

個人的鑑賞目的の輸入と税関検閲

上
村
貞
美

- 一 はじめに
- 二 尾崎・元原反対意見の問題点
- 三 個人的鑑賞目的の輸入と水際阻止
 - (一) 刑法一七五条と関税率法二一条一項三号
 - (二) 全面一律の輸入規制に対する批判
 - (三) 土本武司説への疑問
- 四 検閲と表現の自由との関係
 - (一) 制度としての検閲
 - (二) 阪本昌成氏の学説をめぐって

一 はじめに

税関検閲が憲法の禁止する検閲に該当するか否かの問題について、伊藤正己氏が引用されることの多い「税関検閲と憲法二一条」と題する論文を発表したのは、一九六一年のことである。⁽¹⁾それ以降、今日に至る迄、約四〇年の間に、判例批評も含めてこの問題についてかなり多くの数の論文が発表されてきた。周知の通り、学説においては圧倒的多数が違憲説を主張しており、それに対して合憲説を積極的に支持しているのは、わずかに実務家出身の山内一夫氏と土本武司氏⁽³⁾ぐらいである。

他方、この問題に関する判決も、ここ三〇年ぐらいの間に、およそ二〇件出されてきている。そのうち、札幌地裁の昭和五五年三月二五日判決のみが、一種の適用違憲の方法を用いて違憲と判示した⁽⁴⁾以外、すべての判決が「税関検査」は検閲ではなく合憲であるとしている。

最高裁が、この問題について初めて判断を下したのは、昭和五九年一月二二日のことである（以下において、五九年判決という⁽⁵⁾）。平成四年七月一三日に、東京高裁は、刑法一七五条は個人的鑑賞目的のためのわいせつ物の所持を不可罰にしているから、そのための輸入行為も不可罰であると判示した（以下において、四年判決という⁽⁶⁾）。それを承けて、平成七年四月一三日に、最高裁第一小法廷は、輸入目的のいかんにかかわらず、一律に禁制品の輸入を処罰している関税法一〇九条は合憲であると判示して、原判決を破棄した（以下において、七年判決という⁽⁷⁾）。

さらに、平成一一年二月二三日に、最高裁第三小法廷は、いわゆるメイプルソープ写真集事件において三度目の判断を下したが、三対二で意見が分かれた⁽⁸⁾。

本判決の概要は以下の通りである。

五人の裁判官は全員一致で、五九年判決を踏襲した。すなわち、関税率法二一条一項三号に掲げる貨物に関する税関検査は、憲法二一条二項の禁止している検閲には該当しないこと、税関検査によるわいせつ表現物の輸入規制は憲法二一条一項に違反しないこと、関税率法二一条一項三号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等とは、わいせつな書籍、図面等を指すものと解すべきであり、右規定が広はん又は不明確のゆえに違憲無効といえないこと、である。

次いで千種、金谷、園部の三人の裁判官の多数意見は、本件写真集は「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するとして、上告を棄却した。ただし、園部裁判官は、本件写真集の「購入が個人の所持を目的とすることが明白であれば……我が国への輸入を規制すべき筋合いのものではない」が、どのような目的で輸入されたのかを明確に識別することは容易ではない。「このような状態は速やかに改善されなければならないと考えるが」、現況では一律に水際で阻止することもやむを得ない、と五九年判決の同じ趣旨を補足意見として述べた。

それに対して、尾崎裁判官と元原裁判官は、本件写真集が「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するとした税関長の通知は違法である、として反対意見を述べた。

その理由について、大要次のように述べている。

「表現行為に対する事前規制は……厳格かつ明確な要件の下においてのみ許容される。」それ故、「表現行為に対する事前規制を定める法律の規定は、その解釈により規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され……一般国民の理解において、具体的な場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読み取ることができらるものでなければならぬ。」「わいせつ性の概念は、刑法一七五条の規定の解釈

に関する判例の蓄積により明確化されており、規制の対象となるものとそうでないものと区別の基準につき、明確性の要請に欠けるところはない。」五九年判決は、「税関検査は、関税徴収手続の一環として」「付随的手続の中で容易に判定し得る限りにおいて審査しようとする」ものであると述べているが、「右説示にいう判定の容易さとは、三号物件該当性の判定の容易さを意味するものと解すべきであると考える。」

五九年判決は、検閲が絶対的に禁止される理由として、戦前の出版法と新聞紙法による内務大臣の発売頒布禁止権の運用を通じて、「実質的な検閲」が行われた経験を指摘しているが、このことにかんがみて、「たとえ関税徴収手続に付随して行われる税関検査であっても、その運用を通じて『実質的検閲』となるような行為は……許されないと解される。そうであるとすれば、税関職員を含む一般国民の理解において規制の対象となるか否かを容易に判定し得ないような文書、図画等についてまで税関職員が一方的に審査することは、右にいう『実質的検閲』に当たり、憲法二一条二項の趣旨に反し許されない。」「わいせつな書籍、図画等に該当するか否かの判定が容易でない物品については、税関長に事前審査の権限がない」。

本件写真集は、「わいせつ図画と認めることは容易でないものであった」ので、「関税率法二一条三項の規定による通知の対象とすることなく通関を認め、その後は一般の国内出版物と同一の取扱いにゆだねるべきであった。したがって……本件写真集が輸入禁制品に該当する旨の通知は違法というほかない」と。

右の反対意見も多数意見も同じく「税関検査」は検閲ではないという前提に立ちながら、奇妙にも結論において意見が分かれた。それは何故なのか。筆者はこの点に強い関心を抱き、本稿を執筆するに至った次第である。

結論を先取りしていえば、意見が分かれたのは、まさに五九年判決が内包する矛盾が表出したためであるといえる。「複雑怪奇」⁹⁾と評された検閲の定義、「屁理屈の一種」¹⁰⁾というレッテルの貼られた「税関検査」が検閲に該当しないと

する理由づけ、検閲についての不十分な理解等々が、理由として考えられる。

なお、反対意見の結論だけを取り上げれば、あたかも表現の自由を積極的に擁護するものであると評価されるかもしれないが、果たしてその評価が正しいか否かも問題である。藤井樹也氏は、「反対意見は先例の射程を実質的に限定する試みとして注目されている」と評価している。⁽¹²⁾ そういう一面があることは否定しえないが、むしろ奥平康弘氏の次のような評価の方が的を得ていると考える。

「この反対意見は、ある意味では欠陥商品としての大法廷判決の欠陥性を彌縫して、税関検閲の残命に貢献する効果をもつものである、とさえ言える」と。

- (1) 伊藤正己「税関検閲と憲法二二条」ジュリスト二二三号、現在の学説の状況については、長尾一紘「検閲の法理(一)」法学新報一〇三卷九号参照。
- (2) 山内一夫「税関検閲問答(一)(二)」自治研究三九卷二号二号、「『税関検閲』の合憲性」ジュリスト二二三号、「税関検査合憲判決に対する批判」ジュリスト八三〇号。
- (3) 土本武司「ポルノ税関検査(一)(二)(三)」判例時報一〇五四号、一〇五七号、一〇六〇号、「わいせつ」物の税関規制をめぐる問題(一)(二)「警察研究五六卷二号、三号、四号、「単純所持目的による猥せつ表現物の輸入と禁制品輸入罪(関税法一〇九条)の成否」判例評論四一〇号、「個人鑑賞目的によるわいせつ表現物の輸入行為の可罰性」判例評論四四五号。
- (4) 浦部法穂『違憲審査の基準』五六頁。
- (5) 判例時報一一三九号。
- (6) 判例時報一四三二号、上村貞美「猥褻表現物輸入行為に関する関税法違反事件東京高裁判決」ジュリスト一〇一二号参照。
- (7) 判例時報一五三二号。
- (8) 判例時報一六七〇号。

- (9) 浦部法穂『憲法学教室I』一八三頁。
- (10) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』二九二頁。
- (11) 藤井樹也「輸入写真集の関稅定率法二二条一項三號該當性―メイプルソープ写真集事件」判例セレクト'99。
- (12) 奥平康弘『表現の自由』をめぐる2つの最高裁判決』ジュリスト二一六二號八四頁。

