

表現の自由とその制約について

久 米 三 千 夫

目 次

1. 序 説
2. 旧憲法下の表現の自由とその制約
3. 憲法のもとにおける表現の自由の制約
 - (1) 集会の自由の制約
 - 1 地方公共団体の『公安条例』による制約
 - 2 公共用営造物の管理権による制約
 - (2) 結社の自由の制約
 - (3) 言論、出版の自由の制約
 - 1 名誉・プライバシーの保護のための規制
 - 2 猥せつ文書・図画と表現の自由
 - (4) 報道の自由の制約
 - 1 報道・取材の自由の制約
 - 2 新聞記者の証言義務
 - (5) 犯罪を煽動する言論の制約
 - (6) ビラ貼り・ビラ配り・街頭演説の制限
 - 1 屋外広告物等の規制
 - 2 軽犯罪法による規制
 - 3 道路交通法による規制
 - (7) 公職選挙における表現の自由の制約
 - 1 事前運動の禁止
 - 2 戸別訪問の禁止
 - 3 文書・図画の頒布等の規制
 - (8) 営利的表現の制約
 - (9) 検 閲 の 禁 止
 - 1 検 閲 の 意 義
 - 2 税 関 検 査
 - 3 教 科 書 検 定
 - (10) そ の 他
4. 結 語
5. あとがき

1. 序 説

日本国憲法（以下「憲法」という。）21条は、その1項に『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』とし、2項には『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。』と定めた。

ここにいう『表現の自由』とは、人間の内心に存する精神作用を外部に表出する精神活動の自由を指す。およそ、人の内心を外部に表現する形式は、言論や出版によるのが最も多いであろうが、今日ではそのほか街頭演説、印刷物、ラジオ、テレビ、レコード、録音テープ、演劇、音楽、絵画、彫刻等々多種多様のものがある。そして、それ等の表現はすべて各人の自由であって、国家権力によって侵害されないことが保障されている。それに、この場合、国家権力というのは、警察などに代表される行政権だけでなく、また国会の立法権をも含む意味においてである。すなわち、表現の自由は、国会の制定する法律によってもみだりに侵害されないことになっているわけである。かつての旧体制、すなわち『大日本帝国憲法』（以下『旧憲法』という。）のもとにおいては、それが容易に可能であったことを後説する。

表現の自由は、そのように保障されたものであるが、しかし、いかなる自由・人権といえども、憲法19条の思想・良心の自由を除いては、絶対無制限に行使してよいということはありません。この表現の自由も、同じ社会に共存する他の人々の権利との調整のために一定の制約を蒙らざるをえない。それはあたかも、自動車に必ずブレーキが内在するように、権利や自由には必ず制約が内在していると考えなくてはならない。憲法12条、13条にいう「公共の福祉」は、そのような内在的制約を含むものであろう。1789年のフランス革命における『人及び市民の権利宣言』においてさえも、自由の限界について、その4条に『自由は、他人を害しないすべてをなし得ることに存する。その結果各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界を持たない。これらの限界は、法によってのみ規定することができ

る。』(岩波文庫・人権宣言集131頁)、と規定している。自由権、とりわけ精神的自由権について考えるとき、十分に噛み締めるべき言葉である。

つぎに、21条1頁は、人に対して『集会、結社の自由』と『言論、出版その他一切の表現の自由』とを保障したものと理解されているが、『表現の自由』を広義で捉える場合は、集会、結社の自由をも含めて考えてよいと思われる。集団行動、デモなどを含む集会は、結社とともに、内心において共通の目的や動機を持つ多数人の結合であり、集会すること、結社をつくること自体がひとつの表現形式でもあり、それが表現の自由として保障されることに意義があるからである。ただ、集会は一時的、経過的なもの、結社は多少とも永続的、組織的なものであるという相違があるだけである。

本稿においては、国民主権に基づく議会制民主政治に不可欠の表現の自由が、人々によってどのように行使・享受され、問題とされ、最終的には違憲審査権を持つ裁判所の俎に載せられて、どのように処理されて来たかを主として最高裁判所の代表的な判例を辿ることによって明らかにしたい。

しかしここで、本論に入る前に、わが旧体制のもとで、表現の自由は、どのような状況のもとにおかれていたかを簡単に振り返っておきたい。

2. 旧憲法下の表現の自由とその制約

旧憲法は、その29条に『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』とあるとおり、表現の自由について一応の保障を定めてはいたが、それが現行憲法と決定的に相違するところは、その自由は『法律ノ範囲内ニ於テ』という、いわゆる『法律の留保』がある点である。この法律の留保を拠り所として、政府は次々に厳しい言論取締り法規を帝国議会を通じて制定公布したので、国民の表現の自由は狭い枠内に逼塞させられていた。ここでは、それらの取締り法規を年代順に掲げ、簡単に説明するにとどめたい。

●出版法(明治26年法律15号)

