

「表現の自由」区分論と民主的過程

Categorization of “freedom of speech” and Self-governing process

田中 祥 貴*

TANAKA Yoshitaka

はじめに

ここ数年、我が国では、特定の思想内容を狙い撃ちにした公安警察による微罪逮捕が後を絶たない。2004年に反戦ピラを防衛庁宿舍の各室玄関新聞受けに投函した行為が住居侵入罪として逮捕・起訴された「立川自衛隊監視テント村事件」はその典型的な一例である*¹。かかる事件は公権力による政治弾圧と評価せざるを得ず*²、この国での政治的表現の自由保障に対する認識の希薄さを物語る証左でもある。

かつて1940年代後半以降マッカーシズムの潮流の中で、Holmes 判事や Brandeis 判事のリベラルな憲法解釈を継承・強化する文脈から、「公的言論 (public speech)」と「私的言論 (private speech)」の区別、そして「自己統治 (self-government)」の観点から前者への絶対的保障を論じたのは Alexander Meiklejohn であるが*³、彼の学説はアメリカ合衆国では通説を形成するには至らなかったものの、その後の学説・判例に多大な影響を与えた。現在の我が国における政治的表現を取り巻く状況を顧みるとき、Meiklejohn の理論を我が国の法体系の中で再構築する意義は高い。

即ち、我が国の憲法学は、これまで「表現の自由」論に関して、憲法21条の保障範囲を最大化する作業に傾倒し、「表現の自由」の核心領域とその周縁領域の区分、及びその保障程度の差別化と

いう作業を意識的に避けてきた。例えば、憲法保障の埒外に位置付けられてきた名誉毀損の言論や猥褻の言論に保障の網を拡げる議論は積極的に展開されるものの、その一方で、憲法上保障されている言論をさらに細分化・範疇化し、それらを序列化・階層化する議論には十分な関心が払われることはなかった。その結果、より優越的保障を受けるべき言論の範疇化も行われず、営利的表現等の例外を除いて、ほぼ全ての言論が憲法上一律の保障を受ける枠組となっている。

ところが「表現の自由」は、従来、自己実現や自己統治と呼ばれる重要な価値を反映して、憲法上、人権カタログの中でも優越的な地位を占めると解釈されるものの、実際には、「公共の福祉」概念によってその優越性は大きく相対化されてきている。尤も、純粹に個人的な権利は、社会的関連性の中でその価値は相対化され、社会的に相当な範囲内での制約を余儀なくされるのは当然である。その上で我が国の憲法学では、人権一般に対する制約原理として「公共の福祉」論が存在し、あらゆる人権が他者の人権との調整を経る過程で必要最小限度の内在的制約に服するという点に異論を差し挟むものはいない。勿論、「表現の自由」として例外ではない。

但し、これらのことを認めたととしても、民主的過程の根幹を成す政治的表現の自由にまで、その相対化の原理を波及させてよいものかは、なお慎

* 社会福祉学部准教授

重なる配慮が必要である。近年の政治的表現に対する不当な公権力規制、さらにそれに伴う政治的表現の後退、延いては民主的過程空洞化の危険性を直視しなければならない。そこで本稿では、「立川自衛隊監視テント村事件」に関する下級審判決を契機に、今一度、「表現の自由」が有する価値を捉え直して、「表現の自由」という範疇の中で全ての表現内容が一律の保障を受ける構造ではなく、寧ろ、政治的表現をより優越的な保護が付与されるべき範疇言論として抽出し、その他の言論との差別化を図る必要性を検討したい*4。

1. 立川自衛隊監視テント村事件

(1) 事実の概要

東京都立川市に活動拠点を置く市民団体「立川自衛隊監視テント村」の構成員3名は、「自衛隊のイラク派兵反対」を内容とするビラを自衛隊立川宿舎の各室玄関ドア新聞受けに投函する目的で、管理者及び居住者の承諾を得ないで、平成16年1月17日及び同年2月22日の両日に、同宿舎の敷地内、即ち、各室玄関前まで立ち入った行為が、刑法130条住居侵入罪の容疑で平成16年2月27日に逮捕され、同年3月19日に起訴されたものである。本件における争点は、主に①本件公訴提起が公訴権濫用であり公訴棄却とすべきか、②本件被告人の行為は住居侵入罪の構成要件に該当するか、③住居侵入罪の構成要件に該当する場合でも刑事罰を科すだけの可罰的違法性があるか、以上の三点に整理し得る。

(2) 東京地裁判決*5

①公訴棄却の主張について

「検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定できないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的なものに限られるというべきである*6」という前提に基づき、本件公訴提起にはかかる「検察官の職務犯罪を構成するような極限的な訴追裁量権の逸脱はみられず、弁護人の前記主張は採用できない。」

②構成要件該当性の有無について

刑法130条前段所定の「住居」とは「人の起臥

寢食に使用される場所」を指し、立川宿舎の各居室はこれに該当する。そして本件被告人が立ち入った敷地、通路部分等はいずれも「同宿舎居室と一体をなして『住居』に該当する」と評価すべきである。また「同宿舎への『侵入』とは、同宿舎の居住者及び管理者の意思に反して立ち入ることをいうと解すべきである」。被告人は、定型的に立ち入りが許容されている者に当たらず、立川宿舎の関係者ではなく、同宿舎内への立ち入りにつき居住者及び管理者への承諾も得ていないことから、本件被告人行為は住居侵入罪の構成要件に該当する。

③違法性の有無について

被告人の立ち入り行為の「動機」は政治的意見表明という正当なものであり、その「態様」も社会的相当性を逸脱したものとは言えず、また結果として生じた居住者及び管理者の法益侵害も軽微なものに過ぎない。さらに、「被告人らによるビラの投函自体は、憲法21条1項の保障する政治的表現活動の一態様であり、民主主義社会の根幹を成すものとして、同法22条1項により保障されると解される商業的宣伝ビラの投函に比して、いわゆる優越的地位が認められている（傍点筆者）」。「以上の諸般の事情に照らせば、被告人らが立川宿舎に立ち入った行為は、法秩序全体の見地からして、刑事罰に処するに値する程度の違法性があるものとは認められない」として無罪判決を言い渡した。

(3) 東京高裁判決*7

①公訴棄却の主張について

弁護人の公訴権濫用をいう公訴棄却の主張には理由がない。

②構成要件該当性の有無について

本件被告人が立ち入った敷地及び建物共有部分は、「集合住宅建物である宿舎の圍繞地あるいは集合住宅建物の各居室に付属する共用の通路部分として、刑法130条にいう『人の看取する邸宅』に該当するものと解される」。また「刑法130条前段にいう『侵入』とは、他人の看取する邸宅、建造物等に、管理権者の意思に反して立ち入ること」と解すべきである。そして本件被告人のビラ投函に対して、管理者は、立川宿舎の関係者以外

