

日本國最高法院

裁判選譯

第一輯

司 法 院 印 行

中華民國九十一年十二月

## 序

我國與日本同屬大陸法系國家，復因歷史背景與文化淵源之故，無論法律思想及法治制度，均不乏借鏡取法之處，他山攻錯，資為互補，乃情勢所必然。本院為供實務及學術上之參考，曾於民國七十三年就日本昭和二十二年至四十八年間之日本最高裁判所憲政相關判決編譯成「日本國憲法判例譯本」，合計八冊，後因故中斷，至為可惜。現將近年來該所裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成書，並定名為「日本國最高法院裁判選譯」。

譯述工作，本非易事，而裁判之譯述尤見艱難，良以譯者除須了解裁判之涵義外，尚須對該國法院制度及審判實務運作，有所涉獵，始能臻「信、達、雅」之境界。一部好的翻譯作品，其所產生的深遠影響，絕不亞於原著本身，故譯述工作實任重而道遠。

為求慎重，岳生於本（九十一）年三月初主持本書翻譯小組會議，邀請留學日本回國之法學博士，或精通日語，深具法學造詣人士，分任各篇之譯述工作，並由本院孫大法官森焱、楊大法官慧英、陳大法官計男、曾大法官華松及林大法官永謀參與編譯，共襄盛舉。對於各位法學碩彥及本院大法官不辭辛勞，共同投注心力於此一艱鉅工程，岳生謹藉此表達感佩之意，而此書之成，倘能有助於我國學術交流之增進，與裁判品質之提昇，則尤所企幸！。

岳生

民國九十一年十二月於司法大廈

## II 例言

### 例 言

- 一、本院為供實務及學術上之參考，特將日本國最高法院裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成冊，定名為日本國最高法院裁判選譯。
- 二、本裁判選輯各篇，係邀請留學日本回國任教之法學博士或精通日語、深有法學造詣之人士：張登科、李茂生、林秀雄、林國全、陳榮宗、黃宗樂、蘇惠卿、吳煜宗、吳豪人、李仁森、林素鳳、陳洸岳、蔡秀卿、劉姿汝諸位女士、先生（排名順序如委員簡介表所示）及萬國法律事務所、寰瀛法律事務所、臺灣國際專利法律事務所參與選譯，於本（九十一）年三月五日由翁院長岳生主持翻譯會議，商議選擇具有參考價值之日本最高法院裁判翻譯，並請撰擬裁判要旨、事實及關鍵詞。再由孫大法官森焱、楊大法官慧英、陳大法官計男、曾大法官華松、林大法官永謀就撰擬各項分別為體例上之整理，以求一致。至本裁判選輯譯文之理由部分，因翻譯人士有別，文體未必完全相同，有關翻譯用語及其內容，仍尊重譯者之採擇，未刻意求其一致。
- 三、本書以日本國憲法條文章節次序為編列之順序。每則裁判均註明裁判日期、字號及裁判法庭，惟省略法官姓名。
- 四、本裁判選輯譯文用語如下：
  - （一）原裁判內有關法規、機關名稱、法律用語、職稱，原則上仍使用原用字句，但我國法律有不同用語者，例如「不法行為」譯為「侵權行為」；「法廷」譯為「法庭」；「口頭辯論」則譯為「言詞辯論」。
  - （二）裁判主文部分，我國法院用語與日本實務界用語有若干差異，譯文以日本判例原文用法為準。
  - （三）日語之「裁判所」一詞相當於中文之「法院」。本譯文於標題、裁判要旨及事實係採後者之用語，以求一致，故「最高裁判所」（簡稱為「最高裁」）相當於我國之最高法院，經譯成「最高法院」。惟稱「裁判所」亦符合日语法

律名稱的語感，因此，翻譯學者於理由部分使用「裁判所」者，亦予尊重。

(四) 年號援用日本國之年號，如昭和、平成。(編按：昭和元年相當於西元一九二六年；平成元年相當於西元一九八九年)

五、本裁判選譯之編輯工作係由本院大法官書記處陳處長碧玉、林科長柏君、林專員倍銘、鄭助理伊玲、王助理美慧、楊助理大德、劉助理后安、賴助理恆盈等諸位同仁分任其勞，始告完成，並此附誌。

六、大法官參與編譯之案件如附表。

#### IV 日本國最高法院裁判選譯委員簡介

### 日本國最高法院裁判選譯委員簡介

(按最高行政法院院長、教授、副教授、助理教授及律師事務所之順序依姓氏及律師事務所名稱之筆畫排序)

- 張登科 台灣大學法學碩士、日本國立一橋大學研究、最高行政法院院長
- 李茂生 日本一橋大學法學博士、台灣大學法律學院教授
- 林秀雄 日本明治大學法學博士、政治大學法律學系教授
- 林國全 日本神戶大學法學博士、政治大學法律學系教授
- 陳榮宗 德國 Saarland 大學法學博士、台灣大學法律學院教授
- 黃宗樂 日本大阪大學法學博士、台灣大學法律學系教授借調行政院公平交易委員會主任委員
- 蘇惠卿 日本九州大學法學博士、東吳大學法律學系副教授
- 吳煜宗 日本東北大學法學博士、世新大學法律學系助理教授
- 吳豪人 日本京都大學法學博士、輔仁大學法律學系助理教授
- 李仁淼 日本北海道大學法學博士、中正大學法律學系助理教授
- 林素鳳 日本北海道大學法學博士、中央警察大學法律學系助理教授
- 陳洸岳 日本東京大學法學博士、政治大學法律學系助理教授
- 蔡秀卿 日本名古屋大學法學博士、淡江大學公共行政學系助理教授
- 劉姿汝 日本一橋大學法學博士、中興大學財經法律系助理教授
- 萬國法律事務所 (賴浩敏律師、許懷儷律師)
- 臺灣國際專利法律事務所 (林志剛律師)
- 寰瀛法律事務所 (葉大殷律師、劉志鵬律師、李貞儀律師、陳秋華律師、陳維鈞律師、黃馨慧律師)

## 附 表

參與編譯人	案件名稱
孫大法官森焱	4.違反外國人登錄法案件 按捺指紋制度的合憲性
	5.請求確認扶養兒童津貼受領資格等事件
	6.台灣籍日本兵請求給付補償金事件 國籍條款的合憲性—台灣籍日本兵的損害補償請求事件
	7.被告侵入建築物、妨害公務等案件 受教育的權利與教育權—旭川學力調查事件
	12.請求禁止車內廣告播送事件
	13.因麴町中學「內申書」之記載請求損害賠償事件
	16.因對女性職員是否差別待遇請求確認僱傭關係存在等事件
	19.因董事代表公司為不當之捐獻代位請求董事損害賠償事件
	28.因縣長以公款支付宗教儀式之費用代位請求損害賠償事件
	30.扣押傳播媒體採訪錄影帶案件—TBS採訪自由與錄影帶扣押案件
	36.因煽惑他人拒絕政府收購糧食違反糧食緊急措置令案件 犯罪的煽惑與表現的自由
	37.因煽惑大眾燒燬建築物違反破壞活動防止法案件 破壞活動防止法的煽惑罪與表現的自由
	38.為採訪來源拒絕作證案件

VI 附表

	<b>39.法庭內限制攝影案件</b>
	<b>40.「夕刊和歌山時事」妨害名譽案件</b> 報紙刊載誤信之事實與妨害他人名譽之關連
	<b>41.法院命電視媒體提出在JR博多站拍攝錄影帶案件</b> 採訪自由的限制
	<b>42.海關檢查輸入品事件</b> 海關檢查輸入書籍的合憲性
	<b>43.因張貼傳單違反輕犯罪法案件</b> 張貼傳單與表現自由
	<b>49.請求禁止大阪國際機場夜間飛行等事件</b> 機場噪音公害與人格權—大阪機場公害訴訟
	<b>53.違反貯水池（溜池）保全條例案件</b> 對溜池使用權能限制之合憲性
	<b>55.對代替調解之裁判為特別抗告事件</b> 對純粹民事訴訟事件所為強制調解與公開裁判之原則
	<b>58.請求依人身保護法釋放非經憲法上之法官審理之戰犯事件</b> 人身保護之請求
楊大法官慧英	<b>8.違反酒稅法案件</b>
	<b>11.因隱私權受侵害請求給付慰撫金事件</b>
	<b>17.請求撤銷駁回買回國有財產聲請之處分事件</b> 以事後法變更財產權內容之合憲性
	<b>31.為拒絕借用市民會館請求損害賠償事件</b> 集會自由與市民會館之使用不許可—泉佐野市民會館事件
	<b>33.為資訊公開請求撤銷拒絕公開交際費文書之行政處</b>

	分事件 情報公開與知的權利
	34.請求公開交際費資訊事件
	35.違背法官職務上義務懲戒事件 裁判官的政治運動
	47.違反暴力行為等處罰法律案件 學術自由與大學自治—普普羅事件
	48.因受退學處分請求確認身分事件 私立大學與基本人權—昭和女子大學事件
	50.請求締結供水契約事件 自來水事業拒絕供水於住民之合憲性
陳大法官計男	15.因禁止旁聽時記錄請求國家賠償事件
	27.請求撤銷自衛隊等所為將殉職隊員合祀於縣護國神社之程序事件
	32.違反岐阜縣青少年保護育成條例案件
	44.違反零售商業調整特別措置法案件 實施社會經濟政策之營業規制—依法規範個人經濟活動之合憲性
	51.請求撤銷林地開發許可事件
	52.請求所有權移轉登記等事件 涉外親子關係及先決問題之準據法
	56.對命夫妻同居之裁判為特別抗告事件 依家事審判法為審判之合憲性
	59.違反國家公務員法規定公務員守密義務案件 國家機密與採訪自由—外務省機密電報洩密事件
	60.因受政黨除名處分請求返還房屋等事件 政黨內部自治與司法審查



VIII 附表

	<p><b>61.請求撤銷遣返命令之處分事件</b> 亡命者與政治難民之保護—尹秀吉事件</p>
曾大法官華松	<p><b>1.依住民訴訟之損害賠償請求事件</b> 日本天皇並非行政訴訟及民事訴訟之適格被告</p>
	<p><b>2.請求確認不動產所有權等事件</b> 憲法第九條放棄戰爭之規定與國家私經濟行為之關係—百里基地訴訟</p>
	<p><b>3.因國家發動戰爭請求損害賠償事件</b> 戰俘被遣送返國前其在國外集中營所受苛待損害依憲法國家有無賠償責任</p>
	<p><b>22.因沈默自由受侵害請求損害賠償事件</b> 沈默自由應保障至何種程度始合憲—僱主對受僱勞工所屬政黨調查與思想自由之限界</p>
	<p><b>23.請求撤銷解散宗教法人之處分特別抗告事件</b> 法院依聲請或依職權下令解散宗教法人之合憲性</p>
	<p><b>24.請求確認撥地設置忠魂碑之處分無效等事件</b> 政府購地出借財團法人日本遺族會使用，並指派教育長參加該會慰靈祭之合憲性—住民訴訟事件</p>
	<p><b>25.請求撤銷因拒絕修習劍道課程而遭退學之處分事件</b> 拒絕劍道體育課程之參與所為留級及退學處分是否違法</p>
	<p><b>26.因市長以公款提供開工神道儀式之費用請求填補損害事件</b> 市立體育館建築開工典禮採神道儀式有無違反政教分離之憲法規定意旨</p>
	<p><b>29.因示威遊行違反道路交通法等案件</b> 道路之使用採許可制有無牴觸集會、結社、表現自由等之憲法意旨</p>

林大法官永謀	<b>9.因吸煙自由被侵害請求國家賠償事件</b> 被拘禁者吸菸禁止之合憲性
	<b>10.因閱讀自由受侵害請求損害賠償事件</b> 禁止被羈押者的閱讀自由之合憲性
	<b>14.請求給付國民年金事件</b> 憲法上關於外國人的社會保障
	<b>18.對選舉人名簿不登錄處分聲明異議事件</b> 限制外國人參政權之合憲性
	<b>20.請求刊登道歉啟事事件</b> 道歉啟事與憲法上之良心自由
	<b>21.請求撤銷不許可更新居留期間之處分事件</b> 外國人的政治活動自由之憲法上保障問題
	<b>45.請求撤銷駁回許可經營酒類販賣業申請之處分事件</b> 酒類販賣業申請許可制之合憲性
	<b>46.因輸入生絲受法律限制請求損害賠償事件</b> 輸入限制與憲法經濟活動之自由
	<b>54.請求撤銷宅地買收計畫事件</b> 私有財產「為公共使用」之憲法上意義
	<b>57.請求撤銷依非訟事件程序法所為裁罰事件</b> 依非訟事件程序為罰鍰之裁判之合憲性

# 日本國最高法院裁判選譯

## 第一輯

### 目 錄

#### 第一章 天 皇

第一條（天皇之地位、國民主權）

##### 1.依住民訴訟之損害賠償請求事件

日本天皇並非行政訴訟及民事訴訟之適格被告

台灣國際專利法律事務所譯 ..... 1

#### 第二章 戰爭之放棄

第九條（戰爭之放棄、軍備及交戰權之否認）

##### 2.請求確認不動產所有權等事件

憲法第九條放棄戰爭之規定與國家私經濟行為之關係-百里

基地訴訟

台灣國際專利法律事務所譯 ..... 3

#### 第三章 國民之權利及義務

第十一條（基本人權之享有與本質）

##### 3 因國家發動戰爭請求損害賠償事件

戰俘被遣送返國前其在國外集中營所受苛待損害依憲法國

家有無賠償責任

蘇惠卿、林達峰譯 ..... 16

第十三條（個人之尊重與公共福祉）

<b>4.違反外國人登錄法案件</b>	
按捺指紋制度的合憲性	黃宗樂、劉姿汝譯 ..... 25
<b>5.請求確認扶養兒童津貼受領資格等事件</b>	
	萬國法律事務所賴浩敏、許懷儷譯 ..... 29
<b>6.台灣籍日本兵請求給付補償金事件</b>	
國籍條款的合憲性—台灣籍日本兵的損害補償請求事件	黃宗樂、劉姿汝譯 ..... 35
<b>7.被告侵入建築物、妨害公務等案件</b>	
受教育的權利與教育權—旭川學力調查事件	李仁森譯 ..... 41
<b>8.違反酒稅法案件</b>	台灣國際專利法律事務所譯 ..... 54
<b>9.因吸煙自由被侵害請求國家賠償事件</b>	
被拘禁者吸菸禁止之合憲性	李茂生譯 ..... 56
<b>10.因閱讀自由受侵害請求損害賠償事件</b>	
禁止被羈押者的閱讀自由之合憲性	李茂生譯 ..... 60
<b>11.因隱私權受侵害請求給付慰撫金事件</b>	蘇惠卿譯 ..... 65
<b>12.請求禁止車內廣告播送事件</b>	吳煜宗節譯 ..... 71
<b>13.因麴町中學「內申書」之記載請求損害賠償事件</b>	
	吳煜宗節譯 ..... 74
第十四條（法律上之平等、貴族之禁止、榮典）	
<b>14.請求給付國民年金事件</b>	
憲法上關於外國人的社會保障	吳豪人譯 ..... 77
<b>15.因禁止旁聽時記錄請求國家賠償事件</b>	
	台灣國際專利法律事務所譯 ..... 82
<b>16.因對女性職員是否差別待遇請求確認僱傭關係存在等事件</b>	
	寰瀛法律事務所劉志鵬譯 ..... 92
<b>17.請求撤銷駁回買回國有財產聲請之處分事件</b>	
以事後法變更財產權內容之合憲性	陳沈岳譯 ..... 95
第十五條（公務員之選舉及罷免之權利、公務員之本質、普通選舉、秘密投票之保障）	

## XII 日本國最高法院裁判選譯

### 18.對選舉人名簿不登錄處分聲明異議事件

限制外國人參政權之合憲性 李仁森譯 ..... 111

### 19.因董事代表公司為不當之捐獻代位請求董事損害賠償事件

寰瀛法律事務所李貞儀譯 ..... 116

#### 第十九條（思想及良心之自由）

### 20.請求刊登道歉啟事事件

道歉啟事與憲法上之良心自由 陳洸岳譯 ..... 123

### 21.請求撤銷不許可更新居留期間之處分事件

外國人的政治活動自由之憲法上保障問題  
黃宗樂、劉姿汝譯 ..... 138

### 22.因沈默自由受侵害請求損害賠償事件

沈默自由應保障至何種程度始合憲-僱主對受僱勞工所屬  
政黨調查與思想自由之限界 寰瀛法律事務所陳秋華譯 ..... 146

#### 第二十條（信教之自由）

### 23.請求撤銷解散宗教法人之處分特別抗告事件

法院依聲請或依職權下令解散宗教法人之合憲性  
萬國法律事務所賴浩敏、許懷儷譯 ..... 148

### 24.請求確認撥地設置忠魂碑之處分無效等事件

政府購地出借財團法人日本遺族會使用，並指派教育長參  
加該會慰靈祭之合憲性-住民訴訟事件  
萬國法律事務所賴浩敏、許懷儷譯 ..... 152

### 25.請求撤銷因拒絕修習劍道課程而遭退學之處分事件

拒絕劍道體育課程之參與所為留級及退學處分是否違法  
萬國法律事務所賴浩敏、許懷儷譯 ..... 168

### 26.因市長以公款提供開工神道儀式之費用請求填補損害事件

市立體育館建築開工典禮採神道儀式有無違反政教分離之  
憲法規定意旨 萬國法律事務所賴浩敏、許懷儷譯 ..... 175

### 27.請求撤銷自衛隊等所為將殉職隊員合祀於縣護國神社之程序事件

台灣國際專利法律事務所譯 ..... 195

- 28.因縣長以公款支付宗教儀式之費用代位請求損害賠償事件  
萬國法律事務所賴浩敏、許懷儷譯 ..... 224
- 第二十一條（集會、結社、表現之自由、通信之秘密）
- 29.因示威遊行違反道路交通法等案件  
道路之使用採許可制有無牴觸集會、結社、表現自由等之  
憲法意旨 林素鳳譯 ..... 273
- 30.扣押傳播媒體採訪錄影帶案件—TBS採訪自由與錄影帶扣押案件  
吳煜宗節譯 ..... 277
- 31.為拒絕借用市民會館請求損害賠償事件  
集會自由與市民會館之使用不許可—泉佐野市民會館事件  
林素鳳譯 ..... 280
- 32.違反岐阜縣青少年保護育成條例案件  
台灣國際專利法律事務所譯 ..... 291
- 33.為資訊公開請求撤銷拒絕公開交際費文書之行政處分事件  
情報公開與知的權利 黃宗樂、劉姿汝譯 ..... 302
- 34.請求公開交際費資訊事件 蔡秀卿節譯 ..... 309
- 35.違背法官職務上義務懲戒事件  
裁判官的政治運動 張登科節譯 ..... 319
- 36.因煽惑他人拒絕政府收購糧食違反糧食緊急措置令案件  
犯罪的煽惑與表現的自由 李茂生譯 ..... 326
- 37.因煽惑大眾燒燬建築物違反破壞活動防止法案件  
破壞活動防止法的煽惑罪與表現的自由 李茂生譯 ..... 329
- 38.為採訪來源拒絕作證案件 吳煜宗節譯 ..... 333
- 39.法庭內限制攝影案件 吳煜宗節譯 ..... 337
- 40.「夕刊和歌山時事」妨害名譽案件  
報紙刊載誤信之事實與妨害他人名譽之關連 吳煜宗節譯 ..... 340
- 41.法院命電視媒體提出在JR博多站拍攝錄影帶案件  
採訪自由的限制 吳煜宗節譯 ..... 342
- 42.海關檢查輸入品事件  
海關檢查輸入書籍的合憲性 吳煜宗節譯 ..... 345

XIV 日本國最高法院裁判選譯

43. 因張貼傳單違反輕犯罪法案件

張貼傳單與表現自由 寰瀛法律事務所黃馨慧譯 ..... 349

第二十二條（居住、遷徙及選擇職業之自由，外國移民及脫離國籍之自由）

44. 違反零售商業調整特別措置法案件

實施社會經濟政策之營業規制—依法規範個人經濟活動之合憲性 林國全譯 ..... 352

45. 請求撤銷駁回許可經營酒類販賣業申請之處分事件

酒類販賣業申請許可制之合憲性 林國全譯 ..... 358

46. 因輸入生絲受法律限制請求損害賠償事件

輸入限制與憲法經濟活動之自由 寰瀛法律事務所陳維鈞譯 ..... 366

第二十三條（學問之自由）

47. 違反暴力行為等處罰法律案件

學術自由與大學自治—普普羅事件 吳豪人節譯 ..... 369

48. 因受退學處分請求確認身分事件

私立大學與基本人權—昭和女子大學事件 吳豪人譯 ..... 375

第二十五條（生存權、國家之社會使命）

49. 請求禁止大阪國際機場夜間飛行等事件

機場噪音公害與人格權—大阪機場公害訴訟 黃宗樂、劉姿汝譯 ..... 384

第二十九條（財產權）

50. 請求締結供水契約事件

自來水事業拒絕供水於住民之合憲性 蔡秀卿節譯 ..... 452

51. 請求撤銷林地開發許可事件

蔡秀卿節譯 ..... 455

52. 請求所有權移轉登記等事件

涉外親子關係及先決問題之準據法 林秀雄譯 ..... 460

- 53.違反貯水池（溜池）保全條例案件**  
對溜池使用權能限制之合憲性  
寰瀛法律事務所葉大殷譯 ..... 470
- 54.請求撤銷宅地買收計畫事件**  
私有財產「為公共使用」之憲法上意義 陳泐岳譯 ..... 493  
第三十二條（受裁判之權利）
- 55.對代替調解之裁判為特別抗告事件**  
對純粹民事訴訟事件所為強制調解與公開裁判之原則  
陳榮宗節譯 ..... 495
- 56.對命夫妻同居之裁判為特別抗告事件**  
依家事審判法為審判之合憲性 陳榮宗節譯 ..... 504
- 57.請求撤銷依非訟事件程序法所為裁罰事件**  
依非訟事件程序為罰鍰之裁判之合憲性 陳榮宗節譯 ..... 516  
第三十四條（抑留、拘禁之要件、對不法拘禁之保障）
- 58.請求依人身保護法釋放非經憲法上之法官審理之戰犯事件**  
人身保護之請求 陳泐岳譯 ..... 533

## 第五章 內閣

第七十三條（內閣之職務）

- 59.違反國家公務員法規定公務員守密義務案件**  
國家機密與採訪自由—外務省機密電報洩密事件  
林素鳳節譯 ..... 539

## 第六章 司法

第七十六條（司法權、裁判所、特別裁判所之禁止、裁判官之獨立）



XVI 日本國最高法院裁判選譯

60.因受政黨除名處分請求返還房屋等事件

政黨內部自治與司法審查 台灣國際專利法律事務所譯 ..... 544

第七章 財政

第八章 地方自治

第九章 改正

第十章 最高法規

第九十八條（憲法之最高法規性、條約及國際法規之遵守）

61.請求撤銷遣返命令之處分事件

亡命者與政治難民之保護—尹秀吉事件 吳豪人譯 ..... 548

索引

一、判決名稱索引 ..... 552

二、關鍵詞中日索引 ..... 556

## 一、依住民訴訟之損害賠償請求事件

日本天皇並非行政訴訟及民事訴訟之適格被告  
最高法院平成元年十一月二十日第二小法庭判決  
平成元年（行ツ）一二六號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

日本天皇乃日本國之象徵，亦即日本國民統合之表徵，從而不受行政事件訴訟法及民事訴訟法之支配。列日本天皇為被告，提起住民訴訟，請求其賠償損害，係屬被告當事人不適格，殊欠缺訴訟成立要件，自應為駁回（卻下）之判決。茲竟以訴狀應記載之法定事項，有欠缺為理由，以命令駁回（卻下），其適用法律，顯有錯誤。但第二審法院，既已以判決駁回上訴，亦即認其在原審之訴為無理由，而非起訴不合法，是其應駁回原告之訴則一，自應予維持。本件祇涉及判決有無違背法令問題，核與原告違憲之主張無關，有關違憲之主張，自無庸置論。

### 事 實

日本天皇 A 於一九八八年九月十九日病危，多處地方公共團體乃以公費，先後設立多處住民連署場所，俾住民踴躍連署，祝天皇早日康復。惟何其不幸，A 延醫罔效，於一九八九一月七日亡故，隨即由 A 之長子 B 繼承天皇地位。千葉縣縣長 C 曾於 A 亡故前之上開期間內，以公費設立「縣民連署處」讓居民連署。同縣住民 X 以公款私用致同縣受損害為由，依地方自治法第二四二條第一項第四款，代位千葉縣自為原告，向 A 之法定繼承人 B，請求其返還不當得利，並請求 C 損害賠償。

第一審千葉地方法院於一九八九年三月六日，以訴狀法定應記載之事項有欠缺（天皇不得為民事被告）為由，依當時民事訴

## 2 依住民訴訟之損害賠償請求事件

訟法第二二八條（現行法第一三七條），命令駁回原告之訴。X 不服，於法定期間內向東京高等法院提起即時抗告。東京高等法院於同年四月四日，以本件與訴狀法定應記載事項欠缺有別為由，裁定廢棄原命令，發回原法院更審。原審法院即千葉地方法院於同年五月二十四日，以起訴不合法（天皇非民事裁判權所及）為由，為駁回（卻下）判決。X 不服，向東京高等法院提起上訴，東京高等法院於同年七月十九日駁回（棄卻）上訴。X 不服，向最高法院提起上訴，惟於同年十一月二十日，遭駁回（棄卻）。

### 關 鍵 詞

棄卻（駁回—實體判決駁回） 卻下（駁回—當事人不適格或無保護必要，應為訴訟判決即卻下判決亦即程序判決，以示其起訴合法，但其起訴程序上無理由，訴狀應記載之法定事項有欠缺而不遵命補正者，應以命令卻下，以示其起訴不合法） 住民訴訟代位權

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

上訴人之上訴無理由。

蓋日本天皇乃日本國之象徵，亦即日本國民整體統合之象徵。鑑於此，天皇不被任何民事裁判權所及之見解應係認為相當。故本案所涉之以天皇為被告之訴，本即應駁回之。雖然一審法院以訴不合法為理由駁回原

訴，但二審法院既已維持原判決，即無須再對二審判決予以廢棄。查本案卷內紀錄，並無上訴人所編之違法事實，而其中有關違憲之主張本身亦涉實質上違背法令者，此等論旨委非得採用。

據此，依行政事件法第七條，民事訴訟法第四百零一條，第九十五條，第八十九條，本案法官達成全員一致之見解，為如主文之判決。

## 二、請求確認不動產所有權等事件

憲法第九條放棄戰爭之規定與國家私經濟

行為之關係—百里基地訴訟

最高法院平成元年六月二十日第三小法庭判決

昭和五十七年（才）一六五、一六六號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

- 一、憲法第九十八條第一項所指：「與國務有關之其他行為」，並不包括非行使公權力，立於與私人對等關係之國家私經濟行為在內。
- 二、憲法第九條放棄戰爭及戰力以及交戰權之否認規定，就私經濟行為而言，無從直接予以援用。蓋憲法此項規定，並非以規範私經濟行為之效力為目的。
- 三、本於公益大於私益的關係，私經濟行為的私法價值秩序，固亦間受公法規範之影響，使私法規範相對化，寢至民法第九十條「公共秩序」的內容成為規制私經濟行為之一部分。從而，私經濟行為究竟是否無效，一以其行為依社會一般觀念，是否得認知其為社會所不容許的反社會的行為為斷。

### 事 實

- 一、百里基地中有農地也有宅地。宅地得自由買賣，農地則應依農地法取得許可，未經許可前，仍得本於當事人之聲請為附停止條件之預告移轉登記。又日本不動產之移轉採登記對抗主義，亦即其所有權之移轉採意思主義，所有權之取得並不以完成登記為取得所有權之生效要件，且雖經登記，苟係惡意完成登記，亦不受法律之保護。本件系爭土地即農地及宅地之買賣，最後終由國家買受作為自衛隊基地，惟其買受是

#### 4 請求確認不動產所有權等事件

否因違反憲法第九條應歸無效，雙方發生爭議，因而發生所有權誰屬本訴及反訴，以及參加訴訟。其大要如下：

- 二、緣 D 係百里基地內土地所有人，初將系爭土地包括農地及宅地出賣與 B 之使用人 A，並將土地移轉登記或停止條件預告登記與 A 完畢，嗣因 A 部分價款未付清，D 乃定期催告給付，受催告後雖交付支票作為尾款，仍未兌現。D 除據以解除買賣契約外，同時與國家所屬防衛廳東京建設部建設部長 E 洽談同土地買賣事宜，旋協談成功，並與國家締結買賣系爭土地契約。D 乃以 D、A 間之原土地買賣契約已合法解除為由，就系爭土地向轄區法院申准禁止 A 為處分行為之假處分後，B 為阻撓百里基地之開闢，雖明知系爭土地已為假處分，禁止 A 為任何處分，惟仍貿然向其買受。
- 三、國家與 D 對 A、B 提起請求確認不動產所有權、請求塗銷所有權移轉登記之本訴（宅地部分），A、B 亦對之提起反訴；國家與 D 另對 A、B 提起請求確認不動產所有權、請求塗銷附停止條件所有權登記之本訴（農地部分），A、B 亦對之提起反訴。以上二案 A、B 除均提起反訴外，並互為參加訴訟，互為參加人。第一審水戶地方法院、第二審東京高等法院遞判決 A、B 敗訴。A、B 不服提起第三審上訴，惟被駁回。

#### 關 鍵 詞

確認不動產所有權（不動產所有權確認） 請求所有權塗銷登記（所有權取得登記抹消請求） 本訴 反訴 請求塗銷附停止條件 所有權預告登記（停止條件附所有權移轉假登記抹消登記請求） 訴訟參加（參加訴訟） 公共秩序（公秩序）

#### 主 文

上訴費用由各上訴人負擔。

本件上訴全部駁回。

#### 理 由

(上訴人 A 代理人尾崎陞、風早八十二、新井章、荒井誠一郎、池田真規、岩崎修、榎本信行、大森典子、川村俊紀、金城睦、加藤文也、木村晉介、古波倉正偉、左藤文彥、左藤太勝、四位直毅、椎名麻紗枝、田村徹、內藤功、內藤雅義、西山明行、根本孔衛、彥坂敏尚、船尾徹、松井康浩、三津橋彬、水野邦夫、宮里邦雄、矢田部理、山下登司夫與上訴人 B 代理人渡邊良夫之上訴理由因內容相同，以下合稱為上訴理由。又，上訴理由書開頭總論中所主張各點，因已包括在同理由書第二點以下各上訴理由中，於判斷右述各論點時將合各該當部分判斷，而不單就總論部分獨立判斷之。)

#### 關於上訴理由第一點

關於原審就所論述之點之認定，參照原判決列舉之證據關係可認其為正當，判斷過程並無所論述之違法。上訴理由不過是就專屬於原審之證據取捨判斷及事實認定加以非難，或交雜不符原審認定之事實而站在獨自之見解指摘原判決為違法，殊不可採。

#### 關於上訴理由第二點之一

一、可確定原審適法性之事實關係，其概要如下所述：

1. 被上訴人國家因在關東地區有建設航空自衛隊基地之必要，在戰後移入開拓者之茨城縣東茨城郡小川町百里原，即舊帝國海軍航空隊訓練所所在地擬訂建設航空自衛隊基地之計劃。昭和三十一年五月，在當時小川町町長 C 等人協助下開始準備取得該用地一事之際，地方發起反對基地建設之運動，由開拓之農民與町民間組成反對運動之團體並展開罷免運動，其選舉結果係於昭和三十三年四月由基地反對派之指導者即上訴人 B 當選為町長。被上訴人國家派遣防衛廳東京建設部官員至該地與土地所有人等不斷進行折衝下，逐步訂立買賣契約，而於昭和三十三年三月左右完成了大部分用地之買受。

原判決所附第三目錄一至四所載土地（以下個別稱呼此等土地時謂之為「本件一之土地」、「本件二之土地」等，總括稱呼時則謂為「本件土地」），就基地建設而言係不可或缺之場地。該土地所有人即被上訴人 D 當初因反對基地建設而從屬於基地反對派，惟漸次對反對運動抱持疑

## 6 請求確認不動產所有權等事件

問，而於昭和三十三年五月打算處分本件土地移居他處之際，接受了防衛廳東京建設部官員之收買交涉。

2.對此，以上訴人 B 為中心之基地反對派者，基於以買下基地建設所不可或缺之土地作為反對運動一環之考量，與被上訴人 D 間就本件土地進行收買交涉結果，於昭和三十三年五月十八日成立自被上訴人手中買下該地之交涉，約定以上訴人 B 之使用人即務農之上訴人 A 為買主，價金為日幣三〇六萬元，價金交付時期為完成本件一之土地（住宅用地）所有權移轉登記，且於本件二至四之土地完成以農地法所定之許可為停止條件之所有權移轉預告登記時，簽訂買賣契約。翌日（五月十九日），基於前述買賣契約，本件一之土地於同日完成以買賣為原因之所有權移轉登記，本件二至四之土地亦於同日以附停止條件之買賣為原因，完成附停止條件之所有權移轉預告登記。

惟上訴人 A 僅支付保證金十萬元及完成右各登記之日時支付之一百萬元合計共一一〇萬元，剩餘之價金一九六萬元則未交付。為此，被上訴人 D 以同

年六月十三日到達之存證信函催告上訴人 A 於右述到達之日起十日內交付剩餘價金一九六萬元，並為如逾上開期間仍不交付則解除買賣契約之附停止條件解除契約之意思表示。未料，上訴人 A 之代理人外山佳昌律師等人，於上開期間之末日即同月二十三日午後三時左右拜訪被上訴人 D，對被上訴人 D 出示以前述剩餘價金一九六萬元為票面金額之支票一紙，執拗地迫其以之為剩餘價金而受領該支票，結果被上訴人 D 迫不得已只得收下該支票作為剩餘價金之支付方法，但該支票於翌日即二十四日因存款不足之理由而無法兌現。

3.被上訴人 D 因此於同日內與防衛廳東京建設部建設部長 E（支出擔當官）再開買賣交涉，於翌日二十五日和被上訴人國家締結以價金二七〇萬元（包括離作補償費在內）轉讓本件土地之契約（以下稱「本件買賣契約」）。本件二及三之土地在同年七月一日、本件四之土地在同年十二月二十六日，分別依據本件買賣契約而將所有權移轉登記予被上訴人（國家）。而後被上訴人 D 於同年六月二十六日以上訴人 A 為債務人，以解除本件

一之土地之買賣契約為由取得禁止為處分行為之假處分，並在同日內完成登記（以下就本件買賣契約及其先行之被上訴人 D 對上訴人 A 之解除買賣契約之意思表示，有時則合稱為「本件土地取得行為」）。

4. 因上訴人 B 本即為本件土地之實際買主，在明知被上訴人 D 對上訴人 A 解除本件土地所為之買賣契約，改與被上訴人國家間訂立本件買賣契約，並就前述解除及本件買賣契約之效力以本訴訟進行爭訟之情況下，於原審繫屬中之昭和五十四年一月六日又與上訴人 A 訂定由 A 買受本件土地之契約，且在同年二月五日基於前述買賣契約，接受本件一之土地所有權移轉登記及本件二至四之土地之關於前開預告登記之權利移轉附隨登記。

二、上訴理由謂憲法第九十八條第一項之「關於國家事務之其他行為」意指國家所為一切行為，而國家所為行為自包括私法行為在內，從而被上訴人國家所為本件買賣契約亦該當於關於國家事務之行為，故本件買賣契約因違反憲法第九條（包括前文，以下同）所規定之國家事務行為而不

具效力。

惟憲法為國家最高位階之法規範，亦即憲法以成文法之國法形態而擁有最強之形式上效力，凡違反憲法之法律，其全部或一部在其違反限度內不具有法規範本應具有之效力，為憲法第九十八條第一項所明定。故同條項所謂「關於國家事務之其他行為」，係指與同條項所列舉之法律、命令、詔書具有同一性質之國家行為，換言之，乃意指行使公權力確立法規範之國家行為而言。從而行政處分、裁判等國家所為行為，因係個別、具體的且為行使公權力確立法規範之國家行為，在該等法規範確立範圍內雖該當於國家事務行為，但即令是國家行為，如係與私人立於對等地位所為之國家行為，因並不伴隨有上述法規範之確立，故應解為不該當「關於國家事務之其他行為」。以上見解徵諸最高法院昭和二十二年（れ）第一八八號同二十三年七月七日大法庭判決，刑集二卷八號八〇一頁之旨趣即足自明。且在以原審為適法所確定之事實關係下，本件買賣契約雖屬國家所為行為，但因為與私人立於對等立場所從事之私法行為，且明顯並未伴隨前述法



## 8 請求確認不動產所有權等事件

規範之確立，故應不該當於「關於國家事務之其他行為」。是故同此意旨之原審判斷，應認其為正當。原判決中並無所論述之違憲情事，上訴理由以與上述相異之見解及與原審認定不相符合之事實為基礎駁斥原判決，其見解殊無可採。

### 關於第二點之二之（一）及（二）

上訴理由謂本件買賣契約，因被上訴人即國家為該契約行為時所依據之法律依據「防衛廳設置法」及其相關法令違反憲法第九條而無效，從而本件買賣契約欠缺了法令依據而歸於無效。

惟，被上訴人即國家與被上訴人 D 之間所締結之本件買賣契約，乃國家為供其活動上所生之個別需要而訂定之私法上契約，就私法上契約效力發生之要件而言，國家即令為其中一方當事人，在一般私法上效力發生要件外並不需任何法令依據，故關於本件買賣契約其私法上效力有無之判斷，並無就防衛廳設置法及其相關法令為違憲審查之必要。同此意旨之原審判斷，應認其為正當。上訴理由以與此相異之見解及與原審認定不相符合之

事實為基礎駁斥原判決，其見解殊無可採。

### 關於第二點之二之（三）

上訴理由謂，以被上訴人國家之代理人身分締結本件買賣契約之 E，因組織規範之防衛廳設置法及其相關法令違反憲法第九條無效，致其欠缺擔任被上訴人國家其支出擔當官職務之權限，從而本件買賣契約為無權限者之行為，在私法上為無效。

惟，買賣契約之當事人本人如實際上追認契約締結行為者之代理權時，第三人應不能主張右述契約為無權限者之行為而爭執該契約之效力。於本件契約，被上訴人國家主張，E 以被上訴人國家之代理人身分締結本件買賣契約，在本人即被上訴人國家與相對人即被上訴人 D 之間係有效成立，從而為第三人之上訴人等即不可以上述理由主張其為無效。因此，E 在本件買賣契約締結當時是否具備必要之職務權限，並無判斷必要。與此為相同結論之原審判斷應予肯認。上訴理由似立於與此相異之立場而駁斥原判決，及就無影響於判決結論之原判決說理部分之違法而為指摘，殊無可採。

## 關於第三點

上訴理由以本件買賣契約為國家以一方當事人身分所參與之行為，不應與私人間所生私法行為為同視。設若可視為私人之間所生私法上行為，仍違反憲法所保障之和平主義乃至和平生存權，且憲法第九條為直接適用，亦與此相違。

但，上訴人等所主張之作為和平主義乃至和平生存權之和平，是理念上乃至於目的上之抽象概念，其本身不能說因具有獨立性而在具體訴訟中可成為私法行為效力之判斷基準。又，憲法第九條在作為憲法規範所具有之性格上，其規定之目的並非用以直接規範私法行為之效力，而是與人權規定同，應解釋為對於私法行為並不直接適用。即令國家以一方當事人身分參與行為，例如像訂立行政活動上所必要之物品供給契約、公共設施所必要土地之取得以及變賣國有財產等契約等，國家並非行政主體，而是站在與私人對等之立場而與私人締結個別之私法契約。此等契約其成立過程及其內容中，實質觀之只要不存有與公權力發動行為相關連之任何特別情事在，則不直接適用憲法第九條，而應適用

以公平調整私人間利害關係為目的之私法。採如上解釋之論據，徵諸最高法院昭和四十三年（才）第九三二號同十二月十二日大法庭判決，民集二十七卷一一號一五三六頁之旨趣即足自明。

以此檢視本件，首先，關於本件土地取得行為中被上訴人 D 對於上訴人 A 為解除契約之意思表示，因屬私人間所為之純粹私法行為，被上訴人國家並未參與任何行為，且被上訴人 D 以上訴人 A 未支付買賣剩餘價金，而為解除與上訴人 A 間之買賣契約之意思表示，且被上訴人國家是在已生解除效果後，才締結本件買賣契約，因此被上訴人 D 所為之解除買賣契約之意思表示，與被上訴人國家締結本件買賣契約所帶有之建設自衛隊基地之目的間並無直接關係，從而應認為並無憲法第九條直接適用之餘地。

其次，檢討被上訴人 D 與被上訴人國家間有關締結本件買賣契約有無憲法第九條之直接適用。依原審所確定之前述事實關係，則本件買賣契約從行為之形式以觀，是以私法契約之形式為之，又從行為之實質觀之，被上

## 10 請求確認不動產所有權等事件

訴人國家是以基地預定地內之土地所有人等為對象，與公權力行使毫無關連而純粹與私人立於對等地位，針對個別事情不斷交涉結果而締結一連串買賣契約中之其一，不能認有上述所述之特別情事，從而本件買賣契約係依循私法自治原則所成立之純粹財產上交易，應認並無憲法第九條直接適用之餘地。與此為相同結論之原審判斷應予肯認，原判決並無所指摘之違憲。上訴理由以與此相異之見解及與原審認定不符合之事實為基礎駁斥原判決，其見解殊無可採。

### 關於第四點

上訴理由謂，憲法第九條之規定乃至和平生存權之保障即令不適用於性質上屬私法行為之本件買賣契約，但該等規定形成民法九十條所定公序之內容。包括本件買賣契約在內之本件土地取得行為因違反上述規定，其結果等於違反公序良俗而無效。

如前所述，本件買賣契約乃被上訴人國家以建設自衛隊基地為目的所締結之契約，其以被上訴人 D 為對象締結本契約時，已明確表示前揭目的，從而前揭目的於決定本件買賣契約是否有

違反公序良俗情事之際，係須加考量之事。以下即從自衛隊基地建設此一目的，判斷本件買賣契約等是否因違反公序良俗而無效。

首先，憲法第九條與人權規定同，係宣示國家基本法秩序之規定，在憲法位階下之所有法規於解釋適用之際，憲法第九條毋庸置疑地成為一指導性原理原則。如前揭判決爭點中所述及，憲法第九條之規範目的並非用以直接規範私法行為之效力，故藉由判斷建設自衛隊基地此一目的是否直接合於憲法第九條之旨趣本身，並無法斷定出本件買賣契約是否因違反公序良俗而無效。須全盤性觀察以建設自衛隊基地為目的而締結之本件買賣契約，並判斷其在私法價值秩序下是否有足以否定其效力之反社會性存在，始能斷定有無因違反公序良俗而無效。亦即，憲法第九條所明白宣示之國際和平主義、放棄戰爭、不持有戰力等對國家統治行為之規範，係本來與私法價值體系無關而具有優異公法性格之規範，從而在私法價值體系中，上述規範以其原內容形成民法九十條之「公序良俗」，而非形成將違反該規定之私法行為效力一

律加以否定之法作用力。故上述規範係藉由在私法價值秩序下所確立之私法自治原則及契約中之誠信原則、交易安全等私法上規範被予以相對化，而形成民法九十條「公序良俗」內容之一部份。反社會行為之認識及是否作為社會通念而被確立等，在私法的價值秩序下成為判斷私法行為效力有無之基準。

在此，如欲於上述意義下判斷建設自衛隊基地之目的是否具有反社會性時，須考量自衛隊法及防衛廳設置法乃在昭和二十九年六月，因憲法第九條之意義及內容並不禁止基於自衛及為達此目的而保持實力組織之解釋下，所制定之法律。自衛隊既是依前揭法律而設置之組織，故於本件買賣契約締結之昭和三十三年當時，在私法價值秩序下為自衛隊而在國家與私人間締結買賣契約及為其他私法契約，並無法將之視為非社會所容許之反社會行為且作為社會一般通念加以確立。從而，以建設自衛隊基地為目的所締結之本件買賣契約，難用以否定其私法契約之效力。又，上訴人等以和平主義乃至和平生存權所主張之和平，係在理念及目的上之抽象概念，除與憲法第九

條不甚具關聯一事暫且不論外，其亦未形成民法九十條所定「公共秩序」之一部分，故無法成為判斷私法上行為效力之基準。

如此一來，包括本件買賣契約在內之本件土地取得行為，未違反公序良俗之原審判斷應予肯認。上訴理由以與上述相異之見解及與原審認定不相符合之事實為基礎駁斥原判決，其見解殊無可採。

是故，依據民事訴訟法第三百九十六條、第三百八十四條第一項、第九十五條、第八十九條、第九十三條規定，除伊藤正己法官之補充意見外，法官全體意見一致而為如主文所示之判決。

伊藤正己法官之補充意見如下述。

本件，其訴訟對象一為土地買賣契約效力有無之私法問題，一為自身亦為當事人之一之國家以建設自衛隊基地為目的取得土地時，所衍生出圍繞憲法前文及第九條之論點所提起之訴訟。吾人對於法庭意見判決爭點部分並無異議，惟鑒於事件之性質，並就包括憲法上論點在內之若干點，另為補充說明。

## 12 請求確認不動產所有權等事件

一、上訴理由（上訴理由第二點之一）謂以，關於本件土地買賣契約，國家所為之私法行為不該當憲法第九十八條第一項「關於國家事務之其他行為」之原判決，其判斷有所違誤，問題係出自對前揭憲法條文之解釋。

1. 「關於國家事務之其他行為」此一表現，其意義難謂已臻明確，惟觀諸憲法第九十八條第一項之文理，從其被置放於題為最高位階法律章中，如法庭意見所示，其法意可解釋為憲法以成文法之國法形態，在擁有最強形式效力之實定成文法系中，為最高位階之法律。故此處之「關於國家事務之其他行為」，如同所例示之法律、命令、詔書，其作為法規範而存在成為國家實體法秩序一環所確立行為之意味，但非指凡國家所為行為全部均屬之。如此一來，行政處分、裁判既為具體國家行為，雖仍有解釋成不包括在其內之空間，但本院承認此等行為屬於關於國家事務之行為（最高法院昭和二十二年（九）第一八八號同二十三年七月七日大法庭判決，刑集第二卷八號八〇一頁）。此乃因類如行政處分、裁判等針對屬具體事件之國家行為，不僅帶有處理事件

本身之個別面象，也帶有藉由處理此等事件確立法規範之意義在。故在此亦可將之解釋為係存於國家法律體系階層結構中之最下位，且可賦予其成為實定法秩序之一環，在此限度內自可視為關於國家事務之行為。順此方向思考，則本件買賣契約之國家私法行為，因並未伴隨法規範之確立，故無法解釋成憲法第九十八條第一項之「關於國家事務之其他行為」。原判決並無違法之處。又，最高法院昭和四十九年（行ツ）第七十五號同五十一年四月十四日大法庭判決，民集第三〇卷三號二三三頁，在其判決爭點中將上述條文中之國家事務行為解為「國家權力行為」。其意義雖不盡明確，至少可解釋成不包含國家所為私法行為在內。

2. 如上所述，若將前揭條文定位在法規範之確立，並意味其具有憲法最高法規性時，則法律「不具效力」等在違憲限度內將解釋成不具備法規範本來之效力。例如行政處分違反憲法並非絕對無效，須該行政處分之瑕疵明顯且重大時始為無效。違反憲法本身縱屬有重大瑕疵，但未必能是有明白之瑕疵，而違憲與否又常取決於如何解釋憲法。具體

行政處分違憲時，除當然無效外，因當事人之主張而撤銷時，相對無效亦有可能。裁判方面亦同，當然無效之場合並不多，多依循法定程序使裁判效力僅止於失其效力。「不具備法規範本來之效力」此一法庭見解，揭示出違憲並不即等於當然無效，若將「關於國家事務之行為」解為包括行政處分、裁判等具體法規範確立行為，不具效力之解釋方式應為相當。又，前揭昭和五十一年四月十四日大法庭判決一面引用憲法第九十八條第一項，同時亦否定違憲之國家權力行為當然無效之看法，可茲參照。

二、若採上述見解，則憲法第九十八條第一項規定將被解釋為不及於國家私法行為，惟亦非指所有國家所為之私法行為均等同於私人間行為，不受憲法之直接規範。憲法規範其射程範圍如何非憲法第九十八條第一項之問題，而係從憲法此一法規之性質加以觀察其收受者為何人。從此觀點解釋縱為私人間之私法行為，憲法規範效力直接可及仍有其可能性（亦即憲法之第三人效力問題，最高法院昭和四十三年（才）第九三二號同四十八年十

二月十二日大法庭判決，民集第二十七卷十一號第一五三六頁，就憲法第十四條、第十九條，採消極解釋）。又國家縱非主體，以私人為主體之行為在一定條件下也可視之為國家行為，該私法上行為亦有可能承認憲法之適用（請參照「State Action」之法理）。同理，國家所為私法行為也應能受憲法之直接規律。本院審查地方公共團體為奠基儀式所給予神官之報酬等費用性支出之合憲性問題之際（最高法院昭和四十六年（行ツ）第六十九號同五十二年七月十三日大法庭判決，民集第三十一卷四號五三三頁），若將此支出行為解為基於私法行為而生，則為前述意旨下之產物。且依拙見，國家行為即令為私法行為，起碼在以達成一定行政目的為直接目的時，姑且不論射程尚可及於多遠，亦不能僅因其為私法行為而免除憲法之約束。

但，在考慮憲法射程範圍時不可忽略，私法行為縱有違反憲法規定之瑕疵存在，亦非能立即否定其私法上效力。最初，存有國家所為行為如違憲應否定其效力之論調；惟在另一方面，既為私法行為應受私法自治原則拘

## 14 請求確認不動產所有權等事件

束，有必要考慮因私法行為所衍生之私人權利及利益，不能因私人所無法預期之事由而遭受損失，亦即從保護交易安全之見解，得出肯定私法上效力之論點。須衡量比較上述諸點，以判斷所謂之私法上行為。

三、就憲法性質而言，憲法諸規定原則上縱不直接適用於私法行為，亦非所有憲法規範均如是。在諸規範中，仍有雖屬私人間所為之私法行為而直接受到拘束之情形。例如，不受奴隸般拘束之自由（第十八條前段）及勞動者之基本權（第二十八條），違反此等規定之私法行為雖有以民法第九十條違反公序為由否定其效力者，但毋寧說是在現代社會中，以奴隸方式拘束人之私人間契約，以及違法限制勞動者結社權之私法行為，應可直接判斷其違憲。如此一來，用在國家所為私法行為上當屬妥適。

從而，憲法第九條是否應如（上訴理由第三點）所論述般解釋成對於私法行為直接適用？本條乃係將日本國憲法基盤之和平主義原理，在本文中以一條文加以規範下之產物，其重要性不言可喻。惟其屬將國家統治機關或

統治行為等基本政策予以明確化之規定，難謂屬於直接關係國民私法上權利義務之規定。論者從憲法前文及第九條之規定抽離出保障和平生存權之解釋，雖論及侵害部分，但論及和平生存權時其所指內容並不明確，不論是作為具體請求權或訴訟上違法性判斷之標準，在裁判上解釋為不直接使其具有規範國家私法行為之性質，乃屬妥當。又論者謂自由權及平等權等諸規定縱屬間接適用，憲法第九條從其立法意旨及法條位置以觀，係與人權規定相異而屬可直接適用之法條，依拙見此種見解不值採酌，如前述之昭和四十八年十二月十二日本院判例所示，憲法第三章基本人權保障其涉及個人自由權利之諸多規定僅止於間接適用，憲法第九條從其趣旨而言縱有裁判規範之性質，惟因同條規定同時涉及統治行為，僅能謂當初直接適用於國家與人民間私法行為之理由並不存在。

四、本件土地買賣契約縱無憲法第九條之直接適用，關於同條規定形成民法第九十條所謂公序，致以違反憲法第九條之目的所締結之本件契約亦因違反公序而無

效之上訴理由（上訴理由第四點），就法庭意見所論述部分並無特別要補充之處，惟就若干拙見仍予述明。

1. 憲法乃規定國家基本秩序之法，自可謂其亦形成民法第九十條公序之一部分。本院判決揭槩在私的社會中男女退休年齡有五歲之差一事有違公序（最高法院昭和五十四年（才）第七五〇號同五十六年三月二十四日第三小法庭判決，民集第三十五卷二號三〇〇頁），從該處引用憲法第十四條第一項以觀，暗示憲法所規範者形成民法上之公序。縱憲法第九條為以統治機關、統治行為為對象之政治色彩濃厚之規範，不能說即和公序無關，毋寧說是作為憲法秩序之重要規範而形成了社會與公序。

但，法庭意見亦已揭槩，與私法價值秩序無直接關係之憲法規範，並不能解釋成其內容直接原封不動地移至私法秩序中，凡與之違反之私法行為立即無效。與前已論及之憲法射程範圍同，此處憲法規範在與私法價值秩序之相對關係中被予以相對化，故

須在此基礎上判斷民法第九十條下之私法效力存在與否。尤其遇到憲法第九條和統治機關及統治行為密切相關之公法性格極強之規範時，更應如是思考。

2. 以上述觀點立論，則本件土地買賣契約是否可說是違反民法第九十條之公序而僅否定其私法效力之反社會性行為？本件契約之目的已表示係為建設自衛隊基地，其在私法價值秩序下帶有何種之反社會性，未必從憲法第九條彼此互相對立存在之複數解釋中擇一為正當基礎後即應下判斷，該條解釋應依照各階層國民間存有何種解釋之社會現況、自衛隊之現實上存在及社會一般大眾對於其活動之認識等實情所得出之社會通念，以判斷在私法價值秩序下其是否帶有僅否定其私法效力之反社會性行為。原本此從憲法形成國家基本結構之角度觀之，法院判斷並非應原封不動地一味遵照社會實情，惟若將此憲法規範納入考慮，則認本件契約並未違反民法第九十條之法庭意見，其理由尚應認為正當。



### 三、因國家發動戰爭請求損害賠償事件

戰俘被遣送返國前其在國外集中營所受苛待損害依

憲法國家有無賠償責任

最高法院平成九年三月十三日第一小法庭判決

平成五年（才）一七五一號

翻譯人：蘇惠卿、林達峰

#### 判 決 要 旨

- 一、憲法第二十九條第三項係規定，私有財產在正當補償下，得為公共目的而使用之。同法第十七條則為公務員執行公務不法侵權行為賠償責任之規定。至於同法第十一條、十三條、十四條、十八條以及四十條，依次為基本人權之享有、個人尊嚴之維護、法律之下人人平等、不得使人為奴隸以及刑事補償之規定。核與戰俘被遣送返國前其在國外集中營所受苛待損害有間，無從據請求國家賠償。
- 二、國家應否支付歸國俘虜於受拘留期間之勞動報酬，純係戰爭損害補償之一環，應委諸立法機關為綜合之政策判斷。未為相關立法前，自無從請求補償及勞動報酬。
- 三、補償西伯利亞俘虜之問題，已於恩給法、戰傷病者戰死者遺族等援護法中，就有關以俘虜身份被拘留一事，採取一定之立法措施；於有關祈念和平事業特別基金等之法律中，亦有慰撫措施等規定。其勞動報酬之未列入立法，難謂已達逾越國會所得裁量範圍之程度。

#### 事 實

原告等為於第二次世界大戰後遭蘇維埃社會主義共和國拘留於西伯利亞之戰俘，在戰俘集中營裡被課予嚴酷的強制勞動，數年後始復員回國。渠等主張大要如下：依國際條約與國際習慣法

，蘇維埃社會主義共和國原應支付渠等於集中營時之勞動報酬並填補健康受損之損害，而因日本國與蘇維埃社會主義共和國間簽署日蘇共同宣言，明訂雙方互相放棄任何有關戰爭之賠償，使渠等不能向蘇維埃社會主義共和國為請求，國家應依憲法第二十九條第三項之規定，填補原告人等之損失。同時，渠等之所以受此種種損害係起因於國家發動戰爭之行為，依憲法第十三條、第十四條、第十七條、第十八條、第二十九條第三項、第四十條等規定之旨趣，國家負有補償之義務。另一方面，國家未就填補渠等之損失為適當之立法處置，應依國家賠償法第一條之規定，賠償渠等因此所受之損害。而國家針對自澳洲、紐西蘭、東南亞等地區復員回國之戰俘，就其於受拘留期間所應獲得之勞動報酬既已為支付，基於憲法第十四條所定平等原則，對原告人等亦應負有支付義務。惟原告在下級法院遞遭敗訴之判決，乃向第三審法院提出上訴。

### 關 鍵 詞

國家賠償 勞動報酬 立法裁量 日內瓦條約 日蘇共同宣言 戰爭損害

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人等負擔。

### 理 由

一、關於上訴代理人西田公一、同山田伸南、同江藤洋一、同平野和己、同藤本時義、同須藤修、同村田珠美之上訴理由第一  
於一九四九年八月十二日有

關俘虜待遇之日內瓦條約（以下簡稱「四九年日內瓦條約」）在我國及蘇維埃社會主義共和國聯邦間生效以前，有關已結束俘虜身分之人其法律關係之處理，應認為原審所為該條約不得溯及既往適用之見解，係屬正當。原判決之見解並無上訴論旨所指稱之違法，上訴論旨並不可採。

二、關於同第二

蘇維埃社會主義共和國聯邦於批准四九年日內瓦條約時，係保留同條約第八十五條之適用。而基於原審所合法確定之事實關係，上訴人 A1 於昭和二十四年（一九四九年）二月因犯俄羅斯刑法第五十八條所定之罪被判刑強制勞動二十五年，其後直到昭和三十一年（一九五六年）回國以前，以犯人之身分遭監禁於犯人集中營裡從事勞動。於前述事實關係之下，縱令嗣後同上訴人就前述有罪判決提起再審，並獲廢棄原判決改判無罪，且受有回復名譽之處置，亦無從依據該等事實，將同上訴人於前述受刑中所受之人身自由限制，解為係屬應溯及既往適用同條約所稱俘虜之拘留。故與此同旨之原審見解，應認為係屬正當，原判決之見解並無上訴論旨所指稱之違法，上訴論旨並不可採。

### 三、關於同第三

於原審所合法確定之事實關係下，原審所為否定上訴人等所主張「於上訴人等以俘虜之身分被拘留於西伯利亞時，所謂自國國民俘虜補償原則，亦即拘留國對俘虜原應支付勞動報酬之餘額，應該由該俘虜之原所屬國負支

付之責，且就俘虜因勞動受傷或造成其他身體殘障之補償等，亦應向該俘虜之原所屬國請求之原則，係世界主要國家之一般慣行，並有法律上確信足以支持」之見解，應屬正當，原判決之見解並無上訴論旨所稱之違法，上訴論旨並不可採。

### 四、關於同第四

依據以上一、至三、之說明，上訴理由第四（指摘原判決對憲法第九十八條第二項有所誤解，就國際法於國內之直接適用可能性所持見解係屬不當，輕易地排除自國國民俘虜補償原則於國內之直接適用一節違反憲法第七十六條第三項、九十八條第二項，應予廢棄）之論旨，係指摘不影響原判決結論之部分為違法，誠屬不可採。

### 五、關於同第五

由於我國接受菠茨坦宣言，於降書上簽字，以致包含上訴人等在內的許多軍人、軍中的文職、雜勤人員，成為蘇維埃社會主義共和國聯邦的俘虜，被送到西伯利亞地區的集中營等地方，之後的長時間裡，既無從獲得充足的食物，且遭拘留在惡劣的環

境裡，被課予過份嚴酷的強制勞動，結果許多人因而喪失生命，或是身體因而遭致重大殘疾，體驗了筆墨言詞難以形容的苦難，蒙受肉體上、精神上、經濟上的重大損害，以上事實已為原審所合法確定。而就前述對於包含上訴人等在內的西伯利亞俘虜所為之處置而言，固應認為其因違反當時業已確立之俘虜處理相關國際法規，實屬不當；惟依照昭和三十一年（一九五六年）十二月十二日生效的日本國與蘇維埃社會主義共和國聯邦共同宣言（以下簡稱『日蘇共同宣言』）第六項後段所謂「放棄請求權之規定」，我國在國際法上，與蘇維埃社會主義共和國聯邦間，已經喪失請求回復西伯利亞俘虜前述損害之權利，因此，關於上訴人等向蘇維埃社會主義共和國聯邦請求賠償前述損害一事，縱令其主張之請求權存在，亦不得否認該等請求於實際上已屬不能。

上訴論旨指稱，上訴人等因日蘇共同宣言第六項後段放棄請求權之規定所受之損害，被上訴人基於憲法第二十九條第三項，負有應就此等損害予以補償之義務云云。然而，包含上訴人等在內的許多軍人、軍中的文職、雜

勤人員，之所以長時間遭拘留於西伯利亞地區而被強制勞動，係伴隨戰敗所生之情事，因此所受之損害，應認確係戰爭所造成。而日蘇共同宣言，雖不同於我國與聯合國間之和平條約，係於我國主權恢復以後始作成之合意，然屬戰後處理措施之一，乃為求解消與蘇維埃社會主義共和國聯邦（當時尚未與我國簽訂和平條約）間之戰爭狀態、恢復正常外交關係之合意。關於包含放棄請求權在內之合意內容，事實上不可能與我國及聯合國間之和平條約有所不同，故我國於共同宣言第六項後段所為放棄請求權之合意，應認誠係不得已之舉。倘綜合考量拘留實係伴隨戰敗而生、達成日蘇共同宣言之來龍去脈、同宣言所規定之內容等，則應認為上訴人等因共同宣言第六項後段放棄請求權之規定所受之損害，亦僅係戰爭所造成損害之一，對此所為補償，非憲法第二十九條第三項之規範意旨所能涵括。從而，應認為上訴人等不得依據憲法第二十九條第三項，請求被上訴人補償上訴人等因前述放棄請求權所受之損害。此徵諸最高法院昭和四十年（才）第四一七號同四十三年十一月二十七

日大法庭判決，民集二十二卷十二號二八〇八頁之旨趣，即可明瞭。（最高法院昭和四十一年（才）第八三一號同四十四年七月四日第二小法庭判決，民集二十三卷八號一三二一頁參照）

上訴論旨另稱，上訴人等於過份嚴酷之條件下被長期拘留且課以強制勞動，其因此所受之損害，係由於被上訴人發動、進行戰爭以及從事戰後處理所造成之特別損害；關於前述損害，應基於憲法第十一條、十三條、十四條、十七條、十八條、二十九條第三項以及四十條而獲得補償云云。西伯利亞俘虜所蒙受的苦難，已如前所述。然而，第二次世界大戰幾乎使所有國民均蒙受種種損害，其態樣之多、其程度極為嚴重者亦不在少數，凡此皆為眾所周知。從戰爭中直到戰後，國家所面臨的處境非常艱難，全體國民均不得不或多或少地忍受其生命、身體、財產遭到犧牲，而由於此等因戰爭而造成的犧牲或損害，係凡屬國民均須平等地忍受，故應認為對於此等戰爭損害之補償，非前述憲法各條項之規範意旨所能涵括。至於是否須為此等補償以及此等補償之意義，應本諸事務之性質，就

財政、經濟、社會政策等所有與國家政策有關之事項，進行綜合的政策判斷之後始能決定。僅基於前述憲法各條項之規定而欲作出一概括性之論斷，誠屬不可能。故就此等補償而言，解為應委諸立法機關，本於國家財政、社會經濟、國民因戰爭所受損害之內容與程度等等之相關資料而為裁量，實屬相當。以上所述，亦徵諸前舉大法庭判決之旨趣，即可明瞭（參照最高法院昭和五十八年（才）第一三三七號同六十二年六月二十六日第二小法庭判決，裁判集民事一五一號一四七頁）。縱令考量西伯利亞俘虜因長時間拘留以及強制勞動而受有極為重大之損害，仍應認為不能與其他之戰爭損害加以區別，而依據上訴論旨主張之前述憲法各條項對其加以補償。

與以上所述同旨之原審判斷，應認為係屬正當，其過程並無上訴論旨所稱之違法。上訴論旨並不可採。

#### 六、關於同第六、第七

就原審所為與上訴論旨有關之認定判斷而言，自原判決所舉出之證據關係觀之，應認原審之認定判斷係屬正當，其過程並無

上訴論旨所稱之違法。上訴論旨並不可採。

#### 七、關於同第八

依照原審所合法確定之事實，可知：

(1) 自我國接受菠茨坦宣言、於降書上簽字，至我國與聯合國間之和平條約生效為止之數年間，我國乃係處於聯合國占領管理之下，必須忠實地遵循聯合國的占領政策。雖我國的統治機構大體上依然存在，但在實現占領目的之名義下，於政治、經濟、文化等所有方面均受到聯合國種種嚴格限制。倘若從法律上、政治上的角度加以觀察，實可謂尚未具備獨立國家所應有的地位與權限。

(2) 戰爭結束以後，除了從世界各地復員回到日本的一般人、軍人、軍中的文職、雜勤人員以外，如上訴人等般，以俘虜之身分遭拘留於聯合國之占領地區等地達數年之久者，亦陸續返國。倘若任憑前述飽受戰禍、由外國復員歸國之人將其所攜帶回來之通貨、或金銀之類的貴重金屬、抑或有價證券之類等等無限制地流入我國，將使戰爭結束以後隨即發生的通貨、經濟體制的

混亂狀態，變得更形嚴重，對於我國的經濟復興有造成重大妨礙之虞。正因如此，聯合國最高司令官總司令部，除了首先原則上全面禁止通貨、貴重金屬類、有價證券類等之輸出入等等以外，尚且採取了例如停止貿易等對外經濟交易之緊急非常措施；另一方面，隨著我國經濟體制趨於穩定，也逐步地採用緩和前述各種限制的政策。

(3) 為實施前述種種政策，聯合國最高司令官總司令部頒佈了關於復員歸國之人所攜帶回來之金錢、以及清償以俘虜身分遭拘留者其勞動報酬餘額之備忘錄。其中，關於復員歸國之人所帶回來之金錢之部分，依復員者之身分究係一般人、軍人、軍中的文職、雜勤人員，以及倘係軍人時其階級之不同，均設有一定之限制。同時，針對被拘留之俘虜，則指示日本政府，以持有『戰時俘虜所得證明書』者為限，得對其清償勞動報酬之餘額。而日本政府基於處在占領狀態下、應誠實遵守聯合國占領政策之立場，為實施前揭備忘錄，由大藏省發布告示，按該告示所載之內容，就出示諸如拘留國所發行之個人計算卡等『戰時俘虜

所得證明書』之人，由日本政府代替原拘留國，支付於前揭證明書中所記載之於受拘留期間之勞動報酬。

(4) 雖聯合國最高司令官總司令部曾應日本政府之要求，請求蘇維埃社會主義共和國聯邦當局交付證明西伯利亞俘虜其於拘留期中收入之資料等等，惟該國當局並未就此予以回應。

上訴論旨指稱，如前所述，被上訴人依照大藏省告示所定之內容，對於自澳洲、紐西蘭、東南亞（以下簡稱『南方地區』）復員歸來之日本人俘虜，支付其於受拘留期間之勞動報酬，據此，應認為被上訴人對於西伯利亞俘虜，依照憲法第十四條第一項，亦負有應支付其於受拘留期間勞動報酬之法律上義務云云。然而，倘依照前述事實關係，則應認為於我國與聯合國間之和平條約生效以前的數年間，令被上訴人對於並未持有所得證明資料之人清償拘留中之勞動報酬一事，實係聯合國最高司令官總司令部頒佈之備忘錄所不許，故不能謂當時處於聯合國之占領管理下，有義務忠實遵守聯合國占領政策之日本政府，未採取前述清償措施，係對上訴人等作出差別

待遇。於此情況下，應認為上訴論旨係不符合此一前提。而於我國與聯合國間之和平條約生效、主權恢復以後，就被上訴人是否應支付俘虜於受拘留期間之勞動報酬此一問題，應認為其係戰爭損害補償之一環，須委諸立法機關為綜合的政策判斷，已如前述。從而，由於被上訴人於主權恢復以後欲對西伯利亞俘虜支付其於受拘留期間之勞動報酬，必須採行如前所述、本於綜合的政策判斷而為之立法措施，而既然被上訴人並未採取此等立法措施，上訴人等即不得依照憲法第十四條第一項之規定，請求被上訴人對其支付於受拘留期間之勞動報酬。

上訴論旨另稱，雖上訴人等於原審言詞辯論終結後，曾以俄羅斯共和國已交付勞動證明書予部分上訴人此一事實為由，聲請再開辯論，然而原審卻未再開辯論，是故原審之處置應屬未盡充分審理之違法云云。惟，縱令證明前述事實，由於上訴人等得向被上訴人請求支付上訴人等本於俘虜身分於受拘留期間之勞動報酬一事，係以透過立法程序課予被上訴人為該等支付之義務為必要，故於此不過係未採取前述立

法措施此一立法政策究竟妥當與否之問題，並不影響前述不得依憲法第十四條第一項為該等請求之判斷。從而，亦不能認原審未再開辯論，係有上訴論旨所指稱之違法。（又，上訴人等指出，自南方地域歸國之俘虜，其所持個人計算卡上記載之勞動報酬，於我國主權恢復以後，仍以大藏省理財局長名義發函日銀國庫局長以及復員援護廳長官，要求該二單位支付，且直到昭和二十九年三月前後，亦仍基於大藏大臣之許可為該等支付，此一事實係於原判決宣示以後始為上訴人等所知悉，並提出相關資料。然而，縱令本於此一事實，前揭支付不過係基於相關行政部門之判斷而為之暫時性的行政上處置，而非透過任何立法措施而為者，是故不能僅以前揭支付為據，即認為被上訴人乃係對其所支付之相對人履行法律上之義務。前述事實並非被上訴人對上訴人等負有勞動報酬支付義務之依據，此參酌前揭說明即可明瞭。）

如前所述，從南方地域回國的日本人俘虜，得自被上訴人處獲得受拘留期間勞動報酬之支付，相對於此，西伯利亞俘虜，儘管在過份嚴酷之狀況下遭長時

間拘留且被強制勞動，卻仍然無法獲得其受拘留期間勞動報酬之支付。就此，上訴人等有遭不平等對待之感，要非無理。國際法上，有應確保俘虜於受拘留期間之勞動報酬須獲得支付之要求，此觀諸原審所確定之自有關陸戰之法規慣例條約簽署以來俘虜待遇於國際法上之變遷，或四九年日內瓦條約討論之相關經過，已屬明瞭。雖此係發生於上訴人等喪失其俘虜身分以後，然而，倘若再考量到於被上訴人所批准之四九年日內瓦條約中，係含有就拘留國對俘虜所應支付勞動報酬之餘額，應由俘虜之原所屬國負清償責任之意旨，則上訴人等就被上訴人未採取足使支付西伯利亞俘虜於拘留期間之勞動報酬成為可能之立法措施一事懷有不滿，其心情亦非不能理解。然而，補償西伯利亞俘虜之問題，包括是否需要支付其於受拘留期間之勞動報酬在內，於進行戰後補償立法時，已於國會再三討論。而其結果，已於恩給法、戰傷病者戰死者遺族等援護法中，就有關以俘虜身分被拘留一事，採取一定之立法措施；於有關祈念和平事業特別基金等之法律中，亦有對西伯利亞俘虜予以慰



## 24 因國家發動戰爭請求損害賠償事件

撫等處置，凡此，於本院均屬昭然甚明。儘管西伯利亞俘虜於過份嚴酷之狀態下遭長時間拘留且被強制勞動，惟於國會進行戰後補償立法時，仍未決定對西伯利亞俘虜支付其於受拘留期間之勞動報酬，此足認係經國會綜合考量之結果，不能認為國會未採取立法措施對西伯利亞俘虜支付其於受拘留期間之勞動報酬一節，已達逾越國會所得裁量範圍之程

度。

綜上所述，應認與此同旨之原審判斷係屬正當，原判決並無上訴論旨所指稱之違法。上訴論旨並不可採。

據上論結，依行政事件訴訟法第七條、民訴法第四百零一條、第九十五條、第八十九條、第九十三條之規定，本於全體法官一致之意見，判決如主文。

## 四、違反外國人登錄法案件

### 按捺指紋制度的合憲性

最高法院平成七年十二月十五日第三小法庭判決

平成二年（あ）八四八號

翻譯人：黃宗樂、劉姿汝

### 判 決 要 旨

- 一、任何人均具有個人私生活自由之一：不受擅自強制按捺指紋的自由，國家機關無正當理由強制人民按捺指紋的行為違反憲法第十三條規定，應不容許。
- 二、對居留我國的外國人訂定指紋按捺制度的外國人登錄法第十四條一項、十八條一項八款尚未違反憲法第十三條規定。  
（編按：現行外國人登錄法第十四條一項規定已將「按捺指紋」修正為「簽名」）

### 事 實

本件被告在事件發生當時是在日本居住的美國籍傳教士，昭和五十六年十一月九日，在所居住的神戶市灘區申請新的外國人登錄之際，因為未在外國人登錄原票、登錄證明書、及兩張指紋原紙上按捺指紋，以違反修正前外國人登錄法而被起訴。被告指出外國人登錄法中所規定的指紋按捺制度對在日的外國人而言是一種對人格形成重大障礙的差別行為，認為其實際的立法目的的正當性以及立法事實的有無方面有疑問，主張該按捺制度違反憲法第十三條、第十九條規定。但第一審及二審皆認為該指紋按捺制度合憲，而駁回被告之上訴。

### 關 鍵 詞

指紋押捺制度（指紋按捺制度） 外國人登錄法 永住者（具有永久居留權者）

## 主 文

本件上訴駁回。

## 理 由

### 一、憲法第十三條的部分

依上訴人所論，主張對在留我國的外國人制定指紋按壓制度的外國人登錄法（指根據昭和五十七年法律第七五號改正之前的部分，以下無特別記載者皆同）第十四條第一項、第十八條第一項第八款違反憲法第十三條所保障不被擅自採取指紋的權利。

本件是持有美國國籍現住夏威夷的被告，於昭和五十六年十一月九日，在當時來日所居住的神戶市灘區申請新的外國人登錄之際，因為未在外國人登錄原票、登錄證明書、及兩張指紋原紙上押捺指紋，該當外國人登錄法的前述條文而被起訴的案件。

指紋，是指端的紋路，其本身並不構成個人的表面生活或人格、思想、信條、良心等有關個人內心的資訊，但是指紋在性質上具有個人不同性、終身不變性

等特質，所以被採取的指紋依不同的利用方式而定，對個人的私生活或隱私權有侵害的危險性。此乃意謂，指紋的押捺制度可以說與國民私生活上的自由有密切的關連。

憲法第十三條規定國民私生活上的自由面對國家權力的行使應該受到保護，所以任何人都應有不被擅自強制押捺指紋的自由，國家機關沒有正當理由而強制指紋押捺的行為，違反同條旨趣不被允許。且本條所謂的自由保障應相同地及於在留於我國的外國人（最高法院昭和四十年（*あ*）第一一八七號同四十四年十二月二十四日大法院判決、最高法院昭和五十年（*行ツ*）第一二〇號同五十三年十月四日大法院判決）。

但是，憲法第十三條當中所謂的自由，並非對於國家權力的行使可以主張無限制保護，因為同條規定為公共福祉於必要時可受適當的限制。

因此，從外國人登錄法中所規定有關在留外國人的指紋押捺

制度看來，本制度在昭和二十七年（同年法律第一二五號）立法之際，本法第一條以達成「藉由實施對我國在留外國人的登錄，以明白確認外國人的居住關係及身分關係，以助於在留外國人的公正管理」的目的，此乃對於無戶籍制度的外國人為人物特定時最為確實的制度而制定之，所以該立法目的有充分的合理性，且亦能肯定其必要性。又，其具體的制度內容，在立法後歷經多次修正，立法初期指紋的押捺有每兩年更新的義務，之後改成每三年、每五年逐漸緩和，而依據昭和六十二年法律第一〇二號的規定原則上只要最初的一次即可，且除了免除昭和三十三年法律第三號所規定在留期間未滿一年者的指紋按壓制度之外，平成四年法律第六六號廢止永住者及特別永住者的押捺制度等，因應社會的狀況變化而實行多次的修正。本件當時押捺指紋義務是三年一次，押捺對象的指紋也僅一指，再加上其強制也止於罰則等間接強制，還不至於能謂有伴隨精神上、肉體上的過度苦痛，就方法而言，也應該沒有超越一般所能容許的限度，所以尚屬妥適。

因此，規定指紋押捺制度的

外國人登錄法第十四條第一項、第十八條第一項第八款並無違反憲法第十三條，在本法院的過去判例（前述最高法院昭和四十四年十二月二十四日大法廷判決、最高法院昭和二十九年（あ）第二七七七號同三十一年十二月二十六日大法廷判決）的旨趣中可以明白得知，所以上訴的主張並無理由。

## 二、有關憲法第十四條的部分

上訴理由中主張，外國人登錄法中規定押捺指紋制度的前述各條款對外國人與日本人為不同的待遇是違反憲法第十四條規定。

但是，以外國人為對象的押捺指紋制度，有前述所認定的目的、必要性、相當性，對於無戶籍制度的外國人，與日本人有社會性事實關係上的差異，所以兩者處理上的差異具有合理的根據，外國人登錄法的此等條款並沒有違反憲法第十四條，由本法院過去的判決（最高法院二十六年（あ）第三九一一號同三十年十二月十四日大法廷判決，最高法院三十七年（あ）第九二七號同三十九年十一月十八日大法廷判決）的旨趣中可以明

## 28 違反外國人登錄法案件

白得知，上訴的主張並無理由。

### 三、有關憲法第十九條的部分

上訴理由中還主張外國人登錄法規定押捺指紋制度的各條款危害外國人的思想、良心的自由，所以違反憲法第十九條。但是指紋是指端的紋路，其本身不構成思想、良心等與個人內心有

關的資訊，且該制度的目的是為了對在留我國的外國人為公正管理以謀正確的人物特定，不能認為有上訴理由所主張危害外國人的思想、良心的自由的情事，所以上訴的主張欠缺前提。

因此，依據刑事訴訟法第四百零八條，法官全體意見一致，判決如主文。

## 五、請求確認扶養兒童津貼受領資格等事件

最高法院昭和五十七年七月七日大法庭判決

昭和五十一年（行ツ）三〇號

翻譯人：萬國法律事務所（賴浩敏、許懷儷）

### 判 決 要 旨

一、憲法第二十五條第一項規定：「全體國民享有過健康且有最低限度文化之生活之權利。」此一規定乃宣示基於所謂福利國家之理念，國家應經營國政以使全體國民能過健康且有最低限度文化之生活，以此為國家之責任要務。又同條第二項規定「國家必須致力於提昇及增進所有生活層面之社會福祉、社會保障及公共衛生。」此規定亦係基於福利國家之理念，宣示國家應致力創造擴充社會立法及社會設施，為其責任要務。再者，同條第一項並非規範國家對個別之國民負有具體現實之上述義務，而應解釋為依同條第二項規定，經由國家之責任要務而創造擴充社會立法及社會設施，使每位國民具體現實之生活權得獲實現並能充實。是憲法第二十五條係對於國權之作用，期待其設定一定之目的，為實現該目的而有積極性運作之性質之規定。且前開規定所謂「健康且有最低限度文化之生活」係極抽象、相對之概念，其具體內容須依各時期之文化發展程度、經濟及社會條件、一般國民生活狀況等相關情事而為判斷決定。於將前開規定經由現實立法而具體化時，亦不得無視於國家財政狀況，而必須基於多方面的複雜多樣且高度專門技術的考量，據以為政策性的判斷。從而在反應憲法第二十五條立法意旨，如何具體選定採取何種立法措施，乃委諸立法機關廣泛的裁量權，故除不得不視為明顯欠缺合理性及顯然脫離或濫用裁量者外，法院實不適為審查判斷。

二、兒童扶養津貼法（依昭和四十八年法律第九十三號修正前者

) 第四條第三項第三款未違反憲法第十三條、第十四條、第二十五條規定。

## 事 實

上訴人為視力殘障者，依國民年金法規定領取殘障福利年金，自與其（內緣）夫離別後便獨自扶養其子 A，於昭和四十五年二月二十三日向兵庫縣知事（即被上訴人）請求認定其符合基於兒童扶養津貼法規定之扶養兒童津貼受領資格，經被上訴人於同年三月二十三日為駁回其請求之處分。A 於同年五月十八日聲明異議，被上訴人隨即於同年六月九日為駁回 A 前開聲明異議之處分。其理由為 A 已受領殘障福利年金，該當昭和四十八年法律第九十三號修正前之兒童扶養津貼法第四條第三項第三款（以下稱「本件合併給付調整條款」）規定，因此欠缺受領資格。A 乃以前開合併給付調整條款違反憲法第十三條、第十四條及第二十五條之規定，向第一審法院提起訴訟。第一審法院判決認本件合併給付調整條款違反憲法規定，應為無效。被上訴人提起第二審上訴，第二審法院則認上開規定並未違反憲法之規定而廢棄第一審法院之判決，駁回 A 之訴。因此 A 提起本件第三審上訴。

## 關 鍵 詞

兒童扶養手当法（兒童扶養津貼法） 金員（金錢） 障害福祉年金（殘障福利年金） 異議申立（聲明異議） 併給（合併給付） 稼得能力（謀生能力）

## 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

有關上訴代理人井藤譽志雄、藤原精吾、前哲夫、佐伯雄三、宮崎定邦、堀田貢、前田修、木村治子、高橋敬、吉井正

明、田中秀雄、持田穰、野田底吾、原田豐、中村良三、羽柴修、山崎滿幾美、野澤涓、小牧英夫、山內康雄、宮後惠喜、大音師建三、田中唯文、伊東香保、前田貢、山平一彥、古本英二、前田貞夫、川西穰、木下元二、垣添誠雄、上原邦彥、足立昌昭、木村祐司郎、竹內信一名義、岩崎豐慶、橋本敦、西元信夫、松本晶行、新井章、大森典子、高野範城、渡邊良夫、四位直毅、池田真規、金助典子、田中峰子、門井節夫、金井清吉之上訴理由。

一、依原審確定適法部分，本件事實關係如次：

上訴人為該當國民年金法附表記載第1級第1款之視力殘障者，依同法受領殘障福利年金，又與其夫離婚後獨自扶養與其夫於非婚姻關係存續中所生男子A（昭和三十年五月十二日生）。上訴人於昭和四十五年二月二十三日向被上訴人請求認定其符合基於兒童扶養津貼法規定之扶養兒童津貼受領資格，被上訴人於同年三月二十三日為駁回該請求之處分，上訴人於同年五月十八日聲明異議，被上訴人於同年六月九日為廢棄上訴人前開聲明異

議之處分。該處分理由為因上訴人已受領殘障福利年金，其該當昭和四十八年法律第九十三號修正前之兒童扶養津貼法第四條第三項第三款（以下稱「本件合併給付調整條款」）規定，故欠缺受領資格。

二、因此，首先要檢討本件合併給付調整條款並未違反憲法第二十五條之原判決是否有該條解釋適用上之錯誤。

憲法第二十五條第一項規定：「全體國民享有過健康且有最低限度文化之生活之權利。」此一規定乃宣誓基於所謂福利國家之理念，國家應經營國政以使全體國民能過健康且有最低限度文化之生活，並以此為國家之責任要務。此外，同條第二項規定「國家必須致力於提昇及增進所有生活層面之社會福祉、社會保障及公共衛生」。此一規定亦基於福利國家之理念，宣誓應以致力創造擴充社會立法及社會設施為國家的責任要務。再者，同條第一項並非規範國家負有對個別之國民有具體現實之上述事項之義務，而應解釋為同條第二項之創造擴充社會立法及社會設施係為國家之責任要務，



因而設定充實每位國民具體現實之生活權，此解釋最高法院著有判例（最高法院昭和二十三年（九）第二〇五號同年九月二十九日大法庭判決，刑集二卷十號第一二三五頁）。

是以，憲法第二十五條規定係為具有對於國權之作用設定一定之目的，為實現該目的進而期待有積極性運作之性質之規定。且前開規定所謂「健康且有最低限度文化之生活」係為極抽象且極相對之概念，其具體內容應依各時期之文化發展程度、經濟及社會條件、一般國民生活狀況等相關情事而為判斷，且於將前開規定現實立法具體化的同時，亦不得無視於國家財政狀況，並且必須基於涉及多方面之複雜多樣且具有高度專門技術的考察而為政策性地判斷。因此，在反應憲法第二十五條立法意旨，選擇決定採取何種立法措施，立法院被賦予廣泛的裁量權，除明顯欠缺合理性及顯然不得不視為脫離裁量範圍及裁量之濫用外，法院應不宜為審查判斷。

因此，在考量本件問題點之合併給付調整條款之設定上，因上訴人所受領者為國民年金法上之殘障福利年金，以及上訴人請

求認定受領資格之兒童扶養津貼，兩者均為以實現憲法第二十五條立法意旨為目的所設定之社會保障法上之制度，其內容均為對於分別該當其所定事由者，以年金或津貼的形式，給付一定額度之金額。而兒童扶養津貼係以所謂兒童津貼制度為理念，期待將來能實現上開理念下所創設的萌芽制度，觀其立法過程，雖不能一概否定，但綜觀國民年金法第一條、第二條、第五十六條、第六十一條、兒童扶養津貼法第一條、第二條、第四條有關殘障福利年金、母子福利年金及兒童扶養津貼各項制度之意旨、目的及給付要件之規定，再參酌比較國民年金法第六十二條、第六十三條、第六十六條第三項、同法施行法第五條之四第三項及兒童扶養津貼法第五條、第九條、同法施行法第二條之二所定給付金額及給付方法之結果後加以判斷，兒童扶養津貼實為相當於為補足原國民年金法第六十一條所定母子福利年金所設之制度，與兒童津貼法明定兒童津貼係對養育兒童者因養育支出之保障，異其性質。對於受領者之所得予以保障之點來看，謂與前開母子福利年金甚至國民年金法所定國民

年金（公的年金），抑且國民年金之一的殘障福利年金，基本上具有相同性質，還較為自然。此外，一般在社會保障法制上亦明白規定，即使同一人有同一性質之兩項以上應受領公年金之事由，即在所謂複數事故中，因雙重事故導致謀生能力喪失或減低時，亦不得依事故數量而增加比例。於此情形下，為求社會保障給付整體的公平，誠如前述，是否實施公年金間之合併給付調整一事應屬立法院裁量範圍。此外，此種立法中之給付額之決定，亦為立法政策上之裁量事項，不得逕以其金額過低即謂其當然違反憲法第二十五條。

綜上所述，排斥上訴人主張本件合併給付調整條款違反憲法第二十五條應為無效之原判決，其結論應為正當。（此外，兒童扶養津貼法其後經修正，對於殘障福利年金及老年福利年金等兩種福利年金，雖已認可得與兒童扶養津貼合併給付，但此應視為前開立法政策裁量範圍內之修正措施，前開判斷並不因此而受左右。）

三、其次，在檢討對於類似上訴人之地位者，禁止在其已受領殘

障福利年金的同時再給付其兒童扶養津貼之本件合併給付條款是否違反憲法第十四條及第十三條之事件時，在依憲法第二十五條規定制定之法令中，規定對於受領者之範圍、給付要件、給付金額等無任何合理理由卻給予不當地差別待遇，或有損個人尊嚴之情事時，不能否定另會產生指摘違反憲法第十四條及第十三條之問題。然而，依本件合併給付調整條款之適用，即使對於如上訴人般處於得受領殘障福利年金之地位者與非處於該地位者，在受領兒童津貼上予以差別待遇，依前述說明及參照原判決所指出之各點，尤其是針對身體殘障者、母子所定各項政策及生活保護制度之存在等作總合性判斷，認定不得謂前開差別待遇為無任何合理理由之不當差別待遇之原審判斷應屬正當。此外，基於前開說明本件合併給付調整條款既未損害兒童個人之尊嚴，亦未違反憲法第十三條之恣意且不合理之立法等情事亦相當明確，因此上訴人有關此點之主張亦無理由。

綜上所述，其論旨均不可採。

因此依行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第九十五條、八

**34 請求確認扶養兒童津貼受領資格等事件**

十九條，全體法官一致同意判決 如主文。

六、台灣籍日本兵請求給付補償金事件  
國籍條款的合憲性—台灣籍日本兵的損害補償請求事件  
最高法院平成四年四月二十八日第三小法庭判決  
昭和六十年（才）一四二七號

翻譯人：黃宗樂、劉姿汝

判 決 要 旨

- 一、憲法第十四條雖規定國民在法律之下平等，其意旨在於禁止無合理理由的差別待遇。至於因各人所存在的經濟的、社會的、以及其他種種事實關係上的差異為理由，在法律處遇上設不同規定予以區別，只要該區別具有合理性，並不違反前述憲法的規定。
- 二、身為台灣住民的軍人軍屬所以被排除於戰傷病者戰沒者遺族等援護法（簡稱援護法）及恩給法的適用，其原因在於依聯合國與日本所訂和平條約（編按：即舊金山和約），以及我國與中華民國所訂和平條約（簡稱日華平和條約），處理台灣住民的請求權，列為日本國政府與中華民國政府經由特別協定的主題。因而對台灣住民的軍人軍屬之補償問題，係預定由兩國政府經由外交交涉為之解決。就此而言，應認有充分合理的根據。援護法及恩給法雖然對具有日本國籍之軍人軍屬與台灣住民的軍人軍屬設有差別處遇，基於上述理由，與憲法第十四條並無違背。
- 三、昭和四十七年九月二十九日日本國政府與中華人民共和國政府發表共同聲明，日本國政府承認中華人民共和國政府為中國唯一之合法政府，上開特別協定主題的協議進行，事實上成為不可能狀態。我國對於台灣住民的軍人軍屬應採取何種措置，應當屬於立法政策的問題。

## 事 實

本件是第二次世界大戰當時，在殖民地之下以日本軍軍人軍屬的身分被動員至南方戰線而遭受死傷的原日本籍日本軍的臺灣住民本人十三人及遺屬共計二四名，對日本政府請求每人五百萬日元補償金的訴訟。原告（上訴人）等主張日本政府以國籍條款為由，排除原告等適用援護法及恩給法請求補償金等給付，是對原持有日本國籍的台灣住民的軍人軍屬為不當的差別待遇，違反憲法第十四條規定。第一、二審皆認為日本政府對原告排除兩法的適用有合理的根據，而排斥原告的主張。

## 關 鍵 詞

軍人軍屬（軍屬指軍中的文職及雜勤人員） 戰傷病者戰沒者遺族等援護法（簡稱援護法） 恩給法 國籍條項（依援護法或恩給法規定須具有日本國籍或適用戶籍法之國民始受法律保護之條款） 差別（差別待遇） 特別取極（特別協定）

## 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人等負擔。

## 理 由

一、上訴人等所主張的戰爭犧牲或戰爭損害，是處於攸關國家存亡的非常事態下，國民全體同樣地必須忍受的情事，對此所主張的補償可說是憲法完全沒有預想到的狀況，對於所謂的戰爭犧牲或戰爭損害不過是單從政策的角

度所做的考量，此由本法院的判決（昭和四十年（才）第四一七號同四十三年十一月二十七日大法廷判決）旨趣中可以明知。因此，上訴人等適用憲法第二十九條第三項等的規定而請求補償的主張，不需要進入到該條的意義、性質方面的實質判斷，應歸結於欠缺前提，肯定原審的判斷，不能採用上訴人的論旨。

二、上訴主張，依據昭和二十七年四月三十日所施行的戰傷病者

戰沒者遺族等援護法（同年法律第一二七號。以下稱「援護法」），對軍人軍屬等或其遺族支付障害年金、遺族年金，又依據昭和二十八年八月一日施行的恩給法的部分修正法律（同年法律第一五五號。以下稱「恩給法改正法」）對舊軍人等及其遺族的恩給支付加以復活，但是同時在援護法附則第二項對於不適用戶籍法者，有暫時不適用援護法的規定，又，恩給法第九條第一項第三款規定喪失日本國籍時接受恩給年金的權利同時消滅（以下稱此兩條款為「本件國籍條款」），對台灣住民的軍人軍屬並未被排除適用本件國籍條款，所以身為台灣住民的上訴人等無法收受基於援護法或恩給法的給付，但是此乃對原持有日本國籍的台灣住民的軍人軍屬為不當的差別待遇，違反憲法第十四條。

在此所要檢討的是，憲法第十四條第一項雖然規定法律之下的平等，但本條規定的旨趣在於禁止沒有合理的理由的差別待遇，因存在於各人的經濟的、社會的、其他種種的事實關係上的差異為理由在法律的待遇上設定區別，只要該區別具有合理性，並不違反本條規定，此為本法院

判決的旨趣所在（參照昭和三十三年（**あ**）第九二七號同三十三年十一月十八日大法院判決，刑集一八卷九號五七九頁，同昭和三十三年（**才**）第一四七二號同三十三年五月二十七日大法院判決，民集十八卷四號六七六頁等）。然而，我國依據昭和二十七年四月二十八日生效的與日本國的平和條約，放棄對台灣及澎湖諸島全部的權利、權原及請求權（第二條），關於此一地區，該地區的施政當局及住民對日本國及其國民的請求權處理，成為日本國與該當局之間的特別決議的主題，又，我國與未簽署上述條約的國家間也預定了締結與該條約同一或實質上同一條件的兩國間平和條約（第二十六條）。因此，我國與中華民國之間締結日本國與中華民國間的平和條約（以下稱「日華平和條約」），該條約在昭和二十七年八月五日生效，條約第三條規定，中華民國政府與及台灣住民對日本國及其國民的請求權的處理，是日本政府與中華民國政府之間為特別決議的主題。又，台灣住民依據該條約解釋為喪失日本國籍（參照最高法院昭和三十三年（**あ**）第二一〇九號同三十三年十二月五

日大法院判決，刑集十六卷十二號一六六一頁）。在此期間，昭和二十七年四月三十日制定了援護法，該法附則第二項規定對於不適用戶籍法者，暫時不適用援護法的主旨，其旨趣是該法所規定的援護對象限定持有日本國籍者，以日本國籍喪失為權利消滅事由，該法制定當時，因為台灣住民等的國籍歸屬並不分明，所以解釋為有明顯不能適用該法的情事。其後，依據昭和二十八年八月一日施行的恩給法改正法，對舊軍人等及其遺族的恩給給付雖然復活，但是在該時點，因為台灣住民已喪失日本國籍，依照恩給法第九條第一項第三款，成為無恩給的受領資格。按照以上的脈絡，對於台灣住民的軍人軍屬被排除於援護法與恩給法的適用之外，乃因為台灣住民的請求權處理是根據與日本國的平和條約及日華平和條約為日本國政府與中華民國政府間的特別決議的主題，且對台灣住民的軍人軍屬的補償也預定由兩國政府的外交交涉來解決，可謂有充足的合理根據。因此，依本件國籍條款，即使日本國籍的軍人軍屬與台灣住民的軍人軍屬之間有差別待遇的產生，基於有上述的根據，本

件國籍法條款依據前述有關憲法第十四條的大法院判決的旨趣難謂有違反憲法該條的情事。然而，關於日華平和條約下的特別決議一直未見其成立，而在條約締結經過近二十年的昭和四十七年九月二十九日，日本國政府與中華人民共和國政府發表共同聲明，日本國政府承認中華人民共和國為中國唯一的合法政府的結果之下，實行特別決議的協議已成為事實上不可能的狀態。但是，本件國籍條款並不因此有應該成立違憲的理由，又考慮事實上的狀態，我國對於台灣住民的軍人軍屬應該採取何種措置，應屬於立法政策的問題。此外附帶一提，依據到目前為止所成立有關台灣住民戰歿者遺族等弔慰金等法律（昭和六十二年法律第一〇五號）以及有關特定弔慰金等支給實施的法律（昭和六十三年法律第三一號），我國基於人道精神，對台灣住民的戰歿者的遺族等可支付每位戰歿者或戰傷病者兩百萬円（圓）的弔慰金或慰問金。

根據上述論點的旨趣，可以肯定原審的判斷，原判決對憲法第十四條的解釋適用並無錯誤。

三、依據前示，本件國籍條款不能認定為違憲，因此以其違憲為前提，上訴人為請求解消違憲狀態的立法不作為的違憲確認，提起預備請求之訴，不論其是否適當，理由不備的事實至為明顯。

因此，根據行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第四百零一條、第九十五條、八十九條、第九十三條規定，除法官園部逸夫的意見外，法官全員意見一致，判決如主文。

#### 不同意見

法官園部逸夫的意見，如下所述。

一、一般而言，有關戰歿或戰傷病的補償、救濟僅對於本國國民適用的立法，若在同時又以其他的立法或條約，賦予有相同境遇的外國人有同種的補償、救濟，則不能謂有不平等的差別待遇。因此就日本國而言，尊重當時中華民國政府的意向決定對台灣住民的處置是妥當的，所以對台灣住民關係中留下了另外的處理之道，當前僅對有日本國籍者為對象即將所謂的國籍條款加入戰傷病者戰歿者遺族等援護法當中（同法附則第二項），而幾乎在同時在日本國與中華民國間的平

和條約（日華平和條約）第三條規定，處理包括上訴人的台灣住民對日本國的請求權，應為日本國政府與中華民國政府之間特別決議的主題，所以在此時期的國籍條款難謂其為無理由而造成不平等的規定。而在恩給法的規定中也與援護法有相同旨趣的國籍條款。但是，如同原判決所示，隨著日本國與中華人民共和國間的外交關係正常化，日華平和條約喪失其意義的結果，無法舉行關於特別決議的協議，日本國政府與中華人民共和國之間也無法關於此問題做任何協議。

因此，形成不能締結特別決議的原因，可謂因為國際的諸般情事所造成不得已的結果，但是以該特別決議的締結為前提而設定國籍條款也是不能否定的事實，所以從特別決議成為無法決議的時點開始，必須率直地承認該國籍條款適用的結果所產生的狀態會成為違反法律之下平等原則的差別待遇。但是，在今日，日本國與中華人民共和國保有正式的外交關係，有關戰爭賠償事項是觸及國本的問題（參照日本國與中華人民共和國的共同聲明第五項），因此，我認為有關台灣住民的日本舊軍人及舊軍屬的



援護或恩給給付，對於上訴人的請求權的性質及內容、及構成請求權具體根據的立法的必要性與包括上訴人等台灣住民的戰爭損害的救濟手段的部分，無法表示具體的法律判斷。

由上述見解看來我對於原審對上訴人基於憲法第二十九條第三項、十三條、十四條的請求所為的判斷，在結論上是可以贊同的。

二、原判決附帶言之，在現實上與有同樣境遇的日本人比較之下，上訴人承受顯著的不利益，而且從戰傷戰歿之日起已經過四十年以上的歲月，所以克服可以預測的外交上、財政上、法技術上的困難，儘速除去該不利益，為提高國際信用而努力，是對國政相關者的期待。原判決宣告

後，由於關係者的努力，基於人道精神而制定有關對台灣住民的戰歿者遺族等特別弔慰金等的法律（昭和六十二年法律第一〇五號）及有關特定弔慰金等支給實施的法律（昭和六十三年法律第三一號）。即使依據此兩法律而獲得給付，也無法滿足上訴人等的請求的心情是十分可以理解的，但是依據前述的理由，要根本地解決此種問題，只能等待國政相關者更進一步的努力，藉此機會再次附帶表達。

此外，我雖然認為本件國籍條款適用的結果所生的狀態會成為違反法律之下平等原則的差別待遇，但是關於解消此等差別的立法必要性方面，亦認為無法提出任何具體的法律判斷，與法廷意見相同。

## 七、被告侵入建築物、妨害公務等案件

受教育的權利與教育權—旭川學力調查事件

最高法院昭和五十一年五月二十一日大法庭判決

昭和四十三（あ）一六一四號

翻譯人：李仁森

### 判 決 要 旨

- 一、有關地方教育行政之組織及運作之法律第五十四條第二項，並未賦予文部大臣（教育部長）得要求教育委員會實施如昭和三十六年度全國中學生統一學力調查之類的權限，故地方公共團體的教育委員會對此要求尚無法律上義務，然地方公共團體的教育委員會若依照文部大臣要求，辦理學力調查，在程序上亦非當然違法。蓋地方公共團體的教育委員會依首揭法律第二十三條第十七款規定，原得就該地方公共團體的教育相關事項，有調查的權限。文部大臣的要求無非為地方公共團體的教育委員會辦理調查的動機而已，尚非法律要件。
- 二、兒童教育已發展至將其視為社會的公共的課題，經由公共設施有組織的且有計畫的實施所謂「公教育制度」。現代國家的兒童教育，主要的是經由此類公共的國、公立學校為中心而運營的狀態。然而就教育的本質而言，兒童教育究應由誰支配、決定？國家對於兒童教育的支配、介入是否有當，其限界如何，已成為重要問題浮現。考察此問題自應廣泛的從我國憲法以下的教育關係法制對此基本問題究竟採取如何態度，全盤的觀察。
- 三、憲法第二十六條第一項規定「所有國民，有依法律規定，按其能力均等受教育之權利。」第二項則規定「所有國民，負有依法律規定，使其保護之子女受普通教育之之義務。義務教育為無償」。此一規定是基於福利國家之理念，闡明國家負

有積極地設立有關教育之各種設施，供國民利用之責任義務，同時鑑於對兒童的基礎教育，即普通教育的絕對性必要性，對家長課予使其子女受普通教育之義務，而且宣示該費用應由國家負擔。其立法意旨在表明國民作為一個人，或是一個市民，為成長、發達，完成、實現自己的人格，擁有進行必要之學習的固有之權利，特別是不能自我學習的兒童，有要求大人使自己受充足學習要求的教育的權利。換言之，兒童的教育，並非實施教育者的支配性權能，而應認為因應兒童學習的權利，居於得使其滿足之立場者的責任。

- 四、父母基於對子女的自然關係，對子女的將來最具深遠關心，且站在應該為子女考量立場的人，對兒童的教育當有一定的支配權，亦即有子女的教育自由，惟此種家長的教育自由，主要是展現在家庭教育等學校外的教育，或學校選擇的自由。另外，在私學教育的自由，或教師的教學自由方面，雖然在限定的範圍內固應予肯定，然而在此以外之領域，就一般社會公共性的問題，國家有必要使國民全體的意思有組織的作成決定和實現，基此立場，應以之為國政的一部分，樹立並實施廣泛適切的教育政策。另外，尚有可為者，憲法上或為維護兒童本身的利益，或為因應對兒童成長的社會公共利益和關心，在必要且相當的範圍，不得不解釋為對教育的內容，亦有決定的權能。雖然在政黨政治下，依多數決原理作成國政上的意思決定時，受各種政治要因所左右，教育本來係關涉人的內部價值的文化的作用，不應受黨派的政治觀念或利益所支配，若慮及政治的影響有深入的危險，上述國家介入教育內容情事，即應盡量要求有所節制。尤其在憲法上，承認個人的基本自由，國政上尊重獨立的人格，即不應由國家介入以妨害兒童自由且獨立人格的成長。例如強制灌輸錯誤的知識或偏袒一方的觀念教育，為憲法第二十六條、第十三條規定所不許。惟不能因此否定國家基於前述正當理由就教育內容具有合理的決定權能。

## 事 實

本案被告四名於昭和三十六年十月二十六日，為阻止預定在某中學實施的全國中學統一學力調查之目的，與其他數十人「說服隊員」前往該中學，經校長命其退去而拒絕，於開始上開學力調查之際，對於校長及其他職員施以暴行。經檢察官以觸犯侵入建築物罪、妨礙公務罪、共同暴行罪提起公訴。第一審及第二審判決，認被告之行為成立侵入建築物罪及共同暴行罪，至於妨礙公務罪則以本案學力調查之實施為重大之違法而認不成立。對此，檢察官及被告分別提起上訴。

## 關 鍵 詞

教育權 學習權 教育基本法 學力調查

## 主 文

原判決以及第一審判決中，有關被告A 1、A 2、以及A 3之部分廢棄。

處被告A 1有期徒刑三個月、被告A 2有期徒刑一個月、被告A 3有期徒刑兩個月。

對被告A 1、A 2、及A 3，自本判決確定之日起緩刑一年。

第一審及原審訴訟費用之負擔，如附件所定。

被告A 4之本件上訴駁回。

## 理 由

一、(略)

二、(略)

三、本案學力調查與地教行法五十四條(程序上的適法性)

(一)原判決指出，本案學力調查有關教育價值判斷與教育活動之實質性，踰越行政機關調查(行政調查)的範圍，因此不得以有關地方教育行政之組織以及運作之法律〔以下簡稱「地教行法」—譯者註〕第五十四條第二項為根據，實施調查。

