

マスコミの人権侵害の司法的救済方法について

藤井正希*

はじめに

私はこれまで、テレビ、新聞、ラジオなどの、いわゆるマスコミがもたらす人権侵害等の社会的弊害を除去するためには、いかにマスコミを規制すべきかというテーマについて、主として憲法学の観点から、考察の対象としてきた。そして、その際には、マスコミによる典型的な社会的弊害を挙げ、立法論を含め、自分なりの解決策を考えてきた⁽¹⁾。マスコミによる人権侵害から人びとを救済する方法としては、大別して、①国会の立法による方法、②通達や行政指導等の行政的対応による方法、③裁判所による司法的救済による方法、④マスコミ業界による自主規制等の自助努力による方法などが考えられる。本稿ではそのなかで、裁判所による司法的救済に焦点をあて、マスコミによる人権侵害から人びとを救済する方法を検討していきたい。すなわち、裁判所、とりわけ最高裁判所は、“人権保障の最後の砦”あるいは“憲法の番人”と称せられ、人権保障に対して大きな役割を果たすことが期待されている。確かに、裁判所は本来的に受動的機関であり、情報収集能力の点など、手続的制約も多い。しかし、裁判所がその

本来的役割を十分に発揮せしめることが、国民の人権保障にとって是非とも必要となろう。

裁判所による司法的救済を考える場合、請求の名宛人（すなわち被告）としては、①人権侵害を行ったマスコミ自身を相手方とする方法と②マスコミによる人権侵害を漫然と放置した国家を相手方とする方法とが考えられるが、本稿では後者を中心に考察していく。国家に対して何らかの義務や責任を負わせることができれば、迅速かつ効果的な救済が実現しうると考えるからである。具体的には、マスコミの人権侵害を漫然と放置した国家に対して、①何らかの手段により、損害賠償請求をすることができないか、また、②あるべきマスコミ規制の定立を法的に強制することができないかが中心テーマとなる。その際には、憲法76条1項の「司法権」の概念を常に意識しつつ、論じていく。

1. マスコミ自体を相手方とする方法

まず、人権侵害行為をしたマスコミ自身に対して、①損害賠償責任を負わせたり、また、②謝罪広告を行わせたりすることにより、被害者を救済することが考えられる。その際には、マスコミの行為を、名誉権やプライバシー権、私

*早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程3年（指導教員 後藤光男）

生活の平穩の侵害、あるいは、知る権利の侵害などと構成し、憲法上の権利侵害として主張することが最も効果的といえる。このような憲法に明文のない、いわゆる新しい人権が憲法13条等により認められうることは判例も承認するところである。この点、例えば肖像権につき、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」と判示している（いわゆる京都府学連デモ事件・最高裁昭和44年12月24日大法廷判決）。また、知る権利・報道の自由・取材の自由等につき、「報道機関の報道は、民主主義社会において、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。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値いするものといわなければならない」と判示している（いわゆる博多駅取材フィルム提出命令事件・最高裁昭和44年11月26日大法廷決定）。そして、かかる憲法上の基本権保障規定が、一個人とマスコミ（通常、法人）という私人間にも、私的自治に対する一般条項（民法1条、90条、709条等）を解釈・適用する際、間接的に適用されることも、同じく判例の承認するところ

といえる。この点、最高裁は、「私的支配関係において個人の自由・平等に対する具体的な侵害やそのおそれがある場合には、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである」と判示している（いわゆる三菱樹脂事件・最高裁昭和48年12月12日大法廷判決）⁽²⁾。

よって、マスコミの行為により、名誉権やプライバシー権、私生活の平穩（憲法13条）や知る権利（憲法21条1項）などを侵害された個人は、民法を根拠に、当該マスコミに対して、①損害賠償請求（709条）や②謝罪広告の掲載請求（723条「名誉を回復するのに適当な処分」）をすることができる。しかし、加害者が複数のマスコミである場合には、それぞれに対して請求を立てなければならず煩雑であるし、立証の困難性の問題もある。また、個々のマスコミの資力の問題も避けられない。さらに、侵害行為が繰り返されるおそれがある場合には、民法による個別的救済では、場当たりの解決にしかないであろう。マスコミによる人権侵害から真に人びとを救済するためには、国家に対して何らかの責任を負わせたり、あるいは、国家に対して何らかの行為を義務付けることが是非とも必要となる。それこそが、マスコミによる人権侵害を終局的に解決するための最も効果的な手段といえよう。それゆえ、以下、マスコミの人権侵害を漫然と放置した国家を相手方とし

て、被害者の司法的救済を図る方法を検討していく。

2. 国家を相手方とする方法

(1) 司法権の概念

前述のごとく、マスコミによって人権を侵害された被害者を救済する手段としては、マスコミの人権侵害を漫然と放置した国家に対して、①損害賠償責任を負わせること、また、②マスコミ規制の定立を法的に義務付けること等が考えられる。それでは、司法権を行使する裁判所に、日本国憲法上、かかる権限を認めることができるのであろうか。この問題を考える前提として、日本国憲法における「司法権」(76条1項)、および、これを受けた裁判所法における「法律上の争訟」(3条1項)の概念がまず問題となる。

日本国憲法における司法権の概念については、大別して、①具体的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用と解する見解(通説・判例)と②司法権概念の歴史的流動性を強調して、ドイツ流の抽象的違憲審査のごときのも司法権に包摂されうるとする見解とが存する。日本では、明治憲法以来、司法権は歴史的にして確たるものを有せず、司法権の概念化は不可能だという説が支配的であった。しかし、現在の日本国憲法の下では、前述の①説が通説・判例とされている[佐藤 1995: 293]。この点、いわゆる警察予備隊違憲訴訟の最高裁大法廷判決(昭和27年10月8日)は、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が

裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない」と判示している。また、いわゆる創価学会「板まんだら」事件最高裁判決(昭和56年4月7日)は、「結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであって、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらないものといわなければならない」と判示している。さらに、下級審判決ではあるが、端的に「司法権とは、当事者間に具体的な権利義務の紛争が存する場合に、法を適用実現して、紛争を解決する国家作用である」と判示するものも存在している(東京地裁昭和29年11月10日判決)。

それでは、通説・判例が司法権の概念をこのように捉える理由は何か。まず第一に、日本国憲法の司法権がアメリカ合衆国流のものであるという歴史的経緯を踏まえた認識が挙げられる(いわゆる歴史的・沿革的理由)[佐藤 1995: 293-4]⁽³⁾。例えば、フランスやドイツなどのヨーロッパ大陸諸国では、司法権の概念に行政事件の裁判権は包摂されないのに対して、アメリカやイギリスなどの英米諸国では、司法権の概念に行政事件の裁判権も包摂される。この相違は、フランスやドイツなどでは裁判官が司法権を盾に国民の人権を侵害する側に立ったのに対して⁽⁴⁾、アメリカやイギリスなどでは裁判官が法の支配の実現に大きな役割を果たしたという歴史的事実に基づく。そして、アメリカ憲法を継受した日本国憲法における司法権の概念もまた行政事件の裁判権を含むとされている。このように、司法権の概念が国により時代によ

り異なる歴史的なものであることは、否定しえない事実なのである〔芦部 2007: 322〕⁽⁵⁾。つぎに、理論的には、立法権（国会）や行政権（内閣）等の政治部門（政治機関）とは異なる司法権（裁判所）の独自性にその理由を求めることができる（いわゆる理論的理由）。具体的には、司法権（裁判所）を法原理部門（法原理機関）と捉えることにより、理由付けることが可能である。すなわち、司法権の独自性は、公平な第三者（裁判官）が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性のとくに強く求められる特殊な参加と決定過程にある。よって、そこから、具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利・義務をめぐって理を尽くして真剣に争うということを前提に、公平な裁判所がそれに依拠して行なう法原理的決定に当事者が拘束されるという構造が要請される（いわゆる裁判所の法原理機関性）。この点、前述した通説・判例における司法権の概念は、かかる構造を担保するという役割を果たしているのである〔佐藤 1995: 295-6〕⁽⁶⁾。以上、述べてきたように、通説・判例における司法権の概念は、歴史的・沿革的にも、また、理論的にも、合理性を有することから、以下、これを前提に議論を進めていくことにする。

通説・判例は、日本国憲法における「司法権」（76条1項）の概念をこのように捉えた上で、それを受けた裁判所法における「法律上の争訟」（3条1項）たる要件として、①当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であること、および、②法律の適用により終局的に解決しうべきものであることの二つを挙げている。前述した警察予備隊違憲訴訟最高裁大法院判決

や創価学会「板まんだら」事件最高裁判決も、このことを当然の前提としている。よって、例えば、国家の防衛政策や経済政策自体の是非、技術上・学術上に関する事項、あるいは国家試験における合否の判定⁽⁷⁾などは、司法審査の対象たりえない。この点につき、いわゆる郵便貯金目減り訴訟が注目に値する。これは、急激に物価が上昇したことによって、郵便貯金の実質的な価値が減少し、減価相当額の損失を被ったのは、国家の経済政策が原因であるとして、国に損害賠償を求めた事案である。かかる事案につき、最高裁は、「事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄」である旨、判示し、上告を棄却した（最高裁昭和57年7月15日判決）。本件は、国に対する損害賠償請求権の存否に関する紛争であるから、前述の要件①は充足する。しかし、国家の経済政策の是非は、法律の適用により終局的に解決しえないことから、要件②を欠く。したがって、結局、裁判所法における「法律上の争訟」（3条1項）に該当せず、ひいては、日本国憲法における「司法権」（76条1項）の範囲外と解すべきである〔佐藤 1995: 297-8〕。

それでは、裁判所は、かかる司法権以外の権能を行使することはできないのであろうか。もしそれを行使しうるならば、マスコミによる人権侵害の司法的救済に大きく途を開きうることから問題となる。この点、裁判所が独占的に司法権を行使するという事は、裁判所が司法権のみ行使すること、言い換えれば、裁判所が本来的司法権以外の権能を行使してはならないことを必ずしも意味するものではない。裁判所法3条1項は、一切の法律上の争訟についての裁判権に加えて、「その他法律において特に定める

権限」を裁判所に附与しうることを明文で認めている〔佐藤 1995: 298〕。そして、実際にも、前述の司法権の要件を前提とせずに出訴しうる制度として、行政事件訴訟法において、いわゆる客観訴訟が認められている⁽⁸⁾。

このように、裁判所は、法律によって、司法権以外の権能を行使することを許容されうるが、それではその限界は何処にあるのか。この点、法律で定めさえすればどんな権能であっても裁判所に附与できるとは到底、解しえないことは、もちろんである⁽⁹⁾。まず、三権分立（憲法41条・65条・76条）という憲法の大原則からして、裁判所が立法権そのもの、行政権そのものを行使しえないことは言うまでもない。また、裁判所に対し特に附与される権能は、①裁判による法原理的決定の形態になじみやすいものであること、および、②その決定には判断としての終局性が保障されていることが要件となる。これらは前述した裁判所の法原理機能性を確保するための要件である〔佐藤 1995: 298-9〕。客観訴訟は、司法権の当然の内容をなすものではなく、法政策的見地から、法律で例外的に裁判所に対して認められた権能であると通常、説明されてきた。そして、それで問題なく肯定されてきた。しかし、客観訴訟は、①何らかの具体的な国の行為を争うものであり、国の行為と提訴権者の権利・利益の侵害との間に一定の関係があると考えることができ、裁判による法原理的決定の形態になじみやすいものである〔芦部 2007: 323〕。また、②行政機関の審査権等は留保されず、裁判所の決定には、判断としての終局性が保障されている。よって、前述の二要件を満たす。かかる実質的判断の下、客観訴訟は肯定されると解すべきである⁽¹⁰⁾。

