

表現の自由と人格的権利に関する研究・序説（一）

—— マス・メディアによる人権侵害に関する事例的研究 ——

箭 川 哲

はじめに

第一章 序 論

第一節 問題解決へのアプローチ

一 序説

二 各種のアプローチ

三 小括（以上本号）

第二章 事例研究

第一節 肖像権

第二節 プライヴァシーの権利

第三節 その他の人格的権利

まとめ——結びにかえて

はじめに

表現の自由（憲法二十一条）には、種々の問題がある。性表現、青少年保護条例、国公法・地公法における公務員の政治活動制限条項、公安条例あるいは道交法による集団示威行進の制限、破防法と言論・集会の自由、屋外広告物条例によるビラ貼りの制限、あるいは公選法上の選挙運動の禁止及至制限等々。アト・ランダムにあげただけでも、これだけの問題が列挙できる。また、表現の自由それ自体に関する問題として、報道・取材の自由の論点もあげられるだろうし、さらには、表現の自由に関連して知る権利が登場して来る場合もある。そして、これらの問題は、個別的に検討され、解決されなければならない。それぞれが憲法論的に見た場合、互いに相異なる性質を有するからである。

かかる意味において、本稿が直接的なテーマとする表現の自由と人格的権利の問題も個別的に、それが有する特有の憲法論的問題を前提として行う必要があるのである。もっとも、この問題は、従来、民事・刑事において名誉毀損（罪）として論じられて来た問題でもある。戦後、条文が変更され、適用されるべき法理論が変化したにしても、問題それ自体は戦前より存在し、何らかの形で救済されるべきことも認識されていた。

これに比して、憲法的観点より理解されるべきことが一般に認められるようになったのは、極めて最近のことである。裁判所が——最高裁判所——刑法二三〇条ノ二の規定が、人格的権利としての名誉の保護と正当な言論の保障との調和を図ったものであると述べたのは、昭和四十四年の「夕刊和歌山時事」名誉毀損事件の大法廷判決においてであった。この昭和四十四年という時点で初めて、人格的権利たる名誉と正当な言論の保障（憲法二十一条）の衝突が憲法の問題であり、その調整を行うべき規定として刑法二三〇条ノ二が存在することを、最高裁は正面より認めたのである。

もつとも、かかる大法院判決が示される以前より、學問的研究の分野では、憲法的観点より論じた論稿が公けにされてきた。こうした諸研究を一つ一つ取りあげる余裕はないが、極めて大まかないいかたをすれば、人格的權利と表現の自由の問題は、プライバシーの權利あるいは人格權の研究、または、表現の自由という表題の下での研究論文のなかで、その一部分として論じられる場面が多かったと思われる。

そしてまた、こうした諸研究は、外国法の研究として行なわれたものの数が多かったこともその特徴の一つである。プライバシーの權利は、米国の學說・判例の研究として、また人格權は獨法におけるそれとして論じられて來たし、我國の判決に言及した論文にもひんばんに外國の學說・判例（主として米法におけるそれであるが）が引用紹介されるのである。つまり、我國におけるかかる問題の研究には外國の——しかも、米國という一國家の——法理の影響が極めて濃厚なのである。（もつとも、一般的に見て、我國の憲法學の基本的人權の分野には米國における研究成果が多かれ少なかれ輸入されているが、そのなかでも、この分野は特に米國の影響力が強く作用している。）

こうした外國法の研究が極めて重要な意味を有するものであることは改めて述べるまでもないことである。特に米國における法理が我國にも適用可能であることは、憲法史的観点から見て、一般論としては肯認されて然るべきであろう。

しかしながら、翻つて見た場合、我國における、かかる問題の解決はどのように行なわれるべきであらうか。それには、まず、問題解決の前提となるマス・メディア状況を分析しなければならない。もつとも、これは、法解釋學の課題というよりも、むしろ、社會學のマス・コミュニケーション論が論ずべき問題である。

が、我國が、先進資本主義國であると同時に、マス・メディアが極度に發達した高度情報化社會であることは疑いのない事實である。この意味において、現象面を見る限り、肥大化したマス・メディアと侵害される個人の人格

的権利という図式は、我国にも米国にもある程度共通して妥当する。いいかえれば、日米間のマス・メディア状況は現象的に類似する部分が多く、そこに生じ得る法的問題——人権侵害——も共通性を持つことが多いと予想されるのである。（もっとも、日米間の新聞（『プレス』等マス・メディアはその成立基盤あるいはそれが持つ性質等が異なる部分も少なくないのだが、ここでは現象面のみに限定する。こうした問題の検討は、比較新聞学の学問領域に属する。）従って、かかる問題については、米国における解決策を模範とすべきであると言い得るかも知れない。

ある意味において、これは適切な問題解決の方策であるかも知れない。しかしながら、かかる問題に関する米国起源の法理が果たしてすべて我国にも妥当し得るのであるか。確かに我国憲法はその源流を米国憲法に有する。特に基本的人権の分野はそうである。従って、その基本的部分には共通するものがあるが、刑法・民法は必ずしもそうではない。日米間における法制は必ずしも一致しないのである。かかる相異なる面を有する法体制に、他国で生成発展して来た法理をストレートに適用することには全く問題が無いとは言いが切れない。たとえば、名誉毀損については、我国には、刑法二三〇条ノ二の事実の証明の規定が有り、マス・メディアによる人格的侵害事案は同規定によって処理されて来た。それは、主として刑事法・民事法的な観点より行なわれて来たのであるが、昭和四十四年の前記判決の意味合いをも含めて、今後は、憲法論的観点から行なわれる必要がある。そして、この憲法論的考察にあたっては、事実の証明の規定が極めて重要な意味を持つて来るのである。

つまり、我国にこの事実の証明の規定のように、我国に特有な場面もあるのである。少なくとも、名誉毀損（憲法論的に言えば、名誉権の侵害）に関する限り、この規定を無視しては行い得ないであろう。かかる問題の検討にあたっては、この我国に固有の諸状況を念頭において行い必要がある。いいかえれば、マス・メディアによる人格的権利侵害の危険性を常に有するという意味で、我国と共通性を有する米国における法理、あるいはその他の外国におけ

る成果を取り込みながら、我国の法制、特有の社会的状況等に合致した法理を形成する必要があるのである。

では、かかる検討はどのように行うべきであろうか。外国、主として米国における法理が検討されるべきは先に述べたところである。が、米国、西独その他の諸外国における法理等については、過去多数の業績が存在し、以後の新たな発展についてもこれを紹介する論稿が長短各種ぐけにされている。私は現在こうしたすぐれた論稿につけ加えるべき何物をも有しない。が、こうした外国法の研究と並んで行なわれるべきは、我国の過去現在を通しての学説判例の総合的な検討であろう。もっとも判例については、昭和四十四年以降はともかく、それ以前には必ずしも憲法論的観点から示されているとは言えないのは一般に予想されるところである。が、現時点において見るならば——つまり、憲法論的観点より見るならば——かかる諸判決を新たな観点よりとらえ直すことも可能であろう。そしてまた、かかる作業を行ってこそ我国に固有な法的状況、マス・メディア状況が明確に理解し得るであろうし、さらに解決すべき問題点をも把握できるであろう。さらに、これを諸外国における学問的成果とひきくらべることは、今後我国の憲法学が構築すべき法理論の解明の手がかりとなるであろう。

本稿は、かかる理解に立つて我国において示された諸判決の再検討を試みるものである。もっとも、先に述べたような作業をすべて行うものではない。これらの理論的な論究は今後の課題である。本稿の主たる目的は、過去示された判例を比較検討することで、これを憲法的観点から見たならば、いかなる人格的権利の侵害が行なわれたのかを解明することであり、そのための準備作業としての権利侵害の能様の分類整理を行うことである。この意味において、本稿は表現の自由と人格的権利の問題に接近するための第一段階である。ワン・ステップ

この具体的な作業は第二章以下で行うが、その前に、かかる問題について示された各種のアプローチ法を比較検討する。それは、かかる問題を検討する場合、たとえば名誉毀損の表現のような人格的権利を侵害する表現を憲法上ど

のように位置づけるかという点の相異が、兩人権（乃至自由）の調整の理解に影響するからである。そして、この相異が端的に現出するのがアプローチ法においてなのである。

たとえば、名誉毀損的表現が、憲法二十一条の保障内にはないと理解するならば、そもそもかかる課題は、憲法問題たり得ないし、憲法論的観点からする調整作業も不要となるであろう。この態度が、かつて我国判決の一部が示した領域外論である。一方、利益衡量、価値較量のアプローチが機能し得るのは、名誉毀損的表現であつてさえも、何らかの場合、それが憲法二十一条による保障の及ぶ表現であると理解した場合である。この両者は、アプローチとしては全く別のものであると言わざるを得ない。従つて、まず、序論部分において、このアプローチの相異に焦点をあてて比較検討することにする。ただし、この点は、詳細に検討するならば、同様の理解に立つ論者であつてさえも、ニュアンスが異なる場合も少なくないのである。よつて、これ自体で一本の論文を著し得るに足るだけのテーマであるが、本稿では必要な範囲内に止めるために、畢竟、目の粗いものとならざるを得ない。

第一節 問題解決へのアプローチ

一 序 説

我国において、表現の自由は憲法二十一条により保障され、それは精神的自由権として観念されている。一方、プライバシーの権利は、一般的に人格的権利（人格権）^①とされ、その保護されるべき根拠は、憲法十三条の「幸福追求の権利」にあるものといわれる^②。また、これ以外の人格的権利——肖像権、氏名権、名誉権等^③——についても、同じ人格的権利として憲法十三条による保障が考えられる。

国際人權規約B規約も、「1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不当に干

渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。2 すべての者は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する」(第十七条)と定め、国際法においても、人格的権利は基本的人権としての保護を受け、その侵害に対しては法的救済が予定されている。

しかしながら、同規約は同時に、表現の自由についてもこれを保障することを宣言する。⁽⁴⁾

人格的権利は保護されなければならない、表現の自由も充分に保障されなければならない。が、現実面では、かかる人格的権利保護の要請と表現の自由の要請とが対立矛盾し、解決困難な緊張の場面を創出することが度々である。とりわけ、現代の高度情報化社会の下、極度に肥大化したマス・メディアによる人格的権利の侵犯は、いったん行なわれるならば被害は広範囲にわたって深刻な状況を作りだし、もはや回復不可能な状態にたちいたこともある。この危険性は、時にプライバシー侵害について顕著である。名誉権の侵害は、謝罪広告による名誉の事後的な回復も考えられるだろうが、プライバシー侵害については論理上、事後的救済はあり得ない。謝罪(文)、金銭賠償は、被害者の精神的な慰めとはなり得ても、失われたプライバシーを回復することは不可能である。

