

# 虚偽言論と選挙の公正

## - 序論的考察 -

梶原健佑

### 1. 問題の所在

#### (1) 総務省プラットフォームサービスに関する研究会

筆者は、昨年本誌に掲載してもらった「災害時憎悪流言の規制と『虚偽表現の自由』」と題する小稿（以下、前稿という）のなかで、政府が選挙・災害時の流言の拡散対策を検討している旨の報道を紹介し、総務省プラットフォームサービスに関する研究会（座長：宍戸常寿東京大学大学院教授）の議論状況に言及しておいた<sup>1)</sup>。同研究会では流言対策のあり方についてさらに議論が交わされてきた。2019年12月に公表された同研究会による「最終報告書（案）」から、筆者の興味をひいた箇所を抜いてみる。

報告書（案）は、その検討対象につき、「インターネット上に流通する情報に限定するものの、『フェイクニュース』の多義的な側面を捉えて検討を深める観点から、政治・選挙に係る情報に限らず、災害、健康・医療情報に係る情報なども広く含めて対象とするほか、『偽情報（disinformation）』（＝何らかの意図性を持った虚偽の情報）及び『誤情報（misinformation）』（＝単なる誤った情報）を含め、また、ニュースの形式を取らない情報や部分的に不正確・根拠が不明・ミスリードな情報も含めるなど、対象範囲を限定」しない、と前提をおく<sup>2)</sup>。この記載からは、所謂「フェイクニュース」への対処の要否・あり方を検討する際、その中心が「政治・選挙に係る情報」と考えられていること、また、検討の射程には偽情報のみならず、誤情報、部分的に不正確な情報、根拠が不明な情報、誤導的な情報も含められるべきと

1) 山口経済学雑誌67巻6号（2019年）155頁。

2) 報告書（案）、3頁（脚注3）及び17頁。報告書中の下線は、引用においては省略している（以下同様）。[https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000668586.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000668586.pdf)

考えられていることが見て取れる。

こうした情報がインターネット上で流通することの弊害として、次の諸点が挙げられている。まず、「利用者が多様な情報をもとに物事を正確に理解して適切な判断を下すことを困難にし、結果として、利用者が安心・信頼してプラットフォームサービスを利用することができなくなる、また、利用者の知る権利が阻害されるのみならず、利用者には直接的な損害を与え得るなど、利用者にとって様々な不利益が生じるおそれがある<sup>3)</sup>」と利用者には生じる弊害が述べられる。次いで、「選挙の候補者等に関する不正確な情報が流布されることなどによって有権者の理性的な判断が妨げられることで投票結果が歪められたり、政治的分断が深まるおそれや、外国政府が誤った情報を流布することで国家安全保障が揺るがされたりするおそれなども考えられる<sup>4)</sup>」として、国家的・社会的な法益が害される危険性も語られる。なお、後者は、特定の局面・内容の虚偽言論がもたらす弊害に限定した記述であることに留意が必要である。

なお、本稿で用いる「虚偽言論(false speech)」「虚偽情報(false information)」も、上記研究会報告書(案)と同様、disinformationを中心に想定しつつも、必ずしもそれに限定することなく、misinformation、根拠薄弱な情報、誤解を招く情報等の公表を一応含むこととする。

## (2) 選挙・投票と虚偽言論

本稿は、虚偽言論の害悪や対処の要否に関して、選挙との関わりに文脈を限定して検討しようとするものである。限定の理由は、第一に、災害時の虚偽言論に関しては前稿で既に(不十分にではあるが)検討したこと、第二に、虚偽言論は選挙前に拡散されるとき、特に大きな負の効果を発生させると一般に考えられていること、である。第二点について具体的にイメージを共有するべく、本項では、諸外国における近年の具体例を幾つか挙げてみる。

アメリカでは2016年の大統領選の過程で、共和党の候補であった Donald

---

3) 報告書(案), 14頁。

4) 報告書(案), 15頁。

Trump に有利に、民主党の候補であった Hillary Clinton に不利に働く  
と目される虚偽情報が拡散された<sup>5)</sup>。最も有名なものはピザ・ゲート  
(Pizzagate) 事件と呼ばれるもので、Clinton 陣営の幹部のメールが流出し、  
その中に、Clinton や民主党幹部がワシントン DC のとあるピザ店を拠点と  
する人身売買や児童買春に関わっているとの内容が含まれている、との情報  
が(尾鱗をつけながら)拡散された事件である。当該ピザ店には嫌がらせ  
が続き、もちろん、Clinton 陣営にとっても、情報拡散は痛手となった。ちな  
みに、選挙から1ヶ月ほど後になって、この情報を信じた男が店舗にライ  
フルをもって乱入し発砲するという事件にまで発展した。ところが、選挙  
後の多くの検証の結果、当該情報は誤報であるとの結論で現在は落ち着い  
ている。他にも、ローマ教皇 Francis が Trump 候補を支持した、Hillary  
Clinton が過激派組織「イスラム国 (IS)」に武器を売った、“1970年代に  
Hillary Clinton と恋愛関係にあった”とオノ・ヨーコが告白した等の情報も  
選挙期間中に主に SNS を通じて出回った。しかし、こうした情報を裏付け  
る事実は確認されていない。こうした虚偽情報が実際にどれほどの投票行動  
に影響したのか、確実なデータに基づく実証的分析はみられない<sup>6)</sup>。もち  
ろん、正確な調査のためには投票の秘密を打ち破らざるを得ない以上、影響に  
関する客観的なデータを示して議論できないのは当然の仕儀である。その一  
方、2016年大統領選で Trump が接戦を制したことは周知のとおりである。

大西洋を渡ったイギリスでは、同じく2016年に実施された EU からの離脱  
に関する国民投票で、離脱派から示された“EU への拠出金が週あたり3億  
5千万ポンド”という情報が拡散され、これに対して残留派は“正しい数値

5) 例えば、前嶋和弘「トランプ政権とメディア：『フェイクニュース』は必然か」日本国  
際問題研究所・報告書『トランプ政権の対外政策と日米関係』（2018年、[http://www2.  
jiia.or.jp/pdf/research/H29\\_US/JIIA\\_US\\_Research\\_2018\\_fulltext.pdf](http://www2.jiia.or.jp/pdf/research/H29_US/JIIA_US_Research_2018_fulltext.pdf)）41頁、津山恵子  
=宮地ゆう「ソーシャルメディアとフェイクニュースの広がり：メディアリテラシー  
をどう身につけるか」前嶋和弘=山脇岳志=津山恵子編『現代アメリカ政治とメディ  
ア』（東洋経済新報社、2019年）282～284頁、清原聖子「アメリカにおけるフェイク  
ニュース現象の構造とその対策の現状」清原編『フェイクニュースに震撼する民主主  
義——日米間の国際比較研究——』（大学教育出版、2019年）47頁など参照。

6) 津山=宮地・前掲注5、295～298頁。

は週あたり1億数千万ポンドだ”と反論したものの、国民の一定数は前者の数値を信じて、離脱の是非を判断した。離脱支持が僅差で上回った国民投票であったが、その結果が出た後、当該情報を拡散させた独立党の党首 Nigel Farage は情報の誤りを認め、残留派の数値が正確だったことが判明した。

留意点を2点あげたい。第1点は、これら虚偽情報が実際の投票結果に与えた影響の大きさは定かでないという点である。第2点は、仮に相応の影響力があって、多くの有権者は誤った情報を基にして投票をしてしまったとしても、選挙結果が覆ることはない点である。しかし、これでは、嘘をついた側がいわば「勝ち逃げ」する、という事態が横行しかねない。“適切な情報をもとにして有権者が票を投じる”ことがデモクラシーの条件であるとするならば、憂慮すべき事態といえる。

むしろ、虚偽情報の拡散にもかかわらず勝利を収める例はある。たとえば、2008年のアメリカ大統領選挙では民主党候補であった Barack Obama が勝利をおさめた。しかし、選挙の過程では、Obama には大統領になる資格がないのではないかとの疑惑が拡散された。それによれば、合衆国憲法の規定により、大統領に就任するためには「出生により合衆国市民である者」との条件を満たさなければならないにもかかわらず、Obama は合衆国内で生まれておらず、出生証明書は偽造されたものだ、というのである。これに対して Obama 陣営は出生証明書（簡易版）をウェブサイト上で公開し、また、ハワイ州当局もこれを支持するコメントを発する等して、当該情報が真実ではないことは確認されたはずだった。しかし、2012年の大統領選を前に再びこの疑惑が持ち出され、ホワイトハウスは2011年、出生証明書の原本のコピーをハワイ州から取り寄せて公開する対応策に出た。かかる対応策が奏功したためかは不明であるが、Obama は無事再選を果たした。

台湾では、2020年1月の総統選挙を前に、蔡英文総統の学歴詐称疑惑が持ち上がった。蔡は1984年にロンドン・スクール・オブ・エコノミクス (LSE) で法学博士号 (Ph.D. in law) を取得したと公表しているが、LSE の検索システムで博士論文を検索してもヒットしないとの理由で、学籍詐称ではない

かとの疑惑が2019年夏に浮上した。これに対し総統府は論文のコピーを公開し、また、LSEからも学位取得証明書が発行され、博士号取得が真実であることを示す客観的な証拠が提出された。本来であれば、対抗言論によって真実情報が勝利をおさめ一件落着といくはずであったが、インターネット上では、「偽造されたものだ」「後ろから手を回した」等と、なお疑いの目を向ける投稿が拡散され、選挙期間中も続いたようである。こうして疑惑を完全に払拭することができないまま投票日を迎えた蔡であったが、蓋を開けてみると直接公選制開始以来の最多得票をもって再選された。

以上の2例では、虚偽情報の拡散にもかかわらず、これに真実情報を対抗させることによってダメージを最小限に抑え、選挙を勝ち抜くことができた。思想の自由市場が期待された機能を発揮したということでもある。しかし、自由市場は無条件で期待される結果をもたらす得るわけではなく、情報の拡散と投票日までの間隔次第では、真実情報による上書きが投票までに間に合わないこともあるだろう。また、Obamaの例でも蔡の事例でも、上書きが完全には成功せず、有権者の一部に疑惑を残していることも頭に留め置く必要がある。「たとえ情報の一部が虚偽であると意識的に認識したとしても、その正しくない情報は候補者や政策に対する態度を変えてしまう可能性がある<sup>7)</sup>」として、信念のレベルでの反響 (belief echoes) が持続してしまうことに警鐘を鳴らす見解があるからだ。そうした影響によって、当該虚偽情報がなければ得られていた得票よりも少ない得票しか得られなかったとすれば、虚偽情報の被害者が選挙を勝ち抜いたのだから悪影響は無に等しかった、と無邪気に評価するわけにはいかないだろう。

### (3) 我が国における対応策の要否、検討の方向性

選挙時に虚偽言論が拡散されるという現象自体は、怪文書や口コミといった手法により古くから見られたものであるが、インターネットの普及、なかでもSNSの利用人口の拡大に伴い、その拡散の規模や速度等に重大な変

---

7) Emily A. Thorson & Stephan Stohler, *Maladies in the Misinformation Marketplace*, 16 FIRST AMEND. L. REV. 442, 444 (2018).