上述したところから明らかなように、司法権の目的は、事実の確定・法の解釈適用を通じて、具体的な権利・義務または法律関係の存否を確定し、紛争を解決することにある。よって、そこでは、具体的な権利・義務または法律関係の存否の確定が主要な任務となる。しかし、両当事者を真に納得・満足させ、紛争を適正かつ迅速に解決するためには、両当事者に然るべき救済手段を与えることもまた司法権の内実をなすと考えることが、是非とも必要となろう。アメリカでは、「実体法」、「手続法」と並んで、「救済法」という独自の法領域があり、裁判所の独特の創造的活動のあり方が問題になっている。しかし、日本では、かかる「救済法」という発想は稀薄であり、これまであまり議論に上ってはこなかった。「救済法」的観点も取り込んで実質的に司法権概念を構成することにより、権利の実現を目指す裁判所の、より積極的・創造的な活動が期待しうるといえよう〔佐藤 1995: 299-300〕。この点、条文解釈としては、憲法76条で裁判所に附与された司法権には、紛争解決に必要な限度で適切な救済を行なう権限も含まれると解すれば足りる。すなわち、憲法上、裁判所に附与された司法権は、単に紛争解決にとどまらず、被侵害利益に実効的な救済を与えるまでの全てのプロセスを含むと考えるべきである。また、憲法32条で国民に附与された裁判を受ける権利には、裁判によって実効的救済を受ける権利も含まれると解することもできよう〔松井 2002: 241-2〕。今後は、前述した裁判所の法原理機能性を損なわずに、どれだけ裁判所に救済機能を認めることができるか、その限界設定が大きな課題となろう。マスコミによる人権侵害の司法的救済方法について

考える場合にも、裁判所の救済機能の視点は非常に有益であろう⁽¹¹⁾。以上を前提にして、以下、マスコミによる人権侵害の司法的救済方法を具体的に論じていく。

(2) 国家に対する損害賠償請求

マスコミの人権侵害を漫然と放置した国家に対して、損害賠償責任を負わせることはできないであろうか。この点、マスコミの人権侵害を漫然と放置した国家の不作为が違憲・違法であるとして、国家賠償法1条1項により損害賠償請求することが考えられる。かかる訴訟が、前述の二要件を満たし、司法権の概念に含まれることは言うまでもない。このような事例におけるリーディング・ケースとしては、いわゆる在宅投票制度廃止事件最高裁判決（1985〔昭和60〕年11月21日）が挙げられる。この事案は、次の通りである。すなわち、寝たきりの状態にあった原告は、旧公職選挙法が採用していた在宅投票制度を利用して選挙権を行使していたが、国は同制度を悪用の多発を理由に廃止してしまった。そのため、原告はその後の選挙で選挙権を行使することができなかった。そこで原告は、身体上の損傷を原因として選挙権につき不当な差別を受け、国の違憲行為により精神的苦痛を被ったとして、国家賠償法1条1項を根拠に、国家賠償を請求したものである。これに対して、最高裁は大意、以下のごとく判示した。

「国会議員の立法行為（立法不作为を含む）が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮

に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」また、「憲法51条による免責も、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。」そして、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない。」

最高裁はこのように述べて、国の立法行為および立法不作为に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を、事実上、否定するのごとき解釈を行った。救済手続が不十分な日本の訴訟制度の中で、かかる解釈を採ることは強い批判もある。前述した裁判所の救済機能の強化の観点からすれば、国の立法行為および立法不作为に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を積極的に認め、被害者を救済せんとする解釈が望まれよう。

ただし、この在宅投票制度廃止事件最高裁判決が下された後にも、国の立法不作为に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を認めた下級審判決が存在したことに注意が必要である。すなわち、いわゆる関釜元慰安婦訴訟第一審判決（山口地裁下関支部判決

1998 [平成10]年4月27日)といわゆる熊本ハンセン病訴訟第一審判決(熊本地裁判決2001 [平成13]年5月11日)がそれである[芦部2007: 370]。後者の熊本ハンセン病訴訟は、国立療養所に入所していたハンセン病患者が、医学上、ハンセン病が治る病気と判明していたにもかかわらず、国会議員がらいつり防法の隔離規定を改廃しなかった立法不作為の違憲・違法を理由に国家賠償を請求した事案である[松井2002: 102]。この点、熊本地裁は、「新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以後に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である」として、国家賠償を肯定した[佐藤2007: 440-1]。当該判決は、国が控訴せず、確定している。

そして、この点で特に注目に値するのが、近時、最高裁で下された、いわゆる在外日本人選挙権剥奪事件・最高裁大法廷判決(2005 [平成17]年9月14日)である。本判決は、上述の在宅投票制度廃止事件最高裁判決と「異なる趣旨をいうものではない」と断りつつ、国の立法不作為に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を肯定する結論を導いている。この事案は、次の通りである。すなわち、これまで、外国に長期間滞在している者は、選挙人名簿に登録されていないことを理由に、選挙権を行使しえなかった。しかし、1998(平成10)年の改正公職選挙法は、在外選挙人名簿を調製して、これに登録された者には、当分の間は衆議院および参議院の比例代表選挙に限

