

検閲の禁止に関する「絶対説」覚書

久保健助

1. はじめに

本稿で「絶対説」というのは、日本国憲法 21 条 2 項前段に関する一つの解釈であって、同項による検閲の禁止は絶対的なものであり、公共の福祉を理由として検閲を例外的に認めることも許されない、とするものである。

いわゆる札幌税関事件判決（最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁）は、この立場をとるものであるとする理解が一般的である。同判決の該当部分は次のようなものである。

「憲法 21 条 2 項前段は、『検閲は、これをしてはならない。』と規定する。憲法が、表現の自由につき、広くこれを保障する旨の一般的規定を同条 1 項に置きながら、別に検閲の禁止についてかような特別の規定を設けたのは、検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制約となるものであることにかんがみ、これについては、公共の福祉を理由とする例外の許容（憲法 12 条、13 条参照）をも認めない趣旨を明らかにしたものと解すべきである」¹⁾。

ここに見られるように、表現の自由の保障は少なくともその内容の一つとして、表現行為に対する事前抑制の禁止を含んでいると考えられてきた。また、いっばんに検閲は、表現行為に対する事前抑制と同義またはその一類型と考えられるから、いずれにせよ同条 1 項の「一切の表現の自由…を保障する」という規定に、検閲の禁止が含まれていることになる。にもかかわらず、2 項が改めて検閲の禁止をいうのはなぜであるか。日本国憲法 21 条に関しては、かかる問いが生じる。

この点について概ね二つの説がある。

1) 新村正人「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇（昭和 59 年度）483 頁以下を参照されたい。

甲説は、2項に言われる「検閲」と事前抑制とは同義であると解し、2項前段は1項の含意を改めて強調するものにとどまる、とする。また、この説は検閲の主体を「公権力」とする。こうした解釈は、日本国憲法施行後の比較的早い段階から唱えられ、ながく「通説」とされてきたものである。この立場は、公権力によるすべての事前抑制を検閲とするから、何らかの条件の下で例外的に一定の検閲を認める場合がある。他方、この立場を採りつつ絶対説を採る場合には、表現行為の差止めのような司法権による事前抑制も禁止されることとなりそうである。

これに対して、乙説は、2項にいわれる「検閲」は、事前抑制のうち行政権を主体として行われるもののみを指すとする。そして、2項で改めて検閲を禁止しているのは、その余の事前抑制とは異なり、行政権による事前抑制すなわち検閲は絶対的に禁止されるという意味であると解する。乙説が明確に唱えられたのは1978年のことである（芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（有斐閣大学双書）「表現の自由」の項）。

両説における検閲の主体についての捉え方に着目して、甲説を「広義説」、乙説を「狭義説」と呼ぶのが一般的である。

上述の大法廷判決の上記引用部分は、上述した限りの意味で乙説と同様の立場を採るものといえる。しかしながら、乙説に立つ学説は税関検査による「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」の輸入禁止を検閲に該当し違憲であるとするのに対し、同判決はこれを検閲には該当せず違憲とはいないと判断した。その理由は、両者（学説と判決）における検閲の概念規定が、その主体において一致している点を除き、大きく異なるものだったからである。多少図式的に示すならば、以下のようになる。

【乙 説】

〔①検閲とは行政権による事前抑制＋②検閲は絶対的に禁止〕＋⑤拡張的な検閲概念の理解 → 税関検査は検閲に該当し、違憲の疑いが濃厚。

【最高裁】

〔①検閲とは行政権による事前抑制＋②検閲は絶対的に禁止〕＋⑦非常に狭い検

関概念の理解 → 税関検査は検閲には該当しない。

繰り返すが、乙説に立つ学説と最高裁が採用した立場の共通点は、①「検閲」の主体の理解と②「検閲」禁止の絶対性、にとどまる。両者は、検閲の具体的な概念規定のうち、その「主体」に関する一致を除き、重要な点（検閲の対象となる表現行為の範囲、検閲とされる抑制の行われる時点等）については、まったく逆というべき方向性を有している。したがって、乙説（狭義説）に立つ学説を上記の①②のみならず、㉞「拡張的な検閲概念の理解」をも包含する説ととらえるならば、最高裁の立場をも「狭義説」と呼ぶことは、控えめに言っても大いにミスリードということになる。この点については、2002年の拙稿で既に指摘したところである。

もともと、このような私見はもっぱら㉞、㉟にポイントを置いた見方から来るのであって、むしろ①②の共通性に重きを置くとすれば、両者の近似性こそが強調されるべきことになるかもしれない。じっさい、最高裁が絶対説を採用したことの重要性を指摘する有力な見解がある。

たとえば、奥平康弘は「もし表現の自由保障にとって、今回の大法廷判決がメリットをもつところあるとすれば、この、検閲の絶対的禁止を宣言した箇所こそがそれだ、ということになるであろう」（ジュリスト 830号（1985）13頁）という。税関検査は検閲に該当し違憲であるとの立場から同判決に示された検閲概念および税関検査へのその当てはめに対する疑問と批判に終始する当該論考の趣旨からすれば、この引用部分も皮肉や揶揄を込めた言及と読むのが常識的な読解ということになるかも知れないが、奥平の別の論考にも同様の言及が現れていることは興味深い（別冊法学教室『憲法の基本問題』（1985）98頁）。また、はやくから税関検査の違憲性を繰り返し指摘し、本件判決には最高裁判事として参加していた伊藤正己による回想の一節は、さらにこのポイントを強調している。