化が生じている。また、こうした量的変化に止まらず、「ボットアカウント」による拡散の深刻化、「エコーチェンバー」「フィルターバブル」現象がSNS上で特に顕著で政治的分断を促進する技術的な下地が存在していること、そして、ビッグデータ解析を利用してターゲティングされた（虚偽）情報をピンポイントで届けることができようになったこと等の質的变化も見過ごすことができない<sup>8)</sup>。

上述の研究会最終報告書（案）は、インターネット・SNSを通じた虚偽情報の拡散が惹起する各種弊害に関し、我が国では「米国や欧州ほど大きな問題には至っていない<sup>9)</sup>」との認識を示しつつも、国内でも「近い将来同様の問題が生じ得ることを念頭に、今後の対策を検討すべき<sup>10)</sup>」としている。さらに研究会は、「対応の在り方の基本的な方向性としては、法律による規制、自主的取組とその実効性を支える法的規律を組み合わせた共同規制的な枠組みの構築、業界に対して行動規範の策定を求める等による自主的な対応、個社ごとの自主的な対応など、様々なレベルの対応が考えられる<sup>11)</sup>」と複数の選択肢を挙げてみせる。

ところが、研究会は自らの検討について、「国家安全保障の確保や選挙の安全ではなく、インターネット空間の信頼性を高め、我が国の利用者が安心・信頼してプラットフォームサービスや電気通信サービスを利用できるようにすることを主な目的として検討を行うものである<sup>12)</sup>」と限定し、「法律による規制」、なかでも虚偽言論の表現者に対する法的責任追及の是非や方向性に関しては、殆ど検討を及ぼしていない。最終報告書（案）では「我が国における偽情報への対応の在り方の基本的な方向性としては、まずはプ

8) 報告書（案）、13～14頁。これらに関する文献は多いが、例えば、福田直子『デジタル・ポピュリズム：操作される世論と民主主義』（集英社新書、2018年）、ジェイミー・バートレット（秋山勝・訳）『操られる民主主義：デジタル・テクノロジーはいかにして社会を破壊するか』（草思社、2018年）、キャス・サンスティーン（伊達尚美・訳）『#リパブリック』（勁草書房、2018年）など参照。

9) 報告書（案）、16頁。

10) 報告書（案）、15頁。

11) 報告書（案）、34頁。

12) 報告書（案）、15頁（脚注9）。

プラットフォーム事業者を始めとする民間部門における関係者による自主的な取組を基本とした対策を進めていくことが適当である<sup>13)</sup>」との方向性が示され、プラットフォーム事業者等の自主的な取り組みへの期待と、政府がそれをどのような形でサポートできるかに主眼を置いて論じられている。

本稿筆者もまた、基本的にはその方向性を結論において支持するものであるが、とはいえ、だからといって「法律による規制」に関する考究が不要というわけではない。虚偽言論について表現者本人に対する法的責任追及、虚偽言論の被害に対応する法的対処の要否やあり方についても、学問的な検討を要する点が数多あると考えられるからである。この小稿ではそうした本格的な検討の下準備として、幾つかの素材を提示した上で、それぞれの特徴を整理してみたい。まずは、日本法を確認することから始めることとしよう。

## 2. 日本法の状況：虚偽事項公表罪

### (1) 虚偽事項公表罪の概要

選挙期間中の虚偽言論に関して、表現者の法的責任を追及する枠組みとして筆頭に挙げられるのは名誉毀損法制とあって差し支えあるまい。特定候補者の社会的評価を低下させるような虚偽情報の流布は、事後的に、刑事・民事の両方で表現者の法的責任が追及される可能性がある<sup>14)</sup>。このほか、選挙時に限定した虚偽言論規制として、公職選挙法が「虚偽事項公表罪」を用意していることが注目される。

公選法235条は1項で「当選を得又は得させる目的をもつて公職の候補者若しくは公職の候補者となろうとする者の身分、職業若しくは経歴、その者の政党その他の団体への所属、その者に係る候補者届出政党の候補者の届出、その者に係る参議院名簿届出政党等の届出又はその者に対する人若しくは政党その他の団体の推薦若しくは支持に関し虚偽の事項を公にした者は、2年

13) 報告書(案)、34頁。

14) プロバイダ責任制限法3条の2は、選挙運動期間中であることから被害者救済に重きを置いた定めとなっている。参照、成原慧「フェイクニュースの憲法問題——表現の自由と民主主義を問い直す」法セミ772号(2019年)20、22頁。

以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。」、2項で「当選を得させない目的をもつて公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関し虚偽の事項を公にし、又は事実をゆがめて公にした者は、4年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。」と定める。

1項は、候補者自身により当選を目的として行われる経歴詐称のような虚偽情報の公表を処罰しようとするものであり、2項は、対立候補にダメージを与えようとして当該候補者に関する嘘を拡散させるような行為を狙ったものである。本稿の関心からは2項がより興味を惹く（以下の叙述において「虚偽事項公表罪」と表記する場合、2項のことを指す）。2項の構成要件について詳しく見ておこう。

まず、「虚偽の事項を公にし、又は事実をゆがめて公にした」とする部分のうち「事実をゆがめる」とは、「虚偽の事実を付加し、あるいは事実を著しく誇張し、潤色する等意識的に事実をゆがめることをいう<sup>15)</sup>」。また、「公にする」ことが要件となっているので、特定少数との会話の中での発言や私信に候補者に関する虚偽事項が含まれていても、本罪は成立しない<sup>16)</sup>。次に、「公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関し」(傍点引用者)という定め方をしているので、対象となる情報について内容的な限定は甘い。「性格や品行あるいは家族関係に関するものでも、およそ候補者の選挙に関する信用を失墜しあるいはこれに影響するような事項であれば足りる。有力な運動員に関する事項も、これに含まれることがあろう。……住民の大多数がある宗派に属する地域において、他の候補者が他の宗派に属するという虚偽の事実を公表するというようなことも、その候補者の選挙に関する信用に影響するということできるから、本罪による虚偽の事項に当たるといってよいであろう<sup>17)</sup>」と解説されている。また、「当選を得させない目的をもつて」と規定し、目的犯として構成されている。行為者の主観面については他に、虚偽性は本規定の犯罪構成要件であるから、検察側が「公表事項の虚

15) 小林充『選挙犯罪の研究(司法研究報告書第22輯第3号)』(司法研修所, 1971年) 311頁。

16) 参照, 美濃部達吉『選挙罰則の研究』(1937年, 良書普及会) 396頁。

17) 小林・前掲注15, 311-12頁。

偽であること及び犯人においてその虚偽であることを認識していたこと」を証明することが必要である<sup>18)</sup>。「真実であることの証明がない」というだけでは足りず、「虚偽であること」の積極的な証明が求められる<sup>19)</sup>。

以上の確認から明らかなように、候補者の社会的評価を低下させることのない虚偽情報を拡散させる行為は、刑法230条（名誉毀損罪）によっては罰せられない一方で、虚偽事項公表罪に該当することがあり得る。これは、両既定の保護法益が異なることから説明できる。すなわち、公選法235条は「選挙人をしてその公正な判断を誤らせる原因となるものであって、選挙の自由公正を害するところ大なるものがある点に鑑みて<sup>20)</sup>」の処罰法条と理解されており、虚偽情報をばら撒かれた候補者個人の何らかの法益を保護するものではないのである。選挙人の公正な判断が害されるのを防止することにより、「選挙の自由という国家的法益<sup>21)</sup>」が損なわれることを防ぐための規定と解されている。ちなみに、選挙結果に与えた効果の大きさは犯罪の成立と直接関係がない。とある裁判例は、その趣旨を次のように述べて確認している。「公表された事項が虚偽であるかぎり、それによつて当選を妨げるに至るべきおそれがあるかどうか、またはその性質を有していないかどうかは、本罪の成立に影響を及ぼすものではないと解するのを相当とする。ただし、虚偽事項の公表は、買収行為や選挙の自由妨害などとともに、選挙人をしてその公正な判断を誤らせる因となるものであつて、選挙の自由公正を害するところ大なるものがあるからである。<sup>22)</sup>」

## (2) 虚偽事項公表罪の射程

本項では、公選法235条2項の虚偽事項公表罪の射程を探るべく、一見したところ類似するかに思われる2つの規定——公選法225条の選挙の自由妨害罪及び刑法230条の名誉毀損罪との関係を、判例・裁判例をもとに整理しておく。

18) 最二小決昭和38年12月18日刑集17巻12号2474頁。参照、広島高判昭和29年4月28日高等裁判所刑事判例集7巻3号473頁、小林・前掲注15、310頁。

19) 参照、堀江一夫「判解」昭和38年度最高裁判所判例解説刑事篇、212頁。

20) 安田充＝荒川教編『逐条解説 公職選挙法（下）』（ぎょうせい、2009年）1832頁。

21) 小林・前掲注15、313頁。

22) 東京高判昭和45年7月20日 高刑集23巻3号501頁。

### ①選挙の自由妨害罪との関係

公選法225条は「選挙に関し、次の各号に掲げる行為をした者は、4年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。」と規定し、その2号において「交通若しくは集会の便を妨げ、演説を妨害し、又は文書図画を毀棄し、その他偽計詐術等不正の方法をもつて選挙の自由を妨害したとき。」を挙げる。そこで、「その他偽計詐術等不正の方法をもつて」という定めの中に、誹謗文書の配布や集会での虚偽情報拡散といった方法が包含されるのが論点となりうる。仮にこの問いに積極の解答を与えるならば、虚偽言論は公選法235条のみならず、法定刑の重い225条の違反を問われる可能性が生ずるため、本稿の検討にとって意味ある論点である。

かつての裁判例においては、積極・消極いずれの立場も見られた。両説の議論の仕方を予めまとめるならば<sup>23)</sup>、積極説は「選挙の自由」という概念の文理的分析から出発し、「選挙の自由」には「選挙運動の自由」と「投票の自由」が含まれる、と進み、後者にとって「判断の自由」は不可欠の前提であることからして、同号には判断の自由を害する行為が含まれると結論する。したがって、誹謗文書の配布等の行為を除外する理由はないことになる。他方、消極説は、公選法の他の規定を含めて総合的に考察し、225条2号には判断の自由の侵害行為は含まれないと結論づける。幾つかの裁判事例でこの筋道を確認してみる。

積極の立場を示す般若苑マダム物語事件の東京高判昭和42年6月29日<sup>24)</sup>は、「自己の良心に従つて、その適当と認める候補者を選定すること（判断の自由）は、投票するための不可欠の前提条件であるから、『投票の自由』を投票することそれ自体の自由（投票する自由）だけに限るものとし、その不可欠の前提条件である『判断の自由』を特に除外しなければならない理由はな

23) 参照、半谷恭一「判批」続刑法判例百選（1971年）220頁以下。

24) 刑集23巻2号110頁。同判決に肯定的な見解として、加賀取「誹謗文書の頒布と選挙の自由妨害罪——「般若苑マダム物語」事件控訴審判決を中心として——」警察学論集21巻5号（1968年）36頁以下参照。なお、東京高判昭和42年6月29日下刑集9巻6号799頁も参照。