が敷地内に立ち入ることを禁止する旨の表示板を掲げ、警察に被害届を提出し、各居住者にピラ配布を目撃した場合に110番通報及び駐屯地への連絡を依頼していた事実を照らせば、本件被告人の行為は管理権者の意思に反した刑法130条前段の「人の看取する邸宅に侵入する行為」に該当する。

③違法性の有無について

第一審判決の可罰的違法性がないとの判断には刑法130条の解釈、適用の誤りがある。たとえ「表現の自由が尊重されるべきことはそのとおりであるにしても、そのために直ちに他人の権利を侵害してよいことにはならない(傍点筆者)」⁹。即ち、「ピラによる政治的意見の表明が言論の自由により保障されるとしても、これを投函するために、管理権者の意思に反して邸宅、建造物等に立ち入ってよいということにはならないのである」。また本件被告人によるピラ投函に対して、防衛庁の宿舍管理者から様々の対策が取られ、又その居住者からの抗議等を受けた事実を認識しながら、さらに同じ行為を繰り返していることから、本件行為が相当性の範囲を逸脱しないとの原判決の判断は誤りである。さらに本件被告人の行為の目的・態様、これに対して居住者がとった対応及び受けた不快感のほか、ピラ投函のための敷地内立ち入り行為が月一回のペースで反復され、これに対する管理権者の対応措置などの事情に照らすと、本件行為により生じた管理権者らの法益侵害の程度が極めて軽微なものであったとは言えない。結果、「邸宅侵入罪の構成要件に該当する被告人らの各立ち入り行為が、いわゆる可罰的違法性を欠くとして違法性が阻却されるとはいえない」と判示して原判決を破棄した。

2. 「表現の自由」区分論

(1) 「表現の自由」と両判決

以上が立川事件の概略であるが、本件には憲法上及び刑事法上の複数の論点が存する。但し、その総体的評価については既に先行する判例評釈が多数あるのでそちらに譲るものとし⁸、本稿では憲法上の「表現の自由」問題に焦点を絞って議論したい。両判決の結論を二分した分水嶺も、まさ

に「表現の自由」に対する両者の認識の違いに起因するものと看取される。そこで「表現の自由」に特化してみれば、東京地裁判決・東京高裁判決は共に、本件被告人行為について刑法130条前段の構成要件該当性を認めた上で、「表現の自由」問題を違法性審査の中に落とし込んで、「表現の自由」保障と刑法130条前段の保護法益との調整を図る理論構成をとっている。そして東京地裁判決は、憲法21条1項が保障する政治的表現の自由の優越的地位を承認しながら、本件表現活動の動機の正当性・行為態様の相当性と結果的に生じた法益侵害の程度等を総合かつ慎重に比較衡量する過程から、本件行為の可罰的違法性は阻却されるとして、被告人を無罪と判断した。一方で、東京高裁判決は、「表現の自由が尊重されるべき」だが、「そのために直ちに他人の権利を侵害してよいことにはならない」との見解を示しつつ、居住者の「不快感」という保護法益を前に本件表現活動の違法性阻却事由該当性を否認した。この点、「表現の自由」が無制約ではなく「公共の福祉」による制約を受けるとの枠組は一般論としてはその通りであろう。しかし通常の憲法解釈では、「表現の自由」保障に配慮しつつ、「公共の福祉」概念との調整に際しては、その対抗利益との慎重な衡量判断が行われるのが例である。その慎重な利益衡量を無視した高裁判決の判断枠組に従えば、「表現の自由」が他者の人権と衝突すれば、「表現の自由」の価値が自動的に後退することを余儀なくさせられ、憲法21条1項の趣旨はあまりに形骸化することとなる。これは極めて出来の悪い「公共の福祉」論で、まるで1940年代・50年代の判例を見ている錯覚さえ起こさせる理論構成である。

(2) 表現内容規制・内容中立規制

通常、「表現の自由」問題に際して、憲法学通説は、表現規制の形式を表現内容に基づく規制と表現内容に中立的な規制を分けて、前者には「明白かつ現在の危険⁹」の基準等の厳格審査基準を適用し、後者には「より制限的でない他の選ぶる手段(LRA)¹⁰」の基準等の一段緩やかな中間審査基準が適用されるという二分論を採用してきた。本件の場合には、本来、特定の表現内容を狙い

撃ちにした規制であるから、厳格審査基準を適用して違憲という結論になる。この点で東京高裁判決は、特定の表現内容を規制している当該事件の実態をまるで反映していない上に、「表現の自由」に関する論証が極めて抽象的かつ粗雑で、真面目な審理を経て下された判決とは思えない。就中、なぜ特定の表現内容に基づく規制がこれ程にもあっさり承認され得るのか、どうしても結論の先取りという印象が否めず、憲法学的視座から疑問を禁じ得ないところである。

他方で、これまでの最高裁判例は、「危険」の基準や「LRA」の基準を直接採用した事例は過去には存せず、またそれ以外の方法で通説と同程度に厳格な審査基準を採用してきたとも言い難い。確かに1960年代以降、徐々に最高裁の違憲審査は、かつての抽象的「公共の福祉」論からの脱却を図りつつあるが、未だその成果が結実する段階にはない。この点、近年の最高裁は、基本的に「表現の自由」の重要性を承認しながらも、表現規制の合憲性に関しては包括的に「公共の福祉」論に落とし込んで、「表現規制が必要とされる程度と規制される表現の内容・性質、及び表現規制の具体的態様・程度等」を比較衡量して「公共の福祉」による合理的で必要やむを得ない限度内の規制であるかとの判断枠組に依拠している*11。そして最高裁判例において、「表現の自由」の対抗利益として社会的法益（社会秩序や道徳秩序）が位置付けられる時、「表現の自由」は後退する傾向を持つ。また最高裁は、社会的法益を保護する必要性から規制対象となる表現範疇を広く捉える傾向があり、「公共の福祉」概念の外延は極めて抽象化され、時の政府にとって不都合な言論が「公共の福祉」によって規制される危険性を孕んでいる。本件控訴審判決はその延長線上にみることができよう。

勿論、最高裁も表現規制の形式には着目をしていて、通説が展開する表現内容規制・内容中立規制二分論に類似した「直接規制」・「間接的付随的規制」二分論を展開しているが、判例上、「間接的付随的規制」には通説の中間審査基準よりもさらに緩やかな「合理的関連性*12」基準が適用され、にわかに政治部門への敬讓の姿勢に傾倒する。そして最高裁は「公共の福祉」論で利益衡量

