解釈が可能であることを示したい。

(2) まず、付随的制約と捉える点である。言論プラスの行為のうち非言論的要素に対する規制の場合、規制対象となる当該行動は、一般的・類型的に表現行為ではない。このとき、行動に対する制約は、付随的制約と位置づけられる。但し、第1に、「一般的・類型的」に表現行為とは見なされないものかどうかは、当該行為が為される場所や文脈によっても左右される。それでは、ある行為が表現行為と見なされるには如何なる要件が必要であろうか。後でも触れる「国旗焼却事件」(Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989))<sup>23)</sup>で、アメリカの合

23) 伊志嶺恵徹「星条旗焼却事件にみる象徴的言論と司法権」『琉大法学』48号(1992)45頁以下、遠藤比呂道「国家・象徴・表現の自由——国旗冒瀆罪の適用違憲を認めた米連邦最高裁判決」『法学教室』110号(1989)26頁以下、同『自由とは何か』(日本評論社、1993)35頁以下、奥平康弘「国旗焼却と表現の自由——合衆国最高裁判決によせて」『法律時報』61巻10号(1989)100頁以下、紙谷雅子「象徴的言論としての国旗の焼却」『ジュリスト』963号(1990)134頁以下、阪田秀ノ

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

衆国最高裁判所は、ある行為が表現の自由の保護を受けるためには、「第1に行為者が、特定のメッセージを伝える意図を有していること。第2に、当該行為を目撃する一般人も、その特定のメッセージを理解する蓋然性が大きいこと」<sup>24)</sup>を挙げた。本件でも、この考え方を参考に制約の性質を検討する必要がある<sup>25)</sup>。また、第2に、「表現の自由は『送り手』の自由だけでなく、『受け手』の自由までを含み、『送り手』と『受け手』の間の自由なコミュニケーションを保障しようとするもの」であり、両者の間で成立しうる「コミュニケーションを『第三者』が遮断することは原則として許されない」<sup>26)</sup>と解される。そのため、当該行為をめぐる現にコミュニケーションが成立しているかどうかが決め手となる。「送り手」と「受け手」との間にコミュニケーションが成立している場合、仮に、表現の手段であっても、それに対して刑事法を適用することは、「送り手」による表現行為と「受け手」の受領行為とのコミュニケーション過程を遮断することとなり、その制約は、表現行為に対する直接的制約となるはずである。

(3) 立川反戦ビラ事件を例に挙げて説明する。ビラ配布のために「人の看守する邸宅」に管理権者の承諾なく立ち入った行為を処罰することの憲法適合性が争われた事件につき、最高裁判所は、当該行為を処罰することは憲法第21条第1項に違反するものではないと結論づけた（前掲最高裁平成20年4月11日判決）。この判断は、どのように説明されうるであろうか。まず第1に、「邸宅へ

---

↘「星条旗焼却事件と憲法修正第1条」『新聞研究』458号（1989）90頁以下、高良鉄美「日の丸焼却と表現の自由（上）（下）」『琉大法学』48号（1992）71頁以下、49号（1992）1頁以下、同「象徴的言論小考——日の丸焼却事件に関連して」大隈義和他編『手島孝先生還暦祝賀論集・公法学の開拓線』（法律文化社、1993）29頁以下、長峯・前掲(19)348頁以下 [(3)], 168頁以下 [(4・完)] 等参照。

24) 遠藤・前掲(23)28頁 [法教]。

25) 佐々木弘道「『表現の自由』訴訟における『憲法上保護された行為』への着目」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2009）113頁参照。

26) 阪口正二郎「防衛庁宿舍へのポスティング目的での立入り行為と表現の自由」『法学教室』336号（2008）11頁。

の立入り一般は表現行為ではない」ため、「本件立入り行為に……刑法130条を適用することは表現の自由の付随的制約である」<sup>27)</sup>とする説明が可能である。この理解は、「表現者の側で必要であるということから、ビラを入れる場所がどこにあらうと、それが表現の自由の行使に当たるから、そこに入れることが許されるということにはならない」(即ち、立入行為は一般的に表現行為とはいえない)のであり、「本件のようなビラを配る行為一般の適否が問題とされているのではなく、そのために立川宿舎の各号棟の敷地及び階段や通路といった共用部分に立ち入ることができるかが問われている」とする調査官解説の指摘<sup>28)</sup>とも符合する。また、第2に、ビラ配布のための立入行為は、住人に対する一方的行為であるが故に「受け手」不在の行為でもあり、そこにはコミュニケーションが成立してないと見ることも可能である。この理解もまた、「送りが発する情報は必ず相手方に受領されるべきとするかのような立論は、やはり取り得ない」とする調査官解説の指摘<sup>29)</sup>と同旨のものであろう。しかし、本件行為と立川反戦ビラ事件における立入行為とは異なる。

(4) 第1に、本件行為は、その場所や文脈からして、表現行為であると考えなければならない。① 本件行為に先立ち、多くの市民により、ゲート前での

27) 宍戸・前掲(7)135頁。小山・前掲(9)38頁も同旨。

28) 山口裕之「1 管理者が管理する、公務員宿舎である集合住宅の1階出入口から各室玄関前までの部分及び門塀等の囲障を設置したその敷地が、刑法130条の邸宅侵入罪の客体に当たるとされた事例、2 各室玄関ドアの新聞受けに政治的意見を記載したビラを投かんする目的で公務員宿舎である集合住宅の敷地等に管理権者の意思に反して立ち入った行為をもって刑法130条前段の罪に問うことが、憲法21条1項に違反しないとされた事例」『法曹時報』63巻9号(2011)155頁。

