

刑事訴訟法 281 条の 4 違反被告事件鑑定意見書

君 塚 正 臣

1. はじめに

表現の自由は、自由で民主的な社会の最も基本的な権利であることは疑う余地もない。それは、個人の自己充足を図る本質的手段であり、知識を高め、真理を発見する本質的なプロセスであり、社会の全成員が決定に参加する前提として本質的であるものである¹⁾。人権宣言の花形的地位を占めるものであって、「すべての自由一般の基礎」とも記されることすらある²⁾。あるいは、主観的・個人的な性質が顕著でありながら、他の基本的な諸自由を確保し、より民主主義的な秩序を維持するという、客観的な制度的な目的に仕えているものでもある³⁾。だが、だからこそ、歴史的にも、それが権力に批判的なものであるときには権力者により弾圧されやすいデリケートな基本的人権でもある。このため、このような人権を規制する法令及び政府行為については、裁判所はときにはその盾となるべく、違憲の疑いをもって審査に臨むべきであると考えられる。

しかし、我が国の最高裁判所が、法令そのものを憲法 21 条違反としたことはなく、精神的自由の擁護に対する消極的姿勢には批判が

多かった⁴⁾。だが、近年、この分野でも最高裁判所の姿勢は変わりつつあり、海外からの写真集持込みに関して、その表現としての価値を考慮して無罪とした判決（最判平成 20 年 2 月 19 日刑集 62 卷 2 号 445 頁）や、公務員の政党ビラ配布について過去の事例と区別した無罪の判断（最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁）、暴走族排除を目的とする条例を不明確ゆえ違憲無効とする少数意見などが現れた（広島市暴走族追放条例事件＝最大判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁）ことは、なお発展途上ながら、近代立憲主義を体現し、就中、精神的自由を尊重する日本国憲法の実化という点で望ましい変化であると思うものである。

また、本件では、最高裁には、日本国憲法の要求する刑事手続の適正の観点からも、未だ憲法判断のなされていない条項に関する憲法判断を望みたいところでもある。憲法の要求する刑

1) T・I エマーソン（小林直樹＝横田耕一訳）『表現の自由』1-22 頁（東京大学出版会、1972）。

2) 芦部信喜『憲法学 III』〔増補版〕239 頁（有斐閣、2000）。

3) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』59 頁（東京大学出版会、1988）。

4) 例えば、京王帝都電鉄吉祥寺駅構内ビラ配布事件判決（最判昭和 59 年 12 月 18 日刑集 38 卷 12 号 3026 頁）でも、「憲法 21 条 1 項は、表現の自由を絶対無制限に保障したのではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を是認する」という理由で、有罪判決をごく簡単に下している。奥平同上 1-4 頁が指摘するように、表現権の侵害を「こんなに簡単に片づけていいものかな」という点もさりながら、先例として取り上げる判例と「当面の事案にどんな権威的な関連性があるだろうか」という疑問があり、以前の最高裁の安易さが指摘できる。君塚正臣「判批」阪大法学 41 卷 4 号 501 頁、513-514 頁（1992）も参照。

事手続の「適正」とは何であるかは明文上明白で判例・学説上も確立されているとは言えないが、憲法上許容されない権力行使が観念されることは明らかである。「推定有罪」⁵⁾とも揶揄される日本の刑事司法が、先進近代立憲主義国並みに改善されるためには、まず、適正でない手続を適正でない裁判所が断ずることを第一歩とすべきであるものとする。

意見者は、本刑事訴訟法違反被告事件(以下、本件)について、本件一審の判断(東京地判平成26年3月12日判例集未掲載)⁶⁾及び二審の判断(東京高判平成26年12月12日判例集未掲載)を疑問とするものである。そこでここに、憲法学を専攻する一研究者(横浜国立大学教授)の立場⁷⁾から、鑑定意見書をここに提出するものである。

2. 表現の自由とその司法審査

(1) 表現の自由の優越性

表現の自由は、近代市民革命以来、その核心は、国王などの権力者を批判する言論を行う自由の確保のためにあることは言うまでもない。「秘密」をその保障の核とする「通信」が通常、受信者が特定少数(一般的には1名)であるのと対照的に、「自由」を要素とする「表現」で

5) 様々な冤罪事件でその傾向が浮き彫りにされた。井田良「それでもボクはやってない」野田進=松井茂記編『新・シネマで法学』292頁(有斐閣, 2014)など参照。

6) 弁護人による評釈がある。趙誠峰「判批」季刊刑事弁護79号149頁(2014)。

7) なお筆者は、榎原猛=伊藤公一=中山勲編『新版基礎憲法』87-109頁(法律文化社, 1999)で「精神的自由権」を、君塚正臣=藤井樹也=毛利透『Virtual憲法』159-171頁(悠々社, 2005)で「御奉行様のいない法廷で一法の支配・刑事手続上の権利・国家賠償請求権」、川岸令和ほか『憲法』〔第3版〕215-228頁(青林書院, 2011。本書は第4版改訂作業中である)で「身体的自由権と手続的権利」を執筆しているほか、浅子和美ほか『高等学校新現代社会』(帝国書院, 2013)の共著者でもある。なお、今回の事例に関わる分野の論説、評釈は多数あるが、必要に応じて註において示す。

想定される受信者は不特定多数だと考えられ⁸⁾、両者は区別される。近代立憲主義憲法の系譜に属する日本国憲法21条1項も、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」として、表現の自由を保障する。表現の自由は、自由で民主主義的な社会を支える最も基本的な人権、「代表民主政の政治過程に不可欠な権利」⁹⁾であり、他面、規制がちらつかされるだけで萎縮の効果¹⁰⁾も大きく、ひとたび侵害が生じれば、政治プロセスによる修復が困難であるデリケートな人権である¹¹⁾。このため、これを侵害する法令や政府行為については、政治部門任せではならず、多数派による少数意見の排除と自己の絶対化を図る目的ではないかという疑念、即ち違憲の疑いをもった、慎重で厳密な司法審査が必要である¹²⁾。また、表現活動は、政治的場面以外でも、その討議の中で、真理を発見し、誤りを排除する効用を有するので、その自由は高い水準で保たれる必要がある。最高裁自身も、いわゆる薬事法違憲判決(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)において、「職業の自由は、それ以外

8) 君塚正臣「日本国憲法21条の『表現』と『通信』の間に」関西大学法学論集51巻6号1頁(2002)参照。

9) 芦部信喜『憲法学II』218頁(有斐閣, 1994)。

10) 表現の自由が優越的地位を有することにつき、その理由を萎縮的效果に集約して説明する有力学説がある。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)。

11) 学説により、いかなる根拠を強調するかが微妙に異なるが、結論において表現の自由の優越的地位を導く点では大差がない。君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学16巻1号1頁, 3頁以下(2007)参照。

12) 佐藤幸治『日本国憲法論』254頁(成文堂, 2011)、戸松秀典『憲法』209頁(弘文堂, 2015)、芦部前掲註9)書213頁以下など参照。このような主張は一般化している。毛利透「ヘイトスピーチの法的規制について」法学論叢176巻2=3号210頁, 233頁(2014)も、「それに接する者の主観的不快感、不安感を理由として規制することは認められない」とする。

の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が「つよ」いものだと判示するなど、精神的自由の重要性は間接的には認めたところである。

そこで、有力な学説の殆どは、憲法 21 条に抵触する事案においては、当該法令や政府行為が「やむにやまれぬ（非常に重要な）目的」を有し、それを達成する「必要最小限度の手段」が法定されなければならず、そうであることを権利侵害側が立証できなければ憲法違反と考えるべきであるとして、司法審査基準¹³⁾としては厳格審査基準を採るべきであるとしてきた。このほか、表現の自由侵害の場面では、煽動事例では「明白かつ現在の危険」基準、刑罰法規が適用される場面では LRA の基準などの合憲性判断テストが用いられるべきことが展開されたほか、「事前抑制禁止の原則」、「曖昧漠然ゆえ無効の法理」、「過度に広汎ゆえ無効の法理」の 3 つの文面審査の場面があることも指摘してきたのである。

なお、学説の中には、政治的表現と非政治的表現、あるいは非営利的表現と営利的表現を分割し、以上の法理は前者にのみ適用できるとするものもある¹⁴⁾。非政治的表現もしくは営利的表現は、民主主義的価値を有しないので、表現としての価値が低く、司法審査基準としても、「重要な目的」とその目的と「実質的関連性を有する手段」を合憲のために要求する

13) 大須賀明ほか編『三省堂憲法辞典』262 頁(三省堂、2001) [戸松秀典]によれば、「裁判所が司法審査権（違憲審査権）を行使し合憲・違憲の結論に至った理由中で示す判断の基準、判例を通して確認できる憲法判断の準則、審査の厳格度によって、厳格な基準、厳格な合理性の基準ないし中間の基準、および緩やかな基準ないし合理性の基準の三段階に分けられるとされる。これに対して、そのような段階の区別に疑問を投じる見解がある。アメリカ合衆国最高裁判所の憲法判例は審査基準が明示的だが、日本では不明確なことが多い」と解説される。

14) 例えば、戸波江二『憲法』[新版] 240 頁(ぎょうせい、1998)。

中間審査基準（厳格な合理性の基準）でよいとするものである。また、表現内容に中立的な、時・場所・態様規制（表現内容中立規制）についても、政府が特定の思想や表現類型を規制する意図が薄いので、表現の自由の核心を侵害する危険が少ないと考え、中間審査基準で十分とする見解もある¹⁵⁾。

しかし、表現の価値は、民主主義との関係だけでなく、上述のように、真理発見を「思想の自由市場」に委ねるべきとする自由主義、個性の発露を尊重する個人主義によっても支えられるものであり、純粋に学問的・芸術的、あるいはおよそ公的アリーナで発せられていない表現であるからといってその価値が貶められるものではなく、また、裁判所を含む公権力がその価値の優劣を認定することは許されない。なおかつ、その 13 条で「個人の尊重」を謳う日本国憲法は、各人がその個性を発揮し、それを外部に示すことに高い価値を認めているものである。そうであれば、日本国憲法が自由主義と個人主義を重要な価値とする意味からも、一見すれば民主主義の発展とは無関係に見える非政治的言論であっても、重要な人権として厚い保護を受けるべきものと考えられる¹⁶⁾。

しかも、このように司法審査基準を異にしようとするれば、区別を伴うことになるが、その区別は実は難しい。例えば、政治的言論と非政治的言論を区別しようとしても、地球環境問題に対するメッセージを伴う商品広告や、基地問題に対するポルノ映画など、具体的には区別困難な表現に溢れており、二分論を維持することは、こういった事象の前に断念せざるを得ないと思われる。

