

平成3年旧司法試験改題（憲法）

弁護士 伊藤 たける

1 基礎知識

(1) 表現の自由に適用される原則的な判断枠組み¹

	規制類型	判断枠組み	根拠
事前規制	<p>検閲</p> <p>(行政権が主体となって、思想内容などの表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの)²</p>	絶対的禁止	<p>憲法が、<u>憲法 21 条 1 項</u>に置きながら、別に<u>検閲の禁止について特別の規定を設けた</u>のは、検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制約となるものであることにかんがみ、これについては、公共の福祉を理由とする例外の許容をも認めない趣旨を明らかにしたもの。</p> <p>札幌税関検査事件（最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁【百選 I 73】）</p>
	<p>事前抑制</p> <p>(表現物はその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせるもの)³</p>	<p>原則禁止</p> <p>厳格かつ明確な要件</p> <p>のもとにおいてのみ</p> <p>許容される</p>	<p>①表現行為に対する事前抑制は、<u>公の批判の機会を減少させる</u>。</p> <p>②予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも<u>広汎に</u>わたり易く、濫用の虞がある。</p> <p>③<u>実際上の抑止的効果が事後制裁の場合よりも大きい</u>。</p> <p>北方ジャーナル事件判決（最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁【百選 I 72】）</p>

¹ 拙稿「今さら聞けない違憲審査基準論」（受験新報 2014 年 10 月号 4 頁以下、5～7 頁参照）。

² 札幌税関検査事件判決参照。

³ 北方ジャーナル事件判決参照。

事後規制	表現内容規制 (ある表現をそれが伝達するメッセージを理由に制限する規制) ⁴		原則禁止 明白かつ現在の危険 の基準 or 厳格審査基準	①思想の自由市場の機能を歪曲する ②政府が伝達される表現内容を是認しないという理由で内容規制が行われる危険性がある。どのような意見が良いか悪いかは、国家が決めることではなく、各個人が決めることである。
	表現内容中立 規制 (表現がそれを伝達するメッセージの内容や伝達効果に直接関係なく制限する規制) ⁵	時・所・方法の規制	中間審査基準 (LRAの基準)	伝達されるメッセージの内容によって選択的に取り扱いを変えるわけではないので、 <u>歪曲の程度は小さいはず</u> 。
		象徴的表現・行動をともなう表現の規制 (当該規制は、そもそも他の重要な目的を達成するための規制であり、そのため規制によって「たまたま」表現行為が規制されているにすぎないもの) ⁶	オブライエン・テスト (≒威力ある合理性の基準) or 合理的関連性の基準	一般的には違憲性の疑いが少ない。

⁴ 芦部・憲法 195 頁参照。

⁵ 芦部・憲法 196 頁参照。

⁶ 青柳・憲法 81 頁参照。

(2) 表現の自由の原則的な判断枠組みを修正する理論

ア パブリック・フォーラム論

パブリック・フォーラム論とは、道路、公園、広場などのように一般公衆が自由に入出りできる場所（パブリック・フォーラム）は、表現のための場として役立つことが少なくないことから、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する理論である。

実践的には、「行動を伴う表現であるから合理的関連性の基準が適用される」との反論に対して、「パブリック・フォーラムであるから、原則として自由な表現活動を認めるべきであり、通常の行動を伴う表現とは異なる」というように主張することが考えられる。

（資料）大分県屋外広告物条例事件（最3小判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁【百選I61】）

