

Title	文書配布差止の仮処分の適法性：特に表現の自由・検閲の禁止と関連して
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.105- 123
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0105

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.

文書配布差止の仮処分適法性

——特に表現の自由・検閲の禁止と関連して——

石川 明

- 一 文書配布差止の仮処分をめぐる諸問題
- 二 差止仮処分という司法的事前規制に関する学説の状況
- 三 検討
- 四 結論

一 文書配布差止の仮処分をめぐる諸問題

文書配布（出版—以下同じ—）差止の仮処分をめぐる種々の問題が提起されている。ここで「文書配布差止の仮処分」なる概念を用いたが、一般に文書配布の差止といっても、既に一旦配布し配布を継続する場合に継続的配布を差止める場合（以下継続的配布差止という）と、初めての配布を事前に差止める場合（以下事前差止という）とがある。後述するように、私は両者を区別すべきであると考え、一応ここでは一律に文書配布差止の仮処分なる概念を用いておく。

文書配布差止の仮処分をめぐる提起されている、諸問題とは以下のごときものである。すなわち(1)この種の仮

処分は仮の地位を定める仮処分の一種であるが、それは非訟事件か訴訟事件か、という点が問題になる。これを別の側面からみるならば、この種の仮処分の要件として被保全権利を必要とするか否かという点が問われることになる（兼子一「保全訴訟の性格——その実体法的基礎について——」保全処分の体系(Ⅱ)は非訟事件説をとり、木川統一郎「新聞・雑誌等配布禁止仮処分について」判例評論一八三号八頁は訴訟事件説をとる。私も石川明・判批・判例タイムズ四七二号二七二頁では被保全権利の存在を要件とする説に賛成した。なお差止請求の法的根拠については、五十嵐清二藤岡康宏「人格的侵害と差止請求——「エロス虐殺」事件を契機として——」判例評論一三九号二頁以下が詳細である。(2)つぎに、(1)に指摘した文書配布差止請求権（厳密に言えば、継続的配布差止請求権と配布の事前差止請求権）の存在を仮処分の要件と考えた場合はその種の請求権が実体法上認められるか否かという点、仮りにこの種の被保全権利を認めるとしても憲法二一条の表現の自由、同二項の検閲の禁止との関係からこの種の仮処分を肯定できるか否かという点、さらにまた非訟事件説を前提にしてこの種の請求権を要件としないと考える場合には憲法二一条の表現の自由の保障、特に同条二項の検閲の禁止との関係から文書配布差止の仮処分が許されるか否かという点、問題になる（この点に関する判例・学説の詳細については竹田稔「人格権侵害と差止請求」現代損害賠償法講座二二九三頁以下参照）。(3)また、一時期選挙用文書の配布差止の仮処分が数多く出されたが、それらについては、当事者能力、当事者適格等当事者の問題が議論の対象になった（この点については、石川明「新聞・雑誌等の配布差止仮処分の問題点」判例評論一八三号二頁以下、白井義文「文書配布差止の仮処分」法律時報四七卷六号一二〇頁以下参照）。(4)この種の仮処分を認める場合、その憲法二一条との関係からして、仮処分命令手続の慎重性が要請されるとすれば（木川統一郎「新聞・雑誌等配布禁止仮処分をめぐる諸問題」法曹時報二七卷二号二八九—二九〇頁参照）、(1)口頭弁論の原則化（木川統一郎・前掲・判例時報一八三号一二二頁）、(2)疎明の高度性の要請等が問題になる。そのほか(5)保全の必要性の内容が問題になる。

私は、前記諸問題のうち(1)(3)については既に前記判例評論及び判例タイムズの論稿において論じたが、(2)(4)(5)については若干言及するに止まったので、改めて本稿において取上げて私見を明らかにしておきたい。

