

○論説：私人を介した表現の事前抑制

— 法的根拠の必要性について —

青井未帆*

はじめに —— 憲法問題が提起されていること

I 問題設定

- 1 検討対象
- 2 憲法上の争点を提起することの意味
 - (1) 原判決における憲法論
 - (2) 憲法上の争点の提起
 - (3) 本件での憲法問題

II 憲法問題

- 1 自由とその制約
 - (1) 自由への法的な制約と非・法的な制約
 - (2) 本件における事実の上での自由の縮減
- 2 誰がどのような責任を負うか
 - (1) マッカーシズムと私人を介した事前抑制
 - (2) 表現の自由を保障することの意味 —— 日本の例
 - (3) 私人を介した事前抑制
- 3 本件の検討
 - (1) 枠組み
 - (2) 検討① —— 社会的風潮
 - (3) 検討② —— 自主規制機関への公権力によるインフォーマルな強い影響
 - (4) 検討③ —— 事前抑制と同視し得る抑止的効果(萎縮効果)
- 4 まとめ

* 学習院大学法務研究科教授(憲法学)。20100067@gakushuin.ac.jp

フォーマルな影響のもとに表現の自由への事前抑制的機能を果たした点に注目する。そして、このような手法について、公権力が直接に表現を事前抑制する事態との対比で、言論媒介者である「私人を介した表現の事前抑制⁴」として、そこに含まれる憲法問題を考察するものである（以下、かかる手法につき、基本的に「私人を介した事前抑制」と呼ぶこととする）。

すなわち、憲法上の問題は、原判決が描いた構図の外にも存在するのである。＜コンビニー出版社各社ー作家一般＞、＜公権力ーコンビニや出版社等の言論媒介者＞という関係性の中にも、表現の事前抑制の原則禁止・検閲禁止（憲法21条1項2項）をめぐる問題が存在している。また、自由の制限に当たって法律（条例）の根拠が必要であるという法原則（憲法31条⁵、41条）も問

いて、See e.g., Rebecca Tushnet, *infra* note 37, at 988)。

- 4 アメリカではintermediary（言論媒介者）が公権力の圧力のもとで行う言論事前抑制を、“collateral censorship”、“proxy censorship”などという言葉で呼称し、その学術的検討が進められている。これらの用語を直訳するなら、「付随的」「間接的」検閲、「代理人」「媒介者」による検閲などと思いつくところだが、それらに含まれる術語の本来的意味との混同を避けるため、本意見書では基本的に「私人を介した事前抑制」という言葉を、用いている。なお、成原・後掲論文注37）は、“proxy censorship”を「代理人を介した表現規制」と訳している。

わが国の判例における間接的・付随的規制について、最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁（猿払事件）、最二小判平成23・5・30民集65巻4号1780頁・最一小判平成23・6・6民集65巻4号1855頁・最三小判平成23・6・1465巻4号2148頁（日の丸君が代訴訟）など。

また学説における検討として、長谷部恭男「表現活動の間接的・付随的制約」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）232頁以下、阪口正二郎「猿払事件判決——猿払事件判決と憲法上の権利の『制約』類型」論究ジュリスト1号（2012年）18頁以下ほか。

- 5 なお、行政の適正手続についての憲法上の要請について、憲法13条にその根拠を求める学説や、法治国原理に拠る説、そして13条と31条とを併用する説があるが、本文では通説的見解に従い、憲法31条を挙げている。

なお、最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁は、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」としつつ、行政手続においては、行政目的の多様性から「事前の告知、弁解、防御の機会」を、「常に必ず・・・与えることを必要とするものではないと解するのが相当である」とした。この判決により、行政手続について憲法31条が適用ないし準用されることが明らかにされたものと断定することは、難しい（南野森「行政手続とデュー・プロセス」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）88頁以下、89頁）。しかし、少なくとも判例は行政手続について、憲法31条が排除されるわけではないという立場であることは導き出せる。

われている。原判決には、かかる意味での憲法論が不分明であったものと考える⁶。

本意見書の主張を予め述べると、こうである。県警はコンビニ各社を介して、これに対する事実行為たる行政指導により暴力団関係書籍の撤去をなさしめた。しかし本件状況下においてコンビニ各社には、過剰に表現を自主規制（自己検閲）し、撤去する誘因が働くこと、そして、コンビニとコンビニコミック出版社との関係においては、前者が後者に多大な影響力を持っていることに、注目すべきである。表現の自由のもつ「こわれ易く、傷つき易い⁷」性質や、その萎縮効果の高さ、そして自由な情報流通の仕組みが守られるべきことに鑑みるなら（憲法21条）、本件において採られたような手法によって行政が書籍撤去という目的を達成してはならず、もしこれを行おうとするのならば、県警は明確で特定の法的根拠の下で、適正な手続を踏むことにより行う必要があった（憲法31条、41条）。したがって、法的根拠なくなされた本件での行政指導は、違憲な法令解釈に基づくものであり、国賠法上違法である。また、このような場合において、過失の存在を否定することはできず、福岡県は原審原告に発生した精神的損害等に対し、賠償責任を負うと解すべきである。

I 問題設定

本章では先に概略を示した本件の憲法問題について敷衍し、検討対象を特定する。法行為が不存在である本件事件において、憲法問題をどのように措

6 なお、原判決は他にも憲法上の問題を抱えていると考えるが、本意見書は本文に述べた点に特に的を絞って論じており、原判決の憲法学的な問題点を網羅的に論ずるものではない。

7 表現の自由は「こわれ易く傷つき易い (delicate and vulnerable)」のであり、「その存立のためには息つく場所 (breathing space to survive) が必要である」という著名な言葉について、NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 433 (1963) など。また芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）〔以下、〔芦部・2011〕とする〕187頁は「民主政の過程を支える精神的自由は『こわれ易く傷つき易い』権利であり、それが不当に制限されている場合には、国民の知る権利が十全に保障されず、民主政の過程そのものが傷つけられているために、裁判所が積極的に介入して民主政の過程の正常な運営を回復することが必要である」と説明している。

定すべきかは容易な課題ではなく、検討を要するものとするためである。

1 検討対象

原判決は暴力団関係書籍の販売中止及び店頭からの撤去について、これを県警からの要請を受けてコンビニ各社が自主的にとった措置とした⁸。したがってこの理解よりすれば当然のことであるが、本件要請並びに本件リストの作成及び配布の違法性につき、「本件要請は、原告の表現活動を制限するものではなく、原告の表現の自由を侵害するものということはでき(ず)⁹」、また「本件リストの作成及び配布も、本件要請に付随する事実行為にすぎないというべき¹⁰」とされたのであった。

行政指導がまさにそうであるように、私人に自主的措置を促進する手法自体は、頻繁に採られている。本件で問題となった県警の要請は、それ自体としては法的効果をもたない行政指導であり、単なる事実行為であった。一般論としていえば行政指導は、多様な行政需要に対応するにあたっての、柔軟で実効的な行政の行為形式として、有用性は高い。

しかしそのことから、行政指導に法律の根拠を必要としないことが¹¹、常に、導かれるものではあるまい。たとえば塩野宏は、「行政指導が、立法が必ずしも整備されていない段階で、臨機に行政需要に対応できる行政の手法であることに鑑みれば、原則的には法律の根拠を必要としないことには合理性がある」としながら、しかし「事実上規制的に作用することが、客観的に予測しうるような場合、いかえれば、相手方の任意性が客観的にみても期待できないような場合には、法律の根拠が必要となるのではないかと解される¹²」(下線は引用者)としている。

もし仮に本件要請について「事実上の強制性」が認められるものであるな

8 原判決16頁。

9 原判決16頁。

10 原判決16頁。

11 なお行政指導が直接の強制力を有するものではないのであり、法律の具体的根拠を要求しないとした最高裁判例として、最三小判昭和60・7・16民集39巻5号989頁。

12 塩野宏『行政法I 行政法総論〔第5版〕』(有斐閣、2009年)207頁〔以下、[塩野・2009]とする〕。

らば、それは「相手方の任意性が客観的にみて期待できないような場合」であり、かかる行為に法的根拠が必要と論じられよう。しかし、任意性について期待できる、あるいは期待できないわけではないものの、なお行政指導に法律(条例)の根拠を要する問題もある。私見によれば本件はそのような、《たとえ任意性があったとしても、法的根拠なく行政指導で行ってはならない場合》であった。

コンビニはオリジナルな表現者ではなく、表現の媒介者たる私人に過ぎない。今後の警察との友好的な関係の維持を考慮に入れて、「警察にたてついでまでコンビニコミックを置く必要はない」との効用計算をすることは、合理的な行動ともいえる¹³。私人たる言論媒介者が、社会における自由な情報流通の仕組み（表現の自由市場）を維持するために、社会経済上の不利益や制裁の危険をおかすなどということは、想定し難い。特に福岡県下の暴力団対策をめぐる「社会的風潮¹⁴」（これは原判決の言葉である）の中でコンビニには、むしろ「世間から非難されるかもしれない」とそれが危惧する表現までも過剰に自主規制し撤去する、大きな誘因が働いたかもしれない。暴力団対策とは、それ自体は異論を提示されにくい、市民の生活の安全・安心のための施策である。

コンビニコミックという、コンビニに販路を集中する形態の表現物を扱う出版社にとって、コンビニの自主規制は、そこへ卸す商品（出版物）の内容に大きな抑止的影響を与えることになる。さらにそれは巡って、出版社に言論媒介を依存する執筆者への影響ももたらす。

もし仮に福岡県が、一定の暴力団関係書籍をリストアップし、コンビニで

13 最三小決昭和55・9・22刑集34巻5号272頁の調査官解説は、「およそ、警察権の発動として一定の活動が行われる場合、それが相手方の協力と同意のもとに行われる建前であっても、実質的には相手方の任意性を抑制し、相手方において欲すると否とにかかわらず、これに従わせる事態を招来しがちなことは、否定し難い現実である。したがって、警察の諸活動を任意手段によるからといって無制限に許すならば、『警察の責務』（交通の取締）の範囲が『抽象的かつ漠然とした不確定概念』によって定められていることと相まって、国民の権利、自由に対する広範な干渉、制約の事態をもたらすことになるであろう」とする（渡部保夫・最判解刑事事篇昭和55年度149頁、161頁）。