二 尾崎・元原反対意見の問題点

本件反対意見にはいくつかの問題があるように思えるので、順次検討することとする。

本件反対意見は、税関検査は検閲ではないが、わいせつか否かの判定が容易でない文書、凶画等について税関職員が審査することは、「実質的検閲」に該当し許されないとしているので、「実質的検閲」がキー概念になっている。そこでまず最初にこの「実質的検閲」という概念について検討を加えることにする。

この「実質的検閲」という概念は五九年判決が初めて用いたものである。すなわち、同判決によれば、戦前、映画フィルムについて映画法にもとづいて内務大臣によって行われていたのが「典型的な検閲」であり、それに対して、内務大臣によって出版法と新聞紙法の運用により行われていたのが「実質的な検閲」である。検閲そのものではなく、「実質的な検閲」であるとしたのは、いうまでもなく五九年判決の採用した検閲の定義が狭すぎ、出版法と新聞紙法にもとづく内務大臣の発売頒布禁止権が、形式的には検閲に該当しないためである。五九年判決の検閲の定義によれば、「発表前」が要件であるが、内務大臣の発売頒布禁止権は「発表後」であるから、検閲には該当しないとされたの

である。とはいえ、内務大臣の発売頒布禁止権の運用によって、「思想の自由な発表、交流が妨げられるに至った」ので、「実質的な検閲」が行われていたとするのである。

五九年判決の検閲の定義は、おそらく宮沢俊義氏の検閲についての考え方の影響を受けていると思われる。宮沢氏によれば、戦前の内務大臣の発売頒布禁止の制度は検閲ではなかったが、「実・際・に・は、検・閲・が・行・わ・れ・て・い・た・と・い・っ・て・い・い。ことに戦争中は、紙の統制を通じて、かなり本式な検閲が行われた。……映画については、正式な検閲が行われた」と（傍点引用者）。この記述はあいまいで厳密さに欠けることは否めない。

現在の憲法学界では、宮沢説に近い見解もある。たとえば、初宿正典氏は、「文字通りの検閲制度は存在しなかったが、実際には……『出版法』や……『新聞紙法』などにより、実質的には検閲としての機能を有するさまざまな規制がなされていた」としている。⁽²⁾

それに対して、芦部信喜氏⁽³⁾、奥平康弘氏⁽⁴⁾、佐藤幸治氏等⁽⁵⁾の有力な学説は、内務大臣の発売頒布禁止権の行使の様子は検閲に該当したと判断している。

それはともかく、本件反対意見は、内務大臣によって「実質的な検閲」が行われたという五九年判決の指摘を承けて、「たとえ関税徴収手続に付随して行われる税関検査であっても、その運用を通じて『実質的検閲』となるような行為は、検閲の絶対的禁止を宣言した憲法の趣旨に反するものとして許されないと解される」としているが、五九年判決の「実質的検閲」と反対意見の「実質的検閲」とは、その意味が違うのではないだろうか。すなわち、五九年判決のいう「実質的な検閲」はその意味が理解できるが、本件反対意見のいう「実質的検閲」というのは、何を意味するのかも一つよく理解できない。繰り返すが、五九年判決の「実質的検閲」は形式的には検閲とはいえないが、機能的には実際上は検閲が行われていたということを意味している。この「実質的検閲」によって、国民の知る自由ない

し情報受領権が侵害されたのである。だからこそ、有力学説はこの点に着目して検閲であったと認識しているのである。

それに対して、反対意見は、一般国民がわいせつか否かを容易に判定し得る場合と、容易に判定し得ない場合とに分け、後者の場合には「実質的検閲」に当たるとしている。何故、ケースを二つに分けるような不自然なことをするのか。それは、反対意見も賛同する五九年判決が「税関検査」は検閲ではない、とする理由に関係がある。五九年判決の検閲の定義によれば、「対象とされる一定の表現物につき網羅的に」審査することが要件とされるが、「税関検査」は、「三号物件についても、右のような付随的手続の中で容易に判定し得る限りにおいて審査」するものだから、「網羅的に審査」することを目的とはしていない、したがって検閲には当たらない、とした。

それを承けて反対意見は、わいせつか否かを容易に判定しうる場合には、検閲には該当しないが、容易に判定しえない場合には「実質的検閲」に該当し、「税関長に事前審査の権限がない」としたのである。五九年判決を正しく解釈すれば、論理必然の場合を二つに分け、かつこのような結論になると考えたのであろう。

結局、この反対意見によれば、税関職員がわいせつであると容易に判定し得る場合には輸入を禁止し、また、わいせつでないと容易に判定し得る場合には輸入を許可する。これらの場合には、検閲でも「実質的検閲」でもない。それに対して、わいせつか否かを容易に判定し得ない場合には、税関職員に事前審査の権限がないのだから、輸入を許可する。許可しない場合には、本件のように検閲ではないが、「実質的検閲」に当たる、と。したがって、この反対意見の論理によれば、刑法一七五条が処罰の対象としているわいせつな文書であると容易に判定し得ない場合には、すなわち、保護されるべき性表現の場合には、事前抑制されずに輸入が許可されるわけであるから、表現の自由の保障にとって十分ではないか、と反対意見は考えたのであろうか。

「木を見て森を見ず」という諺がある。最後の結論部分だけを取り出して評価することは、反対意見の全体を評価する上で正しいこととは思えない。そもそも容易に判定し得る範囲内という条件付きであれ、税関職員に事前審査の権限を付与している制度そのものが、検閲なのである。そのことを前提にすれば、容易に判定し得ない場合には、税関職員に事前審査の権限がなく、「実質的検閲」に該当するといわれても、説得力に欠けるといわざるをえない。いずれの場合も検閲そのものだからである。阿部照哉氏は、「検閲は、それが検閲官の恣意に門戸を開くおそれがあるから禁止されるのではない。言論表現が現行法上の制約をこえるものであるかどうかについて、国家による事前の審査に服せしめないのが検閲禁止の趣旨である」と、⁶⁾西ドイツの Schuur の主張を引用しているが、まさにその通りである。五九年判決もいくつかの下級審判決も、そして本件多数意見はもとよりのこと反対意見も、刑法一七五条によって禁止された性表現は輸入規制されて当然であると考えているが、それは大きな誤りである。保護された表現であれ、保護されない表現であれ、検閲の禁止は妥当するのである。

次に反対意見は、違憲判断の方法として適用違憲のテクニックを用いていると思われるのでこれに言及することにする。

関税率法二一条一項三号の「風俗を害すべき書籍、図画」とは、わいせつな書籍、図画のことであると合憲的に限定解釈をする。それを前提にして、それに該当することが容易に判定し得る場合に、輸入を禁止ないし許可することとは合憲である。それに反して、本件の場合のように、容易に判定し得ない場合に、輸入を禁止するのは違憲である。

このような反対意見については素朴な疑問が生じる。税関職員は、メイプルソープ写真集を関税徴収手続の一環として、これに付随して検査したところ、三号物件に該当すると容易に判断して摘発したのである。そして一審判決、控訴審判決さらには最高裁の多数意見も、三号物件の該当性を認めたのである。その判断が正しいか否かはここでは

問われない⁽⁷⁾。それに対して、反対意見は、「本件写真集は、その性格、作者に対する評価及び作品回顧展の意義、体裁、出版の趣旨、目的、頒布方法等とも併せ考慮すれば、わいせつ凶画と認めることは容易でないものであったというべきである」として異なる判断を下している。税関職員を含む一般国民が、右のようなさまざまな事情を併せ考慮して、わいせつか否かを容易に判定しえないのは自明のことであるので、極論すれば、三号物件該当性が最も容易に判定し得るハードコア・ポルノのみを輸入禁止すべきだということになるのであろう。

