

近年の人権判例(6)

安 藤 高 行

VI 表現の自由関係判例

VI-1 公立学校施設の使用不許可

いわゆる「公の施設」の使用不許可に関しては、周知のように、泉佐野市民会館事件と上尾市福祉会館事件において最高裁の判断が示されているが、これら2つの事例は元来一般公衆の集会等の用に供することを主たる目的として設置された施設について、まさにそうした本来の設置目的に沿った使用の申請が拒否されたことが争われたものであった。しかし公の施設の使用の申請の不許可をめぐる紛争にはもう1つ、同様に公共の用に供するものとして設置された施設について、そうした本来の設置目的以外の用のためになされた使用の申請の拒否が争われるケースがあり、その代表例が呉市立中学校の学校施設について広島県教職員組合よりなされた広島県教育研究集会のための使用の申請の拒否が争われ、違法と判断された事例である。

すなわち、前者の施設の本来の設置目的に沿った使用については、住民はそのことを原則的に認められ、施設を設置・管理する地方公共団体は地方自治法244条第2項および3項により（なお地方自治法については以下では単に「地自法」という）、正当な理由がない限り、住民の利用を拒んではならず、また不当な差別的取扱いをしてはならない等の統制を受けるのに対し、後者の目的外使用については、地自法238条の4第7項（旧第4項）で、「その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」とされているこ

と等からして、許否の判断は原則として管理者である地方公共団体の機関の広範な裁量に委ねられていると解されるのであるが、それでもこの事件では不許可が裁量権の逸脱として違法とされているのである。

以下この事件を考察し、併せて関連する事件についてもふれることにするが、先ず事件の概要を簡単に紹介しておくことにしよう。

広島県教職員組合（以下単に「本件組合」という）がその主催する第49次広島県教育研究会（以下教育研究会については「教研集会」といい、この第49次広島県教育研究会については同様に、単に「本件教研集会」という）を呉市立二河中学校（以下単に「二河中学校」という）の体育館等の学校施設において開催することとし、同中学校の校長に口頭で使用許可を申し込んだところ、校長も一旦は使用は差し支えないとの回答をした。しかし校長はその後呉市教育委員会（以下単に「呉教委」という）幹部の意見を容れて使用を認めないとの考えに達し、その旨を本件組合に連絡し（呉市教委幹部が使用の許可に消極的であったのは、従前、同様の教研集会の会場として学校施設の使用を認めたところ、右翼団体の街宣車が押し掛けてきて周辺地域が騒然となり、周辺住民から苦情が寄せられたことがあったためであるとされている）、さらにこうした経緯等を受けて本件組合が正式に提出した使用許可申請書に対しても、呉教委より学校施設使用不許可決定通知書（以下この不許可の決定を単に「本件不許可処分」という）が本件組合に交付された（なおこの通知書には、不許可理由として、「呉市立二河中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想される」との記載があった一訴訟においては、呉市立学校施設の使用を許可しないケースを定めた条文である呉市立学校施設使用規則5条の1号〔施設管理に支障があるとき〕と3号〔その他教育委員会が、学校教育に支障があると認めるとき〕に該当することが主張されている）。

そこで本件組合が呉教委から不当に学校施設の使用を拒否されたとして、呉市を被告として国家賠償法に基づく損害賠償を求めたのである。

こうした事件について1審広島地裁は⁽¹⁾、先ず教研集会は、一方で教職員の教育研究活動の場であるとともに、他方では、分科会のテーマとして教職員の人事や労働条件、さらには研修制度等が取り上げられていることからして、教職員組合の労働運動の場という側面ももっているとしたうえで、事件の背景事情について若干のべている。すなわち以前から広島県教育委員会（以下単に「県教委」という）と本件組合は学校行事における国旗掲揚、国歌斉唱問題や研修制度の問題等で緊張関係にあったところ、本事件前には新たな教育長が文部省（当時）より県教委に着任したこともあって、こうした緊張関係がとくに高まり、県教委が卒業式、入学式における国旗掲揚、国歌斉唱を職務命令により遵守させようとしたり、教員研修や教職員の時間外勤務に関して、従前本件組合等との間で交わしていた覚書を破棄ないし無視する態度をとったりする一方、本件組合もそれに激しく反発して、新聞でそうした対立の一部が報道されるようなこともあったこと等が指摘されているのである（ただし判決でみる限り、県教委と本件との直接の関係はないようである）。

1審判決は次いでその概要をすでに紹介した本件不許可処分にいたる経緯や本件教研集会のその後の実施状況（結局本件教研集会は呉市および東広島市に亘る公民館等の7つの公共施設－その使用の申請は直ちに許可された－を会場として開催された）等についてふれているが、その部分の紹介は省略して、「学校施設の目的外使用の法律関係」と題された箇所の紹介に移ると、1審判決はそこで次のようにのべている。

地方公共団体が設置する公立の学校施設は地自法244条にいう「公の施設」であり、前述のように「公の施設」については、住民は、施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められ、管理者は住民がそれを利用するにつき、正当な理由がない限り、これを拒んではならず、また不当な差別的取扱いをしてはならないという制限を受けるが、目的外使用については、行政財産の目的外使用について定めた地自法238条の4第7項により（公立学校施設は、地自法238条3項にいう、その設置目的に沿って使用することが原則とされる

行政財産でもある)、例外的に、「その用途又は目的を妨げない限度において」、管理者の許可があった場合にのみ可能とされる。

すなわち特段の定めのない限り、ほかの同種施設と同様、公の施設としての公立学校、あるいはその物的要素としての学校施設もその設置目的に沿った利用については地自法244条第2項・3項が適用され、原則としてその利用が阻まれることはないが、本件のような設置目的以外の用のための利用については、地自法238条の4第7項が適用され、例外的にのみ使用が許可されることになることとされるのである。

なお判決は、「学校施設は、学校が学校教育の目的に使用する場合を除く外、使用してはならない。但し、左の各号の一に該当する場合は、この限りではない」として、目的外使用をきわめて限定的にのみ認めている「学校施設の確保に関する政令」3条1項や（左の各号として掲げられているのは、「1 法律又は法律に基く命令の規定に基いて使用する場合 2 管理者又は学校の長の同意を得て使用する場合」の2つだけである）、「学校教育上支障のない限り、……学校の施設を社会教育その他公共のために、利用させることができる」としている学校教育法85条も、地自法238条の4第7項と同じ趣旨をのべたものとしている。

こうして1審判決はこれらの検討をまとめて、「以上のような法令の趣旨に照らせば、行政財産に属する学校施設のような公共施設は、その設置目的に沿わない場合、原則としてその使用は許されず、例外として目的又は用途を妨げない限度において、管理権限者の許可に基づき使用が認められるにすぎないというべきである。そして、その許否については、管理権限者の裁量に委ねられているというべきであり、特に学校施設は、学校教育の利用に供することを目的として設置された施設であり、その性質上、広く一般に開放されることを想定して設置された施設ではないので、管理権限者の裁量権の幅は、一般の施設のそれと比較して広くなるといわざるを得ない」とするのである。

こうした行論はそれなりにスムーズに理解できるが、しかし1審判決は続

いて、「以上のとおり、学校施設の使用の許否の判断は、管理権限者の広い裁量に委ねられているものであるが、……管理権限者の裁量権の行使にあたって、恣意が許されないのはいうまでもなく、使用目的が学校施設の設置目的に沿っているのに、特に理由もなく使用を拒否したとか、使用目的が設置目的に沿うものでなくとも、不当な理由により拒否するなど、管理権限者の判断において、裁量権の逸脱・濫用にあたる事情があれば、違法というべきであり、その判断は、学校施設の使用目的、代替施設の確保の困難性、施設管理上、学校教育上の支障などの諸事情を基礎として総合的に判断されるべきものである」（傍点筆者）という、それまでの行論とは異なるやや理解し難い展開をみせている。つまりそれまでは上述のように本事件を地自法238条の4第7項が適用される学校施設という行政財産の目的外使用の問題と捉え、それは例外的に許容され、許否の判断に当たっては管理者の広範な裁量権が認められるとするかのようをしていたにもかかわらず、判決はここで突如、「使用目的が学校施設の設置目的に沿っているのに、特に理由もなく使用を拒否したとか……」とのべて、あたかも本事件は、地自法244条第2項の正当な理由がない限り住民が当該施設を利用することを拒んではならないという裁量権に対する厳しい統制が管理者に課せられる、公の施設の設置目的に沿った使用とも捉えられるとしているかのような判断を示している。しかもさらに、使用目的が学校施設の設置目的に沿っている場合でも、沿っていない場合でも、許否に関する管理者の裁量権のレベルは同一であるかのような説明をしているのである。ここにたって、1審判決はそれまでの行論を無視して、本事件を施設の設置目的に沿った使用の問題とするのか、設置目的外の使用の問題とするのか、裁量権が厳しく制限される事件とするのか、広範な裁量権が認められる事件とするのか等を、曖昧、不分明にしているとの印象を与えるのである。

1審判決はしかしそのことを整理することなく進み、遂にはむしろ本事件を設置目的に沿った使用の問題＝地自法244条第2項の問題と捉えているのではないかとすら思わせるような行論を展開している。すなわち教研集会は、教職

員の教育研究活動の一環として重要な意義をもち、また教育委員会等の教育行政機関が行う研修とは異なった、現場からの視点で、学校教育の在り方を研究するという独自の意義を有するものといえるのであり、それ故本件教研集会は、学校教育そのものではないけれども、これに準ずる活動といえることができ、学校施設の設置目的に沿うものとして取り扱わねばならず、「したがって、本件教研集会を使用目的とする申請を拒否するには、正当な理由が存在しなければならぬ」とするべきである」とするのである。繰り返していえば、このように、地自法238条の4第7項が適用される設置目的外の使用という視点は消え去り、それと明言はされていないものの、1審判決には本事件をむしろ244条第2項が適用されるケースであるとしているかのような文言が随所にみられるのである。先にみたように1審判決は、「学校施設の目的外使用の法律関係」と題して検討し、「……行政財産は、その設置目的に沿って使用することが原則とされ、その目的外に使用する場合には、その用途又は目的を妨げない限度において、管理権限者の許可を必要とする……。むろん地方公共団体が設置する公立の学校施設が、前記行政財産に属することは疑いもなく、目的外使用に関する前記一般原則は、特段の定めのない限り、前記学校施設にも当てはまるものというべきである」としているが、こうなると一体こうした説明がいかなる意図でなされたのか、強い疑問をもたざるを得ないのである。

筆者にはこの点が1審判決の大きな問題点であるように思われるのであるが、1審判決はそのまま続いて本件不許可処分には正当な理由があるか否かを検討する。具体的にはそれは被告が本件不許可処分の理由として主張する、(1)右翼団体の学校周辺における街宣活動により、周辺地域に騒擾状態を生じさせるおそれがある、(2)本件組合の教研集会において、学習指導要領を批判したり、文部省の是正指導（平成10年に文部省より県教委等に対してなされた、卒業式、入学式における国歌斉唱の一層の充実に努めること等を内容とする指導のこと―筆者）に反する討議がなされることが予想され、教育上の悪影響を来すおそれがある、との事情が真に認められるかの検討として行われ、結論として2つ

とも否定される。

右翼団体の活動による周辺地域の混乱という主張については、確かに過去、度々、本件組合の開催してきた教研集会の会場である学校に、教研集会当日右翼団体の街宣車がやって来て、スピーカーから大音量の音を流すなどの街宣活動を行って教研集会の開催を妨害し、周辺住民から学校関係者等に苦情が寄せられた事実が認められ、この事実からすれば本件教研集会当日にも同様の街宣活動を行うおそれはあったものと認めなければならないとしつつ、しかし、「そもそも、原告の教育研究集会は、前記認定のとおり、原告の教育研究活動及び労働運動の一環として、平穩に行われていたものであるが、前記右翼団体は、一方的に、その開催を實力をもって妨害せんとしていたものであるから、それに伴って生じる紛争の責任は、専ら当該右翼団体にあるものというべく、特段の事情がない限り、右翼団体による騒擾状態発生のおそれがあることを理由として、学校施設の利用を拒むことは、憲法21条の趣旨に反し許されず、本件においては、上記特段の事情を認めるに足る証拠はない」というのがその理由である。この後半部分は、上尾市福祉会館事件最高裁判決⁽²⁾の、「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、信条等に反対する者らが、これを實力で阻止し、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むことができるのは、前示のような公の施設の利用関係の性質に照らせば、警察の警備等によってもなお混乱を阻止することができないなど特別な事情がある場合に限られるものというべきである」との判示⁽³⁾を想起させるが、繰り返していえば、これは文中にも示唆されているように、福祉会館という住民等の集会の用に供することを目的として設置され、それ故住民等がそうした用のため利用することを原則的に認められた（その意味で管理者の許否の裁量権が厳しく制限されている）施設の、当の目的に沿った使用の申請のケースにおける判断であって、そうした判断をこのようにストレートに事情を同じくするわけではない本事件に当てはめることが妥当か、疑問の残るところであろう。

児童生徒に対する教育上の悪影響のおそれという主張については、「(本件教研集会における一筆者) 討議の内容が学習指導要領や文部省の是正指導に反するという抽象的な事由をもって、直ちに教育上の支障があると認めるのは、いささか早計であり、討議のいかなる点が、学習指導要領や文部省の是正指導のいかなる点に、どのように反するのか、そして、その結果、どのような教育上の支障が予想されるのかが個別具体的に検討されなければならないというべきである。この点、本件では、確かに、原告の教育研究集会の要綱などの刊行物において、前記のように、学習指導要領や文部省の是正指導に対し、批判的な文言が並んではいるものの、そのいずれもが抽象的な表現にとどまり、具体的にどのように反するのか明らかでなく、その結果、児童生徒にいかなる教育上の支障が生ずるのかも明らかとなっていない。そうすると、二河中学校を本件教研集会のために使用することを拒否するにつき、学習指導要領を批判し、又は文部省の是正指導に反する討議がなされるという抽象的な事由だけでは、正当な理由があると認めることはできず、他にこれを認めるに足りる証拠はない」として、否定されている。

こうして1審判決は結論として、「以上によれば、本件教研集会は、原告の労働運動という一面も併せ持つてはいるものの、主として、教員などによる教育研究活動の報告、検討会としての性格を有し、学校施設の設置目的に沿うものとして取り扱わなければならないこと、また、代替施設の提供は一応はなされているものの、学校教科項目の研究討議は、器具、設備との関係で、教室等の学校施設で行われることが必要不可欠であって、他の施設では、研究討議に不便を来し、研究討議が十分になされないおそれがあり、他の施設の提供では十分とはいえないこと、そして、さらに、前記認定判断のとおり、施設管理上、学校教育上の支障など、その使用を拒否するにつき、正当な理由が何ら認められないことなどの事情を総合勘案すると、原告の他の主張の当否を検討するまでもなく、本件不許可処分は、呉教委において、その裁量権を逸脱した違法な処分であるといわざるを得ない」とするのである。

筆者はこの結論には賛成であるが、こうした結論は本事件を学校施設という行政財産の目的外使用の問題とし、本件不許可処分がその場合に管理者に認められる裁量権の範囲内にとどまるか否かを検討するというやり方によっても導かれるであろうし、またそうした手法の方が1審判決の前半の展開に沿い、学校施設と本件教研集会との間に直接的な関わりを見出す（＝本件教研集会のための使用を学校施設の目的内使用であるとする）ことは困難であるという本事件の性質にも適うものであろう。

1審判決は展開を途中で変え、「本件教研集会は、……学校施設の設置目的に沿うものとして取り扱わなければならない」とか、「本件教研集会を使用目的とする申請を拒否するには、正当な理由が存しなければならないというべきであって、その正当の理由の存在については、使用を拒否する側、本件にあっては、被告がこれを立証しなければならないというべきである」という紛らわしい判断をことさら示すことによって、本事件を行政財産の目的内使用、あるいは目的外使用のいずれとしているのか、また厳格に裁量権が統制されるケースと広範に裁量権が認められるケースのいずれとしているのか、分かり難くしているのである。

