慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	情報的行政手法の法的統制
Sub Title	□The legal cotrol of informative administrative measures
Author	遊間, 洋行(Yuma, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.32 (2015. 7) ,p.327- 384
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150707-0327

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

リサーチペーパー

情報的行政手法の法的統制

遊　間　洋　行

序章
　1　情報的行政手法の公法的意義
　2　検討対象の設定
　3　本稿の構成
第 1 章　「公表」
　第 1 節　「公表」の法的性質
　　1　非権力的事実行為としての公表論
　　2　カイワレ大根事件
　　3「誘導」行政としての公表
　　4　直接的・法的侵害論
　第 2 節　ドイツ判例の参照
　　1　グリコール決定
　　2　オショー決定
　　3　ユンゲ・フライハイト決定
　　4　ドイツ諸判例による示唆
　　5　問題の核心
　第 3 節　政府言論としての「公表」
　　1　政府言論の意義
　　2　公表による被侵害利益
　　3　法の表現理論
　第 4 節　小括
　　1　法的統制の枠組み
　　2　従来の議論との接合
第 2 章　情報的行政手法
　第 1 節　問題領域の拡大
　　1　情報的行政手法のバリエーション
　　2　公表論から情報的行政手法論へ

慶應法学第 32 号（2015：7）

第 2 節　機能条件論
1　社会公衆との法律関係
2　特定私人との法律関係
第 3 節　小括
終章
1　本稿の意義
2　残された課題と今後の展望

序章

1　情報的行政手法の公法的意義

伝統的に、我が国の公法学は考察対象を画する基準として「権力性」と「行政主体性」の要素を用い[1)]、規制手法の点から言えば、直接的に私人の権利・利益を制限することを通じてその目的を達成する行政活動（ハード規制）を考察の中心に据えてきた。これに対し、近年は間接的・非権力的な手法が多数登場してきており、従来のハード規制論の守備範囲にとどまらない行政作用が多く存在する。

とりわけ、「情報」という媒体の流通・提供にある種の行政作用が生ずることを期待してこれを利用することが顕著に増加しており、災害情報や消費者の生命・安全等に関わる食品・製品の情報の提供等、その具体例は枚挙に暇がない。さらに、昨今は、国民の行政への適切な参加・監視を可能ならしめるという国民主権の観点から、情報公開法を中心とする情報開示の重要性も指摘されて久しい。

このような情報提供・情報公開が、社会公衆の保護・政府の説明責任の全うといった積極的意義を有する一方で、情報利用の仕方によっては、当該情報に関わる私人（事業者）に通常のハード規制とは比較にならない致命的な打撃を与えることもしばしば見受けられる。この観点から、我が国の学説は、情報提供の中でも特に「公表」という一般的広報手段について、事業者保護という観

1）原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007 年）15 頁。

点に着目しつつその法的統制のあり方を議論してきた。

本稿は、このような情報を用いた行政活動がもつ一般的特徴、積極的意義、その法的制約原理等を検討することを通して、このような類型の新たな行政活動に関する総論的考察を試みることを目的とする。

2　検討対象の設定

本稿は、「情報的行政手法」（ないし「情報的手法」）を「情報を『利用』することを通じて公益実現という目的を達成する行政活動」として仮に定義する[2)]。典型的な規制行政が私人の活動を直接的に規制することを通じて行政目的を達成しようとする[3)]のに対し、情報的行政手法は、そのように私人に直接的な法的行為義務を設定しない点に最大の特色がある。

情報的行政手法の定義にあるところの「情報の『利用』」とは、一定の行政目的を達成するために情報という媒体を利用する手段、より比喩的にいえば、「情報の流れに関与する」手段一般を広く呼称する。情報的手法の態様は様々な視点から分類をなしうるが、さしあたり、①情報提供が裁量的か義務的か、②能動的か受動的か（私人の求めを待たずになすものか、私人の求めに応じて公開するものか）、③一般的か個別的か、といった指標からの分類が可能である。従来の議論においては国家が一定の目的をもって、社会公衆に対し自らのイニシアティブで情報提供を行う手法（これが「公表」に当たる。前述の分類軸によれば、裁量的・能動的・一般的情報提供ということになる。）に議論が集中してき

2）磯部哲「行政保有情報の開示・公表と情報的行政手法」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008 年）356 頁は「情報的行政手法」を、「抽象的には、行政が公共的な課題を処理するための手立てのうち、情報という『媒体』に着目し、行政が情報を扱う場合にいかなる制約原理が及ぶかを考察しようとする立場」として把握する。また、山本隆司「事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法上の問題（下）」ジュリ 1311 号（2006 年）184 頁は、行政機関が情報を公益実現の基礎及び手段として、質を高めつつ適正に収集・形成・利用・公表できるような、情報加工過程全体を視野に入れた制度論・解釈論を「情報行政法」と称する。

3）塩野宏『行政法Ⅰ〔第 5 版補訂版〕』（有斐閣、2013 年）8 頁。

たが、本稿の検討対象はこれに限られるものではない。したがって、例えば食品や医薬品等の分野で事業者に対し、法律で当該製品のリスク情報提供義務を課す手法はもとより、そのようなリスク情報を公衆に提供するよう行政指導等によって促す手法も本稿の考察対象となる。なお、本稿では、国家による直接的情報提供を、「情報的行政手法」とは区別して「情報提供活動」あるいは「公表」と呼称することがある。

本稿は、以上のように定義された「情報的行政手法」の中でも、特にこれがもたらす私人への負のインパクトの内実を検討し、伝統的規制手法との対比において、右手法の行政法的統制原理を提示することを目的とする。

したがって、まず第一に、行政調査は情報という媒体の収集・蓄積・利用・提供の行政情報管理過程のうち収集局面に関わる領域であり[4)]、それ自体情報的行政手法と関連性の深い問題であるといえるが、前述の通り情報的行政手法を「情報の利用」という局面に限定して用いる本稿の立場からすれば、この点は主たる検討対象からは除外されることとなる。

第二に、本稿が情報的行政手法を伝統的規制手法との対比において考察を進めるという点から、伝統的規制手法との関連性に乏しい情報公開法制に関しては、前述の情報的行政手法に関する定義からすればこれも右概念に包摂されるものの、本稿の検討対象外に置くものとする。

3　本稿の構成

本稿では、まず、第 1 章においてこの「情報的行政手法」のうち、特に議論の蓄積が認められる「公表」に対象を絞り、従来の議論・関連裁判例を確認する。その上で、「公表」につき一般的な法的特徴を「誘導」概念を参照した上で、ドイツ判例等も参酌しつつ、この種の行政活動に内在する問題の核心を考察する（第 1 節・第 2 節）。この検討を踏まえ、「公表」の制約原理として「政府言論」の法理、法の表現理論を参照する（第 3 節）。第 4 節では、以上の検

4）塩野・前掲注 3）323 頁。

討を踏まえ、「公表」に関する法的統制原理を小括する。

続く第2章においては、以上の様な「公表」を包摂する情報的行政手法一般について議論の対象領域を拡大する必要性を説き（第1節）、伝統的規制手法との対比において、その公法的意義・機能条件について分析・検討する（第2節）。

最後に、以上の検討を踏まえ、本稿の意義を総括し、残された課題と今後の展望について振り返る。

第1章　「公表」

第1節　「公表」の法的性質

1　非権力的事実行為としての公表論

⑴「公表」とは、広義には社会公衆に対し広く行政機関保有情報を公開することを指し、より具体的には、①単なる情報提供のためのもの、②国民・住民に情報を提供して対応策を用意させるためのもの、③行政上の義務の違反・不履行又は行政指導の不服従に対する制裁としての意味をももたせるもの等のバリエーションがあるとされている[5)]。そのうち③は「制裁的公表」（あるいは、「実効性確保のための公表」）と呼称されている。

「公表」は、文字通り、単なる情報の社会公衆に対する提供にすぎず、それ自体が典型的な行政行為と同じ意味における法的効果を有するものではない。そのため、その法的性質は「非権力的事実行為」と考えられるから、我が国の立法実務において採用されているとされる侵害留保説によれば法律の根拠は不要である[6)]。また、そのような法的性質故に、「公表」は行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当せず（す

5）川神裕「法律の留保」藤山雅行編『新・裁判実務大系（25）行政訴訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）17頁。

6）公表が非権力的事実行為であることを理由に公表の処分性を否定する比較的最近の裁判例として、東京高決平成19年11月13日判例集未登載（介護保険法103条2項に基づく公表の処分性が否定された事例）等がある。評釈として、天本哲史「判批」桃山法学18号（2011年）77頁。

なわち、処分性が認められず）、公表を対象とする抗告訴訟の提起を積極に解することは困難である[7]。このような立場が我が国における裁判実務の大勢の考え方であった。

これに対し、通説的見解によれば、「制裁的公表」については、当該公表のもつ制裁的機能ないし間接強制的位置付けに侵害的作用を見出すことで、「厳密な意味での侵害留保原則が妥当するものではないが、制度化に当たっては、法令の根拠を置くのが法治主義に適合的である」[8] などという説明のもと、法律の留保原則が及ぶ。このような我が国の通説の立場をあえて定式化すると、「情報提供による公衆の利益保護を目的とする公表は、法律の根拠や行政処分と同様の手続を要せず、事業者の間接強制ないし制裁を目的とする公表は、法律の根拠を要し、行政処分と同様の手続を経る必要が高い」と表現されることになる[9]。もっとも、これに対し、「制裁を目的とするものであるか否かにかかわらず、いったん、全て法律の根拠が必要と考えたうえで、情報提供を目的とする場合等については、そのことが状況により言わばその例外的許容事由として働きうることもあると解しておく」べきである旨主張する立場[10] も存在する[11]。

⑵　また、「公表」については、その違法判断の枠組みについて、裁判例と学説の間で大きな議論がなされている。

周知の通り、私人による名誉毀損が不法行為（民法 709 条）に該当するか否かという場面においては、最大判昭和 41 年 6 月 23 日民集 20 巻 5 号 1118 頁以降、当該行為が公共の利害に関する事実に係り、もっぱら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為が成立しないという法理が確立している。この法理は、今述べた通り、当初は私人間における事実の摘示に対する適用が想定され

7）川神・前掲注 5）20 頁。宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第 4 版〕』（有斐閣、2011 年）259 頁は、制裁としての公表について取消訴訟を提起しうる余地を認めるものの、誤った公表がなされたことに起因する不利益の解消手段としての取消訴訟の実効性に難点があるとする。

8）塩野・前掲注 3）242 頁。宇賀・前掲注 7）259 頁も同旨。

9）山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000 年）419 頁。

10）加藤幸嗣「行政上の情報提供・公表」行政法の争点〔第 3 版〕（2004 年）41 頁。

たものであったが、従来、裁判例の多くはこれを行政による公表の違法性判断に対してもほぼそのまま適用してきた[12]。これに対しては、表現の自由の行使ではない行政による公表に、表現の自由とプライバシー保護の調整を図る趣旨を有する上記法理を適用することは問題があると指摘するものが多い[13]。

(3) 以上の通り、裁判実務・通説のいずれにせよ、従来は、情報提供たる公表の法的性質を第一義的に非権力的事実行為として把握し、この理解を基礎として、法律の留保・違法判断の枠組み等につき議論を行っていたものと解される。

2 カイワレ大根事件

(1)「公表」に関する我が国の代表的裁判例としては、一連の「カイワレ大根事件」(東京地判平成 13 年 5 月 30 日判タ 1085 号 66 頁[14]、その控訴審である東

---

11) なお、通説のような立場から制裁的公表について法律の根拠・手続保障等を定めたと思われる条例の例として、「小田原市市税の滞納に対する特別措置に関する条例」が挙げられる。同条例は、市税を滞納し、かつ、納税について著しく誠実性を欠く者に対し、納税を促進するための特別措置を講じることにより、市税の徴収に対する市民の信頼を確保することを目的として掲げる(条例 1 条)ことで当該公表の間接強制的性格を明らかにしている。また、同 11 条において公表の根拠規範を置くとともに、10 条 1 項で「市長は、行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等の公表が必要であると認めるときは、あらかじめその予定する措置の内容を滞納者に通知し、弁明の機会を付与しなければならない。」と定めて手続保障に関する手当ても行っている。そのほか、12 条において、「市長は、行政サービスの停止等又は滞納者の氏名等を公表した場合において、事実の誤認があったこと等により滞納者の権利を不当に侵害したときは、その損害の賠償及び名誉の回復について誠実に対処しなければならない。」と定め、事後的救済措置について特別の定めを置いている点も特徴的である。

12) 鈴木・後掲注 15) 119 頁。裁判例として、突然起きた家庭用洗剤の不足(いわゆる「洗剤パニック」)が特定のメーカーによって故意にもたらされたものであるとした都の公表の違法性が争われた東京地判昭和 54 年 3 月 12 日判時 919 号 23 頁などがある。

13) 阿部・後掲注 14) 117 頁、久保・後掲注 14) 129 頁、鈴木・後掲注 15) 120 頁、瀬川・後掲注 14) 71 頁等。

14) 評釈として、阿部泰隆「判批」判例自治 236 号(2003 年)114 頁、久保茂樹「判批」自治研究 79 巻 1 号(2003 年)122 頁、瀬川信久「判批」判タ 1107 号(2003 年)69 頁等。

京高判平成 15 年 5 月 21 日判時 1835 号 77 頁[15)]、大阪地判平成 14 年 3 月 15 日判タ 1104 号 86 頁。以下それぞれ、「東京地裁判決」、「東京高裁判決」、「大阪判決」という）が挙げられる。これは、当時発生していた食中毒の集団感染事件に関して、当時の厚生労働省が、カイワレ大根が原因食材である可能性が否定できない旨の調査結果を公表したところ、これによってカイワレ大根の売上が激減したため、公表の対象となった当該事業者のほか、他の生産・販売業者、事業者団体が当該公表が違法であるとして国家賠償請求訴訟を提起した事件である。

⑵　一連のカイワレ大根事件において争点とされたのは、①公表の前提とされた調査の（疫学的）適否及び判断の合理性、②公表に係る法的根拠の要否、③公表の適法性、④損害額（損害の範囲）、⑤損失補償の要否等の点であった。このうち、②が学説の議論における法律の留保原則との関係について、③が公表の違法判断の枠組みについて、それぞれ判示したものであり、また④は公表の法的性質を考察するにあたり有益であると思われることから、本稿では以上の 3 点について特に検討対象とする。

