

天皇風刺ビラの押収と表現の自由

——御名御璽事件国賠訴訟大阪地裁判決

小 林 武

昭和六一年五月二六日大阪地方裁判所第一九民事部判決(昭和六〇年(ワ)第二一九七号損害賠償請求事件)判例タイムズ六〇一号三三頁——一部認容(控訴)

【判決要旨】 一 (一) 本件ビラの御名御璽類似部分は、これが真正なものでないことは通常の人が一見して明白であり、また、本件ビラの作成者は右部分を作成したときにおいてこれを真正な御名御璽として行使する目的を有していなかったから、右部分を作成した行為は刑法一六四条の御名御璽偽造罪に該当しない。

(二) ビラの配布を予防する目的で搜索差押許可状を請求することは、表現の自由を保障し検閲を禁止した憲法二一条の趣旨に反する。

したがって、本件各搜索差押許可状の請求ならびに発付、および、それにもとづいてなされた搜索差押は、ともに違法な行為である。

二 裁判官の行なった争訟の裁判については、特別の事情がない限り、国家賠償法一条一項は適用されないが、搜索差押許可状の発付は、権利または法律関係の存否の終局的確定を目的としない行政的性格を有する判断作用で

あって、争訟の裁判ということとはできないから、右条項の適用に障碍はない。

【事実】 原告らは、詩人で、国際的反戦団体「戦争抵抗者インターナショナル日本部」の書記（X₁）と、会社員で、反原爆などの市民運動に従事している女性（X₂）であるが、X₁は、一九八四年一二月、天皇もしくは天皇制を風刺した文章・裕仁天皇の写真および御名御璽ふうのものを印刷した、はがき大のビラ（以下「本件ビラ」という）を作成し、X₂は、これを購入し、両名は、訴外の諸個人・団体に送付しようとした。本件ビラの内容は、本裁判所の認定によれば、次の如くである。

「その全体が黒一色で印刷されたものであり、その片面には、一見詔書のような形式をとりながら『汝忠良ナル国民ニ告グ。朕ハ日本國ノ象徴ニシテ象徴ハ宸謨留ノ意ナレドモ朕ノ象徴ハモノノヤクニ立ツベクモ非ズ。タダ朕座スルノミ。汝国民子孫孫ニ至ルマデ其レ克ク疑念スル勿レ。嗚呼樂朕樂朕。』との文章とその末尾に「裕仁」の署名及び一辺が約二・五センチメートルの御璽とはば同じ体裁の印章が記載され、その左側には天皇の顔写真が転写され、『謹賀新年』『これはゴミです拾つてはいけません。』との文言が記載されており、本件ビラの裏面には、『賀正』『これはビラです。ご自由に処分して下さい。』という文言や『遺言』と題する天皇制風刺の文章等が記載されたうえ、天皇の黒枠写真が載せられていた。」

これについて、大阪府警察本部警備部は、同月下旬頃に、本件ビラに「見本」と手書きした見本ビラおよび「第三信」ちよっとおもしろいいたずら遊び」への御案内」と題するビラ（以下「第三信ビラ」という）を入手した。この第三信ビラには、同月二九日ないし三〇日頃に本件ビラ一包五〇〇枚を送付するが、これは人に踏ませるために作成したものであるから、同月三一日の午後一〇時以降翌年一月三日までの間に不特定多数人の歩く路上等にはばらまいて欲しい旨の記載があり、末尾にX₁らの名が記載されていた。

そこで、大阪府警は、本件ビラの作成行為が何らかの犯罪を構成するものではないか検討を重ね、宮内庁へも問い合わせた結果、本件ビラの御名御璽類似部分を作成した行為が刑法一六四条の御名御璽偽造罪に該当するものと判断し、同月二七日に、大阪簡易裁判所裁判官陶山美知彦に、五通の搜索差押許可状の発付を請求した。その請求書には、疎明資料として、前記見本ビラ、第三信ビラおよび宮内庁への問合せ結果が添付されていた。

これにつき、同裁判官は、同日、各搜索差押許可状を発付し、それにもとづいて、司法警察員らは、同日、搜索を実施し、本件ピラ等を押収した。右の許可状には、被疑事実の要旨として次のように記されていた。