また、表現内容中立規制についても、そのような規制によって規制されるのが表現行為そのものである以上、その規制が必要最小限である

15) 例えば、芦部前掲註 2) 書 26 頁。

16) 君塚正臣「司法審査基準」公法研究 71 号 88 頁、91 頁(2009)。佐藤前掲註 12) 書 256 頁同旨。

か否かは厳しく審査されるべきである¹⁷⁾。表現内容中立規制の姿をしても、実際には特定の思想や表現類型ばかりが狙い撃ちのように規制されることはよくあることであり、法律を執行する行政の側にその意図がなくても、少数者の言論に傾斜して萎縮の効果を加える結果になることには注意すべきである¹⁸⁾。よって、全ての表現規制には厳格審査基準が及ぶとする立場を適当とすべきであると考え(ある種の規制が「やむにやまれぬ目的」や「必要最小限度の手段」であることを認めやすいということ、結論を見越して判断の基準そのものを変動させることを混同すべきではない。後者のようなことは「法の支配」を担う司法権の信用に関わることである)。

更に、表現内容に向けられた規制と、表現内容中立規制の区別は一見明快であるかのように見えるが、どこでビラ配布を行うかは表現者の主張と結び付いている¹⁹⁾であろうし、風致地区や観光都市における看板の色規制(例えば、赤色の使用制限)や、背景色を短時間に点滅させる手法(通称パカパカ)の制限、心理学的に計算し直した「耳障りな」音の抑制(結局は異端な表現ほど抑制される)など、果たして表現内容規制か内容中立規制か判断しかねるなど、判断者によって判断の分かれる事例は少なくない²⁰⁾。やはり、区別の困難性は付き纏う。この点は、経済的自由についての、内在的(自由国家的、警察的)規制と政策的(社会国家的、外在的)規制との区別²¹⁾が困難であることも、森林法違憲判決(最大判昭和62年4

月22日民集41巻3号408頁)を見れば明らかなことと、事情は同じである。そして、そのようにしてなされる表現内容中立的規制は、一般的網羅的なものとなり、過剰な規制が戒められる表現権規制の場面で、理論的に齟齬が生じてしまう。困難な区別を行わず、「二重の基準」論²²⁾の原則に立ち戻り、一つの人権には一つの司法審査基準を対応させ、基本的には、厳格審査基準か合理性の基準(目的・手段とも、何らかの合理性があれば合憲とする司法審査基準。立証責任は違憲を主張する側にあり、そのためには全くの不合理であることを証明する必要がある)かの何れかを振り分ければよかったのである²³⁾。

加えて、意見者は、通説の見解²⁴⁾が、一般的に中間審査基準(厳格な合理性の基準)を加えて審査基準を3つとすることにも批判的である²⁵⁾。実際、審査基準論を展開してきたアメリ

22) 伊藤正己ほか編『憲法小辞典』〔増補版〕274頁(有斐閣, 1978)によれば、これは、「アメリカの違憲審査制の発展の過程で現れた考え方で、言論・出版・集会の自由などの精神的自由権は、その他の基本的人権、特に財産権などの経済的自由権よりも厚く保障されねばならず、後者を制限する立法の合憲性を測る基準よりもきびしい基準で、前者を制限する立法の合憲性が測られねばならない、とする。その理由は、経済的社会生活を規制する立法については、国民から選挙された立法府の多数による『実験』に裁判官の社会哲学をもって対抗するのは民主主義的でないのに対し、精神的自由権の方は、立法による『実験』が明日の多数者によって平和的・民主的にやり直されることを保障するものである、という点に求められた」ものであるなどとされる。

23) このことは、人権の種類により司法審査基準が尽く異なることを指すものではない。人権間に細かい優劣があると考えればそうなる筈であるが、多くの学説は司法審査基準を3つと考えており、この点で齟齬がある。本文下記に示すように、疑問である。君塚正臣「二重の基準論の意義と展開」佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配下巻』31頁、40-42頁(成文堂, 2008)。

24) 芦部前掲註9)書243頁第2図など参照。

25) 佐藤前掲註12)書664頁も、「3つの」司法審査「基準を一般的に使い分けるとなると、事態はやや複雑になりすぎる」と指摘している。

17) 市川正人『表現の自由の法理』228頁(日本評論社, 2003)。

18) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕469頁(有斐閣, 2007)。

19) 市川前掲註17)書225頁。

20) 君塚前掲註16)論文90-91頁。同「米判批」ジュリスト1110号161頁、163頁(1997)も参照。

21) 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(1)」民商法雑誌113巻4=5号260頁、261-262頁(1996)は、これを、アメリカにもドイツにもない「特異な理論」だと評する。

カ合衆国最高裁判所でも、中間審査基準は、性差別事例²⁶⁾や非嫡出子差別事例²⁷⁾で言われた例外的な基準なのであり、今日、両分野での同基準の用いられ方は、かなり厳格審査に接近したのと言ってよく(逆に、厳格審査が「致命的」と言うほどではなくなり²⁸⁾、合理性の基準の下でも違憲判断が散見される²⁹⁾ようになっていく)、合理性の基準の手段審査を実質化したレベルの時代³⁰⁾とは大きく異なり、これらの差別への厳しい姿勢を伴って、厳格度がかなり高まっている³¹⁾。つまり、アメリカにおける中間審査基準は、「中間」と言うよりも、最早、厳格審査基準に準ずる基準と言うべきなのである。このように、司法審査基準とは、当該法令や政府の行為について、合憲性の推定を及ぼすか否かを第一義とするものである。そして、この点に関する立証責任が違憲の主張をする側にあるか、合憲の主張をする側にあるかが重要なのである。厳格審査基準の下では、規制を正当化する側が、やむにやまれぬ目的と必要最小限度の手段の存在を、合理性の基準の下では、規制からの防禦を試みる側が、規制目的もしくは手段に何らの合理性も存在しないことを証明しなくてはならないのである。ところが、日本での多くの学説は、中間審査基準についてこの点を曖昧にしており、問題がある。通常司法裁判所を前提にしたとき、立証責任を考慮しない訴訟理論はおよそあり得ないように思われる³²⁾。多くの学説は、その明快な二分に基づく「二重の基準論」の本質を軽視してきた感があるのである。

26) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』11-63頁(信山社、1996)参照。

27) 同上 309-353頁参照。

28) See, *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) .

29) See, *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) .

30) See, *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971) .

31) See, *J.E.B. v. Alabama*, 511 U.S. 127 (1994) . 君塚前掲註 16) 論文 88-89 頁参照。

32) 君塚前掲註 16) 論文 93 頁、君塚前掲註 26) 書 140-141 頁も参照。

しかも、中間審査基準は大きなパラドクスを抱えている。民法 733 条の合憲性を例にすれば、この基準下では、現行の 6 カ月という再婚禁止期間は違憲となろうが、以前のドイツやフランスでみられた 300 日超の再婚禁止期間を設けたとき、子の父親の確定という重要な目的に実質的関連性を有する手段であるので、これは違憲とは言えないことになるであろうから、規制が厳しい方がかえって合憲になってしまうというパラドクスがあるのである³³⁾。このような基準は、法的判断の場、特に重要な人権の制限の合憲性を判断する場において不適切であり、同条の憲法判断においても、それが性差別である以上、厳格審査基準によって下されるべきものと思われる。

以上の疑問にも拘らず、多くの学説は意見者の見解とは全く逆の方向³⁴⁾に進み、人権侵害に対する憲法判断の場面での司法審査基準の多くで中間審査基準を活用している。表現の自由について、非政治的表現、表現内容中立規制について活用するほか、社会権についてこの基準が妥当するという主張は多く³⁵⁾、更に、経済的自由の内在的規制についてこれが妥当するとの見解は通説である³⁶⁾。憲法 14 条 1 項後段列挙事由のうち、「性別」や「社会的身分」による差別の事例では、この基準が適用されるべきだ

33) 君塚前掲註 16) 論文 92-93 頁。同様に、現行民法 772 条を前提にすれば、再婚禁止期間は 50 日では全く不合理だが、規制の大きい 100 日であれば実質的関連性ありと言え易いこととなる。

34) 多くの領域の司法審査を「通常審査」によって行うとする、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』[第 3 版] 130-131 頁(有斐閣、2013)はその最たるものである。

35) 芦部前掲註 9) 書 241 頁。最近でも、渋谷秀樹『憲法』[第 2 版] 282-283 頁(有斐閣、2013)は、不作為請求については「厳格な審査基準が妥当する」とし、一般的な作為請求についても「合憲性の推定は働かない」としているということは、厳格度の高い司法審査基準を想定しているものと推察できる。

36) 芦部同上 235 頁以下。

とする見解もまだ有力に残っている³⁷⁾。だが、振り返ってみれば、学説が司法審査基準論を展開してきたのは、何よりも、重要な人権、政治部門に委ねるばかりでは特に不安の残る人権について、立憲主義国家として司法権に望まれる手厚い保護を求めるためであった筈である。しかし、多くの学説は、人権の重みよりも規制手段や事象の細かい違いに拘り、「2つの審査基準をカテゴリー的にあてはめると、憲法判断のあり方がきわめて窮屈になることから」³⁸⁾、審査基準を上下させ、その結果、両サイドの司法審査基準が該当するものを稀少としてしまい、大半の部分を「中間」領域に押し込めたものである³⁹⁾。結果、我が国の公法学界は一体となって、およそ「二重の基準」論というネーミングとはかけ離れた学説を作り上げ、重要な人権の司法的保障を蔑ろにすることを支援してきたきらいがあるのである⁴⁰⁾。中間審査基準の下では、どのような目的が「重要」か、規制手段が「実質的関連性」を有していると言えるかについて、まさに実質的判断が解釈者に求められてしまう。これでは、恣意的な解釈、時の多数者の「常識（気分）」に流されるものとなる危険が大である⁴¹⁾。そして、本来あるべき、人権を不当に制限されてしまったとして裁判所に訴え出た個人（通常、何らかの意味で少数者）の重要な人権の保護は、とても裁判所で図られることはなくなるであろう。このこともあって、意見者は、問題の多い中間審査基準は一般に用いるべきではなく、「二重の基準」論の原則に立ち帰り、人権の種類・条文により厳格審査と合理性の基準の何れかを適用するのが適切であると主張してきているのである⁴²⁾。