14 原判決16頁。

の販売を禁じたとしたら、そのような直接的な手法は、憲法21条に違反しよう。とすると、つまり「私人を介した事前抑制」という手法により、直接的には不可能である事柄が可能とされるのである。法的根拠なく無制限に、「社会的風潮」を理由に公権力が私人に表現物の取扱い抑制を求められるのだとしたら、公権力はいとも簡単に、事前抑制あるいは検閲によるのと同様の、実際上の効果を得ることになる。公権力を法によって縛るという近代立憲主義の試みの有効性自体が、足元から崩れかねない。

したがって、これまでの表現の自由の法理の展開や過去の経験に照らすなら、かかる過剰な自己検閲がなされやすい状況や、もたらされるだろう抑止的效果（萎縮効果）に、法律家は敏感でなくてはならず、任意性が必ずしもないとはいえない自主規制についても、憲法の観点から精査し、法律の根拠の必要性を考える必要がある。そして、再度述べれば、結論として福岡県警の行為には法律（条例）の根拠が必要であったことを、本意見書は主張するものである。

2 憲法上の争点を提起することの意味

(1) 原判決における憲法論

このように、自由な情報流通という憲法上保護される価値や、公権力が行使されるにあたって満たすべき条件（法律の留保）といった、憲法上の客観的な原理・原則に関わる問題が本件に存在しているとして、法的効果を生じさせる法行為が存在するなかで、かかる客観的な憲法上の原則を、個別具体的な訴訟において争うことは易しいことではない。もし何らかの法律（条例）が存在し、それが執行されて具体的な処分が存在しているならば、その処分の取消を求める訴訟等において、上記の客観的な憲法原則違反を違法性の前提として争うことができる。しかし本件では法的根拠がないのであって、法形式上、効力を争うべき法行為が存在していないのである¹⁵。では本件で

15 この意味において、立法不作為違憲国賠訴訟と問題を共通する。立法不作為違憲国賠訴訟の理論的な検討として、乞参照、青井未帆「空襲被災者の救済と立法不作為の意見——国家賠償責任について」成城法学80号（2011年）35頁以下、第I章。また立法行為の不在を違憲とした判決として、最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外邦

は、憲法問題はどのような位置づけであると解すべきか。

本件事件における憲法問題を措定するに必要な限りにおいて、そもそも憲法訴訟とは何か、そして憲法上の争点の提起の意味は何かを、項を改めて確認し、検討しておきたい。

(2) 憲法上の争点の提起

憲法訴訟とは、「憲法にかかわる争点を伴って提起される訴訟¹⁶」であり、わが国の統治のメカニズムに組み込まれた、司法過程による基本的人権保障の方法の一つである。

1 基本的人権保障の方法

日本国憲法のもとで、全ての統治の仕組みは、価値の源泉としての個人の尊重のゆえに正当化される。すなわち、憲法11条及び97条が謳うように、「侵すことのできない永久の権利」として基本的人権が憲法に掲げられており、すべての個人が個人として尊重され、その基本的人権が保障されるために、立法府・行政府・司法府をはじめとする統治機構が定められているのであった。かかる統治の目的たる基本的人権の保障方法としては、大きく二つを区別しうる。

A 立法過程による人権調整

一つは、立法過程を中心にした人権の調整である。国民の権利を制限し義務を課す場合には、法律によらなければならない（法律の留保。憲法41条）。権利を制限し義務を課すのは、国民の間での利益を調整するためなのであり、つまり法律という形式は、立法府が様々な要素を衡量して、人権が保障され

人選挙権事件)。

無効とされる法行為が不存在であるなかで、事実行為が違憲となる場合があるかという問題がある。理論上、かかる場合も想定できないわけではないものと思われる。しかし本件訴訟において、福岡県警の行政指導と原審原告との関係を、そのような構成で捉えるのは困難と思われるため、本意見書ではこの問題は措く。

16 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）1頁。

る状態に調整した結果として見る事ができる。義務違反は刑罰あるいは損害賠償（そして強制執行）という制裁により、担保されている。したがって、人が法律に従う限りにおいて、他の人の基本的人権への侵害は生じないとの想定が採られることになり、裁判所による日々の法裁定は、立法過程による人権調整の合理性を与件として、なされることとなる¹⁷。次節で扱う「法律上の争訟概念」はこのことを前提としているものといえる。

B 司法過程による人権保障

法律による調整自体に誤りがあった場合や、時の経過とともに規制の合理性が失われる場合もあり、また法律自体には瑕疵がなくとも具体的な事件にそれを適用することが個別的な不正義を生ぜしめる場合もある。そこでそのような場合に、司法手続の中で再度基本的人権の調整を図る仕組みがとられている。

そしてこの方法をとる際に裁判所は、(B-①) 憲法論によらず法令解釈により基本的人権の再調整をなす場合もあれば¹⁸、(B-②) それを違憲(=無効)(憲法81条)という判断をなすことで行う場合もある。(B-①) が一般的な方法であり、全ての憲法訴訟において合憲性の統制(憲法判断)がなされるわけではない。

2 法律上の争訟と憲法上の争点の提起

では、憲法上の争点の提起は、判例通説の理解である司法権発動要件としての「法律上の争訟」と、どのように関係するのか。この概念について判例は、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要す

17 本文で後述する森林法事件においても、第一審及び第二審は、森林法186条の違憲性に踏み込むことなく、これを前提として事件の解決をなしていた。静岡地判昭和53・10・31民集41巻3号444頁、東京高判昭和59・4・25民集41巻3号469頁。

18 たとえば正当業務行為の解釈、構成要件非該当あるいは可罰的違法性の否定という判断、民法90条等の一般原則の適用、行政裁量の統制や法令の合憲限定解釈を通じた公正正義の達成などが、その例として挙げられる。

る」（下線は引用者）と説明している¹⁹。目下のところ、憲法上の権利の救済を直接に請求する訴訟形式は存在しておらず、憲法上の争点の提起は、通常、当該事件に適用される実体法をはじめ法行為（国家行為）の効力を争う方法である²⁰。憲法上の権利は、上に下線を引いた箇所における「権利」に、必ずしもなるのではない。本件事件のような民事訴訟でいうならば、訴訟物を基礎として事件そのものは把握されるのであって、「法律、命令、規則又は処分」の憲法適合性にかかわる憲法上の争点の提起は、本案の申立てを根拠づける法律上の陳述たる位置づけとなる。

そこで、以上の基本的人権保障の仕組みにおいて強調するなら、憲法上の権利とは、特定の個人が具体的な法律関係の中で主張する権利利益では、通常はないのであって、元来、より一般的で客観的な次元と密接な関わりあいをもつものである。

たとえば財産権制約立法（森林法186条（旧））を法令違憲とした憲法判例として著名な森林法違憲最高裁判決²¹を例にとるなら、その実体は純然たる民事事件であった。請求されていたのは、①共有山林の現物分割と、②原告に無断で立木を売却し、原告の二分の一の共有持分権を侵害したことによる損害への賠償である。最高裁は、森林法186条（旧）共有林分割請求権への制限が、立法目的達成のための手段として必要性も合理性も欠くために憲法29条に違反するという判断を下し、原判決中の上告人敗訴部分は破棄を免れず、その部分については上告人の分割請求に基づき民法258条に従い本件森林を分割すべきものであるとして、事件を原審に差し戻したのであった。具体的な

19 最大判昭和27・10・8刑集6巻9号783頁（警察予備隊訴訟）、最三小判昭和28・11・17行集4巻11号2760頁（教育勸誘訴訟）、最大判昭和28・11・11民集7巻11号1193頁ほか。判例においては、事件性の要件と法律上の争訟要件が同一内容のものとして理解されている。

20 戸松前掲書・注16）43頁は司法審査について、「裁判所に適正に係属している訴訟の処理にあたり、合憲性の争点はその訴訟の処理と密接な関係をもつものであるとき、統治機関の行為についての合憲性の判断を下す裁判所の権限」と説明している。なお憲法上の権利の特質について、乞参照、青井未帆「憲法訴訟論——付随的違憲審査制と『憲法上の権利』の救済」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）191頁以下。

21 最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁。

事件の解決に付随して、適用される法律の合憲性統制がなされた、(B-②)型の一つの典型例である。このような法令違憲の場合、裁判所の違憲判断は、立法過程における法行為の有効性を司法過程で否定することによって、立法過程を通じた人権調整の誤りを正し、基本的人権が保障されるに仕えるものであるといえる。

(3) 本件での憲法問題

以上を踏まえて本件について見れば、本件は不法行為に基づく損害賠償請求権が訴訟物である。では、これとの関係で先に挙げた憲法問題がどのように論じられるか。

1 なされた表現について

平成22年6月30日付の原告意見陳述書は、次のように述べている。「作家たるもの、自己の表現の自由を守ることに生命を賭けなければならない存在であり」、「その表現が表現者にとってどうしてもせざるを得ないものであることを明らかにすることを通じて抗うべき」である。自らの作品は「底辺社会の状況、差別のありよう、貧困の状況、そういったもののなかで、なぜ、どのようにしてヤクザになっていく人間が生まれていったのかを書いたもの」であり、それは「在日コリアン差別や部落差別を含む日本社会全体のありかたを批判的に見直そうという問題意識につながるもの」である。「作品を通じて明らかにしようとしたのは、『ヤクザは悪くない』ということではなくて、『どうして悪いことをするヤクザが生まれたのか』ということであり、ヤクザがやっている悪いことは、『悪いことだから悪い』のであって、『ヤクザがやっているから悪いのではない』という当たり前のことを、一般市民に認めてもらおうとしているだけ(である)」と。

本件で撤去されたコンビニコミックの原著作書について、東京新聞平成14年4月7日における書評(甲第7号証)は、「四代目・会津小鉄の頂点に立った伝説的な侠客の七十余年の生きざまを描く。在日韓国人として食べるための選択肢がなく、任侠の世界に踏み込んだいきさつから権力の不条理との闘