い」と述べた上で、次のように議論を展開する。「『偽計詐術等不正の方法』とは、選挙の自由を妨害する偽計、詐術等の不正の方法で、しかもそれが質的にみて、少なくとも交通や集会の便を妨げたり、演説を妨害したり、文書図画を毀棄する行為に匹敵し、右各行為にまさるともおとらない程選挙の自由を妨害するていのものであることを要するものであり、なおそれが右各行為に匹敵するかどうかは、個々の場合について、具体的に検討、判断すべきものと解すべきものと思われ、これを本件文書のような誹謗文書についていえば、その内容、頒布の時期、方法及び規模等を具体的に検討し、その内容が議員候補者の信用、声価を著しく低下、減退させるような事実を含んでおり、そのため、読者である選挙人をして、当該候補者を投票の対象として考慮する余地がないと判断させるにいたるおそれがあるていものを、不特定多数の選挙人に対して大規模に頒布し、社会通念上、いわゆる言論の暴力ともいべき行為が行われたとみられるような事態を発生させたと認められるような場合には、これを質的にみれば、交通や集会の便を妨げたり、演説を妨害したり、文書図画を毀棄する行為に匹敵する程度の行為があつたものと解するのが相当と思われるから、これを『偽計詐術等不正の方法』をもつて、『選挙の自由』を妨害した場合に当るものと解するのが相当である。」

235条の虚偽事項公表罪と225条の選挙の自由妨害罪の関係については、他にも次のような判示がある。「前者はいわば抽象的危険犯であるのに対し、後者は具体的危険犯といえるであろう。すなわち、前者は、虚偽事項を公表すれば、一般に、そのこと自体によつて選挙人が候補者に関し誤つた判断を抱くであろうとの抽象的な危険性に着目して処罰しようとするのに対し、後者は、更に進んで、現実に選挙人の選挙の自由を妨害するという具体的な危険の発生を重視して重く罰しようとしているものである。従つて、前者に該当する行為は極めて広範囲なものであり、その中には、後者に該当する選挙の自由妨害行為をも含み、又、刑法上、名誉毀損に該当する行為をも内包するものであつて、法第235条第2号に該当する行為については、法第225条第2号の適用ないし名誉毀損の罪の成立を排除するという関係に立つものと解すべ

き何ら合理的な理由はない。法第235条第2号に該当する行為のうち、法第225条第2号に該当する程度の強度のものについては、同条号を適用して何ら支障はない」<sup>25)</sup>。

これに対して、消極の立場に立つ裁判例は幾つか見られたところ<sup>26)</sup>、上記の東京高裁判決の上告審である最一小判昭和44年2月6日がこの見解に与し、これにより当該論点については実務上、決着をみている。判決の一部を引用して論理を確認しておこう。公選法148条1項及び151条の3により「いわゆる報道機関が、選挙に関し、虚偽の事項を記載、放送し、または事実を歪曲して記載、放送して選挙の公正を害することを禁じ、また、235条によつて、公職の候補者……に関する虚偽事項の公表を禁止する等、選挙人の候補者に対する公正な判断を誤らしめないようにするための一連の規定を設けていることにかんがみれば、原判決のいわゆる『判断の自由』なるものは、これらの規定によつて保護しようとしているものと解される。一方、公職選挙法235条の規定を見ると、同条1号は『……暴行若しくは威力を加え又はこれを拐引したとき』、2号は『交通若しくは集会の便を妨げ、又は演説を妨害し、……』、3号は『……特殊の利害関係を利用して……威迫したとき』とそれぞれ規定していて、いずれも選挙運動および投票に関する行為それ自体を直接妨害するような行為を例示していること、更には、法定刑の面でも、選挙の自由を妨害する罪（225条）が4年以下の懲役もしくは禁錮、買収応罪（221条）が原則として3年以下の懲役もしくは禁錮、文書等により選挙の公正を害する罪（235条、同条の2、3）が2年以下の禁錮となつていて、右三者の中で選挙の自由を妨害する罪が最も重く、いわゆる選挙の公正を害する罪が最も軽くその刑を定められていることにかんがみれば、同法225条2号にいう『偽計詐術等不正の方法をもつて選挙の自由を妨害する』行為とは、選挙

25) 静岡地判昭和40年3月5日下刑集7巻3号317頁は、選挙の自由妨害罪が具体的危険犯である以上、虚偽事項公表と得票の減少等の選挙の自由妨害との間の因果関係を、当該公表を見聞きした者の心理状態に分け入って具体的に立証しなければならないはずだが、この心理的因果関係の探知は秘密投票原則と抵触するおそれがある旨を述べる。

26) 東京地判昭和39年5月29日刑集23巻2号101頁、仙台高判昭和40年4月9日下刑集7巻4号543頁、水戸地判昭和43年6月29日判タ228号223頁。

運動および投票に関する行為それ自体を直接妨害するような行為をいい、単に選挙人の候補者に対する判断の自由を妨げるだけの行為は、これにあたらぬものと解するのが相当である。」「本件誹謗文書の頒布行為は、前記文書の内容に照らし、選挙人の候補者に対する判断の自由を妨げる行為とはいいうるが、選挙運動および投票に関する行為それ自体を直接妨害するような行為とはいえないから、同法225条2号にいわゆる選挙の自由を妨害する行為にあたらぬ」ない。

福田平も、「本件誹謗文書の頒布行為は、選挙人の候補者に対する判断の自由を妨げる行為とはいいうるが、選挙運動および投票に関する行為それ自体を直接妨害するような行為とはいえないから、225条2号にいう選挙の自由を妨害する行為にあたらぬとした最高裁の判断は妥当であろう<sup>27)</sup>」として、「選挙運動および投票に関する行為それ自体を直接妨害するような行為」とまで評価できなければ同号違反とならないとする<sup>28)</sup>。

この点で横浜地横須賀支判昭和35年8月16日<sup>29)</sup>が注目される。この事件は、選挙運動員が候補者の当選を得しめる目的で、対立候補は「選挙違反をして警察に連れて行かれたから、そんな人に投票しても無駄だから、自分達の推している A 候補よろしくたのみます」旨の虚偽の事実を申し向け、もって不正の方法により選挙の自由を妨害したとして起訴されたものである。裁判所は対立候補が警察に連行されたとの情報は虚偽であることを確認しつつ、「これを聞いたその選挙人に、往々誤解をいだかせ、選挙に当りその議員候補者選択の範囲を不当に制限する結果を招来するおそれがあるものであつて、その選挙の自由を妨害するものといわなければならない」し、仮に誤信していたにせよ、警察に連行された事実のみでは当選の効力と結びつかないのであるから「かようなことを一般の選挙人に、さも真実に、申し向け

27) 福田平「選挙の自由妨害と名誉毀損——いわゆる般若菟マダム物語事件をめぐって——」ひろば22巻4号(1969年)35頁。

28) 浦部衛「判批」判例評論129号(判時569号)129~130頁も原審判決を厳しく批判して、単なる誹謗文書の配布による選挙の自由妨害罪の成立を否定する。

29) 下刑集2巻7・8号1116頁。

るが如きことは、これを聞いた選挙人に、その旨の誤解をいだかせ、ひいては、選挙に当りその議員候補者選択の範囲をせばめさせて、不当にこれを制限する結果を招来するおそれがあるものであつて、その選挙の自由を妨害するものといわなければならない」とする。また、当該情報を流布させれば対立候補に多大の不利益を生じさせること、有権者の意思決定に少なからぬ影響を与えるであろうことは、被告人において十分了知していたと推認される以上、「選挙人に申し向けるに当つては、法治国民の一員として、当然その真否を確認すべきであり、また、これを確認するには、前記同候補の選挙事務所に聞き合わせるなどのことで、容易にこれを確認しえたにもかかわらず」発言を続けたこと等を指摘し、罰金の有罪判決を言い渡した。判決は単なる虚偽事項の公表による選挙の自由妨害罪の成立を認めているようにも見えるが、先の般若菟マダム物語事件最高裁判決の調査官解説は、「この事件は、単に『判断の自由』だけではなく、『投票の自由』を妨げたものとみてよい事案であろう。<sup>30)</sup>」として否定的評価を与えていない。しかし、本件で「投票の自由」の対する具体的危険の発生があったと評価できるかは疑問がないわけではなく、“選挙の自由に対する具体的危険”として立証を求められるレベルの設定次第で、虚偽言論による選挙の自由妨害罪の成立可能性が高まるように思われる。

## ②名誉毀損罪との関係

次に、刑法230条の名誉毀損罪との関係について（以上の叙述中で論及した部分もあるけれども）検討する。「事実上一つの行為が一方で刑法の名誉毀損罪にあたると同時に、他方でこの公職選挙法の罪にもあたるという場合のあり得ることは<sup>31)</sup>」疑いないところであるので、両者の関係を整理しておく必要があると考えられる。第一の論点は、虚偽性の要件についてである。235条2項の対象となるのは「公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関」する表現であるところ、刑法230条の2は「公務員又は公選による公

30) 鬼塚賢太郎「判解」昭和44年度最高裁判所判例解説刑事篇、28頁。

31) 小野清一郎「名誉毀損の罪と公職選挙法による虚偽事項公表の罪」愛知学院大学論叢法学研究8巻1号（1965年）16頁。

務員の候補者に関する事実に係る場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。」(3項)として、当然に真実性証明による免責が認められ得る領域としている。したがって、「公選による公務員の候補者に関する事実」であって、その者の社会的評価を低下させる類の表現が公になされた場合、表現者が名誉毀損罪で処罰されるのは、真実性証明ができない場合となるが、これには公表事実が虚偽である場合に加えて、公表事実は客観的には真実であるものの訴訟法上真実であることの証明に失敗した場合が含まれる。他方、同じ表現であっても、虚偽事項公表罪が成立し得るのは、検察官が虚偽であることの証明に成功した場合に限られる。既に触れたように、公選法235条にあっては、公表事項の虚偽性は構成要件の内容をなすものであるから、犯罪の成立に「虚偽性」の証明が必要なのはもちろん、行為当時、被告人が虚偽であることを認識しながら敢えて公表したことの立証も必要である<sup>32)</sup>。したがって、この局面をとらえれば、虚偽事項公表罪の方が処罰範囲は限定されている。また、虚偽事項公表罪には「当選を得させない目的をもつて」という要件もあり、この点でも限定的といえる。

他方で、公選法235条2項は「公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者に関」する「虚偽の事項(あるいは、歪めた事実)」という2点以外に内容的な限定を施していない。したがって、当該候補者の社会的評価の低下(のおそれ)は犯罪成立に不要である。この観点からは、刑法の名誉毀損罪よりも規制の対象となりうる表現の範囲は広いことになる。なお、名誉毀損罪が抽象的危険犯であるのと同様に、般若苑マダム物語事件の最高裁判決にあるように、235条2項もまた抽象的危険犯であり、“選挙の公正が害される具体的危険の発生”を検察官が証明する必要はない。

