

## 科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成24年 5月 19日現在

機関番号：17201

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2010～2011

課題番号：22730024

研究課題名（和文）表現内容規制／内容中立的規制二分論の意義と射程—制度論的根拠からの再検討

研究課題名（英文）Significance and Limits of Distinction between Content-based and Content-neutral Regulations: Reconsidering from an Institutional Foundation

研究代表者

奈須 祐治 (NASU YUJI)

佐賀大学・経済学部・准教授

研究者番号：40399233

研究成果の概要（和文）：アメリカの表現内容規制／内容中立的規制二分論の根拠論を再検討し、二分論が価値論等の原理的根拠のみならず、制度的根拠によっても基礎付けられていることを確認した。そして、制度的根拠が重要な位置を占めているとすれば、制度運用の経験的検証を通じて、二分論の相対化を図ることが可能となる。これらの点を踏まえれば、日本においても二分論を過度に厳格に解することは妥当でなく、内容中立的規制にも適切な審査を及ぼしていくべきだといえる。

研究成果の概要（英文）：I confirmed that distinction between content-based and content-neutral regulations is founded not only on principle, but also on institutional factors by re-examining its doctrinal basis. If the institutional factors are important, we can mitigate rigidity of the distinction through their empirical analysis. Based on this analysis, our Court should not think the distinction too rigid, and conduct appropriate scrutiny for content-neutral regulations.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	800,000	240,000	1,040,000
2011年度	700,000	210,000	910,000
総計	1,500,000	450,000	1,950,000

研究分野：法学

科研費の分科・細目：公法学

キーワード：表現の自由、内容規制、内容中立的規制、制度、二分論、民主政のプロセス、規制の目的、規制の効果

## 1. 研究開始当初の背景

本研究は、表現内容規制（以下 CR）／内容中立的規制（以下 CNR）二分論（以下、二分論）を扱うものである。日本の最高裁が二分論を採用しているのか、また CR にいかなる審査基準を用いるのかは明確でないが、少なくとも CNR をかなり緩く審査するという点で一貫している。他方、憲法の概説書では二分論が広く主張されてきた。二分論批判説も有力だが（市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003））、少数説にとどまる。学説は、概して最高裁に批判的であるが、最高裁の二分論自体には有効な批判がいまだなされていない。おそらく、多くの学説は、最高裁の二分論自体ではなく、その枠組みの中でなされている個々の審査のあり方の欠点を問題にしているのであろう。

しかしながら、最高裁の二分論の枠組みを根本的に見直す必要がある。1. 最高裁の CRN の審査基準は「緩やか」ではなく「無審査」である。一連の判例は、言論の対抗利益の重要性は語っているが、言論の重要性についてまったく触れていない。2. 最高裁は、合衆国最高裁のような CR 禁止法理を形成していない。二分論は CR／CNR を区分し、それぞれに用いる審査基準を相対的に設定するものである。一方が確立していなければ、他方の基準を確立できない。3. 合衆国最高裁は、CNR をかなり緩く審査しつつ、パブリック・フォーラム（以下 PF）の法理を確立し、一定の中立的規制を厳しく審査する枠組みを形成している。他方で、わが国の最高裁はそのような法理を採用していない。④アメリカでは政治的イデオロギーを剥き出しにした法規制が広くなされてきた歴史があるが、日

本はそれとは随分状況を異にしており、むしろ CNR の外観の下で内容規制が行われる危険のほうが高い。

## 2. 研究の目的

以上の理由から、最高裁の二分論に疑問符が付く。さらに、最近アメリカ型審査基準論への批判が噴出している。アメリカ型は、事件ごとの例外を容易に許さないという点でかなり硬質である。アメリカの二分論はまさにその硬質な基準論の典型なので、ますます二分論の有効性が疑われる。しかし、わが国の最高裁が二分論を発展させないからといって、それを放棄するのは性急にすぎる。二分論の枠組み自体は重要であり、その核心部分を確保しつつ、アメリカとの相違を踏まえ、周辺部分を適切に調整した上で運用していくことが妥当ではないだろうか。

そうであれば、二分論の大枠自体は日本にも導入可能であることを前提として、米国の二分論が硬質である理由を明確にし、わが国との差異を浮き彫りにした上で、細部の調整を加えてわが国に導入することを考えればよいのではないか。そうすると、二分論の論拠として言論の自由原理論に訴える議論はあまり役立たない。原理論は二分論の肯定にも否定にもつながるからである（市川・前掲）。むしろ、二分論の「制度的」根拠を探る必要がある。米国の法理、特に二分論が硬質なのは、原理的な理由というよりは、制度的な理由からであると考えるのが自然だからである。

現に、多くの米国の論者は制度的な理由から二分論を提唱する。例えば Larry Alexander は、すべての法令は何らかの意味で言論活動に影響するという意味で CNR なので、裁判所がそれを真剣に違憲