ただ筆者がこのようにいうのは、目的内使用と目的外使用の区別の絶対化を説くものではなく、後にみるように区別を相対化することにはむしろ賛成である。

しかしながら重ねていえば、この区別そのものを消去していると受け取られかねない1審判決の行論はやはり適切妥当ではないと考えるのである。

2審判決⁽⁴⁾もこのような1審判決を維持しているが、しかし最高裁は結論としては1・2審判決を支持するものの、その理由においては行論を異にしている⁽⁵⁾。すなわち上に筆者が1審判決の問題点として再三指摘したところを中心に判決を整理し直しているのである。

最高裁は本事件の基本的な捉え方として次のような総論をのべる。少々長くなるが、原文をそのまま引用して紹介すると、まず、「地方公共団体の設置す

る公立学校は、地方自治は244条にいう『公の施設』として設けられたものであるが、これを構成する物的要素としての学校施設は同法228条4項にいう行政財産である。したがって、公立学校施設をその設置目的である学校教育の目的に使用する場合には、同法244条の規律に服することになるが、これを設置目的外に使用するためには、同法238条の4第4項（前述のように現在では第7項―筆者）に基づく許可が必要である。教育財産は教育委員会が管理するとされているため……、上記の許可は本来教育委員会が行うこととなる」という。これらのことについては1審判決についてのべた際にすでにふれたが、最高裁判決は次いでこれもすでにみた「学校施設の確保に関する政令」3条や学校教育法85条等の、学校施設を学校教育以外の目的のために使用させる場合の規定を紹介する。そしてこれらのことを受けて、「地方自治法238条の4第4項、学校教育法85条の上記文言に加えて、学校施設は、一般公衆の共同使用に供することを主たる目的とする道路や公民館等の施設とは異なり、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている……ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である。すなわち、学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである」とまとめるのである。

前述のように1審判決も前半ではほぼ同様のことをのべているから、上記の最高裁の判断がとくに目新しいわけではないが、最高裁判決は、こうした展開を途中で曖昧にしてしまった1審判決と異なり、この学校施設の目的外利用という視点を最後まで貫いている。すなわち、「教職員の職員団体は、教職員を構成員とするとはいえ、その勤務条件の維持改善を図ることを目的とするものであって、学校における教育活動を直接目的とするものではないから、職員団

体にとって使用の必要性が大きいからといって、管理者において職員団体の活動のためにする学校施設の使用を受忍し、許容しなければならない義務を負うものではないし、使用を許さないことが学校施設につき管理者が有する裁量権の逸脱又は濫用であると認められるような場合を除いては、その使用不許可が違法となるものでもない。また、従前、同一目的での使用許可申請を物理的支障のない限り許可してきたという運用があったとしても、そのことから直ちに、従前と異なる取扱いをすることが裁量権の濫用となるものではない」と最高裁判決はするのである（ただし、「もっとも、従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりすることは否定できない」と付け加えてはいる）。

判決はこのように本事件を一貫して学校施設の目的外使用の問題として扱い、(1)学校教育上支障がある場合は当然許可することができず、(2)行政財産である学校施設の目的および用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断による場合は、使用許可をしないこともできるとするのである。なお判決はさらにこのことを敷衍して、前者の学校教育上の支障とは、物理的支障に限らず、教育的配慮の観点から、児童、生徒に対し精神的悪影響を与え、学校の教育方針にもとることとなる場合も含まれ、現在の具体的な支障だけでなく、将来における教育上の支障が生ずるおそれが明白に認められる場合も含まれるとする。そしてまた、「管理者の裁量判断は、許可申請に関わる使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過

程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」として、合理的な裁量判断のための考慮要素をくわしくのべ、併せて裁量判断の合理性の有無に関する司法審査の方法について説明するのである。

なお(1)の当然使用許可をすることができないケースとは、いい換えれば使用許可をしてはならないケースということでもあるが、そういうケースに当たるか否か、意見が分かれることもあろうから、(2)との区別は実際には相対的なものであるともいえよう。また合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるとする(2)も、許可してもよいし、許可しなくてもよいとの半々の謂ではなく、管理者が施設の性格からすれば許可しない方が望ましい、あるいは許可しない方が妥当であると考える場合は、その判断は重要な事実の基礎を欠くとか、社会通念上著しく妥当性を欠くとかの事情がない限り、是認されるべきものとするものと理解すべきであろう。このことに関して付言すると、従来裁量権の逸脱、濫用の有無の審査に当たっては、重大な事実の誤認および判断の結果の社会通念からの顕著な逸脱といった明白な過誤を要件とする実態的明白性審査（社会通念審査）の方法と、考慮事項等の考慮の有無を要件とする判断過程合理性審査の方法があると説かれてきたとされるが⁽⁶⁾、そのこととの関連でいえば、ここで最高裁が判示している司法審査の方法はいわば両者をミックスしたものともいうべきものとなっている。

ともあれ、このように最高裁判決は先ず判断の枠組み等を示したうえで、本事件の具体的検討に入るのであるが、最初に、教研集会は本件組合の労働運動としての側面も強く有するものの、教員らによる自主的研修としての側面をも有しているところ、その側面に関する限りは、自主的で自律的な研修を奨励する教育公務員特例法19条、20条の趣旨に適うものというべきであり、本件組合がこれまで1回を除いて教研集会の会場として学校施設を使用し、また広島県

においては本件集会を除いて学校施設の使用が許可されなかったことがなかったのも、こうした教研集会の側面に着目した結果とみることができるとする。もっとも最高裁判決はこうしたことを理由に本件教研集会を使用目的とする申請を拒否するには正当な理由の存在を呉市において立証しなければならないとする原審の説示部分は法令の解釈を誤ったものであり、是認することはできないとするが、しかし使用目的が相当なものであることが認められるなど、こうした本件組合の教研集会のための学校施設の使用許可に関する経緯が、前述したような趣旨で裁量権濫用に当たるか否かの判断において大きな考慮要素となることは否定でいないとして、結局従前の許可の運用も大きな判断材料となるのである。

ただ筆者にはここで最高裁が法令の解釈を誤ったとする原審の説示部分とは、単に、「本件教研集会を使用目的とする申請を拒否するには、正当な理由が存しなければならないというべきであって、その正当の理由の存在については、使用を拒否する側、本件にあっては、被告がこれを立証しなければならないというべきである」とする部分のみを指すのか、それとも、さらにこうした説示の元になっている、「本件教研集会は、学校教育そのものではないけれども、これに準ずる活動ということができ、学校施設の設置目的に沿うものとして取り扱われなければならない」との部分も含めてそういつているのか、定かではない。本事件を上にものべたように一貫して学校施設の目的外使用の問題とし、不許可の判断に裁量権の逸脱濫用が認められるかという観点から判断していることからすれば、立証責任に関する部分のみならず、その前段も含めて否定するのが最高裁判決の意図と理解すべきことになろうか（最高裁は後にもるように結論の部分では、「原審の採る立証責任論等は」是認することができないといっている）。

最高裁判決は次いで、右翼団体による街宣活動のおそれやそのことによる学校施設内外での騒擾状態や混乱の発生の可能性にふれ、過去の例からすれば、抽象的には街宣活動のおそれはあったといわざるを得ないが、「しかしながら、

本件不許可処分の時点で、本件集会について具体的な妨害の動きがあったことは認められず……、本件集会の予定された日は、休校日である土曜日と日曜日であり、生徒の登校は予定されていなかったことからすると、仮に妨害活動がなされても、生徒に対する影響は間接的なものにとどまる可能性が高かったといえることができる」とする。これは前述の裁量判断をするに当たって考慮すべき要素として挙げられている事項との関連でいうと、おそらく、「許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度」といわれている要素についての判断の妥当性や合理性を検討し、それに疑義を呈したものであるということになる。この判断は反対する者らが使用目的である合同葬を妨害するなどして混乱が生ずることが懸念され、会館の結婚式場その他の施設の利用にも支障が生じることを理由に、「会館の管理上支障がある」として使用許可の申請を不許可とした上尾市福祉会館事件で、最高裁判決が、結局別会場で行われた当該合同葬は何らの妨害行為を受けることなく終了し、また会館での合同葬予定日に結婚式場等の使用の申込みはなかったことを指摘し、こうした事実関係の下においては、本件不許可処分時において、本件合同葬のための本件会館の使用によって、「会館の管理上支障がある」との事態を生ずることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されたものということとはできないとしたことを想起させる。

すなわちここでは使用許可の申請に対する判断については、管理者の裁量権が認められる場合であっても、右翼団体の街宣活動による騒擾状態や混乱のおそれ、あるいはそのことが生徒にもたらす影響を判断材料に不許可にするには、おそれは抽象的なおそれでは足りず、具体的なおそれが存在しなければならず、また生徒に対する影響も間接的なものではなく、直接的なものでなければならないことが示唆されているのである。

続いて最高裁判決は本件教研集会の内容にふれ、学習指導要領や文部省の是正指導が集会での討議対象になっているように窺われるものの、具体的にどのような討議がなされるかは不明であり、またそれらが自主的研修の側面を排除

し、またはこれを大きくしのぐほどに中心的な討議対象となるものとまでは認められず、したがって本件教研集会をもって人事院規則14-7が禁じる政治的行為に当たるものということとはできず、さらにこれまでの教育研究集会の経緯からしても、討議対象として学習指導要領や文部省の是正指導が取り上げられることから、本件教研集会を学校施設で開催することにより、教育上の悪影響が生ずるとする評価を合理的なものということとはできないという。再び前述の裁量判断に当たって考慮すべき要素として挙げられている事項との関連でいうと、これは、「使用の目的及び態様」という要素についての判断の妥当性や合理性の検討ということになる。ここでも最高裁判決の検討の結果は管理者の実際の裁量権の行使には厳しいものとなっている。

以上の2つの検討の結果は、管理者が重視すべきでない要素を重視することによって、その裁量判断は妥当性や合理性を欠くにいったとするものであるが、最高裁判決の検討はこれで終わらず、なお、教研集会のうちの学校教科項目の研究討議を行う分科会の場としては、実験台等の教育設備や実験器具、体育用具等、多くの教科に関する教育用具および備品が備わっている学校施設を利用することの必要性が高いことは明らかであり、学校施設を利用する場合と他の公共施設を利用する場合とで、本件教研集会の分科会活動にとっての利便性に大きな差異があることは否定できないとし、また、本件不許可処分は二河中学校の校長が一旦口頭で使用を許可する意思を示したのを、呉教委がそのおそれが具体的ではなかったにもかかわらず、過去の右翼団体の妨害行動を例に挙げて使用させない方向に指導し、遂には自ら不許可処分をするにいったというものであり、しかもその処分は県教委等の教育委員会と本件組合との緊張関係と対立の激化を背景として行われたものであったことなどをのべる。

これは裁量判断に当たって考慮すべきものとして挙げられている要素に即していうと、「許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度」についての判断の適否を検討し、その結果、それが考慮すべき要素、考慮すれば容易に結論がでる要素を充分考慮に入れなかったきわめて不十分なもの

であり、また不許可処分にいたるまでに混乱があり、その最終的な不許可処分も具体性のない推測に基づき、考慮要素とは関係ない事情をバックに行われたものであることをのべて、不許可処分が妥当性や合理性を欠くことを示唆するものであろう。

こうして最高裁判決は結局以上にのべた検討結果を総合して、「上記の諸点その他の前記事実関係等を考慮すると、本件中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来することが予想されとの理由で行われた本件不許可処分は、重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができる。そうすると、原審の採る立証責任論等は是認することができないものの、本件不許可処分が裁量権を逸脱したものであるとした原審の判断は、結論において是認することができる」というのである。

こうしてみると裁量判断に当たっての考慮要素として挙げられている事項は、一見管理者が考慮することのできる事項と解され、管理者の裁量判断の余地を幅広いものとするかのようにみえるが、最高裁判決においては実際にはむしろ考慮しなければならない事項、それも具体性をもった場合にのみ、それを裁量判断の要素とすることが許容される事項として位置づけられていることが分かる。すなわち具体性をもたない事項を考慮要素としたり、考慮すべき事項を考慮しなかった場合は、そうした事情が掲げられたすべての事項にみられるわけではないにしても、その裁量判断は妥当性や合理性を疑われることになるのであるから、幅広いようにみえる裁量判断も、その実、それほど広範かつ自由ではないということになろう。「こうしてみると、本件では、最高裁は、公の施設の使用許可を審査するに当たって、裁量権の有無につき目的内と目的外とを峻別する理論枠組みを設定したにもかかわらず、目的内使用にかかる判例の法理に類するものを考慮事項として設定し、これを裁判所の考慮要素とする

ことで、裁量権に対する審査密度を高め、結論において目的内使用と目的外使用の区別を相対的なものとどめた」という本件最高裁判決についての評価があるが⁽⁷⁾、結論からすれば確かにこうした評価が妥当するし、目的外使用とはいえ、当該学校施設と全く無関係の団体の使用の申請ではなく、それと直接、間接に関わりをもつ者の団体による、施設設置の目的と異質とはいえない目的の集会のための使用の申請をめぐる紛争を判断する態度としては、こうした最高裁の判断方法は適切なものとしては是認され得よう。

この事件（以下では便宜上この事件のことを「第1事件」という）と関連する事件でありながら、結論としては逆に教職員組合の教研集会のための使用許可の申請に対する不許可処分に裁量権の逸脱、濫用はないとしたものに、上記事件最高裁判決の直前に言い渡された広島高裁判決⁽⁸⁾がある。

事件（以下ではこの事件のことを便宜上「第2事件」ということがある）は広島県高等学校教職員組合（以下単に「高教組」という）の4地区支部がそれぞれの教育研究集会（以下単に「本件各教研集会」という）のために地区の県立高校施設の使用許可を申請したところ、いずれも、本件各教研集会は、「その内容において広島県における学校教育に支障をもたらすものが認められ、およそ教育の場で行われるものとしてはふさわしくない」などとして、許可申請を拒否されたため（以下単に「本件各不許可処分」という）、国家賠償法に基づき県に対し損害賠償を請求したものである（なお県立高等施設の管理権者は県教委であるが、県立学校長に対する事務委任規定により、1月未満の使用期間の場合は、申請の許可に係る事務は学校長に委任されているので、本件各不許可処分も学校長の名によってなされている）。

なおこの第2事件には、それまで広島県では高教組各地区支部の定期大会、定期総会、あるいは教研集会は県立高校施設で開催されていたところ、第1事件の検討の際にふれた平成10年の文部省の是正指導以降は県教委がこうした県立高校施設使用の許可の方針の見直しを進め、おおむね平成12年以降は県立高校施設の高教組の用のための使用申請は許可されなくなったため、各地区

支部ともやむなく学校施設以外の公共施設で各種集会を開催していたのであるが、平成14年3月に前述のように第1事件1審判決で呉教委の不許可処分を違法とする判断が示されたため、高教組4地区支部が同年8月ないし9月に開催予定であった本件各教研集会のための会場として各地区支部内の高校施設の使用許可の申請をしたという経緯がある。

1審判決⁽⁹⁾は本件各不許可処分には裁量権の逸脱、濫用があるとして各地区支部の請求の一部を認めたが、前述のように2審判決は本件各不許可処分に裁量権の逸脱、濫用があるとはいえないとして、1審判決を取り消し、原告の請求を棄却したのである。

この第2事件2審判決は第1事件各判決と同様の関係法令を摘示した後、「以上のような法令の趣旨にかんがみると、学校教育を行うことを目的として設置されている学校施設においては、その設置目的に沿って使用することが原則とされ、目的外に使用する場合の管理権者の裁量は、学校施設がその性質上、広く一般に開放、利用されることを予定して設置された施設でないことから、行政財産一般の場合と比較してより広範にわたると考えるのが相当であり、管理権者である県教委、若しくは教育長の委任を受けた学校長の広範な裁量の下で、その許可処分によって初めて例外的に使用が認められるにすぎないと解すべきである。そして、裁量権の行使としてされた不許可処分については、これが社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであると認められる場合に限り、その判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるというべきである」と、第2事件について判断する場合の基本的態度をのべる。