29) 山口・前掲(28)162頁。他方、住人には情報を受領するかどうか、また、どこで受領するかに関する決定権としての表現の自由があるはずであり、それ故、立川反戦ビラ事件の争点は、「送りが発する情報の提供行為の自由と受け手の情報受領行為の自由との調整問題」と捉える指摘がある。これによれば、管理者が勝手にビラ配布行為を妨害することは、「送りが発する情報と受け手両者の『表現の自由』の侵害となる」。佐々木弘道「表現行為の自由・表現場所の理論・憲法判断回避準則」戸松・野坂編・前掲(2)259頁。この点の詳細な検討は控えるが、住人の意思と管理者・管理組合の意思との異同次第では、本文で指摘した「コミュニケーションが成立していない」とする評価は、当てはまらないこととなろう。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

抗議行動や座り込みが行われてきた。本件行為は、同じゲート前でなされたものであり、その場所を考慮すべきである。② この座り込みは、名護市辺野古のキャンプ・シュワブ沖における米軍基地建設に反対する意思を示すために長年にわたり続けられてきたものである。本件行為は、米軍基地建設に対する反対の意思をより効果的に示すため、座り込みの代わりに行われたものであり、このような文脈を考慮に入れるべきである。③ 本件行為の行為者は、米軍基地建設に抗議しようとするメッセージを伝える意図を有していたことは明らかであり、また、それを目撃していた者が、その特定のメッセージを理解していたことも明白である。以上から、意見内容を伝達する表現行為として座り込みを行ってきたのであり、さらに、その座り込みと同じ趣旨の行為として、本件行為を行ったものと考えうる。

第2に、本件行為は、情報の「受け手」との間のコミュニケーションを構成するものと考えらるべきである。① ゲート前で抗議行動を通じたコミュニケーションは、同じ目的でゲート前に集合する市民との間で見られただけでなく、米軍基地建設に賛成の意思を示す者をも呼び寄せ、言論のやりとりが度々行われていた。② ゲート前で抗議行動や本件行為は全国的に広く知られており、現場には居合わせない者との間でも、米軍基地建設の是非をめぐるコミュニケーションが成立していたことは明らかである。③ 本件行為に刑法を適用して処罰することは、成立していたコミュニケーション過程に国家機関が介入することとなり、コミュニケーションを遮断することになる。以上から、本件行為に対する刑法適用は、付随的制約ではなく直接的制約と捉えるべきである。表現行為に対する直接的制約である限り、その違憲審査は厳格に行われるべきである。

## 2 規制目的の再検討と厳格審査の可能性

(1) 続いて検討すべき点は、規制目的が表現の自由の抑圧と直接関係しないことを求めるオプライエン・テストの条件③に関わる。合衆国最高裁判所は、前述の徴兵カード焼却事件において、規制目的が、思想表現の抑圧自体にある

のではなく徴兵のための登録要請を推進することであり、規制は、思想の非伝達的側面に向けられているに過ぎないため、適用上も合憲と判断した。それに対し、ヴェトナム戦争への介入に反対の意思を示すために黒腕章をつけて登校した高校生に対し、停学処分を行った校長の処分の違憲性が争われた「高校生黒腕章事件」(Tinker v. Des Moines School District, 393 U.S. 503 (1969))<sup>30)</sup>、また、政治的なデモに参加し、その終点で国旗に灯油をかけ火を放った者が、国旗冒瀆罪で起訴された国旗焼却事件では、校長の処分や国旗冒瀆罪の適用を違憲と判断した。両判決ともに、規制目的が特定の意見の抑圧にあることを認め、当該規制を思想の伝達の側面に向けられたものであることを理由に、当該規制の違憲性を厳格に審査したのである。オブライエン・テストを適用する際には、様々な状況から考えて、規制目的が自由な表現の抑圧と関係するかどうかを問わなければならない。

(2) 本件行為に対し、威力業務妨害罪を適用して処罰しようとする規制目的が、自由な表現の抑圧と無関係とどういうであろうか。ここでは、法を適用しようとする国家機関、特に警察の意図・目的が問題となるが、さらに、次の2点が重要である。第1に、具体的事案において、警察の意図・目的を問うのかという点である。実は、本件事案の特殊な側面は、他の事案と比較することで明確となる。例えば、先に述べた駅構内でのビラ配布等に対する刑法適用の憲法適合性が争われた事件では、駅長職務代理として駅構内を管理していた助役からの依頼を受けた警察官が制止・退去要求を行ったものであり<sup>31)</sup>、駅助役の意図・目的を問う余地はあるとしても、それとは別の警察・検察の意図・目的を問題とすることは困難であった。また、立川反戦ビラ事件では、宿舍の管

30) 久保田きぬ子「最近の判例」『アメリカ法』(1971) 329頁以下、榎原・前掲(19) 108頁以下等参照。

31) 高橋省吾「一 鉄道営業法三五条及び刑法一三〇条後段を適用しても憲法二一条一項に違反しないとされた事例 二 鉄道営業法三五条にいう『鉄道地』の意義 三 刑法一三〇条にいう『人ノ看守スル建造物』の意義 四 鉄道営業法三五条にいう『鉄道地』及び刑法一三〇条にいう『人ノ看守スル建造物』にあたりとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度』(法曹会、1988) 536頁。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