いなど、激動の人生の場面を丁寧に追っている。一途に生きた男の時空と彼をめぐる人間の深い絆が浮き彫りにされる。・・・」との肯定的な評価をなしている。

すなわち以上によれば、本件で撤去された原審原告原作のコンビニコミックは、原審原告の信条に基づく真摯な作家活動により著され、また社会的にも一定の評価を受ける書物を原作とするものであったことが窺われる。

もし公権力が直接に、かかる書物のコンビニからの撤去を命じるとしたら、それは憲法21条に違反するというべきである。自らの表現物を撤去された者は撤去行為の効力を争うことになる。これとの対比でみるに、コンビニが当該書籍を撤去したという場合をどう評価するか。コンビニ各社はどのような書籍を取扱商品として販売するかについての選択権を有している。表現物を撤去された者が、自らの書籍がコンビニで取り扱われることが憲法21条により保障されているという立論をし、コンビニを相手として、かかる撤去が不法行為を構成すると主張することは、困難であるだろう²²。

しかし憲法上の問題は、〈表現者—直接の表現物撤去者〉との関係においてのみ生じるのではない。撤去者が公権力であろうと私人であろうと、いずれの場合も、表現の自由な流通という観点からみるならば、類似の効果が発生しているといえる。とすると、公権力のインフォーマルな働きかけによる「私人を介した事前抑制」が、撤去主体が私人であることを理由に、自動的に問題がないとするのは、憲法21条の事前抑制原則禁止という趣旨に悖る。

この問題は、表現の自由の特性に照らして考える必要がある。後にⅡ2(2)でも見るように、表現の自由はこれまでも、「こわれ易く傷つき易い」という表現の自由の性質に一定の注意が払われながら、わが国の判例でも学説でも、《自由な情報流通の仕組み》との関わりにおいて、保障範囲が捉えられてきたのであった²³。

22 関連して、最二小判昭和62・4・24民集41巻3号490頁。

23 憲法学の通説的見解によれば、「自己実現」と「自己統治」という二つの価値が、表現の自由の優越的地位を支えている。芦部信喜によれば、前者は「個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるといふ、個人的な価値」であり、後者は「言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するといふ、民主政に資する社会的な価値」である（〔芦部・

判例法理については後述するため、ここでは学説を見ておくとする、たとえば芦部信喜は、「民主主義は、公的な問題を討論する『自由な広場』を必須の前提とするが、この広場は話す自由のみならず、民衆の聴く自由・知る自由、反対する自由および批判する自由等が名実ともに保障されているところに、はじめて成立する²⁴」という。そのような理解は「各種のマス・メディアに対する検閲が『情報および思想を求め受けとる自由』に『致命的な打撃を与える』という観点から、検閲禁止の意味を的確に評価することをも可能にするであろう²⁵」、と。そして、「言論に対する制約が当該事件における特定個人のみならず、他の不特定多数の人をも威嚇する一般的な働きをすること」（傍点は引用者）となるという²⁶。また、奥平康弘は「現代において表現の自由とは、『(個人に) いたいことをいわせなければならないということ』以上のものであることが期待されている。国民が国政に参与し、有意義な社会生活を営み、文化を享有し、人格を発展させるのに役立つような、そのような情報が、自由に、かつ、ゆたかに流れている状況を作り出し維持することが、表現の自由の役割であると考えられるのである²⁷」（傍点は引用者）、という。このように、わが国の学説でも、思想が自由に流通し、交換される場(思想の自由市場)に価値が認められてきたのである。

公権力を名宛人とする憲法21条の保障する表現の自由は、以上にいう事前抑制禁止という法原則や、自由な情報流通の仕組みといった客観的次元を

2011] 170頁。

ほか、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（成文堂、1995年）295頁、305-306頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）249頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣、2010年）186-187頁、長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社、2011年）192-195頁など。

また個人の自律よりも、自己統治の価値に重きを置く論者として、ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1960) のような議論にも関心が払われてきたことに留意したい。

上記の「自己実現」「自己統治」という定式に大きな影響を与えたThomas Emersonによれば、表現の自由というのは「システム」である (THOMAS EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 3 [1970])。

24 芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、1974年）98頁〔以下、〔芦部・1974〕とする〕。

25 〔芦部・1974〕99頁。

26 〔芦部・1974〕176頁。

27 奥平康弘『表現の自由 I』（有斐閣、1983年）100頁。

も、その保障の範囲のうちに含むものである。そうである以上、表現物を撤去された表現者一人の問題だけではなく、より一般的に、かかる客観的な次元での公権力行使の正当性が問われるのである。本件でのコンビニ各社への撤去要請と憲法の禁ずる検閲との関係（憲法21条）、そして本件事件でなされなかった統治機関の法行為の憲法的評価（憲法31条、41条）が、かかる客観的な次元での公権力行使の正当性に関わる憲法問題として存在している。

そこで、訴訟物とこの憲法問題との関係についていえば、原審原告の受けた損害（精神的及び経済的損害）は、以上に述べたような憲法違反性の問われる行為に起因して生じたものであり、これについて本件訴訟で福岡県は、賠償責任を問われている。かかる損害を生ぜしめた福岡県警による本件要請の国賠法上の違法性の前提として、上述の法行為の不在についての違憲性を検討することとなる。

II 憲法問題

本意見書は、原判決のように強制の不在をもって《コンビニー原審原告》間の問題として狭く議論を設定するのではなく²⁸、本件事件でなされなかった法行為に注目し、合憲性の問題を考察するものである。これに当たっては、人々の享受しうる自由の総量といった観点に立ち、また表現の自由を支える「自由な情報流通の仕組み」そのものの頑健性に着目することが必要である。

1 自由とその制約

(1) 自由への法的な制約と非・法的な制約

かつてL. Hand判事は次のように述べた。「自由は人の心にある。もしそこでそれが死んだら、憲法も、法も、裁判所も、救うことができない。憲法も、法も、裁判所もそれを助けるに当たりほとんど何もできない。心にあるかぎり、憲法も、法も、裁判所もそれを救う必要はない²⁹」、と。

28 原判決16頁。

29 LEARNED HAND, THE SPIRIT OF LIBERTY: PAPERS AND ADDRESSES OF LEARNED HAND 89-90 (1960).

これは大変に含蓄深い言葉ではある。しかしながら、「人の心」は、それに基づく「行為」と密接に結びついているのであって³⁰、私たちの享受しうる自由は、法及び事実の上で私たちの行為に影響を与える全ての制約を引き算することによって、概算を求めうる³¹。そこで私たちの行為を現実、事実上、規律するものに注意を払うことは、一定の意義を有していよう。

たとえば、L. Lessigによれば、人の行為を規律するもの (regulator) としては、次の4つが観念される³²。「法規範 (law)」、「社会規範 (norms)」、「市場 (market)」、そして「アーキテクチャ (architecture)」である。行為規範の典型としての法規範は、それが破られたときの強制措置 (損害賠償、刑事制裁) により、私たちの行為を統制する最も強力な手段であり、法的議論において通常、考察の対象とされているものである。しかし、私たちの生活は、かかる法規範だけでなく、必ずしも法的な補強手段をもたない事実上の行為規制に溢れている。それが「社会規範」、「市場」、「アーキテクチャ」である。それぞれ、たとえば「社会規範」として共同体内在的な道徳的な規範、「市場」のもたらす行為規制として市場価格の高低、そして「アーキテクチャ」としては扉や壁、道路などの物理的な構築物が考えられる。

今日の高度情報化社会にあって、そのような「社会規範」、「市場」、「アーキテクチャ」³³といった非・法的な手段による自由の縮減が一層の存在感を

30 「人の心」と「行為」との関連性について、いわゆる日の丸君が代訴訟において最高裁が、「起立斉唱行為は、・・・一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということができ」、「自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難い」と考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、その行為が個人の歴史観ないし世界観に反する特定の思想の表明に係る行為そのものではないとはいえ、個人の歴史観ないし世界観に由来する行動(敬意の表明の拒否)と異なる外部的行為(敬意の表明の要素を含む行為)を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」としている点が注目される。上の引用は、最二小判平成23・5・30民集65巻4号1780頁による。

31 法的規制以外の規制手段について注目する議論として、たとえばLAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0 (2006) Ch.7など。

32 LESSIG, *supra* note 31, at 122-25.

33 なお、インターネットやサイバー・スペースにおける「アーキテクチャ」としては、それらを設計するプログラムコードが該当する。

示すようになっている。というのも、インターネットやサイバー・スペースの驚異的な発展等に見られる情報化の進展により、私人によって運営されるこれらのサービスを用いてのコミュニケーション頻度が増しているためである。インターネット上での表現をコントロールする私人によるコンテンツ規制が、実質的に私たちの自由の限界を画するに至っている。そこで国家は直接的に表現を規制する古典的な手法とともに、言論媒介者たる私人にインフォーマルな圧力をかけることによる、より間接的な形での規制方法を用いる頻度も増しているのである³⁴。最近のわが国の事例でいえば³⁵、「2ちゃんねる」が警察からの削除依頼に積極的に応じるようになり、自主規制が進んでいるとの報道があった³⁶。そして今日では、このような私人を介した、非・直接的な規制の手法を、理論的に概念的に精査する学術的検討も進められているところである³⁷。

34 See e.g., Julie Adler, *The Public's Burden in a Digital Age: Pressures on Intermediaries and the Privatization of Internet Censorship*, 20 J.L. & POL'Y 231, 233, 236 (2011); Jack M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, 36 PEPP. L. REV. 427, 427-28 (2008).

35 なお、アメリカにおけるインフォーマル形でのコミュニケーション抑制の例として、ウィキリークス米政府公電流出事件への米政府の対応が、興味深い。See e.g., Yoichai Benkler, *A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate*, 46 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 311, 330-351 (2011); Adler, *supra* note 34, 239-240.

