

## 第 2 3 問

(事案)

近年、いわゆるソーシャル・ネットワーキング・サービス（以下「SNS」という。）の普及に伴って、各国において、事実と反する虚偽のニュースが広く伝播することにより、社会に負の影響を及ぼしているのではないかとということが問題とされるようになってきている。

20XX年、我が国においても、甲県の化学工場の爆発事故の際に、「周囲の環境汚染により水源となる湖が汚染されて、近隣の県にも飲料水が供給できなくなる。」という虚偽のニュースがSNS上で流布され、複数の県において、飲料水を求めてスーパーマーケットその他の店舗に住民が殺到して大きな混乱を招くこととなった。

このような状況に鑑み、我が国でも、虚偽表現を「虚偽の事実を、真実であるものとして摘示する表現」と定義し、「何人も、公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら、虚偽表現を流布してはならない。」として、公共の利害に関する虚偽の表現を流布することを一般的に禁止した上で、罰則で担保することを内容とするフェイク・ニュース規制法が制定された。

虚偽の表現を流布することに関連する現行法の罰則として、例えば刑法には、名誉毀損罪（同法第230条）、信用毀損及び業務妨害罪（同法第233条）の規定があるが、いずれも、特定の人の社会的評価や業務に関するものであり、虚偽の表現を流布することのみについて処罰するものではない。このように、虚偽の表現を流布することに関連する現行法の規制には、一定の限定が付されている。上記新法は、虚偽の表現の対象について「公共の利害に関する事実」と限定するものの、それ以外には限定を付さずに、虚偽の表現を流布することを端的に処罰しようとするものである。これは、虚偽の表現が流布されることによる社会的混乱を防止するには、現行法の規制では十分ではなく、虚偽の表現を流布することそのものを禁止することが必要との理由によるものである。

(設問)

フェイク・ニュース規制法の憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、明確性の原則については、論じなくてよい。

○フェイク・ニュース規制法（抜粋）

(目的)

第1条 この法律は、公共の利害に関する虚偽の表現について必

要な規制を行うことによって、虚偽の表現により社会的混乱が生じることを防止することを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 虚偽表現 虚偽の事実を、真実であるものとして摘示する表現をいう。

二～四 (略)

(虚偽表現を流布することの禁止)

第3条 何人も、公共の利害に関する事実について、虚偽であることを知りながら、虚偽表現を流布してはならない。

(罰則)

第4条 第3条の規定に違反して虚偽表現を流布した者は、30万円以下の罰金に処する。

(解説)

## 1. 出題の概要

第23問は、令和1年司法試験の改題を通じて、虚偽表現という応用テーマについて問う問題である。

## 2. 解答のポイント

法3条・4条は、虚偽表現の自由を侵害するものとして憲法21条1項に違反しないかが問題となる。

### (1) 憲法上の保障

#### ア. 問題意識

司法試験では、「表現の自由」の伝統的意義や典型例からずれた表現が出題されることが多い。

「表現の自由」とは、伝統的には「思想・意見」を対象としたものとして理解されているため、「事実」の表現まで「表現の自由」として保障されるかが問題となる。例えば、博多駅事件決定は「報道機関の…事実の報道の自由」について、「国民の『知る権利』に奉仕するものである」との理由から憲法21条1項による直接の保障を認めており、平成23年司法試験では、インターネット上で地図情報を提供する自由との関係で博多駅事件決定の射程が問われている。

また、平成20年司法試験ではフィルタリングソフト法との関係で有害情報を表現する自由、令和1年司法試験では虚偽表現の自由、令和3年司法試験では匿名表現の自由が問われている。

「表現の自由」の伝統的意義や典型例からずれた表現については、「表現の自由」として保障されるかが問題となり、「表現の自由」の保障の趣旨や判例・学説を根拠にして「ずれ」を埋めて保障を認めることができるかを論じることになる。

なお、令和1年司法試験の出題趣旨では、「虚偽の表現、とりわけ虚偽と知ってなされるものについては、そもそも表現の自由の保障範囲に入らない、あるいは、保障の範囲に入っても、保障の程度が低いという議論もあり得なくはない。その点について論じる際には、そのように考えることに問題はないか、また、そのような考え方は先例に基づいたものといえるかといった点も考察する必要があるだろう。」として、虚偽表現は「表現の自由」として保障されないとする筋もあり得るとされている。しかし、制約→正当化に関する配点項目を丸々落とすことになるから、リスクが大きすぎる。そこで、何とかして「表現の自由」としての保障を認めて、先に進むべきである。

#### イ. 虚偽表現の自由

令和1年司法試験の出題趣旨では、「虚偽ではあっても

基礎応用 212 頁(8)、論証集 90 頁(8)