二 差止仮処分という司法的事前規制に関する学説の状況

一 文書配布差止特に事前差止の仮処分は表現の自由の事前規制にあたるが（私見によれば、継続的配布の差止は事後規制になるが、考え方によっては、継続する、したがって将来の配布の規制はその部分のみについていえば、事前規制になる余地もないわけではない）、行政的事前規制ではなく司法的事前規制なるがゆえに許されるとの見解もありえよう。例えば、記事等販売頒布等禁止仮処分異議申立事件に関する昭和五五年一月五日の札幌地方裁判所判決は、「……侵害予防を認めることは、……それが一方の当事者からの申請があつてはじめてある特定の表現物について司法機関が判断をくだし、それを発表することを予め差止めうるかどうかをきめるのであつて検閲そのものには当たらない……」と判示している。検閲が行政的事前規制に限定されるか司法的事前規制をも含むかという点問題にならないわけではない。学説上は、公権力乃至国家机关による事前規制と解し特に行政権力によるものに限定していないものと（例えば宮沢俊義・憲法Ⅱ三六六頁、阿部照哉他・改訂憲法講義一二三頁、伊藤正己・憲法三〇七頁、長谷川正安・入門法律学全集憲法「一」一七六頁、山本浩三・現代法学叢書憲法一〇六頁、尾吹善人「教科書検定と表現の自由」ジュリスト四六一号九七頁）、行政権によるものとする見解（佐藤功・日本国憲法概説全訂第二版一七〇頁、小林直樹・新版憲法講義上三九三頁、有倉遼吉編・基本法コンメンタール新版憲法九七頁（奥平康弘）のほか、佐藤功・ポケット註釈全書(4)憲法一五八頁は公権力による規制と行政的取締という双方の概念を用いている）とがある。しかしながら、司法的事前規制も行政的事前規制と同様に表現の自由の事前規制である点に変わりがない。それでは、仮処分による事前規制が行政的なものではなく

司法的なものであるという点が本質的に重要であるといえるかという点が問題になる。

事前差止請求権に基づいて事前差止不作為の本案判決を得て事前差止を間接規制により執行することは、司法的事前規制になるが、しかし本案判決による事前規制であるから許されるのは当然であろう。問題になるのは事前差止の仮処分許容である。この点の考察にあたり注意すべき点は、文書配布差止仮処分という事前規制方法はたしかに司法的なものであるとはいえず、仮処分発令手続において、急迫な場合口頭弁論を経ずに仮処分命令を出すことができることとされ（民訴法七五七条二項）、しかもこの種の処分の申立てについてはほとんどの場合急迫であるために口頭弁論を経ないで決定で裁判されることが原則化している。また保全要件についても証明は要求されず疎明をもって足りるなど本案訴訟手続とは異なり、非訟的要素がないわけではないという点である。

文書配布差止仮処分を認める以上は、たとえそれが司法的なものであるとはいえず表現の自由と深くかかわる事前規制方法である点を考慮すれば、その命令手続においては特段の事情のないかぎり口頭弁論を経ることが好ましいとの見解があるし、また疎明も高度のものを要求すべきであるとの見解（木川統一郎・前掲・判例評論一八三号一〇頁）が提唱される理由はここにある。

これら手続上の問題は暫くおくにしても、そして、規制機関が行政機関か司法機関かという違いがあることは認めざるをえないにしても、仮処分発令手続に非訟的要素が認められる以上、その司法性を強調しすぎることは好ましくないと私は考える。特に表現の自由の重要性、検閲禁止の趣旨を考えた場合そうである。ニア対ミネソタ州事件において、ダグラス判事が「司法部も、他の官憲に許されない抑制の特権を与えられていなかった。なぜならば、歴史は、裁判官もまたときに圧制者であることを立証していたからである。」（伊藤正己「言論出版の自由」第四章一三二頁）としている点は注目に値するところであろう。

名誉毀損の記事または書籍を公表せんとした場合、これを禁止するために差止命令を発することが検閲に該当することは、英米法における確立した判例であるとされているのも(河原峻一郎・言論及び出版の自由一〇七頁)、同じ意味を示すものとして理解することができる。

二 仮の地位を定める仮処分についても被保全権利を必要とすることについては既に別稿において述べた(石川明・前掲判例二七二頁)。

直接被害者のない性表現のような場合については、違法な性表現の禁止により受ける一般人の利益はいわば反射的なものであって、表現者に対して一般人が配布差止請求権をもつわけではない。名誉毀損やプライバシー等人格権の侵害という点を別にすれば、特定立候補者はその選挙を妨害するような文書の継続的配布差止請求権ないし事前差止(妨害予防)請求権が公職選挙法上認められているわけではない(石川明「新聞・雑誌等の配布差止仮処分の問題点」判例時報七三四号一一六頁以下)。したがって、一般人は違法な性表現文書配布差止仮処分を申立てることは許されないし、立候補者は自らの選挙を妨害するような文書の配布の継続的差止及び事前差止等差止の仮処分をもつば公正選挙の要請のみを理由にして申立てるということはできない。すなわち、差止の仮処分については、直接の被害者があり又は予想され、その者が実体法上継続的差止請求権又は事前差止請求権を有することが必要である。