り、選挙権の行使を認めた。これに対して、在外日本国民の原告が、①衆議院小選挙区選挙と参議院選挙区選挙においても選挙権を行使する権利を有することの確認と②1996(平成8)年に施行された衆議院議員選挙において投票しえなかったことにつき、国家賠償法1条1項を根拠に、立法不作為による国家賠償を請求したものである。これに対して、最高裁は、以下のごとく判示した。

「平成8年に施行された衆議院議員の総選挙当時、公職選挙法が、国外に居住して国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民が国政選挙において投票をするのを全く認めていなかったことは、憲法15条1項、3項、43条1項、44条ただし書に違反する。」また、「公職選挙法の規定のうち、国外に居住して国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民に国政選挙における選挙権の行使を認める制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、憲法15条1項3項、43条1項、44条ただし書に違反する。」そして、「国外に居住して国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民は、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にある。」そして、「国会議員の立法行為又は立法不作為は、その立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障

されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける。」

最高裁は、かかる一般論を述べた後、それを本件にあてはめ、次のような結論を導いた。

「国外に居住して国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民に国政選挙における選挙権行使の機会を確保するためには、上記国民に上記選挙権の行使を認める制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、上記国民の国政選挙における投票を可能にするための法律案が廃案となった後、平成8年の衆議院議員総選挙の施行に至るまで10年以上の長きにわたって国会が上記投票を可能にするための立法措置を執らなかったことは、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきであり、国は、上記選挙において投票をすることができなかったことにより精神的苦痛を被った上記国民に対し、慰謝料各5000円の支払義務を負う。」

このように本判決は、詳細な事実認定の下、国の立法不作為に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を結果的に肯定しており、高く評価しうる。裁判所の救済機能の積極的活用大きく途を開く第一歩となりうる判決と言え、今後の展開が強く期待されよう。確かに、一見、前述の在宅投票制度廃止事件最高裁判決と矛盾しているようにも思える。しかし、本件では、①法律上、選挙権の行使が否定されていたこと、また、②1984(昭和59)年に選挙権行使を認めた内閣提出の公職選挙法改正

案が廃案となってから1996(平成8)年の選挙に至るまで、国は10年以上も放置していたこと等に鑑みるならば、本件の違憲・違法性は著しく、その点で両判決の整合的説明は可能であろう[芦部 2007:249-50]。

ただし、その後、最高裁は、同じ基準を使い、逆の結論を採る判決を下しており、その点は注意が必要であろう。それは、国会が、精神的原因(いわゆるひきこもり)によって投票所に行くことが困難な者の選挙権行使の機会を確保するための立法措置を、衆議院議員総選挙までに執らなかったという立法不作為の違憲・違法を理由に、国家賠償法により損害賠償を請求した事例においてである。この点、最高裁は、以下のごとく述べ、損害賠償請求を否定した(最高裁2006[平成18]年7月13日判決)。すなわち、「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などに当たるといえることはできない」から、「国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない。」

それでは、国の立法行為および立法不作為に対する国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を肯定する場合、その要件はどう解すべきであろうか。これは、前述した裁判所の法原理機関性と司法権の救済機能との調和の問題である。在外日本人選挙権剥奪事件最高裁判決は、上述したように、①その立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合、また、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を

執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合という要件を定立していた。この点で参考となる判例としては、下級審ではあるが、いわゆる台湾人元日本兵損失補償請求事件・東京高裁判決が挙げられる(1985〔昭和60〕年8月26日)。本件は、戦争中、日本兵として従軍させられた台湾人が、その損失の補償請求や補償立法の不作為の違憲確認請求をしたものであるが、東京高裁は、立法不作為の違憲確認訴訟を行政事件訴訟法上の無名抗告訴訟(同法3条1項)の一種(具体的には、義務確認訴訟の一類型)と位置付けたうえで、次の三要件すべての充足を要求し、原告の請求を棄却した⁽¹²⁾。すなわち、①作為の内容が一義的に特定され、立法府ないし行政府の第一次的判断権を尊重する必要がないほどに明白であること、②事前救済の必要が顕著であること、③他に適切な救済方法がない場合であること〔芦部 2007:369〕。

この点は学説においても、様々な見解が主張されているところである。まず、この東京高裁判決を基本的に妥当なものとして肯定した上で、前述の三要件に加えて、④相当の期間が経過していること、という要件を要求する見解がある〔芦部 2007:369〕。また、①憲法規範上一定内容の立法をしない義務ないし立法義務が明確であって、②憲法に違反する立法行為ないし違憲状態を放置する立法不作為が国民の具体的権利に直接影響を及ぼす処分的性格をもち、③そのような立法行為ないし立法不作為と損害との間に具体的・実質的な関連性が認められることが必要であり、さらに、④立法不作為の場合には、違憲状態の放置ということだけでは足ら

ず、一定の合理的期間の経過という要素が必要となる、とする見解もある〔佐藤 1995:350〕。さらに、立法の作為については格別、立法の不作為自体を司法審査の対象とする必要はないという見解も存在している。例えば、在宅投票制度の問題では、在宅投票制度を廃止した法律もしくは公職選挙法の投票所での投票を定めた規定の合憲性を争えば足りるし、また、議員定数不均衡の問題では、現行の議席配分規定の合憲性を争えば足りる。よって、立法の不作為自体が司法審査の対象となるかどうかを論じる意味はないと主張する。これは、不作為の問題を作為の問題に解消して処理しようとする見解といえよう〔松井 2002:102-3〕。