行政調查通常是以行政機關行使該權限為前提，以收集獲得必要基礎資料乃至資訊之作用，文部省設置法第五條第一項第十二款、第十三款、第二十八款、

第二十九款揭示文部省就有關特定事項進行調查的權限事項，地教行法第二十三條第十七款規定調查有關地方公共團體之教育，為該地方公共團體之教育委員會（以下稱「地教委」）的職務權限外，該法第五十三條特別規定有關由文部大臣對其他的教育行政機關之所掌事項的調查權限，該法第五十四條中也規定有關調查之規定。本案學力調查是以像這樣的行政調查所作的行為，此徵於前述實施要綱即可明瞭。原判決認為上開調查以考試問題對學生進行測驗之方法，就該問題點而言，該調查已超越固有教育活動之調查活動。然而，在本案學力調查中所採用之上開方法，即使確實是和教師所進行的教育活動之一部份的測驗有相同之型態，由於以學力調查所作之測驗完全是為調查全國中學學生具有何種程度之學力所作之調查，並非如教育活動的的測驗，以教育之一環對各個學生所作的成績評估，兩者之間，在其宗旨和性質上有明顯之區別。因此，本案學力調查以對學生測驗之方法進行，將其解釋為此一行政行為具有固有教育活動之性質，而不是行政調查，因此並不包含在地教

行法五四條二項中所謂的調查〔之見解—譯者註〕，並不妥當。

當然，雖說是行政調查並非是可以被無限制地容許，但是在被認為是在被容許的目的，必要範圍內，在該方法具有法的制約之情況時，必須在該制約之下進行，在違反該制約時，不免會成為違法。原判決所指出之上開問題，勿寧是屬於本案調查中，上開意義的適法性問題，……有關此一問題將在後述四中詳論。

（二）其次，原判決指出地教行法第五十四條第二項，僅止於規定文部大臣可要求地教委提出自主性實質之調查，並非承認要求作為實施調查本身前提之調查權限之條項，因此文部省不得以該條款的規定為根據，要求實施本案學力調查，在此一問題上，上開調查之實施在程序上亦是違法。

地教行法第五十四條第二項，在和該法第五十三條之對比上，如原判決所說的，很難承認連像本案學力測驗那樣的調查，文部大臣有權要求實施。然而，此對於依地教行法第五十四條第二項，文部大臣不得要求之調查要求，只具有地教委沒有服從此

一要求之義務的意義，地教委依上開要求所作之調查行為，並非因此當然在程序上違法。地教委，如前述，有依地教行法第二十三條第十七款調查有關該地方公共團體的教育之權限，由各市町村（市鄉鎮一譯者註）實施本案學力調查，亦是該市町村教育委員會依文部大臣之要求，就有關其掌理之中學教育調查，基於上開法條所作的行為，並非依文部大臣之要求，才行使被賦予法律上根據的調查權限。在此意義上，文部大臣的要求，只不過在法律程序上，引發由市町村教育委員會實施調查之動機而已，並非行使法律上的要件之行為。因此，在本案中，有關旭川市教育委員會，就旭川市立的各中學所進行的調查行為，縱使那是沒有服從地教行法第五十四條第二項規定上，文部大臣或北海道教委員會的要求之義務，而是因相信有其義務所進行的調查，至少，在程序法上因非不具權限所行使的行為，並不能說是違法。而且，解釋市町村教育委員會以作為管理市町村學校之行政機關，基於該管理權，就學校的教育課程之編成設定基準，給與一般性的指示，進行指導、建議，同時

在特別是必要的場合中，亦可發布具體的命令乃為恰當，因此旭川市教育委員會對各中學校長，命令其變更上課計劃，以校長為測驗責任者實施測驗一事，也應該說在程序法上是基於適法的權限所作的行為，也就是，在本案學力調查的實施中，應該說在程序上並無違法。

當然，如上述，即使認為在由旭川市教育委員會所實施的調查行為中，程序上沒有違法性，在和該行為依地教行法第五十四條第二項，應文部大臣之要求所作的行為之實質上的適法性的問題之關聯上，應該如何評價、判斷，自應以另外之觀點加以論定之問題，有關此點，在四檢討。

#### 四、本案學力調查與教育法制（實質上的適法性）

……本案學力調查為在文部大臣企劃、立案，依其要求所實施調查，因此本法院亦認為應該支持上開調查實施行為的實質上的適法性、特別是和教育基本法第十條的關係，其應作為在和上開整體之調查的關聯中被檢討、判斷事項之原判決的見解。因此，以下自此種立場檢討本案學力調查如原判決所言之，是否違

反包含教育基本法第十條的現行教育法制，以及由此所被導引出來之法理。

1. 兒童的教育和教育權限的歸屬問題

(一) …兒童的教育，其最原初且基本的型態，是基於親子的自然關係，以對子女的養育、監護作用之一環所展現出來的，然而像此種作為私事的家長的教育，以及作為其延長之由私人的設施所從事的教育，到了無法對應隨近代社會中經濟性、社會性、技術性、文化性發展和社會的複雜化之教育要求的質的擴張，以及量的增大，兒童的教育成為在社會中的重要之共通的關心事項，將兒童的教育以所謂的社會的公共性課題，透過公共設施，達到組織性且計劃性地實施之所謂的公教育制度之發展，在現代國家中，兒童的教育，呈現出主要是以作為此種公共設施之國公立的學校為中心，來加以運作之狀態。

然而，隨著如上開之公教育制度之發展，國家對整體教育關心之昇高，以致國家增大對教育的支配或介入，同時亦深化對教育之本質乃至在和其應有狀態之反省，其結果、和兒童的教育應

該由誰支配、決定之問題的關聯，像上述那樣對兒童教育的國家之支配乃至介入的適當與否，以及其界限乃以極為重要之問題浮現上來。……在本案中，有關教育基本法第十條之解釋之前述的問題背景中，有如上開之情況，因此在考察此一問題時，應廣泛地對於在我國憲法以下的教育關係法制，對上開的基本問題採取何種態度之整體觀察之下，加以檢討。

(二) 然而，有關我國法制上，決定兒童教育內容的權限歸屬於誰，有兩個極端對立的見解，…亦即，一個見解是主張，兒童的教育是以包含家長的全體國民的共同關心事項，公教育制度是依此種國民的期待和要求所被形成、實施的，其所應該被支配、實現的是國民全體的教育意思，此一國民全體的教育意思，在憲法所採用的議會民主主義之下，應該透過決定國民全體意思的唯一管道之國會的法律制定，而被具體化，因此法律，當然對公教育中教育的內容以及方法，可以做概括性的的決定，另外，教育行政機關，在限於基於法律的授權，擁有廣泛地對這些事項的決定權限。相對地，另一個見

解則主張，兒童的教育，應以對於憲法第二十六條所保障的，兒童的受教育的權利之責任義務，來被實施，因此擔任此等責任義務的人，是以家長為中心的全體國民，作為公教育的兒童的教育，應具有所謂可說是家長的教育義務的共同化的性格，因此，教育基本法第十條第一項亦規定，教育必須是在國民全體的信託之下，對此直接負責，而被加以實施，因此，作為權力主體的國家，對於和兒童教育的關聯，只被限定於為幫助完成有關如上開之遂行國民的教育義務之各種條件之整備，有關兒童的教育的內容及方法，國家原則上並無介入之權限，教育是在擔負其實施之教師，應自其作為教育專家之立場，以對國民全體負起教育性、文化性責任之型態，決定、遂行該內容及方法，此一事由，亦受憲法第二十三條中學問的自由之保障，不只是學問研究的自由，亦包含教學的自由，教學的自由，在教育的本質上，不只是高等教育，應該解釋為亦及於普通教育之教學所支持。本法院認為，上開之兩個見解均為極端且片面，對於任何一個見解均無法採用，以下，就其理由陳述本法院之見解。

## 2. 憲法和對兒童教育的權限

(一) 憲法中對教育作直接規定的是憲法第二十六條，該條在第一項中規定「所有的國民，依法律之規定，依其能力有均等受教育之權利」、在第二項中則規定「所有的國民，依法律之規定，負有使其保護之子女受普通教育之義務。義務教育，為無償」。此一規定是基於福祉國家之理念，闡明國家負有積極地設立有關教育之各種設施，供國民利用之責任義務，同時鑒於對兒童的基礎教育之普通教育的絕對性必要性，對家長課予使其子女受普通教育之義務，而且宣示該費用應由國家負擔，在此一規定的背後，國民各自以作為一個人，或是一個市民，為成長、發達，完成、實現自己的人格，擁有進行必要之學習的固有之權利，特別是被認為是無法自我學習的兒童，為了要滿足其學習要求，而存在擁有向大人一般性地要求對自己實施教育之權利之觀念。換言之，兒童的教育，並非實施教育者的支配性權能，而是被認為，無論如何，首先是要因應兒童學習的權利，居於可以謀求該種滿足之立場者的責務。



然而，像這樣，兒童的教育，完全是為了兒童的利益，以從施予教育者的責務而被施行之立場，對於像此種教育的內容和方法，應該由誰如何決定，或是可否決定之問題的一定之結論，並不會當然被導引出來。亦即，該條的，對兒童應該施予的教育之內容，是應該由國家的一般性的政治性意思決定程序決定，或是應該是以排除政治性意思的支配、介入，完全自由的社會性、文化性領域內的問題來被決定、處理，無論在何處均找不出應該解釋為，直接單一性解釋之決定之根據。

(二) 其次，依保障學問自由的憲法第二十三條，在學校實際地擔任兒童的教育之任務的教師，主張有教學的自由，可以不受公權力之支配、介入，自由地決定兒童的教育內容之見解，亦無法採用。確實地，憲法所保障的學問的自由，不單只是學問研究的自由，亦被解釋為包含教授其結果之自由，更進一步，和專以自由的探求學問和勤勉向學為宗旨之大學教育相比，即使是在勿寧說是以知識的傳達和能力的開發為主的普通教育之場所中，例如，教師不受因公權力強制，

只教授特定的意見之意義上，另外，鑒於兒童的教育必須是透過教師和兒童之間人格的直接接觸，依其個性加以施行之本質上的要求，在有關教授的具體內容和方法必須承認其有某種程度自由的裁量之意義上，並非不得肯定在一定的範圍內教學的自由應該受到保障。然而，在大學教育的場合中，學生被認為大致具有批判教授內容的能力，相對地，在普通教育中，兒童學生並無此種能力，在考量到教師對兒童學生有重大的影響力、支配力，另外，在普通教育中，在兒童方面，對學校或教師欠缺選擇的餘地，在思考從尋求教育機會均上，亦應有確保全國性一定的水準之強烈要求等〔因素〕時，對普通教育中的教師承認其完全的自由一事，不得不謂是畢竟是不被允許之事。當然，因教師間的檢討議論或包含來自〔學生的一譯者註〕家長之第三人的批判，確實對教學的自由亦原本即有加以抑制，雖然應對此期待之處亦不在少數，然而，並無因此而能有效地防止因上開自由的濫用所造成的弊害之保障，應解釋為憲法完全只是期待如上開之社會性自律之合理性根據，是完全不存

在。

(三) 在思考兒童在其成長的過程中，具有會因外在的影響而受到大大的左右之所謂的可塑性之存在，因此在對兒童施以何種教育，對該兒童將來會形成何種大人，扮演決定性的角色。因此，對兒童的教育和結果具有利害和關心的關係人，對有關個別教育的內容和方法，抱持有甚深之關心，自個別的立場，主張對其決定，實施之支配權乃至發言權，可說是極為自然的趨勢。兒童的教育，如前述，應該是專以兒童的利益而被施行，本來應該是上開關係人在其目的下，一致協力加以施行，然而什麼是兒童的利益，另外有關為此什麼是必要，當然會產生意見的對立，因此有關教育內容的決定，無可避免會發生矛盾、對立的主張之衝突。憲法沒有明示性地指出，應該只能以單一解釋性解決此種矛盾對立之一定的基準，即如上所述。若是如此的話，作為在憲法的次元中，此一問題的解釋，立於依上開關係人的個別主張，參照憲法上的根據，劃分各主張的妥當範圍，應該可說是最合理的態度。

接著，自立於此種觀點加以

思考時，首先，家長對兒童因自然的關係，對兒童的將來具有最深的關心，而且作為應該考量立場的人，被認為對兒童的教育有一定的支配權，亦即有子女的教育自由，此種家長的教育自由，主要被認為是展現在家庭教育等學校外的教育或學校選擇的自由，另外，在私立學校中的自由，或是前述的教師的教學自由，雖然在限定的一定範圍中予以肯定乃為恰當，然而在此以外領域中，一般對於社會公共性的問題，居於應將國民的意思作組織性的決定、實現之立場的國家，應以作為國政的一部分，樹立、實施廣泛適切的教育政策，另外，以作為得作為的人，憲法上，或兒童也為擁護本身的利益，或是為回應對兒童成長的社會公共利益和關心，在被認為必要且相當的範圍，不得不解釋為對教育的內容，也有決定的權能，應該否定此種權能的理由或根據，是在那裡均無法找出的。當然……特別是在作為承認個人的自由，在國政上應該尊重其人格的憲法之下，像是妨礙兒童以自由且獨立之人格成長的國家之介入，例如強制實施對兒童植入錯誤的知識或片面的觀念的教

育，雖可解釋為自憲法第二十六條，十三條之規定上亦不被容許，然而，這些情形，不得不謂是不可成為否定如前述之，國家基於正當之理由，對兒童的教育內容作合理性的決定權限之理由。

### 3. 教基法第十條之解釋

其次，以如同上述有關憲法中國家對教育的權限，以及家長、教師等的教育的自由之理解為背景，檢討教基法第十條的規定應如何解釋。

(一) 教基法是代替在憲法中規定教育的應有狀態之基本，以明白宣示通行於我國的教育及教育制度全體之基本理念和基本原理為目的所制定而成法律……該法中之規定，作為形式上通常的法律規定，雖然並非是具有與此矛盾之其他的法律規定無效之效力的法，然而有關一般教育關係法令的解釋及運用，在法律本身沒有特別的規定時，應該可說必須儘可能順著教基法的規定，以及該法的宗旨、目的加以考量。

(二) 在本案被認為有問題的教基法第十條，是闡明有關教育和教育行政之關係的基本原理之極為重要的規定，在第一項中

規定「教育，不服從不當的支配，應以對全體國民負直接責任加以進行」。在第二項中規定「教育行政，在此自覺之下，必須以為遂行教育的目的，以必要的諸條件的整備確立為目標，以加以施行」。有關此一規定的解釋，檢察官的主張和原判決大致所採用的律師的主張之間，雖有顯著的對立，其要點為(1)第一、教育行政機關基於法令行政時，是否應該解釋不包含上開教基法第十條第一項中所謂得「不當的支配」、(2)第二、該條第二項所謂的為遂行教育的目的之必要的諸條件的整備確立，主要是指有關教育設施的設置管理、教員配置等的所謂的教育的外部事項，教育課程、有關教育方法等之所謂的內部事項，教育行政機關的權限，原則上只限於極為大綱性的基準設定，其餘的則被認為是否應僅止於指導、建議性的作用。

(三) 首先、為了思考有關(1)的問題，前述教基法第十條第一項，就如同其文言所闡明，教育是受國民所信託的，因此教育被認為是為因應前開的信託，應以為為了對國民全體負直接責任而被進行，在其間不得因不

當支配而被扭曲，並顯示教育應該專以依照教育本來的目的來被進行。由此來看，該條項所排斥的是扭曲教育是因應國民的信託，在前開的意義中自主性地被進行之「不當得支配」，只要如同該樣的支配被承認，即應該解釋為不論〔該支配之一譯者註〕主體為何。因此，在邏輯上，即使是教育行政機關所進行的行政，亦不得否定有可能屬於前開所謂的「不當的支配」，問題是歸著於教育行政機關基於法令所從事的行為是否有可能屬於「不當的支配」之情形。在思考上，忠實執行適合憲法的有效其他法律所命令之處的教育行政機關的行為，不得成為此處所謂的「不當支配」雖至為明白，然而如同上述，由於其他的教育相關法律必須解釋為期望不違反教基法的規定以及該法的宗旨、目的，因此，即使是教育行政機關在運用這些法律時，除該法律規定是執行特定地命令事項外，被解釋為必須考量受不成為教基法第十條第一項所謂的「不當的支配」之拘束，在此種意義上，教基法第十條第一項，不得不謂亦適用於基於所謂的法令之教育行政機關的行為。

（四）因此，以下為了要思考上述（2）之問題，原判決指出，教基法第十條的宗旨，教育「除應該在國民全體之下，自主性地進行，同時」「明白宣示鑒於教育是立於人的信賴關係之上才能達成該成果，在教育的場所中，委由接觸被教育者的之自由的創意，排除教育行政機關的支配介入，教育行政機關，以達成前開教育之目的的達成整備確立必要的教育條件為目標之處，為其任務和有其任務之界限。」

仔細思考，兒童的教育，如原判決所述，必須透過和教師直接的人格接觸，依兒童的個性，以彈性化的方式進行，在其處有要求教師的自由之創意和用心的餘地，而且鑒於教基法，如前述般，是對戰前國家對教育的過度介入，控制之反省所產生之立法，該法第十條對教育的權力性介入，特別是因行政權力之介入的警戒，解釋其為對此表明抑制性的立法，雖有其合理性，然而因此一背景而導引出行政權力對教育內容的介入，是完全被排除之結論則是言之過早。如前述，在憲法上，國家有樹立、實施適切的教育政策之權限，國會作為國家的立法機關，有關教育的內

容及方法，依法律，不只是有直接或對行政機關授權，實施必要而且合理的規制之權限，為了兒童的利益，或是為了對兒童的成長之社會公共利益，亦有要求施行該種規制之情形，並無應該解釋國會是在教基上，為自我限定此種權限行使之機關的根據。毋寧說，教基法第十條，是以國家的教育統治權限為前提，將教育行政的目標置於以為遂行教育行政的目的，而整備確立必要之諸條件，為謀求該整備確立之措施時，自尊重教育的自主性之觀點，在對此賦予應該不成為「不當的支配」之宗旨的限定之處，有其意義，因此，即使主張行政權力對教育的不當，不必要之介入應該予以排除，解釋其為了被容許的目的，被認為是必要而且合理的介入，即使是有關教育的內容及方法之事項，亦未必是該條所禁止之範圍，乃為恰當。

當然，原判決並未解釋教育行政機關對教育的內容以及方法之介入，應該完全排除，如前述，認為權力性的介入，不得超過依教育機關的種類等之，僅止於大綱性基準的設定。原判決對前述中所謂的大綱性基準作何種思考，雖然並不清楚，然而將此

就國家的教育行政機關而言，在原判決中指出，參照如前述之教師的自由的教育活動的要求，和在現行教育體制中的教育的地方自治之原則，而應該被設定的基準，自全國性的觀點應該被限定在大綱性的事項，而且，若自後述之文部大臣〔相當於我國的教育部長〕所制定的學校學習指導要領，超越前開之大綱性基準之限度之處觀之，原判決中所謂的大綱性基準，如律師所主張的，似乎是指，除課程的構成要素、教科名，授課時數等之外，有關教科內容、教育方法，性質上要求全國劃一性的程度非常強，無法以指導建議行政或其他國家立法以外的手段達成之，即為大綱性之事項。

在思考上，國家的教育行政機關基於法律的授權，有關屬於義務教育的普通教育的內容及方法設定應該遵守的基準之情形中，雖然必須解釋為亦必須考慮有關教育之地方自治的原則，為確保前開教育中之機會均等，和維持全國性的一定的水準之目的，應承認僅止於被認為是必要且合理之事項，然而有關前開大綱性基準之範圍之原判決的見解，失之過於狹隘，在此認為並

無法採用。將此就有關前述學習指導要領而言，文部大臣基於，學校教育法第三十八條、第十六條中規定有關中學的教科之事項，有關屬於普通教育之中學的教育內容和方法，應該解釋為如上述的，為確保教育機會均等等目的，得設定必要且合理的基準，通覽本案當時的中學學習指導要領之內容，即使是考量，大致上，超越中學的地區性差異，學校差異，以全國的共通性之事項，所被採用之教學方式，為必要最小限度的基準，亦被認為不得謂之不合理之事項，為其主要內容，當中，在某種程度上對細目，且過於詳細，另外，以具有法的拘束力制約地方公共團體，

或是對教師強制未必適切，另外即使果真是否有如該種制約，乃至強制之宗旨，雖含有幾分可疑之處，在前開指導要領之下尚充分留存有由教師作創造性，且彈性的教育之餘地，或反映每個地方之特殊系的個別化的餘地，整體而言，可承認其尚具全國性的大綱性基準之性格，另外在其內容上，亦完全不包含強制對教師，以片面的一定之理論乃至觀念，強行灌輸給學生之處。因此，上述指導要領，自整體觀之情形，姑且不論在教育政策上是否適當，至少自法的觀點，解釋其為為了上開之目的，得肯定是必要且為合理的基準之設定，乃為恰當。

## 八、違反酒稅法事件

最高法院平成元年二月四日第一小法庭判決

昭和六十一年（あ）一二二六號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

酒稅法第七條第一項、五十四條第一項之規定，處罰以自己消費為目的之製造酒類行為，亦不違反憲法第三十一條、十三條。

### 事 實

依酒稅法規定，對酒類課予酒稅（第一條），酒類製造人原則上為納稅義務人（第六條），酒類製造人就酒之種類及製造場所等應取得稅務署長之許可（第七條）。無許可製造酒類者科予刑事罰（五年以下有期徒刑或五十萬元以下罰金）（第五十四條第一項）。取得製酒許可之要件，除稅務署長之裁量同意與否外（第十條），預定年產量未達法定製造數量（如清酒為六十公秉）者亦不給予許可（第七條第二項）。此規定無疑將使為自己消費之目的而製酒，變成事實上不可能之狀態。本案之被告因涉嫌無許可自製清酒被提起公訴，第一審判決有罪（千葉地院昭和六十一年三月二十六日判例時報一一八七號一五七頁）。因第二審上訴亦遭駁回（東京高院昭和六十一年九月二十九日高刑集三九卷四號三五七頁），被告不服提出第三審上訴。

### 關 鍵 詞

酒稅法 免許（特許） 裁量權 個人の酒造りの自由（個人釀酒之自由）

## 主 文

上訴駁回。

## 理 由

辯護人岡邦俊、同碓井清、同鎮西俊一、同舟木友比古之上訴意旨，所謂違憲之點乃指，以自己消費為目的之酒類製造行為，與以販賣為目的之酒類製造行為並不相同，因即令放任，亦無減少酒稅收入之虞，故酒稅法第七條第一項、五十四條第一項規定之處罰對象應解釋為僅限於以販賣為目的之酒類製造行為，對以自己消費為目的之酒類製造行為，若依酒稅法上揭各規定加以處罰，則因係處罰無侵害法益危險之行為，將屬無合理理由限制個人釀酒之自由，自有違反憲法第三十一條、十三條之規定。

惟上揭酒稅法之規定，因縱令以自己消費為目的之酒類製造行為，若加以放任即可能發生減少酒稅收入等徵收酒稅障礙之情形，為確保國家重要財政收入之酒稅徵收，不論其製造目的，酒類製造應一律列為特許之對象，

未受特許製造酒類者即應加以處罰（昭和二八年間第三七二一號同三〇年七月二九日第二小法庭判決，刑集九卷九號一九七二頁參照）、即令因此限制以自己消費為目的之酒類製造自由，其規範亦未有明顯逸脫立法裁量權，或有顯不合理之情形，因此並無違反憲法第三十一條、十三條之規定，本裁判所之判例（昭和五十五年（行ツ）第一五號同六十年三月二十七日大法庭判決，民集三十九卷二號二四七頁。及昭和三十四年（あ）第一五一六號同三十五年二月十一日第一小法庭判決，裁判集刑事一三二號二一九頁參照）意旨甚明，上訴無理由。

另上訴理由中，指稱原判決違反判例之點，因所引用之各判例事實與本案不同並不適切，顯與刑事訴訟法第四百零五條規定不符，上訴無理由。

爰依同法第四百零八條規定，裁判官全員一致同意判決如主文。



## 九、因吸煙自由被侵害請求國家賠償事件

被拘禁者吸菸禁止之合憲性

最高法院昭和四十五年九月十六日大法庭判決

昭和四十年（才）一四二五號

翻譯人：李茂生

### 判 決 要 旨

所謂羈押係指基於刑事訴訟法之規定，為防止逃亡或湮滅罪證，而將嫌疑人或被告之居住處所限定在看守所內之強制處分。在看守所內收容甚多的被拘禁人，而且進行集團式管理，所以看守所是有必要顧慮到秩序之維持以及正常狀態之保持。基於此種考量，看守所不僅是拘束被拘禁者之身體自由，且參酌上述目的而於必要之限度內亦得對被拘禁者之其他自由予以合理之限制。

此種限制是否必要而且合理一事，應該就限制之必要性程度、被限制之基本人權的內容，再加上具體之限制態樣，進行比較衡量後始可決定。

就本件而言，在看守所目前之設備以及管理態勢之下，吸菸所伴隨之火苗使用有引起火災之虞，而承認吸菸之自由亦有引發通謀的危險性，對於監所秩序之維持亦會帶來一定之障礙。由上言之，許可吸煙除有湮滅罪證外，尚應考慮火災發生時，被拘禁人之脫逃。如斯將無從達成直接拘禁之本質上目的，乃屬明顯之事。此外，香煙並不是生活上之必需品，僅不過是具有某程度普及的嗜好物品，吸菸之禁止雖然對於嗜煙者而言是感到一種相當的精神上痛苦，但是對於其人體並不會造成直接之傷害。本於此等觀點，縱然吸菸之自由亦包含在憲法第十三條所保障的基本人權之內，但此並非在任何時點都應該予以保障之自由。從而，綜合考量拘禁之目的、被限制之基本人權的內容，以及限制之必要性後，上述所謂禁止吸菸之自由限制程度應解為合理而且必要之限制。監獄法施行規則第九十六條中對於被羈押人禁止吸菸之規

定，並未違反憲法第十三條，實為明顯。

因羈押而被拘禁之人，不僅在此限度內其身體之行動自由會受到限制，在為防止逃亡或湮滅證據之必要且合理之範圍內，其以外之行為自由亦難免受到限制，此均是羈押此一強制處分所預設之自由限制。

## 事 實

自稱一天吸煙四十到五十根香煙的老煙槍，因為違反公職人員選舉法而被收押。當他由警察的拘留所移監到看守所時，並未被允許攜帶香煙，其後向看守人員要求吸菸也被拒絕。於是這位老煙槍就向當局提出請願，要求吸菸的許可，但是一直到被釋放為止，都沒有得到回答，而且也沒有被許可抽煙。所以他就向法院提訴，認為監獄法施行規則第九十六條「在監者禁用酒類以及煙草」的規定，(一)沒有法律的根據，(二)強制了憲法第十八條所禁止的痛苦的勞役，(三)欠缺合理的理由，所以違反憲法規定，應為無效，進而請求國家賠償。

一審的高知地方法院認為，(一)吸菸的自由也應受到憲法的保障，(二)羈押是特別權力關係，不需要有法律根據即可限制權利，(三)禁煙措施是為了達成拘禁目的的合理而且必要的手段，(四)憲法第十八條所禁止的痛苦的勞役是指強制作業，而禁煙措施並不該當於痛苦的勞役，因此駁回了這位老煙槍的請求。當事人不服，上訴二審，但是二審的高松高等法院全面支持一審判決，駁回了他的上訴。據此，上訴人主張吸菸的自由應該受到憲法第十三條的保障，全面禁止被羈押者吸菸的規定，侵害了憲法所保障的自由，並以此為理由上訴第三審。

## 關 鍵 詞

被告人權 吸菸的自由 日本憲法第十三條 個人尊嚴

## 主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

對於上訴代理人大坪憲三的上訴理由，本廷為如下判決。

上訴理由認為，禁止在監者吸菸的監獄法施行規定九十六條，侵害了因羈押而被拘禁者的自由以及追求幸福的基本人權，違反了憲法十三條的規定。

但是，所謂的羈押是指基於刑事訴訟法的規定，為防止逃亡或湮滅罪證，而將嫌疑人或被告的居住場所限定在看守所內的強制處分。在看守所內收容了許多的被拘禁人，而且進行集團式管理，所以看守所是有必要顧慮到秩序的維持以及正常狀態的保持。基於這種考量，看守所不僅是拘束了被拘禁者的身體自由，而且也不得已地，參酌上述目的而於必要的限度內對於被拘禁者的其他自由予以合理的限制。

而這種限制是否必要而且合理的判斷，應該根據限制的必要性程度、被限制的基本人權的內容，以及具體的限制態樣的比較衡量為之。

就本件而言，根據原判決（包含其所引用的第一審判決）的認定，在監獄現在的設備以及管理態勢之下，吸菸所伴隨的火氣的使用有引起火災之虞，再者若許可吸菸，則亦有引發通謀的可能性，對於監所秩序的維持會帶來一定的障礙。根據上述事實，若許可吸菸，則有湮滅罪證之虞，再者，可預測發生火災時，被拘禁者將會逃亡，如此一來，直接地會使得拘禁的本質目的無法被達成。不僅如此，於被拘禁者的集團生活中，若發生火災，則會發生人道上重大的結果，此固不待論。另一方面，香煙無法斷言是生活上的必需品，某程度上僅能算是具有高普及率的個人嗜好之物，對於香煙的嗜好者而言，吸菸的禁止雖然是會帶來相當的精神上痛苦，但是這並不會直接地帶來人體上的傷害。依照這種觀點，吸菸的自由雖然也可以算是憲法十三條所保障的基本人權之一，但是並不是在任何時刻、地點都應該予以保障的基本人權。從而，綜合考量拘禁的目的、被限制的基本人權的內容、限制的必要性等的關係後，上述禁止吸菸程度的自由限制，應該是必要而且合理的制

約。監獄法施行規則九十六條中  
有關禁止因羈押而被拘禁者的吸  
菸的規定，明顯地並未違反憲法  
十三條的規定。

從而，上訴人的論旨無理

由。

據此，依民事訴訟法四百零  
一條、九十五條、八十九條規  
定，以法官全體一致的意見，判  
決如主文。

## 十、因閱讀自由受侵害請求損害賠償事件

禁止被羈押者的閱讀自由之合憲性

最高法院昭和五十八年六月二十二日大法庭判決

昭和五十二年（才）九二七號

翻譯人：李茂生

### 判 決 要 旨

- 一、為維持監所內的紀律與秩序而限制因羈押而被拘禁於看守所之被告的新聞、圖書閱讀自由時，應按具體情事予以判斷。僅於認為當該閱讀之允許，有相當的概然性會造成上述紀律與秩序的維持上所不可忽視的障礙時，基於防止此等障礙的必要而且合理的範圍內，得限制被羈押者的閱讀自由。此為監獄法第三十一條第二項與監獄法施行規則第八十六條第一項等規定的意旨，其並未違反憲法第十三條、十九條、二十一條之規定。
- 二、如原判決所示，在當時此等所謂公安相關事件而被羈押之人，在看守所內相當頻繁地進行危及所內紀律以及秩序之激烈侵害行為。此等因公安相關事件而被羈之被告，其所購讀之新聞的報導中，部分關於赤軍派學生所為劫機事件之記載。而看守所所長在原判所示之期間內，將此等相關報導之部分予以全部塗抹一事，並未違法。

### 事 實

昭和四十四年有一群人因為參與國際反戰日抗爭活動以及阻止佐藤首相訪美抗爭活動，而被以兇器準備集合罪以及妨害公務罪等罪名起訴，並羈押於東京看守所。於羈押期間，這些被羈押人自費定期訂購了讀賣新聞。不久，在昭和四十五年三月三十一日晚報到四月二日的早報為止的四份報紙內，刊載了有關赤軍派

學生劫持「清潭號」日航班機的訊息。於是看守所所長就依照法務省矯正局依命通達的指示，認定這些報導「詳細地傳達了犯罪的手段、方法」，並將這些報導，包含相關的廣播、電視節目表，用墨水予以塗抹後，才配發到各監房。對於看守所所長的這種舉動，這些被羈押人認為該處分所依據的監所法規以及行政命令違反了憲法規定，進而訴請法院認定處分的違法性，並要求國家賠償。

一審法院就該些法令為限定解釋而認為合憲，並且基於本件處分並未有濫用裁量權的情事，而駁回了這些被羈押人的請求。二審也全面肯認了一審的見解。於是這些被羈押人基於（一）該些報導的閱讀並不會造成對於羈押目的的迫切且明白的危險，所以禁止閱讀的處分違背憲法，（二）原判決認為有造成看守所內秩序維持困難的相當概然性，這明顯是事實認定的錯誤等理由，而上訴第三審。

### 關 鍵 詞

被告人權 知的權利 監獄法 監獄法施行規則

### 主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人等負擔。

### 理 由

上訴代理人近藤聖、小泉征一郎、古瀨駿介川端和治等，於上訴理由的第一點主張，規定得限制因羈押而被拘禁者的新聞閱讀自由的監獄法三十一條二項與監獄法施行規則八十六條一項等

條文，以及法務大臣昭和四十一年十二月十三日的訓令、法務省矯正局局長昭和四十一年十二月二十日依命通達，違反了保障思想以及良心自由的憲法十九條，以及保障表現自由的憲法二十一條規定，應為無效。

所謂的羈押是指基於刑事訴訟法的規定，為防止逃亡或湮滅罪證，而將被嫌疑人或被告的居住場所限定在看守所內的強制處分。因羈押而被拘禁的人，不僅

是在此限度內其身體的行動自由會受到限制，在為了防止逃亡或湮滅證據的必要且合理的範圍內，其以外的行為自由亦難免受到限制，這些都是羈押這個強制處分所預設的自由限制。此外，看守所是將多數的被拘禁者與外部隔離而予以收容的場所，在這種設施內，當其集團地管理這些被收容人時，因為有必要維護內部的紀律與秩序，維持設施的正常狀態，所以為了達成這些目的而有必要時，對這些被拘禁人限制其一定的身體自由或行為自由一事，這也是在所難免（這些限制在與防禦權有關的時候會受到制約，但這應該另當別論）。而在限制自由的情形，對於該些自由的限制是否為必要而且合理一事，應該比較衡量為達成上開目的的必要程度、受限制的自由的內容以及性質、對於該當自由所為具體限制的態樣以及程度等（最高法院昭和四十年（才）第一四二五號、最高法院昭和四十五年九月十六日大法庭判決，民集二十四卷十號一四一〇頁）。

本件的爭點在於東京看守所長所為塗抹新聞報導的處分，限制了上訴人的新聞閱覽自由，這種自由的限制是不是違反了憲

法的規定。為了進行檢討，必須先理解以下的事情。為了使個人得形成、發展個人的思想以及人格，並於社會生活中予以展現，舉凡個人接觸各類意見、知識或資訊的自由、攝取這些資訊的機會等，都是必要不可或缺的事務。再者，思想以及資訊的自由傳達、交流等的確保是民主主義社會中的基本原理，為了使得這些基本原理擁有實效性，上述的自由與機會的確保也是必要不可或缺。據此，對於做為傳達這些意見、知識、資訊的媒體的新聞、圖書等，其閱讀的自由是憲法上應該予以保障的，從規定思想以及良心的自由不可侵犯的憲法第十九條，以及保障表現自由的憲法第二十一條規定的趣旨、目的而言，這種閱讀的自由亦可以說是做為派生原理而必然會導出的權利。此外，我們也可以從規定個人尊嚴應受尊重的憲法十九條規定的趣旨中，導出這種的結論。不過，這種的閱讀的自由，涉及生活的各種情形，擁有極為廣泛的適用範圍，本來就不是像上訴人所主張的是一種絕對不受限制的自由，我們必須認為於各種不一樣的情形，根據比這種自由更優越的公共利益的必要

性，這種的自由也不不得已地必須受到一定的合理限制。而這件事情，在閱讀的對象是新聞的情形，也不是一個例外。立於這種觀點考量下來，如本件，在因為羈押而被拘禁於看守所的被告的新聞、圖書閱讀的自由方面，除了為了防止逃亡或湮滅證據等羈押的目的外，從上述所謂監獄內紀律以及秩序的維持的必要性而言，也必須認可所方可以不得已地對於閱讀自由予以一定的限制。不過，所謂的羈押是一種為了達成上述刑事司法上目的，而於一定範圍內限制個人自由的迫不得已的措施，另一方面，因羈押而被拘禁的人，在伴隨著該當拘禁關係而產生的制約以外，原則上他們做為一般市民的自由應該受到保障，所以縱或是以監獄內紀律以及秩序維持的目的而限制他們的新聞、圖書閱讀自由的情形，該限制也應該是限於真的為了實現這些目的的必要限度內為之。從而，為了認可上述的限制，不得僅憑該當閱讀的許可會損及監獄內紀律以及秩序等這類的一般性、抽象性理由，而更應該由被拘禁者的性向、情狀，監獄內的管理、保安狀況，該當新聞或圖書的內容等其他具體的情

事，來加以判斷，當認為閱讀的許可會產生在監獄紀律以及秩序維持上不容放置不管程度的障礙，而且有相當的發生的概然性時，才可以加以限制，再者，該當限制的程度也應該是限於為了防止上述障礙所必要而且合理的範圍內者，始可認為相當。

監獄法三十一條二項，除了規定監方可以對於在監者限制其文書以及圖書的閱讀自由外，也將限制的具體內容委諸行政命令。基此，監獄法施行規則八十六條一項規定了限制的要件，而所論的法務大臣訓令以及法務省矯正局局長依命通達等，也是基於監獄法的委任而制定了限制的範圍以及方法。綜覽這些規定，雖然在用語上好像是可以在頗為寬鬆的要件下進行限制，但是也可以認為其是規定在上述的要件以及範圍內始可限制閱讀，而且也應該做這樣的解釋，所以上述的法令等，並不違反憲法的規定，進而得以承認其效力。

本庭不採上訴人的第一點上訴理由。

至於第二點上訴理由，本庭為如下認定。

關於上訴人所質疑的原審事實認定，本庭認為按照原判決所



列舉的證據關係而言，應該可以肯認其事實認定，而且認定過程亦無任何違法事宜。在具體的情事下適用上開諸法令時，對於到底許可該當新聞、圖書等會不會就監所內紀律以及秩序的維持產生具有相當概然性而且不容放置不管的程度的障礙，再者，為防止該當障礙，必須採取如何內容、程度的限制措施等，因為有不少的地方都要根據深知監所內實情，而且是直接負起責任的監所長官就各個具體狀況所為裁量性判斷，所以只要該監所長官是根據合理的根據而認定障礙的發生具有相當的概然性，而且可以認為，該當監所長官是合理地判斷為了防止障礙的發生所採的限制措施是有其必要性，則必須認定該長官所採措施是屬合法。就本件而言，參酌上述的事實關係，特別是再加上到本件塗抹新聞記載處分時的這段期間內，這些所謂公安相關事件的被拘禁者，對於東京看守所的紀律以及秩序進行了相當激烈的侵害行為，而與本件塗抹處分相關的新

聞報導都是關於赤軍派學生所悍然進行的劫機事件等情事，東京看守所所長對於因公安事件的關係而被羈押在看守所內的上訴人等，其判斷假若讓這些被拘禁者閱讀本件的各個新聞報導，則看守所內的平穩狀態將會受到擾亂，而且所內的紀律以及秩序的維持方面將會有相當的概然性產生不容放置程度的障礙，這種的判斷是有其合理的根據。再者，看守所所長判斷為了防止上開障礙的發生，是有必要在原認定的期間內採取塗抹事關上述劫機事件的全部新聞報導的措施，而以當時的情況而言，該當對於限制內容以及程度的必要性的判斷，不得認為是違法地超脫或濫用了裁量權。與此趣旨相同的原審判斷，應屬正當。原判決並無上訴人所論的違法情事，所以本庭無法採用上訴人的論旨。

據此，依民事訴訟法三百九十六條、三百八十四條、九十五條、八十九條、九十三條，以法官全體一致的意見，判決如主文。

## 十一、因隱私權受侵害請求給付慰撫金事件

最高法院平成六年二月八日第三小法庭判決

平成元年（才）一六四九號

翻譯人：蘇惠卿

### 判 決 要 旨

將關於他人之前科記錄等事實，於著作物中以公開真實姓名之方式加以披露時，應針對該人於其後之生活狀況、該刑事事件本身具有之歷史上或社會上之意義、該事件中當事人之重要性、就當事人之社會活動及其影響力而言，對照該著作物之目的、性格等，使用真實姓名之意義及其必要性等事由加以綜合考量，不披露上述有關前科紀錄之事實之法益已凌駕於將前述事實公開之理由時，當事人得請求因該等事實被披露所受之精神上痛苦之賠償。

### 事 實

昭和三十九年八月十四日凌晨三點左右，本件第一審原告 X（被上訴人）與其他三人，於沖繩縣宜野灣普天間與駐守於沖繩縣之美軍 A、B 因爭吵而發生毆打，兩名美軍一人死亡一人受傷。因為當時沖繩縣尚歸由美國統治，經美利堅合眾國琉球列島民政府高等法院之起訴，陪審團判定 X 等四人對死亡之美軍的傷害致死罪名雖為無罪，但傷害罪部分罪名成立；對另一名美軍之傷害罪亦為無罪，X 因此受三年有期徒刑之有罪判決。X 於服刑後，在昭和四十一年十月假釋出獄。因為本事件之影響，工作並不順利，X 旋即離開當地，前往東京工作，其後並已結婚成家。X 刻意隱瞞在沖繩發生的事件，加以該事件發生時，沖繩當地之媒體雖大肆報導，但本土之新聞媒體並無隻字片語的報導，因此 X 周遭之人並不知道其曾受有罪判決而入監服刑之事實。

本件第一審被告（上訴人）Y 為該刑事事件陪審團成員，於事發十餘年後，基於該次陪審之經驗，寫成以「逆轉」為題之真實小說，書中並使用 X 之真實姓名。該書由著名出版公司新潮社於昭和五十二年八月予以公開發行，獲得相當評價，於昭和五十三年獲頒大宅壯一賞。

X 以「逆轉」中 Y 使用其真實姓名，致使其有前科紀錄之事實被公開，侵害其隱私權為由，起訴請求 Y 應給付其精神慰撫金日幣三百萬元。第一審東京地方法院支持 X 所主張 Y 之行為已構成對其隱私權之侵害，判決 Y 應給付 X 精神慰撫金日幣五十萬元。Y 不服而提起上訴，第二審東京高等法院雖有部分理由不同於第一審判決，仍維持原判決而駁回 Y 之上訴。Y 乃以第二審判決針對 Y 之表現自由與 X 的隱私權間之優劣關係之解釋有違憲之嫌，向最高法院提起本件上訴。

### 關 鍵 詞

表現自由（ freedom of expression ） 信用 名譽 隱私（ privacy ） 精神慰撫金（ compensation 《for non-pecuniary damage》；consolation money ） 違法性

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

關於上訴代理人大塚喜一、同四宮啟及上訴代理人木村壯、同長谷川幸雄、同佐藤博史、同虎頭昭夫、同黑田純吉、同幣原廣、同後藤昌次郎、同四宮啟、

同大塚喜一之各上訴理由，判斷如下：

一、被上訴人主張：被上訴人之真實姓名被使用於上訴人以「逆轉」為題之出版品（以下稱為「本件著作」）中，因本件著作之公開發行，被上訴人於後述刑事事件受有罪判決而服刑之前科紀錄等事實，因而被公諸於世，其因此受有精神上痛苦，請求上訴人應支付其精神慰撫金三百萬

元整。

二、原審則確認述 1 至 3 之事實關係後，維持第一審所為肯認上訴人對被上訴人之侵權行為責任，本件請求於給付精神慰撫金五十萬元之限度內為正當之判決，而駁回上訴人之上訴，係以：於本件著作公開發行之際，被上訴人就不將前述事實公諸於世，有其人格上之法益，並且該等法益值得依法加以保護，上訴人於本件著作中，以使用被上訴人真實姓名之方式，將其有關前科紀錄之事實加以披露，並無正當之理由；而且，上訴人亦無足以支持其於本件著作中，即便使用被上訴人之真實姓名亦非違法之正當理由，為其判斷之基礎。

1. 本件著作係以發生於昭和三十三年八月十六日清晨三點左右，在由美利堅合眾國統治下之沖繩縣宜野灣市普天間之傷害事件為題材之作品。其概要如下：被上訴人等四人與隸屬於美利堅合眾國軍隊之一等兵 A 及班長 B 發生爭吵打架，結果 A 死亡 B 亦受傷，被上訴人等四人於同年九月四日依美利堅合眾國琉球列島民政府高等法院起訴陪審之結果，以對 A 傷害致死及對 B 傷

害等罪名（適用法條依我國刑法第二百零五條及第二百零四條）遭起訴。再經陪審團審議之後，對 A 傷害致死之部分雖被判定為無罪，但傷害之部分則被判定為有罪；而對 B 傷害之部分亦被宣告為無罪。同年十一月六日以對 A 傷害之罪名，被上訴人及其他二人受有期徒刑三年，另一名同案被告則受有期徒刑二年緩刑二年之有罪判決。

2. 被上訴人服役後，於昭和四十一年十月假釋出獄。首先在沖繩就職工作，但受本件事件之影響工作並不順利，不久之後於是離開沖繩而到東京，昭和四十三年十月開始於某巴士公司擔任司機。被上訴人其後雖亦已結婚，但不論是對其妻子或是公司皆隱瞞其有前科紀錄之事實。而本件事件及本件裁判在沖繩當地雖然被大肆報導，在本土卻未曾被報導過。因此被上訴人在東京的生活周遭裡，並無任何人知道其有前科紀錄之事實。

3. 上訴人為本件裁判之陪審員之一，基於該次之經驗寫成本件著作，於昭和五十二年八月由股份有限公司新潮社公開發行，以真實小說而受相當之評價，於昭和五十三年獲頒大宅賞。

三、上訴論旨以前揭之理由，指摘原審所為上訴人應對被上訴人負侵權行為責任之判決為違憲、適用法律錯誤、判決理由不備及理由互相矛盾而違法，茲檢討如下：

1.如被懷疑為刑事事件之犯罪嫌疑人，甚至因此成為被起訴之被告而受判決，尤其是受有罪判決而服刑之事實係直接影響當事人之名譽與信用之事由，就當事人而言，關於上述有關前科紀錄之事實不被任意加以披露之點具有應依法予以保護之利益（參照最高法院昭和五十二年（才）第三二三號同五十六年四月十四日第三小法庭判決，民集三十五卷三號六二〇頁）。此原則不論係由公機關將上述前科記錄予以公開，或係由私人乃至私團體加以披露時，皆有適用。該當事人於受有罪判決或服刑完畢後，被期待以一普通市民之身分回歸社會，因此其亦享有不得任意公開上述前科記錄致侵害其平穩生活、妨礙其更生之利益。

另一方面，當事人有關其前科紀錄之事實所牽涉之刑事案件或刑事裁判，同時亦為社會一般人關心或批判之對象。事件本身之公開，如具有歷史上或社會上

之意義者，將事件當事人之真實姓名予以披露亦非法所不許。而且依該當事人社會活動之性質或是經由其社會活動對社會產生之影響程度，當事人亦有可能必須容忍公開上述前科紀錄，以供做為批判或評價其社會活動材料（參照最高法院昭和五十五年（あ）第二七三號同五十六年四月十六日第一小法庭判決，刑集三十五卷三號八四頁）。更進一步言，當事人如為依選舉選出之公職人員或是為候選人等，係屬社會一般人所關心對象之公眾人物，則公開上述有關前科紀錄之事實以為評斷該當事人是否適於出任該等公職，即非違法（參照最高法院昭和三十七年（才）第八一五號同四十一年六月二十三日第一小法庭判決，民集二十卷五號一一一八頁）。

而有關當事人之前科記錄等事實於著作物中以使用真實姓名加以披露時，為判斷其是否為法所不許，應綜合考量依該著作物之目的及其性質，使用當事人真實姓名之意義及其必要性。

亦即，就個人有關前科記錄之事實而言，當事人所有不被公開之利益固有應依法予以保護之必要，惟亦有許其公開之情形。

於著作物中以使用當事人之真實姓名，而披露當事人有關前科紀錄之事實時，是否構成侵權行為，除應考量當事人其後之生活狀況外，亦應斟酌該事件本身所具有之歷史上及社會上意義、當事人在事件中之重要性；就當事人之社會活動及其影響力而言，須同時考量依該著作物之目的及其性質使用真實姓名之意義與必要性。綜合考量以上事由之結果，有關前科紀錄之事實不應公開之法益較為優越時，當事人得請求賠償因該等事實被公開所受之精神上痛苦。惟著作人之表現自由並不因此而受影響，蓋針對表現自由雖應給予充分之尊重，但其價值並非凌駕於其他基本人權之上，尚不能以披露當事人有關前科紀錄之事實係屬憲法所保障之表現自由的範疇為由，而謂不能依侵權行為追究行為人之責任。參照最高法院昭和二十八年（才）第一二四一號同昭和三十一年七月四日大法庭判決，民集十卷七號七八五頁之旨趣，其理自明，上訴理由指摘原判決違憲為不可採。

2. 依前述論旨就本案而言，自本件事件及本件裁判發生至本件著作公開發行之時，已經過十

二年有餘之歲月。審酌被上訴人於此期間致力於回歸社會，並已形成新的生活環境之事實，被上訴人就其有關前科紀錄之事實不被公開之點，有依法應予以保護之利益。並且，被上訴人已離開當地，以一普通市民之身分生活於大都會中，故其亦非如公眾人物般，有容忍公開關於前科之事實，以做為批判或評價其社會活動之素材之必要。

上訴理由以：本件著作之目的在提倡陪審制度之優點與其所具有之民主的意義，並將美利堅合眾國統治下沖繩之實情公諸於世，因此有將本件裁判之內容正確記述之必要。但衡諸前述理由亦無將被上訴人之真實姓名予以披露之必要，蓋本件著作雖然詳細記述陪審評議之經過，甚具特色，但終究並非以歷史事實本身之嚴格考證為其目的；況且上訴人於本件著作中即已說明關於美軍於事件前之行動的記載，係依據周遭人等的說詞與證言而創作；有關上訴人於法庭中，回顧其生活、後悔前來沖繩等描述，亦經被上訴人證實並非真實；而被上訴人關於陪審員部分之描述，並非使用真實姓名，係全部使用假名等諸點可知，於本件著

作中並無非使用被上訴人真實姓名即不能達成前述本件著作目的之疑慮。

上訴理由並以本件著作除上述目的外，尚有強調被上訴人等四人係被冤枉之作用，因此於有關本件事務或本件裁判之描述，即便使用被上訴人之真實姓名，亦不構成公開前科記錄為抗辯。但是本件著作中，除包含上訴人在內之陪審團於做出被上訴人等四人對 A 之傷害部分為有罪之結論外，文中更敘述被上訴人之拖鞋與上衣附著有與美軍之血型相同之血跡等，可顯示被上訴人與事件有所關連之證據，有被提示於法庭中。並且在陪審評議中雖有指出爭吵打架之雙方皆應受處罰之敘述，被上訴人等四人所為係正當防衛其等應為無罪之主張卻未見記載。因此，依本件著作之內容，陪審團對被上訴人等四人之陳述意見與當初之公訴事實有重大歧異；而針對宣告之刑期而言，雖然有給予讀者其

與陪審意見中認定之事實相較，有過重之嫌的強烈印象，但尚難謂其係在強調被上訴人與本件事務並無關係、或肯認被上訴人等四人之行為為正當防衛，其等應為無罪。

依據以上之說明，本件著作公開發行之時，被上訴人針對其有關前科紀錄之事實不被任意公開之利益，依法應予以保護；而被上訴人並無於本件著作中，以使用真實姓名之方式，披露前述事實之正當理由。上訴人於本件著作中使用被上訴人之真實姓名，必然導致公開前述前科事實之結果，因此不得由上訴人一己之念，判斷其使用真實姓名之妥當與否。

3.據上論結，原審所為上訴人應對被上訴人負侵權行為責任之判決為正當，本件上訴為無理由。

依民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條，判決如主文。

十二、請求禁止車內廣告播送事件  
最高法院昭和六十三年十二月二十日第三小法庭判決  
昭和五十八年（才）一〇二二號

翻譯人：吳焜宗（節譯）

判 決 要 旨

於原審合法、確定的事實關係下，不能認定被上訴人大阪市所經營之高速鐵路（地下鐵）列車內本件商業宣傳廣播為違法，被上訴人不負侵權行為及債務不履行諸責任。原審為此判斷，堪認正當。其過程並未有上訴人所指違法情形。上訴人以有違法情形為前提，所論違憲之主張，即屬失當。上訴論旨無非憑一己之見解，指摘原判決，殊不可採。

事 實

大阪市交通局為確保交通安全，乃推動地下鐵車內廣播的自動化。此際，為支應其所需費用增加收益，自昭和四十八年以後，與業務廣播並行，進行商業宣傳廣播。惟慮及對商業宣傳廣播的批判，自昭和五十一年一月起變更廣播基準，將其內容由擁有廣範市場佔有率之廣告委託人所提供「生活情報」（有益於日常生活之心得或生活智慧之類），改為以車站周邊企業為廣告委託人的企業介紹。

利用此地下鐵作為通勤工具的某甲主張：相關商業宣傳廣播對於某甲身為乘客，在行進中的列車內，處於被拘禁狀態，係依一方的強制，被迫收聽，因而侵害其人格權，且違反應安全舒適地運送乘客之運送契約上債務等情，以大阪市為被告，起訴請求停止商業宣傳廣播並支付慰撫金。

第一審就侵害人格權方面，認人民在日常生活中原即享有不見不想見之物，不聽不願聽的聲音一類的自由，惟無論何時何地



皆能完全享有以上之自由者，實際上並非可能。就本件車內廣播觀之，於判斷其是否具有違法性時，必須綜合考量所以進行本件廣播之原因及其型態，以及其所致結果等事項加以決定。本件廣播係在財政匱乏下為確保地下鐵運行的安全為目的，自屬具有正當理由，而其型態亦尚未達所謂噪音的程度，其內容則多所自制，不能認為已對一般乘客造成如斯厭惡感，因而判決本件廣播並未違法，並駁回違反旅客運送契約的主張。

第二審亦駁回某甲的主張。某甲則以相對於大阪市之商業宣傳自由，本件所主張之人格權乃是具有優越地位的精神自由權，對此自由之規制，在憲法解釋上須採用適合於判例所示之嚴格基準等為理由，提起上訴。

### 關 鍵 詞

人格權 隱私權 幸福追求權 利益調整 思想表現的自由市場

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

一、原審在適法、確定的事實關係下，無法認定由大阪市經營之地下鐵列車內的本件商業宣傳廣播為違法，而不令大阪市負侵權行為及債務不履行之諸責任的原審判斷，是為正當足堪認同，其過程中並未有上訴人所指之違法事實。

二、伊藤正己裁判官的補充意見：

1.個人擁有不受來自他人而自己不想要的刺激擾亂平靜心靈的利益，而此一利益在廣義上本人認為可以稱之為隱私權。依據本人的見解，此利益作為一項人格的利益，在現代社會上乃是重要之物。對此雖然並不是不能解釋其是包含在作為概括基本權的幸福追求權（憲法第十三條）內，但是將其視為精神自由權之一類型而使其享有憲法上優越的地位，本人則認為並不適當。其原因乃在於，其必須謀求與存在

於社會上的其他利益進行調整，而在一方面考察作為與個人人格相關連之被侵害利益的重要性時，亦必須判斷在與侵害行為的型態間之相關關係上是否構成違法侵害。從隱私權之利益的方面來看，在與對立利益（其中經濟自由權當然亦包含在內）較量之下，對於其侵害必須忍受的情形亦有可能。在公共場所中，對於隱私權之保護本來就不得不變得薄弱，因此就一般的公共場所而言，本件如斯的廣播要產生隱私權侵害的問題則是無法想像的。

2.問題在於，本件的商業宣傳廣播對於身處地下鐵車內的乘客而言，乃是在為了到達目的地而不得不利用之交通工具內的廣播，對於收聽廣播事實上是被強制的情形應該如何考量這一點

上。基本上，表現的自由之所以受到憲法上強固保障的原因，本人認為乃是以資訊接收者可以從眾多表現中，自由地選擇特定表現來接收並且可以基於自己的意思拒絕接受不想接收之表現的情形作為其前提（思想表現的自由市場）。因此，若在僅有特定表現被強制地傳達於資訊接收者的情形下，表現自由的保障則是屬於無法發揮機能的典型，而受其制約的範圍則不得不擴大。如上之收聽者的狀況，在思考調整其與隱私權間利益的場合上，則成為被列入考慮的一項要素。

3.基於以上的觀點再回頭來看看本件，則無法認為車內廣播對於某甲是超越其忍受範圍的隱私權侵害。

### 十三、因麴町中學「內申書」之記載請求 損害賠償事件

最高法院昭和六十三年七月十五日第二小法庭判決

昭和五十七年（才）九一五號

翻譯人：吳煜宗（節譯）

#### 判 決 要 旨

本件內申書（即調查書）備考欄及特記事項欄記載略稱：上訴人在校內號稱「麴町中全共鬥」，發行機關報「砦」。舉行學校文化祭時，夥同他校學生侵入校園，大喊：粉碎文化祭！並散發傳單。上訴人亦參加大學生 ML 派的集會。無視學校的指導勸告，分發傳單或到處塗鴉。缺課的主要原因為感冒、發燒、參加集會或遊行而疲憊之故等語。此項記載顯非表明上訴人的思想或信念。其表明的相關外部行為不惟無從推知上訴人的思想或信念，且不能解為以上訴人之思想、信念，提供高等學校作為甄選入學之資料。因此所論違憲之主張欠缺其前提，即不足採。

表現自由亦應受公共福祉之規範，上訴人的行為對於中學的教育環境有不良影響，減損學習效果等，於提升學習效果方面，有發生不能坐視的弊害的相當蓋然性。為防止此弊害於未然，學校得指導勸告勿為上開行為，固屬當然。又依學生會規則限制學生在校內散發文書，須經許可始得為之，應屬必要且合理範圍，尚未違反憲法第二十一條規定。

本件調查書內容的給閱，係對特定小範圍，辦理甄選入學有關的人士為之，與情報之公開尚屬有間，不能認為侵害上訴人的教育上隱私權，與憲法第十三條規定無違。

#### 事 實

上訴人自東京都千代田區立麴町中學畢業後，參加都立及私

立多所高等學校的入學考試，均未獲錄取。事後得知上訴人的調查書（即所謂「內申書」）「行動及性格紀錄欄」中「基本的生活習慣」、「自省心」、「公共心」三項經評定為C（分為A、B、C三個等級的評價），在「備考欄及特記事項欄」記載如要旨所述。

因認高中入學未獲錄取係調查書有上開記載所致，依國家賠償法規定，對於東京都千代田區及東京都提起損害賠償之訴，請求支付慰撫金。

第一審認調查書的分類評定與上訴人參加高等學校考試未獲錄取有相當因果關係，此項評定已逾越教師教育評價權的裁量範圍，係對學生學習權的不當侵害而構成違法，判命被上訴人支付慰撫金。第二審判決則認定「備考欄及特記事項欄」的上開記載表明上訴人身為中學生，具有異常的行動趨向，乃中學校長告知高等學校，上訴人於中學在學中有此行為，使高等學校預知該學生需要指導，以之作為入學甄選的判定資料，即非侵害上訴人的思想信仰自由，亦非因思想信仰而為教育上的差別待遇，自未構成違法，因而改判駁回上訴人慰撫金的請求。上訴人乃提起本件上訴。

### 關 鍵 詞

內申書（調查書） 學習權 附隨性權利 相當蓋然性 公共福祉 表現自由

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

一、本件之記載，明顯地並非是上訴人之思想、信念本身的記載，此外基於以上記載的相關外

部行為，並不就此而能知曉上訴人之思想、信念，且所謂的以上訴人之思想、信念本身，提供作為高等學校入學者之選拔資料的情況到底是無法解釋的。

二、即使是表現自由亦是受到公共福祉的制約，然而散布傳單等文書及任意塗鴉的行為，由於其

可以說不僅會給中學校內之教育環境帶來不良的影響，而且具有在提昇學習效果上發生減低學習效果等無法坐視之弊害的相當蓋然性，故而禁止學生在校園內散發文書的措施，乃是屬於必要的且合理的範圍內之制約，並未違反憲法第二十一條。因此，假如身在義務教育課程中的中學生亦享有與一般人同樣的表現自由，即使說將得以掌握上訴人性格、行動的客觀事實，記載在本件調

查書上，並提供作為入學者之選拔資料，也無法以其為侵害上訴人的表現自由或違法的制約。

三、本件記載事項，率皆是記載在調查書上而作為入學者之選拔資料得以適法地記載之內容，又依據本件調查書之記載資訊的開示，乃是針對與入學者選拔相關之特定小範圍人士，一般人士並不該當於資訊公開的對象。

## 十四、請求給付國民年金事件

憲法上關於外國人的社會保障

最高法院平成元年三月二日第一小法庭判決

昭和六十年（行ツ）九二號

翻譯人：吳豪人

### 判 決 要 旨

社會保障政策對於如何處遇外國人之問題，在無特別的條約存在下，得按與外國人所屬國之外交關係、變動之國際情勢，以及國內政治、經濟、社會諸情事為政治上的考量加以決定。因此，在有限財源下，應容許對本國人之福利給付優先於僑居外國人。關於國民年金法第八十一條第一項殘障福利年金發放對象之決定，立法機關有廣泛的裁量權，從而，立法機關將僑居外國人排除在發放對象之外，應可認其係立法機關裁量範圍內之事項，而且其以殘疾認定日須係日本國民之規定此一差別待遇，並非欠缺合理性，故不違反憲法第十四條及第二十五條規定。

### 事 實

X（原告、上訴人）年幼時，因罹患麻疹而失明，其於昭和三十四年十一月一日，依據修正前國民年金法（昭和五十六年修正前之舊法）所規定，符合一級殘障程度。X 於昭和三十四年十一月一日，仍是韓國籍之大韓國民，直到昭和四十五年十二月十六日，始歸化取得日本國籍。X 依據國民年金法（以下簡稱同法）第八十一條第一項規定，請求大阪府知事 Y（被告、被上訴人）為殘障福利年金之給付，Y 則依據同法第五十六條第一項但書規定，以 X 於殘疾認定日非屬於日本國民為由，拒絕給付。X 以同法第五十六條第一項但書之「國籍條款」違反憲法第十四、第二十五條規定為由，先後起訴、上訴請求法院撤銷拒絕處分，

其請求均於第一審、第二審遭駁回。X 遂以原判決否定「僑居外國人」之「殘障福利年金受領請求權」，係違反憲法第十四、第二十五、第九十八條規定；同時關於年金受領權，允許對於曾是外國國籍而今取得日本國籍之國民，為差別待遇，亦違反憲法第十四、第二十五條規定。因而提起第三審上訴。

### 關 鍵 詞

福利國家原則 裁量逾越 裁量濫用 非釀資型年金 平等原則 不合理差別待遇之禁止 法拘束力

### 主 文

上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

(1) X 於昭和三十四年十一月一日國民年金制度發起時，按國民年金法（以下簡稱同法）所規定之別表，符合一級殘障程度，依據同法第五十六條本文規定，原本應對 X 給付同法第八十一條之殘障福利年金。然而，依據同法第五十六條但書規定，須以殘疾認定日（昭和三十四年十一月一日制度發起），係日本國民為限，始得對其給付殘障福利年金。X 於昭和三十四年十一月一日殘疾認定日時，非屬日本國民，故不得對 X 給付殘障福

利年金。

(2) 對於在昭和三十四年十一月一日之後，始因歸化而取得日本國籍者，依據同法第五十六條但書規定，因為在殘疾認定日，非屬日本國民，不得對其給付殘障福利金，是否違反憲法第二十五條規定，以下說明之：

憲法第二十五條規定，以「福利國家原則」為基礎，宣示國家的任務在於，謀求全體國民之健康、文化最低限度的生活（第一項）；以及努力創造擴充社會立法與社會設施（第二項）。所謂「健康、文化最低限度的生活」係一抽象、不確定的概念，其內容需透過對於文化發展程度、社經條件以及一般國民生活狀況等相關關係之判斷，用立法的方式加以具體化，以實現

憲法第二十五條規定旨趣。在此，不能忽視國家的財政狀況，而且必須從多方面加以考量，以作為政策判斷之基礎。因此，決定要採取如何具體的立法措施以實現憲法第二十五條規定旨趣，立法機關享有廣泛的裁量權。除顯然欠缺合理性之裁量逾越、裁量濫用外，不受法院之審查。

國民年金制度係為實現憲法第二十五條規定旨趣而設立的，其目的係為防止國民生活安定因年齡老化、殘障及死亡而受到損害，並藉由全體國民共同連帶來承擔損害。國民年金制度係採保險的方式，由被保險人所支付的保險費作為年金給付的來源。不過，在制度發起之初，設有所謂「非釀資型福利年金」之過渡性措施，對於既是老年又達到一定殘障程度之人或是預料無法在一定期間內繳納保險費之人，縱使依照保險原則，非屬受領給付之人，亦使其享有該制度所保障之利益。同法第八十一條第一項殘障福利年金，也是國民年金制度發起時所設之過渡性救濟措施之一，其全額由國庫負擔，為非釀資型年金。對於殘障福利年金發放對象，立法機關可以說是擁有廣泛的裁量權而得決定之。此

外，關於社會保障政策如何處遇外國人之問題，除非有特別條約存在，則應參照與該外國人所屬國之外交關係、變動的國際情勢以及國內之政治、經濟或社會等情況，並按政治上的判斷做出決定。在有限的財源下，應可容許對本國人之福利給付優先於僑居外國人，因此，將僑居外國人排除於殘障福利年金發放對象之外，應可認為係屬於立法機關裁量範圍內之事項。

再者，關於具有過渡特性質之殘障福利年金，其給付須以在殘疾認定日係日本國民為必要，此並非欠缺合理性。蓋於昭和三十四年十一月一日之後，始因歸化而取得日本國籍者，若要使其能夠受領殘障福利年金之給付，不論是採取使該人潮及於昭和三十四年十一月一日時成為日本國民之方式，抑或溯及既往，使國民年金法依照昭和五十六年法律第八號修正而刪除國籍條款之效果，皆係立法機關所得裁量之事項。

因此，國籍條款以及在昭和三十四年十一月一日之後，始因歸化而取得日本國籍者，不得對其為同法第八十一條第一項殘障福利金之給付，並不違反憲法第



二十五條規定。

(3) 國籍條款以及在昭和三十四年十一月一日之後，始因歸化而取得日本國籍者，不得對其為同法第八十一條第一項殘障福利金之給付，是否違反憲法第十四條第一項規定，以下說明之：

憲法第十四條第一項規定所謂的「平等原則」，其旨趣在於禁止不合理之差別待遇。因此，以存在於個人之經濟、社會或其他實質上的差異為由，以法律加以排除而區別之，必須限於合理之區別，始不違反憲法第十四條第一項。關於同法第八十一條第一項殘障福利金之給付，以殘疾認定日是否具有日本國籍，作為給付與否之區別，如前所述，對於本國人之障礙福利年金給付優先於僑居外國人，將僑居外國人排除於發放對象之外，且以殘疾認定日須為日本國民，作為受領給付之資格要件，皆係立法機關裁量範圍內之事項。因此，將僑居外國人排除在外之區別，不能否定其合理性，故不違反憲法第十四條第一項。

(4) 「國籍條款」是否違反憲法第九十八條第二項規定，以下說明之：

關於社會保障之最低基準，昭和五十八年條約第四號（亦即ILO 第一〇二號條約）第六十八條之一本文規定「居住於日本的外國人，享有與本國居民之同一權利。」然而，同條但書規定「專門或主要以公資金為財源所做之給付及過渡性措施，其關於外國人或我國境外出生之本國人的特別規則，則得由國內法令訂定之。」因此，與國庫全額負擔殘障福利年金有關之國籍條款，顯然地並不違反該條約規定。此外，有關經濟、社會及文化權利之國際規約（昭和五十四年條約第六號）第九條規定「締約國應認同社會保險以外與社會保障有關之權利。」該規定係確認，就締約國而言，與社會保障有關之權利，值得受到一國社會保障政策的保護，並且宣示締約國負有推動社會保障政策，以積極實現相關權利之政治責任，但不表示該規定係立即賦予個人具體之權利。同規約第二條之一規定，顯然在要求締約國「以立法措施以外之適當方法，漸進地實現規約所認同之權利。」因此，不能認為該規約有直接排斥國籍條款之意。再者，社會保障政策中，關於本國國民與非本國國民同等待

遇之條約（ILO 第一一八號條約），我國尚未准許通過。又，其他相關的宣言，諸如：世界人權宣言、精神耗弱者權利宣言、殘障者權利宣言…等，對我國也沒有法拘束力，因此，在條約、

宣言對我國沒有法拘束力，或縱使有法拘束力，亦無直接排斥國籍條款之意的情形下，以國籍條款抵觸此等條約、宣言為由，主張其違反憲法第九十八條第二項規定，並無理由。

## 十五、因禁止旁聽時記錄請求國家賠償事件

最高法院平成元年三月八日大法庭判決

昭和六十三年（才）四三六號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

- 一、憲法第八十二條第一項並非在保障旁聽者於法庭記錄摘要之權利。
- 二、旁聽者於法庭記錄摘要，若在將其見聞審理，加以認識、記憶者，依據憲法第二十一條第一項之精神，為值得尊重，不得無故加以妨礙。
- 三、就法庭警察權之行使，委諸於審判長廣泛之裁量，其行使之可否、應採取措施等，審判長所為之判斷，須給予最大尊重。
- 四、對於法庭記錄摘要，審判長僅許可司法記者俱樂部所屬之報導媒體而禁止一般旁聽者之裁量，並未違反憲法第十四條第一項規定。
- 五、法庭警察權之行使，除有明顯脫離法庭警察權之目的、範圍，或其方法有明顯不當等特別情事外，並不符合國家賠償法第一條第一項所規定之違法公權力之行使。

### 事 實

美國人律師為本件上訴人（L·雷貝達），係於日本從事經濟法研究，並以其研究之一環，就東京地方法院所審理之違反所得稅法事件列席旁聽。當時，伊希望能於旁聽席就審理之內容加以記錄，因而向負責審理該事件之刑事部提出申請，雖歷經七次申請，皆未獲許可。據此，上訴人以此措施，係違反憲法第二十一條、市民性及政治性所相關之國際公約第十九條、憲法第八十二

條、刑事訴訟規則第二百五條、憲法第十四條規定為由，依國家賠償法第一條規定，請求損害賠償。

東京地院（昭和六二・二・一二判時一二二二號二八頁）以「接受資訊之自由、及收集資訊之自由並參照憲法第二十一條之精神，就其衍生之原理，有時須受到一定限度之保障」，雖對「認識裁判內容之自由」加以認定，但另一方面認法庭上記錄開庭摘要之行為，為對此認識所為之「補充行為」，非憲法上當然未加以保障，駁回其請求。又，針對雷貝達之上訴，東京高院（昭和六二・一二・二五判時一二六二號三十頁）雖以憲法第二十一條第一項認「接受、收集資訊之自由亦受基本性保障」，然此自由並非毫無限制，並強調「訴訟公平且圓滿進行」之利益而駁回上訴。雷貝達不服此判決，而提出第三審上訴。

### 關 鍵 詞

傍聽人（旁聽者） メモ採取（記錄開庭摘要） 裁量の範圍（裁量之範圍） 違法な公權力の行使（行使違法之公權力）  
棄却（駁回） デモンストレーション（示威）

### 主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

上訴代理人秋山幹男、鈴木五十三、喜田村洋一、三宅弘、山岸和彥之上訴理由：

一、原審所確定之事實如下：

緣上訴人係具有美國華盛頓州資格之律師，以國際交流基金

之特別研究員，從事我國證券市場及相關法規限制之研究，就前項研究之一環，於昭和五十七年十月以來，對於被告加藤皓違反所得稅法事件，於東京地方法院審理之各庭期列席旁聽。擔任該項事件之審判長（以下稱「本件審判長」），就旁聽者於各庭期一般性記錄摘要，事先業已禁止，上訴人於各開庭日期前，雖已事先提出申請，但本件審判長並未許可。本件審判長對於司法

記者所屬俱樂部報導機關之記者，於各開庭日期記錄摘要，則已許可。

二、憲法第八十二條第一項就裁判之對審與判決，規定應於公開之法庭進行之，其主旨係以制度保障裁判基於一般性公開，得以公平進行審理，進而期能確保國民對裁判之信賴。

裁判之公開審理以制度而受到保障之下，個人雖得以於審理時旁聽，然該項規定既未認定個人具有向法院要求旁聽之權利，亦未保障旁聽者於法庭記錄摘要之權利，自不殆言。

三、1. 憲法第二十一條第一項之規定係在保障表現自由。準此，就個人自由接觸種種意見、知識、資訊，並有吸取之機會，使其得以形成個人自我之思想與人格，成為反映於社會生活上所不可或缺之要素，且就民主主義社會中思想及資訊之自由傳達、交流之確保等基本性原理，得以具有真正實效而言，實為必要，就涉及此種資訊等，而將其吸取之自由，從右項規定之主旨、目的來看，自可謂以其衍生原理而被加以導入（參考最高裁昭和

五十二年（才）第九二七號、同五十八年六月二十二日大法庭判決，民集三十七卷五號七九三頁）。市民性及政治性權利所相關之國際公約（以下稱「人權公約」）十九條二項之規定，亦為相同之主旨。

2. 筆記行為係人類一般生活之活動項目之一，於行行色色之生活型態下進行，所擴及之範圍極廣，難謂其皆為憲法保障之自由所相關者，只要是涉及各種意見、知識、資訊，就輔助其吸收所進行者，筆記行為之自由，依憲法二十一條一項之精神，實應加以尊重。

審判之公開制度受到保障之下，旁聽者得於法庭見習，其於法庭記錄開庭摘要，只要是就其所見聞之審判，加以認識、記憶者，應值得尊重，不得無故加以妨礙。

四、甚且，雖謂目的係以輔助吸收資訊等而進行之筆記行為自由，與他人之人權相衝突時，為能與其相互調整，或者具有更為優位之公共利益存在時，由確保該自由之必要性來看，受到一定之合理性限制，實係無可奈何。惟，右列筆記行為之自由，與憲

法二十一條一項之規定所直接保障之表現自由相違，就其限制或禁止事項，表現自由受到限制時，可謂並未要求一般所必要之嚴格基準。

若稱此為旁聽者記錄開庭摘要之行為，法庭係審理、審判案件之場所，亦即查明事實、適用法律、實現適當且迅速之審判，法官及訴訟關係人於此場所集中全部注意力，就此場所必須給予最大尊重，以實現適當且迅速之審判。旁聽者異於法官或訴訟關係人，係見聞活動之一員，並未計劃採取任何與裁判相關之積極性活動者。準此，訴訟得以公平且順利進行，相較於旁聽者記錄開庭摘要，乃係更為優位之法益，自無庸贅言。看來，就記錄開庭摘要之行為，對法庭公平且順利進行之審理，造成些微妨礙之情況發生時，得以限制或加以禁止，自屬當然。有時，亦得將旁聽本身加以限制，以使訴訟之適當審理得以實現（參考刑訴規則第二百零二條、一百二十三條二項）。

旁聽者基於共同想法而同時進行記錄摘要之行為等，若呈現出示威等情形時，並非討論之範圍內，但依據該事件之內容、證

人、被告之年齡或個性、旁聽者與事件之關係等各項情形，記錄開庭摘要之行為本身對於審理、裁判之場合產生不洽當之氣氛，對於證人、被告之心理帶來不當之壓迫等影響，進而致使訴訟公平且順利之進行，可能有產生妨礙之虞，實無法加以否認。

惟，即便如此，旁聽者記錄開庭摘要之行為，致使訴訟公平且順利之進行受到妨礙之情形，通常不致發生，只要未有特殊情事，應可任由旁聽者自由為之，此乃符合憲法二十一條一項所規定之精神。

五、 1.主控法庭之審判長（含一人開庭之法官。以下同），就妨礙法院職務之執行，或有不當行為者，被賦予相當之處分權限，以維護法庭之秩序（裁判所法七十一條、刑訴法二百八十八條二項）。右記之法庭警察權，係針對法庭上所進行之訴訟，旁聽者等有妨礙之情形者，得以加以制止、排除，以使裁判恰當且迅速之進行，為符合憲法上之要求，因而賦予審判長之權限。惟，就妨礙法院職務之執行、擾亂法庭秩序之行為，於裁判之各種場面以各種型態出現，鑒於法

庭警察權就右項之各種場面，須適時加以行使，該行使立場，係最能掌握該法庭之狀況等，並且，訴訟之進行，皆委諸於負有全部責任之審判長廣泛之裁量，因此就審判長判斷行使與否，應採取之措施，必須給予最大尊重。

2. 依據裁判所法七十一條、刑訴法二百八十八條二項之規定，針對法庭上有妨礙法院職務之執行、或行為不良者，審判長為維持法庭秩序，所裁示之適當處分受到認可時，即便是旁聽者記錄開庭摘要之行為，對於訴訟公平且順利進行，有產生妨礙之虞者，審判長依其權限，當然得以禁止或採取限制措施之解釋是適當的，實定法上，實難謂禁止旁聽者於法庭上記錄開庭摘要所根據之規定並不存在。

再者，人權公約十九條三項之規定，含資訊接收之自由等有關表現自由之權利行使，所課之限制上必須有法條之制定，因而基於前述各項法律規定之法庭警察權就旁聽者記錄開庭摘要之限制，並未違反任何人權公約之右項規定。

3. 如前所述，審判長應任由旁聽者記錄摘要，乃符合憲法

二十一條一項規定之精神。審判長特別就具體上對於訴訟公平且順利之進行，有產生妨礙之虞時，期依法庭警察權採取限制或禁止之措施，惟依據事件之內容、旁聽者之狀況、該法庭之其他具體狀況，事先就旁聽者記錄摘要已一般性禁止，並且因應狀況給予個別許可之措施，只要未構成無故妨礙旁聽者記錄摘要，可視為審判長裁量之範圍內，而應受到認可。

六、本件審判長於各開庭日期，一方面對於上訴人記錄摘要加以禁止，而另一方面就司法記者俱樂部所屬報導機關之記者給予許可之措施，已如前所述。

憲法十四條一項之規定，其主旨並非保障個人之絕對性平等，乃指未有合理理由之下，禁止差別歧視，且因應個別事實之差異，將法律之措施加以區別，只要該區別具有合理性，得以解釋為並未違反右項之任何規定（參考最高裁昭和五十五年（行ツ）第十五號同六十年三月二十七日大法庭判決，民集三十九卷二號二四七頁等），同時報導機關之報導，於民主主義社會中，就國民參與國政，提供其判斷之

重要資料，事實之報導自由依憲法二十一條一項所規定之表現自由，而受到保障，實無庸置疑，此種報導機關之報導為具有正確內容之故，報導取材之自由亦依照憲法二十一條所規定之精神，非常值得尊重（最高裁昭和四十四年（し）第六十八號同年十一月二十六日大法庭決定，刑集二十三卷十一號一四九〇頁）。

若為如此，前述之意旨就法庭警察權行使之際，即使有顧慮之處，依據裁判報導之重要性自為當然，依報導之公共性、進而對於報導取材之自由產生顧慮，因而僅以司法記者俱樂部所屬報導機關之記者為對象，准許於法庭記錄開庭摘要之措施，難謂其欠缺合理性。

本件審判長所採取之右項措施，即是基於此種顧慮之下所產生，實難謂其欠缺合理性，且並未違反憲法十四條一項之規定。

七、 1.就原審所確定之前開事實關係下，本件審判長基於法庭警察權，針對旁聽者一般性記錄摘要，業已事先加以禁止，就未許可上訴人之措施（以下稱「本件措施」），亦無法找出得以肯定其為適當措施之積極性事

由。上訴人記錄開庭摘要，實難謂有擾亂法庭內之秩序或平靜，對於審理、裁判之場所營造不恰當之氣氛，或者帶給被告不良影響等，就訴訟公平且順利之進行，未有產生妨礙之虞，準此，本件措施就法庭警察權之行使，實可謂缺乏合理性之根據。

往昔，所謂公安事件多數係屬於法院，當時，法庭經常充斥暴戾之氣，為期此等裁判得以順利進行，必須於各法庭採取禁止一般性記錄摘要之措施，並在全國有相當數量之法院之見解，認定即使於今日該等措施亦有其必要，一直以來所採取之措施與本件措施相同，乃為本法院明顯之事實。惟，採用本件措施之當時，大多數國民對於法院之了解益深，並且就法院於法庭上所進行之審理，旁聽者有妨礙之事態，幾乎皆加以隱藏，亦是本法院顯著之事實。

現今，法院就旁聽者之開庭記錄坦承有欠考量，今後就旁聽者記錄開庭摘要之行為所提出之聲請，必須予以認定。

當然，前提以不妨礙法庭之秩序或平靜，對訴訟公平且順利進行不產生障礙，自屬無疑，假使審判長就旁聽者之任何行



為，認定有招致右項事態時，具有應公正且果斷行使法庭警察權之職務與責任，亦不得忘失。

2. 法庭警察權必須依據裁判所法七十一條、刑訴法二百八十八條二項之各項規定加以行使，實無庸置疑，惟前述法庭警察權之主旨、目的、甚者若更加追溯法支配之精神，則行使之際，對於審判長之措施必須給予最大限度之尊重。準此，審判長之措施以此為依據，只要未有明顯脫離法庭警察權之目的、範圍，或者其方法十分不恰當等特別情事，可解釋為並非國家賠償法一條一項所規定之違法公權力行使，實為妥當。據此，鑒於前述旁聽者於法庭之立場，就旁聽者記錄開庭摘要行為所行使之法庭警察權，實可謂妥當之措施。

本件措施實施之當時，依法庭警察權於開庭時就旁聽者一般性記錄摘要加以禁止，認定係為適當之見解亦被廣泛採用，如前記所述，有相當數量之法院亦採取相同之措施，且本件措施並無前述之特別情事，即使有欠缺考量之處，尚無法斷定此係國家賠償法一條一項之行使違法公權力。

八、原審之判斷因與以上之說明歸於相同意旨，結果乃為認同此說。原審判決並無原告所主張之違憲、違法，其所主張之論點皆無法採用。

準此，依民訴法三百九十六條、三百八十四條、九十五條、八十九條之規定，除四ツ谷巖法官另有意見之外，其餘法官全體意見一致，所作之判決如主文所示。

四ツ谷巖法官之意見如下。

本人就多數意見認為本件上訴應予駁回之結論，亦表同感，惟就該結論之說明尚有無法認同之處，在此，謹將本人之看法加以明確說明。

一、 1. 憲法八十二條一項規定之主旨，係由制度上保障裁判為一般公開，公平進行審理，以期進而確保國民對裁判之信賴，就個人要求於法院旁聽之權利，固未加以認定，且就旁聽者於法院記錄開庭摘要之權利亦未受到保障，已如多數意見之說明所示，為滿足右項規定之要求，物理上將各法庭設於可能旁聽之狀態下，允許不特定人進入法庭旁聽，足以認定該人以所謂五官之作用，於裁判之見聞並未受到妨

礙。

2. 憲法二十一條一項之規定，保障表現自由。因此，多數意見認為，就個人所接觸之各種意見、知識、情報，將其吸收之自由，從右項規定之主旨、目的，以其衍生原理而被加以導入是理所當然，筆記行為只要係輔助吸收資訊等而進行者，依照右項規定之精神，應加以尊重，再者，說明旁聽者於法庭記錄摘要，只要為認識、記憶所見聞之裁判而進行者，係值得尊重。就吸收資訊等之自由與筆記行為之自由所相關之說明，以一般論而言確實如此。惟就旁聽者記錄摘要所相關之說明，實無法表示贊同。

法庭並非所謂公共場所，係審理、裁判案件之場所自不殆言。因此，於法庭上，冷靜探究事實，公正適用法律，實現適當且迅速之審理，應為最優先之考量。主控法庭之審判長，所被賦予之法庭警察權，無非就訴訟之進行所造成之妨礙，加以抑制、排除，經常維持法庭為適合審理、裁判之適當場所，實現適當且迅速之審理，以滿足憲法之要求。因此，就行使此種法庭警察權之主旨、目的及裁判權，依法

官於憲法上之地位、權限，法庭警察權之行使，主要係將裁判進行，委諸負有全責之審判長加以裁量，旁聽者之行為，依審判長之裁量加以限制，實為當然。記錄摘要之行為亦不為例外。如此一來，審判長依其裁量，得以禁止旁聽者記錄摘要，惟其結果雖然造成旁聽者無法充分享有於法庭吸收資訊等之自由，然如前所述，法庭係進行審理、裁判之場所，且旁聽者依其自由意思，進入由審判長主控下進行審理之法庭，僅係見聞法官及訴訟關係人活動之立場來看，據此，實難謂違反憲法二十一條之規定，亦無違背其精神。

多數意見所引用之最高裁昭和五十二年（才）第九二七號同五十八年六月二十二日大法庭判決，民集三十七卷五號七九三頁，就違反當事人之意志，而被羈押於收容所之判決未確定者閱讀報紙之自由做出裁示，旁聽者與此種依公權力，違反意志而受羈押者之立場迥異，已如前所述，又針對判決未確定者不得閱讀報紙，因此吸收資訊等幾乎是不可能，然旁聽者即使被禁止於法庭上記錄摘要，依五官之作用而吸收資訊等本身，並未受到任

何妨礙。

人權公約十九條二項規定之主旨，與憲法右項規定並無相異之處，因此，即使禁止旁聽者記錄摘要，並未違背人權公約之右項規定或其精神，又者，依法庭警察權禁止旁聽者記錄摘要，並未違反人權公約十九條三項之規定，已如多數意見之說明所示。

3. 據此，旁聽者請求於法庭記錄摘要之聲請，並無憲法及其他法令上之根據。

看來，旁聽者於法庭記錄摘要之自由，實難謂為受法律保障之利益，上訴人之本件聲請，就其他要點未加以論斷，實有未恰，因而原審判決裁示其應予駁回，實為妥當，本件上訴應予駁回。

二、藉此機會，就旁聽者於法庭記錄摘要，聽任其自由是否恰當，並附做說明。

就旁聽者於法庭記錄摘要，應聽任其自由，即使未依憲法及其他法令上聲請，一般而言就訴訟公平且順利進行，若未有產生妨礙之虞，則只要未有特別情事，聽任其自由，亦為一種既存的狀態吧。

惟如前記所述，法庭係探究

事實真相之場所，首先必須加以考量者，係將法庭營造為最易呈現真相之場所，若旁聽者於法庭記錄摘要，即使行為安靜，並未擾亂法庭秩序，亦會對證人或被告心理上造成微妙影響，使其對於陳述真相，有猶豫之可能。據此，是否具有該種影響，於多數情況下要事前預測幾乎是十分困難或不可能，甚且因此造成法庭上無法發現真相，對於該案件之審判造成無法補救之影響，實無庸贅言。又者，影響所及未必僅針對證人或被告而已。旁聽者於法庭上記錄摘要，原本應為嚴肅之氣氛受到擾亂，致使應集中精神探究事實真相因而有產生障礙之虞，並非不可能。

其次，就記錄法庭狀況之文書，依旁聽者於法庭上所記錄之摘要，而加以製作者，其被散布時，即使內容並不正確，然帶給世人的印象是其內容彷彿真實，可能受到質疑，且於事前防範此事態之可能極微，惟一旦帶給世人之印象則不易消除。為避免招致右項之弊害，法庭相關狀況之報導，原則上，以司法記者俱樂部所屬之報導機關進行者，實為妥當，僅針對右項俱樂部所屬報導機關之記者，允許記錄摘要，

並未違反憲法十四條一項之規定，如多數意見之說明所示。

再者，如前記所述，法庭上記錄摘要之自由，聽任旁聽者為之，以記錄摘要有帶給證人、被告心理上影響之虞，或者無法將法庭保持為適合審理、裁判場所之虞時，審判長方依法庭警察權採取禁止之措施，依我個人之經驗，於法庭上例外實施制止措施時，就該措施有產生紛爭，對訴訟順利進行有產生障礙之危險性時，於各法庭事先業已禁止旁聽者一般性記錄摘要以為預防，待其提出申請後，方依審判長之裁量，以個案裁定是否許可之方式，實為妥當。

據此，一直以來，就旁聽者之記錄摘要，有不少審判長採用所謂許可制度，係指將旁聽者記錄摘要加以一般性禁止之後，有此需求之旁聽者提出申請時，考量其旁聽之目的、證人、被告之年齡、個性、該案件之內容、該庭期所預定進行之程序等，判斷記錄摘要是否有產生弊害之虞，

只要認定未有產生之虞時，即予以許可之措施，而敝人依現階段法庭之實際狀況來看，採用此種措施，實可謂為一適當方法。就決定許可與否，依該旁聽者所欲記錄摘要之目的等，其他個別之狀況亦應加以充分考量，實為理所當然。

三、裁判特別是刑事裁判於嚴肅氣氛所籠罩下之法庭中進行審理，因而其使命得以充分發揮，進而亦得以確保世人對裁判之信賴。審判長就旁聽者等之行為，認為有妨礙法庭秩序或寧靜，對於訴訟公平且順利進行將帶來障礙時，應具有嚴正且果斷行使法庭警察權之職務與責任，亦如多數意見之說明所示。時至今日，於暴戾之法庭中承辦案件之各審判長為首，多數之審判長以適當行使此法庭警察權，維持法庭之秩序與嚴肅之氣氛，對於妨礙裁判公平且順利進行之障礙加以排除，今後敝人亦寄予相同之期望。

## 十六、因對女性職員是否差別待遇請求確認 僱傭關係存在等事件

最高法院昭和五十六年三月二十四日第三小法庭判決

昭和五十四年（才）七五〇號

翻譯人：寰瀛法律事務所（劉志鵬）

### 判 決 要 旨

上訴人公司於工作規則中規定男性退休年齡六十歲、女性退休年齡五十五歲，然女性所從事之職務範圍相當廣泛，將全體女性從業員認定為不能提昇對公司貢獻之從業員，缺乏實據；且女性從業員之勞動質量未能提昇而實質工資卻上昇之不均衡現象，亦不存在。至少，至六十歲前後，男女若擔任該公司之通常職務，並不缺乏企業經營上所要求之職務遂行能力，故除依各人勞動能力的差異而為相應的處置者外，一律認為不再適任從業員而將之排除於企業外，非有理由。自上訴人公司企業經營的觀點言，尚無從認有應將女性退休年齡為差別待遇之合理理由。因此，上開工作規則訂定女性退休年齡較男性為低，應認係專以性別為不合理差別待遇，依民法第九十條，應為無效。

### 事 實

上訴人公司之工作規則訂定男性退休年齡為六十歲、女性退休年齡則為五十五歲，被上訴人為女性，於屆規定之退休年齡時，上訴人通知被上訴人辦理退休，被上訴人主張上開工作規則之規定違背憲法第十四條及民法第九十條規定而無效，提起訴訟請求救濟。第一審及第二審均判決上訴人敗訴，因而提起第三審上訴。

### 關 鍵 詞

定年年齡（退休年齡）	勤續年數（服務年資）	勞動能力	定
年制（退休制度）	企業經營		

## 主 文

上訴駁回。

上訴訴訟費用由上訴人負擔。

## 理 由

關於上訴代理人小倉隆志上訴理由第一點

經參照原審判決所舉之證據關係，原審之認定判斷應認係正當，其認定判斷過程並無上訴意旨所指之違法。上訴意旨空言指摘屬原審專權之證據取捨判斷、事實認定等，不能採用。

關於第二點乃至於第七點

上訴公司之工作規則規定男性退休年齡六十歲、女性退休年齡五十五歲，此種男女不同之退休年齡制度是否合理？關於此點，原審檢討上訴公司內女性從業員從事之職種、男女從業員之服務年資、高齡女性勞工之勞動能力、一般之退休制度等情事，認定上訴公司內女性從業員擔當職務之範圍相當廣泛，其中因從業員之努力及上訴公司之人材活用政策，而能提昇貢獻度之職種，亦為數甚多；漠視各個女性

從業員之能力等評價，遽認全體女性從業員不能提昇對上訴公司之貢獻度云云，缺乏實據，其次，所謂女性從業員勞動質量不能提昇而其實質工資上昇，致發生不均衡現象之見解，亦乏實據，至少應認定至六十歲前後，男女若擔任通常之職務，並不缺乏企業經營上所要求之職務遂行能力；如依各個人之勞動能力之差異而給予相應之處理，固勿須論列，一律地認定從業員不適格而將之排除於企業外，並無理由，上訴公司自企業經營之觀點而設定女性從業員不同之退休年齡，不能認有合理的理由。原審上開認定判斷經參照原審判決所舉之證據關係及說明，應認係正當。準此於原審所確定之事實關係下，上訴公司工作規則中女性退休年齡較男性退休年齡為低之部分，僅以性別為不合理差別待遇之規定部分，依民法第九十條，應解為無效（憲法第十四條第一項，民法第一條之二參照）。與此相同意旨之原審判斷應認係正當，原審判決所論不違法，上訴意旨有關上開違法部分

94 因對女性職員是否差別待遇請求確認僱傭關係存在等事件

係違憲之主張，欠缺前提。上訴意旨所引用之判例事案相異，於本件並不適當，上訴意旨不能採用。

綜上，依民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條，全體法官意見一致，判決如主文。

## 十七、請求撤銷駁回買回國有財產聲請之處分事件

以事後法變更財產權內容之合憲性

最高法院昭和五十三年七月十二日大法庭判決

昭和四十八年（行ツ）二四號

翻譯人：陳沈岳

### 判 決 要 旨

農地法施行後社會經濟情況的變化遠超過當初之預測，尤其是地價之高漲，其中都市及其周邊之顯著高漲乃眾所皆知之事實。在發生如此事態後，如仍容許原所有人得以相當於徵收時之價額請求出賣之權利，則較諸一般土地交易，顯然有失均衡，亦對社會經濟秩序造成不良影響；且因國有財產應以適當對價處分（參照財政法第九條第一項），在實際上地價已顯著高漲後，將出賣價額仍限於相當於徵收時之價額，不得不謂其不合理至極，亦有欠妥當。再者，在發生前述狀況之變化後，如容許仍得以相當於徵收時之價額出賣，將造成使原所有人取得因高漲所生之全部利益，形成難以讓一般國民接受之不合理結果。另一方面，修訂前之農地法第八十條完全未對原所有人之權利為任何考量，亦難謂妥當。出賣國有農地特別處理法及同法施行細則，將出賣之對價修訂為非以時價，而是以相當於時價之七成的金額定之，此乃基於公益上之要求，以保護前述之社會經濟秩序及公正地處分國有財產，並以之與原所有人之前述權利取得調和，其性質上為對原所有人之合理的限制，應被容許，亦符合公共之福祉。如此依特別處理法而為之出賣對價的變更，雖符合公共之福祉，但同法施行前，關於實際上確已無供扶植自耕農等目的必要之農地，已向國家申請要求出賣之原所有人，因特別處理法施行的結果，非以相當於時價之七成的金額即未能承購出賣，在此範圍內，不容否認地其原得以相當於徵收時之對價承購出賣權利受到侵害。然，該權利並非就該農地已成立之買賣契約而生之權利，該契約



之成立尚須國家表示出賣之意思或有取代該意思表示之裁判，故即使該權利受侵害，其並非請求出賣之權利本身被剝奪，而是僅止於權利內容之出賣對價被變更為不利於原所有人；如前所述，該變更既被認為符合公共之福祉，則如前述程度之權利的侵害，在憲法上當然地應被容許。（另有補充意見一則、不同意見二則）

### 事 實

原告原有之農地因農地改革被徵收後，主張該地確已無供扶植自耕農之必要，請求依原徵收時之價額賣回予原所有人（舊農地法第八十條）。該請求被駁回，原告乃訴請撤銷駁回處分，並確認國家之出賣義務。惟於訴訟過程中，因出賣國有農地特別處理法及同法施行細則之施行，出賣價格變更須為時價之七成，並適用於施行日後承購所出賣之土地。原告乃變更訴之聲明，請求國家應以相當於買收時之價額出賣。原審敗訴，原告上訴理由之一主張出賣國有農地特別處理法之溯及適用違反憲法第二十九條。

### 關 鍵 詞

出賣國有農地特別處理法 農地法 公共福祉 買收（徵收）  
財政法

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

關於上訴人之上訴理由第一點

依出賣國有農地等特別處理法（以下稱特別處理法）附則第

二項，同法適用於其施行日後承購所出賣之買收農地，故即為同法施行日前，實際上確為無供扶植自耕農或增進土地在農業上之利用目的之買收農地，如非於同法施行日前已承購出賣者，顯應適用同法。上訴人非於同法施行日前已承購出賣者，業經原審合法確定，原判決並無違法，上訴

論旨不足採認。

#### 關於上訴人之上訴理由第二點

上訴論旨總之在於，特別處理法第二條、同法附則第二項及同法施行細則第一條，侵害基於昭和四十六年（一九七一）法律第五十號修訂前之農地法（以下稱修訂前之農地法）規定，買收前之農地所有人或其一般承繼人（以下稱原所有人）所享有得以相當於買收時之對價額請求出賣買收之農地的民事上財產權，其違反憲法第二十九條；又，其區別已承購出賣者與尚未承購出賣者，對其適用不同之出賣對價，違反憲法第十四條。

#### 一、關於違反憲法第二十九條之主張

憲法第二十九條第一項雖規定「財產權不得侵犯」，但同條第二項規定「財產權之內容，應符合公共之福祉，以法律定之」。故，一旦以法律制訂之財產權內容，即以事後之法律變更之，只要其係符合公共之福祉者，顯難謂其為違憲之立法。而如上之變更是否符合公共之福祉，應綜合考量，前法之財產權的性質、變更內容之程度、因變更而受到保護之公益的性質等，並以該變更是否應被認許為對該

財產權之合理的限制，而為判斷。

就本件觀之，關於修訂前之農地法第八十條，其應解為，關於國家基於買收而取得、並由農林部長管理之農地，如實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，該農地之原所有人取得請求國家以同條第二項後段所定相當於買收時之對價額出賣該農地之權利（參照最高法院昭和四十六年一月二十日大法廷判決，民集二十五卷一號一頁）。然，昭和四十六年四月二十六日公布，同年五月二十五日施行之特別處理法，其附則第四項規定，刪除前述農地法第八十條第二項後段；同法第二條規定，出賣之對價應以適當之價額為之，並應依政令所定計算價額；承此規定，特別處理法施行細則第一條第一項規定，同法第二條之出賣對價以出賣之土地等之時價的七成計算，並於同法附則第二項規定，同法適用於施行日後依農地法第八十條第二項承購出賣之土地等。因此，特別處理法第二條、同法施行細則第一條、同法附則第二項顯然將原所有人依農地法第八十條第二項請求國家出賣買收農地時之出賣的對價，由相當於買收

時之對價額，變更為相當於該土地時價之七成的金額。

因此，以下即由權利之性質等前述之觀點，判斷如上之出賣對價的變更，是否足以被容認為，其乃合理地限制原所有人請求出賣之權利。

關於本件農地買收所適用之扶植自耕農特別處理法（以下稱自創法），其主要目的係藉由扶植自耕農，以發展農業生產力，並消除農村中前近代地主式的農地所有關係（參照同法第一條），故一旦依自創法被國家買收之農地，即使因其後情況之變化，確已成為無供扶植自耕農等目的之必要，該買收並非因此即成為原不應為之者，且如上之買收農地既在正當之補償下成為國有，顯然亦非當然應將其返還予原所有人。但如前所述，因基於自創法之農地的買收，原係以扶植自耕農來發展農業生產力等為目的，故買收之農地實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，賦予原所有人回復被買收農地之權利，在立法政策上不失妥當，故依該旨趣，制訂了農地法第八十條出賣買收之農地的制度（參照前揭大法廷判決）。

因此，於考量出賣買收之農

地的對價時，出賣買收之農地的制度既為如上所述般，則其對價應非必當然為相當於買收時之對價額，至於應如何定其金額，除考量前述農地買收制度及出賣買收農地制度的旨趣與目的外，亦應顧及形成該等制度之社會經濟整體的情況等決定之，其乃立法政策上的問題；昭和二十七年制訂之修訂前的農地法第八十條第二項後段，之所以將出賣之對價規定為相當於買收時之對價額，不外乎因農地買收制度施行後時日尚淺，且鑑於地價尚未高漲之當時的情勢，尚稱允當。

惟，農地法施行後之社會經濟情況的變化遠超過當初之預測，尤其是地價之高漲，其中都市及其周邊之顯著高漲乃眾所皆知之事實。在發生如此事態後，如仍容許原所有人得以相當於買收時之對價額請求出賣之權利，比較其與一般土地交易之情形，顯然有失均衡，亦對社會經濟秩序造成不良影響；且因國有財產應以適當對價處分（參照財政法第九條第一項），在實際上地價已顯著高漲後，將出賣的對價仍限於相當於買收時之對價額，不得不謂其不合理至極，亦有欠妥當。再者，在發生前述狀況之變

化後，如容許仍得以相當於買收時之對價額出賣，將造成使原所有人取得因高漲所生之全部利益，形成難以讓一般國民接受之不合理結果。另一方面，修訂前之農地法第八十條完全未對原所有人之權利為任何考量，亦難謂妥當。特別處理法及同法施行細則，將出賣之對價修訂為非以時價，而是以相當於時價之七成的金額定之，此乃基於公益上之要求，以保護前述之社會經濟秩序及公正地處分國有財產，並以之與原所有人之前述權利取得調和，其性質上為對原所有人之合理的限制，應被容許，亦符合公共之福祉。

如此依特別處理法而為之出賣對價的變更，雖符合公共之福祉，但同法施行前，關於實際上確已無供扶植自耕農等目的必要之農地，已向國家申請要求出賣之原所有人，因特別處理法施行的結果，非以相當於時價之七成的金額即未能承購出賣，在此範圍內，不容否認地其原得以相當於買收時之對價額承購出賣的權利受到侵害。然，該權利並非就該農地已成立之買賣契約而生之權利，該契約之成立尚須國家表示出賣之意思或有取代該意思表

示之裁判，故即使該權利受侵害，其並非請求出賣之權利本身被剝奪，而是僅止於權利內容之出賣對價被變更為不利於原所有人；如前所述，該變更既被認為符合公共之福祉，則如前程度之權利的侵害，在憲法上當然地應被容許。

又，上訴論旨雖主張，特別處理法第二條所謂之公正的價格，應以相當於買收時之對價額加上年利率百分之五的法定利息的總額，或農林部長之認定義務發生時，該土地的農地價格定之。但鑑於前述出賣買收農地制度之旨趣，及農地法施行後地價明顯高漲之事實，無應將同條之公正的價格解為如上訴論旨所述般之理由。

綜上所述，特別處理法第二條、同法附則第二項及同法施行細則第一條，並無任何違反憲法第二十九條之處，上訴論旨不足採認。

## 二、關於違反憲法第十四條之主張

因憲法第十四條原即非禁止有合理理由之差異性處理，故特別處理法既有如前所述之合理的理由，即使就取得請求國家出賣

買收之土地的權利人，區分為在同法施行日前已承購出賣者、同法施行日後始承購出買者，並為差異性之處理，顯不得即因此而謂為違憲。上訴論旨不足採認。

關於上訴人之上訴理由第三點

上訴理由稱原審所論中有誤認事實之點，原判決所論並無違法，又，關於其他各點之原審的判斷，足認其正當性，原判決所論並無違法。上訴論旨不足採認。

綜上，依行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第三百九十六、三百八十四、九十五、八十九條，除岸上康夫法官之補充意見、高辻正己法官、環昌一法官、藤崎萬里法官之各意見外，以全體法官一致之意見，判決如主文。

岸上康夫法官之補充意見如下。

本席全面贊同多數意見之結論及理由，惟關於高辻法官對多數意見理由之見解，本席提出以下若干個人之看法。

高辻法官在其意見（以下稱高辻意見）四中指出，（一）實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要，且被買收農地之原所有人在特別處理法施行前，已向國

家申請請求出賣該農地時，即在當事人與國家間發生如下之法律關係，即國家應對該原所有人履行出賣農地之義務、且受應為允諾出賣之意思表示的拘束，故其必然的結果為，原所有人以修訂前農地法第八十條第二項所定相當於買收時之對價額，實現農地之買賣，並收受經濟上之利益；因此，對於在與國家間已被設定之法律關係，適用事後制訂之法律，侵害該權利人之財產上利益，其屬規定財產權不可侵犯之憲法第二十九條第一項的問題，將其定位為得以符合公共福祉之法律規範之憲法第二十九條第二項的問題，乃屬錯誤。儘管如此，多數意見並未區別二者在性質上的差異，而以符合後者之公共福祉為由，認得侵害前者之財產上利益。再者，（二）如依多數意見之見解，只要著眼於社會政策上的一般性看法，符合被考量之公共福祉，則侵害個人之財產上利益將有可能總被容許。關於使該個人須忍受如此之對個人財產上利益的侵害，理應有認其為相當之公益上的必要性，但多數意見並未說明其理由。

但，

（一）依本席之理解，多數

意見之旨趣係將其解為二者間發生私法上權利義務之法律關係，亦即關於買收之農地實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，被買收農地之原所有人取得請求國家出賣該農地之權利，相反地，因應原所有人之請求，國家負有應允諾出賣該農地之義務（參照多數意見引用之大法廷判決），此法律關係即在原所有人申請出賣之後，基本上仍不變，其仍然止於原所有人有前述權利、國家負有前述義務之法律關係。此關係並非如高辻意見所言，得將其解為「超越權利內容之現存個別之法律關係」。因此，在已向國家申請出賣之原所有人取得之權利的性質、及對基於該權利之經濟上利益的評價上，高辻意見完全不同於多數意見之見解，對於以如上見解為前提之高辻意見的說明，本席未能贊同。

