

# マスコミ規制の論理

憲法学を中心とした学際的考察

**The logic of the mass communication regulation**

**Consideration of the study mainly on the study of the constitution**

早稲田大学大学院社会科学研究科  
政策科学論専攻 現代人権論研究

藤井 正希  
Masaki Fujii

2011年3月

## 【目次】

序章 目的と構成	6
第一節 議論の前提としてのマスコミとマスメディアの概念	6
第二節 本稿の目的	7
第三節 本稿の構成	10
第一章 規制の必要性	13
題一節 マスメディアの機能	13
第二節 憲法の二大目的	14
第三節 基本的人権の尊重原則の観点から	15
一 マスメディアの人権侵害	15
二 人権とは	17
第四節 国民主権の原則の観点から	19
一 マスメディアの主権侵害	19
二 国民主権とは	20
第二章 現代マスメディアの置かれている状況	27
第一節 インターネット社会の到来	27
第二節 マスメディアの多様化現象	28
第三節 放送と通信の融合現象	29
第四節 日本における歴史的沿革および現状	31
第五節 現行マスメディア法の構造	33
第六節 マスメディア規制三法案	35
第七節 総務省の情報通信法案	37
第三章 諸外国の歴史的沿革および現状	43
第一節 アメリカ	43
一 総論	
二 公平原則	43
三 反論権法	45
四 放送に対する規制	46
五 二重の基準論	47

六	実名報道原則	48
第二節	イギリス	49
一	総論	49
二	反論権法	49
三	放送に対する規制	50
四	実名報道原則	51
五	新しい問題の発生	51
第三説	その他	52
一	放送に対する規制	52
二	反論権法	53
三	匿名報道原則	54
四	諸外国の例から学ぶ	55
第四章	社会的視点からのマスメディア規制	
	M・マクルーハン等のメディア論	63
第一節	様々なメディア論	63
一	皮下注射針モデル・魔法の弾丸理論	64
二	コミュニケーションの2段階の流れ仮説・限定効果論	64
三	議題設定仮説	65
四	沈黙の螺旋理論	66
五	培養理論	67
第二節	マクルーハン理論	68
一	メディアとは	68
二	メディアはメッセージである	69
三	メディアはマッサージである	70
四	テレビ論	71
五	グローバル・ヴィレッジの思想	73
第三節	活かすべき視点	74
第五章	政治的視点からのマスメディア規制	
	N・チョムスキー等のメディア論	83
第一節	アメリカにおけるメディアを悪とする理論	83
一	H・シラーやC・ヘムリンクの理論	83
二	W・リップマンの理論	84

第二節	チョムスキー理論	85
一	民主主義についての逆説的見解	86
二	傍観者民主主義	88
三	メディアの役割	90
四	プロパガンダ・モデル	92
五	メディアの最大の犯罪	95
第三節	我われの採るべき道	98
第六章	現行制度上の問題点および新たな制度の採用	105
第一節	客観報道	105
第二節	発表報道	108
第三節	記者クラブ	111
第四節	メディア・リテラシー	113
第五節	情報操作	115
一	マスメディアの情報操作の実例と問題点	115
二	マスメディアの情報操作の手法	117
三	選挙の自由と公正	119
第七章	人権享有主体性論および私人間効力論（憲法規範論）	130
第一節	本論文の基本的スタンス	130
第二節	マスメディアの人権享有主体性	134
第三説	憲法の私人間効力	138
第八章	取材源秘匿権および匿名報道原則（憲法規範論）	153
第一節	取材源秘匿権	153
第二節	匿名報道原則	156
第九章	二重の基準論（憲法規範論）	166
第一節	二重の基準論とは	166
一	定義	166
二	沿革	167
三	体系的地位	167

第二節	二重の基準論の根拠と批判的学説	168
第三節	判例の検討	174
第四節	試論	177
一	表現の自由と職業選択の自由	177
二	表現の自由と財産権	179
三	再構成	180
第十章	反論権（憲法規範論）	185
第一節	反論権の概念	185
第二節	反論権の現代的意義	186
第三節	日本における法制度および判例の検討	187
一	法制度	187
二	判例	188
第四節	反論権への批判、およびそれに対する反批判	190
第五節	反論権を肯定する学説	192
第六節	試論	195
第十一節	司法権と司法積極主義（憲法規範論）	201
第一節	司法積極主義への道	201
第二節	司法積極主義からの司法権概念の再構成	204
一	従来通説・判例の議論	204
二	新しい司法権概念の提唱	207
第三節	マスメディアの人権侵害への積極的対応	208
一	損害賠償請求	209
二	立法不作為違憲確認訴訟	212
三	立法義務付訴訟	216
終章	総括と展望	223
第一節	総括	223
第二節	展望	224
参考文献一覧		226
		以上

## 序章 目的と構成

### 第一節 議論の前提としてのマスコミとマスメディアの概念

まず最初に、議論の前提として、本論文において筆者が使用する「マスコミ」と「マスメディア」という用語について確認しておきたい。新村出編『広辞苑』（第六版、岩波書店、2008年）では、「マス・コミュニケーション（mass communication）=新聞・雑誌・ラジオ・テレビジョン・映画などの媒体を通じて行われる大衆への大規模な情報伝達。大衆伝達。大衆通報。マス・コミ。」また「マスメディア（mass media）=マス・コミュニケーションの媒体。新聞・出版・放送・映画など。大衆媒体。大量伝達手段。」とある。しかし、世間一般では、“マスコミ”という言葉の類義語として、“マスメディア”や“マス・コミュニケーション”という言葉を使用している。すなわち、マスメディアという用語とマス・コミュニケーション、あるいはその短縮形のマスコミという用語は、通常、必ずしも明確に区別の上、使用されている訳ではない。両者は、互換性のあるものとして、不統一に使用される場合も多い。

ドイツの社会心理学者ゲルハルト・マレッケは、1960年代後半に、マス・コミュニケーションを「メッセージが、公的に、技術的手段を通して、間接的に、かつ一方的に、分散している聴衆にあてて、伝達されるコミュニケーション形態」と定義し、これに基づき、マスコミとして、プレス（新聞・雑誌等）、映画、レコード、ラジオ、テレビジョンの五つを導いた<sup>1</sup>。マレッケが導いた五つは、レコードがCDやMDに進化したと考えれば、今なおマスコミの中核の地位にある。このマレッケの主張は、古典的理解の典型例として注目に値する。ただし、「一方的に」、すなわち送り手と受け手との間に役割交換がないことを要件としている点は、インターネットによるパソコン・ネットワーク等の現代の新しい双方向メディアを包摂しえないことから、妥当でない。

この点、社会学者の藤竹暁は、マスメディアを、「新聞、ラジオ、テレビ、雑誌、書籍、映画、CD、ビデオなど最高度の機械技術手段を駆使して、不特定多数の人々に対して、情報を大量生産し、大量伝達する機構およびその伝達システム」と定義し、かかる「マスメディアを使ってなされる活動」を、マス・コミュニケーション（略称、マスコミ）と呼んでいる<sup>2</sup>。また、法学者の浜田純一は、情報に関連する法領域でこれまで用いられてきたのは、マス・コミュニケーション法という概念であり、情報の組織的な調達力、伝達する情報量の多さ、情報伝達の即時性・一方向性、媒体の性格によっては映像と音声による受け手へのインパクトなど、情報の生産・流通に専門的に携わるマスメディアの役割はきわめて大きく、そのために、これに対する特有の法的規制と法的保護が、

しばしば問題とされてきたとする<sup>3</sup>。このように、情報の生産・流通活動がマス・コミュニケーション（マスコミ）であり、それを行う主体がマスメディアであると考えるのが一般の理解と言えよう。よって、マス・コミュニケーション（マスコミ）の概念の方が、より伝統的かつ広汎な概念なのである<sup>4</sup>。かかる観点から、本論文の論題は『マスコミ規制の論理』とした。

筆者は、この用例に従い、以下、「マスコミ」と「マスメディア」という用語を使い分けていく。すなわち、情報の生産・流通活動を指す場合にはマスコミという用語を、それを行う主体を指す場合にはマスメディアという用語を使用していく。また、印刷メディアと放送メディア、メディア・スクラム、マスメディア規制三法等、特定用語の使用が慣用となっている場合には慣用に従い、あるいは参考文献を引用する場合には原文に従い論述していく。

## 【注】

1. ゲルハルト・マレツケ、NHK放送学研究室訳『マス・コミュニケーション心理学』（日本放送出版協会、1965年）58-60頁。

2. 藤竹暁編『図説日本のマスメディア』（日本放送出版協会、2005年）12-13頁。

3. 浜田純一『情報法』（有斐閣、1993年）1-2頁。

4. 現在の学術論文では、「マスメディア」の用語を使うのが一般であるが、1980年代以前は「マスコミ」の用語を使用するのが主流であった。例えば、清水英夫編『マスコミと人権』（三省堂、1987年）。その変化の理由は一義的に明確ではないが、その行為の主体性を強調する意図があるのかもしれない。

## 第二節 本稿の目的

広くマスコミ（情報の生産・流通活動）を適正化するためには、何よりもマスメディア（それを行う主体）を適正化しなければならない。よって、マスコミ規制の中心課題は、いかにしてマスメディアを規制すべきかというマスメディア規制論となる。

これまでテレビ・ラジオ・新聞・雑誌等のマスメディアは、法的にも、政治的にも、社会的にも、その有用性を認められて肯定的に評価されるのが通例であった。とりわけ筆者が専門とする憲法学の領域では、マスメディアを人権享

有主体と認め、その自由・権利を最大限に保障する解釈が模索されてきた。マスメディアの自由・権利の制限、特に法的な制限を語ることは、禁忌視されてきたとさえ言える。少なくとも積極的に法的なマスメディア規制を主張する憲法論は皆無に近かった。確かにその社会的有用性は否定しえないものの、現実のマスメディアの活動を直視するならば、そのもたらす種々の社会的弊害は決して小さくはない。現代社会では、のちに具体的に見るようなマスメディアがもたらすさまざまな弊害はむしろ次第に増大しているとさえ評価できるのである。そして、それが憲法の基本原則である人権の原理や統治の原理を侵しつつあるのではないか。そこに本稿の問題意識がある。

従来の理論では、マスメディアに公的性格（公的機関性）を認めることを前提に、マスメディアの表現の自由を個人（自然人）の表現の自由と同視し、マスメディアの表現の自由を保障することが常に社会の進歩・発展に資するかのような議論が多かった。そのため、マスメディア規制を語る場合には、それが悪であるという前提で議論が開始された。しかし、そこにこそ従来の理論の問題点があると考えられる。

まず、マスメディアは本質的に私的機関であると筆者は考える。後に詳述するように、マスメディアの公的性格を過度に強調することが、マスメディア自身の特権意識やマスメディアに対する国民の過信を生じさせ、さまざまな社会的弊害をもたらしてきた。マスメディアは法的には営利社団法人なのだから、私的機関性を強調することに法理論的にも問題はないはずである。しかし、マスメディアの私的機関性を認めつつも、社会の公器・木鐸としてその公的機関性を強調して取り扱ってきたのが従来の理論であった。この点、あくまでマスメディアの私的機関性を重視した規範構造へと枠組み転換を図りたいと考える。

また、マスメディアの表現の自由と個人の表現の自由とは、原理的に異なるのではないかと筆者は考える。すなわち、マスメディア、とりわけ権力化した巨大マスメディアは、政治的、社会的、経済的、歴史的、文化的等、さまざまな面で個人とは異なっている。後に詳述するが、一例を挙げれば、個人の表現の自由が、第一義的には自らの人格の発展、向上のためであるのに対して、マスメディアのそれは人格とは関係がない。個人の表現の自由には、国民主権原理の下での主権者としての自らの政治的意思表明という意義があるが、マスメディアは主権者ではない。マスメディアは、営利社団法人として営利性にその本質があり、商業主義とは不可避の関係にあるが、個人は営利性を本質とはしていない。マスメディア、とりわけ放送メディアは特許産業であり、法的に国の関与・干渉が大幅に及ぶ構造にあり、国家の意思により統制される危険性があるが、個人と国とはそのような関係にはない。歴史的にも、マスメディアには個人の人権保障のために国家権力と戦った事実とともに、国家権力

の国民統制に協力した歴史もあり、マスメディアの表現の自由と個人のそれとは、歴史的経緯を異にする。例えば、高視聴率テレビ番組で、納豆やバナナで効果的ダイエットができると放送された途端、翌日には納豆やバナナが売り切れるなど、マスメディアの表現の自由は、社会的影響力の点で、個人のそれとは大きな違いがある。アメリカ文化を世界に拡散するためにマスメディアの果たした役割に鑑みれば明らかなように、マスメディアの表現の自由は、個人のそれとは比較にならない文化的影響を持つ。このようにマスメディアの表現の自由と個人のそれとは大きく異なる。にもかかわらず、両者を同質のものと考え、基本的に同一の規範的構造で取り扱ってきたのが従来の理論だったのである。

マスメディアに期待されてきた役割とそれが果たしてきた役割、そしてそれが果たすべき役割、また、マスメディアがもたらした社会的恩恵と社会的弊害を再検証すべきである。この点、例えば犯人を逮捕し処罰することや、犯人に社会的制裁を加えることは、マスメディアに期待され、果たされてきた役割かもしれないが、それが今後とも果たすべき役割ではない。具体的には、マスメディアの自由には、個人と同程度に保障すれば足りる部分もあれば、個人よりさらに高度に保障すべき部分もあるし、また反対に、個人より強く規制されるべき部分もあるのである。マスメディアのもたらす社会的弊害を減少させ、その社会的恩恵を増大させるためには、マスメディア規制は決して原理的に悪という訳ではなく、ときには個人の人権保障のために必要な場合さえあるという認識が必要であろう。マスメディア規制を公平・中立に議論できる法的環境をぜひ創り出したいと考える。ただし、その際には、マスメディアの表現の自由を不当に侵害しないように最大限の配慮が必要であることはもちろんである。

これまでの表現の自由論を、マスメディアの表現の自由と個人のそれとが本質的に異なることを前提にした規範構造へと枠組み転換を図ることが、本稿の最大の目的である。そのために法的観点のみならず、社会・政治・文化・歴史といった多角的な視点も積極的に導入し、それらの本質的相違を論証していく。この点、すなわちマスメディアの表現の自由と個人のそれとの本質的相違の論証が本稿を一貫するテーマである。本稿の論点は多岐にわたり、一見とりとめもなく思われるが、全てはその論証を目指したものである。そして、それらの本質的相違を前提にして、マスメディアに適用されるべき新たな規範的成果を僅かながらでも示してみたいと考える。

本稿では、憲法学、特に憲法解釈学の観点を中心に、マスメディア規制の論理を考えていくが、とりわけ膨大かつ有意義な研究業績の蓄積があるメディア論からは、多くを学び活かしていきたいと考える。学際的に現代マスメディアのもたらす社会的弊害を認識・分析し、その規制の必要性を論じていく。そし

て、それを踏まえ、マスメディア規制を正当化するための体系的な規範的根拠を考えていく。万人が理解し、同意してくれるようなマスメディア規制の論理を構築し、広くマスコミを適正化することが本稿における最終目標である。

### 第三節 本稿の構成

第一章では、まずマスメディアの機能について積極面と消極面とを確認する。そして、基本的人権の尊重と国民主権という憲法の二大目的の観点から、マスメディア規制の必要性があることを規範的に論証していく。その際に、本論文における人権と国民主権の意味について確認しておく。

第二章では、現代マスメディアの置かれている状況を概観する。すなわち、現代は、社会の隅ずみにまでインターネット網が張り巡らされたインターネット社会となっており、しかも科学技術の進歩により、マスメディアは多様化している。その中で、放送メディアと通信メディアとが一体化するという放送と通信の融合現象が生じており、現代メディアを論ずる上でのキーワードとなっている。マスメディア規制を考えるにあたっては、放送と通信の融合現象を踏まえることは必要不可欠と言える。そして、日本におけるマスメディア規制の歴史的沿革を見た後、現行マスメディア法の構造を押さえる。それとの関連で、マスメディア規制についての現在の国の考え方を知るために、マスメディア規制三法案と総務省の情報通信法案を検討していく。

第三章では、日本におけるあるべきマスメディア規制を構築するための参考とする趣旨で、諸外国のマスメディアの歴史的沿革や現状、あるいはマスメディア規制に対する基本的考え方等を見ていく。この点、アメリカとイギリスを中心に検討する。

第四章と第五章は、法的・規範的視点から離れ、社会的視点及び政治的視点からマスメディアを考えていく。説得的なマスメディア規制の論理を構築するためには、出来る限り学際的な考察が必要と考えるからである。具体的には、第四章では社会的視点から典型的なメディア論を概観した後、M・マクルーハンのメディア論に焦点をあてる。その際には、グローバル・ヴィレッジがキーワードとなる。また、第五章では政治的視点からアメリカにおけるメディアを悪とする理論を概観した後、N・チョムスキーのメディア論に焦点をあてる。その際には、プロパガンダ・モデルがキーワードとなる。

第六章では、現行制度上の問題点および新たな制度の採用について論じていく。この章は、規範論ではなく、事実論・制度論・立法論が中心となる。ただし、規範論、とりわけ憲法規範論として構成しうる問題については、積極的に規範論化を図っていく。すなわち、まず現状のマスメディア報道が事実として持っている問題点を探るために、客観報道と発表報道を検討していく。その際

には、現実の松本サリン事件報道を批判的に検証する。つぎに、記者クラブとメディア・リテラシーがもたらしている事実的弊害をみていく。そして、本章の最後に、マスメディアの恣意的情報操作が事実を歪めている実態を明らかにする。具体的には、マスメディアの情報操作の実例を見て、その問題点を探り、マスメディアの情報操作の手法を究明する。とりわけマスメディアの選挙報道が事実として選挙の自由と公正を害しかねない危険性を明らかにする。

第七章以降は、本論として、憲法規範論を展開していく。上述のマスメディアがもたらす事実的弊害を踏まえ、憲法的視点からどのような規範を定立し、どのように規範的拘束を及ぼしたらいいのかを考えていく。

第七章では、まず本論文の基本的スタンスを確認する。この点、マスメディアの私的機関化、マスメディアの表現の自由と個人のそれとの相違がキーワードとなる。その後、マスメディアの人権享有主体性と憲法の私人間効力の観点からマスメディアを規範的に規制し得ないかを考えていく。

第八章は、取材源秘匿権および匿名報道原則を規範的に検討していく。その際には、判例・学説に十分に配慮しながら論を進める。

第九章から第十一章までの三つの論点が、本論文において筆者が憲法規範論として最も主張したい部分である。すなわち、二重の基準論、反論権、司法権についての従来の学説・判例の規範的枠組みを見直し、その構造転換を図ることにより、憲法規範的にマスメディア規制の論理を確立したいと考える。

第九章では、二重の基準論の定義・沿革・体系的地位を見た後、学説・判例を検討していく。そして、試論として、表現の自由と職業選択の自由の異同、表現の自由と財産権の異同を考え、二重の基準論の再構成を図っていく。具体的には、表現の自由にも政策的制約が認められ、緩やかな違憲審査基準が適用しうることを論証する。それが可能ならば、マスメディア規制は格段に容易となる。

第十章では、あくまで規範論として、憲法解釈による反論権の実現可能性を探る。まず、反論権の概念を押さえ、反論権にマスメディア規制の一手段としての現代的意義を付与する。そして、日本の法制度および判例を検討した後、反論権を肯定する学説を中心に学説を概観する。最後に、試論として、憲法解釈により反論権を肯定し、立法論としてあるべき反論権法をイメージしたいと考える。日本国憲法上、憲法解釈により反論権を肯定できるならば、マスメディア規制として十分に活用ができよう。

第十一節では、司法権の概念の構造転換を図ることにより、司法的にマスメディア規制を実現することを目指したい。その際には、司法消極主義から司法積極主義へがキーワードとなる。具体的には、司法積極主義を背景に従来の通説・判例における事件性の要件を見直し、それを緩和・拡張することにより、

立法不作為に対する損害賠償請求、立法不作為違憲確認訴訟、立法義務付訴訟を憲法上、可能にすることを考えていく。それが実現できるならば、マスメディアの人権侵害に対して効果的な司法的統制を及ぼすことが可能となり、マスメディア規制として十分に活用ができよう。

最後に終章では、本論文を総括し、今後の展望を述べて、結びとしたい。

## 第一章 規制の必要性

### 第一節 マスメディアの機能

そもそも憲法には、マスメディアという文言は一切、見られない。日本国憲法は 1947（昭和 22）年に施行されているが、もちろんそれ以前から日本にマスメディアは存在していた。憲法がマスメディアについて言及していないのは、憲法がマスメディアを敵視や無視をしているからではなく、マスメディアにその自由な活動を保障するために、法的には、思想良心の自由（憲法 19 条）や表現の自由（憲法 21 条 1 項）を保障された一私人と考えるのが妥当だと判断したからであると一般に解されている。具体的には、結社の自由（憲法 21 条 1 項）を根拠に営利社団法人（会社法 25 条）として、その存在が法的に承認されているとするのが通例である<sup>1</sup>。よって、マスメディアは法的にはあくまで私的団体と位置付けられている。

かかるマスメディアが果たしている積極的機能（社会的有用性）としては、様々なニュースを私たちに届けてくれる報道の機能、歴史や文学等、雑多な知識を私たちに教えてくれる教育の機能、どれが良い商品かを伝えてくれる宣伝の機能、芸能、スポーツ等、私たちを楽しませてくれる娯楽の機能など、多種多様な機能が挙げられる<sup>2</sup>。その中で最も基本的かつ重要なのは、言うまでもなく報道の機能であろう。この点、最高裁も博多駅テレビ・フィルム提出命令事件（最高裁 1969 [昭和 44] 年 11 月 26 日大法廷決定）において、報道の重要性につき、「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」と判示している。

さらに、マスメディアの積極的機能としては、つぎの二つに注目する必要がある。まず、権力の批判者としての機能である。言い換えれば、アメリカ憲法の起草者であるトーマス・ジェファースンの「新聞は政府の検閲官として奉仕すべきである」という言葉に明らかなように、政府の検閲者としての役割である<sup>3</sup>。これを、権力批判のための番犬機能と表現している論者もいる<sup>4</sup>。時の権力を監視し、その不正を白日の下にさらすことにより正すことも、マスメディアの重要な機能なのである。この機能こそ、国民がマスメディアに対して最も期待する機能であるとさえ言えよう。例えば、1974（昭和 49）年、一ジャーナリストの某雑誌に掲載された現職総理の金脈についての論文が内閣退陣のきっかけとなった事例が、かかる機能が最大限に発揮された象徴的ケースと言

える。また、社会の木鐸としての機能がある。すなわち、国民に警告を発し、国民を教え導く役割である。この点、アメリカの学者ハロルド・ラスウェルは、すでに 1949（昭和 24）年の論文において、マスメディアの社会的機能として環境の監視ということを挙げていた。マスメディアは、社会の変化に対して人びとが早期に適応できるように警告を発したり、また、人びとが決断するのに必要な知識を与える働きをするのである<sup>5</sup>。例えば、マスメディアが、振り込め詐欺について、その手口等を大々的に報道することにより、人びとは学習し、詐欺の被害者になることを回避しうるのである。このようにマスメディアには、権力を監視するのみならず、社会環境を監視する機能もあるのである。以上に見てきたように、マスメディアにはさまざまな積極的機能があり、その社会的有用性は否定するべくもなく、また、表現の自由の重要性からしても、マスメディアを安易に規制することは許されないのは言うまでもない。

## 第二節 憲法の二大目的

それでは、このように社会的有用性の高いマスメディアを規制する具体的な必要性は、どこにあるのであろうか。この点、筆者は、憲法規範的には 基本的人権の尊重原則（憲法 11 条・97 条）と 国民主権の原則（憲法前文・1 条）という憲法の二大目的から説明しうると考えている。

すなわち、16・17 世紀のヨーロッパにおける絶対王政の時代には、フランス国王ルイ 14 世の「朕は国家なり」という言葉に象徴されているように、国王の権力があらゆる権力に優先し、国王の専恣による国家統治が行われていた<sup>6</sup>。しかし、人びとはそれに対して、何の疑問を感じることなく、唯々諾々と服従していた。というのも、人びとは、例えばフランスの神学者のボシュエが唱えた、国王の権力は神によって授けられたものであるという考え（王権神授説）を固く信じていたからである。それは 19 世紀の日本において、国家神道を根拠として、天皇を現人神として神格化し（大日本帝国憲法第 3 条の「天皇八神聖ニシテ侵スヘカラス」）、天皇が主権者とされた（同憲法第 4 条の「天皇八国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬ス」）のと同様である<sup>7</sup>。

やがて、17 世紀後半になると、すでにヨーロッパでは、すべての人間が共通に持つ理性を尊重し、信頼することを説く啓蒙思想が生まれ、それをもとに、人びとは理性の解放、すなわち国王による絶対王政の呪縛からの解放を希求するようになった。そこで主張されたのが、国家以前に存在し人間のみが持つ理性を根拠とした「人間は、ただ人間であるということにもとづいて、生まれながらにして当然に権利を有しているものであり、その権利は国王でさえむやみに侵害しえない」という天賦人権思想なのである。かかる天賦人権思想は、イギ

リスのロック（『市民政府二論』）、フランスのルソー（『社会契約論』）やモンテスキュー（『法の精神』）などの近代啓蒙思想家によって主張され、都市における裕福な商工業者であるブルジョワジー（市民）による市民革命の契機となった。具体的には、イギリス革命（清教徒革命〔1642年〕、名誉革命〔1688年〕）やフランス革命（1789年）、アメリカ独立戦争（1775年）等がそれに該当する。そして、その際に出されたイギリス権利章典（1689年）、フランス人権宣言（1789年）、あるいはアメリカ独立宣言（1776年）に基づく世界最初の成文憲法たるアメリカ合衆国憲法（1788年）等には、天賦人権思想が高らかに謳われ、そこから近代立憲主義（専断的な権力を制限し広く国民の権利を保障することを目的として、憲法に基づいて政治を行うという原理）が確立することになるのである。

具体的には、フランス革命時に出されたフランス人権宣言では、「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもつものではない」（16条）と定められ、人権（「権利の保障」）と統治（「権力の分立」）とが憲法の二本柱であることが宣言されている。この思想は、近代立憲主義に基づく憲法のいわば骨格として、多くの国の憲法に現在でも承継されている。それは日本国憲法でも同様であり、人権の原理として基本的人権の尊重を（憲法10条から40条まで）そして統治の原理として国民主権（民主主義）や三権分立（自由主義）を採用し（憲法1条から9条、41条から99条まで）それらを憲法の二大目的としている。このように、ロック・ルソー・モンテスキューが主張した天賦人権思想は、イギリス権利章典、フランス人権宣言、アメリカ独立宣言を経て、それが日本国憲法（1946年公布・1947年施行）にまで脈々と引き継がれて、現在でも生きているのである<sup>8</sup>。

### 第三節 基本的人権の尊重原則の観点から

#### 一 マスメディアの人権侵害

このように日本国憲法は、人権の原理として基本的人権の尊重原則を採用しているのであるが、その根底には人間の尊厳性に基づく個人主義がある（憲法13条前段・いわゆる「個人の尊厳」）。すなわち、基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生存を確保し、その尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認したものである。したがって、人権を承認する根拠に創造主や自然法を持ち出す必要はなく、人間固有の尊厳性に由来すると考えれば足りる。この人間尊厳の原理は、個人主義とも言われ、日本国憲法は、この

思想を「すべて国民は、個人として尊重される」(13条前段)という原理によって宣言している<sup>9</sup>。

かかる個人主義からすれば、国民の誰もが自らの持つ人格や能力を健全に発展・向上させて、ひとりの人間として幸福な一生を送ることができなければならない。そのためには、原則として、言いたいことが言えなければならない、やりたい学問をまなべなければならない、好きな職業に就けなければならない。そこで憲法は、詳細な人権カタログを明文で規定し、人権にとって最大の脅威者である国家権力に対して、「人権を侵害するなかれ」という憲法規範を向けたのである。このように、「人権を侵害するなかれ」という憲法規範の名宛人は第一次的には国家権力なのである。

しかし、現代社会においては、本来、一私人に過ぎなかったマスメディアが巨大化し、権力化した結果、社会的権威として極めて強力な力を持つようになってきている(マスメディアの第四権力化)<sup>10</sup>。これは、現代社会が情報に極めて高い価値を認める情報化社会であり、巨大化したマスメディアに大量の情報が一極集中する傾向にあることが最大の原因であろう。そして、このように第四権力化したマスメディアが、報道を通じ、基本的人権の尊重原則(憲法の人権の原理)を阻害しかねない事例が生じつつある。かかる原則に対する脅威の具体例としては、マスメディアが引き起こす、メディア・スクラム(集団的過熱取材)や報道被害、冤罪事件等が挙げられる。その中でも極めて切実な問題として認識されている社会的弊害が、報道被害である。古くは、府中三億円強奪事件や三浦某事件<sup>11</sup>、そして近時では、後に詳述する松本サリン事件など、報道被害の事例は枚挙に暇がないほどである。

すなわち、巨大マスメディアは、普段は社会の公器を標榜し、社会的正義を振りかざし報道を行っている一方で、個人の名誉権、プライバシー権、私生活の平穏等の基本的人権を著しく蹂躪する報道被害が度々報告されている。この点、マスメディア自身が真犯人を作り出すことにより、個人を死にまで追いやるという事例さえ報告されている。かかる報道被害の過酷さは、松本サリン事件でマスメディアにより犯人に仕立て上げられ、危うく社会から抹殺されかけたK氏の事例に顕著に現れている<sup>12</sup>。一私的機関たるマスメディアが、表現の自由という錦の御旗の下で、個々人に対して魔女狩り的に私刑を加えることを決して許すことは出来ない。巨大マスメディアの報道は、時に一人の人間のかけがえのない人生をも大きく狂わせてしまう。しかしマスメディアは、それに対する国民の批判に対して、「表現の自由の行使」との答えを返すのである。憲法の保障する基本的人権の尊重原則を実現するためには、報道被害等、尽きることなく繰り返される巨大マスメディアの基本的人権の侵害に対して、何らかの手立てが必要不可欠であろう。

前述した様に、確かに憲法規範の第一次的な名宛人は国家である。しかし、かかる巨大マスメディアの人権侵害を放置するならば、もはや憲法の大原則である基本的人権の尊重原則の実現はありえず、憲法がこのような行為を漫然と放置する趣旨とは解し難い。とするならば、「人権を侵害するなかれ」という憲法規範を巨大マスメディアに対しても向ける必要性があるのである。

## 二 人権とは

ここで、そもそも人権とはいかなるものなのかについて検討しておきたい。というのも、もし人権というものを通常は法的には営利社団法人であり、自然人ではないマスメディアに認め得ないとするならば、憲法規範の適用を検討するまでもなく、全く無制限にマスメディアを規制することができるとも解しうるからである。

例えば、宮沢俊義は、その古典的著書のなかで、人権とは「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利」と述べた<sup>13</sup>。また、佐藤幸治も、人権とは「人間がただ人間であるということに基づいて当然に有する権利」とする<sup>14</sup>。ここでは、人権とは、前国家的なものであり、かつ、その主体が人間、すなわち自然人であることが当然の前提になっている。かかる思想は、前述の近代市民革命期における天賦人権思想に由来するものであり、多分に歴史的経緯に基づくものといえる。

すなわち、国王による絶対王政を打倒し、その呪縛からの解放を勝ち取るためには、神から授かった国王の権力というイデオロギーを超えるイデオロギーが必要不可欠であり、それが国家以前にして人間生来の、普遍的理性に基づく人権というイデオロギーだったのである。前述したような、人権の前国家性や人権の人間性等の特性は、かかる経緯で発生したものである。このような天賦人権思想をもっともよく具現化したものが、有名なアメリカ独立宣言（1776年）のつぎの一節である。「すべての人間は平等に造られ、おのおの造物主によって、他人に譲り渡すことのできない一定の権利を与えられている。そうした権利のうちには生命、自由および幸福の追求が含まれている」。

このような人権概念を貫徹するならば、造物主ではなく人間によって、あくまで法の世界におけるいわばフィクションとして、その存在を認められたに過ぎない法人が人間同様の人権を持つことはありえないことになる。人間の尊厳というものを観念することは出来ても、会社（営利社団法人）の尊厳というものを観念することには無理があろう。よって、法人は、せいぜい人間によって承認された範囲で、人間の人権を侵害しない限度でのみ、法的権利を行使するに過ぎず、当然、人間の場合とは異なる観点からの政策的な権利制約も可能となろう。この点、歴史的観点に鑑みても、近代市民革命期には、むしろ団体

が個人の解放にとっての障害とさえ考えられていたのは事実なのである。すなわち、近代市民革命は、領主制土地所有や身分制封建社会を廃棄することを中心課題とした。その結果、個人の解放と国家への権力集中が実現したが、その際、個人と国家のあいだに介在する一切の中間団体は、徹底的に排除された。なぜならば、身分制的結合に基づく結社を解体しなければ、領主制や封建制の廃棄はありえなかったからである。1789年のフランス人権宣言のカタログに結社の自由が規定されていないのは、決して偶然ではないのである<sup>15</sup>。

しかし、例えば、樋口陽一は、理論的にも歴史的にも、人権をこのように「前国家的権利」と捉える見解に疑問を呈している。すなわち、まさしく近代的な中央集権国家の成立によってこそ封建的身分制から個人が解放され、個人が人権の主体となることができた<sup>16</sup>。また、人権は、それぞれの国家機関のなかで、実定憲法上の存在になってこそ実効的に保障されるものとなる。かかる観点からして、人権は「前国家」的ではないと主張している<sup>17</sup>。このように、人権が国家の存在を前提にして初めて認められる、いわば後国家的権利であるならば、論理的に人間生来の権利でもありえないことになる。

また、奥平康弘は、「人間が人間である以上、当然に具わっている権利」が人権であると解する見解には、「在ること」(人間である)を「在るべきこと」(権利を持つ)の根拠としている点で、事実から権利を直接に引き出しているという問題点があることを指摘している。そして、事実命題と権利命題を架橋する論理の必要性を説いている<sup>18</sup>。緻密で説得力のある人権論を構築するためには、奥平の主張しているように、両者を架橋する論理が是非とも望まれよう。やはり天賦人権思想は、前述したように、絶対王政打倒のためのスローガンのイデオロギーの側面を否定することは出来ず、人権は国家の存在を前提にするものとするのが妥当であろう。とするならば、国家の根本法かつ最高法規たる憲法の承認があれば法人の人権を認めることも可能となるのである。

ただし、たとえ樋口や奥平の主張するように、天賦人権思想に理論的、歴史的な問題点があったとしても、国家からの人権侵害に対して個人の人権を保障するために天賦人権思想の果たしうる役割は現代社会においても決して小さくはないと考える。すなわち、国家が個人の人権を不当に侵害しようとした場合、個人がそれに抵抗するための重要な理論的根拠となる。前述したごとく天賦人権思想が近代市民革命期に絶対王政打倒のためのスローガンのイデオロギーを果たしたのと同様に、天賦人権思想は、現代社会における国家による人権侵害に対する個人の抵抗のためのスローガンのイデオロギーとなりうる。この点、例えば、最高裁は以前、現行の死刑制度(刑法199条等)が憲法36条によって禁止されている「残虐な刑罰」に該たるか否かが争われた事件の判決冒頭において、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い」と述べたことが

ある（最大判 1948 [昭和 23] 年 3 月 12 日）。しかし、むしろ理論的には、一人の生命は全地球よりも軽いし、また、歴史的にも、一人の生命が極めて軽薄に扱われてきたというのが事実であろう。だが、この主張は、それが理論的、歴史的に正しいかどうかとは別に、生命が軽視されがちな現代社会において、生命尊重のためのスローガンのイデオロギーとして、一定の効果を持ちうる。同様に、「人間は、ただ人間であるということにもとづいて、生まれながらにして当然に権利を有している」という天賦人権思想が、今後とも人権保障に果たしうる役割を決して軽視してはならないであろう。

#### 第四節 国民主権の原則の観点から

##### 一 マスメディアの主権侵害

また、日本国憲法は、統治の原理として国民主権の原則を採用しているのであるが、その根底にも人間の尊厳性に基づく個人主義がある（憲法 13 条前段・「個人の尊厳」）。すなわち、本来、近代憲法は、全ての個人はお互いに平等な存在であり、天賦人権を有するものであることを前提として、それを実定化するという形で制定された。それは、全ての価値の根源は個人にあるという人間の尊厳性に基づく個人主義を基礎に置いている。かかる個人主義からすれば、国民一人一人が国政の中で最大限に尊重されなければならない、その意思が政治の中で十分に反映されなければならない。したがって、政治権力の究極の根拠も個人（「国民」）に存しなくてはならず、憲法を実定化する主体は国民であるから、政治制度としては国民主権が採用されることになるのである<sup>19</sup>。そこで憲法は、国家権力に国民主権を実現させるべく、「国民主権を侵害するなかれ」という憲法規範を向けたのである。よって、「国民主権を侵害するなかれ」という憲法規範の名宛人は第一次的には国家権力なのである。

しかし、現代社会においては、前述したようにマスメディアの第四権力化が進展し、第四権力化したマスメディアが、報道を通じ、国民主権の原則（憲法の統治の原理）を阻害しかねない事例が生じつつある。かかる原則に対する脅威の具体例としては、マスメディアが行うメディア・イベント（やらせ報道）や恣意的操作報道、偏向報道等が挙げられる。この点、英語には、メディア・イベント（media event）という言葉があり、マスコミによって仕組まれた事件や報道を意味する。これは日本語の日常用語における「やらせ」に相当する言葉と言える<sup>20</sup>。マスコミのやらせ報道、すなわち事実をある意図の下、恣意的に操作して報道すること（恣意的操作報道）は、まさに各国共通の問題なのである。

すなわち、巨大マスメディアは、世界的に張り巡らされた情報ネットワーク

を駆使し集めた膨大な情報を恣意的に操作し報道することによって、政権交代さえ容易に起こし得る力を持っている。例えば、アメリカの大統領選においては、1960（昭和 35）年のJ・F・ケネディの選挙戦以来、メディア戦略がその勝敗の帰趨を決することは周知の事実となっている<sup>21</sup>。この点、ケネディはマスメディアが作った大統領であるとしてメディア大統領とさえ揶揄されている<sup>22</sup>。このようにマスメディアは、行政府の長たる大統領の地位さえ左右しうる力を持つのである。近時では、湾岸戦争（1991〔平成 3〕年）の際に、盛んに国際放送された、イラクの非道行為を象徴する油まみれの水鳥の映像が、終戦後、戦争に対して国際世論の支持を得ようとしたアメリカ軍のやらせ報道であったことが明らかとなり、マスメディアがこれに意図的に加担したとして問題視されたことが記憶に新しいところである<sup>23</sup>。巨大マスメディアによる恣意的操作報道の危険性は、我が国においても、以前、衆議院議員選挙の際、AテレビのT報道局長が非自民政権の実現を目指して報道した旨を発言していたことが選挙後に大きな問題となった事例に顕著に現れている<sup>24</sup>。かかるマスメディア報道の在り方は、憲法の保障する国民主権の原則の十全な実現にとって大きな脅威となりかねない。第四権力と化した巨大マスメディアが、憲法の目指す国民主権の原則を破壊する危険性があるのである。この点についても、何らかの手立てが必要不可欠であろう。

この点も、確かに憲法規範の第一次的な名宛人は国家であるが、かかる巨大マスメディアの主権侵害を放置するならば、もはや憲法の大原則である国民主権の原則の実現はありえず、憲法がこのような行為を漫然と放置する趣旨とは解し難い。とするならば、「国民主権を侵害するなかれ」という憲法規範を巨大マスメディアに対しても向ける必要性があるのである。

## 二 国民主権とは

ここで、国民主権の具体的内容について検討しておきたい。というのも、憲法解釈上、この点については激しい争いがあり、以後の記述の正確性を期するためにも、明確にしておく必要があるからである。

国民主権（憲法前文、1 条）とは、具体的には、政治のあり方は最終的には一人ひとりの国民が主権者として決定するという原理のことであり、換言すれば、国民こそが国政における主役であるという原理のことである。この点、大日本帝国憲法（1889〔明治 22〕年発布）においては、神勅（神の意思）を根拠に天皇主権（同法 1 条）がとられ、天皇が統治権の総覧者（全ての国家権力の帰属者）（同法 4 条）として神聖不可侵（同法 3 条）とされ、我われは「臣民」（君主の被支配者）（同法 18 条以下）とされていたのと対照的である。国民主権の具体的意義を考えるにあたっては、フランス革命期（1789 年～）のフラン

スで提唱された二つの国民主権概念が注目に値する。すなわち、ナシオン（nation）主権とプープル（peuple）主権とがそれである<sup>25</sup>。前者のナシオン主権とは、国民主権の「国民」を抽象的・観念的統一体としての全国民と考え、それ自体として具体的な意思・活動能力を備えた存在とは見ない。よって、政治制度としては間接（代表）民主制が帰結され、国民主権は単に国家統治の正当性の根拠に過ぎないことになる。例としては、フランスの1791年憲法が挙げられる。これに対して、後者のプープル主権とは、国民主権の「国民」を人民（具体的には、有権者団）と考え、それ自体として活動能力を備えた具象的に把握できる存在と見る。よって、政治制度としては直接民主制が帰結され、国民主権は国民による直接統治をも是認することになる。例としては、フランス人権宣言（1789年）やフランスの1793年憲法が挙げられる<sup>26</sup>。

この点、日本国憲法における「国民主権」については、学説により多少の表現上の差異はあるものの、国家の権力行使を正当づける究極的な權威は国民に存するという意味（いわゆる正当性の契機。これはナシオン主権的発想）と国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使するという意味（いわゆる権力的契機。これはプープル主権的発想）との両要素が含まれていると理解するのが、憲法学における通説といえる。その上で、通説的見解は、日本国憲法においてはプープル主権的な直接民主制の規定として79条（最高裁判所裁判官の国民審査）・95条（地方自治特別法の住民投票）・96条（憲法改正の国民投票）の三条を定めるのみであり、国民の直接的な主権行使をこの三つの場面に限っている一方で、ナシオン主権的な間接民主制（議会制民主主義）を原則的政治制度として採用していることから（前文・43条）、憲法は正当性の契機、すなわちナシオン主権的発想を国民主権の基本に置いているものと考えている<sup>27</sup>。ただし、そのことにより国民主権の概念が形骸化するのを危惧し、権力行使者が国民の信託に反した場合には、国民は、その権力行使者を批判できるだけでなく、さらにこれに抵抗し倒すことができる権利、すなわち抵抗権<sup>28</sup>が、書かれざる憲法上の権利として保障されていると考えている<sup>29</sup>。

かかる国民主権概念を前提にするならば、間接民主制（議会制民主主義）において代表者たる議員を選出する選挙が極めて重要な意義を有することになる。そして、その選挙がマスメディアの情報操作によって支配され、歪められるならば、国民主権の実現は著しく困難になってしまうのである。また、選挙は、憲法学上、公務員を選出する公務であると同時に自らの意思を政治に反映させる人権（選挙権、憲法15条1項）とも考えられており<sup>30</sup>、選挙におけるマスメディアの情報操作は選挙権侵害として人権問題にもなりかねないのである。さらに、国民の政治的意思が直接的に政治に反映される数少ない機会である最高裁判所裁判官の国民審査（79条）や地方自治特別法の住民投票（95条）、憲

法改正の国民投票（96条）におけるマスメディアの情報操作にも、国民主権を侵害する危険性があり、注意が必要となる。例えば、特定の最高裁判所裁判官を罷免に持ち込むことを企図し、衆議院議員選挙の直前に虚偽の情報を流すとか、あるいは、世論を憲法9条改正賛成の方向へ誘導するために、故意に北朝鮮の脅威を誇張するなどが考えられる。しかし、国民主権にとって最も危険が高いのは言うまでもなく選挙の過程におけるマスメディアの情報操作である。よって、この点については、後に章を改めて詳述する<sup>31</sup>。

## 【注】

- 1 マスメディアの人権享有主体性については、のちに章を改めて詳述する。
- 2 春原昭彦・武市英雄編『ゼミナール日本のマス・メディア』（日本評論社、2006年）119頁。
- 3 清水英夫『言論法研究』（学陽書房、1979年）36頁、44頁。アメリカの第3代大統領でもあるトマス・ジェファークソンは、さらに新聞というマスメディアの持つ意義を評価し、「新聞のない政府と政府のない新聞を選ぶとすれば、私は躊躇なく後者を選ぶ」という有名な言葉を残している。
- 4 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』（嵯峨野書院、2001年）53頁。
- 5 春原・武市・前掲注(2) 119-120頁。
- 6 中世ヨーロッパでは、国王、ローマ法王を頂点とする教会、神聖ローマ帝国、封建諸侯、自治都市などに権力が分散しており、絶対王制は、そのような重疊的な権力構造を、国王への権力集中によって克服するものであった。しかし、それとても身分制社会編成原理を基礎にしていた点で、その権力集中度は、絶対的なものにはなりえなかったという指摘があることには、注意が必要であろう。樋口陽一『国法学人権原論〔補訂〕』（有斐閣、2007年）8-9頁。
- 7 大日本帝国憲法（明治憲法）の「天皇の神聖不可侵」性は、法的には、元来、天皇が政治責任・刑事責任を負わないという意味で、ヨーロッパの君主の地位になぞらえたものであった点は注意が必要である。美濃部達吉『憲法撮要（改訂第5版）』（有斐閣、1932年）255-256頁。しかし、やがてそれは戦前の国家神道と結びついた軍国主義的風潮によって曲解され、「現人神」信仰と結び付け

られることにより国民の国家統制に利用されていくことになった。

<sup>8</sup> 現代国家では、資本主義の発展とそれに伴う弊害を考慮し、個人の実質的平等を実現するため、国家が国民生活へ積極的に介入する現代立憲主義が主張されている。生存権を中心とする社会権の登場と発展がその特徴といえる。具体的には、ドイツのワイマール憲法（1919年）で世界最初の社会権が登場した。日本国憲法にも明文規定がある（憲法25条、26条、27条）。

<sup>9</sup> 芦部信義（高橋和之補訂）『憲法〔第四版〕』（岩波書店、2007年）80-81頁。

<sup>10</sup> 通常、マスメディアの権力性を批判的に言及するために使われる「第四の権力」という言葉の原語は、英語の“The Fourth Estate”であり、“第四番目の社会的財産”という意味である。これは、19世紀のイギリスで、社会の木鐸としての新聞の役割を高く評価し、僧侶出身の上院議員、貴族出身の上院議員、下院議員に次ぐものとして新聞（記者）を社会的に位置付けたものである。すなわち、元々はプラス評価の言葉だったのである。山口功二・渡辺武達・岡満男『メディア学の現在』（世界思想社、2001年）293頁。例えば、浜田純一は、政治的共同体のなかでマスメディアが果たす権力統制機能を象徴的に表しているのが「第四権力」という言葉であるとして、この言葉を肯定的に解している。浜田純一『情報法』（有斐閣、1993年）16頁。

<sup>11</sup> 府中三億円事件とは、東京都府中市で1968（昭和43）年に発生した巨額窃盗事件のことであり、事件直後から過剰報道が続き、自殺者が一人でたほか、多くの人びとが報道被害を受けた。浅野健一『新・犯罪報道の犯罪』（講談社、1989年）239-264頁。また、三浦某事件とは、1981（昭和56）年に三浦氏の当時の妻がロサンゼルスで何者かに銃撃されて殺害された事件に関して、マスメディアにより保険金殺人であり、三浦氏がその犯人であるとの過剰報道がなされた、いわゆる「ロス疑惑」事件を指す。この点、浅野健一は、2008（平成20）年に自殺した三浦氏は被害者であるとして、死ぬまで続いたメディアの過剰報道を“糞バエ”のようなメディア・フレンジング（狂乱取材）として激しく批判している。浅野健一「日米『国家』とメディアの共謀で殺された三浦某さんの遺志を受け継ごう」『マスコミ市民・第479号』（アストラ、2008年）42-49頁。

<sup>12</sup> これは、後に詳述するように、具体的には1994（平成6）年6月、長野県松本市で有毒ガスが発生、死者7名、傷害者208名を出した事件につき、マス・

メディアが第一通報者の会社員K氏をあたかも犯人であるかの様に報道して、同氏に多大な苦痛を与えてしまった事例を指す。後に、同事件は、いわゆるオウム真理教による犯行であることが明らかとなった。

- 13 宮沢俊義『憲法』(有斐閣、1974年)77頁。
- 14 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、1995年)392頁。
- 15 樋口陽一『憲法改訂版』(創文社、2004年)29-30頁。
- 16 さらに樋口陽一は、理論的にも歴史的にも、前国家的権利と言えるものがあつたとしたら、近代的人権ではなくて、中世の身分制的自由こそがそれであろうと述べている。樋口・前掲注(1)17頁。
- 17 樋口・前掲注(1)17頁。
- 18 奥平康弘『憲法』(有斐閣、1993年)20-38頁。
- 19 芦部・前掲注(4)10-11頁。
- 20 保岡裕之『メディアのからくり』(KKベストセラーズ、2002年)150頁。
- 21 佐藤毅『マスコミの受容理論』(法政大学出版局、1990年)204-208頁。
- 22 石澤靖治『大統領とメディア』(文藝春秋社、2001年)128頁
- 23 保岡・前掲注(15)151頁。
- 24 これは、具体的には1993(平成5)年、Aテレビ報道局長のT氏が民間放送連盟の私的会合で、衆議院議員選挙時の報道番組制作にあたり非自民政権の実現に向けて政治的に恣意的な配慮をしたという趣旨の発言をし、選挙後、国会でそのことが問題にされた事例を指す。後に詳述して検討を加える。
- 25 松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』(有斐閣、2007年)128-137頁。
- 26 かかる理解につき、政治的な意思決定能力者をさす「人民(プーブル)」は