基礎応用 192 頁 [判例 1]、論証集 81 頁 [論点 1]、最大決 S44.11.26・百 1 73

種々の観点から有益な表現も様々に考えられることや、真実は誤りと衝突することによってより明確に認識されるのだから虚偽の言明ですら公共的な議論に価値のある貢献をするものだ、という考え方もあり得ることにも留意が必要である。」とある。

北方ジャーナル事件の谷口政孝裁判官の意見は、自己検閲による言論の萎縮の懸念と、真実に反する言論はそれと矛盾する意見が支持されるべき理由についてのより深い意見形成とその意味の十分な認識をもたらす契機になることを理由として、「真実に反する言論にも、それを保護し、それを表現させる自由を保障する必要性・有益性のあることを肯定しなければならない」と述べている。同意見は、「真実は誤りと衝突することによってより明確に認識されるのだから虚偽の言明ですら公共的な議論に価値のある貢献をするものだ、という考え方もあり得る…」という出題趣旨とも親和性がある。

基礎応用 173 頁 [判例 2]、  
論証集 75 頁 [判例 2]、最  
大判 S61.6.11・百 I 68

#### ウ．事実の表現

禁止対象である「虚偽表現」は、「虚偽の事実を、真実であるものとして摘示する表現」（法 2 条 1 号）であるから、事実に関する表現である。

もっとも、虚偽表現に関する問題の核心は「虚偽」という点であるから、「事実」に関する表現であるという点に重点を置いて論じるべきではない。

令和 1 年司法試験の採点実感でも、「事実の伝達は表現の自由として保障されるかという命題で論じ始める答案が相当数あり、このような答案の中には、虚偽表現が保障の対象かという本来の命題の検討が不十分になってしまっているものも見られた。」と指摘されている。

#### (2) 制約

法 3 条・4 条は、3 条所定の虚偽表現を罰則をもって禁止することで、虚偽表現の自由を制約している。

#### (3) 違憲審査基準

違憲審査基準の厳格度は、権利の性質（重要性が中心）や制約の態様（強度が中心）を考慮して決定されるのが通常であるところ、このことは「表現の自由」についても同様である。

#### ア．権利の性質

「虚偽」表現であることは、低価値表現として、違憲審査基準を下げる方向で評価し得る。もっとも、令和 1 年司法試験の採点実感では、「表現の自由の重要性の理由として論ずるべき事項を取り上げ、虚偽表現はそれに該当しないので表現の自由の対象とならないという論述があったが、出題の趣旨にもあるように、虚偽表現について、安易に表現の自由の保

障範囲から外したり、低価値言論として制約を簡単に認めたりすることには慎重な姿勢が必要である。」との指摘があるから、「表現の自由」の伝統的意義や典型例からずれた表現について、低価値表現に位置付けて保障を後退させることには、慎重になるべきである。

他方で、「公共の利害に関する事実」の表現であることは、違憲審査基準を上げる（あるいは、「虚偽」表現の規制であるにもかかわらず、原則的な違憲審査基準の厳格度を維持する）方向で評価し得る。例えば、北方ジャーナル事件判決は、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」と述べている。

また、前掲した谷口政孝裁判官の意見も、虚偽表現の「表現の自由」としての重要性を維持するために参考になる。

#### イ. 制約の態様

法3条・4条は、「公共の利害に関する事実について」の「虚偽表現」について、その伝達的効果から生じる「社会的混乱」（法1条）の発生の防止を目的として規制する表現内容規制であり、国家が自己に不都合な表現を抑圧する危険が大きいいため民主的政治過程を歪める危険がある上、言論市場を歪めるものでもある。

表現規制において、表現内容規制であることに言及することは必須といえるほどに重要である。

#### (4) 当てはめ

厳格審査の基準・中間審査の基準では、目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。厳格審査の基準を適用するのであれば、立法事実を根拠として、「虚偽の表現により社会的混乱が生じることを防止する」（法1条）ことが「必要不可欠な利益」とであると認められることが必要である。

問題文には、「20XX年、我が国においても、甲県の化学工場の爆発事故の際に、「周囲の環境汚染により水源となる湖が汚染されて、近隣の県にも飲料水が供給できなくなる。」という立法事実に関する記述がある。この立法事実を使い、法3条・4条が防止しようとしている「社会的混乱」の内容・規模を具

