

「表現の自由」の事前抑制と「検閲」

——裁判所による出版の事前差止めの合憲性——

高野敏樹

はじめに

I. 「検閲」概念と事前抑制の法理

II. 事前抑制の法理の意義と問題点

III. 差止めの許容基準と手続的要件

むすび

はじめに

表現の自由は、その性質上、民主主義社会の存立の基盤をなすものであり、そのような観点から、憲法の保障する基本的人権のなかにおいても、とくに重要なあるいは優越的な地位を付与されるべき権利であることはいうまでもない。しかし、同時に、表現の内容が特定の個人に関する事項をふくむ場合、個人の名誉もまた、13条において保障された幸福追求権の具体的内容を構成する権利のひとつとして、憲法上の保護を与えられるべき価値を有する。

昭和61年6月11日、最高裁は、出版物がひとの名誉を傷つけるおそれのある場合、その発行を事前に差し止めることが憲法21条で保障された「表現の自由」および「検閲の禁止」に反するかどうか争われていた、いわゆる「北方ジャーナル」事件について、差止めを命じた仮処分を合憲とする判決を言い渡した。⁽¹⁾

「北方ジャーナル」事件においては、まさに表現の自由の保障の法理と、名誉権にもとづく事前差止めの法理とをどのように調整し、これらふたつの憲法上の価値をどのように調和させるかという基本的な問題が提示され

たといってよい。⁽²⁾

最高裁は、差止請求権を認める実体法上の根拠として、はじめて「名誉権」を肯定する⁽³⁾とともに、注目されていた裁判所の事前差止めの性格について、問題の仮処分が「検閲」に該当しないとの基本的判断を示した。そして、そのうえで、事前差止めが21条1項の「事前抑制の禁止」の原則に抵触するかという中心的な争点に関しても、判決は、一定の手續上の要件が遵守されるべきことを指摘しつつ、差止めの緊急の必要性をみとめて、仮処分を合憲とする結論を導いた。

判決の判断は、直接には、選挙候補者などのいわゆる「公的人物(public figure)」に対する名誉棄損行為に関する判断にとどまるものとはいえ、そこに述べられた理論構成が、「事前抑制」と「検閲」との理論上の関係、あるいは裁判所が仮処分決定をなす場合の実体的・手続的要件の具体的判断に関して、今後とも大きな影響力をもつであろうことは容易に想像できる。本判決を契機として、表現の自由に対する「事前抑制」および「検閲」禁止の原則の意義を再検討したい。

注(1) 最大判昭和61年6月11日、判例時報1194号3頁。

(2) 事件の発端は、月刊誌「北方ジャーナル」が昭和54年4月号に、「ある権力主義者の誘惑」と題する記事を掲載するため、印刷その他の準備に入っていたことにはじまる。その記事は、当時北海道知事選に立候補を予定していた本件債権者が道知事としての適格要件を備えていないことをきわめて激しい調子で攻撃するものであった。

本件債権者は、校正刷りの段階で、4月号のこの記事の内容を知り、その記事が自己の名誉を棄損するとして、札幌地裁に対し、販売頒布等の禁止をもとめる仮処分を申請した。札幌地裁は、口頭弁論を開かず、債務者に対する審尋も行わないまま、債権者の申請を認容する仮処分決定をなし、さらに、「北方ジャーナル」の異議申立てを棄却した。控訴審および上告審（最判昭和56年10月2日判例タイムス468号59頁以下）において、「北方ジャーナル」が敗訴したため、あらたに、仮処分によって雑誌が発行できなかったことによる損害の賠償をもとめる訴訟を提起したのが本件である。

(3) 最高裁は、差止請求権を認める実体法上の根拠として、はじめて「名誉権」に言及した。人格権を根拠とする差止請求権を認めることができるかどうかと

いう問題については、すでに「宴のあと」事件についての東京地裁判決（東地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁）や、「エロス+虐殺」事件の東京地裁決定（東地決昭和45年3月14日下民集21巻3・4号413頁）および東京高裁決定（東高決昭和45年4月13日下民集23巻2号172頁）において、理論上、その可能性が肯定されていた。

学説上もまた一民法723条の「相当ナル処分」のなかにこのような差止請求権を含めるか、あるいは一定限度をこえる侵害に対して一般的に人格権にもとづく差止請求権を認めるか、という理論構成の違いはあるものの—そのような請求権を認める立場が支配的であった。このたびの大法廷判決も、基本的にはこのような判例および学説の流れを再確認するものといえよう。判決は人格権そのものを定義してはいないが、実定法上の明文を欠くにもかかわらず、人格権としての名誉権にもとづく差止請求権が肯定されたことの意義は大きい。このことが、当然に他の人格権にもとづく差止請求を認める論拠になるかどうかは別としても、プライバシーの権利にもとづく差止めや公害差止めなどの論議の分かれる分野においてあたえる理論的な影響は大きいと考えられる。

I. 「検閲」概念と事前抑制の法理

最高裁は、「検閲」の概念について、昭和59年の税関検査大法廷判決を踏襲し、⁽¹⁾「検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す」と定義し、「検閲」の主体が行政権に限定されることを明らかにした。

そして、仮処分による出版の事前抑制がこのような「検閲」に該当しない理由として、「仮処分による事前差止めは、表現物の網羅的一般的審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存在、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって、右判示にいう『検閲』には当たらないものというべきである」との判断を示した。

憲法21条2項の「検閲」の概念については、その主体をどのように判断

するかという問題をめぐって、学説上、さまざまな論議の対立がみられるところであるが、それを分類すれば、およそつぎのように大別することができる。

(1) そのひとつは、「検閲」の主体をかならずしも行政権に限定するのではなく、裁判所をふくむひろい意味における「公権力」ととらえ、この公権力による表現行為の「事前抑制(prior restraint)」を「検閲」と構成する考えかた（広義説）⁽²⁾である。この広義説がわが国における多数説とあってよいが、その学説には、(i)外部に発表されるべき思想の内容を公権力があらかじめ審査し、不相当と認めるときは、その発表を禁止するというような「事前の規制」を意味するととらえる立場⁽³⁾と、(ii)外部への発表の事前または事後を厳密に区別せず、発表後にその内容を審査する場合であっても、たとえば明治憲法下の内務大臣が有していた書籍等の発売禁止処分のように、思想の自由市場から一定の書籍を強制的に隔離することによって、実質的に事前検閲と同視しうる影響を表現の自由にあたえる行為をも「検閲」ととらえる立場⁽⁴⁾がふくまれる。

(2) 一方、このような考えかたに対しては、「事前抑制」と「検閲」とを概念上区別する立場から、「検閲の禁止は、公権力たる行政権による、法的拘束力(強制力)をもつ事前の規制を意味するもの」⁽⁵⁾と解釈し、裁判所による事前の差止めは「検閲」にあたらぬ、とする見解（狭義説）がある。この狭義説によれば、「表現行為がなされるに先立ち公権力が何らかの方法でこれを抑制すること、および実質的にこれと同視することができるような影響を表現行為に及ぼす規制方法」が「事前抑制」の本質であるのに対し、「検閲」とは、そのうちの特別の形態として、「表現行為に先立ち、行政権がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止することをいう」⁽⁶⁾と解釈されることとなる。

このたびの最高裁判決は、以上のようなふたつの基本的な考えかたのうち、後者のいわゆる狭義説の見解を支持し、さきに述べたように、裁判所

による事前差止めが「検閲」にあたらぬ理由として、(1)審査主体が裁判所であること、(2)網羅的・一般的審査ではなく、個別的・特定の表現行為に対する審査であること、(3)私人間の紛争の存在を前提とした、被害者の申請にもとづく審査であること、(4)裁判所の差止めの審理において、一定の手続的保障がなされること、という点をあげたわけである。しかし、司法権の本質的機能という観点からすれば、これらの理由づけのうち、(2)以下の諸点は—そこに述べられた点を見るかぎりにおいては—すべて、性質上、(1)の論点のなかにふくまれると考えることもできる。そして、その点に、広義説の立場から、「それら(以上の理由づけ)は、検閲性を否定する独立した理由づけではないのではないかとの疑問が生じる」⁷⁾という再批判がなされる理由がある。