東京高裁判決は、「本件各報告の公表は、現行法上、これを許容し、又は命ずる規定が見あたらないものの、関係者に対し、行政上の制裁等、法律上の不利益を課すことを予定したものでなく、これをするについて、明示の法的根拠を必要としない」と述べた上で、「本件各報告の公表を受けてされた報道の後、貝割れ大根の売上が激減し」、これによって事業者が受けた「不利益は、本件各報告の公表の法的効果ということはできず、これに法的根拠を要することの裏付けとなるものではない」として、本件公表につき法律の根拠を不要とする立場を採っている。

同判決が、本件公表に法律の留保が及ばないことを論証する上で根拠としているのは、本件公表が「関係者に対し、行政上の制裁等、法律上の不利益を課すことを予定したものでな」いこと、及び、本件公表により事業者が受けた不利益は、「公表の法的効果ということはでき」ないこと、の 2 点である。前者

15）評釈として、鈴木秀美「判批」法時 75 巻 12 号（2003 年）116 頁、村上裕章「判批」ジュリ 1258 号（2003 年）112 頁等。

の点については、先に示した学説の議論状況を踏まえ、「制裁的公表」と「情報提供目的の公表」を区別し、「制裁的公表」についてのみ法律の留保が及ぶことを前提に本件公表がこれに当たらないことを示すものと思われる。これに対し後者は、公表の法的性質を考察するに当たり、事業者が受けたカイワレ大根の売上減少という不利益を公表それ自体が有する「法的効果」として除外し、「事実上の不利益」として構成することを意味する。この点についてはのちにより詳細な検討を行うが、いずれにせよ、先に示した「情報提供目的」「制裁目的」二分論を採用する通説的理解が以上の判示に表れていると見ることができよう。

(3) 次に、公表の違法性判断枠組については、前述の通り、従来の裁判例においては行政による公表についても私人間の名誉毀損の免責法理がそのまま適用されることが多かった中、カイワレ事件をめぐる諸判決群は、これに代わり「比較衡量の法理」[16] を違法性の判断基準として用いており、注目される。

大阪判決では、当事者が名誉毀損の免責法理を行政による公表に対しても用いることを正面から争ったため、これに応える形で明示的に同法理を用いることを退けている。その理由につき、同判決は、公務員の職務としての表現は「表現するかしないかについて基本的に自由を有する私人の場合とは異な」ることを挙げる。その上で、「本件各報告の公表が原告の名誉・信用を毀損する違法なものかどうかを判断するに当たっては、公表の目的の正当性……、公表内容の性質、その真実性、公表方法・態様、公表の必要性と緊急性等を踏まえて、本件各報告を公表することが真に必要であったかを検討しなければならない。その際、公表することによる利益と公表することによる不利益を比較衡量し、その公表が正当な目的のための相当な手段といえるかどうかを判断すべきである」と述べる。そしてさらに後続部分で「手続保障の精神も尊重すべき」旨付言している。

東京高裁判決も上記大阪判決と類似の規範（「本件各報告の公表は……、目的、

16）瀬川・前掲注 14）72 頁の表現を借りた。

方法、生じた結果の諸点から、是認できるものであることを要」するという。もっとも、大阪判決と異なり、手続保障について触れるところはない）を定立した上で、まず、公表の目的が「当時、O-157 による食中毒が多発し、一方、原因が究明されず、国民の間に食品一般に対する不安が広がっていた事情の下において、殊に、規模が大きく、国民の関心の高かった本件集団下痢症について、調査の結果得られた情報を公表し、国民の不安感を除去するとともに、一般消費者や食品関係者に対して注意を喚起することによって、食中毒の拡大・再発の防止を図ること」にあったと認定し、その正当性・必要性を肯定する。しかし、他方、公表方法の相当性については、「本件において、厚生大臣が、記者会見に際し、一般消費者及び食品関係者に『何について』注意を喚起し、これに基づき『どのような行動』を期待し、『食中毒の拡大、再発の防止を図る』目的を達しようとしたのかについて、所管する行政庁としての判断及び意見を明示したと認めることはできない」と判示し、本件公表は国家賠償法上違法であるとの判断を行っている。

両判決が用いたこのような法理（規範）の特徴は、従来と異なり、公表目的の正当性・必要性・相当性、被侵害法益と加害態様の比較衡量、事前手続保障の必要性等を、行政上の公表の統制原理として明示した点にある[17]。そして、従来の名誉毀損の免責法理との最大の差異は、従来の裁判例が摘示された事実が判決時において真実であることを問題としていたのに対し、一連のカイワレ大根事件は報告書作成時点での判断の合理性・相当性を問題としているという点に見出される[18]。

(4) 最後に、行政法学説においてはあまり注目されていないが、これらの判決を理解する上で重要だと思われるのが損害論である。東京高裁判決は、本件公表を先に示した「比較衡量の法理」によって違法と判示した上で、しかし「貝割れ大根の売上減少等を理由とする控訴人らの主張の損害はこれを認める

17）大阪判決の上記規範に対する評価につき、瀬川・前掲注 14）72 頁は、右判決の規範の核心を、加害活動と被侵害利益の価値の比較、代替手段との比較、手続保障の 3 点に求める。
18）瀬川・前掲注 14）72 頁。

ことができない」と述べる。その一方で、カイワレ大根の「市場における商品としての評価、信用が毀損されたことによる損害」は認めており、前記判決が両損害を区別している点が注目に値する。

この説示は、本判決が冒頭において本件公表に法的根拠が不要であることの論証をする際に、本件公表によって事業者が被ったカイワレ大根の売上減少等の不利益は右公表の「法的効果」ではないと述べたことに対応するものと思われるが、このような判断が有する法的意義については後に詳しく検討することとする（第1章第1節3）。

⑸　カイワレ大根事件をめぐる一連の裁判例は、①制裁目的の公表と公衆に対する情報提供目的のそれを区別する二分論を採用し、②公表の適法性判断において「名誉毀損の免責法理」によることなく「比較衡量の法理」によったという点で、当時ないし現在の学説に親和的な判決といえる。

もっとも、②の点について、比較衡量の法理を用いる枠組みは裁判実務上確立しているものとは言い難い。裁判実務において、行政の公表が争われる場合に名誉毀損の法理が適用されるか否かは、（おそらく）原告が名誉権侵害を主張するか否かに依存しているのではないかと推察されるが[19]、いずれにせよ、現在においても行政の公表においてはその適法性判断の枠組みはなお確立していない。

⑹　以上、簡単に学説における「公表」の法的統制をめぐる議論と我が国の代表的な裁判例であるカイワレ大根事件を検討した。このカイワレ大根事件を踏まえ、従来の議論状況を簡単にまとめると、以下のような特徴が挙げられる。

第一に、我が国の学説は、情報を用いた行政作用につき、これを行政作用法における一般的理論として体系的に位置付けることをせず、専ら間接強制ない

19）鈴木・前掲注15）119頁も、東京高裁判決が名誉毀損の免責法理による違法性審査をなさなかったのは、右訴訟の原審では本件が名誉毀損事案として争われておらず、控訴審で初めて信用毀損の主張が追加された（原審において原告は、真の原因究明のための調査活動・販売停止等の事態の打開及び販売促進のための活動等の名目で支出した費用についてのみ損害賠償を求めていた）からではないかとして、具体的な訴訟経緯が規範のあり方に影響を与えている可能性を示唆する。

し制裁に準ずるものとしてアドホックに議論を行ってきた。それゆえ、情報提供という面だけを取り上げても、それには行政自ら国民一般になす方法、私人を介して情報提供を促進ないし強制するような義務を課す方法等、様々なバリエーションが存在するにもかかわらず、その法的統制としては「公表」という限定された態様についてのみ議論の蓄積が認められるにすぎなかった。

第二に、この「公表」という点に限ってみても、その法的統制はいずれも「公表の対象とされた事業者をいかに救済するべきか」という部分にのみ関心が注がれてきたように思われる。情報提供をめぐる行政活動が「情報の受領者たる国民」・「情報の提供者たる行政」・「情報の対象者たる事業者（私人）」という三面関係を規律するものであることからすれば、右三面関係を踏まえた法的検討が必要不可欠であると考えられるが、そのような観点は、場当たり的に顔を出すことはあっても、それが総論的問題として論じられてきたとは言い難い。実際に、行政の情報提供をめぐっては、公表された事業者がそれによって受けた損害の塡補を求めるケースについても多くの裁判例が存在する一方で、公表しなかったことを理由とする損害の発生について行政に損害賠償を求めるものもしばしば見受けられる[20)]。ここにおいて、情報提供の懈怠は違法との評価を受けるのであり、このことも三面的法律関係を踏まえた法的検討が必要であることを示唆する。

第三に、「公表」によって生じる「間接的損害」の意味があまり深く検討されることなく、それを当然の前提として議論が推移してきたという問題がある。先に見た通り、「公表」が典型的規制手法と異なり法律の留保原則や比例原則により直截的に規律することができない理由は、古典的「侵害」（Eingriff）性

20）野村武司「情報と安全―個人情報保護をめぐる諸相」公法研究 69 号（2007 年）199 頁は、安全情報（食品・薬品・製品等の安全情報、環境情報、災害情報、生活安全情報等）を市民に周知する意味での公表、提供、公開を行政主体が懈怠した場合の国家賠償の可能性を肯定する。実際にこのような観点から行政の情報提供義務違反が国家賠償法上違法となるかが争われた裁判例として、青森地弘前支判決平成 1 年 5 月 25 日判タ 704 号 92 頁（土石流により流域の住民らが死亡した災害について、行政の土石流に関する情報伝達の懈怠が違法かが争われた事例）がある。

を満たす行為――目的志向性・直接性・命令性・法形式性のいずれをもその属性として満たす行為――と異なり、「公表」は、社会公衆を名宛人とするもので被公表者に向けられたものではなく（直接性の欠如）、それにより被公表者の活動を禁止するものでもなく（命令性の欠如）、当該公表が被公表者の権利義務を変動させるものでもなく（法形式性の欠如）、その目的も被公表者に不利益を課すことを目的としたものでない（目的志向性の欠如）からである[21]。そして、仮に被公表者に不利益が生じたとしても、当該不利益は市民の行動から生じるものであり、「公表」によって直接的にもたらされたものでもない[22]。要するに、「公表」と古典的「侵害」行為との最大の差異は「損害の間接性」という特性に見出されるものと思われる。しかし、その具体的内容については不明瞭なまま、公表の法的統制に関する議論がなされてきたとの感が拭えない。

(7) 憲法学の領域では、このような国家による情報提供という新しいタイプの国家活動に関する総論的な課題の克服の必要性が説かれることがあったが[23]、行政法学においてはまだこのような指摘は乏しい。情報提供活動が一般に行政作用として機能することを承認する場合には、これを行政法総論の一般理論として考察する必要性が生じるはずである。そして、その場合には、まずもって当該作用の態様にいかなる特性が認められるのか、とりわけ、古典的行政手法といかなる点において異なるのかを解明する必要がある。

3 「誘導」行政としての公表

(1) 中原茂樹教授は、「行政上の誘導」という概念を「行政主体が私人に対

21）宍戸常寿『憲法　解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011 年）45 頁参照。

22）後に紹介するオショー決定は、このことを「個々の集団に対する不利な影響……が生じるのも、必要な場合には強制的にも実行できる国家の命令・禁止によるものではなく、個人が与えられた情報から帰結を引き出し、問題となる集団から離れ、脱退し、そうするように支持者や他の人たちに働きかけ、あるいは団体の財政的な支援をやめることから発生する。」と表現している。

23）丸山敦裕「情報提供活動の合憲性とその論証構造―グリコール決定を手がかりに」阪大法学 55 巻（2006 年）141 頁。

して何らかの利益を付与し、または不利益を賦課することにより、人々の行為選択を公益上望ましい一定の方向に誘導すること。ただし、法的義務違反行為に対する不利益賦課を除く」と定義した上で、そのような「誘導」行政の特徴として、古典的・典型的行政手法との対比において「間接的」であることを挙げる[24]。そして、この「間接性」こそが誘導行政の最も重要な特徴の一つであり、この意味を明らかにすることが「誘導」の法的特徴の解明につながるという。この「誘導」手法の中には、本稿が研究対象とする情報的行政手法も含まれることから、本稿においても同教授の示唆を受け、「誘導」という観点から情報的行政手法の考察を行うこととする。

(2) 中原教授によれば、「誘導」行政一般に認められる特徴としての「間接性」とは、第一には、行政が名宛人に対し「選択させようとする行為」を直接示さないという点に、第二には、名宛人に与えた直接的作用を波及効果として名宛人以外の第三者に押し及ぼそうとする点にある[25]。すなわち、「誘導」行政にいうところの「間接性」の内実は「要求の不特定性」・「名宛人の不特定性」にその具体的内容を分節化することができる。

これを「公表」に即して述べれば、以下の通りである。

ある事業者に関する不利益情報が、行政主体によって社会公衆に発信される。これによって、まず情報の受領者たる国民（社会）は当該情報を参照し、当該情報に基づいて自己の将来の行動を決定する。他方、被公表者はこれによって何らかの行動を選択することを強いられるわけではなく、情報を公表されても我関せずの状態でいることも当然可能である。しかし、情報の受領者たる社会が情報の内容から当該事業者の商品等を購入することを避けたり、あるいは、当該事業者に対する企業イメージを低下させたりすることによって、当該事業者は有形無形の損害を被ることがある。これを恐れ、事業者が社会の要求に応える形で自己の行動を規律することも考えられる。

(3) 以上のような例から明らかな通り、「公表」とは、まずもって第一次的

24）中原茂樹「行政上の誘導」前掲注 2）『行政法の新構想Ⅱ』206 頁。

25）中原・前掲注 24）208 頁。

には社会公衆に対して発せられたものにすぎず、被公表者を直接的な名宛人としてなされたものではない。この点は制裁的公表か情報提供的公表であるかを問わず「公表」と称される活動全てに等しく妥当する。また、「公表」においては「誘導」のターゲットが特定の事業者のみならず社会に対しても及んでいることになるが、そのいずれに対しても、行政は何らかの「選択されるべき行為」を法的に強制していない。社会公衆・事業者のいずれも当該公表の存在にかかわらず自己の行動を何らの法的制約なくして選択できるのであり、この局面において、公表の存在は当該行動選択における判断の一考慮要素になるにすぎない。以上のことから、「誘導」行政一般に妥当する「間接性」は、情報提供活動としての「公表」においても等しく妥当するものと考えてよいであろう。

