

# 新・短答合格ファイルの利用方法

司法試験合格に必要な「過去問」「条文」「判例」「図表」を、理解しやすいようにまとめたものが、この「新・短答合格ファイル」です。

## 1. 【過去問チェック集】とのリンク

「新・短答合格ファイル」は、別冊「過去問チェック集」とのリンクを掲載しております。「過去問チェック集」には、司法試験（平成18年から令和6年実施）の短答問題、司法試験プレテスト（平成17年実施）の短答問題、予備試験（平成23年から令和6年実施）の短答問題のうち、代表的なものを肢別にし、一部解説をつけて掲載しています（問題によっては肢別にしていないものもあります。）。

## 2. 【条 文】

囲みの中の条文につきましては、条文そのままを掲載しています。司法試験本試験短答式試験・予備試験本試験短答式試験で問われた条文については、出題年及び問題番号を《司法H23-1》《予備R2-1》の形式で記しております。参考にしてみてください。

## 3. 【判例情報】

判例も随時掲載しています。判例情報のところには◎を付し、レイアウトを工夫しています。本試験短答式試験・予備試験短答式試験で問われた判例については、出題年及び問題番号を《司法H23-1》《予備R2-1》の形式で適宜記しております。参考にしてみてください。

## 4. 【図 表】

辰巳オリジナル図表を掲載しています。図表索引も用意しましたので、活用してみてください。

令和6年8月  
辰巳法律研究所  
教材制作課

3-8

**第21条〔集会・結社・表現の自由、検閲の禁止、通信の秘密〕**

- I 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。
- II 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。

**【明治憲法】**

「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」（29条）

**【趣旨】**

本条は、表現の自由を保障し、この保障を万全とするため、検閲の禁止及び通信の秘密の保障を規定する。思想・良心の自由（19条）が人の内心における精神活動を保障するのに対し、本条は、内心における精神活動の所産を外部に表明する自由を保障するものである。

**【表現の自由総論】**

**一 表現の自由の意義**

表現の自由とは、人の内心における精神作用を外部に表明する精神活動の自由である。表現されるものは、厳密な意味での思想に限られることなく、表現者の意見・主張や思うこと、感じるものの他、事実の伝達行為をも含むとされている。

表現の自由を支える社会的価値として、①個人が言論活動を通じて自己の人格を發展させるという個人的な価値（自己実現の価値）と、②言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという民主制に資する社会的な価値（自己統治の価値）の2つの価値があり、これによって表現の自由の優越的地位が導き出される。さらに、表現の自由の意義として、各人が自己の意見を自由に表明し、競争することによって、真理に到達することができるという「思想の自由市場論」

（米国・ホームズ裁判官）があげられている。この「思想の自由市場論」に対しては、そもそも自由市場は実際に存在しているのか、むしろマスメディアへの表現手段に集中が強まり、論説や報道の画一的傾向が強まっているのが実情ではないか、仮に存在しているとしても真理は究極において勝利する可能性があるのかに原理的疑問があり、これを認めない見解も有力である。また、表現の自由が有する自己統治の価値を最高度に重視し、民主主義の観点から表現の自由の絶対的保障を主張しつつ、表現の自由として憲法上の保障を受けるのは、公共的利益にかかわる事柄のみであるとする見解もあるが、この見解に対しては、性的言論等は公共的利益にかかわる事柄ではないとして、憲法上の保障を受けない言論とされるおそれがあるとの批判がなされている。なお、表現の自由の「優越的地位」から、違憲審査基準としての二重の基準論が導き出される。

→13条の解説参照。

◎ 最判平23.7.7（重判平23憲法8事件）

卒業式の開式直前に、式典会場において、主催者に無断で、保護者らに対して、国歌斉唱のときにはできたら着席して欲しいなどと大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭らに対して怒号するなどし、卒業式の円滑な遂行に支障を生じさせた行為をもって、刑法234条の罪に問うことは、憲法21条1項に違反しない。

**二 表現の自由の内容**

**1 知る権利**

- (1) 「知る権利」の意義と根拠

「知る権利」とは、国民が情報源から情報を自由に受け取り、もしくは情報の開示を要求する権利をいう。

そもそも、人間の精神活動は、内心における確信の形成、その伝達・獲得という連鎖的なものであり、表現行為は、本来、表現の送り手と受け手の双方が存在することによってはじめて成り立つものである。ところが、①現代においては、国家への情報の集中と国家秘密の増大によって、すべての情報が国民の前に開かれているのではなく、国家が必要と認めた情報だけが国民に知らされるという状況になっている。また、②マス・メディアの巨大化・独占化による送り手と受け手の分離及びマスコミ企業による意見・情報統制によって、送り手側の表現の自由の保障だけでは、受け手側の、情報を自由に知る権利を充足できないものとなっている。そこで、自由な情報流通過程を回復する重要なものとして、知る権利が独自の意義を持つようになってきている。

(2) 知る権利の法的性格

知る権利は、①国民が情報を収集することを国家によって妨げられないという自由権としての性格のみならず、②国家に対して積極的に情報の公開を要求する請求権的性格を有し、さらに、③個人は様々な事実や意見を知ることによって、初めて政治に有効に参加することができるという意味での参政権的な役割を演じる権利としての性格を有している。

①の自由権的性格の側面については、具体的権利性が認められる。③の参政権的側面について、具体的権利性は問題とならない。②の請求権的側面については、具体的権利性があるのか問題となる。

2 ☆（論点）請求権的側面における具体的権利性

A説 肯定説

憲法上保障された具体的権利 → 具体的立法がなくとも情報公開請求可能。

B説 否定説

b1説 憲法上保障された抽象的権利（通説）

→ 具体的立法（情報公開法・条例）があれば具体的権利性を有する。

b2説 憲法上保障されない。

◎ よど号ハイジャック記事抹消事件（最大判昭58.6.22、百選I14事件）前掲参照

◎ 天宮コラージュ事件（名古屋高金沢支判平12.2.16、百選IIA13事件）

【事案】

県立美術館が、X1の制作したコラージュ4点を展示し、図録に載せていたが、県教育委員会は、本件作品等を支持することが、管理運営上の障害になり、昭和天皇のプライバシーを侵害する疑いがあることを理由に、本件作品を譲渡し図録を焼却することを決定した。

X1および閲覧等を希望したX2らは、表現の自由、鑑賞する権利、知る権利を侵害されたとして、Y1（県）に対し損害賠償を求め、Y2（県教育委員会教育長）に対し、本件作品売却および本件図録焼却の無効確認、本件作品の買戻しおよび本件図録の再発行の義務付けを求めた。

【判旨】

① 制作者である芸術家の表現の自由

「芸術上の表現活動の自由についていえば、芸術家が作品を製作して発表することについて公権力がこれを妨げることは許されないが、公権力に対し、芸術家が自己の製作した作品を発表するための作為、たとえば、展覧会での展示、美術館による購入等を求める憲法上の権利を有するものではない」

② 住民の鑑賞・閲覧権と非公開措置

「県立美術館についての右の美術品の特別観覧に係る条例等の規定は、美術館の開設趣旨やその規定の仕方、内容に照らしても、第一審原告らが主張するように憲法21条が保障する表現の自

由あるいはそれを担保するための『知る権利』を具体化する趣旨の規定とまで解することは困難である。しかしながら、県立美術館は地方自治法244条1項にいう公の施設に当たり、県立美術館が所蔵する美術品を住民が特別観覧することは、公の施設を利用することにほかならないから、県教育委員会は、地方自治法244条2項に定める正当な理由がない限り、住民のした特別観覧許可申請を不許可とすることは許されない」

「美術館条例には図録について閲覧を認める規定は存在しないが、前記のとおり図録の作成頒布が県立美術館の事業の一つとされており、県立美術館は地方自治法244条1項にいう公の施設に当たり、県立美術館が所蔵する図録を住民が閲覧することも公の施設を利用することにほかならないから、県立美術館の管理者は、地方自治法244条2項に定める正当な理由がない限り、住民が図録を閲覧することを拒んではならないものと解される。」

「県立美術館としては、…観覧あるいは閲覧を希望する者にできるだけ公開して住民への便宜（サービス）を図るよう努めなければならないことは当然であるが、同時に美術館という施設の特質からして、利用者が美術作品を鑑賞するにふさわしい平穏で静寂な館内環境を提供・保持することや、美術作品自体を良好な状態に保持すること（破損・汚損の防止を含む。）もその管理者に対して強く要請される場所である。これらの観点からすると、県立美術館の管理運営上の支障を生じる蓋然性が客観的に認められる場合には、管理者において、右の美術品の特別観覧許可申請を不許可とし、あるいは図録の閲覧を許否しても、公の施設の利用の制限についての地方自治法244条2項の『正当な理由』があるものとして許される」

「本件作品及び本件図録の公開について、県立美術館等に対し、執ような抗議、抗議文の送付、県立美術館館長等との面談の要求、本件作品等の廃棄や県立美術館長の辞任等を求める右翼団体による街宣活動、富山県立図書館における本件図録の破棄事件、県知事に対する暴行未遂事件などが相次いで発生しており、さらに、公開派による本件非公開措置に対する抗議行動があったのであるから、これらの状況のもとで本件作品及び本件図録を公開（図録の販売も含む。）した場合には、県立美術館の管理者としては本件作品の特別観覧者及び本件図録の閲覧者を含めた利用者に平穏で静寂な環境を提供・保持する要請を満たすことができなくなる可能性が多分にあり、また、特別観覧制度を利用して本件作品を損傷しようとする者が紛れ込む可能性が否定できない状況にあったというほかはないから、県立美術館の管理運営上の支障を生じる蓋然性が客観的に認められる場合に該当するものと認めるのが相当である。

そうすると、その余の点について検討するまでもなく、本件非公開措置には、地方自治法244条2項に定める『正当な理由』が有るといふべきであるから、違法性は認められ」ない。

③ 住民の鑑賞・閲覧権と作品譲渡、図録焼却処分

「美術品の取得、処分等の手続について富山県会計規則及び富山県立近代美術館美術品管理要綱に規定があるほかは、美術品の取得ないし処分、図録の発行ないし処分等についての法令の規定は存在しないこと、これらの事項については、その性質上、美術品に関する高度な専門的判断が必要であることからすると、県教育委員会及び県立美術館長の広範な裁量に委ねられているものと解するほかはない。この点、本件作品及び本件図録についての本件非公開措置が、県立美術館の利用者に対する一時的な利用制限（観覧あるいは閲覧制限）であるのに対し、本件作品の売却及び本件図録の焼却はこれらの行為によって、少なくとも県立美術館においては本件作品及び図録の観覧あるいは閲覧希望者が将来に渡ってこれを観覧・閲覧することを不可能にする行為であるから、県立美術館の利用者に対する影響は本件非公開措置以上に大きい面があることは否定し得ないところであるが、美術館がどのような作品を購入し、保持するか否かの問題と美術館が所蔵する美術品をどのような場合に公開しないことができるかの問題とを比較すれば、その性質上前者の方が後者に比較して美術館側の裁量の余地が大きくてもいたしかたないと解されるから、右の点も前記の判断を左右しない。

そして、本件売却及び本件焼却については、前記美術館美術品管理要綱（8条）及び富山県会計規則（131条）に定められた手続を経てなされており、今までに検討した本件の事実経過からすると、県教育委員会及び県立美術館長がその裁量を逸脱して本件作品を売却し、本件図録を焼却したものとまで認めることはできない。その他、県教育委員会及び県立美術館長がその裁量を逸脱したことを認めるに足りる証拠はない。」

### 3 情報公開請求権

#### (1) 意義

知る権利が問題とされるようになった背景を考えれば、この権利は、まず政府（あるいは地方自治体）の持っている情報に対する国民（住民）の知る権利として構成される。つまり、政府の保持する情報に対して、その公開を求める権利である。これは、ただ単に国家によって知ることを妨げられないという消極的な権利ではなく、国民が必要とする情報の公開を国に対し、積極的に請求する権利である。

#### (2) 根拠条文

表現の自由は、まさに、民主主義政治の基盤となる人権であり、また、それは本来、国民が必要な情報に自由に接し得ることを前提とするものである。したがって、政府に対し情報の公開を求める権利は21条1項によって保障される（多数説）。

#### (3) 法的性格

情報の公開といっても、公開・非公開の判定基準、その手続、公開の方法・要件・手続といった具体的な内容を、21条1項だけから一義的に引き出すことはできないことから、これらの点について法律で具体的に定める必要があり、そういう法律の定めがない状況で、個々の国民が政府情報の公開を裁判上請求することは困難である。したがって、21条1項の保障する政府情報公開請求権としての知る権利は、それ自体としては、いまだ抽象的な権利にとどまるものと解すべきである（浦部）。

国のレベルで、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（情報公開法）は、平成11（1999）年に制定され、平成13（2001）年4月1日より施行されている。情報公開法の制定にあたって1条の目的規定に「知る権利」という文言を明記するかどうか議論になったが、憲法上明文の規定はなく、最高裁判例でも行政情報の開示請求権という意味での「知る権利」は認められていないことから、国民主権ののっとり、政府に説明責任があることを規定することにどまった。

地方公共団体のレベルでは、情報公開条例が相当数制定されている。情報公開条例によって情報公開請求権は具体的権利となり、司法上の救済を受ける。

#### ◎ 最判平6.1.27（百選I 78事件）

##### 【事案】

住民らは、大阪府公文書公開等条例に基づき、大阪府知事に対して、交際費についての公文書の公開を請求したが、知事は、債権者の請求書、領収書等の執行の内容を明らかにした文書は、同条例8条等にあたるとして非公開とする旨決定し、住民らが右決定の取消しを求めて訴えた。

##### 【判旨】

「知事の交際費は、都道府県における行政の円滑な運営を図るため、関係者との懇談や慶弔等の対外的な交際事務を行うのに要する経費である。このような知事の交際…に関する情報を記録した文書を公開しないことができるか否かは、これらの情報を公にすることにより、当該若しくは同種の交渉等事務としての交際事務の目的が達成できなくなるおそれがあるか否か、又は当該若しくは同種の企画調整等事務や交渉等事務としての交際事務を公正かつ適切に行うことに著しい支障を及ぼすおそれがあるか否かによって決定されることになる。

…ところで、知事の交際事務には、懇談、慶弔、見舞い、賛助、協賛、餞別などのように様々なものがあると考えられるが、いずれにしても、これらは、相手方との間の信頼関係ないし友好関係の維持増進を目的として行われるものである。そして、相手方の氏名等の公表、披露が当然予定されているような場合は別として、相手方を識別し得るような前記文書の公開によって相手方の氏名等が明らかにされることになれば、…不満や不快の念を抱く者が出るのが容易に予想される。そのような事態は、交際の相手方との間の信頼関係あるいは友好関係を損なうおそれ

があり、交際それ自体の目的に反し、ひいては交際事務の目的が達成できなくなるおそれがあるというべきである。さらに、…交際の相手方や内容等が逐一公開されることとなった場合には、知事においても前記のような事態が生ずることを懸念して、必要な交際費の支出を差し控え、あるいはその支出を画一的にすることを余儀なくされることも考えられ、知事の交際事務を適切に行うことに著しい支障を及ぼすおそれがあるといわなければならない。

…また、本件における知事の交際は、それが知事の職務としてされるものであっても、私人である相手方にとっては、私的な出来事といわなければならない。…そうすると、このような交際に関する情報は、その交際の性質、内容等からして交際内容等が一般に公表、披露されることがもともと予定されているものを除いては、同号に該当するというべきである。

したがって、本件文書のうち私人である相手方に係るものは、相手方が識別できるようなものであれば、原則として、同号により公開してはならない文書に該当するというべきである。」

#### 4 アクセス権（知る権利とマス・メディア）

##### (1) 意義・根拠

アクセス権とは、一般に、「マス・メディアに対する知る権利、即ち、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（意見広告や反論記事の掲載、紙面・番組への参加等）」といわれている。

##### (2) 態様

広義のアクセス権は、以下の形態に分類される。

- ① 不法行為となる名誉毀損に対する一救済方法（狭義のアクセス権）
- ② 不法行為となる名誉毀損の成立を要件としない（広義の反論権）
- ③ 有料の意見広告を含めておよそ市民が何らかの形でマス・メディアを利用して自己の意見を表明する権利

##### (3) ☆（論点）アクセス権（広義の反論権）の肯否

A説 21条により保障される。

〔理由〕 表現の送り手と受け手が分離した現代において、受け手たる国民個人が送り手としての地位を回復する手段として、自己の意見を表明する権利としてのアクセス権が認められるべき。

B説 憲法上保障されない。

〔理由〕 アクセス権を法的権利とすると、必然的に表現の自由の重要な担い手であるマス・メディアに対する公権的規制を伴うことになり、メディア自身の表現の自由を侵害する結果となる。

#### ◎ サンケイ新聞事件（最判昭62.4.24、百選 I 76事件）《司法R4-6、予備H24-8》

##### 〔事案〕

自民党がサンケイ新聞に掲載した意見広告が名誉毀損にあたるとして、共産党がサンケイ新聞に反論文の無料、無修正掲載を要求した。

##### 〔判旨〕

「憲法21条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は地方公共団体の統治行動に対して基本的な個人の自由と平等を保障することを目的としたものであって、…私人間において、当事者の一方が情報の収集、管理、処理につき強い影響力をもつ日刊新聞紙を全国的に発行・発売する者である場合でも、憲法21条の規定から直接に、所論のような反論文掲載の請求権が他方の当事者に生ずるものでないことは明らかというべきである。」

「反論文掲載請求権は、これを認める法の明文の規定は存在しない。民法723条は、名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、『被害者ノ請求ニ因リ、損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名

「名誉回復スルニ適當ナル処分ヲ命スルコト」ができるものとしており、また、人格権としての名誉権に基づいて、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため侵害行為の差止を請求することができる場合のあることは、当裁判所の判例…とすることであるが、右の名誉回復処分又は差止の請求権も、単に表現行為が名誉侵害を来しているというだけでは足りず、人格権としての名誉の毀損による不法行為の成立を前提としてはじめて認められるものであつて、この前提なくして条理又は人格権に基づき所論のような反論文掲載請求権を認めることは到底できないものというべきである。

…ところで、新聞の記事により名誉が侵害された場合でも、その記事による名誉毀損の不法行為が成立するとは限らず、これが成立しない場合には不法行為責任を問うことができないのである。…いわゆる反論権の制度は、…名誉あるいはプライバシーの保護に資するものがあることも否定し難いところである。しかしながら、この制度が認められるときは、…その掲載を強制されることになり、また、そのために本来ならば他に利用できたはずの紙面を割かなければならなくなる等の負担を強いられるのであつて、これらの負担が、批判の記事、ことに公的事項に関する批判の記事の掲載をちゆうちよさせ、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のである。このように、反論権の制度は、民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由…に対し重大な影響を及ぼすものであつて、たとえ被上告人の発行するサンケイ新聞などの日刊全国紙による情報の提供が一般国民に対し強い影響力をもち、その記事が特定の者の名誉ないしプライバシーに重大な影響を及ぼすことがあるとしても、不法行為が成立する場合にその者の保護を図ることは別論として、反論権の制度について具体的な成文法がないのに、反論権を認めるに等しい上告人主張のような反論文掲載請求権をたやすく認めることはできないものといわなければならない。」

「言論、出版等の表現行為により名誉が侵害された場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）と表現の自由の保障（同21条）とが衝突し、その調整を要することとなるのであり、…当該表現行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為による不法行為は成立せず、また、真実であることの証明がなくても、行為者がそれを真実であると信じたことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべきものであつて、これによつて個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和が図られているものというべきである…。

これを本件についてみるに、…本件広告は、政党間の批判・論評として、読者である一般国民に訴えかけ、その判断をまつ性格を有するものであつて、公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合に当たり、本件広告を全体として考察すると、それが上告人の社会的評価に影響を与えないものとはいえないが、未だ政党間の批判・論評の域を逸脱したものであるとまではいえず、その論評としての性格にかんがみると、前記の要約した部分は、主要な点において真実であることの証明があつたものとみて差し支えがないというべきであつて、本件広告によつて政党としての上告人の名誉が毀損され不法行為が成立するものとすることはできない。」

#### ◎ 最判平16.11.25 《予備H29-3》

##### 【事案】

Xは、NHKの番組「生活ほっとモーニング」において、「妻からの離縁状・突然の別れに戸惑う夫たち」と題する放送をした。本件放送において、Yと離婚したAは番組に出演し離婚の経緯等（Xから突然離婚を求められ、一方的に家出されたこと等）を語った。