を行う際には、常に個人的利益に優位する公共的利益の存在を所与の前提として判決を下してきた感が否めない。かかる最高裁判例の傾向に鑑みれば、たとえ通説が主張する「危険」の基準や「LRA」の基準等を最高裁が採用したところで、両審査基準が共に所詮は利益衡量論の一環としての性質を有するものである以上、公的言論保障の違憲審査基準としては十分とは言えない*13。敷衍すれば、憲法上の権利価値と様々な社会的法益間の利益衡量という判断枠組がそもそも計量不能な概念を無理矢理に計量化して比較衡量する代物である以上、「危険」の計量に際して当然に公権力の恣意的思惑が介入してくる危険性は否めない。

(3) 表現規制二分論の脆弱性

さらに言えば、そもそも通説の二分論に基づいた判断枠組は未だ原理的な問題が克服されていない。即ち、「表現の自由」を民主的過程維持に不可欠な生命線と位置付けるならば、表現内容規制であれ内容中立規制であれ、民主的過程に流通すべき情報の全体量を縮減することに違いはない*14。また一方で、表現内容規制か内容中立規制かの判別が極めて困難であり、表面的には特定表現内容への規制に見えても政府の不同意・嫌悪とは無関係な場合もあれば、逆に、表面的には内容中立規制でも実際には特定の思想を規制しようとの政府の不当な動機に基づく場合もあり得る*15。例えば、本件の場合、仮に反戦ビラと同時にピザ屋やすし屋のビラ配布が一律に規制されたとき、内容中立規制だから中間審査基準を適用するのが妥当であろうか。かかる判断枠組は、資力のない小規模な市民団体の表現活動に対して、事実上その息の根を止める危険性を内包している。「表現の自由」が有する民主的過程の維持発展機能に鑑みると、主権者たる市民は、あらゆる思想や情報へアクセスするチャンネルが保障されてこそ、そこから偏向のない公正な政策決定がなし得るのであるから、民主的過程における情報量を縮減しないことこそが極めて重要な要素となる。

かかる文脈において、東京地裁の判決内容には注目すべき点が存する。それは「政治的表現の優越的地位」に関する言及箇所である。即ち、これが単に政治的表現は憲法21条1項で保障される言

論であるから、同22条1項により保障される商業的言論よりも優越するという従前の「二重の基準」論を確認しただけの趣旨に止まるのであれば、全く目新しい議論ではない。しかし、仮にそこから更に踏み込んで、憲法21条1項で保障される言論の中でも「民主主義社会の根幹を成すものとして」政治的言論に何らかの特別な位置付けを与えるべきことを黙示的に示唆しているのであれば、本件地裁判決は革新的な憲法解釈を採用したものとと言える。本稿ではまさにこの点を議論したい。

これまでに我が国で政治的表現に対して「公共の福祉」概念を濫用する判決が後を絶たないのも、ある意味で我が国の「表現の自由」論にはそれを培う土壌があったのではないかと疑う余地がある。それは従来の憲法学者が、憲法21条1項の解釈に際して、「表現の自由」の核心領域とその周縁領域の区分、及びその保障程度の差別化という作業を取って行ってこなかった経緯に存する。そして、この様な結果を招いた原因の一端は、「表現の自由」価値論・機能論と違憲審査基準論を結ぶ連続性の中に混乱があるように看取される。即ち、我が国の憲法学者は、アメリカの憲法理論に依拠しつつ、「表現の自由」は憲法上その人権カタログの中で優越的な地位を占めるとの判断枠組を採用する。この点で、果たして何ゆえに「表現の自由」が優越的な地位に置かれるのかとの問いかけに対して、従来の憲法学者の認識がどこまで妥当性を担保し得るものであるのか検討してみたい。

3. 「表現の自由」の価値

そもそも近代立憲主義を採用する憲法体系において、「表現の自由」がなぜ優越的地位を占めるのか、その根拠を解明するに際して、我々はまず Emerson の「表現の自由」論^{*16}を看過することはできない。Emerson は、アメリカ合衆国における「表現の自由」を支える原理的基礎を20世紀に初めて体系的に分析・整理した泰斗であり、我が国の「表現の自由」論にも多大な影響を与えていることから、本稿でも、当該 Emerson の原理論から「表現の自由」の価値を紐解いてゆきたい。Emerson は、「表現の自由」が憲法上優越的地位

を占める根拠として、「表現の自由」が有する4つの機能(function)を提示する。それは①個人の自己実現(individual self-fulfillment)、②真理への到達(attainment of truth)、③政策決定への参加(participation in decision-making)、④安定と変化の均衡(balance between stability and change)である。

第一に、「表現の自由」はまず何よりも純粹に個人的権利として正当化される。「表現の自由」は、すべての人間に固有する目標である自らの人格形成及び自らの可能性の実現にとって不可欠であり、人はこの「表現の自由」を通じて社会における自らの存在意義や自らの位置付けを見出すのである。従って、すべての人間は、自らの人格形成の過程で自己の信念や見解を形成し、それを表現する権利を有する。表現は、思想の発展や知的探求、そして自己確認にとって不可欠の要素であるから、これに対する抑圧は、人間の尊厳に対する侵害であると共に人間性の否定として許されない^{*17}。

第二に、伝統的に「表現の自由」は、個人的善(individual good)に止まらず社会的善(social good)でもあり、それは知識を増進し真理を発見するために不可欠の要素である。人間の判断は、常に情動や偏見あるいは個人的利害に支配され、誤る可能性を否定し得ない。ある命題に対する最も合理的な判断は、それに対する賛成意見及び反対意見を形成する為のあらゆる事実と議論が考慮されることで達成される。もしある特定の情報や議論、意見を抑圧するならば、それは最も合理的な判断を妨げ、新しい見解の生成を阻害し、虚偽を永続化させることとなる^{*18}。

第三に、「表現の自由」は、共同体の全構成員に開かれた議論過程を通じて政策決定に参加する機会を提供する機能を果たす。これは「表現の自由」が政治的に有益であるというに止まらず、民主的な統治体制を維持するために不可欠の要素であることを意味する。ひとたび統治権力の正当性は被治者の同意から導かれるとの前提に立つならば、被治者はその同意の権利を行使するために、個人的判断及び社会的判断の形成に際して、十分な「表現の自由」を享有していることが不可欠となる^{*19}。