（二）又，判斷以法律變更財產權之內容是否符合公共之福祉時，依本席對多數意見之理解，當然應考量，因該法律之施行有使前法所認個人之財產權的內容被變更為該人之不利益，其結果使個人之權利遭侵害的情形，故應綜合考量該財產權之性

質、權利侵害之程度及因此而應受保護之公益的性質等，判斷伴隨侵害個人權利之財產權內容的變更，是否對於該財產權之合理的限制而應容許。將此點對照於本件事案，稍詳述如下。亦即，特別處理法係規定，國家依農地法第八十條，將農地出賣予被買收農地原所有人時之對價，由修訂前農地法第八十條第二項所定「相當於買收時之對價額」，提高為特別處理法第二條、同法施行細則第一條所定出賣時之「相當於時價七成之價額」。特別處理法施行前固得解為，就實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要的農地，其原所有人取得請求國家出賣該農地之權利，如該原所有人已請求國家出賣時，基於該人（上訴人為如此之所有人之一）所有上述權利之財產上利益為如下程度之具體利益，即只要國家承諾，則以「相當於買收時之對價額」之極為低廉的對價成立買賣契約。但包含著如上漲價在內之特別處理法施行的結果，如原所有人不支付已被提高之「相當於時價七成之金額」的對價，將無法承購出賣，就此而言，其受有財產上之不利益，其權利實質上受到侵害；因此乃如

多數意見考量此情形後所述，具體綜合考量該財產權之性質、其內容變更之程度、及公益之性質的結果，提高依特別處理法出賣的對價，乃符合公共福祉之財產原內容的變更，在憲法上應被容許；同時，在變更結果上，縱然原所有人蒙受財產上之不利益，其權利遭侵害，該財產權內容之變更既如上所述乃符合公共福祉，憲法上應被容許，則該權利之侵害亦當然在憲法上應被容許。而其基本上與關於以正當理由限制拒絕延長租地契約之借地法第四條第一項之合憲性的本院判決（昭和三十一年六月六日大法廷判決，民集十六卷七號一二六五頁）、及關於以昭和九年法律第四十八號修訂後之舊著作權法（明治三十二年法律第三十九號）第三十條第一項第八款之合憲性的本院判決（昭和三十一年十二月二十五日大法廷判決、民集十七卷十二號一七八九頁）等本院判例所示，屬相同之見解。如上所述，關於判斷以特別處理法變更財產權內容是否符合公共福祉，應認多數意見顯然並非僅由社會政策上之一般性觀點為之，而是綜合考量包含公益在內之上述諸般情事後所為，並且亦

考量以特別處理法變更財產權內容之結果，造成權利人之原所有人個人權利受到侵害，而認使該權利人忍受權利之侵害乃憲法上應容許者，並說明其理由。因此，高辻意見對以上各點之前述的說法均未正中要點。

高辻正己法官之意見如下。

本席在結論上雖與多數意見相同，但對多數意見關於上訴人主張違反憲法第二十九條之理由，持有疑問而無法贊同。因此，以下即說明該點並論述個人意見。

一、農地法第八十條（指昭和四十六年法律第五十號修訂前之舊法，以下同）第一項規定，關於買收之農地等，於農林部長「依政令所定，認確已無供扶植自耕農或增進土地在農業上之利用目的之必要時，得依部令所定，將其出賣、或變更管理機關或所屬機關」；該條第二項規定，依第一項之規定，由農林部長認確無供扶植自耕農等目的之必要，且因此而成為得出賣之買收農地，原則上應出賣予買收前之所有人或其一般承繼人（以下稱原所有人），其對價為相當於買收時之對價額。依此規定，顯然買收農

地是否得被出賣予原所有人，與農林部長依政令所定基準，是否認定該地確已無供扶植自耕農等目的之必要有關。

二、在如此規定之農地法第八十條下，多數意見沿襲本院昭和四十六年一月二十日大法院判決（民集二十五卷一號一頁），並論斷買收農地「實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時」，無論農林部長是否認其相當，立即地「可解為該農地之原所有人取得以同條第二項後段所定相當於買收時之對價額，請求國家出賣農地之權利」。而多數意見對於「實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要」究以發生如何之事態、其發生以何時點為準，卻未為任何說明。

如多數意見本身所指，上述見解並非基於買收之農地的法律上性質當然發生。亦即，依扶植自耕農特別處理法，即使國家買收之農地因其後情事之變化，而成為確已無供扶植自耕農等目的之必要，並非因此即使其買收成為原係無必要之行為，且買收之農地既係在正當之補償下成為國有財產，即使其後發生如上情事之變化，由法之立場而言，並非

因此即當然地必須返還予原所有人。即在該種情形，是否將其回復予原所有人，亦僅是委諸於立法政策上的問題。多數意見之所以採如前之見解，乃因立足於以下之觀點，即「買收之農地實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，賦予原所有人回復買收農地之權利，在立法政策上堪稱妥當，依此旨趣而設計了農地法第八十條之出賣買收農地制度」。雖多數意見以「立法政策上堪稱妥當」之旨趣而為推斷，然比照於農地法第八十條之文意，是否足以認定多數意見所論確為被成文化之內容，不無疑問。

三、買收之農地乃保有作為農地之性質，且供農耕之用者，而如多數意見所述，鑑於農地買收之目的在於以扶植自耕農發展農業生產力等，如採取如下觀點，即關於其確無供扶植自耕農目的之必要，而使其回復予原所有人，此乃政治部門機構委諸於立法之政策上的問題，對於必須有足以認其為相當之合理的事由者，不得以其不具正當性而加以駁斥。此時，除買收農地因災害而達未能回復程度致喪失農地機能的特



殊情形外，合理之事由一般應指，必須就該買收農地供扶植自耕農之目的、及以之供該目的外之其他目的，比較考量二者之社會價值；而判斷該事由之有無，則不得不存在事實之認定及其為基礎之判斷的過程。在此觀點下，國會將符合認定判斷時宜之基準的設定完全委諸內閣，並令農林部長依該基準，認該農地確已無供扶植自耕農等目的之必要時，始得將其出賣予原所有人，其難謂欠缺事理之合理性，其亦不失乃宜委諸立法之政策上的處理。

農地法第八十條之規定之所以採如前述一之內容，應認係顯示以該規定將上述之政策上的處理成文化，亦顯示應非如多數意見所述，謂係推斷「立法政策上堪稱妥當」之旨趣而將其成文化。因此，只要同條規定之內容乃如前述一所載般，則設定關於認定確已無將買收農地供扶植自耕農等目的之基準，乃內閣依上述旨趣依其裁量而應為者；依該基準而認相當者，乃農林部長依其職責而應為者。故吾人必須說，司法部門自設前述之基準，並容認自身所為如上之認定，如此見解實不足採。

四、如依多數意見所言，農地法第八十條係規定，於該農地實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，買收農地之原所有人取得請求國家出賣該土地之權利，相對地，原所有人行使該權利時，國家負有應依其請求出賣該農地之義務，則正如多數意見所述，因該權利原即為請求出賣之權利，其當然係關於該農地之買賣「契約的成立，尚須國家表示出賣之意思或取代該意思表示之裁判的權利」。但原所有人基於同條規定取得請求國家出賣之上述權利，並非僅止於以其為既得之權利保有之，而是因此與國家間發生如下之法律關係，即當其向國家行使該權利（即以意思表示請求該權利之內容的出賣）時，依該請求，國家應對該原所有人履行出賣之義務，並受到應為允諾出賣之意思表示的拘束；就該法律關係而受司法保障之原所有人，依法律之規定，即當然地以同法第八十條第二項所定相當於買收時之對價額為出賣之對價，實現該農地之買受，並受有經濟上之利益。此經濟上之利益，依多數意見之見解，如上所述係基於該原所有人的意思表示而生，並依法律規定當然地為原

所有人收受，故對於實際上已為請求出賣意思表示之原所有人而言，足認其已屬財產上之利益。故原所有人已為該意思表示，基此而與國家間就該農地已生個別之法律關係後，如復制訂法令，將前述出賣之對價變更為相當於該土地時價之七成，並將其適用於原已存在之個別的法律關係，則該原所有人之財產上利益當然即被侵害，故就該法令之適用，有必要說明其未抵觸規定財產權不可侵犯之憲法第二十九條第一項的理由。蓋同條項所定財產權不可侵犯應係指，個人以符合公共福祉之方式行使已依法律規定其內容之財產權，則就其行使權利之當然的成果而實際上收受之財產上利益即應加以保護，而非指有無存在合理的理由。

然多數意見卻較前述大法院判決更進一步，將法律所定出賣農地之對價為相當於買收時之對價額，也解為其係請求出賣農地之原所有人權利之內容之一，並認為前述財產上利益即被侵害，亦僅為將原所有人取得之請求出賣農地的「權利內容中之出賣的對價，變更為不利於所有人而已」，且更詳述，規定國有農地等之出賣的特別處理法及同法施

行細則，係將該對價由相當於買收時之對價額，變更為相當於該土地時價之七成，其仍係為符合公共福祉而決定憲法第二十九條第二項之財產權的內容，該變更符合同條項所謂之公共福祉，亦符合憲法。

但是，變更法律所定權利之內容、與將變更權利內容之法律適用於已與國家間發生之個別的法律關係，並因此侵害原所有人之財產上利益，二者原為異其性質的問題。前者之權利內容的變更，包含對實際上僅止於被保有之既得權利內容所為的變更，以其為憲法第二十九條第二項之問題而加議論，固為合理。但現超越權利之內容，關於侵害後者現存個別法律關係依其法之作用的成果而生之財產上利益，亦以其僅為將原所有人之權利內容變更為不利益，並將其作為同條第二項之問題處理，實難認其合理性。因此，無論如何以理說明，認將法律所定原所有人之權利內容變更為不利益，乃符合憲法前述條項著眼於社會政策上之一般觀點的「公共之福祉」，吾人仍不得不謂，縱然加害程度有限，以該理由而認得無償地剝奪原所有人之財產上利益，並使原所有

人忍受因此所生之損害，實有窒礙。如不區別二者在性質上的差異，而認侵害後者之財產上利益，亦僅為將原所有人權利之內容變更為對其不利益，且以該變更符合公共之福祉為由，即足以說明對原所有人之財產上利益的侵害乃屬正當，則只要符合著眼於同條第二項之社會政策上之一般觀點的公共福祉，將難免總是只有加以容認的結果；亦即，在個人擁有請求國家就與財產上利益有關者為一定給付之權利、而國家負有依該請求為給付之義務的廣泛的情形下，該個人行使其權利、對國家請求該內容之給付，國家受到依該請求而應為給付之拘束，儘管憲法第二十九條第一項規定財產權不可侵犯，但該個人基於法律之規定當然地得收受之財產上利益，或許除如多數意見所述在「權利本身被剝奪」時應予補償的情形外，其為私有財產的同時，亦為非得受正當補償而被使用於為公共福祉之情形；蓋對此之侵害僅止於係權利內容之變更。斟酌此點，更難除對多數意見並未就以下內容說明其合理理由的疑問，亦即，關於對上述現存法律關係依法之作用的成果實際上得收受之財產上

利益的侵害，為將其認定為符合財產權不可侵犯之憲法規定，並非以該侵害是否符合著眼於社會政策上之一般觀點的公共福祉，而是是否有公益上之必要性，而須使該個人忍受因該侵害而受之損害、該侵害是否正係因應該必要性而為者。

五、綜上，本席回歸至前述三所述，認不得將農地法第八十條規定解為，買收之農地實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，無論農林部長是否認其為正當，該農地之原所有人即取得請求國家出賣該農地之權利。就此，本席無法贊同採取不同於上述見解之多數意見，在此範圍內，其沿襲之前述大法廷判決不得不變更。故，上訴人在同於多數意見之見解下，立足於原所有人已依農地法第八十條取得以相當於買收時之對價額請求出賣買收農地權利之立場，主張前述法令將出賣之對價，由相當於買收時之對價額，變更為相當於該土地時價之七成，其乃侵害原所有人之財產權，違反憲法第二十九條；如此論旨缺乏論述之前提，有失妥當，故不足採認。

環昌一法官之意見如下。

本席認為，於判斷本件之合憲性上，以昭和二十七年十月施行之農地法中新增、而於昭和四十六年四月制訂特別處理法的同時被修訂之同法第八十條（以下稱舊法第八十條）的規定為基礎，檢討已對農林部長申請承買收農地之原所有人所取得之權利的性質與內容，具有基本之重要性。關於此點，多數意見將昭和四十六年一月二十日本院大法院判決列為應參照之判例，而依該判決所示，「買收農地實際上確已無供扶植自耕農等目的之必要時，無論有無農地法第八十條第一項所定農林部長之認定，原所有人得請求農林部長應出賣該土地，即其得請求應依其申請而為承諾；農林部長未回應該請求時，其得依民事訴訟程序請求農林部長履行該義務」。多數意見在此之上更進一步判示，因特別處理法施行的結果，如此之原所有人非以相當於時價七成之對價額，不得承購出賣，在此程度內，不容否定其原得以相當於買收時之對價額承購出賣之權利受到侵害；然該權利並非基於就該農地已成立之買賣契約所生之權利，而是該契約之成立尚須國家

表示出賣之意思或取代該意思表示之裁判始生之權利。其旨趣雖未必明確，但至少可認，原所有人如為申請，農林部長即生應加承諾之法的義務，反之，原所有人所取得者當然具有法之權利的性質，因此其乃成為因特別處理法之施行而被侵害的對象。關於此點，本席有不同於多數意見之見解，以下即以此為中心加以檢討。

隨著昭和二十七年當時有關農地改革制度主要立法之自創法及農地調整法的廢止，為取代該等法律，達成促進耕作者取得農地並保護其權利之目的，乃制訂施行農地法（同法第一條），為達成其目的，在法律架構上，其沿襲先前自創法規定方式之基本精神，即由國家（以農林部長為主管機關）強制買收農地與管理，並由國家將買收之土地出賣予實際上耕種該土地或有作為自耕農能致力於農業者，此由農地法規定之整體架構可證。同時，自創法中雖規定，關於國家以買收取得並由農林部長管理之農地，得將其出賣予原所有人（實質上為賣回），但鑑於買收後之社會情事的變化，其從未被認許，乃以新增舊法第八十條規定

之方式，開設了以該土地確已無供扶植自耕農等目的之必要時為限，得出賣予原所有人之方法。

但是，徵諸上述農地法之目的與架構，同時考量如多數意見所述，即使買收農地因其後情事之變化，確已無供扶植自耕農等目的之必要，並非其買收原即應無必要，亦並非必然即須將其返還予原所有人，故應將舊法第八十條之規定解為，其基本上仍堅守維持以上述方式推動改革農地制度之政策，並因應自創法施行後關於土地利用型態之社會情事的變化，發揮調整的機能；換言之，其乃被制訂為所謂之修正規定。將其解為係為對抗自創法以來之基本政策而被制訂之新措施，並不妥當。又，以該規定之字句等觀之，其與關於細節及程序上之規定等，同被置於「附則」一章中，而由其第一項之文句顯可看出賦予農林部長出賣權限之旨趣，且由其第二項係承受第一項之規定觀之，無論在其實質或表達上，在不違反前述基本政策的程度內，該規定之旨趣顯在於，將農地是否確為無供扶植自耕農等目的之必要，委由農林部長依政令所定判斷，並在此基礎上依其權限認許出賣予原所有

人，故該規定在性質上應為，關於處分買收農地般具有特別目的之國家保有的國有財產，立法機關賦予行政機關特別之權限。總而言之，可認該規定之旨趣在於，出賣之判斷應由國家考量整體農地政策為前提，其具有政策及行政上之特殊性質，故由行政機關中長期擔任實施該政策推動之主管機關的農林部長判斷，最為妥當；吾人不應將該規定解為，即使農林部長尚未就是否出賣做出判斷，原所有人仍得以該農地符合上述規定，而向國家主張所謂之優先購買權或類似之權利，故針對原所有人之請求，農林部長不負應予承諾之法律上義務。但，直至昭和四十六年二月修訂農地法施行細則第十六條，於該條第一項第七款增訂關於確已無供扶植自耕農等目的之買收農地，農林部長得為舊法第八十條第一項之認定（前述之判斷）時為止，依舊法第八十條第一項原預定制訂之政令（即農地法施行細則第十六條），在施行後近二十年間並無任何具體規定。此結果應解為，政府依其判斷而未行使前述由立法機關賦予之權限；而由該狀態長期間持續之事實觀之，亦非不得推論，政府不

行使該權限並不違反前述授權之旨趣。

綜上所述，考量在舊法第八十條下，申請承買之原所有人究處於如何之地位時，可認即使在修訂農地法施行細則前，因舊農地法規定之新增，法律實質上認許得由國家出賣在自創法下未被考量之買收農地的可能性，原所有人當然對此有所期待；而有鑑於土地價格急遽上漲之周知的事實，顯可見其期待之內容具有強烈之經濟財產上的性質。但是，如上所述，因必須只有在得為出賣之農林部長依政府（政令）所定行使其權限，該期待始得實現，原所有人並非依舊法第八十條規定之直接效果而被給予如優先購買權之權利，故結果上，原所有人所取得者僅為一得期待之地位，即基於社會之需求或其他機緣，政府採取制訂必要之政令的措施，且農林部長依該政令而為積極的判斷時，該期待始得實現。

如上所述，基於直至昭和四十六年修訂前之政令，原所有人取得之權利的實體，由一般法律常識而言，其甚為欠缺得被認定為權利並得為受法律保護對象之具體性。而如上訴人般，在修訂

後之政令下，已請求國家出賣之原所有人的地位，作為新政令之制訂的反射效果，雖可認其與國家間成立出賣契約之確實性較高，但就其仍須由農林部長做出判斷之點而言，其並未超出性質上僅為期待之地位甚多，姑不論該期待受不法不當之侵害等時，是否有得將其視為應受保護之利益的餘地，至少在觀念上，將如此之地位本身定位為一個權利，有其難以首肯之處。

基於上述觀點檢討本件在憲法上之論點，難認原所有人依舊法第八十條取得之地位，即為憲法第二十九條所定財產權受保障之對象（相反地，如採原所有人取得具既得權性質之權利的見解，則因一般國民無另取得如此權利之可能性，故其應為限定範圍內國民之原所有人特有之權利，如特別處理法等之制訂與施行確侵害該權利，卻在立法上未就其保障為任何考慮，則包含考量憲法第十四條、第二十九條第三項之內涵在內，仍有更進一步檢討之必要）。但如更進一步檢討，上述原所有人之地位雖未該當於權利，然縱僅為限定之場所，農地法顯增訂了原被自創法全盤否定之規定，開啟原所有人

得部分回復買收農地之途徑，給予原所有人關於財產權之期待，以解釋憲法之態度而言，完全無視於如此之情事與憲法規定之關連，並非妥當。徵諸昭和四十六年修訂後之農地法第八十條、特別處理法第二條、同法施行細則第一條、同法附則第二項，其保留出賣予原所有人之制度本身的同時，關於出賣之對價亦以定為時價之七成，考量原所有人之利益；又同時斟酌多數意見在一般論上對憲法第二十九條第一項、第二項之旨趣的判示，即其判示，特別處理法、同法施行細則規定將出賣之對價，由相當於買收之價額變更為時價之七成，其符合公共之福祉，並無不合理之處（關於上述意見，本席亦無異論）；再加上對原所有人之實質上地位的考量；綜合上述各點判斷，即使將憲法第二十九條保障財產權之內涵為廣泛之解釋，仍難謂特別處理法等之規定違反憲法第二十九條。

又，如上所述，本席並不認為，修訂前之農地法施行細則第十六條規定違反舊法第八十條之委任的旨趣；同時亦不認為，在該政令下之原所有人的地位乃有

具體性之權利。關於此點，本席未能贊同前述大法廷判決之見解。

藤崎萬里法官之意見如下。

本席雖贊同多數意見之結論，但未能贊同多數意見對違反憲法第二十九條之上訴人主張的說明。亦即，多數意見引用本院昭和四十六年一月二十日大法廷判決（民集二十五卷一號一頁），解釋修訂前之農地法第八十條，關於買收農地實際上確無供扶植自耕農等目的之必要時，判示該農地之原所有人取得請求國家出賣該農地之權利，並以此為前提，判斷規定國有農地之出賣的特別處理法第二條、同法附則第二項及同法施行細則第一條是否違反憲法第二十九條。但本席未能贊同多數意見以之為前提之該大法廷判決的見解。其理由與高辻法官在其意見中對修訂前農地法第八十條之解釋所述相同。

故在不同之前提下，上訴人關於特別處理法等侵害原所有人之財產權、違反憲法第二十九條之主張，欠缺立論之前提，有失妥當。

## 十八、對選舉人名簿不登錄處分聲明異議事件

限制外國人參政權之合憲性

最高法院平成七年二月二十八日第三小法庭判決<sup>1</sup>

平成五年（行ツ）一六三號

翻譯人：李仁森

### 判 決 要 旨

規定其僅限以作為日本國民之住民，始擁有地方公共團體之議會議員，以及首長之選舉權之地方自治法第十一條、第十八條、公職選舉法第九條第二項，並未違反憲法第十五條第一項、第九十三條第二項。

### 事 實

原告金正圭等十一人為在日本出生，以日本社會為生活依據地，持有韓國國籍之「定住外國人」（具永住之資格），由於未被登錄於一九九〇年九月二日之地方選舉的選舉人名簿上，乃分別向大阪市北區等五個區的選舉管理委員會，提出將原告等登錄在選舉人名簿之異議申訴，由於其異議均被駁回。原告等乃分別以各選舉管理委員會為被告提出撤銷該決定之訴訟，其理由如下：

（1）原告等均在日本出生，在日本受教育，以日本社會為生活依據地。其生活形態、租稅以及其他之公共負擔均與日本人無異。

（2）由日本憲法前文之規定所揭示之全世界、全人類之民主主義以及人權保障、和平主義之思想，可以推論導出，人類應在地球上之某一場所參加屬於自己的區域之政治。而此一所謂「某

<sup>1</sup>有關此一判決之評釋、分析，請參拙稿「外國人之參政權—評介日本最高法院第三小法庭一九九五年二月二十八日」月旦法學第八期（1995年）64-71頁。



一場所」，由於自參政權的性質觀之，必定須是其人之定住區域。因此憲法十五條等條文所謂之「國民」，當然包含日本國內之定住者。

(3) 地方層次之參政權，由於在限定區域的共同體之內，有關之共同生活上的利害必須共同決定，因此應賦予非限於定住者之「居住者」。而憲法九十三條二項所規定之「住民，亦應依此概念加以解釋，同時這也是地方自治之宗旨。」

(4) 依前述(2)有關憲法上所謂的「國民」之解釋，及前述(3)憲法九十三條二項之解釋，則地方自治法第十一條、第十八條，公職選舉法第九條第二項之各條項中所謂之「日本國民」必須包含日本國內之定住者。因此將前述之「日本國民」做擁有日本國籍者之限定解釋，乃違反憲法第十四條、第十五條、第九十二條、第九十三條等條項。

(5) 由於原告等乃為日本國內之定住者，因此相當於地方自治法第十一條、十八條公職選舉法第九條第二項所規定之「日本國民」，在地方公共團體之選舉方面，應有選舉權。同時在諸多外國之立法例，亦有許多沒有具有當地國家之國籍的人民，被賦予選舉權之例。

原審大阪地方法院判決駁回原告等之請求。原告等乃依公職選舉法第二十五條第三項<sup>2</sup>之規定，直接向最高法院提出上訴。

### 關 鍵 詞

外國人 參政權 地方公共團體 選舉權

<sup>2</sup>依日本公職選舉法第二十五條第一項之規定，對市鄉鎮（市町村）選舉管理委員會異議申訴之決定不服者，得於接到決定之通知七日內提訴。同條第三項規定，對地方法院判決不服者，不得控訴（即不得向最高法院上訴），但是可以向最高法院上訴。因此，原告在大阪地方法院敗訴之後，即向最高法院飛（跳）躍上訴。

## 主 文

上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

有關上訴代理人相馬達雄、平木純二郎、能瀨敏文的上訴理由，依憲法第三章諸規定的基本人權之保障，除權利的性質上被解釋為只以日本國民為對象之權利，即使是對居留於我國的外國人，亦及於同等之保障。因此，在考量憲法第十五條第一項所謂的選定、罷免公務員之權利的保障，是否應解釋為亦及於居留在我國之外國人，憲法之上開規定不外乎是在表明，基於國民主權之原理，公務員之最終任免權是存在於國民，若參照規定主權是存在於「日本國民」之憲法前文，以及憲法第一條之規定，憲法的國民主權原理中所謂的國民，很明顯地是意味著日本國民，亦即具有我國國籍的人。若是如此的話，保障選定、罷免公務員之權利的憲法第十五條第一項之規定，在權利的性質上僅以日本國民為對象，依上開規定之權利保障，解釋其不及於居留於我國的外國人為恰當。其次，有

關規定地方自治的憲法第八章，在第九十三條第二項中，規定地方公共團體的首長、該議會的議員以及法律所規定的其他之吏員，是由該地方公共團體之住民，鑒於前述國民主權之原理，以及基於此一原理之憲法第十五條第一項之規定的宗旨，若在一併考量到地方公共團體是構成我國統治機構不可或缺的要害，則憲法第九十三條第二項中所謂的「住民」，解釋其意義為在地方公共團體的區域內擁有住所的日本國民乃為恰當，上開規定對於居留於我國的外國人，不能謂其為保障其地方公共團體之首長、對該議會議員之選舉之權利。應作如上述解釋〔之理由一譯者註〕，此徵於本法院大法庭判決（最高裁昭三十五年（才）第五七九号同年十四日判決，民集十四卷十四号三〇三七頁、最高裁昭五十年（行ツ）第一二〇号同五十三年十月四日判決，民集三十二卷七号一二二三頁）之宗旨即可明瞭。

如此，憲法第九三條第二項雖然不可謂之是，對居留於我國之外國人，保障其在地方公共團體選舉之權利，但是憲法第八章有關地方自治的規定，鑒於在民

主義社會中地方自治的重要性，和住民之日常生活有密切關聯之公共性事務，基於地方住民的意思，該區域的地方公共團體所處理的政治型態，由於可以解釋為是出於以憲法上的制度所欲保障之宗旨，因此，就有關居留在我國的外國人當中，是永久居留者，被認為已和其居住地區的地方公共團體有特別緊密關係的人，應使其意思反映在和日常生活有密切關係之地方公共團體的公共性事務，以法律講求賦予其對地方公共團體之首長、該議會之議員等之選舉權，此種解釋並非憲法上所禁止之事項，乃為恰當。然而，是否要講求如上開之措施，為專屬於國會之立法政策的事項，並不會因為沒有講求此種措施，即發生違憲之問題。應作如上之解釋，此乃徵於本法院大法庭判決（前掲昭和三十一年十二月十四日判決、最高裁昭和三十一年（あ）第九〇〇号同三十八年三月二十七判決，刑集十七卷二號一二一頁、最高裁昭和四十九年（行ツ）第七五号同五十一年四月十四日判決，民集三十卷三號二二三頁、最高裁昭和五十四年（行ツ）第六五号五十八年四月二十七日判決，民集三

十七卷三號三四五頁）之宗旨即可明瞭。

依以上之檢討，不能謂之將選舉地方公共團體的首長以及該議會之議員的權利，限定在作為地方住民的日本國民的地方自治法第十一條、十八條、公職選舉法第九條第二項之規定，違反憲法第十五條第一項、第九十三條第二項，亦不能謂之認為應該維持本案各裁定之原審的判斷中，有對上開憲法各規定之解釋的錯誤。所論認為，地方自治法第十一條、第十八條、公職選舉法第九條第二項的各規定有違反憲法第十四條，即使不是認為如此，亦主張判定應該維持本案各裁定的判斷中，有對憲法第十四條以及上開各法令解釋錯誤之宗旨，上開主張都可說是歸於在實質上，對憲法第十五條第一項、第九十三條第二項解釋之錯誤，上開主張沒有理由，如前所述。

依上述〔之檢討一譯者註〕，有關對所論論點之原審之判斷，可肯定其為正當。〔上訴人之一譯者註〕論旨不予採用。

因此，依行政事件訴訟法第七條、民訴法第四百零一、第九十五、第九十八、第九十三條，依法官全體一致之意見，作出如

主文之判決。

## 十九、因董事代表公司為不當之捐獻代位請求董事損害賠償事件

最高法院昭和四十五年六月二十四日大法庭判決

昭和四十一年（才）四四四號

翻譯人：寰瀛法律事務所（李貞儀）

### 判 決 要 旨

公司僅於章程所規定之目的範圍內享有權利能力，但所謂目的範圍內之行為，並非侷限於章程所明訂之目的本身，為達成該目的所為直接或間接的必要行為，均應包含在內。又是否必要，並非以該行為於目的之達成，現實有此必要為要件，而應依行為之客觀上性質，為抽象之判斷。

公司和自然人同，為構成國家、地方公共團體及其他社會區域（以下簡稱社會等）之社會性實體，因而必須擔負此構成單位之社會性作用。縱然某種行為遽觀之，與章程所定目的無關，但於社會通念上對公司有所期待或要求時，公司予以回應，乃屬當然。公司從事類此活動，亦可促使企業體順利發展，藉此獲得相當的價值和效果，就此意義上，不失為間接達成目的所必要。例如災害救援資金的捐獻、對區域社會財產上的捐贈、以及對各種福利事業提供資金的協助等，皆為適例。政黨是支持議會制民主主義不可或缺之要素，亦是形成國民之政治意思最有力的媒介，政黨之型態如何，應為國民重大之關心事項。所以協助政黨健全的發展，毋寧為對公司作為社會實體所期待的當然行為。政治資金的捐獻即為協助的一種類型。要之，公司捐贈政治資金，若客觀的、抽象的觀察，可認公司為實現其社會性任務而為者，應屬公司章程所定目的範圍內之行為。

公司與自然人之國民同，負有納稅之義務。就納稅人之立場而言，對國家和地方公共團體的政策，表明意見或為其他行動，亦無應加限制之理由。憲法第三章所定各項國民之權利及義務

，於性質上容許之範圍，應解為亦適用於內國法人，因此公司對國家和政黨之特定政策，享有從事支持、推動或反對等政治性行為的自由。捐贈政治資金即屬此自由的一環，公司從事此種行為時，於未違反公共福祉範圍內，縱使可能影響政治之動向，並無應與自然人之國民所為捐贈，作不同處理之憲法上要求，更不得指為對選舉權自由行使之直接侵害，亦無適用民法第九十條規定之餘地。

商法第二百五十四條之二（昭和二十五年修正商法第二百五十四條之三）規定之董事忠實義務，僅係就同法第二百五十四條第三項、民法第六百四十四條所規定之善良管理人注意義務詳述，使其意義更明確而已，非謂與通常委任關係所發生善良管理人注意義務不同之高度義務。董事代表公司捐贈政治資金時，應就該公司之規模、經營實績及其他社會上經濟上之地位，並受捐贈者之各項情形加以考量，在合理範圍內決定其金額。如逾越其範圍，為不相當之捐贈，始應認為違反董事之忠實義務。本件捐贈經審酌八幡製鐵股份有限公司之資本額、當時獲得的純利益、股東分配金額等項，尚未逾越合理範圍，被上訴人等自未違背董事忠實義務。

## 事 實

訴外人八幡製鐵股份有限公司之章程規定，「鋼鐵之製造、販賣及其附帶之事業」為其公司經營之事業，被上訴人二人為該公司代表董事，於昭和三十三年三月十四日，代表公司對自由民主黨捐贈三百五十萬日圓之政治資金。上訴人為八幡製鐵股份有限公司股東，代位該公司對被上訴人起訴，主張被上訴人違反公司章程及對公司之忠誠義務，並違反民法第九十條規定，請求被上訴人就公司所受損害負賠償責任。第一審為上訴人勝訴判決，第二審則判決上訴人敗訴，上訴人不服，因而提起第三審上訴。

## 關 鍵 詞

取締役（董事） 政治資金（政治獻金） 會社（公司） 定款（章程） 公司權利能力 營利事業 社會的作用（社會性作用） 社會通念 議會制民主主義 政治的信條（政治信念） 社會的役割（社會性任務） 選舉權 參政權 國民の政治意思（國民政治意思） 善管義務（善良管理人的注意義務） 忠實義務 出捐（捐贈）

## 主 文

上訴駁回。

上訴訴訟費用由上訴人負擔。

## 理 由

關於上訴代理人有賀正明、同吉田元、同長岡邦之上訴理由第二點及上訴人上訴理由第一及第二點。

按原審確定之事實，訴外人八幡製鐵股份有限公司之章程規定，「鋼鐵之製造、販賣及其附帶之事業」為其公司之目的，但身為該公司代表董事之被上訴人二人，於昭和三十三年三月十四日，代表公司對自由民主黨捐贈三百五十萬日圓之政治資金，上訴意旨認為此項捐贈係屬公司章程所定目的範圍外之行為，該公司並無為此種捐贈行為之權利能力。

雖然公司僅於章程所規定之

目的範圍內享有權利能力，但所謂目的範圍內之行為，並非僅限於章程所明訂之目的本身，為遂行該目的而直接或間接的必要行為，應全部包含在此範圍內。因此是否必要，並非以該行為於遂行目的上現實地必要性為決定，而應依行為客觀上之性質，為抽象之判斷（參照最高裁判所昭和二十四年（才）第六四號、二十七年二月十五日第二小法庭判決，民集六卷二號七七頁、二十七年（才）第一〇七五號、三十年十一月二十九日第三小法庭判決，民集九卷十二號一八八六頁）。

雖然公司係以經營一定之營利事業為其本來之目的，故公司活動之重點，當然係在於遂行章程所訂定目的之直接必要行為。但是，公司和自然人，同為構成國家、地方公共團體、社會區域及其他（以下簡稱社會等）之社

會性實體，必須擔負起身為此構成單位之社會性作用，縱然某些行為看起來與章程所定目的無關，但係於社會通念上對公司所期待要求者，公司當然應回應此期待或要求。其次，對公司一般而言，從事各種社會性作用之活動並非毫無益處，而在促使企業體順利的發展上，皆認可獲得相當的價值和效果，就此意義上，即使此種行為是間接性的，亦不妨礙其為達成目的所需者。例如災害救援資金的捐獻、對區域社會財產上的捐贈、以及對各種福利事業提供資金方面的協助等，皆為適例。公司為了實現其社會性任務而進行相當程度之捐贈，在社會通念上，屬於公司當然的責任，並不違反股東或其他公司成員的預測，因此即使將這些行為認為係屬公司權利能力範圍內，也無損害任何股東利益之虞。

上開理由，於公司對政黨捐贈政治資金時亦同。雖然憲法並無對於政黨之規定，而未賦予政黨特別地位，但因憲法所規定之議會制民主主義若無視於政黨，就無法期待其順利運用，所以應該認為憲法當然預設了政黨的存在，政黨是支持議會制民主主義

不可欠缺之要素。同時，因為政黨是形成國民之政治意思最有力的媒介，政黨之存在，亦是國民重大之關心事項。所以，協助政黨健全的發展，即使對公司而言，也應被期待為作為社會實體的當然行為，將政治資金的捐獻當作協助的一種型態，也不例外。即使公司成員之政治信念各不相同，公司捐贈政治資金捐贈也不是圖利特定成員或滿足其政治性企圖，只要是以社會一構成單位的立場對公司所為之期待或要求，即不能說公司無捐贈政治資金的能力。上訴人其餘上訴意旨，皆為其個人之見解，而無可採。簡而言之，政黨是支持議會制民主主義不可欠缺之要素。同時，因為政黨是形成國民之政治意思最有力的媒介，政黨之存在，亦是國民重大之關心事項。所以，協助政黨健全的發展，即使對公司而言，也應被期待為作為社會實體的當然行為，將政治資金的捐獻當作協助的一種型態，也不例外。

原判決雖然有不同於上開見解之處，但亦認定本件政治資金的捐贈為八幡製鐵股份有限公司章程目的範圍內之行為，結論是適當的，原判決並無上訴意旨所



指之違法，因此上訴意旨應無可採。

關於上訴代理人有賀正明、同吉田元、同長岡邦之上訴理由第一點及上訴人之上訴理由第四點。

上訴意旨簡而言之，認為股份有限公司捐贈政治資金，與憲法僅承認為自然人之國民有參政權相違背，因此係屬違反民法第九十條之行為。

如其所言，憲法上之選舉權及其他參政權僅屬為自然人之國民所享有。但是，公司負納稅之義務，既然必須和為自然人之國民一樣負擔國稅等，就納稅人之立場而言，即使對國家和地方公共團體的政策表明意見或為其他之行動，也無應加限制之理由。非但如此，憲法第三章所定各項國民之權利及義務，於性質上容許之範圍，應解為亦適用於國內法人，因此公司和為自然人之國民一樣，對國家和政黨之特定政策，享有從事支持、推進或反對等政治性行為的自由。捐贈政治資金亦屬此種自由的一環，公司從事此種行為時，縱使會影響政治之動向，並無應與為自然人之國民所為捐贈作不同之處理之憲法上要求，上訴意旨指摘公司對

政黨的捐贈對於國民之參政權造成侵害，但實際上，對於政黨之捐贈，不僅不會直接對個別國民之選舉權或其他參政權之行使造成影響，即使政黨之資金部分用來買收選舉人，也僅係偶發之病態現象，並已有嚴格防止該違法行為之制度存在，因此政治資金之捐贈並不會對選舉權之自由行使構成直接侵害。基此，公司享有捐贈政治資金之自由，即使對國民政治意思之形成有所作用，也未必能發揮多少影響。上訴意旨另指大型企業從事巨額的捐贈會造成金權政治之流弊，此外，若大股東為外國人時，還有外國政治干涉之危險；而豐沛的政治資金甚至會釀成政治之腐敗，但處理其指摘之各項弊端之方法，應由立法政策處理，於憲法上，在不違反公共福祉之範圍內，即使是公司，也應認為其具有政治資金捐贈的自由，因此，主張侵害國民參政權之上訴意旨應無可採。

綜上所述，股份有限公司捐贈政治資金並未違反憲法，因此，以此種捐贈違反憲法為前提，而認違反民法九十條之上訴意旨，其前提應認為已有欠缺，原判決既無上訴意旨所指摘之違

法，上訴意旨即無可採。

關於上訴代理人有賀正明、同吉田元、同長岡邦之上訴理由第三點及上訴人之上訴理由第三點。

上訴意旨指摘被上訴人等就本件政治資金之捐贈，係違反商法第二百五十四條之二所規定之董事之忠實義務。

商法第二百五十四條之二之規定，僅係將同法第二百五十四條第三項及民法第六百四十四條所定之善良管理人義務更加明確化而已，並非規定與通常之委任關係所伴隨之善良管理人注意義務不同之高度義務。因此，若董事利用其職務上之地位，為自己或第三人之利益從事政治資金之捐贈，當然違反忠實義務，但上訴意旨並非指摘被上訴人等具體上有謀取此種利益之意圖，而是以此種捐贈，係根據國民個人的政治信念所為作為立論之前提，董事既非以個人立場自行為捐贈，而以公司機關從公司資產中支出，結果將之視為是為私人原因而消費公司資產。公司可為政治資金之捐獻，已如前述，因此，董事身為公司的機關，只要無特別情事，當然不能利用董事的地位進行追求私益之行為。上訴意

旨進一步指摘政黨之資金一部份為不正當或無益之使用，甚至浪費，當進行本件捐獻時，被上訴人等知此事實而漠視之，並未採取限定使用用途等預防對策而胡亂捐贈，亦未經董事會決議，明顯違反忠實義務。但是，主張違反前開忠實義務時，和一般義務違反的情形一樣，其舉證責任應由主張者負擔，上訴人於原審係主張一般政治資金的捐贈違反章程且防礙公共秩序，所以任其支出之被上訴人等係違反忠實義務，並非說明被上訴人等之具體行為，上訴人就此點並未提出任何證明。因此上訴理由所指之事實，不僅原審未加認定，縱依其所論，所謂被上訴人違反忠實義務的論點欠缺前提，實無法認同。當董事代表公司捐贈政治資金捐贈時，當然應考慮該公司規模、經營實績及其他社會上、經濟上地位，以及受捐贈者等多種情況，在合理範圍內決定其金額等，逾越上述範圍而為不當捐贈時，才屬董事忠實義務之違反，惟根據原審確定之事實，縱將八幡製鐵股份有限公司資本額及其於當時之純益、股東之股息紅利等金額納入考量，亦不能認為本件之捐贈已逾越上述合理之範

## 122 因董事代表公司為不當之捐獻代位請求董事損害賠償事件

圍。

綜上所述，原審認定被上訴人等所為之本件捐贈行為並未違反商法第二百五十四條之二所規定董事之忠實義務，應屬的論，原判決並無上述意指所指違法情形，因此上訴意旨應無可採。關於上訴人之上訴理由第五。

由於上訴意旨並非就原判決之違法加以指摘，故無可採。

綜上所述，依民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條，除法官入江俊郎、長部謹吾、松田二郎、岩田誠、大隅健一郎有其他不同意見外，全體法官意見一致，故判決如主文。

## 二十、請求刊登道歉啟事事件

道歉啟事與憲法上之良心自由

最高法院昭和三十一年七月四日大法庭判決

昭和二十八年（才）一二四一號

翻譯人：陳沈岳

### 判 決 要 旨

「民法七百二十三條規定『毀損他人名譽者，應為回復被害人名譽之適當處分』，基此，命令加害人應於報紙等刊載道歉啟事，向為學說判例所肯認，且將道歉啟事刊載於報紙等，亦行之於我國國民實際生活中。然即為命令道歉啟事之判決，其內容上，有認應將刊載道歉啟事於報紙等一事委由道歉人之意思決定，命令該行為之執行，亦僅限於與債務人意思有關之不可替代作為時，應依民事訴訟法七百三十四條（現民事執行法一百七十二條）以間接強制[實現之]者；其間偶或有因強制實現將造成無視債務人人格、明顯地毀損其名譽、且不當地限制其意思決定之自由乃至良心之自由，而符合所謂不適於強制執行之情形。但其僅止於說明事情的真相，表明道歉之意的程度者，其強制執行應為可代替行為，得依民事訴訟法七百三十三條（現民事執行法一百七十一條）之程序為之。而原審判決認定被上訴人之本訴請求……最終歸結於請求上訴人應透過大眾傳播發表其所公布之事實為虛偽、不當。果爾，命令其至少應將此種道歉啟事刊載於報紙之原審判決，並未對上訴人科加恥辱性或痛苦性之勞苦，亦無要求侵害上訴人所有之倫理上的意思及良心的自由，同時，其應為民法七百二十三條所定之所謂的適當處分」。

### 事 實

被告於昭和二十七年（一九五二）參與眾議院議員之競選。

於競選活動中，透過媒體公布競選對手（原告）於擔任「副知事」期間中的貪污情事。原告請求刊登道歉啟事。第一、二審法院皆判決原告勝訴，被告不服，上訴第三審。最高法院以多數意見駁回上訴（另有三則補充意見與二則反對意見）。

### 關 鍵 詞

名譽毀損 道歉啟事 不可替代行為 可替代行為 間接強制  
良心自由

### 主 文

上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

關於上訴代理人之上訴理由一（含上訴狀所載上訴理由）。

憲法十二條並非無限制地保障言論自由。本案中，如原審之認定，就他人的行為公布無根據之事，並毀損其名譽，乃濫用言論之自由；即使於眾議院議員選舉時，候選人利用發表政見等機會，對曾任公職者所為之批判，亦無由認其因此即屬憲法所保障言論自由之範圍內。因此，原審就本案上訴人之行為，認定成立毀損名譽之侵權行為，並未違反憲法十二條，所論無理由。

關於上訴理由二。

本案上訴人之行為，於對被上訴人之層面而言，僅屬私法關係。因此，縱然其在其他一層面上，具有受公法中選舉法所規範的性質，但在私法關係的層面上，當然有民法之適用。上訴所論為獨自之見解，殊不足採。

關於上訴理由三。

民法七百二十三條規定「毀損他人名譽者，應為回復被害人之名譽的適當處分」，基此，命令加害人應於報紙等刊載道歉啟事，向為學說判例所肯認，且將道歉啟事刊載於報紙等，亦行之於我國國民實際生活中。然即為命令道歉啟事之判決，其內容上，有認應將刊載道歉啟事於報紙等一事委由道歉人之意思決定，命令該行為之執行，亦僅限

於與債務人意思有關之不可替代作為時，應依民事訴訟法七百三十四條（現民事執行法一百七十二條）以間接強制[實現之]者；其間偶或有強制實現將造成無視債務人人格、明顯地毀損其名譽、且不當地限制意思決定之自由乃至良心之自由，而該當於所謂不適於強制執行之情形。但於僅止於說明事情的真相，表明道歉之意的程度者，其強制執行應為可代替行為，其得依民事訴訟法七百三十三條（現民事執行法一百七十一條）之程序為之。而原審判決認定被上訴人之本訴請求，其內容為，就上訴人在判決所示日期時間，於判決所示報導或報紙上公布之客觀的事實，以上訴人名義向被上訴人表示「上述報導與刊載內容有違真相，傷害足下之名譽，並造成困擾。謹此表達致歉之意」。其結果乃歸結於請求上訴人應透過大眾傳播發表其所公布事實為虛偽、不當。果爾，命令至少應將此種道歉啟事刊載於報紙之原審判決，並未對上訴人科加恥辱性或痛苦性的勞苦，亦無要求侵害上訴人所有之倫理上的意思及良心的自由，同時，其應為民法七百二十三條所定之所謂的適當處分，所

論不足採。

依民事訴訟法四百零一條、八十九條判決如主文。

關於上訴代理人之上訴理由三，除田中耕太郎、栗山茂、入江俊郎法官之各補充意見，藤田八郎、垂水克己法官之各反對意見外，本判決依法官之一致意見作成。

關於上訴代理人之上訴理由三，田中耕太郎法官之補充意見如下。

上訴論旨，總而言之在於，因上訴人「即在現在，亦仍確信演說之內容屬實，上訴人之言論乃為國民之幸福而為」，故命於報紙刊載道歉啟事，侵害上訴人之良心的自由，違反憲法十九條之規定或其旨趣。然，多數意見並未介入憲法十九條之所謂的良心所指為何。其僅止於指出，由內容觀之，命為道歉啟事之判決亦有各種情形，其中雖亦有認強制乃無視債務人之人格、顯然毀損其名譽、且不當地限制意思決定乃至於良心之自由，故不適於強制執行者，但在本件原判決之內容的情形，則認其為得依民事訴訟法七百三十三條之程序進行之代替行為，而不認得將其解為

乃侵害上訴人所有之倫理上之意與良心之自由。

依本席見解，其似存在若干邏輯上的跳躍。

關於本問題，在判決內容上，強制執行在僅與債務人之意思有關之不可替代行為時，以間接強制行之是否適當？或得否以其為可替代行為處理之？此等問題於決定本件判決內容是否違反憲法十九條之良心自由的規定時，並不重要。在本件情形，即使假設回復名譽之處分應依間接強制方法為之，仍存在同樣問題。蓋即為間接強制，道歉啟事既被強制，命令道歉啟事本身是否違憲的問題仍將發生。如更往上一層思考，判決乃國家的命令，接受判決者即必須遵從判決，因此即使在強制執行的問題外為思考，同樣的問題仍然存在。

本席認為，憲法十九條之所謂的「良心」，並不包含構成道歉之意思表示基礎的道德上反省與誠實。其與例如康德之道德哲學中的「良心」概念亦不相同。該當於同條之良心的 Gewissen、Conscience 等外國語，就與保障憲法之自由的關係而言，沿革上係與宗教上之信仰同義地被使

用。但在今日，吾人必須將其視為，其已不限於宗教上之信仰，而是廣泛地亦被使用於關於世界觀、主義、思想及主張等事項。憲法規定之思想、良心、信教及學術之自由，大體上互相重疊。

總而言之，就國家之立場而言，關於應與宗教及前述事項為相同處理者，以禁止、處罰、不利之處理方式等為強制、賦予特權、庇護，以致於造成偏頗處遇的情形，因其會對各人依良心而自由地抱持某種信仰、思想等造成妨害，故非但違反憲法十九條，於某些情形亦違反憲法十四條一項之平等原則。比較觀察該當於該條規定之國外憲法條文，憲法十九條係依上述旨趣而制定，實乃明確之事。

憲法十九條之所以揭舉思想與良心，或可認其一方面係著眼於保障對象之客觀上內容，另一方面則著眼於其主觀與形式。

但在本件成為問題之道歉啟事並非該種情形。國家既以判決要求當事人採取以道歉之具倫理上意義的方法處理，固然係國家考量到非但不排除被命令之當事人應以道德上之反省處理之，甚至認為該方法才符合要求。由法與道德之調和的角度觀之，其當

然應如此。但在實際情形，如此之調和未必存在，許多被命令者乃不情願地服從命令。如認如此之情形為良心之自由受到侵害，其非但將無法處罰確信犯，即連原係基於道德而生之所有義務（例如扶養義務）、其他一切之債務的履行，亦將無法強制。在極端之情形，如依表見主義原則，法將有異於當事人所欲之法律效果附諸於意思表示，亦必須認其為違反良心之自由而違憲。更有甚者，吾人亦將不得不謂，一般而言，法對否定法秩序之人所為的強制本身，將侵害該人之良心的自由。

就道歉啟事而言，法當然要求其伴隨著道德性（Moralitaet），但基於與道德有異之法的性質，其以符合於合法性（Legalitaet），亦即行為乃脫離內心之狀態，而係在外部上符合法之所命為已足。如要求甚至須介入內心，即以法之力量為之，亦不可能。就此意義之良心的侵害，實不可能發生。在國會法及地方自治法中，承認作為懲罰方法之一的「於公開議會之道歉」（國會法一百二十二條二款、地方自治法一百三十五條一項二款），其亦可謂與此無異。

即為未伴隨道歉意思之道歉啟事，在法的世界而言，仍對受害者有其意義。之所以如此說，乃因名譽係社會上之觀念，故如此之道歉啟事，在常識上被認為是為回復受害人之名譽的有效方法。就此而言，單純的取消與道歉間並無區別。苟如上訴理由所主張般，將其解為良心，則因對自身所為具有確信，命被取消一事亦將侵害良心之自由。

附帶一言，如道歉之方法係對加害人課以屈辱的、或具奴隸性之不適當者，其應屬是否違反關於個人之尊重的憲法十三條的問題，與關於良心之自由的憲法十九條並無關係。

綜上所述，本件與憲法十九條無關，因此關於此點之上訴理由應予駁回。解釋憲法之際，應由主要層面掌握制度及法條精神之旨趣，其字句及概念的意義亦應以此精神判斷。吾人應記取，應將私法及其他特殊法域之概念及理論推及於憲法，並以大局為判斷。

關於上訴代理人之上訴理由三，栗山茂法官之補充意見如下。

雖然多數意見顯示將其論旨作為違反憲法十九條之主張進行



判斷，但因本席認為本件不生是否違反該條之問題，故就多數意見之理由補充如次。

上訴論旨誤解憲法十九條之「良心的自由」為倫理上之內心的自由，而主張原判決違反該條規定。但憲法十九條之「良心的自由」乃英語 belief of conscience 的譯語，而由以下所揭各國憲法等之用語先例觀之，可知 belief of conscience 係指選擇宗教信仰之自由（以下譯為「信仰之自由」）。

首先就愛爾蘭憲法觀之，該國憲法四十四條以「宗教」為題規定，「各市民之 freedom of conscience（信仰之自由）及宗教之自由的信奉與履行實踐，於不違反公共秩序與道德之範圍內，受到保障」。次之，於美國加州憲法（一條四項），其一方面保障宗教之自由，同時亦規定「任何人不得因其關於宗教上信念之自己的意見，而喪失其得為證人或陪審人員之資格。但如此受保障之 freedom of conscience（「信仰之自由」），不得將其解為正當化不道德行為或有害本州和平或安全之行為的根據」。而 freedom of conscience（「信仰之自由」）之詞語並非僅為基督教

國家之憲法上的用語；印度憲法二十五條特以「對於宗教之自由的權利」為題，規定「任何人均有平等、freedom of conscience（「信仰之自由」）、自由地信奉宗教、進行祭祀、傳教之權利」；緬甸憲法亦以「關於宗教之各種權利」為題，於二十條規定「任何人均有平等之 freedom of conscience（「信仰之自由」）的權利，且有自由地信奉宗教及履踐之權利等」；伊拉克憲法十三條宣言回教為國家之公眾的宗教，並於保障回教各派之儀式自由後，保障完全之 freedom of conscience（「信仰之自由」）及禮拜之自由。（ピズリ一著各國憲法集二卷二一九頁。腳註中被公認之英文翻譯）。英文之 freedom of conscience 在法文為 liberté de conscience，法國於宗教分離之一九〇五年法律第一條規定「共和國確保 liberté de conscience（「信仰之自由」）」。確保信仰選擇之自由一事在法律本身即非常明確。雷昂·杜驥亦說明，liberté de conscience 乃關於宗教之內心上信或不信的自由（杜驥著憲法論五卷一九二五年版四一五頁）

根據以上各國憲法之用語

例，可知「信仰之自由」乃以廣義之宗教自由的一部份而加以規定。其與日本國憲法有異，並未規定思想之自由。因日本國憲法乃循波茲坦宣言（該宣言一〇項規定「應確立言論、宗教及思想的自由，與基本人權的尊重」）之條件而規定，故應解為，其係採將屬思想自由的原信仰之自由合併規定於十九條之思想的自由，而其後以二十條規定排除了信仰自由之狹義的宗教自由。因信仰之自由如此地既為思想之自由，亦為宗教之自由，故聯合國通過之世界人權宣言（十八條）及國際文教組織之人權規約草案（十三條）將三者合併規定為「任何人均有享有思想、信仰及宗教之自由的權利」。綜上所述，可認在日本國憲法中，「信仰之自由」乃脫離二十條之宗教的自由，而被合併規定於十九條之思想的自由，不得因其被翻譯為「良心之自由」，即謂日本國憲法出奇地意涵著倫理上之內心的自由。正如憲法九十七條所言「本憲法所保障日本國民之基本的人權，乃人類多年以來為獲取自由而努力之成果」，憲法十九條之「良心的自由」亦應理解為係具其歷史上背景之法律上用

語。基此，上訴理由雖言「使於報紙上刊載如原判決內容之道歉啟事，乃侵害上訴人之良心的自由，違反憲法十九條之規定」，但該主張誤解了憲法十九條「良心之自由」，原判決不生上訴人所言侵害憲法十九條「良心之自由」的問題。

關於上訴代理人之上訴理由三，入江俊郎法官之補充意見如下。

本席就駁回本件上訴，在結論上雖與多數意見相同，但因關於上訴理由三部分，在駁回理由上有異，故以下陳明所見，表示本席之意見。

一、上訴理由三主要係說明，本件判決係強制上訴人於報紙刊載如判決所示內容之道歉啟事，其侵害上訴人之良心的自由，違反憲法十九條。然本席認為，本件判決雖為給付判決，但依後述之理由，其非得為強制執行者。基此，本件判決除待上訴人之任意履行外，無法實現其內容，而因上訴人無須依本件判決被強制地於報紙上刊載道歉啟事，所述違憲之主張欠缺前提，故不足採。就上訴理由三，本席認為應以前述理由駁回上訴。

二、多數意見認為，原判決所認定，被上訴人之本訴請求歸結於，上訴人應透過媒體發表其先前公布之事實為虛偽且不當；其亦認為，不得將原判決解為有要求對上訴人科以屈辱性或苦役性的勞務、或侵害上訴人之意思決定的自由、良心的自由之情形；因此其以本件判決為得依民事訴訟法七百三十三條替代執行程序進行強制執行者為前提，並判斷其未違憲。但本席認為，本件判決內容並非如多數意見所言，而是應將其解為，其認上訴人先前所為之行為乃傷害相對人之名譽，造成對方困擾之不當行為，並要求上訴人對此，應以上訴人之自發性意思表示的形式，表示祈請相對人原諒。而若如此之上訴人名義的道歉啟事被刊載於報紙上，其將與上訴人之真意如何無關，而是猶如上訴人本身係基於其真意，承認本件自身行為之不當；極為明瞭的是，其將使一般人信其為就該不當行為祈請相對人之原諒；換言之，吾人必須說，如此之道歉啟事的刊載，將使得其發生刊載一事即被定位為是上訴人真意之效果（表示效果）。承認自己之行為為不當行為，並就其祈請相對人之原諒，

其如非正是依良心之倫理上的判斷，將何所指。因此，如上訴人遵從本件判決，任意地表示如此之意思，固無問題；但無視於上訴人既依其良心為之，心理上無法承服如此之判斷時，卻仍以強制執行方法，使上訴人將有異其良心內容之事項，表示猶如其良心之內容，此正係以公權力強制上訴人形成並表示其無法承服之倫理上的判斷，並生無從為任何選擇之結果，其不得不謂係侵害憲法十九條之良心的自由，且忽視憲法十三條之個人的人格。

三、憲法上之自由權原即非絕對無限制，如於憲法上之要求及其他為公共福祉而有足認必要之充分證據時，對其加以某一程度之約制，亦不見得違憲。但對於自由權所加之約制，依受到約制之各個自由權的性質，其態樣或程度原即應有差異。古人亦云「三軍可奪其帥，匹夫不可奪其志」，良心之自由即為不可奪之匹夫之志，其正為構成民主主義社會所重視尊重人格之基礎的、基本自由權之一。而且，即使國家基於國家之立場，判斷個人所信自己之良心有誤，其得以公權力所為者，僅於與個人內心所持

關於善惡的倫理上判斷之自身自由無關的範圍內，實現國家判斷為正當之事實關係。本席認為，超出該範圍，例如強制執行本件判決，使該人將其無法承服之事項，表示為該人之良心的內容，如此之事恐難找出任何足以支持之根據。

於英、美、德、法等國，目前作為回復名譽之方法，似不採如本件般命為道歉啟事之判決。亦即，英、美對名譽毀損之回復以損害賠償為原則，加害人之自發性的道歉止於成為減輕賠償額之事由；而德、法則採由加害人負擔費用，將認定加害人之行為為名譽毀損行為、並判決被害人勝訴之判決文，刊載於報紙上，或於報紙上刊載對加害人之取消書面等方法。即於適用我國民法七百二十三條時，除本件般命為道歉啟事之判決外，另可思考之方法有（一）由加害人負擔費用，於報紙等刊載民事之敗訴判決、（二）由加害人負擔費用，於報紙等刊載形式之名譽毀損罪的有罪判決、（三）取消名譽毀損之記載等。如為此等方法，即強制執行命加害人為該等行為之判決，不致不當地侵害良心之自由，亦不致忽視個人之人格，不

生違憲的問題。

然於本件判決，如為得強制執行者，將生如前所述之相同結果，即其正係以公權力強制上訴人形成並表示倫理上之判斷；且如前所述，因民法七百二十三條為回復名譽之適當處分，其他仍得有各種方法，斟酌該等方法，縱然不強制執行本件判決，而未對良心之自由或個人之人格造成前述般之明顯的侵害，亦終難認本件名譽回復即不完整。亦即，即由比較衡量利益的觀點言之，亦難見足以支持該作法之充分的根據，因此，作為回復名譽之方法，其為過度，且不當地侵害良心之自由，忽視個人之人格，難免違憲之議。（依個人見解，以上所述，於取消文之刊載，或國會、地方議會中懲罰方法之一的「在公開議場之道歉」的情形，無其適用。此因，就前者而言，雖仍須視取消文之文句，但如其僅止於命不得發表已經公開之意思表示，並以回復至先前狀態之回復原狀為旨趣者，即與良心之自由無關；至於後者，其非但不被認許以強制方法執行，於特別權力關係中，係為維持秩序之懲戒罰，與於一般權力關係中，命為道歉啟事之本件判決的情形，

性質上有異。)

四、如上所述，本席認為，如將本件判決定位為得為強制執行，則其違反憲法十九條及十三條，因此，對於多數說以本件判決為得依民事訴訟法七百三十三條之代替執行方法而為強制執行為前提、且認本件判決未違憲，無法贊同。

但如下所述，本席認為本件判決非皆得為強制執行。蓋給付判決之請求與強制執行之請求乃不同之事項，因此，正如多數說於判決理由中所示，給付判決未必即適於強制執行（即為給付判決，作為完全不容許強制執行之例者，如關於夫婦同居義務之判例），對照本件判決之內容，本件判決是否確為適於強制執行，應為須更加審究之問題。而，在給付判決中解為不適於強制執行之情形有：（一）由債務之性質觀之，依強制執行無法實現合於債務本旨之給付者、（二）由債務之內容觀之，強制執行將明顯地侵害債務人之人格或身體，且依現代之法理念，在憲法上或社會通念上，難以認其為正當者。

（一）之情形，主要由債務之性質是否適於強制執行的觀點，得

以判斷，但（二）之情形，實行強制執行本身，必須由依現代之文化理念是否認許之觀點，而為判斷。而已如前所述，因強制執行如本件之判決，乃不當地侵害良心之自由，無視個人的人格，難免違憲之議，正是該當於前述（二）之情形，不問其為民事訴訟法七百三十三條之替代執行或同法七百三十四條之間接強制，皆應將其解為不許強制執行者。又，因本件判決對回復名譽之方法，認被害人向加害人請求於報紙上登載如本件道歉啟事之利益，且法院認其為民法七二三條之適當處分，故即不容許強制執行，仍難謂其不具給付判決之意義。

綜上所述，因本件判決為不容許強制執行者，故不生違憲之問題，所述理由欠缺前提，上訴駁回。

關於上訴代理人之上訴理由三，藤田八郎法官之反對意見如下。

本件被上訴人之請求旨趣及判決其勝訴之原判決旨趣極為明白地顯示，上訴人在原判決認定事實中的行為，乃傷害被上訴人之名譽、對被上訴人造成困擾之不法行為，就此，命上訴人以於

報紙上刊載道歉啟事之方法，向被上訴人表示道歉之意。但，在本件中，上訴人未信其前所為之本件行為乃傷害被上訴人之名譽的不法行為，且完全未具向被上訴人道歉之意思，此由本件辯論之全部過程觀之亦至為明瞭。

對於如此的上訴人，國家以裁判之權力作用，命其公開表達自己的行為乃不法行為之倫理上的判斷，且命其就此公開表示「賠罪」「道歉」之道義上意思，吾人必須說，如此之事乃侵犯憲法十九條所謂之「良心的自由」。蓋憲法十九條之「良心的自由」應解為，其不僅包含辨別事物是非之內心上自由，亦包含將辨別該是非之判斷的相關事項是否表達於外部之自由。關於憲法二十條之「宗教的自由」亦應為相同之解釋；憲法不僅止於保障內心上之信教的自由，而是亦保障是否將關於信教者之觀念表達於外部之自由，往昔在我國曾發生之「踐踏神像」事件般，乃是以國家權力強制違反人之信念、並使其將宗教上之觀念表達於外部，其原即非憲法所允許。因此，如本件中，違反人之本意，並使其將對事物所為之是非善惡的判斷表達於外部，復以判

決命其表露無真正意思之道歉等，其無疑正是侵犯憲法十九條所保障之良心的外在自由。雖如多數說所言般，以往在我國，作為民法七百二十三條所定回復名譽之方法，慣例上一向以判決命訴訟當事人於報紙上刊載道歉啟事，但是，在已進展到尤其是以明文保障「良心之自由」的新憲法下，如此的陋習應不容許其再存續。（以上所述與該類判決在訴訟法上是否得以強制執行無關，而是應謂，國家以其權利做成該種命令本身即為侵犯良心之自由。此正與即認定婚約成立，在婚姻的本質上，不許以判決命其履行（即結婚）相同，其與是否允許強制執行無關，而是判決本身即為違法）。

因此，關於此點之論述有理由，原判決命以道歉啟事向上訴人承認自己之不法行為、並表示道歉之意部分，應予廢棄。

關於上訴代理人之上訴理由三，垂水克己法官之反對意見如下。

本席認為，原判決命應於廣告中表明「賠罪」「道歉」意思部分違反憲法十九條，原判決應予廢棄。

一、判決與當事人之思想

法院以裁判命訴訟當事人之一方應為一定之意思表示時，法院無從得知該當事人於內心抱持如何之思想信仰良心，其亦非應調查之事項。其於作成命令本件道歉啟事之判決，或判斷是否應贊同本判決上，亦然。亦即，就判斷是否應為如此判決時亦應預想到，基於萬一刊載如此之廣告有違上訴人思想信仰良心之理由，上訴人也許不欲如此。或許世間亦有抱持如下思想之人——「在現在許多國家中，大多數人被少數人榨取其勞動之成果，而苦於非人之生活。因其原因在於承認私有重要生產手段之資本主義的國家組織，故必須將該種組織之國家由地球上消除。因為達此目的而採修改憲法之合法手段已無望，故得不擇手段以各種合法、非法、和平、暴力之方法進行戰鬥，即對該等國家、其法律、國家機關、裁判、反對主義之敵人，亦得利用該等方法。但絕不能屈服。其為吾人之信條、道德、良心」。或者亦有如一部份的宗教家、無政府主義者所抱持之信條般，所有人皆不得壓迫強制其他任何人，而因國家、法律係以壓力強制他人，故對其至少應盡量採不服從之態度。憲法

十九條、二十條所保障者乃，對如此之人內心的思想信仰良心的自由，即以法律、國權、裁判亦不得侵犯。

或有見解認為「迷信或未甚具普遍妥當性之想法，既非思想亦非信仰，不屬憲法保障之範疇」。但孰能斷定迷信並決定缺乏普遍妥當性；自家主義極易排斥他家主義為迷信虛妄。然將各種思想、信條之自由活潑的展現、開展、議論定位為正是貢獻於個人與人類之精神上的發展、人格之完成，其係吾人自由主義憲法之基本的精神；即為攻擊憲法之思想，亦不阻斷其表達之機會，讓思想以思想議論，正足以展現自由主義憲法之特色。

二、假設上訴人萬一正如前段設例般之信條的信奉者，則本件裁判豈非即違反其信條，強制其表明不欲道歉、謝罪之意思。為判斷此點，首先須判定所謂之「謝罪」及「道歉」所指為何。一般所謂表明「道歉」、「請原諒」、「謝罪」或「遺憾」之意思，係指（一）承認自己之行為或態度（作為、不作為）為宗教上、社會道德上、風俗上或信條上之錯誤（即非善、正當、是、直，而

是惡、不當、非、曲之不值原諒之規範的違反），換言之，即否定自身行為之正當性；或（二）更進一步地承認造成自己行為原因之自身想法（包含信條）的錯誤，或更進一步地承認自己人格上之缺陷，並進而表明劣等感；或（三）在其上更附加行為人言明，更正自己之想法，將來不再犯同樣錯誤。又，另亦有取消報導或發言者，其雖亦有僅屬訂正之意者，但亦有同前之承認自己之報導及發言有所瑕疵與不當，並否定其正當性之意者。

本件廣告雖以相當之顧慮，修正了被上訴人主張之道歉文，但因原審僅止於認定其為故意或過失之侵權行為中的名譽毀損，並非認定刑法上之名譽毀損罪，故於本件廣告中使用得解為承認罪惡意義之「道歉」的用語，或有上訴人基於其信條而不欲之意味。果爾，則本件判決中，於廣告標題中冠以「道歉」之用語、並於結尾使用「於此表明謝罪之意」用語部分，乃違反本人之信條，並強制其公開表明或許不願之意思，正係違反憲法十九條。蓋同條對信條上欲維持沈默者，亦保障其沈默之自由。

或有疑問謂「如此一來，因

無從得知當事人抱持如何之信條，法院豈非對所有當事人將無法做出命應為某種意思表示（例如登記之申請）之裁判」。但實非如此。法院在法的世界內得命應屬法律上義務之事項。惟，對於如非行為人自覺自身行為係違反宗教上、道德風俗上或信條上規範的罪惡，即無從表明道歉意思之事項，如以判決命之，性質上即為介入法之世界外的內心的問題，即使法院認其為民法七百二十三條中回復名譽之適當處分，亦不應被允許。

三、關於法與道德 法乃就人之行為以國家公權力強制之的規範，而行為則為意思之外部的表現。人之想法一旦顯露於外部、或達到被視為行為之時，因社會及國家不得不關心，所以法或以其為權利行為而加保護、或以其為放任行為而不加干涉、或以其為表現（為或不為）之自由的濫用或犯罪而科以刑罰、或以其為侵權行為債務不履行而命賠償或履行。在該等情形中，法亦探究行為是否基於意思而生、且係基於如何之意思而生。本席亦十分贊同，當然道德有相當大的程度構成憲法下之法的基本部分，如



除去該基本，則如「個人之尊重」、「公共之福祉」、「權利的濫用」、「誠信原則」、「公序良俗」、「正當事由」、「正當行為」等重要的概念將即無法理解，在此關係上，此等概念已化為法概念。然，即使法將此等內心之狀態問題化，或探究起源於如此之道德之行為在法律上的意義時，法僅在為判斷外部行為之價值的必要限度內，檢討由外部行為所得察知之內心狀態。一定之行為既被視為在法所要求之一定的意思狀態下而為，法即不問其是否基於如何之信條。行為人之意思為奪取財物或殺害雖為問題，但並不問其係基於如何之思想而為之。無政府主義者即使否定稅制而不欲申報所得，法並不問其主義如何而仍強制申報與納稅。如此，法對作為與不作為賦予相當之法律效果，並造成某結果之發生或不發生，以處理該行為。

四、命未具為本件廣告內容道歉意思之人的判決，未說明合憲之理由。蓋道歉乃須待判斷法之世界外的宗教上、道德風俗上或信條上之內心的善惡後始進行之行為，且唯有由內心自覺自身行為之惡時始具價值。首先，法院於

認定上訴人乃從事判決所示行為之人、且該行為該當於侵權行為之名譽毀損時，固然得不拘泥於上訴人之信條，而使其確認一定義務之存在；且亦無疑地得違反上訴人之意思，使其刊載廣告，確認其所為及該行為該當於名譽毀損。本件廣告如僅標題為「廣告」，並命其應記載之本文為「余刊載[被上訴人]於昭和二十七年十月一日所為之事係基於如何理由且未能提出說明等情，該等傳媒之報導與真實不符，傷害足下之名譽，並造成足下之困擾」，則不違反憲法十九條（客觀上，使上訴人確認「與真實不符」，在造成被害之法律上的意義，得課以應言明「造成您的困擾」之法的義務）。但在本件廣告中，使用如前所述之「道歉」「表明謝罪之意」文言的部分，為雙方當事人重要之爭點。而如此之表明道歉意思之義務，是否得謂為由上訴人在本件之名譽毀損行為、或由法概念之「善良風俗」應生之性質？又，是否得謂「如此之道歉意思的表明，只不過是附帶於名譽毀損之確認上，尊重本件雙方當事人名譽之紳士間社交禮儀上的寒暄。其即為無誠意之口頭上的話語，因被害人

及一般人亦僅以其性質上為該等程度之話語而接受，故上訴人亦不妨如此理解」？本席強烈質疑如此說法。僅著眼於如此之寒暄有助於回復被害人之名譽，而不顧因表意人認違反其信念而不欲道歉，卻仍強制使其表明違反信條之意思，如此之判斷不得不謂有失妥當。本席認為，本件廣告中含有「道歉」「表明賠罪之意」的話語，即使上訴人不欲為之，判決卻仍命其應為，其性質上有侵害上訴人之思想及良心的自由之處，係違反憲法十九條。對此另附加一理由，即，關於本件判決得依民事訴訟法七百三十三條替代執行方法而為強制執行之點，雖有見解認為，本件判決即為給付判決，其與命夫婦同居之判決相同，不得強制執行；如

係與夫婦同居判決般不得強制執行乃自明之理者，固如其言，但本件判決於理由中未特別說明本件廣告不得強制執行，依判決內容反可解為允許強制執行。而使本件廣告被刊載於報紙上般之情形，一般讀者不知其係基於民事判決的命令而不得不為，極有可能誤解其乃上訴人自發之行為。如此將造成違反上訴人之信條，並使欠缺上訴人意思之道歉廣告被公諸於世。其結果有異於夫婦同居判決在欠缺當事人任意服從時即未能實現的情形。綜上所述，上訴論旨有理由，因原判決命應於主文所示廣告標題上冠以「道歉」、其結尾應表示「特此表明賠罪之意」之文言部分，違反憲法十九條，故原判決應予廢棄。

## 二十一、請求撤銷不許可更新居留期間之處分事件

外國人的政治活動自由之憲法上保障問題

最高法院昭和五十三年十月四日大法庭判決

昭和五十年（行ツ）一二〇號

翻譯人：黃宗樂、劉姿汝

### 判 決 要 旨

- 一、憲法上，並無保障外國人可在我國「在留」（暫時居留—譯者註）之權利或得要求繼續「在留」之權利。
- 二、根據出入國管理令第二十一條第三項判斷有無足以認定在留期間更新為適當的相當理由乃由法務大臣裁量。不符合准於拒絕入境或強制出境的事由並不表示不得為更新之不許可。
- 三、法院審查法務大臣根據出入國管理令第二十一條第三項判斷有無足以認定在留期間更新為適當之相當理由的行為是否違法之際，應以該判斷係法務大臣之裁量權行使為前提，除非認定該判斷基礎的事實有誤認等造成事實基礎之完全欠缺，或對事實的評價明白欠缺合理性，或該判斷依照社會通念有顯著欠缺妥當性之事由，始得以認定該判斷超越裁量權的範圍或濫用裁量權而為違法之判定。
- 四、關於憲法對政治活動自由之保障，除了對我國政治的意思決定或實施產生影響的活動，而鑑於其外國人之地位認為有不適當者外，對在留於我國之外國人亦及之。
- 五、憲法關於外國人的基本人權保障，並不包含得以拘束決定在留許可與否之國家裁量權，亦即不包含保障在留期間中受憲法基本人權所保障之行為於在留更新之際必須視為消極情事而不予斟酌者。
- 六、上訴人之本件活動，雖然就外國人於在留期間所為之政治活動不能直接謂其為憲法保障所不及，但是上訴人的行為當中包括對我國出入國管理政策的非難行動或非難我國基本外交

政策，以及對日美友好關係產生影響之虞之行為，法務大臣斟酌此等行動，判斷其不足以認定在留更新為適當之相當理由，不能謂此有超越裁量權之範圍或濫用裁量權之情形。

## 事 實

持有美國籍的上訴人（原告）於昭和四十四年五月十日因該當出入國管理令第四條第一項第十六款、規定特定在留資格及其在留期間的省令第一項第三款，取得一年在留期間的上陸許可而入國。上訴人於入國隨後被聘任為某語言學校的英語教師，但在入國後第十七天即辭職，在無任何申告的情形下轉職其他語言學校。另一方面，他亦加入外國人越平連，參加了越南反戰、反對出入國管理法案、反對日美保安條約等的示威或集會。上訴人於昭和四十五年五月一日對被上訴人（被告）法務大臣申請一年的在留期間更新，法務大臣於同年八月十日以出國準備期間之名目准許至九月七日止一百二十天的更新，但是對於所申請的同年九月八日起一年的在留更新卻為不許可的處分。上訴人不服處分，對法務大臣提起訴訟請求撤銷處分。第一審判決以法務大臣的處分顯著欠缺社會通念上的公平性、妥當性等為由，撤銷該處分；相對於此，第二審認為判斷足以認定更新為適當的「相當理由」是任由法務大臣的自由裁量，容許將在留期間的政治活動當做消極的資料，而撤銷第一審判決駁回上訴人的請求。

## 關 鍵 詞

在留期間更新（指暫時居留期間到期時的延長手續） 出入國管理令 法務大臣 裁量權 無屆轉職（指未申報而轉換工作）

## 主 文

上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

一、本件的經過情形  
（一）原審所確定的事實關

係其要旨如下：

(1) 上訴人，為持有美利堅合眾國國籍之外國人，昭和四十四年四月二十一日以所持之護照取得日本駐韓大使館所發行的簽證後，同年五月十日由下關入國管理所入國審查官以其具有該當出入國管理令第四條一項十六款，以及規定特定在留資格及在留期間之省令第一項三款的在留資格，取得一年在留資格的入國許可的證印進入我國。

(2) 上訴人，於昭和四十五年五月一日申請一年在留期間的更新時，被上訴人在同年八月十日為「許可做為出國準備期間從同年五月十日起至同年九月七日止共一二〇天之在留資格」之處分。其後，上訴人又於同年八月二十七日對被上訴人，申請自同年九月八日起一年的在留更新時，被上訴人於九月五日對上訴人以難謂有足以認定該更新為適當之相當理由為由對右列更新為不許可之處分（以下稱「本件處分」）。

(3) 被上訴人認定上訴人難謂有足以認為在留期間更新為適當的相當理由，乃因上訴人於在留期間中轉職未申報及政治活動之故，詳情如下。

a. 上訴人因為受雇於貝魯里茲語言學校為英語教師而取得在留資格，卻於入國後僅十七天從該校辭職，轉向財團法人英語教育協議會擔任英語教師，而非在被許可入國的學校從事英語教育。

b. 上訴人加入「外國人越平連」（昭和四十四年六月由在日外國人數人所組成，為反對美國介入越南戰爭、反對美國加重基於日美安保條約的極東政策、反對壓抑政治活動的出入國管理法案等三個目的所結成的團體，與「越平連」獨立，並非會員制。）, 昭和四十四年六月起十二月止之期間參加過九次定期例行集會。七月十日為支援由左派華僑青年於同月二日至十三日在國鐵新宿西口附近所舉行的粉碎出入國管理法案絕食罷工，散發此活動所印刷的宣傳單；九月六日與十月四日參加越平連的定期例行集會；同月十五、十六日參加反對越南戰爭的「中止日運動」赴美國大使館抗議；十二月七日參加以抗議橫濱入國者收容所為目的的示威遊行；翌年四十五年二月十五日參加在朝霞市所舉行的反戰放送集會；三月一日參加同市美軍基地附近所舉行的

反戰示威遊行；同月十五日與越平連同時參加該市名為「大泉市民的集合」之集會散發反戰傳單；五月十五日參加以反對美軍侵入柬埔寨為目的赴美國大使館的抗議；同月十六日參加五·一六「越南（戰爭）中止日連帶日美人民集會」，並參加反對介入柬埔寨的美國反戰示威遊行；六月十四日參加在代代木公園所舉辦「安保粉碎勞學市民大統一行動集會」；七月四日參加在清水公園由東京動員委員會所主辦的美日人民協力，為支援美日反戰士兵的集會；參與舉辦同月七日在羽田機場反對羅傑士國務卿來日運動等政治性活動。但上訴人所參加的集會、集團示威遊行等，皆無逾越和平且合法之範圍，且上訴人所參加的態樣並非居於指導型或積極型地位。

（二）原審判定，自己國內決定接受該外國人與否基本上是該國的自由，對在留更新的申請時有無足以認定更新為適當的理由，是任由法務大臣的自由裁量所為的判斷。上訴人所為的前述一連串的政治活動，被認定為屬於在留期間內對外國人也容許之表現自由範圍，並無被強制接受特別的不利益；然而法務大臣於

決定在留期間更新的許可與否之際，即使認定此等行為對日本國及日本人民而言是不期望看到的部分，而判斷無足以認定更新為適當的相當理由，在本案由於此一判斷並無由任何人眼中看來皆認為明顯不妥當之情事，應認為該判斷屬法務大臣裁量之範圍內，不能據此論斷本件處分為違法。

對原審之判決，上訴人以下列的主張提起上訴。

（1）原判決認為在自己國內是否接受外國人是該國的自由，及對在留期間的更新，有無足以認定該更新為適當的相當理由應任由法務大臣自由裁量為判斷，此認定有憲法第二十二條第一項、出入國管理令第二十一條的解釋適用錯誤，為理由不備之違法。（2）對於如同本件處分類型之裁量處分，原審的審查態度、方法有判例違反、審理不充分、理由不完備之違法，亦有行政事件訴訟法第三十條的解釋錯誤。（3）被上訴人之本件處分，逸脫了裁量權的範圍，並以受憲法保障之上訴人的政治活動為理由對外國人課予不利益，所以原判決對本件處分為不違法的認定，有違背經驗法則、觸犯理由

不備的違法、出入國管理令第二十一條的解釋適用錯誤，並且違反憲法第十四、十六、十九、二十一條。

二、本法院之判斷：

（一）憲法第二十二條僅止於規定保障在日本國內居住、移轉的自由，並無規定任何關於外國人進入我國的內容。關於此事，在國際習慣法上，國家並無負有接受外國人之義務，只要沒有特別條約，是否接受外國人進入本國內，又，接受時附以何種條件，應為該國可以自由決定之事。憲法上並沒有保障外國人進入我國之自由，上訴人所論及之在留權利乃至於可以要求繼續在留之權利皆不可解為被保障之內容。因此，以上述憲法旨趣為前提，具有法律效力之出入國管理令，是以對於外國人限制一定的期間、特定的資格，許可其進入我國為內容的法令，據此被許可入國之外國人，於在居留期間屆滿後當然必須離開我國。原本出入國管理令，允許外國人希望延長在留期間時可以申請更新在留期間（第二十一條第一項、第二項），但是對於該申請，因為規定法務大臣在「限於有足以認定

在留期間的更新為適當之理由時」可以對該申請為許可，所以出入國管理令本身對外國人在留期間之更新並不將其視為當然權利而保障之。

如同前述，出入國管理令原則上允許外國人限於一定期限間內入境我國及在留，而所謂在留期間的更新限於在法務大臣判斷有足以認定為適當之相當理由時可以許可之，是指基於讓法務大臣能在每個一定的期間審查該外國人在留中的狀況、在留的必要性、相當性等之後決定在留許可與否的旨趣下，對在留期間的更新事由為概括地規定，而沒有特別訂定判斷基準的目的在於更新事由的有無應任由法務大臣之裁量，而此裁量權的範圍應以廣泛的旨趣來解釋之。換言之，法務大臣在決定在留期間更新的許可與否時，應立於對外國人出入國管理及在留規範目的之所謂國內治安與善良風俗的維持，保健・衛生的確保，勞動市場的安定等保持國家利益的立場，不只申請人的申請事由的適當與否，並應斟酌該外國人於在留期間中的一切行狀，國內的政治・經濟・社會等情事，國際情勢、外交關係、國際禮讓等諸般情勢，

為合於時宜的正確判斷，但是此一判斷，在其性質上，若未任由負有出入國管理行政責任的法務大臣為裁量，畢竟無法期待有適切的結果。鑑於這一點，是否該當出入國管理令第二十一條第三項所規定之「足以認定該在留期間的更新為適當之相當理由」的判斷中，法務大臣的裁量權範圍被認為廣泛是理所當然，不應如上訴人所論，只要不該當準用入境拒絕事由或離境強制事由，不得容許更新申請為不許可之決定。

(二) 行政廳對於此一任由裁量權之事項，即使定有行使裁量權的準則，但是此類型的準則，本來是為了要確保行政廳的處分的妥當性而定，處分縱使違背該準則，原則上僅止於產生當與不當的問題，並不當然違法。處分為違法的情形，僅限於該處分逾越法律所認定之裁量權範圍或有濫用裁量權的情況，又，限於法院才可以撤銷該處分，在行政事件訴訟法第三十條中已明白規定。本來，法律將處分任由行政廳裁量的旨趣、目的、範圍，依各種處分而不相同，被認定有逾越裁量權的範圍或濫用裁量權而違法的情形也各有所異，必須

依各處分做各別的檢討。因此根據出入境管理令第二十一條第三項，法務大臣為有無「足以認定在留期間的更新為適當之相當理由」的判斷時，鑑於前述之法務大臣的裁量權的性質，僅限於該判斷完全欠缺事實基礎或社會通念上顯著欠缺妥當性的情事至為明顯時，才能謂有逾越裁量權範圍或濫用裁量權的情事而認定為違法。因此，原審法院在審理法務大臣的前述判斷是否為違法時，以該判斷屬法務大臣之裁量權的行使為前提，進而審理是否對做為該判斷基礎之重要事實有誤認等情事使該判斷完全欠缺事實基礎；是否因對該事實之評價有明白欠缺合理性等事由；或依照社會通念顯著欠缺妥當性之情事甚為明白，認為限於存在這些事由的情形下，才能認定該判斷有為逾越裁量權範圍或濫用裁量權的情事而判定違法，這樣的做法符合前述之論點。

(三) 立於以上的立場，檢討被上訴人之本件處分是否適當

依前述的事實關係，對於上訴人的在留期間更新申請，被上訴人認為難謂有足以認定更新為適當之相當理由而不為許可，理由是上訴人於在留期間未申報而



轉職以及從事政治活動為由，探究該判決之意旨，又可解為其中以政治活動較被重視。

依據憲法第三章所規定之基本人權保障，除了在性質上須解釋為只限於日本國民為對象的部分外，對於在留於我國的外國人應解釋為相同所及。關於政治活動的自由，除了對我國的政治的意思決定或實施有影響之活動，鑑於其外國人之地位而認為不適當者外，該保障亦應及之，這樣的解釋應為恰當。但是，如同前述，外國人的在留許可與否，是任由國家裁量，在留我國之外國人，憲法上並無保障其在留的權利或可以要求繼續在留之權利，只不過在法務大臣基於出入國管理令為裁量時，限於認定有足以認定更新為適當之相當理由時，賦予該外國人得取得在留期間更新資格的地位，因此，憲法對於外國人的基本人權保障僅在此種外國人的在留制度範圍內存在是恰當的解釋，關於是否及於拘束國家決定在留許可與否之裁量的保障，換言之，所謂在留期間中受憲法基本人權所保障之行為於在留期間更新之際應做為消極事由不受斟酌的地步，基本上並不受保障。在留中的外國人的行

為即使合憲合法，法務大臣從當與不當的角度評價該行為對日本而言難以接受，且從該行為推認將來該外國人有實行損害日本國利益行為之虞者，則該行為即使能謂受憲法保障，亦對更新時為不許可的處分無所妨礙。

前述上訴人於在留期間的政治活動，由該行為的態樣等來看雖然不能立即謂其為憲法保障所不及的政治活動，但是上訴人的活動當中，包含對我國出入國管理政策及對美國的極東政策的非難行動，更進一步還有對日本國與美國間的相互協力及安全保障條約的抗議行動等，諸如此類非難我國的基本外交政策的行為，有影響日美間的友好關係之虞，被上訴人鑑於當時的內外情勢，評價上訴人之行為是日本國所難以接受，又，即使對上訴人前述的活動，認定其將來有為損害日本國利益之虞，判斷無足以認定更新為適當之相當理由，亦難謂該事實的評價欠缺明白的合理性，或該判斷在社會通念上顯著地欠缺妥當性。另外基於被上訴人的判斷，不能確定有足以懷疑其逾越裁量權的範圍或濫用裁量權之情事存在之的本案，不能判斷被上訴人之本件處分為違法。

又，被上訴人斟酌上訴人前述的政治活動，認為難謂有足以認定在留期間更新為適當的相當理由而為本件處分，不生上訴人所論之違憲問題。

（四）與上述所言屬相同意旨之原審判斷為正當。原判決並

無違憲、違法。與上述論點相異而非難原判決的論旨，不為採用。

因此，根據行政訴訟法第七條、民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條，依法官一致的意見，判決如主文。

## 二十二、因沈默自由受侵害請求損害賠償事件

沈默自由應保障至何種程度始合憲—僱主對受僱勞工

所屬政黨調查與思想自由的限界

最高法院昭和六十三年二月五日第二小法庭判決

昭和五十九年（才）四一五號

翻譯人：寰瀛法律事務所（陳秋華）

### 判 決 要 旨

- 一、憲法第十九條所保障思想自由，其中關於學說所稱沈默自由，僱主與勞工私人間之關係，應保障至何種程度，始合憲。
- 二、沈默自由，於私人間應如何實踐貫徹，方合乎憲法保障意旨，學說及判例迄無確切解決基準或見解可循。
- 三、上訴人（受僱人）對於被上訴人（僱用人）之系爭詢問（詢問是否為共產黨黨員），以及商請提出書面答覆之要求（要求上訴人簽署非共產黨黨員之書面聲明）等行為，並未違背憲法保障思想自由之規定，因上訴人之上揭行為，本無強制性之故。

### 事 實

本件被上訴人係營利法人，因其營業秘密被外洩登載於日本共產黨黨報「赤旗」，乃由所屬營業所負責人展開調查該報導之消息來源。先是請受僱員工即上訴人至營業所會客室接受調查，雙方會談約一小時，上訴人應僱主人員之詢問，以口頭答稱其並非共產黨黨員，迨進一步商請簽署非共產黨黨員之書面聲明，則遭上訴人嚴拒。雖經僱主人員一再央求並說明有簽署非共產黨黨員書面之必要性，惟上訴人仍加拒絕，並隨即離開會客室。嗣上訴人以被上訴人違反憲法第十九條思想自由之保障為由，依民法第

七零九條侵權行為之規定，請求被上訴人以及所屬負責調查之營業所負責人連帶賠償其因此遭受精神痛苦所受之損害。第一審法院認為似此行為，已侵害上訴人之思想及良心自由，有害人權尊嚴之維護，構成侵權行為，遂判令連帶賠償損害。第二審法院則認為被上訴人所屬調查人員，並未抑制上訴人意思決定之自由，自不構成侵權行為，因而廢棄原判決，駁回上訴人在第一審之訴。上訴人不服，提起第三審上訴，仍遭駁回。

### 關 鍵 詞

思想及良心自由 沈默自由 民法第七零九條（侵權行為之要件） 勞動基準法第三條（平等待遇）

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

最高法院認為，系爭談話係因營業秘密被洩漏之企業，為調查違反企業秩序之行為，故可認為被上訴人有進行系爭談話之必要性及合理性。又系爭問題及提

出系爭書面之要求並無強制性，且系爭談話中，被上訴人並未述及若上訴人拒絕提出系爭書面將受到不利益之虞，或若其提出書面將可享受何等利益，故尚難認為被上訴人系爭談話及提出系爭書面之要求已超出社會上可容許之界限，而有侵害上訴人精神自由之違法行為。基於上述事實，原審否認上訴人所主張不法行為之損害賠償請求權，並無不當。

## 二十三、請求撤銷解散宗教法人之處分特別抗告事件

法院依聲請或依職權下令解散宗教法人之合憲性

最高法院平成八年一月三十日第一小法庭裁定

平成八年(ク)八號

翻譯人：萬國法律事務(賴浩敏、許懷儷)

### 裁 定 要 旨

法院對於以大量殺人為目的，且有計劃、有組織製造沙林毒氣之宗教法人，以其符合宗教法人法第八十一條第一項第一款及第二款前段之規定為由所為解散命令，其既非獨以宗教法人之世俗面為對象，亦非意圖對宗教團體或信徒之精神面插手干預。是其對此宗教法人所為行為，下命使其法人人格喪失，不但必要且適當。雖然，此項解散命令，或不無對該宗教團體及其所屬信徒造成困擾，惟此種困擾，乃出於解散命令所產生的間接實況而已。在此情形之下，宗教法人法上揭必要且出於不得已之規定，核與憲法第二十條第一項之規定無違。

### 事 實

抗告人係宗教法人，第一審法院根據轄區宗教主管機關及檢察官之聲請，以其違反法令，顯然損害公共利益，明顯逾越宗教教義及教化育成宗旨，依宗教法人法第八十一條第一項第一款及第二款前段規定，命令解散。抗告人認為此項解散命令，有違憲法第二十條第一項信教自由之規定，向第二審法院提起抗告，惟遭駁回。抗告人不服，仍以違憲為由，向第三審法院提起特別抗告(現行民事訴訟法第三百三十六條；行為時即修正前民事訴訟法第四百十九條之二)，但以抗告無理由，復遭駁回。

## 關 鍵 詞

信教自由 宗教法人法 解散命令 特別抗告 棄卻（駁回）サ  
リン（沙林毒氣）

## 主 文

本件抗告駁回。  
抗告費用由抗告人負擔。

## 理 由

關於抗告代理人加藤豐三、鈴木秀男之抗告理由三及四之論述，簡言之，解散抗告人之第一審裁定（以下稱「本件解散命令」）及駁回對本件解散命令即時抗告之原裁定，因其係為使抗告人之信者喪失信仰生活之基礎，實質侵害信者宗教信仰自由，係違反第二十條第一項之規定。以下，茲就其論加以檢討。

本件解散命令係對依宗教法人法（以下稱「宗教法」）規定賦予法人格之宗教團體之抗告人有法第八十一條第一項第一款及第二款前段所定事由而為之者。

宗教法為使宗教團體維持、運用其所有禮拜設施及其他財產等，以賦予宗教團體法律上之能力為目的（宗教法第一條第一項），而賦予宗教團體法人格

（宗教法第四條）。亦即依法所規範宗教團體之規制，係專以宗教團體之世俗面為對象，不以精神上及宗教上之層面為對象，因而不介入信者從事宗教上之行為等宗教信仰自由（參照宗教法第一條第二項）。宗教法第八十一條中規定之宗教法人解散命令之制度有被認係違反法令且顯然損害公共利益之行為（同條第一項第一款）或明顯為脫離宗教團體目的之行為（同項第二款前段），或欠缺作為宗教法人乃至宗教團體之實質時（同項第二款後段、第三款至第五款），因持續賦予宗教團體法律上之能力乃為不適切或不必要之時，則得藉由司法程序強制宗教法人解散，使其喪失法人人格，此與公司之解散命令（商法第五十八條）之主旨相同。

因此，宗教法人即使依解散命令而解散，並不妨礙信者使已不具法人格之宗教團體存續或另結新社，亦不妨礙其從事宗教上之行為及重新調整供其使用之設

施及物品。即解散命令並不同時具有禁止及限制信者從事宗教上行為之法律效果。雖然宗教法人之解散命令確定時，應進行清算程序（法第四十九條第二項、第五十一條），其結果，歸屬於宗教法人財產之禮拜設施及其他供宗教上行為使用之物應被處分（參照法第五十條），故仍會對繼續使用這些財產之信者於從事宗教行為上產生一些阻礙。因此，有關宗教法人之法律規制雖未具法律上限制信者從事宗教上行為之效果，但若會因此對信者造成一些阻礙，則為憲法保障精神自由之一的宗教信仰自由之重要性之考量，而須再審情斟酌憲法是否容許此項規制。

從這個觀點來看本件解散命令，宗教法第八十一條所規定之宗教法人解散命令制度，誠如前述，專以宗教法人之世俗面為對象，且專為世俗性目的而設，並非以對宗教團體及信仰者精神上及宗教上之層面置喙為意圖，故此制度之目的亦得謂之合理。且依原審確定之部分，抗告人代表高級職員 A 及受其指示之多位抗告人之幹部係計劃以大量殺人為目的大量生產沙林毒氣，並動員多位信者，利用抗告人的物體

設施，投入抗告人之資金，有計劃且組織性地生產沙林，故認定抗告人違反法令，明顯有違公共利益，且明顯地從事顯然脫離宗教團體目的之行為。對於處置抗告人上開行為，將抗告人解散及使其喪失法人格之作法係為必要且適切，又即使因解散命令而無法避免對宗教團體之奧姆真理教及其信者從事之宗教上之行為造成一些阻礙，惟該阻礙將止於因解散命令所衍生之間接的事實行為。因此，本件解散命令雖影響到宗教團體之奧姆真理教及其信者之精神性及宗教性之層面，但得謂之為處置抗告人行為上必要且不得已之法律規範。此外，本件解散命令乃基於宗教法第八十一條之規定，經法院之司法程序而為之者，其程序之正確適切亦獲確保。

雖然對於宗教上行為之自由本應給予最大之尊重，但並非毫無限制。綜上所述，本件解散命令及駁回對本件解散命令所提即時抗告之原裁定應解釋為未違反憲法第二十條第一項之規定，參照本院判例（最高法院昭和三十六年（*あ*）第四八五號同三十八年五月十五日大法廷判決，刑集十八卷四號三〇二頁）之意旨。

有關其餘抗告理由之論旨，包括違憲之點，乃僅主張原決定係單純違背法令、或主張原審裁量審理之處置不當，與民事訴訟法第四百十九條之二（編者按：

相當於現行民事訴訟法第三百三十六條）所定抗告理由不符。

因此，裁定駁回本件抗告，抗告費用由抗告人負擔，法官全體一致同意裁定內容如主文。



## 二十四、請求確認撥地設置忠魂碑之處分無效等事件

政府購地出借財團法人日本遺族會使用，並指派教育長參加

該會慰靈祭之合憲性——住民訴訟事件

最高法院平成五年二月十六日第三小法庭判決

昭和六十二年（行ツ）一四八號

翻譯人：萬國法律事務所（賴浩敏、許懷儷）

### 判 決 要 旨

- 一、市政府為了遷移存置於公有土地上的遺族會忠魂碑，乃另購其他土地無償轉借與負責管理忠魂碑之遺族會使用，並代為遷移在新地重建。由於忠魂碑具有陣亡者紀念碑性質，至少在二次大戰以後，其與宗教的關連性已微，況遺族會並非以從事宗教活動為目的之宗教團體，益見市政府之所為，係出於將原存置有忠魂碑之公有土地騰空俾作為建築學校之用地，係屬社會一般性行為，與宗教性活動有別。核其所為，與憲法第二十條第三項禁止國家、機關為宗教活動的規定，並無抵觸。
- 二、市政府教育長參加了非宗教團體之當地遺族會，在忠魂碑前所舉行之或神道式或佛教式之各項慰靈祭行為，純係出於對陣亡者遺族盡到社會禮儀而已，非參與宗教團體之宗教活動之可比。既屬社會一般性行為，自與憲法第二十條、第八十九條，禁止國家、機關參與宗教活動，以及禁止以公有財物資助宗教團體之憲法規定意旨無違。
- 三、一般地方公共團體首長，縱令事先將原屬於其權限範圍內之財務會計上之行為，委由特定公共團體的職員行之，則於涉及此項財務會計行為之當否之代位請求之住民訴訟中，該被委任處理會計事務之職員，與地方自治法第二百四十二條之二第一項第四款所指「職員」有別。

- 四、一般公共團體所屬職員，受同團體首長授權處理原屬首長權限範圍內財務會計事務時，首長除有違反，應阻止上述公共團體職員之違法行為之指揮監督義務，以及其因故意或過失，疏未阻止上述公共團體職員之財務會計上之違法行為外，該首長就一般地方公共團體所受損失，並不負損害賠償責任。

## 事 實

- 一、市政府為收回被當地遺族會充作忠魂碑占用之學校建築基地，乃動用公款另購地無償提供遺族會他遷使用，俾能在原地增改建國民小學的工事。當地住民認為似此行為違反憲法第二十條（信教自由）、第八十九條（公財產支出利用之限制），乃以市長怠於請求遺族會返還無償使用之土地為由，提起住民訴訟，請求確認市長怠於請求返還遺族會無償使用之土地為違法，並請求市長賠償因此該市所受之損害，此俗稱忠魂碑訴訟。又同市所屬公務員即教育長及職員竟於昭和五十一年、五十二年前往遺族會忠魂碑前，利用公款燒香祭拜，亦有違憲法第二十條、第八十九條之規定，遂依法提起住民訴訟，請求教育長及其所屬職員連帶賠償該市因此所受之損害，並返還其利用公家時間從事此項活動相當部分之薪俸。此俗稱慰靈祭訴訟。
- 二、忠魂碑訴訟及慰靈祭訴訟，係由當地住民先後提起者。前者第一審法院判決原告一部勝訴，一部敗訴；後者，第一審法院判決其參與祭拜，核與公務無關，判命被告應返還相當於妄用公務時間參與祭拜薪俸額之不當得利。被告不服，先後向第二審法院提起上訴。第二審法院依職權，將二案合併審理，並合併判決，認為上訴有理由，乃廢棄第一審判決關於上訴人敗訴部分，並駁回被上訴人在第一審該部分之訴。被上訴人不服，提起第三審上訴，惟被駁回。

## 關 鍵 詞

無償貸與（使用借貸） 戰沒者（陣亡者） 住民訴訟代位權

### 主 文

上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

有關上訴代理人兼上訴輔助參加人代理人熊野勝之、同藤田一良、同加島宏、同坂和優、同小坂井久、同川下清之上訴理由第一點至第四點、第十點及第三十點。

一、有關論述事項原審之認定為對照原判決所舉出之證據關係，得同意之，原判決並無論述之違法。原審合法確定之事實關係概要如下：

（一）關於本案忠魂碑之移設、重建之經過

1. 舊帝國在鄉軍人會篠山分部箕面村分會（以下簡稱「分會」）於大正五年四月十日由會員志願參加勞動服務，於與箕面小學用地鄰接之箕面村公所之用地內建立忠魂碑（以下將原判決所附之附件物件目錄二記載之移設至本件用地上以前者稱為「舊

忠魂碑」，移設後者稱為「本案忠魂碑」）。分會於建立舊忠魂碑時，向箕面村申請無償貸與當時箕面村公所用地之一部分土地（大阪府豐能郡 a 村大字 b 番 c 中之四十九坪）。針對此點，箕面村基於村議會之決議，決定無償且無限期貸與分會上述土地以作為舊忠魂碑之用地，並且，承諾分會於舊忠魂碑前舉行慰靈祭時，得利用貸與土地周圍約一百坪之空地。迄昭和十四、十五日止分會每年於該處舉行慰靈祭，但其後因戰爭愈趨激烈而無餘裕舉行。

2. 二次世界大戰後，昭和二十年十二月十五日聯合國軍隊最高司令官總司令部對政府發出所謂神道指令（「有關廢止政府對國家神道神社神道之保證、支援、保存與監督，以及弘揚之事」），據此，在我國則將實現政教分離。政府收到上述總司令部之占領政策後，公布「有關公葬等」（昭和二十一年十一月一日發宗第五十一號內務文部次官通知）及「有關忠靈塔忠魂碑等措

施」(昭和二十一年十一月二十七日內務省警保局長通知)之通達，訂立撤除存在於學校及其境內以及公共建築物及其境內或公共用地之忠魂碑等之方針，因此於昭和二十二年三月底左右，舊忠魂碑由分會會員拆除其碑石部分，埋於其附近地下，基台部分則保持原狀。之後，重建此碑之事於陣亡者間被提及，昭和二十六年左右，被埋藏的碑石被挖掘出，舊忠魂碑被重建如舊貌。上述重建係由戰後不久組戈戶之箕面遺族會為中心，以對陣亡者遺族之援救、厚生、福祉及對陣亡者之追悼、慰靈等為目的而實行。其後，箕面遺族會於昭和二十七年九月左右改稱為箕面町陣亡者遺族會，於昭和三十一年十二月一日則改稱為箕面陣亡者遺族會(以下簡稱「市遺族會」)，市遺族會下部組織之箕面地區陣亡者遺族會(以下簡稱「地區遺族會」)之會員清掃管理舊忠魂碑，自昭和三十年左右起，由該遺族會主辦，每年四月左右於碑前在神社神職或僧侶之主宰下，以神道式、佛教式隔年交替，遵照各別儀式之方式舉辦慰靈祭迄今。

3.在箕面市，由於箕面小學

之兒童人數自昭和四十年以後劇增，且昭和初期建之校舍也開始老朽化、且急需新建特別教室，昭和四十五年時，根據箕面市教育委員會的調查，了解校舍處於危險狀態中，故昭和四十八年時，該小學校舍之改建、增建、校園之擴張遂成為當務之急。箕面市為進行此事，必須將位於鄰接該小學用地之上述村公用地內之舊忠魂碑移往他處，接受該用地之讓出，將其納入學校用地。因此，箕面市雖然當時無法明確判定舊忠魂碑之所有者，但因市遺族會下部組織之地區遺族會清掃忠魂碑管理該忠魂碑包括在碑前舉行慰靈祭、使用該用地，故判斷市遺族會已取得分會所有舊忠魂碑之所有權及土地利用權，並選擇市遺族會作為請求讓出舊忠魂碑之談判對象，反覆進行折衝交涉，昭和五十年五月二十一日箕面市與遺族會之間，以確保舊忠魂碑得以維持現狀以及於碑前舉行慰靈祭所必需之寬度等條件，達成移設至本案用地之協議。

4.箕面市為確保移設舊忠魂碑用之替代用地，於昭和五十年七月十日以 78,826,824 日圓向箕面市土地開發公社承購(以下簡

稱「本件買賣」)原判決所附之附件物件目錄一記載之土地(以下簡稱「本件土地」),並受領其交付,同年十二月二十日將舊忠魂碑移設重建至本案土地之一部分的本案用地(以下簡稱「本案移設、重建」),使市遺族會得以管理使用本案用地。箕面市將本案移設、重建之工程下包予不動建設株式會社,並已支付該公司工程款7,042,120日圓。

5.其後,因被上訴人箕面市長接受該市之監察委員提出勸告,應儘速確定本案忠魂碑之權利人後,取得貸與本案用地之箕面市議會必要之議決,故箕面市依民法第七十五條規定,以利害關係人身份,向大阪市地方法院請求選任分會清算人。該地院選任之分會清算人於昭和五十一年二月二十五日追認箕面市與市遺族會間之上述協議後,與市遺族會及該市協議結果,同年三月八日上述三者之間達成以下三點協議:(1)分會將本案用地之使用借貸權讓與予市遺族會,本案用地所有權人之該市以取得箕面市議會議決為條件,承認市遺族會無償使用本案用地(2)分會以上述箕面市議會議決為條件,贈與本案忠魂碑予市遺族會(3)