「税関検査の違憲判断が少数意見であっても示された場合、これを合憲とする多数意見の論拠は、公共の福祉を明言するかどうかは別として、そのような公的な利益によって検閲もまた許される場合があるという一般的法理があらわれる可能性が高いのである。そのような法理が大法廷の判例となるよりは、検閲は、たとえそこでの検閲概念が狭く限定されることとなるとしても、憲法21条2項前

段の規定により絶対的に禁止されるものであり、対立する公益を考慮することなしに違憲となるとの判断を引き出すことが望ましいのではないか」（『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）41～42頁）。伊藤はかくして、②を獲得すべく、上記②を受け入れたのだと受け取れる記述を残している²⁾。

そこで本稿では、以上のような意味での②の重要性にかんがみ、憲法施行前後から1960年代までの学説を中心に、検閲禁止に関する「絶対説」生成の経緯を素描してみたい。

上記最高裁判決における憲法21条解釈は、後続の判決において繰り返し言及・引用され、すでに先例的地位を得ているといわれる。いっぽう、同事件で争われた税関検査制は、その後の法改正の際にも実質的にはほとんど手直しされることなく30年余を経ている。文言の不明確性のゆえの違憲の判断を示した伊藤裁判官らの反対意見もものかきである。他方でこの間、例外的に容認される余地ありとされた司法権による事前抑制（出版物の事前差止め）については、詳細な理論的蓄積がなされてきた。ある意味では皮肉な状況が展開されている。「絶対説」についての考察は、かかる状況の理解について重要な鍵となるのではないかと考えるのである。

2 日本国憲法施行前後および初期の学説等

まず、制憲議会における表現の自由保障に関するやり取りを見ておこう。総論的なものではあるが、参考として簡単に触れておく。

清水伸編『逐條日本国憲法審議録』（有斐閣、1962年）第2巻には、金森国務大臣の次のような答弁が見られる（以下の条数は明治憲法改正案におけるもの。（）内が現憲法の条数を示す）。

「第19条（憲21条）の集会結社及び言論出版と云うものの自由が強すぎるのじゃないか、それが為めに濫用されて、寧ろ世の中の秩序を妨げるのじゃないか、斯う云うような御質疑があったと思いました。それは第11条（憲12条）をご覧になれば分かりますので、この出版の自由は絶対的のものではないのでありま

2) この点に関しては、工藤達朗「学者と裁判官のはざままで」法学教室247号（2001年）32頁、齊藤愛「裁判官と学者の間」法律時報87巻12号87を参照されたい。

して、第 11 条に依って制限せられ、公益の中にあるわけであります」(455 頁。6 月 28 日衆議院本会議。引用文中の下線は久保。以下同じ)

また、次のような質疑応答が記録されてもいる。「[質問者] 竹谷源太郎…将来国家が内乱、騒擾その他の非常に緊急な非常事態に遭遇致しました場合、結局実力が必要になってくる。…第 19 条 (憲 21 条) の集会、結社、言論、出版、検閲、これ等は保障されております。これがそうした事態発生の場合にも絶対的に保障されるのであるか、それとも自然法学的の考えで、或る程度これに制限が設けられ得るのであるか、この二点をお伺い致したいと思います」。

この質問に対する金森國務大臣の答弁は次の通りであった。「第 19 条の規定、殊に第一項に於きまして結社出版言論その他一切の表現の自由はこれを保障すると云うことがあるのであります。これは充分国民の基本的権利として保障する趣旨を明かにして居ります。併しこれに関しましては第 11 条 (憲 12 条) の規定がありまして、『国民はこれを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉の為にこれを利用する責任を負う』と云うことがありますが故に、国家非常の場合に於きまして必要なる枠の中に於いてのみこの権利が保障せらるることは当然であります。而もそれが妥当なりや否やと云うことは、最高裁判所が決定することとなる次第であると考えます」(458 頁。7 月 9 日衆議院憲法改正案委員会)。

本稿の関心から敢えて指摘すれば、質問中の列举に「検閲」が含まれているのに対し、金森答弁はこれを含めて公共の福祉に基づく枠付け (制限) があり得るとの答弁をなしている点が注目される。もともと、ここでは明治憲法 29 条における「法律の留保」が外された形での自由保障について、どのような規制があり得るのかについての原初的なやりとりとして理解しておくのが妥当かと思われる。

憲法施行後初期の憲法概説書として美濃部達吉『新憲法逐条解説』(日本評論社) (1947=昭和 22 年 7 月) がある。同書においてすでに、「検閲は全くこれを禁止して居る」との記述を確認することが出来る。

美濃部は、「集合・結社・思想表現の自由」の項において次のように述べている。「此等の自由は旧憲法 (29 条) に於いても等しく保障されて居た所であるが、旧憲法には『法律ノ範圍内ニ於テ』という制限が附せられて居たのに反して、本条には何等の制限もなく無条件に其の自由を保障している。／併し是れも絶対に無制限であるというのではなく、公共の福祉に反するような濫用が許されないこ

と(12条)は前に述べた通りで、此の限度に於いて法律を以て之を制限することは、敢て本条に抵触するものではない。唯集会・結社・演説・著作・出版の自由は、政治的又は社会的活動には勿論学問的又は芸術的生活にも欠くべからざる必須の条件であり、之に対する制限は其の極端な濫用を抑制する為の最小限度に止まらねばならぬ(59~60頁)。

美濃部は表現の自由が保障される意義について触れたうえで、その抑制は「極端な濫用」を抑制する目的の「最小限度に止」められるべきことを強調する。その際、21条が「無条件に其の自由を保障している」としつつ、「絶対に無制限」ではなく、その濫用には法律を以てする制限があり得る旨を明言する。「無条件」の保障は法律の留保の不存在を言うのであって、「絶対に無制限」を意味するものではないというのが、ここでの美濃部の用語法である³⁾。