（伊藤正己裁判官の補足意見）

1 パブリック・フォーラム論

「本条例の規制の対象となる屋外広告物には、政治的な意見や情報を伝えるビラ、ポスター等が含まれることは明らかであるが、これらのものを公衆の眼にふれやすい場所、物件に掲出することは、極めて容易に意見や情報を他人に伝達する効果をあげうる方法であり、さらに街頭等におけるビラ配布のような方法に比して、永続的に広範囲の人に伝えることのできる点では有効性にまさり、かつそのための費用が低廉であつて、とくに経済的に恵まれない者にとって簡便で効果的な表現伝達方法であるといわなければならない。このことは、商業広告のような営利的な情報の伝達についてもいえることであるが、とくに思想や意見の表示のような表現の自由の核心をなす表現についてそういえる。簡便で有効なだけに、これらを放置するときには、美観風致を害する状況を生じやすいことはたしかである。しかし、このようなビラやポスターを貼付するに適当な場所や物件は、道路、公園等とは性格を異にするものではあるが、私のいうパブリック・フォーラム（昭和59年(あ)第206号同年12月18日第三小法廷判決・刑集38巻12号3026頁における私の補足意見参照）たる性質を帯びるものともいうことができる。そうとすれば、とくに思想や意見にかかわる表現の規制となるときには、美観風致の維持という公共の福祉に適合する目的をもつ規制であるというのみで、たやすく合憲であると判断するのは速断にすぎるものと思われる。」

2 屋外広告物条例の問題点

「本条例の定める一定の場所や物件が広告物掲出の禁止対象とされているとしても、これらの広告物の内容を適法に伝達する方法が他に広く存在するときは、憲法上の疑義は少なくなり、美観風致の維持という公共の福祉のためある程度の規制を行うことが許容されると解されるから、この点も検討に値する。街頭におけるビラの配布や演説その他の広報活動などは、同じ内容を伝える方法として用いられるが、これらは、広告物の掲出とは性質を異にするところがあり一応別としても、公共の掲示場が十分に用意されていたり、禁止される場所や物件が限定され、これ以外に貼付できる対象で公衆への伝達に適するものが広く存在しているときには、本条例の定める規制も違憲とはいえないと思われる。しかし、本件においてこれらの点は明らかにされる場所ではない。また、所有者の同意を得て私有の家屋や塀などを掲出場所として利用することは可能である。しかし、一般的に所有者の同意を得ることの難易は測定しがたいところで

あるし、表現の自由の保障がとくに社会一般の共感を得ていない思想を表現することの確保に重要な意味をもつことを考えると、このような表現にとつて、所有者の同意を得ることは必ずしも容易ではないと考えられるのであり、私有の場所や物件の利用可能なことを過大に評価することはできないと思われる。」

3 屋外広告物条例の合憲性

「本条例の目的とするところは、美観風致の維持と公衆への危害の防止であつて、表現の内容はその関知するところではなく、広告物が政治的表現であると、営利的表現であると、その他いかなる表現であることを問わず、その目的からみて規制を必要とする場合に、一定の抑制を加えるものである。もし本条例が思想や政治的な意見情報の伝達にかかる表現の内容を主たる規制対象とするものであれば、憲法上厳格な基準によつて審査され、すでにあげた疑問を解消することができないが、本条例は、表現の内容と全くかわりなしに、美観風致の維持等の目的から屋外広告物の掲出の場所や方法について一般的に規制しているものである。この場合に右と同じ厳格な基準を適用することは必ずしも相当ではない。そしてわが国の実情、とくに都市において著しく乱雑な広告物の掲出のおそれのあることからみて、表現の内容を顧慮することなく、美観風致の維持という観点から一定限度の規制を行うことは、これを容認せざるをえないと思われる。もとより、表現の内容と無関係に一律に表現の場所、方法、態様などを規制することが、たとえ思想や意見の表現の抑制を目的としなくても、實際上主としてそれらの表現の抑制の効果をもつこともありうる。そこで、これらの法令は思想や政治的意見の表示に適用されるときには違憲となるという部分違憲の考え方や、もともとそれはこのような表示を含む広告物には適用されないと解釈した上でそれを合憲と判断する限定解釈の考え方も主張されよう。しかし、美観風致の維持を目的とする本条例について、右のような広告物の内容によつて区別をして合憲性を判断することは必ずしも適切ではないし、具体的にその区別が困難であることも少なくない。以上のように考えると、本条例は、その規制の範囲がやや広きに失するうらみはあるが、違憲を理由にそれを無効の法令と断定することは相当ではないと思われる。」

