

問題 以下の【事案】を読んで、【設問】に答えなさい。

【事案】 1992 年、わが国は、「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約」に批准するための国内法整備の一環として、「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」（以下、「麻薬特例法」という。）を制定した。

この法律の目的は、「薬物犯罪による薬物犯罪収益等をはく奪すること等により、規制薬物に係る不正行為が行われる主要な要因を国際的な協力の下に除去することの重要性にかんがみ、並びに規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図り、及びこれに関する国際約束の適確な実施を確保する」ことにあり（1 条）、無体物である薬物犯罪収益等の没収を可能にしているほか（11 条）、覚せい剤の使用や大麻の栽培等の薬物犯罪などの実行又は規制薬物の濫用を公然と、あおり、又は唆した者に対する罰則を定めるなどしている（9 条）。

麻薬特例法の立法担当者によれば、9 条にいう「公然」とは、不特定、または多数の人が知ることができる状態を意味し、「あおり、唆し」とは、薬物犯罪を実行すること、あるいは、規制薬物を使用することの決意を生じさせるような、または既に生じている決意を助長させるような刺激を与える行為を指すとされ、麻薬特例法の制定過程において国会でも同旨の説明がなされている。国会審議においては、一部の議員から、麻薬特例法 9 条が憲法 21 条 1 項が保障する表現の自由への脅威になるのではないかとの指摘もなされたが、立法担当者から、単に一定の薬物の無害性を主張し、その規制廃止を求めるにとどまる場合には、9 条の適用がないとも説明されたこと、国際条約上の要請であることや薬物犯罪の悪質性に鑑みてやむを得ないものとの意見が議員の大勢を占めたことなどから、衆参両院とも全会一致で可決されている。

フリーターである X は、10 代のころ海外旅行先にて興味本位で大麻を吸引してから、その魅力に取りつかれ、以後、海外に行くたびに大麻の吸引を繰り返すとともに、大麻関連の書籍を内外問わず収集し熟読してきた。近年では、大麻を合法化する国が現れたことに強い関心を寄せている。そこで X は、「葉っぱ Lovers」と題する HP（以下、「本件 HP」という。）を自ら立ち上げ、関連情報を発信することを思い立った。

本件 HP には、以下の文章が掲載されている。

- ・「大麻は無害です！それどころか、一部の人にとっては健康増進効果があります！」
- ・「大麻の合法化は日本の医療費を削減する切り札です！」
- ・「大麻解禁が世界の潮流です！」
- ・「大麻はたばこよりも安全です！」
- ・「大麻を使ってハッピー・ライフ」
- ・「大麻の禁止は、モラルの全体主義です！」

また、本件 HP には、「大麻に関心のあるひとはコチラ」という文章とともにリンクが張

られている。リンクをたどると掲示版ページ（以下、「本件掲示板」という。）に誘導され、本件掲示板には、「大麻に関する情報交換をしましょう。入手先、栽培方法、輸入方法、学術情報なんでもかまいません。どうぞ自由に書き込みください。ただし、サイト管理人（X）は、ここでの情報に何らの責任も負いません」との注意書きが添えられている。また、本件掲示板には、複数の書き込みがあるが、その中にはXのものも見受けられ、そこでは、「大麻の栽培はこんなに簡単！リキッドの抽出もコツさえつかめばすぐにできますヨ。管理人までご相談ください」といった書き込みとともに、「大麻草」、「大麻種子」、「大麻から抽出されたとみられるリキッド」の写真が掲載されていた。

2017年3月、大阪府警は、本件とは別の大麻の違法栽培・売買事案を捜査していた際、関係者のPCのインターネット閲覧履歴にXのHPのURLが残っていることが判明した。そこで、大阪府警は、Xが本件HPを通じて、大麻の栽培、譲渡及び濫用を公然とあり、唆したとして、Xを麻薬特例法違反の容疑で逮捕し、同年4月大阪地検はXを麻薬特例法9条違反の罪でXを起訴し、懲役2年を求刑した。

設問 Xの弁護人として、麻薬特例法9条及び本件に同条を適用することが憲法21条1項に反する旨の主張を行いなさい。

（参考条文）

国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律（麻薬特例法）

（趣旨）

第一条 この法律は、薬物犯罪による薬物犯罪収益等をはく奪すること等により、規制薬物に係る不正行為が行われる主要な要因を国際的な協力の下に除去することの重要性にかんがみ、並びに規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図り、及びこれに関する国際約束の適確な実施を確保するため、麻薬及び向精神薬取締法（昭和二十八年法律第十四号）、大麻取締法（昭和二十三年法律第二百二十四号）、あへん法（昭和二十九年法律第七十一号）及び覚せい剤取締法（昭和二十六年法律第二百五十二号）に定めるもののほか、これらの法律その他の関係法律の特例その他必要な事項を定めるものとする。

