

|             |   |
|-------------|---|
| Title       | 猿払判決香城解説の検討：憲法学から   |
| Author(s)   | 曾我部, 真裕   |
| Citation    | 国公法事件上告審と最高裁判所 (法律時報増刊) (2011): 121-127   |
| Issue Date  | 2011-12   |
| URL         | <a href="http://hdl.handle.net/2433/169694">http://hdl.handle.net/2433/169694</a> |
| Right       |   |
| Type        | Journal Article   |
| Textversion | publisher   |

## 4 猿払判決香城解説の検討

—憲法から

### 曾我部真裕

#### はじめに

猿払事件最高裁判決<sup>1)</sup>、及びその論理を支えた故・香城敏磨調査官(当時)による「香城解説」<sup>2)</sup>については、質量ともに充実した学説による検討がなされている。特筆すべきは、近年その「影響力の復活」<sup>3)</sup>が見られるとはいえ、猿払事件判決そのものがその後の最高裁判例の確固たる先例になったかどうかには怪しい点があるにも拘わらず、猿払事件判決及び香城解説<sup>4)</sup>は当該事件及び公務員の政治的行為の制限という一事件ないし一類型の事件を越えて、裁判所による違憲審査のあり方を検討する際の素材として、今日に至るまで繰り返し言及され、批判的検討の対象となってきたことである。

近年では、猿払事件判決及び香城解説への注目が再び高まっているように思われるが、それは上記の二つの面双方に関わる。公務員の政治的行為の制限の合憲性という観点からは、言うまでもなく、猿払事件最高裁判決以降いわば「封印」され

てきたその根拠法令が、いわゆる堀越事件<sup>5)</sup>、世田谷事件<sup>6)</sup>において相次いで発動されたという事情がある。他方、違憲審査論との関係では、これもまた言うまでもなく、いわゆる三段階審査論の台頭といった点との関係で猿払事件判決及び香城解説に改めて関心が向けられ、高橋和之による猿払事件判決の再解釈<sup>7)</sup>を始め、当代きっての論客たちによって活発な議論が行われている<sup>8)</sup>。

こうして、いまや上記の両面(とりわけ第一の公務員の基本権の制限の合憲性の問題)について論じ残されていることはほとんどないように見受けられる上に、これまで論じられてきた主要な論点については本書の別の項目で独立に論じられることになっている。そこで、本稿が少しでも存在意義を主張できるようにするためには、従来あまり論じられてきていない点に注目して落ち穂拾いの検討を行うしかなさそうである。本稿は上記の二つの面でいえば、後者の違憲審査論の観点に重点を置きつつ、こうした作業を行おうとするささやかな試みであるが、その成否は率直に言って全く心許ないところがあり、諸賢のご教示を乞う次

1) 最大判1974年11月6日刑集28巻9号393頁。

2) 香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、2005年)48頁(以下、「香城解説」として引用)。

3) 渡辺康行「憲法訴訟の現状」法政研究76巻1・2号(2009年)33頁(33頁、42頁以下)。他方、市川正人は、猿払事件判決を引用する近年の諸判決は、比較衡量論をとるものであって猿払基準とは異なるという理解をしている(市川正人「憲法解釈論 合憲性判断基準論」法律時報増刊『新たな監視社会と市民的自由の現在』(日本評論社、2006年)143頁(148頁))。

4) 猿払事件最高裁判決と香城解説との関係について、本稿ではさしあたり、両者は一体であって後者は文字通り前者の解説であり、特段の矛盾はないという理解をとっておきたい。

5) 東京地判2006年6月29日労旬1638号45頁、東京高判2010年3月29日判タ1340号105頁。

6) 東京地判2008年9月19日判例集未登載、東京高判2010年5月13日判タ1351号123頁。

7) 特に、高橋和之「審査基準論の理論的基礎(下)」ジュリスト1364号(2008年)108頁は、香城解説そのものを詳細に批判している。

8) 穴戸常寿「『猿払基準』の再検討」法律時報83巻5号(2011年)20頁、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回(第10回)」法学セミナー679号(2011年)62頁など。