こうした態度は、第1事件1審判決も学校施設の管理者の裁量権の幅は一般施設のそれと比較して広くなるといわざるを得ないとし、また最高裁判決も社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことを裁量権の逸脱、濫用との判断の要件としているから、文言上は第1事件各判決と似通っているところがないわけではない。しかし第1事件各判決は教研集会が学校施設の設置目的と異質ではな

いことに着目し、先にみたように裁量権の幅をそれほど広くは認めないような文言を付加したり、表現の工夫をし、結果としても管理者の裁量権を統制している。例えば最高裁判決は裁量権の行使を違法と判断する基準として、前述のように、社会通念という基準の他に、重要な事実の基礎を欠くところがないかも基準とし、1審判決は社会通念という語を基準として使わず、遂には目的内使用と目的外使用の区別すら無視しているかのような表現をしているのである。こうした学校施設の教職員組合の教研集会のための使用は目的外使用であり、その許可申請に対しては管理者は許否の裁量権をもつという建前と現実の判断の差がときには判決に疑問を抱かせることにもなることは前述したが、それはともかく、こうした第1事件各判決と比べると、第2事件2審判決は旧来の自由裁量論をそのままなぞり、審査密度が低い審査方法といわれる社会通念審査法を説くものであって、すでにこの基本的な判断態度において本件各不許可処分 of 違法性の判断が緩やかであることを予想させる。

そしてその予想の通り、判決は本件各教研集会が教職員らの自主研修的な側面を有していることは認められるものの、前年度の各地区支部の教研集会の基本方針ないし基調提案は、教育研究を内容とするにとどまらず、君が代・日の丸問題、主任制、研修制度、小規模校の統廃合、高校入試制度に関わる問題について、高教組の掲げてきた運動方針に沿うものであり、本件各教研集会も前年度のこうした内容を踏襲するものであることが認められ、労働運動的側面を強く有しているといわざるを得ず、その目的は教育研究活動にとどまるものとは到底いえないとする。

そして判決は本件各教研集会の開催予定日のほとんどは夏季休暇中あるいは土曜日であって、各高校では授業や特別な行事は行われておらず、その意味では本件各教研集会が開催されたとしても、施設管理上の支障はとくにないといえるが、しかしこのような内容の本件各教研集会の県立高校施設での開催は、確かに被告主張のように、教育上の悪影響を来すおそれがあったというべきであると論を進める。すなわち法規としての性質を有する高等学校学習指導要領

が、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」と定めるところ、上に示したように本件各教研集会の基本方針ないし基調提案にはこうした学習指導要領に反する主張が掲げられていることは明らかであり、また同様に主任制の実動化阻止を内容とする基本方針ないし基調提案、および討議項目も、高等学校に教務主任および学年主任を置く旨を定めている学校教育法施行規則に抵触するといわざるを得ないとして、本件各教研集会が現行教育法制に反対することを内容とすることを指摘し、結論として、「そして、前記認定事実によれば、本件に先立つ事情として、広島県における教育をめぐる議論が紛糾し、県教委が、文部省からは正指導を受け、法令等の遵守を通して教育の中立性を確保することを旨として、見直しを進めてきたことが認められるところ、このような経緯のもとで、上記のような高等学校学習指導要領や学校教育法施行規則に違反する内容等を含む本件各教研集会が県立高等学校の施設で開催されることになれば、生徒や保護者に心理的混乱を招いたり、公教育に対する不信を抱かせて、教育上の悪影響を来すおそれがあったというべきであり、学校長らにおいて本件各申請に係る学校施設を教研集会の開催のために使用させることは学校教育上の支障があると判断したことが明白に合理性を欠くものとは認められない」とのべるのである。

この判断はしかし、労働運動的側面を強く有しているとの把握、さらにいえばニュアンスとしてはむしろそちらの側面が勝っているとの把握や、教職員組合が現行教育法制に反対することをほとんど違法視しているかのように見える点においてすでに疑問を抱かされるが、何よりの疑問は、労働運動的側面をもつという本件各教研集会の学校施設での開催をきわめて単純に教育上の悪影響の招来と結び付けていることであろう。なぜなら、そもそもそうした本件各教研集会が開催されたこと自体、生徒や保護者は簡単には知り得ないし、仮に知ったとしても通常はそこでどのような項目が取り上げられ、いかなる討議がなされたかを知ることはほとんどないであろう。さらにまた仮に判決が指摘す

のような上記の項目が討議されたことを知ったとしても、それは眼前でそれらの事項について反対行動がとられたというわけではないから、生徒や保護者が直ちに「心理的混乱」に陥ったり、「公教育に対する不信」を抱くことは考えられないのではなかろうか。むしろそうした広島高裁の推認は牽強附会の観を免れないのである。

判決は、「以上認定、説示したところによれば、学校長らのした本件各不許可処分が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであると認めることはできず、本件不許可処分に裁量権の逸脱、濫用の違法があるということはできない」とするが、本件各不許可処分の「教育上の支障」という理由や、それを是認した判決の論旨は、こうして筆者にはむしろ社会通念上著しく妥当性を欠き、きわめて大雑把で偏った判決との印象を免れない。そのことはすでに上に紹介した第1事件最高裁判決の同一の論点に関する判旨と対照すれば、自ずと明らかであるから、その理由をこれ以上改めて詳述する必要はないであろう。

註

- (1) 広島地判平成14・3・28民集60巻2号443頁。
- (2) 最判平成8・3・15民集50巻3号549頁。
- (3) 近時同旨をのべた地裁判決として、東京地判平成21・3・24判時2046号90頁がある。
- (4) 広島高判平成15・9・18民集60巻2号471頁。
- (5) 最判平成18・2・7民集60巻2号401頁。
- (6) 本多滝夫「公立学校施設の目的外使用不許可処分と司法審査」(平成18年度重判解)40頁。
- (7) 本多・上掲論文40頁。
- (8) 広島高判平成18・1・25判時1937号95頁。
- (9) 広島地判平成17・1・20判例集未登載。

VI-2 集合住宅へのビラ投函のための立入りと表現の自由

近年の最高裁の人権判例をみると、これまでも指摘したように、かつての、公共の福祉論により比較的簡単に人権の制限を合憲と結論した判決と比べ

て、かなり具体的に事実関係を検討し、また比較衡量論等を用いて慎重に判断し、その結果結論も首肯できる判決が目につくようになってきている。表現の自由の分野においても、上尾市福祉会館事件判決や上にみた公立学校施設の使用不許可事件判決はことさら目新しい理論をのべているわけではないものの、公の施設の利用許可がもたらす支障の発生を理由とする不許可処分相当との主張を、支障は客観的な事実を照らして、具体的に明らかに予測されたものということはできないなどとして退け、不許可処分を違法としている。

ところが表現行為のなかの政治的な意見の表明（以下「政治的表現行為」という）の規制については、かつての公共の福祉論に基づくかなり大雑把な合憲判断がその後も改められる気配はなかった。そして今日においてもその点においては最高裁の態度に何ら変化のないことを如実に示したのが、標題の集合住宅の敷地や階段へのビラ投函のための立入りを邸宅侵入罪に当たるとした判決である。

すなわち公職選挙法、道路交通取締法（現道路交通法）、鉄道営業法、軽犯罪法、屋外広告物法（屋外広告物条例）等による戸別訪問・文書図画の頒布・掲示、街頭演説、ビラ配布、ビラ貼り等の表現行為の規制は、形式的には表現内容に関わりなく、政治的たると非政治的たるとを問わず、該当するすべての場合に及ぶことになっているが（そのため周知のようにこれらの規制は表現内容の規制ではなく、表現の時・所・方法の規制＝表現内容中立規制といわれる）、実際には政治的表現行為について適用されることが多かったところ、最高裁はこうした規制の合憲性につき、憲法21条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存することは、これを容認するものと考えらるべきであるとして、きわめて簡単に容認してきたのであるが、本件でも最高裁は刑法130条前段という、それ自体は表現内容中立規制とみなされる法条を用いて、結果として政治的表現行為を規制することをやはり合憲として容認したのである。

要するに表現の自由の行使が他人の財産権や管理権を不当に侵害するもので

あるかどうかを判断するに当たって、「形式的に刑罰法規に該当する行為は直ちに不当な侵害になると解するのは適当ではなく、そこでは、憲法の保障する表現の自由の価値を十分に考慮したうえで、それにもかかわらず表現の自由の行使が不当とされる場合に限って、これを当該刑罰法規によって処罰しても憲法に違反することにはならないと解される」との見解があるところ⁽¹⁰⁾、この見解からすれば、まさに、「形式的に刑罰法規に該当する行為は直ちに不当な侵害になる」と解しているのではないかと疑われる判決、換言すれば、政治的表現行為を目的・動機とそのための手段の2つに分けて捉え、手段が形式的に刑罰法規に該当すれば、それを処罰しても表現そのものを制限するわけではないから、とくに表現の自由を侵害するものではないとするかのような判決がこれまでしばしばみられたのであるが、本件の最高裁判決もまたそうした疑問を強く抱かせるのである。

先ず事件の内容を簡単に紹介すると、昭和47年の当時の米軍立川基地への自衛隊移転に際して結成され、「自衛隊解体」を掲げ、立川基地（自衛隊が移転した部分）反対、反戦平和を主要な課題として示威運動、立川駅頭での情報宣伝活動、立川基地の動静の監視、立川基地に対する申入れ活動等を行っている「立川自衛隊監視テント村」（以下この団体のことを単に「テント村」という）は、平成15年に関連法が成立して自衛隊のイラク派遣が迫ってきた頃から、情宣活動やデモ等の反対活動を積極的に行うようになった。そしてそうした反対運動の一環として、平成15年の10月から12月まで月1回の割合で、防衛庁（当時）立川宿舎（以下では「立川宿舎」ないし「宿舎」という）に入居している自衛官およびその家族に向け、自衛隊のイラク派遣に反対し、かつ、自衛官に対しイラク派兵に反対するよう促し、自衛官のためのホットラインの存在を知らせる内容のA4判大のビラを配布した。

この立川宿舎は全部で10棟あり、それぞれ、1号棟ないし4号棟は航空自衛隊第1補給処立川支処長の、5号棟ないし8号棟は陸上自衛隊東立川駐屯地業務隊長の、9号棟および10号棟は防衛庁契約本部ないし同庁技術研究本部第3

研究所の管理下にあったが（1～8号棟は4階建て、9～10号棟は5階建て）、ビラの配布は各号棟の1階出入口の集合郵便受けまたは各室玄関ドアの新聞受けに投函するという方法によって行われた。なお平成15年12月のビラ投函後、前記の宿舎の管理者の意を受けて、管理業務に携わっていた者らにより、宿舎を囲んでいる鉄製フェンスないし金網フェンスの各号棟の出入口となる各開口部のすぐわきのフェンス部分に、「関係者以外、地域内に立ち入ること」や、「ビラ貼り・配り等の宣伝活動」等を宿舎地域内の禁止事項とする旨の禁止事項表示板が設置され、また各号棟1階出入口の掲示板または集合郵便受けの上部の壁等にも、上記の禁止事項表示板と同じ文言が印刷された禁止事項表示物が掲示されるとともに、警察に住居侵入の被害届が提出された。

しかしテント村のメンバー3名は翌平成16年1月にも立川宿舎の敷地に立ち入り、3号棟、5号棟、6号棟、7号棟の各室玄関ドアの新聞受けに、「自衛官・ご家族の皆さんへ 自衛隊のイラク派兵反対！いっしょに考え、反対の声をあげよう！」との表題の下、上記ビラと同内容、同型のビラを投函し、さらにそのうちの2名は2月にも同様に3号棟、5号棟、7号棟の各室玄関ドアの新聞受けに、「ブッシュも小泉も戦場には行かない」との表題の下、前同様の内容・型のビラを投函した（残りの1名もビラの投函を行ったが、この2回目の行為については起訴されていない—なおこの1月と2月のビラの投函についても警察に住居侵入の被害届が提出された）。1月のビラ投函行動の際には3号棟と5号棟に居住する自衛官から注意や抗議がなされ、またビラの回収が求められたこともあったが、こうしたテント村のメンバーのビラ投函活動のための宿舎敷地や階段の通路部分への立入りが刑法130条前段の住居侵入罪に問われたのである。

1 審判決⁽¹¹⁾はまず被告人らがビラ投函のため立ち入った立川宿舎の敷地と前記各号棟の各階段の1階出入口から4階の各室玄関前にいたる通路部分はいずれも宿舎居室と一体をなして「住居」に該当すると評価され、また被告人らの立入り行為は宿舎の居住者および管理者の意思に反する「侵入」に該当する

と認められるとし、したがって被告人らの立入り行為は住居侵入罪の構成要件に該当するといえるとする。

しかし1審判決は次いで、「構成要件に該当する行為であっても、その行為に至る動機の正当性、行為態様の相当性、結果として生じた被害の程度等諸般の事情を考慮し、法秩序全体の見地からして、刑事罰に処するに値する程度の違法性を備えるに至っておらず、犯罪が成立しないものもあり得るというべきである」とし、本件がこのようなケースに該当するか否かを検討する。このような、被告人らの行為を動機との関連で評価し、また行為が形式的に刑罰法規に該当することのみならず、それが実質的な害悪を惹起したかをも考慮するという態度に基づく検討が、従来の判例とは異なる1審判決の最大の特徴であることはいうまでもない。

そして1審判決は、ビラの内容には、個々の自衛官や家族に対する誹謗・中傷や、イラク派遣を止めなければ危害を加える、暴動を起こすなどといった脅迫の言辞は一切みられず、また受領者の応答を強いるものでもなく、立川基地反対、反戦平和を主要な課題とするテント村の立場から、自衛隊のイラク派遣を激しく糾弾しつつ、自衛官やその家族に向けて、自らも派遣反対の意思を表明するよう呼び掛けるものであって、こうした自衛隊のイラク派遣に反対するというテント村の見解を自衛官に直接伝えるという動機自体はテント村の政治的意見の表明という正当なものであるとする。こうして1審判決は、「その行為に至る動機の正当性」を認めるのである。

続いて1審判決は立入り行為の態様について検討するが、それについても、その頻度は月1回ずつと高くはないこと、投函に当たっては多数の威力を背景にすることなく、いつも3、4人程度で担当し、本件の場合も被告人ら3名のみで赴いていること、立入りは白昼に行われ、早朝や夜間に人目を盗んで立ち入ったことはなく、その際も凶器や暴力を用いたり、フェンスを乗り越えるなど手荒な手段を用いたりしたことはないこと、被告人らは居住者その他宿舎関係者に面会を求めることも、チャイムを鳴らしたり、声を出すなどしてコミュ

ニケーションを図ることもせず、外から玄関ドア新聞受けにビラを投函するのみで立ち去り、投函されたビラも1戸当たり1枚ずつにすぎないこと、被告人らが宿舍敷地内に滞在するのは精々ビラ投函に要する30分程度にすぎず、しかもその間ことさら目立つ言動をみせるなどして周囲の静謐を害したことは皆無であること、等を指摘して、「被告人らの立ち入り行為の態様自体は、立川宿舍の正常な管理及びその居住者の日常生活にほとんど実害をもたらさない、穏当なものといえる」と結論する。