検閲の禁止に関する記述がこれに続く。「事前の検閲は殊に出版について行われるのが普通であるが、演説に付いても思考し得べく、而も本条は其の何れを問わず、事前の検閲は全く之を禁止して居る。思想表現の自由を不当に拘束する嫌を免れないからである」(60頁)。

検閲の対象は出版のみならず演説をも含むとしている。出版・演説については、「検閲」を「全く…禁止」していると解している。ただし、「事前の検閲」とされており、例えば出版であれば、印刷・発行まえの審査のごとく、表現行為に先立つ審査に限定されている。日本国憲法21条2項にいう「検閲」を「事前検閲」ないし「事前審査」とする理解は、以後長く踏襲されてゆく。

いっぽう、「全く…禁止」については、これを絶対説の如く、いっさいの例外を許さない、という迄に徹底した意味で述べられているのか、については判断を留保するほかないが⁴⁾、日本国憲法施行後間もない時点での美濃部達吉による概

3) 法律の留保のない憲法上の権利保障規定をどのように理解すべきかについて、田中二郎「基本的人権の保障——その限界論について」自治研究26巻2号(1950年)が参考になる。

4) おなじ月に出版された『新憲法概論』(有斐閣)には、検閲にかかる記述はないが、表現の自由一般についての記述の中に、次のような一節がある。美濃部における「絶対」という文言の用例として一応の注意が必要かと思われる。「…新憲法には此の如き制限〔法律の留保〕を除き絶対に侵すべからざる自由として之を保障している。それは戦時に於いて此等の自由が極度に圧迫せられて居たのに対し

説書に「全く…禁止」の言があることは指摘しておくに値するであろう。

つぎに、初期の体系的な注釈書である『註解 日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953＝昭和28年11月）は、21条を「思想表現の自由」との見出しの下に解説している。清教徒革命後の「人民協定 An Agreement of the People」から説き起こし、旧憲法・外国憲法との比較を前置して、註釈に及ぶ。

その423頁で、アメリカとの関連で次のような叙述がなされている。「新憲法の基本観念は、右の米国的自然法思想に立っているものと認められるから、本条の思想表現の自由の保障も、法律はもとより、憲法改正を以てしても制限しえない絶対的な自由の保障規定と考えられる」。旧憲法との比較において、この憲法が自然権思想を背景に表現の自由を人権として保障しているという点を強調するものである。

そして、「一切の表現の自由」とは、言論、出版のほか「絵画、音楽、映画、演劇などの手段による思想の表現」を含み、「これらに関する自由の保障も無条件であって、法律を以てしても、この自由の濫用に対して、刑罰を科し又は民事的賠償責任を負わしむる以外に、行政的制限（例えば、発売頒布の禁止・発言の中止など）を加えることはできない」とされている。

自由を保障されるべき表現行為の拡張とともに、その濫用に関する記述は特に興味深い。すなわち、この自由の濫用に対する制裁として民事・刑事の事後的制裁と区別して、「行政的制限（例えば、発売頒布の禁止・発言の中止など）」が範疇化され、表現の自由の濫用の場合にも「これを加えることはできない」とされているのである。すぐあとに、検閲に関する記述が続く。

「検閲を行うことができないのは、上述の解釈からは当然の結論であるが、本条にこれを特に明記したのは、わが国の過去の实情に鑑みてのことであると思われる。検閲とは、特に、思想の発表に先立って予めこれを検閲する事前検閲

ツダム宣言に於いて既に『言論、宗教及び思想の自由並に基本的人権の尊重は確立せらるべし』と要求した当然の帰結とも見るべきものであるが、併しそれが為に此等の自由は絶対的に不可侵であり、如何なる場合にも国権を以て之を制限することは許されないと解すべきではない」（107～108頁）

むろん文意は、議会制定法による制限である以上はこれに甘んじざるを得なかった旧憲法下とは異なり、その濫用にわたる場合を除けば、法律を以てしても侵すことが出来ない、ということであるが、比較的短い記述内での二様の「絶対」が用いられている。

(Vorzensur) を意味し、この方法の濫用によって、思想表現は不当に圧迫されうる。実際に太平洋戦争に先立つ数年間の思想統制は、主として検閲の方法を通して行われて来たことは周知の通りである。諸外国でも、事前検閲の方法が憲法上禁止されている例が多いのは、それが言論出版の自由を不当に圧迫する手段となりうるからである」(426頁)⁵⁾。

「行政的制限」と「検閲」のそれぞれの意味および両者の関係は必ずしも明瞭ではない⁶⁾。前者の例として「発売頒布の禁止・発言の中止など」が挙げられるのに対し、検閲の禁止は「事前検閲 (Vorzensur)」（前述のように発表前の許可制を指すと考えられる）の禁止を意味するというから、いちおう後者がより狭い概念とも考えられるが、事前検閲の主体を行政権に限定する旨明言されているわけではない。したがって、ここで言われる事前検閲が一義的に行政的制限の一部に限られるとは言えない⁷⁾。ただ、事前検閲の禁止が、司法的手続きを経た刑罰および民事的賠償責任とは区別されるべき「行政的制限」の禁止からの「当然の結論」とされているのであって、すくなくとも行政権による検閲の禁止が特に強調されているということができよう。

5) 「太平洋戦争に先立つ数年間の思想統制」については、平出禾『戦時下の言論統制：言論統制法規の総合的研究 増補版』（柏葉書院、1944年7月）が参考になる。

6) この点については、奥平康弘「表現の自由」『表現の自由Ⅰ』（有斐閣、1983年）71頁（初出『宮沢俊義先生還暦記念・日本国憲法体系第7巻』（1965年））に若干の言及がある。