36 「2ちゃん違法情報、進む自主削除 『自由死んだ』の声も」朝日新聞デジタル (2012年10月11日17:44) URL <<http://digital.asahi.com/articles/TKY2012110243.html>>。

37 See e.g., Adler, *supra* note 34; Jack M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*, 99 COLUM. L. REV. 2295 (1999); Benkler, *supra* note 35; Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. P.A.L. REV. 11 (2006); LESSIG, *supra* note 31; Michael I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, 71 NOTRE DAME L. REV. 79 (1995); Rebecca Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, 76 GEO. WASH. L. REV. 986 (2007); Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 NOTRE DAME L. REV. 293 (2011)。わが国の例として、成原慧「代理人を介した表現規制とその変容」マス・コミュニケーション研究80号(2012年)249頁以下(Kreimerの論文を主たる題材にして検討をなす)。

このような類型を表す術語は、一定してはいない。たとえば、Balkin, MeyersonとWuは“collateral censorship”という言葉で表し、Benklerは“extralegal public-private partnership”という言葉で関係を説明し、Kreimerは“censorship by proxy”, “censorship by intermediaries”を論じ、Tushnetは“intermediaries”に注目した議論

本件での福岡県警の採った、暴力団排除という社会規範を背景とする書籍販売経路(というアーキテクチャ)変更要請という手法もまた、そのような私人を介する非・直接的な表現の規制手法の一つと理解できる。そこで《公権力が直接的に法的に規制しなくとも自由は縮減する》という事実を改めて確認し、かかる縮減という事実から、議論の所在を掴むことが重要であると考えらる。

(2) 本件における事実の上での自由の縮減

そこで、本件における自由の縮減状況を、コンビニや出版社という言論媒介者や、原審原告をはじめとする作家一般について見るに、原判決が認定した事実によれば、次のようである(引用中の強調は筆者)。

- ① 平成21年11月の時点では、福岡県内のコンビニでは、原告の著作を原作とする漫画本のほか、一定の暴力団関係書籍が販売されていた。
- ② 平成21年12月21日に、「暴力団関係書籍、雑誌販売についての協力依頼(要請)」と題する、福岡県警本部刑事部組織犯罪対策局組織犯罪対策課(現・同本部暴力団対策部組織犯罪対策課)課長名義の文書により、「福岡県コンビニエンスストア等防犯協議会各位」宛で、暴力団関係書籍等に関する要請がなされた。

それは(a)「暴力団を美化する風潮が一部にあり、その影響で誤った憧れを抱いて暴力団に加入する青少年が存在する」という、いわば県警の主観的な認識に基づいて、(b)「このような憂慮すべき状況にあるということを認識すれば、青少年が多数来店するコンビニ店舗から暴力団関係書籍、雑誌等の撤去を検討すべきではないかと考えております」という県警の考えが示され、(c)コンビニ各社に「現状をご理解いただき、各店舗において適切な措置を講じていただきますよう、特段のご配慮をお願いいたします」という要請をなすものであった。

をなし、Lessigは“indirect regulation”を考察している(なお、相互互換的にこれらの用語が用いられる傾向もある)。

- ③ 要請を受けて、言論媒介者たるコンビニ各社（従前から取扱いのなかったコンビニ2社を除く）は、原審原告の原作コミックを含む暴力団関係書籍等の販売を中止した。

①～③の一連の流れの中で、人々の享受しうる事実上の自由の総量を考えるに、コンビニコミック作者（原作者を含む）、コンビニコミック出版社、コンビニ、そしてコンビニコミックの読者が享受しうる表現の自由を加算した時の総量、特にコンビニ以外の者のそれは、明らかに減少している。福岡県下の自由な情報流通の仕組みに一定の制約が加えられたものと、結果としていえ、かかる制約とは県警がコンビニに「撤去すべき」という警察の考えを示して「特段の配慮」を願った結果としての、コンビニによる自主規制であった。この種の規制手法に問題ないということになれば、さらに将来的に全国レベルで同様の自由の縮減が生じる可能性もある。

このような、コンビニという言論媒介者たる私人を媒介してなされた自由の縮減及び自由な情報流通の仕組みへの影響について、誰が、どのような責任を負うべきか。この問題が本章の主たる検討課題である。以下、2でこのような手法の過去における例や、表現の自由を守るための法理を振り返りつつ、3において本件に即した分析をなすこととする。

2 誰がどのような責任を負うか

(1) マッカーシズムと私人を介した事前抑制

私人を介した表現の規制と、それへの裁判所による法理的対応の過去の例として、マッカーシズム期のそれが参照の対象となる³⁸。この時期にアメリ

38 Kreimer, *supra* note 37, at 41-46; MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 68-73 (1998); Note: *The Constitutional Right to Anonymity: Free Speech, Disclosure and the Devil*, 70 YALE L.J. 1084, 1101-1113 (1960). 邦語文献として、とくに萎縮効果論に着目したものに、毛利透『表現の自由——その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）〔以下、[毛利・2008]とする。〕特に4章、5章（マッカーシズム期における政治活動の強制的公開という、表現の自由への直接的な規制ではない形での規制による市民の萎縮に、「抑止効果」（のちの「萎縮効果」）という概念を突破口に、司法が取り組んでいった歴史的経過を明らかにする）がある。

かで展開した表現の自由法理は、わが国の判例や学説にも多大な影響を与えたのであり、また表現の自由論に残した教訓という点で、今日的な意義も大きいと考えられる。そこで、まずはマッカーシズム期における、かかる手法を概観することとする。

この時期にとられた特徴的な手法とは、破壊的活動従事者や共産主義シンパを国家が氏名公表することによる、解雇等の私的な制裁の促しであった。公務員が破壊的団体との関わり等を理由に解雇されるのみならず、政府の圧力のもとに企業等においても解雇がなされた³⁹。「最も古典的な規制形態としての表現行為自体に対する刑事処罰の禁止方式と併存して、あるいはそれにとって代わって、ある種の政治団体・組織に対するより複雑な（行政）規制方式、立法府の調査委員会による召喚という名の規制方式、公務員・準公務員等々の忠誠審査・安全審査、ある種の政治的信条を基準とする職業規制・生活条件規制などなどの展開⁴⁰」による、表現抑制である。またこれらの手法等は、南部での公民権運動抑圧にも用いられ、多くの人々の表現活動を萎縮させていた。この時代、法的及び非・法的な手法による表現抑制により、アメリカの表現の自由が窒息してしまう危機に瀕していたのである。

この背景の中で、1950年代終わりから60年代のはじめにかけて、アメリカ連邦最高裁は、萎縮的效果（萎縮効果）の重要性に着目したり、あるいは表現の自由のシステムにおける言論媒介者という地位に着目したりするなどして、表現の自由を守る様々な法理の構築を試みたのであった⁴¹。

たとえば、NAACP v. Alabama⁴²においては、NAACPに会員リストの強制的開示要件が無効とされたが、裁判所は「憲法が保障する政治的権利の行使を『ためらわせる (discouraging)』であろう現実の効果を持つとき」には、「それら自由を生ずるかもしれない抑止的效果 (possible deterrent effect) に照らし

39 ZECHARIAH CHAFEE JR., THE BLESSING OF LIBERTY 83-86 (1956).

40 [奥平・1983] 34頁。

41 See e.g., Kreimer, *supra* note 37, at 46-55, 66-68; Wu, *supra* note 37, at 309-313.

また、この時期の判例法理の展開について、MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE 68-73 (1998) など。

42 357 U.S. 449 (1958). なお、本件事件について、[毛利・2008] 第4章参照。

て正当化されるかを審査⁴³]しなくてはならないことを確認した⁴⁴。そして「氏名の強制的開示がいかなる抑圧的な影響を持つとも、・・・それは州の行為によるものではなく、私人の行為によるものであると主張するのでは十分ではない⁴⁵」とし、「会員リストの強制的開示が有するであろう、結社の自由享受への抑止的効果の正当化に、アラバマ州は成功していない⁴⁶」と結論づけられたのであった。

また過度広汎性の法理⁴⁷について、既に1940年の *Thornhill v. Alabama*⁴⁸ は、本来許されて然るべき平和的ピケティングをも包括的に規制するアラバマ州の広汎な州法について、過度に広汎であることを理由に第三者への違憲的適用の可能性から、連邦憲法修正一条に違反すると判断していた。いわく、「法執行官から快く思われていない特定のグループに属する人に対し、苛烈で差別的な法執行がされやすい法の存在それ自体が、当該法の適用範囲に入ると合理的に考えられる全ての表現の自由への継続的で広汎な抑制となる」。「こと表現の自由への規制に関しては、許容される行為を画し、違反への警告を与えるのは、起訴状や証拠ではなく法律であるというルールを守ることには、特別な理由がある」、と(本段落における傍点は引用者)⁴⁹。これが、後年に、抑止効果の観点からの読み直しを経て、今日の過度広汎性の先例としての位置づけを得るに至ったのであった⁵⁰。

43 *American Communications Association v. Douds*, 339 U.S. 382, 393 (1950) を引用しての言葉である。

44 357 U.S. at 461.

45 357 U.S. at 463.

46 357 U.S. at 466. 強制開示に関する他の判例として、*Bates v. City of Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960); *Gibson v. Fla. Legislative Comm.*, 372 U.S. 539 (1961); *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960); *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960) など。

47 過度広汎性法理についての邦語文献として、たとえば芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年)93-101頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、1984年)180頁以下、時国康夫『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規、1996年)77頁以下〔章題は「合憲解釈のアプローチ」〕、113頁以下〔章題は「広汎に失する法の禁圧効(chilling effect)と文言上違憲(void on its face)の判断」〕など。

48 310 U.S. 88 (1940).

49 310 U.S. 97-98.