4 適用違憲の可能性

「しかしながら、すでにのべたいくつかの疑問点のあることは、当然に、本条例の適用にあつては憲法の趣旨に即して慎重な態度をとるべきことを要求するものであり、場合によつては適用違憲の事態を生ずることをみのがしてはならない。本条例 36 条（屋外広告物法 15 条も同じである。）は、「この条例の適用にあつては、国民の政治活動の自由その他国民の基本的人権を不当に侵害しないように留意しなければならない。」と規定している。この規定は、運用面における注意規定であつて、論旨のように、この規定にもとづいて公訴棄却又は免訴を主張することは失当であるが、本条例も適用違憲とされる場合のあることを示唆しているものといつてよい。したがつて、それぞれの事案の具体的な事情に照らし、広告物の貼付されている場所がどのような性質をもつものであるか、周囲がどのような状況であるか、貼付された広告物の数量・形状や、掲出のしかた等を総合的に考慮し、その地域的美観風致の侵害の程度と掲出された広告物にあらわれた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、表現の価値の有する利益が美観風致の維持の利益に優越すると判断されるときに、本条例の定める刑事罰を科することは、適用において違憲となるのを免れないというべきである。」

5 適用違憲の主張に対する判断

「本件において、被告人は、政党の演説会開催の告知宣伝を内容とするポスター 2 枚を掲出したものであるが、記録によると、本件ポスターの掲出された場所は、大分市東津留商店街の中心にある街路樹（その支柱も街路樹に付随するものとしてこれと同視してよいであろう。）であり、街の景観の一部を構成してい

て、美観風致の維持の観点から要保護性の強い物件であること、本件ポスターは、縦約 60 センチメートル、横約 42 センチメートルのポスターをベニヤ板に貼付して角材に釘付けしたいわゆるブラカード式ポスターであつて、それが掲出された街路樹に比べて不釣合いに大きくて人目につきやすく、周囲の環境と調和し難いものであること、本件現場付近の街路樹には同一のポスターが数多く掲出されているが、被告人の本件所為はその一環としてなされたものであることが認められ、以上の事実関係の下においては、前述のような考慮を払つたとしても、被告人の本件所為の可罰性を認めた原判決の結論は是認できないものではない。」

イ 未成年者の憲法上の権利保障の程度

未成年者の憲法上の権利は、成年に比べると、その保障の程度が低いといわざるを得ないため、未成年者の憲法上の権利を制約する場合、厳格審査基準は適用されない。

ウ 間接的・付随的制約の理論

間接的・付随的制約の理論とは、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な害悪を抑止するための規制が、付随的に表現活動を抑制してしまうものをいう⁷。

このような規制は、伝達されるメッセージの内容に着目しているわけではなく、派生的な害悪の抑止を狙っている規制であるため、「伝達するメッセージを理由に制限する規制」という表現内容規制の定義に該当せず、表現内容中立規制として取り扱われるべきことになる。

例えば、真に未成年者保護のための規制が、成年の表現の自由や、知る自由に対する影響があるとしても、それは間接的・付随的制約にすぎず、表現内容中立規制として扱うべきことになる。

ただし、この理屈は、その気になればいかなる規制についても編み出さう可能性があることから、違憲性の推定が働きにくい領域、例えば、性表現規制の領域に限定して適用すべきである。

なお、間接的・付随的制約の理論は、表現内容規制か、表現内容中立規制かを振り分けるレベルの議論であり、表現内容中立規制の1類型である単純な「付随的規制」（＝たまたま規制されたもの）とは別概念であることに注意すべきである。

（資料）岐阜県青少年保護育成条例事件（最3小判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁【百選I55】）

（伊藤正己裁判官補足意見）

1 青少年の知る自由の保護の程度

「青少年の享有する知る自由を考える場合に、一方では、青少年はその人格の形成期であるだけに偏りのない知識や情報に広く接することによって精神的成長をとげることができることから、その知る自由の保障の必要性は高いのであり、そのために青少年を保護する親権者その他の者の配慮のみでなく、青少年