さらにまた、このような広義説の観点から、いまひとつの基本的な問題点として指摘されるのは、最高裁が、裁判所による事前差止めを、「検閲」の問題としてではなく、21条1項の「事前抑制」禁止の原則にかかわる問題ととらえ、その場合に、原則として「事前抑制」が「厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容される」と判断した、その根拠の相当性についてである。すなわち、判決は、この点に関して、「事前抑制」に内在する危険性として、(1)表現物が思想の自由市場に到達することを阻止または遅延させることによって、公の批判の機会を減少させること、(2)事前抑制の性質上、予測にもとづく広汎な規制となりやすく、また濫用のおそれがあること、(3)実際上の抑止効果が、事後規制の場合より大きいと考えられること、の三点を摘示した。

これらの指摘は、アメリカやわが国の広義説において、「検閲」の禁止をふくむひろい意味での「事前抑制」禁止原則の論拠として説かれる論点とほぼ共通した発想にもとづくものといってよい。したがって、そのような理論構成(広義説)を肯定する立場からは、「判決のいうように、司法的事前抑制が検閲にあたらぬとすれば21条2項の問題は完全にクリアさ

れ、残るは1項違反の争点だけだ、という思考が正しいだろうか」という疑問と同時に、まさしく、「(事前抑制の危険性は)最高裁のいう『検閲』にも一オーソドックスな見解に従うかぎり『検閲』にこそ一いいうるのではないか。こうした要素を挙示するだけでは、検閲と司法的事前抑制の本質的な差を見出すことはできない」⁽⁹⁾との批判的見解が主張されている。

注(1) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

(2) たとえば、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』366頁。とくに、芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界」佐藤功先生古稀記念論文集『日本国憲法の理論』265頁において、「西ドイツ・アメリカ、とくにアメリカにおける判例と学説で説かれる検閲の概念を考慮に入れて、検閲禁止を広く事前抑制禁止の原則と同義だとする広義説の立場を採り、しかも、従来の通説のように思想内容の審査に限定せず、より広く表現内容の審査の問題として捉え、さらに、事前とは厳密な意味の発表前ではなく、思想・情報を受ける国民の知る権利の観点から受領前を含むものと考え、そのうえで、行政権による表現内容の事前抑制の禁止は原則として絶対的であるとし、司法権による事前抑制(差止命令)が許されるとしてもそれを厳格に限定し、その準則を明らかにすべき」である、と説かれている点が注目される。この見解のように、一方で、行政権による「検閲」を絶対禁止ととらえ、他方で、司法権による差止めの「検閲」該当性を限定的にとらえると、結果として、「検閲」概念に関する狭義説の立場と事実上かなり接近することになる。

(3) 宮沢俊義・前掲366頁、阿部照哉他『改訂憲法講義』123頁。

(4) 芦部信喜『現代人権論』116頁。同旨の立場をとる学説として、とくに奥平康弘『表現の自由Ⅰ』116頁、343頁以下、伊藤正己『憲法』307頁参照。この考えの趣旨を徹底させれば、たとえば問題の事前抑制がマス・メディアの自主規制機関によるものであっても、その機関が公権力からの強い影響をうけて、実質的に一定の表現行為を排除するような場合には、その公権力の行使が「検閲」禁止原則との関係で憲法問題を惹起することもありうることになる(芦部信喜・前掲「機能的『検閲』概念の意義と限界」264頁)。

(5) 佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第三版〕179頁。狭義説として、たとえば佐藤幸治『憲法』356頁、同「表現の自由」芦部編『憲法Ⅱ 人権(1)』485頁、樋口陽一他『注釈日本国憲法』437頁、中村陸男「表現の自由と事前抑制の合憲性」ジュリスト 830号28頁などがある。

(6) 佐藤幸治・前掲「表現の自由」485頁。狭義説は、すでに述べたように「検閲」の主体を行政権に限定し、裁判所による差止めの合憲性については表現の

自由の優越的地位から当然に導きだされる事前抑制の禁止の原則（21条1項）との関係で問題とする。この狭義説は、行政権による「検閲」の絶対的禁止を強調する点に特色があるが、一方で、司法権による事前抑制の合憲性の判断基準が行政権による「検閲」の場合と比べて、緩和される可能性があることが指摘されている。しかし、狭義説の立場からみた場合においても、「たとえ裁判所が主体であっても、口頭弁論も開かず、理由も付さずに表現行為を差止めるのは、実質的には行政処分と解すべきであろう」（佐藤幸治・同論文487頁）と考える筋道が基本的に維持されれば、前記注(2)で述べた広義説の期待する結果とほぼ同一の結果を導くことは可能であろう。

- (7) 阪本昌成「プライバシー権と事前抑制・検閲」ジュリスト867号12頁は、「裁判所が、網羅的一般的審査をその本来の所掌権限として自ら強権的に審査にのりだし、保全の必要性など顧みずに表現行為を差し止めることなど、ありようもない」とし、「審査主体のいかんとか、網羅的一般的審査を本来の職務とするか否かという要素は、検閲該当性を決定する要素ではない」ことを強調する。
- (8) たとえば、T.エマソン (T. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 1970, p. 406.) は、事前抑制—すなわち「検閲」—の害悪として、(1)事前抑制（検閲）は、多くの面で事後処罰のシステムよりも抑止的であること、(2)事前抑制は、非常に広範囲な表現を公権力の監視のもとにおき、すべての「検閲」の歴史が示しているように、濫用されがちであること、(3)一般国民の評価や批判の機会が奪われること、といった点をあげており、このような考え方が事前抑制と「検閲」概念とを同一視する立場の基本となっているといっている。
- (9) 阪本昌成・前掲「プライバシー権と事前抑制・検閲」13頁。

II. 事前抑制の法理の意義と問題点

「検閲」と事前抑制の法理との関係をどのように理解するかという問題をめぐっては、わが国と同様、西ドイツやアメリカにおいても、学説上、さまざまな論議がなされているところである。

しかし、西ドイツのボン基本法5条1項の禁止する「検閲 (Zensur)」あるいは「事前検閲 (Vorzensur)」の主体については、かならずしも行政権に限定されるわけではなく、一般に、ひろく「公権力 (öffentliche Gewalt)」を意味すると理解されているといっている。⁽¹⁾ すなわち、ボン基本法において、「検閲」とは、公権力が表現内容を事前に審査し、表現

行為を許可制のもとにおく国家的な規制措置 (staatliche Maßnahme) をさすと考えられている⁽²⁾が、そこでいう「公権力」のなかには、裁判所もふくまれる。そして、その場合の「検閲」概念には、「事前検閲 (Vorzensur)」のみならず、「事後検閲 (Nachzensur)」あるいはそのような「事後検閲」と同視しうる「事実上の国家的規制措置 (faktische staatliche Maßnahme)」をもふくめて概念構成をなすべきであるとする見解が有力に主張されている。⁽³⁾

アメリカにおいても、行政権が主体となって表現行為に対する事前の抑制を行う場合はもちろん、裁判所が差止命令によって事前抑制をなす場合も、判例上は、ひろく「検閲 (censorship)」に該当すると考えられてきた。⁽⁴⁾すなわち、「検閲」概念は、ひろい意味における「事前抑制 (prior restraint)」のひとつのカテゴリーとして、概念上、ほとんど「事前抑制」と区別することなしに用いられてきた。そして、このようなアメリカの判例理論の展開が、西ドイツやわが国における論争に重大な影響をあたえたことはよく知られているとおりである。「検閲」と「事前抑制」の法理との関係をめぐる理論上の問題を検討するために、ここではまず、アメリカの判例理論の意味とその問題点を考えることから始めたい。

1. Near v. Minnesota (1931)

Near Case⁽⁵⁾は、裁判所の差止命令による出版の事前抑制について、その合憲性に関する判断を示した最初の判決であり、その後の判例理論の形成とその展開の意義を考えるにあたって重要な意味をもつ判決である。その事案はつぎのようなものであった。

ミネソタ州法である1925年の「ミネソタ言論抑制法 (Gag Law, 1925)」は、新聞記事のなかに、わいせつ・名誉棄損にあたる表現がある場合には、その新聞を継続して発行することを禁止する差止命令 (injunction) を発する権限を裁判所に付与していた。すなわち、同法は、わいせつでみだらな

記事を掲載する新聞・雑誌その他の定期刊行物、または悪意でひとの名誉を棄損する新聞その他の刊行物を定期的にもしくは慣行的に製作・出版・販売する企業に対しては、裁判所がそれを地域住民に対する生活妨害 (public nuisance) と宣言することができる旨の規定をおき、検事 (country attorney) または法務総裁 (attorney general) もしくは市民が、問題の出版物に対する暫定的差止命令 (temporary restraining order) の発給を裁判所に請求することを認めていた。それをうけて、裁判所は事案の審理ののち、差止命令によって、問題となった新聞・雑誌のその後の継続出版を禁止する措置をとることが許されていた。⁽⁶⁾

同法が制定された背景には、わが国においてもよく知られているように、当時のイエロー・ジャーナリズムによって、個人の私的生活がことさらに暴露され、中傷をうけるといった社会事情があり、それに対する救済の要請に応じる必要があったことがあげられる。しかし、その一方において、同法の認める事前抑制が過度に広汎にわたるもので、修正1条に違反するものではないかとの指摘もなされていた。

連邦最高裁は、このような州法にもとづいて発給された差止命令が、その運用と効果の両面において、出版物に対する「検閲」に該当すると判断し、裁判所による事前抑制を違憲とする結論をくだした。⁽⁷⁾

法廷意見は、その理由として、(1) ミネソタ言論抑制法が、結果的に、不法な行為者を処罰し、個人を救済することは疑いないが、本来、同法の目的は、そのような具体的紛争における個人の救済というよりは、むしろ「公共の福祉 (public interests)」の保護という点にあったと解釈されるべきこと、(2) そのことと関連して、州法が禁止する表現内容には、公務員および政府に対する批判的表現もふくまれること、(3) 州法の差止命令が、過去の表現内容を理由として、無限定かつ恒久的に事後の刊行を禁止していること、(4) 州法の定める裁判所の審理手続において、いわゆる「真実性の抗弁」が許されていなかったこと、という諸点を強調した。

判決は、ダグラス (Douglas) 裁判官の有名な、「司法部も、他の官憲と同様、表現行為を抑制する特権をあたられていない。なぜなら、歴史は、裁判官もまたときに圧政者であることを立証しているからである」⁸⁾ という意見に示されているように、事前抑制の方法が、たとえ裁判所の差止命令にもとづくものである場合においても、それが表現の自由に対して、重大な萎縮効果(chilling effect)をもつという意味で、行政権による「検閲」と本質的にかわりがないことを強調したのであった。このように、違憲判断の基準のひとつとして、抑制の効果という観点が導入されたことによって、本判決は、いわゆる事前抑制の合憲性に関する機能論的アプローチの先駆的な役割をはたすこととなった。

ただ、注意すべき点は、事案の性格として、ミネソタ州法の定める規制の目的および態様が、表現行為に対する規制のあり方としては、きわめて異例のものであったという点である。とくに、判決理由の(1)から(3)に指摘されている実体的判断をみるかぎり、州法の規制の内容は、むしろ包括的あるいは一般的な「許可制」に近い性質のものといってよく、個別・具体的な権利の救済を目的とする裁判所の規制には、そもそもなじまない性質のものであったと考えることができる。⁹⁾

さらに、差止命令を発する場合の手続が、通常の司法手続と異なり、裁判所に対する一方的な請求のみでたりる簡易な手続であったことも、手続的正義の原則を遵守してきたこれまでの裁判所の伝統と矛盾する。最高裁が、本件の差止命令を「検閲」と同一視し、違憲判決をくだしたその判断の背景として、このような事件の特殊性が大きな影響をあたえたであろうことは疑いない。¹⁰⁾ そのように考えれば、Near Case における最高裁の判断が、ミネソタ州法に関する事案の判断の枠組みをこえて、さらに、具体的問題に関して、特定の事項の発表を禁止する通常の差止命令をふくめたすべての差止命令を「検閲」にあたるものとする趣旨であったかどうかについては、慎重な考慮が必要とされるといわなければならない。

2. Near Case 以降の潮流

—「検閲」概念と事前抑制の法理の相対化

Near Case における違憲判断は、以上に述べたように、その射程範囲がどのような領域にまでおよぶかという点に問題を残した。しかし、その一方で、判決が、「検閲」と事前抑制の理論の関係をめぐって、伝統的な「検閲」概念を再構成する契機となったことは事実である。すなわち、Near Case は、表現行為に対する差止命令の実際上の規制効果とその機能に着目することにより、「検閲」の主体について、行政権と司法権との間に伝統的に認められていた区別を相対化する最初のハードルをこえたといつてよい。

そして、Near Case 以後、最高裁は、同判決の判断—射程範囲—を最大限に拡張する方向を選択し、一般的ではなく、特定の表現行為を禁止する趣旨の通常の差止命令の合憲性に対しても、それを行政権による許可制の合憲性と同一の問題として論じてきた。すなわち、「ほとんどすべての差止命令は事前抑制とみなされ、きわめて重い正当化の挙証が必要とされることになった。⁽¹¹⁾ しかも、この事前抑制は、一般に検閲 (censorship) の問題として扱われてきた」のであった。このように、「検閲」と事前抑制の理論とを相対化する傾向は、たとえば、わいせつ文書について、その頒布を禁止するために差止命令の発給を許容したニュー・ヨーク州法に関する1957年の Kingsley Books Case (1957)⁽¹²⁾、有名な「ペンタゴン・ペーパー」事件として知られる1971年の New York Times Case (1971)⁽¹³⁾、あるいは、1976年の Nebraska Press Association Case (1976)⁽¹⁴⁾ などの一連の判決によって、判例法上、ほとんど定着したかのような様相をみせている。⁽¹⁵⁾

これらの判例のうち、Nebraska Press Association Case は、係争中の刑事事件に関する報道を禁止した地方裁判所の差止命令の合憲性が争われた事件であるため、その他のケースと同一に論じることのできない性質

をもっている。しかし、この事件において、たとえ裁判の公正を守るという目的のためであっても、差止命令による事前抑制が許されないとした最高裁の判断は、表現の自由を保障するためのひろい意味における司法の自己抑制のありかたを示唆したものとして、注目される。

しかしながら、このような判例の展開にもかかわらず、差止命令をいわゆる許可制と同一視するアプローチに対して、一定の限界—あるいは限定的解釈—を導入しようとする判決があることに注意する必要がある。

その代表的なケースとして、1973年の *Pittsburgh Press Case* (1973)⁴⁶ をあげることができる。事案は、性別によって区分された求人欄を設けて求人広告をなすことを禁止した市条例にもとづいて、市当局 (*The Pittsburgh Human Relation Committee*) が広告掲載中止命令を発し、裁判所もまたその命令を合法と認め、差止命令によって広告の掲載を禁止したというものであった。

新聞社側はこのような差止命令が新聞編集権を侵害するため違憲であることを主張したが、最高裁は、問題の求人広告がその性質上、営利的表現 (*commercial speech*) にとどまり、雇用における男女差別の違法性を阻却しえないことを理由として、差止命令を合憲と判断した。⁴⁷ そして、差止命令の合憲性について—傍論ではあるが—つぎのような判断基準をあげた。すなわち、差止命令が違憲となるのは、(1)差止命令による抑制が適度に広汎である場合、(2)問題となる表現行為を許した場合に生じる結果を高度の推測によって推定し、その推定にもとづいて差止命令が発せられる場合、(3)暫定的差止命令 (*temporary restraining order*) のように、きわめて簡略な手続にもとづいて差止命令が発せられる場合、の三点がそれである。

以上のように、*Pittsburgh Press Case* は、(1)および(2)の実体的要件と(3)の手続的要件の両面において、限定解釈の余地があることを示した。このような判断基準は、現在のところ、まだ判例の主流となっていないが、

その示唆するところは重要である。すなわち、判決の示した基準にしたがえば、すべての種類の差止命令が違憲となるのではなく、それが、より本質的に行政権による一般的な許可制と同一視されるような条件をそなえている場合にのみ、違憲とみなされることとなる。それは、いかえれば、1931年の *Near Case* で確立されたと考えられてきたアプローチ、すなわち事前抑制と「検閲」とを包括的に同次元でとらえる—事前抑制を「検閲」の問題ととらえる—考え方に対する修正の可能性をふくむものといっ
てよい。すなわち、*Pittsburgh Press Case* における最高裁の判断は、差止命令による事前抑制が原則として「検閲」にあたるとする先例の立場と異なり、事前抑制が「検閲」と同視されるのは、むしろ例外的な場合であるとする考え方を示唆しているようにも考えられよう。⁽⁴⁸⁾

Pittsburgh Press Case が、このように、先例の立場に対して、一定の修正を試みようとした理由については多くのことが考えられるでさろうが、すくなくとも、その理由のひとつとして、差止命令によって保護されるべき憲法上の権利に対する積極的な—あるいは肯定的な—価値判断が存在したことは疑いない。*Pittsburgh Press Case* において、最高裁は、表現の自由の保障の要請と同時に、性による差別を禁止する平等権の実現の要請に対応することを迫られていた。権利の性質上、司法による事前の救済が真に必要とされるべきケースに裁判所が直面したとき、*Near Case* につづく先例が示したように、差止命令が原則として事前抑制—「検閲」—に該当するというアプローチによった場合、このような権利の衝突を調整することはきわめて困難なものとなろう。

第二に、観点をかえて、かりにそのような事前抑制と「検閲」とを概念上同一視するアプローチを踏襲したうえで、事前の差止めを認めるとすれば、考え方としては、おそらく「検閲」にも例外的に許される場合があることを肯定しなければならないということにならざるをえない。たとえ例外的であるにせよ、そのような理論構成を認めた場合、そこでは、かえっ

て「検閲」の絶対禁止の意味が薄められ、憲法の趣旨が相対化される結果も予想される。

以上のような先例の立場と対比すれば、差止命令の機能分析を精密化する *Pittsburgh Press Case* の立場は、議論の出発点において、行政権による「検閲」と本質的に同視される差止めの範囲を限定しようとする点で、すくなくとも、権利の調整という観点からはきわめて注目すべきアプローチであると評価されてよい。ただ、このようなアプローチによる場合も、上に述べた第二の問題点、すなわち「検閲」の絶対禁止の原則を維持するという観点からは、依然として問題は残されているように思われる。すなわち、*Pittsburgh Press Case* の判断基準を具体的ケースに適用した場合、問題となる事前抑制の態様—およびその機能—のいかんによっては、「検閲」に該当する差止命令と、そうでないものとの二種類の形態が存在することになる。そのことは、先例の立場と同程度とまではいわないとしても、「検閲」禁止の理論が本来もっていた法的準則としての価値—あるいは法的安定性—を、結果的に、かなりの程度まで縮減する可能性をもつものといわざるをえないであろう。¹⁹⁾

3. 日本国憲法21条における事前抑制と「検閲」

事前抑制の合憲性に関するアメリカの判例理論が、事前抑制の実際的機能に着目することによって、表現の自由の実質的な保障の範囲を拡大したことは、同時にそれが民主制そのもののフレーム・ワークを活性化させたという意味で、きわめて高い評価に値する。ただ、その事前抑制の判例理論に、しいて困難な問題があるとするれば、それはこのような判例の展開の実際的な意味においてではなく、以上に述べたように、理論上の問題として、事前抑制の法理が、その性質上、「検閲」該当性に多かれ少なかれ例外を認める結果となることをどのように判断するかという点であろう。

そして、そのことを日本国憲法21条の解釈の問題として考える場合、お

そらくは、考慮されるべき要素のひとつとして、21条の条文構成上の問題をあげる必要があるように思われる。21条は、1項において、「集会、結社及び言論出版その他の一切の表現の自由」を保障するとともに、その2項において、「検閲は、これをしてはならない」と規定し、とくに「検閲」の禁止を明示した。

もちろん、そこでいう「検閲」は、情報が市場に到達する前にそれを抑止する効果をもつ点においては、ひろい意味で、表現行為に対する事前抑制の概念のなかにふくまれる。すなわち、アメリカの事前抑制の理論において主張されているように、「検閲」が、すくなくとも「ある期間、言論を『枯死 (freeze)』させる」²⁰機能をもつことは、事前抑制としての本質からくる性質である。したがって、その機能あるいは効果の点に関するかぎり、アメリカの判例理論やわが国の広義説が説くように、「検閲」禁止の原則を事前抑制の禁止の問題として取り扱うことは可能であろう。

しかし、そうであるなら一逆説的な表現ではあるが一憲法が21条2項において、とくに「検閲」の禁止を明示するという方法を採用すべき必然性にむしろ欠けるということもできる。すなわち、「検閲」禁止の原則がその内容において、一般的に事前抑制禁止の原則のなかに包摂されているとするなら、21条は、その2項において、とくに「検閲」禁止の明文の規定をおく必要はなかったということになる。21条2項が「検閲」の禁止を明示したことは、そこに憲法上の特別な意味をもたせる趣旨であったと考えるべきではないであろうか。とりわけ、明治憲法下において、広汎な「検閲」制のために、表現の自由がその実質をほとんど失った歴史的事実を考慮すれば、21条2項の制定意思の根底に、すくなくとも「検閲」の絶対的禁止の意図が存在することは疑いなく、²¹また、そのような絶対的禁止の趣旨を宣言した規定と解釈することが、21条2項の法的準則としての価値を維持する方法として妥当であるように思われる。

以上のように考えれば、裁判所による事前抑制を原則的に「検閲」にあ

たらないものとし、その合憲性の問題を21条1項の事前抑制の問題として構成するわが国の狭義説—およびこのたびの最高裁判決—の考えかたは、「検閲」禁止原則の趣旨の理論上の一貫性の維持の要請と、事前抑制に限界があることを明確化しようとする要請というふたつの方向性を調整するうえで、解釈上の選択可能なひとつの方法を示しているといつてよいであろう。⁴²そして、そのような方法が表現の自由の実質的保障に貢献しうるか否かは、具体的な仮処分に対する合憲性の判断基準をどのように構成し適用すべきかという問題の考慮にかかってくる。以下、裁判所による差止めの許容基準およびその要件について検討したい。

注(1) Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 78.

(2) BVerfGE 33, 52/71; T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 19. Aufl., 1973, S. 128.

(3) W. Hoffman-Riem, Art. 5. Abs. 1, 2 Rdnr. 75-81, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1984, Bd. 1; Maunz, a. a. o., S. 128.

(4) 伊藤正己『言論・出版の自由』123頁は、アメリカの裁判所の差止命令を発する手続が純粹の司法手続と異なる簡易なものであり、とくに暫定的差止命令(temporary injunction)はむしろ行政処分に近く、この命令を発する裁判官が検閲官にひとしい地位をもつと考えられてきたことを指摘している。また、芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界」佐藤功先生古稀記念論文集『日本国憲法の理論』264頁も、差止命令による事前抑制が「事前抑制の理論としてほぼ行政権による典型的な検閲と同じに論じて差支えないであろう」と指摘する。

(5) *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 [1931].

(6) ミネソタ言論抑制法は、わいせつあるいは名誉を棄損するような新聞雑誌を禁圧しようとするものであるが、そのような行為を直接に処罰するのではなく、裁判所の差止命令が発せられたにもかかわらず、これに服しないときは、当然に一般の場合と同様に裁判所侮辱の手続をもって制裁がくわえられることを規定していた。そして、その制裁として、同法は5000ドル以下の罰金または1年以内の拘禁を定めていた。

本件被告人は、サタディ・プレス(The Saturday Press)という週刊誌を発行していたが、ミネアポリス市において、賭博、酒の密売、恐喝をほしいままにしている一団に対して、市長以下の治安維持にあたるべき官吏がその取締り

上の職責をつくしていないことを内容とする激しい攻撃の記事を掲載した。そこで、州法にもとづく差止命令が申請された結果、ついに事後永久に発行を禁止する命令が発せられ、州最高裁においてもその差止命令が支持されたため、ミネソタ言論抑制法が連邦憲法修正14条を通じて保障される出版の自由を侵害するものと主張して、連邦最高裁に上告したのであった。

- (7) ヒューズ長官をはじめとする5名の裁判官の多数意見 (Hughes, Holmes, Brandeis, Stone, Roberts) は、「ミネソタ州法は、単に有害な新聞雑誌を抑圧するのみでなく、出版者を効果的な検閲 (effective censorship) のもとにおく役割をはたす」と述べ、同法の実質的效果は「まさしく検閲の本質をそなえたもの」であると判断した (283 U. S. 697)。

これに対しては、バター (Butler) 裁判官以下4名の裁判官の少数意見がある。少数意見は、「事前抑制という語の意味を正確に解釈するなら、ミネソタ州法は、決して出版に対する事前の抑制の効果をもつものではない。それは、かつて検閲によって行われたように、行政部が事前に規制をくわえることを許しているのではなく、衡平法 (equity) 上の訴訟によって実現されるべきひとつの救済方法を規定するにとどまる。本件においては、定期的で、悪意にみち、ひとの名誉を棄損する出版物を刊行する営業を行う過程において、すでに出版がなされている。この営業も出版も、疑いなく、自由な出版の権利の濫用である。……悪意にみちた、ひとの名誉を棄損する記事を、それ以降刊行することを阻止する命令を発してそれを強行することと、ブラクストンが言及し、またその時代の歴史に記述されているような検閲官による出版の事前抑制との間に、同一性があると考えすることは現実的ではない」と述べ、(1)名誉棄損にあたる表現は表現の自由の濫用となること、(2)本件においては、すでに出版された記事にもとづいて差止めがなされているため、事前抑制にあたらぬこと、(3)行政部による事前抑制すなわち「検閲」と、裁判所による事前抑制とを区別すべきこと、という観点から、州法を合憲と判断している。

- (8) *Per Douglas, in Poulos v. New Hampshire*, 345 U. S. 395. 426 (1953).

- (9) 法廷意見は、「ここで問題となっている法律 (ミネソタ州法) は、処罰をとりあつかってはいない。同法は、裁判所の命令違反に対する侮辱の場合を除いて、なんら処罰を規定せず、もっぱら抑圧と禁止命令 (prohibition), すなわち出版の抑制を規定しているのである」と指摘している。

- (10) *Near Case* が、かならずしもすべての差止命令を「検閲」にあたるものとする趣旨の判決ではないと考えられるべきであることは、おそらく問題はないであろう (芦部信喜・前掲「機能的『検閲』概念の意義と限界」268頁参照) が、同時に判決が事前抑制の意味について、「めずらしく混沌として無定形」の状態を生み出す契機となったことも事実である。See, T. Emerson, *The System*

of Freedom of Expression, 1970, p. 504.

- (11) 芦部信喜・前掲論文 268 頁。
- (12) *Kingsley Books Inc. v. Brown*, 354 U.S. 436 (1957). 本件は、わいせつ物の販売・頒布を禁止する *injunction* の発給を認めたニュー・ヨーク州法の合憲性が争われたケースであるが、最高裁は、(1)問題の出版物が刊行される以前に、(2)わいせつ性についての完全な司法判断がなされないまま *injunction* が発せられた場合、それが違憲となるとの判断を示した。
- (13) *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).
- (14) *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976). 本件は、刑事事件に対する判決前に、被告人の有罪を推論させるような報道を禁止するために発給された地方裁判所の差止命令の合憲性が争われたケースである。最高裁は、*Near Case* や *New York Times Case* をひいて、差止命令が肯定されるためには、それを正当化する重い挙証責任が裁判所の側にあることを強調し、違憲判断をくだした。
- (15) 以上にあげた判決の他に、一定の発行部数をもつ新聞の総売上高に特別の免許税を課したルイジアナ州法が事前抑制のあたるとして違憲とされた *Grosjean v. American Press*, 297 U.S. 233 (1936), わいせつ物の規制権限を州法によってあたえられていたロード・アイランド州の青少年保護委員会が有害図書を指定し、書籍販売業者に通知したため、業者が販売を停止した事件について、委員会の行為が「検閲」にあたるとした *Bantam Books Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963), 映画上映にさきだって州の映画検査委員会にフィルムを提出しなければならないと規定したメリーランド州法が違憲とされた *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965) などの重要な判決がある。
- (16) *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U.S. 376 (1973).
- (17) 本件においては、州委員会が発した広告掲載中止命令の合憲性も同じく問題とされていた。しかし、最高裁は、この点についても、問題の性別によって区分された広告が雇用差別広告であって、修正1条によっては保護されない営利的言論 (*commercial speech*) であることを理由として、委員会命令を合憲と判断した。
- (18) 判決の趣旨をうけて、差止命令と許可制との区別を強調する学説として、M. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 Va. L. Rev. 538 (1984); Mayton, *Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the costs of the Prior Restraint Doctrine*, 67 Cornell L. Rev. 245 (1982). 芦部・前掲「機能的『検閲』概念の意義と限界」286頁。

- (19) **Pittsburgh Press Case** に示された機能的「検閲」概念を具体的ケースに適用する場合、その適用の方法いかんによっては、「検閲」禁止の原則に例外を認めることになるため、「事前抑制禁止の原則が本来もっていた法的準則としての価値を減殺してしまうおそれが生じる」ことについて、芦部・前掲論文 285頁参照。
- (20) **Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976)**.
- (21) 法学協会『注解日本国憲法』上巻 426 頁参照。同じく、佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第三版〕179頁においても、21条において、「検閲」禁止原則が明文で規定されたことの意味について、「検閲の制度は、これによってその思想内容が事前に禁止されるという点で、思想表現の自由に対する最も強い規制であり、またそれが行政権の主観的・恣意的な判断に委ねられる点において、その乱用によって表現の自由が極度に侵害されるおそれがある。憲法が明文で検閲を禁止したのは、このためである」との指摘がなされている。
- (22) もっとも、その場合においても、芦部・前掲論文 286 頁に述べられているように、「検閲を古典的な形で捉えることによって行政検閲と機能的に同視しうる差止命令や、検閲的效果をもつ言論規制を、別のカテゴリーの問題として考えると、それが合憲か違憲かを判断する場合の基準が緩められるおそれも生じよう。もしそういう方向に動くとするれば、きわめて大きな問題といわざるをえない」という指摘は、重要な意味をもつ。アメリカにおける判例法のアプローチを、わが国においても意義あるものとして導入するとすれば、合憲性を判断するにあたって、差止命令の内容あるいはその射程範囲といった実体的問題と手続的問題の両面から、その判断基準に厳格なしぼりかける方法が必要とされるであろう。

Ⅲ. 差止めの許容基準と手続的要件

1. 差止めの許容基準

判決は、「事前差止めがいわゆる事前抑制として憲法21条1項に違反しないか」という問題を判断するにあたって、「表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法21条1項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解する」と述べたうえで、「出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するのであって、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙法の候補者に対する評価、批判等の表現行為に

関するものである場合には、**「憲法21条の趣旨に照らし、その表現が私人の名誉に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは原則として許されないものといわなければならない」と**の前提判断を示した。

それでは、どのような場合に、差止めの仮処分が認められるか。判決は、この点について、**「憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件」**が必要とされるとき、その基準として**「その表現内容が真実ではなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」と**いう判断基準をかかげた。

要するに、例外的に差止めを許容する場合の基準として、(1)問題の記事が名誉棄損文書であること、(2)表現内容が真実ではなく、またはそれがもっぱら公益を図る目的のものでないこと、(3)被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあること、という三つの要件をあげたわけである。

差止めの許容基準に関しては、下級審において、大別すれば、(1)たとえば、「エロス+虐殺」事件東京地裁決定⁽¹⁾のように、「権利侵害の違法性が高度な場合にのみ、差止請求を認めるべきもの」(高度の違法性論)とする考えかたと、(2)同事件に関する東京高裁決定⁽²⁾のように「被害者が排除ないし予防の措置がなされないままに放置されることによって被る不利益の態様、程度と、侵害者が右の措置によってその活動の自由を制約されることによって受ける不利益のそれとを比較衡量して決すべきである」とする、比較衡量論とが主張されていた。下級審のこれらの決定においては、いずれも差止めが否定され、表現の自由の保障に力点がおかれる結果が導かれたが、一方で、このような基準の設定方法に関しては、問題点も残されていた。

すなわち、上述(1)の「高度の違法性」論を採用した場合、そこには、そ

の方法の性質上、違法性の強弱という判断基準が流動的であるため、裁判官によってその判断にかなりの幅が生じることはさげられないという困難な問題がある。同時に、差止めの根拠が名誉権にもとづく場合、個人の名誉と表現の自由との調整の観点からは、「違法性」の問題というよりは、事実の公共性、表現内容の真実性、あるいは行為者の意図といった要素がむしろ重要な判断要素となるということもできる。⁽³⁾

さらに、(2)の比較衡量のアプローチに対しても、被害者がうける人格的損害と、加害者が差止めによってうける経済的損失とを、はたして同一次元で比較することが可能かという基本的な問題点を指摘することができるし、そこに裁判官の主観的な判断が介入する余地が生じる。とりわけ、比較衡量がいわゆる個別的比較衡量 (ad hoc balancing) の方法によって行われる場合には、結果に対する予測可能性が一層低下する事態が避けられず、そのことがかえって表現の自由に対する抑制効果をもつことになるとの強い批判もある。⁽⁴⁾

もっとも、このような比較衡量の問題点を解決するための方法として、このたびの大法廷判決における大橋裁判官（牧裁判官も同調）補足意見のように、「名誉の価値と表現行為の価値との比較衡量を、表現行為をできるだけ類型化し、類型化された表現行為の一般的利益とこれと対立する名誉の一般的利益とを比較衡量して判断するという類型的比較衡量によるのが相当である」とする見解があることは注目される。ただ、その場合においても、伊藤裁判官補足意見が述べているように、「一般的に類型別の利益衡量によって判断すべきものとすれば、表現の類型をどのように分類するか、それぞれの類型についてどのような判断基準を採用するか、の点において複雑な問題を生ずるおそれがある」ことは考慮にいれる必要がある。すなわち、表現行為についていえば、たとえばそれが出版物であるか、または放送であるかといった表現方法に着目した類型化の方法、あるいは、表現行為の対象がいかなる人物であるかといった類型化、さらには、表現

形式が小説であるか評論であるかといった点について、多種の類型化が考えられるであろう。このような類型をさらに、名誉を侵害された被害者の利益と組合せて類型化し、そのうえで比較衡量することが、はたして期待されたような妥当な結論を導くかどうかは、おそらくは方法論上の今後の課題としなければならないであろう。⁽⁵⁾

このたびの大法廷判決が、このような「高度の違法性」論および「比較衡量」論のいずれのアプローチも採用せず、さきあげたような三つの厳格な個別的要件を設定したことは、基本的に、以上に述べた要件設定の方法論に対する批判とおなじ基盤にたって、最高裁がこの問題を受けとめたことを意味すると考えてよい。これらの判断基準が、はたして判決のいうように一義的に明確であるかどうかについては、そこになお検討すべき余地が残されているように思われるが、要件設定の基本要素として、すくなくとも、「真実性」あるいは「公益性」の要件がそこであげられたのは、本件がいわば「公人」の名誉棄損事件としての性質をもつかぎり、理論上、当然のことであったといえる。⁽⁶⁾ また、「回復困難な損害」が必要とされるという要件も、事前抑制の性質上、実際的な抑止効果が事後抑制の場合よりも大きいことを考えるとき、表現の自由の保障と個人の名誉権との調整をはかるための枠組みとしては、期待されてよいであろう。

2. 差止めの手続的要件

ただ、以上の基準が満たされた場合においても、それだけで具体的な仮処分合憲性が肯定されるわけではない。とりわけ、本件の仮処分決定が、口頭弁論および債務者（北方ジャーナル）の審尋を行わないままなされた点は、差止めの合憲性を判断するうえで、もっとも重要な判断の分岐点となりうる。

もともと、行政権による事前抑制と、司法権による事前抑制とを区別し、21条2項にいう「検閲」が前者の行政権による事前抑制を意味する（狭義

説)と考える見解の背景には、司法手続の公正さに対する信頼があった—いいかえれば、司法手続が公正であるからこそ、そのような理論構成がなりたつ—とあってよい。⁽⁷⁾ 最高裁があげた基準にしたがって、司法による事前抑制が「検閲」にあたらぬとする立場を肯定するとしても、差止めが適正な手続にもとづくものといえない場合には、憲法21条1項の表現の自由の保障に内包される事前抑制の禁止原則に抵触すると考えられるべきことは強調されなければならない。

そして、この点について、このたびの大法廷判決も、きわめて慎重な姿勢を示した。すなわち、「表現行為者側の主たる防御方法は、その目的が専ら公益を図るものであることと、当該事実が真実であることとの証明にあるのであるから、事前の差止めを命じる仮処分を発するについては、口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当である」との原則的態度をあきらかにした。

そのような立場からは、本件の仮処分決定手続をどのようにみるべきか。それを判断するにあたって、最高裁はさらに要件をしぼり、例外的に口頭弁論または債務者の審尋を経ないで差止めの仮処分命令を発することが許される場合の条件として、「差止めの対象が公共の利害に関する事項についての表現行為である場合においても、口頭弁論を開き又は債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によって、その表現内容が真実でなく又はそれが専ら公益を図るものでないことが明白であり、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があると認められるとき」⁽⁸⁾ という基準を設定した。

