

表現の自由をめぐるノート

—『逆転』や読谷村「日の丸焼却事件」にも触れながら—

稲福 日出夫

—

この夏、柳美里の小説世界に浸った。そのなかで、『新潮』（1994年9月号）に発表され、表現の自由をめぐる最高裁まで争われた柳の小説第一作「石に泳ぐ魚」と、その後、「平成14（2002）年10月30日に出版された、裁判の過程で柳さんが提出した改訂版」の『石に泳ぐ魚』（新潮社）とを読み比べてみたりもした。現在、新潮文庫に収められているその小説の解説で、文芸評論家の福田和也は、「『石に泳ぐ魚』は、戦後、日本で、文芸作品としては、はじめて出版の事前差し止めが認められた本である。しかも、報道や政治にかかわる書物でなく、小説なのだ。」と記している。

柳の小説を次々と読んでいるうちに、伊佐千尋の『逆転——アメリカ支配下・沖縄の陪審裁判——』（新潮社、1977年）を思い出した。1964年8月に宜野湾市普天間で発生した日本人青年による米兵殺人事件を扱ったノンフィクションで、これもプライバシー侵害が問題となり、最高裁まで争われた作品である。事件の発生現場である普天間十八番通りや宜野湾消防署のあった場所は、当時住んでいた家の近所であり、その頃、普天間中学校の生徒であった私たちは、中学生なりに話題にしていたことも思い起こされた。

さらに、1987年の沖縄国体で起こった「日の丸焼却事件」の新聞記事を読み返し、また、知花昌一の『焼きすてられた日の丸——基地の島・沖縄読谷から——』（新

泉社、1988年) を手にした。

こうした表現をめぐる問題が、我が国の憲法体系、裁判ではどのように位置付けられているのだろうかという関心から、主だった判例を中心にノートを整理してみた。

二

英文学史上シェイクスピアと並び称される詩人ジョン・ミルトン (1608-1674) は、またピューリタン革命と生涯を共にし、その革命の精神を一身に体現した思想家でもあった。彼は、革命の途上で自ら執筆した『離婚の教義と規律』(1643年、改訂増補版1644年) が、英国国教会派 (王党派) に対抗して共に改革を推進していた当時の議会多数派の反感を買い、「出版物検閲令」に違反しているとの弾劾を受けるに及んで、1644年、『言論の自由 (アレオパジチカ)』¹⁾ を発表した。そのなかで彼は「他のすべての自由以上に、知り、発表し、良心に従って自由に論議する自由を我に与えよ。」「陳腐な定説に満足せずして新説を体得し、これを世間に公表する人々によって啓発せられる道の多々あることは、いやしくも学問の味を覚えた者ならば誰でも、認めぬものはないからである。」「よい政府でも悪い政府でも、誤謬は等しく殆どあり勝ちなものである (略)。何となれば、如何なる長官でも間違った報道を受けぬものはなく、しかも印刷の自由が少数者の権力の中に陥るならば、いよいよ間違った報道を受け易いからである。」²⁾ と出版の自由、検閲の禁止を訴えた。このパンフレットは「まさに信教の自由、内面の自由を出発点にして生まれてきた近代自由主義の古典であり、思想言論の自由の最初の定式化にほかならない」³⁾ と評されている。

さらにまた、そのミルトンの詩作品に傾倒したといわれるブラックストーン (1723-1780) は、1765年に「自由な国家の本質にとって真に不可欠なものであるが、

1) John Milton, AREOPAGITICA, November, 1644. In Complete Prose Works of John Milton, Volume II, Yale Uni. Press. 1959. pp. 486-570. 邦訳として、上野精一・石田憲次・吉田新吾訳『言論の自由』(岩波文庫、1953年)、原田純訳「アレオパジチカ」原田純訳・編『イギリス革命の理念—ミルトン論文集—』(小学館、1976年) 所収、190-258頁、がある。

2) 上掲、上野・石田・吉田訳、64、70、73頁参照。

3) 福田歎一『政治学史』(東大出版会、1985年)、341頁。

その本質は出版物に対して事前の抑制を課さないところにある」と述べている。そうした考え方は今日まで連綿と続き、「それ以来、表現の自由の保障の最も重要な意義は事前抑制を禁止することにある」⁴⁾と説かれることになる。

このように、表現の自由は、時代の多数派ではなく少数派が政治に参加するうえで重要な権利であり、その意味で表現の自由の保障の程度は「その政治体制の成熟度を示すバロメーターである」とか「民主政治の生命線」だと語られたりするのである。

三

1. 表現の自由の憲法的位置

自由権は、経済的自由と精神的自由に大別される。さらに、精神的な自由はまた、内面的な精神活動の自由と、そのいわば内心の自由が外部に行動を伴ってあらわれる外面的な精神活動の自由、に区分されて論じられる。

表現の自由は、外面的精神活動の自由である。しかし、注意しなければならないことは、学問の自由や信教の自由も、たんに個人の内心に閉ざされている限りで保障された自由ではなく、それを外部に示すことのできる自由を伴ってこそ意味をもつのであり、また、精神活動の自由は、思想及び良心の自由という、いわば純粋に内面的な自由が完全に保障されてはじめて生きてくるといえるだろう。

憲法21条は「集会、結社および言論、出版その他一切の表現の自由」を保障する、と記している。つまり、伝統的な言論・出版の自由に加えて、絵画や写真、音楽、映画などあらゆる表現手段による表現を保障する。さらに、集会や結社も、集団としての思想を外部に表明する活動であり、表現の自由の一形態として重要な意義をもっている。憲法は、それらを含めて、すべての外面的精神活動を表現の自由として括り、国民にそれを保障しているのである。

戦後の憲法学は、「表現の自由」論にかんして、戦前の帝国憲法で謳われていた「言論著作印行集会及結社ノ自由」が法律の留保の下で保障されていたこと、また

4) 芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店、1987年）、226頁参照。

違憲審査制を採用してなかったこともあって、いわば手探り状態で理論を構築していかなければならなかった。「個々の自由の侵害に固有の解釈法理を探求せずもっぱら自由一般の制約形式に議論を集中するという伝統は、その払拭を必要とする負の遺産として、逆に戦後憲法理論に重くのしかかった」⁵⁾ のであり、さらに、戦時中の出版統制のもと国家の代弁機関となって国策遂行に協力した反省を踏まえて、戦後の表現の自由をめぐる法理は出発したのであった。

ところで、占領軍の「開放政策」も、たとえば原爆報道統制に示されるように、「表現の自由」を全面的に後押ししていたわけではない。朝鮮戦争が勃発すると、原民喜や峠三吉のような詩人たちは、占領軍の監視の網をかいくぐって、原爆の惨禍を表現していったのである。

1960年11月に刊行された『中央公論』12月号に掲載された深沢七郎の「風流夢譚」が、皇室を侮辱しているとして右翼から糾弾された。宮内庁もこの小説を「不愉快きわまる」として法務省に検討を依頼した。中央公論社側は宮内庁に出向いて陳謝し⁶⁾、翌月の『中央公論』1月号には「お詫び」文が掲載された。さらに1961年2月1日には中央公論社長宅に右翼少年が押し入り刺殺事件が起こった（「嶋中事件」）。こうした暴力による言論の封じ込めに対し中央公論社は「自粛」路線をとり、その年暮れに発刊予定であった『思想の科学』62年1月号が「天皇制特集号」であったため、すでに製本済みであった同誌1万5千部を裁断廃棄した。しかし、こうした「萎縮」した対応は、禍根を残すことになる。実際、その後も言論に対する暴力行為は後を絶たず、1987年5月3日の朝日新聞阪神支局襲撃事件や、「天皇には戦争責任がある」という当時の本島長崎市長の発言に対し、1990年に市長銃撃事件が発生した。

洪水のごとく情報が氾濫する現状にあって、しかし「表現の自由」を取り巻く環境は「自己統治と自己実現」という憲法的価値の実現に程遠く、その真価は今なお問われ続けている。

5) 渡辺治「表現の自由理論史」法律時報臨時増刊『憲法三十年の理論と展望』（日本評論社、1977年）、57頁。

6) 『朝日新聞』、1960年12月1日。

2. 「文学と法Ⅰ」（性表現の規制）

（1）「チャタレー夫人の恋人」事件

文学作品のなかには、物語の進展上、性的描写を避けることのできない場面も多々登場する。戦前、安寧秩序を妨害し風俗を壊乱する出版物に対しては「出版法」、定期刊行物に対しては「新聞紙法」で、「猥褻」文書を取り締まっていた。戦後、これらの法律は廃止されたが、一方、刑法175条は「わいせつな文書、図画その他の物」を頒布・販売、公然陳列、また販売目的で所持した罪について記している。日本国憲法ができて間もなく、性表現をめぐる、それを規制する刑法175条の合憲性が争われたリーディング・ケースが、D. H. ロレンスの作品「チャタレー夫人の恋人」翻訳出版事件である。