さらに1審判決は加えて、被告人らが立ち入った部分は全て居住者・管理者だけでなく、郵便や宅配便の配達員といった外部の者も立ち入ることを許されている共用部分であり、被告人らの本件立入り行為が居住者のプライバシーを侵害する程度は相当に低いものとみるべきであること、平成15年10月から3回配布したビラにはテント村の連絡先が記してあるにもかかわらず、自衛隊ないし防衛庁関係者や警察からの連絡、接触は一切なかったこと、禁止事項の貼り札はそれほど目につきやすいものとはいえず、外見上、立入り禁止につきさほど強い警告を与えるものとはいえなかったこと、被告人らが平成16年1月17日のビラ投函の際居住者より受けた注意や抗議も個人的なものであって、居住者の総意に基づくものとはいえないこと、等をのべて、被告人らがことさら居住者・管理者からの反対を無視して本件立入り行為に及んだとはいえないとし、重ねて、本件立入り行為の態様は、相当性の範囲を逸脱したものとはいえないとする。

ここでは立入り行為とビラ投函行為が分断されることなく、一連の流れとして捉えられ、トータルにそれらの行為の態様が居住者に不安をもたらす、あるいはその日常生活の平穏を害するようなものであったか否かが検討されているのである。こうした態度はやはり立入り行為を政治的意見の表明のためのビラの投函という動機との関連で評価しようという姿勢の自然な反映と思われる。

1審判決は次いで被告人らが立川宿舍に立ち入ったことによって生じた影響について検討するが、この点についても重大視せず、生じた居住者および管理

者の法益の侵害はきわめて軽微なものというべきであるとする。

すなわち、被告人らは定型的に他人の住居への立入りが許容されている者に当たらず、また、立川宿舎の関係者ではなく、立川宿舎内に立ち入ることにつき、居住者および管理者いずれの承認も得ていないという意味で、居住者および管理者の意思に反して立川宿舎に立ち入ったものであり、その結果確かに居住者や管理者ら立川宿舎関係者のうち、少なからぬ者が、ビラの内容が自衛官らに不安を与えるなどして、ビラの投函に不快感を抱くにいたったと思料され、またそのような感情をもつことも必ずしも理解できないではないが、被告人らが投函したビラの見解自体は、当時のメディア等で日々目にした種々の反対意見に比して、内容面でも表現面でもさして過激なものではなく、したがって本件ビラがこれら反対意見とさほど異なるような不安感を与えるとも考え難いこと、ビラの記載内容は自衛隊そのものに対する批判ではなく、直接には自衛隊のイラク派遣という政府の政策を批判するものであるから、当該ビラが自衛官に対する嫌がらせ等、不当な意図を有していると解することは根拠に乏しいこと、前述のように被告人らの立入り行為が居住者のプライバシーを侵害する程度は相当に低く、また過去にテント村が暴力行為や破壊活動等周辺を害する違法行為に及んだことはなく、今回投函されたビラの内容も今後テント村がそのような行動に出ることを窺わせるものではないことからすれば、ビラの意図が自衛官に対する嫌がらせや精神的ダメージを与えることにあるのではないかとの一部宿舎関係者の危惧についても根拠に乏しいといわざるを得ないことなどを指摘して、前述のように被告人らが立川宿舎に立ち入ったことにより生じた居住者および管理者の法益の侵害を重大視しない。いわば立入りやビラの投函といった行為の態様とビラの内容という2つの視点から、法益の侵害の軽微さを説くのである。

こうして1審判決は、「以上のとおり、被告人らが立川宿舎に立ち入った動機は正当なものといえ、その態様も相当性を逸脱したものとはいえない。結果として生じた居住者および管理者の法益の侵害も極めて軽微なものに過ぎな

い」と結論するのである。

しかし1審判決はそれで終らず、以上のことに加えて、憲法21条を援用してこうした判断を確定的にする。つまり、「さらに、被告人らによるビラの投函自体は、憲法21条1項の保障する政治的表現活動の一態様であり、民主主義社会の根幹を成すものとして、同法22条1項により保障されると解される営業活動の一類型である商業的宣伝ビラの投函に比して、いわゆる優越的地位が認められている。そして、立川宿舎への商業的宣伝ビラの投函に伴う立ち入り行為が何ら刑事責任を問われずに放置されていることに照らすと、被告人らの立ち入り行為につき、従前長きにわたり同種の行為を不問になしてきた経緯がありながら、防衛庁ないし自衛隊または警察からテント村に対する正式な抗議や警告といった事前連絡なしに、いきなり検挙して刑事責任を問うことは、憲法21条の趣旨に照らして疑問の余地なしとしない」とするのである。ビラの投函行為が重要な政治的表現行為として憲法21条の保障を受けるとの視点はすでに指摘したように、上の立入り行為の動機、態様、および法益侵害の程度の判断の根拠にもあるが、そのことが最後にいわば正式に前面に押し出されているのである。

こうした検討や判断を経て1審判決は、「以上、諸般の事情に照らせば、被告人らが立川宿舎に立ち入った行為は、法秩序全体の見地からして、刑事罰に処するに値する程度の違法性があるものとは認められないというべきである」と最終的にまとめる。

おそらく同様に無罪の結論にいたる方法としては、その他に、政治的意見を記載したビラの投函という政治的表現行為とそのための立入り行為の人権としての重要性和、そうした表現行為によってもたらされる被害の程度をストレートに比較衡量するというやり方もあると思われるが、第1審判決のような、憲法21条を背景にしつつ、立入り行為とビラの投函行為が刑事罰に処する値する程度の違法性をもたないことを導き、そのことを21条を改めて前面に押し出すことによって確定的にするという、いわば2段構えの方法の方が、政治的内容

のビラの投函行為やそのための立入り行為の法的保護方法としてはより確かであろう。

ともあれ1審判決は本件立入り行為の実態からすればスムーズに理解できるし、被告人らのビラ投函行為の実状（例えば、その回数、内容、受領の強要や直接的な呼掛けを伴っていないという投函の態様等）や、個人、集合のいずれを問わず、住宅への同様のビラ投函行為が特異なことではないという今日の状況に照らしてみると、なおさらごく自然で、スムーズに納得のいくものである。

ただ一点本件が通常立入りやビラ投函行為とやや異なるのは、専ら自衛官やその家族に向けて、自衛隊のイラク派遣に反対するテント村の意見を伝え、同調を求めるという形の政治的意見の表明であり、それに応じて立入りや投函先も立川宿舎というごく狭い限定された範囲にとどまっていることである。つまり通常政治的意見を記載したビラの投函行為の場合は、内容もより一般的な呼掛けの内容となり、立入りや投函先もより広範な地域やひとに及ぶのがふつうであるから、その意味では本件の立入りやビラ投函行為は特定・限定的なねらい打ちともいうべきものであるといえなくもない。

しかし1審判決は本件の立入りやビラ投函行為を基本的には一般的な立入り行為やビラ投函行為のうちの一態様として扱い、上にのべたような差異をとくに問題とはしていない。筆者もそのことに賛成するが、それと明言はしていないものの、2審判決と最高裁判決は上述の一般的な立入り行為やビラ投函と本件のそれとのいささかの差異も意識しつつ判断しているようにみえる。そして2審判決⁽¹²⁾は1審判決を破棄し、最高裁判決⁽¹³⁾はこの2審判決に対する被告人らの上告を棄却するのである。

2審判決は1審判決が被告人らの立ち入った場所を「住居」としたのに対し、1号棟ないし8号棟の敷地および建物共用部分は、集合住宅建物である1号棟ないし8号棟の囲いよう地あるいは集合住宅建物の各居室に付属する共用の通路部分として、刑法130条にいう「人の看守する邸宅」に該当するとするが、そのことを除けば、事実認定そのものは1審判決ととくに異なるところは

ない。

違うのは被告人らの行為の動機や態様、あるいは被告人らの行為によって生じた法益の侵害の程度についての評価であり、その評価の基本をなす政治的表現の自由の捉え方である。

2 審判決は政治的意見の表明のためのビラ投函行為とそのための宿舎の敷地や階段部分への立入り行為を完全に分断し、前者が憲法21条の保障を受けるとしても、そのことと後者の評価は別問題であるとして判断を進めるのである。それは表現の自由の保障の範囲を結果としてごく限られたものとするものであり、後者の行為が形式的に刑罰法規に該当することを理由に処罰することによって、実質的には前者の行為を制限することになっても、他人の財産権や管理権の保護のためにはそのことは許容されとする立場であるが、そうした態度が一貫しているのが2 審判決の特色である。

すなわち2 審判決は、立入りの動機の正当性については、「ビラによる意見の表明が言論の自由により保障されるとしても、これを投函するために、管理権者の意思に反して邸宅、建物等に立ち入ってよいということにはならないのである」とするのである。いい換えると、「何人も、他人が管理する場所に無断で侵入して勝手に自己の政治的意見等を発表する権利はないというべきである」として、したがって被告人らの行為について刑法130条を適用してこれを処罰しても憲法21条に違反することにもならないと解されるのである。しかしこれは動機の正当性を論じるかのように装ってはいるものの、その実、表現の自由も他人の権利を侵害してはならないこと、および他人の権利を侵害する行為があった場合は、動機とは関わりなく処罰しても違憲ではないことを一般的にのべているだけであって、本件の立入り行為の動機であるビラの投函による政治的意見の表明の意義を内容に即して丁寧に吟味し、その正当性を判断するという態度はみじんもみられない。要するに旧来の判例の、政治的意見の表明のためであること、あるいはその保障の重要性はとくに考慮に入れることなく、問題を政治的意見の表明という動機と切離された行為そのもの＝動

作の刑罰法規該当性の有無として捉える態度がそのまま維持されているのである。動機を正当なものとし、そのことを被告人らの立入り行為が処罰に値するほどの違法性をもたないことの根拠の1つとした1審判決を否定するといいたが、実際には動機についての判断は全くなされていないのである。繰り返していえば、政治的意見の表明という動機には何らふれず、ただそのための立川宿舎への立入りという行為のみを切離して判断し、それを動機の正当性についての判断と称しているにすぎないのである。ただ、「本件のビラの投函行為は、自衛官に対しラク派遣命令を拒否するよう促す、いわゆる自衛官工作の意味を持つものであることは、ビラの文面からも明らかである」とのべていることからすると、先にも簡単にふれたように、自衛官やその家族のみが、そして立川宿舎のみが対象であったという本件の特色が、動機はとくにその正当性を考慮せねばならないほどの重要なものではなく、したがって立入り行為のみを取出して処罰しても差し支えないという判断に裁判官を導いた可能性は考えられる。

次いで2審判決は、被告人らの立入り行為の態様は相当性の範囲を逸脱するものではないとした1審判決の判断も否定するが、この場合もその理由はきわめて形式的なものである。すなわちテント村による立川宿舎へのビラ投函を受けて、前述のようにこれを防止するために宿舎の管理に携わる者が禁止事項表示板・表示物を設置し、また遭遇した宿舎の居住者が抗議したにもかかわらず、ビラの投函を続行したことなどを挙げて、1審判決の判断は是認できないとするのである。要するに宿舎側でビラ投函やそのための宿舎敷地への立入りを禁止する旨を明らかにしていたにもかかわらず、被告人らはそれを無視して行動したのであるから、こうした行為は相当性の範囲を逸脱したものというべきであるとするのであるが、1審判決は、本件立入り行為によって立川宿舎の正常な管理および居住者の日常生活に実害がもたらされたことはほとんどなく、また居住者のプライバシーを侵害する程度も相当に低いものとみるべきであるとして、行為の態様は相当性の範囲を逸脱しないとしているのであるから、実は

両判決はこの点でもほとんどかみ合っていない。

立入りやビラ投函の態様が相当でないというのは、ふつうは1審判決が示唆するように、立入りを阻止する者が居たり、そのための閉門等の措置がとられている場合に、それを威かくや実力の行使によって突破したり、受取りを拒否しているのに無理やりビラを押し付ける等の行為があったことを意味するから、こうした事実は何もないにもかかわらず、ただ立入りとビラ投函の禁止が表示されているのに、それを無視して立ち入り、ビラを投函したことをのみをもって、立入り行為の態様の相当性を否定する2審判決の判断はここでも相当に特異に思える。

さらにまた1審判決が被告人らの立入りやビラの投函によってもたらされた法益の侵害はきわめて軽微であったとしたことについても、管理に携わる者が禁止事項表示板の設置や禁止事項表示物の掲示、警察への被害届の提出、ビラ配布目撃の場合の110番通報と管理者への連絡を各居室者に依頼する文書の配布、宿舍の安全対策についての協力を呼び掛ける宿舍だよりの居住者への配布等の作業を余儀なくされたことや、前述のように2名の居住者が被告人らのビラ投函行為について抗議したこと等を挙げて、「被告人らの本件各立入り行為によって生じた管理権者らの法益侵害の程度が極めて軽微なものであったということはできない」と結論し、1審判決の判断を否定する。管理者が被告人らによる立入りやビラの投函の防止対策にエネルギーを割かれたことをもって法益の侵害とするわけであるが、本件のようなケースにおいて法益の侵害があったといえるためには、居住者が生活の平穏を害されたとか、精神的・肉体的にプレッシャーを受けたという事実が存在する必要があると考えるのがふつうであろうから、ここでも2審判決の判断はポイントがずれているといわざるを得ない。

2審判決の実質的意義は、被告人らの立川宿舍への立入りは刑法130条で処罰の対象とされた行為に該当するから、その動機や影響に関わりなく、処罰すべきとするものであって、それはまさに、「形式的に刑罰法規に該当する行為

は直ちに不当な侵害になる」という判断である。

なおピラ投函のための立入り行為の処罰と憲法21条の関係については1審判決のように独立して論じず、すでにのべたように、立入り行為の動機の正当性を論じた箇所でもっともその際指摘したように、実は動機の正当性を論じているとは到底いえないのであるが)、従来の合憲論を簡単に繰り返すのみである。その結果本件はごく単純な住居侵入事件と選ぶところのないものとなっている。

こうして2審判決は被告人らの行為がいわゆる可罰的違法性を欠くとして各被告人に対し無罪を言い渡した1審判決は全部破棄を免れないとするのである。最高裁判決も同じ趣旨をより簡潔に、しかし、より明確にのべる。

すなわち最高裁判決は先ず刑法130条前段にいう「侵入し」とは、他人の看守する邸宅等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいうものであるところ、被告人らの立入りが管理権者の意思に反するものであったことは明らかであるから、被告人らの行為は刑法130条前段に該当するものと解すべきであり、また被告人らの立入りの態様、程度は、管理業務に携わる者からその都度被害届が提出されていることなどに照らすと、法益侵害の程度がきわめて軽微なものであったということもできないとする。2審判決同様、被告人らの行為が形式的に刑罰法規に該当することを確認するのみで、そうした行為の動機である政治的意見の表明との関連で立入り行為を捉えようという意識は全くみられない。また法益の侵害についても、これも2審判決同様、立入り行為が管理者等に対応を余儀なくさせたという事実をもって、軽微ではなかったとするのみで、それ以上具体的に被害にふれるところはない。問題をきわめて外形的に処理することによって、被告人らの行為の構成要件該当性、違法性を認定するのである。

そしてこういう認定を受けて、最後に被告人らの行為を刑法130条前段の罪に問うことと憲法21条の関係についてのべるが、これも2審判決同様、従来の判例の趣旨を繰り返すだけである。少々長くなるが、この部分を全文引用する

と、「確かに、表現の自由は、民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならない、被告人らによるその政治的意見を記載したビラの配布は、表現の自由の行使といえることができる。しかしながら、憲法21条1項も、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の権利を不当に害するようなものは許されないというべきである（最高裁昭和59年（あ）第206号同年12月18日第三小法廷判決・刑集38巻12号3026頁参照〔この判例は、いわゆる吉祥寺駅事件判決で、先に伊藤裁判官の補足意見を紹介した、私鉄の吉祥寺駅1階階段付近におけるビラ配布や演説に関するものである一筆者〕）。本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちビラの配布のために『人の看守する邸宅』に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ、本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいっても、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穏を侵害するものといわざるを得ない。したがって、本件被告人らの行為をもって刑法130条の前段の罪に問うことは、憲法21条1項に違反するものではない。このように解することができることは、当裁判所の判例（昭和41年（あ）第536号同43年12月18日大法廷判決・刑集22巻13号1549頁、昭和42年（あ）第1626号同45年6月17日大法廷判決・刑集24巻6号280頁）の趣旨に徴して明らかである〔前者は大阪市屋外広告物条例事件判決で、当該条例で禁止されていた橋梁や電柱等へのビラの貼付の事件についての判例、後者は軽犯罪法違反事件で、当該法律で禁止されていた同様の行為に関する判例である一筆者〕」とするのである。