市遺族會約定本案忠魂碑供為陣亡者慰靈目的之用。箕面市議會接受此項協議,於同年三月十二日基於地方自治法第九十六條第一項第六款之規定,通過箕面市無償貸與本案用地(以下簡稱「本案貸與」)予市遺族會之決議。

6.本案忠魂碑於二層的石頭堆積之基台上,放置台座石頭,於其上則安置有寬約1.5公尺、厚約0.4公尺、高約2.5公尺之碑石,從地上到碑石最高處之高度為6.3公尺。其周圍以鑿成定形的石塊堆積包圍,正面及兩側面前部環繞著御影石的圍牆,背面及兩側面後部環繞著金樺的樹籬,上述鑿成定形石塊所堆積之圍牆內部則到處種植著塔柏、松樹、杜鵑,並且鋪滿了白砂。另昭和四十一年當時身為市遺族會會長之A參考沖繩的「難波之塔」,將記載葬在寺廟中之人的法名、俗名、身歿年月日之名冊中所記載之陣亡者姓名轉記到印著圓杉板及「靈壘」之木柱上,並將其納入本案忠魂碑之基台中,但此非依照宗教上程序進行,且因未特別採取遺族相關人眾所周知之措施,故連市遺族會會員都不知其存在。

## (二) 關於忠魂碑之由來

1. 刻有忠魂碑、招魂碑等文字之碑為江戶幕府末期慰靈、顯揚為國事殉職者之目的，自江戶幕府末期乃至明治初年開始建立，為西南之役之陣亡者，則於各地廣為建立。尤其在有很多陣亡者的日俄戰爭後為慰靈、顯揚為數眾多之陣亡者而建立其碑，以忠魂碑為碑文之名稱已一般化。其平均樣式，正面直立陰刻「忠魂碑」，其旁刻有揮毫者姓名之小字，背面亦刻有陣亡者姓名，但通常只刻有建立年月日。

2. 其後，因昭和六年滿州事變、昭和十二年開始的日華事變等陣亡者再度激增，因此在陣亡者的出生地，以在鄉軍人會為中心，建立忠魂碑之行動也更形活躍，但因當時正處於戰時，故政府以抑制之姿態面對忠魂碑及其他紀念碑之建立運動。另自昭和十一年起，由於陸軍支援，建設收納陣亡者遺骨之所謂靈塔，其成為公營墳墓用來祭拜陣亡者的靈魂。隨著忠靈塔之建設逐漸興盛，自昭和十六年以後，新的忠魂碑之建立已開始減少。

3. 有關於忠魂碑等碑前之慰靈祭，日清戰爭後明治三十一年四月負責神社行政之內務省社寺

局，對於來自埼玉縣之詢問，回答無法許可以招魂碑、忠靈碑等碑為參拜之目的物，以及以神道祭神儀式或佛教法會舉行其祭事，並且不承認此種碑係為參拜之目的而建立以及舉行其祭事。但是，以從事陣亡者之吊祭、慰靈、顯揚等事業，以及忠魂碑之設置、管理為重要業務之帝國在鄉軍人會，於建立忠魂碑之際，經常舉行揭幕式或與其一併舉行追悼會、招魂祭、慰靈祭、以追悼會、慰靈祭之名實施之祭典以佛教法會者為多，但以揭幕式、招魂祭之名實施之祭典則以神道儀式或佛教儀式或神佛併用方式或神道、佛教儀式隔年交替之方式來進行。神社界雖然不認為以神佛併用方式舉行招魂祭較為理想，惟現實中此方式早已被廣泛地實行。滿州事變以後，尤其在昭和十年代，伴隨著戰線之擴大及陣亡者之增加，忠魂碑前的慰靈祭被盛大舉行，除陣亡者遺族、從軍者各團體外，一般居民及兒童、學生也參加上述慰靈祭，參拜忠魂碑。昭和十年內閣書記官長對各學校校長發出通知命令讓兒童、學生得參拜忠魂碑。

4. 戰後，如前所述，聯合國

最高司令官總司令部對政府發出所謂神道指令，政府接受上述總司令部之占領政策，發出上述「有關公葬等」及「有關忠靈塔忠魂碑等之措施」之各項通知，據此，存在於學校及其範圍內之忠魂碑、忠靈塔等應全數撤除，但其他之公共建造物及其範圍內，或公共用地內之忠魂碑、忠靈塔等，則認為只有明白地以軍國主義或超國家主義思想之宣傳鼓吹為目的者為特別應撤除之對象，只表示係為陣亡者而建之碑之忠魂碑等原則上無撤除之必要。昭和二十七年四月趁談和條約生效之機，以遺族、戰友為中心，欲建設以慰靈陣亡者為目的之碑之趨勢升高，除了於占領中撤除之忠魂碑、忠靈塔陸續重建或復原，亦有新建者，但新建碑之形狀十分多樣，碑文則除了「忠魂碑」以外，尚有「慰靈碑」、「慰靈塔」、「彰忠碑」、「英靈碑」等各種內容，這些碑中有在碑前舉行慰靈祭與不舉行者，其祭祀儀式也有佛教儀式、神道儀式、神佛併用方式、神道、佛教儀式隔年交替方式、無宗教方式等各種方式，另外，其主辦者也有遺族會、市町村、自治會等。

二、憲法除定有「任何人之宗教信仰自由均予以保障」（第二十條第一項前段）及「任何人均不被強制參加宗教上之行為，慶祝典禮、儀式或儀典」（同條第二項）之保障所謂狹義之宗教信仰自由（個人之宗教信仰自由）之明文，另一方面亦定有「任何宗教團體均不得接受國家給予特權或行使政治上的權力」（同條第一項後段），「國家及其機關不得從事宗教教育及其他任何宗教性活動」（同條第三項）以及「公款及其他公的財產為了宗教上組織或團體之使用，便利或維持……不得支出或供其利用」（第八十九條）之基於所謂政教分離原則之各項規定（以下簡稱「政教分離規定」）。本來，政教分離規定為所謂制度性保障之規定，並非直接保障宗教信仰自由本身，其欲藉由國家（包括地方公共團體，以下同）與宗教之分離之制度而予以保障，以達到間接確保宗教信仰自由之保障。而且，作為憲法之政教分離規定之基礎及其解釋之指導原理之政教分離原則，雖然要求國家於宗教上立於中立，但並非完全不容許國家與宗教有任何關係，有鑑於產生與宗教關係之行為的目的及

效果，如該關係參照我國社會、文化各種條件，被認為在與確保宗教信仰自由保障之制度之根本目的之關係中逾越適當之限度時，則應解釋為不予容許。如參照上述政教分離原則之意義，憲法第二十條第三項之所謂宗教性活動並非指在國家與其機關之活動中與宗教有關係之所有行為，其關係應僅限於上述逾越適當限度者，並應解釋為該行為之目的具有宗教性意義，其效果對宗教產生援助、助長、促進或壓迫、干涉等之行為。於檢討某行為是否該當上述宗教性活動時，不應僅拘泥該行為之主宰者是否為宗教家、其順序禮儀（儀式程序）是否依循宗教規定之方式等該行為之外表層面，而應考慮該行為實行的場所、一般人對該行為之宗教性評估、有關該行為人實行該行為之意圖、目的及宗教性意識之有無、程度，該行為對一般人效果、影響等各種情況，依照社會一般通念客觀地判斷之（最高法院昭和四十六年（行ツ）第六十九號同五十二年七月十三日大法庭判決，民集三十一卷第四號第五三三頁，同昭和五十七年（才）第九〇二號同六十三年六月一日大法庭判決，民集四十二

卷第五號第二七七頁）。

綜上所述，如根據上述的事實關係及原審合法確定之其餘事實關係，則顯然（1）舊忠魂碑係因當地人們為慰靈、顯揚來自故鄉之陣亡者而設，原來即為陣亡者紀念碑之性質，本案移設、重建後之本案忠魂碑亦被認為具有同樣之性質，在其碑前為慰靈、追悼陣亡者之慰靈祭於每年一次在市遺族會之下部組織之地區遺族會主辦下，雖以神道、佛教儀式隔年交替來舉行，但本案忠魂碑與神道等特定宗教之關係，至少在戰後是淡薄的，本案忠魂碑不得視為靖國神社或護國神社之分身（所謂「村之靖國」）（2）擁有本案忠魂碑及維護管理此碑之市遺族會係以居住在箕面市內之陣亡者遺族為會員，以陣亡者遺族之相互扶助、增進福祉與顯揚英靈為主要目的而設立、活動之團體，而非以從事宗教性活動為其本來目的之團體。（3）舊忠魂碑雖於戰後之一段時期，其碑石部分曾經埋於地下，但大正五年分會經箕面村許可於公有地上設置以來，即一直存續於上述公有地上，箕面市所為本案移設、重建等行為，因鄰接上述公有地之箕面小學兒童人



數增加，校舍老化等原因，校舍之改建已成當務之急。因此必須將公有地編入學校用地，不得不將舊忠魂碑移設至其他場所，故基於與市遺族會交涉結果，從箕面市土地開發公社買入本案土地，與從前一樣以本案用地作為替代地而無償貸與予市遺族會，只不過移設、重建至上述用地上而已。

有鑑於上述各點，箕面市就有關舊忠魂碑以及本案忠魂碑所為之以下各行為，亦即為了將舊忠魂碑移設、重建至本案用地上，從向上述公社購買本案土地作為代替地之行為（本案買賣）、將舊忠魂碑移設、重建至本案用地上之行為（本案移設、重建）、將作為本案忠魂碑用地之本案用地無償貸與予市遺族會之行為（本案貸與），不論何者，其目的係著眼於為改建小學校舍，將存在於公有地上，具有陣亡者紀念碑性質之設施移設至其他場所，使用該用地作為學校用地，其方策係取得作為上述設施之移設場所之替代地無償提供該地作為上述設施之用地予維護管理上述設施之市遺族會，進行上述設施之移設、重建，被認為具全然社會一般性，其效果也不

被認為係援助、助長、促進特定之宗教，或對其他宗教加以壓迫、干涉。因此，箕面市之上述各行為與宗教關係之程度參照我國之社會、文化各項條件，不被認為與確保宗教信仰自由保障之制度的根本目的之關係中逾越適當之限度，應解釋為不該當憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動實為妥適。

另論述主張箕面市之上述各行為亦違反憲法第二十條第一項後段、第八十九條，惟箕面市之上述各行為並未違反憲法政教分離規定基礎之政教分離原則，已如上所述，而且，擁有本案忠魂碑及維護管理該碑之市遺族會應解釋為不該當憲法第二十條第一項後段所謂之「宗教團體」或第八十九條所謂之「宗教上組織或團體」，如後述所言，箕面市之上述各行為不應認為違反上述憲法之各項規定，上述違憲之主張亦無理由。

以上事項依據前揭各大法庭判決之意旨，應謂顯明。

與上述同樣意旨之原審判決可認為正當，原判決無論述之違憲、違法。論點均不得採用。有關同第一點（除上述判決之點外）、第七點到第九點。

憲法第二十條第一項後段所謂之「宗教團體」、憲法第八十九條所謂之「宗教上組織或團體」並非意指所有實行與宗教具有某種關係之行為之組織或團體，而係指國家對該組織或團體賦與特權，或為該組織或團體之使用，便利或維護，而支出公款及其他公的財產，或供其利用一事，解釋為對特定宗教產生援助、助長、促進或壓迫、干涉等，應解釋為違反憲法上之政教分離原則者。換言之，意指以進行特定宗教之信仰、禮拜或普及等之宗教性活動為本來目的之組織或團體，較為適當。此參照前揭大法庭判決意旨即明。

就本案觀之，原審有關論述事項之事實認定，參照原判決所舉之證據關係足可同意，根據上述事實及原審合法確定之其餘事實關係，財團法人日本遺族會及其分部之市遺族會、地區遺族會，均為以陣亡者遺族間相互扶助、增進福祉與顯揚英靈為主要目的而設立活動之團體。其事業之一之顯揚英靈事業，除政府主辦之遺骨收集、外地戰蹟之慰靈巡迴參拜、參加協助全國陣亡者追悼式等之活動外，尚且實行依據神道或佛教儀式舉辦之慰靈

祭，參拜靖國神社等帶有宗教性色彩之儀典，以及參加靖國神社保衛國家之推進運動，但實施上述儀典以及參加上述運動，以其會之本來目的而言，並非欲進行特定宗教之信仰、禮拜或普及等宗教性之活動，顯然地其係鑑於其會員為陣亡者之遺族，為慰靈、追悼、顯揚陣亡者而依照會員希望實行上述儀典。

考量上述各點，財團法人日本遺族會及其分部之市遺族會、地區遺族會均不該當以進行特定宗教之信仰、禮拜或普及等宗教性活動為其本來目的之組織或團體，應解釋為不該當憲法第二十條第一項後段所謂之「宗教團體」、憲法第八十九條所謂之「宗教上組織或團體」較為適當。與此同意旨之原審判決，得承認其為正當，原判決無論述之違憲、違法。論點均不得採用。有關同第五點及第六點：

原判決無論述之違法，論點均不得採用。

有關同第十一點、第十二點及第二十八點：

一、有關本案各項慰靈祭，原審合法確定之事實關係大致如下：

(一)市遺族會下部組織之地區遺族會，自昭和五十一年四

月五日上午十時三十分至十一時三十分，於本案忠魂碑前以神道儀式舉行慰靈祭。主辦人方面有遺族會會長及其他市遺族會之董事及會員，來賓有箕面市之市議會議長、市議會議員、社會福祉事務所長、市福祉部長、各地區之自治會長、市工商會長、西小學校長、市長之被上訴人 B、已死亡之市教育委員會委員長之 C（第一審被告）、該委員會委員兼教育長之被上訴人 D，合計約一百名，參加此項祭典。典禮由神社神職主持，依照神道儀式進行，市遺族會會長及被上訴人 B 與市議會議長分別面向本案忠魂碑朗讀「慰靈之詞」、「追悼之辭」。之後，參加者應答司儀呼唱職稱，依次前進到祭壇前，從神職手中領取玉串向本案忠魂碑行二敬禮、二拍手、一敬禮、再將玉串獻供至祭壇。最後，司儀宣告「祭神儀式到此結束」，致閉會辭，儀式結束。

（二）地區遺族會自昭和五十二年四月五日上午十時三十分至上午十一時三十分，於本案忠魂碑前以佛教儀式舉行慰靈祭。參加者與昭和五十一年慰靈祭時一樣約為一百名。典禮由曹洞宗永松寺住持、淨填宗本願寺派光

明寺住持等共計七名之僧侶主持，司儀依照儀式程序致開會辭，之後參加者一同默禱，持續誦讀阿彌陀佛經等，朗讀導師表白文、朗讀慰靈追悼文。然後，參加者一同於祭壇前焚香，最後，司儀致閉會辭，儀式結束。

（三）被上訴人 D 雖接受地區遺族會之招待，為向陣亡者及其遺族表達弔唁及哀悼之意之目的，以來賓身分參加本案各項慰靈祭，但僅限於以參加者中一名之身分，於昭和五十一年之慰靈祭，向祭壇呈獻玉串，於昭和五十二年之慰靈祭焚香，並未以來賓身分致詞、朗讀慰靈追悼文。

二、如觀察被上訴人 D 參加本案各項慰靈祭之行為是否違反憲法上之政教分離原則以及基於該原則之政教分離規定，則根據上述事實關係及原審合法確定之其餘事實關係，以下三點實為顯著：

（一）舊忠魂碑係地方上的人為慰靈、顯揚出自故鄉之陣亡者而設立，原來就具有陣亡者紀念碑性質，本案移設、重建後之本案忠魂碑亦應被視為具有同樣性質。

(二) 舉行本案各項慰靈祭之市遺族會下部組織之地區遺族會，係為以居住在箕面地之陣亡者遺族為會員之團體，而非為以舉辦特定宗教之信仰、禮拜或普及等宗教性活動為本來目的之團體。

(三) 被上訴人 D 參加本案各項慰靈祭，係基於擔任重要公職者之社會性的禮節，於地區遺族會主辦為慰靈、追悼地方陣亡者之宗教性儀典時，為對陣亡者及其遺族表達弔唁、哀悼之意之目的而為之。

有鑑於上述各點，被上訴人 D 參加本案各項慰靈祭，其目的係為慰靈、追悼地方之陣亡者之宗教性儀典時，對陣亡者遺族盡到社會性之禮儀，實為具全然社會一般性，其效果亦不得認為其係對特定宗教產生援助、助長、促進或壓迫、干涉等之行為。因此，被上訴人 D 參加本案各項慰靈祭，與宗教關係之程度參照我國之社會、文化方面各項條件，不得認其於確保宗教信仰自由保障之制度的根本目的之關係中逾越適當之限度，應解釋為未違反憲法上之政教分離原則及基於該原則之政教分離規定，較為妥適。

以上事項，依據前揭各大法庭判決之意旨即明。

與上述同樣意旨之原審判決可承認其正當，原判決並無論述之違憲、違法。

另論述雖主張被上訴人 D 參加本案各項慰靈祭之行為違反憲法第二十條第二項，對該被上訴人支付相當於上述參加行為所需時間數之薪給係為違法，但因上述規定為直接保障狹義之宗教信仰自由之規定，有關侵害該被上訴人之宗教信仰自由之事實於原審並未被認定，故上述違憲之主張欠缺其前提。認為對該被上訴人支付相當於上述參加行為所需時間數之薪給係為合法之原審判決得承認其為正當，原判決無論述之違法。

論點均不得採用。

有關同第十三點至第二十一點：

有關論述事項之原審認定判決，參照原判決所舉之證據關係，得承認其為正當，其過程並無論述之違法。論述引用之各判例因事件不同，不適用於本案論點不得採用。

有關同第二十二點：

一、論點指出以箕面市長即被上訴人 B 為本案各項慰靈祭及其準備而使用或消費本案市財產（市

公所廳舍會議室、信封、小型公車、轎車及事務用紙)，係怠忽其管理一事違法為理由，對該被上訴人依地方自治法第二百四十二條之二第一項第四款規定之對「該職員」之損害賠償請求一事，原審判決認為因本案市財產之管理權限均已由箕面市長委任主管之各課長，故被上訴人 B 不該當該款所謂之「該職員」，有關上述請求之訴不合法，係錯誤解釋適用上述規定，違反最高法院昭和五十五年（行ツ）第一五七號同六十二年四月十日第二小法庭判決之意旨（民集四十一卷第三號第二三九頁）。

二、認定本案市財產之管理權限均已由箕面市長委任主管之各課長之原審判決，參照原判決所舉之證據關係，得承認其為正當。

因此，以下就對被上訴人 B 之上述損害賠償請求之適當與否進行檢討。

地方自治法第二百四十二條之二第一項第四款所謂之「該職員」係廣泛意指被認為在法令上本來具有實行於該訴訟中，其適當與否被當討論課題之財務會計上行為之權限者，以及接受這些人委任權限而具有上述權限者

（參照前揭第二小法庭判決）。一般地方公共團體之首長為代表該一般地方公共團體之人（同法第一百四十七條），基於該普通地方公共團體之條例，預算與其他議會決議負有依自己判斷及責任誠實管理及執行事務及其他公共團體之事務之義務（同法第一百三十八條之二），具有實行預算之執行、地方稅之課徵、分擔金、使用費、加入金或手續費之徵收、財產的取得、管理及處分等之廣泛的財務會計上行為之權限（同法第一百四十九條），鑑於其職責與權限之內容，首長即使已決定事先將屬於其權限之一定範圍之財務會計上行為委任特定之公共團體職員，然因其已被認為法令上本來具有實行上述財務會計上行為之權限，故在以上述財務會計上行為之適當與否為討論課題之該代位請求住民訴訟中，應解釋為其該當同法第二百四十二條之二第一項第四款所謂之「該職員」。如受上述委任之公共團體職員處理與委任相關之該財務會計上行為時，應解釋為首長僅限於違反應該阻止上述公共團體職員為財務會計上之違法行為之指揮監督上之義務，以及因故意或過失未阻止上述公共團

體職員為財務會計上之違法行為時，方視為其本身亦為財務會計上之違法行為，方對一般地方公共團體就其因上述違法行為所受之損害負賠償責任，較為妥適。

如此一來，即使本案市財產之管理權限如前所述，均已委任予主管之各課長，但因身為箕面市長之被上訴人B被認為於法令上本來就具有上述管理權限，故應解釋為該當同法第二百四十二條之二第一項第四款所謂「該職員」，與此立於不同見解，認為對被上訴人B之上述損害賠償請求之訴不合法之原審判決，不得不謂其有錯誤解釋適用上述規定之違法。

三、但是，上述違法對原判決之結論並無影響，其理由如下：

在本案中，以怠忽管理本案市財產係違法為理由請求被上訴人B負損害賠償，原審除一方面認為以該被上訴人該當地方自治法第二百四十二條之二第一項第四款規定之「該職員」所提起之上述損害賠償請求（主位請求）不合法外，另一方面，與上述主位請求之爭議點共通之預備之請求，亦即就認為該被上訴人該當該款規定之「有關怠忽事實之對

造」所提起之損害賠償請求，於充分地完成有關上述爭議點之實體審理後，於認定有關請求適當與否之判斷乙事，記錄上係很清楚。如上所述，在原審中，於就共通之爭議點已進行充分審理之本案中，有關以被上訴人B該當該款規定之「該職員」所提起之上述損害賠償請求（主位請求），並無必須進而在原審中經過特別審理判斷之實質上的必要性，在這樣的情況下，如下解釋應較為妥適，即不須駁回有關上述請求之訴訟發回原審，而許在本審中，基於原審所為上述認定判斷，就該請求適當與否立即判斷（最高法院昭和四十三年（行ツ）第四十四號同四十九年九月二日第一小法庭判決，裁判集民事第一一二號第五一七頁，同昭和五十二年（行ツ）第十二號同五十六年四月二十四日第二小法庭判決，民集三十五卷第三號第六七二號，同昭和五十七年（行ツ）第一二八號同六十年十二月十七日第三小法庭判決，民集三十九卷第八號第一八二一頁參照）。如同後述，原審之上述認定判斷得認其正當（參照有關上訴理由第二十三點之判斷），根據上述認定判斷，被上訴人B就

有關本案市財產之管理，不可謂有對於將其管理權限委任之主管各課長有指揮監督上義務之違反等財務會計上之違法行為，故以被上訴人B該當同法第二百四十二條之二第一項第四款規定之「該職員」所提起之上述損害賠償請求，顯然無理由。根據上述，雖然損害賠償請求應以無理由而予以駁回，但其結論比原判決對上訴人等卻較為不利，依照民事訴訟法第三百九十六條、第三百八十五條規定，不得為變更原判決使不利於上訴人判決，故本法院只能維持原判決結論，駁回上訴，其結果，原判決之上述違法對其結論並不會產生影響。論點不得採用。

有關同第二十三點：

在原審合法確定之事實關係之下，認為被上訴人B就本案財產之管理，不得謂其有對於將其管理權限委任予主管各課長之違反指揮監督上義務等財務會計上之違法行為之原審判決，得認其為正當，原判決無論述之違法。論點不得採用。

有關同第二十四點至第二十七點、第二十九點、第三十一點至第三十四點：

有關論點之原審判決得承認

其為正當，其過程無論述之違法。上述判斷並不抵觸論述引用之判例。另外，論述雖亦謂違憲，但其只不過是基於獨自見解抽象性地述說之原判決不當。

論點均不得採用。

因此，除依照行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第四百零一條、第九十五條、第八十九條、第九十三條，除園部逸夫法官的補充意見外，法官全體意見一致，判決如主文。

園部逸夫法官之補充意見如下：

雖然法庭就本案忠魂碑之意見，認為綜觀本案移設、重建之前後，具有慰靈，顯揚出身鄉土之陣亡者所設之陣亡者紀念碑性質，但有關此點，本人有下述之想法，想要在此補充及表示意見。

本案忠魂碑，雖由碑石及其附屬設施組成，但一般而言，為進行此種追悼之設施等，不論其大小、形狀、材質或附屬設施之有無，均為在其面前，進行追悼、慰靈故人等之行動或儀典者之某種宗教性情感之對象，其可以成為具有超越只是紀念碑之宗教性存在之性質，有關此點在上述行動或儀典不依照特定之宗教

儀式時得認為是一樣。但是，我認為將為進行此種追悼之設施之性質，參照與其相關者之情感，而下一含義之判斷，不僅困難之事，且查明上述性質應該勿庸置疑當然是判斷有無違反憲法之政教分離原則所不可欠缺之要件。因此，就本件而言，我認為不論本案忠魂碑之性質如何，箕面市

就本案忠魂碑與既存的特定宗教有如何之關連，根據引用其相關性參照我國的社會、文化方面各項條件，在與確保宗教信仰自由保障之制度的根本目的之關係中，是否被認為逾越適當限度之法庭意見之各大法庭判決之判斷標準，而為判斷即已足矣。



## 二十五、請求撤銷因拒絕修習劍道課程而遭退學之處分事件

拒絕劍道體育課程之參與所為留級及退學處分是否違法

最高法院平成八年三月八日第二小法庭判決

平成七年（行ツ）七四號

翻譯人：萬國法律事務所（賴浩敏、許懷儷）

### 判 決 要 旨

市立工業高等專門學校校長對於確信絕對和平主義改拒絕參加學校安排修習劍道體育課程之學生，初不問非無替代措施可資替代劍道，復未對替代措施加以評估檢討是否可行之前，即貿然以其不修必修課目體育課程為由，連續二年予以留級處分，並進為退學處分，按諸一般社會觀念，顯有未妥，難謂非逾越裁量權限之違法行為。

### 事 實

市立工業高等專門學校學生，基於宗教信仰核心—絕對和平主義的堅持，拒絕參加劍道必修體育課程。校長認為其未修習該必修課程有違規定，乃予以留級處分。翌年，該留級生仍然拒絕參加劍道體育課程，校長再對之為留級處分，並以其連續二年留級為由，進而為退學處分。被留級及退學的學生不服，循序先後分就第一次留級處分，以及第二次留級及退學處分，向第一審法院提起訴訟，請求撤銷各該處分，第一審法院以各該處分，均屬校長裁量權範圍內，並未逾越裁量權限為由，先後分別予以駁回。該學生不服向第二審法院提起上訴，第二審法院合併審理，以其委實逾越裁量權限為由，認為上訴有理由，廢棄第一審判決。校長不服提起第三審上訴，惟被駁回。

## 關 鍵 詞

裁量權 逾越權限 代替措置（替代措施） 原級留置處分（留級處分）

## 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

有關上訴代理人俵正市、重宗次郎、荻野年彥、坂口行洋、寺內則雄、小川洋一之上訴理由：

一、原審中確定適法之事實關係之概要如下：

（一）被上訴人自平成二年四月就讀神戶市立工業高等專門學校（以下稱「神戶高專」）。

（二）高等專門學校採學年制，學生取得各學年之修了認定方能進級上級學年。依關於神戶高專之學業成績評量及與進級和畢業之認定之規程（以下稱「進級等規程」），要取得進級認定，必須為所有必修科目均無不予認定之情形，而若一科之學業成績為 100 點，則該科評量未達 55 點者不予認定。學業成績由擔任該科目之教職總合學習態度及考

試成績，於前期、後期之各學期末進行評量，學年成績原則上係總合各學期末的成績後再評量。此外，依進級等規程，除休學者外，學生不得連續兩次停留於原級，且依神戶市立工業高等專門學校學則（昭和三十八年神戶市教育委員會規則第十款。以下稱「學則」）及有關退學之內規（以下稱「退學內規」）之規定，校長得命連續兩次無法進級的學生退學。

（三）在神戶高專，保健體育為全學年之必修科目，而自平成二年度起，第一學年之體育科目採用劍道為教學項目。劍道課無論在前期及後期皆為必修科目，且占該學期體育科目之配點 100 點中 70 點，亦即第 1 學年體育科的點數在 100 點中被分配了 35 點。

（四）被上訴人由於雙親是嚴守聖經信仰基督教義的「耶和華的見證人」，自己也成為「耶和華的見證人」。被上訴人於遵從其教義，因參加格鬥技術的劍

道課程與自己的宗教信條根本不相符的信念下，於就讀神戶高專後劍道課開始前的平成二年四月下旬，與其他「耶和華的見證人」的學生一起向四名體育課任課教員說明因宗教上的理由無法參加劍道實技課程，希望校方能同意其以提出報告等作為替代措施，但上開教員們立即予以拒絕。被上訴人雖於劍道課實際開始前不斷反覆聲明該意旨，體育課任課教員卻表示若其不參加劍道課將以缺席論。上訴人知悉被上訴人等已聲明無法參加劍道課後，於同月下旬與體育課任課教員協議，決定不採納這些學生以替代措施取代上劍道課之建議。被上訴人遂於自同月末起開始的劍道課中換上服裝、參加循環訓練、講習及準備體操，但未參加劍道實技，其間則端坐在道場的角落記錄教授的內容以便寫報告。被上訴人於課程結束後，基於上開記錄作成報告，並於下一次開課的前一日向體育課任課教員提出，惟均被拒收。

(五) 體育課任課教員及上訴人說明其曾嘗試說服被上訴人等不參加劍道實技的學生及其保護人要參加劍道實技，並向保護人說明若不參加劍道實技一定會

被留級，及不採納替代措施等為神戶高專之方針。保護人雖向校方陳情希望校方能採納替代措施，但神戶高專仍答覆不採納替代措施。其間，上訴人及體育課任課教員等相關人員曾進行協議，決定補上劍道實技課以作為未參加劍道實技的人的特別救濟措施，然經二次勸導學生及保護人參加，被上訴人仍未參加。結果，體育課任課教員便將被上訴人之劍道實技之修習情形以缺席處理，在劍道項目上僅就有作準備體操評給 5 點（以學年成績來說等於只給 2.5 點），於是在第 1 學年，總合被上訴人所修習之其他體育項目之評量後，將被上訴人的體育科目評為 42 點。在第一次進級認定會議中，決定對於不參加劍道實技之被上訴人及其他五名學生之體育成績不予認定，命其應補修劍道實技課，但被上訴人及其他四名學生未參加。因此，在平成三年三月二十三日舉行的第二次進級認定會議中，決定了上開學生等之不予進級，上訴人之後遂於同月二十五日對被上訴人處以不得進級第二學年之留級處分，並告知被上訴人及保護人此情事。

(六) 於平成三年度，被上

訴人的態度仍和前年度相同，校方的因應也未有改變，被上訴人的體育科目總評被評為 48 點，在平成四年三月二十三日舉行的平成 3 年度第二次進級認定會議中，連劍道實技的補課也未參加的被上訴人和其他四名學生均被處以不予進級，上訴人決定再次對被上訴人作出留級處分。此外，同日並召開表揚懲戒委員會，決定對被上訴人以外之另一名學生採取退學處置。上訴人判斷被上訴人該當連續兩年留置於原級者符合學則第三十一條所定退學事由之「被認定因學習能力低劣無法預期修業成功者」之情事，於同月二十七日告知未自動退學的被上訴人因上開留級處分為前提的退學處分。

（七）被上訴人未被認定對劍道以外的體育項目特別不熱心。且被上訴人體育以外的成績優異，學習態度亦十分認真。

此外，也有高等專門學校對類似被上訴人情形的學生准予採用提出報告或令其作其他運動之替代措施。

二、高等專門學校的校長對於是否對學生處以留級處分或退學處分之判斷，應係屬校長合理的教

育裁量權，法院在審理該處分適切與否時，不應該立於與校長相同之立場，針對是否應該作該處分等予以判斷，再就結果與該處分比較後論其適當與否、輕重等，而應在校長因行使裁量權所為處分係完全欠缺事實基礎或在社會觀念上明顯欠缺妥當性，有超越裁量權之範圍或濫用其裁量權時，才應判斷其為違法（參照最高法院昭和二十八年（才）第五二五號同二十九年七月三十日第三小法庭判決，民集第八卷第七號第一四六三頁、最高法院昭和二十八年（才）第七四五號同二十九年七月三十日第三小法庭判決，民集第八卷第七號第一五〇一頁、最高法院昭和四十二年（行ツ）第五十九號同四十九年七月十九日第三小法庭判決，民集第二十八卷第五號第七九〇頁、最高法院昭和四十七年（行ツ）第五十二號同五十二年十二月二十日第三小法庭判決，民集第三十一卷第七號第一一〇一頁）。然退學處分係為奪走學生身份之重大處置，從學校教育法施行規則第十三條第三項也限定了四項退學事由來說，選擇退學處分應限於認教育上不得不將該學生排除於學外之情形，因此對

於該要件之認定，比起選擇其他處分，必須特別慎重考慮（參照前揭昭和四十九年七月十九日第三小法庭判決）。此外，由於留級處分也是違反學生之意，令其不得已地對於已修習的科目、種類再修習一年，使其延遲接受上級學年之課程，令其延遲畢業，尤其在神戶高專中，還有因連續兩次留級處分會遭退學處分的情形，視其將對學生造成不利之程度，即使是留級處分之決定，也應該被要求其為同樣的審慎考慮。因此，在前開事實關係下，如以下說明所示，本件各處分在社會觀念上明顯欠缺妥當性，不得不謂其為超越裁量權之違法。

（一）在公教育（義務教育）的教育課程裡，必須使學生共通地學得因應該學年之一定程度之重要知識、能力，此係為確保教育水準，是不容否定的，保健體育科的修習也不例外。然在高等專門學校中，劍道實技之修習很難說是必須的，要達成體育科目之教育目的，以修習其他體育項目等代替方法來進行，在性質上係為可能。

（二）另一方面，依據前開事實關係，被上訴人拒絕參加劍道實技的理由係與被上訴人信仰

的核心部分有密切關連的。被上訴人並未拒絕修習其他體育項目，也沒有特別不熱衷，卻因為劍道項目的點數在 35 點中只拿到 2.5 點，僅靠修習其他項目來取得體育科的合格點數係有明顯之困難。因而，被上訴人因信仰上的理由拒修劍道實技的結果竟是雖然在其他科目的成績很優秀，卻還是被迫走到留級、退學的地步，如此所造成的不利顯然是相當重大。且本事件中各項處分之內容及處分本身雖非命被上訴人從事違反其信仰上教義之行為，在意義上也不能說是直接限制被上訴人的宗教信仰自由，但是具有迫使被上訴人為避免受到重大不利而不得已必須從事違反自己信仰上之教義去修習劍道實技之行動之性質乃為十分明確的。

即使上訴人所採措施並非特別以限制信仰自由及宗教行為為目的，教育內容之設定及有關修習之評定亦係依照一般性規定所定，但是既然本件各項處分具有上述性質，則上訴人行使前開裁量權時，當然有必要為相對的考量。此外，我們亦不能以被上訴人係基於其本身之自由意志選擇了以劍道課作為必修之體育科之

項目之學校為由，而謂給予被上訴人如前所述般顯然不利之情事乃為當然得被容許。

(三) 被上訴人曾反覆聲明希望校方同意其以提出報告等作為代替措施之意，並非要求不修習劍道課即可取得而有修習者相同的評定。對此，神戶高專明白表示被上訴人等為「耶和華的見證人」的學生，無論是否提出因信仰上的理由拒絕格鬥課程之聲明，均不同意其拒絕修習劍道實技，亦不採納代替措施，並且一概拒絕被上訴人及保護人希望校方同意其提出之代替措施的要求，進而說服其等除接受劍道實技之補課外別無他法。有鑑於本件各處分之前開性質，在達本件各項處分前，實應對採取任何代替措施的可否，其方法、形式等充分考量，但在本件中該點不可謂已徹底執行。

其論述中提到，在神戶高專採取代替措施其實有實際上的阻礙。然而，現在有某些學校對於基於信仰上的理由拒絕修習格鬥技術的情形採用代替措施，故採取適切的方法、形態，不至於讓其他學生感到不公平的代替措施是可行的。此外，其拒絕修習是否係基於信仰上的理由，只要調

查外在的情形即可輕易明瞭吧，很難想像欲假借信仰上的理由拒絕修習的人為多數。甚而，我們可以對於原審不認同若採取代替措施便無法維持神戶高專的教育秩序、對於學校營運將產生不容忽視的重大阻礙之認定判斷予以肯定。因此，採取代替措施不能說實際上並不可行。

其論述中亦主張，採取代替措施係違反憲法第二十條第三項，但是對於因信仰上的真實理由而無法參加劍道實技的學生而言，既已要求代替措施，例如修習其他體育實技、提出報告等，對該成果給予評價，在目的上不能說具有宗教意義、有援助、助長、促進特定宗教的效果，亦不能說具有對於其他宗教人士或無宗教者加諸壓迫、干涉之效果，顯然根本不應不問採取代替措施之方法、形態如何，逕謂其違反憲法第二十條第三項。此外，雖然在公立學校中是不容許調查追究學生的宗教，並將宗教排列順序而為其他處理，但學生以信仰為由拒絕修習劍道實技時，學校為判斷該理由正當與否，是否單單只是怠學的藉口，或確認當事人所說明之宗教上的信條與拒絕修習間之合理關連性可否被認同

之程度之調查，不能解釋為其係違反公教育的宗教中立性。此點依最高法院昭和四十六年（行ツ）第六十九號同五十二年七月十三日大法庭判決，民集第三十一卷四號五三三頁之意旨，即可明瞭。

（四）綜上所述，對於因信仰上之理由拒絕修習劍道實技者與無正當理由卻拒絕修習者並未加以區別，雖然替代措施並非不可能，卻於尚未就替代措施進行任何檢討下，接受了體育科目之任課教員為不認定該體育科目之評量，作出留級處分，甚至對於不認定的主要理由及全體成績未加以考量，逕以因連續留級兩年，依進級等規程及退學內規規定符合學則所定「因學習能力低

劣，預估其無法成功修業者」，作出退學處分之上訴人之處置，該處置就應考量的事項並未加以考量，且就考量過之事實所作評量明顯欠缺合理性，其結果在社會觀念上明顯欠缺妥當性，本件各項處分不得不謂之為超越裁量權範圍之違法。

與上述同意旨之原審判斷係為正當之判決，原判決所論並無違法。其所述違憲之主張，實質上只不過是在原判決對上開判斷所引用法令解釋適用之錯誤。此外，上開判斷並未抵觸論述所引用之各判例。其論旨不可採。

因此，依行政訴訟事件法第七條、民事訴訟法第四百零一條、第九十五條、第八十九條，全體法官一致通過判決如主文。

## 二十六、因市長以公款提供開工神道儀式之費用 請求填補損害事件

市立體育館建築開工典禮採神道儀式有無違反政教分離  
之憲法規定意旨

最高法院昭和五十二年七月十三日大法庭判決  
昭和四十六（行ツ）六九號

翻譯人：萬國法律事務所（賴浩敏、許懷儷）

### 判 決 要 旨

- 一、依憲法政教分離原則，國家對於宗教雖應秉持中立的立場，但並不因此意味著國家與宗教間，絕然不具有任何關聯性。依具體個案，其所為關聯性之行為目的及結果，衡諸日本社會、文化各方面情形，若與國家保障宗教信仰自由的制度性保障目的有違，亦即其關聯性行為，已逾越相當限度時，自仍為法所不許。
- 二、憲法第二十條第三項所指宗教性活動，係指該行為，其目的不惟具有宗教性意義，且其結果無異對宗教予以援助、助長、促進或竟對之壓迫、干預而言。非謂國家及其機關所為活動，苟與宗教具有關聯性之全部活動均包括在內。
- 三、市政府因其所屬市立體育館舉行開工典禮，仍循禮俗，依照神道方式進行儀式，其進程序難謂與宗教不具關聯性，惟其目的既在祈求建築開工大吉，基礎永固，工地安全，顯見純係遵照禮俗，行禮如儀，初非對宗教予以援助、助長、促進或竟對宗教加以壓迫、干預之可比。核其所為，與憲法第二十條第三項所指宗教性活動無涉。

### 事 實

市政府因其所屬市立體育館舉行開工典禮，乃循禮俗，依照



神道方式進行儀式，因而以公款購買供物並支付主祭神職人員謝禮合計日幣七六六三元。同市市議會議員某君認為市長以公款資助宗教，有違憲法第二十條（信教自由）、第八十九條（公財產支出利用之限制）之規定，乃依地方自治法第二百四十二條之二之規定，以市長為被告，依法對之提起住民訴訟，請求損害填補（給付訴訟）。第一審法院審理結果，認定被告純係遵照禮俗，行禮如儀，核與資助宗教等或利用公務時間參加宗教活動有別，核其所為，與憲法第二十條、第八十九條無違，乃駁回市議員某君之請求。某君不服向第二審法院提起上訴。第二審法院，認為依憲法第二十條第三項規定，其所指宗教性活動，包括至廣，諸如：祈禱、禮拜、儀式、祝典、行事等一切行為，全部包括在內。從而認定該市長之所為，有違憲法第二十條第三項之規定，其以公款私用於宗教活動，係屬違法（確認訴訟），因而在此範圍內廢棄第一審判決，並駁回上訴人即市議員逾此部分之請求。市長不服，就其敗訴部分，提起第三審上訴。第三審法院認為上訴有理由，乃廢棄上訴人敗訴部分，並在廢棄範圍內，駁回該市議員在第二審之上訴。（編者按：日本行政事件訴訟法及地方制度法，並未仿我國行政訴訟法設有一般給付訴訟及課予義務訴訟之規定。因此，在日本，遇有類似情形，祇能提起違法確認訴訟而已）。

### 關 鍵 詞

政教分離原則 信教自由 住民訴訟 玉串（祭神用之楊桐樹枝） かかり合い（關聯性）

### 主 文

上訴費用由被上訴人負擔。

原判決上訴人敗訴部分廢棄。  
前項廢棄部分，被上訴人在第二  
審之上訴駁回。

### 理 由

第一、有關第三審上訴代理

人堀家嘉郎之上訴理由第一點：

根據本案訴狀之記載，因本案訴訟係以上訴人之 A 個人為被告而提起訴訟，故本案訴訟以津市長為被告而提起訴訟為前提之論述乃欠缺其前提，有所不當。故其論點殊不可採。

第二、有關同上訴理由第一點之追加補充

根據本案記錄，顯然有關被上訴人提起本訴訟，已歷經必要之監察請求。原判決之論述並未違法，其論點殊不可採。

第三、有關第三審上訴代理人堀家嘉郎之上訴理由第二點及樋口恒通之上訴理由第四點公款支出為違法一事，顯然地單單僅是該支出本身並未違反憲法第八十九條，而係該支出原因之行為違反憲法第二十條第三項不應為支出行為為違法。該論述僅以本案公款支出即違反憲法第八十九條為前提即認其為違法者，有所失當。該論點殊不可採。

第四、有關第三審上訴代理人堀家嘉郎之上訴理由第三點、第三審上訴代理人奧野健一、同田邊恒貞、同早瀨川武之上訴理由第一點乃至第三點、第三審上訴代理人樋口恒通之上訴理由第一點乃至第三點。

一、本案事實之經過

(一) 本案係對於津市體育館之開工儀式(以下簡稱「本案開工儀式」)，係由地方公共團體之津市主辦，由該市政府職員擔任司儀，於昭和四十年一月十四日於該市 A 町之工地，由宗教法人大市神社四名宮司之神官主宰下，依照神道儀式舉行，上訴人以該市市長之身分，從市政府公款中支出該儀式費用七、六六三日圓(給予神官之獎賞費用為四、〇〇〇日圓、供物費用為三、六六三日圓)一事之適法性有所爭議。

(二) 第一審判決如下：本案開工儀式雖與以自古以來之奠基儀式之名義舉行的儀式相同，外觀上無法否定係屬神道之宗教性儀式，惟因從實際以觀，其係為習俗性儀式，並非以神道之傳教、宣傳為目的之宗教性活動，故並未違反憲法第二十條第三項，另外，本案開工儀式舉行費用之支出亦不得謂之為援助特定宗教團體之目的而為者，尤其對神官之四、〇〇〇日圓之支出只不過為對其服勞務之報酬，故並未違反憲法第八十九條、地方自治法一百三十八條之二之規定。

對此，原審判決如下：本案

開工儀式不得視為單純之社會儀禮或習俗性儀式，應謂其為神社神道固有之宗教儀式，因憲法係採完全之政教分離原則，意圖使國家及宗教明確分離，及明確宣示國家之非宗教性，因此憲法第二十條第三項禁止之宗教活動，不僅係以特定宗教之傳教、教化、宣傳等為目的之積極性行為，更應解釋為包括同條第二項揭示之宗教上行為、慶典、儀式或儀典之大致網羅宗教性信仰表現之一切行為，本案開工儀式係該當憲法第二十條第三項所禁止之宗教性活動，而不應被允許，因此上訴人以市長身分所為之公款支出之行為亦為違法。

(三) 總而言之，論點之要旨如下：本案開工儀式明明被承認以自古以來奠基典禮之名之社會一般性慣例，並一直實施迄今之習俗性儀式，且不適用憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動，而認為其適用上述活動之原判決則係觸犯誤判有關本案開工儀式之性質及政教分離原則之意義，及錯誤解釋適用憲法第二十條之違法行為，上述違法顯然對判決造成影響。

## 二、本法院之判斷

(一) 憲法之政教分離原則  
 憲法一方面制定所謂保障狹義之宗教信仰自由之規定，如所有人均受「宗教信仰自由之保障」(第二十條第一項前段)，另外，「任何人均不受強制參加宗教性之行為、慶典、儀式或儀典」(同條第二項)，另一方面則制定基於所謂政教分離原則之各項規定(以下簡稱「政教分離規定」)，如「任何宗教團體均不得接受國家特權、或行使政治上之權力」(同條第一項後段)、「國家及其機關均不得從事宗教教育及其他任何宗教性活動」(同條第三項)、再且「公款及其他公共財產，不得作為宗教性組織或團體之使用、方便或維持……而支出或供其利用」(第八十九條)。

一般而言，所謂政教分離原則，因為凡是宗教信仰的問題，原本即為超越政治性立場且涉及個人內心之事，故為世俗性權力之國家(包括地方公共團體，以下亦同)不應將此置於公權力之那一邊，干涉宗教本身，其意味著國家並無宗教性宗教之中立性。原本國家與宗教之關係即分別依據各個國家之歷史性、社會性條件而有所不同。在我國雖然

在過去大日本帝國憲法（以下簡稱「舊憲法」）設有保障宗教信仰自由之規定（第二十八條），但其保障不僅伴隨有「在不妨害安寧秩序及不違背臣民義務之範圍內」之同條規定本身之限制，並且對於國家神道給予事實上之國教地位，有時也有被要求信仰該教或對一部分宗教團體施以嚴厲迫害之情形，在舊憲法下之宗教信仰自由之保障無法免除其不完整之處。惟此種情形隨著第二次世界大戰結束而為之一變，昭和二十年十二月十五日聯合國最高司令官總司令部對政府發出所謂神道指令（「有關政府對國家神道、神社神道之保證、支援、保存、監督及弘揚之廢止一事」），據此，神社神道視為一項宗教，與其他所有宗教立於完全相同之法律基礎，同時也明示了使包括神道之一切宗教從國家分離之具體措施。昭和二十一年十一月三日公布之憲法，有鑑於明治維新以後，國家與神道密切結合，產生了前述各種弊害，於是重新規定無條件保障宗教信仰之自由，甚且為了更進一步確實地保障，而設立政教分離之規定。原本在我國，與基督教各國及回教各國有所不同，各種宗教從以

前就一直多元性、多層性地發達，並存至今，在這種宗教狀況下為確實實現宗教信仰之自由，僅僅無條件地保障宗教信仰之自由是不足的，為排除國家與任何宗教之結合，設立政教分離之規定乃有相當之必要性。基於前述，憲法於設立政教分離規定之際，係以國家及宗教之完全分離為理想，而欲確保國家之非宗教性或宗教之中立性。

惟原本政教分離規定為所謂制度性保障之規定，並非直接保障宗教信仰自由本身，而係擬藉由以國家及宗教之分離為制度作為保障，間接地確保宗教信仰自由之保障。然而，宗教不僅具有信仰之個人內心事象面，同時也經常伴隨有涉及極多層面之外部社會事象面，在此一方面，因於教育、福祉、文化、民俗習慣等廣泛之層面均與社會生活有所接觸，從而當然歸結出國家對於社會生活施加規制，或實施有關教育、福祉、文化等之資助、援助等各項政策措施時，不免與宗教產生關連性。因此，現實中國家制度，欲實現國家與宗教之完全分離，實際上而言幾乎是不可能的。甚且，如擬完全貫徹政教分離原則的話，反而不可避免將於

社會生活之各方面產生不合理之情形。例如，對與特定宗教有關之私立學校提供與一般私立學校同樣之資助，或是國家為維護保存文化資產之神社、寺院之建築物及佛像等，對宗教團體支出補助款也被視為有疑慮，如前述事項未被允許的話，就不難產生因與宗教有關所致之不利的處理，亦即宗教上的差別待遇，以及例如監獄中的教育感化活動，如果只要帶有某種宗教性色彩，就完全不容許的話，反而不難招致受刑人之宗教信仰自由明顯受制約之結果。鑑於上述各點，政教分離規定保障對象之國家與宗教之分離也不免自然而然有一定之限度，如政教分離原則被視為現實中之國家制度而被具體實現的話，對照各國之社會、文化方面之各項條件，並以國家實際上不得不與宗教有某種程度之關連性為前提，該關連性與確保宗教信仰自由保障制度之根本目的之關係，是否在任何情形、任何限度下均不受容許，則不得不成為問題。

從以上觀點觀之，成為我國憲法之上述政教分離規定之基礎，以及其解釋之指導原理之政教分離原則，應解為雖然要求國

家於宗教上中立，但並非完全不容許國家與宗教具有關連性，有鑑於產生與宗教之關連性之行為的目的及效果，該關連性對照上述各項條件，被認為逾越相當之限度時，則不受允許。

#### （二）憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動

憲法第二十條第三項雖規定「國家及其機關不得從事宗教教育及其他任何宗教性活動」，惟此處所謂宗教性活動，如對照上述政教分離原則之意義來看，並非指國家及其機關之活動中與宗教有相關性之所有行為，而應解釋為該相關性應限於逾越上述被認為相當限度者，且該行為目的具宗教性意義，其效果對宗教產生援助、助長、促進或壓迫、干涉等之行為。典型者雖為同項中例舉者如宗教教育之宗教之傳教、教化、宣傳等活動，惟其他宗教上的慶典、儀式、儀典等，只要其目的、效果如前所述，則應當被包括在內。並且從此觀點來檢討某行為是否該當上述之宗教性活動時，不應拘泥於該行為之主宰者是否為宗教家、其順序禮儀（儀式的程序）是否依循宗教規定之方式等之該行為之外表上層面而定之，而係必須考量該

行為進行之場所、一般人對該行為之宗教性評估、相關行為人進行該行為之意圖、目的及宗教性意識之有無、程度、該行為對一般人所產生之效果、影響等各種情形，並依照社會通念客觀地判斷。

另外，考量憲法第二十條第二項規定與同條第三項規定之關係，兩者雖然均為有關廣義之宗教信仰自由之規定，但第二項之規定為不得強制不欲參加者想參加之宗教性行為係為直接保障多數人也無法剝奪之狹義之宗教信仰自由之規定。相對於此，第三項之規定則為直接規定國家及其機關不得進行行為之範圍，將國家與宗教之分離制定為制度給予保障，係為間接保障宗教信仰自由之規定。如前所述，後者之保障自然而然有其限度，且其限度既然為社會生活中之國家與宗教之相關性之問題，則在考量此問題時，自須將一般人見解納入考慮。如上述所言，蓋因兩者就其目的、主旨、保障之對象、範圍之規定而有所差異，故於領會第二項之宗教上行為等與第三項之宗教性活動時，其觀點應有所不同。第二項之宗教上行為等未必均包含於第三項之宗教性活動，

即使是被認為不包含在三項之宗教性活動之宗教上慶典、儀式、儀典等，如果國家認其違反宗教信條，而強制拒絕參加該等儀典者參加的話，勿庸置疑當然係侵害其宗教信仰之自由，違反第二項之規定。故此，正因為憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動解釋如前述所示，故不會立即有侵害宗教上少數人之宗教信仰自由之虞。

（三）本件開工儀式之性質

因此，茲從上述觀點檢討本案開工儀式是否該當憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動。

本案開工儀式依原審論述觀之，於建物開工之際，祈願土地之平安堅固、工程之順利安全之儀式係為明確之事實，惟該儀式之方式若根據原審確定之事實，係由專業宗教家之神官著規定之服裝，依據神社神道固有之祭典，設置一定之祭祀場所，使用一定之祭祀器具來舉行，並且主持此儀式之神官本身也被認為係基於宗教之信仰心執行儀式者，故不可否定其與宗教具有相關性。

但是，古代建築物之建築開工時，以地鎮祭等之名舉行迄今之祈願土地之平安堅固、工程之

順利安全等之儀式，亦即開工儀式，雖為具有供祭土地神明之宗教起源之儀式，但隨著時代變遷，該宗教性意義已逐漸淡薄乃無庸置疑。一般而言，於建物等之建築開工之際，舉行祈願工程平安安全等儀式本身，一般認為，即使包括「祈願」之行為，在今日而言，也已轉化為幾乎不被認為有宗教意義之建築上儀禮，該儀式即使有借助於既存宗教中規定之方式來舉行，只要不超出長年累月廣泛施行方式之範圍，在一般人的意識裏，即認為開工儀式並未具有任何特別的宗教性意義，僅將其視為建築開工時習慣化之社會性儀禮，及評價為世俗性儀典。本案開工儀式雖係根據神社神道固有之祭祀儀禮舉行，惟因該儀式並未超出於一般國民間已經長年累月廣泛施行方式之範圍，故在一般人及主辦此儀式之津市市長以下相關人員意識中，將此儀式評價為世俗性儀典，並認為此儀式並未具有任何特別的宗教性意義。

另外，依現實中一般習慣，建築開工時，在建築物所有人主辦或出席下，舉行採納如本案儀式之開工儀式，尤其對於祈願工程之平安安全等之工程相關人員

而言，被視為是不可欠缺之儀式，依此及如前述之一般人之意識，建築物所有人依照一般習慣舉行開工儀式，被認為係為達成工程相關人員之請求，於建築開工時舉行習慣化之社會性儀式，以祈求工程順利進行之極為世俗性之目的，對於並無特別情況之本案開工儀式，亦無法逕認主辦者之津市市長以下之相關人員有與上述一般建築物所有人相異之目的。

在我國原本許多國民被認為具有如下之宗教意識雜居性，即於作為地方社會之一員時信仰神道、作為個人時則信仰佛教、婚喪喜慶時也分別使用不同宗教，並未特別感到矛盾之處，以及一般國民之宗教關心度未必很高。另一方面，有關神社神道本身，其特色為專注於祭祀儀禮，幾乎沒有舉行如其他宗教可見到之積極傳教、傳道等之對外活動。依照前述情形及一般人對前述開工儀式之意識，在建築工地中，即使專業宗教家之神官依據神社神道固有之祭祀儀禮來舉行開工儀式，亦未因此即被認為其將特別提高參加者及一般人對宗教之興趣，亦不認為會因此產生援助、助長、促進神道之效果。而且即

使由國家主辦，立於與私人相同的立場，舉行依照本案儀式之開工儀式，亦無不同，因此不應認為國家與神社神道之間產生特別密切之關係，而導致神道再度取得國教之地位或宗教信仰自由受到威脅等結果。

綜上所述，本案開工儀式雖無法否定其與宗教具有相關性，但因其目的被認為係於建築開工時，為祈願土地之平安堅固、工程之順利安全依循社會之一般性習慣舉行儀式，具完全之世俗性，其效果不應被認為有援助、助長、促進神道或對其他宗教施加壓迫、干涉，故應解為不該當憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動之規定。

#### （四）結語

與上述判示所述相異之原審判決部分，應為錯誤解釋適用憲法第二十條第三項，上述之違法則明顯影響判決之結論，其論點有其理由。

#### 五、結論

基於上述情形，原判決上訴人敗訴部分不免被廢棄。因此另就上述部分判斷，根據前述，因本案開工儀式並未違反憲法第二十條第三項，亦未給予宗教團體

特權，故應認未違反同條第1項後段。另上述開工儀式的舉行費用之支出從前述本案開工儀式之目的、效果及支出款之性質、金額等來考量的話，因其並非為對特定宗教組織或宗教團體之財政援助上之支出，故未違反憲法第八十九條，亦未違反地方自治法第二條第十五項、第一百三十八條之二。因此，被上訴人以上述支出違法前提對上訴人提出之請求並無理由，應予駁回。故此請求與同要旨之第一審判決相當，有關上述部分之本案上訴應予駁回。

因此，依照行政案件訴訟法第七條、民事訴訟法第四百零八條、第三百九十六條、第三百八十四條，有關訴訟費用之負擔適用同法第九十六條、第八十九條之規定，除法官藤林益三、吉田豐、團藤重光、服部高顯、環昌一有反對意見外，茲全體法官一致之意見，判決如主文。

法官藤林益三、吉田豐、團藤重光、服部高顯、環昌一之反對意見（有關法官藤林益三除本反對意見外，另有如後述之追加反對意見）如下：

#### （一）憲法之政教分離原則



宗教信仰之自由為確立近代人類精神自由之母胎，扮演自由權先驅角色，為形成重要基本人權之中心，於現代各國憲法中，被視為精神生活之基本原則而普遍地受到保障。我國憲法亦於第二時條第一項前段規定「所有人之宗教信仰自由均予以保障。」無條件保障宗教信仰之自由，同時同項後段規定禁止對於宗教團體賦予特權及宗教團體行使政治權力，第二項規定禁止強制參加宗教上行為等，第三項規定禁止國家及其機關之宗教性活動，以及第八十九條規定禁止對宗教之組織、團體之財政援助，以從所有角度完全保障宗教信仰之自由。

一開始要保障宗教信仰之自由時，僅僅宣明對其無條件給予保障是不夠的，為使其完整，最重要而不可或缺的是要先完全排除國家與宗教之相結合。蓋國家與宗教相結合時，極有可能產生國家受宗教介入，或介入宗教之情形，甚至與其不相容之宗教將受到壓迫，宗教信仰之自由將遭受侵害。此觀我國自明治維新以後之歷史即明。

亦即，明治元年（西元一八六八年），新政府公布祭政一致

（祭祀與政治一致），重設神祇官，並明示將全國的神社、神職納入新政府的直接管轄下之神道國教化之構想後，以一連串所謂神佛判然令命令神佛分離，使神道單純化、獨立，打擊佛教，另一方面針對基督教，則幾乎原封不動地承繼幕府的方針壓制之。明治三年（西元一八七〇年），天皇即神之道於大教宣布之詔書中被宣布，明治五年（西元一八七二年）教部省對教導職下達三條之教學規則（「第一條為應了解敬神愛國之宗旨、第二條為應明白天理人道、第三條為應尊敬皇上、遵守朝廷聖旨」），顯示了以崇拜天皇及神社信仰為主軸之宗教性政治思想之基本，並擬以此教化國民。另於明治四年（西元一八七一年），政府認為神社為國家之宗祀，不應為一人一家之私有（太政官布告第二三四號），並且依照「官社以下定額及神官職員規則等」（太政官布告第二三五號），制定除伊勢神宮外，將神社分為官社（官幣社、國幣社）、諸社（府社、藩社、縣社、鄉社）之社格制度，賦與神官官職之地位，並承認其與其他宗教不同之特權地位。明治八年（西元一八七五年），政

府下達禁止神佛各宗聯合傳教之各自傳命令並口頭下達容許信仰神佛各宗之自由，但是在明治十五年（西元一八八二年）則發布應廢除神官兼任教導職，不得參加葬儀（內務省令乙第七號、丁第一號），以及因使神社神道專心於祭祀，採行將其定為非宗教之原則，確立了實際上使其國教化之國家神道之體制。明治二十二年（西元一八八九年），舊憲法公布，其第二十八條雖保障宗教信仰之自由，惟不僅該保障伴隨有「於不妨害寧秩序及不違反臣民義務之範圍內」之限制，雖然法制上國教並不存在，各宗教間之平等受到認同，惟如上所述，在此之前，實際上給予神社神道國教般待遇之國家神道之體制已經確立，應崇奉敬載神社被視為國民之義務，然不免極不完整。另依據明治三十九年法律第二十四號「有關官國幣社經費之法律」規定，官國幣社之經費由國庫負擔，以及依據同年勒令第九十六號「有關府縣社以下神社之神饌幣帛料之進供一事」規定，府縣社以下之神社之神饌幣帛料由地方公共團體負擔，至此神社則與國家或地方公共團體在財政方面也達到完全的結合。此

種現象直到昭和二十年（西元一九四五年）戰敗前，神社神道實際上均保持國教之地位。其間，大本教、人之道教團、創價教育學會、日本基督教團等遭受嚴格的取締、壓制，各宗教只能在不與以國家神道為中心之國情觀相互矛盾之限度下，其地位才受到認同。另外，神社參拜等實際上遭受強制，舊憲法所保障之宗教信仰自由明顯遭受侵害，國家神道也成為所謂軍國主義之精神基礎。因此，昭和二十年（西元一九四五年）十二月十五日，聯合國最司令官總司令官總司令部對日本政府發出所謂神道指令（「有關廢止政府對國家神道、神社神道之保證、支援、保存、監督及弘揚一事」），基於此令，國家與神社神道被命令完全分離，並明示採取以下具體措施，即神社神道係為一種宗教，其與其他一切宗教立於同等之法律基礎，因此，包括神道之所有宗教與國家分離、停止國家、官職對神道之特別保護監督、停止公家對神道及神社之財政援助、禁止設置及撤除神壇及其他作為國家神道物的象徵之事務公共設施。

雖然憲法中宗教信仰自由為重要之基本人權，為保障此宗教

信仰自由，國家與宗教之分離乃不可或缺，惟如前述，在舊憲法之下，宗教信仰自由之保障並未完整，有鑑於因國家與神道結合產生各種弊害之痛苦經驗，一般認為其於採用神道指令之思想，於第二十條第一項前段規定無條件保障宗教信仰自由之同時，為使其保障完整，而訂立前述各項規定。

鑑於上述各點，憲法第二十條第一項後段、同條第三項及第八十九條中所具體實現之政教分離原則，應解釋為國家與宗教之徹底分離，亦即含有國家與宗教各自獨立、不應相互結合、國家不應受宗教介入，以及不應介入宗教之意義國家之非宗教性。

多數意見認為，國家與宗教之完全分離只不過為理想，實際上不可能實現，如欲完全貫徹政教分離原則，反而無法避免於社會生活各方面產生不合理的情形，故因政教分離規定之保障所產生之國家與宗教之分離也自然有其一定之限度，我國憲法中之政教分離原則，雖然要求國家於宗教上中立，惟並非完全不容許國家與宗教具有相關性，有鑑於產生與宗教之相關性之行為目的及效果，如該相關性對照我國之

社會、文化方面之各項條件，被認為逾越相當之限度時，則不予容許，故擬限定解釋其意義。但是，不僅多數意見所謂之國家與宗教之相關性之意旨為何，未必明確，所謂該相關性被認為逾越相當之限度，究竟為何種情形，亦為曖昧不明，故如依多數意見解釋政教分離原則，我們不得不擔心易產生輕易容許國家與宗教之結合，更進一步動搖宗教信仰自由保障之情形。另外，即使立於如我們所主張之國家與宗教徹底分離之立場，如同多數意見欲完全貫徹政教分離原則，難免於社會各方面產生不合理情形之舉例般，係因為被解釋為適用於基於平等原則等憲法上之要求而被容許之情形，故完全不會發生不合理之情形。

（二）憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動

憲法第二十條第三項雖規定「國家及其機關不得從事宗教教育及其他任何宗教活動」，惟如對照上述政教分離原則之意義以觀，此處所謂宗教性活動，應解釋為除宗教教義之宣揚、信徒之教化養成等活動為當然、舉行宗教上之慶典、儀式、儀典等本身也當然包含在內，而不應如多數

意見般為限定之解釋。蓋宗教上之慶典、儀式、儀典等為表白宗教之信仰心意之形式、國家或其機關主辦舉行該等慶典等，自無須依多數意見般追究其帶來之具體效果為何，很顯然與前述政教分離原則所意味之國家之非宗教性並不相容。不過，即使係暫且被認為適用宗教性活動，如果國家或其機關不舉行的話，反而產生國民之宗教信仰自由被制約之結果時，或是基於平等之原則等憲法上之要求被舉行時，則無法否定其有被容許之情形。

雖然從上述觀點來看，原本於宗教上有起源之儀式、典禮也隨時代變遷，其宗教性淡薄化，在今日已完全喪失其宗教性意義、色彩之非宗教性之習俗儀典應不該當憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動。惟另一方面，即使已經習俗儀典化，仍被認為具有宗教性習俗儀典應解釋為當然包含在依上述規定被禁止之宗教性活動之內。（另判斷是否適用上述非宗教性之習俗儀典，原本即為上述規定之解釋適用問題，不應依其是否滿足原判決所稱之民俗學上所謂之要件而判斷。）

（三）本案開工儀式之性質

茲從上述觀點，就本案開工儀式是否該當憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動予以檢討：

1.有關本案開工儀式，原審確定之事實概要如下：

（1）本案開工儀式之會場，搭有二個帳篷，前面的帳篷中排列有供參加者使用之椅子，裏面的帳篷周圍搭起紅白的帷幕，四隅立有矮竹（齋竹），三方圍繞著稻草繩設置而成之祭祀會場。右邊祭祀會場的內側正面設有供放置楊桐木（神籬：在古代相信神居住的森林，古木等周圍，種植常綠樹，建造神社牆垣，以為尊崇祭拜之地）之白木桌之祭壇，其前面置有一方形供桌，上面放置著青菜等供物（神饌），面向祭壇左前方的桌子上放置有祭神用的楊桐樹枝（日文稱為「玉串」，以下亦同稱），右前方的桌子則放置著楊桐木、鎌刀、鎬等祭祀用具。另外左前方有種植枯草的砂堆，其前方則揭示開工儀式之典禮程序。

（2）參加者分別於會場入口，由市政府職員以用楮樹製成的和紙纏繞杓柄，繫上硬紙繩的杓子將水倒入手中，進行淨身之「手水之儀」（具有神道中最小限度之淨身儀式之意義）後，進

入會場。

(3) 本案開工儀式由津市政府職員伊藤義春擔任司儀，於當天上午十時開始，相當於當地守護神之宗教法人大市神社之宮司宮崎吉脩為主祭祀神官，其他三名神職則為其下之祭祀神官，上述人員均著規定服裝，使用神社所有之祭祀用具，進行以下祭神儀式。

修祓之儀（神官走到所有參加者前面，振打楊桐樹枝，以滌除所有參加者之罪惡污穢之儀式），降神之儀（神職到祭壇前禮拜，將大地主神及產土神之大大市比賣命等神靈請到祭壇之神籬之儀式），獻饌之儀（神職獻供做為神饌之青菜等供物之儀式），祝詞奏上（主祭祀神官走到祭壇前對神靈誦讀祈願本案工程之平安安全之祝禱詞之儀式），清祓之儀（為建築基地祈神消災，舉行對當地守護神獻供之儀式），刈初之儀（市長做以鎌刀割去植於砂堆上之枯草之動作，以開闢荒地之儀式），鍬入之儀（工程負責人以鎬鋤砂堆，將荒地鋤平之儀式），玉串奉奠（市長、市議會長依次到祭壇前進供神職所交付之楊桐樹枝（玉串），拍手禮拜之儀式），撤饌之

儀（撤走神饌之儀式），昇神之儀（諸眾神返回天庭之儀式）。

其後，參加者一同禮拜，於上午十時四十五分左右儀式順利結束，之後前往事先設於西側的慶祝會用帳篷內舉行慶祝宴會（神道中稱為直會）。

2. 根據上述事實，本案開工儀式為神職主持以及依據神社神道固有之祭典所舉行之儀式，其顯然為宗教上之儀式。雖然一般而言，開工儀式本身姑且不論其名稱，不可否定其具有自古舉行至今，隨著時代變遷，已大致習俗儀典化之一面，惟本案開工儀式本身，根據前述事實，應認其宗教性色彩極濃，根本無法認其為非宗教性之習俗儀典。而且，即使如多數意見就其具體效果加以考量，地方公共團體主辦舉行上述儀式，亦不用說當然是地方公共團體優待神社神道，對其施以援助之結果，如將這些活動視為極微小的事情對其放任不管的話，則不可否定地方公共團體與社神道間有可能產生密切之關係。多數意見雖然認為本案開工儀式與宗教具有相關性，而被認為並未否定其宗教性，惟其小看了該開工儀式之宗教性意義，且欲過低評估其效果，對其解釋我

們完全無法贊同。根據我們的見解，本案開工儀式顯然應為該當憲法第二十條第三項所謂之宗教性活動，並且認為本案開工儀式得到許可之前述事由完全無法予以承認。因此，本案開工儀式應謂違反憲法第二十條第三項，不被許可。

#### (四) 結論

根據上述情形，本案開工儀式應認係違反憲法第二十條第三項，與此意旨相同之原審判決係為正當，故本案上訴應予駁回。

法官藤林益三之追加反對意見如下：

##### 1. 國家與宗教

宗教信仰之自由係為近代民主主義國家之一大原則，此乃為歷經數個世紀政治上及學問上鬥爭後，所贏得之寬容精神的結晶。政教分離原則於確立宗教信仰自由的歷史過程中，已到達被認為保障宗教信仰自由之不可或缺前提之階段，包括以下主要二點：

(1) 國家對任何宗教均不給予特別的財政上或制度上的援助，或不加以特別之限制。亦即，國家應對所有宗教一視同仁及採取中立的態度。

(2) 國家就國民各自信仰

何種宗教，均不應加以干涉。宗教信仰應放任其依照個人自由，信仰宗教與否、如果要信仰的話，選擇何種宗教，係為國民自由之私人事宜。

雖然藉由原則之確立，原則上否定了國家與特定宗教之結合，以至於國家被認為應該只參與世俗性事項，惟國家與宗教的問題並未因此而完全消失。蓋所有國家既然具有其獨立存在之精神上或觀念上之基礎，而宗教亦為人類精神之結果，故國家於承認宗教信仰自由原則之同時，國家本身不得對宗教不關心、沒有感覺。宗教信仰自由之原則並非國家對宗教冷漠之標識，反而應該是尊重宗教的結果。

國家的獨立存在必須基於真理，真理必須被擁護。但是，決定何者為真理並非國家亦非國民。即使在民主主義時代中，大概也沒有人會認為真理是以國民投票多數表決來決定的。決定真理者係真理本身，其透過歷史，亦即透過人類漫長的經驗而被證明。真理具有自我驗證性。但是如果只是主張自己是真理，真理性就不會被確立。此乃透過歷史，才為人類所確認。有關宗教亦應謂真理具有自我驗證性。因

此，真正的宗教應該不需依靠國家及其他世俗力量之支持而獨立，並且能夠獨立。宗教應受尊重的，正是其獨立性。

## 2. 宗教之民主主義化

聯合國最高司令官總司令部發出之有關國家神道或神社神道之所有神道指令，包括三點重要事項，其已成為憲法第二十條之基礎。

(1) 認為神社係為宗教。此與日本國民之國民的感情是否完全一致，並非毫無執疑之餘地。其乃因神社作為宗教而言，思想體系貧乏，反而表達單純民族生活感情之處較多。但是，神社之儀典及神職之行為中有被認為係宗教性儀典者，此乃為本案之問題所在。

(2) 既然認為神社係為宗教，則國家對其給予行政或財政上保護，基於政教分離之原則並不適當，故已被命令應予廢止。

(3) 如上所述，將從國家分離之神社視為宗教來信仰，已被視為國民的自由。

明治維新後，政府正值建設新日本之際，制度及文化自西洋輸入，惟精神上之基礎則根據日本自古以來的天皇即神之道，並且以此不平衡狀態展開了日本的

近代化運動。於是，一方面事實上承認神社神道之國教地位，一方面就國際及國內的狀況而言，使其不抵觸宗教信仰自由之原則，故為神社非宗教之解釋。自此以後，日本的政治及教育就遵循此路線而行。不論自己所信仰的宗教為何，國務大臣於上任之際前往伊勢神宮參拜成為慣例，地方官則被命令以奉幣使身分去參拜官國幣社的大祭，學校的學生被教師帶領集團前往神社參拜，地方居民被要求以神社的氏子（註：氏子為當地守護神的子孫之意）身分對祭禮施予捐贈。上述事項均被作為慣例，一般且安穩地被進行，乃因有下列之理由：

①神社之宗教性很簡單、單純。神社神道並無組織性的神學，其對於神的觀點為原始性的，幾乎沒有超自然的、奇蹟的要素。整體上大致為自然的及人類的要素。如上所述，雖然神社之宗教性很簡單，然而因神社參拜並未抵觸宗教信仰自由之原則，故容易為一般國民接受。

②日本的佛教理論上及生活上均少與神社對立鬥爭，反而具有其協調合併，平行共存之歷史事實。亦即日本的眾神為佛教諸

佛之化身之本地垂亦說（本地垂亦說係指日本的眾神均係印度的神明降世為拯救日本人民而來之意）受到提倡，日本諸神與佛教諸佛之調和一致併存被賦予理論，佛寺的院內也有祭祀鎮護之神社，日本的大部分國民為佛教信徒同時為神社的氏子。亦即以個人而言信奉佛教，以國民而言祭拜神社，絲毫不以為怪，一直過著平穩安定的生活。此乃因為基於佛教的傳教政策，另一方面，如上所述，神社只具備簡單之宗教性。總之，基於歷經過去一千年以上被實行迄今之佛教與神社之雙重生活，自明治維新以來之神社政策在國民之間並未產生任何大問題，已為大眾所接受。

③一向基於神社神道及佛教培養而成之日本國民之宗教意識，對於宗教信仰自由的問題並沒有充分的敏感度。蓋神社神道及佛教之教義均為多神教或泛神教性質，並非如基督教之具有人格之一神教，不會刺激個人之人格觀念，亦不使基本人權之觀念發達，因此亦少有使人認識宗教信仰自由原則之重要性之情形。此種情形應為過去未將參拜神社問題視為抵觸宗教信仰自由而加

以重視之一大原因。

### 3. 憲法第二十條第三項禁止之宗教性活動

明白宣示宗教信仰自由與政教分離原則之憲法第二十條第一項至第三項之規定比起被認為對上述規定之制度造成最大影響之美利堅眾國憲法修正第一條（聯邦議會不得以法律規定建立國教或禁止宗教信仰上之自由行為。宮澤後義編波文庫、世界憲法集譯），對於此點更為徹底，世界各國憲法亦無可比擬。

其第三項雖規定「國家及其機關不得從事宗教教育及其他任何宗教性活動」，惟從為其解釋之指導原理之政教分離原則之意義來看，根據上述規定國家及其機關被禁止從事之宗教性活動，應解釋為不限於以宗教之傳教、宣傳、信徒之教化，養成為目的之積極性活動，凡具有宗教上的慶典、儀式、儀典等之宗教性意義之一切行為應包括之。如同上述，應該廣義解釋宗教性活動意義之實質性理由如下：

舉凡歷史上知名的民族均有宗教。當然，宗教學或宗教史學中所謂之宗教與法律學上之宗教未必作相同之解釋，但對於宗教、神學學者、哲學學者、宗教



之科學方面的研究者，自古以來已提出各種宗教的定義，其多樣化據說已到了定義的數量與學者一樣多之程度。因此，在我國也認為法律上未為任何宗教定義是理所當然的。另不僅美利堅合眾國憲法中看不到宗教或宗教性之定義，就連美國聯邦最高法院在面對各種宗教或具宗教意味之事物時，亦未對宗教或宗教性之用語予以定義，不論此用語意義為何，其因美利堅合眾國憲法修正第1條未禁止「介入違反社會義務，或破壞善良秩序之行為」之政府行動而感到滿意。亦即蓋因法律乃係為抑制行為而制定者，故雖然法律不得干涉宗教的信念或見解，但對宗教性活動加以抑制係為可能。換言之，僅限於將所有宗教或宗教意味之事物於憲法視同宗教處理，表現於其外部者則當做問題看待（請參照清水望、瀧澤信彥共譯「コングイツツ・宗教信仰自由與良心」中之所謂宗教者為何）。

惟在我國憲法中，宗教或宗教性之用語應儘可能廣義地解釋。但在對其嚴密定義及狹義解釋時，不僅第二十條的保障並未及於其以外之宗教以及類似宗教之行為，導致宗教信仰自由明顯

被限制之結果，另一方面，也開啟了容許國家與宗教密切結合之道路。

#### 4. 本案開工儀式之性質

多數意見雖認為開工儀式為祈願工程的順利安全之儀式，包括「祈禱」的行為在內，惟今日在一般人及主辦者的意識中，其已轉化為建築上的儀禮，故被評價為世俗性儀典，亦即為慣例。當然，雖然其起源自宗教性之事物，惟現在則必須承認在世上存在著不具有宗教性意義之各種儀典。新年的門松雖然每年逐漸減少中，但現今仍然被當做吉祥物使用。正如三月三日女兒節陳列娃娃之活動及聖誕樹等，也能完全理解其在作為提供親子之家庭樂趣，或是作為團體聯誼之儀式方面具有意義。在現今也能將上述事宜視為不具有宗教性意義。但在如原審認定的狀況下，是否可以將其做只是吉祥物或者帶來樂趣的事物呢？如多數意見所認為，舉行採用如本案儀式之開工儀式，尤其對於祈求工程之順利安全之工程相關人員而言，被視為是不可或缺的儀式，不論主辦人之意思為何，為圖工程之順利進行，都要依照工程相關人員之要求舉行。完全無法認為本案儀

式係以開工儀式後的撤供與祭者分食之宴會為目標而被舉行。無法理解此處僅為所謂單純之慣例。蓋如果只須考慮有關工程的順利安全的話，則在現在進步的建築技術下，只要有充分的管理，在科學上並無再附加於其上之事物。但有關工程之順利安全，因希求超越人力所能之物，故須倚賴人為以外的某種事物。不謂之其為宗教性的事物，那麼宗教性係指為何？即使本案開工儀式的主辦人津市長不信仰宗教，只要本案開工儀式對希求超越人力所能之物之工程相關人員而言為必須者，本案儀式即不應喪失其為宗教性儀式之事實。此點與即使是沒有宗教信仰之意之喪家之子為其父母舉辦宗教性喪禮，仍無法改變其為宗教性儀式之事實是相同的。

本案並非依照當地風俗習慣由木匠師傅舉行儀式，係由四名神職從神社出差舉行儀式。神職並非只是餘興演出，如原審所認定，祭祀為神社神道之中心表現，在神社神道中具有最重要的意義。此點為所有神道學者所極力主張之處。神社之宗教性活動可說是祭典之經營。祭祀被稱為神社神道中感謝神之恩惠之風

俗，為表明信仰之最純粹之形式。教化活動可以說是始於祭典，終於祭典，馬虎對待祭祀之教化活動在神社神道中被認為是無意義的。亦即祭祀在神社神道中為最重要，具有最根本之意義，儀式或儀禮則為最佳之宗教性行為。

#### 5. 宗教上少數人之人權

即使由專門宗教家之神職依據神社神道固有之祭祀儀禮來舉行，本案開工儀式仍無法認為將特別提高參加者及一般人之宗教興趣，以上乃為多數意見之論述。因為神社神道缺乏教化力量，故大概會產生那樣的爭論，但即使如此，有些人對這些儀式會感到不協調也是事實。本來，個人或私法人舉行開工儀式之際，依照神社神道或其他宗教為之乃為其自由，此亦為宗教信仰之自由，但本案開工儀式係由地方公共團體主辦舉行，卻意外地被認為受到輕視。亦即因為國家或地方公共團體之權限，威信及財政上之支持存在於特定宗教之背後時，其對於宗教上的少數人間接產生強制使其服從受到公開承認之宗教之壓力。即使儀式所需費用不多，不強制一般市民參加，此並不是問題（本案開工儀

式之來賓有地方有力人士等一百五十名參加，工程負責人出席，津市市政府職員擔任司儀，已支出包含被上訴人請求之目的之舉行儀式費用 7,663 日圓之公款 17 萬 4 千日圓)。總之，國家或地方公共團體應該與上述事項斷絕關係。即使被視為是基於少數人之潔癖感之意見，對他們的宗教及良心自由之侵犯縱使以少數服從多數也不被允許。因為其存在著維持民主主義不可或缺之最終、最低限度所必須維護之精神自由之人權。「宗教上的強制與其他任何事項之強制並未特別被明確區分。因為雖然我依照被勉強服從的方法或許會變得富裕，

我違反自己的意思，因被勉強服下藥物或許會恢復健康，但我應該不會因為崇拜自己不相信的神而獲得救贖。」(傑弗遜)

國家或地方公共團體應該避免因為有關宗教信仰及良心之事項，產生社會對立以及輿論對立，此處存在著政教分離原則之真正意義。

6. 以上雖為於反對意見後之追加我個人意見，但在其一及二項中，有鑑於本判決所具有之意義，我附記了從矢內原忠雄全集第十八卷第三五七頁以下「近代日本之宗教與民主主義」之文章中引用許多之內容。

## 二十七、請求撤銷自衛隊等所為將殉職隊員合祀於 縣護國神社之程序事件

最高法院昭和六十三年六月一日大法庭判決

昭和五十七年（才）九〇二號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

- 一、憲法第二十條第三項所稱之宗教性活動，並非指一切與宗教相涉之行為，而係指該行為之目的具有宗教性之意義，且對宗教具有協助、助長、促進或壓迫、干涉等效果之行為。於認定某行為是否該當宗教性活動時，應考量該行為作為之場所、一般人對該行為之宗教性評價、該行為人為該行為之意圖、目的以及宗教意識之有無、程度、該行為對一般人之效果、影響等諸多情事，依社會之通念為客觀之判斷（最高法院昭和四十六年（行ツ）第六十九號同五十二年七月十三日大法庭判決，民集三十一卷四號五三三頁）。
- 二、憲法第二十條第三項之政教分離規定，為所謂制度性保障之規定；並非對私人之信教自由予以直接之保障，而係依對於國家及其機關不得作為或作為之範圍予以規範，用國家與宗教分離之制度，以圖間接確保信教之自由（上開最高法院大法庭判決）。故違反此規定之國家或其機關之宗教性活動，若未達直接侵害憲法所保障之信教自由，如違反同條第一項前段限制私人之信教自由，或違反同條第二項強制私人參加宗教上之行為等，於對私人之關係上不當然被評價為違法。
- 三、私人相互之間，有憲法第二十條第一項前段及同條第二項所保障信教自由之侵害，其樣態、程度超過社會所容許之限度時，依情況，應適切運用私法自治之一般性限制規定如民法第一條、第九十條或相關侵權行為之諸規定，以謀法之保護（最高法院昭和四十三年（才）第九三二號同四十八年十二

月十二日大法庭判決，民集二十七卷十一號一五三六頁)。但個人因自己信仰生活之安寧，縱為他人宗教上之行為所害而有不愉快之感情，並期望不要有如此之事，就其心情而言為理所當然；此類之宗教上感情當作被侵害利益，而得立即請求損害賠償，或請求停止侵害等法律上之救濟時，顯而易見，將反而造成妨害對方信教自由之結果。信教自由之保障，應係指任何人對於信仰與自己信仰不相容之人所為基於其信仰之行為，於不因其伴隨之強制或不利益之產生而妨害自己信教自由之情形下，皆要求對其寬容者而言。此於對死去配偶之追思、追悼等情形時亦同。因為，將某人作為其信仰之對象，或以自己信仰之宗教追思某人，以求得靈魂之安寧等之宗教行為的自由，係任何人皆受保障的。原審所是認之宗教人格權，其於安寧之宗教性環境下為信仰生活之利益，其性質是不得將之立即認定為法益的。

## 事 實

- 一、社團法人隊友會山口縣分部連合會向山口縣護國神社申請殉職自衛隊員合祀過程中，自衛隊地方連絡部之職員，因實現合祀得提高自衛隊員之社會地位並表揚其士氣，而協助上開連合會，向其他地方連絡部照會有關殉職自衛隊員之合祀情形等，並將其回答內容供上開連合會會長閱覽等行為，與宗教相涉者均屬間接，且職員之宗教意識可謂微薄，實難認其行為將使一般人評價為因其行為之態樣，而喚起國家或其機關對特定宗教之關切，或為協助、助長、促進，或造成對其他宗教之壓迫、干涉效果之行為，故不該當憲法第二十條第三項所稱宗教性活動。
- 二、就死亡配偶之追思、追悼等，即便因個人所為宗教性行為，致信仰生活之安寧受侵害，該當信教自由之侵害，但其樣態、程度未超出社會所容許之範圍者，仍難謂為法益之侵害。

## 關 鍵 詞

信教の自由（信仰宗教的自由） 宗教的活動（宗教活動） 宗教上の人格權（宗教人格權） 宗教的行事の参列強制（強制參與宗教儀式） 政教分離原則（政治與宗教分離之原則） 自衛隊の殉職者（殉職自衛隊員）

## 主 文

原判決廢棄、第一審判決撤銷。  
被上訴人之請求駁回。  
訴訟費用由被上訴人負擔。

## 理 由

有關上訴代理人柳川俊一、篠原一幸、根本真、石井宏治、山田雅夫、木村要、佐藤拓、岩佐榮夫、川久保惠、高橋健一郎、本間久義、市橋史磨、工藤洋房、山本福夫之上訴理由

一、原審確定之事實關係如下。

1.（一）被上訴人自昭和三十三年四月四日於日本基督教團山口信愛教會接受洗禮後，即信仰基督教。（二）被上訴人與自衛隊員A於昭和三十四年一月一日舉行非宗教性之結婚儀式，婚後住於盛岡市。詎料昭和四十三年一月十二日，A於岩手縣釜石市內執行公務時因車禍而死亡。

（三）A死亡後，被上訴人以苦

主之身份參加了自衛隊岩手地方連絡部為A所舉行之佛教式葬禮，也參加了A的父親B於山口縣防府市所舉行之佛教式葬禮，並由B為A命戒名後，將其遺骨安置於佛龕。（四）A死後，被上訴人曾暫時寄居於B家，但約二個月後其又取A遺骨之一部分離開另住，雖曾因考慮其父的感受而設立佛龕及靈位並請僧侶為之誦經，但二、三個月後又將佛龕撤掉，於昭和四十四年將遺骨安置於上開教會之靈骨塔，在每年十一月該教會舉行永生者追思禮拜時，皆會攜其子C參加，之後，被上訴人即依其基督教之信仰於每星期日至教會禮拜，一方面尋求A死亡之意義追悼之，並以信仰基督教作為心靈上之寄託而生活。（五）此外，A生前並無任何宗教信仰。

2.（一）昭和三十九年十一月，在社團法人隊友會山口縣分部連合會（以下稱「縣隊友

會」)的主辦之下，為自衛隊成立以來至同年三月為止殉職之十二名山口縣出身自衛隊員，於宗教法人山口縣護國神社(以下稱「縣護國神社」)舉行追悼會。於追悼會後之餐會上，有家屬提出要求希望將殉職者奉祀於該神社，縣隊友會接受此要求，其D會長及E副會長亦曾向該神社之神官提出合祀之要求，唯一直未獲其首肯。(二)直至昭和四十五年秋，縣隊友會之E會長(同年二月，前開E副會長成為會長。)自該神社之F神官得知合祀的希望可能實現，遂於昭和四十六年三月至六月間，與縣隊友會之幹部商談申請合祀並得到其同意。(三)同年三月，於陸上自衛隊第十三師團師團長所舉行之中國四國外圍團體懇親會上，E會長就上開合祀問題報告相關進度後，師團長對合祀表示贊同並希望推動之。而由於會有自衛隊山口地方連絡部(以下稱「地連」)之G部長列席，才由地連以合祀為援助殉職者家屬工作之一的方式，開始積極地推動申請。(四)接著，地連之H總務課長與E會長商討實現合祀之對策後，同年五月二十二日，H總務課長發函予據聞已將殉職

自衛隊員合祀於護國神社的九州各縣(長崎縣除外)自衛隊地方連絡部之總務課長，向其照會各地護國神社殉職自衛隊員合祀之情況、贊成與反對合祀意見之主要論點、各地護國神社或戰死者家屬等對合祀之意願、若已完成殉職自衛隊員之合祀時有關其經過等；而至同年六月底止，得到了詳細之答覆，H總務課長遂將之交E會長閱覽。(五)E會長於同年七月以後依上開答覆內容與縣護國神社之F神官交涉，同年秋，得到該神官原則上同意，遂依該神官之要求向該神社提出合祀申請書。(六)E會長為準備申請合祀而向山口縣自衛隊父兄會連合會之I會長諮詢，於同年底左右設立自衛隊殉職者贊助會，由I擔任會長，E擔任副會長，但由於I住東京之緣故，贊助會之業務由E執行，且由E繼續與F神官交涉，並同I決定合祀之殉職者的資格要件與程序、贊助會之對外業務以縣隊友會之名義、責任進行、及必要時向上開父兄會連合會、縣隊友會各會員及山口縣出身之現職自衛隊員募款。(七)E會長則委託地連之J事務官將除費用以外之上開合意事項作成書面，並委其進行募款說明

書之起草、寄發與募得款項之管理。(八) J事務官依E會長之上開委託，一邊與F神官磋商，一邊訂定縣隊友會所為合祀申請之基準等，起草經上開父兄會連合會會長及縣隊友會會長同意生效之山口縣護國神社自衛隊殉職者奉祀實施準則（以下稱「奉祀準則」），並於昭和四十七年三月二十四日獲得上開父兄會連合會I會長及縣隊友會E會長之認可同意。(九) J事務官負責保管募得之款項約八十萬日元。(一〇) E會長委託J事務官備妥向縣護國神社申請合祀所需之文件；該事務官認為應透過合祀對象之家屬取得戶籍除籍謄本及殉職證明，而請地連之辦事處長及地區班長向家屬索取上開文件。(一一) 同年三月三十一日左右，縣隊友會以該會會長的名義向縣護國神社申請含A在內之同年三月當時之共二十七名山口縣出身之殉職自衛隊員合祀（以下稱該申請為「本件合祀申請」），同年四月十九日，該神社即為上開殉職自衛隊員舉行合祀之安位儀式將其供奉於內，並有儀式後餐會，且於翌日（二十日）舉行追悼大典。

3. (一) 昭和四十七年四月五日，被上訴人對前來向被上訴

人收集合祀資料之地連K事務官表明自己之信仰並拒絕A之合祀，而後又發現收到縣護國神社F神官及縣隊友會E會長連名所寄之安位儀式等通知及參拜通知，乃再次去電K事務官表示拒絕合祀之意。(二) E會長於同月十日左右接獲地連J事務官聯絡有關被上訴人之意願，但其並未將有關A之合祀申請撤回。(三) 同年七月五日，縣護國神社神官於同年六月一日寄予被上訴人之「誠感詔於台端為使A安奉合祀事熱心獻納香油錢，今後將世世代代於每年一月十二日祥月忌辰為其舉行忌日祭拜」信函，經由J事務官寄達被上訴人處。

二、原審據上開事實關係為以下要旨之判定，而認許被上訴人之損害賠償請求。

1. 本件合祀申請，係以合祀於縣護國神社作為其行為之前提，具有基本之宗教性意義，且為助長、促進該神社之宗教的行為，故其應為宗教性活動。

2. 本件合祀申請，係因縣隊友會之發起，而以其費用及名義所為。但若無地連職員之一連串行為，應不致於達成本件之合祀申請，而地連職員之所以如此積



極地參與，推測應係由於殉職者之合祀可以提高自衛隊員的社會地位並表揚士氣，因此地連本身亦強烈希望能夠將其付諸實現，所以地連職員與縣隊友會合謀實現合祀並分擔準備工作，而以縣隊友會的名義完成本件合祀申請，故本件合祀申請得視為係地連職員與縣隊友會之共同行為。

3. 與縣隊友會共同為本件合祀申請之地連職員行為，因違反憲法第二十條第三項，為悖於公共秩序，故於對私人之關係上應屬違法行為。

4. 被上訴人，因本件合祀申請使A被合祀於縣護國神社，而致其享有於安寧之宗教環境下信仰生活之法益，亦即宗教上之人格權遭受侵害。

三、然原審上開認定實難肯認，其理由如下。

1. 有關本件合祀申請是否應認其為地連職員與縣隊友會之共同行為。

當然，合祀乙事就神社而言，係有關其所奉祀神祇之根本，而得由該神社基於其自主性判斷為決定之事項。而觀本件合祀申請之經過歷程，縣護國神社殉職自衛隊員之合祀問題，發端

於昭和三十九年十一月所舉行追悼會上殉職者家屬向縣隊友會所提要求，而經縣隊友會為實現該目的而努力之結果，縣護國神社一開始雖面有難色，但至昭和四十五年秋，縣隊友會E會長自該神社F神官得知合祀的希望可能實現。而後E會長就申請合祀得到縣隊友會幹部之同意並與該神官交涉結果，於昭和四十六年秋該神社終於確定合祀殉職者之方針繼續與該神官交涉，且就合祀一事縣隊友會所應處理之事項與該神官達成共識者，及為準備申請合祀而設立之自衛隊殉職者贊助會均是以E會長為中心。

昭和四十六年三月中國四國外圍團體懇親會上，對於E會長報告之合祀問題進度，陸上自衛隊第十三師團長表示贊同並希望推動，而後地連才對申請合祀採取積極推動之態勢，此等事項皆經原審所確定；唯於本件申請合祀過程中地連職員所為之具體行為，僅止於H總務課長發函予除長崎縣以外之九州各縣自衛隊地方連絡部的總務課長，照會各地護國神社殉職自衛隊員合祀之情況等，並將回答交E會長閱覽，而後再由J事務官依E會長之委託起草奉祀準則及縣隊友會募款說

明書，並寄發說明書，及管理募得款項，並向殉職者家屬索取合祀所需之殉職者戶籍除籍謄本及殉職證明而已，並無地連或其職員直接向縣護國神社促成合祀之事實。

基於上述之事實，縣護國神社合祀舍A在內之共二十七名殉職自衛隊員，基本上係縣隊友會接受並為實現家屬的期望，而不斷努力與該神社交涉，致該神社決定合祀殉職自衛隊員而實現之結果。如此，縱令縣隊友會有令地連職員為事務上之協助，但以縣隊友會單獨名義所為本件合祀申請，實難不謂其實質上仍為縣隊友會之單獨行為，而不能以其為地連職員與縣隊友會之共同行為認地連職員有為本件合祀申請。雖原審之認定，推測地連為提高自衛隊員的社會地位，並表揚士氣，而期望實現殉職自衛隊員之合祀，但若地連職員所為之具體行為僅係如上所言，則仍不得以其推測改變上開認定。

2. 本件合祀申請之經過歷程中，地連職員所為協助縣隊友會之行為，是否該當憲法第二十條第三項所稱之宗教性活動。

該項所稱之宗教性活動，並非指一切與宗教相涉之行為，而

係指該行為之目的具有宗教性之意義，且對宗教具有協助、助長、促進或壓迫、干涉等效果之行為。於認定某行為是否該當宗教性活動時，應考量該行為作為之場所、一般人對該行為之宗教性評價、該行為人為該行為之意圖、目的以及宗教意識之有無、程度、該行為對一般人之效果、影響等諸多情事，依社會之通念為客觀之判斷（最高法院昭和四十六年（行ツ）第六十九號同五十二年七月十三日大法庭判決，民集三十一卷四號五三三頁）。

如前所示，合祀係神社基於其自主性判斷得為決定之事項，有任何人向神社為合祀之請求，並非為合祀之必要前題，本件中縣護國神社於昭和四十六年秋基本上已決定合祀殉職自衛隊員之方針，此已為原審所確定。由此觀之，本件合祀申請之行為，係將殉職自衛隊員之姓名及其殉職之事實向縣護國神社說明並表明合祀之希望，其雖係宗教相涉之行為，但不具作為合祀前題之法律上意義。而本件合祀申請之經過歷程中，協助縣隊友會之地連職員的具體行為如前所述，其與宗教相涉者均屬間接，而其意圖、目的亦被推測係因合祀之實

現可提高自衛隊員的社會地位並表揚士氣，已如前述，故實難不謂其宗教性意識薄弱，難認其行為將使一般人評價為因其行為之態樣，而喚起國家或其機關對特定宗教之關切，或為協助、助長、促進，或造成對其他宗教之壓迫、干涉效果之行為。因此，雖不能否定地連職員之行為與宗教相涉，但亦不得不謂其尚未達宗教性活動之程度。

此外，憲法第二十條第三項之政教分離規定，亦係制度性保障之規定，並非對私人之信教自由予以直接之保障，而係因規定國家及其機關不得作為或作為之範圍，將國家與宗教分離以制度保障，而意圖間接確保信教之自由（上開最高法院大法庭判決）。故違反此規定之國家或其機關之宗教性活動，只要其未達直接侵害憲法所保障之信教自由，如違反同條第一項前段限制私人之信教自由，或違反同條第二項強制私人參加宗教上之行為等，於對私人之關係當然不得認其為違法。

3. 有無被上訴人法益之侵害。

被上訴人主張因本件合祀申請A被合祀，致其法益受侵害，

唯合祀係神社基於其自主性判斷得為決定之事項，本件合祀申請亦不具作為合祀前題之法律上意義，已如前述，因此只要合祀申請對神社所為合祀無事實上之強制等任何影響力之特別情事，即應謂有關法益侵害與否之成立，皆不得將申請合祀之事實與合祀當作一體而為評價。如此觀之，則於本件合祀申請並無可得主張或證明有上開影響力特別情事之本件中，不得不謂法益侵害之成立與否，僅探討合祀本身是否侵害法益即足。又，由於合祀本身係縣護國神社所為者，故法益侵害之成立與否，應探討該神社與被上訴人間私法上之關係。

私人相互之間，有憲法第二十條第一項前段及同條第二項所保障信教自由之侵害，其樣態、程度超過社會所容許之限度時，依情況應適當運用對私法自治為一般性限制規定之民法第一條、第九十條或相關非法行為之諸規定，以謀法之保護（最高法院昭和四十三年（才）第九三二號同四十八年十二月十二日大法庭判決，民集二十七卷十一號一五三六頁）。但個人因自己信仰生活之安寧，被他人宗教上之行為所害而有不愉快之感情，並期望不

要有如此之事，就其心情而言係理所當然者；唯即便以此類之宗教上感情當作被侵害利益，而得立即請求損害賠償，或請求停止侵害等法律上之救濟時，顯而易見，將反而造成妨害對方信教自由之結果。信教自由之保障，應係指任何人對於信仰與自己信仰不相容之人所為基於其信仰之行為，於不因其伴隨之強制或不利益之產生而妨害自己信教自由之情形下，皆要求對其寬容者而言。此於對死去配偶之追思、追悼等情形時亦同。因為，將某人作為其信仰之對象，或以自己信仰之宗教追思某人，以求得靈魂之安寧等之宗教行為的自由，係任何人皆受保障的。原審所是認之宗教人格權，其於安寧之宗教性環境下為信仰生活之利益，其性質是不得將之立即認定為法益的。

基於以上之見解而觀本件時，縣護國神社所為A之合祀，正是因信教自由被保障，而該神社得自由為之者，其本身亦未侵害任何人之法益。而被上訴人並未被強制參加縣護國神社之宗教法事，已為原審所確定；又對於因不參加而受有不利益之事實、及有關其基督教信仰或依其信仰

紀念追悼A之事其受有任何禁止或限制、壓迫或干涉之事實等，被上訴人亦未為任何主張。縣護國神社神官寄予被上訴人之有關世世代代舉行忌日祭拜等之書面，其內容如上述一之3（三）所示，對被上訴人之信仰並未有以任何形式之干涉。故應謂被上訴人之法益無受到任何之侵害。

本訴訟中，被上訴人就被侵害利益選擇性主張（一）宗教上之人格權、（二）宗教上之隱私權、（三）政教分離原則之法益保障；唯（一）及（二）觀其主張內容，兩者原審皆以其為宗教上之人格權，結果均歸於同一，不得認其為法益，已如前述；而（三）則是主張憲法第二十條第三項之規定係對私人保障其法益，唯該規定如前所述，係所謂制度性保障之規定，並非對私人法益之直接保障，故仍不得為如此之認定或認其為法益。

原審之判斷，有憲法第二十條解釋適用錯誤之違法，而因法令解釋適用錯誤之違法致影響判決者至明，故有要旨所示之理由，無法避免廢棄原判決。據此，被上訴人之本訴訟請求為無理由至明，故撤銷第一審判決之認定，被上訴人本訴訟之請求應

予駁回。

以上，依民法第四百零八條、第三百九十六條、第三百八十六條、第九十六條、第八十九條，除法官長島敦有補充意見，法官高島益郎、四谷巖、奧野久之有補充意見，法官島谷六郎、佐藤哲郎有意見，法官坂上壽夫有意見，法官伊藤正己有反對意見以外，全體法官一致決定判決如主文。

法官長島敦的補充意見如下：

本人同意多數意見之見解，但有幾點個人意見想補充。

一、有關信教自由與宗教寬容

縣護國神社於昭和四十七年四月十九日，將含A在內共二十七名山口縣出身之殉職自衛隊員舉行合祀之安位儀式將其供奉於內，並有儀式後餐會，且於翌日二十日舉行追悼大典（以下統稱此等活動為「本件合祀行為」），無庸置疑係該當於宗教上之行為、儀式乃至活動。

唯憲法第二十條一項前段規定「任何人皆有信教自由之保障。」，而另一方面，同條第三項又規定「國家及其機關不得為宗教教育或其他任何宗教性活動。」，因此，除國家及其機關

以外，任何人從事宗教性活動的自由均受憲法上之保障。亦即，依宗教法人法第二條中將「宗教團體」定義為「具有禮拜設施之神社、寺院、教會、修道院或其他類似之團體。」以及此等「含團體之教派、宗派、教團、教會、修道會、司教區或其他類似之團體。」，故對於不屬於其中之團體及個人均平等受信教自由之保障。宗教法人法第一條第二項更明確說明其意旨，規定「憲法所保障之信教自由，於所有國政上均應予以尊重。故本法之任何規定，均不得解釋為限制任何個人、集團或團體依其被保障之自由，為宣揚教義，從事儀式活動，或其他宗教上之行為者。」。由此看來，真正的信教自由，是不問其歷史沿革、信徒人數多寡或其他圍繞該宗教之諸般情事，所有的宗教均平等受自由宣揚其教義，從事儀式活動，或其他宗教上行為之保障而成立者，易言之，各宗教不得對其他宗教所為受憲法保障之宗教上行為進行干涉或為妨害，此等寬容亦係憲法上所要求者。此於信徒亦屬相同，各宗教之信徒，對其他宗教所為宗教上行為，不問是為宗教團體或其他團體、集團所

為者，或為其信徒所為者，即令是對其有不愉快之感，亦被要求應對其為忍受之寬容。若反之，得以此等不愉快感為理由主張人格權之侵害，而請求法律上之救濟，則宗教團體等或信徒所為之宗教上行為，特別是為宣揚其宗教之教義而對他人所為之傳道、佈教或宗教教育之行為，或為異教者祈禱之行為等，恐將變成被所有其他宗教信徒請求損害賠償或停止侵害之行為。或有另一見解，認為宗教團體等或信徒所為之此等行為雖侵害法益，唯因其法利益並未如此之強且該侵害行為之違法性又不高，尚在對方所應忍受之限度內，故認定其非法行為不成立。但若採取此一見解，則只要此等行為一造成他人之不愉快感，其即便輕微仍屬法益之侵害，則其基本上成為宗教團體等或信徒所不應為之行為此一事實仍未有改變。如此一來，特別是對以傳道、佈教為活動中心之宗教的打擊甚大，謂憲法保障信教自由之意旨將全被抹煞亦不為過。因此，如上所述，憲法是不問該宗教於我國之歷史沿革或信徒人數多寡，對任何宗教及信仰任何宗教者均平等保障信教自由，對所謂立於少數宗教立場

者亦未意圖予以特別之保護，故無庸置疑對其亦應不例外平等要求其寬容。

更進一步，此理於對死去之自己配偶或親人以自己信仰宗教以外的宗教追悼，或使之成為信仰對象之情形亦同，即令是對該宗教上行為有不愉快之感，亦應要求其忍受寬容。總之，信教自由，係保障任何人對自己選擇作為追悼之對象以自己信仰之宗教來追悼、或擇其作為自己信仰之對象而信仰之，並為之祈福之的自由，此不問追悼或信仰之對象為親人與否皆同，或信仰對象為死去之人或生存之人，甚至人類以外之生物、無生物、自然事物等其他任何事物皆無所不同。

此外，在此就死去者之近親間問題再為說明。信教自由係對各個個人為保障，今日當然已不存在所謂家族宗教，家族或近親之間彼此信仰不同者亦非少見。依原審判決所示者，A的父親B為A舉行佛教式葬禮，並將遺骨安置於佛龕後，被上訴人又取遺骨之一部分離開，將其安置於基督教會之靈骨塔，並出席該教會之永生者追思禮拜，另一方面B對於A之合祀感到非常高興，與A之弟妹連名寄請求書予縣隊友

會，請其就有關A之合祀不要接受被上訴人之要求。關於死去之人的追思、追悼，近親中並無特別以配偶之意思優先於父母或子女意思的法理，若彼此信仰不同之近親，就死去之人的追思、追悼，得以對其他近親所為宗教上行為之不愉快感為由彼此請求法律上之救濟時，事態將致不可收拾之地步。故近親彼此間亦被要求彼此寬容。

