

2006年度秋学期憲法演習ケースブック

第2回 人権総論(1)

- 2 - 1 マクリーン事件(最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)
- 2 - 2 東京都管理職選考受験訴訟(最大判平成17年1月26日民集59巻1号128頁)

第3回 人権総論(2)

- 3 - 1 猿払事件(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁)
- 3 - 2 三菱樹脂事件(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁)

第4回 包括的基本権・法の下の平等

- 4 - 1 京都府学連事件(最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁)
- 4 - 2 尊属殺人事件(最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁)

第5回 精神的自由権(1)

- 5 - 1 麴町中学校内申書訴訟(最判昭和63年7月15日判時1287号65頁)
- 5 - 2 剣道実技拒否事件(最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁)

第6回 精神的自由権(2)

- 6 - 1 税関検査事件(最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁)
- 6 - 2 泉佐野市民会館事件(最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁)

第7回 経済的自由権

- 7 - 1 薬局距離制限事件(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)
- 7 - 2 公衆浴場距離制限事件(最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁)

第9回 社会権

- 9 - 1 堀木訴訟(最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁)
- 9 - 2 旭川学テ事件(最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁)

第10回 国会・内閣

- 10 - 1 病院長自殺国家賠償請求訴訟(最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁)
- 10 - 2 在宅投票制度廃止違憲訴訟(最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁)

第11回 裁判所

- 11 - 1 苫米地事件(最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁)
- 11 - 2 警察法改正無効訴訟(最大判昭和37年3月7日民集16巻3号445頁)

第12回 地方自治

- 12 - 1 徳島市公安条例事件(最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁)
- 12 - 2 奈良県ため池条例事件(最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁)

第13回 安全保障

- 13 - 1 砂川事件(最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁)

凡 例

最大判	= 最高裁判所大法廷判決
最判	= 最高裁判所判決
東京高判	= 東京高等裁判所判決
大阪地判	= 大阪地方裁判所判決
神戸簡判	= 神戸簡易裁判所判決
高松高松山支判	= 高松高等裁判所松山支部判決
「判」の代わりに「決」とあるのは、決定のことである。	
民集	= 最高裁判所民事判例集
刑集	= 最高裁判所刑事判例集
行集	= 行政事件裁判例集
高民（刑）集	= 高等裁判所民事（刑事）判例集
下民（刑）集	= 下級裁判所民事（刑事）判例集
刑月	= 刑事裁判月報
判時	= 判例時報

ケースブックの読み方

最高裁判所の判断の部分については、実際の判決文の「理由」部分のうち、重要箇所をそのまま抜粋したものである（原文の趣意を損なわないように一部省略した部分もある）ため、非常に読みにくいと感じる向きもあろう。どうしても読みにくいのであれば、基本書・体系書の判例の紹介部分や市販の判例要約集を読み、判旨の概要を把握してから、改めて原文を読むという方法もありうる。

最高裁判所の判決は、原判決を不服とする上告人による上告に対する判断という形で、示される。したがって、原判決（及び第1審判決）はどのように判示しているのか、上告理由は何か（多くの場合、複数の理由が主張される）それに対して最高裁判所はどのように判示しているのかなどの点を意識し、重要と思われる箇所には線を引くなどしながら、読み進めていくとよい。

最高裁判所の判決は、あくまで、ある個別の紛争を解決するために言い渡されるものであり、紛争解決に必要な限りにおいて一般的な法原理を述べるにすぎない。学生にとっては、そのような一般的な法原理の部分こそが重要であるので、判決文を読み進める際には、どこにそれが書かれているのかを探すように努めるとよい。

2 - 1 マクリーン事件

1

最大判昭和 53 年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁
在留期間更新不許可処分取消請求事件

5

事件の概要

アメリカ合衆国国籍を有する外国人である X (ロナルド・アラン・マクリーン) は、1969 (昭和 44) 年 5 月 10 日、在留期間を 1 年とする上陸許可を得て入国した。入国後、X は、英語教師として就職したが必要な届出をせずに職場を変えたり、ベトナム戦争、出入国管理法、日米安保条約などに関して、政府の政策に反対するデモや集会に参加するなどした。1970 (昭和 45) 年 5 月 1 日、X が 1 年間の在留期間の更新を申請したところ、Y (法務大臣) は、同年 8 月 10 日、出国準備期間として 9 月 7 日まで 120 日間の在留期間の更新を許可した。その後、X はさらに 1 年間の在留期間の更新を申請したが、同年 9 月 5 日付で、Y は 7 日以降の更新を許可しなかった。そこで、X は、この処分を不服としてその取消しを求めて出訴し、同時に処分の執行停止を申し立てた。

10

第 1 審は、在留外国人の政治活動が在留期間更新の不許可事由にあたるためには、外国人の上陸拒否事由を定める出入国管理令 (現在の出入国管理及び難民認定法) 5 条 1 項 11 号ないし 14 号に準ずる事由がなければならないとし、Y の不許可処分を取り消した (東京地判昭和 48 年 3 月 27 日判時 702 号 46 頁)。控訴審は、在留期間更新の許否につき Y の自由な裁量による判断を認め、第 1 審判決を取り消し、X の請求を棄却した (東京高判昭和 50 年 9 月 25 日判時 792 号 11 頁)。X は、これを不服として上告した。

20

最高裁判所の判断 上告棄却

二 当裁判所の判断

(一) 憲法二二条一項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される (最高裁昭和……三二年六月一九日大法廷判決・刑集一一卷六号一六六三頁参照)。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求する権利を保障されているものでもないと解すべきである。そして、上述の憲法の趣旨を前提として、法律としての効力を有する出入国管理令は、外国人に対し、一定の期間を限り……特定の資格によりわが国への上陸を許すこととしているものであるから、上陸を許された外国人は、その在留期間が経過した場合には当然わが国から退去しなければならない。もつとも、出入国管理令は、当該外国人が在留期間の延長を希望するときには在留期間の更新を申請することができることとしているが (二一条一項、二項) その申請に対しては法務大臣が「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り」これを許可することができるものと定めている (同条三項) のであるから、出入国管理令も在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである。

25

30

35

右のように出入国管理令が原則として一定の期間を限って外国人のわが国への上陸及び在留を許しその期間の更新は法務大臣がこれを適当と認めるに足りる相当の理由があると判断した場合に限り許可することとしているのは、法務大臣に一定の期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して在留の許否を決定させようとする趣旨に出たものであり、そして、在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からであると解される。すなわち、法務大臣は、在留期間の更新の許否を決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持の見地に立つて、申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情をしんじやくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならないのであるが、このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができないものと考えられる。このような点にかんがみると、出入国管理令二一条三項所定の「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」があるかどうかの判断における法務大臣の裁量権の範囲が広汎なものとしてされているのは当然のことであつて、所論のように上陸拒否事由又は退去強制事由に準ずる事由に該当しない限り更新申請を不許可にすることは許されないと解すべきものではない。

40

45

50

(二) ところで、行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあつても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない

55

1 い。処分が違法となるのは、それが法の認める裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限られる
のであり、また、その場合に限り裁判所は当該処分を取り消すことができるものであつて、行政事件訴訟
法三〇条の規定はこの理を明らかにしたものにほかならない。もつとも、法が処分を行政庁の裁量に任せ
5 る趣旨、目的、範囲は各種の処分によつて一様ではなく、これに応じて裁量権の範囲をこえ又はその濫用
があつたものとして違法とされる場合もそれぞれ異なるものであり、各種の処分ごとにこれを検討しなけ
ればならないが、これを出入国管理令二一条三項に基づく法務大臣の「在留期間の更新を適当と認めるに
10 足りる相当の理由」があるかどうかの判断の場合についてみれば、右判断に関する前述の法務大臣の裁量
権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らか
である場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきであ
る。したがつて、裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあ
15 たつては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎
とされた重要な事実を誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対す
る評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかで
あるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用
15 があつたものとして違法であるとしてすることができるものと解するのが、相当である。……

(三) 以上の見地に立つて被上告人の本件処分の適否について検討する。

……上告人の在留期間更新申請に対し被上告人が更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるもの
とはいえないとしてこれを許可しなかつたのは、上告人の在留期間中の無届転職と政治活動のゆえであつた
20 というのであり、原判決の趣旨に徴すると、なかでも政治活動が重視されたものと解される。

20 思うに、憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象として
いると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治
活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかん
がみこれを認めることが相当でないとして解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当であ
る。しかしながら、前述のように、外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国
25 人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障され
ているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当
の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎない
ものであり、したがつて、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわ
く内と与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束す
30 るまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消
極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在
留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとつて好まし
いものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うお
それがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものである
35 からといつてなんら妨げられるものではない。

前述の上告人の在留期間中のいわゆる政治活動は、その行動の態様などからみて直ちに憲法の保障が及
ばない政治活動であるとはいえない。しかしながら、上告人の右活動のなかには、わが国の出入国管理政
策に対する非難行動、あるいはアメリカ合衆国の極東政策ひいては日本国とアメリカ合衆国との間の相互
協力及び安全保障条約に対する抗議行動のようにわが国の基本的な外交政策を非難し日米間の友好関係に
40 影響を及ぼすおそれがないとはいえないものも含まれており、被上告人が、当時の内外の情勢にかんがみ、
上告人の右活動を日本国にとつて好ましいものではないと評価し、また、上告人の右活動から同人を将来
日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認めて、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当
の理由があるものとはいえないと判断したとしても、その事実の評価が明白に合理性を欠き、その判断が
社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえず、他に被上告人の判断につき裁量権の範囲
45 をこえ又はその濫用があつたことをうかがわせるに足りる事情の存在が確定されていない本件においては、
被上告人の本件処分を違法であると判断することはできないものといわなければならない。また、被上告
人が前述の上告人の政治活動をしんじやくして在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由がある
ものとはいえないとし本件処分をしたことによつて、なんら所論の違憲の問題は生じないというべきであ
る。

50 (四) 以上述べたところと同旨に帰する原審の判断は、正当であつて、所論引用の各判例にもなんら違
反するものではなく、原判決に所論の違憲、違法はない。論旨は、上述したところと異なる見解に基づい
て原判決を非難するものであつて、採用することができない。

2 - 2 東京都管理職選考受験訴訟

1

最大判平成 17 年 1 月 26 日民集 59 卷 1 号 128 頁
管理職選考受験資格確認等請求事件

5

事件の概要

日本で生まれた韓国籍の外国人で、日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法に定める特別永住者である X (鄭香均) は、1988 (昭和 63) 年 4 月、Y (東京都) により、保健婦として採用された。

X は、1994 (平成 6) 年度の管理職選考を受験しようと思い立ち、同年 3 月、所属していた A (八王子保健所副所長) に申込書を提出しようとしたが、X が日本の国籍を有しないことを理由に、A により申込書の受領を拒絶されたため、同年 5 月に実施された筆記考査を受けることができなかった。なお、同年度の管理職選考実施要綱に定める受験資格には、受験者が日本の国籍を有することを前提としていたものの、明文されていなかった。また、翌年度の管理職選考実施要綱には、日本の国籍を有することが受験資格であることが明記されるに至り、X は、管理職選考を受験することができなかった。

そこで、X は、日本国籍を有しないことを理由に、Y が 94 年度及び 95 年度の管理職選考を受験させず、課長級の管理職への昇任の道を閉ざしたことが違法であるとして、Y に対して、管理職選考受験資格の確認を求めるとともに、国家賠償法 1 条 1 項に基づき慰謝料を請求した。

第 1 審は、受験資格の確認については訴えを却下し、慰謝料については請求を棄却した (東京地判平成 8 年 5 月 16 日判時 1566 号 23 頁) が、控訴審は、受験確認に関する控訴は棄却したものの、慰謝料については請求を一部認容した (東京高判平成 9 年 11 月 26 日高民集 50 卷 3 号 459 頁)。これに対して、Y が敗訴部分につき上告した。

最高裁判所の判断 原判決一部破棄、自判 (被上告人の控訴棄却)

3 原審は、上記事実関係等の下において、上告人の職員が被上告人に平成 6 年度及び同 7 年度の管理職選考を受験させなかったことは、被上告人が日本の国籍を有しないことを理由に被上告人から管理職選考の受験の機会を奪い、課長級の管理職への昇任のみちを閉ざすものであり、違法な措置であるとして、被上告人の慰謝料請求を一部認容した。

原審の上記判断の理由の概要は、次のとおりである。

(1) 日本の国籍を有しない者は、憲法上、国又は地方公共団体の公務員に就任する権利を保障されているということとはできない。

(2) 地方公務員の中でも、管理職は、地方公共団体の公権力を行使し、又は公の意思の形成に参画するなど地方公共団体の行う統治作用にかかわる蓋然性の高い職であるから、地方公務員に採用された外国人が、日本の国籍を有する者と同様、当然に管理職に任用される権利を保障されているとすることは、国民主権の原理に照らして問題がある。しかしながら、管理職の職務は広範多岐に及び、地方公共団体の行う統治作用、特に公の意思の形成へのかかわり方、その程度は様々なものがあり得るのであり、公権力を行使することなく、また、公の意思の形成に参画する蓋然性が少なく、地方公共団体の行う統治作用にかかわる程度の弱い管理職も存在する。したがって、職務の内容、権限と統治作用とのかかわり方、その程度によって、外国人を任用することが許されない管理職とそれが許される管理職とを分別して考える必要がある。そして、後者の管理職については、我が国に在住する外国人をこれに任用することは、国民主権の原理に反するものではない。

(3) 上告人の管理職には、企画や専門分野の研究を行うなどの職務を行い、事案の決定権限を有せず、事案の決定過程にかかわる蓋然性も少ない管理職も若干存在している。このように、管理職に在る者が事案の決定過程に関与するといっても、そのかかわり方、その程度は様々であるから、上告人の管理職について一律に外国人の任用 (昇任) を認めないとするのは相当でなく、その職務の内容、権限と事案の決定とのかかわり方、その程度によって、外国人を任用することが許されない管理職とそれが許される管理職とを区別して任用管理を行う必要がある。そして、後者の管理職への任用については、我が国に在住する外国人にも憲法 22 条 1 項、14 条 1 項の各規定による保障が及ぶものというべきである。

(4) 上告人の職員が課長級の職に昇任するためには、管理職選考を受験する必要があるところ、課長級の管理職の中にも外国籍の職員に昇任を許しても差し支えないものも存在するというべきであるから、外国籍の職員から管理職選考の受験の機会を奪うことは、外国籍の職員の課長級の管理職への昇任のみちを閉ざすものであり、憲法 22 条 1 項、14 条 1 項に違反する違法な措置である。被上告人は、上告人の職員の違法な措置のために平成 6 年度及び同 7 年度の管理職選考を受験することができなかった。被上告人がこれにより被った精神的損害を慰謝するには各 20 万円が相当である。

4 しかしながら、前記事実関係等の下で被上告人の慰謝料請求を認容すべきものとした原審の判断は、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

1 (1) 地方公務員法は、一般職の地方公務員(以下「職員」という。)に本邦に在留する外国人(以下「在
留外国人」という。)を任命することができるかどうかについて明文の規定を置いていないが(同法19条
1項参照)普通地方公共団体が、法による制限の下で、条例、人事委員会規則等の定めるところにより職
5 員に在留外国人を任命することを禁止するものではない。普通地方公共団体は、職員に採用した在留外国
人について、国籍を理由として、給与、勤務時間その他の勤務条件につき差別的取扱いをしてはならない
ものとしており(労働基準法3条、112条、地方公務員法58条3項)地方公務員法24条6項に基
づく給与に関する条例で定められる昇格……等も上記の勤務条件に含まれるものというべきである。しか
し、上記の定めは、普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて
10 日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合
理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない。

管理職への昇任は、昇格等を伴うのが通例であるから、在留外国人を職員に採用するに当たって管理職
への昇任を前提としない条件の下でのみ就任を認めることとする場合には、そのように取り扱うことにつ
き合理的な理由が存在することが必要である。

(2) 地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当た
15 る行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画すること
を職務とするもの(以下「公権力行使等地方公務員」という。)については、次のように解するのが相当で
ある。すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あ
るいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかかわりを有するもので
ある。それゆえ、国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本
20 国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること(憲法1条、15条1項参照)に照ら
し、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみる
べきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が
公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないものというべ
きである。

25 そして、普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれ
に昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築し
て人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができるものというべきである。そうすると、
普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職
に昇任することができることとする措置を執ることは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在
30 留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも
違反するものではないと解するのが相当である。そして、この理は、前記の特別永住者についても異なる
ものではない。

(3) これを本件についてみると、前記事実関係等によれば、昭和63年4月に上告人に保健婦として採
用された被上告人は、東京都人事委員会の実施する平成6年度及び同7年度の管理職選考……を受験しよ
35 うとしたが、東京都人事委員会が上記各年度の管理職選考において日本の国籍を有しない者には受験資格
を認めていなかったため、いずれも受験することができなかったというのである。そして、当時、上告人
においては、管理職に昇任した職員に終始特定の職種の職務内容だけを担当させるという任用管理を行っ
ておらず、管理職に昇任すれば、いずれは公権力行使等地方公務員に就任することのあることが当然の前
40 提とされていたということが出来るから、上告人は、公権力行使等地方公務員の職に当たる管理職のほか、
これに関連する職を包含する一体的な管理職の任用制度を設けているということが出来る。

そうすると、上告人において、上記の管理職の任用制度を適正に運営するために必要があると判断して、
職員が管理職に昇任するための資格要件として当該職員が日本の国籍を有する職員であることを定めたと
しても、合理的な理由に基づいて日本の国籍を有する職員と在留外国人である職員とを区別するもので
あり、上記の措置は、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではない。原審がいうように、
45 上告人の管理職のうちに、企画や専門分野の研究を行うなどの職務を行うにとどまり、公権力行使等地方
公務員には当たらないものも若干存在していたとしても、上記判断を左右するものではない。また、被上
告人のその余の違憲の主張はその前提を欠く。以上と異なる原審の前記判断には、判決に影響を及ぼす
ことが明らかな法令の違反がある。この趣旨をいう論旨は理由があり、原判決のうち上告人の敗訴部分は破
50 棄を免れない。そして、被上告人の慰謝料請求を棄却すべきものとした第1審判決は正当であるから、上
記部分についての被上告人の控訴を棄却すべきである。

3 - 1 猿払事件

1

最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁
国家公務員法違反被告事件

5

事件の概要

北海道宗谷郡猿払村の鬼志別郵便局に勤務する郵政事務官で、猿払地区労働組合協議会事務局長を務めていた Y (大沢克己) は、1967 (昭和 42) 年の衆議院議員選挙に際し、労働組合の地区協議会の決定に従って、日本社会党を支持する目的で同党公認候補者の選挙用ポスターを自ら掲示したり、掲示を依頼して配布したりした。この Y の行為が、国家公務員法 102 条 1 項及びそれに基づく人事院規則 14-7 第 5 項 3 号、6 項 13 号に違反するとして、国公法 110 条 1 項 19 号に基づき、Y は起訴された。

第 1 審は、非管理者である現業公務員が勤務時間外に国の施設を利用することなく、公正を害する意図を有さずに政治的行為を行う場合、その弊害は著しく小さいものであり、これに対する刑事罰は相当性を欠くとして、Y に無罪を言い渡した (旭川地判昭和 43 年 3 月 25 日下刑集 10 卷 3 号 293 頁)。検察側は、憲法 21 条や 31 条の解釈の誤りなどを主張して控訴したが、棄却された (札幌高判昭和 44 年 6 月 24 日判時 560 号 30 頁) ので、さらに上告した。

最高裁判所の判断 原判決・第 1 審判決破棄、自判 (罰金 5000 円)

第二 当裁判所の見解

一 本件政治的行為の禁止の合憲性

20

第一審判決及び原判決が被告人の本件行為に対し国公法一〇条一項一九号の罰金を適用することは憲法二一条、三一条に違反するものと判断したのは、民主主義国家における表現の自由の重要性にかんがみ、国公法一〇二条一項及び規則五項三号、六項一三号が、公務員に対し、その職種や職務権限を区別することなく、また行為の態様や意図を問題とすることなく、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布する行為を、一律に違法と評価して、禁止していることの合理性に疑問があるとの考えに、基づくものと認められる。よつて、まず、この点から検討を加えることとする。

(一) 憲法二一条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によつてもみだりに制限することができないものである。そして、およそ政治的行為は、行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面をも有するものであるから、その限りにおいて、憲法二一条による保障を受けるものであることも、明らかである。国公法一〇二条一項及び規則によつて公務員に禁止されている政治的行為も多かれ少なかれ政治的意見の表明を内包する行為であるから、もしそのような行為が国民一般に対して禁止されるのであれば、憲法違反の問題が生ずることはいうまでもない。

しかしながら、国公法一〇二条一項及び規則による政治的行為の禁止は、もとより国民一般に対して向けられているものではなく、公務員のみに対して向けられているものである。ところで、国民の信託による国政が国民全体への奉仕を旨として行われなければならないことは当然の理であるが、「すべて公務員は全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」とする憲法一五条二項の規定からもまた、公務が国民の一部に対する奉仕としてではなく、その全体に対する奉仕として運営されるべきものであることを理解することができる。

公務のうちでも行政の分野におけるそれは、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、もっぱら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならないものと解されるのであつて、そのためには、個々の公務員が、政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行にあたる必要があるのである。

すなわち、行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないといふべきである。したがつて、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない。

(二) 国公法一〇二条一項及び規則による公務員に対する政治的行為の禁止が右の合理的で必要やむをえない限度にとどまるものか否かを判断するにあつては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の三点から検討することが必要である。

そこで、まず、禁止の目的及びこの目的と禁止される行為との関連性について考えると、もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行についてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運

1 営に対する国民の信頼が損われることを免れない。また、公務員の右のような党派的偏向は、逆に政治的
党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が歪められる可能性が一層増大するばかりでなく、
5 そのような傾向が拡大すれば、本来政治的中立を保ちつつ一体となつて国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため行政の能率的で安定した運営は阻害され、ひ
いては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれ
があり、このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内
部規律のみによつてはその弊害を防止することができない事態に立ち至るのである。したがつて、このよ
10 うな弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的
中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民
全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであつて、その目的は正当なものであるべきであ
る。また、右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められ
15 る政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、
たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別すること
なく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的
な関連性が失われるものではない。

次に、利益の均衡の点について考えてみると、民主主義国家においては、できる限り多数の国民の参加
によつて政治が行われることが国民全体にとつて重要な利益であることはいうまでもないのであるから、
公務員が全体の奉仕者であることの一面のみを強調するあまり、ひとしく国民の一員である公務員の政治
20 的行為を禁止することによつて右の利益が失われることとなる消極面を軽視することがあつてはならない。
しかしながら、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包され
る意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁
止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止
に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以
25 外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、
公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体
の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、
その禁止は利益の均衡を失するものではない。

(三) 以上の観点から本件で問題とされている規則五項三号、六項一三号の政治的行為をみると、その
行為は、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布する行為であつて、政治的偏向
30 の強い行動類型に属するものにほかならず、政治的行為の中でも、公務員の政治的中立性の維持を損うお
それが強いと認められるものであり、政治的行為の禁止目的との間に合理的な関連性をもつものであるこ
とは明白である。

また、その行為の禁止は、もとよりそれに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしたものでは
なく、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしたものであつて、国民全体の共同利益を擁護するためのも
35 ののであるから、その禁止により得られる利益とこれにより失われる利益との間に均衡を失するところがある
ものとは、認められない。したがつて、国公法一〇二条一項及び規則五項三号、六項一三号は、合理的
で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法二一条に違反するものということではできない。

(四) ところで、第一審判決は、その違憲判断の根拠として、被告人の本件行為が、非管理職である現
業公務員でその職務内容が機械的労務の提供にとどまるものにより、勤務時間外に、国の施設を利用する
40 ことなく、かつ、職務を利用せず又はその公正を害する意図なく、労働組合活動の一環として行われたも
のであることをあげ、原判決もこれを是認している。しかしながら、本件行為のような政治的行為が公務
員によってされる場合には、当該公務員の管理職・非管理職の別、現業・非現業の別、裁量権の範囲の広
狭などは、公務員の政治的中立性を維持することにより行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確
保しようとする法の目的を阻害する点に、差異をもたらすものではない。右各判決が、個々の公務員の担
45 当する職務を問題とし、本件被告人の職務内容が裁量の余地のない機械的業務であることを理由として、
禁止違反による弊害が小さいものであるとしている点も、有機的統一体として機能している行政組織にお
ける公務の全体の中立性が問題とされるべきものである以上、失当である。郵便や郵便貯金のような業務
は、もともと、あまねく公平に、役務を提供し、利用させることを目的としているのであるから（郵便法
一条、郵便貯金法一条参照）国民全体への公平な奉仕を旨として運営されなければならないのであつて、
50 原判決の指摘するように、その業務の性質上、機械的労務が重い比重を占めるからといって、そのことの
ゆえに、その種の業務に従事する現業公務員を公務員の政治的中立性について例外視する理由はない。また、
前述のような公務員の政治的行為の禁止の趣旨からすれば、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無、
職務利用の有無などは、その政治的行為の禁止の合憲性を判断するうえにおいては、必ずしも重要な意味
をもつものではない。さらに、政治的行為が労働組合活動の一環としてなされたとしても、そのことが組
55 合員である個々の公務員の政治的行為を正当化する理由となるものではなく、また、個々の公務員に対し
て禁止されている政治的行為が組合活動として行われるときは、組合員に対して統制力をもつ労働組合の

組織を通じて計画的に広汎に行われ、その弊害は一層増大することとなるのであつて、その禁止が解除されるべきいわれは少しもないのである。

(五) 第一審判決及び原判決は、また、本件政治的行為によつて生じる弊害が軽微であると断定し、そのことをもつてその禁止を違憲と判断する重要な根拠としている。しかしながら、本件における被告人の行為は、衆議院議員選挙に際して、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布したものであつて、その行為は、具体的な選挙における特定政党のためにする直接かつ積極的な支援活動であり、政治的偏向の強い典型的な行為というのほかなく、このような行為を放任することによる弊害は、軽微なものであるとはいえない。のみならず、かりに特定の政治的行為を行う者が一地方の一公務員に限られ、ために右にいう弊害が一見軽微なものであるとしても、特に国家公務員については、その所属する行政組織の機構の多くは広範囲にわたるものであるから、そのような行為が累積されることによつて現出する事態を軽視し、その弊害を過小に評価することがあつてはならない。

二 本件政治的行為に対する罰則の合憲性

第一審判決は、また、たとえ公務員の政治的行為を違法と評価してこれを禁止することが憲法二一条に違反しないとしても、その禁止の違反に対し罰則を適用することについては、さらに憲法二一条、三一条違反の問題を生じうるとの考えに立ち、国公法の立法過程にふれたうえ、その罰則は被告人の本件行為に対し適用する限度において違憲であると結論し、原判決もこれを支持するのである。よつて、この点について検討を加えることとする。

(一) およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮を必要とすることはいうまでもなく、刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであつて、とうてい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならないのである。そして、刑罰規定は、保護法益の性質、行為の態様・結果、刑罰を必要とする理由、刑罰を法定することによりもたらされる積極的・消極的な効果・影響などの諸々の要因を考慮しつつ、国民の法意識の反映として、国民の代表機関である国会により、歴史的、現実的な社会的基盤に立つて具体的に決定されるものであり、その法定刑は、違反行為が帯びる違法性の大小を考慮して定めらるべきものである。

ところで、国公法一〇二条一項及び規則による公務員の政治的行為の禁止は、上述したとおり、公務員の政治的中立性を維持することにより、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の重要な共同利益を擁護するためのものである。したがつて、右の禁止に違反して国民全体の共同利益を損う行為に出る公務員に対する制裁として刑罰をもつて臨むことを必要とするか否かは、右の国民全体の共同利益を擁護する見地からの立法政策の問題であつて、右の禁止が表現の自由に対する合理的で必要やむをえない制限であると解され、かつ、刑罰を違憲とする特別な事情がない限り、立法機関の裁量により決定されたところのものは、尊重されなければならない。

そこで、国公法制定の経過をみると、当初制定された国公法.....には、現行法の一〇二条一項一九号のような罰則は設けられていなかったところ、昭和二三年法律第二二二号による改正の結果右の規定が追加されたのであるが、その後昭和二五年法律第二六一号として制定された地方公務員法においては、初め政府案として政治的行為をあおる等の一定の行為について設けられていた罰則規定は、国会審議の過程で削除された。その際、国公法の右の罰則は、地方公務員法についての右の措置にもかかわらず、あえて削除されることなく今日に至つていのであるが、そのことは、ひとしく公務員であつても、国家公務員の場合は、地方公務員の場合と異なり、その政治的行為の禁止に対する違反が行政の中立的運営に及ぼす弊害に逕庭があることからして、罰則を存置することの必要性が、国民の代表機関である国会により、わが国の現実の社会的基盤に照らして、承認されてきたものとみることができる。

そして、国公法の右の罰則を設けたことについて、政策的見地からする批判のあることはさておき、その保護法益の重要性にかんがみるときは、罰則制定の要否及び法定刑についての立法機関の決定がその裁量の範囲を著しく逸脱しているものであるとは認められない。特に、本件において問題とされる規則五項三号、六項一三号の政治的行為は、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布であつて、前述したとおり、政治的行為の中でも党派の偏向の強い行動類型に属するものであり、公務員の政治的中立性を損うおそれが大きく、このような違法性の強い行為に対して国公法の定める程度の刑罰を法定したとしても、決して不合理とはいえず、したがつて、右の罰則が憲法三一条に違反するものということとはできない。

(二) また、公務員の政治的行為の禁止が国民全体の共同利益を擁護する見地からされたものであつて、その違反行為が刑罰の対象となる違法性を帯びることが認められ、かつ、その禁止が、前述のとおり、憲法二一条に違反するものではないと判断される以上、その違反行為を構成要件として罰則を法定しても、そのことが憲法二一条に違反することとなる道理は、ありえない。

(三) 右各判決は、たとえ公務員の政治的行為の禁止が憲法二一条に違反しないとしても、その行為のもたらす弊害が軽微なものについてまで一律に罰則を適用することは、同条に違反するというのであるが、違反行為がもたらす弊害の大小は、とりもなおさず違法性の強弱の問題にほかならないのであるから、こ