「本件で被告人らが立ち入った場所は、防衛庁の職員及びその家族が私的生活を営む場所である集合住宅の共用部分及びその敷地であり、自衛隊・防衛庁当局がそのような場所として管理していたもので、一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない」という記述に、先に繰り返しふれた一般のビラ配布行為とはやや異なるかにみえる本件の特色に着目している気配が窺われるが、最高裁判決は2審判決と全く同様に、ビラの投函という政治的表現行為と、そのための立川宿舎への立入りという手段を切離して捉え、前者は憲法21条によって保障されるとしても、後者にまでその保障が及ぶわけではないとするのである。一応表現内容規制と表現内容中立規制の区別を意識しているかのような口振りを示してはいるが、表現内容中立規制であれば、その刑罰法規への形式的該当性を確認するだけで充分であるとされ、学説のいう中間審査基準はおろか、最高裁自身がかつて戸別訪問規制判決等のべたとされる合理性の基準すらふれられていない。いい換えると、政治的表現のための手段の価値は何らの説明もなく管理権に劣位するとされ、両者を衡量しようという姿勢すらないのである。

こうした判断方法によると、演説、ビラの配布、ビラの貼付、戸別訪問といった、そのためのスペース、工作物、住居等を必要とする政治的表現行為は実際には大きく制約され、政治的表現行為はこうした物的要素を必要としない出版や放送という方法に依存せざるを得ないことになるであろう。しかしいうまでもなく、そうした手段を用いることのできる者の範囲はごく限られているわけであるから、結局こうした最高裁の立場からすれば、表現の自由の民主主義社会における重要性をいかに説こうと、それは単なる空論にとどまり、実体のあるものとはいえないということになる。

なおそもそもということでは、ビラの配布（投函）＝表現の自由の行使＝表現そのものとし、そのための立入りをその手段とする最高裁の2分法は現実離れしているといわざるを得ないであろう。ビラの投函のためには、その投函先に赴くことは必然的なことであるから、両者は分断されるものではなく、

一連の動作であり、むしろ立入り行為は投函行為に包摂される行為と捉え、表現の自由の保障は立入り行為にも及ぶと解すべきである。1審判決が立入り行為を論じつつ、しばしば投函行為にも言及しているのはそのためである（1審判決はまた、「ビラ投函に伴う立ち入り行為」という表現をしていて、両者が連動していることを意識している）。最高裁は、にもかかわらず、それを目的と手段との関係にあるかのように捉え、後者の規制はとくに前者を損なうものではないとするのであるが、両者の実際の関係からすれば、後者の規制はそのまま前者を制限するのである。そのことは自明のことであるにもかかわらず、敢えてフィクション的な2分法に固執する最高裁の態度は、かつての集団示威運動と公安条例に関する判決と同様、政治的表現行為を専ら秩序の観点から評価し、その人権としての意義を考慮に入れない、きわめて偏ったものといえよう。

そのことを角度を変えていえば、被告人ら以外にもビラの投函のため立川宿舎に立ち入った者は居たにもかかわらず、被告人らの行為についてのみ被害届が出され、起訴にいたったのは、いうまでもなく、ビラの内容のためであり、したがって本件は実質的には表現内容規制であるにもかかわらず、それを表現内容中立規制にすり換える最高裁の判断は、事件の問題点を意図的にずらし、隠そうとするものとしかしいようがないということである。

なお周知のように本件と類似する事件として、民間の分譲マンションの各住戸のドアポストに政治ビラを投函する目的で立ち入ったことが、住居侵入罪に問われた葛飾ビラ配布事件がある。

この事件の1審判決⁽¹⁴⁾は、一般的に、事案のマンションのようなマンション内へのビラの配布を目的とする立入り行為が当然に刑罰をもって禁じられているとの社会通念は未だ確立しているとはいえないし、マンション玄関ホールの掲示板に掲示された、「チラシ・パンフレット等広告の投函は固く禁じます」とか、「当マンションの敷地内に立ち入り、パンフレットの投函、物品販売などを行うことは厳禁です。……」等と記したはり紙は商業ビラの投函を禁止す

る趣旨にも読むことができ、政治ビラも含めた一切のビラの投函を禁止する趣旨であることは明らかではなく、またその掲示場所も必ずしも目につき易い場所ではないこと、マンションにはいわゆるオートロックシステムが設置されておらず、管理員が滞在していない時間帯も多く、2階以上へは外階段で上り下りができる構造になっているから、外観上、部外者の立入りが禁止されていることが明らかな外部と隔絶した構造とはいえないこと、加えて、被告人が事前に管理者等から立入りについて注意や警告を受けた事実もないことなどを指摘して、被告人の立入り行為は、「正当な理由がないのに、人の住居……に侵入し」という住居侵入罪の規定中の「正当な理由」のないものと認めることはできない旨説示して、無罪を言い渡した。

こうして葛飾ビラ配布事件1審判決は被告人の行為の構成要件該当性を否定して無罪を言い渡したのであり、その点では構成要件該当性を認めつつ、刑事罰に処するに値する程度の違法性があるものとは認められないとして無罪を言い渡した本件1審判決とは表面的には異なるが、いうまでもなく、形式的に刑罰法規に該当することをもって、直ちに処罰の対象にし、そのことによって政治的表現行為を制限することを避けようとする志向においては同様である。

しかし葛飾ビラ配布事件2審判決⁽¹⁵⁾は、はり紙は商業用ビラのみならず、政治ビラの投函を目的とする敷地内への立入りも禁止する趣旨のものと認められること、その貼付されている位置も目立つ位置であると認められること、被告人は工事の施工や集金等のため立入りが予定されている部外者には含まれないこと、事案のマンションがオートロック方式を採用しておらず、管理員が常駐していないことや、外階段による2階以上への出入りが可能であることは、当該集合住宅の建設時期、構造変更の容易性、必要となる管理費の金額等とも関連するものであるから、それらの方式によらない限り部外者の立入りを禁止できないというのは、居住者である区分所有者の権限を不当に制約するものであること、はり紙等からすれば、立入りが禁止されていることを来訪者に伝えるための実効的措置がとられていなかったとはいえないこと等を指摘して、1

審判決の判断は是認することができず、被告人の立入り行為は住居侵入罪を構成すると認めるのが相当であるとする。

また違法性阻却事由および可罰的違法性についても、政治ビラの配布等による表現の自由は尊重されなければならないとしつつ、「他方、住民らは住居の平穏を守るため、政治ビラの配布目的を含め、マンション内に部外者が立ち入ることを禁止することができるのであり、上記のとおり、本件マンションにおいては、管理組合によりそのような決定が行われ、これが住民の総意に沿うものであったと認められるのであるから、この住民の意思に反してまで、本件マンション内への立入りが正当化されるものではない。しかも、このように部外者の立入りが禁止された本件マンションに立ち入ることなくビラを配布したり、ビラに記載された情報や意見をビラの配布以外の方法で伝達することでもできるのであり、被告人が行った各住戸のドアポストへの配布が必要不可欠な伝達方法とはいえない。前記のような本件マンションの構造、管理及び利用の状況等に照らせば、ビラの配布を目的として、住民らの許諾を得ることなく本件マンション内に立ち入り、7階から3階までの多くの住戸のドアポストにビラを投函しながら滞留した行為が相当性を欠くことは明らかであり、被告人のこの立入り行為につき違法性が阻却されるとか可罰的違法性を欠くと解することはできない」として、本件1審判決がとった、刑事罰に処する程度の違法性があるものとは認められないとするような主張・判断も退ける。

さらに被告人の行為を住居侵入罪として処罰することと憲法21条の関わりについても、「憲法21条1項は、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共の福祉のために必要かつ合理的な制限を是認するものであって、たとえ思想を外部に発表するための手段であっても、その手段が他人の財産権、管理権等を不当に害することは許されないといわなければならない」として、簡単に憲法違反の主張を退ける。

つまり葛飾ビラ配布事件2審判決は本件2審判決や最高裁判決とほとんど軌を一にしているのであり、すでにのべたそれらの判決への批判がそのまま当て

はまるのである⁽¹⁶⁾。

註

- (10) 後にも簡単にふれるいわゆる吉祥寺駅事件最高裁判決（最判昭和59・12・18刑集38巻12号3026頁）における伊藤正巳裁判官の補足意見。
- (11) 東京地八王子支判平成16・12・16判時1892号150頁。
- (12) 東京高判平成17・12・9判時1949号169頁。
- (13) 最判平成20・4・11刑集62巻5号1217頁。
- (14) 東京地判平成18・8・28・判例集未登載。
- (15) 東京高判平成19・12・11判タ1271号331頁。
- (16) 文献としては、阪口正二郎「防衛庁宿舍へのポスティング目的での立入り行為と表現の自由（法学教室336号8頁）、田中祥貴「ビラ配布目的で集合住宅共有部分へ立ち入った行為に住居侵入罪を適用しても憲法21条1項に違反しないとした事例」（速報判例解説3号23頁）、橋本基弘「集合住宅へのビラ配布と憲法21条」（平成20年度重判解20頁）等がある。

追記

なお本文の最後でふれている葛飾ビラ配布事件について最高裁は平成21年11月30日被告人側の上告を棄却し、こうして住居侵入罪で有罪とした2審判決が確定した。

VI－3 記者の取材源証言拒絶事件

はじめに

周知のように報道機関等の記者の取材源に関する証言拒絶権については、刑事訴訟においては古いながら一応大法廷の判断⁽¹⁷⁾があったが、民事訴訟におけるそれについてはこれまで最高裁の判断が示されたことはなかった。そのため従来この問題についての先例に言及する際にはもっぱら北海道新聞社の記者の取材先の氏名、住所、担当職務についての証言拒絶に関する札幌高裁の決定⁽¹⁸⁾が挙げられてきたのであるが、平成18年10月3日の最高裁第三小法廷のNHK記者の取材源証言拒絶に関する抗告事件決定⁽¹⁹⁾により、ようやくこの民事訴訟における記者の証言拒絶権という問題に関する最高裁の態度が明らかに

されるにいった。

本節はこの決定について考察しようとするものであるが、先ず主として最高裁決定に依拠しながら事件の概要を簡単に紹介することにしよう。

エフエルピー・ジャパン有限会社（以下単に「FLPJ」という）は、健康・美容アロエ製品を製造、販売する企業グループの日本における販売会社であり、抗告人アロエ・ベラ・オブ・アメリカ・インクは上記の企業グループのアメリカにおける関連会社、およびその他の5名の抗告人らはFLPJの社員持分の保有会社とその役員達である。

これら抗告人らがアメリカ合衆国を被告としてアリゾナ州地区連邦地方裁判所に提出した損害賠償事件（以下「基本事件」という）における開示（ディスカバリー）の手続として、日本に居住する相手方（NHK記者）の証人尋問を申請し、それを受けて同裁判所が、この証人尋問を日本の裁判所に嘱託し、同証人尋問が国際司法共助事件として新潟地方裁判所に係属したのが（相手方であるNHK記者は、この証人尋問時には新潟で勤務していた）、本抗告事件の発端である。

この間の事情をややくわしくいうと、基本事件は、NHKが平成9年10月9日午後7時のニュースにおいて、FLPJが原材料費を水増しして77億円余の所得隠しを行い、日本の国税当局（国税庁）から35億円の追徴課税を受け、また、この所得隠しに係る利益が抗告人であるアメリカの関連会社に送金され、同会社の役員により個人的に流用されたとして、アメリカの国税当局（米国歳入庁—以下「IRS」という）も追徴課税をしたなどと報道し、翌日、主要各新聞紙も同様の報道をし（そのため証人尋問の嘱託は本件のNHK記者についてのみならず、国税庁の職員の外我が国の報道機関関係者等合計53人についてなされている）、アメリカ国内でも同様の報道がなされたことにつき、抗告人らが、これらの報道は、アメリカの国税当局の職員が平成8年における日米同時税務調査の過程で、日本の国税庁の税務官に対し、国税庁が日本の報道機関に違法に情報を漏えいすると知りながら、無権限でしかも虚偽の内容の情報を含む

FLPJおよび原告人らの徴税に関する情報を開示したことにより、国税庁の税務官が情報源となってなされたものであり、その結果、原告人らは、株価の下落、配当の減少等による損害を被ったなどと主張して、上記のように、アメリカ合衆国を被告として、アリゾナ州地区連邦地方裁判所に提起したものであったが、同裁判所はこの基本事件の今後の事実審理のために必要であるとして、二国間共助取決めに基づく国際司法共助により、我が国の裁判所に対し、同裁判所の指定する質問事項について、前述のNHK報道当時、記者としてNHK報道局社会部に在籍し、同報道に関する取材活動をした相手方の証人尋問を実施することを囑託したのである。

すなわち基本事件の主要な争点は、①IRSは国税庁に対し、日米租税条約および合衆国法規の機密保持義務に違反する情報開示をしたか、②IRSは、国税庁が日米租税条約に定める機密保持義務に反して、日本のマスコミに対し、情報を漏えいすることを知り、または知り得べきであったか、③国税庁は日本のマスコミに対して、本件報道に係る情報を漏えいしたか、の3点であったが、いうまでもなく、我が国の司法当局に対する本件相手方の証人尋問の囑託は、主として報道の取材源について証言を求めることによって、直接、間接に、これらの争点の解明に資することをねらいとするものであった。具体的にいえば、アリゾナ州地区連邦地方裁判所によって指定された質問事項は、ニュースの元になった「情報源」や「関係者」とは誰のことか、FLPJの過去または現在のいずれかの従業員、役員、代理人、弁護士、会計士が情報源であったか、また、そうであった場合はそれは誰かなど、情報源を尋ねるものを中心であったのである。

それに対し本件相手方のNHK記者はそれらの事項は、「次に掲げる場合には、証人は、証言を拒むことができる」と定める民訴法197条の1項3号にいう、「職業の秘密に関する事項」に当たるとして、同条により証言を拒絶した。そこで基本事件原告ら代理人が新潟地裁に、この証言拒絶の当否についての裁判を求め、以下にのべるような経過を経て、冒頭にのべた平成18年10月3日の

最高裁決定にいたったのである。

3つの決定

新潟地裁決定⁽²⁰⁾の結論は、NHK記者の「本件証言拒絶は理由がある」とするものであるが、同決定は先ず記者の取材源が民訴法197条1項3号にいう「職業の秘密」に該当するか否かの検討から始め、比較的簡単にそれを肯定している。その理由は、「正確な情報は、記者と情報提供者との間において、取材源を絶対に公表しないという信頼関係があつてはじめて取材源から提供されるものであり、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ところ、自由な言論が維持されるべき放送において、もし記者が取材源を公表しなければならぬとすると、情報提供者を信頼させ、安んじて正確な情報を提供させることが不可能ないし著しく困難になる」ということである。

正確な報道のためには先ず正確な情報の提供を得ることが必要であり、そのことは記者と情報提供者との間に、取材源を絶対に公表しないという信頼関係があつてはじめて可能になるとするものであって、この理由は当然のこととして容易に理解できよう。また新潟地裁決定では上述のように、「自由な言論が維持されるべき放送において」とものべられていて、取材源の秘匿が自由な言論と関連するものとされているが、それはおそらく、取材源の秘匿が保持されなければ、折角得た重要なニュースも発表の断念のやむなきにいたり、結局自由な言論が阻害されること、あるいは決定自身がすぐ次にのべるように、取材源の秘匿が認められなければ、取材の相手方の協力が得られなくなり、そのことによって取材の自由が妨げられ、ひいては報道の自由が妨げられるという、博多駅事件最高裁大法廷決定⁽²¹⁾のような趣旨を含意するものであろう。ただここでは取材源の秘匿が保障されることによって可能となる、正確な情報の自由な報道が国民にもたらす利益については直接言及されていない。高裁決定や最高裁決定では、後にみるように、この点が強調されているが、新潟地裁決定でもそのことを基軸すべきではなかったろうか。

