



憲法の現在

◆ 憲法問題特別委員会だより ◆

岡口裁判官の罷免は本当に許されるの？ 一憲法上の法原則としての比例原則を考える

憲法問題特別委員会 副委員長 吉原 秀



1 はじめに

令和3年6月16日、岡口裁判官（被訴追時において仙台高等裁判所判事兼仙台簡易裁判所判事）が裁判官訴追委員会により訴追され（以下「本件訴追」という。）、本稿執筆時点において、弾劾裁判所に事件が係属している（裁判官弾劾裁判所令和3年（訴）第1号事件。以下「本件」という。）。本件訴追状はインターネット上で公開されていることもあり、紙幅の都合上、本件の概要等は割愛し、憲法上の問題を検討するのに必要な限度で参照するにとどめることとする。

報道やインターネット上の情報をみるに、本件については実に多種多様な意見が存在し、また、弁護士会（単位会）においても、声明を発出することそれ自体や、発出された声明の趣旨及び理由が分かれているようである。その中で、本件訴追（あるいはそれが容れられた場合の効果としての罷免）は違憲であり、あるいはその疑いがあると指摘する意見の多くは、裁判官の表現の自由を議論の基軸とするが、果たして、本件訴追は（裁判官の）表現の自由を本当に侵害するのだろうか。検討してみたい第1の問題がこれである。そして、その一歩先の問題として、表現の自由の侵害に当たらなければ直ちに違憲の疑いが晴れるのだろうか。この「一歩先」の問題が、本稿で検討したい第2の問題である。というのも、表現の自由論が立論できないと憲法論としては終わりになってしまう、といったある種の「誤解」が散見され、それゆえに表現の自由論に躍起になっているようにも感じられるため

※1 https://okaguchi.net/?page_id=36（最終閲覧：令和4年1月23日）

※2 令和4年1月24日時点において、罷免しないことを求める声明が6件、慎重な判断を求める声明が2件発出されている。

※3 憲法上の権利制約の中には、正当化可能な制約とそうでない違憲な制約がある。本稿では、正当化できない違憲な権利制約のみを指して「侵害」と表現し、単なる権利制約とは区別する。

である。

本稿ではこの2点について、紙幅の限度で掘り下げた検討を試みる^{※4}。

さて、先に筆者の考え（結論）を述べれば、こうである。

“本件訴追が岡口裁判官の表現の自由を侵害するとは思わない。しかし、法曹資格の剥奪はいくら何でもやりすぎである。そうであれば、そのやりすぎの処分は、比例原則に違反し、違憲となるのではないか。”

2 岡口裁判官の訴追（罷免）は裁判官の表現の自由を「侵害」するのか

(1) 表現の自由の価値のおさらい—萎縮効果論と思想の自由市場論を念頭に—

表現の自由の価値は、一般的に、自己実現の価値と自己統治の価値の二面性から説明される。前者は、自由な表現活動を通じてのコミュニケーションが個人の人格の発展に不可欠であるという価値理念であり、後者は、表現の自由の保障が民主主義社会の維持発展に資するという公共的・客観的な価値理念であり、前者と併せて最高裁も是認するものと解されている^{※5}。

さらに、表現の自由の侵害が現に主張されるときに引き合いに出されることが多いのが萎縮効果 (chilling effect) である。この背後には、思想の自由市場 (free marketplace of ideas) の理念がある。言論と言論と

※4 意見にわたる部分は専ら筆者限りの意見であり、当委員会の総意とは何ら無関係であることをここでお断りしておく。また、筆者の能力ゆえ、特に表現の自由論との関係では、雑駁な検討・指摘にとどまっている点があることをお許し願いたい。

※5 前者の価値理念につき、最大判平元.3.8民集43巻2号89頁（レベタ事件判決）において、「およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていくうえにおいて欠くことのできないもの」と判示され、後者の価値理念につき、例えば、最判平24.12.7刑集66巻12号1337頁（堀越事件判決）は、「とりわけ政治活動の自由について、「立憲民主制の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であって、民主主義社会を基礎づける重要な権利である」と判示する。

が自由に闘わされることによって真理に到達することができるという理念のもと、言論や思想が「市場」へ登場することを妨げてはならない、というのである。^{※6}

そして、このような考え方からは、「誤った言論には言論で対抗すべきである」から（more speech、対抗言論などと呼ばれる。）、公権力による表現の規制は最小限でなければならず、事後規制を恐れて表現が萎縮することのないようにすることが求められる。^{※7}これがいわゆる萎縮効果論であり、この萎縮効果は、思想の自由市場が機能不全に陥る大きな要因となるから、表現の自由の制約が問題となる種々の局面において重視されることは、周知のとおりである。^{※8}

