

衆憲資第 46 号

「公共の福祉（特に、表現の自由や学問  
の自由との調整）」に関する基礎的資料

基本的人権の保障に関する調査小委員会  
（平成 16 年 4 月 1 日の参考資料）

平成 16 年 4 月  
衆議院憲法調査会事務局

この資料は、平成 16 年 4 月 1 日(木)の衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会において、「公共の福祉(特に、表現の自由や学問の自由との調整)」をテーマとする参考人質疑及び委員間の自由討議を行うに当たっての便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法調査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、上記の調査テーマに関する諸事項のうち関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法調査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、主として憲法的視点からこれに関する国会答弁、主要学説等を整理したのですが、必ずしも網羅的なものとはなっていない点にご留意ください。

#### (本書の構成)

この資料は 2 部構成となっており、第 1 部において、公共の福祉、表現の自由、集会・結社の自由及び学問の自由に関する基礎的事項を主に憲法学の文献における流れに沿って紹介し、その上で第 2 部において、具体的素材を取り上げて「公共の福祉」による基本的人権の制約に関して検討を試みたものです。

## 【目 次】

### 第1部 公共の福祉（特に、表現の自由や学問の自由との調整）

<b>基本的人権の制約原理</b>	1
1 はじめに.....	1
2 「公共の福祉」概説.....	1
3 明治憲法の人権保障と「法律の留保」.....	2
4 従来「公共の福祉」に関する学説の展開.....	3
一元的外在制約説.....	4
内在・外在二元的制約説.....	4
一元的内在制約説.....	4
5 「公共の福祉」に関する主な判例.....	5
6 「公共の福祉」論以降の人権制約の理論.....	6
比較衡量論.....	6
現在の最高裁判所の態度.....	7
二重の基準論.....	7
7 従来学説に対する批判.....	8
(1) 一元的内在制約説に対する批判.....	8
(2) 国家権力の正当性の根拠.....	9
<b>表現の自由</b>	11
1 基本的人権の分類.....	11
2 精神的自由権の位置づけ.....	12
3 表現の自由 概説.....	13
(1) 「表現の自由」の価値.....	13
(2) 21 条の沿革.....	14
4 表現の自由の内容.....	15
(1) 総論.....	15

(2)表現の自由の拡大.....	17
(3)表現の自由の内容.....	19
知る権利.....	20
アクセス権.....	21
報道の自由.....	23
博多駅テレビフィルム提出命令事件.....	23
石井記者事件.....	24
外務省秘密漏洩事件.....	25
放送の自由.....	25
営利的言論.....	29
きゅう適応症広告事件.....	29
性表現・名誉毀損的表現.....	30
チャタレイ事件.....	30
<b>5 表現の自由の限界.....</b>	<b>32</b>
(1)「二重の基準」の理論.....	32
問題の所在と「二重の基準」の理論.....	32
「二重の基準」の理論に対する評価.....	32
「二重の基準」の理論の根拠と限界.....	33
「二重の基準」の理論の内容.....	35
(2)検閲・事前抑制の禁止.....	42
検閲・事前抑制禁止の歴史的沿革.....	43
検閲・事前抑制の禁止の意味（特に、「検閲」と「事前抑制」の関係）.....	44
判例における検閲概念.....	47
北方ジャーナル事件.....	48
教科書検定は検閲か.....	49
教科書訴訟.....	49

## 集会・結社の自由

<b>1 集会の自由.....</b>	<b>50</b>
(1)意義.....	50
(2)限界.....	50
集団行動の自由.....	51
新潟県公安条例事件.....	51
東京都公安条例事件.....	51
公共施設の使用拒否が許される限度.....	52

泉佐野市民会館事件.....	52
上尾市福祉会館事件.....	53
ビラ貼り・ビラ配りとパブリック・フォーラム論.....	53
<b>2 結社の自由.....</b>	<b>55</b>
(1)意義.....	55
(2)限界.....	55
<b>3 通信の秘密.....</b>	<b>56</b>
(1)意義.....	56
(2)限界.....	57
(3)技術革新による近時の問題提起.....	58

## 学問の自由

	60
<b>1 23 条の沿革.....</b>	<b>60</b>
<b>2 学問の自由の内容.....</b>	<b>61</b>
<b>3 大学の自治.....</b>	<b>62</b>
(1)警備公安活動と大学の自治.....	63
(2)大学と司法権.....	63
<b>4 判例.....</b>	<b>63</b>
ポポロ事件.....	63
<b>5 学問の自由・大学の自治をめぐる今日的論点.....</b>	<b>64</b>
(1)先端科学技術と学問の自由.....	64
問題提起.....	64
科学技術研究と「学問の自由」.....	64
生命科学技術の発展と実用化の現状.....	66
(2)学問の自由・大学の自治をめぐる今日的論点.....	70

## 第 2 部 「公共の福祉」による基本的人権の制約にかかわる検討 素材の例示

<b>1 緒言 「公共の福祉」概念の整理.....</b>	<b>71</b>
<b>2 少年犯罪の実名報道と表現の自由 長良川事件報道訴訟をめぐって</b>	<b>73</b>
2 1 事件の概要.....	73

2 2	最高裁判決の論旨.....	77
2 3	少年犯罪の推知報道と表現の自由.....	78
2 4	犯罪報道の公共性.....	82
2 5	小括.....	85
<b>3</b>	<b>生活安全条例の意義と問題点.....</b>	<b>86</b>
3 1	生活安全条例の意義.....	86
3 2	生活安全条例にかかわる若干の具体例.....	88
3 3	生活安全条例の問題点.....	91
3 4	小括.....	93
	参考文献.....	95

# 第1部 公共の福祉（特に、表現の自由 や学問の自由との調整）

# 基本的人権の制約原理

## 1 はじめに

憲法の定める人権は無制限ではないとされており、いかなる場合に、どのような理由で憲法上の権利を制約することができるのか。この問題が、伝統的に「人権の限界」あるいは「公共の福祉」と呼ばれているものである。

戦後、日本の憲法学における公共の福祉概念をめぐる議論は、憲法上の権利を一般的に制約する根拠として公共の福祉概念を構成する**一元的外在制約説**から、公共の福祉による人権への制約が許されるのは、明文をもってかかる制約を規定している憲法 22 条及び 29 条によって保障される経済的自由と、国家権力による政策的な判断に基づく規律をそもそも予定している社会権に対する場合に限定され、それ以外の人権については権利自由に内在する制約のみが許されるとする**内在・外在二元的制約説**へ、そして現在の通説である**一元的内在制約説**へと推移してきた。

この一元的内在制約説によれば、日本国憲法の下において人権の制約原理として是認されるのは、それに対抗する他の人権のみであり、この人権相互間に生じる矛盾・衝突の調整を図るための実質的公平の原理が公共の福祉に他ならないとされる。

現在の通説とされるこの一元的内在制約説の論理をもって公共の福祉概念を説明し尽くそうとする立場に対してはしばしば疑問が呈されており、それについて「7 従来の学説に対する批判」(8 頁参照)で後述する。

## 2 「公共の福祉」概説

「基本的人権」と「公共の福祉」について、代表的な学説は、まず、次のように説明する。

「日本国憲法は、人間が生まれながらに有すると考えられる基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」、つまり、法律によっても、さらに憲法改正によっても、侵してはならない権利として、絶対的に保障する考え方をとっているが、それは、人権が無制限だという意味ではない。人権は個人に保障されるもので、個人権とも言われるが、個人は社会との関係を見捨てて生存することはできないので、人権もとくに他人の人権との関係で制約されることがあるのは、当然である。

日本国憲法は、各人権に個別的に制限の根拠や程度を規定しないで、「公共



の福祉」による制約が存する旨を一般的に定める方式をとっている。すなわち、12条で、国民は基本的人権を「公共の福祉のために」利用する責任を負うと言い、13条で、国民の権利については、「公共の福祉に反しない限り」、国政の上で最大の尊重を必要とすると定める。また、経済的自由（職業の自由、財産権）については、「公共の福祉」による制限がある旨をとくに規定している（22条・29条）。<sup>1</sup>

### 3 明治憲法の人権保障と「法律の留保」

明治憲法においては、権利・自由は保障されてはいたものの、それは人間が生まれながらにもっている生来の自然権（人権）を確認するという形のものではなく、天皇が臣民に恩恵として与えたもの（臣民権）であった。そのため、各権利が「法律の留保」（Vorbehalt des Gesetzes）をとるもの、すなわち、「法律の範囲内において」保障されたにすぎず法律によれば制限が可能なものであった<sup>2</sup>。

「法律の留保」は、はじめオットー・マイヤー（Otto Mayer, 1846-1924）によって、近代立憲主義上、国民の権利・自由に対する制限は、行政権には許されず、国民が参政権の行使を通じてその形成に参加する議会の法律に留保されるべきだという、行政権の恣意を抑制する原則として用いられた（第一の意味の「法律の留保」）。

しかし、さらに問題は、法律による人権侵害の可能性をどう考えるかである。この点、かつては、議会に最終的判断権を委ねるのが通例であった。その典型は、憲法が「法律の範囲内において」人権を保障するという形式をとる場合に見られる。「法律の留保」という語は、このことを指しても用いられた（第二の意味の「法律の留保（Gesetzesvorbehalt）」）。明治憲法もこの形式になった。しかし、この場合、議会が人権の意義に対する配慮を怠ると、憲法による人権の保障も実効性のないものになってしまう。日本国憲法は、この点を考慮して、第二の意味での「法律の留保」は排除した<sup>3</sup>。

また、行政法の分野では、「議会の法律を中心にすえ、裁判はもちろん行政もかかる法律に準拠して行われなければならない」との第一の意味の「法律の留保」についての議論が中心である<sup>4</sup>。

一方、法律の留保原則の「法律によれば権利・自由を制限することが許さ

---

<sup>1</sup> 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法』第三版（岩波書店、2002年）95頁

<sup>2</sup> 同 19-20頁

<sup>3</sup> 佐藤幸治『憲法』（第三版）（青林書院、1995）396頁

<sup>4</sup> 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）231-232頁

れる」という第二の意味に対する問題提起もなされている。現在のドイツ基本法には、プロイセン憲法と同様、「法律の留保」規定が置かれているが、ドイツ基本法はプロイセン憲法とは異なり、別の条文で「基本権が行政府・司法府のみならず立法府をも拘束する」との宣言がなされていることから、法律の留保と基本権による立法者拘束が両立し、むしろ基本権保障の強化に資するとする見解がある<sup>5</sup>。

#### 4 従来の「公共の福祉」に関する学説の展開

「公共の福祉」は、憲法において12、13、22、29条の4ヶ所定められているが、これらの意味及び相互の関連はどのようなものか、特に、12条及び13条を根拠として人権を制約することができるのかについては、判例及び学説で激しい議論が行われた。まず、以下～では、従来議論されてきた「公共の福祉」の法的な意味をめぐる三つの学説を紹介する（以下、かぎ括弧内に引用した文章は、いずれも芦部前掲注1（96-98頁）による。なお、太字部分は事務局において編集した。）。

##### 日本国憲法において「公共の福祉」が登場する条文

###### 〔自由・権利の保持の責任とその濫用の禁止〕

**第12条** この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

###### 〔個人の尊重・幸福追求権・公共の福祉〕

**第13条** すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

###### 〔居住、移転及び職業選択の自由、外国移住及び国籍離脱の自由〕

**第22条** 何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。  
何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。

###### 〔財産権〕

**第29条** 財産権は、これを侵してはならない。  
財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。  
私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

<sup>5</sup> 松本和彦「基本権の制約と法律の留保」栗城古稀『日独憲法学の創造力』上巻(信山社,2003)

### 一元的外在制約説

美濃部達吉博士により主張された当初の通説で、「基本的人権はすべて「公共の福祉」によって制約される。すなわち、**憲法 12・13 条の「公共の福祉」は、人権の外にあって、それを制約することのできる一般的な原理である。22・29 条の「公共の福祉」は、特別の意味をもたない。**」とする学説である。

#### (批判)

「一般に、「公共の福祉」の意味を「公益」とか「公共の安寧秩序」と言うような、抽象的な最高概念として捉えているので、法律による人権制限が容易に肯定されるおそれが少なくなく、ひいては、明治憲法における「法律の留保」のついた人権保障と同じことになってしまわないか、という問題があった。」

### 内在・外在二元的制約説

『註解日本国憲法』（法学協会・昭和 28 年）によって初めて主張された学説で、「**「公共の福祉」による制約が認められる人権は、その旨が明文で定められている経済的自由権（22・29 条）と、国家の積極的施策によって実現される社会権（25 28 条）に限られる。12 条・13 条は訓示的ないし倫理的な規定であるにとどまり、13 条の「公共の福祉」は人権制約の根拠とはなりえない。**国家の政策的・積極的な規制が認められる経済的自由権や社会権以外の自由権は、権利が社会的なものであることに内在する制約に服するにとどまる。したがって、権利・自由の行使を事前に抑制することは許されず、それぞれの権利・自由に内在する制約の限度で、事後に裁判所が公正な手続によって抑制することだけが許される。」とするもの。

#### (批判)

「自由権と社会権の区別が相対化しつつあるのに、それを画然と分けて、その限界を一方は内在的、他方は外在的と割り切ることが妥当か、また、憲法に言う「公共の福祉」の概念を国の政策的考慮に基づく公益という意味に限定して考えるのは適切か、13 条を倫理的な規定であるとしてしまうと、それを新しい人権を基礎づける包括的な人権条項と解釈できなくなるのではないか。」

### 一元的内在制約説

宮沢俊義教授により主張され、先の と の両説を統合した、現在の通説と

される学説である。

「公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である。この意味での公共の福祉は、憲法規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在している。この原理は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、必要最小限度の規制のみを認め(自由国家的公共の福祉)、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠づける場合には、必要な限度の規制を認めるもの(社会国家的公共の福祉)としてはたらく。」

**(批判)**

「人権の具体的限界についての判断基準として、「必要最小限度」ないしは「必要な限度」という抽象的な原則しか示されず、人権を制約する立法の合憲性を具体的にどのように判定していくのか、必ずしも明らかではないことである。具体的な基準は何かという基本的課題に対する解答を判例の集積に委ねてしまうのでは、内在的制約の意味が明確を欠くだけに、実質的には、外在的制約説と大差のない結果となるおそれも生じる。」

## 5 「公共の福祉」に関する主な判例

上記の「公共の福祉」の理論に関する判例の流れを概略すると、以下のようになる。

まず、初期の判例は、「公共の福祉」を人権の一般的な制約原理として用いる一元的外在制約説に立っていたということができ、「公共の福祉」の内容を明らかにすることなく、憲法 12 条、13 条の「公共の福祉」を援用して、人権を制限する法律の規定を簡単に合憲と判断した<sup>6</sup>。その例として、以下の判例を挙げることができる。

**戸別訪問禁止に関する判例** (最大判昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 巻 9 号 1799 頁)

...「選挙の公正を期すこと」を公共の福祉の内容とした。

**チャタレー事件判例** (最大判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 巻 3 号 997 頁)

...「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持すること」を公共の福祉の内容とした。

**東京都公安条例事件判例** (最大判昭和 35 年 7 月 20 日刑集 14 巻 9 号 1243 頁)

...「公共の安寧の秩序」を公共の福祉の内容とした。

**労働基本権に関する判例** (最大判昭和 28 年 4 月 8 日刑集 7 巻 4 号 775 頁)

...「憲法 28 条が保障する勤労者の団結する権利及び団体交渉その他団体行動をする権利も公共の福祉のため制限を受けるのはやむを得ないところである」と判示。

<sup>6</sup> 野中・中村・高橋・高見『憲法』[第3版](有斐閣, 2001年) 239頁

この流れは、**全通東京中郵事件最高裁判決（最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁）**が、公務員の労働基本権の制約に関し、「国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包している」と判示し、内在的制約説の立場に立ったことにより変更された。**都教組事件最高裁判決（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁）**も同様に、公務員の労働基本権の制約が「当然の内在的制約」である旨示した。

しかし、**全農林警職法事件最高裁判決（最大判昭和48年4月25日刑集27巻）**が、労働基本権について「おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法13条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところである。」と示し、従来の公共の福祉説に戻っている。<sup>7</sup>

## 6 「公共の福祉」論以降の人権制約の理論

しかし、その後、最高裁判所は、昭和40年代に入って、それまでの抽象的な「公共の福祉」論から「比較衡量論」の手法を用い始めた<sup>8</sup>（かぎ括弧内に引用した文章は、いずれも芦部前掲注1（96-98頁）による。なお、太字部分は事務局において編集した。）。

### 比較衡量論

「この点で注目されるのが、比較衡量論と呼ばれる違憲審査の基準である。この基準は、すべての人権について、「それを制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができる」というもので、個別的比較衡量とも言われる。…比較衡量論は、公共の福祉という抽象的な原理によって人権制限の合憲性を判断する考え方とは異なり、個々の事件における具体的状況を踏まえて対立する利益を衡量しながら妥当な結論を導き出そうとする方法であるから、優れた一面を有していることは疑いない。」

比較衡量論を用いた判例の典型は、**博多駅テレビフィルム提出命令事件決定**（23頁参照）及び**猿払事件判決**（41頁参照）である。前者の事例では、最高裁判所は、放映済みテレビフィルムの提出命令が憲法に反しないかどうかを

<sup>7</sup> 芦部前掲注1・253-255頁

<sup>8</sup> 松井茂記『日本国憲法』第2版（有斐閣、2002年）338頁、野中ほか前掲注6・243頁

判断するため、フィルム提出を命じる政府利益とその重要性、提出命令の不可避性、そして制約を受ける利益を衡量し、結果的に提出命令を憲法に反しないものと判断した。また、後者の事件では、国家公務員の政治的行為の禁止を定めた国家公務員法の規定(102条)の合憲性を判断するため、公務員の政治的行為を禁止すべき政府利益と、これによって制約を受ける公務員の利益、そして両者の均衡を比較検討した<sup>9</sup>。

#### (批判)

「比較衡量論は、一般的に比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行なわれる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い、という点に根本的な問題がある。したがって、この基準は、同じ程度に重要な二つの人権(たとえば、報道の自由とプライバシー権)を調節するため、裁判所が仲裁者としてはたらくような場合に原則として限定して用いるのが妥当であろう。」

#### 現在の最高裁判所の態度

現在の最高裁判所の考え方について、松井茂記教授の分析によると、一部では利益衡量論を用いているが、以前のように一刀両断的に違憲の主張を切って捨てる判決も下しており、圧倒的多数の事例においては、最高裁判所は、国会の広い立法裁量を認めるか、国会の判断を優先させ、争われた制約を憲法に反しないと判断しているとされる。また、最近の一つの傾向として、先例を引用して簡単に違憲の主張を斥けるという傾向がみられるという<sup>10</sup>。

#### 二重の基準論

これに対し、学界では、「二重の基準」論が提唱されている。

「このような比較衡量論の問題点を指摘しながら、前述の一元的内在制約説の趣旨を具体的な違憲審査の基準として準則化しようとして主張されたのが、アメリカの判例理論に基づいて体系化された「二重の基準」の理論である。

この理論は、**人権のカatalogue**のなかで、**精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される「合理性」の基準は、精神的自由の規制立法については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならない**

<sup>9</sup> 松井前掲注8・338頁

<sup>10</sup> 同339頁

らないとする理論である。……この二重の基準論は、学説において広く支持されているばかりでなく、判例においてもとり入れられている。」

ただ、確かに判例も二重の基準を取り入れていると評価されているが、それは経済的自由に関する判例法理として展開されたものであり(小売市場許可制合憲判決(最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁)及び薬事法違憲判決(最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁))、精神的自由に関する判例のうちに二重の基準を採用したものは未だ存在しないとされている<sup>11</sup>。

**二重の基準論の詳細については、32頁を参照されたい。**

## 7 従来の学説に対する批判

### (1) 一元的内在制約説に対する批判

学界における通説とされる「一元的内在制約説」に対しては、前述(5頁参照)のように、「人権を制約する立法の合憲性を具体的にどのように判定していくのか、必ずしも明らかではない」といった批判がある。

これに加えて、長谷部恭男・東京大学教授は、こうした従来の「公共の福祉 = 一元的内在制約」とする学説に対し、それが、**「ある人権を制約する根拠となるのは必ず他の人権でなければならない」という前提に立っている点、**「あらゆることをなすうる一般的な行動の自由」を前提としているかのように考えられている点という二つを挙げて批判している<sup>12</sup>。以下に、長谷部恭男教授の論述を引用する。

**イ) ある人権を制約する根拠となるのは必ず他の人権でなければならない」という前提に立っている点に対する批判**

「人権を制約する根拠となるのは、かならず他の人権でなければならないとの前提は、「人権」という概念をよほど拡張的な意味で用いない限り理解が困難である。たとえば表現の自由を規制する根拠として持ち出される街の美観や静穏、性道德の維持、電波の混信の防止などは、いずれも個々人の権利には還元されえないものであり、社会全体の利益(公共の福祉)としてしか観念しえない。一元的内在制約説のよって立つ前提は、政府がかならずしも個々人の権利には還元しえない社会全体の利益としての公共の福祉の実現を任務としているという明白な事実をあいまいにするば

<sup>11</sup> 野中ほか前掲注6・244-245頁

<sup>12</sup> 長谷部恭男『憲法』第2版(新世社、2001年)113頁以下

かりでなく、現にある人権が制約されている以上、その制約根拠となっているのも人権であるという誤った思考を導く危険がある。」こうした点を踏まえて、「公共の福祉による人権の制約について考察する場合には、個人の利益ないし福祉の充足・実現ということと、個人の立場を超えた社会全体の利益ないし福祉の充足・実現ということとの調和を模索する営為が問題となるという認識をもつことが必要となってくる。」<sup>13</sup>

## ロ)「あらゆることをなしうる一般的な行動の自由」を前提としているかのように考えられている点に対する批判

「一元的内在制約説は、人権が本来互いに矛盾・衝突するものであって、それを調整するために公共の福祉に従って制約されざるを得ないものであるとするが、そこには、およそ人は自らの好むことは何であれこれをなしうる天賦の「人権」を有するという前提がある」が、そう捉えると、人権の中には、殺人の自由や強盗の自由など他者に対して害悪を与える自由も含まれることになってしまう。しかし、このような自由は、日本国憲法の思想の源となっている社会契約論の理念からいっても人々に保障されているとは考えにくいばかりでなく、「人権」を本来、無制約とするこの考え方は、公共の福祉を名目とする国家による規制をも無制約とする危険をはらむ<sup>14</sup>。

## (2) 国家権力の正当性の根拠

続けて、国家の権威の根拠は何か(人々はなぜ法令に従わなければならないのか)について、一元的内在制約説は、それを「相互に衝突する他者の人権との調整」であるとするが、長谷部教授は、ジョゼフ・ラズ教授の分析をあげて、国家の権威は、国家が私人よりも優れた知識をもっていること、優れた知識をもっていなくとも、調整問題の解決や公共財の供給をよりよく行う能力を持つことに基づくとする。ここから、国家が正当に私的領域に介入しうる限度は内在的に定まり、法令の根拠となる知識が妥当なものではない場合、法令が調整問題の解決に失敗し、それと異なる解決が自生的慣習によってもたらされる場合、国家が公共財の適切な供給を行っておらず、かえって社会全体の利益の低下が予想される場合の三つであり、このような場合には、国家は社会全体の利益、つまり公共の福祉に貢献していない

<sup>13</sup> 同 113 頁及び樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法 [前文・第 1 条～第 20 条]』(青林書院,1994 年) 270 頁(佐藤幸治執筆)

<sup>14</sup> 長谷部前掲注 12・113-114 頁



ことになり、個人の人権を侵害しているかどうかという問題以前に、国家権力の内在的制約を逸脱していることになる。

また、仮に、国家が妥当な専門的知識にもとづいて行動し、適切に調整問題を解決し、公共財を提供しているとしても、なお個人が国家の法令に従わないことが正当化される状況もあるとして、「切り札としての人権」という概念を説明する<sup>15</sup>。すなわち、「もし人権保障の根拠が、通説の主張するように、結局は社会全体の利益に還元されてしまうのであれば、公共の福祉とは独立に、人権とは何かを考える意味はほとんどない。自らの人生の価値が、社会公共の利益と完全に融合し、同一化している例外的な人を除いて、多くの人にとって、人生の意味は、各自がそれぞれの人生を自ら構想し、選択し、それを自ら生きることによってはじめて与えられる。その場合、公共の福祉には還元されえない部分を、憲法による権利保障に見る必要がある。少なくとも、一定の事項については、たとえ公共の福祉に反する場合においても、個人に自律的な決定権を人権の行使として保障すべきである。いいかえれば、人権に、公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす「切り札」としての意義を認めるべきである」とする<sup>16</sup>。

---

<sup>15</sup> 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障(1)』（日本評論社、1994）

<sup>16</sup> 長谷部前掲注 12・120 頁以下

# 表現の自由

## 1 基本的人権の分類

学説は、基本的人権の分類をさまざまに試みる。例えば、表1は、日本の代表的学説である芦部信喜教授による分類である（ここに掲げた分類は絶対的なものではないことに注意する必要がある。例えば、教育を受ける権利や生存権などの社会権も、公権力によって不当に制限されてはならないという自由権の側面を有する<sup>17)</sup>。）

このような基本的人権の分類について、松井茂記教授は、次のように述べている。

「基本的人権は、さまざまに区分されている。例えば、人権思想からの区分により前国家的権利と後国家的権利に、歴史的区分により自由権と社会権、そして内容による区分により、平等権、自由権、社会権等などにである。

しかし、このような基本的人権の類型論の基礎となっているのは、イエリネックの人権体系論である。……学説はイエリネックの類型論を批判しながらも、その体系論を引き継いだ形で基本的人権を分類してきている。」<sup>18)</sup> ( )

【表1 日本国憲法における人権の分類】

人 権	包括的 基本権		13条	
	法の下 の平等		14条	
	自由権	精神的自由権	内面的な精神 活動の自由	19条(思想・良心の自由) 20条(信教の自由) 23条(学問の自由)
			外面的な精神 活動の自由	20条(信教の自由) 21条(表現の自由) 23条(学問の自由)
		経済的自由権		22・29条
		人身(身体)の自由		18条,31-39条
	受益権		16条,17条,32条	
	参政権		15条	
	社会権		25-28条	

(芦部信喜『憲法 第三版』をもとに作成)