（定義）

第二条 この法律において「規制薬物」とは、麻薬及び向精神薬取締法に規定する麻薬及び向精神薬、大麻取締法に規定する大麻、あへん法に規定するあへん及びけしがら並びに覚せい剤取締法に規定する覚せい剤をいう。

2 この法律において「薬物犯罪」とは、次に掲げる罪をいう。

一 第五条、第八条又は第九条の罪

二 麻薬及び向精神薬取締法第六十四条、第六十四条の二、第六十五条、第六十六

条、第六十六条の三、第六十六条の四、第六十八条の二又は第六十九条の五の罪

三 大麻取締法第二十四条、第二十四条の二又は第二十四条の七の罪

(以下、略)

(あおり又は唆し)

第九条 薬物犯罪（前条及びこの条の罪を除く。）、第六条の罪若しくは第七条の罪を実行すること又は規制薬物を濫用することを、公然、あおり、又は唆した者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

大麻取締法

第二十四条 大麻を、みだりに、栽培し、本邦若しくは外国に輸入し、又は本邦若しくは外国から輸出した者は、七年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、十年以下の懲役に処し、又は情状により十年以下の懲役及び三百万円以下の罰金に処する。

3 前二項の未遂罪は、罰する。

第二十四条の二 大麻を、みだりに、所持し、譲り受け、又は譲り渡した者は、五年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、七年以下の懲役に処し、又は情状により七年以下の懲役及び二百万円以下の罰金に処する。

3 前二項の未遂罪は、罰する。

第二十四条の七 第二十四条の二の罪に当たる大麻の譲渡しと譲受けとの周旋をした者は、二年以下の懲役に処する。

出題趣旨と解説

(1) 本問は、表現行為に対する規制の合憲性という基本的な問題を適切に論ずることができるかを問う応用問題である。

(2) 本件で問題となっている麻薬特例法 9 条は、薬物犯罪などの実行又は規制薬物の濫用を公然と、あおり、又は唆した者に対する処罰を定めたものであり、いわば犯罪煽動表現規制といえる。犯罪煽動表現規制は、たとえば破防法 39 条及び 40 条が有名であるが、判例は、これらによって規制される表現は、「公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ない」としている（最判平成 2 年 9 月 28 日刑集 44 巻 6 号 463 頁〔渋谷暴動事件上告審判決〕参照）。

しかしながら、このような判例の理解については、学説から批判が寄せられている。たとえば、犯罪煽動表現に対しては、明白かつ現在の危険の基準又はやむにやまれぬ政府利益のテストを用いるべきだとして厳格審査を主張する芦部・憲法・195 頁や、「判例は、抽象的危険があればよいといった印象を与えるが、この問題は、基本的には……範疇化の法理によって把握すべきで、かつ、具体的適用にあたっては『明白かつ現在の危険』の法理によるべき」だとする佐藤幸治・日本国憲法論・263 頁がある。

本件を検討するにあたって出発点となるのは、このような判例と学説の応酬に対する適切な理解であろう。すなわち、麻薬特例法 9 条で規制される表現行為が憲法 21 条 1 項で保障されるか否か（保障範囲論証）、犯罪煽動表現規制の審査基準はどのようなものであるべきか、仮に法令に合憲的な適用部分があるとしても、それが法令の想定する適用類型のすべてなのかどうか（法令に違憲的な適用類型があるとすれば、その部分は合憲限定解釈等で除去すべきではないか、合憲限定解釈ができないのであれば、法令全部違憲と考えるか、それとも適用違憲と考えるか）といった諸点を検討のうえ、説得的な論証として組み立てることが求められる。

(3) 他方、本問は事例問題であるから、当然のことながら、適切に「事実」を把握し、論証の中で説得的に用いることも求められる。

まず、そもそもなぜこのような法律があるのかを理解しよう。麻薬特例法の目的は 1 条所定の通りであるが、このうち 9 条との関連で重要なのは、「規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図る」ことである。麻薬等の薬物は、中毒性があり人体に有害であることに加えて、濫用により他者の生命や財産にも危険が及ぶ。それとともに、麻薬等の薬物は、依存性が高く、それ故に、使用等を禁止するだけでなく、それを販売や譲渡する行為も規制されるのはやむを得ないだろう。そして、このような規制がなされてもなお、薬物犯罪は後を絶たないのであるから、規制薬物の濫用などを「公然と、あおり、又は唆す」ことを規制の対象とすることに合理性がないわけではない。