1 のような見解は、違法性の程度の問題と憲法違反の有為の問題とを混同するものであつて、失当というほかはない。

（四） 原判決は、さらに、規制の目的を達成しうる、より制限的でない他の選びうる手段があるときは、
5 広い規制手段は違憲となるとしたうえ、被告人の本件行為に対する制裁としては懲戒処分をもつて足り、
罰則までも法定することは合理的にして必要最小限度を超え、違憲となる旨を判示し、第一審判決もまた、
外国の立法例をあげたうえ、被告人の本件行為のような公務員の政治的行為の禁止の違反に対して罰則を
法定することは違憲である旨を判示する。

しかしながら、各国の憲法の規定に共通するところがあるとしても、それぞれの国の歴史的経験と伝統
はまちまちであり、国民の権利意識や自由感覚にもまた差異があるのであって、基本的人権に対して加え
10 られる規制の合理性についての判断基準は、およそ、その国の社会的基盤を離れて成り立つものではない
のである。これを公務員の政治的行為についてみるに、その規制を公務員自身の節度と自制に委ねるか、
特定の政治的行為に限つて禁止するか、特定の公務員のみに対して禁止するか、禁止違反に対する制裁を
どのようなものとするかは、いずれも、それぞれの国の歴史的所産である社会的諸条件にかかわるところ
15 が大であるといわなければならない。したがつて、外国の立法例は、一つの重要な参考資料ではあるが、
右の社会的諸条件を無視して、それをそのままわが国にあてはめることは、決して正しい憲法判断の態度
ということとはできない。

いま、わが国公法の規定をみると、公務員の政治的行為の禁止の違反に対しては、一方で、前記のとおり、
同法一一〇条一項一九号が刑罰を科する旨を規定するとともに、他方では、同法八二条が懲戒処分を
20 課することができる旨を規定し、さらに同法八五条においては、同一事件につき懲戒処分と刑事訴追の手
続を重複して進めることができる旨を定めている。このような立法措置がとられたのは、同法による懲戒
処分が、もともと国が公務員に対し、あたかも私企業における使用者にも比すべき立場において、公務員
組織の内部秩序を維持するため、その秩序を乱す特定の行為について課する行政上の制裁であるのに対し、
刑罰は、国が統治の作用を営む立場において、国民全体の共同利益を擁護するため、その共同利益を損う
25 特定の行為について科する司法上の制裁であつて、両者がその目的、性質、効果を異にするからにほかな
らない。そして、公務員の政治的行為の禁止に違反する行為が、公務員組織の内部秩序を維持する見地から
課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものであるとともに、国民全体の共同利益を擁護する見地から
科される刑罰を根拠づける違法性を帯びるものであることは、前述のとおりであるから、その禁止の違反
行為に対し懲戒処分のほか罰則を法定することが不合理な措置であるとはいえないのである。

このように、懲戒処分と刑罰とは、その目的、性質、効果を異にする別個の制裁なのであるから、前者
30 と後者を同列に置いて比較し、司法判断によつて前者をもつてより制限的でない他の選びうる手段である
と軽々に断定することは、相当ではないといふべきである。

なお、政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法一〇二条一項が、公務員の政治的中立性を損う
おそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の
合理的な解釈により理解しうるところである。そして、そのような政治的行為が、公務員組織の内部秩序
35 を維持する見地から課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものであるとともに、国民全体の共同利益を
擁護する見地から科される刑罰を根拠づける違法性を帯びるものであることは、すでに述べたとおりである
から、右条項は、それが同法八二条による懲戒処分及び同法一一〇条一項一九号による刑罰の対象とな
る政治的行為の定めを一樣に委任するものであるからといて、そのことの故に、憲法の許容する委任の
限度を超えることになるものではない。

（五） 右各判決は、また、被告人の本件行為につき罰則を適用する限度においてという限定を付して右
40 罰則を違憲と判断するのであるが、これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用
を違憲と判断するものであつて、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとしく、かかる判断の形式を用
いることによつても、上述の批判を免れうるものではない。

第三、結論

45 以上のとおり、被告人の本件行為に対し適用されるべき国公法一一〇条一項一九号の罰則は、憲法二一
条、三一条に違反するものではなく、また、第一審判決及び原判決の判示する事実関係のもとにおいて、
右罰則を被告人の右行為に適用することも、憲法の右各法条に違反するものではない。第一審判決及び原
判決は、いずれも憲法の右各法条の解釈を誤るものであるから、論旨は理由がある。

50

55

3 - 2 三菱樹脂事件

1

最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁
労働契約関係存在確認請求事件

5

事件の概要

X(高野達男)は、入社試験の際に学生運動歴等を秘匿して、東北大学法学部を卒業後、1963(昭和38)年3月28日、Y(三菱樹脂株式会社)に管理職要員として入社した。ところが、入社後3か月の試用期間中に、入社試験の際の身上書への団体加入の有無や学生運動歴等についての虚偽申告や面接での虚偽回答が判明し、「会社の信頼を著しく裏切るものであり、会社の管理職要員として不適格である」などとされて、試用期間の満了とともに本採用拒否の告知を受けた。そこで、Xは、その告知が無効であると主張して、Yに対して、雇用契約上の地位の確認と賃金の支払いを求める訴えを提起した。

第1審は、Xが在学中に生協の理事等であった点につき若干の説明不足があり、また、学生運動歴を秘匿していたものの、それについて悪意が認められないことなどを理由に、Yの本採用拒否は解雇権の濫用にあたるとした(東京地判昭和42年7月17日判時498号66頁)。Yはこれを不服として控訴し、Xも第1審において棄却された請求部分について控訴した。控訴審では、入社試験の際に応募者にその政治思想・信条に関係のある事項を申告させることは、公序良俗に反し違法というべきものであり、したがって、応募者がこれを秘匿しても、不利益を課しえないと解すべきだから、実質的に解雇と同一の作用を営む本採用拒否は、労働基準法3条に違反し無効であると判示した(東京高判昭和43年6月12日判時523号19頁)。これに対して、Yは、憲法の人権規定は国民相互間の法律関係を規律するものではなく、また、限られた例外的な場合を除き、人権の侵害は当然には私法上の公序良俗違反にはならないと主張して上告した。

最高裁判所の判断 原判決破棄、差戻し

第二、当裁判所の見解

一、まず、本件本採用拒否の理由とされた被上告人の秘匿等に関する……事実につき、これが被上告人の思想、信条に関係のある事実とどういうかどうかを考えるに、労働者を雇い入れようとする企業者が、労働者に対し、その者の在学中における右のような団体加入や学生運動参加の事実の有無について申告を求めることは、上告人も主張するように、その者の従業員としての適格性の判断資料となるべき過去の行動に関する事実を知るためのものであつて、直接その思想、信条そのものの開示を求めるものではないが、さればといつて、その事実がその者の思想、信条と全く関係のないものであるとすることは相当でない。元来、人の思想、信条とその者の外部的行動との間には密接な関係があり、ことに本件において問題とされている学生運動への参加のごとき行動は、必ずしも常に特定の思想、信条に結びつくものとはいえないとしても、多くの場合、なんらかの思想、信条とのつながりをもっていることを否定することができないのである。企業者が労働者について過去における学生運動参加の有無を調査するのは、その者の過去の行動から推して雇入れ後における行動、態度を予測し、その者を採用することが企業の運営上適当かどうかを判断する資料とするためであるが、このような予測自体が、当該労働者の過去の行動から推測されるその者の気質、性格、道徳観念等のほか、社会的、政治的思想傾向に基づいてされる場合もあるといわざるをえない。本件において上告人が被上告人の団体加入や学生運動参加の事実の有無についてした上記調査も、そのような意味では、必ずしも上告人の主張するように被上告人の政治的思想、信条に全く関係のないものということとはできない。しかし、そうであるとしても、上告人が被上告人ら入社希望者に対して、これらの事実につき申告を求めることが許されないかどうかは、おのずから別個に論定されるべき問題である。

二、原判決は、前記のように、上告人が、その社員採用試験にあたり、入社希望者からその政治的思想、信条に関係のある事項について申告を求めるのは、憲法一九条の保障する思想、信条の自由を侵し、また、信条による差別待遇を禁止する憲法一四条、労働基準法三条の規定にも違反し、公序良俗に反するものとして許されないとしている。

(一) しかしながら、憲法の右各規定は、同法第三章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつばら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。このことは、基本的人権なる観念の成立および発展の歴史的沿革に徴し、かつ、憲法における基本権規定の形式、内容にかんがみても明らかである。のみならず、これらの規定の定める個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に対する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるとい建前がとられ

1 ているのであつて、この点において国または公共団体と個人との関係の場合とはおのずから別個の観点からの考慮を必要とし、後者についての憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするは、決して当をえた解釈ということとはできないのである。

5 (二) もつとも、私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない。何となれば、右のような事実上の支配関係なるものは、その支配力の態様、程度、規模等においてさまざまであり、どのような場合にこれを国または公共団体の支配と同視すべきかの判定が困難であるばかりでなく、一方が権力の法的独占の上に立つて行なわれるものであるのに対し、他方はこのような裏付けないしは基礎を欠く単なる社会的事実としての力の優劣の関係にすぎず、その間に画然たる性質上の区別が存するからである。すなわち、私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。そしてこの場合、個人の基本的な自由や平等を極めて重要な法益として尊重すべきことは当然であるが、これを絶対視することも許されず、統治行動の場合と同一の基準や観念によつてこれを律することができないことは、論をまたないところである。

20 (三) ところで、憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである。憲法一四條の規定が私人のこのような行為を直接禁止するものでないことは前記のとおりであり、また、労働基準法三条は労働者の信条によつて賃金その他の労働条件につき差別することを禁じているが、これは、雇入れ後における労働条件についての制限であつて、雇入れそのものを制約する規定ではない。また、思想、信条を理由とする雇入れの拒否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らかであり、その他これを公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできない。

30 右のように、企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めるとも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない。もとより、企業者は、一般的には個々の労働者に対して社会的に優越した地位にあるから、企業者のこの種の行為が労働者の思想、信条の自由に対して影響を与える可能性がないとはいえないが、法律に別段の定めがない限り、右は企業者の法的に許された行為と解すべきである。また、企業者において、その雇傭する労働者が当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者でないかどうか大きな関心を抱き、そのために採否決定に先立つてその者の性向、思想等の調査を行なうことは、企業における雇傭関係が、単なる物理的労働力の提供の関係を越えて、一種の継続的な人間関係として相互信頼を要請するところが少なくなく、わが国におけるようにいわゆる終身雇傭制が行なわれている社会では一層そうであることにかんがみるときは、企業活動としての合理性を欠くものということとはできない。のみならず、本件において問題とされている上告人の調査が、前記のように、被上告人の思想、信条そのものについてではなく、直接には被上告人の過去の行動についてされたものであり、ただその行動が被上告人の思想、信条となんらかの関係があることを否定できないような性質のものであることというにとどまるとすれば、なおさらこのような調査を目して違法とすることはできないのである。

45 右の次第で、原判決が、上告人において、被上告人の採用のための調査にあたり、その思想、信条に關係のある事項について被上告人から申告を求めたことは法律上許されない違法な行為であるとしたのは、法令の解釈、適用を誤つたものといわなければならない。

50 三、(一) 右に述べたように、企業者は、労働者の雇入れそのものについては、広い範囲の自由を有するけれども、いつたん労働者を雇い入れ、その者に雇傭関係上の一定の地位を与えた後においては、その地位を一方的に奪うことにつき、雇入れの場合のような広い範囲の自由を有するものではない。労働基準法三条は、前記のように、労働者の労働条件について信条による差別取扱を禁じているが、特定の信条を有することを解雇の理由として定めることも、右にいう労働条件に関する差別取扱として、右規定に違反するものと解される。

このことは、法が、企業者の雇傭の自由について雇入れの段階と雇入れ後の段階との間に区別を設け、前者については企業者の自由を広く認める反面、後者については、当該労働者の既得の地位と利益を重視して、その保護のために、一定の限度で企業者の解雇の自由を制約を課すべきであるとする態度をとつて

いることを示すものといえる。
(二) 本件においては、上告人と被上告人との間に三か月の試用期間を付した雇傭契約が締結され、右の期間の満了直前に上告人が被上告人に対して本採用の拒否を告知したものである。原判決は、冒頭記述のとおり、右の雇傭契約を解約権留保付の雇傭契約と認め、右の本採用拒否は雇入れ後における解雇にあたり、これに対して、上告人は、上告人の見習試用取扱規則の上からも試用契約と本採用の際の雇傭契約とは明らかにそれぞれ別個のものとされているから、原判決の上記認定、解釈には、右規則をほしいままにまげて解釈した違法があり、また、規則内容との関連においてその判断に理由齟齬の違法があると主張する。

思うに、試用契約の性質をどう判断するかについては、就業規則の規定の文言のみならず、当該企業内において試用契約の下に雇傭された者に対する処遇の実情、とくに本採用との関係における取扱についての事実上の慣行のいかんをも重視すべきものであるところ、原判決は、上告人の就業規則である見習試用取扱規則の各規定のほか、上告人において、大学卒業の新規採用者を試用期間終了後に本採用しなかつた事例はかつてなく、雇入れについて別段契約書の作成をすることもなく、ただ、本採用にあたり当人の氏名、職名、配属部署を記載した辞令を交付するにとどめていたこと等の過去における慣行的実態に関して適法に確定した事実に基づいて、本件試用契約につき上記のような判断をしたものであつて、右の判断は是認しえないものではない。それゆえ、この点に関する上告人の主張は、採用することができないところである。したがつて、被上告人に対する本採用の拒否は、留保解約権の行使、すなわち雇入れ後における解雇にあたり、これを通常の雇入れの拒否の場合と同視することはできない。

(三) ところで、本件雇傭契約においては、右のように、上告人において試用期間中に被上告人が管理職要員として不適格であると認めるときは解約できる旨の特約上の解約権が留保されているのであるが、このような解約権の留保は、大学卒業者の新規採用にあたり、採否決定の当初においては、その者の資質、性格、能力その他上告人のいわゆる管理職要員としての適格性の有無に関連する事項について必要な調査を行ない、適切な判定資料を十分に蒐集することができないため、後日における調査や観察に基づく最終的決定を留保する趣旨でされるものと解されるのであつて、今日における雇傭の実情にかんがみるときは、一定の合理的期間の限定の下にこのような留保約款を設けることも、合理性をもつものとしてその効力を肯定することができるというべきである。それゆえ、右の留保解約権に基づく解雇は、これを通常の解雇と全く同一に論ずることはできず、前者については、後者の場合よりも広い範囲における解雇の自由が認められてしるべきものといわなければならない。

しかしながら、前記のように法が企業者の雇傭の自由について雇入れの段階と雇入れ後の段階とで区別を設けている趣旨にかんがみ、また、雇傭契約の締結に際しては企業者が一般的には個々の労働者に対して社会的に優越した地位にあることを考え、かつまた、本採用後の雇傭関係におけるよりも弱い地位であるにせよ、いつたん特定企業との間に一定の試用期間を付した雇傭関係に入つた者は、本採用、すなわち当該企業との雇傭関係の継続についての期待の下に、他企業への就職の機会と可能性を放棄したものであることに思いを致すときは、前記留保解約権の行使は、上述した解約権留保の趣旨、目的に照らして、客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認されうる場合のみ許されるものと解するのが相当である。換言すれば、企業者が、採用決定後における調査の結果により、または試用中の勤務状態等により、当初知ることができず、また知ることが期待できないような事実を知るに至つた場合において、そのような事実を照らしその者を引き続き当該企業に雇傭しておくのが適当でない判断することが、上記解約権留保の趣旨、目的に徴して、客観的に相当であると認められる場合には、さきに留保した解約権を行使することができるが、その程度に至らない場合には、これを行使することはできないと解すべきである。

(四) 本件において、上告人が被上告人の本採用を拒否した理由として主張するところは、冒頭記述のとおり、被上告人が入社試験に際して一定の事実につき秘匿等をしたこと、なかんずく、被上告人が東北大学在学中に違法、過激な学生運動に関与した事実があるのにこれを秘匿したということであり、上告人は、このような被上告人の秘匿等の行為に照らすときは、信頼関係をとくに重視すべき上告人の管理職要員である社員としての適格性を欠くものとするに十分であると主張するのである。

思うに、企業者が、労働者の採用にあつて適当な者を選択するのに必要な資料の蒐集の一方法として、労働者から必要事項について申告を求めることができることは、さきに述べたとおりであり、そうである以上、相手方に対して事実の開示を期待し、秘匿等の所為のあつた者について、信頼に値しない者であるとの人物評価を加えることは当然であるが、右の秘匿等の所為がかような人物評価に及ぼす影響の程度は、秘匿等にかかる事実の内容、秘匿等の程度およびその動機、理由のいかんによつて区々であり、それがその者の管理職要員としての適格性を否定する客観的に合理的な理由となるかどうかとも、いちがいにこれを論ずることはできない。また、秘匿等にかかる事実のいかんによつては、秘匿等の有無にかかわらずそれ自体で右の適格性を否定するに足りる場合もありうるのである。してみると、本件において被上告人の解

1 雇理由として主要な問題とされている被告人の団体加入や学生運動参加の事実の秘匿等についても、それが原告人において上記留保解約権に基づき被告人を解雇しうる客観的に合理的な理由となるかどうかを判断するためには、まず被告人に秘匿等の事実があつたかどうか、秘匿等にかかる団体加入や学生運動参加の内容、態様および程度、とくに違法にわたる行為があつたかどうか、ならびに秘匿等の動機、理由等に関する事実関係を明らかにし、これらの事実関係に照らして、被告人の秘匿等の行為および秘匿等にかかる事実が同人の入社後における行動、態度の予測やその人物評価等に及ぼす影響を検討し、それが企業者の採否決定につき有する意義と重要性を勘案し、これらを総合して上記の合理的理由の有無を判断しなければならないのである。

第三、結論

10 以上説示のとおり、所論本件本採用拒否の効力に関する原審の判断には、法令の解釈、適用を誤り、その結果審理を尽さなかつた違法があり、その違法が判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、論旨は、この点において理由があり、原判決は、その余の上告理由について判断するまでもなく、破棄を免れない。

15

20

25

30

35

40

45

50

55

4 - 1 京都府学連事件

1

最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁
公務執行妨害・傷害被告事件

5

事件の概要

立命館大学法学部の学生であるY(長谷川俊英)は、1962(昭和37)年6月21日、京都府学生自治会連合主催の「大学管理制度改悪反対」等を標榜するデモ行進に参加し、集団先頭列外に立って行進していた。Yは、デモ行進の許可条件を詳しく知らぬままデモ隊を誘導し、デモ隊は機動隊ともみ合い、隊列を崩したまま行進した。

10

これが許可条件に違反すると判断した京都府山科警察署勤務の巡查A(秋月潔)は、違法な行進状況と違反者を確認するため、歩道上からYの属する先頭集団を写真撮影した。Yはこれに抗議し、Aの下顎部を旗竿で一突きして全治1週間の傷害を与えたため、傷害及び公務執行妨害罪で起訴された。

Yは、警察官の写真撮影は適法な公務執行にあたらぬと主張したが、第1審は、その主張を斥け有罪とした(京都地判昭和39年7月4日刑集23巻12号1655頁)。控訴審でも、令状なしでかつYの同意なしで行われた本件写真撮影は、肖像権の侵害であり、適法な職務執行にならないというYの主張に対し、裁判所は、当該写真撮影行為は違法なデモ行進の状態と違反者を確認するため、また、物理的力を用いたりせずに行われたもので、刑事訴訟法上の強制処分とはいえないから令状を要せず、また、肖像権が認められるとしても、現に犯罪が行われている場合には、現行犯処分に準じて捜査のための写真撮影は許されるので、Aの行為は適法な職務行為であると判示した(大阪高判昭和44年4月27日刑集23巻12号1660頁)。そこで、Yは、本人の意思に反しかつ令状なしでなされた本件写真撮影を適法としたのは、肖像権を保障する憲法13条に違反し、同じく令状主義を規定した憲法35条に違反するなどとして上告した。

20

最高裁判所の判断 上告棄却

被告人本人の上告趣意二のうち、および弁護人青柳孝夫の上告趣意第一点のうち、……集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例(以下「本条例」という。)が、憲法二一条に違反するという主張について。

25

本条例が、道路その他屋外の公共の場所で、集会もしくは集団行進を行なおうとするときまたは場所のいかんを問わず集団示威運動を行なおうとするときは、公安委員会の許可を受けなければならないと定め、これらの集団行動(以下単に「集団行動」という。)を事前に規制しようとするものであることは所論のとおりである。しかしながら、本条例を検討すると、同条例は、集団行動について、公安委員会の許可を必要としているが(二条)公安委員会は、集団行動の実施が「公衆の生命、身体、自由又は財産に対して直接の危険を及ぼすと明らかに認められる場合の外はこれを許可しなければならない。」と定め(六条)許可を義務づけており、不許可の場合を厳格に制限しているのである。そして、このような内容をもつ公安に関する条例が憲法二一条の規定に違反するものでないことは、これとほとんど同じ内容をもつ……東京都条例……条例についてした当裁判所の大法廷判決(昭和三五年……七月二〇日判決、刑集一四巻九号一二三四頁)の明らかにするところであり、これを変更する必要は認められないから、所論は理由がない。

35

同弁護人の上告趣意第一点のうち、本条例が憲法三一条に違反するとの主張について。

所論は、本条例は、許可を与える際必要な条件をつけることができると定め(六条)この条件に違反し、または違反しようとする場合には、警察本部長が、その主催者、指導者もしくは参加者に対し警告を発し、その行動を制止することができ(八条)更に、条件違反の場合には、主催者、指導者等を処罰することができる旨定めている(九条)が、このように、右条件の内容の解釈および条件違反の判定をすべて警察に委ねている点で、適法手続を定めた憲法三一条に違反し、また、条件を取締当局に都合のよいように定めることを許している点でも、白地刑法を禁止した同条に違反する旨主張する。

40

しかし、本条例六条一項但書は、公安委員会の付しうる条件の範囲を定めており、これに基づいて具体的に条件が定められ、これが主催者または連絡責任者に通告され(六条二項、同条例施行規則五条)この具体化された条件に違反した行為が、警告、制止および処罰の対象となるのであつて、所論のように取締当局がほしいままに条件を定めることを許しているものではなく、犯罪の構成要件が規定されていないとかまたは不明確であるとかいうことはできない。そうすると、所論違憲の主張は、その前提を欠くことになり、適法な上告理由とならない。

45

被告人本人の上告趣意三の(4)について。

50

所論は、本人の意思に反し、かつ裁判官の令状もなくされた本件警察官の写真撮影行為を適法とした原判決の判断は、肖像権すなわち承諾なしに自己の写真を撮影されない権利を保障した憲法一三条に違反し、また令状主義を規定した同法三五条にも違反すると主張する。

ところで、憲法一三条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保

55

1 護されるべきことを規定しているものということができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、
何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿勢（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を
有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当
な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわ
なければならぬ。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけ
でなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかで
ある。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察
にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法二条一項参照）警察官が犯罪捜査の必要上写真を
撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容され
る場合がありうるものといわなければならない。

そこで、その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定し
た刑法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁
判官の令状がなくとも、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわ
ち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち問がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の
必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行な
われるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう
等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三
者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである。

これを本件についてみると、原判決およびその維持した第一審判決の認定するところによれば、昭和三
十七年六月二日に行なわれた本件京都府学生自治会連合主催の集団行進集団示威運動においては、被告人
の属する立命館大学学生集団はその先頭集団となり、被告人はその列外最先頭に立つて行進していたが、
右集団は京都市中京区木屋町通御池下る約三〇メートルの地点において、先頭より四列ないし五列目位ま
で七名ないし八名位の縦隊で道路のほぼ中央あたりを行進していたこと、そして、この状況は、京都府公
安委員会が付した「行進隊列は四列縦隊とする」という許可条件および京都府中立売警察署長が道路交通
法七七条に基づいて付した「車道の東側端を進行する」という条件に外形的に違反する状況であつたこと、
そこで、許可条件違反等の違法状況の視察、採証の職務に従事していた京都府山科警察署勤務の巡查秋月
潔は、この状況を現認して、許可条件違反の事実ありと判断し、違法な行進の状態および違反者を確認す
るため、木屋町通の東側歩道上から前記被告人の属する集団の先頭部分の行進状況を撮影したというので
あり、その方法も、行進者に特別な受忍義務を負わせるようなものではなかつたというのである。

右事実によれば、秋月巡查の右写真撮影は、現に犯罪が行なわれていると認められる場合になされたも
のであつて、しかも多数の者が参加し刻々と状況が変化する集団行動の性質からいって、証拠保全の必要
性および緊急性が認められ、その方法も一般的に許容される限度をこえない相当なものであつたと認めら
れるから、たとえそれが被告人ら集団行進者の同意もなく、その意思に反して行なわれたとしても、適法
な職務執行行為であつたといわなければならない。

そうすると、これを刑法九五条一項によつて保護されるべき職務行為にあたるとした第一審判決および
これを是認した原判決の判断には、所論のように、憲法一三条、三五条に違反する点は認められないから、
論旨は理由がない。

40 4 - 2 尊属殺人事件

最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁
尊属殺人被告事件

45 事件の概要

栃木県矢板市に住む 34 歳の Y（相沢チヨ）は、14 歳のときに実父 A（相沢武雄）から強姦され、それ以
後、無理に不倫な姦淫行為を継続させられ、母 B（相沢リカ）ら親族の者の協力によって何度か家出をす
るが、その都度見つけ出されては連れ戻され、以後、夫婦同様の生活を強制され、5 人の子どもを産んだ。

Y は、1968（昭和 43）年 8 月頃、勤務先の印刷工場で知り合った年下の同僚 C（郡司好偉）と相思相愛
の関係になり、結婚を考えるようになった。しかし、Y は、A に結婚の許しを求めたところ、A が酒に酔っ
ては「出て行くならお前らが幸せになれないようにしてやる、一生苦しめてやる」、「今から相手の家に行
って話をつけてやる、ぶっ殺してやる」などと脅迫したため、Y は結婚を断念した。その後、A は、飲酒し、
Y を軟禁状態にして、姦淫し、脅迫しあるいは罵詈雑言した。そして、煩悶し、忌むべき境遇から逃れよ
うとした Y は、同年 10 月 5 日夜、酔って寝ていた A を絞殺した。Y は、犯行後ただちに自首した。

平成 7 年改正前の刑法 200 条は、「自己又八配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」
と定めており、検察官は Y を刑法 200 条違反（尊属殺人罪）で起訴した。

第1審は、刑法200条を憲法14条に違反し無効であるとして、199条の殺人罪について判断し、過剰防衛を理由に刑を免除した(宇都宮地判昭和44年5月29日判タ237号262頁)。控訴審は、第1審判決を破棄して刑法200条を合憲とし、過剰防衛も否認して、心神耗弱による減軽及び酌量減軽により懲役3年6月の実刑を宣告した(東京高判昭和45年5月12日判時619号93頁)。これに対して、Yは、刑法200条の平等原則(憲法14条)違反を理由に上告した。

最高裁判所の判断 原判決破棄、自判(懲役2年6月執行猶予3年)

所論は、刑法二〇〇条は憲法一四条に違反して無効であるから、被告人の本件所為に対し刑法二〇〇条を適用した原判決は、憲法の解釈を誤つたものであるというのである。

よつて案ずるに、憲法一四条一項は、国民に対し法の下の平等を保障した規定であつて、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべき……である。そして、刑法二〇〇条は、自己または配偶者の直系尊属を殺した者は死刑または無期懲役に処する旨を規定しており、被害者と加害者との間における特別な身分関係の存在に基づき、同法一九九条の定める普通殺人の所為と同じ類型の行為に対してその刑を加重した、いわゆる加重的身分犯の規定であつて……、このように刑法一九九条のほかに同法二〇〇条をおくことは、憲法一四条一項の意味における差別的取扱いにあたるというべきである。そこで、刑法二〇〇条が憲法の右条項に違反するかどうかが問題となるのであるが、それは右のような差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられるわけである。

当裁判所は、昭和二五年一〇月以来、刑法二〇〇条が憲法一三条、一四条一項、二四条二項等に違反するという主張に対し、その然らざる旨の判断を示している。もつとも、最初に刑法二〇〇条が憲法一四条に違反しないと判示した大法廷判決(昭和……二五年一〇月二五日・刑集四卷一〇号二一六頁)も、法定刑が厳に過ぎる憾みがないではない旨を括弧書において判示していたほか、情状特に憫諒すべきものがあつたと推測される事案において、合憲性に触れることなく別の理由で同条の適用を排除した事例も存しないわけではない……。また、現行刑法は、明治四〇年、大日本帝国憲法のもとで、第二三回帝国議会の協賛により制定されたものであつて、昭和二二年、日本国憲法のもとにおける第一回国会において、憲法の理念に適合するようにその一部が改正された際にも、刑法二〇〇条はその改正から除外され、以来今日まで同条に関し格別の立法上の措置は講ぜられていないのであるが、そもそも同条設置の思想的背景には、中国古法制に淵源しわが国の律令制度や徳川幕府の法制にも見られる尊属殺重罰の思想が存在すると解されるほか、特に同条が配偶者の尊属に対する罪をも包含している点は、日本国憲法により廃止された「家」の制度と深い関連を有していたものと認められるのである。さらに、諸外国の立法例を見るに、右の中国古法制のほかローマ古法制などにも親殺し重罰の思想があつたものごとくであるが、近代にいたつてかかる思想はしだいにその影をひそめ、尊属殺重罰の規定を当初から有しない国も少なくない。そして、かつて尊属殺重罰規定を有した諸国においても近時しだいにこれを廃止または緩和しつつあり、また、単に尊属殺のみを重く罰することをせず、卑属、配偶者等の殺害とあわせて近親殺なる加重要件をもつ犯罪類型として規定する方策の講ぜられている例も少なからず見受けられる現状である。……

このような点にかんがみ、当裁判所は、所論刑法二〇〇条の憲法適合性につきあらためて検討することとし、まず同条の立法目的につき、これが憲法一四条一項の許容する合理性を有するか否かを判断すると、次のように考えられる。

刑法二〇〇条の立法目的は、尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より厳重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される。ところで、およそ、親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するといふことができる。

このような点を考えれば、尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない。そこで、被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできず、したがつてまた、憲法一四条一項に違反するということができないものと解する。

さて、右のとおり、普通殺のほかに尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえないのであるが、しかしながら、刑罰加重の程度いかんによつては、かかる差別の