此外，憲法第二十條第二項規定「任何人不得被強制參加宗教上之行為、典禮、儀式或活動。」。原本該規定係禁止公權力強制之規定，但私人彼此間若有此等具強制之行為，而其樣態、程度超出社會所容許之限度時，依情況應適當地運用相關非法行為之諸規定，以謀法之保護，此已如多數意見所示。由此，應得以導出私人相互間之對團體、集團及個人所為宗教上行為之容許範圍，換言之，對其感到不愉快之人，亦得於信教自由保障之下導出其不得主張法益存在之界限才是。而其正是強制、反面之禁止及限制、壓迫及干涉有無之所在。

如此觀來，本件中，究竟縣護國神社所為本件合祀行為係侵

害被上訴人法益，或係屬於該神社被保障的信教自由範圍內，應是取決於在上開合祀行為本身及其經過歷程中，有無得評價為該神社強制被上訴人參加該神社所為宗教上行為、儀式或活動，或對被上訴人之信仰或其依信仰所為之行為有禁止或限制、壓迫或干涉而決定。

而觀本件合祀行為及其經過歷程，縣隊友會於昭和四十七年三月三十一日左右，以該會長名義向縣護國神社申請含A在內之二十七名合祀，被上訴人於同年四月五日，對前來收集合祀資料之地連職員首次表明自己的信仰並拒絕A合祀，因此於同月十日地連職員向縣隊友會E會長聯絡被上訴人之上開意思，但E會長並未將有關A之合祀申請撤回，而如前所述，同月十九日及二十日兩日，縣護國神社為本件合祀行為，而被上訴人並未被限制參加縣護國神社之宗教活動，為原審所確定者，此外，其亦未主張因不參加而受有不利益之事實，或有關信仰或依其信仰紀念追悼A之事有被禁止或限制、或受壓迫或干涉之事實，縣護國神社神官所寄有關世代代舉行忌日祭拜等之書面，對被上訴人之信仰

並未有任何干涉等事，已如多數意見之見解所示。因此，有關本件合祀行為，完全無法被評價為該神社強制被上訴人參加該神社所為宗教上行為、儀式或活動，或者對被上訴人之信仰或其依信仰所為之行為有禁止或限制、壓迫或干涉，故本件合祀行為於被上訴人之法益應無任何之侵害。

本人非常願意理解因違反被上訴人意思之本件合祀行為舉行，造成其於安寧之宗教環境下，依自己之信仰追思亡夫，以尋求靈魂安寧之信仰生活的利益被侵害之被上訴人的心情，但如前所述，只要一思及為真正保障信教自由，所有的人不問其信仰為何，皆應被要求忍受他人宗教上之行為，就不得不認定被上訴人所謂心靈之安寧，是不能認定為受法保護之利益。

## 二、有關地連職員的行為與宗教性活動

本件合祀申請，係由與地連不同組織之社團法人隊友會山口縣分部連合會（縣隊友會）所發起，並以其費用及名義所為者，已如原審判決所示。唯原審就該合祀申請，並非自為合祀申請一點做理解，而係由至達成合祀申

請為止之一連串過程中觀之，則可判斷視其為地連職員與縣隊友會之共同行為。本人對自一連串過程中進行檢討並無異議。但即令依原審之認定，由至達成上開合祀申請為止之過程觀來，殉職自衛隊員之合祀問題，係發始於家屬對縣隊友會之請求（原審重視陸上自衛隊第十三師團長之表示讚同及推動之希望，唯其為自家屬請求六年多後之事，發端仍為家屬對縣隊友會之請求。），縣隊友會之會長自縣護國神社神官得知合祀可能實現後，經與縣隊友會幹部就申請合祀為商談並得其同意等之組織上之正規程序，與縣護國神社神官交涉合祀而達成共視等，並無地連或其職員直接向縣護國神社促成合祀之事實。於上述過程中，地連職員發函予除長崎縣以外之九州各縣自衛隊地方連絡部的總務課長，照會各地護國神社殉職自衛隊員合祀之情況等，將答覆交予縣隊友會會長閱覽，依該會長之委託起草奉祀準則及縣隊友會募款說明書，並寄發說明書，及管理募得款項，並向殉職者家屬索取合祀所需之殉職者戶籍除籍謄本及殉職證明（起草之奉祀準則並非縣護國神社的準則，而是規定縣



隊友會申請合祀的基準等，另募款亦為縣隊友會所為之募款，並非地連或其職員所為者。）但地連職員所為之具體行為亦僅止於此程度，可否將本件合祀申請評價為縣隊友會與地連職員之共同行為實不無疑問。當時縣隊友會事務局，係位於地連之建物內，並無專任之職員，縣隊友會大半業務是由地連職員代為，此雖係值得重視的事實之一，唯存在於我國社會，以會員之相互和睦為目的之各種團體，例如學校的同學會等，亦有組織較弱小者，此等之團體有於其母組織之建物內設事務局，除幹部以外不設專任之職員，其事務處理，自參加者名單的作成、會費的收取或管理至各種活動之實行，大小皆靠屬於其母組織之人所為事務上之協助而支持等，或許相當類似。世人會將此等團體所發端，並以其資金及名義所為之活動，評價為該團體與屬於其母組織之人的共同行為，甚至評價為屬於其母組織之人所為行為嗎。縣隊友會事務局位於地連之建物內，無專任之職員而由地連職員代為之事實，於判斷是否應評價其為共同行為時，應非該重視之點。本件中，只著眼於原審認定之具體事

實為評價，即使由至達成本件合祀申請為止之一連串過程觀來，仍不得將縣隊友會發起並以其費用及名義所為之本件合祀申請評價為與地連職員之共同行為。

此外，觀原審判決所示，其推定昭和三十八年以後，自衛隊之幹部職員公然參與全國各地殉職自衛隊員之合祀祭典，或就合祀之實現表現積極之言行，於上述陸上自衛隊第十三師團長對合祀表示讚同及推動之希望以後，即對地連之合祀申請表現積極推動之態度，而社團法人隊友會則將對自衛隊各業務之各種協助作為其工作之一，縣隊友會與地連之間有密切的關係，故推定地連為提高自衛隊員之社會地位及表揚其士氣，而期望實現殉職自衛隊員之合祀；唯即使因此而認地連職員有積極協助縣隊友會，且此對縣隊友會說服縣護國神社神官為合祀之決定發生有利之作用，由地連職員所為上述具體行為看來，其仍不足以致評價地連職員有實質上為本件合祀之申請。

如此，則評價本件中地連職員是否有憲法第二十條第三項所稱之宗教性行為時，除需探討其所為之具體行為外，察其具體行

為並不如宗教上之法事祭典、儀式、活動或佈教、傳教宣傳活動般，為本身獨立而具宗教性意義之行為，與縣護國神社所為本件合祀行為之關係僅為間接性、二次性，其意識亦為自衛隊員社會地位之提高及士氣之表揚等世俗性者，故宗教意識甚薄，且難認其行為將使一般人評價為因其行為之態樣，而喚起國家或其機關對特定宗教之關切，或為協助、助長、促進，或造成對其他宗教之壓迫、干涉效果之行為，因此不該當憲法第二十條第三項所稱之宗教性行為，已如多數意見之見解所示。

因此被上訴人之主張由此看來亦無理由。

三、唯考量憲法設第二十條第三項政教分離規定之意旨看來，本件合祀申請經歷過程中地連職員之行為中，仍有待其更加謹言慎行之部分，特別是於本件合祀申請完成後的某地連職員之言行中，不免有令人感到逾越超過，應要求其身為公務員加雖自律，如法官高島益郎、四谷巖、奧野久之的補充意見中所述，關於此點，本人亦同意其補充意見。

法官高島益郎、四谷巖、奧野久之的補充意見如下：

本訴訟就法律角度觀之，駁回請求乃無可避免，我等就此係與其他多數意見持相同見解，惟有關本件合祀申請過程中地連職員協助縣隊友會所作行為及之後地連職員之言行，尚有若干意見予以補充。

本件合祀申請如其名義所指，係縣隊友會單獨所為，既不可視其為地連職員與縣隊友會之共同行為，因而認為地連職員亦曾為本件合祀申請，同時由本件合祀申請過程中地連職員具體行為之態樣等觀之，更不得謂其係憲法第二十條第三項所稱宗教性活動，此已如多數意見所述。

憲法之所以制定政教分離的規定，係因原大日本帝國憲法第二十八條所定信教自由之保障附帶有「限於不妨礙秩序安寧及不違背臣民之義務」的限制，加上在該憲法之下，神道實質上被賦予等同於國教般的地位，時而產生要求信仰該教或對部份宗教團體加以嚴酷迫害等種種弊端，故為重新無條件保障信教的自由，同時也為更進一步落實其保障。本來，日本即有多種宗教併存，呈現多元化、多層次的發展至

今；在此宗教環境下，為確切實踐信教的自由，單以無條件保障信教自由仍嫌不足，為排除國家以任何形式與宗教掛勾，極有必要訂定政教分離的規定。有鑑於此，應解為憲法在訂定政教分離規定之際，乃以國家與宗教之完全分離為理想，以期確保國家的非宗教性乃至於宗教的中立性（參照前揭最高法院昭和五十二年七月十三日大法庭判決）。

如右列判決所示，國家在對社會生活加以規範，或在實施促進、援助教育、福祉、文化等相關各項政策之時，與宗教產生關連乃在所難免，尤其在現今的國家制度下，要達到國家與宗教完全分離的目標實屬不可能自無庸贅述。惟國家或其機關在施行前開各項政策時，不論其是否該當憲法第二十條第三項所稱宗教性活動，應慎防與宗教產生不必要牽連，又身為公務員，於執行公務時也應慎防與宗教產生不必要牽連，堅持宗教的中立，同時，對有可能遭少數宗教份子等懷疑是否國家或其機關所為之宗教活動，以及可能被解讀為係顧及某特定宗教之言行應予自律，在宗教中立上萬萬不可有啟人疑竇之情事。

在本件合祀申請過程中地連職員協助縣隊友會的行為乃出自於其所職掌援助照料遺族業務的一環，其意圖雖無不可見諒之處，但即令是間接的，確與宗教有所關連，且又難謂其乃基於世俗目的之社會習俗宗教儀式之行為或是社會禮儀之行為，因此應更加慎重行事。

又，縣隊友會於昭和四十七年三月三十一日提出本件合祀申請，而被上訴人初次對地連職員表明拒絕A合祀的態度是在同年四月五日，地連職員在同月十天左右向縣隊友會會長E告知被上訴人的意向，因此責難地連職員明知A的合祀與被上訴人意願相左仍協助進行A的合祀申請手續之言並無根據。然而據原審所判，同月十九日縣護國神社舉行包括A在內二十七名殉職自衛隊員的合祀後，對於被上訴人於同年七月六日去電抗議，並提出撤回合祀要求一事，地連的某職員先對其表示A乃為國身亡，祭祀於縣護國神社乃理所當然等語，遊說其改變心意，復又對被上訴人於同月二十二日以電話質問合祀之意圖時答稱，殉職自衛隊員與忠臣具同等資格，非關遺族宗教，乃為使現職自衛隊員對生死

抱持榮耀之心才奮起舉行祭祀等等，甚至更對體察被上訴人心意而要求撤回合祀的牧師L表示，護國神社乃公共宗教，與家庭內之宗教另當別論，在公開場合時於護國神社祭拜日本人乃天經地義。此皆合祀舉行經過二個月乃至三個多月後所為之言行表示，雖與被上訴人引以為本訴請求原因而主張之侵權行為無直接關聯，但仍屬可能引人對宗教中立產生疑念之言行，難免令人產生過度之感，因此不得不謂身為公務員應力求自律。

以上係就本案所補充之意見。

法官島谷六郎、佐藤哲郎的意見如下：

我等雖贊成多數意見的結論，惟對引導出結論的說法並不以為然，故在此先表明我等之見解。

多數意見認為，即使無人提出申請，合祀本應為該神社基於自主性判斷所決定之事，本案合祀也是縣護國神社決定為殉職自衛隊員舉行合祀的方針確立後所實現之結果，且本案合祀申請乃單獨以縣隊友會之名義所為，地連職員不過在事務上予以協助辦

理而已，因此不得將本案合祀申請視同地連職員與縣隊友會之共同行為，而謂本案合祀申請係地連職員合力所為。

但原判決（含其引用之一審判決，以下亦同）對縣護國神社決定舉行殉職自衛隊員合祀的經過歷程，判決如下所示。

1.約莫從昭和三十八年起迄本案合祀被企劃之昭和四十六年止，自衛隊的幹部公然參與在全國各地所舉行的合祀祭典（原判決中就各地之具體事實有詳細說明），或為舉行合祀言行表現積極乃已被認定之事實，自此亦可充分推斷陸上自衛隊第十三師團團長M、地連G部長對縣隊友會提出合祀申請一事，曾有過從精神與物力兩方面加以支援協助之言行。

2.昭和四十六年五月二十二日，地連總務課長H向九州各縣（長崎縣除外）自衛隊地方連絡部總務課長發出照會各地舉行合祀之狀況等事項的信函，除了福岡縣以外的各縣皆答覆已舉行過合祀等儀式，前開照會文件的留存與回函皆曾提供地連G部長與縣隊友會E會長閱覽，前開照會文件上有「身為地連」「以資政策之決定」，因此欲「請教」等

內容之記載，可見係以地連身分為取得舉行合祀之資料而照會他單位並獲回覆，而G部長也認可照會一事。

3. 縣隊友會E會長根據回函結果對縣護國神社F神官說明九州各縣舉行合祀的情況，表達希望在縣護國神社也舉行合祀之意，經過多次折衝後，時至昭和四十六年秋，對合祀一事基本上獲得神官首肯。

據原審判決所示過程，或許直接與縣護國神社F神官交涉的是縣隊友會會長E，但E會長乃是在地連的強力支援下進行交涉，正因為有地連的強力推動與支持，E會長才著手進行，且在F神官方面也是看在縣隊友會的請求背後有地連在物力與心力兩方面的強力推動與支持，所以才會答應縣隊友會的請求，原則上同意殉職自衛隊員合祀一事。

多數意見認為合祀與否乃該神社基於自主性判斷所決定之事，縱抽象看來為似乎如此，然就本案情形來看，實無法考慮縣護國神社係基於一己之構想而獨自確立合祀之方針，且認為縣護國神社僅靠縣隊友會之遊說即決定合祀亦不適宜。縣護國神社對合祀的決定乃本案合祀申請過程

中地連以及縣隊友會之強力運作所致，若無二者為實現合祀所進行的強力推動，當初對合祀面有難色的縣護國神社應不致於作出合祀的決定。原判決中也提到時至昭和四十五年秋天，縣隊友會會長E感到該神社F神官可能會同意合祀，但這僅止於E會長個人感受，並非認定在此階段縣護國神社已作出合祀的決定，應認為縣護國神社係緣於日後地連與縣隊友會的運作，直至昭和四十六年秋季才確定合祀的方針。

又，就不得將本件合祀申請視為地連職員與縣隊友會共同行為之根據，多數意見舉出，本件合祀申請過程中地連職員所為具體行為止於上述二位總務課長H所做之照會等，及並無事實證明地連乃至其職員曾直接對縣護國神社進行運作，惟前開照會乃地連意圖得知九州各縣實施合祀情況之細節，以利於山口縣推動合祀之表現，不應判斷其為單純的事務性連絡，或是在事務方面對縣隊友會的協助，況且縱無直接對縣護國神社進行運作之事實，就本案一連串經過整體看來，如右所述，地連是透過縣隊友會對縣護國神社進行運作。

因此，從本案合祀申請的一

連串行為，亦即為謀求殉職自衛隊員合祀而對縣護國神社展開運作整體觀之，其應為地連職員與縣隊友會之共同行為，認定如此之原審判斷乃屬正當，多數意見認為地連職員不過在事務上協助縣隊友會申請合祀，本案合祀申請係單獨以縣隊友會名義所提出，並非共同行為，此等看法未免過於形式化。

二、其次，多數意見認為不得謂本案中地連職員的行為及於憲法第二十條第三項所稱之宗教活動。

不過，如一所說明，本案縣護國神社並非發自於其構想而單獨作出合祀之決定，而是因為有地連職員與縣隊友會的推動，酌量其厚意才作此決定。而且有鑑於過去在大日本帝國憲法下，神道實際上被授與國教的地位，產生種種弊端，為切斷國家與所有宗教的關係，因而在憲法第二十條第三項規定政教分離，由此可見，前開規定應以國家與宗教之完全分離為目標。因此，國家機關與特定宗教接近，或有所關聯的行為更不應被允許，本案地連職員的行為係以在縣護國神社合祀殉職自衛隊員之宗教行為為目

的，自應謂其該當前開條文所禁止之宗教活動。

進一步言之，合祀本身雖為縣隊友會所為，惟對照原判決中說明的合祀申請前後過程可判定，地連職員及縣隊友會也與該神社同心共同實現合祀，地連職員此等與縣護國神社及縣隊友會共同實現合祀之行為，正屬於宗教活動。

三、但國家或其機關違反憲法第二十條第三項政教分離規定的宗教活動，除非侵害私人之權利或法益，否則在對私人的關係上，當然不被認定違法，此乃如多數意見所示，而在本訴訟中被上訴人所主張宗教人格權或宗教上的隱私權不得視為法益，乃我等與多數意見見解相同之處。因此，我等與多數意見所持理由雖不盡相同，但認定上訴人不法行為責任之原判決應予廢棄，撤銷一審判決，並駁回被上訴人的本訴訟請求之結論，我等亦表贊同。

法官坂上壽夫的意見如下：

本人同意多數意見所提結論，廢棄原判決，撤銷一審判決，駁回被上訴人請求。惟對其理由有幾點難以認同，在此先陳

述個人所見。

一、多數意見指出，包括對身故配偶的追思、悼念等在內，原審以宗教人格權乃於寧靜的宗教環境下過信仰生活之利益，不得直接視為法律上的利益；個人對此觀點無法認同。

多數意見據以為理由者為，在私人相互之間「自我信仰生活的寧靜因他人宗教行為而受侵害」「以此種宗教上的情感為被侵害利益」「若能尋求法律上的救濟，反而會導致妨害對方信教自由的結果」，又指出「信教自由的保障要求，任何人對於持有與己之信仰互不相容信仰者出自於其信仰之行為，除非其具有強制性與對己不利可能妨害自己的信教自由，否則應寬容待之」。本人亦認為一般而言的確如此，惟此一般論並不可及於如本案所指縣護國神社將A合祀以致其妻子，即被上訴人感到不快，且心靈平靜受到侵害之情形。蓋以何種宗教方法追思、悼念故人，乃任何人都受到保障的宗教自由，此在該故人早已成為歷史人物，現今並無任何近親者存活等情況是可行的，但在其配偶、子女或父母等近親遺族尚存活時，若也認可任何人皆得以違反遺族意願

的宗教方法加以追思、悼念，只要其與宗教有關，無論心靈平靜如何受到干擾，近親遺族也不得對此出言干預，更應坐視容忍其進行，此等說法實有違一般人的常識與社會通念。

由此判斷，任何人對已故近親的追思、悼念，無論是由何人所為，唯有以不違反自己心意的宗教方法進行，才得以擁有在該信仰下保持心靈平靜的法律利益，如此解釋是恰當的，此可謂宗教人格權之一種。而多數意見所謂「以何人為其信仰對象，或藉由自己所信仰的宗教對何人追思，求其靈魂安息等宗教行為，乃每個人皆受保障之自由」的說法，應僅在不違背故人近親意願之情況下才成立。

因此，他人以違反己意之宗教方式對自己逝去的近親追思、悼念，以致自己內心的寧靜遭受干擾時，基於宗教人格權，應可尋求法律救濟。對此見解，或許有人以該他人的信教自由反受侵害的理由提出反駁，但雖說憲法保障信教自由，但保障當不及於對他人人格權之侵害，信教的自由理應包涵這樣的制約。

以此就本案觀之，如多數意見所言，縣護國神社對A予以合

祀，乃因受信教自由保障而為該神社得以自由作為。惟該作為違反A之配偶即被上訴人的意願，令被上訴人心生不悅，其信仰之心靈平靜既已受到干擾，自應謂被上訴人之法益遭受侵害。

對於多數意見否定此等法益之存在，本人難以贊同。

二、本來，近親之間即有可能信仰互不相同，像此種情況，對於以何種宗教方法來追思、悼念故人，近親之間也會產生不同意見，所以若按照某近親之意思進行追思、悼念，也有可能對其他近親造成內心上的不平靜。在本案中，根據原審所確定之事實來看，A的父親B以佛教儀式舉行A的葬禮後，將遺骨安置在佛龕之上，而被上訴人卻將遺骨的一部分帶走，放入基督教教會的納骨堂，並出席該教會舉行之永生者追思禮拜，B對被上訴人出自其信仰的行為或許也感到不悅，甚至於心靈平靜受損，這也不難想像。此種情形正是所謂的故人近親之間人格權與人格權發生衝突之處，也正如多數意見所言，必須以寬容之心待之。因此，即使某位近親所為，或是依其意思所為之追思、悼念等方法若對其他

近親而言係違悖其想法，也應對該方法報以寬容，除非有特別情事必須對該人之心靈平靜予以優先保護，否則其人格權所受侵害應視為尚在可容忍之限度內，進而否定其違法性才是。

附帶一提，由幾人所為之追思、悼念係依故人之意所為時，也同樣應否定其違法性。蓋關於追思、悼念等之方法，最應受尊重者為該故人之本意，故人之近親即使因此而心靈平靜受損，也應可加以忍受。例如，故人與其近親信仰不同，在其生前曾對幾人留下有關其葬禮舉行方式等遺言，爾後遂依其想法舉行葬禮，此種情況便是如此。

再來看本案將A合祀一事，A的父親B對於A能在合祀之列一事感到非常欣慰，至昭和四十七年八月十四日止，對於A的合祀，B曾與A的弟妹們連名對縣隊友會提出請願書，希望其勿接納被上訴人之請求，此乃經原審所認定，而根據此一事實客觀來說，A的合祀係符合其近親B等人之意所舉行對其追思、悼念的一種宗教方法。然原本A的合祀並非因B等人所申請而為，事前亦無徵詢B等人之想法，若B等人之意果真如上所述，則身亡者



的配偶，亦即被上訴人與其父之B等人之關係上，特別是在本案例中並不認為有必要以被上訴人之心靈平靜為優先考量之情況下，對被上訴人而言，即使合祀有違其本意，致其心靈平靜受損，該損害應視為在可容忍之界限內，唯有忍耐一途。

三、又，被上訴人主張侵權行為之本案合祀申請乃縣隊友會所為，不得認定其為地連職員與縣隊友會之共同行為，而應認為地連職員純屬協助縣隊友會申請之立場，同時在本案合祀申請過程中地連職員協助縣隊友會之行為並不及於憲法第二十條第三項所指宗教活動，皆如多數意見所言。因而，被上訴人於本訴之請求就此點判斷亦無理由。

尚且，正如高島益郎、四谷巖、奧野久之法官所作補充說明，針對地連職員在A合祀舉行過後之言行確有過度之處，及身為公務人員應力求自律之意見，個人亦有同感。

法官伊藤正己的反對意見如下所述。

對於本案，多數意見認為應廢棄原判決，撤銷第一審判決，

駁回被上訴人請求之看法，我個人不表贊同。其理由如下。

一、本案乃被上訴人因國家之作為而遭受精神上折磨所提起對該不法行為之損害賠償訴訟，如其後所見，包括憲法之論點如信教自由、政教分離原則，本案爭端乃在於有無不法行為之責任，究此乃一有必要從被侵害利益與侵權行為態樣相互間關係加以考究之問題。

首先應探討的是，原判決（包括其引用之第一審判決，以下亦同）是否侵害法律上認為值得因受非法行為而應給予保護之利益。多數意見認為，若未侵害信教之自由，縱因他人導致自身信仰生活之寧靜受損，亦不得視為法律上之利益遭受侵害。然信教自由分明為法律上之權利，其可能係非法行為法中之被侵害利益自不待言。況多數意見亦曾提及，例如以信教為由遭受國家之不利對待，或如強制參加宗教儀式等於宗教上受某種強制性要求，或相反地遭制止或妨礙參與宗教活動等時，可謂信教的自由受國家侵害。惟本案中被上訴人並未受阻參與其所信仰宗教之活動，且未被強制參拜縣護國神社，因此不得認為其信教自由受

到侵害。雖事關信教自由，但非直指信教自由，持此觀點之原判決所示「在寧靜環境下過信仰生活之利益」是否可為被侵害利益乃問題所在。

本人以為現代社會中，不被他人以自己所不願承受之刺激擾亂心情之利益，即所謂心靈平穩之利益，在非法行為法律規範上有成為被侵害利益之可能性。此種利益在宗教領域上被承認時，可稱其為宗教上之人格權或宗教上之隱私權，此乃稱呼的問題。以憲法第十三條為依據亦未嘗不可。本人認為姑且不論其稱呼或憲法上的根據為何，至少，只要足以將宗教上求得之心靈平穩視為不法行為相關法中之法益即可。順應社會的發展，不法行為法律規範的保護利益亦隨之擴大，對於此種宗教上所尋求的心靈平穩，在現今亦不失為一種法律上的利益。本案中被上訴人原本欲以其所信仰之基督教之方式來處理其亡夫の後事，然而合祀之結果卻違背其心意，使其亡夫被以神道之方式供奉在神社，且被要求參與安位儀式，甚至接到有違事實之通知謂被上訴人熱心獻納香油錢，將世世代代為其舉行忌日祭拜云云，此即信仰宗教

尋求之心靈平穩受到擾亂，法益遭侵害；所謂縣護國神社的合祀僅止於使被上訴人心生不快，對其法律上的利益並無侵害之認定並不恰當。

本人認為應站在保護少數者的觀點來思考基本人權，特別是有關精神方面自由的問題，尤其在司法領域更應作此要求。即便在以尊重多數意見為前提的民主制度之下，對於保障基本人權之要求，亦即以多數人的意見為由亦不能剝奪其利益之目的即在於此。思想、信念的領域當中，多數意見所贊同者即使憲法上無特別保障，亦不至於有遭受侵害之虞，其保障之意涵為多數人所嫌惡之少數人的思想與信念。在宗教的領域上，由於我國宗教意識的多元性使得一般人對宗教普遍漠不關心，因而傷害少數有強烈宗教潔癖者之情形亦不在少數。如藤林法官所言，「縱有部分意見被認為係出自於少數人之潔癖，亦不得容許以多數決來對彼等之宗教與良心自由加以侵犯」，其意見（多數意見所引用昭和五十二年七月十三日大法庭判決之追加反對意見）應予傾聽。或有人批判本案被上訴人對宗教有過度強烈的潔癖，惟其中

對少數人而言存在有應受保障的利益，至少應可認定宗教上的心靈平靜為應受不法行為法律規範保護的利益。若謂此等內心的平靜為人格權之一種雖無不可，然以利益看待之尚嫌立論不堅；若與以信仰為由課以不利待遇或強迫接受某特定宗教的方式受侵犯之信教自由相較，則不得不謂視其為法益而加以保護的程度仍屬低微。縱此，亦不足以構成否定宗教上尋求之心靈平靜屬於不法行為法所保護法益之根據。

二、其次是如何定義本案侵權行為。被上訴人在宗教上尋求的心靈平靜之所以受到侵害，乃由於在縣護國神社舉行其亡夫A之合祀，因此主張合祀申請為侵權行為。若此僅指縣隊友會以會長名義於昭和四十七年三月三十一日向縣護國神社申請合祀之行為，則如多數意見所言，無論在名義上或實質上都可判定為縣隊友會獨力所為。然而思考本案侵權行為之態樣時，將具體的合祀申請行為與完成合祀前的一連串行為分開判斷並不適當，必須從整體過程綜合考量。若單以三月三十一日的合祀申請行為為本案侵權行為，將可能誤判本案實情，被

上訴人在請求之原因中所指合祀申請也應可解為係指在此等連續過程中之種種行為。尤其在因人格權受侵害而請求精神損害賠償之案件中，實有必要自整體的角度來掌握此類侵權行為。姑且不論本案宗教上的心靈平靜是否為成熟的人格權，應比照人格權，將這一連串的行為當作侵權行為，就其態樣予以考察。

三、不法行為責任之認定，加害行為與損害發生之間須有因果關係存在。如前二所述，若就本案合祀一連串行為整體觀之，即可認定本案合祀申請行為與被上訴人法益侵害之間確有因果關係存在。大多數意見認為，合祀乃神社基於自主性判斷所決定之事，縣隊友會在本案合祀申請之作為並無作為本案合祀前提之法律上意義，況且本案合祀申請之前，本案合祀即已由縣護國神社所底定；此看法似乎否定本案合祀申請與本案合祀間之因果關係。若將昭和四十七年三月三十一日的合祀申請分開判斷，或許此看法可成立，然如前所述，此種思考方式並不恰當。根據原審確認結果，縣隊友會曾對縣護國神社提出希望為殉職自衛隊員合祀之要

求，卻未能得到縣護國神社神官之同意，直到昭和四十五年秋天，從F神官的表現感受到合祀可能得以實現，嗣又歷經多次折衝，至昭和四十六年秋天，F神官基本上表示理解，更進一步與該神官進行事務性協商，於昭和四十七年三月三十一日為本案合祀申請，接受申請之縣護國神社方舉行本案合祀，而本案合祀申請乃經過之前折衝令神官改變心意後，亦即完成最後的加工所呈現之結果，因此討論其意義時不可無視於之前折衝的經過。本案合祀申請與本案合祀的關係密不可分，再觀至合祀舉行為止之整體過程，可知合祀乃經過此一連串的運作始完成，由此即可認定本案合祀申請與本案合祀間有因果關係存在。

四、針對本案合祀之一連串行為，究竟如原判決所認為係地連職員與縣隊友會的共同行為，抑或如大多數意見所認為係縣隊友會之單獨所為，地連職員之行為僅止於事務上的協助而已？乃事關如何判定本案事實關係之重點。於此若將合祀申請行為與其他作為分開考量，則認如其名義係縣隊友會單獨所為或許較為自

然。但從本人主張綜觀合祀整體過程的立場來看，並無法採納如上之見解。

據原審所確認，（一）昭和四十六年三月陸上自衛隊第十三師團師團長M在其所舉辦中國四國外圍團體懇談會上表示贊同與希望推動合祀；（二）地連G部長亦出席該懇談會，表達出以地連立場，此乃援助遺族業務之一環為由，積極推動由縣隊友會申請合祀的態勢；（三）自昭和三十八年以來，自衛隊幹部職員已於全國各地公然參與合祀祭典實施計畫，或就舉行合祀出現積極之言行表現；（四）地連總務課長H與縣隊友會會長E檢討合祀實行方針，並向聽聞已將殉職自衛隊員合祀於護國神社的九州各縣（長崎縣除外）地方連絡部總務課長寄發照會信函，函中記載查詢係提供地連決策用之意旨，之後並將回函供予E會長閱覽；（五）地連事務官J受E會長所託，多次與縣護國神社F神官進行洽商，草擬自衛隊員奉祀實施準則，並依E會長要求，草擬及分發募款說明書並保管約八十萬日圓捐款；（六）該事務官又受E會長委託備齊申請合祀所需文件，遂對地連承辦募集自衛隊員

業務的辦事處處長及地區班長提出向遺族索取合祀對象的除籍謄本與殉職證明書文件之要求。地連職員以上行為或許看起來不過是事務處理上之行為，但可說由此即得推斷地連職員在合祀申請前的過程中涉及程度甚深（尚且，雖謂於發生侵權行為之後，然地連職員於合祀後所採取行動卻令人察覺到合祀後主要負責說服被上訴人與其進行交涉者反而為地連職員而非縣隊友會，本人認為從此事可推測合祀前地連職員參與程度之深。）。何況，協助處理自衛隊各項業務乃社團法人縣隊友會活動之一，縣隊友會與地連的關係極為密切，縣隊友會事務局當時係位在地連建築物內，並無專任事務員，其業務大半由地連職員代辦，屬於支援外圍團體的性質，係被視為公務由上級指示處理，因此本案合祀申請即使形式上係由縣隊友會單獨所為，但其過程中可謂確有地連在物質與精神兩方面的協助支援。而前述地連職員的種種行為乃出自於欲藉合祀以謀求提昇自衛隊員社會地位與鼓舞士氣之意圖與目的，因此，地連職員的意思可謂已超出單純在事務上進行協助之範圍。

由上述情形來看，認本案合祀申請行為如原判決所言，係由縣隊友會與地連職員合謀共同所為乃是適當的。雖縣隊友會在地連職員涉入之前即企圖為殉職自衛隊員舉行合祀，而地連職員則之後才加入，然此事並無礙於將本案合祀申請行為視為二者之共同行為。有關否決共同行為的理由之一，大多數意見舉出，地連乃至於其職員皆未直接對縣護國神社進行運作。然若地連乃至於地連職員就合祀一事曾直接對縣護國神社進行運作，將被斷定為明顯違反憲法之行為，地連必然知所節制。本人認為如此般以未作出在憲法上可能被禁止之行為，而迅速判斷地連職員於本案合祀申請行為單純屬於事務性質實不合理。

五、如前揭四所述，若認定本案合祀申請行為係縣隊友會與地連職員共同所為，問題即在於地連職員此等此等行為在與被上訴人被侵害利益之關係上是否違法。從憲法第二十條第三項所規定政教分離原則來看，地連職員的行為在憲法上應如何評價則成為問題。無庸贅言，進行上述檢討時，自應將縣隊友會的行為一併

納入考量。因為所謂地連職員與縣隊友會合謀共同為本案合祀之申請，正是指地連職員係意圖將縣隊友會之行為視為自己之行為加以利用之目的下採取行動，縣隊友會的行為應視同地連職員之行為。

政教分離規定乃為實質保障信教自由而設，即所謂制度性保障之規定，而非直接保障私人之人權，因此對於國家或政府機關違反此規定之行為，在對私人之關係上並不逕行認定其違法。惟地連職員的行為被判斷係違反政教分離規定，在憲法上係屬國家不得有之行為時，則以上行為違反憲法秩序，具高度侵害性，且國家亦無應受保護之利益，因此國家顯無要求被害人容忍之立場可言。以上乃判斷地連職員行為之違法性時應予考慮之重要因素。故從政教分離原則如何來看待本案地連職員行為，亦即應檢討的是其是否該當憲法對國家所禁止之宗教活動。

憲法第二十條第三項所稱宗教活動，據本法院解釋（前開昭和五十二年七月十三日大法庭判決），非泛指國家及其所屬機關之活動中與宗教相關之一切行為，其關聯性限於對照我國社

會、文化各條件係逾越適度，行為之目的帶有宗教意義，且可能對宗教形成援助、助長、促進或壓迫、干預等效果者。多數意見也依循此一見解。此一想法對於依政教分離原則國家被禁止之宗教活動，其判斷基準須從其目的、效果、相關程度三項來看，抽象而言可謂正確。問題乃其基準之適用。有鑑於憲法第二十條第三項乃依據我國以往的經驗，以國家與宗教分離為理想之規定，若將此基準適用於限縮禁止國家涉及宗教活動之範圍，則有罔顧憲法主旨之虞，本人認為並不適當。如人們常言，在歐美國家基本人權乃發自對信教自由之保障，為所有人權之核心，反之，由於我國宗教意識的多元性使然，一般國民對宗教不甚關心，亦欠缺對信教自由的敏感度。然並不因此可放寬政教分離，毋寧正因如此，更必須要求忠於政教分離原則。在檢討是否該當宗教活動之際，的確應當考慮種種情事，惟強調一般人對行為之宗教評價、以及行為帶給一般人的效果、影響等，如前開判決中對所謂地鎮祭（施工前祭拜土地神祈求工程平安的儀式，破土典禮）的一種習俗儀式之宗教

性判斷又另當別論，在面對個人宗教利益可能受損之問題時，因可能造成如過去所見多數人對少數人的壓制，因此本人認為應力求更加審慎。

由上述觀點來檢討本案中地連職員行為是否該當憲法第二十條第三項。多數意見認為，合祀係基於神社自行判斷所決定之事，以縣隊友會申請本案合祀之行為不具合祀前提之法律上意義為基礎，雖無可否認地連職員的具體行為與宗教有所關聯，卻仍不得以此謂其該當憲法第二十條第三項所稱宗教活動。惟本人對此見解無法認同。

第一，針對本案合祀申請之行為而論，無庸贅述，其不屬於法律上所說的申請。惟由此事定位本案合祀申請行為不過是單純對縣護國神社說明殉職自衛隊員的姓名與其殉職的事實，同時表達希望舉行合祀之意而已並不妥，如前二所述，就本案合祀申請前與縣護國神社進行交涉之經過整體看來，本案合祀申請與本案合祀之關係密不可分，如多數意見般之思考方式實令人無法採納。

第二，就本案合祀申請行為之目的，所謂提昇自衛隊員社會

地位與鼓舞士氣之重要目的，明顯有世俗的意味存在，若以此為主要目的觀之，則將淡化其宗教活動的色彩。同時，合祀申請之直接目的正是藉由神道以祭神方式來祭拜殉職自衛隊員在天英靈，與地鎮祭等依照一般習慣舉行之儀禮性質不同，因此所謂其目的不具宗教意義之認定，實不當輕視該行為所具有之客觀意義。

第三，再看其效果，本案合祀申請行為顯未對基督教等其他宗教造成壓迫、干預等之效果。問題是其是否對神道，特別是對縣護國神社產生援助、助長、促進之效果。本案合祀申請確未對特定宗教進行資金援助，亦未對特定宗教之教義等作宣傳、傳教、教導，不符合通常所說對宗教進行援助、助長或促進之意。然而向縣護國神社申請要求依神道而非其他宗教來舉行合祀之行為，卻成為特別禮遇厚待神道的一種表現，由此可認為對其達到援助、助長之效果。

而具有上述性質之本案合祀申請既由地連職員與縣隊友會合謀共同所為，當可由此認為其關係已逾越適當之限度。

如此一來，即可謂地連職員

行為該當憲法第二十條第三項所稱宗教活動。若如以上所述，雖被上訴人之被侵害利益尚未能充分視為值得法律保護之利益，但地連職員侵害此利益之行為仍不可容許，且更無可謂被上訴人應忍受之道理，故地連職員之行為在對被上訴人之關係上亦屬違法。

六、如以上說明所示，本人想法與多數意見迥異，認定上訴人不法行為之責任乃屬恰當，故原審容許被上訴人於本訴訟請求之判斷可予肯定。本人認為多數意見之論點應不得採納，本案上訴應予駁回。



## 二十八、因縣長以公款支付宗教儀式之費用代位請求損害賠償事件

最高法院平成九年四月二日大法庭判決

平成四年（行ツ）一五六號

翻譯人：萬國法律事務所（賴浩敏、許懷儷）

### 判 決 要 旨

一、憲法第二十條第三項及第八十九條基於政教分離之原則設有規定，係確保國家的非宗教性及宗教的中立性之制度性保障，其目的並非直接保障信教自由，乃藉國家與宗教分離作為制度予以保障，間接確保信教自由之保障。又國家對社會生活加以規範，或實施有關教育、福祉、文化等之助成、援助等諸項政策時，不能避免與宗教發生關連，因此於現實之國家制度，實現國家與宗教之完全分離，實際上幾非可能。抑有進者，若要完全貫徹政教分離原則，反而不能避免在社會生活各方面產生不合理之情勢。鑑於上述各點，作為政教分離規定保障對象之國家與宗教之分離，當然難免有一定之界限，將政教分離原則作為國家制度來具體實現時，須衡諸各國社會、文化各項條件，在國家實際上不可避免與宗教有某種程度關連之前提下，其關連與確保信教自由之保障作為制度之根本目的的關係，究竟在何情形，何限度不許為之，即不得不成為問題。依上見解，憲法政教分離規定之基礎，為解釋指導原理之政教分離原則，應解為國家雖要求宗教的中立，但並非全然不許國家與宗教有所關連，而須探求造成與宗教關連之行為的目的及效果，其關連對照我國社會、文化各項條件，於超過相當限度的情形，則不予容許。

參酌上述政教分離原則之意義，憲法第二十條第三項所指宗教活動，並非指所有國家及其機關的活動中，與宗教有所關連之所有行為均包括在內，乃謂其關連限於超過上述所

稱相當限度，該行為之目的具有宗教意義，所具效果則該當於對宗教為援助、助長、促進或壓迫、干涉等行為者。從而檢討某種行為是否該當於上述宗教活動時，不能祇審視該行為之表象側面，並須考慮該行為所實施之場所，一般人對於該行為之宗教評價，該行為人為該行為時之意圖、目的及宗教意識的有無、程度，該行為給予一般人之效果、影響等諸事項，依據社會通念，客觀判斷。

憲法第二十條規定信教自由、國家宗教活動之禁止，於地方公共團體亦應適用。愛媛縣於宗教法人靖國神社舉行其例行宗教上祭典時，以公款奉獻玉串金；舉辦御靈祭典時又奉獻獻燈金。宗教法人愛媛縣護國神社舉行例行之宗教上祭典慰靈大祭典時亦奉獻供品金。對此奉獻，一般人尚難評價其為社會之禮儀；就奉獻人而言，尤不能謂無宗教上意義之意識，故無從否定愛媛縣僅與特定宗教團體間有意識地發生特別關連。此項事實給予一般人下列印象，以為愛媛縣係對該特定之宗教團體為特別的支援，該宗教團體與其他宗教團體有異，是為特別之團體，引發縣對該特定宗教特別關心的聯想，因而違反憲法第二十條第三項、第八十九條之規定。

- 二、愛媛縣違反憲法第二十條第三項、第八十九條規定，以縣公款奉獻宗教法人靖國神社及護國神社玉串金等。關此，法令上具有支出上開公款權限之知事，授權縣職員為之，即係違反其指揮監督上之義務而有過失，應對縣負損害賠償責任。又縣職員係履行輔助人，依地方自治法第二百四十三條之二第一項後段規定，僅就故意或重大過失負責。各該職員既受知事之指揮監督而為奉獻，而支出玉串金等是否違反憲法，並非容易判斷，因此其判斷雖有錯誤，尚難謂有重大過失，縣即不得對其請求損害賠償。
- 三、本件係依地方自治法第二百四十三條之二規定由複數住民提起之住民訴訟，應解為類似必要共同訴訟。於類似必要共同訴訟，共同訴訟人中部分的人所為訴訟行為，僅於對共同訴訟人全體有利益時始發生效力（民事訴訟法第六十二條第一

項)。上訴為請求上訴審更正原判決敗訴部分之行為，所以於類似必要共同訴訟，部分共同訴訟人聲明上訴，即可阻斷原判決之確定，該訴訟全部因而移審於上訴審，上訴審之判決效力亦及於未上訴之共同訴訟人。然為合一確定之故，則於上述限度內，使上訴發生效力即足，鑑於住民訴訟之前述性質，對於無意為公益代表人之人，要求其違反本身意思，繼續居上訴人地位不僅不適當，且住民訴訟係由複數住民提起之訴訟，為公益代表人的共同訴訟人為預防或更正同一違法之財務會計上行為或怠於行使之事實而為公益上的請求。原來提起訴訟之各人，並非替自己個別之利益而為。因此提起訴訟之後，即使共同訴訟人之人數減少，對於審判之範圍、審理之態樣、判決之效力等並無任何影響。從而解釋住民訴訟，謂未經提起上訴之共同訴訟人亦應違反其意思，使其居上訴人地位此一效力，係適用行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第六十二條一項規定所發生云云，並不適當。未經上訴之共同訴訟人應認非同為上訴人，此理亦適用於一旦上訴又撤回之共同訴訟人，所以提起上訴之共同訴訟人中有部分上訴人撤回上訴，原判決並未因此關係而確定，但撤回上訴之人已非上訴人。最高法院昭和五十七年（行ツ）第十一號昭和五十八年四月一日第二小法庭判決，民集三七卷三號二〇一頁，抵觸上述意旨部分，應予變更。

## 事 實

愛媛縣知事即被上訴人 B1 於昭和五十六年至昭和六十一年間，靖國神社舉行春季或秋季大祭典之際，授權愛媛縣東京事務所所長即被上訴人 B2 以縣的公款奉獻「玉串金」，每年七月間舉行御靈祭時，又奉獻「獻燈金」。於同一期間愛媛縣護國神社舉行春季或秋季慰靈大祭典時，由縣生活福祉部老年福祉課長即被上訴人 B3、承受訴訟前被上訴人故 B4、被上訴人 B5、B6 及 B7（簡稱 B3 等），以縣的公款經由愛媛縣遺族會奉獻「供品金」。

玉串金」日文為「玉串料」、「供品金」日文為「供物料」，為例行大祭典及慰靈大祭典時，於舉行宗教上儀式之際，設置供奉神前祭品之用。又「獻燈金」日文為「獻燈料」，於御靈祭時，在神道境內擺設記有奉獻者姓民的燈籠之用。上訴人為愛媛縣住民，認以公款支出「玉串金」等行為係違反憲法第二十條第三項及第八十九條規定，基於地方自治法第二百四十二條之二第一項第四款規定，代位縣對 B1 及受 B1 委任執行業務之職員 B3 等，提出請求損害賠償之訴。

第一審認本件公款之支出該當於憲法第二十條第三項禁止之宗教活動，屬於違憲行為。第二審則認定本件支出，僅止於少額社會禮儀之程度，並非對神道之援助、助長、促進或對其他宗教之壓迫、干涉，尚未違反憲法第二十條第三項、第八十九條之規定。上訴人乃提起第三審上訴。

### 關 鍵 詞

靖國神社 護國神社 宗教團體 住民訴訟 公款（公款） 玉串（祭神用的楊桐樹枝） 考慮する（考量） かかり合い（關連） 是認（同意）

### 主 文

原判決第一項廢棄，被上訴人 B1 之第二審上訴駁回。

上訴人之其他上訴駁回。

關於前項部分之第三審訴訟費用，由上訴人負擔，其他部分之第二審及第三審訴訟費用，由被上訴人 B1 負擔。

### 理 由

壹、關於上訴代理人西嶋吉光、菅原辰二、佐伯善男、東俊一、草薙順一、谷正之、薦田伸夫、高田義之、今川正章、水口晃、井上正實、津村健太郎、阿河準一、高村文敏、三野秀富、豬崎武典、久保和彥、西山司郎、堀井茂、渡邊光夫、平井範明、桑城秀樹、白井滿、重哲郎、木田一彥之上訴理由：

一、事實關係及訴訟經過

(一) 依原審適法確定之事實關係，被上訴人 B1 於擔任愛媛縣知事職務之昭和五十六年至昭和六十一年間，(1) 愛媛縣（以下簡稱「縣」）之東京事務所長被上訴人 B2 就宗教法人靖國神社（以下簡稱「靖國神社」）所舉行之春季或秋季之例行大祭典中奉納之玉串金計九回每回五、〇〇〇日幣（合計四五、〇〇〇日幣）及(2) 同上述之被上訴人就靖國神社所舉行之七月中旬之「御靈祭典」中奉納之獻燈金計四回每回七、〇〇〇日幣或八、〇〇〇日幣（合計三一、〇〇〇日幣）以及(3) 縣生活福祉部老人福祉課長被上訴人 B3、繼承前被上訴人故 B4、被上訴人 B5、B6 及 B7，就宗教法人愛媛縣護國神社（以下簡稱「護國神社」）所舉行之春季或秋季慰靈大祭典中透過愛媛縣遺族會所奉納之供品金計九回，每回一〇、〇〇〇日幣（合計九〇、〇〇〇日幣），分別以縣之公款支出（以下簡稱「本件支出」），本件係為論本件支出是否該當憲法第二十條第三項、第八十九條所禁止之財務會計上違法行為之基於地方自治法第二百四十二條之二第一項第四款之住

民代位請求損害賠償訴訟。

(二) 第一審認定不僅無法否定本件支出之目的具有宗教意義，且更有援助、助長、促進靖國神社或護國神社之宗教活動之效果，因本件支出所生縣及靖國神社及護國神社之連結，參照我國文化、社會之諸條件、顯已超越相當之限度，係該當於憲法第二十條第三項禁止之宗教活動，故其為違法行為。

對此，原審認定，本件支出雖有宗教之意義，但對一般人而言，參拜神社時所支出之玉串金等，金額若非過大，則此宗教評價應可將之視為社會儀禮而被接受之，知事本於遺族援護行政之一環，而為本件支出，並非基於本此之外之意圖、目的或更深度之宗教觀而為之者，其支出之程度，僅止於少額之社會儀禮之程度，其行為予一般人之效果、影響，並非喚起對於靖國神社等第二次大戰中法律地位的復活或神道的援助、助長，因此，本件支出並非對神道之援助、助長、促進或對其他宗教之壓迫、干涉等，並無違反憲法第二十條第三項、第八十九條之規定。

二、關於本件支出違法性之本法

院的判斷

原審上述判斷無法被認同。其理由如下：

(一) 政教分離原則與依憲法第二十條第三項、第八十九條禁止之國家等行為

憲法於第二十條第一項後段、第三項、第八十九條中，定有基於政教分離原則之諸項規定（以下簡稱「政教分離規定」）。

一般而言，所謂政教分離原則，是指國家（包含地方公共團體，以下同），不應干涉宗教，意指國家之非宗教性乃至宗教之中立性，而國家與宗教間之關係，會因各國之歷史、社會條件而有不同。在我國，大日本帝國憲法雖設有保障信教自由之規定（第二十八條），其保障中不僅有所謂「限於不得妨礙安寧秩序及不得背於臣民之義務」同條本身之限制，對於國家神道給予事實上國教之地位，甚時，更有要求信仰，或嚴厲地迫害於一部分之宗教團體等事，在此憲法下所保障之信教自由，並不完全。憲法鑑於明治維新以後，國家與神道密切連結所產生之各種弊害，從而無條件地保障信教自由，為使該保障更為確實，因此設有政教分離規定。原本，在我國，即

有各種宗教多元、多重發達、併存，在此宗教環境下，為確實實現信教自由，僅無條件保障信教自由是不夠的，為排除國家與任何宗教之連結，極有必要設置政教分離之規定。鑑於上述各點，應認識憲法設置政教分離規定，乃是追求國家與宗教完全分離之理想，確保國家之非宗教性乃至宗教的中立性。

但是，原本政教分離規定，是為制度的保障規定，並非直接保障信教自由，而是將國家與宗教分離，作為一種制度來保障，間接確保信教自由。從而，國家在加限制於社會生活，或實施、助成、援助、教育、福祉、文化等諸項政策時，無法免除與宗教間的關連，因此作為現實之國家制度，國家與宗教完全分離之實現，實際上是近乎不可能的。此外，若要完全貫徹政教分離原則，反而會在社會生活各方面產生不合理之情形。鑑於上述各點，作為政教分離規定保障對象之國家與宗教之分離，當然難免有一定之界限，將政教分離原則作為國家制度來具體實現時，須衡諸各國社會、文化各項條件，國家不可避免地與宗教有實際上某種程度連結之前提下，不得不

將其連結與確保信教自由保障制度之根本目的的關係，在何情形，何限度為不許可等，視為問題。依上述之見解，憲法政教分離規定之基礎，解釋其之指導原理之政教分離原則，應解為國家雖要求宗教的中立，但並非全然不許國家與宗教有所關連，而需探究使其與宗教連結之行為的目的以及效果，並將其連結對照我國社會、文化各項條件後若認超過相當的限度時則不許之。

參酌上述政教分離原則之意義，憲法第二十條第三項所指宗教活動，並非指所有國家及其機關的活動中，與宗教有所關連之所有行為，而是認為若其關連有超過上述所稱相當限度，其行為之目的具有宗教意義，其效果則被認為該當於對宗教為援助、助長、促進或壓迫、干涉等之行為者。從而，在檢討某種行為是否該當於上述宗教活動時，不僅只審視該行為之表象側面，並須考慮該行為所實施之場所，一般人對於該行為之宗教評價，該行為人為該行為時之意圖、目的及宗教意識的有無、程度，該行為給予一般人之效果、影響等諸事項，依據社會通念，客觀判斷。

憲法第八十九條所禁止之將

公款及其他公有財產支出於宗教上組織或團體的使用、便益或維持，或提供其利用者，亦是指參酌前述政教分離原則之意義後，認公款支出行為中之國家與宗教間的連結，超越前述相當限度者，在檢討是否該當之際，須依與前述相同之基準，來加以判斷。

以上，亦有作為本法院判例之意旨（參照最高法院昭和四十六年（西元一九七一年）（行ツ）第六十九號昭和五十二年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決，民集三十一卷四號五三三頁；最高法院昭和五十七年（西元一九八二年）（才）第九〇二號昭和六十三年（西元一九八八年）六月一日大法庭判決，民集四十二卷五號二七七頁）。

#### （二）本件支出之違法性

在此參酌上述見解，就本件支出之違法性檢討之。

1. 依原審適法確定之事實關係，被上訴人 B2 等，於皆為宗教法人，明確該當於憲法第二十條第一項後段所稱宗教團體之靖國神社或護國神社在各神社境內所舉行之例行宗教上祭典之例行大祭典、御靈祭典或慰靈大祭典時，奉納玉串金、獻燈金或供品

金，並以縣之公款支出前述數回之前述金額。但是，神社神道中，舉行祭祀之事，為其中心之宗教上活動，例行大祭典及慰靈大祭典，為依據神道之祭祀儀式所舉行之以儀式為中心之祭祀，為各神社所舉行之例行祭祀中，具有重要意義者，御靈祭典為舉行同樣儀式之祭祀，為靖國神社祭祀中規模最為盛大者，這些都是公知之事實。從而，玉串金及供品金，是於例行大祭典或慰靈大祭典中執行前述宗教上儀式時，供奉於神前者，獻燈金則是在御靈祭典中，於境內點上記有奉納者姓名之燈者，皆明確為各神社所認具有宗教意義者。

由此看來，縣與特定宗教團體所舉行之重要宗教上祭祀有關連之事是相當明確者。從而，一般而言，神社本身於境內所舉行之重要祭典中，奉納上述玉串金等事，與建築業主於建築工地所舉行祈求土地平安堅固、工程安全等之開工儀式不同，到底無法認為其已因時代演變，而使其宗教意義薄化，僅為習慣上之社會儀禮，一般人亦恐難以評價本件玉串金之奉納僅為一社會儀禮。如是，玉串金等之奉納者中，亦多少認為其為具有宗教意

義，關於此，在本件中亦相同的。此外，本件中雖無詢及縣是否有對其他宗教團體所舉行之同種儀式為相同之支出，但不能否定縣確實僅與特定宗教團體之間，有意識地保有特別的關連。由此可知，地方公共團體對於特定宗教團體以本件之形式保有特別關連之事，將會給予一般人有關對該當特定宗教團體為特別之支援，這些宗教團體與其他宗教團體不同，是為較特別者之印象，將會喚起對特定宗教之關心。

被上訴人等主張，本件支出為遺族援護行政之一環，其僅為以告慰戰歿者靈魂及慰問遺族之世俗的目的所為之社會儀禮，並無違反憲法。的確，靖國神社及護國神社中所祭祀的祭神，多為二次大戰中的戰歿者，以遺族為始愛媛縣民中不少人都期望縣能以公的立場來告慰靖國神社中所祭祀之戰歿者的靈魂，這當中未必是將戰歿者視為祭神，作為信仰的對象，而是以緬懷故人的心情來期待者，這是可以肯定的。回應該期待之側面，不能否定本件玉串金等之奉納，具有儀禮之意義。但是，若回顧明治維新以後，因為國家與神道密切之結合



所生種種弊害而設有政教分離規定之前述憲法制定之背景，即使有不少人期待此，亦不應就此認為地方公共團體與特定宗教間的連結，超越了相當之限度是為憲法上所許可者。戰歿者靈魂之告慰以及慰問遺族之事本身，即使非如本件與特定宗教有特別之關連之情形下，亦可為之，於神社所舉行之例行大典時奉納玉串金等事，並不被認為只是習慣化之社會儀禮，則如前述。另外，有論述將對神社奉納玉串金與於故人之喪禮中致贈奠儀之事作比較，一般的理解中奠儀是對故人表示哀悼之意及對遺族表示弔念之意所贈予遺族者，並非是對執行喪禮儀式之宗教家或宗教團體所為之援助，此與宗教團體舉行祭祀時，對宗教團體本身奉納玉串金之事，在一般人的評價中，是完全不同的事。

此外，被上訴人等亦主張，玉串金等之奉納，與參訪神社佛寺時所投錢幣是相同的，但具名地方公共團體所行之玉串金等之奉納與一般未具名而行之錢幣之奉納，不能將其社會意義作同一而論，這是很明確的。如是，本件玉串金等之奉納，即使是以告慰戰歿者靈魂及慰問遺族為直接

目的，亦不可認其僅為以世俗目的所為之社會儀禮而無違反憲法。

綜合上述加以考慮判斷後，應認縣如前述奉納玉串金等予靖國神社或護國神社之事，其目的不免具有宗教意義，其效果為對特定宗教援助、助長、促進，因此而生縣與靖國神社等之連結，參照我國社會的、文化的諸項條件之後，可解為已超過相當之限度，並該當於憲法第二十條第三項所禁止之宗教活動。如此，本件支出是為行使同項所禁止之宗教活動，是為違法。不得不認與此相異之原審判斷，就同項條文之解釋適用有誤。

2.此外，靖國神社及護國神社為該當憲法第八十九條所稱宗教上之組織或團體甚為明確，依上述判示，本件前述奉納玉串金予靖國神社或護國神社所生縣與靖國神社等之連結，參照我國社會的、文化的諸條件後，認已超越相當限度，所以本件支出已該當於同條所禁止之公款支出，是為違法。從而，關於此點之原審判斷，就同條文之解釋適用有誤。

三、被上訴人等之損害賠償責任

的有無

原審基於前述錯誤之判斷，認本件支出未違法，駁回上訴人所有請求，但如上述，由於本件支出為違法，則應更進一步檢討被上訴人有無損害賠償責任。

依原審適法所確定之事實關係，本件支出當時，於法令上具有本件支出權限者為知事一職之被上訴人 B1，本件支出中，對靖國神社所為之者，為依縣之規則，對縣東京事務所長委任，由擔任其職之被上訴人 B2 所施行。此外，本件支出中對於護國神社所為之者，為依縣之規則及訓令，令縣生活福祉部老人福祉課長專決，由擔任其職之被上訴人 B3，繼承已故之被上訴人之 B4、被上訴人 B5、被上訴人 B6、被上訴人 B7（以下包含被上訴人 B2 皆稱為「被上訴人 B2 等」）所分別施行者。

如上述，被上訴人 B1，將屬於自己權限之本件支出，委任予輔佐員之被上訴人 B2 等或以專決令其處理之，所以違反指揮監督上之義務，如認有因故意或過失而未加以阻止時，則認其負有對縣賠償縣因上述違法支出而受損害之義務。（參考最高法院平成二年（西元一九九〇年）

（行ツ）第一三七號平成三年（西元一九九一年）十二月二十日第二小法庭判決，民集四十五卷九號一四五五頁最高法院昭和六十二年（西元一九八七年）（行ツ）第一四八號平成五年（西元一九九三年）二月十六日三小法庭判決，民集四十七卷三號一六八七頁）。依原審適法所確定者，被上訴人 B1，使被上訴人 B2 等對靖國神社等奉納玉串金等，考量就本件支出有違反憲法之重大違法以及就地方公共團體對特定宗教支出玉串金、供品金等事，文部省及自治省等，皆有依照政教分離原則請求慎重對應旨趣之通達、回答，因此認其違反指揮監督上之義務，至少相當於有過失。從而，被上訴人 B1，就本件違法支出，負有賠償縣因此所受本件支出相當金額之損害之義務。

關於此，被上訴人 B2 等，基於地方自治法第二百四十三條之二第一項後段之損害賠償責任之發生要件為限定者，因此於本件支出行為有故意或重大過失為限，對縣負損害賠償責任。依原審適法確定者，被上訴人 B2 等，皆為受委任或令專決之輔佐職員，於知事之前述指揮監督下

為本件支出，且本件支出是否違反憲法，並非極易判斷者，被上訴人 B2 等判斷其未違反憲法者，該判斷雖有誤，但非可認其明顯怠於注意義務而有重大過失。因此，被上訴人 B1 以外之被上訴人等對縣不負損害賠償責任。

#### 四、結論

依上述，上訴人等對於被上訴人 B1 之請求應認可，對於其餘被上訴人等之請求應駁回，與此同旨之第二審判決於結論應予認同，撤銷第一審判決中有關上訴人等對於被上訴人 B1 之請求部分並駁回同請求之原判決主文第一項則廢棄，關於上述部分，應駁回同被上訴人第二審上訴，而對於駁回上訴人等對於其餘被上訴人等第二審上訴之原判決主文第二項之上訴，因無理由應予駁回。

#### 貳、關於 A1 之上訴撤回之效力

申請本件上訴之 A1，於平成六年七月七日，向本法院提出撤回上訴之書面。於此依職權，判斷上述上訴撤回之效力。

本件為地方自治法第二百四十二條之二所規定之住民訴訟。

同條為確保普通地方公共團體之財務行政之適切營運，保護住民全體之利益，給予該普通地方公共團體之構成員，以公益代表人之身份，提起同條一項各號所定之訴訟之權能，同條四項規定，當同條一項規定之訴訟繫屬時，該普通地方公共團體之其他住民，不得以另一訴訟而為同一請求，此乃鑑於住民訴訟之該性質，就複數住民之同一請求，令須以共同訴訟提起，其旨趣乃在對此作一體之審判，一次將其解決。如此，住民訴訟判決之效力，不僅只及於當事人之住民，而是及於該地方公共團體之全體住民，複數住民所提起之住民訴訟，該當於民事訴訟法第六十二條第一項所稱「訴訟之目的確定符合共同訴訟人全體者」，即可解為相當於類似必要的共同訴訟。

但是，關於類似必要的共同訴訟，共同訴訟人之一部分所為訴訟行為，僅於有全體之利益時才生效（民事訴訟法第六十二條第一項）。上訴，為對上訴審請求更正原判決敗訴之部分，所以類似必要的共同訴訟中，一部分共同訴訟人上訴的話，原判決之確定力會受影響，該訴訟全部移

往上一訴審，上訴審之判決效力及於未上訴之共同訴訟人。但是，為合一確定，於上述限度，上訴生效即足已者，鑑於住民訴訟前述性質，對於已失為公益代表人意思之人，要求其違反其意，而就上訴人之地位不僅並不適當，住民訴訟中，由複數住民提起訴訟時，亦是由以公益代表人之名義的共同訴訟人等，所為之預防或更正同一違法之財務會計上行為或怠於行使之事實之公益上的請求。原本提起訴訟各人，並非有自己個別之利益，提起訴訟之後，即使共同訴訟人之數目減少，對於審判之範圍、審理之態樣、判決之效力等並無任何影響。如此，關於住民訴訟，依行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第六十二條一項，解釋為具有使未上訴之共同訴訟人違反其意，而就上訴人之地位之效力，並不適當，未為上訴之共同訴訟人，自不應解為上訴人。此理亦適用於一旦上訴又撤回之共同訴訟人，所以上訴後之共同訴訟人中之一部分，即使撤回上訴，對於其人之關係，原判決未為確定，但其人亦非上訴人。最高法院昭和五十七年（西元一九八二年）（行ツ）第十一號昭和五十

八年（西元一九八三年）四月一日第二小法庭判決，民集三十七卷三號二〇一頁，抵觸上述限度，應為變更。

從而，A1 因撤回上訴，而非為上訴人，依此為本判決。

因此，依行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第四百零八條、三百九十六條、三百八十四條、九十六條、九十五條、八十九條、九十三條、除有法官大野正男、福田博之各補充意見，法官園部逸夫、高橋久子、尾崎行信之各意見，三好達、可部恆雄之各反對意見外，以法官全體一致之意見，判決如主文。

關於判決第一之二之法官大野正男之補充意見如下：

我雖贊同多數意見，但關於多數意見第一之二，我想補充意見：

一、關於本件行為之目的：

本件中須重視者，雖玉串金等之奉納，目的是告慰戰歿者之靈魂、安慰遺族，但至少事實是以靖國神社、護國神社之特定宗教團體之祭祀為對象。如無針對此點，僅以地方公共團體告慰戰歿者之靈魂之事，論及其是否有宗教上意義，或是否該當於社會

儀禮的話，則是偏離本件之核心問題。

被上訴人 B1 主張，本件玉串金等之支出的目的，是回應被上訴人 B1 支持之團體，被上訴人 B1 擔任會長之縣遺族會之請求，而由縣行使之告慰戰歿者靈魂，安慰遺族之遺族援護行政的一環，並無特別的宗教意識。但是，憲法第二十條第三項所稱是否該當於宗教活動之判斷基準之一的行為目的，非僅依該行為人之主觀的，內面的感情的有無、濃淡來判斷，亦須於與行為態樣等相關連之事項中，為客觀之判斷，特別是支出，若非針對宗教團體之世俗的行為，而是偏向於其宗教的行為本身的話，雖說其仍具有世俗的目的，但不能否認其行為之客觀目的上的宗教意義。

本件支出行為，即使一方面具有遺族援護行政目的，其對象為靖國神社等之最重要祭祀，本來即非屬行政範圍之世俗行為，因此不得不認其目的為直接對特定宗教團體之宗教儀式為贊助，不得否定其宗教意義。

## 二、關於本件行為之效果

被上訴人 B1 主張本件玉串

金等之串納，是為告慰戰歿者靈魂之少額奉獻，是為社會儀禮，並非提高對於宗教之關心，或對宗教援助或助長。

雖說本件玉串金等之支出，繼續行之有年，一次之金額為 5,000 日幣乃至 10,000 日幣，從經濟層面看，會有論點認其未必該當於對宗教之援助、助長。但是，在檢討政教分離原則之適用時，不應只視該當行為之外形的、經濟的側面，尚須視社會的、歷史的條件，來看其實質面，考慮其給予社會之無形的或精神的效果與影響。因此，若依上述觀點，則如下述，其影響效果不可謂不大。

(一) 如多數意見所述者，我國雖有各種宗教多元、多重發達、併存，關於戰歿者、戰爭犧牲者之慰靈、追悼，各種宗教團體基於各自之教義、教理、祭祀儀式來為之，其中地方公共團體僅對靖國神社等之戰歿者慰靈祭祀加以贊助，難以否定從一般社會之眼光來看，有特別選擇該祭祀，並重視其宗教價值，不得不謂給予特定宗教團體重要的象徵利益。舉凡公務機關，皆不得援助、助長任何宗教團體，若是於併存之宗教團體中，選擇特定宗

教團體，贊助其宗教儀式時，是為違反以政教分離為中心之國家宗教中立之立場。

(二) 地方公共團體對於靖國神社等之玉串金等之公款之支出之對世俗的影響，亦不可忽視。

起源於宗教的祭祀之儀式等，經年累月後，其宗教意義已淡化，僅以社會儀禮或風俗之形態殘存者亦不少。此情形下，公務機關對此加以實施或參加之，並不會被認為支持特定宗教團體，此外，其具有維持和諧之社會關係之功能，難以認為其會帶來社會的對立。但是，公務機關利用公款，贊助靖國神社等之祭祀，對於那些對靖國神社懷有崇敬之意的人以及將靖國神社視為戰歿者慰靈之中心設施的人而言，或許會感到滿足並認同，但是對於教義與神道不同之宗教團體的人，以及因靖國神社被視為國家神道之中樞存在，而有被強迫禮拜之經驗的人，或者對於靖國神社中聯合祭祀者為軍人軍屬及準軍屬而不包含一般市民之戰爭犧牲者之事，感到怪異之人而言，會有不滿及反感。此種對立，不僅只於宗教領域，在社會的、政治的領域也會有。公務機

關與宗教連結之行為，其效果並廣為影響社會，將令公務機關捲入宗教對立中，同時亦將宗教捲入世俗對立中，其已超過作為社會儀禮以及風俗所認可之範圍，對於公務機關及宗教團體皆有害，要充分避免此害，才能與憲法採用嚴格政教分離原則規範之旨趣相合致。

三、被上訴人 B1 主張，靖國神社為我國戰歿者慰靈之中心存在，地方公共團體奉納玉串金於祭祀中，是為社會儀禮。

但是，玉串金之奉納即使有儀禮之意，且我國近代史上的有一段時期，將靖國神社作為戰歿者慰靈之中心設施，但不可以其為理由，而承認政教分離原則之例外。

憲法第二十條第三項、第八十九條嚴格採取政教分離原則之理由，如多數意見引用之昭和五十二年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決及多數意見反覆判示所指，是基於明治維新以後，我國社會、國家與神道結合，對於國家神道給予事實上國教之地位，要求信仰該教，並對部分宗教團體加以嚴厲迫害之歷史背景，此種政教融合，乃因以

「神社並非宗教」為由，將神道祭祀、儀禮以世俗之次元納入社會規範，此外，更以臣民之義務為名，予以事實上之強制。憲法鑒於第二次大戰後之此歷史經驗，將信教自由作為國民基本人權，給予強大的保障，認識到國家與宗教融合，將提高對信教自由侵害的危險性，因此為作為制度的保障，採用政教分離原則，設置前述規定。參酌此立法經過以及旨趣，上述條項對於公務機關有強烈規範性，在我國社會中雖然有對靖國神社有崇敬之意的人是事實，此雖也是信教自由所應保障者，但若公務機關對於特定宗教團體靖國神社等，使用公款奉納玉串金等，以表特別敬意之事，如前所述，實質觀其目的、效果，對戰歿者慰靈、追悼，已明白顯示公務機關與特定宗教團體之特別關連，參酌上述憲法條項之規範性，並非所可允許者，因此，這些事項不單對於靖國神社是不可允許者，對於所有宗教團體亦同。

關於判決第一之二之法官福田博之補充意見如下：

我雖贊成多數意見，但想藉機對於我國信教自由作若干補

充。

信教自由，為各種人權中最為基本之自由權之一，近代民主主義國家中，皆重視其擁護。如多數意見所述，憲法中所規定之政教分離規定，亦是為更確保此信教自由所設之制度的保障。

在我國神道透過年中祭儀及冠婚葬禮儀式，與國民之生活密切連結，參與此祭儀、儀式能夠被自然地接受的部分亦為事實。即便如此，神道亦為宗教之一，是為憲法第二十條保障信教自由當然前提之範疇者。因此，適用政教分離規定，而檢討國家（包含地方公共團體）對於宗教之關連之際，經常慮及政教分離原則所追求之國家非宗教性乃至宗教中立性之理念，是關於包含神道所有宗教皆適用之理念的精神，是不可或缺的。此外，政教分離規定，是為保障信教自由所設置者，其適用，在承認國家之關連一事上，以審慎基本的態度來面對，是相當重要的。因為承認國家之關連所造成國家過度干預（乃至干涉或強制）國家信教自由之結果之事例散見於諸國之歷史中。因此，維持此慎重態度一事，在透過已緊密化之國際間交流，國民接觸各種宗教之機會增

加之今日及我國保障信教自由，確保對任何信仰之寬容上，應是相當重要的吧。

關於判示第一之二之法官園部逸夫之意見如下。

關於本件支出該當於違法公款支出一事，我亦持與多數意見相同之結論，但對於其理由（多數意見第一之二），見解有異。

我國在戰前，將靖國神社及護國神社作為戰歿者追悼慰靈的中心設施，原審之判斷及被上訴人等皆主張，這些神社有與通常之宗教設施之不同意義。但是，靖國神社與護國神社，由於戰後法制度的改革，成為與其他宗教團體有相同地位之宗教團體（宗教法人），其設施為通常之宗教設施。

我將上述事項作為前提，認為本件之公款支出，違反憲法第八十九條所定公款支出之憲法上的限制規定，在這一點上，須判斷違憲。

一般，葬禮、告別式之際，作為慰問金之金錢，在社會通念上，是以特定已故之人之遺族為直接對象，屬於社會儀禮範疇之支出。與此相異，為宗教團體主持之例行宗教儀式，作為該儀式

之一環，以其儀式之形式，所被奉納之金錢，是直接以該宗教團體為對象之支出。因此，自公款支出該金錢之行為，一方面參酌其支出之財務會計上之費用項目，所意圖之支出目的、支出形態、支出之金額等，即使有屬於社會儀禮之範疇者，成為問題之處，乃在於其乃為該當宗教團體之使用（宗教上的使用）所支出之公款，此支出違反憲法第八十九條規定禁止為宗教上團體使用之目的之公款支出之規定。

參酌本件，依原審適法確定之事實關係，被上訴人 B2 等，於靖國神社或護國神社各神社境內舉行之例行祭祀之例行大祭典，御靈祭典或慰靈大祭典時，為奉納玉串金、獻燈金或供品金，以縣之公款支出多數意見第一之一所揭回數及金額，所以上述金額是為靖國神社或護國神社之使用所支出者。因此，上述支出，為違反憲法第八十九條上述規定之違法公款支出。

在此，附帶說明兩件事。首先，以往最高法院判例，就限制將公款支出於宗教上團體之憲法第八十九條規定之解釋，亦適用所有有關憲法第二十條第三項解釋之目的效果基準，但就關於上



述基準之客觀性、正確性及實效性，我與尾崎法官之意見具有同樣疑問，特別在本件判決中有更深的感觸，但姑且不論這一點，本件中憲法第八十九條上述規定之解釋，無適用上述基準之必要。

接著有關本件爭點之公款支出之違憲性，該支出明顯違反憲法第八十九條上述規定，所以無須判斷是否違反憲法第二十條第三項。我認為凡有關信教問題之公務機關之判斷，應儘可能地謙抑。「為政者之全部權限，決不應及於靈魂之救濟，亦無法及之。」（參洛克·種谷春洋著「近寬容思想與信教自由之成立」第二三〇頁以下）

關於判示第一之二之法官高橋久子之意見如下。

我雖贊成多數意見之結論，但不能認同其所示第一之二，關於此點，我的意見如下：

一、我國憲法第二十條信教自由對於任何人均保障之，任何宗教團體皆不自國家享有特權，亦不得行使政治上權力（第一項），任何人皆不受強制參與宗教上行為、慶典、儀式或節慶（第二項），國家及其機關亦不得為宗

教教育或其他任何宗教活動（第三項），此外，第八十九條規定，公共財產不得為宗教上的組織或團體的使用，便益或維持而支出。這是因為大日本帝國憲法中保障信教自由之規定並不週到，對於國家神道給予事實上的國教地位，強制對其之信仰，並加害於一部分之宗教團體，鑑於明治維新以後國家與神道密切連結所生之種種弊害，所以重新無條件保障信教自由，為使該保障確實，而設政教分離規定。

憲法鑑於信教自由為人類精神自由之核心所在的基本人權及前述我國歷史經過，不僅無條件保障信教自由，並為排除國家與任何宗教之連結，視國家與宗教完全分離為理想，並確保國家之宗教中立性，此亦為多數意見所認同。

但是，多數意見中認為「政教分離規定，是為制度的保障規定，並非直接保障信教自由，而是將國家與宗教分離，作為一種制度來保障，間接確保信教自由。」此外，「國家在加限制於社會生活，或實施、助成、援助教育、福祉、文化等諸項政策時，無法免除與宗教間的關連，因此作為現實的國家制度，實現

國家與宗教完全的分離，實際上是近乎不可能的。此外，若要完全貫徹政教分離原則，反而會在社會生活各方面產生不合理之事態。」「作為政教分離規定保障對象之國家與宗教之分離，自然有一定之界限，將政教分離原則作為現實國家制度來具體實現時，須衡諸各國社會、文化各項條件，當國家不可避免地須與宗教有實際上某種程度連結之前提下，其連結與確保信教自由保障制度之根本目的的關係，在何情形，何限度為不許可等，將是問題所在。」「(政教分離原則)，應解為並非全然不許國家與宗教有所關連，而需探究使其與宗教連結之行為的目的以及效果，並將其連結對照我國社會、文化各項條件後若認超過相當的限度時則不許之。」將憲法所稱「國家與宗教完全分離」作為「理想」，在國家實際上與宗教不具有某程度關連之前提下，考量帶來與宗教相關連之行為的目的及效果，並將此關連與我國社會、文化諸條件對照，如認超過相當限度時，則為不許。

依此想法，憲法第二十條第三項所稱宗教活動，並非指所有國家及其機關之活動中，與宗教

有關連之所有行為，而是「其行為之目的具有宗教意義，其效果為對宗教援助、助長、促進或有壓迫、干涉等之行為」，關於某行為是否該當於宗教活動，則為「不僅以該當行為之外形側面，須視該行為之場所，對於該行為一般人之宗教評價，行為者為該行為之意圖、目的及宗教意識的有無、程度，該行為給予一般人之效果、影響等，考慮所有情形，依社會通念，為客觀判斷」

此想法為多數意見引用之昭和五十二年七月十三日大法庭判決(以下簡稱「地鎮祭判決」)所示，即所謂目的、效果基準，給予其後與宗教有關之裁判相當大的影響，多數意見，準此，作成本判決之骨架，但我對於此目的、效果基準則仍有若干疑問。

二、第一，多數意見稱憲法所稱「國家與宗教完全分離」是為理想，要實現此為「近乎不能」，要完全貫徹此亦會使「各方面產生不合理之情況」，但果真如此嗎？地鎮祭判決中所舉不合理的例子有，贊助與特定宗教有關之私立學校，為維持保存文化財之神社、寺院之建築物、佛像等而對宗教團體之補助，在監獄

等所為的教誨活動等。關於這些，從平等原則來看，當然要求將這些團體與其他團體同等對待，若以與特定宗教有關係為由，而不給予與其他團體相同之贊助或補助金時，毋寧是違反信教自由之行為。此種事例，並非是因政教分離原則將國家與宗教完全分離下所生之不合理事態，亦不認為是貫徹國家與宗教完全分離之障礙。

我認為有一些不可能或不適當「完全分離」的情況。聖誕樹及門松般習俗化之事也是由誰看來都是相當明確的事，並非得以斷定完全無理由為同樣處理之其他案例。但是，「不能為任何宗教活動」之憲法第二十條第三項規定，應解為原則上禁止任何與宗教有關之行為，因此，若有例外，則有必要表示理由。即原則至少應為「國家不得為任何宗教活動」。但是，多數意見卻稱「國家不得不與宗教有實際上某種程度的關連之前提」，而使前提條件逆轉。

憲法第二十條第三項規定，記取我國過去痛苦的經驗，將國家與宗教完全分離視為理想，但我想依目的、效果基準而加限制於宗教活動，並限制縮小其範圍

者，並非憲法所意圖者。

三、第二，多數意見認為「(國家與宗教)之關連，參酌我國社會、文化諸條件後，若認超過相當之限度則為不許」，「須考量各種情況，依社會通念，而為客觀判斷」以現實之態樣，作為判斷之尺度。如前述，在我國給予國家神道國教之地位，其結果產生了各種弊害為眾所周知者，憲法對此反省，無條件保障信教自由，為確實落實將國家與宗教完全分離視為理想而設有二十條之規定，信教自由，是關於內心深處之問題，現在亦難謂已抹去國家神道之殘渣。此外，在我國宗教多元、多重發展，一般國民對於宗教之關心未必很高，對於不同的宗教也極其寬容。歸屬於特定宗教者未必排斥其他宗教，戰前國家神道在各個家庭中為較宗教更為超宗教之存在，成為生活之規範，形成帶來各種弊害的溫床。就宗教的感覺來講，寬容本身並不惡，宗教孕育了容易控制一般國民精神之危險性。由此看來，政教分離原則應嚴格遵守，而非如「參酌社會的、文化的諸項條件而認相當之限度」、「依社會通念為客觀判斷」所稱般以現

實認同之尺度所應判斷之事項。

四、第三，所謂目的、效果基準是極為曖昧不明欠缺明確性之基準。多數意見所稱「鑑於帶來國家與宗教相關連之行為的目的及效果，其關連若參酌我國社會、文化諸條件而認超過相當之限度時，則為所不許者」，所謂「社會的、文化的諸條件」所指為何，「相當之限度」所指者為何限度，並不明確。判斷某種行為是否該當於宗教活動所考慮者，應為「該行為之目的具有宗教的意義，其效果為對宗教援助、助長、促進或壓迫、干涉等之行為」，且「檢討某行為是否該當於上述宗教活動時，不僅以該行為之外形側面，應考慮行為之場所，一般人對該行為之宗教評價，該行為人為該行為時之意圖、目的及宗教意識的有無、程度、該行為給予一般人之效果、影響等諸項情形，依社會通念，而為客觀判斷」，但關於這些事情，要如何評價並不明確。即沒有刻度之尺度。因此，依此基準所判斷之地鎮祭判決後之判決，認定者為相同事實，但結論為異之例不少。

將殉職之自衛隊員之亡夫合

祀於山口縣護國神社之事，基督徒之妻子基於國家賠償法之損害賠償請求，一、二審判決認自衛隊職員參與縣隊友會對於同神社之合祀申請行為，該當於憲法第二十條第三項之宗教活動，但多數意見引用之昭和六十三年六月一日大法庭判決，則認上述行為不該當於宗教活動。

箕面市買入存在忠魂碑之公有地的代替地，而移設、再建忠魂之行為，無償貸與當地戰歿者遺族會上述代替地作為基地之行為，是否該當於上述宗教活動之爭訟，一審判決判斷上述行為該當於宗教活動，二審判決否定之，最高法院平成五年（西元一九九三年二月十六日）第三小法庭判決亦認非該當於宗教活動。

關於本件一審判決與原判決，皆是以目的·效果基準判斷，但結論卻相反，在本判決中，多數意見與反對意見，於相同認定之事實下，皆是依據地鎮祭判決之目的·效果基準，但卻有完全相反的結論，因此，地鎮祭判決所示基準是否為明確指針是有疑問的。

如上述，目的·效果基準，是極為曖昧之基準，以如此曖昧之基準，判斷國家與宗教之關

連，限定解釋憲法第二十條第三項之宗教活動，將使允許國家與宗教連合之範圍擴大，也可能使得信教自由遭受到威脅。

五、我認為憲法第二十條所規定之政教分離原則，是意味國家與宗教完全分離，即國家不受宗教介入，亦不應介入宗教之國家的非宗教性。若想到因為無法充分保障信教自由導致許多弊害之我國過去經驗，政教分離原則，應作嚴格解釋。

因此，我認為若無法提出完全分離為不可能、不適當之理由，則國家與宗教有關連將為不許。以縣之公款來奉納靖國神社之例行大祭典、御靈祭典之玉串金、獻燈金及護國神社之慰靈大祭典之供品金之本件支出行為，皆明顯非可稱為例外之情形，所以是為違憲。

關於第一之二之法官尾崎行信之意見如下：

我同意多數意見，但多數意見中之第一之二則無法贊成，關於此點於下述說明我的意見：

一、政教分離規定之旨趣、目的及合憲性判斷基準

多數意見引用之昭和五十二

年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決及多數意見所示，憲法鑑於大日本帝國憲法下，因為未充分保障信教自由，而產生種種弊害，因此無條件保障信教自由，為更確保該保障，設置政教分離規定，將國家（包含地方公共團體，以下同）與宗教完全分離視為理想，確保國家之非宗教性乃至宗教中立性。上述大法庭判決，延續上述說示，認為國家實施各項政策時，難免產生與宗教之關連，所以實現國家與宗教完全分離實際上是不可能的，如執持於此，則社會生活各方面將產生不合理之事態，舉出對於具有宗教關係之私立學校的贊助，作為無法貫徹完全分離之理想之事例。

可能招致否定平等權與信教自由之結果之完全分離，可視為極不合理，因此為確保此憲法價值所以特別考慮是有其理由，在一定限度內允許嚴格的完全分離之例外，並留存柔軟對應之餘地者，是為處理複雜多歧社會事象之慎重態度吧！在此範圍，我能夠同意上述大法庭判決之說法。從而，我本於上述說示之旨趣，解釋政教分離規定，以國家與宗教完全分離為原則，限於完全分

離為不可能且固執於分離將導致不合理結果之情形下，憲法將容許例外的國家與宗教之關連。

如立於此想法，憲法第二十條第三項規定「皆不得為任何宗教活動」者，應解為國家與宗教有關連之行為，原則上禁止，但是實際上國家與宗教之分離為不可能，固執於分離將導致不合理之結果，限於此情形，容許例外存在。從而，國家在實施政策行為，而與宗教有關連時，須先將其視為被禁止之活動避免之，並檢討是否有非宗教性之代替手段。如果其他手段亦可實施該政策時，國家則不應行使該被疑為宗教活動的行為。但是，若不與宗教發生關連之方法，無法實施該政策，而放棄該政策，會使社會生活產生不合理的結果時，則應更進一步考慮包含於該政策之目的。政策中的法的價值，利益為何，此價值與為此行為所生對信教自由之影響比較是否更為優越，其程度為何等。如不實施該政策，而侵害到其他重要的價值，特別是憲法的價值時，亦是顯著的社會不合理。經此檢驗，若無法明白承認此為值得特別容許之政教分離原則例外之高度法益時，國家則不應參與此有疑義

之活動。此解釋與憲法設置政教分離規定之前述背景及旨趣最為合致，亦忠於文義，作為合憲性判斷基準，是明確且疑義較少者。因此，如不能判斷上述檢討結果中，明確有例外情事時，將其行為解為禁止者，是符合制度之旨趣。

## 二、對於多數意見之疑問

對此，多數意見所示政教分離規定之解釋，並沒有忠於前述制定背景、旨趣及文義，此外，此判斷基準是相當多樣諸要素總合考慮之模糊的尺度，欠缺作為基準之客觀性、明確性，並不適當，所以我無法贊成之。其理由如下：

（一）多數意見認為憲法以政教完全分離為理想，而「分離有其一定之界限」。如果光是看此判示，原則上，所有宗教活動是「不許可」的，但可看出如有分離不能等特別事由，則可「允許」之例外的情形是有的。但是，接著「與確保信教自由保障制度之根本目的關係中，在何場合、何限度是不被許可一事是問題所在」，將「不許可」活動作限定的定義。把完全分離視為現想，而從國家與宗教有關連之事

為不許可之原則的立場出發的話，則不是要將什麼是「不許可的」作為問題，而應論述何者為例外地「允許」。我認為多數意見之立場，沒有達到政教分離制度之旨趣、目的，亦忘記同制度作為確保信教自由之手段須發揮最大機能之要求，所以並不被認同。

(二) 法解釋之原則，依通常意思、用法解釋法律條文，若仍不明白的話，則探求立法者之意思。如直接讀取禁止為「任何宗教活動」之文義的話，則明顯地應解為禁止所有與宗教有關之行為，而採取「原則禁止，例外容許」之立場亦為當然。儘管如此，將沒有加任何限定之文言，以「在何場合，何限度下不被允許者為問題」解釋其性質上為有限制者，是偏離文義，不可採。

關於影響憲法第二十條第三項之美國憲法之類似規定（修正一條），仿效採用所謂目的效果基準之判例，解釋此規定為禁止擁有一定目的、效果之行為者，而認我國亦可加同樣之限定於「宗教活動」之想法於焉誕生。但是，此忽略了二國憲法規定的不同。美國憲法規定「不可制定樹立國教或禁止宗教自由行使之

法律（省略之）」，因為僅不許可樹立國教及禁止宗教自由行使之行為，所以有必要定義該當於上述禁止之範圍，判例則以決定不許可行為之立場來決定基準。相對地我國憲法，則是將所有宗教活動作為禁止的對象，只要是有宗教色彩的行為皆一律禁止之，所以設有於特別情形例外允許之基準，乃是相當自然。參酌兩國條文之差異，正因基準建立方法不同，所以應以各自條文為準。

(三) 此外，多數意見解釋憲法第二十條第三項之用語的意思內容曖昧，其適用範圍不明確，作為將來的指標亦不充分。

多數意見認為，所謂「宗教的活動」並非指「國家及其機關之活動」中與宗教有關連之「所有的行為」，而是視「帶來關連之行為」的目的效果，將其關連對照諸條件而認「超越相當之限度者」，超越此相當限度者為「該行為之目的具有宗教之意義，其效果為對宗教援助……等之行為」此定義中，「該當行為」指「國家及其機關」（以下簡稱「國」）之活動，而帶來與宗教有「關連之行為」（以下簡稱「關連行為」）。

在看國家與宗教之關連時，

如前述般，會有國家之「帶來關連」之國家本身之關連行為以及關連對象之被視為宗教的行為（以下稱「對象行為」）存在，而後檢討兩者之關係為何。另外，此兩者，如國教樹立般，大部分重疊之情形有之，如津地鎮祭般重疊部分減少或本件玉串金奉納般之重疊性則更少之情形亦有之。此外，津地鎮祭之情形，市雖為主辦者，但宗教儀式本身，則是神職人員為主持者，實施獨自之宗教儀式，市與此他人之宗教儀式立於參加利用之關係，在此，關連行為與對象行為之區別相當明顯。

接著多數意見認為，在檢討「某種行為」是否該當被禁止的宗教活動時，不僅只以「該當行為」的外形側面，而應考慮「該當行為實施之場所」等其他之要素。此時，「某行為」及「該當行為」，依先行定義是指國家的活動。但是，多數意見引用之昭和五十二年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決，舉出主祭者是否為宗教家、儀式是否依宗教所定方式等，「該當行為」之外形側面為例示，可推知上述大法庭判決將「該當行為」之用語非用於國家之參與行為，而是

指宗教儀式等與國家具有關連性之對象行為。但是，將此判示解為如定義之國家參與行為之外形者亦有之，特別是欠缺此例示之多數意見，其可能性更高。

此外，後續部分之「該當行為」亦為多義難以特定。多數意見稱「該當行為實施之場所」時，由於愛媛縣之玉串金等之支出成為問題，所以可以想成是帶來縣之關連之損失行為的場所，但如同前述之「該當行為」是指祭典儀式，將之看作是例行大祭典的場所是很自然的。「對於該當行為之一般人的宗教評價」亦同樣，是否是對於玉串金奉納行為等之參與行為，抑或是對例行大祭典等對象行為，還是兩者皆包含之，著實令人感到迷惑。稱「該當行為人為該當行為之意圖、目的及宗教意識」時，所檢討為關於參與行為（人），對象行為（人）之任一，還是兩者皆有之，亦不明確。津地鎮祭時，首先，一般人之意識中，並不認為地鎮祭有宗教的意義，而是作為世俗的行為，習慣化的社會儀禮，評價其為世俗的儀式，如從津市長等亦持相同意識之說示之點看來，其著眼於對象行為之另一方面，本件原判決中，縣之行



為，以戰歿者慰靈為目的，作為遺族援護行政一環，金額很小，被視為儀禮的之點，是以縣之參與行為為中心，來理解「該當行為」及「該當行為人」的。即「該當行為」、「該當行為人」之同一用語，前述大法庭判決將之使用於對象行為，本件原判決將之使用於參與行為，其用語未必僅作為一義解釋。稱「該當行為給予一般人之效果、影響」時，只是論及國家之行為還是亦將例行大祭典等也作為考慮的對象，並不明確，在性質上來說，不認為已把後者除去。簡言之，多數意見，有難以特定其意思內容之部分，難以把握真意，適用時有使判斷錯誤之危險，作為左右合憲性之基準，是不能容許如此之不明確性的。

（四）從而，依我所主張之前述一之立場，國家之行為中，被認為有宗教性者，皆應迴避，如有特別例外之事由，在明確表示以後則允許之，所以應檢討之行為量，應檢討之事項，亦要選定限定之。簡言之，基準之客觀的定立及適用可謂更加容易。

對此，多數意見的立場以「宗教的活動」原本即是具有限定的意義、內容為出發點。在

此，所有的宗教活動，皆是參照例示之多樣考慮要素總合評價後始決定屬於不被允許之宗教活動範圍。檢討對象的量也多，檢討事項亦相當廣泛，特別是不得不依賴總合評價之模糊的判斷基準。在客觀性、明確性之點上令人感到不安。因為是判斷基準，單是列舉考慮要素並不足夠，就各要素之評價方式與輕重未表示任何基準的話，則無尺度之意義。事實上，在至今之裁判例中，依照同一目的效果基準，評價同一行為，卻得出相反結論的例子，乃是上述基準欠缺明確性，顯示其適用之困難。

我認為依前述一所稱適用新基準，以取代前述基準，可防止將來之混亂。

### 三、結論

（一）在此，若依本件前述一所述之基準，首先須檢討縣為實現戰歿者慰靈之意圖，於靖國神社等祭祀時，是否除奉納玉串金等以外，就沒有不與宗教發生關連而實現此之方法了嗎？但是此主張不僅無立證，相反地尚有許多無宗教色彩之慰靈方法是眾所周知之事實。從而，本件之縣之行為，並非該當於與宗教分離

為不可能之情形。此外，想當然者，不與宗教發生關連，仍可實現縣之上述意圖，則不可說若無本件之縣之行為則將招致社會生活上不合理之結果，由此可知，不可認有不違反政教分離原則之例外情事存在。實際上，即使其他都道府縣的知事們不作如本件之玉串金之奉納，亦不生特別不合理之情事，過度尊重此社會禮儀，而忽視憲法之重要價值，是本末倒置的作法。從而，本件玉串金等之奉納，為違反憲法第二十條第三項，所以本件支出是為違法。

(二) 對此，有主張本件玉串金等之奉納，其金額回數很少，並非該當於對特定宗教為援助等之問題，此外，今日社會情勢與昭和初期不同，並無期待國家神道復活之人，對此點之不安，可謂杞人憂天。

但是，我們若回顧自身之歷史，就可簡單地得知如此思考之危險性有多大之實例。人們在大正末期，過著享有擴充最大之自由，但其情勢僅在數年間轉變為國家所意圖者，不論是信教自由、思想自由、言論、出版之自由，極端被限制、壓制，僅為有名而無實，甚至生命身體之自由

亦被剝奪。「今日涓滴細流可成激烈狂流」之警語在最近深刻體會到。如想到情勢之轉變不待十年，則認不應將這些問題當作細末小事放置不問，不論回數與金額，經常於發生初期制止之，則可防止事態的擴大。

有類於上述之主張，舉出我國宗教的雜處、多重性，國民對於他人之宗教情感是寬大的，而認本件般的問題應被寬容對待，無需以違憲等來追究之。但是，由於宗教雜處性等，國民非僅對宗教寬容，甚至是不關心的，不能理解他人對宗教格格不入的感覺，所以亦有傷害、輕視宗教的情感之弊害。信教自由，原本意義是保障少數人的信教自由，所以不能以多數人不關心為理由，而無視於抱有反感之少數人，放任偏好於特定宗教之行為。更且在初期，因為細微而不將其視問題之事態，待成為既成事實，逐漸累積，而至回復不能之危險，這亦是歷史的教訓。由此亦知，應不問現象之大小，就事物之本質，固守原則一事不應草率待之。

我考慮此點，想起憲法追求明示於條文中之制度的歷史背景，將其視為當然之事，並思及

此被無異見地接受之以制定者為始之國民意識，國家應以最大限度來實現憲法所定制度之旨趣、目的而行動，憲法解釋亦應如此要求、獎勵，這是我的信念，所以我敘述本意見。

關於判示第一之法官三好達之反對意見如下：

我認為本件支出非該當於憲法第二十條第三項所禁止之宗教活動，亦非該當於憲法第八十九條所禁止之公款支出，亦不該當禁止宗教團體接受國家特權之憲法第二十條第一項後段。從而，應駁回上訴人等之本訴請求，而駁回此之原判決於其結論應使其維持，本件上訴應為無理由，應受駁回。陳述理由如下：

一、憲法政教分離原則與憲法所禁止之宗教活動及公款支出

關於此點，我的想法與多數意見引用之最高法院昭和四十六年（西元一九七一年）（行ツ）第六十九號昭和五十二年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決，民集三十一卷四號五三二頁及最高法院昭和五十七年（西元一九七九年）（才）第九〇二號昭和六十三年（西元一九八八年）六月一日大法庭判決，民集

四十二卷五號二七七頁之判決相同，以下申述主要論點。

作為現實之國家制度，為實現國家與宗教完全分離，實際上近乎不可能，如要完全貫徹政教分離原則，反而會使社會生活各方面產生不合理之事態。鑑於這些點，政教分離規定保障對象之國家與宗教之分離自然難免有一定之界限，政教分離原則可作為國家制度具體實現時，須參酌各國社會、文化諸條件，國家與宗教不得不有某程度之關連的前提下，其關連與確保信教自由之保障制度之根本目的的關係，究竟在何情況及何限度下才被允許一事，須視為問題。依上述見解，作為憲法前述政教分離規定之基礎，並為其解釋之指導原理的政教分離原則，其要求國家須維持宗教中立，但並非全然不許國家與宗教發生任何關連，而應解為在參酌帶來與宗教發生關連之行為與目的，而認此關連對照我國社會的、文化的諸條件後，為超過相當限度時，而為不許者。

參照上述政教分離原則之意義，憲法第二十條第三項所稱宗教的活動，非指所有國家與其機關之活動中而與宗教有關連之行為，而僅限於其關連參酌我國社

會、文化諸條件後而超過相當限度者，在檢討該當行為之目的是否具有宗教意義、其效果是否給予宗教援助、助長、促進或壓迫、干涉等，而在檢討某行為是否該當於上述宗教活動時，不僅以該當行為的外形側面，而應考慮對於該當行為之一般人的宗教評價，該當行為人為該當行為之意圖、目的及宗教意義的有無、程度，該當行為給予一般人之效果、影響等諸項，依社會通念、客觀判斷。

從而，本件支出是否該當於對於宗教上組織或團體之公款支出，為憲法第八十九條禁止者之判斷，應依上述基準，評價本件支出時，應參酌我國社會、文化諸條件後檢討有否超越相當之限度，且檢討時不應只視該當行為之外形側面。

二、對於靖國神社及各縣等護國神社（在我的反對意見中，所稱護國神社並非僅指宗教法人愛媛縣護國神社，而是指一般存在於各縣等護國神社）之國民意識等。

（一）追悼、慰靈為保衛祖國、父母、妻子、同胞等奉獻性命之戰歿者，並非僅限於遺族及

戰友，亦可謂為一般國民當然之行為。此追悼、慰靈是為祈求祖國及世界的和平，此外，亦是安慰失去配偶及親人的遺族。這是超越宗教、宗派或民族、國家之人類自然普遍之情感。從而，國家、地方公共團體或代表其立場之人，行此追悼、慰靈之事，是符合國民多數的情感，不僅應遵從遺族的心情，對為國殉身之戰歿者，加以深厚追悼、慰靈，是立於國家、地方公共團體或代表其之立場之人當然的禮儀，亦是道義上的義務。觀諸外國的實情，不論各國法令上差異或國家與宗教相關連的不同，國家會自行舉行追悼、慰靈的儀式，或是由代表國家之人或其他立於公立場之人，以公資格參與民間團體所舉行的儀式等，由公立場來為戰歿者追悼、慰靈之例多所存在。在我國，當前之例，亦可與外國為同等考量。從而，如前述，對戰歿者追悼、慰靈為人類自然普遍之情感，追悼、慰靈為戰歿者為國殉身當時之國家政策，由長久歷史以觀，其與正確、錯誤，當或不當並無關連。

個人如上之意見，與於檢討內閣總理大臣及其他國務大臣之靖國神社參拜定位問題之「關於

閣員參拜靖國神社問題懇談會」之昭和六十（西元一九八五）年八月九日報告書（以下簡稱「靖國懇報告書」）中所述之內容之旨趣大略相同。

因此，一般而言慰靈對象之靈，難以認其為與宗教意識完全分離之存在，須留意者為追悼、慰靈時，其與特定宗教之關連，不得超過相當限度而違反憲法第二十條第三項。

（二）靖國神社主要為祭祀我國殉死之戰死者二百四十六萬餘人之神社，位於各縣之護國神社，主要是祭祀上述戰死者中，與該縣有關連之人，皆為宗教設施。從而，於靖國神社及護國神社參拜之遺族、戰友等國民當中，以祭神為信仰對象參拜者亦有之，但一般而言，相較於為此宗教行為的意識，毋寧是追思、追悼為國殉死之父親、兒子、兄弟、友人、所知悉之人，或更為廣泛之為國殉死的同胞之意義較為強烈，如果更簡言之，則是為悼慰戰死者，而前往之意較為強烈。

如此，靖國神社與護國神社為神道之宗教設施，上述各神社之立場，不用多說，多認為前來參拜者皆是基於將祭神作為信仰

之對象之宗教意識而為宗教行為，但從上述多數國民之意識來看，與其說將之視為特定宗教設施者，不如說上述各神社變成追思、悼念、慰靈戰死者之特定的設施、追悼、慰靈之中心的設施，且多數之國民更是將之視為超過宗教，為象徵為國殉死者靈魂的設施，如同象徵靈魂之標柱、碑、名牌等般。

靖國懇報告書亦指出，多數國民與遺族自戰後至今，由其沿革與規模依然將靖國神社視為我國追悼戰死者之中心設施。

此外，現實之問題為在追悼、慰靈戰死者時，象徵為我國殉死之戰死者靈魂者，除靖國神社以外無他，象徵上述戰死者與其縣有關連者所有靈魂的，除其縣之護國神社以外無他。雖亦有千鳥之淵戰死者墓苑，且此墓苑之追悼、慰靈亦不可怠為之，但其墓苑是供奉大戰中殉死者遺骨中，無法辨其名姓以及遺族不明，無法將之交還給遺族之遺骨的墓苑，其並非以日清戰事及日俄戰爭中戰死者為始，而為我國殉死者之所有戰死者靈魂有關之設施。此外，提案設置與宗教、宗派無關之追悼、慰靈的公共設施之有識者亦有之，此雖為值得

參考的意見，但國民感情及遺族的心境，未必能合理地分割，所以即使設置如是設施，亦難認會改變至今國民感情及遺族心境中，認為靖國神社及護國神社為追悼、慰靈之中心設施之想法。

(三) 國民當中期待由代表國家或地方公共團體等立場之人，於靖國神社及護國神社進行追悼、慰靈戰歿者措施之聲音頗多，另外，決議官方參拜之縣議會及市町村議會亦有不少，這些都是因應將上述各神社作為追悼、慰靈戰歿者的中心設施之多數國民意識。正因如此，尚處占領時期之昭和二十六年（西元一九五一年）十月十八日戰後首度之靖國神社秋季例行大典內閣總理大臣及其他國務大臣參拜以來，多數內閣大臣及內閣總理大臣亦於靖國神社春季、秋季之例行大典及終戰紀念日參拜該神社（在某時期沒有參拜該神社之內閣總理大臣毋寧是例外者）。當中，言明其為官方參拜者不在少數，參拜之內閣總理大臣中，為基督徒者亦有之。靖國懇報告書亦建言「政府此際應理解多數國民情感及遺族心情，檢討出不違反關於政教分離原則之憲法規定之旨趣，且令多數國民支持、接

受的形式使內閣總理大臣及其他國務大臣官方參拜靖國神社」。

(四) 作為評價本件支出之社會的、文化的諸條件，須充分考慮如上所述對於靖國神社及護國神社之多數國民的意識等。

### 三、關於本件支出之事實關係及其檢討

#### (一) 對於靖國神社之供奉

對於靖國神社之供奉，昭和五十六年（西元一九八一年）至昭和六十一年（西元一九八六年）間，春秋例行大祭典中，供奉玉串金一回 5,000 日圓共九回，七月的御靈祭典中，供奉獻燈金一回 7,000 日圓乃至 8,000 日圓共四回，其供奉合計 76,000 日圓。

上述各供奉，為例行宗教上祭典之春秋例行大祭典及御靈祭典時所為之者，且自昭和三十三年（西元一九五八年）起每年皆為之，但須留意下列各點：

1. 於靖國神社例行祭典時供奉金錢，是為問題所在。但是，現在靖國神社之春秋例行大祭典之日，隨著戰後政教分離政策之實施，分別以春分之日和秋分之日為基準，依新舊曆換算而定者，春分之日和秋分之日，其在

國民的生活中為春秋分節令中舉行法會或掃墓之正中之日，是為祖先及逝去者掃墓之日。此外，御靈祭典乃是自古以來祭祀、慰靈、供養我國祖先靈魂等中元節日（原本為民間習俗，並非來自佛教）為戰後所訂定者，配合中元時節迎接歸來祖先等之靈魂之掛燈籠習俗，在靖國神社境內，由獻燈金而來之掛燈有超過二萬個。即其皆並非以與祭神直接有關之日來定者，而是以我國多數國民日常生活中，追悼、慰靈祖先等之日來定者，即使偏離對特定宗教之信仰，卻是符合於追悼、慰靈戰歿者之日。

關於春秋例行大祭典及御靈祭典，以靖國神社之立場來看，雖說其為例行祭典，具有重要的宗教意義，其外形亦為主要宗教儀式而無他，但是，如二所述，多數國民將靖國神社視為追悼、慰靈戰歿者之中心設施，對於與追悼、慰靈祖先等之日同時舉行之例行大祭典和御靈祭典，多數國民和遺族，視其為懷念、追悼、慰靈戰歿者儀式之意識甚為強烈，將祭神作為信仰的宗教儀式對象之意識，未必是普遍的。判斷是否該當於憲法第二十條第三項所禁止之宗教活動或憲法第