理業務に携わっていた者が提出した被害届を受けて、逮捕・公訴提起が為されたものであり、管理業務に携わっていた者の意図・目的を問う余地はあるとしても、それとは別の警察・検察の意図・目的を問題とすることは困難と見ることができる。さらに、ビラの配布のために管理組合が管理する分譲マンションへ立ち入った行為に対し、住居等侵入罪（刑法第130条前段）を適用して処罰することの憲法適合性が争われた「葛飾区政党ビラ配布事件」で、最高裁判所は、立川反戦ビラ事件判決と同様、「本件立入り行為をもって刑法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」と判断している（最高裁平成21年11月30日判決・刑集63巻9号1765頁）。これは、居住者の通報を受けて警察が逮捕したという事案であり、居住者の意図・目的とは別に、警察の意図・目的を問題とすることは困難と考える。

ところが、以上の事案とは異なり、本件では、警察の意図・目的が直接問われなければならない。本件は、沖縄防衛局が名護警察署に被害申告をしたことから逮捕・公訴提起に至った事案であり、一見すると、業務を遂行すべき沖縄防衛局とは別に、警察の意図・目的を問題とすることは困難な事案とも受け取られかねない。しかし、米軍基地の建設を遂行し、それに反対する市民を排除する点で、沖縄防衛局も沖縄県警も連携して業務を行っていたものと捉えることができる。そうすると、財産権・管理権を有する者とは切り離された警察について、その意図・目的が問われにくい先の諸判決とは異なり、本件では、沖縄防衛局と一体となった警察の意図・目的が直接に問題とされなければならない。

(3) 第2に、本来、主観的な要素であるはずの意図・目的をどのように判断するのかという点である。行政裁量の逸脱・濫用の統制としての目的違反・動機違反等<sup>32)</sup>、国家機関の意図・目的を考慮する審査方法は、従来の判例においてもみられる。その場合、主観的な要素として捉えられがちな意図・目的であっても、その客観的な判定が可能であることを認める判断が示されている。

「愛媛玉串料訴訟」において、最高裁判所は、①「被上告人らは、本件支出は、

32) 塩野宏『行政法 I [第6版]』（有斐閣，2015）147頁参照。

遺族援護行政の一環として、戦没者の慰霊及び遺族の慰謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎないものであるから、憲法に違反しないと主張する」、しかし、②「戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でなくてもこれを行うことができると考えられるし、神社の挙行する恒例祭に際して玉串料等を奉納することが、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとも認められない」、③「そうであれば、本件玉串料等の奉納は、たとえそれが戦没者の慰霊及びその遺族の慰謝を直接の目的としてされたものであったとしても、世俗的目的で行われた社会的儀礼にすぎないものとして憲法に違反しないということはできない」と述べている（最高裁平成9年4月2日判決・民集51巻4号1673頁）。これは、世俗的目的とする愛媛県の主張にもかかわらず、あえて玉串料等の奉納を選択した行為から宗教的目的を認定判断したものである。本件でも同様に、国家機関の行為を客観的に判定して、規制目的を確定することが可能である。具体的には、本件行為に至る中での沖縄防衛局や警察の行動、具体的な活動状況、市民側とのやりとり等、客観的な状況を考慮して判定することとなる。

### 3 「やむにやまれぬ公共的利益の基準」による違憲審査

(1) そこで、規制目的の観点から厳格審査の可能性を探ろうとする場合、以下の点が重要である。① 本件行為は、工事用ゲート前で行われたところ威力業務妨害に問われた事案であるが、キャンプシュワブには、工事用ゲート以外にもメインゲート等が設置されており、本件行為当時においても、工事用車両の通行のために他のゲートを利用しうる状況にあった。② 辺野古や高江には、全国から多くの警察や機動隊が派遣され、警察による過剰な警備が日常的に行われていたのであり、海上保安庁の職員も、キャンプシュワブ沖でカヌーによる抗議行動を行っていた者に対し、同様に暴力を用いての排除を行っていた<sup>33)</sup>。③ 警察官による「土人」発言に見られるように、抗議行動に参加する

33) 森川恭剛「基地ゲート前の暴力と法」『現代思想』44巻2号(2016)56頁以下参照。

者に対して露骨な差別意識や嫌悪感、また憎悪さえも表す者も見られた。④警察の行為の背後には、「辺野古基金」<sup>34)</sup>等を通じて賛同や支援が広がってくるにつれ、表現行為の影響が全国に波及することに対する警戒があったのではないかと考えられる。

以上からすれば、警察の目的が、威力業務妨害罪の法益保護を直接の目的としてなされたものであったとしても、米軍基地建設に対する反対の意思を示す表現行為であるが故の逮捕であり、自由な表現の抑圧にあると見るべきである。しかも、その規制は、思想の自由市場をゆがめ、また、伝達の効果への警戒に由来する規制であるため、表現内容規制であり、さらに、米軍基地建設に反対するという特定の見解に対する規制であるから、見解規制と解すべきである。

(2) なお、本件事案の分析において、沖縄防衛局と警察とを区別し、沖縄防衛局の目的が仮に表現内容規制ないし見解規制であったとしても、憲法上許容されるはずだ、とする考え方もありうるため、念のために検討しておきたい。この点については、立川反戦ピラ事件判決における調査官解説のように、「本件起訴が被告人らの行為の内容との関連でなされたことは否定できないであろう。しかし、被告人らの行為が……、管理権者としてこれを放置できないと考えたことは、管理権者側のいわば都合として、それ自体非難されるべきものではないはずである。そして、それが一般的な犯罪を構成するものである以上、取締りの対象となることは……、当然甘受しなければならないはずである」とする指摘もある<sup>35)</sup>。刑事法上、法益の保護を受ける者の利益を考慮すれば、表現行為も取締りの対象となることはやむを得ないとする主張である。しかし、この考え方によれば、刑事裁判の場では常に、法益侵害を主張する側の利益が重視され、表現行為を行う者の利益が刑事罰の対象となるのであって、表現の自由の価値が過少に評価されてしまう<sup>36)</sup>。