体的に明らかにすることで、それを防止することが「必要不可欠な利益」であると認められるかを論じることになる。

手段適合性では、その前提として、虚偽表現が「社会的混乱」をもたらすという因果関係が必要であるところ、これは前述した立法事実を根拠として認められる。

手段必要性については、「…略…現行法の規制では十分ではなく、虚偽の表現を流布することそのものを禁止することが必要との理由によるものである。」という問題文のヒントも踏まえながら検討すべきである。

なお、厳格審査・中間審査の基準における手段審査については、適合性・必要性の2要件で理解し、相当性（狭義の比例性）を独立の要件としない見解もある。試験対策としては原則として適合性・必要性だけで審査し、適合性でも必要性でも評価することができない事実や着眼点がある場合には相当性まで審査すべきである。相当性では、規制により得られる利益と失われる利益の均衡を欠くかや、規制に重大な副作用を伴うかなどを審査する。法3条・4条には、政府が自分達に不都合な事実を虚偽であると決めつけ、検察トップの任免権を背景として検察をコントロールすることで不公正な訴追がなされる危険があるところ、これは適合性でも必要性でも論じることができないから、相当性として論じるべきである。

(参考答案)

1. 法 3 条・4 条は、虚偽表現の自由を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。

2. 確かに、「表現の自由」には民主的政治過程に資するという役割があるところ、虚偽表現は、国政に関与する国民に虚偽の事実を伝達することでその政治的意思決定の前提となる事実認識を歪ませることを通じて民主的政治過程を歪ませるといふ危険があるため、「表現の自由」として保障されないとも思える。

しかし、虚偽表現には、対抗言論を通じて、それと矛盾する事実が真実であることをより一層明確に人々に認識させるための契機となり得るといふ役割もある(北方ジャーナル事件・谷口裁判官の意見参照)。

そこで、虚偽表現の自由も「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障されると解すべきである。

したがって、公共の利害に関する事実についての虚偽表現の自由も「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

3. 法 3 条・4 条は、3 条所定の虚偽表現を罰則をもって禁止することで、虚偽表現の自由を制約している。

4. 違憲審査基準の厳格度は、制約されている人権の性質や制約の態様を考慮して決定されるのが通常である。

民主制国家の下では、国民の政治的意思決定の前提となる公共の利害に関する事実には国民の知る権利に奉仕するという価値がある。虚偽表現であっても、公共の利害に関する事実に関する真実について対抗言論を通じて人々に明確に認識させる契機となり得るから、「表現の自由」としての重要性を有する。

また、法 3 条・4 条は、「公共の利害に関する事実について」の「虚偽表現」について、その伝達的効果から生じる「社会的混乱」(法 1 条)の発生の防止を目的として規制する表現内容規制であり、国家が自己に不都合な表現を抑圧する危険が大きいため民主的政治過程を歪める危険がある上、言論市場を歪めるものでもある。

そこで、法 3 条・4 条は、①立法目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②目的達成手段が立法目的を達成する手段として必要最小限度のものでない限り、憲法 21 条 1 項に反し違憲であると解すべきである。

5. 法 3 条・4 条の目的は、虚偽表現により「社会的混乱が生じることを防止する」ことにある。20XX 年、我が国において、甲県の化学工場の爆発事故の際に、虚偽のニュースが SNS 上で流布されたことにより、複数の県において、飲料水を求めてスーパーマーケットその他の店舗に住民が殺到して大きな混乱を招くこととなったとの立法事実がある。そのため、公共の利害に関する虚偽の事実の表現には、極めて重大な社会的混乱を生じさせる危

険があるといえるから、こうした事態の発生を防止するという目的は、必要不可欠な利益の保護にあるといえる（①）。

また、前記の立法事実から虚偽表現が社会的混乱をもたらすおそれがあるという因果関係が認められるし、罰則により虚偽表現を禁止することには心理的抑制を通じて虚偽表現を抑制する効果が認められる。したがって、法 3 条・4 条には、立法目的の達成を促進するとして手段適合性が認められる。

さらに、虚偽表現の流布による社会的混乱を防止するには現行法の規制では十分ではないから、現行法による規制の隙間を埋めるために、法 3 条・4 条には手段必要性も認められるとも思える。

しかし、虚偽表現による社会的混乱の防止は、対抗言論や報道により正しい情報を伝達するという実現可能性のあるより制限的でない他の手段によってもある程度期待できるから、手段必要性を欠く。

しかも、法 3 条・4 条には、政府が自分達に不都合な事実を虚偽であると決めつけ、検察トップの任免権を背景として検察をコントロールすることで不公正な訴追がなされる危険もあるため、重大な副作用を伴うとして手段相当性も欠く。

したがって、法 3 条・4 条は、手段の必要最小限度性を欠く（②）。

よって、法 3 条・4 条は、虚偽表現の自由を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲である。以上