八十九條所禁止之公款支出時，應該考慮多數國民之意識，而非站在靖國神社之立場。此可謂為宗教儀式之二面性，亦可就被視為世俗儀式之地鎮祭之宗教儀式言之。即關於地鎮祭站在主持該祭典之神職人員的立場而言，其乃是依降神儀式而將大地主神及產土神招至該場所之嚴肅的神道祭典，從其外形亦僅為宗教儀式而無其他，但是對包含建築主及其他參加者之一般國民而言，皆將其視為世俗的儀式。

2. 上述金錢之供奉，皆是根據靖國神社之通知，再由愛媛縣東京事務所長之被上訴人 B2 事先接受愛媛縣知事被上訴人 B1 之委任，然後將錢裝入平常的信封，帶到同神社之社務所，然後口頭告知其為玉串金或獻燈金後交付之。在此供奉之機會及例行大祭典或御靈祭典之機會中，非僅無縣知事自行參拜之事實，亦無東京事務所長或其他縣職員理參拜之事實，裝入平常的信封，亦無記載其為玉串金或獻燈金而交付者，供奉的態樣，可謂極為事務性的。

在例行大祭典中，交付時雖有告知其為「玉串金」，但所謂玉串金乃是與神道儀式相關連，

而供奉金錢之一個名義，眾所周知在喪禮中舉行神道祭典時，在奠儀上記載「玉串金」之例子不少，於例行大祭典中，亦並沒有縣相關人之玉串供奉。因此，以玉串金之名義，未必能看出供奉方之宗教意圖、目的，此外，一般國民也未必將之視作宗教意義的供奉。順帶一提，前揭最高法院昭和五十二年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決中判示其為世俗之儀式，非為憲法第二十條第三項所稱宗教活動之津市體育館之地鎮祭中，津市長及同市議會議長們，將其視為神道儀式，實際上給予玉串供奉，而最高法院昭和六十二年（西元一九八七年）（行ツ）第一四八號平成五年（西元一九九三年）二月十六日第三小法庭判決，民集第四十七卷三號一六八七頁認為其參列非該當於宗教活動之忠魂碑前之神道儀式之慰靈祭典中的神道儀式，亦有市長等參列者之實際玉串供奉。

御靈祭典時，交付時雖告知其為「獻燈金」，但境內揭燈者其由來為我國中元節時為迎接祖先而揭燈之習俗，如前述多數國民將靖國神社視為追悼、慰靈戰歿者之中心設施，所以多數國民

中將御靈祭典獻燈與靖國神社祭神相關連之宗教儀式聯想之意識較為薄弱，追悼、慰靈戰歿者之意識較強。因此，獻燈金之供奉，未必可見供奉方之宗教意圖及目的，此外，一般國民也未必將之視為有宗教意義之供奉。

3.與供奉有關金錢之額度，一般於婚冠喪禮儀之際，以都道府縣乃至知事名義，作為社會儀禮供奉之金錢，是最低限度金額之事甚為明確，以愛媛縣的規模，預算等言之，或靖國神社之規模，預算等來看，都是極為少數，從金額來看，其與宗教之關連，可謂是最低限度。金錢供奉為每年例行大祭典乃至御靈祭典時，所持續實施者，雖有難以將其僅評斷為社會儀禮範圍之困難，但如上述，於例行大祭典及御靈祭典時，金錢供奉若為追悼、慰靈之社會儀禮範圍內者，則其於春秋乃至每年的追悼、慰靈之機會中，持續施行，就如同於每年祭日對於死者的追悼、慰靈一般，可說充分考慮了隆重的儀禮，不可因持續地施行著，而評價其為超出社會的儀禮。

順帶一提，基於靖國懇報告書，昭和六十年（西元一九八五年）終戰紀念日時，內閣總理大



臣至靖國神社本殿，行官方參拜，此際，於本殿供奉了一對記有「內閣總理大臣某某」之花。其為公款所支付而交靖國神社者，金額為三萬日圓，其作為代表一國之人對於戰歿者追悼、慰靈之支出，其當然為社會儀禮範圍內之金額，以此作類比，上述供奉，並非超過社會儀禮範圍內者，甚為明確。

此外，關於地方公共團體所舉行之招待等的判例中，即使於一次的機會裡，支出龐大金額時，亦難認超出社會通念上儀禮之範圍。奈良縣某町為當地出身的大臣舉行祝賀儀式等時，支出326餘萬元之公款（其金額占同町當時年度支出預算額的0.16%）之案例中，被判示為「無法斷定超出社交禮儀之範圍」（最高法院昭和六十一年（西元一九八六年）（行ツ）第一二一號平成元年（西元一九八九年）七月四日第三小法庭判決，判例時報一三五六號第七十八頁）。僅就對追悼、慰靈戰歿者之事中，檢討與宗教之關連是否有超過相當限度之問題時，就微少的支出金額，嚴格糾正者，不能否認有失衡之感。

（二）對於宗教法人愛媛縣

護國神社（以下本人反對意見中稱「愛媛縣護國神社」）對於愛媛縣護國神社之供奉，於昭和五十六年（西元一九七八年）起至昭和六十一年（西元一九八三年）間，春秋慰靈大祭典之際，供奉金名下計一次一萬日圓，共供奉九次，合計為九萬日圓。

上述供奉為例行宗教上祭祀的春秋慰靈大祭典中所為之者，且自昭和三十三年（西元一九五八年）每年持續施行者，須留意以下各點：

1. 金錢的供奉為春秋的慰靈大祭典中為之，愛媛縣護國神社的例行大祭典中的供奉，為問題所在。但是，春秋大祭典就愛媛縣護國神社之立場言之，具有重要的宗教意義，從外形來看，亦為主要宗教儀式而無他，但是，如二所述，多數國民視護國神社為追悼、慰靈戰歿者之中心設施，關於以慰靈大祭典之名而舉行之儀式，如後2所述般，與此儀式有相當關連之財團法人愛媛縣遺族會（以下本人反對意見中稱「愛媛縣遺族會」）為始，多數國民與遺族，如慰靈大祭典之名所示，認其為追念、追悼、慰靈戰歿者儀式意識甚為強烈，而認為其以祭神作為信仰對象之宗

教儀式之意識，則未必為普遍者。此事與靖國神社例行大祭典及御靈祭典之處所述相同，應把握宗教儀式之二面性，在判斷是否該當於憲法第二十條第三項所禁止之宗教活動及憲法第八十九條所禁止之公款支出時，應考慮多數國民之意識，而不應立於愛媛縣護國神社之立場。

2. 上述各金錢的供奉過程如下。即愛媛縣遺族會乃至愛媛縣會長名義寫給愛媛縣知事之慰靈大祭典之介紹函件送至，愛媛縣則進行慰靈大祭典供品金一萬日圓之支出手續，將其裝入寫有「供品金、愛媛縣」之袋中，通常會由老人福祉課遺族援護股長送至愛媛縣遺族會事務所，而受領之愛媛縣遺族會，於慰靈大祭典之日，將上述一萬圓，改裝入寫有「供品金、財團法人愛媛縣遺族會會長 B1」之袋中，而後交給愛媛縣護國神社。

如此，愛媛縣之金錢供奉是直接交給愛媛縣遺族會，再由同會將之裝入書有同會會長之名的其他袋中，交付給愛媛縣護國神社，所以其是否可認為是愛媛縣給予愛媛縣護國神社之供奉，實為疑問，奉納供品金者毋寧是愛媛縣遺族會，愛媛縣可說僅是基

於遺族援護業務，給予愛媛縣遺族會供品金罷了。愛媛縣遺族會並非宗教上組織或團體。即便可視作愛媛縣對於愛媛縣護國神社之供奉，其供奉亦僅為間接者。表記為「供品金」，所謂供品金，並非限於神道儀式，只是與神道儀式或佛教儀式有關之場合，供奉金錢的一個名義，喪禮中舉行神道儀式時，奠儀的信封上會記載「神饌金」（所謂「神饌」是指供神用的酒食）之例，是眾所周知的。是故供品金之名義，未必可見供奉方之宗教意圖、目的，此外，一般國民意識，未必將其視為宗教意義之供奉。

3. 關於供奉之金額，一般於婚冠喪儀典等之際，以都道府縣乃至知事之名義，作為社會儀禮供奉之金額，為最低限度額度之事是甚為明確的，以愛媛縣之規模、預算等來看是極為微少的，而從金錢來看，其與宗教之關連亦是最低限度的，這些與對靖國神社供奉的陳述是相同的。金錢的供奉，於每年春秋慰靈大祭典之際持續施行，雖然亦有難於評價其僅為社會儀禮之範圍內之困難，但如同於對靖國神社之供奉中所述，金錢的供奉，如為追

悼、慰靈之社會儀禮之範圍內者，持續施行一事，應評價為考慮了充分的儀禮，不得因持續施行，而評價其為超乎社會儀禮的範圍。

#### 四、本件支出之評價

追悼、慰靈戰歿者是一般國民當然之行為，此外，對於國家、地方公共團體或代表其立場之人而言，亦是當然的禮儀，從道義上而言，也可說是義務，此外，多數國民視靖國神社及護國神社為自甲午戰爭、日俄戰爭以來我國追悼、慰靈戰歿者之中心設施，並為象徵戰歿者靈魂全體之設施，就現實的問題來看，此種設施除靖國神社及護國神社外而無他，此如二所述。此外，本件支出對於靖國神社及愛媛縣護國神社之供奉，雖從上述各神社之立場來看是具有重要宗教意義，外形亦為主要宗教儀式之例行祭典中所為之者，但對於多數國民與遺族而言，其為追思、追悼、慰靈戰歿者之儀式中所為之者，對於靖國神社之供奉，其交付的態樣，是極為事務性的，對於愛媛縣護國神社之供奉，可認是作為遺族援護業務，而提供予愛媛縣遺族會，不只其可否斷言

為對愛媛縣護國神社之供奉是為疑問，就算可將其視為供奉，其供奉亦為間接，告知其為玉串金或獻燈金或記載為供品金，其未必可看出奉方之宗教意圖、目的，此外，一般國民未必視其為具有宗教意義之供奉，供奉之金額，是一般於婚喪儀典等之際，以都道府縣及其知事之名義，作為社會儀禮所供奉金額之最低限度金額，從金額上來看，其與宗教之關連，亦為最低限度者，不得以每年持續施行，而評價其為超出社會儀禮之範圍等，如三所述。

另外在我國，家中併存有神棚與佛壇，並參拜兩者，更且，家中掛有除此之外神佛守護符者之家庭亦為多數，而有時其家中子女就讀於教會學校的例子亦有之。而前揭最高法院平成五年（西元一九九三年）二月十六日第三小法庭判決的案例中，同一遺族會主辦之每年一次的同一忠魂碑前之慰靈祭，以神道儀式、佛教儀式隔年交互舉行之事例亦有之。即在我國多數國民之宗教意識，日常生活中皆併存不同宗教，其併存相互調和而無格格不入的感覺，並且受到肯定，在我國社會，一般而言，並沒有特別

偏好特定宗教，對於別的宗教也可稱寬容。這樣的社會態樣，並無須批評，而是一種可贊賞的社會態樣，至少也不應以「宗教意識的雜居性」之類「輕蔑」的詞語來稱之。必須考慮該社會的情形，對於只對特定宗教有深厚信仰之人，應對本件問題有某種程度的寬容。

綜合這些情形，本件支出皆應認為是遺族援護業務之一環，支出的意圖、目的，在追悼、慰靈戰歿者、安慰遺族，多數國民亦如是接受之，其給予一般國民之效果、影響等，有追悼、慰靈戰歿者、祈求我國及世界和平、援助、助長、促進安慰遺族的心情之積極評價的效果、影響等，但絕無援助、助長、促進特定宗教或對其他宗教壓迫、干涉等之效果與影響，因此其所帶來的愛媛縣與靖國神社或愛媛縣護國神社之關連，參照我國社會的、文化的諸項條件，不得認其有超越相當之限度，因此本件支出，非該當於憲法第二十條第三項所禁止之宗教活動，亦不該當於憲法第八十九條所禁止之公款支出，也無違反憲法第二十條第一項後段。

## 五、附言

(一) 非得以本件支出而認違憲者已如上所述，但作為心意問題尚有探討餘地。如二所述，公務員立於公務員的立場，在不過度與宗教關連之限度內，盡力追悼、慰靈戰歿者是為當然的禮儀，在道義上亦可稱為義務，追悼、慰靈而與特定宗教相關連所為之支出，僅限於其關連沒有超過相當限度之情形，亦即僅止於本件支出的金額。如果是這樣的話作為心意的問題這樣程度的金額，自己來支付的話會更有同感。因為自己支出的話，將會是誠意的供奉，更能符合追悼、慰靈之旨趣。但是，此與本件支出是否違憲一事並無關連。本件中並非以心意問題來衡量本件支出的當否。這是為何會有上述判斷之原因。

(二) 關於靖國神社及護國神社與國家及地方公共團體的關連，社會上有擔心國家神道及軍國主義復活的聲音。戰前的一段時期及戰爭期間，事實上對於神社的禮拜是受到強制的，所以可以理解上述恐懼的心情。但是，依昭和二十年（西元一九四五年）十二月十五日聯合國最高司令官的神道指令，將神社神道立

於與其他宗教相同之法基礎，同時，明示包含神道之一切宗教與國家分離之具體措施，更於昭和二十二年（西元一九四七年）五月三日實施設有政教分離規定之憲法。自戰後至現在，靖國神社與護國神社，為與其他宗教法人立於相同地位之宗教法人，與戰前之性格不同。此外，設有政教分離規定之憲法下，國家神道無法復活，將和平主義作為基本原理之一的憲法，可充分制止軍國主義之復活。靖國神社的神社憲章第二條，規定神社之目的為「……開啟萬世屹立不搖之太平基礎，並參與安定國家之實現，以此為根本之目的」。對於靖國神社及護國神社與國家及地方公共團體於本件的關連，感到憂懼一事，不禁有過度杞人憂天之感，不得不認其乃疑慮日本國民的良識。應多信賴戰後長期培養下來的日本國民的良識。

（三）社會上亦有指摘靖國神社中祀奉著 A 級戰犯十四人一事。在此所述關於東京裁判者，與本件訴訟之爭點無關，不多加論述，但 A 級戰犯合祭一事，與追悼、慰靈二百四十六萬餘名戰歿者一事並無關聯，更何況與本件支出是否為超出相當限

度之與特定宗教之關聯一事，全然無關。靖國懇報告書亦指出「合祀者之決定，目前為靖國神社之自由，此外，即使合祀者之決定有問題的話，草率地處理為國家、社會、國民而奉獻寶貴生命之人，並非良事。」特此引用之。

（四）此外，如本件般的問題，本質上雖為國內問題，但關於上述（二）及（三），則須經常努力取得相關諸國的理解。

關於判示第一之法官可部恆雄之反對意見如下：

一、本件第一審判決（松山地方法院平成元年（西元一九八八年）三月十七日判決），以津地鎮祭大法庭判決（最高法院昭和五十二年（西元一九七七年）七月十三日大法庭判決）為先例，判認被上訴人 B1（原愛媛縣知事）之行為違憲，其第二審之原審判決（高松高院平成四年（西元一九九二年）五月十二日判決）遵循上述大法庭判決，判認原知事之行為合憲。本審大法庭之多數意見同樣引上述大法庭判決為先例，判認原知事之行為違憲。我遵循津地鎮祭大法庭判決所定立之基準，參酌所列舉之四

項考量要素，而認為導出合憲的結論是相當自然的，以下對照多數意見之說明，並依次將意見表示如下。

二、本件中被上訴人 B1 於愛媛縣知事任內之昭和五十六年（西元一九八一年）至昭和六十一年（西元一大八六年）間之靖國神社之春秋例行大祭典中，奉納玉串金各 5,000 日圓，御靈祭典中奉納獻燈金各 7,000 日圓或 8,000 日圓，愛媛縣護國神社之春秋慰靈大祭典中，透過縣遺族會，奉納供品金各 10,000 日圓，並自公款支出之，因此探討其是否違反憲法第二十條第三項、第八十九條，多數意見判斷本件支出之當否時，以「政教分離原則與憲法第二十條第三項、第八十九條所禁止之國家等之行為」為題，說明如下：

（一）首先，政教分離規定為制度的保障，作為現實的國家制度，要實現國家與宗教完全分離，事實上是幾近於不可能的，並舉出如果要完全貫徹政教分離原則，反而會使社會生活各方面產生不合理之事態。

（二）國家與宗教分離亦有一定之界限，政教分離原則作為

現實的國家制度具體實現時，應對照各國社會的、文化的各條件，在國家實際上與宗教不得不有某程度關聯之前提上，以與制度根本目的（信教自由保障的確保）之關係，論述其關連是否允許之限度。

（三）其結論為，由上觀之，政教分離原則，雖要求國家之宗教中立性，但並非全然不許國家與宗教之關連，應檢討帶來與宗教產生關連之行為之目的、效果，將其關連對照我國社會、文化之諸條件後，如認超過相當之限度，則為不許。

三、上述「對照我國社會的、文化的諸條件，如認超過相當之限度，則為不許」者，從其表現看來，為若超過適法之限度時，則為違法，原本其內容非僅一義，其本身作為該當行為之合憲性判斷基準即有欠缺明確性，多數意見接著敘述如下：

「憲法第二十條第三項所稱宗教活動，非指所有國家與其機關活動中，與宗教有關連之行為，而是指其關連超越上述所稱相當之限度者，且該行為之目的，具有宗教意義，其效果對宗教有援助、助長、促進或壓迫、

干涉等之行為。」即所謂目的、效果基準，其可能成為作為合憲判斷基準之剛才所說「超越相當限度」之所有欠缺一致定義的說明內容，而發揮機能之指標。

但是關於提起具體憲法訴訟之社會紛爭，為適用上述基準以達適切結論，因此更須顯示具體的考慮要素。多數意見關於此點，舉出[1]該當行為的場所[2]對於該當行為之一般人的宗教評價[3]該當行為人為該當行為之意圖、目的及宗教意識的有無、程度[4]該當行為給予一般人的效果、影響等四項考慮要素，在檢討某行為是否該當於憲法第二十條第三項所稱「宗教的活動」時，不只考慮該當行為的外形側面，而須考慮[1]乃至[4]之考慮要素等情，依社會通念客觀判斷之。

以上，多數意見之說明，乃是倣效津地鎮祭大法庭判決之判旨，若對照該判決文，即可明顯看出。在此，對照津地鎮祭大法庭判決之事實及判旨，說明無法贊同多數意見之理由。

四、津地鎮祭大法庭判決作為判例法理所定立之目的、效果基準為(1)該當行為之目的具有宗

教意義(2)其效果對宗教援助、助長、促進或壓迫、干涉等，如二要件充足，則為憲法第二十條第三項所稱「宗教的活動」是為「違憲」(如缺其一，則非違憲)，關於此點，美國判例Lemon Test舉出a.目的是否是世俗的b.主要效果是否非為宗教援助c.國家與教之間是否無過度關連，而若非該當其一，則為違憲之點，為與前述基準之不同。

為考慮四項要素，依社會通念客觀判斷本件縣之支出行為是否滿足目的(是否具有宗教意義)、效果(是否對宗教援助、助長、促進或壓迫、干涉等)基準之二要件，首先，須參酌津地鎮祭大法庭判決之事實，識別其與本件玉串金等支出事實之異同。

津地鎮祭大法庭判決之事案如下。建設津市體育館時，於其建築現場，舉行津市所主辦之開工儀式「地鎮祭」中，市之職員為進行人員，由四名主祭的神職人員，穿著一定的服裝，依循神社神道固有之祭祀儀式，設置一定之祭祀場所，使用一定之祭祀用具，主祭者神職本身，基於宗教的信仰心來執行儀式，但是以市之公款支出儀式之費用(對於

神職之報償費及供品金)是否適當則有爭議。

從而，上述大法庭之判決，在檢討某行為是否該當於憲法第二十條第三項所稱「宗教的活動」時，認不應僅以「該當行為之主祭者是否為宗教家，其順序作法（依照儀式）是否依照宗教所定之方式等」之該當行為之外形側面，而須考慮前述四考慮要素等情，依社會通念客觀判斷之。

以津市長個人為被告之住民訴訟形式中所爭執者，為地鎮祭中儀式費用以公款支出之當否，但所論述津地鎮祭大法庭判決是否該當於憲法第二十條第三項所稱「宗教的活動」者，即是關於津市所主辦地鎮祭本身（其主祭者為專門宗教家之神職人員，並依神社神道固有之祭祀儀式舉行之）。該判決認不應以地鎮祭主祭者是否為宗教家，其順序作法（依儀式）是否依宗教所定方式等，不僅僅對地鎮祭之外形側面，尚應考慮[1]地鎮祭舉行之場所[2]對於地鎮祭之一般人的宗教評價[3]地鎮祭主辦者市舉行地鎮祭之意圖、目的、宗教意識之有無、程度[4]地鎮祭給予一般人之效果、影響等四考慮要素，依社

會通念客觀判斷之。

以下，與津地鎮祭大法庭事件對比，探討本件「該當行為」是否該當於憲法第二十條第三項所稱「宗教的活動」時，所應檢討之考慮要素為何。

五、本件中多數意見所討論之合憲性議論對象者為如前述之，於靖國神社春秋例行大祭典時奉納之玉串金，御靈祭典時奉納之獻燈金，縣護國神社春秋慰靈大祭典時，透過縣遺族會奉納之供品金，其以公款支出之支出行為本身，別無其他。

而剛才所述津地鎮祭大法庭事件中，論述合憲性者為津市所主辦之地鎮祭，本件多數意見所提及上述例行大祭典、御靈祭典、慰靈大祭典之主辦人為靖國神社及縣護國神社，並非縣（關於慰靈大祭典其主辦者為縣護國神社或遺族會雖有爭論，但實際情形即使為兩者所共同舉辦者，主辦者亦非縣）。

關於靖國神社，基於被上訴人 B1 之委任，縣東京事務所長決定，由東京事務所之職員於例行大祭典及御靈祭典時，通常非於其當日而是事前，將玉串金及獻燈金裝進普通的信封中，再送



至神社事務所，無論知事、職員皆無參拜。

關於縣護國神社，基於遺族會之請求，於接近春分與秋分舉行之慰靈大祭典時，知事被上訴人 B1（依老人福祉課長之專決處理）對遺族會會長被上訴人 B1 支出供品金後，所奉納者為遺族會會長之名義之供品金。（依一審判決，有關於春秋慰靈大祭典儀式中知事或其代理人參列之記述）

六、津地鎮祭大法庭事件與本件事案中最為不同的顯著之點如前述，首先，探討應檢討之考慮要素[1]「該當行為之場所」。

關於此點，多數意見認為本件公款之支出，為靖國神社或縣護國神社於各神社境內所舉行例行宗教上祭祀之例行大祭典、御靈祭典或慰靈大祭典時，所奉納之玉串金、獻燈金或供品金，在神社神道中，舉行祭祀為宗教上中心活動，例行大祭典及慰靈大祭典為以神道祭祀儀式所舉行儀式為中心之祭祀，為各神社所舉行之例行祭祀中具有重要意義者，御靈祭典為舉行同樣儀式之祭祀，為靖國神社祭祀中最為盛大規模者，這些都認為是眾所周

知之事實。這些事實果真是眾所周知之事實姑且不論，多數意見似乎強調，神社神道中，宗教上中心活動之祭祀中，最有重要意義或最為盛大規模之春秋例行大祭典、御靈祭典或慰靈大祭典乃於各神社境內舉行（關於此點，在御靈祭典中記有奉納者姓名之燈於境內懸掛之旨，有特別記述一事亦可看出）。但是，例行的宗教上祭祀之例行大祭典、御靈祭典或慰靈大祭典於神社境內所舉行者，為當然之事（掛燈之場所為境內之事亦同），關於本件支出行為之問題，應無津地鎮祭大法庭判決所例示，本件多數意見倣效其作為考慮要素之一的「該當行為之場所」之意義。

七、接著探討多數意見所揭之考慮要素[2]「對於該當行為之一般人的宗教評價」。關於此點，多數意見認為，一般而言，神社本身於其境內（在此再度強調「境內」者，應是與考慮要素[1]之關連）舉行例行重要祭祀時，奉納上述玉串金者，與建築主主辦，於建築現場舉行為祈求土地之平安堅固工程安全之開工儀式「地鎮祭」不同，到底不能說其因時代推移，其宗教意義已希薄化，

而僅是成為一種習慣之社會儀禮，難認一般人僅評價本件玉串金等之奉納僅為社會儀禮之一。

原本在我國（與基督教諸國及回教諸國不同）各種宗教即多元、多重發達、併存者如多數意見所述，但剛才津地鎮祭大法庭判決關於此點指出，多數國民作為地域社會之一員時，信仰神道，而其個人則信仰佛教，在婚冠喪祭典之際，無感於宗教不同所生之矛盾，如此之宗教意識的雜居性是被承認的，一般國民對於宗教的關心未必很高。國民間廣為接受之生活類型為作為地域社會之一員，以鎮守之神社之一員來行動之，回到家中於各個寺院中設置先祖代代之墳墓、葬禮、供養則皆依佛教儀式。

年初多數人會至廟宇參拜，參拜的人多為佛教徒。到神社參拜時，通常會投錢幣於賽錢箱中，但脫去鞋子參上前殿，在神前瞞頭接受神職人員特別之待遇時，則需獻上玉串金。七五三之儀式多依此進行。依照儀式不同而依神社神道固有之祭祀儀式來舉行，但接受此之參拜者多是佛教徒等其他神道信仰者以外之人，其內心通常不會有信仰上格格不入的感覺。

國民參拜神社，獻上玉串金等，除年初參拜、神前結婚儀式、七五三儀式、個人祈願之儀式的機會以外，還有神社神道中其中心宗教活動之例行的祭祀機會。靖國神社之春秋例行大祭典、御靈祭典、縣護國神社之春秋慰靈大祭典亦為其一。靖國神社及縣護國神社原本為戰歿者慰靈之場所設施。戰後作為占領政策之一環，而賦予其宗教法人之性格，但並未因此失去其戰歿者慰靈之場所、設施之基本性質。靖國神社之祭神有 150 個單位之戰歿者為其主體，縣護國神社則以愛媛縣出身之戰歿者為主體，其他則包含對舊藩主、藩政有功者、產業功勞者、警官、消防隊員、自衛官等之公務殉職人員等。祭神之用語稍嫌嚴肅，其為神社神道固有之「術語」，由參拜神社之一般國民來看，現在則指亡去之人，而非神明。

各縣之護國神社，以前稱為招魂社，其例行之祭祀為招魂祭。現在則為六十歲以上年長者才會有的記憶，「招魂祭」是為戰歿者慰靈所舉行者，現在政教分離原則下，非有謂與國家神道間之關係如何如何那般嚴肅，招魂社境內，擺有賣綿花糖、乾烏

賊片的攤販，在飄散著這些氣味的童心當中，此為愉快的節慶外，別無其他。

關於縣護國神社，於春秋二次之慰靈大祭典中，將一萬日圓裝入寫有「供品金 愛媛縣」之袋中，拿到縣護國神社境內之縣遺族會事務所，縣遺族會再將一萬日圓裝入書有「供品金 財團法人愛媛縣遺族會會長 B1」之袋中，向縣護國神社奉納，關於靖國神社多數縣職員亦事前將玉串金（各五千日圓）及獻燈金（七千日圓或八千日圓）送至神社事務所，無論知事、職員皆無參列，已如前述，金額微少之事亦值得矚目。

如上具體考察的話，於神社例行祭典，接受邀請或請求，奉納玉串金、獻燈金、供品金等者，為與神社祭祀相關之事，所奉納之處為神社，因此無法亦無必要否定其與宗教有關，因此不得不謂其具有慣習化社會儀禮之側面一事到底是難以否定的。但是，多數意見引用地鎮祭先例，認非可稱其僅為社會的儀禮。地鎮祭如前述，由津市主辦並由專門的宗教神職人員穿著一定的服裝，依照神社道固有的祭祀儀式、設置一定之祭祀場地，使用

一定之祭祀用具所為之者，相對於此，本件靖國神社或縣護國神社所主辦之例行大祭典、御靈祭典或慰靈大祭典時，所奉納之玉串金等為較少之金額者是為實情，在判定一般人對該當行為之宗教評價如何時，前者僅為社會儀禮，後者則為「難以認定一般人……僅將其評價為社會儀禮之一」，因此其評價顯有失衡。

多數意見如此急於論斷之理由為「縣與特定宗教團體所舉行之重要宗教祭祀有關之事是相當明確的」。

但是，「政教分離原則作為現實之國家制度具體實現時，參酌各國社會的、文化的諸條件，國家與宗教實際上不得不有某程度的關連」者，是多數意見本身所述者，其定立判斷「此關連……為超過相當限度」是為違憲之目的、效果基準，揭示具體適用時，應檢討之四項考慮要素。在論述考慮要素[2]之「對於該當行為之一般人的宗教評價」時，以「縣與特定宗教團體所舉行之重要的宗教上祭祀有關連」為理由，而認一般人之評價亦肯定該當行為具有宗教的意義者，不得不謂在具體適用目的、效果基準時，考慮要素[2]並無發揮任

何機能。

八、接著檢討多數意見所揭考慮要素[3]「該當行為人為該當行為之意圖、目的及宗教意識之有無、程度」。關於此點，多數意見在考慮要素[2]檢討之處，表示難認一般人將本件玉串金等之奉納評價為僅為社會儀禮之一，如是，玉串金等之奉納者中，多少都有著認為其具有宗教意義，此情形於本件中亦相同。

玉串金等之奉納，被認為是靖國神社或縣護國神社所舉行之例行祭祀中具有重要意義者，或於所舉行之規模最為盛大之祭典中，以神社為名而奉獻者，其當然為與宗教有關連者，玉串金等之奉納者，當然多少有意識認為其具有宗教意義。問題是意識的程度。玉串金等之奉納具有儀禮之意涵者，於後之多數意見說示本身亦會出現。即為「的確，靖國神社及護國神社中祭祀之祭神多數是第二次大戰的戰歿者，以遺族為首之愛媛縣民中多數，期望縣以其公的立場進行祭祀於靖國神社等戰歿者之慰靈，這其中未必是將戰歿者視為祭神，作為信仰對象者，而是以懷念故人的心情來期待者，這是可以肯定

的。從回應如此期盼的側面來看，不能否定本件玉串金等之奉納具有儀禮之意涵」。

多年來維持較為低額之玉串金等之奉納，具有作為習慣化社會儀禮之側面者，不待前述多數意見之說示，在實際社會生活中到底是難以否定的，認為玉串金等之奉納者中，「或多或少」意識其為具有宗教的意義之說示，彷彿在講述此間的狀況一般。此外，多數意見既認為不能否定本件玉串金等之奉納具有儀禮之意涵，即使相當多的人期待此，亦不得謂地方公共團體與特定宗教之關連，非為未超過相當之限度而為憲法上所可允許者，但這不過只是已決論其為違憲後之一概否定的說法，在此項中所論者，為具體適用判斷是否「超過相當限度」所定立之目的、效果基準時，關於各個應檢討之考慮要素，至於就前述之多數意見，則不再多言。關於多數意見所說示之「戰歿者慰靈及告慰遺族之事本身，即使以非如本件與特定宗教有特別關連之形式為之，亦是可行」者，亦同。

但是，考慮要素[3]所稱之關於該行為人為該行為之意圖、目的又如何呢？關於此點，多數意

見判認「本件中，因縣無對其他宗教團體所舉行之同種儀式有同樣支出之事實，所以不能否定縣有意識地僅與特定宗教團體具有特別的關連」。其表現並不經意，其文章亦短，但其意圖卻很大。因考慮要素[3]所稱檢證該行為人為該行為之意圖、目的在此便可一舉完結。

依被上訴人 B1 等之主張及附隨此之書證、人證等，除靖國神社之例行大祭典、御靈祭典及縣護國神社之慰靈大祭典以外，愛媛縣亦有支出公款。千鳥之淵戰歿者墓苑之慰靈祭，自該墓苑創設之昭和三十四年（西元一九五九年）以來，一直都是以公款支出，並由東京事務所長等出席。支出金為一萬五千日圓（昭和六十年，西元一九八五年），與對靖國神社及縣護國神社所支出之一年的支出金額並無太大的差別。全國戰歿者追悼式時，亦每年支出供花金一萬日圓。沖繩有為愛媛縣出身之戰歿者所建之慰靈塔「愛媛之塔」（昭和三十七年（西元一九六二年）十月建立），遺族會每年都會前來塔前舉行佛教儀式之慰靈祭，為維持管理該慰靈塔，每年支出公款（約二十萬日圓）。縣之公款支

出並非為宗教的目的，主要是戰歿者之慰靈以及告慰遺族。千鳥之淵戰歿者墓苑之慰靈祭、全國戰歿者追悼式、「愛媛之塔」前舉行之慰靈祭者，皆非宗教團體。但是，千鳥之淵全國追悼式、「愛媛之塔」、靖國神社、縣護國神社，皆主張以公款支出之目的為戰歿者慰靈、告慰遺族之案件中，只有靖國神社及縣護國神社因其為宗教團體，並且以「並無縣對其他宗教團體所舉行之同種儀式為相同支出事實」為理由，而認「無法否定縣有意識地僅與特定宗教團體間有特別關連」，其作為判斷，未免被譏為失其公正。之前皆是謂與特定之宗教團體之關連，但在此卻突然變成「特別的」關連，這是值得注意的。

九、最後，就多數意見所揭考慮要素[4]之關於「該行為給予一般人之效果、影響」檢討之。即目的、效果基準之二要件中，為關於判斷該行為之合憲性最重要之要件者。關於考慮要素[4]多數意見的論述並不多，其為「地方公共團體僅對特定之宗教團體以本件之形式具有特別之關連，對於一般人，縣給予其特別支援該特

定宗教團體，這些宗教團體較其他宗教團體特別之印象，不得不謂其喚起對特定宗教之關心」。

多數意見排除千鳥之淵戰歿者墓苑之慰靈祭、全國戰歿者追悼式、「愛媛之塔」前之佛教儀式慰靈祭之例，以這些慰靈儀式之主辦者非為宗教團體之點立論，其並非適當之批判已如前述，以此為根據，論斷「地方公共團體僅對特定宗教團體以本件之形式有特別關連」之是非者，不得不謂其前提有誤。且立於此前提上，多數意見作為考慮要素[4]該行為給予一般人之效果、影響所述者即為「對於一般人，縣給予其特別支援該特定宗教團體，這些宗教團體較其他宗教團體特別之印象，不得不謂其喚起對特定宗教之關心」。

在此，此給人抽象、欠缺具體性，尚在摸索援助、助長、促進之觀念上的關連之感覺，此點一審判決則較易理解。一審判決所言如下，縣對靖國神社支出之金額為屬於通常的社會儀禮範圍內之金額。但是，一次一次之支出雖為少額，每年反覆為之的話，則不能無視於縣與神社間之關連，其被廣為周知時，對於一般人，會使其產生靖國神社較其

他宗教團體特別之印象，或者加強或固定此印象之可能性加大。結論為玉串金等之支出，可視為其發揮象徵縣與靖國神社連結之功能、玉串金等之支出，從經濟之側面來看，即使非可謂其援助、助長、促進靖國神社宗教活動，從精神之側面來看，上述象徵之功能的結果，可謂具有援助、助長、促進靖國神社宗教活動之效果。關於對縣護國神社之供品金亦為相同之旨。

一審判決儘管縣與靖國神社、縣護國神社之間，無具體連結之實體，但論述到作為兩者之「關於連結之象徵」的功能之處則有些牽強。或者正因無連結之實體，所以極為強調作為「連結的象徵」之精神側面。（與美國判例之「象徵的結合」事例、內容皆不同）

津地鎮祭大法庭判決所定立之目的、效果基準之適用，該行為之效果是否構成對宗教援助、助長、促進或壓迫、干涉等之判定中，不能以這些全然精神面之印象、可能性及象徵作為主要線索來判斷。當抽象的、內容中無可具體掌握之觀念作為指標時，違憲審查權之行使，將成恣意。多數意見雖未採用一審判決所稱

「關於連結之象徵」等之表現，其判決意旨之內容實質上並無不同。

十、以上，依據津地鎮祭大法庭判決所定立之判例法理，檢視多數意見就考慮要素之[1]乃至[4]所說示者，不得不謂依其論理理解其文脈乃是相當困難的。考慮要素[1]在本件中即無發揮機能，且關於考慮要素[2]乃至[4]，亦無充分說明也無論證，多數意見適用目的、效果基準，論斷本件支出行為與宗教之關連為「超越所認相當之限度」。

但是，如前述，不能否認玉串金等之奉納行為具有作為社會儀禮之側面，因此不得不謂前述行為所持有之宗教意義已有某種程度之減少，至於援助、助長、促進，則有欠缺實體，不得不令人感到其徒懼於國家神道之餘影。

本件玉串金等之奉納，自被上訴人 B1 就任知事以前，已有二十年以上之歷史，依一審判決之說法，「屬於通常之社會儀禮範圍內之金額」已長久持續而無他。在訴訟中多有指出關係人之陳述……評價某某細細陳述如何如何之旨……而所稱細細則為綿

長不絕之意。本件玉串金等之支出正該當於此。因此，綿長不絕持續之玉串金等之支出，依多數意見，被認為「超越相當之限度」時，令我想起已故憲法學徒如下之言，其謂「是否應說憲法之不寬容連作為民間信仰表現之地藏及庚申塚存在於公有地之一角之事亦不允許」（小嶋和司「關於所謂的『政教分離』」ジュリスト第八四八號）。

十一、關於本件支出之合違憲性，本人意見基本上已於上述表達完畢，因我的結論認為本件支出並無違憲，所以不只憲法第二十條，亦有必要言及第八十九條。

多數意見關於此點，認為靖國神社及縣護國神社明確該當於憲法第八十九條所稱宗教上組織或團體，所以對靖國神社或縣護國神社奉納玉串金等所帶來縣與靖國神社等之關連，與我國社會的、文化的諸條件相對照後，應解為超過相當之限度，所以本件支出該當於同條所禁止之公款支出是為違法。

憲法第八十九條是行政實務上解釋困難的問題規定之一，多數意見依津地鎮祭大法庭判決所

定立之目的、效果基準，判斷本件支出於憲法第八十九條適合性之態度，可以肯定。津地鎮祭大法庭之判決如下。

其為本件開工儀式「地鎮祭」並無任何違反憲法第二十條第三項者，此外，亦非可謂給予宗教團體特權，亦無違反同條第一項後段。再者，前述開工儀式之儀式費用之支出，從本件開工儀式之目的、效果及支出金之性質、金額等考量，其非可謂對特定宗教組織或宗教團體之財政援助支出，因此無違反憲法第八十九條，亦無違反地方自治法第二條第十五項、第一百三十八條之二。

津地鎮祭大法庭判決中所稱「該當行為」者，為津市當局所舉辦之地鎮祭，本件中玉串金等之奉納之支出以外，並無存在其他相當於「該當行為」者，所以非可將上述先例之判決文照本翻譯於本件中，歸結簡言之，從玉串金等之奉納於本件支出之目的、結果、支出金之性質、金額來看，其非可謂為對特定宗教組織或宗教團體之財政援助支出，因此並無違反憲法第八十九條。

十二、關於憲法第八十九條戰後

之議論，並非豐富（舊帝國議會之審議當時，宗教關係人士最為畏懼者為被明治政府國有化，名義上為國有財產之神社、寺院之土地等，以此規定為依據而被全面奪取之事）。因此，此條文就似該當於此規定之任何一分一毛錢的支出，皆不被允許之形式。在此，多少有問題者，乃為津地鎮祭大法庭判決之判決文中亦出現之「對與特定宗教有關係之私立學校為與一般私學校相同之補助」者，是否違反憲法第八十九條者。

關於此點，如果准許對其他私立學校補助（公款），卻不准對與特定宗教有關之私立學校補助（公款），是為違反平等原則之要求……這樣的說明是為一般。但是，遭遇憲法解釋上難題時，輕易舉出平等原則而欲將問題一舉解決者，實際上，不正是憲法議論上的自殺行為嗎？

另一方面，如果由於平等原則之故，而承認對於宗教關係學校法人以億單位，不，十億單位之巨額的公款支出的話，而且，若不許之，則論斷其侵害信教自由的話，其論理若同時，准許對其他戰歿者慰靈設施之公款支出的話，則沒有理由不准許對同為



具有戰歿者慰靈設施之基本性質之神社予五千日圓、七千日圓、八千日圓、一萬日圓微少的公款支出，若以神社為該當於「宗教上組織或團體」之理由而不許的話，則將導出侵害信教自由之結論。准許對宗教關係學校法人之巨額補助，卻判認些微少的玉串金等之支出為違憲，為什麼會這樣，論者自己不感到矛盾嗎？這都是因為以戰前、戰爭中之神社崇拜強制之歷史為背景之神道批判結論先入為主之緣故。

說到對戰前、戰爭中國家權力對於宗教之彈壓、干涉，必須指出受過嚴酷迫害，為神道系宗教一派之大本教等。

十三、惡的種芽在小處生起時就要好好地摘除，為了整備實現憲

法理想環境之努力，不得鬆懈。但是，國家神道消滅已久的現在，我們眼前並無小小的惡的種芽以上的東西存在吧！

舉出與憲法第八十九條相關之例，關於宗教團體所有之不動產及其收益，將其列於課稅對象以外的話，其等同於積極地對宗教團體支出之公款。此與政教分離原則之關係，在美國判例中論述由來已久。

在我國，與此點關連，應論述之問題狀況果真不存在嗎？為何這些要點都沒有被好好討論，反而，綿長不絕持續著如同本件玉串金等之支出，卻必須如此盛大議論呢？為何這些問題沒有被當成疑問看待，著實令人感到疑惑。

## 二十九、因示威遊行違反道路交通法等案件

道路之使用採許可制有無抵觸集會、結社、表現自由等

之憲法意旨

最高法院昭和五十七年十一月十六日第三小法庭判決

昭和五十六年（あ）五六一號

翻譯人：林素鳳

### 判 決 要 旨

- 一、「本法係以防止道路上之危險，謀交通安全順暢，及防止由於道路交通的原因所發生之阻礙為目的」，道路交通法第一條定有明文。本法第七十七條第一項第四款及長崎縣道路交通法施行細則第十五條第三款，乃本此目的而為規定，有意使用道路進行集會遊行，應事先申請該管警察機關之許可始可。同法第七十七條第二項規定，使用許可認定之合理明確標準，明白揭示依同條第一項各款所為之許可申請，以及不予許可情形之嚴格規範。職是之故，對於集會遊行使用道路之申請，依同條第一項規定，予以否准時，應僅限於依該次集會遊行預定之規模、態樣、路線、時間等加以衡酌，認為該集會會嚴重妨害道路一般交通使用功能，同時，縱令依同條第三項規定附加條件，予以許可，依事前預測，亦無從阻止嚴重妨害交通事態之發生者，始足當之。警察機關對於無前開情形之集會遊行申請，自不得依同條第一項規定，為不許可之處分，其理至明。
- 二、憲法第二十一條人民表現自由之保障，並非毫無限制，得因公共利益而為必要且合理之限制，業經本院著有判例（昭和三十五年七月二十日大法庭判決，刑集十四卷九號一二四三頁）。道路交通法第七十七條第一項第四款、長崎縣道路交通法施行細則第十五條第三款，既係依首揭目的而制定，對於使用道路集會遊行，加以某程度之規範，係對於表現自由

所為必要且合理之限制，與憲法無違。

## 事 實

一九六八年一月，美國核子航空母艦在日本佐世保港靠岸，引起當地反核人士的抗議。惟因事先未經當地警察機關之許可，竟聚眾佔用道路大規模遊行示威。迨執勤警察趨前取締，不惟不退避解散，復棍棒交加，石頭亂飛，資為抵抗。反核人士對於其違反道路交通法之違法行為，亦不遵照道路交通法第一百二十七條、第一百二十八條、第一百三十條規定，遵限繳交罰鍰，轄區檢察官乃依違反道路交通法第七十七條第一項，依同法第一百十九條第一項第十二款（編者按：現為同條項第十三款）犯罪及刑法妨害公務罪，予以提起公訴。被告三人雖一再主張道路交通法第七十七條第一項、第一百十九條第一項第十二款（現為第十三款）之規定不惟不明確，且違反憲法第二十一條規定意旨，應屬無效云云。但遞遭第一、二、三審法院駁回，即第一、二、三審法院先後一致認定，上揭各款規定，不但內容明確，且不違反憲法規定意旨。

## 關 鍵 詞

集團遊行（集會遊行） 公共の福祉（公共利益） 憲法第二十一條（集會、結社、表現自由、秘密通信自由之保障） 條件付與（附加條件）

## 主 文

本件上訴均駁回。

## 理 由

被告A、B、C之上訴，均

主張本件有違憲之處，然實質上僅屬誤認事實或單純違反法令之主張，並非適法之上訴理由。

關於辯護人小西武夫、小泉征一郎之第一點及第二點上訴主張，所謂違反憲法第七十六條一

項、八十一條、三十七條一項、三十七條、二十一條，其實質僅係主張原判決漏未判斷及被告等之行為正當性，且關於爭執妨害公務執行罪中之職務行為適法性不過僅是單純違反法令之主張，上訴理由均非適法。關於第三點主張，所稱道路交通法（以下以稱「道交法」）七十七條一項四款、長崎縣道交法施行細則（昭和三十五年長崎縣公安委員會規則第十號。但是依據同四七年同縣公安委員會規則第四號廢止前之法規。以下相同。）十五條三款之各規定，係對於道路集會遊行之權利所加之不當限制，違反憲法二十一條規定。

但是，道交法及長崎縣道交法施行細則之前述各有關規定，係以「為防止道路上之危險、促進交通之安全與順暢，及防止因道路交通起因之障礙」為目的（道交法一條參照），對於使用道路進行集會遊行，事先必須經轄區分局長之許可後始得為之，同法七十七條二項之規定，乃是揭示關於道路使用之許可必須基於合理而明確的基準，而對於不許可使用道路進行集會遊行之情形予以嚴格限制。因此，對於使用道路進行集會遊行而依同

條一項之規定不予許可時，應僅限於依該集會遊行預定之規模、態樣、路徑、時間等加以考量，如認進行該集會遊行對於道路之供一般交通使用之功能，可能產生嚴重妨害，且分局長縱依同條三項規定附加條件許可，亦可能發生無法防止嚴重妨害交通之事態之發生。除前述情形以外，分局長均不依同條一項之規定，拒絕許可。而憲法第二十一條對於人民表現自由之保障，並非毫無限制，得為了公共福利而為必要且合理之限制，既經本院判例確認（昭和三十五年七月二十日大法廷判決，刑集十四卷九號一二四三頁）。依據前述目的，為對於使用道路集會遊行加以規範，於道交法七十七條一項四款及長崎縣道交法施行細則十五條三款加以規定，該等規定，係為公共利益而對於表現自由所為必要且合理之限制，並未違憲。此徵諸前述判例之意旨可知，上訴不合法。

其次，關於所主張道交法第七十七條第一項及第一百十九條第一項第十二款規定內容因曖昧而未臻明確，違反憲法第二十一條規定。因道交法之前述各規定所規範之地點、對象等，均相當

明確，其內容不得謂不明確，故主張欠缺前提，上訴不合法。

關於辯護人所稱違反判例之主張，所引用之判例，正如所述，因為一般不認為包括對於所謂的日美新安保條約（昭和三十五年條約第六號日本國與美利堅合眾國間之相互協助及安全保障條約）之是否具有高度政治性的相關判斷，因而該主張欠缺前提，主張不合法。

關於第四、二（一）違反憲法第三十一條之主張，依據日本國和美利堅合眾國間之相互協助及安全保障條約第六之規定，因實施就施設、區域及日本國駐在之合眾國軍隊地位協定而為規

定事特別法第二條，並非如主張所稱係不合理差別性之法規，並不違反憲法第三十一條規定，業經本裁判所確認在先（大法廷昭和三十四年（あ）第七一〇號，同年十二月十六日判決，刑集十三卷十三號三二二五頁；昭和四十一年（あ）第一一二九號，同四十四年四月二日判決，刑集二十三卷五號六八五頁）。前述主張無理由。

關於第四、二、（二）所稱違反憲法第三十一條之主張，其實質上係主張事實誤認及違反法令，上訴不合法。

據上論結，爰依刑訴法第四百零八條，判決如主文。

### 三十、扣押傳播媒體採訪錄影帶案件—TBS採訪 自由與錄影帶扣押案件

最高法院平成二年七月九日第二小法庭裁定

平成二年（し）七四號

翻譯人：吳煜宗（節譯）

#### 裁 定 要 旨

傳播媒體的報導自由，為憲法第二十一條規定之表現自由所保障。為達到報導目的之採訪自由，參照憲法第二十一條規定之意旨，亦屬應受充分尊重的權利。惟採訪自由尚非不受任何規制，基於實現公正裁判的憲法上要求，仍應受某種程度的制約。為實現公正的刑事裁判而有必要遂行正當迅速的搜查要求者，採訪自由亦同樣有受到某種程度制約的情形。基於此一要求，對於傳播媒體之採訪結果為扣押者，在決定是否扣押時，就作為搜查對象之犯罪性質、內容、輕重等，以及應作為搜索對象之採訪結果的證據價值，甚至在遂行正當迅速搜查的必要性、扣押採訪結果以作為證據而造成妨害傳播媒體報導自由之程度，並將來的採訪自由所受影響等各種情事，進行利弊的比較衡量，乃是當然之理。

傳播媒體的採訪錄影帶，在分析令人不能坐視的惡質犯罪嫌疑案件全貌上，具有重要的證據價值。另一方面，上述錄影帶是經由犯罪嫌疑人協力所攝影錄製的犯罪行為現場等內容之物，此一經剪輯的錄影帶業已播放完畢，且在獲得犯罪嫌疑人的事先諒解，始予播放等情，在此原審所認定事實關係之前提下，搜查機關對於該錄影帶的扣押處分，並未違反憲法第二十一條規定。

#### 事 實

東京電視公司（簡稱：TBS）在一九九〇年三月二十日播放

約三十一分多鐘，以「潛入幫派二十四小時—巨大組織的舞台背後」為標題的報導性節目。在該節目當中約以十一分鐘左右播出幫派成員的討債行動情形，致該幫派成員被逮捕並經起訴。東京警視廳在進行本件搜查行動時，以被逮捕之人以外，尚有其他幫派成員參與暴力行為及傷害之嫌疑，有分析「其各自所擔任角色」或「犯罪前後順序」、「在幫派所在的位置」等必要，以及確認擔任採訪的工作人員在犯罪行為進行時，究竟採取何種行動等為理由，憑扣押許可狀將攝錄催討行動畫面的二十九卷未剪接錄影帶視為證據，將其扣押。案經 TBS 提起準抗告，因東京地方法院以裁定予以駁回，乃依刑事訴訟法第四百三十三條第一項規定，向最高法院提起特別抗告。

### 關 鍵 詞

報導自由 採訪自由 正當迅速的搜查 公正的刑事裁判 比較衡量

### 主 文

的裁定。

本件抗告駁回。

### 理 由

一、傳播媒體的報導自由，乃受到規範表現自由之憲法第二十一條所保障。而依據憲法第二十一條的意旨，為達到報導目的之採訪自由，亦應是受到充分尊重的權利。惟基於實現公正裁判的憲法上要求，採訪自由亦應受有某種程度的制約。關於此點，最高裁在 JR 博多站事件中亦作相同

二、為實現公正的刑事裁判而有必要遂行正當迅速的搜查要求之際，採訪自由亦同樣存有受到某種程度制約的情形。在基於此一要求下，產生對於傳播媒體之採訪結果進行扣押的情形中，在決定是否扣押時，應該對於作為搜查對象之犯罪的性質、內容、輕重等情形，以及應作為搜索對象之採訪結果的證據價值，特別在遂行正當迅速搜查的必要性，以及扣押採訪結果以作為證據而造

成妨害傳播媒體報導自由之程度，並同將來對於採訪自由可能賦予的影響等各種情事進行利弊的比較衡量，乃是當然之理。

三、基於上述的觀點以檢討本件之特別抗告聲請，本件搜索之發動乃因身為犯罪嫌疑人之幫派幹部與其幫派成員等共謀，為求能回收債權而對於被害人施以暴行、脅迫等無法令人坐視的惡質犯罪行為，而成為違法嫌疑事件並被進行搜查。特別是由於犯罪嫌疑人、共犯之供述既不充分且與本件關係人的供述亦不一致，使得此一傷害事件的重要部分難以確定。所以，基於釐清真相的必要，搜查機關乃對於錄影帶進行扣押。而上述錄影帶，乃是在分析事案之全貌及判斷犯罪是否成立上，具有重要的證據價值。

另一方面在進行扣押當時，錄影帶業已剪接完成並播放完畢，所以由於本件搜索致使聲請人因錄影帶無法播放而被剝奪報導機會的不利益情事，事實上並不存在。此外，由於協助採訪的人士對於錄影帶的播送亦事先了

解之故，因此身為傳播媒體之聲請人其所必須擁護的利益，幾乎並不存在。再加上，本件可以說是依憑犯罪者的協助而得以攝影收錄犯罪現場之物證，為了報導如此的採訪內容，而將其方式視為採訪自由的型態之一，並且對之加以保護的必要性，著實令人懷疑。

#### 四、奧野久之大法官之反對意見

相對於日本電視台事件的情形，錄影帶在證明犯罪事實上幾乎被認為是不可或缺的物證，而於本件的情形中，其作為證據之必要性，則是比日本電視台事件要來得微弱。另一方面，相對於日本電視台事件中，收受賄賂者之目的乃在於保全作為告發贈賄事件的證據之故，在此情形的傳播媒體可以說是代行所謂的搜查工作。然而，在本件的情形中，傳播媒體則專是基於所謂讓國民知曉暴力幫派實況的報導目的，而採訪錄製錄影帶。因此，在本件當中傳播媒體的立場，其應受保護之利益，應是大於日本電視台事件中的傳播媒體。



### 三十一、為拒絕借用市民會館請求損害賠償事件

集會自由與市民會館之使用不許可—泉佐野市民會館事件

最高法院平成七年三月七日第三小法庭判決

平成一年（才）七六二號

翻譯人：林素鳳

#### 判 決 要 旨

- 一、市立泉佐野市民會館自治條例（昭和三十八年泉佐野市自治條例第二十七號）第七條第一款規定，於認有擾亂公共秩序之虞時，不得許可使用市民會館之公共設施。就該款規定以觀，應解釋為僅限於，為避免或防止危害人民的生命、身體、財產或妨害公共安全之必要性，較之保障使用該市民會館之集會自由，更形重要時，不許可使用該會館公共設施。其危險性之程度，不僅以危險事態發生之蓋然性為足，應以具體預見明顯急迫危險之發生為必要，就此一解釋而言，該規範並未違反憲法第二十一條及地方自治法第二百四十四條。
- 二、對於「全關西實行委員會」為舉辦「關西新機場反對全國總動員集會」而申請使用市民會館所作之不許可處分，係根據市立泉佐野市民會館自治條例（昭和三十八年泉佐野市自治條例第二十七號）第七條第一款所規定之不許可事由，合於「認有擾亂公共秩序之虞時」之規定。該不許可處分作成當時，認定該集會實質上的主辦團體，為反對關西新機場，正處於反復、持續地違法行使暴力，以與其他對立團體抗爭當中，如准許前述集會於上開會館召開，將導致各團體於會館內或附近道路上發生暴力衝突行為，其結果將導致發生損害該會館職員、路人、附近居民等之生命、身體或財產之情形。上述情形係基於客觀事實得以具體明確預見者，因此本件不許可處分，並未違反憲法第二十一條及地方自治法第二

百四十四條。

## 事 實

上訴人 A 等，計劃於昭和五十九年六月三日假市立泉佐野市民會館禮堂舉辦「反對關西新機場全國總動員集會」，同年四月二日，上訴人 A 依據市立泉佐野市民會館自治條例第六條規定，以「全關西實行委員會」之團體為名，向泉佐野市長為使用前述禮堂許可之申請。泉佐野市總務部長(請許可之決行權人)，認該申請合於市立泉佐野市民會館自治條例第七條第一款「有擾亂公共秩序之虞者」及第三款「其他足認有妨害會館之管理者」之規定情形，依該等規定不得許可使用該會館，而於昭和五十九年四月二十三日作出不許可本件申請之處分。

## 關 鍵 詞

條例(自治條例) 集會の自由(集會自由) 公の秩序をみだすおそれがある(有擾亂公共秩序之虞) 明らかなき差し迫った危険(明顯急迫之危險) 具体的に明らかに予見された(具體明確之預見) 公物管理權 公物警察權

## 主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

一、經原審確認之事實關係概要如下：

1. 上訴人等，計劃於昭和五十九年六月三日假市立泉佐野市民會館(以下稱「本件會館」)

禮堂舉辦「反對關西新機場全國總動員集會」(以下稱「本件集會」)，同年四月二日，上訴人 A 依據市立泉佐野市民會館自治條例(昭和三十八年泉佐野市自治條例第二十七號。以下稱「本件自治條例」)第六條規定，以「全關西實行委員會」之團體為名，向泉佐野市長為使用前述禮堂許可之申請(以下稱「本件申請」)。

2. 本件會館，乃是被上訴人為求提昇泉佐野市民之文化、教育，並用供集會等目的而設置者，位於南海電鐵泉佐野車站前終點站的一角。附近情況為，馬路對面約有二百五十家店舖的商店街，形成市內最大的繁華商圈。而本件會館禮堂一般正常容納人數為八百十六名（含補助座位共一千零二十八名）。

3. 本件申請許可之決行權人（專決權者）為泉佐野市總務部長，以下述理由否准申請。為舉辦本件集會而申請本件會館之使用，該當於本件自治條例第七條第一款「有擾亂公共秩序之虞者」及第三款「其他足認有妨害會館之管理者」之規定，依該等規定不得許可使用本件會館，而於昭和五十九年四月二十三日以泉佐野市長之名義，作出不許可本件申請之處分（以下稱「本件不許可處分。」）

（一）本件集會，雖以全關西實行委員會之名義舉辦，但實際上係由所謂的中核派（全學連反戰青年委員會）所主辦，中核派在本件申請提出不久之後的四月四日，主導後述連續爆炸事件，係激進派的活動組織。而泉佐野商業聯合會也提出請願書及

陳情書，其主旨為希望勿發給所謂的極左暴力集團使用本件會館之許可。蓋如允許此種組織使用本件會館，恐將因開放本件集會及其前後之示威遊行而產生無法預測之狀況，且其結果亦有影響本件會館附近居民平穩生活之虞，違反公共利益。

（二）本件申請，參加人員雖預定三百名，但本件集會係全國性之大規模集會，前述預定參加人數之可信度，令人質疑，故就本件會館禮堂可容納之人數問題上，可能發生問題。

（三）提出本件申請之上訴人 A，如後所述，曾在昭和五十六年關西新機場的說明會中引發暴亂，而且中核派向來均與其他團體的對立抗爭，亦曾於昭和五十八年發生闖入其他團體所舉辦集會之事件，由此等情形觀之，本件集會中也將有立場不同之對立團體介入，不僅本件會館，甚至附近一帶亦有陷入大混亂之虞。

4. 與本件集會有關，關於上訴人等或中核派，經認定有後述事實：

（一）（1）本件集會之名義人～組成全關西實行委員會的六個團體，反對關西新機場的建

設，於昭和五十七年、五十八年間，亦曾於大阪市内扇町公園和平安靜地舉辦全國性規模的反對集會。

(2) 前述六團體之一，上訴人 A 擔任營運委員的反對「泉佐野新機場之會」，過去曾數次於本件會館小會議室舉辦演講。

(3) 「全關西實行委員會」(上訴人 B 為其代表人) 約自昭和五十二年，於大阪市内中之島中央公會堂等地平穩地舉辦反對集會。

(二)(1) 然而，直至昭和五十九年，關西新機場有關的新公司終於開始運作，同年工程也開始著手進行之後，此時與「全關西實行委員會」有密切關係，且關於本件集會佔有重要地位之中核派，即揭示改以實力阻止關西新機場建設之鬥爭方針，而且不限於示威遊行、集會等合法活動，例如「1」昭和五十九年三月一日，以火焰發射器從附近的高速公路對東京的新東京國際機場公營事業總部大樓噴火、「2」同年四月四日，對大阪市内的大阪科學技術中心(關西新機場對策室所在地)及大阪府廳(企業局機場對策部所在地)以定時起

火裝置引起連續爆炸及放火，造成九人受傷，關於此一違法使用暴力之行為，且已經發表承認自己實施該罪行之聲明。於其內部雜誌～「前進」，有如下記載。即「此次戰鬥，乃是接續十五年餘以來的戰爭～粉碎關西新機場，其中一連串鬥爭的正式第一砲。同時也是接續三月一日公團總公司火焰攻擊、三月二十五日三里塚鬥爭精神的發揚，掀起五月二日～今秋二期決戰的巨彈」。接著又記載著「繼續四月四日的戰鬥到五月二十日，六月三日粉碎關西新機場全國總動員開始進攻」，而且表明了「雖已斷然向敵軍中樞進行肉搏攻擊，但身為革命軍，必要時，無論進行一百次、二百次游擊戰，也要將新機場建設計劃打得七零八落」的決意，強調本件集會乃是此等事件的延伸。

(2) 中核派於本件不許可處分作出之前日，即昭和五十九年四月二十二日，舉辦了反對關西新機場鬥爭活動之一的示威遊行，從泉佐野市臨海綠地往泉佐野車站前，掛著寫有「四月四日游擊戰萬歲！以實力鬥爭阻止關西新機場 中核派」的布條，且在本件集會中也掛著寫有「六月

三日到大阪全國鬥爭現場」的布條等，顯然本件集會乃是前述一連串鬥爭的關鍵性活動，因為參加者幾乎全部都戴著口罩及安全帽，且遊行隊伍前後都有警察戒備，有些商店因而感到不安而拉上鐵門停止營業。

(3) 上訴人 A 乃是與中核派一起活動的積極份子，於昭和五十六年八月在岸和田市市民會館舉辦關西新機場說明會時，曾因佔據講臺而引起秩序混亂，經以暴力妨害業務罪被處以罰金刑。而且 A 也是前述(2)示威遊行之申請許可人兼負責人，其本身也參與示威遊行並散發傳單等活動。

(三) 中核派為爭取左翼運動的主導權，一直處於與其他團體對立抗爭之情況，於本件不許可處分作出時，其與其他團體的對立抗爭正形成高度的緊張關係。

5. 上訴人等因本件會館之使用未獲許可，乃將會場改至泉佐野市野出車站前的海邊舉辦本件集會，根據中核派的內部雜誌報導，當時集結人員有二千六百名，參加人員至少約有一千名。

二、原審根據前述一之事實關

係，認為本件不許可處分，係屬合法，說明如后：(1) 中核派並非單純為本件集會的一個參加團體或支援團體，而是構成本件集會的主體；縱非如此，亦居於可以左右本件集會動向的有力團體之重要地位。(2) 在舉辦本件集會時，中核派及其對立團體介入，大致可預見本件會館內外可能將發生混亂。(3) 於此情形下，泉佐野總務部長判斷若允許其舉辦本件集會，可能發生不小的混亂，結果恐有侵害一般市民之生命、身體或財產安全之虞，亦即對公共安全有明白且急迫之立即危險，而認為該當於本件自治條例第七條第一款規定之「有擾亂公共秩序之虞者」，此一判斷並無應予責難之處。(4) 而且，參加本件集會之人員，遠遠超過本件會館容納人數之可能性極高，故亦該當於本件自治條例第七條第三款規定之「其他認為有妨害會館管理之情形」。

三、關於主張本件自治條例第七條第一款及第三款規定，違反憲法第二十一條第一項，應為而無效；本件不許可處分侵害同項所保障的集會自由，該當同條第二項前段禁止檢閱規定及違反地方

自治法第二百四十四條之部分，判斷如下：

1. 被上訴人設置之本件會館，合於地方自治法第二百四十四條所稱之公共設施，所以除被上訴人有正當理由外，否則不得拒絕居民利用本件會館（同條第二項），亦不得對於居民之利用有不當的差別待遇（同條第三項）。本件自治條例，乃是就公共設施之本件會館的設置及管理，依據同法第二百四十四條之二第一項所訂定，本件自治條例第七條各款規定，係將拒絕使用所必要之前述正當理由加以具體化。

而地方自治法第二百四十四條所稱普通地方公共團體之公共設施，於設有如同本件會館供集會用之設施的情形，除居民違反其設置目的外，原則上應准許其使用，故管理者無正當理由拒絕其使用時，即有不當限制憲法所保障的集會自由之虞。而且在解釋適用本件自治條例第七條第一款及第三款規定時，應探究是否因本件會館之拒絕使用而實質上否定憲法所保障之集會自由。

2. 就此一觀點而言，供集會用之公共設施的管理者，應依照該公共設施之種類，並審酌其規

模、構造、設備等，為充分達成公共設施之使命而適正地行使管理權。依據此等觀點，雖認利用有不相當之事由，但得以拒絕其利用之情形，除利用之申請有競合之情形外，應僅限於允許其集會而利用設施，有導致侵害其他基本人權或公共利益之危險者，此時為避免、防止此一危險之發生，於此設施內舉辦集會，應於必要且合理之範圍內受到限制。而前述限制是否係必要且合理，基本上應比較基本人權集會自由的重要性、召開該集會所可能侵害之基本人權之內容及侵害發生之危險性程度等，然後決定之。依本件自治條例第七條所訂之本件會館使用限制，經比較後認係必要且合理之情形，並不構成不當侵害集會自由，亦不該當於檢閱，因此並不違反憲法第二十一條。

如上之解釋，徵諸本裁判所大法廷判決（最高裁判所昭和二十七年（才）第一一五〇號及二十八年十二月二十三日判決，民集第七卷第十三號第一五六一頁、最高裁判所昭和五十七年（行）第一五六號及五十九年十二月十二日判決，民集第三十八卷十二號第一三〇八頁、最高裁判所昭

和五十六年（才）第六〇九號及六十一年六月十一日判決，民集第四十卷第四號第八七二頁、最高裁判所昭和六十一年（行）第十一號平成四年七月一日判決，民集第四十六卷第五號第四三七頁）之旨趣自明。

3.本件自治條例第七條第一款規定「有擾亂公共秩序之虞者」，係為不得許可使用本件會館之事由，該款雖採取廣義解釋，但從前述旨趣以觀，應限定解釋為，就保障於本件會館舉辦集會之自由之重要性，與為避免或防止於本件會館舉辦集會致人民生命、身體、財產受侵害，公共安全受損之危險的必要性，二者相較之下，後者較優越之情形。其危險性之程度，依前述各大法廷判決之旨趣以觀，應解釋為非僅以單純具有發生危險事態之蓋然性為已足，必須具體預見明顯且急迫之危險的發生為相當（最高裁昭和六十二年（あ）第三一八八號、二十九年十一月二十四日大法庭判決，刑集第八卷十一號一八六六頁參照）。依此一解釋，如此之限制，係為避免或防止其他基本人權之受侵害之必要且合理者，並未違反憲法第二十一條，且亦未違反地方自治

法第二百四十四條。

而且得肯認前述事由存在，並非僅依據許可權人主觀預測此種情形之發生，

應依照客觀事實得以具體明確預測其發生，自屬當然。

再者，基於上述理由，於認有該當本件自治條例之事由時，當然亦應解為該當於同條第三款之「其他認有妨害會館管理之情形」。

四、茲以上述為前提，檢視本件不許可處分：

1.依據前述一之 4 之事實，本件不許可處分作成時點之昭和五十九年四月二十三日，當時被認為係本件集會實質上主辦者之中核派，為阻止關西新機場建設工程之著手，採取了以行使實力來阻止的鬥爭方針，且實際上於同年三、四月間，在位於東京、大阪的機場相關的行政機關亦有引發爆炸事件，造成人員受傷，預定於六月三日舉辦之本件集會，也認為是繼續此等事件之關西新機場建設反對運動之關鍵性活動，而且與其他對立團體間之對立緊張關係，益形升高。於此情形下，雖考慮到在此之前，如前述一之 4（一）上訴人等所舉

辦為反對關西新機場建設之集會，亦曾和平理性的舉辦，但本件集會若在前述時點於本件會館召開，則其他對立團體為阻止、妨害本件集會，將闖進本件會館，本件集會主辦者本身亦將積極對抗，因而本件會館或其附近道路，將引起諸團體間之暴力衝突，其結果不僅是團體成員，包括本件會館職員、路人、附近居民等之生命、身體或財產亦將遭受侵害，此情形得依客觀事實而具體明確預見。

2. 本來，普通地方公共團體於決定是否許可使用公共設施時，不得以集會目的及舉辦團體之性質為由而否准使用，或有不當差別待遇。不過，本件中被上訴人雖不許可上訴人等使用本件會館，但不得認為其係因為上訴人等所倡導之反對關西新機場建設之集會目的，此觀之前述一之4(一)(2)，被上訴人過去曾數次許可上訴人A身為營運委員之「泉佐野新機場反對會」，為演講等目的使用本件會館的小會議室，即可自明。同時，既然得以預見因本件集會之召開可能引起前述暴力衝突產生之明顯且急迫之危險，則負有本件會館管理責任之被上訴人，因不得已採取

避免或防止此種情形發生之措施，即不得謂本件不許可處分係對上訴人就本件會館之使用，有不當之差別待遇。此一限制，並非因上訴人等之言論內容及團體性質之差別，而係因為被認係本件集會實質主辦者之中核派，當時多次反覆使用暴力與其他對立團體抗爭，故居於關鍵性地位之本件集會即具有前述危險，係屬必要且合理之限制。

3. 再者，如主辦人欲和平理性地舉辦集會，但卻以其他反對團體可能反對此集會目的及主辦人之思想、信仰，而有以實力阻止或妨害集會引起紛爭之虞為理由，拒絕其利用公共設施，則違反憲法第二十一條規定之旨趣。但是，被認係本件集會實質主辦者之中核派，就反對關西新機場建設運動之主導權問題而與其他團體持續激烈的對立抗爭活動，不但攻擊並妨害其他團體的集會，甚且發生危害人身的事件；反之，亦有受到其他團體報復或襲擊之危險，已如前述，被上訴人擬依賴警察來防止上述情形之發生，已幾近不可能，故與對於和平理性舉辦集會者為單方性以實力妨礙之情形，不可同一而論。



4. 本件不許可處分之作成，並非以本件集會之目的及被認係實質主辦者之中核派之團體性質為理由，亦非以被上訴人主觀判斷有蓋然的危險發生之虞為理由，而係就本件不許可處分作成當時，中核派為反對關西新機場而反覆違法實施暴力行為，持續以暴力與其他對立團體抗爭之客觀事實加以判斷，得以具體明確地預見，如本件集會於本件會館召開，則本件會館內或附近道路，將發生暴力衝突情形，結果不僅團體成員，包括本件會館的職員、路人、附近居民等之生命、身體或財產亦將遭受到侵害，此一理由得予以肯認。

因而，不得謂本件不許可處分，違反憲法第二十一條及地方自治法第二百四十四條。

五、綜上所論，得肯認原審判斷為正當，包括其他主張均不予採納。

爰依民事訴訟法第四百零一條、第九十五條、第八十九條、第九十三條，除裁判官園部逸夫有補充意見外，裁判官全體一致意見判決如主文。

裁判官園部逸夫之補充意見如後。

裁判官園部逸夫補充意見

一、一般而言，公共設施本來是以增進居民之福祉為目的而供使用之設施（地方自治法第二百四十四條第一項），故原則上居民得自由使用之，除有「正當理由」外，不得拒絕其使用（同條第二項）。前述規定，乃是有關居民使用之規定；但實際上大多數公共設施之使用，並不僅限於該地方公共團體居民，均廣泛地開放給一般民眾使用，故應解釋為前述規定意旨，也適用於一般使用。另一方面，公共設施乃是地方公共團體居民之公共用財產，故前述財產之管理權人之地方公共團體行政機關，就公共設施之使用，於判斷為維持居民及居住者利益（公益）之必要，或有妨害設施保全之情形時，基於公物管理立場，除應對設施使用之條件採取充分的調整措施外，最後則應致力於適當且正確地行使包括不許可使用、撤銷使用許可及停止使用之設施管理權。

以前述觀點來檢視本件情形，會館管理者之市長（本件情形，決行機關為總務部長）於作出本件不許可處分時，於適用本件自治條例第七條第三款所規定要件「其他於認有妨害會館管理

之情形」，以經原審確認之事實關係為基礎，即不得謂總務部長判斷不妥，且既然也認為調整本件會館使用已無期待可能之情況，則前述判斷應可謂並無錯誤行使裁量權之違法。

二、然而，得拒絕使用公共設施之「正當理由」，從前述公共設施之一般性質觀之，自應僅就設施管理之觀點考量，自不待言。但是，如本件會館一般，以供集會用為主要目的之設施的管理規程，應與其他設施有所不同，而發生無法僅就設施管理權範圍處理問題之困難。

本件自治條例，除會館自己經營各種事業外，對於規定集會之提供會館（同法第五條各款）、會館之使用應經市長之許可（同法第六條）、不得許可使用之要件（同法第七條各款）均有所規定。前述要件之一的第七條第一款（以下稱「本件規定」）規定「有擾亂公共秩序之虞者」之要件，此即所謂行政法上之不確定法律概念，故解釋上可謂應有平等原則、比例原則等法理之適用，自應認為總務部長就前述要件之解釋適用，具有相當廣泛之行政裁量權限。而且，

適用前述要件而作出不許使用會館之處分，事實上成為禁止於會館集會時，縱使其係行使設施管理權所為之者，實質上可能造成與以維持公共秩序為理由而禁止集會（所謂警察命令）之相同效果。此種會館之使用，於可能與集會自由或表現自由有密切關係之情形下，依前述要件，得認有廣泛的要件裁量餘地，而且正如本件自治條例一般，於判斷為該當於前述要件而負有作出不許可處分之義務時，則不得謂自治條例之運用，無以公權力恣意限制前述各種自由之虞。因此，就前述要件之規定或解釋，鑑於憲法保障集會自由或表現自由之規定，則有必要作週詳之考量。

本件自治條例，係公物管理自治條例，關於會館行使公物管理權之規定，依其本來之目的為之，故即使與公共設施管理有關，但若涉及為維持地方公共秩序及保持居民及住居者之安全而有所限制時（地方自治法第二條第三項第一款），則應以行使公物警察權之組織、權限及程序有關之法令（包括自治條例）適當地加以規定。由前述觀點而言，難謂本件自治條例第七條第一款之規定，無逾越地方自治法第二

290 為拒絕借用市民會館請求損害賠償事件

百四十四條第二項「正當理由」拒絕使用公共設施之委任範圍的疑慮。

三、個人以為，綜上所論，法庭

意見三，就本件規定作出極為嚴格的限制解釋。根據前述之限制解釋，今後適用本件規定時，應為嚴格限制。

## 三十二、違反岐阜縣青少年保護育成條例案件

平成元年九月十九日第三小法庭判決

昭和六十二年（あ）一四六二號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

禁止並處罰自動販賣機販售不良書刊之岐阜縣青少年保護條例第六條第二項，第六條之六第一項項本文，第二十一條第五款之規定並不違反憲法第二十一條第一項之規定。

### 事 實

岐阜縣青少年保護條例（以下稱「本條例」）規定該圖書之內容「顯著刺激性慾，或顯著助長殘忍性，有礙青少年健全成長之虞」時、縣長得指定（＝個別指定）該圖書為「不良書刊」（第六條第一項）。縣長欲指定其為不良書刊時，除因緊急之必要外（＝緊急指定），必須聽取岐阜縣青少年保護審議會之意見（第九條）。惟「不良書刊」中，特別是認為有以粗鄙姿態或性行為為拍照對象之照片，或刊載上述照片超過該編集版面一半之刊物，縣長得預先依該照片之內容，以規則規定而為指定，代替第六條第一項之個別指定（第六條第二項）。從而本條例施行規則規定照片內容為「全裸，半裸或以近乎裸露狀態所為之粗鄙姿態」「性交或類似之性行為」（第二條），且依告示其具體內容有更詳細之規定。而業者亦不得販賣，分發或出租該不良書刊給青少年，亦不得將該不良書刊於自動販賣機販售（第六條之二，第六條之六），違者依罰則處罰之（第二十一條）。

被告是三重縣以自動販賣機之圖書販賣為業的公司董事長，因公司業務前後五次於該公司之岐阜縣內所設自動販賣機販賣上揭之「不良書刊」違反本條例，一二審皆獲有罪判決，故以本條

例所規定之「不良書刊」有違憲法第二十一條為由提出上訴。上訴駁回。

### 關 鍵 詞

青少年保護育成條例（青少年保護條例） 知事（地方首長）  
有害圖書（不良書刊） 青少年保護育成審議會（青少年保護審議會） 知る自由（知的自由）

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

一、辯護人青山學，井口浩治之上訴趣旨中有關違反憲法二十一條一項之部分，依岐阜縣青少年保護條例（以下稱本條例）六條二項，六條之六第一項本文二十一條五款禁止自動販賣機販售不良書刊之規定並不違反憲法二十一條一項事，據本院各法庭判例（昭和二十八年間第一七一三號同三十二年三月十三日判決，刑集十一卷三號九九七頁，昭和三十九年（あ）第三〇五號同四十四年十月十五日判決，刑集二十三卷十號一二三九頁，昭和五十七年（あ）第六二一號同六十年十月二十三日判決，刑集三十九卷六號四一三頁）之趣旨中既已

闡明，指摘違憲並無理由。同上訴趣旨中有關違反憲法二十一條二項前段之部分，本條例不良書刊之指定不該當同項前段之檢查事，據本院各法庭判例（昭和五十七年（行ツ）第一五六號同五十九年十二月十二日判決，民集三十八卷十二號一三〇八頁，昭和五十六年（才）第六〇九號同六十一年六月十一日判決，民集四十卷四號八七二頁）之趣旨中既已闡明，指摘違憲並無理由。同上訴趣旨中指摘違反憲法十四條事，據上掲昭和六十年十月二十三日大法庭判決之趣旨中既已闡明，指摘違憲並無理由。同上訴趣旨中，以規定之不明確性為由指摘違反憲法二十一條一項、三十一條事，本條例對不良書刊之定義確如上訴理由所述有不明確之處而缺乏前提，至於其他則全數為單純之法令違反，事實誤

認之主張，不該當適法之上訴理由。

二、鑑於上述所論，特作若干說明。

1. 依本條例規定，地方首長認定該圖書內容顯著刺激性欲，或顯著助長殘忍性，有礙青少年健全成長之虞，得指定該圖書為不良書刊（六條一項），而欲指定其為不良書刊時，除緊急情況外，必須聽從岐阜縣青少年保護審議會之意見（九條）。惟，不良書刊中，特別是以粗鄙姿態或性行為為拍照對象之照片，或刊載上述照片超過該編集版面一半之刊物，地方首長得替代上揭六條一項之規定（六條二項），事先訂定規則指定該照片內容。從而岐阜縣青少年保護條例施行規則二條中規定之照片內容為「一，全裸，半裸或以近乎裸露狀態所為之粗鄙姿態，二，性交或類似之性行為」，且依昭和五十四年七月一日岐阜縣告示五三九號，其具體內容有更詳細之規定。綜上所述，指定為本條例六條二項之圖書時，無須聽取同審議會對各圖書之意見，該照片依上述公告所示為指定內容時，即為受規制之不良書刊。依上述六

條二項指定為不良書刊時，禁止販賣或出租該不良書刊之業者，販賣，分發或出租給青少年，且自動販賣機業者亦不得將該不良書刊於自動販賣機販售（本條例六條之二第二項、六條之六第一項），違者依罰則處罰之（本條例二十一條二款、五款）

2. 本條例規定之不良書刊對思慮未臻成熟之青少年而言，恐對其性價值觀造成惡性影響，甚至助長拖脫離常軌之性行為或認同殘虐行為之風氣，有害青少年之健全成長，此乃社會共同之認知。自動販賣機販售不良書刊無須面對販售者，在心理上使購入更為容易。不限時段均可購得，且販售不良書刊之自動販賣機林立於街頭更刺激了購買欲。與書店之販售相較，其弊害更形嚴重。又，就自動販賣機業者而言，經由上述審議會之意見聽取而被指定為不良書刊為止，該圖書可能已販賣完了，故為有效防止此等規避法律之行為，本條例六條二項之指定方式確有其必要性，且甚為合理。禁止自動販賣機販售不良書刊之規定不僅對青少年不構成違反憲法二十一條一項，對成年人亦能收制約不良書刊流通之效，此乃伴隨淨化阻害

青少年健全成長環境之規制的必要制約，並不違反憲法二十一條一項。

據上論斷，依刑訴法四百零八條，判決如主文。

此判決除法官伊藤正己之補充意見外，全體法官均持一致意見。

法官伊藤正己之補充意見如下。

岐阜縣青少年保護條例（以下稱「本條例」）指定不良書刊之規制並非違憲事，法庭意見如判決主文所示。所有避免青少年取得不良書刊之相關條例，為眾多地方公共團體所制定，包括本件該當不良書刊之各雜誌，許多不值保障其表現之自由或價值極低之出版物，皆已營利為目的而刊載，故在青少年保護育成的前提下，極易受到本條例之制約。本條例之法的規制不論提供者之傳播媒體自身，或一般社會常識，皆未有反對意見。但此規制亦涉及憲法保障表現自由之部分，值得深思檢討之處為數不少。以下為本庭之補充意見。

#### 一、本條例與憲法二十一條

（一）經六條一項指定為不良書刊之圖書，以及同條第二項指定為具有內容的圖書，本條例

認定不得販售，出租予青少年或提供青少年閱覽（六條之二），此點明顯限制了青少年知的自由。該法院將國民之知的自由保障，由憲法二十一條一項所規定的要旨、目的中，換言之，以派生原理之方式理所當然地導引出來（參照最高裁昭和六十三年（才）第四三六號平成元年三月八日大法庭判決，民集四十三卷二號八十九頁），而事實上青少年在憲法上也同樣享有知的自由，此點是毋庸置疑的。

當考量青少年所應享有之知的自由時，有些人會認為青少年因為尚處於人格的形成期，經由廣泛接觸毫無偏差的知識或外部訊息後，方能在精神狀態上茁壯成長，由此可知此等知的自由之保障對青少年而言極具必要性。為了達成此一目標，不僅是保護青少年的親權者及其他相關人等非常關心，同時也指望政府在政策方面能多所考量，例如適合青少年的圖書利用設施之齊備等；不過另一方面，當吾人從所謂憲法保障自由的角度來看這個問題時，只能說青少年所能獲得保障的程度比成年人要來得低。換言之，知的自由之保障是有前提條件的，亦即自身必須具備從被提

供出來的知識與訊息中加以選擇，並從其中獲得有助於自己人格形成物質的能力。而以一般觀點來看，青少年的精神層面尚未達到成熟階段，無法充分具備上述所謂的選擇與辨別的能力，受到自己所接收的知識或訊息的影響相當深遠，因此還欠缺獲得與成年人同等知的自由之保障前提條件，於是認為有需要讓青少年應具備之知的自由受到一定程度的制約，並藉由這種制約來保護青少年尚未成熟的精神層面不致受到危害。原本採取這種保護措施的應該是站在第一線的親權者或其他身為青少年保護者們的任務，不過由於他們無法充分發揮機能的情況並不在少數，於是為了達到保護的目的，以致於有人會認為必須從公的立場進行干預，例如本條例就是其中被考慮到的一種方法。

在此種情況下，當某種表現的對象是針對青少年時，以其制約的憲法適合性而言，就不能像對成年人的表現制約那樣作嚴格基準的適用解釋，這種方式是相當適宜的。如果是這樣的話，一般較具優越表現地位，而且能制約表現自由的法令，就會被拿來作為判斷違憲與否的基準，例如

不容許沒有明顯且立即性危險存在的制約；或是仍存在著不屬於限制範圍內，又是可供作其他選擇的手段時，這種制約就不完全適用違憲等的原則；或是表現的事前規制在原則上不被容許等等。至於青少年所謂接受規制的表現範圍並不明確的違憲判斷基準，也和成年人的情況有別，或多或少都適用較緩和的形式。現在就以上觀點，區分成以下論點加以研究。

（二）就保護青少年的不良書刊之規制而言，有人會以不良書刊有誘發青少年出現不良行為，或有危害青少年精神成熟的疑慮，作為支持這種立論的立法事實，但是對於這些事實還是有很多並沒有獲得科學方面的證明。的確，我們不能因為青少年接觸到有害書籍，就說他有出現不良行為的明顯且立即的危險，或許我們不能說這種關係可以由科學加以論證，可是為了使保護青少年的有害書籍的規制符合憲法，以具有出現青少年不良行為等危害的相當蓋然性就足以解釋了。

所謂保護青少年的立法目的，理所當然會受到普遍的肯定，正因為這類規制的必要性倍



受重視，於是關於該規制訂定的方法，便具有容易被加以肯定的可能性，可是，既然它是和表現自由的限制同時並存，就不能輕易認定它有相當的蓋然性，也絕對不允許超越必要的限度。然而，我們也不能因為沒有嚴密的科學證明足以說明有害書籍會誘發青少年產生不良行為或造成其他危害，就立即認定這種制約會對知的自由造成限制完全是違憲的行為，這也是不適當的。

就表現自由與知的權利而言，德國基本法五條二項明文規定依據少年保護法而加以限制，我們可以解讀為承認所謂的「法律的保留」。由於日本憲法的基本精神與德國基本法不可同日而語，因此不能因為它是運用法令來保護青少年的表現自由，知的自由之制約，就立即以合憲的規制予以承認。可是，從現代社會的共通認識來看，為了保護青少年而對接觸不良書刊的青少年的自由加以限制，可以說是絕對能滿足前面所提到的相當蓋然性的要件，問題是本條例所採用的手段方法，是否踰越憲法上所允許的必要限度。

（三）如同前面所看到的，本條例中的不良書刊規制，是限

制了表現自由與知的自由之產物，可是基本上這種規制會受到肯定的原因，主要因為它是一種保護青少年的規制，甚至可以說是基於這種特殊性所使然。可是，如果這種知的自由連同成年人在內，都因為類似本條例的形態和方法被加以限制的話，以憲法上極其嚴格的判斷基準來看，結果絕對免不了違憲的認定。即使它是以限制青少年知的自由為目的，在這種規制的實質效果也完全封殺成年人知的自由時，我們也就不得不接受這些相同的判斷。

話雖如此，就算是限制青少年知的自由之規制，同時也使成年人知的自由受到制約，從保護青少年的目的來看，這是一種必要規制所必然會產生的附隨性效果，只要這種受到制約之圖書的其他到手方法為成年人所認可時，在這種限度下成年人知的自由遭到限制也就不得已了。本條例不只是針對書店的販售而已，就連自動販賣機（以下稱自販機）的販售也被加以規制，依據本條例六條二項的說法，被指定為有害的圖書是禁止放進自販機中的，這一點就剝奪了成年人從自販機中輕易取得這些圖書的方

便性，對成年人知的自由形成一種相當嚴苛的限制。不過，這並不能證明成年人以其他方法接觸這些圖書的機會也因此而完全遭到封鎖，因為特定方式的販售，事實上對成年人而言只是些微受到限制而已，因此一併考量不良書刊不具一般價值或其內容非常貧乏時，以成年人知的自由遭到制約作為理由，認定本條例違憲是不適當的。

（四）如果本條例所定的規制等同於憲法二十一條二項前段所謂的「檢閱」，由於這種憲法上所稱的禁止是相當絕對性的，於是本條例理所當然的就構成違憲，可是，該法庭的意見卻又說明它並不同於「檢閱」。依據其所引用的最高裁昭和五十七年（行ツ）第一五六號同五十九年十二月十二日大法庭判決（民集三十八卷十二號三〇八頁）的說法，憲法所謂「檢閱」的全文為「以行政權為主體，以思想內容等表現物為對象，以內容的全部或一部份禁止發表為目的，對認定為對象的特定表現物作全般性的網羅，於發表前審查該內容，被認定不適當的內容就禁止發表」。可是，本條例的規制即使是六條一項所謂的個別指定，或

者是六條所規劃訂定的指定（以下稱為「包括指定」），都是以發表後的圖書為對象，就算是受到了指定，青少年姑且不論，成年人還是有其購買到手的管道，因此稱不上等同於上述所定義的「檢閱」。

憲法二十一條二項前段所述「檢閱」的宗旨為絕對的禁止，絕對和同條一項的表現自由之保障有連帶關係，即使是在圖書被發表之後，在購買者買到手之前仍然有斷絕他購買的管道，於是具備這種效果的規制也會被認為是事前的控制，就算圖書不是絕對的被加以禁止，只要這種規制是在嚴格且明確的要件下成立的，就不得不說它是被允許的（參照最高裁昭和五十六年（才）第六〇九號同六十一年六月十一日大法庭判決，民集四十卷四號八七二頁）。雖然本條例的規制不去追究它是個別指定或包括指定，只要圖書在被指定之後，購買者買到手的管道就會受到相當程度的限制，這就具備了事前控制的性格。可是這種情況並不會完全封鎖購買者知的自由，如果我們將遭受到指定的不良書刊，還是有其他販賣的方法；未來所見的指定判斷基準明

確；規制的目的主要在保護青少年等一併加以考量時，這時候無論它是否具有事前抑制的性格，仍然可以解釋為是為了滿足合憲的要件。

（五）就像我們前面所看到的，本條例也將包括指定方式訂定為不良書刊的規制方式。這種方式並沒有經過岐阜縣青少年保護育成審議會（以下稱「審議會」）的審議，而是經由條例及以條例為基礎的規則、告示，確定不良書刊的基準，然後將符合條件的圖書以包括性的方式作為不良書刊加以規制。雖然一般經由公正機關的指定手續，可以將是否為不良書刊的判斷進行得更慎重，並得到妥當決定的擔保，根本稱不上是為了不良書刊的規制被容許的必要要件，不過卻也是讓它成為合憲規制的有利根據之一。包括指定方式正因為欠缺這一點而成為問題所在。

這種包括指定的作法並沒有針對圖書作個別審查，只是概括地對不良書刊撒下規制的天羅地網，因此它具備檢閱的一面是無法予以否定的。可是，就像從法庭意見的說明所能看到的，青少年經由自販機的販售可以輕鬆地購買到不良書刊，於是這種方式

就被用來作為防止危害發生的對應方法。然而只要肯定這種為了保護青少年的不良書刊規制，就算是從自販機購買不良書刊，和從書店等地方購入完全不同，例如心理方面的壓力較小，危害就越大；或是經由審議會的調查審議後的個別指定方法，並不能防止青少年經由自販機買到不良書刊等情形來看，就不得不說包括制定的必要性相當高了。雖然不能因為極具必要性就將表現自由的嚴格規制予以合理化，也不能將表現自由的內在限制，輕易地判定會被容許，不過，只要還有其他可能選擇的手段，就無法有效抑止青少年買到不良書刊，因此除了承認這種方式是不得已之外根本別無他法。以我的立場來看，只要以下的包括指定基準夠明確，所指定的範圍已經抑制在必要且最小的程度，而且以成年人知的自由沒有被封殺的前提下，是不能夠斷定包括指定屬於違憲的範疇的。

## 二、基準的明確性

當法的規制執行時，都會要求判斷被規制的對象為何，而且它的判斷基準都必須非常明確，尤其是科以刑罰之際，嚴苛的明

確性更是絕對必要的，如果連表現自由的規制基準都不明確，規制範圍將會模糊不清，並使所謂的萎縮性效果無限擴大延伸，最後導致表現行為遭到不當抑制，因此，滿足嚴苛基準的明確性是憲法所絕對要求的。本條例所訂定的不良書刊規制不僅涉及表現自由，同時也是與刑罰有關的規制，特別是在包括指定時並沒有對被指定為有害的圖書加以個別的明確指明，由於不良書刊的販售或置於自販機中已經直接適用罰則，於是罪刑法定主義的要求也會產生機能，因此它的判斷基準並須更加明確才行。可是，如果從這是一項以保護青少年為目的，而且只限於青少年為對象的規制來看，它與一般的表現自由規制採取同樣的思考方式是不恰當的，即使是對明確性的要求而言，與通常的表現自由制約比較起來，或多或少應該較為緩和一些才對。

現在站在上述的觀點上，檢討有關本條例中不良書刊指定基準的明確性如何。當一邊引用該法院的判例一邊加上合理的判斷後，論點就是我主張本條例的基準極不明確，違反憲法二十一條一項與憲法三十一條。在本條例

六條一項中將指定要件定為「明顯刺激到性感情而且明顯助長殘忍性」，如果只是這樣的話，就有一種未必具有明確性的層面存在，特別是所謂助長殘忍性這一點，更留下相當程度的曖昧不明點。而且，就「猥褻」而言，從該法院的多條判例來看，雖然確實有在極力謀求其內容的明確化（至於還出現問題的地方，請參照我在最高裁昭和五十四年（*あ*）第一三五八號同五十八年三月八日第三小法庭判決，刑集三十七卷二號十五頁中所提的補充意見），可是，本條例中所稱「明顯刺激到性感情」的圖書，就有比猥褻圖書來得廣泛的感覺，導致規制所涉及的範圍也更加寬廣，難怪無法避免含混不清的嫌疑。

不過，關於以上這些情況，根據岐阜縣青少年對策本部本部次長的通告（昭和五十二年二月五日青少第三五六號）來看，審查基準的訂定可說是相當具體，根本稱不上所謂的不明確。而本案出現問題的地方就是本條例中的第六項第二條，雖然這裡將不良書刊定義為「以極其下流的姿勢或性行為為主體的相片，或是刊載這些照片的版面佔了編輯版

面一半以上的出版物」，不但比一般的場合更加具體化，而且就上述照片等的內容而言，甚至經由法庭意見所提及的施行規則第二條加以告示（昭和五十四年七月一日岐阜縣告示第五三九號），更讓我們確認其中的明確性。像這種不在條例本身，而是在其下位的法令規範加以具體化，明確化，那麼究竟要如何評價就是問題之所在了。不過，本條例與其下位的個別規範能夠相輔相成，並訂定出具體的基準，而且具備保障表現自由平衡的明確性，由這些條件來看，本條例中一種稱得上是限定解釋正被顯示出來，當我們一併考量所謂的青少年保護的社會利益時，以基準的不明確性為理由，我想是不能判斷作為法令的它是違憲的。

### 三、本條例與憲法第十四條

以條例訂定不良書刊的規制存在於地方公共團體之間，而且相關規制相當不一致，其中本條例就屬於實施最嚴厲的規制之一，以其他地方公共團體的不良書刊規制而言，我們可以看到僅僅單純委由業界的自主規制或沒有訂定罰則的規制，連同認定規制在內，擁有包括指定方式的

地方公共團體大約有十餘個縣，數量絕對稱不上很多，甚至還有些地方是一邊禁止放進自動販賣機中，一邊卻又沒有罰則的地方公共團體。照這種情形來看，我們只能說是依據地方公共團體的不同，為了保護青少年而訂定的不良書刊規制也有相當大的差異。

可是，就算我們承認這種相當分歧的現況，依據法庭意見的說法卻是這些並沒有違反憲法第十四條。就青少年條例針對青少年所訂定的淫行禁止規定而言，我所注意的是這種規制在各地方公共團體條例間的差異未免過大這一點。雖然不能因為如此就立即認定它已構成違憲，但也正因為類似這樣不合理的地域性差別，必須經由將「淫行」的意義作嚴格的解釋，儘可能使這種明顯不合理的差異朝向消解的方向思考（請參照法庭意見所提昭和六十年十月二十三日大法庭判決中我所提出的反對意見）。我們不能說像這樣的思考方式放在不良書刊規制這個層面上並不妥當，不過依據我個人的意見，青少年性行為的規制不應該具備地域性特色，而這種地域性差別幾乎不被保護青少年的社會通念所接受；相反的就不良書刊的規制

而言，與其說讓它共通於全國，還不如在地域社會狀況，居民的意識形態，當地的出版活動對全國的影響力等多樣化的情況考察過之後，再做政策性方面的判斷；和淫行禁止規定比較起來，不如在地域性差別被容許範圍來得大。由這個觀點來看，即使本條例比起其他地方公共團體訂定的條例追加了更嚴苛規制，不過仍然能參考地域性的情況差異，是值得肯定的事情。

由於基本人權尤其是類似表現自由這種佔有優越地位的人權制約，必須控制在必要且最小程度上，為了達到這個目的，在還有人權被限制較少的其他手段可以選擇時就必須採取的基準，很可能就會被作為問題加以探討了。換句話說，當其他地方公共團體採取類似業界自主規制這種較緩和的手段，也能對不良書刊

進行規制時，如果採取類似本條例所實施的嚴格規制，就有被主張是違憲的可能性。不過，從不良書刊是我國所謂業界局外人所出版的刊物的現狀來看，類似自主規制這種和緩的手段，是否就真正能適切地發揮它的機能，事實上並不明確。就像我們已經看到的，當保護青少年為目的的規制是以青少年為對象時，即使限制了青少年知的自由，就不必去考量它是否與一般狀況是適用同樣的基準。先不管以本條例這種嚴格的規制作為政策是否妥當，以還有其他可以選擇的和緩手段為理由，就判斷屬於違憲並不適當。

綜上所述，我們並不能判斷本條例是違反憲法，雖然主張違憲者所論述的事並非沒有值得傾聽的地方，也只能都不予採納而無他法。

## 三十三、為資訊公開請求撤銷拒絕公開交際費文書 之行政處分事件

情報公開與知的權利

最高法院平成六年一月二十七日第一小法庭判決

平成三年（行ツ）一八號

翻譯人：黃宗樂、劉姿汝

### 判 決 要 旨

- 一、有關大阪府知事的交際費相關的債權人請求書、收據、歲出額現金出納簿及支出證明書當中，得以識別交際對象的部分，除了原本已預定對外公佈、披露對方的姓名等之外，符合大阪府公文書公開條例（昭和五十九年大阪府條例第二號）第八條第四款所規定之公文書的非公開事由，及第五款之得不公開文書。
- 二、有關大阪府知事的交際費相關的債權請求書、收據、歲出額現金出納簿及支出證明書當中交際對象為私人且可能被識別的部分，除了原本預定為一般公開披露的交際內容外，符合大阪府公文書公開條例（昭和五十九年大阪府條例）第九條第一款所規定之不得公開文書。

### 事 實

本件起因於大阪府（以下有時簡稱「府」）的居民數人（本件上訴人）於昭和六十年十月十四日根據大阪府公文書公開等條例對大阪府知事（本件被上訴人）請求公開（閱覽及抄本）昭和六十年一月至三月所支出與知事有關的交際費公文書。為回應該請求，大阪府知事對請求的居民通知公開經費支出請示、支出命令請示書以及歲出預算扣除表的決定，但對於債權人的請求書、收據等明示交際費的執行內容的文書則以符合大阪府公文書公開等

條例第八條第一款、第四款、第五款及第九條第一款規定為由，為不公開的決定。住民們因不服本件處分提出異議但遭駁回，所以主張本件處分為違法提起撤銷訴訟。第一審判決對於排除適用事項的判斷適用嚴格的基準而撤銷本件處分，第二審也以非公開事由的存在應為實施機關所主張、舉證為由駁回知事的上訴。

### 關 鍵 詞

大阪府知事 交際費 經費支出伺（經費支出請示） 支出命令伺書（支出命令請示書） 歲出予算差引表（歲出預算扣除表） 慶弔（婚喪喜慶） 見舞（慰問） 資訊公開

### 主 文

原判決廢棄。  
本件發回大阪高等法院。

### 理 由

有關上訴人所主張的上訴理由  
一、原審合法所確認的事實關係的概要如下：

1.被上訴人等於昭和六十年十月十四日根據大阪府公文書公開等條例（昭和五十九年大阪府條例第二號。以下稱「本件條例」）第七條第一項，對身為本件條例實施機關的上訴人即大阪府知事請求公開有關昭和六十年一月至三月大阪府知事的交際費的公文書（閱覽及抄本的交

付）。

本件條例第八條的主旨在於規定記錄有本條各款所規定的情報的公文書不得公開。其第一款是有關法人等的情報或有經營事業的個人其事業的相關情報，透過公開，認定有害該法人或個人在競爭上地位或其他正當利益的部分；第四款，是有關府的機關等所實行的企畫、協調情報，透過公開，對該事務或同種事務公正且適切的實行有明顯阻礙之虞者；第五款是府的機關等實行有關交涉、涉外、爭訟等事務的情報，透過公開，無法達成該事務或同種事務的目的，或對這些事務的公正且適切的執行有明顯阻礙之虞者。又，第九條規定記錄同條各款所規定的情報的公文書



不得公開，其第一款所規定的內容為，有關個人思想、宗教等私事的情報（有關經營事業的個人其事業的相關情報除外），用來識別特定個人的部分當中，一般而言屬於不希望被他人所知且被認為正當的部分。

而上訴人於昭和六十年十月二十九日，以經費支出請示、支出命令請示書、債權人請求書、收據等明示有關交際費的執行內容的文書及歲出預算扣除表該當被上訴人所請求的公文書，而公開其中的經費支出請示、支出命令請示書以及歲出扣除表的部分，但是對於債權人的請求書、收據等明示交際費的執行內容的文書（以下稱「本件文書」）以其所記錄的情報該當大阪府文書公開條例第八條第一、四、五款及第九條第一款，而為不公開的決定（以下稱「本件處分」）。

2.本件文書具體而言有債權人的請求書及收據（以下稱「債權者請求書等」）、歲出額現金出納簿及支出證明書，所記錄的支出內容分為有關（1）婚喪喜慶、慰問金等費用（2）對各種團體及其所主辦活動的贊助、協贊等（3）餞別（4）懇談等部分。

債權人的請求書等是以知事因舉辦懇談會等利用外面的飲食店時的請求書為主，其內容記錄了懇談的時間、場所、出席人數以及料理等的單價與合計金額，而懇談等的名稱、出席者的姓名原則上並未記錄，但是也有由府的舉辦人以筆記（memo）等方式記錄出席者姓名的情況。歲出額現金出納簿是將現金的出納狀況分為年月日、摘要、金額的出入狀況及其餘額做記錄，在摘要欄處有具體記錄交際對象、用途等。而無論是債權者的請求書或歲出額現金出納簿皆完全沒有記錄懇談內容。此外，支出證明書是關於禮金、香奠等無法取得收據的支出，記錄其支出年月日、支出金額、支出對象、支出目的等的書類，並無特別的固定樣式。

二、原審對於上述的事實關係，為以下的判斷。

1.本件文書中記錄關於懇談的支出內容的文書，與本件條例第八條第四款的該當性。

懇談即使該當實行本款所規定的企劃、協調等事務（以下稱「企劃協調等事務」），因為債權人的請求書及歲出額現金出納簿

中完全沒有記錄懇談的內容，即便公開這些文書，只要沒有特別的情事，難謂其有對於該企劃協調等事務或同種事務的公正且適切的實行有明顯阻礙之虞。原本，對於懇談的對象來說，與知事舉行懇談在一般社會觀念的名譽上而言，應該沒有任何不名譽或嫌惡之處，即使將其公開，也難以認為會因此而迴避懇談。再加上，知事的行動在該行政事務完成後公開，通常也應該不會對同種的行政事務的公正且適切的遂行產生明顯阻礙之虞。在本件並沒有足以認為具備特別情事的證據。

2. 本件文書當中，記錄關於懇談的支出內容的文書，與本件條例第八條第五款的該當性。

即使該懇談是實行有關本款所定的交涉、涉外、爭訟等事務（以下稱「交涉等事務」），因為在債權人的請求書及歲出額現金出納簿中完全沒有記錄懇談的內容，即便公開這些文書，只要沒有特別的情事，對於該種交涉等事務或同種事務的公正且適切的執行並無產生明顯阻礙之虞。在本件也沒有足以認為特別情事的證據。

又，有關懇談以外的婚喪喜

慶、慰問、贊助、協贊、餞別等知事在禮儀上的接待、交際等可以包含於廣義的交涉等事務，將其逐一釋明的結果會造成明示交際對象的評價、位置排行，所以交際對象當中，有可能因會對此出現抱持不滿，或採取不協力態度的人。但是，考慮府方面的政治、經濟、社會的地位，難以認為這樣的事態會到達明顯阻礙交涉等事務的公正且適切地執行的程度。

3. 關於本件文書的本件條例第九條第一款的該當性，由於所記錄的情報皆屬於與知事的公共交際有關的內容，對於對方而言也難謂是純粹私生活上的事情，且與知事交際的事實在社會通念上對於對方而言也難謂為不希望公開的事情。

4. 本件文書中有關本件條例第八條第一款該當性的問題在於，僅是債權人的請求書本身，並未記錄經營該飲食店業者的營業上秘密、Know-how 等，所以即使將其公開，也不認為該飲食業者的競爭上地位及其他所持有的正當利益會因而受到損害。

5. 由以上得知，在本件文書沒有記錄該當本件條例第八條第一款、第四款、第五款、第九條

第一款的情報，沒有應為非公開的理由，所以本件的處分是違法的。

三、原審的上述判斷當中，有關本件文書並無記錄該當本件條例第八條第一款的情報這一點是可以贊同的，但是，有關沒有記錄該當同條第四款、第五款、第九條第一款的情報這部分則無認同。理由如下：

