

国益による人権制約と「人権の基礎」(1)

——進化生物学的人間観・人間集団論に基づく人権制約基準の考察——

内 藤 淳*

- I はじめに
- II 「前国家的」人権観と国家による人権制限の不可
- III 国益による「表現の自由」制約（以上本号）
- IV 「国益による人権制約」と内在制約説・自律性基底的人権観との不調和
- V 繁殖機会配分説と「国益による人権制約」の根拠づけ
- VI まとめと今後の課題

I はじめに

人権とは、国家や憲法が成立する以前に、「人間であること」に基づいてすべての人が持つ権利である。その人権の享有を確実にするために、契約を通じて人間が設立したのが国家であって、人権は国家に先立つものだから、国家は人権を侵害したり制限したりできない。

「人権とはいかなるものか」について、日本の憲法学では、おおむねこのような説明がされており、こうした理解を前提として、人権に関する個々の問題が論じられる。しかし、こうした説明は、人権という（法的・道徳的）価値の理解として問題があると筆者は考えている。それは、人権という価値が何に基づいて成立しているかという「価値の基礎」の（事實的）理解として問題があるのみならず、人権に関する諸問題を考える基盤となる、規範的な人権理解としても問題がある。そのうち前者の側面についてはすでに別のところで論じたので¹⁾、後者の面を、特に「人権の制約」に関して考察し、そこで扱われる人権と国家の関係を再検討すると共に、従来の「人権の基礎」理解を見直す必要性を示すのが本稿の趣旨である。

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第4巻第3号2005年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学法学研究科講師（ジュニア・フェロー）

1) 拙稿「『人権の基礎』の生物学的追究」（一橋大学法学研究科博士論文、2004年）。

人権制約の問題を取り上げるのは、そこに、従来の人権理解の規範論的な問題点が典型的に表れると筆者が考えるからである。上の説明にも含まれているように、従来の人権理解では「人権は国家に先立つ」ものとされ、そこから「国家は人権を侵害・制限できない」、「人権への制約は人権相互の調整においてのみ」という原則が導かれる。しかし、実際には、人権には国家そのものの利益や作用に基づく制約が必然的に伴うのであり、そのことを具体的事例を通じて示すのが本稿の作業の第一である。その上で、かかる制約が人権そのものの理解に照らしてどのように根拠づけられるのか、その原理的基礎を考察するのがここでの中心的議論になる。その際、特に人権と国家との関係に着目しながら、従来の「前国家的」な人権理解の見直しを図り、人権制約を包括的・整合的に説明しうる、新しい「人権の基礎」論を提示するのが本稿の構想である。

こうした議論は、言い換えれば、「国家による人権制約」を認め、人権を「前国家的」なものと見る考え方を批判することを意味するが、そのように言うと、国家至上主義的な立場から人権への制限を強化しようとする意図がここにはあると思われるかもしれない。しかし、決してそうではない。人権を「国家に先立つ」と捉えてきたこれまでの議論は、よく見るとあいまいな部分を含んでおり、国家による人権制約の可否に関する判断基準も実は不明確であったと筆者は考えている。そのことをはっきり示すと同時に、人権と国家との関係を人権そのものの理解に遡って再考し、それを通じて、人権を制約しうる要因や基準を明確化しようというのが本稿の背景にある意図である。人権をめぐる従来の議論は、人権保障の拡大に力点が置かれるあまり、ではどういう場合に人権は制約されるのか、その制約「可能」性に関する問題意識が十分でなかったように思われる。しかし、人権は決して無限定なものではなく、一定の制約を必然的に伴うのはほとんどの法学者が認めるところである。そうであるからには、人権に対する不当な制約を指摘・批判するのみならず、人権を制約しうる要因と基準をはっきりさせることも、安定的な人権保障に向けた学説の重要な役目であろう。そうした趣旨から、人権制約基準の明確化とその根拠づけを図り、人権保障の安定と人権理解の深化に寄与することが、ここでの議論の背景にある筆者のねらいである。

それと共に、ここでの議論は、人権制約のような法学に固有の規範的議論に、

自然科学的・事実的議論が関与しうることを具体的に示すという意図を含んでいる。規範的議論と事実的議論が峻別されるべきことは「ヒュームの法則」以来何度も指摘されてきたが、それらの性質の違いを踏まえた上で法学と科学の「架橋」を図ることは、筆者の研究の根本的テーマである。筆者は、以前の論文で、これらの接点が「価値の基礎づけ」というメタ法価値論的問題に見出せることを述べ、人権という「価値の基礎」を論じるにあたって、人間に関する自然科学的知見が有用であることを主張した²⁾。本稿では、第V章で、従来理解とは異なる「人権の基礎」理論として繁殖機会配分説なるものを提示するが、この説は、進化生物学的観点に立った人間論・人間集団論を基盤としている。こうした理論が人権制約という規範的議論に関与することを示すことで、科学的・事実的議論を法学に取り入れる道筋を具体的に明らかにするのが本稿の議論のもうひとつの意図である。

こうした趣旨から、以下、まず次章では、日本で一般的な「人権の基礎」理解と人権制約論を簡単にまとめ、「国家による人権制限の不可」、「人権への制約は他の人権との相互調整においてのみ」というのがそこでの人権制約の基本原則であることを確認する。これに対し、第三章では、国家による人権制限が問題になる例として、特に「国益」と「表現の自由」が衝突する具体的事例を取り上げ、その検討を通じて、「国益による人権制約」が実際には存在すること、それは判例・学説の認めるところであることを示す。これを受けて第四章では、「国益」という人権制約要因の存在が従来の人権制約論に即しては説明困難であることを示し、その説明には、「人権の基礎」理解に遡った従来の考え方の見直し、特に、人権と国家との関係の再考が必要であることを述べる。以上の議論を踏まえて、最後に第V章で、従来とは異なる観点からの「人権の基礎」理論として繁殖機会配分説を提示し、そこでの「人権—国家」関係の理解に着目しつつ、それに拠ると「国益」によるものを含め人権制約が整合的に説明できることを述べたい。

2) この点、詳しくは、拙稿「メタ倫理学・メタ法価値論と進化生物学」(1)～(3・完) (『一橋法学』3巻2号423-460頁、3巻3号381-411頁、4巻1号231-259頁、2004年～2005年)、同「『人権の基礎』の生物学的追究」前掲注1)。併せて、後述注98)参照。

II 「前国家的」人権観と国家による人権制限の不可

1 人権の「前国家的」基礎としての自律性

議論を始めるにあたって、まず、従来の「人権の基礎」理解と人権制約論の概要、両者の関連性について簡単にまとめておこう。

現在に至るまでの日本の憲法学における人権理解の土台は、宮沢俊義の人権理論に見出せる。宮沢は、人権とは「『人間』の存在ということから論理必然的にうまれるもの」であり、「すべての人間の一身に専属的に附着しているもの」とする。それは「人間性」とか「人間の尊厳」とかによって根拠づけられる「人間が生まれながらにもっている権利、すなわち、生来の権利」であって、ロックが言うように、国家が成立する以前の「自然状態」において、「自然法」に基づいてすでに人間に認められていたものである³⁾。国家とは「人権の享有を確実なものにするために」人間が契約を結んで設けたものであり、「人権は、——歴史的に、または、論理的に——国家に先立つものである。その結果として、国家の権力によって、人権を制限したり、禁止したりすることは許されない」とされる⁴⁾。

こうした考え方は日本での人権理解のモデルとして広く浸透したが、しかし、これだけの説明では、「人間性」や「人間であること」から人権概念で表されるような権利がなにゆえ生じるのか、その具体的筋道の説明が十分とは言えない。その点を指摘して、より詳しい「基礎づけ」を提示したのが佐藤幸治である。その佐藤の説明では、人権の本質的基礎は人間の「人格的自律性」に求められる。ここで言う「自律」とは、他者からの強制を受けないことを含め、個々人が自分の考えや価値観に依拠して意志決定・行動し、自らの生活を自分で方向づけ設計・実践していく「自己支配ないし自己決定」といった意味である。佐藤は、こうした「自律こそ人の人たる (personhood) 道徳的基礎をなすもの」であり、これを「それ自体に価値がある」もの、「本質的に価値あるもの」とし⁵⁾、人権と

3) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）77-78頁。但し、宮沢は、「ヨーロッパ思想史において生長した自然法概念は、多かれ少なかれ、宗教的色彩をおびる」ことに懸念を示し、そうした宗教的色彩を排す意味で、あえて「人間性」や「人間の尊厳」という言葉で人権概念の根拠を示す。

4) 宮沢『憲法Ⅱ』前掲注3) 77-78頁。

は、自律的存在たる人間の「人格的自律の存在性それ自体およびそのような存在性を支えるに必要な条件」を保障するものだと捉える⁶⁾。「自律性」という「人間たるものの本質」を保障するものであるがゆえに、人権はすべての人間に認められ、誰もその享受を妨げられないし、られてはいけない⁷⁾。こうした権利が「国家の承認をまっしてはじめて存在する権利ではない」のはもちろんで、「人権を憲法で保障するとは、人権のこのような性質の確認の上に、国家機関に対しその擁護を法的に義務づけ、その侵害を禁止することを意味する」⁸⁾と佐藤は言っている。