以上のような価値理念を踏まえ、「表現の自由は、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきもの」とされ、表現の自由に対する制約は、職業の自由をはじめとする経済的自由に対する制約に比して、より厳格な基準の下で、その正当化の可否が審査されなければならないと考えられている。このような考え方は、法曹実務家の思考様式の中に、まるで数学の基本的な公式であるかのように通底している感がある。それゆえか、時として、表現の自由論に固執するがあまり、全体としてバランスを失したような論議が見受けられる。このような問題意識をもちつつ、次節以降の検討に移ることとしたい。

(2) 本件訴追は、いわゆる「内容規制」だけど、許されるの？—被制約言論の要保護性の検討—

表現の自由を考えると、そこにいう「表現」は実に多種多様であり、また、規制態様も多様である。その中で、原則として違憲になるとされているのが、いわゆる内容規制である（その対義語は、内容中立規制である。）。

※6 大要、「真実か否かの最善のテストは、市場における競争において受容されるだけの力のある思想がもっているかどうかであること、また、真実こそ人びとの願いを安全に実現しうるための基盤であることを、人びとは確信してきたのである」という、Abrams v. United States (250U.S.616,630 (1919))におけるホームズ裁判官の言説に影響されるものである（訳文は阪本昌成「『思想の自由市場』論の組み直しに向けて」立教法学80号64頁に拠った。野中俊彦ほか『憲法Ⅰ【第5版】』（有斐閣、2012年）352頁等も参照。）。

※7 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社、2016年）215頁〔穴戸常寿〕等参照。

※8 文面審査についてであるが、いわゆる明確性の原則の根拠とされるのがその一例である（ただし、最大判昭50.9.10刑集29巻8号489頁（徳島市公安条例事件判決）は、明確性の原則と萎縮効果論の関係について明示的に言及しない。）。

※9 最大判昭59.12.12民集38巻12号1337頁（税関検査事件判決）。

本件訴追は、岡口裁判官がSNS上に投稿した表現が「裁判を受ける権利を保障された私人である訴訟当事者による民事訴訟提起行為を一方的に不当とする認識ないし評価を示すとともに、当該訴訟当事者本人の社会的評価を不当におとしめた」ことを理由とするものであり、その表現の内容を理由とする訴追であることは明らかである。そうであれば、原則として違憲となりそうである。

しかし、名誉毀損罪を法定する刑法230条（典型的な内容規制である。）が明らかに合憲であることからわかるように、内容規制の全てが違憲になるわけではない。すなわち、内容規制、という規制態様を検討するのと併せて、被制約権利（表現）の要保護性も検討しなければならないのである。名誉毀損との関係でいえば、個人の名誉権を害するような表現は「憲法の保障する言論の自由の範囲内に属すると認めることはできない」とされているが、これも、表現の要保護性の問題であり、その要保護性の低さゆえに違憲審査の審査密度が緩やかになると整理できる。

本件訴追も、岡口裁判官の表現が「当該訴訟当事者本人の社会的評価を不当におとしめた」ことを問題視するようであり、このような法的評価自体は十分にあり得ると考える。^{※11}そうであれば、本件訴追によって制約される表現は、そもそも憲法上の要保護性が低い表現であると考えられ、そのような表現の規制についてまで、厳格な基準をもって審査に臨む必要はないわけである。

とはいえ、本件訴追が容れられれば、裁判官の表現が萎縮するのではないか、という問題は残っているので、検討のコマを進めることとする。^{※12}

(3) 本件訴追により、本当に萎縮効果が生じるのか？

萎縮効果を生じさせかねない典型的な事後規制は刑罰であるが、本件訴追が容れられた場合の効果は罷免という重大なものであるから、裁判官の表現を、罷免という処分をもって規制するのであれば、その処分の

※10 最大判昭31.7.4民集10巻7号785頁。同様の考え方は、煽動表現や性表現にも妥当する（これらはいずれも内容規制である。）。

※11 念のため付言すれば、名誉毀損罪や侮辱罪が成立するかは別の問題であり、仮に犯罪が成立しないとしても、そこから翻って要保護性が承認されるわけではないと思われる。