50 [毛利・2008] 112-121頁。また、同110頁では、「この判決が1959年に至るまで『過度の広汎性』法理の先例としては扱われていなかったということ」に注意を喚起している。

また、出版社が民事責任を負う場合を限ることによって、私人を介した事前抑制の虞を軽減させんとした *New York Times Co. v. Sullivan* の「現実の悪意 (actual malice)」法理も、司法による表現の自由保障のための対応の試みであったといえる⁵¹。この法理は「職務行為に関する名誉毀損的な誤りによって生じた損害の賠償を公務員が求めうるのは、その言明が、虚偽だと知ってか、虚偽かどうかを考慮せずに、『現実の悪意』をもってなした場合であると証明できる場合にのみに限られる⁵²」とするものである。言論の媒介者の責任を狭く限定することにより、自由な表現に加重したのであった。すなわち、媒介者が責任を負うとすると、自らが事前に検閲したものや、特に自信をもって安全だといえるものしか頒布しなくなる虞があることから、言論媒介者の負う責任はより少なく想定されなければならないと考えられてきたものといえる⁵³。

なおこの文脈でしばしば引用される判例が、*Smith v. California*⁵⁴である。そこでは、わいせつ書籍を書店店主が、中身について不知の場合にも処罰するとしていたカリフォルニア州の州法の合憲性が争われた。法廷意見は、「もし書店店主が書籍の中身の知識がないのに刑事責任を問われるとするなら、…販売する書籍を自ら事前に検めたものに限定する傾向が生じよう。…州によって強制された書店店主の自己検閲は、公衆全体に影響を与える検閲となる…⁵⁵」と懸念したものである。ここにいう「自己検閲⁵⁶」は、本意見書が呼んでいるところの、「私人を介した事前抑制」そのものである。

51 See e.g., Tushnet, *supra* note 37, at 1005, 1007 (「修正一条の価値を執行する手段として、新聞紙のビジネスモデルを後押ししたものであることは、極めて明白である」、「明らかに個人の言論を勇気づけるものであるが、…全国紙等の言論媒体にとって、特に重宝である」)。

52 376 U.S. 254, 279-280 (1964).

53 Kreimer, *supra* note 37, at 54; Wu, *supra* note 37, at 311.

54 361 U.S. 147 (1959). *New York Times Co.* 判決も、本判決は引用されている。See also *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963); *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

55 361 U.S. at 153-154.

56 「自己検閲」(self-censorship) という言葉について、See *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, 531 n.56 (1952) (Frankfurter, J., concurring); *Smith v. California*, 361 U.S. 147, 153 (1959); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 278 (1964).

以上に見られるように、この時期のアメリカ連邦最高裁判例においては、人々が表現にまつわる不利益を懼れることに起因して、自由な表現の仕組み全体が抑止される社会的状況に対抗し、「こわれ易く傷つき易い」表現の自由がいかに守られるかという問題に、非・法的な要素も加味しながら、力が傾注されていたのであった。もっとも、社会状況が変化して安定するとともに、物理的で客観的な判定の困難な概念である抑止的効果（萎縮効果）に依拠した表現の自由論は、かつてのような訴求力は失っていったものではある⁵⁷。しかしながら、上にみた1950年代終わりから60年代にかけての憲法理論は、アメリカで今日においても重要な憲法法理の一部をなしていると考え⁵⁸、また次節で概観するように、これらの法理はわが国にも大きな影響を与えてきている。表現の自由の機能不全への間接的な制約手法による対処方法として、重要な教訓を与えているものといえるのである。

明確な法により規制しなくてはならないこと、人々が懼れることなく自由に表現をなすためにはインフォーマルな効果をも考慮すべきこと、そして言論媒介者の責任を免除する手段に有用性があること等、そのような形で表現の自由の保障に重みが付けられるのは、自由な情報流通の仕組みを確保する上で重要なのである。直接的な抑制だけでなく、私人を介しての抑制によっても、表現の自由は窒息してしまう危機に瀕する危険がある。であるがゆえに、私人を介しての抑制について、憲法論の射程に収めなければならない場合が存在するのだ。

57 Vincent Blasi, *The Pathological Perspective and the First Amendment*, 85 COLUM. L.REV. 449, 482 (1985)（「萎縮効果という概念が、マッカーシズムを否定する司法の努力のなかで、そして公民権運動への抑圧に対し先手を打つために、作り上げられたものであることと、より穏やかな時代には訴求力を失っていることは、偶然の一致ではない」）。

58 Kreimer, *supra* note 37, at 48. なお、Kreimerはこれらの法理が近年の判例へ影響を与えていることの例として、United States v. American Library Association, 539 U.S. 194 (2003); Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984); MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005) を挙げている。

(2) 表現の自由を保障することの意味 ——日本の例

自由な情報流通の仕組みの維持の試みは、わが国の判例学説においても見られる。思想及び情報の自由な流通が確保されることについて、たとえばレペタ事件最大判⁵⁹は、次のように述べている。「憲法21条1項の規定は、表現の自由を保障している。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである」、と⁶⁰。

本節ではわが国の幾つかの判例法理から、自由な情報流通の仕組みへのコミットメントを掴みだし(1～4)、またかかる試みにおける言論媒介者の役割という観点から、芦部信喜の「機能的『検閲』概念」に着目して、本件への示唆を得ることとしたい(5)。

1 「真実に反する表現も許容されなくてはならない」

自由な情報流通の仕組みについて、名誉と表現のぶつかり合いが問題となった事件で、いわゆる「相当性の理論」⁶¹が真実に反する表現も許容されなくてはならない場合を示していることに注目したい。

名誉毀損罪の原則は、「事実の真否を問わずに名誉毀損を処罰する」(刑法230条1項)ということである。その上で、刑法230条の2によれば、「前条第1項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を

59 最大判平成元・3・8民集43巻2号89頁。

60 この文章の後ろで、新聞紙閲読制限事件最大判(昭和58年6月22民集37巻5号793頁)が参照されている。そこではレペタ事件で用いられたのと同様の言い回しにて、自由に情報に接し、摂取することの意義と、民主主義社会における情報の自由な伝達、交流の確保という基本原則であることが挙げられていた。

61 最大判昭和44・6・25刑集23巻7号975頁(夕刊和歌山時事事件)。民法不法行為責任について、最一小判昭和41・6・23民集20巻5号1118頁。

図ることにあつたと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があつたときは、これを罰しない」とする。つまり、本条に見られる立法者のなした利益衡量の基本型は、名誉は「事実の公共性、目的の公益性、及び事実の真実性」という要件を満たす表現」と釣り合い、そのような表現により名誉が毀損される場合には法的責任は発生しない、とするものといえる。

とすると、この要件を充たさず、虚偽の事実であつた場合、法の趣旨よりすれば、当該言論は名誉を侵害し「違法」である。しかし、判例の示した相当性の理論によると、真実であると誤信したことについて、表現時点において、その事実が事実であると信じたことに、「確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である」。これを、名誉を毀損された者の側からみるなら、立法府の設定した均衡が司法府により変更され、「本来は」我慢しなくてよかつた名誉毀損を、我慢するよう強いられることとなるのだ。

相当性の法理とは、本来ならば「違法」である表現についても、憲法上の保障対象とする法理であり、裁判所が立法者による既存の利益衡量を超えて、敢えて大きめに範疇を設定し、表現の自由を重く保障する理屈である。それは、自由な情報流通という仕組みを手厚く保障することには理由があるとの考えに拠るものといえる。さらに、この理論は言論をなす個人にとって武器となるのも勿論であるが、出版社等の言論媒介者にとっても同じことが言え、言論媒介者固有の免責法理発展の契機を提供するものと解する余地があろう⁶²。

2 北方ジャーナル要件

次に、いわゆる北方ジャーナル事件で最高裁は、仮処分による事前差止めの検閲該当性は否定したものの、次のように論じている⁶³。

62 なお、いわゆる「配信サービスの抗弁」につき、これを否定した最三小判平成14・1・29民集56巻1号185頁は、「報道が過熱」している分野についてのものであり、展開の余地は未だに残されているものと解することができる。また、東京高判平成21・7・28判タ1304号98頁参照。

63 最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁。

- (1) 表現行為に対する事前抑制は、表現物の内容を受け手に到達させる途を閉ざすなどにより、公の批判の機会を減少させる。またその性質上、事後制裁の場合よりも広汎にわたりやすく、濫用のおそれがあるので、抑止の効果が事後制裁の場合より大きい。したがって、表現行為に対する事前抑制は「厳格かつ明確な要件」のもとにおいてのみ許容される。
- (2) 出版物の頒布等の事前差止めは、事前抑制に該当する。とりわけ公務員または公職選挙の候補者に対する評価批判等の場合は、公共の利害に該当するものであり、事前差止めは原則として許されない。
- (3) ただ、その場合でも、「(a-1) 表現内容が真実でなく、(a-2) 又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、(b) かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」には、例外的に事前差止めが許される、と（以下、(a-1)、(a-2)、(b)を「北方ジャーナル要件」とする。）。

確認したいのは、北方ジャーナル要件でとられている思考方法というのは、物権のような絶対権への反発力としての差止めの場合と違い、差止め請求権の成立要件を、表現の自由の観点から一定の要件を加重して設定している点である。そうすることにより、差止めが許される場合を絞り込み、真実に反する表現が許容されなければならない場合を広く捉えているのである。

それはなぜなのか。同判決の谷口正孝裁判官意見がその理由について、氏の立場（「現実の悪意」法理の支持）からの発言ではあるが、次のように述べている点が示唆深い。

「真実に反する情報の流通が他人の名誉を侵害・毀損する場合に、真実に反することの故をもつて直ちに名誉毀損に当たり民事上、刑事上の責任を問われるということになれば、一般の市民としては、表現内容が真実でないことが判明した場合にその法的責任を追及されることを慮り、これを危惧する結果、いきおい意見の発表ないし情報の提供を躊躇することになるであろう。そうなれば、せつかく保障された表現の自由も『自己検閲』の弊に陥り、言論は凍結する危険がある。

このような『自己検閲』を防止し、公的問題に関する討論や意思決定を可能にするためには、真実に反した言論をも許容することが必要となるのである。そして、学説も指摘するように、言論の内容が真実に反するものであり、意見の表明がこのような真実に反する事実に基づくものであつても、その提示と自由な討論は、かえつてそれと矛盾する意見にその再考と再吟味を強い、その意見が支持されるべき理由についてのより深い意見形成とその意味のより十分な認識とをもたらすであろう。このような観点に立てば、誤つた言論にも、自由な討論に有益なものとして積極的に是認しうる面があり、真実に反する言論にも、それを保護し、それを表現させる自由を保障する必要性・有益性のあることを肯定しなければならない。公的問題に関する雑誌記事等の事前差止めの要件を考えるについては、先ず以上のことを念頭においてかからなければならない。(誤つた言論に対する適切な救済方法はモア・スピーチなのである。)]、と(強調及び下線は引用者)。