新聞紙以外の普通出版物の厳重な警察的取締りを定めた法律。出版をすると

きは、すべて出版届及び納本の義務を負う。内容についても、皇室の尊厳を冒瀆したり、安寧秩序を害し、風俗を乱す事項は掲載を禁止されており、違反者は処罰、出版物は発売禁止となる。なお、蓄音器、レコードにも準用された。

●新聞紙法（明治42年法律41号）

新聞紙の取締りは、明治初年以來、太政官の条例によって行われ、当初は検閲主義であったが、明治20年に至って届出主義に変わった。明治42年本法成立、日刊新聞紙及び定期刊行雑誌を嚴重な取締りの対象となし、その発行には、発行届と納本を義務づけ、内容についても出版物同様の嚴重な制約を定め、違反者に対しては一定の行政処分と嚴重な罰則を定めていた。（新聞紙の取締りについては、明治2年新聞紙印行条例、明治6年の新聞紙条目、明治8年、16年、20年の各々新聞紙条例、30年の改正を経ている。）

●治安警察法（明治33年法律36号）

集会や結社、多衆運動を取り締るための法律。このことについても明治10年代以降、本格化した自由民権運動に対処するため、『集会条例』、『保安条例』、『集会及政社法』などが制定されたが、30年代になると労働運動が漸次活発化したので、その抑圧と秘密結社を取り締るため、本法が制定された。特に、その17条は、労働者の団結権・争議権を否認するもので、労働運動はこのため永く苦しんだ。漸く大正13年、護憲三派内閣による治安維持法、労働争議調定法等の整備を俟って、大正15年に同条は削除された。

●治安維持法（大正14年法律46号）

国体の変革及び私有財産制度否認を目的とする結社等を禁圧することを目的とした法律。第一次世界大戦後、大正14年衆議院議員選挙法により、いわゆる普選が行われることになったのと同時に、本法が成立した。ついで昭和3年には、緊急勅令で処罰範囲を拡張、刑罰に死刑を加える改正を行い、つぎに昭和16年には、予防拘禁制を追加する改正を行った。

本法の条文数は僅か7箇条であったが、適用対象が広いのと、犯罪の構成要件も抽象的で、手続も専断的色彩が強く、全国の特高警察組織の完備と相俟って、国民の自由な思想、言論、政治活動を断乎禁圧した。本法によって処断さ

れた者の数は、数万人に及んだという。

●不穏文書臨時取締法（昭和11年法律45号）

昭和11年の2・26事件後横行した『怪文書』を取り締まるための法律。『軍秩ヲ紊乱シ財界ヲ攪乱シ其ノ他人心ヲ惑乱スル目的ヲ以テ治安ヲ妨害スヘキ事項ヲ掲載シタル文書図画』が取締りの対象であり、『発行ノ責任者ノ氏名及住所ノ記載ヲ為サ』ない怪文書を出した実際の行為者、共犯者のすべてを、未遂を含めて処罰した。

●新聞紙等掲載制限令（昭和16年勅令37号）

昭和16年1月11日公布，即日施行。この勅令により，新聞紙その他の出版物に掲載を禁止，制限される事項として『軍機保護法ノ規定ニ依ル軍事上ノ秘密』、『外交ニ関シ重大ナル支障ヲ生スル虞アル事項』、『外国ニ対シ秘匿スルコトヲ要スル事項』その他の事項が定められた。

●言論，出版，集会，結社等臨時取締法（昭和16年法律97号）

昭和16年12月8日わが国が第二次大戦に突入した直後，18日に公布された。『本法ハ戦時ニ際シ言論，出版，集会，結社等の取締ヲ適正ナラシメ以テ安寧秩序ヲ保持スルコトヲ目的ト』したもの。そのために『政事ニ関スル結社ヲ組織セントスルトキ』、『政事ニ関シ集会ヲ開カントスルトキ』，それに『屋外ニ於テ公衆ヲ会同シ又ハ多衆運動セントスルトキ』は，すべて『発起人ニ於テ行政官序ノ許可ヲ受クヘシ』と定め，違反者は最長1年の懲役又は禁錮に処せられた。

以上に述べてきたところにより，旧憲法下においては，国民の自由・権利は，法律によらずしては制約・圧迫を受けることはないけれども，逆に法律にさえ依拠すれば容易に制約・圧縮することができた。『法律の留保』には，そのように両面の機能・意義があった。しかも，当時の旧憲法下において政府と帝国議会との力関係は政府が圧倒的に強く，法律案についても，帝国議会の『両議院ハ政府ノ提出スル法律案ヲ議決』（旧憲法38条・前段，圈点筆者）するのが主要な職権であった。今日，内閣の法律案提出権は慣行として確立し，内閣法5条に

明文化されているが、憲法自体には明文がないのと比べて、当時の政府は議会に対して強く、思い通りの法律案を提出し、議決を求めることができたわけで、法律の留保は、その程度の安心感を国民に与えるものであったに過ぎない。