ともあれ新潟地裁決定はこのように記者の取材源が「職業の秘密」に該当することをいわば当然視するが、しかしそのことから直ちにNHK記者の証言拒絶は理由があるとするわけではない。

すなわち、先にのべた札幌高裁決定を引用して、「しかし、他方、職業の秘密は、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ところ、その制約の程度は、公正な裁判の実現という利益と取材源秘匿による利益との比較衡量によるべきである。前者の点からは、審判対象たる事件の性質、態様及び軽重（事件の重要性）、要証事実と取材源との関連性及び取材源を明らかにすることの必要性（証拠の必要性）が、後者の点からは、取材源の公表が将来の取材に及ぼす影響の程度、これに関連する報道の自由との相関関係などが考慮されるべく、これらを比較衡量して、証言拒否の可否を決すべきである。そして、証拠の必要性は、当該要証事実について、他の証拠調べ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初めて肯定されるべきである」とのべるのである。

筆者はしかし決定のこの部分、すなわち「職業の秘密」を理由とする証言拒絶権も公正な裁判の実現という要請によって当然制約を受けるとし、実際に制約されるケースであるかどうかは、取材源秘匿による利益と公正な裁判の実現という利益の比較衡量によって決せられるとする理解に強い疑問を抱いている。つまり決定では職業の秘密（を理由とする証言拒絶）は、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と当然のようにいわれているが、証言を拒絶することのできるケースの1つとして職業の秘密を挙げている民訴法197条の意義からすれば、そうした解釈やそれに連動して説かれる比較衡量論には賛成できないのである。なぜなら職業の秘密を理由に証言を拒絶することを認めることは、当然そうした立法の段階で証言拒絶権を認めることによる利益と、公正な裁判の実現という要請がそのことによって被る不利益とのバランスを経ていること、および、立法者はそのバランスの

結果職業の秘密の保護をより重要だと判断したことを含意しているのであって（もちろん「職業の秘密」をどのように定義し、その範囲をどう画すかという問題は別にある）、そうした職業の秘密について改めて公正な裁判の実現の要請とのバランスが必要だというのは、いわば問題を振り出しに戻すようなもので、こうした立法の経緯や趣旨を無視するものではなかろうか。このようなバランスを経て権利として認められた利益を改めて相対化する議論は我が国の法律学では珍しくなく、例えば筆者の専攻に関係するケースでは、憲法51条が保障する国会議員の免責特権について、個人の名誉権等とのバランスを経てうえで明らかに国会議員の自由な発言の利益を優先しているにもかかわらず、それは発言で取り上げられた個人の名誉権等によって相対化されると考えるべきであるといった類のことがいわれたりするが、こういう議論は免責や拒絶の権利が認められ、設定された趣旨を損ない、そうした権利を弱体化させることになるであろう。伊藤真教授は、「裁判所としては、……職業の秘密に該当するかどうかを判断すれば十分であり、それ以上に利益考量によって保護すべき秘密かどうかを判断する必要は認められない。利益考量を判断枠組とすることは、秘密の主体の側にとっても、証言拒絶権が認められるのかどうかについての予測可能性が失われ、好ましいとは考えられない」とし、比較考量によって職業の秘密が証言拒絶権の対象になるかどうかが決せられるという考え方は、「証言拒絶権の本質と調和しない」とするが⁽²²⁾、筆者にはむしろこうした説の方が説得的であるように思われる。また重ねて引用すれば、後にもふれる読売新聞記者の同様の取材源の証言拒絶に関する東京高裁決定⁽²³⁾も以上の見解と軌を一にして、「確かに、公正な裁判の実現は、極めて重要な社会的価値であり、憲法上も裁判を受ける基本的権利を持つことが定められている（憲法32条）けれども、他方で報道の自由、取材の自由も憲法的な保護を受ける権利として認められている（憲法21条）ところであって、前者が絶対的な価値を持つものではない。両者の調和をどのようにとるかは、すぐれて立法政策上の問題というべきものである。そして民訴法197条1項3号が、職業の秘密につ

いて証言拒絶権を認めていること自体が示しているように、民事裁判手続においては職業の秘密の保護を重視し、その限りでは真実発見が犠牲にされ、証言を求める側の裁判を受ける権利が制限されているというべきである」としているが、民訴法197条1項3号の意義はこのようなものとして理解すべきであろう。

新潟地裁決定はしかし、上述のように公正な裁判の実現という要請による職業の秘密の制約を当然のこととし、その制約の程度の具体的決定に当たっては、一方に事件の重要性和証拠の必要性を置き、他方に取材源の公表が将来の取材に及ぼす影響の程度、およびこれに関連する報道の自由を置いて、両者を比較衡量すべきであると説くのである。ただ前者のうちの証拠の必要性をとくに取り上げ、他の証拠調べ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初めて証言の必要性＝証言拒絶権の否認は肯定されるべきであるとしているところからみると、比較衡量は表面上の文言にもかかわらず、実際には、2つの要素をイーブンとして行うのではなく、取材源の秘匿による利益を基本として行うべきことを示唆しているようにもみえ、事実、決定の結論はそうした方向に進んでいるのである。

すなわち新潟地裁決定は改めて、NHK記者が証言を拒絶した取材源は民訴法197条1項3号の「職業の秘密」に該当することを認定したうえで、NHK記者の証人尋問によって、取材源、情報源が国税庁の税務官であることを特定することが、他の証拠との関係で、原告らの主張事実の立証のためにほとんど必須のものであるのかは不明確であることなどをのべて、原告らの主張事実立証のためにNHK記者に証言を求めている事項が、ほとんど必須のものであると判断できるものではないと結論する。要するにすぐ上にのべたように、もっぱら、比較衡量要素の1つである証拠の必要性は、きわめて限られた場合にのみ認められるとの理解を前面に押し出し、NHK記者の取材源の証言がこのきわめて限られた場合＝他の証拠調べ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該当するかどうか不明確であることを主たる理由として、本件証言拒絶は理由があるとするのである。比較衡量を説く割には諸要素の丹念な比較は行われず、もっぱら1要素のみに力点が置かれている観があり、実質的には職業の秘密については証言拒絶を認めるのが原則であり、それを否認するのは例外であるとする立場に近いのではないかとも思われるが、こうした新潟地裁の決定に対して抗告がなされ、平成18年3月17日、この原則と例外の関係を明確にのべた東京高等裁判所の判断が示された⁽²⁴⁾。

結論からいうと、筆者はNHK記者証言拒絶事件3決定のうちではこの高裁決定を最も評価するが、それは、「職業の秘密」について、先例⁽²⁵⁾を引用して、「その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいうと解すべきである」とした後、先ず、「報道機関の取材活動は、民主主義社会の存立に不可欠な国民の『知る権利』に奉仕する報道の自由を実質的に保障するための前提となる活動であり、取材した相手方（取材源）が秘匿されなければ、報道機関と取材源との信頼関係が失われる結果、報道機関のその後の取材活動が不可能ないし著しく困難になる性質を有するという意味で、取材源は、民訴法197条1項3号の『職業の秘密』に該当し、原則として、これを秘匿するための証言拒絶は理由があると解するのが相当である」という。

ここでは取材源の秘匿が報道の自由の実質的保障に通じ、そのことによってつまるところ国民の利益につながる（「知る権利」に奉仕する）ことになるという、新潟地裁決定でははっきりとはのべられなかった視点が明確に打ち出されている。報道の自由や「知る権利」の具体的意義については意見が分かれるところがあるにせよ、取材源の秘匿の意義の理解としては、現在ではこうした理解が妥当であるし、また必要でもあろう。

東京高裁決定はこのように取材源の秘匿の価値の重要性を指摘したうえで、それを受けて、こうした取材源の秘匿の意義にかんがみると、それに匹敵する

以上の社会的公共的な利益が害されるような「特段の事情」が認められない限り、取材源秘匿のための証言拒絶は許されるというべきであるとする。このところで新潟地裁決定は前述のように、取材源の秘匿も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と当然のようにいうのであるが、東京高裁決定はこうした取材源の秘匿の利益と公正な裁判の実現の利益をイーブンなものとして対置するかのような態度をとらず、社会的公共的な利益が害される例外的な「特段の事情」が認められない限り、制約は認められないとして、基本的には取材源の秘匿の利益の重視が原則とされるべきことを明言するのである。「特段の事情」がいかなるものか、高裁決定は言及していないが、それは字義どおりにとれば、単なる訴訟当事者の個別利益を超えた利益、すなわちその訴訟の帰趨に社会的公共的な意義が認められたり、今後の国民・住民の福祉に大きく関わるものがあるときみなされるような場合ということになるであろう。しかし通常個別当事者の利益を争う民事訴訟が、しかもその際ある情報源を特定することが、こうした社会的公共的な利益につながることはまず想定されないから、結局東京高裁決定のいう「特段の事情」が存在するケースは、あったとしても、稀なケースということになり、実質的には取材源の秘匿の保障はほぼ絶対的ということになるであろう。

ただこうした判断からすれば、当然次の作業は例外的な「特段の事情」が存在するか否かの検討になるものと思われるのであるが、東京高裁はそうはせず、「当該取材源の公表を強制することにより報道機関の被る不利益と、当該証言によって実現される裁判を受ける権利とを比較考量して、報道機関の取材源秘匿のための証言拒絶が許されるか否かを決するのが相当である」とする。すなわち通常と比較衡量論に戻っているのであるが、筆者はこの点にはいささか疑問を感じざるを得ない。なぜならこうした比較衡量論は、新潟地裁決定の場合のように、取材源の秘匿の利益も公正な裁判の実現という利益によって制約されることがあるという立場からスタートする場合によくマッチするのであって（ただし筆者がこうしたスタートに賛成しないことについては上にのべ

た)、東京高裁決定のように、「特段の事情」がない限り、取材源の秘匿の利益が重要視されるという異なる立場からスタートしながら、簡単に新潟地裁と同様の比較衡量論を採ることは、原則として取材源の秘匿の利益が重視されるというスタート時の立場をむしろ自ら否定することになりかねないのである。

もちろん表現の自由も公共の福祉を損なう危険がある場合には、必要かつ合理的な範囲で制限を受けるとし、こうした必要かつ合理的な制限として当該制限が肯認されるかどうかは表現の自由の重要性とその行使によって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性等を比較衡量して決せられるべきであるとする判例もあるが(泉佐野市民会館事件⁽²⁶⁾)、本件のように元々一方の利益を重視し、他の利益はきわめて限られた場合にのみ考慮されるとして、原則と例外という位置づけをしながら、こうしたあたかも両者をイーブンとするかのような比較衡量論を説くことは適当ではないであろう。ここはもっぱら端的に例外的な「特段の事情」が存在するか否かを探ることに徹すべきではなかったろうか。前述のように筆者は東京高裁決定を3決定のうちでは最も評価するものの、このような意味でそれにもやはり疑問が残る部分があることをのべておきたい。

具体的判断としては、東京高裁は、「本件基本事件は、米国アリゾナ州地区連邦地方裁判所に提起されたアメリカ合衆国を被告とする原告人らの企業及びその役員としての損害賠償請求を目的とする訴訟であって、本件共助事件である相手方に対する証拠調手続が基本事件の事実審理(trial)の前段階のディスカバリー手続の一手段として原審裁判所が受託証人尋問機関の役割において実施する手続にとどまるものであることに徴すると、基本事件に係る原告人らの裁判を受ける権利……が当該証言が得られないことによって受ける影響としては(原告人らは本件証言が基本事件の要証事実に強い関連性を有し、事実解明に必須であって、本件証言拒絶による原告人らの裁判を受ける権利に対する具体的侵害が明らかであると主張している一筆者)、当該証言拒絶に係る取材源の秘匿によって保障される報道機関の取材活動の持つ民主主義社会における

価値に勝るとも劣らないような社会的公共的な利益の侵害が生じるものであるとまで認めることは困難といわざるを得ず」として、本件がNHK記者において証言拒絶をすることが許されない「特段の事情」がある場合に該当するということとはできないというが、その趣旨は要するに基本事件は損害賠償請求というふつうの民事訴訟であり、問題になっているのはその訴訟の事実審理の前段階の一手続にすぎないものであって、そうした事情の下での取材源の証言には社会的公共的な利益に関わるものは何も存在しないというに等しく、だとすれば、ことごとしく比較衡量を説く必要もないであろう。要するに社会的公共的な利益の達成をはかるため記者の証言拒絶権を否認すべき「特段の事情」は見出せないとすればそれで充分であり、そこに比較衡量論を持ち込む必要はないし、余地もないのである。

以上の2つの決定と比較してみると、最高裁決定は形式的にはどちらかといえば新潟地裁決定に近いが、実質的には東京高裁決定とも共通するところをもっていると評価されよう。

最高裁決定は冒頭東京高裁決定と同様に、『『職業の秘密』とは、その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいうと解される』とするが、直ちに語を継いで、「もっとも、ある秘密が上記の意味での職業の秘密に当たる場合においても、そのことから直ちに証言拒絶が認められるものではなく、そのうち保護に値する秘密についてのみ証言拒絶が認められると解すべきである」という。こう書くと、「保護に値する秘密」とは単に当事者が主観的に秘密と主張するだけでは足りず、客観的にも秘密として保護されるべきことが認められるものを指しているように受け取られるが、最高裁決定のいう、「保護に値する秘密」とは決してそのような意味ではない。それは、「保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられるというべきである」といわれるように、これまでのべてきた2つの対置される利益のうち、取材源の秘匿のそれが大である場合にの

み、そうした秘密の保護（取材源の秘匿）が認められるとの謂なのである。

こうして最高裁は2つの利益を等価値的なものとして比較衡量し、証言拒絶権が認められるケースかどうか決すべきであるとしているようにみえる。そして実際にも、「当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、当該報道の内容、性質、その持つ社会的意義・価値、当該取材の態様、将来における同種の取材活動が妨げられることによって生じる不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、その持つ社会的な意義・価値、当該民事事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべきことになる」として、比較されるべき利益の具体的内容を等価値的に並列する。それぞれの利益の具体的内容ははるかに詳しくなっているとはいえ、ここまでの流れは原々審新潟地裁決定と同じといってよいであろう。

ところが最高裁はこのように等価値的な比較を説くようにみせかけながら、次に、東京高裁同様、博多駅事件最高裁大法廷決定を引用して、報道機関の報道の自由が思想の表明の自由と並んで表現の自由を規定した憲法21条の保護の下にあることはいうまでもなく、また報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も十分に尊重に値するものといわなければならないとしたうえで、「取材の自由の持つ上記のような意義に照らして考えれば、取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有するものというべきである。そうすると、当該報道が公共の利益に関するものであって、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができる」というのである。

すなわちいろいろな条件が付されてはいるが、取材源の秘密は国民の知る権利に奉仕する取材の自由の確保のため重要な社会的価値を有するものであるから、格別の事情がない限り（「格別」という言葉が直接用いられているわけではないが、文章のニュアンスとしてはそのように読める）、取材源に係る証言の拒絶は認められるとしているのである。ここにおいて最高裁決定は取材源については職業の秘密として原則的には証言を拒絶することができ、ただ例外的にのみ否定し得るとしているように見え、東京高裁決定と実質的にはかなり近い立場であるように窺われるのである。換言すれば、両者とも一応比較衡量論を展開しているが、それは取えていえば、かなり形式的にそうされているのであって、実際には職業の秘密については原則証言拒絶権が認められ、例外的な事情がある場合にのみ、それは否認されるとする点では共通しているようにみえるのである。