⁷ 長谷部・円環 239 頁参照。

向けの図書利用施設の整備などのような政策的考慮が望まれるのであるが、他方において、その自由の憲法的保障という角度からみるときは、その保障の程度が成人の場合に比較して低いといわざるをえないのである。すなわち、知る自由の保障は、提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされている。青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十全には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから、成人と同等の知る自由を保障される前提を欠くものであり、したがって青少年のもつ知る自由を一定の制約をうけ、その制約を通じて青少年の精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要があるといわねばならない。もとよりこの保護を行うのは、第一次的には親権者その他青少年の保護に当たる者の任務であるが、それが十分に機能しない場合も少なくないから、公的な立場からその保護のために関与が行われることも認めねばならないと思われる。本件条例もその一つの方法と考えられる。このようにして、ある表現が受け手として青少年にむけられる場合には、成人に対する表現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準が適用されないものと解するのが相当である。そうであるとすれば、一般に優越する地位をもつ表現の自由を制約する法令について違憲かどうかを判断する基準とされる、その表現につき明白かつ現在の危険が存在しない限り制約を許されないとか、より制限的でない他の選ぶ手段の存在するときは制約は違憲となるなどの原則はそのまま適用されないし、表現に対する事前の規制は原則として許されないとか、規制を受ける表現の範囲が明確でなければならないという違憲判断の基準についても成人の場合とは異なり、多少とも緩和した形で適用されると考えられる。以上のような観点にたって、以下に論点を分けて考察してみよう。」

2 未成年の知る自由に対する制約との関係

「青少年保護のための有害図書の規制について、それを支持するための立法事実として、それが青少年非行を誘発するおそれがあるとか青少年の精神的成熟を害するおそれのあることがあげられるが、そのような事実について科学的証明がされていないといわれることが多い。たしかに青少年が有害図書に接することから、非行を生ずる明白かつ現在の危険があるといえないことはもとより、科学的にその関係が論証されているとはいえないかもしれない。しかし、青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りると解してよいと思われる。もっとも、青少年の保護という立法目的が一般に是認され、規制の必要性が重視されているために、その規制の手段方法についても、容易に肯認される可能性があるが、もとより表現の自由の制限を伴うものである以上、安易に相当の蓋然性があると考えべきでなく、必要限度をこえることは許されない。しかし、有害図書が青少年の非行を誘発したり、その他の害悪を生ずることの厳密な科学的証明を欠くからといって、その制約が直ちに知る自由への制限として違憲なものとなすことは相当でない。

西ドイツ基本法5条2項の規定は、表現の自由、知る権利について、少年保護のための法律によって制限されることを明文で認めており、いわゆる「法律の留保」を承認していると解される。日本国憲法のもとでは、これと同日に論ずることはできないから、法令をもってする青少年保護のための表現の自由、知る自由の制約を直ちに合憲的な規制として承認することはできないが、現代における社会の共通の認識からみて、青少年保護のために有害図書に接する青少年の自由を制限することは、右にみた相当の蓋然性の要件をみたすものといつてよいであろう。問題は、本件条例の採用する手段方法が憲法上許される必要な限度をこえるかどうかである。これについて以下の点が問題となろう。」

3 成人の表現の自由・知る自由との関係

「すでにみたように本件条例による有害図書の規制は、表現の自由、知る自由を制限するものであるが、これが基本的には認められるのは青少年の保護のための規制であるという特殊性に基づくといえる。もし成人を含めて知る自由を本件条例のような態様方法によって制限するとすれば、憲法上の厳格な判断基準が適用される結果違憲とされることを免れないと思われる。そして、たとえ青少年の知る自由を制限することを目的とするものであっても、その規制の実質的な効果が成人の知る自由を全く封殺するような場合には、同じような判断を受けざるをえないであろう。