最後に付け加えておくが、前掲の諸法令は、昭和20年8月15日の日本の敗戦の結果、戦勝国の占領軍の政策により、すべて効力停止ないし廃止を要求され、その後形式的にも廃止の手続きがとられ、消え去ったことは、人の知るとおりである。

3. 憲法のもとにおける表現の自由の制約

序説において述べたとおり、憲法に規定されている自由権は、法律の留保なしに、言い換えれば、行政権に対してのみならず、立法権に対しても、これを保障する建て前になっている。従って今日では、旧憲法下とは違って、各種の自由権を正面から制限したり、禁圧したりする法律はあり得ない。しかし、前にも述べた如く、どんな自由や権利も無制限・絶対ではなく、他者の同等の権利との調節のための制約を内在的に持っている。憲法12条や13条にいう『公共の福祉』は、そのような内在的制約を含むものである。同時に、公共の福祉は、単に内在的制約だけでなく、外部からの政策によって加えられる制約をも含むものである。憲法の目指す福祉国家の実現のためには、経済的自由権に対しては、精神的自由権に対するのとは違って、一層強い制約が加えられてくることも予測しなければならない。その根拠となるのも「公共の福祉に反しない限り」（憲法22条）とか、「公共の福祉に適合するやうに」（同29条）とある「公共の福祉」である。

精神的自由権に内在するいくつかの制約はどのようなものであるか、そのうち表現の自由をとり囲む制約にどのようなものがあるかを、司法権の手によって法的に処理されてきた結果を追跡することによって明らかにしたい。なお、本稿においては、人の積極的、能動的な自己表現活動とそれに対する制約に焦点を絞ったので、その表現の受け手の立場の人の『知る権利』などは、割愛せ

ざるを得なかったことを附言しておく。

(1) 集会の自由の制約

集会は、集団行進、デモ行進などを含めて、建築物、道路、広場等一定の場所を利用することによって行われるので、必然に、他人の自由・権利と競合したり衝突したりすることがある。その調整のため、集会の自由を制約する、地方公共団体の条例と営造物の管理権との2項目について考えてみる。

1 地方公共団体の『公安条例』による制約

普通地方公共団体である都道府県・市町村は、『地方公共の秩序を維持』する責務を負っている(地方自治法2条3項1号)。つまり、公安を維持する責任がある。従って、集会や集団行進などを行う場合は、事前に、公安委員会(実質的には警察)の許可を得るか又は届出をする必要がある旨を定めた条例を持っている団体が、いまも60団体ほどあるといわれ、条例の呼称は色々であるが一般に公安条例と呼ばれている。これらの公安条例は、戦後の新しい治安立法ではないかとして、その合憲性について各地で論議を巻き起した。その代表例を挙げる。

A 新潟県公安条例事件(最大判昭29・11・24)

公安条例の合憲性について、最高裁判所は、はじめて次のように判示した。

『行列行進又は公衆の集団示威運動は、本来国民の自由とするところであるから……条例においてこれ等の行動につき①単なる届出制を定めることは格別、一般的な許可制を定めて事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない。②しかし、特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準のもとに許可制をとることは、憲法違反ではない。③公共の安全に対し明らかな差迫った危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することができる規定を設けることも、憲法の保障する国民の権利を不当に制限することにはならない。』

上記の判断は、おおむね学説によっても評価されたが、こののち下級審では各地の公安条例について合憲としたり違憲としたりする不統一が見られたので、最高裁は次の事件において厳しい判断を示すに至った。

B 東京都公安条例事件（最大判昭35・7・20）

『①地方公共団体は、条例によって、集団行動による表現の自由について、法と秩序を維持するに必要最少限の措置を事前に講ずることができる。許可制か届出制かという概念や用語によってのみ判断すべきではない。②規則の対象となる集団行動の場所等に関して、包括的な定めしかなされていなくてもやむをえない。③不許可とすべき「明白かつ現在の危険」の存否の認定が、公安委員会の裁量に属していても当然である。』

上記の判決は、公安条例に関し、それまで指導的判決であった『新潟判決』に言及することなく、しかも、その原則に修正を加えていることをめぐり、判例の変更であるか否か等賛否両論あり混沌としている。一般に学説は大多数が反対だが、治安当局は大賛成であるといわれている。因みに、本判決は、いわゆる60年安保騒動が、5月、6月に荒れ狂った直後の7月に言渡しがあったもので、冷静であるべき最高裁の裁判官までが強い衝撃を受けた結果ではないかななどの批評がある。しかし、この判決は、その後の公安条例合憲判決に大きな影響を与えた指導的な判決であるといわれている。

次に、集団行進やデモは、公安条例だけでなく、道路交通法（昭和35年法律105号）と競合し、条例と法律とが重複して適用される場合もあるので、その例を挙げてみよう。

C 徳島市公安条例事件（最大判昭50・9・10）

公安条例は、道路交通の秩序だけでなく一般に地方公共の秩序を維持することを内容とするのであるが、集団行進等は道路上で行われる関係で、道路交通法の規制をも受けることになる。この場合、後者による規制は、前者による規制の及ばない範囲においてのみ適用される、と判示したのがこの判決である。