最後に、伝統的な「表現の自由」論は、社会的

統制の理論に具体化される。開かれた議論(open discussion)の原理は、より適応力があると同時に、より安定した共同体を実現させる為の手段であり、また健全な意見対立と必要な意見合意の間における不安定な均衡を維持する為の手段でもある。表現への抑圧は、表面上は一時的な効果を上げて、思想や信念を根絶することは不可能であり、結局、潜在的に激しく執念深い疑念を生み出すだけである。さらに表現の抑圧は、社会を硬直化させ、新たな社会の発展及び活力を喪失させる。むしろ反対意見を受け入れる自由な討論過程が確保された開かれた社会(open society)こそが、より強固かつより結束力のある社会となり得るのである*²⁰。

以上のEmersonの4機能論は相互に関連性を有しており、相互独立的な機能ではあり得ない。されど、当該4機能は同次元で取り扱われるべきものではない。即ち、②真理への到達及び④安定と変化の均衡なる機能は、①個人の自己実現及び③政策決定への参加という機能が実現された結果、その「効果」として生じるものである*²¹。つまり①個人の自己実現及び③政策決定への参加という2機能が「表現の自由」保障における第一義的な趣旨であり、他方で、②真理への到達及び④安定と変化の均衡なる2機能はそれに付随する第二義的な趣旨として構成されることとなる。この立場は、我が国では馴染みのある「表現の自由」の「自己実現の価値」「自己統治の価値」論に整理することができる*²²。

但し、この点、「自己実現の価値」と「自己統治の価値」各々に基づく「表現の自由」は等価値ではあり得ない。それは前者の価値は「表現の自由」のみに固有する特徴ではないからである。それは例えば、個人の価値観によっては起業して社会的地位や経済的利益を得ることも自己実現の一環となり得るが、それを根拠にその為の経済活動の自由が他の人権に比して優越的地位を有するとは我々は考えないが如くである*²³。さらに言えば、読者の性的関心を喚起することのみを目的とする春本等を出版する行為と民主的社会の再生を目指して政権批判を行う言論活動を等価値なものとして取り扱う判断枠組は如何にも不合理であろう。

確かに、自己実現に向けた私的言論も重要であるが、しかし、かかる種の言論は所詮は個人的利益に還流するのみで、その個人的利益は不可避免的に他者の個人的利益との調整を経て制約を受けざるを得ない。それはつまり、すべての個人が等しく尊重と配慮を受けると考えられる近代立憲主義においては、名誉毀損のまたは猥褻な、若しくは差別的な言論活動を行う「個人の」自由が、その言論を浴びせられる「個人の」不利益よりも価値的に優位するとの論証は成立し得ないが故である。また一方で、民主主義国家の枠組では、何らかの個人的権利や利益が公権力によって脅かされた場合、その問題の是正を求めるには民主的過程の中で公的言論を通じて行うのが原則である。それ故に、公正かつ合理的な民主的過程の保持は、あらゆる人権保障の根幹と言える。そしてかかる民主的過程の公正性・合理性を担保する為には、あらゆる見解や情報が主権者たる市民に開かれていることが大前提であり、本来、その討議的な民主的過程に向けられた公的言論は質的にも量的にも縮減されることがあってはならない。しかるに一方で、かかる民主的過程の俎上に上がる公的言論は、その性質上、公権力からの恣意的規制を受けやすい傾向を持つ。従って、自ずから公的言論と私的言論の保障の程度には差別化が必要となるのである。

では、この公的言論には如何なる保護が与えられるべきか。以下、Meiklejohnの自己統治理論を参考にこの問題を検討してゆきたい。

4. 公的言論の優越的地位

(1) Meiklejohnの自己統治論

Meiklejohnによる自己統治論の中核的基礎は大要以下の5点に集約される。①第一に、合衆国人民を統治する憲法上の権威は、政治的共同体の構成員として行動する人民自らに帰属する。その人民は確かに「被治者 (the governed)」であるが、同時にまた「統治者 (the governors)」でもある。政治的自由は統治(権力)の不在ではなく、「自己統治(self-government)」を意味する*²⁴。②第二に、人民は、憲法によって、立法府・執行府・司法府等といった下位の従属機関を設置し、当該諸

機関に対して配分された統治機能を遂行するのに必要と思われる特定の限定された諸権限を委任する。即ち、かかる諸機関はその他の諸権限を当然には有しない*25。③第三に、人民は主権者の権力すべてを委任するものではない。実際、合衆国憲法修正10条*26は、州に留保された権限だけではなく、人民に留保された権限についても言及している*27。④第四に、人民は、憲法第1条第2節に基づいて、法律の支配を受ける立場の自分自身と、また一方で法律の制定者・執行者・解釈者としての自らの機関の双方を統治することに積極的に参加する投票権(voting power)が保障されている*28。⑤最後に、修正1条*29の革命的意図は、如何なる下位機関であろうと人民の選挙権(electoral power)に関わる自由を制限する権威を認めない点に存する*30。

当該 Meiklejohn の基本的認識は、「表現の自由」の原理的根拠を個人の「自然権 (natural rights)」ではなく「自己統治」過程から導きだし、さらに被治者の「権利」と統治者の「権力」間の徹底した概念的区別を行う点に存する。即ち、合衆国憲法修正2条から修正9条にかけての諸規定は、個人的な「被治者の権利」を尊重するために下位機関の権力を制限しているのに対して、修正1条及び修正10条は、人民の統治「権力」を下位機関による制限から保護するものである。そして当該「権利」領域では、我々は「法の適正手続 (due process)」を主張できるが、他方の「統治権力」領域では、そもそも「法の適正手続」自体が無関係なのである*31。要するに、修正1条は、公共の利益に関する事項への考察、つまり自己統治の過程に直接又は間接に関連する公的言論のみを絶対的に保障するのであって、その他の一般的福祉を志向するのではない私的言論は、修正5条*32の保障を受けるのみで政府規制の対象となり得る*33。

(2) 公的言論の意義

以上の自己統治論から公的言論と私的言論を峻別し、前者への絶対的保障を説く Meiklejohn の理論に対しては当然に以下のような批判が生起する。即ち、公的言論と私的言論との境界画定の問題である。敷衍すれば、最も「私的」と評価され

る問題であろうと、実際には殆どすべての事項に公的側面が存在する*34。自己統治が十分に機能する為には、その主体となる市民に公正さ、思いやり、他人への理解など人間としての成熟が要求されるが、それには詩や演劇あるいは小説がその重要な糧となる。仮に、学問や芸術そして文学が、私的言論に含まれ修正1条の保護を受けないとすれば、この問題は重大である。即ち、言論の自由における個人的利益はあまりに貴重であるから、修正5条の曖昧な保障の下に置いておくだけでは不十分だと批判される*35。