- 1 合理性を否定すべき場合がないとはいえない。すなわち、加重の程度が極端であつて、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない。かかる規定は憲法一四条一項に違反して無効であるとしなければならない。
- 5 この観点から刑法二〇〇条をみるに、同条の法定刑は死刑および無期懲役刑のみであり、普通殺人罪に関する同法一九九条の法定刑が、死刑、無期懲役刑のほか三年以上の有期懲役刑となつているのと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られていることは明らかである。もつとも、現行刑法にはいくつかの減軽規定が存し、これによつて法定刑を修正しうるのであるが、現行法上許される二回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役三年六月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない。
- 10 もとより、卑属が、責むべきところのない尊属を故なく殺害するがごときは嚴重に処罰すべく、いささかも仮借すべきではないが、かかる場合でも普通殺人罪の規定の適用によつてその目的を達することは不可能ではない。その反面、尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しないものといふことができる。
- 15 量刑の実状をみても、尊属殺の罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減軽を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減軽を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑の宣告される場合も決して稀ではない。このことは、卑属の背倫理性が必ずしも常に大であるとはいえないことを示すとともに、尊属殺の法定刑が極端に重きに失していることをも窺わせるものである。
- 20 このようにみても、尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点（現行刑法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである。）においてあまりにも厳しいものといふべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつては、これにつき十分納得すべき説明がつかかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない。
- 25 以上のしだいで、刑法二〇〇条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限つている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遙かに超え、普通殺に関する刑法一九九条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法一四条一項に違反して無効であるとしなければならない。したがつて、尊属殺にも刑法一九九条を適用するのほかはない。この見解に反する当審従来の判例はこれを変更する。
- 30

田中二郎裁判官の意見（小川信雄・坂本吉勝裁判官が同調する）

- 35 私は、本判決が、尊属殺人に関する刑法二〇〇条を違憲無効であるとして、同条を適用した原判決を破棄し、普通殺人に関する刑法一九九条を適用して被告人を懲役二年六月に処し、三年間刑の執行を猶予した、その結論には賛成であるが、多数意見が刑法二〇〇条を違憲無効であるとした理由には同調することができない。すなわち、多数意見は、要するに、刑法二〇〇条において普通殺人と区別して尊属殺人に関する特別の罪を定め、その刑を加重すること自体は、ただちに違憲とはいえないとし、ただ、その刑の加重の程度があまりにも厳しい点において、同条は、憲法一四条一項に違反するというのである。これに対して、私は、普通殺人と区別して尊属殺人に関する規定を設け、尊属殺人なるがゆえに差別的取扱いを認めること自体が、法の下での平等を定めた憲法一四条一項に違反するものと解すべきであると考えている。したがつて、私のこの考え方からすれば、本件には直接の関係はないが、尊属殺人に関する刑法二〇〇条の規定のみならず、尊属傷害致死に関する刑法二〇五条二項、尊属遺棄に関する刑法二一八条二項および尊属の逮捕監禁に関する刑法二二〇条二項の各規定も、被害者が直系尊属なるがゆえに特に加重規定を設け差別的取扱いを認めたものとして、いずれも違憲無効の規定と解すべきであるということとなり、ここにも差異を生ずる。ただ、ここでは、尊属殺人に関する刑法二〇〇条を違憲無効と解すべき理由のみについて、私の考えるところを述べることにする。それは、次のとおりである。
- 40 一 日本国憲法一三条の冒頭に、「すべて国民は、個人として尊重される」べきことを規定しているが、これは、個人の尊厳を尊重することをもつて基本とし、すべての個人について人格価値の平等を保障することが民主主義の根本理念であり、民主主義によつて立つ基礎であるという基本的な考え方を示したものであつて、同一四条一項に、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定しているのも、右の基本的な考え方に立ち、これと同一の趣旨を示したものと解すべきである。右の条項には、人種、信条、性別などが列記されているが、多数意見も認めているように、これらの列記は、単にその主要なものの例示的列記にすぎず、したがつて、これらの列記事項に直接該当するか否かにかかわらず、個人の尊厳と人格価値の
- 45 50 55 平等の尊重・保障という民主主義の根本理念に照らして不合理とみられる差別的取扱いは、すべて右条項

の趣旨に違反するものとして、その効力を否定すべきものとするのである。

近代国家の憲法がひとしく右の意味での法の下の平等を尊重・確保すべきものとしたのは、封建時代の権威と隷従の関係を打破し、人間の個人としての尊厳と平等を回復し、個人がそれぞれ個人の尊厳のもとに平等の立場において相協力して、平和な社会・国家を形成すべきことを期待したものにほかならない。日本国憲法の精神もここにあるものと解すべきであろう。

もつとも、私も、一切の差別的取扱いが絶対に許されないなどと考えているわけではない。差別的取扱いが合理的な理由に基づくものとして許容されることがあることは、すでに幾多の最高裁判所の判決の承認するところである。問題は、何がそこでいう合理的な差別的取扱いであるのか、その「合理的な差別」と「合理的でない差別」とを区別すべき基準をどこに求めるべきかの点にある。そして、この点について、私は、さきに述べたように、憲法の基調をなす民主主義の根本理念に鑑み、個人の尊厳と人格価値の平等を尊重すべきものとする憲法の根本精神に照らし、これと矛盾抵触しない限度での差別的取扱いのみが許容されるものとするのである。したがって、本件においては、尊属殺人に関し、普通殺人と区別して特別の規定を設けることが、右の基準に照らし、果たして「合理的な差別」といえるかどうかについて、検討する必要があるわけである。

二 ところで、多数意見は、(1) 尊属殺人について、普通殺人と区別して特別の規定を設けることには合理的根拠があるから、憲法一四条一項には違反しないと、ただ、(2) 刑法二〇〇条の定める法定刑があまりにも厳しすぎる点において、憲法一四条一項に違反するというのである。しかし、右の(1)の見解は果たして正当といえるであろうか、これはすこぶる問題である。また、かりに、(1)の見解が是認され得るとした場合において、(2)の見解が果たして十分の説得力を有するものといえるであろうか。この点についても、いささか疑問を抱かざるを得ないのである。順次、私の疑問とするところを述べることにする。

(1) 刑法二〇〇条の尊属殺人に関する規定が設けられるに至った思想的背景には、封建時代の尊属殺人重罰の思想があるものと解されるのみならず、同条が卑属たる本人のほか、配偶者の尊属殺人をも同列に規定している点からみても、同条は、わが国において旧憲法時代に特に重視されたいわゆる「家族制度」との深い関連をもっていることを示している。ところが、日本国憲法は、封建制度の遺制を排除し、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を確立することを根本の建前とし(憲法二四条参照) この見地に立つて、民法の改正により、「家」、「戸主」、「家督相続」等の制度を廃止するなど、憲法の趣旨を体して所要の改正を加えることになつたのである。この憲法の趣旨に徴すれば、尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値するとかの理由によつて、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであつて、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚であるといわなければならない。諸外国の立法例において、尊属殺人重罰の規定が次第に影をひそめ、これに関する規定を有していたものも、これを廃止ないし緩和する傾向にあるのも、右の民主主義の根本理念の滲透・徹底に即応したものであるといえることができる。最近のわが国の改正刑法草案がこの種の設定していないのも、この流れにそつたものにほかならない。

私も、直系尊属と卑属とが自然的情愛と親密の情によつて結ばれ、子が親を尊敬し尊重することが、子として当然守るべき基本的道徳であることを決して否定するものではなく、このような人情の自然に基づく心情の発露としての自然的・人間的情愛(それは、多数意見のいうような「受けた恩義」に対する「報償」といつたものではない。)が親子を結ぶ絆としていよいよ強められることを強く期待するものであるが、それは、まさしく、個人の尊厳と人格価値の平等の原理の上に立つて、個人の自覚に基づき自発的に遵守されるべき道徳であつて、決して、法律をもつて強制されたり、特に厳しい刑罰を科することによつて遵守させようとしたりすべきものではない。尊属殺人の規定が存するがゆえに「孝」の徳行が守られ、この規定が存しないがゆえに「孝」の徳行がすたれるというような考え方は、とうてい、納得することができない。尊属殺人に関する規定は、上述の見地からいつて、単に立法政策の当否の問題に止まるものではなく、憲法を貫く民主主義の根本理念に抵触し、直接には憲法一四条一項に違反するものといわなければならないのである。

(2) 右に述べたように、私は、尊属殺人に関し、普通殺人と区別して特別の規定を設けること自体が憲法一四条一項に抵触するものとするのであるが、かりに、多数意見が説示しているように、このこと自体が憲法一四条一項に抵触するものではないという考え方に立つべきものとするれば、尊属殺人に対して、どのような刑罰をもつて臨むべきかは、むしろ、立法政策の問題だと考える方が筋が通り、説得力を有するのではないかと思う。

多数意見は、「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない」としながら、「尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点においてあまりにも厳しいものというべく、(中略) 尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてして

1 は、これにつき十分納得すべき説明がつきかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」というのである。しかし、もし、尊属殺害が通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとしてこれを処罰に反映させても不合理ではないという観点に立つとすれば、尊属殺害について通常の殺人に比して厳しい法定刑を定めるのは当然の帰結であつて、処断刑三年半にまで減輕することができる現行の法定刑が厳しきに失し、その点においてただちに違憲であるというのでは、論理の一貫性を欠くのみならず、それは、法定刑の均衡という立法政策の当否の問題であつて、刑法二〇〇条の定める法定刑が苛酷にすぎるかどうかは、憲法一四条一項の定める法の下での平等の見地からではなく、むしろ憲法三六条の定める残虐刑に該当するかどうかの観点から、合憲か違憲かの判断が加えられて然るべき問題であると考えるのである。

10 三 日本国憲法の制定に伴つて行なわれた刑法の改正に際し、「忠孝」という徳目を基盤とする規定のうち、「忠」に関する規定を削除しながら、「孝」に関する規定を存置したのは、憲法の根本理念および憲法一四
15 条一項の正しい理解を欠いたためであると考えざるを得ない。そして、昭和二五年一月一日の最高裁判所大法廷判決（刑集四巻一〇号二〇三七頁）が、尊属傷害致死に関する刑法二〇五条二項は憲法一四
15 条に違反しない旨の判断を示した（その趣旨は刑法二〇〇条にもそのままあてはまるものと解される。）のも、私には、とうてい、理解することができない。ところで、右に述べたような最高裁判所の指導的判決のもとで、刑法二〇〇条が實際上どのように運用されてきたかということも、右の規定の存在意義を反省する
うえに若干の参考となるであろう。……

たしかに、尊属殺人のなかには、天人ともに許されない悪逆非道なものがあり、極刑をもつて臨まざるを得ないような事案もあるであろう。しかし、それは、必ずしも尊属殺人なるがゆえをもつて特別の取扱いをすることを根拠づけ又はこれを合理化するものではなく、同様の事案は普通殺人についても、しばしば、みられるのであるから、その処罰には普通殺人に関する法定刑で事足りるのであつて、改正刑法草案が尊属殺人に関する規定を廃止しているのも、こういう見地に立つものにほかならない。

20 四 多数意見が尊属殺人について合理的な程度の加重規定を設けることは違憲でないとの判断を示したのは、それを違憲であるとする判断を示すことの社会的影響について深く憂慮したためではないかと想像されるが、殺人は、尊属殺人であろうと普通殺人であろうと、最も強い道義的非難に値する犯罪であることはいまでもないところであつて、尊属殺人に関する規定が違憲無効であるとする判断が示されたから
25 といつて、この基本的な道徳が軽視されたとか、反道徳的な行為に対する非難が緩和されたとかと、受けとられるとは思わない。それは、むしろ、国民の一般常識又は道徳観を軽視した結果であつて、杞憂にすぎないといつてよいであろう。

30 五 ……

このほかに、下付三郎・色川幸太郎・大隅健一郎裁判官による意見がある。

下田武三裁判官の反対意見

35 わたくしは、憲法一四条一項の規定する法の下における平等の原則を生んだ歴史的背景にかんがみ、そもそも尊属・卑属のごとき親族的の身分関係は、同条にいう社会的身分には該当しないものであり、したがつて、これに基づいて刑法上の差別を設けることの当否は、もともと同条項の関知するところではない
40 と考えるものである。しかし、本判決の多数意見は、尊属・卑属の身分関係に基づく刑法上の差別も同条項の意味における差別的取扱いにあたるもの前提に立つて、尊属殺に関する刑法二〇〇条の規定の合憲性につき判断を加えているので、いまわたくしも、右の点についての詳論はしばらくおき、かりに多数意見
40 の右の前提に立つこととしても、なおかつ、安易に同条の合憲性を否定した同意見の結論に賛成することができないのであつて、以下にその理由を述べることにする。

一、まず、多数意見に従つて、刑法一九九条の普通殺の規定のほかに、尊属殺に関する刑法二〇〇条をおくことが、憲法一四条一項の意味における差別的取扱いにあたる解した場合、同意見がかかる取扱いをもつてあなたが合理的な根拠を欠くものと断ずることはできないとし、したがつて尊属殺に関する刑法二
45 〇〇条は、このゆえをもつてしてはただちに違憲であるとはいえないとする点は、相当と思料されるのであるが、多数意見がさらに進んで、同条はその法定刑が極端に重きに失するから、もはや合理的根拠に基づく差別的取扱いとしてこれを正当化することができないとし、このゆえをもつて同条は憲法一四条一項に違反して無効であるとする結論に対しては、わたくしは、とうてい同調することができないのである。

すなわち右の点に関する多数意見の骨子は、尊属殺に対し刑法二〇〇条が定める刑は死刑および無期懲
50 役刑のみであつて、普通殺に対する同法一九九条の法定刑に比し、刑の選択の範囲が極めて限られており、その結果、尊属殺をおかした卑属に科しうる刑の範囲もおのずから限定されることとなり、とくにいかなる場合にも執行猶予を付することができないこととなるなど、量刑上著しい不便が存することを強調し、かかる法定刑の設定については、「十分納得すべき説明がつきかねる」というにあるものと解される。

しかしながら、そもそも法定刑をいかに定めるかは、本来、立法府の裁量に属する事項であつて、かり
55 にある規定と他の規定との間に法定刑の不均衡が存するごとく見えることがあつたとしても、それは原則として立法政策当否の問題たるにとどまり、ただちに憲法上の問題を生ずるものでないことは、つとに当

裁判所昭和二三年……二月一日大法廷判決・刑集二卷一三三―一七八三頁の示すとおりである。 1

そして、多数意見も説くとおり、尊属の殺害は、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は、高度の社会的道義的非難に値するものであつて、刑法二〇〇条は、かかる所為は通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もつて強くこれを禁圧しようとするものにほかならないから、その法定刑がとくに厳しいことはむしろ理の当然としなければならない。 5

もつとも、多数意見も、尊属殺の場合に法定刑が加重されること自体を問題とするものではなく、ただ、加重の程度が極端に過ぎるとするものであるが、極端であるか否かは要するに価値判断にかかるものであり、抽象的にこれを論ずることは、専断、恣意を導入するおそれがある。けだし、かかる価値判断に際しては、国民多数の意見を代表する立法府が、法律的観点のみからでなく、国民の道徳・感情・歴史・伝統、風俗・習慣等各般の見地から、多くの資料に基づき十分な討議を経て到達した結論ともいべき実定法規を尊重することこそ、憲法の根本原則たる三権分立の趣旨にそつものというべく、裁判所がたやすくかかる事項に立ち入ることは、司法の謙抑の原則にもとることとなるおそれがあり、十分慎重な態度をもつて処する要があるものとしなければならない。 10

二、いま刑法における尊属殺の規定の沿革をかえりみるに、現行刑法はいわゆる旧刑法（明治一三年太政官布告第三六号）を改正したのであるが、その改正の一重要眼目は、一般に法定刑の範囲を広め、裁判官の裁量によつて妥当な刑を科する余地を拡大するにあつたのであり、この趣旨にそい、現行法の二〇〇条は、旧法三六二条一項が尊属殺の刑を死刑のみに限り、かつまた、その三六五条が、右の罪については宥恕・不論罪すなわち刑の減免等に関する規定の適用を一切禁じていたのをあらため、尊属殺の法定刑に新たに無期懲役刑を加え、かつ、減免規定等の適用をも可能としたものであつて、旧法に比し著しく刑を緩和したあとが認められるのである。しかも、当時の帝国議会議事録によれば、一部議員からは、孝道奨励のため法定刑を依然死刑のみに限定すべき旨の強硬な主張があり、長時間の討議の末、ようやくこの主張を斥けて現行法の成立となつたことを知りうるのである。刑法二〇〇条の法定刑は極端に重いと多数意見が必ずしもあたらないことは、このような沿革に徴しても明らかであり、したがつてまた、同条をこの理由をもつてただちに違憲と断ずるその結論も、前提を欠くに帰するのではあるまいか。 20

さらに、多数意見も指摘するとおり、昭和二二年、第一回国会において、刑法の規定を新憲法の理念に適合せしめるため、その一部改正が行なわれた際にも、同法二〇〇条は、ことさらにその改正から除外されたのであつて、右は当時立法府が本条をもつて憲法に適合するものと判断したことによると認むべきである。爾来わずかに四半世紀を経過したに過ぎないのであるが、その間多数意見の指摘するとおり、同条のもとにおける量刑上の困難が論議され、さらに同条の違憲論すら公にされ、最近には同条の削除を含む改正刑法草案も発表されるに至つたのは事実であるが（もつとも右草案はいまだ試案の域を出でないものである。）、今日なお同条についての立法上の措置が実現していないことは、立法府が、現時点において、同条の合憲性はもとより、立法政策当否の観点からも、なお同条の存置を是認しているものと解すべきである。かかる経緯をも考慮するときは、司法の謙抑と立法府の判断の尊重の必要は、刑法二〇〇条の場合において一段と大であるといわなければならない。 25

しかるに、多数意見のこの点に関する判示は極めて簡単であり、「尊属殺の法定刑は、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては説明がつかねる」とするのであつて、これのみでは恣意を排除した客観性のある結論とはいいいがたいように思われる。 35

もつとも、多数意見の指摘するように、尊属殺重罰規定が時代とともに緩和せられつつある内外の立法傾向については、わたくしも決して眼を閉じようとするものでなく、かつ、将来の立法論としてなら、わたくしにも意見がないわけではないが（現行刑法二〇〇条に、同条の法定刑の下限たる無期懲役刑と普通殺に関する同法一九九条の下限たる三年の懲役刑との間に位置する中間的な有期懲役刑を追加設定し、現行法の尊属殺重罰を多少緩和するとともに、あわせて科刑上の困難を解決することは、立法論としては十分考慮に値するところであろう。）、もとより裁判官としては立法論をいう立場にはなく、将来いかなる時期にいかなる内容の尊属殺処罰規定を制定あるいは改廃すべきかの判断は、あげて立法府の裁量に委ねるのを相当と考えるものである。刑事法の基本法規たる刑法の重要規定につき、前述のごとき沿革のあることをも顧慮することなく、前回の改正よりさして長い年月も過ぎない現在、何故裁判所が突如として違憲の判断を下さなければならないかの理由を解するに苦しむざるをえないのである。 40

三、なお、本判決には、尊属殺を重く罰する刑法二〇〇条の立法目的自体を違憲とする意見も付されているので、この点につき一言したい。これは同時に同条の法定刑につき「十分納得すべき説明」が可能であることの論証ともなるものと考え。 45

そもそも親子の関係は、人智を超えた至高精妙な大自然の恵みにより発生し、人類の存続と文明伝承の基盤をなすものであり、最も尊ぶべき人間関係のひとつであつて、その間における自然の情愛とたくまざる秩序とは、人類の歴史とともに古く、古今東西の別の存しないところのものである（そして、そのことは、擬制的な親子関係たる養親子関係、ひいては配偶者の尊属との関係についても、程度の差こそあれ、本質的には同様である。）、かかる自然発生的な、情愛にみち秩序のある人間関係が尊属・卑属の関係であり、これを、往昔の奴隷制や貴族・平民の別、あるいは土農工商四民の制度のごとき、憲法一四条一項の 55

1 規定とは明らかに両立しえない、不合理な人為的社会的身分の差別と同一に論ずることは、とうていできないといわなければならない。

そこで、多数意見もいうように、かかる自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点に立つて、尊属
5 に対する敬愛報恩を重視すべきものとし、この点に立脚して、立法上の配慮を施すことはなんら失当とする
ところではなく、その具体化として現行の刑法二〇〇条程度の法定刑を規定することは、同条の立法目
的実現の手段として決して不合理なものとは考えられないのである。

そして、このような尊属に対する敬愛・尊重が、人類の歴史とともに始まった自然発生的なものであり、
かつ合理的で普遍性を有するものである以上、刑法二〇〇条の規定をもつて、歴史上の一時期における存
在に過ぎない封建道徳をいまさら鼓吹助長するための手段であるかのごとく論難するのあたらないことは
10 多言を要せず、また右規定は、もとより親不孝なる刑事法上の特別の行為類型を設けて、その違反を処罰
しようとするものではないから、「孝道」を法的に強制するものとして非難するのあたらないことも言を
またない。なお、刑法二〇〇条の立法にあつて、当初、旧家族制度との関連が考慮されていたことは歴史
的の事実と見られるところ、同条が家族制度と一体不離の関係をなすものでないことはもちろんであり、
とくにかかる制度の廃止された新憲法下の今日において、同制度との関連より生ずべき弊害なるものを、
15 強いて憂える必要もありえないところである。さらにまた、親族関係のうち卑属の尊属に対する関係のみ
を取り出して特別規定の設けられていることを問題とする見解もあるが、同じく近親であつても、夫婦相
互間、兄弟姉妹間等における親愛、緊密の情は、卑属の尊属に対する報恩、尊敬の念とは性質を異にする
ものであつて、たやすくこれを同一視して論ずることができないものであることはいうまでもなく、また
本件で争われているのは、尊属殺を定めた刑法二〇〇条の合憲性であるから、これが合理的な差別とい
20 うるか否かの点を問えば足りるのであつて、他に尊属殺と同様に強く非難さるべき行為類型が存するか否
かは、本件の論点とは直接の関係がないものといわなければならない。

四、なお多数意見は、刑法二〇〇条のもとにおける科刑上の困難を強調するのであるが、たしかに現実の
事案についての具体的判断を任務とする裁判とは異なり、立法は将来の事象についての予測に立脚するも
のであるから、特殊例外の事案について、立法府の策定した実定法規をもつてしては、適切な量刑に困難
25 を感ずることがありうることは否定しえないところであり、本件のごときもまさにその例外的事例とい
うことができるのであつて、被告人のおかれた悲惨な境遇を深く憐れむ点において、わたくしもまた決して
人後に落ちるものではない。しかしながら、情状の酌量は法律の許容する範囲内で行なうことが裁判官の
職責であり、その範囲内でいかに工夫をこらしてもなお妥当な結果に導きえない場合が生じたとすれば、
これに対しては、現行法制のもとにおいては、恩赦、仮釈放等、行政当局の適切な措置にまつほかはない
30 ののであつて、多数意見のごとく、憐憫に値する被告人の所為であり、かつ、科刑上も難点の存するがゆえ
に、ただちにさかのぼつてその処罰規定自体を違憲、無効と断ずることによりこれに対処せんとするがご
ときは、事理において本末転倒の嫌いがあるものといわざるをえないのである。

五、……

以上の次第により、結論として、わたくしは、尊属殺に関する刑法二〇〇条の立法目的が憲法に違反す
35 るとされる各裁判官の意見（目的違憲説）にも、また立法目的は合憲であるとされながら、その目的達成
の手段としての刑の加重方法が違憲であるとされる多数意見（手段違憲説）のいずれにも同調することが
できないものであつて、同条の規定は、その立法目的においても、その目的達成の手段においても、とも
に十分の合理的根拠を有するものであつて、なんら憲法違反のかどはないと考えるものである。よつて本
件上告趣意中違憲をいう点は理由がないものと思料し、その余はいずれも適法な上告理由にあたらぬの
40 であるから、本件上告は、これを棄却すべきものとする。

45

50

55

5 - 1 麹町中学校内申書訴訟

1

最判昭和 63 年 7 月 15 日判時 1287 号 65 頁
損害賠償請求事件

5

事件の概要

X (保坂展人) は、1971 (昭和 46) 年 3 月に東京都千代田区立麹町中学校を卒業し、都立及び私立の高校 4 校を受験したが、いずれも不合格となった (結局、都立の定時制高校に入学した)。高校受験のために同中学校長から各高校に提出された X の調査書 (いわゆる内申書) の「行動及び性格の記録欄」中の「基本的な生活習慣」「自省心」「公共心」に、A・B・C の 3 段階評定で、C (特に指導を要する) の評価がなされていた。その理由として、「備考欄及び特記事項欄」に、「校内において麹町中全共闘を名乗り、機関紙『砦』を発行した。学校文化祭の際、文化祭粉碎を叫んで他校生徒と共に校内に乱入し、ピラまきを行った。大学生 M L 派の集会に参加している。学校側の指導説得をきかないで、ピラを配つたり、落書をした。」等の記載がなされ、また、「欠席の主な理由欄」には「風邪、発熱、集会又はデモに参加して疲労のため」という趣旨の記載がされていた。そこで、X は、この内申書の作成・提出行為が X の思想・信条の自由の侵害 (憲法 19 条違反) であり、教育基本法 3 条及び憲法 26 条に違反した教育評価権の濫用による進学妨害であること、また、分離卒業式の挙行及び卒業式当日の加害行為が学校教育法 11 条に違反し、憲法 26 条の保障する X の学習権を侵害するものであるなどと主張し、Y₁ (東京都) と Y₂ (東京都千代田区) を相手どって、国家賠償法 1 条及び 3 条に基づく損害賠償請求の訴えを提起した。

第 1 審は、「非合理的もしくは違法な理由もしくは基準に基づいて」なされた内申書の分類評定を、生徒の「学習権を不当に侵害」する違法なものであると解し、教育基本法 1 条及び 3 条に鑑み、本件内申書作成行為は違法であるとして、X の請求を認めた (東京地判昭和 54 年 3 月 28 日判時 921 号 18 頁)。控訴審は、学習権が各人の能力に応じた分量的制約を伴うものである以上、調査書が本人にとって不利に働くこともあるのは事柄の性質上当然のことであるとしつつ、本件内申書に記載された X の行為が、高等学校に対し、指導を要するものとして知らしめ、もって入学選抜判定の資料とさせることは違法ではないと判示し、X の請求を斥けた (東京高判昭和 57 年 5 月 19 日判時 1041 号 24 頁)。そこで、X は上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

一 上告理由第一点について

1 上告理由第一点のうち、原判決が憲法一九条によりその自由の保障される思想、信条を「具体的内容をもつた一定の考え方」として限定的に極めて狭く解し、また、原判決が思想、信条が行動として外部に現われた場合には同条による保障が及ばないとしたのは、いずれも同条の解釈を誤つたものとする点については、原判決を正解しない独自の見解であつて、前提を欠き、採用できない。

2 上告理由第一点のうち、原判決が学校教育法施行規則五四条の三に規定する調査書 (以下「調査書」という。) として送付された本件調査書には、上告人の思想、信条にわたる事項又はそれと密接な関連を有する上告人の外部的行動を記載し、思想、信条を高等学校の入学選抜の資料に供したことを違法でないとしたのは、教育基本法三条一項、憲法一九条に違反するものとする点について

原審の適法に認定したところによると、本件調査書の備考欄及び特記事項欄にはおおむね「校内において麹町中全共闘を名乗り、機関紙『砦』を発行した。学校文化祭の際、文化祭粉碎を叫んで他校生徒と共に校内に乱入し、ピラまきを行った。大学生 M L 派の集会に参加している。学校側の指導説得をきかないで、ピラを配つたり、落書をした。」との記載が、欠席の主な理由欄には「風邪、発熱、集会又はデモに参加して疲労のため」という趣旨の記載がされていたというのであるが、右のいずれの記載も、上告人の思想、信条そのものを記載したものでないことは明らかであり、右の記載に係る外部的行為によつては上告人の思想、信条を了知し得るものではないし、また、上告人の思想、信条自体を高等学校の入学選抜の資料に供したものととは到底解することができないから、所論違憲の主張は、その前提を欠き、採用できない。

なお、調査書は、学校教育法施行規則五九条一項の規定により学力検査の成績等と共に入学者の選抜の資料とされ、その選抜に基づいて高等学校の入学が許可されるものであることにかんがみれば、その選抜の資料の一とされる目的に適合するよう生徒の学力はもちろんその性格、行動に関しても、それを把握し得る客観的事実を公正に調査書に記載すべきであつて、本件調査書の備考欄等の記載も右の客観的事実を記載したものであることは、原判決の適法に確定したところであるから、所論の理由のないことは明らかである。

3 上告理由第一点のうち、調査書の制度が生徒の思想、信条に関する事項を評定の対象として調査書にその記載を許すものとするれば、調査書の制度自体が憲法一九条に違反するものとする点については、原判決の認定しない事実関係を前提とする仮定的主張であるから、到底採用することができない。

4 上告理由第一点のうち、原判決が、公立中学校の生徒には表現の自由の保障があるのに、その内在的

1 制約の基準を明示せず、何の理由も付さず、上告人が校内の秩序に害のある行動に及んだと認定したのは、理由不備の違法があるものとする点については、原判決は、適法詳細に認定した事実、すなわち、上告人が生徒会規則に違反し、再三にわたり学校当局の許可を得ないでピラ等を配付したこと、学校文化祭
5 当日他校の生徒を含め一〇名の中学生と共にヘルメットをかぶり、覆面をして裏側通用門を乗り越え校内に立ち入って、校舎屋上からピラをまき、シュプレヒコールをしながら校庭一周のデモ行進をしたこと、校舎壁面や教室窓枠、ロッカー等に落書をしたこと等の事実をもつて、「生徒会規則に違反し、校内の秩序に害のあるような行動に及んで来た場合」であると判断しているのであつて、何ら理由不備の点はなく、また表現の自由の内在的制約の基準を明示的に判示していないが、表現の自由といえども右のような行為を許容するものでないことを前提として判断していることは明らかであるから、所論は採用できない。

10 5 上告理由第一点のうち、本件調査書の備考欄等に記載された上告人の行動は、いずれも思想、信条又は表現の自由の保障された範囲の行動であるのに、これをマイナス評価の対象として本件調査書に記載したものであるところ、上告人の思想、信条又はこれにかかわる右の行動をマイナス評価の対象とすることを違法でないとした原判決の判断は、憲法一九条、二一条に違反するものとする点について