<sup>17)</sup> 芦部前掲注1・83頁

<sup>18)</sup> 松井前掲注8・302-304頁

イエリネックによる分類 イエリネックは、国家に対する国民の関係として、国家に従属するという「受動的地位」、国家権力から自由であるという「消極的地位」、国家の活動を自己のために請求するという「積極的地位」、国家活動を担当するという「能動的地位」、の四つをあげ、これらに相応して、いわゆる「義務」、「自由権」、「受益権」および「参政権」という権利・義務をすえた<sup>19</sup>。

基本的人権の歴史、分類については、『市民的・政治的自由（15～21条/23条）（特に、思想良心の自由（19条） 信教の自由・政教分離（20条・89条））に関する基礎的資料』（衆憲資第43号）1-15頁を参照されたい。

## 2 精神的自由権の位置づけ

精神的自由権は、自由権の中でも特に重要視され、経済的自由権に対して優越的地位を占めるとされている。この点を、長谷部恭男教授は、次のように説明する。

「精神的自由権は、経済的自由権に対して優越的地位にあるとされ、司法審査においても厚く保護されるべきだとされる。日本国憲法は、思想・良心の自由、表現の自由、信教の自由、結社の自由、学問の自由など、広範な精神活動につき、個別の条文によってその保障をはかっている。

精神的自由権が厚く保障されなければならない一つの理由は、現代社会が、多様な考え方を持つ人々によって構成され、しかも人々は、そのような考え方の違いにもかかわらず、互いに協働することで、社会生活の便益を享受している点にある。憲法は、社会における世界観や思想の多元性を前提とし、そのうちいずれを選ぶかは、各人の判断に任されているとの考え方をとり、そのような判断をなしうる点であらゆる人々は平等な存在として扱われるべきだとする。

それぞれの社会には、大多数の人々が日常ほとんど意識するまでもなく「当然のこと」として受けとめている生活態度やものの考え方がある。このような「当然」の通念に異議を唱える人々が現れた場合、その精神的自由をどのように取り扱うかで、当該社会の寛容さと、多元的な民主政という憲法の基本理念へのコミットメントのあり方が明らかになる。政府、議会、裁判所の決定は、このような問題状況で、日本の社会のあり方を象徴的に示すことになる。」<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> 佐藤前掲注 3・407 頁

<sup>20</sup> 長谷部前掲注 12・191-192 頁

### 3 表現の自由 概説

日本国憲法

〔集会、結社及び表現の自由と通信秘密の保護〕

第21条 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。

検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

#### (1) 「表現の自由」の価値

表現の自由は、以下のように芦部信喜教授が解説するように、自由権の中でも特に重要なものと位置づけられている。

「「言論、出版その他一切の表現の自由」は、一般に表現の自由 (freedom of expression) と称されるが、思想ないし事実を發表し報道し受領する手段は、口頭(言論)か印刷・出版が古くから通例であるので、言論・出版の自由とか、単に言論の自由または出版の自由とか言われてきた。言論・表現の自由と称されることもある。いずれの言葉を用いるにせよ、内面的な精神活動を外部に公表する精神活動(すなわち外面的精神活動)の自由を広く意味する点では変わらないので、すべて表現の自由と同義と考えてよい(もっとも、言論と出版を区別する説もある。……)諸国の憲法の規定が文言上異なっても、実質的意味にほとんど差がないのは、そのためである。

この言論・出版の自由(表現の自由)は、18世紀の市民革命期の人権宣言で、「自由の有力な防塞の一つであって、これを制限するものは、専制的政府と言わなければならない」(1776年ヴァージニア権利章典12条)とか、「人の最も貴重な権利の一つである」(1789年フランス人権宣言11条)とか、謳われたが、20世紀の今日においても、「第一の自由」であり、「すべての自由一般の基礎」であると説かれている。そのため人権宣言のカタログにおいて花形的地位を占め、それをめぐる憲法問題は多岐にわたり、研究書の数は汗牛充棟の観がある。」<sup>21</sup>

<sup>21</sup> 芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』[増補版](有斐閣, 2000年)239頁

## (2) 21 条の沿革

それでは、日本国憲法の表現の自由の規定（21 条）の制定経緯はいかなるものであったのか。以下に、芦部信喜教授の記述を引用する。

「マッカーサー草案では、結社の自由が「一般の福祉に反しない限り」という条件の下で、居住・移転の自由とともに定められていた。それを日本側が三月二日案において、明治憲法 29 条（日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス）にならい、「言論、著作、出版、集会及結社ノ自由」という形でまとめて保障するように改めた。その考え方が憲法改正草案要綱以降の諸案に引きつがれ、「集会、結社」と「言論、出版その他一切の表現の自由」とを同一の条文で保障する現行の形式となったのである。

もっとも、三月二日案は、ワイマール憲法を参照して、これらの自由に「安寧秩序ヲ妨ゲザル限ニ於テ」という条件を課する規定を設けた。この日本側の提案を総司令部は、「基本的な自由については、憲法上に除外例を設けることなく、無条件で保障する規定としなければならない」という立場から拒けたと言われる。ワイマール憲法は、「意見を自由に表明する権利」については、「一般的法律の限度内において」保障するとともに、映画、猥せつ文書の取締りおよび青少年保護のためには、「法律によって別段の規定を設けることができる」とし（118 条）集会の自由については、「平穩に、武器を携帯しないで」という条件を課するとともに、屋外集会を届出制の下に置き、かつ、「公共安全に対して直接の危険あるときは禁止することができる」旨定め（123 条）結社の自由については、「刑法に反しない目的のために」という条件を課していたが（124 条）これは、言論・出版の自由、集会の自由、結社の自由は精神活動の自由としての共通性を有し、相互に密接に関連するものの、それぞれ歴史的に独自の権利であり、その限界は具体的にかなり異なるので、限界の原則を別個の条文で明示するのが望ましい、という考え方に基づく。この考え方は、戦後のヨーロッパ大陸諸国の憲法にも受けつがれている（たとえば、1948 年イタリア憲法は、17 条に集会の自由、18 条に結社の自由、21 条に表現の自由を、また 1949 年ドイツ連邦共和国基本法は、5 条に意見表明の自由・知る権利、8 条に集会の自由を保障し、それぞれにワイマール憲法と同旨の制約を課している）。……」<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> 同 235-238 頁

## 【図 1 憲法の制定経緯に見られる「表現の自由」に対する条件】

明治憲法は、表現の自由「法律の留保」を付していた。日本国憲法の制定経緯において、GHQより提示されたマッカーサー草案には、結社の自由に「一般の福祉に反しない限り」との条件が付されていたが、日本側の作成に係る3月2日案はワイマール憲法を参照して、表現の自由全体に条件を課す規定を置いた。結局、GHQからの指示を受けて、表現の自由に制限を加えない現行の規定に落ち着いた。(図の太字は人権に制限を課している箇所：事務局において編集した)

### 大日本帝国憲法

第29条 日本臣民ハ**法律ノ範囲内ニ於テ**言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス

### マッカーサー草案

第20条 集會、言論及定期刊行物竝ニ其ノ他一切ノ表現形式ノ自由ヲ保障ス檢閲ハ之ヲ禁シ通信手段ノ秘密ハ之ヲ侵ス可ラス

第21条 結社、運動及住居選定ノ自由ハ**一般ノ福祉ト牴觸セサル範囲内ニ於テ**何人ニモ之ヲ保障ス  
略

### 3月2日案

第20条 凡テノ國民ハ**安寧秩序ヲ妨ゲザル限ニ於テ**言論、著作、出版、集会及結社ノ自由ヲ有ス。

檢閲ハ**法律ノ特ニ定ムル場合ノ外**之ヲ行フコトヲ得ス。

第21条 凡テノ國民ハ信書其ノ他ノ通信ノ秘密ヲ侵ササルコトナシ。公共ノ安寧秩序ヲ保持スル為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル。

### 憲法改正草案要綱

第19 集会、結社及び言論、出版其ノ他一切ノ表現ノ自由ハ之ヲ保障シ檢閲ハ之ヲ禁ジ通信ノ秘密ハ之ヲ侵スベカラザルコト

### 現行憲法の規定

第21条 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。  
検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

## 4 表現の自由の内容

### (1) 総論

「表現の自由は、すべての表現媒体に及ぶ。演説、新聞・雑誌その他の印刷物、ラジオ、テレビはもちろん、絵画、写真、映画、音楽、芝居などの表現も保障される。集会・結社も、通常、集団ないし団体としての思想・意見の表明

をとまなうので、伝統的な言論・出版の自由（狭義の表現の自由）と密接に関連し、それと同じ性質の、ほぼ同じ機能を果たす権利である。ヨーロッパ諸国の憲法では、集会・結社の自由と言論・出版の自由とは沿革的に区別して考えられ、別々の条文で定められるのが通常であるが、日本国憲法はアメリカ合衆国憲法にならい、両者を広く表現の自由として保障し、その中に集団行動による表現の自由も含めている。しかしそれは、情報の送り手と受け手の分離が顕著になった現代社会において、集団行動が情報の受け手の地位に置かれている国民が自己の思想を表明するきわめて重要な手段であることを考えれば、十分に理由があることと言えよう。」<sup>23</sup>

### 【参考 主要国の憲法等における「表現の自由」の規定】

#### フランス人権宣言(1789年制定)

##### **第11条(言論・出版の自由)**

思想および意見の自由な伝達は、人のもっとも貴重な権利の一つである。したがってすべての市民は、法律により定められた場合にこの自由の濫用について責任を負うことを除き、自由に発言し、記述し、出版することができる。

#### アメリカ合衆国憲法(1787年制定)

##### **修正第1条(政教分離、信教の自由、言論の自由、請願権)(1791年確定)**

連邦議会は、国教を樹立し、または宗教上の自由な行為を禁止する法律を制定してはならない。また、言論もしくは出版の自由を制限する法律、または人民が平穩に集会し、もしくは苦痛の救済を政府に請願する権利を制限する法律を制定してはならない。

#### イタリア共和国憲法(1947年制定)

##### **第15条(通信の秘密の不可侵)**

- 1 信書およびその他のあらゆる形式の通信の自由および秘密は、不可侵である。
- 2 その制限は、法律の定める保障をとまない、司法官憲の理由を付した令状によってのみ、これを行うことができる。

##### **第17条(集会の権利)**

- 1 市民は、平穩に、かつ武器を持たずに、集会する権利を有する。
- 2 集会は、公開の場所におけるものであっても、事前の届出を必要としない。
- 3 公共の場所における集会は、当局に事前の届出をしなければならず、当局は、治安または公共の安全に関する明白な理由によってのみ、それを禁止することができる。

##### **第18条(結社の自由)**

- 1 市民は、刑法によって個人に禁止されていない目的のために、許可なくして、自由に結社をつくる権利を有する。
- 2 秘密結社および軍事的性格を有する組織の下に、間接的にでも、政治目的を追求す

<sup>23</sup> 芦部前掲注1・165-166頁

る結社は、これを禁止する。

#### **第 21 条(表現の自由)**

- 1 何人も、自己の意見を、言語、文書その他のあらゆる流布の手段により、自由に表現する権利を有する。
  - 2 出版は、認可または検閲に服させられない。
- 以下 略

#### **ドイツ連邦共和国基本法(1949年制定)**

##### **第 5 条(表現の自由)**

- 1 何人も、言語、文書および図画をもって、その意見を自由に発表し、および流布し、ならびに一般に入手できる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由ならびに放送および放映の自由は、保障する。検閲は、行わない。
- 2 これらの権利は、一般法律の規定、少年保護のための法律上の規定および個人的名誉権によって、制限される。
- 3 芸術および学問ならびに研究および教授は、自由である。教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除しない。

##### **第 8 条(集会の自由)**

- 1 すべてのドイツ人は、届出または許可なしに、平穏かつ武器を持たないで集会する権利を有する。
- 2 屋外の集会については、法律によって、または法律の根拠に基づいて、これを制限することができる。

##### **第 9 条(結社の自由)**

- 1 すべてのドイツ人は、団体および組合を結成する権利を有する。
- 2 目的または活動において刑法律に違反している結社、または憲法的秩序もしくは国際協調の思想に反する結社は、禁止される。
- 3 略

##### **第 10 条(通信の秘密)**

- 1 信書の秘密ならびに郵便および電気通信の秘密は、不可侵である。
- 2 制限は、法律に基づいてのみ行うことができる。その制限が、自由で民主的な基本秩序の擁護、または連邦および州の存立もしくは安全の擁護のためのものであるときは、法律により、その制限が当事者に通知されないこと、および裁判上の方法に代えて、議会の選任した機関および補助機関によって事後審査を行うことを定めることができる。

訳文は、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』〔第二版〕(有信堂高文社, 2000年)によった。

## (2) 表現の自由の拡大

表現の自由という「表現」とは、人の内面的な精神活動を外部に公表する精神活動であるが、その伝達手段は、情報化社会の進展とともに多種多様なものとなり、言語、印刷物はもちろん、音楽、映画、演劇、絵画、写真、彫刻、紋章等のほか、ラジオ・テレビなどの放送及び各種通信手段など一切のものを



含むとされる<sup>24</sup>。

ただ、表現の自由の射程をあまりに広げすぎることについては、次のような懸念が想定されるところである。

「表現」の範囲が拡大し、かつてほとんど想像もできなかった多様な行為が、表現の自由の保障の下に置かれ、あるいはそれとの関わりで論じられるようになると、表現の自由の核心ないしその保障の本来の趣旨がぼけるおそれも出てくる。また、表現の自由をめぐる憲法訴訟で、司法府が「主観的」「政治的」な裁判だという批判を免れようとするために、具体的な価値判断を行うことを避け、中立的な抽象的概念の操作によって、事件を処理しがちになるという問題も生じる。

ここに、表現の自由の「価値」を明らかにし（かつ、憲法の保障を受ける各種の「表現」の価値序列を明確にして）それに即応する違憲審査の「基準」を構成すること、およびその審査基準を形式的・機械的な当てはめで答えを出す単なる物差しにならないようにすること、の重要性が存する。」<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> 芦部前掲注 21・240 頁

<sup>25</sup> 同 240-242 頁

### (3) 表現の自由の内容

芦部信喜教授は、表現の自由に関する具体的権利・自由を表2のように分類する<sup>26</sup>。以下、この分類に従って、それぞれの具体的権利・自由について触れていくこととしたい。

【表2 表現の自由の分類】

	用語の意義	関連する主な判例
知る権利	表現の受け手の自由(聞く自由、読む自由、 <sup>み</sup> 見る自由)	博多駅テレビフィルム提出命令事件
アクセス権	一般に、マス・メディアに対する知る権利、つまり、情報の受け手である一般国民が、情報の送り手であるマス・メディアに対して、自己の意見の発表の場を提供することを要求する権利(具体的には、意見広告や反論記事の掲載、紙面・番組への参加等)の意味に使われることが多い。	サンケイ新聞事件
報道の自由	一般に、報道機関が印刷メディア(新聞・雑誌)ないし電波メディア(放送)を通じて、国民に事実を伝達する自由だと解されている。	博多駅テレビフィルム提出命令事件 北海タイムス事件 石井記者事件 外務省秘密漏洩事件
放送の自由	電波メディアによる報道の自由をとくに放送の自由という。	政見放送削除事件
営利的言論	一般には、利益目的または事業目的で製品またはサービスを広告する言論を言う、と解されている。「話し手とその聞き手の経済的利益にもっぱら関わる表現」と言われることもある。	きゅう適応症広告事件
性表現・名誉毀損的表現	性表現は、性(sex)に関する表現行為すべてを言うのではなく、その中で刑法の定めるわいせつ文書の頒布・販売・陳列の罪(175条)との関係で問題となる表現行為(受け手の知る自由を含む)を言う。	チャタレー事件 「悪徳の栄え」事件 「四畳半襖の下張」事件 「夕刊和歌山時事」事件 「月刊ペン」事件

この表は、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法』第三版及び芦部信喜『憲法学 人権各論(1) [増補版]』をもとに事務局において作成した。

<sup>26</sup> 芦部前掲注1及び注21の分類によった。

## 知る権利（衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会・堀部政男参考人意見陳述<sup>27</sup>）

日本において「知る権利」という言葉は比較的早い時期から使われていた。昭和 23 年の新聞週間の標語で、「あらゆる自由は知る権利から」というものが出ている（これはアメリカの同種の催しで使われた言葉 “Your right to know is the key to all your liberty.” を訳したものである。）

その後、「知る権利」については法学界においてもかなり関心が高まり、検討が行われてきた。アメリカの判例の中で、「知る権利」、「知る自由」、「情報を受ける権利・聞く権利」、「読む権利」など情報を受ける側から捉える考えが示され、表現を行う側の「表現の自由」に対する「表現を受ける側の権利」として構成する試みが日本においても昭和 30 年前後に行われるようになった（昭和 29 年には、東京地裁において「知る権利」という言葉が判決の中で使われた。）昭和 44 年には「悪徳の栄え事件」の最高裁大法廷判決（最大判昭和 44 年 10 月 15 日）の反対意見の中で「知る自由」という言葉が使われ、また、同年の「博多駅テレビフィルム提出命令事件」の最高裁大法廷決定（最大決昭和 44 年 11 月 26 日）の中で、報道機関の報道は国民の知る権利に奉仕するものである、という考えが示された。

これらの日本における議論に大きな影響を与えたのが、アメリカの 1966 年情報自由法である（Freedom of Information Act）。そして、この情報自由法は、判例によって、「請求権としての知る権利」と解釈され、何人に対しても情報を利用できるようにしなければならない、すなわち何人も請求権を持っていると構成されるようになった。

この議論が日本にも導入され、昭和 50 年代に入ると、情報というものへの市民の一般的な権利が制度化されるべきであると主張されるようになった。その流れの中で、地方自治体で情報公開条例が制定されるようになり、国においても平成 13 年 4 月 1 日、情報公開法（行政機関の保有する情報の公開に関する法律）が施行された。

知る権利は、憲法には明文の規定はないが、21 条の表現の自由の中に含まれていると解釈されており、その議論の上に立って、知る権利を具体化する方法として情報公開制度が仕組まれている。

---

<sup>27</sup>第 156 回国会・衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会（平成 15 年 5 月 15 日）。参考人は堀部政男中央大学教授。

## アクセス権

### 【マス・メディアへのアクセス権】(衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会・堀部政男参考人レジュメより<sup>28</sup>)

前述のように、情報というものへの市民の一般的な権利が制度化されるべきであると主張されるようになったのは、日本においては、昭和 50 年前後である。その当時までに我が国で論じられていた権利概念は、「知る権利」や「プライバシー権」であった。

そのような状況の中で、昭和 49 年には「アクセス権」(right of access) という概念が法律誌ジュリストで正面から論じられ(同年 10 月 15 日号・特集「マス・メディアへのアクセス権」)、これを一つの大きなきっかけとして、アクセス権について各方面で議論が展開されるようになった。

日本における「アクセス権」という用語は、もっぱら、「マス・メディアへのアクセス権」として論じられている。

近代社会における言論の自由は、理念的には「国家からの言論の自由」を意味し、言論の自由をめぐる緊張関係は、「国家権力」と「言論主体」との間に存在していた。これは、言論の自由における二極構造であると把握することができるのであって、そこでは、メディアと市民は一体となって国家による言論抑圧と闘ってきた。

ところが、資本主義の発展に伴って、メディアもマス化し、独占化の傾向を強めるようになった現代社会においては、市民一般はマス・メディアから疎外され、情報の「送り手」と「受け手」という二つの階層が生まれるようになった。その結果、元来、言論の自由の享有主体として一体感を持っていたメディアと市民の間に一定の対抗関係が生じるようになり、かつての「メディア＝市民」対「国家」という二極構造から、「市民」と「メディア」と「国家」という三極構造へと移行するようになった。

この三極構造の中におけるメディアと市民の間の対抗関係は、種々の形で出てきている。例えば、言論の自由の本来的享受主体である市民が大量的な伝達手段であるマス・メディアに対して自己の意見を伝達するように要求しても、マス・メディアはみずからの言論の自由やそれに基づくという編集権・編成権を主張して、市民の要求を拒絶することなどがあるため、両者の間に対立意識が生まれるようになり、市民は、国家の力を借りてでも、自己の主張を通そうとするようになった。

---

<sup>28</sup>第 156 回国会・衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会(平成 15 年 5 月 15 日)・堀部政男参考人レジュメ。このレジュメは、衆議院憲法調査会 HP において入手することができる。[http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index\\_kenpou.htm](http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_kenpou.htm)

言論の自由における構造変化の理論的な枠組みは、このように抽象化することができるが、この三極構造は、メディアのマス化、とりわけ放送メディアの出現により決定的となった。しかし、この三極構造的意識は、初期の段階では希薄であった。そのような意識を覚醒させたのは、1960年代におけるアメリカの様々な出来事であり、また、それを理論化した学者の議論であった。

特に、ジェローム・A・バロン (Jerome A. Barron) が1967年の『ハーバード・ロー・レビュー』(Harvard Law Review) に書いた「プレスへのアクセス権 - 新しい修正第1条権」(Access to the Press - A New First Amendment Right) という論文の中で、マス・メディアへのアクセス権を提唱した。バロンは、言論の自由に関する伝統的憲法理論を批判し、マス・メディアへのアクセス権を確保するために、国家が積極的な役割を果たすべきであることを主張した。バロンの議論は、これに賛成すると否とを問わず、大きな関心を呼び、合衆国最高裁も、1969年には、「放送におけるアクセス権」を承認するに至った (Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367(1969))。

一方、新聞については、合衆国最高裁は、私有の新聞にはアクセス権を認めなかった (Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241(1974))。

バロンとともにアクセス権を強力に主張した連邦通信委員会 (Federal Communications Commission, FCC) の委員でもあったニコラス・ジョンソン (Nicholas Johnson) は、次のように述べている。

「過去20年間に生じた重要なことは、テレビジョンが権力の焦点となったことである。1960年代と1970年代の戦場は、直径わずか21インチである。今日の権力は、アメリカの脳髄に電極を通す、かの小さなスクリーンを誰が所有し、支配し、検閲し、プログラムを作るかという点から測定される。というのは、その権力から、他のすべての権力、すなわち、政治的・経済的・知的権力が生じるからである。」

#### **【情報に関する権利の中核としてのアクセス権】(衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会・堀部政男参考人意見陳述<sup>29</sup>)**

前述したように、日本における「アクセス権」という用語は、もっぱら、「マス・メディアへのアクセス権」として論じられているが、国際的には、むしろ、「アクセス権」という権利は、知る権利や現代的プライバシー権等を包摂する市民の情報への権利を統一的に把握することができる有用な権利と理解されている。堀部政男参考人は、日本においても、このような見地

<sup>29</sup> 第156回国会・衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会(平成15年5月15日)

から検討を深める必要があるとの意見陳述を行っている。

## 報道の自由

### 【報道の自由の意義】

報道は、事実を知らせるものであり、特定の思想を表明するものではないが、報道の自由も表現の自由の保障に含まれる。これは、報道のために報道内容の編集という知的な作業が行われ送り手の意見が表明される点から言っても、さらに、報道機関の報道が国民の知る権利に奉仕するものとして重要な意義を持つ点から言っても、異論はない。「報道機関の報道は、民主主義において、国民が国政に関与するにつき、重要な判例の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕する」という博多駅テレビフィルム提出命令事件での最高裁の指摘は、現代における報道機関の重要性を的確に表現しているとされている<sup>30</sup>。

博多駅テレビフィルム提出命令事件(最大決昭和 44.11.26 刑集 23 巻 11 号 1490 頁)  
昭和 43 年 1 月、米原子力空母エンタープライズ号の日本寄港に反対する学生と警備の警察官とが博多駅で衝突した事件から生じた付審判請求(公務員の職権乱用罪等に関して検察が不起訴にした場合にその当否を審査する審判)の審理にあたって、NHK 福岡放送局等に対して、事件現場を撮影したテレビ・フィルムの提出が求められ、放送局側は、報道および取材の自由に反すると争った。(特別抗告棄却)

最高裁は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法 21 条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない。」「しかし、取材の自由といっても、もとより何らの制約を受けないものではなく、たとえば公正な裁判の実現というような憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受ける」とした上で、公正な裁判の要請に基づく提出命令の必要性と取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合い等の事情とを比較衡量して決せられるべきだとし、本件フィルムは、過剰警備か否かを判断するうえで「ほとんど必須のものと認められる」ほど「証拠上きわめて重要な価値」を有するものであること、すでに放映ずみのもを含む放映のために準備されたものであること、など指摘して、提出命令を合憲とした<sup>31</sup>。

### 【報道の自由に「取材の自由」が含まれるのか】

「報道の自由」に取材の自由及び取材源秘匿の自由が含まれるかについては、学説上争いがある。以下に、芦部教授の記述を引用する。

<sup>30</sup> 芦部前掲注 1・166-167 頁

<sup>31</sup> 同 166-167 頁及び野中俊彦・江橋崇『憲法判例集』〔第 8 版〕(有斐閣, 2001 年) 86 頁

「報道の自由に、取材の自由および取材源（ニュース・ソース）秘匿の自由が含まれるかについては、意見が分かれており、判例の立場も明確ではない。最高裁は、博多駅事件決定において、「報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値いする」と述べるにとどまったが、この立場は、取材の自由に関するその後の判例に一貫して受けつがれている。」<sup>32</sup>

しかし、芦部教授によれば、学説では、より積極的に、取材の自由も報道の自由の一環として憲法 21 条によって保障される、という見解が有力である。報道は、取材・編集・発表という一連の行為により成立するものであり、取材は、報道にとって不可欠の前提をなすからである。したがって、取材活動は公権力の介入から自由でなければならず、報道機関と情報提供者との信頼関係が十分に確保されなければならない。それによってこそ国民の知る権利が充たされるとする<sup>33</sup>。

その上で、芦部教授は、次のように続ける。

「もっとも、こう解したからといって、公正な裁判の実現を保障するため、「報道機関の取材活動によって得られたものが、証拠として必要と認められる」例外的な場合に、「取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなってもやむを得ない」（博多駅事件決定）ということまで、否定されるわけではない。判例は、検察官ないし警察官による報道機関取材ビデオテープの差押・押収まで、公正な裁判の実現に不可欠だとし、「適正迅速な捜査の遂行という要請がある場合」には認められる、とする（日本テレビビデオテープ押収事件の最決平成元・1・30 刑集 43 巻 1 号 19 頁、TBS ビデオテープ差押事件の最決平成 2・7・9 刑集 44 巻 5 号 421 頁参照）。裁判所と捜査機関とは異なるので、慎重な検討が求められよう。

取材源秘匿の自由についても、同様に考えられる。判例は、刑事事件で取材源に関する新聞記者の証言拒絶権を否定しているが、取材源の秘匿は、単に立法政策上の問題ではなく、取材の自由に関連して憲法上の保護を受けることもあると解される。」<sup>34</sup>