確かに、立法権は憲法上、国会にあるから(41条)、国会は、いかなる立法をするか、しないか、あるいは、当該立法を改廃するか、しないかにつき、広範な立法裁量を持つ。そして、三権分立の原則(41条、65条、76条)からして、裁判所は、国会の立法裁量を最大限、尊重しなければならない。しかし、国会の立法裁量といえども絶対無制約ではありえず、他の憲法原理からの制限は不可避である。この点、裁判所は、少数者の人権を多数者の横暴から保障する最後の砦であり、人権保障が要請される局面では、その積極的活動が期待される。また、前述したように、裁判所の救済機能の強化が、人権保障の観点からして、是非とも必要といえる。

マスコミが報道により個人の名誉権やプライバシー権、生存権を侵害したり、また、メディア・スクラム(集団的過熱取材)により私生活の平穏や精神の静謐を害したり、さらには、情報操作により国民の表現の自由や知る権利を侵害したりする事例が実際に報告されており、か

かるマスコミの弊害を個人の力で除去することは極めて困難である。それができるのは、国家以外にはありえないのである。とすれば、かかる場合には、国に何らかの責任を負わせ、被害者を救済することが、利益衡量からしても妥当であろう。よって、まさに人権保障の最後の砦として、また、救済者として、裁判所の積極的活動が期待される場面といえよう。

ただし、かかる訴訟を安易に認めると、濫訴の恐れがあり、また、国会の活動を不当に制約しかねない。さらに、国家予算の有限性という現実も無視できない。したがって、その要件は可及的に厳格なものとならざるをえない。具体的には、国の立法行為および立法不作為に対しても、①それが重要な権利を侵害していることが明白であり、かつ、②それと損害との間に具体的・実質的な関連性が存在する場合で、さらに、それが立法不作為であるときには、③国会の立法義務が憲法の明文上ないし解釈上、明白であること、④相当期間の経過にもかかわらず国会が立法を放置していること等の各要件を満たす場合には、それを違憲・違法として、国家賠償法1条1項の規定にもとづく国家賠償請求を肯定すべきであると解する。

かかる解釈をとれば、前述のマスコミによる人権侵害の場合にも、立法不作為にもとづく国家賠償請求が可能となる。ただし、この場合、問題となるのは、前述の要件②と要件③である。すなわち、マスコミという第三者の行為が介在している以上、国の立法不作為と個人の損害との間に具体的・実質的な関連性が存在するか否か大いに疑問であるし、また、この場合に国が負うであろう立法義務の内容は一義的に明確ではなく、立法義務が憲法の明文上ないし解

釈上、明白であるとするのは、困難だからである。確かに、かかる方法でマスコミによる人権侵害の司法的救済を図ることは、現状では極めて難しいであろう。しかし、裁判所の救済機能の強化のためには、是非とも検討されるべき手段といえる。今後の研究が待たれるところであろう。

(3) マスコミ規制法の立法義務付け

それでは、裁判所が、マスコミによる人権侵害を漫然と放置している国会に対して、マスコミを規制する法律の制定を判決により義務付けることができないであろうか。もし義務付けることができるならば、損害賠償請求のように個別的・一回的な解決ではなく、根本的・将来的な解決が図りうることから問題となる。これは講学上、立法義務付け訴訟と呼ばれている問題である。確かに、かかる立法義務付け訴訟が認められるならば、法律の不備や国会の怠慢による立法不作為に基づく人権侵害の是正にとって、大きな役割を果しうるであろう。しかし、判例・学説上、このような訴訟を肯定する見解は、皆無に等しい。なぜならば、本来的に司法権を行使する裁判所にかかる権限を認めることは、国会を唯一の立法機関とする憲法41条に違反する恐れが高いし、また、前述した三権分立の趣旨にも反しかねないからである。よって、裁判所に立法義務付け訴訟を認めることにより、国会の立法不作為に基づく違憲状態を是正することは不可能である。

それでは、裁判所に対して立法義務付け訴訟を認めることにより、直接的に国会に立法を強制することは無理としても、裁判所に対していわゆる立法不作為違憲確認訴訟を認めることに

より間接的に国会に立法を強制することはできないのであろうか。この点、かかる立法不作為違憲確認訴訟の肯否については、憲法上も法令上も何ら規定は存在せず、専ら解釈によって決せられるべき問題であるが、常に前述した司法権の概念を念頭に考察する必要がある。

確かに、裁判所が違憲と確認しても、国会が無視すれば、それ以上いかんともし難く、紛争解決は困難となる。よって、裁判所の判断には終局性がなく、本来的な司法権の概念に含まれないのみならず、司法権以外の権能として裁判所に認めることもできないとも考へうる。かかる見解からすれば、憲法上、立法不作為違憲確認訴訟は不可能となる。しかし、裁判所の判断の終局性をそこまで厳格に解する必要はなく、この場合でも裁判所の判断は依然、法的には有効であるし、それを契機に紛争解決に至ることも十分にありうる。したがって、かかる立法不作為違憲確認訴訟も、十分に司法権の範囲内と解しうるし、少なくとも法律の根拠があれば裁判所に附与しうる権能であろう。よって、憲法上、かかる訴訟も認められうると解する。ただし、このように肯定しうるとしても、現実に認めるべきか否かは別問題であり、さらに実質的な考察が必要となる。以下、この立法不作為違憲確認訴訟を中心に論じていくことにする。

かかる立法不作為違憲確認訴訟が脚光を浴びたのは、憲法25条の生存権の法的性格が争われた、いわゆる朝日訴訟（最高裁1967〔昭和42〕年5月24日大法廷判決）を始めとする一連の生存権裁判においてであった⁽¹³⁾。生存権裁判の嚆矢である朝日訴訟とは、当時の生活保護法に基づき厚生大臣が定めた最高月額600円の日用品費という保護基準が、憲法および生活保護法