Yは、Xに対し、本件放送によりAとその妻であったYとの離婚の経緯等に関する真実でない事項の放送がされたことにより、名誉が毀損され、プライバシーを侵害されたとして、民法709条、710条に基づく慰謝料等の支払、同法723条に基づく謝罪放送および放送法4条1項〔注：当時〕に基づく訂正放送を求めた。原審は、Yの損害賠償請求を一部認容するとともに、訂正放送請求を認容した。

##### 【判旨】

「法4条1項は、真実でない事項の放送について被害者から請求があつた場合に、放送事業者に対して訂正放送等を義務付けるものであるが、この請求や義務の性質については、法の全体的な枠組みと趣旨を踏まえて解釈する必要がある。憲法21条が規定する表現の自由の保障の下において、法1条は、『放送が国民に最大限に普及されて、その効用をもたらすことを保障するこ

と』(1号)、『放送の不偏不党、真実及び自律を保障することによって、放送による表現の自由を確保すること』(2号)、『放送に携わる者の職責を明らかにすることによって、放送が健全な民主主義の発達に資するようにすること』(3号)という3つの原則に従って、放送を公共の福祉に適合するように規律し、その健全な発達を図ることを法の目的とすると規定しており、法2条以下の規定は、この3つの原則を具体化したものということができる。法3条は、上記の表現の自由及び放送の自律性の保障の理念を具体化し、『放送番組は、法律に定める権限に基づく場合でなければ、何人からも干渉され、又は規律されることがない』として、放送番組編集の自由を規定している。すなわち、別に法律で定める権限に基づく場合でなければ、他からの放送番組編集への関与は許されないのである。法4条1項も、これらの規定を受けたものであって、上記の放送の自律性の保障の理念を踏まえた上で、上記の真実性の保障の理念を具体化するための規定であると解される。そして、このことに加え、法4条1項自体をみても、放送をした事項が真実でないことが放送事業者に判明したときに訂正放送等を行うことを義務付けているだけであって、訂正放送等に関する裁判所の関与を規定していないこと、同項所定の義務違反について罰則が定められていること等を併せ考えると、同項は、真実でない事項の放送がされた場合において、放送内容の真実性の保障及び他からの干渉を排除することによる表現の自由の確保の観点から、放送事業者に対し、自律的に訂正放送等を行うことを国民全体に対する公法上の義務として定めたものであって、被害者に対して訂正放送等を求める私法上の請求権を付与する趣旨の規定ではないと解するのが相当である。前記のとおり、法4条1項は被害者からの訂正放送等の請求について規定しているが、同条2項の規定内容を併せ考えると、これは、同請求を、放送事業者が当該放送の真実性に関する調査及び訂正放送等を行うための端緒と位置付けているものと解するのが相当であって、これをもって、上記の私法上の請求権の根拠と解することはできない。

したがって、被害者は、放送事業者に対し、法4条1項の規定に基づく訂正放送等を求める私法上の権利を有しないというべきである。」

《過去問チェック》43

### 三 違憲審査基準

表現の自由に対する制限の合憲性を判定する基準は、二重の基準論によって厳格なものであることが要請される。表現の自由の「優越的地位」ということから、この領域では通常合憲性の推定が排除され、違憲性の推定が生じる。

また表現の自由の優越性は、以下のような厳格な違憲審査基準を導く。

#### 1 事前抑制・検閲禁止の基準

(1) 表現活動を事前に抑制することは許されないとする基準である。表現に対する事前の抑制は、①情報が市場に出る前にこれを阻止するため、表現の機会を奪うことになり、②事前抑制であることの性質上、予測に基づくものとならざるを得ないことから、事後規制の場合と比べて簡易な手続で行われ、広汎にわたりやすく濫用のおそれがある上、実際上の抑止的効果が事後規制より大きいと考えられ、表現の自由に対する重大な脅威となるためかかる基準が用いられる。

この点、21条2項前段は、1項で一般的に表現の自由を保障することに加え、検閲の禁止を規定する。そこで、検閲の意義及び事前抑制の禁止との関係が問題となる。

#### (2) ☆（論点）検閲の意義

A説 広義説

a 1説（宮沢）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、不相当と認めるときは、その発表を禁止すること、すなわち事前審査を意味する。

a 2説（芦部）公権力が事前に表現内容を審査し、不相当と認めるときは、その発表を禁止する。ただし、事前とは知る権利の観点から受領前も含む。



B説 狭義説

b1説 (佐藤幸治) 表現行為に先立ち、行政権がその内容を事前に審査し、不適当と認める場合にその表現行為を禁止すること。

b2説 (判例) 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、不適当と認めるものの発表を禁止すること。

(図表) (論点) 検閲と事前抑制禁止との関係

	主体	対象	時期	禁止の程度	事前抑制との関係
a1説	公権力	思想内容	発表前	相対的 (例外を認める) (*)	検閲禁止の原則 (2項) が事前抑制の禁止を定めた
a2説		表現内容	発表前と発表後 受領前も含む		
b1説	行政権	思想内容等の表現物	発表前	絶対的	広義の事前抑制は1項で禁止 検閲は2項で絶対禁止
b2説					

\* この立場にあっても、行政権による検閲の場合には絶対禁止とするのであり、實際上A説とB説とで結論が必ずしも異なるわけではない。

◎ 北方ジャーナル事件 (最大判昭61.6.11、百選 I 68事件) 後掲参照

(3) 検閲が問題となるもの

イ 税関検査

関税法69条の11第1項7号は、麻薬、覚せい剤等に並べて、「公安又は風俗を害すべき書類、図画、彫刻物その他の物品」の輸入を禁止している。この規定に基づいて、外国映画・図書などの輸入にあたり税関当局はその内容を検査し、輸入禁止や部分削除の措置をとっている。これが検閲にあたらないかが問題となる。検閲につき判例のように限定的に解さない限り、検閲の禁止に触れる疑いが強い。

◎ 税関検査事件 (最大判昭59.12.12、百選 I 69事件) 《司法R1-5、予備R4-11》

【事案】

Xは、海外から映画フィルムや雑誌等を輸入したところ、税関検査によって「風俗を害すべき」輸入禁制品 (関税率法21条1項3号 [改正前]) にあたると通知された。そこで、Xは、その取消等を求めた。

【判旨】

① 検閲の意義

「憲法21条2項前段は、『検閲は、これをしてはならない。』と規定する。憲法が、表現の自由につき、広くこれを保障する旨の一般的規定を同条1項に置きながら、別に検閲の禁止についてかような特別の規定を設けたのは、検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制約となるものであることにかんがみ、これについては、公共の福祉を理由とする例外の許容 (憲法12条、13条参照) をも認めない趣旨を明らかにしたものと解すべきである。けだし、諸外国においても、表現を事前に規制する検閲の制度により思想表現の自由が著しく制限されたという歴史的経験があり、また、わが国においても、旧憲法下における出版法…、新聞紙法…により、文書、図画ないし新聞、雑誌等を出版直前ないし発行時に提出させた上、その発売、頒布を禁止する権限が内務大臣に与えられ、その運用を通じて実質的な検閲が行われたほか、映画法…により映画フィルムにつき内務大臣による典型的な検閲が行われる等、思想の自由な発表、交流が妨げられるに至った経験を有するのであって、憲法21条2項前段の規定は、これらの経験に基づいて、検閲

の絶対的禁止を宣言した趣旨と解されるのである。

そして、前記のような沿革に基づき、右の解釈を前提として考究すると、憲法21条2項にいう『検閲』とは、行政権が主体となつて、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解すべきである。」

② 税関検査の検閲該当性

「輸入が禁止される表現物は、一般に、国外においては既に発表済みのものであつて、その輸入を禁止したからといつて、それは、当該表現物につき、事前に発表そのものを一切禁止するというものではない。また、当該表現物は、輸入が禁止されるだけであつて、税関により没収、廃棄されるわけではないから、発表の機会が全面的に奪われてしまうというわけのものでもない。その意味において、税関検査は、事前規制そのものということとはできない。

税関検査は、関税徴収手続の一環として、これに付随して行われるもので、思想内容等の表現物に限らず、広く輸入される貨物及び輸入される郵便物中の信書以外の物の全般を対象とし、3号〔注：改正前〕物件についても、右のような付随的手続の中で容易に判定し得る限りにおいて審査しようとするものにすぎず、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はない。」

「税関検査は行政権によつて行われるとはいえ、その主体となる税関は、関税の確定及び徴収を本来の職務内容とする機関であつて、特に思想内容等を対象としてこれを規制することを独自の使命とするものではなく、また、前述のように、思想内容等の表現物につき税関長の通知がされたときは司法審査の機会が与えられているのであつて、行政権の判断が最終的なものとされるわけではない。

以上の諸点を総合して考察すると、3号物件に関する税関検査は、憲法21条2項にいう『検閲』に当たらないものといふべきである。なお、憲法上検閲を禁止する旨の規定が置かれている国を含め、諸外国において、一定の表現物に関する税関検査が行われていることも、右の結論と照応するものといふべきである。」

③ 税関検査と21条1項

「本件においては、…わが国内における健全な性的風俗を維持確保する見地からするときは、猥褻表現物がみだりに国外から流入することを阻止することは、公共の福祉に合致するものであり、猥褻刊行物ノ頒布及取引ノ禁止ノ為ノ国際条約…1条の規定が締約国に頒布等を目的とする猥褻な物品の輸入行為等を処罰することを義務づけていることをも併せ考えると、表現の自由に関する憲法の保障も、その限りにおいて制約を受けるものといふほかになく、前述のような税関検査による猥褻表現物の輸入規制は、憲法21条1項の規定に反するものではないといふべきである。

わが国内において猥褻文書等に関する行為が処罰の対象となるのは、その頒布、販売及び販売の目的をもつて所持等であつて（刑法175条）、単なる所持自体は処罰の対象とされていないから、最小限度の制約としては、単なる所持を目的とする輸入は、これを規制の対象から除外すべき筋合いであるけれども、いかなる目的で輸入されるかはたやすく識別され難いばかりでなく、流入した猥褻表現物を頒布、販売の過程に置くことが容易であることは見易い道理であるから、猥褻表現物の流入、伝播によりわが国内における健全な性的風俗が害されることを実効的に防止するには、単なる所持目的かどうかを区別することなく、その流入を一般的に、いわば水際で阻止することもやむを得ないものといわなければならない。

また、このようにして猥褻表現物である書籍、図画等の輸入が一切禁止されることとなる結果、わが国内における発表の機会が奪われるとともに、国民のこれに接する機会も失われ、知る自由が制限されることとなるのは否定し難いところであるが、かかる書籍、図画等については、前述のとおり、もともと其の頒布、販売は国内において禁止されており、これについての発表の自由も知る自由も、他の一般の表現物の場合に比し、著しく制限されているのであつて、このことを考慮すれば、右のような制限もやむを得ないものとして是認せざるを得ない。」

④ 税関検査と明確性の理論

「『風俗』という用語そのものの意味内容は、性的風俗、社会的風俗、宗教的風俗等多義にわたり、その文言自体から直ちに一義的に明らかであるといえないことは所論のとおりであるが、およそ法的規制の対象として『風俗を害すべき書籍、図画』等というときは、性的風俗を害すべ

きもの、すなわち猥褻な書籍、図画等を意味するものと解することができるのであつて、この間の消息は、旧刑法…が『風俗ヲ害スル罪』の章の中に書籍、図画等の表現物に関する罪として猥褻物公然陳列と同販売の罪のみを規定し、また、現行刑法上、表現物で風俗を害すべきものとして規制の対象とされるのは175条の猥褻文書、図画等のみであることによつても窺うことができるのである。

したがつて、関税定率法21条1項3号にいう『風俗を害すべき書籍、図画』等との規定を合理的に解釈すれば、右にいう『風俗』とは専ら性的風俗を意味し、右規定により輸入禁止の対象とされるのは猥褻な書籍、図画等に限られるものといふことができ、このような限定的な解釈が可能である以上、右規定は、何ら明確性に欠けるものではなく、憲法21条1項の規定に反しない合憲的なものといふべきである。」

「表現の自由は、前述のとおり、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであつて、法律をもつて表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある、事前規制的なものについては特に然りといふべきである。法律の解釈、特にその規定の文言を限定して解釈する場合においても、その要請は異なるところがない。したがつて、表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない…。けだし、かかる制約を付さないとすれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、国民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである。」

「関税定率法21条1項3号にいう『風俗を害すべき書籍、図画』等とは、猥褻な書籍、図画等を指すものと解すべきであり、右規定は広汎又は不明確の故に違憲無効ということではなく、当該規定による猥褻表現物の輸入規制が憲法21条1項の規定に違反するものでない」

※ この判例は検閲の概念につき限定的にすぎるとの批判のほか、①の点につき国内における発表こそが重要であること、②の点につき目的ではなく禁止の結果が問題にされるべきこと、③の点につき「独自の使命」という定義にない要素が問題にされていること、等の問題点が指摘されている。

◎ **メイプルソープ写真集税関検査事件 (最判平20.2.19、重判平20憲法6事件)** 《予備R3-3》

渡航先からの帰国の際、日本において刊行されていた、アメリカ出身の著名な写真家メイプルソープの写真集を携行していたところ、改正前関税定率法21条1項4号が輸入を禁止している「風俗を害すべき」物品に該当する旨の通知を受けたXが、同号は違憲であり、また当該写真集は「風俗を害すべき」物品にあたらぬのであるから本件通知処分は違法であるとして、処分の取消および国家賠償請求を求めた事案において、「関税定率法21条1項4号に掲げる貨物に関する税関検査が憲法21条2項前段にいう『検閲』に当たらないこと、税関検査によるわいせつ表現物の輸入規制が同条1項の規定に違反しないこと、関税定率法21条1項4号にいう『風俗を害すべき書籍、図画』等とは、わいせつな書籍、図画等を指すものと解すべきであり、上記規定が広はん又は不明確のゆえに違憲無効といえないことは、当裁判所の判例(最大判昭59.12.12)とするところであり、我が国において既に頒布され、販売されているわいせつ表現物を税関検査による輸入規制の対象とすることが憲法21条1項の規定に違反するものではないことも、上記大法廷判決の趣旨に徴して明らかである」としている。

ロ 教科書検定→26条の解説参照。

小・中・高等学校の教科書は、文部科学大臣の検定に合格しなければ教科書として出版できないことになっている(学校教育法34条、49条、62条参照)。そこで教科書検定が検閲

## 短答合格ファイル（憲法）

に該当しないかが問題となる。

### ハ 裁判所による事前差止（事前差止請求の項参照）

広義説によると検閲に該当することになるが、主体が裁判所であることから濫用のおそれが少ないため、厳格な要件の下で例外的に肯定することになる。狭義説では、そもそも検閲にあらず、事前抑制禁止の法理で処理されることになる。

### ニ 青少年保護育成条例

条例の中には、映画・図書等のうち青少年の健全な成長を阻害するおそれのあるものを知事等が指定し、この指定を受けると販売等につき一定の制限を受けることになるものがある。

この指定については、事後の規制であるから、検閲の概念において事後の規制を含まないとするれば検閲にあたらないといえるが、指定の基準が明確でなく、公正な手続で行われなときは、表現の自由に萎縮効果が及び、あるいは成人の知る自由が不当に侵される場合も生じないわけではないので、かような場合には発表後の規制でも事前抑制と同視すべきとする考えもある（芦部）。

### ホ 刑事施設被収容者（在監者）の図書閲覧・発信

刑事施設に収容されている被収容者（在監者）については、施設の秩序維持あるいは拘禁目的を達成するため一定の図書閲覧・発信を制限する必要がある。狭義説（前記b1説）によると検閲に該当することになるが、拘禁目的達成のため例外的に許容されると考えることになる。

### ヘ 映倫審査等の自主規制

映画、出版業界では、映倫・出版倫理綱領等によって一定の審査機関を設けるなどの自主規制を行っている。これらは私人の自主規制であるから、検閲には当たらない。

## 2 明確性の基準

精神的自由の規制立法は明確でなければならないとする基準である。

不明確な法文による規制は萎縮効果をもたらし、本来保護されるべき表現をも控えさせてしまうため、かかる基準が用いられる。

以下の2つの内容を有する。

### (1) 漠然性ゆえに無効の理論（明確性の原則）

当該法令の文言が漠然不明確であって、どのような行為を規制しようとするものか一義的に明らかでない場合、その法令自体を無効とする。

### ◎ 税関検査事件（最大判昭59.12.12、百選I 69事件）前掲参照

### (2) 過度の広汎性ゆえに無効の理論

法令の文言自体は明確であっても、その適用範囲が合憲的に規制し得る範囲を超えて包括的な形で規制している場合、当該法令の規定を文面上無効とする。

## 3 明白かつ現在の危険の基準

ある表現行為が近い将来、ある実質的害悪を引き起こす蓋然性が明白であり、その実質的害悪がきわめて重大であり、その重大な害悪の発生が時間的に切迫しており、当該規制手段が害悪を避けるのに必要不可欠であるという要件が欠けている場合には、表現行為の規制を違憲とする基準である。

表現内容そのものを規制する場合は公権力が主義・主張に直接介入することになり、表現の自由を抑圧する程度が大きいためかかる厳格な基準が用いられる。

ただし、あまりに厳格に過ぎ、また、要件の判断の困難が指摘されており、刑事法上の扇動罪のように表現内容を直接規制する場合に限って適用すべきであるといわれている。

◎ 新潟県公安条例事件（最大判昭29.11.24、百選182事件）

集会の自由を制約するためには、公共の安全に対して「明らかな差し迫った危険」を及ぼすことが予想される場合であることが必要、との厳格な規範を打ち立てた。しかし、事案へのあてはめとしては当該公安条例による規制は合憲との結論を採った。

◎ 上尾市福祉会館事件（最判平8.3.15）

ある労組がその幹部の合同葬を行うために上尾市の福祉会館の使用許可申請を出したが、市側は反対勢力の妨害による混乱を避けるためとして不許可とした。これに対して、労組側は市を相手に集会の自由が不当に侵害されたとして提訴した事案につき、最高裁は、市側が会館の使用を拒絶できる場合として「会館の管理上支障が出るとの事態が、客観的事実に照らして具体的に明らかに予測される場合に初めて使用を許可しないことができる」との規範を立て、本件場合は管理上の支障が客観的事実に照らして具体的に明らかに予測できる場合ではないとして、本件不許可処分を違法とした。

4 LRAの基準

表現の自由を規制する法律の立法目的は正当であるとしても、立法目的を達成するためにより制限的でない他の選び得る手段が存在する場合には、当該規制立法を違憲とする基準である。

表現内容中立規制（表現の内容に着目せず、表現の時・場所・方法の規制をするもの）の合憲性を検討するのに有用とされる。

《過去問チェック》44

【集会・結社の自由】

一 集会・結社の自由の意義

「集会」とは、特定又は不特定の多数人が、共同の目的をもって一定の場所に集まる一時的な集合体であり、「結社」とは、共同の目的のためにする特定の多数人の継続的な結合体である。集会・結社の自由を表現の自由の一類型としてとらえるのが多数説である。

二 集会の自由

1 集会の自由の内容

集会の自由を保障するとは、原則として、その目的、時、場所、方法を問わず、集会を主催し、指導し又は集会に参加するなどの行為について、公権力が制限を加えることが禁止され、又は、そのような行為を公権力によって強制されないことを意味する。集会の自由は、集会に対する公権力の制限や干渉を排除する側面を有するのは自由権本来の性質からいって当然であるが、さらに、公共施設の管理者たる公権力に対し、集会を持つとする者が、公共施設の利用を要求できる権利を含んでいる（地方自治法244条参照）。

2 ☆（論点）集団行進の自由の根拠

A説 「動く集会」として集会の自由（21条1項）に含まれる（多数説）。

B説 「その他の一切の表現の自由」に含まれる（判例）。

3 集会の自由の制約

集会は、一定の場所を前提とするものであるから、道路や公園などの他の利用者との権利・利益の調整が必要になり、また集会の競合による混乱を回避することも必要になる。そこで、集会の自由は人権相互の調整という観点から法的規制に服する。

## 短答合格ファイル（憲法）

### (1) 私的な場所における集会

集会の自由の保障は、所有権その他の権限を有する者の意に反して集会を行う自由まで保障するものではないから、権限を有する者がそれを根拠に場所の利用を拒否しても、集会の自由の保障とは無関係である。