#### **石井記者事件（最決昭和 55.3.6 判時 956 号 32 頁）**

**逮捕状の発布に関する情報が事前に漏れ、新聞に公表されたところ、その記事に関与した記者が情報の漏洩者の捜査に関して裁判所に召喚され、証言を拒否したため起訴された事件。**

<sup>32</sup> 芦部前掲注 1・167 頁

<sup>33</sup> 同 167 頁

<sup>34</sup> 同 167-168 頁

最高裁は、比較衡量すら行わず、証言義務を犠牲にしてまで取材源の秘匿を認めることはできない、と判示した。

もっとも、新聞記事による名誉毀損が争われた民事事件で、公正な裁判の実現との関係で一定の限界はあるとしつつ、取材源秘匿は民訴法 281 条 1 項 3 号（当時の 197 条 1 項 3 号）に言う「職業の秘密」に当たるとして、記者に一定の証言拒否権を認めたものもある（札幌地判昭和 54.5.30 判時 930 号 44 頁）。博多駅事件最高裁決定の思想を民訴法の解釈に具体化したもので、高裁でも支持された。最高裁は特別抗告を却下した（最決昭和 55.3.6 判時 956 号 32 頁）<sup>35</sup>。

なお、取材の自由については、国家秘密とのかかわりでその限界が問題となる。

最高裁は、外務省秘密漏洩事件（西山記者事件）において、取材が「真に報道の目的」であり、「手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるもの」であれば、「正当な業務行為」と言えるが、取材対象者（女性事務官）と肉体関係をもつなど、「人格の尊厳を著しく蹂躪した」取材行為は、「法秩序全体の精神に照らし社会観念上、到底是認することのできない不相当なもの」であり、違法であると断じた<sup>36</sup>。

#### 外務省秘密漏洩事件（西山記者事件）（最決昭和 53.5.31 刑集 32 巻 3 号 457 頁）

「1971 年 6 月調印された沖縄返還協定に関する外務省の極秘電文を毎日新聞記者が外務省女性事務官から入手し、社会党議員に流したため、事務官は国家公務員法 100 条 1 項違反、記者は同 111 条（秘密漏示そそのかし罪）違反に問われた事件。一審判決（東京地判昭和 49.1.31 判時 732 号 12 頁）は、「そそのかし」罪の厳格な合憲限定解釈を行ったうえで、有罪を判示した。最高裁は、そのいずれとも異なるアプローチをとる。なお、国家秘密の概念は必ずしも明確でないが、通常、軍事または外交上の情報で、その公開が国家の安全を傷つけるもの（国家機密）を言う。それ以外の職務上の秘密を含め広義に用いる場合も多い。」<sup>37</sup>

### 放送の自由

電波メディアによる報道の自由をとくに放送の自由という。放送は通常、「公衆によって直接受信されることを目的とする無線通信の送信」（放送法 2 条 1 号）の意に用いられるが、有線テレビジョン放送法（1972 年）では有線放送にも放送法（1950 年）の定める一定の規則が準用されているので、両者は「広義」の放送として同じに扱われる<sup>38</sup>。

<sup>35</sup> 同 169 頁

<sup>36</sup> 同 168 頁

<sup>37</sup> 同 169 頁

<sup>38</sup> 同 170 頁



## 【マス・メディアへの規制】

欧米のマス・メディア法制は、放送については免許制、番組内容規制、集中排除規制など様々な規制を課す一方、新聞、雑誌などのプリント・メディアについては特別の規制を設けず、市場における自由な言論活動を保障するイギリスやアメリカに代表される体制と、フランスやドイツに見られるように、プリント・メディアについても反論権や集中排除のルールを設け、社会内部の多様な意見をマス・メディア全体に制度的に反映させようとする体制とに大別される。

これに対して日本の法制は、放送に広範な規制を課す一方で、プリント・メディアには自由な表現活動を保障するイギリス・アメリカ型の制度を採用している。「公衆によって直接送信されることを目的とする無線通信の送信」と定義される「放送」については、政治的公平性や論点の多角的解明などの番組編集基準の遵守、番組審議機関の設置が義務づけられるほか、一般放送事業者については、放送局の複数支配の禁止、他のマス・メディア事業との兼営の制約などが要求される。<sup>39</sup>

### 【参考 放送法（昭和25年法律132号）】

#### （定義）

**第二条** この法律及びこの法律に基づく命令の規定の解釈に関しては、次の定義に従うものとする。

一 「放送」とは、公衆によつて直接受信されることを目的とする無線通信の送信をいう。

一の二～六 略

#### （放送番組編集の自由）

**第三条** 放送番組は、法律に定める権限に基く場合でなければ、何人からも干渉され、又は規律されることがない。

#### （国内放送の放送番組の編集等）

**第三条の二** 放送事業者は、国内放送の放送番組の編集に当たつては、次の各号の定めるところによらなければならない。

一 公安及び善良な風俗を害しないこと。

二 政治的に公平であること。

三 報道は事実をまげないですること。

四 意見が対立している問題については、できるだけ多くの角度から論点を明らかにすること。

2 放送事業者は、テレビジョン放送による国内放送の放送番組の編集に当たつては、特別な事業計画によるものを除くほか、教養番組又は教育番組並びに報道番組及び娯楽番組を設け、放送番組の相互の間の調和を保つようにしなければならない。

<sup>39</sup> 長谷部前掲注 12・219-220 頁

ない。

- 3 放送事業者は、国内放送の教育番組の編集及び放送に当たっては、その放送の対象とする者が明確で、内容がその者に有益適切であり、組織的かつ継続的であるようにするとともに、その放送の計画及び内容をあらかじめ公衆が知ることができるようにしなければならない。この場合において、当該番組が学校向けのものであるときは、その内容が学校教育に関する法令の定める教育課程の基準に準拠するようにしなければならない。
- 4 放送事業者は、テレビジョン放送による国内放送の放送番組の編集に当たっては、静止し、又は移動する事物の瞬間的影像を視覚障害者に対して説明するための音声その他の音響を聴くことができる放送番組及び音声その他の音響を聴覚障害者に対して説明するための文字又は図形を見ることができる放送番組をできる限り多く設けるようにしなければならない。

#### (番組基準)

**第三条の三** 放送事業者は、放送番組の種別及び放送の対象とする者に応じて放送番組の編集の基準(以下「番組基準」という。)を定め、これに従って放送番組の編集をしなければならない。

- 2 放送事業者は、国内放送について前項の規定により番組基準を定めた場合には、総務省令で定めるところにより、これを公表しなければならない。これを変更した場合も、同様とする。

#### (放送番組審議機関)

**第三条の四** 放送事業者は、放送番組の適正を図るため、放送番組審議機関(以下「審議機関」という。)を置くものとする。

- 2 審議機関は、放送事業者の諮問に応じ、放送番組の適正を図るため必要な事項を審議するほか、これに関し、放送事業者に対して意見を述べることができる。
- 3 放送事業者は、番組基準及び放送番組の編集に関する基本計画を定め、又はこれを変更しようとするときは、審議機関に諮問しなければならない。
- 4 放送事業者は、審議機関が第二項の規定により諮問に応じて答申し、又は意見を述べた事項があるときは、これを尊重して必要な措置をしなければならない。
- 5 放送事業者は、総務省令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を審議機関に報告しなければならない。
  - 一 前項の規定により講じた措置の内容
  - 二 第四条第一項の規定による訂正又は取消しの放送の実施状況
  - 三 放送番組に関して申出のあつた苦情その他の意見の概要
- 6 放送事業者は、審議機関からの答申又は意見を放送番組に反映させるようにするため審議機関の機能の活用に努めるとともに、総務省令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を公表しなければならない。
  - 一 審議機関が放送事業者の諮問に応じた答申又は放送事業者に対して述べた意見の内容その他審議機関の議事の概要
  - 二 第四項の規定により講じた措置の内容

### 【放送の規制根拠】

このような規制態様については、従来、電波の有限性などにより説明が

なされてきた。しかし、近年、そのような説明に対する疑問も提示されている。以下に、長谷部恭男教授の論述を引用する。

「プリント・メディアと放送とを区別し、放送のみに規制を加える根拠としては、伝統的に、周波数帯の有限希少性と放送の持つ特殊な社会的影響力が挙げられてきた。

日本共産党を批判する自由民主党の意見広告を掲載したサンケイ新聞に対し、日本共産党が、名誉毀損の不法行為が成立するか否かにかかわらず、自己の記事に取り上げられたというだけの理由で反論文を無料で掲載する権利があると主張した事件で、最高裁判所は、このような反論権制度は新聞社に負担を課するため、「公的事項に関する批判的記事の掲載をちゅうちょさせ、憲法の保障する表現の自由を間接的に侵す危険につながるおそれも多分に存する」として、日本共産党の請求をしりぞけた。最高裁は、その際、放送事業者は「有限な」電波の使用免許を受けた者であるがゆえに、放送法4条の定める訂正放送制度を、新聞に対する反論権の根拠とすることはできないとしている（最判昭和62・4・24民集41巻3号490頁）。

また、いわゆる政見放送削除事件に関する最高裁判所判決は、公職選挙法150条の2の規定は、テレビ放送が「直接かつ即時に全国の視聴者に到達して強い影響力を有していること」にかんがみ、政見放送の品位を損なう言動を禁止したものであるから、政見放送を「そのまま放送しなければならない」との同法150条1項の規定にもかかわらず、そのような言動については、削除を被っても不法行為法上、法的利益の侵害があったとはいえないとする（最判平成2・4・17民集44巻3号547頁）。そこには、放送の持つ特殊な社会的影響力に鑑み、放送について特別の法規制を置くことを容認する態度が見られる。

しかし、近年にいたって周波数帯の利用が高度化し、CATVや衛星放送など、多様な新しいメディアが出現したため少なくとも伝送路の希少性は緩和され、社会的影響力についても、これを一律に論ずることは難しくなっている。そもそも希少性は市場で取引されるあらゆる財に伴うものであるし、典型的なプリント・メディアである新聞と放送との間に、希少性や社会的影響力の点で顕著な差異は見いだしがたい。

そこで、最近では、放送をプリント・メディアと同様に取り扱い、規制を撤廃すべきだとの主張が現れる一方で、マスメディアという強大な私的権力と政府の権力との均衡をはかり、社会生活に必要な基本的情報の多様化と社会全体への公平な提供をはかる措置として、放送への規制を説明する議論が現れている。この考え方によると、放送と新聞とは、希少性や社会的影響力の点では異ならないが、それにもかかわらず放送のみに一定の規制を課する

ことで、新聞にとりあげられない視点が放送に反映されることが期待できるとし、その一方、放送に対する過剰な規制に対する歯止めとして、典型的な自由なメディアとしての新聞の存在に期待することができる。ただし、このような「マスメディアの部分規制」が本来の機能を果たすには、新聞と放送とが資本的・人的に分離していることが前提となろう。」<sup>40</sup>

### 営利的言論

「表現の自由の中に、営利的言論（commercial speech）が含まれるかどうかは問題とされてきたが、近時、広告のような営利的な表現活動であっても、国民一般が、消費者として、広告を通じてさまざまな情報を受け取ることの重要性にかんがみ、学説では一般に表現の自由の保護に値すると考えられている。もっとも、表現の自由の重点は、自己統治の価値にあるから、営利的言論の自由の保障の程度は、非営利的（すなわち政治的）言論の自由よりも低いと解される」とされている<sup>41</sup>。

#### きゅう適応症広告事件（最大判昭和 36・2・15 刑集 15 卷 2 号 347 頁）

**あん摩師はり師きゅう師及び柔道整復師法（現在のあん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律など）の定める広告制限が違憲ではないか争われた。**

「最高裁は、……広告を制限する理由は、「虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を将来することをおそれたため」であって、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、「国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない」と判示し、憲法 21 条等に違反しないと判断している」<sup>42</sup>

#### **（参考）たばこ広告 屋外や電車での広告禁止へ**

「財務省と業界団体の日本たばこ協会は 30 日、たばこ広告の規制を強化し、屋外広告や電車、バスなどの公共交通機関での広告を禁止する方針を決めた。未成年者の喫煙を防ぐのが狙いで、3 月初めまでに財務省指針と業界の自主基準を改正し、4 月から適用する。

規制強化は、昨年 5 月に世界保健機関(WHO)の総会で採択された「たばこ規制枠組み条約」や各国の規制状況を踏まえ決めた。財務省指針は 89 年に策定されており、15 年ぶりの改正になる。

新たな規制案で禁止するのは、(1)たばこの販売所、喫煙所を除く公共性の高い場所でのポスターや看板の広告(2)電車、バス、タクシーなど公共交通機関での広告(3)成人だけを対象に絞れる場合を除くテレビ、ラジオ、インターネット広告。喫煙マナーの向上

<sup>40</sup> 長谷部前掲注 12・220-221 頁

<sup>41</sup> 同 174 頁

<sup>42</sup> 野中ほか前掲注 6・346-347 頁

や未成年者の喫煙防止、企業活動の紹介など、たばこの販売促進を目的としない広告は規制しない。

また、スポーツ紙などを除く日刊紙への広告掲載は、1社につき1紙当たり年間12回までとし、1面、最終面、テレビ番組面、家庭・児童面には載せないことにする。

広告の長期契約が残っていることに配慮して、交通機関と新聞の広告は9月まで認め、屋外看板と駅構内の広告も、契約解除が極めて困難な場合に限り、来年9月まで、継続を認める。

世界最高峰の自動車レース「F1」など、未成年者も対象にしたり、放送されるイベントへのたばこ広告を伴う後援は、現行の自主基準で禁止され、経過措置期間の切れる06年11月30日までに姿を消すことになっており、すでに欧州ではF1開催の中止など影響がでている。」(毎日新聞 平成16年1月30日)

## 性表現・名誉毀損的表現

### 【性表現の自由】

性表現・名誉毀損的表現は、わいせつ文書の頒布・販売罪とか名誉毀損罪が自然犯として刑法に定められているので、従来は、憲法で保障された表現の範囲に属しないと考えられてきた。しかし、そのように考えると、わいせつ文書なり名誉毀損の概念をどのように決めるかによって、本来憲法上保障されるべき表現まで憲法の保障の外におかれてしまうおそれが生じる。そこで、わいせつ文書ないし名誉毀損の概念の決め方それ自体を憲法論として検討し直す考え方が有力になってきた。つまり、それらについても、表現の自由に含まれると解したうえで、最大限保護の及ぶ表現の範囲を確定していくという立場である。この立場は、性表現について言えば、わいせつ文書の罪の保護法益(社会環境としての性風俗を清潔に保ち抵抗力の弱い青少年を保護することと解する説が有力である)との衡量をはかりながら、表現の自由の価値に比重をおいてわいせつ文書の定義を厳格にしぼり、それによって表現内容の規制をできるだけ限定しようとする考え方で、定義づけ衡量(definitional balancing)論と呼ばれる<sup>43</sup>。

### チャタレイ事件(最大判昭和32.3.13 刑集11巻3号997頁)

英文学者伊藤整と小山書店社主小山久二郎が、D.H.ローレンスの小説「チャタレイ夫人の恋人」を、その中に露骨な性的描写のあることを知りながら、翻訳、出版し、相当部数売り渡した行為が刑法175条にいうわいせつ文書販売の罪にあたりとされた刑事事件。

最高裁は、「わいせつ文書」とは、徒に性欲を興奮または刺激せしめ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの、と定義したうえで、刑

<sup>43</sup> 芦部前掲注1・172頁

法 175 条は、性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持するという公共の福祉のための制限であり、合憲である、と判示した<sup>44</sup>。

### 【有害図書規制は合憲か】

多くの都道府県では、青少年保護育成条例を制定し、有害図書の販売・貸付規制と自動販売機への収納規制を一般的に内容とする有害図書規制が行われている。有害図書の指定は知事によってなされるが、指定の要件は、岐阜県条例を例にとると、図書の内容が「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めるとき」(6条1項)となっている。このような有害図書の規制の合憲性については、指定基準が不明確ではないか、青少年への販売禁止が成人への販売を禁止する結果にならないか、また、運用いかんによって検閲に転化する危険があるのではないかという疑問が学説から出されているが、最高裁は、岐阜県青少年保護育成条例による有害図書の自動販売機への収納禁止の規制が憲法 21 条に違反しないと判断している。(最判平成元年 9 月 19 日刑集 43 卷 8 号 785 頁)<sup>45</sup>。

### 【名誉毀損的表現】

名誉毀損的表現は、とくに公務員ないし著名人(公人)が対象となっている場合には、国民の知る権利にもかかわる重大な問題である。最高裁は、名誉毀損罪に関する刑法 230 条の 2 の規定について、表現の自由の確保という観点から厳格に限界を確定する解釈を打ち出していると学説上評価されている<sup>46</sup>。

### 【参考 刑法(明治 40 年法律 45 号)】

#### (名誉毀損)

**第二百三十条** 公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に処する。

2 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。

#### (公共の利害に関する場合の特例)

**第二百三十条の二** 前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、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。

2 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為

<sup>44</sup> 同 171 頁

<sup>45</sup> 野中ほか前掲注 6・352-353 頁

<sup>46</sup> 同 172 頁

に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす。

- 3 前条第一項の行為が公務員又は公選による公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。

## 5 表現の自由の限界

### (1) 「二重の基準」の理論

#### 問題の所在と「二重の基準」の理論

すでに紹介したところであるが（7 頁参照）人権を制限する法律の違憲審査基準として、「二重の基準」の理論を挙げることができる。芦部信喜教授は、以下のように述べる。

「表現の自由といえども無制約ではない。その限界は、表現の形態、規制の目的・手段等を具体的に検討して決めなければならない。その際に、表現の自由を規制する立法が合憲か違憲かを判定する基準を整理することがきわめて重要である。

これに応える指針として広く支持されてきた考え方が、……「二重の基準」（double standard）すなわち、表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりも、とくに厳しい基準によって審査されなければならない、という理論である。」<sup>47</sup>

#### 「二重の基準」の理論に対する評価

二重の基準の理論は、学説上広く支持を得てきたとされるが、この点について、長谷部恭男教授の以下の記述を引用する。

「二重の基準は、司法審査と民主主義とがいかに整合するか、また憲法上の権利と公共の福祉とがいかなる基準に基づいて調整されるべきかに関する基本的な考え方を示すもので、学説において広く支持を得ている。二重の基準論によれば、表現の自由を典型とする精神的自由は経済的自由に比べて優越的地位を占め、それを制限する立法の合憲性審査には、経済的自由の制約立法に一般に妥当する合理性の基準よりも厳格な審査基準が用いられるべきである。

判例も、小売商業調整特別措置法判決（最大判昭和 47・11・22 刑集 26

<sup>47</sup> 芦部前掲注 1・175 頁

巻9号586頁)や薬事法距離制限規定違憲判決(最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁)などにおいて、一般論として二重の基準論を受け入れている。もっとも、判例は精神的自由権の優越的地位に十分な配慮を示しているとはいえず、二重の基準論が十分に具体化されているとはいいがたいとの強い批判がある。」<sup>48</sup>

## 「二重の基準」の理論の根拠と限界

### 【「二重の基準」の理論の根拠】

二重の基準の理論の根拠として、「民主的政治過程論」を挙げる場合が多い。例えば、長谷部恭男教授は、次のように説明する。

「二重の基準論の根拠としてしばしば挙げられるのは、代表民主政の過程と関連づける議論である。……つまり、表現の自由や選挙の公正が確保され、民主政の過程が維持されている限り、経済活動に対する不当な制約については、民主的政治過程を通じてそれを修正することが可能であるが、表現の自由が侵害された場合には、民主政の過程自体が傷つけられるため、議会による矯正は困難となり、裁判所による積極的な介入が要請されるという議論である。社会的偏見の対象となっている少数派への差別立法についても、民主的政治過程による修正は困難と考えられるため、司法の積極的な権利保護が要請される。

民主的政治過程は、国民の権利保護と公益実現の本来の経路である。政治部門が解決しうる問題に司法部が積極的に介入するならば、政治部門に向かうべき市民の参加をかえって阻害するだけでなく、長期的で広い視野に立った根本的な社会改革や専門的技術的な立法政策の当否など、裁判所の制度枠組みや能力に適合しない諸問題を抱え込むことになる。したがって、裁判所は民主的政治過程自体が損なわれる危険のある場合に限り積極的な違憲判断を行うべきであり、それ以外の問題については政治部門への謙譲を保つべきである。

以上のような民主的政治過程論によれば、表現の自由の制約立法に対する司法積極主義と、経済的自由に関する司法消極主義とを矛盾なく説明することが可能となるし、また、なぜ有権者に対してきわめて限られた政治責任しか負わない司法部が、民主的基礎を持つ政治部門の決定について違憲判断を下しうるのかという問題も巧みに解決することができる。社会全体の利益を理由として保障されている憲法上の権利に関する限り、民主的政治過程論は、

---

<sup>48</sup> 長谷部前掲注12・123-124頁



説得力のある議論を提示していると考えられる。」<sup>49</sup>

### 【民主的政治過程論の限界】

「しかし、この議論についてはいくつかの限界を指摘することができる。第一に、民主的政治過程論は、代表民主政という誰もが認めざるをえない憲法の構造から、当然に二重の基準が導き出されるとし、したがって、二重の基準論は裁判所の価値選択に基づくものではないとする点にその強みを持つ。実質的価値判断は政治部門の役割であり、裁判所の任務ではないというわけである。

しかしながら、一口に代表民主政といっても、その内容は自明ではない。たとえば、多数決であらゆる政治問題を解決しようとする多数者支配民主政と多数決によっても侵害しえない権利をあらゆる人に保障する立憲民主政とを区別した場合、日本国憲法の指定する民主政は後者のはずである。そして、多数決によっても侵害しえない権利の内容自体は、多数決によっては決定しえないはずであり、裁判所の判断にまたざるをえない。たとえ、憲法の指定する民主政が多数者支配民主政であるとしても、なぜそれが憲法の指定する民主政なのかは、論証を要する事柄である。多数決による民主政の過程を維持することに裁判所の任務を限定する議論は、したがって、自明な憲法の構造から論理必然に帰結するものでも、実質的価値判断から免れているわけでもない。

第二に、民主的政治過程論によると、積極的司法審査が要求される問題領域が狭く限定されすぎるおそれがある。たとえば、個人のプライバシーの保護や自己決定に関する権利は、民主政の過程と直接の関連はなく、民主的政治過程論からするとゆるやかな審査で足りる問題になる。また、表現活動の中でも、政治的言論は民主政の過程に貢献する活動として厚い保護に値するであろうが、芸術的表現や営利的言論については、民主政への貢献はせいぜい間接的であり、厚い保護に値するか疑わしい。

もちろん、厳格な違憲審査の妥当する領域は政治的言論活動に限られ、それ以外の自由の保護については裁判所ではなく投票箱に訴えかけるべきだとの立場もありうるが、それもまた実質的価値選択なしに憲法の構造自体から当然に導かれる結論ではない。

政治的言論以外の領域についても裁判所の積極的な違憲審査活動の要請される問題があると考えられる以上は、民主政治過程論に代替する議論、あるいは少なくともそれを補完する議論を用意する必要がある。裁判所は、民主的政治過程の維持には直接に寄与しない権利であっても多数決によっては侵

---

<sup>49</sup> 同 124-125 頁

害しえない基本的権利、つまり切り札としての人権については、実質的価値選択に基づいて保障すべきだとの議論はその一例である。」<sup>50</sup>

### 「二重の基準」の理論の内容

「二重の基準と言っても、現代国家における人権状況を踏まえて考えると、精神的自由と経済的自由の保障の程度が段階的にまったく違う、という意味ではない。両者は保障の程度をほぼ同じくする領域を含む。また、表現の自由の規制立法に対して用いられる厳格な審査も一様ではなく、表現の種別や規制立法の態様の相違に応じて異なることに、注意しなければならない。

表現の自由の規制立法は、検閲・事前抑制、漠然不明確または過度に広汎な規制、表現内容規制、表現内容中立規制、という四つの態様に大別される<sup>51</sup>」<sup>52</sup>。

---

<sup>50</sup> 同 125-126 頁

<sup>51</sup> この分類のうち と については、「区別すること自体に有力な異論」があるとされる(芦部前掲注 1・176 頁)。「表現内容規制」とは、ある表現をそれが伝達するメッセージを理由に制限する規制(例えば、政府転覆の文書によるせん動の禁止、国の秘密情報の公表の禁止、政府の暴力的転覆を唱導する言論の禁止など)を言う(図 2 の B の領域)。「表現内容中立規制」とは、表現をそれが伝達するメッセージの内容や伝達効果に直接関係なく制限する規制(たとえば、病院・学校近くでの騒音の制限、一定地域・建造物での広告掲示の禁止、一定の選挙運動の自由の制限など)をいう(図 2 の C の領域)。

<sup>52</sup> 芦部前掲注 1・176-178 頁

【図 2 二重の基準の理論の内容】

		<b>精神的自由</b> (例えば表現の自由)		
<b>【保障の程度】</b> 強 弱	文面判断のアプローチ	(A)検閲禁止 明確性の理論(過度に 広汎性ゆえに無効法 理・漠然性ゆえに無効 法理)		
		(B)表現内容の規制	<b>経済的自由</b> (例えば職業の自由)	
	事実判断のアプローチ	【用いられる審査基準】 ・「明白かつ現在の危険」の 基準 など		
		(C)表現の時・所・方法 の規制(内容中立規 制)	(D)消極目的規制	
		【用いられる審査基準】 ・「より制限的でない他の選 びうる手段」の基準など	【用いられる審査基準】 ・「厳格な合理性」の基準	
			(E)積極目的規制	
			【用いられる審査基準】 ・「明白性」の原則	


(出所：芦部信喜『憲法学 人権総論』277 頁以下)

(この図の見方)

精神的自由のうち内面的精神活動の自由(19条の思想・良心の自由、20条の信仰の自由、23条の学問研究の自由)は、公共の福祉の原理によって制約されることは、あり得ない。

左側の精神的自由(典型的には表現の自由)、右側の経済的自由(典型的には職業の自由)ともに、上からABC又はDEの順序で保障の程度に強弱があることを示す。すなわち、違憲審査基準は、Cの領域よりもBの領域、Bの領域よりもAの領域が厳格である。また、Eの領域よりもDの領域のほうが厳格である。CとDが同列に並んでいるのは、ほぼ同じ基準で違憲審査が行われるからである。