の規定する「健康で文化的な最低限度の生活」を維持するのに足りない違法なものであると主張して、厚生大臣の却下裁決の取消を求めて行政訴訟を提起したものである。これに対して、最高裁は大要、以下のごとく判示した⁽¹⁴⁾。

「憲法二五条一項は、『すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。』と規定している。この規定は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない。具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によって、はじめて与えられているというべきである。」

そして、最高裁は、「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によつて与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合」には違法になることを認めているものの、「健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、多数の不確定的要素を総合考量してはじめて決定できるものであるから、その認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的な裁量に委されており、不当の問題として政府の政治責任が問われることはあっても、直ちに違法の問題を生ずることはない」として、原告の請求を認めなかった。これは、学説でいうところのいわゆるプログラム規定説を採用したものである⁽¹⁵⁾。

これに対して、学説は、プログラム規定説では余りに無内容であり、人権保障にもとるとし、いわゆる抽象的権利説を唱え、それが通説となっている。抽象的権利説は、憲法25条は立

法者に対して立法その他の措置を要求する権利を規定したものであり、それに対応して国に法的義務を課していると主張する。そして、生存権は憲法上すでに具体的権利として認められている権利ではないが、この規定を具体化する法律の存在を前提として、その法律に基づく訴訟において、憲法25条1項違反を主張することは許されるという結論を導く〔野中・中村他1993: 444-6〕。しかし、この通説たる抽象的権利説においても、国会が生存権を具体化する立法をしない場合には、何らの司法的救済も図りえない。また、一応、立法がなされてはいるが、それが不十分な場合には、あくまでその法律に基づく訴訟の中で、傍論として25条1項違反を主張できるに過ぎず、憲法判断がなされる保障はなく、救済手段としては迂遠であり、不十分である。そこで主張されたのが、立法不作為違憲確認訴訟を認める、いわゆる具体的権利説である。よって、以下、この具体的権利説につき、より詳しく検討していくことにする。

具体的権利説とは、具体的には、次のような見解である。すなわち、憲法25条1項を、その権利主体、権利内容、名宛人などについて検討すると、この条項はかなり明確な内容を持っている。そして、行政は法律に基づいて行なわれなければならないという、法律による行政の原理を考え合わせると、憲法25条1項は、行政権を直接に拘束することができる法律の条文ほどに明確で詳細なものではないが、立法権と司法権を拘束できるほどには十分明確な内容である。したがって、生存権は、国民が、立法権に対し、その権利の内容にふさわしい立法を行うように請求できる具体的な権利である。そして、立法権が義務を履行しないことによって生

じる生存権の侵害に対しては、その不作為が違憲であることの確認を裁判所に求めることができる〔大須賀 1992: 62〕。かかる立法不作為違憲確認訴訟を認めるのが、具体的権利説の主張の要諦といえる。この具体的権利説に対しては、まず①現行法の条文上、違憲確認訴訟という訴訟類型は規定されていない以上、無理であるという批判が考えられる。しかし、前述した台湾人元日本兵損失補償請求事件の東京高裁判決は、立法不作為違憲確認訴訟を、行政事件訴訟法上の無名抗告訴訟の一種である義務確認訴訟の一類型として肯定しており、立法不作為違憲確認訴訟を現行法に根拠付けることは決して不可能なことではない。また、②かかる訴訟を認めることは、国会の立法権（憲法41条）の侵害になりかねないという批判も考えられる。しかし、違憲確認判決の効果は、直ちに国会に法改正もしくは立法を義務付けるものではなく、その判決に対し何らかの意思表示を具体的になさなければならないことを義務付けるに止まるのだから、かかる批判はあたらないであろう〔大須賀 1984: 126-32〕。さらに、③かかる訴訟を認めたとしても、国会に法的に立法を義務付けるのではないのだから、立法権拘束の意味は単に、間接的な立法促進の意味しか持ちえず、結局何の救済にもならず、実益に乏しいとの批判が考えられる。これは、効果論からの批判であり、最も厳しい批判といえよう。しかし、裁判所が違憲と確認した判断は、事実上、国会に強い影響を及ぼすであろうから、国会も全くの無視はできないであろう。それにもかかわらず、国会が裁判所と異なる意思表示をした場合には、結局のところそれに対する国民の反応と行動、さらには議会の対応といういわば政治

ルートにより最終的に問題を解決することを期待せざるをえない結果となるが、かかる場合には、国民の意思に基づき、それに即応して決定されるという、いわゆる政治的自治で解決することが、むしろ民主主義（前文、41条）からして妥当であろう〔大須賀 1992: 63-5〕。

筆者は、生存権の法的性格についてはこの具体的権利説が最も妥当と考える⁽¹⁶⁾。そしてさらに、この議論をマスコミによる人権侵害の場合にも応用し、被害者の司法的救済を図ることを提案したい。すなわち、マスコミの行為により、名誉権やプライバシー権、私生活の平穩（憲法13条）や知る権利（憲法21条1項）などを侵害された個人は、かかるマスコミの人権侵害を拱手傍観、漫然放置した国家に対して、憲法13条や憲法21条1項を根拠に立法不作為違憲確認訴訟の提起を認めるのである。確かに、生存権は作為請求権を本質とする社会権であり、これに対しプライバシー権や知る権利等は不作為請求権を本質とする自由権であり、権利としての本来的性質は大きく異なる。また、自由権への公権力の介入については、最大限の慎重さが求められることはもちろんである。しかし、自由権と社会権の区別は相対的なものであり、近時、自由権の社会権的性格というものが主張されている。自由権の基底をなす基本的原理に重大な歪みが生じており、それを放置すれば自由権の実効的な機能が阻害される場合には、その歪みを是正するのに必要な限度で、例外的に社会的統制ないしは国家的規制が肯定されるのである〔大須賀 1984: 28-30〕。また、かかる解釈は、前述した裁判所の救済機能の強化にも資するであろう。したがって、自由権に立法不作為違憲確認訴訟の提起を認める解釈も絶対に