### (2) 公物管理権と集会の自由

道路・公園や公会堂などの公共の場所・施設における集会については、前述の観点からの制約を免れず、そのために事前の規制を必要とする場合も少なくない。そこで、特に事前抑制の禁止の原則との関わりで問題が生ずる。

公物のうち、公用物（官公署の建物等）については、一般の使用に解放されているものではないため、原則として管理者の許諾のない限り、集会の自由の場所として使用し得るものではなく、これを許可にかからしめても集会の自由を侵害したことにはならない。これに対し、本来一般公衆の自由な使用に供することを目的とした公共用物（道路・公園等）については、その管理権の行使としての許可制と集会の自由との関係が問題となる。

### ※ パブリック・フォーラム論

アメリカ合衆国の判例理論で形成されたものであるが、最判昭59.12.18（百選 I 57事件）における伊藤正己裁判官の補足意見では、道路、公園、広場など一般公衆が自由に入出りできる場所を「パブリック・フォーラム」と呼び、「このパブリック・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得ないとしても、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考えられる」とした。

### ◎ 皇居前広場事件（最大判昭28.12.23、百選 I 80事件）《司法H30-6、R5-4、予備R5-3》

#### 【事案】

Xは、メーデーに使用するために皇居外苑の使用許可申請をしたが、不許可処分を受けたため、かかる処分は憲法21条、28条に反するとして争った。

#### 【判旨】

「上告人の本訴請求は、同日の経過により判決を求める法律上の利益を喪失したものとわなければならない。そして、原判決は、上告人の本訴請求を権利保護の利益なきものとして棄却の裁判をしたものであつて、裁判そのものを拒否したのではなく、憲法32条に違反したもとはいえない。また、原判決は、本訴のごとき訴は、所期の日時までに確定判決を受けることも不可能ではないと判断したものであるから、憲法76条2項の保障に反したもともいえない。」

「（なお、念のため、本件不許可処分の適否に関する当裁判所の意見を附加する。…国有財産の管理権は、国有財産法5条により、各省各庁の長に属せしめられており、公共福祉用財産をいかなる態様及び程度において国民に利用せしめるかは右管理権の内容であるが、勿論その利用の許否は、その利用が公共福祉用財産の、公共の用に供せられる目的に副うものである限り、管理権者の単なる自由裁量に属するものではなく、管理権者は、当該公共福祉用財産の種類に応じ、また、その規模、施設を勘案し、その公共福祉用財産としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべきであり、若しその行使を誤り、国民の利用を妨げるにおいては、違法たるを免れないと解さなければならない。これは、皇居外苑の管理についても同様であつて、その管理権の根拠規定たる国有財産法5条、厚生省設置法8条17号及び厚生大臣がその管理権に基いて定めた国民公園管理規則には、皇居外苑を使用せしめることの許否につき具体的方針は特に定められていないけれども、国民公園を本来の目的に副うて使用するのではなく利用する同規則3条のような場合は別として、国民が同公園に集合しその広場を利用することは、一応同公園が公共の用に供せられている目的に副う使用の範囲内のことであり、唯本件のようにそれが集会又は示威行進のためにするものである場合に、同公園の管理上の必要から、これを厚生大臣の許可にかからしめたものであるから、その許否は管理権者の単なる自由裁量に委ねられた趣旨と解すべきでなく、管理権者たる厚生大臣は、皇居外苑の公共福祉用財産たる性質に鑑み、また、皇居外苑の規模と施設とを勘案し、その公園としての使命を十分達成せしめるよう考慮を払つた上、そ

の許否を決しなければならないのである。いま、本件厚生大臣の不許可処分についてみるに、…厚生大臣は…決して単なる自由裁量によったものでなく管理権の適正な運用を誤つたものとは認められない。…本件不許可処分が憲法21条及び28条違反であるということではできない。以上述べたところにより、本件不許可処分には所論のような違法は認められない。）」

◎ 泉佐野市民会館事件（最判平7.3.7、百選I 81事件）《司法H30-6》

【事案】

Xらは、関西新国際空港反対全国総決起集会を開催するために泉佐野市民会館ホールの使用許可申請をした。これに対しY（市長）は、市立泉佐野市民会館条例7条1号、3号に反するとして不許可処分をおこなった。そこで、Xらは、損害賠償を請求した。

【判旨】

「集会の用に供される公共施設の管理者は、当該公共施設の種類に応じ、また、その規模、構造、設備等を勘案し、公共施設としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべきであって、これらの点からみて利用を不相当とする事由が認められないにもかかわらずその利用を拒否し得るのは、利用の希望が競合する場合のほかは、施設をその集会のために利用させることによって、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ものというべきであり、このような場合には、その危険を回避し、防止するために、その施設における集会の開催が必要かつ合理的な範囲で制限を受けることがあるといわなければならない。そして、右の制限が必要かつ合理的なものとして肯認されるかどうかは、基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生危険性の程度等を較量して決せられるべきものである…。

そして、このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない。

本件条例7条1号は、『公の秩序をみだすおそれがある場合』を本国会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、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をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、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解するのが相当である。そう解する限り、このような規制は、他の基本的人権に対する侵害を回避し、防止するために必要かつ合理的なものとして、憲法21条に違反するものではなく、また、地方自治法244条に違反するものでもないというべきである…。

本件集会が本国会館で開かれたならば、対立する他のグループがこれを阻止し、妨害するために本国会館に押しかけ、本件集会の主催者側も自らこれに積極的に対抗することにより、本国会館内又はその付近の路上等においてグループ間で暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生じ、その結果、グループの構成員だけでなく、本国会館の職員、通行人、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害されるという事態を生ずることが、客観的事実によって具体的に明らかに予見されたといえることができる…。

したがって、本件不許可処分が憲法21条、地方自治法244条に違反するということではできない。」

◎ 最判令5.2.21

【事案】

上告人が、金沢市長の管理に属する金沢市庁舎前広場（以下「本件広場」という。）において「憲法施行70周年集会」（以下「本件集会」という。）を開催するため、金沢市庁舎等管理規則（以下「本件規則」という。）6条1項所定の許可を申請したところ、同市長から不許可処分を受けたことについて、上告人らが、被上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた事案

【判旨】

「1 本件規則5条14号は、庁舎等（本件規則にいう庁舎等をいう。以下同じ。）における禁止行為について、概括的に「庁舎等の管理上支障があると認める行為」と規定しているところ、本件規定は、その内容を具体的に定める趣旨の規定であると解される。そうすると、本件規定

は、所定の目的による示威行為であって、これにより管理上の支障が生ずるものを掲げているものと解するのが相当である。そして、本件規定が「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的」による示威行為を禁止していることに照らすと、上記管理上の支障とは、被上告人の公務の用に供される庁舎等において威力又は氣勢を他に示すなどして特定の政策、主義又は意見（以下「政策等」という。）を訴える示威行為が行われることにより、被上告人について、外見上の政治的中立性が損なわれ公務の円滑な遂行（本件規則1条参照）が確保されなくなるとの支障をいうものと解すべきである。

2(1) 所論は、本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することが集会の自由を侵害し、憲法21条1項に違反する旨をいうものと解される。

(2)ア 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ものであるが、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあるのはいうまでもない。そして、このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である（最高裁昭和61年（行ツ）第11号平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁等参照）。

イ 本件規定を含む本件規則は、金沢市長の庁舎管理権に基づき制定されているものであるところ、普通地方公共団体の庁舎（その建物の敷地を含む。以下同じ。）は、公務の用に供される過程において、住民等により利用される場面も想定され、そのことを踏まえた上で維持管理がされるべきものである。もっとも、普通地方公共団体の庁舎は、飽くまでも主に公務の用に供するための施設であって、その点において、主に一般公衆の共同使用に供するための施設である道路や公園等の施設とは異なる。

このような普通地方公共団体の庁舎の性格を踏まえ、上記アの観点から較量するに、公務の中核を担う庁舎等において、政治的な対立がみられる論点について集会等が開催され、威力又は氣勢を他に示すなどして特定の政策等を訴える示威行為が行われると、金沢市長が庁舎等をそうした示威行為のための利用に供したという外形的な状況を通じて、あたかも被上告人が特定の立場の者を利しているかのような外観が生じ、これにより外見上の政治的中立性に疑義が生じて行政に対する住民の信頼が損なわれ、ひいては公務の円滑な遂行が確保されなくなるといふ支障が生じ得る。本件規定は、上記支障を生じさせないことを目的とするものであって、その目的は合理的であり正当である。

また、上記支障は庁舎等において上記のような示威行為が行われるという状況それ自体により生じ得る以上、当該示威行為を前提とした何らかの条件の付加や被上告人による事後的な弁明等の手段により、上記支障が生じないようにすることは性質上困難である。他方で、本件規定により禁止されるのは、飽くまでも公務の用に供される庁舎等において所定の示威行為を行うことに限定されているのであって、他の場所、特に、集会等の用に供することが本来の目的に含まれている公の施設（地方自治法244条1項、2項参照）等を利用することまで妨げられるものではないから、本件規定による集会の自由に対する制限の程度は限定的であるといえる。

ウ そして、本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合において上記イと別異に解すべき理由も見当たらないから、上記場合における集会の自由の制限は、必要かつ合理的な限度にとどまるものというべきである。

所論は、本件広場が集会等のための利用に適しており、現に本件広場において種々の集会等が開催されているなどの実情が存するなどというが、……、本件広場は被上告人の本庁舎に係る建物の付近に位置してこれと一体的に管理ないし利用されている以上、本件広場において、政治的な対立がみられる論点について集会等が開催され、威力又は氣勢を他に示すなどして特定の政策等を訴える示威行為が行われた場合にも、金沢市長が庁舎等の一部である本件広場をそうした示威行為のための利用に供したという外形的な状況を通じて、あたかも被上告人が特定の立場の者を利しているかのような外観が生ずることに変わりはない。また、上記実情は、金沢市長が庁舎管理権の行使として、庁舎等の維持管理に支障がない範囲で住民等の利用を禁止していないということの結果であって、これにより庁舎等の一部としての本件広場の性格それ自体が変容するものではない。

(3) したがって、本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することが憲法21条1項に違反するものということとはできない。



## ◎ 公立学校施設の目的外使用の許否の判断と管理者の裁量権（最判平18.2.7、重判平18行政2事件）

学校施設は、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されていることからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当で、学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである。本件不許可処分は、校長が、いったんは口頭で使用を許可する意思表示した後に、右翼団体による妨害行動のおそれが具体的なものではなかったにもかかわらず、市教委が、過去の右翼団体の妨害行動を例に挙げて使用させない方向に指導し、自らも不許可処分をするに至ったというもので、その処分は教育委員会と施設使用申請者との緊張関係と対立の激化を背景として行われたものであったことからすれば、本件不許可処分は裁量権を逸脱したものである。

## (3) 公安条例による規制

公安条例とは、集会や集団行進等について、公安上の見地から一定の規制を定める各地方公共団体の条例をいう。この公安条例は、集会・集団行進・集団示威運動について、事前に公安委員会への届出又はその許可を要するものとし、さらに、届出の受理又は許可に際し、様々な制約条件を付する権限を公安委員会に与えている。そして、事前の許可ないし届出義務、許可にあたっての条件違反などに対しては刑罰が科されている。そこで、このような公安条例による集会、集団行進等の事前規制が21条に違反しないかが問題となる。

この点、集団行進の自由は、表現の自由の一内容として保障され、しかも情報の送り手と受け手の分離が顕著となっている現代において、受け手たる国民の思想表明の手段として参政権の機能を営むことから、最大限保障されなければならない。ただし、表現の自由といえども公共の福祉による制約を免れない（13条後段）。特に集団行進の自由は、単なる言論・出版の自由と異なり他者の人権の調整が必要となる。よって、集団行動等に対する規制としては、原則として届出制のみが許され、許可制は例外的で明確かつ厳格な要件の下でのみ許されると解する。

## ◎ 新潟県公安条例事件（最大判昭29.11.24、百選I 82事件）《司法R5-4、予備R5-3》

- ① 単なる届出制は可。一般的な許可制は憲法に違反する。
- ② 特定の場所又は方法について、合理的かつ明確な基準の下での事前規制は可。
- ③ 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予見されるときは、集団行動を禁止できる。

## ◎ 東京都公安条例事件（最大判昭35.7.20、百選I A 8事件）《司法H30-6》

## 【事案】

Yらは、東京都公安委員会の許可なく集会・集団行進を主催・指導したり、許可条件に反して集団行動を指揮したとして東京都公安条例違反により起訴された。そこで、Yらは、同条例は規制対象が一般的で、基準も不明確であるから憲法21条に反するとして争った。

## 【判旨】

「そもそも憲法21条の規定する集会、結社および言論、出版その他一切の表現の自由が、侵すことのできない永久の権利すなわち基本的人権に属し、その完全なる保障が民主政治の基本原則の一つであること、とくにこれが民主主義を全体主義から区別する最も重要な一特徴をなすことは、多言を要しない。しかし国民がこの種の自由を濫用することを得ず、つねに公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うことも、他の種類の基本的人権とことなるところはない（憲法12条参照）。この故に日本国憲法の下において、裁判所は、個々の具体的事件に関し、表現の自由を擁護するとともに、その濫用を防止し、これと公共の福祉との調和をはかり、自由と公共の福祉との間に正当な限界を劃することを任務としているのである。」

「およそ集団行動は、学生、生徒等の遠足、修学旅行等および、冠婚葬祭等の行事をのぞいては、通常一般大衆に訴えんとする、政治、経済、労働、世界観等に関する何等かの思想、主張、

感情等の表現を内包するものである。この点において集団行動には、表現の自由として憲法によって保障すべき要素が存在することはもちろんである。ところでかような集団行動による思想等の表現は、単なる言論、出版等によるものとはことなつて、現在する多数人の集合体自体の力、つまり潜在する一種の物理的力によつて支持されていることを特徴とする。かような潜在的な力は、あるいは予定された計画に従い、あるいは突発的に内外からの刺激、せん動等によつてきわめて容易に動員され得る性質のものである。この場合に平穏静粛な集団であつても、時に昂奮、激昂の渦中に巻きこまれ、甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化し、勢いの赴くところ実力によつて法と秩序を蹂躪し、集団行動の指揮者はもちろん警察力を以てしても如何ともし得ないような事態に発展する危険が存在すること、群集心理の法則と現実の経験に徴して明らかである。従つて地方公共団体が、純粋な意味における表現といえる出版等についての事前規制である検閲が憲法21条2項によつて禁止されているにかかわらず、集団行動による表現の自由に関するかぎり、いわゆる『公安条例』を以て、地方的情況その他諸般の事情を十分考慮に入れ、不測の事態に備へ、法と秩序を維持するに必要かつ最小限度の措置を事前に講ずることは、けだし止むを得ない次第である。

しからは如何なる程度の措置が必要かつ最小限度のものとして是認できるであろうか。これについては、公安条例の定める集団行動に関して要求される条件が『許可』を得ることまたは「届出」をすることのいずれであるかというような、概念乃至用語のみによつて判断すべきでない。またこれが判断にあつては条例の立法技術上のいくらかの欠陥にも拘泥してはならない。我々はそのためにすべからず条例全体の精神を実質的かつ有機的に考察しなければならない。

今本条例を検討するに、集団行動に関しては、公安委員会の許可が要求されている（1条）。しかし公安委員会は集団行動の実施が「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（3条）。すなわち許可が義務づけられており、不許可の場合が厳格に制限されている。従つて本条例は規定の文面上では許可制を採用しているが、この許可制はその実質において届出制とことなるところがない。集団行動の条件が許可であれ届出であれ、要はそれによつて表現の自由が不当に制限されることにならなければ差支えないのである。もちろん『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』には、許可が与えられないことになる。しかしこのことは法と秩序の維持について地方公共団体が住民に対し責任を負担することからして止むを得ない次第である。許可または不許可の処分をするについて、かような場合に該当する事情が存するかどうかの認定が公安委員会の裁量に属することは、それが諸般の状況を具体的に検討、考量して判断すべき性質の事項であることから見て当然である。我々は、とくに不許可の処分が不当である場合を想定し、または許否の決定が保留されたまま行動実施予定日が到来した場合の救済手段が定められていないことを理由としてただちに本条例を違憲、無効と認めることはできない。本条例中には、公安委員会が集団行動開始日時の一時間前までに不許可の意思表示をしない場合に、許可があつたものとして行動することができる旨の規定が存在しない。このことからして原判決は、この場合に行動の実施が禁止され、これを強行すれば主催者等は処罰されるものと解釈し、本条例が集団行動を一般的に禁止するものと推論し、以て本条例を違憲と断定する。しかしかような規定の不存在を理由にして本条例の趣旨が、許可制を以て表現の自由を制限するに存するもののごとく考え、本条例全体を違憲とする原判決の結論は、本末を顛倒するものであり、決して当を得た判断とはいえない。

次に規制の対象となる集団行動が行われる場所に関し、原判決は、本条例が集会若しくは集団行進については『道路その他公共の場所』、集団示威運動については『場所のいかんを問わず』というふうに、一般的にまたは一般的に近い制限をなしているから、制限が具体性を欠き不明確であると批判する。しかしいやしくも集団行動を法的に規制する必要があるとするなら、集団行動が行われ得るような場所をある程度包括的にかかげ、またはその行われる場所の如何を問わないものとするは止むを得ない次第であり、他の条例において見受けられるような、本条例よりも幾分詳細な規準（例えば『道路公園その他公衆の自由に交通することができる場所』というごとき）を示していないからといって、これを以て本条例が違憲、無効である理由とすることはできない。なお集团的示威運動が『場所のいかんを問わず』として一般的に制限されているにしても、かような運動が公衆の利用と全く無関係な場所において行われることは、運動の性質上想像できないところであり、これを論議することは全く実益がない。

要するに本条例の対象とする集団行動、とくに集団示威運動は、本来平穩に、秩序を重んじてなされるべき純粋なる表現の自由の行使の範囲を逸脱し、静ひつを乱し、暴力に発展する危険性の

ある物理的力を内包しているものであり、従つてこれに関するある程度の法的規制は必要でないとはいえない。国家、社会は表現の自由を最大限度に尊重しなければならないことももちろんであるが、表現の自由を口実にして集団行動により平和と秩序を破壊するような行動またはさような傾向を帯びた行動を事前に予知し、不慮の事態に備え、適切な措置を講じ得るようにすることはけだし止むを得ないものと認めなければならない。もつとも本条例といえども、その運用の如何によつては憲法21条の保障する表現の自由の保障を侵す危険を絶対に包蔵しないとはいえない。条例の運用にあたる公安委員会が権限を濫用し、公共の安寧の保持を口実にして、平穩で秩序ある集団行動まで抑圧することのないよう極力戒心すべきことももちろんである。しかし濫用の虞れがあり得るからといって、本条例を違憲とすることは失当である。以上の理由によつて、上告人の主張は結局正当なるに帰し、本条例を違憲、無効とする原判決は破棄を免れない。」

◎ 東京地決昭42.6.9

本決定は、東京都公安条例事件（最大判昭35.7.20、百選ⅠA8事件）にそつて、東京都公安条例3条1項の規定を一応合憲とした。その上で、運用において公安委員会の権限の行使に濫用があったことを指摘して、国会周辺のデモ進路変更処分の違法性を示した。

◎ 徳島市公安条例事件（最大判昭50.9.10、百選Ⅰ83事件）後掲参照

◎ 最判平19.9.18（百選Ⅰ84事件）《司法H29-18、予備H29-11》

（市内の広場や公園等を占拠して威勢を示し、市民や観光客らに不安を与えていた暴走族を規制するための広島市暴走族追放条例が、規定の明確性を欠き、過度に広汎な規制を行うために憲法21条1項及び31条に違反するとして争われた事案について）条例を全体的に解釈し、更に施行規則等を総合することによつて条例の規制対象を明確に限定することができる、本件条例は、①暴走族による弊害を防止しようとする規制目的の正当性、②弊害防止手段としての合理性、③規制により得られる利益と失われる利益の均衡の3点に照らし、憲法21条1項及び31条に違反するとまではいえない。

(4) 道路交通法による規制

道路交通法は、道路における一定の行為について、所轄警察署長の許可を必要とする規定を設けている（道交法77条1項）。公安条例を持たない地方公共団体においては、道路における集団行動は道路交通法の規制を受け、公安条例の存するところでは道路交通法と公安条例による二重の規制を受ける。