(一) 憲法一九条違反の主張については、所論はその前提を欠き採用できないものであることは、前記一
15 の2において判示したとおりである。

(二) 憲法二一条違反の主張について

原判決の適法に認定したところによると、本件中学校においては、学校当局の許可を受けずに校内においてピラ等の文書を配付すること等を禁止する旨を規定した生徒会規則が存在し、本件調査書の備考欄等の記載事項中、上告人が麹町中全共闘を名乗って機関紙「砦」を発行したこと、学校文化祭の際ピラま
20 きを行つたこと、ピラを配付したり落書をしたことの行為がいずれも学校当局の許可なくしてされたものであることは、本件調査書に記載されたところから明らかである。

表現の自由といえども公共の福祉によつて制約を受けるものであるが……、前記の上告人の行為は、原審の適法に確定したところによれば、いずれも中学校における学習とは全く関係のないものというのであり、かかるピラ等の文書の配付及び落書を自由とすることは、中学校における教育環境に悪影響を及ぼし、
25 学習効果の減殺等学習効果をあげる上において放置できない弊害を発生させる相当の蓋然性があるものといふことができるのであるから、かかる弊害を未然に防止するため、右のような行為をしないよう指導説得することはもちろん、前記生徒会規則において生徒の校内における文書の配付を学校当局の許可にかからしめ、その許可のない文書の配付を禁止することは、必要かつ合理的な範囲の制約であつて、憲法二一条に違反するものでないことは、当裁判所昭和……五八年六月二二日大法廷判決（民集三七卷五号七九三
30 頁）の趣旨に徴して明らかである。したがつて、仮に、義務教育課程にある中学生について一般人と同様の表現の自由があるものとしても、前記一の2において説示したとおり、調査書には、入学者の選抜の資料の一とされる目的に適合するよう生徒の性格、行動に関して、これを把握し得る客観的事実を公正に記載すべきものである以上、上告人の右生徒会規則に違反する前記行為及び大学生ML派の集会の参加行為をいずれも上告人の性格、行動を把握し得る客観的事実としてこれらを本件調査書に記載し、入学者選
35 抜の資料に供したからといつて、上告人の表現の自由を侵し又は違法に制約するものとすることはできず、所論は採用できない。

二 上告理由第二点について

所論は、教師が教育関係において得た生徒の思想、信条、表現行為及び信仰に関する情報は、調査書に記載することによつて志望高等学校に開示することができないものであるにもかかわらず、この情報の本
40 件調査書の記載を適法とした原判決は、憲法二六条、一三条に違反する旨を主張するのであるが、本件調査書の備考欄等の記載は、上告人の思想、信条そのものの記載でもなく、外部的行為の記載も上告人の思想、信条を了知させ、また、それを評価の対象とするものとはみられないのみならず、その記載に係る行為は、いずれも調査書に記載して入学者の選抜の資料として適法に記載し得るものであるから、所論違憲の主張は、その前提を欠き、採用できない。

45 また、所論の憲法二六条のほか一三条違反をも主張する趣旨が本件調査書の記載が教育上のプライバシーの権利を侵害するものであるとするならば、本件調査書の記載による情報の開示は、入学者選抜に係る特定小範囲の人に対するものであつて、情報の公開には該当しないから、本件調査書の記載が情報の公開に該当するものとして憲法一三条違反をいう所論は、その前提を欠き、採用することができない。

三 上告理由第三点について

50 所論は、憲法二六条により生徒には合理的、かつ、公正な入学者選抜の手續を経て進学する権利が保障され、これを調査書についていえばそれが合理的、かつ、公正に作成提出される権利があるのであるから、調査書には入学者選抜に無関係な事項及び入学者選抜において考慮してはならない事項はすべて記載すべきではないにもかかわらず、本件調査書の備考欄等の記載事項は、入学者選抜の資料に供し得ない上告人の思想、信条、表現の自由に関する事項であつて、同条に違反するとする趣旨であるが、本件調査書の備
55 考欄等の記載事項は、いずれも入学者選抜の資料に供し得るものであることは既に判示したとおりであるから、所論違憲の主張は、その前提を欠き、採用できない。 ……

五 上告理由第五点について

所論は、本件において、上告人が卒業生全員の卒業式に出席することによつて、卒業式の教育的意義を没却する事態が生ずるといふ蓋然性を予測することができなかつたことを前提として、憲法二六条、学校教育法四〇条、二八条三項違反を主張するものであるところ、原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、上告人を卒業生全員の卒業式に出席させれば卒業式に混乱を生じさせるおそれがあつたとする原審の判断は、正当として是認することができるのであつて、所論のいふ蓋然性を予測することができたものといふべきであるから、所論は、その前提を欠き、採用することができない。 ……

5 - 2 剣道実技拒否事件

最判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁
進級拒否処分取消、退学命令処分等取消請求事件

事件の概要

聖書に固く従うキリスト教の一派である「エホバの証人」の信者である X (小林邦人) は、1990 (平成 2) 年に神戸市立工業高等専門学校に入学した学生であるが、体育科目の履修において、信仰上の理由から格技である剣道実技に参加することを拒否した。このため X は、必修である体育科目の修得認定を受けることができず、2 年連続して原級留置の処分を受け、さらに、これを理由に学校規則及び退学に関する内規に従い、退学事由である「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に該当するとして、退学処分を受けた。そこで、X は、Y (神戸市立工業高等専門学校長) が信仰上の理由から剣道実技に参加しない者にその履修を強制し、それを履修しなかつた者に代替措置をとることなく原級留置・退学処分をしたことは、憲法 20 条の信教の自由や 26 条の教育を受ける権利を侵害するものであり、憲法 14 条、教育基本法 3 条、9 条 1 項等にも違反すると主張して、原級留置及び退学の各処分の取消しを求める本案訴訟を提起するとともに、各処分の執行停止の申立てをした。

各処分の執行停止の申立てはいずれも認められず、各本案訴訟の第 1 審では、いずれも X の請求は棄却された (神戸地判平成 5 年 2 月 22 日判時 1524 号 20 頁)。しかし、控訴審は、事件を併合審理したうえで、各処分をいずれも裁量権の逸脱があり違法であるとして、第 1 審判決を取り消し、X の請求をすべて認容した (大阪高判平成 6 年 12 月 22 日判時 1524 号 8 頁)。そこで、Y は上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

二 高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされた場合に限って、違法であると判断すべきものである……。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則一三条三項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限り退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである……。また、原級留置処分も、学生にその意に反して一年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が二回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものといふべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。

1 公教育の教育課程において、学年に応じた一定の重要な知識、能力等を学生に共通に修得させることが必要であることは、教育水準の確保等の要請から、否定することができず、保健体育科目の履修もその例外ではない。しかし、高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能といふべきである。

2 他方、前記事実関係によれば、被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。被上告人は、他の体育種目の履修は拒否しておらず、特に不熱心でもなかつたが、剣道種目の点数として三五点中のわずか二・五点しか与えられなかつたため、他の種目の履修のみで体育科目の合格点を取ることは著しく困難であったと認められる。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかか

1 わらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいこ
とも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行
5 動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、
しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教
義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である。

上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内
容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処
分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記載量権の行使に当たり、当然そのこと
10 に相応の考慮を払う必要があったというべきである。また、被上告人が、自らの自由意思により、必修で
ある体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著し
い不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない。

3 被上告人は、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨繰り返し申し入れていたのであって、剣道
実技を履修しないまま直ちに履修したと同様の評価を受けることを求めていたものではない。これに対し、
神戸高専においては、被上告人ら「エホバの証人」である学生が、信仰上の理由から格技の授業を拒否す
15 る旨の申出をするや否や、剣道実技の履修拒否は認めず、代替措置は採らないことを明言し、被上告人及
び保護者からの代替措置を採って欲しいとの要求も一切拒否し、剣道実技の補講を受けることのみを説得
したというのである。本件各処分の前示の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措
置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮するべきであったということができ、本
件においてそれがされていたとは到底いうことができない。

20 所論は、神戸高専においては代替措置を採るにつき実際の障害があったという。しかし、信仰上の理
由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校も現にあるというのであり、他の学生に不
公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能であると考えられる。ま
た、履修拒否が信仰上の理由に基づくものかどうかは外形的事情の調査によって容易に明らかになるであ
ろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上るとも考え難いところである。さ
25 らに、代替措置を採ることによって神戸高専における教育秩序を維持することができないとか、学校全体
の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定
判断も是認することができる。そうすると、代替措置を採ることが實際上不可能であったということでは
できない。

所論は、代替措置を採ることは憲法二〇条三項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣
道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポート
30 の提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定
の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということではできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、
干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいか
んを問わず、憲法二〇条三項に違反するということできないことは明らかである。また、公立学校にお
35 いて、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されないものであるが、
学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる
怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるか
どうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。

40 4 以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別するこ
となく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科
目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体
成績について勘案することなく、二年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則
45 にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の
措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、そ
の結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲
を超える違法なものといわざるを得ない。

右と同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。その余の違憲
の主張は、その実質において、原判決の右判断における法令の解釈適用の誤りをいうものにすぎない。ま
50 た、右の判断は、所論引用の各判例に抵触するものではない。論旨は採用することができない。

6 - 1 税関検査事件

1

最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁
輸入禁制品該当通知処分等取消請求事件

5

事件の概要

X(松栄直勝)は、アメリカ合衆国やドイツ連邦共和国等に所在する商社に、8ミリフィルム、雑誌、カタログ及び書籍の購入を注文し、それらは1974(昭和49)年3月下旬から4月上旬にかけて外国郵便物として札幌中央郵便局に到着した。

Y(函館税関札幌税関支署長)は、X宛ての当該郵便物が、関税定率法21条1項3号(現在は、4号)にいう輸入禁制品である「風俗を害すべき書籍、図画」に該当する旨の通知をしたため、Xは、当該郵便物の交付を受けられなくなった(関税法76条4項、70条3項)。そこで、Xは、関税定率法21条4項に基づく異議申立てをしたが、A(函館税関長)により棄却されたため、Yによる通知の取消し等を求めて訴訟を提起した。

第1審は、Xの主張を認め、Yによる通知を取り消した(札幌地判昭和55年3月25日判時961号29頁)が、控訴審は、第1審判決を取り消し、通知を維持するとした(札幌高判昭和57年7月19日判時1051号57頁)。そこで、Xが上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

所論は、要するに、(一)関税定率法(昭和五五年法律第七号による改正前のもの、以下同じ。)二条一項三号に掲げる貨物に関する税関検査による輸入規制は、憲法の絶対的に禁止する検閲に当たり、又は国民の知る自由を事前に規制するものであるから、憲法二条二項前段又は一項の規定に違反する、(二)関税定率法二条一項三号の規定にいう「公安又は風俗を害すべき」との文言は著しく不明確であり、このような基準による輸入規制は憲法二条一項、二九条及び三一条の規定に違反する、(三)郵便物についての税関検査は、信書の秘密を侵すおそれが強いので、憲法二条二項後段の規定に違反する、

(四)本件貨物をすべて関税定率法二条一項三号の「風俗を害すべき書籍、図画」等に該当するとした原審の判断には、右規定の解釈適用を誤った違法がある、というのである(外国貨物及び郵便物の両者を通じ、輸入手続において税関職員が行う検査を「税関検査」と略称する。以下同様である。)

一 関税定率法二条一項三号は、輸入禁制品として、「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」を掲げ(以下、同項各号に掲げる貨物をそれぞれ「一号物件」ないし「四号物件」という。)その輸入を禁止しているが、本件において上告人は、自己あての外国からの郵便物中に三号物件に該当すると認めるのに相当の理由がある貨物があるとして、被上告人函館税関長の委任を受けた被上告人同税関札幌税関支署長から同条三項の規定による通知を受け、右郵便物の配達又は交付を受けられなくなったことを不服として、同税関支署長のした通知等の取消しを求めているので、以下順次、各論点につき判断することとする。

二 外国貨物又は郵便物の輸入手続について

1 外国からわが国に到着した貨物は、原則として、すべていつたん保税地域に搬入され、これを輸入しようとする者は、当該貨物の品名並びに課税標準となるべき数量及び価格その他必要な事項を税関長に申告し、貨物につき必要な検査(税関検査)を経て、輸入の許可を受けなければならないものとされている(関税法三〇条、六七条、六七条の二)。

そして、右の税関検査は、(一)他の法令の規定により必要とされる場合に所定の許可、承認等を受けていることの証明があるかどうか、また、所定の検査の完了等につき確認を受けたかどうか(同法七〇条)(二)原産地を偽った表示等がされていないかどうか(同法七一条)(三)関税等を納付したかどうか(同法七二条)のほか、(四)当該貨物が輸入禁制品に当たるかどうか(関税定率法二条一項)の点についても行われるのであつて、この検査の過程で当該貨物が輸入禁制品に当たることが判明した場合には、税関長は、一、二、四号物件に該当する貨物については、これを没収して廃棄し又はこれを輸入しようとする者に対してその積みもどしを命ずることができ(同条二項)、三号物件に該当すると認めるのに相当の理由がある貨物については、その旨を輸入しようとする者に通知することを要し(同条三項)、これに不服のある者には税関長に異議の申出をさせ(同条四項)、それを受けた税関長は、輸入映画等審議会に諮問した上、異議の申出に対する決定をして当該申出人に通知するものとされている(同条五項)。

次に、郵便物の輸入手続についてみるのに、輸入の申告及び許可の手続は不要とされるが、輸入される郵便物中にある信書以外の物については、郵政官署の職員の立会の下に税関職員が必要な検査(税関検査)を行うこととされており(関税法七六条ないし七八条、同法施行令六六条、関税定率法二条一項)、検査の結果、郵便物中に三号物件に該当すると認めるのに相当の理由がある貨物が発見された場合に、税関長のなすべき通知及びこれに対する異議の申出と決定については、郵便によらない貨物の場合と同様である(関税定率法二条三項ないし五項)。

1 2 そこで、関稅定率法二一條三項の規定による稅關長の通知の性質について、以下にみることにする。
被上告人らは、三號物件に該當する貨物につき輸入が禁止されること自体は、同條一項の規定により一
般的に生じている効力によるものであつて、この稅關長の通知は、右條項により生じた輸入禁止の一般的
効力に対し何ら加えるところはなく、關稅法上も輸入申告に対し不許可処分をすべき旨の規定がないから、
5 輸入禁制品に限らず輸入手続一般において稅關長は不許可処分をすることはなく、と主張する。被上告人
らが原審において、右の稅關長の通知は何ら輸入の禁止又は不許可の効果を生ずるものではなく、輸入禁
制品については、輸入の禁止又は不許可等の行政庁の何らの処分を要しないで、同條一項の実體規定によ
る當然の効果として、當該貨物を適法に輸入することができないという制約が生ずる旨主張したのも同一
趣旨であると解される。

10 しかしながら、輸入申告にかかる貨物又は輸入される郵便物中の信書以外の貨物が輸入禁制品に該當す
る場合法律上當然にその輸入が禁止されていることは所論のとおりであるとしても、通關手続の實際にお
いて、當該貨物につき輸入禁止という法的効果が肯認される前提として、それが輸入禁制品に該當する
との稅關長の認定判断が先行することは自明の理であつて、そこに一般人の判断作用とは異なる行政権の発
動が在するのであり、輸入禁制品と認められる貨物につき、稅關長がその輸入を許可し得ないことは當然
15 であるとしても、およそ不許可の処分をなし得ないとするのは、關係法規の規定の體裁は別として、理由
のないものというほかはない。

進んで、當該貨物が輸入禁制品に該當するか否かの認定判断につき、これを實際的見地からみるのに、
例えばあへんその他の麻薬（一號物件）については、その物の形状、性質それ自体から輸入禁制品に該當
することが争う余地のないものとして確定され得るのが通常であるのに対し、同條一項三號所定の「公安
又は風俗を害すべき」物品に該當するか否かの判断はそれ自体一種の價值判断たるを免れないものであつ
20 て、本件で問題とされる「風俗」に限つていつても、「風俗を害すべき」物品がいかなるものであるかは、
もとより解釈の余地がないほど明白であるとはいえず、三號物件に該當すると認めるのに相當の理由があ
るとする稅關長の判断も必ずしも常に是認され得るものということとはできない。

通關手続の實際においては、前述のとおり、輸入禁制品のうち、一、二、四號物件については、これに
25 該當する貨物を没収して廃棄し、又はその積みもどしを命じ（同條二項）三號物件については、これに該
當すると認めるのに相當の理由がある旨を通知する（同條三項）のであるが、およそ輸入手続において、
貨物の輸入申告に対し許可が与えられない場合にも、不許可処分がされることはない（三號物件につき稅
關長の通知がされた場合にも、その後改めて不許可処分がされることはない）というのが確立した實務の
取扱いであることは、被上告人らの自陳するところであつて、これによると、同法二一條三項の通知は、
30 當該物件につき輸入が許されないとする稅關長の意見が初めて公にされるもので、しかも以後不許可処
分がされることはなく、その意味において輸入申告に対する行政庁側の最終的な拒否の態度を表明するもの
とみて妨げないものというべきである。輸入申告及び許可の手続のない郵便物の輸入についても、同項の
通知が最終的な拒否の態度の表明に当たることは、何ら異なるところはない。そして、現實に同項の通知
がされたときは、郵便物以外の貨物については、輸入申告者において、當該貨物を適法に保税地域から引
35 き取ることができず（關稅法七三條一、二項、一〇九條一項参照）また、郵便物については、名あて人
において、郵政官署から配達又は交付を受けることができないことになるのである（同法七六條四項、七〇
條三項参照）。

以上説示したところによれば、かかる通關手続の實際において、前記の稅關長の通知は、實質的な拒否
40 処分（不許可処分）として機能しているものということができ、右の通知及び異議の申出に対する決定（關
稅定率法二一條五項）は、抗告訴訟の対象となる行政庁の処分及び決定に当たると解するのが相當である
（ちなみに、昭和五五年法律第七号による關稅法等の一部改正により、關稅定率法二一條四、五項の規定
が削除され、同條三項の通知についての審査請求及び取消しの訴えに関し、明文の規定が關稅法九一條、
九三條に設けられるに至つた。）

三 三號物件に関する輸入規制と検閲（憲法二一條二項前段）

45 1 憲法二一條二項前段は、「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條一項に置きながら、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（憲法一二條、一三條参照）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。けだし、諸外国においても、表現を事前に規制する検閲の制度
50 により思想表現の自由が著しく制限されたという歴史的経験があり、また、わが国においても、旧憲法下
における出版法（明治二六年法律第一五号）、新聞紙法（明治四二年法律第四一号）により、文書、図画な
いし新聞、雑誌等を出版直前ないし発行時に提出させた上、その発売、頒布を禁止する権限が内務大臣に
与えられ、その運用を通じて實質的な検閲が行われたほか、映画法（昭和一四年法律第六号）により映
画フィルムにつき内務大臣による典型的な検閲が行われる等、思想の自由な発表、交流が妨げられるに至
55 つた経験を有するのであつて、憲法二一條二項前段の規定は、これらの経験に基づいて、検閲の絶対的禁
止を宣言した趣旨と解されるのである。

そして、前記のような沿革に基づき、右の解釈を前提として考究すると、憲法二一条二項にいう「検閲」とは、行政権が主体となつて、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、不相当と認められ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解すべきである。

2 そこで、三号物件に関する税関検査が憲法二一条二項にいう「検閲」に当たるか否かについて判断する。

(一) 税関検査の結果、輸入申告にかかる書籍、図画その他の物品や輸入される郵便物中にある信書以外の物につき、それが三号物件に該当すると認めるのに相当の理由があるとして税関長よりその旨の通知がされたときは、以後これを適法に輸入する途が閉ざされること前述のとおりであつて、その結果、当該表現物に表された思想内容等は、わが国内においては発表の機会を奪われることとなる。また、表現の自由の保障は、他面において、これを受ける者の側の知る自由の保障をも伴うものと解すべきところ……、税関長の右処分により、わが国内においては、当該表現物に表された思想内容等に接する機会を奪われ、右の知る自由が制限されることとなる。これらの点において、税関検査が表現の事前規制たる側面を有することを否定することはできない。

しかし、これにより輸入が禁止される表現物は、一般に、国外においては既に発表済みのものであつて、その輸入を禁止したからといつて、それは、当該表現物につき、事前に発表そのものを一切禁止するというものではない。また、当該表現物は、輸入が禁止されるだけであつて、税関により没収、廃棄されるわけではないから、発表の機会が全面的に奪われてしまうというわけのものでもない。その意味において、税関検査は、事前規制そのものということではできない。

(二) 税関検査は、関税徴収手続の一環として、これに付随して行われるもので、思想内容等の表現物に限らず、広く輸入される貨物及び輸入される郵便物中の信書以外の物の全般を対象とし、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しようとするものにすぎず、思想内容等それ自体を網羅的に審査し規制することを目的とするものではない。

(三) 税関検査は行政権によつて行われるとはいえ、その主体となる税関は、関税の確定及び徴収を本来の職務内容とする機関であつて、特に思想内容等を対象としてこれを規制することを独自の使命とするものではなく、また、前述のように、思想内容等の表現物につき税関長の通知がされたときは司法審査の機会が与えられているのであつて、行政権の判断が最終的なものとされるわけではない。

以上の諸点を総合して考察すると、三号物件に関する税関検査は、憲法二一条二項にいう「検閲」に当たらないものというべきである。なお、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も、右の結論と照応するものというべきである。

3 右の次第であるから、所論憲法二一条二項前段違反の主張は理由がない。

四 三号物件に関する輸入規制と表現の自由（憲法二一条一項）

1 本件においては、上告人あての郵便物中に猥褻な書籍、図画があるとして関税率法二一条一項三号の規定が適用されたものであるところ、同号の「風俗を害すべき書籍、図画」等の中に猥褻な書籍、図画等が含まれることは明らかであるから、同号の規定が所論のように明確性に欠けるか否かについてはのちに論及することとして、まず、これによる猥褻な書籍、図画等の輸入規制が憲法二一条一項の規定に違反するかどうかについて検討する。

思うに、表現の自由は、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであるが、さりとて絶対無制限なものではなく、公共の福祉による制限の下にあることは、いうまでもない。また、性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持することは公共の福祉の内容をなすものであつて、猥褻文書の頒布等は公共の福祉に反するものであり、これを処罰の対象とすることが表現の自由に関する憲法二一条一項の規定に違反するものでないことも、明らかである……。そして、わが国内における健全な性的風俗を維持確保する見地からすると、猥褻表現物がみだりに国外から流入することを阻止することは、公共の福祉に合致するものであり、猥褻刊行物ノ流布及取引ノ禁止ノ為ノ国際条約（昭和一年条約第三号）一条の規定が締約国に頒布等を目的とする猥褻な物品の輸行為等を処罰することを義務づけていることをも併せ考えると、表現の自由に関する憲法の保障も、その限りにおいて制約を受けるものというほかなく、前述のような税関検査による猥褻表現物の輸入規制は、憲法二一条一項の規定に反するものではないといふべきである。

わが国内において猥褻文書等に関する行為が処罰の対象となるのは、その頒布、販売及び販売の目的をもつてする所持等であつて（刑法一七五条）、単なる所持自体は処罰の対象とされていないから、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けれども、いかなる目的で輸入されるかはたやすく識別され難いばかりでなく、流入した猥褻表現物を頒布、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、猥褻表現物の流入、伝播によりわが国内における健全な性的風俗が害されることを実効的に防止するには、単なる所持目的かどうかを区別することなく、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。

1 また、このようにして猥褻表現物である書籍、図画等の輸入が一切禁止されることとなる結果、わが国内における発表の機会が奪われるとともに、国民のこれに接する機会も失われ、知る自由が制限されることとなるのは否定し難いところであるが、かかる書籍、図画等については、前述のとおり、もともとその頒布、販売は国内において禁止されており、これについての発表の自由も知る自由も、他の一般の表現物の場合に比し、著しく制限されているのであつて、このことを考慮すれば、右のような制限もやむを得ないものとして是認せざるを得ない。

2 上告人は、関稅定率法二一条一項三號の規定が明確性を欠き、その文言不明確の故に当該規定自体が違憲無効である旨主張するので、以下、この点について判断する。同號は、書籍、図画、彫刻物その他の物品のうち「公安又は風俗を害すべき」ものを輸入禁制品として掲げているが、これは、「公安」又は「風俗」という規制の対象として可分な二種のものを便宜一の条文中に規定したものと解されるので、本件においては、上告人に適用があるとされた「風俗」に関する部分についてのみ考究することとする。

10 (一) 同法二一条一項三號は、輸入を禁止すべき物品として、「風俗を害すべき書籍、図画」等と規定する。この規定のうち、「風俗」という用語そのものの意味内容は、性的風俗、社会的風俗、宗教的風俗等多義にわたり、その文言自体から直ちに一義的に明らかであるといえないことは所論のとおりであるが、およそ法的規制の対象として「風俗を害すべき書籍、図画」等というときは、性的風俗を害すべきもの、すなわち猥褻な書籍、図画等を意味するものと解することができるのであつて、この間の消息は、旧刑法（明治一三年太政官布告第三六號）が「風俗ヲ害スル罪」の章の中に書籍、図画等の表現物に関する罪として猥褻物公然陳列と同販売の罪のみを規定し、また、現行刑法上、表現物で風俗を害すべきものとして規制の対象とされるのは一七五條の猥褻文書、図画等のみであることによつても窺うことができるのである。

20 したがつて、関稅定率法二一条一項三號にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等との規定を合理的に解釈すれば、右にいう「風俗」とは専ら性的風俗を意味し、右規定により輸入禁止の対象とされるのは猥褻な書籍、図画等に限られるものということができ、このような限定的な解釈が可能である以上、右規定は、何ら明確性に欠けるものではなく、憲法二一条一項の規定に反しない合憲的なものというべきである。以下、これを詳述する。

25 (二) 表現物の規制についての關係法令をみるのに、刑法の規定は前述のとおりであり、旧關稅定率法（明治三九年法律第一九號）一〇條三號及びこれを踏襲した關稅定率法二一条一項三號にいう「風俗を害すべき」との用語は、旧憲法の下においては、当時施行されていた出版法が「風俗ヲ壞乱スルモノ」を、また新聞紙法が「風俗ヲ害スルモノ」を規制の対象としていた關係規定との対比において、「猥褻」を中核としつつ、なお「不倫」その他若干の觀念を含む余地があつたものと解され得るのである。しかしながら、日本國憲法施行後においては、右出版法、新聞紙法等の廃止により、猥褻物以外の表現物については、その頒布、販売等の規制が解除されたため、その限りにおいてその輸入を禁止すべき理由は消滅し、これに対し猥褻表現物については、なお刑法一七五條の規定の存置により輸入禁止の必要が存続しているのであつて、以上にみるような一般法としての刑法の規定を背景とした「風俗」という用語の趣旨及び表現物の規制に関する法規の変遷に徴し、關稅定率法二一条一項三號にいう「風俗を害すべき書籍、図画」等を猥褻な書籍、図画等に限定して解釈することは、十分な合理性を有するものということができるのである。

30 (三) 表現の自由は、前述のとおり、憲法の保障する基本的人權の中でも特に重要視されるべきものであつて、法律をもつて表現の自由を規制するについては、基準の広汎、不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要があり、事前規制的なものについては特に然りというべきである。法律の解釈、特にその規定の文言を限定して解釈する場合においても、その要請は異なるところがない。したがつて、表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、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區別され、かつ、合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般國民の理解において、具体的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とることができるものでなければならない……。けだし、かかる制約を付さないとなれば、規制の基準が不明確であるかあるいは広汎に失するため、表現の自由が不当に制限されることとなるばかりでなく、國民がその規定の適用を恐れて本来自由に行い得る表現行為までも差し控えるという効果を生むこととなるからである。

40 (四) これを本件についてみるのに、猥褻表現物の輸入を禁止することによる表現の自由の制限が憲法二一条一項の規定に違反するものでないことは、前述したとおりであつて、關稅定率法二一条一項三號の「風俗を害すべき書籍、図画」等を猥褻な書籍、図画等のみを指すものと限定的に解釈することによつて、合憲的に規制し得るもののみがその対象となることが明らかにされたものということができ、また、右規定において「風俗を害すべき書籍、図画」とある文言が専ら猥褻な書籍、図画を意味することは、現在の社会事情の下において、わが国内における社会通念に合致するものといつて妨げない。そして、猥褻性の概念は刑法一七五條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の區別の基準につき、明確性の要請に欠けるところはなく、前記三號の規定を右の

ように限定的に解釈すれば、憲法上保護に値する表現行為をしようとする者を萎縮させ、表現の自由を不当に制限する結果を招来するおそれのないものといえることができる。

(五) 以上要するに、関税込率法二一条一項三号の「風俗を害すべき書籍、図画」等の中に猥褻物以外のものを含めて解釈するときは、規制の対象となる書籍、図画等の範囲が広汎、不明確となることを免れず、憲法二一条一項の規定の法意に照らして、かかる法律の規定は違憲無効となるものというべく、前記のような限定解釈によつて初めて合憲なものとして是認し得るのである。

そして、本件のように、日本国憲法施行前に制定された法律の規定の如きについては、合理的な法解釈の範囲内において可能である限り、憲法と調和するように解釈してその効力を維持すべく、法律の文言にとらわれてその効力を否定するのは相当でない。

3 右の次第であるから、関税込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、猥褻な書籍、図画等を指すものと解すべきであり、右規定は広汎又は不明確の故に違憲無効ということとはできず、当該規定による猥褻表現物の輸入規制が憲法二一条一項の規定に違反するものでないことは、上来説示のとおりである。したがつて、所論憲法二一条一項違反の主張は理由がなく、関税込率法の右規定の不明確を前提とする憲法二九条、三一条違反の主張は、すべて失当である。

五 郵便物に関する税関検査と通信の秘密(憲法二一条二項後段)

憲法二一条二項後段の規定は、郵便物については信書の秘密を保障するものであるが、関税法七六条一項ただし書の規定によれば、郵便物に関する税関検査は、信書以外の物についてされるものであり、原審の適法に確定したところによると、本件の上告人あての郵便物は、いずれも信書には当たらないものであるから、右郵便物についてした税関検査は、信書の秘密を侵すものではない。したがつて、その余の所論に論及するまでもなく、憲法二一条二項後段違反の主張は理由がない。

六 本件貨物の関税込率法二一条一項三号該当性

原審の適法に確定した事実関係の下において、本件貨物がいずれも猥褻性を有し関税込率法二一条一項三号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」に該当するとした原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない。