※12 補足すれば、要保護性が低い表現であるからといって、いかなる態様で規制してもよい、というわけではない。規制態様が強力であれば、その分デリケートな配慮を要することになり、表現の自由の文脈では、それが萎縮効果の問題となって現れ得るのである。

効果（結果）の重大性ゆえに、萎縮効果が生じるのではないか、という法的直感は理解できる。本件訴追に関する憲法学研究者による近時の論稿も、裁判官の表現の自由に対する萎縮効果を問題視するようである。^{*13}

しかし、本件訴追の訴追状に記載された訴追対象行為は、裁判官という「法曹」がみれば、その「品位」に照らして妥当な表現とはいい難く、個人の名誉権や名誉感情をも害しかねないものであること（言い換えれば、要保護性が高い表現ではないこと）は、容易に判断が可能であると思われる。そうであれば、本件訴追によって、そのような疑義のない正当な言論が萎縮する、とはおよそ想定しがたい（萎縮することがあるとすれば、それは他人の名誉感情等を害しかねないような表現であろうが、そもそもその類の表現の要保護性が低いことは先に指摘したとおりである。）。また、憲法21条1項は、本件訴追で問題となっているような言論を、思想の自由市場に流入させることを保護するものとも理解しがたい。

また、萎縮効果を問題視するためには、その前提として、対抗言論が可能である必要がある。思想の自由市場へ流入する言論に歯止めをかけてはいけない、という発想は、既に述べた「誤った言論には言論で対抗すべきである」という発想と対になる理念だからである。しかし、特に法曹資格をもたない一般市民からすれば、法律のプロであり、判決を下すこともできる「裁判官」の言論や評価に対して言論で対抗するのは必ずしも容易でないように思われる。つまり、対抗言論が機能しない可能性があるのである。

本件訴追との関係で表現の自由論や萎縮効果論が指摘されることがあるが、上述したところを踏まえると、そのような指摘に対しては、いかなる表現を保護しようとしているのか、という疑問を差し挟まざるを得ない。それにもかかわらず、訴追対象行為が表現であることを強調する指摘があるのは、「表現の自由の侵害である、といえないと、憲法論として終わってしまう」という考えが潜在意識の中にあるからではなかろうか。

(4) 「表現の自由」の侵害に当たらなければ、それすなわち合憲なのか？

ここまで述べてきたとおり、本件訴追の対象となっ

ている言論は、憲法21条1項の保護領域から除外され、あるいは保護領域に含まれるとしても、その要保護性が低いため、厳格な（あるいは中間的な）審査基準が妥当するものではなく、本件訴追により、裁判官の表現の自由が侵害されることにはならないと考える余地は多分にあると思われる。

では、表現の自由の侵害にならないからといって（言い換えれば、憲法上の基本権として保護されないからといって）、どんな処分をしても許されるのか、ということではない。例えば、刑法235条（窃盗罪）の法定刑を7年以上の懲役若しくは死刑、とする法改正（悪）を行ってもよいか、という問題を考えてみればわかりやすい（さすがにこのような法改正は大問題である、ということは、一見して明らかであろう。）。当然、他人の物を窃取する権利など憲法はもとより下位法によっても保護され得ない。しかし、権利として保障されないからといって、どんな刑罰を科してもよい、とはならないわけである。このことは、本件訴追についてみても同じである。彼の表現が憲法上の保護に値しないとしても、それに対して、どのような制裁（規制）を加えてもよいことにはならないのである。

3 憲法上の法原則としての「比例原則」

(1) 客観法としての「比例原則」

「比例原則」という用語自体は、法曹にとって耳慣れたものである。行政法や刑事手続法（捜査法）の分野で用いられる概念であるが、近年においては、それ以外の様々な分野でも「比例原則」という語や概念が用いられており、^{*14} それだけに馴染み深い概念である。

そして、憲法との関係では、仮に本件訴追対象行為が憲法上の基本権（表現の自由）としての「保障」を

^{*14} 例えば、刑法上の過失犯の構成要件との関係で「比例原則」という語を用いるものとして、樋口亮介「注意義務の内容確定基準－比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子＝島田総一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）195頁以下、また、競争法上の選択的流通の問題との関係で「比例原則」に触れるものとして、木村智彦「インターネット取引と選択的流通－Coty事件等の近時の欧州の事案を題材に」上杉秋則＝山田香織編著『独禁法のフロンティア－我が国が抱える実務上の課題』（商事法務、2019年）277頁以下がある。

^{*13} 市川正人「裁判官の表現の自由」判例時報2500号130頁以下。