審査の対象にすれば、理論上無限に審査を行わなければならないため、一切審査を行うべきでないとした。Jed Rubenfeldも、CNR を真剣に審査すれば、裁判所が政治部門の政策領域に踏みこまざるを得なくなるため、その審査を放棄すべきだとした。

これらは極端な主張に見えるが、米国の二分論の本質を捉えている。そもそも米国では、裁判所の制度的限界が、二分論のみならず言論の自由の審査のあらゆる場面で硬質な審査を導いている。アメリカの二分論は言論保護的だと考えられることが多いが、このような制度的な理由で硬質性を保つことにより、以下のような犠牲を払っていてもよいことに留意する必要がある。1.最高裁判例上、規制の「効果」はほとんど審査されない。2. CNR である以上、表現媒体の重要性はあまり考慮されない、3. 文面上中立的な規制が重要な表現行為を標的にしても、適用違憲判決が下されることはかなり稀である。ただし、PF が展開され、CNR によってそのうち重要な部分が厳格な審査に付されてきた。

このような、アメリカの二分論の制度的論拠、及びそこから導かれる法理を明確にできれば、わが国への導入もより容易になる。つまり、日米の制度的相違を明確にし、その相違を踏まえた上で米国の二分論に適宜調整を加えればよいのである。この調整においてもっとも重要なのは、アメリカの最高裁が払っている上述のコストをどのように捉えるかである。アメリカほどの硬質性が求められないとすれば、1.効果の審査、2.表現媒体への考慮、3.適用違憲判決の利用の可能性を考慮する必要がある。さらにわが国においても、ある程度硬質な二分論を採用するとすれば、4.PF の導入による二

分論のコストを緩和する可能性を検討すべきである。日米の制度的相違を踏まえ、米国型二分論をその硬質性を弱めた上でわが国に導入し、これらをうまく組み込むことで、最高裁の二分論を実効的なものとするのではないだろうか。

### 3. 研究の方法

本研究は、日本の判例・学説、及びアメリカ（付随的にイギリス、カナダ）の学説を素材とした。アメリカの資料のうちほとんどが、70年代以降の法律雑誌掲載論文と著書となった。当然のことながら、連邦最高裁判例も重要な素材となりうるが、本研究では必要な限りでの参照に留めた。なぜなら、最高裁の言論の自由判例はあまりにも膨大である上、本研究が制度論的観察を主たる方法論とするため、むしろ判例を外的な視点から考察することが重要となるからである。

本研究は以下の手順で行った。①日本の二分論学説を収集し、整理した。特に市川正人、長岡徹、芦部信喜、阪本昌成等による米国の二分論を直接扱う文献をフォローした。さらに日本独自の二分論を展開する香城敏麿の論文とその批判説を検討した。②1990年までの二分論に関するアメリカの学説（特に G. Stone, L. Tribe, M. Redish 等によるもの）を再確認した。③二分論の制度論的根拠付けを提唱している F. Schauer, L. Alexander, J. Rubenfeld 等の文献を検討した。Schauer に関しては、82年の著書、*Free Speech: A Philosophical Enquiry* 他関連著書・論文を包括的に検討した。Alexander については、05年公表の著書、*Is There a Right of Freedom of Expression?*を中心に分析した。Rubenfeld については、01年の *Stanford Law Review*

掲載の First Amendment's Purpose を中心に検討した。④先の③の論者に批判的な論者、特に二分論の硬質性の緩和を図る論者 (S. Williams、M. Dorf、R. Posner、S. Shiffrin 等) を検討した。特に、二分論を緩和することで、「規制の効果の審査」、「表現媒体への考慮」、「適用違憲」がどのように論じられているかに着目した。Williams については Content Discrimination and the First Amendment, 139 U. PA. L. REV. 615、Shiffrin については、90 年公表の著書、The First Amendment, Democracy, and Romance の、特に 1 章を中心的考察対象とした。また、二分論批判ではないが、E. Volokh, Speech as Conduct, 90 CORNELL L. REV. 1277 が適用違憲に関して重要な議論を展開しているため、この論文を綿密に検討した。⑤米国の言論の自由法理の硬質性を一般的に論じる文献 (米国の Schauer の諸論文、さらに英国の E. Barendt、I. Hare、カナダの R. Moon や K. Mahoney の諸論文) を綿密に分析した。⑥米国の議論を参考にしてわが国の学説・判例の二分論の問題点を明確にし、改善の方向性を検討した。特に、米国型の硬質な二分論を緩和し、「規制の効果の審査」、「表現媒体への考慮」、「適用違憲」をどのように編入しうるかに重点を置いてメモを作成した。