「被疑者氏名不詳らはW R I 日本支部（戦争抵抗者インターナシヨナル日本部）の構成員又は同調者であるが、共謀の上、天皇陛下に関する誹謗図画を散布し、不特定多数人に踏絵させることを企て、昭和五九年一月中旬ごろ某所において、天皇陛下の顔写真入りのはがき大のピラに天皇陛下の御名である「裕仁」の署名及び御齣を記した文書を転写登載し、もつて御名御齣を偽造したものである。」

これに対し、原告らは、同月三一日、右搜索差押許可状の発付およびそれにもとづく搜索差押処分がともに違憲違法であるとして、その取消を求める準抗告を申し立てたところ、大阪地裁第四刑事部は、翌一九八五年三月五日、右申立のうち差押処分の取消を求める部分につきそれを認容する決定を出した（判例タイムズ五六号二一七頁）。

その後、原告らは、前記大阪簡裁裁判官の許可状発付行為と大阪府警司法警察員の許可状請求行為および搜索差押行為とを違法とし、国と大阪府（被告ら。Y₁およびY₂）を相手取って、本件ピラが使用できなくなった損害、精神的損害、訴訟費用等の賠償を、国家賠償法にもとづいて請求した。これが本件である。その際、原告は、「本件行為は、法制度を著しく濫用して、天皇の特権的地位を強化し、天皇を批判する表現を予防検束的に弾圧するもので、原告らの表現の自由に対する重大な侵害行為である。」と論じている。

これに対して、被告らは、「本件被疑事実については、嫌疑が存在していた。即ち、本件ピラそのものの御名御齣部分については、ではなく、そのピラの御名御齣部分のもとなつている原画について御名御齣偽造罪の嫌疑が存在したものである。本件ピラは、その野線の続き具合によつて明らかなどおり、文章部分と御名御齣部分とを別々に作成し、これをつなぎ合わせて作られたものである。従つて、本件ピラの御名御齣部分の原画が存在している筈であり、しかも、それは、ピラの御名御齣部分から判断して通常人が真正な御名御齣と容易に誤信する外観、形状を備えているものとみられるのである。」と主張した。

【判決理由】 一 被告らの行為の違法性

「本件ピラの御名御齣類似部分は、真正な御名御齣が一辺が九・〇九センチメートルであるのに対して、一辺が約二・五センチ

メートルであつて極めて小さく、また、真正なものは肉筆で書かれ朱肉で押捺されているのに対して、黒一色で印刷されたものであるなど、これが真正のものでないことは通常の人が一見して明白であるし、更に、本件ビラの体裁や記載内容及び第三信ビラの内容からすれば、本件ビラの作成者が右御名御璽類似部分を作成したときにおいてこれを真正な御名御璽として行使する目的を有していたとは到底みる事ができず、従つて、本件ビラの御名御璽類似部分を作成した行為が刑法一六四条の御名御璽偽造罪に該当するものといえないことは明白というべく、前記各搜索差押許可状の請求及び同許可状の発付の時点において、右の嫌疑の存在を認めるに足りる資料は全くなかつた」。

「この点について被告らは、たとえ本件ビラの御名御璽類似部分の作成行為をもつて御名御璽偽造罪の嫌疑がなくとも、同部分の原版を作成した行為については同罪の嫌疑があると主張する。……

しかしながら、御名御璽偽造罪が成立するためには、御名御璽類似の署名印影を真正な御名御璽として行使する目的をもつて作成しなければならず、従つて、同罪に該当するものとして搜索差押許可状を請求しこれを発付するためには、単に御名御璽類似の署名印影を作成したことのみなならず、右署名印影の作成に際してこれを真正な御名御璽として行使する目的があつたことについても嫌疑がなければならぬと解されるところ、前記認定の本件ビラ及び第三信ビラの内容からすれば、右御名御璽類似部分の原版は専ら本件ビラを作成するために作成されたものであると推認することができ、他に右原版をもつて真正な御名御璽として行使する目的があつたことを示す証拠は何ら存しないのであるから、本件搜索差押許可状の請求及び発付の時に於いて右行使の目的の存在についての嫌疑を認めるに足りる資料はなかつたものというべきである。」