違憲審査の基準のほかに、Aの領域とその他の領域は憲法判断の方法を大

大きく異にする（で囲った部分）。A の領域には、具体的事実の利益衡量という要素が原則として入ってこないのので、法律の文面それ自体を審査することによって結論が出される（文面判断のアプローチ）。これに対して、B 以下の領域では、原則として立法事実<sup>53</sup>の審査が重視される（事実判断のアプローチ）。

### 【A の領域について】

表現の自由に対する事前抑制（検閲）の場合と、表現の自由を規制する法文が「過度に広汎」であるか「漠然不明確」である場合は、表現の自由に「萎縮的效果」<sup>54</sup>を及ぼすので、法文自体が文面上無効とされる。

このような萎縮的效果を及ぼす法令は、その法令の存在そのものを否定する必要があるのので、法文自体を文面で判断して合憲か違憲かを決定する「文面判断のアプローチ」が適用される。そして、法令の定める規制が検閲に当たるとか、過度に広汎ないし漠然不明確であるという結論になれば、当該法令は原則として「文面上無効」の判決、すなわち、あらゆる人、あらゆる場面に適用されても違憲になるだろうという、立法府に対して強く改廃を要請する意味を含んだ判決が下される<sup>55</sup>。

#### A の領域で用いられる違憲審査基準

##### ・「検閲」禁止

(2)検閲・事前抑制の禁止参照（42 頁参照）

##### ・明確性の理論

明確性の理論には二種類ある。法文が漠然不明確な法令について、合理的な限定解釈によって法文の漠然不明確性が除去されない限り、仮に当該法規の合憲的適用の範囲内にあると解される行為が争われるケースでも、原則として法規それ自体が違憲無効（文面上無効）となるとする理論を「漠然性ゆえに無効」の法理、法文は一応明確でも、規制の範囲があまりに広

<sup>53</sup> 「法律の基礎にあってその合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般的事実を言う。立法当時の過去の事実そのものではなく、裁判時において立法を支える事実の合理性があるか否かが問題になる。その場合、立法を支える事実とは、立法目的の合理性（正当性）ないしそれと密接に関連する立法の必要性を裏づける事実だけでなく、立法目的達成手段（規制手段）が合理的（精神的自由が争点になる場合には必要最小限度の意を強く含む）であることを基礎づける事実を含む。（芦部信喜『憲法学 人権総論』有斐閣、1994年）202-203頁）

<sup>54</sup> ある法令について、それが存在すること自体が憲法上当然に保障される言論表現活動を萎縮させてしまうような効果を意味する。

<sup>55</sup> 芦部前掲注 53・229 頁

汎で違憲的に適用される可能性のある法令を、その存在自体が表現の自由に重大な脅威を与えるために同じく文面上無効とする理論を「過度の広汎性のゆえに無効」の法理という。両者は概念的には区別しなければならないが、表現の自由の規制立法に関するかぎり、実際には、しばしば重なり合って問題となる<sup>56</sup>。

・ **明確性の理論が用いられた判例（徳島市公安条例事件）**

徳島市内でジグザグデモを指揮、実行し、道交法 77 条 3 項及び徳島市公安条例 3 条 3 号の「交通秩序を維持すること」に違反する罪に問われた事件において、法文の不明確性が争われたが、最高裁は、「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる基準が読みとれない場合」でないかぎり、「交通秩序を維持すること」という条例の定める許可条件（この違反には罰則がある）のように、「文言は抽象的で立法措置として著しく妥当を欠く」ものであっても、右規定は「殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避止すべきことを命じているものと解される」とし、合憲であるとした（最大判昭和 50・9・10 刑集 29 卷 8 号 489 頁）<sup>57</sup>。

**【B 及び C の領域について】**

情報化社会の進展に伴い表現手段が多様化し、憲法上保障される表現の自由の範囲が飛躍的に拡大したため、それを規制する立法の方式も多種多様となった。したがって、違憲審査基準も一律には考えることができず、各種の規制を類型化し、それぞれの性質に応じて最も適切な基準を構成することが必要である。

この点、有力な異説もあるが、まず、「表現の内容」に関する規制（B の領域）と、「表現の時・所・方法」に関する規制（C の領域）とに大別して考えるのが、便宜である。

「表現の内容」に関する規制とは、例えば、違法行為を煽動する表現や治安紊乱的な誹謗（侮辱）表現を禁止したり、国の秘密情報の公表を禁止したり、政府の暴力的転覆を唱導する教師の雇用を禁止したりする法律のように、コミュニケーションをそれが伝達するメッセージを理由に制限する規制をいう。

これに対して、そういう内容やメッセージの伝達効果と関係なしに（つまり表現内容には中立的な立場で）表現を制限する規制、たとえば病院近傍での騒音の制限、住宅地域における屋外広告掲示の禁止、選挙運動の自由の制限などを「表現の時・所・方法」に関する規制（内容中立規制）という。

<sup>56</sup> 芦部前掲注 1・185-186 頁

<sup>57</sup> 同 186 頁

「表現内容」に関する規制は、一定の内容のものについては例外的に認められるが、表現の自由の保障に及ぼす影響がきわめて重大であるから、原則として許されず、その種の規制立法の合憲性は「厳格に審査」される。しかし、「表現の時・所・方法」に関する規制も、「表現の内容」に関する規制と必ずしも明確に区別できない場合があるのみならず、表現の自由の保障をおびやかす場合は決して少なくないので、その合憲性の審査基準をあまり緩やかに考えるべきではなく、原則として、裁判所の実質的審査を可能にする「表現の内容」に関する規制にほぼ準ずる基準を用いることが必要である。<sup>58</sup>

### **B の領域で用いられる違憲審査基準**

#### **・「明白かつ現在の危険」の基準**

たとえば現行法上、犯罪または違法行為をそそのかしたり（教唆）あおったり（煽動）する表現を「それ自体独立に処罰する」規定が少ない。煽動が引き金となって起こった犯罪行為に制裁が加えられるのは当然であるが、政治的な表現には多かれ少なかれ煽動的要素が含まれているので、煽動の要素があるからと言って、直ちに処罰することは許されない。これは表現の内容そのものを規制する場合であるから、当該煽動処罰の規制がどうしても必要かどうか、必要性は認められるとしても、当該具体的な表現が刑事制裁の対象となる「煽動」に当たるかどうか、というような問題を厳格かつ慎重に審査しなければならない。この厳格な審査を具体化する最も適切な方法が、「明白かつ現在の危険」の基準である。というのは、この基準は、ある表現行為が社会に対して実質的な害悪を引き起こす明らかに差し迫った重大な危険が存在する場合にはじめてその表現行為を制約することが許される、というもので、規制する公権力の側で危険の切迫性と重大性及び規制手段の必要不可欠という極めて厳格な要件を論証することが要求されるからである<sup>59</sup>。

#### **・「明白かつ現在の危険」の基準が用いられた判例（煽動罪規定合憲判決）**

現行法上、犯罪又は違法行為を煽動する（ここでは、「そそのかす」と「あおる」の両者を含む意）表現を処罰する規定が少ない（破壊活動防止法 38 条・40 条など）。判例は、煽動とは人に対し「犯罪行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺戟を与えること」だとし、表現活動としての性質を有していることを認めながら、「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」という立場をとっている（最大判昭

<sup>58</sup> 芦部前掲注 53・229-230 頁

<sup>59</sup> 同 230-231 頁

和 24・5・18 刑集 3 卷 6 号 839 頁、最判平成 2・9・28 刑集 44 卷 6 号 463 頁参照)。<sup>60</sup>

「明白かつ現在の危険」の基準のほかに、「定義づけ衡量」などがこの領域で用いられる<sup>61</sup>。「定義づけ衡量」については、30 頁参照。

### C の領域で用いられる違憲審査基準

#### ・「より制限的でない他の選びうる手段」の基準

アメリカの憲法判例で多く用いられてきたもので、通常 less restrictive alternatives のテストと呼ばれ（我が国では右の三つの単語の文字をとって LRA の基準と略称されることが多い。）その特色は、次のような点である。

国家権力が、特に精神的自由を間接的に規制する場合、すなわち自由の内容に直接かかわりのない実質的で正当な利益を追求する場合に、主として用いられる。

このように規制目的に民主的な価値が認められ、規制権力側に権利・自由に対して一定の制約を加える理由はあるが、規制手段が広汎であり、裁判所が広汎な規制手段をとる実質的利益がどの程度あるのか、種々の要件を衡量して決定する場合に用いられる。規制が広汎でも、目的と手段との間に合理的な関連がない場合、あるいは規制があまりにも広汎に過ぎ規制自体から当然に他により制限的でない手段の存在が明白であるような場合には、この基準は適用されない。

右にいう衡量は、規制を受ける権利・自由の側により大きな比重が置かれた上で行われ、国家権力側に規制手段の正当性（つまり他の選びうる手段が利用できないこと）を証明する重い挙証責任が負われる点で、この基準は「明白かつ現在の危険」の基準と基本思想を等しくする。

こういう衡量の結果、立法の意図する利益が個人の権利・自由に対してより厳しくない制約を課するであろう他の選びうる手段（それを判決に明示することは必ずしも必要ではない）によっても達成することができると判定される場合には、当該広汎な規制立法は違憲とされる。<sup>62</sup>

#### ・「合理的関連性」の基準

芦部信喜教授は、この領域で LRA の基準を用いるべきと主張するが、若干の下級審判決で用いられてはいるものの、最高裁はこの領域の規制立

<sup>60</sup> 芦部前掲注 1・189 頁

<sup>61</sup> 芦部前掲注 53・231 頁参照

<sup>62</sup> 芦部信喜『演習憲法』新版（有斐閣、1988 年）94 頁以下

法に LRA の基準を適用せず、目的と手段との間に「抽象的・観念的な関連性」があればよいといういわゆる「合理的関連性」の基準を適用している<sup>63</sup>。

例えば、猿払事件（北海道猿払村の郵便局員が、衆議院議員の選挙ポスターを公営掲示板に掲示したり、他に配付したところ、国家公務員法に反するとして起訴された事件）において、一審判決（旭川地判昭和 43・3・25 下刑集 10 巻 3 号 293 頁）は、機械的労務に携わる現業の国家公務員が、勤務時間外に国の施設を利用せず、職務を利用することなく行った行為にまで、刑事罰を適用することは必要最小限度の制限とはいえず、違憲であると判示した。二審も LRA の基準で判断した一審判決を支持し、これに従う同旨の判決が十指にも及んだが、最高裁は、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼の確保という規制目的は正当であり、その目的のために政治的行為を禁止することは目的との間に合理的関連性があり、禁止によって得られる利益と失われる利益との均衡がとれているとして、合憲である、と判示した（最大判昭和 49・11・6 刑集 28 巻 9 号 393 頁）<sup>64</sup>。

#### 【D 及び E の領域について】

経済的自由の規制については、立法府の判断を尊重するのを建前とすべきであるから、その合憲性は、精神的自由の規制立法に適用される基準よりも緩やかな基準によって判定される。「合憲性推定の原則」と結びついて広く用いられる「合理性」の基準がそれである。

「合憲性推定の原則」とは、立法目的及び立法目的達成手段の合理性を支える立法事実の存在が推定されるということ（つまり、立法府の判断に合理的な立法事実の基礎が欠けている場合には合憲性が推定されないということ）を意味する。したがって、違憲を主張する側で、原則として、この推定をくつがえすよう立法事実を検出し論証することが必要になる。

「合理性の基準」は、この「合憲性推定の原則」と表裏の関係にある。というのは、合理性の有無は、立法目的と立法目的達成手段の両面にわたって、立法府の判断に合理性があるかどうかを、立法事実を検出・審査し様々な利益を衡量して具体的に決定されるのが建前であるからである。

また、経済的自由の規制にも種々の類型がある。それを規制目的から大別すると、社会公共の秩序と安全を維持し、あるいはこれに対する障害を除去ないし緩和する（例えば、国民の生命・健康に対する危険の防止）という

<sup>63</sup> 芦部前掲注 1・190-192 頁

<sup>64</sup> 同 256 頁



消極的な目的で一定の規制を加える場合と、福祉国家の理念に基づき経済的弱者を保護する（例えば、中小企業の保護）などの社会経済政策を実現するという積極的な目的で規制を加える場合とに分けられる。判例も、<sup>65</sup>については厳格に合理性を判断するが、<sup>66</sup>については立法府の広い裁量を認めるという考え方をとっている<sup>65</sup>。

#### **D の領域で用いられる違憲審査基準**

##### **・「厳格な合理性」の基準**

消極目的規制の合憲性は、「厳格な合理性」基準によって判断される。この基準は、立法目的の正当性の審査のほか、その目的を達成するために「より緩やかな」規制手段があるかどうかを具体的・実質的に審査することを要求する基準である。その点で、C の領域で適用される LRA の基準と性質を同じくする。ただ、合憲性推定原則が経済的自由の規制立法には妥当するが、表現の自由の規制立法には妥当しないと通常考えられているので、その限りでは、ここにいう「厳格な合理性」基準は LRA の基準よりも厳格度が若干弱い<sup>66</sup>。

#### **E の領域で用いられる違憲審査基準**

##### **・「明白性」の原則**

積極目的規制の合憲性は、いわゆる「明白性」の原則によって判断される。これは、規制措置に関する立法府の広い裁量（政策的・技術的裁量）を認め、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限り、それを違憲とする、という基準である<sup>67</sup>。

## **(2) 検閲・事前抑制の禁止**

表現物が思想の自由市場に現れる前に抑止してその内容が人々に伝達される道を閉ざす事前の抑制は、表現の自由に対する最も厳しい制約であり、また、情報内容の善し悪しは、各個人が理性的に判断し得るはずであるとの憲法的前提に反する。表現活動がもたらす害悪への対処は、より権限濫用のおそれが少なく、より限定的な適用の可能な事後の制裁によることが原則である<sup>68</sup>。

<sup>65</sup> 芦部前掲注 53・235-237 頁

<sup>66</sup> 同 237 頁

<sup>67</sup> 同 237 頁

<sup>68</sup> 長谷部前掲注 12・213-214 頁

### 検閲・事前抑制禁止の歴史的沿革

表現の自由は、16世紀前半から17世紀頃までの約150年間イギリスの教会や政府によって行われた出版物に対する事前許可制を禁止することに由来する。ブラックストーン (Sir William Blackstone, 1723-80) が『英法釈義』(Commentaries on the Law of England, vol. 4, p.145 [1876]) で、「出版の自由は自由な国家の本質にとって誠に不可欠なものであるが、その本質は出版物に対して事前の (Previous) 抑制を課さないところにあり、発表されたとき刑事問題で責められることからの自由にあるのではない」と述べたのは、それを明らかにした言葉として我が国でも著名である。爾来、事前抑制の禁止は、「思想の自由市場」を確保するためにも、また、壊れやすく傷つきやすい表現の自由に事後処罰に見られない致命的な(直接かつ回復しがたい)「萎縮的効果」(脚注54参照)が及ぶことを防止するためにも、必須の前提であり、したがって表現の自由の保障の中核をなすものと考えられてきた<sup>69</sup>。

【表3 検閲や事前抑制を禁止する憲法上の規定】

ドイツ連邦共和国基本法(1949)	検閲は行われない(5条1項3文)。
イタリア共和国憲法(1948)	出版に対して許可または検閲を定めることはできない(21条2項)。
大韓民国憲法(1987)	言論、出版に対する許可、もしくは検閲、集会、結社に対する許可はこれを認めない(21条2項)。
デンマーク王国憲法(1953)	検閲およびその他の予防的措置を、再び提案してはならない(77条2文)。

(訳文は、ドイツ連邦共和国憲法、イタリア共和国憲法及び大韓民国憲法については樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』第4版(2001)に、デンマーク王国憲法については阿部照哉・畑博行『世界の憲法集』[第二版](2000)によった。)

#### 【思想の自由市場】

「思想の自由市場」の相対主義的解釈としては、ホームズ裁判官 (Homes, O.W.) の見解が代表的である。Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) における彼の反対意見によれば、「真理の最善のテストは、その考えが、市場での競争の中で自らを受け入れさせる力にあり、そうした真理こそが希望を実現するための唯一の支えとなる」。この見解の難点は、このような相対主義的な「真理」の理解からすると、なぜ真理を手に入れるべきかが判然としなくなることにある。真理が多数派の受け入れる見解にすぎないのであれば、それが何かを知るために思想の自由市場を設定すべきだという議論は単なる循環論に陥る。

真理は虚偽に打ち勝つとの楽観論の代表は、J.S.ミル (Mill, John Stuart) の『自由

<sup>69</sup> 芦部前掲注 21・359頁

論』に見られる。もっとも、ミルが実際に行っている議論は、「真理」ということばから連想されがちな事実の認識の領域よりは、むしろ思想や意見の領域にあてはまる。アメリカ連邦最高裁のパウエル裁判官 (Powell, L.F.) は、Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S.323 (1974) の傍論で、「修正 1 条の下では『誤った思想 (false idea)』なるものは存在しない。いかに有害な意見 (opinion) であろうとも、その矯正は裁判官や陪審ではなく、他の思想との競争に委ねられる」と述べ、事実 (fact) と区別される意見 (opinion) について名誉毀損が成立することはないとした。これも、自由市場論の本来の妥当領域は思想や意見であるとの見解に通ずる。」<sup>70</sup>

### 検閲・事前抑制の禁止の意味（特に、「検閲」と「事前抑制」の関係）

それでは、憲法上禁止される「検閲」とは何を意味するのか。例えば、最高裁は、集団行進・集団示威運動を「一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制すること」は「憲法の趣旨に反」すると述べたが（最大判昭和 29・11・24 刑集 8 巻 11 号 1866 頁）、ここにいう「事前に抑制すること」と「検閲」はどのような関係にあるのか。また、最高裁は、出版物の「事前差止め」について「厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうる」とするが（最大判昭和 61・6・11 民集 40 巻 4 号 872 頁）、ここにいう「事前差止め」と「検閲」はどのような関係にあるのか<sup>71</sup>。

この問題における焦点は、憲法 21 条 2 項が禁止する「検閲」の意味をいかに解するかである。この点は、学説・判例上鋭く対立してきた。これを芦部信喜教授の分類に従って整理すると表 4 のようになる（以下の整理は芦部前掲注 21・361 頁以下によった。）

【表 4 「検閲」の意味と学説】

	検閲				事前抑制			
	主体	対象	時期	根拠	主体	対象	時期	根拠
狭義説	行政権	表現内容	受領前	21 条 2 項	公権力	表現行為 受領前  (または上記と実質的に同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法も含む。)		21 条 1 項
広義説 A	公権力	思想内容	発表前	21 条 2 項				
広義説 B	公権力	表現内容	受領前	21 条 2 項				

<sup>70</sup> 長谷部前掲注 12・231-232 頁

<sup>71</sup> 芦部前掲注 21・360 頁

## 1 狭義説

「事前抑制」とは、「表現行為（発表する行為〔情報提供〕だけでなく発表を受け取る行為〔情報受領〕を含む）がなされるに先立ち公権力が何らかの方法でこれを抑制すること、およびこれと実質的に同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法」をいい、それが「原則として」許されないことは、憲法 21 条 1 項の表現の自由の保障自体に由来するが（例外的に許されることもある。）同条 2 項で特に禁止される「検閲」は、事前抑制の中で表現の自由に対する抑止的効果の強いもの、すなわち、「表現行為に先立ち行政権がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止する」制度であり、この制度は「絶対的に」許されない（「例外的」であっても認められない。）

この説は、「検閲禁止の法理は歴史的に行政権との関係で発生したものである点にかんがみ、検閲の主体は行政権と考えるべきである」と説きつつも、それに若干の留保をつける。例えば、検閲は「事前」審査を意味するが、少なくとも、明治憲法下でみられたような内務大臣の発売頒布禁止権の行使の態様は検閲を構成すること、「裁判所による」表現行為の事前差止めは、検閲ではなく、一定の厳格な要件を充足すれば許されるがもし口頭弁論も開かず、理由も付さずに差止めが行われれば、実質的には行政処分と解されるので、検閲となり得ること、在監関係のような公法上の特殊な関係にある場合においてやむにやまれざる特殊の必要性が認められる限り、検閲も容認されること、などがそれである。また、集団行進・集団示威運動の許可制は、集団行動が訴えようとする表現行為の「内容」の事前規制にかかわらない、表現の場所・方法等についての外形的規制であるかぎり、事前抑制ではあっても検閲ではない。

このような事前抑制と検閲とを概念的に二分し、その根拠条文も異なると考える狭義説は、佐藤幸治教授が 1970 年代後半に主唱した頃は少数説にとどまったが、近時多数の支持を集め、極めて有力な学説となっている。<sup>72</sup>

## 2 広義説

検閲主体は行政権が中心であるが、それに限定されず広く「公権力」であるとし、この公権力による事前審査はすべて「検閲」と解し、一定の厳格な要件を満たした裁判所による事前差止め（仮処分命令）など、ごく限られた場合に例外を認める説で、従来を通説的見解である。

もっとも、この広義説も広狭二説に大別される。

---

<sup>72</sup> 同 361-362 頁

## イ) 広義説 A

検閲を公権力による「思想内容」の「事前審査」と解する。「公権力が外に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、不相当とみとめるときは、その発表を禁止すること、すなわち、事前審査を意味する」という宮沢俊義教授の説明は、今まで広く引用されてきたこの説の代表的見解である<sup>73</sup>。

## ロ) 広義説 B

広義説 A にいう「思想内容」が厳密に解されると、思想と区別される一定の表現内容の審査を許すことになるおそれがあるので、より広く「表現内容」の審査の問題として捉えるとともに、「事前審査」の事前とは厳密な意味の「発表前」ではなく、思想・情報を受ける知る権利の観点から「受領前」をも含むことがあると考え、思想・情報の発表に対して実質的に事前検閲（発表前の審査）と同視できるような抑止的效果を及ぼす公権力の規制は、厳密な意味では発表後であっても検閲に含まれるとする説。

この説は、検閲概念をより機能的に捉えるので、その趣旨を徹底させれば、例えば、マス・メディアの自主規制であっても、自主規制機関が公権力から非公式の強い圧力を受け、それを実質的に代弁するような形で一定の情報を「思想の自由市場」から排除してしまう場合とか、青少年保護条例に基づいて設置された委員会（行政権）が、指定した有害図書類のリストを図書配給業者に通告する際、非協力業者は起訴されることもあり得る旨伝え、それを裏付けるかのように警察当局も配給業者にいかなる処置をとったかなどの調査を行い、そのため配給業者が発注・販売を停止したり小売業者から当該図書類を引き上げたりする事態が生まれたような場合には、言葉の厳密な意味での事前検閲は存在しないとしても、実質的には「非公式の検閲」とも言われる出版物の伝播に対する重大な抑圧が行われたと言えるので、それが事前検閲と同視され、憲法上許されないと解されることもあり得ることになる<sup>74</sup>。

---

<sup>73</sup> 同 362 頁

<sup>74</sup> 同 363 頁

## 判例における検閲概念

それでは、判例は「検閲」概念をどのように捉えているか。以下に、長谷部恭男教授の記述を引用する。

「いわゆる税関検査事件<sup>75</sup>で最高裁大法廷は（最大判昭和 59・12・12 民集 38 卷 12 号 1308 頁）「憲法 21 条 2 項にいう『検閲』とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す」としたうえで、このような意味での「検閲」については、「公共の福祉を理由とする例外の許容をも認めない趣旨」であり、絶対的に禁止されるとの立場を明らかにした。そのうえで、税関検査は、関税定率法 21 条 1 項 3 号 [ 現 4 号 ] 所定の「風俗を害すべき書籍、図画」等について輸入を禁止するのみで、その発表自体を禁止するわけではないので「事前規制そのもの」とはいえないし、思想内容等それ自体を網羅的に審査し規制することを目的とするものでもない。憲法が禁止する「検閲」にはあたらないとした。最高裁のいうようなきわめて狭い意味での「検閲」にあたるものとして、具体的にどのような制度がありうるか疑問である。<sup>76</sup>

最高裁のいう狭い意味での「検閲」にあたらないとしても、なお事前の抑制といいうる制度は存在しうるし、そのような制度については、絶対的に禁止はされないまでも、やはり厳格な違憲審査基準が妥当する。税関検査事件での最高裁の判旨は、税関検査が「検閲」にあたらないと同時に「事前規制そのもの」にもあたらないという点に眼目があったと考えられる。なお、公職の候補者に対する名誉侵害を理由に雑誌発行を差止める仮処分

<sup>75</sup> 事務局注 関税定率法 21 条 1 項 3 号（現行法の 4 号）は、「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」を「輸入してはならない」と定め、この規定に基づいて税関当局は書籍等の輸入に当たってその内容を検査しているが、これは、「公安又は風俗を害すべき」という税関当局の大幅な裁量的判断を認める不明確な規定によって、国内では到底許されない表現物の事前抑制を行うものであり、しかも、国民がその表現物に接する前に、表現内容を審査して規制を加えるものであるから、違憲であるとして図書輸入業者が争った事件（芦部前掲注 21・368 頁）

<sup>76</sup> 事務局注 この判例は、先に挙げた「狭義説」の立場に立った上で、さらに検閲概念を絞り込むものである。しかしこの判例は、「網羅的一般的に」という限定の意味があまりにも不明確である点、「発表前の審査」「発表の禁止」という要件にこだわる点、検閲と区別される事前抑制に(a)「事前規制そのもの」と(b)「事前規制たる側面を有するもの」の二つがあり、前者は厳格な審査を受けるが後者は「公共の福祉による合理的で必要やむを得ない限度の制約」を受けるにとどまるとする点などにおいて学説の批判が強いとされる（芦部前掲注 21・371-372 頁）。

が認められるかが問題となった「北方ジャーナル事件」で、最高裁は「表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法 21 条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうる」としている（最大判昭和 61・6・11 民集 40 巻 4 号 872 頁）。<sup>77</sup>

**北方ジャーナル事件（最大判昭和 61・6・11 民集 40 巻 4 号 872 頁）**

昭和 54 年 4 月の北海道知事選の立候補予定者、当時の国会議員 Y は、かねて X の発行する政界情報誌「北方ジャーナル」が Y を誹謗する名誉毀損の記事を掲載するたびに雑誌の販売禁止の仮処分を申請し、認められてきた。同誌の同年 4 月号に関する仮処分申請について、札幌地裁は、無審訊で認めた。原告 X は損害賠償を求めて出訴。1、2 審とも原告敗訴し上告。（上告棄却、原告敗訴確定）