反対意見は税関検閲が検閲でないとする誤りに加えて、適用違憲の方法を用いるべきでない場面に用いるという二重の誤りをおかしている。

芦部信喜氏が適用違憲の類型を三つに分けたことは広く知られている。そのうちの第三の類型は、「法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合に、その解釈適用行為が違憲である」と判決する⁽⁸⁾もので、教科書裁判のいわゆる杉本判决が用いた類型であるといわれている。すなわち、教科書検定制度そのものの合憲性を前提にして、それを家永氏の教科書検定に適用した不合格処分を「検閲」に該当し違憲だと判示したのである。本件反対意見もこの類型に属するといえよう。すなわち、「税関検査」そのものは違憲ではないが、本件のように容易に判定し得ない場合に輸入禁止したのは、「実質的検閲」に当たり違憲であると。

杉本判决の検定制度合憲論と適用違憲論についてもいくつかの批判が加えられている。その文脈の中で、成嶋隆氏は、「その制度が違憲的な運用を構造必然的に招来する場合は、制度自体が違憲だからである」と述べているが⁽⁹⁾、教科書検定制度以上に税関検閲制度については、そのことが妥当であるであろう。また有倉遼吉氏の、「運用状況から切り離して検定関係法令それ自体の文面審査により違憲性を認定すべきである」という主張の趣旨は⁽¹⁰⁾、税関検閲の違憲性を論じる場合にも妥当すると考えられる。

最後に、反対意見が自らの主張の拠り所にして五九年判決の「容易に判定し得る限りにおいて」という文言は、本当に反対意見が解釈している意味で五九年判決が用いたのか、ということについては疑問の余地がある。すくなくとも多数意見はそのように解釈しなかった。

五九年判決を素直に読めば、「税関検査」が検閲に当たらない理由の一つとして、網羅的・一般的でないことを強調するために、「付随的手続の中で容易に判定し得る限りにおいて」という文言を用いたものと思料される。

奥平康弘氏は、五九年判決の批評のなかで、「『広く輸入される貨物』等を手当たり次第なんでもかんでも開披し審査するのではなく、外観からみてあやしいと『容易に判定し得る限り』のものを選択して開披して審査するにすぎない」から、最高裁は、「貨物の外観において『容易に判定し得る限り』においてしかなされない、つまりいかならばいい加減の仕方ではいかおこなわれない検査だから『検閲』には該当しない」と、いおうとしたのであろうと。⁽¹¹⁾

浜田純一氏も、五九年判決の指摘する検閲の要件としての「網羅性・一般性」の要件について、「規制の方式という観点から見れば、網羅的・計画的な審査であれ個別的・一回的な審査であれ、その結果として、審査された表現物の全面的な抑制、あるいはこれと実質的に同視しうる効果が生ずるか否かという点が、検閲該当性の判断にあたって、決定的であるように思われる。したがって、たとえば、税関検査は、ある表現物が『風俗を害すべき書籍、凶画』に該当すると判断されれば、この種の全面的な抑制を結果するものであるため、検閲該当の一要件を満たすものと考えるべきである」と述べている（傍点原文）。⁽¹²⁾

右のように両者の理解は、反対意見とは異なっている。

また、五九年判決に関する新村正人調査官の解説は、「範囲については、『網羅的・一般的に』としている。社会の特定の者ないし一部の表現物のみを対象とするものは、検閲に当たらない。監獄における書簡・新聞の閲読の制限等を

その例として挙げる事ができる」と述べている。⁽¹³⁾

五九年判決の文言が右のような意味で用いられたとは解釈しがたいが、それはともかく反対意見のような意味で用いられたのではないことは確かであろう。

- (1) 宮沢俊義『憲法II(新版)』三六六―三六七頁。
- (2) 初宿正典『憲法2基本権』三二二頁。
- (3) 芦部信喜『憲法学III人権各論(1)』三六三頁。
- (4) 奥平康弘『表現の自由I』一三一頁。
- (5) 芦部信喜編『憲法II人権(1)』(佐藤幸治執筆)四八七頁。
- (6) 阿部照哉『税関検閲の憲法上の問題点』ジュリスト三七八号二四頁。
- (7) メイプルソープ写真集については、奥平康弘『法ってなんだ』一八四頁以下参照。
- (8) 芦部信喜『憲法・新版』三四九頁。なお、青柳幸一「法令違憲・適用違憲」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』二四頁参照。
- (9) 成嶋隆「教科書検定の違憲・違法性(第二次家永教科書訴訟)」樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例・第二版』一五〇頁。
- (10) 有倉遼吉『憲法秩序の保障』二〇五頁。
- (11) 奥平康弘「税関検閲の『検閲』性と『表現の自由』」ジュリスト八三〇号一六頁。
- (12) 浜田純一「事前抑制の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』二七八頁。
- (13) 法曹時報四一巻二号二六七頁。この見解に対する批判としては、芦部前掲書三七〇頁。

三 個人的鑑賞目的の輸入と水際阻止

(一) 刑法一七五条と関税定率法二一条一項三号

尾崎・元原反対意見は、右に述べたように、多数意見と同じく五九年判決の判断枠組みを踏襲しながらも、結論を異にした。したがって、反対意見を根本的に批判するためには、屋上屋を重ねることにはなるが、五九年判決そのものとそれを支持する学説を再検討することが必要であると思われる。

ところで、税関検閲をめぐる憲法問題としては、税関検閲の制度そのものの違憲性と、個人的鑑賞（単純所持）目的のための輸入規制をしていることの違憲性の問題の二つがあるが、本稿では、主として後者に焦点を絞って考察することにする。

五九年判決は、「税関検査」が検閲に当たらない理由として、「憲法上検閲を禁止する旨の規定が置かれている国を含め、諸外国において、一定の表現物に関する税関検査が行われていること」を指摘している。また、税関検閲と国内的規制を一体視して、「猥褻表現物については、なお刑法一七五条の規定の存置により輸入禁止の必要性が存続している」として、税関検閲の実体的根拠を刑法一七五条に求めている。

後者について、平川宗信氏は、「刑法一七五条の存在が税関検閲をする理由になるとは思えない。……刑法的見地から輸入禁止の必要が認められる場合には、刑罰法規それ自体の中に輸入を罰する規定がおかれている。刑罰的規制の存在は、何ら輸入禁止の理由とはならない」と批判している⁽¹⁾。私も同感であり、このことをフランス法とドイツ法、

さらには児童買春・児童ポルノ禁止法を引き合いに出して論証することにする。

新村正人調査官の五九年判決の解説によれば、「アメリカ（関税法三〇五条a、刑法一四六二条）、イギリス（関税法四二条）、西ドイツ（刑法一八四条一項八号）、フランス（刑法二八三条ないし二九〇条）、イタリア（刑法五二八条）、……ベルギー（刑法三八三条……）においては、右の各根拠法令に基づき、猥褻表現物の輸入が禁止されており、アメリカ（略）、イギリス（略）、西ドイツ（関税法一条一項）では明文の規定に基づき税関において輸入禁制品の検査が行われ、その他の国では明文の規定はないが、いずれも通常の税関検査の一環として輸入禁制品の検査が行われて」おり、「このように……諸外国において猥褻表現物に対する税関検査が行われていることは、わが国において税関検査を検閲に当たらないとする解釈が、世界的な傾向からみて決して特殊なものでないことを示している」⁽²⁾ である（傍点引用者）。

右の文章を読むと、多くの欧米諸国においても日本と同じように、猥褻表現物に対する税関検閲が行われているように思える。しかし、ここには傍点をつけたところに示されているように、明らかにスリカエがある。すくなくとも、西ドイツとフランスは——おそらく、イタリアもベルギーも——日本とは違って、刑法自身が猥褻表現物の輸入を禁止しているのである。輸入が禁止されているのであるから、税関でチェックされるのは当然である。

指摘されているフランス刑法の二八三条ないし二九〇条は、一九九二年に全面改正される以前のものであるが、「第6節 特に印刷物及び書物によって犯された善良の風俗に対する侵害」を犯罪にしている。特にこの問題に係るものは二八三条で、次のように規定している。

善良の風俗に反する一切の印刷画、書面、図画、ポスター、版画、絵画、写真、フィルム、ネガ・フィルム、鋳型、蓄音器の音盤、ぐう意画、その他一切の物件又は描写物につき次に掲げる行為をした者は、一月以上二年以下