◎ 最判昭57.11.16（百選Ⅰ85事件）《司法R5-4、予備R5-3》

【事案】

Yらは、原子力空母エンタープライズの佐世保寄港阻止闘争において、無許可デモや、デモ規制の警官に対して投石をする等したため、道路交通法違反、公務執行妨害罪で起訴された。そこで、Yらは、道路使用許可を要求する道路交通法77条1項4号が集団行動の自由を保障する憲法21条に反するとして争った。

【判旨】

「道交法及び長崎県道交法施行細則の右各規定は、「道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資する」という目的（道交法1条参照）のもとに、道路を使用して集団行進をしようとする者に対しあらかじめ所轄警察署長の許可を受けさせることにしたものであるところ、同法77条2項の規定は、道路使用の許可に関する明確かつ合理的な基準を掲げて道路における集団行進が不許可とされる場合を厳格に制限しており、これによれば、道路における集団行進に対し同条一項の規定による許可が与えられない場合は、当該集団行進の予想される規模、態様、コース、時刻などに照らし、これ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、同条3項の規定に基づき警察署長が条件を付与することによつても、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ことになるのであつて、右のような場合にあたらない集団行進に対し警察署長が同条1項の規定による許可を拒むことは許されないものと解される。」  
「前記のような目的のもとに、道路における集団行進に対し右の程度の規制をする道交法77条1項4号、長崎県道交法施行細則15条3号の各規定が、表現の自由に対する公共の福祉による必要かつ合理的な制限として憲法上是認されるべきものである」。  
「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第6条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う刑事特別法2条が所論にいう不合理な差別法規として憲法31条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判例…の趣旨に徴し明らかなどころである。」

《過去問チェック》45

### 三 結社の自由

#### 1 結社の自由の意義

結社の自由の保障は、①個人が団体を結成し、もしくは結成しないこと、団体に加入・不加入、団体の構成員にとどまる・脱退することにつき、公権力による干渉を受けないことと、②団体自身の成立、存続、活動についても公権力による干渉を受けないことを意味する。

そして、本条の保障対象となる結社の範囲については、政治的結社のみならず、宗教的、学問的、芸術的、社会的などすべての結社が含まれる（通説）。

#### 2 結社の自由の制約

結社の自由も内在的制約の見地から、一定の制約に服する。犯罪として処罰することに憲法上の疑義がないような行為を行うことを目的とする結社を禁止することは、抽象的には異論はないが、いかに明確に法文上示せるか問題となる。

- (1) 破壊活動防止法→破防法は、一定の団体に対し、表現の自由の制限のみならず、解散の指定を行えるものであり、その合憲性に疑問が多いとされている。
- (2) 政党に対する法的規制 →43条の解説参照。

### 【言論・出版の自由】

#### 一 言論・出版の自由の保障の意味・範囲

「言論」とは、口頭による表現行為を、「出版」とは、印刷物によるものを本来指すが、本条の保障は、それらに限らず、絵図・音楽・映画・テレビ・ラジオ等、思想・意見を発表する手段の如何を問わず及ぶ。表現行為は、もともとその表現行為の受け手の存在を前提として初めて意味を持つものであるから、表現の自由は、単に発表の自由だけでなく、表現を受け取る自由（知る権利）をも保障するものである。

#### 二 ☆（論点）営利的言論の自由は21条によって保障されるか

この点、22条、29条によって保障されるとする見解もあるが、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、21条によって保障されるとする説が有力である。この説は、表現の自由の価値として、自己統治の価値の意義を認めつつ、自己実現の価値をそれと併存する、あるいは、それを支える関係にあるものと考えており、営利的な広告は、一見自己統治の原理との関係がほとんどないようにみえる場合でも、各個人が自己の知見を広め豊かな文化的生活を送る上で不可欠な情報とも言える点で、自己実現ないし、自己充足の価値に仕えるものであるから、表現の自由の範囲内に属すると考えることになる。もっとも、その場合でも、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、非営利的言論の自由より低いと解されている(芦部)。

なお、営利的表現の自由の合憲性判定基準を明らかにした判例はない。灸の適応症の広告の全面禁止を合憲とした最大判昭36.2.15(百選I54事件)は表現の自由にかかわる問題として扱っていない。

◎ 最大判昭36.2.15(百選I54事件)《司法R6-5》

〔事案〕

Xは、灸の適応症や効能を記載したビラを配布したところ、広告禁止を規定するあん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法7条に反するとして起訴された。

〔判旨〕

「本法があん摩、はり、きゆう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け、いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのもの、もしこれを無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするためややすれば虚偽誇大に流れ、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招来することをおそれたためであつて、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。されば同条は憲法21条に違反しない。

「なお右のような広告の制限をしても、これがため思想及び良心の自由を害するものではないし、また右広告の制限が公共の福祉のために設けられたものであることは前示説明のとおりであるから、右規定は憲法11ないし13条及び19条にも違反しない。

◎ 風俗案内所営業権確認等請求事件(最判平28.12.15、百選I A 9事件)

〔判旨〕

「京都府風俗案内所の規制に関する条例(平成22年京都府条例第22号。以下「本件条例」という。)は、風俗案内所に起因する府民に著しく不安を覚えさせ、又は不快の念を起こさせる行為、犯罪を助長する行為等に対し必要な規制を行うことにより、青少年の健全な育成を図るとともに、府民の安全で安心な生活環境を確保することを目的として(1条)、学校、児童福祉施設等の敷地から200m以内の区域(営業禁止区域)における風俗案内所の営業を禁止し(3条1項)、違反者に対して刑罰を科することを定める(16条1項1号)とともに、表示物等に関する規制として、風俗案内所を営む者が、風俗案内所の外部に、又は外部から見通すことができる状態にしてその内部に、接待風俗営業(歓楽的雰囲気醸し出す方法により客をもてなして飲食させる営業)に従事する者を表す図画等を表示すること等を禁止している(7条2号)。

風俗案内所の特質及び営業実態に起因する青少年の育成や周辺の生活環境に及ぼす影響の程度に鑑みると、本件条例が、青少年が多く利用する施設又は周辺の環境に特に配慮が必要とされる施設の敷地から一定の範囲内における風俗案内所の営業を禁止し、これを刑罰をもって担保することは、公共の福祉に適合する上記の目的達成のための手段として必要性、合理性があることができ、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律に基づく風俗営業に対する規制の内容及び程度を踏まえても、京都府議会が上記の営業禁止区域における風俗案内所の営業を禁止する規制を定めたことがその合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえないから、本件条例3条1項及び16条1項1号の各規定は、憲法22条1項に違反するものではないと解するのが相当である。

また、風俗案内所が青少年の育成や周辺の生活環境に及ぼす影響の程度に鑑みれば、風俗案内所の表示物等に関する上記の規制も、公共の福祉に適合する上記の目的達成のための手段として必要性、合理性があることができ、京都府議会が同規制を定めたことがその合理的な裁量の範囲を超えるものとはいえないから、本件条例7条2号の規定は、憲法21条1項に違反するものではないと解するのが相当である。

以上は、当裁判所大法廷判決(最高裁昭和29年(あ)第2861号同36年2月15日大法廷判決・刑集15巻2号347頁、最高裁昭和45年(あ)第23号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号589頁)の趣旨に徴して明らかというべきである。論旨は採用することができない。」

### 三 表現の内容に関する規制

#### 1 名誉・プライバシーとの関係

人の名誉とプライバシーは13条によって保障されるが、表現の自由との調整が必要となる。すなわち、名誉・プライバシー権と表現の自由は、両人権とも重要な人権であるから、原則として等価的利益的利益衡量をなすべきである。

##### (1) ☆（論点）表現の自由と名誉毀損

公共性のある言論については、真実性を推測するに足りる程度の合理的根拠・資料があれば、表現の自由の保障の範囲内になる（公平な論評の法理）。この法理は、刑法230条の2の解釈にも及ぶ。

刑法230条の2第1項は、①公共の利害に関する事実に係り、②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、③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には名誉毀損行為を罰しないとしているが、この規定の趣旨は、民事不法行為としての名誉毀損にも妥当すると解されている（判例・通説）。

①につき、私人の私生活上の行状が公共の利害に関する事実といえるかが問題となる。この点、月刊ペン事件（最判昭56.4.16、百選I 65事件）は、私人の私生活上の行状であっても、「そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては」公共の利害に関する事実にあたる場合がある、と判示した。

②については、主たる動機が公益を図る目的であればよいとされている。

③については、真実性の証明が必ずしも容易ではなく、これを厳格に解すると、人は処罰をおそれ表現行為に萎縮効果を及ぼすことになるので、緩やかに解する必要がある。この点、夕刊和歌山時事事件（最大判昭44.6.25、百選I 64事件）は、刑法230条の2の規定は、人格権としての個人の名誉の保護と、憲法21条による正当な言論の保障との調和をはかったものというべきであり、行為者が真実であると誤信し、誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない、と判示した。

##### ◎ 最判平16.7.15《予備R5-2》

「事実を摘示しての名誉毀損にあつては、そ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つた場合に、摘示された事実がその重要な部分について真実であることの証明があつたときには、上記行為には違法性がなく、仮に上記証明がないときにも、行為者において上記事実の重要な部分を真実と信ずるについて相当の理由があれば、その故意又は過失は否定される（最高裁昭和37年（オ）第815号同41年6月23日第一小法廷判決・民集20巻5号1118頁、最高裁昭和56年（オ）第25号同58年10月20日第一小法廷判決・裁判集民事140号177頁参照）。一方、ある事実を基礎としての意見ないし論評の表明による名誉毀損にあつては、そ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つた場合に、上記意見ないし論評の前提としている事実が重要な部分について真実であることの証明があつたときには、人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り、上記行為は違法性を欠くものというべきであり、仮に上記証明がないときにも、行為者において上記事実の重要な部分を真実と信ずるについて相当な理由があれば、その故意又は過失は否定される（最高裁昭和60年（オ）第1274号平成元年12月21日第一小法廷判決・民集43巻12号2252頁、前掲最高裁平成9年9月9日第三小法廷判決参照）。」

##### ※ 現実の悪意の法理

アメリカの判例理論によるもので、公務員又は公的存在に対する名誉毀損について、その言論が虚偽であることを知っていたか、又は虚偽であるか否かを全く意に介さないとい

う「現実の悪意」をもってなされたことを被害者が立証責任を負うとする。

- (2) 表現の自由とプライバシー権→13条の解説参照。  
 (3) 事前差止請求

裁判所による事前差止めは、現に行われている侵害行為を防止し、あるいは将来生ずべき侵害の予防を求めるものとして、必要性が十分認められるが、言論に対する事前抑制を意味するだけに厳格な要件を課すことが必要となる。

◎ エロス十虐殺事件 (東京高決昭45. 4. 13)

元衆議院議員の原告が、自らが過去に起こした刃傷事件を題材とした映画につき、名誉権・プライバシー権の侵害を主張して上映禁止の仮処分を求めた事件。裁判所は人格的利益の侵害に対して予防請求権が認められる場合のあることを認めつつも、侵害が小説や映画などによってなされる場合には表現の自由の重要性にかんがみ、慎重な比較衡量により予防請求権の存否を決すべきとした。事案の解決としては、当該刃傷事件が既に一般に知られていること、本件映画が特に低劣不当な意図のもとで製作されたとは認められないことなどをとらえて、上映差止めを認めなかった。

◎ 月刊ペン事件 (最判昭56. 4. 16、百選 I 65事件)

[事案]

月刊ペン社の編集局長Xは、雑誌「月刊ペン」(A)において創価学会(B)を批判する記事を連載した。その中には、会長Cの女性関係を取り上げ、同会の婦人幹部をお手付き情婦として国会に送り込んでいる等の記載があった。そこで、Xは名誉毀損罪にあたるとして起訴された。

[判旨]

「私人の私生活上の行状であつても、そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによつては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として、刑法230条の2第1項にいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたる場合があると解すべきである。

本件についてこれを見ると、被告人が執筆・掲載した前記の記事は、多数の信徒を擁するわが国有数の宗教団体であるBの教義ないしあり方を批判しその誤りを指摘するにあたり、その例証として、同会のC会長(当時)の女性関係が乱脈をきわめており、同会長と関係のあつた女性2名が同会長によって国会に送り込まれていることなどの事実を摘示したものであることが、右記事を含む被告人の『月刊ペン』誌上の論説全体の記載に照らして明白であるところ、記録によれば、同会長は、国会において、その教義を身をもって実践すべき信仰上のほぼ絶対的な指導者であつて、公私を問わずその言動が信徒の精神生活等に重大な影響を与える立場にあつたばかりでなく、右宗教上の地位を背景とした直接・間接の政治的活動等を通じ、社会一般に対しても少なからぬ影響を及ぼしていたこと、同会長の醜聞の相手方とされる女性2名も、同会婦人部の幹部で元国会議員という有力な会員であつたことなどの事実が明らかである。

このような本件の事実関係を前提として検討すると、被告人によつて摘示されたC会長らの前記のような行状は、刑法230条の2第1項にいう『公共ノ利害ニ関スル事実』にあたることと解するのが相当であつて、これを一宗教団体内部における単なる私的な出来事であるということとはできない。なお、右にいう『公共の利害に関する事実』にあたるか否かは、摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべきものであり、これを摘示する際の表現方法や事実調査の程度などは、同条にいわゆる公益目的の有無の認定等に関して考慮されるべきことがらであつて、摘示された事実が『公共の利害に関する事実』にあたるか否かの判断を左右するものではないと解するのが相当である。」

◎ 北方ジャーナル事件 (最大判昭61. 6. 11、百選 I 68事件) 《司法H24-3、R5-3、予備R3-3、5-2》

[事案]

Xが、北海道知事選挙に立候補するYについて名誉を毀損する記事を「北方ジャーナル」に掲載したところ、Yがその印刷、頒布等の差止めの仮処分申請をして、これが認められた。そこで、Xは、仮処分及びその申請は不法行為にあたるとして損害賠償を請求した。

[判旨]

- ① 検閲の禁止と事前抑制禁止の理論との関係

「憲法21条2項前段にいう検閲とは、行政権が主体となつて、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うえ、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解すべきことは、前掲大法廷判決の判示するところである。…本件において、札幌地方裁判所が被告Yの申請に基づき上告人発行の『ある権力主義者の誘惑』と題する記事（以下『本件記事』という。）を掲載した月刊雑誌『北方ジャーナル』昭和54年4月号の事前差止めを命ずる仮処分命令（以下『本件仮処分』という。）を発したことは『検閲』に当たらない、とした原審の判断は正当であり、論旨は採用することができない。」

② 裁判所による事前差止めの可否

「(一) 所論にかんがみ、事前差止めの合憲性に関する判断に先立ち、実体法上の差止請求権の存否について考えるのに、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法710条）又は名誉回復のための処分（同法723条）をを求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、**名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利**というべきであるからである。

(二) しかしながら、言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、**人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）と表現の自由の保障（同21条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。**

主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される。もとより、右の規定も、あらゆる表現の自由を無制限に保障しているものではなく、他人の名誉を害する表現は表現の自由の濫用であつて、これを規制することを妨げないが、右の趣旨にかんがみ、刑事上及び民事上の名誉毀損に当たる行為についても、当該行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為には違法性がなく、また、真実であることの証明がなくても、行為者がそれを真実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべく、これにより人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和が図られているものであることは、当裁判所の判例とするとところであり…、このことは、侵害行為の事前規制の許否を考察するに当たつても考慮を要するところといわなければならない。」

「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、**事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的效果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、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ものといわなければならない。**

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つて、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つて、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つて、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來說示にかかる憲法の趣旨に反するものとはいえない。」

「表現行為の事前抑制につき以上説示するところによれば、公共の利害に関する事項についての表現行為に対し、その事前差止めを仮処分手続によって求める場合に、…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つて、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。」

◎ 最判平元. 12. 21（百選 I 66事件）

公立小学校において、通知表の様式及び評定記載方法をめぐる論争が展開されている状況下において、教師Xは、通知表を校長の指示通りに記入せず、その決裁を得られないため児童に交付しなかった。Yは、自己の収集した資料に基づき、Xの行為は組合の指示に基づく学校当局に対する抗争であるとの認識に立ち、通知表の交付をめぐる混乱の経過などについてのYの立場からする記述のほか、教師としての能力自体を疑われるような表現、Xの勤務先や氏名、住所、電話番号などを記載したビラを配布した。XはYによって、名誉を毀損されたとして、不法行為に基づく損害賠償請求及び謝罪広告の掲載を求めて出訴した。これについて、最高裁判所は以下のように判示した。

公共の利害に関する事項について自由に批判、論評を行うことは、もとより表現の自由の行使として尊重されるべきものであり、その対象が公務員の地位における行動である場合には、批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあっても、その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があったときには、人身攻撃に及ぶなど論評としての逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く。

小学校における通知表の交付をめぐる混乱という公共の利害に関する事項についての批判、評論を主題とする意見表明というべき本件ビラの性格及び内容等に照らすと、被告のビラ配布行為が専ら公益を図る目的に出たものに当たらないということとはできず、さらに、本件ビラの主題が前提としている客観的事実については、その主要な点において真実であることの証明があったものとみて差し支えないから、本件配布行為は、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く。

◎ 最判平22. 3. 15（重判平22憲法8事件）

インターネットの個人利用者による表現行為の場合においても、他の場合と同様に、行為者が摘示した事実を真実であると誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らして相当の理由があると認められるときに限り、名誉毀損罪は成立しないものと解するのが相当であつて、より緩やかな要件で同罪の成立を否定すべきものとは解されない。これを本件についてみると、原判決の認定によれば、被告人は、商業登記簿謄本、市販の雑誌記事、インターネット上の書き込み、加盟店の店長であつた者から受信したメール等の資料に基づいて、摘示した事実を真実であると誤信して本件表現行為を行ったものであるが、このような資料の中には一方的立場から作成されたにすぎないものもあること、フランチャイズシステムについて記載された資料に対する被告人の理解が不正確であつたこと、被告人が乙株式会社の関係者に事実関係を確認することも一切なかったことなどの事情が認められるというのである。以上の事実関係の下においては、被告人が摘示した事実を真実であると誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らして相当の理由があるとはいえないから、これと同旨の原判断は正当である。

※ 北方ジャーナル事件で示された差止めのための要件は、被侵害利益が名誉権の場合のものであることに留意すること。名誉毀損の場合と異なり、プライバシー権が害された場合には表現内容の反真実性は要件となりにくい（真実であるほうがプライバシー権を害される程度はかえって高いから）。

## 2 ヘイトスピーチ規制

### ア 定義

ヘイトスピーチ (hate speech) とは、一般に、人種、宗教、性的傾向、性別、思想、障害、職業などを誹謗、中傷し、さらには他人をそのように煽動する言論をいう。「憎悪表現」、「憎悪宣伝」、「差別的表現」、「差別的言論」、「差別的煽動」、などと訳されている。

その特徴は、自分の表現を挑発的に押しつけて他者を低めようとし、批判に対してはまともにも耳を貸すことはなく、相互理解を深めようとする努力を無にする、不毛かつ有害な行為であるという点にある。

### イ 法規制

日本では「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」が平成28年5月に成立し、平成28年6月に公布された。

この法律において「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」とは、専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であって適法に居住するもの（「本邦外出身者」という。）に対する差別的意識を助長し又は誘発する目的で公然とその生命、身体、自由、名誉又は財産に危害を加える旨を告知するなど、本邦の域外にある国又は地域の出身であることを理由として、本邦外出身者を地域社会から排除することを煽動する不当な差別的言動をいうと定義されている（本法律2条）。

本法律に関しては、言論の自由の侵害の危険性、国家による言論統制の危険性、世論やメディアの行き過ぎた「自己検閲」の危険性など、その合憲性、内容や運用方法、制度の必要性や危険性などをめぐって議論となっているところである。

#### ◎ 最判令4.2.15

「本件条例の制定経緯に加え、本件条例が、条例ヘイトスピーチが差別の意識を生じさせるおそれがあること等に鑑み、市民等の人権を擁護するとともに条例ヘイトスピーチの抑止を図ることを目的とする旨を規定した（1条）上で、その適用に当たっては、表現の自由その他の憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない旨を規定している（11条）ことに照らせば、本件条例は、表現の自由の保障に配慮しつつ、上記のような人種又は民族に係る特定の属性を理由とする過激で悪質性の高い差別的言動の抑止を図ることをその趣旨とするものと解するのが相当である。