7) ちなみに、『註解』における「絶対的」の用法については、さらに全般的な検討が必要であるが、21条に関する記述に限定するというならば、もう一箇所、通信の秘密に関して現れる。すなわち、「通信の秘密の保障は絶対的であり、その通信が犯罪行為である場合のほかは、国家はこれを侵害し得ない」とある。

この点からみても、『註解』における「絶対的」は、「法律の留保なしに」と同じ意味で用いられているものと考えられる。429頁註4の冒頭で「表現の自由を濫用して、現実には危険を生じた場合に、これに刑罰を科することは違憲ではない」と明言されている。

なお、後続の諸論においては次第に触れられなくなっていくのであるが、「この検閲の禁止は、第二項に通信の秘密とともに規定されているけれども、第一項の表現の自由にとっても不可欠のものであるから、規定の位置は重要な問題ではなく、それは通信の検閲だけを禁止しているのではない」との指摘がなされているように、検閲の禁止が何故に「第二項に通信の秘密とともに規定されている」のかは興味ある論点である。第一項の後段（第二文）として置く方が上記の解釈とはより適合的であるように思われる。

ここには「絶対」「全く」といった言及はないが、表現の自由が自然権思想基礎づけられている以上、その濫用に対する民事・刑事の事後的制裁ですら、無限定のものであり得ない。そうであるとすれば、それらよりも強い程度に排除されている「行政的制限」と関連付けられている検閲も、同様に強い程度に排除されていることになろう。

鵜飼信成『法律学講座 憲法』（弘文堂、1954＝昭和29年）においても「行政的権力的干渉」と「検閲」の関連についての記述が見られる。

「言論、出版その他一切の表現の自由が保障される。この中には、音楽、映画、演劇などによる思想の表現も含まれ、芸術の領域においても、違法な行政的権力的干渉は受けないということが十分に保障されている。この点では、とくに、『検閲』の許されないことが明記されていることに注目しなければならない。出版に対し、事前に検閲を加えて、これを統制することは、権力の濫用の危険をいちじるしく大きくするもので、かつての思想統制は主としてこの方法によって行われた」（77～78頁）

鵜飼は別途「公共の福祉」による自由権への制限の可能性について記述しており、司法手続きによる刑事・民事の制裁の可能性はそこで述べられている。この箇所では、それを前提に、表現の自由保障の中核が「違法な行政的権力的干渉を受けない」ことにある旨を述べている。この「違法な行政的権力的干渉」の禁止を受けて、とくに検閲への言及がなされている点は、前記『註釈』と同様の説明であって、検閲の、すくなくともおもな主体が行政権であることが示唆されている。

その「検閲」に註して鵜飼は次のように述べている。「旧憲法下でも出版物の検閲は法律で認められていたものではないが、行政官庁に発売頒布の禁止その他の強力な権限が認められていた結果として、事実上事前の検閲を求めて、取締による被害を軽減しようと試みた。これが官庁に強大な思想統制権を与える結果となった」（79頁）。

ここでの鵜飼の認識では、明治憲法下の出版法、新聞紙法による内務大臣の発売・頒布禁止制度（印刷発行後、発売・頒布前に行われた審査及びそれに基づく禁止権限の行使という制度）は、「出版物の検閲」に該当するものではない⁸⁾。そして、この権限の行使による「被害を軽減しようと試みた」出版社の側から、

内務省担当部局による事前の（印刷発行に先立つ）審査、すなわち「事前の検閲」が求められた（いわゆる内閣）。これが旧憲法下での「出版物の検閲」だといっているのである。但し、内閣は法律外のものであるから、「事実上」が附されている⁹⁾。

鵜飼の記述には、検閲の禁止の絶対性に関わる記述は見られない。

宮沢俊義『法律学大系コンメンタール篇1 日本国憲法』（日本評論社、1955＝昭和30年）（以下『コメ』と略す）は、宮沢俊義『法律学全集4 憲法II（初版）』（有斐閣、1959＝昭和34年4月）（以下『II』と略す）とともに、1980年代半ばまで長く、通説的地位を保つ「検閲」概念を示している。

『検閲』とは、公権力によって、外部に発表されるべき思想の内容をあらかじめ審査し、必要があるときは、その発表を禁止することを言う（『コメ』247頁）。

「検閲とは、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、不適当と認めるときは、その発表を禁止すること、すなわち、事前審査（Vorzensur, Präventivzensur）」を意味する（『II』357～358頁）。

公権力を主体とする「かような意味の検閲を特に憲法で禁止しているのは、そうした検閲が各国で表現の自由に対して加えられた制限のいちばん普通的方式であり、しかも、そこでの経験によれば、表現の自由に対するかような事前抑制の方式は、民主社会において表現の自由の有する意味を害する危険がとくに大きいからである。検閲の禁止はかように、もっぱら歴史的・経験的に理由づけられる。したがって、表現の自由に対する事前の検閲さえ禁止すれば、そのほかの制限は、憲法の容認するところだというわけではない。」

8) こうした認識がこの時点での、鵜飼に独特のものでないことは後続の検討によって明らかになる。その最たるものは、1978年の佐藤幸治が狭義説を打ち出した論考における一節である。曰く「検閲は通説的定義も説くように事前審査を意味するが、少なくとも、上述の旧憲法下で見られたような内務大臣の発売頒布禁止権の行使態様は検閲を構成すると見るべきである」としている（『有斐閣大学双書 憲法II人権（1）』487頁）。従来、内務大臣の発売頒布禁止権制度自体は、日本国憲法21条2項に言われる「検閲」を構成するものとは認識されず、その「行使態様」に鑑みてはじめてここに言われる検閲の概念に包含される「と見るべき」ことが主張されているのである。

