

# 表現の自由の「優越的地位」と違憲審査基準

—表現の自由の規制の合憲性

高野敏樹

- I. 表現の自由の「優越的地位」
- II. 言論・出版の自由とその制約
- III. 検閲の禁止および事前抑制の禁止原則
- IV. 集会・結社の自由とその制約

## I. 表現の自由の「優越的地位」

### 1. 「自己実現の価値」と「自己統治の価値」

表現の自由は、近代の自由の生成・発展史におけるもっとも基本的な自由のひとつであり、沿革的には、たとえばヴァージニア憲法が「圧政の政府における以外は、表現の自由を制限することができない」(12条)と規定しているように、アメリカ諸州の憲法において、法律によっても制限することのできない自然法的な権利として成文化された<sup>(1)</sup>。言論その他の表現活動がまさに個人の「人格の発展」にとっての本質的要素であり、表現の自由は、そのような「自己実現の価値」を体現する権利と考えられたからである。

他方でまた、表現の自由は、民主政の実現過程においても、重要な「社会的価値」をもつ。すなわち、言論・表現活動は国民にとって政治的意思決定に關与する不可欠の手段であるといつてよく、それに対する広範な規制は民主主義そのものの基盤を失わせることになる。表現の自由はこの意味で、国民の「自己統治の価値」を体現するものであり、合衆国憲法のもとにおいて—前述の「自己実現の価値」とともに—このような民主政にお

ける「自己統治の価値」が強く意識され、そこから表現の自由の「優越的地位 (preferred position)」の理論が確立されることとなった<sup>(2)</sup>。

## 2. 表現の自由の「優越的地位」と審査基準

「優越的地位」の理論のもとにおいて、表現の自由に対する規制の合憲性を判断するに際しては、いわゆる「二重の基準 (double standards)」論にもとづいた審査が必要とされる。すなわち、経済的自由の規制の合憲性に関しては、規制の「合憲性の推定」をともなった緩やかな審査基準である「合理性の基準 (rationality test)」が適用されるのに対して、規制が表現の自由に対するものである場合には、「厳格な審査基準 (strict scrutiny test)」によらなければならない<sup>(3)</sup>。

この「厳格な審査基準」のもとでは、基本的に、①合憲性の推定の原則は働かず、②規制の合理性については、むしろ表現の自由を規制する側がそれを立証すべきもの（「挙証責任の転換」）と考えられている。

「二重の基準」論にもとづく「厳格な基準」は、以上のように表現の自由に対する規制をいわば例外的な場合に限定しようとするものであるが、それは、ホームズ (Holmes) 裁判官の「真理の最良の判定基準は、その思想が市場における競争のなかで、みずからを容認させる力をもつかどうかである」という見解に代表されるように<sup>(4)</sup>、表現の自由に対する規制は、本来外からの規制ではなく、表現行為自体に内在する規制原理としての自己淘汰の原理にこそ委ねられるべきであるとする思想（「言論の自由市場論 (free market of speech)」）にもとづくものである。

以上の観点から、表現の自由の規制の合憲性の審査にあたっては、裁判所は規制立法の形式および規制の実質の両面にわたって、次のような慎重な考慮が必要とされる<sup>(5)</sup>。

(A) 文面審査——表現の自由に対する規制は、①それが事前に表現行為を規制するものであってはならず（「事前抑制 (prior

restraint) の禁止]], また, ②不明確な文言による規制は許されない(「明確性の原則」)。②の原則に反した規制は「漠然性のゆえに無効 (void for vagueness)」となる。

- (B) 目的審査——規制立法の目的は, ①政策的な目的であってはならず, かつ②規制を正当化するには, 規制目的である社会的害悪の発生が抽象的ではなく, 具体的・近接的でなければならない(「明白かつ現在の危険 (clear and present danger test)」の基準)。
- (C) 手段審査——立法目的が正当である場合も, 規制手段は目的達成のために必要最小限度でなければならない(「LRA (より制限的でない他の選ぶ方法 = less restrictive alternative test) の基準」)。

注:

- (1) ヴァージニア憲法と同様に, 合衆国憲法修正1条も「連邦議会は, 法律により……言論および出版の自を制限し, あるいは人民の平穩に集会を……する権利を侵すことはできない」と定めている。この場合に, 集会が平穩であることという要件を欠く場合には法律による制限に服することになるが, しかしこの自由の保障された範囲内では, 法律によってもこれを侵すことはできない。
- (2) 表現の自由の「優越的地位」の根拠として, エマーソンは, ①表現の自由が個人の「自己実現」にとって不可欠であること, ②表現行為の妥当性は社会において判断されるべきであること, ③表現の自由は民主主義政治のプロセスにおいて本質的に重要であること, ④表現の自由は権力に対する反対が暴力や革命にまで発展しないようにする「安全弁」の機能をはたすこと, の諸点をあげている (T. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *Yale L. J.*, 877, 912 (1963).)。
- (3) 「二重の基準論」は, 1938年の *United States v. Carolene products Co.*, 304 U. S. 144事件における連邦最高裁判決に由来する。

同判決において, 法廷意見を述べたストーン (Stone) 裁判官は, ①修正1

条から修正10条にいたる人権保障条項を規制する立法においては、原則として「合憲性の推定」の範囲は狭くあるべきこと、②民主主義体制の基礎をなす政治過程に影響をおよぼす立法は、経済過程に影響を与える立法場合と比較して、より「厳格な」司法審査に服すべきであること、③少数者の権利は、経済的な利益集団と異なって、特別の裁判上の保護があたえられるべきこと、という基本原則を明らかにした。