『道路交通法が道路交通秩序の維持を目的とするのに対し、公安条例は、右にとどまらず、地方公共の安寧と秩序の維持というより広範で総合的な目的を有するのであるから、両者はその規制目的を異にする。また、道路における交通維持のための具体的規制が、道路交通法77条と公安条例の双方において重複して施されている場合にも、両者の内容に矛盾抵触するところがなく、後者に

おける重複規制がそれ自体として特別の意義と効果を有し、かつ合理性が肯定される場合には、前者による規制は、このような後者の規制を否定・排除する趣旨ではなく、その及ばない範囲においてのみ適用されるものと解すべきである。』

この判決は、法律と条例とが一見したところ競合・重複するのではないかと思われる場合を、それぞれの所管事項を区分して別異のこととして捉え、両者を矛盾なく生かしているところを長所として認むべきであろう。もし万一、法律と条例が同じ目的のため、同じような事項を規定していると判明したとすれば、条例は法律に抵触する限りにおいて無効である。特に、条例違反の場合の罰則が、法律違反の罰則より重いことがあるので、一層注意を要するのである。(憲法94条、地方自治法14条1項、5項)

2 公共用営造物の管理権による制約

道路、公共広場、公会堂等一般人民のため国や地方公共団体が設置・運営する公共用営造物を利用して行う集会は、まず、その場所を利用することの許可を管理者から得なければならない。そこで、その許可、不許可ということが、表現の自由との関係で問題となった事件として次のものがある。

●皇居外苑使用不許可事件(最大判昭28・12・23)

『「国民公園管理規則」4条に基づき、メーデーのための皇居外苑使用を不許可とした厚生大臣の処分は、一般国民の公園本来の利用が長時間にわたり阻害されることなどにかんがみ、管理の必要からなされたものであり、表現の自由または団体行動権の制限を目的としたものではない。もっとも、管理権に名を籍りて実質上右自由等を制限する目的に出た場合、ないし管理権の適正な運用を誤ってそれを侵害した場合には、違憲の問題を生じるが、本件はそれらの場合に該当せず、右処分は憲法21条および28条に違反しない。』

上記の例と同じような事が、県や市町村の公共用営造物の使用について起ることがある。ある団体が、集会を行うため公会堂の使用を申込んだところ、公共団体側は、他に利用申込みはないが、これと対立する団体の妨害活動を予測して、使用不許可にするといった例を聞く。民間施設のホテル、会館などの利用

であれば、借りる側と貸す側の自由な契約で決める私的自治の問題に過ぎないが、公共用营造物の利用の場合、管理・運営の適否の問題となろう。そのような場合、使用の許可・不許可ということと地方公共の秩序の維持ということを一応区分して検討すべきものであろう。

(2) 結社の自由の制約

結社の自由にも規制がないわけではない。規制について定めがある法律は、破壊活動防止法（昭和27年法律240号）と政治資金規正法（昭和23年法律194号）の2法である。結社のうち宗教を目的とする結社の自由は、憲法20条が、労働者の結社の自由は、同28条が夫々保障している。21条で保障される結社の自由は、政治目的の結社が最たるものであろう。

このことについて特筆すべき判例はない。

(3) 言論、出版の自由の制約

言論、出版等の表現の自由は、思想・信条の自由などにつぐ貴重な精神的自由権であって、財産権や契約の自由のような経済的自由権より優越的な地位にあり、従って、前者を規制するためには、後者を規制するために必要な基準・根拠より一層厳格なそれが必要であるという「二重の基準」(double standard)論が、学界で説かれているだけでなく、次の判例にもその考え方が現われている。

『職業の自由（憲法22条）は、それ以外の、憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請が強く、同条1項が「公共の福祉に反しない限り」としたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。』（最大判昭50・4・30薬局距離制限違憲判決）

しかし、そのように優越的な取扱いを受ける言論・出版の自由といえども、刑法上及び民法上いくつかの制約に服する場合がある。本稿では、なかんずく、人の名誉及びプライバシーを保護するための制約と社会の性道徳観念を保護するための猥せつ物の取締りについて述べよう。

1 名誉・プライバシーの保護のための規制

人の人格権の内容たる名誉・プライバシーを他人の表現の自由から保護する

ため刑法230条等並びに民法710条、723条の規定が従前からある。しかし、表現の自由の方をあくまで擁護すべき場合がある。それは、当語表現が公共の利害に関する事項について行われた場合である。

A 名誉き損と事実の証明（最大判昭44・6・25夕刊和歌山時事事件）

『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（刑法230条）と言論の保障との調和を図ったものであり、事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その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、名誉き損の罪は成立しない。』

B 名誉き損と民事責任

『名誉き損については、当該行為が公共の利害に関する事実に係り、専ら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されなくても、真実であると信ずるにつき相当の理由があるときは、その行為には違法性がなく、不法行為は成立しない。』（最判昭41・6・23候補者の前科報道）