七 以上のとおりであるから、論旨はいずれも採用することができない。

6 - 2 泉佐野市民会館事件

最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁
損害賠償請求事件

事件の概要

X_1 (森田恒一) X_2 (国賀祥司)ら7人は、1984(昭和59)年6月3日に、市立泉佐野市民会館ホールで、「関西新空港反対全国総決起集会」を開催することを企図し、同年4月2日、 X_2 が、A(泉佐野市長)に対し、市立泉佐野市民会館条例6条に基づき、使用団体名を「全関西実行委員会」として使用許可の申請をした。これに対し、B(泉佐野市総務部長)は、(1)本件集会の主催団体の実体は、連続爆破事件などを起こしている過激な活動組織である中核派(全学連反戦青年委員会)であり、泉佐野商業連合会等から極左暴力集団に対しては会館を使用させないよう嘆願書や要望書も提出されており、また、中核派に会館を使用させれば、集会やデモ行進などを通じて不測の事態を生ずることが憂慮され、かつ、その結果、周辺住民の平穏な生活が脅かされるおそれがあること、(2)本件申請では、集会参加予定人員を300名としているが、本件集会は全国規模の集会であつて、この予定人員の信用性は疑わしく、本件会館ホールの定員(618名)との関係で問題があること、(3) X_2 は、以前に新空港の説明会で混乱を引き起こしており、また、中核派は、以前から他の団体と対立抗争中で、他の団体の主催する集会に乱入する事件を起こしているという状況からみて、本件集会にも対立団体が介入するなどして、会館のみならずその付近一帯が大混乱に陥るおそれがあることの3つの理由から、会館の使用を許可してはならない事由を定める条例7条1号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」及び3号の「その他会館の管理上支障があると認められる場合」に該当すると判断し、Aの名で、不許可処分をした。そこで、 X_1 、 X_2 ら7人は、本件不許可処分により、本件会館ホールで集会を実施できなくなったとして、Y(泉佐野市)に対して、損害賠償を請求した。

第1審は、本件不許可処分が適法であるとして請求を棄却し(大阪地判昭和60年8月14日民集49巻3号872頁)、控訴審も控訴を棄却した(大阪高判平成元年1月25日民集49巻3号885頁)ので、 X_1 、 X_2 ら7人は上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

三 所論は、本件条例七条一号及び三号は、憲法二一条一項に違反し、無効であり、また、本件不許可処分は、同項の保障する集会の自由を侵害し、同条二項前段の禁止する検閲に当たり、地方自治法二四四条

1 に違反すると主張するので、以下この点について判断する。

1 被上告人の設置した本件会館は、地方自治法二四四条にいう公の施設に当たるから、被上告人は、正
5 当な理由がない限り、住民がこれを利用することを拒んではならず（同条二項）また、住民の利用につ
いて不当な差別的取扱いをしてはならない（同条三項）。本件条例は、同法二四四条の二第一項に基づき、公
の施設である本件会館の設置及び管理について定めるものであり、本件条例七条の各号は、その利用を拒
否するために必要とされる右の正当な理由を具体化したものであると解される。

そして、地方自治法二四四条にいう普通地方公共団体の公の施設として、本件会館のように集会の用に
供する施設が設けられている場合、住民は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認め
られることになるので、管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由
10 の不当な制限につながるおそれが生ずることになる。したがって、本件条例七条一号及び三号を解釈適用
するに当たっては、本件会館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定す
ることにならないかどうかを検討すべきである。

2 このような観点からすると、集会の用に供される公共施設の管理者は、当該公共施設の種類に応じ、
また、その規模、構造、設備等を勘案し、公共施設としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理
15 権を行使すべきであって、これらの点からみて利用を不相当とする事由が認められないにもかかわらずそ
の利用を拒否し得るのは、利用の希望が競合する場合のほかは、施設をその集会のために利用させること
によって、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られるものというべ
きであり、このような場合には、その危険を回避し、防止するために、その施設における集会の開催が必
20 要かつ合理的な範囲で制限を受けることがあるといわなければならない。そして、右の制限が必要かつ合
理的なものとして肯認されるかどうかは、基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該
集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等
を較量して決せられるべきものである。本件条例七条による本件会館の使用の規制は、このような較量に
よって必要かつ合理的なものとして肯認される限りは、集会の自由を不当に侵害するものではなく、また、
検閲に当たるものではなく、したがって、憲法二一条に違反するものではない。……

25 そして、このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制
約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない（最高
裁判昭和……五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二九卷四号五七二頁参照）。

3 本件条例七条一号は、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を本件会館の使用を許可してはならない
事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件
30 会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の
生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越す
る場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によ
れば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具
体的に予見されることが必要であると解するのが相当である……。そう解する限り、このような規制は、
35 他の基本的人権に対する侵害を回避し、防止するために必要かつ合理的なものとして、憲法二一条に違反
するものではなく、また、地方自治法二四四条に違反するものでもないというべきである。

そして、右事由の存在を肯認することができるのは、そのような事態の発生が許可権者の主観により予
測されるだけでなく、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならないこ
とはいうまでもない。

40 なお、右の理由で本件条例七条一号に該当する事由があるとされる場合には、当然に同条三号の「その
他会館の管理上支障があると認められる場合」にも該当するものと解するのが相当である。

四 以上を前提として、本件不許可処分の適否を検討する。

1 ……本件不許可処分のあった昭和五九年四月二三日の時点においては、本件集会の実質上の主催者と
目される中核派は、関西新空港建設工事の着手を控えて、これを激しい実力行使によって阻止する闘争方
45 針を採っており、現に同年三月、四月には、東京、大阪において、空港関係機関に対して爆破事件を起
こして負傷者を出すなどし、六月三日に予定される本件集会をこれらの事件に引き続く関西新空港建設反対
運動の山場としていたものであって、さらに、対立する他のグループとの対立緊張も一層増大していた。
このような状況の下においては、それ以前において……上告人らによる関西新空港建設反対のための集会
が平穏に行われたこともあったことを考慮しても、右時点において本件集会が本件会館で開かれたならば、
50 対立する他のグループがこれを阻止し、妨害するために本件会館に押しかけ、本件集会の主催者側も自ら
これに積極的に対抗することにより、本件会館内又はその付近の路上等においてグループ間で暴力の行使
を伴う衝突が起こるなどの事態が生じ、その結果、グループの構成員だけでなく、本件会館の職員、通行
人、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害されるという事態を生ずることが、客観的な事実によって具
体的に明らかに予見されたということが出来る。

55 2 もとより、普通地方公共団体が公の施設の使用の許否を決するに当たり、集会の目的や集会を主催す
る団体の性格そのものを理由として、使用を許可せず、あるいは不当に差別的に取り扱うことは許されな

い。しかしながら、本件において被上告人が上告人らに本件会館の使用を許可しなかつたのが、上告人らの唱道する関西新空港建設反対という集会目的のためであると認める余地のないことは……、被上告人が、過去に何度も、上告人国賀が運営委員である「泉佐野・新空港に反対する会」に対し、講演等のために本件会館小会議室を使用することを許可してきたことから明らかである。また、本件集会が開かれることによって前示のような暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生ずる明らかな差し迫った危険が予見される以上、本件会館の管理責任を負う被上告人がそのような事態を回避し、防止するための措置を採ることはやむを得ないところであって、本件不許可処分が本件会館の利用について上告人らを不当に差別的に取り扱ったものであるということとはできない。それは、上告人らの言論の内容や団体の性格そのものによる差別ではなく、本件集会の実質上の主催者と目される中核派が当時激しい実力行使を繰り返し、対立する他のグループと抗争していたことから、その山場であるとされる本件集会には右の危険が伴うと認められることによる必要かつ合理的な制限であるということが出来る。

3 また、主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法二一条の趣旨に反するところである。しかしながら、本件集会の実質上の主催者と目される中核派は、関西新空港建設反対運動の主導権をめぐって他のグループと過激な対立抗争を続けており、他のグループの集会を攻撃して妨害し、更には人身に危害を加える事件も引き起こしていたのであって、これに対し他のグループから報復、襲撃を受ける危険があったことは前示のとおりであり、これを被上告人が警察に依頼するなどしてあらかじめ防止することは不可能に近かったといわなければならない。平穩な集会を行おうとしている者に対して一方的に実力による妨害がされる場合と同一に論ずることはできないのである。

4 このように、本件不許可処分は、本件集会の目的やその実質上の主催者と目される中核派という団体の性格そのものを理由とするものではなく、また、被上告人の主観的な判断による蓋然的な危険発生のおそれを理由とするものでもなく、中核派が、本件不許可処分のあった当時、関西新空港の建設に反対して違法な実力行使を繰り返し、対立する他のグループと暴力による抗争を続けてきたという客観的事実からみて、本件集会が本件会館で開かれたならば、本件会館内又はその付近の路上等においてグループ間で暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生じ、その結果、グループの構成員だけでなく、本件会館の職員、通行人、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害されるという事態を生ずることが、具体的に明らかに予見されることを理由とするものと認められる。

したがって、本件不許可処分が憲法二一条、地方自治法二四四条に違反するということができない。

五 以上のとおりであるから、原審の判断は正当として是認することができ、その余の点を含め論旨はいずれも採用することができない。

5

事件の概要

X(株式会社角吉)は、1963(昭和38)年6月、Y(広島県知事)に対し、A(福山保健所)を経由して、福山市築切町263番地「くらや福山店」での医薬品の一般販売業を営業許可の申請をしたところ、翌年1月、Yは、薬事法6条2項及び「薬局等の配置の基準を定める条例」3条に適合しないと理由で不許可の処分をした。Xは、薬局開設の距離制限を規定する薬事法6条2項及び県の条例の規定が憲法22条に違反すると主張して、右不許可処分の取消しを求めて出訴した。

第1審は、不許可処分を取り消したが、憲法判断は避けた(広島地判昭和42年4月17日行集18巻4号501頁)。控訴審は、薬局開設を業者の自由に委ねるなら、その偏在により調剤の確保と医薬品の適正な供給は困難となり、また、その濫立により医薬品の濫売などの過当競争を生じて、経営の不安定、施設の不備ひいては粗悪な医薬品の調剤供給等の好ましからざる影響を来たすから、薬事法の当該規定及びこれに基づく条例は憲法に反しないと憲法判断を示した(広島高判昭和43年7月30日判時531号17頁)。そこで、Xは上告した。

最高裁判所の判断 原判決破棄、自判(被上告人の控訴棄却)

20 同上告理由一について。

所論は、要するに、薬事法六条二項、四項……及びこれに基づく広島県条例「薬局等の配置の基準を定める条例」……を合憲とした原判決には、憲法二二条、一三条の解釈、適用を誤つた違法があるというのである。

一 憲法二二条一項の職業選択の自由と許可制

25 (一) 憲法二二条一項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものといふことができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがつて、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。

35 (二) もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法二二条一項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。

(三) 職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであつて、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。このような許可制が設けられる理由は多種多様で、それが憲法上是認されるかどうかとも一律の基準をもつて論じたいことはさきに述べたとおりであるが、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。

二 薬事法における許可制について。

(一) 薬事法は、医薬品等に関する事項を規制し、その適正をはかることを目的として制定された法律であるが(一条) 同法は医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、本件に関連する範囲についていえば、薬局については、五条において都道府県知事の許可がなければ開設してはならないと定め、六条において右の許可条件に関する基準を定めており、また、医薬品の一般販売業については、二四条において許可を要することと定め、二六条において許可権者と許可条件に関する基準を定めている。医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給(不良調剤を含む。以下同じ。)から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる……。

(二) そこで進んで、許可条件に関する基準をみると、薬事法六条(この規定は薬局の開設に関するものであるが、同法二六条二項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。)は、一項一号において薬局の構造設備につき、一号の二において薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、二号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、二項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、四項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲っている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条一各号に定めるものは、いづれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性と合理性を肯定しうるものである……のに対し、二項に定めるものは、このような直接の関連性をもつておらず、本件において上告人が指摘し、その合憲性を争っているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性と合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。

三 薬局及び医薬品の一般販売業(以下「薬局等」という。)の適正配置規制の立法目的及び理由について。

(一) 薬事法六条二項、四項の適正配置規制に関する規定は、昭和三八年……法律第一三五号「薬事法の一部を改正する法律」により、新たな薬局の開設等の許可条件として追加されたものであるが、右の改正法律案の提案者は、その提案の理由として、一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によつて無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの二点を挙げ、これらを通じて医薬品の供給(調剤を含む。以下同じ。)の適正をはかることがその趣旨であると説明しており、薬事法の性格及びその規定全体との関係からみても、この二点が右の適正配置規制の目的であるとともに、その中でも前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。

これによると、右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく(この点において、最高裁昭和……四七年一月二二日大法院判決・刑集二六卷九号五八六頁で取り扱われた小売商業調整特別措置法における規制とは趣きを異にし、したがつて、右判決において示された法理は、必ずしも本件の場合に適切ではない。) また、一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によつて、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの均衡上、役務提供者に対して

- 1 ある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合があるけれども、薬事法その他の関係法令は、医薬品の供給の適正化措置として右のような強力な規制を施してはならず、したがって、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。
- 5 (二)次に、前記(一)の目的のために適正配置上の観点からする薬局の開設等の不許可の道を開くことの必要性及び合理性につき、被上告人の指摘、主張するところは、要約すれば、次の諸点である。
- (1)薬局等の偏在はかねてから問題とされていたところであり、無薬局地域又は過少薬局地域の解消のために適正配置計画に基づく行政指導が行われていたが、昭和三二年頃から一部大都市における薬局等の偏在による過当競争の結果として、医薬品の乱売競争による弊害が問題となるに至った。これらの弊害の
- 10 対策として行政指導による解決の努力が重ねられたが、それには限界があり、なんらかの立法措置が要望されるに至ったこと。
- (2)前記過当競争や乱売の弊害としては、そのために一部業者の経営が不安定となり、その結果、設備、器具等の欠陥を生じ、医薬品の貯蔵その他の管理がおろそかとなつて、良質な医薬品の供給に不安が生じ、また、消費者による医薬品の乱用を助長したり、販売の際における必要な注意や指導が不十分になる等、
- 15 医薬品の供給の適正化が困難となつたことが指摘されるが、これを解消するためには薬局等の経営の安定をはかることが必要と考えられること。
- (3)医薬品の品質の良否は、専門家のみが判定しうるところで、一般消費者にはその能力がないため、不良医薬品の供給の防止は一般消費者側からの抑制に期待することができず、供給者側の自発的な法規遵守によるか又は法規違反に対する行政上の常時監視によるほかはないところ、後者の監視体制は、その対象の数がぼう大であることに照らしてとうてい完全を期待することができず、これによつては不良医薬品の供給を防止することが不可能であること。
- 20 四 適正配置規制の合憲性について。
- (一)薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記三の(一)に述べたところにあるとすれば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益といふことができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、
- 25 薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法二二条一項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性と合理性の存在を認めることができるかどうか、である。
- (二)薬局等の設置場所についてなんらの地域的制限が設けられない場合、被上告人の指摘するように、
- 30 薬局等が都会地に偏在し、これに伴つてその一部において業者間に過当競争が生じ、その結果として一部業者の経営が不安定となるような状態を招来する可能性があることは容易に推察しうるところであり、現に無薬局地域や過少薬局地域が少なからず存在することや、大都市の一部地域において医薬品販売競争が激化し、その乱売等の過当競争現象があらわれた事例があることは、国会における審議その他の資料からも十分にうかがいいうるところである。しかし、このことから、医薬品の供給上の著しい弊害が、薬局の開設等の許可につき地域的規制を施すことによつて防止しなければならない必要性和合理性を肯定させるほどに、
- 35 生じているものと合理的に認められるかどうかについては、更に検討を必要とする。
- (1)薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあつては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。
- 40 (2)被上告人は、右のような地域的制限がない場合には、薬局等が偏在し、一部地域で過当な販売競争が行われ、その結果前記のように医薬品の適正供給上種々の弊害を生じると主張する。そこで検討するの
- 45 に、
- (イ)まず、現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設けているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改修命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである。もつとも、法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、不良医薬品の供給
- 55 による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる

可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上は認められるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。

(ロ)ところで、薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。被上告人は、このような経営上の不安定は、ひいては当該薬局等における設備、器具等の欠陥、医薬品の貯蔵その他の管理上の不備をもたらす、良質な医薬品の供給をさまたげる危険を生じさせると論じている。確かに、観念上はそのような可能性を否定することができない。しかし、果たして実際上どの程度にこのような危険があるかは、必ずしも明らかにされてはいないのである。被上告人の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあったとの点も、それがどの程度のものであつたか明らかでないが、そこで挙げられている大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激烈な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみえてくると、競争の激化 - 経営の不安定 - 法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお、医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。

(ハ)仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがつて、多数の薬局等に対する監視を徹底することは實際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものとみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。

(ニ)被上告人は、また、医薬品の販売の際における必要な注意、指導がおろそかになる危険があると主張しているが、薬局等の経営の不安定のためにこのような事態がそれ程に発生するとは思われないので、これをもつて本件規制措置を正当化する根拠と認めるには足りない。

(ホ)被上告人は、更に、医薬品の乱売によつて一般消費者による不必要な医薬品の使用が助長されると指摘する。確かにこのような弊害が生じうることは否定できないが、医薬品の乱売やその乱用の主要原因は、医薬品の過剰生産と販売合戦、これに伴う誇大な広告等であり、一般消費者に対する直接販売の段階における競争激化はむしろその従たる原因にすぎず、特に右競争激化のみに基づく乱用助長の危険は比較的軽少にすぎないと考えるのが、合理的である。のみならず、右のような弊害に対する対策としては、薬事法六六条による誇大広告の規制のほか、一般消費者に対する啓蒙の強化の方法も存するのであつて、薬局等の設置場所の地域的制限によつて対処することには、その合理性を認めがたいのである。

(ヘ)以上(ロ)から(ホ)までに述べたとおり、薬局等の設置場所の地域的制限の必要性と合理性を裏づける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在 - 競争激化 - 一部薬局等の経営の不安定 - 不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによつて右の必要性と合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。

(三)被上告人は、また、医薬品の供給の適正化のためには薬局等の適正分布が必要であり、一部地域へ

1 の偏在を防止すれば、間接的に無薬局地域又は過少薬局地域への進出が促進されて、分布の適正化を助長
すると主張している。薬局等の分布の適正化が公共の福祉に合致することはさきにも述べたとおりであり、
5 薬局等の偏在防止のためにする設置場所の制限が間接的に被上告人の主張するような機能を何程かは果た
しうることを否定することはできないが、しかし、そのような効果をどこまで期待できるかは大いに疑問
であり、むしろその実効性に乏しく、無薬局地域又は過少薬局地域における医薬品供給の確保のためには
他にもその方策があると考えられるから、無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的
制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失うものであつて、
とうていその合理性を認めることができない。

10 本件適正配置規制は、右の目的と前記(2)で論じた国民の保健上の危険防止の目的との、二つの目的
のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその必要性和合理性を肯定し
うるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであ
るといわなければならない。

五 結論

15 以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法六条二項、四項(これ
らを準用する同法二六条二項)は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定
めたものということができないから、憲法二二条一項に違反し、無効である。

7 - 2 公衆浴場距離制限事件

20

最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁
公衆浴場法違反被告事件

事件の概要

25 公衆浴場法2条1項は、公衆浴場業を都道府県知事の許可制とし、2項は、「都道府県知事は、公衆浴場
の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適當であると認めるとき又はその設置の場所が配置
の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる」と、3項は、「設置の場所の配置の基
準については、都道府県が条例で、これを定める」と規定している。つまり、業として公衆浴場を経営し
ようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

30 Y(清水政光)は、無許可で公衆浴場を営業したことにより、公衆浴場法2条1項違反で罰金刑を受け(福
岡地吉井支判昭和28年6月1日刑集9巻1号104頁)、控訴審もこれを支持した(福岡高判昭和28年9月
29日高刑特26号36頁)。そこで、Yは、公衆浴場法の距離制限が、公共の福祉に反する場合でないにもか
かわらず職業選択の自由を制限するものであるので憲法22条に違反し、また、制限距離内では原則として
35 公衆浴場の新設を許可しないものであると定める昭和25年福岡県条例54号の2条は、公衆浴場法2条の
限度を超えて制限を強めているものであり、法律の範囲内での条例制定権を認めた憲法94条にも違反する
として、上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

弁護人諫山博の上告趣意第一点及び同第二点前段について。

40 論旨は、公衆浴場法二条二項後段は、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠くと認められる場合には、
都道府県知事は公衆浴場の経営を許可しないことができる旨定めており、また昭和二五年福岡県条例五四
号三条は、公衆浴場の設置場所の配置の基準等を定めているが、公衆浴場の経営に対するかような制限は、
公共の福祉に反する場合でないのに職業選択の自由を違法に制限することになるから、右公衆浴場法及び
福岡県条例の規定は、共に憲法二二条に違反するものであると主張するのである。

45 しかし、公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設であ
る。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を
保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用
しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争
を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来たす
50 おそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、
出来る限り防止することが望ましいことであり、従つて、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その
偏在乃至濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴
場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認めら
れない。なお、論旨は、公衆浴場の配置が適正を欠くことを理由としてその経営の許可を与えないことが
55 できる旨の規定を設けることは、公共の福祉に反する場合でないに拘らず、職業選択の自由を制限するこ
とになつて違憲であるとの主張を前提として、昭和二五年福岡県条例五四号第三条が、憲法二二条違反で

あるというが、右前提の採用すべからざることは、既に説示したとおりである。そして所論条例の規定は、
公衆浴場法二条三項に基き、同条二項の設置の配置の基準を定めたものであるから、これが所論のような
理由で違憲となるものとは認められない。それ故所論は採用できない。 1

同第二点後段について、

論旨は、公衆浴場法が公衆浴場の経営について許可を原則とし、不許可を例外とする建前をとつてい
るに拘わらず、昭和二五年福岡県条例五四号は不許可を原則とし、許可を例外とする建前をとつており、右
条例は公衆浴場法にくらべて、より多く職業選択の自由を制限しているの、憲法の精神に反するのみな
らず、地方公共団体は「法律の範囲内」で条例を制定できるという憲法九四条に違反していると主張する。
しかし、右条例は、公衆浴場法二条三項に基き、同条二項で定めている公衆浴場の経営の許可を与えない
場合についての基準を具体的に定めたものであつて、右条例三条、四条がそれであり、同五条は右三条、
四条の基準によらないで許可を与えることができる旨の緩和規定を設けたものである。即ち右条例は、法
律が例外として不許可とする場合の細則を具体的に定めたもので、法律が許可を原則としている建前を、
不許可を原則とする建前に変更したのではなく、従つて右条例には、所論のような法律の範囲を逸脱し
た違法は認められない。それ故所論は採用できない。 5

15

20

25

30

35

40

45

50

55

5

事件の概要

国民年金法別表記載の 1 級 1 号に該当する視力障害者で、同法に基づく障害福祉年金を受給していた X (堀木フミ子) は、内縁の夫と離別後、子 A (堀木守) を養育していた。そこで、X は、1970 (昭和 45) 年 2 月、Y (兵庫県知事坂井時忠) に対し、児童扶養手当法 (昭和 48 年法律第 93 号による改正前のもの) に基づく受給資格認定を請求したが、Y は、X が障害福祉年金を受給しているため、児童扶養手当法 4 条 3 項 3 号の併給調整規定により児童扶養手当の受給資格を欠くので、請求を却下した。X は、異議申立をしたが、同じ理由で棄却された。そこで、X は、当該条項は憲法 13 条、14 条 1 項、25 条 2 項に違反するとして、却下処分の取消しと児童扶養手当受給資格の認定を求める義務付け訴訟を提起した。

第 1 審は、本件受給資格認定の義務付けについては、行政庁の第一次的判断を侵害し三権分立の原則に反する不適法な訴えとして却下したが、本件却下処分については、障害福祉年金を受給している母子世帯と、父がそれを受給し健全な母が児童を養育する 3 人世帯との間に差別を設けるものであり、併給調整規定は平等原則に違反し無効であるとして、却下処分の取消しを認めた (神戸地判昭和 47 年 9 月 20 日判時 678 号 19 頁)。Y は、併給調整は立法裁量に属し、裁判所はそれが著しく不合理である場合でなければ違憲となしえないなどと主張して控訴した。控訴審では、併給調整規定は憲法 25 条 1 項にかかりあいがなく、2 項に基づいて行う国の施策をいかに定めるかについては、立法府の裁量に任されており、この規定については裁量権の著しい逸脱や濫用は認められないとして、原判決を取り消し、X の請求を棄却した (大阪高判昭和 50 年 11 月 10 日行集 26 卷 10・11 号 1268 頁)。そこで、X が上告した。

なお、第 1 審判決後の 1973 (昭和 48) 年に法改正がなされて、併給調整条項は削除された。

25 最高裁判所の判断 上告棄却

二 ……まず、本件併給調整条項が憲法二五条に違反するものでないとした原判決が同条の解釈適用を誤つたものであるかどうかについて検討する。

憲法二五条一項は「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」と規定しているが、この規定が、いわゆる福祉国家の理念に基づき、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営みうよう国政を運営すべきことを国の責務として宣言したものであること、また、同条二項は「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」と規定しているが、この規定が、同じく福祉国家の理念に基づき、社会的立法及び社会的施設の創造拡充に努力すべきことを国の責務として宣言したものであること、そして、同条一項は、国が個々の国民に対して具体的・現実的に右のような義務を有することを規定したのではなく、同条二項によつて国の責務であるとされている社会的立法及び社会的施設の創造拡充により個々の国民の具体的・現実的な生活権が設定充実されてゆくものであると解すべきことは、すでに当裁判所の判例とするところである (最高裁昭和二三年……九月二九日大法院判決・刑集二卷一〇号一三五頁)。

このように、憲法二五条の規定は、国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のものである。しかも、右規定にいう「健康で文化的な最低限度の生活」なるものは、きわめて抽象的・相対的な概念であつて、その具体的内容は、その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであるとともに、右規定を現実の立法として具体化するに当たつては、国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである。したがつて、憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかを選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。

そこで、本件において問題とされている併給調整条項の設定について考えるのに、上告人がすでに受給している国民年金法上の障害福祉年金といい、また、上告人がその受給資格について認定の請求をした児童扶養手当といい、いずれも憲法二五条の規定の趣旨を実現する目的をもつて設定された社会保障法上の制度であり、それぞれ所定の事由に該当する者に対して年金又は手当という形で一定額の金員を支給することをその内容とするものである。ところで、児童扶養手当がいわゆる児童手当の制度を理念とし将来における右理念の実現の期待のもとに、いわばその萌芽として創設されたものであることは、立法の経過に照らし、一概に否定することのできないところではあるが、国民年金法一条、二条、五六条、六一条、児童扶養手当法一条、二条、四条の諸規定に示された障害福祉年金、母子福祉年金及び児童扶養手当の各制度の趣旨・目的及び支給要件の定めを通覧し、かつ、国民年金法六二条、六三条、六六条三項、同法施行

令五条の四第三項及び児童扶養手当法五条、九条、同法施行令二条の二各所定の支給金額及び支給方法を比較対照した結果等をも参酌して判断すると、児童扶養手当は、もともと国民年金法六一条所定の母子福祉年金を補完する制度として設けられたものと見るのを相当とするのであり、児童の養育者に対する養育に伴う支出についての保障であることが明らかな児童手当法所定の児童手当とはその性格を異にし、受給者に対する所得保障である点において、前記母子福祉年金ひいては国民年金法所定の国民年金（公的年金）一般、したがってその一種である障害福祉年金と基本的に同一の性格を有するもの、と見るのがむしろ自然である。そして、一般に、社会保障法制上、同一人に同一の性格を有する二以上の公的年金が支給されることとなるべき、いわゆる複数事故において、そのそれぞれの事故それ自体としては支給原因である稼働能力の喪失又は低下をもたらすものであつても、事故が二以上重なつたからといって稼働能力の喪失又は低下の程度が必ずしも事故の数に比例して増加するといえないことは明らかである。このような場合について、社会保障給付の全般的公平を図るため公的年金相互間における併給調整を行うかどうかは、さきに述べたところにより、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべきである。また、この種の立法における給付額の決定も、立法政策上の裁量事項であり、それが低額であるからといって当然に憲法二五条違反に結びつくものということとはできない。

以上の次第であるから、本件併給調整条項が憲法二五条に違反して無効であるとする原告人の主張を排斥した原判決は、結局において正当というべきである。（なお、児童扶養手当法は、その後の改正により障害福祉年金と老齢福祉年金の二種類の福祉年金について児童扶養手当との併給を認めるに至つたが、これは前記立法政策上の裁量の範囲における改定措置と見るべきであり、このことによつて前記判断が左右されるわけのものではない。）

三 次に、本件併給調整条項が原告人のような地位にある者に対してその受給する障害福祉年金と児童扶養手当との併給を禁じたことが憲法一四条及び一三条に違反するかどうかについて見るのに、憲法二五条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法一四条及び一三条違反の問題を生じうることは否定しえないところである。しかしながら、本件併給調整条項の適用により、原告人のように障害福祉年金を受けることができる地位にある者とそのような地位にない者との間に児童扶養手当の受給に関して差別を生ずることになるとしても、さきに説示したところに加えて原判決の指摘した諸点、とりわけ身体障害者、母子に対する諸施策及び生活保護制度の存在などに照らして総合的に判断すると、右差別がなんら合理的理由のない不当なものではないとした原審の判断は、正当として是認することができる。また、本件併給調整条項が児童の個人としての尊厳を害し、憲法一三条に違反する恣意的かつ不合理な立法であるといえないことも、上來說示したところに徴して明らかであるから、この点に関する原告人の主張も理由がない。

9 - 2 旭川学テ事件

最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁
建造物侵入、暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件

事件の概要

文部省は、1960（昭和35）年秋ごろ、全国の中学校2、3年の全生徒を対象とする「全国中学校一せい学力調査」と題する学力テストを企画し、各都道府県教育委員会に対し、地方教育行政の組織及び運営に関する法律54条2項に基づき、この調査及びその結果に関する報告の提出を求めた。

北海道教育委員会の要請を受けた旭川市教育委員会は、1961（昭和36）年10月23日、市立の各中学校長に対し、学力テストの実施を命じた。同月26日、Y₁（佐藤彰）、Y₂（松橋武男）及びY₃（浜埜登）は、同市立永山中学校において実施予定の学力テストを阻止する目的をもって、校長A（齋藤吉春）の制止にもかかわらず同校校舎に侵入し、その後、Aからさらに強く退去の要求を受けたにもかかわらず、同校舎内から退去しなかった。Aがテストを実施すると、Y₁は、約10名の説得隊員と共謀のうえ、市教育委員会事務局職員B（藤川重人）がテストの立会いに赴くため校長室を出ようとしたのに対し、共同して暴行、脅迫を加えて、立会いを妨害し、Y₃は、テストの補助者C（横倉勝雄）に対し暴行を加え、Y₂、Y₃及びY₄（外崎清二）は、30～40名の説得隊員と共謀のうえ、テスト実施中の各教室を見回りしていたAに対し、共同して暴行、脅迫を加えて、教室見回りを妨害した。そして、Y₁～Y₄は、それぞれ、建造物侵入罪、公務執行妨害罪ないし暴行罪に該当するとして、起訴された。