人権の基礎を人間の「人格的自律性」に求めるこうした説明は、他にも多くの憲法学者が採用している。芦部信喜は、「日本国憲法が保障する基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生存を確保し、もってその尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認したもの」と言っているが⁹⁾、これは、佐藤と共通の人権理解を日本国憲法に即して述べたものと言える。また、長谷部恭男も、人権を「人が人であること自体から当然に認められる権利」、「個人が本来、国家成立前の自然状態においても享有していたはずの権利」とし、その中核を

-
- 5) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』——その根拠と性質をめぐって」(『法学教室』98号、1988年) 11頁。
 - 6) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院、1995年) 394-395頁。
 - 7) なお、厳密には、このような「人格的自律を保障する権利としての人権」を佐藤は「道徳的権利」とし、憲法の保障する「法的権利」の母体をなす「背景的権利」と位置づける。そうした「背景的権利」としての人権のうち、「特定のな内実をもち、基本的重要性をもつに至ったと認められる」ものが「法的権利」として憲法の保護対象になる。佐藤『憲法』前掲注6) 393-394頁、樋口・佐藤・中村・浦部編『注釈日本国憲法』(青林書院新社、1984年) 上巻191頁、235-242頁(佐藤幸治執筆)。本稿でも、「人権の基礎」を問題にするとき、個別具体的な人権各々の基礎を考えるのではなく、基本的に、それらを含めた人権という概念の本質(「人権原理」)を念頭に置いてその「基礎」を考えている。その「人権原理」とは、「政治権力と市民との関係などにおいて一定の基本的利益がすべての人に対して平等に一貫して配分されるべきだという規範的要請」と表すことができよう。拙稿「『人権の基礎』の生物学的追究」前掲注1) 27頁、深田三徳『現代人権論』(弘文堂、1999年) 106-107頁。
 - 8) 佐藤『憲法』前掲注6) 392-393頁。
 - 9) 芦部信喜『憲法』(岩波書店、1993年) 74頁。

「個人に自律的な決定権」を保障することに見出している¹⁰⁾。(以下本稿では、こうした人権観を便宜上「自律性基底の人権観」と呼ぶことにする¹¹⁾。)

この自律性基底の人権観は、先の宮沢の自然権の人権観と対立するものではない。佐藤自身が言うように、これは宮沢の説明を「不十分」とし、「人間性」や「人間の尊厳」から人権を導く論理を精緻化したもので、宮沢の人権観と共通の基盤に立った、言わばその発展形と解することができる。いずれにおいても、人権とは、人間の存在性そのものに基づく「前国家的」な価値とされ、そうであるがゆえに、すべての人に認められ享受されるべきものとされるところが特徴である。

2 人権への制約

しかしながら、現実には、人権はあらゆる人に絶対無制約な形で保障されるわけではない。人間が(典型的には国家という形で)集団を作り社会生活をしている以上、他のメンバーとの関係や集団そのものとの関係の中で、人権に具体的な制約が生じることは避けられない。そこで、国家という集団の中でどういう場合に人権は制約を受けるのかという人権制約論が、憲法学の重要な課題となる。これについて、現在の日本の憲法学では、他の人権との矛盾・衝突の調整においてのみ人権への制約を認める一元的内在制約説が支配的な見解になっている¹²⁾。

以前の考え方では、日本国憲法12条、13条で、国民は人権を「公共の福祉のため

10) 引用箇所は、順に、長谷部恭男『憲法 第2版』(新世社発行、サイエンス社発売、2001年)95頁、同『国家権力の限界と人権』(樋口陽一編『講座憲法学第3巻 権利の保障』、日本評論社、1994年)58頁、同『憲法 第2版』120頁より。もっとも長谷部は憲法で列記された権利をすべて人権と見るのではなく、これを、人権と、「公共の福祉」に基づき憲法で実定的に規定された権利との2種に区別している。この他、奥平康弘や樋口陽一も、「自発的に目的適合的な行為をなす」「一人前の人間」や「身分共同体から解放された意思主体としての個人、自己決定をし、その結果に耐えることのできる自律的個人」を核として人権を論じており、人権を「自律性」に基礎づける立場をとっている。奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」(『戦後憲法学の展開 和田英夫教授古稀記念論集』、日本評論社、1988年)137-139頁、樋口陽一「人権主体としての個人——近代のアポリア」(憲法理論研究会編『人権理論の新展開』、敬文堂)23頁。

11) この呼び方は、小沢隆一・村田尚紀・笹沼弘志「憲法学における近代主義」(『法の科学』24号、1996年)187頁における、「自律能力基底の人権観」という言い方を参考にしている。

めに」利用すべきこと、国民の権利は「公共の福祉に反しない限り」最大限尊重されることが規定されているのに基づいて、すべての人権を制約することのできる外在的・一般的原理として「公共の福祉」を想定する一元的外在制約説が判例・学説上の支持を得ていた。しかし、これだと、「公共の福祉」の名において、「公の」利益に基づいて法律で人権を制限・制約することが比較的容易に肯定され、国家による広範な人権制約を招きかねない。それは人権保障を重視する日本国憲法の基本思想に反する。一方、憲法に規定されている人権のうち、経済的自由と社会権についてのみ「公共の福祉」による制約を認め（経済的自由には憲法上「公共の福祉」による制約が明記されており、社会権は国家による政策的規律をそもそも予定していると考えられるから）、それ以外の自由権についてはそれを認めず、「権利相互の調整」という権利に内在する制約のみがあるとする二元的制約説も唱えられたが、これも、社会権と自由権の明確な区別が難しいこと、憲法12条、13条の法的意義が否定されてしまうことといった難点を含んでいる。

これに対して、一元的内在制約説では、個人に優先する「全体」の利益ないし価値、すなわち、人権の外にあって人権を制約する「公共」の利益や価値は認められない。個々の人権に対抗する価値が認められるのは他の人権のみであって、人権に対して生じる制約は、それと他の人権とが対立・衝突する場合の「相互調整」においてだけである。これを最初に提起したのは宮沢俊義で、ここでは、「公共の福祉」とは、人権に「外在」する「公の利益」ではなく、人権相互の間に生じる矛盾や衝突を調整するための「実質的公平の原理」だと解される¹²⁾。この「原理」は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、必要最小限の規制のみを認める「自由国家的公共の福祉」として働き、社会権を実質的に保障するために自由権の制約を根拠づける場合には、必要な限度の規制

12) 以下での分類と記述は、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年、特にその188-200頁）、青柳幸一「人権と公共の福祉」（高橋和之・大石眞編『ジュリスト増刊 憲法の争点〔第3版〕』、有斐閣、1999年、58-59頁）、長谷部「国家権力の限界と人権」前掲注10）、同『憲法』前掲注10）110-127頁、などに依拠している。その他、奥平康弘「基本的人権と『公共の福祉』」（奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学1《人権の基本問題Ⅰ》』、有斐閣、1976年）、浜田純一「基本権の限界」（杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅱ』、勁草書房、1983年）などを参照。

13) 宮沢『憲法Ⅱ』前掲注3）218頁以下。

を認める「社会国家的公共の福祉」として働く。いずれの制約も、憲法上の規定の有無に関わらず、人権に論理必然的に内在するものとされる。

この考え方が、前節で示した、人格的自律性に基礎を置く人権理解と最も整合することは明らかだろう。人権とは、国家などができる以前に、人間の存在的特徴（「人格的自律性」）を発揮するための条件保障として各人に認められたものであるから、国家ができたからといってその利益（やその中の多数者の利益、しばしば「公の利益」）のために否定されたり、制約されたりしてはいけない。それは、そこで制約を受ける人の人格的自律性、すなわち、人間としての存在性を、国家（や多数者）の利益によって否定することを意味し、人間存在と「自律性」が先にある、その価値を守るために国家は後から作られたという人権と国家の関係に照らして本末転倒になってしまう。反面、実際の社会生活では、個々人の権利行使が相互に衝突する場面が多々あるから、その調整として権利行使が制約を受けることは現実的な必然である。こうした制約は人権にそもそも「内在」するのであり、その基準として、「公共の福祉」という言葉で表される「実質的公平の原理」がある。こうして、国家（や多数者）の利益を根拠にした人権への「外在」的な制約は認められないが、「人権相互の調整」としての「内在」制約は認めるという一元的内在制約説が、自律性基底の人権観に基づく人権制約原理として必然的に導かれる。

3 「表現の自由」の重要性と自律性基底の人権観

ところで、その一元的内在制約説においては、対立・衝突する人権を相互に調整する場合の具体的基準が大きな問題になる。この点、判例では、当初、当該ケースで対立する利益を具体的に衡量する比較衡量のアプローチが採られたりもしたが、現在では、その基準を準則化した「二重の基準」論が判例・学説上支配的になっている。

「二重の基準」論とは、簡単に言えば、自由権の中でも精神的自由と経済的自由とに保護の程度の差を付け、経済的自由の規制は合憲性推定の原則と結びついた「合理性」の基準によって審査されるが、「表現の自由」などの精神的自由の規制はそれではなく、（違憲性の推定原則に基づいた）より厳格な基準によって