この判決は、民法の不法行為としての名誉き損についても、刑法230条の2の精神が妥当し、損害賠償責任がないことを示したもので、従来からの学説に従ったものとされている。

C プライバシーの権利

『プライバシー』の権利について法律上明確な規定はないが、それは要するに、個人の私生活の内密性を、みだりに外部から窺い知られることのない権利をいうものであろう。これについては、前記A及びBで触れたもののほか、刑法133条（信書開披）、軽犯罪法1条23号（住居、浴場、便所等ののぞき見）、民法235条（境界線付近の建築制限）、そのほか特別諸法のなかにも、プライバシー保護に資する規定が散在していると思われる。これらの規定は、旧憲法時代から存するものが多いが、近時とくにプライバシーの権利として説かれるものは、その窮極の、包括的な根拠を憲法13条の幸福追求権においている。表現の自由とプライバシーの保護に関しては、次の、民法710条に関する判例を掲げる。

『プライバシー権、つまり私生活をみだりに公開されない権利の侵害に対しでは、侵害行為の差止め及び精神的苦痛による損害賠償請求権が認められ得る。……言論、表現の自由の保障とプライバシーの保障とは、一般的にいずれが優先するという性質のものではなく、前者は後者を侵害しない限りで保障されているといえる。従って、公的な性格の事柄や社会的に著名な存在に関する場合に、一定の合理的な限度内で、私生活の側面でも報道・論評等が許されるにとどまり、たとえ報道の対象が公人・公職の候補者であっても、無差別、無制限に私生活の公開が許されるわけではなく、このことは、文芸という形での表現の場合も同じである。』（東京地判昭39・9・28「宴のあと」事件）

（注）この事件は、元外務大臣・有田八郎氏（戦後、東京都知事選に社会党候補として立候補し落選）をモデルにした、三島由紀夫の小説『宴のあと』を、プライバシー侵害として訴えた事件。一審判決は、被告の不法行為として損害賠償を命じた。二審の途中、原告死亡、その遺族と被告との間で和解が成立したので、判決としては一審のままで終わった。

2 猥せつ文書・図画と表現の自由

性表現に対する規制は、社会が自由になればなるほど寛大化してゆく傾向にはあるが、矢張り限度がある。西ドイツ基本法を例にとれば、その5条は、表現の自由について『各人は、言語、文書および図画をもって自由にその意見を表明し、および流布し、および一般に近づくことのできる情報源から、またたげられることなく知る権利を有する。出版の自由およびラジオおよび映画による報道の自由は保障される。検閲は行われない。』と1項に規定し、つづいて2項に『これらの権利は、一般法律の規定、少年保護のための法律の規定、および個人的名誉権によって制限される。』と定める（岩波文庫・世界憲法集・4版160頁）。この規定は、表現の自由を規制する事由を列挙し、規制内容は法律に委任することを明定しているところが、わが憲法と違っている。

わが国では、旧憲法下以降、刑法175条が、いわゆる猥せつ物の頒布、販売、陳列の罪を定めており、性表現を厳しく制約していることは人の知るところである。しかも、裁判所は、『猥せつ』の判断について旧態然たる態度を持続して

おり、批判する者が多い。

A 猥せつ概念について（最大判昭32・3・13チャタレー事件）

『刑法175条の猥せつ文書（および図画等）たるためには、普通人の正常な性的羞恥心を害すること、いたずらに性欲の興奮を来すこと、善良な性的道徳観念に反することが要求される。』として、猥せつ文書にあたるかどうかの判断は、事実認定の問題ではなく法解釈の問題であるから、裁判所がなすべきものであって、その判断基準は、一般社会での良識すなわち社会通念である。その社会通念は、時と処により変遷するが、時、処を越えて変らない社会通念として『性行為非公然性』の原則がある、とした。

B 作品の思想性・芸術性と猥せつ性との関係

（最大判昭44・10・15「悪徳の栄」事件）

『刑法175条の文書に関する猥せつ性と芸術性・思想性の関係については、……芸術的・思想的価値ある文書であっても、これを猥せつ性を有するものとするとはなんらさしつかえないものと解せられる。もとより芸術性・思想性が猥せつ性を、刑法が処罰の対象とする程度以下に緩和・解消させる場合はあるが、そうでない限り、右価値を有した文書でも、猥せつの文書としての取扱いを免れることはできない。』

この判決に際し、横田、奥野、田中二郎、色川各裁判官の反対意見、岩田裁判官の意見が付けられている。主要な点は、①この文書の公表による弊害と利益とを比較衡量して、利益が大きければ、それを公表することは刑法35条の正当行為として猥せつ罪を構成しない。②表現の自由の保障は、われわれ個人が価値ありと信ずるところを自由に表現し、他人がそれを知る自由が与えられるところに意義がある。③猥せつ罪の規定も、自由に内在する制約を具体化したものと解しうる限りにおいてのみ違憲無効の非難を免れうる。性秩序、健全な風俗を維持するためという理由で、外来的な政策目的実現の手段としての意味をもあわせ持たせたら、内在的制約の範囲を逸脱するので、違憲の疑いを生ずる。④猥せつ性の強弱、科学性、思想性、芸術性との関連において猥せつ概念の相対性を認めるべきである。⑤作品の価値と反価値を比較衡量することなく