以上確認したように、名誉毀損罪と虚偽事項公表罪の規制対象は重なり合う面をもっているものの、前者の関係では有罪となるが後者との関係では無

---

32) 参照、最二小決昭和38年12月18日刑集17巻12号2474頁。なお、広島高判昭和29年4月28日高等裁判所刑事判例集7巻3号473頁も参照のこと。

罪、あるいはその逆、という場合がある。それは、両者の立法目的が異なり、それに伴って別様の規定の仕方がなされている以上、当然のことである。ちなみに、「一個の行為が、二つの構成要件に該当する場合には、刑法第54条の観念的競合として処理され」、法定刑の重い名誉毀損罪のみが適用されることになる<sup>33)</sup>。

処罰範囲の広狭には、235条2項の「事実をゆがめて公にした」という要件の解釈も大きく関わってくる。これに関して東京高判昭和51年8月6日<sup>34)</sup>は、「事実をゆがめるとは……客観的にみて、虚偽の事実に至らないけれども、或る事実について、その一部をかくしたり、逆に虚偽の事実を付加したり、あるいは、粉飾、誇張、潤色したりなどして、選挙民の公正な判断を誤らせる程度に、全体として、真実といえない事実を表現することをいうと解するのが相当である」とする。単なる「切り貼り」「誇張」としか評価できない場合には犯罪の成立に至らないとする趣旨は、表現の自由保障の観点から肯定的に理解されるべきであろう。

最後に、「意見」による虚偽事項公表罪の成立可能性について考える。刑法230条は「公然と事実を摘示し」と規定しており、意見論評による名誉毀損罪成立を問う余地はない。では、虚偽事項公表罪の場合はどうか。名古屋高判昭和50年4月30日<sup>35)</sup>は、「公表事項は、虚偽であることの証明に適するような具体的事実でなければならないと考えられる。また同条は、候補者に対する虚偽事項の公表行為がありさえすれば、それだけで選挙の公正に対する抽象的危険の発生があるとして、これを処罰する趣旨と解されるが、それはとりもなおさず、具体的な事実を公表する場合は、選挙民に与える影響力が大きいと考えられるからであつて、単に抽象的な人の意見ないし価値評価にわたる場合はこれに含まれないと解される」と判断しており、適切と考えられる。同じような趣旨は、佐賀地決昭和48年9月4日<sup>36)</sup>でも確認できる。これ

33) 小野・前掲注31, 18頁。

34) 高等裁判所刑事判例集29巻3号456頁。

35) 判時796号106頁。

36) 判時732号37頁。

は、佐賀県多久市長選で自民党側が共産党公認候補への攻撃として、デモ参加者を逮捕したり銃殺したり、党の特権階級以外は車を規制する等の内容を記載し、「共産党は自由を守りません」という大見出しを付したビラを配布しようとしたところ、共産党県委員会が当該政治活動用ビラが公選法235条3項にいう虚偽の事項に該当すると述べ、その配布等を禁じる選挙活動妨害禁止の仮処分命令を申請した事件である。地裁は、「虚偽の事項とは真実に反する具体的事実を指すものと解すべきものであるところ右ビラは申請人である日本共産党が綱領ないし、規約、党大会の決定等で右ビラに記載のあるような具体的な運動方針ないし施策を公式にとつて来たなどというものではなく、表面上は自由と人権の擁護をひようぼうするけれども、政権を獲得した暁には右ビラに記載のあるような国民の自由を圧迫され、人権が無視されるような社会になるであろうという、いわば対立政党からみた批判的観測を掲げたものにすぎないとみるのが相当であり、右のようなもので公職選挙法にいう虚偽の事項に該当するものということではできない」と判断した。

### (3) 仮処分による救済

本項では、公選法235条2項の存在が、自らに関する虚偽の事項を公表されている（あるいは、されそうである）候補者による仮処分の申請を下支えするかを検討する。名誉毀損表現に関しては仮処分による差止めが認められることはよく知られているが、虚偽事項公表罪に該当する表現にも同じことは可能だろうか。名誉毀損表現の場合には、名誉毀損罪や名誉毀損不法行為が成立する表現と債権者の被保全権利との対応関係が明白である。これに対して、公選法235条2項の場合、同項の直接の保護法益は「選挙の公正」という国家的法益であるため、法違反であることは直ちに債権者本人の被保全権利の存在及び保全の必要性の判断と結びつかない。仮処分申請に際しては、この隙間を的確に埋める主張が展開される必要がある。

発見できた唯一の検討材料は、佐賀地決武雄支決昭和49年2月21日<sup>37)</sup>である。この事件は、直前で紹介した佐賀地裁決定と殆ど同じ事案であり、武雄

37) 判時732号41頁。

市長選に際し、自民党側が共産党候補者攻撃のために作成したビラの内容が虚偽事項公表罪、選挙の自由妨害罪、名誉毀損罪に該当する違法なものとして県委員会が仮処分を求めた事件である。申請人は、被保全権利として、公正な選挙と投票の自由の保障、申請人の有する選挙活動を行う権利の保障、名誉を犯されない権利を挙げ、以下のように当該ビラが公選法235条2項違反であることを主張した。「自民党県連が描き出そうとしているところのものは、その特殊なイデオロギー（反共イデオロギー）に基づく、架空の共産党像、共産党の参加する政権像であり、また架空の社会主義国像、共産主義国像である。」「日本共産党の理念・政策・政権構想は、綱領、規約、大会決定、民主連合政府綱領から明らかなように、本件ビラに描かれた共産党像、共産党の参加する政権像とはまったく異なる。また、社会主義国、共産主義国の実情も、本件ビラが描き出そうとしたものとはまったく異なっている。本件ビラが描き出したところのものは、結局、被申請人も自民党県連の特殊なイデオロギーによる虚像にほかならないのである。このような虚像（捏造品）によつては、選挙活動の際の正しい論争が繰り広げられる余地はない。結局、選挙人に対して誤解を与え選挙の公正を害するにすぎないのである。」さらに、保全の必要性として「申請人は、前記のように憲法、公職選挙法に定められた選挙活動を行なう権利を有し、C候補当選のため総力をあげて奮闘しており、勝敗は投票日……までの残された五日間の運動如何にかかっている。／本件ビラは、一万枚近く印刷され、そのうちの何割かはすでに配布されているようであるが、もしこの後もこうした虚偽のビラが配布され続けるならば、選挙の公正は害され、申請人の得票活動も回復し難い重大な損害を被ることになる。」と訴えた。

これに対して裁判所は、「当裁判所は債権者の申請を相当と認め」、「債務者らの……の政治活動用ビラ第一号に対する占有をとき、債権者の委任する執行官にその保管を命ずる」こと及び「債務者らは右ビラを配布し、または第三者に引渡してはならない」という内容の決定を下している。決定文中には申請人の主張を一部でも否定する記述はないので、虚偽事項公表罪に該当

表1：虚偽事項公表罪の検挙数（各年の犯罪統計書をもとに筆者作成）

年	H15	H16	H17	H18	H19	H20	H21	H22	H23	H24	H25	H26	H27	H28	H29	H30
件	7	4	2	2	6	0	0	0	3	0	1	1	0	1	4	1
人	8	5	2	2	5	0	0	0	2	0	2	1	0	1	3	2

する表現についても何らかの権利との結びつきが認められ、拡散防止の仮処分が許容されることがあり得ることを示した事例と解することも不可能ではない。ただし、裁判所が申請人の主張の全てを肯定したのか、具体的にどの被保全権利の存在を認めたのか、短い決定文から定かには読み取れない。

#### (4) 虚偽事項公表罪の実態

本節の最後に、同規定に基づく検挙が近年どれほど行われているか（検挙件数・人員数）を警察庁発表の犯罪統計書から確認してみると、表1のとおりである。統計は235条の1項と2項とを区分していないので、両既定による検挙の総数と解される。SNSの普及と共に虚偽言論の数自体は激増していると想像されるものの、実際の検挙件数は低い数値のまま横ばいを続けている。名誉毀損が同時に成立するような虚偽言論の場合には名誉毀損罪で処罰されること、安易な検挙は表現の自由・選挙活動の自由との抵触が生じ得ること、検察官にとって立証のハードルが低いとはいえないこと等が原因ではないかと推測される。なお、選挙期間中の虚偽言論の抑止に同規定がどれほどの効果を発揮しているか、筆者には推測不能であるが、抜群の効果を発揮しているとは想定し難い。そこで、選挙関連の虚偽言論に関して表現者本人に対する法的責任追及及び虚偽言論の被害に対応する法的対処の要否やあり方につき、現行法以外の可能性を探るべく、以下ではアメリカとフランスの法状況に目を向けてみることにしたい。

### 3. アメリカ法の状況<sup>38)</sup>

#### (1) 名誉毀損法

アメリカ法においても、選挙期間中の虚偽言論は名誉毀損に該当すること

38) 本節の内容については、本誌68巻4号に掲載予定の拙稿「嘘・選挙・言論の自由——合衆国における選挙キャンペーンでの虚偽言論の規制」の参看を乞う。本文中の「別稿」とはこれを指す。

があり、発言者が刑事責任を問われる可能性もある。しかし、その可能性は一部に過ぎない。その理由の第一は、当然のことながら、名誉毀損法は個人の名声 (reputation) の保護のためのスキームである以上、具体的な人間に関する虚偽事項の公表にしか適用されないことである。そのため、特定人の評価を低下させるわけではない虚偽言論は規制対象外となる。しかも、特定人の評価を低下させるような虚偽言論であっても、名誉毀損が常に成立するわけではない。理由の第二である。説明しよう。

周知のとおり、アメリカの名誉毀損法制は、1964年の New York Times Co. v. Sullivan によって大きく変容した。同判決は、「公的な論点に関する討論は、抑制されることなく、たくましく、広く開かれているべきであり、政府や公職者に対する激しく、苛烈で、ときに不愉快なほど鋭い攻撃をも含むことも十分あり得る、という原則に対する深い国家的コミットメント<sup>39)</sup>」を前提におきながら、「自由な討論においては誤った言明 (erroneous statement) は不可避であり、表現の自由が『その存続のために必要な』『息つぎの場』を保持しようとするならば、かかる言明も保護されなければならない<sup>40)</sup>」と述べる。そして、「公職者とその公務の遂行に関係する名誉毀損的な虚偽事項によって生じた損害賠償を手にできるのは、当該言明が現実の悪意に基づいて発せられたものであったこと、すなわち、言明内容が虚偽であることを認識して、あるいは、真偽について無謀にも無視して発せられたものであったことを公職者が証明できた場合に限定される、との連邦ルールを憲法の保護が要請している、と我々は考える<sup>41)</sup>」として、いわゆる「現実の悪意」ルールを宣明した。現実の悪意ルールの適用範囲を正確に理解するためには細かな判例の展開を跡付ける必要があるものの、本稿の目的からすると、Sullivan 判決にいう「公職者」のなかには、現役の者のみならず、選挙によって選ばれる公職の候補者 (candidate) が当然に含まれる<sup>42)</sup> ことを

39) 376 U.S. 254, 271 (1964).

40) *Id.* at 271-72.

41) *Id.* at 279-80.

42) *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265, 271 (1971).