表現の自由と人格的権利の矛盾・衝突の現実的な(観念論ではなく)解決、これが二十一条論をはじめとして憲法学の基本権理論に課せられた課題の一つであることは言うまでもない。そして、この問題について、直接・間接に論じた論文・著作は過去種々様々、多数公けにされて来たし、現在でも行なわれている。

が、その内容は必ずしも同一ではないし、それぞれに特徴的でさえある。その理由は種々考えられるであろうが、一つには、この問題に対する論者の思考法の相異(誤解をおそれず述べるならば、論者の持つ価値感の相異)、そして、その結果帰結されるべき解決へのアプローチ法の相異によるのではないかと思われる。つまり、表現の自由をどのように理解するのか、あるいは、人格的権利をどのように理解し、その保障を具体化するかといった点に由来

するのではないかと思われるのである。かかる理解の相異は、それが採用するアプローチ法にも反映するであろう。この意味からすれば、最終的には、個々のアプローチ法の検討は、論者の基本的人権についての法的思想にまで遡って行い必要があるとも言えるであろう。

しかしながら、こうした基本的人権についての根本的な思考法を詳細に論じることが、限られた紙幅では困難であるし、本稿は、こうした哲学的な論究を目的とするものではない。実際的に見る限り、かかる問題にとって重要なのは、具体的な問題解決のための方策の解明である。

〔注〕

(1) この点について少々附言する。現在、我国憲法理論上においては、かかる内容のほぼ同一の基本的人権について、時に「プライバシーの権利」といわれたり、時に「人格権」と呼ばれたりする。十九世紀末以来、事実上米国において発展して来た「プライバシーの権利」と本来、大陸法に由来する「人格権」(ボン基本法の下では「一般的人格権」を権利概念として併存させることは、無用の混乱を生じるおそれがある。また判決も「プライバシーの権利」とのべ、あるいは「人格権」としたりする。術語使用上の問題といえなくもないが、「プライバシーの権利」とする場合は、米法上の権利概念を想定するし、「人格権」とする場合は、主として独法上の権利を前提とするものと考えられる。この点は、整理されるべきであると考えられると同時に、単なる術語上の問題にはとどまらない部分を含んでいる。つまり「プライバシー権」の権利概念において理解されるべき場合は、たとえば「肖像権」「氏名権」などの法益もその一内容として理解されるだろうが、「人格権」的な理解に立つ場合には、「肖像権」「氏名権」などの法益は一個の独立した個別的な「権利」として、——その意味において「個別的人格権」として——保障されると考えられるのである。この場合、未だ明確に発現していない人格に関する法益は、「一般的人格権」のなかにあるものと考えられるのである。この意味において、「一般的人格権」は、個別的な人格的権利のゆりかごである。いいかえれば、「プライバシーの権利」は、人格に関する法益をその内部に包みこむのに対し、「人格権」的理解は、一個の独立した権利を生みだす母権であるといえよう。いずれの理解を採るべきかは、一つの問題であるが、私は、憲

法第十三条に云う幸福追求の権利は、これから将来において生じ得るであろう人格的利益をも保障するものと考えられる。その意味では、幸福追求の権利は母権的性格を有すると考えられる。したがって、「肖像権」を一個の独立した権利として理解し、あるいは、その他の権利であっても、それが、権利概念について明確な定義が可能であるならば、同様に理解する。そして、かかる個別的な権利である「肖像権」をも含めて、一般的に人格に関する権利を論じる場合は「人格的権利」の名称を使用する。対して、それぞれの個々の権利を論じる場合には、固有の名称——たとえば「肖像権」など——を使用する。尚、本稿では「プライバシーの権利」なる名称を用いているが、これは、米法におけるような意味で用いているのではなく、未だ未分化の状態にあるが、将来において個別的な権利として独立するであろう権利をそのなかに含んだ概念として理解する。いわば、母権的な権利概念の意味で使用するのである。かかる理解は、憲法十三条の存する人権総則的な位置から見て不可能な理解ではないと考える。

(2) 憲法論の次元で「プライバシーの権利」について直接間接に論じた著作・論文は枚挙にいとまがないが、さしあたり、憲法十三条を体系的に論述したものとしては、種谷春洋「『生命・自由及び幸福追求』の権利(一)(二)」岡山大学法経学会雑誌一四卷三号三七頁、一五卷七九頁、一五卷二号一七三頁以下、「プライバシーの権利」の根拠を憲法十三条に求める見解としては、佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法論的考察(一)」法学論叢八六巻五号一頁以下をあげるにとどめる。

(3) 表現の自由と人格的権利の問題を論ずる場合、肖像権・プライバシーの権利等と並んで、名誉権についても検討する必要がある。が、名誉毀損について過去示された判決数は極めて多数にのぼり、ひととおり目を通すだけでも、なかなか容易な作業ではない。そしてまた、名誉権が我国において「事実の証明」という特有の免責条項を有し、これを考察するにその膨大な判決から推して多大な紙幅を有すると考えられる点からすれば、「名誉権と表現の自由」というテーマで別に論じるのが適当と考える。したがって本稿では、この点についての考察は行なわないが、別稿で改めて検討を加える予定である。

(4) 「2 すべての者は表現の自由についての権利を有する。この権利には、口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む」(第一九条)

二 各種のアプローチ

(a) 表現の自由絶対論

表現の自由と人格的権利の衝突、そしてその調整という課題が、憲法的次元において明確に認識されるようになったのは最近である。この点について最高裁が正面より示したのは昭和四十四年の「夕刊和歌山時事」名誉毀損事件判決^①においてであった。すなわち、「刑法二三〇条ノ二の規定は、人格権としての個人の名誉の保護と憲法二一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る」。

同判決以前の判決は、絶体的に言って憲法的次元より考察することはなかった。名誉毀損的言論は表現の自由の保障する言論ではないとされていたのである。

もっとも、こうした状況は米国においてもあまり変わらなかった。かかる観点より論じられるようになるのは一九六四年（昭和三十九年）のニューヨークタイムズ事件判決以降^②である。それ以前の判例の傾向は、被害者の名誉の保護に有利であった。プレス^③の自由よりも名誉の保護が優先されていた。が、それは憲法的次元からの判決ではなかった。修正第一条による保障は、名誉毀損的言論には及ばないとされていたのである。

こうした時代に、これとは全く対照的に言論の自由の面の保障と強力に主張していたのが、ブラック判事（H. L. Black）と次に述べるダグラス判事（W. O. Douglas）であった。ブラック判事の説は、表現の自由は絶対的に保障されるものであって、修正第一条の趣旨は、名誉毀損法を許さない^④と、するものである。名誉毀損的言論であるか否かにかかわらず、表現の自由になる保障がみとめられるのである。従ってこうした絶対的な表現の自由を制限する法律である名誉毀損法は違法であるということになる。

この説は一種の憲法論である^⑤と言えるだろう。ただし、それは、後に裁判所が採用することになる比較衡量論とは

別の立場に立った憲法論である。比較衡量論は少なくとも表現の自由とプライバシー、名誉の衝突調整の問題を憲法的次元において考察するが、この説は、表現の自由の絶対的保障こそが憲法の要請であるとする。そこには、言論によるプライバシー、名誉侵害という法的認識を生じ得る余地は無い。

(b) 表現の自由優位論

ダグラス判事もまた表現の自由の側面を重視する。同判事の見解は、その担当した事件の判決のなかに見られる。

(たとえば、コックス放送対コーン事件、キャンترل対フォレスト・シティ出版社事件など。)

ダグラス判事は、ニューヨークタイムズ事件にその他の事件の判決において結論としてブラック判事に同調している点からみてもわかるように、表現の自由の保障を強く要求するものと考えられる。が、ダグラス判事の見解は、ブラック判事のそれと全く同一というわけではない。つまり、ブラック判事のそれと比して、はるかに急進的性格が乏しく、表現の自由に絶対的な保障を要求するものではない。

ダグラス判事のこうした態度は、直接的間接的に諸判決のなかに現われているし、同判事の著作にも見る事ができる。奥平教授の手になる邦訳の関係部分には以下のように著述されている。

「修正第一条といえども、言動に対し完全な自由を与えているわけではないことはたしかである。権利事実は、どんな無責任な言葉をも保障しているわけではない。」〔中略〕

制定当初から、修正第一条が、文書および口頭による誹毀の故に刑罰を課せられようとしている者までも保護するものではないことが認められていた。〔中略〕

今日、個人は、文書および口頭による誹毀をうけた場合損は、裁判所へ損害賠償請求をなす手続をもつ。修正第一条は、市民の名誉をきずつける許可をなんら与えていない。」

ダグラス判事は、表現の自由が完全に絶対的に保障されるとはしない。表現の自由にも何らかの限界あるいは制約があることをみとめている。表現の自由は、名誉毀損法の制定を当初より認容しているとし、法的救済が行なわれるものとするのである。

(c) 領域外論

以上、二説は、米国においてニューヨークタイムズ事件判決が示される以前より存在した見解である。当時の裁判所の判決が一般的に憲法論的観点からの考察を欠く状況にあった点と比較すれば、かかる一種の憲法論と見ることができ理論が展開されていたことは状況的に見ればかなり特異な現象であろう。

ところで、我が国の昭和四十四年以前の判例の状況はどうであったろうか。一言で言えば、昭和二十・三十年代の判決の理論は、名誉毀損的言論は表現の自由の問題ではない——つまり、かかる言辭は言論の濫用であって、言論の自由の範囲外にある——とするものであった。

たとえば、昭和三十三年に示された最高裁判決⁽⁹⁾は、「憲法二一条は、言論の自由を無制限に保障しているのではない。そして原判決の是認している第一審判決判示のごとき記事を新聞紙に掲載してこれを頒布して他人の名誉を毀損することは、言論の自由の乱用であって、憲法の保障する言論の自由の範囲内に属するものと認めることができない」とその法理を展開している。

また、こうした名誉毀損的言論そのものが憲法論上の問題ではないとする態度は他の下級審判決⁽¹⁰⁾にも見られ、当時の判例の一般的傾向であった。

学説においても、当初は、名誉毀損的言論は表現の自由の問題ではない——つまり憲法上の問題ではない——と観念されている。宮沢俊義教授はその注釈書のなかで（昭和三十年初版発行）極めて短い表現ながら、言論の自由は名

誉毀損、侮辱する自由を含まないという趣旨⁽¹¹⁾を述べている。

昭和三十三年に公表された山本桂一教授の論文⁽¹²⁾には、この論理が簡潔に表現されている。

「名誉毀損（侮辱を含む）は、言論その他による精神的暴力として憲法上の保障する言論に含まれない。このことの、形式的説明としては、名誉毀損は、刑法典により自然的に処罰の原因を考えられること、実質的論拠としてはそれが個人の名誉権及び私生活の自由平穩を侵害するものとして言論の自由に対する制約及び限界となることにある。故に名誉毀損的言動は、これを刑事的制裁の対象となし、民事的賠償その他の請求の原因としても、違憲問題は起こらない。」