これに対して名誉毀損やプライバシー等いわゆる人格権の侵害にあっては、具体的且つ直接的に人格権を侵害される被害者があり、且つその者は実体法上継続的配布差止請求権乃至事前差止請求権を有する。そして一旦出版配布せられた文書について引続きなされている刊行配布を将来にわたり差止めるのは、既に出版され店頭にある文書の回収をなすのと同様に、表現の自由の事後規制にあたる。それゆえにこれをもって検閲ということはあたらない

と私は考える。したがってこの種の継続的配布差止の仮処分をすくなくとも司法機関による検閲にあたるがゆえに許されないとすることはできないように思われる（これに対して、佐藤功・日本国憲法概説全訂第二版一七〇頁によれば「検閲の禁止は、行政権による思想表現の規制を許さない趣旨を含むものと解すべきであるから、たとえはひとたび出版された図書など行政権により発売禁止するなどの処分も認められない」とされている）。

そこで問題として残るのは、検閲の禁止との関係においてではなく、表現の自由との関係において被害者の継続的配布差止請求権がどの範囲で認められるかという点に限定される。主として、侵害予防Ⅱ事前差止ではなく（この問題にも若干言及している）、人格権侵害による単なる継続的配布差止請求権が認められるか否かについて論じたものとして、竹田稔「人格権侵害と差止請求」現代損害賠償法講座2「名誉・プライバシー」二九二頁以下の詳細且つ的確な研究がある（及び同論文に引用された文献参照）。

以上に述べたように一旦出版しそれが継続するものにつき、将来の出版を差止めるのはいわば事後規制であるが、未だ出版されていないものの事前差止については事前規制として検閲の禁止が問題になってくる。私見によれば、両者は一応区別して考慮されるべきものではないかと思われる。しかるに、わが国において従来の学説は両者を必ずしも明確に区別せずに議論を展開している嫌いもないわけではないようである。

三 検閲の禁止との関係で問題になるのは、出版の事前差止であるから、被害を予想される者が、事前差止Ⅱ侵害予防請求権をもつか否か、事前差止請求権を被保全権利として配布の事前差止の仮処分をなしうるか否かという点である。配布の事前差止の仮処分の被保全権利は継続的配布差止請求権ではなく、配布の事前差止請求権である。

河原説によれば、名誉毀損の記事または書籍を公表せんとした場合、これを禁止するために差止命令を発することが検閲に該当することは英米において確立されたところである(河原峻一郎・前掲書一〇七頁)との立場から、さらにつづけて、わが国における名誉毀損の訴訟において、しばしば行なわれる仮処分(本案の裁判をまたず、保証金を供託せしめて問題の記事の頒布を禁止する措置を講ずること)は、検閲に該当するものといわなければならない、とされている(前掲書一一〇頁)。この見解によると、右の場合許されないとするより、事前差止請求権それ自体が存しないとするほうが、検閲禁止を重視する見方にはより適合すると考えるならば、右の立場を事前差止請求権を否定する見解として理解することができる。これに対して、被害者に事前差止請求権は認められるが、事前差止の仮処分は検閲禁止との関係で許されないとする見解として理解する余地もありうる。右の立場がいずれの見解を採用しているかという点は必ずしも明らかではない。

三島宗彦論文は継続的配布差止請求権は肯定するが、事前差止請求権を否定される。すなわち次のように説いている。「原状回復処分と関連するものに、妨害予防請求権の問題がある。名誉がまだ現実に毀損されていないが、その危険が明白に存在しかつさし迫っている場合の事前抑制の措置、およびすでに発生した名誉毀損行為が将来にわたって継続し損害の拡大が予想される場合の排除措置が現行法上認められうるかの問題である。……この種の妨害予防請求権をもとに認める国も少なくないが、事前抑制措置としての妨害予防請求権の承認については、基本的人権の中枢に位する言論の自由を侵害する恐れがある以上賛成し難い」(「名誉・信用・プライバシーの侵害」新民法演習4債権各論上六八―九頁)として、事前抑制措置としての妨害排除請求権は否定するのに対して、「けれども、継続的な名誉毀損行為の排除措置は取消広告や謝罪広告に代表される原状回復処分とは別に必要だと考えられる。名誉毀損的な図書・雑誌の頒布を将来に向かって禁止し、名誉毀損の内容を有する映画・演劇の上演を中止させるこ

とは、単なる謝罪や取消広告以上に名誉の保護にとって不可欠といえるからである」(前掲二六九頁)として、継続的配布差止請求権を認めている。継続的配布差止請求は検閲にあたらぬとの考え方が前提になっているものと思われる。