- (4) もっとも、現代の大衆デモクラシーのもとにおけるマスメディアの飛躍的な発達現象をみると、表現の自由の主体と享受の自由の主体とはむしろ分離する状況がみられる。すなわち、マスメディアが社会的な力を獲得した反面、民衆は現実には後者の自由のみを享受することにならざるをえない。このような現実を直視したうえで、表現の自由の意義・内容を考えることが今後の課題となろう。
- (5) 中谷実・向井久了・高野敏樹・井上典之『憲法訴訟の基本問題』148頁以下(1989年)参照。

表現の自由に対する規制立法の違憲審査の手法としては、本文にあげた諸基準のほかに、「文面審査」の場合をのぞいた一般的な判断手法として、「比較衡量テスト (balancing test)」がある。

「比較衡量」はふたつのレベルでなす。ひとつは、基本権を制限する法令自体の合憲性が問題となる場合であり、ここでは当該規制立法によって「得ようとした利益は何であるか」、逆に「それによって失われる利益は何であるか」また「その衡量は適切に行われたか」などの点が問題になる。

いまひとつは、適用される法令自体の合憲性に問題はないが、その具体的な適用が当該具体的事実関係において問題となる場合であり、当該適用によって「得られる利益は何であるか」および「失われる利益は何であるか」という点および「その衡量は適切に行われたか」といった点が問題となる。

これら「比較衡量」においては、事実の認定とともに、「得られる利益」と「失われる利益」の比較に際しての価値判断およびその基準が問題とされるが、比較のありかたによって、それは単なる「個別的比較衡量(ad hoc balancing)」の手法に終始する場合と、「定義的比較衡量(definitional balancing)」の手法が要請される場合とにわかれる。表現の自由に対する規制の違憲審査においては、この両者の方法が混在して用いられるが、一般的に言えば、表現の自由の「優越的地位」の理論のもとにおいては「定義的比較衡量」の手法が中心となるべきであるといえる。とりわけ、比較の対象が国家的利益や社会的利益というように極端に「抽象化」される場合には、表現の自由の保障の実質化の観点からそのことが必要とされよう。

## II. 言論・出版の自由とその制約

### 1. 言論・出版その他の自由の範囲

憲法21条1項は、「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」と規定している。本条は、明治憲法29条が定めていた「法律の留保」を排除してこれらの自由の保障を強化するとともに、その保障の範囲を「その他一切の表現」にまで拡大したものである。

集会・結社の自由については後述するが、本条にいう言論・出版は口頭または印刷物に限らず、言語表現メディアすべてをふくむ広い概念であり<sup>(1)</sup>、また本条の保障はこのような言語媒体によらず、広く自己の思想や意見を象徴的に表現する行動（いわゆる「象徴的表現 (symbolic expression)」)にもおよぶ<sup>(2)</sup>。

営利的言論が保障の範囲にふくまれるかについては、それをもっぱら経済活動の一環ととらえる立場からの異論があるが、基本的には、①表現の自由の保障にふくまれるとしたうえで、②審査基準のレベルで、非営利的言論とことなつて厳格性の緩和された基準を適用すべきと考えられる（ただし、広告内容を禁止する場合には、言論活動の禁圧となるため、厳格な審査基準が要求されるというべきであろう<sup>(3)</sup>）。

### 2. 言論・出版の自由の制約

表現の自由を制限するにあたっては、表現の自由が「優越的地位」をもつことを前提としたうえで、その制限は調整されるべき他の人権や利益の性質に応じた必要最小限のものでなければならない。

とりわけ、表現の「内容規制 (content based regulation)」は表現の自由に対して致命的な影響を与えるため、規制を正当化する「切実な公益 (compelling interests)」と「目的達成のために厳しく選択された手段 (narrowly tailored means)」の存在が必要とされる。

また表現の場所・方法等に関する「内容中立的規制 (content neutral regu-

lation)」の場合にも、上記の基準ほど厳格ではないが経済的規制に適用される「合理性の基準」よりも厳しい「重要な利益」と、目的と手段の「実質的な関連性 (substantial relationship)」が要求される<sup>(4)</sup>。

(1) 表現の内容に関する規制

(i) 名誉とプライバシー

名誉およびプライバシーの権利は13条の人格権の保障のもとにあり、名誉の保護については、刑法230条が名誉毀損行為を処罰の対象とすると同時に、侵害行為が①「公共の利害」に関係し、②「公益を図る」目的である場合、③「真実の証明」があれば処罰しない旨を規定して表現の自由との調整を図っている。

判例は、③の要件について、事実が「真実であることの証明」がない場合でも行為者が真実と誤信したことに相当の理由があるときは名誉毀損の罪の成立を否定する柔軟な解釈を示している（夕刊和歌山事件・最大判昭44・6・25刑集23巻7号975頁）が、この点についてはすすんで、名誉毀損行為が公的事柄に関する場合はむしろ被害者の側が行為者に「現実の悪意」のあることを証明するものとするアメリカの判例理論（「現実の悪意」の理論）の適用が有力に主張されている<sup>(5)</sup>。

一方、プライバシー侵害が問題となる場合には、性質上公表された事実がたとえ真実であっても被害者の損害が存在するため、「真実の証明」によって免責されることはなく（「宴のあと」事件・東地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁）、そこでは事実の内容や被害者の地位の公共性の度合いをどのように判断するかについて慎重な考慮が必要である。

(ii) 猥褻文書の頒布・販売

猥褻文書・凶画の頒布等は、刑法175条により処罰の対象とされる。同条のいう「猥褻」の意味について最高裁は、①徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ②普通人の正常な性的羞恥心を害し、③善良な性的道義観念に反するもの（「チャタレー事件」最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁）と