第1審は、Aの実施しようとした本件学力テストが違法であり、しかもその違法がはなはだ重大であるとして、Aに対する公務執行妨害罪とB及びCに対する公務執行妨害罪と暴行罪の成立を否定し、Y₁～Y₃につき建造物侵入罪及びY₂～Y₄につきAに対する暴力行為等処罰に関する法律違反（共同暴行罪）のみの成立を認め、旭川地判昭和41年5月25日判時453号16頁。検察官は控訴し、Y₁～Y₄も敗訴部分につき控訴した

1 が、控訴審もこの判断を維持した(札幌高判昭和43年6月26日判時524号24頁)ので、検察官は $Y_2 \sim Y_4$ の事件について上告し、また、 $Y_1 \sim Y_4$ もまた敗訴部分につき上告した。

5 最高裁判所の判断 原判決一部・第一審判決一部破棄、自判(Y_2 懲役3月、 Y_3 懲役1月、 Y_4 懲役2月)上告一部棄却(Y_1)

(検察官の上告趣意第二点について)

一 論旨

10 論旨は、要するに、第一審判決及び原判決において、本件学力調査が違法であるとし、したがって、これを実施しようとした齋藤校長に対する暴行は公務執行妨害罪とならないとしているのは、本件学力調査の適法性に関する法令の解釈適用を誤つたものであるというのである。よつて、所論にかんがみ、職権により、本件学力調査の適法性について判断する。

二 本件学力調査の適法性に関する問題点

1 本件学力調査の概要 ……

2 第一審判決及び原判決の見解

15 第一審判決及び原判決は、前記の過程を経て行われた本件学力調査は、文部省が独自に発案し、その具体的内容及び方法の一切を立案、決定し、各都道府県教委を経て各市町村教委にそのとおり実施させたものであつて、文部省を実質上の主体とする調査と認めるべきものであり、その適法性もまた、この前提に立つて判断すべきものであるとしたうえ、右調査は、(1)その性質、内容及び影響からみて教育基本法(以下「教基法」という。)一〇条一項にいう教育に対する不当な支配にあたり、同法を初めとする現行教育法秩序に違反する実質的違法性をもち、また、(2)手続上の根拠となりえない地教行法五四条二項に基づいてこれを実施した点において、手続上も違法である、と判断している。そこで、以下において右の二点につき検討を加える。

三 本件学力調査と地教行法五四条二項(手続上の適法性)

25 (一) 原判決は、本件学力調査は、教育的価値判断にかかわり、教育活動としての実質を有し、行政機関による調査(行政調査)のわくを超えるものであるから、地教行法五四条二項を根拠としてこれを実施することはできない、と判示している。

30 行政調査は、通常、行政機関がその権限を行使する前提として、必要な基礎資料ないしは情報を収集、獲得する作用であつて、文部省設置法五条一項一、二、三、八、九号は、特定事項に関する調査を文部省の権限事項として掲げ、地教行法二三条一七号は、地方公共団体の教育にかかる調査を当該地方公共団体の教育委員会(以下「地教委」という。)の職務権限としているほか、同法五三条は、特に文部大臣による他の教育行政機関の所掌事項についての調査権限を規定し、同法五四条にも調査に関する規定がある。本件学力調査がこのような行政調査として行われたものであることは、前記実施要綱に徴して明らかであるところ、原判決は、右調査が試験問題によつて生徒を試験するという方法をとつている点をとらえて、それは調査活動のわくを超えた固有の教育活動であるとしている。しかしながら、本件学力調査
35 においてとられた右の方法が、教師の行う教育活動と一部としての試験とその形態を同じくするものであることは確かであるとしても、学力調査としての試験は、あくまでも全国中学校の生徒の学力の程度が一般的にどのようなものであるかを調査するためにされるものであつて、教育活動としての試験の場合のように、個々の生徒に対する教育の一環としての成績評価のためにされるものではなく、両者の間には、その趣旨と性格において明らかに区別があるのである。それ故、本件学力調査が生徒に対する試験という方法
40 で行われたことの故をもつて、これを行政調査というよりはむしろ、固有の教育活動としての性格をもつものと解し、したがつて地教行法五四条二項にいう調査には含まれないとすることは、相当でない。もつとも、行政調査といえども、無制限に許されるものではなく、許された目的のために必要とされる範囲において、その方法につき法的な制約が存する場合にはその制約の下で、行われなければならない、これに違反するときは、違法となることを免れない。原判決の指摘する上記の点は、むしろ本件学力調査の右の意味における適法性の問題に帰し、このような問題として論ずれば足りるのであつて、これについては、
45 後に四で詳論する。

(二) 次に、原判決は、地教行法五四条二項は、文部大臣において地教委が自主的に実施した調査につきその結果の提出を要求することができることを規定したにとどまり、その前提としての調査そのものの実施を要求する権限を認めたものでないから、文部省が同条項の規定を根拠として本件学力調査の実施を要求することはできず、この点においても右調査の実施は手続上違法である、と判示している。

50 地教行法五四条二項が、同法五三条との対比上、文部大臣において本件学力調査のような調査の実施を要求する権限までも認めたと解し難いことは、原判決の説くとおりである。しかしながら、このことは、地教行法五四条二項によつて求めることができない文部大臣の調査要求に対しては、地教委においてこれに従う法的義務がないということの意味するだけであつて、右要求に応じて地教委が行つた調査行為がそのために当然に手続上違法となるわけのものではない。地教委は、前述のように、地教行法二三条一七号により当該地方公共団体の教育にかかる調査をする権限を有しており、各市町村教委による本件学

力調査の実施も、当該市町村教委が文部大臣の要求に応じその所掌する中学校の教育にかかる調査として、
右法条に基づいて行つたものであつて、文部大臣の要求によつてはじめて法律上根拠づけられる調査権限
を行使したというのではないのである。その意味において、文部大臣の要求は、法手続上は、市町村教委
による調査実施の動機をなすものであるにすぎず、その法的要件をなすものではない。それ故、本件にお
いて旭川市教委が旭川市立の各中学校につき実施した調査行為は、たとえそれが地教行法五四条二項の規
定上文部大臣又は北海道教委の要求に従う義務がないにもかかわらずその義務があるものと信じてされた
ものであつても、少なくとも手続法上は権限なくしてされた行為として違法であるということとはできない。
そして、市町村教委は、市町村立の学校を所管する行政機関として、その管理権に基づき、学校の教育課
程の編成について基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、特に必要な場合には
具体的な命令を発することもできると解するのが相当であるから、旭川市教委が、各中学校長に対し、授
業計画を変更し、学校長をテスト責任者としてテストの実施を命じたことも、手続的には適法な権限に基
づくものというべく、要するに、本件学力調査の実施には手続上の違法性はないというべきである。

もつとも、右のように、旭川市教委による調査実施行為に手続上の違法性はないとしても、それが地教
行法五四条二項による文部大臣の要求に応じてされたという事実がその実質上の適法性の問題との関連に
おいてどのように評価、判断されるべきかは、おのずから別個の観点から論定されるべき問題であり、こ
の点については、四で検討する。

四 本件学力調査と教育法制（実質上の適法性）

原判決は、本件学力調査は、その目的及び経緯に照らし、全体として文部大臣を実質上の主体とする調
査であり、市町村教委の実施行為はその一環をなすものにすぎず、したがつてその実質上の適否は、右の
全体としての調査との関連において判断されなければならないとし、文部大臣の右調査は、教基法一〇条
を初めとする現行教育法秩序に違反する実質的違法性をもち、ひいては旭川市教委による調査実施行為も
違法であることを免れない、と断じている。本件学力調査は文部大臣において企画、立案し、その要求に
応じて実施されたものであり、したがつて、当裁判所も、右調査実施行為の実質上の適法性、特に教基法
一〇条との関係におけるそれは、右の全体としての調査との関連において検討、判断されるべきものとす
る原判決の見解は、これを支持すべきものと考ええる。そこで、以下においては、このような立場から本件
学力調査が原判決のいうように教基法一〇条を含む現行の教育法制及びそれから導かれる法理に違反する
かどうかを検討することとする。

1 子どもの教育と教育権能の帰属の問題

（一）子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己
の人格を完成、実現していく基礎となる能力を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、
共同社会の存続と発展のためにも欠くことのできないものである。この子どもの教育は、その最も始源的
かつ基本的な形態としては、親が子との自然的関係に基づいて子に対して行う養育、監護の作用の一環と
してあらわれるのであるが、しかしこのような私事としての親の教育及びその延長としての私的施設によ
る教育をもつては、近代社会における経済的、技術的、文化的発展と社会の複雑化に伴う教育要求の
質的拡大及び量的増大に対応しきれなくなるに及んで、子どもの教育が社会における重要な共通の関心事
となり、子どもの教育をいわば社会の公共的課題として公共の施設を通じて組織的かつ計画的に行ういわ
ゆる公教育制度の発展をみるに至り、現代国家においては、子どもの教育は、主としてこのような公共施
設としての国公立の学校を中心として営まれるという状態になつている。

ところで、右のような公教育制度の発展に伴つて、教育全般に対する国家の関心が高まり、教育に対す
る国家の支配ないし介入が増大するに至つた一方、教育の本質ないしはそのあり方に対する反省も深化し、
その結果、子どもの教育は誰が支配し、決定すべきかという問題との関連において、上記のような子ども
の教育に対する国家の支配ないし介入の当否及びその限界が極めて重要な問題として浮かびあがるよう
になつた。このことは、世界的な現象であり、これに対する解決も、国によつてそれぞれ異なるが、わが国
においても戦後の教育改革における基本的問題の一つとしてとりあげられたところである。本件における
教基法一〇条の解釈に関する前記の問題の背景には右のような事情があり、したがつて、この問題を考察
するにあつては、広く、わが国において憲法以下の教育関係法制が右の基本的問題に対していかなる態
度をとつているかという全体的な観察の下で、これを行わなければならない。

（二）ところで、わが国の法制上子どもの教育の内容を決定する権能が誰に帰属するとされているかにつ
いては、二つの極端に対立する見解があり、そのそれぞれが検察官及び弁護人の主張の基底をなしている
ようにみうけられる。すなわち、一の見解は、子どもの教育は、親を含む国民全体の共通関心事であり、
公教育制度は、このような国民の期待と要求に応じて形成、実施されるものであつて、そこにおいて支配
し、実現されるべきものは国民全体の教育意思であるが、この国民全体の教育意思は、憲法の採用する議
会制民主主義の下においては、国民全体の意思の決定の唯一のルートである国会の法律制定を通じて具体
化されるべきものであるから、法律は、当然に、公教育における教育の内容及び方法についても包括的に
これを定めることができ、また、教育行政機関も、法律の授權に基づく限り、広くこれらの事項について
決定権限を有する、と主張する。これに対し、他の見解は、子どもの教育は、憲法二六条の保障する子

1 もの教育を受ける権利に対する責務として行われるべきもので、このような責務をになう者は、親を中心とする国民全体であり、公教育としての子どもの教育は、いわば親の教育義務の共同化ともいべき性格をもつのであつて、それ故にまた、教基法一〇条一項も、教育は、国民全体の信託の下に、これに対して直接に責任を負うように行われなければならないとしている、したがつて、権力主体としての国の子どもの教育に対するかかわり合いは、右のような国民の教育義務の遂行を側面から助成するための諸条件の整備に限られ、子どもの教育の内容及び方法については、国は原則として介入権能をもち、教育は、その実施にあたる教師が、その教育専門家としての立場から、国民全体に対して教育的、文化的責任を負うような形で、その内容及び方法を決定、遂行すべきものであり、このことはまた、憲法二三条における学問の自由の保障が、学問研究の自由ばかりでなく、教授の自由をも含み、教授の自由は、教育の本質上、高等教育のみならず、普通教育におけるそれにも及ぶと解すべきことによつても裏付けられる、と主張するのである。

当裁判所は、右の二つの見解はいずれも極端かつ一方的であり、そのいずれをも全面的に採用することはできないと考える。以下に、その理由と当裁判所の見解を述べる。

2 憲法と子どもに対する教育権能

15 (一) 憲法中教育そのものについて直接の定めをしている規定は憲法二六条であるが、同条は、一項において、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。」と定め、二項において、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする。」と定めている。この規定は、福祉国家の理念に基づき、国が積極的に教育に関する諸施設を設けて国民の利用に供する責務を負うことを明らかにするとともに、子どもに対する基礎的教育である普通教育の絶対的必要性にかんがみ、親に対し、その子女に普通教育を受けさせる義務を課し、かつ、その費用を国において負担すべきことを宣言したものであるが、この規定の背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在していると考えられる。換言すれば、子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属するものとしてとらえられているのである。

しかしながら、このように、子どもの教育が、専ら子どもの利益のために、教育を与える者の責務として行われるべきものであるということからは、このような教育の内容及び方法を、誰がいかにして決定すべく、また、決定することができるかという問題に対する一定の結論は、当然には導き出されない。すなわち、同条が、子どもに与えるべき教育の内容は、国の一般的な政治的意思決定手続によつて決定されるべきか、それともこのような政治的意思の支配、介入から全く自由な社会的、文化的領域内の問題として決定、処理されるべきかを、直接一義的に決定していると解すべき根拠は、どこにもみあたらないのである。

35 (二) 次に、学問の自由を保障した憲法二三条により、学校において現実に子どもの教育の任にあたる教師は、教授の自由を有し、公権力による支配、介入を受けないで自由に子どもの教育内容を決定することができるとする見解も、採用することができない。確かに、憲法の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含むと解されるし、更にまた、専ら自由な学問的探究と勉学を旨とする大学教育に比してむしろ知識の伝達と能力の開発を主とする普通教育の場においても、例えば教師が公権力によつて特定の意見のみを教授することを強制されないという意味において、また、子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならないという意味においては、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきことを肯定できないではない。しかし、大学教育の場合には、学生が一応教授内容を批判する能力を備えていると考えられるの

40 に対し、普通教育においては、児童生徒にこのような能力がなく、教師が児童生徒に対して強い影響力、支配力を有することを考え、また、普通教育においては、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等をはかる上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等に思いをいたすときは、普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されないとはいわなければならない。もとより、教師間における討議や親を含む第三者からの批判によつて、教授の自由にもおのずから抑制が加わることは確かであり、これに期待すべきところも少なくないけれども、それによつて右の自由の濫用等による弊害が効果的に防止されるという保障はなく、憲法が専ら右のような社会的自律作用による抑制のみに期待していると解すべき合理的根拠は、全く存しないのである。

50 (三) 思うに、子どもはその成長の過程において他からの影響によつて大きく左右されるいわば可塑性をもつ存在であるから、子どもにどのような教育を施すかは、その子どもが将来どのような大人に育つかに

55 対して決定的な役割をはたすものである。それ故、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者が、それぞれその教育の内容及び方法につき深甚な関心を抱き、それぞれの立場からその決定、実施に対する支

配権ないしは発言権を主張するのは、極めて自然な成行きといえることができる。子どもの教育は、前述の
ように、専ら子どもの利益のために行われるべきものであり、本来的には右の関係者らがその目的の下に
一致協力して行うべきものであるけれども、何が子どもの利益であり、また、そのために何が必要である
かについては、意見の対立が当然に生じうるのであつて、そのために教育内容の決定につき矛盾、対立す
る主張の衝突が起こるのを免れることができない。憲法がこのような矛盾対立を一義的に解決すべき一定
の基準を明示的に示していないことは、上に述べたとおりである。そうであるとすれば、憲法の次元にお
けるこの問題の解釈としては、右の関係者らのそれぞれの主張のよつて立つ憲法上の根拠に照らして各主
張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈といふべきである。

そして、この観点に立つて考えるときは、まず親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来
に対して最も深い関心を持ち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支
配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家庭
教育等学校外における教育や学校選択の自由にあられるものと考えられるし、また、私学教育における
自由や前述した教師の教授の自由も、それぞれ限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当であ
るけれども、それ以外の領域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決
定、実現すべき立場にある国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しう
る者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公
共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決
定する権能を有するものと解さざるをえず、これを否定すべき理由ないし根拠は、どこにもみいだせない
のである。もとより、政党政治の下で多数決原理によつてされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的
要因によつて左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な
政治的観念や利害によつて支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険がある
ことを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが
要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法
の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤
つた知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲
法二六条、一三条の規定上からも許されないと解することができるけれども、これらのことは、前述のよ
うな子どもの教育内容に対する国の正当な理由に基づく合理的な決定権能を否定する理由となるものでは
ないといわなければならない。

3 教基法一〇条の解釈

次に、憲法における教育に対する国の権能及び親、教師等の教育の自由についての上記のような理解を
背景として、教基法一〇条の規定をいかに解釈すべきかを検討する。

(一) 教基法は、憲法において教育のあり方の基本を定めることに代えて、わが国の教育及び教育制度全
体を通じる基本理念と基本原理を宣明することを目的として制定されたものであつて、戦後のわが国の政
治、社会、文化の各方面における諸改革中最も重要な問題の一つとされていた教育の根本的改革を目途と
して制定された諸立法の中で中心的地位を占める法律であり、このことは、同法の前文の文言及び各規定
の内容に徴しても、明らかである。それ故、同法における定めは、形式的には通常法律規定として、これ
と矛盾する他の法律規定を無効にする効力をもつものではないけれども、一般に教育関係法令の解釈及
び運用については、法律自体に別段の規定がない限り、できるだけ教基法の規定及び同法の趣旨、目的に
沿うように考慮が払われなければならないといふべきである。

ところで、教基法は、その前文の示すように、憲法の花神にのつとり、民主的で文化的な国家を建設し
て世界の平和と人類の福祉に貢献するためには、教育が根本的重要性を有するとの認識の下に、個人の尊
厳を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期するとともに、普遍的で、しかも個性豊かな文化の創
造をめざす教育が今後におけるわが国の教育の基本理念であるとしている。これは、戦前のわが国の教育
が、国家による強い支配の下で形式的、画一的に流れ、時に軍国主義的又は極端な国家主義的傾向を帯び
る面があつたことに対する反省によるものであり、右の理念は、これを更に具体化した同法の各規定を解
釈するにあつても、強く念頭に置かれるべきものであることは、いうまでもない。

(二) 本件で問題とされている教基法一〇条は、教育と教育行政との関係についての基本原理を明らかに
した極めて重要な規定であり、一項において、「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直
接に責任を負つて行われるべきものである。」と定め、二項において、「教育行政は、この自覚のもとに、
教育の目的を遂行するに必要な諸条件の整備確立を目標として行われなければならない。」と定めている。
この規定の解釈については、検察官の主張と原判決が大筋において採用したと考えられる弁護人の主張と
の間に顕著な対立があるが、その要点は、(1) 第一に、教育行政機関が法令に基づいて行政を行う場合は
右教基法一〇条一項にいう「不当な支配」に含まれないと解すべきかどうかであり、(2) 第二に、同条二
項にいう教育の目的を遂行するに必要な諸条件の整備確立とは、主として教育施設の設置管理、教員配置
等のいわゆる教育の外的事項に関するものを指し、教育課程、教育方法等のいわゆる内的事項については、
教育行政機関の権限は原則としてごく大綱的な基準の設定に限られ、その余は指導、助言的作用にとどめ

1 られるべきものかどうかである、と考えられる。

(三)まず、(1)の問題について考えるのに、前記教基法一〇条一項は、その文言からも明らかなように、教育が国民から信託されたものであり、したがって教育は、右の信託にこたえて国民全体に対して直接責任を負うように行われるべく、その間において不当な支配によつてゆがめられることがあつてはならないとして、教育が専ら教育本来の目的に従つて行われるべきことを示したものと考えられる。これによつて

5 みれば、同条項が排斥しているのは、教育が国民の信託にこたえて右の意味において自主的に行われることをゆがめるような「不当な支配」であつて、そのような支配と認められない限り、その主体のいかんは問うところでないといふことが解しなければならない。それ故、論理的には、教育行政機関が行う行政でも、右にいう「不当な支配」にあたる場合がありうることを否定できず、問題は、教育行政機関が法令に基づいてする行為が「不当な支配」にあたる場合がありうるかということに帰着する。思うに、憲法に適合する有効な他の法律の命ずるところをそのまま執行する教育行政機関の行為がここにいう「不当な支配」となりえないことは明らかであるが、上に述べたように、他の教育関係法律は教基法の規定及び同法の趣旨、目的に反しないように解釈されなければならないのであるから、教育行政機関がこれらの法律を運用する場合においても、当該法律規定が特定の命じていることを執行する場合を除き、教基法一〇条一項にいう「不当な支配」とならないように配慮しなければならない拘束を受けているものと解されるのであり、その意味において、教基法一〇条一項は、いわゆる法令に基づく教育行政機関の行為にも適用があるものといわなければならない。

(四)そこで、次に、上記(2)の問題について考えるのに、原判決は、教基法一〇条の趣旨は、教育が「国民全体のものとして自主的に行われるべきものとする」とともに、「教育そのものは人間的な信頼関係の上に立つてはじめてその成果をあげることにかんがみ、教育の場にあつて被教育者に接する教員の自由な創意と工夫とに委ねて教育行政機関の支配介入を排し、教育行政機関としては、右の教育の目的達成に必要な教育条件の整備確立を目標とするところにその任務と任務の限界があることを宣明」したところにあるとし、このことから、「教育内容及び教育方法等への(教育行政機関の)関与の程度は、教育機関の種類等に依じた大綱的基準の定立のほかは、法的拘束力を伴わない指導、助言、援助を与えることにとどまると解すべきである。」と判示している。

25 思うに、子どもの教育が、教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、子どもの個性に応じて弾力的に行われなければならない、そこに教師の自由な創意と工夫の余地が要請されることは原判決の説くところであるし、また、教基法が前述のように戦前における教育に対する過度の国家的介入、統制に対する反省から生まれたものであることに照らせば、同法一〇条が教育に対する権力的介入、特に行政権力によるそれを警戒し、これに対して抑制的態度を表明したものと解することは、それなりの合理性を有するけれども、このことから、教育内容に対する行政の権力的介入が一切排除されているものであるとの結論を導き出すことは、早計である。さきにも述べたように、憲法上、国は、適切な教育政策を樹立、実施する権能を有し、国会は、国の立法機関として、教育の内容及び方法についても、法律により、直接に又は行政機関に授權して必要かつ合理的な規制を施す権限を有するのみならず、子どもの利益のため又は子どもの成長に対する社会公共の利益のためにそのような規制を施すことが要請される場合もありうるものであり、国会が教基法においてこのような権限の行使を自己限定したものと解すべき根拠はない。むしろ教基法一〇条は、国の教育統制権能を前提としつつ、教育行政の目標を教育の目的の遂行に必要な諸条件の整備確立に置き、その整備確立のための措置を講ずるにあつては、教育の自主性尊重の見地から、これに対する「不当な支配」となることのないようにすべき旨の限定を付したところにその意味があり、したがって、教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められるそれは、たとえ教育の内容及び方法に関するものであつても、必ずしも同条の禁止するところではないと解するのが、相当である。

40 もつとも、原判決も、教育の内容及び方法に対する教育行政機関の介入が一切排除されていると解しているわけではなく、前述のように、権力的介入としては教育機関の種類等に依じた大綱的基準の設定を超えることができないとするにとどまつている。原判決が右にいう大綱的基準としてどのようなものを考えているかは必ずしも明らかでないが、これを国の教育行政機関についていえば、原判決において、前述のような教師の自由な教育活動の要請と現行教育法体制における教育の地方自治の原則に照らして設定されるべき基準は全国的観点からする大綱的なものに限定されるべきことを指摘し、かつ、後述する文部大臣の定めた中学校学習指導要領を右の大綱的基準の限度を超えたものと断じているところからみれば、原判決のいう大綱的基準とは、弁護人の主張するように、教育課程の構成要素、教科名、授業時数等のほか、教科内容、教育方法については、性質上全国的画一性を要する度合いが強く、指導助言行政その他国家立法以外の手段ではまかないきれない、ごく大綱的な事項を指しているもののように考えられる。

50 思うに、国の教育行政機関が法律の授權に基づいて義務教育に属する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、教師の創意工夫の尊重等教基法一〇条に関してさきに述べたところのほか、後述する教育に関する地方自治の原則をも考慮し、右教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的なそれにとどめられるべきものと

解しなければならないけれども、右の大綱的基準の範囲に関する原判決の見解は、狭きに失し、これを採用することはできないと考える。これを前記学習指導要領についていえば、文部大臣は、学校教育法三八条、一〇六条による中学校の教科に関する事項を定める権限に基づき、普通教育に属する中学校における教育の内容及び方法につき、上述のような教育の機会均等の確保等の目的のために必要かつ合理的な基準を設定することができるものと解すべきところ、本件当時の中学校学習指導要領の内容を閲覧するのに、おおむね、中学校において地域差、学校差を超えて全国的に共通なものとして教授されることが必要な最小限度の基準と考えても必ずしも不合理とはいえない事項が、その根幹をなしていると認められるのであり、その中には、ある程度細目にわたり、かつ、詳細に過ぎ、また、必ずしも法的拘束力をもつて地方公共団体を制約し、又は教師を強制するのに適切でなく、また、はたしてそのように制約し、ないしは強制する趣旨であるかどうか疑わしいものが幾分含まれているとしても、右指導要領の下における教師による創造的かつ弾力的な教育の余地や、地方ごとの特殊性を反映した個別化の余地が十分に残されており、全体としてはなお全国的な大綱的基準としての性格をもつものと認められるし、また、その内容においても、教師に対し一方的な一定の理論ないしは観念を生徒に教え込むことを強制するような点は全く含まれていないのである。それ故、上記指導要領は、全体としてみた場合、教育政策上の当否はともかくとして、少なくとも法的見地からは、上記目的のために必要かつ合理的な基準の設定として是認することができるものと解するのが、相当である。

4 本件学力調査と教基法一〇条

そこで、以上の解釈に基づき、本件学力調査が教基法一〇条一項にいう教育に対する「不当な支配」として右規定に違反するかどうかを検討する。

本件学力調査が教育行政機関である文部大臣において企画、立案し、その要求に応じて実施された行政調査たる性格をもつものであることはさきに述べたとおりであるところ、それが行政調査として教基法一〇条との関係において適法とされうるかどうかを判断するについては、さきに述べたとおり、その調査目的において文部大臣の所掌とされている事項と合理的関連性を有するか、右の目的のために本件のような調査を行う必要性を肯定することができるか、本件の調査方法に教育に対する不当な支配とみられる要素はないか等の問題を検討しなければならない。

(一) まず、本件学力調査の目的についてみるのに、右調査の実施要綱には……、調査目的として四つの項目が挙げられている。このうち、文部大臣及び教育委員会において、調査の結果を、(イ)の教育課程に関する諸施策の樹立及び学習指導の改善に役立たせる資料とすること、(ハ)の学習の改善に役立つ教育条件を整備する資料とすること、(ニ)の育英、特殊教育施設などの拡充強化に役立てる等今後の教育施策を行うための資料とすること等は、文部大臣についていえば、文部大臣が学校教育等の振興及び普及を図ることを任務とし、これらの事項に関する国の行政事務を一体的に遂行する責任を負う行政機関(文部省設置法四条)として、全国中学校における教育の機会均等の確保、教育水準の維持、向上に努め、教育施設の整備、充実をはかる責務と権限を有することに照らし、これらの権限と合理的関連性を有するものと認めることができるし、右目的に附随して、地教委をしてそれぞれの所掌する事項に調査結果を利用させようとするとも、文部大臣の地教委に対する指導、助言的性格のものとして不当ということとはできない。また、右四項目中(ロ)の、中学校において、本件学力調査の結果により、自校の学習の到達度を全国的な水準との比較においてみることにより、その長短を知り、生徒の学習の指導とその向上に役立たせる資料とするという項目は、それが文部大臣固有の行政権限に直接関係せず、中学校における教育実施上の目的に資するためのものである点において、調査目的として正当性を有するかどうか問題であるけれども、右は、本件学力調査全体の趣旨、目的からいえば、単に副次的な意義をもつものでしかないと認めるのが相当であるのみならず、調査結果を教育活動上利用すべきことを強制するものではなく、指導、助言的性格のものにすぎず、これをいかに利用するかは教師の良識ある判断にまかされるべきものと考えられるから、右の(ロ)が調査目的の一つに掲げられているからといって、調査全体の目的を違法不当のものとするとはできないというべきである。

(二) 次に、本件学力調査は、原判決の認定するところによれば、文部省が当時の中学校学習指導要領によつて試験問題を作成し……、全国の中学校の全部において一せいに右問題による試験を行い、各地教委にその結果を集計、報告させる等の方法によつて行われたものであつて、このような方法による調査が前記の調査目的のためと認めることができるかどうか、及び教育に対する不当な支配の要素をもつものではないかどうかは、慎重な検討を要する問題である。

まず、必要性の有無について考えるのに、全国の中学校における生徒の学力の程度がどの程度のものであり、そこにどのような不足ないしは欠陥があるかを知ることは、上記の(イ)(ハ)(ニ)に掲げる諸施策のための資料として必要かつ有用であることは明らかであり、また、このような学力調査の方法としては、結局試験によつてその結果をみるよりほかにはないのであるから、文部大臣が全国の中学校の生徒の学力をできるだけ正確かつ客観的に把握するためには、全国の中学校の生徒に対し同一試験問題によつて同一調査日に同一時間帯で一せいに試験を行うことが必要であると考えたとしても、決して不合理とはいえない。それ故、本件学力調査は、その必要性の点において欠けるところはないというべきである。

1 (三)問題となるのは、上記のような方法による調査が、その一面において文部大臣が直接教育そのものに介入するという要素を含み、また、右に述べたような調査の必要性によつては正当化することができないほどに教育に対して大きな影響力を及ぼし、これらの点において文部大臣の教育に対する「不当な支配」となるものではないか、ということである。

5 これにつき原判決は、右のような方法による本件学力調査は教基法一〇条にいう教育に対する「不当な支配」にあたり、その理由として、(1)右調査の実施のためには、各中学校において授業計画の変更を必要とするが、これは実質上各学校の教育内容の一部を強制的に変更させる意味をもつものであること、また、(2)右調査は、生徒を対象としてその学習の到達度と学校の教育効果を知るという性質のものである点において、教師が生徒に対する学習指導の結果を試験によつて把握するのと異なるところがなく、教育的価値判断にかかわる教育活動としての実質をもっていること、更に、(3)前記の方法による調査を全国の中学校のすべての生徒を対象として実施することは、これらの学校における日常の教育活動を試験問題作成者である文部省の定めた学習指導要領に盛られている方針ないしは意向に沿つて行わせる傾向をもたらす、教師の自由な創意と工夫による教育活動を妨げる一般的危険性をもつものであり、現に一部においてそれが現実化しているという現象がみられること、を挙げている。

15 そこでまず、右(1)及び(2)の点について考えるのに、本件学力調査における生徒に対する試験という方法が、あくまでも生徒の一般的な学力の程度を把握するためのものであつて、個々の生徒の成績評価を目的とするものではなく、教育活動そのものとは性格を異にするものであることは、さきに述べたとおりである。もつとも、試験という形態をとる以上、前者の目的でされたものが後者の目的に利用される可能性はあり、現に本件学力調査においても、試験の結果を生徒指導要録に記録させることとしている点からみれば、両者の間における一定の結びつきの存在を否定することはできないけれども、この点は、せつかく実施した試験の結果を生徒に対する学習指導にも利用させようとする指導、助言的性格のものにすぎないとみらるべきであるから、以上の点をもつて、文部省自身が教育活動を行つたものであるとすることができないのももちろん、教師に対して一定の成績評価を強制し、教育に対する実質的な介入をしたものとする点も、相当ではない。また、試験実施のために試験当日限り各中学校における授業計画の変更を余儀なくされることになるとしても、右変更が年間の授業計画全体に与える影響についてみると、それは、実質上各学校の教育内容の一部を強制的に変更させる意味をもつほどのものではなく、前記のような本件学力調査の必要性によつて正当化することができないものではないのである。

20 次に、(3)の点について考えるのに、原判決は、本件学力調査の結果として、全国の中学校及びその教師の間には、学習指導要領の指示するところに従つた教育を行う風潮を生じさせ、教師の教育の自由が阻害される危険性があることをいうが、もともと右学習指導要領自体が全体としてみて中学校の教育課程に関する基準の設定として適法なものであり、これによつて必ずしも教師の教育の自由を不当に拘束するものとは認められないことはさきに述べたとおりであるのみならず、本件学力調査は、生徒の一般的な学力の実態調査のために行われたもので、学校及び教師による右指導要領の遵守状況を調査し、その結果を教師の勤務評価にも反映させる等して、間接にその遵守を強制ないしは促進するために行われたのではなく、右指導要領は、単に調査のための試験問題作成上の基準として用いられたにとどまっているのである。もつとも、右調査の実施によつて、原判決の指摘するように、中学校内の各クラス間、各中学校間、更には市町村又は都道府県間における試験成績の比較が行われ、それがはねかえつてこれらのもの間の成績競争の風潮を生み、教育上必ずしも好ましくない状況をもたらす、また、教師の真に自由で創造的な教育活動を畏縮させるおそれが絶無であるとはいえず、教育政策上はたして適当な措置であるかどうかについては問題がありうべく、更に、前記のように、試験の結果を生徒指導要録の標準検査の欄に記録させることとしている点については、特にその妥当性に批判の余地があるとしても、本件学力調査実施要綱によれば、同調査においては、試験問題の程度は全体として平易なものとし、特別の準備を要しないものとする点とされ、また、個々の学校、生徒、市町村、都道府県についての調査結果は公表しないこととされる等一応の配慮が加えられていたことや、原判決の指摘する危険性も、教師自身を含めた教育関係者、父母、その他社会一般の良識を前提とする限り、それが全国的に現実化し、教育の自由が阻害されることとなる可能性がそれほど強いとは考えられないこと(原判決の挙げている一部の県における事例は、むしろ例外的現象とみるべきである。)等を考慮するときは、法的見地からは、本件学力調査を目して、前記目的のための必要性をもつてしては正当化することができないほどの教育に対する強い影響力、支配力をもち、教基法一〇条にいう教育に対する「不当な支配」にあたるものとする点については、相当ではなく、結局、本件学力調査は、その調査の方法において違法であるということとはできない。

40 (四)以上説示のとおりであつて、本件学力調査には、教育そのものに対する「不当な支配」として教基法一〇条に違反する違法があるとすることはできない。

5 本件学力調査と教育の地方自治

55 なお、原判決は、文部大臣が地教委をして本件のような調査を実施させたことは、現行教育法制における教育の地方自治の原則に反するものを含むとして、この点からも本件学力調査の適法性を問題としているので、最後にこの点について判断を加える。

(一) 思うに、現行法制上、学校等の教育に関する施設の設置、管理及びその他教育に関する事務は、普通地方公共団体の事務とされ(地方自治法二条三項五号) 公立学校における教育に関する権限は、当該地方公共団体の教育委員会に属するとされる(地教行法二三条、三二条、四三条等)等、教育に関する地方自治の原則が採用されているが、これは、戦前におけるような国の強い統制の下における全国的な画一的教育を排して、それぞれの地方の住民に直結した形で、各地方の実情に適応した教育を行わせるのが教育の目的及び本質に適合するとの観念に基づくものであつて、このような地方自治の原則が現行教育法制における重要な基本原理の一つをなすものであることは、疑いをいれない。そして、右の教育に関する地方自治の原則からすれば、地教委の有する教育に関する固有の権限に対する国の行政機関である文部大臣の介入、監督の権限に一定の制約が存することも、原判決の説くとおりである。このような制限は、さまざまの関係において問題となりうべく、前記中学校学習指導要領の法的効力に関する問題もその一つであるが、この点についてはすでに触れたので、以下においては、本件学力調査において、文部大臣が地教行法五四条二項によつては地教委にその調査の実施を要求することができないにもかかわらずこれを要求し、地教委をしてその実施に至らせたことが、教育に関する地方自治の原則に反するものとして実質的違法性を生じさせるものであるかどうかを、検討する。

(二) 文部大臣は、地教行法五四条二項によつては地教委に対し本件学力調査の実施をその義務として要求することができないことは、さきに三において述べたとおりであり、このような要求をすることが教育に関する地方自治の原則に反することは、これを否定することができない。しかしながら、文部大臣の右要求行為が法律の根拠に基づかないものであるとしても、そのために右要求に応じて地教委がした実施行為が地方自治の原則に違反する行為として違法となるかどうかは、おのずから別個の問題である。思うに、文部大臣が地教行法五四条二項によつて地教委に対し本件学力調査の実施を要求することができるの見解を示して、地教委にその義務の履行を求めたとしても、地教委は必ずしも文部大臣の右見解に拘束されるものではなく、文部大臣の右要求に対し、これに従うべき法律上の義務があるかどうか、また、法律上の義務はないとしても、右要求を一種の協力要請と解し、これに応ずるのを妥当とするかどうかを、独自の立場で判断し、決定する自由を有するのである。それ故、地教委が文部大臣の要求に応じてその要求にかかる事項を実施した場合には、それは、地教委がその独自の判断に基づきこれに応ずべきものと決定して実行に踏み切つたことに帰着し、したがつて、たとえ右要求が法律上の根拠をもたず、当該地教委においてこれに従う義務がない場合であつたとしても、地教委が当該地方公共団体の内部において批判を受けることは格別、窮極的にはみずからの判断と意見に基づき、その有する権限の行使としてした実施行為がそのために実質上違法となるべき理はないというべきである。それ故、本件学力調査における調査の実施には、教育における地方自治の原則に反する違法があるとはできない。

五 結び

以上の次第であつて、本件学力調査には、手続上も実質上も違法はない。

そうすると、齋藤校長の本件学力調査の実施は適法な公務の執行であつて、同校長がこのような職務を執行するにあたりこれに対して暴行を加えた本件行為は公務執行妨害罪を構成すると解するのが、相当である。……

5

事件の概要

日本社会党所属の衆議院議員（その後、民主党所属の参議院議員）であるY₁（竹村泰子）は、1985（昭和60）年11月21日の衆議院社会労働委員会において、医療法の一部を改正する法律案（第101回国会閣法第67号）の審査において、政府に対する質疑の中で、次のような発言を行った。

10 「蒔田病院というのは札幌市北区にあります病院ですけれども、ここではまず問題点が本当にたくさんあるのです。すべての悪がここにあると言ってもいいくらいこの病院にはあるわけなのです。……レントゲンの無資格撮影、エックス線技師はいたことがない。薬剤の無資格調剤、薬剤師が全くいない期間がありました。……点滴などの水増し請求があります。……オーバーベッドです。定床過剰ですね。……保健所がこの間十一回立ち入り指導をしているわけですけれども、この保健所の忠告は全く無視をした。看護婦は二十四人必要だけれども十四人しかいない。医師は三人必要だけれども院長一人だった。ある女性患者は一度も院長の顔を見ずに退院したという証言もあります。……医療内容なんですけれども、……監査の前に二百枚のカルテを書きなぐるそうであります。監査を予告いたしますから、十分その時間があるわけです。そしてこの院長さんは、……検査結果が全く読めない。心電図も読めない。回診のときカルテを持たない。勧めたらどなられた。院長の回診は月一回とか、ひどいときは二カ月もやらない。入院の際に院長が直接診断したことはほとんどなく、病名は看護士や看護婦さんがつけていた。処置はパターン化してあってカルテの記入も自分たちがやると職員の方は言うておられます。……少し院長の異常性を申し上げておきますと、安定剤をいつもポケットにばらにして入れていて、お菓子のようにはりばり食べていた。分裂症の薬を飲んでいるという、これはうわさです。それから千鳥足で歩く。倒れそうで倒れない。一日じゅうぼうっとしている。院長が患者に暴行をして周りがとめた。患者の収容にやくざ出身の患者を同行した。足元がふらつき、目がおかしい。電話を壁に投げつけるらしく、清掃婦さんがそう言っている、壁は傷だらけである。こういうふうには、枚挙にいとまがないほど大変な院長さんが今この病院を現実に経営しておられるわけです。……〔院長が〕五名の女性患者に対して破廉恥な行いをしておられるのです。一人の方を申し上げますと、この方は、Aさんと言っておきますけれども、一番最初、お昼間一階の診察室へ来いと言われた。雑談をしているうちにズボンを下げて性行為を強制しようとした。二回目は抵抗できなかった。三回目はベッドに寝かされて無理やり性行為をさせられてしまった。これは強姦ですよ。四回目は夜中に懐中電灯を持って病室へ来て手を引っ張って行っていったはずをした。このAさんという方は、十八歳で入院して、シンナー、薬物で入っていた方です。朝、昼、晩と寝るとき安定剤を飲まされ、保護室では一週間点滴を受けた、こういう方なのです。Aさんのほかに四人の被害者がおります。……この院長さん、白昼堂々とこういうことまでやっておられるのです。こういう院長はほっておけないじゃないですか。……こういうふうには蒔田病院のことをいろいろと調べてきますと、言い過ぎかもしれませんが、けれども、院長は普通の精神状態ではないのではないかと、こんなことが普通の人間にできますか。精神鑑定の必要があると思いますけれども……」

翌日、B（蒔田病院院長）は自殺した。

40 Bの妻Xは、Y₁の本件発言によりBの名誉が毀損され、Bが自殺に追い込まれたとして、Y₁に対しては、民法709条及び710条に基づき、Y₂（国）に対しては、国家賠償法1条に基づき、総額1億円の損害賠償を請求した。第1審（札幌地判平成5年7月16日判例時報1484号115頁）、控訴審（札幌高判平成6年3月15日民集51巻8号3881頁）ともに、Xの請求を棄却したので、Xが上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

45 上告人の上告理由第一点について

一 本件は、被上告人竹村泰子が国会議員として行った本件発言により、上告人の夫……の名誉が毀損され、同人が自殺に追い込まれたとして、上告人が、被上告人竹村に対しては民法七〇九条、七一〇条に基づき、被上告人国に対しては国家賠償法一条に基づき、それぞれ損害賠償を求めている事件である。……

50 二 所論は、特定の者を誹謗するにすぎない本件発言は、憲法五一条が規定する「演説、討論又は表決」に該当しないのに、原審が上告人の被上告人竹村に対する請求を排斥したのは不当であるというものである。

しかしながら、前記の事実関係の下においては、本件発言は、国会議員である被上告人竹村によって、国会議員としての職務を行うにつきされたものであることが明らかである。そうすると、仮に本件発言が被上告人竹村の故意又は過失による違法な行為であるとしても、被上告人国が賠償責任を負うことがあるのは格別、公務員である被上告人竹村個人は、上告人に対してその責任を負わないと解すべきである……。したがって、本件発言が憲法五一条に規定する「演説、討論又は表決」に該当するかどうかを論ずるまで

もなく、上告人の被上告人竹村に対する本訴請求は理由がない。これと同旨の理由により右請求を排斥すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる。……

同第二点について

一 国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責めに任ずることを規定するものである。そして、国会でした国会議員の発言が同項の適用上違法となるかどうかは、その発言が国会議員として個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背してされたかどうかの問題である。

二 ところで、国会は、国権の最高機関であり、憲法改正の発議・提案、立法、条約締結の承認、内閣総理大臣の指名、弾劾裁判所の設置、財政の監督など、国政の根幹にかかわる広範な権能を有しているのであるが、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を、その構成員である国会議員の自由な討論を通して調整し、究極的には多数決原理によって統一的国家意思を形成すべき役割を担うものであり、国会がこれらの権能を有効、適切に行使するために、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのである。

そして、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会議員の立法行為そのものは、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法行為を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法上の違法の評価は受けないといふべきであるが（最高裁昭和……六〇年一月二日第一小法廷判決・民集三九巻七号一五二頁）この理は、独り立法行為のみならず、条約締結の承認、財政の監督に関する議決など、多数決原理により統一的国家意思を形成する行為一般に妥当するものである。

これに対して、国会議員が、立法、条約締結の承認、財政の監督等の審議や国政に関する調査の過程で行う質疑、演説、討論等（以下「質疑等」という。）は、多数決原理により国家意思を形成する行為そのものではなく、国家意思の形成に向けられた行為である。もとより、国家意思の形成の過程には国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益が反映されるべきであるから、右のような質疑等においても、現実社会に生起する広範な問題が取り上げられることになり、中には具体的事例に関する、あるいは、具体的事例を交えた質疑等であるがゆえに、質疑等の内容が個別の国民の権利等に直接かかわることも起こり得る。したがって、質疑等の場面においては、国会議員が個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うこともあり得ないではない。

しかしながら、質疑等は、多数決原理による統一的国家意思の形成に密接に関連し、これに影響を及ぼすべきものであり、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を反映させるべく、あらゆる面から質疑等を尽くすことも国会議員の職務ないし使命に属するものであるから、質疑等においてどのような問題を取り上げ、どのような形でこれを行うかは、国会議員の政治的判断を含む広範な裁量にゆだねられている事柄とみるべきであって、たとえ質疑等によって結果的に個別の国民の権利等が侵害されることになったとしても、直ちに当該国会議員がその職務上の法的義務に違背したとはいえないと解すべきである。憲法五一条は、「両議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。」と規定し、国会議員の発言、表決につきその法的責任を免除しているが、このことも、一面では国会議員の職務行為についての広い裁量の必要性を裏付けているといふことができる。もっとも、国会議員に右のような広範な裁量が認められるのは、その職権の行使を十全ならしめるという要請に基づくものであるから、職務とは無関係に個別の国民の権利を侵害することを目的とするような行為が許されないことはもちろんであり、また、あえて虚偽の事実を摘示して個別の国民の名誉を毀損するような行為は、国会議員の裁量に属する正当な職務行為とはいえないといふべきである。

以上によれば、国会議員が国会で行った質疑等において、個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずるものではなく、右責任が肯定されるためには、当該国会議員が、その職務とはかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど、国会議員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得るような特別の事情があることを必要とするのが相当である。

三 これを本件についてみるに、前示の事実関係によれば、本件発言が法律案の審議という国会議員の職務に関係するものであったことは明らかであり、また、被上告人竹村が本件発言をするについて同被上告人に違法又は不当な目的があったとは認められず、本件発言の内容が虚偽であるとも認められないとした原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯することができる。したがって、被上告人国の国家賠償法上の責任を否定した原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

5

事件の概要

1951(昭和26)年4月の統一地方選挙において、いわゆる在宅投票制度が悪用され、選挙無効及び当選無効の争訟が続出したため、国会は、公職選挙法の一部を改正する法律(昭和27年法律第307号)を制定し、これにより在宅投票制度が廃止された。

10 けがのため歩行はもとより車椅子に乗ることすら困難であったX(佐藤享如)は、在宅投票制度が廃止されたため、1968(昭和43)年から1972(昭和47)年までの間に施行された合計8回の選挙に際して、投票できなかった。これにより、Xは精神的損害を受けたとして、国家賠償法1条1項に基づき、Y(国)に対して、損害賠償を請求した。

15 第1審は、Xの請求を一部認容した(札幌地小樽支判昭和49年12月9日判時762号8頁)ものの、控訴審は、原判決を取り消し、請求を棄却した(札幌高判昭和53年5月24日)ので、Xが上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

20 二 上告人の本訴請求は、在宅投票制度は在宅選挙人に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であり、これを廃止して復活しない本件立法行為は、在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ、憲法一三条、一五条一項及び三項、一四条一項、四四條、四七條並びに九三條の規定に違反するもので、国会議員による違法な公権力の行使であり、上告人はそれが原因で前記八回の選挙において投票することができず、精神的損害を受けたとして、国家賠償法一条一項の規定に基づき被上告人に対し右損害の賠償を請求するものである。

25 三 国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別に国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ。)が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲法の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。

30 そこで、国会議員が立法に関して個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかをみるに、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実面的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治の評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば、立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法五一条が、「両議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問われない。」と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるから

35 40 45 50

以上のとおりであるから、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。

四 これを本件についてみると、前記のとおり、上告人は、在宅投票制度の設置は憲法の命ずるところで

あるとの前提に立つて、本件立法行為の違法を主張するのであるが、憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえつて、その四七条は「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである（昭和……三九年二月五日大法廷判決・民集一八巻二号二七〇頁、昭和……五一年四月一四日大法廷判決・民集三〇巻三号二二三頁参照）。

そうすると、在宅投票制度を廃止しその後前記八回の選挙までにこれを復活しなかつた本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわざるを得ない。

五 以上のとおりであるから、上告人の本訴請求はその余の点について判断するまでもなく棄却を免れず、本訴請求を棄却した原審の判断は結論において是認することができる。論旨は、原判決の結論に影響を及ぼさない点につき原判決を非難するものであつて、いずれも採用することができない。

15

20

25

30

35

40

45

50

55

5

事件の概要

衆議院議員であった X (苫米地義三) は、第 3 次吉田内閣による 1952 (昭和 27) 年 8 月 28 日の衆議院解散によって、その地位を失った。そこで、X は、この解散が違憲無効であるとして、Y (国) に対し、衆議院議員としての資格の確認を求めるとともに、任期満了までの歳費 28 万 5000 円をを求める訴訟を提起した。

10

X は、この解散が違憲無効である理由として、(1) 衆議院の解散は、憲法 69 条所定の内閣不信任決議を待ってなされなければならないのに、この解散は 7 条のみを根拠としてなされたことと、(2) 7 条解散の場合には、内閣の助言と承認という 2 つの行為が必要であり、その内閣の助言と承認には閣議の全会一致による決定が必要であるにもかかわらず、本件解散の場合には、この閣議決定はなされていないことを挙げた。一方、Y は、衆議院の解散は、(1) 高度に政治性を有するいわゆる統治行為に属し、裁判所の審査権は及ばず、また、(2) かりに司法審査に服するとしても本件解散は適法であるなどと主張した。

15

第 1 審は、この解散を違憲無効とし、X の請求を認容したのに対し (東京地判昭和 28 年 10 月 19 日行集 4 卷 10 号 2540 頁) 控訴審は、解散を合憲と判示し、原判決を取り消して X の請求を棄却した (東京高判昭和 29 年 9 月 22 日行集 5 卷 9 号 2181 頁) 。そこで、X は、これを不服として上告した。

20

最高裁判所の判断 上告棄却

……本件解散無効に関する主要の争点は、本件解散は憲法六九条に該当する場合でないのに単に憲法七条に依拠して行われたが故に無効であるかどうか、本件解散に関しては憲法七条所定の内閣の助言と承認が適法に為されたかどうかの点にあることはあきらかである。

25

しかし、現実に行われた衆議院の解散が、その依拠する憲法の条章について適用を誤つたが故に、法律上無効であるかどうか、これを行うにつき憲法上必要とせられる内閣の助言と承認に瑕疵があつたが故に無効であるかどうかのごときことは裁判所の審査権に服しないものと解すべきである。

30

日本国憲法は、立法、行政、司法の三権分立の制度を確立し、司法権はすべて裁判所の行うところとし (憲法七六条一項) また裁判所法は、裁判所は一切の法律上の争訟を裁判するものと規定し (裁判所法三条一項) これによつて、民事、刑事のみならず行政事件についても、事項を限定せずいわゆる概括的に司法裁判所の管轄に属するものとせられ、さらに憲法は一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを審査決定する権限を裁判所に与えた (憲法八一条) 結果、国の立法、行政の行為は、それが法律上の争訟となるかぎり、違憲審査を含めてすべて裁判所の裁判権に服することとなつたのである。

35

しかし、わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある程度の制約は免れないのであつて、あらゆる国家行為が無制限に司法審査の対象となるものと即断すべきでない。直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである。

40

衆議院の解散は、衆議院議員をしてその意に反して資格を喪失せしめ、国家最高の機関たる国会の主要な一翼をなす衆議院の機能を一時的とはいえ閉止するものであり、さらにこれにつづく総選挙を通じて、新たな衆議院、さらに新たな内閣成立の機縁を為すものであつて、その憲法上の意義は重大であるのみならず、解散は、多くは内閣がその重要な政策、ひいては自己の存続に関して国民の総意を問わんとする場合に行われるものであつてその政治上の意義もまた極めて重大である。すなわち衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であつて、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと解すべきことは既に前段説示するところによつてあきらかである。そして、この理は、本件のごとく、当該衆議院の解散が訴訟の前提問題として主張されている場合においても同様であつて、ひとしく裁判所の審査権の外にありといわなければならない。

45

本件の解散が憲法七条に依拠して行われたことは本件において争いのないところであり、政府の見解は、憲法七条によつて、すなわち憲法六九条に該当する場合でなくとも、憲法上有効に衆議院の解散を行い得るものであり、本件解散は右憲法七条に依拠し、かつ、内閣の助言と承認により適法に行われたものであるとするにはあきらかであつて、裁判所としては、この政府の見解を否定して、本件解散を憲法上無効なものとするにはできないのである。

50

55

されば、本件解散の無効なことを前提とする上告人の本訴請求はすべて排斥を免れないのであつて、上告人の請求を棄却した原判決は、結局において正当であり、上告人の上告は理由がない。

1 1 - 2 警察法改正無効訴訟

最大判昭和 37 年 3 月 7 日民集 16 卷 3 号 445 頁
地方自治法に基く警察予算支出禁止事件

事件の概要

与野党が激しく衝突していた第 19 回国会で、政府は、会期末の 1954 (昭和 29) 年 6 月 2 日、会期延長の方針を決めた。野党は、これに激しく反発し、会期延長を議決するための衆議院本会議を開催させまいと、衆議院議長を議場に入れないよう物理的な抵抗を講じた。議長は、ようやく議場入口から少し入ったところで会期の 2 日間延長を宣し、議場内には賛成の拍手があった。野党側が会期延長は無効であるとして欠席する中で、6 月 7 日、すでに衆議院を通過していた新警察法案 (従来の市町村警察の制度を廃止し、これを都道府県警察に組織変更することを内容とするもの) が参議院でも可決され、成立した。

大阪府議会は、6 月 30 日、新警察法施行に伴い必要となる警察費を含む追加予算を可決したが、大阪府の住民である X (清水嘉市) は、新警察法は無効であり、これに基づく支出は違法であるとして、当該支出の禁止を求めて府監査委員に対して監査請求を行ったが、これが認められなかったため、Y (大阪府知事) に対する違法な警察費の支出禁止を求めて出訴した。X は、その理由として、(1) 混乱の中でなされた 6 月 3 日の衆議院の会期延長の議決は無効であり、したがって、7 日の参議院の議決も無効であるので、新警察法は成立していないことと、(2) 新警察法の定める市町村警察の廃止は、憲法 92 条、94 条に違反することを挙げていた。これに対して、Y は、国会の内部事項は三権分立の原則により国会の自主的な判断にまかされており、また、国会の会期延長の議決の効力の問題は政治問題ないし統治行為であり、裁判所の判断にはなじまないなどと主張した。

第 1 審は、地方自治法 243 条の 2 第 4 項 (当時) により裁判を求めうる「違法な支出」とは、監査委員が監査し、長に措置を求める権限のある事項でなければならないのに、本訴は、議会の議決の違法を争うもので、監査委員の権限の外にあるものであって、裁判を求めることのできる違法な行為には当たらないとして、請求を棄却した (大阪地判昭和 30 年 2 月 15 日判時 47 号 9 頁)。控訴審も、原判決を支持して控訴を棄却したので (大阪高判昭和 30 年 8 月 9 日民集 16 卷 3 号 472 頁) X は上告した。

最高裁判所の判断 上告棄却

原判決が上告人の請求を容れなかつた理由は、地方公共団体の監査委員の権限は長以下の執行機関の行為の適否、当否に限られ、議会の議決の当否に及ばないことは明らかであるとし、地方自治法二四三条の二に基く監査の場合でも監査委員の権限は同様に解すべく、同条による訴訟においても、監査委員の権限以上にわたつて議会の議決そのものの違法までも是正せしめんとするものではなく、本件支出が大阪府議会の議決した予算に基く以上、上告人主張の支出の違法は、裁判所に裁判を求めることのできる違法にあたらぬといふのである。そして上告論旨は、右の趣旨の原判決は法令の解釈を誤つた違法があるといふにある。

地方自治法二四三条の二による住民の監査請求及び訴訟は、地方公共団体の公金または財産に関する長その他の職員の行為を対象とするものであつて、議会の議決の是正を目的とするものでないことは原判示のとおりである。しかしながら、長その他の職員の公金の支出等は、一方において議会の議決に基くことを要するとともに、他面法令の規定に従わなければならないのは勿論であり、議会の議決があつたからというて、法令上違法な支出が適法な支出となる理由はない。原判決は、かかる場合には、同法五章に定める議会の解散請求によつて解すべきものと考えが如くであるが、同法が二四三条の二を五章とは別に規定した趣旨は、かかる直接請求の方法ではならず、個々の住民に、違法支出等の制限、禁止を求める手段を与え、もつて、公金の支出、公財産の管理等を適正ならしめるものと解するのが相当である。かく解するならば、監査委員は、議会の議決があつた場合にも、長に対し、その執行につき妥当な措置を要求することができないわけではないし、ことに訴訟においては、議決に基くものでも執行の禁止、制限等を求めることができるものとしなければならない。原判決が本件支出について大阪府議会の議決があつた一事をもつて直ちに上告人の請求を棄却すべきものとしたのは法令の解釈を誤つた違法があるといわなければならない。以上の点について、論旨は理由があるものといふことができる。

よつて記録に基き、上告人が本件支出を違法と主張する理由を見るに、上告人は、……警察法が無効である旨を主張し、無効な法律に基く支出なるが故に違法である旨を主張するのである。そして上告人が右警察法を無効と主張する理由は、同法を議決した参議院の議決は無効であつて同法は法律としての効力を生ぜず、また、同法は、その内容において、憲法九二条にいう地方自治の本旨に反し無効であるといふの

1 である。しかしながら、同法は両院において議決を経たものとされ適法な手続によつて公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきでない。従つて所論のような理由によつて同法を無効とすることはできない。次に、
5 上告人は、同法はその内容において憲法九二条に反するというのであるが、同法が市町村警察を廃し、その事務を都道府県警察に移したからといつて、そのことが地方自治の本旨に反するものと解されないから、同法はその内容が憲法九二条に反するものとして無効な法律といいえない。

以上説明のように警察法は無効でなく、上告人は他に本件支出の違法原因を主張するものでないから、上告人の本訴請求は、請求自体理由がないものといわなければならない。前述のように、地方自治法二四
10 三条の二についての原判決の解釈には誤りがあるものといふことができるけれども、原判決が結論において上告人の請求を容れなかつたのは正当であり、結局、本件上告は理由がないことに帰する。

15

20

25

30

35

40

45

50

55

1 2 - 1 徳島市公安条例事件

1

最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁
 集団行進及び集団示威運動に関する徳島市条例違反、道路交通法違反被告事件

5

事件の概要

総評（日本労働組合総評議会）の専従職員で徳島県反戦青年委員会幹事のY（寺前学）は、1968（昭和43）年12月10日、徳島県反戦青年委員会主催の「B52、松茂・和田島基地撤去、騒乱罪粉碎、安保推進内閣打倒」を掲げてなされた集団示威行進に、青年や学生約300名とともに参加したが、先頭集団が車道上で蛇行進を行い交通秩序の維持に反する行為をした際、自らも蛇行進をしたり、先頭列外付近に位置して笛を吹いたり両手を上げて前後に振るなどして、集団行進者に蛇行進をするよう煽動した。集団示威行進に対する道路使用許可には、「だ行進をするなど交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」との条件が付されていたにもかかわらず、これに違反したため、(1)Yが自ら蛇行進した点が道路交通法77条3項、119条1項13号違反に該当し、また、(2)集団行進の参加者を対し蛇行進するよう煽動したことが、徳島市の「集団行進及び集団示威運動に関する条例」3条3項、5条違反に該当するとして起訴された。

10

15

第1審は、道路交通法については有罪、条例については、3条3号、5条の規定が刑罰法令として明確性を欠き、憲法31条に違反するので無効であるとして無罪とした（徳島地判昭和47年4月20日刑月4巻4号779頁）ので、検察官が控訴した。しかし、控訴審でも棄却された（高松高判昭和48年2月19日刑集29巻8号570頁）ため、さらに上告がなされた。

20

最高裁判所の判断 原判決・第1審判決破棄、自判（罰金1万円）

一 本条例三条三号、五条と道路交通法七十七条、一一九条一項一三号との関係について

道路交通法は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的として制定された法律であるが、同法七十七条一項は、「次の各号のいずれかに該当する者は、それぞれ当該各号に掲げる行為について」所轄警察署長の許可を受けなければならないとし、その四号において、「前各号に掲げるもののほか、道路において祭礼行事をし、又はロケーションをする等一般交通に著しい影響を及ぼすような通行の形態若しくは方法により道路を使用する行為又は道路に人が集まり一般交通に著しい影響を及ぼすような行為で、公安委員会が、その土地の道路又は交通の状況により、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図るため必要と認めて定めたものをしてしようとする者」と規定し、同条三項は、一項の規定による許可をする場合において、必要があると認めるときは、所轄警察署長は、当該許可に道路における危険を防止しその他交通の安全と円滑を図るため必要な条件を付することができるとし、同法一一九条一項一三号は、七十七条三項により警察署長が付した条件に違反した者に対し、これを三月以下の懲役又は三万円以下の罰金に処する旨の罰則を定めている。そして、徳島県においては、徳島県公安委員会が、右規定により許可を受けなければならない行為として、徳島県道路交通施行細則……一一三条三において、「道路において競技会、踊、仮装行列、パレード、集団行進等をする事」と定めており、本件集団示威行進についても、主催者から所轄徳島東警察署長に対し、道路交通法七十七条一項四号、徳島県道路交通施行細則一一三条三により道路使用許可申請がされ、徳島東警察署長から、「だ行進、うず巻行進、ことさらなかげ足又はおそ足行進、停滞、すわり込み、先行てい団との併進、先行てい団の追越し及びいわゆるフランスデモ等交通秩序を乱すおそれがある行為をしないこと」等四項目の条件を付して、道路使用許可がされている。

25

30

35

40

他方、本条例は、一条において、道路その他公共の場所で集団行進を行おうとするとき、又は場所のいかなを問わず集団示威運動を行おうとするときは、同条一号、二号に該当する場合を除くほか、徳島市公安委員会に届け出なければならないとし、三条において、

「集団行進又は集団示威運動を行おうとする者は、集団行進又は集団示威運動の秩序を保ち、公共の安寧を保持するため、次の事項を守らなければならない。

45

一 官公署の事務の妨害とならないこと。

二 刃物棍棒その他の人の生命及び身体に危害を加えるに使用される様な器具を携帯しないこと。

三 交通秩序を維持すること。

四 夜間の静穏を害しないこと。」

と規定し、五条において、三条の規定等に違反して行われた集団行進又は集団示威運動（以下、「集団行進等」という。）の主催者、指導者又はせん動者に対し、これを一年以下の懲役若しくは禁錮又は五万円以下の罰金に処する旨の罰則を定めている。

50

本件一、二審判決は、憲法九四条、地方自治法一四条一項により、地方公共団体の条例は国の法令に違反することができないから、本条例三条三号の「交通秩序を維持すること」とは道路交通法七十七条三項の道路使用許可条件の対象とされる行為を除くものでなければならないという限定を付したうえ、本条例五条の罰則の犯罪構成要件の内容となる本条例三条三号の規定の明確性の有無につき判断しているのである

55

- 1 が、まず、このような限定を加える必要があるかどうかを検討する。
- 道路交通法は、前述のとおり、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図ること等、道路
交通秩序の維持を目的として制定されたものであり、同法七七条三項による所轄警察署長の許可条件の
付与もかかる目的のためにされるものであることは、多言を要しない。
- 5 これに対し、本条例の対象は、道路その他公共の場所における集団行進及び場所のいかんを問わない集
団示威運動であつて、学生、生徒その他の遠足、修学旅行、体育競技、及び通常の冠婚葬祭等の慣例によ
る行事を除くものである。
- このような集団行動は、通常、一般大衆又は当局に訴えようとする政治、経済、労働問題、世界観等に
関する思想、主張等の表現を含むものであり、表現の自由として憲法上保障されるべき要素を有するの
10 あるが、他面、それは、単なる言論、出版等によるものと異なり、多数人の身体的行動を伴うものであ
つて、多数人の集合体の力、つまり潜在する一種の物理的力によつて支持されていることを特徴とし、した
がつて、それが秩序正しく平穩に行われない場合にこれを放置するときは、地域住民又は潜在者の利益を
害するばかりでなく、地域の平穩をさえ害するに至るおそれがあるから、本条例は、このような不測の事
態にあらかじめ備え、かつ、集団行動を行う者の利益とこれに対立する社会的諸利益との調和を図るため、
15 一条において集団行進等につき事前の届出を必要とするとともに、三条において集団行進等を行う者が遵
守すべき事項を定め、五条において遵守事項に違反した集団行進等の主催者、指導者又はせん動者に対し
罰則を定め、もつて地方公共の安寧と秩序の維持を図つていのである。
- このように、道路交通法は道路交通秩序の維持を目的とするのに対し、本条例は道路交通秩序の維持に
とどまらず、地方公共の安寧と秩序の維持という、より広はん、かつ、総合的な目的を有するのであるか
20 ら、両者はその規制の目的を全く同じくするものとはいえないのである。
- もつとも、地方公共の安寧と秩序の維持という概念は広いものであり、道路交通法の目的である道路交
通秩序の維持をも内包するものであるから、本条例三条三号の遵守事項が単純な交通秩序違反行為をも対
象としているものとすれば、それは道路交通法七七条三項による警察署長の道路使用許可条件と部分的に
は共通する点がありうる。しかし、そのことから直ちに、本条例三条三号の規定が国の法令である道路交
25 通法に違反するという結論を導くことはできない。
- すなわち、地方自治法一四条一項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法二条二項
の事務に関し条例を制定することができる、と規定しているから、普通地方公共団体の制定する条例が国
の法令に違反する場合には効力を有しないことは明らかであるが、条例が国の法令に違反するかどうかは、
両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者
30 の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならぬ。例えば、ある事項について国の法
令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項
についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これにつ
いて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律
する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、
35 その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目
的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣
旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを
容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の
法令に違反する問題は生じえないのである。
- 40 これを道路交通法七七条及びこれに基づく徳島県道路交通施行細則と本条例についてみると、徳島市内
の道路における集団行進等について、道路交通秩序維持のための行為規制を施している部分に関する限り
は、両者の規律が併存競合していることは、これを否定することができない。しかしながら、道路交通法
七七条一項四号は、同号に定める通行の形態又は方法による道路の特別使用行為等を警察署長の許可によ
つて個別に解除されるべき一般的禁止事項とするかどうかにつき、各公安委員会が当該普通地方公共団
45 体における道路又は交通の状況に応じてその裁量により決定するところにゆだね、これを全国的に一律に
定めることを避けているのであつて、このような態度から推すときは、右規定は、その対象となる道路の
特別使用行為等につき、各普通地方公共団体が、条例により地方公共の安寧と秩序の維持のための規制を
施すにあたり、その一環として、これらの行為に対し、道路交通法による規制とは別個に、交通秩序の維
持の見地から一定の規制を施すこと自体を排斥する趣旨まで含むものとは考えられず、各公安委員会は、
50 このような規制を施した条例が存在する場合には、これを勸案して、右の行為に対し道路交通法の前記規
定に基づく規制を施すかどうか、また、いかなる内容の規制を施すかを決定することができるものと解す
るのが、相当である。そうすると、道路における集団行進等に対する道路交通秩序維持のための具体的規
制が、道路交通法七七条及びこれに基づく公安委員会規則と条例の双方において重複して施されている場
合においても、両者の内容に矛盾抵触するところがなく、条例における重複規制がそれ自体としての特別
55 の意義と効果を有し、かつ、その合理性が肯定される場合には、道路交通法による規制は、このような条
例による規制を否定、排除する趣旨ではなく、条例の規制の及ばない範囲においてのみ適用される趣旨の

ものと解するのが相当であり、したがって、右条例をもつて道路交通法に違反するものとするはできない。 1

ところで、本条例は、さきにも述べたように、道路における場合を含む集団行進等に対し、このような社会的行動のもつ特殊な性格にかんがみ、道路交通秩序の維持を含む地方公共の安寧と秩序の維持のための特別の、かつ、総体的な規制措置を定めたものであつて、道路交通法七七条及びこれに基づく徳島県道路交通施行細則による規制とその目的及び対象において一部共通するものがあるにせよ、これとは別個に、それ自体として独自の目的と意義を有し、それなりにその合理性を肯定することができるものである。そしてその内容をも、本条例は集団行進等に対し許可制をとらず届出制をとつているが、それはもとより道路交通法上の許可の必要を排除する趣旨ではなく、また、本条例三条に遵守事項として規定しているところも、のちに述べるように、道路交通法に基づいて禁止される行為を特に禁止から解除する等同法の規定の趣旨を妨げるようなものを含んでおらず、これと矛盾抵触する点はない。もつとも、本条例五条は、三条の規定に違反する集団行進等の主催者、指導者又はせん動者に対して一年以下の懲役若しくは禁錮又は五万円以下の罰金を科するものとしているのであつて、これを道路交通法一九条一項一三号において同法七七条三項により警察署長が付した許可条件に違反した者に対して三月以下の懲役又は三万円以下の罰金を科するものとしておると対比するときは、同じ道路交通秩序維持のための禁止違反に対する法定刑に相違があり、道路交通法所定の刑種以外の刑又はより重い懲役や罰金の刑をもつて処罰されることとなつているから、この点において本条例は同法に違反するものではないかという疑問が出されるかもしれない。しかしながら、道路交通法の右罰則は、同法七七条所定の規制の実効性を担保するために、一般的に同条の定める道路の特別使用行為等についてどの程度に違反が生ずる可能性があるか、また、その違反が道路交通の安全をどの程度に侵害する危険があるか等を考慮して定められたものであるのに対し、本条例の右罰則は、集団行進等という特殊な性格の行動が帯有するさまざまな地方公共の安寧と秩序の侵害の可能性及び予想される侵害の性質、程度等を総体的に考慮し、殊に道路における交通の安全との関係では、集団行進等が、単に交通の安全を侵害するばかりでなく、場合によつては、地域の平穩を乱すおそれすらあることをも考慮して、その内容を定めたものと考えられる。そうすると、右罰則が法定刑として道路交通法には定めのない禁錮刑をも規定し、また懲役や罰金の刑の上限を同法より重く定めておいても、それ自体としては合理性を有するものといふことができるのである。そして、前述のとおり条例によつて集団行進等について別個の規制を行うことを容認しているものと解される道路交通法が、右条例においてその規制を実効あらしめるための合理的な特別の罰則を定めることを否定する趣旨を含んでいるとは考えられないところであるから、本条例五条の規定が法定刑の点で同法に違反して無効であるとはできない。 30

右の次第であつて、本条例三条三号、五条の規定は、道路交通法七七条一項四号、三項、一九条一項一三号、徳島県道路交通施行細則一條三号に違反するものといふことはできないから、本条例三条三号に定める遵守事項の内容についても、道路交通法との関係からこれに限定を加える必要はないものといふべく、したがつて、この点に関する原判決の見解は、これを是認することができない。

二 本条例三条三号、五条の犯罪構成要件としての明確性について 35

次に、本条例三条三号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうかを検討する。

右の規定は、その文言だけからすれば、単に抽象的に交通秩序を維持すべきことを命じているだけで、いかなる作為、不作為を命じているのかその義務内容が具体的に明らかにされていない。全国のいわゆる公安条例の多くにおいては、集団行進等に対して許可制をとりその許可にあつて交通秩序維持に関する事項についての条件の中で遵守すべき義務内容を具体的に特定する方法がとられており、また、本条例のように条例自体の中で遵守義務を定めている場合でも、交通秩序を侵害するおそれのある行為の典型的なものをできるかぎり列挙例示することによつてその義務内容の明確化を図ることが十分可能であるにもかかわらず、本条例がその点についてなんらの考慮を払っていないことは、立法措置として著しく妥当を欠くものがあるといわなければならない。しかしながら、およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。しかし、一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多かれ少なかれ抽象性を有し、刑罰法規もその例外をなすものではないから、禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準といつても、必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできず、合理的な判断を必要とする場合があることを免れない。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである。 55

1 そもそも、道路における集団行進等は、多数人が集団となつて継続的に道路の一部を占拠し歩行その他の形態においてこれを使用するものであるから、このような行動が行われない場合における交通秩序を必然的に何程か侵害する可能性を有することを免れないものである。本条例は、集団行進等が表現の一態様として憲法上保障されるべき要素を有することにかんがみ、届出制を採用し、集団行進等の形態が交通秩序に不可避的にもたらす障害が生じて、なおこれを忍ぶべきものとして許容しているのであるから、本条例三条三号の規定が禁止する交通秩序の侵害は、当該集団行進等に不可避的に随伴するものを指すものでないことは、極めて明らかである。ところが、思想表現行為としての集団行進等は、前述のように、これに参加する多数の者が、行進その他の一体的行動によつてその共通の主張、要求、観念等を一般公衆等に強く印象づけるために行うものであり、専らこのような一体的行動によつてこれを示すところにその本質的な意義と価値があるものであるから、これに対して、それが秩序正しく平穩に行われて不必要に地方公共の安寧と秩序を脅かすような行動にわたらないことを要求しても、それは、右のような思想表現行為としての集団行進等の本質的な意義と価値を失わせしめ憲法上保障されている表現の自由を不当に制限することにはならないのである。そうすると本条例三条が、集団行進等を行おうとする者が、集団行進等の秩序を保ち、公共の安寧を保持するために守らなければならない事項の一つとして、その三号に「交通秩序を維持すること」を掲げているのは、道路における集団行進等が一般的に秩序正しく平穩に行われる場合にこれに随伴する交通秩序阻害の程度を超えた、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為を避すべきことを命じているものと解されるのである。そして、通常の判断能力を有する一般人が、具体的場合において、自己がしようとする行為が右条項による禁止に触れるものであるかどうかを判断するにあつては、その行為が秩序正しく平穩に行われる集団行進等に伴う交通秩序の阻害を生ずるにとどまるものか、あるいは殊更な交通秩序の阻害をもたらすようなものであるかを考えることにより、通常その判断にさほどの困難を感じることはないはずであり、例えば各地における道路上の集団行進等に際して往々みられるだ行進、うず巻行進、すわり込み、道路一杯を占拠するいわゆるフランスデモ等の行為が、秩序正しく平穩な集団行進等に随伴する交通秩序阻害の程度を超えて、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為にあたるものと容易に想到することができるというべきである。

25 さらに、前述のように、このような殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為は、思想表現行為としての集団行進等に不可欠な要素ではなく、したがつて、これを禁止しても国民の憲法上の権利の正当な行使を制限することにはならず、また、殊更な交通秩序の阻害をもたらすような行為であるかどうかは、通常さほどの困難なしに判断しうることであるから、本条例三条三号の規定により、国民の憲法上の権利の正当な行使が阻害されるおそれがあるとか、国又は地方公共団体の機関による恣意的な運用を許すおそれがあるとは、ほとんど考えられないのである（なお、記録上あらわれた本条例の運用の実態をみても、本条例三条三号の規定が、国民の憲法上の権利の正当な行使を阻害したとか、国又は地方公共団体の機関の恣意的な運用を許したとかいう弊害を生じた形跡は、全く認められない）。

30 このように見てくると、本条例三条三号の規定は、確かにその文言が抽象的であるとのそしりを免れないとはいへ、集団行進等における道路交通の秩序遵守についての基準を読みとることが可能であり、犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠き憲法三一条に違反するものとはいえないから、これと異なる見解に立つ原判決及びその維持する第一審判決は、憲法三一条の解釈適用を誤つたものというべく、論旨は理由がある。

40 1 2 - 2 奈良県ため池条例事件

最大判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 卷 5 号 521 頁
ため池の保全に関する条例違反被告事件

45 事件の概要

奈良県には、1 万 3000 近くのため池（かんがい用貯水池）があったが、ため池の破壊・決壊等による災害が、その所有者だけではなく、一般住民や滞在者の生命・財産にまで多大の損傷を及ぼすものであることが考慮され、ため池の保全に関する条例が制定された。

50 奈良県磯城郡田原本町大字唐古にある唐古池という名のため池は、付近地域に住む農家の共有ないし総有であり、その貯水は、付近地域の耕地のかんがい用に用いられていた。昔から付近地域に住む 27 名は、唐古池周囲の堤とうを、竹、果樹、茶などの農作物の栽培に使用していたが、この条例の施行に伴い、Y₁（飯田甚太郎）、Y₂（飯田隆徳）及び Y₃（松村政一）以外の住民は、任意に堤とうの使用を中止した。にもかかわらず、条例施行から数年間、Y₁~Y₃は、ため池の堤とう地を耕作していた。そこで、Y₁~Y₃の行為が「ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く。）を設置する行為」を禁止する条例 4 条 2 号に該当するものとして起訴された。

Y₁~Y₃は、唐古池が条例にいう「ため池」には該当しないと主張するとともに、条例をもってため池周囲の私有地である堤とうに対する私有財産権の内容を制限することは憲法29条に違反すると主張したが、第1審は、Y₁~Y₃の請求を棄却した（葛城簡判昭和35年10月4日刑集17巻5号572頁）。しかし、控訴審では、条例をもって財産権の内容を制限することは、法律によるべきことを定めた憲法29条2項に違反し、また、補償なしに財産権を制限することは同条3項にも違反するとして、Y₁~Y₃を無罪とした（大阪高判昭和36年7月13日判時276号33頁）。そこで、検察側が上告した。

最高裁判所の判断 原判決破棄、差戻し

一 先ず、本条例制定の趣旨および本件において問題となつている本条例の条項の法意を考えてみるに、記録によると、奈良県においては、一三、〇〇〇に余まるかんがいの用に供する貯水池が存在しているが、県下ならびに他府県下における貯水池の破損、決かい等による災害の事例に徴し、その災害が単に所有者にとどまらず、一般住民および滞在者の生命、財産にまで多大の損傷を及ぼすものであることにかんがみ、且つ、貯水池の破損、決かいの原因調査による科学的根拠に基づき、本条例を制定公布したものであることを認めることができる。そして、本条例は、「ため池の破損、決かい等に因る災害を未然に防止するため、ため池の管理に関し必要な事項を定めることを目的」（一条）とし、本条例においてため池とは、「かんがいの用に供する貯水池であつて、えん堤の高さが三米以上のもの又は受益農地面積が一町歩以上のものをいう」（二条一号）とされているところ、本条例四条においては、右一条の目的を達成するため、右二条のため池に関し、何人も「ため池の余水はきの溢流水の流去に障害となる行為」（一号）、「ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く。）を設置する行為」（二号）、「前各号に掲げるものの外、ため池の破損又は決かいの原因となる行為」（三号）をしてはならないとすると共に、同九条においては、右「第四条の規定に違反した者は、三万円以下の罰金に処する」ものとしている。すなわち、本条例四条は、ため池の破損、決かい等による災害を防止し、地方公共の秩序を維持し、住民および滞在者の安全を保持するために、ため池に関し、ため池の破損、決かいの原因となるような同条所定の行為をすることを禁止し、これに違反した者は同九条により処罰することとしたものであつて、結局本条例は、奈良県が地方公共団体の条例制定権に基づき、公共の福祉を保持するため、いわゆる行政事務条例として地方自治法二条二項、一四条一項、二項、五項により制定したものであることが認められる。また、本条例三条によれば、国または地方公共団体が管理するため池には同五条ないし八条は適用しないが、しからざるため池には、ひろく本条例が適用されることとなつているから、本条例は、地方自治法二条三項一号、二号の事務に関するものと認められるところ、原判決の認定したところによれば、本件唐古池と称するため池は、周囲の堤とう六反四畝二八歩と共に、登記簿上は、奈良県磯城郡田原本町大字唐古居住の松川富雄、上島武雄両名の所有名義となつているが、実質上は、同大字居住農家の共有ないし総有とみるべきもので、その貯水は、同大字の耕地のかんがいの用に供され、受益農地面積は、三〇町歩以上に及び、その管理は、同大字の総代が当つているもので、周囲の堤とうは、同大字居住者約二七名において、父祖の代から引き続いて竹、果樹、茶の木その他農作物の栽培に使用し、被告人らもまた同様であつたが、本条例の施行により、被告人らを除く他の者は、任意に栽培を中止したことが認められるというのである。しからば本件ため池は、国または地方公共団体が自ら管理するものでないことが明らかであるから、本条例は、本件に関する限り、地方自治法二条三項一号の事務に関するものであり、また、ため池の破損、決かい等による災害の防止を目的としているから、同法二条三項八号の事務に関するものである（原判決が、本件に関し、本条例を同法二条三項二号の事務に関するものとし、これを前提として本条例の違憲、違法をいう点は、前提において誤つている。）。なお、本条例四条各号は、同条項所定の行為をすることを禁止するものであつて、直接には不作為を命ずる規定であるが、同条二号は、ため池の堤とうの使用に関し制限を加えているから、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者に対しては、その使用を殆んど全面的に禁止することとなり、同条項は、結局右財産上の権利に著しい制限を加えるものであるといわなければならない。

しかし、その制限の内容たるや、立法者が科学的根拠に基づき、ため池の破損、決かいを招く原因となるものと判断した、ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、または建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く）を設置する行為を禁止することであり、そして、このような禁止規定の設けられた所以のものは、本条例一条にも示されているとおり、ため池の破損、決かい等による災害を未然に防止するにあると認められることは、すでに説示したとおりであつて、本条例四条二号の禁止規定は、堤とうを使用する財産上の権利を有する者であると否とを問わず、何人に対しても適用される。ただ、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例一条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきである。すなわち、ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであつて、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にあるものというべく、従つて、これらの

1 行為を条例をもつて禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとはいえないし、
また右条項に規定するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存在していないのであるから、
これを条例で定めたからといって、違憲または違法の点は認められない。更に本条例九条は罰則を定めて
5 いるが、それが憲法三一条に違反するものでないことは、当裁判所の判例（昭和……三七年五月三〇日大
法廷判決、刑集一六巻五号五七七頁）の趣旨とするところである。

なお、事柄によつては、特定または若干の地方公共団体の特殊な事情により、国において法律で一律に
定めることが困難または不適當なことがあり、その地方公共団体ごとに、その条例で定めることが、容易
且つ適切なことがある。本件のような、ため池の保全の問題は、まさにこの場合に該当するというべきで
ある。

10 それ故、本条例は、憲法二九条二項に違反して条例をもつては規定し得ない事項を規定したものではな
く、これと異なる判断をした原判決は、憲法の右条項の解釈を誤つた違法があるといわなければならない。
二 次に、原判決は、条例をもつて権利の行使を強制的に制限または停止するについては、権利者の損失
を補償すべきであるにかかわらず、本件において補償を与えた形跡が存在しないことも本条例を被告人ら
15 に適用し難い一理由としているのであるが、さきに説示したとおり、本条例は、災害を防止し公共の福祉
を保持するためのものであり、その四条二号は、ため池の堤とうを使用する財産上の権利の行使を著しく
制限するものではあるが、結局それは、災害を防止し公共の福祉を保持する上に社会生活上已むを得ない
ものであり、そのような制約は、ため池の堤とうを使用し得る財産権を有する者が当然受忍しなければなら
ない責務というべきものであつて、憲法二九条三項の損失補償はこれを必要としないと解するのが相当
20 である。この点に関する原判決の判断は、前提において誤つているのみならず、結局憲法二九条三項の解
釈を誤つた違法あるを免れない。

25

30

35

40

45

50

55

1 3 - 1 砂川事件

1

最大判昭和 34 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 頁
日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定に伴う刑事特別法違反被告事件

5

事件の概要

1957 (昭和 32) 年 7 月 8 日、米軍の駐留と立川飛行場の使用に反対する基地拡張反対同盟員、それを支援する各種労働組合員や学生団体員など 1000 名以上の集団が、境界柵外に集合し、その中の一部の者が境界柵を数十メートルにわたって破壊した。Y (坂田茂) ら 7 人は、この集団に参加していた者であるが、他の参加者約 300 名とともに午前 10 時 30 分頃から同 11 時 30 分頃までの間に、正当な理由がないのに、境界柵の破壊された箇所から、米軍が使用する施設であり立入禁止場所であった飛行場内に数メートルにわたって立ち入った。この行為が、「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定に伴う刑事特別法」2 条に違反するとして起訴された。

第 1 審は、Y らの当該行為が刑事特別法 2 条に違反する行為に該当すると判示しながらも、日米安全保障条約に基づく米軍の駐留は憲法上許されないものであることを理由として、刑事特別法 2 条の規定は憲法 31 条に違反する無効な法律であると判断し、Y らに対して無罪を言い渡した (東京地判昭和 34 年 3 月 30 日下刑集 1 卷 3 号 776 頁) ので、検察側が最高裁判所に跳躍上告した。

最高裁判所の判断 原判決破棄、差戻し

原判決は要するに、アメリカ合衆国軍隊の駐留が、憲法九条二項前段の戦力を保持しない旨の規定に違反し許すべからざるものであるということをも前提として、日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定に伴う刑事特別法二条が、憲法三一条に違反し無効であるというのである。

一、まず憲法九条二項前段の規定の意義につき判断する。そもそも憲法九条は、わが国が敗戦の結果、ポツダム宣言を受諾したことに伴い、日本国民が過去におけるわが国の誤つて犯すに至つた軍国主義的行動を反省し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないようにすることを決意し、深く恒久の平和を念願して制定したものであつて、前文および九八条二項の国際協調の精神と相まつて、わが憲法の特徴である平和主義を具体化した規定である。すなわち、九条一項においては「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求」することを宣言し、また「国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」と規定し、さらに同条二項においては、「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力はこれを保持しない。国の交戦権は、これを認めない」と規定した。かくのごとく、同条は、同条にいわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているのであるが、しかしもちろんこれによりわが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではないのである。憲法前文にも明らかなように、われら日本国民は、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようとしてつとめている国際社会において、名誉ある地位を占めることを願い、全世界の国民と共にひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認するのである。しからば、わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない。すなわち、われら日本国民は、憲法九条二項により、同条項にいわゆる戦力は保持しないけれども、これによつて生ずるわが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによつて補ない、もつてわれらの安全と生存を保持しようとしたのである。そしてそれは、必ずしも原判決のいうように、国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができることはもとよりであつて、憲法九条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではないのである。

そこで、右のような憲法九条の趣旨に即して同条二項の法意を考えてみるに、同条項において戦力の不保持を規定したのは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使することにより、同条一項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起こすがごときことのないようにするためであると解するを相当とする。従つて同条二項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として、同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである。二、次に、アメリカ合衆国軍隊の駐留が憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に反するかどうかであるが、その判断には、右駐留が本件日米安全保障条約に基づくものである関係上、結局右条約の内容が憲法の前記条章に反するかどうかの判断が前提とならざるを得ない。

1 しかるに、右安全保障条約は、日本国との平和条約……と同日に締結せられた、これと密接不可分の関係にある条約である。すなわち、平和条約六条（a）項但書には「この規定は、一又は二以上の連合国を一方とし、日本国を他方として双方の間に締結された若しくは締結される二国間若しくは多数国間の協定に基く、又はその結果としての外国軍隊の日本国の領域における駐とん又は駐留を妨げるものではない。」とあつて、日本国の領域における外国軍隊の駐留を認めており、本件安全保障条約は、右規定によつて認められた外国軍隊であるアメリカ合衆国軍隊の駐留に関して、日米間に締結せられた条約であり、平和条約の右条項は、当時の国際連合加盟国六〇箇國中四〇数箇国の多数国家がこれに賛成調印している。そして、右安全保障条約の目的とするところは、その前文によれば、平和条約の発効時において、わが国固有の自衛権を行使する有効な手段を持たない実状に鑑み、無責任な軍国主義の危険に対処する必要上、平和条約がわが国に主権国として集団的安全保障取極を締結する権利を有することを承認し、さらに、国際連合憲章がすべての国が個別のおよび集団的自衛の固有の権利を有することを承認しているのに基づき、わが国の防衛のための暫定措置として、武力攻撃を阻止するため、わが国はアメリカ合衆国がわが国内およびその附近にその軍隊を配備する権利を許容する等、わが国の安全と防衛を確保するために必要な事項を定めるにあることは明瞭である。それ故、右安全保障条約は、その内容において、主権国としてのわが国の平和と安全、ひいてはわが国存立の基礎に極めて重大な関係を有するものというべきであるが、また、その成立に当つては、時の内閣は憲法の条章に基き、米国と数次に亘る交渉の末、わが国の重大政策として適式に締結し、その後、それが憲法に適合するか否かの討議をも含めて衆参両院において慎重に審議せられた上、適法妥当なものとして国会の承認を経たものであることも公知の事実である。

20 ところで、本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする。そして、このことは、本件安全保障条約またはこれに基く政府の行為の違憲なりや否やが、本件のように前提問題となつている場合であると否にかかわらないのである。

30 三、よつて、進んで本件アメリカ合衆国軍隊の駐留に関する安全保障条約およびその三条に基く行政協定の規定の示すところをみると、右駐留軍隊は外国軍隊であつて、わが国自体の戦力でないことはもちろん、これに対する指揮権、管理権は、すべてアメリカ合衆国に存し、わが国がその主体となつてあたかも自国の軍隊に対すると同様の指揮権、管理権を有するものでないことが明らかである。またこの軍隊は、前述のような同条約の前文に示された趣旨において駐留するものであり、同条約一条の示すように極東における国際の平和と安全の維持に寄与し、ならびに一または二以上の外部の国による教唆または干渉によつて引き起こされたわが国における大規模の内乱および騒じようを鎮圧するため、わが国政府の明示の要請に応じて与えられる援助を含めて、外部からの武力攻撃に対する日本国の安全に寄与するために使用することとなつており、その目的は、専らわが国およびわが国を含めた極東の平和と安全を維持し、再び戦争の惨禍が起らないようにすることに存し、わが国がその駐留を許容したのは、わが国の防衛力の不足を、平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼して補なおうとしたものに外ならないことが窺えるのである。

40 果してしからば、かようなアメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない。そしてこのことは、憲法九条二項が、自衛のための戦力の保持をも許さない趣旨のものであると否にかかわらないのである。……

45 しからば、原判決が、アメリカ合衆国軍隊の駐留が憲法九条二項前段に違反し許すべからざるものと判断したのは、裁判所の司法審査権の範囲を逸脱し同条項および憲法前文の解釈を誤つたものであり、従つて、これを前提として本件刑事特別法二条を違憲無効としたことも失当であつて、この点に関する論旨は結局理由あるに歸し、原判決はその他の論旨につき判断するまでもなく、破棄を免かれない。

50

55