**【判旨】** 裁判所の仮処分による出版の事前差止と検閲、表現の事前抑制禁止の関係について。「一定の記事を掲載した雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めは、裁判の形式によるとはいえ、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず、立証についても疎明で足りるとされているなど簡略な手続によるものであり、また、いわゆる満足的仮処分として争いのある権利関係を暫定的に規律するものであって、非訟的な要素を有することを否定することはできないが、仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって、右判示にいう『検閲』には当たらないものというべきである。」 **公共利害事項の表現物の価値について。**「出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するものであって、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ、前示のような憲法 21 条 1 項の趣旨に照らし、その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない。ただ、右のような場合においても、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具備するときに限って、例外的に事前差止めが許されるものというべきであり、このように解しても上記説示にかかる憲法の趣旨に反するものとはいえない。」 **表現物の差止仮処分は審訊手続抜きで行えるか。**「事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当である。ただ、差止めの対象が公共の利害に関する事項についての表現行為である場合においても、口頭弁論を開き又は債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によって、その表現内容が真実でなく、又は

<sup>77</sup> 長谷部前掲注 12・214-215 頁

それが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であり、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があると認められるときは、口頭弁論又は債務者の審尋を経ないで差止めの仮処分命令を発したとしても、憲法 21 条の前示の趣旨に反するものということとはできない。」<sup>78</sup>

### 教科書検定は検閲か

学校教育法 21 条 1 項は、「小学校においては、文部科学大臣の検定を経た教科用図書又は文部科学省が著作の名義を有する教科用図書を使用しなければならない。」と定め、これが中学校・高等学校についても準用されている（40 条・51 条）。この規定に基づき、教科書検定制度が運用されているが、これが「検閲」に当たるのではないかが争われてきた。

この点、学校教育法に基づく文部大臣（当時）による教科書検定について、最高裁は、検定は一般図書としての発行を妨げるものではなく、思想の自由市場への登場自体を禁ずるものではないので、検閲にも事前抑制にも当たらないとし、普通教育の場における教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請に照らして不適切と認められる図書の、教科書という特殊な形態での発行を禁止するにすぎない教科書検定は、合理的でやむをえない限度のものであって憲法 21 条に反しないとした（最判平成 5・3・16 民集 47 巻 5 号 3483 頁《第一次教科書訴訟》）<sup>79</sup>。

### 【教科書訴訟】

東京教育大学教授・家永三郎は、かねてより高校日本史教科書「新日本史」を執筆し、検定済教科書として使用されてきたが、昭和 41 年以降に行った修正の検定申請が不合格とされたので、文部省（当時）による検定を違憲違法だとして国を相手に三次にわたって起こした訴訟。国に損害賠償を求めた一次訴訟と、検定不合格処分の取消しを求めた二次訴訟ともに家永氏が敗訴。検定制度も「合憲」とする司法判断が下されたが、80 年代の検定の是非が争われた三次訴訟では、平成 9 年の最高裁判決で一部について検定意見の違法が確定し、訴えの一部が認められた。

<sup>78</sup> 野中・江橋前掲注 31・79 頁

<sup>79</sup> 長谷部前掲注 12・215 頁



# 集会・結社の自由

## 1 集会の自由

### (1) 意義

多数人が政治・経済・学問・芸術・宗教などの問題に関する共通の目的をもって一定の場所に集まることを集会と言う。集会する場所は、公園・広場などの屋外のものから会堂など屋内のものにわたる。特定の場所でなくても、集団行進、集団示威運動（デモ行進）のような、場所を移動する場合を含めて考える説が有力である。

集会の自由は、表現の自由の一形態として、重要な意義を有する。判例も、「集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法 21 条 1 項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならない」と述べている（最大判平成 4.7.1 民集 46 巻 5 号 437 頁）<sup>80</sup>

特に、道路や公園、あるいは集会用に設置された公の施設など、集会やデモなどの表現の場として利用されることが当然予想されるいわゆるパブリック・フォーラムにおいては、これらの表現活動に対して特に配慮が求められるとされる（最判昭和 59・12・18 刑集 38 巻 12 号 3026 頁の伊藤正巳裁判官補足意見）<sup>81</sup>

### (2) 限界

パブリック・フォーラムでは、集会やデモなどをその表現内容に基づいて規制し、あるいは禁止することは、原則として厳格な審査に服し（図 2（36 頁）の「(B)表現内容の規制」のカテゴリー）他方、利用者の競合の調整や道路・公園・公の施設の管理・保存上の理由などによる内容中立規制は、中間的審査に服すべきものと考えられる（図 2 の「(C)表現の時・所・方法の規制」のカテゴリー）。日本の判例は、パブリック・フォーラムでの集会やデモを、表現内容に基づくことなく、事前に禁止しうる場合を厳格に限定する姿勢を示しているとされる<sup>82</sup>。

<sup>80</sup> 芦部前掲注 1・193 頁

<sup>81</sup> 長谷部前掲注 12・221 頁

<sup>82</sup> 同 222 頁

## 集団行動の自由

最高裁は、新潟県公安条例事件で、「行列行進又は公衆の集団示威運動は、公共の福祉に反するような不当な目的又は方法によらないかぎり、本来国民の自由とするところであるから、条例においてこれらの行動につき単なる届出制を定めることは格別、そうでなく一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない」とした（最大判昭和 29・11・24 刑集 8 巻 11 号 1866 頁）。この判決は、デモ行進を禁止できる場合として、「公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが预见されるとき」を挙げている。

また、道路における集団行動に対する道路交通法の規制について、最高裁は、警察署長が同法 77 条 1 項の定める集団行進の許可を拒むことが許されるのは、当該集団行進が行われることにより「一般交通の用に供せられるべき道路の機能を著しく害するものと認められ」、しかも、「条件を付することによっても、かかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合」に限られるとする（最判昭和 57・11・16 刑集 36 巻 11 号 908 頁）。<sup>83</sup>

### 新潟県公安条例事件（最大判昭和 29.11.24 刑集 8 巻 11 号 1866 頁）

**密造酒取締りのトラブルから発生した警察署前で 200～300 名の無許可集団行動が新潟県公安条例違反とされた刑事事件。（上告棄却、有罪確定）**

最高裁は、「単なる届出制を定めることは格別、そうでなく一般的な許可制を定めて、これを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない」。しかし、「公共の秩序を保持し、または公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、特定の方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、予め許可を受けしめ、又は届出をなさしめて、集団行動を禁止することができる旨の規定を設けることは、許される。さらにまた、「公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが预见されるときは、これを許可せず又は禁止することができる旨の規定を設けることも」、直ちに不当な制限と解することはできない。」<sup>84</sup>という原則を打ち出した。

### 東京都公安条例事件（最大判昭和 35.7.20 刑集 14 巻 9 号 1243 頁）

**東京都内で行われた学生運動のデモが、東京都公安条例違反とされた事件。1 審が違憲判決を下したので、跳躍上告された。（破棄差戻し）**

最高裁は、集団行動の特性について、集団の潜在的な力は「甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化」すとし、これは「群集心理の法則と現実の経験に徴して明らかである」と説き、このような立場から、許可の基準（とくに新潟県公安条例判決の言うの基準）が明確性を欠き許否の認定が公安委員会の裁量に委ねられており、かつ、問題点（たとえば、許可・不許可の処分がないときの許可推定条項などの救済規定を置

<sup>83</sup> 同 222 頁

<sup>84</sup> 芦部前掲注 1・196 頁

いていない)の多い条例であるにもかかわらず、「公共の安寧を保持する上に直接危険を及ぼすと明らかに認められる場合の外は、これを許可しなければならない」という規定(3条)によれば、「不許可の場合が厳格に制限されている」ので、「実質において届出制とことなるところがない」と解し、合憲とした<sup>85</sup>。

### 公共施設の使用拒否が許される限度

地方公共団体が集会の用に供する施設を設けた場合、地方自治法 244 条により、住民の利用を拒否するには「正当な理由」が要求され、また利用に当たって「不当な差別的取扱い」を受けないことが保障される。最高裁は、このような観点から、地方公共団体の集会用の公共施設の利用を拒否しうるのは、施設の適正な管理権の行使の観点から利用を不相当とする事由のある場合、利用の希望が競合する場合、施設をその集会に利用させることで、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られるとし、施設の使用の許否を決するに当たり、「集会の目的や集会を主催する団体の性格そのものを理由として、使用を許可せず、あるいは不当に差別的に取り扱うことは許されない」とした。そして、の具体例としては、集会の自由の保障よりも、当該施設で集会が開かれることで、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避・防止する必要性が優越する場合があるが、その場合の危険性の程度は、「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」とした(最判平成 7・3・7 民集 49 巻 3 号 687 頁)<sup>86</sup>。

### 泉佐野市民会館事件(最判平成 7.3.7 民集 49 巻 3 号 687 頁)

「関西新空港反対全国総決起集会」開催のための集会許可申請が、条例の定める不許可事由「公の秩序をみだすおそれがある場合」に当たるとして不許可とされ、その違法を争った国賠事件。(上告棄却、原告側敗訴確定)

最高裁判決は、市民会館使用不許可の事由として挙げられている「公の秩序をみだすおそれがある場合」という規定を、「本国会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本国会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合」に限定して解釈し、その危険性の判断に当たっては、新潟県公安条例事件判決を引用し、「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」という基準を用い、当該規制は必要かつ合理的なものとして、憲法 21 条に違反しないと判断した<sup>87</sup>。

<sup>85</sup> 芦部前掲注 1・196 頁

<sup>86</sup> 長谷部前掲注 12・222-223 頁

<sup>87</sup> 野中ほか前掲注 6・337 頁

### 上尾市福祉会館事件（最判平成 8.3.15 民集 50 卷 3 号 549 頁）

#### **労働組合幹部の合同葬のための会館使用不許可に対する国賠訴訟**

最高裁判決は、地方自治法 244 条に定める普通地方公共団体の公の施設として、本件会館のような集会の用に供する施設が設けられている場合、「住民等は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められることになるので、管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれがある」とし、さらに、「主催者が平穩無事に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条等に反対する者らが、これを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことができるのは、前示のような公の施設の利用関係の性質に照らせば、警察の警備等によってもなお混乱を防止することができないなど特別な事情がある場合に限られるものというべきである」と判示し、当該不許可処分を違法と判断した<sup>88</sup>。

#### **ビラ貼り・ビラ配りとパブリック・フォーラム論**

道路や公園、あるいは集会用に設置された公の施設など、集会やデモなどの表現の場として利用されることが当然予想されるいわゆるパブリック・フォーラムにおいては、これらの表現活動に対して特に配慮が求められるとされるが（50 頁参照）通常、公共の場で行われることが想定されるビラ貼り・ビラ配りとパブリック・フォーラム論はどのような関係にあるか。

この点、長谷部恭男教授は、次のように述べる。

「ビラ貼りとビラ配りは一括して議論されることが多いが、他者の財産権などへの侵害の程度がより強いビラ貼りと、その程度が軽いビラ配りとは区別して論ずべきであろう。道路や公園がパブリック・フォーラムであるとしても、その周囲の建物や電柱が自由にビラを貼ることのできるパブリック・フォーラムであるかはそれとは別の問題である。

ビラ貼りを規制する法令としては、各地方公共団体の屋外広告物条例と軽犯罪法 1 条 33 号前段<sup>89</sup>がある。前者は都市の美観風致の維持、後者は主として他人の家屋その他の工作物に関する財産権、管理権の保護を目的とする。判例は、いずれの目的によるビラ貼りの規制も、公共の福祉のため、必要かつ合理的な制限であるとする（屋外広告物条例について最大判昭和 43・12・18 刑集 22 卷 13 号 1549 頁、軽犯罪法について最大判昭和 45・6・17 刑集 24 卷 6 号 280 頁）<sup>90</sup>。

<sup>88</sup> 同 337-338 頁

<sup>89</sup> 事務局注 軽犯罪法 1 条 33 号は、「みだりに他人の家屋その他の工作物にはり札をし、若しくは他人の看板、禁札その他の標示物を取り除き、又はこれらの工作物若しくは標示物を汚した者」は、拘留又は科料に処するとする。

<sup>90</sup> 長谷部前掲注 12・223-224 頁

この点に関し、大分県屋外広告物条例で広告物の表示を禁止されている街路樹二本の各支柱に、政党の演説会開催の告知宣伝を内容とするいわゆるブラカード式ポスター各一枚を針金でくくりつける所為を処罰しても、憲法 21 条に違反しないことは、判例（最大判昭和 43・12・18）の趣旨に徴して明らかだとした判決（最判昭和 62・3・3 刑集 41 巻 2 号 15 頁）の伊藤正巳裁判官補足意見は、本条例の規制目的は、「表現の内容と全くかかわりなしに、美観風致の維持等の目的から屋外広告物の掲出の場所や方法について一般的に規制しているもの」であり、法令を違憲と断ずることはできないが、「事案の具体的事情に照らし、広告物の貼付されている場所の性質、周囲の状況、貼付された広告物の数量・形状、掲出のしかた等を総合的に考慮し、その地域的美観風致の侵害の程度と掲出された広告物にあらわれた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、後者が美観風致の維持の利益に優越するとき刑事罰を科することは、適用において違憲となる」旨の判断を示して注目された<sup>91</sup>。

一方、ビラ配りとパブリック・フォーラム論について長谷部恭男教授は次のように述べる。

「ビラ配りの規制が問題となった事例として、私鉄の駅構内で駅係員の許諾を受けずにビラの配付や演説をくりかえした行為が、鉄道営業法 35 条<sup>92</sup>違反によって処罰されても憲法 21 条に反しないとされた事件がある（最判昭和 59・12・18 刑集 38 巻 12 号 3026 頁）。この判決への補足意見で、伊藤正巳裁判官は、道路、公園・広場など、一般公衆が自由に出入りできる場所は、公衆の表現の場として役立つ「パブリック・フォーラム」と呼ぶことができ、「パブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある」とし、私鉄の「駅前広場のごときは、その具体的状況によってはパブリック・フォーラムたる性質を強くもつことがあり」え、このような場合に、ビラ配りを鉄道営業法違反として処罰することは、憲法に反する疑いが強いとの見解を述べている」<sup>93</sup>。

<sup>91</sup> 芦部前掲注 62・147-148 頁

<sup>92</sup> 事務局注 鉄道営業法 35 条「鉄道係員ノ許諾ヲ受ケスシテ車内、停車場其ノ他鉄道地内ニ於テ旅客又ハ公衆ニ対シ寄付ヲ請ヒ、物品ノ購買ヲ求め、物品ヲ配付シ其ノ他演説勧誘等ノ所為ヲ為シタル者ハ科料ニ処ス」

<sup>93</sup> 長谷部前掲注 12・224 頁

## 2 結社の自由

### (1) 意義

結社の自由の意義については、芦部信喜教授は、次のように説明する。

「多数人が集会と同じく政治、経済、宗教、芸術、学術ないし社交など、さまざまな共通の目的をもって、継続的に結合することを結社と言う。この自由が他の条文で重ねて保障されている場合もある（宗教団体につき 20 条、労働組合につき 28 条）。政党の憲法上の根拠は 21 条にある。

結社の自由は、団体を結成しない、もしくはそれに加入しない、あるいは加入した団体から脱退する、という自由をも含む。もっとも弁護士会・税理士会・公認会計士協会などのように、専門的技術を要し公共的性格を有する職業の団体については、当該職業の専門性・公共性を維持するために必要で、かつ、当該団体の目的と活動が会員の職業倫理の向上や職務の改善等を図ることに限定されていることを理由として、強制設立・強制加入制をとることも許されている。労働組合に組織強制ないし団結強制が認められるのは、団結権という権利の特殊性に由来する。ただし、組合加入・脱退は労働者の自由意思に委ねられねばならない。

結社の自由や団結権に基づいて結成された団体は、内部統制権を有するが、無条件ではない（たとえば、労働組合が特定の候補者を支持する政治活動を行うことは認められるが、それに対抗して立候補した組合員を、勧告または説得の域を超え除名することは、許されない。最大判昭和 43.12.4 刑集 22 巻 13 号 1425 頁）<sup>94</sup>

### (2) 限界

結社の自由の限界について、芦部信喜教授の以下の説明を引用する。

「集会の自由と同じく一定の内在的制約に服する。たとえば、犯罪を行うことを目的とする結社が許されないことは、よく挙げられる例である。また、「憲法秩序の基礎を暴力により破壊することを目的とする結社」も、保障の対象とならないと抽象的には言える、と説かれることもある。しかし、「憲法秩序の基礎」という過度に広汎で不明確な原則をもち出して結社の自由を制限する試みは、規制の対象、理由、方法、時期などのいかんにもよるが、一般的には、かえって憲法を支える立憲民主主義の崩壊につながるおそれ大きい。冷戦下

<sup>94</sup> 芦部前掲注 1・199-200 頁

のアメリカで、暴力による政府の転覆または破壊を唱道する結社を組織したり、その目的を知らずながら会員になったりすることを禁止する旨の法律の合憲性が激しく争われたことが想起される。

我が国の現行法で最も問題になるのは、破壊活動防止法である。先述の集会の自由等の制限に続いて、公安審査委員会が当該団体の解散の指定を行うことができる旨定めている（7条）。<sup>95</sup>

#### 【「オウム真理教」と団体規制法】

「1995（平成7）年3月に地下鉄サリン事件を引き起こしたオウム真理教団に対して、公安調査庁長官は1996（平成8）年7月に公安審査委員会に破防法の団体解散指定処分の請求を行った。公安審査委員会は、1997（平成9）年1月31日、教団幹部の身柄拘束、宗教法人としての解散や破産宣告、人的・物的・資金的能力の弱体化などを理由に、事件を引き起こした当時の状況とは大きく変化していると認定し、近接した時期にオウム真理教団が暴力主義的破壊活動に及ぶ明らかなおそれがあるとはいえないと判断して請求を棄却する決定を行った。1999（平成11）年に制定された「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」は、「例えば、サリンを使用するなどして」、過去10年以内に団体の活動として無差別大量殺人行為を行った団体として、適用の対象を事実上オウム真理教に限定したうえで、現在も危険な要素を保持している場合に、施設への立入検査や団体に報告義務を課す「観察処分」と、危険性の増大を防止するために建物や土地の新たな取得や使用を禁止する「再発防止処分」を行うことができることを規定している。2000（平成12）年1月に公安審査委員会はオウム真理教に対して向こう3年間の観察処分を決定した<sup>96</sup>。この処分は、2003（平成15）年からさらに3年間更新された。

## 3 通信の秘密

### (1) 意義

憲法21条2項後段は、「通信の秘密は、これを侵してはならない」と定める。通信の秘密は、プライバシーの核心部分の一つであり、憲法はこれを特に取り上げて明文で保障したものである。この点、芦部信喜教授は次のように説明する。

「憲法21条2項後段が通信の秘密を保障しているのは、通信（はがき・手紙、通信・電話等すべての方法による通信）が他者に対する意思の伝達という一種の表現行為であることに基づくが、さらに、公権力による通信内容の探索の可能性を断ち切ることが政治的表現の自由の確保に連なるという考え方も、

<sup>95</sup> 同200頁

<sup>96</sup> 野中ほか前掲注6・343-344頁

そこにひそんでいと解される。

しかし諸外国の憲法では、表現の自由とは別個独立の条文で保障されるのが例である（たとえば、イタリア 15 条、ドイツ 10 条参照。明治憲法も表現の自由は 29 条、信書〔広く通信の意に解された〕の秘密は 26 条である）。それは、通信の秘密が特定人の間のコミュニケーションの内容を他に知られないようにする、という私生活の自由を保護することを主たる目的とするものだと考えられてきたからであろう。その意味で、憲法 13 条に基づくプライバシーの権利および 35 条の定める住居の不可侵の原則とその趣旨を同じくする、とすることができる。

このような通信の秘密の保障は、通信の内容はもとより、その差出人（発信人）または受取人（受信人）の氏名・居所および通信の日時や個数など、通信に関するすべての事項に及ぶ。刑法が信書開封に刑罰を課し（133 条）、郵便法が「郵便物の検閲」を禁止し（8 条）、通信業務に従事する者が職務上知り得た他人の秘密を守ることを命じているのは（9 条。同旨規定として電気通信事業法 4 条）、その現れである。」<sup>97</sup>

## (2) 限界

もっとも、通信の秘密も絶対的ではない。現行法上の制限として、たとえば、刑事訴訟法は郵便物の押収（100 条・222 条）、破産法は破産者宛の郵便物や電報の破産管財人による開披（190 条）、関税法は郵便物の差押え（122 条）、監獄法は在監者の信書の発受等につき検閲その他の制限（46-50 条、同施行規則 130 条）を定めている。

これらの制限が憲法上許される必要最小限度のものかどうかについては、争いがある（たとえば刑訴法 100 条については、合憲性に強い疑問があるとする説も有力であると芦部教授は言う）。最も問題になるのは、いわゆる電話の盗聴など通信傍受である。法律上の明確な根拠はないが、組織的な覚せい剤の捜査で現実に検証令状により行われていた（これを合憲・合法とする判決として、東京高判平成 4.10.15 高刑集 45 巻 3 号 85 頁）<sup>98</sup>。司法官憲の発する令状（憲法 35 条参照）によるのであっても、対象を特定することが困難であるから許されないのではないかと伝統的に支配的な学説は批判的であったが、犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（いわゆる「通信傍受法」）の制定により、傍受は検証令状ではなく傍受令状に基づいて行われることになったため、この問題は立法的に解消された。しかし、辻村みよ子教授は、「この法律では、

<sup>97</sup> 芦部前掲注 1・201 頁

<sup>98</sup> 同 202 頁



令状に記載された「傍受すべき通信」に該当するかどうかを判断するための予備的傍受（同法 13 条 1 項）や、令状に基づく傍受中に他の犯罪に関する傍受を行う別件傍受（14 条）事前傍受（3 条 1 項）などが容認されており、憲法 35 条の令状主義の潜脱や通信対象の無限の拡大を引き起こし、通信の秘密の侵害や表現の自由を萎縮させるおそれ」があることを指摘している<sup>99</sup>。

#### 【通信傍受法】

1999（平成 11）年に制定された通信傍受法は、組織的な犯罪に対処するため、法定された対象犯罪（薬物関連犯罪、銃器関連犯罪、集団密航に関する罪、組織的な殺人の罪）に限定して、法定された要件の下で、裁判官の発する傍受令状によって通信の傍受を認めている。

この法律に対しては、傍受令状に記載された傍受すべき通信に該当するかどうか明らかでないものについては、該当性判断のための必要最小限度の範囲内の傍受や、傍受令状に記載されている犯罪以外の重大な犯罪の実行を内容とする通信の傍受が認められていることにより、組織的な犯罪以外の犯罪捜査に利用される可能性があること、犯罪と無関係な会話が話された場合に立会人に電源スイッチの切断権が与えられていないなど、犯罪と無関係な通信の傍受を排除するための措置が不十分であること、通話者に事後的に傍受の事実および録音の内容を通知し、録音内容の消去請求を認めるなどの救済手続を欠いており、侵害された通信の秘密の事後的救済にも不十分な点があることなど憲法上の「通信の秘密」の保障との関係で問題が指摘されている<sup>100</sup>。

### (3) 技術革新による近時の問題提起

近時、ネットワーク社会の到来により、従来は想定できなかった問題も生じつつある。ここでは、長谷部恭男教授の問題意識を紹介する。

「近年コンピュータを用いたネットワークを通じて、他人の名誉、信用、プライバシーなどを侵害する通信が多数の受け手に発信される状況が報じている。

従来の郵便や電話が 1 対 1 の通信を前提としていたことに対比すると、このように不特定あるいは多数の人々が相互に情報を交換する「公然性を有する通信」については、発信人に通信の秘密による匿名性の保護を与えることが、第三者の名誉・プライバシーなどの侵害を容易にする制度的環境の形成につながる懸念がある。また、国際的な通信ネットワークを通じて情報が交換される現在では、他人の権利利益を侵害する通信に対する実効的な規制がどこまで可能かも問題となる。サイバー・スペースにおける自律的な秩序形成や技術の

<sup>99</sup> 辻村みよ子『憲法』第 2 版（日本評論社，2004 年）262-263 頁

<sup>100</sup> 野中ほか前掲注 6・366-367 頁

進展のゆくえを勘案しつつ、「公然性を有する通信」の発展にとっていかなる法的枠組みの設定が適切かを検討する必要がある。」<sup>101</sup>

**(参考) プロバイダー等の通信履歴の保存義務と「通信の秘密」**

今第 159 回国会、電子メールの通信履歴を最長で 90 日間保存することをプロバイダー（接続業者）等に要請できる捜査手続を新設する刑事訴訟法改正案を含む「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」が国会に提出された。刑訴法改正案の内容は、捜査機関が裁判所の令状がなくとも、メールの送信元、送信先、通信日時などを特定した上で、電子データを蓄積するサーバーを管理するプロバイダーや大学、企業などに最長で 90 日間保存できるように要請できるとするものである。要請に応じる義務はあるが、違反した場合の罰則は置かれていない。この改正案に対しては、「通信の秘密」にかかわる通信履歴を令状なしに保全させることから手続の新設には慎重論もあり、日本弁護士連合会などが反対を表明しているほか、プロバイダー関係者からも捜査機関の要請次第では重い負担になりかねないと懸念する声も出ている。(朝日新聞平成 16 年 2 月 18 日を参考にした)

---

<sup>101</sup> 長谷部前掲注 12・229 頁

# 学問の自由

日本国憲法  
〔学問の自由〕

第23条 学問の自由は、これを保障する。

## 1 23条の沿革

憲法23条は、「学問の自由は、これを保障する」と定める。学問の自由を保障する規定は、明治憲法にはなく、また、諸外国の憲法においても、学問の自由を独自の条項で保障する例は多くはない。しかし明治憲法時代に、昭和8年の滝川事件(京都大学法学部の滝川幸辰教授の刑法学説があまりにも自由主義的であるとの理由で著書を発売禁止にしたうえ、休職を命じたところ、法学部教官全員が辞表を提出して抗議したので、文部省が切り崩しを行い、滝川教授のほか佐々木惣一、森口繁治、恒藤恭など6教授を免官にした事件)や昭和10年の天皇機関説事件(東京大学名誉教授・貴族院議員の美濃部達吉博士の憲法学説(国家法人説に基づき天皇を国の最高機関、天皇の主権を最高機関の意思と説明した学説)が「国体」に反するとして、著書を発売禁止した事件。美濃部は貴族院議員を辞したが、政府は天皇機関説は国体の本義を「誤るの甚しきもの」だという「国体明徴に関する声明書」を再度出し、学説を公式に否定した。)などのように、学問の自由ないしは学説の内容が、直接に国家権力によって侵害された歴史を踏まえて、特に規定されたものである。学問の自由の保障は、個人の人権としての学問の自由のみならず、特に大学における学問の自由を保障することを趣旨としたものであり、それを担保するための「大学の自治」の保障をも含んでいる<sup>102</sup>。