審査されなければならないとする考え方である¹⁴⁾。ここで精神的自由に優越的地位と厳格保護が認められる理由としては、「経済的自由を規制する立法は民主的政治過程を通じて是正が可能であり、裁判所は立法府の裁量を広く認め無干渉の政策を採ることが許されるが、精神的自由を制限する立法は、民主政過程自体を傷つけるものであり、政治過程による是正が難しいため、司法が積極的に介入して民主政過程の正常な運営の回復を図らなければ人権保障の実現ができなくなる」という「民主的政治過程論」が主に挙げられる¹⁵⁾。しかし、これだけでは、政治的言論を厳格に保護する理由にはなっても、表現一般の自由が保護される理由にはならず、むしろ、その究極的な根拠としては、「表現の自由」をはじめとする精神的自由を経済的自由に対して価値的・本質的に優越するものと見る考え方を挙げることができる¹⁶⁾。

こうした考え方も、人格的自律性に基礎を置く人権理解から必然的に導かれる。すなわち、そこでは、「表現の自由」をはじめとする精神的自由が、経済的自由など他の権利以上に人間の自律性とそれに基づく人格の発展に密接なつながりを持ち、それがゆえに、他の権利・自由に比して重要視されるべきと考えられる。

これについて佐藤幸治は、

確かに、(中略) 信教の自由など、あるいは人身の自由や私生活の自由さらに

-
- 14) 芦部『憲法学Ⅱ』前掲注12) 215頁、同『憲法』前掲注9) 90頁、佐藤『憲法』前掲注6) 517頁など。
- 15) 芦部『憲法学Ⅱ』前掲注12) 218頁など。
- 16) 「二重の基準」論を唱える論者の中にはこうした価値序列にその根拠を求めることを否定する見解もあるが(浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』、日本評論社、1988年、178-180頁など)、多くはこうした価値序列を認めているし、そうした「実体的価値論」における根拠が「二重の基準」論そのものやその機能的根拠などの前提になるという指摘もされている(奥平康弘「なぜ「表現の自由」か」、東京大学出版会、1988年、64頁、井上達夫「人権保障の現代的課題」、碧海純一編著『現代日本法の特質』所収・その第7章、放送大学教育振興会、1991年、65-66頁)。さらに、「二重の基準」の機能的根拠を論じることは、結局のところその実体的価値論に帰結するという指摘もある(駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』——『優越的地位論』・『思想の自由市場論』の再検討に向けての序論的考察」、慶応義塾大学新聞研究所年報) 37号、1991年、第2章)。この点についての諸説の整理は、内野正幸「『二重の基準』論の位置づけをめぐって」(『法律時報』61巻5号、104-107頁)。

は経済的自由も、個人の自由な自己実現にとって不可欠なものであって、優劣は簡単にはつけ難いかもしれない。しかし、「表現の自由」は人間活動の自由の実際の・象徴的基盤であるとともに、人身の自由や私生活の自由などの保障度を国民が不断に監視し、自由の体系を維持する最も基本的な条件であって、その意味で「ほとんどすべての他の形式の自由の母体であり、不可欠の条件である」(カードーフ裁判官)¹⁷⁾。

と言って、精神的自由、特に「表現の自由」の優越性を説明している。また、同じように自律性基底的人権観を唱える長谷部恭男も、「自律した個人」であるためには自分で「考える」ことが必要であり、自分で考えるためには自分の考えを「表現する」ことが不可欠であること、さらに、さまざまな事実、思想、感性についての知識や情報を受け取ることは、個人が実質的な選択の自由を享受し人格を発展させるために必要不可欠の条件であることなどを挙げて、人間の「自律性」と「表現の自由」との密接不可分な結びつき、「表現の自由」の重要性を強調している¹⁸⁾。

このように、日本の憲法学では、人権を人間の「人格的自律性」に基礎づけるのが一般的な人権理解であり、また、人権制約に関しては、「人権相互の調整」のみを人権制約要因として認める一元的内在制約説と、その下で「表現の自由」などの精神的自由に優越的地位・保護と認める考え方が支配的である。これらの考え方の間に強い関連があるのは上で指摘した通りで、自律性基底的人権観において、人権は人間存在の本質（「自律性」）に関わる「前国家的」な価値とされるがゆえに、その上位にあってそれに対抗し、あるいはそれを一般的に制約しうる要因は認められず、それに対して認められる制約は「人権相互の調整」のみになる。「後人権的」な国家の利益などを根拠に人権を制約することは当然許されない。また、自律性基底的人権観では、精神的自由が他の自由・権利以上に（「人権の基礎」たる）「人格的自律性」と深く結びついたものと考えられるがゆえに、

17) 佐藤『憲法』前掲注6) 514頁。

18) 長谷部恭男『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（弘文堂、1992年）5-7頁。

それにあたる「表現の自由」などが価値として重視され、他の権利に優越して厳格に保護されることになる¹⁹⁾。

Ⅲ 国益による「表現の自由」制約

以上のように人権の「前国家」性、国家による制約不可能性が人権の基本的理解として言われながらも、しかし、実際には、「国家の利益」を根拠にした人権制約が存在するし認められる。このことは、筆者の規範的見解としてそうだとはいうにとどまらず、判例や学説の多くも認めるところである。それを、本章では、「国益」と「表現の自由」とが対立・衝突する具体的事例の検討を通じて示していこう。以下では、そうした事例として「国家機密の保持」と「外国国章損壊行為の禁止」を取り上げ、それぞれに該当する事件や実定法規定を、関連する判例・学説を踏まえながら検討することで、これらが「国益」を根拠にした「表現の自由」への制約に該当すること、こうした制約の存在は多くの論者が認めていることを見ていきたい。

人権が国家の利益によって制約されることを示すために、人権の中でも「表現の自由」に焦点を当て、それと「国益」との対立を取り上げることには2つの理由がある。まず、前章で見たように、精神的自由は経済的自由などよりも「人権の基礎」たる「人格的自律性」に密接なつながりがあるとされることから、その精神的自由の一環である「表現の自由」が「国益」によって制約されることを示すことで、人権そのものの中核に「国益による制約」が及ぶ、すなわち、人権にとっての本質的な制約要因として「国益」があることが示される。他方、2つ目として、これも前章で見た通り、「表現の自由」には、憲法理論上（あるいはその実践上）、他の人権諸権利に優越する地位と保護が認められるから、それが

19) 精神的自由を経済的自由よりも優越視することには特に法哲学者から批判が出されており、例えば、井上達夫は、「経済的自由が精神的自由よりも内在的価値において劣るというのは『知識人』特有の偏見ではないか」と言って、両者の等価性を主張する。井上達夫「人権保障の現代的課題」前掲注16) 65-69頁、同『法という企て』（東京大学出版会、2003年）184-187頁。また、森村進も、「精神的自由を経済的自由よりも優越させるのは、反市場経済的メンタリティの押しつけであって、それは個人的自由の尊重とは矛盾する」としてこうした考え方を批判している。森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995年）157頁。

「国益による制約」を受けることで、いわんやそれに「劣位」する他の諸権利には「国益による制約」が必然的に及ぶことが示唆される。「表現の自由」は、このように、人権という価値の中核を担う権利として、そして、人権たる諸権利の中で優越的権利として位置づけられていることから、その両面で「国益による制約」があることを明らかにし、かかる制約が人権一般に本質的・必然的に存在することを示す意味が、ここで「国益」と「表現の自由」との対立事例を扱うことにはある。

1 国家機密の保持

このうちまず国家機密の保持に関して、国政の運営にあたっては、一定の情報などを「秘密」にしその漏洩を防ぐことが望ましい場合があることは容易に想像できる。それは行政一般に関して想定可能だが、とりわけ外交や防衛に関しては、国家の対外的地位・関係や存続といった「国益」に基づいて秘されるべき情報が不可避的に発生する²⁰⁾。その場合、当該情報を職務上・立場上知っている人がそれを「表現」する自由や、それを知りたいと思う人の「知る権利」との間で衝突が起り、ここに「国益」による「表現の自由」の制約が可能か、是か非かという問題が表れる²¹⁾。それが顕著に表面化した事例が外務省秘密電文漏洩事件である。

(i) 外務省秘密電文漏洩事件とそこでの論点

これは、1971年6月17日に日米両国間で調印された沖縄返還協定の交渉過程で、

20) 行政上の秘密のうち、特に、国防・外交に関するものを取り上げて「狭義の国家秘密」と分類することがある。(佐藤幸治・松井茂記「外交機密と『知る権利』——外務省秘密漏洩事件決定によせて」、『判例時報』896号〔『判例評論』236号2〕、1978年、118頁)。なお、国防に関わる「秘密」も重大な問題だが、日本国憲法の下では、9条に基づきそうした「秘密」は存在しえないという見解もあり(山内敏弘「自衛隊裁判と軍事秘密について——小西反戦自衛官裁判控訴審判決に関連して」、『ジュリスト』646号、108-116頁、特にその113頁、清水英夫「知る権利とマス・メディアの責任」、『ジュリスト』507号、33-38頁、特にその35頁)、これを論じると、9条の意義や解釈という大きな問題に踏み込まざるをえない。本稿ではそこまでの用意はないので、国防・軍事上の「秘密」は扱わず、外交に関する情報に焦点を当て、それが問題になった以下の事件を題材に話を進める。とはいえ、ここでの議論が、国防・軍事上の「秘密」に関する示唆を含むことは否定されない。