確認しておけば、ひとまず足りる。

それゆえ、選挙期間中に候補者に関する名誉毀損的な虚偽情報が拡散された場合、候補者が民事の救済を受けるためには、候補者本人が、当該情報の発信者が行為時に虚偽であることを認識していたか、あるいは、真偽を一切顧慮せずに表現したことを証明する必要がある。そして、Sullivan 判決の示したこのルールは、刑事にも妥当するとされている<sup>43)</sup>。改めて述べる必要もないが、表現の対象となった候補者にとって、このハードルは非常に高い。それゆえ、本稿が検討対象としている“選挙期間中に拡散される、選挙結果に影響を与える内容の虚偽言論”につき、名誉毀損が成立する余地はあまり大きくない。

## (2) 州法の例

では、名誉毀損法制以外に、選挙時の虚偽言論の拡散それ自体を処罰するような法制度はないのか。連邦レベルでは存在しないようであるが<sup>44)</sup>、州レベルではこの種の規制は多く見られる。各州の選挙関連の欺騙 (deception) に対する規制を網羅的に分析した Robert N. Spicer のまとめるところでは<sup>45)</sup>、州法には3つの規制類型があるという (州を欺くものを除く)。第一は、投票行為に関する虚偽の規制であり、政府機関になりすまして、投票日等についての虚偽の情報を含んだ投票用紙を作成したり配布したりする行為の規制が典型例である<sup>46)</sup>。第二は、属性 (affiliation) に関する deception の規制と名付けられたもので、例えば、選挙に出馬している候補者のふりをし

43) Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 67 (1964).

44) Staci Lieffring, *Note: First Amendment and the Right to Lie: Regulating Knowingly False Campaign Speech After United States v. Alvarez*, 97 MINN. L. REV. 1047, 1056 (2013). 連邦法の不在に関しては、2020年大統領選挙の民主党候補指名の獲得をめざす予備選挙の主要な候補者の1人であるElizabeth Warren上院議員は、合衆国の選挙について投票日と投票方法に関する虚偽情報を故意に拡散した者に対して、厳しい民事及び刑事の制裁 (tough civil and criminal penalties) を課す法律の制定を推進する、との公約を指名争いの過程で表明し、話題をよんだ。https://elizabethwarren.com/plans/fighting-digital-disinformation

45) ROBERT N. SPICER, FREE SPEECH AND FALSE SPEECH: POLITICAL DECEPTION AND ITS LEGAL LIMIT (OR LACK THEREOF) 34-41 (2018).

46) 日本であれば、選挙の自由妨害罪の適用が考えられる。

て電話をかけることを禁じる規定がある。なりすまし電話で嘘が拡散されれば、一般市民が騙されることになる。また、候補者の活動を妨害する目的で選挙事務所にボランティア等として入り込むことを違法とする規制もあり、場合によっては、入り込んだ先で選挙事務所の正規のルートを通じて虚偽情報を拡散することが可能となる。この場合、騙されるのは一般市民と事務所ということになる。

第三は、虚偽のキャンペーン・メッセージに対する規制であり、その対象は、何らかの方法をもって有権者を騙し、投票を一定方向に誘導しようとするものである。再選に向けて立候補した現職者であると偽る行為の規制、候補者に関する虚偽情報の拡散行為の規制、住民投票等の論点に関する虚偽情報の拡散行為の規制、の例が見られるといい、Spicerによれば、この第三類型の規制が合衆国内で最も数が多いのだという（本稿が虚偽言論として念頭に置いてきているのも、主にこの類型の言論である）。さらに、行為者に対してどのような制裁を与えることにしているかをみてみると、民事の賠償（懲罰的損害賠償を含む）だけを用意する州もあれば、刑事罰を用意する州もある。刑事罰に関しても、罰金、懲役、あるいはその両方と様々であり、最高刑も区々にみえる。また、州のなかには、候補者が当該規制に違反したと判明した場合には、職を追われたり、職に就くことができなくなったりする例もあるようである<sup>47)</sup>。

ここでは、ミネソタ州の制度（2004年法改正時点のもの）概要を紹介しておく。同州では、市民による投票の対象となる案件についての有料政治広告、キャンペーン資料（campaign material）であって、賛否いずれかの結果へと導くようデザインされ、あるいは、その傾向を帯び、その内容が虚偽であるものを、意図的に準備、拡散、放送した者が、当該情報が虚偽であることを知っていたか、虚偽であるかどうかを無謀にも無視して伝達したならば重軽罪として扱われると定めていた（§211B.06, Subdivision 1）。郡検事（county attorney）による刑事手続を開始するか否かの決定に先立っ

47) SPICER, *supra* note 45, at 46.

て、違反申し立てに対する行政聴聞局（Office of Administrative Hearings, OAH）による非刑事的な処理が行われる。前置される OAH の非刑事手続は以下のように進められる（§ 211B.31～35）。まず、違反の申し立ては何人にも認められている。違反が申し立てられると、OAH 内では行政法審判官（administrative law judge）が選出されて予備的審理を行う。審判官が違反ではないとこの段階で判断すると申し立ては却下される。他方で、prima facie の違反事実が確認でき、申し立てと関連する予備選挙・補欠選挙の投票日前60日以内であるか、通常選挙の投票日前90日以内である場合、審判官は、第1段階の迅速な審理を行わなければならないとされている。この迅速審理では原則として3営業日以内に違反事実に関して相当な理由の有無を調べる聴聞（probable cause hearing）を行われなければならない。聴聞後、違反の申し立てが取るに足らないものであるか、あるいは、違反事実が認められない場合には却下の決定が下され、違反事実があると相応の根拠で認められる場合には、3名の行政法審判官から成るパネルでの審理に移行する。パネルでの審理にも厳しい期間の制限が課せられており、パネルは証拠調べを行った上で、その期間内に、申し立ての却下、譴責（reprimand）、当該表現が § 211B.06 に違反していることの宣明、5,000ドル以内の民事罰、郡検事への付託という選択肢のうち、いずれか1つ以上を結論として採ることとされている。申立人には、§ 211B.06違反であることを「明白かつ確信を抱くに足る証拠（clear and convincing evidence）」でもって証明する責任が課されており、この証明はパネルでの最終的な判断において必要とされる。

同様の手続は他州でもみられ、こうした非刑事手続を備えた法制は、虚偽言論の被害者に対して迅速な救済を与える一方で、表現者側に有利ように立証責任を配分し、いきなり刑事手続を開始しないようにして言論の自由が過度に制約されることを回避しようとしているものと考えられる。

### (3) 裁判例の動向

しかしながら、こうした州法に対しては下級審レベルでの違憲判断が続いており、今後、キャンペーン時の虚偽言論規制が修正1条と共存していける

かの見通しは実は明るくない。直前で取り上げたミネソタ州法の憲法適合性が争われた281 Care Committee 事件の第8巡回区連邦控訴裁判所判決は、当該規定に厳格審査基準を適用して、違憲の結論を導いている<sup>48)</sup>。判決はまず、当該規定の対象となる言論は修正1条保障の核心たる政治的言論に対する規制であるから、厳格審査基準が妥当し、やむにやまれぬ利益を達成するために規制が厳密に設えられていることが示されなければならない、と審査に臨む構えを表明する。

州側は当該規定の立法目的が、公正で誠実な選挙を維持すること、そして、重大な虚偽情報を意図的に拡散することによる有権者への欺瞞を防止することにあり、これらはやむにやまれぬ利益ということができると主張していた。これに関して判決は、過去の3つの連邦最高裁を引き合いに出しながら検討を進めている。McIntyre v. Ohio Elections Comm'n<sup>49)</sup> は、修正1条によって政治的言論が強力に保護されると述べる一方で、欺瞞の防止という州の利益は、虚偽の言辞が信頼されてしまったならば広く深刻な悪影響を与える可能性のある選挙キャンペーン時には特別な重みをもつことを認めている。また、選挙プロセスのインテグリティを維持することにつき州がやむにやまれぬ利益を有していることは Eu v. San Francisco Cnty. Democratic Cent. Comm.<sup>50)</sup> の述べるところであり、インテグリティと信頼性を備えて実施される選挙を保護する州の利益は明らかにやむにやまれぬものであるとの Burson v. Freeman<sup>51)</sup> の先例もある。ここまで述べながらも第8巡回区連邦控訴裁は、本件規制が目的達成のための厳密に設えられたものとはいえず、手段審査だけでも違憲の結論が導かれるとの理由から、公正で誠実な選挙を維持し、また、有権者を欺瞞から保護することはがやむにやまれぬ州の利益といえるか否かについては明確な判断を回避している。

手段審査に関しては、当該手続が以下に挙げるような多くの難点を抱えて

48) 281 Care Comm. v. Arneson, 766 F.3d 774 (8th Cir. 2014).

49) 514 U.S. 334 (1994).

50) 489 U.S. 214 (1989).

51) 504 U.S. 191 (1992).

いることを列挙して、厳密に設えられたものとはいえないことを論証しようとしている。挙げられている難点とは、選挙の公正に対する害悪発生との因果関係が経験的な証拠によって示されていないこと、誰でも違反の申し立てができる以上、反対者への攻撃として制度を悪用することができ、被申立人側に損害を発生させられること、最終的な司法判断が示されるまでの間に選挙は終了してしまうのが通例であって、申し立てを受けた者が後の裁判で仮に勝訴判決を得たとしても、選挙結果が覆るわけではないこと、非刑事手続に巻き込まれるだけでも言論の自由に対する重大な負担となること、OAHの手続の途中段階までは、申立人の側が「明白かつ確信を抱くに足る証拠」よりもずっと軽い証明負担を果たすだけで被申立人を手続から逃さないことを可能にしてしまうこと、OAHに対する申し立てを受けること自体が脅威である以上、「現実の悪意」ルールが組み込まれていたとしても萎縮効果は避けられないこと等である。判決は、思想の自由市場論は真偽の判定を市民の手に委ねており、対抗言論こそが虚偽言論に対して当座最も有効であり、しかも、制限度の低い手段であることを明言する。さらに続けて、虚偽のキャンペーン言論への対抗策として、対抗言論が必ずしも効果的とはいえない局面は確かに存在することを認めつつも、上述のように州法の定める規制とて多くの問題を内包しており、公正かつ誠実な選挙を維持し、有権者に対する欺瞞を防止するという目的のために十分機能しないケースが少なくなく、それゆえ、それら目的を同程度に達成できる手段のうち § 211B.06が最も制限的でないものとはいえない、と論じているのである。

ミネソタ州と殆ど同じ仕組みを採用していたオハイオ州のキャンペーン時の虚偽言論規制に対しても、第6巡回区連邦控訴裁判所から違憲の判断が示されている<sup>52)</sup>。そこでは、選挙のインテグリティを維持する、有権者を混乱と過度の影響から保護する、選挙プロセスにおいて騙されて投票する個人の権利が損なわれることのないように確保する、というオハイオ州が主張する諸利益はやむにやまれぬものと認められている。しかし、やはり目的達成の

52) Susan B. Anthony List v. Driehaus, 814 F.3d 466 (6th Cir. 2016).