そして、その基準を本件にあてはめ、つぎのように結論づけた。

「(記事内容)が被上告人に対することさらに下品で侮辱的な言辞による人身攻撃を多分に含むものであって、到底それらが専ら公益を図る目的のために作成されたものということとはできず、かつ、真実性に欠けるもので

あることが本件記事の表現内容及び疎明資料に徴し本件仮処分当時においても明らかであったというべきところ、本件雑誌の予定発行部数が2万5000部であり、北海道知事選を2ヶ月足らず後に控えた立候補予定者である同被上告人としては、本件記事を掲載する本件雑誌の発行によって、事後的には回復しがたい重大な損失を受ける虞があったということができ「ため、「(本件の仮処分決定が) 口頭弁論ないし債務者の審尋を経たものであることは原審の確定しないところであるが、手続面においても憲法上の要請に欠けるところはなかったものということができ、結局、本件仮処分に所論違憲の虞はなく、右違憲を前提とする本件仮処分の違憲ないし違法の主張は、前提を欠く。」

以上のように、最高裁は、口頭弁論または債務者の審尋を行うまでもなく差止めが許される条件として、(1)問題の記事が名誉棄損の文書にあたること、(2)その表現内容が真実でなく、または、それがもっぱら公益を図る目的のものでないことが明白であること、(3)被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあること、という要件をかかげ、本件において、これらの要件がみたされていることが、債権者が提出した資料によって明らかであるとの判断を示した。

この手続的要件に関して、アメリカにおいては、司法権による事前の差止めが、(1)裁判所に対する一方的な請求によって容易に認められる「暫定的抑制命令 (temporary restraining order)」、(2)手続的に省略されているが、一定の弁論の機会を認めたりえであたえられる「仮処分的差止命令 (preliminary injunction)」、および、(3)実体に関する正式審理ののちにはじめて発せられる「本案的差止命令 (permanent injunction)」の三種に分類され、⁹⁾ それらのうち、(1)の暫定的抑制命令に対して、最高裁によってしばしば違憲判断がなされていることは、すでにみたとおりである。

わが国においても、仮処分手続については、口頭弁論を開いて審理するのが原則であることはいうまでもない。ただ、例外として、「急迫ナル場

合」にかぎってのみ、この口頭弁論を省略することが認められている（民事訴訟法757条2項）。しかし、仮処分手続の実際は、このような原則と例外とが逆転し、口頭弁論を経ることなしに審理することがむしろ原則となっていることは周知の事実である。⁴⁰ そこには、事件の多くが緊急性を帯び、口頭弁論を開いたのでは本案訴訟とかわらなくなってしまうという事情があることは否定できないが、たとえその場合でも、このような理由づけだけによって、原則と例外の逆転現象が正当化されるわけではない。最高裁が、「事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性の主張立証の機会を与えることを原則とすべき」と判断したことは、以上のような裁判実務をふたたび正規の軌道に復させる意味で、評価されてよいであろう。

問題は、例外的にはあるにせよ、口頭弁論を省略することが許されるとした場合、そこにどのような手続保障の手段をとるべきかという点にある。その場合、裁判実務上は、一般に、口頭弁論にかえて、債権者および債務者に対する何らかの審尋が行われていることはよく知られている。そのような観点からすると、「北方ジャーナル」事件において、札幌地裁が債務者に対する審尋を行わず、債権者の提出した資料のみにもとづいて仮処分の決定をなしたことは異例のことといわざるをえないであろう。もっとも、審尋については、民事訴訟法上、方式の定めがないため、それを口頭あるいは書面のいずれで行うか、また一方のみの審尋でたりるとするか、それとも債権者と債務者の双方を審尋するかという具体的方法に関しては、すべて裁判所の裁量に委ねられているとする解釈も成り立たないわけではない。しかし、このように裁量の幅を最大限に拡張する解釈を肯定した場合、憲法上、表現の自由が理論的に事前抑制禁止の原則を含むとする解釈は、その意義をほとんど失うことになる。その意味において、判決が、さきに述べたように、「口頭弁論又は債務者の審尋を行う」ことを原則とすると宣言したことは適切であったといえる。

しかしながら、最高裁がこのような原則を宣言したことは、同時に、結果的に審尋なしに仮処分命令を発することを認めた理由づけとの関係で問題を残す点でもある。すなわち判決は、無審尋の仮処分を肯定する理由として、(1)問題の記事が名誉棄損の文書にあたること、(2)その表現内容が真実でなく、または、それがもっぱら公益を図る目的のものでないことが明白であること、(3)被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあること、という三つの要件がみたされることが、「債権者の提出した資料」によって「明白」であるという点をあげたわけであるが、ひるがえって考えれば、具体的ケースにおいて、以上の要件がみたされているかどうかは、まさに当事者が攻撃・防禦をつくすという手続上の保障がなされてはじめて判断され、正当化されることであるといえることができる。いいかえれば、上にあげられた要件事実がいわば実体的判断として種々の資料から「明白」であったとしても、手続の適正という観点からは、そのことによって結論がただちに正当化されるものではない。¹¹¹ 判決が述べている点を文字どおりに受け入れるとすれば、むしろこの点において、判決は手続的正義の原則の要請をほとんど緩和する可能性をひめているとさえ解釈される余地があるように思われる。¹¹²

最高裁の提示する差止めの許容基準あるいは手続的要件にたちもどって考えてみると、本件がかりに本案訴訟であるとするれば、原告は、上にあげた要件のうち、(1)記事が名誉棄損文書であること、および(3)回復困難な損害が発生すること、という二つの点についての立証責任を負うこととなる。一方、要件(2)については、表現内容が真実であり、公益を図る目的であるという点については、抗弁事実として、加害者側が立証責任を負うことになるはずである。このような主張・立証責任の分配は、口頭弁論または双方審尋が行われる場合には可能であるが、いずれか一方に主張・立証の機会があたえられない場合には、不可能であることはいうまでもない。

当事者の一方にこのような主張・立証の機会をあたえることができない

場合に、立証責任の分配問題をどのように解決すべきか。その点について、考え方としては、大別して、つぎのような二つの方法をあげることができよう。すなわち、そのひとつの方法が、請求原因事実である(1)および(3)の要件事実について、債権者に主張および疎明責任を負わせる—したがって、抗弁事実についての債務者の立証を必要としない—方法である。このたびの大法廷判決は、まさしくこの方法を採用したとあってよいであろうが、そのようなアプローチを行うとすれば、基本的に、さきにあげた三つの要件を設定したことの意味そのものが失われることになるといわざるをえない。

これに対して、いまひとつの方法として考えられるのは、(1)および(3)の要件事実について、債権者に立証責任を負わせると同時に、(2)の真実性の証明に関しても、その立証責任を債権者に負わせる方法である。それは要するに、本来、債務者に帰すべき立証責任を、債務者審尋がなされないことを条件として、債権者に転換することを意味する。このような立証責任の転換は、当事者間の実質的な均衡状態を保持していくうえで、手続的正義の保障の観点からは、考慮されてよい方法であると思われる。¹³⁾そして、その場合に、(2)の要件事実に関する債権者の疎明については、それが証明の程度に達する高度のものが要請されるとすべきことはいうまでもない。

この点については、判決も、「仮処分手続のように、専ら迅速な処理を旨とし、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず立証についても疎明で足りるものとすることは、表現の自由を確保するうえで、その手続的保障として十分であるとはいえない」として、一定の理解を示している。そうであるとするれば、判決の立場にたっても、仮処分手続において、このような立証責任の転換という理論構成のもとで、債権者の高度の証明が必要とされるとする考え方をとることは、不可能ではないといえようし、また、判決の趣旨が拡大解釈されることを防ぐためには効果的な方法であるといえよう。そして、そのように理解することが、仮処分手続において、原則