1.所謂知事的交際費，是為了謀求行政能圓滑營運，實施與關係者間的懇談、婚喪喜慶等對外的交際事務時所需要的經費。此等知事的交際，可分為懇談的部分該當本件條例第八條第四款的企劃協調等事務及同條第五款的交涉性等事務，而其他有關婚喪喜慶等部分則該當第五款的交涉等事務，所以是否能不公開記錄關於這些事務情報的文書，必須由這些情報公諸於世是否會造成該交涉等事務或同種事務的目的無法達成，又是否對公正且適切地實行該企劃協調或交涉等事務或同種事務的交際事務有明顯的阻礙之虞來決定。

在本件，關於知事交際活動中的懇談，在歲出額現金出納簿中有逐一記錄懇談對象及支出金

額，又，債權人的請求書等當中如前所述，亦可能由府的主辦者以筆記方式來記錄懇談會的出席者姓名之外，又，知事關於懇談以外的交際，如前所述，一般人核對通常可以入手的關連情報而得以識別懇談對象之類的部分亦理所當然包括在內。又，知事關於懇談以外的交際，如前所述，在歲出額現金出納簿及支出證明書中也會逐一記錄交際對象或金額。

知事的交際事務包含懇談、婚喪喜慶、慰問、贊助、協贊、餞別等各式各樣的內容，但是無論何者皆是為了維持增進與對方的信賴關係或友好關係的目的而實行。因此，理所當然預定公開、披露對方的姓名等的場合另當別論，若由公開得以識別對方的前述文書而使得對方的姓名等因而被確認，會讓對方抱持不快、不信任感，而產生今後迴避出席府所主辦的此類型聚會的事態。此外，一般而言交際費支出的需要與否、內容等，具有斟酌與對象的關係而個別決定的性質，故可以容易地預見會出現抱有不滿或不快的想法的人。此等事態，將會損及與交際對象間的信賴關係或友好關係之虞，違反

交際本身的目的，進而有無法達成交際事務的目的之虞。再者，這些交際的支出需要與否或其內容等，身為具有支出權者的知事本身，應該因應各別的、具體的事例，依裁量而決定，若交際的對象或內容逐一公開時，在知事的立場也會耽心前述的事態發生，可能不得已地節制必要的交際費，或者將這些支出劃一，此已必須認為對知事的交際事務的適切實行有明顯阻礙之虞。因此，本件文書當中，得以識別交際對象的部分，除了原本已預定將其姓名等對外部公開披露者，或公開對方的姓名等不認為會有前述各種不利益之虞者之外，有關懇談的文書，依據本件條例第四款、第五款，其他有關婚喪喜慶的文書依據本條第五款，應該該當可以不公開的文書。

2. 在本件中知事的交際，即使是屬於知事職務的一部分而實行，對於身為私人的對方而言，卻是私人事務。本條第九條第一款規定不得公開記錄有關私人事務情報中性質上屬於不適宜公開的個人情報的文書，而對於成為知事交際對象的私人而言，不論是懇談也好，婚喪喜慶也好，一般而言，該具體的費用、金額不

希望為他人所知，可以認定是正當的。如此一來，有關交際的情報，從其交際的內容、性質當中，除了該交際內容原本就預定為一般性地的公開披露之外，應認定為該當本款。

因此，本件文書當中有關私人對象的部分，如果有得以識別對方的內容，原則上，應該該當本款不得公開的文書。

四、原審與以上本判決的判示立於不同的見解，對於本件文書當中即使得以識別對方的部分，其支出內容是否原本有預定對外公開，以及對交際事務有無產生阻礙並未個別、具體地檢討，而認定本件文書沒有記錄任何該當本件條例第八條第四款、第五款的情報，且認定有關知事交際的情報全部不該當第九條第一款，以本件處分全部違法為由而撤銷，原審的判斷有法令解釋適用錯誤的違法，此違法明顯影響判決。故與本判決有相同意旨的上訴論旨有理由，原判決廢棄。依據以上判示，為了更盡完善地審理本件文書所記錄的情報是否該當本件條例第八條第四款、第五款、第九條第一款，本件發回原審。

因此，遵從行政事件訴訟法

第七條、民事訴訟法第四百零七條第一項，依法官全體一致的意見，判決如主文。

※譯者附記：本件發回大阪高等法院之更審結果，適用本件判決之基準，葬儀的供花、團體

的會費等全部公開，慰問金及香奠方面則除了載有對方相關資料之外亦為公開。(參照大阪高裁平成八年六月二十五日判決，行集四十七卷六號四四九頁)

三十四、請求公開交際費資訊事件  
最高法院平成十三年三月二十七日第三小法庭判決  
平成八年（行ツ）二一〇、二一一號

翻譯人：蔡秀卿（節譯）

判 決 要 旨

- 一、大阪府知事交際費之公文書，其交際相對人及內容係得為不特定人所知之資訊部分，不符合大阪府公文書公開等條例第八條第四款、第五款及第九條第一款規定。
- 二、大阪府知事昭和六十年一月至三月支出交際費之公文書，交際相對人得以識別個人部分中，關於插花費、供花費、供祀費或會費之歲出額現金出納簿及收據部分，不符合大阪府公文書公開等條例第八條第四款、第五款及第九條第一款。但關於對個人之出版祝賀禮金、退官賀禮、當選賀禮、國會議員主辦聚會賀禮、對政治相關團體後援會、懇談會之賀禮、對團體之週年紀念賀禮、餞別費、贊助金及援助金之歲出額現金出納簿部分、支出證明書及收據部分，符合該條例第八條第五款，香油費、慰問金之歲出額現金出納簿部分、支出證明書及收據部分，符合該條例第九條第一款，懇談會之歲出額現金出納簿部分及請求書兼收據部分，符合該條例第八條第四或第五款規定。
- 三、大阪府公文書公開等條例第十條意旨，並非將同條例第八條各款或第九條各款之不公開事由之獨立一體性的資訊加以細分化，而將其中一部分不公開，其餘部分則視為公開，而課以實施機關公開之義務。實施機關為不公開之一體決定者，於該不公開決定之撤銷訴訟時，法院不得以實施機關不公開決定之一部分係違法而將之撤銷。
- 四、大阪府知事於昭和六十年一月至三月支出交際費之歲出額現金出納簿，係各交際費支出，知事為交際費支出之獨立資訊

，且交際費之相關支出證明書、收據及請求書兼收據，係各交際費支出時支應之支出證明書等獨立一體之資訊，因此，大阪府公文書公開等條例第十條意旨，不得解為將不公開事由之獨立一體性的資訊，加以細分化，而將其中一部分不公開，其餘部分則視為公開。從而原審判決認符合該條例第八條第四款、第五款及第九條第一款事由之歲出額現金出納簿中之部分、支出證明書、收據及請求書兼收據中，除去交際相對人部分，其餘部分應予公開而將不公開決定處分中關於該不公開部分予以撤銷，係解釋法令錯誤之違法。

## 事 實

X 等人向大阪府請求公開（閱覽及影印）知事於昭和六十年（一九八五年）一月至三月間支出之交際費資訊，大阪府認其請求公開之公文書，係「經費支出請求書」、「支出命令請求書」、「債權人請求書」、「債權人收據等」之公文書及「歲出預算差額表」，而其中關於「經費支出請求書」、「支出命令請求書」及「歲出預算差額表」，決定予以公開，但關於「歲出現金出納簿」、「支出證明書」、「債權人收據」及「請求書兼收據」，則以其屬於「大阪府公文書公開等條例」（以下簡稱「本條例」）第八條第一款、第四款、第五款所定得不公開資訊及第九條第一款所定應不公開資訊，乃為不公開決定（譯者註 1）。X 等人乃提起撤銷不公開決定訴訟。

第一審（以下稱第一次第一審）大阪地方法院判決，認為系爭公文書並不符合本條例第八條第一款、第四款、第五款所定得不公開資訊及第九條第一款所定應不公開資訊，不公開決定之處分係違法，乃撤銷原處分。大阪府知事提起上訴。

第二審（以下稱第一次第二審）大阪高等法院判決，維持原審判決而駁回上訴。

第三審（以下稱第一次第三審）最高法院判決，以第一次第二審判決中，關於不符合本條例第八條第一款之公文書部分之判

斷，予以維持，但關於不符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款之公文書部分之判斷，係法令解釋錯誤之違法，乃廢棄第一次第二審判決，並發回原審，命就系爭公文書是否符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款之資訊，重行審查。

第二次第二審（本件原審）大阪高等法院判決，認本件文書所載交際費資訊，交際對象均係得以識別，在交際費資訊中，編號（以下省略）10 號插花費、11 號至 29 號供花費、47 號至 54 號供祀費、73 號至 75 號會費、4、5、58 至 60 號聚會賀禮及 61 至 63 號週年賀禮之資訊，不符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款；但 1 至 3 號、6 至 9 號禮金之資訊，符合本條例第八條第五款，30 至 46 號香油費、55、56 號之慰問金之資訊，符合本條例第九條第一款，57 號懇談會之資訊，符合本條例第八條第四款或第五款，64、65 號餞別費、66 至 72 號贊助金、援助金之資訊，符合本條例第八條第五款。X 等人提起上訴。

### 關 鍵 詞

資訊公開

### 主 文

1. 原判決變更如下：

第一審判決變更如下：

(1) 平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號上訴人・第二一一號被上訴人之平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號被上訴人・第二一一號上訴人岩崎經營中心及對 A、B、C、D 昭和六十年（一九八五年）十月二十九日各公文書不

公開決定處分中，歲出現金出納簿及收據中關於原判決所附知事交際費一覽表所載編號 10 至 29、47 至 54、73 至 75 之資訊之不公開部分廢棄。

(2)（一九九六年）（行ツ）第二一〇號被上訴人等・第二一一號上訴人等之其餘上訴駁回。

2. 八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號上訴人之其餘上訴駁回。



3. 八年（一九九六年）（行ツ）第二一一號上訴人之上訴駁回。

4. 總費用中，五分之三由平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號被上訴人等・第二一一號上訴人等人負擔，其餘由平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號上訴人等・第二一一號被上訴人等負擔。

### 理 由

第一：關於平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號上訴代理人之上訴理由（不包括上訴理由五）及平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一一號上訴人代理人之上訴理由：

一、第一次第三審判決認第一次第二審判決認定本件交際費之資訊均不符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款係法令解釋錯誤之違法，其理由如下：

（一）知事之交際，關於懇談部分，由於係屬本條例第八條第四款之企劃、調整等事務（以下稱「企劃調整等事務」）、同條第五款之交涉、涉外、爭訟等事務（以下稱「交涉等事務」），慶弔等屬同款之交涉等事務，於判

斷此等事務之公文書得否不公開時，應檢討將此等文書公開者，該事務或同種交涉等事務之交際事務之目的，有無無法達成之虞？該事務或同種企劃調整等事務及企劃調整等事務之交際事務，在公正及適切執行上是否產生顯著障礙之虞？而予以決定。

（二）知事之交際事務，本為增進及維持與相對人間信賴關係及友好關係之事務，除非相對人之姓名等之公開等為必然為之者之情形，一般而言，倘相對人得以識別之文書一旦公開而致使相對人姓名等公開，關於懇談，則會使相對人萌生不愉快、不信任感情，則今後難免避免出席此等會合等情事；且一般而論，交際費支出之需否、內容等，係考量相對人與府之關係等而個別決定者，自得預測易有不滿及不愉快者。因此，有此等情事者，自有損害與交際相對人間之信賴關係或友好關係之虞，直接違反交際目的，甚至有無法達成交際目的之虞。甚者，此等交際費支出之需否及內容等，係支出權者之知事本身，依個別且具體事例裁量為之，交際之相對人及內容等一旦公開，知事本身亦可能考量前述情事而緊縮必要之交際費支

出，或是為單一性支出。從而，本件文書中，交際相對人得以識別部分，除關於相對人姓名等公開本屬預定內而無前述情事之虞者外，關於懇談文書，符合本條例第八條第四款或第五款，慶弔等文書符合同條第五款得不公開之資訊。

(三) 本件知事之交際，係屬知事事務之一部分，對私人之相對人而言，必須為私人性質之事務。本條例第九條第一款意旨，得解為關於私事之資訊而性質上不宜公開之個人資訊，明定其不得公開。知事交際之相對人之私人，不論懇談或慶弔，其具體的費用、金額等，一般而言，不希望為人所知。因此，此等交際費之資訊，除從其交際費之性質、內容等原本即預定公開者外，應符合同款個人資訊。從而，本件文書中，關於私人之相對人部分，相對人得以識別者，原則上均屬同款應不公開之資訊。

二、原審判決認本件文書所載交際費資訊，交際對象均係得以識別，在交際費資訊中，編號 10 號插花費、11 號至 29 號供花費、47 號至 54 號供祀費、73 號

至 75 號會費、4、5、58 至 60 號聚會賀禮及 61 至 63 號週年賀禮之資訊，不符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款；但 1 至 3 號、6 至 9 號禮金之資訊，符合本條例第八條第五款，30 至 46 號香油費、55、56 號之慰問金之資訊，符合本條例第九條第一款，57 號懇談會之資訊，符合本條例第八條第四款或第五款，64、65 號餞別費、66 至 72 號贊助金、援助金之資訊，符合本條例第八條第五款。

三、雖然第一審原告以各地方公共團體知事交際費之公開事例為據，主張第一次第三審判決之法律見解應予修正，但第二次第三審之本院，應受第一次第三審判決之法律見解之拘束，第一審原告主張無法採認。因此，依第一次第三審判決之法律見解者，原審判決中，關於相對人得以識別部分，及關於 10 號插花費、11 號至 29 號供花費、47 號至 54 號供祀費、73 號至 75 號會費，不符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款部分，1 至 3 號、6 至 9 號禮金之資訊，符合本條例第八條第五款，30 至 46 號香油費、55、56 號之慰問

金之資訊，符合本條例第九條第一款，57 號懇談會之資訊，符合本條例第八條第四款或第五款，64、65 號餞別費、66 至 72 號贊助金、援助金之資訊，符合本條例第八條第五款部分，予以維持。

但 4、5、58 至 60 號聚會賀禮及 61 至 63 號週年賀禮之資訊不符合規定部分，無法認同。其理由如下：

第一次第三審判決認為，即使是知事之交際事務之資訊且交際相對人得以識別部分，相對人姓名等公開原屬預定內者，相對人姓名等一旦公開，則交涉事務等之知事交際事務之目的無法達成之虞者，或是企劃等事務及交涉等事務之知事交際事務在公正且適切執行上產生顯著障礙之虞者，為例外而不屬本條例第八條第四款及第五款。因此，是否屬於此等交際資訊，應依交際所為之場所、內容、態樣及其他情形，其相對人及內容是否屬於本得為不特定人所知之性質，加以判斷。依此，即使是與知事交際事實之相對人為得為不特定人所知者，支出金額等、交際內容等非不得為人所知之資訊者，亦難謂符合「相對人姓名等公開原屬

預定內」之資訊，倘因交際相對人姓名等公開而非無前述情形之虞者，應解為符合本條例第四款或第五款，亦即，知事交際事務之資訊且交際相對人得以識別部分者，原則上得不公開。

又，第一次第一審判決認為，知事交際之資訊，且交際相對人得以識別者中，關於私人之相對人者，原則上符合本條例第九條第一款。依其交際性質、內容等，交際內容等原本預定公開者，例外而不符合該款資訊。所稱「依其交際性質、內容等，交際內容等原本預定公開者」，係指交際相對人及內容得為不特定人所知之交際資訊而言，所稱「關於私人之相對人者」，係指不論相對人是否為公務員，對該相對人而言係私人事務而言。

尤有甚者，關於知事交際事務之資訊而符合本條例第九條第一款者，實施機關「應不公開」，且應就防免濫為公開而為最大考量；但關於符合本條例第八條第四款或第五款者，實施機關僅「得不公開」，從本條例第三條保障住民公文書公開請求權之意旨以觀，實施機關之裁量判斷而為任意公開者，亦為本條例所容認。又，符合本條例第九條

第一款資訊者，以前述意旨為前提，將該款獨立一體之資訊，加以細分化，而僅將得以識別個人部分解為不公開，其餘部分解為得任意公開者，尚為本條例容認。因此，實施機關對於住民公文書公開之請求，依其裁量判斷，符合本條例第八條第四款或第五款「得不公開」資訊而予以任意公開，或符合本條例第九條第一款個人資訊中，除去得以識別個人部分，其餘予以公開者，自不違反本條例。但是，即使實施機關廣泛運用資訊公開，仍不得逕行認定本條例賦予住民公文書公開或部分公開請求權，是否賦予住民公文書公開或部分公開請求權，係專屬各地方公共團體條例之事項，條例未修正前，無法解為住民有公文書公開或部分公開請求權。

依前所述，本件交際費資訊是否符合本條例第八條第四款、第五款或第九條第一款，檢討如下：

#### 對個人之祝賀禮金

(1) 編號 1 至 3、8、9 之祝賀禮金

此係出版賀禮、退官賀禮、就任賀禮，並非原預定公開之資訊，亦非得為不特定人所知之資

訊，符合本條例第八條第五款。

(2) 編號 4 及 5 之祝賀禮金

此係國會議員主辦之聚會之賀禮，符合本條例第八條第五款。

(3) 編號 6 及 7 之祝賀禮金

此係當選之賀禮，符合本條例第八條第五款。

插花費、供花費、香油費及供祀費

(1) 插花費、供花費及供祀費：編號 10 之插花費、11 至 29 號之供花費及 47 至 54 號之供祀費，乃原預定公開，不符合本條例第八條第五款，亦不符合同條第四款及第九條第一款。

(2) 香油費：編號 30 至 46 號之香油費，符合本條例第九條第一款。

#### 3. 慰問金

編號 55 及 56 號慰問金，符合本條例第九條第一款。

#### 4. 懇談會

編號 57 之懇談會資訊，符合本條例第八條第四款或第五款。

#### 5. 對團體之祝賀禮金

(1) 編號 58 至 60 之祝賀禮金

此乃對政治團體後援會、懇談會之賀禮，符合本條例第八條第五款。

(2) 編號 61 至 63 號之賀禮

此乃對新聞出版相關法人、府民團體及法曹團體之週年紀念賀禮，符合本條例第八條第五款。

6. 餞別費、贊助金及援助金

編號 64 及 65 之餞別費、66 至 71 號之贊助金及 72 號之援助金，符合本條例第八條第五款。

7. 會費

編號 73 至 75 之會費，不符合本條例第八條第四款及第五款、第九條第一款。

綜上所述，原審判決中，關於相對人得以識別部分，及關於 10 號插花費、11 號至 29 號供花費、47 號至 54 號供祀費、73 號至 75 號會費，不符合本條例第八條第四款、第五款及第九條第一款部分，1 至 3 號、6 至 9 號禮金之資訊，符合本條例第八條第五款，30 至 46 號香油費、55、56 號之慰問金之資訊，符合本條例第九條第一款，57 號懇談會之資訊，符合本條例第八條第四款或第五款，64、65 號餞別費、66 至 72 號贊助金、援

助金之資訊，符合本條例第八條第五款部分，予以維持。但原審判決關於 4、5、58 至 60 號聚會賀禮及 61 至 63 號週年賀禮之資訊不符合規定部分，係解釋法令錯誤之違法，予以廢棄。因此，本件處分中，關於歲出額現金出納簿中之編號 4、5、58 至 63 號之交際費資訊之部分、關於編號 4、5、58 至 61 及 63 號之支出證明書部分，編號 62 號交際費收據而認不公開部分，尚非違法，第一審判決之此等部分廢棄，第一審原告之訴駁回。

第二、關於平成八年（一九九六年）（行ツ）第二一〇號上訴人上訴理由五部分：

原審判決以編號 1 至 3 號、6 至 9 號、30 至 46 號、55 至 57 號、64 至 72 號之歲出額現金出納簿中之部分、1 至 3 號、8、9、30 至 46、64 及 65 號之支出證明書、6、7、55、56、66 至 72 號之收據，57 號之請求書兼收據，除去交際相對人等之部分，符合本條例第八條第四款、第五款或第九條第一款，實施機關之第一審被告依本條例第十條，除去交際相對人部分應予公開，而認該部分不公開決定之處分係違法。

但原判決關於依本條例第十條，除去交際相對人部分應予公開，而認該部分不公開決定處分係違法之部分，無法認同。其理由如下：

本條例第十條意旨僅為一個公文書有數個資訊存在，其中有不公開資訊時，課以實施機關除去該不公開部分，其餘則公開之義務而已。亦即，同條之意旨，並非將獨立且一體性的不公開資訊加以細分化，其中一部分為不公開，其餘部分不符合不公開事由者課以公開之義務。因此，住民對該除去後之部分並無請求公開之權利，在不公開決定處分之撤銷訴訟時，法院亦無法撤銷該不公開決定處分。

綜上所述，原審判決關於編號 1 至 3 號、6 至 9 號、30 至 46 號、55 至 57 號、64 至 72 號之歲出額現金出納簿中之部分、1 至 3 號、8、9、30 至 46、64 及 65 號之支出證明書、6、7、55、56、66 至 72 號之收據，57 號之請求書兼收據，認其為不公開部分，難謂違法，第一審判決此部分應予廢棄，第一審原告請求，予以駁回。

此外，元原利文大法官提出補充意見。

註 1：本件相關法令如下：

大阪府公文書公開等條例  
(昭和五十九年三月二十八日)

第八條：「公文書中有紀錄下列各款之一之資訊者，實施機關得不予公開。

一、法人及其他團體（不包括國家、地方公共團體及其他公共團體）之資訊，或關於經營事業之個人資訊，且倘予以公開，則該法人等或該個人在競爭上之地位及其他正當利益因而受害者（不包括對人之生命、身體或健康有危害之虞之事業活動、或對人之財產或生活有重大影響之違法或顯然不當事業活動之資訊）。

.....

四、本府機關或國家等機關所為調查研究、企劃、調整等之資訊，且倘予以公開，該調查研究或同種調查研究、企劃、調整等之公正且適切進行上，可能產生重大障礙之虞者。

五、本府機關或國家等機關所為取締、監督、檢查、許可、認可、考試、競標、交涉、涉外、爭訟等事務之資訊，且倘予以公開，該事務或同種事務之日

318 請求公開交際費資訊事件

的無法達成，或該等事務之公正且適切執行上，產生顯著障礙之虞者。

.....  
」。

第九條：「公文書中有紀錄下列各款之一之資訊者，實施機關應不予公開。

個人之思想、宗教、身體的特徵、健康狀態、家庭組成、職業、學歷、出身、住所、所屬團體、財產、所得等之相關資訊，且得以識別特定個人之資訊中，一般不希望為人所知且正當之資

訊。  
.....  
」。

第十條：「公文書中部分有紀錄下列各款之一之資訊時，該部分容易且在不損害公開請求意旨之程度內得以分開者，實施機關應將該部分除去後，予以公開。

屬第八條各款之一之資訊，且因有紀錄該資訊而致使該公文書不予公開者。

前條各款之一之資訊。」

## 三十五、違背法官職務上義務懲戒事件

### 裁判官的政治運動

最高法院平成十年十二月一日大法庭裁定

平成十年（分ク）一號

翻譯人：張登科（節譯）

### 判 決 要 旨

- 一、裁判所法第五十二條第一款所稱「積極從事政治運動」，指主動從事有組織、有計劃或繼續性的政治活動，可能危害法官之獨立及中立、公正之行為而言。於判斷具體之行為是否合於該項規定，除就行為之內容、從事該行為之經過、行為之場所等客觀情事外，並就法官為該行為之動機等主觀情事，綜合斟酌決定之，始為適當。
- 二、裁判所法第五十二條第一款規定禁止法官積極從事政治運動，並不違反憲法第二十一條第一項之規定。

### 事 實

某仙台地方法院候補法官，預定以座談會演講人之身分參加反對「組織犯罪對策法」<sup>1</sup>之市民集會，事前該地方法院院長由座談會之宣傳單獲悉其事，乃向該法官求證是否屬實，該法官承認知悉集會之目的在反對前述法案，但因集會之旨趣，故擬參加。院長則以此項行為與裁判所法第五十二條第一款所定禁止積極從事政治運動之規定相符，會受懲戒，要求其重新考慮，不要參加集會。惟屆期該法官仍然參加，而於會中表示：當初預定以「竊聽法與令狀主義」為題發表演講，但事前受院長警告，謂如參加

<sup>1</sup>日本內閣為期對於有組織的犯罪加重處罰，以及對犯罪所得收益，加強限制，草擬關於組織犯罪對策等法律，於平成十年三月十二日送國會審議。



集會可能遭受懲戒，自己雖不認為發言反對該法案，合於裁判所法所定積極從事政治運動，仍請辭謝該講題之主講人。

該院院長乃據此聲請分限裁判<sup>2</sup>，經仙台高等法院以該法官所為，構成懲戒事由，予以警告之懲戒處分，該法官不服，向最高法院即時抗告，最高法院以抗告無理由，駁回其抗告。

### 關 鍵 詞

意見自由 積極從事政治運動 裁判生存之基礎 禁止所得之利益 必要不得已之限度

### 主 文

本件抗告駁回。

### 理 由

一、積極從事政治運動之意義及其禁止之合憲性

1. 憲法採用近代民主主義國家所採之三權分立主義，其中司法之任務，係透過獨立於紛爭當事人以外之第三者之法院，對法律上之紛爭，以中立、公正之立場適用法律，闡述何者為具體之法，解決紛爭，藉以維護國民之自由與權利，維持法之秩序。似

此負責此種司法權之法官，依規定須以中立、公正之立場，依據良心獨立行使職權，僅受憲法及法律之拘束（憲法第七十六條第三項），而且，為保障其獨立，法官受到優厚的身分保障（憲法第七十八條至第八十條）。固然法官應獨立以中立、公正之立場執行職務，但亦要求其自律、自制，避免外表上損害其中立、公正。蓋國民對司法之信賴，固有賴具體裁判內容之公正，裁判運作之妥適，然亦有賴外表上法官態度的中立、公正。因此法官不能受到任何勢力之影響，尤其應

<sup>2</sup> 「日本裁判官分限法」規定法官懲戒之種類及程序，依其規定，地方裁判所、家庭裁判所及簡易裁判所之法官之懲戒，由高等裁判所之法官五人合議審判之。高等裁判所及最高裁判所法官之懲戒，由最高裁判所大法庭審判之。懲戒處分只有警告及一萬元以下罰鍰兩種。

與政治勢力劃清界限。如此要求，係由司法之使命、本質當然導致之結果。蓋現行憲法之我國法官有違憲立法審查權，得審查法令或處分是否合乎憲法，且處理行政事件或國家賠償請求等事件，具有判斷國會或內閣之行為合法與否之權限，故此項要求，可謂特別強烈。即使離開職務之私人行為，如法官參與政治勢力之行動時，則由國民看來，無可避免已不能期待該法官為中立、公正之裁判。身分受保障而不負政治責任之法官，對政治動向給予影響之行為，在前述意義上，不僅使裁判生存之基礎崩潰，動搖國民對法官之信賴，且會導致對立法權或行政權之不當干涉與侵害。

準此而言，裁判所法第五十二條第一款之所以禁止法官積極從事政治運動，可以解為其目的在於確保法官之獨立以及中立、公正，維持國民對裁判之信賴，並規律三權分立下之司法與立法、行政間應有之關係。

抑且，國家公務員法第一百零二條以及依該條規定而制定之人事院規則一四——七，禁止屬於內閣之一般職公務員，在一定之範圍內，不得從事政治行為。

此項規定可以解為是基於如次之考慮，即在行政領域之公務，其運作應依憲法所定統治組織之構造，俾忠實實施基於議會制民主主義政治過程所決定之政策，專以奉獻全體國民為宗旨，排除政治之偏向。為此，個個公務員有必要於政治上不偏於一黨一派，嚴格堅持中立之立場，執行其職務。（最高裁昭和四十四年（あ）第一五〇一號同四十九年十一月六日大法廷判決，刑集二十八卷九號三九三頁參照）。相對於此，裁判所法第五十二條第一款禁止法官積極從事政治運動，如前所述，其目的在確保法官之獨立以及中立、公正，維持國民對裁判之信賴，並規律三權分立下之司法與立法、行政間應有之關係。鑒於前述目的之重要性，以及法官是以單獨或合議制之一員行使司法權之主體，則對法官禁止政治運動之要求，比對一般公務員禁止政治行為之要求，可謂更為強烈。

尚且，國家公務員法第一百零二條及人事規則一四——七，針對一般職國家公務員所禁止之政治的行為，除國家公務員法第一百零二條所定之情形外，限於人事規則第六項具體列舉之情

形。即使被認為政治色彩頗強之行為，其不相當於列舉情形之一者，則被認為不合於國家公務員法第一百零二條所禁止之政治行為。而且，人事規則第六項規定，除第五款至第七款所定之情形外，僅具有該規則第五項所定「政治目的」定義之行為，始為「政治行為」。此項規定，可以解為係因違反前述禁止規定之行為，除成為懲戒之事由外，並得成為刑罰之對象（同法第一百十條第一項第十九款），為排除懲戒權者恣意的解釋運用，故採取列舉之方式。相對於此，針對禁止「法官積極從事政治運動」，並非採取此種限定列舉之規定，其規定之意義終究繫於條文本身之解釋。於法官之情形，因在強烈的身分保障下，懲戒僅得依裁判行之，故實難想像有因懲戒權者之恣意解釋，致意見自由受到限制之事態。且因並無針對違反行為科予刑罰之規定，故未採取前述之限定列舉方式。由前述觀點，裁判所法第五十二條第一款「積極從事政治運動」之意義，固可解為與國家公務員法之「政治行為」相近，但解為與之未必同一，始為適當。

基於前述見解，所謂「積極

從事政治運動」，應指主動為有組織地、計劃地或繼續的政治上活動之行為，可能危害法官之獨立以及中立、公正者即屬之。於判斷具體行為與法條所定是否相符時，除就其行為之內容，為該行為之經過、行為之場所等客觀情事外，法官為該行為之動機等主觀情事，亦一併綜合考量而為決定，始為適當。

2. 憲法第二十一條第一項之意見自由，即在基本人權中亦屬特別重要之人權，法官亦同受保障。法官作為一個公民當然亦享有意見自由。然而，意見自由原非絕對的。由於憲法之其他要求而受有限制。針對前述憲法上特別地位之法官，其言行可謂自然而然無法免於一定之限制。禁止法官「積極從事政治運動」，必然會在一定範圍內限制法官之意見自由，惟苟其限制侷限於合理、必要不得已之限度，即應認為憲法所許。若此項禁止之目的正當，禁止之目的與禁止之間具有合理的關聯，禁止所得之利益與所失之利益，並未喪失均衡，可謂並不違反憲法第二十一條第一項之規定。又，如前所述，其禁止之目的，在於確保法官之獨立以及中立、公正，維持國民對

裁判之信賴，並規律三權分立主義下司法與立法、行政間應有之關係，此項立法之目的，其為正當，固屬當然。

抑且，法官積極從事政治運動，如前所述，大有可能損害法官之獨立以及中立、公正，有損國民對裁判之信賴，從而，禁止積極從事政治運動與禁止目的之間，具有合理之關聯性，事至明顯。抑有進者，此項禁止，並非以法官從事政治運動所包藏之意見表明本身，為其限制之目標。固然，以防止積極從事政治運動所生之弊病而予以禁止時，會因此使意見自由同受限制，然此僅係禁止行動所附隨著的限度內，間接的，附帶的限制而已。而且，並非連藉由政治運動以外之行為表明意見之自由，亦一併限制，另一方面，禁止所得之利益，係確保法官之獨立以及中立、公正，維持國民對裁判之信賴等，從而，所得之利益比所失之利益，應屬更為重要，其禁止並不喪失利益之均衡。又，「積極從事政治運動」規定文義，難謂不明確，由前述 1. 之說明，已屬瞭然。因而，禁止法官積極從事政治運動，並不違反憲法第二十一條第一項之規定。

總而言之，抗告人之本件言行，若可解為合乎裁判所法第五十二條第一款所定「積極從事政治運動」，則加以禁止，應屬並不違反憲法第二十一條第一項之規定。

抗告人固主張，其在各外國，法官之政治自由廣受認許等等。然在本件，其問題乃是，本件抗告人之言行，作為我國法官之行為，是否得認為違反裁判所法第五十二條第一款之規定，以及其禁止是否違反我國憲法第二十一條第一項之規定。歷史之經過或社會各種條件等均與我國有異之各外國，其法規或運用之實情，即令得成為一個參考資料，但不能逕予適用於我國。不僅如此，即在任何國家，對法官之政治行動，儘管有程度上之差異，然均認定基於裁判之本質，有一定之界限，難謂裁判所法第五十二條第一款係特異之規定，再者，同款之規定，依前述理由，既不違反憲法第二十一條第一項之規定，則難謂違反關於公民的及政治的權利之國際規約第十九條之規定，亦可瞭然。

二、是否就本件言行是否合乎裁判所法第五十二條第一款之規

定，制定特別法律，其判斷專屬於國家唯一立法機關即國會之權利。雖然並不禁止法官做為一個國民，對法律持反對意見，且在不使人懷疑法官之獨立以及中立、公正之立場下，表明其反對意見。惟依據前開事實，本件集會並非只是討論集會，自始即指責本件法案為惡法，其舉辦集會係作為黨派運動之一環，目的在迫使本件法案成為廢案。從而，在此場合，表明贊同集會旨趣之言行，係對國會施予壓力，使放棄立法行為之行為，已超越僅是個人意見表明之範圍，事至明顯。如前所述，本件之言行，係對如次之反對運動予以支援推展，亦即為使本件法案成為廢案為目的而共同行動之各團體，擴大、發展有組織的、有計劃的，繼續的反對運動，以達成其目的之運動，予以支援推展。身為法官，應屬必須嚴加避免之行為，自應認為合乎裁判所法第五十二條第一款所禁止之「積極從事政治運動」之行為。

再者，例如法官以審議會之委員等身分，參與立法作業，發表贊成或反對之意見，此項行為係基於國會或內閣之要求，以從事司法之專家，對立法作業予以

協力之行為，其非裁判所法第五十二條第一款所禁止，自屬當然。法官明示其職稱，在論文或授課等，對特定之立法動向，發表反對之意見，衡酌其發表之場所、方法等，苟可認定並非支援特定政治運動，僅係表明一個法律實務家或是學識經驗者之個人意見，可謂並非同款規定所禁止。而且如鑒於法院處於擔任司法制度運作之立場，有規則制定權，自可解為，對有關司法制度之法令制定、廢除，得發表一定之意見。然而，本件如抗告人所為，係對於迫使特定法案成為廢案為目的之團體黨派運動，予以支援之行動，與前述行為，應屬性質相異之行為。

### 三、懲戒事由之該當性以及懲戒之選擇

裁判所法第四十九條所稱「職務上之義務」，並不限於法官執行職務時應遵守之義務，即使在純粹私人行為，於擔任法官職務附帶所負之義務，亦包括在內。蓋不得積極從事政治運動之義務，不問是否在執行職務中，只要擔任法官職務，均應遵守之義務，而合乎「前述職務上之義務」。從而，可謂抗告人違反同

條所定懲戒事由之職務上義務。  
又，鑒於本件言行之內容、  
其後抗告人之態度以及其記錄上

認定之一切事由，予抗告人警告  
處分，自屬適當。

## 三十六、因煽惑他人拒絕政府收購糧食違反糧食 緊急措置令案件

犯罪的煽惑與表現的自由

最高法院昭和二十四年五月十八日大法庭判決

昭和二十三年（九）一三〇八號

翻譯人：李茂生

### 判 決 要 旨

- 一、新憲法第二十一條以言論自由為基本人權之一予以保障。依第十一條、九十七條規定，新憲法所保障的基本人權為不得侵犯的永久權利，賦與現在以及將來的國民的權利，且此權利乃人類多年來為獲得自由努力的成果，信託國家對於現在以及將來的國民賦與不得侵犯的永久權利。
- 二、新憲法所保障的言論自由，與舊憲法所定，日本臣民「於法律範圍內」有言論自由者迥異，故即使立法者亦不得恣意予以限制，固不待言。然國民亦不得濫用新憲法所保障的基本人權，而應負有時常為公共福祉而使用基本人權的義務。
- 三、國民批判政府的政策，攻擊其錯誤的決定者，其方法於未危及公安的範圍內，即是屬於言論以及其他一切的表現自由。然而在目前困頓的糧食情況之下，對於國家為確保國民全體的主要糧食，依法所制定由政府收購糧食的命令，煽惑他人予以拒絕，實係慫恿他人不履行國民應負法律上之重要義務，危害公共的福祉，逾越新憲法所保障言論自由的界限，在社會生活上應受道義的譴責。從而以之為犯罪行為而予以處罰的法規，並未違反新憲法二十一條規定。

### 事 實

第二次世界大戰結束後不久日本發生糧食不足的情況，政府

乃依戰時的糧食管理法發佈糧食緊急措施令，強制收購主要糧食。上訴人是日本農會北海道連合會的常任書記，他在參加昭和二十一年於北海道召開的農民大會時，公開表示：「對於我們老百姓自己播種收割的稻米，政府單方面地決定價格，要強制收購，想得太天真了」、「我們老百姓一直到現在都被騙，根本沒有必要把稻米給政府」、「我們要不要決議分月提供稻米，而且只要政府不提供再生產所需的物資，那就不再提供稻米」。結果該書記因為這種發言，違反了糧食緊急措施令第十一條的處罰規定（煽惑他人不要讓主要糧食被政府所收購）而被起訴。

一審的旭川地方法院以及二審的札幌高等法院，都判決有罪。該書記不服，上訴第三審。

### 關 鍵 詞

糧食緊急措施令 表現的自由 煽惑他人犯罪或違背法令罪 言論自由

### 主 文

本件上訴駁回。

### 理 由

關於辯護律師木田茂晴的上訴意旨，本廷為如下判示。

上訴理由書中所謂的糧食緊急措施令是昭和二十一年二月十七日時基於就憲法第八條所制定的緊急敕令，其後得到帝國會議的承認而獲得與法律同樣的效力。而這些新憲法施行前依據合法程序制定的法規，只要其內容

並沒有違反新憲法的規定，則於新憲法施行後，仍舊有其效力。本院判例（昭和二十二年（九）第二七九號・昭和二十三年六月二十三日大法廷判決）向來即已明示此事。於是規定對「煽惑他人違反糧食管理法第三條第一項的規定或依據同法第九條的規定所下達的命令，不將主要糧食賣予政府」者科以處罰的糧食緊急措施令第十一條的規定內容，是不是違反新憲法第二十一條的規定一事，即成為問題所在。

新憲法第二十一條保障做為



基本人權之一的言論自由。新憲法（憲法第十一條、九十七條）規定，新憲法所保障的基本人權是作為不得侵犯的永久權利，而被賦予現在以及將來的國民的權利，再者這些權利是人類多年來企圖獲得自由的努力成果，做為不得侵犯的永久權利而被託付與現在以及將來的國民。

如此，新憲法所保障的言論自由，是有異於舊憲法之下日本臣民「在法律的範圍內」所擁有的言論自由，其不得妄自利用立法予以限制一事，固不待論。然而，國民亦不得濫用新憲法所保障的基本人權，而應該負有隨時為公共福祉而使用基本人權的義務（憲法第十二條）。所以縱或是新憲法下的言論自由，國民亦不是得不受限制地恣意使用，其必須隨時依據公共福祉而予以調整。如上訴意旨所論，國民批判政府的政策，攻擊其錯誤的決定等，只要方法上沒有危及公安，則其批判或攻擊即是屬於言論以及其他一切的表現的自由。不過，糧食管理法是國家為了確保

國民全體的主要糧食而制定的法律，而在現在困頓的糧食情況之下，國家為了實現該法所預期的目的，於是根據同法的規定下達了命令，要求國民把主要糧食賣與國家，所以煽惑他人拒絕政府的強制收購糧食行為一事，並不是如上訴意旨所論，僅是批判政府的政策，攻擊其錯誤的決定而已，這種行為是慫恿不履行國民應該負擔的法律上重要義務，危害了公共的福祉。因為這類行為顯然超過了新憲法所保障的言論自由的界限，而應該在社會生活上受到道義的譴責，所以以這種行為為犯罪而予以處罰的法規，並沒有違反新憲法第二十一條的規定。上訴代理人主張上述法規因為新憲法的施行而歸諸無效，適用這些法規而認定被告有罪的原審判決是屬違法。不過，依據上述所論，本法廷認為其主張並無理由。據此，依刑事訴訟法四百四十六條，判決如主文。

以上為法官全體一致的意見。

## 三十七、因煽惑大眾燒燬建築物違反破壞活動防止法案件

破壞活動防止法的煽惑罪與表現的自由  
最高法院平成二年九月二十八日第二小法庭判決  
昭和六十三年（あ）一二九二號

翻譯人：李茂生

### 判 決 要 旨

- 一、破壞活動防止法第三十九條以及第四十條所規制的煽惑行為是指基於政治目的，使他人實行各條所定犯罪行為為目的，以文書、圖畫或言行，給予強烈刺激，令其產生實行該當犯罪行為的決意或助長其既已發生之決意的行為，因此原即具有表現活動的性質。不過，縱然是表現的活動，亦非得無限制地予以容許。當表現的活動違反公共福祉，逾越表現自由的界限时，應受到一定的限制，亦屬情非得已。
- 二、當煽惑行為有引起威脅公共安全的放火燒燬現住建築物等罪、聚眾騷擾罪等重大犯罪的可能性時，因係危害社會的危險行為，違反公共的福祉，即不值得受到表現自由的保護。對此煽惑行為予已處罰，於憲法第二十一條第一項尚無違背。

### 事 實

本件被告是當時中核派全學連的中央執行委員會委員長，於一九七一年召開的反對批准「沖繩返還協定」（當時還在國會審議中）集會中，對於參加活動的多數學生以及勞工公開演講，主張：「參加集會的所有人士應該發揮自己的攻擊力，自我武裝，殲滅機動隊」、「燒光一切的建築物，進行渋谷大暴動」等。因而以觸犯破壞活動防止法的煽惑罪嫌而遭起訴。

一審東京地方法院認為破壞活動防止法所規定的煽惑罪雖以表現活動為處罰對象，惟本件表現活動乃具有社會危險性的行為，若表現活動已經到達具有危險性的程度，亦得以科處刑罰的方式予以制約，並不違反憲法第二十一條保障表現自由的規定。二審東京高等法院維持第一審判決，駁回第二審上訴。被告不服，上訴第三審。

### 關 鍵 詞

煽惑他人犯罪或違背法令罪 破壞活動防止法 表現自由

### 主 文

本件上訴駁回。

### 理 由

一、關於辯護律師葉山岳夫等十名的上訴意旨

上訴意旨的第一點之一主張，破壞活動防止法第三十九條以及第四十條是處罰政治思想的條文，違反了憲法第十九條的規定。然而，破壞活動防止法第三十九條以及第四十條的煽惑罪雖然是以基於推進、支持或反對政治上的主義或策略的目的（以下簡稱政治目的），而實行的各條所規定的煽惑行為為處罰的對象，但是其是以煽惑這個表現在外部的客觀行為為處罰對象，至於做為其行為基礎的思想、信仰

等，則不是其處罰的對象。此觀諸各條的規定本身亦可明確得知。所以上述的上訴意旨，欠缺前提，不是合法的上訴理由。

上訴意旨的第一點之二主張，破壞活動防止法具有戰時特別刑法的性質，違反憲法第九條規定。但是只要明察各條的內容，即可發現破壞活動防止法第三十九條以及地四十條並不具有所指摘的性質，因此上訴意旨欠缺前提，並非合法的上訴理由。

上訴意旨的第二點主張，破壞活動防止法第三十九條以及第四十條是處罰表現活動的規定，違背憲法第二十一條第一項的規定。確實，破壞活動防止法第三十九條以及第四十條中所規定的煽惑是指基於政治目的，以令人實現各條所規定犯罪行為為目

的，而以文書、圖畫或言行，令他人心中生實行犯罪行為的決意，或給與刺激以助長既有的犯罪決意的行為（參照同法第四條第二項），所以具有表現活動的性質。然而，縱然是表現活動，也不是絕對不受限制的行為，當表現活動違反了公共福祉，脫逸了表現自由的界限時，其是不得不受到限制的。被告所為煽惑行為是有引起威脅公共安全的現有人住建築物等放火罪、聚眾騷擾罪等重大犯罪的可能性的社會性危險行為，違反了公共福祉，不值得受表現自由的保障，所以不得不受到限制。徵諸最高法院大法廷判決（昭和二十三年（九）第一三〇八號、昭和二十四年五月十八日判決，刑集三卷六號八三九頁，昭和二十四年（九）第四九八號、昭和二十七年一月九日判決，刑集六卷一號四頁，昭和二十六年（あ）第三八七五號、昭和三十年十一月三十日判決，刑集九卷十二號二五四五頁，昭和二十八年（あ）第一七一三號四頁、昭和三十三年三月十三日判決，刑集十一卷三號九九七頁，昭和三十三年（あ）一四一三號、昭和三十七年二月二十一日判決，刑集十六卷二號一〇七頁，

昭和三十九年（あ）第三〇五號、昭和四十四年十月十五日判決，刑集二十三卷十號一二三九頁，昭和四十三年（あ）第二七八〇號、昭和四十八年四月二十五日判決，刑集二十七卷四號五四七頁），處罰煽惑行為的法律並不違反憲法第二十一條第一項規定的。辯護律師的主張，並無理由。

上訴意旨的第三點主張，破壞活動防止法第三十九條以及第四十條的煽惑概念並不明確，違背憲法第三十一條規定。然而，破壞活動防止法第三十九條以及第四十條的煽惑概念已經透過同法第四條第二項的定義規定而明確化，其犯罪構成要件並不像辯護律師所論是一個曖昧、不明確的要件。所以辯護律師的主張，欠缺前提，不是合法的上訴理由（參照最高法院昭和三十三年（あ）第一四一三號、昭和三十七年二月二十一號大法廷判決，刑集十六卷二號一〇七頁，最高法院昭和四十三年（あ）第二七八〇號、昭和四十八年四月二十五日大法廷判決，刑集二十七卷四號五四七頁，最高法院昭和四十二年（あ）第二二二〇號、昭和四十五年七月二日第一小法廷

決定，刑集二十四卷七號四一二頁)。

上訴意旨的第四點僅為單純的法令違反的主張，並非合法的上訴理由。

#### 二、關於被告本人的上訴意旨

上訴意旨中，有關破壞活動防止法第三十九條以及第四十條的規定，違反憲法第九條、第十九條、第三十一條等規定的部分，如前所述，均是欠缺前提的論點，並非合法的上訴理由。至

於破壞活動防止法第三十九條以及第四十條的規定，違反憲法第二十一條第一項的主張，如前所述，其主張無理由。其餘包含主張違背憲法規定的論點，實質上都只是單純的法令違反的主張而已，並不該當於合法的上訴理由。

三、據此，依刑事訴訟法四百十四條以及三百九十六條規定，以法官全體一致的意見，判決如主文。

## 三十八、為採訪來源拒絕作證案件

最高法院昭和二十七年八月六日大法庭判決

昭和二十五年（あ）二五〇五號

翻譯人：吳煜宗（節譯）

## 判 決 要 旨

刑事訴訟法第一百四十三條規定：「法院除本法有特別規定之情形外，對於任何人均得以證人訊問之。」是課一般國民有作證之義務。以證人之身分到法庭陳述證言，係強制該證人個人為重大之犧牲。就個人之道義觀念言，有時欲保守秘密者，亦應陳述證言，其結果可能引起他人的敵意、不信任或怨恨。需要證言的該具體案件雖係訴訟當事人的問題，所以強加證人如此犧牲的依據，實係經由實際經驗的真實發現，以期法律正義能適當正確的實現，是為司法裁判的使命，強制證人作證即為達成該使命所不可缺之故，從而一般國民的作證義務為國民協助司法裁判能適當正確的行使所負重大義務。

刑事訴訟法第一百四十四條至第一百四十九條規定列舉免除作證義務的例外情形，就中第一百四十六條係為實現憲法第三十八條第一項保障的權利所設例外規定，其餘則係從立法政策上考慮，認承認拒絕證言為妥當的例外情形。鑒於一般國民的作證義務乃國民的重大義務，承認拒絕證言權屬於極端的例外而應予限制，故前述例外規定乃屬限定列舉，即不得將此類推適用於其他情形。對於新聞記者是否承認其就採訪來源有拒絕證言權為立法上裁量餘地問題，即不得參照刑事訴訟法第一百四十九條所列舉醫師等相關規定，將其類推適用於新聞記者，毋乃當然。

憲法第二十一條規定係對一般人平等的保障表現自由，並非對新聞記者為特別的保障。其憲法意旨乃於不違反公共福祉範圍內，讓人民能暢所欲言。不能解為以形成發表意見的內容之目的而採訪時，就採訪的來源亦應犧牲維持公共福祉最重要的，發動

司法權公正所必要的作證義務，進而保障其拒絕證言權。對於國民之中的某種特定人，是否應考慮其特種的使命、地位等而賦予特別的權利保障，乃屬立法自由形成事項，並非憲法第二十一條的問題。

憲法第三十八條第一項規定所謂「自己」一詞，應解為限於陳述者本人，不包含刑事訴訟法第一百四十七條所規定之近親者在內。因此，刑事訴訟法第一百四十七條之規定，並非憲法第三十八條第一項所保障之範圍，僅係因慮及與證人有一定身分關係之近親情誼，認為賦予拒絕作證權在立法政策上具有妥當性而已。

檢察官依刑事訴訟法第二百二十六條規定請求法官傳訊證人時，法官認請求為有理由者，即得訊問之。證人不得以犯罪嫌疑之事實客觀上不存在為理由，拒絕證言。

## 事 實

松本市警察署司法警察員於昭和二十四年四月二十四日因松本稅務署員A觸犯收賄等罪嫌疑，向松本簡易法院法官請求核發逮捕狀，經法官於二十五日上午十時許核發。同日下午三時許，朝日新聞松本支局記者即本案被告石井清告知松本市警察署搜查課長會田武平，法官已核發對A的逮捕令狀，並訊問案件如何進展。會田回答不知，內心則警覺逮捕令狀的核發已經外洩，因而提前於同日下午九時執行逮捕。詎翌日朝日新聞松本版竟刊登該請求逮捕狀之事實及逮捕狀所載犯罪嫌疑的事實。因洩漏上開事實對偵查的進行有重大障礙，如參與該逮捕狀之請求、作成、發送事務之國家公務員所為，其所知事實與國家公務員法第一百條規定公務員因職務上所知之秘密相當，將此秘密洩漏即有違反國家公務員法罪嫌。檢察官以偵查上開罪嫌有必要訊問證人即本案被告為由，依刑事訴訟法第二百二十六條規定請求法院訊問。被告因拒絕證言，經第二審以犯刑事訴訟法第一百六十一條的拒絕作證罪判刑。

被告的上訴理由主要係主張，新聞在民主政治下，乃提供民眾健全判斷基礎的材料，性質上屬社會公器，受憲法第二十一條第一項規定表現自由的保障。為達成表現自由，新聞記者的採訪方法亦應自由。為維持採訪自由，自有必要保守採訪來源之秘密，保守此秘密亦屬新聞記者的職業倫理及權利，且為對消息提供人應遵守的道義，為保障新聞的表現自由絕對必要的手段。因此保守採訪來源之秘密應受憲法第二十一條第一項規定表現自由的保障，新聞記者就採訪來源拒絕作證，為刑事訴訟法第一百六十一條規定所謂「正當理由」。

### 關 鍵 詞

採訪來源 作證義務 拒絕作證權 限定列舉 公共福祉 立法政策

### 主 文

本件上訴駁回。

### 理 由

一、刑事訴訟法第一百四十三條上所課予一般人民之法庭上作證義務，乃是國民應該協力於司法裁判適當正確之行使的重大義務。而在刑事訴訟法第一百四十四條乃至於第一百四十九條上所承認之免除作證義務的例外情形中，刑事訴訟法第一百四十六條雖然是為了實現由憲法第三十八條第一項（禁止強迫自答條款）所規定之憲法上保障的例外規定

而設，然而所餘其他所有承認拒絕作證的情形，則是基於立法政策上的考量而被認為是妥當情形的例外規定。惟鑒於一般國民的作證義務乃是國民的重大義務此點，法律承認拒絕作證權乃是屬於極為例外的情形。而此一例外規定乃是屬於限定式列舉，當然不應該將此類推適用於其他的情形上。

二、對於是否承認新聞記者在採訪來源上的拒絕作證權，乃是在立法政策上具有考量餘地的問題，即使存在承認新聞記者之拒絕作證權的立法例，然而由於我



國現行刑事訴訟法並未列舉出新聞記者具有拒絕證言權，在與刑事訴訟法第一百四十九條所列舉的醫師等比較之下，新聞記者無法類推適用以上的規定，乃是當然的結論。

三、憲法第二十一條是對於一般人平等地保障其表現自由之規定，並非是對於新聞記者賦予特種保障的規定。憲法中關於以上規定的保障，乃是在限於無違反公共福祉，必須使人得以自由地發表意見的情形。而對於尚未表示之意見的內容，關於此後為了形成其內容的新聞採訪來源，不惜犧牲基於公共福祉且在最重大的司法權之公正發動上所必要不可欠缺的作證義務，連拒絕證言之權利亦給予的保障的情形，到底是讓人無法理解的。上訴人主張新聞記者負有特種之使命、地位，然關於國民中的某種特定人士而言，是否應該考慮其特種的使命、地位等而賦予特別的保障權利，乃是屬於立法機關所應決定的事項，並非憲法第二十一條的問題。

四、憲法第三十八條第一項之規

定上所謂的「自己」一詞，應限定於陳述者本人，而不應解釋成包含刑事訴訟法第一百四十七條所規定之近親者在內。因此，刑事訴訟法第一四十七條之規定，並非憲法第三十八條第一項所保障之範圍，而僅是因慮及證人及與其有一定身分關係者間之近親情誼，故認定賦予拒絕作證權乃是具有立法政策上妥當性。

五、刑事訴訟法上關於搜查事項，由於原則上並未承認強制搜查權之故，搜查官為求達到搜查之目的而認為有傳訊證人之必要時，在刑事訴訟法第二百二十六條所規定之條件下，則規定應該由檢察官向法官請求其許可。接受上述請求之法官認為其請求具有正當理由時，即可以傳訊證人，而受到傳喚之證人當然即負有作證之義務。即使爾後基於搜查結果因犯罪嫌疑不充分而受不起訴之處分，或日後證明犯罪不成立或因無犯罪證據而獲判無罪，由於該證據調查程序無疑地並非溯及而為違法無效之故，證人當然不得以該被疑事實客觀上不存在作為理由而拒絕作證。

## 三十九、法庭內限制攝影案件

最高法院昭和三十三年二月十七日大法庭裁定

昭和二十九年（秩ち）一號

翻譯人：吳煜宗(節譯)

## 判 決 要 旨

報紙報導真實的新聞乃憲法第二十一條承認的表現自由。為此所作採訪活動，應認亦為憲法所承認。然即使是憲法所保障之自由，國民亦不得濫用此權利，並且負有經常為公共福祉而為利用之責任（憲法第十二條），因此不能謂此一自由不受任何限制。憲法所以規定在公開法庭中進行裁判之對審及判決，其目的無非將程序向一般大眾公開，藉以保障審判能公正進行。因此，即使是向一般大眾報導公開審判庭狀況的採訪活動，若有擾亂審判秩序，以致被告及其他訴訟關係人的正當利益受不當侵害，即屬無從准許。於公開審判庭為攝影者，因攝影的時間、場所等情形如何，而有產生上述不良後果之虞，因此刑事訴訟規則第二百五條乃將攝影之許可等事項，委由法院裁量，明訂非經許可不得為之。以上規則並不違反憲法。

## 事 實

抗告人為北海時報釧路支社報導部所屬攝影記者，在北海道釧路地方法院公開審理某一刑事案件時，在法庭內記者席採訪。開庭前，書記官告知：本日在公開審判庭中的攝影，僅限於公開審理前始得為之。開始審理後則不許攝影。詎法官進入法庭後，被告站在證言台，準備接受人別訊問之際，抗告人未經審判長許可，竟離開記者席，攜帶照相機，登上法官席所在的審判台，雖經審判長當場制止，抗告人仍置之不理，逕站在台上，對著被告拍下一張照片。原法院乃依有關維持法庭等秩序之法律第二條第

一項前段規定予以制裁。抗告法院維持原裁定，抗告人乃提起特別抗告，主張①抗告人所為與有關維持法庭等秩序之法律第二條規定之情形不符，原裁定維持第一審所為制裁的裁定，違反憲法第三十一條規定。②原裁定對於抗告人所主張第一審裁定認定之事實與有關維持法庭等秩序之法律規定應科以制裁的行為不符，是否可採，未予判斷，違反憲法第三十二條規定。③原裁定誤解憲法第二十一條規定之意旨，限制新聞報導自由，違反同條之規定。

### 關 鍵 詞

報導自由 採訪自由 公開審判 擾亂法庭秩序 權利濫用 公共福祉

### 主 文

本件特別抗告駁回。

### 理 由

一、基本上，報導事實的新聞乃是屬於憲法第二十一條所承認表現自由的內容。而為達到此目的之採訪活動，不用說當然亦為憲法所承認。然而，即使是憲法為國民所保障之自由，由於國民負有不濫用此權利，並且負有經常基於公共福祉以利用此權利之責任，因此亦不能謂此一自由不受任何的限制。

二、由於憲法之所以規定在公開

法庭中進行交叉辯論及判決，其目的乃是基於將訴訟程序向一般大眾公開，藉以保障審判能夠公正地進行。因此必須指出的是，即使是向一般大眾報導公開審判之法庭狀況的採訪活動，若是該活動有擾亂公開審判庭中的秩序，因而使得被告及其他訴訟關係人的正當利益受到不當侵害的情形，則是最不可原諒之處。

三、由於在公開審判庭中的攝影等行為，依據其進行的時間、場所等為如何，而有產生如以上的不良後果之虞，因此刑事訴訟規則第二百十五條乃將採訪攝影之許可等事項，委由裁判所來進行

裁量。而由於明訂有僅是在關係人不遵守該許可的情況下才不得

此等行為之故，因此以上規則並不違反憲法。

## 四十、「夕刊和歌山時事」妨害名譽案件

報紙刊載誤信之事實與妨害他人名譽之關連

最高法院昭和四十四年六月二十五日大法庭判決

昭和四十一年（あ）二四七二號

翻譯人：吳煜宗（節譯）

### 判 決 要 旨

刑法第二百三十條之二規定係保護個人名譽之人格權，以與憲法第二十一條規定正當言論的保障，謀求相互調和。若考量二者之調和與均衡，即使未證明刑法第二百三十條之二第一項所指之事實為真實，行為人苟誤信該事實為真實，就該誤信，參照確實的資料及根據，堪認有相當理由時，應認不具犯罪之故意，因而不成立毀損名譽之罪。本院昭和三十四年五月七日第一小法庭判決與上開意旨不符，應予變更。

### 事 實

被告在其昭和三十八年二月十八日發行之「夕刊和歌山時事」（晚報）版面上，以「吸血鬼某甲的罪業」為題，刊載、散布：某甲本人、或指示其經營之「和歌山特訊新聞」所屬記者，對著和歌山市公所土木部某課長，以故意說溜嘴似地留下一句：「只要你把該拿出來的拿出來，我就可以睜一隻眼閉一隻眼，否則咱們走著瞧！」；再轉而對其上級的某專員說：「但是俗話說『魚幫水，水幫魚，大家彼此照應。』怎麼樣！你也有貪污舞弊的嫌疑，我們來換個地方一邊喝酒一邊來把話說清楚吧！」等恐嚇內容的記事。第一審以上開記事乃是公然指述事實，以毀損某甲之名譽，適用刑法第二百三十條第一項規定，判處被告毀損名譽罪刑。第二審則援引最高法院之判例（昭和三十四年五月七日第一小法庭判決，刑集十三卷五號六四一頁），判示被告若是不能就所

言之事實證明其為真實，即使具有誤信其為真實之相當理由，亦不能阻卻故意而免毀損名譽罪責，認被告可阻卻故意的主張為不可採。被告乃提起本件上訴。

### 關 鍵 詞

言論自由 名譽毀損罪 協調與均衡 相當理由之確信 違背正義

### 主 文

原判決及第一審判決均撤銷，發回和歌山地方法院。

### 理 由

一、刑法第二百三十條之二應該說是謀求作為人格權之個人名譽的保護與基於憲法第二十一條之正當言論的保障間調和的規定，若是考量到此二者之調和與均衡的話，即使在無法證明刑法第二百三十條之二第二項所指之事實為真實的情況下，行為人誤信該事實為真實，而關於此一誤信對照於確實的資料、根據是有相當理由時，則解釋其不具有犯罪之故意因而不成立毀損名譽之罪，乃是相當的。

二、而與此相左，判示即使具有上述之誤信，在無法證明大略事實為真實的情況下，則不能免於毀損名譽罪責之本裁判所前記判例，本裁判所認為應該予以變更。因此必須指出，原判決的上述判斷是錯誤的法令解釋適用。

三、由於在本件中，原應該就被告誤信本件記事內容為真實之情事，慎重地審理檢討其是否對照於確實的資料、根據並有相當理由後，再就是否有刑法第二百三十條之二第二項之免責情形來加以判斷，然而卻作出如上判示的原判決，其各項違法對於判決的影響乃是明顯的。因此必須要指出，如果不將原判決廢棄，則顯然是違背正義。

## 四十一、法院命電視媒體提出在JR博多站拍攝錄影帶案件

採訪自由的限制

最高法院昭和四十四年十一月二十六日大法庭裁定

昭和四十四年(シ)六八號

翻譯人：吳煜宗(節譯)

### 判 決 要 旨

傳播媒體的報導，在民主主義社會中，於國民參與國政方面，乃是提供重要的可資判斷之資訊，為國民「知的權利」服務。因此，與思想的表明自由並列，報導事實的自由亦在憲法第二十一條規定表現自由的保障範圍。又為傳播媒體的報導得獲正確的內容，與報導自由同，為報導目的之採訪自由，參照憲法第二十一條規定的精神，亦值得充分尊重。然而，採訪自由並非不受任何限制，例如為實現公平裁判之憲法上要求，則不能否定其應受某程度的限制。亦即為保障實現公正的刑事裁判，傳播媒體因採訪活動所得資料，如認有採為證據之必要時，採訪自由即受相當限制。此際，一方面須考慮審判對象的犯罪性質、態樣、輕重及採訪內容作為證據的價值，進而考慮其在實現公平的刑事裁判上有無必要性；另一方面應比較衡量以採訪內容作為證據而命其提出時，傳播媒體之採訪自由所受妨礙的程度以及對於報導自由所致影響如何，並其他各種情形來加以決定。於認定使用其作為刑事裁判之證據乃屬於不得已的情形下，亦應慮及傳播媒體因此所受不利益勿超過其必要限度。

### 事 實

昭和四十三年一月，全學聯學生為阻止美國核子動力航空母艦停靠長崎縣佐世保港而前往目的地途中，於JR博多站下車時，

遭受警察機動隊將其趕出站外，並且在剪票口外受到調查及檢查行李。對此警備狀態，護憲連合等團體以相關警察官犯有特別公務員暴行凌虐濫用職權罪之行為提出告發，惟經地檢廳處分不起訴，告發人乃依刑事訴訟法第二百六十二條規定，請求移送法院審判。受理審判的福岡地方法院因而要求NHK等四家電視媒體提出案件當日的新聞錄影帶，遭該電視媒體拒絕，法院即依刑事訴訟法第九十九條第二項規定，命令其提出全部相關的錄影帶。四家電視媒體雖提起抗告，亦經福岡高等法院裁定駁回，因而提起本件特別抗告。

### 關 鍵 詞

報導自由 採訪自由 公共福祉 比較衡量 必要限度 受忍程度

### 主 文

本件抗告駁回。

### 理 由

一、傳播媒體的報導，在民主主義社會中，就國民參與國政而言，乃是提供重要的可資判斷之資訊，以服務於國民之「知的權利」的方式。因此，與思想的表明自由並列，報導事實的自由當然亦在憲法第二十一條所規定之表現自由的保障之下。其次必須強調的是，此類傳播媒體在報導時，為求掌握正確的內容，不僅止於報導自由，為達到報導目的

之採訪自由，就憲法第二十一條的精神來看，亦是值得充分尊重的事項。然而，採訪自由並非不受任何限制的權利，若是具有例如為了實現公平裁判之憲法上要求時，則不能否定其亦會受到某種程度的限制。

二、基於保障公平裁判的實現，經由傳播媒體的採訪活動而取得之物，例如在被認定其具有作為證據的必要性時，則必須指出的是，採訪自由受到某種程度的限制乃是不得不然的結果。但是，即使在此情形下，一方面要同時考慮到作為裁判對象的犯罪事



實、型態、輕重以及採訪內容作為證據的價值，進而考慮到其在實現公平的刑事裁判上有無必要性，另一方面則應該比較衡量以採訪內容作為證據而命其提出時，對於傳播媒體之採訪自由受到妨害的程度及此一舉動對於報導自由所會帶來的影響，以及其他各種情形來加以決定。即使在於認定使用其作為刑事裁判之證據乃屬於不得已的情形下，亦應該要顧慮到盡量不可以使得因此而受到不利益之傳播媒體，超過其必要限度。

三、在本件的情形，傳播媒體基

於中立之立場而拍攝下現場狀況的本件錄影帶，在證據上具有極為重要的價值，對於犯罪嫌疑人有無犯罪責任的判定上，則被認為處於幾乎是必須之物的狀況。又另一方面，本件錄影帶包含業已撥放完畢的部分在內，乃是為了放映而準備之物，因其作為證據使用而使得傳播媒體遭受到的不利益，並非報導自由之權利本身，而應該解釋其僅只是對於將來的採訪自由可能帶來危害而已……對於此一程度的不利益，即使是立於應該充分尊重傳播媒體之立場的觀點，應該說是尚在必須受忍的程度之內。

## 四十二、海關檢查輸入品事件

海關檢查輸入書籍的合憲性

最高法院昭和五十九年十二月十二日大法庭判決

昭和五十七年（行ツ）一五六號

翻譯人：吳煜宗（節譯）

## 判 決 要 旨

憲法第二十一條第二項前段規定，為保障表現自由，不得施行檢閱。憲法為廣泛保障表現自由，除於同條第一項設有規定外，復於第二項特別規定檢閱的禁止，其原因乃鑒於檢閱在性質上係對表現自由最嚴格的規制，因此即使以公共福祉為理由亦不得例外的容許。所謂檢閱係指行政權居於主體，以思想內容等表現物為對象，禁止其全部或一部之發表為目的，對於列為對象的一定表現物，在其發表前，全面地一般地審查其內容後，認定為不適當者，禁止其發表。經海關檢查結果，認報關的書籍或圖畫為關稅定率法第二十一條第一項第三款所定輸入禁制品，經關稅局局長通知進口人時，該書籍等即不得合法進口，此表現物所表示的思想內容於我國自無發表機會，在國內因無從接觸此思想內容，亦限制我國人知的權利。然禁止輸入之表現物通常已於國外發表，即不得謂因禁止輸入而指對該表現物，於事前禁止其發表，且海關僅禁止其輸入，非予沒收或廢棄，尚非全面剝奪發表的機會，是與事前規制有間。又海關檢查為關稅徵收程序之一環，乃經由此程序，附帶對輸入品（除書信外）全盤而為，並非專對思想內容全面審查，以限制規範之目的實施，且對此禁止進口之處分，最後仍有經司法審查之機會，因此與憲法第二十一條第二項所指檢閱並不相當。

表現自由雖為憲法所保障特別值得重視的基本人權，然非絕對不受限制，若基於公共福祉，亦得限制之。又遵守性的秩序，維持最小限度的性道德，為公共福祉的內容，猥褻文書的散布違

反公共福祉，以之為處罰的對象，並未違反憲法第二十一條第一項所保障表現自由。為維持、確保國內健全的性的風俗，阻止猥褻表現物自國外濫行流入，與維護公共福祉亦屬一致。參酌禁止猥褻刊物之散布及交易之條約第一條規定，課締約國處罰為散布等之目的而輸入猥褻物行為之義務，可見有關憲法所保障表現自由，於此範圍內亦應受限制。又單純持有猥褻文書等雖非刑法處罰對象，然輸入猥褻文書的目的如何，難以辨別，若准其輸入，則甚易將其散布、販賣，事屬顯然。為防止害及國內健全的性的風俗，於海關即阻止其輸入，實屬不得不然。

關稅定率法第二十一條第一項第三款規定「有害風俗之書籍及圖畫」，其中所謂風俗固有性的風俗、社會的風俗、宗教的風俗等多義，惟本規定所指乃謂性的風俗之意，因此猥褻的書籍、圖畫均在限制之列。與現行刑法第一百七十五條規定的處罰要件「猥褻的書籍、圖畫」同其意義。因此，關稅定率法第二十一條第一項第三款規定「有害風俗之書籍及圖畫」，即無何意義不明確情形，亦不違反憲法第二十一條第一項規定。

### 事 實

上訴人向國外商社訂購雜誌、書籍等，經該商社以上訴人為收件人郵寄回國。海關檢查結果，認郵寄物屬於關稅定率法第二十一條第一項第三款（當時）所定禁止輸入之物品，通知上訴人。上訴人雖聲明異義，因受駁回之處分，乃提起訴訟，請求撤銷上述通知及處分。第一審為上訴人勝訴之判決，惟第二審則撤銷第一審判決，駁回上訴人之請求。

### 關 鍵 詞

行政檢查 表現自由 猥褻表現物 事前規制 公共福祉 輸入禁制品（違禁品）

## 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

一、憲法第二十一條第二項的禁止行政檢查規定與同條第一項的表現自由保障規定分別設置的意旨，本裁判所認為是「鑒於行政檢查在其性質上乃是對於表現自由形成最嚴重的限制，……即使是以公共福祉作為理由的例外容許……亦不能承認……，因而宣告行政檢查的絕對禁止」。而同條項所謂的行政檢查，則「應該解釋為其所指的是行政權居於主體，以思想內容等表現物為對象，目的在禁止其全部或一部之發表，就被列為對象的一定表現物，在其發表前全面地一般地審查其內容後，以禁止被認定為不適當表現物之發表來作為其特質」。

基於關稅定率法第二十一條第一項第三款的海關檢查，並不相當於上述所指之行政檢查，其理由則列舉如下：

①基於海關檢查所禁止輸入的表現物，一般而言乃是在國外業已發表完畢之物，而禁止其輸

入就當該表現物而言，並非可謂為事前一禁止其發表。又當該表現物由於並非被海關所沒收、廢棄，因此其發表的機會並未被全面地剝奪。在此意義上，並非可謂海關檢查即是事前規制。

②海關檢查其作為關稅徵收手續的一環，限於附隨地得以容易地判定之情形下，僅只是一般的審查而已，並非是以全面地審查・規制思想內容等其本身作為目的。

③海關檢查雖然是屬行政權之行使，然而成為其主體的海關，乃是以關稅的確定及徵收作為其本來職務內容之行政機關，而非特別地以思想內容等作為對象，並以對此進行規制來作為其獨自之使命。

④海關長發出通知時乃是賦予司法審查的機會，行政權的判斷並非被認為是最終的結果。

二、為了維持並確保我國國內健全的性風俗，不區別是否單純只是以自己所有為目的而持有，一般性地在國境上阻止國外猥褻表現物的流入，其結果即使是因此而使得該表現物在國內的發表自由與知識自由受到限制，亦不得不承認此乃是不得已的措施。

三、由於關稅定率法第二十一條第一項第三款上「應有害於公共安全或社會風俗」之文意，被解釋為二種可區分的規定之故，因此在本件中僅就關於「風俗」之部分來進行研究。若是合理地解釋的話，所謂「風俗」乃是專指「性風俗」而言，基於上述規定而成為禁止輸入之對象者，則可以說僅只是限於猥褻的書籍、圖畫等物品之上。在如此限定性解釋是為可能的情況下，上述規定

即非欠缺明確性，也不違反憲法第二十一條第一項之規定。

四、關於前述理由三之後半部分，四名（伊藤正己、谷口正孝、安岡滿彥、島谷六郎）裁判官則有下列的反對意見：

上述規定既不明確亦過於廣泛，且由於無法忽視其對於本來就不應該容許之規制亦有被適用的可能性，因此乃是違憲無效的。

## 四十三、因張貼傳單違反輕犯罪法案件

### 張貼傳單與表現自由

最高法院昭和四十五年六月十七日大法庭判決

昭和四十二年（あ）一六二六號

翻譯人：寰瀛法律事務所（黃馨慧）

### 判 決 要 旨

輕犯罪法第一條第三十三項前段規定，係為保護他人房屋及其他工作物之財產權、管理權，限制行為人不得於前開工作物上，任意張貼紙張。縱令此行為係將思想表彰於外部之手段，亦不得不得當侵害他人財產權或管理權。準此，上開規定係以保障公共福祉為目的，對人民表現自由所加必要且合理之限制，尚無違反憲法第二十一條第一項規定可言。

### 事 實

被告未經同意，擅自於電力公司所有，廣告公司管理之數十支縣道電線桿上，以塗抹黏膠，使紙張背面緊粘之方式，張貼印製有「祝第十屆原子彈及氫彈禁爆世界大會舉辦成功。愛知縣原子彈及氫彈禁爆協會」字樣之海報（長五四公分，寬十九點五公分）八十四張。第一審及第二審均以被告違反輕犯罪法第一條第三十三項前段規定，判處被告罪刑。被告乃提起第三審上訴。

### 關 鍵 詞

原水爆禁止（原子彈及氫彈禁爆） 張貼海報 輕犯罪法第一條第三十三項 表現自由 憲法第二十一條第一項 過度 憲法第三十一條

## 主 文

本件上訴駁回。

## 理 由

關於辯護人櫻井紀（名義）、同大矢和德、同前島（現原山）剛三之上訴意旨：

依據第一審判決，本件犯罪事實乃被告二人以共同犯意之聯絡，在無正當理由，且未經所有人及管理人同意之情況下，以塗抹黏膠，使紙張背面緊粘之方式，於縣道上所架設，由 A 電力公司所有，B 興業股份有限公司一宮營業所長管理之稻澤幹線六一號電線桿十支上，及日本電信電話公社所有，C 共濟會東海分部電桿廣告課長管理之電線桿十二支上，以及 D 農業協同合作社長管理之電線桿十四支上，張貼印製有「祝第十屆原子彈及氫彈禁爆世界大會舉辦成功。愛知縣原子彈及氫彈禁爆協會」字樣之海報（長五四公分，寬十九點五公分），共計八十四張，前揭行為顯違反刑法第六十條、輕犯罪法第一條第三十三項前段之規定，因而判處被告二人各拘役十日。

辯護人之上訴意旨謂以，原

判決以輕犯罪法第一條第三十三項前段之立法目的，在維護公共福祉等語為由，判認前揭法條未違反憲法第二十一條第一項之規定。惟查，如輕犯罪法同條規定之適用結果，竟造成人民表現自由及勞工權利之正當行使之本件海報張貼行為遭到禁止，即不能謂該條規定未違反憲法第二十一條第一項之規定等語。

查輕犯罪法第一條第三十三項前段規定，係以保護人民房屋、工作物等財產權、管理權為目的，因之，該條規定限制第三人不得於前開財產物上，任意張貼紙張等物品。縱令係將思想表彰於外部之行為，其手段亦不得造成不當侵害他人財產權或管理權之結果。準此，前條規定係以保障公共福祉為目的，對人民表現自由所加諸必要且合理之限制，尚無違反憲法第二十一條第一項規定可言（本院昭和二十四年（九）第二五九一號，同二十五年九月二十七日大法庭判決，刑集第四卷第九號第一七九九頁，同二十八年（あ）第三一四七號同三十年四月六日大法庭判決，刑集第九卷第四號第八一九頁參照）。原審判決既不違前揭意旨，自屬合法正當，上訴顯無

理由。

次查，上訴人又主張輕犯罪法第一條第三十三項前段違反憲法第三十一條之規定云云，惟查，前述法條所謂「過度」，就於他人房屋及其他工作物張貼紙張等物品之行為，當可解為欠缺社會通念上正當理由之情形，論旨指摘「文字表現含糊曖昧、犯罪構成要件有欠明確」等語，與

本件情形殊不相符，其關於違憲之主張，當無可採。

上訴人其餘主張僅係關於違背法令之陳述，不符合刑事訴訟法第四百零五條規定之上訴理由。

綜合上述理由並依據刑事訴訟法第四百零八條之規定，經全體法官一致同意，謹判決如主文。



## 四十四、違反零售商業調整特別措置法案件

實施社會經濟政策之營業規制—依法規範個人

經濟活動之合憲性

最高法院昭和四十七年十一月二十二日大法庭判決

昭和四十五年（あ）二三號

翻譯人：林國全

### 判 決 要 旨

- 一、國家在積極追求國民經濟之健全發展及國民生活之安定，期能達成社會經濟全體均衡協調發展之目的下，將之作為其實施社會經濟政策之手段之一，而透過立法，對個人經濟活動，施以一定規範措施之作為，只要是在為了達上述目的之必要且合理範圍內，並非憲法之所禁止。
- 二、就對個人經濟活動之法律規範措施，法院僅於立法機關逸脫其裁量權限，該法律規範措施顯不合理之情形，係屬清楚明確時，始得以之為違憲。
- 三、零售商業調整特別措施法三條一項、同法施行法一條、二條所定之零售市場許可規範，並未違反憲法第二十二條第一項、十四條。
- 四、依零售商業調整特別措施法五條一款所定之大阪府零售市場許可基準內規（一）本身，並無法之拘束力，僅係規定依同法第三條第一項所為許可申請時相關許可行政之運用基準。故而，其當否之爭執，以經由對具體之不許可處分之當否予以爭執，即為已足。未為該許可申請之人，不得爭執上述內規之一般合憲性。
- 五、本件記錄上無法認為有因零售商業調整特別措施法所定之零售市場許可規範而對國民健康之文化上最低限度生活有具體特別影響之事實。故而，所論違反憲法第二十五條第一項之主張，欠缺其前提，不足為上訴適法之理由。

## 事 實

零售商業調整特別措施法第三條第一項所定零售市場之許可規範係由都道府縣知事（譯註：日本一級地方政府為一都（東京都）、一道（北海道）、二府（大阪府、京都府）及三十七縣，地方政府首長為知事）為之。規範對象之零售市場，為在政令所指定之市（主要為以大阪府為中心之關西地區之市）之區域內，一建築物為供十以上之零售商店鋪之用，而出租、讓渡，且此等店鋪中有販賣政令所指定物品（蔬菜、生鮮魚蝦類）之店鋪者。許可基準為，過當競爭防止（第五條第一款）、出租條件等之限制等（第五條第二款以下）。就過當競爭防止，大阪府訂頒大阪府零售市場許可基準內規，規定各零售市場間至少應距離七百公尺之距離限制。

被告M公司，為以市場經營等為業之法人，被告O為M公司之代表人，O未經大阪府知事之許可，在同法所定之指定區域內建設一棟鋼筋混凝土建築物（店鋪數四十九），以作為零售市場之目的，將店鋪出租予四十七名零售商人。M公司及O因而被起訴。第一審東大阪簡易法庭，對被告各科罰金十五萬日圓，被告向大阪高院提起上訴，經大阪高院駁回其上訴。於是，被告主張許可規範及距離限制係違反以自由競爭為基本前提之日本經濟體制，有利於既存業者之獨佔性利益追求，故而違反憲法第二十二條第一項，此外並違反憲法第十四條、第二十五條，而向最高法院提起上訴。

## 關 鍵 詞

職業選擇之自由 營業自由 個人經濟活動自由 社會經濟政策

## 主 文

上訴駁回。

## 理 由

就上訴意旨之一至五之部份：

上訴意旨要謂：零售商業調

整特別措施法（以下稱「本法」）第三條第一項、同法施行法第一條、第二條，使零售市場之開設經營繫於都道府縣知事之許可，係不當限制營業自由之規定，違反憲法第二十二條第一項。

本法第三條第一項規定，就政令所指定市區域內之建築物，非經都道府縣知事之許可，不得以作為零售市場（謂一建築物，供十以上之零售商～限於其全部或部份販賣政令所定物品者～之店舖使用）之目的，將該建築物之全部或一部出租或讓與將之作為店舖使用之零售商。據此，同法施行令第一條及附表一，具體明定「政令所指定之市」，同法施行令第二條及附表二，就「政令所定物品」指定為蔬菜、生鮮魚蝦類。其次，本法第五條，列舉第一款至第五款之不許可事由，做為有上述許可申請時之許可基準，本法第二十二條第一項，就違反第三條第一項規定者，設有罰則。如上所述，在本法所定之市之區域內，欲開設經營本法所定形態之零售市場者，應經本法所定之許可，且若有本法第五條各款所揭事由，原則上不予許可。故而，確如上訴意旨

所論，上述規定係規範欲開設經營零售市場者之自由，限制其營業自由。

從而，應探討上述對營業自由之限制，是否抵觸憲法第二十二條第一項。憲法第二十二條第一項，係以之為國民基本人權之一，而保障選擇職業之自由。而所謂保障選擇職業之自由，應解為包括保障廣泛、一般之所謂營業自由。進而，可謂憲法大體上所預設者為以個人自由經濟活動為基礎之經濟體制。但憲法，就個人之經濟活動，並非保障其絕對且無限制之自由，而僅止於，各人在不違反公共福祉之限度下，享有其自由。基於公共福祉之要求，得就其自由加以限制，乃為上述條項本身所明示者。

蓋基於上述條項對個人經濟活動之法律規範，係當個人之自由經濟活動所帶來之諸種弊害，自社會公共安全及秩序維持之觀點無法忽視之情形，以消極性的，為除去或緩和該弊害所為必要且合理之規範為限，而予以容許，自不待言。不僅如此，如與憲法之其他規定併同探討，很清楚明白的，憲法係整體性的、在福祉國家之理想下，致力達成社會經濟均衡之協調性發展，而在

此觀點下，就所有國民保障其所謂生存權，其中，又以保障國民之工作權等，要求對處於經濟劣勢者予以適當保護政策，作為其施策之一環。綜合檢討上述諸點，則可謂憲法係以實施積極社會經濟政策為國家之職責，只要是有關個人經濟活動之自由，與個人之精神自由等情形有所不同的，作為實施上述社會經濟政策之手段之一，採取一定之合理規範措施，原本即係憲法所預定，且容許者。國家，為積極追求國民經濟之健全發展與國民生活之安定，藉此達成社會經濟全體均衡之協調發展，透過立法，對個人經濟活動，採取一定規範措施，只要在為達上述目的之必要且合理範圍內，應予容許，絕非憲法之所禁。不過，對個人經濟活動之法律規範，絕非應予無限制地容許，其規範對象、手段、態樣等，其本身即有一定之界限。

但在社會經濟之領域，有無採取法律規範措施之必要？即使有必要，就何等對象，採取何等手段、態樣之規範措施始為適切妥當？主要係立法政策之問題，僅能留待立法機關之裁量判斷。蓋於判斷法律規範措施有無必要

以及法律規範措施之對象、手段、態樣之應然時，就其對象之社會經濟實情之正確基礎資料係屬必要。具體之法律規範措施對現實社會經濟將有何等影響？於洞察其利害得失之同時，廣泛考量其與社會經濟政策全體之調和等，就相互關連之諸條件予以適當評價與判斷，亦屬必要。而此等評價與判斷之機能，正是立法機關之使命所在。立法機關，方係具備發揮上述機能之適格國家機關。故而，就上述對個人經濟活動之法律規範措施，只能委諸立法機關之政策性、技術性裁量。法院，應以尊重立法機關之上述裁量性判斷為前提，只有在立法機關逸脫其裁量權，該法律規範措施顯不合理之情形，係屬清楚明確時，始得以之為違憲，而否定其效力。

上述論點就本案觀之，很清楚明白的，本法，係以之為立法當時之中小企業保護政策之一環而制定，其所以以本法所定之零售市場為許可規範之對象，係鑑於零售商在國民中所佔數目及於國民經濟之功能，如本法第一條立法目的所示，在適當確保經濟基礎弱勢之零售商業活動機會，且除去阻礙零售商正常秩序

之因素，有其必要之判斷下，基於認為其係為了保護零售商免於因隨著零售市場之亂設而來之零售商過當競爭，所可能引致之零售商集體倒閉可能，而採取之措施，並非犧牲一般消費者之利益，而對零售商積極的賦予流通市場上之獨佔利益。而且，本法僅以其所定形態之零售市場為規範對象，例如在零售市場內之店舖若未包括販賣政令所指定之蔬菜、生鮮魚蝦類之店舖，或並非以本法所定零售市場形態而將店舖貸與販賣上述政令所指定物品之店舖等之情形，將之自本法規範對象予以除外等，可窺知其僅就可認為因過當競爭所致之弊害特別顯著之情形，予以規範之意旨。由上述諸點觀之，可謂本法所定零售市場之許可規範，係國家自追求社會經濟調和發展之觀點，以之為中小企業保護政策之一手段而採之措施。在其目的上，並非不能認為其有一定之合理性，而且，在其規範之手段、態樣上，亦無法認為其有顯著不合理之處。既然如此，不能認為本法第三條第一項、同法施行令第一條、第二條所定之零售市場許可規範違反憲法第二十二條第一項，即屬清楚明白。結果，與

上述所論同意旨之原審判決即為相當，上訴意旨為無理由。

又，上訴意旨主張基於本法第五條第一款所定之大阪府零售市場許可基準內規（一）亦違反憲法第二十二條第一項。但該內規，其本身並不具法之拘束力，不過是規定依本法第三條第一項所為許可申請之相關許可行政運用基準，其適當與否，經由對具體之不許可處分之當否予以爭執為已足。且記錄上，無法窺知被告人等有提出上述許可申請之跡象，故不容許被告人在本件爭執上述內規之一般合憲性，有關此點之違憲主張，不能成為上訴適法之理由。

就上訴意旨六之部份：

上訴意旨主張：本法第三條第一項、同法施行法第一條僅以指定都市之零售市場為規範對象，故違反憲法第十四條。

但本法第三條第一項、同法施行法第一條以及附表一以其指定都市之零售市場為規範對象，係考量零售市場於該地域社會所發揮之功能、於該地域零售市場之濫設傾向等，為達成本法上述目的，在必要限度內限定規範對象都市，不能認為其判斷顯然欠

缺合理性。故而，就結果言，在欲開設零售市場者之間，即使依地域不同而發生受規範與不受規範之差異，亦不得以之為理由，而認為違反憲法第十四條。上訴意旨為無理由。

其次，上訴意旨主張：本法第三條第一項未以未滿十店舖之零售市場及超級市場為規範對象，係欠缺合理根據之差別性處理，故違反憲法第十四條。

但，是否以本法所定零售市場以外之零售市場為規範對象？是否以超級市場為規範對象？皆屬立法政策之問題。不得僅因未

以之為規範對象，即謂本法之規範憲法第十四條。上訴意旨為無理由。

就上訴意旨七之部份：

上訴意旨主張：本法所定之零售市場許可規範違反憲法第二十五條第一項。

但本案記錄上並無足認有因該許可規範，而在國民健康上文化上之最低限度生活引致具體特別影響之事實，故而上訴意旨之主張，欠缺其前提，不得為上訴適法之理由。

## 四十五、請求撤銷駁回許可經營酒類販賣業申請之處分事件

酒類販賣業申請許可制之合憲性

最高法院平成四年十二月十五日第三小法庭判決

昭和六十三年（行ツ）五六號

翻譯人：林國全

### 判 決 要 旨

以謀求租稅之適當且確實賦課徵收之國家財政目的下，所為職業許可制規範，只要其必要性與合理性之立法機關判斷，並未逸脫以國家財政、社會經濟、國民所得、國民生活等實際狀況之正確資料為基礎，而上述政策性、技術性裁量範圍，又非顯著不合理者，即不得謂其違反憲法第二十二條第一項規定。是酒稅法第九條、第十條第十款不違反憲法第二十二條第一項。

### 事 實

一九七四年七月，上訴人X基於酒稅法第九條申請酒類販賣業之許可，一九七六年十一月，被上訴人Y（轄區稅務署長）以該當酒稅法第十條第十款為由，而為駁回許可申請之處分。X乃提起請求撤銷該駁回處分之訴。

一審判決（東京地判昭和五四、四、十二），以本件並不該當酒稅法第十條第十款之要件（經營基礎薄弱）為理由，承認X之請求。Y不服，提起上訴。

於二審時，X追加如下主張：規定酒類販賣許可制及許可要件之酒稅法該條項違反憲法第二十二條第一項。二審判決（東京高判昭和六二、十一、二六），以如下理由駁回X之請求：所謂酒稅保全之財政政策上之目的，雖兼具積極目的與消極目的之意義，但酒類販賣業許可制之採行，尚未達超越立法機關裁量權之

合理範圍，對職業選擇自由課以過重規制，而違憲無效之程度。

X不服上述判決，提起本件上訴。

### 關 鍵 詞

職業選擇自由 職業活動自由 營業許可制 國家財政目的 立法機關之裁量範圍 具體許可基準

### 主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

一、 1.上訴意旨指稱，以規定酒類販賣業許可制之酒稅法第九條、第十條第十款規定為合憲之原審判決，有錯誤解釋適用憲法第二十二條第一項之違法。

2. (一) 憲法第二十二條第一項之規定，應解為不僅止於狹義之職業選擇自由，亦包括職業活動自由之保障。惟職業之自由，如與其他憲法所保障之自由，特別是所謂精神自由相較，對於以公權力予以規制之要求較為強烈。故而，上開憲法規定，亦特別附有「以不違反公共福祉為限」之保留。但因就職業自由之規制措施係視不同情事而採各種各樣之形態，故不能一律性地

論究各該規制之憲法第二十二條第一項適合性，而必須就具體規制措施，檢討其規制之目的、必要性、內容、其所限制之職業自由之性質、內容及限制程度，做全盤性比較考量後，慎重決定之。於合憲性司法審查之際，只要認為該規制之目的合於公共福祉，則就在此目的下之該規制措施具體內容及必要性與合理性，只要立法機關之判斷不超越合理裁量範圍，即應以之為立法政策上之問題而予以尊重。但上述合理裁量範圍，視其事之性質，本質上即可有所廣狹。一般而言，因許可制係超越單就職業活動之內容及態樣之規制，而直接對狹義之職業選擇自由本身課以制約，係對職業自由之強力限制，故而，欲肯定其合憲性，原則上必須是為達成重要公共利益有其必要且屬合理之措施。

(二) 又，憲法就租稅之納



稅義務人、課稅標準、賦稅徵收方法等，僅規定以依法律或法律所定條件為必要，至其具體內容則委由法律規定之（第三十條、第八十四條）。當前，租稅除充足國家財政需要之既有機能外，亦有所得再分配、資源適當分配、景氣調整等各種功能。故於規定國民租稅負擔時，不僅應自財政、經濟、社會政策等國政全體進行綜合性政策判斷有其必要，就課稅要件等之規定，亦需極為專業之技術性判斷，殆無疑義。因此，就租稅法之訂立，僅能委由以國家財政、社會經濟、國民所得、國民生活等實際狀況之正確資料為基礎之立法機關的政策性、技術性判斷，法院基本上須尊重該裁量性之判斷。

（三）綜上所述，就以謀求租稅之適當且確實賦課徵收之國家財政目的下所為職業許可制規範，只要就其必要性與合理性之立法機關判斷，並未逸脫上述政策性、技術性裁量範圍，並非顯著不合理，即不得謂其違反憲法第二十二條第一項規定。

3.（一）酒稅法規定，酒類應課徵酒稅（第一條），酒類製造人為納稅義務人（第六條第一項），酒類等之製造及販賣採

許可制（第七條至第十條）。此係因認為酒類消費係負擔租稅能力之表現，在就酒類課徵所謂間接消費稅之酒稅之同時，關於其賦課徵收，藉由所謂「庫出稅方式」，對酒類製造人課以納稅義務，再經由酒類販賣業者回收價金之方式，使稅賦負擔轉嫁至最終稅務負擔人即消費者之架構，在此架構下，乃對酒類之製造及販賣業採用許可制。酒稅法，係因確保酒稅之確實地徵收及其稅務負擔能順利轉嫁至消費者之必要，而採取此種制度。

自酒稅之沿革以觀，由於其占全部國稅之比例極高，屬於具有確實徵收高度必要性之稅目，同時，鑑於酒類販賣價金所佔比例亦屬高率，酒稅法昭和十三年法律第四十八號之修正，在致力酒稅之適當且確實賦課徵收之國家財政目的下，採用此等制度，在當時應具有其必要性及合理性。且為實現被列為酒稅納稅義務人之酒類製造人，在實現藉由使販賣酒類之價金之回收得以確實，使酒稅負擔順利地轉嫁予消費者之目的下，將有妨礙上述目的之虞的酒類販賣業者，藉由許可制方式自酒類流通過程中予以排除，亦可謂係為謀求酒稅之適

當且確實賦課徵收之重要公共利益所採之合理措施。隨著其後之社會狀況變化與租稅法體系之變遷，在酒稅占全部國稅之比例已相對降低之本件處分當時，就酒類販賣業之許可制度存續之必要性及合理性，雖不能否認已有爭議餘地，但前述酒類賦課徵收之相關機制架構尚未達已失其合理性之程度。此外，若併同考量下列事項，其一為酒稅原即係應將其負擔轉嫁予消費者之稅目，其二為藉由酒類販賣業許可制予以規範，係因本質上，從酒類係為具有致醉性之嗜好品的性質上，以及從維持販賣秩序等方向，可認為其屬於不得不就其販賣施以某種程度規範之商品。則對於在本案當時仍認為酒類販賣業許可制度應予存續之立法機關判斷，難以斷定其逸脫前述政策性、技術性之裁量範圍，且顯不合理。

(二) 不過，上述對職業選擇自由之規制措施，在與該許可制度下之具體許可基準間之關係上，亦須具備其必要性與合理性，自不待言。

檢討本件處分之理由即酒稅法第十條第十款之許可基準，可知該款係規定申請許可者如為尚

未復權之破產人或其他足認其經營基礎薄弱之情形，得不給予酒類販賣業之許可。此可謂為就可認為係酒類製造人在回收酒類販賣價金有招致困難之虞之最典型情況之規定。此一基準，自採用酒類販賣許可制度之上述立法目的觀之，可謂合理。又，亦難認定本款規定有欠明確，而容許行政機關為恣意判斷。

準此，不得謂酒稅法第九條、第十條第十款之規定係逸脫立法機關之裁量範圍，顯然不合理，亦不能謂其違反憲法第二十二條第一項。

4. 綜上，原審就此部分之判斷之結論洵屬正當，上訴人之上訴理由尚不足採。

二、(略)

三、(略)

四、(略)

五、綜上，依據行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條，除園部逸夫法官之補充意見、阪上壽夫法官之反對意見外，經全體法官一致之意見，宣示判決如主文。

園部逸夫法官之補充意見如下：

租稅法之訂定，有諸多部份

應委諸立法機關之政策性、技術性判斷，尤其是具體稅目之設定及確保其徵收之法律手段等部分，在法院之立場，基本上應應尊重立法機關之裁量性判斷，在此基礎上，本人基本上贊同應駁回本件上訴之多數意見。惟於本件情形，若多數意見之見解，被解讀為有再確認酒稅之為國稅之重要性，並對酒稅法之法律架構及其機能之現狀，推延至未來亦予以積極支持，則與本人之本意有異。故，以下就此點，論述本人意見。

就歷史沿革觀之，酒稅占全部國稅之比例極高，而以之為有確實徵收高度必要性之稅目，確如多數意見所述。但，吾人亦不能否定，當前，酒稅是否仍為佔有上述地位之稅目，已有所爭議。又，即或酒稅仍為國稅中之重要稅目，但其是否仍屬於須藉由將酒類販賣業置於現行之許可制下始能確保其徵收之重要稅目，亦有所爭議。本人以為，就酒類販賣業之許可制而言，在大藏省管轄下，自財政目的之立場，欲維持斯制，必須以酒稅列為國稅有其極高重要性，以及以酒類販賣業許可制為酒稅確實徵收方法係屬必要且為合理之規

制，為其前提。（本人以為，為達財政目的之規制，係與警察性、消極性規制之性格有所不同，就經濟規制之司法審查範圍，受對支持各該規制之立法事實確實掌握之可能性之影響，大於受其規制目的之影響。）因此，對於如上所述酒稅之重要性判斷及其合理的規制之選擇，本人認為應交由參與立法政策之大藏省以及立法機關之專業技術裁量行使之。

另一方面，對於酒類販賣業許可制，亦有下述非難。即酒類販賣業之許可制，發揮了事實上保護已獲有許可並實際經營酒類販賣之既存業者權益之功能。藉由酒稅法上之酒類販賣業許可制，將上述販賣業置於稅務署長監督下之制度，係自確保酒稅徵收之財政目的之立場所設，參酌酒稅法之相關規定自明；上述許可制下之規制手段、態樣等，在與其立法目的之關係上，亦有其必要性及合理性，確如多數意見所示。酒稅法規定之酒類販賣業許可制，係專以財政目的為出發點而予維持，其與就特定業種之育成保護係為消費者乃至國民利益之保護而設之經濟上積極公益目的之營業許可制，兩者之立法

立法目的並不相同。故，酒類販賣業許可制規定之運用過程，若因將其財政目的與上述經濟上積極公益目的同一視，而引致輕易承認例如對既存酒類販賣業者權益保護機能不當恣意重視之行政機關裁量權之可能性，則此自屬將酒類販賣業許可制利用於財政目的以外目的之情形，明顯逸脫酒稅法之立法目的，進而，欠缺有關職業選擇自由規制之正當公益目的，且亦違反最小限度之必要性原則。參酌憲法第二十二條第一項，即難謂無違憲之弊。惟本件係就許可申請人之經濟上要件是否符合酒稅法第十條第十項規定之爭執，僅自原審確定之事實關係判斷，尚不能認為本件拒絕申請處分係基於上述觀點所稱之裁量權行使而作成。

然，於昭和十三年法律第四十八號酒稅法之修正當時，支持規定酒類販賣業之許可制以確保酒稅徵收此一立法目的之正當性，以及為達成右述立法目的所採取手段之合理性，之立法事實，於現今是否仍為存續，有其爭議之情況下，上訴人及上訴代理人等所主張者係謂上述許可制之運用並未遵守原來之立法意旨。但從記錄所示之資料以觀，

與上訴人及上訴代理人等之主張相關之酒稅行政現狀乃係因現行許可制本身缺失而來，尚不足以因此判斷上述有關許可制之規定全部皆為違憲。

法官阪上壽夫之反對意見如下：

酒稅法第九條並不違反憲法第二十二條第一項之多數意見，本人無法贊同。

本人以為，以許可制所為之職業規制，係對於職業自由之強力限制，為求其合憲性，原則上其應係為重要公共利益有其必要，且屬合理之措施。為求租稅適當且確實賦課徵收之國家財政目的下所為以許可制進行之職業規制，就其必要性與合理性之立法機關判斷，亦須限於合理裁量範圍，法院應以立法機關之判斷是否逸脫政策性、技術性之裁量範圍，而判斷其合憲性。而本人以為，就上述所謂合理裁量範圍，如同多數意見所引大法庭判決就職業自由之判示：「依事之性質不同本身即可能有所廣狹，法院應審酌具體規制之目的、對象、方法等性質及內容決定之」；縱在國家財政目的下，以許可制所為之職業規制亦應考量其事之輕重、迫切性、因之所獲

效果等，而判斷其必要性及合理性。

酒稅法對於酒類製造者以所謂庫出稅方式課予納稅義務之課稅方式，誠屬應委由立法機關為政策性、技術性判斷之領域。在該課稅方式下，將酒類製造人置於許可制之下，可視為係為維護重要公共利益所為之必要且合理措施。但為求酒稅徵收之確保，使酒類製造人得以順利回收其所販售商品之價金，而連酒類販賣業者皆施以許可制，則理由並不充分。蓋販賣價金之回收原為酒類製造人自身之責任，其應藉由改進加強交易對象之選擇、交易條件、特別是價金結算條件等方式因應之。

不過，引進本制度當時，因酒稅占全體國稅之比例極高，且酒類販賣價金所佔酒稅之比例亦高，此確如多數意見所述。且於當時嚴苛的財政狀況下，自確保稅收之立場而採用本制度，可謂有其必要性及合理性。惟至今已經過將近四十年，酒稅占全體國稅之比例已相對較低，於社會經濟狀態已產生重大變化之本件處分當時（時至今日，已與立法當時之狀況有極大的差異），縱此等制度多少有確保稅收之效果，

但維持此制度之必要性及合理性是否仍舊存在？如若就酒類販賣業採用許可制前後，酒稅之滯納率並無顯著差異，則本人以為，即便有限制憲法第二十二條第一項之職業選擇自由而維持酒類販賣業許可制之必要，該制度亦非合理。而尊重職業選擇自由，廢止酒類販賣業許可制，不論對酒類製造人、酒類消費者而言，均可擴大其交易對象選擇範圍之途，尤其若考量藉由有企圖心之新加入市場者參與酒類販賣，酒類消費者所能享受之便利及經濟上利益極大，則不能無視就酒類販賣業採取許可制所引致之弊害。

於判斷如同本件之規制措施之合憲性之際，應尊重立法機關之政策性、技術性裁量，雖係法院所應抱持之態度。惟縱以此等態度為基礎，就酒類販賣業者之許可制，仍應獲致立法機關之判斷已逸脫合理性裁量範圍之結論，故本人以為，酒稅法第九條已違反憲法第二十二條第一項規定。各上訴意旨，於此點為有理由。

故而，撤銷本件駁回申請處分之第一審判決，在結論上應予維持，故以酒稅法第九條係合憲

為前提，而撤銷第一審判決、駁回上訴人請求之原判決應予廢棄。

## 四十六、因輸入生絲受法律限制請求損害賠償事件

輸入限制與憲法經濟活動之自由

最高法院平成二年二月六日第三小法庭判決

昭和六十二年（才）一六八號

翻譯人：寰瀛法律事務所（陳維鈞）

### 判 決 要 旨

對個人的經濟活動採取特定合理之限制措施係實施積極的社會經濟政策手段之一，此乃憲法所預定且容許者，法院僅於立法機關逾越其裁量權、該限制措施有顯著不合理之明顯情形時，始得以其違憲而否定其效力。因此法律內容雖違背憲法根本文義，但於國家賠償法之適用上，未必即受違法之評價。

### 事 實

本案的內容：上訴人（原告）係加入京都西陣紡織公會、以生絲為原料生產絲質領帶之紡織業者，依國會制定之所謂以生絲一元輸入措施及生絲價格安定制度為內容之法律，致以往自由依國際絲價買入外國生絲之途徑遭封閉，甚且以約兩倍於國際絲價之國內價格還買不到生絲而受損害，因而以國家為被告，請求總金額約三億七千萬日圓之國家賠償。

詳言之，為有助於增進生絲輸出及蠶絲業經營安定而制定之蠶繭與蠶絲價格安定法（昭和二十六年十二月十七日法律三一〇號），主要係使市場價格容易調整俾安定生絲及蠶繭價格，進而確保蠶業者所得，蓋昭和四十六年間起，我國從中國、韓國、巴西等地大量輸入絲線及絲織品，造成我國生絲及絲綢市場混亂並發生不良影響。因此，首先在特定情形，於法令所定期間內，禁止除日本蠶絲事業團（昭和五十六年十月後改為「蠶絲砂糖類價格安定事業團」）及受事業團委託之人以外之他人輸入生絲，此即

所謂法定蠶絲輸入一元措施（昭和四十七年一月修正之蠶繭與蠶絲價格安定法）。但因情況未能好轉，依該法修正為受前開事業團委託或其他法令規定之人不得輸入外國生絲，此即一元輸入措施之原則化（昭和五十一年法律十五號）。

而後原告等主張規定一元輸入措施之蠶繭及蠶絲價格安定法之條文侵害憲法第二十一條第一項所定之營業自由及憲法第二十九條所定之財產權行使自由等，就此一因違憲立法行為所受之損害，國家應依國家賠償法第一條第一項負損害賠償責任，故提起訴訟。就此，因第一審之京都地方法院（昭和五九・六・二九判決，判例時報五三〇號二六五頁）及第二審之大阪高等法院（昭和六一・一一・二五判決，判例時報六三四號・一八六頁）均駁回此等主張，上訴人因而上訴，故有本案件之產生。

### 關 鍵 詞

立法行為 個人經濟活動 積極的社會經濟政策 立法機關 逾越裁量權 顯著不合理

### 主 文

上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

關於上訴代理人前田進、同桑島一、同市木重夫、同置田文夫之上訴理由第一點

國會議員之立法行為，其立法內容雖採取違反憲法根本意義文字之立法，而容易在不限於難以假設之例外情形下適用國家賠

償法第一條第一項之規定，但卻未必受違法之評價，此有該法院之判例可稽（昭和五十三年（才）第一二四〇號同六十年十一月二十一日第一小法庭判決，民集三十九卷七號一五一二頁），另因對個人經濟活動採取特定合理之限制措施為實施積極的社會經濟政策手段之一，乃憲法所預定且容許者，法院僅於立法機關逾越其裁量權、該限制措施有顯著不合理之明顯情形，始得以其違憲而否定其效力，此有