34) 林公則「辺野古基金における寄付の意義」『現代思想』44巻2号(2016)95頁以下参照。

35) 山口・前掲(28)166頁。

36) 表現の自由保障は「居住者・管理者の意思が常に優先するというドグマを否定することを要請する」とし、「国家権力は、特定の内容のピラを排除したいという」

立川反戦ビラ事件における管理権者に相当するのは、本件では、業務遂行者である沖縄防衛局ということになるだろうが、仮に、業務遂行者の利益にも配慮することが必要であるとしても、それを理由に、警察権限が表現行為に向けられることのインパクトを無視することがあってはならない。問題は、表現者と業務遂行者の利益を水平的関係において調整することにあるのではなく、国家機関が垂直的關係において、警察権限を用いて表現行為を抑圧することがどこまで認められるのかという点にある。先の見解は、この点に関する考慮が不十分と言わざるを得ず、本件ではそのままでは妥当しないと考えるべきである。以上から、本件行為に対する法適用は、内容中立規制ではなく内容規制・見解規制と理解すべきであり、法適用の合憲性は、厳格に審査されなければならない。

(3) 表現内容規制でありかつ見解規制である本件事案には、厳格審査基準たる「やむにやまれぬ公共的利益 (compelling government interest) の基準」が妥当する。これは、① 規制目的が「やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益」であること、② 規制目的達成手段がその公共的利益のみを具体化するように「厳密に定められている」ことを求める基準である<sup>37)</sup>。①に関しては、当該表現のメッセージ内容そのものが具体的な社会的害悪を引き起こしているかどうか、また、その具体的な社会的害悪は「やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益」といえるかが問われなければならない。そのような害悪が発生していないのに、当該表現を規制しようとするのは、その見解・観点が間違っている・悪しきものであるという決めつけのみで表現を規制するものであり、「こういう場合は、『表現の自由』を規制する正当な根拠を公権力が有しているとは言えない」<sup>38)</sup>。規制を正当化しうるような具体的な社会的害悪の有無・程度を、裁判所は厳しく審査しなければならない。

---

↘私人の願望……を、権力発動を正当化するものだと評価してはならない」とする指摘が重要である。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) 334頁、335頁。

37) 芦部・前掲(5)411頁。

38) 佐々木弘道「公立高校卒業式における来賓発言と『表現の自由』」『成城法学』78号(2009) 50頁。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

本件規制は、沖縄防衛局が進める米軍基地建設に反対する表現行為のメッセージ内容そのものに向けられたものであるところ、次の点を指摘することができる。①日米両政府が合意した米軍基地建設に対する異論が広がることで、外交関係が傷つけられるとする主張が考えられる。また、そのメッセージ内容により担当者が受ける精神的負担や不愉快さといった害悪も考える。②しかし、前者については、そもそも表現の自由は、公権力の行動や政策に対する批判的内容を自由に主張しうることにこそ中核的意味を有するのであり、異論それ自体を害悪と捉えることはできない。また、後者については、それをもって表現内容を規制しうる正当化事由とはなし得ないことは、立証を要しないであろう。それ以外に米軍基地建設に反対するメッセージが、何か具体的な社会的害悪をもたらしているとする明確な根拠はない。以上から、本件行為に刑法を適用して処罰することは、憲法に違反すると解すべきである。

### 4 適正な利益衡量の探求の必要性

(1) 以上の捉え方とは異なり、本件の問題を、表現行為に対する付随的制約の合憲性にあるものとして捉え、オブライエン・テストによる利益衡量で判断するとしても、利益の均衡を評価する際には次の点に留意する必要がある。第1に、民主主義における表現の自由の意義を最大限に考慮すべきとする点である。表現の自由は、市民による集会的決定にとって必要不可欠である点で重要な権利である。その際、自分の好きなことを述べる自由も表現の自由に含まれるが、そのような私的自由である以上に、公益ないし公的議論に資する自由であるところに特別な意義を有する<sup>39)</sup>。表現の自由の「自己統治」の価値について

39) 表現の自由の公的性質ないし「自己統治」の価値を重視する見解として、例えば、Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation To Self-Government* (Harper & Brothers, 1948) 参照。ミクルジョンの主張については、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』——『自己統治』と『自律』の間」長谷部・中島編・前掲(25)48頁以下参照。また、「表現の自由の政治的権利としての側面」が「表現の自由の核心部分をなす」と指摘するものとして、松井修視「政治活動・政治運動——政治的表現の自由と政治的ピラのポスティング規制」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由Ⅱ——状況から』(尚学社, 2011) 301頁以下参照。➤

ては、多くの判例によっても指摘されている<sup>40)</sup>。

本件行為についていえば、それは、① 米軍基地の建設に反対の意思を示す表現行為であり、その内容は、日本の平和主義ないし安全保障に関わる純粋に公的議論に資するものであった。また、② 沖縄において、米軍基地に関する言論は、沖縄戦や戦後の米軍基地の被害実態、米軍基地建設をめぐる沖縄県知事・県議会、名護市長・名護市議会による政策と日本政府の政策との対立、それへの評価を背景とする米軍基地建設をめぐる賛否等、「自己統治」の観点からは最大限に尊重すべきものといえる。従来、最高裁判所の判例は、表現の自由の優越性に対する考慮が不十分であるのみならず、その「自己統治」の価値にも十分配慮してきたとは言い難いが<sup>41)</sup>、本件で問われているのが純粋に公的議論に資する言論であったことを思えば、刑事法の適用における利益衡量を行う際には、表現の自由の比重を置いて判断すべきである。