の拘禁及び三六〇フラン以上三、〇〇〇フラン以下の罰金に処する。

取引、配布、賃貸、掲示又は展示の目的で、製造し又は所持した者

同一の目的で、情を知りながら、輸入し、若しくは輸入させ、輸出し若しくは輸出させ又は輸送し、若しくは輸送させた者

右のようにフランスでは、単なる所持は犯罪ではなかったし、単なる所持目的の輸入も犯罪ではなかったことに注目する必要がある。なお、一九九二年の刑法の全面改正によって、二八三条から二九〇条までの犯罪の規定はなくなつたことを付言しておこう。

次に、ドイツ刑法一八四条一項八号は、次のように規定している。

ハ それら（ポルノグラフィ的な文書）若しくはそこから得られた部分を第一号から第七号の意味において用いるために、若しくは他人にそのような使用を可能にするために、製作し、注文し、供給し、貯蔵し、若しくは本法の場所的適用範囲内に輸入することを企て

一号から七号は、ポルノグラフィ的な文書を、未成年者に見せる行為、公共の場所に陳列する行為、一方的に送りつける行為などを処罰するための規定である。³⁾ ドイツでもフランスと同じように、ポルノグラフィ的な文書の単なる所持は犯罪ではないし、単なる所持目的のための輸入も犯罪ではないのであるから、日本と同列に論じることができないのであり、日本の税関検閲を正当化するための参考例ともならないのである。

このことは新村調査官の解説だけではなく、五九年判決そのものにも妥当する。五九年判決は、「税関検査」による猥褻表現物の輸入規制が違憲でない理由として、昭和十一年の「猥褻刊行物ノ流布及取引ノ禁止ノ為ノ国際条約」が、「締約国に頒布等を目的とする猥褻物品の輸入行為等を処罰することを義務づけていること」（傍点引用者）を指摘し

ているが、このことは単なる所持目的の輸入規制を正当化することに成功していないといわざるをえない。

ところで、一九九〇年一月から施行されることになった児童買春・児童ポルノ禁止法の七条は、児童ポルノの頒布等について次のように規定している。

第七条 児童ポルノを頒布し、販売し、業として貸与し、又は公然と陳列した者は、三年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金に処する、

2 前項に掲げる目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。

3 第一項に掲げる目的で、児童ポルノを外国に輸出し、又は外国から輸入した日本国民も、同項と同様とする。

この法律の審議の過程においては、児童ポルノの単なる所持も犯罪にするべきであるとの意見もあったが、結局、それは将来の課題ということで、この法律では処罰されないこととなった。したがって、単なる所持目的の輸入も二項によって犯罪とはされていないのである。

一項の目的のための児童ポルノの輸入は二項で犯罪とされているから、税関は児童ポルノの輸入を阻止することができる。単なる所持目的の輸入は犯罪とはされていないから、税関は児童ポルノ禁止法を使って輸入を阻止することはできないはずである。

また、児童ポルノと刑法一七五条のわいせつな文書、凶画とは同じものでないわけであるから、税関は関稅定率法二二条一項三号を使って、単なる所持目的の児童ポルノの輸入を阻止することはできないのである。

このような事態は、五九年判決にとっては非常に困ったことになる。なにしろ、「いかなる目的で輸入されるかはた

やすく識別し難いばかりでなく、流入した「児童ポルノを「頒布、販売の過程に置くことが容易であることは見易い道理であるから……その流入を一般的に、いわば水際で阻止することもやむを得ないものといわなければならない」ことになってしまふからである。

児童ポルノの輸入者が単なる所持目的の輸入である、と主張した場合、税関当局はどのように対応すべきなのか。禁止された児童ポルノであるか否かの認定は容易であろう。しかし、いかなる目的なのかを認定するのは容易でない場合がある。そのような場合に、税関は輸入者の主張を認めて輸入を許可すべきなのか、あるいは、刑事訴訟法二三九条二項の規定により、犯罪があると思料されるので告発しなければならないのか。

五九年判決の論理によれば、目的の識別は困難だから、一律に輸入を阻止しなければならないということになると思われる。それでは、児童ポルノの単なる所持目的の輸入は犯罪ではないにもかかわらず、輸入できないことになる。このようなことが法治国で許されるのであろうか。

児童ポルノ禁止法は五九年判決の矛盾を表出させる現象液のような役割を果たしているといえる。五九年判決によれば、前述した通り、税関検閲と国内的規制とを一体視して、「猥褻表現物については、なお刑法一七五条の規定の存置により輸入禁止の必要性が存続している」として、税関検閲の実体的根拠を刑法一七五条に求めているのであるから、同じように児童ポルノの輸入禁止の実体的根拠を児童ポルノ禁止法に求めるならば、目的を問わない一律の輸入禁止も許されることになってしまふのである。

（二）全面一律の輸入規制に対する批判

明治憲法下において、出版法は二七条で、「風俗ヲ壞乱スル文書図画」の出版を、二〇条において外国で印刷された

風俗を壊乱する文書・図画の発売頒布を禁止し、新聞紙法四一条は風俗を害する事項を新聞に掲載することを処罰した。そして関税率法が風俗を害すべき文書、図画の輸入を、刑法一七五条が猥褻な文書、図画等の頒布販売等を禁止した。

このように戦前の日本では、風俗を害する表現物が市場に流布するルートが全面的に遮断されていたのであり、関税率法は外国からの輸入というルートを規制する役割を担わされていたのである。⁽⁵⁾

戦後、出版法と新聞紙法が廃止されたが、それと同時に関税率法の問題の条項も削除されるべきであったにもかかわらず、そのまま残されてしまった。そのため税関検閲制度そのものが違憲ではないかという問題と、単なる所持目的の輸入までいわゆる水際で阻止するのは許されないのではないか、という問題が生じることになったのである。

周知のようにこの点について、五九年判決は、「最小限度の制約としては、単なる所持を目的とする輸入は、これを規制の対象から除外すべき筋合いである」と述べ、七年判決も、「その輸入規制を最小限度のものにとどめ、単なる所持を目的とする輸入を規制の対象から除外することも考えられなくはない」と述べている。

中山研一氏は、五九年判決が「筋合いである」という表現を用いていたのに、七年判決が「考えられなくはない」と表現を変えたことについて、「そこに有意的なトーンダウンをうかがうことができる。なぜこのような表現の相違が生じたのか、この点をこそ問題とされなければならない」と主張する。⁽⁶⁾

しかし、この表現の相違は単にレトリックの問題であつて、そこに法律的な意味の差異を読みとることはできない。というのは、五九年判決も七年判決も税関検閲と刑法一七五条を一体視して、目的のいかんを問わない一律の輸入禁止を正当化するための弁明として（——単なるリップ・サービスとまではいわないが——）、右の叙述をしたのだと考えられるからである。

両判決はその流入を一般的に水際で阻止することも「やむを得ない」理由として、輸入の目的の識別の困難さと、流入したわいせつ表現物を頒布販売の過程におくことの容易さを挙げている。

およそ「やむを得ない」などというのは、憲法論でも法律解釈論でもないのではないだろうか。法的な説明が不可能なのでこのような表現を用いたのであろうが、これは「取り締まり本位の考え方」⁽⁷⁾に立って、必要最小限度の制約手段を自覚的に放棄し、行政の現状を追認したものでしかない。

東京高裁の四年判決は、この間隙をぬって、禁制品輸入罪を定めている関税法一〇九条を限定解釈して、個人的鑑賞目的のためのわいせつ表現物の輸入は処罰されないとした、上告審の七年判決は、単なる所持を目的とするか否かにかかわりなく一律に処罰することは違憲でないとして、四年判決を破棄したのである。

この七年判決の解説をした大淵敏和調査官は、次のように述べている。⁽⁸⁾

「刑法一七五条の処罰対象をどの範囲まで認めるかは、立法政策の問題であり、その流入、伝播の危険性を除去するために、刑法一七五条が列举するもののほか、製造 \parallel 作出、譲受 \parallel 入手、保管、運搬等を新たに処罰対象に加えたからといって、違憲の問題が生じるとは考えられない。