ために厳密に設えられたものとはいえないとの理由で違憲の結論となった。

こうした州法の憲法適合性について連邦最高裁が判断を直接示した例は今のところないようだが、虚偽ではあるものの名誉毀損的ではないキャンペーンスピーチに対する規制は連邦最高裁も違憲と評価するのではないかと予測されている<sup>53)</sup>。虚偽のキャンペーンスピーチ規制に対して州最高裁から2度の違憲判決を受けたワシントン州では現在、“名誉毀損的な”虚偽言論に限定した規制となっている (RCW42.17A.335 (1))。今後は、キャンペーン時の虚偽言論規制といっても、名誉毀損や詐欺といった明白な害悪を発生させる虚偽言論への規制だけしか修正1条の審査を生き残っていけないのかもしれない<sup>54)</sup>。しかし、それでは既存の名誉毀損罪や詐欺罪と対象が重複してしまうので、処罰とは別個の迅速な非刑事手続に特別な意義を見出すことになる<sup>55)</sup>。とはいえ、裁判例はこの手続が政治的言論に与えるインパクトの大きさを強く懸念しており、アメリカにおけるキャンペーン時の虚偽言論規制の今後の道行きはかなり険しいものと思われる。

#### 4. フランス法の状況

##### (1) 2018年法

フランスでは2018年12月に「情報操作との闘いに関する法律第2018-1202号<sup>56)</sup>」が制定されている<sup>57)</sup>。同法は20箇条からなる短いものであるが、選挙期間における虚偽情報の拡散防止を狙ったものであり、主に既存の選挙法典や1986年コミュニケーションの自由に関する法律を一部改正するものであ

---

53) Erwin Chemerinsky, *False Speech and the First Amendment*, 71 OKLA. L. REV. 1, 8 (2018); Liefkring, *supra* note 44, at 1061. See also James Weinstein, *Free Speech and Domain Allocation; A Suggested Framework for Analyzing the Constitutionality of Prohibitions of Lies in Political Campaigns*, 71 OKLA. L. REV. 167, 184 (2018).

54) See Liefkring, *supra* note 44, at 1076.

55) See SPICER, *supra* note 45, at 44-45.

56) Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

57) 同法に関しては、安藤英梨香「【フランス】情報操作との闘いに関する法律」外国の立法No.279-1 (2019年) 18頁以下による紹介がある。

る。本稿の関心から注目される内容としては、オンラインのコミュニケーション・サービスを通じた選挙前の虚偽情報の拡散に対して民事急速審理手続を導入することにしたこと、大量に虚偽情報を拡散させているアカウントへの一定の対策を講じるようプラットフォーム事業者に求めていることが挙げられる。

前者は（選挙法典にL163-2条を新設する法1条による）、総選挙投票月の初日の3ヶ月前から投票日までの期間を区切り、投票の真正さ（sincérité du scrutin）を違える性質をもつ不正確または欺瞞的な提示ないし非難（allégations ou imputations inexactes ou trompeuses）が、オンラインでの公衆コミュニケーション・サービスを通じて、人為的または機械的に大量拡散されている場合に、拡散を防止するための必要かつ比例的なあらゆる措置を命じることが可能と定める。この措置は損害賠償による救済とは別個のものである。手続としては、検察官、候補者、政党・政治団体、その他の利害関係者の申し立てによって開始され、急速審理手続裁判官（le juge des référés）が、迅速に必要な処分を命じることができるとするものである<sup>58</sup>。裁判官は申し立てから48時間以内に、拡散防止の措置に関する決定を言い渡すこととされている。後者については、法11条が、公序（ordre public）を乱すか、投票の真正を損なうおそれのある虚偽情報の拡散に対抗するための手段を備えるよう、オンラインプラットフォーム事業者に求めている。その手法として同条は、アルゴリズムの透明性確保、公益をめぐる討論（débat d'intérêt général）に関する情報コンテンツの宣伝する対価として事業者報酬を支払う個人の身元情報や法人の社名・本社・目的に関する情報を利用者に開示・提供すること、コンテンツの性質・出所・拡散方法について利用者に情報開示すること等と並んで、虚偽情報を大量に伝播させるアカウントへの対策を講じることを挙げている。また、視聴覚高等評議会（Conseil

58) 急速審理手続自体はかねて存在しているもので、本法律は、当該手続の適用対象を拡大するものといえる。民訴上の急速審理手続について、本田耕一「レフェレの研究—フランスにおける仮処分命令の発令要件」（中央経済社、1997年）、堤龍弥「フランスにおける仮処分」神戸学院法学22巻3・4号（1992年）1頁以下参照。

supérieur de l'audiovisuel, CSA) が、これら措置に関する履行状況を監視することとされている (12条)。

## (2) 憲法院判決

同法については憲法院の判断も示されている<sup>59)</sup>。以下では、急速審理手続に関する判断、なかでも表現の自由との関係を論じる部分に絞って、その内容を確認しておく。違憲の主張の根拠は多岐にわたり、同法の立法目的を達成できる他の規定が既にあること、48時間以内に判断すること及び実際にはまだ行われていない投票についてその真正さを害する危険性を評価することは困難であること、政治的討論・選挙キャンペーンにおける表現の自由の特別な重要性に鑑みるならば対応策として釣り合いが取れていないこと、投票への影響が不確実な表現も制限されてしまうおそれがあること、投票の真正さを害する意図が要件とされていないこと、当該規定の不明確さ故に規制の対象が虚偽情報に限定されることなく、パロディ、単に誤解を招くだけの表現及び誤報も含まれてしまうこと、等が紹介されている (paragr. 11 [~13])。

憲法院は、表現及びコミュニケーションの自由がデモクラシーの基盤であり、また、他の権利自由の保障の裏付けとして一層の重要性をもつことから、この自由への制約は目的達成のために必要かつ適切なもので、しかも比例的でなければならない、と一般論を述べる (paragr. 15)。他方で、憲法3条3項から、真正な投票の原則 (le principe de sincérité du scrutin) を導き出してみせる (paragr. 16)。以上を前提として、本件の場合、当該規定の立法目的は、憲法から導かれる上記“真正な投票の原則”と憲法上の権利である“表現及びコミュニケーションの自由”の両立であると憲法院は見取 (paragr. 17)。この制度を導入することで立法者は、投票の真正さを損なうような一定の虚偽情報が、オンライン・公衆コミュニケーション・サービスを通じて大規模拡散されることによる、実際の投票にあたって市民が騙されたり操作されたりする危険性に対処しようとしたのだと解している。換

59) Décision du Conseil constitutionnel n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018.

言すると、選挙をめぐる討論の透明性と真正な投票の原則への尊重とを確保することを狙ったものと性格づけている (paragr. 18)。

続いて、かかる目的達成のための手法としての必要性等が問われることになる。判決の中で憲法院は、期間を3か月前から投票日までと限定していること、規制対象の範囲について、オンライン・公衆コミュニケーション・サービス上で公表されたコンテンツに限定していること、「人為的または機械的に」「大規模に」「意図的に」拡散されたものに限定していることを肯定的な要素として挙げる。また、規制対象となる情報についても、投票の真正さに影響を与え得る不正確または欺瞞的な主張・非難のみに限定され、意見、パロディ、部分的な不正確さ、単なる誇張は対象外となるので、客観的な方法で虚偽性を証明できるものに限定されている、と評価する。(paragr. 19~21) むろん、それでも本件制度が特定の情報コンテンツの普及拡散を停止する効果があることは否定できないところであって、表現及びコミュニケーションの自由、とりわけ、政治的討論や選挙キャンペーンにおけるこの自由が重要であることに鑑みるならば、当該制度の発動は抑制的でなければならない、と語られる。具体的には、対象となる表現の不正確または欺瞞的な性質が明白であり、また、投票の真正さを損なう危険性についても明白な場合にのみ正当化されるというのである。(paragr. 22~23) 加えて、急速審理手続裁判官はあらゆる必要かつ比例的な措置を命ずることを許されているが、表現及びコミュニケーションの自由に対して最も侵害的なものを採用するよう立法者は命じている、と述べて、運用にも釘を指している (paragr. 25)。

以上のように展開して憲法院は、かく限定された形であれば、表現及びコミュニケーションの自由に対する必要・適切・比例的なものであって違憲ではない、と結論づけている。

## 5. 若干の分析・検討

本節では結びにかえて、前節までで確認された日米仏の法状況を幾つかの

観点から整理・分析しておくことにしたい。

### (1) 被侵害法益

まずは、投票日前の虚偽言論によって損なわれる法益の内容・性質から。仮に虚偽言論によって候補者の名誉が害されている場合には、表現者に名誉毀損法制の下で法的責任追及が可能であるかが問われればよい。一方、必ずしも候補者の名誉を毀損する性格を持つとはいえない虚偽言明について、これを規制する際にはいかなる被侵害法益が想定されているのだろうか。

我が国の虚偽事項公表罪（公選法235条）の保護法益については、「選挙の自由という国家的法益<sup>60)</sup>」と表現されたり、「選挙の自由公正<sup>61)</sup>」と表現されたりしている。ただし、「選挙の自由」を害する行為に対しては、選挙の自由妨害罪（同法225条）とそのものズバリの名を冠した犯罪が別途用意されており、さらに踏み込んだ考察を要する。両者の関係を論じた般若苑マダム物語事件の最高裁判決は、虚偽事項公表罪を「選挙人の候補者に対する公正な判断を誤らしめないようにするための」規定、有権者の「判断の自由」を保護する規定と捉え、また、「選挙の公正を害する罪」と性格づけている。一方、選挙の自由妨害罪は「選挙運動および投票に関する行為それ自体を直接妨害するような行為」を処罰するための規定であるとし、同罪の成立には「選挙人の候補者に対する判断の自由を妨げる行為」というだけでは足りないとも論じている。これらの判旨は必ずしも鮮明ではないものの、調査官解説に従えば<sup>62)</sup>、虚偽事項公表罪は「『選挙の公正』確保のための法規」であり、選挙の自由妨害罪は「『投票の自由』と『選挙運動の自由』とを意味する」選挙の自由を保護するための規定と整理されたということであろう。虚偽事項公表罪の保護法益として持ち出された「選挙の公正」は、有権者が不当な干渉・妨害をうけることなく判断の自由を行使することと結びつきながらも、個々の主観的法益には還元し尽すことのできない公益として解されているようである（「選挙の自由」と表現される場合でも、有権者・候補者の

60) 小林・前掲注15, 313頁。

61) 安田＝荒川・前掲注20, 1832頁。

62) 鬼塚・前掲注30, 24～25頁。

具体的かつ主観的な自由・権利が想定されているわけではない)。

アメリカ州法のキャンペーン時の虚偽言論規制の保護法益について州側は、訴訟において、「公正で誠実な選挙を維持すること」「有権者への欺瞞を防止すること」「選挙のインテグリティを維持すること」「有権者を混乱と過度の影響から保護すること」等々、様々に主張してきた。大きく分類すれば、選挙自体のインテグリティ・公正という非主観的な公益の保護と虚偽情報からの有権者の保護という2つの性質の法益が打ち出されてきたわけであるが、後者だけが保護法益であると州側が主張した例は稀である。また、州法の憲法適合性審査にあたり審査基準の厳格度をどのように設定するかによって、それら諸法益の重要度も評価される。ある裁判例は、公衆を虚偽情報から保護することが州にとってのやむにやまれぬ利益だとする主張は思着せがましく、パターンリスティックで受け入れられないと述べている<sup>63)</sup>。他方で、「選挙のインテグリティ (選挙プロセスのインテグリティ)」や「公正で誠実な選挙」については、本稿が扱う虚偽言論規制とは異なる種類の規制の憲法適合性が論じられた連邦最高裁判決において「やむにやまれぬ利益」だと確認されたこともあり、その重要性は比較的肯定的に評価されているように窺える (ただし、それらがやむにやまれぬ利益であると明言する判決は実は少ない)。

ちなみに、本稿はここまで、「integrity of election」を「選挙のインテグリティ」と表記して、日本語に翻訳することを敢えて避けてきた。それは「完全性」や「誠実さ」といった日本語で置き換えることにより十分にニュアンスを伝えられなくなるのをおそれたためである。「選挙の integrity」とは果たして何を意味するものか<sup>64)</sup>。有権者登録・投票・開票・集計といった選挙管理の諸過程において不正がないこと・瑕疵がないことをその意味内容に含むことにはおそらく疑いが無いと思われる。しかし、本稿で紹介した判

63) State ex rel. Pub. Disclosure Commission v. 119 Vote No! Committee, 957 P.2d 691, 698 (Wash. 1998).