(2) 本件条例2条1項柱書きは、拡散防止措置等の対象となる条例ヘイトスピーチの定義として、同項各号のいずれにも該当する表現活動をいう旨を規定しているところ、その文理及び上記の本件条例の趣旨に照らせば、同項1号は、一定の不当な目的を有することを要件としたものであり、具体的には、当該表現活動が、人種又は民族に係る特定の属性を理由とし、同号ア～ウのいずれかを目的として行われるものであることを要する旨を規定したものと解するのが相当である。

また、同項2号も、表現の内容及び表現活動の態様が特に悪質性の高いものであることを要件としたものであり、具体的には、当該表現活動が、特定人等をその蔑称で呼ぶなど、特定人等を相当程度侮蔑し、若しくはひぼう中傷するものであること（同号ア）、又は特定人等の生命、身体若しくは財産について危害を加える旨を告知し、若しくは同危害を加えかねない氣勢を示すなど、社会通念に照らして、特定人等に脅威を感じさせるものであること（同号イ）を要する旨を規定したものと解するのが相当である。そして、同項3号も、上記の本件条例の趣旨等を踏まえて、当該表現活動が、仲間内等の限られた者の間で行われるものではなく、不特定多数の者が表現の内容を知り得る状態に置くような場所又は方法で行われるものであることを要する旨を規定したものとすることができる。（中略）

憲法21条1項により保障される表現の自由は、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であるものの、無制限に保障されるものではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない限度の制限を受けることがあるとい

うべきである。そして、本件において、本件各規定による表現の自由に対する制限が上記限度のものとして是認されるかどうかは、本件各規定の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的な制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である（最高裁昭和52年（オ）第927号同58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁等参照）。

本件各規定は、……、その目的は、その文理等に照らし、条例ヘイトスピーチの抑止を図ることにあると解される。（中略）市内においては、実際上記のような過激で悪質性の高い差別的言動を伴う街宣活動等が頻繁に行われていたことがうかがわれること等をも勘案すると、本件各規定の目的は合理的であり正当なものといえることができる。

また、本件各規定により制限される表現活動の内容及び性質は、上記のような過激で悪質性の高い差別的言動を伴うものに限られる上、その制限の態様及び程度においても、事後的に市長による拡散防止措置等の対象となるにとどまる。そして、拡散防止措置については、市長は、看板、掲示物等の撤去要請や、インターネット上の表現についての削除要請等を行うことができるかと解されるものの、当該要請等に応じないものに対する制裁はなく、認識等公表についても、表現活動をしたものの氏名又は名称を特定するための法的強制力を伴う手段は存在しない。

そうすると、本件各規定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものといえるべきである。そして、以上説示したところによれば、本件各規定のうち、条例ヘイトスピーチの定義を規定した本件条例2条1項及び市長が拡散防止措置等をとるための要件を規定した本件条例5条1項は、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該表現活動がその適用を受けるものかどうかの判断を可能とするような基準が読み取れるものであって、不明確なものといえることはできないし、過度に広汎な規制であるということもできない。

3 したがって、本件各規定は憲法21条1項に違反するものといえることはできない。」

### 3 わいせつ文書の規制

刑法175条は、「わいせつな文書、図画その他の物」の頒布・販売等を処罰の対象としている。

わいせつとは、徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ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である（判例）。

#### (1) ☆（論点）芸術性・思想性との関係

A説 思想・芸術とわいせつ性は、別異の次元に属する概念であり、芸術的・思想的な作品であっても、わいせつ文書である（絶対的わいせつ概念・別次元説、チャタレイ事件、最大判昭32.3.13、百選I51事件）。

B説 わいせつ性は思想性・芸術性等との関連において相対的に判断すべきである（相対的わいせつ概念、悪徳の栄え事件、最大判昭44.10.15、百選I52事件）。

#### (2) ☆（論点）刑法175条の合憲性

A説 刑法175条を限定的に解釈して合憲とする。

〔理由〕 刑法175条は、わいせつ文書の頒布・販売などの方法に着眼しつつ、通常人にとって明白に嫌悪的なものでかつ埋め合わせのできるような社会的価値を全く欠いている文書類の規制に限定される。そして、このような規制が認められるのは、「猥褻」的表現はそれを見たくない人にとって苦痛事であり、ポルノ大量陳列などがその周辺の生活環境にある種の衝撃を与えることは否定できないからである。

B説 21条に違反する。

〔理由〕 見たくないものを見ないでいる自由、未成年の保護の必要性があるが、そのためには販売等を全面的に規制する必要はなく、頒布・販売等の仕方に着目して特定の態様の販売等を規制すればよいから、これらを全面的に禁止する175条は、過度に広汎な規制を定めるものとして21条に違反する。

(3) 青少年保護育成条例

現在ほとんどの都道府県では、青少年保護育成条例を制定し、有害図書の貸付・販売等の規制を行っている。このような規制の合憲性について、①知事の指定基準が不明確、②青少年への販売禁止が成人への販売をも禁止する結果とならないか、③運用いかんによっては、検閲に転化する危険があるのではないか、という問題点がある。

◎ チャタレイ事件（最大判昭32.3.13、百選 I 51事件）

【事案】

出版社社長Xの依頼により、YがD. H. ローレンスの「チャタレイ夫人の恋人」を翻訳し、Xが販売したところ、刑法175条のわいせつ文書頒布販売罪にあたるとしてX、Yが起訴された。これに対し、X、Yは表現の自由を不当に制限するとして争った。

【判旨】

① わいせつの意義

「要するに判例によれば猥褻文書たるためには、羞恥心を害することと性欲の興奮、刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される…。『チャタレイ夫人の恋人』が刑法175条の猥褻文書に該当するか否か。これについて前提問題としてまず明瞭しておかなければならないことは、この判断が法解釈すなわち法的価値判断に関係しており事実認定の問題でないということである。

本件において…著作自体が刑法175条の猥褻文書にあたるかどうかの判断は、…この著作が一般読者に与える興奮、刺戟や読者のいづく羞恥感情の程度といえども、裁判所が判断すべきものである。そして裁判所が右の判断をなす場合の規準は、一般社会において行われている良識すなわち社会通念である。

…なお性一般に関する社会通念が時と所によつて同一でなく、同一の社会においても変遷があることである…しかし性に関するかような社会通念の変化が存在した現在かような変化が行われつつあるにかかわらず、超ゆべからざる限界としていずれの社会においても認められまた一般的に守られている規範が存在することも否定できない。それは前に述べた性行為の非公然性の原則である。」

「本書が全体として芸術的、思想的作品であり、その故に英文学界において相当の高い評価を受けていることは上述のごとくである。本書の芸術性はその全部についてばかりでなく、検察官が指摘した12箇所及ぶ性的描写の部分についても認め得られないではない。しかし芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない。…何となれば芸術的面上においてすぐれた作品であっても、これと次元を異にする道徳的、法的面上において猥褻性をもっているものと評価されることは不可能ではないからである。我々は作品の芸術性のみを強調して、これに関する道徳的、法的的観点からの批判を拒否するような芸術至上主義に賛成することができない。高度の芸術性といえども作品の猥褻性を解消するものとは限らない。芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権をもつものではない。芸術家もその使命の遂行において、羞恥感情と道徳的な法を尊重すべき、一般国民の負担する義務に違反してはならないのである。」

② 刑法175条の合憲性

「憲法21条の表現の自由の保障は無制限に近いものであり、かりに『公共の福祉』の名の下に制限できるにしても許否の判断の基礎が事前に明白でなければならない。従つて検閲制度が禁止された新憲法の下では『公共の福祉』に反するか否かは各人の自主的判断に委ねられなければならない。ところが原判決は本件訳書に対する自主的判断の誤を取り上げて被告人等を処罰したから、憲法21条に違反する、と。しかし本件訳書の許否についての判断の基礎は一般社会において行われている良識または社会通念として存在しているから、事前に不明白であるとはいい得ない。また公共の福祉に反するか否かは、客観的に判断すべきものであり、各人の自主的判断に委ねられるべきものではない。」

「憲法の保障する各種の基本的な人権についてそれぞれに関する各条文に制限の可能性を明示していると否とにかかわらず、憲法12条、13条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判

示したところである…。この原則を出版その他表現の自由に適用すれば、この種の自由は極めて重要なものではあるが、しかしやはり公共の福祉によって制限されるものと認めなければならない。そして性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がないのであるから、本件訳書を猥褻文書と認めその出版を公共の福祉に違反するものとなした原判決は正当であり、論旨は理由がない。

◎ 悪徳の栄え事件 (最大判昭44. 10. 15、百選 I 52事件)

【事案】

出版社Xは、Yにマルキ・ド・サドの「悪徳の栄え」を翻訳させ、出版したが、刑法175条のわいせつ文書頒布販売罪にあたるとして起訴された。そこで、X、Yは表現の自由を不当に制限する等として争った。

【判旨】

「文書の個々の章句の部分は、全体としての文書の一部として意味をもつものであるから、その章句の部分の猥褻性の有無は、文書全体との関連において判断されなければならないものである。したがって、特定の章句の部分を取り出し、全体から切り離して、その部分だけについて猥褻性の有無を判断するのは相当でないが、特定の章句の部分について猥褻性の有無が判断されている場合でも、その判断が文書全体との関連においてなされている以上、これを不当とする理由は存在しない。したがって、原判決が、文書全体との関連において猥褻性の有無を判断すべきものとしながら、特定の章句の部分について猥褻性を肯定したからといって、論理の矛盾であるということとはできない。」

◎ 四畳半襖の下張事件 (最判昭55. 11. 28、百選 I 53事件)

【事案】

出版社の社長Xと編集長Yは、男女の情交を描写した「四畳半襖の下張」を「面白半分」という雑誌に掲載したところ、刑法175条のわいせつ文書頒布販売罪にあたるとして起訴された。そこで、X、Yは憲法21条、31条に反する等として争った。

【判旨】

「文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色の興味にうつつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして、それが『徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、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』…といえるか否かを決すべきである。本件についてこれを見ると、本件『四畳半襖の下張』は、男女の性的交渉の情景を扇情的な筆致で露骨、詳細かつ具体的に描写した部分が量的質的に文書の中核を占めており、その構成や展開、さらには文芸的、思想的価値などを考慮に容れても、主として読者の好色の興味にうつつたえるものと認められるから、以上の諸点を総合検討したうえ、本件文書が刑法175条にいう『わいせつの文書』にあたることを認めた原判決は、正当である。」

◎ 岐阜県青少年保護育成条例事件 (最判平元. 9. 19、百選 I 50事件) 《予備R6-5》

【事案】

Yは、自動販売機において岐阜県青少年保護育成条例の指定する有害図書を販売したとして有罪判決を受けた。そこで、有害図書の指定は憲法21条に反すること、有害図書の定義が不明確であるから憲法31条に反すること、有害図書の指定要件が他県と異なるから憲法14条に反することを争った。

【判旨】

① 有害図書の販売を規制する青少年保護育成条例の合憲性

「岐阜県青少年保護育成条例 (以下『本条例』という。) 6条2項、6条の6第1項本文、21条5号の規定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1項に違反しないことは、当裁判所の各大法廷判例の趣旨に徴し明らかである」

② 青少年保護育成条例の検閲該当性

「本条例による有害図書の指定が同項前段の検閲に当たらないことは、当裁判所の各大法廷判例の趣旨に徴し明らかである」

「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであつて、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっているといつてよい。さらに、自動販売機による有害図書の販売は、売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、昼夜を問わず購入ができること、収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いことなどの点において、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえない。しかも、自動販売機業者において、前記審議会の意見聴取を経て有害図書としての指定がされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するためには、本条例6条2項による指定方式も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法21条1項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法21条1項に違反するものではない。」

◎ 福島県青少年健全育成条例と憲法21条・22条・31条（最判平21.3.9、重判平21憲法5事件）

【事案】

福島県青少年健全育成条例（以下、「条例」とする）は、「青少年の健全な育成を阻害する行為を規制し、もって青少年の健全な育成を図る」ことを目的（1条）とし、その内容が著しく青少年の性的感情を刺激しその健全な育成を阻害するおそれのあるものと知事が指定した「有害図書類」を18歳未満の青少年に販売することを規制している。条例は、図書類等販売業者に対し、自動販売機等を設置する場合には届出義務を課し、また自動販売機等に有害図書類を販売・貸付の目的で収納することを禁じている。

被告人Aが取締役としてその業務全般を統括していた被告会社は、平成16年11月8日、福島県二本松市内の土地に、DVD等の販売機（以下「本件機器」という。）を設置したが、条例に定める届出を行わず、平成17年1月28日、本件機器に条例が定める有害図書類であるDVD1枚を販売目的で収納した。

本件機器は、上記の土地に設置された無人小屋に他の3台の図書類の販売機と並べて設置されており、小屋には扉もなく自由に出入りできる上、外壁には「無人24H」およびピンク色のハート型と「空間」という表示や、「最強超映像DX雑誌ビデオグッズ」と記載された看板が掲示されていた。

小屋内にはセンサーがあり、客を感知すると、小屋内の壁3か所に設置された監視カメラが作動し、客の画像が、被告会社の委託を受けた株式会社Bの東京都練馬区内にある監視センターに設置されたモニターに送信される。監視センターには24台のモニターがあり、5名から10名の監視員が交代で、全国約300か所に設置された同様の無人小屋の監視に当たっていた。

監視員が遵守すべきマニュアル等によれば、監視員は、モニター上の客の容ぼう等を見て、明らかに18歳以上の者であると判断すれば、販売機の電源を入れて販売可能な状態に置き、また、年齢に疑問がある場合には、運転免許証などの身分証明書を呈示するよう求める音声を流し、呈示された身分証明書の画像を確認して客との同一性および18歳未満の者ではないことを確認できた場合には、同様に販売可能な状態に置くこととされていた。

しかし、監視センターのモニター画面では、必ずしも客の容ぼう等を正確に判定できるとはいえない状態にあった上、客が立て込んだ時などには18歳未満かどうか判定が困難な場合でも購入可能なように操作することがあった。

被告人AおよびB会社は、無届けで自動販売機を設置し有害図書を収納したとして起訴された。

【判旨】

① 本件機器の条例上の「自動販売機」該当性

被告人は、「本件機器は、対面販売の実質を有しているもので、本条例にいう『自動販売機』に当たらない旨主張する。しかしながら、上記の事実関係によれば、本件機器が対面販売の実質を有していることはできず、本件機器が客と対面する方法によらずに販売を行うことができる設備を有する機器である以上、『自動販売機』に該当することは明らかである。」

## ② 本件条例と21条・22条・31条

また、被告人は、「監視センターにおける操作などにより、客が18歳未満でないことを監視して確認できる機器まで規制するのは、憲法21条1項、22条1項、31条に違反する旨主張する。」

しかし、「本条例の定めるような有害図書類が、一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼすなどして、青少年の健全な育成に有害であることは社会共通の認識であり、これを青少年に販売することには弊害があるといえることができる。自動販売機によってこのような有害図書類を販売することは、売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、昼夜を問わず販売が行われて購入が可能となる上、どこにでも容易に設置でき、本件のように周囲の人目に付かない場所に設置されることによって、一層心理的規制が働きにくくなることと認められることなどの点において、書店等における対面販売よりもその弊害が大きいといわざるを得ない。本件のような監視機能を備えた販売機であっても、その監視及び販売の態勢等からすれば、監視のための機器の操作者において外部の目にさらされていないために18歳未満の者に販売しないという動機付けが働きにくいといった問題があるなど、青少年に有害図書類が販売されないことが担保されているとはいえない。以上の点からすれば、本件機器を含めて自動販売機に有害図書類を収納することを禁止する必要性が高いといえることができる。その結果、青少年以外の者に対する関係においても、有害図書類の流通を幾分制約することにはなるが、それらの者に対しては、書店等における販売等が自由にできることからすれば、有害図書類の『自動販売機』への収納を禁止し、その違反に対し刑罰を科すことは、青少年の健全な育成を阻害する有害な環境を浄化するための必要やむを得ないものであって、憲法21条1項、22条1項、31条に違反するものではない。」

## ◎ メイプルソープ写真集税関検査事件（最判平20. 19、重判平20憲法6事件）《予備R3-3》

最大判昭59. 12. 12の趣旨に徴し「我が国において既に頒布され、販売されているわいせつ表現物を税関検査による輸入規制の対象とすることが憲法21条1項の規定に違反するものではない」ことは明らかである。

Xが携行していた写真集が、改正前関税定率法21条1項4号が輸入を禁止している「風俗を害すべき」物品に該当するかの判断について、最高裁は、「本件写真集における芸術性など性的刺激を緩和させる要素の存在、本件各写真の本件写真集全体に占める比重、その表現手法等の観点から写真集を全体としてみたときには、本件写真集が主として見る者の好色的興味に訴えるものと認めることは困難といわざるを得ない。これらの諸点を総合すれば、本件写真集は、本件通知処分当時における一般社会の健全な社会通念に照らして、関税定率法21条1項4号にいう『風俗を害すべき書籍、図画』等に該当するものとは認められないというべきである。

なお、最判平11. 2. 23は、本件各写真のうち5点と同一の写真に掲載した写真集（Aの回顧展における展示作品を収録したカタログ）につき、平成6年改正前の関税定率法21条1項3号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するとしているが、上記の事案は、本件写真集とは構成等を異にするカタログを対象とするものであり、対象となる処分がされた時点も異なるのであって、本件写真集についての上記判断は、上記判決に抵触するものではないというべきである」としている。

## ◎ 最判平26. 1. 16（重判平26憲法6事件）

## 【事案】

インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律（以下「本法」という。）は、インターネット異性紹介事業を定義した上で（2条2号）、同事業を行おうとする者は、事務所の所在地を管轄する都道府県公安委員会に所定の事項を届け出なければならない旨を定め（7条1項）、その届出をしないで同事業を行った者は6月以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する旨を定めている（32条1号）。被告人は本法32条1号違反によって起訴され、罰則を伴う届出制度が表現の自由、集会結社の自由を不当に制約し憲法21条1項に違反しないかが争われた。

## 【判旨】

「本法は、インターネット異性紹介事業の利用に起因する児童買春その他の犯罪から児童（18歳に満たない者）を保護し、もって児童の健全な育成に資することを目的としているところ（1条、2条1号）、思慮分別が一般に未熟である児童をこのような犯罪から保護し、その

健全な育成を図ることは、社会にとって重要な利益であり、本法の目的は、もとより正当である。そして、同事業の利用に起因する児童買春その他の犯罪が多発している状況を踏まえると、それら犯罪から児童を保護するために、同事業について規制を必要とする程度は高いといえる。」

「また、本法は、同事業を行う者（以下「事業者」という。）に対する規制として、…諸規定を設けている。そして、本件届出制度は、同事業を行おうとする者に対し、氏名、住所、広告又は宣伝に使用する呼称、本拠となる事務所の所在地、連絡先等の事項（7条1項1ないし5号）や、事業を利用する異性交際希望者が児童でないことの確認の実施方法その他の業務の実施方法に関する事項（同項6号）を都道府県公安委員会に届け出ることを義務付けるものであるところ、このような事項を事業者自身からの届出により事業開始段階で把握することは、上記各規定に基づく監督等を適切かつ実効的に行い、ひいては本法の上記目的を達成することに資するものである。」

「他方、本件届出制度は、インターネットを利用してなされる表現に関し、そこに含まれる情報の性質に着目して事業者に届出義務を課すものではあるが、その届出事項の内容は限定されたものである。また、届出自体により、事業者によるウェブサイトへの説明文言の記載や同事業利用者による書き込みの内容が制約されるものではない上、他の義務規定を併せみても、事業者が、児童による利用防止のための措置等を取りつつ、インターネット異性紹介事業を運営することは制約されず、児童以外の者が、同事業を利用し、児童との性交等や異性交際の誘引に関わらない書き込みをすることも制約されない。また、本法が、無届けで同事業を行うことについて罰則を定めていることも、届出義務の履行を担保する上で合理的なことであり、罰則の内容も相当なものである。」

「以上を踏まえると、本件届出制度は、上記の正当な立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものというべきであって、憲法21条1項に違反するものではないといえる。」

#### 4 違法行為の教唆・煽動等

刑法上の教唆犯は、正犯の実行行為があつて初めて成立するものと解されているが、現行特別法には、実行行為とは無関係に犯罪もしくは違法行為の教唆・煽動等を処罰する規定をおくものがある（破壊活動防止法38～40条、国家公務員法110条1項17号、地方公務員法61条4号等）。教唆・煽動とされる表現行為は、それ独自には法益の侵害性ないし危険性を持たないことから、その処罰は、少なくとも特定の違法行為が行われる現実的な危険が具体的に認められる場合に限るとの限定は付するべきである。煽動罪の合憲性に関し、判例は「公共の福祉」によって容認する方向にあり、学説からは、より厳しい基準（ブランデンバーグ・テスト＝唱道が差し迫った非合法的な行為を煽動し、もしくは生ぜしめることに向けられ、かつ、かかる行為を煽動し、もしくは生ぜしめる蓋然性がある場合を除き、唱道を禁止できないとするテスト）を適用すべきとの批判が多い。