---

もちろん、公的議論と私的議論との区別は容易ではなく、民主的決定の過程への関わり方は自らの自律的判断に基づいて行われることこそ重要ではないと思われることから、自分の好きなことを述べる自由も同様に強い保障が与えられるべきとする主張にも、合理的な根拠がある。結果として、表現の自由の「自己統治」の価値も「自己実現」ないし「自律」の価値も、ともに表現の自由の「優越的地位」を支えているという理解が必要となろう。

40) 「表現の自由が、侵すことのできない永久の権利すなわち基本的人権に属し、その完全なる保障が民主政治の基本原則の一つであること、とくにこれが民主主義を全体主義から区別する最も重要な一特徴をなすことは、多言を要しない」とする東京都公安条例事件判決（最高裁昭和35年7月20日大法廷判決・刑集14巻9号1243頁）、「出版その他の表現の自由や学問の自由は、民主主義の基礎をなすきわめて重要なものである」とする「悪徳の栄え」事件判決（最高裁昭和44年10月15日大法廷判決・刑集23巻10号1239頁）、「憲法21条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によつてもみだりに制限することができないものである」とする猿払事件判決（前掲最高裁昭和49年11月6日大法廷判決）、「表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」とする北方ジャーナル事件判決（最高裁昭和61年6月11日大法廷判決・民集40巻4号872頁）等がある。

41) 「わが国の最高裁は『自己統治』論にすら実は真面目にコミットしていないのではないか、という疑問が生じる」と指摘するものとして、阪口・前掲(39)62頁。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

(2) 第2に、本件行為が行われた場所を考慮すべきとする点である。表現活動のために公共の場所を利用する権利は、場合によってはその場所における他の利用を妨げることになっても保障されるべきとする考え方は、「パブリック・フォーラム論」と呼ばれる<sup>42)</sup>。ここでいうパブリック・フォーラムとは、道路、公園、広場等一般公衆が自由に出入りできる場所をいう。パブリック・フォーラム論を展開したものとして、伊藤正己裁判官の補足意見（前掲最高裁昭和59年12月18日判決）が参照されなければならない。「ある主張や意見を社会に伝達する自由を保障する場合に、その表現の場を確保することが重要な意味をもっている。特に表現の自由の行使が行動を伴うときには表現のための物理的な場所が必要となってくる。この場所が提供されないときには、多くの意見は受け手に伝達することができないといつてもよい。一般公衆が自由に出入りできる場所は、それぞれその本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。道路、公園、広場などは、その例である。これを『パブリック・フォーラム』と呼ぶことができよう。このパブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる」。

このような考え方は、道路における集団行進についての道路交通法による規制について、「許可が与えられない場合は、当該集団行進の予想される規模、態様、コース、時刻などに照らし、これが行われることにより一般交通の用に供せられるべき道路の機能を著しく害するものと認められ、しかも、……警察

42) 紙谷雅子「パブリック・フォーラム」『公法研究』50号（1988）103頁以下、同「表現の自由——合衆国最高裁判所の判例にみる表現の時間、場所、方法および態様に関する規制と表現の方法と場所の種類（3・完）」『国家学会雑誌』102巻5・6号（1989）1頁、同「パブリック・フォーラムの落日」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開・上』（有斐閣、1993）643頁以下、中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村・鈴木編・前掲（19）197頁以下、横大道聡「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別——連邦最高裁判決の検討を中心に」『法学政治学論究』65号（2005）165頁以下等参照。

署長が条件を付与することによつても、かかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合に限られる」(最高裁昭和57年11月16日判決・刑集36巻11号908頁)として、法律の合憲限定解釈を行った判決の趣旨とも軌を一にするものと評価できる。そこで、本件についてはどのようなことが言いうでであろうか。本件行為が行われていた場所は公道であり、他者の管理権の及ぶ米軍基地の敷地内や私道ではない。もちろん、公道とはいえ、多くの人や車両が往来する都市部・繁華街であれば、表現行為ではあっても一定の制約を受けることはやむを得ないと考え得る。しかし、本件行為が行われたキャンプシュワブゲート前付近は、近くに民家や集落はあるものの、広大な自然林や米軍基地に囲まれた場所である。他者の私生活上の平穏や往来の自由等と衝突するおそれは極めて低いと見るべきであり、パブリック・フォーラムにおける表現行為として、表現の自由を最大限尊重した判断を行うべきである。

(3) 第3に、表現行為に対する規制に伴って生じる効果(萎縮効果)を考慮すべきとする点である。憲法上保障された表現の自由は、様々な国家の規制によって容易に縮減させられるもろい自由でもある。それ故に、表現の自由の行使を断念させる実際上の効果(萎縮効果)を發しうる措置については、特に警戒を要する。しかも、この萎縮効果は、事後的な救済が困難であり、それが存在するだけで自由な精神活動を窒息させてしまい、抑圧のない雰囲気の中で民主主義社会に寄与しようとする表現活動に対し深刻な危機をもたらす。国家規制の憲法適合性を審査する際には、萎縮効果の有無を考慮に入れたうえで、それを除去するように法解釈や法適用の是非を判断しなければならない。