沖縄米軍用地の復旧補償費を日本政府が肩代わりする「密約」があったことを裏付ける外務省極秘電文（同年5月28日に愛知外務大臣とマイヤー駐日米国大使との間でなされた会談の概要が記載された電文）を野党代議士が入手し、翌年の国会で暴露した事件である。同電文は、外務省で文書保管の職務を担当していたH事務官（女性）に対し、毎日新聞の男性記者が個人的（男女）関係を通じて持ち出しを働きかけ入手したもので、それが野党代議士に渡って国会で取り上げられるに至った。

この事件で、電文を持ち出したH事務官は国家公務員法100条1項、109条12号（守秘義務）違反容疑で、毎日新聞記者は同法111条（秘密漏示そそのかし罪）違反容疑でそれぞれ起訴された。一審の東京地裁は、国公法で言われる「秘密」を「実質的にも秘密として保護するに値すると客観的に認められ得る事項、すなわち、通常の知識経験を有する多数の者にいまだ知られておらず（非公知性）、秘匿の必要性を具備している事項（知識、文書又は物件）」と解釈した上で、本件電文はそれに該当すると判断し、それを「持ち出し」たH事務官の行為を有罪とした（H事務官は一審で有罪確定）²¹⁾。一方、毎日新聞記者の行為は、国公法111条の「そそのかし」罪の構成要件たる「秘密漏示行為を実行させる目的をもって、公務員に対し、右行為を実行する決意を新たに生じさせるに足りるしょうよう（であり当該公務員がそれを実行する危険性のある）」行為に該当するとされながらも、一審では無罪とされた。かかる構成要件に該当する行為であっても、憲法21条により取材の自由は十分尊重されるべきことに鑑みて、当該

21) 行政上の「秘密」の中には、その情報が公になることで特定の個人に不利益が生じるのを避けるために「秘」されるべきものも当然ある。が、ここではそうした「秘密」ではなく、国家の外交機能や対外的地位という「国益」を根拠に設定される「秘密」「国家機密」を対象とする。この点、その意味での「国家機密」と、個人の利益のためのものも含めた広い意味での「秘密」とを本来なら区別して用いるべきであるが、以下で取り上げる学説や国公法の規定では「秘密」という文言で右「国家機密」が表されており、それを引用した議論をここではする必要があるため、これらを区別するとかえって話が混乱するおそれがある。よってここでは、あえてこれらを区別せず、原則として外交的な「国家利益」を根拠に設定されるものを念頭に置いてこれを「秘密」「機密」「国家機密」と表し、それによる「表現の自由」制約可能性を検討する。

22) 引用箇所は「外務省秘密漏えい事件第一審判決」（『判例時報』732号、1974年）16頁より。

行為の目的と態様が「法秩序の精神に照らして」是認できるものである場合は正当とみなされるというのがその根拠で、本件の場合、同記者に報道機関の公共的使命に奉仕する目的が認められることなどから正当行為性ありと判断された²³⁾。しかし、この点は引き続き控訴・上告審で争われ、そこでは、同記者の行為は、H事務官との個人的関係を利用しているなどの態様から「社会観念上、到底是認することのできない不相応なもの」と判断され、正当行為性が否定されて結局有罪となった（毎日新聞記者は高裁で有罪判決、最高裁で上告棄却）²⁴⁾。

この事件にはさまざまな論点が含まれている。民主主義国家において「国家機密」なるものが認められるかという根本的な問題からはじまって、それが認められるにしてもいかなる情報が「機密」とされるのか、それはどういう基準で誰が判断するのか、「外交上の情報」はそこに入るのかという問題があり、また、そうした「機密」の漏洩に対してどういう形の規制がどの程度可能なかという規制のあり方の問題もある。加えて、「機密」漏洩やその「そそのかし」にあたる行為が報道目的でなされる場合の正当行為性という控訴・上告審で焦点となった問題もあり、さらに、本件の実態に関わる問題として、この記者の情報入手方法の妥当性、それに対する国家公務員法111条の「そそのかし」の適用可能性、当該電文の「機密」性なども重要な論点であり、これらをめぐって、本件については実に多数の論者からさまざまな議論や評価が提示されている²⁵⁾。

そうした中で、本稿の観点から重要なことは、「外交上の利益」という「国益」を根拠にした「国家機密」の存在は認められるのか、それは国民の人権、特に「表現の自由」とどういう関係になるか、という点である。本件に即して具体的に言えば、外交上重要な、その漏洩が国の外交機能や対外的地位を脅かすような情報などには、それを知っている関係者（外交官その他の公務員など）が自ら

23) 引用箇所は「外務省秘密漏えい事件第一審判決」前掲注22) 27頁、30頁より。

24) 本事件の判決は、地裁判決（毎日新聞記者の拘留請求）：『判例時報』660号（1972年）34-37頁。一審判決：『判例時報』732号（1974年）12-36頁。高裁判決：『判例時報』820号（1976年）26-36頁、高刑集29巻3号429-456頁。最高裁判決：『判例時報』887号（1978年）17-41頁、刑集32巻3号457-603頁。

25) 関連文献は多々あるが、まとまった「特集」として、『ジュリスト』507号（1972年）「特集・知る権利と報道の自由」、『法律時報』526号（1972年）「特集・国民の『知る権利』」など。

の「表現の自由」の行使としてこれを公表することを（国家が）制約しうる「機密」性が認められるか、そして、関係者以外の第三者が自らの（「表現の自由」の一環たる）「知る権利」に基づいてその開示を国に要求することを（国家が）制約しうる「機密」性が認められるかが問題になる²⁶⁾。これらの答えが「イエス」なら、国民の「表現の自由」行使を制約する「国益」的要因の存在が（その具体的内容や範囲はともかくとして）認められよう。以下ではこの点を、関連する学説を踏まえながら検討してみたい。

(ii) 「機密」の存在と根拠

本件判決では、外交交渉中の会談の具体的内容に「機密」性が認められた。（その上で、その根拠となる下記「危険性」が、ここで持ち出された3通ある電文のそれぞれに認められるか否かが検討されている。）その根拠としては、「条約や協定の締結を目的とする外交交渉の過程で行われる会談の具体的内容については、当事国が公開しないという国際的慣行が存在するのであり、これが漏示されると相手国ばかりでなく第三国の不信を招き、当該外交交渉のみならず、将来における外交交渉の効果的遂行が阻害される危険性がある」ことが挙げられている²⁷⁾。より具体的には、

「相手国あるいはその交渉担当者の了解もないのに個々の会談の具体的内容が漏らされるならば、相手国あるいはその交渉担当者からの不信のみならず国際社会における信用失墜を招来する危険性も十分考えられる」

「個々の会談の具体的内容は当該外交交渉全体の中の一断面に過ぎないから、右断面のみが明るみに出ることにより、自国民や相手国国民に誤った印象を与えるばかりか自国若しくは相手国の特定利害関係人又は第三国からの不当な圧力が加えられる虞が考えられる」

「交渉担当者の立場から考えてみても自己の具体的且つ断片的な発言内容が漏

26) 報道記者などの「知る権利」が、国民の「知る権利」の一環としてそれに資するために認められることは言うまでもない。

27) 「外務省秘密電文漏えい事件上告審決定」（『判例時報』887号、20頁、及び『ジュリスト』693号、1979年、15-16頁）。

れることを恐れる余り、自由な意見の交換を差し控え、交渉能力を最大限に発揮することをばばかり、自国民の利益を最大限に擁護すべき交渉担当者としての使命を完遂し得なくなり、結局、自国及び相手国の立場を害する虞が生ずる」

といったことがそれにあたる²⁸⁾。

ここでは、外交交渉の具体的内容を漏示すると、「相手国・第三国の不信」や「国際社会における信用失墜」を招き、「外交交渉の効果的遂行」を阻害する、あるいは「自国の立場を害する」「危険性」や「虞」があるために、それは秘されるべきと言われている。ここでの「秘密の根拠」は、言い換えれば、国家の外交機能・対外的地位の保全・確保にあり、それが「国益」を意味することは明白である。

こうした根拠に基づく「機密」の承認は、前注で指摘した難点はあれど、おおむね妥当と筆者には思われる。外交交渉や会談の具体的内容がすべて表に出るとなれば、これらの「危険性」や「虞」があることは明らかで、そうした「不信」や「信用失墜」の結果、日本は国際会議で発言してもまじめにとりあってもらえないとか、貿易交渉で相手にされないといったことになれば、国にとっても個々の国民にとっても大きなマイナスである。一定の情報を「秘」することで外交機能や国際的信用の確保を図りそれを防ぐのは、国家として適切な処置と言える。