第である。

ところで、香城解説の課題は、当時急速に有力化し、一時期には最高裁判決にまで影響を及ぼすに至り、また、猿払事件の一番判決<sup>9)</sup>も依拠していた憲法訴訟論、とりわけ違憲審査基準論に応答しつつ、しかし、55年体制という当時の構造の枠内での結論に辿り着く<sup>10)</sup>という隘路を歩むことであったと推測することができる。そこで香城解説は、アメリカの判例・学説に多く言及し、憲法訴訟論的な言説を展開している。立法目的、目的と手段との関連性、利益衡量の三点からなる著名な「猿払基準」も、なぜ目的・手段審査とは別に利益衡量が項目化されているのかという疑問はあったものの<sup>11)</sup>、憲法訴訟論の議論枠組みをひとまずは取り入れたものとして受け止められてきた。しかし、香城解説は、あくまで「表見的審査基準論」と形容すべきものであり、そしてそれは香城調査官や最高裁の諸裁判官の憲法訴訟論の無理解によるものではなく、意図的なものであった<sup>12)</sup>と推測し得る<sup>13)</sup>。

しかし、香城解説が憲法訴訟論の一種として影響力をもったことから、香城解説は違憲審査基準論ではないとする近年のような批判がなされる前に、芦部信喜に代表される「正統な」違憲審査基準論の見地から批判が行われる必要があったことは確かである。落ち穂拾いを狙う本稿では、これらの根本的な批判とは異なる観点から議論をし、責めを塞ぐ必要があるが、ここでは、香城解説の特徴あるいは問題点の一つは抽象化や具体化における巧みな操作にあるという観点から、二つの点を取り上げ、その今日的教訓を考えてみたい。

## 1 立法目的

### (1) 香城解説による立法目的の把握

香城解説は、政治的行為禁止の目的について次のように述べている。「行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼の確保が憲法の要請にかなうものであることについては、異論がない。そして、この目的を実現するには、公務員及び行政組織が政治的中立の立場を堅持することが肝要であり、そのためには、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することが必要となる。このような二重の目的、手段の関連性は、公務員の政治的行為を放任する場合に予想される事態を考えることにより、容易に理解することができる。」<sup>14)</sup>とし、猿払事件判決も、立法目的につき同様の判示をしている。

こうした立法目的の認定の仕方については、つとに「二重の目的、手段の関連性」は成立しないのではないかという厳しい批判がある。とりわけ、公務員・行政組織の政治的中立と、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為の禁止との関連性は薄いのではないかという批判である。香城解説は抽象的な目的から具体的なそれを導出する際に操作を施していることは確かであるから、こうした批判自体はもっともなものである。ここで問題にしたいのは、立法目的についてはこの種の問題は常に付きまとうにもかかわらず、従来の違憲審査論においてはこの点を適切に受け止める議論がなされてこなかったのではないかということである。

9) 旭川地判1968年3月25日判時514号20頁。

10) もっぱら今日の学生を対象とする解説に過ぎないが、拙稿「表現の自由の現在」法学セミナー674号(2011年)17頁。

11) 近時、この点はむしろ猿払事件判決と三段階審査の親和性を感じさせるものと受け止められている(例えば、駒村・前掲注8)64頁など)。

12) 佐々木弘通は、憲法訴訟論の枠組みは、「本来は、人権をよりよく保護できるような利益衡量の枠組みをどのように構成するかという問題意識に導かれて、母国・アメリカで築かれてきた理論的な道具立てであった。そういう本来の大きな文脈の理解を全く欠いたまま、ただ、その道具立ての諸パーツを、それらの見てくれのよさだけを理由に、あろうことか本来の文脈とは正反対の方向で用いる目的で(……)、継ぎ接ぎして提示されたのが、猿払三基準に他ならない」とする(佐々木弘通「猿払事件判決批判・覚書」成城法学77号(2008年)49頁(59頁))。

13) そのもっとも著名な議論の例は、アメリカでの区分論を換骨奪胎した、付随的・間接規制論であろうが、これについてはすでに多くの批判がある(長谷部恭男『Interactive 憲法』(有斐閣、2006年)134頁、高橋・前掲注7)116頁など)。