必ずしも実定法上の有権者とは同視されないため、「人民（プーブル）主権」説を「有権者主体説」と表現することは適切ではなく、「人民（プーブル）」とは政治的意思決定能力を有する市民をさすとする批判もある。辻村みよ子「国民主権の意味」杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』（青林書院、2008年）652頁。また、この論争は、フランス特有の歴史的背景と抽象理論を好むフランス人特有の思考法を持っているので、日本に直輸入される必要はないという見解もある。阪本昌成『憲法理論』（成文堂、1993年）90頁。確かに、この議論はフランス製のものであり、国民主権の内容を検討する際に必ずしもナシオン主権・プーブル主権を持ち出す必要はない。しかし、総体としての国民の政治的能力における問題点を理論的に論証するには有益であり、捨て去る必要はないと考える。

27 代表的学説としては、宮沢俊義説、佐藤功説、小林直樹説等がある。宮沢俊義『国民主権と天皇制』（勁草書房、1957年）18頁。佐藤功『日本国憲法概説』（学陽書房、1994年）120頁。小林直樹『憲法講義（上）』（東京大学出版会、1980年）169頁。

28 国家権力担当者が、権力を不当に行使し憲法の基本原理（例えば、永久平和主義）を侵害する場合には、国民的抵抗権として、国民の側で契約違反（憲法前文の用語による信託違反）を主張することは、国民の権利であり、憲法の義務づけているところのものである。後藤光男『国際化時代の人権〔改訂版〕』（成文堂、1999年）57-61頁。

29 以上の国民主権についての記述を書くにあたっては、憲法学界の通説的見解たる佐藤幸治説、芦部信喜説、松井茂記説等を参照した。佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）92-101頁。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第四版〕』（有斐閣、2007年）40-43頁。松井・前掲注(1) 128-137頁。例えば、佐藤説については、その国民主権論は実定憲法規定の法理論的・法解釈論的意義を追求する可能性を開いたものであり、自律的人間の「生」を可能ならしめる物語の共有という観点から展開された、生きた「人間」にとっての典型的な国民主権論として、高く評価する見解がある。高田篤「佐藤幸治教授の『国民主権と政治制度』をめぐって」『法律時報 81 卷 11 号』（日本評論社、2009年）72頁。また、杉原泰雄説のように国民主権をプーブル主権中心に考える見解もある。杉原泰雄『憲法 統治の機構』（有斐閣、1989年）161-171頁。この点、杉原説は、統治機構全体を「権力の民主化」という観点から再構成する見解（いわば主権論中心主義）と評する。宍戸常寿「国民主権と代表制」『法学セミナ

ー659号』(日本評論社、2009年)54頁。しかし、本稿は国民主権の意義を説明することが本意ではないので、この問題にこれ以上は深入りせず、以下、かかる通説的見解を前提にして論を進めていくこととする。

<sup>30</sup> 選挙権に 有権者団という機関としての公務という側面と 公務に参加することを通じて国政に関する自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利という側面との二面性を認める見解を二元説といい、学会の通説である。佐藤幸・前掲注(4)108頁。

<sup>31</sup> マスメディアが発信する選挙情報は、内容の点で、つぎのように分類することが可能である。まず、選挙活動情報(いわば選挙という「戦い」についての情報)が挙げられ、それは政策情報(選挙に参加している政党や個人が掲げる政策についての情報)と参加者情報(選挙を戦う政党の党首や候補者についての情報)とに分けられる。さらに、前者は公約情報(将来実現すべき政策についての情報)と業績情報(過去の政策や政治活動の評価についての情報)に、また、後者は党首情報(主要政党の党首の発言や行動についての情報)と候補者情報(個々の選挙の立候補者についての情報)に分類される。つぎに、選挙結果情報(選挙の結果としての「勝敗」についての情報)が挙げられ、それは予測情報(選挙とその結果の予測についての情報)と開票情報(投票後に発信される選挙結果についての情報)とに分けられる。さらに、前者は選挙予測情報(選挙がどのような様相を呈するのかにについての情報)と政権予測情報(選挙後の政治情勢についての情報)に、また、後者は獲得議席情報(各党の獲得議席とその予測についての情報)と結果解説情報(選挙結果の理解と今後の政局の行方についての情報)に分類される。ただし、実際の選挙情報は、これらの情報のいくつかが融合したものとなっていることが多い。高瀬淳一『情報政治学講義』(新評論、2005年)89-90頁。

## 第二章 現代マスメディアの置かれている状況

### 第一節 インターネット社会の到来

現代社会においては、インターネットの World Wide Web（世界中に張りめぐらされた蜘蛛の巣）の進展により、情報の世界的な送受信が瞬時に可能となっている。例えば、インターネットを利用すれば、日本に住む一個人がアメリカのニューヨーク・タイムズに意見を投稿することや、ホワイトハウスでの出来事をリアルタイムで知ることなどは極めて容易である。このようなインターネット社会の進展により、世界各国の国境の壁はますます低くなり（ボーダレス社会化）、さらに、地球規模での世界の一体化（グローバル社会化）が一段と加速している。このような時代においては、マスメディアの存在形式や存在意義も大きく変容せざるをえない。

マスメディアは、欧米先進諸国のいずれの国にも存在し、社会的に大きな役割を果たしている。マスメディアは、現代社会においては必要不可欠の存在といっても過言ではない。それは日本においても例外ではなく、江戸時代の瓦版に見られるごとく、その歴史は極めて古い。この点、伝統的な議論は、マスメディアを新聞・雑誌等の印刷メディアとテレビ・ラジオ等の放送メディアとに大きく二分して考えてきた（印刷と放送の二元的構図）。すなわち、印刷メディアには、ミニコミ誌のように誰でも安価かつ容易に発行するという 安価性・容易性がある。これは、現在のマスコミの嚆矢たる江戸時代の瓦版（新聞の原型）以来の印刷メディア第一の特質といえる。また、情報が紙という物理的媒体上に永続性を持つ文字で論理的に表現されて伝達されることから、永続性・論理性がある。これに対して、放送メディアには、限りある公共の電波を利用することから、有限性という印刷メディアにない特質がある<sup>1</sup>。また、映像を通じて視覚や聴覚に直接、訴えかけるものだけに、印刷メディアとは比較にならないほど 強い衝撃性・社会的影響力がある。さらに、全世界に即時的伝達が可能であるという 同時速報性もある。学説は、それぞれのメディアが持つこのような特質に配慮しつつ、あるべきマスメディア規制を模索してきた。

そのような中で、ニューメディアとしてインターネット（パソコン）が登場し、印刷と放送の二元的構図を大きく変容させている。インターネットのメディアとしての特性としては、通常つぎの七点が挙げられることが多い。すなわち、片方向も双方向も自在にこなせる。パーソナルメディアとしても、マスメディアとしても使える。人と人、人と機械、機械と機械のいずれの通信も可能である。電話、テレビ、データなど、マルチメディアに対応できる。

お仕着せ情報だけでなく、情報の選択・加工・発信が自由である。記録・

複製する機能が付いている。 検索可能なデータ・ベースでもある<sup>2</sup>。かかるインターネットはメディアの首位の地位をテレビから奪いつつあり、現代のメディア状況はインターネット抜きには語りえなくなっている。さらに、インターネット環境が整備され、いつでもどこでもコンピューターを利用できる環境を実現したユビキタス社会の到来とともに、電子政府・電子自治体の時代も近いことが予想されている。このように、インターネットは国のかたちさえも変えつつあるのである。そのようなインターネット社会における国家では、情報がますます重要な社会的役割を演ずるようになり、情報が国の命運さえも左右することになる。そのため、情報の生産・流通活動を行う主体としてのマスメディアの役割やその在り方がいま改めて問われる必要があるのである。

## 第二節 マスメディアの多様化現象

現代は、インターネット社会の進展によって、既存のメディア秩序が揺らぎ始めた時代であり、マスメディアの大変革期である<sup>3</sup>。すなわち、具体的には、科学技術が日進月歩する現代社会においては、マスメディア概念は次第に拡大してゆく傾向にある。これは、いわばマスメディアの多様化現象と言える<sup>4</sup>。その一例として、ビデオ・テープやコンパクト・ディスク（CD）、マイクロ・ディスク（MD）、さらには、デジタル・バーサティル・ディスク（DVD）、ファックス、パソコンやテレビ電話、携帯電話等が挙げられる。また、近時、iPhone（アイフォン）と呼ばれる高性能の第3世代携帯電話や、iPad（アイパッド）という最新メディア等も登場している<sup>5</sup>。今後ともマスメディアはまだまだ変化し続けるであろうが、かかるニューメディアのなかで現在とりわけ重要となるのが、パソコンと携帯電話である。このようにインターネット社会の進展により、新しいマスメディアとしてパソコン・携帯電話等の通信メディアが出現したことによって、マスメディアは 印刷メディア、 放送メディア、 通信メディアの三つに大別されることになった。

この点、インターネット社会が進展すれば、新聞やテレビのような伝統的マスメディアの持つ意義は相対的に低下するとも考えられる。しかし、筆者は、いかにインターネット社会が進展し、マスメディアが多様化したとしても、ニューメディアと伝統的マスメディアとの質的差異は依然として解消されず、伝統的マスメディアの持つ意義はより高まりこそすれ、低下することはないと考える。すなわち、一個人がインターネットによってある情報を不特定多数人に発信したとしても、受信者は通常それを一方的に妄信することはない。一個人の提供する情報には、時に多くの虚偽や作為が介在することを私たちの多くは認識しているからである。これに対して、同じ情報を例えば一千万部以上の発

行部数を誇る大新聞が発信した場合には、私たちはそのマスメディアの権威に目を奪われ、その情報を一方的に妄信してしまうことも多く、そのことが報道被害や世論誘導等の社会的弊害を生み出してしまふ。この場合、そのマスメディアの権威は、当該マスメディアが巨大化し、権力化しているという社会的事実に由来する。伝統的マスメディアは、その主体が巨大化し、権力化しているがゆえに、社会的権威を有する点で、新興のニューメディアとは質的に大きな差異があるのである。そこに今なお伝統的マスメディアを独自に論ずる意義が存する<sup>6</sup>。

### 第三節 放送と通信の融合現象

もともと通信メディアは、通信の秘密・検閲の禁止（憲法 21 条 2 項）等が保障され、運ばれるコンテンツには立ち入らないことを原則とする産業である。これに対して、放送メディアは、コンテンツの提供そのものを事業ドメインにしており、しかも電波資源の希少性ゆえに内容の公平・公正までも要請される産業である（例えば、以前のアメリカにおけるフェアネス・ドクトリン）。このようにそもそも両者は対照的なメディア産業だったのである<sup>7</sup>。

しかし、現代のインターネット社会の下で、放送メディアと通信メディアとは、次第に近づき、一体化する傾向にある。これが、放送と通信の融合現象<sup>8</sup>であり、現代のマスメディアを語る上でのキーワードとなっている。そして、放送メディアと通信メディアには、印刷メディアとは違い、前述したような強い衝撃性・社会的影響力や同時速報性がある。放送と通信の融合現象の下、放送メディアと通信メディアとを統一的・一体的に捉え、両者の活動を適正かつ十全ならしめる理論の確立が現代的課題となっている<sup>9</sup>。

かかる放送と通信の融合は、具体的にはつぎの二つの現象からなっている。まず、通信の放送化である。本来、電話という基本的な通信手段は 1 対 1 の使用が原則であった。しかし、インターネットのホームページの出現により 1 対複数の通信が可能となり、しかもさらに映像の送信まで可能となった。かかる通信の放送化の典型である映像配信サービス主体の例としては、いわゆる GyaO（ギャオ）や第二日本テレビ等が挙げられる。このように通信で放送的なことが可能となったが、これらは放送法には一切、縛られず、野放図とも言える自由を謳歌している。つぎに、放送の通信化である。本来、電波という放送手段は、VHF が基本であり、不特定多数人に流れるのが特色であった。そのため、その影響力の絶大さからして、放送法で厳格に規制され、縛られていた。しかし、現在では、ケーブルテレビのように、電波ではなくインターネットのプロトコルというラインを通して流れる放送が出現している。これはいわば特

定少数人に対する放送と言え、放送で通信的なことが可能となっている。かかる放送と通信の融合という社会現象の下で、両者を上手くコントロールするために、法規制の抜本の見直しが要請されている。この点、通信の分野にも放送法的規制を導入するとともに（通信の規制強化）放送の分野も一定限度で自由化し（放送の自由化）両者の垣根を低くすることが模索されている<sup>10</sup>。

また、放送の分野では、「ソフト」（通信・放送等の情報サービス）としてのコンテンツと「ハード」（「ソフト」を提供するための設備）としての電波とが通常一体であった。例えば電波法で免許を附与されたテレビ局が自ら番組を制作していた。すなわち、「ハードとソフトの一致」（設備所有者がサービスも提供すること）が原則であった<sup>11</sup>。これに対して、通信の分野では、「ハード」としての通信網はNTTの通信回線を借用し、「ソフト」としてのコンテンツの制作のみにかかわるのが通常であり、ハードとソフトとは分離している。例えば、ギャオはコンテンツを作るのが専門である。すなわち、「ハードとソフトの分離」（設備所有者とサービス提供者が一致しないこと）が原則なのである。しかし、放送のデジタル化は多チャンネル化をもたらし、その結果、放送の分野でも、通信の分野と同様、「ハードとソフトの分離」が進展している。これも放送と通信の融合という社会現象の一例と言えよう<sup>12</sup>。

そもそも放送と通信の融合の実体は、放送の分野で蓄積された膨大なコンテンツを通信の分野で使用させてほしいということにある。すなわち、1953（昭和28）年、公共放送としてのNHKや初の民間放送としての日本テレビがテレビ放送を開始して以来、放送局には膨大な番組が蓄積され、知的財産として残っている。通信事業者はそれを配信することによって、莫大な数に上るテレビ視聴者をインターネットの世界に連れてくることを狙っている。そしてさらに、彼らに自社のショッピングモールを利用してもらい、巨万の利益を得ることを目論んでいる。このように、通信の側は、放送と通信とが融合することで、多くのメリットを享受しうる。これに対して、放送の側には、それほどのメリットがあるとは考えられない。それゆえ、これまでの放送と通信の融合への具体的試みは、積極的な通信の側に対して、放送の側が難色を示したことで、頓挫してきたのである（例えば、近時のライブドアによるフジサンケイグループに対する統合提案や楽天によるTBSに対する統合提案など）<sup>13</sup>。また、テレビ番組には著作権があることから、その問題の解決なしには、通信の側がテレビ番組を自由に配信することはできない。放送と通信の融合が現象面だけではなく、両者の経営統合という形で組織面でも現実化するためには、まだまだ多くの課題が残されているといえよう。

この点、通信と放送の融合という社会現象の最も身近な具体例としては、一つの光ファイバー回線でインターネット、電話、テレビを同時に行なう、いわ

ゆるトリプルプレイが挙げられる。今後、光ファイバー回線は、各家庭に急激に普及してゆくであろう。例えば、NTT東日本の光ブロードバンドサービスは、平成 18 年度 1 年間で 150 万契約も増加し、同年度末で累計契約者数が 340 万契約を突破したという。これは、同社のADSL回線契約者数よりも多い。統計の上からも、放送と通信の融合の急速な進展が読み取れよう。また、放送と通信の融合の究極的な例としては、近時、アメリカで人気が集中しているティーボ（TiVo）というサービスが挙げられる。この制度では、まず加入者はハードディスクレコーダーを購入し、月々一定の会費を支払う。すると、電子番組表が配信されるが、その内容はアナログ地上波や衛星放送、ケーブルテレビなどさまざまな媒体で放送されている番組で構成されている。そして、加入者は、電子番組表に掲載されている番組をクリックすれば、自動的に番組がハードディスクレコーダーに保存され、いつでも好きな時間に視聴することができるという。これは完全なる放送と通信の融合といえ、全米で急速に普及している。現在の会員は 300 万人以上にのぼると報告されている。ティーボの日本への上陸も近いと予想されている<sup>14</sup>。

#### 第四節 日本における法規制の歴史的沿革および現状

まず、歴史的沿革から概観していくが、戦前・戦中には、明治憲法の下、新聞紙法、国家総動員法、言論集会出版結社臨時取締法、戦時刑事特別法、治安維持法、治安警察法、讒謗律など、さまざまな言論統制法規が存在していた。そして、終戦直後には、ポツダム宣言に基づき、かかる言論統制法規はすべて撤廃されたが、GHQ（連合軍総司令部）により、言論及び新聞の自由に関する覚書、日本新聞規制に関する覚書（プレスコード）などが出され、事実上のマスコミ規制が行われた。さらに戦後、GHQによる占領が解除されると、倫理規制あるいは自主規制と呼ばれる事実上のマスメディア規制が行われるようになった。この点、1946（昭和 21）年 7 月に出された新聞倫理綱領がその嚆矢であり、これ以降、出版・販売・映画・放送・広告の各部門にわたって、各種の自主規制に関する組織ないし規約が順次、作られることとなった。

つぎに、現状の法規制であるが、放送メディアについては、電波の希少性から、電波法において、免許制とされ（電波法 4 条以下）また、強い衝撃性・社会的影響力から、放送法において、公正原則（公平原則）が採用されている。すなわち、放送法 3 条の 2 第 1 項は、番組編集にあたって遵守すべき事項として、公安および善良な風俗を害しないこと（1 号）政治的に公平であること（2 号）報道は事実をまげないですること（3 号）意見が対立している問題についてはできるだけ多くの角度から論点を明らかにすること（4 号）を掲げてい















































いる。そして、1969年には、報道評議会のメンバーに一般市民を追加するとともに、報道倫理綱領の基準が守られるように監督する機関として読者・市民の代理人によって構成されるプレスオンブズマン制度を設けた。プレスオンブズマンは、新聞等の報道によって人権侵害を受けた市民からの苦情申立に対して、報道倫理綱領から逸脱しているかどうかを調査し、申立に理由があると判断した場合には、新聞社等と協議して、訂正等をさせる。また、1993年にも報道評議会制度についての改革が行われ、法廷裁判官として勤務経験のあるものが議長になるものとされ、市民の評議員も増員された。その際、報道評議会には報道倫理綱領の解释权が附与され、さらに全ての定期刊行物に関する問題を審理する権限が認められた<sup>44</sup>。このようにスウェーデンでは、報道倫理綱領・報道評議会・プレスオンブズマンという三つの制度が不可分一体となって、マスメディアの人権侵害に対処するというシステムを採用しているのである。

これに対して、同じヨーロッパの国であるフランスでは、実名報道主義の立場が取られているが、プライバシーや推定無罪の原則を法制化し、実名報道の弊害を抑止しようとしている。例えば、1993年の刑事手続改正により、民法典に無罪推定の尊重を求める権利が明記され、判決以前に犯人と同視する報道を受けた場合には、裁判所に報道の差止や訂正を求めることができるようになった<sup>45</sup>。

#### 四、諸外国の例から学ぶ

アメリカやイギリスでは、マスメディアの表現の自由と個人のそれとは基本的に同質的なものと考えられており、原則的に同一の規範的原理で取り扱われている。それは、そもそも自由というものが政府による干渉がない状態を指し、それゆえ自由とは政府による干渉の排除を求める権利として基本的に理解されているからであろう<sup>46</sup>。自由の持つこのような側面を強調する以上、マスメディアと個人とを原則的に区別する必要はないことになる。日本の伝統的な考え方もこのような立場にたつものと言える。

これに対して、フランスやドイツでは、自由の本質として、国家からの自由だけでなく国家による自由も承認されている。すなわち、国会が制定する法律によって初めて保障される人権も認める。特にフランスには、法律というものに対する強い信頼という法文化が伝統的に存在している。とするならば、法律の定め方次第でマスメディアの表現の自由と個人のそれとは異なりうることになる。例えば、ドイツには、放送メディアについての包括法たる放送法のみならず、印刷メディアについての包括法たるプレス法が存在しており、これがプレスの本質を保障し、公的責任を明文化し、プレスに特権を付与するとともに、





- 3 当該法律は、「無線法」と邦訳されることも多いが、英語の原語名は、“Radio Act of 1927”であることから、本論文では原語に忠実に「ラジオ法」と呼ぶことにする。堀部政男『アクセス権』(東京大学出版会、1978年)144-145頁。
- 4 堀部政男『アクセス権とは何か』(岩波書店、1978年)144-145頁。
- 5 Jerome.A.Barron , *Freedom of the Press for Whom ?* , Indiana University Press , 1973 , P146-149 .
- 6 津田正夫「市民アクセスの地平(上) 失われた表現とコミュニケーションの回復を求めて」『立命館産業社会論集・第40巻第3号』(立命館大学、2004年)8-9頁。
- 7 堀部・前掲注(4)152頁。松井茂記「『公正原則』と放送の自由」榎原猛先生古希記念論集『現代国家の制度と人権』(法律文化社、1997年)351-402頁。田島泰彦「放送の自由と公平原則」比較憲法史研究会編『憲法の歴史と比較』(日本評論社、1998年)203-215頁。
- 8 Lipschultz・前掲注(2)62-64 .
- 9 Barron・前掲注(5)P2-4 .
- 10 小寺裕恵・中島ゆかり・津田正夫訳、ラルフ・エンゲルマン「パブリック・アクセス ジョージ・ストーニーの見解」『アメリカの公共放送 政治史』・第11章『立命館産業社会論集・第45巻第3号』(立命館大学、2009年)109-131頁。
- 11 Lipschultz・前掲注(2)P67-70 .
- 12 Cass R Sunstein , *Republic.com* , Princeton University Press , 2001 , P73-75 .
- 13 Barron・前掲注(5)P2 .
- 14 石村善治「サンケイ新聞意見広告訴訟第一審判決」『昭和52年度重要判例





- 38 大石・前掲注(35)189 頁。
- 39 石村善治「サンケイ新聞意見広告訴訟第一審判決」『昭和 52 年度重要判例解説』(有斐閣、1978 年) 20 頁。
- 40 大石・前掲注(35)190 頁。
- 41 芦部・前掲注(17) 276 頁。
- 42 堀部政男「意見広告と反論権(サンケイ新聞事件)」『憲法の基本判例〔第二版〕』(有斐閣、1996 年) 102 頁。鈴木秀美「ドイツのメディア法」石村善治・堀部政男『情報法入門』(法律文化社、1999 年) 235-238 頁。鈴木秀美「ドイツ判例研究 プレスの自由と反論文・訂正文掲載請求権」『自治研究 76 巻 12 号』(第一法規、2000 年) 136-143 頁。鈴木秀美「ドイツ」榎原猛編『世界のマス・メディア法』(嵯峨野書院、1996 年) 164 頁。浜田純一「プレスの自由の『制度的理解』について」『東京大学新聞研究所紀要 27 号』(東京大学新聞研究所、1979 年) 31-44 頁。
- 43 浅野健一『犯罪報道の犯罪』(学陽書房、1984 年) 198-213 頁。同『新版犯罪報道の犯罪』(新風舎、2004 年) 509-554 頁。同『「犯罪報道」の再犯』(第三書館、1997 年) 369-376 頁。同『犯罪報道とメディアの良心』(第三書館、1997 年) 165-206 頁。
- 44 柳澤伸司「スウェーデン」榎原猛編『世界のマス・メディア法』(嵯峨野書院、1996 年) 217-222 頁。
- 45 権田・前掲注(24) 78-82 頁。
- 46 鈴木秀美「インターネットと人権」『ジュリスト・1244 号』(有斐閣、2003 年) 107 頁。
- 47 鈴木・前掲注(46) 107 頁。
- 48 清水英夫『言論の自由はガラスの城か』(三省堂、1999 年) 72-79 頁。
- 49 清水直樹「情報通信法構想と放送規制をめぐる論議」『レファレンス・平成

20年11月号』(国立国会図書館及び立法考査局、2008年)71頁。

50 中村民雄「EU 憲法 の意味と可能性」『岩波講座憲法 5・グローバル化と憲法』(岩波書店、2007年)125頁。

51 林紘一郎「包括メディア産業法の構想」『メディア・コミュニケーション研究所紀要No.50』(慶応義塾大学、2000年)139頁。

52 西原博史「欧州憲法条約における基本権保障のあり方 制度間競合の中における価値としての基本権」福田耕治編『欧州憲法条約とEU統合の行方』(早稲田大学出版部、2006年)108頁。





この仮説は、マスメディアから発せられた影響力は、最初にオピニオン・リーダーに達し、その次はオピニオン・リーダーが日常生活で影響を与えることができる交際相手に伝わっていくというものである<sup>6</sup>。すなわち、個人に対するマスメディアの影響力はそれほど直接的なものではなく、オピニオン・リーダー層へ伝達された情報が、彼らの意見のフィルターを通過して個人的影響（パーソナル・インフルエンス）として諸個人へと到達するのであり、よって、マスコミの影響力は非常に限定されていると考える見解である<sup>7</sup>。この考えは、上述の皮下注射針モデル・魔法の弾丸理論がマスコミの効果の強大性を主張するのに対し、その効果を限定することから限定効果論とも呼ばれている<sup>8</sup>。例えば、「首相には愛人がいる」というテレビのニュースを、マスメディアの政治報道にいつも強い関心を持っているAが聴き、それを道でたまたま会ったBに伝える場合がこれにあたる。

この理論は、マスメディアの社会的影響力を非常に限定されたものとするのであるから、マスメディアの表現の自由の包括的規制は帰結されえない。マスメディアの情報は、オピニオン・リーダーの意見のフィルターを通過して、個人的影響として諸個人へと到達するというのだから、規制されるべきはマスメディアではなく、むしろオピニオン・リーダーということになる。確かに、例えば松本サリン事件のように、オピニオン・リーダーの言説によって、マスメディアの不正や欺瞞が暴かれることも多い。また、社会の衆目の一致するオピニオン・リーダーが存在することも事実である。よって、この理論も真理の一面についてはいる。しかし、果たして本当にマスメディアの情報が、常にオピニオン・リーダーの意見のフィルターを通過して諸個人へと到達するといえるであろうか。新聞やラジオがメディアの中心であった時代ならばまだしも、現代のインターネット社会では、マスメディアから直接的に個人に伝えられる情報の方がむしろ大半であろう。また、オピニオン・リーダーが巨大マスメディア以上の社会的影響力を持っているとは到底、考えられない。この理論は、余りに一面的な見方であると評しえよう。

### 三 議題設定仮説

この仮説は、マスメディアは日々の出来事を選択・制作活動を通じて、いま何が重要なトピックであるのかを提示し、我われの認知に大きな影響力を与えているのであり、人びとの考えや議論の柱となる議題の設定に大きな役割を演じているというものである<sup>9</sup>。換言すれば、議題設定仮説は、意見や態度変容よりも浅いレベルの効果、すなわち注意の喚起、認知の形成、そして議題や争点の設定において、マスメディアが力を発揮するという見解である<sup>10</sup>。これは、上述の皮下注射針モデル・魔法の弾丸理論のようにマスメディアの効果の強大

性を主張するのではなく、また、コミュニケーションの 2 段階の流れ仮説・限定効果論のようにその効果を全般的に限定するのでもなく、議題設定という限定された局面におけるマスメディアの影響力を強調する点に、その理論的特徴があるといえよう。

この点、マスメディアが、人びとの注意を喚起し、認知を形成させ、そして、国家的な議題や争点の設定に大きく寄与していることは事実であろう。例えば、近時の耐震偽装や食品偽装など、国家を揺るがせた大きな社会問題のほとんどはマスメディア報道をきっかけとしている。かかるマスメディアの国民に対する争点提起機能は最大限に尊重されなければならない。しかし、この見解は、マスメディアは人びとの意見や態度を変えるまでの力は持ちえないとする。すなわち、マスメディアは国家意思形成の端緒とはなるが、マスメディア自体が国家意思を形成することはないという。市民の表現の自由は、十分にマスメディアの表現の自由に対抗しうると考えるのであろう。とするならば、マスメディアの表現の自由を市民のそれと区別して特に規制する必要はないことになる。むしろ、マスメディアの表現の自由を最大限に保障し、多くの争点を提起せしめることが、市民の表現の自由享受に資することになろう。確かに、マスメディアの国民に対する争点提起機能は重要であろう。しかし、この見解は、マスメディアの影響力が議題設定という限定された局面に止まることを強調するが、果たしてそうであろうか。筆者は、マスメディアの影響力は時には個人の意見や態度を変容してしまうほど絶大なものであると考える。

#### 四 沈黙の螺旋理論

この理論は、マスメディアがその受け手に及ぼす影響について、マスメディアは受け手の持つ意見を変えることはできないにしても、反対意見を封じ込めることは可能であり、すなわち変更しないまでも受け手を沈黙させる有効な手段になるとするものである<sup>11</sup>。この見解は、マスメディアが受け手の意見・態度レベルにまで大きな効果を発揮することを認める点で、上述の皮下注射針モデル・魔法の弾丸理論に通じる面があることに注意が必要である。すなわち、個人は、マスメディアや周囲の人間の声を通じて意見の分布や世論の動きに気づく能力を持っており、また、自分の意見が孤立化することへの恐怖感を持っている<sup>12</sup>。よって、多数意見と少数意見の対比において、前者は実際以上に大きく見え、ますます優勢な意見のように思われてくるが、これに対し、後者はますます孤立化の度合いを深めていく。こうした過程は螺旋的に進行する。その結果、少数意見を持つ者は、少数意見を主張することで、社会的に孤立することを恐れ、少なくとも公の場では自分の意見を表明することを差し控え、沈黙を守るようになる<sup>13</sup>。沈黙の螺旋という理論の名称は、かかる過程を有機的

















そして、マクルーハン理論の意義としては、メディアが物理的な人間の身体および精神の能力の拡張であるという独創的な視点から、メディアの功罪を論じたこと、また、メディアそれ自体が伝達内容とは無関係のメッセージとして社会環境を形成し、人間社会の深部で深い影響を与えるという主張を世界で最初に行い、伝達内容を捨象して、コミュニケーションを媒介するメディアそのものの本質を分析するという方法論を提示したこと、および、新しい電子メディアがもたらす相互依存関係が、地球全体を一つの村に再創造させると考え、それをグローバル・ヴィレッジ（地球村）と名付け、インターネット社会の到来を予言したこと、これらの三点にあると考える<sup>40</sup>。

旧来の憲法上の議論では、表現の自由の優越的地位論に基づき、マスメディアの表現の自由を政策的に規制することは禁忌視されてきた。確かに、憲法学の通説の説くように、表現の自由には、個人の自己実現の価値、国民の自己統治の価値、思想の自由市場の実現等、さまざまな意義があり、表現の自由を制限することは必要最小限度でなければならないことはもちろんである。しかし、だからと言って、表現の自由に対して、消極的・警察的規制以外の、積極的・政策的規制を一切、認めえないということにはならないであろう。前述の皮下注射針モデル・魔法の弾丸理論や培養理論、そしてマクルーハン理論からするならば、むしろマスメディアの表現の自由を積極的・政策的に規制することが要請されると解される。

この点、具体的には、メディア規制を考えるにあたり、マクルーハン理論の意義はメディアの有意性を再検討する際の有力な視点としたい。すなわち、メディアが物理的な人間の身体および精神の能力の拡張であるならば、巨大化し権力化したマスメディアは、まさに巨大な目・口・耳を備えた超人である。世界中に情報網を張り巡らし、膨大な情報を瞬時に入手しうるとともに、衝撃的とも言えるインパクトで情報を発信できる。それに対して、我われ個人は、いわば子ども同然であろう。確かに、インターネットの普及によって個人の情報収集能力・情報発信力は以前より格段に高まったが、マスメディアのそれとは質・量ともに著しく劣る。そのようなマスメディアに個人と同様の自由を認めることが妥当であるかは疑問である。マスメディアが個人の味方であるうちはいいが何らその保証はない。マスメディアが何時の間にか権力の側に立っているという危険性も十分に存する。また、マスメディアが個人と敵対する可能性も否定しえない。マスメディアの持つ自由を基本的に個人の持つ自由と同質的なものと見る旧来の理論の前提については問題性を痛感せざるをえない。両者が異質であることを前提にする方が、むしろ実態に適するであろう。やはり、マスメディアの表現の自由に対しては、個人の持つ表現の自由の保障を目的とした一定限度の政策的な法的規制は必要であろう。



































退してしまうので、マスメディアとしては何としても避けなければならない。よって、マスメディアは、集中砲火の仕掛人を優遇する。とりわけ政府は、批判の集中砲火の主要なプロデューサーであり、そのため、通常、マスメディアは政府の機嫌を損ねるような報道を慎むことになる。反共産主義は絶対善である。反共姿勢が足りないとして、国家背信の汚名を着るくらいなら口を閉ざした方がいい<sup>26</sup>。以上の五つのフィルターによって、実際に報道されるニュースの範囲は狭められる。その結果、マスメディアは、金と権力（具体的には、政府や支配的私企業）が報道するに適すると判断したニュースを選別して反対意見は無視し、一般大衆には政府や支配的私企業のメッセージを伝えて、彼らの利益を擁護する<sup>27</sup>。

そして、チョムスキーは、アメリカにおいてかかるプロパガンダ・モデルが通用している理由として、つぎの諸点を挙げている。すなわち、我われには、自分自身のみならず自国の公的機関や指導者のことをよく思いたいという強い望み、いわば原初的な愛国心がある。すなわち、我われは個人的生活においては自分自身を基本的に善良で礼儀正しいと見ている。それと同様、自国の公的機関も善良で礼儀正しいに違いないと見てしまう<sup>28</sup>。アメリカの公的機関を批判的に分析しようとしたならば、自然科学の世界で要求されているような厳密な論証が要求される。すなわち、信用できる証拠を用意し、厳密な議論を構築するとともに、多くの文書を提出するために、必死にならないといけない。しかし、前述のプロパガンダ・モデルに唯々諾々と従っている限り、そのような苦労は不要となる。そのような苦労を好き好んでしたがわる者は少ないのである。ジャーナリストやコメンテーターは、余計な詮索をしない限りは、基本的な情報源（すなわち、政府や支配的私企業など）からもたらされる情報（公式発表の場合もあれば、リークの場合もある）を報道することによって、どうにかやっていくことが出来るし、名声を獲得することも夢ではない。しかし、それはプロパガンダ・モデルに従っていればこそその話なのである。メディアの技術的構造も、ジャーナリストたちにプロパガンダ・モデルに従うことを余儀なくさせている。すなわち、厳しい時間的制約（放送メディア、例えばテレビの場合）や、あるいは字数的制約（印刷メディア、例えば新聞の場合）の下では、事実を積み重ねた議論を展開して旧弊に挑戦することは、馬鹿げたことでさえあるのだ<sup>29</sup>。

マスメディアは、日本のNHK（日本放送協会）やイギリスのBBC（英国放送協会）等の公共放送、アメリカのボイス・オブ・アメリカ（VOA）やロシアの「ロシアの声」等の国営放送、あるいは中国の中国新聞等の国営新聞など、一部の例外を除き、その大半は広告収入によって運営される私企業の形態をとっている。よって、テレビにはコマーシャルが流れ、新聞には営利広告が掲載さ







段も国民に対して積極的に詐術や強迫を弄しているのではなく、単に報道すべき事実や論評を報道しないという沈黙をしているだけなのである。そこに現代におけるマスメディアの戦争加担の特徴がある。

チョムスキーによれば、例えば湾岸戦争時アメリカがイラクを攻撃する前に、アメリカのマスメディアは、イスラエルが武力によって南レバノンを占領していても、あるいは、南アフリカ共和国が周辺諸国の約150万人を殺害したとしても、アメリカは武力攻撃をしなかったのだから、たとえイラクがクウェートに侵攻したとしても直ちにアメリカが武力攻撃をする理由とはならないこと、また、イラクは国連安全保障理事会がアラブ・イスラエル紛争と大量破壊兵器問題を熟慮・検討することと引き換えに、全面的にクウェートから撤退することを申し出ていることを大々的に報道すべきであったのである。しかし、アメリカのマスメディアの大半はそれをせず、沈黙によって国家の戦争遂行に加担したのである。マスメディアが報道しないことは、国民の間では原則的に存在しないことと扱われてしまう。この点は、たとえいくらインターネットが発達しても基本的には変わらないであろう。前述したように、インターネットを通じ個人が入手しうるのは、無署名・匿名の単なる個人的な意見や感想、つぶやき等の信憑性も疑わしい無数の情報群だからである。そのような無数の情報群の中から、信頼性があり価値のある戦争情報をしかも短時間に選別し理解することは、個人ではほぼ不可能であろう。そして、最大の問題点は、前述のごとく、基本的に私企業であるマスメディアは編集権を有し何を報道するか否かを選別する権利を持つことから、沈黙をもって戦争に加担することは何ら違法ではないことである。さらに、営利性の追求のため市場原理を無視できないマスメディアは、戦争を遂行せんとする政府や支配的私企業（例、軍需産業）等の権力側に自らの意思で加担してしまう傾向があることである。チョムスキーは、アメリカにおいてはその構造が既に一つの暗黙のシステムになっているとして、後述するように抜本的なメディア改革を主張しているのである。

この点は、日本においても、2004（平成16）年1月から2006（平成18）年7月までの約2年半、イラク復興支援として日本の陸上自衛隊がイラクのサマワに駐留し活動したが、現地で隊員たちが実際にどのような地域でどのような装備の下、どのような活動を行っていたのかについては、当時、国内のマスメディアではほとんど報道されることはなかったし、現在でも隊員の生の声が報道されることは皆無である。その活動如何では、憲法9条違反が生じうる重大問題であり、また、2008（平成20）年4月17日の名古屋高等裁判所の判決において、傍論としてはあるが、イラクに派遣された航空自衛隊が多国籍軍兵士をバグダッドに輸送していたことにつき、憲法9条に違反する活動を含んでいると指摘されたことに鑑みても、その詳細な検証が不可欠と解されるが、そ

れがなされる気配は全くない。その検証が出来るのは、膨大な情報と世界的な組織力を持つ巨大マスメディア以外にはありえないのである。この点は、まさにチョムスキーの言う沈黙による戦争加担の可能性を否定しえないであろう。

### 第三節 我われの採るべき道

チョムスキーは、どのようにテロに対処すべきかについて、つぎのように主張している。すなわち、我われに対して向けられた他者のテロについて、脅威をエスカレートさせるのではなく減少させたいと思うならば、過激な暴力で反応して暴力の連鎖を生み、復讐の叫び声を招くような更なる虐殺行為を起こす道は採られるべきではない。むしろ犯罪者を逮捕するのが先決であり、また、犯罪者がなぜテロという手段に訴えたのかを考え、その背後に横たわる原因を究明し、それに対処するための努力がなされるべきである。路上強盗であれ、テロのごとき大規模な虐殺行為であれ、ほとんど全ての犯罪にはいくつかの原因があり、我われは通常その中に対処すべき重要な原因があるのを発見するのである。その際、犯罪の証拠が要求されるべきであり、少なくとも最低限、国際法が遵守されるべきである。また、安全保障理事会の支援の下、国連憲章の枠組みの中で行動しなければならない。更なる虐殺行為の可能性を減らしたいならば、この道がとられなければならない。

例えば、2001（平成 13）年 9 月 11 日のアメリカ同時多発テロ事件の直後、『ニューヨーク・タイムズ』紙は、「戦争開始を促すドラムの響きは、ニューヨークの通りではほとんど聞くことは出来ない。平和を希求する声が報復の要求より数の上ではずっと多い。それは、虐殺行為の犠牲者を弔う、喪失と悲しみの屋外記念碑の現場でも同様である」と報じていた。国民の大多数は、もし加害者を発見しうるならば逮捕し処罰したいと望んでいたのである。盲目的に他国を襲撃し、多数の無実の人びとを殺害することには反対であった。アフガニスタン攻撃すれば、すでに数百万人が餓死寸前の国で、さらに膨大な数の無辜の死者が発生する。アフガニスタン人の多くもタリバン勢力の被害者であることを決して忘れてはならない。しかし、このような論調のマスメディアは、『ニューヨーク・タイムズ』紙が一部で報じた以外にはほとんどなかった。暴力による反応を一致結束して求めるドラムの響きばかりであった。その結果、アメリカ・イギリスを中心としてアフガニスタン攻撃が開始され、実際に多くのアフガニスタン人が犠牲となったのは周知の事実なのである。

そして、チョムスキーは、メディアの今後についても悲観的な立場にたっている。すなわち、アメリカは冷戦の終結により、“ソ連の脅威”を海外侵略や軍備増強の口実として利用することが出来なくなったが、その代わりとして登場

したのが、“第三世界への核拡散防止”や“麻薬との戦争”である。例えば、麻薬は海外侵略の口実として使えるだけではなく、アメリカ国内の第三世界の抑圧の口実としても使える。そして、マスメディアがその論理の飛躍を追及することは、これまでなかったし、また、今後ともその見込みはないであろう<sup>36</sup>。

しかし、だからといって決して今のままでよいはずはなく、チョムスキーはつぎのような提言も忘れてはいない。とりわけ公共のラジオやテレビは、レーガン政権下において重大なダメージを受けたにもかかわらず、前衛的なメディアの代表であり、プロパガンダ・モデルに対抗するためには、その蘇生と改善が大きな課題となる。公共の電波が着々と商業化されていくことに対しては、強硬に反対するべきである。長期的視点に立てば、民主的政治秩序を確立するためには、メディアのコントロールとメディアへのアクセスがより大幅に拡大することが必要である。それらを実現する方法を真剣に議論し、抜本的なメディア改革を政治日程に組み入れることには、政治改革の課題における高い優先順位が与えられるべきである<sup>37</sup>。また、自由で独立したメディアを期待するならば、我われ自身が行動しなければならない。すなわち、地域や職場でグループを組織して自己啓発し、さらにそれらをネットワーク化して積極的に活動するべきである。そのことが我われの社会生活を民主化し、何らかの意義のある社会変革をもたらすための基本的要素であることは、今も昔も変わりがないとチョムスキーは主張している<sup>38</sup>。

日本が万一、テロ攻撃を受けた場合に採るべき道は、アメリカ政府が採用した暴力の連鎖を生み、更なる虐殺行為を起こす道ではなく、チョムスキーの主張するテロの原因を究明しそれに対処するための努力を継続する道である。具体的には、犯罪者の逮捕と犯罪の証拠保全が最優先されるべきであり、その際には、少なくとも最低限、国際法が遵守されるべきである。また、安全保障理事会や国連憲章の枠組みの中で行動しなければならない。国家間に対立が生じた場合、戦争をなくすためには、対立する国家の市民どうしが戦争反対のもと、草の根で連携し団結することである。その運動を主導することができるのは、さらには主導しなければならないのは、両国のマスメディアであろう。かかる立場からすれば、アメリカ同時多発テロ事件の際には、アメリカのマスメディアは、沈黙により戦争に加担するのではなく、アメリカ人とタリバンとアフガニスタン人との橋渡しをして、一致団結して戦争に反対し、このような戦争以外の解決策を模索すべきであったのである。とりわけ日本には憲法 9 条（永久平和主義）があるのだから、かかる場合には、マスメディアには戦争や武力行使に反対する道義的倫理的義務がある<sup>39</sup>。

マス・メディアの沈黙による戦争加担に対しては、それを防止する何らかの手立てが必要であろう<sup>40</sup>。チョムスキーの主張するように、営利性や市場主義・

商業主義に支配されない公共のラジオやテレビ（公共放送）は、前衛的なメディアの代表として真に国民の利益に適った報道ができる可能性がある。そのためには、その財政基盤が確保されなければならない、運営が民主化されなければならない。公共放送の運営に多額の税金が投入されるならば、どうしてもその運営が国家の意思に左右されてしまいかねないので、基本的には市民からの受信料で運営されることが望ましいが、いかに受信料徴収を円滑・確実にして予算を確保するかが大きな課題となろう。また、運営の民主化を実現するためには、運営のプロセスを透明化するとともに、運営に市民の関与を積極的に認めることが必要となろう。その場合、公共放送の会長を公募・公選することも考えられよう。この点、日本の公共放送であるNHK（日本放送協会）の在り方を市民の立場からもう一度、問い直す必要がある。チョムスキーの主張するように、市民によるメディアのコントロールと市民のメディアへのアクセスをより大幅に拡大しなければならない、それらを実現する方法を真剣に議論し、抜本的なメディア改革を政治日程に組み入れるべきである<sup>41</sup>。抜本的なメディア改革の原動力となるのは、我われ一人一人の積極的な行動であることは言うまでもなかろう。

#### 【注】

- 1 伊藤陽一「ニュース報道の国際流通に関する理論と実証」『メディア・コミュニケーション研究所紀要・No.50』（慶應義塾大学、2000年）48頁。
- 2 田中晶子「戦後西ドイツにおける『アメリカ化』 アメリカ化の概念史的検討」『市民のための歴史ジャーナル5』（大阪大学、2008年）64頁。
- 3 Herbert I. Schiller , *The Mind Managers* , Beacon Press, Boston , 1973 , P19-20 .
- 4 ジャーナリズム研究会（代表 鈴木雄雅）「国際コミュニケーション論の再考と展望」『コミュニケーション研究・第30号』（上智大学、2000年）49-50頁。
- 5 John Tomlinson , *Cultural Imperialism : A Critical Introduction* , Pinter Publishers, London , 1991 . 邦訳・片岡信『文化帝国主義』（青土社、1997年）52頁。

- 6 片岡・前掲注(5) 55 頁。
- 7 Walter Lippmann , *Public Opinion* , Dover Publications,USA , 2004 . 邦訳・掛川トミ子 『世論』(岩波書店、1987 年) 108 頁。
- 8 金子勝、アンドリュー・デウィット 『メディア危機』(NHK出版、2005) 208-211 頁。
- 9 掛川・前掲注(7) 47 頁。
- 10 Noam Chomsky , *Letters From Lexinton* , Sheridan Square Press,Inc.,and the Institute for Media Analysis,Inc. ,New York ,2004 ,P79-81 .
- 11 “民主主義についての辞書的見解”、“民主主義についての逆説的見解”というネーミング自体は筆者の創作である。
- 12 Noam Chomsky ,*Hegemony Or Survival* ,Owl Books, New York ,2004 , P5 .
- 13 Noam Chomsky ,*Media Control* ,Seven Stories Press, New York ,2002 , P9-10 .
- 14 しかし、それはあくまで、間接民主主義の政治体制では基本的にエリート（選良）たる議員の多数決で政治的決定を行うのが原則であるという意味の限度である。
- 15 Chomsky・前掲注(13) P14-21 .
- 16 チョムスキーは、ほとんどの国民が感情と衝動のみによって動いているとして、否定的意味でこの例えを使用しているが、その点は言い過ぎであろう。あくまで具体的に適切な政治的意思決定をなしえないという意味でこの例えを使用したい。
- 17 私益の実現よりも公益の確保を行動基準と出来る人も少なからず存在することを否定するものではない。

<sup>18</sup> 政治学には「衆愚政治」や「ポピュリズム」という用語があるが、これらの概念の根底にも、一般大衆が公益に従って行動することの困難性があるのは言うまでもなからう。人間のこのような醜い側面からは目を背けたくなるのが通常だが、学問としてはそれを避けてはなるまい。

<sup>19</sup> だからこそ、選挙権（憲法 15 条）は最大限、保障されなければならない、確かに選挙には公務員という国家機関を選定する公務としての側面もあるが、その人権性がとりわけ強調されなければならないのである。芦部信喜『憲法〔第四版〕（高橋和之補訂）』（有斐閣、2007 年）247 頁。また、選挙では一般大衆の一人一人が最大限の努力を払って、十分に知的かつ責任感があり、公益を理解しそれにしたがって真に行動出来る人を厳選することが非常に重要となる。

<sup>20</sup> ただし、チョムスキーは言及していないが、それは十分に知的かつ責任感がある少数の特別なエリート（選良）たる議員が、私益を捨て公益にしたがって政治行動をすることが前提である。その前提が崩れたならば、二次的に、一般大衆は傍観者・見物人でいる必要はなく、主体的に政治的行動に直接参加できることは言うまでもなからう。一般大衆が議員に政治をおまかせし、自らは安心して政治の傍観者・見物人でいられる社会は、むしろ理想であろう。

<sup>21</sup> 代表的学説としては、芦部信喜説、佐藤幸治説、伊藤正己説等がある。芦部信喜『憲法学 憲法総論』（有斐閣、1992 年）242 頁。佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995 年）100 頁。伊藤正己『憲法〔第三版〕』（弘文堂、1995 年）97-98 頁。

<sup>22</sup> Noam Chomsky, *Letters From Lexinton*, Sheridan Square Press, Inc., and the Institute for Media Analysis, Inc., New York, 2004, P79-81 .

<sup>23</sup> 以下の論述では、チョムスキーがより多用している「合意の捏造」というワードを使って説明していく。

<sup>24</sup> Chomsky・前掲注(13) P14-21 .

<sup>25</sup> このことは、前述したAテレビ報道局長の発言問題に鑑みれば明らかであろう。春原昭彦・武市英雄編『ゼミナール日本のマス・メディア』（日本評論社、2006 年）157 頁。

<sup>26</sup> 幸い日本にはアメリカほど共産主義を嫌悪する土壌はない。自由と正義の国を自認するアメリカにおいては、平等最優先の共産主義思想は受け入れ難いのであろう。

<sup>27</sup> Noam Chomsky & Edward S.Herman , *Manufacturing Consent* , Pantheon Books,a division of Random House,Inc. , New York ,2002 ,P31-35 .

<sup>28</sup> そのこと自体に異論はないが、だからといってそれがマスメディアと政府や大企業とが結託する直接の理由になるかどうかは疑問である。

<sup>29</sup> Chomsky & Herman ・前掲注(27) P305 . 放送時間が足りないからといって、また、紙面に余裕がないからといって、それだけの理由で旧弊に挑戦することを控えるかは疑問である。

<sup>30</sup> ただし、マスメディアの収益性が報道内容の質を高めている面もあることには注意が必要である。すなわち、マスメディアにおいては、原則としてお金を支払ってでも知りたいと人びとが思うような情報でなければ意味はなく、そうでなければ基本的に報道の対象とはならないのである。この点は、情報の価値にかかわらず、無署名・匿名の単なる個人的な意見や感想、つぶやきであっても一律に伝達されるインターネットとの大きな違いである。

<sup>31</sup> Chomsky & Herman ・前掲注(27) P302-303 .

<sup>32</sup> Chomsky ・前掲注(10) P9 .