この事件で、最高裁は、大審院以来の判例を踏襲し、猥褻文書と認定されるための三要件、「徒らに性欲を昂奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」を是認した。「猥褻文書は性欲を興奮、刺激し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥の感情をいだかしめる。そしてそれは人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外視し、奔放、無制限に振舞い性、道徳性、秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している」というのである⁷⁾。そして、いかなる文書がそれに該当するかは「社会通念」によって判断され、その社会通念の内容は裁判官に委ねられていると判示した。もとより「社会通念」は時代によって変化するものではあるが、それでも「性行為非公然性の原則」は普遍的な規範として人間社会に存在し続け、刑法175条はその最小限度の性秩序、性道徳の維持を目的としており合憲であると判断する。芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であって、「芸術的作品であるという理由からその猥褻性を否定することはできない。（略）芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権をもつものではない。芸術家もその使命の遂行において、羞恥感情と道徳的な法を尊重すべき、一般国民の負担する義務に違反してはならないのである」、それに違反すれば刑法175条によって処罰の対象になる、と捉えている⁸⁾。

なお、真野毅裁判官は、少数意見で、「多数意見が前提として説いている『性行為非公然性の原則』とは、（略）性行為を公然と実行しないというだけの意義にす

ぎないから、性行為の非公然性の原則に反するとは、性行為を公然と実行するという事に帰着する。(本訳書はもとより生き物ではないから、公然であろうと秘密であろうと、訳書そのものが性行為を実行することはありえないことである。)本訳書の性的場面の描写は、性行為を公然と実行している場面をえがいたものではない。この意味においてはどこにも、性行為の非公然性の原則に反すかどはないはずである」と記している⁹⁾。

(2) 「悪徳の栄え」事件

マルキ・ド・サドの小説「悪徳の栄え」事件で最高裁は、チャタレー判決の基本線を踏襲しつつも、猥褻性判断については、個々の「章句の部分の猥褻性の有無は、文書全体との関連において判断されなければならない」と述べるが、考慮すべき方法に関して具体的に論及したわけではなかった。しかし、チャタレー判決が「裁判官 真野毅、同小林俊三の…各意見のあるほか裁判官全員一致の意見」であったのに対して、本判決では、8対5と意見が分かれた。反対意見のなかには、猥褻文書にあたるかどうかは、侵害される法益と作品の芸術的思想的価値とを比較衡量して決すべきである、猥褻性を相対的に捉えるべきである、あるいは「公共の福祉という抽象概念を安易に駆使して表現の自由を一刀両断的に切りすてる態度は、厳に避けなければなるまい」といった主張がみられる¹⁰⁾。

(3) 「四畳半襖の下張」事件

サド判決に示された「全体的考察方法」の具体的内容、つまり猥褻性を判断する際に検討すべき諸点を示したのが、永井荷風の作品といわれる短編小説「四畳半襖の下張」事件であった。この事件で最高裁は、①当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、②その描写叙述の文書全体に占める比重、③文書に表現された思想等とその描写叙述との関連性、④文書の構成や展開、⑤芸術性や思

7) 『判例時報』105号、1957年、77頁。

8) 同、78頁。

9) 同、81頁。

10) 『判例時報』569号、1969年、18頁。

想性等による性的刺激の緩和の程度、⑥文書が全体的にみて主に読者の好色的興味に訴えるものと認められるかどうか、と列記する。そして「これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らし」、その上で、猥褻三要件に該当するかどうか決すべきである、と判示した¹¹⁾。

しかし、そもそも何故刑法175条が必要で、その被害法益は一体何なのか、芸術性等といった社会的価値があろうとなかろうと、つまり「芸術かワイセツか」といった争い方ではなく真正面から「ワイセツでなぜ悪い」といった論の立て方にも一理あり¹²⁾、同時にまた、昭和初期のエログロ放任は国民の関心を左翼思想からそらすために意識的に緩めた結果であり、ニクソン時代のアメリカのポルノ解禁はベトナム戦争から国民の目をそらす目的であったといった指摘もある¹³⁾。

ところで、表現の内容規制は、内容に係わることなく表現の手段・方法を規制する内容中立規制と異なって、厳格な審査が必要となる。判例上、①煽動、②猥褻表現、③名誉毀損表現、④プライバシー侵害等に対して表現内容規制が認められているが、学説上は、煽動や猥褻表現に関する規制は違憲の疑いがあるとするものが多い¹⁴⁾。

3. 「文学と法Ⅱ」（名誉毀損、プライバシーと表現の自由）

（1）名誉毀損的表現

名誉とは、人の社会的評価のことであり、それは人格権のひとつとして憲法によって保護される、と解されている。他方、ひとの名誉を毀損する行為は、通常、他者の表現によってなされる。そこで、両者の「線引き」が重要な法的課題となってくる。

11) 『判例時報』982号、1981年、66頁。

12) 『愛のコリーダ』の著者大島渚と出版元の三一書房が刑法175条「猥褻文書図画販売罪」に問われた事件での大島渚の立論。山本祐司「ワイセツ、なぜ悪い! / 大島渚氏は語る」(『法学セミナー』298号、1979年12月)、なお、大島渚「刑法第175条をめぐる」同『愛のコリーダ』(三一書房、1976年)所収、参照。

13) 奥平康弘・環昌一・吉行淳之介『性表現の自由』(有斐閣、1986年)、63頁参照。

14) 建石真公子「わいせつ概念の再構築」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ {第5版}』120頁、煽動に関し奥平康弘『日本人の憲法感覚』(筑摩書房、1985年)、181頁以下参照。

繰り返し述べているように、表現の自由はデモクラシーを根底で支える権利であり、その保障があつてはじめて情報の自由な流通を図ることができる。その重要性に鑑み、戦後、名誉を毀損する行為であっても、①事実の公共性、②目的の公益性、③真実性の証明、があれば免責されるという規定が刑法に追加された。さらに、犯罪報道については①の、「公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実」については①②の論証を免除している（刑法230条の2）。しかし、いずれにせよ③真実性の証明は不可欠の要件とされた。が、最高裁は「夕刊和歌山時事」事件で、従来の判例を変更して、「刑法230条ノ2 第1項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない」と判示した¹⁵⁾。

本判決によって真実性の証明が緩和されることになるが、結局、いうところの「相当の理由」の存在の認否が問題となる。実際、名誉毀損は、いわば「地位も名誉もある人」が自己に対する批判を抑圧するのに使われやすい。そこで、名誉毀損的表現に対する萎縮効果を取り除くためにも、たとえば「相当の理由」の存在の立証責任をむしろ原告に負わせるべきである、といった議論もある。しかし、その後の判例は「相当の理由」を厳格に判断する傾向にあり、「名誉権を保護することの方に重点がおかれ、優越的地位にある表現の自由との調整が十分でない」といった指摘がある¹⁶⁾。

(2) プライバシーと表現の自由

「抑も社会に於て善良なる市民として、法律を守り、租税を納め（略）る者は、如何なる程度に於て『自己』を社会の耳目より隔離し得るであろうか」。末延三次は、「心の秘密権即ちプライバシーの権利」と捉え、戦前すでに英米の不法行為に関する判例研究を通して、プライバシーの研究に着手していた。彼は、個人の身体に対する保護と並んで精神に対する保護の必要性を述べ、「個人の精神的安静に

15) 最大判昭44年6月25日刑集23巻7号975頁。

16) 上村貞美「言論の自由と名誉毀損における真実性の証明」別冊ジュリスト『憲法判例百選I {第5版}』142頁。

関する」秘密が侵害されることによって「不快の念を感じずることは各人の自覚する争うべからざる自然的事実で、その本能的感情は、何等か正当なる理由なき限り社会的保護を受くべきである」と指摘した¹⁷⁾。

戦後初期には、戒能通孝、伊藤正巳らがこの領域に深い関心を示している。『プライバシー権』が限定しにくいということは、『プライバシー権』を否認し得るということにはならない。(略) プライバシーに関する原則は、共同体的生活の中にはなかったというものの、個人主義的生活の中には当然存在しているし、また存在しなければならないのである。しかるにこの原則は、裁判上においてすら承認されていない。ここに個人主義的生活を基礎とする憲法の危機がある。われわれは頑固といわれる程度まで『プライバシー権』の存在を主張しなければならない。ここに個人主義的生活を基礎とする憲法の危機がある。」と戒能は強調した¹⁸⁾。また、伊藤によれば、これまでプライバシー権という新しい権利を認めるために名誉毀損や他の不法行為の法理を援用してきたが、結局「プライバシーの権利のなかには、既存の法理の枠をもっては体系的に把握しえない多彩な内容のものが包含されているのであって、これを古い革袋につめることは、権利の核心をそらすことになるのも当然であり」、これらの法理に拘泥しては、現代社会の要求するプライバシーの権利の発展が妨げられる、と指摘した¹⁹⁾。