9) 内閣については、奥平康弘「検閲制度（全期）」『日本近代法発達史11』（勁草書房、1967年）162頁註28。牧義之「萩原朔太郎『月に吠える』発行の経緯に関する考察」文学・語学206号（2013年）26頁は、その具体的運用を知るために有益である。

検閲の主体を行政権に限定しないという意味でこの立場が「広義説」と称されることは既に述べたが、両書の記述にはさらに確認しておくべきいくつかの点がある。

第1に、宮澤は日本国憲法21条2項にいわゆる「検閲」を、上記の美濃部、『註解』、鶴飼と同様に「事前の検閲」を意味するとしている。美濃部と『註解』においては明言されていないのであるが、「事前の検閲」という語が両者においても鶴飼・宮澤と同様の意味で使われているとすれば、この時期における当該条項の「検閲」理解は非常に狭いものであったということになる。

宮澤は次のようにいう。「明治憲法時代には、一般の出版物については、検閲の制度はなかったが、内務大臣が出版物の発売・頒布を禁止する権をもっていたので、實際上、あらかじめ出版物を内務当局に提出して非公式に検閲——いわゆる内閲——してもらう習慣が行われていた。だから実際には、検閲が行われていたといっていい。ことに戦争中には、紙の統制を通じて、かなり本式な検閲が行われた（一定の思想的基準に合致しない内容の出版物に対しては、紙の配給が拒否された）。映画については、正式な検閲が行われた」（『II』358頁）^{10）}。

第2に、宮澤は以下の如く当該条項と関税定率法に基づく映画書籍の税関検査に言及し、控えめながらその検閲該当性を指摘しているのである。

「ヴァイマル憲法は、『検閲は認められない』と定めつつ、『但し、映画については、法律で別段の定めをなしうる』とし、さらに『ワイセツ文書撲滅および公演における青少年保護のために、法律的措置が許される』と定めた（同法118条）。日本国憲法では、そういう特別の規定がないから、映画についても、猥褻文書の出版についても、また各種の公演についても、検閲を設けることは許されないと解される。／関税定率法により、税関が、公安風俗を害する映画や文書の輸入を禁止しているのは、本条にいう『検閲』をおこなっているきらいがある」（『コメ』247～248頁）

第3に、『憲法II』（1959＝昭和34年4月）には、以下の記述がある。

「日本国憲法の下では、検閲はいつさい許されない。内務大臣が出版物の発売

10) 同旨『コメ』247頁は、「明治憲法時代には、正式の検閲制度はなかったが、内務大臣が出版物の発売・頒布を禁止する権をもっていたので、實際上、あらかじめ出版物を内務当局に検閲——いわゆる内閲——してもらう習慣が行われた」という。

・頒布を禁止する制度ももはや存在を許されないから、事実上の内閲も行われる余地がない。、『Ⅱ』357～358頁)

上記のように「検閲」という語を狭く「事前の審査」に限定しつつも、美濃部の「全く…禁止」と同様、検閲が「いっさい許されない」としている。宮沢説が以後の検閲の定義における通説的地位をえたことと相俟って、この「いっさい」は後続の論議に少なからぬ影響を与えたものと考えられる。しかし、次に見る伊藤正己の論考は、こうした絶対説の系譜ともいべき流れとは、はっきり異なる立場を打ち出す。

順序が前後するが、宮澤『憲法Ⅱ』の前年に、1954～56年の米国留学の成果たる伊藤正己『言論・出版の自由』(有斐閣、1959=昭和34年2月)が出る。

後年樋口陽一は同書について次のように記している。「戦前からヨーロッパ大陸(主としてドイツ、オーストリア、フランス)——正確に言えば法そのものよりその理論——との理論的対決の下に形成されていた日本憲法学にとって、アメリカの司法審査の場で形成されてきた憲法判例に則して展開された先生の研究は、まさに大きな画期を刻むものであった」(「伊藤正己先生を偲んで」『学士会報』888号(2011年)88頁)。

同書300頁強7章構成のうち、60頁余が「第4章 事前の抑制の理論」(初出「事前の抑制の理論1、2」國家學會雑誌72(1)、(2)1958=33年4、7月)にあてられている。冒頭で「自由権の行使に対して事後に処罰するのではなく、事前にそれを抑制することは憲法上許されないとする理論」と概括される事前抑制の理論について、伊藤はおもにニア対ミネソタ事件判決(1931年)以降の連邦最高裁判所判決および学説の動向について考察する。それらは、以下の点に向けられる。すなわち、「いかなる形態の制約がそこに含まれるか、それらの形態の差異によって基準の適用に差異があるか、抑制の対象となる自由の性格によって差別が生まれるか、その理論の適用に例外があるか、あるとすれば如何なる標準をもって例外が許されるか」(95頁)である。

それらの考察のうち、本稿の目的との関係でとくに注意を要する点は、いうまでもなく当該理論の絶対性に関する考察である。

この点、ニア事件判決をはじめとするいわゆるルーズベルト・コートにおいては「判決の基調として事前の抑制の理論の絶対性が伺える」と伊藤はいう。つま

り、事後の抑制とは異なり、「およそ事前の抑制という言論抑圧の方法は、その不当をとわず、当然に違憲となり、これによっていかなる社会的利益が擁護されるかを考慮する余地が存在しないという考え方が暗示されている」（115頁）というのである。もともと、こうした傾向は続くいわゆるヴィンソン・コートでは「一定の社会的な望ましい効果があげられるとき事前の抑制の許されうる可能性のあることが認められる」ようになったとされる。そして、この時期のかかる基調に対してダグラス、ブラックの両判事は事前の抑制理論に「完全な絶対性」をもたせんとする「ドグマ的な立場」を採った（117頁、註6）ことが紹介されている。