かかる批判を受けて、その後 Meiklejohn は、自己統治に関わらない私的言論は修正1条の保護を受けないという当初の主張を修正している。即ち、修正1条は、言論・出版・平和的集会・請願の自由の他にも、まず公共政策に対する統治者人民の意思表示として投票(vote)の自由も絶対的保障の対象としている。さらにその投票の際に、有権者が公正かつ客観的な判断を担保するために、知性・誠実性・感受性・一般福祉への寛大な理解を身に付けていることが不可欠であり、その自己統治過程の形成に必要な思想・表現という文脈において、(a)あらゆる教育 (b)哲学や科学の業績 (c)文学及び芸術 (d)公的争点に関する情報や意見の流布を伴う公的議論のすべては、修正1条の保護を受けるとしたのである*36。

この Meiklejohn の理論修正に対して、Bork は、同じく自己統治論に傾倒する立場から、確かに、教育や科学や文学関連の言論も政治的態度に影響を及ぼすが、それは特に言論に限ったことではないのであるから、やはり修正1条の保障は「明白かつ一義的に政治的な言論 (explicitly and predominantly political speech)」に限定されるべきと批判する*37。確かに、Meiklejohn の如く自己統治に間接的に付随する文学や芸術領域にまで公的言論の範疇を拡大すれば、「公」と「私」の領域区別がますます曖昧化している現代では、公的言論と私的言論の境界画定は不可能かも知れない。しかし Bork が主張する「明白かつ一義的に政治的な言論」にまで公的言論を絞り込んだ時、かかる範疇言論を抽出することは不可能とは言えない。即ち、Bork が展開する公的言論とは、立法・行政・司法に関わらず、政府の方針や政策また

は公職者に関する範疇言論で構成され、それは具体的には、我々が如何に統治されるべきかとの主張に関する言論で、その為の政策評価・批判・選挙活動・プロパガンダ等を内包する概念として理解される^{*38}。これらの言論は、その他の営利広告や猥褻表現などの私的言論と異なり、不当な制約を受ければ、通常の民主的過程そのものが機能不全に陥る危険性を有した言論範疇である^{*39}。まさに自己統治論から公的言論を紐解くならば、この定義が有する妥当性・有効性を否定し得ないであろう^{*40}。

この点、アメリカ連邦最高裁は、公的言論に関する客観的指標の定立を専ら名誉毀損法の展開過程の中で模索してきている。即ち、連邦最高裁は名誉毀損表現を「表現の自由」の埒外として位置づけてきた従来の立場^{*41}を修正し、*New York Times Co. vs. Sullivan* 事件判決^{*42}を契機に公的言論保障の枠組を認め、Meiklejohn 理論を基本的に踏襲する傾向を見せ始めた^{*43}。当該 *New York Times* 事件判決において、Brennan 判事の筆による法廷意見は、「公的争点に関する議論は、制限されず活発で広く開かれているべきである^{*44}」との原則へのコミットを表明した上で、「公職者 (public official) の職務上の行為に関する名誉毀損的表現は、それが現実的悪意 (actual malice) をもって、即ち、虚偽であると知っていながら、又は虚偽であるか否かを考慮することなく述べられたものであると公職者自身が立証しない限り、損害賠償請求を為し得ないとの連邦上のルール (federal rule) が憲法上保障されている^{*45}」という「現実的悪意」の法理を確立し以て修正1条の適用範囲を名誉毀損領域にまで拡大したのである^{*46}。そして連邦最高裁が考える公的言論の客観的指標は、表現対象者が公人 (公職者及び公的人物) か否かという地位に求められる^{*47}。

一方、我が国では、公的言論と名誉毀損法益の調整に関して制定法に基づいた判断枠組を設けている。即ち、刑法230条の2は、名誉毀損表現であっても、①公共の利害に関する事実に係り、かつ②その目的が(専ら)公益を凶ることにあったと認める場合、③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免責されると規定している。さらに加えて判例上、真実性の証明に成功

しなかった場合でも、表現者が「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^{*48}」として公的言論保障への配慮が為されている^{*49}。公的言論の指標に関しては、我が国の最高裁は、たとえ私人の行状であろうと「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っては」刑法230条の2で規定する「公共の利害に関する事実」に該当するとして^{*50}、表現対象者の地位ではなく、論点の公共性 (性質) に着目している^{*51}。

しかし、これまで我が国の最高裁は永きに渡って刑法230条の2を運用しているが、公的言論認定の構成要素である「公共の利害に関する事実」を峻別する指標とその蓄積は十分ではない。即ち、最高裁は、「公共の利害に関する事実」にあたるか否かは「摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべき^{*52}」としているが、そもそもこの「公共」概念は、従来の「公共の福祉」論で見せてきた社会全体の利益といった抽象的概念を基準に置いている節があり、その意味するところは明確ではない。かかる抽象的概念によって公的言論の外延が曖昧化し、その認定作業が公権力側に一任されれば、その保障の程度も当然に相対化される危険性は高い。それよりはむしろ公的言論の範疇を限定しようとも、Bork の如く明確に保障すべき言論の最低線を設定して、その確実な保障を図った方が実効的である。

尚、公的言論はその性質上、公職者の個人的名誉権と厳しい緊張関係に立つことから、名誉毀損法展開の過程でその射程が議論されてきた事情がある。但し、本稿の考察対象とする公的言論保障は名誉毀損領域に特化されるべき文脈の議論ではない。また本稿は、公的言論が民主的過程の維持・発展という個人的利益を超えた価値を有するとの見解に立っている。従って、ここでは名誉毀損法の議論に過度に傾倒しない姿勢が肝要である。つまり、表現対象者が公人か私人かという区別は、そもそも名誉毀損法の文脈でのみ意味を持つが、「制限されず活発で広く開かれた」討議的な民主的過程の維持発展という文脈においては、対象となる人物の地位は言論内容の価値を相対化す

る要因とはなり得ず、本来、自己統治にとって重要な言論内容はあらゆる規制から免責されることが必要となる。勿論、このような見解には、個人の名誉権保護があまりに希薄化し過ぎるとの批判が生じ得ようが、自己統治の文脈から言えば、そもそも言論内容が真実か虚偽かを裁判所（公権力）に判断させるべきではない。即ち、開かれた民主的過程の中では、言論には言論を以て対抗させることで、その真偽を明らかにすべきである。かかる過程を主観的な個人的利益によって歪曲することは許されない。民主的過程の健全な維持・発展に向けては、そこに流通する情報量を縮減させないことが何よりも必要不可欠なのである。