不可能とまではいえないであろう⁽¹⁷⁾。

ただし、自由権に立法不作為違憲確認訴訟の提起を認める要件は厳格でなければならず⁽¹⁸⁾、少なくとも前述した立法不作為の違憲・違法を理由に国家賠償請求を認める場合と同程度の要件が必要となろう。すなわち、①国会の立法不作為が重要な権利を侵害していることが明白であり、かつ、②それと損害との間に具体的・実質的な関連性が存在する場合で、さらに、③国会の立法義務が憲法の明文上ないし解釈上、明白であること、④相当期間の経過にもかかわらず国会が立法を放置していること等の要件が要求されることになる。この点、マスコミのいかなる人権侵害がかかる立法不作為違憲確認訴訟の対象となりうるかは難しい判断ではあるが、例えば、マスコミが野党についての虚偽の不利情報を一方的に流し、国民の知る権利が侵害されているのが明白であるにもかかわらず、国（与党）がそれを知りつつ長期的・恒常的に放置していた場合、それを規制しなかった国会の行為を立法不作為違憲確認訴訟の対象とすることが考えられるのではないか。確かに、かかる立法不作為違憲確認訴訟を認めたとしても、その対象となるのは、まさに容易に想定し難いような極限的な事例に限られよう。しかし、かかる訴訟の存在自体が人権保障に及ぼすプラスの効果は、決して小さくはないであろうと考える。

〔投稿受理日2007. 11. 24／掲載決定日2007. 11. 29〕

注

(1) 筆者はこれまでに、マスコミによる人権侵害から人びとを救済する方法として、例えば、反論権法の制定、犯罪報道における匿名報道主義の採用、いわゆる公平原則の効力強化等を主張してきた。

(2) 近時、憲法上の人権は、直接であれ間接であれ

- 私人間に適用されることはありえないとして、無効力説を再評価・再構成する見解が唱えられている。この見解は、間接適用説は人権を民法90条などに読み込んで解釈すると考えるが、そこに読み込まれるのは、憲法上の人権ではなくて、超実定法的人権であり、要するに、人権の私人間適用とは、私人間を規律する法律を超実定法的人権に適合的に解釈するにすぎないと主張する。そして、この三菱樹脂事件最高裁判決も、正確には無効力説の立場だと解釈できるとする。この説は、極めて斬新的なものであり、今後の発展が期待されよう [芦部 2007: 108-9]。
- (3) 松井茂記は、日本の司法権をアメリカ型だと考えても、必ずしもアメリカと全く同じである必要はないという見解もありうるとする [松井 2002: 238-9]。
- (4) フランスのモンテスキューは、歴史的経験に基づき、司法権を「かくも恐るべき裁判権」と述べた。そして、司法権の恐ろしさを抑制するために、三権分立を採るべきこと、および、裁判官をただの「法の言葉を語る口」とすべきことを主張し、司法権を「無」にすることを説いた [松井 2002: 222]。
- (5) 松井茂記は、このように司法権概念を歴史的に捉えることが、かえって司法権理解に矛盾を生じさせたとする。すなわち、学説は、立法権・行政権については、歴史的な概念としてではなくその本質を探究してきたが、司法権については、その本質を探究することなく歴史的な概念理解に固執してきた。しかも、歴史的な概念だというのみで、歴史的な概念としての司法権が何であるのかについては何ら明確にされてこなかったと通説的理解を批判している [松井 2002: 238]。
- (6) 松井茂記は、立法権・行政権と異なる司法権の憲法的特質は、事件・争訟の解決機能、および、そこで前提とされる当事者主義的対審手続という手続的特性にあると主張している [松井 2002: 238]。
- (7) 最高裁は、国家試験における合否判定の是非が争われた事件において、国家試験における合格・不合格の判定が、学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であることを理由に、その最終判断は試験実施機関に委ねられ、司法審査の対象にはならないと判示した (最高裁昭和41年2月8日判決) [芦部 2007: 324]。
- (8) 客観訴訟とは、いわゆる民衆訴訟と機関訴訟とを総称する学術用語である。
- (9) 松井茂記は、たとえ国会であっても、司法権以外の権限を無制限に裁判所に与えうると考えるべきではないとする。そして、裁判所法3条は、「その他法律において特に定める権限」を、司法権を附与された裁判所にふさわしい権限に限られると解して初めて憲法に合致しうると主張している [松井 2002: 241]。
- (10) 阪本昌成は、争訟性が憲法76条の本質的部分である以上、争訟性を欠く訴訟までも立法政策により導入できるわけではなく、争訟性を擬制するに足るだけの実質をもつものに限られるとする。そして、かかる観点から、①具体的な国家の行為があること、②それをめぐって国家と原告の間に鋭利な見解の対立が存在すること、③裁判所が終局的な解決をはかりうること、という要件を提示している [阪本 1993: 373-4]。
- (11) 佐藤幸治は、裁判所の救済機能が果しうる役割として、①権利の具体的実現のみならず、権利の生成発展にも資すること、②国家賠償請求権 (憲法17条) や損失補償請求権 (憲法29条3項) などを、法律の規定をまたずに直接適用し、積極的に活用することに途を開きうることを挙げ、裁判所の救済機能を高く評価している [佐藤 1995: 299-301]。
- (12) 最高裁においても、原告たる台湾人元日本兵の請求は棄却されている (最高裁平成4年4月28日判決)。本件において原告は、①憲法29条3項に基づく損失補償、②憲法14条の平等原則違反、③立法不作為の違憲確認などを求めており、論点も多岐にわたるが、そのうち最も中心的論点は、②であるとの指摘がある [館田 2007: 18-9]。
- (13) 朝日訴訟以外には、例えば堀木訴訟 (最高裁1982 [昭和57] 年7月7日大法廷判決)、牧野訴訟 (東京地裁1968 [昭和43] 年7月15日判決)、宮訴訟 (東京高裁1981 [昭和56] 年4月22日判決)、塩見訴訟 (最高裁1989 [平成元] 年3月2日判決)、総評サラリーマン税金訴訟 (最高裁1989 [平成元] 年2月7日判決) 等が挙げられる。
- (14) ここで生存権についての判例である朝日訴訟を詳細に検討することは少し本論からそれるように