……略……

同様に、関税法一〇九条によるわいせつ表現物の輸入規制をどのようにするかも、立法政策の問題であり、刑法による規制とその内容が一致していなければならぬ必然性はない。関税法が、国内へのわいせつ表現物の流入、伝播を防止するために、一律・全面的な輸入禁止で臨むか否かは、まさに立法裁量の問題であり、個人的鑑賞のための所持を目的とする輸入を処罰したからといって、違憲の問題が生ずるはずがないのである。」

右の前半部分は本稿のテーマとは直接関係はないが、風俗を壊乱する表現物を抑圧することに敏感であった戦前に

おいてすら、処罰対象でなかった製造、譲受、保管、運搬等を新たに付け加えることに違憲の問題は本当に生じないといえるであろうか。単なる所持と同じく個人の自由にゆだねられるべき領域に属する製造、譲受、保管等にまで国家権力が介入し犯罪とすることは、憲法一三条に違反する。ちなみに、二〇数年前の改正刑法草案では、業としての貸与、販売等の目的をもつてする製造、運搬、輸出入を処罰することになっていたが、これに対しては、「刑法の『倫理化』であり、不必要な『犯罪化』のそしりを免れない」という批判が加えられたし、⁽⁹⁾前述したような欧米の立法の最近の傾向に逆行するものである。

問題は後半部分である。たしかに関税法による規制と刑法による規制の内容が一致していなければならない必然性はないかもしれない。しかし、そもそも刑法で販売等の目的のための輸入を処罰するのはともかくも——前述したように、児童ポルノ禁止法は一定目的のための輸入を犯罪にしている——、それとは別に関税法規によって猥褻表現物の輸入を規制しなければならぬ理由が分からない。したがって、それは立法政策の問題である、といわれても、首肯しかねる。

前述した新村調査官の解説によれば、フランス、西ドイツ、ベルギー、イタリアの諸国における猥褻表現物に対する輸入規制の根拠とされている法律としては、刑法のみが挙げられており、関税法規は挙げられていない。すくなくとも西ドイツと改正前のフランスの刑法では、一定目的のための輸入が犯罪とされていたことについては前述した。

日本では、戦前において、前に述べたように、刑法によって頒布販売等を、関税法規によって輸入を処罰するという役割分担をしていたのが、戦後もそのまま残ったということなのである。したがって、関稅定率法二一条一項三号を削除し、刑法一七五条に販売のための輸入を追加すれば、法律として整備されるのである。

後半部分の後段はさらに問題がある。関稅定率法二一条一項三号の立法者意思が、目的のいかんを問わずに風俗を

害すべき書籍、図画等の輸入を規制することにあつたのは間違いない。そのことを前提にしているから、一律・全面的な輸入禁止にするか否かは立法裁量の問題である、と断言しているであろう。仮りに一步ゆずつて、関税法規によつて猥褻表現物の輸入規制をすることを容認したとしても、立法裁量の問題だとはいい切れない。というのは、「国内への猥褻表現物の流入、伝播を防止する」という目的が正当だとしても、その目的を達成するための手段は、表現の自由に対する必要最小限度の制約にとどめなければならないという要請がある。一律・全面的な輸入禁止が必要最小限度といえるのか、については大いに疑問である。

大測調査官は、個人的鑑賞目的のための輸入を処罰することは違憲ではない理由として、個人的鑑賞目的のための所持と輸入は次のように異なつてゐることを指摘する。

「個人的鑑賞目的の所持とは、社会と切り離された家庭内において、社会との関連がなく、単に個人的な行為として行われるにすぎないものである」から、「これを処罰するということは、刑法上も処罰根拠を欠くだけではなく、個人のプライバシーを侵害する疑いが濃厚であり、憲法一三条、三一条に抵触すると考えられる。」しかし、個人的鑑賞目的の所持と輸入は同一視できない。「個人的鑑賞目的のための所持は、社会とは隔絶された『家庭内に存在する』、いわば静的状態にとどまるのに対して、輸入の場合には、「国外から国内に持ち込むものであり、必然的に他者との関係を生じさせ、『家庭内に存在させる』という、いわば動的状态をひきおこすものであり」、「個人の領域を超えて現実に社会秩序に対する侵害を生じさせる』ものと評価すべきであり、個人の自由に委ねられるべき領域にはとどまらないことになる」と。

右の説明は説得力に欠ける。個人的鑑賞目的のための所持であつても、自ら製造するなり、あるいは他人から購入なり譲受なりして入手する必要がある。後者の場合も、「社会秩序に対する侵害を生じさせる点」については、輸入も

同じである。そうではなく、購入や譲受の場合には、刑法一七五条で頒布販売を処罰している、という反論がなされるかもしれない。しかし、これは反論にはならない。「家庭内に存在させる」、別のいい方をすれば入手する方法として購入、譲受あるいは輸入があるのであり、輸入だけが規制されてもよいという理屈は通らない。大淵調査官は、何故、現行法では個人的鑑賞目的のための購入や譲受が規制されていないのかを、整合的に説明しなければ説得力に欠けるといわざるをえない。

大淵調査官は右のような主張を補強するために、松井茂記氏の論文と同論文で引用されているアメリカ合衆国最高裁のオズボーン対オハイオ事件判決を挙げているので、ここで検討を加えることとする。

松井茂記氏は次のように主張している。

東京高裁の四年判決は、個人的鑑賞目的の所持や輸入は禁止しえないが、販売目的の所持や輸入は禁止しうるとした。そうならば、「それを阻止するため目的のいかんを問わずに猥褻表現物の輸入を禁止することも当然考えられることであろう」と⁽¹⁰⁾。

この指摘は理解しがたい。すくなくとも四年判決は、個人的鑑賞目的のための輸入を刑罰でもって規制することは許されない、と判示したのであるから、四年判決の論理からはこのような考え方は出てこない。したがって、これは松井氏の主張なのであるが、松井氏は、「すべての猥褻的表現を処罰の対象とする刑法一七五条は過度に広汎であり、憲法二一条に反し無効であるといわざるをえないように思われる」と主張している⁽¹¹⁾のであるから、猥褻以上に広汎な風俗を害する表現物の輸入を規制している関税率法は違憲ということになるはずである。

それはともかく、オズボーン対オハイオ事件判決⁽¹²⁾というのは、「オハイオ州が子どもポルノの犠牲者を保護するため、子どもを搾取するような市場そのものを根絶することを政府利益と主張し、最高裁判所はこの政府利益の重要性を重

くみて、子どもポルノの家庭での所持をも禁止しようと結論した」ものである。⁽¹³⁾ 目的のいかんを問わない全面一律の輸入禁止を正当化するために、このオズボーン事件判決を援用することには問題がある。第一に、オズボーン事件判決は輸入とは無関係である。第二に、猥褻表現物と児童ポルノとを同じレベルで論じることができない。だからこそ、アメリカ合衆国最高裁は、スタンレー事件判決において、猥褻表現物の単なる所持を犯罪にしているジョージア州法を違憲としたのである。

児童ポルノの害悪は誰の目にも明らかで、子どもを性的搾取から保護するためにこれを根絶することは、現在の国際社会に課せられた使命であり、各国の責務である。一九八九年に成立した児童の権利条約の三四条は「性的搾取及び性的虐待からの保護」を規定しており、日本も一九九四年にこれを批准した。児童買春・児童ポルノ禁止法はこれを国内法化したものである。害悪が明白な児童ポルノですら、目的を問わない全面・一律の輸入禁止をしていないことについてはすでに言及したので繰り返さないが、これとの比較においてわいせつ表現物の全面一律の輸入禁止が不当であることは明らかであろう。

（三） 土本武司説への疑問

学説の圧倒的多数は税関検閲は違憲であると主張している。そして仮りに合憲であるとしても、個人的鑑賞目的の輸入まで規制することは許されないと考えている。

それに対して、「税関検査」は合憲であるから、目的を問わずに輸入規制をするのが筋合いである、と主張しているのが土本武司氏である。ところが、これまで土本説に対する批判は全く見当たらないので、違憲論の立場から、断片的ながら土本説への疑問を呈しておこう。