ともあれ、表現の自由と名誉、プライバシーの問題は当初は憲法論たり得なかった。それは主として刑事・民事の領域で考察されるべき問題であつた。⁽¹³⁾現在においては、たとえ名誉毀損的言論であっても、名誉を毀損し、プライバシーを侵害するために憲法二十一条の保障外にあるとされることはない。名誉毀損的言論であっても、政治的言論及至公的問題に関する言論は、言論の自由の保障を受けるものとされている。（そこに働く法理論は論者により異なるが。）こうした憲法論的観点に立つ論考が登場するのは、およそ昭和三十年代後半から昭和四十年代にかけてである。⁽¹⁴⁾そして、これが基本的に憲法の問題であることを最高裁が明確に述べた判決が、昭和四十四年の「夕刊和歌山」事件最高裁判決であつた。この意味において、判例史上同判決は重要な位置を占めるであろうし、この時点をもってかかる問題に関する一つの画期と考えることもできるだろう。

(d) 「公共の福祉」論

だが、こうした一方でたとえば、昭和三十二年のチャタレー事件最高裁判決のように――「憲法二一条の保障する表現の自由といえども絶対無制限のものではなく、公共の福祉論に反することは許されない」――とする「法理」が

判決に登場し、これに関する議論が活発に行なわれるようになるのもほぼこの時期である。「公共の福祉」が何を意味するのかという点も問題であったが、より重要なのは、「公共の福祉」が基本的人格一般に対する制約原理たり得るかという点、「表現の自由」等の精神的自由権への適用の可否であった。たとえば、基本的人権は絶対性を有するが、公共の福利に必要な限度で法律を以て制限を加えることは憲法が容認する⁽¹⁶⁾、とする従来の説に対して、自然権的人権と社会権的人権とを区別し、前者は前国家的な権利であるから、憲法が特に「公共の福祉」による制限を認める場合以外は許されない。これに対して、社会的人権は国家的なものであるから「公共の福祉」による制限に服する⁽¹⁷⁾といった反対論や、「公共の福祉」により制約を経済的自由権（憲法二十二条・二十九条）のみに認める見解⁽¹⁸⁾、あるいは、内在的制約として理解する見解⁽¹⁹⁾などが示されるのである。この時期——ほぼ昭和二十年代から昭和三十年代にかけて——は、「公共の福祉」論について各種の学説が入り乱れて、錯綜しかつ複雑な様相を呈している。理由はいくつもあげられるだろうが、要するに「公共の福祉」が何を意味するかという点で意見の一致を見なかったのである。これについて、具体的一義的に解決すべきであるとする要求があったにもかかわらず、解決は困難であった。少なくとも、議論は対象たる「公共の福祉」の意味内容が確定されない限りは、実りある議論が期待され得ないのである。かくして、各々の論者の考える「公共の福祉」の概念に従って議論を進める限り、問題は一向に解決されず、議論は無限に拡散する結果となるのである。こうした学説は多種多様であるが、大きくわけて、「公共の福祉」による制約を肯定するもの、何らかの限定を附した上でみとめるもの、原則的にみとめないものという三分類⁽²⁰⁾か、あるいはその制約をみとめるものとみとめないものという二分類⁽²¹⁾のいずれかに含まれることになる。が、こうした各説の分類にはあまり大きな意味はないだろう。「公共の福祉」それ自体の理解に相異があるからである。かかる分類は、つまるところ便宜的なものではない。また、ここで、再び個々の説の詳細な比較検討を行う必要もないであろう。

「公共の福祉」論の研究は、その意味内容についての観念的考察から、やがて個別的具体的な方向へと研究動向が転換して行くからである。「公共の福祉」論については、その後の推移に留意するのみで充分であろう。「公共の福祉」による制約をみとめるにしても、注意すべきは、具体的基準の設定とその適用にあると理解されるようになる点である。要するに、「公共の福祉」概念の最大の問題点はその一般概念性にあったのであって、これを克服するには、意味内容の確定という観念的処理よりも、具体的な考察が要求されたのである。つまり、「ただ、公共の福祉によって基本的人権の保障が制約されるか、という問いに答えるだけでは、問題は少しも解決されない。さらに具体的に個々の人権につき、何が公共の福祉であるかが明らかにされなくてはならぬ」⁽²⁸⁾ だったのである。

いわば、この時点で、「公共の福祉」論の研究は新しい段階をむかえたといえるのであるが、以後は主として米国判例の検討を通して我国に様々の基準がもたらされるようになる。かかる成果の一例をあげるならば、立法事実の検討（立法事実論）、合憲性推定の原則、二重の基準の理論、事前の抑制の理論、明確性の理論、明白かつ現在の危険の基準であり、憲法訴訟における手続上の諸原則——当事者適格、挙証責任の転換など——の研究であった。が、こうした研究がなされる背景には、「公共の福祉」の具体化の要請があったと言えるだろう。たとえば、それを内在的制約であると理解するならば、「公共の福祉をこのような主旨に解すると……相対立する利益の衡量が重要な意味をもつことになる。……公共の福祉の理念を人権の性格・種類の異なるにに応じて具体化し、より明確ないくつかの基準を構成しなければならぬ」⁽²⁹⁾ だったのである。

この引用文にもあるように、かかる流れにおいて、課題解決へのアプローチ法としての比較衡量論が登場し、そこに適用されるべき判断基準として「明確かつ現在の危険」の基準などが紹介されるわけだが、この比較衡量論については項を改めて検討する。

ここでは、再び米国に目を向けることにする。現代のマス・メディア状況において送り手と受けての分離、相互転換の欠落状況は度々指摘される⁽²⁵⁾ところであったが、かかる状況を視野に入れた——というよりもこの点を前提にした——全く別の観点より構築した見解が登場するに至るからである。こうした見解としては、米国においては、ブラウスティンの「知る必要性」の理論であり、我国においては奥平教授の「知る権利」の側面からの考察があげられよう。

(e) 「知る必要性」の理論

「知る必要性」の理論は、ブラウスティン (Edward J. Bloustein) の提唱にかかる説⁽²⁶⁾である。

この理論は、我国に先に紹介されていたミクルジョン (Alexander Meiklejohn) の言論の質による二分論⁽²⁷⁾——政治的言論と非政治的言論——に示唆を受け、あるいはこれを基礎として展開され、そして、その保障に差異を認めるのである。政治的言論及至公的事項に関する言論は、「市民自治の目的」に鑑みて、市民が「知る必要性」のある言論であるとの理解の下に、絶対的に保障されなければならない、とする一方で、非政治的言論は、市民が知る必要性がなく、従ってその保障は相対的なものとどまるとされる。およそ、言論を何らかの基準により分類するという類型論の発想それ自体はさほど目新しいものではないが、この説は、「知る必要性」という点において特徴的であり、かつその点に説得力を有する。実際、我国にも賛意を表する論者⁽²⁸⁾がいる。

そして、また、この説に特徴的な第二の点は、今まで概観して来た諸理論とは異なっており、国民という知る必要性を有する存在を真正面から認め、この点から理論を構築している点である。たとえば、表現の自由を絶対的に保障する見解は、それを享有する者の自由——表現する者の自由——を絶対的に保障する説であるし、領域外にあるとする説では、名譽毀損的言辞を表現する者については表現の自由の保障が及ばないとされる、また、「公共の福祉」論については、一概に断定し切れない面もあるが、(内容的に種々の見解が包含されるために)、従来の説によれば、一定の

言論に何らかの制限及至制約を加えることを認めるものであろう。つまり、言論を行う者、つまり表現活動を行う者の行為に何らかの制限を加えるのである。いずれにしても、これらの説は、表現活動を全面的にみとめるにせよ、一定の言論を保障より排除し、あるいは、一定の言論に制限を加えるにせよ、その論理は、表現する者と表現の対象にされる人間との関係を前提として論理構成する。そこでは、表現された内容を受け取る者は考察の対象とされることはない。ところが、知る必要性の論理は、表現行為を受け取る者を前提として考察される。換言すれば、この説は、従来の二者間の理解ではなく、三者の関係においてとらえ、しかも、その第三者——国民——を極めて重視する見解である。この意味において、この説はこれまでとは全く別の観点に立つ理論と言えるであろう。

この視点は極めて重要であり、おそらく理念的には正しいであろう。が、そうであるにしても、表現の自由の保障が認められるか否かという実際の問題の解決策として現実的側面から見た場合、全く問題がないわけではないであろう。確かに比較衡量論に比すれば、ある意味においてその基準は明確かも知れない。が、基準設定の問題を考える際、その基準が明確性を有するか否かという点のみで優劣を判断することは許されないという点の議論はひとまず措くにしても、それが有するであろう「明確性」の特質を真に發揮できるのは、対象たる言論が明白に政治的言論とそうでない言論とに区分可能な場合である。その中間的領域の言論が問題である。この領域に含まれる言論は最終的に、いずれに含まれるかが決定されなければならず（未分明な薄明の領域を作ることは許されないだろう）、しかも、可否の判断に際して全く判定者の価値感の介入を排除することはできないだろう。この意味において、比較衡量論に対して加えられると同様の「主観性」の批判を免れ得ないのである。

もっとも、エマソン教授が定義するような「政治的および政府を明示的かつ直接的に扱った言論」⁽²⁹⁾として、極めて限定的に理解するのであれば、政治的||非政治的言論の線引の問題の解決は比較的容易である。が、このように理

解すれば、明確であることは明確であるにしても、そこに含まれる言論には極めて厳格な要件が課せられることになるであろうし、そもそも、ミルクジョンの説自体がかかる厳格な定義を前提としていないのである。ミルクジョンによれば、“政治的言論”には、教育、哲学及び諸科学のすべての業績、文学、芸術及び公的な論点についての公的な討論（及び、それに関する情報・意見の流布）がすべて含まれる³⁰。しかしながら、かように広く考えた場合、実際にいかなる言論が“政治的言論”として保障されるのかという点が曖昧になり、判断者の考量すべき余地が拡大するという点は否めないだろう。それは、結局、この説が有する最大の特質の一つである明確性を減殺させることになるのである。この説では、類型化のメルクマールたる“政治的言論”の定義の確定と、憲法が保障すべき言論（つまり、“政治的言論”である。）の範囲の明確化の要請とが反比例の関係にあると考えられるのである。そして、この点では、かかる説が有するウィークポイントの一つと考えるほかはないだろう。