※判例は、せん動とは人に対し「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24.5.18（百選I48事件）・最判平2.9.28（百選I49事件）参照）。

#### ◎ 沖縄デミー破防法事件（最判平2.9.28、百選I49事件）

##### 【事案】

Yは、沖縄返還協定批准等を阻止する目的の集会で、聴衆に向かって武装闘争が必要であり、機動隊をせん滅すべきなどと演説したことから、破壊活動防止法39条および40条のせん動罪にあたるとして起訴された。そこで、Yは、破防法39条、40条は、憲法19条、21条、31条等に反するとして争った。

##### 【判旨】

「破壊活動防止法39条及び40条のせん動罪は、政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、



又はこれに反対する目的（以下「政治目的」という。）をもって、各条所定の犯罪のせん動をすることを処罰するものであるが、せん動として外形に現れた客観的な行為を処罰の対象とするものであって、行為の基礎となった思想、信条を処罰するものでないことは、各条の規定自体から明らかである」

「確かに、破壊活動防止法39条及び40条のせん動は、政治目的をもって、各条所定の犯罪を実行させる目的をもって、文書若しくは図画又は言動により、人に対し、その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激を与える行為をすることであるから（同法4条2項参照）表現活動としての性質を有している。しかしながら、表現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないものであるところ、右のようなせん動は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ないものというべきであり、右のようなせん動を処罰することが憲法21条1項に違反するものでない」

「破壊活動防止法39条及び40条のせん動の概念は、同法4条2項の定義規定により明らかであって、その犯罪構成要件が所論のようにあいまいであり、漠然としているものとはいえない」

#### 《過去問チェック》47

#### 四 表現の時・場所・方法の規制

街頭演説、戸別訪問、ビラ貼り、ビラ配り等は、新聞・放送などの手段を持たない一般国民にとって自己の思想・主張を手軽に伝達し得る表現手段としてきわめて重要な意義を有している。ただ、これらの表現行為は、交通秩序の維持あるいは美観風致などに対する他者の権利と衝突することもあり、一定の制限を受けることは否定できない。

##### ☆（論点）表現の時・場所・方法の違憲審査基準

A説 表現内容規制と表現内容中立規制の区別を否定し、厳格な審査基準により判断する。

〔理由〕 表現の時、場所、方法の意義ないし重要性は人によって異なるのであって、ある時、場所、方法での表現行為がある人たちにとっては極めて重要な表現態様であることもあるし、また、ある表現の時、場所、方法が表現内容と結びついていることもある。

B説 表現内容規制と表現内容中立規制とに分け、前者には後者に対してよりも厳格な審査基準により判断する。

〔理由〕 表現の時、場所、方法の規制は、表現内容に対する規制の場合と比較して、政府による表現に対する恣意的な抑圧の危険が低いといえる。

〔批判〕 ① 実際上特定の内容を持つ表現だけを規制するような場合でも、緩やかな審査基準が適用されることになってしまう。

② 表現をする者にとっては、表現の時、場所、方法に対する規制が表現の内容の規制と同程度に重要である場合があることを看過している。

#### 1 街頭演説、ビラ配り、ビラ貼り等の自由

##### (1) 道路交通法による規制

道路における街頭演説、宣伝カーの使用、ビラ配りなどの表現行為は、道路交通法77条により、所轄警察署長の許可を要するものとなっている。これは、交通秩序の維持を目的とした規制と見られるが、この種の表現行為について、一律に事前の許可にかからしめることが本条に反しないか問題となる。

この点、交通秩序の維持という立法目的達成のためには、事前の規制が必要であることは否定できない。しかし、基本的には届出制で目的を達成できるはずであり、仮に許可制をと

る場合は、その基準が明確かつ厳格な場合のみ合憲となる。

◎ 最判昭35.3.3

道路において演説その他の方法により人寄せをすることは、場合によっては道路交通の妨害となり、延いて、道路交通上の危険の発生、その他公共の安全を害するおそれがないでもないから、演説などの方法により人寄せをすることを警察署長の許可にかからしめ、無許可で演説などのため人寄せをした者を処罰することは公共の福祉のため必要であるので、この程度の制限を規制した道路交通取締法規は、憲法21条に抵触しない。

(2) 屋外広告物法及びそれに基づく都道府県・指定都市の条例

屋外広告物法（及び条例）によるビラ貼りの規制は、美観風致の維持を目的として、屋外広告物の表示の場所及び方法について規制している。大阪市屋外広告物条例は、電柱等へのビラ貼りを全面的に禁止したことから、その合憲性が問題となった。

(3) ☆（論点）屋外広告物条例の合憲性

A説 合憲説（最大判昭43.12.18、大阪市屋外広告物条例違反事件、百選 I 55事件）

〔理由〕 都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持するゆえんであり、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的制限である。

B説 違憲説（LRAの基準）

〔理由〕 他にビラ等を掲示する掲示場等の代替手段があるのにこれを講じていない。

C説 適用違憲説（最判昭62.3.3、大分県屋外広告物条例事件・伊藤補足意見、百選 I 56事件）

〔理由〕 ビラやポスター等は大眾にとって意見や情報を伝達するのに簡便な方法として有効であり、目的・態様・他の伝達手段の有無などを考慮して利益衡量により適用違憲となり得る。

D説 合憲限定解釈説

本法は、思想や政治的意見の表示を含む広告物には適用されない。

◎ 大阪市屋外広告物条例違反事件（最大判昭43.12.18、百選 I 55事件）

〔事案〕

Yらは、「45年の危機迫る！！国民よ決起せよ！！大日本菊水会」等と印刷されたビラを橋柱や電信柱に貼り付けた行為につき、大阪市屋外広告物条例に反するとして起訴された。そこでYらは、ビラ貼り行為を禁止する当該条例は憲法21条に反するとして争った。

〔判旨〕

「大阪市屋外広告物条例は、屋外広告物法に基づいて制定されたもので、右法律と条例の両者相待って、大阪市における美観風致を維持し、および公衆に対する危害を防止するために、屋外広告物の表示の場所および方法ならびに屋外広告物を掲出する物件の設置および維持について必要な規制をしているのであり、本件印刷物の貼付が所論のように営利と関係のないものであるとしても、右法律および条例の規制の対象とされているものと解すべきところ（屋外広告物法1条、2条、大阪市屋外広告物条例1条）、被告人らのした橋柱、電柱、電信柱にビラをはりつけた本件各所為のごときは、都市の美観風致を害するものとして規制の対象とされているものと認めるのを相当とする。そして、国民の文化的生活の向上を目途とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であるから、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要且つ合理的な制限と解することができる。従つて、所論の各禁止規定を憲法に違反するものということはでき」ない。

◎ 大分県屋外広告物条例違反事件（最判昭62.3.3、百選 I 56事件）《予備R2-3》

〔事案〕

被告人が、大分県屋外広告物条例（以下、「本件条例」という）で禁止されている街路樹2本の各支柱に、日本共産党の演説会開催の告知宣伝を内容とした立て看板各1枚を針金でくくりつけた行為につき、同条例違反で現行犯逮捕、起訴された事案。

**【判旨】**

本件条例は、「屋外広告物の表示の場所・方法及び屋外広告物を掲出する物件の設置・維持について必要な規制をしているところ、国民の文化的生活の向上を目途とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であり、右の程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限と解することができるから」「…本件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、日本共産党の演説会開催の告知宣伝を内容とするいわゆるプラカード式ポスター各一枚を針金でくくりつけた被告人の本件所為につき、同条例33条1号、4条1項3号の各規定を適用してこれを処罰しても憲法21条1項に違反するものでないことは、前記各大法廷判例の趣旨に徴し明らかである。

**(伊藤正巳裁判官の補足意見)**

美観風致の維持という観点から一定程度の規制を行うことは、これを容認せざるをえないとはいえ、本件条例36条は、「この条例の適用にあたっては、国民の政治活動の自由その他国民の基本的権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。」と規定し、それが運用面における注意規定であるとは解されるものの、本件条例も適用違憲とされる場合のあることを示唆しているものと言え、適用にあたっては憲法の趣旨に即して慎重な態度をとるべきことを要求するものと解される。「したがって、それぞれの事案の具体的な事情に照らし、広告物の貼付されている場所がどのような性質をもつものであるか、周囲がどのような状況であるか、貼付された広告物の数量・形状や、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、表現の価値の有する利益が美観風致の維持の利益に優越すると判断されるときに、本条例の定める刑事罰を科することは、適用において違憲となるのを免れないというべきである。」

(4) 軽犯罪法1条33号

本法は、「みだりに他人の家屋その他の工作物にはり札」をした者を処罰する。愛知県原水協事件は、電柱にビラを貼った者を本法によって処罰したことから、本条の合憲性が問題となった。

◎ 愛知県原水協事件（最大判昭45.6.17、百選I A 7事件）《司法R1-5》

**【事案】**

Yらは、電力会社等が所有・管理する電柱に無断で政治的な内容のビラを貼り付けたため、軽犯罪法1条33号前段に反するとして起訴された。そこで、Yらは、軽犯罪法1条33号前段は憲法21条、31条に反すると争った。

**【判旨】**

「軽犯罪法1条33号前段は、主として他人の家屋その他の工作物に関する財産権、管理権を保護するために、みだりにこれらの物にはり札をする行為を規制の対象としているものと解すべきところ、たとい思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは、もとより許されないとあるといわなければならない。したがって、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であつて、右法条を憲法21条1項に違反するものといふことはでき」ない。

◎ 最判平20.4.11（百選I 58事件）《司法H29-6、R4-5、予備R2-3、4-4》

Xら3名が、共謀の上、「自衛隊のイラク派兵反対」などと記載したビラを防衛庁（当時）宿舎各室玄関ドア新聞受けに投函する目的で、管理者および居住者の承諾を得ないで立ち入ったため、住居侵入罪（刑法130条）により起訴された事案において、最高裁は、「憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されないとすべきである（最判昭59.12.18）。

本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ、本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に入出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。したがって、本件被告人らの行為をもって刑法130条前段の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない」としている。

◎ 最判平21.11.30（重判平22憲法6事件）《司法H29-6》

表現の自由は、民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならない、本件ビラのような政党の政治的意見等を記載したビラの配布は、表現の自由の行使といえることができる。しかしながら、憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなのは許されないというべきである。

…本件で被告人が立ち入った場所は、本件マンションの住人らが私生活を営む場所である住宅の共用部分であり、その所有者によって構成される本件管理組合がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に入出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、そこに本件管理組合の意思に反して立ち入ることは、本件管理組合の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穩を侵害するものといわざるを得ない。したがって、本件立入り行為をもって刑法130条前段の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない。

《過去問チェック》48

## 2 選挙運動の自由

### (1) 意義

選挙運動とは、特定の候補者を当選させる目的で多数の選挙人に対して行われる各種の活動をいう。日本国憲法は、議会制民主主義を採用している（前文）ことから、選挙は、主権者である国民と代表者を連結する手続としてきわめて重要なものである。よって、この選挙の過程においてこそ、表現の自由は最大限保障されなければならない。ところが、現行公職選挙法は、選挙運動についてきわめて多岐にわたって制約を付している。

### (2) ☆（論点）選挙運動の制限

ア 戸別訪問全面禁止規定（公選法138条）の合憲性

A説 合憲説

a 1説 弊害論（最判昭56.6.15）

〔理由〕 戸別訪問は様々な弊害（①買収・利益誘導等の不正行為の温床となる、②私生活の平穩を害する、③義理・人情に訴える、④不当な競争を招く、⑤多額の費用がかかる）を伴う。

〔批判〕 戸別訪問と弊害との間に直接的な因果関係はない。

a 2説 合憲限定解釈説

戸別訪問は不正行為をもたらす明白かつ現在の危険があると認められる戸別訪問のみ禁止される。

a 3説 立法裁量論（最判昭56.7.21、伊藤補足意見、百選Ⅱ158事件）

〔理由〕 各候補者は、ルールに従う。ルールの内容は立法裁量である。

〔批判〕 戸別訪問は21条により保障される重要な権利であり、47条にある立法裁量は、

21条を制限することまでは委ねていない。

B説 違憲説 (多数説)

必要最小限度の制限を超える (L R Aの基準)。

〔理由〕 選挙運動の重要性・優越的権利性にかんがみるときは、その制約は厳格な基準によって判定するほかないが、全面禁止は違憲と解さざるを得ない。

イ 法定外文書・図画の頒布禁止の合憲性

公職選挙法 (142条、143条、146条) は選挙期間中の文書・図画の頒布等を禁止している。

A説 合憲説 (最大判昭30. 3. 30、百選Ⅱ156事件)

〔理由〕 ①不当な競争、②怪文書の横行、③多額の出費という弊害があり、選挙の公正を期するためのものとして必要かつ合理的な制限である。

B説 違憲説

〔理由〕 事後処罰によっても防止し得る (L R Aの基準)。

ウ 事前運動の禁止規定の合憲性

公選法は、選挙運動の期間を候補者の届出の日から選挙期日の前日までに制限している。

A説 合憲説 (最大判昭44. 4. 23)

〔理由〕 常時選挙運動が行われると、①不当、無用な競争を招く、②経費がかさみ、経済上の不平等を生ずる。

B説 違憲説

〔理由〕 ① 政治活動と事前運動との区別が困難

② 新人の候補者に不利

◎ 最大判昭30. 3. 30 (百選Ⅱ156事件) 《司法H30-13、予備H30-8》

〔事案〕

衆議院議員選挙に際し、Yが選挙運動期間中に発行した機関紙が、選挙運動のためになされたものであるから、公職選挙法146条に反するとして起訴された。そこで、公職選挙法146条が憲法21条に反するとして争った。

〔判旨〕

「憲法21条は言論出版等の自由を絶対無制限に保障しているものではなく、公共の福祉のため必要ある場合には、その時、所、方法等につき合理的制限のおのづから存するものであることは、当裁判所の判例とするところである…。公職選挙法146条は、公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布、掲示を認めるときは、選挙運動に不当な競争を招き、これが為却つて選挙の自由公正を害し、その公明を保持し難い結果を来すおそれがあると認めて、かかる弊害を防止する為、選挙運動期間中を限り、文書図画の頒布、掲示につき一定の規制をしたのであつて、この程度の規制は、公共の福祉のため、憲法上許された必要且つ合理的の制限と解することができる。」

◎ 最大判昭44. 4. 23

〔事案〕

東京都新宿区議会議員選挙に立候補したY (元教員) は、立候補の届出前に自己への投票を得る目的で、教職者、教え子、その父兄に対して戸別訪問をし、選挙のパンフレットを配布した。また、Yは、選挙期間中にも戸別訪問をし、パンフレットを配布した。そこで、これらの行為が公職選挙法129条、138条、142条に反するとして起訴されたところ、Yはこれらの規定が憲法21条に反すると争った。

〔判旨〕

「憲法21条の保障する言論・出版その他表現の自由には公共の福祉のため必要かつ合理的な制限の存し得べきことは、前記当裁判所大法廷判決の明らかにするところである。ところで、公職の選挙につき、常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争

を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある。このような弊害を防止して、選挙の公正を確保するためには、選挙運動の期間を長期に亘らない相当の期間に限定し、かつ、その始期を一定して、各候補者が能うかぎり同一の条件の下に選挙運動に従事し得ることとする必要がある。公職選挙法129条が、選挙運動は、立候補の届出のあった日から当該選挙の期日の前日まででなければすることができないと定めたのは、まさに、右の要請に応えようとする趣旨に出たものであつて、選挙が公正に行なわれることを保障することは、公共の福祉を維持する所以であるから、選挙運動をすることができる期間を規制し事前運動を禁止することは、憲法の保障する表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であるといえることができるのであつて、公職選挙法129条をもつて憲法21条に違反するものといふことはできない。

◎ 最判昭54. 12. 20

【事案】

Xは、埼玉県議会議員選挙に際し、立候補者の得票数を予想し、特定の候補者について批評した新聞を発行した。そこで、Xは公職選挙法235条の2第2号によって起訴された。

【判旨】

「公職選挙法148条3項は、いわゆる選挙目当ての新聞紙・雑誌が選挙の公正を害し特定の候補者と結びつく弊害を除去するためやむをえず設けられた規定であつて…、公正な選挙を確保するために脱法行為を防止する趣旨のものである…。

右のような立法の趣旨・目的からすると、同項に関する罰則規定である同法235条の2第2号のいう選挙に関する『報道又は評論』とは、当該選挙に関する一切の報道・評論を指すのではなく、特定の候補者の得票について有利又は不利に働くおそれがある報道・評論をいうものと解するのが相当である。さらに、右規定の構成要件に形式的に該当する場合であつても、もしその新聞紙・雑誌が真に公正な報道・評論を掲載したものであれば、その行為の違法性が阻却されるものと解すべきである（刑法35条）。

右のように解する以上、公職選挙法148条3項1号イの『新聞紙にあつては毎月3回以上』の部分憲法21条、14条に違反しないことは、当裁判所大法廷判例の趣旨に徴し明らかである」

◎ 最判昭56. 6. 15 《司法R5-12、予備R5-7》

「戸別訪問の禁止は、意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のみならず弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、選挙人の生活の平穩を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなるうえに多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もつて選挙の自由と公正を確保することを目的としているところ（最高裁昭和42年（あ）第1464号同42年11月21日第三小法廷判決・刑集21巻9号1245頁、同43年（あ）第56号同43年11月1日第二小法廷判決・刑集22巻12号1319頁参照）、右の目的は正当であり、それらの弊害を総体としてみるとときには、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるといえることができる。そして、戸別訪問の禁止によつて失われる利益は、……意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のみならず弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいといえることができる。以上によれば、戸別訪問を一律に禁止している公職選挙法138条1項の規定は、合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法21条に違反するものではない。」

◎ 最判昭56. 7. 21（百選Ⅱ158事件）

【事案】

Yは、市議会議員選挙において、届出前に戸別訪問し、選挙運動をしたため、公職選挙法239条1号、3号、138条1項、129条に反するとして起訴された。

【判旨】

「公職選挙法129条、239条1号、138条、239条3号の各規定の違憲をいう点については、右

各規定が憲法前文、15条、21条、14条に違反しないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかである」

（伊藤正己裁判官の補足意見）

「選挙運動としての戸別訪問は、わが国において大正14年の普通選挙制の実施以来禁止されてきている。…周知のように、欧米の議会制民主主義国にあつては、戸別訪問は禁止されていないのみではなく、むしろそれは、候補者と選挙人が直接に接触し、候補者はその政策を伝え、選挙人も候補者の識見、人物などを直接に知りうる機会を与えるものとして最も有効適切な選挙運動の方法であると評価されている。選挙運動としての戸別訪問が種々の長所をもつことは否定することができないし、また選挙という主権者である国民の直接の政治参加の場において、政治的意見を表示し伝達する有効な手段である戸別訪問を禁止することが、憲法の保障する表現の自由にとつて重大な制約として、それが違憲となるのではないかという問題を生ずるのも当然といえよう。」

「戸別訪問が憲法に違反しないという論拠…について次ぎのようなものがあげられる。すなわち(1) 戸別訪問は買収、利益誘導等の不正行為の温床となり易く、選挙の公正を損うおそれの大きいこと、(2) 選挙人の生活の平穩を害して迷惑を及ぼすこと、(3) 候補者にとって煩に堪えない選挙運動であり、また多額の出費を余儀なくされること、(4) 投票が情実に流され易くなること、(5) 戸別訪問の禁止は意見の表明そのものを抑止するのではなく、意見表明のための一つの手段を禁止するものにすぎないのであり、以上にあげたような戸別訪問に伴う弊害を全体として考慮するとき、その禁止も憲法上許容されるものと解されること、がそれである…」

「これまで戸別訪問の禁止を合憲とする根拠とされてきたものは、それぞれに一応の理由があり、これを総体的にとらえるとき、この禁止が合理性を欠くものではないといえるかもしれないが、それだけでは、なお合憲とする判断の根拠として説得力に富むものではない。」