清水英夫論文によれば、仮処分による事前差止が検閲にあたり違憲の疑いがかかなり濃い旨を次のように説いている。すなわち、わが国の通説によれば、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」を指している。司法権が疑いもなく公権力であり、ここにいう「思想」が広く言論・表現を意味することは明らかである以上、多少の疑問があるとはいえず、税関検閲と同様、仮処分による事前差止は違憲の疑いがかかなり濃い、といって差支えないのではあるまいか、というのである(「媒体頒布をめぐる自由と抑圧」法律時報四二巻六号七〇頁)。もっとも、清水論文は、すぐその後で「表現者側に全く発表する権限のないことが明らかである場合を除いて、仮処分による表現の事前差止は許さるべきではないように思われる」とされている(前掲七〇頁)。仮処分による事前差止も検閲にあたるから憲法上許されないとしながらも、「表現者側に全く発表する権限のないことが明らかである場合を除いて」いる点で例外を認めている。それが具体的にいかなる場合を指すのかという点について例示も説明もないので明らかではないが、出版が実体法上違法である場合には一定の要件の下に発表権限がないとするのであれば事前差止仮処分の絶対否定説ではなく、他の見解と変らないということになる。この例外をどの範囲で認めるかという点がまさに重要な問題なのである。

四 表現の自由については原則として事前規制が否定され、検閲の禁止はその一亜種であると考えることができるとは周知のとおりである。しかし、例えば集会のように、公衆に回復し難い且つ重大な被害を及ぼすことが明白

且つ急迫であると認められるときまで、例外的に事前規制を否定するものではない。これとパラレルに考えるならば、たしかに、事後の「司法権による規制のみ許されるとする見解(佐藤功・日本国憲法概説全訂第二版一七〇頁、この見解は逆にいえば、司法的事前規制を否定する趣旨と思われる)」があるにしても、私見によれば検閲の禁止も表現の自由の一切の事前規制を禁止するものではなく、一定の厳格な要件のもとに、例外的に表現の自由の事前規制を肯定するものと解すべきであるものと思われる。かような視点からすれば、事前差止の仮処分は検閲に該るがために一切ゆるされないとすることは反対したい。

そこでつぎに問題になるのは、右の例外をいかなる要件の下に認めるべきかという点である。特に立法上の措置がなくても、「解釈論として、一定限度をこえる侵害に對しては、人格権の侵害として、妨害の排除ないし予防の請求権を認めることが可能である。そしてその限度は、前述のような実質的な利益と損失の比較考量によってきめるべきであつて、不法行為による損害賠償請求権が認められる以上、当然に妨害ないし予防の請求権も認めるべきだということにはならない」(加藤一郎「不法行為」法律学全集22-112-114頁)との見解が提唱されている。一定限度以上の侵害については予防請求も認めるが、その限度は侵害者側の自由活動を制限することの損失と被害者側のそれによってうける利益との比較考量によって決せられるとするのである(利益衡量については奥平康弘「表現の自由」日本国憲法体系7巻一〇〇頁以下参照)。

徳本鎮論文も、掲載差止請求権を名誉毀損においても原則として認め、かかる原則の場合に該当するか否かの判断は両者の利益・不利益の比較衡量によるとしている点で(民法演習二二七頁、徳本論文は、週刊紙の記事の掲載差止を問題としているので、おそらく事前差止請求権を念頭においているものと思われるが、これとは別に継続的侵害の将来に向かつての排除請求をも含めて考えられていると推測される)、利益衡量による事前差止請求肯定説に属するといえよう。久保

田きぬ子解説も「エロス虐殺」事件の東京高裁昭和四五年判決の解説において、「人格的利益の侵害に対する差止請求が認められるか否かは、本判決も云っているように、具体的事案につき慎重な利益の比較衡量がなされ、ケース・バイ・ケースで決定されることになるであろう」（「エロス+虐殺上映事件」ジュリスト四八二号昭和四五年年度重要判例解説一四頁）とされているが、これは、対象事件の性質からみて事前差止請求をも含む解説とみられる。いわゆる「エロス+虐殺」上映事件の東京高裁昭和四五年四月一三日民事第三部判決も、「一般的には、右請求権の存否は、具体的事案について、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蒙る不利益の態様、程度と、侵害者が右の措置によってその活動の自由を制限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」（高裁民集二三巻二号一七二頁、判例タイムズ二四六号一二九頁、判例時報五八七号三一頁）としているのも同趣旨である。