37) 芦部前掲註2) 書27頁以下など。

38) 佐藤前掲註12) 書664頁。

39) 君塚前掲註16) 論文89頁。

40) 同上94頁。

41) 同上同頁。

42) なお、社会権については合理性の基準、憲法31条以下の人権については厳格審査が妥当しよう。

また、このような司法審査基準の「上げ下げ」は、原則に沿えば、解釈者（あるいは裁判官）にとって不都合な結果が予測されるが故に行われるのであろうから、経済的自由の内在的制約に用いられる中間審査基準と、表現内容中立規制で用いられる中間審査基準とでは、実際の基準の程度が逆転する矛盾を孕んでいる⁴³⁾。これでは、司法審査基準の厳緩の決定において第一の決め手となるのは、人権の種類や条文ではなく、規制手段、いわば規制する側（国家権力）の論理ということになるのである。過去に、正面から、規制について積極規制（直接規制）と消極規制（間接規制）を区別し、前者に対しては裁判所は厳しい審査で臨むが、後者に対してはその程度を弱めるべきだとする主張が、裁判官からなされたことがあった⁴⁴⁾。この点、本件で適用される法令も、主としては刑事手続の適正を目的とするものであり、表現の自由の規制は派生的なものと言わぬのが普通であるため、憲法21条違反か否かは主たる問題ではないとの主張もあるのではないかと思えるため、若干の議論が必要であるとの主張もあるかもしれない。しかし、積極規制と消極規制の区別もまた困難であるし、立法者が規制の核心を隠蔽して重要な人権を規制することを黙認するものであり、そもそも消極規制がなぜ相対的に許容されるのかの根拠が希薄であって、人権が何れにせよ制限される国民の側に立つ理論とは言い難い。結局のところ、このような規制手段優位の理論は、憲法が国民のために定める基本的人権個々に対する規制の限度を考えるのではなく、

もしも、これらが経済的自由や精神的自由の場合とは異なるという証明がなされれば、司法審査基準が4つになることは理論的にないではないが、それでもなお、立証責任が不明な「中間審査基準」を復活させるものとなるものではない。君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学17巻2号1頁、8頁以下（2008）。

43) 君塚前掲註16) 論文92頁。

44) 香城敏磨ほか「研究会・憲法裁判の客観性と創造性」ジュリスト835号6頁（1985）〔香城〕。

規制する側の論理で人権規制を一括して思考するものにほかならず、いわゆる人権カタログを提示して、天賦人権を保障する近代立憲主義憲法の解釈として適切なものとは言えず、採用すべきではない。

当該事案が表現の自由の規制であると認定できる以上は、その「優越的地位」から、憲法 21 条の問題として、一貫して厳格審査ベースの審査を施すべきである。それがやはり不動の基本線である。

(2) 表現の自由侵害事例における裁判所の憲法判断の原則

ところで、日本国憲法下で司法権を担う裁判所は、当該事件の解決の限りで法の適用を行うものである⁴⁵⁾。国内法体系は憲法を最上位として成立しているため、「上位法は下位法を破る」という公理により、憲法に反する法令及び法令解釈を無効として、合憲的な法のみを適用して、事件の解決を行う、つまり適用審査を原則とするものである⁴⁶⁾。日本の裁判所は、「司法権」の一部として違憲審査権を行使するのであって、この点で、事件の解決を離れて憲法判断を行う、ドイツなどの憲法裁判所のそれとは異なるものである⁴⁷⁾。この点、裁判所にも長年誤解があり、憲法研

究者側も強調が足りなかった面もあるので、ここで強調するものである⁴⁸⁾。

まず、事件の解決に必要なでなければ、憲法判断は行わないことが原則である⁴⁹⁾。また、一般には、まず民主的に成立した法令の合憲性を信用し、当該当事者を救済するのに必要

48) こういったことは、統治行為論についても生じている。統治行為は学界ではまず、1955 年の日本公法学会のテーマとなったのであるが、この際の報告者が 1 人を除いて大陸法を比較法対象とする行政法学者であったことは、その後の議論に影響を与えた。通常の司法裁判所において、立法・行政機関の自律、裁量などと共に政治的問題を包括的に取り扱えないことは当然であるとするところが出発点となったからである。しかし、現在では憲法学説の殆どが述べているように、我が国の裁判所は行政事件も当然に扱えるほか、自律や裁量など、憲法の条文解釈レベルで解決できるものはここで解決し、重要な人権問題には統治行為論を用いないとすれば、統治行為論の対象となるものは有事の対応など、限られたものとなる筈である。砂川事件（最大判昭和 34 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 頁）の事案すら、平時の条約解釈により判断可能だったのではないかとの疑問もある。君塚正臣「統治行為論再考—《ある》が《ない》」横浜法学 22 卷 1 号 33 頁（2013）。このようなことも、裁判所を大陸法的な司法裁判所、行政裁判所、憲法裁判所の合併したもののように理解してきたための誤解ではなかったかと思えてならない。また、仮に砂川事件最高裁判決の用いた「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」との論理が先例として生きていのだとすれば、明白な憲法 9 条違反に際しては、裁判所は適用違憲などの判示ができることとなる。

49) このことは、元最高裁判事の講演によっても強調されている。藤田宙靖「最高裁判例とは何か」横浜法学 22 卷 3 号 287 頁（2014）。但し、重要な憲法上の原則違反の際には、救済がなされなくとも憲法判断を行うことが許される点は注意せねばなるまい。議員定数不均衡の事案で事情判決を下す場合や、住民訴訟に基づいて政教分離違反を問う原告はなんら救済をされないが、憲法判断を要するのは当然とされる。これは、これらの訴訟が客観訴訟であるからではなく、重要な人権の侵害・重要な憲法原則の違反が認定されるからである。このため、国による政教分離違反のケースで、原告の請求を却下しつつ憲法判断を行うことはあり得ることである。君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』194 頁（法律文化社、1997）。

45) 清宮四郎『憲法 I』〔第 3 版〕335 頁（有斐閣、1979）、佐藤前掲註 12）書 581 頁など。君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件等再考（1）」横浜法学 22 卷 3 号 143 頁（2014）参照。また、「憲法裁判」をドイツ型憲法裁判所で行われる、通常の民事・刑事・行政事件から遊離した、特異な政治的な争いと捉えるべきではない。君塚正臣「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関西大学法学論集 52 卷 6 号 81 頁（2003）参照。

46) 佐藤同上 654 頁以下、松井前掲註 18）書 119-120 頁など。

47) 樋口陽一ほか『注釈法律学全集 4—憲法 IV』142 頁（青林書院、2004）〔佐藤幸治〕も、日本の最高裁判所は、ドイツ憲法裁判所の憲法裁判観が過ぎると評している。

な限りで、適用違憲あるいは合憲限定解釈⁵⁰⁾を施し、いかなる適用事例を考えても、また、合理的に選択できる解釈の全てが法文全体の合憲性を支えられない場合にのみ、法令を違憲とすべきものでもある⁵¹⁾。一般論としては、裁判所が事件を取り上げて裁くのに必要な事件争訟性の要件は、憲法判断を行う段階でも必要であり、憲法判断を行うに足る当事者適格、訴えの利益、終局性を有していないときには、裁判所は憲法判断をするべきではない⁵²⁾。

ところが、表現の自由などの精神的自由は、参政権や憲法14条1項後段列挙事由による差別を受けない権利と並んで、多数派により侵害されやすく、かつ、あるいはだからこそ、自由で民主的な社会にとって特に重要な人権である。しかも、これらの人権とも異なり、表現の自由については、一度それを規制する立法がなされ、過剰なサンクションが科されたとき、萎縮の効果が強く生じ、将来に向けても重大な人権抑圧状況が発生し、全体として取返しのつかない方向に歴史を進めてしまうという性質を有している。そこで、学説は、このような点に着目し、アメリカ合衆国最高裁判所の判例を紹介しながら、表現の自由が修復し難く侵害されている法令を裁判所が当該事件の中で発見したときは、当該事件の当事者の憲法判断を求める当事者適格や、憲法判断を得

ることによって得る法的利益を超えて、当該法令を憲法違反と判断すること（文面審査）ができること主張してきた⁵³⁾。このように、事件の事実関係を審査するまでもなく当該法令に憲法判断を加えるということは、日本国憲法上の「司法」が、当該事件に法を適用し権利義務の存否を決する国家作用であるなどとされる原則を踏まえれば、憲法解釈上生じる例外的なことと考えざるを得ない。このため、殆どの学説は、文面審査ができる場面は、表現の自由について、事前抑制禁止の原則（「検閲」の絶対的禁止を含む⁵⁴⁾、過度に広汎ゆえ無効の法理⁵⁵⁾、曖昧漠然ゆえ無効の法理⁵⁶⁾の3つと考えているのである（以上のことを精神的自由一般に広げるとしても、限られたケースに限定されることはやむを得ないところである）。

表現の自由など精神的自由の侵害の場面では、それが「優越的地位」を有するため、当該法令には合憲性の推定は及ばず、原則と例外が逆転する⁵⁷⁾。萎縮的な法文の排除が必要となるため、まず文面審査を行い、文面上合憲であるとしても、当該事案への適用審査の中で、規制がおよそ広汎であるとか処罰が重いかか文言の解釈がほぼ一律になされ得ないなどの理由で、法令違憲の判断を行い得る⁵⁸⁾。そして、法文そ

53) 芦部前掲註2) 書358頁以下、佐藤前掲註12) 書256頁以下など。

54) 君塚正臣「判批」東海大学文明研究所紀要15号95頁、101-105頁(1995)、大沢秀介「判批」堀部政男=長谷部恭男編『メディア判例百選』124頁、125頁(2005)なども参照。

55) 君塚正臣「過度に広汎性ゆえ無効の法理」横浜法学23巻2号1頁(2014)なども参照。

56) 君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324頁(有斐閣、2012)なども参照。

57) 君塚正臣「法令違憲」横浜国際経済法学20巻3号29頁、32頁(2012)。

58) 君塚前掲註23) 論文48頁。このため、憲法判断回避や合憲限定解釈などの司法消極主義のテクニックは、表現の自由の規制の場面では基本的には用いるべきではない。君塚前掲註42) 論文14頁。

50) 一見すると、あらゆる法令は合憲的であらねばならないため、合憲限定解釈は全ての法令に及ぶように感じられる。しかし、合理性の基準が妥当する場面では、法令が合憲性の推定を帯びるため、合憲と判示されればよいことが多く、逆に、表現の自由制約立法のような、厳格審査が妥当する場面では、そのような手法を用い得るということは過度に広汎であるため、端的に違憲である可能性が高い。結局、合憲限定解釈が妥当するのは、一般条項のような法文自体が広範であるような場合や、刑罰法規がやや広汎であるような場合という局面に過ぎないようにも思われる。君塚正臣「合憲限定解釈の再検討」帝塚山法学11号35頁(2006)参照。

51) 君塚正臣「適用違憲『原則』について」横浜国際経済法学15巻1号1頁、24頁(2006)。

52) 川岸ほか前掲註7) 書339-342頁[君塚正臣]。

のものは合憲であるとしても、当該事案に適用することが、やむにやまれぬ目的を有しないか最小限度の手段を超えているときには、適用違憲の判断を行うべきである（適用上も違憲ではないときは「本件適用の限りでは違憲ではない」と判示すべきであり、憲法裁判所ではない司法裁判所が「合憲」の判断を下すことはできない⁵⁹⁾。このため、換言すれば、裁判所はこの場面での憲法判断回避はできず、憲法判断に踏み込むことが必須となる（一般的には、結論に影響を及ぼさないときには憲法判断に踏み込むべきではないので、以上の結論は、表現の自由侵害事例等、厳格審査ベースの事例の例外である）のである⁶⁰⁾。