学説上、公表の効果が「間接的・事実上の効果にすぎない」と評されてきたところの「間接的」であることの内実は、以上のような内容を表現するものであると考えられる。この点が従来強調されてきたのは、公法学が「自律的に選択しうる個人というモデル」を法的考察の前提とするために、このような「市民の自律的判断」を意識的に（あるいは無意識的に）尊重してのことを理由とするものであろう[26]。ここでは、行政の公表により特定の事業者に営業上の損失が生じたことは、条件関係という意味での因果関係に欠けることはなく[27]、むしろそれが明らかであるにもかかわらず、行政の公表から損害の発生までの過程において「市民の自律的判断」が介在したがために、これによって当該公表と事業者の損失発生との間の法的因果関係が遮断されると理解されているものと思われる。そして、このような理解から、公表による被公表者への損害の発生を公表の行政作用法上の効果として捨象する。

この観点から再度、簡単に公表の効果についてまとめると、「公表は、当該

26）斎藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開―国家の情報提供行為による基本権侵害を中心として―」憲法理論研究会編『憲法理論叢書（17）憲法学の最先端』（敬文堂、2009 年）56 頁。

27）西上治「給付行政と『自由意識の喪失』」東京大学法科大学院ローレビュー 6 巻（2011 年）89 頁も同旨。

事業者に対して向けられた直接的規制手法とは異なり、それ自体としては社会公衆に対してなされるものにすぎず（名宛人の不特定性）、さらに、当該公表は社会公衆に対し何らかの一定の作為又は不作為を法的に強制するものでもない（要求の不特定性）。そうであるがゆえに公表によって結果的に当該事業者に生じた不利益も、それは公表を受けた社会公衆の自律的判断の結果もたらされたものにすぎず、公表はその端緒を作出したにすぎない」、とでも表現できようか。

4　直接的・法的侵害論

⑴　上記のような指摘に対し、公表の作用法上の特質として「間接的」であることを掲げる理解に疑問を呈する立場も存在する。

西上治助教によれば、情報提供行為は事業者との関係においては間接的作用を営むものであることを承認しつつも、それが情報の受け手にとっては直接的作用をもたらすものにほかならないとした上で、国家による恩恵的情報提供は、そのような情報の受け手たる一般国民に対し、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について……自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し……国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥」らせる性質をもつものであると捉える[28]。西上は、従来の学説が公表の効果を専ら「間接的」なものとして疑いをもたない点を批判し、情報提供者たる社会公衆を直接の名宛人とし、私人の自律的決定を阻害するという直接的法効果を有すると理解するのである[29]。

⑵　そもそも、本稿がここで検討の対象としている「間接性」とは、行政が最終的に達成することを狙った目的（終局目的）の実現との関係における間接

28）西上・前掲注 27）95 頁。

29）もっとも、西上は単にこのような直接的法効果のみを議論しているのではなく、そのような私人に対する効果によって、「当該受益者を超えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造する」という広く我が国の社会全体に対する負の影響をも考慮する。この点については筆者の問題関心とも通底する部分であり、のちにより詳細に検討することとする。

性ではなく、行政作用法上の間接性である。後述の議論にも関係するが、当該行為によって直接的に終局目的を実現するかという問題（目的達成における間接性）と、当該行為が作用法上直接的法効果を有するかという問題（作用法上の間接性）は本来別の問題である。このうち、前者の間接性については、国家による情報提供が社会公衆の行動を直接規律するものではないことから疑いの余地なく肯定することができるものと思われるが、後者については、これを「公表」の法的特徴として考察の前提に置くことの当否をさらに検討する必要がある。

第２節　ドイツ判例の参照

ここで、以上のように検討してきた公表の間接的効果論の当否を考えるべく、国家の情報提供による言論市場への介入が問題となったドイツ判例をいくつか参照する。

1　グリコール決定[30)]

⑴　ドイツ国内に、人体に有害なジエチレングリコールが混入したワインが流通したことから、当時はジエチレングリコールの健康上の影響が明らかとなっていなかったにもかかわらず、連邦青少年家族健康省がジエチレングリコールの混入したワインリストを作成・公表した。これに対し、ワイン製造業者が公表の差止めを求めたのが本件である。

⑵　本件では、当該公表が原告たるワイン製造者の、基本法 12 条の職業の自由を侵害しているかどうかという点が主たる論点とされた。この点について、連邦憲法裁判所は以下のように判断して、当該訴えを却下した。

「基本法 12 条 1 項は、既存の経済秩序においては、特に職業に関係する個人

30）BVerfGE105, 252.　本稿における判例の検討は、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報の国による公表」栗城壽夫＝戸波江二＝嶋崎健太郎編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008 年）292 頁、丸山・前掲注 23）121 頁にある翻訳に全面的に依拠している。

又は事業者の行動との関わりを有する。しかし、この基本権は、正確で実態に適合した情報提供からの保護は含まない。ただ、連邦政府が情報提供を行う際には、情報取扱いに関する法的規律を遵守しなければならない。

職業活動が競争原理に従って遂行される場合には、自由保護の範囲の画定には、競争についての法的規律が関係してくる。基本法 12 条 1 項は、この法的規律の枠内で、市場競争の機能条件に従った競争への参加を確保する。市場にとって重要なファクターについて、可能な限り豊富な情報が市場参加者に提供されていることは、市場が機能するための前提条件である。ここでは、法秩序は、市場にとって重要な情報が提供される程度を高めることと、市場の透明性確保とを、目的としている。」

「国家による市場関連情報の提供は、市場競争にとって重要なファクターに影響を与えていても、国家が情報提供活動の法的規律に従っており、市場の条件を歪曲するものでなければ、関係する市場競争参加者の基本権保障領域の制約にはあたらない。ここでは、国家にその任務と権限が認められ、正確で実態に適合した情報提供となっていることが、憲法上重要となる。」

「基本法 12 条 1 項は、内容において正確で実態に適合した情報提供からは保護されない。市場関連情報の提供の場合には、実態適合性の要求は市場競争の機能的必要性に対しても向けられる。情報提供は必要性があるものに限られる。」

「国家の情報提供が重大な市場関連情報に限定されない場合には、職業の自由の保障領域への制約となる。とりわけ、国家の情報提供活動は、その目標設定と効果において、基本権介入としての性質を認めることができるような国家的措置のための代替手段である場合には、基本権保障領域における制約であり得る。」

(3) 本判決によれば、国家の情報提供活動に対する職業の自由の保護領域は、「競争についての法的規律」や「市場競争の機能条件」によって画定され、本件における公表もその適否は「国家が情報提供活動の法的規律に従っており、

市場の条件を歪曲するものではない」か否かという観点から判断されることになる。その上で、本判決は、国家任務の存在に関連して、この種の情報提供活動には「基本法上の黙示の授権」が存在すると判示した後、そのいずれについても要件充足を肯定し、本件公表による職業の自由の制約自体を否定した[31)]。

2　オショー決定[32)]

⑴　本件は、連邦政府の連邦議会における発言、ないし連邦青少年家族健康大臣の講演中における「若者ゼクテ」、「破壊的な宗教的集団」、「破壊的カルト」といった表現を用いてなした論評が、基本法4条1項によって保障された信教の自由を侵害するとしてオショーという瞑想団体がなした憲法異議事件である。本判決は先に見たグリコール決定と同日、連邦憲法裁判所において下されたものであり、その主たる争点もグリコール決定と同様、政府の上記発言・論評が憲法上の基本権を侵害するのか否かという点にあった。

⑵　本判決は以下の通り判示し、オショー側の憲法異議を一部認容した。

> 「基本法4条1項は、ある宗教的・世界観的な団体に対する侮辱的、差別的、歪曲的な記述に対する保護を提供する。」
>
> 「もっとも、中立的な国家であっても、宗教的・世界観的な集団やその構成員の実際の行動を、世俗の基準で評価することを禁じられているわけではない。国家の責任主体は、議会、一般国民あるいは利害関係のある市民に対して、宗教的・世界観的な集団やその活動に関する情報提供を行うことを最初から禁じられているわけではない。基本法4条1項・2項は、国家機関がこの自由の担い手に関して公的に論評することに対する保護を提供するものではない。ただし、国家は宗教団体および世界観団体と関わる場合、特別な自制を課されており、

31）丸山・前掲注23）127頁。

32）BVerfGE105, 279.　判例の検討は、西原博史「政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」前掲注30）『ドイツの憲法判例Ⅲ』117頁にある翻訳に全面的に依拠している。

その自制の具体的な程度は個別事例の事情によって決まってくる。」

「異議の対象である判決も、連邦政府がオショー運動とその団体を『ゼクテ』、『若者宗教』、『若者ゼクテ』、『心理ゼクテ』と呼んだ点に憲法上の問題が存在しないとした限りでは支持できる。こうした表現は、宗教・世界観の自由の保護領域に触れるものではない。もっとも、『ゼクテ』という呼び方は今後は用いられるべきではない。」

「それに対し、オショー運動に属する団体に関して、『破壊的』および『似非宗教的』という形容を用い、構成員の操作という非難を行ったことは、基本法4条1項・2項によって保障された異議申立人の、宗教的・世界観的な観点で中立的・自制的な取扱いを受ける権利を侵害する。」

「個々の集団に対する不利な影響……が生じるのも、必要な場合には強制的にも実行できる国家の命令・禁止によるものではなく、個人が与えられた情報から帰結を引き出し、問題となる集団から離れ、脱退し、そうするように支持者や他の人たちに働きかけ、あるいは団体の財政的な支援をやめることから発生する。ただ、問題にしている表現は、異議申立人との関係では、間接的・事実上の作用をもたらす。」

「オショー運動やその個別の集団が『破壊的』、『似非宗教的』であるという言い方や、その構成員が外の世界から切り離されて操作されているという非難は、中立性に違反する表現として、憲法上の審査に耐えるものではない。こうした表現は、比例性原則の基準によって正当化できるものではない。……こうした非難は、異議申立人にとって侮辱的であった。このような表現によって、すでに信者になっている者を失い、新しい信者が得られなくなり、また財政的な援助給付が得られなくなったと異議申立人が主張するのももっともである。」

⑶　本判決も、グリコール決定と同様に、基本権の侵害自体を否定し、単に事実上の侵害的影響があるにすぎないから、本件公表には法律の根拠は不要とする一方、このような影響があるにすぎない場合であっても、「伝統的な意味での侵害的規制の代替手段として取られる措置」については法律の留保を要する

という[33]。これは、我が国の学説が「制裁的公表」について法律の留保を要求するのと同様の理論的立場をとるものといえよう。

さらに本判決はグリコール決定と異なり、結果的に本件公表が「中立性」「比例性原則の基準」（比例原則）に反することを理由として憲法異議を一部認容していることが注目される。

3　ユンゲ・フライハイト決定[34]

⑴　本件では、ユンゲ・フライハイトという出版社発行に係る新聞が、州の憲法擁護庁報告において自由で民主的な基本秩序に反する「極右」と論評されたことが、当該出版社のプレスの自由を侵害するものでないかが争われた。

⑵　本件において、連邦憲法裁判所は前述のグリコール決定とオショー決定を踏襲しつつ、以下のように判示した。

> プレスの自由からは、「目的設定や効果において基本権介入と評価しうる国家的措置の代替手段となっている場合」でも保護が与えられなければならず、とくに「ジャーナリズムの効果可能性及び出版機関の収益にマイナスの影響を与えるような、国家が第三者への影響力行使を通じて間接的に介入する侵害に対する主観的防御権」が当該自由から保障される。
>
> 本件報告における「公表は、たとえば国家の機能主体が市場参加者のように単に市民の自主的な意思決定形成のための十分な情報基盤についての公的な取り組みや創出へ参加する」以上の介入であり、それゆえ異議申立人に対して「間接的に負担を課す否定的な制裁」となる。
>
> 本件報告の「間接的効果は、コミュニケーション基本権に対する介入と同視しうる」。

33）西原・前掲注 32）121 頁。

34）BVerfGE113, 63.　判例の検討は、斎藤・前掲注 26）55 頁の分析による。

4　ドイツ諸判例による示唆

⑴　以上の三判決を我が国の判例・学説との関係で考察する上では、以下の点が重要である。

第一に、グリコール決定・オショー決定のいずれにおいても、国家の情報提供行為の「侵害」性（「介入」）を否定し、当該行為をなすについての法律の根拠を不要としている。連邦憲法裁判所は「憲法から直接に導き出せる政府の国家指揮の任務」という概念を持ち出し、これをその論拠としている。このような理由により、国家は情報提供行為をなす憲法上の「黙示の授権」が認められる[35]。

この判示は、我が国におけるカイワレ大根事件の東京高裁判決が、公表に法律の根拠を不要とした判示に先立ち、憲法を引きつつ、「主権国家は、生命や身体の安全に対する侵害及びその危険から国民を守ることも国民に負託された任務の一つで、国民も、これを理解し、納税等により必要な負担をすることを了解する。自国民の生命や身体の安全の確保に関心を払わない国家及び政府は、自国民の信頼を得ることはなく、他国の侮りと干渉に翻弄されるに至るのが常で、国際社会における名誉ある地位（憲法前文）を得ることもない」と述べている点とも整合する。

他方、ユンゲ・フライハイト決定においては、州の報告が被公表者にもたらす間接的効果が「基本権に対する介入と同視しうる」として、当該報告がプレスの自由を「侵害」することを肯定している[36]。

⑵　第二に、連邦憲法裁判所は、グリコール決定において本件情報提供行為が「正確で実態に適合した情報提供となっている」限りにおいて、それは「市場競争の機能条件に従った競争への参加を確保」するものにすぎず侵害性は否定されるとしつつ、他方、オショー決定においては、国家は「特別な自制」に従う限り、「宗教的・世界観的な集団やその構成員の実際の行動を、世俗の基準で評価すること」は禁じられていないという。

35）斎藤・前掲注 26）62 頁。

36）斎藤・前掲注 26）60 頁も同旨。

両決定のいずれにおいても、情報提供が「正確で実態に適合」すること、あるいは、「特別の自制」に従ったものであること、といった制約原理の存在を示しており、国家の情報提供活動に一定の限界を付している。上記活動によって不利益が生じうる基本権の内容は一方が職業の自由であるのに対し、他方は精神的自由権たる信教の自由であったという点に違いがあり、両者の判示の違いについてはこの点を考慮に入れて検討する必要があろう[37]。

⑶　最後に、オショー決定においては、上記事案における公表（論評）が原告たるオショー団体の「宗教的・世界観的な観点で中立的・自制的な取扱いを受ける権利」を、中立性・比例原則に反して侵害するものとして憲法異議が一部認容されている。この部分の判示は「〔公表を〕侵害的規制と見る枠組みが否定された瞬間に、問題となっているものが、宗教の自由そのものではなくなり、人格権・平等権に近い方向に枠組の転換が進んだ」[38]ものとして理解することが可能であるが、仮にこのような見方が可能なのであれば、オショー団体は右権利・利益を当該公表によって「直接的」に侵害されているものにほかならず、これは「間接的・事実上の損害」ではない。