さらにまた右の東京高裁の判決につき、次のような解釈が提唱されている。すなわち、本件判決は、「人格的利益を侵害された被害者は、現に行なわれている侵害行為の排除を求め、或いは将来生ずべき侵害の予防を求める請求権を有するものといふべきである」とし、そのうえで、この請求権は表現の自由との関連で利益の比較衡量によって決すべきだとしている。この後の部分は、いわば本件（類型的考察）の如き事例における差止の要件といふべきものであり、そうすると前半の人格的利益侵害云々が法的根拠ということになり、且つ、それは損害賠償と同じ基準に立つ違法性の問題とされているようである」と解するのである（五十嵐清「藤岡康弘「人格的利益侵害と差止請求——「エロス+虐殺」事件を契機として——」判例評論一三九号四頁）。要するにこの解釈によれば利益衡量により左右されるのは、侵害行為の違法性ではなく事前差止請求であるとするのであり、違法性と事前差止請求とを分離せうとする前記加藤一郎説の見解であるということになる。そして前記五十嵐清「藤岡康宏論文も「利益考量に相当な裁量が

まかせられてよく、先の違法性があるからといって当然に差止が許されるわけではない」(同論文六頁)としている点でこの系列に属するものと考えられる。

これに対して「エロス+虐殺」事件第一審東京地裁判決は「人格権の侵害に対し事前に差止請求権を認められるか否かについては議論の存するところであるが、これを積極的に解しても、表現の自由に対する重大な制約である点に鑑み検閲を禁じた憲法二二条第二項の精神を考慮して、権利侵害の違法性が高度な場合にのみ、差止請求を認めべきものと解するのが相当である」(下級民集二一巻三・四号四一三頁、判例タイムズ二四四号一四九頁、判例時報五六八号四四頁)としている。さらに横浜地裁昭和四九年六月一五日決定(日本新聞協会「マスコミ関係事件裁判例集」第一集五二頁)も同様の立場をとる。そして、この高度の違法性論に賛成する学説として以下のものを挙げる事ができる。すなわち、佐藤幸治解説「過去の事実の公表」(ジュリスト・マスコミ判例百選一四三頁)は「差止が認められる場合を「高度の違法性」の存する場合に限定している決定(「エロス+虐殺」上映禁止仮処分申請事件の第一審決定)の態度は原則として承認されてよい、としている。

鴨良弼発言によれば、ここにいわゆる高度の違法性とは、「利益のバランスを著しくふみ超えた違法性という意味」であるとされる(座談会「マスコミをめぐる諸問題」ジュリスト四四九号二二頁の発言。なお同二三頁の芦部信吾発言はこれに賛成する)。そこで、この説について著しい違法性の判定基準を利益衡量に求めているという点では前記利益衡量論に近いものであるとの評価が生まれてくる(竹田稔・前掲論文三〇二頁)。しかしながら、前記利益衡量論は、配布禁止に伴う被害者の利益が加害者の不利益(禁止)をどれだけ凌駕したら事前差止請求権が認められるかという点について必ずしも明確とはいえないという点に問題があった。利益衡量すべしというだけでは問題の解決にはならず、明確にすべきはいずれの利益をどの範囲で優先させるべきかという点なのである。配布禁止に伴う被害者

の利益が単に加害者の不利益を凌駕すれば足りるとすべきか、それだけでは不足であって著しく凌駕することが必要であるのかという点を明確にする必要がある。前記利益衡量論の真意を推論すれば、特にアンバランスの著しさを明言していないところからみて、加害者の利益の単純な凌駕性を事前差止請求権の発生要件とみていると解することができるとする。そうであるとすれば、鴨良弼説は前記利益衡量論と利益衡量という点では共通性を有するが衡量の基準という点で異なるものとして理解すべきことになるのである。

三 検 討

伊藤正己「言論・出版の自由」一二二頁によれば、アメリカで映画検閲が典型的な事前抑制でありながらなお実施されている理論的根拠の一つとして、「映画は強烈な刺戟をもって多数の民衆の視覚に訴える形式の表現であり、それだけに影響力が大きく、その表現の自由の濫用が行われたときの弊害は大であって、従って事前にこれを抑制する必要がある」ことによるとされている。集会の自由についても公安条令による事前規制が例外的に認められるように、表現の自由もその濫用による法益侵害が認められる場合一定の要件の下に例外的に検閲を認めることもあるのである。映画について検閲を認めることが適当であるか否かは別にして、右の事例は検閲の禁止も絶対に例外を認めないという性質のものではないことを示している。表現が公序良俗を侵す場合、公序良俗は事後規制によっても保護が可能であるのに対し、表現が個人の人格権を侵す場合人格権は一度侵されれば回復が困難であるために事後規制による保護は十分ではなく、事前規制を必要とする。前者に該当する性表現や瀆神的表現と後者に該当する名誉やプライバシーを侵害する表現とは、法益の性質上の相違からして保護のための規制の方法をも異にするべきである、と私は考える。