従って、本稿では、公的言論の指標については、やはり表現対象者の地位には関わらず、民主的過程に流通させるべき言論か否かという論点の性質に着目したい。そして公的言論の内実は「明白かつ一義的に政治的な言論」を以て概念構成されるものと把握しておく。これは公正かつ合理的な民主的過程の維持・発展という文脈から紐解けば、最も自然な帰結である。

(3) 絶対的保障の意義

以上の Meiklejohn や Bork の理論をたとえ我が国の「表現の自由」論に引き込むとしても、憲法21条はあらゆる表現活動一般を保障し、またその保障範囲の最大化に努めてきた我が国の憲法学の蓄積からすれば、公的言論のみが保障され、その他の言論が排斥されるという解釈は、もちろん成立し得ない。本稿では、そもそも Meiklejohn や Bork の見解を我が国に直接導入するなどという極論を展開するつもりは毫もない。但し、公的言論と私的言論の区別とそれぞれに対する保障の程度の差別化（公的言論の絶対的保障）は、公権力による言論弾圧という傾向の中で極めて重要な意味を持つ。即ち、そもそも公的言論（特に政府に批判的な言論）は、公権力が恣意的制約を加えるインセンティブが極めて働きやすい範疇の言論である。そして公的言論に対する恣意的制約が一旦現実のものとなれば、市民の言論活動が萎縮するマイナス効果は計り知れない。例えば、逮捕・起訴を覚悟の上でなければ反戦運動が展開できないとの前提の下で、どの程度の人々が反戦の声を上

げられるかを考えてみるとよい。それだけの覚悟を持ってない市民は政府の政策に対して口を閉ざし、民主的過程への参加を諦めざるを得ない。かかる萎縮効果(chilling effect)によって、特定の思想・信条の支持者は民主的過程から排除あるいは潜在化せしめられ、絶望へと追いやられる。そして固定化した思想・信条が押し付けられることで、自由で開かれた民主的過程は浸食され、持続的で討議的な自己統治そのものが喪失せしめられるのである。

また我が国の学説は、「表現の自由」を個人的権利の側面から捉える傾向が強いが、上述した通り、「表現の自由」は当然に個人的利益のみに還元される性質の権利ではない。即ち、憲法21条の「表現の自由」は、純粹に個人的な主観的権利として構成される一方で、公正で合理的な民主的過程を維持させる客観的制度を構成する概念であることを看過してはならない^{*53}。そして「表現の自由」が有する多元的機能は自ずから等価値ではない。「表現の自由」に優越的地位が認められるとすれば、それはまさに純粹に個人的利益を超えた価値を有するからである。さらに加えて配慮すべきは、具体化される公的言論は公権力からの恣意的制約を受け易いだけでなく、公的言論は自ずから公権力の間接的圧力にさえも挫かれ易い脆弱性を有していることである。つまり、公的言論がもたらす利益は、その多くが民主的過程の維持・発展という形で社会全体に還元されるものの、表現者個人がそこから得られる利益は少ないため、一般市民からすればそもそも公的言論に対するインセンティブが極めて低く、そこに公権力による規制が加われば一気に萎縮する危険性が高いと言われる^{*54}。かかる文脈から、公的言論には私的言論とは異なる程度の保障が必要と看取されるが、では如何なる保障が適当であるのか検討したい。

この点、公的言論保護の絶対性について、Meiklejohn は、それは決して無制約なものではなく、公権力による違憲な思想差別に繋がらない範囲で、公的言論もその時・場所・方法に関して共同社会との調和の中で合理的な制約を受けるとして、絶対概念を相対化している^{*55}。確かに、他人の生命・自由・財産を不当に脅かす方法での言論活動を民主的過程の維持という文脈から正当化す

るのは困難であり、憲法上、一定範囲内での制約は受けざるを得ない。例えば、毎晩、閑静な住宅街を大音量の街宣車で練り回るような言論活動などは許容し得ない。しかしながら、これまでの最高裁が展開してきた表現規制二分論に依拠して、間接的付随的規制であれば「合理的関連性」基準で悉く言論規制が合憲視されるというのでは、自己統治に必要な情報さえもが埋没させられる危険性がある。

そこで Meiklejohn は、絶対的保障という概念を、公権力による表現内容規制という枠組の中で展開しているものと推考し得る。即ち、表現規制が特定思想に対する政府の不当な動機に基づかない範囲内では、公的言論も必要最小限度の合理的規制を受ける。しかし一方で、表現規制が公的言論の思想内容に向けられた場合には如何なる規制も許されず、たとえ当該言論が名誉毀損罪や煽動罪などに該当しようとも、一切の刑事的訴追から免責されねばならないという文脈で、Meiklejohn の絶対概念は捉え得るのである^{*56}。これにより公的言論に対する表現内容規制はその一切が認められなくなる。但し、かかる Meiklejohn の見解に基本的に依拠しても、なお政府の不当な動機に基づく内容中立規制への警戒が必要である。従って、絶対的保障の概念規定に際しては、公的言論と民主的過程を連結するための有効なチャンネルが必ず保障されていることへの配慮が不可欠となる。ここで重要なことは、その「有効性」については、法律上の効果に止まらず、事実上の効果まで考慮することである。即ち、たとえ合理的な時・場所・方法に関する内容中立規制であろうとも、事実上、当該表現者の言論を完全に封殺する効果を伴う規制は許されないというべきである。例えば、自衛官に対して自衛隊のイラク派遣の再考を促すための言論が、資力のない小規模な市民団体から発信される場合、ピラ配布という方法が最もその目的に適合的であり、その方法が規制されることで、事実上、彼らが「有効な」情報伝達手段を完全に喪失するとすれば、たとえ合理的な内容中立規制であろうとも、その規制は許容され得ない。即ち、ある情報を伝達するのに他の媒体には代え難い意義を持つ特別な表現媒体を表現者が選択する場合、それと同程度の情報伝達能力を

有する媒体が事実上担保されない限り、当該表現媒体への規制は違憲となる。この判断枠組に基づけば、公的言論は内容中立規制の場合でも「LRA」の基準以上に手厚い保護が与えられ、その結果、民主的過程に流通すべき情報の全体量を縮減させない法的担保が得られることとなる。尚、かかる公的言論以外の言論（私的言論）については、従前の憲法学通説が展開してきた違憲審査基準が適用されるので、公的言論の範疇化によって、その保障の程度が相対的に低下されることがないのは当然である。