定義した。

その背景にはいわゆる「性行為非公然性の原則」を維持しようとする姿勢がうかがえるが、たとえ同原則を承認するとしても、判決の定義は「明確性」を欠いており、合衆国連邦最高裁がいわゆる「漠然性のゆえに無効」の法理を発展させてきた経緯と対比すると、むしろそれとは対照的な方向性を示しているといえる。

もっとも、猥褻の概念について、その後最高裁の判断は変化のきざしをみせている。すなわち、「チャタレー事件」において「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念」であるとの立場から、芸術的・思想的価値のある文書であっても、これを猥褻性を有するとすることはなんらさしつかえないものと判断したのに対して、「悪徳の栄事件」（最大判昭44・10・15刑集23巻10号1239頁）においては、①芸術性・思想性により文書の内容である性的刺激を減少緩和させる場合があること、②猥褻であるか否かは、文書の全体的な判断にもとづいて決定されるべきである、という手法を導入して猥褻概念の一種の「相対化」を図っている<sup>(6)</sup>。

また、猥褻文書の規制をめぐることは、青少年保護条例にもとづく有害図書指定および販売規制の問題がある。最高裁は、知事が「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」には当該図書を「有害図書」に指定し、それらの自動販売機への収納販売を禁止する岐阜県青少年保護育成条例について、それを合憲とする判断を示している（最判平元・9・19刑集43巻8号785頁）。この事例においても、猥褻規制の事例と同様に、規制の「文言の明確性」の問題、すなわち規制基準の明確性の問題が残されている。さらに、規制の目的と規制手段の合理的関連性についてもLRAの基準にもとづく、より精密な審査がなされるべきであろう<sup>(7)</sup>。

## (2) 表現の方法・場所等に関する規制

### (i) 道路交通法による使用規制

街頭演説やビラ配り、署名活動などで道路を使用する場合、道路交通法は「一般交通に著しい影響を及ぼす」行為については警察署長の使用許可を必要とする旨（同法77条1項）を規定しているが、最高裁はこのような街頭演説の許可制についても、「公共の福祉の為め必要あるときは、その時、所、方法等について合理的に制限できる」（最判昭35・3・3刑集14巻3号253頁）として同法を合憲としている。

本来この種の規制は時、場所、方法といった表現の態様に関する必要最小限度の規制にとどまるべきものであり、道路交通法による街頭演説などの無制限な許可制は違憲の疑いが濃いといわざるをえない。それにもかかわらず、本判決が、「公共の福祉」論からただちに同法の定める許可制を合憲とする手法には問題が残されている<sup>(8)</sup>。

#### （ii）屋外広告物法・条例による規制

屋外広告物法および各地の条例は「美観風致を維持」する目的で屋外広告物の表示を規制している。ビラ貼りを全面的に禁止した大阪市屋外広告物条例違反事件において、最高裁は「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」と判示した。

この点については前述したように、「内容中立的」な規制の場合にも、より厳格な審査基準が適用されるべきであり、学説上は、①後述するように、道路がパブリック・フォーラムの性質をもつこと、②ビラ貼りが大衆にとって意見や情報を伝達する簡易で有効な方法であることから、全面禁止にかわる「より制限的でない手段」が考慮されていない本条例はむしろ違憲の疑いが強いといえよう<sup>(9)</sup>。

#### （iii）報道の自由の規制

報道の自由は二一条で明示的に保障されているわけではないが、学説上も、また最高裁も報道機関の報道が「『国民の知る権利』に奉仕する」ものであるという観点から、「憲法二一条の保障のもとにある」ことを認めてい



る（「博多駅テレビフィルム提出命令事件」最大決昭44・11・26刑集23巻11号1490頁）。そして、外務省秘密漏洩事件において、報道機関が公務員に対して執拗に秘密の漏示を要請したとしても（国家公務員法111条における「そそのかし」行為）、それが「真に報道目的からでたもの」で、「その手段・方法が法秩序全体の精神に照らして社会通念上是認されるもの」であるときは正当な取材行為であることを原則的に認めている（最大決昭53・5・31刑集32巻3号457頁）。

ただ、取材の自由に関して、最高裁は、取材の自由が憲法上保護されるべき権利であることを承認しつつも、前述の博多駅事件においては、取材の自由に対する制約の合憲性は「取材の自由が妨げられる程度」と「公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性」との比較衡量によって決定されるという手法を採用し、後者の利益を優先する立場を明らかにしている<sup>(10)</sup>。同事件において報道機関の側は、裁判所が刑事裁判の証拠としてテレビ取材フィルムの提出を命じることは、取材フィルムの報道目的外の使用にあたるもので、それは事後の取材活動への阻害要因となり、「公権力による取材活動制限」にあたる旨を主張していた。

本判決は、比較衡量の手法にもとづくものであるが、衡量の対象として一方の秤に「公正な裁判の実現」という国家的利益をおき、「取材の自由」をそれと比較したのではおそらくは前者の優位が当初から明らかといえるであろう。それが比較衡量に内在する方法論上の問題点として指摘される点であり、比較衡量の手法を採用する場合には、そこではあくまで表現の自由の「優越的地位」を前提にしたうえで、諸要素についての判断がなされるべきである。また、新聞記者の取材源秘匿権について、最高裁は、記者の証言拒絶権は刑事訴訟法上も憲法上も認められないとの判断を示している<sup>(11)</sup>（「石井記者事件」最大判昭27・8・6刑集6巻8号974頁）。