この趣旨は、最高裁判所の判決においても採用されてきたものである。旧関税定率法第21条第1項第3号「公安又は風俗を害すべき書籍、図画」等(現関税法第69条の11第1項第7号)のうち、「風俗」の文言が明確性の原則に反し違憲ではないかが問題となった事件で、最高裁判所は、「猥褻な書籍、図画等に限定して解釈する」ことで合憲と判断したが、その際に次のように述べている。法律の文言につき限定解釈をすることには一定の制約が必要であり、「かかる制約を付さないとすれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである」(最高裁昭和59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308頁)。ここでいう「本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果」こそが萎縮効果である。

それでは、本件において考慮すべき萎縮効果とはどのようなものであろうか。まず、本件行為を行った者について、本件の逮捕から始まる一連の国家行為が、今後の表現の自由の行使を断念させる効果を有することは明らかである。表現行為を理由に逮捕され、長期間にわたって勾留され、起訴されて公開の法廷に引きずり出され、被告人席に座らされ、精神的負担を与えられ続ける。本件行為への刑事法の適用が、表現の自由ひいては人格的生存に対して与える影響は、甚大でかつ深刻である<sup>43)</sup>。また、他者に対する同様の萎縮効果も無視できない。本件行為が伝達する意見に賛同する者が、その意見内容を自ら表明することにより、差別や脅迫等の被害を受ける恐れを抱くことは容易に想定しうる。実際に、2013年1月27日、米軍普天間基地に配備されたオスプレイの配備撤回と同基地の県内移設断念を求めて、沖縄県内41市町村の首長が「オスプレイ配備撤回」を求める建白書を携えて上京した際、銀座でデモ行進をする沿道で「売国奴」「非国民は出て行け」等の言葉を投げつけられた。先に触れた警察官による「土人」発言や暴力等も併せて考えると、日本社会における、米軍基地へ

43) 表現の自由に関する国連特別報告者のデビッド・ケイによる報告書では、本件における日本政府の行動が、「表現、特に、公的な抗議活動及び反対意見」に与える萎縮への懸念を表明している。Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression on his mission to Japan, § 60 ([http://hrn.or.jp/wpHN/wp-content/uploads/2017/05/A\\_HRC\\_35\\_22\\_Add.1\\_AUV.pdf](http://hrn.or.jp/wpHN/wp-content/uploads/2017/05/A_HRC_35_22_Add.1_AUV.pdf))。仮約については、「デビッド・ケイ『表現の自由』国連特別報告書 訪日報告書(未編集版)」(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000262308.pdf#search=%27%E3%83%87%E3%83%93%E3%83%83%E3%83%89%E3%82%B1%E3%82%A4%27>)参照(最終閲覧日:2017年10月23日)。また、人前に「さらされる」ことの苦痛が甚大で深刻であることは、本件における検察側証人として出廷予定であった警察官と沖縄防衛局職員について、那覇地検が遮蔽を求めていることが如実に物語っている。

の批判的なメッセージに対する抑圧は、現実に発生しているものである。これを放置すれば、表現の自由の萎縮がますます進んでしまい、自由保障にとって民主制にとっても取り返しのつかない段階に至ってしまう<sup>44)</sup>。

## 5 先例との関係

(1) 以上の諸点に加え、利益衡量に際して先例との整合性を図る必要もある。第1に、憲法上の人権に対する付随的制約の事例において、人権が、他者の生命・健康等を保護法益とする犯罪の構成要件に該当する場合には、容易に違法性を阻却すべきでない。このことは判例でも認められている。依頼を受けて治療をなす目的で宗教行為として加持祈祷を行なった結果、死に至らしめた僧侶の行為について、傷害致死罪により処罰しても違憲ではないとした事例がある。最高裁判所は、「被告人の本件行為は、所論のように一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても、それが……他人の生命、身体等に危害を及ぼす

44) この点、敵意や圧力等の私的な行為による被害は国家のものとはいえず、萎縮効果の責任を国家に負わせることは不当とする主張もありうる。しかし、米軍基地への批判的なメッセージに対するネガティブな評価は、国家の行為と私的な行為との共同作用というべきであり、むしろ、日本政府による基地建設の強行や警察・海上保安庁の暴力行為が、私的な行為を助長しているとさえ言えるのであって、国家はその責めを免れることはできないと考えるべきである。この点を断じた *NCCAP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958) の判決については、毛利・前掲(36)75頁参照。また、萎縮効果は、法律自体によるものだけでなく、本件のように、法適用機関によって生じることもある。このような場合には、萎縮効果論を用いて適用違憲と判断すべきこととなる。例えば、NAACP が、税法上の手続として自治体内で活動する団体に対し構成員等の個人情報の開示を要求する条例に違反し、構成員リストの提出を拒否したことで起訴された事件がある。判決は、この条例が表現活動に対して萎縮効果を及ぼすことを理由に「やむにやまれぬ」利益による正当化を求め、それを否定して違憲判断を下した。*Bates v. Little Rock* 361 U.S. 516 (1960)。ここでは、「それ自体としては表現への制約とはいえない条例」について、「問題となった具体的適用が表現活動への制約として機能することが抑止効果論によって認識され、違憲と判断されている」。毛利・前掲(36)120頁、121頁。法律の適用の憲法適合性が問題とされるケースにおいて、萎縮効果論に依拠して適用違憲を導く判例として、本件でも参照されるべきである。なお、萎縮効果論については、毛利透「表現の自由と民主政——萎縮効果論に着目して」阪口他編・前掲(16)26頁以下等参照。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであつて、憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものとしようほかはなく、これを刑法205条に該当するものとして処罰したことは、何ら憲法の右条項に反するものではない」とした（最高裁昭和38年5月15日大法廷判決・刑集17巻4号302頁）。本件は、このような事例とは異なるものであり、区別して判断しなければならない。