まず最初に、土本氏は違憲論を次のように批判する。

「……違憲説が説くように、通関手続における規制は何ら行なわず刑事罰等による事後規制だけによるとうなるか。その場合は、非輸入禁制品については税関規制を受けるのに輸入禁制品については通関手続の税関ではフリーパスして何ら規制も受けないという奇妙な事態を招来することになるし、それに、フリーパスということは輸入を許可することになるが、輸入禁制品であるのに輸入許可を与え、輸入許可を与えた物についてその輸行為につき事後的に刑事罰をもって処罰するという不合理な事態になる」と⁽¹⁴⁾。

右の文章はよく理解できない。違憲論に対する批判としては的外れではないのか。

まず第一に、前半の「非輸入禁制品については税関規制を受ける」という下りが分からない。「税関規制」が何を意味するのか分からないためであるが、輸入の禁止ではありえない。したがって、輸入禁制品の場合と同じくフリーパスのはずだから、どのように異なるのか、右の叙述からは明らかでない。

次に、「フリーパスということは輸入を許可することになるが、輸入禁制品であるのに輸入許可を与え」という下りも違憲論に対する批判にはなっていない。違憲論は、「風俗を害する書籍、凶画」等を輸入禁制品として、それを税関で規制する制度自体を違憲であるとしているので、違憲論の立場からはわいせつ表現物は輸入禁制品ではないのである。土本氏的前提が間違っている。

さらに、「輸入許可を与えた物についてその輸行為につき事後的に刑罰をもって処罰する」という下りも、よく分からない。

税関検閲は違憲なのであるから、輸入許可が与えられるのは当然であり、輸・入・行・為が事後的に刑事罰に処せられることはありえない。輸入されたわいせつ表現物が頒布販売されれば、刑法一七五条で処罰されるが、輸・入・行・為につい

ては当てはまらない。それとも土本氏は関税法一〇九条の禁制品輸入罪のことを念頭においているのであろうか。もしそうならば、それも前提が異なっているといわざるをえない。関稅定率法二一条一項三号は憲法違反なのであるから、風俗を害する文書、凶画等は輸入禁制品ではなくなり、その輸入を処罰している関税法一〇九条も、その範囲内において憲法違反なのである。

最後に、土本氏は、個人的鑑賞目的のための輸入規制は許されないとする見解に対して、次のような批判を加えている。⁽¹⁵⁾

「さらに、いったん国内に流入すれば、その目的を変えて頒布・販売・展観におかれることになる蓄然性は高い。かくして猥褻表現物は国内に伝播・氾濫し、刑法一七五条は空洞化することになる」と。

個人的鑑賞目的で輸入したわいせつ表現物が、頒布・販売目的に転化する可能性は本当に高いのだろうか。たとえ個人的鑑賞目的であれ、わいせつ表現物を輸入するような輩は、そのようなことを往々にして行うのだ、という人間観が見え隠れする。しかし今は、それを問わないことにしよう。素朴に考えれば、輸入されたわいせつ表現物が頒布・販売されれば、刑法一七五条の出番はそれだけ多くなり、その威力を發揮することになるのではないか。それとも土本氏は、輸入されたわいせつ表現物が日本国中に氾濫するようになれば、現在の警察と検察の能力では取り締まることとができず、その結果、刑法一七五条違反の犯罪事実がまかり通るといえることが言いたいのであろうか。そのためには目的のいかに問わず水際で阻止することが効率的であると考えているのであろう。これは取り締まり本位の考え方であって、憲法論・法律解釈論ではない。このような考え方に対しては、前述したように、個人的鑑賞目的の児童ポルノの輸入の場合には、税関はどのように法的に対応すべきであると考えているのか、ということとを再び問いたい。また土本氏は税関検査の特徴について次のように述べている。⁽¹⁶⁾

「この税関検査は、大量の輸入貨物に対して迅速に実施しなければならないという要請があるから、当然に、即物的・外形的な検査である。そこにおいて、検査の内容として、主親的な要素のそれは可及的に回避しなければならない。……それゆえに、定率法二一条一項各号の輸入禁制品は、すべて、同項各号に該当することが即物的、外形的に判断することができるもののみが列挙されているのである。……したがって、三号該当物件である猥褻表現物についても……、輸入目的は、関税法規の立場からは全く問題とならないのであり、いずれの目的であれ一律に規制の対象になると解すべきなのである」と。

関税定率法二一条一項の条号は、土本氏の主張するように、即物的、外形的に判断できるもののみが列挙されているのではない。たしかに、一号の麻薬、大麻、あへん類、二号の貨幣等の偽造品、変造品等は容易に判断されうるであろう。しかし、四号の「特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権又は著作隣接権を侵害する物品」の中には、容易に判断しえないものも少なくないはずである。問題の三号物件についても容易に判断しうるものばかりではないはずである。だからこそ、本稿の冒頭で述べたように、尾崎・元原裁判官の反対意見が出されたのであるということ⁽¹⁷⁾を想起する必要がある。

また土本氏は次のように主張している。

「猥褻表現物の輸入禁止の規制対象から個人鑑賞目的の場合を除外するとすると、税関職員は検査の場においてそれを判断しなければならず、かつそれは事柄の性質上、輸入者の供述を基本とせざるを得ないが、輸入者は輸入したい一心から、真実を偽って単純所持目的である旨供述するケースが多発することは必然であり、このような状況下で、即時に、かつ正確に輸入目的を認定することは不可能を強いることに等しい。

そうすると、猥褻表現物をその輸入目的のいかんを問わず、水際で規制することの合理性と必要性があるというべ

きである」と。

郵便で輸入する場合には、右の指摘は当たらないのではないか。筆者は今から十数年に「フランスにおける映画検閲制」と題する論文を執筆する際に、洋書輸入店に注文したフランスの書籍が三号物件に該当するという理由で入手できなかったことがある。明らかに学術研究の目的の輸入であるにもかかわらず輸入が禁止されたことを、土本氏はどうのように説明するのであろうか。

輸入の目的というのはそれほど識別しがたいものであるうか。五九年判決で争われた事件の一つは、米人写真家のヌード写真集三九二冊の輸入禁止の事例であるが、これを個人的鑑賞目的と強弁して通用するであらうか。反対に、原版ではなくて写真（集）を一部だけ輸入しようとする場合に、これを頒布・販売目的だと認定することには無理があるのではないだろうか。

最後に、仮りに輸入禁止の目的が正当であるとしても、水際阻止という手段の合憲性が引き出されるわけではない。あくまでも必要最小限度の規制でなければならず、単に合理性と必要性が認められるだけで合憲であるとはいえないのである。⁽¹⁸⁾

- (1) 平川宗信「猥褻文書等頒布・販売罪と税関検閲」ジュリスト八三〇号三六頁。
- (2) 法曹時報四一巻二号二七一―二七二頁。
- (3) 平川宗信『刑法各論』二九三頁、団藤重光『平川宗信『刑法各論（新版追補）』二二〇頁以下。
- (4) 森山眞弓編著『よくわかる児童買春・児童ポルノ禁止法』一三二頁、園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』六頁、木村光江「児童買春・児童ポルノ処罰法」法律のひろば一九九九年二月号四三頁。
- (5) 江橋崇「税関検閲の憲法史的考察」法学セミナー一九八二年一月号一三一―一四頁、「追認された『検査』という名の『検閲』」法