<sup>102</sup> 芦部前掲注1・155-156頁

## 2 学問の自由の内容

学問の自由の内容には、以下の三つがある。

【表 5 学問の自由の内容】

	学問研究の自由	研究発表の自由	教授の自由
内容	<p>真理の探究・発見を目的とし新しい認識を追究して行われる「研究」は、学問的活動の基本であり中核である。</p> <p><b>内面的精神活動の自由</b> たる「思想の自由」の一部を構成するものであるから、学問研究への干渉は許されないとされる。</p>	<p>発表されない研究はほとんど無意味であるから、学問の自由に「研究発表の自由」が含まれることは、学説・判例とも異論がない。</p> <p><b>外面的精神活動の自由</b> たる「表現の自由」の一部</p>	<p>大学（それと並ぶ高等研究教育機関を含む）における研究教育者が、いかなる教材等を用い、いかなる学説をいかに講義（教授）するかは、彼らの自由な判断に委ねられる。</p>
限界	<p>近年の科学技術の発展との関連で、これを絶対的な自由と考えることはできなくなったのではないかとの議論がある(5(1)参照)。</p>	<p>例えば、「社会科学の名に隠れて教壇から政治的宣伝を行ったり、性科学の名を僭称して猥褻な文書を頒布したりすること」は学問の自由の保障の外にあるとされる。</p>	<p>教授の自由が、憲法 23 条に基づいて高校以下の初等中等教育機関における教師にも認められるか否かが問題となる(この頁下部参照)。</p>

この表は、芦部信喜『憲法学 人権各論(1) [増補版]』及び野中・中村・高橋・高見『憲法 [第三版]』をもとに作成した。

### 【初等中等教育機関における教育の自由】

従来通説・判例は、教授の自由を、大学その他の高等学術研究教育機関における教授にのみ認め、小・中学校と高等学校の教師には認められないとしてきた。この考えは、学問の自由が、伝統的に、とくにヨーロッパ大陸諸国で大学の自由 (academic freedom) を中心として発展してきたという沿革を重視したものと見える。しかし、今日においては、初等中等教育機関においても教育の自由が認められるべきであるという見解も有力である。

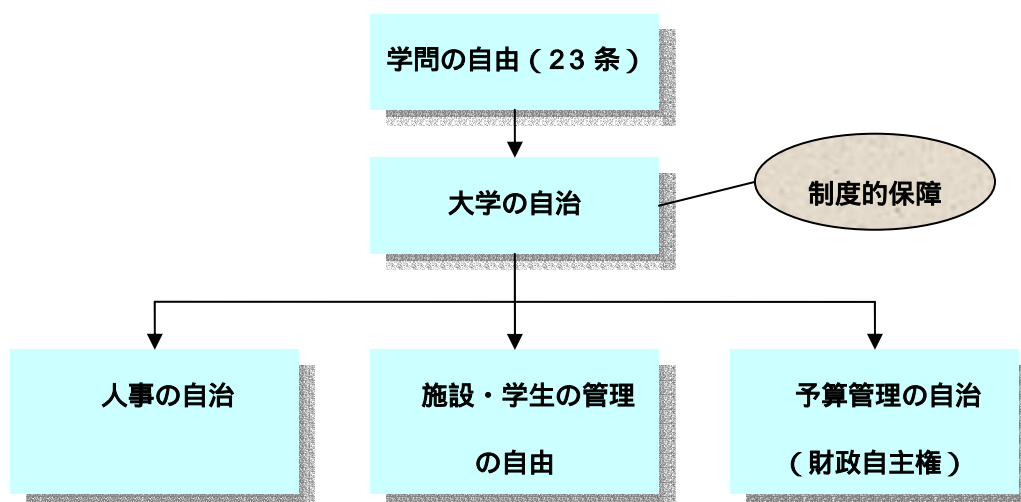
もっとも、初等中等教育機関における教育の自由が肯定されると、教育内容・教育方法等について国が画一的な基準を設定し、あるいは、教科書検定を行うことが教育の自由を侵害するものではないかが問われることとなる。この問題は、教科書検定の合憲性に関するいわゆる教科書裁判 (家永訴訟)、文部省の実施した全国的な学力テストの適法性が争われた学テ事件において特に議論された。家永訴訟 (第二次訴訟) 一審判決 (東京地判昭和 45・7・17 行裁例集 21 巻 7 号別冊) は、憲法 23 条を根拠とし

て、「下級教育機関における教師についても、基本的には、教育の自由は否定されない」という判断を示し、注目された。その後、旭川学テ事件で最高裁も、普通教育においても、「一定の範囲における教授の自由が保障される」ことを認めた。しかし、教育の機会均等と全国的な教育水準を確保する要請などがあるから、「完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されない」と判示した（最大判昭和 51.5.21 刑集 30 卷 5 号 615 頁）<sup>103</sup>。

### 3 大学の自治

学問研究の自主性の要請は、とくに大学について、「大学の自治」を認めることになる。大学の自治の観念は、ヨーロッパ中世以来の伝統に由来し、大学における研究教育の自由を十分に保障するために、大学の内部行政に関しては大学の自主的な決定に任せ、大学内の問題に外部勢力が干渉することを排除しようとするものである。それは、学問の自由の保障の中に当然のコロラリーとして含まれており、いわゆる「制度的保障」（立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護が与えられ、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される制度を、一般に制度的保障と言う。）の一つとすることができる。

大学の自治の内容としてとくに重要なものは、学長・教授その他の研究者の人事の自治と、施設・学生の管理の自治の二つである。ほかに、近時、予算管理の自治（財政自主権）をも自治の内容として重視する説が有力である。<sup>104</sup>



<sup>103</sup> 芦部前掲注 1・156-157 頁

<sup>104</sup> 同 84 頁及び 157 頁

## (1) 警備公安活動と大学の自治

施設・学生の自主管理権は、特に警察権との関係で問題となる。警察が犯罪捜査のため、令状を提示して大学構内に立ち入ることは当然認められるが、学内の秩序維持のための警察官の入構は、大学当局の要請がある場合に限られるべきである。とりわけ犯罪の予防及び鎮圧に備えて各種の情報を収集・調査する警備公安活動は、自由な学問研究を阻害するおそれがきわめて大きく、警備公安活動のために警察官が大学の了解なしに構内に立ち入ることは許されないと考えられる<sup>105</sup>。

## (2) 大学と司法権

大学と司法権との関係については、判例は、大学が一般市民社会と異なる特殊な「部分社会」を形成していることを理由に、単位認定行為のような内部的問題は、「一般市民法秩序と直接の関係を有するものであることを肯認するに足りる特段の事情のない限り、純然たる大学内部の問題として大学の自主的、自律的な判断に委ねられるべきものであって、裁判所の司法審査の対象にはならない」とする（最判昭和 52・3・15 民集 31 巻 2 号 234 頁）<sup>106</sup>。

## 4 判例

学問の自由に関する判例の代表的なものとして、ポポロ事件最高裁判決を挙げることができる。

### ポポロ事件（最大判昭和 38・5・22 刑集 17 巻 4 号 370 頁）

東大の学生団体「ポポロ劇団」主催の演劇発表会が東大内の教室で行われている途中で、観客の中に私服の警察官がいることを学生が発見し、警察官に対して、警察手帳の呈示を求めた際に暴行があったとして、暴力行為等処罰に関する法律違反で起訴された。警察官は警備公安担当であり、長期にわたりしばしば東大構内に立ち入り、情報収集活動を行っていた。一審判決（東京地判昭和 29・5・11 判時 26 号 3 頁）は、「学内の秩序がみだされるおそれのある場合でも、それが学生、教員の学問活動及び教育活動の核心に関連を有するものである限り、大学内の秩序の維持は、緊急止むを得ない場合を除いて、第一次的には大学学長の責任において、その管理の下に処理され、その自律的措置に任せられなければならない」と述べ、被告人の行為は大学の自治を守るための正当行為であるとして無罪判決を下した。二審判決（東京高判昭和 31・5・8 高刑集 9 巻 5 号 425 頁）もこれを支持したが、最高裁は、ポポロ劇団の演劇発表会が、学問研究のためのものではなく、内容が当時非常に問題とされた松川事件（昭和 24 年 8 月、福島県の東北

<sup>105</sup> 長谷部前掲注 12・234 頁

<sup>106</sup> 同 234 頁

本線松川駅付近で起こった列車転覆事件。起訴された 20 名の労組員のうち死刑 5 名、無期懲役 5 名などの一審判決は、昭和 34 年の最高裁判決でくつがえされ、差戻審の全員無罪の判決は同 38 年に確定した。) に取材したものであったことなどから考えると、「実社会の政治的社会的活動」であり、かつ、公開の集会又はこれに準ずるものであるから、大学の自治を享有しない、と判示した(最大判昭和 38・5・22 刑集 17 巻 4 号 370 頁)<sup>107</sup>。

## 5 学問の自由・大学の自治をめぐる今日的論点

### (1) 先端科学技術と学問の自由

#### 問題提起

この問題についての問題提起として、芦部信喜教授の論述を引用する。

「近年における先端科学技術の研究がもたらす重大な脅威・危険(たとえば、遺伝子の組み換え実験などの遺伝子技術や体外受精・臓器移植などの医療技術の研究の進展による生命・健康に対する危害など、人間の尊厳を根底からゆるがす問題)に対処するためには、今までのように、研究の自由を思想の自由と同質のものという側面だけで捉えることがきわめて難しくなってきた。そこで、研究者や研究機関の自制に委ねるだけでは足りず、研究の自由と対立する人権もしくは重要な法的利益(プライバシーの権利や生命・健康に対する権利など)を保護するのに不可欠な、必要最小限度の規律を法律によって課すことも、許されるのではないか、という意見が有力になっている<sup>108</sup>。

#### 科学技術研究と「学問の自由」

科学技術研究と「学問の自由」に関する論述として、戸波江二・早稲田大学教授の論文を引用する。

#### 「(1) 学問研究の制限に関する一般原則

学問の自由の限界ないし制限の問題は、戦前のような権力による学説禁止という事件のみられない現代社会では、あまり議論されてこなかった。しかし、現代の科学技術の発展にともない、研究の規制の可能性ないし必要性が議論されている。

一般に、学問の自由の制限の合憲性は、学問の自由が精神的・知的作業と

<sup>107</sup> 芦部前掲注 1・160-161 頁

<sup>108</sup> 同 156 頁

して精神的自由に含まれる以上、厳格な審査基準によって判断されると解されている。学問研究は、既存の社会秩序を疑い、時々の政府・政策を批判するものでありうるために、権力による弾圧を受けやすい。しかし、学問研究は、政治的圧力を受けず、また、社会的有用性の尺度で測定されずに、純粹に知の探求として行われるべきものである。したがって、学問研究に対する権力の干渉は極力排除されなければならない、そこで、学問の自由に対する制限の合憲性は厳格に審査されなければならない。

ただし、近年の科学技術の発展にともなう研究の制限の問題、またそれに関連して、研究費の助成に際しての研究の選別の問題は、なお特別な考慮を必要とする。

### (2) 科学技術の研究の統制

科学技術の急速な進展にともない、その法的統制が問題になっている。遺伝子の組換え実験などの遺伝子技術、体外受精・遺伝子治療・臓器移植などの医療技術の進歩は、生命・健康・環境や生命倫理の観点からの新たな規制の必要性を示唆している。これらの科学技術の研究に対して特別の規制が必要な理由として、それが生命・健康・環境に対して不可逆的で重大かつ予測困難な影響を及ぼしかねず、また、人間の生存の根本に関わる生命倫理の観点から忌避されるべきことが挙げられる。

また、規制の程度・態様についても、他の精神的自由に対する規制よりも強度の規制が許される可能性がある。たとえば、研究の実施にあたって許可制を採用し（遺伝子技術施設の設置・稼働の許可制）、特定の研究の内容を規制し（ヒト・クローン研究や受精卵の実験使用の禁止）、起こりうる危険が抽象的なものであっても規制は許容される（遺伝子技術の規制）などである……。もっとも、以上の見解が現在通説となっているわけではなく、科学技術の研究の自由を尊重して規制の合憲性を厳しく考える立場もある。この対立は、現段階では法律による規制の是非をめぐって争われている。

科学技術の規制の方法については、研究者の自主的・倫理的自己規制に委ねるべきであるとする説……と、法律による規制を肯定する説……とが対立している。前者は研究の自由を尊重しようとするが、重大な危険性を内包する先端技術の統制の方法としては不適切ではないか、研究者に対する不信感は払拭できないのではないか、などの問題がある。これに対して、法律による規制には、規制が専門性を離れて過度の規制になりはしないか、科学技術の急速な進展に対応できないのではないか、などの問題がある。

### (3) 研究費の支給拒否による間接的規制

……研究費の不支給という間接的規制が研究の自由の不当な制約として違憲となることはないか、という問題が生ずる。



研究の自由が国の研究費の支出に依存しているとはいえ、研究費の交付申請の拒否が直ちに研究の自由を侵害して違憲となるわけではない。研究費の交付にあっては、有限な財源を有効に配分する必要があり、したがって、国は研究内容を評価し序列化せざるをえず、その際には社会的に有用な研究を選別することも許されよう。たとえばガン研究やエイズ研究のように社会的に克服すべき緊急の課題の研究に対して国が優先的に研究費を配分することは禁止されないと考えられる。ただし、十分な理由のない拒否や、恣意的な研究の差別が認定される場合には、違憲と評価されることもあるであろう。」<sup>109</sup>

### 生命科学技術の発展と実用化の現状

生命科学は、ワトソンとクリックが DNA の構造を解明したことを基礎として、20 世紀後半を通じて急速な発展を遂げてきた<sup>110</sup>。1970 年代には、遺伝子組み換え技術による医薬品の開発、農作物の品種改良が進み、90 年代に入ると、さまざま領域における技術の実用化が始まった。その代表的なものが、ヒトゲノム計画と呼ばれる遺伝子機能の解明であり、クローン技術を中心とするヒト等の胚を操作する技術である。

それぞれの技術の応用分野、問題点及びそれに対する規制の状況については表 6 のようになっている。

なお、ヒト・クローン禁止問題は、ドイツにおいては基本法の「人間の尊厳」条項（1 条）を規制のための「切り札」として用いることを中心に議論がなされ<sup>111</sup>、アメリカにおいては、具体的・個別的なアプローチ（例えば、生殖補助技術を用いて子どもを産む権利 積極的生殖の権利を有するかという切り口からの議論）がなされている<sup>112</sup>。

### 【ドイツ連邦共和国基本法】

#### 第 1 条【人間の尊厳】

(1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国

<sup>109</sup> 戸波江二「学問の自由と大学の自治」高橋和之・大石眞編『憲法の争点〔第 3 版〕』（有斐閣、1999 年）

<sup>110</sup> 1953 年、アメリカ人のワトソン（James Dewey Watson 1928 - ）とイギリス人のクリック（Francis Harry Compton Crick 1916—）は、遺伝子の本体とされる DNA（デオキシリボ核酸）が二重らせん構造であることを発見し『ネイチャー』誌に発表した。1962 年、この功績に対しノーベル生理学医学賞が授与された。

<sup>111</sup> 青柳幸一「科学／技術の進歩と人間の尊厳」（ジュリスト 1222 号）

<sup>112</sup> 青柳幸一「アメリカにおけるヒト・クローン禁止をめぐる憲法論 生殖の権利論」栗城古稀『日独憲法学の創造力』上巻（信山社、2003 年）

家権力の責務である。

(2)及び(3) 略

(訳文は、樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』第4版(三省堂, 2001年)によった)

【表 6 生命科学技術の応用分野、問題点及び規制の状況】

	遺伝子組み換え技術	遺伝子機能の分析	ヒト等の胚の操作
応用分野	医薬品の開発 農作物の品種改良等	遺伝子診断(発病の可能性を遺伝子の状態から診断する技術)や 遺伝子治療等	ES細胞 <sup>113</sup> が体のさまざまな器官に分化する可能性を持ち、損なわれた臓器等を再生する医療技術が期待される。
問題点	新たな形質を有する生命種を作成することになるため、人の生命・健康等に悪影響を及ぼすおそれがある。 (遺伝子組み換え作物への懸念など)	遺伝情報は秘匿性が高く、個人の存在の本質に深いかわりを持っていることから、取扱いの際に個人情報に関する人権侵害を引き起こすおそれがある。	ヒトの卵や胚等を操作し、 <b>人クローン</b> が作成されることは、生命現象の根幹に関わることであり、「人間の尊厳」の問題と鋭く対立する。
規制の状況	農林物質の規格化及び品質表示の適正化に関する法律に基づく品質表示基準の改正など	ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針(文部科学省・厚生労働省・経済産業省策定・平成13年3月29日)による医療機関等への指導等	ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律により、クローン胚等を人または動物の胎内に移植することが刑罰をもって禁止されている。

高橋滋「生命科学の発展と法律学の課題」法学セミナーNo.573 所収をもとに事務局において作成した。

【参考 ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律(平成12年法律第146号)(抄)】

(目的)

**第1条** この法律は、ヒト又は動物の胚又は生殖細胞を操作する技術のうちクローン技術ほか一定の技術(以下「クローン技術等」という。)が、その用いられ方のいかんによっては特定の人と同一の遺伝子構造を有する人(以下「人クローン個体」という。)若しくは人と動物のいずれであるかが明らかでない個体(以下「交雑個体」という。)

<sup>113</sup> ES細胞(ヒト胚性幹細胞: Embryonic Stem Cell)とは、初期の胚の細胞を培養して得られる細胞で、血液、神経、肝臓、膵臓といった様々な細胞を作り出すことができ、将来の医療などに応用が期待されている細胞(文部科学省ホームページ「ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針について」より)。

を作り出し、又はこれらに類する個体の人為による生成をもたらすおそれがあり、これにより人の尊厳の保持、人の生命及び身体の安全の確保並びに社会秩序の維持（以下「人の尊厳の保持等」という。）に重大な影響を与える可能性があることにかんがみ、クローン技術等のうちクローン技術又は特定融合・集合技術により作成される胚を人又は動物の胎内に移植することを禁止するとともに、クローン技術等による胚の作成、譲受及び輸入を規制し、その他当該胚の適正な取扱いを確保するための措置を講ずることにより、人クローン個体及び交雑個体の生成の防止並びにこれらに類する個体の人為による生成の規制を図り、もって社会及び国民生活と調和のとれた科学技術の発展を期することを目的とする。

**(禁止行為)**

**第3条** 何人も、人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚を人又は動物の胎内に移植してはならない。

**(罰則)**

**第16条** 第3条の規定に違反した者は、10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

**【表7 諸外国の憲法に見られる生命倫理に関する規定】**

**スイス連邦憲法（1999年）**

**第119条(人間の領域における生殖医療及び遺伝技術)**

人間は、生殖医療および遺伝技術の濫用から保護する。

連邦は、人間の胚形質・遺伝形質の関係領域にかんする規則を制定する。連邦は、その際、人間の尊厳、人格および家族の保護に配慮し、とりわけ、左の諸原則を顧慮する。

- a. 人間の胚細胞および胎児の遺伝形質への侵害を許容しないこと。
- b. 人間のものでない胚形質・遺伝形質を人間の胚形質の中に混入し、または両者を配合してはならないこと。
- c. 生殖補助の手続きは、妊娠不能または重大な病気の伝染の危険を除くのに他に手段のない場合に、かつ、子どもに一定の特質をもたらす目的や研究を促進する目的でない場合にのみ、用いられてよいこと。女性の体外で人間の卵細胞に受精させることは、法律により定められるべき条件の下でのみ許容されること。ただし相当多数の人間の卵細胞を女性の体外で胚へと成長させてよいのは、それを即時に女性に移植させることができる場合に限られること。
- d. 胎児の寄贈およびあらゆる種類の代理母は、許容されてはならないこと。
- e. 人間の胚形質や、胎児から生ずるものをもって取引の対象としてはならないこと。
- f. 人間の遺伝子形質が検査され、記録され、または公開されてよいのは、本人の同意があるか法律の規定にもとづく場合に限られること。
- g. 人が自己の血統にかんする記録を入手することが、保障されなければならないこと。

**第119条の2(移植医療)**

連邦は、臓器、組織および細胞の移植の分野において規則を制定する。連邦は、その際、人間の尊厳、人格および健康に配慮する。

連邦は、とりわけ、臓器の正しい割りふりのための基準を定める。

人間の臓器、組織および細胞の提供は、無償とする。人間の臓器を取引きすることは、これを禁止する。

#### **第 120 条(人間以外の領域における遺伝技術)**

人間およびその環境は、これを遺伝技術の濫用から保護する。

連邦は、動物、植物その他生物の胚形質・遺伝形質の関係領域にかんする規則を制定する。その際、連邦は、被造物の尊厳ならびに人間、動物および環境の安全を顧慮し、かつ、動・植物の形態の遺伝子上の多様性を保護する。

#### **ポーランド共和国憲法 (1997 年)**

##### **第 39 条(同意なき科学的実験の禁止)**

何びとも、任意に表明された同意なくして、医学的実験を含め、科学的実験の対象とされてはならない。

#### **ハンガリー共和国憲法 (1949 年制定、1989 年以降にこの条が追加。正確な年数不明)**

##### **第 54 条 (人間的尊厳の保障)**

ハンガリー共和国のあらゆる人は、生命と人間的尊厳に対する固有の権利を有する。これを恣意的に剥奪することは何人もなし得ない。

何人も、これを拷問にかけ、残酷かつ非人間的で屈辱的な待遇又は処罰をしてはならない。特に人を、本人の承諾なしに、医学的及び科学的実験の対象とすることは禁止される。

#### **ロシア連邦憲法 (1993 年)**

##### **第 21 条(個人の尊厳)**

個人の尊厳は、国家によって保護される。いかなることも、それを落とす理由となることができない。

...(略)... 何人も、その自発的な同意なしに、医学的、科学的およびその他の実験にさらされることはできない。

#### **欧州憲法条約草案 (未批准)**

##### **第 -1 条 人の尊厳**

人の尊厳は侵すことができない。それは尊重され保護されなければならない。

##### **第 -2 条 生命に対する権利**

あらゆる人は、生命に対する権利をもつ。

何人も、死刑を求刑され、または執行されてはならない。

##### **第 -3 条 人の一体性の権利**

あらゆる人は、自らの肉体的および精神的一体性 (integrity) を尊重される権利をもつ。

医学および生物学の分野において、とりわけ次の各号が尊重されなければならない。

- (a) 関係当事者の、法の定める手続に従った、自由かつ情報を得た上での同意。
- (b) 優生学的行為、とりわけ人の選別を目的とする行為の禁止。
- (c) 人体およびその一部そのものを営利の源とすることの禁止。
- (d) 人間の再生的クローニング (reproductive cloning) の禁止。

訳文は、以下の文献によった。

スイス連邦憲法：樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集 第4版』（三省堂,2001年）

ポーランド共和国憲法及びロシア連邦憲法：阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』（第二版）（有信堂高文社,2000年）

ハンガリー共和国憲法：『衆議院ロシア等欧州各国及びイスラエル憲法調査議員団報告書別冊訪問国等の憲法』（2001年）所収の衆議院憲法調査会事務局における仮訳

欧州憲法条約草案：中村民雄『欧州のための憲法を定立する条約草案 - 翻訳 -』（衆憲資第40号付録・2004年）

## (2) 学問の自由・大学の自治をめぐる今日的論点

その他、学問の自由・大学の自治をめぐる今日的論点として、平成9年に施行された「大学の教員等の任期に関する法律」、国立大学の独立行政法人化、法科大学院の設置などが挙げられる。

については、運用の在り方によっては、学問の自由を侵害する結果を招くのではないか<sup>114</sup>、については、文部省（当時）の「国立大学等の独立行政法人化に関する調査検討会議」の「最終報告」において、「大学の自主性・自律性」という概念が打ち出されているが、それと「大学の自治」はいかなる関係にあるか<sup>115</sup>、については、その設置審査手続において学問の自由・大学の自治と緊張関係にあるいくつかの論点が生じたとする問題提起<sup>116</sup>がされている。

---

<sup>114</sup> 阿部泰隆「大学教員任期制法の違憲性・政策的不合理性と大学における留意点」法律時報 941号

<sup>115</sup> 蟻川恒正「国立大学法人論」ジュリスト 1222号

<sup>116</sup> 榊原秀訓「法科大学院設置審査手続における問題点」法律時報 941号

## 第2部 「公共の福祉」による基本的人 権の制約にかかわる検討素材の例示

- 1 . 緒言 「公共の福祉」概念の整理
- 2 . 少年犯罪の実名報道と表現の自由 長良川事件報道訴訟をめぐって
  - 2 - 1 . 事件の概要
  - 2 - 2 . 最高裁判決の論旨
  - 2 - 3 . 少年犯罪の推知報道と表現の自由
  - 2 - 4 . 犯罪報道の公共性
  - 2 - 5 . 小括
- 3 . 生活安全条例の意義と問題点
  - 3 - 1 . 生活安全条例の意義
  - 3 - 2 . 生活安全条例にかかわる若干の具体例
  - 3 - 3 . 生活安全条例の問題点
  - 3 - 4 . 小括

## 1 . 緒言 「公共の福祉」概念の整理

戦後日本の憲法学における公共の福祉概念をめぐる議論は、憲法上の権利を一般的に制約する根拠として公共の福祉概念を構成する一元的外在制約説から、公共の福祉による人権への制約が許されるのは、明文をもってかかる制約を規定している憲法 22 条及び 29 条によって保障される経済的自由と、国家権力による政策的な判断に基づく規律をそもそも予定している社会権に対する場合に限定され、それ以外の人権については権利自由に内在する制約のみが許されるとする内在・外在二元的制約説へ、そして現在の通説である一元的内在制約説へと推移してきた<sup>1</sup>。この一元的内在制約説によれば、日本国憲法の下において人権の制約原理として是認されるのは、それに対抗する他の人権のみであり、この人権相互間に生じる矛盾・衝突の調整を図るための実質的公平の原理が公共の福祉に他ならないとされる<sup>2</sup>。

しかし、現在の通説であるとされる一元的内在制約説の論理のみをもって公共の福祉概念を説明し尽くそうとする立場に対しては、しばしば疑問が呈されてきた。すなわち、例えば街の美観や静穏の維持のための表現の自由に対する