- (1) 「言論」は口頭における表現行為を、「出版」は印刷物によるものを本来さ  
すが、「表現の自由」の保障は、これらのメディアにかぎらず、思想・意見を  
発表する手段のいかんをとわない（宮沢俊義・芦部信喜『全訂日本国憲法』  
二四六頁（一九七八年））。
- (2) 「象徴的表現」を認めたアメリカの判例としては、Texas v. Johnson, 109  
S. Ct. 2533（1989）が代表的である。同事件は、共和党大会が開催されてい  
るダラス市において被告がレーガン政権の政策に反対の意思を表明するた  
めに、市役所前で合衆国国旗を燃やしたことが国旗損壊を禁止するテキサス  
州法違反にとわれたものである。最高裁の多数意見は、被告の行為を「表現  
の自由」によって保護された「象徴的表現」と認め、オブライエン・テスト  
（Obrien test）にしたがい、同州法を「象徴的表現」に適用することが「表  
現の自由」に反すると判示した。わが国においては、沖縄国体開会式におけ  
るいわゆる「日の丸焼きすて事件」があるが、那覇地裁（地判平5・3・23  
判タ815号114頁）は、被告の行為が「象徴的表現」であるどうかを判断せず、  
器物損壊罪の成立を認める有罪判決を下している。
- (3) 「営利的言論」が表現の自由の保障の対象となるかどうかについては、①営  
利広告を、精神活動の一環としてなされたものと、もっぱら営利活動に属す  
るものとに二分し、後者については表現の自由の保障対象にふくまれないと  
する説（伊藤正己『憲法』307頁（1990年））、②営利広告は表現の自由と経済  
活動の自由の二つの側面を有するものととらえ、そこから他の表現活動に対  
するよりも広い規制を認める説（佐藤功『ポ憲法』（上）355頁（1983年））、  
③営利広告も表現の自由の自由にふくまれ、その制約は一般の言論と同様の「厳格  
な審査基準」が適用されるべきとする説（樋口陽一他『注釈憲法（上）』461  
頁〔浦部〕（1984年））に大別される。

表現の自由が「優越的地位」をもちうるのは、それが「自己統治」に直結  
するものであることに起因する。そのように考える場合には、営利広告に関  
しては、基本的に②説にたちつつ、ただし当該規制が広告の「内容」の規制  
におよぶ場合には「厳格な審査基準」が必要とされるというべきであろう。

- (4) 表現の自由に対する「内容中立的な規制」の場合の審査基準は、「合理性の  
基準」よりも厳しい審査基準といえる。すなわち、「合理性の基準」におい  
ては、規制目的と達成手段の両面にわたって「合憲性の推定」が働くのに対し  
て、この基準においては、規制立法目的がその手段によって合理的に促進さ  
れるものであることを「事実にもとづいて証明」すること（目的と手段の「実  
質的関連性」）が要請され、その挙証責任は人権を規制する側が負う。そして、  
立法目的そのものに関しても、「合理性の基準」がいわば「想定された立法目

的と想像上の立法事実」を受け入れるのに対して、この基準では、「明瞭に表明された実際の目的 (articulated and actual purpose)」の存在とそれが「正当な国家利益 (proper governmental interests)」にかなうものであることが必要とされる。

ただし、この基準も、「厳格な審査基準」との関係においては、比較的「緩やか」な基準である。すなわち、「厳格な審査基準」が立法目的を達成するのに「必要不可欠な (necessary) 手段」であることの証明を要求するのに対し、問題の手段が目的達成のための「実質的関連性」を有するかぎり、公権力による手段選択の余地を認めるものであり、また目的審査においても、一定の立法裁量の広がりや肯定する可能性をふくんでいる。この点について、中谷実・向井久了・高野敏樹・井上典之『憲法訴訟の基本問題』183頁〔高野〕(1989年) 参照。

- (5) 佐藤幸治『憲法』464頁(1990年)、樋口他・前出『注釈憲法(上)』465頁〔浦部〕。
- (6) 猥褻文書凶画の頒布等を規制する刑法175条の合憲性については、「悪徳の栄事件」最高裁判決の田中二郎裁判官の反対意見は、「刑法175条にいう猥褻の概念は、おのずから厳格に限定的に解釈されるべきもの」として、猥褻概念の相対性を、①文書全体における猥褻の要素の占める割合、②文書の科学性・思想性・芸術性との関連、③作者の姿勢・態度、頒布等の宣伝・広告の方法などにより判断すべきものとしている。
- (7) 最高裁は本判決において、有害凶書の規制は青少年保護のための立法措置であり、このような場合には、それが表現行為を規制するものであっても、表現の自由の規制立法に対する厳格な審査基準は適用されない旨を述べているが、このような論法は従来の「公共の福祉」論を「青少年保護」にいいかえたものにすぎないのではないかという疑問の残るところである。
- (8) 佐藤幸治・前出『憲法』468頁、樋口他・前出『注釈憲法(上)』483頁〔浦部〕、奥平康弘「街頭演説の許可制」憲法判例百選 I 100頁。
- (9) 大分市屋外広告物条例違反事件最高裁判決(最判昭62・3・3刑集41巻2号15頁)において、伊藤裁判官補足意見は、条例の合憲性を肯定しつつも、他方で利益衡量の結果として適用違憲となる場合があることを指摘している。
- (10) 「取材の自由」に関して、最高裁の立場は、取材の自由が「憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値いする」ことを認めるが、しかしその保障の程度は憲法21条によって直接に保障される「報道の自由」よりは一段階低いものとみなしているようにもみえる(古川純「取材・報道の自由」樋口陽一編『憲

法の基本判例』89頁(1985年))という指摘がある。取材活動は本来、報道にとって不可欠の前提をなすものであり、取材の自由も報道の自由の一環として、憲法21条の保障の対照となると考えるべきであろう(芦部信喜『国家と法I』104~105頁(1985年))。