このようにプライバシー権について、一部の法学者のあいだでは昭和初期段階から深い関心をもって論じられていたが、本格的な法的議論は、「宴のあと」事件を契機にして起こった。

(i) 「宴のあと」事件

1964（昭和39）年9月28日、東京地裁は、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」として、プライバシーの権利性について、わが国の裁判史上初めて正面から論じた。それが、「宴のあと」事件である。地裁判決は、この小説が「いわゆる暴露小説、内幕物の類によって他人の私生活、秘事を暴露、公開する行

17) 末延三次「英米法に於ける秘密の保護（2・完）」（『法学協会雑誌』53巻12号、1935年）、51頁。

18) 戒能通孝「プライバシー権とその保障」（『民商法雑誌』39巻1・2・3号、1959年）、145頁。

19) 伊藤正巳「プライバシーの権利の理論的基礎」（『法律のひろば』15巻1号、1962年）、6頁。

為と同一視することは正当ではない」と捉える。しかし、たとえ作家の芸術的イメージやフィクションを交えた創作であったとしても、「それが事実すなわちモデルの私生活を写したものではないかと多くの読者をして想像をめぐらせるところに純粋な小説としての興味以外のモデル的興味というものが発生し、モデル小説のプライバシーという問題を生む」と指摘する。正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならず「その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではない」と判示した。

プライバシーの侵害に対する法的救済が与えられるための要件として、以下の「三要件」が提示された。「公開された内容が、(イ) 私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、(ロ) 一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによって心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること、(ハ) 一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によって当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とするが、公開されたところが当該私人の名誉、信用というような他の法益を侵害するものであることを要しないのは言うまでもない。すでに論じたようにプライバシーはこれらの法益とはその内容を異にするものだからである」。さらに判決は、違法性阻却事由について言及し、「プライバシーの価値と芸術的価値（客観的な基準が得られるとして）の基準とは全く異質のものであり、法はそのいずれが優位に立つものとも決定できない」が故に、芸術的価値が当然にプライバシー侵害の違法性を阻却するものとは考えられない、という。また、「公的な存在、活動に対する評価を下すに必要または有益と認められる範囲では、その私生活を報道、論評すること」は許容されるが、本件には当てはまらない、と判示し、プライバシーの権利侵害による不法行為の成立、原告側の慰謝料請求が認められた²⁰⁾。なお、この事件は、二審に係属中に原告が死去し、遺族との間に和解が成立して決着がついた。

「モデル小説」をめぐって、表現の自由とプライバシー権が争われたこの事件以

前にも「法と文学」をめぐって紛争がなかったわけではない。が、多くの場合、名誉毀損で対応してきた。しかし、名誉毀損が「ひとの社会的評価に対する侵害」であるのに対し、プライバシーの侵害は、そのような評価とかかわりなく、私事の公開によって精神的に苦痛の念を覚えるということによって成立する。また、名誉毀損の場合、公表された事実が真実である場合、原則として不法行為責任を免れるが、プライバシーの侵害は、真実か否かにかかわらず、たとえ真実であっても公にされたくない私事を保護するのである。三島由紀夫のこの小説の発刊によって、読者はモデルとされた原告の元外務大臣有田八郎に対し尊敬の念を増すことはあっても、社会的評価の低下をきたす、ということは考えられないものであった。そこで、プライバシーの権利侵害による不法行為で訴えるということになったのである²¹⁾。原告、被告ともに著名な人物である。そのこともあって、この事件の社会的反響は大きく、「プライバシー」という言葉が人々のあいだで一種の流行語ともなった、という。そのような風潮にあって、逆にまた、わが国ではその表現が本来もっている「崇高さ」が見失われてしまう危険性も内包していた。

この事件の後、最高裁も「前科照会事件」²²⁾において、市区町村長が漫然と弁護士に照会に応じ報告したことが公権力の違法な行使にあたる、と判示した。多数意見は、プライバシーという表現を用いることはなかったが、「前科及び犯罪経歴は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有する」と述べている。伊藤正巳裁判官は、補足意見で「他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであっても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開することは許されず、違法に他人のプライバシーを侵害することは不法行為を構成する」と述べ、情報の管理にかんして格別に慎重な配慮を求めた。こうした判例の流れのなかで、ノンフィクション作品のなかで前科が公表されたことに対し、プライバシーが侵害されたとして慰謝料を請求する訴訟が起こった。

20) 東京地判昭39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

21) 五十嵐清『『宴のあと』事件』（『ジュリスト』900号、1988年）、124頁。

22) 最判昭56年4月14日民集35巻3号620頁。

(ii) ノンフィクション『逆転』事件

「モデル小説」とは異なり、実名を用いてそのひとの前科などを公表したノンフィクション作品がプライバシー侵害（不法行為責任）となるかどうか。それを問われたリーディング・ケースが、この事件である。

1964年8月、アメリカの統治下にあった沖縄の宜野湾市普天間で、沖縄の青年4人と米兵2人が殴り合いの喧嘩をし、米兵1人が死亡した。青年4人は、当時の琉球列島米国民政府高等裁判所に傷害致死の罪で起訴された²³⁾。しかし、陪審の評議において、当初は傷害致死という起訴事実を疑いをもたなかった陪審員たちが、最終的には傷害の事実は認めるが、それによる致死の事実を否定するという結論に至る。しかし、当時の「集成刑法」を適用する米民政府高裁は、起訴された青年4人のうち3人に対して懲役3年の実刑、1人に執行猶予の判決を下した。「裁判所が答申に立脚して4人に宣告した刑は予想をはるかに超える重いものになった」²⁴⁾。いわば、「逆転」が二度起こったことになる。

陪審員に任命された作者が、傷害致死罪ではなく傷害罪に相当するという結論に至るまでの評決過程を論理だつて冷静に叙述したこの作品は、「はじめに」の冒頭で、「本書に現われる人物には架空のキャラクターはいない。不明の米兵ひとりと陪審員を除けば、他の固有名詞を含めてみな実名である。陪審員だけに仮名を用いたのは、陪審評議の内容を外部に漏らすことを禁じる法律的及び道徳的な制約からである」と述べる。また、その「あとがき」では、「三人の青年たちはいずれも模範囚として刑期いっぱいを務めあげ、出所した。恵はその後病を得、間もなく世を去った。薄倅、不運な人である。松はアメリカ施政下の沖縄をきらい、故郷へ帰った。我如古も安次富も今は立派な社会人として活躍している。事件後13年も経て、被告人たちの古傷にふれるようなことはしたくなかったし、本名を出すことにも少なからぬ躊躇を覚えたのだが、安次富、我如古の両氏とも相談の上、許可を得た。

23) 当時の沖縄の統治機構、裁判機構については、伊志嶺恵徹「アメリカ統治下の沖縄における法令審査」芦部信喜先生還暦記念論文集『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985年）所収、3頁以下、および、垣花豊順「米国の沖縄統治に関する基本法の変遷とその特質」宮里政玄編『戦後沖縄の政治と法——1945-72年』（東大出版会、1975年）所収、325頁以下、参照。

24) 植松正「解説」伊佐千尋『逆転』（新潮文庫、1981年）所収、431頁。

陪審評決が（傷害致死については一引用者）無罪であったにもかかわらず、3年という実刑から、一般は被告人たちが傷害致死に有罪——彼らが真犯人であったかのように錯覚を起してしまったのである。刑の言渡しのあと、アメリカ人たちは喧嘩喧嘩として、この“軽い”量刑を不満とした。死刑にすべきだと、高言して憚らないのである。陪審答申の意味するところをよく理解しておらず、沖縄住民もまた同断であった。誤ったその印象を本書が少しでも払拭することに役立てば、幸いである。」²⁵⁾と記している。この作品は日本では馴染みの薄い陪審制度の内幕をリアルに描き、大宅荘一ノンフィクション賞を受賞した。

懲役3年の実刑判決を受け、服役後上京し、前科を知られることなく平穏な生活を送っていた原告は、作品の中で実名が使用されたため前科にかかわる事実が公表されプライバシーが侵害されたとして、損害賠償（慰謝料）を求め提訴した。それに対して、作者は「マスコミの実名報道にもかかわる重大な問題」であり、また提訴人（原告）を「弁護するためにも実名は必要であった」、と述べている²⁶⁾。