裁判所は、憲法判断として法令審査、特に合憲との判断をもって当該事案も合憲の適用がなされたと判示する傾向にある。だが、憲法裁判所ではない、日本国憲法下で司法権を担う裁判所は、当該事件の解決の限りで憲法判断を含む法の適用を行うものであるため、仮に法令審査の結果、当該法令が法令としては憲法違反ではないとされても、適用審査を必要とするものである⁶¹⁾。この点は、一般的にそうであって、表現の自由が争点となっている事件でも同様である。

なお、違憲審査権とは、「司法権」の行使の中で、「上位法は下位法を破る」という公理を示す一つであるから、例えば、国内法化された条約も、国内法の効力としては憲法に敗れ、また、法律は国内法化された条約に敗れる関係にあって、裁判所はこれを宣言せねばならないことになる⁶²⁾。このため、本件でも、必要があれば、刑事訴訟法当該条項が国際人権規約などに

反しないか、そもそも国際人権規約などが憲法に反しないかについて、国内法的効力については判示すべきである⁶³⁾。しかし、本件で結論を左右するものは端的に憲法と法律の関係であるので、意見書は深追いしないものとしたい。

3. 刑事訴訟法 281 条の 4 及びその本件への適用の合憲性の検証

以上の原則を本件事例に適用することとする。

(1) 本件行為の表現性

まず、本件の被告の行為は、他者の撮影した動画の公開という行為であり、日本国憲法の保障する「表現」には該当しないのではないかとの異論もあり得るので、この点にも、若干ではあるが、言及したい。

一般に、表現の自由の保障は、情報コントロール権のそれであるとの理解が進んでおり、情報発信のみならず、情報伝達、情報受領の自由を含むと考えるのが今や一般的である⁶⁴⁾。また、このことから、本来、個人や国民が有すべき情報が政府により保有されている場合、これを取得することは、以上の情報コントロール権の一部として当然の権利となる。実際には政府情報請求権や個人情報コントロール権として表出しようが、本質的には表現の自由の一部として理解されるべきものであり⁶⁵⁾、情報付与に際して国側が条件を付けることは、一般的には違憲の疑いの濃いものである。

本件事案は、インターネット上に動画を載せ

59) 君塚前掲註 51) 論文 24 頁。

60) 君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学 14 巻 1 号 1 頁, 12 頁以下 (2005)。

61) 君塚前掲註 68) 論文 31 頁。

62) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』415 頁以下 (悠々社, 2008)。

63) 君塚正臣「判批」判例評論 566 号 14 頁, 17 頁 (2006), 同「判批」同 667 号 2 頁, 4 頁 (2014), 君塚前掲註 62) 書 448 頁注 180, 齊藤正彰『憲法と国際規律』60 頁 (信山社, 2012) など参照。

64) 芦部前掲註 2) 書 240 頁, 佐藤前掲註 12) 書 249 頁など。

65) 君塚正臣「幸福追求権」横浜国際経済法学 19 巻 2 号 123 頁, 129 頁 (2010), 佐藤前掲註 12) 書 252 頁, 松井前掲註 18) 書 482 頁もこのスタンスから説明している。

る、いわゆるアップロードするものであり、伝統的に典型的なものと考えられてきた政治演説のような表現行為ではないとの反論もあろう。しかし、表現、即ち情報の受領者は、情報受領により知見を得て、更なる思考の高みに達することからして、単に事実を伝達する報道のような行為であっても、憲法上、表現としての価値を有すると考えるべきである。全くのデータの公表に過ぎない、新聞の株式欄や理科年表、時刻表の販売ですら表現の自由で保障されることはまず確かであり、それを超え、編集者の取捨選択を伴う事実の報道、即ち、一般的な新聞や週刊誌の販売が表現の自由で保障されるように憲法上の「表現」であることは明らかである⁶⁶⁾。よって、本件のような、動画もしくは画像をインターネット上に特段の加工もなくアップロードし、そのまま公表することは勿論表現行為であり、憲法21条の保障の射程に含まれる（保護範囲である）。

インターネット上へのアップロードは、マス・メディアによって意見を発信できない市井の市民が、安価にかつ平易にできる表現手段と言える。その普及前にビラが果たしていた役割を担い、かつ、ビラ配布やビラ貼りでは、限られた地域・集団にしか情報伝達ができなかったのと異なり、インターネット上の表現は、物理的制約もない分、優れている。このことにより、マス・メディアに携わる者や、これによって自己の思想や芸術、学説などを公表する手段を有する著名人など以外の者が情報発信者としての有効なツールが回復

できた意義は大きい⁶⁷⁾。被告は、ただ一人被告人席に着かされる中で、自らの行為が犯罪となり求刑され、また原審で宣告された刑罰に値するか、広く意見を求めたものであり、刑事被告人やその弁護人であれば、インターネット上ではないオフ・ラインで一般的になされ得る行為に過ぎない。このような行為が犯罪化されれば、例えば、検察側から開示された凶器の写真などを記者会見で示し、被告の無罪を訴えるような弁護活動ですら罪に問われかねず、本事案で原事案の有罪・無罪を必死に争っている被告本人を有罪とすること、特に自由刑を科すことは萎縮の効果が絶大あり、許されるべきではない。特に、冤罪事件で、検察側から僅かな証拠開示しかなされない（往々にして検察側に不利な証拠は開示されない）際に、被告と弁護人が孤立することを見落とすべきではない。

また、仮に、表現権規制の場面の一部に中間審査基準を妥当させようとする前出の学説を採ろうと、本件で問題となっている表現活動は、法制度の改善を訴える政治的言論に属するものと思われるので、言論の性質・類型を理由として本件を中間審査基準の対象とすることはできない。本件は、政治的言論であるが故に規制されたものであり、かつ、動画が検察側から提供されたが故に規制されたものであるので、表現内容中立規制と呼べるものではない⁶⁸⁾。よって、本法令、本件規制の合憲性は、厳格審査の下で審査されるべきものと考えられる。そうでないとすれば、民主主義の否定である。表現の自由や参政権が十分に保障されている社会を自由で民主主義的な社

66) インターネットは「表現」と「通信」の両方の性質を有する。君塚正臣「日本国憲法21条の『表現』と『通信』の間に一放送・通信技術の進歩と憲法の人権保障の行方」関西大学法学論集51巻6号1頁(2002)参照。そして、「放送」にそれが「表現」の一部ではないと考えるが如き特殊な規制を行うことの正当性は、ほぼ失われている。同「ハイビジョン時代の憲法学」(東海大学)文明72号39頁(1995)、同「書評」横浜国際経済法学20巻1号123頁、135頁(2011)。

67) 松井茂記『インターネットの憲法学』(新版)16-18頁(岩波書店, 2014)。

68) 関連して、戸別訪問全面禁止を時・場所・態様規制と考える学説もあるが、営利的・宗教的・学問的表現ではなく、政治的表現であるが故にこのような規制を受ける以上、表現内容規制と考えるべきである。君塚正臣「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか」横浜国際経済法学18巻1号17頁、22頁(2009)。松井同上460頁も同旨。

会と呼ぶのであり、これが保障されないならば、日本は民主主義社会でないことになるからである⁶⁹⁾。

本件二審判決は、「本件掲載行為の本条による処罰は、表現内容によるものではなく、表現行為の手段として、検察官の証拠開示によって入手したものである本件実況見分調査に貼付された写真画像を用いることを制限するにとどまる」と簡単に判示しているが、これは表現行為の抑止にほかならない。自らに関する情報を取材などにより収集し、編集し、発信する自由は表現の自由、換言すれば情報コントロール権として当然に保障される。本件の場合、問題の情報が検察側にのみ存在していたためにこのことを見えにくくしているためか、特定の者の特権に当然に条件を付与できるとの思考に陥り、原審は冒頭で理解を誤ったのである。本件画像情報は率直に個人情報かつ政府情報であり、本来は、被告である一市民が自ら所有してしかるべき、有罪か無罪か、そして量刑を左右しかねない重要な情報である。当事者である被告がこれを入手できることは、住民票やカルテ情報を入手できるが如く当然であって、国側がこれを被告に開示しないことや複写を引き渡さないこと、広汎な条件の付与⁷⁰⁾こそ、違憲の疑い

の濃いことである。しかも、法廷メモ訴訟判決(最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁)後に、傍聴席での筆記は緩和されたものの、開廷後の法廷での写真撮影が許されていない現在、本件画像情報は必然的に検察即ち行政機関が独占しており、この情報を検察が公開しないことや、被告に手渡してもその使用を制限することなどは、仮に、行政機関が事前に表現内容を審査し、不適当と考える場合は公表を差し止める「検閲」に該当し、絶対禁止であるとまでは言えずとも、当該画像の全部が公表されているかが解らず、かつ手渡された画像についても、国民の情報受領権を充たすべき利用が禁じられているのであるから、憲法21条1項が原則として禁ずる事前抑制に該当し、本件に関しては表現発表前にこれを抑制せねばならない例外的理由(合理的理由では足りず、事後抑制では達成できない決定的理由が必要である)もなく、特に違憲の疑いの濃いもの

ころ実力によって法と秩序を蹂躪し、集団行動の指揮者はもちろん警察力を以てしても如何ともし得ないような事態に発展する危険が存在すること、群集心理の法則と現実の経験に徴して明らかである」として、「集団行動の条件が許可であれ届出であれ、要はそれによつ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」、「許可または不許可の処分をするについて、かような場合に該当する事情が存するかどうかの認定が公安委員会の裁量に属することは、それが諸般の状況で具体的に検討、考量して判断すべき性質の事項であることから見て当然である」、条例が「一般的にまたは一般的に近い制限をなしている」としても、「集団行動を法的に規制する必要があるとするなら、集団行動が行われ得るような場所をある程度包括的にかかけ、またはその行われる場所の如何を問わないものとするのは止むを得ない次第であり、他の条例において見受けられるような、本条例よりも幾分詳細な規準(例えば「道路公園その他公衆の自由に交通することができる場所」というごとき)を示していないからといって、これを以て本条例が違憲、無効である理由とすることはできない」として、このように広汎な規制すら違憲としなかったことがある。しかし、本判決の批判を学説は一般的網羅的になしており、判例変更が必要である。

69) 君塚正臣『未完の『近代立憲主義』』『高等学校 新現代社会 教授資料』81頁(帝国書院、2013)でも記したことであるが、アジア諸国の多くが開発独裁政権を倒し、民主化を進める中、日本の人権事情が芳しくなければ、対欧米だけではなく、広く国際的信用を落とす危険があろう。この点は、アジア諸国で軍事政権や戒厳令が蔓延していたため、様々な精神的自由規制や差別が黙認されながらも、日本がアジアではほぼ唯一の自由で民主的な国だと思われていた冷戦時代とは異なってきたのである。