……「本件各搜索差押許可状請求書に記載された被疑事実中に、『被疑者氏名不詳らは、(中略)天皇陛下に関する誹謗図画を散布し、不特定多数人に踏絵させようと企て』と記載されていること、……搜索当局は本件各許可状の請求に先立つて本件ビラを作成行為が名誉棄損罪又は侮辱罪に該当しないか検討したが、未だビラが散布されていないので、同罪の成立は認め難いと判断したこと等の各事実によれば、本件各許可状の請求は、本件ビラの散布されることを未然に防ぐことを主たる目的として行われたものではないかと疑わざるを得ない。いかなる理由があろうとも、ビラの配布を予防する目的で搜索差押許可状を請求することは、表現の自由を保障し検閲を禁止した憲法二一条の趣旨に反し、警察官としての権限を逸脱したものであることは言うまでもない。

従つて、本件各搜索差押許可状の請求及び発付は、いずれも違法な行為であり、右各違法な許可状によつてなされた搜索差押もまた、違法なものである。」

「なお、裁判官の行つた争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によつて是正さるべき瑕疵が存在したとしても、右裁判により損害を蒙る者は、まず当該争訟手続内の不服申立方法によつて救済を求めらるべきであつて、右争訟の裁判をした裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行つたものと認め得るような特別の事情がない限り、国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があつたものとして国に対して右損害の賠償を求めることはできないと解すべきである。」

しかし、一般に、争訟とは、権利又は法律関係の存否について関係当事者間に争いがある場合に、国家機関が、当事者の申立に基づき当事者双方の主張を聴いた上で公権力をもつて、右権利又は法律関係の存否を終局的に確定する手続を意味するものと解される。本件において裁判官陶山美知彦がした裁判は、司法警察員が被疑者が罪を犯したと思料されるべき資料を提供してした請求に基づき、被疑者の主張を聴かないでされた搜索差押許可状の発付であり、これは権利又は法律関係の存否の終局的確定を目的としない行政的性格を有する判断作用であつて、争訟の裁判ということではない。」

二 被告らの責任

「被告国の公権力の行使に当たる公務員である裁判官としては、搜索差押許可状を発付する際には、それが国民の住居の平穩と財産権を侵害する性質のものであるだけに、判断には慎重を期し、仮にも嫌疑が無いのに許可状を発付するようなことをしてはならない職務上の注意義務があるところ、大阪簡易裁判所の裁判官である陶山美知彦は、これに反して嫌疑を認めるに足りる資料が無いのに本件各搜索差押許可状を発付したのであるから、同裁判官には過失がある。」

また、「被告大阪府の公権力の行使に当たる公務員である大阪府警察本部所属の司法警察員としては、裁判官に対して搜索差押許可状の発付を請求する際には、可能な限り任意捜査を尽くしたうえ、なお犯罪の嫌疑が存しかつその必要性がある場合にのみこれを行うべき注意義務があるところ、大阪府警察本部所属の司法警察員警部である吉村巳子三はこれに反し、何ら犯罪の嫌疑を認めるに足りる資料がないのに本件各搜索差押許可状の発付を請求したのであるから、吉村には過失がある。」したがつて、被告国

および大阪府には、国家賠償法一条一項にもとづき、原告らの蒙った損害を賠償する義務がある。

なお、「原告らは、本件各許可状によつて搜索差押を行った……司法警察員らにも過失がある旨主張するが、右司法警察員らは裁判所の発付した各搜索差押許可状に基づき本件各搜索差押を行ったのであるから、右各許可状に、許可状としての体裁をなさないなどの形式上の欠陥があつた等の特別な事情がある場合は格別、そうでない限りは右司法警察員らには過失は無いものと解するのが相当であるところ、右特別な事情の存在を窺わせる事実の見当らない本件においては、右司法警察員らには過失があつたものといふことはできない。」