しかし、ここには二つの問題がある。第一に、規制薬物の濫用などを「公然と、あおり、

又は唆す」ことが、どの程度、現実の薬物犯罪に結びつく危険があるといえるのかである。たしかに表現行為は、他人の行動に影響を与える可能性があるが、同時に、表現行為がなされたからといって、直ちに他人の行動を支配するわけでもない。つまり、表現行為が、他人の行動に影響を与え、一定の保護すべき法益侵害に結びつくといえるほどの「蓋然性」があるといえるか、さらにどの程度の蓋然性があれば規制してよいのかを考える必要がある。

第二に、規制対象となりうる表現の中には、表現の自由がその核心において保護しようとしているものが含まれる可能性があるのではないか、という点である。表現の自由が、自己実現及び自己統治の価値に鑑みて保障されているのだとすれば、少なくとも、政治的な意見表明や公共の利害に関わる事実の報道等は高度の保障が与えられるべきである。麻薬特例法の場合、その目的に鑑みれば、このような表現を直接的に狙いうちするものとはいえないのかもしれないが、結果的に規制対象となるような表現がすべて政治的な主張だったり、あるいは、規制対象の一部に政治的な表現が含まれたりすることにはならないか。とくに、後者の場合には、その結果、麻薬規制に関する政治的な主張や事実の報道すべてが言論の自由市場から締め出される可能性はないか。

麻薬特例法 9 条が持つこのような危険性は、もちろん、立法者も気が付いている。だからこそ、「単に一定の薬物の無害性を主張し、その規制廃止を求めるにとどまる場合には、9 条の適用がない」としているし、「薬物犯罪の悪質性」を強調しているのである。しかし、そうであれば、「単に一定の薬物の無害性を主張し、その規制廃止を求めるにとどまる場合」や、「悪質な薬物犯罪と関係しない場合」には、適用がない旨を明文で定める必要があったのではないか（佐藤・前掲が「範疇化によるべき」というのはこのような趣旨で理解されよう）。また、仮にそれができないのであれば、少なくともそのように解釈すべきであるし（合憲限定解釈）、そのような解釈ができないとしても、上にあげたような場合には、適用しないという判断をすべきではないか（同じく佐藤・前掲が適用審査のレベルで「明白かつ現在の危険」に言及するのはこの趣旨で理解されよう）。さらに、そもそも、立法者のような説明を前提とすることの可否も検討すべきかもしれない。

（４） 次に、X が本件 HP で何を主張したのかについても検討してみよう。事案を精査してみると、本件 HP は、表向き大麻規制の撤廃を主張するもののように見える。（３）のような検討を経て、「単に一定の薬物の無害性を主張し、その規制廃止を求めるにとどまる場合には、9 条の適用がない」というのであれば、本件に麻薬特例法 9 条を適用することは違憲となる可能性がある。しかし、同時に、X は、大麻の栽培方法等に関する情報交換のための掲示板を設置し、かつ、そこに自ら書き込みをしている。そうすると、少なくともこの部分は、「単に一定の薬物の無害性を主張し、その規制廃止を求めるにとどまる」といえないかもしれない。X としては、この点についても政治的主張だといえるか、本件 HP と一体の政治的主張として掲示板設置や書き込みを理解すべきだとするか、いずれにしても何らかの工夫が必要となろう。

仮に、この点に関する X の主張が不首尾に終われば、適用違憲や合憲限定解釈の主張は

説得力を持たないから、法令全部違憲のほか、併せて規制の不明確性や過度広範性の主張をしておく必要があろう（なお、最判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 巻 6 号 601 頁〔広島市暴走族追放条例事件上告審〕も参照）。

採点基準

全体で 30 点満点。下記の観点から総合的に評価

設問 1	論証のパート	観点
	保障範囲論証	・表現の自由が保障される趣旨を適切に踏まえているか。
		・麻薬特例法9条の規制対象に政治的表現が含まれうる可能性を考慮しているか。
	法令審査	・不明確性／過度広範性の問題があることを指摘し、Xに有利な判断基準を建て、規制の違憲性を説得的に主張しているか。
		・規制対象と保護法益との結びつきの評価に問題があることを指摘し、Xに有利な判断基準を建て、規制の違憲性を説得的に主張しているか。
		・規制が高価値表現も含む表現内容への規制でありうることを指摘し、Xに有利な判断基準を建て、規制の違憲性を説得的に主張しているか。
	適用審査	・法令全部違憲が主張できなくとも、合憲限定解釈の必要性を指摘し、説得的に本件への適用が違憲であると主張しているか。
		・本件HPが政治的主張であることや明白かつ現在の危険がないことなどを示して、適用違憲の主張をしているか。