これに対して、民主制国家においては、主権者たる国民に「知る権利」があり、政治や外交に関する情報は「公開」が原則であって、かかる「機密」は極力抑制されるべきというのが、憲法学での一般的な考え方であり、本件を論評する多くの論者の立場でもある²⁹⁾。こうした考え方は、具体的には、「秘密」の認定にあたって、その要件を厳しくすることで「秘密」を極力排除しようとする主張に

28) 本件第一審判決より。前掲注22) 17頁。もっとも、このうち最後に挙げられている「交渉担当者が自己の発言内容が具体的・断片的に漏れることを恐れて担当者としての使命を果たせなくなる」というのは、交渉担当者に少々甘い見方だと筆者は思う。自分の発言（の一部）が公にならうがなるまいが、外交交渉の担当者は自国民の利益を最大限に擁護する使命を果たさねばなるまい。が、ともあれ、そういう「虞」があるのは確かであろう。

なって表れる。「何が秘密か」については、行政機関が形式的に「秘密」指定することによって決まるという形式秘説と、それでは不十分で、当該情報に秘密たるべき実質的な要件があることを求める実質秘説との2説があるが、「秘密」を抑制すべきという観点から、多くの学者は、実質秘説に基づく厳格な「秘密」認定を支持する³⁰⁾。(その点、本件判決も実質秘説の立場に立っており、そこで問題の電文が「秘密として保護するに値するもの」と判断されたのも、前述の実質的根拠に照らしてのことである。)

こうした考え方自体は、民主制の原理に照らしてきわめて妥当と言えるが、しかし、筆者がここで強調したいのは、だからといって「機密」の存在が認められないことにはならず、ここではむしろ、それが存在することが前提になっているということである。本件判決はもちろん、これに関する学者の論考の多くでも、「外交上の利益に基づく国家機密の存在」自体は肯定されている(暗黙に認めているものも含め)。例えば、佐藤幸治と松井茂記は、本件を詳細に検討する中で、判決で挙げられた上述の「秘密」の実質的根拠は決して当然視されるべきものではなく、「秘密」たるべき要件は当該情報の「非公知性」「秘匿の必要性」「秘匿の許容性」などに照らして慎重に判断すべきという見解を示すが、しかし、その中で「最終的には外交機密の存在を認める必要がある」ことは認めている³¹⁾。ま

29) 「民主制国家の憲法秩序のもとでは、いうまでもなく、『情報公開が原則であり、国家機密は例外である』(傍点原文)という芦部信喜の記述など。芦部信喜「民主国家における知る権利と国家機密」(『ジュリスト』507号、1972年)22頁。

30) 以下で言及する佐藤幸治・松井茂記、芦部信喜、小林孝輔、室井力など、いずれの論者もこの立場に立つ。もっとも、「秘密」に実質的要件を求めるにしても、それを裁判所が審査するために当該秘密文書等が「公」の法廷に提出されれば、その時点で秘密が開示されることになってしまう。よって、実際には、当該文書等を直接参照しての審査は難しく、その情報の種類や秘密指定の手続きなど外形に照らして秘密性を推認するというのが現実的である点留意されなければならない(この点を特に問題視する論考として、奥平康弘「『国家機密』神話への挑戦」、『朝日ジャーナル』1972年4月21日号、4-9頁など)。なお、「秘密」認定については、この他、形式的要件と実質的要件の両方が必要だという「併合主義」の考え方もあるが、これは「具体的事案においては、形式説または実質説を主張する者に対して、当該事項が形式的にも実質的にも秘密事項に該当すると判断したにすぎないものであって、形式説または実質説のごとく、必ずしも独立した説と解するほどに論旨が明確ではなく、したがって、結局は、形式説または実質説のいずれかに吸収されてしまうごときものといつてよい」。室井力「公務員の秘密保守義務について」(『ジュリスト』507号、1972年)40頁。

た、芦部信喜も、本件のような事例に対して、「情報公開が原則であり国家機密は例外である」ことを強く言う中で、欧米の事例を参照しつつ「秘密保持の必要性」を「実質的な基準」で判定することを主張するが、そこでも、「秘密」の存在自体が否定されているわけではない。むしろ、「秘密保持の必要性」を実質的基準で判定せよというのは、秘密が存在することを前提とした主張である。加えて、芦部には、「公開政治または情報公開の原則といっても、公的生活における秘密を一切否定するわけではない」、「国家機関がその任務を遂行していくうえにおいて、あることがらを『秘密』として秘匿することが国益に合致する場合はあることは否定できない」のは「まさにそのとおりである」といった記述も見られ、ここからも彼が「国益を根拠にした秘密」の存在を認めていることが伺える³²⁾。これを、よりはっきり述べているのは清水英夫で、清水は、「国家（公共団体を含む）がその情報をすべて、例外なく公開せねばならない、という意見には賛成しがたい」とし、「それを公開すれば国民の利益を傷つけることが明らかな情報」は「国が秘密にせねばならない」のであって、そこには「対外的には国家の安全や信用を著しく傷つけるおそれのある情報も含まれる」と明言している³³⁾。

これに対し、本件判決での「機密」保護の議論を批判する論者もたくさんいるが、その多くは、ここでの「実質秘」性の審査の甘さを指摘し、「本件電文」を「機密」扱いすることに反対するものである³⁴⁾。そうした主張は、裏を返せば、「実質秘」性をより厳密に判断するなら「機密」を認めるものと言え、「機密」の存在はここでも前提として肯定されている。そうした中で、外交上の情報を「機密」視することを根本的・原理的に批判する主張が奥平康弘に見られる。奥平は、

31) 佐藤・松井「外交秘密と『知る権利』」前掲注20) 119頁。

32) 芦部「民主国家における知る権利と国家機密」（前掲注29）、引用箇所は、21頁、24頁）。

33) 清水英夫「知る権利とマス・メディアの責任」（『ジュリスト』507号、1972年）35頁。

34) 例えば、石村善治「国家秘密と知る権利」（『法学教室』〔第2期〕5号、1974年）232-236頁、同「外務省機密漏えい事件」（『ジュリスト』590号、1975年）12-14頁、小林孝輔「知る権利と国家機密」（『判例時報』732号、1974年）3-11頁、同「国家秘密と国民の知る権利」（『法学セミナー』204号、1972年）103-106頁など。この点、判決でも、本件電文が「秘密」として保護されるべき程度は、それほど高く考えられているわけではない。

本件判決が「秘密」を「非公知性」「秘匿の必要性」などの要素に照らして実質的に判断し、それを「相当に厳格に制限する方法を設定した」ことを一応は評価しつつも、その判断の中で、外交交渉には相手国や第三国の立場、国際情勢などが微妙に絡むという一種の特殊性が認められることを根拠に、「外交」が「範疇的に(カテゴリーリッシュに)秘密領域と承認されたことを強く問題視している³⁵⁾。奥平によれば、国民の「知る権利」は、近代国家、日本国憲法の基本統治原理たる国民主権を貫徹する上で決定的な意義を持つのであり、それを「リップ・サービス」とせず実質化するためには、「軍事であれ外交であれ、およそ国政事項であって主権者がツンボサジキにおかれていいものは一つもない。国政に関する情報は、最終的にすべて主権者に到達しなければならない」。それを担保するのが「知る権利」であって、「その意味では国民の国家活動に関する『知る権利』は限界をもたない道理である」。このように言って、奥平は、国民の「主権者たる地位」から見て「知る権利」の無限定・無制約な保障が「原理的に帰結され」、「国家機密」を盾にそれに限定をつけるのは許されないと主張している³⁶⁾。

しかし、その奥平も、「知る権利」の無限定性が「いつ、いかなる場合でも絶対的に貫徹するか」というとそうは考えておらず、「国家の存在および全国民の存在そのものにかかわるような、決定的な『国益』のもとで、『知る権利』の貫徹が一時停止されねばならないことがある」と言う³⁷⁾。ここで奥平は、「わたくしの考えによれば『知る権利』にありうる制限は、単に一時的中断のみである。

35) 奥平康弘「外務省公電漏洩事件判決と国民の知る権利」(『法学セミナー』221号、1974年)4頁。

36) 引用箇所は、奥平「『国家機密』神話への挑戦」前掲注30)8頁より。

37) 奥平「『国家機密』神話への挑戦」前掲注30)8頁。これに続けて奥平は、「けれども、このことは今回の事件とさしあたりなんの関連もないことがらである」と言う。その趣旨は、「今回の事件」で政府が主張する外交的利益は「国家の存在及び全国民の存在そのものにかかわるような、決定的な『国益』には該当しないから、ここで言われる「一時停止」は本件とは関連しないということのようである。しかし、今回の事件の利益についてそのように判断できるとしても、こうした「一時停止」が「知る権利」に伴うこと自体は「今回の事件」と関係する。奥平の主張に即して言うなら、「知る権利」にそうした「停止」があるという前提を踏まえた上で、「今回の事件」は「一時停止」を認める要件に該当するかしないかが検討され、その結果「否」という結論が出るはずであり、「知る権利」に「一時停止」が伴うことが「今回の事件と…なんの関連もない」というのはおかしい。