70) 以前、最高裁は、いわゆる東京都公安条例事件判決(最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁)において、「集団行動による思想等の表現は、」 「多数人の集合体自体の力、つまり潜在する一種の物理的力によつて支持されていることを特徴とする」ので、「平穏静謐な集団であつても、時に昂奮、激昂の渦中に巻きこまれ、甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化し、勢いの赴くと

である⁷¹⁾。

(2) 適用審査法令違憲

表現の自由の侵害が問題となっている本件では、裁判所は、まず、当該法令が文面違憲であるかどうか、次に、当該法令を当該事案に適用してみたとき、およそ法令違憲とならないかどうか、そして、適用審査の中で本件適用については違憲ではないか、の判断を順次示すべきこととなる。

これまで論じてきたように、表現の自由を制限する事案である以上、規制対象者、規制行為、規制の時・場所・態様などについて当該法令は細かく定め、しかもそれが合憲的目的を達成するために必要最小限のものでなければならない筈である。同様の条件にあるべき者や行為などが、一方は免責され、一方は処罰されるような規定であってもならないのである。このことが、法令の文面を読むだけで明らかであるならば、裁判所は、「表現の自由の優越的地位」に鑑み、文面違憲を宣言し、当該法令を無効とし、当該事件に適用しない判断を行わなければならない。文面上問題ある法令を違憲の度合いを緩和する運用をしたとしても、その選択的運用は適用者の意図を離れて恣意的な結果を産む危険が大きく、かつ、表現の自由

の規制であってはならない萎縮的效果を最大限にするものであるから、全く妥当ではない。事前抑制であったり、曖昧・漠然⁷²⁾であったり、過度に広汎であったりする表現規制法令に対しては、裁判所ははっきりと文面上違憲であることを宣言し、当該法令の適用を無効として、立法者にそういった問題なき立法を求めるべきである。

本件で問題となっている法文は、文面違憲の判断が、事前抑制の原則に触れる場合のほか、その文言が曖昧であって、通常それが規制範囲であることがわからないことの方が当然と思われるときや、法文の規制が適切な規制範囲を意識しないほどに広大で、明らかに広汎であるときに限られるべきである⁷³⁾という点から、或いは文面違憲と言うほどの曖昧さや過度な広汎性は有していないのかもしれない⁷⁴⁾。だが、仮に、表現権を制約する法文が文面審査を免れると雖も、裁判所は、それ

72) この点、一審判決は、「刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するかどうかは、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ものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかによって決せられる(最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁参照)」として、本件該当条文の明確性の問題を憲法31条違反かどうかを集約しているが、憲法21条は、表現規制立法に対しては萎縮的效果を除去すべきとする見地から、およそ曖昧・漠然ではない法文であることを強く求めているのであり、この考察が殆どないことは遺憾である。

73) 前述の広島市暴走族追放条例事件(最大判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁)についても、適用審査法令違憲の判断が妥当であろう。同上22頁。

74) それは、文面違憲の手法は、紛争の解決を役割とする司法裁判所の憲法判断方法として例外的なものであるため、非常に重要な人権である精神的自由の侵害の場面に限定され、しかも、侵害の方法が、放置しておいては憲法違反の常態が許し難いほどである限られた事例の審査のときに限定されるからである。君塚前掲註55) 論文21頁。極僅かな過剰規制をもって文面違憲と言うことは重すぎ、また、そうであれば、通常の目的・手段審査は表現の自由規制事案の審査として無用なものとなるという疑問もあろう。

71) 検閲の定義については、このようないわゆる狭義説が学界では圧倒的に主流である。芦部前掲註2) 書359頁以下、佐藤前掲註12) 書256-257頁、松井前掲註18) 書453頁、渋谷前掲註35) 書366-367頁、君塚前掲註54) 評釈101-105頁など。最高裁は、税関検査事件判決(最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁)において、憲法21条2項の「検閲」を定義しつつ、税関検査はこれに該当せず合憲であるとの判断を下した。最狭義説とも称されるその定義も、奥平前掲註3) 書83頁以下が詳細に検討するように、まず問題であるが、更に、仮に「検閲」に該当せずとも、そこに事前抑制を行わざるを得ない例外的理由があるかについての審査に進んでいないことは、論理的に欠陥がある。最高裁の定義を特に批判していない戸松前掲註12) 書245頁も、多くの最高裁判決が、当該国家行為が「検閲」であるかの審査の後、一般的な事前抑制禁止の原則に触れないかを検討していないことを疑問視する。

であれば、当該法文について、通常の適用審査に進むのが当然である。本件対象の法文についても、まずは、本事案への適用を行い、改めて、本法条そのものが憲法違反なのではないかを検討すべきである。そして、その基本は、法文の目的の合憲性、手段の合憲性を検討することである。

二審判決は、本件事実に憲法 21 条を適用してもなお合憲との立場を採っている。「本件動画の閲覧者が、事件関係者として捜査機関に供述したりその状況を再現して説明したり、証人として法廷で証言したりした場合」、法廷警備員が「精神的負担を負う」「などの事態が起きることを危惧し、捜査や公判審理への協力を拒むなどするおそれが生じた」と認定するのである。

しかし、具体的事件への適用を行い、立法の規制目的がやむにやまれぬものであっても、法令の用意する手段が必要最小限度ではなく、一致しないものであれば、「表現の自由の優越的地位」に鑑みて、言論規制立法としては憲法違反である。この場合、当該法令を残存させることによる、表現の自由に対する萎縮の効果もしくは違憲的規制の恐れ of 放置の害は甚大であり、当該事件に当該法令を適用する限りにおいて憲法違反とするにとどまらず、法令そのものを違憲と判断すべきものである。

さらに、このような最小限度の規制にとどめるべきとする趣旨は一般に「より制限的でない他に選択し得る手段」があるときは、それを選択せねばならないものとして法理として集約されている (LRA の基準)⁷⁵⁾。この点は、経済的

自由を法益とする法令において、これを保護するために行政罰か刑罰かの選択が、基本的に立法裁量に委ねられていることとも異なるのである。LRA の基準に従えば、ある違法な表現があるとしても、被告当該表現を踏みとどまるのに、懲戒処分で全く十分であるときに、刑罰をもって臨むことは過剰な処罰を予定しているものであれば、憲法違反であると言わざるを得ない。加えて、同じ刑罰の中でもより軽微な量刑によって犯罪を抑止できるときには、これを選択すべきものである。本件のような表現行為の抑止は、仮に規制目的が適切であったとしても、法定刑の選択が「より制限的でない他に選択し得る手段」でなければならず、抑止的效果が大きい場面において、自由刑まで予定する必要はなく、罰金刑によって十分に目的を達するように思われる。立法時に、この種の表現行為は処罰対象としない旨の明文規定が必要であったし、仮にある種の表現行為が罰金刑には該当するのだとすれば、当該行為の最高刑は罰金刑であって自由刑ではないことを明記すべきであった。以上の点で、刑事訴訟法 281 条の 4 の規定は端的に違憲無効と考えられるべきである。そして、法令違憲であれば被告を処罰する法令はなくなりため、端的に被告無罪と判示されるべきものである。しかし、一審判決は、量刑の選択にこういった配慮なく、「一般の支援を求めるという意図」を認識しつつも「自己の認識と異なる供述等をした法廷警備員らに対する報復ないし嫌がらせ等の不当な圧力を加える意図」があったと認定して懲役刑を選択しており、二審判決もこれを許容している。一罰百戒の意味から刑を選択することは (仮に憲法判断に踏み込まずとも) 刑法の謙抑性に鑑みて慎重

75) LRA の基準については、比例原則の一側面であるとか、表現内容規制の場合の審査基準であるとか、経済的自由の規制でも用い得るとか、あるいは「過度に広汎ゆえ無効の法理」と混同して引用されることが多い。しかし、もともとは、このように、原則として、表現の自由にサンクションを科すときには、もしもより軽いものでも同じ効果が上がるならば、それを選択すべし、という厳格審査の下に限られた場面に特化した法理・基準である。一般原則に還元してこの用語を用いる

必要はない。君塚正臣「LRA の基準—他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め」横濱国際経済法学 19 卷 3 号 103 頁 (2011) 参照。併せて、同前掲註 42) 論文 15 頁以下、同前掲註 51) 論文 12 頁以下、同前掲註 68) 論文 23 頁以下も参照。

であるべき⁷⁶⁾ところであるが、殊に表現の自由の規制の局面では不相当であると思われ、破棄されるべきものである。

二審判決は、被告の一連の行為を表現行為であるとは認めている。しかし、「検察官開示証拠の複製等が本来の目的以外の目的で使用されると、罪証隠滅、証人威迫、関係者への報復・嫌がらせ、関係者の名誉・プライバシーの侵害、国民等の捜査や公判審理への協力確保の困難化等の弊害が生じる恐れがある。本条（意見者注：刑事訴訟法281条の5第1項）の目的は、検察官開示証拠が本来の目的のみで使用されることを担保することによって、このような弊害の発生を防止し、証拠開示ができるだけ円滑にされる状況を整え、証拠開示の適正な運用を確保することにある。この目的を達するための手段として、開示証拠の複製その他の証拠の全部又は一部をそのまま記録した物及び書面に限定し、これを本来の目的以外の目的で使用する場合に当該被告事件の被告人又は被告人であった者の行為を1年以下の懲役又は50万円以下の罰金という法定刑を定めて処罰することは、刑法の関係法条の法定刑に照らしても、必要かつ合理的なものである」とし、「関係者への報復・嫌がらせ、関係者の名誉・プライバシーの侵害等によって、国民等から捜査や公判審理への協力を得ることが困難になるなど適正な捜査や刑事裁判に影響が出かねないことは明らかであるなどとして、「本件掲載行為に本条を適用して被告人に刑罰を科すことは、必要かつ合理的でやむを得ないものであるから、憲法21条1項には違反」しないと判示した。そして、公務執行妨害と傷害により起訴された被告が、東京地方検察庁検察官から事案の審理の準備のため

に謄写の機会を得て入手した実況見分調書添付の写真を、これと関係性を有しそうな動画等と共にインターネット上の動画投稿サイト「YouTube」に掲載し、一般に閲覧可能な状態にした事案である本件にこれを適用し、被告人を懲役6月執行猶予2年とした一審判決を支持したのである。