ただ例外的な事情について東京高裁が「特段の事情」という文言を明示するのに対し、最高裁決定は上記のように、「当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要であるといった事情」といって、「事情」にことさらな形容詞をつけていないことと、東京高裁決定は先ず原則と例外という把握を打ち出し、その後比較衡量論をのべるのに対し、最高裁決定は最初に比較衡量論をのべ、その後原則と例外とするかのような判断をのべるという行論において、両者は異なっている。

先にのべたように2つの決定とも、等価値的な比較衡量論を説いている部分と、原則と例外の関係を説いている部分がよくマッチしていない印象を受けるが、そもそも職業の秘密についての証言拒絶権を認める利益とその他の利益のバランスを経て民訴法197条1項3号が設けられたのであり、「職業の秘密」に該当するかどうかを判断すれば充分であるという筆者の立場からすれば、最初に職業の秘密を理由とする証言拒絶権の保障が原則であって、例外的

にそれを否認するには「特段の事情」の存在が必要であるとしている東京高裁決定の方がまだしも妥当であるように思われ、先にのべたように、NHK記者証言拒絶事件3決定のなかではこうした東京高裁決定を最も評価するのである。

再び最高裁決定に戻ると、結局同決定は、本件NHK報道は公共の利害に関する報道であることは明らかであり、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるようなものであるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情は窺われず、他方基本事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるかどうかは明らかではなく、また、公正な裁判を実現するために当該取材源に係る証言を得ることが必要不可欠であるといった事情も認めることはできないとして、NHK記者の本件証言拒絶には正当な理由があるとする。結論自体は妥当と考えるが、繰り返していえば、等価値的な比較衡量論からスタートしている点において、筆者はこの最高裁決定の趣旨にはそれほど賛成できないのである。

なお次にみる読売新聞記者証言拒絶事件東京地裁決定⁽²⁷⁾の無名判批は、民訴法197条1項3号の「職業の秘密」についての筆者のような理解を「定型的判断説」(利益衡量否定説)といい、「職業の秘密」として証言拒絶権が認められるかどうかは、秘密保護の必要性和事件の公益性や公正な裁判の実現という利益との相関関係によって判断されるという対立する理解を「利益衡量説」といいつつ、後者において取材源秘匿によって得られる利益を重視すれば、前者との差異はほとんどないであろうとしている。事実、上にみたように、結果はまさにそうなっているのであるが、それはつまるところ、記者の取材源証言拒絶事件において比較衡量論に拠ることに余り実質的意義はないことを示すものであろう。

最初にのべたように本件NHK報道と同趣旨の報道は同時期多くの他の報道機関によってもなされたため、それらの他の報道機関の記者についても、本件と同じ証人尋問の嘱託がかなりの数なされ、これまた本件同様の証言拒絶がな

された結果、そのことに正当な理由があるか否かについて判断した決定は本件3決定の他にもいくつかある。最後にそのうちのすぐ上にふれた読売新聞記者証言拒絶事件に関する平成18年3月14日の東京地裁決定と、すでに若干ふれた平成18年6月14日の同事件の東京高裁決定を簡単に紹介して、以上のNHK記者証言拒絶事件の3決定の検討に付け加えることにしよう。

東京地裁決定は相当に詳細であり、かつ、いくつかの興味ある判断を示している。同決定は取材源の秘匿、ひいては取材の自由の報道の自由の保障のための重要性を強調しつつ、他方では取材の自由も、もとより何らの制約を受けないものではなく、公正な裁判の実現という憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受けることのあることも否定することができないという。ここまですでにNHK記者証言拒絶事件新潟地裁決定と同様の等価値的な比較衡量論を展開するものと予想されるが、東京地裁決定は、こうした公正な裁判の実現の要請による取材の自由の制約と、その制約が必要か否かの比較衡量による決定は、とくに、実体的真実の発見が強く要請される刑事裁判において生じ得るとし、民事訴訟においてはそれとは別途考えるべきであるとする。

その理由と、民事訴訟における取材源の秘匿についての同決定の結論を少々長くなるが、原文をそのまま引用して説明すると、「民事訴訟は私法上の権利の行使、確定等を目的として行われるものであり、その手続も、処分権主義及び弁論主義のもとで手続が進められる。すなわち、申立ての範囲の確認及びそれを根拠付ける事実の提出は当事者の責任とされており、申立てを根拠付ける事実も当事者の弁論及び両当事者が提出した証拠に基づいてその存在が確定される。このような民事裁判の目的及び手続に照らすと、民事訴訟においては、刑事訴訟における程実体的真実の発見が強く要請されているとはいいがたいと考えられる。他方、報道の自由が憲法21条の保障を受け、そのための取材の自由も十分に尊重に値することは既に説示したとおりであり、また、新聞記者がその記事の取材源を開示すべきものとされた場合には、その活動に顕著な悪影響を被り、十分な情報を収集をすることができなくなる結果、報道機関によ

る自由な報道も阻害されると予想されることも既に説示したとおりである。これに加えて、取材源についての質問に対する証言拒絶の可否に関する判断基準は、直接的には、新聞記者により証言拒絶権が行使された場合に、その当否についての裁判をするに際しての裁判規範として機能するものであるが、間接的には、取材を行う際の新聞記者及び取材を受ける者それぞれの行為規範としての機能をも持ち得るものと考えられるから、可能な限り事前に予測可能な明確な基準であることが望ましいというべきである。以上に説示した民事訴訟の目的及び手続、並びに、新聞記者に取材源の開示を強制した場合に憲法で保障された報道の自由に生じるであろう悪影響等の諸点を考慮すると、民事訴訟においては、新聞記者に対してその取材源を尋ねる質問は、原則としてすべて民事訴訟法197条1項3号に規定する『職業の秘密に関する事項』に当たり、そのような悪影響を考慮してもなお取材源の開示を求めるのもやむえない特別の事情のある場合にのみ、これに対する証言を求めることができるものと解するのが相当である」(傍点筆者)ということである。

ここではNHK記者証言拒絶事件東京高裁決定と同様に、原則として、新聞記者に対する取材源の尋問は認められず、例外的に、「特別の事情」がある場合にのみ証言を求めることができるとされているが、それとともに注目すべきは、その根拠の1つとして、取材源についての質問に対する証言拒絶の可否に関する判断基準は、直接的には、裁判規範として機能するものであるとしても、間接的には、取材を行う際の新聞記者および取材を受ける者それぞれの行為規範としての機能をもち得るものと考えられるとされていることである。これはNHK記者証言拒絶事件3決定にはみられない指摘であるが、確かに取材源の秘匿がどの程度認められるのか、その判断基準が明確でなければ、取材する側の取材活動にも、取材相手の取材者への情報の開示にも萎縮効果をもたらし、取材の自由、報道の自由が損なわれるおそれがあるから、これは正当で重要な指摘である(学説としては、伊藤真教授の同旨の指摘があることについては前述した)。

ただ「特別の事情」という場合、ふつうに考えれば、基本事件を適切に処理するため、より一般的に言えば、公正な裁判の実現のため、とくに取材源を明らかにする必要がある場合の意と解しがちであるが、東京地裁決定がいつているのはそうした基本事件や公正な裁判の実現にまつわる「特別の事情」ではなく、むしろ取材源そのものに関わる「特別の事情」である。

具体的にいうと、日本の政府職員や弁護士、あるいは公認会計士が情報源である場合は、それらの者が職務上取得した情報を記者に開示した行為は国家公務員法、法人税法、弁護士法、公認会計士法等の規定に違反する可能性が高く、このような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蔽に加担し、これを奨励するに等しい行為であるから、このようなケースでは取材源についての証言拒絶権を否認すべき「特別の事情」が存在するとされているのである。要するに取材源が法令により守秘義務を課されている者である場合は、例外的に取材源についての証言拒絶権を否認すべき「特別の事情」があるものとみなされるというわけである。しかしこれは記者に秘密漏えい罪についての告発義務、捜査当局への協力義務を課すに等しく、こうした義務を課されては記者の取材活動は当然大きく制限されることになるであろう。取材活動の自由、ひいては報道の自由を確保するには、適法な取材活動に応じた公務員、弁護士、公認会計士等の記者への情報開示という行為の摘発やその違法性は別途当局が遂行、主張すべき事柄と考えるべきであろう。

東京地裁決定が証言拒絶権が否認される「特別の事情」があるとする第2のケースは、取材源自身が開示に同意している場合である。確かにこうした同意が明示的に記者本人に伝達されたとすれば、取材源について証言しても今後の取材活動についてダメージを受けることはないとは通常は考えられるが、その場合でも同意した取材源自身がどの程度開示の自らへの影響を認識しているのか、同意が真に自発的、具体的になされたものであるのか、あるいは将来の取材活動の妨げになるような事情は本当に存在しないか等を考慮して、記者自身

が最終的に判断できる余地を残しておくべきではなかろうか。東京地裁決定が取材源自身が開示に同意しているため、その開示を求めるのもやむを得ない「特別の事情」がある場合に当たるとする質問は、基本事件原告が取材源であるかを問う質問である。つまりこのうち個人である原告（基本事件の原告は個人と法人計6名からなっている）が取材源であるか否かを尋ねる部分に関しては、これらの者達は証人にこれらの質問への証言を求めることにより、自己が本件記事の情報源である場合には、証人がその旨を開示することに、少なくとも黙示的に、同意していると解することができるとし、したがってこの質問に対する証言拒絶は理由がないとするのである。しかし明示的に記者本人に伝達されたわけでもない原告らの同意（それも推定による同意）をもって、証言拒絶権を否認することには無理があるし、またこうした理由で証言拒絶権の否認を重ねれば、結局取材源の特定にもつながりかねないことになるから、こうした東京地裁の判断にも賛成することはできない。

その他に東京地裁は取材源の数や、証人がその情報源を信頼できると考えた理由等を問う質問等は、いずれもそれ自体では取材源について尋ねるものとはいえず、それに答えることが直ちに取材源の公表につながるものといえないとして、証言拒絶には理由がないとするが、これらの質問に答えることも取材源を探り、絞り込むのに役立つことは当然あり得るから、やはりこのような東京地裁の判断にも賛成することはできない。

繰り返していえば、「特別の事情」の存否を、基本事件の適切な処理や公正な裁判の実現の必要との関連ではなく、むしろ取材源自体に関わる事情との関連で検討していることが、そもそも妥当性を欠き、そのことがまた賛成できない証言拒絶権の否認につながっているのである。

一方この事件の記者側による抗告に対する東京高裁の決定は、こうした東京地裁の判断を全面的に覆している。

この東京高裁決定は、報道の自由が意思表示の自由と並んで表現の自由を規定した憲法21条の下にあることと、取材の自由もこうした報道の自由の不可

欠の前提として憲法21条の下で十分保護すべきものといわなければならないことを先ずのべ、したがって取材活動が公権力の介入から自由でなければならず、報道機関と情報提供者との信頼関係が十分に確保されなければならないとして、取材源の秘匿が必要である所以を説くが、さらに取材源の秘匿が要請されるもう1つの理由として、国家機関による公権力行使に対する監視も報道機関の重要な役割の1つであり、取材源の秘匿が認められなければ、この機能もまた十分に果たすことができなくなるおそれがあることを挙げている。

前者の指摘はこれまでみたように、各決定にほぼ共通してみられるものであるが、後者の指摘はこれまでの各決定にはみられないものであり、それなりに意義のある指摘というべきであろう。

しかしこの読売新聞記者証言拒絶事件東京高裁決定の最大の特徴は前にものべたように、いわゆる「定型的判断説」(利益衡量否定説)を採っていて、他の決定のように、比較衡量論を展開していないことである。その内容については先に紹介したので、ここでは省略するが、要するに民訴法197条1項3号からすれば、民事裁判手続においては職業の秘密の保護が重視され、その限りでは真実発見が犠牲にされ、証言を求める側の裁判を受ける権利が制限されていると捉えるべきであるとするのである。

こうした東京高裁の理解が筆者のそれでもあることもすでにのべたが、東京高裁は以上のような立場に基づき、情報漏えいが刑罰法令に触れる場合の質問については、「取材源秘匿によって守られるべきは前記のとおり、公衆に対する自由な情報流通を確保するという公共的な利益なのであるから、取材源が刑罰法令に触れることがあったとしても、そのことから直ちに取材源を秘匿する必要がないということとはできない。たとえ取材源に刑罰法令違反行為を犯した者がいたとしても、取材源秘匿はその者の利益のためになされるわけではないから、その取材源秘匿が許されないというべきではないのである」として、東京地裁の判断を取り消す。

また基本事件原告のうち個人については、少なくとも黙示的には取材源自体

が開示に同意しているとして、東京地裁が証言拒絶には正当な理由がないとした判断部分についても、取材された者自身が抗告人の黙否の義務を免除しているわけではなく、さらに、自らが取材源であると認めているわけでもないから、取材源について証言することは結果として取材源の特定に資することになるとして、それも取り消す。

取材源の数や取材源を信頼できると考えた理由を問う質問についても、「取材源の秘匿のための証言拒絶には原則として理由があると解する以上、その実効を期するためには、取材源を直接尋ねる質問のみならず、間接的にその特定に資する質問一般に対しても証言を拒絶することができると解するのが相当である」として、これらの質問等も、様々な角度からの質問を重ね、その証言を得ることによって取材源が特定されることは十分に考えられるところであるとして、東京地裁の判断を取り消す。

その理由についてはこれまでののべたところでふれ、あるいは示唆しているので繰り返さないが、結局筆者はNHK記者証言拒絶事件では東京高裁の決定を最も評価するものの、全体のなかではこの読売新聞記者証言拒絶事件東京高裁決定が最も妥当と考えている。

なおこの決定についても特別抗告等がなされたが、すでにそれを棄却する旨の最高裁の決定がなされている⁽²⁸⁾。

註

- (17) 最大判昭和27・8・6 刑集6巻8号974頁。
- (18) 札幌高決昭和54・8・31判時937号16頁。
- (19) 最決平成18・10・3 民集60巻8号2647頁。
- (20) 新潟地決平成17・10・11判タ1205号118頁。
- (21) 最大決昭和44・11・26刑集23巻11号1490頁。
- (22) 伊藤真・民事訴訟法(第3版3訂版) 349～350頁。
- (23) 東京高決平成18・6・14判時1939号28頁。
- (24) 東京高決平成18・3・17判時1939号23頁。
- (25) 最決平成12・3・10民集54巻3号1073頁。

- (26) 最判平成7・3・7民集49巻3号687頁。
- (27) 東京地決平成18・3・14判時1926号42頁。
- (28) その他の関連判例として筆者は月刊テームス編集長に係る東京地決平成18・5・22判タ1220号246頁（(26)と同じ裁判官による決定）と共同通信記者に係る東京高決平成18・10・19判例集未登載をみたが、本文でのべたことに付け加えるようなことはとくにのべられていない。なお文献としては曾我部真裕「取材源に係る証言拒絶と取材の自由」（平成18年度重判解20頁）がある。

VI-4 公立図書館司書図書廃棄事件

表題の事件は周知のように千葉県船橋市西図書館に勤務していた司書が、同図書館所蔵の図書のうち107冊を、船橋市図書館資料除籍基準に該当しないにもかかわらず、蔵書リストから除籍して廃棄（以下両者を合わせて原則として単に「廃棄」という）したことにつき（ただし司書は、自らが廃棄を行ったとの明確な記憶はなく、また廃棄の対象となった107冊のなかには、除籍基準に該当するものがあつたと考えられると主張している）、司書と船橋市に対し廃棄された図書の著者らから損害賠償が請求されたものである。

すなわち、廃棄された図書107冊は、原告ら新しい歴史教科書をつくる会およびその会員ないし賛同者の著書が中心であつたが、司書はこの会やこれに賛同する者、およびその著書に対する否定的評価と反感から、廃棄に及んだものであり、こうした行為により著者としての権利、利益を侵害されて精神的苦痛を受けた旨主張して、原告らが司書に対しては不法行為に基づき、船橋市に対しては国家賠償法に基づき、慰謝料の支払いを求めたのが本事件である。