14) 「香城解説」48頁。

## (2) 目的・手段の連鎖関係と立法目的審査のあり方

法律の究極の目的から、個別の事件で問題となっている具体的な規制との間には、何段階かの目的・手段の連鎖関係が存在することが通常であろう<sup>15)</sup>。この場合、目的・手段審査においてはどの段階を対象とすべきだろうか。通常は、個別事件で問題となっている具体的な規制が手段審査の対象であり、その直接の目的が目的審査の対象ということになる。しかし、この場合、当該直接の目的の上位の抽象的な目的（さらに上位の段階がある場合もあり得る）は、違憲審査においてどのように考慮されることになるのだろうか。この点については、ケースバイケースであって、法令の構造審査を行う際にもっとも問題の大きいと目されるポイントに照準を合わせればよいと考えることもできようが、通常は、目的審査において直接の目的の必要不可欠性や重要性、正当性を検討する中で上位の目的についても考慮することになりそうである<sup>16)</sup>。例えば、公務員の政治的行為の規制については目的の必要不可欠性を問う厳格審査をすべきだとすれば、「二重の目的、手段の関連性」においてそれぞれ密接な関連性を要求すべきだということになりそうである<sup>17)</sup>。しかし、少なくとも近年まで、目的審査の内容についてはあまり検討が進んでおらず、学説もこの点を明確に主題化することができていなかった。香城解説はその間隙を突いたものであるが、学説は、「二重の

目的、手段の関連性」を受け止める目的審査の枠組みを構築できておらず、印象論的な批判しかできていなかったように思われる。逆に言うと、目的審査の内容について議論を深めることを示唆していると言えよう。

香城解説は立法目的の審査の意義につき、第一に、禁止の目的が憲法上擁護することの許されない利益の保持に向けられている場合にこれを排除すること、第二に、禁止行為との関連性や利益均衡の検討の前提となることを挙げている<sup>18)</sup>。このうち、目的審査に固有の意義は前者であろうが、学説の主張する違憲審査基準論が立法目的の重要度をも審査すべきだとするのに対して、香城解説においてはこうした審査はなされないことになる。近時の三段階審査論においても、目的審査の役割は小さいとされており<sup>19)</sup>、ここに両者の親近性を見出すこともできようが、これらはすでにしばしば指摘されている点でもあり、これ以上立ち入らない。いずれにしても、立法目的自体が違憲であるという場合は例外的であるはずであるから、香城解説の立場では、立法目的の審査の意義としては後者が重要であることになる。

後者の意義について、一般に、立法目的は基本権を制約する利益の実現にあると考えられるが、この制約利益について香城は、「抽象度を異にするいくつものレベルで特定することができるが、利益衡量をする際には最高度に具体化する必要がある<sup>20)</sup>」とする。問題は、具体化の方法であり、

15) このこと自体はすでにしばしば指摘されている（例えば、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）655頁、穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本評論社、2010年）53頁など）。

16) 駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回（第9回）」法学セミナー677号（2011年）56頁（61頁）は、目的審査においても合理性・必要性の審査をすべきだとする。これは、判例においては、手段審査の対象たる規制をも立法目的に取り込むことがしばしばあることに対応しているものとも思われるが、より上位の目的との関係でもこうした審査をする必要があるのかどうかは明らかでない。

17) この点、法令審査ではなく、個別処分審査についてであるが、ピアノ伴奏事件判決（最三小判2007年2月27日民集61巻1号291頁）における藤田宙靖裁判官の反対意見は、究極の目的としての「子どもの教育を受ける利益の達成」、中間目的としての「入学式における「君が代」斉唱の指導」、具体的目的としての「入学式進行における秩序・紀律」「校長の指揮権の確保」という構造を指摘しているが、「仮に上記の中間目的が承認されたとしても」（傍点筆者）、ピアノ伴奏の強制は認められなかったことから、これらの連鎖の間の関連性については検討されていない。

18) 「香城解説」53頁。また、別の箇所では、「目的違憲は、その法律の達成しようとする目的が違憲であること、すなわち、その法律によって得ようとする利益が憲法上国の立法権限の範囲外のものであることを理由として、これを違憲と判断する手法である。」（「香城解説」49頁）とも述べている。

19) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）57頁、小山剛『憲法上の権利の作法（新版）』（尚学社、2011年）66頁、渡辺康行・前掲注3）50頁など。これを批判するものとして、例えば、市川正人「最近の『三段階審査』論をめぐって」法律時報83巻5号（2011年）6頁（9頁注27）。