- (11) 民事事件については、北海道新聞島田記者事件(札幌高決昭54・8・31判時937号16頁)は、民訴法281条により証言拒絶権を肯定している。

### III. 検閲の禁止および事前抑制の禁止原則

#### 1. 検閲の禁止

21条2項は、とくに明文の規定によって「検閲の禁止」を定めている。21条2項の表現の自由は、すでに述べたように表現の自由の一般的保障として「事前抑制の禁止」の原則を含むものであるが、そのような表現の自由に対する事前の抑制のうち「検閲」に該当するものについて、21条2項は絶対的にそれを禁止するものである。

##### (1) 検閲と事前抑制の関係

検閲と事前抑制との関係をどのようにみるかについては、大きく次のような学説上の対立がある<sup>(1)</sup>。

(a) 説〔絶対禁止説〕は、検閲とは表現の自由に対する事前の抑制のうち、①「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作用をいうものとし、②検閲に該当する行為は絶対的に禁止されるものとする<sup>(2)</sup>。

(b) 説〔機能的検閲概念〕は、検閲と事前抑制とが本来的には同質の作用であるという観点から、①検閲は行政権に限られず、裁判所をふくむ「公権力」がその主体となりうるものであり、②その対象も「思想内容」に限定されず、ひろく「表現内容」におよび、③たとえ事後抑制であっても、それが思想・情報が一般に受領される以前の抑制である場合、あるいは思想・情報の発表に対して抑止的效果をもつような規制は検閲とみなすというものである<sup>(3)</sup>。

これに対し、最高裁は、北方ジャーナル事件において(a)説〔絶対禁止説〕の立場に立つことを明確にして、「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、「発表前にその内容を審査したうえ、不相当と認められ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」と定義した（最大判昭61・6・11民集40巻4号872頁）。

(a)説と(b)説の違いは相対的であるといつてよいが、①検閲は伝統的に行政権によって行われてきたこと、②かりに(b)説をとった場合、事前抑制の禁止の原則は厳格な基準のもとにおいてではあるが、一定の例外的な事前規制を認めるため、そこでは21条2項がとくに明文で検閲を禁止した趣旨を生かすことができないという点を考慮すれば、21条の解釈としては(a)説の見解が妥当といつてよいであろう。

## (2) 検閲の対象と方法

以上のように、検閲の主体を「行政権」とする見解をとる場合も、検閲の対象および方法の把握方法によっては「検閲禁止」の保障範囲に相違が生じる。最高裁は、検閲は表現物の「思想内容」を対象とし、「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」するものとする立場をとっているが（札幌税関検査訴訟事件・最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁）、これに対しては、検閲禁止の対象が狭くなりすぎ、過去に行われた典型的な出版検閲制度すら検閲に該当しないのではないかという疑問が指摘されざるをえない。むしろ、検閲とは「思想内容」に限定されず、「表現物の内容」を事前に審査する作用をひろく意味すると解すべきであろう<sup>(4)</sup>。

## 2. 事前抑制の禁止

事前抑制とは、以上に述べたように、検閲に該当するものを除いた表現の自由に対する事前の規制を指し、21条1項の表現の自由の保障のなかにこのような事前抑制の禁止の原則がふくまれる<sup>(5)</sup>。行政機関による事前抑

制が例外的に許されるためには、当該規制がやむをえない必要最小限度のものであり、かつその基準が明確でなければならない。

#### (i) 税関検査

関税定率法21条1項3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」の輸入を禁止しているが、前述の札幌税関検査訴訟事件において最高裁は、①輸入禁止とされる表現物は国外においてすでに発表済のものであり、②税関検査は関税手続の一環であって、思想内容を網羅的に審査規制するものではなく、③税関の判断に対しては司法審査の道が開かれている、との理由で税関検査は検閲にあたらないと判断した。

しかし、この論拠に対しては学説上は批判的見解が多く、①問題は税関検査がわが国において当該表現物の閲覧を全面的に禁圧するものであり、②表現物の審査がたとえ付随的であっても、その性質は検閲と変わるところはなく、また③行政権による事前抑制という意味では典型的な検閲とみなしうる、という観点からその合憲性には疑問が指摘されている。これに関しては、個人的観賞のための所持目的での猥褻表現物の輸入を処罰することは許されないとした下級審判決（東高判平・4・7・13頁判時1432号48頁）が注目される。

#### (ii) 教科書検定

文部大臣による教科書の検定（学校教育法21条、40条および51条）の合憲性が第一次から第三次家永教科書裁判で争われているが、判例は教科書検定制度が検閲にあらず、また事前抑制が許容される理由として、一般に①検定不合格の教科書原稿を一般の図書として出版することは禁じられておらず、また②教科書検定の申請原稿はすでに図書として出版されているものであっても差し支えないものであり、制度上「検閲」としての特質を欠いており、③教育の均等性の要請からくる一定の内容規制はやむをえない等の諸点をあげている。

学説においても、以上の諸点を認めて検定が「検閲」にあたらない（た

だ、その場合も明確な基準なしに検定を行うことは事前抑制の禁止に反する)とする見解がある<sup>(7)</sup>。しかし、教科書検定が字句の訂正等の形式的なものである場合は別として、①実際の検定制度は権力的な表現内容の審査にほかならず、また②表現の自由は教科書としての出版の自由を含むものであるとの理由から、むしろ検定の「検閲」該当性を肯定すべきであるように思われる<sup>(8)</sup>。