三 原告らの損害

そこで、進んで原告らの損害について判断する。本件ピラは、一九八五年の正月に撒かれることを予定して作成されたものであつたが、本件搜索によつて差し押さえられた分は同年三月頃に返還されたので、結局使用することができなくなつて、右ピラの作成費用の損害を蒙つた。また、「本件各搜索差押許可状の請求及びその発付は、〔X1〕の右表現活動に対する侵害行為であつて、しかも、……右各許可状請求は、〔X1〕の右表現活動を事前に防止することを目的としてなされたものである疑いが強く、本件行為の違法性は決して軽くはない。」しかし、差し押さえられたピラは全体からみればわずかな枚数であること、原告らは被疑者として取り扱われてはいないこと等の諸般の事情を考慮して慰謝料が決定される。さらに、原告ら代理人に対する弁護士費用が損害金に加わる（河田 貢、武田和博、長井秀典）。

【参照条文】 国家賠償法一条一項、刑法一六四条、憲法二一条。

【批評】 この判決への批評を、憲法論の側面で試みるとき、本判決に対しては、それが規範の論理に徹して法問題以外への他事考慮をせず、その結果、本件事案を、現行の憲法を頂点とした諸法のもつ価値基準にもとづいて裁定している点で、またとくに今日の司法状況にも照らして、高い評価をしてよいものと思われる。

本件事案には、憲法論として、象徴天皇制ならびに表現の自由（とくに検閲の禁止）の問題がある他、国家賠償法一条一項の適用範囲、および、刑法一六四条御名御璽偽造罪の成立要件などの論点も存在する。本稿では、右の憲法

問題を中心に扱い、国賠法および刑法上の論点については、これに後に補足的に言及することとした¹⁾。

一 この事案には、天皇ないし天皇制について、これを日本国憲法を頂点とする現行法体系に即していか²⁾に評価するかの問題が基底に存在している。搜索差押許可状の請求者たる警察(官)と発付者たる裁判官の、本事案の取扱いは、これを「不敬」の問題として考え、処理しようとしたものと推認される。すなわち、先に「事実」欄に引用しておいた搜索差押許可状に記載の被疑事実の要旨を手がかりにして考えるならば——そして、この許可状は、裁判所が認定しているところによれば「請求どおりの内容」のものであるから、そこに示されている意思是、請求者(警察)と交付者(裁判官)の一致した意思である——、両者は、この時点ですでに、本件ビラを「天皇陛下誹謗凶画」とみている。判決によれば、搜索当局は「本件各許可状の請求に先立つて本件ビラの作成行為が名誉棄損罪又は侮辱罪に該当しないか検討したが、未だビラが散布されていないので、同罪の成立は認め難いと判断した」という。すなわち、「誹謗文書」とすでにみなしている本件ビラの配布を事前に抑えようとの目的に沿って、しかし名誉棄損罪ないし侮辱罪は成立し難いから、御名御璽偽造罪容疑を理由とする文書の差押えによって右目的を達しようとしたわけである。この点は、先に引用したとおり、判決が看破している。表現の事前抑制の禁止(憲法二二条)は人権宣言の最も強く要請するものの一つであることは言うをまたない。それにもかかわらず、本件の如き無理な措置を搜索当局と許可状発付裁判官が執るに至った原因を考える際、この事件が通常の公・私の印章と署名ではなく、他ならぬ天皇のそれに関わるものであるという要素こそ、基本的なものであると思われる。もっとも、評者は、本判決にかんしては、標記判例タイムズ所掲の判決文以上には判断資料をもたないのであるが、その限りでも、右の推認は可能であると考ええる。ただし、とりわけ、前記許可状が「天皇陛下、下」に関する誹謗凶画を散布し、……天皇陛下、下の顔写真入りのはがき大のビラに、天皇陛下、下の御名である『裕仁』の署名及び御璽を記した文書を転写登載し「云々(傍点は引用者、以下もこととわらない限り同じ)」と書いているのは、法律文書として誠に奇妙である。「陛下」はいうまでもなく敬称であり、そ

れが地の文で続けさまに用いられている。本件の搜索当局ないし許可状交付裁判官は、搜索差押許可状なる法律文書において、天皇に筆が及ぶ折には洩らすことなくそれに敬称を添えたわけである。こうした扱いは、現行法の下で十分な合理性をもつものであろうか、また、こうした法意識は、現行法の解釈・適用に携わる機関が具えているべき法意識として問疑する余地のないほど自然なものであろうか。いずれも否であると考えらる。