二審判決は、「本件掲載行為について本条により刑罰を科すことは、被告人の表現の自由を制約することになる」こと、また、「本件掲載行為については、政治的表現の一環である」ことを認めながら、「憲法21条1項は、表現の自由を無制限に保障するものではなく、必要かつ合理的でやむを得ない制限は許される」であるとか、「本件掲載行為について本条を適用して処罰する必要性は相当に高く、合理的である」と判示している。だが、このような、何らかの合理性があれば言論は制限できるということが憲法21条の趣旨でないことは、上記の通り明らかであり、まず殆どの学説がこのような基準設定は誤りであると評価するであろう（司法試験の答案としても、およそ表現の自由の侵害事例に対して合理性の基準で結論を導くものは、ほぼ論外の評価を得るものである⁷⁷⁾。

刑事訴訟法281条の4は、主に、提供された証拠が、証人や裁判員への威迫のために用いられることや、被害者やその家族・遺族への二次被害をもたらすことを防止し、延いてはあるべき判決を歪めることを防止するために、近年、新設されたものと合憲的に解し得る。判決の行方を左右する裁判官、裁判員、検察官、弁護士、証人等の氏名は当然に公開されているところ（但し、証人については限られた事案では氏名すら開示されない場合も生じよう）、他方で、これらの身体の安全等を守り、延いては裁判の公平を守るため、その住所、電話番号などの公開されることは本条の目的に合致するが、本件

76) およそ「刑罰の程度は、侵害行為に見合った必要最小限のものにとどめられるべき」である。平川宗信『憲法的刑法学の展開』87頁（有斐閣、2014）。但し、表現権規制の場面と同様なまでの厳格な基準で判断すべきかは微妙である。

77) 君塚正臣「演習 憲法」法学教室403号148頁（2014）参照。

のように、その立場にない公務員である警備員の氏名や住所、電話番号の保護は本条の目的と無関係である。二審判決は「本件掲載行為によって本件法廷警備員がその後の公判審理への協力を拒む事態もあり得る」とするが、第 1 に、職務命令が存在すること⁷⁸⁾、第 2 に、比較検討する価値のある先例である長崎教師批判ビデオ事件判決（最判平成元年 12 月 21 日民集 43 卷 12 号 2252 頁）において、教員が大量に退職したり職務をボイコットしたりした事実がなかったことや、本件のように大きな政治運動になり難い事案において処罰の危険を冒してこれに呼応する者がいるとは考え難いことに鑑みても、二審判決の危惧する危険性が殆どないこと、第 3 に、実際、本件でも、警備員に具体的に被害が及んでいる形跡はないことからして、二審のこの判断は杞憂に近いものである。そして勿論、単なる抽象的危険をもって表現行為を処罰することは違憲的なものと考えられる⁷⁹⁾。

なお、これまで、最高裁は、刑事裁判の公正と表現の自由の衡量において、前者に傾斜し過ぎるきらいがあったように思われる。いわゆる博多駅テレビフィルム事件決定（最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁）、日テレ・リクルート事件決定（最決平成元年 1 月 30 日刑集 43 卷 1 号 19 頁）、TBS ギミア・ぶれいく事件決定（最決平成 2 年 7 月 9 日刑集 44 卷 5 号 421 頁）が想起される。特に後 2 決定においては、刑事裁判における中立機関ではない

78) いわゆる君が代伴奏拒否事件判決（最判平成 19 年 2 月 27 日民集 61 卷 1 号 291 頁）において、最高裁は、公立学校長の職務命令に違反した教諭を戒告処分としたことについて、憲法 19 条違反には当たらないと判示した。このことからしても、法廷警備員が最終的に警備を拒否すれば、司法機関である裁判所自身により職務命令を発し、これに逆らうことは考え難い。それでもなお拒否する危険性があると論じるのであれば、結局、職務命令は破れることを裁判所が認めたことになってしまおう。

79) 君塚前掲註 4) 評釈 511 頁。

検察や警察による表現媒体であるビデオテープの差押えを許容しており、学説の批判も非常に多いところである⁸⁰⁾。これらの判例の是正はしかるべき事案においてなされるべきであるが、本件事案は、仮に被告の表現行為を自由になさしめても、事実に基づかない情報による歪んだ集団的圧力を裁判官や検察官に生じさせるなどの虞れがあるわけではなく、特段、刑事裁判の公正に影響しないものである。このため、二審判決が、本件について「究極的には適正な刑事裁判の実現」のためとして規制を是認していることは疑問である。一審判決も「開示証拠に係る複製等の交付、提示、電気回線を通じた提供を用いた表現の方が主張として分かりやすく、信憑性をもって相手に伝わるという効果があるとしても、別の方法で開示証拠の内容を示すことによっても、被告人が原事件に関する自己の意見や主張を外部に表明することは十分可能であるから、表現の自由に対する制約の程度はかなり限定的といえる」としており、最も客観性の高い情報であると思われるものの公表を妨げ、他に何らかの方法が残されていけばよいというところにまで表現の自由保障のレベルを後退させていることは、憲法を頂点とする法の擁護者であるべき裁判所の憲法理解として非常に残念である。

ところで、本件事案でインターネット上にアップロードされたものは、法廷警備員 8 名の画像がマスクもなく、容貌もわかるもので、警備員全員の氏名が記載されている。この点、二審判決は被告人を特にこの点で非難しており、有罪であることとその量刑を決める有力な根拠としている節がある。あるいは、このこと単独では処罰できないため、刑事訴訟法 281 条の 4 を処罰の拠り所としたきらいがあるのである。確かに、公務員と雖もプライバシーはあり、そ

80) 芦部前掲註 2) 書 288 頁、佐藤前掲註 12) 書 280 頁注 135、松井前掲註 18) 書 482 頁、渋谷前掲註 35) 書 362 頁など。

の私生活にまで影響が及ぶことへの非難が被告になされることも理解できる。

しかし、いわゆる長崎教師批判ピラ事件で最高裁自身が示したように、「公共の利害に関する事項について自由に批判、論評を行うことは、もとより表現の自由の行使として尊重されるべきものであり、その対象が公務員の地位における行動である場合には、右批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあっても、その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く」ものである。そうであれば、批判者に当然に刑罰を科すことも妥当ではなく、実際、長崎の事件でも児童の保護者であった批判者が起訴された形跡はない。論評を見て、これに共感した者が増えたとしても、それは論評が説得力を有していたからにほかならない。被告人の行為の問題点は、その抗議の矛先を検察庁や裁判所という公の機関に向けるのではなく、警備員の私生活に向けさせるべく、警備員全員の氏名や住所、電話番号などを掲載したことにある。この点は長崎の事件の判決も、教師らが「電話、葉書、スピーカーによる嫌がらせや非難攻撃を繰り返し受け、家族に対してまで非難の宣伝をされた者があり、その余の者も右事実を知り同様の攻撃等を受けるのではないかと落ち着かない気持ちで毎日を送った」ことを認め、「これにつき不法行為責任を免れない」とした通り、本件における被告の行為も、プライバシー権の侵害に該当し、確かに非難されるべき面はある。しかし、これについても、自ら撮影した画像や動画をこのように公開した場合、被害者である警備員から民事の損害賠償請求をされることはあり得るとしても、プライバシー侵害行為に特に刑事罰が予定されていない点と比べ、均衡を欠いている。また、長崎の事件と比べ、警備

員の生活に物理的に介入したり執拗に嫌がらせを繰り返したりしたような事実はなく、また、このように大きな政治問題化し難い事案において処罰を覚悟で一般人が怒りの矛先を法廷警備員に向けることは考えにくく、仮に、そのような危険が生じると仮定しても、通常、司法関係者になされる程度の警戒を先回りして強めれば足り、その発生が直ちにという事案でもない。そのような、煽動を処罰する際に通説が要求する「明白かつ現在の危険」⁸¹⁾は、刑事訴訟法281条の4を巡って生じていたとはおよそ言えない。そうであれば、本件処罰は、刑罰法規には触れることがない、警備員の氏名や住所、電話番号などを掲載したという行為自体に特定の刑罰法規を適用することに当たる。これは、およそ刑罰法令が処罰対象としていないものを処罰できるものとして解釈することであり、憲法31条もしくは罪刑法定主義の見地からみて疑問であり、その規制が表現行為に向けられている点で萎縮の効果も甚大であり、憲法21条違反の疑いもあるものである。被告人の行為はこの限りで倫理的な非難には値しようが、刑事法的に処罰ができるかという問題とは明確に異なろう。

以上のように、憲法21条に関する法理に鑑みると、刑事訴訟法281条の4は文面違憲とまでは言い難いが、本件適用を視野に考察すれば、複数の理由から法令違憲であると言え、結論として無罪判決を導くべきものと思われる。

81) なお、通説は煽動事例に対してこの基準を用いることを適用しているが、これではいかに曖昧な表現であり、冗談と受け取れるものであっても危険が生じれば処罰されるという問題点を残しており、アメリカ合衆国最高裁判所がBrandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)においてこれを改善した、いわゆるブランデンバーク基準を用いるべきだというのが意見者の主張である。君塚前掲註4) 評釈509-510頁。

(3) 適用違憲の疑い

以上のように、刑事訴訟法 281 条の 4 は法令違憲であると思われるが、仮にそうではないとしても、本件適用の限りにおいて憲法違反であれば、裁判所は適用違憲の判断を下すべきものである。だが、本件二審判決は、そもそも適用違憲の可能性を十分に検討していない。確かに、最高裁判所は、法令の適用を違憲とする判断をまず行ってこなかった。しかし、上述のように、司法の使命がまず具体的事案の解決であるならば、経済的自由の規制の場面では最初に、表現の自由や参政権などの規制では最後に、適用違憲の可能性を事件事実 に即して検討されなければならないものである。仮に刑事訴訟法 281 条の 4 そのものが法令違憲ではないとしても、本条規の本件適用の合憲性は検討せねばならないところである。

仮に刑事訴訟法 281 条の 4 について、一般的に、検察の開示した情報の目的外の悪用を禁じる趣旨を重く見て、本条は法令違憲に該当しないと判断しても、裁判における自らの主張立証の手助けをする者を広く求め、しかもそれを純粹言論として行う本件被告に適用する限りでは、違憲の疑いが濃い。これを規制する正当な目的すら考え難いと言うべきである。また、前述の LRA の基準は、法の適用の段階にも当然、及ぶものである。表現の自由の規制である以上、被告の行為を抑止する「より制限的でない他に選択し得る手段」が選択されねばならず、個々の事案において行政罰で十分なときはこれを選択すべきものであり、より軽微な刑罰をもってすれば十分であるときにはそれを選択刑とすべきものである。このため、仮に本法令の規制目的が合憲であるとしても、本事案は、被告が説得によりインターネット上での掲載をやめていることからしても、その抑止のために刑事罰は不要だったことが窺われ、そうであれば、本事案に刑罰を科すことは適用違憲であると言わざるを得ない（仮に有罪だとしても、低額の罰金刑で行為制限が可能であれば、自由刑や高額な罰金刑を科すことは違憲ということになる）。なおかつ、上述のように、本件事案には「明白かつ現在の危