ここでは、表現情報の自由な流通、すなわち人々が自由に「自己検閲」することなく表現をできる状態という客観的な仕組みそのものが、保障されるべしとの立場が示されているのである。

3 明確性の原則

上記1、2では、「自由な情報流通の仕組み」の維持について、名誉との衝突という背景や事前差止め⁶⁴においてなされるべき考慮要件が示されたものであり、それは憲法21条の実体的側面における保障といえよう。次に、かかる仕組みを維持するための形式的側面における保障⁶⁵を示したものとして、「曖昧不明確な規定と表現の自由」に関する判例を二つ、見ておくこと

64 もっとも、北方ジャーナル事件自体は、仮処分申請、裁判所による仮処分決定、及び執行官による執行による損害への賠償を求める訴訟であった。

65 法が備えるべき形式について、乞参照、青井未帆「広島市暴走族追放条例事件判決——過度広汎性・明確性の理論と合憲限定解釈」論究ジュリスト1号(2012年)90頁以下、同「国家公務員の政治的行為の自由と刑事制裁——法が備えるべき形式について」学習院法務研究6号(2012年)59頁以下。

にしたい。

まず徳島市公安条例事件最大判⁶⁶について、これは刑罰法規の定める犯罪構成要件が曖昧不明確のゆえに憲法31条違反となることを明らかにしたものであるが、その理由としては、①通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示さず、刑罰の対象となる行為を予め告知する機能を果たさないこと、②これを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にその運用が委ねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずること、を示していた。また、識別基準としては、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるかどうかの判断を可能とする基準が読みとれるか、とした。そして、当該事件において問題となった条例の規定にいう「交通秩序を維持すること」についていえば、「道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為」と限定解釈したものである。

注目したいのは、その後に続けられている言葉である。以上の解釈は「通常さほどの困難なしに判断し得ること」であるから、本条例により「憲法上の権利の正当な行使が阻害されるおそれ」もなく、「国又は地方公共団体の機関による恣意的な運用を許すおそれがあるとは、ほとんど考えられない」としているのである。さらに、直後に附された括弧内でのなお書きにおいて、「本条例の運用の実態」に着目し、「恣意的運用という弊害が生じた形跡が全く認められない」との旨を述べている（以上、本段落での傍点は引用者）。

また本意見書の関心との関係で興味深いのは、同判決の団藤重光裁判官補足意見が、犯罪構成要件の明確性につき、表現の自由行使への萎縮効果を、「国民一般の表現の自由に対する重大な侵害である」（傍点引用者）とする点である。つまり表現の自由への侵害を、個人的な権利侵害の次元を超えたところで捉えているのだ。そして、多数意見が「運用実態」について附言していたことを捉えて、「これもかかる萎縮効果を懸念する意図による」との趣旨の

66 最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁。

指摘をなしている。このように、条例の「恣意的な運用のおそれ」による、「国民一般の表現の自由」への「萎縮効果」に注意が払われていたのであった。

次に、札幌税関検査事件最大判⁶⁷では、関稅定率法のいう「風俗を害すべき書籍、図画」等について、その広汎性・不明確性が憲法21条との関係で問われていた。最高裁は、曖昧な規定の合憲限定解釈の限界を論ずる際に、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべき表現の自由は、「基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要性があり、事前規制的なものについては特に然りというべきである」（傍点引用者）としている。傍点で強調した箇所に見られるように、本判決もまた国民一般の表現の自由への特段の配慮を示したのであった。

以上に扱った二つの判決は、憲法21条の保障する表現の自由に照らして、運用の実体や萎縮効果など、「国民一般の表現自由」に配慮し、過度の広汎性・不明確性という法の備える形式における憲法的な要請（憲法31条〔徳島市公安条例事件最大判〕、21条〔札幌税関検査事件最大判〕）の充足を問うものである。

1及び2において、自由な情報流通の仕組みの維持という見地から、憲法21条が他の権利利益との関係で重みを付けられた保障を実体的に要求することを、そして3において、かかる仕組みを維持するための形式的側面における要件が存在していることを見た。これまで、出版社等の言論媒介者が、この仕組みにおいて特別な役割を果たすというような判例法理は十分に展開されてきてはいないが、自由な情報流通の仕組みの維持という目的に照らして、議論を立てる余地は十分にある⁶⁸。以上を前提に、次に芦部信喜による検閲をめぐる議論を再考することとしよう。

67 最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁。

68 なお、学説での評価は一般に、わが国の判例の展開は「表現の自由」よりも「名誉」や「プライバシー」を重く保障してきたとするものではある。しかし、判例で示された要件が、今後生じる事案に応じて、言論媒介者の特殊性に鑑み、厳しく適用される、あるいは発展させられる可能性は存する。

4 学説 —— 芦部信喜の機能的「検閲」概念

芦部信喜による1986年初出の「機能的『検閲』概念の意義と限界⁶⁹⁾」という論文を取り上げ、そこにいう「機能的『検閲』概念」に注目する。この論稿は、上で扱った税関検査事件最大判において示された検閲概念（「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、発表前にその内容を審査した上、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」）について、考察を加えるものであった。

憲法21条の禁止する「検閲」の理解をめぐるのは広義説と狭義説があるところ、芦部は検閲禁止を広く事前抑制禁止の原則と同義だとする広義説の立場を採りつつ、さらに「事前・事後を、発行を基準として厳密に区別せず、発行後に内容を検査するものであっても、たとえば明治憲法下の内務大臣が有していた書籍等の発売禁止のように、思想の自由市場から一定の書籍等を強制的に隔離して、実質的に事前検閲と同視しうる影響を表現の自由に与える場合⁷⁰⁾」(傍点ママ)も検閲を構成することがあるものと解する。そして、思想内容の審査に限定せずに、「より広く表現内容の審査の問題として捉え、さらに、事前とは厳密な意味の発表前ではなく、思想・情報を受ける国民の知る権利の観点から受領前を含むものと考え、そのうえで、行政権による表現内容の事前抑制の禁止は原則として絶対的であるとし、司法権による事前抑制(差止命令)が許されるとしてもそれを厳格に限定し、その準則を明らかにすべきだと説いてきた⁷¹⁾」という。

興味深いのは、芦部が、この説の「趣旨を徹底させれば、マス・メディアの自主規制であっても、自主規制機関が公権力からインフォーマルな強い影響を受け、それを実質的に代弁するような形で一定の情報を言論市場から排除するような場合には、その公権力の行為が検閲禁止の原則との関係で憲法

69 芦部信喜『人権と議会政』（有斐閣、1996年）150頁以下〔初出は1986年『日本国憲法の理論（佐藤功先生古稀記念）』所収〕〔以下、〔芦部・機能的検閲〕とする〕。

70 〔芦部・機能的検閲〕151-52頁。なお、この文章に附されている注で、この説にたつ文献として、〔芦部・1974〕116頁（芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、1974年））、〔奥平・1983〕116頁、343頁、362頁以下、伊藤正己『憲法〔初版〕』（成文堂・1982）〕307-308頁が挙げられている。

71 〔芦部・機能的検閲〕153頁。

問題を惹起することもありうることになる⁷²⁾ (下線は引用者) としている点である。

芦部の述べたところを検討するにあたり、氏が同論文で挙げている、事前抑制を「機能的」に捉える動向を示す連邦最高裁判例の中から一つ、伊藤正己『言論・出版の自由⁷³⁾』等によりわが国にも広く知られることとなっていた *Near v. Minnesota*⁷⁴⁾ を、選択的にとりあげて参考とする。

Near 判決は、ミネソタ言論抑圧法 (1925年) に基づく、猥褻で下劣かつみだらな新聞・雑誌その他の定期刊行物等について事後の出版を禁止する裁判所による差止め命令を連邦最高裁が違憲としたものである。芦部は、「ミネソタ州法が運用上事前抑制として働いたかどうか合憲性判定の基準であるという立場から (このアプローチは当時勃興しつつあったリアリズム法学の影響によるところが大きい)、同法の規制方法は『運用と効果から判定すると』、新聞を『有効な検閲』の下におくものであったとして、違憲の判断を下したのである⁷⁵⁾ (傍点は引用者)」と説明している。

そして、そこに附された註において、伊藤正己による「その理論が法形式的なものでなく、むしろ法律の実際の働きや効果をも考慮にいたれたものであり、その結果、かつてのように検閲の禁止という単純な内容のものでなく、広く一般に事前に自由を制限する機能を営むような規制方法に拡大されることになり、多彩な意味を含むものとなったことを注目しなければならない」(傍点は引用者であり、原文の強調は略した。) という言葉を引用している⁷⁶⁾。

このように検閲概念を機能的に構成する考え方には、「それなりの歴史的な理由と現代的意義があることを理解することができる⁷⁷⁾」と芦部はいう。たしかに、機能的に捉えすぎる場合には、「事前抑制禁止の理論が本来もっ

72 [芦部・機能的検閲] 152頁。

73 伊藤正己『言論・出版の自由 ―その制約と違憲審査の基準』(岩波書店、1959年)。同書などを通じて、本判決はわが国に「広く知られている」([芦部・機能的検閲] 156頁) 判例であり、わが国に対して一定の影響を与えている。

74 283 U.S. 697 (1931).