先に見た我が国のカイワレ大根事件の東京高裁判決においても、結果としてカイワレ事業者団体の請求を一部認容しているものの、認容された損害は、「貝割れ大根の売上減少等を理由とする控訴人らの主張の損害」ではなく、「市場における商品としての評価、信用が毀損されたことによる損害」に限定されていた。このような判示も、「貝割れ大根の売上減少」という、営業の自由に関連する権利・利益の侵害という点からは「間接的・事実上の損害」と解さざるを得ないとしても、「市場における商品としての評価、信用の毀損」といった人格権類似の利益に対する侵害との関係では、直接的な損害であると評価できることを前提とするものであろう。

37）斎藤・前掲注 26）61 頁も同旨。

38）西原・前掲注 32）122 頁。

5　問題の核心

⑴　ここで、以上のドイツ判例における議論も参酌しつつ、国または公共団体が行う「公表」の問題の核心がどこにあるのかを考えることとする。

我が国の学説の多くは、主として事業者に生ずる結果的不利益に着目し、その法的統制のあり方を議論してきた。このような議論の眼目は、伝統的な規制手法と同様に、「規制する行政」と「規制される私人」という二当事者関係を見出すことで、伝統的な議論をそのままそこに応用させることを可能とする点にあるものと思われる。

しかし、このように規制者たる行政と被規制者たる私人という関係のみに着目してしまうと、情報提供活動の最大の特徴である「市民の自律的判断の介在」という点を看過することになりかねない。先に見た西上助教の議論は、政府がなす情報提供活動の問題の本質を市民の人格的自律性を阻害する点に見出し、情報提供活動が市民に与える影響をこそ主題化することで、被公表者に生ずる結果的不利益を考察の主たる対象から除外するものであった。このように、行政－社会公衆－被公表者という三面関係を情報提供の問題構造として明確に意識しない限り、社会公衆が政府の「道具」として用いられる危険等を考察の外に置いてしまうおそれがある[39)]。

⑵　行政がある特定の価値判断に基づいて誘導的作用をもつ情報提供を行った場合、市民がこの誘導作用から解放され、自由に自律的判断を下しうるのであれば格別、現実にはそうではない。行政による情報提供は、行政という主体の権威性ゆえに、それ自体が外形的な“正しさ”をまとっている。これにより、

39）のちに詳細に検討する「政府言論」の存立構造について、蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座憲法学 3　権利の保障〔1〕』（日本評論社、1994 年）117 頁は、「本件の中核をなすコミュニケーションの一方当事者に外ならぬ『受け手』たる公衆が、名詞（the public）として対象化されることを得ずに、形容詞（public）として、その存在を影の如く希薄化されているとともに、他方で、本件コミュニケーションにとって『道具』にすぎない筈の運転者〔引用者注；州政府によるコミュニケーションの『道具』として『言論』に関与されられている者を意味する〕が、州政府による強制の客体として、その形を事案の前面にまで浮上させているのである」と述べる。

情報の受け手たる社会公衆は、十分に自己の判断を介することなく当該情報提供に「誘導」されるがままに行動し、あるいは、行政が情報提供に反映する価値観・世界観に共鳴することで、公表の対象とされた特定の事業者に対する敵意の念を増幅させることがありうる。この点からすると、もともと国家の情報提供行為がもつ最も重要な問題は、市場において本来的優位性をもつ国家が、ある特定の価値観・世界観に基づく情報を一方的に提供することによって、非難の対象とされた者が社会におけるある種のスティグマを植え付けられ、これによって社会から敵意・反感を向けられるおそれが生ずる点にあったものと考えることが可能である[40]。

ここでグリコール決定・オショー決定の両者に再度目を移すと、両判決ともに（特にオショー決定は明示的に）国家が言論市場ないし経済市場における一アクターとして（オショー判決の言葉を借りれば「世俗の基準で」）「話す」ことの許容性を強調する。これは、政府による情報提供を、市場における「言論者としての政府」と捉える、政府言論の議論に類似する[41][42]。そして、この政府言論に係る議論の問題意識も、そのような「言論者」としての政府の、言論市場における強大な存在感を危惧する点に根ざすものである。

(3) したがって、ここで西上助教のように情報の受け手たる社会公衆を不利益の直接的名宛人と把握することが適切か否かは置くとしても（この点はあとで検討する）、ここで主題化されるべきは、「公衆に対して政府の言論が与える影響」であろう。このような問題意識から、これを自覚的に論じた憲法学にお

40）斎藤・前掲注 26）61 頁も同旨。

41）斎藤・前掲注 26）61 頁は「基本権の間接的侵害」という問題領域と、政府言論・法の表現的機能の問題意識の共通性を指摘しており、本稿もこの点の示唆を受けた。他に、行政の情報提供活動と政府言論との関係を論じた先行研究として、西上・前掲注 27）34 頁参照。

42）もっとも、大林啓吾「食の安全に関する国家の情報提供活動―責務と責任のジレンマ―」季刊企業と法創造 7 巻 5 号（2011 年）117 頁は、国家の情報提供としての公表が「仮に政府言論の範疇に含まれるとしても、他者の言論との関係で問題となるわけではないため、いわゆる政府言論の法理には馴染まない問題のように思われる」と述べている。

ける政府言論の議論を以下で参照することとする。

第３節　政府言論としての「公表」

１　政府言論の意義

⑴　政府言論（Government speech 論）とは、「言論市場に対して、他の私的主体と同じく言論主体たるの資格において参入する政府に着目し、そのような政府自身による言論活動を『表現の自由』体系に位置付け」、「政府が、検閲者（government as censor）だけでなく……発話者（government as speaker）として、圧倒的な潜勢力の下になす言論市場への介入を……その様態の変容に即応しつつ規制していこうとする」議論である[43]。政府が「規制」以外の手段によって言論市場に関与する「政府の言論」としては、政府自身が直接的に言論市場に参加する方法と、私人の表現活動に対する援助等を通じて間接的に言論市場に関与する方法の二類型が存在するとされるが[44]、本稿が主たる関心対象とする情報提供活動はこのうち、「直接」的に言論市場に関与する政府言論としての性質をもつものといえる。

このような政府言論という概念を承認すべき根拠は、民主主義における政府の説明責任の立場から説明されるのが一般的である。すなわち、民主主義を「同意による支配」と捉える立場から、支配者たる政府は支配の正当性を被支配者たる国民に説明し、支配のための同意を獲得することが求められる[45]。このような、民主主義の運営に必要不可欠な政府の表現活動はそれ自体が特定の見解に依拠しない限り成り立たないため、政府による表現の自由規制において最も重要な観点中立的要請を例外的に免れることになるのである。

⑵　ある種の行為が政府言論と性質決定されるか否かは、それにより当該行為に観点中立的制約が不要とされる点において重要な問題である。この政府言

43）蟻川・前掲注 39）111 頁。

44）横大道聡「言論市場における『発話者』としての政府」法学政治学論究 72 号（2007 年）217 頁。

45）蟻川恒正「政府と言論」ジュリ 1244 号（2003 年）93 頁。

論該当性の判断については、民主主義における説明責任の観点からして、政府が発言者であることの「顕名」が要求されることになる[46]。しかし、これを本稿が考察の対象とする情報提供活動についていえば、その態様からして当該情報提供が国家を主体とする言論であることは一目見て明らかであろう。そうであるとすれば、国家の情報提供活動において政府言論該当性は問題なく肯定される。

では、このような「政府言論」該当性が明白な情報提供活動はいかなる法的制約を受けるか。

アメリカ連邦最高裁判決においては、観点規制の許容性に関する分水嶺となる政府言論該当性こそが主たる争点とされているようである。この点に関する判決例は多いものの、ある特定の行為が政府言論と性質決定された場合の限界は必ずしも十分な議論がなく、政府言論該当性について争われた諸判決は政府言論の限界については何も述べていない[47]。学説上は、情報伝達過程が歪められることを防止する必要性から、政府言論が「囚われの聴衆」に宛てて発せられた場合、及び、政府が自己の言論の伝達する手段として私的主体を利用する場合（「腹話術師」として私人を徴用すること）、政府言論の手段・道具として専門職を介在させる場合、表現活動が宗教的である場合等のケースでは、政府言論に憲法上の制約を及ぼすべきであるとの議論が存在する[48]。

2　公表による被侵害利益

(1)　このように、「公表」を「政府の言論が思想の自由市場・社会公衆に対して与える影響」という観点から主題化すべきであるとして、これにより誰のどのような権利・利益が侵害されるものとして捉えるのかは、訴訟構造にも関

46）横大道・前掲注 44）231 頁。

47）横大道・前掲注 44）230 頁。

48）蟻川恒正「プロト・ディシプリンとしての読むこと　憲法　第 10 回論点解説『政府の言論』」法セ 674 号（2011 年）10 頁、横大道・前掲注 44）234 頁以下。横大道准教授は、政府言論の制約原理として、政府言論の「方法」、「対象」、「内容」と問題領域を区別し、これを具体的に論じている。

わる問題としてさらなる検討を要する。

この点につき、先に見た西上は、国家の情報提供活動によって害されるのは情報の受け手たる国民の人格的自律性であると捉えるのであるが、このように情報提供活動をめぐる当事者の法律関係を把握すると、現実に情報提供活動によって不利益を被る被公表者と情報受領者が同一人ではないことからして、そのような情報受領者が自ら情報提供活動の違法を主張して訴訟を提起することが期待できず、以上の議論が、裁判規範として実際に機能することが想定し難くなってしまう[49]。情報提供活動によって現実的に不利益を被り、それゆえに訴訟を提起するインセンティブが認められるのはやはり被公表者であるから、この被公表者が政府の情報提供活動を違法と主張するという問題構造をそのまま訴訟構造に反映させる必要がある。実際に、（グリコール決定はその内容が不明確で判然としないものの、）オショー決定においてはオショー団体の被侵害権利として「宗教的・世界観的な観点で中立的・自制的な取扱を受ける権利」を観念する。これは、原告たるオショー団体の被侵害利益として「国家の言論によって市場から不当な批判・中傷を受けることから保護される利益」を観念するものと思われる。

⑵　但し、前述の通り、この利益の内容はそれに関連する基本権ごとに個別に考える必要があろう。例えば、憲法 22 条の営業の自由に関連する利益について再度グリコール決定を参照すると、ここでは、公表内容の正確性を原則とし、しかもその表現方法が不公正あるいは侮辱的でないことが要求されている。この要件を満たす限り営業の自由に対する侵害そのものを否定するグリコール決定の説示は、経済市場はそこにできる限り豊富な情報が流通していることにより初めてその十全な機能を発揮するため、一定の諸条件に従った情報提供により市場のアクターが売上・収益減少といった影響を受けたとしてもそれはやむを得ないと解されることによって正当化されよう[50]。

49）西上・前掲注 27）61 頁。情報提供活動に限定しない政府言論一般について、蟻川・前掲注 39）132 頁も、「政府によって精神形成されない権利」を「人権」として承認することの困難を指摘する。

これに対し、オショー決定で問題とされたような憲法20条の信教の自由（及び、憲法21条をはじめとする精神的自由権）に関連する利益との関係においては、そもそも「何が正しい情報か」ということ自体、それは政府ではなく市場が決める事柄である。ここでは、営業の自由におけるそれとは異なる、（オショー決定の言葉を借りれば）「特別の自制」が求められる[51]。オショー決定における広報の目的は、「議会、一般国民、関係市民に対して、オショー運動に属する集団の構成員となることに結び付いていると連邦政府が考えるリスクを示すこと」、そして、この延長として、新しい種類の宗教団体に対する「市民の方向設定に貢献する」ことにあり、この目的は連邦憲法裁判所が正当なものであると認定している。しかし、これに対しては、本件広報は個人の宗教的な方向設定に国家が関与するという目的自体がそもそも不当であったのではないかとの批判が向けられているという[52]。この批判が正当であるとすれば、政府が以上のような意味での「リスク」を示すことは許容されるとしても、それは「方向設定」（「誘導」）といった特定の立場に依拠した性質を帯びるものであってはならず、政府はあくまで市民の自律的判断を促進するような形でのみ情報提供に関与しうると解することも可能であろう。

3　法の表現理論

（1）　政府の表現行為が社会に対して与える影響に着目してその統制を図ろうとする議論は、本稿が初めて提示するものではない。この問題は従来からアメリカにおいて「法の表現理論（Expressive Theory of Law）」などと総称され一定

50）丸山・前掲注23）129頁。

51）我が国の刑法学においても、言論市場においては「虚名」保護の原則が妥当し、仮に真実であっても事実の摘示が違法な人格権侵害となる場合があるのに対し、営業の自由をはじめとする経済活動の自由については一般に上記「虚名」保護の原則は妥当しないと考えられている（名誉毀損罪〔刑法230条〕と信用毀損罪〔刑法233条〕の保護法益の差異につき、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）153頁参照）。

52）西原・前掲注32）122頁。西原教授もこのような批判が投げかけられることは当然であるという。

の議論がなされてきた。この議論は我が国における憲法学の平等権論・政教分離論に関連して参照されているが[53]、この問題意識は本稿における政府の「言論」たる公表にも妥当するものと考える。

法や政府行為により「地位の格下げやスティグマの押し付け」を受けた者は、それによって直接的に自身の自尊心を害されると同時に、社会がそのスティグマに基づいてその者を劣位に評価し行動することで、精神的な侵害にとどまらないその他の侵害を受けることとなる[54]。「法の表現理論」とは、こういった、法や政府の表現行為が社会に対して与える影響やメッセージ性、スティグマ効果を問題する理論である。したがって、第一に、その法的考察は話者たる政府が意図した意味（話者意味）ではなく、当該行為が社会的にいかなる意味のものとして受け取られるか（文意味）を基準として行わなければならない[55]。また、第二に、以上の通り、法や政府の表現行為によってもたらされる侵害的効果は、社会が個々の構成員の自律的判断に基づいて行動した結果生じるような、それ自体は当該行為からは間接的な作用によってもたらされる不利益にまで及ぶ可能性があるが、この不利益が法や政府行為の公権力の発現によるものと認められる場合には、そのような不利益をも政府行為に帰責しうる[56]。

このような議論を参照すれば、政府の表現行為たる「公表」が、（政府言論が主として懸念していたような）社会公衆を「洗脳」することによって意のままに操るといった事態に至らずとも[57]、「公表」による表現が、社会公衆の被公

53）福嶋敏明「法・政府行為の表現的次元とその問題性に関する一考察―アメリカ合衆国における『法の表現理論』をめぐる議論状況―」早稲田法学会誌 54 巻（2004 年）216 頁。

54）ケネス・カースト（Kenneth L. Karst）の見解である（福嶋・前掲注 53）220 頁以下参照）。

55）福嶋・前掲注 53）231 頁。福嶋准教授によれば、マシュー・アドラー（Matthew D. Adler）は、この「文意味」を「言語の慣習主義的（conventionalist）見解」、すなわち、「当該発話が慣習によって伝達する意味」として理解する。

56）志田陽子「《排除》と平等・プライバシー―アイデンティティ概念の摂取がもたらす帰結の一断面―」早稲田法学会誌 49 巻（1999 年）193 頁。

57）情報提供の問題の本質を「情報の受け手の人格的自律性侵害」（「自由意識の喪失」）と捉える西上説によれば、この「国家による『洗脳』」の危険性が最も強調されることになる（西上・前掲注 27）97 頁参照）。

表者に対する敵意・反感を不必要に生成・助長しうるようなものである場合には、（たとえそれが社会の自律的判断の結果であったとしても）それは法的に許されないものとして理解することができるものと解される。

⑵「法の表現理論」をめぐる上記議論に関連して興味深い裁判例の一つが福岡地判平成24年6月13日裁判所HPである。右事案では、福岡県警が、青少年が多数来店するコンビニエンスストア数店に対し、青少年へ悪影響を与えるおそれがあると判断した漫画本を列挙したリストを作成・提示し、店頭から撤去するなどの適切な取扱いをして欲しい旨直接口頭で要請した。これによりコンビニ各社は当該リストに列挙されていた漫画本の販売を中止し、店頭から撤去するに至った。これに対し、当該漫画本の原作者である原告が上記要請・リストの作成・配布が憲法21条に反して違法である等と主張して国家賠償請求訴訟を提起した。

福岡地裁は「本件要請文書の内容は、……〔問題のある漫画本の〕撤去が検討されるべきであるとしているものの、コンビニ各社が取るべき措置をこれに限定しているものとはいえず、むしろ、コンビニ各社が適切な措置を取らなかった場合に何らかの不利益を被ることを示唆する記載などはないことからすれば、そもそも本件要請に応じて何らかの措置を取るか否かも含め、コンビニ各社の自主的な判断に委ねたものであるといえる。」とした上で、「本件要請は、その直接の相手方であるコンビニ各社に対してすら本件コミック等の撤去を強制するものではないのであるから、その直接の相手方ではなく、本件コミックの原作者にすぎない原告の執筆活動、その作品の公表及び販売等を規制するものということは到底できない。コンビニ各社による本件コミックを含む暴力団を題材とするコミックや雑誌等の販売中止及び店頭からの撤去がコンビニ各社の自主的な判断に基づくものであることは上記……のとおりである上、仮に、原告が主張するとおり、本件要請を知った出版社等が原告の作品の出版等を断るなどしたとしても、それは当該出版社等の判断によるものと捉えるべきであり、したがって、これらは、本件要請の直接の効果とはいえず、その事実上の影響という範囲に止まるものである。」と判示して原告の主張を退けている。

以上のような判断は、県警側のコンビニ各社に対する働きかけを行政指導の一態様と見た上で、これが相手方に対し「行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、……事実上強制しようとするもの」（最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁〔武蔵野市教育施設負担金事件〕。行政手続法32条1項、34条も参照）であるか否かを問題としたものと解する余地がある。

しかし、コンビニ各社が任意とはいえ、原告の執筆にかかる漫画本の撤去等に出たのは、県警による上記の様な働きかけに由来するものであることを否定するのは困難であろう。複数の漫画本を扱うコンビニ事業者にとって、県警から直接的な要請のもと、特定の漫画本の販売自粛を求められた場合において、これを頑なに拒むことは想定し難いからである。県警からの要請に特に積極的に賛同する意思はないものの、しかし、「行政と波風を立てない方がよいだろう」との判断のもとで当該漫画本の販売自粛を敢行したとすれば、このような場合にも、そのような行政側のコンビニ各社への働きかけが「自主的な措置を取ることを求めるものにすぎず、その撤去を強制するものということはできない」という点さえ遵守されれば無制限に許容しうるものとは思われない。本稿がここまで議論してきた「政府行為に付与されたメッセージ性」の問題を踏まえれば、単に県警による要請がコンビニ各社に対し「行政指導に従うことを余儀なくさせるもの」か否かを考察するのみにとどまった本裁判所の判断は、そのような行政活動に対する問題意識に欠けるところがあったものと解されうる。

本件で問題となった県警のコンビニ各社に対する働きかけは、その名宛人であるコンビニ各社に対しては任意の履行を促す行政指導であるとしても、漫画本の原作者たる原告にとっては漫画本という表現物の「規制」的作用を営んでいる。もともと、漫画本という表現物の、しかもその内容に着目した規制を伝統的手法によって実現する場合、根拠規範による厳格な統制が要求されるはずである（原告が主張する第三者機関による審査経由の必要性もその一つである）。そうであるにもかかわらず、このような行政指導というインフォーマルな手法によって、名宛人以外の第三者に対する表現物の内容規制という目的を達成できてしまうのであれば、ここには「公法的制約から逃れるための潜脱手段として

使われる危険性が存在する」[58]。

本事案は、行政の「公表」が正面から問題となったものではないものの、政府の見解を社会に対して表明する非権力的手法が問題となった事件であること、及び、それが社会を一定の方向に「誘導」する性質を有するものであること等の点で、「公表」と通底する公法的問題をはらむものといえる。

(3) もう一つ、警視庁が記者会見及びホームページ上で、公訴時効の完成した殺人未遂事件が、「オウム真理教の信者グループが、教祖の意思の下に、組織的・計画的に敢行したテロであった」旨公表したことの適法性が争われた事件[59]も、このスティグマ（政府行為に付与されたメッセージ性）という観点から検討の余地がある。この事案において、警視庁側は、公表の目的が捜査の過程を明らかにして国民への責任を果たすことにあったなどと主張しているが[60]、東京地裁は本件公表が一般の閲覧者に対し原告団体が組織的に上記殺人未遂事件を組織的・計画的に実行したとの印象を与えるものであるとした上で、そのような公表は「無罪推定の原則に反するばかりでなく、被告人に防御権が保障された厳格な刑事手続の下、検察官が起訴した公訴事実につき、公正中立な裁判所が判断を下すという我が国の刑事司法制度の基本原則を根底からゆるがすものといわざるをえない」として違法である旨判示した。刑事法学の領域においては、厳格な刑事手続の外において行政が特定の私人を犯人として扱うこと自体が、当該行為に付与されたメッセージ性に照らし（行政の「話者意図」とは関係なく）違法とされるべきであろう[61]。

このように、政府が一言論主体として「語る」ことが、それに付与されうるメッセージ性の観点から禁止される領域がありうる。

58）原田・前掲注 1）233 頁。

59）東京地判平成 25 年 1 月 15 日判時 2219 号 59 頁、東京高判平成 25 年 11 月 27 日判時 2219 号 46 頁、最判平成 26 年 4 月 18 日判例集未登載。

60）『日本経済新聞』2013 年 1 月 16 日中の警視庁幹部の発言。もっとも、訴訟においてはこのような主張は行っていないようである。

61）これは上記東京地裁判決が言及する無罪推定の原則（根源的には憲法 31 条）によって法的に要請されるものと解される。

第4節　小括

以上、公表に存する問題の核心が、国家（行政）という権威主体によってなされることで、当該言論に社会的意味が付与され、これによって社会的評価が「捏造」（ないし不当に「誘導」）される危険が生じうる点にあることを述べた。そして、このような危険への対処として、政府言論・法の表現理論に参照価値があることを示した。

わが国の学説が「公表」の効果を「間接的・事実上」のそれにすぎないと理解する傾向は、ドイツ諸判例が国家の情報提供活動を「基本権の間接的侵害」という枠組みの中で議論する点と軌を一にしている。しかし、アメリカにおける政府の「言論」に係る議論は、このような「間接性」を必ずしも当然の前提としているわけではない。右のようなアメリカでの議論状況をも踏まえると、公表の性質を専ら間接的なものとして理解することはややミスリードであったのではないかとも考えられる。

本節では、今までの本稿の議論を総括するとともに、「公表」に対する具体的な統制規範の要点を提示することとしたい。

1　法的統制の枠組み

⑴　行政が自己を一言論主体として行う「公表」は、それに秘められたメッセージ性により、被公表者が現在において社会に占める評価・地位等を不当に害するおそれがある。したがって、「公表」は、この観点から実体法上・手続法上の法的統制のあり方を検討しなければならない。

⑵　まず、「公表」が「誘導」行政の一手法であることからすると、情報の伝達により社会における各名宛人を「誘導」し、特定の行為をなさしめること自体（直接目的）についてはもちろん、そのような各名宛人を「誘導」しその行為の総体から生じる結果（終局目的）の双方が、いずれも憲法適合的なものでなくてはならない（公表目的の憲法適合性）[62]。この点で、前述の通り、オショー決定におけるような個人の宗教的な傾向を国家が「誘導」するという目的は憲法20条に照らし疑問であるとする余地がある。

また、政府行為の社会におけるメッセージ性を問題とする以上、ある種のメッセージを社会に植え付けること自体が忌避されるべき領域がある（公表のスティグマ効果による制約）。この点で本稿が具体的に検討したのは刑事法学領域であった。これに加え、アメリカにおいては平等権保護条項・国教樹立との関係においてもこれに関連する国家行為が禁止されると解されていることは前述の通りである[63]。

さらに、「公表」によって侵害される被公表者の利益が人格権類似のものであることに照らし、この利益との関係で公表態様が比例原則に適合したものであることが要請される。すなわち、社会公衆に対し特定の私人に対する不当な偏見等を植え付けうるものであってはならない（公表方法の相当性）。未加工の情報に一定の加工を施す場合には、そのような加工の当否を事後的に検証することを可能とするべく、加工済の情報のみではなく加工前の情報も一緒に公開することも望まれる。

(3) これとは別に組織法上の問題として、行政による「公表」が政府の「言論」たる性質をもつことに鑑みて、社会公衆の不当な「誘導」（場合によっては「洗脳」）を防ぐために、中立的な立場から情報提供の是非の判断及びこの前提となるリスク評価等を行う第三者機関を設置することも検討に値する[64]。2003年に制定された食品安全基本法の食品安全委員会制度（22条）は、関係省庁等

62）中原茂樹「誘導手法と行政法体系」塩野先生古稀記念論文集『行政法の発展と変革〈上巻〉』（有斐閣、2001年）560頁及び568頁。

63）このほか、この論点に関しては、以下の研究成果が参考になる。参照、斎藤一久「スティグマをめぐる基本権理論の構築」科学研究費助成事業（科学研究費補助金）若手研究(B) 2009～2011年（課題番号21730020）、https://kaken.nii.ac.jp/pdf/2011/seika/C-19/12604/21730020seika.pdf（accessed Jan 3, 2015）。斎藤教授は、我が国における伝統的なマイノリティー（アイヌ、同和問題、在日コリアン、障害者、女性など）につきスティグマ効果に着目した基本権理論の展開可能性を示唆する。

64）西上・前掲注27）97頁も同旨。環境行政の領域における事業者・第三者市民・行政の三面関係の独立性・中立性確保について、大橋洋一「リスクをめぐる環境行政の課題と手法」長谷部恭男編『リスク学入門3　法律からみたリスク』（岩波書店、2007年）63頁も参照。

から独立して客観的な食品健康評価を行うことを可能とするものであり、このような仕組みを公表制度一般について用いるべきか否かも考える必要があろう。

(4) そして最後に、公表にはこれによって損害を被った私人に対する事後的な救済に欠ける部分が認められるから、その分事前の十分な手続保障が法的に要請されるといってよい。具体的には、公表についてはその不利益作用に鑑み、行政手続法第 3 章にいう「不利益処分」に準じて原則的に事前の告知・聴聞が必要とされ（行政手続法 13 条 1 項）、これが不要とされるのは緊急の場合（同条 2 項 1 号）に限られると解すべきである（手続保障）。さらに、行政が伝える情報による一方的な偏見等を抱かないよう、手続保障の具体的内容として、公表する情報には被公表者の意見を併記するなどの対応も考えられる[65]。また、事後の救済措置としては、公表により低下した社会的信用の回復を図るために、行政による名誉回復措置を活用することが望まれる（国家賠償法 4 条、民法 723 条参照）[66]。さらに、リスクの存否が不明な場合において公表等を行い、事後的にこれが誤りであった（リスクの不存在が事後的に明らかとなった）場合には、危険があるとみられたために「介入」がなされたものの実際には危険が存在しなかったことが事後的に判明した際は損失補償を認めるべきであるとするドイツの議論[67]を参照し、これによって事業者が被った損害の一部を損失補償として行政が塡補するとの救済を行うことも一考に値する[68]。

65）山本・前掲注 2）182 頁も結論において同旨。これに関連し、西上・前掲注 27）97 頁は、国家による情報の正確性・中立性を確保するための手立てとして、一定数以上の専門機関の見解を合わせて公表することを義務付けるといったことの必要性を説く。

66）天本哲史「行政による制裁的公表の法的問題 に関する一考察」東海法学 40 号（2008 年）92 頁、大橋洋一『行政法　現代行政過程論〔第 2 版〕』（有斐閣、2004 年）399 頁。天本・前掲 113 頁は、このような名誉回復措置が被公表者の不利益解消という点において意義を有するのみならず、正確な情報が国民・住民に伝えられるという情報公開の点における意義も有する旨指摘する。

67）島村健「予防的介入と補償」石田眞＝大塚直『労働と環境〔第 6 巻〕』（日本評論社、2008 年）223 頁参照。

2　従来の議論との接合

⑴　ここまでは、我が国における議論状況を踏まえつつ、主として諸外国における判例を参照して「公表」の法的性質論に関する理論的分析を行った。ここでは、従来議論されてきた「公表」に係る各統制原理（論点）ごとに右手法の法的統制のあり方を総括し、簡単に「公表」という手法の以上のような制約原理に関する議論と、従来の学説における議論との接合を試みることとする。

総論的な結論としては、結局、公表に行政作用法上の直接性が承認されるとしても、目的志向性等の点でやはり古典的「侵害」性を肯定することは難しいから、これに伝統的な規制手法と同じフルスケールの実体統制基準・手続保障が及ぶと考えるのではなく、情報的手法のようなソフト規制手法については個々のソフト規制手法の性質に応じた統制枠組を考えていくしかないものと解される。

⑵　まず、法律の留保の点に関し、従来、公表の法的統制に関する議論は法律の留保原則が妥当するかという点を出発点として、ここで制裁的公表と単なる情報提供を区別していたことは前述の通りである。

本稿も従来のこのような議論を否定するものではなく、公表が間接的履行強制手段として、あるいは制裁として制度上運用することが想定されている場合には、立法段階における行為規範として、そのような公表の法律上の根拠を設けることが法治主義の観点から望ましいものと考える[69]。

一方で、先に言及した通り、通説が採用する以上の様な二分論が裁判規範として機能すること、すなわち、制裁的公表が法律の根拠を欠くことを理由として違法とされることは想定し難い。多くの公表はいずれの目的をも備えているのが通常であって、市民への情報提供の側面が全く認められない公表は事実上稀であるためである[70]。そうであるとすれば、先に述べたような、公表を制

68）山本・前掲注 2）184 頁も「公表が法的に正当化できないほど事業者の行為を事実上強く制限する効果・結果をもたらした場合」には損失補償を認めるべき場合がありうるとする。

69）もっとも、この場合における法律の根拠とは、公表の目的や公表に至る情報加工の手続・組織の基本的な部分を定めることで足り、伝統的規制手法と同様の意味における根拠規範の必要性まで求められるものではない（山本・前掲注 2）182 頁）。

度的に間接強制ないし制裁の一種として運用することが想定されている場合はともかくとして、情報提供はその場の状況に応じて半ば「場当たり的に」なされることが主として想定される。このような場合に根拠規範が欠けるとの一事をもって当該公表を違法と解してしまうのはやや硬直的にすぎると思われる。オショー決定も、「国家による情報提供活動が考えられるテーマは、実際にはすべての生活領域に関わる。それに対応して、国家の情報提供行為の目的も様々である。さらに、情報提供活動が市民にとってどういう作用や、どういう結果につながるのかも不確実である。この状況の下では、法律の留保の法治国家的、基本権保護的、権利保護保障的な機能も、民主的機能も、任務配分を超えた法律による授権を要求するものではない」と述べていたことが注目される。

(3) 次に、公表の違法性判断の枠組みについては、今日の学説の多数が説く通り、「公表」が公益実現目的達成手段としての行政活動の一環であることを自覚して行うべきであり、私人が自身の表現行為により他人の名誉を毀損した場合と同様の規範のもとでこれを行うべきではない。

もっとも、先に本稿で示した通り、「公表」の違法性の本質は、社会に対して与える印象（スティグマ）効果の点にあると考えるべきであるから、その際は、「ある記事の意味内容が他人の社会的評価を低下させるものであるかどうかは、当該記事についての一般の読者の普通の注意と読み方を基準として判断すべき」[71]〔傍点筆者〕といった、私人間の名誉毀損に係る判断基準の発想も

70）制裁的（規制的）公表と単なる情報提供を截然と区別することの困難性は既に多くの論者が指摘するところである（例えば、天本・前掲注 66）100 頁、加藤・前掲注 10）41 頁等）。この点に関連し、地方公共団体が地下水の塩素イオン濃度が急激に上昇したのは温泉施設からの排水が原因である旨公表したことの違法性が争われた那覇地判平成 20 年 9 月 9 日判時 2097 号 99 頁は、論者によっては、制裁的公表が初めて訴訟上争われた事例であると評されることがある（天本哲史「判批」桃山法学 15 号（2011 年）367 頁）。しかし、同事件の公表内容が、市民生活への影響の強い水道水の水質に関するものであった以上、たとえそれが健康に影響を与えることはなかったとしても情報提供的要素が皆無であったとはいえないものと考えられる。

71）最判昭和 31 年 7 月 20 日民集 10 巻 8 号 1059 頁、最判平成 9 年 9 月 9 日民集 51 巻 8 号 3804 頁参照。

参考にすべきであろう。そして、これに国家という権威主体による「言論」がもちうるメッセージ性を加味する必要がある。さらには当該公表が「許されない動機」に基づく社会誘導の可能性があることから、そのような恣意性を排除しうるような手続（第三者委員会に対する諮問等）を経ているかといった、公表に至る過程に対する司法審査を行うことも有益であることは前述の通りである。被公表者に対する事前の手続への関与は、それ自体が被公表者の手続的利益（適正手続の保障）という観点から重要であるのみならず、上記恣意性の排除ないし緩和という実体的統制の観点からもその重要性が強調されなければならない。

(4) 伝統的な議論によれば、情報提供目的・制裁目的のいずれかを決する局面において、あるいは比例原則による統制を図る局面において、本稿の以上の検討によれば、そもそも「誘導」自体を忌避すべき領域がある点において、いずれにせよ、情報提供の統制においては当該情報提供がいかなる目的でなされたのかが重要な意味をもつ。とりわけ、伝統的規制手法と異なり、公表は行政がいかなる行政作用を期待して行ったものであるのかが外形からは判然としないため、そのような行政作用により達成される公益の内容も不明であり、これが確定しない限り比例原則による統制も困難となりうる。

このことからして、裁判所としても、公表には制裁目的と情報提供目的といった多様な目的が併存することを自覚しつつ、行政が主張する公表の目的についてはその認定を慎重に行う必要がある。特に、行政が公表を情報提供目的によるものと主張する場合には、これが「個人の行動選択」に有意義であることを行政自身が論証しない限り、これを情報提供目的によるものであると認めるべきではない。したがって、行政が公表の適法性を主張する際には、その目的を自ら主張立証する責任が課せられなければならない[72)]。この点で、カイワレ大根事件の大阪地裁判決は、当該公表時点においてはO-157による被害が終息しつつある状況にあったこと、「消費者に対しても、食品取扱業者に対

72）西上・前掲注27）97頁も結論において同旨。

しても、食中毒事故防止のための施策を示したものとはいえない」こと等を認定し、行政が公表の目的として挙げた「被害拡大・再発防止」が「公表の目的の中に含まれていたことは否定できないものの、これらが主な目的であったと認めることはできない」と判示している。このように、行政の掲げる公表の目的をその公表に至る客観的事情等に照らし厳密に審査を行う右判決の姿勢は評価されるべきであろう[73]。

第2章　情報的行政手法

前章では、学説において伝統的に議論の対象とされていた「公表」を中心として、この手法がもたらす不利益の内容に着目し、その法的統制について検討した。本章では、公表という手法から情報的行政手法一般に視野を広げ、右手法がいかなる意味で行政作用を生じうるのか、そのような行政作用が公益実現という終局目的との関係において十全にその機能を発揮しうるためにはいかなる条件[74]が必要とされるのかを考えることとする。

73）なお、近時の裁判例として、団体規制法により観察処分を受けている宗教団体に対し、特定の事項（当該団体の役職員の氏名・住所のほか、団体活動に供されている土地及び建物の所在等）の報告を、過料の制裁をもって強制し、当該報告の内容について区ホームページで掲載する方法により一般に公表する旨定めていた条例の憲法適合性が争われた事案（東京高判平成25年10月31日判時2217号3頁）が存在する。ここでは、裁判所が、本件報告に基づいて団体施設の所在地の地番まで区のホームページで公表されると、団体やその構成員に対する誹謗・中傷、犯罪行為や差別を誘発するおそれがある旨認めている点が注目される。区側は条例に基づく公表により「控訴人の活動の用に供されている土地建物の所在等を多くの者が把握することにより、施設がサティアン化する危険を監視することができる」と主張していたようであるが、裁判所はこの主張を退けている。

74）原田・前掲注1）230頁を参照し、本稿では「情報的手法が効果的に機能を発揮し、これによって発生する効果を最小限にする条件」を「機能条件」と呼ぶ。

第１節　問題領域の拡大

1　情報的行政手法のバリエーション

⑴　本稿冒頭に示した通り、情報的行政手法を「情報を『利用』することを通じて公益実現という目的を達成する行政活動」と定義すると、今まで検討した「公表」がここに包摂されることはもちろん、それ以外の情報を用いた手法もこの手法の一態様として考察の対象となりうる。

情報の流通に対する介入のあり方としては、前述の通り、行政が直接的な情報提供主体となる手法のほか、間接的に「情報の流れ」に関与するにとどまる手法が存在する。間接的手法はその中において様々なバリエーションが存在するが、いずれも行政自身がコミュニケーションの主体となる直接的手法とは区別される。

このうち、ある私人の事業活動等に伴うリスクについては、食品・医薬品等の分野で消費者に当該製品等に関する情報の開示を義務付ける手法が一般的に用いられている。また、このような制度を前提として、当該事業者が十分な情報提供を行っていない場合には、行政が監督権限を用い、あるいは行政指導により、当該情報提供を促すことも考えられる[75)]。

⑵　この間接的手法については、近年の放送法の改正が重要であると思われる。

本稿の問題関心との関係では、この放送法改正により、各放送事業者が放送した「放送番組の種別及び放送番組の種別ごとの放送時間」を番組審議会へ報告しこれを公表することが義務付けられた（同法 106 条、107 条）ことが注目に値する。これは、いわゆる通販番組問題の解決を志向してなされたものである。

75）このほか、民事法も私人の情報開示を促すインセンティブを与え得る。例えば、製造物責任法は、通常の民事不法行為法（民法 709 条）と異なり製造業者等の責任成立について過失を要件としていない。そして、製造物責任法上の中核要件たる「欠陥」の有無は、単なる製造上の欠陥のみならず表示上の欠陥（製品リスクに係る情報が適切に消費者に示されていないこと）が含まれると解されている。したがって、企業は製造物責任法によって多額の賠償責任を負う可能性（PL リスク）を考慮し、自社製品の危険性にかかる情報等を積極的に開示し、自ら消費者との「情報の非対称性」の是正を図るよう行動することが期待される。

この番組種別の公表義務は、「通販番組に総量規制を課すといった伝統的規制によることなく、公表義務を通じて番組の選択を視聴者の選択に委ね、放送事業者が視聴者の批判を意識して通販番組の増加を自己抑制することを期待し」[76]た規制手法であり、曽我部教授は、以上のような放送番組規制を、「規制された自主規制」と呼称して「自律」と「他律」の中間領域に位置付けている[77]。

このような放送法制は、要するに社会公衆の批判・監視の目を放送事業者に対する「規制」として利用するもので、これも情報的「規制」手法の一態様として理解することが可能である。このような規制メカニズムは社会公衆のリアクションを行政作用として利用するという点において、「公表」をはじめとする直接的手法と同質性を有するが、前述の通り、行政自身がコミュニケーションの当事者とならない点でその構造は異なる。

2　公表論から情報的行政手法論へ

第1章では、「誘導」行政に関する議論を踏まえて公表という直接的手法について検討したが、この「誘導」たる性質は直接的手法のみならず、およそ全ての情報的手法に妥当するといってよい。情報的手法は、情報提供という態様の点において直接的・間接的の別、あるいは、一般的・個別的の別といった差異が認められるものの、その終局目的は同一である。このような「誘導」たる性質をもつ行政手法については、その目的に着目することでこそ、適切な法的コントロールに関する議論が可能となる[78]。

したがって、第1章で「公表」につき検討した法的制約原理は、広く情報的行政手法一般に応用可能なものとして把握することができる。そのことも踏まえ、上記手法の総論的考察をさらに進めることとする。

76）鈴木秀美「新放送法における放送の自由―通販番組問題を中心として―」季刊企業と法創造8巻3号（2012年）11頁参照。

77）曽我部真裕「放送番組規律の『日本モデル』の形成と展開」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開〔下巻〕』（信山社、2012年）374頁。

78）中原・前掲注62）560頁。

第２節　機能条件論

ここで再度、情報的行政手法に存する行政作用を「誘導」たる性質からまとめると、この手法には、被公表者との関係でいえば、社会公衆のリアクションを利用することによる「誘導」に、情報の受け手たる社会公衆との関係でいえば、自身の自律的判断を促すことによる「誘導」に、それぞれ行政作用としての本質が認められる。ここでは「誘導」のターゲットが二つ存在するのであり、情報的行政手法はこのいずれの「誘導」という手法が強く出るかという違いはあれ、多くの場合は両者が混在している。

そこで、以下における情報的手法の一般的考察は、これが行政・社会公衆・特定私人（情報的手法により不利益を被る者を以下ではこのように表現する）の三面関係を規律する行政手法であることを自覚し、その三面関係のそれぞれにおいてどのような行政作用を生じているのか、それが機能的に作用しうるためにはいかなる条件が必要とされるのかを個々の作用対象ごとに分析するという考察手法を採用することとする。

1　社会公衆との法律関係

(1)　社会公衆との関係において情報的手法にその意義が承認されてきたのは、我が国におけるカイワレ大根事件、ドイツにおけるグリコール決定等を見れば分かる通り、「リスク制御」という文脈においてであった。

国家は、（基本権保護義務論を承認するかは別として）[79] 一定の場合には国民の生命・身体・健康等を保護すべく危険管理責任を負うから、このような責任の履行態様として、情報的手法を活用すべき場合がありうる。

そこで、本稿では特に社会公衆の生命・身体・健康等の保護という観点から、「リスク情報」に国家が関与する場合における情報的手法の意義・統制に考察の対象を絞り、この点について若干の試論を展開する。

79）基本権保護義務を承認した場合における国家の危険管理責任のあり方につき、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008 年）263 頁以下参照。

⑵　まず、情報的手法は「誘導」行政の本質たる「間接性」により、伝統的手法と異なり終局目的を強制的に実現せしめることができない。情報的手法の特徴の一つは、この誘導効果の不確実性という点に認められる。

無論、誘導行政は、もともと「行政作用に対する個々の名宛人の行為自体は多様であることを認めつつ、全体としては、名宛人の行為の総体から生じる結果を、一定の方向に誘導する」手法である[80]。したがって、総体としての効果さえ期待できるのであれば、個々の名宛人の行為の規律に直接的効果が認められなくともそれで目的は達成したものと解してよい、との立場は成立しうる。とりわけ、リスク情報を受領し、しかしあえてリスクを「保有」するとの判断に従って結果としてリスクの顕在化をみた者の右のような判断は、それ自体自己決定として尊重すべきであろう。

しかし、情報的手法が機能的に効果を発揮することが期待される事例では、多数の市民の生命・健康等をいかにして保護すべきかが問題とされている場合が多いから、このような場合にも、なおリスクの根本的除去を直接的・強制的に実現せしめる伝統的手法を行使することなく情報的手法に依存することが妥当かが議論されなければならない。

一般に、我が国の規制権限不行使を違法であるとして争うケースにおいては、行政指導等の、効果の発生が不確実な非権力的手法では不十分であり、規制権限を直接的に行使するべきであったと解される場合が多い[81]。このような裁判例の傾向からしても、伝統的手法を行使しうる場合に情報的手法のみで対処することが、リスク制御に関する行政庁の判断として合理性を欠くとされる事例は少なくないと思われる[82]。

⑶　伝統的行政法学は害悪発生のおそれが蓋然性を超える程度をもって認められる「危険」（Gefahr）の存在を前提として展開されてきたのに対し、近年の科学技術の発展に伴い、専門家でもその存在につき意見の割れるような「リスク」（Risiko）へどう対処するかが現在の行政法学の課題とされる。現在、この

80）中原・前掲注 62）569 頁。

81）宇賀・前掲注 79）265 頁。

「リスク」制御という課題について、環境法学を中心に予防原則を法原則として承認し、伝統的規制を「リスク」の存在する場面において施しうるか等につき議論があることは周知の通りであるが[83]、害悪の発生が「不確実であるとして市民には知らせず、新しい施策を実施しない戦略」よりも「不確実であっても、市民に知らせて、自主的対応に委ねる方式」が望ましい[84]との価値判断に基づき、情報的手法の誘導機能に期待することでこの間隙を埋める戦略も考えられる。一般的に、リスクへの対応としては、移転・回避・低減・保有といった方法があるとされているが[85]、ここでは市民に自主的リスク「回避」という選択肢を採らせることによって、リスク制御の目的を達成するわけである。

このように、伝統的規制手法の枠にはまらないゆえに、「危険」概念を出発点として構築された我が国の行政法学が対処を課題とする「リスク」制御については、情報手法を活用することが可能である[86]。情報的手法の特徴は、このようなリスク制御の文脈においていえば、第一に社会公衆に自律的判断の要素たる情報を提供するということそのものにもある（「誘導」行政にいうところの直接目的）。終局目的はリスクからの保護という点にあることは疑いがなく、その意味では間接的でありしたがって実効性の点において伝統的規制手法と同

82）戸部真澄「ドイツ環境行政法におけるリスク規制（下）―連邦イミッシオン防止法（BImSchG）を素材として」自治研究 78 巻 7 号（2002 年）136 頁は、我が国における直接的規制の不徹底性・未成熟性を問題視し、「『規制の限界』は、規制手法を可能な限り利用し尽くした後ではじめて主張されるべきテーゼである」として、協働的・自主規制的なリスク管理手法に先立ち直接的規制手法の利用可能性を模索する必要性を説く。

83）例えば、桑原勇進「環境と安全」公法研究 69 号（2007 年）178 頁、同「予防原則の法的根拠」前掲注 67）『労働と環境』180 頁参照。

84）大橋・前掲注 64）70 頁。

85）企業経営において直面するリスクへの対応策に関するものとして、長谷川俊明『リスクマネジメントの法律知識〔第 2 版〕』（日本経済新聞出版社、2007 年）149 頁参照。ここで、「リスク回避」とは、リスクの原因となる事業活動を見合わせ、あるいは中止すること、「リスク移転」とは、リスクの影響を低くするために、保険に加入したり、ヘッジ取引を行うこと、「リスク低減」とは、リスクの発生可能性や影響を低くするために、新たな内部統制を行うこと、「リスク保有」とは、リスクを受け入れ、回避・移転・低減といった対応策を採らないことをいうとされている。

視することはできないが、上記直接目的との関係でいえば情報的手法にはその独立の法的意義を認めるべきである。これを行政指導の一種として論じると、このような特徴を捨象してしまうきらいがある。

(4) 情報提供行為には、他者の行動を動機づける機能（制御機能）と、他の情報と結合して知識を生成していく機能（知識生成機能）とがあるとされており[87]、とりわけ後者の知識生成機能は、伝統的手法にはない情報的手法に固有の意義が認められる。環境法領域においては、環境情報をめぐる事業者・行政・周辺住民といった多様なステークホルダーを含めた「参加」の重要性が説かれているが、これはリスク制御をめぐる場合に広く妥当する。情報はそれを市民に伝達することによって民 - 民関係におけるリスクコミュニケーションを誘発することそれ自体が重要であり、これによって市民がリスク制御に関する対応策を用意することも可能となる。

一連の泉南アスベスト訴訟[88]では、国の労働関係法上の省令制定権限の不行使等に国家賠償法上の違法性を認め得るかが主たる争点とされているものの、ここでもこれとは別に、石綿の危険性を労働者に直接提供しなかったこと（情報提供権限の不行使）の違法性が争われている。大阪・泉南地域における企業の多くが中小の零細企業で、被用者のみならず使用者もアスベストの危険性に関する知識が乏しく、それへの自主的対応が困難であったという事情があった[89]

86）野呂充「判批」法時 84 巻 10 号（2012 年）69 頁も、一連の泉南アスベスト事件において、情報提供が「医学的・技術的知見が省令制定権限の義務付けにまで至らない時期においても、被害の拡大を防止するためのソフトな手法として独自の意義を与えられるべき」であると説く。ここにいう「独自の意義」とは、本稿本文にあるような、伝統的規制手法が十分に機能を果たし得ない「リスク」への対処という文脈において理解することができる。

87）山本・前掲注 9）415 頁、同「コメント」環境法政策学会誌 6 巻（2003 年）44 頁。

88）泉南アスベスト訴訟とは、アスベスト工場における石綿製品の製造・加工・運搬等により石綿粉塵に曝露し、肺がん等の石綿関連疾患に罹患した元労働者や近隣住民が国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償を求めた事件である。この泉南アスベスト訴訟は現在までに複数の判決が下されている（大阪地判平成 22 年 5 月 19 日判時 2093 号 3 頁、大阪高判平成 23 年 8 月 25 日判時 2135 号 60 頁、大阪地判平成 24 年 3 月 28 日判タ 1386 号 117 頁等）。

ことに鑑みると、このような場合にあっては、アスベストの危険性を認識している国家が使用者・労働者にこれを情報提供することで、使用者・労働者間における労働環境のあり方をめぐる労使交渉等のリスク・コミュニケーションを興すことも可能となったであろう[90]。

(5) 伝統的手法と異なり、情報的手法においてはそもそも誰をターゲット(「情報の直接的受け手」)に据えるべきか、とりわけ、「リスク」制御という目的のもとで情報的手法を用いる場合において、当該リスクの制御をなしうる主体が複数存在する場合に、そのどの位相をもって情報の提供を行うべきかを考慮する必要がある。そして、誰をターゲットにするかによってコミュニケーションのあり方も変容しうる。

ここでイレッサ事件[91]を参照すると、ここでは、投薬を受ける患者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載される[92]添付文書の副作用情報にいかなる程度の記載をすべきであっ

89) 吉村良一「判批」法時 83 巻 12 号(2012 年)69 頁。

90) 石綿製品産業については、軍事ないし戦後経済成長という国家的要請から、国家がその有害性を認識していたにもかかわらず規制を躊躇していたという経緯がある旨の指摘がなされている(松本和彦「判批」環境法判例百選〔第 2 版〕(2011 年)43 頁)。国家が消費者等の社会公衆との関係においてのみならず、生産者(事業者)との関係においてもリスク・マネジメント義務を負う場合がありうることからすると(宇賀・前掲注 79)270 頁)、まさにアスベストの規制をめぐる事案はこのような場合であったと解することもできる。

91) イレッサ事件とは、当時、新薬として承認された肺がん用の抗がん剤である「イレッサ」が、その発売当初から間質性肺炎の副作用死亡報告が相次ぎ、発売 2 年半の累計で 557 人もの死者を出した薬害事件である。被害者及びその遺族はイレッサの輸入販売を行ったアストラゼネカ社に対し製造物責任法 3 条に基づき損害賠償を求めるとともに、このようなイレッサの承認に関与した国に対し国家賠償法上の違法を主張して提訴した。このイレッサ事件についても、前述の泉南アスベスト訴訟と同様、現在までに複数の判決(東京地判平成 23 年 3 月 23 日判時 2124 号 202 頁、東京高判平成 23 年 11 月 15 日判タ 1361 号 142 頁、最判平成 25 年 4 月 12 日判時 2189 号 53 頁、大阪地判平成 23 年 2 月 25 日判例集未登載、大阪高判平成 24 年 5 月 25 日判例集未登載)が下されている。評釈として、府川繭子「イレッサ訴訟における国の責任」法時 84 巻 10 号 76 頁、渡辺知行「薬害イレッサ訴訟における製薬会社及び国の責任について」成蹊法学 74 号(2011 年)21 頁。

92) 最判平成 8 年 1 月 23 日民集 50 巻 1 号 1 頁。

たかが争われている。平成23年東京地裁判決は「医療用医薬品のように医師等が使用することが想定されているものについては、これを使用することが予定された医師等の知識、経験等を前提として、当該医師等が添付文書に記載された使用上の注意事項の内容を理解できる程度に記載されていれば足りる」として、医師をターゲットとして、当該副作用情報の提供に不十分なところがなかったか（国との関係でいえば、そのような情報提供が十分になされるために行うべき行政指導に不十分なところがなかったか）を判断している。これに対し、この控訴審である平成23年東京高裁判決においては、副作用情報の受け手として、読解力・理解力・判断力の基準とされているのは、「平均的な医師」ではなく、「肺がん専門医又は肺がんにかかる抗がん剤治療医」と認定されている。また、医師ではなく、患者本人やその家族について直接的にイレッサの副作用情報を提供すべきであった旨の原告の主張に対しては、仮に情報の名宛人として患者本人やその家族を基準とする場合には「当該記載が致死的なものであるかどうかを承知し得ないことが少なくない」（すなわち、情報提供として不十分である）ことを認めつつも、イレッサが医師の指示のもとで服用されることが想定されている要指示薬であったことを理由として、その主張を退けている。

このように、情報提供手法については、最終的な目的達成のために選びうる情報の名宛人が複数想定しうる。情報提供手法を用いる際に、行政としては、目的達成においていかなる者に情報提供をすればよいのかを検討し、その者の知識・能力等を前提とした一定の情報加工が必要とされる。専門家でない一般国民に対して食品等のリスクを説明する場合には「調査報告書の内容を正確に伝えるだけでの、いわば取捨選択及び評価を情報の受領者に委ねる方法によっては、〔食中毒の拡大・再発防止を図るという目的は〕必ずしも達成できるものではない」（前掲カイワレ大根事件東京高裁判決）のである。

2　特定私人との法律関係

(1)　繰り返しになるが、情報の「利用」により不利益を被る特定私人との関係における情報的手法の行政作用は、社会公衆のリアクションの利用にその本

質が認められる。したがって、社会公衆のリアクションを利用することが何らかの意味で不適切であると考えられる場合には情報的手法を用いることは忌避されるべきである。

この「不適切」である具体例の一つとしては、「公表」に関する検討（第1章）で示した通り、当該情報を社会公衆に晒し者にすることが特定の私人の社会における評価・評判・地位等を不当に貶めることになる場合が挙げられる。

また、上記リアクションは社会公衆の総体としてのそれが利用されることが想定されているから、このような「マジョリティのリアクション」を利用するのでは当該事例において適切な行政作用を期待できない場合も同様に「不適切」である。先に紹介した新放送法の番組種別の公表義務については、放送事業者には、多様な価値観を社会に伝達すること、したがって、社会のマジョリティにとって必ずしも快いとは限らない番組を放送する必要もあることを理由として、単に公衆の批判のみに依拠して放送事業者の規制を図ることは妥当でないとの指摘がある[93]。このような指摘は、以上のような観点から理解することも可能であると思われる。

⑵　今まで本稿が情報的行政手法の対比において言及してきた伝統的規制手法には、法律の留保原則が及び、それをなしうる要件・効果が根拠規範たる法規によって誰の目から見ても一義的にその意味内容が明確である。具体的には、例えば、食品衛生法56条に基づく1週間の営業停止命令は、被規制者・社会公衆の誰からしても「1週間の営業の自由を制約する公権力の行使」であり、それ以上でもそれ以下でもない。それゆえ、その法的統制は手続法的には事前の告知・聴聞が求められ（行政手続法13条1項2号）、さらに実体法的にはその侵害態様の強度に応じた、手段としての比例性が求められる。

これに対し、情報提供においては、その意味内容が一義的に明らかではない。

93）曽我部・前掲注77）396頁。曽我部教授は、そうであるがゆえに、新放送法は学識経験を有する者のうちから委嘱される委員からなる番組審議機関を設置し、右機関が「世論を代弁しつつ世論そのものではない媒介物となること」を期待し、これを放送事業者の自主規制の要としたものと理解されている。

情報提供の態様・方法のほか、提供された情報を受領者がいかに受けとめるかによってその内容が変容しうる。このような情報提供活動のコミュニケーションたる性質が、公表の不利益が時として桁外れに大きくなる特性を有する所以であり、これも、先に検討した「誘導」行政の特性たる「要求の不特定」に由来する法的特徴である。

前に見た通り、事業者に関する不利益情報の公表は、憲法 22 条及び 14 条に根拠を有する人格権類似の権利・利益との関係において、公表内容が客観的真実であることが最も重要で、これに加えて情報加工全体の相当性が要求される。グリコール決定は「国家にその任務と権限が認められ、正確で実態に適合した情報提供となっていることが、憲法上重要となる」と述べていたが、ここにいう「正確で実態に適合した」とは、このような情報提供態様の相当性を指すものとして理解できる[94)]。

ここで再度、我が国のカイワレ大根事件の東京高裁判決に目を移すと、右判決は、「本件において、厚生大臣が、記者会見に際し、一般消費者及び食品関係者に『何について』注意を喚起し、これに基づき『どのような行動』を期待し、『食中毒の拡大、再発の防止を図る』目的を達しようとしたのかについて、所管する行政庁としての判断及び意見を明示したと認めることはできない」とし、結果的に「国民に伝達すべき情報を的確に明示しなかったために、逆に、カイワレ大根についての理由のない汚染の疑いを国民に広めた」厚生労働省による本件公表を違法としていた。これは、情報提供活動たる公表が情報の受け手たる社会公衆のカイワレ大根に対する食の不安を煽り、不必要にこれを忌避することのないよう、行政が「伝える」ための情報の加工が法的に要請されることを示したものとして理解することができ、その意味でリスク・コミュニケーションのあり方が裁判規範としての公表のあり方に反映されているものと