<sup>33</sup> Chomsky ・前掲注(13) P11-12 .

<sup>34</sup> Chomsky ・前掲注(13) P53-61 .

<sup>35</sup> 例えば、日本では明治時代の末期に幸徳秋水や堺利彦が日露戦争開戦反対を主張した『平民新聞』(週刊新聞)が挙げられよう。

<sup>36</sup> Chomsky ・前掲注(10) P34-35 .

<sup>37</sup> アメリカの憲法学者のキャス・サンスティーンも、つぎのように述べている。すなわち、コミュニケーションに関しては、個人に選択の自由を無制限に

認める体制は必ずしも市民権や民主主義の確立にとって利益にならない。結果として生じる問題を解決するための民主的な努力が、自由の名の下に拒絶されるべきではない。Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001, P123.

38 Chomsky & Herman・前掲注(27) P307.

39 憲法の私人間効力については間接効力説が通説であるが、国家にも比肩しうる社会的権力を持つ巨大マスメディアには、憲法 9 条が直接適用されると解することも理論的には考えられるかもしれない。確かに、メディアの沈黙による戦争加担を防止する必要からして、国家と比肩する社会的権力を持つ巨大メディアには国家と同様に平和主義の遵守を法的に要求することが望ましい。しかし、私企業をも含むメディアに対する憲法の直接適用がどのような規範構造のもとに成立するものかについて、法理論的にも法手続的にも、種々の問題が伴う。よって、現状では直接適用は無理であるも、憲法 9 条の平和主義は憲法の根本原則であるから、公序としてマスメディアを道義的倫理的に拘束すると考えることは不可能ではないであろう。芦部信喜『憲法学 人權総論』(有斐閣、1994) 281-296 頁。

40 例えば、戦争情報については、マスメディアに対してその所有する情報の積極的な開示・報道義務を課すことが考えられるかもしれない。しかし、義務づけられる表現内容を決定するのは誰か、また表現内容に関するメディアの「誤解」が生じた時のコントロール方法はどう確保するのかが問題となる。さらに、コントロール権を有する監督機関が民主制の下では必然的に議会制民主主義のルートでしか組織され得ず、政府の意向を追認する形で作用する可能性が高い中で、戦争に関するメディアの発言に一定の義務づけがあると考えすることは、むしろ政府の手先として戦争宣伝を行う義務をメディアに課す結果ともなりかねない。このような点に鑑みるならば、かかる義務をマスメディアに課すことには解決されるべき多くの課題がある。

41 日本における反論権の議論は、サンケイ新聞事件最高裁判決(1987[昭和62]年4月24日)で反論権に否定的な判決が下されて以来、判例・学説上、大きな動きを見せていない。前述したようにチョムスキーは、市民によるメディアのコントロールと市民のメディアへのアクセスがより大幅に拡大することが必要としているが、その一手段として反論権の活用が考えられる。反論権については章を改めて詳述する。

## 第六章 現行制度上の問題点および新たな制度の採用

本章では、通常、規範論としてではなく、事実論・立法論として議論されているマスメディアの問題点を取り上げる。すなわち、現行制度の具体的内容やその現実的運用実態のどこに問題があり、それをどのように改善すべきかを考えていく。その際、規範的観点を導入し規範論として処理しうる問題については、可及的にそれを図っていく。とりわけ憲法論として構成しうる場合には、憲法を使って解決する途を積極的に探っていく。

### 第一節 客観報道

マスメディアの報道原則を代表するものとして、まず第一に挙げられるのは、客観報道（objective reporting）の原則である。そして、この原則の具体的内容としては、事実を歪めずに報道すること、記者の主観的意見を排除すること、不偏不党、あるいは中立公正であること等が主張されている<sup>1</sup>。例えば、放送法や 1996（平成 8）年制定の放送倫理基本綱領、2000（平成 12）年制定の新聞倫理綱領なども、かかる原則を当然の前提にしている<sup>2</sup>。このように、客観報道は、法的にも倫理的にも、根拠のあるものなのである。また、マスメディア、とりわけ巨大マスメディアが客観的真実を報道すべきなのは当然のことであり、よってその報道内容は真実に違いないというのが国民一般の理解であろう。客観報道の原則は、報道機関のみならず国民のなかにも深く浸透し、受容されている考えなのである。

しかし、それと同時に、客観報道の原則は、常に強い批判にさらされてきたのもまた事実である。客観報道などは神話に過ぎないという辛辣な批判すらある。この点、駒村圭吾は、客観報道の原則に対する批判をつぎの四点に要約しており、大いに参考になる。すなわち、客観報道の原則が前提とする、事実と意見ないし客観と主観の二項対立図式の問題性、主観性を排除することの欺瞞性、発表報道への転落、不偏不党性・中立性と客観性の混同の四点がそれである<sup>3</sup>。

まず、批判について駒村は、客観報道の原則は現実に生じた事実と記者の意見を区別した上で、「事実 = 客観、意見 = 主観」という対立図式を前提とするが、これらの諸要素は二項対立的に整理できるほど理論的に割り切れるものではなく、また、実際的にも明確な区別ができるものではないと主張する。この点は、主観的事実あるいは客観的意見というものの存在可能性を考慮すれば容易に理解しえよう。すなわち、例えば、ある一人の政治家を高所から見下ろすように撮影すれば小さく弱々しく見えるが、反対に、低視線で見上げるよう

に撮影すれば大きく権力者らしく見える。どちらの姿も事実の一面ではあるが、同時にそれらには撮影者の主観が如実に表現されている(いわゆる主観的事実)。また、神様の目から見たら(すなわち純客観的事実においては)精神異常者という範疇に分類される人がいたとする。しかし、その人の所属する共同体の構成員の全員がその人を正常人と判断している場合、「彼は正常人である」と記事に書くことは、あくまで事実ではなく意見に過ぎないが、客観性は十分に備えている(いわゆる客観的意見)。まさに駒村の主張するように、事実・意見と客観・主観とを、そう簡単に対応させて捉えることはできないであろう。それらは複雑に絡み合っているのである。

つぎに、批判 について駒村は、報道とは取材・編集・整理の全過程で価値選択を伴う主観的作業であり、主観性の排除は欺瞞に過ぎず、むしろ主観が入り込むことを認めることこそが「客観的」ではあるまいかと主張する。この点、例えば、ある殺人事件で有力な被疑者(かりに A 氏とする)が警察に逮捕されているとしよう。その事件を取材した結果、「A が絶対に真犯人である」という証言と「A は決して真犯人ではない」という証言とが得られたが、いずれの証言も十分には裏付けられなかったとする。この場合、報道から主観性を完全に排除しなければならないのであれば、両方の証言をその裏付け資料とともに併記するしかなかろう。しかし、かかる記事には取材をした記者や報道機関としてのマスメディアの主体性は全くない。国民は決して報道機関にかかる記事を期待してはいないであろう。そのマスメディアが A を真犯人と考えるのか否か、そして、その根拠は何か。マスメディアはそれをこそ報道すべきではないのか。その真偽は、複数のマスメディアからさまざまな意見、主張を聞いた国民が、自らの意思と責任の下に、それぞれ主体的に判断すればいいのである。それを主観的報道と言うのであれば、主観的報道こそ原則であるべきなのではないか。

さらに、批判 について駒村は、客観報道の原則の美名のもと、マスメディアのなかに、第三者の発信した情報を客観的事実として加工せず読者や視聴者に伝える楽な方法を採用しようとする姿勢が生じ、それがマスメディアの責任回避の口実になっていると主張している。ここにおいては、記者や報道機関が報道に主体的に関与することはなくなり、マスメディアは単なる情報の受け売り機関と堕しかねない。かかる主体性を喪失したマスメディアの無責任体制の危険、これが発表報道<sup>4</sup>と呼ばれる問題である。その問題性が顕在化した典型例が、記者クラブであるといえる。権力側の官製情報をありがたく頂戴し、それを受け売りでそのまま報道している限り、取材をする手間は省け、責任を負わされるリスクもない。また、権力側から独占的に情報提供を受けられることは、記者のなかに尊大な特権意識や権力との仲間意識を生じさせ、権力の不正を暴こうという気概は希薄となる。そして、報道はますます画一的、没個性的

な当たり障りのないものとなっていく。客観報道の原則を過度に強調することは、かかる事態をさらに助長しかねないことに注意が必要であろう。発表報道と記者クラブの問題については、後に節を改めて具体例を挙げて詳述する。

加えて、批判 について駒村は、党派性を持った非中立的な主張であり、かつ客観的な主張も存在しえ、党派性・非中立性と客観性とは矛盾しないとする。また、不偏不党性・中立性が、あらゆる立場からの断絶あるいは等距離を要請するものだとするれば、かかる言論を想定すること自体、困難と主張している。そして、不偏不党性・中立性とは、むしろジャーナリズムが外部からの圧力に支配されず自己の主体性を確保している状態、すなわち独立性の要請として解釈されなければならないと結論付けている。この点、例えば「自衛隊は憲法 9 条に違反する」という主張について考えてみる。かかる主張は、今の日本では、かなり党派性があり非中立的な主張と解されるであろうが、憲法 9 条の文理に最も忠実な解釈であるという点では、極めて客観的な主張であろう。また、「自衛隊は憲法 9 条に違反する」という主張も、「自衛隊は憲法 9 条に違反しない」という主張も、いずれも党派性があり非中立的な主張であるとすると、それらの主張のいずれにも偏しないニュートラルな主張とは、いったい如何なる主張なのだろうか。この場合、不偏不党かつ中立であろうとすれば、マスメディアや記者自身の意見は封印し、合憲という意見と違憲という意見とを両論併記し、せいぜい外部の学者や専門家からのコメントを付記するくらいしかなかろう。これではまさに前記で批判した発表報道そのものであり、報道に主体性や個性、オリジナリティーが全くなくなってしまう。

そもそもマスメディアは、不偏不党性・中立性の呪縛から解き放たれ、自主性・独立性の立場にたつべきである。これは、マスメディアが公的機関ではなく私的機関であることを正面から認めることを意味する。本来、マスメディアは、法的には結社の自由を根拠として認められた営利社団法人であり、あくまで私人なのである。それゆえ、人間同様、営利の追求をせずには生存しえない。確かに、マスメディアには、前述したように 報道の機能を始め、権力を監視する機能や 社会環境を監視する機能など様々な機能があるとされている。しかし、それらはあくまでもマスメディア自身がみずからに課し、また、国民の側が期待しているマスメディアの役割に過ぎない。例えば、マスメディアは法的には決して権力を監視することを強制されてはいない。マスメディアが表現の自由等の基本的人権を享受する私人である以上、マスメディアにそれらの役割を果たすよう強制する手段は、原則的には世論であるべきなのである<sup>5</sup>。マスメディアが人（ひと）である以上、人間同様、嘘もつくし、時にはごまかすこともある。見栄を張ることもあるし、嫌いな人もいるだろう。むしろそれが当然であろう。マスメディアについて語る場合、その認識を決して忘れて

はなるまい。過大な期待は、マスメディアにとって酷である。例えば、アメリカのニューヨーク・タイムズやワシントン・ポストなどの大新聞は、あくまで独立（independent）の立場にたつ。そのため、アメリカでは、それらの大新聞が選挙になると民主党候補を応援、支持するのは常識視されている。すなわち、アメリカ市民は、マスメディアに不偏不党性や中立性を期待するのではなく、マスメディアが綿密な取材をもとに、リスクと責任を負いながら「わが社は、こう考える」ということを明快に主張することを期待するのである。このように、欧米では、独立の看板を掲げる新聞が選挙で特定候補を支持することは、むしろ当然な事として社会的に認知されている<sup>6</sup>。かかるマスメディア観は、報道の在り方を考える上でも、大いに参考となろう<sup>7</sup>。

そもそも客観報道が、主観性排除の原則などではなく、主観性の混入が不可避であることの自覚に根差した原則であること、また、客観と主観、事実と意見の二項対立図式の下に単純な二者択一を迫るものではなく、錯綜した意味の世界が単純な仕分けを許さないことを前提にした原則であることを正面から認めるべきである。むしろ客観報道の原則は、読者・視聴者と情報の確度や価値を享有することを目的として、報道に携わる者に粘り強く仕分けに努めるプロフェッショナルとしての技量の習得・鍛練を要求する事実原則であると解すべきである<sup>8</sup>。

そして、それを憲法規範的に根拠付けるならば、憲法 21 条の表現の自由から導き出しうる「表現の自由の公共的利用の理念」が根拠となる。客観報道は、かかる理念にジャーナリズムが主体的に関与することから生まれる法規範と考えることが出来よう。この点、駒村圭吾は、自己実現の手段としてマスメディアのような独占的情報媒体を利用して表現を行う場合には、社会全体の利益（公益）を実現する観点から、情報流通の秩序を整え、多様な情報の流通を実現するために、特別の制約や特権的保護を受けるとし、その場合の一連の表現活動を「表現の自由の公共的利用」と呼んでいる<sup>9</sup>。この理論の要諦は、マスメディアの記者たちは自らが従事するマスメディアを利用して極めて簡易かつ効果的に表現による自己実現を行えるのだから、出来得る限り公益に適うようにそれを行う義務があるということであろう。確かに、どの程度の規模のマスメディアにまでこの理念が当てはまるのか、また、特別の制約や特権的保護の具体的内容はどのようなものなのか等、理論的に不明確な部分も存するが、マスメディアを適正化する法的根拠としては十分に活用できるものと考ええる。

## 第二節 発表報道

マスメディア報道が国民の知る権利（憲法 21 条 1 項）の充足のために果たし

ている役割の重要性は、いかに強調しても過ぎることはいない。しかし、その一方で、マスメディア報道により、これまでに数多くの報道被害や冤罪事件が発生し、国民の人権が侵害されてきたのもまた事実である。そのなかでも、近時、報道被害の恐ろしさを特に国民に痛感せしめた事件が、松本サリン事件であるといえる<sup>10</sup>。この事件は最終的には、一連のオウム真理教事件の一環として、裁判が行われ処理されているが、事件発生当初は第一通報者のK氏が一方的で杜撰な警察の捜査や取調べ、そしてその警察の発表を鵜呑みにした偏向報道により、社会的には真犯人として扱われ、著しい人権侵害を受けた。そこに潜む問題が、発表報道という事実である。なぜマスメディアは一方的で杜撰な警察の捜査や取調べを糾弾する側ではなく、無辜の市民であり実際は被害者であったK氏を真犯人に作り上げる側に立ってしまったのであろうか。このような場合には、マスコミは警察の行き過ぎた権力行使を監視し、また、感情に流されやすい国民大衆に冷静な対応を呼びかけるべきである。それこそが社会の公器、木鐸を自任するマスメディアのあるべき姿であろう。この事件はあるべきマスメディア報道を考えるうえで、極めて示唆に富むものといえる。かかる観点からして、以下、この事件での実際の報道を検証することにより、マスメディア報道の問題点を考えてみたい<sup>11</sup>。

この点、一例として、日本で最大の発行部数を自認しているY新聞(事件発生4日後の7月1日付・36面)の記事を検討してみる。同紙は、「松本の有毒ガス事件 白い霧4時間前から 住民『直後、気分が悪くなった』」という見出しのもと、「死者7人を出した長野県松本市の有毒ガスによる集団中毒事件で、発生元とみられる会社員(44)宅から白い霧のようなものが流れ始めたのは、最初の119番通報の約4時間前だったことが、30日までの松本署の捜査本部の調べでわかった。調べによると、会社員宅東側のマンション『開智ハイツ』の住人が、会社員宅の方角から流れてくる霧状の白いものに気付いたのは、事件当夜の27日午後7時ごろ。直後から次第に気分が悪くなったという。会社員から最初の119番通報が入ったのは、午後11時過ぎ。捜査本部では、会社員宅でかなり早い時刻に、薬品の調合が行われていた疑いがあるとみている。また、会社員宅から押収した薬品20数点について、家族は30日までの捜査本部の事情聴取に対し、『お父さん(会社員)の持ち物で、昔からあった』と説明した」と報道している。また、その後、容疑者の会社員とされたK氏の罪状認否として、「一方、会社員は同日夕、入院先を訪れた知り合いの弁護士と話し、事件への関与を全面的に否定した。弁護士によると、会社員は『自宅に置いてあった薬品は、ここ数年使ったこともない。もちろん事件当夜、薬の調合などやっていない』と訴えた。面会は約30分間。会社員が殆ど一方的に、事件とのかかわりがないことを話したという」と記している。

この新聞報道について、筆者が最も問題にしたいのは、「・・・が捜査本部の調べでわかった」、「調べによると・・・という」、「捜査本部では・・・とみている」、「捜査本部の事情聴取に対し・・・と説明した」といったように、ほとんどの主体は捜査機関であり、その伝聞という形で記事が構成されている点である。主として捜査機関という権力側の官製情報に基づいて記事を書いており、記者自身が取材を通じてあぶり出した真実に基づく記載がほとんど見られない。極論すれば、このような形式の記事であれば、警察の記者クラブから一步も外へ出なくとも書けるであろう。この記事を書いた記者は、弁護士に面会した以外、自ら何か取材をしたのであろうか。また、警察発表に過誤や情報操作が介在する可能性についてどう考えているのか。確かに、事件発生数日後であり、しかも被疑者の会社員が入院しているという段階では、時間的制約や情報量の乏しさ等のために、十分な取材は極めて困難であろう。しかし、国民が新聞に望むのはこのような官製情報の単なる垂れ流しではなく、捜査機関が発表した情報をもとに丹念な取材を重ね、隠された真実を白日の下にさらし、国民に伝えることであろう。その際には、強大な権力を持つ国家機関の側に立つのではなく、国家による人権侵害の脅威にさらされている国民個人の側に立つべきである。換言すれば、国家の違法・不当な権力行使をチェックするという自覚を持つべきである。しかし、残念ながら、この記事にはこのような自覚がほとんど見られない。むしろ言外に“この会社員が犯人に間違いなし”といったニュアンスが滲み出ている。ほとんど唯一の情報源たる捜査機関の発表情報だけを基に、十分な取材もせず、捜査機関を主語にした伝聞形式で記事にし、結果的にマスメディアが犯人をつくってしまうというのが、発表報道の最大の問題点として指摘しうる。これが、これまでたびたび繰り返されてきた冤罪事件や報道被害事件の典型的パターンなのである。

当然なことではあるが、マスメディア報道には記者の地道で丹念な取材活動の裏付けが必要不可欠である。この松本サリン事件における報道被害は、裏付け取材さえ十分に行っていれば、容易に防げたと考えられる。すなわち、Y新聞で警察が押収したと報道された薬品（「会社員宅から押収した薬品 20 数点」）について、その薬品が具体的には何なのかを、冷静になってK氏の家族や親戚、知人に取材をして確かめさえすればよかったのである。後に明らかになったように、K氏宅にあった薬品では到底、サリンを精製することなど不可能だった。この時、マスメディアがたとえ 1 社でも、警察が押収した 20 数点の薬品が具体的には何であるかの裏を取り、それがこれだけの被害を出す薬品であるのかどうかを農薬や薬学の専門家に取材して確認していれば、このような報道被害は防げたはずであった。少なくともその確認が取れるまでは報道すべきではなからう。それにもかかわらず、第一通報者のK氏を殺人容疑者のように報道してしま

った<sup>12</sup>。K氏に対して強引な取り調べを行った警察と同様、その情報を慎重に検討することなく鵜呑みにして報道被害を引き起こしたマスメディアの責任は極めて重大であろう<sup>13</sup>。冷静になって考えてみれば、一市民がサリンを故意に精製できるほどの科学的な専門知識を備え、かつ、精製に必要な薬品と設備を持っているという状態は極めて異常事態であり、まさに例外中の例外であろう。日常生活において、サリンと係わる機会などまずない。サリンという言葉でさえ、この事件で初めて耳にしたという市民も多かったのである。これはマスメディア関係者であっても然りであろう。であればこそ、警察発表を鵜呑みにするのはではなく、少なくとも専門家の意見を聴き、それを踏まえて報道すべきであったのである。

確かに、マスメディアが、中央官庁や地方自治体、警察署などの公的機関が公式発表した事実、あるいは公務員や政治家などがリークした情報を、何らの独自取材をせずに、それらを主語にした伝聞形式でそのまま記事にしても、何ら違法ではない。また、事件の軽重、性質等によっては、発表報道で済ませてもよい場合も多いであろう。しかし、ジャーナリストの倫理からすれば、発表報道はまさに職務怠慢以外のなにものでもなく、強い倫理的・道徳的批難に値する。また、憲法規範論としては、前述した憲法21条に基づく表現の自由の公共的利用の理念からするならば、少なくとも重大事件の犯罪報道においては、国家による人権侵害の脅威にさらされている国民個人の側に立ち、国家の違法・不当な権力行使をチェックするという立場から、丹念な裏付け取材を行うことが憲法上の義務となる。そのような取材活動の積み重ねが、まさに公益の実現に資することになるからである。安易な発表報道を抑止する何らかの手立てが必要であろう。

### 第三節 記者クラブ

記者クラブとは、中央官庁や地方自治体、警察署など、ニュースの発信源となる場所に設けられた記者室で特定報道機関の記者のみが独占的に情報提供を受ける制度を言う。本来、国民は、記者が権力の場に食い込んで権力側の嫌がる情報を引き出すことにより、権力を監視することを期待しているはずである。とするならば、記者クラブは、権力機関と対抗する場として存在しなければ意味がない。しかし、現在の記者クラブ制度のもとでは、記者は権力側の嫌う記事を書くことにより記者クラブから締め出されることを恐れ、また、簡単に情報が取得でき、十分な取材をせずにそのまま記事を作ることから、報道が官製情報の垂れ流しになりかねない。それが前述の発表報道を生み出しているのである。記者クラブが、単なる情報の受け渡し機関となれば、権力側

にとっては情報操作や隠蔽が極めて容易となる。実際、警察・検察等が行う記者発表は、何を発表するかの主導権を権力側が完全に握り、権力による世論操作の場と化しているとの批判も強い。記者自身の多くも記者クラブの現状に疑問を感じているという<sup>14</sup>。記者クラブの問題性が指摘される以前は、記者クラブが設けられている官公庁がその記者クラブの部屋代や光熱費、電話代などを支払っていたというし、また、捜査関係者と個人的つながりを作り、優先的に情報を得たいがために、接待や物品の授受さえも行われていたという指摘すらある<sup>15</sup>。そのため、記者と官公庁との馴れ合い、癒着が生じて、マスメディアが官製情報のスポークスマンに墮する危険性が叫ばれるようになったのである。そして、近年では、記者クラブ不要論も主張されている<sup>16</sup>。確かに、政府の官公庁や公共性の高い機関の内部に設けられた記者クラブが十全に機能するならば、権力を監視する番犬たちの橋頭堡となろう。しかし、そのためには現在の記者クラブ制度の問題点の改善が不可避であろう<sup>17</sup>。

駒村圭吾は、記者クラブの問題性を憲法規範論の観点から、憲法 21 条・14 条・89 条の三つの条文を使い、つぎのように整理している。すなわち、記者クラブはジャーナリストの取材の自由ひいては国民の知る権利を実効化する目的で設けられたものである。にもかかわらず、自由かつ競争的取材を阻害し、当局発表への依存体質を助長し、当局による情報操作の温床となる等、むしろ表現の自由(憲法 21 条)に対して危険な意味合いを持つものになってしまった。

記者クラブに加盟していないと、取材源機関の記者会見に参加できなかつたり、配布資料なども入手できない。これは憲法 14 条の平等原則との関係で問題がある。公的機関による行き過ぎた便宜提供や過度の接待は、公金や施設の適正利用という意味で財政法的問題を発生させる。これは、憲法 89 条の公金支出制限条項との関係で問題となる<sup>18</sup>。この駒村の整理は、通常、事実論・制度論として議論されている記者クラブ問題を憲法論の土俵で議論し、解決しようとする試みであり、高く評価しうると考える。ただし、記者クラブがフリー・ジャーナリストの取材活動を著しく制約している点は、職業遂行の自由の制約にも該当しうることから、憲法 22 条の職業選択の自由との関係での問題も生じうるであろう。

記者クラブの弊害に関して、1992(平成 4)年、京都市が税金を使い、市政記者クラブの電話使用料を負担して無料で電話を掛けさせたり、あるいは、懇親会費を支出して市政記者クラブを接待したりするのは、違法な公金支出であるとして、記者クラブと京都市長を相手取って公金返還を求める住民訴訟が地方自治法に基づき提起された(京都市市政記者クラブ訴訟)。この点、京都地裁判決(1995[平成 7]年 4 月 5 日)は「ジャーナリストの倫理違反等の当不当の問題が生ずることは別にして、京都の市政担当者と市政記者との間に全く緊

張関係が失われ、市政記者は自主的な取材活動をしなくなり、京都市民の知る権利が侵害されているとか、地方公共団体の財産の管理、運用を規定する地方財政法 8 条に違反する事態が生じているとの事実まで認めることはできない」と判示し、また、最高裁も同旨を述べている（最判 1989[平成元]年 9 月 5 日）。裁判所もジャーナリストの倫理違反等の当不当の問題が生じうることは認めており、何らかの制度改革が必要であることは間違いない。

この点、立法論・制度論としては、特定の報道機関にのみ特権的に立ち入りを認めるのではなく、フリーの者も含め原則として全ての報道関係者に立ち入りを認めるべきである。また、記者クラブは、その記者クラブが設けられている公的機関とは、独立・対等の立場を維持するのが望ましい。よって、部屋代や電話代、光熱費などは、原則として、そこに立ち入りを希望する報道機関の間で、その規模に応じて負担を分かすべきである。さらに、報道機関と官公庁との癒着が起きないようにするため、接待や金品の授受はもちろん厳禁されるべきである<sup>19</sup>。

#### 第四節 メディア・リテラシー

前述した松本サリン事件の報道被害者 K 氏は、自身の体験について、つぎのように書いている。

「私はこの事件以後、犯罪報道の見方が随分変わった。人々は活字に本当に弱い。私自身も、新聞に書いてあることは無条件に信用していた。また、テレビにおけるニュースも同様である。しかし、これらの中には操作された情報があり、全くの誤報も存在することを知った。」<sup>20</sup>

「警察が私を犯人と誤認し、マスコミが私に“犯人”というレッテルを貼り、市民が私を犯人と信じ込んで制裁を加えようとした。こうした古典的構造は今も変わっていない。」<sup>21</sup>

ここで筆者が注目したいのは、K 氏が今回の報道被害の加害者として、警察、マスコミとともに、一般市民を挙げている点である。確かに、警察の杜撰な捜査やマスメディアの偏向報道によって、一般市民は K 氏が犯人であると思い込まされてしまったのであり、その意味では被害者とも言える。しかし、警察やマスメディアの情報を鵜呑みにして、正義感に駆られてとは言え、過激な行動に走った一般市民の側にも責任の一端はあろう。

「さらに困るのが、無言電話や嫌がらせの電話です。・・・これは時間構わずかかってきます。・・・早いものは朝 6 時ごろからで、遅いものは深夜の 2 時ごろです。・・・事件発生以来、2 ヶ月で記録のあるものだけで 100 件を超えています。これはまさにストレスです。・・・電話が鳴って取ると、いきなり『人殺

し』『町から出ていけ』などと、一方的に言うのです。・・・いったん、疑われてしまうと、もう何をしても逃げ道はありません。個人では、その疑惑を払い除けることは不可能に近いわけです。」<sup>22</sup>

マスメディア報道の後、このように『人殺し』等と糾弾する電話や無言電話が自宅に半年間もかかり続けたと言う。これだけでも平穏な市民生活は不可能であろう。

メディア・リテラシーの問題を憲法規範論で考える場合、メディア・リテラシーの第一人者のひとりであるイギリスの教育学者たるレン・マスターマンのメディア・リテラシーの18の基本原則が大いに参考となる。すなわち、マスターマンはその1条でメディア・リテラシーの中心課題を、多くの人を力づけ（empowerment）、社会の民主主義的構造を強化することとする。また、その4条でメディア・リテラシーの目的を、単にクリティカルな知力を養うだけでなく、クリティカルな主体性を養うこととする<sup>23</sup>。両者を日本国憲法の文脈で位置付けるならば、前者における社会の民主主義的構造の強化という点は民主主義（憲法前文・43条）によって、また、後者における個人のクリティカルな主体性の涵養という点は人格的自律権（憲法13条）によって根拠付けることができる。とするならば、メディア・リテラシーの実現は、まさに憲法的要請であると考えることが出来る。

扇情主義や商業主義に毒されたタイトルや見出し、テロップだけで判断してしまうこと、また、前述のような捜査機関等の第三者を主語にした報道や主語が曖昧不明確な報道を鵜呑みにすることは厳に慎まなければならない。筆者は、マスメディアの報道を安易に鵜呑みにしない力を持たない市民が多いことは、日本の学校教育・社会教育に問題があると考えている<sup>24</sup>。現代のメディア社会においては、学校教育の達成目標の一つとして、メディア・リテラシー（マスメディアから流される情報を鵜呑みにしないで批判的に読み解く力）の涵養を大きく掲げるべきであろう<sup>25</sup>。そして、メディア・リテラシー教育を小・中学生の段階で学校教育に取り入れて積極的に行うのが望ましい<sup>26</sup>。具体的には、国語や社会の時間を使い、報道の主語に注意することや記事の行間を読むこと、単一の情報だけで判断せず常に複数の情報を収集すること等を身に付けさせ、自分で考えることのできる市民を育成すべきである<sup>27</sup>。また、家庭や職場、地域社会（大学や図書館、公民館など）においても、積極的にメディア・リテラシー教育の場を設けるべきである。マスメディア報道は、あくまで私たちに考えるための材料を提供しているのであり、それらを自分で取捨選択・再構成し、考えて読み解かなければ絶対に真実は見えてこないということを決して忘れてはならないであろう<sup>28</sup>。

## 第五節 情報操作

国民主権を前提にするならば、間接民主制（議会制民主主義）において代表者たる議員を選出する選挙は極めて重要な意義を有することになる。そして、その選挙がマスメディアの情報操作によって支配され、歪められるならば、国民主権の実現は著しく困難になってしまうのである。また、選挙は、憲法学上、公務員を選出する公務であると同時に自らの意思を政治に反映させる人権（選挙権、憲法 15 条 1 項）とも考えられており<sup>29</sup>、選挙におけるマスメディアの情報操作は選挙権侵害として人権問題にもなりかねないのである。よって、本節では、特にマスメディアによる選挙時の情報操作の問題に焦点を当てて論じていく。

### 一 マスメディアの情報操作の実例と問題点

マスメディアが自ら意図して主体的に情報操作をした事例としては、T発言問題が挙げられる。この問題は、選挙におけるマスコミの情報操作の危険性を広く国民に知らしめることとなった。この問題とは具体的には、1993（平成 5）年に開催された民放連の放送番組調査会にゲスト・スピーカーとして招待されたAテレビのT報道局長（当時）が、その夏の衆議院議員選挙の報道をふりかえり、選挙活動期間中に報道局長としてニュース報道を通じて、「連立政権の発足を目指して非自民政権をバック・アップするように指示した」という趣旨の発言をしたものである。この衆議院議員選挙は、具体的には、同年に投開票された第 40 回衆議院議員総選挙のことであり、この選挙で自由民主党は、第一党ながら結党以来初めて野党に転落し、非自民連立政権である細川護熙内閣（当時日本新党党首）が誕生した。この問題は国会でも取り上げられ、ついには自民党からの提案により、T局長の国会における証人喚問にまで発展することになった<sup>30</sup>。

この問題を規範的に考えるならば、かかる報道局長の下における当該テレビの選挙報道が放送法 3 条の 2 第 1 項の番組編集原則（公平原則）に違反していたかが問題となる。具体的には、同条項の番組編集原則の法規範性、および実際の報道番組が事実として「政治的に公平」であったのかが問われることになる。

まず論点 については、「政治的公平」という概念は不明確であり、その判断基準が法令によって具体化されていないこと、「政治的公平」に反することを認定する法的手続も法定されていないこと、監督官庁たる総務省が認定権者とするならば、恣意的な判断がなされ、萎縮的效果が生じかねないこと

等を理由に、法規範ではなく、道徳的・倫理的規範と解するのが多数説であった<sup>31</sup>。よって、少なくとも当該テレビ局や局長を法的に批難することは出来ないことになる。それでは、道徳的・倫理的には批難することができるのか。そこで、論点につき、「政治的公平」の解釈が問題となる。この点、「公平」という文言は概括的に過ぎ、一つの番組ごとに要請されるのか、全番組についてまとめて判断されるのか、あるいは、公平とは機械的・数量的な平等を意味しているのか等、初歩的な基準すらはっきりしていないとされる<sup>32</sup>。また、たとえ放送が公平でなければならぬとしても、公平であるべきは放送全体の内容であって、個々の番組・個々の出演者の発言ではないはずであるし、ましてや報道局長が内心でどのような意図であったかは放送法とは関係ないはずであるとの指摘もある<sup>33</sup>。確かに、報道局長とはいえ、一個人の、しかも非公表を前提とした同業者の仲間内の場での発言が、放送番組編集上の政治的公平性を歪めるものとは解されない。よって、かかる偏向的発言がなされただけならば、通常の政権政党批判としてそれを理解する余地は十分にあるとされる<sup>34</sup>。実際の報道番組を見なければ政治的公平性は判断しえないが、少なくともかかる発言のみで当該局長を道徳的・倫理的にしる、放送法3条の2第1項の番組編集原則を根拠に批難することは出来ないとするのが多数説的理解と言える。かかる立場にたてば、T局長の国会における証人喚問にまで発展したこの騒動は全く滑稽ということになる<sup>35</sup>。

しかし、マスメディアは道徳的・倫理的とは言え、前述の番組編集原則によって番組内容の政治的公平性が要求されている存在である。また、1996(平成8)年制定の放送倫理基本綱領にも、「報道は、事実を客観的かつ正確、公平に伝え、真実に迫るために最善の努力を傾けなければならない」とあり、マスメディアは自ら政治的公平たらんとすることを宣言してもいる。にもかかわらず、キー・テレビ局の報道局長という一定の地位にある者が、総選挙で恣意的な情報操作を行ったかのような主張を公言し、自らの報道の政治的公平性に疑義を生ぜしめたことは、たとえ実際の番組自体の政治的公平性に支障はなく、放送法上の問題がなかったとしても、少なくとも道徳的・倫理的には批難されるべきことである。当該発言は、公平をうたうマスメディアの報道局長の発言とはにわかに信じ難く、マスメディアによる恣意的な情報操作の危険性を痛感させられる出来事である。かかるマスメディアの恣意的な情報操作を防止する制度的な手立てが現行ではほとんど存在していない点は大きな問題であろう。この点、マスメディアが公的機関ではなく私的機関であることを正面から認め、不偏不党・公平中立性の立場ではなく自主・独立性の立場にたつならば、このような発言もアメリカの例に見るごとく原則的に許容されることになる。ただし、この場合であっても、一部の巨大化・権力化したマスメディアについては、そ

の自由の持つ意味が個人や弱小メディアとは質的・量的に大きく異なることから、報道を適正化する特別の手立て（例えば、後述する反論権の保障）が必要となることは別論である。

## 二 マスメディアの情報操作の手法

それではマスメディアは、現実的にはどのような手法で情報操作を行うのであろうか。この点、世論操作につながる情報操作の具体的手法は、大要、つぎのように分類することが可能である<sup>36</sup>。すなわち、虚偽・歪曲（捏造） 隠蔽・統制、誇張・演出（メディア・イベント） 選択・管理、感情訴求・印象形成など。この点、選挙報道における虚偽や捏造は論外であり、それらについてはマスメディア自体に特別のペナルティを科することも検討されてよい。しかし、それ以外には効果的な報道を行うためのマスメディアの報道テクニックの範囲内として一般的には許容しうるものも多い。よって、これらの手法の一切を一律に禁止することは妥当性を欠くし、また、それは実際上不可能である。しかし、国民主権に直結する選挙報道については、どのように報道するかよりも、何を報道するかに意を払うべきであり、余計な創意工夫は不要である。国民にとって必要な事実をただ冷静に淡々と報道するという姿勢が肝要である。その意味で、選挙報道番組において放送メディア同士が視聴率競争をすることは、どうしても演出過多に走ってしまうことから、妥当ではない。少なくとも投票日前後の選挙報道番組の視聴率は出来る限り非公表とし、視聴率競争を回避するような取り扱いも検討すべきと考える。まずは、各マスメディア間の紳士協定として選挙報道については、競争し合うのではなく、国民のために協力し合うことを取り決めるべきである。

マスメディアが使用する情報操作の効果的手法として、選挙のたびに問題視されているのが、アナウンスメント効果である。アナウンスメント効果とは、マスメディアによる選挙結果の予測報道が、実際の投票結果に影響を与える現象をいう。具体的には、有利と報道された候補者がさらに支持を集める現象たるバンドワゴン効果と 不利と報道された候補者がかえって同情票を集める現象たるアンダードッグ効果とがある。さらに、楽勝と報道された候補者陣営や支持者の気が緩み、票を減らす現象たる楽勝ムード効果もあろう<sup>37</sup>。通常、選挙情報の中で候補者に最も深刻な影響を与えていると考えられているのが選挙予測報道であるが、フランスではアナウンスメント効果が生じるとして、投票日とその前 1 週間は選挙予測報道（世論調査の公表や評論など）を禁止している<sup>38</sup>。また、マスメディアが使用する情報操作の効果的手法として、サブリミナル効果も問題視されている。サブリミナル効果とは、意識されないレベル

で呈示された刺激（サブリミナル刺激）の知覚（サブリミナル知覚）によって生体に何らかの影響を生じさせることをいう。1995（平成 7）年に日本放送協会（NHK）が、1999（平成 11）年には日本民間放送連盟が、それぞれの番組放送基準でサブリミナル的表現方法を禁止することを明文化している。さらに、近時、マスメディアが使用する情報操作の効果的手法として、プライミング効果も問題とされている。プライミングとは、準備する・下地を作るという意味である。プライミング効果とは、本来、心理学の専門用語で、先に与えられた情報（先行刺激）が、後に続く情報（後続刺激）の処理に無意識に影響を及ぼすことをいう。マスメディアが選挙前の選挙報道で強調した選挙の争点と有権者が重要と考える選挙の争点とは、一致する傾向がある。そして、特定の争点がマスメディアで強調されるにつれて、プライミング効果により、その争点は、有権者が自己の投票する候補者や政党を評価・選択する際の基準として比重を増してくるとされる<sup>39</sup>。

アナウンスメント効果やサブリミナル効果、プライミング効果等は、前述したように、いまだ学問上、科学的な実証が完全になされている訳ではなく、その効果も推測の域を出ない。しかし、それらの手法が単独では効果が乏しいとしても、それらの手法を一体的に駆使しマスメディアが情報操作をしようとした場合には、有権者の感情・認知面等にある一定の効果が生じうる可能性は十分にありうる。よって、その危険性は決して軽視することは出来ない。また、たとえその効果が皆無であったとしても、かかる手法を隠密裏に使用すること自体が国民に対する信義誠実に反するともいえよう。やはり“疑わしきは使用せず”の原則で行くべきである。少なくとも、国民主権に直結する選挙報道については、法律という形式を採るか否かは格別、これらの手法を明確に禁止する統一的ルールを策定すべきである。その場合、前述したフランスの例は大いに参考となる。

通常あまり指摘されてはいないが、筆者はマスメディアが定期的に発表している世論調査結果を利用して、情報操作をする可能性もありうるのではないかと考えている。すなわち、マスメディアが世論調査結果を発表する場合、結果とともに公表されるのは、調査時期（例・2009年7月3日から5日）、調査方法（例・電話法）、調査相手（例・東京都の有権者）、調査回答数あるいは率（例・1,042人）程度である<sup>40</sup>。当該調査の存在や内容の真正を確認しうる情報はその程度しか与えられていない。それにもかかわらず、大半の国民は調査の手法にはほとんど意を払わず、調査結果にばかり目を向け、名前の知られた大手マスメディアの調査であるというだけで何の疑いもなく信じ込んでしまう。それを利用してマスメディアが情報操作をする危険性は決して否定できない。やはりマスメディアの世論調査を適正化する何らかの手立てが必要で

あろう。とりわけそれが選挙世論調査の場合には、国民主権にも関わることであるから、少なくともその調査の適正性を事後的に検証できるようにすることが是非とも必要である。この点、選挙世論調査の方法についてはマスメディアの統一的基準を定め、原則としてそれに従って選挙世論調査を行うものとする事も検討に値しよう。また、適正な世論調査がなされたとしても、その調査結果を恣意的に利用することによるマスメディアの情報操作にも注意が必要である。例えば、適正な世論調査で「現憲法を改正すべきである」という結果が出たとしても、この場合に、「だから現憲法は時代の要請にそぐわなくなった」とか、「国民は現憲法に満足していない」など、現憲法に否定的な結論を直ちに導くことは明確に誤りである。なぜならば、現憲法の理念をさらに推進し、実現させる憲法改正も十分にありうるからである。世論調査結果の恣意的利用による情報操作の危険性を回避するためには、客観的な調査結果データとマスメディア自身の主観的な意見・主張とを、形式上明確に分離する取り扱いを徹底させる必要がある。

確かに、選挙時におけるマスメディアの報道は、我われの投票行動の指針となり、民主主義を支えていると言える。よって、選挙時におけるマスメディアの報道の自由は十二分に確保される必要がある。しかし、それは一定のルールに従っていることが大前提であり、その公正を確保するためのルールを事前に明確に策定しておくことはむしろ当然である。この点で、前述した諸点、すなわち選挙報道における虚偽や捏造につきマスメディア自体に特別のペナルティを科す。選挙報道番組の視聴率競争を回避させ、選挙報道については競争し合うのではなく国民のために協力し合うことを原則とする。選挙報道において、アナウンスメント効果やサブリミナル効果、プライミング効果等の手法は禁止する。選挙世論調査の実在性や内容の真正性を確認しうる情報を保存させ、調査の適正性を事後的に検証できるようにする。世論調査結果の恣意的利用を防止すべく、客観的な調査結果データとマスメディア自身の主観的な意見・主張とを、形式上明確に分離する取り扱いを徹底させる。選挙世論調査の方法についてはマスメディアの統一的基準を定め、それに従って選挙世論調査を行わせる等を立法論として提案したい。また、前節との関係では、マスメディア自身が選挙報道の読み解き方を含めた国民に対するメディア・リテラシー教育を積極的に実践するべきである。

### 三 選挙の自由と公正

ここでは、選挙の自由と公正との関係で選挙時におけるマスメディア報道を規範的に考えてみたい。すなわち、選挙時におけるマスメディア報道については、選挙の自由を強調するのか、あるいは選挙の公正を強調するのかにより、

その取り扱いの基本的なスタンスが異なってくる。すなわち、自由な選挙を重視するならば、選挙時においてもマスメディア報道を特別に規制すべきではなく、むしろ国民の政治的意思が表明される最大の機会として、国民に対する自由な情報提供をより積極的に行うべきということになる。これに対して、公正な選挙を重視するならば、選挙は国民の政治的意思が表明される最大の機会なのだからマスメディアの恣意的、濫用的な報道は決して許されるべきではなく、平時とは異なり公正確保のためにマスメディアに対する特別な積極的規制が要請されることになる。

この点、現行法において、選挙時におけるマスメディア報道に対して規制的に働きうる条文としては、電波法 106 条の無線設備又は通信設備による虚偽通信発信罪（3 年以下の懲役又は 150 万円以下の罰金）あるいは公職選挙法 235 条の虚偽事項公表罪（1 項は 2 年以下の禁錮又は 30 万円以下の罰金、2 項は 4 年以下の懲役若しくは禁錮又は 100 万円以下の罰金）が挙げられる。しかし、電波法の罰則にしる、公職選挙法の罰則にしる、目的犯であり（「損害を加える目的」、「当選を得又は得させる[得させない]目的」）かつ、故意犯である（「虚偽の通信を発した」、「虚偽の事項を公にした」、「事項をゆがめて公にした」））よって、犯罪立証上の困難が存するのみならず、原則的には当該記事を書いた自然人たる記者個人に対して適用し、責任を問うしかない。マスメディアという組織体にかかる虚偽通信罪や虚偽公表罪を直接に適用するには、刑法上、法人処罰の可否という難問をクリアしなければならない。また、選挙時のみならず一般的に適用される条文ではあるが、放送法 3 条の 2 第 1 項が定める番組準則も注目値する（公平原則）<sup>41</sup>。しかし、前述したように、この条項は法規範ではあるものの通常あくまで倫理的・道徳的規定と解されており、また、不遵守の場合のペナルティが特別に定められている訳でもなく、よって強い規制効力はほとんど期待しえない。さらに、選挙時におけるマスメディア報道に対して特に規制的に働きうる条文として注目値するのが、公職選挙法 148 条の規定である。公選法は、現代社会においてマスメディア報道が国民の政治情報を知る権利（憲法 21 条 1 項）の実現に果たしている意義の重大性に鑑みて、マスメディアが選挙に関する報道及び評論を掲載する自由を有することを原則的に認めた上で（同条 1 項）選挙目当ての新聞・雑誌が乱発されて、特定候補者・特定政党と結びついて選挙宣伝に用いられる危険性を除去し、選挙の公正を確保するために、一定の要件を満たしたマスメディアのみに選挙期間中の選挙に関する報道及び評論の掲載を認めたのである（同条 2・3 項）<sup>42</sup>。しかし、国民主権を侵害するような情報操作を国民に対して行おうような巨大マスメディアは、ほとんどこの要件を満たしているであろうから、かかるマスメディアには何らの規制とはならない。以上、概観してきたように、現行法は選挙報

道を特別視する立場にはなく、選挙時の巨大マスメディアの情報操作により国民主権が侵害される危険性に対しては、ほとんど配慮していない。現行法は、選挙時のマスメディア報道については選挙の公正よりも選挙の自由を強調しているものと評しえよう<sup>43</sup>。

それでは、判例は選挙時のマスメディア報道について、選挙の自由と公正のいずれを重視しているのだろうか。この点、選挙時のマスメディア報道についてではないが、最高裁は選挙運動一般について、選挙の公正を強調している。すなわち、現在でもなおリーディング・ケースとして命脈を保っている1969(昭和44)年4月23日の最高裁大法廷判決は、事前運動の禁止規定の合憲性につき、「公職の選挙につき、常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある。このような弊害を防止して、選挙の公正を確保するためには、・・・各候補者が能うかぎり同一の条件の下に選挙運動に従事し得ることとする必要がある。」と判示し、選挙の公正を確保するために選挙運動という表現の自由(憲法21条1項)を制限することを認めている。

また、選挙の公正とともに選挙の自由を特別に考慮した判決も存在する。すなわち、前述したマスメディアの選挙期間中における選挙に関する報道及び評論の掲載を制限する公職選挙法148条3項の規定の合憲性が争われた1979(昭和54)年12月20日の最高裁判決は、「148条3項は、いわゆる選挙目当ての新聞紙・雑誌が選挙の公正を害し特定の候補者と結びつく弊害を除去するためやむをえず設けられた規定であって、公正な選挙を確保するために脱法行為を防止する趣旨のものである。・・・右規定の構成要件に形式的に該当する場合であっても、もしその新聞紙・雑誌が真に公正な報道・評論を掲載したものであれば、その行為の違法性が阻却されるものと解すべきである(刑法35条)」と判示し、公職選挙法148条3項が選挙の公正を確保するための規定であるとして、選挙の自由の観点からいわゆる合憲限定解釈を採用し、刑法上の違法性阻却の可能性を肯定する<sup>44</sup>。

さらに、選挙の自由を強く主張する判決もある。すなわち、公職選挙の候補者に対する悪評価や批判等を掲載した雑誌に対する出版の事前差止めの許否が争われた北方ジャーナル事件において1986(昭和61)年6月11日の最高裁大法廷判決は、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその

存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないもの」と判示し、選挙の候補者に関する表現行為は、国民主権の実現に奉仕するものであり公共的なものとし、選挙時における表現の自由（憲法 21 条 1 項）を最大限に認め、選挙の自由を確保せんとしている。このように判例が選挙時のマスメディア報道について、選挙の自由と公正のいずれを重視しているのかは、容易に決し難く、ケース・バイ・ケースの個別的判断によっていると結論付ける以外にはなからう。

思うに、選挙の自由と公正と、マスメディアの報道との関係を規範的に考える場合、最初に選挙における「自由」と「公正」の規範的意味を明確にしておく必要があると考えられるが、この点について厳密に考えた場合、必ずしも確定している訳ではないことに注意が必要である。すなわち、選挙の自由（自由選挙）を、選挙運動の自由を中心とした選挙の全過程にわたっての自由と広く捉える見解もあれば<sup>45</sup>、自由（任意）投票に限定して考える見解<sup>46</sup>、あるいは投票の自由（選挙干渉の禁止）と考える見解も存する<sup>47</sup>。また、選挙の公正についても、「政治的公平」と同様、その解釈は一様ではない。すなわち、まず選挙の公正が強調されることによって自由選挙に対する制約が過度に広がる可能性が懸念されるとして、選挙の自由と選挙の公正を対立原理のように解する見解がある<sup>48</sup>。この見解が最も一般的な理解と言えよう。しかし、例えば選挙期間中の文書図画の制限についての公職選挙法の規定の合憲性が争われた最高裁 1955（昭和 30）年 3 月 30 日大法院判決は、「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、これが為却って選挙の自由公正を害し、その公明を保持し難い結果を来たすおそれがある」と判示しており、選挙の自由と選挙の公正を同質のものとしている。さらに、戸別訪問の禁止についての公職選挙法の規定の合憲性が争われた最高裁 1981（昭和 56）年 7 月 21 日判決における伊藤正己裁判官補足意見は、「選挙運動においては・・・あらゆる言論が必要最少限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従って運動するものと考えべきである。法の定めたルールを各候補者が守ることによって公正な選挙が行われる」と判示し、国会が定めた選挙法を遵守することが選挙の公正であるとしている。この点、長谷部恭男は、この論理の背景にあるのは選挙運動なるものが公職の候補者の選挙という特定の目的をもって政府が意図的に設定した表現の場であり、そこではあらゆる者に自由な表現活動が許されるわけではなく、むしろ選挙の公正を確保するためのルールに従った表現活動のみが行われることが予定されているという考え方であるとする。そしてさらに、そこでいう「選挙の公正」とは定められた共通のルールをすべての