20) 「香城解説」29頁。

猿払事件判決ではまさにこの具体化の不十分性が批判されたことになるがこの点は後に触れる。香城解説の立場や三段階審査論では、制約利益の特定は狭義の比例性審査の際に必要となるが、立法目的の重要度も審査する違憲審査基準論においては、これは立法目的審査においても必要となる。

ところで、違憲審査基準論では、立法目的の重要性を問題にすることになっているが、その判断は困難だという批判がされている<sup>21)</sup>。有力な見方によれば、違憲審査基準論は、立法目的の重要性を階層化することをもって近似的な類型的利益衡量の片方の要素としている<sup>22)</sup>のであるから、この問題は思いのほか深刻なのではないだろうか。

この点について、違憲審査基準論による目的審査が困難な原因の一つとして、目的審査には様々な異質な作業が混在していることが考えられる。すなわち、目的審査には、従来からその困難さが語られてきた立法目的の認定のほか、目的そのものの合憲性の審査や目的・手段の多段階連鎖の審査といった上述の作業が含まれ、また、いわゆる「不当な動機のテスト」による審査をも場合によっては行うべきことが主張されている。

従来、「立法目的の重要性」と「制約利益（政府利益）の重要性」は互換的に用いられてきたように思われるが、重要性が問題となるのは制約利益の方だろう。上記のような作業を総合して立法目的全体の重要性を判断するのは極めて困難だと思われる。他方、制約利益の重要性の判断は、それを単独で行おうとすれば困難なこともあろうが、究極的な目的の重要性と連鎖の緊密度との両面から目的・手段の多段階連鎖を審査することは、制約利益の重要性の判断に有用だろう。しかし、それでもなお、制約利益を必要不可欠、重要、正当という三段階に分類することは容易では

ない<sup>23)</sup>。

他方、香城解説の立場や三段階審査論では、立法目的の審査は上述のようにシンプルなものであり、三段階審査論では、立法目的の重要性は、その一部が狭義の比例性審査の際に取り扱われることになる<sup>24)</sup>。狭義の比例性審査では、基本権と直接対立する具体的な制約利益との衡量が求められるのだとすれば、立法目的の重要性ではなく、制約利益の重要性が問題になるものと思われるが、その際には上記のような多段階連鎖の審査を行うことも有用だろう。

## 2 「審査基準」の抽象性

### (1) 香城解説における審査基準の把握

ところで、立法目的、目的と手段との関連性、利益衡量の三点からなる著名な「猿払基準」は、一般に、学説の言う違憲審査基準に相当するものとして理解された上で、批判されている。しかし、香城解説は、これら三点につき、「合憲性を判定する際の具体的な判定基準としてではなく、この基準を導くための方法として示されているものであることは、明らかであろう。」<sup>25)</sup>とし、この三点に即して検討を行ったのち、「以上の分析を通して、本判決が、公務員の政治的中立性を損うおそれがあり禁止する必要があると合理的に認められる行動類型に属する政治的行為を、その行動のもたらし弊害の防止をねらいとして禁止することは、合憲である、旨の基準を導き出している」<sup>26)</sup>とする。すなわち、香城解説は、猿払基準を本件で問題となった法令に直接適用して合憲性を審査するという方法ではなく、猿払基準からいわば中二階の基準を導出し、それを本件で問題となった人事院規則5項3号、6項13号の政治的行

21) 松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究67号（2005年）136頁（143頁）、門田孝「違憲審査における『目的審査』の検討(1)」広島法学31巻2号（2007年）145頁（155頁）。

22) 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリスト1363号（2008年）64頁（68-69頁）。

23) たとえば、高橋・前掲注22) 72頁の「やむにやまれぬ利益」該当性の認定の仕方は、必ずしも歯切れのよいものとはいえずさうである。

24) 高橋和之は、狭義の比例性審査はアメリカの審査枠組における目的審査に対応するものと理解する（高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009年）1頁（12頁））。

25) 「香城解説」53頁。

26) 「香城解説」65頁。

為に適用するという判断手法をとる。

もっとも、猿払事件判決自体は、そのような論理の進め方を明示しておらず、上記のような「基準」に該当する個所も分かりにくいのが、判決が猿払基準に基づいて詳細な議論を展開するのも、本件で問題となった種類の政治的行為の合憲性ではなく、政治的行為一般の禁止についての検討部分である点で、香城解説の論理展開と類似している。