<sup>1</sup> 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障【1】』（日本評論社,1994年）44-45頁、長谷部恭男『憲法』第2版（新世社,2001年）111-113頁

<sup>2</sup> 宮沢俊義『憲法〔新版〕』（有斐閣,1974年）229-231頁

制約、性道徳の維持という国家の側の利益のためのわいせつな表現活動の禁止、選挙活動に対する規制などについては、保護されるべき利益は個々人の権利に還元されるわけではなく、社会全体の利益として観念されるのであり、他人の権利が侵害されているわけではない場合であっても、人権の制約根拠となりうる国家の側の利益が存在するため、人権を制約しうるのは他人の権利利益のみであるとの立場を貫徹することは不可能であるということが指摘されうる<sup>3</sup>。この意味において、一元的内在制約説の拠って立つ前提は、政府が必ずしも個々人の権利には還元しえない社会全体の利益としての公共の福祉の実現を任務としているという明白な事実を曖昧にするばかりではなく、現にある人権が制約されている以上、その制約根拠となっているのも人権であるという誤った思考を導く危険があるという主張が成立するのである<sup>4</sup>。

したがって、公共の福祉による人権の制約について考察する場合には、個人の利益ないし福祉の充足・実現ということと、個人の立場を超えた社会全体の利益ないし福祉の充足・実現ということとの調和を模索する営為が問題となるという認識をもつことが必要となってくる<sup>5</sup>。以下に採り上げられる論点において、少年犯罪の実名報道と表現の自由というテーマは、一元的内在制約説に基づき、主として個人が有する権利・利益間の衝突という観点から公共の福祉による人権の制約について論じることにかかわるものであり<sup>6</sup>、国家権力が公共的正当性を掲げて推進する人権の制約という局面、ないしそのような人

<sup>3</sup> 松井茂記『日本国憲法』(有斐閣,1999年)343頁、

<sup>4</sup> 長谷部「国家権力の限界と人権」前掲注1・46頁、長谷部『憲法』前掲注1・113頁

<sup>5</sup> 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法 [前文・第1条～第20条]』(青林書院,1994年)270頁(佐藤幸治執筆)。そこにおいては、「それ(=『公共の福祉』観念)が『公共』の福祉である以上、多かれ少なかれ後者の側面(=個人ないし個別的存在の立場を超えた社会全体の福祉の実現)に比重がおかれており、ただその比重のおき方は時代や国のおかれた政治社会状況に応じて一定しない、ということであろうと思われる。」とされる。

<sup>6</sup> 少年犯罪の実名報道と表現の自由という問題においては、被疑者・被告人の少年が有するプライバシー等の権利とマス・メディアが有する報道の自由との衝突を調整することが焦点となるため、本文のような分類が許容されるであろうが、もっとも、マス・メディアが有する報道の自由は国民の知る権利によって裏支えされるという公共的側面を有するため、その側面を強調するならば、少なくとも部分的には、社会全体の利益の実現という観点からの公共の福祉による人権の制約としてこの問題を捉えることも可能であろう。



権の制約に対する国民の側からの異議申立てをとりわけ先鋭化させる問題である。生活安全条例が有する意義と問題点というテーマは、一元的内在制約説を超えて、社会全体の利益を実現するという観点から公共の福祉による基本的権利・自由の制約について論じることにかかわるものである<sup>7</sup>。

## 2. 少年犯罪の実名報道と表現の自由 長良川事件報道訴訟をめぐる<sup>8</sup>

### 2-1. 事件の概要<sup>9</sup>

本件は、1994年9月から10月にかけて大阪、岐阜、愛知の3府県で発生した殺人、強盗殺人、傷害致死事件により起訴された当時18歳だった原告(刑事事件第一審において無期懲役判決を受け現在控訴中)をめぐる報道に関して提起された訴訟である。

被告・株式会社文藝春秋は、『週刊文春』1997年7月31日号において、「『少年犯』残虐」「法廷メモ独占公開」「わが子を殺された両親が綴った700日の涙の記録」などの見出しの下に、事件に対する被害者の両親の思い及び刑事裁判の法廷傍聴記録などを掲載した。この記事の中で、民事原告・刑事被告の少年(事件当時)は本名と音が似た仮名で表記され、刑事裁判の進行を追う形で犯行の態様、経歴、犯罪・非行歴、交遊関係や生活歴などが詳細に報道された。

この記事に対し、原告は、「記事の中には虚偽が含まれており、名誉毀損、プ

<sup>7</sup> 本文におけるような分類の仕方は極めて教科書的なものである。長谷部恭男教授のような議論の仕方が多くの論者によって受け入れられているとは言い難いが、実際問題としては、宮沢俊義教授が提示した一元的内在制約説を前提として公共の福祉の問題が論じられる例はあまりないように思われる。すなわち、憲法学界の言説上は、個人の権利間の調整原理という公共の福祉が有する側面が意識されることはほとんどなく、いかなる人権が対象となっているにせよ、社会全体の利益による人権の制約を正当化する概念としての公共の福祉が議論の対象となる場合が多い。

<sup>8</sup> 本件最高裁判決に関する評釈としては、飯室勝彦「事件報道に大きな影響を与える長良川事件・最高裁判決 少年の身元推知をめぐる」法学セミナー582号(2003年)106頁以下、高佐智美「少年法61条と不法行為責任」同114頁、高井裕之「少年法61条と名誉・プライバシー侵害 長良川事件報道訴訟最高裁判決」法学教室282号別冊付録『判例セレクト2003』4頁、窪田充見「名誉・プライバシー侵害の不法行為の成否と少年法61条 週刊文春事件上告審判決」同20頁、淵野貴生「少年法61条による推知報道の禁止と仮名報道」法学セミナー583号(2003年)120頁がある。

<sup>9</sup> 飯室前掲注7・106-107頁、高佐前掲注7・114頁、高井前掲注7・4頁、淵野前掲注7・120頁

ライバシー侵害である。また、実名でなく仮名であっても記載事項から自分の周りの人や事件を知る人には自分が特定され、少年法 61 条<sup>10</sup>に違反する」などとして、被告に損害賠償を請求したのである。

本件請求につき、第一審名古屋地裁<sup>11</sup>及び第二審名古屋高裁<sup>12</sup>は共に、仮名といえども実名と類似しており、経歴と合わせれば本人と推知できること、また、少年法 61 条の保護法益を上回るような社会的利益も存在しないことを理由に、少年法 61 条違反に基づく不法行為責任を認め、30 万円の賠償を文春側に命じた。

特に二審高裁判決は、

特定人を推知できる報道と言いうるためには、一般読者が記事それ自体から対象人物を特定することは困難であっても、記事の公表時に有していた知識ないしは経験等を加えれば、いかなる人物であるかほぼ認識できる程度の内容であれば足りる。

本件記事の表記は仮名であるが、姓も名前も原告の実名と音が似ており、非行歴、交遊関係、女性との関係なども書かれてある。したがって、原告と面識を有する特定多数の読者、及び原告が生活基盤としてきた地域社会の不特定多数の読者は原告を容易に推知することができる。

少年法 61 条は、憲法により保障される青少年の健全に発達するための権利の保護とともに、少年の名誉権、プライバシー権を保護することを目的とするものであるから、同条に違反した実名等の推知報道は人権侵害行為である。

この推知報道は、成人の犯罪報道とは異なり、真実性、公共性、公益性

<sup>10</sup> 少年法第 61 条（記事等の掲載の禁止）「家庭裁判所の審判に付された少年又は少年のとき犯した罪により公訴を提起された者については、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等によりその者が当該事件の本人であること推知することができるような記事又は写真を新聞紙その他の出版物に掲載してはならない。」

<sup>11</sup> 名古屋地判 1999 年 6 月 30 日判時 1688 号 151 頁

<sup>12</sup> 名古屋高判 2000 年 6 月 29 日判時 1736 号 35 頁

が立証されても違法性は阻却されない。少年の権利ないしは保護されるべき法的利益よりも、明らかに社会的利益を擁護する要請が強く優先されるべきであるなどの特段の事情がある場合に限り違法性が阻却されるが、本件においてはそのような事項は存在しない。

といった点をその骨子としていた。

なお、少年犯罪の実名報道と表現の自由という論点に関しては、長良川事件訴訟とほぼ同時期に、1998年10月に大阪堺市で起こった通り魔殺人事件に関する月刊誌『新潮45』による報道をめぐって提起された大阪での訴訟が有名である。本件訴訟は、殺人罪等で起訴された事件当時19歳の少年であったこの通り魔殺人事件の被告が、被告の実名、顔写真等により本人であることが特定される内容の記事を掲載した『新潮45』の記事執筆者、雑誌編集長及び発行所を相手取り、プライバシー権、氏名肖像権、名誉権等の人格権ないし実名で報道されない権利が侵害されたとして、不法行為による損害賠償と謝罪広告を求めて出訴したものである。

堺市事件訴訟の第一審大阪地裁判決<sup>13</sup>においては、長良川事件訴訟第二審判決と同様の論理構成により事件当時少年であった原告の請求が認容されたが、第二審大阪高裁判決<sup>14</sup>において本件訴訟は逆転した。大阪高裁は、

表現行為とプライバシー権・肖像権との調整においては、民主主義の存立基盤である表現の自由の憲法上の地位を考慮して慎重に判断しなければならない。

その場合、表現行為が社会の正当な関心事であり、表現内容・方法が不当なものでない限り違法性を欠く。

犯罪容疑者については、犯罪の性質にもよるが、犯罪行為との関連にお

<sup>13</sup> 大阪地判 1999年6月9日判時1679号54頁

<sup>14</sup> 大阪高判 2000年2月29日判時1710号121頁。本件訴訟に関する評釈として、浜田純一「少年犯罪の実名報道と表現の自由」ジュリスト1202号『平成12年度重要判例解説』（2001年）12-13頁、田島泰彦「少年の実名掲載と少年法六一条」法律時報72巻9号（2000年）93頁以下参照。

いてそのプライバシーは社会の正当な関心事となりうる。本件のような凶悪、重大な事件においては、社会一般の人にとっても、いかなる人物が罪を犯したかは正当な関心事であり、被疑者等の特定は犯罪ニュースの基本的要素であって重要な関心事であり、実名報道が直ちに権利侵害とはならない。

人格権・プライバシー権と実名を公表されない人格的利益は必ずしも同一ではなく、後者が法的保護に値する利益と認められるのは、社会生活上特別に保護されるべき事情がある場合に限られる。

少年法 61 条がその場合に当たるとしても、同条は少年の健全育成を図るという公益目的、社会復帰を容易にするという刑事政策的配慮に根拠を置く規定であって、少年に実名報道されない権利を付与しているとは解せない。仮に実名で報道されない権利を付与しているものと解する余地があるとしても、少年法がその違反者に対して何らの罰則も規定していないことにもかんがみると、表現の自由との関係において、同条が当然に優先するものと解することもできない。

少年法 61 条の違反者に対して何らの罰則も規定されていないことは、憲法における「言論出版等の自由」の規定への配慮及び少年法の社会的機能に照らして、このような規定の遵守をできる限り社会の自主規制に委ねたものである。

ということを理由に、実名報道を「少年法に明らかに違反し、社会的に相当ではない」としながらも、それにより直ちに違法なプライバシー権等の侵害がもたらされるわけではないとして、事件当時少年であった被控訴人の主張をしりぞけたのである<sup>15</sup>。

<sup>15</sup> なお、堺市事件訴訟については、事件当時少年であった被控訴人が上告を取り下げたため、大阪高裁判決が確定した。

## 2 - 2 . 最高裁判決の論旨

2003年3月14日に言い渡された長良川事件訴訟最高裁判決<sup>16</sup>は、原判決の文春側敗訴部分を破棄し、事件を名古屋高裁に差し戻すというものであった。本件最高裁判決の論旨は、概略以下の通りである。

原判決は、原告の被侵害利益を名誉・プライバシーであるとして文春の不法行為を認定したのか、これらに加えて成長発達権を被侵害利益としたのか判決文からは判然としない。

しかし、原告は原審で被侵害利益を名誉・プライバシーであると一貫して主張しており、成長発達権であるとは主張していないから、最高裁としては原審が名誉・プライバシーを理由に結論を出したことを前提に審理判断すべきである。

本件記事にある犯罪行為や原告の経歴、交遊関係などの詳細な情報は、原告の名誉を棄損しプライバシーを侵害する情報である。

原告と面識があり、または犯人情報あるいは原告の履歴情報を知る者は、その知識を手がかりに本件記事が原告に関する記事であると推知することが可能であり、本件記事の読者の中にこれらの者が存在した可能性を否定できないから、記事を読んで初めて、それまで知っていた以上のことを知った者がいた可能性も否定できない。本件記事が名誉毀損・プライバシー侵害とした原審の判断は、その限りにおいて是認できる。

ところで、名誉毀損の報道でも真実性、公共性、公益性があれば違法性が阻却されるので、改めて高裁でこれらの点について審理すべきである。また、プライバシー侵害については、その事実を公表されない法的利益より公表する理由が優先する場合には、不法行為は成立しないのだから、やはり高裁で事実審理をやり直して諸事情を個別具体的に比較衡

<sup>16</sup> 最高裁判所ホームページ「最高裁判例集」参照。

量して判断すべきである。

少年法 61 条に違反する推知報道かどうかは、その記事等により、不特定多数の一般人がその者を当該事件の本人であると推知することができるかどうかを基準にして判断すべきところ、本件記事においては、被上告人につき、当時の実名と類似する仮名が用いられ、その経歴等が記載されているものの、被上告人と特定するに足る事項の記載はないから、被上告人と面識等のない不特定多数の一般人が、本件記事により、被上告人が当該事件の本人であることを推知することはできない。

これらの下級審・最高裁の判例を踏まえ、少年犯罪の実名報道が有する憲法上の問題点につき、公共の福祉による人権の制約という視点から以下検討を試みる。

### 2 - 3 . 少年犯罪の推知報道と表現の自由

少年法 61 条は、同法 22 条 2 項の定める審判の非公開原則と共に、少年事件に関する秘密保持・非公開の原則の一環として報道・出版の制限を定めている。その趣旨は、犯罪を犯したとされる少年及びその家族の名誉・プライバシーを保護し、かつそのことを通じて、将来のある少年の更生を図るという点に存し、広く刑事政策的な観点に立った規定と考えられている<sup>17</sup>。しかし、近年少年犯罪の凶悪化が叫ばれる中、少年法 61 条による少年へのいわば特別扱いを疑問視する声も強まっており、特に悪質とされる少年犯罪については実名・顔写真報道に踏み切る出版社も出てきているというのが現状である。だからといって、報道機関は憲法 21 条によって保障された表現の自由を有し、なおかつ犯罪報道は国民の知る権利に資するという側面も有するため、犯罪報道に対

<sup>17</sup> 高佐前掲注 7・114 頁。なお、最近では、少年法 61 条の規定を少年が有する「成長発達権」という観点から根拠づける見解も主張されているようである。淵野前掲注 7・120 頁参照。

し安易に規制に走ることは、憲法上の人権保障という見地において重大な問題を惹起せざるをえない。

少年犯罪の実名報道という問題との関連で惹起される、公共の福祉の観点からの人権の制約という憲法上の論点としては、少年法 61 条により禁止される推知報道と憲法 21 条によって保障される表現（報道）の自由との調整、そして、表現の自由を裏支えする国民の知る権利による少年犯罪の実名報道の正当化という点に集約されよう。したがって、少年犯罪の実名報道につき論じるに際しては、報道する側が有する表現の自由の観点からの推知報道の禁止に対する評価が、まずもって問題となる。

堺市事件訴訟における前記大阪高裁 2000 年 2 月 29 日判決においては、議論の出発点として表現の自由の保障に関する基本理念への言及がなされており、表現の自由とプライバシー権等との調整に際しては、表現の自由の「優越的地位」を考慮した判断を行わなければならないとされ、その上で、表現行為が社会の正当な関心事であること、表現内容・表現方法が不当なものでないこと、という二つの要件を免責事由とする基準が導き出されている（上記判旨・ ）。また、少年法 61 条の解釈においても、罰則規定の不存在を表現の自由に対する顧慮と関連づけることにより、同条の規定の遵守を自主規制の見地において論じ、表現の自由を基底に据えた、報道規制に対する検討を加えている（同・ ）。

このような大阪高裁判決の立場は、学説によってその結論において補強されるものである。学説上も、表現の自由ないし知る権利を少年の名誉・プライバシー保護を通じた少年の更生という少年法の趣旨に対して厳格に優先させる見解が有力に唱道されているのである。

松井茂記教授によれば、少年のプライバシーを保護し、少年の更生を促進するという目的は正当であり、十分尊重に値する利益であるが、しかし、本来報道の自由の視点からすれば、氏名の報道などの内容に基づき報道を制約する場合には、やむにやまれぬ重要な政府利益を達成するために必要不可欠な手段を

用いなければ許されないとされる<sup>18</sup>。少年法 61 条は、事件が刑事手続に付され、審理が公開の法廷で行われるような場合にも適用され、報道機関が通常の適法な取材によって本人特定事実を知った場合にまで、その公表を禁止し、氏名、顔写真、学校名などの公表を、「合理的な公的関心」の対象である場合をも含めて、また、少年が成人に達した後も、一律かつ絶対的に禁止しており、「新聞その他の出版物」への掲載のみを禁止し、また、被害者の氏名、顔写真などの公表を一切禁止していないこととの均衡をあまりにも逸している、という点において、憲法 21 条の表現の自由を侵害していると分析されるのである<sup>19</sup>。その上で、松井教授は、少年のプライバシー保護や更生の促進のために、少年の氏名などの報道に制限を置くこと自体は許されるにしても、家庭裁判所が具体的な事案において少年保護と報道の自由を利益衡量し、少年保護という利益を達成するために必要不可欠な限度において報道の制限を決定すべきであり、その際、家庭裁判所は、いかなる程度において少年保護の必要性があるか、報道制限がいかなる程度少年保護に寄与するか、他方において、当該事件についてマス・メディア並びに国民が関心をもつことがどれだけ合理的であるか、といった点を比較検討すべきであると論じる<sup>20</sup>。結論として、松井教授は、「少年事件の容疑者の氏名などのマス・メディアによる公表については、少年法に反するとか少年法の趣旨に反するとして批判的な声が強い。少年の更生と社会復帰を最大限尊重して、少年の氏名などは公表すべきではないというのである。しかし、日本国憲法の下では、〔…〕憲法 21 条はマス・メディアによる表現の自由を保障している。はたして〔…〕容疑者の少年の氏名などを一律に必ず非公開とする 61 条の規定自体が憲法 21 条に反しないかどうか、かなり疑わしい。」<sup>21</sup>と述べるのである。

また、田島泰彦教授も、表現の自由の優越的地位に基づく報道の自由の価値、「少年の更生」、「再犯の防止」、「子どもの最善の利益」などとして提起

<sup>18</sup> 松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか [少年法と表現の自由]』（日本評論社、2000年）121-122頁、124頁

<sup>19</sup> 同 130-132頁

<sup>20</sup> 同 133-134頁

<sup>21</sup> 松井茂記「犯罪報道と表現の自由」ジュリスト 1136号（1998年）38頁



されてきた規制根拠の意義が憲法上不明確であること、少年事件の公的性格、などにかんがみた場合、少年法 61 条は、「規制の程度、方法等において、表現の自由や情報公開などの観点から重大な問題をはらんでおり、より表現の自由保護的な規定へと再検討する必要がある」と主張する<sup>22</sup>。田島教授によれば、成人後においても公表禁止の効果が及び、少年法の対象年齢が 20 歳未満と広くとられており、公表禁止の対象が包括的に定められている上、公表が許される例外の余地を明記していない、などの点において、「現行少年法の規定が過剰な報道規制措置となっていて、報道の自由やジャーナリズムの視点が希薄もしくは欠落しており、あまりにもバランスを失っている」とされる<sup>23</sup>。結論的に、「一部成人を含み上限がかなり高めに取られている少年の身元に対して、例外の余地を明記せず、ほぼ全面的に報道を禁止している点は、たとえ可塑性に富む少年の矯正・更生と社会復帰の確保や、格別の人権保護というその基本理念は是認されうるとしても、報道の自由と知る権利の保障などの憲法的要請に適うとはとうてい言いがたく、正当化するのは難しい」<sup>24</sup>と述べられるのである。

なお、知る権利との関連において付言するならば、上記長良川事件最高裁判決は、少年法 61 条が禁止する推知報道に違反するか否かを判断するに際しては、「不特定多数の一般人」が被疑者・被告人を特定することができるか否かということが基準となる旨判示したが、国民の知る権利の見地からかかる基準を評価する見解も見られる。すなわち、「多くの場合、容疑者・被告人や現場に近い人たちが相応の情報を知っていることは、少年による事件も成人による事件も変わらない。小さい、抽象的な情報発信でも既出の情報と合わせれば名誉毀損となる可能性は常にあることになる。ところが、メディアはどのような情報が、どこの、だれに広がっているか必ずしも把握しているわけではない。そのような状況下では、いかに慎重な報道を心がけようと、少年法違反とは言

---

<sup>22</sup> 田島泰彦「少年事件と表現の自由」田島泰彦・新倉修編『少年事件報道と法 表現の自由と少年の人権』（日本評論社、1999年）9-11頁

<sup>23</sup> 同 12頁

<sup>24</sup> 同 12-13頁

われないまでも、名誉毀損・プライバシー侵害などの不法行為に問われる危険性は消えない。これでは事件報道は萎縮し、国民に伝えるべき情報が十分伝わらなくなる恐れがある。」<sup>25</sup>とされるのである。詰まるところ、特定多数に対して推知可能な報道を行えば違法とされるのであれば、ほとんどの少年犯罪報道が封じ込められ、その結果国民の知る権利が有する意義が減殺されてしまうということであろう。

しかし、少年法 61 条の規定が存在すること自体が表現の自由に対する極めて例外的な制限であると考えられるならば、それを覆すような特段の事情が通常の少年犯罪報道においてあるとはあまり考えられないという現状認識に基づき、何が推知報道に該当するのかということに関する基準も非常に緩やかなため、今後少年法 61 条の趣旨が大きく損なわれることにもなりかねないという懸念も成立するのである<sup>26</sup>。

## 2 - 4 . 犯罪報道の公共性

少年事件の報道とそれに対する規制のあり方につき論じる際考慮されるべきもう一つの主要な点は、少年の非行・犯罪といった事柄を国民の知る権利との関連においてどのように性格づけるかという問題である。少年法 61 条による少年の本人特定事実の公表禁止は、表現の自由ないし知る権利の保障と密接にかかわってくるものであるから、その意義を明らかにするに際しては、憲法的視点から少年犯罪報道の公共性が吟味されなければならないのである。

一般論を述べれば、一方において、本人を特定して犯罪に関連する事実を報道することは、犯罪がその者の評価にかかわる事実である以上、その者についての名誉に触れるものであり、また、プライバシーを「他人に知られたくない事実」ないし「自己情報をコントロールする権利」として理解する限り、その者のプライバシーにも触れるものであり<sup>27</sup>、他方において、報道の自由・知る

---

<sup>25</sup> 飯室前掲注 7・109 頁

<sup>26</sup> 高佐前掲注 7・114 頁

<sup>27</sup> 最高裁も、前科照会事件において、「前科及び犯罪経歴は人の名誉、信用に直接かかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有する」(最判 1981 年 4 月 14 日民集 35 巻 3 号 620 頁)とし、実質的にプライバシ

権利に基づき、市民の正当な関心事としての公共的事実について公益目的をもって根拠ある報道を行うことは、名誉毀損罪を構成することはなく、名誉毀損による民事責任をも生じさせないというのが判例法理である<sup>28</sup>。したがって、報道による名誉・プライバシーの侵害の有無につき判断する上では、報道した事実が公共的事実か否か、報道が公共性を有するか否かという点が決定的な意味をもつのである。少年犯罪報道との関連で言えば、少年法 61 条が公表を禁止しているのは氏名、顔写真など少年の本人特定事実であるため、それらの本人特定事実が公共的事実か否か、それを公表する報道が公共性を有するか否かということが問題になる。

前述したように、少年法 61 条は、犯罪を犯したとされる少年及びその家族の名誉・プライバシーを保護することをその主眼としているが、かかる趣旨を重視するならば、特に他人に知られたくない私生活上の事実や情報を公表されないという、少年が有する主観的利益が法的保護の対象となるが、堺市事件訴訟大阪高裁 2000 年 2 月 29 日判決においては、「犯罪行為との関連においてそのプライバシーは社会の正当な関心事となりうる」とし、表現行為が社会の正当な関心事であるなどの事情が存在する場合には、違法性を欠くとの判断がなされている。その上で、「本件のような凶悪、重大な事件においては、社会一般の人にとっても、いかなる人物が罪を犯したかは正当な関心事であり、被疑者等の特定は犯罪ニュースの基本的要素であって重要な関心事であり、実名報道が直ちに権利侵害とはならない」と結論づけることによって、被疑者の特定など犯罪に係る事実は、単に私的な問題として一方的に法的保護の対象にされるべき事柄ではなく、むしろそのような事実は社会の正当な関心事として公表・公開されて然るべき性質を有する旨述べられている。この判旨においては、犯罪に係る事実は、たとえそれが少年事件に関するものであっても、公共的な性格をもち、広く報道の対象となるべきことが強調されており、私事性に基礎を置くプライバシーの論理をもって秘匿の対象となるということが否定され

---

一の権利という考え方を承認した。

<sup>28</sup> 最大判 1969 年 6 月 25 日刑集 23 卷 7 号 975 頁、最判 1966 年 6 月 23 日民集 20 卷 5 号 1118 頁

ているのである<sup>29</sup>。かかる論理は、少年犯罪の実名報道は、成人の犯罪報道とは異なり、真実性、公共性、公益性が立証されても違法性は阻却されないとした長良川事件訴訟における上記名古屋高裁 2000 年 6 月 29 日判決（上記判旨）と著しい対照をなすものであろう。少年犯罪の実名報道の是非に関しては、いまだ明確な基準が確立されていないと評価される所以である<sup>30</sup>。

この点につき学説においては、マス・メディアが個人の私生活上の事実を公表した場合、プライバシーの権利侵害として責任を問われる可能性があるとの一般論を前提として、「犯罪が公共の関心事である以上、マス・メディアはその犯罪に関する限りで、被疑者・被告人の私生活上の事実をも公表することが許されると考えるべきである。しかし、それはあくまで犯罪に関する限りであり公衆が関心を抱くことが正当と考えられる範囲においてである。それゆえ、それを超えて被疑者・被告人の私生活上の事実を公表したのであれば、民事上の責任を負わされても仕方あるまい。」<sup>31</sup>との主張があり、「犯罪に関する限りであり公衆が関心を抱くことが正当と考えられる範囲において」という留保条件は付されているものの、かかる主張は上記大阪高裁判決と軌を一にするものと言えよう。