参加者が守るという意味での「公正」であって、運動競技や賭け事について受当する「公正」と同様のものであると述べている<sup>49</sup>。かかる論理からするならば、選挙時のマスメディアの報道活動についても、法定のルールが要請されることになる。

この点、本項では、マスメディアの報道との関係で、「選挙の自由」とは、マスメディアの社会的有用性を重視し、選挙時のマスメディアに通常時と同等か、もしくはそれ以上の自由を保障しようとする見解と解する。これに対して、「選挙の公正」とは、マスメディアのもたらず社会的弊害を重視し、選挙時のマスメディアに通常時とは異なる特別のルールを定めるべきとする見解と解する。確かに、選挙は国民の重要な政治的意思決定の場なのだから、通常時以上にマスメディアの報道の自由が要請されると解することも出来よう。しかし、長谷部の説くように、選挙は特定の目的をもって政府が意図的に設定した場なのだから、通常時と異なるルールが必要なのはむしろ当然である。また、マスメディアの本質は営利性にあり、国民の政治的意思決定のための報道というよりも、視聴率や発行部数の向上のための報道となってしまう危険性がある。さらに、前述した恣意的な情報操作の恐れも否定しえない。少なくとも選挙時のマスメディアに通常時以上の自由を保障する必要は決していない。マスメディアの選挙報道を適正なものとするための統一的なルール策定は、今後の重要課題と言えよう。

【注】

- 1 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』(嵯峨野書院、2001年)62頁。
- 2 2000(平成12)年制定のいわゆる新聞倫理綱領には、「正確と公正」という表題のもと、「新聞は歴史の記録者であり、記者の任務は真実の追究である。報道は正確かつ公正でなければならず、記者個人の立場や信条に左右されてはならない」と記されている。また、放送法3条の2第1項は、番組編集にあたって遵守すべき事項として、政治的に公平であること(2号)、報道は事実をまげないですること(3号)を掲げ、1996(平成8)年制定の放送倫理基本綱領にも、「報道は、事実を客観的かつ正確、公平に伝え、真実に迫るために最善の努力を傾けなければならない」とある。
- 3 駒村・前掲注(1)62-66頁。
- 4 原寿雄『ジャーナリズムは変わる』(晩聲社、1994年)64頁。

5 国民の側でも、マスメディアに対し、“政府の検閲者”（清水英夫『言論法研究』、学陽書房、1979年、36頁、44頁）あるいは“権力批判のための番犬”（駒村・前掲注(1) 53頁）としての役割などを過度に期待するのではなく、マスメディアが法的には営利社団法人であることを認識し、もっとその自由な活動を認めていくべきではなからうか。

6 原寿雄『ジャーナリズムの思想』（岩波書店、1999年）100頁。

7 確かに、巨大マスメディアには、その社会的影響力の絶大さからして、それ相応の社会的責任があると考えられる。これは、商法の世界において、法的には営利社団法人である巨大株式会社に、その社会的影響力の絶大さゆえ、法の明文なしに社会的責任を認めようとする議論と軌を一にしている。近時のいわゆるライブ・ドア事件や村上ファンド事件等の影響により、再び企業の社会的責任論が商法において注目を浴びている。この点、ドイツでは、州の出版法が明文でプレスの公的責任を定めており、マスメディアの公的責任論ないし公的責務論として知られている。しかし、ドイツのようにマスメディアの社会的責任を法的責任と捉えることは、その概念の曖昧さからしても、表現の自由との関係で重大な憲法問題となりかねない。マスメディアの社会的責任は、あくまで道徳的・倫理的なものと考えるべきである。松井茂記『マス・メディア法入門』（日本評論社、2003年）256-257頁。ただし、そうだとしても、マスメディアは、報道や取材等その業務遂行においてその責任の重さを深く自覚し、自らを律していかなければならないことはもちろんである。

8 駒村・前掲注(1) 67頁。

9 駒村・前掲注(1) 35-36頁。

10 この事件では、1994（平成6）年6月27日の夕方から翌日の早朝にかけて、長野県松本市北深志の住宅街で、サリン（神経ガスの一種で化学兵器として使用されることも多い）が散布され、計8人が死亡し、約660人が負傷した。

11 松本サリン事件は、犯罪報道で被疑者の人権が侵害された事例であるが、犯罪報道によって、犯罪被害者が犯罪被害後に、マスメディアからも被害を受けること（二次被害）が近年、大きな問題となっている。1997（平成9）年に発生した、東京電力OL殺人事件がその一例と言えよう。宮原守男・松村光晃・

中村秀一編『名誉棄損・プライバシー 報道被害の救済』(ぎょうせい、2006年)5頁。

12 天野勝文他編『現代マスコミ論のポイント』(学文社、1999年)24-25頁。

13 池田龍夫『新聞の虚報・誤報』(創樹社、2000年)76頁。

14 原寿雄『市民社会とメディア』(リベルタ出版、2000年)216-217頁。

15 少し古い文献だが、浅野健一が著した『犯罪報道と警察』には、読売新聞社の内部文書が引用され、そこには記者が土産物を持参する場合の注意点まで記されているのは注目に値する。浅野健一『犯罪報道と警察』(三一書房、1988年)121頁。

16 2001(平成13)年5月に当時の長野県知事である田中康夫氏が出した「『脱・記者クラブ』宣言」は、記者クラブの問題性を国民に知らせたものとして注目に値する。

17 記者たちの間では、記者クラブを「開かれた存在」にすべきとする点では一致しているという。原・前掲注(14)218-219頁。今後の自主的、自発的な改善が期待されるところである。

18 駒村・前掲注(1)149-150頁。

19 田島泰彦は、記者クラブを廃止しても本質は変わらず、問題は体を張って本気で権力に立ち向かおうとしないメディアの弱腰ぶりにある旨を主張している。山本ケイ「クラブ問題とメディアが抱える病魔に迫る」『マスコミ市民・第477号』(アストラ、2008年)37頁。

20 河野義行・浅野健一『松本サリン事件報道の罪と罰』(新風舎、2004年)8-9頁。

21 浅野健一『新版犯罪報道の犯罪』(新風舎、2004年)41頁。

22 浅野・前掲注(21)50-52頁。

- 23 「レン・マスターマン『メディア・リテラシーの18の基本原則』」宮崎寿子・鈴木みどり訳、鈴木みどり(編)『メディア・リテラシーを学ぶ人のために』(世界思想社、1999年)296-297頁。
- 24 メディアに過剰な要求をするよりも、情報の受け手がメディア報道を慎重に受け止め、そこで強調されていることを絶対視しないように訴えるほうが、現実的に有効だとの指摘もある。鈴木秀美「リスク社会におけるマス・メディアの役割」『ジュリスト・第1356号』(有斐閣、2008年)117頁。
- 25 メディア・リテラシーは、重要で意義のある取り組みであり、その中心的課題は、多くの人々が力をつけ(エンパワーメント)、社会の民主主義的構造を強化することである。具体的には、市民が社会に主体として参加するための基本的権利に関わる学びである。リテラシー(literacy)が人間の基本的権利だとするならば、今日、全てのメディアを包含したリテラシーが当然に全ての人に保障されるべきである。日本においてメディア・リテラシーが提唱されるようになったのは、1990年代初頭であり、その後さまざまな研究や実践が活発化し、放送政策においても議論されてきた。西村寿子「コミュニティにおけるメディア・リテラシーの学び」『立命館産業社会論集・第42巻第4号』(立命館大学、2007年)26-27頁。
- 26 メディア・リテラシー教育は、カナダやイギリス、オーストラリア等の英語文化圏で特に盛んであり、政府が学校教育のカリキュラムに取り入れるように指定している。カナダのメディア・リテラシー教育については、カナダオンタリオ州教育省編『メディア・リテラシー マスメディアを読み解く』(リベルタ出版、1992年)に詳しい。
- 27 また、既に整備されている回線網を学校等の教育機関に張りめぐらして、将来の日本を担う子どもたちにインターネットを利用した情報化教育を行うべきである。子どもたちが、自由な発想で作られていて、人間の創造力が遺憾なく発揮されたホームページを見て学ぶことにより、自らの創造性を養っていくプロセスは、是非とも教育現場に取り入れられるべきである。藤原宏高編『サイバースペースと法規制』(日本経済新聞社、1997年)42-43頁。
- 28 ジャーナリスト自身に対するメディア・リテラシー教育としては、巨大マスメディアでジャーナリストとして働くことを希望する者に、一定水準の教養

や倫理の有無を問う公的な資格試験を課することも検討に値するであろう。他人の生命や生活に大きく関係する職業は、通常、何らかの免許制である。弁護士、医師、公務員、さらには理容師や調理師にも免許がある。にもかかわらず、第四権力と言われるほどの社会的影響力を持ち、一個人をたやすく社会的に抹殺しうる巨大マスメディアのジャーナリストが、全く公的な資格試験によって審査されずに、その職業に従事しているのは、はなはだ危険と言える。後藤将之『マス・メディア論』(有斐閣、1999)146-155頁。もちろんいたずらに難しい試験である必要はないが、現役マスコミ人や学者が主体となり、国家の力も借りて、巨大マスメディアでジャーナリストとして働くことを希望する者に、その素養を問う公的な資格試験を実施できれば、マスメディアの適正化に資するであろうし、また、本人も誇りを持ってジャーナリストとして働けるのではなかろうか。この点、一定規模以上のマスメディアで働く場合にのみ、あくまで任意的に要求されるジャーナリスト資格とすれば、職業選択の自由(憲法22条1項)との抵触も避けられるのではないかと考える。

29 選挙権に 有権者団という機関としての公務という側面と 公務に参与することを通じて国政に関する自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利という側面との二面性を認める見解を二元説といい、学会の通説である。佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、1995年)108頁。

30 春原昭彦・武市英雄編『ゼミナール日本のマス・メディア』(日本評論社、2006年)157頁。

31 市川正人『ケースメソッド憲法〔第二版〕』(日本評論社、2009年)156-158頁。

32 田島泰彦「テレビ朝日問題と放送の自由」『法学セミナー・1993年12月号』(日本評論社、1993年)76-85頁。

33 松井茂記『マス・メディア法入門〔第三版〕』(日本評論社、2003年)253頁。

34 駒村・前掲注(1)165頁。

35 立山紘毅『現代メディア法研究』(日本評論社、1996年)209-220頁。

36 独裁的、全体主義的社会体制においては、そもそも健全な世論は存在しえず、そうした体制における世論重視は、単なる政治的な粉飾、まやかさに過ぎない。しかし、日本のような民主主義社会においても、時の権力が強大化していくなかで、国民の支持をとりつけようとして、各種の情報操作を駆使し世論操作をもくろむのが通常であり、健全な世論の存在はかなり幻影に近いものとなっているのが実情であろう。柳井道夫「情報化と世論 環境認知の視点から」石坂悦男・桂敬一・杉山光信編『メディアと情報化の現在』(日本評論社、1993年) 221-232 頁。

37 “バンドワゴン効果”と“アンダードッグ効果”は、学問上、既に確立された用語であるが、“楽勝ムード効果”は筆者の全くの造語である。

38 高瀬淳一『情報政治学講義』(新評論、2005年) 96 頁。

39 川上和久『情報操作のトリック』(講談社、1994年) 134-135 頁。川上和久『メディアの進化と権力』(NTT出版、1997年) 173 頁。坂元章「サブリミナル効果は存在するか？」坂元章・森津太子・坂元桂・高比良美詠子編『サブリミナル効果の科学』(学文社、1999年) 171-181 頁。井上泰浩『メディア・リテラシー』(日本評論社、2004年) 194-209 頁。

40 田中愛治・河野勝・日野愛郎・飯田健『なぜ政権交代だったのか』(勁草書房、2009年) 194-206 頁。酒井芳文「“政権交代”への軌跡“前哨戦”で表れた兆候」日本放送協会放送文化研究所編『放送研究と調査・10月号』(日本放送出版協会、2009年) 19 頁。

41 松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』(有斐閣、2007年) 465 頁。

42 糠塚康江「選挙運動の制約 選挙運動の自由と公正」杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』(青林書院、2008年) 621 頁。

43 確かに、日本における選挙による表現活動は、インターネット上の表現を含め、公職選挙法により、通常時の表現活動に比べれば厳しく制約されている。例えば、街宣車を午後八時以降は走らせることが出来ないし、また、現在、選挙に関してインターネットで政見を訴えることは許されていない。松井茂記「インターネット上の表現行為と表現の自由」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美編『インターネットと法〔第4版〕』(有斐閣、2010年) 18 頁。しかし、巨大マスメ

ディアの恣意的、濫用的な報道を抑止して選挙の公正を確保するために、巨大マスメディアを特別に規制することは全く行われていないのである。

44. かかる判例の見解に対して、「こうした限定解釈を加えるのであれば、上述の形式的要件に該当しない新聞や雑誌に対して一律かつ広汎に厳しい規制を加える必要性は乏しい。特にその表現行為が日常では許容され、それ自体本質的には違法性をもっていないにもかかわらず、選挙運動に用いられる『おそれ』から生じる、いわば抽象的な弊害除去のために刑罰を科して制限されている場合は、なおさらである。148条3項の立法目的は、事後処罰といった『より制限的でない』規制手段でも達成できるのであろうから、現行の規制は、強い正当化理由が論証できないかぎり、合理的にして必要な最小限度の範囲を超えている疑いが濃い」と批判する反対説も存する。糠塚・前掲注(42) 621頁。

45. 野中俊彦「選挙」樋口陽一編『講座憲法学5』（日本評論社、1994年）101頁。

46. 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）423頁。

47. 大石眞『憲法講義』（有斐閣、2004年）78頁。

48. 新井誠「現代選挙法の公理」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）187頁。

49. 長谷部恭男『憲法〔第4版〕』（新世社、2008年）345-346頁

## 第七章 人権享有主体性論および私人間効力論（憲法規範論）

本章より、本論文の中心テーマである憲法規範論によるマスメディア規制への対応について述べる。この点、多角的な視点から、出来得る限り多くのアプローチを検討し、その実効性を高めていきたいと考える。それらの全ては、マスメディアを効果的に規制し、広くマスコミを適正化することを目指したものである。その際には、適宜、判例・学説を参照し、それらを十分に踏まえて論述していく。

### 第一節 本論文の基本的スタンス

繰り返し述べているように、表現の自由論をマスメディア一般の私的機関性を重視した規範構造へと、また、権力化した巨大マスメディアの表現の自由と個人のそれとが本質的に異なることを前提にした規範構造へと枠組み転換を図ることにより、マスメディア規制の論理を構築し、広くマスコミを適正化することが本稿における目的であるが、その際に前提とするいくつかの規範的論理についてここで確認しておきたい。

この点、マスメディア規制を規範的に議論する場合、放送メディアと印刷メディアの違いを強調して規範的論理を組み立てるのか、それとも両者を同質のものとして規範的論理を組み立てるのか。マスメディアの表現の自由と個人のそれとが本質的に異なることを前提にして規範的論理を組み立てるのか、それとも両者を同質のものとして規範的論理を組み立てるのかという二点で、学説は大きく分かれる。

例えば、浜田純一は、表現の自由には送り手が意見を表明し情報を流布する自由を保障するという主観的側面と社会に流通する意見や情報の幅広い多様性を保障するという客観的側面とが存在すると主張する。そして、新聞の場合には、新聞が自由に表現活動を行うことにより社会において多様な表現が生み出されるから、客観的側面は主観的側面の保障によって自然に実現されるとする。これに対して、放送の場合には、すでに国家からの一般的な自由の保障がひとまず確保される一方で、私的権力の濫用が問題化してきたという状況にあり、主観的側面の保障が直ちに客観的側面の保障にはつながらず、放送の自由をいわば未成熟基本権と捉える（「未成熟な基本権たる放送の自由」論）。そこから、放送には新聞とは違い客観的側面を直接に保障するための規制が認められる余地を肯定する。また、マスメディアは、平等と自律を基本的な生活原理とする市民社会のうちに存在するとともに、民主主義的な統治構造の構成要素ともなっているという二重の社会的地位、それに対応する二重の憲法的地位を持って

いる。よって、マスメディアには、一般市民と平等の法的地位と、一般市民とは区別される特別の法的地位との微妙な共存を要請せざるを得ないとする<sup>1</sup>。このように浜田は、放送メディアと印刷メディアの違いを強調するとともに、マスメディアの表現の自由と個人のそれも異なりうることを前提にして規範的論理を組み立てているのである。

つぎに、長谷部恭男は、メディアの一部のみを規制することによって、規制される部分と無規制の部分との抑制と均衡を通じて、情報の全体としての多元性を図ることが妥当と考える立場にたち（「マスメディアの部分規制」論）放送と新聞とを区別し、前者のみについて政府の規制を加えることを支持する。情報の送り手が少数のマスメディアによって独占されている現代社会においては、この規制によって少数派の意見が放送に対してアクセス可能となる一方、自由なプリント・メディアが放送によっては取り上げられない見解を伝えるとともに、政府による過剰な規制を批判し、規制の厳格な正当化を要求する基準点としても機能するからである。また、表現の自由を、切り札としての人権（個人の言論の自由や出版の自由など）と、社会全体の利益に基づいて政策的に保障された自由（放送事業者を含むマスメディアの報道の自由や取材の自由など）との二種類に分ける。そして、後者については、民主的政治過程の維持、情報の多様化、視聴者の効用の最大化といった社会全体の利益に基づいて政策的に保障された自由であり、その同じ政策的根拠が自由の制約を要求する場合や、ほかのより重要な社会的利益（例えば、基本的情報の公平な提供の確保）と衝突する場合には、覆されるべき権利であると主張し、マスメディア規制を正当化する<sup>2</sup>。このように長谷部も、放送メディアと印刷メディアの違いを強調するとともに、マスメディアの表現の自由と個人のそれも本質的に異なることを前提にして規範的論理を組み立てているのである。

これに対して、松井茂記は、放送が新しいメディアであるからといって規制が許されると考えるべきではなく、また、マスメディアの放送の自由はマスメディア自体の自由であって視聴者の権利利益のためのものではないから、放送を新聞から区別する原理的根拠はないとする。したがって、放送についても表現の自由の法理が原則としてそのまま受当し、放送の特殊性から正当化される限りでのみ例外を認めるべきと主張している。そして、放送への規制を正当化しようとする試みはいずれも妥当でなく、放送に対して公正性や真実性などを法的に要求し、違反行為に法的制裁が伴うのであれば、重要な憲法問題が提起されざるを得ないと述べている。また、マスメディアを基本的には一般国民と同等の地位にあると考えつつ、マスメディアの報道が多く国民の知る権利に仕えるものであることを考慮して、実質的に平等な自由を保障するため、場合によってはマスメディアを優遇したり、規制したりすることが許されることも

ありうるとする<sup>3</sup>。このように松井は、放送メディアと印刷メディアを同質のものを見るとともに、マスメディアの表現の自由と個人のそれも同質のものと見て規範的論理を組み立てているのである。

まず、論点については、放送メディアと印刷メディアの違いを強調する必要はなく、両者を同質のものと見て規範的論理を組み立てるべきであると考え。確かに、マスメディアの部分規制論や未成熟な基本権たる放送の自由論も十分に傾聴に値する法理論と言える。しかし、マスメディアの部分規制論は、印刷メディアとしての新聞が報道で勇猛果敢に国家権力の不正に立ち向い、追求したという「プレス自由」の歴史的経験をその根拠の一つとするが<sup>4</sup>、現在ではむしろ放送メディアの方がそのような報道をより効果的に行えとも考えられるし、また、放送メディアではなく印刷メディアの方を規制してはならない理由がなお十分とは言い難い。未成熟な基本権たる放送の自由論についても、「プレス自由」の歴史的経験をその根拠の一つとしている点では<sup>5</sup>、部分規制論と同様の批判があてはまるし、また、放送の場合には本当に主観的側面の保障が客観的側面の保障につながらないのか疑問がある。前述したように、一部の権力化した巨大マスメディアの表現の自由は個人のそれとは本質的に異なり、その自由の行使が基本的人権の尊重と国民主権という憲法の二大原則を侵害しかねない事態が生じている。とするならば、そのマスメディアの表現の自由が、個人の持つ表現の自由と量的・質的に大きく変容し、基本的人権の尊重と国民主権という憲法の二大原則を実現するという観点から考えて、個人の持つ表現の自由と同程度の自由を認め得ないと解される場合には、放送メディア・印刷メディアを問わず何らかの規制をすべきであると考え。

つぎに、論点については、繰り返し述べているように、マスメディアの表現の自由と個人のそれとが本質的に異なることを前提にして規範的論理を組み立てるべきと考える。この点、長谷部恭男の議論が大いに参考となる。長谷部は、大要、次のように主張している。すなわち、公共財（社会全体にとっての利益や価値）の中には、時宜に応じて促進され提供されるべきものと、社会に生きる人びとの生き方や考え方の基礎をなすようなものがある。前者にあたるものが道路や橋の建設、ゴミの処理などであり、後者にあたるものが民主的な政治体制や表現の自由などである。そして、このような価値や利益については、これを憲法上の価値と認め、議会による安易な変更を許さず、政治過程から独立した裁判所にその擁護を委ねるといった制度上の工夫が、通常、立憲主義諸国においてはとられている。マスメディアの表現の自由の根拠も、マスメディアの表現活動が公共財としての性格を持つ点にあるとし、マスメディアの表現の自由の重要性を認める（「二種類の公共財」の理論）<sup>6</sup>。しかし、それを前提に長谷部は、人権には、「切り札としての人権」と単なる「憲法上の権利」

とがある。前者は、たとえ公共の福祉に反する場合においても、個人に自律的な決定権の行使を保障すべき人権のことであり、個人の人格の根源的な平等性に由来するものである。これに対して、後者は、社会全体の利益を理由として保障されており、同じ社会的利益の効果的実現のために、あるいはより重要な社会的利益のために制約されるべき権利のことであり、マスメディアの表現の自由を単なる「憲法上の権利」と位置付け、その規制を正当化する（「切り札としての人権」と単なる「憲法上の権利」の区別）<sup>7</sup>。さらに、マスメディアの表現の自由を規制しうる根拠の一つとして、マスメディアが独占的な情報提供者として機能しうるのは、個人や小規模のメディアとは比較にならないほど、巨額の資金を調達し、膨大な情報の収集・処理および伝達の機構を維持する能力を備えているからである。よって、マスメディアの増幅された表現の自由は、巨大な財産権が姿を変えたものなのであると述べている（「財産権」としてのマスメディアの表現の自由）<sup>8</sup>。

確かに、切り札としての人権論には、個人の人格の根源的な平等性というメルクマールで切り札としての人権と単なる憲法上の権利とを明確に区別しうるのか。社会権や参政権は切り札としての人権と単なる憲法上の権利のいずれか。切り札としての人権であっても絶対無制約ではないと考えられるが、それはどのような目的でどの程度制約しうるのか、その合憲性判断基準は何か等の疑問がある。また、財産権としての表現の自由論についても、たとえその表現が、巨大な財産権が姿を変えたものだとしても、その表現の価値は内容によって決せられるべきで、必ずしも要保護性が低いとは限らない。巨大な財産権があることがマイナス評価になるのは不当である等の疑問がある。しかし、かかる難点はあるにしろ、長谷部理論は、憲法規範論として、十分に有用性が認められ、活用しうるものと考えられる。以下においては、この理論を踏まえて論述していく。

本項の最後に確認しておきたいことは、長谷部の財産権としての表現の自由論においても示唆されているが、筆者が規制すべきとしているのは、基本的人権の尊重と国民主権という憲法の二大原則を侵害しかねないような、個人とは本質的に異なる表現の自由を有する一部の権力化した巨大マスメディアの表現の自由についてであり、個人と大差のない小規模のメディアではない。かかる小規模メディアには、個人と同様の表現の自由を認めて差し支えない。今後は、規制すべき巨大マスメディアとその必要がない小規模メディアとの明確な区別基準の設定が課題となる。この基準は、生活保護基準と同様に、社会の状況いかに変わらざるであらう。例えば、巨大マスメディアの報道に左右されずに健全な民意を形成しうる国民からなる国家ならば、規制は緩やかで差し支えない。この点、視聴率や発行部数、資本金、本社・支社の数、従業員数

(あるいは、記者の員数) 過去の報道実績、報道が原因で訴訟を提起された回数・敗訴回数、国民から受けたクレームの回数などに鑑みて、その基準を国民的議論の下で形成していくことになる。

## 第二章 マスメディアの人権享有主体性

前述したように人権の概念があくまで国家の存在を前提にするものと考えれば、憲法の承認があれば法人の人権を認めることも可能となる。それでは、日本国憲法は法人に人権享有主体性を認めているのであろうか。この点、人権の観念が人間以外にも拡張しうるほど柔軟なものであったとしても、マスメディア(営利社団法人たる団体)に認めるのは妥当かが問題となる。これを肯定しない限り、そもそも憲法規範論とはなりえないし、また、マスメディアが人権享有主体でないならば、どのように法規制しても何ら問題はないということにもなりうるからである。

学説上では、肯定説と否定説とが対立している。通常、説かれている否定説の古典的な理由付けとしては、法人は自然人を通じて行動し、その利益は結局自然人に帰することになり、法人の人権享有主体性を論ずる余地はない<sup>9</sup>。歴史的に見て、人権は人間を念頭に置いて成立・発展したものであり、自然権思想に由来し、人間の尊厳という観念に基づいている<sup>10</sup>。法人は、個人が人権を享受する上で必要な法的技術として創設されたものに過ぎない(民法の法人擬制説的発想)。これに対して、肯定説の古典的な理由付けとしては、法人の活動は自然人を通じて行われ、その効果は究極的に自然人に帰属する。法人は現代社会において一個の社会的実在として重要な活動を行っている<sup>11</sup>(民法の法人実在説的発想)。法人は社会における重要な構成要素である。法律上の人には法人が含まれるのが通例である<sup>12</sup>。

この点、肯定説が圧倒的通説になっている。すなわち、古典的な通説の議論は、否定説に対して、現代社会の実態を適切に理解していない。また、法人の人権享有主体性の肯定は、人権の自然権性や人間の尊厳性に矛盾しない等の批判を加え、同説を否定する<sup>13</sup>。そして、法人の法効果は自然人に帰属する(還元説。前述の肯定説の理由付け)。および法人は自然人と同じ活動実体である(実在説。前述の肯定説の理由付け)等を根拠に、肯定説を支持している<sup>14</sup>。ただし、最終的にその効果が帰属する自然人に権利が保障される以上、法人に独立した人権享有主体性を認める必要はないとして還元説を否定する見解も多く<sup>15</sup>、肯定説の根拠の中心は、実在説にあると言えよう。

判例としては、会社(営利社団法人たる団体)の政治献金の可否が争われた八幡製鉄事件がある。この事件において最高裁大法廷判決(1970[昭和45]年

6月24日)は、「会社は、・・・自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他の構成単位たる社会的実在なのであるから、・・・社会的作用を負担せざるを得ない」とし、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、・・・政治的行為をなす自由を有するのである。・・・会社によってそれがなされた場合、・・・これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない」と判示している。この点、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」という判示を根拠に、最高裁も実在説に立ち、法人の人権享有主体性を肯定していると結論付けるのが通説的見解と言える。しかも、法人に自然人と全く同じ程度に政治的行為をなす自由としての政治献金の自由を認めたと判例を解釈するのが一般である。

しかし、長谷部恭男は、最高裁が認めているのはあくまで「憲法第三章に定める国民の権利」(すなわち憲法上の権利)に過ぎず、個人の人格の根源的な平等性を理由とする生来の人権(すなわち切り札としての人権)を法人に認めている訳ではないとする<sup>16</sup>。前述したように長谷部は、個人の人格の根源的な平等性の観点から、切り札としての人権と、憲法上の権利との二種類に人権を分けるが、それを前提に、人格のない法人が持つのは後者であるから、法人の権利は自然人の持つ人権とは異なる政策的制約を被ることになるとする。具体的には、それを憲法上の権利であると認めた、その政策的根拠が自由の制約を要求する場合や、他のより重要な社会的利益と衝突する場合には、覆されるべき権利であると主張する。ただし、法人が社会全体の利益のために特別の役割を担いうる場合には、法人が自然人には認められない特権を享受しうることを認める。かかる観点から、マスメディアには、証言拒絶権や放送用周波数帯の独占的利用権等の特権が認められているとする<sup>17</sup>。そして、会社の政治献金の権利については、個人の政治的意見表明の自由と同様に司法審査によって手厚く保障されるべき権利と解する必要はなく、民主政の過程を公益の実現を目指す理性的な審議と決定の場とする立場からすれば、そのような政治の世界を私的利益による浸食から守るために、合理的な範囲内で政治資金の寄付を制限することは、憲法によっても禁止されていないと解すべきであると述べている<sup>18</sup>。確かに、法理論的には長谷部の主張は十分に成り立ちうるし、結論も妥当であろう。特に、法人の権利が個人の人権とは違い政策的制約を被るとする人権の性質論と、民主政の過程を公益の実現を目指す理性的な審議と決定の場とする民主主義論とから、会社の政治献金の権利を合理的な範囲内で制限する論理はぜひ取り入れたいと考える。しかし、判例の解釈としては、通説の説くよ

うに、最高裁は实在説の立場にたち法人の人権享有主体性を肯定したのであり、しかも法人に自然人と全く同じ程度に政治的行為をなす自由としての政治献金の自由を認めたと解するのが最も素直な解釈であろう。

通説は、かかる判例に対して、会社の巨大な経済力と影響力に鑑み、憲法上、自然人と同一の自由が保障されているとすることには疑問が残るとし、時には公権力に準ずるものとして人権を主張し得ない場合がありうるほか、実質的公平の原理の観点から、その政治活動の自由が自然人の場合よりもより強く規制されることがありうるとして批判している<sup>19</sup>。すなわち通説は、憲法 21 条 1 項の表現の自由の一環として認められている政治活動の自由につき、主体の巨大な経済力と影響力から生じる権力性を根拠に制限することを肯定しているのである。とするならば、かかる通説の理論をマスメディアの自由に対しても同様に適用し、その自由を制限することは不可能ではなかろう。すなわち、権力化した巨大マスメディアの表現の自由を、その巨大な社会的影響力から生じる権力性を根拠に制限するのである。かかる見解に立てば、マスメディアは私的機関として自然人と同様、原則的に諸自由を享受しうる存在であるも、その自由は、権力性を根拠に、外にいる自然人の自由との関係で、特に制限されうるものと考えべきことになる<sup>20</sup>。

このように、法人の人権享有主体性をどの程度まで認めるかについては激しい対立があったものの、従来通説・判例は、实在説を中心的根拠として法人の人権享有主体性につき肯定説を支持してきたのである。しかし、实在説が、法人が社会において自然人と同じく活動する実体であるとする点については、

それは反対に法人の権利を制限する根拠ともなりうるし、また、法人に独立の法人格を認める根拠にはなりえても、ただちに憲法上の権利を認める根拠にはならないとの批判が加えられている<sup>21</sup>。

この点、筆者は、法人の人権享有主体性の問題を、主体・人権・場面・程度の四つの視点から、分析的に考察することを主張したい。すなわち、そもそも法人には、法律上、営利社団法人、一般社団法人、公益社団法人、一般財団法人、公益財団法人、特殊法人、権利能力なき社団・財団など、その目的や能力、規模等の点で、様ざまなものがある<sup>22</sup>。また、法人に認められうる人権にも、様ざまなものがある。この点、通説・判例は、その権利の性質上、団体に対する保障に適しないもの以外、享有可能とする（権利性質説）よって、人身の自由（憲法 18 条・33 条・34 条・36 条など）、生存権（同法 25 条）、選挙権・被選挙権（同法 15 条）等を除いて、法人にも広範に認められうることになる<sup>23</sup>。さらに、法人の人権が問題となる場面にも、法人と対国家との関係、法人と対外的な個人（第三者）との関係、法人とその内部の個人（構成員）との関係の三つが考えられる。それにもかかわらず、これまでの

議論は、主体・人権・場面を明確に限定せず、ただ抽象的に漠然と「法人に人権が認められるか」を議論することが多かった。しかも、学説の大半は、法人が自然人とは異なる特別の規制に服することを肯定しつつも<sup>24</sup>、その異なる特別の規制の具体的な内容・程度については、必ずしも明確にしてこなかったのである。これまでの議論が抽象的で説得力に欠ける嫌いがあった原因はここにあるものと考えている。より分析的視点に立って考察する必要がある。

すなわち、どのような法人の、どんな人権が、どのような場面で、どの程度、保障されるべきなのかを、個別・具体的に検討することにより、緻密で説得的な結論を導きうるものとする。そして、その作業を行う際には、商法学者の上村達男のつぎの問題提起を常に念頭に置く必要がある。「法人をヒト並に扱えば扱うほどにヒトの価値が薄められる。憲法は生身の人間の人権の尊重には熱心だが、法人を人並みに扱うことに対する警戒心は十分であろうか。法人の人権と言え、財産権が論じられることは多いが、それに対する制約原理は抽象的な公共の福祉であり、そこには法人の運営主体ないし法人の運営目的、法人の行動の一切が、基本権を有する人間主役の構造になっているか、といった問題関心は乏しいのではなからうか」<sup>25</sup>。これまでの憲法学では、法人を人並みに扱うことに対する警戒心が極めて乏しかったように思える。法人を人間並に扱えば扱うほど人権が尊重されるかのような錯覚がなかったであろうか。法人の利益が常に人間の利益に直結するものではないことは、企業の業績や資本がいくら上昇しようとも、それがあまり個人の生活の向上に反映されていないように見える昨今の経済状況に鑑みれば、明らかであろう。法人は、時にはモンスターのごとく人間に襲いかかり、人間の人権を侵害するものだという警戒心は決して忘れてはならないであろう<sup>26</sup>。

憲法を積極的に活用して、権力化した巨大マスメディアの社会的弊害から個人を救済することを考える場合に問題となるのは、自己の持つ情報を全国に容易に伝播しえ、社会に大きな影響を与えようような権力化した巨大マスメディア（法的には営利社団法人）の持つ表現の自由（憲法 21 条）である。この点、国家とマスメディア間においては、マスメディアは自然人と同程度に表現の自由を保障されて然るべきであろう。例えば、国家が出版物に検閲を行った場合には、その出版社は国家に対して検閲禁止の原則違反（憲法 21 条 2 項）を主張しうるし、また、そのテレビ局が政府批判を繰り返すことを理由に国家が電波法上の免許更新を拒絶したような場合には、そのテレビ局は国家に対して営業の自由（憲法 22 条 1 項）の侵害のみならず表現の自由の侵害を主張しうる。かかる主張を認めることは、何ら個人の人権を侵害することにはならず、むしろ個人の人権保障につながるからである。

それでは、マスメディアと個人間においても、マスメディアには自然人と同

程度の表現の自由が保障されるのであろうか。

この問題を考えるにあたっては、その前提として、まず憲法の私人間効力の論点を検討する必要がある。憲法が私人間に対して一切、適用されないならば、マスメディアが個人に対して、また反対に、個人がマスメディアに対して、憲法上の人権を主張することはそもそも不可能となるからである<sup>27</sup>。

### 第三節 憲法の私人間効力

憲法を何らかの形で私人間に適用することを肯定するために、憲法の私人間効力の有無という問題設定で、学説上、多くの議論がなされてきた<sup>28</sup>。まず、古典的な議論を概観していく。この点、従来学説には、大別して 憲法の人権規定は私人間には適用されないという見解（無効力説）、 憲法の人権規定を私人間にも直接的に適用しようとする見解（直接効力説）、 憲法の人権規定は私人間に直接的には適用されないが、私法の一般条項（民法 1 条・90 条・709 条等）を憲法の趣旨を取り込んで解釈・適用することによって、間接的に適用しようとする見解（間接効力説）の三説がある。

そして、従来通説は、現代社会においては、国家による人権侵害に勝るとも劣らないほど、私人間における人権侵害が発生しており、それを放置しては憲法の人権保障の趣旨が没却されるとして無効力説を否定する<sup>29</sup>。さらに、直接効力説では、私法の大原則たる私的自治の原則に反しかねない。「国家からの自由」の観念の本質を弱め、かえって国家権力の介入を是認しかねない。伝統的な公法・私法二分論を維持しえなくなる等を根拠に直接効力説をも否定する。その上で、私的自治を損なわずに人権保障を図りうるとして、間接効力説を支持する。ただし、憲法 15 条 4 項を始め、18 条、28 条等、その趣旨・目的からして、当然に私人間に直接適用される条文があることは認める。そして、このように原則的には間接効力説を支持しつつも、アメリカの判例で採用されている国家行為（ステート・アクション）の法理<sup>30</sup>の考え方を採り入れ、私人が国家と同視しうる例外的な場合には憲法を私人間に直接適用する可能性を認める<sup>31</sup>。これが従来通説の論理展開であると言えよう<sup>32</sup>。

また、判例も、間接効力説に立つと評価されている。すなわち、試用期間満了後の思想・信条を理由とする本採用拒否の可否が争われた三菱樹脂事件（1973 [昭和 48] 年 12 月 12 日）において最高裁は、「憲法の右各規定は、・・・国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。・・・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<sup>33</sup>。このように、従来の通説・判例は、間接効力説を支持してきたのである。

しかし、かかる間接効力説に対しては、人権価値の充填解釈の振幅が大きく、裁判官に大きな裁量を認めることになりかねない。間接効力説も直接効力説と差異はなく、両者を区別する実益はないのではないか<sup>34</sup>。およそすべての人権について直接適用か間接適用かを考えるのではなく、個々の基本的人権について個別的に判断すべきではないか<sup>35</sup>等の批判が以前から加え続けられていた。そして、現在の学説では、これらの通説・判例の古典的な論理を踏まえ、様々な議論が展開されている。

この点、特徴的学説としては、まず直接効力説と間接効力説は区別する必要はなく、憲法適用説の名の下に両説を包括しうる。そのうえで、私人間の人権衝突の調整は、異種の人権間の場合には、人権の憲法的価値によって一方の人権に優越的地位を認めるべきであり、同種の人権間の場合には、両者が社会的・経済的に対等の立場にあるかどうかを基準にして決すべきであるという見解がある<sup>36</sup>。確かに、大枠の判断枠組みとしては妥当であろうが、あまりにも抽象的・包括的な基準であり、実際には使えないであろう。

つぎに、国家・被侵害者・侵害者からなる「三面モデル」を使用し、「権利」（保護請求規範）と「自由」（許容規範）を区別して考える見解がある。すなわち、私人間効力の問題を だれが（主体）、どこで（場面）、なにを（内容）、いかにして（方法）適用するのかという四つの問題に分ける。そして、については、立法者のみならず裁判所も主体になりうることを認める。については、国家・侵害者・被侵害者の三面関係において、国家が侵害者・被侵害者の双方に自由を認めている状態と捉える（「三面モデル」）。については、人権を「権利」（保護請求規範）と「自由」（許容規範）とに分け、「自由」と「自由」の衝突の場面では私的自治に委ねればよく国家が救済を行う必要はない。また、「権利」と「権利」の衝突の場面では立法者の憲法的価値衡量に従って解決する。これに対して、「権利」と「自由」の衝突の場面では「権利」を優先し国家は権利侵害の救済を行うべきである（「権利」と「自由」の対置論）。ただし、「自由」の本質保障の部分は保護請求権となり、「権利」と同様の扱いとなる。については、裁判所の利益衡量は排除し、前述の判断枠組を具体的事件にあてはめることによって紛争解決を図るとする<sup>37</sup>。確かに、この見解は分析的視点に立ち、緻密な論理を積み重ねており、学ぶべき点も多い。しかし、多くの学説が主張しているように、保護請求規範としての「権利」と許容規範としての「自由」とをそれほど明確に峻別できるかは疑問である<sup>38</sup>。そして、裁判所の利益

衡量を完全に排除することは、極めて困難であるし、また妥当でもなからう。

また、企業という社会的権力の人権侵害に特に着目し、「企業権力からの自由」という基本権を承認した上で、その直接適用を提唱する見解等が挙げられる。すなわち、日本国憲法の社会国家原理は、個人が社会的権力と対抗する関係がある場合には、法律行為領域においても基本権の直接的第三者効力を根拠付けるものになる。そして、日本型企业社会が人権侵害の温床となっていることから、企業権力からの自由を認め、私人がそのような社会的権力と対抗する場合には当該基本権規定が優越的効力をもって及ぶとする<sup>39</sup>。確かに、現代社会における巨大企業の人権侵害は個人にとって脅威ですらあり、抑制されなければならない。しかし、政党や宗教団体、私立大学などの人権侵害も軽視し得ないのにもかかわらず、なぜ巨大企業のみ考察の対象とするのか不明である。また、具体的に個人が巨大企業に対して、どのような場面で、どのような主張をなしうるのかも明確にはされていない。

最後に、近時有力に主張されている新無効力説とでも称すべき学説とドイツの理論を参照して主張されている基本権保護義務論について、少し詳しく批判的に検討してみたい。

まず新無効力説についてであるが、同説は大要、以下のごとく主張している。すなわち、近代立憲主義の核心をなす「憲法の名宛人は国家である」という思想を曖昧化させないために、憲法は国家と私人とのいわば「縦の関係」にのみ適用され、いわば「横の関係」たる私人間には適用されない。例えば、前述の三菱樹脂事件においても、原告（就職希望者）は思想・信条の自由（憲法 19 条）や平等権（同 14 条）を、また、被告（会社）は職業選択・遂行の自由（同 22 条 1 項）や財産権（同 29 条 1 項）を、あくまで国（裁判所）に対して尊重せよと主張しているのであり、相手方に主張しているのではないとする。よって、憲法は、国と原告間および国と被告間（「縦の関係」）にそれぞれ個別に適用されているに止まり、当事者間（「横の関係」）では憲法はまさに無適用となる。

そして、それに対して、国が原告と被告の人権をどこまで合憲的に制約することが許されるかを考えて“線引き”をする。しかし、両者の人権を合憲的に制約しうる領域には、ある程度の幅がある。よって、裁判ではその幅の範囲内で特定の線引きをしなければならないが、その際には、原告・被告間（「横の関係」）で相互に対立する利益を衡量して結論を出す以外にない。しかし、「横の関係」では憲法は無適用なのだから、「憲法上の人権」が解釈基準となることはない。そこでの解釈基準は、実定法を支える根元的な価値原理たる「個人の尊厳」（社会と構成員の関係において、構成員個々人の側に価値の根元があり、社会はその目的のための手段にすぎないという原理）である。具体的には、それは、「憲法上の人権」を参考にしながら、私人間関係の特質を考慮して必要な修

正を加え、いわば民法を支える根本原理から民法固有の解釈として確定されるとする(いわば「民法上の人権」)<sup>40</sup>。このように、憲法は私人間には一切、適用されることはないと主張する。同説は、前述の三菱樹脂事件最高裁判決も、かかる論理で十分に説明可能であるとして、同判決を無効力説に分類している<sup>41</sup>。

確かに、憲法の私人間効力を認めることにより、私的自治の名の下に「憲法の名宛人は国家である」という思想が曖昧化してしまうと、憲法の規範性が弱められる危険性がある。また、憲法価値の実現を国民に義務付ける結果にもなりかねない<sup>42</sup>。よって、この説は、憲法は国家を拘束するものであり決して個人を拘束するものではないという近代立憲主義の大原則に忠実であろうとするものであり、日本ではとりわけかかる意識が希薄であることからしても、基本的には妥当なものと評しうる。しかし、例えば、巨大マスメディアの記者が第三者の写真を勝手に撮ろうとした場合に、「私には、憲法で認められた肖像権(憲法13条)がある」と主張して、それを拒否できることの意義は大きい。憲法は国家の根本法であり、最高法規である(憲法98条)。憲法を根拠に権利を主張できることは、個人が人権を護るための大きな武器となりうる。そのためには、憲法の私人間効力を何らかの意味で認める必要がある。

そもそも直接効力説や間接効力説が主張されるようになったのは、近代立憲主義の核心をなす「憲法の名宛人は国家である」という思想が非常に大切な憲法原理であることを十二分に認識しつつも、現代社会における私人による人権侵害の甚大性を看過しえないと考えたからであろう。憲法規範の対国家性の原則を堅持しつつも、あくまで例外的に憲法の私人間効力を認める解釈をすることは可能と考える。ただし、その際には、前述の危険性に十分に配慮すべきことは勿論である。また、同説については、「憲法上の人権」と「民法上の人権」とは、どこがどのように違うのかという疑問も生ずる。内容・実体の定かでない「民法上の人権」という概念を持ち出すよりも、あくまで実定憲法の解釈として、その枠内で事案を解決する方が法解釈の安定性も図りうると考える。

つぎに基本権保護義務論についてであるが、同説は大要、以下のごとく主張している。すなわち、国家は、個人の基本権が他人によって侵害されている場面では、その個人を保護する義務、すなわち基本権保護義務を憲法上、負う。よって、国家は、この義務を果たすために必要な立法をしなければならず、また、裁判所も、この義務を果たすために法律を解釈・適用し、必要な法形成をしなければならない。この見解からすると、私法の一般条項(民法1条・90条・709条等)を憲法の趣旨を取り込んで解釈・適用するのは、憲法を間接的に適用するからでは決してなく、国家が憲法上、基本権保護義務を負い、立法・裁判を通じてそれを実現しなければならないからだと説明することになる。これ

はドイツの議論を参考にしたものとされる<sup>43</sup>。そして、この見解は、かかる義務を認める必要性として、現代国家は自力救済を原則として禁止しているにもかかわらず、個人が他人によって基本権を侵害されていても（例えば、殺人や窃盗、暴行、放火等）国家が何もしないでそれを見ていてよいとするならば、国家を認めた意味はないという点を挙げている<sup>44</sup>。

確かに、殺人や窃盗、暴行、放火等で、個人の基本権が他人から侵害されている場合に、国家が何もしないでそれを見ていてよいはずはなく、国家は犯人を逮捕する等して、かかる法益侵害を阻止する義務を負う。しかし、それは国家の憲法上の基本権保護義務などと言うまでもなく、近代憲法成立時の社会契約の一内容であり、むしろ国家の当然の義務であろう<sup>45</sup>。すなわち、無政府、無法状態では自分の生命や財産は自分の力で守るしかなく、よって弱肉強食の世界となり、力の弱い者の権利は常に危険にさらされることになる<sup>46</sup>。しかし、それでは人びとは安穩とした生活を送ることは出来ないから、社会契約を結び、自己の権利の一部の制限に同意し、国家の成立を承認する代わりに、その国家に自らの生命・自由・財産等の安全を委ねたのである。よって、国家は、個人が他人によって基本権を侵害されている場合、当然にそれを阻止する義務を負う。殺人や窃盗、暴行、放火等による法益侵害を阻止する義務は、憲法以前の社会契約の結果、当然に国家に課せられた義務と解すれば足りよう。また、国家の憲法上の基本権保護義務という概念を一般的に認めるならば、憲法上の義務があることを口実にして、かえって私人間に対する国家の不当な介入を招きかねないであろう<sup>47</sup>。

この点も、抽象的に漠然と「憲法の人権規定が私人間に適用されるか」を考えていても、説得的で妥当な結論を導くことは出来ない。また、間接適用説の立場にたつ多くの学説は、個々の事件の解決を図る段階ではケース・バイ・ケースの利益衡量を中心とする個別的アプローチを採ってきた。しかし、利益衡量を中心に事案解決を図ることは、裁判官の裁量の余地を過大にしてしまう危険性が高く、法準則の体系化が是非とも必要となろう<sup>48</sup>。やはり、前述の法人の人権の問題と同様、分析的視点に立つべきである。すなわち、私人間と言っても、自然人相互間、法人と自然人間、法人相互間の三通りが考えられる。そして、<sup>1</sup>の場合には、法人が人権を主張する場合と自然人が人権を主張する場合とが考えられる。後者の場合にのみ憲法の私人間効力を認めるという片面的構成も十分ありえよう<sup>49</sup>。また、適用が問題となっている人権が、自由権なのか、社会権なのか、参政権なのか等、その人権の性質も考慮する必要がある。さらに、<sup>2</sup>の場合には、法人と対外的な自然人（第三者）との関係に適用するのか、あるいは法人とその内部の自然人（構成員）との関係に適用するのかの区別が考えられる。そして、<sup>3</sup>の場合には、その法人が強制加

入団体なのか、それとも 任意加入団体なのかに配慮する必要もあろう。 の方が、構成員の人権を保護する必要性は高いであろう。

そもそも憲法の人権規定を私人間に適用することが模索されたのは、現に人権を侵害され、苦しんでいる人を救済せんとしたからである。とするならば、救済の必要性、すなわち人権侵害の現在性や甚大性、他の救済手段の有無等も考慮しなければ判断できないであろう。むしろこの点が最大の考慮要素といっても過言ではあるまい。現在性の要件が要求されるのは、将来の人権侵害の危険性であれば国会の立法で、また、過去の人権侵害の清算であれば民法の不法行為（同法 709 条）等の活用で対処しうる場合が多いからである。問題となっているそれぞれの場面ごとに、これらの諸点を検討することにより、その適用の有無を個別・具体的に判断することで、緻密で説得的な結論を導きうるもの<sup>50</sup>と考える。

具体的な結論としては、 憲法を適用するまでの必要なしとして無効力とすべき場合もあれば、 憲法を直接的に適用しなければ人権を救済しえないとして直接効力を認めるべき場合もあるし、また、 憲法を間接的に適用しさえすれば十分に人権を救済しうるとして間接効力を認めるに止めるべき場合もありうる<sup>51</sup>と解する。ただし、直接効力を認めた場合、それを契機として憲法を口実にした国家による国民への義務付けが生じかねない点には、特に注意が必要である。すなわち、憲法が直接に国民に対して牙を剥き、解釈権限を手にした国家権力が好き勝手に国民生活を統制する手がかかりとして機能してしまいかねない<sup>51</sup>。よって、何よりも近代立憲主義の大原則たる憲法規範の対国家性の原則を第一義に考える必要があり、直接効力を認めるのは極めて例外的な場面に限るべきである。すなわち、前述の 侵害の現在性や 侵害の甚大性、 他の救済手段の有無等の要件を厳格に問い、さらに 被侵害者からの申立も要件とすべきである。この要件を加えることにより、国家が私人間に対して恣意的に不当介入する危険性を防止できると考える。また、 以後は法律的に処理しうるよう可急的速やかに国会の立法による法整備を図るべきである。すなわち、憲法による処理はあくまで一時的かつ限定的なものと解すべきである。