### (iii) 裁判所による表現行為の事前差止め

前述の北方ジャーナル事件において、最高裁は、裁判所が名誉棄損に該当する表現内容の記事の出版を差し止める仮処分をなすことを認めた。

事前差止めの要件としては口頭弁論または債務者の審尋を行うことが原則であるが、本件では債務者の提出した資料のみにもとづく差止めが肯定された。判決はそれを認める基準として「表現内容が真実ではなく、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」という要件を掲げ、本件はこの基準を満たすものと判断している。

注：

(1) 「事前抑制」は、「事後的規制」が表現の自由に対して、いわゆる「萎縮効果 (chilling effects)」を与えるのと比較すると、まさしく一定の表現行為を事実上「凍結 (freeze)」させるというきわめて強い抑止効果をもつ。しかも、事前の抑制という性質上、それは予測にもとづく広汎な規制となりやすく、そこから規制権限の濫用という事態が生じるおそれがある。

これに関して、アメリカにおいては、1931年の *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931) 事件を契機として、「行政権」が主体とあって事前の抑制を行う場合はもちろん、裁判所が差止め命令によって事前抑制をなす場合も、判例上はひろく「検閲 (censorship)」に該当すると考えられており、「検閲」と「事前抑制」とは概念上ほとんど区別することなく用いられてきた。

*Near* 事件は、名誉棄損等の表現がある場合に新聞等の刊行物の出版を差し止める権限を裁判所に与えたミネソタ州法の合憲性が問題とされた事件であったが、これに対して最高裁は、①同州法が無限定かつ恒久的に事後の

刊行を禁止する権限を認めていること、②州法の定める裁判所の審理手続において、いわゆる「真実の抗弁」が許されていなかったことを理由として、州法の規定内容は包括的あるいは一般的な「許可制」に近く、行政権による「検閲」と本質的に変わりないと述べて、違憲の結論を導いたのであった。

このように、裁判所による差止命令を、その機能において、行政権による「検閲」と同一視する「機能的アプローチ」は、その後1973年の *Pittsburgh Press v. Pittsburgh Human Relation Commission*, 413 U. S. 376 (1973) 事件などの一連の判決に継承されており、判例上は「事前抑制」すなわち「検閲」の合憲性は主として上記の諸条件との関連で、それが充足されているかどうかという観点から考察される傾向にある。

- (2) 佐藤功『日本国憲法概説』179頁(1991年)、佐藤幸治『憲法』356頁(1990年)。この〔絶対禁止説〕は、要するに、①21条の条文構成、および②わが国における「検閲」の歴史的沿革から、憲法が「行政権」による「検閲を「絶対的」に禁止する趣旨であることを強調する考えかたであるが、その反面で実際問題として、そこでいう典型的・古典的な類型としての「検閲」に該当するとみられる行為は現代においては可能性として、きわめて限定されたものになるかもしれない。
- (3) 芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界」佐藤功記念『日本国憲法の理論』264頁(1987年)。「機能的検閲概念」は表現の自由の実質的な保障のありかたを提示しようとするものといつてよいが、この理論構成による場合にはかえって「検閲」を明文で禁止した21条2項の「絶対禁止」の趣旨が「相対化」されるのではないかという批判がなされる余地が生じる。
- (4) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I』324頁〔中村〕(1992年)。
- (5) 北方ジャーナル事件において、最高裁は、裁判所による出版物の事前差止めは原則として「検閲」にあたらないとしたうえで、裁判所によるそのような差止めが許されるかどうかは「いわゆる事前抑制として憲法21条1項に違反しないか」という問題として捉えられるべきことを指摘している。すなわち、行政権による「検閲」は21条2項のもとで「絶対的」に禁止され、その他の態様の事前規制は21条1項の表現の自由の一般的保障のなかにふくまれる「事前抑制禁止」の法理によって厳格に審査されることを明確にした。
- (6) 税関検査の合憲性は、これまでたとえばルイ・マル監督の映画「恋人たち」の一部カット(1959年)、ナチスのユダヤ人虐殺を描いた映画「夜と霧」の輸入禁止(1956年)および一部カット(1958年)などをめぐって争われており、学説上は違憲とする見解が通説的である(宮沢俊義『憲法II』367頁(1971年)、



佐藤功『ポ憲法（上）』377頁（1983年）など参照。

- (7) たとえば、佐藤幸治・前出『憲法』356～357頁は、「(教科書) 検定制度は『検閲』そのものということとはできないと解される。が、『検定』の名において、明確な基準なしに、恣意的な思想統制を行なうことは、執筆者の表現の自由、ひいては思想・良心の自由あるいは手続的デュー・プロセスなどを、さらに教育をうける者の教育をうける権利や思想・良心の自由などを侵害するとの批判を免れない」と述べている。

もっとも、第二次家永教科書検定訴訟に関する東京地裁判決(東地判昭45・7・17行集21巻7号別冊1頁)は、審査が思想内容に及ぶものでないかぎり「検閲」には該当せず、現行検定制度自体はそのようなものと断定すべきではないとしながらも、本件不合格処分は執筆者の思想内容を事前に審査するものであって「検閲」に該当すると判示している。

- (8) 浦部法穂「教科書検定と検閲該当性」芦部信喜編『教科書裁判と憲法学』78～79頁（1990年）参照。

#### IV. 集会・結社の自由とその制約

##### 1. 集会・結社の意味

「集会」と「結社」はいずれも共同の目的を有する多数人の集団をいい、「集会」が一時的な集合体であるのに対して、「結社」は継続的・組織的な集合体をさす。集団示威行動も、「動く集会」という集会の一形態として本条の保障をうける<sup>(1)</sup>。結社の種類は多種におよぶが、とりわけ政治的目的を達するための結社の自由は民主政・議会政の不可欠の要素であり、戦前の治安維持法や治安警察法による政党抑圧の経験をふまえて本条の規定がおかれた<sup>(2)</sup>。