結びにかえて

我々が最も警戒すべきは、公権力が可視的な暴力によって反体制的言論を抑圧する社会よりも、公権力がすでに反体制的言論を潜在化せしめ社会から特定の思想・情報を遮断した社会の到来である。そのような社会では、公権力は、言論抑圧によって自らに不都合な情報を民主的過程から遮断することで、我々を合理的判断から遠ざける。即ち、公権力は、民主的過程から反体制派を排除し政治的偏向をかけることで、社会が直面している真の問題を隠蔽し以て市民が無自覚に時の政府にとって都合な選択を行うように導くことができる。これは自己統治の原則が崩壊し、民主的過程が自浄作用を失った状態である。現在、我が国はかかる閉塞的な社会に向かう分岐点に立っている。

立川事件では、東京地裁及び東京高裁は共に住居侵入罪を意思侵害説から捉えて、被告人の「表現の自由」と居住者・管理者の「不快感」間の対抗関係から検証していたのが一つの特徴である^{*57}。しかし、伝達される思想や情報が他人を不快にするが故の規制（不寛容に基づく規制）の利益では、本来、公的言論の規制を正当化し得ない。それは個人的利益を超えた価値を有する公的言論の規制根拠として馴染まないという理由からだけではない。それは何よりも不寛容に基づく規制という判断枠組を一旦承認すれば、多数者による少数者の言論封殺が、その抽象概念を以て極めて容易になるからである。これでは常に反体制的言論は刑事訴追の危険の中で活動せざるを得ない

不当な状況を生起し、我々が最も警戒すべき自浄作用を失った閉塞的社会を招来する危険性が一気に高まることとなる。

一方で、反体制的言論については、かつてのマッカーシズムの様に社会的秩序に対する危険性が主張されるかも知れない。時の政府がしばしば反体制的言論を規制する理由に、その先にある暴力的な革命やクーデターの勃発が挙げられるが、これは人間の本性を見誤るものである。即ち、概して人間は急進的変革を避け、安定的な日常生活を維持する方向にインセンティブが働く。政治的秩序への反抗が革命的騒動にまで発展するのは、相当数の市民が受忍し得ない逆境や差別的処遇に晒されている状況においてのみである^{*58}。そのような特殊な状況にない限り、寧ろ、公的言論の絶対的保障は、民主的過程の活性化、政治的腐敗の是正、及び社会的閉塞性の打破に寄与するものであり、さらに社会が呼吸し続けるために不可欠の生命維持装置と言うべきである。そもそも自己統治原則のもとで、政府には市民の言論内容を評価・選択する権限は付与されていない以上、自己統治に関わる公的言論は「たとえ政府や公職者に対する激しく痛烈で、時には不快なほどに厳しい批判を含んでいようとも、制限されず活発で広く開かれて^{*59}」いなければならない。今、これらのことが民主主義社会の常識として再認識されねばならないのである。

注

- * 1 その他に、2003年11月に社会保険庁職員が職務時間外に自宅付近で共産党機関誌号外などを配布した行為が国家公務員法違反として逮捕・起訴された事件、2004年12月に東京都葛飾区の男性が同区内のマンションに共産党関係のビラを各室玄関新聞受けに投函した行為が住居侵入罪として逮捕・起訴された事件、同じく2005年9月に厚生労働省職員が職務時間外に世田谷区内の警察官舎でその集合ポストに共産党機関誌号外を投函した行為が住居侵入罪で逮捕・起訴された事件など、特定思想に対する微罪逮捕はまるで後を絶たない。
- * 2 例えば、立川事件に関して、東京地方検察庁八王子支部の相澤副部長は、宅配ピザ等のチラシと反戦運動のチラシではわけが違うと言及した上で、本件起訴が他の団体による反戦活動を抑止する狙いが
- あることを吐露している(毎日新聞2004年6月3日22頁)。
- * 3 ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (1948) 及び POLITICAL FREEDOM : THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1960) で披露された自己統治論は、我が国でも数多く紹介されるに至っている。その邦語文献として詳細なものに、伊藤正己『言論・出版の自由』(1959)、芦部信喜『現代人権論』(1974)、奥平康弘『なぜ表現の自由か』(1988)等がある。
- * 4 本稿では、「政治的表現」と「公的言論」という用語を後述する本文4.(2)の趣旨から同義のものとして扱うが、あえて二種の用語を併用しているのは、取り上げる事件の性質の鮮明化、及び引用文献で使用されている原語の忠実な反映に対する配慮からである。
- * 5 東京地判平16・12・16、判時1892号150頁、判タ1177号133頁
- * 6 最一決昭55・12・17刑集34巻7号672頁。
- * 7 東京高判平17・12・9、判例集未登載。
- * 8 地裁判決につき、安達光治「判批」法セミ596号65頁以下(2004)、石埼学「判批」法セミ605号62頁以下(2005)、小田中聰樹「ビラ配り刑事弾圧の先にあるもの」世界2005年3月号135頁以下他、高裁判決につき、安達光治「判批」法セミ616号6頁以下(2006)、石埼学「判批」『新たな監視社会と市民的自由の現在』(法時増刊)274頁以下(2006)他を参照されたい。
- * 9 「①ある表現行為が近い将来、ある実質的害悪を惹き起こす蓋然性が明白であること、②その実質的害悪がきわめて重大であり、その重大な害悪の発生が時間的に切迫していること、③当該規制手段が右害悪を避けるのに必要不可欠であること」、この要件を満たす場合にのみ表現規制が許される。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第3版)』188頁(2002)。
- * 10 立法目的は正当なものとしては是認できるが、規制手段について「立法目的を達成するため規制の程度のより少ない手段が存在するかどうかを具体的・実質的に審査し、それがありうると解される場合には当該規制立法を違憲とする基準」である。芦部(高橋補訂)・前掲書190頁。
- * 11 最判平成5・3・16民集47巻5号3488頁他。ちなみに戦後初期の判例は、「公共の福祉」概念を極めて抽象化しつつ常に「表現の自由」に対する優位的位置付けを与えて表現活動規制を合憲視しており、論外である(最大判昭和24・5・18刑集3巻6号839