険」がないことは明らかなのであるから、仮に本条が「明白かつ現在の危険」が存する広範な事案を処罰するために、ごく僅かな例を挙げて法令違憲とすることはできないのだとしても、その例外的事象に該当する本件に適用する限りではやはり違憲である。

このように考えると、刑事訴訟法 281 条の 4 は十歩譲って法令違憲ではないとしても、本件適用の限りで違憲であることは明らかである（もし、そうであれば、裁判所は、法令を「およそ憲法に違反しない」と判示するのではなく、当該事案に適用し、その限りで違憲ではないかを判示すべきである）。むしろ、本件のような表現規制法規が問題となっている事案においては、法令を違憲としない僅かな可能性を求めるより、そのような判断を無理に行わず、表現権規制の条規につき法令違憲の判断を行うことが本来であると言えよう。

4. 刑事手続の適正の問題として

以上、本意見書は、憲法 21 条に関する論点を論じてきたが、本規定はまた、刑罰法規でもあるので、この点から生ずる憲法上の要請についても論ずる必要がある。憲法 31 条は刑事法に関する一般原則を定めたと考えるのが適切である⁸²⁾。本条に触れる法文は、単に刑事法の諸原則に反す

82) 君塚正臣「日本国憲法 31 条の射程について」横浜国際経済法学 13 巻 2 号 31 頁、57-59 頁 (2005)。この下で、憲法 32 条は刑事裁判を受ける権利に凝縮され、民事・行政裁判を受ける権利の実は、憲法 76 条が「司法権」を定義し、これに該当する訴えの受理を裁判所が拒否できないことによって担保されていると解している。君塚正臣『裁判を受ける権利』の作法の発想転換—日本国憲法 32 条の法意の再再検討』横浜国際経済法学 21 巻 3 号 25 頁、52 頁以下 (2013)。憲法 31 条が刑事手続の原則に特化するため、行政手続などの一般的な手続の適正の保障は憲法 13 条が行っていると解される。川岸ほか前掲註 7) 書 227-228 頁 [君塚正臣] 参照。こういった解釈をすべき理由は、日本国憲法が刑事手続の適正を強く要請していると読み取れる点にあり、このようにしても、他の手続保障の希薄化を招くこともないことも副次的な理由である。

る不適切な条規であるにとどまらず、憲法原則に抵触し、違憲無効と言うべきものである。

憲法31条は、その文言からしても、第一の要請は法定手続であるが、いかなる内容であれ、法律で手続さえ定めればよいとする学説は皆無であり、その手続が適正でなければならないことを疑う学説はほぼないと言える⁸³⁾。判例もまた、いわゆる第三者所有物没収事件判決（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）において、憲法「31条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならない」から、「関税法83条1項によつて第三者の所有物を没収することは、憲法31条」に違反するものと断ぜざるをえない」と判示しており、盤

石な判例・通説であると認められる。

刑事裁判における手続の適正が日本国憲法の重大な関心事であることは、憲法がこの領域に多くの条項を置いていることから明らかである。例えば、37条は1項での迅速な公開裁判を受ける権利、2項で証人審問権・証人喚問権、3項で弁護人依頼権を保障している。続く38条は、自己帰罪供述強要の禁止、拷問・脅迫等による自白の証拠能力の否定、自白排除法則・自白補強法則等を定める。このように、刑事裁判においては、当事者主義構造⁸⁴⁾・弾劾的訴訟観の下、被告人の手続的人権を保障し、告知・聴聞の機会なくして不利益処分なしの大原則を守りつつ、検察官と被告が対等に主張を行い、最終的には中立な第三者である裁判官がこれを判断する構造を憲法は予定しているものと解される⁸⁵⁾。このことは、刑事手続の一般則を示す憲法31条の「適正」さの中身にも反映するものと思われる⁸⁶⁾。この点、本件一審判決が、被告の行為が「弁護人がいような『証拠の問題点を指摘し、一般の支援を求める』意図を併せもって行われたものと認められる」と判示し

83) 学説の整理について、川岸ほか前掲註7)書217-219頁[君塚正臣]など参照。31条が刑事手続・実体の法定と適正を保障したとするものとして、辻村みよ子『憲法』[第4版]269頁(日本評論社,2012)、戸松前掲註12)書256頁、渋谷前掲註35)書195-197頁、君塚前掲註82)論文55-57頁などがある。刑事法学者もこれを肯定する。田宮裕『刑事訴訟法』[新版]4-5頁(有斐閣,1996)。これに対し、佐藤前掲註12)書334頁は「実体法の適正性の問題は、憲法13条・14条をはじめとする各種人権規定との関係で真剣に議論されるもの」とし、そこから進んで、松井前掲註18)書520頁は「罪刑法定主義の条文上の根拠を求めるのであれば、31条より41条の方がふさわしい」とはっきりと述べている。市川正人『基本講義憲法』193頁(新世社,2014)も同旨である。しかし、これらの説によつても、憲法31条は刑事手続の適正を保障しないとまではしておらず、31条が刑事手続の法定のみならず適正も保障していることは争う余地がないものである。

84) 英米法的当事者主義であれば、平野龍一「書類証拠物の閲覧」法曹時報11巻6号1頁(1959)が指摘するように、証拠開示は許されないのが原則であるのではないかと反論もあろうが、平野自身もそこで、この英米法の原則について、「尤も、どの程度のもを一件記録として提出しなければならぬかについては、明文の規定がなく、また提出しなかったとき、これを強制する方法もない。だから、純法律的に言えば、よりひろくディスカヴァリーを保障しているとさえいえる」と注釈しており、必ずしもそうとは言えない。松代剛枝「証拠開示に関する一考察」刑法雑誌40巻3号17頁、22-23頁(2001)参照。この点は、両当事者が一般市民である通常の民事訴訟とは区別されるべきであろう。

85) 「核心は当事者主義に立った基本的な公正さである」。川岸ほか前掲註7)書219頁[君塚正臣]。

86) ここには違法収集証拠排除や伝聞証拠排除法則の原則なども含まれる筈である。君塚正臣「米判批」ジュリスト1303号149頁、151頁以下(2005)、同「米判批」横浜国際経済法学21巻2号187頁、195頁以下(2012)など参照。

ているのは、適正手続にはこのような面があることを認めたことに相違ないものと見受けられる。

ところで、当該刑事手続が憲法 31 条に適合するか否かを判断する司法審査基準についての議論は、憲法学界でもあまりなされていない⁸⁷⁾。しかし、日本国憲法が刑事手続に関して慎重に多くの規定を設けていること、大日本帝国憲法下での刑事手続には大いなる問題が生じていたこと、戦後においても多くの誤審などの問題が継続していること、誤った判決の執行は取返しのつかない重大事態を招来すること、そもそも刑事手続には「疑わしきは被告人の利益に」という大原則⁸⁸⁾があり、有罪の立証責任は検察側が負っていることなどからして、これが緩やかな合理性の基準の下にあることは考え難い。このため、これは厳格審査基準か、中間的審査基準があるとしてもそのうちの厳格度の高い基準として解するほかはないように思われる⁸⁹⁾。総じて、未だ確定的とまでは断じ得ないものの、刑罰法規、刑事手続法についても、立法裁量に広く委ねるべきではなく、その目的・手段の合理性を厳密に検討すべきであるというのが、徐々に学界の傾向となっているということまでできよう。

旧刑事訴訟法は職権主義に立つが故に、捜査段階で作成された一件記録と収集された証拠は裁判所に提出される仕組みであったが、当事者主義に立つ戦後の刑事訴訟法は起訴状

一本主義を採用し、かえってこの開示をできなくした。被告・弁護側が事前に証拠の閲覧によって十全な防禦をなし、延いては裁判の公平を担保していたこの部分を問題にする指摘が、新法案を審議する衆議院司法委員会でもなされたほどである⁹⁰⁾。「証拠開示は、被告人の適正な防禦活動を担保する必須の方策である」⁹¹⁾。そして、「直接の明文規定はないが、憲法 31 条、37 条 2 項の規定等を根拠に証拠開示に関する訴訟指揮権の行使を説明することができる」⁹²⁾ものである。刑事訴訟法 281 条の 4 は、こういった疑問を解消すべく挿入されたものであり、開示証拠が本来の目的にのみ使用されることを担保し、延いては証拠開示が行われ易い環境を整えようとして追加されたものである⁹³⁾。こうした基準から本条を考察すると、本条の制定により、それ以前、「実務が利益衡量アプローチに基づいて定着させてきた開示水準の実績は、権利保障アプローチの帰結に比べると著しく低いもの」⁹⁴⁾と批判された状況よりは改善されたが、検察と被告人の間の圧倒的な調査能力の差、ときとして被告が身柄拘束をされることによる自らによる調査そのものの不可能性、捜査段階における強制力、当事者間の法的知識の圧倒的な差（もちろん、これを埋めるべく、刑事被告人には弁護人選定権が保障されてはいるが、それでも検察が国家的権威と組織力を有するのに対し、弁護人は 1 人ということもあり、実質的には対等ではない）などにより、被告が犯罪事実に関して確証を有していることを考慮しても、検察

87) 例えば、芦部前掲註 9) 書 227 頁以下を熟読しても、精神的自由と経済的自由の対比は明らかで、このほか、240 頁以下には社会権、プライバシー権、平等権についての記述はあるが、刑事手続上の権利の司法審査基準に関する記述はない。佐藤前掲註 12) 書 330 頁以下を見ても、これに直接触れる記述はない。

88) 田宮前掲註 83) 書 6 頁。

89) 君塚前掲註 42) 論文 8-10 頁。渋谷前掲註 35) 書 201 頁は、「すべての場合において厳格審査がなされるべきである」と明言する。

90) 三井誠『刑事手続法 II』268 頁 (有斐閣, 2003)。

91) 同上 276 頁。

92) 同上同頁。

93) 伊藤栄二「刑事裁判の充実・迅速化を図るための刑事訴訟法改正の経緯と概要」法律のひろば 57 巻 9 号 14 頁, 21 頁 (2004)。

94) 松代剛枝「証拠開示理論と 2004 年刑事訴訟法改正」関西大学法学論集 54 巻 4 号 60 頁, 61 頁 (2004)。

即ち国側の優位性は拭えるものではない⁹⁵⁾。このようなものは「一種の職権主義」であるとの批判もあり⁹⁶⁾、またそうであればこそ、本条は、検察が捜査等により得た情報は被告に開示し、被告はこれをもって対峙することをもって両当事者は対等となり、即ち適正手続保障が成就すると解されるべきである。