猥せつ文書と判断することは許されない。知る自由、作品を鑑賞し、その価値を享受する自由は尊重されなければならない。といった諸点である。これらの意見には学説からの支持が強い。

(4) 報道の自由の制約

1 報道・取材の自由の制約

(最大決昭44・11・26博多駅TVフィルム事件)

『報道機関の報道は、社会における事実を報道するもので、国民が国政に参与するにつき、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。それ故、事実の報道の自由も、表現の自由の保障のもとにあり、取材の自由もその精神に照し十分尊重に価する。しかし、取材の自由も、公正な裁判の実現のために制約を受け、取材活動によって得られたものを証拠として提出させることによって将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益を受忍しなければならない場合がある。』

2 新聞記者の証言義務(最大判昭27・8・6石井記者事件)

『憲法21条は、一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであって、新聞記者に特殊の保障を与えたものではない。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必要欠くべからざる証言の義務を犠牲にして証言拒絶の権利までも保障したものとは到底解することはできない。』とし、刑事訴訟法149条(業務上秘密と証言拒否権)について『証言義務は、国民の司法裁判の適正な行使に協力すべき重大な義務である。本条は、限定的列举と解され、新聞記者に類推適用することはできない。』とした。

3 法廷内での撮影の規制(最大決昭33・2・17北海タイムス事件)

刑事訴訟規則215条は、法廷内での写真機撮影や録音等に裁判所の許可を要すると定めており、これについて学説も判例もともに合憲説をとっている。

『公判廷における写真の撮影等は、その行われる時、場所のいかんによって

は、審判の秩序、被告人その他訴訟関係人の正当な利益を不当に害するおそれがあるので、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限り、これらの行為ができないことを定めた同規則は、憲法に反しない。』

(5) 犯罪を煽動する言論の制約（最大判昭24・5・18）

『言論の自由は、立法によってもみだりに制限されないものである。しかしながら、国民はまた基本的人権を濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う。……したがって、政府の政策を批判・攻撃することは、その方法が公安を害しない限り表現の自由に属するが、現今における貧困な食糧事情の下で、主要食糧の政府に対する売渡しをしないように煽動するのは、言論の自由の限界を逸脱し、社会生活において道義的に責むべき行為であるから、これを処罰する食糧緊急措置令11条は違憲ではない。』

(6) ビラ貼り、ビラ配り、街頭演説の制限

1 屋外広告物等の規制

現在、『大衆伝達的手段として、貧富を問わず利用できるこれらの手段は、特に経済的に恵まれていない階層の国民も輕易に利用できる表現の自由の一態様であり、従って、その規制は已むを得ない場合に限られる。しかるに、屋外広告物法の委任に基づく大阪府屋外広告物条例2条3項1号は、何らの代替措置を講じないまま、しかも合理的理由もなく、実質上殆ど絶対的且つ全面的に電柱等にするビラ貼りを禁止しており、その限りで、憲法21条に違反する。』

（枚方簡判昭43・10・9）としたのに対して最高裁は、

『電柱等にビラを貼りつけた行為は、都市の美観風致を害するものとして屋外広告物法および大阪府広告物条例の規制の対象とされているものと認められる。……右美観風致の維持は、公共の福祉を維持するゆえんであるから、右規則は、表現の自由に対して許された必要且つ合理的な制限と解される。』と判示した。（最大判昭43・12・18）

2 軽犯罪法による規制

他人の家屋等に貼り札をする行為は、軽犯罪法1条33号前段の規制の対象となっているが、それは、『右家屋等に関する財産権・管理権を保護するためで

あると解すべきところ、たとい思想発表の手段としてであっても、右財産権を侵害することは許されない。従って右規制は、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り、憲法21条に違反しない。』（最大判昭45・6・17）

ビラ張り行為は、刑法260条（建造物損壊）、261条（器物損壊）などによって規制されることもありうる。

3 道路交通法による規制

A ビラ配り・ビラまきの規制

『道路交通法77条1項4号とその委任に基づく公安委員会規則は、道路上での物の交付につき事前許可を受けさせているが、道路交通法が祭礼行事やロケーションを行為類型として掲げていることに鑑み、規則の右条項は、交通ひんぱんな道路において、一般交通に著しい影響を及ぼすような形態若しくは方法により、物を交付する行為のみを規制対象としている、というように限定を加えて解釈すべきであり、その場合には、同規則は憲法に違反しない。……小人数の者がいつでも移動しうる状態で通行人に印刷物を配布しても、それは規則の右条項に該当しないものと解せられる。』（東京地判昭40・1・23）として無許可のビラ配りを無罪とした例がある。これは限定解釈であり、違法判断ではない。