それでは、権力化した巨大マスメディアが個人の人権を侵害している場合、個人を救済するためにマスメディアと個人間に憲法を適用しうるか。この場合、前述のごとく、憲法の適用が問題となる場面としては、 法人と対外的な自然人（第三者）間と、 法人とその内部の自然人（構成員）間との二通りが考えられる。前者の例としては、テレビ局の虚偽報道により特定の個人が真犯人であると疑われ、社会的に著しい不利益（失業や一家離散等）を受けている場合が、それに対して、後者の例としては、ある新聞社の記者が社の方針に反して、真実追究のため、自己の信念に基づく記事を書こうとしている場合などが考え

られる。仮にこの場面で憲法の私人間効力を認めた場合には、前者では、被害者はテレビ局に対して名誉権・プライバシー権（憲法 13 条）や生存権（憲法 25 条）あるいは反論文掲載請求権（憲法 21 条 1 項）を<sup>52</sup>、また、後者では、記者は新聞社に対して表現の自由（憲法 21 条 1 項）や思想・良心の自由（憲法 19 条）を主張することが考えられる。それに対して、マスメディアはいずれの場合にも表現の自由、あるいはその一環たる報道の自由を主張することになる。

この点、後者の事例はマスメディア内部の問題であり、多少特殊なケースであることから、本章ではより一般的なケースである前者の事例を取り上げ検討していく。例えば、このような場合ならばどうであろうか<sup>53</sup>。すなわち、テレビ局の虚偽報道により特定の個人が凶悪大量殺人事件の真犯人であると疑われ、周囲から白眼視され、一日中、脅迫電話が鳴り、時には、自宅に石を投げ込まれる。また、昼夜を問わず、記者が押し掛け、門前にはテレビ局の中継車が徹夜する。報道が原因で会社から自宅待機を命じられ、妻子は実家に避難している。このままでは、失業・一家離散に追い込まれてしまう。しかし、それに対して、反論する機会は与えられず、たとえ声をあげても巨大マスメディアの集団的過熱報道の前にかき消されてしまう。

かかる場合には、人権侵害の現存性や甚大性は容易に肯定されよう。また、民法の不法行為（同法 709 条）で対処していたのでは、迂遠に過ぎ、他の救済手段も見だし難いことから、迅速かつ実効的な解決を図るべく、憲法による救済の必要性は高い。すなわち、被害者がテレビ局に対して、「私の名誉権やプライバシー権（憲法 13 条）を侵害するから報道を止めてくれ」、「私の生存権（憲法 25 条）を脅かしかねないからメディア・スクラム（集団的過熱取材）は控えてくれ」、「表現の自由（憲法 21 条 1 項）を根拠とする反論文掲載請求権に基づき、私に反論の機会を提供してくれ」等の憲法上の人権を主張することを認めるのである。民法の不法行為一本で対抗するよりも、格段に豊かな権利主張となろう。かかる場合には、憲法を活用して人権を救済することが是非とも必要であると考え、例外的場合として私人間における憲法の直接効力を認めるべきと解する。この点、国家の根本法で最高法規（憲法 98 条）たる憲法に基づく主張だけに、強いインパクト（すなわち強い事実的効力）があり、説得力も高い。また、誰もが知る憲法を根拠とするだけに、その主張に高度な法的知識は不要である。さらに、憲法の積極的活用として、憲法と国民との距離を近づけることにも資するであろう。かかる結論は、間接効力説では導くことは出来ず、直接効力説の採用が必要となる<sup>54</sup>。

この点、かかる場合にマスメディアの表現の自由を制限する根拠として、「権力化した巨大なマスメディアは“社会的権力”あるいは“私的権力”だから、

人権が制限される」と考える見解もある<sup>55</sup>。しかし、社会的権力や私的権力という概念は、実定法に根拠があるものではなく、あくまで法理論として人工的に創り出されたものに過ぎない。特別に人権が制限されるか否かという重大問題のメルクマールとして、かかる概念を用いることは、アメリカのステート・アクションの法理のように判例の集積がある場合は別として<sup>56</sup>、恣意的適用の危険性が高い。すなわち、一体どの程度の規模の法人であれば、この概念に該当するのだろうか。また、例えば、莫大な資金力と社会的地位があり、その地区に絶大な発言力を持つ地元の名士（すなわち団体ではなく個人）はこの概念に該当しえないのか。やはり恣意的適用の可能性を封ずるためには、この概念に該当するか否かを判断するための、さらに緻密な具体的要件の定立が必要不可欠であろう。

筆者は、かかる場合においては、テレビ局や新聞社等のマスメディアは、表現の自由（憲法 21 条 1 項）という人権の享有主体たりうるも、個人の表現の自由との関係で一定の制限を受けると解する。マスメディアが国民の知る権利（憲法 21 条 1 項）の充足のために果たしている役割の重大性に鑑みるならば、マスメディアの表現活動は原則的に自由であるべきであり、それは憲法上、表現の自由条項で保障されるべきである。しかし、マスメディアのかかる自由の行使により、個人の憲法上の人権が現に甚だしく侵害されており、他に救済手段がないような場合には、マスメディアの表現の自由は、専ら当該個人の人権を救済するために、その救済に必要な限度でのみ、制限されうるものと考ええる。

#### 【注】

- 1 浜田純一『情報法』（有斐閣、1993年）14-30,92-95頁。
- 2 長谷部恭男『テレビの憲法理論』（弘文堂、1992年）93-105頁。
- 3 松井茂記『マス・メディア法入門 第3版』（日本評論社、2003年）26-29,245-259頁。
- 4 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』（嵯峨野書院、2001年）167-168頁。
- 5 市川正人『ケースメソッド憲法〔第二版〕』（日本評論社、2009年）161-162頁。

- 6 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992年)14-15頁。
- 7 長谷部恭男『憲法〔第四版〕』(新世社、2008年)101-117頁。
- 8 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992年)36頁。
- 9 佐藤・前掲注(5)424頁。
- 10 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣、1994年)161頁。
- 11 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第四版〕』(有斐閣、2007年)87頁。
- 12 伊藤正己『憲法〔第三版〕』(弘文堂、1995年)200-202頁。
- 13 松井・前掲注(2)308-311頁。
- 14 大久保史郎「学説上の『法人の人権』論」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』(青林書院、2008年)402-404頁。
- 15 長谷部 恭男『憲法 第4版』(新世社、2008年)133-135頁。
- 16 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992年)33頁
- 17 長谷部恭男『憲法〔第四版〕』(新世社、2008年)116-120頁、132-134頁。  
長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992年)32-38頁。
- 18 長谷部恭男『憲法〔第四版〕』(新世社、2008年)133頁。
- 19 松井茂記は、団体による基本的人権には自然人の場合とは異なる保護の限界があるとし、精神的自由についての保護の程度も、とりわけ政治的活動の自由のような領域では低いとする。松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、2002年)309頁。
- 20 マスコミの表現の自由は、その構成員たる記者や編集者の表現の自由との関係でも、制約される契機が存する。すなわち、法人たるマスコミの表現の自由を貫徹しようとするれば、記者は自己の信念に基づく記事を書けなくなるし、

また、編集者は自己の信念に基づく編集が出来なくなってしまう。いかにマスコミが任意加入団体であるにしても、構成員たる記者や編集者の表現の自由を完全に無視することは出来ないであろう。このように、マスコミの表現の自由は、マスコミの内にいる個人（記者や編集者）の表現の自由との関係でも制約される契機が存するのである。芦部信喜『憲法』（岩波書店、2002年）87-89頁。

21 長谷部・前掲注(18) 133-135頁。肯定説の根拠として、前述の還元説と実在説に加え、人間には、個人としての行為とは別に、他者と共同し、役割を分担して、組織体・集団として一つの行為をなす側面があり、個人の行為と区別される集団の行為もまた人権の行使と観念すべき場合がある。議会の立法は、個人と団体・法人のどちらも規律の対象としうるが、後者に憲法の保障がないとすると、集団的行使に関しては法律の規制が無制限となってしまう等を主張する見解も出てきている。宮井清暢「私人間の人権保障」（元山健・建石真公子編『現代日本の憲法』法律文化社、2009年）195頁。

22 これまでの憲法学上、法人の人権という問題を議論する場合、「法人」とは社団法人（すなわち人間の集団）であることが暗黙の前提となっていた。しかし、財団法人（すなわち財産の集団）であっても、その法効果は究極的には寄付行為をした（当該財産を出損した）自然人に帰属し（還元説から）また、自然人と同じ活動実体でもある（実在説から）と解せないことはなく、「財団法人の人権」という議論も十分に成り立ちうるであろう。

23 佐藤・前掲注(5) 425-426頁。前述のごとく、最高裁は、八幡製鉄事件判決において、会社（民事法上、営利社団法人）が“自然人たる国民と同程度”の「政治活動の自由」（憲法上、明文はないが、憲法21条1項の「表現の自由」の一環として認められている精神的自由権）を享有することを承認している。また、会社は、法人税や消費税等を納付することにより、国民の義務である納税の義務（憲法30条）を果たしている。かかる諸点を踏まえ、さらに実在説を徹底するならば、その結論の妥当性は別にして、株主の多数決で行使することを条件に一法人に一票の選挙権を付与したり、また、倒産したならば従業員が路頭に迷い生活しえなくなるとして会社が生存権を主張したりすることも、絶対に成立しない解釈とは言えないのではないか。この点、「権利の性質上、団体に対する保障に適するか否か」という権利性質説のメルクマールは、余りに抽象的で漠然とし過ぎであろう。要件の更なる緻密化が求められよう。

24 芦部・前掲注(14) 88 頁。

25 上村達男「会社法から憲法へ 控えめな質問と期待」(法律時報 81 巻 5 号 日本評論社、2009 年) 35 頁。

26 樋口陽一は、憲法史上の認識の問題として、人権はもともと“中間団体(法人)からの人権”という課題を背負って登場してきたことを忘れてはならず、今日の実定憲法解釈の問題としても、法人の権利主体性が法律以下の法規範によって認められるようになったということと、法人が自然人=個人と同じ意味で憲法上の権利の主体と考えてよいかということとは、別の事柄であると主張している。樋口・前掲注(8) 176 頁。

27 例えば、表現活動に対して自由な領域を設定し、それを保護する政府のサービスも、それ自体、重要な公共財の供給活動であると考え、いわば「公共財保障としての憲法上の権利」を提唱する見解もある。かかる見解からすれば、マスコミの表現の自由もそれが公共財としての性格を持つことが根拠となる。長谷部 恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992 年) 14-15 頁。

28 「憲法の第三者効力の有無」という問題設定で同様の議論をする場合もあるが、「私人間効力」という言い方のほうがより一般的であり、また、分かりやすいと考えることから、以後の記述は「私人間効力」で統一する。

29 アメリカの政治学者シェルドン・ウォリンは、民営化によって公的目標の実現を私的事業を通じて果たそうとする現代の試みは公的事項と私的事項の区別を不明確にし、私的権力という新しい権力の形態を生み、それを“国家の変容”と表現している。Sheldon S.Wolin, *The Presence Of The Past*, Johns Hopkins University Press, 1989, P27. ウォリンの指摘のように、国家権力の民営化が進めば進むほど、公私の境界は不明確となり、私人による人権侵害の危険が高まるであろう。

30 アメリカの判例で採用されている国家行為 (state action) の法理とは、私的行為に州の重大な関わり合いがある場合に、または私的行為に公的な性格や機能がある場合に、私人の行為を政府の行為あるいは州の行為と見なし、その行為が憲法に拘束される、という法理論をいう。榎透『憲法の現代的意義 アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに』(花書院、2008 年) 11-12 頁。

31. アメリカの法学者エルウィン・チェメリンスキーは、人権には私的権力からの自由も含まれるとして、憲法に社会道徳規範としての役割を認めている。Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. Rev., 1985, P503-550. これに対して、同じくアメリカの法学者ロナルド・ドゥオーキンは、真の政治的共同体は、道徳的に独立していなければならないと主張し、市民の政治的、道徳的、倫理的な事柄に介入してはならないとする。むしろ国家は、市民が自分自身で考え、信念に基づく答えが出せるように環境を整備すべきだと主張している。Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, P26.

32. 小山剛「人権の私人間効力」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院、2008年）407-412頁。例えば、現在においてもなお憲法の標準的テキストとされる芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第四版〕』も、かかる流れで記述されている。芦部・前掲注(14) 107-114頁。

33. 後述の高橋和之説が述べているように、この最高裁判例は、無効力説を前提にしても説明が出来ないという訳ではない。確かに、字面で判断するならば最高裁の立場を間接効力説と解することが素直ではあろうが、そのように決めつけることは危険であろう。

34. 芦部・前掲注(13) 311-313頁。結局のところ、三説の具体的な結論に大差ないことは、学説の共通認識となっている。佐藤・前掲注(5) 437-438頁。

35. 松井・前掲注(2) 321-326頁。

36. 有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』（日本評論社、1977年）86頁。

37. 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）76-112頁。

38. 藤井樹也「私人による憲法上の『権利』の侵害」『民商法雑誌 110 巻 2 号』（有斐閣、1994年）323-325頁。山本敬三「現代国家におけるリベラリズムと私的自治」『法学論叢 133 巻 5 号』（京都大学法学会、1993年）25頁。木下智史「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」『神戸学院法学 34 巻 1 号』（神戸学院大学、2004年）118頁。

- 39 三並敏克『私人間における人権保障の理論』(法律文化社、2005年)332-401頁。三並敏克「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」『立命館大政策科学 13 巻3号』(立命館大学、2006年)181頁。
- 40 高橋和之「人権論のパラダイム 私人間効力論を中心にして」『憲法問題・17号』(三省堂、2006年)38-39頁。
- 41 高橋和之「私人間効力論再訪」『ジュリスト・1372号』(有斐閣、2009年)148-161頁。木下智史『人権総論の再検討 私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社、2007年)62-63頁。
- 42 榎透は、「憲法上の諸価値は優れているので、憲法規範は私的領域においても適用されるべきだ」という立場は、憲法に規定される価値に基づいて私的領域の問題を判断するために、私的領域内であっても憲法に反する価値の実現を認めないから、自己の追求したい価値は憲法価値に反しない限り是認されることになり、憲法価値に従うことが市民の義務となるとして、直接効力説の危険性に警鐘を鳴らしている。榎・前掲注(28)167-168頁。君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論再考 その論点の再整理をきっかけに」『東海大学文明研究所紀要 17号』(東海大学、1997年)9-21頁。君塚正臣「伝統的第三者効力論・再考 日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えているのか」『関大法論集 49 巻5号』(関西大学、1999年)98-129頁。
- 43 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』(有斐閣、2004年)8-9頁。山本敬三「基本権の保護と私法の役割」『公法研究 65号』(日本公法学会、2003年)100-105頁。
- 44 山本敬三「基本権の保護と私法の役割」『公法研究・65号』(有斐閣、2003年)107頁。ドイツの判例・学説をもとに、基本権保護義務論を積極的に日本に紹介している小山剛は、従来の基本権問題が国家と個人の二極間の関係を問うものであったのに対して、基本権保護義務論は国家、加害者たる私人、被害者たる私人の三極間の関係を問うものであるとする。小山剛『基本権の内容形成 立法による憲法価値の実現』(尚学社、2004年)94頁。そして、基本権保護義務が対象とする典型的事例は、等しく基本権主体である私人が他の私人の基本権を侵害する場合であり、この時の国家による保護義務の履行は、要保護

者との関係では基本権の擁護を、反対に、侵害者との関係では自由の制限を意味する。よって、基本権は国家の措置の上限を画するだけでなく、必要的下限をも画することになり、それが基本権保護義務論のもたらした成果とする。小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）60頁。

45 もともと国家に国民個人の保護が期待されているのは、保護義務論を待つまでもなく、そもそも国家存立の狙いからして当然のことである。西原博史「保護の論理と自由の論理」西原博史責任編集『憲法2・人権論の新展開』（岩波書店、2007年）304頁。

46 例えば、社会契約論の始祖であるイギリスのトマス・ホッブズが、その著書『リヴァイアサン』の中で、人間の自然状態は闘争状態にあるとし、それを「人は人に対して狼となる」、「万人の万人に対する闘争」と表現したことは、あまりに有名である。トマス・ホッブズ『リヴァイアサン(1)』（水田洋訳、岩波書店、1992年）208-214頁。

47 国家が国民個人の利益を守るのは、ある種あたりまえのことであり、国民個人の利益を守るための侵害的規制が過度にわたらないよう、基本権保障やその他の法治国家的な原理が設けられているのである。結局、立ち戻るべきは、近代立憲主義の根本原則である権力抑制の論理であるとの指摘もある。西原博史『自律と保護』（成文堂、2009年）195頁。

48 後藤光男『国際化時代の人権〔改訂版〕』（成文堂、1999年）6-14頁。

49 前述の国家行為の法理を採用した場合には、国家と同視される法人に憲法が直接適用され、自然人が当該法人に人権を主張することが認められるのだから、結果的に、自然人が法人に人権を主張する場合にのみ憲法の私人間効力を認めるという片面的構成と同様の結論となる。

50 芦部信喜は、第三者効力が直接か間接かは、各基本権の具体的内容、本質および機能、すなわち、規定の趣旨・目的もしくは文言・沿革および機能などに照らして、個別的に検討しなければならないとする。そして、かかる観点からして、問題を「直接適用説か間接適用説か」の二者択一で割り切らず、権利・自由や人権を侵害する私的行為の性質に応じて、個々具体的に多様な角度から、人権保障の精神を実現するような法的構成を試みる必要があると結論付けている。芦部・前掲注(13) 290頁。筆者の見解は、かかる芦部の主張に沿っ

たものであると言えよう。

51 西原・前掲注(40) 294 頁。

52 憲法 21 条 1 項の表現の自由においては反論文掲載請求権までは保障されていないというのが通説・判例（前述のサンケイ新聞事件最高裁判決）であるが、それを肯定することも決して不可能な解釈ではないと考える。日本国憲法において反論文掲載請求権等の反論権を認めることができるかについては、第十章で論ずる。

53 以下の事例は筆者の創作であるが、例えば松本サリン事件でマスコミにより犯人であるかのように報道された河野義行氏が受けた報道被害がいかに凄まじいものであったかは、前述した通りである。この点は、河野義行・浅野健一共著『松本サリン事件報道の罪と罰』（2004 年、新風舎）等で詳述されている。

54 この点、自由の内容をいかに画定するかについての、いわゆる一段階画定説と二段階画定説という思考方法が注目に値する。一段階画定説とは、自由はそれぞれの歴史的時点ですでに一定の輪郭を持つとする見解をいい、これに対して、二段階画定説とは、まず何をしてよい自由（一応の自由）を想定してから公共の福祉によって制約を加え、あるべき自由を考える見解をいう。辻村みよ子「人権と憲法上の権利」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008 年）64-65 頁。後者の見解の方が、私人間効力を肯定しやすいであろう。

55 榎・前掲注(28) 165-170 頁。君塚正臣「アメリカにおけるステイト・アクション理論の現在 いわゆる私人間効力論再検討の道標として」『関大法学論集 51 巻 5 号』（関西大学、2001 年）1-19 頁。

56 榎・前掲注(28) 15-65 頁。

## 第八章 取材源秘匿権および匿名報道原則（憲法規範論）

### 第一節 取材源秘匿権

刑事訴訟法 149 条は、業務上知りえた他人の秘密について法廷で証言を拒むことができる職業を列挙しているが、新聞記者等の報道関係者はこれに入っていない。また、証言拒否事由を列挙した民事訴訟法 197 条にも、報道関係者の取材源秘匿権は明示されていない。しかも刑事訴訟法 161 条には、法廷で正当な理由なく宣誓又は証言を拒んだ者は罰金又は拘留に処すると規定されている。しかし、マスメディア関係者は、通説・判例上、憲法上の権利として、取材源秘匿権を有すると解されている。

すなわち、学説上、表現の自由（憲法 21 条）から報道の自由や報道のための取材の自由を認め<sup>1</sup>、さらに取材の自由を実効あらしめるためにマスメディアの報道関係者に取材源秘匿権を認めるのが通説である<sup>2</sup>。すなわち、取材の自由は、報道機関が取材源にアクセスすること自体の自由と取材の結果を強制的に開示させられない自由という二つの側面から構成される。そのうちの後者を特に取材源秘匿権という。もし取材源を強制的に開示しなければならないとすると、情報提供者に情報の提供を躊躇させ、以後の取材活動に支障を来すばかりではなく、国民にとって有益な情報が一切、公開されない事態ともなりかねず、国民の知る権利（憲法 21 条）を害しかねない。また、内部告発や公益通報制度を実効あらしめ、権力への抑止効果を図るためには、取材源が秘匿されることが必要不可欠と言える。そこで、取材源秘匿権は取材の自由の一環として憲法 21 条で保障されていると考えられているのである<sup>3</sup>。

報道関係者の取材源秘匿権については、判例も基本的には肯定している。すなわち、例えば最高裁は、取材フィルム提出に関する博多駅事件の最高裁決定（1969 [昭和 44] 年 11 月 26 日）を踏まえ、沖縄機密電報漏洩事件（西山記者事件・1978 [昭和 53] 年 5 月 31 日）において、「報道機関の国政に関する報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、いわゆる国民の知る権利に奉仕するものであるから、報道の自由は、憲法 21 条が保障する表現の自由のうちでも特に重要なものであり、このような報道が正しい内容をもつためには、報道のための取材の自由もまた、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない」と判示し、報道の自由や取材の自由が憲法上の保護を受けうることを認めている。また、最高裁は、以前は「憲法の保障は、公共の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせねばならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関し、・・・証言拒否の権利までも保

障したものとどうも認められない」(石井記者事件・1952 [昭和 27] 年 8 月 6 日)<sup>4</sup>とし、報道機関の取材活動における特権的な地位を否定していたが、現在では報道機関の取材源秘匿権を承認している。例えば、近時の証拠調べ共助事件における証人の証言拒絶権について争われた許可抗告事件(2006 [平成 18] 年 10 月 3 日)において、最高裁は「報道関係者の取材源は、一般に、それがみだりに開示されると、報道関係者と取材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来にわたる自由で円滑な取材活動が妨げられることとなり、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になると解されるので、取材源の秘密は職業の秘密に当たるとすべきである」と判示し、報道機関の取材源秘匿権を保護する判断を下している<sup>5</sup>。

この取材源秘匿権が判例上、問題となる典型的ケースが、公務員の守秘義務との関係である<sup>6</sup>。すなわち、例えば国家公務員法では、国家公務員には業務上の機密を外部に漏らしてはならないという守秘義務が定められており、違反には刑罰が科せられている(同法 109 条 12 号)。マスメディアの報道から公務員の守秘義務違反の存在が推認される場合には、犯人逮捕のため取材者に取材源を開示してもらう必要性が生じてくる。また、名誉毀損の慰謝料請求等の民事事件においても、情報の発信元を特定するために情報源開示の必要性が生じうる。まさにこの時に、報道関係者の取材源秘匿権と公正な裁判(憲法 76 条)の実現という公益とが正面から衝突し、その利益の調整が要請されるのである<sup>7</sup>。

この点では、島田記者事件の札幌高裁決定(1979 [昭和 54] 年 8 月 31 日)が注目に値する。これは、名誉毀損事件において証人として証言を求められた新聞記者が証言を拒否した事件であるが、札幌高裁は以下のように述べた。すなわち、「民事訴訟法 281 条 1 項 3 号において『職業ノ秘密』につき証言拒絶が認められている・・・新聞記者の側と情報を提供する側との間において、取材源を絶対に公表しないという信頼関係があって、はじめて正確な情報が提供されるものであり、従って取材源の秘匿は正確な報道の必要条件であるというべき・・・新聞記者の取材源は右『職業ノ秘密』に該ると解するのが相当である。」しかし、「他方、民事訴訟においては、公正な裁判の実現という制度的目的が存するのであるから・・・民事訴訟における公正な裁判の実現の要請との関連において、制約を受けることがあることも否定することはできない。右制約の程度は、公正な裁判の実現という利益と取材源秘匿により得られる利益との比較衡量において決せられるべき・・・。」ただし、「右証拠の必要性は・・・他の証拠方法の取調がなされたにもかかわらず、なお取材源に関する証言が、公正な裁判の実現のためにほとんど必須のものであると裁判所が判断する場合において、はじめて肯定されるべきである。」札幌高裁はこのように述べて記者の証言拒絶権を認めた。この決定は、最高裁で抗告が却下されて確定している。こ

の札幌高裁決定は、依然として、民事訴訟における報道機関の取材源秘匿権についてのリーディング・ケースとしての位置を占めているとされる<sup>8</sup>。この決定は、取材源に関する証言が公正な裁判の実現のためにほとんど必須のものであると裁判所が判断する場合にのみ取材源の開示を強制しうるとして、報道機関の取材源秘匿権に力点を置く比較衡量を行うことを要求しており、高く評価しうると考える。

しかし、かかる決定が存在しているにもかかわらず、近時、東京地裁は、民事賠償が争われた同様の事案で、記者の取材源秘匿を認めず、情報源を開示するように命令した（東京地裁 2006 [平成 18] 年 3 月 14 日）。すなわち、「一定の地位にある者が、その地位にあることで得た情報の漏えいが刑罰法令で禁止されているということは、その情報の開示がわが国の法秩序の中で刑事罰を課すほどの違法性の強い行為であることを意味する。取材源秘匿の実質的な根拠を、自由な情報流通に対する公衆の権利に求めたとしても、開示が禁止された情報の流通に公衆が適法な権利を有しているとは解釈できない。」そして、「記者が取材源の開示を命じられると、それ以後は同様の取材源からの協力を得ることが困難になると予想されるが、当面の場合にそのような結果が生じても、刑罰法令違反行為が行われなくなったことを意味し、法秩序の観点からはむしろ歓迎すべき事柄・・・」よって、「刑罰法令違反行為を犯したことが強く疑われる取材源についての証言拒絶を適法と認めることは、間接的に犯罪行為の隠ぺいに加担し奨励するのに等しい行為・・・民訴法規定の証言拒絶権を認めることは到底許されない。」この東京地裁の決定は、取材源秘匿を適法と認めることが間接的に犯罪行為に加担するのに等しい行為であるとして、取材源の開示を義務付けている。国家公務員の守秘義務違反を摘発・処罰して公正な裁判を実現するという公益を最大限に重視したものと言える。しかし、かかる決定は、報道関係者の取材源秘匿権をほとんど否定するに等しく、妥当なものとは到底、言い難い。事実、この決定は最高裁で覆されている<sup>9</sup>。この決定は、取材源秘匿権についての判例の立場が今後とも揺れ動く可能性があることを示唆していると考えられよう<sup>10</sup>。

取材源秘匿権を重視しすぎると、国家公務員の守秘義務違反の摘発・処罰等が困難となり、公正な裁判を実現するという公益を害しかねない。これに対して、公正な裁判を重視しすぎると、記者の取材の自由や国民の知る権利を害する恐れがあるとともに、権力への抑止効果を図りえない<sup>11</sup>。この問題は、両者の利益をどのあたりで折り合いを付けるかという法解釈問題となる。この点、芦部信喜は、取材源秘匿権については厳格な審査基準によるべきだとし、次のように述べている。すなわち、取材源秘匿権を否定するためには、国は、被疑事件に明らかに適切な情報を記者が保有していると信じるに足る相当の理由

があることを証明し、かつ、右情報は、表現の自由に対してより制限的でない他の選ぶ手段によっては獲得できないこと、および、やむにやまれぬ必要不可欠な他のいかなる利益にも優る利益が右情報に存することを明示しなければならないとする<sup>12</sup>。確かに、少し厳格に過ぎる基準のようにも思われるが、取材源秘匿権の重要性に鑑みるならば、この芦部の見解も十分にありえよう。少なくとも、前述の島田事件札幌高裁決定のように、取材源秘匿権に力点を置く比較衡量を行うことは必要不可欠であると考ええる。

ただし、報道機関に対するかかる取材源秘匿権の保障が、かえってマスメディアの無責任体制を助長している面もある点には注意すべきである<sup>13</sup>。すなわち、例えばあるマスメディアが「捜査関係者の証言によると・・・である」と報道をしたとする。その時、読者・視聴者たる国民が具体的な証言者が誰であるかを知りたいと考え、当該マスメディアに尋ねたとしても、「取材源の秘匿のため答えられない」と拒否されるのが通例である。また、誤報による報道被害が発生した場合に、マスメディア各社に対して誤報の原因となった情報の入手ルートや状況、裏付け取材の有無等について尋ねても、同様の理由で拒否されてしまうのが大半である。そのため、当該記事を書いた記者は、社内処分は格別、少なくとも社会的には全く何の責任を取らされることはない。この点、前述の松本サリン事件においても、あれだけの誤報でありながら公的にその責任をとった記者はただの一人もいない。極端な話、たとえその記事が完全にその記者の捏造だったとしても、裁判にでもならない限り、そのことが対外的に発覚する可能性は極めて低いのである。かかる場合には、マスメディアが社の名誉にかけて、取材源秘匿権を口実に捏造の事実の隠蔽を図る危険性すらありうる。筆者は、松本サリン事件のような重大な人権侵害を惹起した報道被害事件や冤罪事件が発生した場合には、再発防止のためにその発生プロセスを丹念に検証することが必要不可欠であると考ええる。そのためには、事後的に、マスメディアの取材源秘匿権をある程度、制限することも止むを得ないであろう。その際におけるマスメディア規制の在り方、態様が今後の大きな課題となろう。

## 第二節 匿名報道原則

前述したようにスウェーデンの新聞・放送の全てを対象にした報道倫理綱領は、犯罪に対する処罰は法廷で下されるものであり、マスメディアがさらし者にするという罰はあってはいけないという思想に基づいて、犯罪報道の匿名報道原則を採用し、かかる原則の下、政治家、官僚、大企業幹部等の公人以外の一般市民の刑事事件については、被疑者・被告人・受刑者を問わず、氏名は報道されていない。しかし、日本においては、後述する少年事件を除き、伝統的

に実名報道原則が採られてきた。すなわち、被疑者として警察の強制捜査を受けた段階で、氏名、年齢、住所（ただし、市町村程度まで）、顔写真、略歴などの情報が報道されることが原則になっている。既存のマスメディアの大半は、スウェーデンのような匿名報道原則の採用には否定的である。その否定の根拠としては、通常、つぎのような点が挙げられることが多い。匿名報道原則は、無責任な記事や創作記事の出現を助長する可能性がある。また、匿名にすることによって報道の迫真力、さらに事実に対する追求力にまで微妙に影響が出る。

匿名報道にすると捜査機関からマスメディアへの発表そのものが匿名になり（捜査機関の秘密主義の助長）、捜査機関による権力濫用や人権侵害をチェックできなくなる。匿名報道原則は「市民の知る権利」（憲法 21 条 1 項）を奪いかねない。実名報道による犯罪抑止効果が薄れる。実名報道だからこそ冤罪を救える<sup>14</sup>。この点、匿名報道にすると無責任な記事や創作記事が増えるという主張は、まさにジャーナリスト自らが自己の無能ぶりを自認するようなものであり、滑稽ですらある。報道の迫真力や事実追求力は、自己研鑽で習得すべきであり、それこそジャーナリストとしての腕の見せ所であろう。また、

市民の知る権利や権力監視の観点から捜査機関には実名発表を要求する一方で、被疑者の名誉権やプライバシー権（憲法 13 条）等の基本的人権尊重の観点からマスメディアの報道は匿名にすることは決して不合理なことではない。そして、被疑者の実名を報道しなくとも、「市民の知る権利」を充足する記事を書くことは可能であろう。さらに、そもそも犯罪抑止効果は刑罰で実現すべきものであり、実名報道で実現すべきものではない。加えて、権力の不正を暴き、冤罪で苦しむ無辜の市民を救う記事、すなわち被疑者・被告人の無罪を証明する記事には、例外的に実名報道を認めるという手法もありえよう。筆者は、日本においてもかかる匿名報道原則の採用を検討すべき時期に来ていると考える。

これに対して、現行法上、少年については成人とは違う取り扱いがなされている。すなわち、少年法 61 条により罰則の規定はないものの、罪を犯した少年の実名や顔写真を掲載することが禁止されている（推知報道の禁止原則）<sup>15</sup>。よって、マスメディアは、少年犯罪の報道については、年齢、顔写真等を含め実名報道はしていない<sup>16</sup>。その趣旨は、少年法の目的にある。すなわち、それは犯罪少年の処罰ではなく、少年犯罪の原因は少年の人格的な未成熟さにあり、また、少年は人格の可塑性に富んでおり十分に改善するという観点から、国が親となって（国親思想）教育し更正を促して、社会復帰させることである（少年法 1 条）<sup>17</sup>。ただし、財団法人日本新聞協会は、1958（昭和 33）年に発表した「少年法 61 条の取り扱いの方針」の中で、逃走中で、放火、殺人な凶悪な累犯が明白に予想される場合、および指名手配中の犯人捜査に協力する場

合には、氏名・写真を公表できることを新聞業界の慣行として確立したいと宣言していることには注意が必要である。

この点、判例としては、堺市通り魔事件判決が注目に値する。この事件は、1998(平成10)年に当時19歳だった少年が起こした通り魔殺傷事件について、ある雑誌が記事の中で少年の実名及び顔写真などを掲載したことにつき、当該少年が、筆者や出版社などに対して不法行為による損害賠償請求等を求めたものである。その際に少年は、少年法61条に基づき認められている実名で報道されない権利や、プライバシー権・名誉権等の人格権が侵害されたと主張した。第一審の大阪地裁判決(2001[平成11]年6月9日)は、「およそ自然人は、成年であるか少年であるかを問わず、他人に知られたくない私生活上の事実や情報を広く公表されないこと、及び、自己の容貌・姿態をその意に反して広く公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するのであって、中でも、刑事事件につき被疑者とされたという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接関わる事項であるから、みだりに右事実を公表されないことにつき法的保護に値する利益を有する。・・・とりわけ、実名を挙げたうえで原告が犯罪の被疑者であるという事実は原告の名誉に直接関わる事項であり、また過去の非行に関する事実及び家族関係や生い立ちについての事実は、一般人がその立場に立てば公開を欲しない私生活上の事項あって、かつ一般人には未だ知られていない事項と認められることから、原告は、右のような事項をみだりに公表されないことにつき法的保護に値する利益を有すると認められる」と判示し、少年の請求を一部認容した。少年法61条はあくまで少年の改善更生・社会復帰を目的とした刑事政策的規定と解するのが多数説であるにもかかわらず<sup>18</sup>、この判決は、実名報道をされない権利を少年のみならず成年にまで拡張して認めており、非常に注目される。この判決の論理からすれば、成年にも匿名報道原則が認められうることになる。これに対して、名古屋高裁は、「表現の自由とプライバシー権等の侵害との調整においては、表現行為が社会の正当な関心事であり、かつその表現内容・方法が不当なものでない場合には、その表現行為は違法性を欠き、違法なプライバシー権等の侵害とはならない」と規範を定立した後に、「現在においても社会一般の意識から見て犯罪報道における被疑者の特定は、犯罪ニュースの基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事であると観念されているのであるから、被疑者を実名にするかどうかを含めてその特定の仕方、程度の問題は、一義的に決められず、結局は犯罪事実の形態、程度及び被疑者の社会的地位、特質、被害者側の心情、読者の意識、感情等を比較衡量し、かつ、人権の尊重と報道の自由ないし知る権利の擁護とのバランスを勘案しつつ、慎重に決定していくほかない」と判旨し、第一審判決を取消して少年の請求を棄却している。その後、少年側の上告取下げにより、高

裁判決が確定している。高裁判決は、表現の自由を中心に置いた規範を定立していること、また、あてはめで比較衡量の基準を用いていることが特徴として指摘しえよう。このように、少年法 61 条で認められている推知報道の禁止という形での匿名報道原則は、少年の改善更生・社会復帰を目的とした刑事政策的観点から、あるいはプライバシー権・名誉権等の人格権に基づく実名報道をされない権利の観点から認められるとされている<sup>19</sup>。前述のスウェーデンのように、犯罪に対する処罰は法廷で下されるものであり、マスメディアがさらし者にするという罰はあってはいけないという思想に基づくものでは決してない。また、権力の不正を監視するという本来の役割（権力の批判者としての役割）にマスメディアを集中させようという観点も全く存在していない<sup>20</sup>。

この問題を憲法規範的に考えるならば、現行の実名報道原則はマスメディアや国民の表現の自由（具体的には、報道の自由や知る権利。憲法 21 条）から、それに対して、匿名報道原則は被疑者・被告人の名誉権・プライバシー権（憲法 13 条）から導かれるものであろう。この点、実名報道主義の意義として、犯罪者の摘発・処罰を促進し、公正な裁判（憲法 76 条）を実現すること、あるいは犯罪の抑止という公益等を挙げることも出来るかもしれない。確かに、事実上、実名報道によって犯罪者の摘発・処罰が促進したり、あるいは犯罪が抑止されることもありうる。しかし、それらは国家の役割であり、本質的に私的機関であるマスメディアの役割では決してないはずである。それを認めることは、かえってマスメディアの特権意識や報道被害・冤罪を生みかねない。よって、かかる見解は採りえないと考える。また、前述のスウェーデンのような、マスメディアがさらし者にするという罰はあってはいけないという思想や、権力の不正を監視するという本来の役割にマスメディアを集中させようという利益も、あくまで事実論・制度論としては成り立ちうるが、日本国憲法における規範論としては構成しがたいであろう。

このように、この問題が表現の自由（憲法 21 条）と名誉権・プライバシー権（憲法 13 条）との対立の問題であるならば、ノンフィクション作品の中で本人が特定できる形で前科が公表されたことがプライバシー権を侵害するか否かという形で、表現の自由とプライバシー権との利益調整が争われたノンフィクション『逆転』事件最高裁判決（1994 [平成 6] 年 2 月 8 日）が参考になる。すなわち、「前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、・・・事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきもので、その結果、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が優越するとされる場合には、その公

表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができる」とする。この最高裁判例は、ノンフィクション作品による前科等（前科や犯罪経歴）の公表が不法行為責任を問われるのか否かが争われたリーディングケースとされている。ここで使われた等価的比較衡量という審査基準は、後の例えば『石に泳ぐ魚』事件最高裁判決（2002年〔平成14〕年9月24日）でも使用されており、表現の自由（憲法21条）と名誉権・プライバシー権（憲法13条）とを調節する場合の典型的な最高裁の判例理論と言える。確かに、表現の自由の優越性を前提としない等価的比較衡量の手法自体が不当であるとも解しうるし<sup>21</sup>、また、前科の公表の問題と実名報道の問題とは事案としての相違もある。しかし、最高裁判例の基準の中で、実名報道の問題に一番ふさわしいのは等価的比較衡量の基準であると考えられる。この点、少年法61条が関わる少年事件についてであるが、長良川事件訴訟・最高裁判決（2003〔平成15〕年3月14日）<sup>22</sup>も、推知報道によるプライバシー権侵害に基づく不法行為請求について、前述のノンフィクション『逆転』事件最高裁判決が用いた等価的比較衡量の基準を使用して、請求を棄却している<sup>23</sup>。

そこで、あくまで一試論として、等価的比較衡量の基準で実名報道の合憲性を検討してみることにする。確かに、実名報道も表現の一環であるから原理的に表現の自由で認められていると解されるし、また、容疑者や被告人の名前を知りたいという希望も知る権利として保護し得ない訳ではない。しかし、そもそも表現の自由に優越的地位が認められたのは、それが個人の人格の発展・向上に資すること、また、それが民主政を支えることにあったはずである。とするならば、重大凶悪事件ならばまだしも軽微事件の容疑者や被告人の氏名は、社会の関心事とまでは言えず、それを知ることは人格の発展・向上や民主政とは関係が低い。これに対して、実名報道原則は、被疑者・被告人の名誉権・プライバシー権のみならず親族のそれをも大きく損なう危険性がある。また、実名報道をすれば、犯罪者本人の社会復帰を困難にしかねず、治安の維持という公益の面でもマイナスとなる。特に、犯人の子供たちは周囲から白眼視され、十全な人格形成が大きく阻害されかねず、これは人格権の侵害と言える。さらに、その報道が誤りであった場合には、全くの第三者の名誉権・プライバシー権までも大きく損なう可能性がある。前述の堺市通り魔事件・大阪地裁判決のように、名誉権等の人格権から実名報道をされない権利を導く法解釈も十分に可能であろう。そして、マスメディアがさらし者にするという罰はあってはいけないという思想や、権力の不正を監視するという本来の役割にマスメディアを集中させようという利益も、法政策的観点においては十分に考慮に値する。かかる観点からして筆者は、日本国憲法の下では憲法13条により実名報道をされない権利が保障されていると解し、そのいわば制度的な保障として匿名報道

原則が憲法上、要請されると考える<sup>24</sup>。

ただし、つぎのような匿名報道の弊害の指摘には、十分に配慮しなければならない。すなわち、匿名報道に止めた場合、国民一般の間で犯人は誰かという犯人探しが始まり、全く無関係の第三者があらぬ被害（風評被害）を受ける可能性があるとの指摘である。このように、匿名報道によって被疑者の名誉は守られるが、逆に迷惑を被る者が出ることも十分にありえる。よって、安易に匿名報道に踏み切ることとはできず、明確な準則の定立が必要不可欠となる。

匿名報道原則とは、全ての犯罪報道を匿名にすることを主張するものではなく、匿名を原則とし、明確な基準のもとに例外的に実名報道を許容することを提唱するものと考えべきである。その基準にはさしあたり、刑法 230 条ノ 2（事実の真実性の証明）の要件たる、公共の利害に関する事実かどうか。公益を図るためかどうか。真実かどうか、を厳格に適用すべきである。その際、「当事者が公人か私人か」、「行為が公的な事柄に関わるか否か」という点も加味して判断すべきである<sup>25</sup>。また、どの段階で実名報道するのかという問題もある<sup>26</sup>。確かに、実名報道に伴う弊害を完全に回避するため、また、犯罪者の改善更生、社会復帰に資するためには、スウェーデンのように被疑者・被告人・受刑者を問わず、実名報道を一切、禁止すべきであろう。しかし、国民の知る権利の充足のために実名報道が常に必要不可欠とまでは言えないにしても、事案によっては実名報道が国民の知る権利の充足にとって妥当と評価されることがあるのは否定しえない<sup>27</sup>。また、犯罪者の実名を含めた個人的事情（例えば、出身地、学歴、職歴など）を踏まえて事件を事後的に検証、研究することが、刑事政策的観点からして犯罪の予防に資することは言うまでもなからう。そこで筆者は、少なくとも起訴され被告人となる段階までは、匿名報道にするという取り扱いを原則化することを提唱したい。この点、犯罪報道では逮捕段階での報道に重点が置かれるため、逮捕から通常 23 日後となる起訴時点で実名にするのではほとんど意味がないとして、かかる自説に反対する見解もある<sup>28</sup>。しかし、全刑法犯の第一審裁判結果の有罪率は毎年 99.9 パーセントであり、また、起訴されれば公開の法廷で反論する機会も与えられる。そして、このような取り扱いを原則化すれば、少なくとも前述の松本サリン事件のように起訴もされていない無辜の市民が報道被害を受けるという事態は回避しうる。ただし、起訴段階で実名報道を認めるのはあくまで例外的措置であるから、それを認らしうるに足る重大かつ凶悪な事件でなければならず、安易に実名報道を認めるべきではないことはもちろんである。

これに対して、政治家、官僚、大企業幹部等の公人については、別個の取り扱いが必要となる。すなわち、この場合には、国民主権（憲法前文、1 条）や知る権利の充足の観点からして、原則と例外とを逆転させて、逮捕以前の重要

参考人段階からの実名報道を原則とし、匿名とする高度の必要性がある場合に限り例外的に匿名報道を許容すべきである。また、匿名報道主義は、主として被疑者・被告人の利益のためのものであり、本人が承諾している場合にはその意思を尊重することがむしろ妥当であるから、重要参考人段階からの実名報道を認めてよい。さらに、被疑者・被告人の無罪を証明する報道には、実名を出す高度の必要性があり、実際上も前述の三要件（公共の利害に関する事実性、公益目的性、真実性）を容易に充足するであろうから、実名報道が広く肯定されよう。そして、匿名報道により全く無関係の第三者が風評被害を受けたり、また、受ける可能性がある場合には、その者が事件には無関係であることを報道する義務をマスメディアに課すべきである。マスメディアがあえて実名報道をした場合に、実名報道をされた本人の救済策としては、反論権を認め（憲法21条1項）、反論・反駁の機会を保障することが考えられる。この点、日本国憲法において反論権を認めることができるかについては、章を改めて詳述する。

#### 【注】

- 1 以前は、報道の自由は当然には取材の自由をも含むものとするべきではないという見解も強かった。しかし、現在では、表現行為の必然的前提としての取材行為も広い意味での表現行為に包摂されると考えるのが圧倒的通説である。奥平康弘『表現の自由』（有斐閣、1983年）13頁。浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』（有斐閣、2006年）185頁。阪本昌成『憲法理論』（成文堂、1995年）104頁。松井茂記『マス・メディア法入門〔第3版〕』（有斐閣、2003年）192頁。
- 2 浜田純一『情報法』（有斐閣、1993年）21-23頁。鈴木秀美「マスメディアの自由と特権」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』（弘文堂、2005年）158頁。山口いつ子「マス・メディアの表現の自由と個人の表現の自由」西原博史編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2007年）141頁。
- 3 橋本基弘「マスメディアの自由」工藤達郎・畑尻剛・橋本基弘『憲法〔第2版〕』（信山社、2005年）157頁。
- 4 横田耕一「報道の自由と取材源の秘匿」『法学セミナー8月号』（日本評論社、1975年）88-91頁。

5. マスメディアの特権という立論は、ジャーナリストを一般人から差別化するのみならず、ジャーナリスト間の選別へと至ることを免れない。医師や弁護士等と異なり、ジャーナリストについては公的な資格認定制度がないため、対象者の画定という難問が生じる。広義のジャーナリストのうち特定の者だけに憲法上の特権を与えるという発想が基本権論としてどうなのか、また、立法ではなく憲法解釈論によって線引きができるかという疑問は残る。小山剛「取材源の秘匿」『法学教室 236号』(有斐閣、2000年)18-21頁。この点、前述したように、公的なジャーナリスト資格の設立も検討に値すると言えよう。
6. 清水英夫「取材源の秘匿と公正な裁判」『判例タイムズ・399号』(判例タイムズ社、1980年)12-17頁。
7. 小山剛「取材源の秘匿」『法学教室 236号』(有斐閣、2000年)18-21頁。
8. 笹田栄司「取材源の秘匿と公正な裁判」堀部政男・長谷部恭男編『メディア判例百選』(有斐閣、2005年)6-7頁。
9. 藤井樹也「取材の自由」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)122-123頁。
10. 報道関係者の取材源秘匿権については、現行法の解釈によるよりも、立法による解決が望ましいとの指摘もある。ドイツでは、刑訴法・民訴法が報道関係者の取材源についての証言拒絶権を明記している。鈴木秀美「取材源の秘匿と表現の自由」高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百選』(有斐閣、2007年)156-157頁。
11. 奥平康弘は、報道の自由を、情報の自由流通という客観的制度として理解する重要性を指摘する。奥平康弘『憲法』(有斐閣、1993年)201-202頁。
12. 芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』(有斐閣、1998年)299頁。
13. 知る権利によって取材源秘匿権を正当化しようとする論理は、ジャーナリストの特権を強化しようとする一つのレトリックになりかねないという指摘もある。阪本昌成「『知る権利』の憲法論的再検討」『法律時報 57巻 3号』(日本評論社、1985年)15頁。

- 14 浅野健一『新版犯罪報道の犯罪』(新風舎、2004年)336-362頁。
- 15 刑法39条の規定を受けて、心神喪失者が犯罪を行った場合には、マスメディアは匿名で報道している。また、その疑いがある場合も同様である。
- 16 松井茂記は、少年法61条が氏名や顔写真等の報道を包括的・絶対的に禁止しているのは、表現の自由を侵害するとする。また逆に、この限度での推知報道のみを禁止したのでは、少年のプライバシー権を確保し得ないとする。松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか』(日本評論社、2000年)130-139頁。
- 17 少年法61条は「新聞紙その他の出版物」に「掲載」することを禁止している。しかし、同条の立法趣旨が、少年の改善更生等の阻害要因にならないように、不特定多数人の知りうるような報道の禁止にあると考えられることから、インターネットによる公開も含むと解されている。これに対して、口コミで伝播させることは含まれていないと解される。しかし、同条の趣旨を強調し、口コミも禁止されているという見解も存する。子どもの成長発達権の尊重をその根拠とする。山口直也「子どもの成長発達権と少年法61条の意義」『山梨学院大学・法学論集第48号』(山梨学院大学、2001)104-109頁。
- 18 田宮裕・廣瀬健二『注釈少年法』(有斐閣、2001年)431頁。
- 19 61条については、名誉権・プライバシー権等の人格権のみならず、子どもの成長発達権によって根拠付けようとする新しい見解が主張されている。すなわち、少年は、成長発達過程にある子どもの人間としての尊厳として、いまある自律的人格を尊重されつつ、全面的に成長発達する権利を保障されており、推知報道はかかる子どもの成長発達権を害し、名誉権・プライバシー権等の人格権侵害に対する法的責任を問われようとする。葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」『立命館法学271号』(立命館大学、2001年)953-964頁。
- 20 浅野・前掲注(4)365-385頁。
- 21 田島泰彦「ノンフィクションと前科の公表」高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百選』(有斐閣、2007年)138-139頁。
- 22 堺市通り魔事件と長良川事件という少年事件報道についての二件の民事訴