加えて、この説では、判定者が誰か（つまり、誰が判断を下すのか）という点も問題である。そして、先述の内容に関係するが、“政治的言論”の領域を広く考えれば考えるほど、この判定者の問題が重要性を帯びて来るのである。判定すべき部分が拡大することになるからである。一定の言論が、政治的言論であるがために憲法上の保障を享け、あるいは、そうではないが故に、保障が後退するといった判断を行う者の問題である。仮に、明確な政治的・非政治的言論の区分という点が解決されたとしても、最終的に判断を下すのは国家（権力）である。果たして、かかる重大な決定（何が政治的でありそうではないのかは直接国家それ自体にかかわる問題である。）を何らかの限定を附するにせよ、最終的に国家権力に委ねることが妥当であるか否かの点については大きな疑問があると言わざるを得ない。

思うに、一定の言論を何らかの類型に区分することは、時に必要である。しかしながら、類型論そのものを以って

調整の基準とすることには問題があろう。類型化という作業それ自体にある種の形式論理性がひそんでいるのである。真実に、類型化を行うことが妥当であり、しかも、その類型化の際に使用する基準が果たして正当なものであるか否かに疑問を感じるのである。もっとも、私はある種の政治的言論——つまり、政治的事項に関する言論という意味で——は、憲法による保障されて然るべきであると考え。しかしながら、それは、かかる言論が、政治的言論であるという理由の故に、絶対的に憲法により保障されるという論理とは異なる。政治的言論と、非政治的言論という区別それ自体は、何らかの論理的作業を行う手段の一つとして使用する限りは、否定しないが、かかる区分と以って——つまり、かかる区分を憲法による保障の存否と判定する際の拠りどころとして——用いることには疑問を感じるのである。政治的言論が、憲法上言論として保護されるべきなのは、その言論が、政治的な言辞を行っているからではなく、何らかの特殊な要請が機能するからである。具体的にいえば、この要請こそが、政治的情報を受けとる国民の「知る権利」を充足するということなのである。特にこの点は、「知る権利」の有する政治参加権的性質による部分が大きいであろう。

(f) 「知る権利」の理論⁽³²⁾

ブラウスティンの論稿について「以下のべる点で私がいちばん親近感をおぼえた」⁽³³⁾と述べている点からも、うかがわれるように、「知る必要性」の理論に一脈通じる点がある説が、この奥平教授の見解である。(もっとも、両説の近似性は、偶然的なものであろう。)

「一体、大衆の好奇心・興味を満足させることが、すなわち、知る権利の名で憲法上保障されているとみるべきかどうか、検討してみ必要がある。

……国民の知る権利は、もともと主権者たる国民が、国政にかんする情報入手し利用し、こうして国政に参加するためのもの

である。この点に、知る権利の憲法上の本質がある。……せまい意味での政治的事項というふうに、限定してしまうのは、誤りである。だが、他方、なんでもかんでも国政にかかわることがであり、主権者としては知る必要がある、というほどに広いものでもない。……

……国政に関係する領域では、国民の知る権利およびこれを充足するための取材・報道の自由は、ほぼ絶対的に支配すると思われる。少なくとも、この権利・自由は、ブライバシーの権利や名誉権のような個人的人格権よりも優先する、というべきである。

さて問題は、国政に係関する領域の外にあって単に個人的な好奇心や興味を満足させるための情報である。私としては、この種の情報といえども、人間的な生存、人格の発展のために不可欠なものであって、したがって能うかぎり十分な法的保護が与えられるべきだ、とおもう。とくに、国家権力が軽々しく介入してくることを許すべきではない。その意味では、この種の情報の交流も、憲法上の保障にあずかっている、といわなければならない。ただ、この種の情報の自由が、当然に、他の個人のブライバシーとか名誉権とかを蹴散らして、自己貫徹をすることができるとかどうかは、別問題である。ここでは、主権者としての権利という高度に公共的なものと、ブライバシーという私的な利益との対立があるのではなくて、好奇心や興味の満足というそれ自体私的な利益と、ブライバシーについてその私的な利益との対立、すなわち、私的な利益⁽⁸⁵⁾どうしの対立がみられるのである。どちらも私的な利益だから、当然に前者が勝って、後者が負けるとはいえないのである。」

この説は極めて注目すべき点を含んだ説であって、しかも勝れた説得性を有する。加えて法理論的にも明快である。この説も、政治的事項に関する情報の入手流通は優先的に保障されるとする、その意味では、政治的言論と非政治的言論との類型論に似かよった一面を有するのであるが、ブラウスティンがミクルジョンの説を前提とするのとはその意味を異にする。奥平教授は少くとも、ミクルジョンの説に基いて自説を展開しているわけではないであらう。⁽⁸⁵⁾

この説の特徴をあげるとすれば、第一には国政参加権たる「知る権利」の観点から考察していること、第二には、表現及至表現行為の自由そのものの自由というよりも、むしろ「情報」を入手し流布することの自由として理解すること、及び、第三点としての「知る権利」という裏打ちのある「政治的言論」は、公共的利益の対立とされるが、そうで

ないものは、私的利益と私的利益の対抗関係であって、前者とは、問題の次元を異にするという理解である。この説の最大の特質が「知る権利」にあることは言うまでもないが、それは、「知る権利」を国政参加権的な権利として理解することを前提とする。であるからこそ、ある種の言論が、「政治的言論」である限りは、かかる意味において、「知る権利」により保障されなければならないとされるのである。つまり、この説は、言論が「政治的言論」である限りは、言論を行う者（表現者）、言論の対象とされる者、国民という三者の図式において理解するのである。そして、このなかで、最大限に重視され、最も重要な位置を占める者は、「知る権利」の享有主体たる国民である。それは、「知る権利」があくまでも、その第一義的意味として、国政参加権であるとされているがためである。国民は、主権者として国政に関する事項を知ることが保障されていなければならない、「知る権利」の本質は、国民が国政に参加することを保障するにあるとされるのである。

そして、また、報道・取材の自由も、「知る権利」の保障に従属するのである。報道の自由も、取材の自由も、それがマス・メディア諸機関に認められるのは、国民の「知る権利」を充足する⁹⁸という意味においてである。報道の自由も、取材の自由も「知る権利」に奉仕し、従って、報道・取材の自由を享受する新聞・雑誌も、「知る権利」に奉仕しなければならず、かかる意味において初めて、その自由がみとめられるのである。従って、マス・メディアの言論とプライバシーの保護といった具体的な問題を論じる場合であっても、その基底にあるのは、「知る権利」による保障であり、「知る権利」を充足するという意味において、初めて、マス・メディアの人格的権利を侵害する言論であっても正当性を有し得るのである。であるから、「知る権利」保障の範囲外にある言論は、当然ながら「知る権利」による保障が考えられないのみならず、全く別の問題であるという結論が導かれることになる。表現の自由と人格的権利の図式で考えた場合は、表現の自由を保障する憲法二十一条は、政治的な言論のみを保障した規定であると

解さない限りは、政治的言論たるそうではないものであるとを問わず、基本的な部分では、同じく「言論」としての同一の枠内で考え得る（これを区分することはもちろん可能であるが、それは二次的な作業である）。つまり問題としては、基本的に同一の次元で考え得るのである。ところが、この説によれば——政治的参加権たる「知る権利」と人格的権利という図式で考えれば——憲法上、第一に考えられ、優先して保護されなければならないのは、「知る権利」の保障が要求する政治的言論なのである。したがって、極言すれば、この説による限り、国政に関して行なわれる他人のプライバシーや、肖像権等の侵害と、そうではない（国政に関しない）人格的権利の侵害とは、根本的に全く異なった問題として理解され、法的に処理されなければならないことになる。この説の拠って立つ基盤は、国民の「知る権利」——しかも、国政参加権としての「知る権利」——にあるといえる。従って、この説を支える支柱は国民の「知る権利」であり、「知る権利」の概念そのものの考察こそが重要であるということになる。つまり、いかなる性質の権利であり、どのように定義されるべきかという点の考察である。「知る権利」は、欧米の人権の歴史から見れば、新しい権利であるし、法理論的に見ても明確に確立された権利とは言い難い。十八世紀末葉、自然権として理解された言論の自由が、やがて「思想の自由市場」論を経て展開して行く歴史的経過はよく指摘されるところである。⁽⁹⁸⁾そして、十九世紀を経て、現代において、肥大化したマス・メディアと相互交換性の事実上の欠如という新たな状況の下、表現の自由の理論それ自体が、転換期をむかえていることもいままら述べるまでもないところである。将来においてあるべき理論の研究は、十八世紀以来の歴史的な研究を省いては考えられないが、かかる専門的な研究は、本稿のテーマではない。

表現の自由は、近代国家の成立と同時に長い歴史を有する権利概念であるが、「知る権利」は、権利概念としての提唱が極めて新しく、未だ発展途上にある権利であると言わざるを得ない。この意味で新しい権利である「知る権

「利」が、歴史性を有する（その概念は時代によって変化している。この意味において、表現の自由の概念内容そのものが今後変化し得るであろう。）権利概念である「表現の自由」とどのような関係を有するかといった点は、論理的に充分に説明されているとは言い難い。

先にも述べたが、奥平教授は、「知る権利」を一種の政治参加権として理解する。しかも、それが「知る権利」の第一義的な意味であるとする、確かに、知る権利が、対政府関係において構築され、発展して来たことは事実である。この意味において、知る権利が政治的権利性を帯びることは否定され得ない。しかしながら、果たして、知る権利を政治的権利であると断定することに問題はないのであろうか。知る権利は、政治的権利性と同時に、自由権的、社会権的性格をもあわせ持った複合的な権利であると考え得るのである。⁽⁸⁹⁾

そしてまた、「知る権利」を政治参加権として理解するならば、表現行為による人格権的権利の侵害事案の解決にあたっては、その大前提として、一定の表現行為を政治参加権たる「知る権利」による保障のある表現行為と、そうではないものとに区分する必要があるであろう。前者は、「知る権利」の問題であるが、後者はそうではない。少なくとも、知る権利という権利の存否から見れば、両者は、別問題である。かくして、「単に個人的な好奇心や興味を満足させるための情報」は、私的利益間の対立として理解されるのである。が、政治領域以外の言論をすべて、私的利益とする点の妥当性についておくとしても、実際の見地に立った場合、この説も究極的には、一定の言論を政治的領域に含まれるものとそうではないものとに区分せざるを得ないだろう。理念的には正当であろうが、現実的側面から見た場合には、ブラウスティンに対する批判が妥当するのではないだろうか。

〔注〕

(1) 最大判昭和四四年六月二五日、刑集二三卷七号九七五頁以下。

(2) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964)