#### 4. 研究成果

##### [22 年度]

①内容規制／内容中立的規制二分論を扱う邦語文献を収集、読解し、論点整理する作業、②1990 年までのアメリカの二分論に関する学術論文を収集、読解し、論点整理する作業、③1990 年以降の、二分論を制度的側面から根拠付けるアメリカの学説を収集、読解し、論点整理する作業を行った。

①については、日本の従来二分論を正確に把握し、その問題点を明確にする目的で作業を行った。②は、特に日本の従来学説が主として参照することが多かったアメリカの学説を再度検討するためのものである。そして、③は、22 年度の中心的作業であった。

わが国の二分論の根拠付けとして統治機関の権限配分という視点が欠けていることが、これまでの文献の調査から改めて明らかになった。そこで、22 年度には、90 年までの学説を洗練化し、新たに二分論を統治機関間の権限配分という制度的側面から根拠付けるアメリカの学説を中心に検討した。

ここで検討した F. Schauer、L. Alexander 等の学説は、アメリカ連邦最高裁の二分論の根拠をより説得的に論じるものであり、アメリカの法理の正確な理解に資するものである。わが国への二分論の応用に際しても、この流れに属する学説の理解は欠かせないと認識を得た。他方で、これらの学説も二分論の根拠を統治機構間の権限配分のみで求めているわけでもないことを確認した。

##### [23 年度]

①内容規制／内容中立的規制二分論の硬質性の緩和を図る議論、すなわちより柔軟な審査を提唱する議論を検討した。この系統に属するのは、S. Williams、M. Dorf、R. Posner、S. Shiffrin 等である。特に二分論を緩和することで、「規制の効果の審査」、「表現媒体への考慮」、「適用違憲」がどのように論じられているかに着目して整理を行った。Williams については Content Discrimination and the First Amendment, 139 U. PA. L. REV. 615 を考

察の中心にし、Shiffrin については、The First Amendment, Democracy, and Romance を考察対象とした。また、E. Volokh, Speech as Conduct, 90 CORNELL L. REV. 1277 を検討した。②米国の言論の自由法理の硬質性を一般的に論じる文献、特に比較法的考察を行う文献を綿密に分析した。③上記の作業で扱った各論文を文献管理ソフトにまとめ、要点を抜き出し、メモにまとめた。④上記の米国の議論を、22 年度に検討した Alexander 等の二分論の硬質性を重視する議論と比較し、その相違点をまとめた。⑤22、23 年度を通して検討した米国の学説を参考に、わが国の学説・判例の二分論の問題点を明確にする作業を行った。

二分論が制度的に根拠付けられるとすれば、制度の運用のあり方等によって二分論を見直す必要が生じるはずである。23 年度は、特に Williams の見解を詳しく検討し、アメリカにおいて二分論を見直す学説がどのような理論を展開しているのかを確認した。Williams は、規制の目的のみならず、規制の効果をも厳しく審査すべき場合があることを明確に論じている。他方で、Williams に対して制度論的根拠を重視する Alexander が詳細な反論を行っている。また、Rubinfeld の説も Williams の理論に真っ向から対立するものである。

この理論的差異は原理的なものではなく、制度の運用に対する客観的理解に求められるように思われる。すなわち、Williams の説の背景には、連邦最高裁が、例外的に規制の効果をも審査しても、十分な限定が加えられている限り、司法による民主政のプロセスへの過剰な介入とはならないとの理解がある。対して、Alexander 等はどのような限定が不可能であると考えているの

である。

本研究から得られた主たる成果は、二分論が表現の自由価値論等に根ざした原理的、絶対的な線引きを必ずしも要求するものではないということである。二分論の制度的論拠が重要な位置を占めていると考えれば、制度の運用を経験的に検証していくことで、二分論の相対化を図るべきだということになる。

これらの点を踏まえれば、日本においても二分論を過度に厳格に解することは妥当でなく、内容中立的規制にも適切な審査を及ぼしていくべきだといえる。というのも、日本においては典型的な内容規制に関わる事例がほとんど見られなかったため、内容規制を厳格に審査する伝統がない一方、内容中立的規制に関しては最高裁がほとんど審査を行わないという態度を示しているからである。

アメリカ型の硬質な二分論をとりつつ、PF を広く用いて CNR への影響を緩和するという可能性もあるが、日本では既に広く PF での表現活動が行われているので、あえてアメリカ的なカテゴリカルな PF の法理を導入することは現実的でないだろう。

今後、アメリカの理論を改めて整理し、日本の二分論を位置づけなおす作業を完成させ、論文としてまとめたい。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 0 件)  
〔学会発表〕(計 0 件)  
〔図書〕(計 0 件)  
〔産業財産権〕  
○出願状況(計 0 件)  
○取得状況(計 0 件)

〔その他〕  
なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

奈須 祐治 (NASU YUJI)

佐賀大学・経済学部・准教授

研究者番号：40399233

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし