

主 文

本件抗告を棄却する。

理 由

申立代理人弁護士田口康雅、同今村俊一の抗告趣意は、憲法二一条、三一条、三五条違反をいうが、その実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、すべて刑訴法四三三条の抗告理由にあたらない。

なお、本件出版物と同じ出版物について、これが刑法一七五条のわいせつ文書図画にあたらないとした所論未確定一審判決における判断内容が法律上当然に捜査機関を拘束するものでないとした原決定の判断は、正当である。

よつて、刑訴法四三四条、四二六条一項により、主文のとおり決定する。

この決定は、裁判官団藤重光、同中村治朗の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官団藤重光の補足意見は、次のとおりである。

本件搜索差押許可状には、差し押えるべき物として、「本件発行、販売に係る単行本『愛のコリーダ』の原本、著者との通信文、写真原版、製版ポジ、紙型、校正刷、写植版下、割付紙、販売台帳、販売先名簿、納品書控、請求証（書）、領収証（書）、配本伝票、在庫表、発注控、通信文、メモ」が記載されている（参考記録一四二丁以下）。もし製版ポジ、紙型などをもすべて差し押えたならば、有罪判決前に捜査機関によつて、本書の出版そのものを不可能にすることにもなりかねないのであつて、それは憲法二一条の規定する表現の自由、事前検閲の禁止との関係において重要かつ困難な問題を含むものといわなければならない。この問題は、令状による司法的抑制があるというだけで簡単に解消するものではないであらう。ただ、本件においては、実際には、若干の校正刷が搜索場所で発見され差し押えられたにすぎず（参考記録一五〇丁以下）、右に想定したような事態には立ちいたら

なかつたのであるから、ここでは、差押許可の裁判の違法に遡つて議論をする必要はないものとする。

裁判官中村治朗の補足意見は、次のとおりである。

本件特別抗告を棄却すべきものとする点については私も異論がないが、本件差押処分の根拠をなす東京簡易裁判所裁判官の昭和五四年一二月一七日の差押許可状には重要な法律問題が伏在していると思われるので、この点に関し若干の私見を附加しておきたいと思う。

本件は、A 著の単行本「愛のコリーダ」を販売し、又は販売の目的で所持したことが刑法一七五条の罪にあたるとして起訴された抗告人の代表者である表記 B が、右被告事件の第一審において右書物が同条にいうわいせつ文書にあたらないとして無罪の判決を受けるや、右判決に対しては検察官からの控訴があり、未だ無罪判決が確定していないのに、直ちに同書の増刷、販売を開始したため、捜査当局において東京簡易裁判所裁判官に搜索差押許可状を申請し、上記許可状を得て抗告人に対し搜索差押を行い、これに対して抗告人が準抗告をし、これについての決定に対して当裁判所に特別抗告をした、という案件である。右の搜索差押許可状に基づいて現実に差し押えられた物件は、前記書物の増刷分の口絵写真の校正刷見本一三枚、「愛のコリーダ」第一版第四刷にかかる刷見本一冊分、帯カバーの刷見本一〇枚にすぎず、抗告人が増刷分として完成した書物はすべて差押から免れているが、差押の根拠とされた前記差押許可状自体は、許可される差押の対象として、抗告人の所持する増刷にかかる前記書物の全部のほか、写真原版、製版ボジ、紙型、校正刷、写植版下、割付紙等右書物の増刷に関する物件をあまねく掲げており、右許可状申請に至る経緯に照らすと、捜査当局は、できる限り、抗告人が増刷にかかる右書物を販売する前に差し押え、かつ、その後の予定された増刷をさせないようにすることを意図して右の申請をし、裁判所もまた、これを可能ならしめる措置として前記

許可状を発付したものと考えられるのである。

ところで、右の包括的な差押許可状は、わいせつ文書の販売を目的とする所持という被疑事実に関し、その証拠物としてのみならず、むしろ主としては、有罪判決がされる場合に没収されるべき物として予めできる限りその全てを差し押える等の必要があるとして発せられたものと解されるが、右のように、特定の出版物につき、刑法一七五条のわいせつ文書にあたるとの嫌疑のもとに、それが読者の手に入る以前の段階でそのすべてを差し押えることは、現実には思想の表現をそれが相手方に到達する以前において抑止する作用を営みうるものであるから、検閲の禁止を定めた憲法二一条二項の趣旨との関連において、検討されるべき重要な問題をはらむものではないかと思われる。もちろん、刑法一七五条に該当するわいせつ文書は、例えば麻薬のように一般的には社会的害悪を生ぜしめる可能性をもつ物とまではいえなくても、社会的有用性をもたず、むしろその自由な流布が社会的害悪をもたらすとして法律が処罰の対象としているものであるから、文書が右のわいせつ文書にあたることが確定された場合にこれを没収すること自体は、たとえそれが思想の表現を抑止する効果をもつものであつても、当然に許されることに格別の問題はなく、また、右確定前の段階において、将来の没収に備えてあらかじめこれを差し押え、領置することも、有害文書の没収という目的のために必要やむをえない仮の措置として、一般的には是認せられるべきものということもできよう。しかしながら、この後者の措置は、当該文書の違法性についての仮定的判断に基づいてされるものであるため、結果的には正当な思想の表現として許されるべきものが一定期間抑止されることとなる可能性を常にはらんでいるものであり、他方、思想の表現においてはこれを行う時と場所が重要な意味をもち、その機会を失すればその本来の効果を発揮することができないこともあるし、また、そのための準備に多くの費用と労力を要する場合には、一定期間表現の機会を封ぜられることによつて結局表現その

ものを断念せざるをえなくなるようなこともありうることを考えると、たとえ一時的抑止措置であつても、表現の自由に対し深刻、重大な制約を加えることとなるおそれがあることを否定しえず、本来許される表現とそうでない表現との区別の基準が一義的な明確性を欠き、微妙な判断を要求するような場合には、右の危険は特に大きいといわなければならないから、右の措置はあくまでも必要やむをえない最小限度の範囲内にとどめられるべきものであり、例えば、確定に至るまでの期間が合理的なそれを超えて長期にわたり、表現の自由の回復の必要性が領置継続の必要性に優越すると認めるべき事態に立ち至つたような場合には、もはや領置の継続は許されず、被差押者にその解放を請求する権利を認めるべきものと解する余地もあるし、また、当初起訴対象とされた文書についての裁判が長引いている間に被告人が更に同一内容の文書を出版しようとするのに対して即座にその全部を差し押えてこれを実現不可能とするような場合には、上記と同様の理由によりそのような差押自体の適法性が問題とされてしかるべきであるということもできるのである。このように見てくると、本件の差押許可状の発付は、さきに述べたように、憲法上かなり重要な問題をはらむものといわなければならないであろう。もつとも、本件においては、右許可状に基づいて実施された差押処分自体は前記のように軽微なものであり、被告人の表現の自由に対する現実の侵害としては特に問題とすべき程度のものではないのであるから、上に指摘した問題点を特にとりあげて深く論及を行う必要はなく、また、相当でもないと思われるので、ここでは単に問題点の所在を指摘するにとどめて置きたいと思う。

昭和五五年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官	本	山	亨
裁判官	団	藤	重 光

裁判官	藤	崎	萬	里
裁判官	中	村	治	朗
裁判官	谷	口	正	孝