各都道府県の公安委員会は、法律の委任に基づき道路交通規則を定め、道路上のビラ配り、署名運動、デモ行進、街頭演説等の行為を要許可行為としている。

B 街頭演説の規制

『表現の自由については、時、所、方法等につき合理的に制限できる。街頭演説は、道路交通の妨害・危険の発生その他公共の安全を害するおそれがあるので、これに事前許可制を課するのは、公共の福祉のため必要である。』（最大判昭35・3・3）

(7) 公職選挙における表現の自由の制約

国民の政治活動、選挙活動は、本来自由でなければならない。しかし、わが

国の公職選挙においては、公職選挙法によって各種の規制が定められており、これらも已むを得ないことで合憲であるとされている。そのうち、3点について判例を掲げる。

1 事前運動の禁止

公職選挙法129条により、選挙運動のできる期間は、選挙の公示・告示の日から投票日の前日までに限られている。それ以前の時期における運動（事前運動）は禁止されている。何故か。

『公職の選挙につき、常時選挙運動を許容すれば、不当、無用な競争を招き、不正行為の発生等により、選挙の公正を害するおそれや、経済力の差による不公平が生じ、ひいては選挙の腐敗を招来するおそれがあるので、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事前運動を禁止することは必要かつ合理的な制限であり、憲法21条に違反しない』（最大判昭44・4・23）

2 戸別訪問の禁止

公職選挙法138条による『戸別訪問の禁止は、意見表明の制約を目的とするものではなく、意見表明を手段方法のもたらす弊害、すなわち戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、生活の平穏を害するほか、候補者側も訪問回数等を競う煩わしさ、多額の出費、投票の情実支配を生むことなどの弊害を防止し、もっ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、右の目的は正当であり、戸別訪問を一率に禁止することと禁止目的との間に合理的関連性がある。そして、戸別訪問の禁止によって失われる利益は、単に手段方法の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす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よりはるかに大きい。以上によれば、法の規定は合理的で必要やむを得ない限度を超えるものではなく、憲法21条に違反しない。したがって、一率に禁止するかどうかは、もっぱら選挙の自由と公正を確保する見地からする立法政策の問題である。』

（最判昭56・6・15）

3 文書・図画の頒布等の規制

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、選挙運動に不当の競争を招き、これがためかえって選挙の自由公正を害するおそれがあるので、かかる弊害を防止するため選挙運動期間中に限り、文書図画の頒布、掲示に一定の規制をしたのであり、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かつ合理的制限である。』（最大判昭30・3・30）

選挙関係の他の事件において、伊藤裁判官の次のような補足意見がある。『選挙運動に対する諸規制は、選挙運動という一種の競争を公平に行わせるためのルールであり、その設定は……憲法47条によって国会の裁量に委ねられている。』（最判昭56・7・21）

(8) 営利的表現の制約

営利のための表現、広告は、広い意味では表現の自由に含まれるであろうが、経済的自由に属する部分が多いといえよう。その限りにおいては精神的自由権性が稀薄であり、制約を受け易い。最高裁の次の判決は、精神性か経済性かの区別をすることなく、法律の営利広告規制を合憲としたものである。

『あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法は、業務内容、施術所、施術者の技能、経歴などについての広告を禁止しているが、適応症の広告を無制限に許すときは、患者の吸引のため虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わすおそれがあり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせる結果となるので、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得ない措置であり、憲法21条に違反しない。』（最大判昭36・2・15）

(9) 検閲の禁止

表現の自由を事前に抑制することは検閲にあたる。検閲は、表現の自由に対する重大な侵害であり、憲法21条2項で全面的に禁止されている。

1 検閲の意義

『憲法21条にいう検閲とは、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である。』（最大判昭59・12・12輸入禁制品事件）

検閲の禁止については、公共の福祉を理由とする例外も認められない。その検閲に該当するのではないかと問題となったのは、税関検査と教科書検定とが顕著である。

2 税 関 検 査

『税関職員が関税定率法21条1項3号に該当する禁制品であるかどうかを検査し、それに該当するときは輸入できなくする制度であるが、税関検査は、事前に発表そのものを禁止するものでなく、関税徴収手続に付随して行われ、検査の主体となる税関は、思想内容の規制をその独自の使命とする機関ではないから、憲法21条にいう検閲には当たらない。……これにより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って、その輸入を禁止したからといって、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を禁止されるだけであって、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った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。』（最大判・同前）

右の判決は、苦しまぎれで、見え透いた詭弁としか思えない。果して、4人の裁判官の次のような反対意見（違憲説）がある。

『関税定率法21条1項3号の『風俗を害すべき書籍、図画等』という規定は、不明確であると同時に広汎に過ぎるものであり、かつそれが本来の許さるべきでない場合も適用される可能性を無視し得ないと考えられるから、憲法21条1項に違反し、無効であるといわなければならない。』

なお、下級審には違憲と判断した例があること、学説では、受け手側の国民の知る権利を保障すべきだという考え等からの違憲説が強い。また、『思想内容の規制を独自の使命とする機関ではない』ところの税関が、実際には、それ