訟は、少年法 61 条の法規範性や立法趣旨が裁判で初めて正面から問われたものであり、マスメディアや学界に大きな衝撃を与え、議論を活性化させたとされる。山下幸夫「少年事件と報道」守山正・後藤弘子編『ビギナーズ少年法』(成文堂、2005 年) 254 頁。少年事件という特殊性があることから、そこでの議論を成人の実名報道原則の問題にそのままあてはめることは出来ない。しかし、実名報道原則の議論は、この二つの最高裁判例を軸に展開されることは間違いないであろう。

23 上村都「少年事件の推知報道」高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百選』(有斐閣、2007 年) 148-149 頁。

24 松井茂記は、事件が公共の利害に関する事実であれば、基本的には犯罪の実名報道は憲法 21 条で保障された表現の自由というべきであり、被疑者・被告人の保護のために政府は実名報道を禁止すべきだとは言えないとする。松井・前掲注(16) 152 頁。しかし、名もなき個人の万引きや痴漢事件が公共の利害に関すると言ええるかは疑問であるし、また、たとえ表現の自由であっても、プライバシー権や名誉権に絶対的に優越するものではない。さらに、本文でも言及したように、実名報道によるプライバシー権・名誉権侵害は、本人にとどまらず、親族にまで及び、特に子どもの成長発達権を大きく侵害しかねない点には、十分に配慮する必要があるであろう。

25 浅野・前掲注(4) 336-337 頁。

26 具体的には、逮捕される前の重要参考人の段階、逮捕され被疑者となった段階、起訴され被告人となった段階、第一審判決が下された段階、判決が確定し受刑者となった段階、それらのいずれの段階で実名報道に転換すべきかが問題となる。

27 例えば、一連のオウム真理教事件のような国家の根幹を揺るがす重大凶悪事件の場合にまで、終始一貫、匿名報道という取り扱いは、国民の知る権利の観点からして問題があるろう。

28 浅野・前掲注(4) 339 頁。

## 第九章 二重の基準論（憲法規範論）

二重の基準論は、日本の憲法学説上、長きにわたり通説的地位を占め、最も有名な憲法理論の一つとなっている。また、日本の最高裁判所も、二重の基準論を採用しているというのが、憲法学における共通の認識と言える。しかし、この二重の基準論を前提にするならば、後述するように、権力化した巨大マスメディアの表現の自由（憲法 21 条 1 項）を制限することにより、憲法的にマスメディアを規制することは著しく困難となる。それでは、説得的なマスメディア規制の論理を構築し、広くマスコミを適正化するという本論文の目的は達成しえない。そもそも二重の基準論は違憲審査基準として本当に有効かつ適切なものと言えるのであろうか。二重の基準論が理論的桎梏となって、かえって自由な憲法解釈が阻害されているということはないだろうか。

かかる問題意識に立脚して、本章では人権の価値体系をもう一度見直していく。そして、新たな人権の価値体系に基づく、新しい違憲審査基準の提唱を試みたいと考える。この点、まず二重の基準論の定義や沿革、内容を押さえた上で、二重の基準論を正当化する根拠について、形式面と実質面とを併せて、批判的に検討してゆく。その後、二重の基準論に対する批判的学説を概観し、判例も見てゆく。そして、以上を踏まえ最後に、試論として、二重の基準論のどこが問題なのかを明らかにした上で、二重の基準論の再構成を行っていく。具体的には、精神的自由の代表たる表現の自由（憲法 21 条 1 項）に対して緩やかな違憲審査基準を認めることの可否および 経済的自由たる職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）や財産権（憲法 29 条 1 項）に対して厳格な違憲審査基準を認めることの可否を検討してゆく。その際には、憲法論を中心としつつも、法哲学、法社会学、比較法学等、関連学問分野にも十分に配慮しながら論を進めて行きたいと考える<sup>1</sup>。

### 第一節 二重の基準論とは

#### 一 定義

この点、二重の基準論を、人権のカatalogueのなかで、精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される合理性の基準は、精神的自由の規制立法については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならないとする理論と解するのが旧来の学説上の通説的見解と言える<sup>2</sup>。また、精神的自由により焦点を当て、個人の自律（自己決定）にとって枢要の人権で、か

つ立憲民主制の維持保全にとって不可欠であって、その意味でそれを保障して行く上で格別な細心の配慮が要請される精神的自由とりわけ表現の自由の領域では、合憲性の推定が排除され、むしろ違憲性の推定原則が妥当すると考えなければならないとする理論と解する見解も注目に値する<sup>3</sup>。このように、二重の基準論の定義は、論者によって多少の違いはあるが、表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法の合憲性よりも、特に厳しい基準によって審査されなければならないとする理論との理解が最大公約数的なものと言える。

## 二 沿革

日本においては、まず 1950 年代後半に一部の学説によって二重の基準論が主張され始めた。この点、1959（昭和 34）年に刊行された伊藤正巳の『言論・出版の自由』がその一例である。そして、それが 1966（昭和 41）年の全通東京中郵事件最高裁判決や 1969（昭和 44）年の東京都教組事件最高裁判決などのリベラルな判例傾向に後押しされ、通説となった。同じく 1969（昭和 44）年の「悪徳の栄え」事件最高裁大法廷判決における田中二郎裁判官の反対意見において、明確に二重の基準論が取り入れられているのは特筆に値する（後に詳述）。そして、ついに二重の基準論は、後述する 1972（昭和 47）年の小売市場開設距離制限事件および 1975（昭和 50）年の薬局開設距離制限事件において、最高裁判所の採用するところとなったのである。かかる最高裁の二重の基準論の採用が余りに恣意的に過ぎると学説上、批判されている点については後に検討する<sup>4</sup>。

## 三 体系的地位

憲法理論としては、まず大前提としてかかる二重の基準論を採用した上で、さらに違憲審査基準の細分化を図るのが判例・学説の傾向である。

すなわち、精神的自由の分野では、その中心となる表現の自由につき、まず文面判断のアプローチを採るべき場合として、事前規制・過度広汎規制という範疇を観念する。この点、行政機関が出版物の発行を事前に差し止める場合がその一例として挙げられる。そして、この場合には、原則として具体的事実の利益衡量を排除して文面審査で合憲性を客観的に判断するという。よって、かなり厳格な違憲審査基準といえる。さらに事実判断のアプローチを採るべき場合として、表現内容の規制と表現内容に中立的な時間・場所・方法の規制とを区別する。この点、前者の例としてわいせつ表現物を事後的に取り締まる場合が、また後者の例として電柱へのビラ貼りを規制する場合が挙げられる。そして、後者には前者に比べて緩やかな違憲審査基準が妥当するという考え方

を採る（表現内容規制・表現内容中立規制二分論）よって、違憲審査基準の厳格度は、<sup>4</sup>、<sup>5</sup>、<sup>6</sup>の順で緩和されてゆくことになる。

これに対し、経済的自由の分野では、職業選択の自由および財産権につき、消極的・警察的規制と積極的・社会経済政策的規制とを区別する。この点、消極的・警察的規制とは、他者の生命・健康等への侵害を防止することを目的とする規制のことであり、例えば医師につき法律で一定の資格要件を定め、免許制とすることが挙げられる。また、積極的・社会経済政策的規制とは、国民経済の円滑な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等を目的とする規制のことであり、例えば中小企業を保護育成するために大企業の営業活動を規制することが挙げられる。そして、後者には前者に比べて緩やかな違憲審査基準が妥当するという考え方を採る（消極目的規制・積極目的規制二分論）。この場合、経済的自由の分野での消極的・警察的規制は、精神的自由の分野での表現内容中立規制とほぼ同じ厳格度の違憲審査基準と言われている。

さらに、それぞれの規制態様（<sup>7</sup>～<sup>8</sup>）に応じて、さまざまな具体的違憲審査基準が主張されている。例えば、事前規制・過度広汎規制においては検閲禁止の法理や漠然不明確の故に無効の法理が、表現内容規制においては明白かつ現在の危険の基準が、表現内容中立規制においてはLRA（より制限的でない他の選び得る手段）の基準が、消極的・警察的規制においては厳格な合理性の基準が、積極的・社会経済政策的規制においては合理性の基準（明白性の基準）がそれぞれ主張されている。よって、日本の憲法上、二重の基準論は、いわば違憲審査基準の出発点たる地位に立つ<sup>5</sup>。このように、二重の基準論が違憲審査基準の出発点たる地位に立つならば、その批判的検討、再構成は、違憲審査基準全体の見直しに通ずる極めて重要なテーマとなる。この点、本章では、規制二分論や具体的違憲審査基準の問題には原則として立ち入らず、二重の基準論それ自体、とりわけその理論的有用性、妥当性について焦点を当て、論じていくことにする<sup>6</sup>。

## 第二節 二重の基準論の根拠と批判的学説

以下、学説において主張されている二重の基準論の根拠およびそれに対する批判について、形式的根拠としての条文上の根拠と実質的根拠としての理論的根拠に分けて検討していく。

日本国憲法においては、まず自由・権利の利用の責任を規定した12条と生命・自由・幸福追求の権利の尊重を規定した13条とに「公共の福祉」の文言が規定されている。両条は、憲法のいわゆる総論部分に位置している。また、職業選択の自由を規定した22条1項と財産権を規定した29条2項とに「公共の

福祉」の文言が再び規定されている。両条は、憲法のいわゆる各論部分に位置している。この点、日本における二重の基準論は、総論部分たる 12 条・13 条に規定された「公共の福祉」の文言を、経済的自由たる 22 条・29 条に規定された「公共の福祉」の文言との関係で、憲法体系上、いかに位置付けるべきかという憲法解釈論の一環としても主張されている<sup>7</sup>。

学説の主流は、人権各論では、経済的自由たる 22 条・29 条のみに特に「公共の福祉」の文言が規定されているのは、そもそも日本国憲法が二重の基準論を前提にしていることの証左であると主張する。そして、12 条・13 条の「公共の福祉」によって、精神的自由を規制する立法は厳しい基準によって合憲性を審査されるとの結論を導き、これに対し、22 条・29 条の「公共の福祉」によって、経済的自由を規制する立法は立法府の裁量を尊重して緩やかな基準によって合憲性を審査されるとの結論を導く<sup>8</sup>。

確かに日本国憲法の条文構造は二重の基準論に親和性を有するように思える。しかし、必ずしもそのように解さなければならない必然性はない。やはり理論的根拠の検討が必須となろう<sup>9</sup>。

多くの学説によって二重の基準論の第一の根拠として挙げられるのが、民主政治のプロセスの理論である。すなわち、経済的自由に対して不当な制約立法が作られたとしても、国民から直接選挙された議員で組織された議会による代表民主政の過程を通じてそれを是正することが出来るので、その限りにおいて裁判所が立法府の広汎な裁量を許容することも認められる。これに対して、精神的自由、とりわけ表現の自由に対する不当な制約立法が作られると、自由かつ公正な選挙に基づき成立する議会により立法の過誤を是正するという民主的な政治過程それ自体の機能が破壊されてしまい、人権侵害が永遠に除去されないという事態が生じてしまう。そのために裁判所が積極的にそこへ介入して立法の合憲性を厳格に審査することが要請されてくる。この点で、精神的自由は、政治機構の根本である代表民主政の過程と特別の関係にあるから、経済的自由よりも重要性が認められる<sup>10</sup>。また、これと同趣旨の内容を立憲民主主義の維持・保全という用語を使って説明する学説も注目に値する<sup>11</sup>。

かかる民主政治のプロセスの理論に対しては、つぎのような疑問が一部の学説によって提起されている。すなわち、通説はこの民主政治のプロセスの理論により、精神的自由の優越的地位を導いているが、民主政治のプロセスの理論において重要なことは、権利が政治参加に不可欠なものかどうかであって、精神的自由であるかどうかではないのではないか<sup>12</sup>。また、かかる理論は、人権に一方向的に価値的な序列を付けるもので、あまりに概念的な発想と言え、不当であるとする批判も根強い。すなわち、確かに基本的人権の内容や性質等に応じて保障に相違のあることは否定できないが、しかし、それらの差異によって

個々の人権に本質的に価値的な序列が付けられるか否かは、なお検討を要する。つまり、基本的人権は、各人の全人格、全生活を包括的、一体的に捉えて、その全体にわたって最高の価値と最大限の尊重が認められる必要があるからである<sup>13</sup>。

経済的自由の一環たる職業選択の自由のコロラリーとしては、政治家になる自由や政治記者になる自由、公務員になる自由等が導かれ得る。これらはまさに国民に多種多様な政治参加の手段を保障する上で必要不可欠の自由であり、まさに代表民主政の過程の維持・保全に直結する。決して安易に制限されてはならない。また、二重の基準論によって一方的に精神的自由の価値的優位を強調することにより、経済的自由に対して最高の価値と最大限の尊重を認めることを等閑視する結果になり、結局、経済的自由の安易な規制につながりかねないと考える。

二重の基準論の根拠を、精神的自由が個人の自律（自己決定）にとって枢要の人権であることに求める見解もある。すなわち、精神的自由は、個人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由だから厳格に審査されるべきものとする<sup>14</sup>。

この見解に対しては、経済的自由たる職業選択の自由や財産権の内在的価値に着目した、つぎのような批判が一部の学説によって為されている。すなわち、経済的自由が精神的自由よりも内在的価値において劣るとするのは、知識人特有の偏見である。例えば、中卒の学歴しかないために、社長と呼ばれるのを生き甲斐にして事業に精を出す者や、一国一城の主として独立して個人タクシーをやりたいと思い、何度も国交省に申請を繰り返す者にとっての経済的自由（具体的には職業選択の自由の一環としての営業の自由）は、自己の学説を発表しようとする大学教授にとっての精神的自由（具体的には表現の自由）と内在的価値において異なるところはない<sup>15</sup>。また、不法に剥奪されることなく財産を所有する権利は、話す権利または旅行する権利に劣らず、実に人格的権利なのである。実際、自由に対する個人的権利と財産に対する個人的権利との間には、根本的な相互依存が存在する。どちらも他がなければ意味をもつことはできないであろう<sup>16</sup>。この点、見方によっては、財産権こそが、人間の生存の基盤であり、社会的福利の基礎であって、一層重要なものと考えられないわけではないのである<sup>17</sup>。

職業こそ人生における最大の自己実現の場として個人の人格的自律に直結するものと言えるし、また、最低限の衣・食・住を賄うに足る財産的基盤があってこそ個人の人格的自律も存在し得るのである。このように、精神的自由と経済的自由とは、相互依存の密接不可分な関係にあると言え、人格的自律にとって必要不可欠である点では何ら変わりはないと考える。かかる観点からして、

この見解は、経済的自由を不当に軽視するものと言えよう。

二重の基準論の根拠を、経済規制の領域での司法の能力の限界に求める見解もある。すなわち、経済的自由の規制は社会・経済政策の問題と関係することが多いので、その規制立法の合憲性判断には様ざまの困難な利益調整と政策判断を必要とするが、本来的に受動的機関たる裁判所にはかかる能力が乏しく、適切受当な判断は為し難い。よって、裁判所は原則的に立法府の政策判断を尊重することが要請される。これに対して、精神的自由の規制は、社会・経済政策の問題と関係することが少ないので、裁判所がその規制立法の合憲性を判断することに困難は少ない。よって、むしろ人権保障のために裁判所の積極的判断が要請されるとする<sup>18</sup>。

それでは、本当に裁判所にはかかる能力が乏しいのだろうか。確かに、裁判所がまったくのゼロから資料を自ら収集し、あるべき最善の政策判断を提示することは困難かもしれない。しかし、立法府の為した政策判断を立法府の収集した資料に基づいて、事後的に、それが憲法の趣旨を満たしているのか否かのみを判断するものとするならば、裁判所にとってさほど困難な作業とは考えられない。また、経済的自由の規制がつねに複雑な社会・経済政策的判断を伴うわけではない。例えば、弁護士の資格要件をいかに法定すべきかという判断が、わいせつ表現をいかに規制すべきかという判断に比べ、裁判所にとってそれほど困難とは思えない。よって、かかる見解もあまりに概念的過ぎると言える。

アメリカ連邦最高裁裁判官だったホームズの意見に象徴される思想の自由市場論も二重の基準論の根拠として多くの学説が承認しているところである<sup>19</sup>。これは法哲学的観点からの主張と言える。

「時が多くの戦闘的教義をひっくりかえしたということ人を理解したとき、彼らは、その欲する究極的な善が思想の自由な交換によってよりよく達せられるということ、すなわち真理の最上のテストは、市場の競争においてみずからを容認させる思想の力であるということ、および真理は、自分たちの欲望を安全に実現することができる唯一の基盤であるということ、みずからの行動の基礎そのものを信ずるよりも、いっそう信ずるようになるだろう。これが、少なくともわが憲法の理論である。」<sup>20</sup>

すなわち、表現の自由を中心とする精神的自由は、思想の自由市場を確保するための前提となる人権だから、経済的自由よりも重要であり、よって厳格な基準でその合憲性が判断されなければならないということである。

かかる思想の自由市場論に対しても、真理は究極において勝利する保障はあるかといった原理的疑念とともに、そもそも自由市場というものは実際上存在しているのか、むしろマスメディアの少数者への集中が一層強まり、論説や報道の画一的傾向が強まっているのが実情ではないかという現実機能面について

の疑念がつきまとっているとの批判が為されている<sup>21</sup>。

実際に思想の自由市場というものが存在しているのかについては、何ら論証が為されていないというのが事実であろう。巨大なマスメディアや国家権力に情報が一極集中して、それらが絶大な力を有している現代社会においては、思想の自由競争の勝者は巨大なマスメディアや国家権力であり、個人は敗者でしかあり得ないといっても過言ではなからう。そもそも思想の自由市場が成り立つ前提条件の存在すら疑わしい。思想の自由市場はもはや単なる幻想なのではなからうか<sup>22</sup>。

法社会学的観点から、つぎのような見解も二重の基準論の根拠として主張されている。すなわち、精神的自由、とりわけ政治的表現の自由を最大限保障することにより、民意に基づく政治権力が形成される。これにより、権力の正当性が担保され、結果的に権力が安定する。よって、精神的自由は厳格な基準でその合憲性が判断されなければならない。この見解は、権力の正当性の担保および権力の安定性の保障に精神的自由が果たす役割を強調するものと言える。また、精神的自由が社会の安定と変化の間の均衡を保つ上で果たす役割に着目した、つぎのような見解もある。すなわち、精神的自由、とりわけ表現の自由を最大限保障することにより、社会における保守と革新とのバランスが取れ、社会の安定と変化の間の均衡が保たれる。これにより、社会の激変を回避し得る。よって、精神的自由は厳格な基準でその合憲性が判断されなければならない<sup>23</sup>。

精神的自由にかかる社会的な機能があることを完全に否定することは出来ないだろう。しかし、だからといってかかる理由付けのみで精神的自由の経済的自由に対する優越性を帰結し、二重の基準論を根拠付けることは到底、不可能である。さらにその論理の飛躍を架橋する理論が要請されよう。

二重の基準論を批判する注目すべき学説として、財産権保障を現代的に再構成する見解がある。この見解は、二重の基準論や表現の自由の優越的地位論によって、表現の自由は財産権保障や営業の自由に比べ、より強く（厳格な審査基準で）保護されるべきであるというドグマを帰結することは出来ても、これでは、なぜ財産権保障は、表現の自由と異なり、広範な立法的制約に服するのかという問いに対する解答とはなり得ないとする。そして、二重の基準論や表現の自由の優越的地位論が前提とする、表現の自由と財産権保障との分断思考それ自体にも批判の矛先を向け、人権価値は自律的・自己決定的人格に、一体として帰属するものとして把握されるべきであり、また、人権価値の体系も、一個の人格の人格的自由を最大化するための、諸々の人権相互の機能的分業を表すものと解すべきとする。かかる観点からして、二重の基準論や表現の自由の優越的地位論は、財産権保障を、表現の自由との構造的連関から断ち切るこ

とにより、自律的人格の包括的自由を支える一機能として、現代的に再構成する途をふさいでしまいかねず、妥当ではないとする<sup>24</sup>。

この見解は財産権の持つ重要性に目を向け、それを正当に評価し、解釈論に反映せんとするものであり、十分に首肯しうる卓見と評し得よう。

二重の基準論を原則的に承認しつつも、さらに精神的自由と経済的自由の両者に通じる新しい形の二重の基準を提唱する見解も注目に値する。この見解は、経済的自由と精神的自由のいずれに属するかを基準が明確でない、例えば生存権や環境権等を二重の基準論との関係でどう処理すべきかを問い、大要つぎのごとく主張する。すなわち、日本国憲法は、13条の幸福追求権や25条の生存権が権利として認められるに至った経緯が示すように、社会的弱者に対する保護という、すべての人権を横断して妥当する原則を組み込んでいる。とするならば、同じ種類の人権について、その置かれている問題状況の違いによって違った論理が適用されるべきである。具体的には、例えば同じ経済的自由の中に、意義の差を認めて、自由競争の敗残者の経済的権利は、25条を根拠にして、自由競争の中で繁栄する者のそれよりも厚く保護すべきである<sup>25</sup>。

この見解は、要するに、精神的自由の場合には13条の幸福追求権を根拠にして、また、経済的自由の場合には25条の生存権を根拠にして、人権を主張する者が社会的弱者か否かによって違憲審査基準の強弱を変えていこうという主張であろう。確かに、いまだ抽象的主張の域を出ない見解ではあるが、しかし、人権それ自体の性質ではなく、人権享有主体の性質によって、違憲審査基準の強弱を変えていこうとの主張は、斬新であり、十分に傾聴に値する。今後の発展が期待される見解と評し得よう。

本節の最後に、通説的な二重の基準論に対して否定的な立場から主張されているプロセス的司法審査理論を検討する。この見解は、日本の学説の間では二重の基準論が広く受容されているにもかかわらず、その具体的内容は定かではなく、その論拠についても必ずしも明確にされてはいないとする。そして、国民主権・民主主義原理に立つ日本国憲法のもとで、司法府がどのような役割を果たすべきかという司法審査の民主主義的正当性の視点を重視する。すなわち、国民主権・民主主義原理のもとで政治プロセスを信頼することが出来ないような状況においてのみ、厳格な司法審査が正当化されると主張する。よって、表現の自由などの政治参加のプロセスに関わる諸権利の制約及び切り離され孤立した少数者に対する差別については、合憲性の推定を排除し、厳格な審査を行うことが正当化されるが、それ以外の場合には、司法府は、国会の判断を尊重し、合憲性を推定した緩やかな審査を行うべきであるとする。この見解は、表現の自由等の精神的自由は経済的自由よりも厳格に審査すべきであるという大枠の結論の点では、従来通説と同様であるが、現実的には違憲判決の可能

性を極めて狭める理論といえ、その思想の根底には司法消極主義があるものと考えられる<sup>26</sup>。

この見解では、職業選択の自由や財産権、あるいは生存権については、厳格な審査が行われることはないことになる。確かに、政治参加のプロセスに関わる諸権利の制約や切り離され孤立した少数者に対する差別の場合は、まさに裁判所の出番といえる。しかし、職業選択の自由等の場合にも、たとえ信頼するに足る政治プロセスが存在していたとしても、それによる是正を待ついとまがない程に、人権が脅威にさらされているということはあるのではないか。その救済をなしうるのは、まさに裁判所のみである。裁判所が厳格な審査を行える場合を、最初から上述の二点のみに限定しなければならない理由が明確ではない。そこまで司法が謙抑的になる必要があるとは思えない。また、この見解が言う「信頼するに足る政治プロセス」とは、具体的にはどのような内容のものなのであろうか。そもそも日本にそれほど信頼するに足る政治プロセスが確立しているかは疑問であろう。この見解は、投票箱による民主政の過程を過大評価する一方で、司法の役割を不当に軽視するものと評しえよう。

### 第三節 判例の検討

日本の最高裁判例において、最初に二重の基準論に言及が為されたのが、悪徳の栄え事件に関する大法廷判決(1969[昭和44]年10月15日)における田中二郎裁判官の反対意見である。この点、多数意見が、表現の自由や学問の自由といえども絶対無制限ではなく、公共の福祉により制限されるものであり、性生活に関する秩序及び健全な風俗を維持するために、これらの自由を制限禁止しても違憲ではない旨、判示したのに対して、つぎのような注目すべき見解を明らかにした<sup>27</sup>。

「この考え方の根底には、表現の自由や学問の自由も、『公共の福祉』の見地からみて必要がある場合には、これを制限することができることは当然であるという、従来、最高裁判所がとってきた伝統的な考え方が流れているように思われる。・・・憲法21条の保障する言論出版その他一切の表現の自由や、憲法23条の保障する学問の自由は、憲法の保障する他の多くの基本的人権とは異なり、まさしく民主主義の基礎をなし、これを成り立たしめている、きわめて重要なものであって、単に形式的に言葉のうえだけでなく、実質的に保障されるべきものであり、『公共の福祉』の要請という名目のもとに、立法政策的な配慮によって、自由にこれを制限するがごときことは許されないものであるという意味において、絶対的な自由とも称し得べきものであり、公共の福祉の要請に基づき法律によって制限されることの予想されている職業選択の自由や居住移

転の自由などとは、その性質を異にするものと考えるのである。」

これはまさしくアメリカの憲法判例により確立した前述のダブル・スタンダードの理論を取り入れたものであり、その後の最高裁判例の先駆けとなった。

最高裁判所が具体的に判例理論として二重の基準論を採用したと解されるものとして、経済的自由権（そのうちの職業選択の自由）の制限についての小売市場開設距離制限事件判決（1972〔昭和47〕年11月22日）と薬局開設距離制限事件判決（1975〔昭和50〕年4月30日）とがある。

先に、小売市場開設距離制限事件判決から検討してゆく。この点、事案としては、小売市場と小売市場の間に適当な距離（700メートル）を置かなければならない旨を定めている小売商業調整特別措置法の規定に反し起訴された者が、同法の距離制限は職業選択の自由を定める憲法22条1項に違反するとして争ったものである。判旨の要約はつぎの通りである。

「憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当である。・・・個人の経済的活動に対しては、社会公共の安全と秩序の維持の見地から、消極的に弊害除去や緩和のための必要かつ合理的規制が許されるのみならず、福祉国家理念のもと、経済的劣位者を保護するための積極的な社会経済政策の実施の一環として、一定の合理的規制を講ずることができ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲とすることができる。」

すなわち、最高裁は、まず二重の基準論を採用することを明らかにした上で、距離制限が積極的・社会経済政策的規制であることを理由に合憲としている。

これに対し、薬局開設距離制限事件判決であるが、事案としては、薬局を開設しようとした者が知事に開設の申請を行ったところ、薬事法の薬局開設の距離制限規定（おおむね100メートル）に抵触するとして不許可処分を受けたので、その取消を求めて出訴したものである。判旨の要約はつぎの通りである。

「職業は個人の人格的価値とも不可分の関連を有するもので、憲法22条1項は狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含している。職業はその性質上、社会的相互関連性が大きいから、職業の自由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と比較して、公権力による規制の要請が強い。憲法22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。・・・一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である

から、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する。また、それが自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するより緩やかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する。薬事法に基づく薬局等の適正配置規制は、不良医薬品の供給や医薬品濫用の危険を防止するための警察的措置であるが、目的と手段の均衡を欠くものであるから、憲法 22 条 1 項に違反する。」

すなわち、最高裁は、まず二重の基準論を採用することを明らかにした上で、距離制限が消極的・警察的規制であることを理由に違憲としている。

上記の両判決に共通して見られる経済的自由が精神的自由より広汎な規制に服する旨の記述を指摘して、最高裁が二重の基準論を採用していると結論付けるのが学説の主流である。ただし、ここで注意しなければならないのは、単に精神的自由の重要性を指摘した判例は多いが<sup>28</sup>、精神的自由が経済的自由と比べより重要だから厳格に審査されるべき旨を明確に述べ、厳格な違憲審査基準を適用した最高裁判例は皆無であることである。すなわち、精神的自由の規制立法に対する違憲審査については、判例は二重の基準論を採用しておらず、むしろ表現の自由(憲法 21 条 1 項)の一環として認められる公務員の政治活動の自由が争われた猿払事件最高裁判決(1974 [昭和 49] 年 11 月 6 日)に見られるごとく、かなり緩やかな規制であっても合憲としている。最高裁判例で二重の基準論が使われて精神的自由の規制立法が違憲とされたことはなく、二重の基準論が使われるのはあくまで経済的自由の規制立法のみである点については、学説において、あまりに恣意的であると批判されている。

猿払事件最高裁判決の事案は、郵政事務官で労働組合の役員であった者が、衆議院議員選挙のためのポスターを公営掲示板に掲示したことについて、国家公務員法 102 条 1 項・人事院規則 14 - 7 に違反するとして起訴されたものである。判旨の要約はつぎの通りである。

「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益に他ならない。したがって、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところである。・・・それが合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものか否かを判断するにあたっては、禁止の目的、禁止の目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である。」

これは、学説上、合理的関連性の基準と呼ばれるもので、かなり厳格度の緩和された基準と言える。最高裁は政治活動の自由という精神的自由の規制立法に対して、かかる緩やかな合憲性判定基準を適用して合憲とした。

筆者は二重の基準論自体に疑問を持っているが、それをひとまず措くとしても、最高裁の手法はあまりに恣意的であり、精神的自由を不当に制限するものとして妥当でないと考える。

#### 第四節 試論

以上のごとき内実を持つ二重の基準論は、果たして憲法理論として有用性、妥当性を有するのだろうか。この点、精神的自由の代表たる表現の自由（憲法 21 条 1 項）と経済的自由の代表たる職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）および財産権（29 条 1 項）とを比較・対照しながら、批判的に検討してゆく<sup>29</sup>。

##### 一 表現の自由と職業選択の自由

12 条・13 条の「公共の福祉」によって精神的自由に対する厳格な違憲審査基準が導かれ、22 条・29 条の「公共の福祉」によって経済的自由に対する緩やかな違憲審査基準が導かれるというように、条文の形式・文理を重視して解釈し、具体的事例をかかると二重の基準によって演繹的に解決しようとする、どうしても表現行為に対する規制は躊躇せざるを得ないし、また、職業に対する規制は緩やかに認められることになる。すなわち、精神的自由とりわけ表現の自由の優越的地位論が一方的に強調され、表現の自由は萎縮的效果を最も嫌うデリケートな人権だから、国家権力が表現過程に関与することそれ自体を厳に回避すべきであるとされる。よって、国家権力に表現価値の選別権を与えることは原則として許されないことになる。これに対し、経済的自由たる職業選択の自由の価値は相対的に軽視され、すべての職業を十把一からげにして、個々の職業の持つ個性を無視して、安易な規制が容認されることになる。しかし、現代社会においては、表現の自由にも、なお緩やかな規制を認めるべき場合があるのではないか。また、職業選択の自由に対する制約にも、その職業の種類によっては、厳格な違憲審査基準で臨むべきではないのか。

現代社会においては、前述したように、巨大化し権力化したマスメディアの人権侵害が社会問題化している。すなわち、巨大なマスメディアが表現の自由の美名の下に人権を侵害するという事態が現実が生じつつある。この点、前述の松本サリン事件に代表される報道被害事例がそれを如実に例証している。この事件でマスメディアから犯人扱いされ、市民社会から抹殺されかけた K 氏がいかに悲惨な経験をしたかは周知の事実である。このように、巨大なマスメディ

アが一個人に対して、いわば魔女狩りの私刑を加えることを決して認めることは出来ない。なぜならば、マスメディアは本来、一私人に過ぎず、かかる権限が法的に認められているわけではないし、また、マスメディアの行動を公正・中立ならしめる手続的保障は何ら為されていないからである。かかる事態の放置は、憲法 31 条の適正手続の保障に実質的に違反する恐れすら存する。かかる状況の下では、巨大なマスメディアの表現の自由に制限を加えることは、相対的に一個人の表現の自由の保障の回復に繋がる。この点、マスメディアと一個人の場合で違憲審査基準を変えることも考えられてよい<sup>30</sup>。

また、表現の自由という表現の中には、いわゆるエロ本・裏ビデオの販売・購入・閲覧の自由、あるいは、自殺マニュアル、殺人・暗殺マニュアル等の有害書籍の出版・購入・閲読の自由等も含まれ得るし、これに対して、職業選択の自由という職業の中には、職業として政治家もしくは政治記者を選択する自由、または、憲法学者もしくは弁護士を選択する自由も含まれる。この両者を較べた場合、どちらが個人の自己実現や国民の自己統治にとって重要かは言うまでもなからう。例えば、女性を単に性欲の捌け口としてしか扱っていないような書物や、また、人の殺害方法を詳述した書物等、社会に対して利益よりも害悪をもたらす有害図書に対しては、一定限度で有効な規制を模索すべきであるし、これに対して、個人の自己実現・国民の自己統治に直結する職業に対する規制は安易に認められるべきではない。すなわち、精神的自由の中にも厳格な違憲審査基準によって審査されるべきものと、そこまでの必要の無いものがあるし、また、経済的自由の中にも、その性質上、緩やかな規制を認めうるものと、なお厳格に解すべきものがあるのである。従来、職業選択の自由を議論する場合、暗に営利的職業が前提とされて来たように思われる。それゆえ、職業選択の自由に対する制約は、安易に認められる傾向にあった。しかし、職業には、純粹に営利的なものから、まさに個人の自己実現・国民の自己統治に直結するものまで多種多様である。個人の自己実現・国民の自己統治に直結する職業に対しては、安易に制約を認めてはならない。まさに職業こそ個人の人生における最大の自己実現の場であることを看過してはならない。この点、職業の内容・性質に応じて、違憲審査基準を変えていこうとする提言は、学説においても、皆無に近かったと思う。

さらに、現代社会においては、経済的自由の一環たる職業選択の自由の保障が、表現の自由享受の不可欠の前提となる場面すら存する。すなわち、個々人が情報の受け手でもあり、また送り手でもあった近代とは異なり、現代では、情報は国家や地方公共団体等の公権力、あるいは、私人ではあるが巨大化し、それ自体、第四権力（時には第一権力）と化したマスメディアに一極集中し、もはや個々人は単なる一方的な情報の受け手であり、情報の送り手となること

は困難となっている（情報の送り手と受け手の分離現象<sup>31</sup>）。かかる現代的状況の下では、職業選択の自由のコロラリーたる職業として公務員や報道記者を選択する自由の保障は、単なる情報の受け手と墮した個人に情報の送り手たる地位を回復させるものとして、効果的な表現の自由享受の前提とならう。現代社会においては、職業選択の自由の保障の貫徹が表現の自由の保障の強化に繋がる場面は多いと思う。このように、精神的自由と経済的自由とは、現代社会においては近似化傾向にあると言える。職業選択の自由が経済的自由であるとして、その制約を安易に認めることは厳に慎むべきである。それぞれの職業の内容・性質に応じて、違憲審査基準を類型化し、職業選択の自由の制約にも、時には精神的自由と同程度の厳格な違憲審査基準の適用を認める余地を肯定すべきである。

## 二 表現の自由と財産権

自分の自由になる財産を持ちたいというのも、古今東西を問わず、人間の原初的欲求である。そして、人びとが生きることに関心があった時代においては、財産の中心は主に生活財（例えば、布団、釜、ちゃぶ台）であったが、生活が豊かになった現代社会においては、財産には、単なる生活財に止まらず、より健康で文化的な生活を確保するためのさまざまな手段が含まれるようになった。例えば、単なる通話の手段であった電話に、種々の機能（メール機能、ファックス機能、留守電機能等）が付加されたり、また、携帯電話が出現したりしたことは、その好例と言える。そして、現代社会においては、いかなる財産を持っているかが、その人間の社会的地位、社会的評価を象徴するという面すら存在している。以前は生活財として没个性的であった財産が、社会が豊かになり、物が溢れて来るにつれて、極めて個性を帯び、所有者自身の個性や人格的価値をも現すようになったのである。このように、財産を所有することが個人にもたらす意味は、単なる経済的なものから、より人格的なものへと大きく変貌しているのである。

かかる状況の下においては、表現の自由と財産権との関係も大きく変化してきている。すなわち、表現手段が限られていた以前とは異なり、現代社会ではさまざまな新しい表現媒体が出現している。例えば、ファックス、携帯電話、テレビ電話、パソコン等がそれである。とりわけ、パソコンをインターネットに接続することにより、一個人が自らの意見を全世界に向けて発信できるようになったことは、画期的な出来事である。パソコンの情報発信力、情報収集力は絶大である。とするならば、かかるさまざまな表現媒体を財産として所有することの保障は、表現の自由の十全な享受に直結する。また、同様のことは他の精神的自由についても当てはまる。例えば、学問の自由（憲法 23 条）について考

えてみると、多くの書物を財産として所有することが学問に資することは言うまでもないし、パソコンを財産として所有することは、その情報収集力の絶大性からして、今後の現代の学問には必須であろう。このように、現代社会では、財産権の保障が精神的自由の十全な享受の前提となる場面が多く生じているのである。すなわち、前述の学説が主張していたごとく、経済的自由と精神的自由とが一体なものとして把握されるべき場面は非常に多いのである。

上述のごとき、現代社会における財産権の持つ意義の重要性からして、財産権に対する安易な規制は厳に回避すべきである。とするならば、財産権の制約立法に対しても、その財産の種類、性質によっては、精神的自由と同様、厳格にその合憲性を審査すべきである。二重の基準論の形式的貫徹はその意味においても妥当ではないと言えよう。より緻密な構成が検討されるべきである。

### 三 再構成

かかる点を踏まえるならば、自由権を精神的なものと経済的なものとに二分し、精神的自由は厳格、経済的自由は緩やかとの基準を所与の前提として議論するのは、妥当な結論を導き得ないことは明らかである。そもそも、精神的自由、とりわけ表現の自由に厳格な違憲審査基準が要請された趣旨が、主として、個人の人格の健全な発展・向上（個人の自己実現）と民主的な政治過程の維持・保全（国民の自己統治）であるとするならば、かかる趣旨から帰納的に合憲性判定基準を導いてはどうか。すなわち、自由権を精神的自由と経済的自由とにまず厳格に二分して違憲審査基準を導く思考を止め、例えば、エロ本を販売する自由、あるいは、弁護士を職業として選択する自由というごとく、自由権をより具体的に把握した上で、個人の人格の健全な発展・向上に資するか、民主的な政治過程の維持・保全に資するか、という点を中心にして、さらに、裁判所にも判断可能か等の点も加味した上で、違憲審査基準の強弱を変えていったらどうだろうか。その際、主体が法人（例えば巨大マスメディア）か私人か、主体が公人（例えば政治家）か私人か、主体が社会的弱者か否か等の諸点も十分に加味すべきである。

よって、例えば巨大マスメディアの表現の自由は一私人の表現の自由に較べてより広く規制され得るし、また、一私人の表現の自由であっても、エロ本を販売する自由は政治活動の自由に較べてより広く規制され得る。職業選択の自由についても、例えば公務員になる自由や報道記者になる自由に対する制限は厳格な違憲審査基準で審査されることになる。さらに、財産権であっても、例えば書物を所有する自由やパソコンを所有する自由に対する制限はなお厳格な違憲審査基準で審査される。この点、精神的自由、とりわけ表現の自由に対して、経済的自由と同様の積極的政策的制約を認めようとする学説および経済的

自由、とりわけ職業選択の自由や財産権に対して、精神的自由と同様の厳格な違憲審査基準を認めようとする学説は皆無に近いが、筆者はあえてこれを主張したい。この場合、条文解釈としては、憲法 12 条・13 条の「公共の福祉」にかかる趣旨を読み込み、憲法 22 条・29 条の「公共の福祉」は、職業選択の自由および財産権には、経験的に言って、強い規制が必要とされる場合が多いことに配慮して付記されたものと考えれば足りよう。ただし、ここで注意しておきたいことは、私見は自由権を精神的自由と経済的自由とに二分し、典型的に考えていく思考法自体を否定しているのではない点である。ただ、精神的自由は厳格、経済的自由は緩やか、と先験的に思考する発想法それ自体を問題にしているのである。二重の基準論の二分論自体はなお有用な理論たり得よう。

以上からして、二重の基準論はマスメディア規制にとって何ら障害とはならないものとする。

#### 【注】

- 1 佐藤幸治は、「『二重の基準論』批判は従来の憲法解釈の骨格にかかわる重大な問題提起であり、憲法観、憲法解釈方法論、人権基礎論、違憲審査制論等々の基本問題に関連しており、簡単に論じきれぬ課題ではない」と述べている。佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」『現代立憲主義の展開・上』芦部信喜先生古稀祝賀記念論文集（有斐閣、1993年）10頁。
- 2 芦部信喜『憲法〔第三版〕』（岩波書店、2002年）100頁。
- 3 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）371頁。
- 4 芦部信喜『憲法学 人権総論』（岩波書店、1994年）213頁。
- 5 芦部・前掲注(5) 227-239頁。
- 6 筆者は、規制二分論や具体的違憲審査基準を絡めて議論することによって、焦点がぼやけて解りにくくなることを恐れる。市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由」『三重大学法経論叢 7 卷 1 号』（三重大学、1989年）54-73頁。
- 7 松井茂記『日本国憲法〔第二版〕』（有斐閣、2002年）334-345頁。

8 江橋崇「二重の基準論」芦部信喜編著『講座憲法訴訟(2)』(有斐閣、1987年)137-140頁。

9 前述のごとく、アメリカにおける二重の基準論は、1938年における連邦最高裁の有名なカロリーヌ判決の中に示されたストーン裁判官の法廷意見によって初めて主張された。そして、日本国憲法がアメリカの主導の下で制定され、公布されたのが1946(昭和21)年11月3日、施行されたのが翌年の5月3日である。とするならば、時期的に見ても、日本国憲法の中に二重の基準論を採り入れるのが立法者意思であり、まさに日本国憲法の条文構造がそれを物語っているとする法解釈も決して不合理な解釈とは言えない。しかし、かかる立法者意思解釈や形式的文理解釈のみで二重の基準論を根拠付ける法解釈は余りに稚拙という他はない。実質的、理論的根拠こそが精査されるべきであろう。君塚正臣「二重の基準論の根拠について」『横浜国際経済法学16巻1号』(横浜国立大学、2007年)1-18頁。

10 芦部・前掲注(5)218頁。

11 佐藤・前掲注(3)371頁。これは換言すれば、表現の自由を中心とする精神的自由が、治者と被治者の自同性を確保することを目的とする民主主義原理における、国民の自己統治に資するということであろう。内野正幸『憲法解釈の理論と体系』(日本評論社、1991年)216-228頁。

12 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、1994年)274-275頁。

13 松井・前掲注(13)276頁。中川剛『基本的人権の考え方』(有斐閣、1991年)101-111頁。

14 佐藤・前掲注(1)23-29頁。これは換言すれば、表現の自由を中心とする精神的自由が、国民一人一人を国政において最大限尊重していくことを目的とする個人の尊厳原理における、個人の自己実現に資するということであろう。奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、1988年)58-63頁。

15 井上達夫「人権保障の現代的課題」碧海純一編著『現代日本法の特質』・第七章(放送大学教育振興会、1991年)65-67頁。

16 江橋・前掲注(9)154頁。

- 17 伊藤正己『言論・出版の自由』(岩波書店、1959年)34頁。
- 18 芦部・前掲注(5)219頁。阪口征二郎「政治過程と司法審査」『東京大学社会科学研究所42巻3号』(東京大学、1990年)115-152頁。
- 19 思想の自由市場論は、真理は思想・情報の自由な交換から生まれるという主張をその核心とする。芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』(岩波書店、1998年)253頁。
- 20 芦部信喜『現代人権論』(有斐閣、1974年)129頁。
- 21 佐藤・前掲注(3)514頁。駒村圭吾「表現の自由の価値・機能・成立条件」『新聞研究所年報No.37』(新聞研究所、1991年)99-123頁。
- 22 思想の自由市場論を批判する見解としては、第十章で言及するアメリカのジェローム・A・パロンが有名である。
- 23 松井・前掲注(13)93-96頁。
- 24 棟居快行『人権論の新構成』(信山社、1992年)256-259頁。
- 25 鵜飼信成『憲法における象徴と代表』(岩波書店、1976年)249-255頁。
- 26 松井・前掲注(13)306-317頁。松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)48-59頁。
- 27 芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」『公法の理論(下)』田中二郎先生古稀祝賀記念論文集(有斐閣、1977年)3頁。
- 28 例えば、1986(昭和61)年6月11日のいわゆる「北方ジャーナル」事件最高裁判決は「主権が国民に属する民主制国家では、・・・表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」と判示している。芦部・前掲注(2)101頁。
- 29 二重の基準論を批判する方法としては、大別して、精神的自由、例えば表

現の自由にも緩やかな違憲審査基準を認めるべきことを論証する方法と、これに対して、経済的自由、例えば職業選択の自由や財産権にも厳格な違憲審査基準を認めるべきことを論証する方法とがある。この点、例えば、井上達夫は職業選択の自由にも厳格な違憲審査基準を認めるアプローチで、また、棟居快行は財産権にも厳格な違憲審査基準を認めるアプローチで、それぞれ二重の基準論を批判していることは前述した通りである。

<sup>30</sup> 学説上、マスメディアを積極的に規制すべきとする見解は皆無に近い。しかし、マスメディアのもたらすさまざまな弊害（例えば、名誉権やプライバシー権の侵害、私生活の平穩の妨害）が社会問題化している今日、ある一定規模以上のマスメディアに限り、厳格な要件の下、法的規制を模索すべきであると考ええる。また、マスメディア規制の一手段として、いわゆる反論権を認めることも検討されてよい。この点は第十章で詳述する。

<sup>31</sup> 情報の送り手と受け手の分離現象は、インターネットの出現により個人が容易に情報の送り手となることが可能となったことから、以前と比較してかなり緩和されたと言えよう。しかし、巨大マスメディアと一私人とでは、やはり情報発信力に格段の相違が存在することから、基本的問題状況に大きな変化はないと考える。

## 第十章 反論権（憲法規範論）

反論権の可否は、日本においては、憲法 21 条 1 項の表現の自由をめぐる論点の一つとされている。しかし、反論権が、マスメディアの有する表現の自由による萎縮的効果を及ぼす危険性を指摘し、学説の大半は否定説に立っている。そして、その立場は、憲法学においては、いわば定説に近く、肯定説は異説として、少数の学者が主張しているのみである。それゆえ、反論権の問題は、表現の自由をめぐる議論の末席に追いやられ、典型的な憲法体系書においても、わずか数行、多くてもせいぜい 1 頁程度で処理されているのが通例である。

かかる現状の下、筆者は本章において、反論権を再検討し、反論権に新たな意義を付与することによって、反論権を積極的に活用する途を模索したい。具体的には、まず反論権の概念を押さえた上で、反論権の現代的意義を考えていく。つぎに、日本における法制度および判例を検討する。そして、通説・判例たる反論権否定説の根拠および少数説たる反論権肯定説の主張を十分に踏まえた上で、試論として自分なりの反論権肯定説を展開したい。その際には、マスメディアの持つ特質、その本質をつねに意識しながら論を進めていきたいと考える。

### 第一節 反論権の概念

日本の学説は、反論権（the right of reply）という概念とともに、いわゆるアクセス権（the right of access）という概念も使用しているが、両者はいずれも多義的概念である。よって、それぞれの具体的内容や両者の関係の捉え方は、論者により微妙なニュアンスの違いがあり、様ざまである。すなわち、反論権とアクセス権とを相互互換的概念と解する見解がある一方、アクセス権をおよそ市民が何らかの形でマスメディアを利用して自己の意見を表明できる権利として広く捉え、反論権はその一部分に過ぎないと解する見解も存在する<sup>1</sup>。この点、通説的見解は、アクセス権を、情報の受け手である一般国民が、情報の送り手であるマスメディアに対して、自己の意見の発表の場の提供を要求する権利と解し、その典型的な内容として、意見広告の掲載を求める権利と反論権とを主張する。その際、反論権を、マスメディアで自己の名誉等につき批判・攻撃された場合に反論文の掲載ないし反論の機会の提供を請求する権利と定義している<sup>2</sup>。このように、反論権を、アクセス権の下位概念、換言すればアクセス権の一内容と考えるのが、学説の一般的理解と言える。

この点、筆者はアクセス権と反論権とをつぎのごとく定義付けして以下の論理を展開していきたいと考える。すなわち、アクセス権を、まず、名誉毀損

を前提として、その救済手段の一つとしての反論する権利（最狭義） 名誉毀損を前提とせず、記事等により批判・攻撃を受けた者が同一のメディアに同一のスペースを使って無料で反論する権利（狭義）〔以上、限定的アクセス権〕

マスメディアが一つの見解を伝えたとき、それと異なる意見を持つ個人・団体が自らの見解を伝えるよう要求する権利（広義） 自己の意見をマスメディアを利用して伝えられる権利（最広義）〔以上、一般的アクセス権〕の四つに分類する。そして、これらのうち、反論権は、 と であり、 を狭義の反論権と、 を広義の反論権と定義する<sup>3</sup>。そのうち、 の狭義の反論権は、民法 723 条にいう「適当な処分」の解釈として反論文掲載が認められるかの問題として議論されているが、学説では否定的見解が多い。これに対して、主として憲法上の議論の対象となるのは、 の広義の反論権を憲法 21 条 1 項の表現の自由を根拠にして認めることができないう問題である。以下、この問題を中心に論を進めていく。

## 第二節 反論権の現代的意義

従来の学説は、まず第一に、現代社会においては、情報が国や地方公共団体等の公権力、あるいは巨大化し、権力化したマスメディアに一極集中し、個々人はもはや情報の送り手では在り得ず、単なる情報の受け手に甘んじざるを得ないという情報の送り手と受け手の分離現象の問題性を指摘する<sup>4</sup>。確かに、パソコンが急激に普及し、インターネット化した現代社会では、誰もが情報の送り手となることや、また、大量で多様な情報を日々受け取ることも次第に可能となりつつある。しかし、かかる情報の送り手と受け手の分離現象の問題性が解消されたものとは、到底、言い難いとする。そして、その状況を打開すべく、表現の自由を情報の受け手の側から再構成した、知る権利を新しい人権として主張する一方、反論権は、マスメディアの巨大化・独占化のもとで情報の受け手の地位に固定化された国民を、一定の範囲内で、送り手の地位に復権させることを目指すものであると主張してきた。また、同時に、そのことを通じて国民の受け取る思想・情報の多様性を確保しようとするものであるとも主張した。このように、従来の通説は、反論権を、個々人の持つ表現の自由を実質化するための一手段として捉えてきた。すなわち、あくまで情報の受け手たる個人の側から反論権を構成していたのである。