もとより、日本国憲法上、日本国および日本国民統合の象徴である天皇は、一定の意味において特別な存在である。その一定の意味とは、天皇という機関が、憲法によって、象徴の機能をいとなむ世襲の独任制機関とされていることに他ならず、その点で特殊性をもつにすぎない。市民と天皇は、尊重さるべき人格、尊厳をもって迎えられるべき人間として同一の平面にあり、基本権を均しく享有している（象徴としての特殊性から天皇については一定の権利享有が制限されるとみられるが、この点にかんしてはここでは詳述しない）。また、国家機関としての天皇は、他の諸機関と並んで国家の機能の一部を分担しているものであり、それが天皇の場合には象徴機能であるというにとどまる。むしろ、国民主権原理に着目するなら、わが憲法は、原理上、君主主権を排除して国民主権を基底に据え、君主制としての天皇制を、国民主権原理を損なわない限りでの象徴天皇制としてのみ残存させたものであり、現行天皇制は国民の意思に依存しており、国民は、主権者として、天皇制の変更、存廢について、他の国家的諸問題についてと全く同様に、その決定権を自己の掌中に把握しているのである（一条後段）。現行法上の天皇は、明治憲法時代の如き、「神聖」ないし「不可侵」な性格をまとった存在では全くなく、他の公人とは区別された特殊な保護法益を形成するものではない。——以上のような見解は、現行憲法の常識的な解釈に属するものであるが、搜索差押許可状の如き法律文書においてまで天皇について記す際に「陛下」を付する如き法感覚は、いかにも旧憲法的である。

右に述べたところを敷衍するに、天皇に対する国民の言動を、「不敬」の問題として問疑することは、現行法上許されるものではない。刑法典にかんして、日本国憲法施行の年に、刑法第二編第一章「皇室ニ対スル罪」（七三条〜七

六条、この中に不敬罪が含まれていた〔天皇に対する不敬の行為については、七四条一項〕が全文削除され（一九四七年一月一五日施行の刑法一部改正）、天皇ないし皇族に対する犯罪も、特別の犯罪範疇を形成するものでなくなっている。本罪案で問題となった刑法一六四条御名御璽偽造罪は、なるほど一般の公印・公の署名の偽造罪（刑法一六五条）に比して刑が加重されているが（後者が三月以上五年以下の懲役であるのに対して、前者は二年以上の有期懲役）、これは、「不敬」の観点からそのように定められたものでなく、象徴天皇は国政権能を有せず専ら形式的儀礼的性格の国事行為のみを担当するものとして、法令の公布・外交文書の認証等、それ自体重大な国家活動に、署名・捺印という行為をすることに関わることを主要機能とする国家機関であることにかんがみての規定であるといえる。換言すれば、刑法が御名御璽をその偽造から相対的に強く保護しようとしているのは、それが何か「神聖」なものであるからでなく、一個の公的署名・印章として、他に比べて、相対的な——右に述べた意味での——重要性をもつものであることに因っているのである。

もっとも、この問題にかんするこれまでの判例の態度は、すつきりしていない。周知の、いわゆるプラカード事件では、第一審（東京地判一九四六・一・二刑集二巻六号六〇三頁）は、不敬罪は降伏文書調印後廢止され、それ以後においては、天皇に対する誹謗侮辱には名誉毀損罪が適用されるとしたが、第二審（東京高判一九四七・六・二八刑集二巻六号六〇七頁）は、名誉毀損罪の特別罪たる不敬罪が実質的に存続するとの見解を採り、また、上告審（最大判一九四八・五・二六刑集二巻六号五二九頁）でも、斎藤悠輔裁判官の少数意見は、不敬罪の法益は消滅したのではなく、刑法改正によって名誉毀損罪の罰条が一年以下から三年以下に重くなつたこと等からみて、「不敬罪の規定は廢止されたのではなく、〔刑〕法第二三〇条（「名誉毀損罪」）及び第二三二条（「侮辱罪」）に変更されたことも明白である」と主張している。学说にも、憲法一条の規定する天皇の象徴としての地位から、象徴侮辱罪や象徴否認罪の新設も論理的には可能であると⁽³⁾する意見がある。しかし、それらは、先叙のところからして、日本国憲法の下での象徴天皇制の法的性格を正解