「私は、以上に挙げられた諸理由は戸別訪問の禁止が合憲であることの論拠として補足的、附随的なものであり、むしろ他の点に重要な理由があると考え。選挙運動においては各候補者のもつ政治的意見が選挙人に対して自由に提示されなければならないのではあるが、それは、あらゆる言論が必要最少限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従つて運動するものと考えべきである。法の定めたルールを各候補者が守ることによって公正な選挙が行われるのであり、そこでは合理的なルールの設けられることが予定されている。このルールの内容をどのようなものとするかについては立法政策に委ねられている範囲が広く、それに対しては必要最少限度の制約のみが許容されるという合憲のための厳格な基準は適用されないと考える。憲法47条は、国会議員の選挙に関する事項は法律で定めることとしているが、これは、選挙運動のルールについて国会の立法の裁量の余地の広いという趣旨を含んでいる。」

《過去問チェック》49

【報道の自由と取材の自由】

一 報道の自由

報道の自由とは事実を知らせる自由のことをいう。国民の知る権利の多くは、報道機関の報道を通じて充足される。したがって、報道機関の報道が国家権力による干渉・統制を受けることなく自由になされることが知る権利のために必要であり、まさに、報道の自由は国民の知る権利に奉仕するものとして21条1項による保障を受ける（判例・通説）。

◎ 博多駅事件（最大決昭44. 11. 26、百選 I 73事件）《司法H29-7、R6-6、予備H29-3、30-4、R6-4》

【事案】

米原子力空母エンタープライズ佐世保寄港阻止闘争に参加する学生への検問・持物検査の実態が、特別公務員暴行陵虐・職権濫用罪にあたるとして護憲連合等が発告したが、検察官が不起訴処分にした。そこで、付審判請求され、裁判所がテレビ局に対し事件当日のテレビニュースのフィルムの一部について提出命令をした。これに対し、テレビ局側は、報道の自由を侵害するなどとして

争った。

【決定要旨】

① 報道の自由、取材の自由が憲法上保障されるか

「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なくて、**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。**」

② 裁判所による取材フィルム等の提出命令の可否

「ところで、本件において、提出命令の対象とされた…フィルムは、報道機関が報道の目的に役立たせるためのものであつて、…本件におけるように刑事裁判の証拠のために使用されるような場合には、報道機関の将来における取材活動の自由を妨げることになるおそれがないわけではない。しかし、取材の自由といつても、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ことのあることも否定することができない。

本件では、まさに、公正な刑事裁判の実現のために、取材の自由に対する制約が許されるかどうか問題となるのであるが、公正な刑事裁判を実現することは、国家の基本的要請であり、刑事裁判においては、実体的真実の発見が強く要請されることもいうまでもない。このような公正な刑事裁判の実現を保障するために、報道機関の取材活動によつて得られたものが、証拠として必要と認められるような場合には、取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなつてもやむを得ないところというべきである。しかしながら、このような場合においても、一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあつての必要性の有無を考慮するとともに、他面において、取材したものを証拠として提出させられることによつて報道機関の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その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによつて受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない。

以上の見地に立つて本件についてみるに、本件の付審判請求事件の…審理は…、被疑者および被害者の特定すら困難な状態であつて、…第三者の新たな証言はもはや期待することができず、したがつて、当時、右の現場を中立的な立場から撮影した報道機関の本件フィルムが証拠上きわめて重要な価値を有し、被疑者らの罪責の有無を判定するうえに、ほとんど必須のものと認められる状況にある。他方、本件フィルムは、すでに放映されたものを含む放映のために準備されたものであり、それが証拠として使用されることによつて報道機関が蒙る不利益は、報道の自由そのものではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるということとどまるものと解されるのであつて、付審判請求事件とはいえ、本件の刑事裁判が公正に行なわれることを期するためには、この程度の不利益は、報道機関の立場を十分尊重すべきものと見地に立つても、なお忍受されなければならない程度のものである。…以上の諸点その他各般の事情をあわせ考慮するときは、本件フィルムを付審判請求事件の証拠として使用するために本件提出命令を発したことは、まことにやむを得ないものがあると認められるのである。」

## 二 取材の自由

取材の自由とは、報道すべき生の事実へ接し、これを獲得する自由をいう。報道の自由の前提として、取材の自由も21条により保障されている（多数説）。なぜなら、元来報道は、取材・編集・発表という一連の行為によつて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していること、また、国民の知る権利を満たすためにも、取材活動も公権力から自由で、報道機関と情報提供者の信頼関係が十分確保されなければならないからである。

◎ 博多駅事件（最大決昭44.11.26、百選 I 73事件）前掲参照



## ◎ 東京高判平7.8.10

当初から面接内容を公表しない旨の誓約書の提出を拒否し、積極的に取材目的の接見を希望している雑誌編集者Aに無条件に接見を許可したならば、在監中の被勾留者Bが精神的に動揺して規律違反、職員等に対する暴行、自殺、自傷事故等を起こすことにより、勾留目的を阻害し、拘置所内の規律・秩序の維持上、放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があったとした拘置所長Cの認定・判断には合理的な根拠がある。そして、接見内容を公表しないことを誓約することを接見許可の条件として求める拘置所長Cの判断は、社会通念に照らして著しく妥当を欠くものとはいえず、接見不許可処分が行われたことをもって裁量権の範囲の逸脱又は濫用の違法があるとはいえない。

## ◎ 大阪地判平19.2.16 (重判平19憲法6事件)

大阪市議会財政総務委員会の傍聴不許可処分を受けたフリージャーナリストXが、①「委員会」の傍聴を許可制とする点の憲法21条1項違反、及び②報道機関のうち大阪市政記者クラブ所属の記者のみに傍聴を許可する点の憲法14条1項・21条1項違反を主張して、大阪市に対し国家賠償請求を求めた事案である。

大阪地判は、憲法57条1項が定める会議の公開の会議とは、本会議を指し、立法裁量により設けられる議案の予備審査機関や内部機関等の公開は規定されていない、とした上で、地方議会における「本会議」の公開は、憲法57条1項・92条の趣旨に照らして、憲法上要請されているが、委員会については、その会議の公開はもとより設置自体についても制度として保証していないとしている。

報道機関が地方議会の会議を傍聴する自由も、国民(住民)の知る権利に奉仕するものとして個々の住民の傍聴の自由以上に重要な意味を有し、取材の自由の派生原理として十分尊重に値する。しかし、本会議での審議を充実させ、適切な表決を迅速に行うことを可能にするために、委員会において自由かつ率直な審議の場を確保して審査及び調査の充実を図ることは重要な公益であるとして、①について合憲としている。

また、②についても、報道機関の記者を一般の住民に対して優先して傍聴させることは、地方自治の報道の重要性に照らせば、合理性がある。そして、委員会の会議に係る事実を正確に報道することのできる能力・資質を備えない報道機関に委員会を傍聴させた場合に生じ得る弊害を除去するために、当該能力・資質を備える市政記者クラブ所属の報道機関ないしその記者にのみ傍聴を認めることも合理性があるとして、合憲としている。

## 1 法廷における写真撮影・録音等の制限

法廷においては、法廷での秩序維持、あるいは被告人のプライバシーの観点から、取材活動に制限がなされている(刑事訴訟規則215条、民事訴訟規則77条)。憲法の保障する裁判の公開(82条)は、裁判の公正と裁判への国民の信頼を確保するためのものであることから、報道の自由・取材の自由といえども裁判の公正確保のため、一定の制約を受けることは否定できない。しかし、裁判を国民により身近なものとするためにも、公判廷の秩序や訴訟関係人の利益を害しない範囲で写真撮影の制限を緩和する必要があり、実務上も最近カメラ取材が限定的に認められるようになった。

## ◎ 北海タイムス事件(最大決昭33.2.17)《司法H18-18》

## 【事案】

北海タイムスのカメラマンが、刑事裁判の法廷内で、裁判長の許可なく、被告人の写真を撮影した。裁判所が、法廷内の秩序を乱すものとして過料に処したことについて、裁判所の措置が報道の自由を制限するかどうか争われた。

## 【決定要旨】

「憲法が裁判の対審及び判決を公開法廷で行うことを規定しているのは、手続を一般に公開してその審判が公正に行われることを保障する趣旨にほかならないのであるから、たとえ公判廷の状況を一般に報道するための取材活動であっても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し被告人その他訴訟関係人の正当な利益を不当に害するがごときものは、もとより許されないとある

といわなければならない。ところで、公判廷における写真の撮影等は、その行われる時、場所等のいかんによつては、前記のような好ましくない結果を生ずる恐れがあるので、刑事訴訟規則215条は写真撮影の許可等を裁判所の裁量に委ね、その許可に従わないかぎりこれらの行為をすることができないことを明らかにしたのであつて、右規則は憲法に違反するものではない。」

◎ レペタ事件（最大判平元. 3. 8、百選 I 72事件）→82条の解説参照。《司法R5-3、予備H29-3》

【事案】

アメリカ人の弁護士であるレペタ氏が、裁判の傍聴の際にメモを取ることに許可申請をしたが却下された。そこで、レペタ氏は、この措置は憲法21条、82条、14条等に反するとして国家賠償法1条1項に基づいて損害賠償を請求した。

【判旨】

① 法廷で傍聴人がメモを取ることと21条1項

「憲法21条1項の規定は、表現の自由を保障している。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であつて、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである…。」

「筆記行為は、…さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない。

裁判の公開が制度として保障されていることに伴い、傍聴人は法廷における裁判を見聞することができるのであるから、傍聴人が法廷においてメモを取ることは、その見聞する裁判を認識、記憶するためになされるものである限り、尊重に値し、故なく妨げられてはならないものというべきである。」

「もつとも、情報等の摂取を補助するためにする筆記行為の自由といえども、他者の人権と衝突する場合にはそれとの調整を図る上において、又はこれに優越する公共の利益が存在する場合にはそれを確保する必要から、一定の合理的制限を受けることがあることはやむを得ないところである。しかも、右の筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定によって直接保障されている表現の自由のものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由を制約を加える場合に一般に必要なとされる厳格な基準が要求されるものではないというべきである。

これを傍聴人のメモを取る行為についていえば、法廷は、事件を審理、裁判する場、すなわち、事実を審究し、法律を適用して、適正かつ迅速な裁判を実現すべく、裁判官及び訴訟関係人が全神経を集中すべき場であつて、そこにおいて最も尊重されなければならないのは、適正かつ迅速な裁判を実現することである。傍聴人は、裁判官及び訴訟関係人と異なり、その活動を見聞する者であつて、裁判に関与して何らかの積極的な活動することを予定されている者ではない。したがつて、公正かつ円滑な訴訟の運営は、傍聴人がメモを取ることに比べれば、はるかに優越する公益であることは多言を要しないところである。してみれば、そのメモを取る行為がいささかでも法廷における公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げる場合には、それが制限又は禁止されるべきことは当然であるといふべきである。適正な裁判の実現のためには、傍聴それ自体をも制限することができる」とされているところでもある（刑訴規則202条、123条2項参照）。

メモを取る行為が意を通じた傍聴人によつて一斉に行われるなど、それがデモンストレーションの様相を呈する場合などは論外としても、当該事件の内容、証人、被告人の年齢や性格、傍聴人と事件との関係等の諸事情によつては、メモを取る行為そのものが、審理、裁判の場にふさわしくない雰囲気醸成を齎し出したり、証人、被告人に不当な心理的圧迫などの影響を及ぼしたりすることがあり、ひいては公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げられるおそれが生ずる場合のあり得ることは否定できない。

しかしながら、それにもかかわらず、傍聴人のメモを取る行為が公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げるに至ることは、通常はあり得ないのであつて、特段の事情のない限り、これを傍聴人の自由に任せるべきであり、それが憲法21条1項の規定の精神に合致するものといふことができる。」

② 法廷警察権行使についての裁量の範囲

「裁判長としては、特に具体的に公正かつ円滑な訴訟の運営の妨げとなるおそれがある場合においてのみ、法廷警察権によりこれを制限又は禁止するという取扱いをすることが望ましいといわな

けれども、事件の内容、傍聴人の状況その他当該法廷の具体的状況によつては、傍聴人がメモを取ることをあらかじめ一般的に禁止し、状況に応じて個別的にこれを許可するという取扱いも、傍聴人がメモを取ることを故なく妨げることとならない限り、裁判長の裁量の範囲内の措置として許容されるものというべきである。」

③ 法廷でメモを取ることを報道機関の記者に対してのみ許可することと14条1項

「憲法14条1項の規定は、各人に対し絶対的な平等を保障したのではなく、合理的理由なくして差別することを禁止する趣旨であつて、それぞれの事実上の差異に相応して法的取扱いを区別することは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではないと解すべきである…とともに、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するものであつて、事実の報道の自由は、表現の自由を定めた憲法21条1項の規定の保障の下にあることはいふまでもなく、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、報道のための取材の自由も、憲法21条の規定の精神に照らし、十分尊重に値するものである…。

そうであつてみれば、以上の趣旨が法廷警察権の行使に当たつて配慮されることがあつても、裁判の報道の重要性に照らせば当然であり、報道の公共性、ひいては報道のための取材の自由に対する配慮に基づき、司法記者クラブ所属の報道機関の記者に対してのみ法廷においてメモを取ることを許可することも、合理性を欠く措置ということとはできないというべきである。」

④ 法廷警察権の行使と国家賠償法1条1項の違法性

「法廷警察権…の行使に当たつての裁判長の判断は、最大限に尊重されなければならない。したがつて、それに基づく裁判長の措置は、それが法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情のない限り、国家賠償法1条1項の規定にいう違法な公権力の行使ということとはできないものと解するのが相当である。…

本件措置が執られた当时には、法廷警察権に基づき傍聴人がメモを取ることを一般的に禁止して開廷するのが相当であるとの見解も広く採用され、相当数の裁判所において同様の措置が執られていたことは前示のとおりであり、本件措置には前示のような特段の事情があるとまではいえないから、本件措置が配慮を欠いていたことが認められるにもかかわらず、これが国家賠償法1条1項の規定にいう違法な公権力の行使に当たるとまでは、断ずることはできない。」

## 2 取材源秘匿権

取材源秘匿権とは、公衆に対する情報伝播の目的で、内々の信頼関係を通じて取材した場合の取材源（狭義の取材源秘匿権）、及びかかる関係を通じて得られた情報（取材メモ、フィルムなど。広義の取材源秘匿権）の開示を強要されない権利をいう。

### (1) 狭義の取材源秘匿権

新聞記者が裁判所において取材源について証言を求められた場合、その証言を拒否すること（取材源秘匿権）が認められるかが問題となる。

この取材源秘匿権も、21条によって保障されていると考える（有力説）。なぜなら、取材源を明らかにしないという信頼があつて初めて正確な情報を与えられることがあり、この内々の信頼関係が保護されることによって正確な情報が国民に伝達されることになるからである。

### ◎ 石井記者事件（最大判昭27.8.6）

#### 【事案】

汚職事件のスクープ記事について裁判所・検察関係者の関与が疑われ、その捜査の一環として記者Xが証人として召喚されたが、憲法21条による取材源秘匿の権利ありとして証言拒絶し、証言拒絶罪（刑訴161条）で起訴された。そこでXは、取材源秘匿権は憲法21条で保障されると主張して争った。

#### 【判旨】

「法律は一般国民の証言義務を原則としているが、その証言義務が免除される場合を例外的に認めているのである。すなわち、刑訴144条乃至149条の規定がその場合を列挙している…。…そして、一般国民の証言義務は国民の重大な義務である点に鑑み、証言拒絶権を認められる場合は

極めて例外に属するのであり、また制限的である。従つて、前示例外規定は限定的列挙であつて、これを他の場合に類推適用すべきものでないことは勿論である。新聞記者に取材源につき証言拒絶権を認めるか否かは立法政策上考慮の余地のある問題であり、新聞記者に証言拒絶権を認めた立法例もあるのであるが、わが現行刑法は新聞記者を証言拒絶権あるものとして列挙していないのであるから、刑訴149条に列挙する医師等と比較して新聞記者に右規定を類推適用することのできないことはいふまでもないところである。…論旨は…取材源の秘匿は…21条1項により保護されなければならない…、と主張する…。

しかし、憲法の右規定は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであつて、新聞記者に特種の保障を与えたものではない。それゆえ、もし論旨の理論に従うならば、一般人が論文ないし随筆等の起草をなすに当つてもその取材の自由は憲法21条によつて保障され、その結果その取材源については証言を拒絶する権利を有することとなるであろう。憲法の保障は国会の制定する法律を以ても容易にこれを制限することができず、国会の立法権にまで非常な制限を加えるものであつて、論旨の如く次ぎから次ぎへと際限なく引き延ばし拡張して解釈すべきものではない。憲法の右規定の保障は、公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関しその取材源について、公の福祉のため最も重大な司法権の公正な発動につき必要欠くべからざる証言の義務をも犠牲にして、証言拒絶の権利までも保障したものと到底解することができない。論旨では新聞記者の特種の使命、地位等について云為するけれども、憲法の右保障は一般国民に平等に認められたものであり、新聞記者に特別の権利を与えたものでないこと前記のとおりである。国民中の或種特定の人につき、その特種の使命、地位等を考慮して特別の保障権利を与うべきか否かは立法に任せられたところであつて、憲法21条の問題ではない。」

◎ NHK記者事件（最決平18.10.3、百選I71事件）《司法H22-6、29-7、R4-5、6-6、予備R4-4、6-4》

【事案】

Xらがアメリカ合衆国を被告として米国連邦裁判所に対して提起した訴訟における開示の手続において、事件の発端となった報道の取材をしていた記者Yの証人尋問が日本の裁判所において実施された。Yは、証人尋問において、取材源の特定に関する質問事項について、民訴法197条1項3号所定の職業の秘密に該当することを理由に証言を拒絶した。一審・二審ともにYの証言拒絶を認めたため、Xらは許可抗告の申立てをした。

【決定要旨】

民訴法「197条1項3号は、『職業の秘密に関する事項について尋問を受ける場合』には、証人は、証言を拒むことができると規定している。ここにいう『職業の秘密』とは、その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいうと解される。もっとも、ある秘密が上記の意味での職業の秘密に当たる場合においても、そのことから直ちに証言拒絶が認められるものではなく、そのうち保護に値する秘密についてのみ証言拒絶が認められると解すべきである。そして、保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられるというべきである。

報道関係者の取材源は、一般に、それがみだりに開示されると、報道関係者と取材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来にわたる自由で円滑な取材活動が妨げられることとなり、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になると解されるので、取材源の秘密は職業の秘密に当たるといふべきである。そして、当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、当該報道の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該取材の態様、将来における同種の取材活動が妨げられることによって生ずる不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該民事事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべきことになる。そして、この比較衡量にあたっては、次のような点が考慮されなければならない。

…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。取材の自由の持つ上記のような意義に照らして考えれば、取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有するとい

うべきである。そうすると、当該報道が公共の利益に関するものであって、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができるという解するのが相当である。

これを本件についてみるに、本件…報道は、公共の利害に関する報道であることは明らかであり、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるようなものであるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情はうかがわれず、一方、本件基本事件は、株価の下落、配当の減少等による損害の賠償を求めているものであり、社会的意義や影響のある重大な民事事件であるかどうかは明らかでなく、また、本件基本事件はその手続がまだ開示（ディスカバリー）の段階にあり、公正な裁判を実現するために当該取材源に係る証言を得ることが必要不可欠であるといった事情も認めることはできない。

したがって、相手方は、民訴法197条1項3号に基づき、本件の取材源に係る事項についての証言を拒むことができるというべきであり、本件証言拒絶には正当な理由がある。」

(2) 広義の取材源秘匿権

自由な情報流通に対する公衆の利益を確保する上で重要であり、表現の自由に含まれるとする見解が有力である。

◎ 博多駅事件（最大決昭44. 11. 26、百選 I 73事件）前掲参照

◎ 日本テレビ事件（最決平元. 1. 30）《司法H29-7、予備H30-4》

リクルートコスモス社の社長室長が衆議院議員に接触する状況を撮影したビデオテープが、贈賄被疑事件捜査のために検察による差押処分を受け、当該差押処分の適法性が争われた。

最高裁は博多駅事件を引用し、本件は裁判所ではなく検察による差押えであるが、「公正な刑事裁判を実現するためには、適正迅速な捜査が不可欠の前提であり、報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関しては両者間に本質的な差異がない」として、適正迅速な捜査のための必要性と報道機関の報道の自由が妨げられる程度及び将来の取材の自由が受ける影響その他を比較衡量して差押えの可否を決すべきとして、本件では差押えはやむをえないとした。