こうした廃棄が明らかになった経緯や、その後廃棄された図書のほとんどは図書館を管轄する市教育委員会（以下単に「市教委」という）の職員らによる寄付という形で再び収蔵されるにいたったことなども判決ではふれられているが、それらは事案の検討とは直接は関係ないので省略して、上にのべた事実から窺われる本件の争点のみを指摘すれば、廃棄を行ったのは真に司書であるか

否かということと、廃棄行為は原告らとの関係で違法なものといえるかどうかという2点である。

ただ前者については1審が、司書が市教委による事情聴取に対して本件廃棄行為を行ったことを自認し、また、その旨の上申書を書いて署名・押印したりしたことなどが認められることをのべて、本件廃棄は原告らを嫌悪していた司書が単独で行ったものと認めるのが相当であるとし、この認定はその後も維持されているので、ここではこの点についてはこれ以上はふれずに、もっぱら第2の争点、それもこの争点に関わって主張される憲法論を中心に判決をみていくことにしよう。

司書が船橋市図書館資料除籍基準を無視して自らの主観的判断で図書館の蔵書を廃棄した行為が、船橋市に対する関係で違法となることは明らかであるが(市教委は司書について6か月間減給10分の1とする懲戒処分を行った)、しかし原告らに対する関係でも違法となるかは原告らの著書が図書館に収蔵されることによって、原告らに何らかの法的権利ないし法的保護に値する利益が発生・存在することになると判断されるか否かにかかっている。

このことに関し原告らは、自らには、憲法19条により一般に内心の思想に基づいて公権力から不利益を課されないという憲法上の権利があり、そのコローリーとして、「表現行為としての著書に対する図書館利用者からの反応・反響を通して自らの思想・信条を省み、あるいは深化させる機会を公権力によって妨げられない権利」があること、公権力による妨害や制約によって著者の表現行為および読者の知る権利が阻害されないという「表現の自由」の保護の本来の趣旨、および、公立図書館が、思想・信条の主体である国民(送り手)が対外的に表現した著作物を同じく思想・信条の主体である国民(受け手)へ伝達するために存在し、「公の表現の場」たる役割を果たす義務があることからすると、現代社会においては、伝統的な旧来の表現の自由が保障されるにとどまるだけではなく、憲法21条により保障される表現の自由(公表権)の内容として、「表現を公表する方法の1つである図書館内で公正な閲覧に供される利益

を不当に奪われない権利」、および、「公立図書館で購入された著書を適正・公正に（他の思想を表す著作と差別されることなく平等に）閲覧に供され保管・管理される権利」があるというべきこと（したがって、一旦、公立図書館において利用者に広く閲覧される状態となった書籍の著者は、他の書籍から差別されずに、かつ自己の書籍を不当に除籍されず図書館利用者への思想・表現等情報伝達を妨害されない具体的法的保護を受け得る地位を得たというべきこと）、その他、自らの表現活動や著書の内容について、憲法13条の保障する個人の尊重原理と幸福追求権、憲法14条の保障する平等権、憲法23条の保障する学問の自由等による保護も受けることを主張している。

つまり原告らは、司書の廃棄行為によってこれらの権利や利益が違法に侵害され、精神的被害を被ったとして、損害賠償を請求するのであるが、1審と2審はこうした主張を全面的に退け、請求を棄却している。

1審判決⁽²⁹⁾は先ず、憲法19条は、人間の内心領域における自由権を保障したものであるから、同条による保護は、人間の精神活動が外部に対して表現するにはいたらない範囲の領域で成立するものであるところ、原告らが憲法19条によって自らに保障されると主張する、図書館利用者からの反応などを通して自らの思想・信条を省み、深化させる機会を妨げられない権利というものは、人間の精神活動が外部に対し発表された後に観念し得るものであって、同条による保護の範囲に含まれるものではないことは明らかであるとする。確かにここで原告らが主張する利益は、通常は表現の自由の保障がもたらす利益として言及されるから、当該利益は憲法19条とは関わりないとの判断はそれなりに首肯できよう。

次いで1審は原告らの主張の中核と思われる憲法21条違反との主張について検討するが、これについても、ある地方自治体の図書館において、ある著者の執筆した書籍を購入し、一般市民の閲覧に供せられることになったとしても、それは、当該図書館がたまたまその書籍を購入して閲覧に供することを決定したことによって生じた事実上の利益にすぎないものであって、その著者が

当該図書館またはこれを設置している地方自治体等に対して、その著書の購入を要求する権利を有していたからではないことや、船橋市図書館資料除籍基準は、船橋市が図書館の職員に対して図書管理上の義務を課すものではあっても、船橋市自身や図書館の職員に、図書館において保管・管理している書籍の著者との関係で何らかの法的義務を負わせたり、その著者に対して何らかの権利を付与したりするものではなく、したがって、船橋市の設置する図書館において、仮に、その除籍基準に違反して図書などの資料が廃棄されたりした場合には、そのような行為は船橋市に対する違法行為となり、そうした行為をした職員は船橋市によって懲戒処分がなされる可能性はあるとしても、廃棄された書籍の著者との関係において、直ちに違法として法的責任を追及されたりすることにはならないというべきであるとする。

こうして1審判決は、「結局、原告らが本件除籍等（1審判決は除籍と廃棄を合わせてこのように表現している一筆者）により侵害されたと主張する原告らの表現の自由ないしはそこから派生する権利や法的利益は、いずれも、被告船橋市の図書館が、その自由裁量に基づいて自らの責任と判断で原告らの書籍を購入し、市民の閲覧に供することとしたことによって反射的に生じる事実上の利益にすぎないものであって、法的に保護された権利や利益ということではできない。したがって、本件除籍等により原告らがこれらの事実上の利益を失ったとしても、何ら違法ということではできないから、原告らのこれらの主張は理由がない」として、原告らの主張の中心である憲法21条違反の主張も退ける。

さらに憲法13条、14条、23条違反の主張についても、これらの主張はいずれも主張自体抽象的なものにとどまり、個別具体的な内容を有するものではないばかりでなく、結局上記の憲法19条あるいは21条違反のところで主張している権利や法的利益をいい換えたものにすぎないと認められ、また本件廃棄行為は司書の個人的な行為であって、船橋市の組織的な行為ではないことなどの事情を考慮すると、憲法13条、14条、23条違反の主張は、その余の点について判断するまでもなく、理由がないというべきであるとする。

その他の著作権法によって保護されている著作者人格権ないし著作者の人格権、あるいは、名誉や名誉感情の侵害の主張も1審判決はすべて退ける。

端的に言えば、著書が図書館に所蔵され、一般読者等の閲覧に供せられることは、著者にとっては確かに、その思想や信条などの表現行為が広く社会の構成員である市民に知られ、理解される機会を得ることであり、重要な表現伝達の手段であるといえることができるが、そもそも所蔵する図書を選定し、実際に所蔵するのはもっぱら図書館の権利であり、その自由裁量に委ねられているのであるから、一般読者等の閲覧に供されることによって得られる上記の著者の利益はあくまでも図書館の選定、所蔵に伴う利益＝反射的利益ないし事実上の利益にすぎないのであって、その選定についてはもちろん、所蔵後の著書の取扱いについても、著者は何ら法的権利ないし利益をもつものではないとするのが、1審判決の基本的態度である。

2審判決⁽³⁰⁾も、「控訴人ら著作者らは、自らの著作物を図書館がその蔵書書籍として購入することを法的に請求することができる地位にあるものとまでは解されないし、控訴人らの著作物が図書館に購入された場合でも、当該図書館ないし公務員に対し、その所蔵書籍として閲覧に供する方法については、著作権ないし著作者人格権等の侵害を伴う場合は格別、それ以外には、法律上何らかの具体的な請求ができる地位に立つまでの関係には至らないと解されるものである。したがって、その購入された書籍の閲覧に供する方法に不適切な点があったとしても、そのことをもって、直ちに控訴人らの法的権利ないし法的保護に値する利益の侵害があったといえないことは明らかである」として1審判決とほぼ軌を一にする。

このように、一般の読者の閲覧に供する図書の選定や所蔵が図書館の自由裁量に委ねられている以上、選定・所蔵前はもちろんのこと、選定・所蔵後も著者は選定・所蔵されるにいたった自らの著書の取扱いにつき、何ら法的権利や利益を図書館やその職員に対して主張することはできないと割り切ることは、確かに一つの考え方である。あるいはむしろそうした判断の方が旧来の法的思

考法にはなじむ判断というべきかもしれない。しかし他面では、選定・所蔵前はともかく、一旦選定・所蔵されて一般読者の閲覧に供されるにいたった段階では、著者はその選定・所蔵された自らの著書の取扱いにつき、すべての局面においてではなくても、一定の局面では何らかの権利、利益の主張することができるのではないか、つまり選定・所蔵の前と後を分けて捉えるという判断方法も考えられるのではないかという疑問もあり得ないわけではないと思われる。選定・所蔵された著書の閲覧に供する方法等の取扱いが不当であり、そこに明らかな故意や重大な過失がみられる場合でも、それは図書館の内部問題、あるいは図書館と実際にそうした不当な取扱いをした職員との間の問題であって、著者自身はあくまでも第3者ととどまり、そうした不当な取扱いについては何ら法的な関わりをもつものではないとすることは、著書に込めた著者の情熱や努力、あるいは想いを考えれば、いささか単純すぎるのではないかとの疑問が感じられても不思議ではないのである。

最高裁はおそらくそうした疑問をも込めて判断し、1・2審とは異なる結論を示している（なお2審判決については控訴人＝原告らから上告と上告受理申立てがなされ、上告は棄却、上告受理申立てについては船橋市に関する部分についてのみ、上告受理の決定があった。以後にのべる最高裁判決はこの船橋市に対する国家賠償請求訴訟についての判決である）。

判決⁽³¹⁾は2つのパートから成っているが、その第1パートでは、公立図書館の役割や機能等を図書館法や文部科学省告示によって辿り、それが、図書館資料の収集、提供等につき、住民の学習活動等を適切に援助するため、住民の高度化、多様化する要求に十分に配慮することや、住民の要求に応えるため、新刊図書および雑誌の迅速な確保ならびに他の図書館との連携・協力により図書館の機能を十分発揮できる種類および量の資料の整備に努めることであることなどを指摘したうえで、「公立図書館の上記のような役割、機能等に照らせば、公立図書館は、住民に対し思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場ということができ

る。そして、公立図書館の図書館職員は、公立図書館が上記のような役割を果たせるように、独断的な評価や個人的な好みにとらわれることなく、公正に図書館資料を取扱うべき職務上の義務を負うものというべきであり、閲覧に供されている図書について、独断的な評価や個人的な好みによってこれを廃棄することは、図書館職員としての基本的な職務上の義務に反するものといわなければならない」としている。

1、2 審判決も図書館の役割やその職員の職責についていくらかはふれているが、最高裁はここでそれらのことにつきかなり詳細にのべ、とくに公立図書館が、「住民に対し思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場」（傍点筆者）であることを強調している。すなわち最高裁は所蔵され、閲覧に供される図書館資料が含む種々の情報のなかで、とくに「思想、意見」を取り上げることによって、その思想、意見の展開者、すなわち著者も閲覧に関して当事者として関わりをもつこと、および、図書館を「公的な場」と強調することによって、そこで生じる事態は場合によっては単なる図書館内部、あるいは図書館と職員との間の問題にとどまらず、住民はもちろん、著者等の外部の者にも影響が及ぶことがあること、逆にいえば、住民のみならず、選定・所蔵された著書の著者も図書館で生じる事態について利害関係を主張できる場合があると考えられることを示唆するのである（1 審判決も、「現代社会における図書館は、いわゆる国民の知る権利の実効性を確保するための有力な施設の 1 つであると考えられるに至っている。……そして、これを著者の側からみると、その著作が様々の図書館に所蔵され、一般読者等の閲覧に供せられることは、その思想や信条などの表現行為が広く社会の構成員である市民に知られ理解される機会を得ることであり、重要な表現伝達の手段であるということが出来る」とするが、直ちに語を継いで、このことは図書館の存在意義を明らかにするものではあっても、著者の図書館に対する権利を導くようなものではないとしている）。

こうして最高裁は続く第 2 のパートで、「他方、公立図書館が、上記のとお

り、住民に図書館資料を提供するための公的な場であるということは、そこで閲覧に供された図書の著作者にとって、その思想、意見等を公衆に伝達する公的な場でもあるということができる。したがって、公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり、公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるというべきである」とする。

最高裁はこうして先に予めのべたように、公立図書館はそこで閲覧に供されることになった図書の著者にとっても、その思想、意見等を公衆に伝達する公的な場であること、およびこのように公衆に伝達される著者の思想や意見は思想の自由や表現の自由という憲法の保障する基本的人権の保護を受けることを理由に、著者が公立図書館で閲覧に供されている自己の著書により、その思想、意見等を公衆に伝達する利益は法的保護に値する人格的利益であるとするのである。これは、確かに、筆者が上にのべた、一旦公立図書館で選定、所蔵され、公衆の閲覧に供されるにいたった図書が故意または重大な過失により、不公正な取扱いを受けても、著者はそのことについて何ら法的権利ないし利益を主張できないのかという疑問に対する1つの答えの試みではある。

ただそれが完全に納得できる答えであるかという点、必ずしもそうはいえないのではなかろうか。公立図書館が一般に公衆にとってのみならず、そこで閲覧に供される図書の著者にとってもその思想や意見等を伝達する公的な場であ

ると定義しても、そしてそうした定義自体には特段の異議は唱えられないとしても、図書館側の選定・所蔵という一方的な行為によってそうした伝達のチャンスを得たことが、いい換えると図書館側の判断によってそうした公的な場に登場できたことが、どのような理由やプロセスでそのチャンスや登場を不当に妨げられない法的権利ないし利益の発生に結びつくのか、最高裁判決はそのことにつき、やはり十分な説明はしていないように思われるのである。最高裁はおそらくこのように図書館が住民にとってのみならず、そこに著書が選定・所蔵された著者にとっても「公的な場」であるというだけでは依然十分な説明にならないおそれがあると考えてのことであろうが、不当に損なわれた思想、意見等の伝達の利益は、著作者の思想の自由・表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、法的権利ないし利益であると解するのが相当であるとして、自己の立論を補強しようとしているが、当然のことながら、憲法上の基本的人権と関わりをもっているならば、当事者によって主張されている利益が当然に法的権利ないし利益に昇華するというものでもないであろう。

繰り返しのべたように、筆者も最高裁判決と同じ問題意識をもっているし、最高裁が単なる反射的利益論や事実上の利益論にとどまらず、さらに考察を進めようとしていることも、また、そうしていった結論についても、それなりに評価するにやぶさかではないのであるが、法理論としてみた場合、それで説明を完全に尽くしているかといえば、依然疑問が残ることは否めないように思われるのである。しかし、現在のところ筆者にもそれ以上の納得のいく説明の持合わせはないので、ここではただこうした最高裁判決に対する疑問を書きとどめるだけにしておきたい。

なお差戻審⁽³²⁾はこうした最高裁判決に従って、「公立図書館において、その著作物が閲覧に供されることにより、著作者は、その著作物について、合理的な理由なしに不公正な取扱いを受けないという……利益を取得するのであり、この利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当」であると

し（ただし、思想の自由、表現の自由という憲法上の基本的人権についてはふれていない）、こうした利益の侵害につき控訴人らに対し1人当たり3,000円の賠償をなすことを命じ、これについての上告不受理の決定により、この判決が確定して事件は終わった。

註

- (29) 東京地判平成15・9・9民集59巻6号1579頁。
- (30) 東京高判平成16・3・3民集59巻6号1604頁。
- (31) 最判平成17・7・14民集59巻6号1569頁。
- (32) 東京高判平成17・11・24判時1915号29頁。