本条を争点とした数少ない下級審決定（東京高決平成22年3月17日東高刑時報61巻1=12号60頁、確定⁹⁷⁾）は、被告人の取調べ状況を撮影したDVDについて、無条件の謄写を求めた弁護人の証拠開示命令請求に対し、謄写枚数の制限、複写の禁止、外部に接続したパソコンによる再生の禁止、弁護活動終了時のデータ消去等の条件を付した上で、弁護人に謄写の機会を与えることを検察官に命じた原決定が是認された事例である。本決定に対する評釈が語るように、被告の防禦の機会が保障され、充実した審理が実現されるためには、証拠は全面的に開示されることが望ましい⁹⁸⁾。この事案においても、DVDの複写可能性やそれによる悪用の危険性を牽制しつつ、刑事裁判における被告の防禦が適切かつ適正に行われることを担保するため、可能な限り謄写を認めるべきである。この際、裁判所は、時期

等を指定し、一定の条件を付して謄写を認めることは可能であろうが、以上の趣旨に鑑み、威迫の危険性や被害者の二次被害防止などの重大な目的を達するための常識的かつ最小限の制限に限られるべきであろう⁹⁹⁾。実際、本条が挿入される以前にも、最高裁は、「裁判所は、…証拠調の段階に入った後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のため特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができる」と全員一致で判示した例（最決昭和44年4月25日刑集23巻4号248頁）がある。この裁判例は本件にも準用され、その趣旨は貫徹されるべきものである。

本件は、法廷内の被告の行為が犯罪事実として認定されており、行為の有無自体を被告が争っているようではない。争点は、この行為に対する法的非難の程度や当該条項の解釈、延いてはその合憲性などに存するように見受けられる。そうであれば、検察とは異なり、被告には、当該行為の評価について広く意見を求め¹⁰⁰⁾、これ

95) 田宮前掲註83) 書12-13頁も、「当事者主義が展開をみせたのはせいぜい公判段階だけであり」、「訴追側がほぼ例外なくその成果を手中に収める」原因について、官僚機構である検察官集団、真相解明に偏った運用、書面重視、精密司法とも呼ばれる検察官の起訴の慎重さを挙げる。光藤景皎「最近の法改正に思う」ジュリスト1370号75頁、77頁（2009）も、「とくに被告人側から証拠が提出されうるためには、検察官手持証拠の開示が不可欠である」ところ、裁判員制度の導入の際に、「『検察官の手中にある被告人に有利な証拠を被告人側に開示して、被告人側の利用する機会を与えること』は、その実現のための手立てが」「立法化に至らなかったのは残念である」とする。

96) 田宮同上13頁。

97) 本件評釈として、佐藤博史「判批」刑事法ジャーナル29号128頁（2011）、滝沢誠「判批」法学新報118巻9=10号293頁（2012）がある。

98) 滝沢同上298頁。

99) 佐藤前掲註97) 評釈135頁は、「開示に際しての条件は、証拠開示の必要性と弊害を比較衡量しながら、具体的かつ柔軟に決定されるべきもので」と指摘し、この平成22年の東京高裁決定は「反面教師的な決定と評すべき」だと断じている。

100) 同じ事案であっても評価は異なるので、適切な判断を行うためには特に状況を知る人に周知させる必要がある。アメリカで、パトカーに追われて逃げる自動車の映像を、ハリウッド映画のカーチェイスのようだと評した裁判官と、田舎道ではよくある車線変更だと評した裁判官があった例がある。Scott v. Harris, 550 U.S. 372 (2007)。君塚正臣「米判批」ジュリスト1379号108頁（2009）。南部ジョー

をもって漸く検察と対等に近づけるといふ事情があるのであって、提示された情報を基本的に自由に活用できるのでなければ、刑事手続上適正であるとは言えないものである¹⁰¹⁾。このことは、検察が被告に情報を与えた結果、証拠隠滅を図るとか逃亡を企てるというような事案や、被告が証人を威圧して裁判結果を左右しようとした事案¹⁰²⁾、その画像などの情報を暴力団に流した事案や本裁判とは無関係の営利目的や興味本位で雑誌等に公表した事案¹⁰³⁾などと混同するべきではない。被告の行為は、基本的には刑事訴訟法 281 条の 4 の趣旨に寧ろ適うものである。この意味で、本条は、憲法 31 条の観点からは、合憲限定解釈を施すべきである。また、併せて、憲法 82 条が裁判の公開¹⁰⁴⁾を要請した趣旨は、証拠や書面が傍聴人のいる法廷内だけでやりとりされれば十分という意味ではないのであり、その趣旨は本件でも活かされるべきものである。

以上のような考察を踏まえると、刑事訴訟法

ジア州の道路事情に通じる者はアメリカ合衆国最高裁判所の法廷に近く、運転経験の殆どない者もあったと言われる。客観的事実と目される証拠映像でも、このような事態は生じる危険がある。

101) 補足すれば、本件は最高裁での民事裁判における退廷命令を発端としており、中立の第三者である裁判官に司法職員保護重視の意図があるのではないかと外観が備わった事案である。当時の裁判長の訴訟指揮への疑問や、本件における特定の裁判官の忌避を意見者は主張しないが、このような事情であれば、公平・中立性に十二分に配慮した丁寧な判決理由が示されることを望むものである。

102) イギリスにおいても、1970 年代の具体的検証から、証拠開示による「証拠隠滅や証人威迫等弊害の虞の現実化は杞憂である」とされ、1980 年代にはほぼ全面開示の体制を整えた。松代前掲註 94) 論文 61-63 頁。

103) このような例が本条挿入前には実際にあったという。辻裕教『司法制度改革概説 6—裁判員法/刑事訴訟法』34 頁 (商事法務, 2005)。

104) 近代立憲主義を熱く語る佐藤幸治『立憲主義について』232 頁 (左右社, 2015) は、これを重視する。

281 条の 4 は、検察が開示した情報の全てにつき検察が条件を広く課することができる点で、適正であるとは言えず、憲法 31 条に反する疑いが濃い。少なくとも、被告が訴訟遂行のため、広く意見を求めた事案である本件適用の限りで違憲である疑いが濃い。憲法 31 条適合性の観点からも、被告には無罪が宣告されるべきであると思われる。

5. おわりに

このように、本件二審判決は、憲法の眼から見て、維持できない部分が多い。二審判決は、しかも、憲法 21 条違反について、「表現の自由といえども、無条件に他の権利に優越するわけではな」い、「表現の自由も、無制約ではなく、一定の限界を内在している」などとして、簡単に合憲の結論を導いてしまっている。権利が絶対であることは稀であり、他の法益により制約され得る。だが、だからこそ、法の有権解釈を行う裁判所は、当該権利利益が何であるかに着目して、いかなる場面でいかなる基準の下、その制限が許容されるか否かを説明せねばならないところである。原審のそれは、法の解釈・宣言の在り方として、疑問を感じるものである。同判決は、長きにわたり、弁護人の主張に答えてはいるが、そのそれぞれに比較的簡単に回答し、最後に「弁護人の主張は、いずれも採用できない」と結論付けているものに過ぎない。その姿勢は、立憲主義的憲法の一つである日本国憲法を合目的的に意味あるものとして解釈したものとは思われず、最高裁判所において再考されることを望むものである。

近時、多数決により一人もしくは少数の政治家に一定期間無批判に決定権を与え、これが誤りであれば次の投票機会に覆せばよいというような、粗雑な民主主義理解が蔓延してきているようにも感じられる。このようなことは、特に少数者の基本的人権の侵害に直結する危険な兆候であり、取返しのつかない権力者と衆愚の横暴を招き、いずれ喝采によって独裁者の登場を

導くばかりである。それは何より、憲法に反する立法や政府行為を許さないとする近代立憲主義への挑戦であり、民主的に選挙されていないことを根拠に裁判官による判断を軽視し、法の支配を蝕むものである。最高裁判所には、人権侵害、特に精神的自由、参政権、刑事手続上の人権が侵害され、あるいは憲法14条1項後段列举事由の「生まれ」の差別の事例においては、積極的に憲法判断に踏み込み、併せて憲法の求める権力分立を実現することが強く求められている。

本件でも、最高裁には、憲法判断を含む法律判断について踏み込んだ判断を行うよう期待したい。それはまた、憲法学の通説的見解、もしくは最近のこれに続く多くの有力学説の進展を反映しようとして、解釈を深化させている近年の最高裁判所の傾向にも合致する。意見者は被告と個人的関係を有したり、利害関係を有したりする者ではなく、憲法学研究者の一人として、純粹に、司法の場で、的確な日本の法体系の提示がなされることを望むものである。自由で民主的な憲法の実りある解釈を経て適切な判断を行うことを、最高裁には望むものである。

[付記] 本意見書は、2015(平成27)年6月16日に最高裁判所に提出されたものである。但し、誤字脱字の訂正など最低限の校正を行った。また、横浜国際経済法学19巻1号89頁(2010)掲載の鑑定意見書と主張が共通する部分(特に、表現の自由総論に関する部分)については、これと重複するところがある。

本件事案を一審認定などにより補充説明すると、被告人は、パソコン操作により、東京地方検察庁検察官が同被告事件の審理の準備のために謄写の機会を与えた証拠である司法警察員F作成の2010

(平成22)年5月11日付実況見分調書貼付の写真に係る複製を含む動画を2012(平成24)年10月10日頃、インターネット上の動画投稿サイトに掲載し、不特定多数人の閲覧を可能にしたというものである。

上記「実況見分調書貼付の写真」とは、被告人が2010(平成22)年3月16日、最高裁判所第三小法廷に係属中の損害賠償等請求事件の口頭弁論に当事者として出頭したが、不規則発言により堀籠裁判長から退廷を命ぜられ、法廷警備員らとその退廷命令を執行する際、被告人が法廷警備員の右手にかみついて傷害を負わせたのであるが、このときの模様について、本件の弁護人が公判前整理手続の中で本件実況見分調書その他関係証拠の開示を受けて入手したものである。そのうち、法廷警備員8名が横一列に並んで写っている写真(マスク等がされておらず、各人の容貌が分かるもの)については、当該写真部分の下に、「集団暴行(特別公務員暴行陵虐罪)した法廷警備員」との文言及び8名全員の氏名が記載されていた。複数使用されている法廷警備員らによる被害再現状況等を撮影した写真については、各所で、当該写真部分の下に、法廷警備員らの供述内容の一部が引用され、「(引用された供述内容)と『嘘』をつく警備員(氏名)」などと記載されていた。本件動画には、「『集団暴行』した法廷警備員」として、上記法廷警備員8名の氏名、生年月日及び住所が記載されているほか、うち7名については自宅や携帯電話の電話番号も記載されていた。また、本件動画には、「『集団暴行』『顔面強打』を隠蔽・偽証する『偽証罪』」との文言の下に、原事件で検察側証人として証言をした上記法廷警備員2名の氏名が記載されている。なお、弁護人は、口頭弁論及び退廷命令の執行状況を録音した録音データ及び法廷の内外を撮影したデータの照会を求めたが、結局、最高裁は、同期日には録音はなされず、録音データは保管されていないなどの回答を行っていた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]