同書での伊藤の判例分析は、おもに1931年から1950年代半ば過ぎまでを対象とするものであるが、その間に限っても、最高裁の多数意見が事前抑制の法理を「絶対的」と言い切った例はみあたらない。扱われている諸判決は、公有地における集会・集団行進や公共の場での拡声器使用についての行政官による許可制から、裁判所による差止め等、多様な事前の抑制に関するものであるが、どの類型についても同様である。とりわけ、日本での議論と強い関連性のある《行政権による映画検閲》について、それが「典型的な事前の抑制でありながらなお実施されている」と述べられている（121頁）。

映画検閲については、ほぼ同時期に書かれた奥平康弘「米国における映画検閲制」（前出『表現の自由Ⅰ』319頁。初出「社会科学研究」10巻5-6号（1959年））でも「映画検閲制について二度にわたって判断する機会のあった連邦最高裁判所が真正面から違憲と判示すればできたのに、そうはせず、むしろ二度ともその合憲性を支持する余地を残しながら問題を処理した」ことを指摘している。

ここで確認しておきたいことは、1950年代末の日本においても、次のことが知られていたということである。すなわち、米国の連邦最高裁判所判例によれば、すくなくとも映画に関しては、それが行政権による事前抑制であるという理由のみによって、例外なく違憲と判断されるような状況は存在していなかった、ということである。

伊藤は「事前の抑制の理論」についての考察の終わりを次のようにまとめている。

「[私見によれば] 事前の抑制は憲法上原則として許されない」。しかし、そこ

には例外の場合が存在する（143頁）。最も典型的な事前の抑制である「行政権力による事前の抑制」に関して、二つの例外がありうる。第1は、「明白にして現在の、高度な危険の存在する場合」（具体的には「戦時中に軍用船の出港の場所や時刻、あるいは兵団の所在や人員のごときを新聞が報道することは、事前にこれを抑制しうる」といった例が挙げられている）、第2は、規制主体が一定の制約の下で「道路交通の安全を確保するために、示威行進に対し事前許可制を設けて規制を行う場合」である。

伊藤のこの時点での認識はこうである。「この理論を機械的に適用して、一切の場合を一律に論断してゆく絶対的立場は、危険が多いであろう。…事前の抑制の型、抑制を受ける対象の性格などから判断して、伸縮性のある適用を行うべきである」（142頁）。

そして上記第1の例に明瞭に見られるように、行政権による新聞報道への事前の抑制、すなわち、美濃部以来もちいられて来た「事前検閲 Vorzensur」さえもが、例外として認めざるを得ない場合があるとされているのである。確かにこの見解は米国における判例・学説理論を分析した末に得られたものであるが、それは決してアメリカでの議論の紹介にとどまるものではなかった。伊藤の当該分析は、「アメリカ憲法におけるその理論の運用を考察することは、…日本国憲法の解釈にも示唆を与えうる」であろうという前提に立ち（89頁）、「わたくしの立場が果して日本国憲法の解釈として妥当であるかどうかについては、読者の批判を待つほかない」（前書き vi 頁）とされている。

以上見たように1950年代末までの学説においては、美濃部『逐條』、宮沢俊義『憲法II』に、事前検閲という狭い検閲概念を前提にはあるが、日本国憲法21条2項が検閲を「全く…禁」じている、あるいは、「検閲はいっさい許されない」とする、絶対説に繋がるとみられる見解を見出すことができた。また、『註解』、鵜飼の見解には、自由の濫用に対する司法手続による刑事・民事的制裁と行政権による自由の制限を区別し、後者にはより厳格な枠付けが必要であり、検閲禁止規定はこの点と強く関わるものであることが指摘されていた。しかしこれ等の見解は、必ずしも詳細な議論をとまなつたものではなく、関連する比較的具体的な見解が登場するのは、1960年代初頭に映画輸入をめぐる税関検査につ

いての議論においてである。

3 税関検査を中心とした 1960 年代以降の議論

税関検査は明治憲法下から存在した制度であるから、新憲法施行の際に憲法との整合性についての検討を経た上で存続したものである。しかし、1950 年代半ば以降に世の耳目を集めた複数の出来事が、この制度についての厳しい批判的論調を誘発したのである。

その代表的なものは、1956 年における映画「夜と霧」が内容の残虐性のゆえに「風俗を害すべき」ものとして通関不許可（返送）となった事件であった。この件については新聞等での報道の他、国会においても取り上げられ、1961 年には関税定率法の関連規定を改正する法案が審議されるにいたった¹¹⁾。

こうしたなかで、1961 年に発表された伊藤正己と奥平康弘の論文は、いずれも税関検査と憲法 21 条 2 項の関係についての具体的な議論を展開するものであった。

伊藤正己「税関検閲と憲法二一条——関税定率法二一条の改正」ジュリスト 223 号（1961＝昭和 36 年 4 月）は、まず「関税定率法二一条の規定は、表現の自由を制限する検閲制を定めるもので、その限りで違憲たるをまぬがれない」との「結論」を明らかにする（6 頁）。ここに「検閲とは、事前検閲を意味し、憲法第 21 条 2 項で禁止しているのもかかる事前検閲であり、それは、一定の表現が外部に発表されるにさきだって公権力がそれを審査し、特定の場合にその発表を抑圧しうる制度」とされる。

審査主体を公権力とする事前検閲の定義は前記宮澤の説に添うものである。

この前提に立って、次のようにいう。「表現に対する事前の抑制が一切許されないとはいえない」（例、集団行動についての事前の許可制）が、「一般的に事前の抑制が例外的に許されるとすることはできない」。微妙な言い回しであるが、表現に対する事前の抑制が許されるのは「きわめて限られた範囲」、ごく例外的な場合に限られるというのである。そして「言論出版の自由という古典的形式の