(2) 第2に、表現の自由に対する付随的制約の合憲性が争われた先例との比較をする際には、次の各判決を検討する必要がある。既に触れた① 駅構内ビラ配布事件判決（前掲最高裁昭和59年12月18日判決）、② 立川反戦ビラ事件判決（前掲最高裁平成20年4月11日判決）、③ 葛飾区政党ビラ配布事件判決（前掲最高裁平成21年11月30日判決）に加え、④ 卒業式直前に保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、制止しようとした教頭らに怒号するなどして式の円滑な遂行を妨げた行為に対し刑法第234条を適用することの合憲性が争われた都立板橋高校事件判決である。最高裁判所は、「たとえ意見を外部に発表するための手段であっても、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。被告人の本件行為は、その場の状況にそぐわない不相当な態様で行われ、静穏な雰囲気の中で執り行われるべき卒業式の円滑な遂行に看過し得ない支障を生じさせたものであって、こうした行為が社会通念上許されず、違法性を欠くものでないことは明らかである。したがって、被告人の本件行為をもって刑法234条の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない」と判断した（最高裁平成23年7月7日判決・刑集65巻5号619頁）。これらはいずれも適用上合憲と判断されているが、本件との異同についてはどうであろうか。

(3) まず、利益衡量の方法について、先例は、表現の自由と他者の財産権・管理権、私生活の平穏等の私的利益との間（① 駅構内ビラ配布事件判決、② 立川反戦ビラ事件判決、③ 葛飾区政党ビラ配布事件判決）<sup>45)</sup>、また、静穏かつ

45) これらの先例のうち、特に立川反戦ビラ事件判決、葛飾区政党ビラ配布事件判決において表現の自由を軽視する判断については、郵便受けへのビラの配布が住居

厳粛に卒業式を円滑に執り行うという業務遂行者の利益<sup>46)</sup>との間(④ 都立板橋高校事件判決)で、水平的関係において利益衡量を行い後者の利益保護を図ったものという。他方、既に述べたように本件は、表現の自由と業務遂行者の利益を水平的関係において調整すべき事案ではなく、国家機関が垂直的關係において、警察権限を用いて表現行為を抑圧することの合憲性が争われているものである(2(3))。先例と本件との違いは明白であり、形式的な構成要件該当性のみで犯罪の成立を判断すべきではない。

(4) また、表現行為の場所について、先例は、駅の構内(① 駅構内ピラ配布事件判決)、集合住宅の敷地(② 立川反戦ピラ事件判決)、分譲マンションの敷地(③ 葛飾区政党ピラ配布事件判決)、都立高校の体育館(④ 都立板橋高校事件判決)における行為が刑事法の適用を受ける事件であった。これらの場所は、既に触れたパブリック・フォーラムとは言い難いものであり、都立板橋高校事件判決の事案でも、「パブリック・フォーラム……たる性質を有する場所、例えば校門前の道路等で行われるのであれば、原則として、憲法21条1項により表現の自由として保障される」が、「被告人の行為が、本件卒業式の

---

の平穏等を害する程度は極めて小さいとする指摘、情報の「受け手」(住人)を管理者にとって都合のよい情報のみを受け取る「囚われの聴衆」にしてしまうという指摘、利益衡量が不十分なし皆無であるとする指摘等がなされている。長岡徹『郵便受けの民主主義——憲法解釈論の可能性』阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』(成文堂、2007)201頁以下、曾根威彦「ポストिंगと住居侵入罪適用の合憲性——2つの最高裁判決をめぐって」『法曹時報』65巻5号(2013)1頁以下等参照。

46) 都立板橋高校事件判決の調査官解説では、「卒業式が円滑に遂行されることによって得られる利益(学校生活に有意義な区切りを付けて、厳粛で新鮮な気分を生徒に味わわせ、新しい生活の展開への動機付けとする。)は、卒業式を円滑に遂行させるべき権限と責務を持つ校長だけに限らず、その他の学校関係者(何よりも卒業生と保護者ら)にとっても重要な意義を有するのであり、本件卒業式を円滑に遂行する業務も十分に保護されるべきものである」と指摘されている。小森田恵樹「卒業式の開式直前に保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭らに対して怒号するなどし、卒業式の円滑な遂行を妨げた行為をもって刑法234条の罪に問うことが、憲法21条1項に違反しないとされた事例」『法曹時報』66巻8号(2014)279頁、280頁。

## 表現行為に対する刑事法の適用とその合憲性

行われる体育館という場で」行われた点が問題視されていたのである（宮川光治裁判官の補足意見）。それに対し、本件行為はパブリック・フォーラムにおいてなされたものであり、この点を無視して判断されてはならない。

(5) さらに、表現行為の態様について、先例の各事例は、次のような特徴を有していた。① 駅構内ビラ配布事件では、駅係員の許諾を受けずにビラ多数を配布し演説を繰り返したうえ、管理者からの退去要求を無視して約20分間にわたって駅構内に滞留したというもので、鉄道の管理権者の管理権のみならず、鉄道利用者等、一般公衆の通行を妨げる態様のものであった。また、② 立川反戦ビラ事件や③ 葛飾区政党ビラ配布事件では、一般に人が自由に出入りすることのできない場所に管理権者の意思に反して立ち入り、管理権を侵害するのみならず、私生活を営む者の私生活の平穏を侵害する態様のものであった。④ 都立板橋高校事件では、式の開始直前に大声を上げて呼び掛けを行い、教頭や校長による制止や退場の求めにも応じずに怒号を浴びせることで、校長のみならず卒業生・保護者等の利益をも侵害する態様のものであった<sup>47)</sup>。それに対し、本件行為は公道上で行われ、一般公衆の通行を妨げる程度のもではなく、また、妨げた業務（米軍基地の建設）と言論内容とが直接関係するもので、反対運動が当該業務を対象として表現行為を行おうとすることは、むしろ当然のことと評価されるべきものであった。