- 頁、最大判昭和32・3・13刑集11巻3号997頁他)。
- *12 この基準は①立法目的の正当性、②目的と制限される行為との関連性、③制限によって得られる利益と失われる利益との均衡を検討し、規制が「合理的で必要やむを得ない限度にとどまる限り」合憲とする。尤も、何れの要件審査も個別具体的ではなく抽象的利益衡量で表現規制を承認しているのが当該基準の実情である。最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁、最判昭和56・7・2刑集35巻5号568頁。
 - *13 実際に本国のアメリカでは、当該「危険」の基準の下で冷戦下の思想・言論弾圧が憲法上容認されてきた経緯がある。see *Dennis vs. United States*, 341 U. S. 494 (1951).
 - *14 Martin Redish, *The Content Distinction In First Amendment Analysis*, 34 Stan. L. Rev. 113, 128 (1981).
 - *15 従って、Redish はすべての表現規制に対して厳格審査基準(やむにやまれぬ政府利益 *compelling government interest* の基準)を適用すべきと主張する。see *id.* at 131-33.
 - *16 Thomas I. Emerson, *Toward A General Theory Of The First Amendment*, 72 Yale L. J. 877(1963). Emerson の「表現の自由」論には、J. Mill の「自由論(*Essay on Liberty*)」(1859) やさらに *Holms* 判事や *Brandise* 判事の「思想の自由市場論 (*marketplace of ideas theory*)」の影響が強く反映されている。
 - *17 Emerson, *supra* note 16, at 879.
 - *18 *Id.* at 881.
 - *19 *Id.* at 882-83.
 - *20 *Id.* at 884.
 - *21 See Edwin Baker, *Scope Of The First Amendment Freedom Of Speech*, 25 U.C.L.A. L. Rev. 964, 991 (1978).
 - *22 芦部(高橋補訂)・前掲書162頁。
 - *23 See also Robert Bork, *Neutral Principles And Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L. J. 1, 25 (1971).
 - *24 Alexander Meiklejohn, *The First Amendment Is An Absolute*, 1961 Sup. Ct. Rev. 245, 253-54.
 - *25 *Id.* at 254.
 - *26 「この憲法によって合衆国に委任されず、また州に対して禁止されていない権限は、それぞれの州又は人民に留保される」see U.S. CONST. amend. X.
 - *27 Meiklejohn, *supra* note 24, at 254.
 - *28 *Id.*
 - *29 修正1条は「連邦議会は・・・言論又は出版の自由(*freedom*)を制限する法律・・・を制定してはならない」と規定しており、当該条項が Meiklejohn が説く公的言論の絶対保障を支える根拠規定となる。
 - *30 Meiklejohn, *supra* note 24, at 254.
 - *31 *Id.*
 - *32 修正5条は「何人も・・・法の適正手続に拠らずに、生命、自由(*liberty*)または財産を奪われることはない」と規定しており、この自由には「言論の自由」も含まれていると解釈する。Meiklejohn に拠れば、言論の自由には二種類のものがあり、一つは修正1条で絶対的に保障される(公的)言論の自由(*freedom of speech*)、もう一つは修正5条で制限を前提に保障された(私的)言論の自由(*liberty of speech*)である。see MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM*, *supra* note 3, at 36-37.
 - *33 See Meiklejohn, *supra* note 24, at 253-54.
 - *34 例えば、出産制限(*birth control*)は最も個人的問題と思われるが、しかしこの議論は、同時に望ましい人口規模・子どもの賢明な養育・出産制限の不道徳性・投票の事務的管理等の問題を生起させる。
 - *35 See Zechariah Chafee, *Book Review*, 62 Harv. L. Rev. 891, 900 (1949).
 - *36 Meiklejohn, *supra* note 24, at 255-57.
 - *37 See Bork, *supra* note 23, at 26-27.
 - *38 *Id.* at 27-29. 尚、近年では共和主義的憲法理論から政治的言論を修正1条の核心と位置付け、非政治的言論よりも優越的な保障を担保するべきとする Cass R. Sunstein, *Free Speech Now*, 59 U. Chi. L. Rev. 255 (1992) がある。当該 Sunstein の見解は大沢秀介「共和主義的憲法理論と表現の自由」『現代立憲主義の展開(上)』585頁(1993)以下で紹介されている。
 - *39 See also Sunstein, *supra* note 38, at 306.
 - *40 尤も、Bork は政府倒壊や犯罪行為を煽動する言論は政治的言論の範疇に含まれないとするが see Bork, *supra* note 23, at 31.、共謀罪設置の本格的検討など政治犯弾圧強化への動向を見せる現在の我が国ではこの見解には与し得ない。
 - *41 See *Chaplinsky vs. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
 - *42 *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
 - *43 See William J. Brennan Jr., *The Supreme Court And The Meiklejohn Interpretation Of The First Amendment*, 79 Harv. L. Rev. 1 (1965).
 - *44 *New York Times*, 376 U.S. at 270.
 - *45 *Id.* at 279-80.
 - *46 その後、連邦最高裁は「現実的悪意」法理の適

- 用範囲を「公職者」から「公的人物 (public figures)」へと拡大している。see *Curtis Publication Co. vs. Butts* 388 U.S. 130 (1967).
- *47 尚、連邦最高裁は私人に対する「現実的悪意」の基準適用を認めていない。see *Gertz vs. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).
 - *48 最大判昭和44・6・25刑集23巻7号975頁。
 - *49 但し、*New York Times* 事件判決では、公職者等に対する名誉毀損表現についてはそれが「現実的悪意」を以て為されたことの立証責任を原告側（公職者）に課しているが、我が国の判例は、その立証責任を被告人側（表現者）に課している点で表現活動に大きな負担を背負わせる構造となっており、問題である。
 - *50 最判昭和56・4・16刑集35巻3号84頁。
 - *51 以上の諸判例からも解るように、公的言論の優越性という概念は、取り分けて珍しい考え方ではなく、実は、これまでに我が国の最高裁が一貫して採用し続けてきた考え方なのである（最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁等も参照）。但し、その内実は極めて抽象的かつ不明瞭で実際上は公的言論に過度の負担を課してきている。
 - *52 前掲注(50)参照。
 - *53 奥平・前掲書59-60頁同旨。
 - *54 毛利透「アメリカの表現の自由判例における萎縮効果論(4)」法学論叢159巻2号43-44頁参照。
 - *55 *Meiklejohn*, *supra* note 24, at 261.
 - *56 絶対的保障の意味について *Meiklejohn* が直接言及している箇所は存しないが、彼の業績の行間から紐解くことができる。see *id.* at 258-62.
 - *57 ちなみに本件では、被害届は公安警察が代行した上で、それに管理権者の署名・押印をもらう為にその公安警察がわざわざ立川駐屯地まで出向いていた事実が第一審の証人尋問で明らかとなっており、本件起訴の要となる「不快感」自体の根拠が脆弱である。
 - *58 See also *Emerson*, *supra* note 16 at 885.
 - *59 *New York Times*, 376 U.S. at 270.