(3) ブラック判事の見解は、たとえば、ダグラス判事が同意した (at 272) や、同じくダグラス判事が支持した Rosenblatt v. Bear 383 U. S. 75 (1966) の concurring (at 95) に見られる。またその他にも、ブラック判事の説は、Time Inc. v. Hill 385 U. S. 374 (1976) の concurring (at 398) のなかで展開されているし、ニューヨークタイムズ事件判決の concurring (at 296) のなかでも、連邦政府は名誉毀損を根拠に損害賠償を課することが許されない。このことは修正第十四条により州にも適用され、州が損害賠償を課することも許されないという意味を述べている。

(4) 当時の裁判所は、結果的には、名誉を保護する判決を下した。が、それは、名誉毀損的言論は、本来的に修正第一条による保障がないという論理に基づくものであった。

(5) Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U. S. 469 (1975), Douglas, J. concurring in the judgement

(6) Cantrell v. Forest City Publishing Co. 419 U. S. 245 (1974), Douglas, J. dissenting

(7) W. O. Douglas, The Right of the People (1958)

(8) ウィリアム・O・ダグラス・奥平康弘訳「基本的人権」四八頁―四九頁。

(9) 最一小判昭和三三年四月一〇日、刑集一二巻五号八三〇頁。尚、この判決が「当裁判所大法廷判決の趣旨とするところである」として引用する判決は、最大判昭和三十一年七月四日、民集一〇巻七号七八五頁である。

(10) 福岡高判昭和二六年九月二六日、高裁判集四巻一〇号一二五六頁以下。

(11) 「言論の自由は、他人の名誉を毀損し、他人を侮辱する自由を含まない。これらの行為を罰する刑法の規定（刑法二三〇条以下）は、言論の自由を侵害するものではない。」（宮沢俊義・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」二四七頁）

(12) 山本桂一「言論の自由(二)」国家学会雑誌七二巻一二号五二頁（原文は、旧漢字）。また、松下正尋「言論自由と名誉毀損の法来」法学新報六〇巻二号参照。

(13) 近来、名誉毀損罪に関する論稿は多数存在するが、昭和二十年代の論稿としては、刑法では小野清一郎「名誉と法律（法学理論篇一三五）」（昭和二七年）、団藤重光「名誉毀損罪と事実性」警察研究一九巻一・二号（昭和二三年）、牧野英一「名誉毀損と事実証明」警察研究二〇巻一一号（昭和二十四年）など、また戦前においては、宗宮信次「名誉権論一」（昭和一四年、の

ち新訂)が民法について論している。

- (14) 芦部信喜「表現の自由」清宮Ⅱ佐藤編憲法講座(2)一四一頁以下(昭和三八年)、奥平康弘「表現の自由」宮沢還暦記念日本国憲法体系第七卷五三頁以下(昭和四〇年)など。

- (15) この時期、基本的人権制約の原理として「公共の福祉」を用いる判決が多数判示されている。そのなかから、最高裁判決を例示すれば、憲法一二条については最大判昭和二十四年五月一八日(刑集三卷二八号八三九頁以下)、憲法一三条については、最大判昭和二十三年二月二七日(刑集二卷一四号一九五一頁以下)、最大判昭和二十三年三月二二日(刑集二卷三号一九一頁以下)、最大判昭和二十五年一月二一日(刑集一〇号二〇二九頁以下)、憲法二二条については、最大判昭和二十五年九月二七日(刑集四卷九号一七九九頁以下)、最大決昭和二十六年四月四日(民集五卷二一四頁以下)などがあげられる。

- (16) 美濃部達吉「憲法概論(新版)」九〇頁。

- (17) 兼子一「基本的人権と公共の福祉」法曹時報一巻一号、末川編「基本的人権と公共の福祉」所収。

- (18) 鶴飼信成「憲法」(岩波全書版)七六頁。

- (19) 法学協会「註解日本国憲法上巻」三三五頁、芦部前掲(14)二五六頁。

- (20) 柳瀬良幹「基本的人権と公共の福祉」法学一四卷二号三号。

- (21) この分類法は、法学協会「註解・日本国憲法(上巻)」二九三頁—二九七頁の採用するところである。

- (22) 二分類法は、宮沢俊義「憲法Ⅱ」二一八頁—二四〇頁で行なわれている。

- (23) 宮沢・前掲(21)二三九頁。

- (24) 芦部・前掲(19)一五六頁。

- (25) 芦部・前掲(19)一四四頁—一四七頁、堀部政男「アクセス権」三二頁—三五頁など。

- (26) E. J. Bloustein, The First Amendment and Privacy, 28 Rutgers Law Review 41 (1974)

なお、プライバシー権論については、see, Bloustein: Privacy As an Aspect of Human Dignity, An Answer to

Dean Prosser, 36 New York Univ. Law Review 962 (1964)

- (27) A. Meiklejohn: Political Freedom (1960)

- (28) 平川宗信教授は、その著書「名誉毀損と表現の自由」のなかで「わたくしとしては、知る必要性の理論を採りたいと思うの

である。……最近の憲法学の大勢に従って、表現の自由を知る権利として、市民自治の権利に基づく優越的権利としてとらえるならば、知る権利を認むることが市民自治に必要な場合、すなわち知る必要性がある場合に表現の自由が名誉に優越するとするのが一貫するように思われる」(同書一二四頁)と述べる。同教授の法理論上の立場は、知る必要性の理論であり、同時に表現の自由と名誉の問題を知る権利の観点より理解するものである。

- (29) 伊藤正己教授は、政治的言論と非政治的言論という「その類型別をもって直ちに判断を行うことは、余りにも簡易にすぎず。言論が果たしていずれの範疇に属するかは必ずしも明らかでなく、その決定が主観的に流れるならばむしろ不当な働きをすることになりえよう」(伊藤「言論出版の自由」一九二頁—一九三頁)と批判する。これに対して芦部教授(前掲(19)二〇三頁—二〇四頁)は、「マイクルジョンのいう『統治的重要性』をもつ言論も、訴訟においてまったく有用性をもちえないほど漠然不明確なものではないように思われる。」と述べる。が、仮にこの反論が正しいとしても、裁判において政治的言論が客観的にその他の言論と区分し得るだけの明確性を有するか否かの問題は残るであろう。完全に明確でなければならないであろうが、果たして使用可能な程度の有用性を持ち得ているのであろうか。

- (29) トマス・I・エマソン・木下教訳「合衆国憲法第一修正の法理とバーガコート(第二回)」ジュリスト七三九号(昭和五六年)八四頁—八五頁。

- (30) A. Meiklejohn: *The First Amendment as an Absolute*, Sup. Ct. Rev. 256-257 (1961)

- (31) 奥平教授のミクルジョンの様な類型論に対する批判は、その見解の一定の表現内容を区分することの可否に向けられている。すなわち「芸術的・娯楽的なものを、カテゴリーリッシュに区分することができない、という比較的単純な疑問がまず生じる」(奥平康弘・前掲(14)五四頁、六六頁註(三))

- (32) 奥平教授の説にかかる名称を単純に附することには問題があるが、同教授は表現の自由にしても、プライバシー権にしても、先ず知る権利との関係で理解するので仮にかかる名称を冠した。他に意味はない。

- (33) 奥平康弘「知る権利」三〇〇頁註(4)、そして同教授は以下のように述べる。「個人のしゃべる権利、意見交換をする権利をそれと区別して、その権利保障が相対的なものにすぎないと論じているのは、同意しがたい。……すなわち個人の言論・出版の自由は、経済的諸自由などと同程度の保障しか与えられない、というのである。……けれども、プライバシー保護を導入するために、こういった言論・出版の自由の一般的な価値切り下げをしなければならないとは、私にはおもえない。」

(34) 奥平・前掲(33) 二九七頁。

(35) 伝統的な意味での表現の自由(言論・出版の自由)も、情報を受け取る権利と対等に保障されるとするものと考えられる。

(36) 奥平・前掲(33) 二八一頁。

(37) 種谷春洋「アメリカ人権宣言における自然法と実定法(一)」「岡山大学法経学会雑誌三九号及び四〇号」、ヒュードン・檜山武夫訳「近代国家と言論の自由」、東大社研編「基本的人権2」、シーバート・ピアソン・シユラム・内川芳美訳「マスコミの自由に関する四理論」七三頁以下、その他。

(38) ハロルド・クロスが「国民の知る権利」(Harold L. Cross, The People's Right to Know)を出版したのは、一九五三年である。

(39) 表現の自由と人格的権利の問題を「知る権利」の側面から考察するのであれば、まず「知る権利」の概念に関する理論的解明を行う必要がある。が、かかる考究は、本稿の指向するところではない。もっとも、「表現の自由」と「知る権利」との関係の考察は行なわなければならない課題ではあるが、この点の個別的研究は後日に譲ることにする。

三 小 括

以上、様々なアプローチ法を概観して来た。無論、限られた紙幅で、過去示されたアプローチ法を完全に理解できたとは思っていない。多分に舌足らずなままに終始した部分が少なからずあったと思う。が、各々の説一つ一つが個別的研究の対象たり得るものばかりである。もとより、わずかな紙数で論及できるとは考えていない。⁽¹⁾

が、かかる課題に対するアプローチ法は、基本権——特に表現の自由——の理解の変化と相まって、かなりの変化をして来たことだけは事実である。我国に限って言えば、憲法論の範囲外という認識から初って、「公共の福祉」という一般概念による基本権制限の研究の過程を経——そして、その過程が次第に具体的・個別的な研究へと深化して行くというプロセスを経て——米国における「明白かつ現在の危険の原則」等が紹介されて行ったといえるだろう。この時点で、米国の判例理論が我国の理論に極めて多大なる影響を及ぼすことになる。それは、「公共の福祉」論の

研究の延長上にある研究とは云え、結果的に全く異なった様相を呈することになった。

ところが、こうした流れの一方で、全く別の観点に立った理論が示されるのである。ブラウスティン、奥平教授の説がそれであるが、この内、奥平教授の説は充分に検討に価するものといえる。しかしながら、その理論による表現の自由と人格的利益の対立の解決についてのアプローチ法には問題がないとは言いつれないであろう。それが果たして現実的に可能な、そして妥当なアプローチ法であろうか。無論、私は国民の享有すべき「知る権利」の重要性・必要性、あるいはその将来の理論的發展を否定するわけではない。と同時にこの権利のさらなる理論的研究の深化もまた必要である。ただ、現段階では、「知る権利」の名称の下にその内容の確立なしに、人格的権利を侵害する表現活動を免責することには疑問を感じるのである。少なくとも、裁判という現実的問題の解決の場においては、現実的実際的な考察が要されると思うのである。