◎ TBSビデオテープ押収事件（最決平2. 7. 9、百選 I 74事件）《予備H30-4》

暴力団員による債権取立を撮影したビデオテープが、当該暴力団員の犯罪行為の立証に必要として未編集テープを警察が差し押えたためテレビ局側はそれを不服として抗告した。

最高裁は、日本テレビ事件と同様に比較衡量によって差押えの可否を決すべきとしたうえで、本件の場合証拠としての重要性のほうが上回るとして差押えを適法として抗告棄却した。

（図表）放送局に対する公権力による差押え

	博多駅事件 (最大決昭44. 11. 26)	日本テレビ事件 (最決平元. 1. 30)	TBSビデオテープ押収事 件(最決平2. 7. 9)
事 案	警察官に刑法194、195条違反があったとして付審判請求がなされた事案において、NHKほかTV局3社に対し、事件の「状況を撮影したフィルム全部」の提出を命じた。	衆議院議員とリクルートコスモス社の社長室長が接触する状況を撮影したテープを贈賄被疑事件捜査のために検察が差し押さえた。	暴力団員の犯罪立証のため、当該暴力団員による債権取立てを撮影したビデオテープを警察が差し押さえた。
差押主体	裁判所	検察	警察
判 決	抗告棄却（差押えは合憲）	抗告棄却（差押えは合憲）	抗告棄却（差押えは合憲）

※ 上記3つの判例はいずれも比較衡量の手法によっている。しかし、取材の自由と公正な裁判の実現という異質な利益が比較衡量できるのか、また、公正な裁判の実現といいつつ捜査の必要性に重点が置かれているのではないか（博多駅事件で裁判所が差押えをする場合の基準として用いられた比較衡量が、捜査機関による差押えにも適用範囲が拡大され、TBSビデオテープ押収事件にいたっては純粹の捜査機関たる警察の差押えにも適用されていることに注意）との疑問が呈されている。

### 3 国家情報の取材

国家の情報については、国家公務員法100条1項で「秘密」漏示を禁止し、国家公務員法111条、109条12号は「そそのかし」を処罰しているが、国家機密の取材は、公務員の守秘義務と対立し、時として誘導的ともなり得るので、「そそのかし」にあたるのもいい得る。しかし、国家機密の取材を直ちに上記「そそのかし」に該当するとしたら、国家情報に対する取材活動は極めて制限されることになる。そこで、取材の自由と国家情報との関係をいかに解するかが問題となる。

ここに秘密とは非公知の事実であって実質的にも秘密として保護に値するものをいい、その判断は裁判所が行うべきである。行政庁の秘密指定で足りるとしては行政府が恣意的に秘密を作り出せることになり、民主国家における国政情報の公開原則に反するからである。

#### ◎ 外務省秘密電文漏洩事件（最決昭53. 5. 31、百選 I 75事件）《司法H22-6》

##### 【事案】

衆議院予算委員会の沖縄返還交渉審議の過程で、無いとされていた密約を裏付ける外務省秘密電文の存在が明らかにされた。これは、新聞記者であるXが、外務省事務官である女性Yから秘密文書入手するためにYと肉体関係を持ち、秘密文書を持ち出させたものであった。そこで、Xは国家公務員法111条のそそのかし罪にあたるとして起訴された。

##### 【決定要旨】

「国家公務員法111条にいう同法109条12号、100条1項所定の行為の『そそのかし』とは、右109条12号、100条1項所定の秘密漏示行為を実行させる目的をもって、公務員に対し、その行為を実行する決意を新に生じさせるに足りる懲罰行為をすることを意味するものと解するのが相当であるところ、…被告人の右行為は、国家公務員法111条、109条12号、100条1項の『そそのかし』にあたるものというべきである。

ところで、報道機関の国政に関する報道は、民主主義社会において、国民が国政に関するにつき、重要な判断の資料を提供し、いわゆる国民の知る権利に奉仕するものであるから、報道の自由は、憲法21条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なものであり、また、このような報道が正

しい内容をもつためには、報道のための取材の自由もまた、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…。そして、報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・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は認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである。しかしながら、報道機関といえども、取材に関し他人の権利・自由を不当に侵害することのできる特権を有するものでないことはいうまでもなく、取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論、その手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであつても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上は認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びるものといわなければならない。これを本件についてみると原判決及び記録によれば、…被告人は、当初から秘密文書入手するための手段として利用する意図でYと肉体関係を持ち、同女が右関係のため被告人の依頼を拒み難い心理状態に陥つたことに乗じて秘密文書を持ち出させたが、同女を利用する必要がなくなるや、同女との右関係を消滅させその後は同女を顧みなくなつたものであつて、取材対象者であるYの個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪したものとわがざるをえず、このような被告人の取材行為は、その手段・方法において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るから、正当な取材活動の範囲を逸脱しているものというべきである。」

### 三 放送に対する規制

放送の自由は、表現の自由の一形態であり、編集の自由は、放送する内容を決定する自由として、当然に表現の自由の保障が及ぶ。ただ、放送・編集の自由といえども、多種多様な言論・情報を伝達すべき要請から、一定の制約に服する。

#### 1 放送メディアに対する規制

放送法4条2号・3号、106条1項（平成22年改正前放送法3条の2第1項・第2項）は、「政治的に公平であること」（公平原則）、「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」、「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、放送番組相互の間の調和を保つ」ことを要求する。そこで、このような放送内容に関わる法的規制が認められるのが問題となる。

#### 2 ☆（論点）放送法4条の合憲性

A説 倫理的規定であるとして合憲とする。

〔理由〕 ①放送周波数は有限であり、②視聴率争いから、番組が画一化するおそれがあり、

③雑誌・新聞にはない強い影響力があり、④電波は国民の共有財産性・公物性を有する。

B説 違憲説

〔理由〕 ① 電波の有限性は、今日の技術的開発によって絶対視しなければならないというものではない。

② 電波を公物ととらえると広範囲にわたって行政介入を認めることになり、かえって情報の国家統制のおそれがある。

③ 放送局の免許制が正当化されるのは、許可申請が競合した際の調整及び混信防止のためである。

◎ 最判平2.4.17（百選Ⅱ157事件）《司法H29-13、R2-13、予備H29-8》

【事案】

Xは参議院議員選挙の際に、Yの放送設備を利用して政見放送をおこなった。その際、Xの発言の中に差別的用語が含まれていたため、YはXに当該部分を削除することについて同意を求めたが、拒否された。そこで、自治省行政局選挙部長に削除に関して照会したところ、違法ではないという回答を得たことから音声を削除して放送した。これに対し、Xは、公選法150条1項に反するとして国およびYに対して損害賠償を請求した。

【判旨】

「本件削除部分は、多くの視聴者が注目するテレビジョン放送において、その使用が社会的に許容されないことが広く認識されていた身体障害者に対する卑俗かつ侮蔑的表現であるいわゆる差別用語を使用した点で、他人の名誉を傷つけ善良な風俗を害する等政見放送としての品位を損なう言動を禁止した公職選挙法150条の2の規定に違反するものである。そして、右規定は、テレビジョン放送による政見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そのような言動が放送されることによる弊害を防止する目的で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、右規定に違反する言動がそのまま放送される利益は法的に保護された利益とはいえず、したがって、右言動がそのまま放送されなかったとしても、不法行為法上、法的利益の侵害があったとはいえないと解すべきである。」

「憲法21条2項前段にいう検閲とは、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解すべきところ、原審の適法に確定したところによれば、被告人日本放送協会は、行政機関ではなく、自治省行政局選挙部長に対しその見解を照会したとはいえ、自らの判断で本件削除部分の音声を削除してテレビジョン放送をしたのであるから、右措置が憲法21条2項前段にいう検閲に当たらないことは明らかであり、右措置が検閲に当たらないとした原審の判断は、結論において是認することができる。」

◎ 最大判平29.12.6（百選Ⅰ77事件）《司法R2-6、予備R2-4》

【事案】

本件は、原告の放送を受信できる受信設備を設置していながら原告との間でその放送の受信契約を締結していない被告に対し、受信料支払等を求める事案である。

【判旨】

「1 放送法64条1項の意義

(1) ア 放送は、憲法21条が規定する表現の自由の保障の下で、国民の知る権利を実質的に充足し、健全な民主主義の発達に寄与するものとして、国民に広く普及されるべきものであり、「放送を公共の福祉に適合するように規律し、その健全な発達を図ることを目的として（1条）制定されたのは、上記のような放送の意義を反映したものにはかならない。

上記の目的を実現するため、放送法は、…放送により国民が十分福祉を享受することができるように図るべく、二本立て体制を採ることとしたものである。そして、同法は、二本立て体制の一方を担う公共放送事業者として原告を設立することとし、その目的、業務、運営体制等を前記のように定め、原告を、民主的かつ多面的な基盤に基づきつつ自律的に運営される事業体として性格付け、これに公共の福祉のための放送を行わせることとしたものである。

放送法が、前記のとおり、原告につき、営利を目的として業務を行うこと及び他人の営業に関する広告の放送をすることを禁止し（20条4項、83条1項）、事業運営の財源を受信設備設置者から支払われる受信料によって賄うこととしているのは、原告が公共的性格を有することをその財源の面から特徴付けるものである。…

原告の存立の意義及び原告の事業運営の財源を受信料によって賄うこととしている趣旨」その他の事情「をも踏まえると、放送法64条1項は、原告の財政的基盤を確保するための法的に実効性のある手段として設けられたものと解されるのであり、法的強制力を持たない規定として定められたとみるのは困難である。…

以上によると、放送法64条1項は、受信設備設置者に対し受信契約の締結を強制する旨を定めた規定であり、原告からの受信契約の申込みに対して受信設備設置者が承諾をしない場合には、原告がその者に対して承諾の意思表示を命ずる判決を求め、その判決の確定によって受信契約が成立す



ると解するのが相当である。」…

「2 放送法64条1項の憲法適合性について

(1) 被告の論旨は、受信設備設置者に受信契約の締結を強制する放送法64条1項は、契約の自由、知る権利及び財産権等を侵害し、憲法13条、21条、29条に違反する旨をいう。その趣旨は、①受信設備を設置することが必ずしも原告の放送を受信することにはならないにもかかわらず、受信設備設置者が原告に対し必ず受信料を支払わなければならないとするのは不当であり、また、金銭的な負担なく受信することのできる民間放送を視聴する自由に対する制約にもなっている旨及び②受信料の支払義務を生じさせる受信契約の締結を強制し、かつ、その契約の内容は法定されておらず、原告が策定する放送受信規約によって定まる点で、契約自由の原則に反する旨をいうものと解される。

上記①は、放送法が、原告を存立させてその財政的基盤を受信設備設置者に負担させる受信料により確保するものとしていることが憲法上許容されるかという問題であり、上記②は、上記①が許容されるとした場合に、受信料を負担させるに当たって受信契約の締結強制という方法を採用することが憲法上許容されるかという問題であるといえる。

(2) 電波を用いて行われる放送は、電波が有限であって国際的に割り当てられた範囲内で公平かつ能率的にその利用を確保する必要などから、放送局も無線局の一つとしてその開設につき免許制とするなど(電波法4条参照)、元来、国による一定の規律を要するものとされてきたといえる。…日本国憲法下において、このような状態を改めるべきこととなったが、具体的にいかなる制度を構築するのが適切であるかについては、憲法上一義的に定まるものではなく、憲法21条の趣旨を具体化する前記の放送法の目的を実現するのにふさわしい制度を、国会において検討して定めることとなり、そこには、その意味での立法裁量が認められてしかるべきであるといえる。

そして、公共放送事業者と民間放送事業者との二本立て体制の下において、前者を担うものとして原告を存立させ、これを民主的かつ多元的な基盤に基づきつつ自律的に運営される事業体たらしめるためその財政的基盤を受信設備設置者に受信料を負担させることにより確保するものとした仕組みは、…憲法21条の保障する表現の自由の下で国民の知る権利を実質的に充足すべく採用され、その目的にかなう合理的なものであると解されるのであり、かつ、放送をめぐる環境の変化が生じつつあるとしても、なおその合理性が今日までに失われたとする事情も見いだせないのであるから、これが憲法上許容される立法裁量の範囲内にあることは、明らかというべきである。このような制度の枠を離れて被告が受信設備を用いて放送を視聴する自由が憲法上保障されていると解することはできない。

(3) …受信料の支払義務を受信契約により発生させることとするのは、前記のとおり、原告が、基本的には、受信設備設置者の理解を得て、その負担により支えられて存立することが期待される事業体であることに沿うものであり、現に、放送法施行後長期間にわたり、原告が、任意に締結された受信契約に基づいて受信料を収受することによって存立し、同法の目的の達成のための業務を遂行してきたことから、相当な方法であるといえる」から「放送法64条1項は、同法に定められた原告の目的にかなう適正・公平な受信料徴収のために必要な内容の受信契約の締結を強制する旨を定めたものとして、憲法13条、21条、29条に違反するものではないというべきである。」

《過去問チェック》50

### 3 新聞メディアに対する規制

新聞メディアに対する規制は、利用可能の有限性という点では電波と紙とは明らかに異なることから、法規制は許されないといえる(多数説)。アクセス権については前述した。

《過去問チェック》51

【通信の秘密】

一 保障の意味

21条2項後段は、「通信の秘密」を保障する。「通信の秘密」とは、一般的に「信書の秘密」よりも広い概念であり、封書や葉書のみならず電信・電話等の秘密も含む。

二 ☆（論点）通信の秘密の法的性格

A説 表現の自由の保障の1つ（通説）

〔理由〕① 通信は特定人への意思伝達を内容とするものであり、通信の秘密は思想・表現の自由の保障の1つである。

② 表現の自由と同一の条文に規定されている。

↓

保障の範囲は通信の内容に限られる。

B説 表現の自由の保護＋プライバシー保護（プライバシーに重点）（佐藤幸治）

〔理由〕① 特定人間のコミュニケーションの保護が主目的である。

② 表現の自由と同一条文中にあるのは比較憲法的にもむしろ異例である。

↓

保障の範囲は通信の内容だけでなく、通信の存在自体に関する事柄も含む（信書の差出人や受取人の名前・電話の通話者の名前など）。

「通信の秘密は、これを侵してはならない」とは、①公権力によって通信の内容及び通信の存在自体に関する情報を調査の対象とされないこと（積極的知得行為の禁止）を意味する。NTTやKDDIもこの関係では公権力に準ずるものとみなされる。②通信業務に従事する者が、職務上知りえた通信に関する事項を他に漏らしてはならないこと（漏洩行為の禁止）を意味する。禁止される漏洩行為の相手方は、私人公人を問わない。

三 保障の限界

通信の秘密の保障も、絶対無制約なものではなく、一定の内在的制約に服する。

1 犯罪捜査のための郵便物の押収 →35条の要件を満たす限り、問題はない。

2 通信の事務を取り扱う官署等の保管・所持する郵便物について、通常押収要件を緩和して一定の要件を満たせば押収し得るとしている（刑事訴訟法100条）。

3 犯罪捜査のための盗聴

伝統的な学説においては、対象の特定性の困難ゆえに令状によっても許されないとされる。

しかし、近時、組織的な覚せい剤犯罪の捜査での必要性などにかんがみ、厳格な要件のもとで許容する見解も有力である。また、そのような裁判例も現れている。

平成11年に制定された犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（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る通信の傍受を認めている。

◎ 最決平11.12.16（百選 I 59事件）《予備R6-5》

〔事案〕

Yは、電話を利用して覚せい剤の注文を受け、待ち合わせ場所に客を赴かせ、密売したとして起訴された。これは、警察による電話傍受により発覚した事件であった。そこで、Yは、本件検証許可状に基づく電話傍受は、法律上の根拠なく行われた捜査手段であるから、憲法31条、35条、13条、21条2項に反すると争った。

〔決定要旨〕

「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である

が、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべきであって、このことは所論も認めるところである。そして、重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存在する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当である。

そこで、本件当時、電話傍受が法律に定められた強制処分の令状により可能であったか否かについて検討すると、電話傍受を直接の目的とした令状は存していなかったけれども、次のような点にかんがみると、前記の一定の要件を満たす場合に、対象の特定に資する適切な記載がある検証許可状により電話傍受を実施することは、本件当時においても法律上許されていたものと解するのが相当である。

- (1) 電話傍受は、通話内容を聴覚により認識し、それを記録するという点で、五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する検証としての性質をも有するといえることができる。
- (2) 裁判官は、捜査機関から提出される資料により、当該電話傍受が前記の要件を満たすか否かを事前に審査することが可能である。
- (3) 検証許可状の『検証すべき場所若しくは物』（刑訴法219条1項）の記載に当たり、傍受すべき通話、傍受の対象となる電話回線、傍受実施の方法及び場所、傍受ができる期間をできる限り限定することにより、傍受対象の特定という要請を相当程度満たすことができる。
- (4) 身体検査令状に関する同法218条5項は、その規定する条件の付加が強制処分の範囲、程度を減縮させる方向に作用する点において、身体検査令状以外の検証許可状にもその準用を肯定し得ると解されるから、裁判官は、電話傍受の実施に関し適当と認める条件、例えば、捜査機関以外の第三者を立ち会わせて、対象外と思量される通話内容の傍受を速やかに遮断する措置を採らせなければならない旨を検証の条件として付することができる。
- (5) なお、捜査機関において、電話傍受の実施中、傍受すべき通話に該当するかどうか明らかでない通話について、その判断に必要な限度で、当該通話の傍受をすることは、同法129条所定の『必要な処分』に含まれると解し得る。

もともと、検証許可状による場合、法律や規則上、通話当事者に対する事後通知の措置や通話当事者からの不服申立ては規定されておらず、その点に問題があることは否定し難いが、電話傍受は、これを行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合に限り、かつ、前述のような手続に従うことによって初めて実施され得るようななどを考慮すると、右の点を理由に検証許可状による電話傍受が許されなかったとまで解するのは相当でない。」

4 破産管財人は破産者に宛てられた郵便物等を開披できるとしているが（破産法82条1項）、破産者に宛てられた郵便物のすべてを管財人の手に委ねるとするのは、明らかに行き過ぎといわれている。

#### 5 刑事施設被収容者（在監者）に対する通信の制限

刑事施設に収容されている被収容者については、施設の秩序維持あるいは拘禁目的を達成するため一定の通信を制限する必要がある。→13条の解説参照。

#### ◎ 最判平6.10.27

在監者（刑事施設被収容者）の信書の発受につき監獄所長の「検閲」を認める〔旧〕監獄法50条は、憲法21条2項の「検閲」に当たらず、また21条にも反するものではなく合憲である。

#### ◎ 最判平11.2.26

##### 〔事案〕

Xは、殺人罪等で死刑が確定し、拘留されていた。そこでXは死刑制度の是非を問う投書を新聞

社に発送しようとしたが、拘置所長Yから不許可処分を受けた。そこで、Xは右処分が裁量の範囲を逸脱し、これによって意見を公表する自由が妨げられたとして、Yに対し処分の取消し、国に対し慰謝料の支払いを請求した。

【判旨】

「死刑確定者の拘禁の趣旨、目的、特質にかんがみれば、監獄法46条1項に基づく死刑確定者の信書の発送の許否は、死刑確定者の心情の安定にも十分配慮して、死刑の執行に至るまでの間、社会から厳重に隔離してその身柄を確保するとともに、拘置所内の規律及び秩序が放置することができない程度に害されることがないようにするために、これを制限することが必要かつ合理的であるか否かを判断して決定すべきものであり、具体的場合における右判断は拘置所長の裁量にゆだねられているものと解すべきである。原審の適法に確定したところによれば、被上告人東京拘置所長は東京拘置所の採用している準則に基づいて右裁量権を行使して本件発信不許可処分をしたというのであるが、同準則は許否の判断を行う上での一般的な取扱いを内部的な基準として定めたものであって、具体的な信書の発送の許否は、前記のとおり、監獄法46条1項の規定に基づき、その制限が必要かつ合理的であるか否かの判断によって決定されるものであり、本件においてもそのような判断がされたものと解される。そして、原審の適法に確定した事実関係の下においては、同被上告人のした判断に右裁量の範囲を逸脱した違法があるとはいえないから、本件発信不許可処分は適法なものというべきである。これと同旨の原審の判断は、是認するに足り、原判決に所論の違法はない。右判断は、市民的及び政治的権利に関する国際規約及び監獄法の所論の各条項に違反するものではない。」

《過去問チェック》52