11) 他に 1959 年に映画「恋人たち」が大幅なカットの上で通関可となった事例等がある。

表現は、その性質上平穏性をもち、まさに事前の抑制と相容れないものである。そしてそれが、憲法第 21 条第 2 項に『検閲はこれをしてはならない』という絶対的禁止の規定となつてあらわれている」とする (7 頁)。

ここに、憲法第 21 条第 2 項の検閲禁止は、集団行動のような特殊なものを除き、「平穏性」をもった表現行為に対する事前検閲（出版物であればその印刷発行に先立つ審査）を絶対的に禁止する趣旨であるとの見解が明らかにされている。

デモ行進に関する除外を含め、おそらくこの限りでは、宮澤の見解と同旨であると言ってよいであろう。しかし、伊藤の議論はさらに続く。この検閲禁止について「公共の福祉による制約が可能とするのではおよそ憲法による検閲禁止はほとんど意味を失ってしまうであろう。…税関検閲に寛容である論理はそのまま、国内の出版物の検閲、新聞検閲をも可能にする論理となることができ。さらにそれは憲法上の禁止一般をも緩和する（たとえば絶対に禁止される拷問も、犯罪摘発という公共の福祉のためには例外的に許されるという如し）と考えるのは、飛躍しすぎた私の妄想であろうか」(7 頁)。

前掲「事前の抑制の理論」において、行政権による事前抑制の例外の一つとして挙げられた集団行動に対する許可制については、「平穏性」という基準によって、その余の「平穏性」をもった表現行為から切り分けられている。「平穏性」をもった表現行為については「絶対的禁止」が貫かれるという論旨である。そしてこの絶対性を緩和することは、「公務員による拷問…は絶対にこれを禁ずる」という規定の絶対性を緩和することに繋がるとされることからして、その「絶対」の度合いは、拷問禁止と同等とされているものようである。そうすると前掲論文においても一つの例外として挙げられた「明白にして現在の、高度な危険の存在する場合」（「戦時中に軍用船の出港の場所や時刻、あるいは兵団の所在や人員のごときを新聞が報道」に対する事前規制が例示されていた）についてはどのように考えるべきこととなるのであろうか。

その問題はひとまず措くとしても、日本国憲法 21 条 2 項の「検閲」の禁止について「公共の福祉による制約」を否定する、明確な形での「絶対説」の登場を、ここに見ることができる。

同今年 12 月の奥平康弘「税関検閲の違憲性」ジュリスト 240 号 12 頁は、税関検査合憲論に立つ山内一夫の論考（『税関検閲』の合憲性）ジュリスト 323

号（1961年）26頁）に違憲論の立場から応ずる形で書かれたものであり、主として合憲論への反駁を内容としているから、日本国憲法21条2項の解釈論そのものを詳細に展開するものではない。しかし、その論拠として検閲禁止規定に言及される。

奥平は、日本国憲法21条「2項が検閲制を禁止したのも、ただ単に、それが言論の自由にとって致命的に危険なものであるという理論的認識のみならず、かつての内務大臣のもつ書籍等の発売禁止権＝検閲権を頂点とする*、旧憲法下において存在していた諸々の検閲制を現実には否定し、その再現を禁止する趣旨にある」という（12頁）。そして、引用文中*に註して（註3）いわく「この権限を検閲と捉えるのが当然と考えるが、宮沢『日本国憲法』（コンメンタール）247頁の趣旨はそうではなさそうである。検閲概念を発行禁止に限定するのは、誤りであるように、私は思う」。

既に見たように、少なくとも鶴飼、宮沢両説では明示的に、その他註解、伊藤においても、「事前検閲」という言い方から推して、同様の理解、すなわち明治憲法下での内務大臣の発売頒布禁止制は日本国憲法21条2項の検閲に含まれない、という理解がなされていた。したがって、奥平のこの理解は、検閲概念を「旧憲法下において存在していた諸々の検閲制」をも含ましめるべき、拡張的なものとなる。

この前提に立つて奥平はまず、山内の合憲論は税関検査のもつ「悪弊」と一定の「国家的理由」を比較衡量し、後者を重く見るものであるとして、次のようにいう。「私の立場は、憲法21条2項が検閲を無条件に禁じていること、および税関検閲の制度としてもつ悪弊の認識、から直接に違憲の結論を出すのである。比較衡量の余地はない」（14頁）。また、「憲法がまことに明瞭に検閲制度を禁じている以上、もしかりに何らかの検閲制度をこの明示的禁止から除外せしめるとするならば、基本的人権を制約する法律一般の合憲性よりはるかに厳格な、優れて納得のゆく理屈を、われわれ国民は要求する権利があると、私は信ずる」（傍点は原文による。15頁）。

奥平は本稿においては、「絶対」的という言い方は用いていないが、上記「無条件に禁じている」ないし「もしかりに何らかの検閲制度をこの明示的禁止から除外せしめるとするならば」などの表現は、のちに彼自身別稿で述べているよう

に当該条項が「検閲を絶対的に禁止している」（「表現の自由」前出『表現の自由 I』9頁。初出『宮沢瀝記念・日本国憲法体系第7巻』1965）との理解を示すものと言えよう。

ここでは、伊藤によって打ち出された公共の福祉を理由とした例外を許さないという絶対的禁止論に、明治憲法下での「諸々の検閲制」を含む拡張された検閲概念が結合されている。