しかしながら、青少年の知る自由を制限する規制がかりに成人の知る自由を制約することがあっても、青少年の保護の目的からみて必要とされる規制に伴って当然に附随的に生ずる効果であって、成人にはこの規制を受ける図書等を入手する方法が認められている場合には、その限度での成人の知る自由の制約もやむをえないものと考えられる。本件条例は書店における販売のみでなく自動販売機（以下「自販機」という。）による販売を規制し、本件条例6条2項によって有害図書として指定されたものは自販機への収納を禁止されるのであるから、成人が自販機によってこれらの図書を簡易に入手する便宜を奪われることになり、成人の知る自由に対するかなりきびしい制限であるといえることができるが、他の方法でこれらの図書に接する機会が全く閉ざされているとの立証はないし、成人に対しては、特定の態様による販売が事実上抑止されるにとどまるものであるから、有害図書とされるものが一般に価値がないか又は極めて乏しいことをあわせ考えるとき、成人の知る自由の制約とされることを理由に本件条例を違憲とするのは相当ではない。」

2 設問1：弁護人の主張（答案構成）

1 Aの弁護人の主張

- Aに対して本件条例を適用することが憲法21条1項に反すること
- (1) 憲法上の権利保障
 - 憲法21条1項「表現」の定義
 - Aの行為が「表現の自由」として保障されること
- (2) 判断枠組み
 - 表現の自由に対する内容中立規制の判断枠組み
 - 表現の自由が民主制の過程において重要な価値を有するため、原則として合憲性の推定が及ばないこと
 - 内容中立規制は自由市場に対する影響が少ないこと
 - 本件規制が内容中立規制であること
- (3) 当てはめ
 - 繁華街の景観は乱雑であるから、立看板2枚を規制しても、十分に目的が達成できるとはいえないこと（手段適合性）
 - 本件立看板は、国政に関する政治的意見表明に関わるものであるから、重要な価値を有すること（手段相当性）

2 Bの弁護人の主張

- 本条例19条が憲法21条1項に反すること
- (1) 憲法上の権利保障
 - 有害広告の掲出が「表現の自由」として保障されること
- (2) 判断枠組み
 - 表現の自由に対する内容規制の判断枠組み
 - 内容規制は、自由市場を歪曲させること
 - 内容規制は、政府が伝達される表現内容を是認しないという理由で内容規制が行われる危険性があること
 - 本件規制が内容規制であること
- (3) 当てはめ
 - 青少年の健全な育成とは、主観的なものであるから、濫用の危険性があること（目的）
 - 有害広告が青少年非行を誘発するおそれがあることは科学的に証明されていないこと（手段適合性）
 - 距離だけではなく、通学路として指定された道路沿いのみでの掲出を禁止すれば足りること（手段必要性）

3 設問2：検察官の反論とあなた自身の見解

(答案構成)

1 Aの主張に対する反論と私見

(1) 判断枠組み

- 最高裁は、意見表明そのものではなく、その行動のもたらす弊害の防止を狙いとして禁止する場合、合理的関連性の基準を適用しているとの反論
- 表現内容中立規制と表現内容規制を明確に区別できないこと、表現の自由の保障を脅かすこと等から、合理的関連性の基準は妥当ではないこと
- パブリック・フォーラムにおける表現は、表現活動に配慮すべきであるから、合理的関連性の基準を適用すべきではないこと

(2) 当てはめ

- ビラ配布、私人に対する看板掲出のお願い、インターネット上の表現など、他の表現手段が残されているとの反論
- 立看板を掲出する行為は、永続的に広範囲の人に伝達することができるため有効性があり、コストも低いため、重要な手段であること
- 私人に対する看板掲出のお願いでは、少数者の意見が反映されないおそれがあること
- インターネット上の表現は、広範囲に拡散するものの、立看板のように地域住民に対してのみ伝達する効果は乏しいこと

2 Bの主張に対する反論と私見

(1) 判断枠組み

- 成人の表現の自由との関係では、本件は表現内容規制ではなく、間接的・付随的制約の理論に基づき、表現内容中立規制として扱われるべきであるとの反論
- 本件規制が表現内容中立規制であること