##### 2. 集会の自由の制約

###### (1) 規制の態様と審査基準

###### (i) 公安条例による規制

集会はその性質上集団による行動をとるため、一般的には「公共安全」あるいは「公共の安寧秩序」の維持の要請との抵触・調整の問題が

生じる。地方公共団体の定める公安条例は、この観点から、街頭行進や集団示威運動などの集団行動を行う場合に、事前に公安委員会への「届出」ないし「許可」を必要とする例が多く、このような事前規制の合憲性が問題とされてきた<sup>(3)</sup>。

最高裁はこの種の公安条例について、一貫して合憲判断を示している。たとえば新潟県公安条例事件判決（最大判昭29・11・24刑集八巻11号1866頁）は、①単なる「届出制」は別として、「一般的な許可制」は憲法の趣旨に反するが、②「特定の場所又は方法」について、「合理的かつ明確な基準」にもとづく事前規制は許され、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」という判断基準を示したうえで、同条例はこれらの基準を満たしており合憲であると判示した<sup>(4)</sup>。

判決が指摘するように、「一般的な許可制」は一般的に禁止されている事柄を特定の場合に解除するものであるから、憲法上は本来自由であるべき集団行動にこれを適用することは許されないし、また事前規制については「明白かつ現在の危険」の要件が必要とされるとする点で判決の基準それ自体は一般論として妥当とあってよい。

しかし、一方で、当該条例がこの基準に合致するかどうかについては学説上、批判的見解が多い。すなわち、条例は公安委員会に対して同委員会が「公安を害する虞」がないと認めるときは許可を与えなければならないと定めている（判決はこの点を本件許可制が一般的許可制と異なる理由としてあげている）が、この「公安を害する虞」という規定の文言は抽象的かつ漠然としたものであり、そこからは公安委員会の判断にきわめて広い裁量の余地が生じるからである<sup>(4)</sup>。

最高裁は、「公共の安寧」の要件が問題とされた東京都公安条例事件判決<sup>(5)</sup>（最大判昭35・7・20刑集14巻9号1243頁）、および「交通秩序を維持すること」という遵守事項を定めた徳島市公安条例事件判決<sup>(6)</sup>（最大判昭

50・9・10刑集29巻8号489頁)において、いずれも合憲判断を示しているが、むしろこれらの事例は「漠然性のゆえに違憲」の法理のもとで審査されるべき事例であったといえよう。

さらに、東京都公安条例事件判決は、前述の新潟県公安条例事件判決の立場を一步進めて、①「届出制」と「許可制」の区別は必ずしも合憲性の判断要素とはならないこと、②規制に際しては集団行動が行われる場所のいかんを問わないとすることも許される旨を判示している。

#### (ii) その他の規制

最高裁は、厚生大臣による皇居外苑の集会使用申請不許可処分を合憲としたメーデー事件(最大判昭28・12・23民集7巻13号1561頁)において、国の公物管理権にもとづく許可制(国民公園管理規則4条)を合憲とし、また「道路の危険防止」と「交通の安全と円滑」を図るための道路交通法77条1項にもとづく警察署長による許可制に対しても合憲判断を示している(最判昭57・11・16刑集36巻11号906頁)。

#### (2) パブリック・フォーラム論

公共の場における表現行為の規制の合憲性の判断手法としては、アメリカの判例理論における「パブリック・フォーラム論(public forum theory)」が注目される<sup>(7)</sup>。同理論は、フォーラムを、①歴史的に表現活動の自由が優先されてきた道路、公園、駅前広場などの「伝統的パブリック・フォーラム(traditional public forum)」、②一定の目的のために創出された公会堂などの「非伝統的パブリック・フォーラム(non-traditional public forum)」、③学校、図書館などの「セミ・パブリック・フォーラム(semipublic forum)」、④空港、鉄道駅、裁判所などの「ノン・パブリック・フォーラム(non public forum)」に類別し、パブリック・フォーラムの度合いに応じて異なった司法審査の基準を用いる手法である。

すなわち、①の類型の場合、政府は表現の自由を禁止することは原則として許されず、「厳格な基準」が適用されるため、この理論を適用した場合、

前述したわが国の許可制や実質的にはそれと同様の抑制効果をもつ届出制は違憲の疑いが強くなる（ただし、④の類型では政府の広い裁量権を認める「緩やかな基準」が適用される）。

この理論は、わが国では駅構内でのビラ配りの規制の合憲性を認めた最高裁判決（最判昭59・12・18刑集38巻12号3026頁における伊藤裁判官補足意見参照）や、下級審判決において主張されているが<sup>(8)</sup>、これに対しては同時に、同理論はどのタイプのフォーラムに該当するかという点の認定について裁判官に広い判断の幅を与えることになり、それはかえって規制を受ける側の予見可能性を失わせるとする批判もある。

### 3. 結社の自由の制約

結社の自由の制限の代表的な立法例としては、「団体の活動として暴力主義的破壊活動を行う明らかなおそれがあると認めるにたりる十分な理由があるとき」は公安審査委員会が集団示威行動や機関紙の頒布を禁止し、または解散の指定を行うことを認める破壊活動防止法があるが、同法の結社の規制については、①団体の活動規制が包括的すぎるのではないかと、②行政処分によって結社の存在を否定するような解散の指定を行うことができるかという点から、その合憲性には疑問が提示されている<sup>(9)</sup>。