『国家機密』を永久に『国家機密』たらしめておく権力を、いかなる政府も持ちえない」と言って、「一時停止」は、原理的に帰結されるはずの「知る権利」の無限定・無制約な保障に抵触するものではないというスタンスを示すのだが、筆者に言わせれば、「『知る権利』の貫徹が一時停止される」ということは、すなわち、「知る権利への制限」を認めるということである。そもそも、「決定的な『国益』」に関わる場合は「一時停止」もあるが、しかし、「知る権利」は無制約・無限定だ、というのは論理的におかしな言明で、奥平の見解は、「国家の存在および国民の存在そのものにかかわるような、決定的な『国益』」により「知る権利」が制約を受けることを認めるものに他ならない³⁸⁾。

これに対し、奥平の立場からは、「一時停止」はあくまで例外として認められるのであって、「知る権利」が原理的・原則的に無限定・無制約であることとは矛盾しないのだ、と反論されるかもしれない。だが、そのように言うなら、「知る権利」に「一時停止」が伴う「原理的な」根拠は一体どこに求められるのか。奥平は、「国民主権」から「原理的に」「知る権利」の無制約性が導かれると言うが、「国家の存在および国民の存在そのものにかかわるような、決定的な『国益』のもとで」はそれが制約されるというのは、「国民主権」原理との関係でどう説明されるのか、「決定的な国益」と「国民主権」原理との関係は明らかにされない。筆者の考えでは、国民全体に関わるそのときどきの利益によってそれが「一時的に停止されることがある」ということは、まさに「原理的に」説明するなら、「国益」によって国民の権利が制約されることがある、「重大な国益」は国民の権利に優越しそれを制約することなのであって、「重大な国益の下での『知る権利』の一時停止」を認める奥平の見解は、やはり「知る権利」への「国益による制約」を認めるもの以外の何物でもない。

このように、本件に関する論評では、「本件電文」が「機密」には該当しない、

38) 「国家機密」として問題になるのが「永久の機密」に限られるなら、実際のところ、その多くは「知る権利」への制約としてそれほど問題視するに足らなくなるだろう。外交上の情報などは、そのときどきの外交政策や交渉に影響するがゆえにその「秘密」性が問題になるものであり、むしろ、「そのときどき」でそれを公開することが「知る権利」に基づいて要求できるか否かという問題こそがこうしたケースでは重要と考えられる。

それほど重要な国益ではないという判断はあっても、重大な国益に基づく「機密」そのものの存在はいずれの論者においても認められている。実際、先の判決文で挙げられていたような「危険性」や「虞」による国家の外交機能上の障害や国民にとってのマイナスを勘案すれば、(要件を厳格に規定した上で)「機密」を認めるのは決して不合理ではないし、それはほとんどの人が是認するところだろう。もちろん、だからといって外交上の情報を安易に「機密」化することは決して許されず、外交交渉の民主的遂行という観点から「機密」は最低限に抑えられなくてはならない。しかし、さりとてすべての情報が公開されるべきことにはならず、限定的であるとはいえ外交上の利益に基づく「機密」の存在は厳然と認められるし、そのことは判例と学説の多くも承認していることが以上の検討から分かる。

(iii) 国家機密と「表現の自由」

国家機密の存在がこのように認められるなら、それと対立する個人の権利との関係はどうなるか。具体的には、先に触れたように、当該情報を知っている関係者(公務員)がそれを「表現する自由」や、報道記者など第三者がそれを「知る権利」は、「機密」を根拠に制約されるだろうか。

このうち前者の関係者の「表現の自由」に関しては、それへの制約を明示した実定法規定が存在する。それが、本件でも問題になった国家公務員法100条1項、109条12号で、公務員に対する秘密保守義務と違反に対する刑事罰がそこで規定されている³⁹⁾。

この国公法の規定に対しては批判も多い。例えば、有倉遼吉は、「秘密」を根拠にした「表現の自由」制約は「必要最小限」でなければならず、その範囲は

39) 秘密保持義務違反に対し単なる懲戒処分のみが規定されているなら、ここでの義務は、個々の公務員に職務命令を守らせて行政組織の統合性を確保するための服務規程の一環と解され、民間労働者が企業秘密を守る義務と同様のものとみなすことが可能である。(実際、国公法ではその82条で違反に対する懲戒処分を規定しているので、そうした趣旨もある。)しかし、ここでは懲戒処分に加えて刑事罰も予定されていることから、その規定の目的は「職務命令に服するか反するか」にとどまらず、「秘密保持」自体にあると考えられ、その意味での「秘密」と公務員の「表現の自由」との衝突がここでは問題になる。この点、詳しくは、佐藤・松井「外交秘密と『知る権利』」前掲注20) 124-125頁。

「厳格」に判断されるべきところ、同法の規定が最小限であることやその規制方法が合理的であることを裏付ける根拠が同法の立法事実には照らして見出せないことを指摘し、その違憲性を示唆している⁴⁰⁾。また、佐藤幸治と松井茂記は、公務員の秘密保守義務規定は「情報内容に向けられた規制」であって、そうした規制の合憲性判断基準は厳格であることが必要とされるのに対し、同法100条1項と109条12号の規定は漠然としていて「不明確かつ過度に広汎に及んでいる」ため違憲の疑いが濃いとしている⁴¹⁾。

しかし、これらの指摘も、「秘密」を根拠に公務員の「表現の自由」を制約しうること自体を否定するものではない。有倉や佐藤・松井の主張は、裏を返せば、規制が「最小限」であることが示され「過度に広汎」ではないような限定が規定の文言上でできれば、こうした規制を認めるものと解釈できる⁴²⁾。前節で述べたように公開されるべきでない「機密」が存在するなら、その漏洩防止のための方策が施されるのは当然で（そうでないと「機密」は有名無実化する）、むしろ、国家は「機密」の漏洩防止のための施策を行うべきと言える。そしてその場合に、真っ先に想定されるのは、「機密」を知りうる立場にある公務員による漏洩の防止であって、公務員の秘密保持義務が規定されるのは「機密」の存在からくる必然である。こうした義務が措定されずに、外交上の利益を左右する情報が、公務員個々人の「自由」の範囲で、その裁量により公開されたりされなかったりするのは、国家の対外的地位や外交機能が一個人の判断によって揺るがされること

40) 有倉遼吉「国公法100条・109条・111条論——比例原則からみるその違憲性」(『法律時報』526号、1972年) 11-12頁。

41) 佐藤・松井「外交秘密と『知る権利』前掲注20) 124-126頁。とはいえ「違憲と判示した場合の影響等を考慮して」、「秘密」の要件と処罰可能性を限定解釈することで合憲性を認める余地はあると佐藤・松井は言う。

42) もうひとり、室井力は、公務員の秘密保守義務を、「国民の信託を受けて国政を担当する公務員が、国民全体の利益のために負う義務」であるところにその特徴を見出す。その上で、かかる義務が「行政の公開原則または国民の『知る権利』との論理的な対抗関係に」あることを認め、そうであるがゆえにそれを「きわめて限定的にきびしく」解する必要性を説く。そのために室井が主張するのは「秘密取扱い手続きの客観化」であり、具体的には、「秘密指定の手續、秘密事項の種類・性質、秘密取扱いを必要とする合理的事由」などを客観的に定めることが提唱される。しかし、ここでも、「秘密」の限定が主張される反面で、「秘密」の存在とそれによる公務員の「表現」制約自体は認められている。室井「公務員の秘密保守義務について」前掲注30) 39-42頁。

になり、国の存立・機能や国民の利益が大幅に脅かされる。つまり、その具体的な態様や文言は厳格に考える余地はあるが、国家機密を根拠に関係者（この場合は公務員）の「表現の自由」を制約すること自体は妥当であり、それを国公法のような実定法で規定することも認められる⁴³⁾。

他方、後者にあたる、報道機関など第三者の「知る権利」への制約は、本事件では、国公法111条の「そそのかし」罪の適用として問題になった。そこでは、秘密漏洩行為を「企て、命じ、故意にこれを容認し、そそのかし又はそのほう助をした者」に刑事罰を科する旨が規定されている。これについて、本件判決では、毎日記者の行為が本罪の構成要件に該当することが認められた上で、その場合でも、取材の自由は憲法21条の精神に照らして十分尊重されなければならないから、その行為が、私的な目的や欲望からでなく報道機関の公共的使命を全うする目的をもってなされたものであって、且つそこでの手段方法も「全体としてなお法秩序の精神に照らして是認できる」場合には、これを正当行為とみなし処罰しないという規制基準が提示された⁴⁴⁾。かかる基準に基づき、本件記者の行為が検討され、一審ではその正当性が認められ、控訴審と上告審ではそれは正当行為の範囲