75 [芦部・機能的検閲] 158頁。

76 [芦部・機能的検閲] 164頁、注9 [伊藤・前掲書注73] 112頁。

77 [芦部・機能的検閲] 174頁。

ていた法的準則としての価値を減殺してしまうおそれが生じる⁷⁸）(傍点は略した)。しかし、「検閲概念をあまり狭く厳格に規定することも、問題」なのであって、「広義の検閲の中に、行政権による事前抑制という古典的形式のもの、それと機能的に類似の働きをする司法権による事前抑制という形式のもの、さらに『事前』抑制と同視し得る抑止的效果を表現行為に対して及ぼす国家規律を含めて考えるアメリカ法的なアプローチにも、私は十分の理由があるように思う⁷⁹」(下線引用者)とするのである。

すなわち芦部は、事前抑制の意味につき、「形式」に必ずしもこだわらずに、運用面に注目して、「『事前』抑制と同視しうる抑止的效果」を問うことにより、非公式の事前抑制を憲法問題とする場合があると、意義を認めていたのである。そして一般的に事前に自由を制限する機能を持つものを、検閲という概念で捉え、憲法問題とする必要性を認識していた。これが機能的「検閲」概念なのである。法的な制約を超えたインフォーマルなそれを含めて、マス・メディア等言論媒介者ではなく国家の責任を問う理論構成により、自由な情報流通の仕組みを守ろうとするものであったといえる。

憲法学の一時代を築いた碩学が、機械的に法形式で判断するならば検閲にあたらぬ問題について、一定の場合には「憲法問題を惹起することもある」と問題を提起したことを、重く受け止めた。

(3) 私人を介した事前抑制

先に述べたように、特にインターネット上の問題をめぐって、私人を介した事前抑制に関する学術的な検討が進められている。これらの研究を参考にしつつ、かかる手法の特質と持ちうる問題性を概観しておきたい。

J. Balkinによれば⁸⁰、このような私人を介した事前抑制⁸¹は、「政府が主体Bの表現について主体Aに責任を負わせる虞」から生じる。彼は、「管見の限りで、裁判所がかかる類型を、独立した理論的類型であると認識した例はな

78 [芦部・機能的検閲] 175頁。

79 [芦部・機能的検閲] 175-76頁。

80 Balkin, *supra* note 37, at 2298.

81 なお、彼はこれについて、“collateral censorship”という言葉を用いている。

いが、かなり一般的な現象であると思われる」とし、主体Aの例として、編集者や出版社、インターネット・サービス・プロバイダー等を挙げている。またS. Kreimerは、かかる手法をとる規制者側の明らかな利点につき、好ましくないコミュニケーションの監視及び制裁にかかるコストを、直接的に抑制に携わる言論媒介者である主体Aに転嫁させうるため、低コストで済み、また公権力が直接には規制しえない行為に対しても、権威を及ぼしうるメカニズムであると説明している⁸²。

公権力が直接的に抑制するにはコストが高すぎるという表現物について、執筆者の言論を媒介する私人にこれをなすよう促進することは、高い実効性を持つ。大規模に思想の自由市場へ思想や表現を流すためには、これら言論媒介者に拠らざるを得ない現状において、これにあたっての与奪の権を握る媒介者への働きかけは、効果的な統制方法となる。

本手法の問題点について、指摘されているところを簡単にまとめると、次の通りである⁸³。

- ①適正手続保障を欠き、比例原則を担保するものもなく、透明性も低いことから、誤りが生じる危険がある。
- ②言論媒介者と表現者が密接な関係にないならば、媒介者には責任を回避する強い誘因が働き、疑わしい表現を遮断するなど過剰な検閲（予防的自己検閲）をする危険が高まる。そこで、執筆者の自己検閲の場合よりも、言論抑制に強い誘因が見出される。
- ③広い範囲へ表現を伝達する媒介者への事前の抑制は、自由な情報の流通を阻害するため、そのもつ射程の広さゆえに、長期にわたる大きな危険を表現の自由に与えうる。

確かにこのような問題点を孕むとして、しかし私人を介した表現抑制をすべて違憲と考えるべきかといえ、そうではなからう。たとえば、公権力が

82 Kreimer, *supra* note 37, at 27. なお、この文章が書かれている主な文脈はインターネットにおける規制である。

83 Adler, *supra* note 34, at 238; Balkin, *supra* note 34, at 436; Kreimer, *supra* note 37, at 27-33, 46; Wu, *supra* note 37, at 296-97.

表だって規制するのではなく、業界の自主的な取組みを促進するという場合、その手法自体の有用性や効果性は、全面的に否定されるべきものではないと考える⁸⁴。また、私人の一定の自主的判断が介在しているにも拘らず、全ての場合について言論媒介者を免責し、その背後にある公権力の責任を問うことは、私的自治の原則や自由/責任の観念に照らして、大きな問題がある。

次節では本件について、私人を介した表現抑制につき公権力の責任が問われるべきことを論ずる。

3 本件の検討

(1) 枠組み

これまでに見てきたように、自由な情報流通の上に成立する表現の自由は、法的に抑制されるのみならず、非・法的な、社会的な手段を介しても抑制される。そしてかかる事実を前に、広く人々に萎縮効果を与え過剰な「自己検閲」を招く事態を、裁判所が憲法問題として扱ってきた歴史が、アメリカにおいても、そしてわが国においても、存在するのであった。そこで判例法理や菅部による問題提起を踏まえ、次のような枠組みで本件問題を検討することとしたい。

【形式面の判断】 本件のように法行為が介在せず、自主規制として私人による事前抑制がなされる場合には、裁判所がかかる憲法問題を訴訟において扱うことが、そもそも容易ではない。しかし法行為が存在しないこと自体が問題を孕んでいるのである。私人による事前抑制の結果として、実体面におい

84 たとえば、インターネット上の倫理問題の取扱いに、事実上の影響力を及ぼしたものであろう「電子ネットワーク運営における倫理綱領」及び「パソコン通信を利用する方へのルール&マナー集」について、「電子ネットワーク事業における倫理問題に係る自主ガイドラインについて」という1996年2月16日に通商産業省と電子ネットワーク協議会（パソコン通信サービスを提供する国内の事業者を会員とする）が連名で出した文書では、「通商産業省としては、この度、ネットワーク事業者により業界としての自主的なガイドラインが策定されたことは非常に重要であり、かつ高く評価できるものと考えており、今後、このガイドラインに沿った運用がなされ、倫理問題の解決が図られることを期待したい」と述べている（URL<<http://www.nmda.or.jp/enc/press.html>>）。公権力が表だって規制するのではなく、業界の自主的な取組みを促進するかかる手法には、一定の合理性が認められるものであろう。

て自由な情報流通の仕組みを妨げるよう改変が加えられるような場合には、裁判所は厳格にこれを受け止め、形式面での瑕疵を指摘しなければならない。**【実体面の判断】**上に下線を引いた場合として、どのような社会的状況のもとで、どのような影響が及ぼされたのか、それはいかなる効果を発生させたのかを検討し、自由な情報流通の仕組みへの影響を測る必要がある。

これに関する具体的なメルクマールは芦部の前掲論文を参考に、彼のいうマス・メディアの自主規制であっても検閲禁止原則との関係で憲法問題を惹起することもありうる場合であるかを検討する。すなわち、「①自主規制機関が公権力からインフォーマルな強い影響を受け、②それを実質的に代弁するような形で一定の情報を言論市場から排除するような場合」であり、そして検閲概念に機能的に含みうる、「③『事前』抑制と同視し得る抑止的效果を表現行為に対して及ぼす国家規律」の場合、である。

【帰結されること】上記実体面の判断の結果、事前抑制と同様の抑止的效果が伴うといえるなら、自由な情報流通の仕組み自体に改変が加えられたものと判ずることとなる。それは、自由な情報流通の仕組みを前提にした人々の言論活動に、諸利益の調整なく、事実上の制約が一方的に課されるに他ならない。基本的人権の制約にあたっては、明確で特定の法律（条例）による調整の上で、適正な手続きを踏んで、特定個人に執行されなければならないという立憲主義の要請に違反するものとなる。

(2) 検討① —— 社会的風潮

以上の判断枠組みに照らして、まず本件の背景的事情について考える。

本件要請にあっては、福岡県の置かれた事情がたぶんに影響を与えていよう。原判決も「福岡県下には多数の暴力団が存在し、暴力団組員による一般市民に対する犯罪や発砲事件も多い⁸⁵⁾」と認定している。乙4号証の2によれば、同県下には全国の22指定暴力団のうち四代目工藤會、太州会、道仁会、九州誠道会、三代目福博会の5つがあり、また日本最大の指定暴力団である

85 原判決15頁。

六代目山口組傘下の二代目伊豆組、光生会、一道会、金光会等も勢力を有している。そして乙第3号証によれば、福岡県における暴力団の一般市民に対する犯罪が多く発生している。平成12年から平成21年までの、暴力団員による一般人等を対象とした主要な事件数は23件である。また、福岡県下における発砲事件の発生件数は、平成16年から平成20年まで5年連続全国ワーストであり、同時期において全国銃器発砲事件数に占める福岡県下での発砲件数割合は、最低で11%（平成17年）、最高で31%（平成20年）であった（乙4号証の1、乙4号証の2）。

原判決は、以上の背景的事情の下で暴力団の排除の推進等を目的とする福岡県暴力団排除条例⁸⁶が制定され、「官民一体となって暴力団を排除する取組がされている」とした。そして、かかる「社会的風潮の下、本件要請を受けたコンビニ各社が自主的に上記措置（撤去措置——引用者）」を取ることは何ら不自然であるとはいえず、これをもって、本件要請がコンビニ各社に対し暴力団関係書籍等の撤去を事実上強制するものであったことを根拠づける事実であると評価することはでき（ない）⁸⁷としたものである。

しかしながら、「社会的風潮」という言葉を用いて、撤去をコンビニ各社の自主的措置であるとし、事柄を〈コンビニ—原審原告〉の間の問題として捉えることは、これまでの表現の自由の歴史的展開に鑑みた時、大きな問題を含む。わが国の判例学説にも大きな影響を与えたアメリカで、表現の自由が窒息の危機に瀕するという背景のもと、自由な情報流通の仕組みを前提とする人々の表現の自由を守るために、抑止的效果（萎縮効果）を考慮に入れて、言論媒介者の責任を軽くする法理が展開してきたことに、改めて思いをはせるべきであろう。そして、本章1から2で概観したように、わが国においても同様の考慮をなす判例法理や論理の蓄積が、一定の厚みをもって存在しているのである。すなわち、これまで判例に現れ、あるいは学説の共通言語となってきた「抑止的效果（萎縮効果）」、「運用」、「おそれ」、「国民一般の表現の自由」等の言葉によって、表現の自由の保障の及ぶ範囲は広く多めにとらえ