として口頭弁論または債務者の審尋を行うべきであるとする最高裁の考えを理論的に一貫させる方法であると思われる。⁽¹⁴⁾

- 注(1) 東地決昭和45年3月14日下民集21巻3・4号413頁。高度の違法法論を主張する学説として、伊藤正己・憲法の判例第三版130頁。
- (2) 東高決昭和45年4月13日高民集23巻2号172頁。比較衡量論を主張する見解は、個別的衡量論と類型的衡量論にわけられる。前者の個別的衡量論を採用したのものとして、上にあげた東京高裁決定のほか、名古屋地決昭和48年4月19日判時714号218頁があり、学説としては、芦部信喜編『憲法Ⅱ』179頁、佐藤幸治「プライバシー侵害と差止命令」憲法判例百選171頁、小林直樹『新版憲法講義』上440頁がある。後者の類型的比較衡量論を主張するものとして、芦部信喜『憲法演習』146。
- (3) 竹田稔「北方ジャーナル事件判決の民事上の諸問題」ジュリスト867号25頁参照。
- (4) M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, 1970, p. 102.
- (5) この点から、厳格な個別的要件を設定すべきであるとする見解として、竹田稔前掲論文参照。ただ、このように対立する見解の実際上の結論が、接近する傾向にある点を指摘する見解として、武田律弘「出版物の販売差止の仮処分」丹野・青山編『裁判実務大系4』215頁、阪本昌成「プライバシー権と事前抑制・検閲」ジュリスト867号12頁参照。
- (6) もっとも、「真実性の要件」は、発言しようとする市民に対して自己検閲を強制することになる点で、表現の自由に反し、また「公益目的の要件」も、客観的に価値のある情報の流通を発言者の動機により禁止することになるため、憲法上の「知る権利」を侵害することになるという観点から、憲法上は、公的問題について、事実の真実性を一応推測させる程度の「相当の合理的根拠」がある場合には、問題の表現行為を正当なものとして保護する必要があるとする見解がある（阪本・藤田「表現の自由と名誉棄損」法学セミナー318号94頁）ことが注目される。
- (7) see, H. P. Monaghan, *First Amendment "Due Process"*, 83 Harv. L. Rev. 522 (1976).
- (8) 判決は、差止めの手続要件のひとつとして、「表現内容が真実でなく又はそれが専ら公益をはかるものでないことが明白である」という要件をかけたているが、このように、(1)表現内容が真実でないことと、(2)公益をはかるものでないことを「又は」という文言で接続することは妥当であろうか。本件においては、(1)と(2)の要件事実がともにみたされていることを、判決も認めているため、

そこでは直接の問題とはならなかったようであるが、一般論としては、表現の自由の保障の観点から、(1)と(2)は差止めの手続要件として、選択的ではなく、必要的要件として理解しなければならないであろう。

- (9) M. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 Va. L. Rev. 53 (1984). 芦部信喜「機能的『検閲』概念の意義と限界」佐藤功先生古稀記念論文集『日本国憲法の理論』266頁、阪本昌成「プライバシーと表現の自由」法学セミナー 359号28頁参照。
- (10) 竹田稔・前掲論文30頁、谷口安平「手続法からみた北方ジャーナル事件」ジュリスト 867号38頁。口頭弁論が開かれない理由としては、(1)口頭弁論による審理を開始すると、公開の法廷で相当の期間にわたって審理することが必要となり、保全訴訟における緊急性と密行性の要請がみたされなくなること、(2)保証をたてさせることによって、相手方のこうむる損害の保全を講じることができること、(3)保全執行の解放・取消について比較的簡易な手続が認められていること、の三点が考えられ、最高裁も基本的にはこのような立場を肯定しているといっている。
- (11) この点については、田中成明「訴訟法理論への法哲学的関心覚え書」ジュリスト756号140頁、『裁判をめぐる法と政治』157頁参照。
- (12) 判決が、「実体論に傾きすぎた」ものである点を指摘するものとして、谷口安平・前掲「手続法からみた北方ジャーナル事件」40頁。
- (13) 保全訴訟においても、立証責任の転換の概念が導入されうる点について、竜崎喜助「保全訴訟における主張・立証責任」丹野・青山編『保全訴訟法』（裁判実務大系4）469頁参照。
- (14) その点については、大法廷判決において谷口裁判官意見が「現実の悪意」論を主張していることが注目される。「現実の悪意(actual malice)」の理論とは、もともと *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1963) をはじめとするアメリカの判例において形成された理論で、「表現された事実が真実に反し、虚偽であることを知りながら、その行為におよんだとき、または、虚偽であるかどうかを無謀にも無視して、表現行為に踏み切った場合」に表現の自由の保護を主張しえないとする考え方である。

この考え方によれば、いわゆる「真実の証明」の義務は緩和され、すくなくとも、行為者がその事実を真実であると信じていた場合には、たとえそれが虚偽であっても、その表現行為は保護されることとなる。そして、その場合に、その行為者の意思についての立証責任は、被害者の側が負担することになる。したがって、そのかぎりでは、立証責任を転換する考え方と近接したものとなることは疑いない。

しかし、他方で、この理論に対しては、伊藤裁判官の補足意見において、

「現実の悪意」の理論そのものが、アメリカにおいて、元来、表現の自由に対する事後的な規制の場合の判断基準として用いられているものであるため、それを本件のような事前抑制の場面の判断基準として導入することには問題があるとの指摘がなされている。たしかに、客観的な事実関係から、現実の悪意を推認することは可能であろうが、一方で、その基準が性質上、表現行為者の主観に立ち入るものであるだけに、仮処分手続において、表現行為者の主張を聞くことなしに、この基準を用いることは、かえって問題の解決を困難にするように思われる。

む す び

以上述べたように、最高裁は、出版物の頒布等の事前差止めについて、その対象が公務員または選挙候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、憲法21条1項の趣旨にてらし、原則として許されないとする判断を示したうえで、その例外として、「表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」にかぎり、事前の差止めを認める立場を明らかにした。

そして、さらに、処分決定の手続要件についても例外をもうけ、口頭弁論を開き、債務者の審尋を行うまでもなく、右にあげた諸点が客観的に明らかである場合には、債権者の提出した資料のみによって、仮処分命令を発することを認めた。

最高裁は、いふなれば、「例外」のなかに、さらに「例外」をもうけることによって、ようやく「北方ジャーナル」事件における無審尋の仮処分の合憲性を肯定したといつてよい。判決がこのような構成をとらざるをえなかったことの背景には、問題の記事が判決の表現をかりれば、「ことさらに下品で侮辱的な言辞による人身攻撃を多分に含む」ものであり、それが差止めの適否をめぐる具体的な判断の重大な要素になったであろうことは想像にかたくない。そして、そのことがまた、事件そのものの例外性を示しているといえるかもしれない。

観点をかえて、一般の私人がそのような表現行為の対象となった場合には、本件のような仮処分が認められるであろうか。認められるとすれば、そこに、どのような実体的および手続的要件が必要とされるであろうか。判決はその点には、直接ふれていない。⁽¹⁾ 一般論としていえば、対象が一般人である場合には、それがいわゆる「公的人物」である場合と比較すると、差止めの要件が緩和される可能性もありうる。⁽²⁾ そのときふたたび、表現の自由の意義とその限界の問題が正面から問いなおされなければならないであろう。

注(1) この点を強調するものとして、五十嵐清「人格権の侵害と差止請求権」ジュリスト 867号37頁。

(2) とくに、私人のプライバシー侵害が問題となる場合に、差止めの要件が緩和されるべき点については、阪本昌成「プライバシー権と事前抑制・検閲」ジュリスト 867号21頁。