64) 参照、湯浅壱道「アメリカ法における選挙権の概念の一断面——integrityを手がかりに」青山法学論集56巻4号(2015年)71頁以下。

決にいう integrity はそれとは異なるはずである。そこでは、有権者が不当な干渉・妨害をうけることなく自らの自由な意思に基づいて投票できる選挙であることが含まれていると考えられる。さらにいえば、選挙の「公正 (fair)」「誠実さ (honesty)」とは類似の概念と考えられるものの、議論の中でそれらと integrity とが並んで表記されることもあり、厳密には別の含意があると解されているようである。その意味内容を精確に理解するためにはさらなる研究を要するが、ひとまずここでは、選挙（プロセス）のインテグリティが州の利益として一定以上の重要性を認められていること、インテグリティの確保それ自体は（その確保が結果として特定の有権者の権利利益保護に繋がるとしても）主観的な権利内容ではなく州が追求することのできる客観的な法益として位置付けていることを確認しておくに止めたい<sup>65)</sup>。

フランスで2018年に新設された虚偽言論拡散防止の新制度に関しては、憲法院はその立法目的を、憲法原則である“真正な投票 (sincérité du scrutin) の原則”と憲法上の権利である“表現及びコミュニケーションの自由”の両立であると認定している。ここに登場する「投票の真正」なる概念が何を意味するか、フランス法研究に知見と能力の全くない筆者が独自に検討を進めることは不可能なので、以下では只野雅人の研究に依拠してその含意を理解するよう努めてみたい<sup>66)</sup>。それによれば、「投票の真正」という場合の「投票」には有権者による投票行為のみならず当選者の決定に至る選挙手続全体が包含され、「投票の真正」は、宣告された結果と多数が自由に表明する意思との間に一致が存在することと定義されるという。歴史的には、普通選挙制の開始に伴い“選挙人の意思が尊重される”個別的側面がまず意識され、さらには、秘密投票が保障され、不正行為や票の操作によって投票結果が歪められないことも求められる段階に至ると、“結果全体が投じられた票に正確に対応する”こと（集合的側面）も投票の真正の内容として

65) See Lieftring, *supra* note 44, at 1062-63. なお参照、湯浅塾道「理念・原理・制度とサイバーセキュリティ法制——選挙を中心に」情報通信政策研究2巻1号（2018年）87～88頁。

66) 只野雅人「普通選挙と選挙裁判所——フランスにおける投票の真正 (sincérité) の概念をめぐって——」一橋法学17巻2号（2018年）23頁以下。

理解されるようになったという。本稿が紹介した憲法院判決は、一定の虚偽情報が大規模拡散されることによって投票の真正が損なわれる事態に立ち至ることがあるとの認識に立っており、したがって、投票の真正の確保のためには、有権者が一票を投じる瞬間に自由に意思を表明する環境が確保されていることはもとより、意思を固める過程においても不当に情報操作されないという意味において自由な環境が確保されていなければならないという規範的含意が控えているように想像される。

かくして、「選挙の公正」「選挙のインテグリティ」「投票の真正」はおおむね似通った含意を有しているように思われるが、それぞれの意味内容や異同については、さらに突き詰めた分析が必要である。次項では、かかる法益保護のための具体的な制度設計のあり方を考える。

## (2) 制度設計

### ① 刑事／非刑事

日本の公選法（虚偽事項公表罪）は事後的な刑事処罰を定めるだけである（非常に古い裁判例のなかには、同規定が差止めの仮処分申請に根拠を与えると理解し得るものもあるが、先例的価値は殆ど認められないだろう）。

米仏の事例の検討からは、日本法とは異なる制度設計の可能性が示された。いずれも区切られた投票日前の一定期間に、法律の定める条件に該当する表現である旨の申し立てを受けたならば、表現内容が要件を充足するかを審査し<sup>67)</sup>、当該情報が虚偽であることを公的に宣言したり、譴責したり、さらなる拡散を禁じたりすることができる仕組みを導入している。数日以内、あるいは48時間以内に、と短い処理期間を法定していることも共通である。手続・命令の主体は片や行政当局、片や裁判所と異なっているが、表現者に対する何らかの事後的な法的責任追及とは別に、虚偽情報の拡散による悪影響を投票日まで最小化したいとの狙いが透けて見える。ただし、迅速な処理だけを目的化せず、表現者側にも意見を述べる機会を与えるようにしてお

67) フランス法では、急速審理手続の対象となる表現行為がそもそも違法なものと位置づけられているのか、筆者には定かでない。

り、適正手続にも一定の配慮がなされている点は留意されてよい。アメリカ法に見られる、政府による審理の結果、虚偽だと結論づけられた場合には、その旨を公表するという手法は、政府の真実委員会 (true commission) 方式と形容されることがある<sup>68)</sup>。

フランス2018年法が定める急速審理手続の特徴は、拡散防止のために必要な措置を裁判所が命ずることができる点にある。しかし、裁判所ではなく行政機関の手続を定めるアメリカ法の場合、当該手続の結果として差止命令を発することが修正1条法上認められないのではないかと、違憲な事前抑制と評価されるのではないかと指摘される<sup>69)</sup>。

## ②虚偽の内容

名誉毀損的な虚偽言論以外に、いかなる虚偽言論を規制対象とするかにも各国で差異がある。日本の虚偽事項公表罪は、虚偽の内容を「公職の候補者若しくは公職の候補者となろうとする者の身分、職業若しくは経歴、その者の政党その他の団体への所属、その者に係る候補者届出政党の候補者の届出、その者に係る参議院名簿届出政党等の届出又はその者に対する人若しくは政党その他の団体の推薦若しくは支持に関し」と定める。したがって、処罰対象となり得るのは、「候補者に関する」虚偽情報の公表行為である。

アメリカの州法には、このほか、住民投票等の論点に関する虚偽情報の拡散も規制される例があり、その限りで我が国の虚偽事項公表罪よりも規制範囲が広いといえる。これは、日本の公選法が「衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長を公選する選挙制度」(1条)について定めるものであることに基づく帰結である。周知のとおり、我が国には国民投票、住民投票を一般的に定める法律は存在しておらず、それゆえ、「住民投票のテーマとなっている論点に関する虚偽言論」の法的評価を普遍的に示す定めもない。憲法の改正、地方自治特別法の制定、地方議会の解散等については、憲法・法律によって国民投票・住民投票が行われることとされている

68) Richard L. Hasen, *A Constitutional Right to Lie in Campaigns and Elections?*, 74 MONT. L. REV. 53, 57 (2013). See also Weinstein, *supra* note 53, at 231-33.

69) Hasen, *supra* note 68, at 69.

ものの、当該投票の論点に関する虚偽事項の公表に対して規制を加える法条は、筆者の粗い検索によっては発見できなかった<sup>70)</sup>。

フランスの2018年法では、「投票の真正さを違える性質をもつ不正確または欺瞞的な提示ないし非難」が急速審理手続の対象とされる。日米とは異なり、言明内容が虚偽事実であることをピンポイントで要件化しておらず、規制範囲がより広いようにも見える。しかし、意見、パロディ、部分的な不正確さ、単なる誇張は対象外となるので、客観的な方法で虚偽性を証明できるものに限定されるとの憲法院の判示と併せて考えれば、大きな差はないということになるものと思われる。ただ、「候補者に関する」「住民投票等の論点に関する」等の限定はないので、「投票の真正を違える性質」という表現の解釈が大きな意味をもつことになろう。

### ③規制の限定

虚偽事項公表罪で有罪判決を勝ち取るため、検察官は、「当選を得又は得させる目的」、表現内容が虚偽であること、行為時に被告人が表現内容の虚偽性を認識していたことの証明に成功する必要がある。最後の、虚偽性に関する表現者の認識が証明されない限り責任追及を受けないという点は、アメリカ法にいう「現実の悪意」ルールとほぼ重なる<sup>71)</sup>。現実の悪意ルールは名誉毀損法の領域で取り入れられてきたが、言明内容が名誉毀損的ではない単

70) 憲法改正の国民投票に関しては、国民投票法成立以前の2004年12月に発表された当時の与党案のなかで、新聞紙又は雑誌が虚偽事項を報じて国民投票の公正を害することを禁じ、刑事罰を用意していたものの、野党等の反対を受け、自民・公明両党が最終的に規制を盛り込むことを断念した経緯がある。なお、新聞紙又は雑誌を対象とするかかる虚偽言論規制は、公選法の148条1項但書（及び235条の2第1項）をモデルとしたものであった。本稿は、一般人の虚偽言論規制に照準を絞って論じることに手一杯で、公選法148条1項但書にまで検討を及ぼす余力がなかった。

ちなみに、2019年5月に国民民主党が衆議院に提出した国民投票法改正案では「国民投票運動等に関しインターネット等を利用する者は、虚偽の事実を記載する等表現の自由を濫用して国民投票の公正を害することがないよう、インターネット等の適正な利用に努めなければならない。」との努力義務を規定することとされている（改正案103条の4）。

71) 現実の悪意ルールでは、言明内容の真偽を無謀にも無視した場合にも表現者の責任が問われ得るので、虚偽性に関する認識を必要とする日本法の方が言論保護的である。

なる虚偽言論規制にもこれが適用されるかには議論がある<sup>72)</sup>。複数の裁判例を見ると、規制発動を適切に限定するために現実の悪意ルールの導入が十分条件として機能すると明言するものは確かに見当たらない。しかし、違憲の結論に達する判決であっても、萎縮効果が同ルールの導入によっても十分除去されない等と述べているものは、ルール自体が場違いだと評価しているわけではない<sup>73)</sup>。

さらに、アメリカの裁判例は、州法が、「重要な事実」についての虚偽であること、実際に選挙に害悪を発生させたこと等の限定を要件に組み込んでいないことを批判してきた。後者の限定に関連しては、フランス憲法院も、急速審理手続によって一定の措置を命ずることができるのは、対象となる表現の不正確または欺瞞的な性質が明白であり、また、投票の真正さを損なう危険性についても明白な場合だけだと限定解釈している。両国の例からは、一定以上の具体的な法益侵害結果（害悪）の発生がない限り、規制を発動するべきではないと考えられていることが分かる。これに対して日本の虚偽事項公表罪は、既述の通り、抽象的危険犯と位置づけられている。

### (3) 言論の性質

#### ①政治的言論であるという側面

選挙キャンペーン時の虚偽言論規制の憲法適合性を考える際にポイントとなるのが、その規制が政治的言論の規制の性質を帯びることである。表現の自由論の体系における政治的言論の重要性は、各国で強く指摘されてきた<sup>74)</sup>。それゆえ、アメリカの裁判例の多くは、厳格審査基準を用いて規制の審査に取り組んでいる。違憲判決が相続しているのも、この審査基準の設定によるところが大きい。フランスの憲法院も、表現及びコミュニケーション

72) See *State ex rel. Pub. Disclosure Comm'n v. 119 Vote No! Comm.*, 957 P.2d 691, 705 (Wash. 1998) (Talmadge, J., concurring).