奥平とは異なる形で検閲概念を拡張する別の議論が登場する。芦部信喜「表現の自由」清宮二郎他編『憲法講座2』（1963）（芦部『現代人権論』（有斐閣、1974年）所収）である。芦部は検閲の主体を「公権力」とする広義説に立ちつつ、次のようにいう。「憲法にいう検閲は、通常ドイツでワイマール憲法時代から判例・通説の立場と考えられる事前検閲（Vorzensur）の意味に解されるが、はたして発表後の事後検閲（Nachzensur）を全く含まない趣旨かどうか、疑問が残る。私は事前・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のように、思想の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たると考えるべきではないかと思う」（116頁）。

これがのちに機能的検閲概念と称される見解の出発点となる（「機能的『検閲』概念の意義と限界」『日本国憲法の理論』（有斐閣、1986年））。この論考は検閲そのものに焦点をあてたものではないために、十分詳細な説明をとまなっていないところがあるが、ここで言われる「事後検閲」という表現は、「事前検閲」の範疇に属さない規制のうちで「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」もの、ということになる。したがって、芦部の検閲概念は、①「事前検閲」＋②事前検閲に含まれない規制のうち「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」もの、ということになる。

芦部は、こうした検閲概念を提示した上で、次のように続ける。「かような検閲禁止は例外を絶対に許さないわけではないが、それはきわめて局限された場合にかぎられるから、原則として検閲は憲法によって無条件に禁止されていると解される」。芦部は「例外」として、上述した伊藤正己の「事前抑制の法理」における二つの例外を指示している（118頁。註8）が、司法権による事前差止めもあ

り得べき例外として想定されているものと考えられる¹²⁾。

4 まとめ

以上本稿では、日本国憲法 21 条 2 項による検閲の禁止が絶対的なものであり、公共の福祉を理由として検閲を例外的に認めることも許されない、とする「絶対説」の生成について、同憲法施行後初期から 1960 年代までについて、主として学説に現れた諸見解を跡づけた。

そこで確認出来たことはおおよそ次の通りである。

第 1 に、検閲禁止規定の解釈に直接関わることではないが、表現の自由保障に関する解説の中に少なからず「絶対」の語が用いられており、その意味するところは必ずしも文字通りではなく、場合によっては大きな例外を許す用法であったことである。美濃部『新憲法概論』が明治憲法における「法律の留保」が存在しないという意味で「絶対的に不可侵」といい、『註解』も同様の意味合いで「絶対的な自由の保障規定」といつているが、もちろんその濫用に対する規制を排除しているわけではなかった。

第 2 に、日本国憲法施行後初期から 1950 年代末までの学説は、日本国憲法 21 条 2 項の「検閲」について、その主体は行政権に限らず「公権力」としつつも、想定される規制内容としては「発表」（出版でいえば印刷・発行）前の審査を意味する「事前検閲」であるとされていた。したがって、それらの学説は、明言していない場合も含め、たとえば明治憲法下の出版法・新聞紙法による発売・頒布禁止制度は同条項にいわれる「検閲」には該当しないとの理解に立っていたものと考えられる¹³⁾。

第 3 に、1947 年 7 月の美濃部達吉『新憲法逐条解説』、1959 年 4 月初版の宮

12) なお、芦部の説は、「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」かどうか吟味され、然りと判断された場合、その規制が検閲とされることになるから、その限りでは「検閲でありながら禁止されない」というカテゴリーは生じないようにも思われる。

13) 当時の出版法、新聞紙法が定めていた内務大臣による書籍等の発売頒布禁止制度は「検閲」は該当しないとする一般的理解については、たとえば生悦住求馬『出版警察法概論』（松華堂、1935 年）7 頁以下に説明がある。

沢俊義『憲法Ⅱ』には絶対説に繋がるとみられる簡潔な見解を見出すことができる。同項が事前検閲を絶対的に禁止しており、この禁止は公共の福祉を理由とする例外をも許さない、とする絶対説は、1961年4月のジュリスト223号掲載伊藤正己論文に確認することが出来ること。

第4に、同年12月のジュリスト240号掲載奥平康弘論文以降、検閲の概念をより広く解した上で、検閲の絶対禁止を唱える学説が登場してきたことである。奥平は行政権、司法権による「事前検閲」に加えて「旧憲法下において存在していた諸々の検閲制」は、「事前検閲」の範疇に入らないものであっても、日本国憲法21条2項によって禁止される対象となり、その禁止は例外を許さない絶対的なものであるとした¹⁴⁾。

1963年の芦部信喜論文は、規制時点の事前・事後の区別の相対化という形で検閲概念を拡張する。そして、「きわめて局限された」例外を除き、検閲の禁止は「無条件」であるとする(1982年の法学教室16号(4月号)「憲法演習」106において、「表現内容の事前抑制(検閲)の禁止は原則として絶対的である」との表現が打ち出される)。

こうして1960年代には、検閲概念の拡大と検閲禁止の「絶対」性の強調が見られるに至ったが、その影響力は限定的であった。例えば1967年の阿部照哉ジュリスト378号論文は、「検閲の禁止を相対化することの危険性」を指摘し、「検閲の禁止は絶対的なものとするべきではなからうか」というものの、その前提たる検閲については、従来からの通説通り「事前検閲」として理解している。

1984年の札幌税関事件最高裁判所判決にいたる1970年代には教科書検定、邦画に対する上映差止め訴訟、そして書籍に対する税関検査事件など具体的な問題が進展する。それらに関する下級審判決も出始めるなかでの学説の動向に関しては別稿を改めて跡づけて行くことにしたい。

14) 奥平は広義説に立つと明言しているわけではないが、裁判官が検閲官の役割を果たしうることを指摘している。前掲ジュリスト240号15頁。