(2) 当てはめ

- 健全な成長とは青少年の非行行為（刑罰法規違反）の防止という限度で明確にすることができるとの反論（目的）
- 有害広告により青少年非行が生ずる相当の蓋然性が認められることは社会共通認識であるとの反論（手段適合性）
- 小中学校の周囲 150メートルならば、青少年が通学途中に有害広告に接する機会を防止でき（手段適合性）、他の場所における表現活動に対する影響が多いとは言えないこと（手段相当性）
- 規制の対象となるのは、有害広告という一部の表現活動に過ぎず、政治的価値との関連性が乏しく、それ以外の表現活動は禁止されていないこと（手段相当性）

4 答案作成のポイント

(1) 受験生Aの答案例（別紙参照） 評価：C

※ 答案の評価は次のとおり。各評価には＋と－があります。なお、予備試験の合格点は、49～42点。

評価	A	B	C	D
司法試験での評価	優秀	良好	一応の水準	不良
得点	100～75点	74点～58点	57点～42点	41点～0点

(2) 受講生の答案例に見受けられた改善すべき点

① 違憲のターゲットを「起訴をした行為」ではなく「法令を適用すること」にする

② 弁護人の立場から主張する

“問題の形式に応じて答える必要がある。問われているのは、弁護人、それに対して想定される検察官の主張と自説であり、まずは、弁護人の立場にたった論述が必要である。” —平成20年採点実感

③ 法的三段論法を意識して判断枠組みを定立する

“答案を採点して気が付いたのは、第一に、法的三段論法が身に付いていないと言わざるを得ない答案が余りにも多かったことである。こういう事案であるから、この規範が問題になり、この規範はこのような理由でこんな内容になっている。そして、この規範を事案に当てはめてみると、この事実があるからこの規範が適用できてこの効果が出てくるという形が整っていない、というか、意識していないような答案が多い。思い付いた規範から書きなぐったり、重要な事実の検討・当てはめを飛ばしたまま、全体として何の論理も理由もなく、あるいは淡白な理由で結論を導いている答案が多かった。” —平成20年ヒアリング

④ 検察官の反論においては原則・例外パターンで違憲審査基準を修正する

“第二に、先ほども指摘があったが、基準、あるいは規範というものを、余りにも硬直にとらえているということがある。事案がある規範に合わないような場合に、それでもその規範を形式的に当てはめていいのかどうか、修正がきくか、修正をすることでどういう修正が妥当かを考えなくてはならないはずである。今年の出題でいえば、「残虐性」という要素がある点で普通の言論とは異なるのではないかと、子供などをどう守るかなどという要素を盛り込んで、表現の自由を制約する場合の原則的な規範について、修正がきくかというのを問うているのに、自分の覚えている規範と合っていないときに、事実の方を切り捨てたり、無視してしまっている。これでは、事案に対応する能力という面では難があると言わざるを得ない。” —平成20年ヒアリング

⑤ 判例を踏み台にする

“関連する先例がきちんと挙げられて、検討されていない (略)。このことは、それぞれの領域の重要判例を当該事案との関係でただ覚えているだけで、問題を本質的に理解していないことの現れであるように思われる。” —平成20年採点実感

⑥ 当てはめ (特に手段相当性) を充実させる

“審査基準が定められたとしても、それで答えが決まるわけではない。必要不可欠の (重要な、あるいは正当な) 目的といえるのか、厳密に定められた手段といえるか、目的と手段の実質的 (あるいは合理的) 関連性の有無、規制手段の相当性、規制手段の実効性等はどうなのかについて、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが必要である。” —平成20年採点実感

⑦ 無駄な記述を省略する

“資料の活用とは、資料に書かれていることを「書き写す」ことではない。ただ漫然と「書き写す」だけの答えは、不適切であり、不十分である。資料のどこの部分をどのように評価したのか、あるいは評価しなかったのか、きちんと説明されていなければならない。” —平成20年採点実感