一 名誉やプライバシーの侵害は違法である。ただし、表現が刑法二三〇条ノ二第一項の要件（最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁参照）を具備するような場合は違法性が阻却されることになる（差止請求の要件として刑法二三〇条ノ二第一項の要件とは若干異なる要件を設定するものとして竹田稔・前掲論文三〇六一七頁があるが、この点については機会を改めて論じたい）。それ以外に名誉やプライバシーの侵害の違法性を阻却する事由はない。したがって、違法性の存否の判断の基準を被害者と表現者との利益衡量に求めるのは適当ではない。名誉やプライバシーの侵害が軽度であるのに対して、事前差止により表現者の蒙る不利益が大きいものであるとしても、侵害行為が違法であることには変りがない。したがって、両者の利益状況が均衡していれば侵害行為は違法ではなく、逆に侵害行為により受ける被害者の不利益が表現者の利益を凌駕しているときは当然侵害行為が違法であり、その不均衡が小さければ違法が軽度であり大きければ違法が高度であるという論理には問題があるのではないかと思われる。違法の軽重は特段の違法性阻却事由のないかぎり被害者の法益侵害の軽重に依存すると考えるべきであろう。名誉やプライバシーの侵害は違法であるがゆえに、それらを侵害する文書の配布の継続的差止請求権や事前差止請求権が実体法上認められるべきなのである（五十嵐・名誉とプライバシー（有斐閣叢書）七三頁）。事前差止請求権が検閲の禁止との関係から実体法上認められないということはできない。ただし、実体的事前差止請求権を認める以上、時間的予猶さえあれば本案判決で事前差止が認められ、その執行が可能であると解すべきである。仮りに、実体法上事前差止請求権が認められないというならば、本案裁判によってもこれが認められないことになってしまうからである。問題は、実体法上認められる事前差止請求権を被保全権利とした事前差止の仮処分が検閲禁止との関係から許されるか否かという点である。

札幌地裁昭和五五年十一月五日第二民事部判決（いわゆる「北方ジャーナル」事件、雑誌販売頒布等禁止仮処分異議申立

事件、判タ四二九号四七頁、判時一〇一〇号九一頁）は、「そもそも名誉が一たん侵された場合、これを完全に侵害される以前の状況に復させることは、真の意味においては不可能であることに思いをいたせば、これを予め防ぐことも許されてしかるべきである。……名誉権が侵害されたときは、これを排除し、侵害の危険に対しては侵害を予防する請求権も私法上生じることになる」と判示している。その限りでは右判決は名誉が実際に侵害されそうになった場合事前差止請求権の発生を認めている。しかし、つづけて右判決は、事前差止請求権の発生要件として、①明らかに名誉毀損に当る行為が行なわれようとしていること（名誉毀損行為の明白性）、②その名誉毀損に該当する行為が行なわれると被害者の受ける損失が極めて大きいこと（損失の重大性）、③その回復を事後にはかることができないし著しく困難になること（事後回復の不能性・困難性）を挙げている。

しかしながら、①の名誉毀損行為の明白性の問題は、これを取上げるとすれば将来の侵害に対する仮処分の保全の必要の問題であって、事前差止請求権の発生要件ではないと解すべきである。事前差止請求権の発生要件としては近い将来の妨害行為がなされる危険が客観的に存在すればよいのであって、その危険が明白である必要はないと思われる。私見によれば、保全の必要を理由づけるためには、明白性よりもむしろ急迫性を挙げるべきではないかと思う。侵害行為の危険が一見明白ではなくても高度の疎明により認められれば十分であると考えられるからである。これに対して、右の危険が急迫のものではないかぎり、仮処分によらず本案訴訟で救済を求めてもよいものだからである。②の損害の重大性も仮処分の必要を理由づける事由にはなっても、これをもって事前差止請求権の発生要件とするにはあたらないのではないかと思われる。けだし、既述のとおり、人格権の侵害の違法性は損害の大小にかかわらないと考えられるからである。③の損害の事後回復の不能性・困難性は名誉毀損やプライバシー等の侵害等人格権の侵害の比較的多くの場合に認められるが、それも保全の必要を理由づける事由であるとどまり、これ