いずれにしても、ここでの問題は、香城解説がなぜ上記のような中二階の基準を介在させる論理をとったのかということである。この点、香城解説にも違憲審査の基準の多義性ないし多層性について触れられているが<sup>27)</sup>、別の機会にもより詳しく言及されている<sup>28)</sup>。それによると、もっとも抽象的なレベルから順に、①目的、手段のテスト、②「積極、消極の規制ですとか、内容の規制、内容に中立的な規制ですとか、あるいは利益衡量論、より制限的でない他の手段の基準といった(……)さらに具体的な判例の基準を導くための考慮要素と判断の手順を示す基準」、③合理的関連性の基準や厳格な合理性の基準、やむを得ない必要性の基準、他にとる方法がないという基準でなければならないと主張される場合の基準など「合憲、違憲の結論的判断に直結する基準」、④「ある規制が合憲だという判断のほか、明白現在の危険がある場合には表現の内容の規制が許されるといった基準で示される判断や権利の内容を示すことによって出される判断」などの、「結論的な判断としての基準」が区別される。

猿払事件について言えば、香城が本来の「基準」という上記の中二階は、④に分類されるのであろう。他方、香城によれば、いわゆる猿払基準は①あるいは②に該当し、審査基準を導く「方法」として位置付けられているのに対し、多くの学説は猿払基準を③のレベルのものと捉えているように思われ、そこに齟齬がある。確かに、学説

上、通常想定されている違憲審査は、②の検討から③を導き、③に照らして問題の法令を審査するというものだろうと思われる(④が介在することもあり得る)。これに対して、香城解説においては、②の検討の後、③を経由することなく④に至っているということになるのか。

さて、一般論としてこの種の区別をすることはできるかもしれないが、問題は、こうした区別の意義や帰結はどのようなものかということである。違憲審査論の観点からは、これらの種々のレベルの基準の使い分けのルールや指針のようなものが導出できるのであれば、区別の意義はあるだろう。しかし、香城自身も、上記の区別をこうした観点から重視しているようには思われぬ。香城による憲法判例の分類は、むしろ、消極的規制・積極的規制／直接的規制・付随的規制という著名な枠組みからなされている。また、猿払基準に依拠したことが明らかな戸別訪問禁止に関する判決においては、猿払基準を戸別訪問規制に直接適用しているが、香城はこれについて特段の指摘をしていない<sup>29)</sup>。

しかし、猿払事件について言えば、このような方法を用いたことは、具体的な意義があったと思われる。それは、本件で問題となった種類の政治的行為の規制の合憲性を正面から問題とすることを回避し、より一般的・抽象的なレベルで検討することを可能にすることによって、本件で問題となった類型を含め、一般的な政治的行為規制を正当化するという意義である。

すなわち、猿払基準を本件で問題となった規定、あるいは行為に直接適用して検討した場合、個別具体的な検討が不可避となり、被告人の地位や勤務時間の内外、当該政治的行為の場所等の要素を衡量に取り込む必要性がより高くなる。その場合、学説の主張するように、現行法のような広汎な規制が正当化されるかどうかは極めて疑わしいことになる。したがって、合憲論の立場から

27) 「香城解説」66頁注3。

28) 芦部信喜ほか「研究会 憲法判断の基準と方法」ジュリスト789号(1983年)14頁(33頁)(香城敏磨発言)。

29) また、香城自身が関与し、その理論の影響が顕著である東京高判1982年4月15日判時1067号152頁も、個別訪問規制の合憲性審査に際して中二階の基準を用いていない。

は、より一般的・抽象的なレベルで議論することが必要となり、そのための場がこの中二階の基準ということになる。

香城によれば、この中二階の基準においては、利益衡量の方法も、「フェイシャルなバランスング」と呼ぶ「具体的な事案のいかんを問わずに規定の文面全体の合憲性を利益の対比ないしは衡量の手法で判断する方法」<sup>30)</sup>が用いられることになる。逆に言えば、このような審査基準論が採用された以上、こうした一般的・抽象的なレベルでの議論をしてもよいということになり、その意味では、個別具体的な検討を要求する学説の主張には応接がなされているということになる<sup>31)</sup>。