しかし、筆者は、反論権をより広い視野から捉え、巨大化し、権力化したマスメディアがもたらす社会的弊害を除去するための一手段、いわばマスメディア規制の一方法と考えたい。すなわち、反論権を、社会的弊害をもたらすマスメディアの側から構成していきたい。前述したように、現代社会では巨大な社

会的権力であるマスメディアは、事実上、国家権力に匹敵するほどの強い影響力を持っている（マスメディアの第四権力化）。かかる状況の下、マスメディアはさまざまな弊害を生み出しつつあり、人権の分野における大原則たる基本的人権の尊重（11条、97条等）や、統治の分野における大原則たる国民主権の原則（憲法前文・1条）といった憲法の定める基本原理をも脅かしかねない事態が生じていることは、前述した通りである。マスメディアがもたらすかかる社会的弊害を除去するための一手段、いわばマスメディア規制の一方法と反論権を再構成し、現代的意義を付与することによって、より憲法価値の実現に資する反論権を産み出し得ると考える。

### 第三節 日本における法制度および判例の検討

#### 一 法制度

まず、日本の法制度について検討する場合、特筆すべきことは、戦前の日本が明治初期以来、前述したフランス型の反論権を採用していた点である。すなわち、1873（明治6）年の新聞紙発行条目16条をその嚆矢とし、1875（明治8）年の新聞紙条例11条を経て、1883（明治16）年4月制定の新聞紙条例29条における正誤請求権で、訂正報道請求権が日本で初めて制度化された。さらに、1887（明治20）年12月制定の新聞紙条例13条では反論文（弁駁書）掲載請求権も規定され、それらが1909（明治42）年5月制定の新聞紙法17条における正誤書、弁駁書掲載請求権に引き継がれた<sup>5</sup>。これは、名誉毀損による不法行為を成立要件とせず、利害関係者自らが執筆した反論文の掲載を請求する権利を認め、まさにフランス型の反論権を採用したものであった。この点、同条は、「新聞紙ニ掲載シタル事項ノ錯誤ニ付」き、「其ノ事項ニ関スル本人又ハ直接関係者」が「正誤又ハ正誤書、弁駁書ノ掲載ヲ請求」し得るものと規定していた。具体的には、正誤は事実的弁明であることを要件としないから、請求者から見て「錯誤」があれば足りると解され、また、記載事項によって直接の影響を受け、これに対して抗弁を為すことに利害関係を持つ本人以外の第三者がすべて「直接関係者」であると解された<sup>6</sup>。このように、同条はかなり広汎に反論権を保障していた。同法は戦後の1949（昭和24）年5月に廃止され、それとともに正誤書、弁駁書掲載請求権の制度も姿を消したが、この制度は、権力や圧力団体に利用される余地があり、新聞にとってかなりの脅威であったとされる<sup>7</sup>。言論・出版の自由と個人の人格的法益保護という民主的な二つの利益に関係し、両者の抵触問題を提起する反論権は、戦前における日本の非民主的体制の中では十分に理解されずに、戦後における占領体制下のGHQ（連合国軍総司令部）指令による出版統制法制の撤廃とともに一括して捨て去られることになったの

である<sup>8</sup>。

これに対して、現行法制度の下では、1950（昭和25）年に制定された放送法4条1項の「訂正又は取消しの放送」の規定、及び、同法45条・52条の「公選による公職の候補者が政見放送につき放送施設を平等に利用することを請求できる権利」を認める規定があるのみであり、マスメディアに対する反論権を認める特別の法律は存在していない<sup>9</sup>。この点、放送法3条の2第1項が定める番組準則（公平原則・公正原則）を規範力のある法的規定と解するならば、間接的ながら現行法における反論権の根拠規定とも解し得るが、学説の大多数が同条項を単なる倫理的・訓示的規定と解していることは、先に述べた通りである<sup>10</sup>。

## 二 判例

日本における反論権についての最初の最高裁判決であり、現在でもリーディング・ケースとされているのは、サンケイ新聞事件判決（1987〔昭和62〕年4月24日）である。これは、おもに広義の反論権についての判例と言える。これに対して、狭義の反論権についての最高裁判例としては、雑誌『諸君！』事件判決（1998〔平成10〕年7月17日）が挙げられる。ともに多くの論点を含み、きわめて重要な判例と言える。よって、以下、両判例の事案と判旨を検討してゆく。

まず、サンケイ新聞事件最高裁判決の事案は、自民党がサンケイ新聞に掲載した意見広告により共産党の名誉が毀損されたとして、共産党が、言論の自由（憲法21条）、人格権と条理、名誉毀損に対する原状回復（民法723条）などを根拠にして、同じスペースの反論文を無料かつ無修正でサンケイ新聞に掲載することを要求したものである。判旨の要約はつぎの通りである。

「私人相互間では、一方が強い影響力を持つ日刊全国紙であっても、憲法21条から直接に、反論文掲載の請求権が他方に生ずるものではない。また、いわゆる反論権の制度は、報道機関（新聞を発行・販売する者）にとっては、反論文の掲載を強制されることになり、そのために本来ならば他に利用できたはずの紙面を割かなければならなくなる等の負担を強いられるので、その負担が批判的記事、ことに公的事項に関する批判的記事の掲載をちゅうちょさせ、憲法の保障する表現の自由を間接的に侵す危険につながるおそれも多分に存する。よって、記事が特定の者の名誉ないしプライバシーに重大な影響を及ぼすことがあるとしても、不法行為が成立する場合は別論として、具体的な成文法がないのに、反論権を認めるに等しい上告人主張のような反論文掲載請求権をたやすく認めることは出来ない。さらに、本件広告は、政党間の批判・論評として、公共の利害に関する事実に係り、その目的が専ら公益を図るものである場合に

当たるから、不法行為は成立しない。」

広義の反論権を否定した当該最高裁判決は、判示から 20 年以上を経た現在でも、リーディング・ケースとして確固たる先例拘束性を有しており、変更される兆しはまったく見られない。このように最高裁が強い意思を表明しているがゆえに、憲法学の通説も判例をほぼ踏襲し、反論権をめぐる議論が停滞していると言える<sup>11</sup>。この点、前述したごとく、巨大化し権力化したマスメディアがもたらす社会的弊害をいかに除去すべきかという観点から、議論を再検討すべきと考える。

つぎに、雑誌『諸君！』事件判決の事案は以下の通りである。すなわち、原告 X は当時、A 新聞社の記者であり、統一後のベトナムを取材・報道した『ベトナムはどうなっているのか？』という本を同新聞社から出版した。他方、被告・B 出版社は、その発行する月刊雑誌『諸君！』に被告 Y の執筆した「今こそ『ベトナムに平和を』」と題する評論を掲載した。この評論中には、原告 X の前記著書から記述が引用され、原告 X の執筆姿勢を批判、論評する記述があった。これに対して、原告 X が、不当な非難、中傷であり、自己の名誉を毀損するものであるとして、反論文の掲載や慰謝料の支払い等を求めて出訴したのが本件である。なお、原告 X は、民法 723 条の「名誉ヲ回復スルニ必要ナル処分」および著作権法 115 条の「名誉若しくは声望を回復するために適当な措置」を根拠として反論文掲載請求権を主張していた。本件最高裁判決は、反論権については第一審判決（東京地判 1992 [平成 4] 年 2 月 25 日）の判断をそのまま正当なものとして是認していることから、第一審判決の判旨を見ていくことにする。判旨の要約はつぎの通りである。

「民法 723 条の処分又は著作権法 115 条の措置としては、通常は、謝罪広告又は謝罪文の交付であるが、これに代えて又はこれと共に、反論文を掲載するが有効、適切である場合には、反論文掲載請求が許容されることもありうると考えられる。しかし、そのためには、その前提として、名誉侵害行為が、民法上の不法行為に当たることを前提とする。この点、本件評論部分が違法性を欠くものであり、したがって、民法上の不法行為ともみられないことは説示したとおりである。したがって、その余の点について判断するまでもなく、反論文掲載請求は、失当である。」

本判決が、民法 723 条の処分又は著作権法 115 条の措置として、民法上の不法行為（民法 709 条）が成立する場合には、反論文掲載請求（狭義の反論権）が許容されることもあり得る旨を判示した第一審判決を是認している点は、特に注目に値する。最高裁も反論権にまったく意義を認めていないという訳では決してないのである。

#### 第四節 反論権への批判、およびそれに対する反批判

この点、学説は、前述のごとく、憲法 21 条 1 項の表現の自由を根拠に反論文掲載請求権を認めることに否定的見解が大半であり、大要つぎのように主張している。

まず、憲法の私人間効力の問題につき、自由権の私人間効力という問題は、私人による自由の妨害を排除するという方向についてだけ問題となりうるのであって、国家による言論の積極的な助成をも問題にするとすると、状況は異なり、多数派思考がより助成され、不評判な思想がいつそう不利な地位しか与えられなくなる危険がある。よって、憲法に私人間効力が認められるか否かという一般論はさて置き、少なくとも表現の自由のごとき自由権の積極的・請求権的側面には私人間効力を認めるべきではないとする<sup>12</sup>。これは、いわば自由権の私人間効力論からの批判と言える。

また、自由が妨害排除を本質とすることからして、言論の自由の保障も、国家からの自由という消極的保護、消極的な妨害排除にとどまるもので、積極的な作為を求める権利、積極的保護までは含意しない。積極的作為を求めることを内容とする反論権の主張は、言論の自由というときの自由の観念そのものを転換することになるとする<sup>13</sup>。これは、いわば自由の本質論からの批判と言える。

さらに、反論権が、報道機関の編集の自由との関係において許される限度であり、かつ、批判的記事ないし報道を差し控える萎縮的效果を表現の自由に及ぼさないような内容のものとなりうるかどうか、そこに最大の問題がある<sup>14</sup>。反論権を法的権利として確立することは、かえってマスメディアをして政治的・経済的強者に対してますます弱い存在たらしめ、その提供する思想・情報を非個人的・画一的ならしめることにならないか。広義の反論権が歴史的には言論抑圧法として登場し機能したことを銘記する必要があるのではないかとする<sup>15</sup>。これは、いわば反論権の効果論・機能論からの批判と言える。

それでは、かかる反論権への批判に対して、いかに反批判すべきだろうか。まず、自由権の私人間効力論からの批判に対してであるが、確かに、憲法は公法だから人権規定は国家対私人の関係において適用され、私人対私人の関係には直接適用されないのが原則である。しかし、憲法 15 条 4 項、18 条、24 条、27 条 3 項、28 条等は、権利の性質上、私人間にも直接適用されると解釈するのが多数説的な見解と言える。このように、憲法は本来的に私人間にも直接適用される規定を含むものなのである。さらに、本来、自由権とのみ解されていたプライバシーの権利（憲法 13 条）に積極的・請求権的側面を肯定し、それに私人間効力を認め、個人情報保護法制がつけられていることに留意すべきである<sup>1</sup>

6。したがって、自由権たる表現の自由に対しても、積極的・請求権的側面を肯定し、それに私人間効力を認めるという解釈も十分に成り立ち得るはずである。

つぎに、自由の本質論からの批判に対してであるが、この点、憲法史上に社会権が登場した際の、財産権制約の論理を借用して反批判することが可能であると考えられる。すなわち、近代市民革命後の18・19世紀における資本主義の生成期においては、自由権たる財産権は絶対視され、その制限は厳に禁忌された。財産権の自由な行使による自由競争さえ認めていれば、神の見えざる手（アダム・スミス）により予定調和的に社会は進歩・発展すると考えられたからである。しかし、20世紀になり、資本主義が高度に発達するにつれて、財産を持つ者と持たざる者との社会が二分し、社会的緊張が生じた。そこで、生存するために必要な財産を持たざる者に対し、それを保障する生存権が保障されることとなった。このことを財産権の側から見れば、財産権の保障が国家から消極的に保護されるだけでなく、積極的に保護されることになったのだと解することができる。

筆者は、これとまったく同じ論理が表現の自由と反論権との関係にも当てはまると解する。すなわち、20世紀においては、表現の自由は絶対視され、その制限は厳に禁忌された。表現の自由による自由競争さえ認めていれば、思想の自由市場（ホームズ裁判官）により予定調和的に社会は進歩・発展すると考えられたからである。しかし、21世紀になり、情報社会が高度に発達するにつれて、有効な表現の手段を持つ者と持たざる者との社会が二分し、社会的緊張が生じた。そこで、有効な表現手段を持たざる者に対し、それを保障する為に反論権が保障されることとなった。このことを表現の自由の側から見れば、表現の自由の保障が国家から消極的に保護されるだけでなく、積極的に保護されることになったのだと解することができる。

このように、表現の自由の保障に、国家からの自由という消極的保護（消極的な妨害排除を求める権利）のみならず、国家による自由という積極的保護（積極的な作為を求める権利）まで含めることは、決して不可能な解釈論ではない。この点、学説が憲法21条1項から知る権利を導き出し、それに社会権的側面（積極的な作為を求める権利としての性格）を認め、国家に対する情報開示請求権の根拠とせんとしていることも、同様の効果を狙った解釈論として指摘し得る。そもそも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うると解するべきである<sup>17</sup>。

さらに、反論権の効果論・機能論からの批判に対してであるが、そもそも前述のごとく、巨大マスメディアが第四権力化し、政治的・経済的強者となり、

憲法の保障する基本原理の実現を阻害しかねないことから、弊害を除去するため、マスメディア規制の一方法として反論権を構想したのであった。とするならば、受刑者の身体的自由の保障が自由刑廃止の理由とはならないのと同様、萎縮的効果論や情報の画一化論は反論権否定の理由とはならない。自ら公器(公的機関)を標榜する巨大マスメディアが前述のごとき社会的弊害を生み出しながら、私人(私的機関)として表現の自由を楯に責任を回避せんとする在り方こそが問われる必要がある。公的機関であるならば、規制は不可避なのである。この点でも、マスメディアはあくまで私的機関の立場にたつべきなのである。マスメディアのもたらす弊害を除去しつつ、言論抑圧法としては機能しない反論権の具体的内容こそが検討されるべきであろう<sup>18</sup>。

## 第五節 反論権を肯定する学説

反論権を含むアクセス権をアメリカ合衆国で初めて明確な形で提唱したのは、1960年代中期における、ジェローム・A・パロンであった。パロンは、つぎのように述べた。すなわち、私たちは、思想の自由市場が存在しているという仮説、いわば表現の自由におけるロマンティックとも言える考え方に呪縛されて、コミュニケーション政策を行っている。しかし、レッセ・フェール(自由放任主義)の経済理論によって、私たちの思想のやり取りを規律することは困難であるし、適切でもない<sup>19</sup>。このようにパロンは、国家の干渉なしに思想の自由市場が維持できるとする表現の自由に関する伝統的憲法理論(思想の自由市場論)をロマンティックだと批判した。さらにパロンは、人間は経済的に交渉する能力について、生まれながらに平等とは言えない。それと同様に、人間は思想を伝達する能力についても、生まれながらに平等とは言えないのである。前者の経済的不平等のみ肯定し、後者の思想的不平等を否定するのは、ドンキホーテのような人間くらいであろうとの認識に立ち、表現の自由に対する一定限度での法的規制を承認した<sup>20</sup>。具体的には、パロンは、メディアの自由を損なうことなくメディアの公平を実現することは可能であり、反論権は表現の自由を実現するプロセスやメカニズムを提供することに資するのだとして、アメリカ合衆国憲法修正第1条により反論権を含むアクセス権が保障されるとした<sup>21</sup>。

このパロンの見解は、日本国憲法に大きな影響を与え続けているアメリカ合衆国憲法において、最初に反論権を主張した学説として、大いに注目に値する。この説は、日本の憲法学にも大きな影響を与えたとされている。反論権肯定説を展開せんとする場合には、必ず踏まえなければならない学説と言える。

それでは、以下、日本の憲法学ではきわめて少数説とされている反論権肯定説をいくつか検討していく。まず最初に、1974(昭和49)年に「アクセス権論」

という論文を発表し、アクセス権や反論権という概念が包括的に日本で議論される嚆矢となった堀部政男の学説を見ていく。堀部は、表現の自由における構造変化を“二極構造から三極構造へ”というフレーズで象徴している。すなわち、近代社会における言論の自由は、理念的には国家からの自由、換言すれば、国家によって言論を抑圧されない自由を意味し、言論の自由をめぐる緊張関係は、国家権力と言論主体との間に存在していた。ここにおいては、メディアと市民は一体となって国家による言論抑圧と戦ってきた。これは、表現の自由における二極構造と把握することができる。ところが、資本主義が高度に発達した現代社会においては、メディアはマス化し、集中化し、独占化の傾向をますます強めているが、一方、一般市民はマスメディアから疎外されている。かかる状況の下、情報の送り手と受け手の分離現象が生じ、しかも、両者の間には、互換性が喪失してきている。ここにおいては、本来、言論の自由の享有主体として一体のものと考えられてきた、メディアと市民の間に一定の対抗関係が生じるようになり、現代的言論状況は、かつてのメディア＝市民対国家という二極構造から、市民とマスメディアと国家という三極構造への移行として特徴づけられるようになったとする。そして、このようなマスメディアと市民の間の対抗関係により、言論の自由の本来的享有主体である市民が、大量的な伝達手段であるマスメディアに対して、自己の意見を何らかの形で伝達するように要求しても、マスメディアが、自らの言論の自由を主張して、市民のアクセスを拒絶する事態が生じている点を指摘する。そして、これがやがて市民とマスメディアとの対立意識を生み出す危険性が高いとする<sup>22</sup>。

したがって、そこからマスメディアと市民の対抗関係を調整するために国家が介入する状況が承認され、市民とマスメディアと国家が、時には相互にチェック・アンド・バランスの関係に立つような、それぞれが三角形の頂点に位置する三極構造が要請されてくる<sup>23</sup>。そこでは、マスメディアは、国民が国政に関与する上で必要な判断材料を提供する機能を果たしている限りにおいて、あるいは国民の知る権利の要求を満たしている限りにおいて、国民から相対的に独立し、みずからの表現の自由を行使し得ると考えるべきである。そして、この信頼関係が破綻した時には、国民の表現の自由の優先性が貫かれるという原則が発動されるべきとする<sup>24</sup>。具体的には、重要な政治的・社会的事項について公平に扱っている限りにおいては、反論の機会を与える必要はないが、それが崩れた時には、たとえ無料ででも反論を認めなければならないとして、原則的に反論権を肯定している<sup>25</sup>。

筆者は、堀部の主張している二極構造、三極構造と対比・対照すべく、マスメディアが国家の側に立ち、ともに市民の基本的な人権を侵害する、市民対国家＝マスメディアという、いわば新二極構造の危険性を指摘したい。すなわち、

巨大化し、権力化したマスメディア（マスメディアの第四権力化）が、国家の側に立ち、ともに市民の基本的な人権を侵害するならば、有効・適切な表現手段を持たない一市民はただ拱手傍観せざるを得ない。法的に私的機関であり、表現の自由の享有主体であるマスメディアが、表現の自由の錦の御旗の下、市民の基本的な人権を侵害する場合には、司法的救済すら著しく困難となりかねない。前述のごとき報道被害や恣意的操作報道等の現代マスメディアがもたらす社会的害悪を見るにつけ、かかる新二極構造の現実化の危険性を痛感する。この点、堀部の主張するごとく、反論権を認め、市民とマスメディアと国家のそれぞれが三角形の頂点に立ち、相互にチェック・アンド・バランスの関係を保つ三極構造の実現が、現代社会においては、ますます要請されてきていると考える。

最後に、すでに新しい人権として確立している知る権利やプライバシーの権利との対比により、反論権を憲法 21 条 1 項に論理的に根拠づける右崎正博の学説を見ていく。この見解は、きわめて説得的である点で特に注目に値する。この見解は、知る権利との対比から憲法 21 条 1 項の表現の自由に反論権の根拠を求め、また、憲法 13 条のプライバシーの権利との対比から反論権に私人間効力を認めている。すなわち、憲法 21 条 1 項の表現の自由が、表現活動が国家によって妨げられないという自由権的保障のみならず、国家に対して情報の開示を積極的に求める請求権的保障まで含み、そこから知る権利が導き出されるという解釈は、一般的に承認されている。この点、同条項は、言論と情報の多様性を維持し、情報の自由な流れを確保するために国家に対して積極的責務を課しているが、それは国民に対してなお抽象的権利の保障を与えるに止まるもので、これを具体化するためには具体的立法による媒介を必要とする。同条項が、このような国家の積極的責務と国民に対する抽象的権利保障とを含むことを考えれば、言論と情報の多様性を維持し、情報の自由な流れを確保するために、一定の場合に反論権を認める立法を制度化することが、同条項の趣旨と矛盾するとは考える必要はない。憲法上の反論権とは、このように知る権利を具体化する情報公開制度の下で認められる情報公開請求権と類似の法構造を持つものとして把握することができるとする。

しかし、このように解したとしても、そこから直ちに私人に対する反論請求権やそれに対応する私人の作為義務が導かれる訳ではないが、この点は、憲法 13 条のプライバシーの権利における議論を援用し得るとする。すなわち、かつて一人で放っておいてもらう権利としてもっぱら消極的な自由権的側面においてのみ捉えられてきたプライバシーの権利が、その後の社会の発展、とりわけマスメディアの集中独占化と情報技術の発展を背景として、今日では自己に関する情報をコントロールする権利、すなわち積極的な請求権的側面を持つ権利と捉え直され、自己情報開示請求権や訂正請求権等の保障を含むものと解され

ている。さらに、それが単に国家に対してのみならず、私人に対しても保障されることを当然の前提として、種々の個人情報保護法制が制定されている。とするならば、それとまったく同様の論理で、本来的に消極的な自由権たる表現の自由に積極的な請求権的側面を認め、そこから反論権を導き出し、私人に対する反論請求権やそれに対応する私人の作為義務を肯定することができるとする。かかる論理で反論権に私人間効力を肯定している。そして、右崎は、結びとして、憲法 21 条 1 項が言論と情報の多様性を維持し、情報の自由な流れを確保すべき国家の責務を通してマスメディアの側に一定の作為義務を課すことがあると考えたとしても決して不当ではなく、現代のマスメディアの状況を前提にすれば、反論権は広く認められるべき旨を述べている<sup>26</sup>。

筆者は、かかる右崎の見解が、憲法論、すなわち憲法 21 条 1 項の解釈論として、反論権を説得的に論証している点で、前述のアクセス権と反論権の概念区別の見解とあわせて、きわめて高く評価し得ると考える。知る権利やプライバシーの権利を引き合いに出して論証していることが説得力を増している。今後の発展が期待される卓見と評し得よう。

## 第六節 試論

憲法 21 条 1 項の表現の自由により、サンケイ新聞事件のごとき事案において反論権（広義）を肯定するためには、つぎの各要件が満たされなければならない。まず、憲法 21 条 1 項の表現の自由が私人間にも直接適用されること。また、同条同項が反論文掲載請求権を法的権利として保障していること。さらに、その反論文掲載請求権が直接に裁判規範性を持つ具体的権利であるか、少なくともそれが立法を待って初めて裁判規範性を持つ抽象的権利であること。この場合、具体的権利と解するならば権利内容を憲法解釈により確定することが必要となるし、これに対して、抽象的権利と解するならば必要とされる立法の具体的内容の検討が必要となる。

思うに、前述したごとく、巨大化し、権力化したマスメディアが、個人の基本的人権を侵害し、また、第四権力化していることから、憲法の大原則たる基本的人権の尊重を実現し、国民主権を十全に機能させるためには、マスメディアを有効かつ適切に規制することがぜひとも必要となる。そこで、マスメディアがもたらす社会的弊害を除去するための一手段、いわばマスメディア規制の一方法として、反論権（その中心は反論文掲載又は放送請求権）を法的権利と解して積極的に活用することを提唱したい。

反論権の条文上の根拠としては、前述のごとく、憲法 21 条 1 項の表現の自由の保障に、国家からの自由という消極的保護（消極的な妨害排除を求める権利）

のみならず、国家による自由という積極的保護（積極的な作為を求める権利）まで含めて考えた上で、同条項を活用すべきである。確かに、反論権の趣旨を、マスメディアがもたらす社会的弊害の除去と解する以上、表現の自由による根拠を求めなければならない必然性はない。むしろ憲法 13 条の幸福追求権に根拠を求める方が素直のようにも思える。しかし、反論権の趣旨をそのように解したとしても、反論権が結果的にマスメディアの表現の自由を大きく制約する可能性を有する以上、表現の自由の問題と捉えるのが実体に即し妥当であることから、かく解するべきである。そして、これも前述したごとく、憲法 21 条 1 項の表現の自由による私人間効力を認めることに何ら問題はないと考える。

とはいえ、当然のことながら、反論権がマスメディアの有する表現の自由を不当に制約することがあってはならない。マスメディアは権力そのものではないし、今なお有用な批判者としての役割を担っている。なかでも新聞には、長期にわたり、権力と対峙し、権力と戦ってきた輝かしい歴史がある。それは、人権享有主体たるマスメディアによる、人権獲得のための闘争であった。マスメディアの基本的な人権の侵害や第四権力化の問題において、権力とマスメディアとをまったくの同列に議論してはならない理由がそこにある。そのため、前述のごときマスメディアの社会的弊害にもかかわらず、マスメディアによる人権侵害は、なお人権対人権という基本図式から理解する必要があるし、また、マスメディアの権力化もあくまで事実上のものであることに注意するべきである。よって、反論権を認めるための要件の定立には、なお最大限の配慮が必要となる。

かかる観点からして、反論権の主体は、自己の氏名を明示した批判的、攻撃的記事を報道された者に限定すべきである。氏名の明示を要件にすることにより、反論権の主体が過度に広汎になることを回避し得る。また、規制すべきは人権にとって脅威となり、かつ、国家と同視し得るような事実的権力を持つマスメディアだから、反論権の対象は、少なくとも全国にみずからの意見・情報を伝播し得るだけの力を持つ巨大マスメディアに限るべきである。この点、法律により、その範囲を明確化すべきである。その際の考慮要素としては、前述したように、視聴率や発行部数（または視聴者数や購読者数）、資本金、本社・支社の数、従業員数（あるいは、記者の員数）、過去の報道実績、報道が原因で訴訟を提起された回数・敗訴回数、国民から受けたクレームの回数などが挙げられるが、やはり社会的影響力の目安である視聴率や発行部数が基本となろう。さらに、反論権のスペースは、紙面の一部（例えば、新聞ならば週 1 ページ程度）または放送時間の一部（例えば、テレビならば週 1 時間程度）に限定すべきである。そして、そのスペース確保の費用は、国民全体の負担として税金で賄うべきである。同一のスペースを使っての反論まで認め

たり、また、その費用をマスメディアに負担させることは、あまりにマスメディアの不利益となることからして妥当でない。このように、紙面や放送時間には限りがあるゆえ、請求者が多数の場合には、原則として請求者の話し合いで決めるが、もし協議が整わなければ裁判所の決するところによる。この点、裁判所の負担を軽減すべく、独立の調整機関を設けることも検討に値する。最後に、反論文の掲載又は放送の時期の問題であるが、実効性確保の観点からは即時に行うことが理想ではあるが、前述のごとく調整が要請される場合もあることから、請求時から1ヶ月程度の遅延は可とすべきである。

したがって、筆者は、一定規模以上の視聴率や発行部数（視聴者数や購読者数）を有する巨大マスメディアによって、自己の氏名を明示した批判的、攻撃的記事を報道された者は、税金による費用負担の下、無料で反論文の掲載または放送を請求する権利（広義の反論権）を直接、憲法21条1項を根拠に認められるべきと解する。この点、該当するマスメディアの範囲や反論権に割くべきスペースの割合、掲載または放送の時期等の具体的要件、手続は国会の立法により決定する。よって、その限度では反論権は抽象的権利にとどまる。ただし、国会の法定した反論権の内容が憲法の趣旨にもとるものである場合には当該立法は憲法21条1項違反となるし、また、国会が立法を怠った場合には憲法21条1項を根拠に立法不作為違憲確認訴訟を提起し得ると解する。よって、その限度では反論権は具体的権利となる<sup>27</sup>。

以上に述べたところを大綱として、細則を含め、国民の代表で構成される国会の法律により、規定すべきである。名称は、「反論権法」でよかろう<sup>28</sup>。この点、かかる見解に対しては、法律で規制することの権力性を指摘し、業界の自主規制や倫理綱領、あるいは、行政府の通達や行政指導で対処すべきとする見解もあるが、前述したように、反論権を法律で規定することがむしろ憲法の大原則たる民主主義（前文、41条）の要請に適うと考える。また、このような反論権を法律で規定したとしても、マスメディアに対して、反論のための一定のスペースの提供を要求するに過ぎず、特定の思想や意見の表明を強制するものではない。すなわち、国家は、表現の場の提供に関与しているに過ぎず、表現内容にはまったく立ち入っていない。わいせつな文書、図画等を取り締まる、わいせつ物頒布罪（刑法175条）等と較べても、反論権が表現の自由に及ぼす影響が、それほど大きいとは考えられない。筆者は、このような反論権を法律により規定しても何ら問題はないと考えるが、それでもなお危険性が看過し得ないと言うのならば、反論権法をまずは限時法として規定してみるのも一手段と考える。

## 【注】

- 1 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）542頁。
- 2 芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』（岩波書店、1998年）273-274頁。
- 3 右崎正博「反論権考」杉原泰雄他編『論争憲法学』（日本評論社、1994年）137-142頁。
- 4 新聞の集中・独占による巨大化・権力化は、欧米諸国では古くから指摘されていたところであった。例えば、アメリカの研究者ウィルバー・シュラムは、既に1957年の主著『マス・コミュニケーションと社会的責任』において、「独占はコミュニケーションの自由の敵である」と述べていた。Wilbur Schramm, *Responsibility in Mass Communication*, Harper&Brothers, 1957, 171. 邦訳・崎山正毅『マス・コミュニケーションと社会的責任』（日本放送出版協会、1959年）。
- 5 清水英夫「サンケイ新聞意見広告事件最高裁判決」『ジュリスト・891号』（有斐閣、1987年）107頁。
- 6 山口俊夫「反駁権 フランス法を中心として」伊藤正巳編『現代損害賠償法講座(2)』（日本評論社、1972年）271頁。
- 7 清水・前掲注(5) 107頁。
- 8 山口・前掲注(6) 270頁。
- 9 芦部・前掲注(2) 276頁。
- 10 松井茂記『日本国憲法〔第二版〕』（有斐閣、2002年）465頁。
- 11 上野恵司「反論権訴訟 サンケイ新聞意見広告訴訟」時岡弘編『人権の憲法判例〔第五集〕』（成文堂、1987年）173-189頁。浜田純一「サンケイ新聞意見広告と反論文掲載請求」『昭和62年度重要判例解説』（有斐閣、1988年）16-19頁。

- 12 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房、1978年)127-146頁。
- 13 樋口・前掲注(26)127-146頁。市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003年)30-33頁。浦部法穂『違憲審査の基準』(勁草書房、1985年)135-155頁。
- 14 芦部・前掲注(2)275頁。阪本昌成「第4の権力 マスメディアの位置と機能」『ジュリストNo.1311』(有斐閣、2006年)72-83頁。曾我部真裕「プレス  
の自由と反論権法の展開」『京都大学法学論叢157巻1号』(京都大学、2005年)  
79-89頁。
- 15 佐藤・前掲注(1)542頁。市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003  
年)32頁。
- 16 右崎・前掲注(3)137-142頁。
- 17 大須賀明『生存権論』(日本評論社、1984年)28-30頁。
- 18 前述のごとく、ヨーロッパ諸国の多くは反論権法を持っているが、そのた  
めにマスメディアの自由な表現活動が大きな萎縮的效果を受けているという指  
摘はほとんどない。とするならば、日本においても、マスメディアに大きな萎  
縮的效果を与えないようなやり方で反論権法を制定することは、憲法上、許容  
されると考えられる。鈴木秀美「ドイツのメディア法」石村善治・堀部政男『情  
報法入門』(法律文化社、1999年)235-238頁。鈴木秀美「ドイツ判例研究  
プレス  
の自由と反論文・訂正文掲載請求権」『自治研究76巻12号』(第一法規、  
2000年)136-143頁。鈴木秀美「ドイツ」榎原猛編『世界のマス・メディア法』  
(嵯峨野書院、1996年)164頁。
- 19 Barron・前掲注(17)P6 .
- 20 Jerome.A.barron , *Access to the Press A New First Amendment Right* ,  
George Washington Law Review , 1967 , P1647 .
- 21 Barron・前掲注(17)P4 .
- 22 堀部・前掲注(19)31-32頁。

- 23 堀部・前掲注(19) 36 頁。
- 24 堀部・前掲注(19) 227 頁。
- 25 堀部政男『アクセス権』(東京大学出版会、1977年) 288-289 頁。
- 26 右崎・前掲注(3) 137-142 頁。
- 27 立法不作為違憲確認訴訟の成否等の司法的救済の問題については、第十一章において詳述する。
- 28 マスメディアに対する萎縮的効果を考慮し、法ではなく、press council(報道協議会)のような業界の自主規制機関を設置させることにより、反論権を保障せんとする見解もある。染谷学「反論権再考」『社会科学研究・第58巻・第2号』(東京大学社会科学研究所、2007年) 115 頁。確かに傾聴に値する見解ではあるが、その場合であっても、やはり反論権の大枠は法定せざるをえないであろう。

## 第十一章 司法権と司法積極主義（憲法規範論）

マスメディアがもたらす人権侵害等の社会的弊害を除去し、人びとを救済する方法としては、国会の立法による方法（立法的対応）、通達や行政指導等の行政行為による方法（行政的対応）、裁判所による司法的救済による方法（司法的対応）、マスメディア業界による自主規制等の自助努力による方法（業界的対応）等が考えられる。本章では、このうちの司法的対応に焦点をあて、主として憲法学の観点から、マスメディアによる人権侵害から人びとを救済するために裁判所を積極的に活用する手段を検討していく。そして、それを踏まえ、立法的対応として、国会がなすべき具体的立法の一例を素描してみたい。

裁判所による司法的対応は、具体的には、請求の名宛人（すなわち被告）を誰にするかにより、人権侵害を行ったマスメディア自身を相手方とする方法と、マスメディア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の二つに分かれる。マスメディアの弊害を個人の力で除去することは極めて困難であり、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、この場合、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、迅速かつ効果的な被害者救済が実現しうる。しかし、「司法権」（憲法 76 条 1 項）の概念は、判例・通説によれば司法消極主義を前提としており、以下に見るように裁判所の活動範囲は大きく制限されている。そもそも裁判所、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。とするならば、司法積極主義を採用し、マスメディアの人権侵害に対しても、より積極的な司法的対応を採るべきではなかろうか。かかる法哲学を象徴する評言としての“司法消極主義から司法積極主義へ”が本章を貫くキーワードとなる<sup>1</sup>。

具体的には、従来、法理論的には認められてはいたものの、判例上ほとんど肯定されることのなかった立法不作為に対する国家賠償請求訴訟を積極化することや、また、法理論的には否定されることの多かった立法不作為違憲確認訴訟や立法義務付訴訟等の新しい訴訟類型を憲法上、承認し、活用することができないかを検討する。これらは、「司法権」（憲法 76 条 1 項）の概念をいかに解するかという点に関わる問題と言える。司法積極主義を前提にその概念の再構成を試みたいと考える。

### 第一節 司法積極主義への道

司法権による効果的なマスメディア規制のためには、司法権の基本理念を“司法消極主義から司法積極主義へ”と転換することが是非とも必要となる。司法

消極主義を前提とする限り、考えうる司法権によるマスメディア規制の手段は極めて限定されてしまう。例えば、司法積極主義を採用しない限り、マスメディア規制を立法しないことの立法不作為違憲確認訴訟やマスメディア規制立法を義務付ける立法義務付訴訟等は考えられないであろう。しかし、最高裁は依然として司法消極主義的立場に固執している。この点、最高裁の司法消極主義的立場を如実に示す判例としては、以下の諸判例を挙げることができる。いずれも、判例変更がされず、リーディング・ケースとして、現在でも命脈を保っている判例である。

まず、朝日訴訟（最高裁 1967 [昭和 42] 年 5 月 24 日大法廷判決）が挙げられる。生活保護を受給していた原告は、当時の生活保護法に基づき厚生大臣が定めた保護基準が、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。これに対して、最高裁は、憲法 25 条 1 項は「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」（プログラム規定説）旨、判示し、原告の請求を否定した。

また、議員定数不均衡訴訟（最高裁 1976 [昭和 51] 年 4 月 14 日大法廷判決）が挙げられる。有権者たる原告は、衆議院議員選挙における各選挙区間の議員一人あたりの有権者分布比率の憲法 14 条 1 項違反を主張し、具体的には、公職選挙法 204 条に基づく選挙無効訴訟として、選挙管理委員会に対し、当該衆議院議員選挙の無効を求めた。これに対して、最高裁は、「合理的に是認することができない投票価値の不平等が存するときは、憲法の右規定の違反となる」としつつも、「違法な場合であっても、それを理由として選挙を無効とする判決をすることによって直ちに違憲状態が是正されるわけではなく、かえって憲法の所期するところに必ずしも適合しない結果を生ずる事情があるとき」に該当するとして、選挙自体は違法としたものの、事情判決の法理（行政事件訴訟法 31 条）を採用し、結果としては原告の請求を棄却した。

さらに、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。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（憲法 15 条 1 項）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。これに対して、最高裁は、「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旨、判示し、原告の国家賠償請求を否定した<sup>2</sup>。

判例 では大臣の行政行為について、また、判例 では国会の立法行為について、司法判断をするにあたり、裁判所が政治部門の判断を尊重して判決した事案といえる。いずれの事案も、結果的に原告の請求は棄却され、原告はまったく救済されていない。最高裁は、もちろん司法消極主義という文言は一切、使用してはいないが、その思想の根本には、司法判断をするにあたっては政治部門の判断をできる限り尊重しようという哲学が横たわっていることは明らかであろう。しかし、かかる結論は、人権侵害的状态が漫然と放置されてしまっていると言わざるを得ないであろう。この点、司法積極主義の立場からすれば、より積極的な司法的対応が必要となる。例えば、判例 では大臣が保護基準を引き上げないことの行政不作為違憲確認訴訟の肯定、判例 では国会が議員定数を是正する立法義務付訴訟の肯定、また、判例 では国会が在宅投票制度を復活させない立法不作為につき国家賠償法を根拠とする国への損害賠償請求の肯定などが考えられる。

確かに、裁判所が司法判断をするにあたり政治部門の判断をできる限り尊重すべきであることは、政治部門が政治判断をするにあたり裁判所の判断をできる限り尊重すべきであることと同程度に妥当性を有することである。よって、一般論としてはかかる立場に誤りはなかろう。しかし、日本の裁判所は、かかる立場を過度に強調し、自らの権限不行使を正当化する根拠として、司法消極主義を利用している感がある。そして、その結果として、前述したように人権侵害が放置される事態となっている。この点、司法消極主義の根拠としては、通常、つぎの諸点が挙げられている。すなわち、まず 三権分立の原理（憲法41条、65条、76条）。また、 裁判官は公選されず、裁判所は非民主的機関である。そして、 裁判所が政治的紛争に巻き込まれ、司法の政治化を招く<sup>3</sup>。さらに、 裁判所は本来的に受動的機関であり、資料収集能力に限界がある。加えて、 判決の実現が不可能な場合、かえって司法の不信を招く等である<sup>4</sup>。

それでは、かかる根拠は果たして本当に妥当であろうか。筆者は、それらに反論することは決して不可能ではないと考える。すなわち、まず根拠 については、三権分立の原則の要諦は、三権の抑制と均衡（チェック・アンド・バランス）にあるのだから、同原則から司法消極主義を導くことは背理である。立法権（国会）、行政権（内閣）、司法権（裁判所）が相互にチェックして牽制し合いながら、バランスを取ることにより、権力の濫用を防止し、国民の権利・自由を保護しようというのが三権分立の原則なのである。とするならば、裁判所の政治部門に対する憲法的チェックを強化したとしても、それに伴い、政治

部門の裁判所に対する民主的チェックがより十全に確保されれば何ら問題はないはずである。また、根拠 については、最高裁判官の国民審査制度（憲法 79 条 2 項）、内閣の最高裁長官指名権（憲法 6 条 2 項）や下級裁判所裁判官任命権（憲法 80 条 1 項）等の積極的活用を図ることにより、および、近時、導入された裁判員制度（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律）や裁判の公開原則（憲法 82 条）を充実させることにより、裁判所を民主化することは可能であるし、むしろそれを推進することが憲法の要請とさえ言えよう。そして、根拠 については、憲法は政治のしくみを定める法だから、本来的に政治性が不可避である。すべての憲法問題は、多かれ少なかれ政治と関わらざるをえない。司法の政治化を必要以上に恐れるべきではない。さらに、根拠 については、裁判所は訴えの提起を待って活動するのだから、その意味では受動的機関であることは確かである。しかし、いったん訴訟係属が生じたならば、紛争解決のために積極的に活動することは、そのことと何ら矛盾しない。また、資料収集能力の欠如は、裁判官・裁判所調査官・裁判所事務官の増員、法曹三者（裁判官・検察官・弁護士）の協働等で解決できる問題である。加えて、根拠 については、例えば国会が判決を無視するなどして判決の実現が結果的に不可能となったとしても、かかる国会の判決無視は、必ずや国民の激しい批判を巻き起こし、一定の政治的効果は果たしうる。それが必ずしも司法の不信につながる訳ではない。思うに、憲法が採用している法の支配の原理（憲法 11 条、31 条、76 条、81 条、97 条、98 条 1 項）、最高裁判所の人権保障最後の砦あるいは憲法の番人としての役割、民主主義（投票箱と民主政の過程）の実現という観点に鑑み、日本の裁判所も、司法積極主義の立場へと一步を踏み出すべきであると考えられる。

## 第二節 司法積極主義からの司法権概念の再構成

### 一 従来通説・判例の議論

そもそも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）の概念はいかに解されるべきであろうか。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。そして、日本国憲法における司法権の概念についても、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ものも司法権に包摂されうると解する学説も存在する<sup>5</sup>。しかし、従来通説・判例は、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してきた<sup>6</sup>。この点、判例としては、警察予備隊違憲訴訟最高裁大法廷判決（1952 [昭和 27] 年

10月8日)や創価学会板まんだら事件最高裁判決(1981[昭和56]年4月7日)がかかる見解を前提にしているものと解される。すなわち、警察予備隊違憲訴訟最高裁大法廷判決は、「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、創価学会板まんだら事件最高裁判決は、「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3条にいう法律上の争訟にあたらぬものといわなければならない」と判示している。さらに、東京地裁1954(昭和29)年11月10日判決は、より端的に「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」旨、明示している。

そして、その根拠としては、通常、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こと(歴史的・沿革的根拠)と、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司法の構造(裁判所の法原理機能性)を担保するということ(理論的根拠)の二つが挙げられている<sup>7</sup>。この点、根拠の根底には、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ある<sup>8</sup>。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<sup>9</sup>、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<sup>10</sup>。また、根拠の根底には、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)の独自性についての認識がある。すなわち、司法権の独自性とは、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を指す。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も前提に、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(裁判所の法原理機能性)が要請される。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<sup>11</sup>。

さらに、通説・判例は、かかる司法権概念を前提に、「司法権」および「法律上の争訟」の要件（事件性の要件）として、当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であること、および、法律の適用により終局的に解決できることの二要件を導いている<sup>12</sup>。前述した警察予備隊違憲訴訟判決や創価学会板まんだら事件判決も、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<sup>13</sup>などは、司法審査の対象たりえない。この点につき、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 1982 [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）の範囲外と判断したのであろう<sup>14</sup>。

このように、通説・判例は、司法権の概念を狭く限定し、憲法を直接の根拠とする国への給付請求や損害賠償請求、立法不作為違憲確認訴訟、立法義務付訴訟を司法権の範囲外とするのはもちろん、国賠法上の損害賠償請求でさえ、きわめて限定してしか認めてはいない。ただし、通説・判例は、裁判所が独占的に司法権を行使するということは、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とする。そして、裁判所法 3 条 1 項は、「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として、客観訴訟<sup>15</sup>を肯定している<sup>16</sup>。しかし、通説・判例は、このように司法権ならざる権限として、客観訴訟を法律で裁判所に認めることを肯定してはいるが、それ以上の権限付与が国会の立法でなされる兆しはまったく見られない<sup>17</sup>。この点、通説・判例の特徴は、まず、司法権に含まれるか否かを判断した後、それが否定された場合に、司法権ならざる権限として裁判所に認めうるか否かを判断するという二段階の思考枠組を採用している点である。その際、司法権として裁判所に認められる範囲も、司法権ならざる権限として裁判所に認められる範囲も、きわめて限定している。そのため、結果として、原告の請求は棄却され、人権侵害的状况の放置につなが

っていることは前述した判例の事案で見た通りである。

## 二 新しい司法権概念の提唱

かかる通説・判例のダブル・スタンダードによる思考方法は、迂遠であり思考経済に反するとともに、人権保障にももともとと言わざるをえない。司法積極主義の立場からして、憲法を直接の根拠とする国への給付請求や損害賠償請求、立法不作為違憲確認訴訟、立法義務付訴訟、客観訴訟などをすべて包摂した司法権概念を構築すべきである。そうすることにより、基準の一元化が図られ、思考経済に資するし、また、人権保障にも役立つと考える。そもそも通説・判例が司法権の概念を前述のように捉える理由として、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、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、すでに述べた。とするならば、司法権概念が時代の進展とともに、時代の変化、要求に応じて変化していくと考えることも不可能ではないはずである（司法権概念の可変性）。この点、松井茂記が、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まったく同じである必要はないという見解もありうるとして、基本的人権規定を主観的権利規定であると同時に客観的法原則であると捉え、基本的人権規定に違反する政府の行為に対しては誰でも訴訟を起こせるとする学説や、事件性の要件を必要と考えながらも、それは事件をきっかけにするという程度の緩やかな意味においてにとどまるとする学説、あるいは、憲法 81 条はドイツの連邦憲法裁判所としての役割を最高裁判所に与えたのであり、少なくとも憲法訴訟に関しては事件性の要件はそもそも不要であるという学説等を紹介しているが、大いに注目に値する<sup>18</sup>。

また、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。日本では、かかる救済法という発想は稀薄だが、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が裁判所の権利救済に資する。すなわち、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べきである<sup>19</sup>。その際の条文解釈としては、司法権（憲法 76 条）には紛争解決に必要な限度で適切な救済を行なう権限が含まれ、また、裁判を受ける権利（憲法 32 条）にも裁判によって実効的救済を受ける権利が含まれると解すべきである<sup>20</sup>。

とするならば、「司法権」（憲法）および「法律上の争訟」（裁判所法）の概念としては、一般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であれば足りると解し、「司法権」および「法律上の争訟」の要件（事件性の要件）としては、立法権そのもの、行政権そのもので

はないこと、当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であることまでは必要なく、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れば足りること、決定には判断としての終局性が保障されていること、たとえ法律の適用により終局的に解決できなくとも、判決が問題解決に一定の政治的・社会的効果があること、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こと等を考えていくべきであると解する。よって、憲法を直接の根拠とする国への給付請求や損害賠償請求、立法（行政）不作為違憲確認訴訟、立法義務付訴訟、客観訴訟等は全て司法権の範囲内となる。また、国賠法上の損害賠償請求権の積極的活用がかかる司法権の趣旨に沿うことになる<sup>21</sup>。

ただし、国家に違憲的行為があった場合に、憲法を直接の根拠とする国への損害賠償請求や立法義務付訴訟等を肯定したとしても、常に請求が認容されて賠償金を受領できるとか、立法義務付判決が下されるという結論にはならないことは言うまでもない。訴訟の一類型として肯定することと、提起された訴訟をどこまで認容するかは別個の問題だからである。この点、裁判所は、人権保障を第一義に考えながらも、法政策を含めた諸般の事情を勘案しつつ、どこまで認容するかを判断することになる。筆者が主張したいのは、それが憲法を直接の根拠とする国への損害賠償請求だからといって、あるいは、立法義務付訴訟だからといって、ただそれだけを理由にして訴訟を門前払い（訴訟却下判決）する必要はなく、実体審理を行うべきだということである。訴訟の間口はできるだけ広げ、裁判所の事件解決のルールに乗せ、裁判という公開の場での公権的事件解決の道を可及的に広く保障するのが人権保障に資する<sup>22</sup>。確かに、かかる新しい訴訟類型を認めたとしても、それが認容されるのは、まさに容易に想定し難いような極限的な事例に限られるかもしれない。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。

### 第三節 マスメディアの人権侵害への積極的対応

一例として、マスメディアが報道により個人の名誉権やプライバシー権（憲法 13 条）、生存権（憲法 25 条）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（憲法 13 条）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（憲法 21 条 1 項）を侵害したりした場合について考える。確かに、かかる場合、被害を受けた個人は、民法を根拠に、当該マスメディア自身に対して、損害賠償請求（民法 709 条）や謝罪広告の掲載請求（民法 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メディアである場合には、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。そもそも一般人にとっては、訴訟を提起し、遂行すること自体、経済的にも精神的にも時間的にも、多大な負担を伴うものなのである。また、個々のマスメディア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らないであろう。マスメディア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、マスメディア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言えよう。