をもって事前差止請求権の発生要件とみるべきものではないと思われる。仮りにこれをもって事前差止請求権の発生要件とみるならば、回復が不能乃至困難なものではない以上事前差止請求権が成立しないことになり、本案訴訟によっても侵害の予防を請求できなくなるからである。

かくして、事前差止請求権は人格権に対する違法な侵害の危険があれば認められるものであるのに対して、事前差止請求権を被保全権利とする文書の配布事前差止の仮処分は、以下の保全の必要が具備された場合に認められることになるものと思われる。すなわち①侵害行為の危険の緊急性、②損害の重大性、③損害回復の不能乃至困難性がこれである。これに対して、他に適切な予防手段がないことを必要とするかという点が問題になるが、仮処分以上有効適切な方法は考えられないと思われるので特にこの点を仮処分の必要として挙げるまでもないのではないかと考える。

名譽やプライバシー等人格権侵害にあつては、性表現におけるとは異なり具体的に被害者がいること(この点を強調するものとして堀部政男「名譽毀損と事前抑制」新聞研究一九八一年一月号七六頁、且つ仮処分の必要として前記各要件を必要とすること等を考慮すれば、集会の自由にあつても回復し難い損害の発生が予見される場合事前規制が認められることとの均衡からみて、仮処分による表現の自由の事前規制が許されてよいと考えるものである。すなわち、特定被害者の法益保護という性格と保全の必要のための厳格な要件という二点を根拠に事前規制としての仮処分を認めることにより、表現の自由⇨検閲の禁止と被害者の人格権保護という相対立する二つの利益と調和をはかろうとするものである。

二 司法的であるとはいえず事前規制は表現の自由という表現者の基本的人権に関するものであるがゆえに、事前配

布差止の仮処分もその命令手続において本則に立ち帰って口頭弁論を開くべきであるとか、被保全権利や保全の必要の疎明も高度のものでなければならぬ旨提唱されていることは既述のとおりである。すなわち、この見解は、被保全権利である実体的事前差止請求権の要件に関してのみならず、事前差止の仮処分命令手続においても、相対立する前記二つの要請の調整をはかろうとするものである。例えば、前掲木川論文（判例評論一八三号一二四頁）は、次のように述べている。すなわち、Bart は「申請人の権利をどこまで審理するかにつき、相手方への影響が大きければ大きいほど、そして、申請人の申請内容が大きければ大きいほど、益々きびしく実体審理をすべしという大まかな基準を提唱している。これにさらに、時間的余裕をにらんで審理の方法と深度をきめるべきだという。極めて適切な提言である」とされ、さらに「……判例が、口頭弁論をひらかずに、差止という満足的仮処分を出したことにまず甚しい疑問を感じるとともに、担当裁判官が、一種の満足的仮処分について、相手方の利益に対する配慮が欠けていることにも不満を感じるとされる。また疎明の点について木川論文（前掲）は、「さらに、もう一つ疑問に感じたことは、憲法の表現の自由という重要な問題についての配慮が不足しているように思う。なるほど表現の自由という根本的な問題があっても、人格権の侵害により、差止請求権は支障なく生じるけれども、その民事上の発生要件について深い配慮がなされなければならないはずで、そうだとすれば、申請人の被保全権利の構成と疎明には厳格な態度をもつてのぞまなければならないはずで、投票日が数日後に迫っているからといって、弁論を開かずして申請を認容するのは適当でない。法にしたがって裁判することが時間的に不可能なときは、疎明不十分として却下するのが正当である」とされる。荻田健治郎「保全訴訟における疎明」（保全処分の体系上巻二七〇頁）は、被申請人に将来の金銭賠償では填補できないように著しい損害を与える虞れのある仮処分をする場合などは高度の疎明を必要とすべきである、と説いている。白井博文「文書配布差止の仮処分」（法律時報四七巻六号一二七頁）も、

「文書の配布差止が憲法の保障する表現の自由の事前抑制措置であることに鑑み、疎明の程度は証明に近い高度の疎明を必要とする」と解すべきであり、また疎明代用の保証を許すべきではない」としている。これに反して、白井論文は、口頭弁論については消極的である。すなわち、仮処分につき「急迫な場合は、口頭弁論を開かないで、決定で裁判することができる(民事訴訟法七五七条二項)。急迫な場合は、時間的に猶予できない場合や相手方に予知されると仮処分の目的が達成できなくなるおそれのある場合を指す。文書の配布禁止を求める仮処分は右の急迫な場合に該当するから、口頭弁論を開かないで、申請人提出の疎明資料や申請人の審訊のみにより、決定で仮処分命令を出すことができるし、事案の緊急性からその必要がある」とされる。そしてつづけて、「表現の自由との関係、あるいはこの種仮処分がいわゆる満足の仮処分であることから、審理形式は仮処分の原則に立ち帰り、必ず口頭弁論を開くべしとの見解もあるが、前述のとおり、被保全権利の要件を厳格にし、かつ、疎明について慎重な配慮を払えば、表現の自由に対する不当な制約はほぼ完全に防止できるものと考える」と説かれている。