73) 「明白かつ確信を抱くに足る証拠」という補強要素も州法においてしばしば組み入れられている。それでもなお、政治的言論に対する抑止の懸念を払拭するためには十分ではないと判断されてきた。

74) 参照、エリック・バレント（比較言論法研究会・訳）『言論の自由』（雄松堂出版、2010年）180頁以下。

の自由の重要性、就中、政治的討論や選挙キャンペーンにおけるこの自由が重要であることに特に言及して、規制の発動には抑制的でなければならないと述べている。

## ②虚偽言論であるという側面

しかし、結果として誤って虚偽を述べてしまった誤表現は別論として、虚偽であることを知りながら敢えて発言する偽表現が表現の自由論においていかなる位置づけを与えられるべきなのだろうか。アメリカでは2012年の *U.S. v. Alvarez* 以降、偽表現にも修正1条の一定以上の保護が及ぶことが裁判所の思考の前提となっているが、その適切性には議論の余地がある。

表現の自由の原理論としては、一般に、自己実現・自己統治・思想の自由市場論が挙げられるところ、かかる理論の中で虚偽言論（偽表現）はどのように評価を与えられるのか。自己統治の過程において虚偽情報が阻害要因となると考えられていることは、本節（1）でも確認した。「フェイクニュースは完璧に機能する民主主義の中心的な要件となる、情報を得た市民という理想像に対して戦いを挑んでいる」とも表現される<sup>75)</sup>。民主過程を損なわせる性質をもつ虚偽言論であるにも関わらず、それが、高い価値を持つとされる政治的言論の脇に存在しているがゆえに、結果として、最高レベルの保護を受けることになる<sup>76)</sup>、という事態をどう捉えればよいのだろうか。キャンペーン時の虚偽言論規制の憲法適合性審査においては、天秤皿の両方にデモクラシーを載せて較量しなければならないことになる<sup>77)</sup>。また、詐欺師としての自己実現を国法が保護できないように<sup>78)</sup>、虚偽の言論を公表することで凶られる自己実現として容認されるのも稀な例であろう<sup>79)</sup>。残すは思想の自

75) ダイアナ・オーエン（松本明日香・訳）「アメリカ政治における『フェイクニュース』の深化と影響」清原編・前掲注5, 33頁。

76) Chemerinsky, *supra* note 53, at 9; Philip M. Napoli, *What If More Speech Is No Longer the Solution? First Amendment Theory Meets Fake News and the Filter Bubble*, 70 *FED. COMM. L.J.* 55, 88 (2018).

77) Weinstein, *supra* note 53, at 220.

78) 参照、長谷部恭男『続・Interactive憲法』（有斐閣、2011年）159～160頁。

79) フィクション小説の作家等が一応想定できる。しかし、送り手と受け手が共にそこで述べられている内容が事実を述べるものではないと了解している点は重視されなければならない。

由市場論だが、ここにも検討を要する点が多い。

### ③思想の自由市場論と虚偽言論

アメリカの法学界では思想の自由市場論の影響は極めて大きい。先に名前を挙げた Alvarez 判決も「虚偽言論に対する救済策は、真実を述べる言論である<sup>80)</sup>」と明言しており、本稿が検討対象としてきたキャンペーン時の虚偽言論に関する裁判例でも、対抗言論の有効性が強く打ち出された(別稿参照)。研究者からも、選挙戦において政治的真理の最終的調停者は市民であるべきであって、真偽の判断は政府によってではなく、投票箱によってなされるべきだ、との見解が示されている<sup>81)</sup>。しかし、虚偽言論に真実情報をぶつけることで本当に問題は解決するのだろうか。思想の自由市場で闘った場合に“虚偽は打ち負かされて真実が勝ち残る”とは限らない、と主張する論者もいる<sup>82)</sup>。考え得る理由づけの第一は、政治的言論に限らず、情報の受け手が真偽を判断できにくくなっていることである。Philip M. Napoli は、フィルターバブル、サイバースケードと呼ばれる情報環境の下では政治的な情報の受信に偏りが生じており、対抗言論が届きにくくなっていること、情報媒体がマスメディアにはほぼ限定されていた頃と異なり、入手できる膨大な量の情報から市民が真偽を見極めることが困難になってきていること、情報のソースさえも偽造されるようになってきていること等を挙げている<sup>83)</sup>。とりわけ、ディープフェイクの登場で、フェイクニュースへの対応をめぐる課題はより複雑になっている<sup>84)</sup>。こうした情報環境の下で、一般市民に正確な真偽の判定をどこまで期待できるのか、確かに疑問を差し挿む余地が生じているようだ<sup>85)</sup>。第二に、少ない虚偽情報を真実情報が圧倒的な量で打ち負

80) U.S. v. Alvarez, 567 U.S. 709, 727 (2012).

81) William P. Marshall, *False Campaign Speech and the First Amendment*, 153 U. PA. L. REV. 285, 307 (2004).

82) See Chemerinsky, *supra* note 53, at 9.

83) Napoli, *supra* note 76, at 78-83.

84) 参照, ロバート・チェズニー=ダニエル・シトロソ「『ディープフェイク』とポスト真実の時代——偽情報戦争の政治・外交的インパクト」Foreign Affairs Report 2019年2月号60頁以下, 松本一弥『ディープフェイクと闘う』(朝日新聞出版, 2019年)。

85) See Annie C. Hundley, *Comment: Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas*, 92 TUL. L. REV. 497, 516 (2017).

かすことは期待しにくくなっている。SNS時代にあつてフェイクニュースは面白がつて大きく拡散される一方で、真実情報による反論はどうしても勢いを欠く。第三に、候補者や政治的論点に関する真偽の判断が困難な事例が少なくないことも挙げ得る。別稿で確認したアメリカの訴訟において真偽が問題になったのは、安楽死合法化法案に関して“十分な安全策を講じることなく自殺へと誘われる”との言明や所謂オバマケアの中心法である「患者保護並びに医療費負担適正化法」に賛成票を投じた連邦議会議員に関して“納税者の金で中絶を実施することに賛成票を投じた”との言明であった。政治的言論に関して、事実と意見が常に截然と区別できるわけではない<sup>86)</sup>。

さらに、そもそも思想の自由市場論が、虚偽は真実によって淘汰されるとの理解に根拠を与えるものだったのかという根源的な問いすら示されている。Napoliは、修正1条の理論が用いられる際に、「思想の自由市場」論は「事実の自由市場」と混同されてきたのではないかと疑問を投げかける<sup>87)</sup>。政治的真理の評価は確かに思想の自由市場、つまり、アイデアの自由市場において上手く行われるとしても、事実の真偽判定もそれと同じだと本当に言い切れるのか、という問いかけである。アイデアの良し悪しを市場参加者が判断するにあつて、虚偽情報は不要というよりむしろ邪魔であり、市場の機能を損なわせる可能性が高い。事実の真偽の判定は選好の多寡ではなく客観的証拠に基づくべきであり、ファクトチェックの果たす役割は大きく<sup>88)</sup>、また、市場の機能不全に対して、ファクトチェックのために必要な情報へのアクセスが保証されていることが望ましい<sup>89)</sup>。

むろん、仮に自由市場に期待できないことを理由に虚偽言論には憲法によ

86) それでも、真偽の区別自体を表現の自由論から放擲することはできない。See G. Edward White, *Falsity and the First Amendment*, 72 SMU L. REV. 513, 531ff. (2019).

87) Napoli, *supra* note 76, at 97.

88) なお、真実情報によって仮に正当にも修正されたとしても、虚偽情報によって一旦構築された政治的態度が完全にはリセットされないといわれる政治的虚偽言論の厄介さについては177頁の本文参照。See also SPICER, *supra* note 45, at 113. さらに、ターリ・シャーロット（上原直子訳）『事実はなぜ人の意見を変えられないのか：説得力と影響力の科学』（白揚社、2019年）も参照のこと。

89) Spicer, *supra* note 45, at 104.

る保護が及ばないと結論づけるとしても、だからといって政府に真偽判定権限を委ねて良いかは別の考慮を要する。市場に判定できないことが政府にならできるという想定は安易というほかない<sup>90)</sup>。さらに、行政機関に委ねることになれば、党派的権限濫用の危険性も生じる。裁判所は行政機関よりは判断適性が認められると思料されるものの、もちろん万能ではない。総務省プラットフォームサービスに関する研究会の場で多くの委員が法規制に慎重な立場を強く表明した理由も、この辺りにあるものと思われる<sup>91)</sup>。虚偽言論が引き起こす問題への対応策は幾方向からも探られなければならない。

本稿は、選挙前の虚偽言論について、表現者本人に対する法的責任追及及び虚偽言論の被害に対応する法的対処の要否やあり方について示唆を得るべく、主に各国の法制度と判決を素材として検討を進めてきた。それらに何らかの結論を出すためには、今回殆ど扱えなかった研究者の見解にも目を配った上での検討を要する。本稿で確認できた論点は網羅的なものではないが、それでも、思想の自由市場論の理解を問い直すという大きな課題<sup>92)</sup>を含め、要検討事項が数多く存在していることは示し得たと思う。それだけが本稿の収穫である。

〔付記〕本稿はJSPS科研費 JP18K12630の助成による研究成果の一部である。また、引用文中の漢数字を算用数字に修正した箇所があること、本稿で示したURLの最終確認日は全て2020年1月末であることを付言する。なお、脱稿後の2020年2月7日、プラットフォームサービスに関する研究会は最終報告書を公表した。

---

90) 参照、成原・前掲注14、21頁。

91) たとえば、第15回でも穴戸座長が「個別のコンテンツの内容を政府が審査し、とりわけ事前にそれに対して不利益な抑止的な効果をもたらすような行動を行うということは、慎重にも慎重でなければいけないということは、議論の出発点としてまず共有されている」（議事概要13頁）と述べているように、多くの委員から同趣旨の発言が示されてきた。[https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000658774.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000658774.pdf)

92) 参照、水谷瑛嗣郎「思想の自由市場の中の『フェイクニュース』」慶応義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要69号（2019年）55頁以下。