したものとはいえないのである。

これにひきかえ、本判決は、この問題を正しく処理している。判決は、問責されようとした文書について、それが批判している対象が天皇（制）であるということを、この文書を法的に評価する場合の要素とする態度を正当にも採らなかつたのである。すなわち、判決は、御名御璽偽造罪の成立要件を、公の署名・公印の偽造および私署名・私印の偽造の場合と同一に扱い、「真正なものでないこと」が「一見して明白であ」る場合や、また、「御名御璽類似の署名印影を真正な御名御璽として行使する目的をもつて作成し」たのでない場合には、同偽造罪は成立しない、としたわけである。このような見地は、本判決に先立つ、捜索差押処分取消の準抗告申立に対する大阪地裁決定でも採用されていたものであって、そこには次のような明瞭な判示がみられる。

「刑法が第一章において印章偽造の罪を設けているのは、印章・署名が、ある事項と特定の人の間に一定の連絡のあることを証明するという社会生活上重要な機能をもつことに鑑み、その真正に対する公共の信用を保護する趣旨に出たものであるから、偽造といえるためには、通常人をして特定人の印章・署名と誤信させるに足りる程度の外観・形状を備えていることを必要とし、かつ、それで十分であるが、通常人の合理的判断の下で一見して明白に、印章・署名が真正なものとは認められない場合には、印章・署名の偽造は成立しないものと解され、このことは、私印である、公印・公記号であると、はたまた御璽であると、偽造の客体の種類によつて異なるところはなく、ただそれらをもつ社会的機能の重要性の程度に従つて法定刑に差異が設けられているにすぎないから、刑法一六四条の御名御璽偽造罪の成否についても右に述べたところに従つて判断するのが相当である。」

と明示しているのである。

本事実の基底に横たわっている天皇（制）評価の問題ないしその法的裁定のあり方について、私は、判旨に賛同しつつ、以上のとおり考えるものである。付言するに、原告らが天皇（制）風刺の目的をもつて本件の行為に出たことについて（原告主張は、「本件ピラは、昨今のマスコミ等が作り出している天皇ブームの風潮に対し、風刺のおもし

るおかしきをもって一石を投じようとするもので、いわば警世警句的な表現とその表現活動に外ならず、問題とされている御名御璽部分は、パロディによる文学的表現の一部に過ぎない」と述べている)、私は、原告らの手段が右目的の達成のために適切であるとも、また、本件ビラの内容が現今の天皇(制)をめぐる現象に対して批判的見解をもつ多くの人々の共鳴を得るにふさわしいものであるとも考えていない。しかし、公権力が原告らの行為をこの事案に示されたような仕方規制することには、日本国憲法を頂点とする現行法上いかなる根拠も見出しえない、と判断するのである。

二 次の憲法的論点は、表現の事前抑制の問題にかかわる。本判決は、本件搜索差押許可状の請求・発付行為を、表現活動に対する事前防止の目的に出たものとして憲法二一条に違反すると判断している。すなわちいう、「本件各許可状の請求は、本件ビラの散布されることを未然に防ぐことを主たる目的として行われたものではないかと疑わざるを得ない。いかなる理由があろうとも、ビラの配布を予防する目的で搜索差押許可状を請求することは、表現の自由を保障し検閲を禁止した憲法二一条の趣旨に反し、警察官としての権限を逸脱したものであることは言うまでもない。／従つて、本件各搜索差押許可状の請求及び発行は、いずれも違法な行為であり、右各違法な許可状によつてなされた搜索差押もまた、違法なものである。」(／は改行を示す)、またいう、「本件各搜索差押許可状の請求及びその発付は、「X₁」の表現活動に対する侵害行為であつて、しかも、右各許可状請求は、「X₁」の表現活動を事前に防止することを目的となされたものである疑いが強く、本件行為の違法性は決して軽くはない。」と。右に傍点を付した部分に留意して読めば、判決は、表現の自由を侵害するものとして搜索差押許可状を請求した行為とそれにもとづいて同状を発付した行為の双方を格別には区別することなく掲げ、かつ、そのコローリーとして、右許可状にもとづいてした搜索差押行為をそれに加えていることがわかる。ここでは、許可状請求者・搜索差押者が警察官であるのに対し、許可状交付者が裁判官であること、つまり、事前抑制の主体が行政権である場合と裁判所である場合とが区別さ