この意味において、米国の近來の判決が比較衡量的手法により、あるいは我國の裁判所も比較衡量的考察を行っていることは賢明であると思われるのである。刑法二三〇条ノ一の法理が機能する名誉毀損（罪）についてはともかく、かかる免責条項の適用がその権利の性質から不適当と考えられるブライヴァシー権侵害については、結局比較衡量的手法によらざると得ないであろう。確かに比較衡量的アプローチには、衡量を行う者の価値感の作用する部分が大いであろう。その意味では恣意的であるという批判は正当である。しかしながら、それは主としてケース・バイ・ケースによって判断する個別的比較衡量論に対する批判である。が、比較衡量論というのは、この人権衝突の解決のための手段にすぎない。重要なのは、衡量の場において機能するその判断基準であろう。その基準の解明と構築こそが重要なのである。無論、その判定者の恣意的な基準で以って行うことは許されない。その意味において、判定者の判断基準による部分が大きな個別的比較衡量論は適切ではないと考えられるのであるが、逆にこの基準の面さえ解

明されれば、批判のかなりの部分は解消されるのではないかと思えるのである。加えて先に述べたような種々のアプローチ法及至基準のなかに完全無欠な絶対的存在が認められない以上、現実的側面から見て妥当な結論を得る可能性をより多く有すると考えられるアプローチ法を採ることはやむを得ないことであろう。

以上は、アプローチ法としての部分に限っての考察であつた。しかしながら、このアプローチ法の基盤には、表現の自由と人格的利益の衝突という状態をどのように理解するかという点での相異がある。たとえば、表現の自由について何らかの根拠をもって（歴史の意味などの）これに優位性を認める、あるいは「知る権利」によって「表現の自由」が優先的に認められるなどの理解である。根本的な理解が異なれば、それが用いるアプローチに相異する部分が生じよう。

確かに表現の自由には優位性が認められるべきは一般に肯認されるが、注意すべきは、かかる自由の背後には「国家からの自由」が存することである。が、問題は、基本権としての人格的権利との関係である。現代、マス・メディアが巨大化し、その意味では一種の権力——第四の権力——となり得ているわけであるが、少なくとも、国家との関係ではない。かかる観点より考えるならば対国家関係についてはともかく、表現の自由は、本来的に、人格的権利に常に優位するというものではないであろう。つまり、実際の判断の際には、種々の要素が考慮されるべきであるが、かかる点をすべて除いて、純粋な形で、権利として表現の自由と人格的権利を見た場合、両者は、基本的に対等の権利であると考えられるのである。いずれかが優位して保障されるべきものではないであろう。この点においても、比較衡量的アプローチが適切であると考えられるのである。⁽²⁾

先にも述べたように、比較衡量論は一つの解決の手段である。比較衡量論という一つの理論として存在するわけではない。⁽³⁾

それは、結論的にかかるアプローチ法が適切であるとなつたに過ぎないのであって、その意味するところは論者により異なるのである。そこに働く「理論」は異なるし、また基本的には同一であるにしても、そのニュアンスと異なる場合がある。従つて、比較衡量論については、各説意味するところをより深く検討する必要があると思われるのである。

比較衡量論的アプローチを肯定する論者（消極的肯定論をも含めて）は多いが、その理論的根拠をも示している代表的論者は、我国では、芦部信喜教授・伊藤正己教授であり、米国ではエマーソン (T. I. Emerson) 教授である。以下、各説について検討する。

(a) 芦部信喜教授は、その論稿である「表現の自由」⁽³⁾において、「プライバシーは『権利のうちもつとも包括的なもので……もつとも貴重とされる権利』であるから、それを極端に侵害する表溢行為は原則として行動と解することができるが、その限界は、出版・報道の自由と関連して困難な問題の解決を迫る。結局、報道のもつ高度の社会的価値との比較衡量によらざるをえないであらう」⁽⁴⁾（傍線部筆者）とする。

また、名誉毀損については、「名誉毀損の表現行為は、さきに述べた趣旨から、純粹の表現ではなく行動だと考えることによって、その規制の合憲性を根拠づけることができる」⁽⁵⁾。同じ解釈は、公平な裁判と衝突するいわゆる新聞裁判にも妥当する。ただ新聞裁判について表現の自由の保障の特例を設けることが許されるとしても、具体的事件の解決は「明白かつ現在の危険」の基準によるべきであらう。」と述べる。

芦部教授は、以上のように、必ずしも積極的に肯定するとは言いが、少なくともやむを得ずといったニュアンスで消極的に比較衡量を認容するものと思われる。同教授は、表現の自由に対する規制の可能性は認めるが、認め得るのは、「行動」に対する規制である。「表現」それ自体に対する規制はいかなる形式を以つてしても許されない。

規制の合憲性が肯定され得るのは、「表現の自由の濫用」にもとづく「行動」に対する場合である。そして、そこに適用されるべき具体的基準は、「明白かつ現在の危険」の原則であるとするのであろう。すなわち、「『明白かつ現在の危険』の基準に具体化された概念を利用し、表現か行動か判然としないある表現行為によって生ずる害悪が、直接的であるかどうか、取り返しのつかないものかどうか、その表現行為の規制はそれを執行する面からみて表現の自由の制度を維持する上に適切かどうか等の要件を検討して、境界線を決定すれば、憲法の精神を生かすことは十分に可能であらう。」⁽⁶⁾ 表現と行動の二分法及び、表現と行動の境界線上の行為については、「明白かつ現在の危険」の基準により保護されるべきか否かが区別されるべきとする点からエマーソン教授の見解⁽⁷⁾に影響を受けていることは明らかである。エマーソン教授の理解によれば、「表現」には絶対的保護が与えられなければならないのであり、従って、「表現」は表現としての保護が与えられ、一方、「行動」は、行動としての規制に服さなければならないのである。重要なのは、「表現」と「行動」の区分でありその公式化である。但し、この二区分は、概念的に一定の言論を保護されるべき言論とそうでない言論とに区分する類型的アプローチ（例えばミクルジョンの説）とは異なる。求めらるべきは、「行動」として保護の範囲外に出る言論と保護されるべき言論との境界線の確定なのである。であるからこそ、かかる境界線上の言論の区分の基準として「明白かつ現在の危険」の基準が適用されるべきとされるのである。要するに、エマーソン教授の基本的立場は、衡量論的アプローチにあるのであるが、同教授の説は後に再論することにする。

(b) これに対して、むしろ積極的に利益衡量的アプローチを採ることを提示するのが、伊藤正己教授である。同教授によれば、「利益衡量論」は、「憲法上の利益衡量は、単にそれぞれの場合の具体的事情を較量するという作業ではなく、まずもって憲法秩序における各価値について序列を考え、ついてそれぞれの人権と対立する利益との較量の

ための判断基準を追求する」べきであるとされる。そして、そこに適用されるべき基準とは、例えば「明白にして現在に危険」「より制限の少ないそれに代る手段」「過度の漠然性」の故に無効などの基準であると言う。理論的には、無原則、無定量的な利益衡量は否定される結果になるであろう。

また、価値衡量の際の基準としては、「明白かつ現在の危険」の基準が適切であるとする。すなわち、ミクルジョンの説に対する批判の後で、「あくまでもわれわれとしては対立する価値の較量を行なわねばならず、それを指導する基準としての『明白にして現在』の基準は、他のこれに類する諸基準たとえば「危険な傾向」の基準、「合理性」の基準よりもかに言論の自由に有利なものといえるであろう。」⁽⁹⁾

それでは、具体的に、どのような価値衡量が行なわれるのであろうか。おそらく、以下の引用文におけるような価値の衡量（『公けの価値』と『プライバシーの価値』）が行なわれることになるのであろう。⁽¹⁰⁾

「要するに、報道・解説、さらに娯楽的表現などの形式のいかんをとわず、そこでは、それに含まれている公けの価値が問題になるのであり、それとプライバシーの価値とが衡量され、もし前者が優先するときに、私事の保護は譲歩せざるをえないことになるであろう。もしそうであるとすると、表現が報道であるか、娯楽的目的をもつものであるかは、問題を解決してしまふ鍵ではなく、この価値衡量にあたつて考展される一要因であることになる。

…このような形式のもつ差異が、当然に価値較量で考慮の外におかれることはできないであろう。しかし、それは、決して問題をすべて決定してしまふものではない。具体的の場合について、問題を解決するためには、そのような表現の目的の差異のなかにも、各種の要素を考えねばならないはずである。相手方のプライバシーの権利がどのようなものであるか、その侵害の程度がどのようなものであるかなどの被害者側の権利具体的に考えられねばならない。このように、それぞれ具体的な状況のもとで価値較量が行なわれ、その結果として表現のもつ公けの利益とプライバシーの価値との優劣が決定されるのである。」（傍線部筆者）

確かに、比較衡量の上において、表現の有する「公けの価値」とプライバシーの価値とを衡量することは一応は

是認されるであろうが、問題はその「公けの価値」がいかなる価値を含み、いかなる「価値」が「公けの価値」が有ると判定されるかであろう。換言すれば、一定の表現が憲法上の保障を受けるために必要な「公けの価値」とはいかなる「価値」かという点である。そしてまた、かかる「公けの価値」の存否を判定する際に適用されるべき基準の点も問題である。この点が明確にされない限りは、結局、かかる判定を行う者——裁判官——の個別的衡量に委ねるといふ結果になってしまうであろう。例えば伊藤教授は、同じ著作のなかで、「アメリカの裁判所は、すでにのべたようにこのような価値をもつ場合をとくに列挙している。しかし、果たして表現が保護をうけるためにもたねばならない価値はここにあげられたものに限られるとは思われない。きわめて広く解すれば、報道、教育、啓発のどれかに含まれるとしても、これを限定的に解することなく、もっと柔軟な態度で、表現のうちにひそむ諸価値を考えてゆくことが必要であろう。」と述べているが、たとえ「柔軟な態度で」解釈するにしても、保護されるべき（表現の自由の保障により）を「価値」を何らかの形で明示する必要があるのではないだろうか。そうしなければ、いかなる表現が保護されあるいは保護されないのかについての将来の判決の予測性は極めて底いものとなるであろう。これでは、ケース・バイ・ケースのいわゆる「個別的比較衡量論」と大きな差がなくなってしまうであろう。そしてまた、保護されるべき「価値」の程度をも序列化しておく必要がある。（かかる「価値」はすべて等価であるとするならば話は別である。）

(c) その他にも、各種の憲法教科書においてかかる課題に言及した部分が見られる。が、こうした著作は、本来的に特定のテーマを追求する趣旨のものではなく、講学上の目的乃至体系的記述を目的とするため、必ずしもその論述が精緻を極めているわけではない。

ここでは、こうした記述を数例あげるにとどめる。

「プライバシーの権利は、他者の基本的人権（とくに表現の自由）との関係で一定の制約をうける。その調整は、原則として等価的^⑪な利益衡量によるが、公務員ないし公的存在の公共性のある事柄については、公表価値あるものとして憲法の保障する表現の自由の範疇に属すると解される。」（傍線部分筆者）