-
- 43) ここでの議論について、公務員の「表現の自由」への制約は、「公務員」という身分に基づく特別な法律関係に基づくものであくまで「特別」な事例であるから、これをもって、「国益」によって「国民」の権利が制約を受けることの実例とするのはおかしいという批判があるかもしれない。しかし、その場合でも、人権制限の可否は、公務員関係という包括的な枠組みによるのではなく、「個々の法律関係ごとに、いかなる人権が、いかなる理由で、どの程度制限されるのか具体的に検討してはじめて分かる」とされており（松本和彦「特別権力関係と人権」、『ジュリスト増刊 憲法学の争点〔第3版〕』、1999年、62頁）、その「具体的検討」に本文の考察は相当する。仮にここでの制約を「公務員」という「特別の」身分からくる包括的なものの一環と解するとしても、その制約根拠は「憲法が公務員関係の存在と自律性を憲法秩序の構成要素として認めている」（芦部『憲法』、前掲注9）、93頁）ことに置かれることになる。しかし、公務員関係の存在や自律性は、それ自体を目的あるいは価値として認められるのではなく、それによって行政その他の業務の円滑な遂行を確保することが住民を含めた国家・地方公共団体の利益にかなうところにそのさらなる根拠がある。つまり、ここで「公務員」という一部国民に対して権利制約が生じる根拠は、究極的には国家や地方公共団体の利益にあるのであって（そうではなく、その国家や地方公共団体の利益は究極的には国民・住民の利益に集約されるのだという反論については次章参照）、そのように考えると、「公務員」たる国民がその職務の性質から「国家（地方公共団体）の利益」のために権利制約を受けること自体、「国益」による人権制約が「(可能で)ある」ことの実例と言える。
- 44) 「外務省秘密漏えい事件第一審判決」前掲注22) 30頁。

を越えていると判断されたわけだが、この基準に関しては「今日の学界においてほとんど異論のないところ」と評価されている⁴⁵⁾。

これに対し、佐藤幸治と松井茂記は、こうしたケースでは「情報内容に向けられた規制」と「手段方法に向けられた規制」とを区別して考えることの重要性を主張し、ここでの規制は前者に該当することから、規制を可とする基準はより厳しく考えられるべきで、「さし迫った重大な害悪発生に帰するであろう見込みを知りつつまたはそれを全く無視して行った」取材行為のみが規制可能という基準が妥当だと主張して判決を批判する。この点、筆者は、国家機密は、それがいかなる目的で取材・報道されるかに関わらず、基本的にはかかる機密事項が「公になること」から国家や国民にとっての害悪が発生するのだから、たとえ公共的使命によって取材・報道される場合であってもそれに対する規制可能性がもう少し広くあってもよいと考える。が、それよりもここで留意すべきは、国家機密に基づく「表現の自由」への制約は、必ずしも、取材・報道への規制と直結しないということである。先に検討したように、公務員の秘密保守義務については、秘密が存在するのであれば、それはすなわち公務員がそれを「表現」する自由を規制することと結びつく。(さもなければ「秘密」が実質的に成り立たなくなる。)他方、「機密」が存在するとしても、その漏洩に対する規制は関係者に対してのみ可能で、第三者がそれにアプローチして公開することまでは国家は(刑事罰をもって)規制できないという考え方も可能である。本章でこの事例について検討している趣旨は、国家機密によって「表現の自由」への制約がどの程度可能かではなく、「表現の自由」を制約しうる「機密」が存在することを示すことにあるから、だとすると、報道機関に対する取材規制(刑事罰)が可能か否かを判断するよりも、視点を若干変えて、国民の「表現の自由」の一環として「知る権利」があるのだから、それに基づいて国家機密に対しても国民は国家にそれを公開せよ、取材させろと言えるか、かかる請求権を持つかという点を考える方が重要である。

これは言い換えれば、国家機密を国民や報道機関に対して公開する「義務」が

45) 小林「知る権利と国家機密」前掲注34) 5頁。

国家にあるかということだが、その答えが「ノー」であることは明白だろう。「公開義務のある秘密」とは言葉としてそもそも矛盾しているし、前節で引用した判決文にも述べられていたように、外交交渉やその過程での会談は、その具体的内容が非公開だからこそできる部分も相当あり、その公開が国家にとっても国民にとってもマイナスになるがゆえに守られるべき「機密」は存在する。その場合に、報道機関などの第三者がそれを知らうと行動するのを罰せはしないにしても、それを積極的に公開する義務が国にないのは明らかであって、そんな義務を想定するなら、先述の外交「機密」の必要性・必然性に照らして、国家の外交機能を否定することにもなりかねない。むしろ国には国家の存立と国民のために重要な「機密」を守る義務があり、そうであるがゆえにその具体化として公務員に対する秘密保守義務などが生じるのである。本件では、毎日記者の行為に対し、一審では無罪、控訴審と上告審では有罪との判断が下されたが、かかる取材行為に対して（刑事罰を伴う）規制が可能か否かに関わらず、「機密」に対する「取材権」「公開請求権」が報道機関や国民にあるとは考えられず、「知る権利」としての「表現の自由」が及ばない国家機密が存在することは認められる。

(iv) 「表現の自由」制約要因としての国家機密

以上の検討から、外交交渉の詳細など、公開されるべきではない国家機密が存在することが確認され、また、それに対して、公務員や報道記者を含めた国民の「表現の自由」（「知る権利」）は最大限尊重されるべき（その規制は最小限に抑えられるべき）だが、しかしながら、最低限必要な「機密」に関しては、公務員の秘密保持義務や報道機関その他への公開義務の不存在という形で「表現の自由」を制約しうる、あるいはそれが及ばないことが示される。つまり、外交上の「機密」保持という「国益」を根拠にした「表現の自由」への制約が「ある」そして「是認される」と言える。

2 外国国章損壊行為の禁止

他方、刑法でも、国益を根拠に国民の「表現の自由」を制限する規定が見られる。92条の外国国章損壊罪がそれである。

(i) 外国国章損壊罪

刑法92条では、「外国に対し侮辱を加える目的をもって、その国の国旗その他の国章を損壊、除去または汚穢した者」を懲役・罰金に処すことが定められている。ここで言う「外国」には、我が国が承認を与えた国にとどまらず、未承認国や国交未回復の国も含まれ、そうした国の国旗、あるいは軍旗、元首旗、大使館の徽章などを「侮辱を加える目的をもって」破壊したり、汚したりする行為、さらには、国章そのものを損壊しなくとも、場所的移転、遮蔽等の方法によってその国章が果たしている威信・尊厳・象徴の効果を滅失または減少せしめる行為が処罰の対象になる⁴⁶⁾。本罪に関しては、前節で取り上げた外務省秘密電文漏洩事件のような大きな事件例があるわけではなく、判例や論考も少ないところ⁴⁷⁾、本節では、関連する学説を参照しつつ、この規定が「表現行為」への規制であるか、その根拠は「国益」かを検討し、そうであることを示すことで、これが「国益による『表現の自由』制約」の実例であることを述べたい。

(ii) その「表現行為」性

本罪の対象となっている行為は、過失や不注意によるのではなく、「外国に対し侮辱を加える」という意図をもってなされる行為である。「『侮辱を加える』とは、その国に対する否定的評価を表示することをいう」から⁴⁸⁾、ここでの規制対象は、外国への否定的な「評価を表示する」意図をもってなされる行為であって、これは「表現行為」である可能性がきわめて高い。

この種の行為の「表現行為」性について、本条に則して論じた判例や学説は少

46) ここでの記述は、野村稔『現代法講義 刑法各論〔補正版〕』（青林書院、2002年）第3編、大谷實『新版 刑法講義各論〔追補版〕』（成文堂、2000年）第3編、同『刑法各論 下』（成文堂、1982年）第3編第1章、高窪・川端・佐藤・石川・宮野『刑法各論〔全訂版〕』（青林書院、1996年）第3編、曾根威彦『刑法各論』（弘文堂、1990年）第3編第4章、大塚仁『刑法各論 下巻』（青林書院新社、1968年）第2編第3章などを参照。なお、ここで対象となる「国章」は公的に掲揚されたものに限るか、民間団体や私人が掲揚したものを含むかについては学説上見解の相違がある。

47) 判例としては、「建造物損壊建造物侵入侮辱外国国章除去被告事件」『最高裁判所刑事判例集』19巻3号143-153頁がある。学説としては、内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」（長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』、日本評論社、1995年）49頁にて、この規定を「表現の自由への制約」と捉える可能性が示唆されている。

48) 大谷『新版 刑法講義各論』前掲注46) 561頁。

ないが、アメリカでは、星条旗を焼却した行為に対する国旗冒瀆罪の適用が問題になった事件があり、その判決の中に、国旗焼却行為が憲法の保護を受ける「表現行為」にあたるかどうかを検討された部分がある。このケースは、自国の国旗を焼却する行為が問題になったもので、日本の刑法の外国国章損壊罪とは趣旨が異なるが、そこで「表現行為」たる行為の要件が示されている点は、ここで参照する価値があろう⁴⁹⁾。