れることなく論じられている。

この点にかんし、憲法二一条の定める、表現の事前抑制禁止の理解をめぐって、学説上、一般に次のような対立がある。すなわち、通説の見解は、同条二項にいう検閲を、「公権力が外に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、不適當とみとめるときは、その発表を禁止すること、すなわち、事前審査を意味する。」(この引用文の傍点は、原著者による)とし、表現の事前抑制はすべて検閲に該るものとして禁止されると説く。⁴⁾これに対し、少数説ながら最近有力なものとして、二項の検閲について、それが絶対的禁止であることを重視して、その主体を行政権に限定し、裁判所による事前差止め等は、表現の優越的地位にもづいて一項が当然に内包している事前抑制の原則的禁止法理との関係でこれを論ずる立場がみられる。⁵⁾最高裁判例では、いわゆるポルノ税関検閲訴訟の大法廷判決が、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上、不適當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」を指すとの判断を示し、次いで北方ジャーナル事件大法廷判決は、そこで争われた雑誌出版の事前差止めを命ずる仮処分について、右判断を踏襲してこれを検閲に該当しないとしたうえで、一項の事前抑制禁止原則の例外に該るものとしてこれを容認している。最高裁判例の、このような狭い検閲理解からすれば、およそ現代世界の立憲国家における、想定可能な公権力による表現に対する事前審査で、右の定義に該当するものは見出し難いから、二一条二項の検閲禁止は、ほとんど実質的意義をもちえなくなる。ただ、本稿は、この論点について詳細な検討をする場ではないので、ここでは、以上の概観にとどめておきたい。本判決の場合は、この事案で裁判官のした搜索差押許可状発行行為は、事前差止めの仮処分命令行為に比べてさえ、著しく行政権の行為に近似した性格のものであるから、検閲概念とくに検閲主体の問題について立入った議論をする必要はなく、判決が、搜索差押許可状の請求・発行は「表現の自由を保障し検閲を禁止した憲法二一条の趣旨に反」するとのみ述べているのもそのゆ

えであろうと思われる。

三 なお、付言的に、国賠法上の問題および刑法上の問題に触れておきたい。

(一) 警察官の搜索差押許可状請求行為に対して国家賠償法一条一項の適用があることはほぼ論ずるまでもないものであるが、裁判官のする許可状発付行為をめぐっては、これを裁判官の裁判について右法条の適用があるかという形に一般化した場合には、従来より学説の対立があり、一応検討しておいてよいものとなる。

すなわち、裁判への国賠法一条一項の適用を（制限的にせよ）肯定するか否定するかかの岐点となるのは、確定裁判の適否を審判の対象とすることは裁判の法的安全性を害することになるか、手続内において設けられた第一次的救済手段を用いなかったため生じた損失を国民全体に転嫁することは負担の均衡を失するといえるか、また、裁判の適否を他の裁判官が審査することは裁判官の独立を害するものとみるべきか、などの諸点である。学説および最高裁判例では、かつては適用肯定説が支配的であったが、その後適用否定説が台頭し、下級審判例も区々に分かれるに至っているときれる。最近の最高裁判決（最二小判一九八二・二・一二民集三六卷三三九頁）は、「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によつて是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによつて当然に国家賠償法一条一項の規定という違法な行為があつたものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法または不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別な事情があることを必要」とすると解すべき旨判示して、適用制限説を採つたものとも、あるいは、適用肯定説を前提にしながら違性の判断を限定したものとも受け取られている。

本判決は、右の最高裁判例にもとづきつつ、搜索差押許可状の発付という、本件において簡裁裁判官のした裁判は、権利または法律関係の存否の終局的確定を目的としない行政的性格を有する判断作用であつて、争訟の裁判では