も思われる。しかし、立法不作為違憲確認訴訟の意義・沿革を理解するには、朝日訴訟を巡る判例・学説の議論を俯瞰するのが最適と思われることから、取り上げることにする。

- (15) 最高裁は、学説の批判にもかかわらず、依然として「プログラム規定説」でガンバリとおして、判例の立場を明確にプログラム規定説と位置付ける見解〔浦部 2006: 225-8〕がある一方で、判例は少なくとも25条の趣旨にこたえる立法が「著しく合理性を欠く」ために立法裁量を逸脱するか否かについては審査可能との立場であり、これはプログラム規定説ではなく、後述する抽象的権利説であるとする見解〔長谷部 1996: 272〕も存在することには注意が必要である。この点、判例は限られた範囲ではあるものの、25条に裁判規範性を肯定しているのだから、全く純粋なプログラム規定説ではないことは確かであろう。
- (16) 具体的権利説は、学説では少数有力説にとどまっているが、少なくとも立法不作為違憲確認訴訟については、もっと積極的に活用する途を模索すべきではなかろうか。この点、制度的工夫により立法不作為違憲確認訴訟を構想することは、理論的に可能であり、現に例えばドイツでは憲法訴訟手続において認められているとの指摘もある〔新 2007: 438-9〕。
- (17) 筆者も、かかる解釈がこれまでの憲法解釈論からして、かなり異質で困難なものであることは自覚している。しかし、これを認めることは、マスコミの人権侵害からの救済に大いに役立つであろう。この点、今後の研究でさらに理論の進化、緻密化を図りたいと考える。
- (18) これを安易に認めるならば、「自由権の保障」の名の下に、かえって自由権が侵害されかねないからである。

参考文献

- 芦部信喜（高橋和之補訂）〔2007〕『憲法〔第四版〕』（岩波書店）
- 新 正幸〔2007〕「立法の不作為に対する違憲訴訟（1）」（『憲法判例百選Ⅱ〔第五版〕』有斐閣）
- 浦部法穂〔2006〕『憲法学教室〔全訂第2版〕』（日本評論社）
- 大須賀明〔1984〕『生存権論』（日本評論社）
- 〔1992〕『社会国家と憲法』（弘文堂）

- 阪本昌成〔1993〕『憲法理論Ⅰ』（成文堂）
- 佐藤幸治〔1995〕『憲法〔第三版〕』（青林書院）
- 佐藤修一郎〔2007〕「立法の不作為に対する違憲訴訟（1）」（『憲法判例百選Ⅱ〔第五版〕』有斐閣）
- 館田晶子〔2007〕「国籍条項の合憲性－台湾住民元日本兵戦死傷者の損失補償請求事件」（『憲法判例百選Ⅰ〔第五版〕』有斐閣）
- 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利共著〔1993〕『憲法Ⅰ』（有斐閣）
- 長谷部恭男〔1996〕『憲法』（新世社）
- 松井茂記〔2002〕『日本国憲法〔第二版〕』（有斐閣）
- 判例時報481号9頁（朝日訴訟大法廷判決について）
- 判例時報574号11頁（博多取材フィルム提出命令事件最高裁大法廷決定について）
- 判例時報577号18頁（京都府学連デモ事件最高裁大法廷判決について）
- 判例時報724号18頁（三菱樹脂事件最高裁大法廷判決について）
- 判例時報1001号9頁（創価学会「板まんだら」事件最高裁判決について）
- 判例時報1163号41頁（台湾人元日本兵損失補償請求事件・東京高裁判決について）
- 判例時報1177号3頁（在宅投票制度廃止事件最高裁判決について）
- 判例時報1422号91頁（台湾人元日本兵損失補償請求事件・最高裁判決について）
- 判例時報1642号24頁（関釜元慰安婦訴訟第一審判決について）
- 判例時報1748号30頁（熊本ハンセン病訴訟第一審判決について）
- 判例時報1908号36頁（在外日本人選挙権剥奪事件最高裁大法廷判決について）
- 最高裁民事判例集6巻9号783頁（警察予備隊違憲訴訟最高裁大法廷判決について）
- 行政事件裁判例集5巻11号2643頁（東京地裁昭和29年11月10日判決について）
- 行政事件裁判例集20巻2号196頁（最高裁昭和41年2月8日判決について）
- 判例タイムズ478号163頁（郵便貯金目減り訴訟最高裁判決について）
- 裁判所ホームページ・判例検索（最高裁平成18年7月13日判決について）