「表現の自由をできるだけ尊重するためにホームズ裁判官およびブランドイズ裁判官によって唱導された『明白かつ現在の危険』（clear and present danger）の理論をわが憲法の下でも認めてよいと思われる。すでに破壊活動防止法関係の判例などでこの原則が説かれており、学説もこれを支持するものが多い。主として政治的言論の処罰の場合にこの原則を採用すべきである。」^⑫

前者（佐藤幸治教授）は利益衡量的見地に立つものと考えられる。後者（橋本公巨教授）は、「公共の福祉」の概念解釈のみに終止することについてこそ批判しているが、^⑬アプローチ法に限ってみる限りは、比較衡量的アプローチを肯定するものと思われる。つまり、同教授によれば「『公共の福祉』の概念をあまりに抽象的に説いていると、実際には、基本権の保障に、役立たないので、これにある程度の明確な基準を与えることが必要^⑭」であるとされる。そして、そこに適用されるべき基準は少なくとも表現の自由に関する限りは「明白かつ現在の基準」である。が、同教授は、基本的人権相互の衝突の調整について、一般的に比較衡量的アプローチを肯定すると考えられるので、原則的には、表現の自由にもかかるアプローチ法が適用されると考えられるのである。（「表現の自由」という基本的人権と「人格的権利」という基本的人権の対立は、同教授の言う「異種^⑮の基本権の場合」に該当するであろう。）

「したがって、基本権の制約原理として、第一に、他人^⑯の権利を害しない限り、基本権の尊重が認められるということが出てくる。他人の権利といっても、いろいろの場合がある。（i）他人の基本権が、他人の同種^⑰の基本権の成立を阻害するようなことがあってはならない。（ii）異種^⑱の基本権の場合には、両者の間でいずれがより尊重せらるべきかの比較衡量の問題となるであろう。これは、きわめてむずかしい問題であるが、しいて公式的にいうならば、特定または少数の個人の尊重（または特定の、より本質的な

い権利の尊重)を形式的に守ることが、かえって、多数の個人の尊重(または特定の、より本質的な権利の尊重)を実質的に害することが、客観的に明白であるときは『公共の福祉』を理由として法律により、さきの基本権と制限することができる。⁽¹⁸⁾」(傍線部筆者)

(d) 一体、「公共の福祉」とは何を意味するのか。この定義の問題の重要性は否定できないが、明確な定義づけは極めて困難である。結局、理念に関する部分が多く、哲学的な考察を抜きにしては考えられない部分が多いためである。それは、「公共の福祉」に関する議論が当初の定義づけの問題から、やがてより実質的な議論へと変化して行ったことにもあらわれている。「公共の福祉」の概念の定義という観念的な議論に終止する限り、無数の学説が示され、それが個々の哲学的理解を背景にして行なわれる限り、結局、收拾のつかない状況をもたらしかねなかったのである。「公共の福祉」に関する議論が、一種の哲学的意味あいを含んだ議論から、帰納的経験的な思考へと変化して行ったのは当然であつたし、そうなる必然性があつたのである。かかる概念が有する最大の問題点は、「公共の福祉」の一般概念性、換言すれば、「公共の福祉」の名称の許に、一刀両断的に基本的人権の制約を可とする危険性にあると言えよう。しかしながら、憲法十三条に言う「公共の福祉」はこれを根拠として法律による基本的人権の制約を一般的に可能とする趣旨ではないであらう。この規定は、明治憲法下における「法律の留保」を言い換えたものではないし、そのように理解されるべきではない。制限を肯定するにしても、すべての基本的人権が、一般的に制限に服するという趣旨ではない。したがってかかる「公共の福祉」による制限を認めるならば、個々の基本的人権との関係で具体的に検討する必要があるのである。そうしなければ、一般的な制約原理として「公共の福祉」概念が登場することになる。これは、基本的人権の保障について極めて深刻かつ危険な状況を、来する結果になる。換言すれば、かかる概念による個々の基本的人権制限の可否を明確に——それも、具体的に——しなければならぬのである。それ

故、先に述べたような「公共の福祉」論の観念論から判断基準の設定というより具体的現実的な問題に重点が移行して行つたのであろう。要するに、「公共の福祉」は理念的な概念であつて、基本的人権のなかでも最も保障されるべき権利の一つである表現の自由といえども、絶対的な自由を意味するものではないということを述べたものと理解されるべきであらう。そして、かかる問題において検討すべきは、そこに適用されるべきアプローチであり、個別的具体的な基準である。かかる観点に立つて、その後の議論の展開を簡単にフォローすることにする。

例えば、昭和三十一年に公表された佐藤功教授の論稿^①によれば、「公共の福祉」とは「人間の社会的共同生活の本質に由来する当然の制約」であつて、その制約は、「最も根本的に考えれば、人間の社会生活の本質に由来するといえる。……現代の人間生活も本質的に社会的な生活であり、『公共の福祉』とはこの社会的共同生活の利益を意味する。」とされる。しかしながら、「制約」には、「内在的制約」と「外部制約」の二種の制約があり、「公共の福祉」は前者の場合には、「各人の内部的な道德的自制あるいは心構えとしての制約の理念」として現われるが、後者については、「後ろの場合は外部的な政策的考慮からの制限の理由として現われ」と言う。それでは、具体的に、「公共の福祉」の要請により、いかなる基準によつて基本的人権の制約を可とするのであろうか。要するに制約可否の判定についてのアプローチ法と適用すべき基準の問題である。佐藤教授の見解は一種の不可避論とも理解されないではないが、制限により得られる利益とそうしないことにより得られる利益との利益衡量のアプローチであることは確かであらう。

「すなわち、一体、何が「公共の福祉」であり、それを理由として基本的人権を制約し得るかを決定するに当たっては、抽象的にいえば、その基準は要するに基本的人権を制限することによつて得られる利益と、それを制限しないで置くことによつて得られる利益とを比較較量して、前者の利益が後者の利益よりも価値が高いと認められる場合に、それを『公共の福祉』の要請であると

して基本的人権を制限し得る、というように考えるほかない。⁽¹⁸⁾

また、「明白かつ現在の危険」の原則を表現の自由制限についての基準とするのであろう。⁽¹⁹⁾

「何が『公共の福祉』であるかを判断する場合には、いろいろの利益をバランスにかけて決するわけであるが、そのときの基準は、右に述べたことの結果として、一様ではなく、制限を加えようとするその権利・自由の性質に応じて異ってくる。……この自由権の基本権に属する権利・自由については、前に述べたように、単に道徳的自制にのみ委ねるということとはできないけれども、しかし外部からする制限はできる限り排除しなければならない。そこではたとえば、かのウェンデル・ホームズの確立した原理であるところの「明白にして現実の危険」がある場合にのみ制限が認められるべきである。単にある種の言論を放置しておくとき将来、危険が生ずる可能性または蓋然性があるというだけで、それを「公共の福祉」を理由として制限することは、前に述べた利益の衡量からいって認められないのである。」⁽²⁰⁾

(e) この説は“基準”を見る限りでは、「明白かつ現在の危険」の原則を採用する。しかしながら、「公共の福祉」による基本的人権制限一般を考察するのである。確かに、アプローチ法として見る限りは、現在のところは、その具体的なアプローチ法として一定の価値を有するものと考えられるのであるが、表現の自由も信仰の自由も学問の自由も（この自由は「自由権の基本権」に限られる、財産権は別である）すべて、一括して、「公共の福祉」の要請による利益衡量に服しめるとすることには問題があると思われる。⁽²¹⁾

この「比較衡量的手法」に対しては、各立場からの種々の批判があるが、最も一般的なのは、(i)比較衡量論は、裁判所の判断基準たるべき拠点、核心をもたない。(ii)利益衡量の実行に際しては、事実関係の判定は困難をきわめるし、司法過程はそういった作用には適するものではない。(iii)現実的に見れば、裁判所は真に独立の判断を行使するこ

とをさまたげられ、立法府の判断に対しては圧倒的なウェイトをおく衡量をしてきている。ただし、利益衡量には、立法府の判断結果たる政策考慮が甚大な位置を占め、裁判所はこれを無視したり破棄したりすることが容易にできるわけではない。(iv) 比較衡量論は、修正第一条に対して真の意義を認めていない。立法府の判断が合理的である限りは、違憲ではないということになる。しかし、この程度の保障ならば、公正手続条項だけで可能である。(v) いかなる権利行使が保護されるのかという予測可能性がない、といった批判である。この批判は、米国における判例に対するものであるが、修正第一条を憲法第二十一条と読みかえれば、基本的な部分では我国にも妥当しよう。しかしながら、かかる批判が正当なものであるとしても、課題解決法としての比較衡量的アプローチそのものが表現の自由について生ずるすべての問題において否定されるとは言い切れないであろう。確かに、「公共の福祉」による基本的人権一般への制約を可とする論法には賛成し得ないが、だからといって「比較衡量的アプローチ」そのものをも否定することは、性急に過ぎると思われる。「公共の福祉」による基本的人権制約の論理と、「比較衡量的アプローチ」が、絶対的に不可分であり、「比較衡量的アプローチ」に立つ以上、「公共の福祉」概念による基本的人権の一般的制約をも肯定しなければならぬとは、言い切れないのである。「公共の福祉」による一般的制約を肯定し、そのアプローチ法として「比較衡量」的手法を採用しているのであって、常にその逆理が成立するわけではない。「公共の福祉」は前提的概念であるが、比較衡量論は一つの結論である。比較衡量論は「公共の福祉」に専一不可分の手法であるのではない。私は、基本的人権一般の制約原理としての「公共の福祉」概念は認めない。が、本問題に関する限りは、比較衡量的アプローチが最良であると考ええる。表現の自由と人格的権利という人権相互に優劣はないと考えられるのである。仮に、それが認められるにしても、その違差は、ほぼゼロに近いであろう。ただし、このことは、表現の自由と人格的権利という二つの人権に限定した場合であって、この枠内でのみ、比較衡量的アプローチによる考察

が肯定されるのである。

したがって、これ以外の表現の自由に関して生ずる諸問題——表現の自由と性表現の規制、表現の自由と青少年保護条例、あるいは、表現の自由と公安条例など——とは区別して考察されるべきである。こうした他の問題についてまで、比較衡量的アプローチの採用を妥当とする趣旨ではない。一般的に言えば、かかる国家権力と表現の自由の関係する問題について表現の自由の優位性の肯定が可能であろう。が、表現の自由と人格的権利の衝突という図式に限定して考察する場合は、前者の優位性を前提とする何らの理由も根拠も考えられない。権利としてそれが憲法に占める位置を見る限り、両者は等質的に対等の位置にあるのであって、人權として保護されるべき憲法要請には優劣の差がないものと考えられるのである。（もともと国民の「知る権利」の側面から見れば「知る権利」の裏打ちによって「表現の自由」が、人格的権利に優位するという論理も成立し得るが、現段階では「知る権利」の内容が必ずしも確定しておらず、また、仮に「知る権利」を政治的参加権として理解するとしても、すべての場合に、人格的権利に優位するとは断定し得ないであろう。たとえば、議員乃至議員候補者についてはかかる論理が成立し得ても、そうではない人々にまで、かかる論理を一般的に拡張して適用することには無理があるであろう。）