以上、民主主義における表現の自由の意義、本件行為が行われた場所、表現行為に対する規制に伴って生じる効果（萎縮効果）、先例との均衡を考慮し、本件行為に対する刑事法の適用は、表現の自由を侵害し憲法違反と解すべきである。

## 結——適用上違憲の判断と法的安定性

(1) これまで、本件行為に対して刑事法を適用することが、表現内容規制、

---

47) 他方、宮川光治裁判官の補足意見は、「本件卒業式が実施される体育館に赴いて、本件卒業式の開始前に、保護者席を歩いて回り、ビラを配布した行為は、威力を用いて卒業式式典の遂行業務を妨害したとは評価できない」とする。

さらには、見解規制に該当するものであり、それ故、最も厳格な審査基準に照らして判断し、適用上違憲と判断すべきこと、また、付随的制約として利益衡量論で判断するとしても、様々な要素を考慮した上でなお適用上違憲と判断すべきことを述べてきた。最後に、法律自体の合憲性を問わずに事例に応じて適用上違憲と判断することが、法の不安定を招くことになるのではないかと、との指摘も見られるため、この点について検討しておきたい。

(2) 確かに、適用上違憲の判断は、構成要件に該当する行為の違法性を実質上部分的に削り取ることを意味し、法律の予見機能を大きく損なわせ、法秩序の安定性を失わせる恐れを有するものともいえる。最高裁判所も、公務員の争議行為およびそのあおり行為等を禁止し、違反した場合に刑事罰を科す国家公務員法第98条第5項（現・同条第2項）、第110条第1項第17号の合憲性が争われた全農林警職法事件で、当該規定の合憲限定解釈を否定し、全面的にその合憲性を認めた際に、次のように述べている。「あおり行為等の罪として刑事制裁を科されるのは……違法性の強い争議行為に対するものに限るとし、あるいはまた、あおり行為等につき、争議行為の企画、共謀、説得、慫慂、指令等を争議行為にいわゆる通常随伴するものとして、国公法上不処罰とされる争議行為自体と同一視し、かかるあおり等の行為自体の違法性の強弱または社会的許容性の有無を論ずることは、いずれも、とうてい是認することができない」。「このように不明確な限定解釈は、かえつて犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存するものといわなければならない」（最高裁昭和48年4月25日大法廷判決・刑集27巻4号547頁）。

(3) しかし、次の点で、適用上違憲の判断を避ける態度には問題があると考えべきである。第1に、法秩序の整合性の観点である。憲法規範に反して法律の解釈適用が行われ、それが放置されてしまうと、憲法が最高法規として法律・命令・処分等により具体化されていく法秩序の整合性が維持されないこととなる。法律の解釈適用のみの形式的判断を行い、そこに憲法規範を読み込んだ実質的判断を行わないことで、日本の法体系は、憲法なき法律秩序となり、

その方が法の不安定を招くのではないかと思われる<sup>48)</sup>。第2に、比較憲法の観点である。まず、日本の司法制度はアメリカ流のものと言われる。しかし、アメリカでは適用上判断が主流となっており<sup>49)</sup>、文面上判断に固執する司法制度の運用は、沿革からすればその理念や趣旨から乖離したものとなってしまう。また、適用上判断よりも文面上判断を重視する態度は、ドイツの憲法裁判制度の判例傾向へと傾斜することとなり、それはそれで、判例法主義ではなく制定法主義たる日本の司法制度としては望ましいのではないかとする考え方もありうる。しかし、このような理解は、実際はドイツにおいても、法律の憲法適合的解釈や適用審査が広汎に行われている現実とは一致しない。「ドイツの憲法裁判制度が規範統制による憲法秩序維持を主任務とした『抽象的審査制』であるという命題は、現状と大きく乖離してきている」<sup>50)</sup>。日本の判例も、具体的な事案ごとの憲法適合性審査へと転換すべき時期である<sup>51)</sup>。

〔付記〕 本稿は、那覇地方裁判所に係属中の「平成28年（わ）第444号 威力業務妨害被告事件」について提出した意見書に加筆したものである。

---

48) 「法秩序の安定性は、制定される様々な法律が一律適用されることによってではなく、『憲法上の権利』の実体論の中味を安定したものに構成することによって、かなりの程度、確保される」と指摘するものとして、佐々木・前掲(25)119頁。

49) 高橋和之は、文面上判断よりも適用上判断を優先すべき理由として、「立法府に対する敬讓」、「事件の具体的事実関係に限定された判断の方が裁判所が誤る危険が小さいという経験的事実」を挙げている。高橋・前掲(4)193頁。

50) 毛利透「『法治国家』から『法の支配』へ——ドイツ憲法裁判の機能変化についての一仮設」『法学論叢』156巻5・6号(2005)346頁。また、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005)289頁以下、山田哲史「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」『岡山大学法学会雑誌』66巻3・4号(2017)131頁以下等参照。

51) 憲法判断の方法や対象についての近時の議論として、青井未帆「憲法判断の対象と範囲について(適用違憲・法令違憲)——近時のアメリカ合衆国における議論を中心に」『成城法学』79号(2010)41頁以下、山田哲史「『憲法適合的解釈』をめぐる覚書——比較法研究のための予備的考察」『帝京法学』29巻2号(2015)277頁以下等参照。