しかし、少年犯罪報道について語られるところの「公共性」の含意を問題にする見解もみられる。この見解は、少年の非行事件ないし非行事実そのもの、あるいはそれに関する司法手続や法的処遇が公共的事実であるとしても、少年に関する本人特定事実までも公共的事実の範疇に含めてもよいものか否かということの問題にするのである。そのような視点においては、元来報道の自由・知る権利の下で、公共的事実の報道が、報道された人の名誉・プライバシーにかかわるものであっても正当化されるのは、それが市民的自治を中核とする社会の民主的発展にとって重要な意義を有するからであり、したがって、報道の自由・知る権利に基づく保障が及ぶ公共的事実とは、市民自治ないし社会の民主的発展のために人々が知る必要のある事実のことを指すとされる。この

---

<sup>29</sup> 田島前掲注 13・96 頁

<sup>30</sup> 浜田前掲注 13・13 頁

<sup>31</sup> 松井前掲注 20・35 頁

ことを前提とすると、犯罪事実の報道の公共性は、第一に、人権保障に配慮した適正な刑事司法がなされているか否かを監視するために必要な事実、第二に、犯罪の背景にある、または犯罪が提起した問題の解決によって社会が自省的に発展していくために必要な事実について報道する点に存するため、少年の本人特定事実を公表する報道が犯罪報道としての公共性を有することはないとされるのである。ここにおいては、少年犯罪報道ないしそれにより公表される事実についての単なる公共性よりも、それらの報道・事実の中に含まれる正当性が問題とされていると言えよう<sup>32</sup>。

## 2 - 5 . 小括

憲法によって保障される人権の中でも優越的地位にあると一般的に考えられている表現の自由が有する意義にかんがみれば、それに対する安易な制約が許されないことは論をまたない。この観点からすると、表現の自由を重視する立場から、少年法 61 条が本人特定事実の公表を一律に禁止していることに疑問を呈し、少年犯罪の実名報道の許容性を承認する主張が学説上有力に唱えられているという現状も首肯することができる。しかし、そのような主張も、

いかなる場合において少年犯罪の実名報道が許容されるのかという問題につき精緻化を図る試みも一部みられるものの、少年法 61 条を表現の自由に対する極めて例外的な制限として構成する視点を克服する十分に明確な理論を提示するには至っていないという批判が想定されうる。このことは、報道行為が有する公共性・正当性について顧みられることなく、国民の関心を煽るのみの興味本位の報道が往々にしてなされている現状、そして、表現の自由が他の人権に比して優越的地位をもつとするならばそれは表現の自由が国民による自己統治という価値に資するからであるという学説上の一般的な理解に照らすと、いっそう妥当すると考えられる。

いずれにせよ、少年法 61 条の規定をいかなる程度において実現し、少年犯

---

<sup>32</sup> 葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」立命館法学第 271・272 号(2000 年) 330-331 頁

罪の実名報道に対する規制はいかなる程度において許されるべきかという問題に対する結論は、表現の自由に対する評価の相違となって現れている。この点につき差し当たり問題となるのは、少年及びその家族の名誉・プライバシーを保護し、かつそのことを通じて将来のある少年の更生を図るという少年法 61 条の趣旨、あるいは少年法 61 条を根拠づけるものとして近時唱道されている「少年の成長発達権」という考え方が憲法理論上いかなる程度まで表現の自由の保障が及ばないとされるに至るまで説得力を有しうるのかということ<sup>33</sup>、そして、表現の自由が有するとされる優越的地位を強調する規範論を前面に押し出すのか、それとも、社会における一般国民の意識を表現の自由に加味して考えるのか、その選択により、報道機関が有する表現の自由と少年が有するプライバシー等との間の利益衡量の結論が異なってくる場合もありうるということ認識することであろう<sup>34</sup>。

### 3．生活安全条例の意義と問題点

#### 3 - 1．生活安全条例の意義

最近東京都千代田区において制定されたいわゆる「路上禁煙条例」<sup>35</sup>が話題となったが、この条例は、現在全国の自治体において制定が進められているいわゆる「生活安全条例」の 1 つである。生活安全条例は、1994 年の警察法改定により警察庁の中に新たに設置された生活安全局が「安全・安心まちづくり」の一環としてその制定を推進してきた条例であり、2002 年の時点で全国の自

<sup>33</sup> 山口直也「少年事件と被害者の権利」田島・新倉編前掲注 21・66 頁によれば、「少年法とは、少年の自律的成長（完全な自己決定主体となるための成長発達＝非行克服）を援助する法律であると理解する限りにおいては、非公開原則は、未熟で、かつ成長発達途上の存在である少年が、少年であるがゆえに享受する利益であり、ありのままの未熟な存在を一般社会の干渉を排して認めるところにその意味があり、成長発達権保障の前提条件でもある。この利益を少年自らが納得せずプライバシー権ないしはそれと表裏の関係にある自己情報コントロール権に基づいて放棄することは、少年司法手続自体を否定することにつながり、許されない。ここに、一般社会の表現の自由（＝知る権利）も、報道の自由も制限されるゆえんがある。」とされる。

<sup>34</sup> この後者の点を指摘するものとして、浜田前掲注 13・13 頁

<sup>35</sup> 正式名称は、「安全で快適な千代田区的生活環境の整備に関する条例」（平成 14 年 6 月 25 日千代田区条例第 53 号）である。

治体の 3 分の 1 に当たる約 1200 の自治体において既に制定されている<sup>36</sup>。その内容は、自治体により様々なバリエーションがみられるものの、都市化・国際化に伴う凶悪犯罪の増加と検挙率の低下や外国人・不審者の増加が叫ばれ不安感が醸成されていること、また、警察庁がそのような治安の悪化への対応策として地域社会の力を利用した防犯活動の強化を重視していることを背景として、警察・行政・各種事業者・住民が一体となって不安や不快感からまちを守るということを基本概念としている<sup>37</sup>。住民ないしまち全体の安全の確保ということをいわば至上命題としているため、この生活安全条例は、表現活動に対する規制及びプライバシーの侵害としての様相をしばしば呈するということが指摘されてきた。また、生活安全条例が有する重要な特徴として、警察や行政と住民が一体となってまちの安全を確保することがしばしば謳われるが故に、権利主体たる住民が規制される側に置かれるのではなく、防犯活動への主体的参加の担い手として規制する側に立つという点を挙げるができる<sup>38</sup>。安全を守る主体の育成・動員による社会の安全の確保という戦略が看取されるのである。このことは、地域安全活動が効果を上げるためには、地域の民間防犯組織やボランティア等地域住民の主体的な取組みと、それに対する警察・自治体の支援が不可欠であるとの警察の思惑に立脚しているとされる<sup>39</sup>。

このような生活安全条例には基本となるモデル型が存在するとされる。すなわち、自治体行政に対して警察と協力して安全を守る施策を講じる責務を、住民等に対して自治体が講じる施策に協力する義務を課し、防犯協会・町内会・商店会・PTA・ボランティア・NPO 等の住民組織を自治体単位で設置される

---

<sup>36</sup> 清水雅彦「『草の根』治安立法(？) = 『生活安全条例』を斬る！ 特集にあたって」法と民主主義 377号(2003年)2頁

<sup>37</sup> 田中隆「『生活安全条例』が守るもの 戦争に出て行く国の治安体制」法と民主主義 377号(2003年)4頁

<sup>38</sup> ただし、2002年3月に制定された「大阪府安全なまちづくり条例」は、安全確保に関する警察権限の拡大、事業者・府民に対する協力義務の賦課という性格を更に色濃く留め、事業者・府民を警察の監視下に置きつつ、警察が中心となって犯罪防止活動を推進するという、全国的に制定が進められてきた従来の生活安全条例とは質的に異なるものであるとの指摘もみられる。岩田研二郎「大阪府条例 事業者・府民に対する警察権限の拡大」法と民主主義 377号(2003年)44頁参照。

<sup>39</sup> 大日方純夫「民衆の警察化 過去と現在」法と民主主義 377号(2003年)11頁

生活安全対策協議会等の名称を有する協議会に動員することにより、防犯活動・環境浄化活動を推進するというもので、条例の形式としては、全体で7・8条の短いものとなる場合が多いと言われている<sup>40</sup>。場合によっては、各自治体の状況に応じて個々の禁止行為や犯罪類型がかかるモデル型に付加される。

### 3 - 2 . 生活安全条例にかかわる若干の具体例

#### ・東京都千代田区の例（2002年10月生活安全条例施行）<sup>41</sup>

千代田区生活安全条例は、歩きタバコ、空き缶などのポイ捨て、置き看板などの路上障害物がまちの環境を悪化させており、モラルを期待した生活環境の改善は限界があるため、ルールを定めて安全で快適に暮らせるまちづくりを実現するというものである。

歩きタバコ、廃棄物のポイ捨て、落書、チラシの散乱、風俗チラシ配布、のぼり・旗や貼り札の放置、自転車放置、犬糞放置などを全面的に禁止し、改善命令に従わない違反者については氏名公表、区が指定した「環境美化浄化推進モデル地区」「路上禁煙地区」における違反者については2万円以下の過料、「環境美化浄化推進モデル地区」において違反行為をなし改善命令に従わない者については5万円以下の罰金が科される。

条例施行後、番町麹町、有楽町、水道橋駅周辺、靖国通り、御茶ノ水駅周辺、秋葉原駅周辺、神田駅周辺、富士見の8地域が「環境美化浄化推進モデル地区」に指定され、この「モデル地区」を3名1組の指導員（区職員1名と警察OB2名より成る）がユニフォーム着用の上、1日3交替の8時から21時（土日祝は10時から17時まで）毎日巡回している。

なお、この条例については、千代田区労協等の団体が表現の自由を侵害する虞ありとして2002年9月申入れ活動を行った他、売上げが大きく減少し

<sup>40</sup> 田中前掲注37・5頁

<sup>41</sup> 島田修一「千代田区条例 自主・協力・連帯による住民監視社会へ」法と民主主義377号（2003年）36頁



たタバコ組合からは灰皿設置、及び取締りではなく啓発活動への転換を行うよう陳情が2003年3月議会に提出された<sup>42</sup>。

・東京都武蔵野市の例（2002年10月生活安全条例施行）<sup>43</sup>

「市民の責務」として、「市民は、地域の安全を点検し、協同して犯罪を予防するための活動を行うように努める」こと、市が「関係機関」と協力して実施する「市民生活の安全を確保するため」の「施策」に市民が協力すべきことを定める。「関係機関」の中には警察署も含まれるため、武蔵野警察署とも協力するように努めるのが武蔵野市民の「責務」となる。

市長を会長とし武蔵野警察署長等を委員とする「武蔵野市生活安全会議」、及び、この会議が策定する「安全計画」を推進するために、「関係機関、市民団体等」により構成される「武蔵野市生活安全対策推進協議会」が設置されている。

防犯を市民の責務とし、「生活安全対策推進協議会」を設けて各種の住民組織を警察署の主導の下に組織化することによって、市民の防犯活動への参加の回路を準備している。具体的には、防犯協会・交通安全協会・青少年問題協議会・PTA・商店会等の出席の下、生活安全条例が設置したパトロール隊の紹介などを内容とする「武蔵野市民安全大会」が開催され、「安全キャンペーン」が実施されるなど。

・防犯カメラによる住民の監視<sup>44</sup>

生活安全条例の規律内容と直接的に関係しているわけではないが、防犯活

<sup>42</sup> 論者によれば、千代田区条例の眼目は強権的なまちづくりの一環としての監視社会の育成と表現活動の規制にあり（同論文 36-37 頁）、「マナーからルールへの転換、ルール違反は制裁、多数の監視カメラ設置、清掃・見回り・防犯活動の相互協力、地域の安全を守る連帯意識の向上と一体感の涵養。条例が抱くこの思想や相互監視体制は、区民の自由と人権を『安全で快適なまちづくり』の名において侵害し、非協力者を排除する新たな社会統治を目論むものである。」と結論づけられている（同 38 頁）。

<sup>43</sup> 石崎学「生活安全条例と市民の主体的参加」法と民主主義 377 号（2003 年）17 頁

<sup>44</sup> 櫻井光政「防犯カメラによる住民監視」法と民主主義 377 号（2003 年）19-20 頁、浜島望「N システムに見られる住民監視」同 22-23 頁

動の一環として住民の監視を強化することを企図しているという これまでしばしば指摘されてきた 生活安全条例の戦略の延長線上に、街中における防犯カメラの設置という問題を位置づけることができる。

#### 【警察が設置する監視システムの展開・発展】

新宿歌舞伎町に続いて池袋・渋谷などにも監視カメラを設置することが決定

「自動車ナンバー自動読取りシステム（Nシステム）」の全国的展開  
新宿歌舞伎町監視カメラの設置と連動して警察庁が同町周辺に6か所のNシステム端末を配置（市民が自動車を利用する・しないとは関係なく、すべての車両とまちの住民・関係者との関係性を警察が把握・監視することが可能）

顔貌認識システムなど、カメラが捕らえた画像から自動的に個人を識別することができるシステムの実用化

愛知県においては、コンビニエンスストアの防犯カメラと警察のモニター並びにコンピューターをリンクさせる実験が行われている。更に、事件が起こった際には警察に対し情報提供を行うことを前提として、各地域において商店会などが中心となって防犯カメラを設置する動きが活発化している。

当然のことながら、監視カメラの設置には、それが人の動静を監視する目的により設置されるものであることから、住民のプライバシーを侵害する虞が常につきまとっている。特に、個人の私生活に関連する膨大な情報が警察に集中し、そこに蓄積されるという現象が顕在化しつつある。

このような現状を正当化する根拠は、社会・地域共同体ひいては住民個人の安全である。現実には差し迫った身の危険を回避することは、誰にとってもプライバシーの保護に優先するからである。しかし、犯罪の防止若しくは検挙のために監視カメラの設置の他に採りうる有効な手段の有無を検討すること、その上で監視カメラの設置が必要と判断される場合には、どのように

すればプライバシー侵害の危険性を最小限に抑制することができるのかという点を吟味する必要性も強調されている<sup>45</sup>。

### 3 - 3 . 生活安全条例の問題点

生活安全条例は国民生活の安全の確保という それ自体は批判の対象となりにくい 制定根拠を有するため、それが有する目的よりも、その目的達成のための手段に対してしばしば疑義が唱えられてきた。例えば、凶悪犯罪の増加を抑制する対策は、犯罪捜査に精通した刑事警察の本格的な強化と警察自身の綱紀肅正にまつべきところ、犯罪増加という現象に直面して行政や住民をそれに対する共同責任に取り込むのではなく、そのように市民の生活安全のための手段を見紛うと、日々の生活上の営みの現実から切り離された住民の相互監視社会が生み出されてしまうということが主張されている<sup>46</sup>。

また、生活安全条例の制定による治安の維持が、秩序形成ないし特定の価値観の担い手としての警察の主導によって図られようとしている<sup>47</sup>という方式も問題とされる余地がある。この意味において、生活安全条例は、地域社会の様々な中間集団を警察的価値に統合するものであり、警察・防犯領域への中間集団の参加は、警察がこれまで浸透することのできなかつた生活領域に介入するための媒介となっているとの分析<sup>48</sup>は傾聴に値しよう。

更には、より根本的に、生活安全条例が掲げる「市民の安全」概念に対しても批判が向けられている。かかる批判においては、生活安全条例の制定の際に援用される「安全」という利益は、生命・財産・自由等の安全と解されうるので、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」(日本国憲法第 13 条後段) という文言にその根拠が求められるが、その文言は、包括的人権保障規定としてのその性格から明らかなように、国家による安全 = 作為

<sup>45</sup> 櫻井前掲注 43・21 頁

<sup>46</sup> 田中前掲注 37・6 頁

<sup>47</sup> 大日方前掲注 39・11 頁

<sup>48</sup> 高村学人「安全・安心まちづくりと地域中間集団」法と民主主義 377 号 (2003 年) 15 頁

請求権ではなく、国家からの安全(不作為請求権)を保障するものであるため、国民ないし住民の生命の安全確保を公権力(国・自治体)に課された憲法上の義務であるとして捉えることはできず、市民が有する安全という自然的権利の保障を治安立法制定の際に援用することはできないという指摘がなされている<sup>49</sup>。

しかし、以上のような生活安全条例に対する批判論とは一線を画した見解もみられる。すなわち、警察による犯罪防止・取締りのみによって「安全・安心なまちづくり」を実現することができるわけではなく、安全なまちづくりにとっては、警察権力の行使のみに依存するのではなく、逮捕権限のない住民による防犯カメラの設置やパトロールにも抑止効果を期待することができるという観点から、2000年11月に生活安全条例を施行した東京都豊島区においては、区や警察に先立ち住民が自主的・自発的にまちの生活安全を確保する活動を開始していたため、住民に協力する形で警察がパトロールに参加したり、区が条例制定に動き始めたという事実を評価するというものである。ここにおいては、住民やNPOを始めとした各種団体若しくはボランティアは、区や警察と協働することができる対等な独立した存在であり、公権力の下請けではないということが指摘され、生活安全条例の体制の下で、区当局・警察・住民の三者が、一体となるというよりも各々の特性を活かし合う協働関係を構築するという良き方向性が展望されている<sup>50</sup>。この展望は、生活安全は、行政や警察による保障以前に、住民同士が協働して住民自身を守るという住民自治の問題であり、

---

<sup>49</sup> 石川裕一郎「渋谷区条例『安全/セキュリティ』という視座」法と民主主義 377号(2003年)25-26頁。もっとも、本文において掲げられた論者による指摘は、極めてトリヴィアルなものと評価することも可能である。というのも、日本国憲法第13条に限らず、およそ憲法上の人権条項は、権力機構を名宛人とする制限規範としての性格を有するからである。日本国憲法第13条において「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、〔…〕立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定められていても、それは、あらゆる権力行使は常に国民の生命・自由等に対する配慮を伴ったものでなければならないということを意味しているのであって、治安立法の如き国民の安全を確保する立法を積極的に行うよう公権力に対して命じているという趣旨でないことは一目瞭然であろう。生活安全条例の制定を推進する際に、公権力側が憲法規範による制限には係らない事項として安全の概念を援用した場合、論者による指摘は的外れなものとなる可能性を含んでいる。

<sup>50</sup> 村山史世「豊島区条例 協働・住民自治と監視社会」法と民主主義 377号(2003年)30頁

単に行政や警察によって住民に課されるお仕着せのお題目ではないという認識に立脚している<sup>51</sup>。各自治体における生活安全条例の体制を複雑な地域の現実ないし住民自治というあるべき目標に適合させるという視点において正しい方向に運用・活用する道が模索されていると言えよう。

### 3 - 4 . 小括

公共の福祉による人権の制約につき論じようとするに際し、生活安全条例の問題を素材として採り上げた結果帰結しうることは、社会全体の利益を実現するという観点からの公共の福祉による基本的人権の制約は、制約根拠となる社会全体の利益と制約の対象となる人権が真に抵触・対立の関係にあるという現象よりも、かかる社会全体の利益が 場合によっては不合理な 例えば行政権の行使を単に正当化するために機能しているという現象を体現している場合がみられるということである。前述したように、生活安全条例は、住民ないしまち全体の安全の確保ということを住民個人が有する諸権利に優先させる性格をもっているため、表現活動やプライバシーを制限する機能を果たしていることが指摘されてきたが、そこに言われるところの安全概念が、市民の自

---

<sup>51</sup> 同 28-29 頁。論者が分析するところ、少なくとも豊島区のリアリティにおいては、自身の生活安全を獲得・維持しようとする住民の態度が区や警察の政策に先行していたのであり、その意味において、豊島区生活安全条例は、住民の生活安全活動の成果であり、また、そのような活動を実質化し、区や警察あるいは無関心な住民とコミュニケーションを行うための協働のツールであるとされる（同 31 頁）。したがって、監視カメラの問題についても、監視カメラは住民が住民自身のために自治的に利用しているものであって、そこにおいては区や警察は断絶しており、豊島区の監視カメラは、監視社会において権力の眼差しが住民を個別的かつ全体的に捕捉する装置ではないということが強調されている（同 30-31 頁）。もっとも、自治体当局や警察との協働関係に立脚した住民自治を理想的な概念として抽出し、かかる住民自治と生活安全条例とのこれまた理想的な共存関係について楽観的に語る 本文並びに本注における村山の分析が生活安全条例のうちに内在している問題点を曖昧にするものでないのか否か、更に慎重な検討を要するであろう。この点において、「日本の地域中間集団の特徴としては、第一に、仮に中間集団に自治、自発性の要素が存在したとしても、国家・警察機構側の巧みな中間団体政策の中で、運動が官製化されてきたこと、第二に、官主導の団体であるにもかかわらず、民間団体という法的枠組によって草の根的な運動というみせかけを作ってきたこと、第三に、それらの結果として、中間集団が行政に対峙し、社会の自律領域を作っていくという性格が希薄であり、行政末端を担う下請け機構的な性格が強いということを指摘できよう。」（高村前掲注 48・15 頁）という法社会学的分析は注目に値する。

然的権利としての安全に真に資するものであるのか否かということが問題なのである。

#### 公共の福祉による人権の制限の例

- ・表現の自由の制限 私生活の暴露(プライバシーの侵害)、他人の名誉を傷つける行為(名誉毀損)、不当な選挙文書の禁止(公職選挙法)
- ・集会・結社の制限 デモの規制(公安条例)、破壊活動を行った団体の処罰(破壊活動防止法)
- ・居住・移転の制限 伝染病患者の隔離(伝染病予防法)、破産者に対する居住制限(破産法)
- ・私有財産の制限 建築制限(建築基準法)、土地利用の制限(都市計画法)
- ・経済活動の制限 社会的経済的弱者に生活を保障するため強者の経済活動を制限(独占禁止法)、国家資格や認可・登録がないと、営業・製造・販売ができない(医師、毒物劇物取扱い業者)

## 【参考文献】

### 第1部関係

- 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法』第三版(岩波書店, 2002年)
- 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年)
- 芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』[増補版](有斐閣, 2000年)
- 佐藤幸治『憲法』[第三版](青林書院, 1995年)
- 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法』[第3版](有斐閣, 2001年)
- 長谷部恭男『憲法』第2版(新世社, 2001年)
- 松井茂記『日本国憲法』第2版(有斐閣, 2002年)
- 辻村みよ子『憲法』第2版(日本評論社, 2004年)
- 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001年)
- 松本和彦『基本権の制約と法律の留保』栗城古稀『日独憲法学の創造力』上巻(信山社, 2003)
- 野中俊彦・江橋崇編著『憲法判例集』[第8版](有斐閣, 2001年)
- 青柳幸一「科学/技術の進歩と人間の尊厳」(ジュリスト 1222号)
- 青柳幸一「アメリカにおけるヒト・クローン禁止をめぐる憲法論 生殖の権利論」栗城古稀『日独憲法学の創造力』上巻(信山社, 2003年)
- 戸波江二「学問の自由と大学の自治」高橋和之・大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 1999年)
- 高橋滋「生命科学の発展と法律学の課題」法学セミナーNo.573(2002年)
- 阿部泰隆「大学教員任期制法の違憲性・政策的不合理性と大学における留意点」法律時報 941号(2004年)
- 蟻川恒正「国立大学法人論」ジュリスト 1222号(2002年)
- 榊原秀訓「法科大学院設置審査手続における問題点」法律時報 941号(2004年)
- 樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集 第4版』(三省堂, 2001年)
- 阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』[第二版](有信堂高文社, 2000年)
- 中村民雄『欧州のための憲法を定立する条約草案 - 翻訳 -』(衆憲資第40号付録・2004年)
- 『市民的・政治的自由(15~21条/23条)(特に、思想良心の自由(19条)、信教の自由・政教分離(20条・89条))に関する基礎的資料』(衆憲資第43号・2004年)
- 『衆議院ロシア等欧州各国及びイスラエル憲法調査議員団報告書 別冊訪問国等の憲法』(2001年)
- 堀部政男参考人レジュメ(第156回国会・衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会(平成15年5月15日)における意見陳述において使用)
- 朝日新聞 平成16年2月18日
- 毎日新聞 平成16年1月30日

## 第2部関係

- 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障【1】』（日本評論社,1994年）
- 長谷部恭男『憲法』（新世社,1996年）
- 宮沢俊義『憲法〔新版〕』（有斐閣,1974年）
- 松井茂記『日本国憲法』（有斐閣,1999年）
- 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法〔前文・第1条～第20条〕』（青林書院,1994年）
- 飯室勝彦「事件報道に大きな影響を与える長良川事件・最高裁判決——少年の身元推知をめぐって」法学セミナー582号（2003年）
- 浜田純一「少年犯罪の実名報道と表現の自由」ジュリスト1202号『平成12年度重要判例解説』（2001年）
- 松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか[少年法と表現の自由]』（日本評論社,2000年）
- 松井茂記「犯罪報道と表現の自由」ジュリスト1136号（1998年）
- 田島泰彦「少年事件と表現の自由」田島泰彦・新倉修編『少年事件報道と法 表現の自由と少年の人権』（日本評論社,1999年）
- 田島泰彦「少年の実名掲載と少年法六一条」法律時報72巻9号（2000年）
- 葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」立命館法学第271・272号（2000年）
- 清水雅彦『『草の根』治安立法（？）＝『生活安全条例』を斬る！ 特集にあたって』法と民主主義377号（2003年）
- 田中隆『『生活安全条例』が守るもの——戦争に出て行く国の治安体制』法と民主主義377号（2003年）
- 岩田研二郎「大阪府条例 事業者・府民に対する警察権限の拡大」法と民主主義377号（2003年）
- 大日方純夫「民衆の警察化——過去と現在」法と民主主義377号（2003年）
- 島田修一「千代田区条例 自主・協力・連帯による住民監視社会へ」法と民主主義377号（2003年）
- 石崎学「生活安全条例と市民の主体的参加」法と民主主義377号（2003年）
- 櫻井光政「防犯カメラによる住民監視」法と民主主義377号（2003年）
- 浜島望「Nシステムに見られる住民監視」法と民主主義377号（2003年）
- 高村学人「安全・安心まちづくりと地域中間集団」法と民主主義377号（2003年）
- 石川裕一郎「渋谷区条例 『安全/セキュリティ』という視座」法と民主主義377号（2003年）
- 村山史世「豊島区条例 協働・住民自治と監視社会」法と民主主義377号（2003年）