無論、ケース・バイ・ケースの「個別的比較衡量」の手法は採り得るところではない。かかるアプローチ法には、端的に先述した批判——事実認定の困難性、立法府の介入、予則可能性の希薄さなど——が妥当し得るであろう。が、そうした批判が正鵠を射ているにしても、いちがいに、比較衡量的アプローチを否定することも正しい態度とは言い得ないであろう。重要なのは、——比較衡量的アプローチに立つ限り——その調整原理（基準）の構築である。否、むしろ、かかるアプローチが欠点を有するものであるが故に、かかる欠点を克服するためにこそ客観的合理的な基準の確立が必要なのである。

では、そのためには、いかなる作業が必要とされるであろうか。一つは、理念的乃至観念的な一般原理の考究であろう。確にかかる作業は必要ではあるが、そのみに限定することには問題がある。かかる考察法には、現実的側面——実定法的側面——から遊離し、いたずらに観念論にのみ終止する危険性が常にある。適切な考察は、常に、現実的側面を念頭において、具体的かつ経済的な諸問題の検討を通して行なわなければならないであろう。そして、その検討を通して、原理（及至基準）を抽出し、再び具体的な問題解決の場に還元し、さらにそれを彫琢するといういわば経験科学的な考察手法によらなければならない。

また、かかる作業としては、同様の問題が生じ得る諸外国の法制及至学説判例の検討——とりわけ、我国の先輩格にあたる米国のその研究——が必要になる。そして、実際、こうした作業は、過去我国において公表された種々の勝れた業績という形で現実のものになっている。が、たとえ、米国の修正等一条と我国憲法第二十一条が基本的な部分で共通性を有するにしても、何らの批判的な検討も無しに、米国における法理を全くそのままに適用することには問題がないわけではないであろう。両国の法制は必ずしも同一ではないし、また、広い意味における社会的状況が全く同一とは限らない。いちがいに米国における法理が、そのまま我国にも適用し得るとは断定できないであろう。最終的にかかる法理の適用を肯定するにしても、少なくとも、その前提として我国における法的状況を検討する必要がある。かかる意味において、次章において我国における表現の自由と人格的権利をとりまく法的状況——諸判決——を検討することにする。

〔注〕

（１） かかる問題に直接・間接に論及されたもので論考することができなかったものもある。たとえば、ブラウステインの説の基礎及至前提となっているキクルジョンの政治的言論と非政治的言論との二分論、言論を営利的言論と非営利的言論とに区分す

る説、あるいは、公開された言論と非公開の言論とに区分する説などである。これらの説は、言論を何らかの区分基準により類型化し、その憲法保障に差異をみとめる見解である。がいずれにしても、かかる類型化という形でのアプローチ法には、その区分についての現実的可能性に問題が生じるであろう。

- (2) この点「知る権利」の面から考察すればどうなるか。知る権利がいかなる内容の権利たるかは一つの問題点であるが、さしあたりこれを「政治的権利」として理解するならば、基本的には、「知る権利」による保障は、名誉毀損やプライバシー侵害の問題には及ばないということになる。無論、かかる言論が「政治的」意味を有しない場合である。こうした理解をする限り、一定の名誉毀損的(あるいはプライバシー侵害的)言論を政治的言論とそうでないものとに区分する作業が必要不可欠であろう。理論上、両者は相異なる問題と理解されるからである。

- (3) (3)その他、この問題について堀部政男教授も論考を発表しているが「そこで問題となるのは、一方において、名誉プライバシーを擁護しながら他方において、表現の自由を保護するという矛盾、衝突をどのように調整するかということである」(堀部「名誉、プライバシーと表現の自由」講座現代の社会とコミュニケーション3・一八八頁、同旨・堀部「表現の自由と人格権の保護」現代損害賠償法講座2一二頁)とした上で、「表現の自由と人格権の保護の調整基準」として刑法二三〇条ノ二を考察するのみで、その憲法論的理解は必ずしも明らかではない。

- (3) 芦部・前掲論文一四一頁以下。

- (4) (5) 芦部・前掲論文一六〇頁。

- (6) 芦部・前掲論文一五九頁。

- (7) T. I. Emerson; Toward a General Theory of the First Amendment 72 Yale Law Journal 877 (1963)

- (8) 伊藤正巳「憲法解釈における利益衡量論」ジュリスト別冊『法学教室(第二期)』一号二四頁。しかしながら同教授は、表現の自由と人格的権利の矛盾の調整に関して「性質上民法における利益較量に接近するのであり、裁判官による個別的較量にゆだねられるのではないか」と述べる部分がある。この説は果たして表現の自由と人格的権利の「比較衡量」に関する限りは、その較量を基本的に裁判官の手に委ねるとする個別的衡量の趣旨なのであろうか。仮にそうであるとすれば、「プライバシーの権利」二〇〇頁―二〇二頁に示されているような「公けの価値」と「プライバシーの価値」との比較衡量を行う者は裁判官だということになる。個別的衡量に立つ限りは、第一義的に判定を行うのは裁判官であって、そこに適用されるべき基準

——明白かつ現在の危険の基準など——はあまり重要性を有しないことになる。そうであるならば、伊藤教授の見解は、こと表現の自由と人格的権利の問題に関する限り、同じく比較衡量論といっても、芦部教授、エマーソン教授の衡量論とはその性質を異にすることになる。同教授の説の眼目が比較衡量にあることはまずまちがいのないところであるが、衡量する者は裁判官であって表現の形式などは、その衡量の際に考察されるべき一要因にすぎないという趣旨なのであるうか。かかる問題を無原則に個別的衡量に帰せしめることには賛成しがたい。この理解に立つ限り、価値判断基準は設定し得ないか、あるいは設定できたとしても、衡量にあたって、その基準は、それほどの意味を有しないかのいずれかであろう。それとも、同書の記述は、米国の判例法の解説を意味するものなのであろうか。

(9) 伊藤正己「言論・出版の自由」三〇〇頁。

(10) 伊藤正己「プライバシーの権利」二〇〇頁—二〇二頁。

(11) が、これはあくまでも推測である。伊藤教授の「プライバシーの権利」には、相当部分の記述が無く、衡量の際に「明白かつ現在の危険」の基準がどのように機能するかは不明である。

(12) 佐藤幸治「憲法（現代法律学講座）」三一七頁。

(13) 橋本公亘「憲法」二三三頁。

(14) 橋本・前掲書(13) 九一頁。

(15) 橋本・前掲書(13) 九六頁。

(16) 橋本・前掲書(13) 九六頁—九七頁。

(17) 佐藤功「公共の福祉」法学セミナー昭和三十一年八月号（「憲法解釈の諸問題」第二卷所収）、同旨佐藤功「日本国憲法概説」一二二頁。

(18) 佐藤・前掲書(17) 一八二頁。

(19) 以下の引用文と同旨の見解は、佐藤功「(ポケット注釈全書) 憲法」一五二頁—一五四頁にもみられる。

(20) 佐藤・前掲(17) 一八三頁—一八四頁。

(21) その他にも比較衡量的アプローチを肯定する見解がある。一例をあげれば、「社会の知る権利を充足する機能を果す表現の自由が民主主義社会の根幹であることは、いうまでもない。それは憲法上保障される基本権の一つである。他方、プライバシー

1の権利は憲法の保障するこの自由を否定するところに、その本質がある。両者は、本質的に相対立し、抵触し合う価値である。それをどのようにして併立せしめるかは、プライバシーの権利に関する問題の焦点であり、また表現の自由の問題でもあるといえる。すべての自由がそうであるように、プライバシーの権利においても常に、個人の利益と多数の利益すなわち社会の利益との間に価値の較量が要求されているのである。」(久保田きぬ子「プライバシーの権利」宮沢還暦記念日本国憲法体系第七卷一六三頁一六四頁。ただし、この言論は、佐藤教授のそれとは異なるであろう。少なくとも、表現の自由とプライバシーの権利という観点からみるものと考えられる。

(22) たとえば、兼子一「基本的人権と公共の福祉」(末川編「基本的人権と公共の福祉」所収) 三一頁―三二頁。

(23) 奥平康弘「表現の自由」(宮沢還暦記念「日本国憲法体系第七卷所収」)

尚、奥平教授は、一般的に「比較衡量論」に対しては、批判的であるが、絶対的にすべての比較衡量的アプローチを否定する趣旨ではないであろう。その批判の対象となる「比較衡量論」とは、「無原則的、悪しき意味でのプラグマティックな『比較衡量論』」(同論文一一四頁)である。そして、限定された範囲においては、かかるアプローチ法をみとめるのである。すなわち、「最後に一言附加しておくべきことは、私といえども、表現の自由領域中非常に限定された場合にあつては、特定利益と他の特定利益との端的な『比較衡量手段が活用される可能性・正当性を認容する、ということである。それは最も典型的には、マス・メディアによるプライバシー侵害行為を民・刑事上制約する法規の合憲性判断、とりわけ、かかる法規の適用が問題となる場合である。このような場合には、問題の対象は、当該公表事実が、マス・メディアおよび公衆にとっていかなる利益(これを単なる『私益』と解するのではない)をもつかという考慮とともに、他方、私生活上のなんらかの事実を暴露されることから、解放されておるべき利益(ひとりではっておかれる利益)もまた考慮されなければならず、これら諸利益が比喩的にいえば、同一次元で『比較衡量』されることが許容されるし、また許容されるほかないであろう。」(同論文一一七頁―一一八頁)

ただし、この比較衡量的アプローチをみとめる見解——おそらく文脈から見れば消極的な意味合いで述べていると思われるが——と、同教授の「知る権利」にある記述とがどのように関係するかは必ずしも明確ではない。限定的に比較衡量的アプローチがみとめられる領域に属するプライバシー侵害の事案において、かかるアプローチを適用した結果「知る権利」の保障の要請による取材の自由や報道の自由が、プライバシーの保護の要請に優先するという構成になるのであろうか。もし、そ

うであるとするならば、「知る権利」を論ずるにしても、少なくともプライバシーの権利に関する限りは、そこで生ずる衝突・調整の解決については、比較衡量的アプローチによることになる。