また、猿払事件判決が、事件で問題となった行為類型ではなく、「政治的行為」一般を検討対象としたことについては、つとに批判がなされている<sup>32)</sup>が、この点は判決あるいは香城解説による上記のような審査基準論と関係しているということが言える。

## (2) 具体的な審査基準の導出方法

ところで、香城解説がこのような中二階の基準を採用し、フェイシャルなバランスングを行ったとしても、ここまでの抽象度で比較衡量を行うことが必然的に要請されるわけではなく、学説のこのような類型化をした上での比較衡量も可能であったはずである。その実質的理由については、やはり結局、公務員の政治的行為の規制が、香城の言うところの「予防的な法制」であるということにある<sup>33)</sup>。そして、その背景には、香城解説が本件での「規制により守ろうとする利益ないし目的が、国の自立などにかかわる極めて重要なものであることを注視することから出発」<sup>34)</sup>した点にあることは言うまでもない。もちろん、この点は学説からすでに厳しく批判されているので、ここでは立ち入らない。

このように、香城解説においては、審査基準の③のレベルを経ないことによって一定の帰結が導かれているようにも思われる。しかし、一般論として言えば、あらゆる場合に③のレベルを経なければならぬわけではないだろうし、③を経ないことが基本権に不利だともいえないだろう。すなわち、上記④の例としても挙げられているように、明白かつ現在の危険の基準は、②から直接④を導出している例であるといえるし、そのほか、定義付け衡量の諸例や名誉毀損の免責法理についても同様のことが言えるだろう。この場合の導出方法については、検討を深めるべき必要が感じられる。

さらに、最近の議論に引きつけて言えば、この問題は、審査基準を用いるのは主として法令審査の場合であり、処分審査にあつては審査基準を用いるのは例外的であるという理解が有力化している<sup>35)</sup>点と関わるようにも思われる。適用審査にあつては、憲法上保護に値する行為類型を画定する作業が必要であるとされるが、それは利益衡量を経てなされ、例えば、「AかつBかつCという条件を備える行為を規制するのは違憲である」という判断基準が導出されることになる。これはまさに、②から③を経ずに④に至るという判断プロセスと同形ではなからうか。

しかし、現在のところ、このレベルでの利益衡量の方法についてはあまり議論が進んでいないように思われる。この間の利益衡量を統制する枠組みがなければ、不適切な形で利益衡量がなされる恐れも否定できないのではないか。

この点、こうした利益衡量を、香城解説のようなきわめて抽象的なレベルで行うのは論外であることは確かであるが、ではいかなる抽象度のレベルで行うかは困難な問題である。狭い管見の限り、この問題について現在もっともまとまった主張を展開していると思われる駒村圭吾の「事実からの接近アプローチ」によれば、まず、「司法事

30) 芦部信喜ほか「研究会 憲法判断の基準と方法」35頁（香城敏磨発言）。

31) さらに言えば、猿払事件判決が「合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り」合憲とする一方で手段の必要性の審査が行われていないという学説の批判も、ここで応接したことになっているのではないか。

32) 高橋・前掲注23) 70頁、佐々木・前掲注12) 60頁注4aなど。

33) 芦部信喜ほか「研究会 憲法判断の基準と方法」36頁（香城敏磨発言）。

34) 「香城解説」76頁。

35) 高橋和之「違憲審査の基準、その変遷と現状」自由と正義60巻7号（2009年）98頁（104頁）、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回（第3回）」法学セミナー672号（2011年）60頁（64頁）。

実が憲法上の保護に値するものかどうか」が、「司法事実をそのまま憲法上の権利規定に当てはめるのは難しい」ため、「司法事実を典型的に一般化し、かかる類型の一般化を客観法との照らし合わせが可能な水準まで行う」等の操作がなされる<sup>36)</sup>。この際、類型化一般化（抽象化）をどのように、あるいはどの程度行うかという点は、特段の指針はなく、ケースバイケースであるということだと思われる。この場合、駒村がこうしたアプローチの模範的な実践例の一つと位置付ける猿払事件一審判決では、詳細な類型化に基づき要保護行為を抽出したが、常にこのような判断が期待できるとは限らない。