1987（昭和62）年11月20日の東京地裁判決では、「宴のあと」事件で示された見解を一步進めて、「自己情報コントロール権」説の影響のもと、プライバシーの権利を、①他人が正当な権限なしに「個人の私的事柄についての情報」（個人情報）を取得することを許さず、②その個人情報を正当な権限なしに第三者に公表したり利用したりすることを許さず、③「もって人格的自律ないし私生活上の平穏を維持するという利益」、と定義した。さらに判決は、犯罪報道と「時の経過」との関係について、「一般に犯罪に関する事実（捜査の状況や裁判の状況についてのもので、被疑者・被告人が誰であるかということをも含む。）は社会秩序に関する事柄であるから、公共の利益に関する事実というべきであり、また、報道の自由は国民の知る権利を保障するために重要であるから、事件発生当時または裁判継続中において、これを報道することは、原則として適法というべきである」が、新聞報道などで一旦公表された事実であるからといって、いつまでも公表されてもよいというものではなく、「時の経過」によって再び法的保護の対象となると述べ、服役を終え「社会における更生を阻害しないためにも」実名使用によって前科を公表したことはプ

25) 伊佐、前掲書、425頁。

26) 『沖縄タイムス』1984年10月23日夕刊。

ライバシー侵害にあたるとして、慰謝料の請求を認めた²⁷⁾。

この事件の最高裁判決では、プライバシーという用語を明示することは避けつつ、ほぼ、下級審で示された結論を踏襲した²⁸⁾。判断枠組みとしては利益考量が用いられ、「前科等にかかわる事実を公表されない法的利益がこれを公表する理由に優越する」場合には不法行為にあたる、と判示した。その判断要素としては「その者のその後の生活状況のみならず、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」と説いている。

(iii) 「石に泳ぐ魚」事件

作家柳美里は、雑誌『新潮』(91巻9号、1994年9月号)に自伝的小説「石に泳ぐ魚」を発表した。作品には、柳(作品中の私)の友人をモデルにした朴里花が登場する。柳の交友関係を知るものなら、朴里花がその友人であることがすぐさま了解できる。小説のなかでは、里花の顔面の腫瘍などが苛烈に描写され、また、彼女の父親の逮捕歴や、新興宗教に入信した彼女を連れ戻しにいったところ金銭を無心された場面なども描かれている。友人は、柳のこの小説によって、プライバシーや名誉感情が侵害されたとして、損害賠償と単行本としての出版差止めを求め提訴した。

一審、控訴審ともに、友人のプライバシー等の侵害を認め、慰謝料の支払い、公表の差止めを命じた。最高裁は、2002(平成14)年9月24日、新潮社側の上告を棄却した。「原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらない被上告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被上告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づく被上告人の各請求を認容した判断に違法はなく、この判断が憲法21条1項に違反するものではない²⁹⁾として、

27) 『判例時報』1258号、1988年、22頁。

28) 最判平6年2月8日民集48巻2号149頁。

「北方ジャーナル事件」などを先例として引いている。

出版差止めを求めたこの事件は（正確には、雑誌はすでに公刊されているので、単行本としての出版差止め）、当初から作家たちを含め社会の関心をよんだ。大江健三郎は、一審判決後、「判決には『プライバシーと表現の自由』が相互に尊重しあう道筋と基準が示されておらず、表現の自由不幸な制限を及ぼさないように主張し続ける」という柳美里の発言に対して、「私は小説家として、そのような道筋と基準を裁判所に示してもらおうとは思いません」と述べ、さらに、「私が、今後も個別のケースが法廷内外で議論されてゆくほかない、と考えるのは、そうした道筋と基準がお上によって確定され、下げわたされることを承服できないからです。もし、そういう道筋と基準がありうるものなら、それは私たち文筆にたずさわる者らが、切実な批判を受けとめつつ作りあげてゆくべきものじゃないでしょうか」³⁰⁾と記している。

これまで、プライバシー侵害に対する救済として差止め請求権が成立しうることを認めた事件として、映画「エロス+虐殺」事件が知られている。その事件では「本件映画の公開上映を差止めなければならない程度にさしせまった、しかも回復不可能な重大な損害が生じているものと認めることはできない」³¹⁾として、請求権は認められなかったが、差止めの要件について個別的な比較考量を示した。その後、「北方ジャーナル事件」最高裁判決によって、名誉毀損に基づく事前差止めの基準が示される。同判決は、「表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明白な要件のもとにおいてのみ許容される」という前提のもと、例外的に「①表現内容が真実でなく、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、かつ②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」には事前差止めが許される、と判示した³²⁾。

「石に泳ぐ魚」事件でも差止めが認められたが（現在、新潮社から出版されているのは「裁判所に提出された改訂版」である）、こうした判例の流れに対して、「プライバシーの権利を侵害する表現に対しては、差止めを認める傾向が強くなって

29) 『判例時報』1802号、2003年、60頁

30) 大江健三郎「陳述書と二つの付記」（『世界』665号、1999年9月号）、220頁。

31) 東京高決昭和45年4月13日高民集23巻2号172頁。

いる。(略)しかし、事前抑制である以上あまりに安易に差止めが認められすぎて
いるように思われる」と批判的にみる見解がある³³⁾。また、プライバシーや名誉権
などの人格的権利の重要性を十分承認しつつも、近年の司法判断の動向は、「プラ
イバシー概念の拡大・肥大化の傾向が顕著で、これが表現の自由を不当に狭めてい
る状況に危惧を感じている」といった指摘もある³⁴⁾。

こうした批判的見解に対して、小説による表現の自由（非公共空間）と事実報道
による表現の自由（公共空間）を区別する見方も主張されている。報道の自由が
「国民の知る権利」と密接に関連しているがゆえに、書く側と書かれる側との利害
調整原理として、「公共性、公益目的性」や「真実性」をもって免責事由とするの
に対して、作家個人の人格的自律の中心にある小説による表現の自由は、免責要件
など問題にする余地はなく、他人の人格的自律を侵してはならないのであって、
「ここでは本当のことであっても『言ってはいけない』のである」と指摘される³⁵⁾。

表現の自由とプライバシー権との「線引き」問題は、深刻かつ法的解決の困難な
テーマのひとつである。が、「芸術的昇華」があれば違法性が阻却されるといった
主張は、芸術性思想性が高いと猥褻性が減殺されるという先の「四畳半」事件で示
された「全体的考察方法」にも当てはまるが、まさに裁判所が文学を裁く、芸術性
や思想性を公権的に判断する、といった体のものになるだろう。大江健三郎も指摘
しているように、不正確で歪んだ「擬似的文学論」で文学作品が法律的に弁護され
るとき、もっとも恥かしめられるのは作者であり、その作品ということになるの
はないだろうか³⁶⁾。

裁判の渦中であって、柳美里は「表現のエチカ」を発表した。そのなかで柳は
「小説とは、小説それ自体がプライバシーや名誉を侵害することを拒絶します。小
説を書く人間はその根底で読者を感動させたいという動機を持ち、他者のプライバ
シーや名誉権を損うことによって感動が生まれる筈がないと知っているからです、

32) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

33) 松井三記『日本国憲法 第2版』（有斐閣、2002年）、448頁。

34) 田島泰彦「ノンフィクションと前科の公表」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ 第5版』、139頁。

35) 木村晋介「『石に泳ぐ魚』事件判決の評価をめぐって」（『法律時報』72巻7号、2000年）、45
頁。なお、棟居快行「小説『石に泳ぐ魚』をめぐる最高裁判決」（『法律のひろば』57巻5号、
2004年）、78頁。

という私の考えは余りにも幼稚な論法でしょうか」と、「誰もいない判事席」に向かって語っている。その「エチカ」は、次の文章で締めくくられている。「近代文明は構造的にと言おうか、むしろ宿命的にフェミニズム、エコロジー、プライバシー権、名誉権、果ては嫌煙権に至るまで、ありとあらゆる権利が拡大してゆき、害を与える側の論理を完膚なきまで、排除していく。それはいいとしよう。しかし、熱帯雨林の伐採に、罪の意識どころか歓びを感じる、無恥で野獣のような男が、スクールを浴びるその目に、哀しみが宿る瞬間を描く小説もまた、書かれるべきだと信じたい。その男にモデルがいたとしても、だ」³⁷⁾。

四

1. プライバシーから「個人情報」の保護へ

近年、個人情報を尊重する意識が高まってきた。そうした社会意識を反映して、プライバシーの権利を自己情報コントロール権として捉える考え方が有力となってきた。自己情報コントロール権は、個人情報の収集やその外部提供の禁止という消極的不作為請求権に加えて、個人情報の保有主体に対する開示請求、訂正・削除請求という積極的作為請求権をも認める考え方である³⁸⁾。