注：

- (1) 佐藤功『日本国憲法概説』206頁（1991年）。
- (2) 治安維持法は1925（大正14）年に制定されたが、制定後3年が経過した1928（昭和3）年に、「緊急勅令」という明治憲法に特有の法形式で改正され、この勅令で改正された部分は翌年の帝国議会で承認をうけて法律としての効力をもつものとされた。

1928年の緊急勅令は、「国体ヲ変革スルコトヲ目的トシテ結社ヲ組織シタル者又ハ結社ノ役員其ノ他指導者タル任務ニ従事シタル者ハ死刑又ハ無期若ハ五年以上ノ懲役又ハ禁固ニ処ス」と定め、それまでの法律での「十年以下ノ懲役又ハ禁固」の刑を、「国体変革」を目的とする行為については、死刑

と無期懲役に処する旨の重罰規定を設けたものである。治安維持法体制の展開については、奥平康弘『治安維持法小史』（1977年）参照。

- (3) 各地方公共団体が定める公安条例は、一般に「許可制」をとっており、許可にあたっては交通秩序の維持に関する事項などについて必要な条件を付すことが認められている。同時に、事前の「許可」ないし「届出」の義務、あるいは許可に際して付された条件に対する違反行為については刑罰が科されることになる。
- (4) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ』336頁〔中村〕（1992年）、芦部信喜編『憲法Ⅱ』593頁〔佐藤幸治〕（1978年）。
- (5) 東京都公安条例事件最高裁判決は、新潟県公安条例事件最高裁判決の際の一般論における基本的な考えかたから離れて、別の観点をつよく打ち出した点に特徴がある。

すなわち、(一)許可制と届出制の区別について、新潟県公安条例事件最高裁判決は一般的な許可制は許されないことを承認していたが、東京都公安条例事件最高裁判決は、許可制と届出制の区別はむしろ無用であるとする態度を示している。すなわち、「公安委員会が必要且つ最小限度の措置を事前に講ずることはやむを得ないものである」とし、いかなる程度の措置がその「必要且つ最小限度の措置」として是認できるかという点については、「(それは)許可とか届出とかいう概念または用語によってのみ判断すべきではない」と述べ、「許可であれ届出であれ、要するに表現の自由が不当に制限されることにならなければ差し支えないのである」と判示している。

(二)「特定の場所または方法」に対する規制についても、新潟県公安条例事件最高裁判決においては、その「場所または方法」が明記されていることを合憲性の基準であるとする立場が一応は採用されていたが、これに対して、東京都公安条例事件最高裁判決は、この点もほとんど考慮の外におき、「いやしくも集団行動を規制する必要があるとするなら、集団行動が行われうるような場所をある程度包括的に掲げ、またはその行われる場所のいかんを問わないものとすることはやむを得ない」としている。

そして、(三)「明白かつ現在の危険」の存在について、東京都公安条例事件最高裁判決は、許可または不許可の基準が「明らかに差迫った危険」にあるという点に触れていない。それにかえて、同判決はデモ行進一般の性質としての「暴力化」を強調している。すなわち、判決は、デモ行進による思想の表現は多数人の集合体の一種の物理的力によって支えられていることを特徴とするものであり、デモ行進は「暴徒化」する危険を内包しているとの観点から、これに対する「法的規制は必要である」と判示したのであった。

以上が判決のいわゆる「デモ暴徒化論」の概要であるが、そこでは暴徒化の危険性という概念が従来の憲法理論の集積を意味の薄いものとしたのみならず、判決の論理全体の方向を当初から規定してしまった感がある。

- (6) 徳島市公安条例は届出制を定めたものであるが、届出にあたって、「交通秩序を維持すること」を遵守事項とし、「交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」という条件を付することができるようにされていた(3条3号, 5条)。

被告人はこの条件に違反し、いわゆる「蛇行進」すなわちフランス・デモをするよう煽動したとして起訴されたものであるが、最高裁は、これに対して同条例の合憲性を認め、有罪判決を下した。

条例の合憲性について、判決は、①刑罰法規に対しては「漠然性のゆえに違憲」の理論が適用されるべきであり、②条例が不明確かどうかという点について、「交通秩序を維持すること」という文言は「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、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する」と述べ、③蛇行進がこの「殊更な交通秩序の阻害」行為にあたる、と判断している。

判決は「漠然性のゆえに違憲」の基準の適用のもとで、条例をいわば限定解釈することによってその合憲性を認めようとするものであるが、しかし条例の文言から、判決が示しているような限定的な趣旨を読みとることができるかはきわめて疑問である。判決は、「通常の判断能力を有する一般人の理解」の要件をかかげているが、その要件にしたがって条例を解釈する場合には、いっそうそのことは困難であるといわざるをえない。条例を合憲というためには、すくなくとも条例自身において、「殊更な交通秩序の阻害をもたらす行為」に該当する典型的な行為を例示し、列挙することが必要と思われる。

- (7) 長岡徹「駅構内でのビラ配布と表現の自由」憲法判例百選 I 98頁, 紙谷雅子「パブリック・フォーラムの落日」芦部信喜記念『現代立憲主義の展開(上)』643頁以下(1993年)。
- (8) パブリック・フォーラム論を採用して、公共施設の使用許可取消処分執行停止の申立てを容認した例として、京都地裁平2・2・20決定(判時1369号94頁), 大阪地裁昭63・9・14決定(判時1305号71頁), 大阪高裁昭63・9・16決定(判時1305号70頁), 岡山地裁平2・2・19決定(判タ730号74頁)などがある。
- (9) 佐藤幸治『憲法』484頁(1990年), 伊藤正己『憲法』299頁(1990年), 小林直樹『憲法講義(上)』459頁(1980年)。