94）情報は、それが前提としていた文脈から切り離されると、仮に当該情報が客観的に正しいものであったとしても情報受領者の適切な意思決定を妨げることとなりうる（大屋雄裕「文脈と意味：情報の二つの側面」法セ 682 号（2011 年）15 頁）。したがって、この背後の「文脈」を含め、行政が提供することが法的に要請される場合がある。

解することもできよう[95]。

さらに、事業者情報の公表が場合によっては全く異なる第三者の風評被害をももたらしうるものであることからすれば、「伝わり方」への配慮は、不利益情報に直接的に関連する事業者との関係においてのみならず、そのような第三者との関係においても法的に要請されるといってよい[96]。

(3) 情報提供はそれ自体が「情報の流通」という非権力的作用にかかわるものである以上、伝統的手法と異なり、行政がなしうることは私人でも同様にこれを行いうる。したがって、情報的手法を用いる場合にあっては、行政が直接的に情報提供を行う主体となるべきか、あるいは私人による情報流通に一定の関与をなすにとどまるべきかという点につき、双方の手法のいずれが望ましいかという検討が必要とされるべきであろう[97]。

この問題についてもリスク制御という文脈で考えるならば、それはリスク制御に係る公私関係をいかにして考えるかという問題とリンクする。薬品・製品・食品等の製造物においては当該事業者たる私人が一番リスクに関する知識・情報を多く保有しているため[98]、突発的なリスク顕在化への対応は当該私人が適任であると考えることができる。この点からすれば、当該事業者が国

95）本稿は、このような情報加工を必要と解する立場であるが、反対に、森敦子「判批」法律のひろば 2004 年 4 月号 78 頁のように、「国民の生命、健康、生活にかかわる情報であって国民が重大な関心を持つものについて、政府において情報を特別加工して提供することは、情報の意図的操作としてかえって国民の不信を招き、社会的不安も増大することになりかねない」として、「得られた情報をそのまま正確に公表し、これをどのように利用するかを国民の判断にゆだねることも、あるべき選択肢の一つである」と説く立場もある。また、山本・前掲注 2）183 頁も、本文に掲げたカイワレ大根事件判決のこのような判示は、一般論として捉えるとパターナリスティックにすぎると述べる。

96）グリコール決定においては、ジエチレングリコールを含有するワインリストの公表という行為が、「DEG 含有ワインに関しては消費者への警告が、その他のワインに関しては警戒心の除去が目的とされていた」ものとして認定されており、ここでも風評被害防止という目的が消費者への情報提供という目的とは別の意義を有することが認められている。

97）磯部・前掲注 2）346 頁も、私人が保有する情報に対して行政がいかように「適時、適切な情報提供」を促すかを、近時の行政のアウトソーシング、民営化等の動向に照らして考察する必要性を指摘している。

家機関から独立して「リスク調査・管理を行う手続または組織を形成することを義務付ける、または促進する制度」[99] を整理することが必要であり、このような自主規制を重視して、事業者による自主的対応に期待するというのも一つの立場であろう。そして情報的手法は、このような行政と私人の協働を情報という媒体の共有を通じて容易に実現しうる点にもその意義が見出される [100] とともに、リスク情報の収集・分析・利用・提供等に必要とされる行政の人的・物的リソースの節約というメリットをも生じさせ得る。

さらに、このように当該私人が情報提供を自身で公衆に対し行うこととすれば、政府自身が言論主体となることによって当該言論に付随しうるスティグマの問題（→前章第 3 節）、言論市場における価値基準の「捏造」の問題を回避することもできる。

このような、リスク情報の公衆への提供を第一次的に事業者に委ねるべきであるとの立場に対しては、私人による情報開示は行政によるそれに比して適切になされることが期待できず、そうであるがゆえに社会公衆の保護に欠けるとの批判がありうる [101]。当該私人にリスク情報に係る上記責任を全うすることが期待できない個別の事情がある場合には、当該私人に対する監督権限を用いて、あるいは、政府が直接保有する情報を自ら公開するなどしてこれに介入す

98）山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明＝山本隆司編『融ける境 5　環境と生命』（東京大学出版会、2005 年）37 頁。

99）山本・前掲注 98）38 頁。山本教授は、このような手法をリスク行政の外的手続として事業者の自制的制御手法と位置付ける。

100）この点に関連し、山本・前掲注 98）47 頁は、「事業者がリスクを調査・説明する責任と、行政庁がリスクを調査・判断・説明する責任および権限を活用して、規制手続の中で可能な限り、リスク評価に必要な知識を創造し情報を収集できるような制度を構想すべき」と述べる。

101）この点に関連し、前掲・東京地判平成 23 年 3 月 23 日（イレッサ事件）においては、製薬会社（アストラゼネカ社）による副作用情報の提供を求める行政指導の不作為が国家賠償法上違法とされる理由の一つとして、「営利企業である……業者が安全性確保のために営業上不利益となる情報を進んで記載することは十全には期待し難い」ということを挙げていた。

る必要があることはもちろんであるが、私人が第一次的な情報提供義務者であることまで否定するというのは悲観的にすぎる。むしろ行政は、このような私人の情報開示のインセンティブをもたらすような制度の整備に尽力することがまずもって要求されると考えることも、一つの立場として十分に成り立ちうるものと考えられる。

なお、ここでいう「私人」を行政主体以外の者（団体）を指すものとして理解するならば、いわゆる業界団体が自主的なルールを策定し、これによって情報の開示を行うという手法も国家そのものによる情報開示（公表）と区別して議論をすべきであると考えられる。このような業界団体を中心とする法システムについては、これも「ある社会問題を解決するために国家によって選択・利用される政策手段」としての「規制」の一態様にすぎないとの理解[102]から、これを「自主規制」という枠組みのもとで把握する議論が展開されている。このような業界団体による自主ルールは右議論状況を踏まえて考察することが必要である。

第3節　小括

(1)　ここまでは、リスク情報に係る情報的手法について述べてきた。以下、本稿の議論を簡単に小括する。

伝統的手法に比べ、情報的行政手法は直接的な強制力を伴わずに公益の実現という目的を達成できるという点で「国家介入の抑制」の観点が、社会（被公表者・市民）が自ら自己の行動を律し、これによって公益上望ましい結果を実現するという点で「自己尊重」の観点が[103]、それぞれ伝統的公法理論にとって好意的な要素たりうる。

しかし、情報的行政手法を用いる「誘導」のあり方は、先にも見た通り、国家という権威主体が直接言論市場に介入し、自己の見解を述べることで社会に「特定私人の印象」を植え付けるとともに、これによって特定私人に有形無形

102）原田・前掲注1）239頁。

103）原田・前掲注1）234頁は自主規制の基本理念としてこの2点を指摘する。

の損害を発生させるおそれを有するものである。この態様は伝統的規制手法と比べて権利・自由に対する負のインパクトが予測不可能かつ強度であり、比例原則的発想から情報的手法が多用されることが望ましいとはいえない。とりわけ、国家による「情報提供」が情報の加工を不可避的に伴うものである以上、当該情報提供が国家の恣意をはらみ、気付かぬうちに社会を「誘導」（「洗脳」）する危険をも招来する。情報手法はこういった我が国の言論市場への「歪み」のおそれといった次元でも法的配慮が要求される点が特徴的である。

⑵　これらのことを踏まえ、まず第一に、国家（行政）が自ら一言論主体として情報提供を行う場合には、国家が権威主体であることに伴う特別の効果（特定の者に対するスティグマ効果、言論市場の恣意的「誘導」効果）が生じうることを念頭に、このようなおそれに即した法的セーフガードを整備する必要性を検討しなければならない。関係省庁から独立した第三者機関を組織的に介在させることはこの一例である。

また、このような情報提供の事後的な違法判断においては、行政の当該情報提供がどのような行政作用が生ずることを意図してなされたのかという目的の認定を厳密に行うことが必須である。それによって、当該目的の憲法適合性とともに、「社会のマジョリティのリアクション」を利用することを当該目的を達成するための手段として用いることの妥当性を審査することが可能になる。

第二に、このような「国家の言論」の危険性に鑑みれば、行政は、自身が情報提供を介したコミュニケーションの当事者となるのではなく、社会における私人相互のコミュニケーションが活性化するような制度の整備・働きかけ等に極力とどまるべきであるとの価値判断もありうる。

さらに、社会公衆との関係では、例えば情報的手法が社会公衆の生命・身体・健康等の保護という目的のもとなされるものであるならば、伝統的規制手法とリスク制御という点で連続的・不可分一体の手法として、これを積極的に活用することが望まれる。もっとも、害悪発生のおそれが蓋然性を超える程度に明らかな場合においては、伝統的規制手法による対処が原則的に望まれるべきであるから、リスクの根本的除去という観点からは間接的な手法にすぎない

情報的手法は、伝統的規制手法に優先して用いられるべきではない。

終章

1　本稿の意義

本稿の狙いは、「公表」によって不利益を被りうる事業者のみならず、情報の名宛人たる社会公衆をも考察の対象として、とりわけ言論市場におけるインパクトという側面からその行政作用に関する理論的検討を行う点にあった。また、これとともに、公表という手法のみならず、社会に対する情報提供という終局目的との関係において、公表に限定しない情報提供手法一般に議論領域を拡大し、このような情報的手法が有する行政作用の具体的内容を、伝統的手法との対比において検討した。

従来、行政法学において「公表」の法的統制を議論する場合、「公表」を国家が行うことで発生しうるスティグマ効果・市場における議論誘導的効果に着目されることは少なく、本稿の特徴は、この視点を「誘導」行政にかかる議論の俎上にのせた点に存するものと思われる。

2　残された課題と今後の展望

⑴　本稿は、第1章で情報的行政手法の中で最も活発な議論がなされてきたと思われる「公表」の法的統制について、被公表者の人権との関係でこの手法の統制の必要性を指摘し、自由主義的観点から法的考察を行った。また、第2章ではそのような着眼点を踏まえつつ、リスク情報の利用という点に検討領域を限定して情報的手法の統制のあり方を論じた。収集・保存・蓄積・分析・利用・提供といった情報過程のうち、本稿が検討対象としたのはそのうち「利用・提供」の点にあったわけである。

これに対し、「リスク情報の社会への提供」という領域とはやや異なる類型の問題として、例えば、近年では、行政機関の保有する統計情報等をオープン化し、民間ビジネス等において有効に利用・活用できるようにする「オープ

ン・データ」政策の推進がある。このような情報の利用のあり方は、情報の収集・蓄積・保存に関わる問題でもある一方で[104]、それを民間事業者等の外部の第三者に提供する点において情報利用（「情報の流れ」への関与）の要素をも兼ね備えていることから、なお本稿が定義した「情報的行政手法」たる概念に包摂されうるものと解される。

⑵　また、本来行政がリスク制御に関する決定をなす際には、今保有する情報に加え、新たな情報収集の必要性が生ずるのが通常であり、この意味で情報調査は情報的手法を理論的に考察する上で密接な関連性を有するはずである。

本稿では、行政調査は検討の対象外としていたが、情報的行政手法についてこれを一般論として論じる際には、このような一連の情報過程全体に係る法解釈論の展開が必要であり[105]、この点は今後の課題としたい。

加えて、情報公開法制との関係については本稿では言及することができなかった。

情報公開法制における情報開示は、専ら私人のイニシアティブによってなされるものであり、第一次的な情報を未加工のまま開示することがむしろ要請されることからもわかる通り、「誘導」的要素をもたない（もってはいけない）。ここには筆者が関心を有する「誘導」的作用が乏しいために本稿の検討対象からは除外したが、情報的行政手法については、この情報公開法制との関係も踏まえた検討がなされなければならないと思われる。

⑶　最後に民主制と情報提供との関係について簡単に触れる。

大屋准教授の表現を借りれば、近代民主制とは、「データから意味への翻訳

104）それゆえ、従来、情報の収集・蓄積・保存に関わる公法的関心は専らいかにして情報の元となった者のプライバシー保護を図るかという視点にあったものと思われる。実際に、公的統計データの二次利用の際には、このような個人のプライバシーへの配慮からデータの匿名化が行われている。この匿名化の加工により当該データが個人識別性を失うと、当該データによるプライバシー侵害は生じないという考え方が存在し、これを採用する裁判例も少なくない（安岡寛道編『ビッグデータ時代のライフログ』（東洋経済新報社、2012 年）〔森亮二〕64 頁以下参照）。

105）山本・前掲注 2）184 頁。

を各個人に委ねることを基本に据えた体制」であった[106]。したがって、情報の受け手たる個人が国家（行政）によって与えられた情報を、各々が国家の影響を受けることなく、自己の将来の行動選択の考慮要素として自律的に判断を下すことができるのであれば、当該情報提供によって特定の私人・事業者が不利益を被ることがあったとしても、それはその者が甘受するものとして理解されざるをえない。これを国家がもたらしたものであるというのは市民の自律的判断能力を軽視するものとして、このような法解釈自体が上記の意味での近代民主制の理想的なあり方に背くものといえる。しかし、その一方で、科学的データの適切な「意味付け」は一般消費者の能力を超えるものであり、情報提供者による一定の情報加工が不可避である。かといって、これがすぎると情報提供というステルス作用による社会の「洗脳」・不当な「誘導」という問題をも生じさせる。このような観点から、情報的手法をめぐる公法理論は、個人の自律性に関する考察を避けて通ることができない。

また、リスク情報を行政が社会に発した場合、この裸の情報（データ）が有意なそれへ「翻訳」される過程においては、マスメディアが重要な役割を果たすことが期待されている[107]。このことから、情報的手法はその成功が行政に閉じられた領域ではなく、行政・社会公衆・特定私人という三面関係が相互に有機的に機能することが要請される問題領域であることを再度認識しなければならない[108]。

今後は、行政がどのレベルにおける情報加工を行うべきか、あるいは行わないべきか、個人・マスメディアといったアクターにどのレベルの「翻訳」を期待するか、ひいては、以上のような、「国家に対する個人の自律性の維持」と「国家による個人の自律的選択の実質化」の相克（大屋准教授のいう「近代民主

106）大屋・前掲注 94）15 頁。

107）鈴木秀美「リスク社会におけるマス・メディアの役割―リスク・コミュニケーションの観点から」ジュリ 1356 号（2008 年）113 頁、大屋・前掲注 94）17 頁。

108）この点に関連し、磯部・前掲注 2）366 頁は、民間企業等で働く高度な専門性を備えた技術者には職業倫理上の義務を観念することができ、右諸義務が遵守されることで必要な「情報の流れ」が確保される可能性を説く。

制の憂鬱」[109)]）をどう克服するか、といった点を視野に入れたうえで、議論をする必要があるものと考えられる。

109）大屋・前掲注 94）17 頁。