従来、保護されるべきプライバシーに該当するかどうかを判断するにあたって、判例は先の「宴のあと」事件で示された三要件論に依拠してきた。が、「早稲田大学講演会名簿提出事件」で最高裁は、そうした要件論に言及することなく、端的に、「自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきもの」³⁹⁾ という判断基準を示した。この「名簿提出事件」は、個人情報保護法の全面施行（2005年4月）前の事案であるが、早稲田大学が中華人民共和国の江沢民国家主席（当時）を招いて講演会を開

36) 大江健三郎、前掲『世界』、参照。

37) 柳美里「表現のエチカ —『石に泳ぐ魚』をめぐる—」（『新潮』92巻12号、1995年12月号）、255頁。

38) 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）、455頁。

39) 最判平15年9月12日民集57巻8号973頁。

催した際、参加申込者名簿を参加者の同意を得ずに大学側が警視庁に提出した事案である。最高裁は、学生の学籍番号、氏名、住所及び電話番号といった「個人識別等を行うための単純な」個人情報であっても、それが記入された参加者名簿の写しを大学側が警視庁に提出したことは、参加した学生たちが「任意に提供したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るもの」であって、そうした単純な個人識別情報であっても法的保護の対象となる、と判示した。つまり、開示によって生じる不利益と開示目的やその必要性等を総合して利益衡量を図るといった思考方法に依るのではなく、情報提供それ自体に着目したのである。そうした捉え方は、プライバシー侵害の存否を判断するにあたって、「自己情報コントロール権」型への傾斜を示すものとして、以後の重要な先例となった。

2. 「住民基本台帳ネットワーク・システム」

各市町村は、行政目的を実現するために、その区域の住民の居住関係を公証する住民基本台帳を作成し保管している。その住民基本台帳法の一部改正（1999年）により住基ネット（住民基本台帳ネットワーク・システム）が導入され、それが2002年8月から稼動した。住基ネットは、住民基本台帳のネットワーク化を図り、本人確認情報を各市町村が共有することによって、全国的に特定の個人情報の確認ができる仕組みを構築し、自治体の区域を越えて住民基本台帳に関する事務処理を行うシステムである。そこで共有される本人確認情報は、氏名、生年月日、性別、住所、住民票コード（国民一人ひとりに割り振られた11桁の番号）及びそれらの変更情報の計6情報である。

住基ネットに対しては、当初から、住民にどれほどのメリットがあるのか、それによってどれだけ行政事務の効率化が図れるのか、むしろ個人情報が他の目的に利用される危険性はないのか、国民のプライバシー権を組織的に侵害するものでしかないのではないか、といった不安、批判が強かった。実際、住基法の改正後、全国各地で住基ネットの運用差し止め等を求める訴訟が相次いで起こっている。幾つかの地裁で住民敗訴の判決が下されたが、2005（平成17）年5月30日金沢地裁では、改正住基法の住基ネットに関する各条文は離脱を求めている住民に適用する限り違憲であるとし、原告の差し止め請求も容認する判断を示して注目を集めた。

つまり、金沢地裁は、住基ネットからの離脱を求める原告らの主張には重要な憲法問題が含まれていると捉え、それを正面から受け止め、プライバシーの概念は「多義的」であるがゆえに「外延の極めて不明確なものであり、未だ権利としての明確性がない」といった国や県側の主張に対して、プライバシーを憲法で保障された重要な権利であると判断した（戦後初期に、戒能や伊藤らが真剣に検討していたことをここで想起すべきである）。さらに、近年のIT（情報技術）の急速な発達によって、個人情報への濫用、悪用への不安が高まっており、個人情報の大量漏洩や不正な売買といった事件が続発し社会問題を引き起こしている、と指摘する（一例として、宇治市の委託事業者が、平成10年に住民基本台帳のデータを光磁気ディスクにコピーして、名簿等の販売業者に売却するという事件があった）。「このような社会状況に鑑みれば、私生活の平穏や個人の人格的自律を守るためには、もはや、プライバシーの権利を、私事の公開や私生活への進入を拒絶する権利と捉えるだけでは充分でなく、自己に関する情報の他者への開示の可否及び利用、提供の可否を自分で決める権利、すなわち自己情報をコントロールする権利を認める必要があり、プライバシーの権利には、この自己情報コントロール権が重要な一内容として含まれると解するべきである」。そして、コントロール権が認められる情報として、思想・信条や宗教、健康といった秘匿の必要性が高度でセンシティブな情報のほかにも種々の情報があると捉え、そうした情報の「外延が明らかでないからといって、自己情報コントロール権自体を認めるべきではないとは解せられない」と述べる。氏名、生年月日、性別、住所といった「4情報は、一般的には個人識別情報であって、その秘匿の必要性が高いものではないということ是可以する。しかし、このような個人識別情報であっても、これを他者にみだりに開示されないことへの期待は保護されるべきものである上、秘匿の必要性は、個々人によって様々である。すなわち、ストーカー被害に遭っている人にとっては住所について秘匿されるべき必要性は高いし、性同一性障害によって生物学的な性と異なる性で社会生活を送っている人にとっては性別について秘匿されるべき必要性は高いといわなければならない。通名で社会生活を送っている人のうちには、それが戸籍上の氏名でないことを知られたくない人がいるであろうし、生年月日をむやみに人に知られたくないと思う人は少なくあるまい。また、住民票コードは、それ自体は数字の羅列に過ぎないが、

住民票コードが記録されたデータベースが作られた場合には、検索、名寄せのマスターキーになるものであるから、これを秘匿する必要性は高度である」。さらに判決は、変更情報に関し、それは「婚姻、離婚、養子縁組、離縁、氏名の変更、戸籍訂正等の身分上の重要な変動があったことを推知させるものであるから、これらを秘匿する必要性も軽視できない」と述べ、先に触れた早稲田大学事件最高裁判決を参照しつつ、結局、住基ネットで流通する6情報すべて「自己情報コントロール権の対象となる」と判示した。

地裁はさらに、住基ネットの目的の正当性と必要性にも言及し、行政がそれを拒否している住民に「便益」を押し付けることはできないのであって、「プライバシーの権利を優先させ、住基ネットからの離脱を求めている原告らとの関係では、正当な行政目的たり得ない」と述べ、また、原告らの「プライバシーの権利を犠牲にしてもなお達成すべき高度の必要性があると認めることはできない」と指摘する。

さらに、金沢地裁は、住民は行政機関に届出や申請等、様々な情報を開示するが、それは「その手続に必要な限度で使用されるとの認識のもとに」行うのである、と指摘する。しかし「これらの情報に住民票コードが付され、データマッチングがなされ、住民票コードをマスターキーとして名寄せがなされると、住民個々人の多面的な情報が瞬時に集められ、比喩的に言えば、住民個々人が行政機関の前で丸裸にされるが如き状態になる。(略)住民においてそのような事態が生ずる具体的危険があると認識すれば、住民一人一人に萎縮効果が働き、個人の人格的自律が脅かされる結果となることは容易に推測できる。そして、原告らが上記事態が生ずると具体的危険があると認識していることについては相当の根拠がある」⁴⁰⁾と判示した。

この金沢地裁判決に対して、「鋭い人権感覚を発揮した判決」である、あるいはまた、「個人の権利の観点から行政目的を相対化、限定化しようとするこの発想は、日本国憲法の理念にきわめて忠実な司法判断と言えよう」といった評価が多くの憲法学者から出され、さらに、この判決は「監視カメラの増殖など監視社会にひた走るこの国への警鐘でもある」と指摘されている⁴¹⁾。

40) 『判例時報』1934号、2006年、3頁。

41) 田島泰彦「住基ネット訴訟金沢地裁判決の意義」(『法律時報』960号、2005年)、4頁。

2006年11月30日に大阪高裁で、住基ネットに係る個人情報保護の法制度は実効的かどうか争われた。そこでも「行政機関において、住民個々人の個人情報が住民票コードに付されて集積され、データマッチングや名寄せされ、住民個々人の多くのプライバシー情報が、本人の予期しない時に予期しない範囲で行政機関に保有され、利用される危険が相当ある」との判断が示され、住基ネットの運用に同意しない住民にそれを強いることは「プライバシー権（自己情報コントロール権）を著しく侵害する」として、住民4人の住民票コードの削除を命じる判決が下された。被告3市のうち2市は上告したが、箕面市は上告せず判決が確定した⁴²⁾。しかし、同年12月11日の名古屋高裁金沢支部判決は、先に紹介した一審金沢地裁判決を破棄、住民側の請求を退け、本人確認情報の漏洩・流出といった危険性はないと認定し、さらに「公権力において、その行政事務の処理の必要等の正当な理由がある限り、相当な方法で、これを収集し、管理し、利用することは、その本人確認情報に係る住民の同意がなくとも、憲法13条に違反するものではなく、これにより、当該本人確認情報に係る個人の私生活上の自由及び平穏が一定の範囲で制限されることがあったとしても、憲法13条にいう『公共の福祉』による制限として、許される」と判示した⁴³⁾。さらに、2007年2月1日、名古屋高裁でも、住基ネット自体からの情報漏洩は発生しておらず、プライバシー権は侵害されていない、として原告住民側の控訴を棄却している。今後、他の高裁判決やさらには最高裁の判断が注目される。