86 平成21年10月19日。

87 原判決16頁。

られてきたのであり、そうすることで表現の自由な流通を確保せんとしてきたのであった⁸⁸。これらに照らすなら、かかる「社会的風潮」がある場合にこそ注意深く、公権力が自主的措置を促す要請をなすことがなぜ許されるのかを問うべきである。

（3）検討② —— 自主規制機関への公権力によるインフォーマルな強い影響

次に、本件要請がどのような影響を及ぼすものであったのかを検討する。

既に述べているところであるが、福岡県警はその主観的な懸念である「青少年に対し暴力団に対する誤った憧れを抱かせるなどの悪影響を与えること」がダイレクトに反映された本件要請を、コンビニ各社に「現状をご理解いただき、各店舗において適切な措置を講じていただきますよう、特段のご配慮」を願うという形でなしたのであった。

コンビニは、コンビニコミック出版社あるいは暴力団関係書籍作者と、利害関係を同じくするものではなく、また自由な言論空間を維持することに特段の利益を持つものでもない。そこでコンビニが、今後の警察との友好的な関係を考慮に入れて、「警察にたてついてまでコンビニコミックを置く必要はない」との効用計算をすること、またそれが過剰な撤去の危険性を孕むであろうことは、想像に難くない。撤去という「特段の配慮」をすることを決定的に誘因づけるにあたり、県警の要請はインフォーマルではあれ、強い影響を有していたというべきであろう。

そしてこの要請の性質については、暴力団関係書籍の排除状況からも、よく分かる。原審原告弁護士団は福岡県内の多数のコンビニに赴いて調査をしている。すなわち、福岡市、北九州市、行橋市、飯塚市、中間市、豊前市、宗像市、築上郡、遠賀郡、京都郡、糟屋郡、嘉穂郡に所在するコンビニ店269店舗を訪問し、「実録ピカレスクシリーズ」を中心に、販売の有無を調査し

88 本来的には、これらの歴史的展開の意味に忠実であるとする、もし暴力団関係書籍に問題があるとすれば、対抗する表現によってその問題性を人々に明らかにすることにより（モア・スピーチ）、「暴力団情報に対しては正面から対抗していく」というようなやり方が・・・憲法上は最も正統なやり方（橋本基弘「暴力団と人権 —— 暴力団規制は憲法上どこまで可能なのか」警察政策13号[2011年]1頁以下、19頁）であるはずだ。

た結果を証拠として提出した。すべての店舗において、撤去要請がされたコミックは販売されていなかったという調査結果が得られている（甲11号証）。

つまりそれは、県警による本件要請に従わなかったコンビニが、一社も存在していないことを示すものであり、本件要請のもつ「強さ」を物語っている。また県警の代弁による情報排除という効果を、目に見える形で示していよう。コンビニの自主規制という形で、県警の強い影響のもと、県警の主観的な懸念を代弁して、暴力団関係書籍という言論情報が排除されたものといえる。

(4) 検討③ ——事前抑制と同視し得る抑止的效果(萎縮効果)

本件要請により、事前抑制と同視し得る抑止的效果(萎縮効果)が発生しているか。

原審原告原作によるコミックの編集担当者による陳述書(甲12号証)によれば、コンビニコミックの売上は、コンビニ店におけるそれが7～8割を占め、「コンビニ会社側から『生殺与奪の権』を握られているといっても過言ではない」(同2頁)。したがって、そこへの指導は「流通機構を熟知した狡猾なやりかた」(同2頁。下線は引用者)であり、「もしこれがケーススタディとなれば、表現者はコンビニにクレームが入った場合、片っ端から本を下げなくてはならなく」なり、「表現者の自粛が始まる」、「現在ばかりか未来にわたって作家の執筆活動を妨害する」(同3頁)。少なくとも原審原告の「作家そのものの将来的な売り上げを阻害する結果をもたらすことは明らか」である(同3頁)、と。

このような出版社への影響については、第8回口頭弁論に本人調書からも窺われる。すなわち、本件要請及び本件リストが出されたことを受けて、当該リストに多数の書物が掲載されていた出版社の担当編集員が、「大変なことが起こりました」、「これで本が売れなくなります・・・宮崎さんの本もこれで売れなくなります」と述べ、あまつさえ「文書に基づいて自主的に撤去しましょう」と述べたのであった(調書15頁)。他の出版社の担当編集者も、「宮崎さんの本を出すと、福岡県で排除されたら、ほかのところも右に倣えになっちゃう可能性がある・・・そのリスクを冒してまで出したくない」というこ

とを、原審原告に述べていた（調書16頁）。

そして、原審原告に対しての具体的な影響としては、「執筆の依頼が少なくな（り）」、「これは少し目をつけられるかもしれないから変えてくださいというような・・・内容に関する介入が随分おびたしくな（った）」ものである、と（調書2頁）。

行政指導の直接の相手方であるコンビニにとって、コンビニコミックはコンビニが扱う数多くの商品の一つなのであって、また先に述べたことと重なるが、暴力団排除という「社会的風潮」のなかで殊更に警察の指導に抵抗することは想定しがたい。むしろ過剰な自主規制もありうるどころであり、場合によっては、県警からの要請を増幅させる形で言論媒介者が行為することもあるだろう。コンビニの任意的な判断ではあれ、自己検閲的效果をもちうる。

そのあおりを出版社は強く受けることとなる。コンビニ店での取扱いが、コンビニコミックが市場に流通する上で、事実上必須であるためである。行政指導の直接の相手方であるコンビニが警察の指導に抵抗するということは想定されえない以上、結局のところ、市場に出回ってはいけな「青少年に対し暴力団に対する誤った憧れを抱かせるなどの悪影響を与える」書籍かどうかに係る最低ラインの判断は、実質的に警察に存することになる。また、いつどのような形で、コンビニにどのような指導されるかは不透明かつ不明確であり、出版社は経済的損失等を回避するために、過剰な自主規制をすることにもつながる。

そしてまた、もし本件事件で裁判所が、このような福岡県警の手法を不問に付すとしたら、私人を介した事前抑制は警察にとって一般的に利用可能なツールとなるに等しく、福岡県を超えて広く、このようなジャンルについての作家活動や出版活動一般に、大きな抑止的效果を持つものであろう。

したがって、本件要請のもたらす効果や実際の働きという点から見て、不透明な手続により自由な表現流通の仕組みへの過剰な制約がもたらされる本件のような場合、憲法21条が原則禁ずる事前抑制がなされたのと同等の事態が発生してしまう。

4 まとめ

本件要請のような、私人を介した行政指導に基づく書籍の流通停止は、機能の上で憲法21条2項の禁ずる「検閲」に等しいというべきである。もし暴力団関係書籍を制約する必要性と合理性があるのだとしても、それは様々な衡量要素を適切に調整した結果である法律（条例）の根拠に基づいて、法行為としてなされなければならないはずである（憲法31条、41条違反）。明確で特定の法律（条例）に従い、透明性を担保する適正な手続きを踏んで規制がなされることは、立憲主義の要請なのである。

法的根拠のない私人を介した事前抑制は、透明性や適正手続の欠如、過剰で予防的な抑止の危険、説明責任の回避といった、構造的な欠陥を抱えているのであり、「こわれ易く、傷つき易い」表現の自由の性質に鑑みるならば、原審原告も含めて多くの者の自由な表現にもたらす抑止的な萎縮効果を除去することが、必要不可欠とされる。したがって、本件を処理するにあたり、単に行政指導が「違法」であるとするにとどまらず、裁判所はこのような手法が、暴力団関係書籍の規制にあたって用いられてはならないことを明らかにし、萎縮効果を除去しなければならない。

結論として、原審被告である福岡県の行為は、法的根拠なく行政指導によりコンビニに書籍を撤去させようという、誤った「違憲」な解釈に基づく行政指導であり、国賠法上「違法」である⁸⁹。また、このような場合において、過失の存在を否定することはできない。したがって、福岡県は原審原告に発生した精神的損害等に対し賠償責任を免れないものとする。

おわりに

<福岡県警→コンビニ→原審原告> という構図において、原判決のように、公的性格をそぎ落として本件を右二者との関係として理解することは、事柄を矮小化して把握することとなってしまふ。これまでの表現の自由論の

89 東京高判平成5・10・28判時1483号17頁（フジコー産業廃棄物事件）。塩野・前掲書注12）209頁（制定法の趣旨・目的に抵触するような行政指導は許されず、また、平等原則・比例原則等の法の一般原則等も及ぶ）。

蓄積を前提にするならば、コンビニの自主規制及び過剰な自己検閲の危険が、そして言論媒介者たる出版社への抑止的效果が、さらには原審原告を含む暴力団関係書籍の作家一般に対しての抑止的效果が、憲法問題として掘りあげられなければならない。

歴史的経験の教えるところによれば、「官民一体となって暴力団を排除する取組がされている（という）・・・社会的風潮」（原判決）のもとでは、一般的に不人気である言論が非難的となりやすい。その上、それが私人を介した規制という手法に委ねられる場合、言論媒介者たる私人は、県警の主観的な「懸念」を代弁して事前抑制する装置となりかねない。また、ともすると過剰な検閲をももたらしかねない。確かに福岡県の置かれた状況は、他の地方公共団体に比べて特殊であるのかもしれない。しかし、だからこそ余計に、公権力は過剰に表現の自由を抑制しないことに敏感でなければならない。立憲主義的要請に細心の注意を払わなくてはならないのだ。表現の自由の規制は、授権される権限の範囲や適正な手続を明示した法律（条例）により、行われる必要がある。本件で問われるべき一つの重要な憲法問題は、公権力による表現システムの制約をめぐる、立憲主義的な作法なのである。法行為の不在が、憲法上の問題を引き起こしているのだ。

最後に、原審原告及び弁護団と本稿筆者との会合の席での、原審原告の言葉を紹介して終えたい。

「なんでこんなことになったのかが知りたい。条例に違反するからというなら納得もする。でもこれは納得できない——。」

これは、本件における憲法問題の、一つの核心を衝く言葉である。