この種の仮処分が原則として相手方に予知されると仮処分の目的を達成することができない種類の仮処分であるというのであれば、白井論文のいうように急迫な場合にあたるとして口頭弁論を経ることなく決定で裁判するのを原則とするということになる。たしかに、この種の仮処分にあつては、相手方に予知されると奏功がおぼつかなくなる場合が多いと思われる。例えば執行官保管を命じたり、申請人の申立により問題の部分を抹消して被申請人に引渡す等の処分をすべき場合でも被申請人が目的物を隠匿してしまうことが予想されるからである。しかし、例外的に、さような危険が予想できず(例えば被申請人が信用のある大出版社であり、仮処分が出ればそれに従う旨が明らかに予測できるような場合)、危険が緊急のものであるなかにも時間的に若干の余裕があるような場合であれば、口頭弁論を開かなければならず、かかる場合口頭弁論を開かずに決定で裁判をすることは手続法上違法であるといえよ

う。

被害者の人格権を保護するために敢えて憲法の検閲の禁止に対する例外として表現の自由の事前規制を認める以上、それを殆んど機能しないような形でのみ認めたのでは意味がない。白井論文のいうように、口頭弁論を開かなくても高度の疎明を要求することによりある程度事前規制の弊害はさけられるし、規制の実体的当否は最終的に本案訴訟で争う余地も残されているのであるから、事前規制を認める以上それが機能しうるような形で認めるのが適切である。

私は前記論文（判例評論一八三号六頁）において公正選挙妨害行為の一種としての候補者の名誉毀損に関連して次のように論じた。すなわち、「候補者の名誉毀損も公正選挙妨害行為の一種であり、選挙妨害としては候補者ですら刑罰による威嚇にその排除をたよらざるを得ないのが現行選挙法のたてまえであるとすれば……、候補者の名誉毀損もさらには支援団体の名誉毀損の場合も、私法上の排除差止請求権の保全の必要の緊急性を投票日や選挙運動とからめて高く評価することは許されないものと考えるべきではなからうか。したがって、名誉毀損の排除差止を被保全権利とする仮処分にあつては、仮処分の原則（民訴法七五七条二項にいわゆる急迫性なき場合として）に立ち帰り口頭弁論を経なければならぬか、あるいはすくなくとも債務者審訊をなすべきであろう」としたのである。公正選挙妨害行為の一種としての候補者の名誉毀損の事前差止の仮処分を考える場合、侵害の危険の緊急性を投票日や選挙運動とからめて考えることは妥当ではなく、この点からの緊急性を認めて口頭弁論を省略することは許されない。その限りで私の右の指摘は正しいと考える。しかし、これとは別の観点すなわち口頭弁論を経ることにより仮処分が相手方に予知され仮処分の目的が達成できなくなるといふ点では、白井論文の指摘するとおり急迫性が認められ、口頭弁論を経ることなく決定で裁判することが適切であるといふ限りにおいて前記私見を改める。

四 結 論

以上に述べた私見はこれを次のように要約することができる。

(1) 名誉・プライバシー等人格権の違法な侵害の危険がある場合、その者に実体法上当該侵害の事前差止請求権が認められる。被害者の人格権（又は人格権の侵害により蒙る不利益）と表現者の事前差止により蒙る不利益（又は表現者の表現に伴う利益）との比較衡量は、侵害の違法性を左右するものではなく、従って実体法上の事前差止請求権の成否に影響するものではない。

(2) (1)の事前差止請求権を被保全権利とする侵害の事前差止の仮処分が認められる。保全の必要として、①侵害の危険の緊急性、②損害の重大性、③損害回復の不能乃至困難性が必要とされる。これらの要件は事前差止請求権の成立要件ではない。

(3) 事前差止の仮処分命令は口頭弁論を経ることなく決定で裁判すべき場合が多いと考えられるが、被保全権利及び保全の必要については高度の疎明を必要とする。高度の疎明を必要とすることによって、口頭弁論を必要としなくても、被申請人の表現の自由（検閲の禁止により受ける利益）は護られることになる。

(昭和五八年四月三〇日脱稿)