を実行し、国民の知る権利を妨害してよい根拠はどこにあるかが不明である。

3 教科書検定

小学校、中学校及び高等学校の教科用図書については、学校教育法21条等の規定により文部大臣の検定を経たもの又は文部省が著作名義を有するものを使用しなければならない。

しかし、そのような検定に対し、憲法や教育基本法に違反するのではないかととして問題とされている。その最たるものが一連の家永訴訟である。未だ最終的解決に至っていないが、ここには、第一次教科書訴訟の二審判決（鈴木判決）が最近のものであるので引用することにする。

『検定に際し、思想内容に立入ることがあるとしても、中立、公正保持の観点から、その限度で審査の対象となるに過ぎないこと、検定申請の対象となる原稿は、既に出版されている図書でも差支えないから、事前審査を必須とするものではないこと、不合格となった原稿でも一般の図書として出版することは自由であること、の諸点からして、教科書検定は、検閲には当らない。』（東高判昭・61・3・19）

教科書の検定は、一体、児童、生徒に対する教育の内容は誰が決定するのかという問題との関連で、考えられなければならない。本判決は、憲法26条は、教育権（教育内容決定権）の所在を明確にしたものではないけれども、国は議会政治のもとで教育政策を樹立、実施しうるが、教育内容に関しては、大綱的基準の設定をする機能を有する（最大判昭51・5・21旭川学テ事件）という考えに立っているとされる。

(10) そ の 他

人の表現の自由を制約する法令、判例の主要なものは、以上に取りあげたところで概ね紹介されたと思うが、本稿に取り上げていない問題として、裁判、殊に繫属中の刑事事件の事実認定について論議・非難する言論、あるいは被告人への無罪判決を要求する言論・運動の可否の問題、さらには、青少年保護のための表現規制（ほとんどの都道府県に『青少年保護育成条例』又はその類似名称のいわゆる行政事務条例が制定されている）の問題等がある。

4. 結 語

基本的人権のうち人にとって最も貴重な精神的自由権のひとつとして表現の自由について、その自由を制約する法令等及びその解釈適用をした判例を以上に紹介し、多少のコメントを試みたが、総じてこれらを通観して一般国民の素朴な受け止め方は、大凡次のようなことではあるまいか。

- ・最高裁判所の手にかかれれば大抵の事柄は合憲である。過去40数年間で、違憲の判決を受けたのは、僅か数件に過ぎない。どうせ保守政権から任命された裁判官に、原告が期待する、目の覚めるような違憲判決ができる筈はない。
- ・最高裁判所の裁判官について国民審査制度はあるが、あまり有効とは思われないので、やめてはどうか。等々。

然しながら、これらの国民感情にも拘らず、およそ国家の統治機構というものは、国会であれ、内閣であれ、裁判所であれ、憲法体制のもとで現存の国家秩序、法的安定を維持してゆくのが最少限度であるが同時に最大の役割なのである。なканずく、法的安定を維持する最後の砦は裁判所である。

国家作用のうち、国会と内閣とは政治部門と言われ、その活動は、国民生活の現在から将来にかけて広汎に積極的かつ能動的に行われる。これに比して裁判所の活動は、不告不理の原則に示されるとおり、消極的で、受動的、限定的なものである。司法消極主義が原則でなければなるまい。ことに、国会と議院内閣の構成者は、国民から直接に選挙され、権力を信託された者であるのに対し、裁判官は何等国民と直結する紐帯を有していない。

また、国権の最高機関たる国会の創造した法律は、内閣によって誠実に執行され、裁判官に対しては拘束力を発揮する。法律は合憲の推定を当然に受けている。

裁判官は、憲法と法律によって拘束されるが、憲法よりも形式的効力の劣る法律の規定が、憲法の条項に抵触し、具体的事件に当て適用できないとして、これを違憲と判断することは、よくよくの場合にしかありえないと考えられる。

多数の憲法訴訟において原告が主張するとおりの数の違憲の法律が制定されていると仮定すれば、それはすべて立法部門の政治責任の問題であり、もとを尋ねるならば、原告を含む国民有権者の政治的責任の問題となろう。それが国民主権の帰結なのである。

要するに、下級裁判所において時折現われる明快な違憲判決が、最高裁にかかれば、合憲判決に変化する。法令の解釈において、殊更に憲法に抵触するように持ってゆかずに、しかも法秩序全体が矛盾なく統一を保持できる形で事柄を処理できれば、それでよいし、またそうすべきであろう。

5. あとがき

○判例の引用は、簡潔を旨とし、裁判所名（略称）と言渡し年月日を示すだけにした。民事、刑事の区別も読めば分るし、事件の概要も推測がつくと思われるので省略した。2, 3の例示をする。

- ・最判＝最高裁判所判決
- ・最大判＝その大法廷判決
- ・最大決＝その大法廷決定
- ・枚方簡判＝枚方簡易裁判所判決

—— 以上本稿終