五

1. 「日の丸焼却事件」と象徴的表現行為

1987年10月25日、全国一巡の節目となる第42回国民体育大会（沖縄海邦国体）の少年男子ソフトボール競技の開始式が、読谷村平和の森球場で行われた。その最中、外野スタンド屋上のセンターポールに掲揚されていた日の丸旗が引き降ろされ、これに火をつけ観客に掲げて見せた後投げ捨てられる、という事件が起こった。それ

42) 『判例時報』1962号、2007年、11頁。

43) 『判例時報』1962号、2007年、41頁。

によって競技開始が15分程遅延した。

読谷村が嘉手納警察署署長に提出した告訴状にはこう記載されていた。

「告訴事実

第一、被告訴人は、昭和62年10月26日午前9時20分ころ、告訴人が所有し管理する、読谷村字座喜味2901番地「読谷平和の森球場」バックスクリーン掲揚台に故なく侵入し、

第二、右同時刻ころ、同所メインポールに掲揚された「日の丸」の旗（時価3,500円相当）を引きずり降ろし、所携のライターで火をつけて、焼毀したものである。

罪名及び罰条

第一、建造物侵入 刑法第130条

第二、器物損壊 刑法第261条⁴⁴⁾

ところが、読谷村からの告訴を受けて、検察庁が提出した起訴状には、こう記されている。

「公訴事実

被告人は、財団法人日本体育協会、国、沖縄県、同読谷村及び財団法人日本ソフトボール協会の主催する第42回国民体育大会少年男子ソフトボール競技会会場のセンターポールに掲揚された国旗を引きずり降ろして焼き捨て右競技会の業務を妨害しようとして企て、昭和62年10月26日午前9時17分ころ、沖縄県中頭郡読谷村字座喜味2901番地読谷平和の森球場において、約1万2,000名が参加して右ソフトボール競技会開始式を挙行中、同球場所在の読谷村係員の看守するスコアボード操作室等のあるコンクリート造りの建造物をよじ登って同建造物内の国旗等掲揚場上部付近に故なく侵入し、同所に設置されたセンターポールに取り付けられた読谷村（村長山内徳信）所有のロープをあらかじめ準備したカッターナイフで切断した上、同ポールに掲揚されている前記国民体育大会読谷村実行委員会（会長山内徳信）所有の国旗（縦1.3メートル、横1.95メートル）を引きずり降ろして所携のライターで点火して焼き捨て、右ソフトボール競技会の運営を混乱させ、もって他人の器物を損壊

44)「資料4 読谷村告訴状」知花昌一『焼きすてられた日の丸——基地の島・沖縄読谷から——』（新泉社、1988年）所収、202頁。

するとともに、威力を用いて右財団法人日本体育協会等の主催する競技会の業務を妨害したものである。

罪名及び罰条

建造物侵入、器物損壊、威力業務妨害

刑法第130条、第261条、第234条⁴⁵⁾

1988年1月26日に行われた被告人の意見陳述書を抜粋する。

「どんな行為にもそれをそうさせるに充分すぎるほどの原因があります。(略) 私が『日の丸』を引き降ろし、焼き捨てた行為の原因は沖縄の歴史的体験と戦争の悲惨さを知り、そして、今日進行している戦争への道を憂慮したからであります。(略) 本土権力者は沖縄差別をテコにし、巧妙に、しかも徹底的に天皇制を押しつけ、沖縄側は『良き日本人』になろうと積極的に受け入れ、『動物的忠誠心』と言われるほど教育されたのです。そして、人殺しのため動員され、アジア侵略に加担していった結果が沖縄戦であり、集団自決だったのです。私は幸い、私が生れ育った波平のチビチリガマで起った皇民化教育による虐殺とも言うべき集団自決を調査し、遺族や体験者の話を聞き、話し合い、世代を結ぶ平和の像を創る作業に関わる事ができました。(略) 同じ波平部落にシムクガマという約1,000名が避難した洞窟があります。そこには日本軍に自宅を宿舎として提供することを拒否し、非国民と言われたハワイ帰りのおじいさんがいたことにより、もう一人のハワイ帰りのおじいさんと共に米軍と交渉し、全員の命を救った事実があります。非国民こそ、波平の命の恩人であり、非国民こそ、戦争に反対し、平和を求め、命を大切にす代名詞であるのです。沖縄は日本になってから、まだ15年しかありません。ずっと以前から日本であった本土と、1609年、さつま侵入、植民地化、1879年琉球処分、廃藩置県、1945年米軍上陸、統治、1972年本土復帰と屈辱の歴史と地上戦を経験した沖縄とでは、『天皇・日の丸・君が代』に対する意識がちがうのは当然のことだと思います。歴史がちがうのです。文化がちがうのですから……。沖縄の歴史的体験、文化、地域性等、特異性を本土の権力者は真摯に受けとめるべきです。沖縄の特異性をのばし、普遍化することが沖縄のためであり、ひいては日本のためになるもの

45)「資料5 知花昌一起訴状」知花、前掲書所収、203、204頁。

とかたく信じております。」⁴⁶⁾

続いて、意見陳述書は、読谷村の1986年12月議会における「日の丸」掲揚、「君が代」斉唱の押しつけに反対する要請決議や、1987年3月議会における村長の1987年度施政方針演説に触れていく。その演説では、行政指導の形をとって学校現場の卒業式や入学式などに「日の丸」「君が代」が強引に押し付けられてきている実態に対して遺憾の意を表明し、行政権力が人間の基本的人権をも支配していく恐ろしい結果になることを憂慮する、と述べられていた。「戦前、軍国主義体制と皇民化教育を推進し、国民の思想統一を図る上で『日の丸』『君が代』が果した歴史的事実を、粉飾もせず歪曲もせずに真実を直視し、より人間的に対処していくことが、今必要でありそれが21世紀の歴史の批判に耐えうる道ではなかろうか」⁴⁷⁾。

この事件の起こる以前の読谷村のこうした動きに触れた後、意見陳述書は、こう記している。

「3,500円相当の『日の丸の旗』を引き降ろし、焼き捨てた私の行為を口実にして、村役場への爆弾脅迫、家族や村民へのいやがらせ、スーパーへの放火、襲撃、営業妨害、『世代を結ぶ平和の像』破壊（略）等、公然と行われてきました。これは『日の丸』が暴力でもって他人の生命や財産、生活をおびやかす、思想、信条の表明を断念させようとするやからの『しるし』であることがはっきりしてきました。（略）私が引き降ろし、焼き捨てたものは『日の丸』の旗であり、『国旗』ではないのです。それは読谷村長の告訴状にも『日の丸の旗』と明記されているのであります。そもそも『日の丸』の旗が『国旗』であるとの法律的根拠など、どこにもありません。それにもかかわらず、『日の丸』をあえて『国旗』に書き換え起訴した事は、告訴の被害物を歪曲し、告訴人の意志をふみにじる検察官の恣意的行為であり、訴訟を私物化する破廉恥な行為であると思っております。私は起訴状の『国旗』を『日の丸の旗』に書き換えるよう強く要求致します」⁴⁸⁾。

この事件で弁護人側は、器物損壊罪の対象たる器物に関して、検察庁の提出した起訴状には「国旗」と記載されていたため「訴因不特定」であると主張し、「国旗

46) 「資料7 知花昌一意見陳述書」知花、前掲書所収、205-208頁。

47) 「資料1 『日の丸』掲揚、『君が代』斉唱の押しつけに反対する要請決議」「資料2 読谷村長1987年度施政方針演説」知花、前掲書所収、194-199頁。

論争」が起こった（「国旗及び国歌に関する法律」の制定は1999年）。また、わずか3,500円の旗の焼却は軽微事件であって起訴猶予処分が相当であるから、本件公訴提起は公訴権の濫用であり無効であること、さらには、被告人の毀損した日の丸旗やロープといったものは法益侵害が小さく加罰的違法性がないこと、「日の丸のない国体」を行おうという表現の自由が不正に侵害されたものであるから被告人の行為は正当防衛にあたり、また、正当行為であって違法性が阻却されるといった主張を展開した。