ない、としたものである。これは、妥当な判示とされようし、また、ここという「争訟の裁判」とはいかなる裁判を指すかを考えるについての一事例を提供したものと見えよう。

(二) 本件は、刑法一六四条御名御璽偽造罪の成否にかんする最初の裁判例とされる。同罪については、これまで実例が存在しなかったことにも因つてか、それが公印等偽造罪の特別罪であると説明する以上には、刑法文献上、詳細な叙述は見当らない。憲法学も、この御名御璽偽造罪についての検討を殆んど全く等閑に付してきたように思われる。本判決は、先に述べたとおり、これに対する正当な憲法的評価を土台にして右条項についての適切な法的処理を行なった。こうした好個の実例が出されたことを一契機として、憲法学・刑法学の双方とも、この問題のより深い考察を課題として負つたように思われる。

註

- (1) 本判決への評釈として、中谷実「天皇風刺ビラ押収事件」ジュリスト八六七号(一九八六年九月一日号)八六一―八七頁〔下級審・時の判例〕がある。(また、江橋崇「天皇風刺ビラの事前抑制と検閲禁止原則・違法な差押の国家賠償」法学セミナー三八五号(一九八七年一月号)一四四頁も出されたが、本稿の三校段階であり、参照していない。)
- (2) 学説中には、また有権解釈においても、象徴であることから天皇の一群の公的行為が導き出されるとする見解がある。これを批判的に検討したものと、参照、拙稿「天皇の行為をめぐる憲法解釈についての覚え書き——『おことば』にかんする清宮説への一疑問」南山法学九巻二号(一九八五年)三一頁以下。
- (3) 柳瀬良幹「人權の歴史」(一九四九年)三頁。
- (4) 宮沢俊義「憲法Ⅱ・新版」(法律学全集、一九七一年)三二六頁。また、芦部『現代人權論——違憲判断の基準』(一九七四年)は、この立場をとりつつ、憲法の禁止する検閲は、事前検閲の意味に限られ発表後の事後検閲を含まない趣旨かどうかという点につき、「事前・事後を、発行を基準として厳密に区別せず、発行後に内容を検査するものであつても、たとえ明治憲法下の内務大臣が有していた書類等の発売禁止のように、思想の自由市場から一定の書籍等を強制的に隔離して、実質的に事前検閲と同視しうる影響を表現の自由に与える場合は、これを憲法の禁ずる検閲に当る」(一一六頁)として、

検閲概念をより広く構成している。なお、極く最近の文献として、「北方ジャーナル」事件最高裁判決を論じた阪本昌成「ブライヴァンシー権と事前抑制・検閲——主に表現の手続的保障の視点から」(ジュリスト八六七号(一九八六年九月一日号))は、「規制主体が行政権に限定される必然性はなく、裁判所による規制の場合であっても、非訟手続による以上、検閲に該当する」(一五頁)とする。

(5) たとえば、佐藤幸治「表現の自由」芦部編『憲法Ⅱ人権(1)』(一九七八年)四八七頁。また、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法・上巻』(一九八四年)五〇三頁(浦部執筆)は、「検閲は、歴史的にも、また現実にも、主として行政権との関係で問題となることが多いのであるから、検閲禁止の絶対性を貫くために、ここでは、むしろ、検閲主体を行政権にかぎるのが適当であるように思われる。」という。

(6) 最大判一九八四・一二・一二民集三八卷一二号一三〇八頁。

(7) 最大判一九八六・六・一一判時一九四号三頁・判タ六〇五号四二頁。

(8) 本判決を掲載する判例タイムズ六〇一号のコメントーターによる解説は、この国賠法上の問題だけをとり上げて、委細を尽くしたものとなっている。本文の三(一)の叙述も、これにもとづいている。

(9) 参照、この事案についての本件訴訟に先立つ準抗告申立に対する大阪地裁決定を掲載した判例タイムズ五五六号二一七頁のコメント。

(10) たとえば、中山研一『刑法各論』(一九八四年)四五六頁。

(一九八六年九月二二日)

追記 中谷実教授には資料提供を受け、ここに記して感謝します。