例えば、ある屋外広告物が「営利的表現」という形で高度に抽象化され、広汎な規制が正当化されてしまうような判断が出てこないとは限らないのではないかと。あるいは逆に、例えば名誉毀損の免責法理について、週刊誌等による名誉毀損について、より具体的なレベルで類型化がなされ、商業目的である点が考慮されて免責が認められにくくなるような余地が出てこないだろうか。表現の自由については、従来の学説は、判例による公益の過度の抽象化を批判しつつ、類型化の試みがないわけではなかったが、概して抽象的にとらえて全般的な価値の高さ（あるいは萎縮効果による傷つきやすさ）を主張し、そのため表現の自由に非常に有利な基準を提示してきた<sup>37)</sup>。しかし、今日の学説の関心は明らかに、判例に受け入れられる可能性のある判断枠組みを構築することにあることからすると、表現の自由についてもある程度具体的なレベルで衡量に載せる必要があることにな

る。そうだとすると、上記の名誉毀損のような例も杞憂とはいえないかもしれない。

こうした危険を回避する一つの方法は、②のレベルで用いることのできるツールを充実させることであろう。例えば表現の自由について言えば、司法事実を類型化する際に参照しうるよう、表現の自由の保障内容の類型化を進めることなどである。これによって、司法事実を類型化する際に、どのような類型が憲法上意味のあるものなのかを示すことができる。なお、類型化の際の一つの問題は、萎縮効果論の分析ではないか。従来、萎縮効果の実証性について疑問が提起されることがないではなかった<sup>38)</sup>が、通説は、萎縮効果を規範的ないし観念的なレベルで理解し、こうした批判を退けた上で、表現の自由のほぼ全般に亘る手厚い保障の論拠としてきた<sup>39)</sup>ことが問題となり得る<sup>40)</sup>。

## おわりに

筆者は、学説のほとんど一致した見方と同様、猿払事件判決や香城解説は克服の対象であると考えているが、新旧の学説による夥しい批判により、理論的にはすでに克服されているといえよう。残るは最高裁がどのように応えるかであり、堀越事件は、近年変化したといわれる最高裁にとっても試金石となる。本稿は、こうした文脈からは少し距離を置いて、香城解説の特徴（問題点）から引き出し得る（かもしれない）教訓について検討してみたものである。

（そがべ・まさひろ 京都大学准教授）

36) 駒村圭吾「憲法訴訟の現代的転回（第4回）」法学セミナー673号（2011年）58頁（60-61頁）。

37) こうした例として、取材源秘匿の文脈でのものであるが、「表現の自由の領域では、その重要性に鑑み、科学的正確さをもって立証されなくても、表現の自由に対する抑止的效果が想定される場合にはその措置を違憲としてしりぞけようとするのが従来の〔アメリカの〕判例および通説の態度といえる」（〔 〕は本稿筆者による）という指摘（佐藤幸治「表現の自由と取材の権利」公法研究34号（1972年）126頁（137頁））である。

38) 例えば、市川正人「表現の自由の法理」（日本評論社、2003年）32頁。

39) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）254頁は、「『萎縮効果』論は、(……) 表現の自由の保障の全般を貫く基礎的哲学と解すべきではないか」とする。もっとも、従来も例えば営利的表現の類型化の際の理由の一つとして、「営利的表現には萎縮効果が働きにくい」という議論が提示されてきた（例えば、表現の自由の消極的正当化と積極的正当化の議論全般も含め、阪口正二郎「表現の自由の『優越的地位』論と厳格審査の行方」駒村圭吾・鈴木秀美（編）『表現の自由I』（尚学社、2011年）558頁（575頁））が、これが事実として根拠のあるものかどうかは考慮されてこなかった。

40) この点、奈須祐治「自己統治」駒村・鈴木（編）・前掲注39）41頁が興味深い。他方、山本龍彦は、表現の自由の保障に消極的な日本の判例の問題点として、萎縮効果等に関する経験的判断の不足を指摘する（山本龍彦「表現の自由のプラグマティズム」同書529頁（554頁））が、萎縮効果を経験的なレベルで捉えた場合、表現の自由により有利な結果となるかどうかは予断を許さないところがあるのではないかと。