そうした弁護人の主張に対し、1993年3月23日、那覇地裁は、「現在、国民から日の丸旗以外に国旗として扱われているものはなく、また多数の国民が日の丸旗を国旗として認識して用いているから（略）訴因の特定、明示に欠けるところはない。検察官には公訴提起するかどうかにつき広範な裁量権が与えられており「公訴提起が無効とされるのは公訴提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」こと。器物損壊罪にいう「物」とは「保護に値する価値を有する物」をいうが本件の客体もそれに相当すること。本件経緯をみれば日の丸旗の掲揚は「不正の侵害であるとか現在の危難に当たるとは認められず」、また「民主主義社会においては、自己の主張の実現は言論による討論や説得などの平和的手段によって行われるべきものであって、（略）被告人の実力行使は手段において相当なものとはいえず、これが正当行為であるといえない」と判示し、弁護人側の主張はことごとく退けられた⁴⁹⁾。

那覇地裁は「量刑の理由」の後半部分でこう記している。

「競技会の運営に当たる読谷村実行委員会の会長である山内村長が、主催者である日体協や沖縄県の意向を受けて、開始式で日の丸旗を掲揚するかどうかの判断に迷い、その開催間近になってようやく、読谷村実行委員会としては開始式で日の丸旗を掲揚しない意向であることがその運営に関して協議すべきこととされていた日ソ協に伝えられ、その対応に苦慮した日ソ協の弘瀬会長が読谷村実行委員会に対して日の丸旗を掲揚させたという経緯により、本来なされるべき協議が十分なされな

48) 「資料7 知花昌一意見陳述書」知花、前掲書所収、209-212頁。

49) 『判例時報』1459号、1993年、157頁。

かったことが被告人の本件犯行を誘発させたことも否定できないこと、読谷村で生まれ育った被告人が、同村における沖縄戦の歴史、とりわけチビチリガマの集団自決の調査等をとおして日の丸旗に対して否定的な感情を有するに至ったこと自体は理解し得ないわけではないこと、損壊した物は比較的安価であり、業務妨害の結果も比較的小さいこと、被告人は長年正業に従事するとともに、読谷村商工会の役員をつとめるなど同村の発展に協力してきた者であることなど被告人のために酌むべき事情も認められるので、これらの事情をも併せ考慮した上、主文掲記のように刑の量定をした」。

主文は「懲役1年、3年間の執行猶予」であった。

控訴審では、弁護人側は象徴的表現行為に重きを置いた主張を展開した。

「被告人の行為は、日の丸旗の掲揚の強制に抗議し、その不当性を社会に訴える目的でされたものであり、客観的にも右目的でされたものと受け止められたものであるから、憲法21条で保障された表現の自由に基づく象徴的表現行為に当たり、他方、侵害された法益は軽微であり、象徴的表現行為の法益が優先されるべきであるから、被告人の行為は正当行為として違法性が阻却されるべきである」。

こうした主張に対し、1995年10月26日、福岡高裁那覇支部は、アメリカ連邦最高裁で示されたジョンソン事件での「象徴的表現行為」の法理に言及しつつも本件には当てはまらない、と判示した。その理由としては、象徴的表現行為と言いうるためには「(1)行為者が表出する主観的意図を有し、(2)その表出を第三者（情報受領者）が表現としての意味を持つものと理解することを必要とする」と述べる。しかし本件の場合、(1)主観的意図は認められるが、(2)に関しては、球場内の観客が被告人の行為を「単なるハプニング又は妨害行為としてではなく、日の丸掲揚反対行動として理解し得たかどうか疑問なしとしない」と判断したのであった⁵⁰⁾。

しかし、この事件は、大会を3日後にひかえた10月22日、日本ソフトボール協会会長の「日の丸掲揚・君が代斉唱は、国体開催要項に明記されており、村がそれをやらないのなら、会場地を変更する」との通告に端を発している。つまり、これまで、日の丸・君が代のない手作り国体を成功させようと準備してきた読谷村に対し、会場変更、選手引き上げを迫ったのである。この発言に対し、読谷村長は「日の丸・君が代を踏み絵にした圧力」である、と遺憾の意を表明したが⁵¹⁾、開始式前日になっ

て、村と協会側が「君が代斉唱なし、日の丸掲揚」で合意し、最悪の事態は避けられることになった。これは、こうした事態の変化が刻々と新聞等で連日報道され、そうした重苦しい空気を背景にして起こった事件であった。実際また当日は、早朝から、会場周辺で日の丸掲揚反対集会が開かれていた。そうしたなかでの被告人の行為が、球場内の観客にとって、日の丸掲揚反対という「表現としての意味を持つもの」と理解されないはずはなく、それが表現行為であることは当時の状況からすれば容易に推認されえたのではなかっただろうか。

さらに福岡高裁は、「本件行為が象徴的表現行為に該当するとしても、これに適用される器物損壊罪は個人の財産を（略）保護法益とするものであるから」、その規制目的・対象は表現効果に向けられているわけではなく、「表現の抑圧とは無関係」である、と述べる。確かに、焼却された日の丸旗は、村所有のものであり被告人のものではなかった。福岡高裁が象徴的表現行為に言及した点について、「この結論は、今後、象徴的表現について検討の余地がないと述べているわけではありません。その意味で、結論はさておいても、この法理の内容を踏まえて本件を検討したという意味では有意義な判決です」⁵²⁾ という論評もある。概括的な評価という点では確かにそうであろう。同時にまた、一步踏み出して、仮に被告人が自己の所有する日の丸旗をたずさえてバックスクリーンに登り、それを焼却して観客にアピールしたということであれば、検察庁は訴追を見送ったであろうか。それならば、建造物侵入、威力業務妨害罪が振りおろされるのではないか、とも想像してしまう。表現の自由の保障を考える際、「私たちが普段手に入れやすく、移動も簡単で安価な器物を損壊された場合に、国家権力による制裁として器物損壊罪を適用して罪に問うということにどのような意味があるだろうか」⁵³⁾ という指摘は重要であると思われる。

福岡高裁は控訴を棄却した。が、被告側は上告を断念した。しかし、このような

50) 『判例時報』1555号、1996年、140頁。

51) 『沖繩タイムス』1987年10月25日。

52) 武市周作「第3講 日の丸焼却と表現の自由」新城・三谷・小森・武市編『法学—沖繩法律事情—』（琉球新報社、2005年）所収、75頁。

53) 高良鉄美「表現の自由—日の丸焼却事件」仲地博・水島朝徳編『オキナワと憲法』（法律文化社、1998年）所収、127頁。

行動をあえて訴追することは、ある特定の見解の表明に対する「狙い撃ち」としか考えられず、憲法21条に反し許されないであろう。なお、福岡高裁も言及しているジョンソン事件（1989年）に対し、連邦最高裁は、国旗の焼却も政治的な意見表明の手段のひとつであり表現の自由に含まれると判断し、国旗損壊罪は違憲であると捉えている⁵⁴⁾。

2. 集会・結社の自由の意義

人々が共通の目的をもって一定の場所に集まる自由、共通の目的実現に向け組織化を図り継続的に結合する自由、また、「動く集会」として、集団行進、集団示威運動（デモ行進）を行う自由を憲法は保障している。集団としての意思を形成し、それを外部に表明するということは、いわば「集団的な表現の自由」ということになる。しかし、集会やデモ行進といった表現活動は、言論や出版物等による表現と異なり、人々が集まり行動する場所を必要とする。そこに、他者の権利との独自の調整が必要となってくるという特徴をもつ。

戦後5回にわたって、メーデーのために使用されていた皇居前広場が、1951（昭和26）年に続いて翌52年も使用許可の申請が拒否されたので、その処分取消しをめぐって争われたのが「皇居前広場事件」である。第1審では、集会の自由を保障した憲法21条に反するとして不許可処分を取消したが、控訴審の審理の途中で5月1日（使用日）が経過したため、取消しを認める実益は失われたことを理由に請求が棄却され、最高裁もその判断を踏襲した⁵⁵⁾。この判断は、許可制の妥当性や「期日の経過による訴えの利益の喪失」に対する司法的救済の問題等、多くの疑問を残した。1952（昭和27）年のメーデーが「血のメーデー」となった遠因のひとつである。

集会の自由と「公共の集会用施設」の管理権との関係について、最高裁が憲法判断を下したものとして、「泉佐野市民会館事件」⁵⁶⁾がある。これは、関西新空港反

54) 奥平康弘「国旗焼却と表現の自由」(『法律時報』61巻10号、1989年)、100頁。なお、紙谷雅子「象徴的表現—合衆国憲法第1修正と言葉によらないコミュニケーションについての一考—」(1)～(4完)(『北大法学論集』40巻5・6合併号上巻、41巻2号、3号、4号、1990～91年)参照。

55) 最大判昭28年12月23日民集7巻13号1561頁。

56) 最判平7年3月7日民集49巻3号687頁。

対全国総決起大会を開催するため、市民会館の使用許可を申請したところ、その市民会館条例に定める「公の秩序をみだすおそれのある場合」等にあたるとして不許可とした処分が憲法21条、地方自治法244条に違反するかどうか争われた事例である。