学セミナー一九八五年二月号二二頁。

- (6) 中山研一「鑑賞目的のわいせつ物輸入と関税法一〇九条」判例タイムズ九一一号六七—六八頁。
- (7) 奥平康弘『ジャーナリズムと法』二九四頁。
- (8) 法曹時報四九卷一号三二—四—三三—三五頁。
- (9) 宮沢浩一「第二章 風俗を害する罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則』二七三頁。
- (10)(13) 松井茂記「表現の自由をめぐる今日の問題——東京高裁ポルノ輸入事件控訴審判決を契機に」法律のひろば一九九三年五月号二七頁。
- (11) 松井茂記『マス・メディア法入門』一四五頁。
- (12) 矢口俊昭「児童ポルノの私的所持と修正一条の保護」ジュリスト一〇一九号、一六一—一六四頁、武田誠「チャイルド・ポルノグラフィの所持を禁止する州の制定法の合憲性があらそわれた事例」アメリカ法一九九二年一号一二—一二五頁。
- (14) 土本武司「わいせつ物の税関規制をめぐる諸問題(三・完)」警察研究五六卷四号四七頁。
- (15) 土本武司「単純所持目的による猥せつ表現物の輸入と禁制品輸入罪(関税法一〇九条)の成否」判例評論四一〇号二四〇頁。
- (16) 土本武司「個人鑑賞目的によるわいせつ表現物の輸入行為の可罰性」判例評論四四五号二三—二四頁。
- (17) 土本・前掲論文二三—二四頁。
- (18) 高橋和之・判例評論三二二号二〇—二一頁、横田耕一「税関検査の合憲性」法律時報五七卷四号六七頁、浜田純一「事前抑制の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟法第2巻』二八六頁。

四 検閲と表現の自由との関係

(一) 制度としての検閲

検閲の定義については、大きく分けて狭義説と広義説とが対立している。狭義説の代表的提唱者である佐藤幸治氏は、「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」と、検閲を定義している。⁽¹⁾ 広義説の宮沢俊義氏は、「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、不相当とみとめるときは、その発表を禁止すること」と定義している。

このように両説はともに「禁止すること」と定義しているが、阪本昌成氏はこの「禁止すること」の意味が明確ではないとしているが、私も阪本氏とは違う意味で適切ではないと考える。「禁止すること」というのは個々の処分をイメージするので、「禁止する制度」に修正する方がよい。

検閲が人の一連の行為——すなわち手続から構成される制度であることは、かねてより指摘されている。⁽³⁾

この憲法上の制度と人権とはどのような関係にあるのか。佐藤幸治氏の御教示によれば、「憲法は人権を保障するにあたって、(a)一定の制度を前提とし、あるいは(b)ある制度をとくに忌避している場合がある。……(b)の例としては、……表現の自由(二一条一項)と検閲制度の禁止(同条二項前段)などの関係をあげうる」と。⁽⁴⁾ なお、信教の自由と政教分離の関係は前者である。

このように、(a)と(b)に分類される制度が、いわゆる制度的保障にいうところの制度と同じであるかどうかは論者に

よつて異なるが、本稿には直接関係がないので、これ以上言及しない。

(二) 阪本昌成氏の学説をめぐって

検閲の定義ならびに検閲と表現の自由との関係について、阪本氏が異色の主張をしているので、これに言及するこ
とにする。

阪本氏は、「検閲とは、文書を中心とする有体物による表現行為につき、完全、公正かつ迅速な司法的判断を経ない
うちに、表現予定者または表現行為者に公権力による判断をおおぐよう義務づける手続をいう」と定義づける(傍線・
傍点引用者)⁽⁵⁾。

この阪本氏の定義はアメリカ法のいわゆる *Freedman* ルールの影響を強く受けたものである。

阪本氏の御教示によれば、アメリカ合衆国では税関検査は、次に述べるような一定の手続的保障を満たすという憲
法上の条件付きで、合憲とされている⁽⁶⁾。すなわち、19 U.S.C. §1305(a)は、猥褻表現物の輸入を禁止し、税関長がこれ
を発見したときは、没収・廃棄しなければならぬと規定しているが、それに先立って、税関職員↓検察官↓地方裁
判所↓猥褻表現物の廃棄という一連の手続を踏まなければならない、と定めている。表現の自由の事前規制において、
このような手続的保障を欠くものは違憲とされてきている。行政権が発表を禁止する前に裁判所の判断が先行しなけ
ればならない、というのが、このルールの要点なのである。

この阪本氏の主張に対しては、「司法権評価がかえって楽観的すぎるのではなからうか」という批判が加えられ
ている。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

阪本氏の説はアメリカ法では広く受けいれられるかもしれないが、日本や欧米諸国ではどうであろうか。日本やド

イツやイタリアでは、憲法で検閲が明示的に禁止されているのであるから、たとえば税関検閲を想定して、アメリカ合衆国の 19 U.S.C. §1305(a) の規定するような手続が整備されていないのは当然のことではないであろうか。アメリカで右のような手続が整備されたのには、それなりの歴史的背景があったのである。すなわち、一九二〇年代に性表現が規制緩和されるようになったが、その一環として一九三〇年の関税法の改正の際に、わいせつ表現物の輸入を禁止している現行法の規定を削除すべきであるという案が提出された。議会での審議の結果、結局、妥協の産物として行政官の裁量で輸入を禁止できる仕組みが右のように変更されたのである。⁽⁹⁾そして判例の上でも *Freedman* ルールとして確立するようになったのである。

仮りに日本でこのような規定が新設されたならば、阪本説では税関検査は合憲ということになるであろうか、多数説によれば、たとえば裁判所の判断が先行しても、違憲ということになるように思う。検閲は歴史的には行政権が印刷物に対して行ってきたということを想起すれば、阪本説への支持は広がらないのではないだろうか。

阪本氏の問題提起に対して、高橋正俊氏が、検閲は手続であるとする立場から種々の批判を加えているので、最後にこれに言及することにする。⁽¹⁰⁾

高橋氏は、以下において述べるように、三点にわたって阪本説を批判している。高橋氏の整理によれば、検閲と表現の自由との関係については、①検閲は表現の自由の一側面にすぎないとする説と、②表現の自由に関するが、独自の制度であるとする説が存在するそうである。前者は奥平康弘氏、後者は阪本昌成氏がその提唱者とされている。

たしかに奥平氏は、「検閲問題は、表現の自由に関する諸問題の一側面であるにすぎない。いってみれば、それは表現の自由に対する公権力規制の形式的・方法的な問題である」と述べている。⁽¹¹⁾しかし体系書の中では、検閲の禁止は「単に『制度的保障』にのみ仕えるのではない。公権力の『検閲』により利益を侵害された者は、自己の表現の自由

の名によって、『権利』の救済をもとめることができるはずである」と述べている。⁽¹²⁾つまり、検閲の禁止は制度であると理解されているのである。

後者の阪本氏に対して、高橋氏は、「第一に、検閲は表現の自由から独自のものでなければならぬというのはいかなる理由によるのか明らかでない」と批判している。

ところで、阪本氏は、「検閲は表現の自由から独自のものでなければならぬ」とか、検閲は「独自の制度である」という表現をしていないので、高橋氏が何を批判したいのか、その意図がよく分からない。阪本氏は、「憲法二二条一項が表現の自由を実体的に保障するのに対し、二項前段は同自由を手続的に保障する規定である」と繰り返し述べている。⁽¹³⁾もともと阪本氏のいう「手続的に」というのは氏特有の「司法的手続」という意味であつて、たとえば、初宿正典氏が、「憲法二二条二項前段は『検閲は、これをしてはならない』と規定して、同条一項の表現の自由を手続的にも保障しようとしている」と述べている場合の「手続的に」とは意味が異なる。

いずれにしても、①の奥平説か、②の阪本説か、「このいずれが妥当であるかについては、その論議を混乱させないために、検閲が実体法に属すのか、あるいは手続法に属すのかを決定したうえで議論を進める必要がある」（傍点引用者）などと主張されても、出発点から議論が混乱しているような気がするのだが、いかがであろうか。

高橋氏の阪本説に対する第二の批判は、「この定義では、検閲においては保護されるべき言論か否かを問わず保障されることとなるが、これは表現の自由による保護領域を越えてしまうが、それでよいのか。また、その根拠を顕著な萎縮効果をもつからとするのでは、説明としては弱い」という内容であるが、これは通説に対する批判としても当てはまるものである。