それによると、ある行為が「表現行為」たるには、「行為者が特定のメッセージを伝える意図を有している」、「当該行為を目撃する一般人がそのメッセージを理解する蓋然性が大きい」といった意思表明的な性質 (communicative nature) がそこに認められること、そして、当該行為が行われた具体的背景に照らしてそうした性質が認められることの2つが要件とされる。このうち前者の要件については、国旗とはそれ自体で表現的内容を有するものだから、国旗に関連する行為は、通常、これを満たすという判断が同判決の中で示されている⁵⁰⁾。日本の刑法92条の外国国章損壊罪にあたる行為は、国旗に関連することが当然多い上、上述のように「外国への侮辱」というメッセージを伝える意図が行為者にある。それが目撃者に理解される蓋然性も多くの場合高いと推定されるから、前者の「意思表明的な性質」は十分認められよう。その一方で、後者の要件は、実際にその種の行為がなされた具体的状況に拠るので一概には言えないが、あえて「外国に対し侮辱を加える目的で」なされる国旗損壊行為であれば、通常の場合、そこでの具体的状況・背景に照らしても「外国への侮辱」という意思表明的な性質が認められることが多いだろう。先に言ったように、ここで示される要件は自国の国旗の焼却を想定してのものであり、日本の刑法92条に直接当てはめることはできない

49) Texas v. Johnson, 57 L. W. 4770. (1989) におけるブレナン判事の法廷意見。ちなみに、本件では、国旗損壊行為を罪に問うことは合衆国憲法修正第1条の「表現の自由」保障に反するという判断がなされた。この事件については、奥平康弘「国旗焼却と表現の自由——合衆国最高裁判決によせて」(『法律時報』61巻10号、1989年、100-106頁)、遠藤比呂通「国家・象徴・表現の自由——国旗冒瀆罪の適用違憲を認めた米連邦最高裁判決」(『法学教室』110号、1989年、26-30頁)、片山等「星条旗と日の丸——国旗損壊罪・国旗への敬礼義務と精神的自由権」(『青山法学論集』32巻3・4合併号、1991年、281-308頁)を参照。

50) Texas v. Johnson, ブレナン判事の意見のⅡ。

が、ひとつの参考としてこうした要件に照らして考えても、本条で対象とされる行為は基本的に「表現行為」だと見てよい。

(iii) 制約の根拠

では、その「表現行為」を本条にて制約する根拠は何か。これは、言い換えれば、本罪の保護法益は何かという問題である。これについて、学説では2つの考え方があり、そのひとつは「外国の国益」とする考え方⁵¹⁾、もうひとつは「日本国の国際的地位・外交上の利益」とする考え方である⁵²⁾。前者の主たる根拠は、本罪が外国政府の請求を訴訟条件としていることにあり、これを支持する学者は多い。しかし、日本の刑法が外国の法益を直接保護するというのは考えにくく、妥当なのは後者だと考えられる。本条の「表現の自由」制約性に言及している内野正幸も、憲法学的観点から、本条を「良好な対外関係を維持するという日本の国益を保護するものと位置づけるべき」と言っている⁵³⁾。これに対し、前者の立場からは、本罪の具体的内容が直ちに国家の対外的地位や利益を危うくするほどのものではないという反論がされるが、現代では国際関係が緊密化していること、そして、情報ツールや報道の発達によってある国での事件やデモが外国でも速やかに報道され、それが世論に影響を与えることを考えれば、たとえ私人によるものでも、国内で外国国旗損壊事件が起こり、またその「自由」が保護されるなら、外国からの批判・非難、さらには日本国に対する不信を招く可能性は非常に高い。そしてそれが外交問題、国際問題に発展する危険性も決して少ないとは言えず（実際、2005年4月に中国で起きた反日デモにおいても、「日の丸」が焼却された

51) 大塚『刑法各論 下巻』前掲注46) 713頁、高窪・川端・佐藤・石川・宮野『刑法各論』前掲注46) 352頁など。

52) 大谷『刑法各論 下』前掲注46) 528-529頁、同『新版 刑法講義各論』前掲注46) 559-560頁、曾根『刑法各論』前掲注46) 254頁など。なお、これ以外に、本条を国章所有者の財産権保護のための規定と見る考え方もありうるが、本文で述べたように、ここで禁じられる行為には、国旗自体の破壊・損傷に限らず、「国章自体に損壊を生ぜしめることなく、場所的移転、遮蔽等の方法によって、国章が現に所在する場所において果している右威信尊厳表徴の効用を滅失または減少せしめる」「除去」行為も含まれるから（「建造物損壊建造物侵入侮辱外国国章損壊被告人事件」、『高等裁判所刑事判例集』第16巻第8号、710頁）、本規定の目的は、国章という財物保護ではない。

53) 内野「国益は人権の制約を正当化する」前掲注47) 49頁。

り汚されたりした場面がメディアを通じて頻繁に流れ、日本人の反発を呼ぶと共に外交問題化した)、よって、そうした事態を防ぎ、諸外国との関係の中で、国としての地位や外交的利益を守るところにこの規定の意義を見出すことは適切だと筆者は考える⁵⁴⁾。

だとすれば、ここでの規定は、「日本国の国際的地位・外交上の利益」を根拠にして外国国章損壊という「表現」行為を禁じるものであって、「国益」による「表現の自由」への制約にあたる。もっとも、そうだとすると、本罪の存在がそもそも「違憲」であり、憲法の人権保障の趣旨に照らして削除されるべきものであるなら、この規定をもって「国益による『表現の自由』制約」が認められている実例とすることはできない。しかし、日本国憲法が制定され、刑法の一部規定が削除された時にも本規定は削除されず、また、本規定の違憲性を指摘する学説も(筆者の知る限り)見当たらない。逆に、本条を含めた「国家法益に対する罪」が確たる憲法的基礎を持つことを述べた議論が宮崎澄夫から提示されている⁵⁵⁾。

それによると、憲法の理念から必然的に生じる要請として、「憲法が予定したような国家が存在し、その作用が現実に、憲法の精神に添って行われ、またその権限が行使される状態」を維持するという「憲法的秩序の維持」があり、これは、人権に内在する必然的制約と並ぶ人権制約要因となる⁵⁶⁾。この種の行為を犯罪として処罰する理由は、「このような行為は、もしこれを放任しておけば現実に、国家(憲法の予想する)の存立を危うくし、または、国家(地方自治体について

54) なお、村崎精一「『国家の存立に関する罪』についての序論的考察——犯罪学と刑法学の連関についての一考察 その二——」(『熊本大学法文論叢』第8号〔法科篇〕、1956年)24-27頁では、外国国章損壊罪など「国交に関する罪」が直接に侵害する法益は外国の法益であり、その意味でこれは「外国の法益に対する罪」と言えるが、刑法各論の分類は、そこに掲げられる他の罪種との連関性が重視されるべきところ、本罪は、内乱罪や外患罪などとの有機的連関という意味を含めて、「国家の存立に関する利益」の一環である「国交」を保護するものとして、すなわち、「日本の外交上の利益」を保護法益とする規定と解するのが妥当だという見解が示されている。

55) 宮崎澄夫「国家法益に対する犯罪処罰の憲法的基礎」(『法律のひろば』27巻9号、1974年)。

56) このように言うと、宮崎の見解はそもそも人権に外在する制約を認めるもので、一元的内在制約説に反するかのようだが、そうでないことは次章で述べる。

も国家に準じて考えられる)の権力の行使や作用が正常に行われることが妨げられる行為であるから、これを禁止し、これに対して刑罰をもって臨むことによって、まず、憲法秩序的公共の福祉を維持し、引いては自由国家的公共の福祉および社会国家的公共の福祉の原理・理念を、現実の社会生活の裡に実現しようとする点にある」のであって⁵⁷⁾、これらの罪の規定はきちんとした憲法上の基礎を伴っている。こうした議論に照らすと、本条は違憲視されているとは決して言えず、相応の憲法的基礎が認められることから、刑法という実定法においても「国益」による「表現の自由」への制約が存在し、認められていることが分かる⁵⁸⁾。

(以下次号)

57) 宮崎「国家法益に対する犯罪処罰の憲法的基礎」前掲注55) 16頁。

58) なお、ここでの話に関連して、外国国章損壊罪に限らず、そもそも刑法の規定全体が人権たる「自由」への制約にあたるという考え方もある。殺人や窃盗のような行為を含め、「何をしてもよい自由」を人権として想定するなら(いわゆる「人権の量的拡張説」に基づく考え方)、刑法の規定は、「公共の福祉」に基づき、それと衝突する個人の「自由」を制限する人権制約としてすべからず存在することになる。とすると、本稿で問題にしている「国家」や「多数者」の利益を根拠とした人権への制約の可否は、刑法の存在根拠に関わる大きな問題となる。他方、人権たる「自由」には必ずと外郭があり、殺人や窃盗などはもとよりその範疇に入らないと考えるなら(いわゆる「人権の質的限定説」に立つ考え方)、刑法の犯罪処罰と人権制約とはある程度別の次元で考えられる。これについて、筆者自身は後者の「質的限定説」に立つ考え方が妥当だと思うが、そこに踏み込むのは本稿全体の趣旨から外れるので、それについての筆者の主張は機会を改めて述べることとして、ここでは外国国章損壊罪のみを論じて話を先に進める。外国国章損壊行為は、「人権の量的拡張説」「質的限定説」のいずれに立つとしても、人権たる「自由」の範疇「内」にあると考えられ(量的拡張説に立てば「自由」の範疇にあることはもちろん、質的限定説に立つとしても、殺人や窃盗と同次元で「人権の範疇外」に置かれる行為とは考えられないから)、それを禁じることは、本文で述べたように「表現の自由」への制約にあたる。