通常、施設の設備や構造等がその集会に適さない場合や利用日が競合しており先約がある場合には、「正当な理由」によって使用できないわけで、申請した市民も納得せざるをえないだろう。問題は「施設をその集会のために利用させることによって、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合」である。判決も指摘しているように、集会の目的や主催団体の性格等を理由にして、使用許可の可否を判断したり、あるいは不当な差別的取り扱いをすることは許されない。つまり、「厳格な基準」を公平に運用することで、公権力による恣意的な裁量権の行使を防ぎ、表現（集会）の自由を保障していかなければならないのである。その点で、この「公の秩序をみだすおそれのある場合」という過度に広汎で曖昧な条例の規定は、「文面上違憲」と判断することも可能である、という指摘もある。最高裁は、この規定に対し、「集会の自由の重要性」と「人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性」とを利益衡量し、さらに「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されること」という絞りをつけることによって、合憲限定解釈の手法をとった。しかし、このような漠然とした規定では、「公物管理権と警察作用との関係」を不明確にし、その結果、第一次的裁量判断権者である施設の管理権者に大幅な裁量判断を許すことになり、「時宜に適した集会」が開けないことになるだろう⁵⁷⁾。「公共施設」を利用するさいの許可制度が、「表現の自由」に対する検閲、事前審査の役目を果たすことは許されないであろう。

この事件に対し、最高裁が、「主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒

57) 川岸令和「集会の自由と市民会館の使用不許可」(『別冊ジュリスト 憲法判例百選Ⅰ[第5版]』2007年)、176頁。

むことは、憲法21条の趣旨に反するところである」と述べ、いわゆる「敵意ある聴衆の法理」が採用されている点、注目される。街宣車などを使用して集会の妨害を図ることが予想されるような強硬な反対勢力がいる意見表明が「公の秩序をみだすおそれ」があるという理由で施設を利用できないということになれば、反対する勢力に施設提供の決定権を与える結果となってしまう。「集会に対する妨害から生ずる混乱は警察当局の措置によって回避すべきであり、集会主催者の側が集会を開催しないという形で責めを負わされるべきではない」⁵⁸⁾。

この法理は、「上尾市福社会館事件」の最高裁判決⁵⁹⁾にも用いられた。この事件で最高裁は、市条例の定める「会館の管理上支障があると認められるとき」を厳格に解釈し、主催者の敵対者により紛争が生ずるおそれがあることを理由に公共の施設利用を拒むことができるのは「警察の警備等によってもなお混乱を防止することができないなど特別の事情がある場合」に限定されなければならない、その結果、条例の当該規定を理由とする使用不許可処分は憲法21条の趣旨に反し違法である、と判示した。

3. 公安条例

憲法で保障された「集会の自由」に対し、朝鮮戦争を転機にそれへの制限が強化されていった。その際、法律によって一律に規制を加えるのではなく、条例によって制限する方法がとられ今日に至っている。その結果、国民にとって、居住地の違いによって憲法21条の享受の仕方に地方差がでるといふ不都合も生じている。

公安条例による規制に関して、下級審では1951（昭和26）年10月26日の京都地裁判決をはじめ、幾つかの地裁で違憲判決が出されたが、最高裁として初めて判断を示したのが、「新潟県公安条例事件」判決⁶⁰⁾である。最高裁は、行列行進又は公衆の集団示威運動は「公共の福祉に反するような不当な目的又は方法によらないかぎり、本来国民の自由とするところである」と述べる。その前提の下、(イ)一般的な許可制による事前抑制は許されない。しかし、公共の秩序保持のため、(ロ)場

58) 市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）、369頁。

59) 最判平8年3月15日民集50巻3号549頁。

60) 最大判昭29年11月24日刑集8巻11号1866頁。

所や方法を特定して合理的で明確な基準のもとで許可制をとることは許される。

(ハ)「公共の安全に対し明らかに差迫った危険を及ぼすことが予見される」場合には、許可しない旨を定めることもできる、と判示した。そして、本件条例はこの要件を満たしており、合憲であると結論づけた。しかし、そこで示された基準は、その後「合憲性を認める側に拡張的に適用される傾向が示されてきた」と指摘されている⁶¹⁾。

1960年の「東京都公安条例事件」判決⁶²⁾においては、集団行動による思想表現は、時には昂奮して法と秩序を蹂躪するものであり、一瞬にして暴徒と化する、という「集団暴徒化論」を前提に、「集団行動の条件が許可であれ届出であれ、要はそれによって表現の自由が不当に制限されることにならなければ差支えないのである」と判断している。その結果、先の「新潟県公安条例事件」判決で示された要件を放棄し、公安条例をまるごと合憲とみなしうるような見解にたって一般的な事前規制を合憲とした。当時の安保改定をめぐる闘争といった政治情勢が影響してか、集団行動に対する不信感がみてとれる。さらに公安条例をめぐる最高裁判決として、「交通秩序を維持すること」といった不明確で広汎な規制は「明確性の原則」に反し違憲無効かどうか争われた「徳島市公安条例事件」（最大判昭50年9月10日）がある。

さらにまた、デモ行進は、道路交通法（77条「道路の使用の許可」）によって規制を受けるが、そもそもこの条文は、表現行為としての集団行進を適用対象としているのかどうか、また一般的許可制としてのその性格や許可基準の不明確さが表現の自由に反しているのではないか、といった議論がある⁶³⁾。

4. 通信の秘密

憲法は「通信」、つまり特定者間の秘密の交信を保障する。したがって、通常、公開を前提にしているパソコン通信における掲示板やインターネット上のホームページを通じての「電気通信」は、憲法の保障する通信の秘密には含まれない、と解さ

61) 小林直樹『[新版] 憲法講義（上）』（東大出版会、1980年）、453頁。

62) 最大判昭35年7月20日刑集14巻9号1243頁。

63) 石村善治「集団行動の事前抑制」（『ジュリスト増刊 憲法の争点（新版）』昭和60年）、106頁。

れている。

通信の秘密の侵害は、表現する市民に対し萎縮効果をもたらす典型であり、同時にまた、通信の秘密はプライバシー保護の一内容でもある。あるいは、表現の自由が公的言論として「外的コミュニケーション」を保護するものであるのに対し、通信の秘密は私的言論として「内的コミュニケーション」を保護するものである、といった区分も指摘されている⁶⁴⁾。

在監者宛の私信を検閲する権限を認めていた「監獄法」の規定は、2005（平成17）年に改正された「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」でも踏襲され、受刑者の信書の秘密を否定している。最高裁もこれに対し合憲の判断を下している⁶⁵⁾。しかし、これに対し多くの批判がある。さらに、1999（平成11）年に制定された通信傍受法（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律）は、薬物関連犯罪・銃器関連犯罪等に限定して通信を傍受することを認めているが、その許容範囲や態様の特定、事後的救済への配慮が不十分であり、傍受の範囲が拡大されるのではないかという一般市民の疑念や萎縮効果等の点からいっても、その合憲違憲が争われている。

六

漠然と小説世界に浸っているうちに、言語や文字を使用して理解し解釈するという点では共通しているはずの文学的世界と法的世界の交錯ということが気になった。それはさらに、「表現したい」という人間的な営みは、法の世界でどう受け止められてきたのか、という方向に向かい、我が国におけるその主要な判例の流れを追ってみた。もとより、個々の論点を深く掘り下げるまでには至っていないが、私なりの「表現と法」についての覚え書である。

「放っておけば、時の政府にとって好ましくない要求や叫びが、市民の大衆的表現の形をとって現われる場合がむしろ多いとみてよい。それだけに、政府や支配層

64) 佐藤、前掲、576頁。

65) 最判1998年4月24日『判例時報』1640号、123頁。

66) 小林直樹『現代基本権の展開』（岩波書店、1976年）、110-111頁。

が、そうした市民的表現に神経を尖らせ、力による抑圧の誘惑に駆られるとしても、不思議ではない。国家権力と表現の自由との間の古典的な衝突が、今でも絶えず生ずるのは、このような場面である。したがってまた、表現の自由がとくに守られなければならないのも、——一見逆説的ながら——政治に関する市民の反体制的表現だということになろう。体制側にとって好ましい支持や迎合の表現ならば、どんなに専制的な政府でも“完全な自由”を当然に与えるだろうから、およそ原理としての自由が問題になるのは、支配者が嫌悪するような『危険』思想の表現についてである。（略）人間が真に人間として完成に近づくために、また民主主義が自らを維持・発展させるために、表現の自由の保障は最も基本的な要件である」⁶⁶⁾。

（2007年11月20日）