別の個所で、「理論上、手続たる検閲に表現の自由をこえる保障を与えねばならぬ必要性」がないと述べているが、

これらの指摘は検閲制度に関する無理解から生じたものと思われる。つまり、表現の自由によって保障されない表現は、検閲という事前抑制の手続によって規制されて当然であるという考え方が、これらの批判の背後にあると思われる。しかし、検閲というのは当該表現が保障されたものであるか否かには関係なく禁止されているのである。阿部照哉氏は、いみじくも「言論表現が現行法上の制約をこえるものであるかどうかについて、国家による事前の審査に服せしめないのが検閲禁止の趣旨である」と指摘している。⁽¹⁵⁾

次に検閲禁止の根拠として顕著な萎縮効果をもつからとするのでは、説明として弱い、と批判するならば、批判するだけにとどまらずより強力な根拠を指摘する必要があるのではないか。

芦部信喜氏が、「壊れやすく傷つきやすい表現の自由に事後処罰に見られない致命的な（直接かつ回復しがたい）『萎縮的效果』が及ぶことを防止するためにも、必須の前提である」と述べていることに注意を喚起しておこう。⁽¹⁶⁾

高橋氏は、「また、保護されない言論に萎縮効果があつて何故不都合であるのか不可解である。それとも保護される言論にも萎縮効果が及ぶというのが不都合というのであろうか。これではどんな表現（例えば、贋造紙幣）も検閲によつては禁止しえないことになる。事後統制だけで十分というのであろうか」と、阪本談に対して疑問を呈しているが、これもまた通説に対する疑問といえよう。

保護される言論か、あるいは保護されない言論（たとえば、ある種の性表現、名誉毀損的表現）かは、公表後に刑事裁判で明らかになるわけであつて、公表前に常に自明であるというわけではない。素朴に考えれば、保護されない言論に萎縮効果があつて当然であるということになりそうだが、保護される言論かそうでない言論かは、すべて公表前に明らかになっているわけではないという念押しをしておこう。それから、保護される言論に萎縮効果が及ぶのは不都合どころではない。芦部氏の表現を繰り返せば、「壊れやすく傷つきやすい表現の自由」を萎縮させる効果を及ぼ

すことは重大な人権侵害をもたらす憲法問題である。

阪本説や通説によれば、贋造紙幣のような表現も検閲によって禁止しえないのは、決して不当ではない。保護されない表現の例として高橋氏が贋造紙幣を挙げているのは不適切である。法律用語としては贋造ではなく偽造または変造であるが、それらの紙幣の輸入は刑法一三八条二項および関税定率法二一条一項二号で、それぞれ輸入が禁止されているからである。それはともかく、浜田純一氏は、事前抑制理論の根拠として、「侵害的特質」を三つ指摘しているが、その第一は、「表現内容が表現の自由の憲法的保護の範囲内に存するか否かにかかわらず、つまり、事後において合憲的に規制しうる表現内容であるか否かにかかわらず、一括して公権力の判断を受け……広汎かつ一般的な審査が加えられること」である。検閲にはそのような特質があるから禁止されることを繰り返し想起する必要がある。

なお、高橋氏は別の個所で尾吹善人氏の検閲の絶対的禁止説を「妥当なものだと考える」として支持し、また、検閲を手続として構成されるべき根拠として、検閲が絶対的に禁止される根拠を提供できるメリットを指摘しているが、これらのことと右の主張とは明らかに矛盾する。絶対的に禁止されるということは、保護されない表現であっても検閲によって発表を禁止してはならないということである。

高橋氏の批判の三つ目は、「検閲概念をその害悪の顕著さをたよりに理論的に構成しようとするのは、本来無理があるのではないか。伝統的検閲概念がまがりなりにも成立している場合には、それをリファインするという道をとるべきではなからうか」ということである。

阪本説の検閲概念の定義は、前述したようにアメリカ法の *Freedman* ルールをベースにしたものであると理解している。前半部分の指摘はよく分からない。そして高橋氏は検閲を構成する様々な要素について検討を加えた後に、検閲を次のように定義する。「表現物を、公表前に、行政機関が、表現内容について審査し、必要があれば公表を禁ず

る手続」（傍点引用者）。これでは通説の定義の「禁ずること」が「禁ずる手続」に変わっただけのことではないのか、これでリファインしたのか、という疑念が浮かんでくる。

なお、高橋説によれば、ほとんどすべての学説と異なり、税関検閲は検閲ではないという結論になるので、コメントしておきたい。

「外国の表現物と検閲の標準時」と題する節において、次のように述べている。「検閲は表現の自由の一環である『情報受領権』についても成立し、従って受領時が基準とされなければならないとする。これは巧妙な論理構成で、反対説も見当たらない」と。これに対して、「現状のような学問的成果の下では、検閲について受領時説を受け入れるのは難しいのではないかと考える」と、異論を唱えている。その理由として「受領権の性格が明らかでない」ことを挙げているが、こんなことが理由になるのか疑問に思う。情報受領権の性格を明らかにするために努力することが、学問的営為というものではないであろうか。

いずれにせよ、受領時説は採用できないのならば、いつが検閲の基準時なのか。それについては積極的に提示されていない。そこで高橋氏の検閲の定義から推測すれば、公表時が基準となり、結局、外国の表現物は公表済みだから、税関検閲は検閲ではないと、五九年判決と同じ結論になる。また、「表現の自由は、外国在住者の発表の機会まで保障するものなのか。また、その場合事前の基準時は何時になるのか。疑わしい解釈と言わねばならない。」と述べて、通説を批判しているようであるが、舌足らずな表現で意味が読み取りにくい。当然のことではあるが、外国在住者（外国に在住する外国人）が自国内で表現する自由があるか否かは、その国の憲法の問題である。日本に定住している、あるいは一時的に滞在している外国人の表現の自由について、学説は保障すべきであると主張したことは勿論あったが、日本国憲法が外国在住者の発表の機会まで保障しているなどと、通説は主張したことは勿論なかったはずである。

これまで税関検閲に関して問われてきた問題は、あくまで日本国在住者が外国から表現物を輸入する行為についてであり、学説もこの点について議論してきているのであるということに正しく理解する必要がある。

最後になるが、市民的及び政治的権利に関する国際規約一九条二項が、「すべての者は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む」と規定していることを想起しておく。

- (1) 佐藤幸治『憲法(第三版)』五一九頁。
- (2) 阪本昌成『プライバシー権論』九八頁。
- (3) 佐藤功『日本国憲法概説全訂第5版』二二五頁。
- (4) 佐藤幸治・前掲書三九七頁。初宿正典『憲法2基本権』一一八頁も同じ趣旨。
- (5) 阪本昌成・前掲書一〇二—一〇三頁、『憲法理論Ⅲ』一二四頁、佐藤幸治編著『憲法Ⅱ基本的人権』(阪本昌成執筆)二二三頁。
- (6) 阪本昌成『プライバシー権論』一一九頁以下。
- (7) 長岡徹「検閲と事前抑制」ジュリスト一〇八九号二二九—二四〇頁。
- (8) 浜田純一・前掲書二九八頁は、阪本説に対して次のように批判している。「……規制手続の審査は、規制の合憲性に関する実質的審査の基準とされているわけではなく、実質的審査に入ることの要否を決定するための、いわば入口における形式的審査として位置づけられている。しかし、私見によれば、手続審査は、当該事前規制審査が合憲であるか違憲であるかの実質的判断の場面においても、重要な役割を果たすべきものであり、手続審査を実質審査から排除されている阪本教授の見解には、賛成できない。」
- (9) 詳しくは、三島聡「性表現の刑事規制(三)——アメリカ合衆国における規制の歴史的考察——」法学雑誌四四卷一号五〇頁以下参照。
- (10) 高橋正俊「検閲について」法学五〇卷七号一七二頁—一九八頁。以下においては、はん雑になるのでページ数は引用しない。
- (11) 奥平康弘「検閲」有倉教授還歴記念『体系・憲法判例研究Ⅱ基本的人権(1)』二五八頁。
- (12) 奥平康弘『憲法Ⅲ』一〇二頁。

- (13) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』一二二頁。
- (14) 初宿正典・前掲書三二〇頁。
- (15) 阿部照哉「税関検閲の憲法上の問題点」ジュリスト三七八号二四頁。
- (16) 芦部信喜・前掲書三五九頁。
- (17) 浜田純一・前掲書二八四頁。