そこで、それらを拱手傍観し、漫然放置した国家に対して、立法不作為の違憲・違法を理由に、国家賠償法上の損害賠償請求をしたり（国家賠償法 1 条 1 項）また、国家賠償法の要件を充足しない場合にも、憲法 13 条や 21 条 1 項を直接の根拠とする損害賠償請求をすることが考えられる。また、国家に対して、憲法 13 条や 21 条 1 項を根拠に立法不作為違憲確認訴訟の提起することや、さらに、裁判所が国会に対する立法義務付訴訟を認め、マスメディアを規制する法律の制定を国会に義務付ける立法義務付判決を下すことが考えられる。もし可能ならば、これにより、損害賠償請求のように個別的・一次的な解決ではなく、根本的・将来的な解決が図りうるし、法律の不備や国会の怠慢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。以下、それぞれの請求の成立可能性を個別に検討していく。

## 一 損害賠償請求

このような事例におけるリーディング・ケースが、前述の在宅投票制度廃止事件・最高裁判決であり、最高裁が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、事実上、否定するかのとき解釈を行ったことは前述した通りである。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には強い批判もある。前述した裁判所の救済機能の強化の観点からすれば、かかる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認めた下級審判決が存在したことは注意が必要である。すなわち、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、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<sup>23</sup>。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八

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、国会議員がらい予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<sup>24</sup>。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<sup>25</sup>。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、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。この事案は、つぎの通りである。すなわち、それまでは、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、改正公職選挙法は、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、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以前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、最高裁は大意、以下のごとく判示した。

「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。」そして、国会議員の立法行為または立法不作為が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場合につき、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、または、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各要件を定立した上で、在宅投票制度廃止事件判決と「異なる趣旨をいうものではない」と断りつつ、それを本件にあてはめて、つぎのような結論を導いた。すなわち、「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、・・・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、慰謝料の支払義務を負う」と判示し、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<sup>26</sup>。

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に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、

法律上、選挙権の行使が否定されていたこと、また、国が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<sup>27</sup>。

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（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るべきであろうか。これは、前述した裁判所の法原理機能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、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、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各要件を定立している。これらの要件は、基本的には妥当なものと解されるが、運用次第では、ほとんどの請求が否定される結果にもなりかねない点が問題である。この点、できうる限り緩やかに要件の充足を認め、被害者の救済を図る運用を確立するべきであろう。

これに対して、憲法条項を直接の根拠とする損害賠償請求を認めた判例は皆無であり、もしかかる訴訟を裁判所に提起しても、いまだ当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であるとは言えず、前述した事件性の要件を欠く訴訟であるとして、訴え却下の門前払い判決が下されるのが現

行法における取り扱いである。しかし、司法権を一般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広く解する自説からすれば、かかる訴訟であっても、訴訟の一類型として認めうることになる。それにより、国家賠償法の厳格な要件に縛られず、被害者を救済することが可能となる。このような手法を使ってまで被害者を救済すべき場合というのは、まさに容易に想定し難いような極限的な事例に限られるであろうが、万策尽きた場合の最終的な非常救済手段として、かかる訴訟を例外的に認める意義は大きい。その場合の事件性の要件については、前述の五つの要件を要求すべきである。現在でも事件性の要件の定立は、法解釈にまかされているのであるから、裁判所の法創造機能により判例でその要件を確立していき、最終的には国会の立法でその要件を明確化すべきであろう。

以上に述べた手法は、マスメディアによる人権侵害から人びとを経済的に救済すべく、国家に対して損害賠償責任を負わせる手段としても、十分に活用できると考える。

## 二 立法不作為違憲確認訴訟

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の可否を考える場合にも、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。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明文規定は存在せず、専ら解釈によって決せられるべき問題である。この点で参考となる判例としては、下級審ではあるが、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、つぎの三要件すべての充足を要求し、原告の請求を棄却した<sup>28</sup>。すなわち、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、事前救済の必要が顕著であること、他に適切な救済方法がない場合であること<sup>29</sup>。また、2004(平成16)年の行政事件訴訟法の改正で、法律レベルでは、不作為の違法確認訴訟(行政事件訴訟法37条)や義務付け訴訟(行政事件訴訟法37条の2)が法定されていることが、現行法上、特に注目に値するところである<sup>30</sup>。

立法不作為違憲確認訴訟が日本において最初に脚光を浴びたのは、憲法25条の生存権の法的性格<sup>31</sup>が争われた朝日訴訟を始めとする一連の生存権裁判においてであった<sup>32</sup>。前述したように生存権裁判の嚆矢である朝日訴訟は、学説で

いうところのプログラム規定説を採用し、結果として原告の請求を認めなかった<sup>33</sup>。これに対して、学説は、プログラム規定説ではあまりに無内容であり、人権保障にもとるとし、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<sup>34</sup>。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、具体的権利説である。

具体的権利説とは、つぎ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<sup>35</sup>。このように、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 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に鑑みるならば、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、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<sup>36</sup>。さらに、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、最も厳しい批判と言えよう。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<sup>37</sup>。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<sup>38</sup>。

筆者は、かかる立法不作為違憲確認訴訟を訴訟の一類型として正面から認め、人権保障のために積極的に活用するべきであると考え。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難しく、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、通説・判例のいう事件性の要件を満たさず、司法権の範囲外とも考えうる。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、前述の自説のように、たとえ法律の適用により終局的に解決できなくとも、判決が問題解決に一定の政治的・社会的効果があることと解するならば要件充足に問題はない。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、それを契機として後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を司法権の範囲内と解することは十分に可能であろう。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、生存権のような社会権ではなく、プライバシー権や知る権利等の自由権に立法不作為違憲確認訴訟が認められるかは問題である。すなわち、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<sup>39</sup>。よって、かかる点に鑑みるならば、自由権に対する立法不作為違憲確認訴訟は困難のようにも思える。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うるのである<sup>40</sup>。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言えないと考える<sup>41</sup>。

それでは、その要件はいかに解するべきであろうか。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、前述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、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<sup>42</sup>。また、憲法規範上一定内容の立法義務が明確であって、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、そのような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、違憲状態の放置ということだけではならず、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<sup>43</sup>。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<sup>44</sup>。

この点、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。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、それが重要な権利を侵害していることが明白であること、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あること、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、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は、少なくとも要求せざるをえないであろう。

以上を前提にするならば、マスメディアの人権侵害を拱手傍観し、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ことも、場合によっては可能となりうる。ただし、この場合、問題となるのは、前述の要件と要件である。すなわち、マスメディア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ろう。また、この場合に国が負うであろう憲法上の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、困難である。立法不作為の違憲を主張する場合、当然あるべき立法のイメージがあって、立法不作為という議論が成り立つのであり、憲法の要求するマスメディア規制法の内容は不明確と言わざるをえないからである。よって、かかる方法でマスメディア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。

### 三 立法義務付訴訟

憲法上、国会に対する立法義務付訴訟を認め、マスメディアを規制する法律の制定を国会に義務付ける立法義務付判決を裁判所が下すことが可能ならば、これにより、損害賠償請求のように個別的・一次的な解決ではなく、根本的・将来的な解決が図りうるし、また、法律の不備や国会の怠慢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。前述したように、法律レベルでは、2004（平成16）年の行政事件訴訟法の改正で、義務付け訴訟（行政事件訴訟法37条の2）が法定されている。

この点、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原則（41条、65条、76条）の趣旨にも反しかねないからである。確かに、立法権は憲法上、国会にあるから、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。前述したように、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（司法積極主義）。また、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。

例えば、前述したように、一連の議員定数不均衡訴訟では、憲法14条1項違反を理由とする選挙無効訴訟での選挙無効の主張に対して、最高裁は、選挙自体は違法とするものの、その効力は無効とはしない事情判決により、結果として原告の請求を棄却し続けている。そして、判決内容に沿った議員定数不均衡の是正は、国会の怠慢（あるいは、意図的な引き延ばし）により、遅々として進んではいない。そのため、違憲状態が長期に渡って放置される事態が生じている。かかる違憲状態の解消のために、国会に対する立法義務付訴訟を認めることの意義は極めて大きいであろう。

この点、学説の中には、たとえ立法義務付訴訟を認めたとしても、国会がそれを無視すれば如何ともし難く、その効果に疑問を呈する見解もある。しかし、国会が判決を無視するなどして判決の実現が結果的に不可能となったとしても、かかる国会の判決無視は、必ずや国民の激しい批判を巻き起こし、選挙時の投票行動等に影響を与え、一定の政治的效果は果たしうる。それを契機に、後に

法改正がなされることも十分に期待しえよう。その効果は、決して小さいものではない。この場合にも、たとえ法律の適用により終局的に解決できなくとも、判決が問題解決に一定の政治的・社会的効果がある場合には、訴訟として認めるべきである。

ただし、立法義務付判決は国会に与える影響が甚大であることから、立法義務付判決を下す場合の要件は厳格でなければならない。少なくとも前述の立法不作為違憲確認訴訟に比肩する要件を要求すべきである。この場合、マスメディアのいかなる人権侵害がかかる立法義務付判決の対象となりうるかは難しい判断ではあるが、例えば、マスメディア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、それを規制することを国会に義務付けるために、立法義務付判決を活用することが考えられるのではないか。確かに、かかる立法義務付判決を認めたとしても、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、前述したように、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。

#### 【注】

<sup>1</sup> 司法消極主義・司法積極主義という法概念は多義的であり、論者によりかなりニュアンスを異にして使用されているが、本章では、司法消極主義とは、裁判所は司法判断をするにあたり立法府や行政府（政治部門）の判断をできうる限り尊重すべきであるとする立場、また、司法積極主義とは、裁判所は政治部門の判断を尊重しつつも、司法判断をする場合には、人権保障機能のため、その権限を最大限に行使すべきであるとする立場という意味でそれぞれ使用する。大沢秀介「違憲立法審査の運用」杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』（青林書院、2008年）757-760頁。

<sup>2</sup> 例えば、アメリカにおける司法消極主義としては、キャス・サンステーンの司法最小主義（judicial minimalism）が挙げられる。この見解は、司法判断の過誤や混乱惹起の危険性を強調し、裁判所はできうる限り判断を下すべきではなく、民主政を活性化することにより問題解決を図るべきと主張する。Cass R Sunstein, *One Case At a Time*, Harvard University Press, 1999, P46-56.

<sup>3</sup> この点、有賀誠は、法の支配とは選挙もされず、政治的責任を負ってもいない機関が、人民の選挙された代表者に対し、その望むように統治できないと告

げるものであるが、法は法の仮面を被った司法エリートによる秘かな政治的決定の道具であってはならないとする。そのため、法は、中立的な審級として司法エリートをも拘束し、また、政治的なものの汚染から徹底して浄化されている必要があると主張している。有賀誠「『法の支配』は可能か？ リベラリズムと批判的法学研究の係争の行方」『防衛大学校紀要・第94号』（防衛大学校、2007年）279頁。

4 大沢・前掲注(1) 757-760頁。

5 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）293頁。

6 清宮四郎『憲法〔第三版〕』（有斐閣、1979年）335頁。

7 佐藤・前掲注(5) 294-295頁。「法原理機能性」という用語を使用しているのは、佐藤幸治のみである。しかし、例えば、芦部信喜も、司法が適正手続の要請等に則った特別の手続であり、正しい法の適用を保障する作用であるとして、司法の原理性を主張し、司法のプロセスに着目している。芦部信喜『憲法〔第四版〕』（岩波書店、2007年）320-321頁。また、松井茂記も、司法をプロセス法学的に捉える見解を支持している。松井茂記『日本国憲法〔第二版〕』（有斐閣、2002年）224頁。この点、山本龍彦は、法原理機能説が裁判の型式ないしプロセスを重視することで、諸問題を克服しようと試みてきたものとして、評価している。山本龍彦「『法原理機能説』の内実についての覚書 リーガル・プロセス理論との距離を中心に」『桐蔭法学第14号第1号』（桐蔭法学会、2007年）99頁。

8 佐藤・前掲注(5) 293-294頁。

9 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・前掲注(7) 222頁。

10 芦部・前掲注(7) 322頁。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・前掲注(7) 238 頁。

11 佐藤・前掲注(5) 295-296 頁。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・前掲注(7) 238 頁。

12 兼子一・竹下守夫『裁判法〔新版〕』（有斐閣、1978 年）71 頁。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、具体的な国家の行為があること、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、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。阪本昌成『憲法理論』（成文堂、1993 年）373-374 頁。

13 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 1966 [昭和 41] 年 2 月 8 日判決）。芦部・前掲注(7) 324 頁。

14 佐藤・前掲注(5) 297-298 頁。

15 客観訴訟とは、民衆訴訟と機関訴訟とを総称する学術用語である。

16 佐藤・前掲注(5) 298-299 頁。

17 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・前掲注(7) 241 頁。

18 松井・前掲注(7) 238-239 頁。

19 佐藤幸治は、裁判所の救済機能が果しうる役割として、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、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・前掲注(5) 299-301 頁。

20 松井・前掲注(7) 241-242 頁。

21 前述の在外日本人選挙権剥奪事件最高裁大法廷判決によって、憲法上の権利の確認訴訟が許容されたのであり、訴訟物の前提問題に過ぎなかった憲法上の争点が審判対象となる可能性が開かれたとの理解もある。鶴澤剛「憲法訴訟の新たな可能性」『立教法学・第 71 号』(立教法学会、2006 年) 283-284 頁。

22 もちろん司法権行使の入口は、広ければ広いほどよいというものではない。松井・前掲注(7) 239 頁。しかし、現状では、門前払いの訴訟却下判決が多過ぎるように思われる。やはり実体審理の機会は十分に保障されるべきである。

23 芦部・前掲注(7) 370 頁。

24 松井・前掲注(7) 102 頁。

25 佐藤修一郎「立法の不作为に対する違憲訴訟(2)」『憲法判例百選〔第五版〕』(有斐閣、2007 年) 440-401 頁。

26 木村将成「憲法の『行為規範』化か 『立法不作为』を認容した最近の裁判例について」『法学研究年報・第 36 号』(日本大学大学院法学研究科、2006 年) 23-25 頁。

27 芦部・前掲注(7) 249-250 頁。

28 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、憲法 29 条 3 項に基づく損失補償、憲法 14 条の平等原則違反、立法不作为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、であるとの指摘がある。館田晶子「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〔第五版〕』（有斐閣、2007年）18-19頁。

29 芦部・前掲注(7) 369頁。

30 稲葉馨『行政法と市民』（放送大学教育振興会、2007年）181-185頁。

31 ここで生存権の法的性質についての学説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、生存権の法的性質をめぐる判例・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。

32 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。

33 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いるとして、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がある。浦部法穂『憲法学教室〔全訂第 2 版〕』（日本評論社、2006 年）225-228 頁。その一方で、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も存在することには注意が必要である。長谷部恭男『憲法』（新世社、1996 年）272 頁。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。

34 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利共著『憲法』（有斐閣、1993 年）444-446 頁。

35 大須賀明『社会国家と憲法』（弘文堂、1992 年）62 頁。

36 大須賀明『生存権論』（日本評論社、1984 年）126-132 頁。

37 大須賀・前掲注(35) 63-65 頁。

38 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、再評価されるべきである。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願手続において認められているとの指摘もある。新正幸「立法の不作為に対する違憲訴訟(1)」『憲法判例百選〔第五版〕』（有斐閣、2007年）438-439頁。

39 これを安易に認めるならば、自由権保障の名の下に、かえって自由権が侵害されかねないからである。

40 大須賀・前掲注(36) 28-30頁。

41 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、マスメディアの人権侵害からの救済に大いに役立つであろう。

42 芦部・前掲注(7) 369頁。

43 佐藤・前掲注(5) 350頁。

44 松井・前掲注(7) 102-103頁。

## 終章 総括と展望

### 第一章 総括

本論文では、マスメディアが基本的人権の尊重と国民主権という憲法の二大目的を犯しつつあるのではないかという問題意識のもとに、様々な事実を考察してきた。まず、インターネット社会の到来、マスメディアの多様化、放送と通信の融合という時代の流れは、現代社会におけるマスメディアの在り方を大きく変えているのを見てきた。この点、放送や印刷等の古典的マスメディアの重要性は今後とも変わりがないであろうが、しかし、古典的マスメディアが今後大きな変革の波にさらされるであろうことは、新聞社や放送局が相次いで倒産しているアメリカの実例からして、確実である。古典的マスメディアはニューメディアとの競争に勝たなければ、生き残れないのである。古典的マスメディアでは、これまで以上に収益性・営利性が重視されることが予想される。

マクルーハン理論では、メディアがいかに社会を大きく変えてきたのかを、また、チョムスキー理論では、メディアというものがいかに大きく政治に影響を与えてきたのかを見てきた。また、マスメディアには、国民のために身を挺して権力と戦ってきた歴史がある一方で、国家の戦争に加担し、権力者と癒着し、国民と対峙した歴史があることを学んだ。さらに、マスメディアの報道が冤罪や報道被害を生み出し、また、恣意的な情報操作が選挙を歪める現実を垣間見てきた。それらは、我われにマスメディア規制の必要性があることを示唆してはいないであろうか。

巨大マスメディアは、通常、公的機関性と私的機関性とを併有すると解されているが、巨大マスメディアを社会の公器・社会の木鐸、権力の番犬たらしめる制度的保障は何ら確保されておらず、その担保は世論以外にはない。巨大マスメディアがいつの間にか我われに牙を剥き、襲いかかってくるのではないと誰が断言できるだろうか。そのように考えるならば巨大マスメディアと我われとの関係がいかに危ういものであるかが理解しえよう。巨大マスメディアが営利性を本質とする私的機関であるという認識を前提にして規範的論理を組み立てようという筆者の意図はその点にある。すなわち、巨大マスメディアも、人間同様、お金がほしいし、怒りもするし、嘘もつくし、人を恨むこともあるのだという認識である。

このように、マスメディアが本質的に私的機関であるならば、マスメディアにも自然人と同様の表現の自由を保障すべきとも解されるが、決してそうではない。確かに、弱小メディアならば、それを認めても問題はなかろう。しかし、一部の権力化した巨大マスメディアの表現の自由は、個人のそれとは量的・質

的に格段の違いがあり、両者は本質的に異なると考える。むしろ私的機関だからこそ、自由が基本的に保障されるからこそ、それが巨大化し、権力化した場合、人間にとってますます脅威となると考える。その場合のマスメディアの表現の自由は、市民の論理では対処し得ないのである。上述したさまざまな事実がそのことを物語ってはいないであろうか。これまでの表現の自由論を、巨大マスメディアの表現の自由と個人のそれとが本質的に異なることを前提にした規範構造へと枠組み転換を図ろうという筆者の意図はその点にある。

以上の基本的認識のもとで、マスメディア規制の論理を構築し、広くマスメディアを適正化することが本稿における最終目標であった。マスメディアを規制するか否かは別にしても、今後、各国は、時代の要請から、包括的メディア法を制定し、メディア法制の整備をすることが迫られよう。日本の政府も、かかる状況に対応せんとして、マスメディア規制三法案や情報通信法案等の施策を試みようとはしているものの、その方向性が必ずしも適切とは言い難い状況にあることは、先に見たとおりである。その場合にも、以上の基本的認識が是非とも必要であると考えられる。

## 第二節 展望

前述したように、第九章から第十一章までが筆者が最も主張したかった憲法規範論であるが、そのいずれも現状では全く実現する兆しはない。確たる判例理論、通説理論が存在し、動く気配は全く見られない。しかし、筆者は、上述の基本認識の下で、二重の基準論、反論権、司法権を一体的に前記のように構造転換を図るならば、マスメディア規制の論理を構築し、広くマスメディアを適正化するという本稿の最終目標に大きく近づくものと考えられる。今後とも、その理論的進化を図りたい。

なかでも筆者が一番その必要性を感じているのが、反論権である。この点、上述のごとく、アメリカにおいて反論権が認められていたものの、公平原則の廃止により反論権が社会的に消滅したことで、日本での反論権の議論が下火になったという指摘がなされているように、日本において反論権の議論がいま一つ盛り上がり欠ける嫌いがあるのは、20年以上も前のアメリカの影響がある可能性もある。しかし、マスメディアを取り巻く状況は、今後とも日進月歩で変化していくのであり、マスメディアについての理論も、それに対応していくことが要請される。前述したアメリカ・イギリスとフランス・ドイツのメディア観の根本的な違いは、メディア観が永遠普遍のものではなく、国により時代により異なることを示唆している。フランス・ドイツでは反論権法が何の違和感もなく受け入れられているのである。日本では、現在、反論権肯定説は極めて

少数説であるが、日本にも以前、反論権法が存在していたという事実をどれほどの人が認識して議論をしているだろうか。日本において反論権を実現するためには、まず反論権というものの存在とその内容を国民に知らしめることから始める必要がある。

憲法規範論による対応のなかでも、マスメディアの人権享有主体性論や憲法の私人間効力論による手法には、また望みがありそうに思える。前述した八幡製鉄政治献金事件において主体の社会的影響力の大きさを根拠にして法人の人権を自然人より制限しようとする通説的見解や、私人間効力論において、企業権力からの自由の視点を導入する見解等については、マスメディア規制を考える上でも非常に参考となろう。かかる学説を端緒に今後、新たな論理を模索していきたいと考える。

筆者は、本文の中で、冤罪や報道被害の防止の観点から、取材源秘匿権を事後的に一定限度で制限すべきことや、あるいは、成人犯罪においても匿名報道原則を採用すべきことを主張したが、それらの点については、政策論としては格別、憲法規範論としては、これまであまり議論はされてこなかったと言える。憲法論においては、取材源秘匿権についてはその保障の面ばかりが、匿名報道原則については少年法 61 条との関連で少年事件ばかりが議論されてきた。この点、両者を憲法規範論として正面から議論していくことを考えたい。

特に、匿名報道原則の一般的導入については、反論権と同様、その必要性を強く感じている。匿名報道原則の理解のためには、その先進国であるスウェーデンの議論から学ぶ必要がある。スウェーデンの最新議論については、言葉の壁や日本人の関心の薄さから、あまり日本では詳しく紹介されてはいないが、スウェーデンの匿名報道原則については今後、研究を深めたいと考える。

客観報道、発表報道、記者クラブ、情報操作等の事実的な問題については、我われ一人ひとりが確固としたメディア・リテラシーを身に付け、その問題に声を上げていくことにより、解決しうる可能性がある。その道のりは簡単ではないが、その是正を目指し、国民各自がマスメディアを常に監視するという自覚を持つことが必要であろう。また、憲法学においても、それらの問題を出来る限り憲法規範化することに努め、憲法的解決の道を探るべきである。

以上

**【参考文献一覧】**

Barrie MacDonald , *Broadcasting in the United Kingdom* , Mansell Publishing Limited . , 1993

Cass R Sunstein , *One Case At a Time* , Harvard University Press , 1999

Cass R Sunstein , *Republic.com* , Princeton University Press , 2001

Christopher Horrocks , *Postmodern Encounters Marshall McLuhan and Virtuality* , Icon Books Ltd.,Cambridge , 2000

Corinne McLuhan and Bruce R.Powers ,*The Global Village : Transformations in World Life and Media in the 21st Century* ,Oxford University Press,Inc . , 1989

Eric McLuhan and Frank Zingrone , *Essential McLuhan* , House of Anansi Press Limited , 1995

Erwin Chemerinsky , *Rethinking State Action* , 80 NW. U. L. Rev , 1985

Herbert I. Schiller , *The Mind Managers* , Beacon Press, Boston , 1973

James Fallows , *Breaking The News* , The Wendy Weil Agency,Inc . , 1996

Jeremy Harris Lipschultz , *Free Expression in the Age of the Internet* , Westview Press , 2000

John Tomlinson , *Cultural Imperialism : A Critical Introduction* , Pinter Publishers, London , 1991 .

Jorome. A. barron , *Access to the Press A New First Amendment Right* , George Washington Law Review , 1967

Jorome. A. Barron , *Freedom of the Press for Whom ?* , Indiana University Press , 1973

Marc Franklin & David Anderson , *Mass Media Law* , Foundation Press , 1995

Marshall McLuhan , *The Gutenberg Galaxy* , University of Toronto Press , 1962

Marshall McLuhan , *Understanding Media : The Extensions of Man* ,The MIT Press , 1964

Marshall McLuhan , *The Mechanical Bride : Folklore of Industrial Man* , The Vanguard Press,INC. , 1967

Marshall McLuhan and Edmund Carpenter , *Explorations in Communications* , Beacon Press , 1960

Marshall and Eric McLuhan , *Laws of Media : The New Science* , University of Toronto Press , 1988

Marshall McLuhan and Quentin Fiore , *The medium is the message* , New York : Bantam Books , 1967

Noam Chomsky , *9 11* , Seven Stories Press, New York , 2001

Noam Chomsky , *Media Control* , Seven Stories Press,New York , 2002

Noam Chomsky , *Hegemony Or Survival* , Owl Books, New York , 2004

Noam Chomsky ,*Letters From Lexington* ,Sheridan Square Press,Inc.,and the Institute for Media Analysis,Inc. , New York , 2004

Noam Chomsky and Edward S.Herman , *Manufacturing Consent* , Pantheon Books, a division of Random House,Inc. , New York , 2002

Peter Carey & Jo Sanders , *Media law* , Thomson , 2004

Richard Hoggart , *Mass Media In A Mass Society* , Continuum , 2004

Roger Congleton & Birgitta Swedenborg ,*Democratic Constitutional Design And Public Policy* , Massachusetts Institute of Technology , 2006

Ronald Dworkin , *Freedom's Law* , Harvard University Press , 1996

Sheldon S.Wolin , *The Presence Of The Past* , Johns Hopkins University Press , 1989

Walter Lippmann , *Public Opinion* , Dover Publications,USA , 2004 .

Wilbur Schramm ,*Responsibility in Mass Communication* ,Harper&Brothers , 1957

W.Terrence Gordon ,*McLuhan for Beginners* ,The English Agency Ltd. ,1997

浅野健一 『犯罪報道の犯罪』(学陽書房、1984年)

浅野健一 『犯罪報道と警察』(三一書房、1988年)

浅野健一 『新・犯罪報道の犯罪』(講談社、1989年)

浅野健一 『「犯罪報道」の再犯』(第三書館、1997年)

浅野健一 『犯罪報道とメディアの良心』(第三書館、1997年)

浅野健一 『新版・犯罪報道の犯罪』(新風舎、2004年)

浅野健一 「日米『国家』とメディアの共謀で殺された三浦和義さんの遺志を受け継ごう」(『マスコミ市民・第479号』、アストラ、2008年)

芦部信喜 『現代人権論』(有斐閣、1974年)

芦部信喜 「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」(『公法の理論(下)』田中二郎先生古稀祝賀記念論文集、有斐閣、1977年)

- 芦部信喜『憲法学 憲法総論』(有斐閣、1992年)
- 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣、1994年)
- 芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』(有斐閣、1998年)
- 芦部信喜『憲法〔第三版〕』(岩波書店、2002年)
- 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第四版〕』(岩波書店、2007年)
- 天野勝文他編『現代マスコミ論のポイント』(学文社、1999年)
- 新井誠「現代選挙法の公理」(大石眞・石川健治編『憲法の争点』、有斐閣、2008年)
- 新正幸「立法の不作为に対する違憲訴訟(1)」(『憲法判例百選 [第五版]』、有斐閣、2007年)
- 有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」(法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』、日本評論社、1977年)
- ウォルター・リップマン、掛川トミ子訳『世論』(岩波書店、1987年)
- 有賀誠「『法の支配』は可能か? リベラリズムと批判的法学研究の係争の行方」(『防衛大学校紀要・第94号』、防衛大学校、2007年)
- 有馬哲夫「かくてテレビは台湾にもたらされた 知られざる日米合作」(『ソシオサイエンス・第14号』、早稲田大学大学院社会科学研究所、2008年)
- 池田龍夫『新聞の虚報・誤報』(創樹社、2000年)
- 池田理知子『現代コミュニケーション学』(有斐閣、2006年)
- 石澤靖治『大統領とメディア』(文藝春秋社、2001年)

石村善治「サンケイ新聞意見広告訴訟第一審判決」(『昭和 52 年度重要判例解説』、有斐閣、1978 年)

石村善治『言論法研究 ドイツ言論法研究』(信山社、1993 年)

市川正人「表現内容の規制・内容中立的規制二分論と表現の自由」(『三重大学法経論叢 7 巻 1 号』、三重大学、1989 年)

市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003 年)

市川正人『ケースメソッド憲法〔第二版〕』(日本評論社、2009 年)

伊藤正己『言論・出版の自由』(岩波書店、1959 年)

伊藤正己『憲法〔第三版〕』(弘文堂、1995 年)

伊藤陽一「ニュース報道の国際流通に関する理論と実証」(『メディア・コミュニケーション研究所紀要・No.50』、慶應義塾大学、2000 年)

稲葉馨『行政法と市民』(放送大学教育振興会、2007 年)

井上達夫「人権保障の現代的課題」(碧海純一編著『現代日本法の特質』・第七章、放送大学教育振興会、1991 年)

井上泰浩『メディア・リテラシー』(日本評論社、2004 年)

ウイルバー・シュラム、崎山正毅訳『マス・コミュニケーションと社会的責任』(日本放送出版協会、1959 年)

上野恵司「反論権訴訟 サンケイ新聞意見広告訴訟」(時岡弘編『人権の憲法判例〔第五集〕』、成文堂、1987 年)

上村達男「会社法から憲法へ 控えめな質問と期待」(『法律時報 81 巻 5 号』、日本評論社、2009 年)

上村都「少年事件の推知報道」(高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百

選 』、有斐閣、2007年)

鵜飼信成『憲法における象徴と代表』(岩波書店、1976年)

宇賀克也・長谷部恭男『改訂版・情報法』(放送大学教育振興会、2006年)

右崎正博「反論権考」(杉原泰雄他編『論争憲法学』、日本評論社、1994年)

鵜澤剛「憲法訴訟の新たな可能性」(『立教法学・第71号』、立教法学会、2006年)

内野正幸『憲法解釈の理論と体系』(日本評論社、1991年)

浦田賢治・大須賀明(編)『新・判例コンメンタール日本国憲法 』(三省堂、1993年)

浦部法穂『違憲審査の基準』(勁草書房、1985年)

浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』(日本評論社、2006年)

江島晶子「イギリスにおける人権保障の新展開」(『ジュリスト』1244号、有斐閣、2003年)

榎透『憲法の現代的意義 アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに』(花書院、2008年)

榎原猛(編)『世界のマス・メディア法』(嵯峨野書院、1996年)

江橋崇「二重の基準論」(芦部信喜編著『講座憲法訴訟(2)』、有斐閣、1987年)

エリック・マクルーハン、フランク・ズィングローネ、有馬哲夫訳『エッセンシャル・マクルーハン』(NTT出版、2007年)

大石眞『憲法講義 』(有斐閣、2004年)

大石泰彦「フランス」(榎原猛編『世界のマス・メディア法』、嵯峨野書院、1996

年)

大久保史郎「学説上の『法人の人権』論」(杉原泰雄編『新版体系憲法事典』、青林書院、2008年)

大沢秀介「違憲立法審査の運用」(杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』、青林書院、2008年)

大須賀明『生存権論』(日本評論社、1984年)

大須賀明『社会国家と憲法』(弘文堂、1992年)

奥平康弘『表現の自由1』(有斐閣、1983年)

奥平康弘『表現の自由2』(有斐閣、1984年)

奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、1988年)

奥平康弘『憲法』(有斐閣、1993年)

小寺裕恵・中島ゆかり・津田正夫訳、ラルフ・エンゲルマン「パブリック・アクセス ジョージ・ストーニーの見解」『アメリカの公共放送 政治史』・第11章(『立命館産業社会論集・第45巻第3号』、立命館大学、2009年)

葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」(『立命館法学 271号』、立命館大学、2001年)

カナダオンタリオ州教育省編『メディア・リテラシー マスメディアを読み解く』(リベルタ出版、1992年)

兼子一・竹下守夫『裁判法 新版』(有斐閣、1978年)

金子勝、アンドリュー・デウィット『メディア危機』(NHK出版、2005)

川上和久『情報操作のトリック』(講談社、1994年)

川上和久『メディアの進化と権力』(NTT出版、1997年)

北田暁大「メディアの社会学」(朝日新聞社編『新版・社会学がわかる。』、朝日新聞社、2004年)

木下智史「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」(『神戸学院法学 34 巻 1 号』、神戸学院大学、2004年)

木下智史『人権総論の再検討 私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社、2007年)

君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論再考 その論点の再整理をきっかけに」(『東海大学文明研究所紀要 17 号』、東海大学、1997年)

君塚正臣「伝統的第三者効力論・再考 日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えているのか」(『関大法学論集 49 巻 5 号』、関西大学、1999年)

君塚正臣「アメリカにおけるステイト・アクション理論の現在 いわゆる私人間効力論再検討の道標として」(『関大法学論集 51 巻 5 号』、関西大学、2001年)

君塚正臣「二重の基準論の根拠について」(『横浜国際経済法学 16 巻 1 号』、横浜国立大学、2007年)

木村愛二『湾岸報道に偽りあり』(汐文社、1992年)

木村将成「憲法の『行為規範』化か 『立法不作為』を認容した最近の裁判例について」(『法学研究年報・第 36 号』、日本大学大学院法学研究科、2006年)

清宮四郎『憲法 第三版』(有斐閣、1979年)

クリストファー・ホロックス、小畑拓也訳『マクルーハンとヴァーチャル世界』(岩波書店、2005年)

ゲルハルト・マレットケ、NHK 放送学研究室訳『マス・コミュニケーション心理学』(日本放送出版協会、1965年)

河野義行・浅野健一『松本サリン事件報道の罪と罰』(新風舎、2004年)

後藤登「イギリス」(榎原猛編『世界のマス・メディア法』、嵯峨野書院、1996年)

後藤将之『マス・メディア論』(有斐閣、1999年)

後藤光男『国際化時代の人権・改訂版』(成文堂、1999年)

小林直樹『憲法講義(上)』(東京大学出版会、1980年)

駒村圭吾「表現の自由の価値・機能・成立条件」(『新聞研究所年報 No.37』、新聞研究所、1991年)

駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』(嵯峨野書院、2001年)

小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)

小山剛「取材源の秘匿」(『法学教室 236号』、有斐閣、2000年)

小山剛『基本権の内容形成 立法による憲法価値の実現』(尚学社、2004年)

小山剛「人権の私人間効力」(杉原泰雄編『新版体系憲法事典』、青林書院、2008年)

コリーネ・マクルーハン、ブルース・R・パワーズ、浅見克彦訳『グローバル・ヴィレッジ』(青弓社、2003年)

権田萬治「実名報道の理念と問題点 米、英、仏、日の現状を探る」(『新聞通信調査会報 2002年7月1日号』、公益財団法人新聞通信調査会、2002)

酒井芳文「“政権交代”への軌跡 “前哨戦” で表れた兆候」(日本放送協会放送文化研究所編『放送研究と調査・10月号』、日本放送出版協会、2009年)

阪口征二郎「政治過程と司法審査」(『東京大学社会科学研究所 42巻3号』、東京大学、1990年)

坂元章「サブリミナル効果は存在するか？」(坂元章・森津太子・坂元桂・高比良美詠子編『サブリミナル効果の科学』、学文社、1999年)

阪本昌成「『知る権利』の憲法論的再検討」(『法律時報 57 巻 3 号』、日本評論社、1985年)

阪本昌成『憲法理論』(成文堂、1993年)

阪本昌成『憲法理論』(成文堂、1995年)

阪本昌成「第4の権力 マスメディアの位置と機能」(『ジュリスト No.1311』、有斐閣、2006年)

佐々木俊尚「『放送と通信の融合』とは」(『総合ジャーナリズム研究 No.195』、東京社、2006年)

笹田栄司「取材源の秘匿と公正な裁判」(堀部政男・長谷部恭男編『メディア判例百選』、有斐閣、2005年)

佐藤功『日本国憲法概説』(学陽書房、1994年)

佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」(『現代立憲主義の展開・上』、芦部信喜先生古稀祝賀記念論文集、有斐閣、1993年)

佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、1995年)

佐藤修一郎「立法の不作为に対する違憲訴訟(1)」(『憲法判例百選 [第五版]』、有斐閣、2007年)

佐藤毅『マスコミの受容理論』(法政大学出版局、1990年)

宍戸常寿「国民主権と代表制」(『法学セミナー-659号』、日本評論社、2009年)

渋谷秀樹『憲法』(有斐閣、2007年)

清水直樹「放送番組の規制の在り方」(国立国会図書館編『調査と情報・第597号』、国立国会図書館、2007年)

清水直樹「情報通信法構想と放送規制をめぐる論議」(『レファレンス・平成20年11月号』、国立国会図書館及び立法考査局、2008年)

清水英夫『言論法研究』(学陽書房、1979年)

清水英夫「取材源の秘匿と公正な裁判」(『判例タイムズ・399号』、判例タイムズ社、1980年)

清水英夫編『マスコミと人権』(三省堂、1987年)

清水英夫「サンケイ新聞意見広告事件最高裁判決」(『ジュリスト』891号、有斐閣、1987年)

清水英夫『言論の自由はガラスの城か』(三省堂、1999年)

ジェローム・A・バロン、清水英夫・堀部政男他訳『アクセス権 誰のための言論の自由か』(日本評論社、1978年)

ジョン・トムリンソン、片岡信訳『文化帝国主義』(青土社、1997年)

菅谷実編『通信・放送の融合』(日本評論社、1997年)

杉原泰雄『憲法 統治の機構』(有斐閣、1989年)

鈴木秀美「ドイツ」(榎原猛編『世界のマス・メディア法』、嵯峨野書院、1996年)

鈴木秀美「ドイツのメディア法」(石村善治・堀部政男『情報法入門』、法律文化社、1999年)

鈴木秀美「ドイツ判例研究 プレスの自由と反論文・訂正文掲載請求権」(『自治研究76巻12号』、第一法規、2000年)

鈴木秀美「インターネットと人権」『ジュリスト・1244号』（有斐閣、2003年）

鈴木秀美「マスメディアの自由と特権」（小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』、弘文堂、2005年）

鈴木秀美「取材源の秘匿と表現の自由」（高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百選』、有斐閣、2007年）

鈴木秀美「リスク社会におけるマス・メディアの役割」（『ジュリスト・第1356号』、有斐閣、2008年）

関口進『メディア・コミュニケーションの多様化』（学文社、2000年）

曾我部真裕「プレスの自由と反論権法の展開」（『京都大学法学論叢157巻1号』、京都大学、2005年）

染谷学「反論権再考」（『社会科学研究・第58巻・第2号』、東京大学社会科学研究所、2007年）

高瀬淳一『情報政治学講義』（新評論、2005年）

高田篤「佐藤幸治教授の『国民主権と政治制度』をめぐって」（『法律時報81巻11号』、日本評論社、2009年）

高橋和之・松井茂記（編）『インターネットと法〔初版〕』（有斐閣、1999年）

高橋和之「人権論のパラダイム 私人間効力論を中心に」（『憲法問題・17号』、三省堂、2006年）

高橋和之「私人間効力論再訪」（『ジュリスト・1372号』、有斐閣、2009年）

高橋和之・松井茂記・鈴木秀美（編）『インターネットと法〔第4版〕』（有斐閣、2010年）

竹下俊郎『メディアの議題設定機能』（学文社、2001年）

竹村健一『マクルーハン理論の展開と応用』(講談社、1967年)

竹村健一『マクルーハンの世界』(講談社、1967年)

竹村健一『メディアの軽業師たち』(ビジネス社、2002年)

田島泰彦「テレビ朝日問題と放送の自由」(『法学セミナー・1993年12月号』、日本評論社、1993年)

田島泰彦「放送の自由と公平原則」(比較憲法史研究会編『憲法の歴史と比較』、日本評論社、1998年)

田島泰彦「ノンフィクションと前科の公表」(高橋和之・長谷部恭男・石川健治『憲法判例百選』、有斐閣、2007年)

館田晶子「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 [第五版]』、有斐閣、2007年)

立山紘毅『現代メディア法研究』(日本評論社、1996年)

田中愛治・河野勝・日野愛郎・飯田健『なぜ政権交代だったのか』(勁草書房、2009年)

田中晶子「戦後西ドイツにおける『アメリカ化』 アメリカ化の概念史的検討」(『市民のための歴史ジャーナル5』、大阪大学、2008年)

田中嘉彦「2003年通信法 新時代の通信規制改革」(『ジュリスト』1257号、有斐閣、2003年)

田宮裕・廣瀬健二『注釈少年法』(有斐閣、2001年)

辻村みよ子「人権と憲法上の権利」(大石眞・石川健治(編)『憲法の争点』、有斐閣、2008年)

辻村みよ子「国民主権の意味」(杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』、青林書院、2008年)

津田正夫「市民アクセスの地平（上） 失われた表現とコミュニケーションの回復を求めて」(『立命館産業社会論集・第40巻第3号』、立命館大学、2004年)

露木茂・仲川秀樹『マス・コミュニケーション論』(学文社、2004年)

糠塚康江「選挙運動の制約 選挙運動の自由と公正」(杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』、青林書院、2008年)

トマス・ホップズ、水田洋訳『リヴァイアサン(1)』(岩波書店、1992年)

中川剛『基本的人権の考え方』(有斐閣、1991年)

中田平『マクルーハンの贈り物』(海文堂、2003年)

中野収・後藤和彦・森川英太郎「マクルーハン再考」(「メディア・レビュー」編集部編『ザ・メッセージ』、平凡社、1982年)

西原博史「保護の論理と自由の論理」(西原博史責任編集『憲法2・人権論の新展開』、岩波書店、2007年)

西原博史『自律と保護 憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』(成文堂、2009年)

西村寿子「コミュニティにおけるメディア・リテラシーの学び」(『立命館産業社会論集・第42巻第4号』、立命館大学、2007年)

野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利共著『憲法』(有斐閣、1993年)

野中俊彦「選挙」(樋口陽一編『講座憲法学5』、日本評論社、1994年)

橋本基弘「マスメディアの自由」(工藤達郎・畑尻剛・橋本基弘『憲法〔第2版〕』、信山社、2005年)

長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992年)

長谷部恭男『憲法』(新世社、1996年)

長谷部 恭男『憲法〔第4版〕』(新世社、2008年)

服部桂『メディアの予言者』(廣濟堂出版、2001年)

浜田純一「プレスの自由の『制度的理解』について」『東京大学新聞研究所紀要27号』(東京大学新聞研究所、1979年)31-44頁。

浜田純一「サンケイ新聞意見広告と反論文掲載請求」(『昭和62年度重要判例解説』、有斐閣、1988年)

浜田純一『情報法』(有斐閣、1993年)

浜日出夫「マクルーハンとグールド」(岩波講座・現代社会学22『メディアと情報化の社会学』、岩波書店、1996年)

林紘一郎『ネットワーキングの経済学』(NTT出版、1989年)

林紘一郎「メディアとしてのインターネット」(『SFC Review・第3号』、慶応藤沢学会、1998年)

林紘一郎「包括メディア産業法の構想」『メディア・コミュニケーション研究所紀要No.50』(慶応義塾大学、2000年)

林紘一郎『情報メディア法』(東京大学出版会、2005年)

原寿雄『ジャーナリズムは変わる』(晩聲社、1994年)

原寿雄『ジャーナリズムの思想』(岩波書店、1999年)

原寿雄『市民社会とメディア』(リベルタ出版、2000年)

春原昭彦・武市英雄編『ゼミナール日本のマス・メディア』(日本評論社、2006年)

樋口陽一 『司法の積極性と消極性』(勁草書房、1978年)

樋口陽一 『憲法改訂版』(創文社、2004年)

樋口陽一 『国法学人権原論〔補訂〕』(有斐閣、2007年)

樋口陽一・吉田善明 『解説世界憲法集』(三省堂、1994年)

藤井樹也 「私人による憲法上の『権利』の侵害」(『民商法雑誌 110 巻 2 号』、有斐閣、1994年)

藤井樹也 「取材の自由」(大石眞・石川健治編『憲法の争点』、有斐閣、2008年)

藤竹暁編 『図説日本のマスメディア』(日本放送出版協会、2005年)

藤原宏高 『サイバースペースと法規制 ネットワークはどこまで自由か』(日本経済新聞社、2007年)

堀部政男 『アクセス権』(東京大学出版会、1977年)

堀部政男 『アクセス権とは何か』(岩波書店、1978年)

堀部政男 「意見広告と反論権(サンケイ新聞事件)」(『憲法の基本判例(第二版)』、有斐閣、1996年)

堀部政男 『インターネット社会と法』(新世社、2006年)

マーシャル・マクルーハン、井坂学訳 『機械の花嫁』(竹内書店、1968年)

マーシャル・マクルーハン、エドモンド・カーペンター、大前正臣・後藤和彦訳、『マクルーハン理論』(サイマル出版会、1981年)

マーシャル・マクルーハン、森常治訳 『ゲーテンベルクの銀河系』(みすず書房、1986年)

マーシャル・マクルーハン、栗原裕・河本仲聖訳 『メディア論』(みすず書房、

1987年)

マーシャル・マクルーハン、クエンティン・フィオーレ、南博訳『メディアはマッサージである』(河出書房新社、1995年)

マーシャル・マクルーハン、エリック・マクルーハン、中澤豊訳『メディアの法則』(NTT出版、2002年)

松井茂記「二重の基準論についての一考察」(佐藤幸治・初宿正典編『人権の現代的諸相』、有斐閣、1990年)

松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)

松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、1994年)

松井茂記「アメリカ合衆国」(榎原猛編『世界のマス・メディア法』、嵯峨野書院、1996年)

松井茂記「『公正原則』と放送の自由」(榎原猛先生古希記念論集『現代国家の制度と人権』、法律文化社、1997年)

松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか』(日本評論社、2000年)

松井茂記『日本国憲法〔第二版〕』(有斐閣、2002年)

松井茂記『インターネットの憲法学』(岩波書店、2002年)

松井茂記『マス・メディア法入門〔第三版〕』(日本評論社、2003年)

松井茂記『マス・メディアの表現の自由』(日本評論社、2005年)

松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』(有斐閣、2007年)

三並敏克『私人間における人権保障の理論』(法律文化社、2005年)

三並敏克「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論」(『立命館大政策科

学 13 卷 3 号』、立命館大学、2006 年)

美濃部達吉『憲法撮要(改訂第 5 版)』(有斐閣、1932 年)

宮井清暢「私人間の人権保障」(元山健・建石真公子編『現代日本の憲法』、法律文化社、2009 年)

宮崎寿子・鈴木みどり訳「レン・マスターマン『メディア・リテラシーの 18 の基本原則』」(鈴木みどり編『メディア・リテラシーを学ぶ人のために』、世界思想社、1999 年)

宮沢俊義『国民主権と天皇制』(勁草書房、1957 年)

宮沢俊義『憲法』(有斐閣、1974 年)

宮原守男(監修)、松村光晃・中村秀一(編集)『名誉棄損・プライバシー 報道被害の救済』(ぎょうせい、2006 年)

棟居快行『人権論の新構成』(信山社、1992 年)

森下史郎「アメリカにおける経済規制立法に対する違憲審査基準」(『早稲田大学法学会誌・第 32 巻』、早稲田大学、1981 年)

保岡裕之『メディアのからくり』(KK ベストセラーズ、2002 年)

安西文雄「アメリカ合衆国における人権論の動向」(『ジュリスト』1244 号、有斐閣、2003 年)

柳井道夫「情報化と世論 環境認知の視点から」(石坂悦男・桂敬一・杉山光信編『メディアと情報化の現在』、日本評論社、1993 年)

柳澤伸司「スウェーデン」(榎原猛編『世界のマス・メディア法』、嵯峨野書院、1996 年)

山口いつ子「マス・メディアの表現の自由と個人の表現の自由」(西原博史編『岩波講座憲法 2 人権論の新展開』、岩波書店、2007 年)

山口功二・渡辺武達・岡満男『メディア学の現在』(世界思想社、2001年)

山口俊夫「反駁権 フランス法を中心として」(伊藤正巳編『現代損害賠償法講座(2)』、日本評論社、1972年)

山口直也「子どもの成長発達権と少年法 61 条の意義」(『山梨学院大学・法学論集第 48 号』、山梨学院大学、2001年)

山下幸夫「少年事件と報道」(守山正・後藤弘子編『ビギナーズ少年法』、成文堂、2005年)

山本ケイ「クラブ問題とメディアが抱える病魔に迫る」(『マスコミ市民・第 477 号』、アストラ、2008年)

山本敬三「現代国家におけるリベラリズムと私的自治」(『法学論叢 133 巻 5 号』、京都大学法学会、1993年)

山本敬三「基本権の保護と私法の役割」(『公法研究・65 号』、有斐閣、2003年)

山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」(田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』、有斐閣、2004年)

山本龍彦「『法原理機関説』の内実についての覚書 リーガル・プロセス理論との距離を中心に」(『桐蔭法学第 14 号第 1 号』、桐蔭法学会、2007年)

横田耕一「報道の自由と取材源の秘匿」(『法学セミナー 8 月号』、日本評論社、1975年)

吉見俊哉『メディア文化論』(有斐閣、2004年)

和田伸一郎『存在論的メディア論』(新曜社、2004年)

渡辺武達『テレビ 「やらせ」と「情報操作」』(三省堂、2001年)

W・テレンス・ゴードン、宮澤淳一訳『マクルーハン』(筑摩書房、2001年)

W・ミルズ、鵜飼信成・綿貫讓治訳『パワー・エリート』(東京大学出版会、1958年)

『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(博多駅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』687号23頁(小売市場開設距離制限事件判決について)

『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』757号30頁(猿払事件判決について)

『判例時報』777号8頁(薬局開設距離制限事件判決について)

『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』1261号74頁(サンケイ新聞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』1446号81頁(雑誌『諸君!』事件第一審判決について)

『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』1651号56頁(雑誌『諸君!』事件最高裁判決について)

『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）

『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）

『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）

『最高裁民事判例集』30巻3号223頁（議員定数不均衡訴訟最高裁大法廷判決について）

『最高裁民事判例集』35巻3号443頁（創価学会「板まんだら」事件最高裁判決について）

『最高裁民事判例集』39巻7号1512頁（在宅投票制度廃止事件最高裁判決について）

『最高裁民事判例集』41巻3号490頁（サンケイ新聞事件最高裁判決について）

『最高裁民事判例集』59巻7号2087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）

『最高裁刑事判例集』23巻11号1490頁（博多駅テレビ・フィルム提出命令事件について）

『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）

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）