該法院之判例可稽（昭和四十五年（あ）第二十三號同四十七年十一月二十二日大法庭判決，刑集二十六卷九號五八六頁）。暫依昭和五十一年法律第十五號之修正後之蠶繭與蠶絲價格安定法第十二條第十三項第二款及同條項第三款之規定，若無當時的日本蠶絲事業團等輸入生絲之所謂生絲一元輸入措施之實施，亦無規範輸入之生絲由同事業團販售時之販售方法、販售價格等限制規定，僅參照前揭判例意旨而限制營業自由者，應屬前開法條之立法行為在適用國家賠償法第一

條第一項上之例外，故原審判斷其不受違法評價應屬正當。所述違憲主張之部分，實質上不過是主張原判決之前開判斷違背法令，其論旨應不足採。

關於同第二點

有關論述之點的原審判斷，參照其說明，足承認原判決之論述並無違法，其論旨應不足採。

因此依民事訴訟法第四百零一條、第九十五條、第八十九條、第九十三條，全體法官一致意見，判決如主文。

## 四十七、違反暴力行為等處罰法律案件

學術自由與大學自治—普普羅事件

最高法院昭和三十八年五月二十二日大法庭判決

昭和三十一年（あ）二九七三號

翻譯人：吳豪人（節譯）

### 判 決 要 旨

大學生之所以得享有於大學中所特有之學術自由與自治，乃是基於大學之本質，並且是由大學教授與研究人員所特別享有的學術自由與自治之中，所延伸出之效果。大學內之學生集會亦僅在基於學術研究或研究結果發表之目的，始能享有此等特殊之自由與自治，而非僅因其為大學校方所許可之校內團體，或為取得校方許可之校內集會而享有特別之自由與自治。

### 事 實

昭和二十七年二月二十日，於東京大學法律、文學、經濟專用第二十五號教室，經東大校方承認之學生團體「普普羅劇團」取得正式許可，舉行了以松川事件為素材之戲劇公演會。當天，有四名富士警察署警備組警官，穿著便服購買入場券潛入該會場，但為學生所發現。其中三人被學生所制服，其警察手冊亦遭沒收，並被迫寫下謝罪書。當時，被告在拉扯之際，曾有撕裂警官西裝內側口袋袋繩等行為，因而被以違反暴力行為處罰法起訴。依前述警察手冊所記載之備忘錄，得知四名警官至少自昭和二十五年七月底之後，即連日地深入大學校園中，藉由埋伏、跟蹤及竊聽等方式，對於學生、教職員及學校團體之活動、動向與思想傾向，進行情報收集的工作。從此等事實來看，本案是為學術自由、大學自治（憲法第二十三條）兩者與警察權之間關係為何之重大裁判事件。

第一審判決（東京地裁昭和二九・五・一一）認為，大學自治之法益與警官之個人法益相比較，在前者之利益價值明顯地較後者為重要之情況下，為了保護該利益價值，即便是侵害若干個人法益之行為，也必須容認其為合法正當之行為，進而為無罪之認定。在關於「學生自治」之部分，「學生、教員進行各種學術性活動之時，其自由必須受有保障。因而，為確保該自由不受其他外力之干涉，必須有制度性保障或狀況性保障，此即為大學自治」；「若因教育之所必要，學生亦得經由學校當局之認可，成立自治組織，依一定之規則為自治運動」，「對於侵害以憲法第二十三條為中心所形成之重大的國家、國民法益的行為，被告對該侵害並非是一味地保持沈默，……而是以一個具有實效性之防止手段來進行前述之行動」。第二審判決（東京高裁昭和三一・五・八）大體上亦以相同之理由支持原審判決。

上訴要旨認「學術自由，來自學術探究真理之本質所生，然亦不免有一定之限度。以政治性或社會性目的所進行之實踐活動，並非為學術自由所允許」，「大學生之自治，若作為教授、研究員自治活動之反射作用，則在與學校當局之關係上，可在某種程度上被承認。但在與學校當局以外之第三者之關係上，則難認學生有所謂之自治」，「本案戲劇公演會，乃是對外公開之表演，而且伴隨各式各樣實際的政治性、社會性活動，大體上並不符合學生集會之定義。因此無論如何不能認為是真正的學術性研究集會，……不得認為是憲法所保障的校內集會。」

### 關 鍵 詞

學術自由 大學自治 制度性保障 狀況性保障 教育自由 講學自由

### 主 文

本件發回東京地方法院。

原判決及第一審判決均廢棄。

### 理 由

上訴論旨主張原判決關於憲法第二十三條學術自由之解釋、適用有誤。關於此點，該條之學術自由係包含了學術研究自由及其研究成果發表之自由，同時該條亦規定了學術自由之保障，其內容乃是一方面保障了廣大全體國民之學術自由，另一方面，鑑於大學之本質乃是作為學術之中心而深入探究真理，故特別以保障大學內之學術自由為其宗旨。教育自由乃至於講學自由，雖與學術自由具有密切關係，但未必為其所涵蓋。但是，就大學而言，基於前述憲法之宗旨，以及依此宗旨所定之學校教育法第五十二條，均認為「大學乃是作為學術之中心，而廣泛地授與知識，並深入地講授、研究專門的學問」。因而，將大學教授或研究人員講授其研究成果之自由，解為受憲法所保障，應屬妥適。亦即，教授或其他研究人員於大學之授課或實習中，講授其研究成果之自由，應受到保障。以上之自由雖皆不免基於公共福祉而有所限制，惟與一般之情況相較，基於前述大學之本質，於大學內之自由，在某種程度上被更為廣泛地允許。

為保障大學之學術自由，傳

統上承認大學自治。此等自治，在關於大學教授或研究人員之人事自主權上特別受到保護。諸如大學校長、教授或其他研究人員之選任，皆係基於大學之自主性判斷。再者，關於大學之設施及學生之管理，亦在某種程度上承認其有自主維持秩序之權能。

如上所述，基於大學之本質乃是作為學術之中心而深入探究真理，並講授、研究專門學問，因此，大學之學術自由及自治意味著教授及研究人員之研究自由、發表其結果之自由、講授其研究結果之自由，以及為保障此等自由所為之自治。在此等自由與自治之結果之下，大學之設施乃是由大學當局為自治管理，而學生被允許擁有學術自由與得為設施之利用亦屬理所當然，況且依據憲法第二十三條，學生亦與一般國民同樣享有學術自由。但，大學生得享有上述之學術自由與利用大學當局自治管理之設施，乃是基於大學之本質，並且是由大學教授與研究人員所特別享有的學術自由與自治之中，所延伸出之效果。

大學內之學生集會亦於上述範圍內被承認其自由與自治，而非僅因其為大學校方所許可之校

內團體，或為取得校方許可之校內集會，而享有特別之自由與自治。因而，若學生之集會並非是基於學術研究或研究結果發表之目的，而是在進行實際社會中之政治性、社會性活動之情況，並不能享有大學所特有之學術自由與自治。再者，在該集會並非僅有學生，而且特別是一般公眾皆可入場之情形，毋寧應被視為公開之集會，或至少做類此之認定。

本案依原審之認定，東大普羅劇團戲劇公演會，乃是以作為「反殖民地鬥爭日」活動之一環而進行，其戲劇內容亦取材於松川事件，並預先於開演前進行松川事件之資金募集活動，更進而在公演會場上進行有關澀谷事件的報告。此等行為正該當於實際社會中之政治性、社會性活動，因而本案之集會已非真正基於學術研究或研究結果發表之目的。再者，依原審之認定，東大學生及教職員以外之外人，亦能購買入場券進入該公演會之會場，本案之警官亦為購買入場券自由進入會場。如此看來，一般公眾被允許自由購買入場券進入會場，本案之集會絕不能認為僅係特定學生之集會，毋寧應被視

為公開之集會，或至少做類此之認定。因而，本案之集會並非基於學術研究或研究結果發表之目的，而是進行實際社會中之政治性、社會性活動，且係為公開之集會或類此之集會，而不享有大學之學術自由與自治。從而，就本案警官介入該集會一事而言，並未侵犯到大學之學術自由與自治。

如此看來，在大學之學術自由與自治之原則上，將本案警官介入之行為視為違法之第一審判決，以及做相同認定之原審判決，對憲法第二十三條學術自由之解釋有誤，關於大學自治之界限，其解釋與適用亦屬有誤而違背法令。因而，關於此點，上訴之論旨為有理由。其他爭點至此無須判斷，原判決及第一審判決應予以廢棄。

因此，依民訴法第四百零一條第一項本文、第四百零五條第一款、第四百十三條本文，做成判決主文如是。

〈協同意見書〉

裁判官入江俊郎、奧野健一、山田作之助、齋藤朔郎等之協同意見

憲法第二十三條之學術自

由，係包含了學生之學習自由與教授或研究人員之學術研究、發表、及講授之自由。亦即，教授或其他研究人員受有不受國家權力干涉之保障，得自由研究、發表及講授，同時，學生亦受有保障得接受該等人員之講授，並自由學習。再者，大學乃是作為學術中心之教育場所，同時也因其為學術性之場所，故在保障其學術自由之必要限度內，亦保障大學之自治。故若大學之教育場所或學術場所，允許警官得經常性地進入，監視教授及研究人員之研究、發表與講授，以及監視具有學術目的之學生集會，並做此等警備情報之收集，則顯然將無法保持學術自由及大學自治。從而，警官非特別行使警官職務執行法（本案當時為警官等職務執行法）第六條所定之介入權，而是單純以收集警備情報為目的，介入大學之教育場所或學術場所，乃是侵犯憲法第二十三條所保障之學術自由及大學自治之違法行為。

但本件普普羅劇團之集會，依原審之認定，其進行乃是以作為「反殖民地鬥爭日」活動之一環，而其戲劇內容亦取材於松川事件，並預先於開演前進行松川

事件的資金募集活動，更進而在公演會上進行有關澀谷事件的報告。因而不能認定該集會是基於學術性研究及研究結果發表之目的。從而，本案警官之介入行為並非是前述侵犯學術自由及大學自治之違法行為。

儘管如此，關於本案之集會，至少無法否定其乃大學內所舉行之室內集會。憲法第二十一條所保障之集會自由，在於保障每個人得各自於集會中，自由地、相互地發表、交換其思想及意見。若警官以警備情報收集之目的介入該集會，且該集會是在其監視之下所進行，則絕對無法保持各自之表現自由，集會自由會因而受到侵害。因而，在並無資料顯示本件集會有從事危險或非法活動傾向之情形下，警官非依警官職務執行法第六條之介入權，而單純基於收集警備情報為目的，進行警察活動，此等介入之行為，即使非係對於學術自由、大學自治之侵害，亦難以斷定未侵害憲法所保障之集會自由。（原判決認定，本案之警官雖是購票入場，但並非是以私人或者觀眾之身分入場，而是基於警備情報收集與實行警察活動之目的而入場。）

但即便本案警官之介入行為違法，阻止、排除其違法行為之手段應由該當於集會管理之人或具同一地位之人，基於其管理權而拒絕警官入場或要求已入場之警官離去。若因警官對該要求相應不理，而藉由強制力採取阻止或令其離去之措施，在該行為變成暴力行為之情況下，始有該暴力行為有無阻卻違法事由之問題。

因此，依原判決之認定，被告係對於欲自動離去之警官，無理地將其拉住，並施加暴行。果真如此，則本案之暴行不能謂之為阻止、排除警官介入行為之所必要。在警官放棄警察活動而意欲離去之際，已不存在立即而急迫之侵害，不能認為被告對警官所加諸之暴行，係為了排除違法行為，而基於緊急、必要之考量

所為之不得已行為。

我國刑法上，關於加害行為違法性之阻卻，諸如正當防衛、緊急避難等情況，必須是對法益現在之侵害或現在之危難加以防衛所施之加害行為，並且迫於緊急之必要，而為不得已之情況始足當之。然而本案被告之加害行為，不僅不具有緊急性，而且縱然以過去存在違法之警察活動，或為防止將來違法之警察活動為理由，亦顯然不能認為本案之加害行為具有緊急性，足以阻卻違法性。第一、二審判決過於將重點置於法益之比較均衡，而在上述之緊急性上，未慎重考慮並加以著墨。總之，第一、二審判決對刑法之解釋有誤而使判決受到影響，若不加以廢棄，實顯著違反正義，故第一、二審判決均應予以廢棄。

## 四十八、因受退學處分請求確認身分事件

私立大學與基本人權—昭和女子大學事件

最高法院昭和四十九年七月十九日第三小法庭判決

昭和四十二年（行ツ）五九號

翻譯人：吳豪人

### 判 決 要 旨

大學為達成學生教育與學術研究之目的，得制訂校規以規範在學學生。而私立大學更基於其存在之社會意義，得於合理範圍內將其特殊之傳統、校風與教育方針，於校規中具體化，其學生亦被認為係希望在此種校風、傳統及教育方針下接受教育而進入該大學就讀。對大學學生之懲戒處分，乃是大學作為教育及研究之設施，為了維持其內部之規律與達成教育目的所為之自律作用。對懲戒處分所需考量之諸要素，若非委由通曉校內事務並擔負直接教育職務者之合理裁量，顯然無法期待適切結果之產生。因而大學當局認定上訴人等之行為，係屬於「擾亂學校秩序，而有違學生之本分」，其判斷難謂欠缺社會共識上之合理性。本件退學處分仍係屬於懲戒權者所被容許之裁量範圍內，故應予以肯定其效力。

### 事 實

被上訴人 Y（本案被告・二審上訴人）是一所以校風保守為其興學精神之私立學校，並基於此等精神訂定了「生活公約」。但上訴人 X1（本案原告・二審被上訴人）違反該公約之規定，未經申請即舉行了以反對政治性暴力行為防止法（政防法）為目的的連署運動，並且未經許可即申請加入校外的政治團體民主青年同盟（簡稱：民青同）。另外，X2 在未經許可之下，業已加入了該團體。



Y 察覺此事，要求兩人脫離民青同，但兩人於週刊雜誌及電台上，對外公開了學校的處理態度，並明顯地擺出與學校對峙的姿態。Y 對於兩人之態度，基於學校教育法施行細則第十三條第三項第四款，與該大學校規第三十六條第四款「擾亂學校秩序，而有違學生之本分」，對兩人作成退學之處分。對此，X 提起身分之確認訴訟。

第一審判決（東京地判昭和三八・一一・二〇行集一四卷一一號二〇三九頁）首先強調：私立大學亦具有公性質（教育基本法第六條）。從而，私立大學亦與國立大學同樣，基於憲法第十九條、第十四條與教育基本法第三條，均有提倡遵循「寬容基準」之必要。亦即，1. 學生之行動，若在未有具體違反學生本分——如以行動擾亂現實之教育環境等之時，不能作成退學處分。2. 再者，因退學乃是剝奪受教權，學校有於事前促使學生反省之法律義務。Y 對 X 所作成之退學處分，未滿足此等條件，並且該處分所抱持的態度係認為若欲免於退學處分，就必須改變其思想，因而該退學處分係屬無效。

受理 Y 上訴之上訴審，廢棄第一審判決（東京高判昭和四二・四・一〇行集一八卷四號三八九頁）。變更事實之認定，不認為 Y 有要求 X 變更思想情事，並否定在作成退學處分之前，學校有促使學生反省之法律義務。因而，以此為前提，上訴審之判斷認為該處分「難以解釋為係屬於嚴重違反社會觀念，與超出裁量權之範圍」。

對此，X 以 1. 生活公約違憲、2. 退學處分違憲、3. 逾越退學處分之裁量權等為由，提起上訴。最高裁判所第三小法庭以全體一致之意見，駁回上訴。

### 關 鍵 詞

學校教育法 受教權 思想與信仰自由 差別待遇 教育方針  
裁量權

## 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

關於上訴理由之第一章。

被上訴人 Y 大學之生活公約第六條之六規定，關於學生之連署運動應於事前向學校當局提出申請，並應接受學校之指示。對此，上訴之論旨主張該規定係違反憲法第十五條、第十六條以及第二十一條。上訴之論旨又主張，儘管關於該公約第八條之十三禁止學生未受學校當局許可即加入校外團體之規定，係違反憲法第十九條、第二十一條、第二十三條以及第二十六條，但原審仍然肯認該公約規定之效力，並認為以違反該公約為理由所作成之本案退學處分係屬有效，其憲法及法令之解釋、適用有誤。

然而，前述生活公約之規定，徵諸其文義，並非係直接關係到該大學學生選舉權或請願權之行使，亦未直接關係到受教權。故在此前提之下，上訴之論旨主張該規定違反憲法第十五條、第十六條及第二十六條，已屬失當。又關於憲法第十九條、

第二十一條及第二十三條等所謂自由權之基本權保障，其規定係對於國家或公共團體之統治行為，以保障個人之基本自由與平等為目的，主要乃在規律個人與國家或公共團體間之關係，並不當然適用或類推適用於私人間之相互關係。此乃最高裁判所大法院判例（昭和四十三年（才）第九三二號同四十八年十二月十二日判決，裁判所時報六三二號四頁）所揭之意旨。從而，徵諸其旨趣，被上訴人 Y 大學前述生活公約之規定，具有作為該私立大學校規細則之性質，應無探討有否直接違反前述憲法基本權保障規定之餘地。上訴論旨之違憲主張，不能予以採用。

又，大學不問是為公立抑或是私立，皆是以學生教育及學術研究為目的之公共設施。即便是在法律無特別規定之情況，亦應肯認：為了達成其設置之目的，大學有概括之權能，得依照校規片面地制定必要事項，並藉此來規範在學學生。特別在私立學校，其社會性存在意義，乃是基於其建校之精神，並藉由其獨特的傳統、校風以及教育方針而來。另一方面，學生亦被認為係希望在此等校風、傳統以及教育

方針之下接受教育而進入該大學就讀。因而，將此等校風、傳統與教育方針於校規中具體化，並加以實踐係屬理所當然，只要學生仍然在該校受教育，必然負有遵守相關規律之義務。當然，學校當局不能毫無限制地擁有前述之概括權能，必須與在學關係設定之目的有所關連，並且其內容僅在社會常識之合理範圍內，始得予以承認。然關於學生之何種行動，具體加諸何等程度、方法之規制始為適切，其乃是關於教育上之措置，未必能畫一而決，必須肯認各個學校依其傳統、校風與教育方針所自然產生之差異性。以學生之政治活動而言，從其年齡等等觀之，大學學生當然有其作為一個社會人所應有之行動自由，而政治活動之自由亦應該當然被視為是學生作為此等社會人之重要法益。但在另一方面，若不問學校內外，均全然地放任學生之政治活動，而讓學生荒疏於課業，或擾亂校內之教育及研究環境，或有損於其本人及其他學生對於教育目的之達成與研究之遂行等等，而有妨礙大學設置目的之虞，故大學當局對於此等政治性活動稍加規制，亦應肯認其規制之合理性。同時在私

立大學中，特別重視學生專心致志努力向學而校風較為保守之大學，依其教育方針儘可能地限制學生之政治性活動，是為其於教育上之適當處置。立於此種觀點，即便使學生在學校內外之政治性活動受到相當廣泛的規制，亦不能以此即謂對於學生之自由所加之限制，於社會共識上係屬不合理。

因而，立於此觀點而言，如對照被上訴人 Y 大學前述生活公約之規定，並謹慎地考量到，該大學確如原審所認定一般，是一所標榜學生之思想穩健中正而有保守傾向之私立大學，則前述公約之規定乃係基於該校之教育方針，認為理想的教育不應該放任學生參加具有政治性目的之連署運動，或放任學生加入以政治性活動為目的之校外團體。因而該公約規定之旨趣，乃是欲對此等學生之行動，藉由採取申報制或許可制來加以規制。從而，如上所述，不能斷定該規定本身不合理。

如此看來，原審之判斷認為不能認定前述生活公約之規定為無效，應係屬妥當。因而原判決（包含其所引用之第一審判決。以下亦同）之論述並不違法。上

訴之論旨不能予以採用。

關於上訴理由之第二章。

上訴之論旨主張，本件退學處分係對於上訴人等學術自由之侵害，並且係以思想、信條為理由之差別待遇，故乃違反憲法第二十三條、第十九條與第十四條。上訴之論旨又主張，儘管藉由違憲之處分剝奪被告人等受教權違反憲法第十三條、第二十六條，但原審仍認定該退學處分係屬有效，其對於憲法及法令之解釋與適用顯屬有誤。

然而，關於本案之退學處分，並無探討有無違反憲法第二十三條、第十九條及第十四條等自由權保障規定之餘地，此乃本判決於前述對上訴理由之回應中所明示。從而，上訴理由以此違憲主張為其前提，而認為違反憲法第十三條與第二十六條之意旨，亦不能予以採用。

再者，原審所認定上訴人等違反生活公約之行為，乃是上訴人 X2 未經大學當局之許可即加入左翼團體民主青年同盟（以下簡稱民青同），又上訴人 X1 亦未經大學當局之許可即申請加入民青同，更未向大學當局提出申請即於校內舉行反對政治性暴力

行為防止法制定之連署運動。而以此等實際社會中之政治性、社會性活動做為理由所作成之退學處分，並非直接侵害學生之學術自由與受教權，亦非違反公序良俗，此徵諸最高裁判所大法院判例（昭和三十一年（あ）第二九七三號同年五月二二日判決，刑集十七卷四號三七〇頁）之旨趣自明。又該退學處分並非是以上訴人等之思想、信條為理由所為之差別待遇，其理由如下述關於上訴理由之第三章中所判示。原判決之論述並未違法，上訴之論旨不能予以採用。

關於上訴理由之第三章。

上訴之論旨主張，大學當局對學生作成退學處分之時，原本存在有法律義務需踐行，亦即應藉由與教育機關相當之程序與方法，並且需有促使受處分者反省之輔導過程。然而原審卻不認為有該義務之存在，並認為本案之退學處分雖未經由適切之輔導過程，但仍係屬於懲戒者之裁量權範圍內而為有效。因而原審之判決乃是對於學校教育法第十一條、學校教育法施行細則第十三條第三項，以及被上訴人 Y 大學校規第三十六條之解釋、適用

有誤。

對於大學學生之懲戒處分，乃是大學作為教育及研究之設施，為了維持其內部之規律與達成教育目的所為之自律作用。大學校長身為懲戒權者，擔負對於學生行為懲戒權之發動，關於學生之行為是否應予以懲戒之決定，與應選擇何種懲戒處分，有必要針對該行為之輕重、受處分者之性格與平日之素行、該行為帶給其他學生之影響、懲戒處分對於受處分者及其他學生所收之訓誡效果、以及對於該行為不加以追究時所帶來之影響等等要素加以考量。此等要素之判斷，若非委由通曉校內事務並擔負直接教育職務者之合理裁量，顯然無法期其適切結果之產生（最高裁判所昭和二十八年（才）第七四五號同二十九年七月三十日第三小法廷判決，民集八卷七號一五〇一頁參照）。

不過，相對於學校教育法第十一條得作成懲戒處分之情況僅規定「為教育上之所必要之時」，以此為基準之同法施行細則第十三條第三項，僅就退學處分之情形訂有四個具體處分事由，被告人 Y 大學之校規第三十六條亦訂有與此相同意旨之規

定。前述規定將其處分之事由作限定性之列舉，乃係考量到退學處分異於其他懲戒處分，為剝奪學生身份之重大措施。故僅限於：當已無法期待該學生之改過，基於教育上之考量為不得已而需將其排除於學校外之情況，始應選擇作成退學處分。從此等意旨觀之，以學校教育法施行細則第十三條第三項，及被告人 Y 大學校規之第三十六條第四款所謂「擾亂學校秩序，而有違學生之本分」之規定作成退學處分時，關於其要件之認定以及其他處分之選擇，比較需要特別慎重之考慮，自無庸贅言。但若考量到，校方之所以選擇退學處分，乃因已慎重考量前記之諸要素而為之教育判斷，則在具體事實之層面上，關於（1）判定是否係為已無法期待該學生之改善，且係基於教育上之考量為不得已而需將其排除於學校外之情況（2）或關於事前進行促使其反省之輔導是否係為教育上之必要且為適切（3）又關於其輔導應在何等程度上採行何種方法等等——凡此種種，均必須基於學校之方針，並委由學校當局之具體性、專門性以及自律性之判斷。校規等等既然並無特別規定，則

只有在特別情況之下才需經由前述的輔導過程。因此在作成退學處分之際，將該輔導過程解釋為學校當局之法律義務並不適當。從而，僅以欠缺前述輔導過程為由，並不得謂該退學處分違法；而整體地觀察本件案例之種種情事，只要該退學處分在社會共識上能被認為係屬合理，則該處分亦得認定係屬於懲戒者之裁量權範圍內，不能否定該處分之效力。

又，本案至作成退學處分之經過，經原審之認定如下。

(1) 被上訴人 Y 大學於昭和三十六年十月下旬，知悉前述上訴人等違反生活公約之行為，因該大學認為此等行為從該校之教育方針來看甚為不當，故強烈要求上訴人等斷絕與民青同之關係。實際上，該校所採取之措施如原判決所示一般，禁止了上訴人等繼續上學。若整體來評價該大學之態度，該大學係為了維護該校之名聲而急於追究上訴人等之責任，而難以認定該大學已致力於說服上訴人等反省其違反校風之行為。

(2) 另一方面，上訴人等一方面明知違反生活公約，卻又加入或申請加入民青同，對於前

述違反行為之責任缺乏自覺，不認為加入民青同之行為係屬不當，對於被上訴人 Y 大學令其立刻脫離民青同之要求，亦無真心遵守之意思（申請加入中之上訴人 X1，於同年十二月正式加入）。對於關係教授人等之勸誡，始終加以排斥。但時至同年十二月，大學當局的方針，的確傾向盡可能穩健解決該事件。

(3) 然而，於昭和三十三年下旬，某週刊雜誌以「賢妻良母？自由之園？」為題，批判性地刊載了本案自發生以來被上訴人 Y 大學所採取之一連串措施。在其報導中，上訴人 X2 以假名發表了日記，其內容記錄了受大學當局調查情況。隨後，於東京都之公會堂，由民青同與各大學自治會所公開主辦之「反戰及嚴厲彈劾反動教育」研討會中，上訴人等詳述各個事件之經過。進而於同年二月九日，上訴人等以「動盪不安的女性園地」為題，將本案之經過於電台中放送，並詳述受大學當局調查之情形。因而，Y 大學以此認定上訴人等係於校外誹謗該大學，並至此認定上訴人等一連串之行動與態度，該當於退學事由中之「擾亂學校秩序，而有違學生之本

分」，進而於同年二月十二日作成本件退學處分。

若從以上之事實關係來看，即使認定上訴人等前述違反生活公約之行為本身，係屬於比較輕微之情狀，但顯然本件退學處分之決定並非僅以前述違反行為為其理由。諸如前述(2)、(3)所記，被告人等對於違犯生活公約之行為並無反省之誠意。特別是在大學當局為了盡可能穩健地解決該事件，而持續地進行勸誡之同時，被告人等在週刊雜誌上與校外之集會等等場合中，公然地做出非難大學當局處置之舉動，即便將此等情事解為上訴人等已表明無意服從該大學之教育方針，亦屬不得已也。而此亦為大學當局在處置上所不能忽視之處。然關於該大學當局之處置，從前述(1)之事實以外，其他原判決所呈現之事實關係來看，負責勸誡之關係教授人等，確實曾出現過度刺激上訴人等情緒之言行，而在輔導之方法與程度上，也因過於高估事件的嚴重性，而顯得不夠冷靜、寬容與忍耐。但若依原審之認定，原審並不認為大學當局之處置，逼使上訴人等採取更反抗之態度而加深了彼等與校外團體接觸之機緣。

既是如此，則上訴人等前述(2)、(3)之態度與行動之起因，即不能謂有應歸責於被上訴人 Y 大學之事由。則大學當局處於前述階段之時，認定上訴人等已無悔改可能一事，並不能被認為其判斷過於輕率。再者，就被上訴人 Y 大學對上訴人等要求退出民青同或取消加入之申請而言，原審並不認為係直接對於思想、信條之干涉。此外，原審亦不認為被上訴人 Y 大學係以上訴人等之思想、信條為理由，而對之採取差別待遇。總結以上數點，本案自發生以迄作成退學處分，其間被上訴人 Y 大學所採取之處置，姑且不論從教育的觀點出發，是否有可議之處，大學當局已無法期望上訴人等做出遵守該大學教育方針之改善，亦失去了達成教育目的之期待，因而認定上訴人等前記一連串之行為，係屬於「擾亂學校秩序，而有違學生之本分」，其判斷難謂欠缺社會共識上之合理性。本件退學處分仍係屬於懲戒權者所被容許之裁量範圍內，故應予以肯定其效力。

從而，與前述結論相同之原審判斷應屬適當，原判決之論述並未違法，上訴之論旨不能予以

採用。

關於上訴理由之第四章。

原審之認定，參照原判所舉示之證據關係應加以肯認，原判決之論述並未違法。上訴之論旨所非難者，盡屬原審權責所在之

事實認定與證據之取捨判斷，不能予以採用。

因而，依民訴法第四百零一條、第九十五條、第八十九條及第九十三條，以裁判官全體一致之意見，作成判決主文如是。



## 四十九、請求禁止大阪國際機場夜間飛行等事件

機場噪音公害與人格權—大阪機場公害訴訟

最高法院昭和五十六年十二月十六日大法庭判決

昭和五十一年（才）三九五號

翻譯人：黃宗樂、劉姿汝

### 判 決 要 旨

一、營造物之管理權，應解為因提供營造物為公共之用，經法律上所承認的特殊並具概括性的管理權能，所以與同種類私營設施的所有權所派生的管理權能，單純以「物」為財產價值的客體而管理的權能，難謂完全相同。但是構成營造物管理權的本體者，為不以行使公權力為本質內容的非權力性權能，所以與同種類的私營設施基於所有權而來的管理權能在本質上並無特別差異。

法律所以授權運輸大臣設置、管理特定的公共用機場為國營航空站，其理由乃為藉此確切實現行使航空行政權所作政策決定，使國家航空行政政策能有效遂行。法律賦予運輸大臣對有關航空機及其航運、航空從業者、航空路線、機場及航空的保安措施、航空運送事業及外國飛機等廣泛的行政規制權限，藉由運輸大臣行使此項權限，訂定航空機的航行安全及謀求起因於航空機航行而發生障礙的防止方法，以確立經營航空機航運事業的秩序，調整因社會、經濟的發展，國際交流的活潑化而增加之航空運輸的需要及供給，樹立並實施與其他各項政策領域具有整合性的航空行政政策，為該相關之公共設施而設置航空法所規定的公共用機場。以國際航空路線或國內航空路線所必要者為基幹的公共用機場（空港整備法第二條第一項第一款、第二款所謂第一種、第二種機場）係由運輸大臣或依法律所置受運輸大臣特別指示及監督之特殊法人新東京國際機場公團，以國營、或該公團經營的

方式而設置、管理之機場，基於公共利益而為營運。上開航空基幹的公共用機場，其設置、管理的方式，與我國政治、外交、經濟、文化等有深切的關聯，對國民生活亦有很大的影響。因此在何地區以如何規模設置，以及用何方法管理，不能不就航空行政的全盤，為政策上判斷。參酌前述機場國營化的旨趣，即國營航空站的特質，本件機場的管理相關事項中，至少有關航空機的離著陸的規範等，就達成實現與本件機場原來機能有直接關連的事項本身，分別基於機場管理權的管理與基於航空行政權的規範，由身為機場管理者的運輸大臣與身為航空行政權主管之運輸大臣為不同的判斷，分離獨立行使，惟他方面亦避免兩者之間發生矛盾乖離，或喪失本件機場屬於國營航空站的本旨，或產生任何障礙情事，亦即應解釋兩者係以不即不離、不可分的一體性來行使實現。換言之，本件機場航空機的離著陸規範，就法律觀點言，不應祇從行使營造物管理權的立場觀察，亦應自行使航空行政權的立場，基於複合式的觀點綜合判斷。被上訴人主張因本件機場提供航空機離著陸使用，其發生的噪音侵害人格權及環境權，請求除去侵害、防止侵害，每日自下午九時起到翌日上午七時止停止提供航空機離著陸使用。核被上訴人起訴之旨趣，乃對於本件航空站設置、管理主體之上訴人，依通常民事訴訟程序，主張不作為給付請求權。惟如同前述，本件航空站提供航空機離著陸使用，乃運輸大臣基於機場管理權與航空行政權兩種權限綜合判斷的結果，其行使有一體不可分的關係。被上訴人所為上述請求，不可避免地包含請求撤銷、變更或發動航空行政權的行使。被上訴人對上訴人依通常民事訴訟程序主張私法上的給付請求權，應認為不合法。

- 二、國家賠償法第二條第一項規定營造物的設置或管理之瑕疵，固指營造物欠缺應有的安全性狀態，惟所謂欠缺安全性，亦即有致他人危害的危險性狀態，不僅指構成該營造物的物體設施本身所存物理的、外形的缺陷或不備，一般性地有產生

上開危害的危險性，且包括依該營造物提供使用之目的而利用時，與其相關之場合，亦有發生危害的危險性之情形。又該危害不祇對營造物的利用者，對利用者以外的第三人所生者亦包含在內。亦即縱該營造物利用的態樣及程度在一定限度內，無產生危害的危險性，若超過此限度而利用時則有處於產生危害之危險性狀況者，於提供此項利用之範圍內，即不妨認該營造物在設置、管理上有瑕疵。因此，該營造物的設置、管理者，置此危險性於不顧，未就此採取特別的措置，亦未加適當的限制而提供使用，其結果對利用者或第三人現實上造成危害時，除非該設置、管理者所能預測之事由所致，即不能免除國家賠償法第二條第一項所規定的責任。

本件上訴人所主張公共性或公益上的必要性內容，係指由航空機所提供迅速的公共運輸的必要性，其在現代社會，特別是在經濟活動的領域中對行動的迅速性的要求越來越大，因而具有公共重要性，不言自明。且從本件航空站在國內、國際航空路線上所占地位觀之，對此提供使用的公共性要求相當高，亦屬明顯的事實。惟因此所得利益，未必與提供國民日常生活的繼續維持所不可欠缺的服務一般，具有絕對的優先順位。另一方面，依原審合法確定的事實，因本件航空站的提供使用而受害的地區住民攀升至相當大的數目，其被害內容亦廣泛而重大，且對此住民而言，因航空站存在所受利益與所受損害之間，後者的增大必然伴隨前者也增大的彼此互補關係並不成立，實甚顯然。結果，上述公共利益的實現唯有建立在包括被上訴人在內的周邊住民等限於一部分少數人的特別犧牲之上才可能實現，在此存有不能忽視的不公平，殊難否認。原判決認為上訴人不能因本件航空站的提供使用有公共性或公益上的必要性為理由要求被上訴人等住民應忍受被害之事實，上訴人所為上開供給使用之行為難謂為法律所承認之適法行為，不能謂無充分合理的根據，原審上開判斷無上訴人所論違法之情形。

昭和四十四年十二月本件第一次訴訟之前兩年，即昭和四十

二年前後起，本件機場周圍之噪音問題即頻頻在主要報紙日刊報導，則在未認定有其他特別情事的情況下，被上訴人近藤氏在昭和四十五年六月轉居服部壽町地區時，謂對航空機噪音已成為問題，或對航空機噪音的存在尚不甚瞭解等情，在經驗法則上難以信服。因此，原審的上述認定因違反經驗法則而被否定，該被上訴人對航空機噪音有一定程度上的認識仍選擇遷移此地，預計居住相當期間，即係將當時的住宅情況列入考慮結果，該被上訴人毋寧更重視接近丈夫上班地點，取其居住上方便等，足以推定該被上訴人係不得不容忍自己所見聞程度或與此相差不遠程度的噪音所會帶來的惡性影響及侵害，進而選擇居住於此。如此情形，該被上訴人係對航空機噪音的存在有認知的情況下，容認其所生的侵害而居住，因噪音而被害所生精神上的苦痛、生活上的妨害方面，苟非直接與生命、身體有關，參酌原判決所指摘本件航空站的公共性，在法院未認定該被上訴人遷居後實際所受被害程度超越遷居當時認識其存在的噪音所得推測的侵害程度，或遷居後噪音程度格外增大的特別情事發生以前，應認其被害為被上訴人應忍受的範圍，即應解為被上訴人以其被害為理由而請求給付慰藉金，難以准許。

三、民事訴訟法第二百二十六條規定以有預為請求之必要為要件，方容許提起將來給付之訴。惟本條並非對於所有將來有發生可能性的給付請求權，基於前揭要件之下，承認得提起將來給付之訴。主要係如同所謂附期限請求權或附條件請求權，其權利發生基礎的事實上及法律上關係都已經存在，祇是基此所生具體的給付義務的成立，繫於將來一定時期的到來；或在債權人方面無須舉證；或得容易舉證的其他一定事實的發生而已。關此，乃慮及將來具體的給付義務成立時，毋庸另行提起訴訟，對該請求權成立的全部要件存在為舉證，例外使循將來給付之訴的請求化為可能。依此規定旨趣，基於繼續性的侵權行為，對於將來應該會發生的損害賠償請求權，例如對於不動產不法占有者，請求支付至履行遷

讓義務為止的租金相當額為損害金時，構成該請求權基礎的事實關係及法律關係已經存在，不但得預測其繼續狀態，就該請求權的成立與否及其內容，如將來發生對債務人產生有利影響的情事變動，應限於基於債務人的占有廢止、新占有權原的取得等，預先得明確預測的事由，而且唯有循債務人異議之訴證明該事實的發生始能阻止其執行，就此情形，課上開負擔於債務人尚無何特別不當之處。與前述附期限債權等可以同視的情形，容許其提起將來給付之訴，亦不發生特別障礙。然即使同一態樣的行為可預測在將來繼續進行，其行為是否與現在一樣構成侵權行為，以及應賠償的損害範圍如何等，會受到具有流動性的今後複雜事實關係的進展，以及對其法律評價所左右。損害賠償請求權的成立與否及其金額若干，不能在事前以一個意思概括明確地認定，唯有在具體的請求權成立的時點始能認定，同時在此情形關於權利的成立要件是否具備，其舉證責任當然歸屬債權人，將情事變更視為應專由債務人舉證的新權利成立阻卻事由的發生，課此負擔於債務人，顯有未當。是與前述不動產的繼續不法占有的狀況不能等同論之。有關將來的損害賠償請求權，如首揭所述，不能認為具有原僅例外承認的將來給付之訴的請求權適格。

## 事 實

大阪國際機場於昭和三十四年七月三日經航空主管機關指定為空港整備法第二條第一項第一款之第一種機場，供國際航空路線及主要國內航空路線使用之公共航空機場，為具有代表性的國營航空站。當時在此周邊區域已有多數住民居住。該住宅地區的地理環境，大體而言，除有飛機噪音外，尚稱寧靜。惟自從昭和三十九年噴射飛機開始就航，噪音即開始激烈化，機場周邊的住民持續受到侵害，尤其隨著昭和四十五年 B 飛機跑道的增設、噴射機的大型化及班次的增加，其造成的噪音，形成了嚴重的公害

問題。因此機場周邊住民，以遭到飛機的噪音、振動、排氣瓦斯的侵害，對身體、精神、生活造成苦痛及妨害等損害為由，對機場設置管理者的國家提起民事訴訟，請求（一）每日自午後九時起，到翌日清晨七時止，停止使用機場供飛機起降。（二）賠償過去造成的損害。（三）賠償將來發生的損害。

### 關 鍵 詞

國營空港（國營航空站） 差止請求（停止請求或除去及防止請求） 人格權 環境權 運輸大臣（相當於我國交通部長） 空港（機場） 管理權 航空行政權 慰藉金（慰撫金） 接近危險理論 將來給付請求權

### 主 文

一、原判決附表記載當事人目錄第一號至第二百三十九號被上訴人關於請求停止大阪國際機場提供使用部分廢棄，第一審判決關於上開請求部分撤銷。右被上訴人有關上開請求之訴駁回。

二、原判決關於容許前項揭示被上訴人就同項停止請求相關律師費用損害賠償之請求部分廢棄，第一審判決關於容許該賠償請求部分撤銷。

右撤銷部分有關上開被上訴人之請求駁回。

第一項被上訴人關於上開損害賠償請求之第二審上訴駁回。

三、原判決容許第一項所揭被上訴人自昭和五十年六月一日以後所生損害之賠償請求部分廢棄，該部分之第一審判決撤銷。

右被上訴人關於該撤銷部分請求之訴駁回。

四、原判決容許被上訴人近藤〈嶋〉惠前二項損害以外之其餘損害賠償之請求並容許被上訴人常洋子損害賠償之請求部分廢棄，本件各該部分發回大阪高等法院。

五、上訴人其餘上訴駁回。

六、有關第一項至第三項之訴訟總費用由第一項所揭被上訴人負

擔，有關前項第三審上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

對本件的上訴理由，就停止請求部分、過去的損害請求賠償、以及將來的損害請求賠償為分類，依序為判斷。

〔關於停止請求的判斷〕

有關此部分上訴人所主張之上訴理由概略如下：被上訴人等（共二三九人，以下稱被上訴人）對伴隨大阪國際機場（以下稱「本件機場」）的提供使用，因飛機的噪音而受到身體的、精神的傷害、生活妨害等損害，而基於人格權或環境權為民事上排除妨害及預防妨害之請求，在一定的時間帶請求本件機場停止提供飛機離著陸，這部分的請求在實質上雖以不服公權力為內容，但結果卻對運輸大臣課予發動、行使其固有行政權限的義務，所以並不屬於民事裁判的事項。此外，本件機場的飛機噪音因應對策可有好幾種方式，至於選擇何者是任由運輸大臣所裁量，至於請求機場於一定時間帶停止提供使用，此種特定行政權限的行使只不過屬於其中的方式之一，卻

侵犯了行政廳應行使的第一次判斷權，違反三權分立的原則，以該請求為適法而為本案審理判斷之原判決，有對判決結果產生影響之事由，明顯違背法令。

關於本件機場為飛機離著陸提供使用的行為與作用的法律性質，以及由身為周邊住民的被上訴人在一定的時間帶對機場的提供使用為停止請求，是否應該被容許當做民事上的請求，以下檢討之。

本件機場，昭和三十四年七月三日依據空港整備法第二條第一項第一款規定該當第一種機場而被指定為公共用機場，成為我國提供國際航空路線及主要國內航空路線之用的代表性機場之一。此外，如同原審所示，其亦屬國家的營造物。

一般而言，所謂營造物管理權，應解釋為營造物為提供公共之用為法律上所認定之特殊並具概括性的管理權能，所以與同種類私營設施的所有權所派生的管理權能，也就是單純將「物」視為財產性價值的客體而管理的權能，難謂為完全相同的內容。但是，營造物管理權的構成並非以「公權力的行使」而是以「非權力性的權能」為內容的本質，所

以與同種類的私營設施基於所有權而來的管理權能及本質方面並無特別差異。屬國家營造物的本件機場的管理相關事項中，來自其公共性目的的部分可以看到或多或少的修正且先另當別論外，與私營的機場的情況相同，不可否認其與私法規範有接近的部分。

但是，所謂本件機場的管理，其作用的內容為各式各樣，不能速斷其法律性質一模一樣。不僅如此，關於機場，與營運有相互深切關連的航空行政權，也就是依據航空法及其他航空行政的相關法規賦與運輸大臣在航空行政上的權限，以公權力的行使做本質上的內容，而其行使與作用所發生的問題，與機場或飛行場的管理權的行使或作用，在法律上應立於何種位置、關係，必須更進一步地檢討。

首先，公共飛行場當中，除了包括本件機場的國營機場及新東京國家機場之外的機場，其管理權屬設置管理該飛行場之個人、法人、或地方公共團體，而航空行政權則歸屬運輸大臣（參照運輸省設置法），由不同的主體各別行使不同的權限，特別是關於後者的權限行使的方法、態

樣，在航空法及其他法規當中都有明白規定，所以關於兩者的位置、關係在法律上會產生疑義之虞者不多。

相對於此，在本件機場的情形，運輸大臣是設置、管理者，同時也為航空行政權的主管者（參照機場整備法第二條第一項第一款、第三條第一項、同法施行令第一條第一項）。機場管理權與航空行政權歸屬於同一個機關時，兩者應立於何種關係、位置來行使、實現，在法令上未必明確。關於這一點，依航空法第五十五條之二、第三十八條第三款、第三十九條第二項及四十條所規定的程序決定國營機場的設置；而依同法第一百條、一百零一條、及第一百二十一條的規定對有意經營航空運輸業者審查其事業計畫後發給執照；依同法第一百零八條第二項及第一百二十二條第一項對航空運送業者得命其遵從事業計畫行使業務；依同法第一百零九條及第一百二十二條認可事業計畫的變更；依同法第一百十二條及第一百二十二條第一項的規定對航空運送事業者得命其為事業計畫變更等事業改善；依「有關公共用飛行場周邊飛機噪音障害防止法」第三條規



定得以指定離著路的路線、時間及其他航行方法，以防止公共飛行場的飛機噪音對周邊產生障害；這些都可以視為對運輸大臣以航空行政權之之主管者身分所為之權限行使的相關規定，此外另一方面依航空法第五十五條之二第二項、第五十四條之二第一項的規定及航空管理規則（昭和二十七年運輸省令第四四號）所規定，運輸大臣所設置、管理的公共飛行場設施的管理、飛行場境內營業的規制及其他為了飛行場的效率經營及維持秩序所行使的必要事項，依同法第五十五條之二第二項、第四十七條第一項的規定遵從同法施行規則九十二條所定的保安上的基準管理飛行場，依空港整備法第六條及第十條的規定，運輸大臣所管理的第二種機場，在飛機跑道的新設、改良或實行災害復原的工事時，必須在事前與費用分擔者的都道府縣（地方政府）協議或為通知等，則可視為是有關運輸大臣以機場管理權者身分所為的權限行使的相關規定。

但是，原本法律對於將特定的公共用飛行場指定為國營機場，運輸大臣應自行設置、管理的理由，在於藉此有關航空管理

權行使的政策決定能確實地實現，國家的航空行政政策則能因此有效果地遂行。也就是說，法律賦予運輸大臣對飛機及其相關航運、航空從事者、航空路線、飛行場及航空的保安措施、航空運送事業、及外國飛機等相關行政上廣泛的規制權限，藉由運輸大臣的行使，訂定飛機的航行安全及尋求防止起因於飛機航行的障害的方法，以確立經營飛機航運事業的秩序，調整因社會、經濟的發展，國際交流的活潑化等而增加之航空運輸的需要及供給，樹立並實施與其他政策領域有整合性的航空行政政策，而設置航空法所規定公共用飛行場。而關於私營或公營的公共飛行場，由身為設置者的個人、法人、或地方公共團體實行管理，運輸大臣僅止於在法規上藉由對公共飛行場的設置、休止或廢止的許可，對管理規程的制定或對變更的認可，或其他行政上監督權限的行使，將其置於國家航空行政計畫的一環，而規範；相對於此，對國際航空路線或國內航空路線所必要之公共用飛行場（空港整備法第二條第一項第一、二款中所謂的第一、第二種機場），如特殊法人的新東京國

際機場公園，是由運輸大臣本身或根據法律所設立，服從運輸大臣特別的指示和監督，是以國營、或公園營的方式而設置、管理機場，為公共利益而營運。這是因為重要的公共用飛行場，其設置、管理的方式，與我國的政治、外交、經濟、文化有深切的關係，對國民生活亦有很大的影響，因此，在哪個地區以什麼規模來設置，如何管理等，涵蓋全體航空行政的政策性判斷是不可或缺。

依照前述機場國營化的旨趣，也就是參酌國營機場的特質可以得知，本件機場的管理相關事項當中，至少飛機的離著陸的規範本身等，與達成本件機場的本來機能有直接關連的事項，基於機場管理權的管理與基於航空行政權的規範，由身為機場管理者的運輸大臣與身為航空行政權的主管者的運輸大臣基於各別的判斷而獨立分離地行使，兩者之間並沒有發生矛盾乖離，或喪失本件機場屬於國營機場的本旨及產生任何障礙的情事，也就是說，解釋兩者不即不離、以不可分的一體性來行使實現是正確的。換言之，本件機場的離著陸的規範，由法律觀點看來，不應

該只從營造物管理權的立場來看，也要加上航空行政權的立場，立於複合式的觀點確實地綜合判斷。

本件的被上訴人，因本件機場提供使用所伴隨的噪音而受害，基於人格權或環境權請求除去侵害、防止侵害，要求每日自晚間九時起到翌日上午七時止的時間帶停止提供飛機離著陸的使用。被上訴人所主張的旨趣是，對於身為本件機場的設置、管理主體之上訴人，以通常的民事上請求，主張有不作為的給付請求權而起訴。如此一來，請求本件機場在一定的時間帶不提供飛機為離著陸的使用，只不過是與機場的管理作用有關的單純不作為，和航空行政權的行使並沒有關係，至少以管理作用的部分與航空行政權的行使之間是在法律上可以分開各為給付請求的標的見解為前提之下是能做這般解釋的。

但是，如同前述，本件機場為離著陸的提供使用，是運輸大臣基於其所持有的機場管理權與航空行政權這兩種權限綜合地判斷而產生的一體不可分的行使結果。被上訴人等所為的上述請求，依當然的事理，不可避免地

必須包含請求撤銷、變更或發動航空行政權的行使。因此，被上訴人等可否用行政訴訟的方法做某種請求先姑且不論，對上訴人以所謂的通常的民事上請求主張私法上的給付請求權，只能說並不應該成立。

如同上述，被上訴人在本件訴訟中，依照狹義的民事訴訟程序請求本件機場於一定的時間帶停止飛機離著陸的提供使用之相關部分，應為不合法。如此一來，將該請求判定合法的原判決在關於訴訟的適法要件上有法令解釋錯誤的違法，此違法明顯對判決產生影響，所以上訴人所論有理。

〔關於過去的損害賠償請求的判斷〕

此部分就下列的問題依序加以判斷。一、國家賠償法第二條第一項的解釋適用。二、有關被害及因果關係的認定。三、有關利益衡量的認定判斷。四、有關慰藉金額算定。五、有關地區性或先住性的考量及接近危險理論的適用等。

一、國家賠償法第二條第一項的解釋適用：

上訴人的主張，要言之，國

家賠償法第二條第一項所謂營造物的設置或管理上的瑕疵應該解釋為該營造物本身所存在的物體上缺陷，而在原判決中認定營造物的設置、管理行為的缺陷亦該當此一瑕疵的見解之下，認為國家對於地理環境惡劣的本件機場，卻以噴射機等的大量就航為前提而計畫擴張並指定為國際機場本身，或在本件機場讓噴射機就航、增加飛機起降的班次、新設B飛機跑道等作為，但在被害防止政策卻任其遲延的情況下，讓本件機場繼續提供使用，對周邊住民造成損害，是該當營造物的設置或管理的瑕疵。對於上述的原判決見解，上訴人主張國家賠償法的解釋適用錯誤，且關於這一點原判決的判斷過程中有理由不備的違法。

國家賠償法第二條第一項所規定營造物的設置或管理上的瑕疵，是指營造物欠缺應有的安全性狀態，但這裡所謂的欠缺安全性，也就是說對他人有帶來危害的危險性狀態，其不僅只有基於組成該營造物的物體設施本身所存在的物理的、外形的缺陷或不備而一般性地有產生危害的危險性，有關遵從該營造物的提供使用目的而為利用，卻產生有危害

的危險性情況也包括在內，此外，該危害不只對營造物的利用者，對利用者以外的第三人所產生的危害亦應包含在內。也就是說，即使該營造物的態樣及程度在某一定限度內，其設施沒有產生危害的危險性，但超過此限度則會有產生危害之危險性的狀況時，只要提供這樣的利用，就不妨礙定義該營造物在設置、管理上有瑕疵，因此，該營造物的設置、管理者，明知有相關的危險性，卻沒有採取特別的措置，也沒有加以適當的限制而任其提供使用，結果造成對利用者或第三人在現實上產生危害的危險性時，只要並非該設置、管理者所不能預測，就不能免除國家賠償法第二條第一項所規定的責任。

就本件的情況看來，在本件中被上訴人所主張並由原判決所認定的本件機場的瑕疵，並非該機場的設施本身持有物理的、外形的缺陷，也並非對機場利用者產生危害，而是飛機（其中包括多數的噴射機）在本件機場離著陸時所發生的噪音對被上訴人等周邊住民產生傷害，對利用者外的第三人所生的危害也包括在前述的瑕疵當中，且如前述所示，營造物遵循供給使用目的而使用

的狀況下，對今後會發生危害的情況也包括在內，所以上訴人所論將本件機場因飛機離著陸時的噪音對周邊住民所產生的侵害情事歸於機場的設置、管理的瑕疵概念本身並不能認為違法。如果依據原審適法所確定內容，本件機場雖然屬第一種機場是於預定會有大量的飛機離著陸的情況下所設置，但對於達成此功能而言面積太過狹隘，且和多數住民的居住地域十分接近等條件看來，所在的地理環境惡劣，再加上因為大量的飛機在此離著陸，因此對周邊住民帶來噪音等甚大的影響是難以避免，而國家身為本件機場的設置、管理者對防止被害發生方面並沒有採取充分的措置，任由機場持續地提供包含噴射機等的大量飛機離著陸至今。如此一來，只要在本件機場的提供使用的違法性被肯定，關於國家賠償法第二條第一項規定依照先前所判示的內容，在前述的事實關係下，確定本件機場的設置、管理上有瑕疵的原審判斷應謂正當。所以原判決並無上訴人所論的違法，論旨不可採。

二、有關被害事實及因果關係的認定

上訴人主張，在原判決（一）（1）對檢證部分重視主觀的、感覺的印象，（2）對於被上訴人的陳述書及問卷調查，其性質上不免主觀地誇張或偏頗的證據資料，卻認定其有高度的證據價值，（3）以欠缺被害的惡性循環及相互影響等合理根據之模糊概念，當做如同一個經驗法則般地處理，將其當做事實認定及判斷基礎，（二）輕易將飛機（噴射機）的排氣瓦斯認定為被上訴人其居住環境中大氣污染的原因。以上各點都各自違反經驗法則，有理由不備或理由齟齬的違法情形。

但是，本判決認為，人暴露在飛機的巨大噪音下，所產生的影響並不只是生理的、心理的、精神的方面，亦可能在日常生活中產生諸般生活妨害，其內容、性質也很複雜、多歧、微妙，外形上有不容易捕捉的部分，依被害人的主觀條件可能產生差異；但另一方面，若除去這種主觀性的感受則不可能對上述的影響為正確地認識、把握，這樣的思考在常識上應該可以容易地受到肯定。因此，原審在實施檢證之際所接受的印象，或被上訴人的陳述書、問卷調查等當中也包含這

樣主觀的要素在裡面，當然不可因此否定其證據價值，即使原審對這些部分認定有相當高的證據價值，也不能直接謂其有違背採證法則或經驗法則的違法。又，原審認定由飛機噪音的影響而來的各種被害之間，其性質上有相互影響關係的見解，也不必然是毫無根據，其根據被害的認定判斷後所考慮的結果，難謂其欠缺合理性。

再者，飛機的排氣瓦斯與被上訴人所居住地區的大氣污染間的關係，原審的認定判斷認為，依據所舉示的證據關係並非不能認同的，此過程中也沒有上訴人所論的違法。

上訴人認為，本件的損害賠償請求是因飛機的噪音等使被上訴人遭受肉體的、精神的被害，在日常生活上受到顯著的妨害為理由而提起，所以其性質上理所當然各個被上訴人有不同的被害發生及內容，各個被害與加害行為間所存在的因果關係，有個別且具體認定判斷的必要，但是原判決（一）無視此一般原則，將前述的個別的、具體的舉證視為不必要，捨棄一切被上訴人依其個別具體的生活條件、居住條件受到來自飛機噪音等被害的內容

及程度理應會產生的差異，而認定判斷被上訴人都受到一模一樣的被害（二）特別是，被上訴人所主張之耳鳴、聽覺障礙、及其他身體上的被害，主要是根據本人的陳述或問卷調查這類型主觀色彩強烈的證據資料來認定，而不是依據醫學的、客觀的資料而來，並且不用疫學的手法，就輕易地認定被上訴人中的一部分人中產生這樣的身體傷害，且認為至少本件飛機所生的噪音是原因之一，或是認為有可能性，同時，只要一部分住民承認有此等事實，關於其他住民也肯定其有同種類的被害發生或是有此危險性存在，認為沒有必要確定各自具體被害發生的有無或危險性的存在與程度，這一點有法令的解釋適用錯誤，違背經驗法則，理由不備或理由齟齬的違法。

原判決確實如上訴人所主張，關於飛機噪音對被上訴人所生的損害，在精神的被害方面視為是相同的內容，並且，包含妨害睡眠等的日常生活妨害亦是，就算因應各人的生活條件的具體態樣互有差異，卻將其當做被上訴人全體共通的內容，更甚者是關於身體的被害，對暴露在噪音之下的地區的住民全體將被害發

生的可能性視為同一，認為對一部分的人若產生損害，應該認為對其他人也產生同樣的危險性。

的確，被上訴人的本件損害賠償請求，並非將包含被上訴人的周邊地區的住民所蒙受的被害視為一體、當做一個權利義務由被上訴人等立於代表這些住民全體的立場對此請求救濟，而是被上訴人依各自所蒙受的被害，以各自不同的固有權利請求損害賠償，所以必須確定被上訴人各自被害的發生與內容是理所當然。但是，對於被上訴人所請求、主張的內容，雖然被上訴人各自有各式各樣的被害狀況，卻並非對各自所遭受的全部被害皆具體請求賠償，而是認定起因於本件飛機噪音的這些被害當中，在某個最小限度的程度之內被上訴人全體有相同受害的部分，將這部分的被害視為被上訴人等共通的損害，被上訴人各自以此限度用請求慰藉金的方式求償。於是，對被上訴人等的身體上的侵害、妨害睡眠、對經營靜穩的日常生活上的妨害等被害情事，以及伴隨此而生的精神上的苦痛，在一定的程度內可將其視為被上訴人全體共通的部分，請求的是此部分的賠償。本來所謂的被害，因應被上

訴人各自的生活條件、身體條件的差異，其內容及程度也可能不同，但是另一方面，也承認對全體皆一同存在的部分，此外，例如生活妨害的情況即便在具體內上有若干差異，但是關於妨害靜穩的日常生活的享受這一點是相同的，所伴隨的精神上痛苦的性質及程度，也可能存在可以認定為沒有差異的部分。從此一觀點出發，被認定為同一性質、程度的被害並將其視為被上訴人全體的共通損害，被上訴人各自分別一律以對此共通損害請求賠償應該是被容許的。原判決，立於此觀點，對被上訴人主張的被害事實，依照本件機場離著陸飛機的噪音的性質、內容、程度，掌握暴露在此環境下的被上訴人至少各自在某個程度內所遭受的相同被害而此程度是什麼樣的情形與內容，以這樣的見解來認定判斷被害及因果關係的有無。如此一來，應成為損害賠償原因的被上訴人的被害事實，則為相同的判斷，而不是依各人差異認定不同的被害，這也許是因為基本上此部分的事實根本還構不上有差異。此外，關於被害情況的判斷，在本件機場離著陸的飛機對被上訴人居住地區所生的噪音等

影響，其性質、強度、頻繁度若是原判決所認定的那般情況時，原審認定判斷被上訴人全部共通地受到的不快感、焦躁等精神上的苦痛及睡眠等其他生活上的廣泛妨害，依照原判決舉示的證據關係，並非不能贊同。再者，關於身體上的被害，鑑於本件飛機噪音的特質及對人體所生影響的特殊性，還有對於這部分的科學解釋都還尚未充分進展的情況下，原審基於所舉示的證據，認為被上訴人等所訴求的疾病或身體障礙，判斷本件飛機噪音可能是原因之一，也未必是違背經驗法則而不合理，而判斷被上訴人全體同樣遭到與身體障礙有關聯可能性的壓力等生理、心理的影響或被害，也非不能承認。本來，在原判決當中，看到有幾處似乎僅以身體被害發生的可能性或危險性本身當做慰藉金請求權發生的原因，這樣的可能性或危險性本身不能直接該當慰藉金請求權的發生原因的現實被害是不言而喻，但是以這類型的可能性及危險性所帶有的前述之生理的、心理的影響，難謂其不能成立慰藉金請求權發生原因的被害事實。關於以上此點，上訴人的論旨只能認為不過原判決未為正

確解答而非難之，或非難專屬原審所為的證據判斷取捨、事件認定而已。

又，本件的被害問題，不單只限於被上訴人所主張的共通被害是否已產生這一點，如同上訴理由所示，關於本件機場的提供使用的違法性判斷，依提供使用所伴隨的飛機離著陸之際所產生的噪音對於包括被上訴人的周邊住民有何種種類、性質、內容的被害，讓其發生到何種程度，是一個重要的考慮要素，在此種情況下對被害事實為整體的認定判斷時，不一定只限於前述的全體共通的被害，住民中的一部分所生的特別被害也可以成為考慮的對象，原判決對於未必能歸類於被上訴人全體의 共通被害的部分亦加以認定，且住民當中有特殊的生活條件、身體條件而生的特別被害也一起加入後為整體的評價判斷。因此，原判決中這部分的判示與前面所論被上訴人的共通被害的認定部分一見似乎呈現矛盾，但是僅此還不足以認為有理由齟齬的違法。

### 三、有關利益衡量的認定判斷：

上訴人主張，以本件機場提供使用的行為是否具有可以成立

損害賠償要件的違法性，應該由被上訴人所遭受的被害是否屬於經營社會生活上所應忍受的程度之內，也就是說應取決於是否超過忍受程度，具體而言，是必須就侵害行為的態樣與程度、被害利益的性質與內容、侵害行為的公共性其內容與程度、加害者為防止或減輕被害發生所採取的措施其內容與程度，為整體地綜合考察。原判決極端地重視被害，而怠忽了整體的綜合考察，特別是上訴人從前至今所採取的噪音防制對策受到不當的過低評價，再者，對於將來的對策的評價判斷方面，也做了違反經驗法則的認定，並且依此為根據做了欠缺合理性的評價，並且對本件機場的公共性也沒有做充分的考察，只給予不當的低評價，結果對於機場的提供使用行為造成錯誤的違法性判斷。

原判決在違法性的部分對於因上訴人的提供使用而使被上訴人受害的部分，完全以其是否該當國家賠償法第二條第一項中所謂因公共營造物的設置、管理的瑕疵產生的損害做為問題點加以討論，並且為肯定的表示，其中關於有無成為損害賠償請求要件的違法性並沒有另外加以特別說



明。但是與其他相關違法性的認定判斷一起解讀時，在原審，因為飛機使用公共營造物機場使周邊住民遭受各種被害所以認為本件機場有安全性的缺失，而將在欠缺安全性狀態下提供使用的本件機場視為營造物設置、管理上的瑕疵，其真意並未必是指因本件機場的提供使用導致周邊居民萌生被害的事情本身可以直接視為設置、管理上的瑕疵，前述的被害雖然是超過一般社會生活上應容忍的限度，但是依照本件機場所持有的公共性看來，即使超過上述的一般限度時還不夠，還必須從公共的必要性，更進一步地到某一定的限度都必須忍受為前提，關於這一點，上述營造物的設置、管理瑕疵的有無也被要求適用此種基本的違法性判斷，立於此見解所認定的事實，其違法性應該可以被肯定。再者，由原判決的判示看來，原判決詳細認定地區住民的受害態樣之後，對本件機場擴張的經過、當地住民或自治體的動向及上訴人向來所採的對策等相關的事實認定為基礎，認定上訴人並未對本件機場的擴張、噴射機的就航、起降飛機的增加與大型化對機場周邊所及的影響為慎重的調查及預

測；並且未於事前採取防止、減輕影響所要的相當措置之狀態下擴張機場；往後遲延因應對策，卻搶先快速地進行增加飛機的使用的情況等狀況，所以即使受到責難也不為過。而另一方面，現今的航空在運輸上占有重要的地位，需要度也逐年增高，在那個期間本件機場為京阪神地區唯一的第一種機場，不可否認其擔任了重要的角色。但是從飛機噪音等對周邊住民產生廣泛且嚴重的諸被害事實看來，所主張的公共必要性也被指出有其界限，由這些判示看來，原審綜合所指摘的相關各點，結果對於本件機場的提供使用行為在上述帶有說教意味的違法性判斷下不得不肯定其具有違法性。

判斷關於如同本件機場的提供使用行為，即國家實行的公共事業對第三人的關係中是否成立違法的侵害行為或法益侵害之際，如上訴人所主張，除了比較檢討侵害行為態樣與侵害程度、被侵害利益的性質與內容、侵害行為所持有的公共性或公益性上的必要性及其內容與程度等之外，侵害行為的開始與之後的繼續經過及狀況，在期間有無採行關於被害防止的措置及其內容、

效果等情事也加入考慮，將全部綜合地考察後做決定。原審可以說也是立於此見地並加上考察之後到達前述的結論。

上訴人對於前面的結論，責難原審在考察、判斷之際，對本件機場的提供使用所持有的公共性及或公益上的必要性為不當的低評價，相反地極端重視被害狀態，卻沒有充分斟酌上訴人所採行的被害防止、減輕的措置。但是本件中所被主張之公共性或公益上的必要性，其內容應該是指由飛機所提供之迅速的公共運輸的必要性，在現代社會，特別是在經濟活動的領域當中對行動的迅速性的要求越來越大，其所持有公共重要性是不言自明。且從本件機場在國內、國際航空路線上所佔有的地位來說，該提供使用來自公共性的請求很明顯地是相當高度，原審對此也沒有否定。但是，即使由此所得的便益，也未必能主張其與提供國民生活的繼續維持所不可欠缺的服務一般，具有絕對的優先順位。相對地另一方面，根據原審適法所確定的內容中，因本件機場的提供使用而受害的地區住民攀升至相當大的數目，其被害內容也廣泛而重大，而且對這些住民而

言，機場存在所受的利益與所受的被害之間，後者的增大必然地伴隨著前者也增大的彼此互補的關係顯然並不成立。結果，所謂公共利益的實現是，只有建立在包括被上訴人等的周邊住民，這些被限定的一部分少數人的特定犧牲之上才可能實現，在此處不可否認有不能忽略的不公平存在。更甚者是，依原審的認定，上訴人對於本件機場的擴張或噴射機的就航、起降班次的增加、及大型化等對周邊住民的影響沒有慎重地調查及預測，也沒有在事前採取防止、減輕被害影響的適當對策的情況下實行擴張，就這些經過看來，即使有相當的公共必要性，但是某程度上，存在基於一旦成立的既成事實，對於其後所自然產生的需要增加，只好更進一步地因應的一種循環作用也一併考慮的情況下，原審鑑於上述幾點判斷上訴人所強烈主張的公共必要性有其界限，也不得不謂有其相當的道理。此外，上訴人較近期所開始實行的諸般對策，至少到原審的口頭辯論終結為止的這段期間，對於減輕被害的部分並沒有舉出顯見的效果。原判決基於上述諸般情事綜合地考察後，判斷上訴人不能對

於本件機場的提供使用以公共性或公益上的必要性為理由對被上訴人等的住民要求應該忍受被害，上訴人所為的供給使用行為於法難謂為適法行為，此並非完全沒有合理的根據，不能認定原審的判斷中有上訴人所論的違法。附帶說明的是，有關被上訴人當中一部分地區的居住者，特別是在B飛機跑道提供使用前所存在的噪音的程度並沒有如此巨大的情況下，將其與本件機場在供給使用上所被承認的公益性對照時，就一般而言是否應視為超過忍受限度的違法侵害，並非大家都認為沒有問題。但是，即使在這樣的場合，暴露在這樣的噪音下所受的被害，也許沒有其他地區的被上訴人那麼大的程度，但是由相當地超越了一般社會生活程度上應忍受的程度，本件機場與住宅地區如此接近的地理條件，以及被害發生的各種事態看來，原審對於被上訴人等的上述種種被害也認定為超越忍受限度有侵害行為的違法性的判斷，不應認為是違法或不當。

#### 四、有關慰藉金額算定：

上訴人主張，原判決對過去的損害算定慰藉金額之際，沒

有針對被上訴人各自不同的被害態樣、程度、內容、及每年被害程度的差異設合理的差等，此外，對於金額的算定，在B飛機跑道供給使用開始前的時期是依各被上訴人的各個居住地區計算，而供給使用開始後的時期卻是對全地區訂定一律同樣的金額，這是屬於法令的解釋適用錯誤，進而有審理不足、理由不備的違法。

本判決認為，一般在算定慰藉金額之際，被害人各自的個別被害態樣、內容、程度或伴隨時間的經過所產生的被害狀況的變動是重要的判斷要素是不言自明的。但是，在本件訴訟當中，被上訴人同樣基於在本件機場起降飛機的噪音等自昭和四十年開始持續地受到侵害，依居住地區與居住時期的不同設有若干差等；但是昭和四十五年一月一日及昭和四十七年的前後慰藉金算定的方法有所差異之外，被上訴人請求支付一律相同算定的慰藉金額，其主張的損害主要部分也做為是被上訴人的共通事項，依照被上訴人所請求的性質，以法院的立場，在沒有捨棄請求本旨的程度範圍內，依長期間的時間區分概括地掌握被害情況的變

動之後，在各時期對僅以被上訴人全體共通所生的被害的部分為對象，算定慰藉金的金額便足夠，沒有必要另外依各被上訴人的被害態樣、內容、程度及時時刻刻的變動為認定判斷來算定慰藉金金額。原審基於相同的見解，在算定被上訴人的慰藉金時，基於適法所確定的事實關係下，考量包括被上訴人的被害程度、向來的因應被害對策的不充分等的侵害經過，並且以被上訴人所遭受的精神上的苦痛、身體上的被害危險性及生活妨害的主要部分是被上訴人全體共通的部分為理由，而被害人的個別事由的部份則以斟酌居住地區及在該地區所居住期間即足矣，且以 B 飛機跑道供給使用前與使用後的被害程度的差異對算定金額設以差別之外，各居住地區與居住時間則以相同的慰藉金金額來算定，這算定方式基本上並不能否定有其合理性，在過程中不能謂有上訴人所主張之違法存在，故上訴人之論旨不可採。

五、有關地域性或先住性的考量及接近危險理論的適用：

上訴人主張，原判決（一）關於噴射機在本件機場就航之後

才開始進入機場周邊地域內居住的被上訴人，沒有考慮所謂地域性、先住性以實行利益衡量，且沒有適用接近危險理論，即對損害賠償請求加以認容，又（二）在 B 飛機跑道提供使用之後才開始在機場周邊地區居住的兩位被上訴人近藤嶋惠（以下稱近藤）與常洋子（以下稱常），否認彼等對於飛機噪音的實情是否認識的部分有過失，這點不只是為違背經驗法則的事實認定，有法理的解釋適用錯誤，並且在兩名被上訴人的請求中遺漏有關過失相殺的判斷的違法。

首先檢討第（一）點。

關於這一點，原審所確定的事實關係如下：（1）本件機場在昭和三十四年七月被指定為第一種機場之際已接近存在於多數住民所居住的地域，而後又擴建。被上訴人等所居住的地區除了昭和四十五年八月被指定為變更為準工業地區的走井、利倉兩個地區之外，其餘的地區自昭和二十年左右以來至今都被指定為住宅地區，實際上，走井地區之外，除去飛機噪音算是屬於較閒靜的住宅地區。（2）在本件機場起降的飛機噪音因噴射機就航的昭和三十九年六月以後激烈化，但是

同年當中噴射機的起降次數僅占全部起降次數的百分之二點一八，之後隨著各年比例逐漸增大，特別是昭和四十五年二月 B 飛機跑道開始提供使用後，可看出噴射機的大型化及大量的就航，(3) 被上訴人當中，有相當數目的住民是在噴射機就航的昭和三十九年六月以後到 B 飛機跑道開始提供使用為止之間才開始入居，但是不足以認定這些人入居當時能預測其後噪音的激烈化，或者認定他們已經一邊知道激烈化漸進的狀況又一邊入居的事實。因此上述三點的事實認定，根據原判決所舉示的證據關係，可以認定是正當的。依據此事實關係，被上訴人在入居當時對本件機場有提供伴隨噪音的噴射機的頻繁起降的用途，包含被上訴人所入居的機場周邊地區是被該噪音所擾的地區，依一般的、社會的認識，難謂普遍能夠理解，所以不能以所謂的地域性、先住性為由排斥該被上訴人的請求，又，所謂的接近危險理論部分，基於在接下來的解釋，對於這些被上訴人也很明顯地無適用的餘地，所以上訴人的論旨不能採用。

相對於此，上訴人所論的第

(二) 點，關於 B 飛機跑道開始提供使用之後入居的兩位被上訴人，與上述第(一) 點的被上訴人等的情況有差異，有另外檢討的必要。

關於這兩位被上訴人依據原審所確定的事實如下，(1) 這兩位被上訴人近藤氏於昭和四十五年六月，常氏於七月搬入豐田市服部壽町三丁目居住，(2) 而在此之前，本件機場於昭和四十五年二月五日起全長三千公尺、寬六十公尺，大約用盡機場用地的全部所設置的 B 飛機跑道開始提供使用，(3) 昭和四十四年十二月時已經提起本件第一次上訴，且在昭和四十五年三月當時，本件機場一日當中的飛機離著陸班次達到三六七班（其中噴射機占一六五班）（並沒有特別區分離陸及著陸的班次，但是參酌昭和四十五年八月及昭和四十七年四月當時的認定，原審的認定以離陸及著陸的班次為同數的旨趣來解釋之），飛機離著陸的平均間隔，在白天（七時到十九時止）是二分二十八秒（噴射機是五分五十七秒），在夜間（十九時到二十二時止）是三分六秒（噴射機是四分三十秒），(4) B 飛機跑道開始提供使用的昭和四十五

年二月五日以後，對兩位被上訴人在所居住地區所測定的依機種類別的噪音程度及噪音七十分貝以上的持續時間，每一大型噴射機一〇〇到一一〇分貝、大約持續二五秒；中小型噴射機九十到一〇五分貝、大約二十秒；雙發的螺旋機八十到九十分貝、大約十五秒，該地區的所存在的噪音WECPNL 值在九五以上，NNI 值在五五到六五之間，(5) 兩位被上訴人所轉居的服部壽町位於A 飛機跑道末端起的南東約二八〇〇到三五〇〇公尺，B 飛機跑道末端起南東約一七〇〇到二四〇〇公尺的地點，幾乎位於B 飛機跑道飛行路線的直下方，但是將本件的飛機噪音這一點除去的話，比較上本地區還算是閒靜的住宅地區。(6) 這兩位被上訴人中的近藤氏是聽從了仲介業者的推薦選擇了接近丈夫上班地點的現住所入居，(7) 該被上訴人對於成為爭議的本件飛機噪音的情況不甚了解之下，因為只曾經事前一度大約花了十五分鐘的勘察後便入居，直到入居之後才知道噪音的嚴重性，(8) 現存的住宅情事因素下可以選擇適當搬家地點的餘地不多，又很難期待仲介業者會將公害的現狀據實告知，

所以在事前沒有做充分調查的事實有其不得已的地方。(9) 另一位被上訴人常有的情況也大致相同。

原審在確定上述的事實關係後，對於所謂的「接近危險理論」，認為住民方面只要沒有被認定有特別不法利用公害問題等類似意圖而接近則不適用接近危險理論，在這樣的見解之下，兩名被上訴人並未被認定有此等意圖，所以排除上訴人的主張。但是，接近危險理論未必應該如同原審所做的狹隘解釋，即使接近危險者沒有原審所示的意圖，但是這些人一方面認識危險的存在卻又容認其所生的被害時，依據事情的情況加害者並非完全沒有應該免責的時候，所以必須認為難以認同原審的前述見解。

原本，原審如前面所述，認定兩位被上訴人對於成為問題的本件飛機噪音的情事不甚瞭解的情形下入居，之後才知道噪音問題的嚴重，認為其在事前沒有為充分的調查有其不得已之處。因此，關於接近危險理論，僅以原審的前述判斷有前述的錯誤這樣一個原因，速斷原審的判斷有誤、原判決應該廢棄的見解，似乎不該被容許。

但是更進一步地討論，原審所認定的前述（1）至（6）的事實，再加上記錄中的證據（甲第十三號證之一至四七三，其中三二二缺號）可明白得知，昭和四十四年十二月本件第一次訴訟時點再往前追溯兩年即自昭和四十二年前後起，本件的噪音問題頻頻在主要的報紙日刊上被報導的事實也一併考慮的話，在未認定有特別事實的情況下，被上訴人近藤氏在昭和四十五年六月轉居服部壽町地區時，對飛機噪音成為問題的情況或對飛機噪音的存在不甚瞭解之下入居的事實，在經驗法則上難以信服，因此，原審的上述認定違反了經驗法則而應被否定，該被上訴人如果對飛機噪音有一定程度上的認識並預計將會居住相當長期間而特別選擇此地入居，即使有將當時的住宅情況列入考慮，結果不如說該被上訴人更重視接近丈夫上班地點的居住上方便等點，可以推定該被上訴人對於與自己所見聞的程度或與此相差不遠的程度的噪音所會帶來的惡性影響及侵害，認為是不得已而容許之並進而選擇居住於此。如此一來，該被上訴人對飛機噪音一方面有認知，另一方面又容認其所生的侵害而

居住，並且關於噪音所生的侵害如精神上的苦痛、生活上的妨害方面，只要不是直接與生命、身體有關的情況下，參酌考察原判決所示的本件機場的公共性，該被上訴人入居後所受的實際被害程度是否超越入居當時從已存在的噪音狀況所推測的侵害程度，只要在入居之後噪音程度沒有格外增大的特別情事發生，應該認定其為被上訴人所應忍受的範圍，所以不容許以此被害為理由請求賠償的判斷應屬適切。而根據原審所確定的事實關係，難謂有任何特別情事的確定存在。

因此，對於被上訴人以不甚瞭解本件飛機噪音問題的情況之下入居，而於入居後才知道噪音甚為嚴重的情事，難以認同原審對於該被上訴人所為損害賠償請求認為沒有應該排斥的理由的認定判斷。另一名被上訴人常的狀況亦同。

沒有特別情事被確定的情況下，這兩名被上訴人所為的損害賠償請求為一部分認容的原審判決，其事實認定違背經驗法則，且有法令上的解釋適用錯誤，更進一步犯了審理不盡、理由不備的違法，所以原判決的此一部分必須廢棄。而至於請求是否得

當，關於上述各點認為有更進一步完整審理的必要，將本件關於該請求的部分發回原審。

〔關於將來的損害賠償請求的判斷〕

上訴人主張，在本件雖然可以預見到應構成將來的慰藉金請求權發生基礎的事實關係會有變動，原判決卻認為此事實關係在現時點可以確定，並且在慰藉金金額的算定之際，沒有將B飛機跑道提供使用開始後的事實關係變動及對於將來民家防音工事等對策的進展列入考慮，而認容對於應該在將來產生的損害請求慰藉金，這一點有法令的解釋適用錯誤、審理不盡、理由不備、理由齟齬的違法。

民事訴訟法第二百二十六條以有預先提起請求必要者為限，容許將來給付之訴。但是本條並非對於所有將來有發生可能性的給付請求權基於前記的要件之下皆承認其將來給付之訴。主要是，如同所謂的附期限請求權或附條件請求權一樣，構成權利發生基礎的事實及法律關係都已經存在，只不過基於此所生的具體給付義務的成立，於將來的一定時期的到來時或者在債權人方面

不需要舉證或得以容易舉證時其他的一定事實的發生有關而已，在將來具體的給付義務成立時，再次提起訴訟之際沒有必要對於該請求權成立所需要的全部要件的存在為舉證，這不過是例外地對將來給付之訴的請求化為可能而已。依據此規定的旨趣，基於繼續性的不法行為對於將來應該會發生的損害賠償請求權，例如對於不動產的不法占有者，請求支付至完成履行讓出義務為止的租金相當額為損害金額時，構成該請求權基礎的事實關係及法律關係已經存在，預測此繼續狀況的同時，關於該請求權的成立與否及其內容當中對債務人會產生所謂有利的影響等即所謂將來情事的變動的部分，應限於基於債務人的占有廢止、新的占有權的原始取得等預先可以明確預測的事由，而且即使這部分課予債務人只有經由請求異議之訴證明其發生始能阻止其執行的義務也沒有特別不當之處，而與前述的附期限債權可以同視的情況下，容許其為將來給付之訴也沒有特別的障礙。但是，即使同一態樣的行為且被預測其在將來也會繼續進行時，其是否與現在構成同樣的不法行為以及應賠償的損害範



圍如何等，會受到今後具有流動性且複雜的事件關係進展及對其的法律評價所左右，損害賠償請求權的成立與否與其金額無法在事前以一個意思概括明確地認定，只能在具體的請求權成立的時點始能認定的同時，在這樣的情況下關於權利的成立要件是否具備的舉證責任當然歸屬債權人，然而卻完全將情事變更解釋為應該由債務人舉證的新的權利成立阻卻事由的發生，且將責任歸於債務人是不恰當的，這部分與不動產的繼續性不法占有的狀況不能相同論之，相關的將來的損害請求權，如開頭所述，本來就只有在例外時才承認的將來給付之訴的請求權而言是不適格的。

由上述觀點檢視本件，關於將來的侵權行為是否帶有違法性以及被上訴人因此所會遭受的損害的有無、程度，存在著今後上訴人為了防止、減輕被上訴人的被害所實施的各種對策的內容、實施狀況，及被上訴人各自不同的種種生活情事的變動等複雜多變的因子所左右的特質，而且這些損害在利益衡量上只有在認為超過被害人所應忍受的程度時，才能成為賠償的對象，所以不得

不謂基於明確的具體基準下，要把握構成為賠償對象的損害之變動情況是很困難的。因此這樣的損害賠償請求權，應該基於其被視為具體成立的時點的事實關係來判斷其成立的有無及內容，並且，關於該成立要件是否具備，不得不認為具有請求權人應有負舉證責任的性質。因此，本件被上訴人的損害賠償請求當中對原審口頭辯論終結後所生的損害所為的賠償請求部分，應認為欠缺權利保護的要件，原判決對記錄上屬於口頭辯論後終結之後，即昭和五十年六月一日以後被上訴人所為的損害賠償請求權所為的認容，是關於訴訟要件上的法令解釋錯誤，該違法明顯影響判決。因此，上訴人的論旨有理，原判決中所認容的將來的損害賠償請求的部分應予廢棄，撤銷第一審判決中所認容的部分，本訴請求中關於該請求部分之訴應予駁回。

因此，依據民事訴訟法第四百零八條、第三百九十六條、第三百八十六條、第三百八十四條、第四百零七條第一項、第九十六條、第八十九條、第九十二條、第九十三條、第九十五條，除下列的反對意見及補充意見之



所約制的結果。因此，在處理這樣的法律爭訟之際，必須檢討國營機場的提供使用行為中航空行政作用與機場管理作用在各個情況下有什麼樣的關連，因應爭訟所應追究的責任所在選擇適切的爭訟程序。

二、在本件看來，被上訴人對本件機場所為的飛機離著陸提供使用的停止請求，雖是可說僅限於一定的時間帶，但是要求機場於此時段為一般且恆常地停止提供使用，也就是等於要求機場的提供使用做部分的休止或廢止。

再者，法律在國營機場為設置或變更時，運輸大臣應該以航空行政權行使的來決定機場的位置及範圍，而公營或私營的公用機場部分，其設置、休止、廢止或者是管理規程的制定或變更，也必須要有運輸大臣的許可或認可，由此旨趣看來，關於本件機場採取停止提供使用的措置，應該與本件機場綜合的提供使用行為的基礎，也就是運輸大臣的航空行政權有直接關連。

如此一來，被上訴人的上述請求，可謂形式上採取了私法上請求權的行使，但同時實質上，又回歸到請求停止以運輸大臣的

航空行政權的行使為基礎所存立的提供使用行為，所以最後將被上訴人的請求解釋為不服運輸大臣的航空行政權的行使可謂是正確的。

再者，鑑於本件機場的管理權行使與運輸大臣以航空行政權為基礎所為機場的綜合的提供使用行為有密切不可分的關係，有關被上訴人與上訴人之間本件機場提供使用的停止請求紛爭，若爭論關於本件機場綜合的提供使用行為的適法性的訴訟中，沒有從尋求「公共利益的維持與私人權利的擁護間的調合」這個觀點來審理判斷，無法根本地解決。因此，本件訴訟可說是對運輸大臣在本件機場的設置所為的相關行政處分所提起的撤銷訴訟，或者在訴訟程序上將本件機場的提供使用行為全部當做相當於公權力行使的行為來掌握，以對此不服為內容所為的抗告訴訟，都是妥當的。所以將身為機場事業主體的上訴人與私人之間以對等當事人間的私法關係，用狹義的民事訴訟方法做審理判斷是不應被允許的。

貳、法官橫井大三、宮崎梧一與伊藤正己的補充意見相同。

參、法官團藤重光的反對意見

一、我國，在狹隘的國土上，現今享受著可向世界誇耀的經濟繁榮。但是，在經濟繁榮的反面伴隨而來的種種陰影，也是必然的現象。公害，是其中最嚴重之一，而本件的大阪機場事件可說就是一個縮圖，正向我們投下一個重大且嚴重的問題。要如何接受這個根本問題，在處理本案之際，透過各種論點，理應持有很大的影響。總之，法律的解釋適用，窮究其極是無法想像各自立場分離的情況，特別像本件類型的事件，更擴大地突顯出這一點。

全體國民經濟的繁榮是藉由充實國民的經濟生活而增進福祉是無庸置疑的，但同時很明顯地必然伴隨它而來的公害問題也阻礙了國民的福祉，「確保國民健康的、文化的生活（參照憲法第二十五條）上，公害的防止是極為重要之事」是公害基本防止法在開宗明義中所宣言的內容。對我們而言，本件機場沒有準備充分面積的土地，在接近住宅地區之處讓國際航空、國內航空共計有無數的飛機起降，雖然必須考量我國的國土狹隘、經濟規模等

有其不得已的一面，但是，此對附近住民的「健康及生活環境」（公害對策基本法第二條）造成侵害的事實卻是不容忽視的。

問題在於，依法律的觀點要如何來面對及處理這樣的情況。如同本件這樣大規模的公害訴訟，以原來的實體法或訴訟法的解釋運用來解決時，會有許多困難的新問題，所以『新的酒必須由新的皮囊來盛』。本來，有很多部分應該要等待新的立法措置，但是，至少必須留意下列兩點：第一、在我國，面對新事態時立法方面的對處是非常緩慢的，有些情況下甚至可以說是怠慢。尤其與國家利益沒有直接關連的社會或個人利益的部分，讓人可以很明顯地感受，特別是與訴訟法之類的司法法規有關時，更是明顯。因此，在我國，與同樣是成文法國家中其他能機敏地實行立法對應的國家比起來，法院必須在法形成上所應擔負的角色更為重大。第二、然而就對應事態的方式而言，也有些由立法來實行並不必然適當的情形，法的修正對事態的對應的確是直截了當，但是相反地也動輒造成激烈的變革。所以不如立即對應個別事案，一邊從判例的發展中探

求妥當的解決，再由這些累積以漸進的方式謀求法的形成較為適當的情況也不在少數。在公害訴訟方面，如導入團體訴訟（Class Action）制度的立法導入雖說也值得考慮，但是，個別的技术困難且另當別論，突然間採取這樣的立法措施所產生法制上的立法落差本身也會帶來問題。與其如此，為了對應此類事件，在裁判上盡可能地積極下工夫是比較被期待的。由判例得到法形成，被視為是英美法的判例法國家的典型，但是在如同我國的成文法國家也絕非不相容的作法。法律是活的生物，應該有對應社會的發展而向前開展的特質。當法律失去社會適應性時，便化成死體。時常不斷賦予法律活力，是法院必然的使命。

當然，司法權的使命有其嚴格的界限，不能逸脫了這個界限而有侵犯立法權、行政權的情事，這由三權分立的原則看來理所當然的事，司法權接收過大的任務對司法本質而言也是不被允許的。但是這一部分，與法院在司法本來的任務範圍內，對法律的解釋適用下了創意工夫以對應新的事態，是完全不同的兩回事。

我以上述的立場思考本件的問題，以下的個人見解皆由此立場為出發。

二、停止機場的飛機起降是很重大的事。特別是擔負公益機能的重要國營機場，停止起降對各方面所及的影響，有不可估量的部分。因此，苦惱於噪音等的附近住民，若沒有相當程度的情事，就必須忍受。而停止請求時的忍受限度，應該比損害賠償請求時的限度要更加一層地嚴格。更進一步說，成為停止請求所根據的所謂「人格權」，到何種程度可以構成此權利，特別是可否構成排他性的權利，是相當困難的問題。但是不論是何種問題，必須時刻銘記不能忽視人類價值的觀點。原判決對於這些問題以面對積極的方向來解決，我個人基本上對此有很多的共鳴。但是多數意見方面，並沒有進入實體的問題，而在停止請求的適法性此一屬於前提問題上，且將其認定為不適法。結果，不問被害程度的大小，或是否有排他權利的侵害，只要是有關於停止，在現行法上民事訴訟一途是被封閉的。因此，住民方面是否留有另外提起行政訴訟一途，多數意見，只

表示了「依行政訴訟的方法可否為任何請求暫且不管」，而避開表明對此一問題的見解。因為這不是本件直接的論點，所以可說此乃形式上當然的態度。但是就被上訴人而言，民事訴訟一途既已被封鎖，行政訴訟這途是否被開啟，理應是重大的關心事，如擱置不管，將使國民步上窮途末路的結果。

關於這一點，對伊藤法官在其補充意見中對本件於行政訴訟有其適法性的主張頗有同感。但是，伊藤法官在運輸大臣對航空運送事業者的執照發行或事業變更的認可中對第三人也課予忍受義務，所以對第三人的關係中也具有相當於公權利行使行為的性質這一點，則無法輕易地承服，此外在其他部分，以承認行政訴訟的適法性的理論為構成，很遺憾地，似乎不是十分地成功，所以要馬上表示贊同，實感躊躇。

我對本件這樣的停止請求，法院救濟一途被堵塞的結果，從憲法三十二條保障國民有接受法院裁判的權利的精神來看是抱持疑問的。就現行法的解釋，採取這樣的結論是應該認為是在檢討所有的可能性之後，最後所採的不得已的結果。即使退百步想，

假使有行政訴訟之途，但如同本件的被上訴人既已選擇民事訴訟一途作為訴求，就應該盡量朝肯定其適法性的方向而去，解釋上，本來不就應該盡可能如此考慮嗎？這是出自於我前述的基本立場而來。

若嘗試從上面的見解看來，假設如同多數意見所示之不適法說在理論上可以成立，而適法說在理論上也可以成立時，我想採用後者。何況，如同中村法官所做的適切指摘，多數意見當中有很多難點。我個人而言，也很難贊同多數意見的看法。

三、一般的情況下，設施的設置、管理者基於所有權等的使用權源將其供給自己或他人利用時，該設置、管理者對於此利用行為負有不對第三人權利造成侵害，及抑止侵害發生的義務，若是該第三人的權利具有排他的性質時，第三人為防止侵害理應可以對設施的設置、管理者請求限制、停止該設施的利用。即使如本件機場，屬於公共營造物是由國家設置、管理的情況，就公共營造物活動的本質看來，並非權力性的作用，而是與私人的情況並無相異的提供便益的行為，因

為並不該當得對一般市民課予服從、忍受義務的公權力行使的行為，所以第三人原則上可以與對私人所設置的設施為同樣的請求。當然，法律對因設施的使用對利用者以外的第三人課予忍受因此所生的約制權利及自由的義務時是另當別論。但是，在本件機場的關係中，到底能否看出有這樣的法律上根據，尚有疑問。

有關本件機場的使用，制定了機場管理規則並為權力性的規範，但這是為了要達到營造物的合目的性、有效率性的利用，規範對象限於營造物的利用者，再者，基於航空法等之相關法規，身為航空運輸行政的主務官廳的運輸大臣，對機場的提供使用在一定的限度內有課予義務的權限，但是這個權限應僅限於以達成飛機的安全、圓融的航行為目的而已。要言之，法律對本件機場的使用所承認的權力性規範，是不能解釋為出自對住民的關係下於命其忍受這些不利益的旨趣而來。

另一方面，在行政訴訟事件法，除了因違法的公權力行使，權利、自由受到制約時該公權力的行使應解為當然無效之外，應該只有基於抗告訴訟才能爭議公

權力行使的適當與否。總之，藉由公權利行使制約私人的權利、自由，必須要有法律依據的法治行政原理為前提，此公權力的行使是否合於法律所定的要件，基本上對行政廳的判斷給予妥當力（公定力），而權利、自由被制約者原則上只能以抗告訴訟中的撤銷訴訟在事後爭議該公權利行使的適法性，又，公權力發動的裁量也是視為任由行政廳判斷的結果，所謂課予義務訴訟不應視為抗告訴訟的一種。因此，因公權力的行使而使權利、自由受制約的救濟方法所應受的限制，僅限於在實定法上承認該公權力行使是基於行政主體的優越意思下所發動的情況，所以諸如營造物管理主體與第三人關係下，在無法認定行政主體的優越地位時，兩者之間的紛爭，應視其為私法上的關係或公法上的關係而定，以一般民事訴訟或公法上的當事人訴訟來解決是理所當然的。在本件的情況該當前者（民事）。

問題在於，若認容本件的停止請求，則進一步必須要修正機場管理規則或對航空運送業者為事業計畫變更命令等，而不得行使航空行政上的權限，所以，是否應視本件的停止請求必然會

包括要求撤銷變更或發動航空行政權行使的請求。上訴人的確是主張了這樣的旨趣，多數意見與此主張即使在理論構成上多少有些差異，結果還是認同上訴人的主張。但是，我們嘗試做以下的假設：如果對於機場佔地的所有權產生紛爭時，主張所有權者提起民事訴訟基於所有權訴請返還該佔地時的狀況。對於這種應該會有勝訴結果的事態，不也和本件的情形同樣嗎？可是，在此情況下封閉民事訴訟一途，畢竟是不應該認同的。我個人從這一點看來，很難贊同多數意見。中村法官對於此一問題，在分析多數意見之後表示了徹底的反論。我對中村法官的反對意見持全面的贊同。綜上，我認為本件停止請求是適法的。

肆、法官環昌一的反對意見如下：

被上訴人的本件停止請求，是基於國家將屬營造物的本件機場提供給主要根據航空法第二條第十七項規定中所謂的定期航空運送事業經營者（以下稱「事業者」）使用，讓從事運送的飛機在本機場離著陸，結果造成被上訴人等的機場周邊住民蒙受了飛

機在其所居住的地域上空任意發出擴散於大氣中的噪音、排氣瓦斯、煤煙、振動等持續性的損害，特別是在夜間的一定時間帶所受的損害，將其當做過去的損害僅接受金錢上的賠償是無法獲得真正的補償，所以對國家要求限於此時間帶讓機場不要提供事業者使用而要求為私法上的不作為請求。對此，先決的部分在於必須檢討本件機場的使用關係在被上訴人與國家之間究竟持有何種的法性質。

在今日，藉由定期飛機來整備、確保交通方式的社會請求確實很大，回應此請求有助於公共利益是不容置慮。目前對於定期飛機的航運本身是任由以營利為目的的私人企業實行事業活動來進行，但是對於此事業活動而言不可或缺的機場部分又是國家或準國家地位之公團所建設而提供事業者使用。主要的理由是因為建設及經營機場其所需要的巨額固定成本遠超過以營利為目的的私人企業成立的要件的经济性。由實質上來看，國家與事業者間存在著以提供定期飛機的交通方式促進國民的公共便益之共通目的而互相協助的立場，在這一點，機場應與由私人企業所設



置、營運的情況下私人企業相互間的關係並無任何差異。國家建設機場提供事業者的飛機離著陸之用的實質目的在於對國民提供便益的廣泛意義下，也擔當起定期航空運送事業的一部分任務，將其當做構成此一事業活動的重要部分是妥當的。本來，國家的行為應與私人企業所實行的純經濟的事業活動有異而屬於國家行政作用的行為，但是鑑於上述的實質情況，與一般國民的關係中將上述部分視為國家的權力作用並不相當。（再者，國家與事業者雖然沒有如同一般共同事業者之間存在同樣廣泛且具體的法律關係，但是至少與飛機離著陸有直接相關的部分應認定兩者間有視為共同行為的實質，只要有這樣的實質存在，事業者運行的飛機在機場以外的地區產生噪音所造成的損害，在法律上國家不能表示無關）。此外，事業者在取得事業執照之際，要訂定使用的飛機型式、在相關機場離著陸的次數及時間帶、噪音問題等，有密切關係事項的事業計畫，與執照的申請一併向運輸大臣提出，每次計畫變更之際也必須取得運輸大臣的認可，事業者原則上被課予必須依照該計畫經營航運的

義務，不但是在此部分接受運輸大臣的監督（航空法第一百零八條），運輸大臣對於事業者被認定有阻礙公共福祉的事實時，有保留命其變更事業計畫的權限（航空法第一百十二條）。基於這些法令規定或運輸大臣對事業者所為的行政上的規制行為，可視為決定國家與事業者之間觀念上認為存在之機場使用方面的合意的重要部分，這是鑑於定期航空運輸業的公益性，只對事業採執照制度尚不充分，所以在事業實施的部分，國家也必須保留強力的發言權，而基於身為合意當事人之一的國家認為有確保優位的必要所為的政策的、行政的考量而提供了這樣的法律根據，一旦兩者之間就機場的提供使用機場成立合意，以此為根據進入實施飛機離著陸的階段，就一般國民的立場而言，法令的規制不過是為了達到對國民提供航空交通的便益目的事業協力者雙方在合意過程中的內部相關事項而已，不能因此認為國家的行為實質上是對一般國民的權力行為。又，如同多數意見所指出，在法律上，包括前述的法令規制，是為了更廣大地實現航空行政政策而賦予運輸大臣廣泛的行政上的規

範權限，但是即使在國營機場的情況下，也應視國家是以自己的規範來設置、營運，與私營機場是基於服從運輸大臣的規範只有規制形式上的差異，對第三人的國民而言，這兩種類型的機場各自的提供使用行為在法性質上並不生差異。綜上之檢討結果，本件的停止請求是基於主張國家（身為機關的運輸大臣）的本件機場的提供使用行為對被上訴人構成不法行為而為的請求，而關於公務員不法行為的憲法第十七條明白指出，基本上受損害者對國家或公共團體可以立於對等的立場請求賠償，同法條所謂以法律層級所制定的國家賠償法，承憲法此法意，將兩者的關係置於規律對等者間法律關係的一般法即民法的適用之下，只是也一併考量基於事情的特殊性從立法政策的考量上加以適當的修正，本件的停止請求與慰藉金請求同樣地都視國家與被上訴人間的關係為對等間的私法上的關係是正確的。

依此看來，在本件的停止請求，如原判決中所摘示被上訴人主張的所謂人格權、環境權等私法上權利的存在，對身為此權利侵害者的國家請求私法上的妨害

排除、防止，而未請求任何行政處分，這樣的主張並不只是單純言辭上的表達，該請求具有私法上請求的實質，並且在構成上並無欠缺。此外，本件停止請求部分並沒有其他可以妨害進入本案判斷的地方，所以該請求適當與否的判斷，本質上是應由法院來做，且本案的情形法院也應該管。如此一來，若認容停止請求，為了實現該請求內容而以不可避免要撤銷變更或發動航空行政權的行使為理由，對被上訴人的請求在未進入本案判斷前就認為應駁回的見解，不免造成實質上認容行政權優越的非難。基於以上見解，對於多數意見所採的結論及理由皆無法贊同。

即使是如此，關於這一點也並非肯定完全依照原審的判斷及主文。我認為，要承認所謂人格權或環境權的私權，且基於這些權能認容被上訴人的停止請求的見解，現今從法安定的立場無法直接贊同。如同原判決所判示，被上訴人並非不能將本件停止請求以構成不法行為法上的請求權來進行主張，如果試著從此一見解來思考，被上訴人在本訴的每個請求，窮究其極當事人間都已持續地損失，且現在正在損失

中，只希望達到將雙方以適法的內容回復均衡的目的，但是本件的發生恐怕並非現行的不法行為法制所能預測，此外，對於這樣事件的發生不可否認立法的對應是緩慢的，所以在不少類似案件尋求司法解決的現今，在可能的範圍下不得不藉由法律解釋來填補法律與現實之間的空隙。一般而言，夜間的休息和睡眠，是人類活動的泉源，是人類生存所不可或缺的要件，在現實上必須獲得保障，本來就非可以金錢來評價、或代替支付的，在另一方面，即使機場提供使用為一部停止也是在利用者比較少的夜間，假使鑑於考慮飛機的高速性，也未必會對國家的事業活動帶來太大的影響等諸情事，在考量本件機場在夜間離著陸的實情、本件機場的地域性、被害地域的範圍、航空噪音的程度、性質或其傳播路線的特殊性等，在原審所認定的事實關係下，被上訴人以身為地區住民的一員的立場，與已產生的損害由金錢來賠償的情形不同，至少為了排除現今存在的損害對國家請求採用客觀上可認為適當的方法，應該是正當的。依上述的事實關係，被上訴人在本件以不作為的給付請求的

具體內容做為排除現存侵害的實現手段本身難謂不適當。但是這樣的請求不僅止於現存侵害的排除，亦應視為與將來的侵害預防請求為不可分的一體。所以，若非將來不能期待國家以自發性的措置等來改善事態，而可以預見現今的損害將同樣地持續下去，就很難認為本件具體的不作為請求為當事人之間回復均衡的適當方法。關於這部分原判決並不明確，所以很難完全贊同，只是多數意見認為關於本件的停止請求沒有必要進入本案判斷本身也不太適當。

#### 伍、法官中村志朗的反對意見

我認為，關於被上訴人請求上訴人停止本件機場提供飛機離著陸的使用行為之訴是否適法的部分，原審的適法判斷是正當的，所以不能贊同多數意見。以下為理由。

一、多數意見認為，為了樹立及實施我國適切的航空政策，法律賦予運輸大臣廣泛的行政權限的同時，屬於航空輸送活動上不可或缺的公共用機場的管理營運與行政上的規制作用被一體地實行，為了使兩者間不生矛盾抵觸，重要的公共用機場則設置為

由運輸大臣管理的國營機場。所以依照法律的旨趣，屬於國營公共用機場的本件機場的管理營運的作用當中，關於飛機離著陸規制等為達成實現機場機能的直接相關事項本身，與運輸大臣的行政規制權的行使是不可分的一體，換言之，應解釋為法律上在單純的營造物管理權的立場上亦加上以航空行政權行使的立場加以綜合判斷下所實行的作用，因此，對身為本件機場主體的上訴人而請求本件機場停止提供飛機離著陸使用的本訴請求是，「包含要求撤銷變更或發動航空行政權行使的請求」，不容許其訴求為通常的民事上請求。

在上述多數意見的見解中，到底因為本件機場管理機關的運輸大臣將其管理的一環即本件機場的飛機離著陸的提供使用行為本身該當屬於公權力的行政規制權的行使，所以無法容許由民事訴訟請求停止，或者是提供使用行為與運輸大臣以行政規制權的行使者的身分所為有關飛機離著陸之其它處分有密切不可分的一體關係，所以在停止請求方面，必然不得成為包含要求航空行政權的撤銷變更或處分發動的請求，所以無法容許只分割停止請

求的部分為通常的民事上請求，在文義上難謂十分明確。但是無論如何都無法贊同。

二、在敘述對多數意見的反對理由之前，為了使論點明確，首先論述若干有關民事救濟與行政救濟的一般論。

對於該當行政廳的公權力行使的行為，一般而言因該行為而在權利或法律上利益受到損害者，只能藉由行政程序法上所規定的抗告訴訟的方法請求救濟，而不能依民事訴訟的方法為之。但是這樣的法則，只有對該當行政作用中所謂公權力行使的行為才妥當，對於不帶有公權力行使性質的行為即使是完全為了公共的利益，而與一般私人行為的性質有所差異，甚至有時候某程度上被施以特別的公法規制，亦不適用該法則。因此，該當公權力行使的行為，一般而言，與平等的權利主體間的水平關係有所區別，而是指位於權力——服從的垂直關係下，有行使權力的權能者以身為具有優越意思的主體不論對方的意思如何，可以單方地為意思決定，對於結果亦有可強制對方忍受的效果的行為而言。但是由行政廳所為的權力行使，

要遵從法治行政原理所要求，基於法律的特別授權必須受到該當特定要件的拘束，同時另一方面，有權限的行政廳為適法的判斷而為一定行為時，行政廳所為的判斷持有一種優越的妥當力，私人對該適法性有爭議，欲否定該行為的效果時，如同對裁判上訴一般必須藉由專以此為目的不服程序來為之。這種應該說是最後的特殊程序性的效力稱為公定力，行政事件訴訟法上對於該當行政廳的公權力行使行為所提起的不服訴訟所規定的所謂抗告訴訟的特殊訴訟手續，是對相關的行為應認定其公定力的原理為前提。因此，公權力行使之際賦予行政廳伴隨公定力的判斷權，即所謂的派生原理，可以導出行政廳行使判斷權時在為具體的決定之前，原則上不應允許以裁判拘束行政廳的行為的方式給予救濟的法則。行政事件訴訟法對於該當行政廳公權力行使的行為，從正面並不承認其要求事前停止之訴，且行政廳即使在法律上負有一定作為義務時，對該義務的不履行，只承認在一定要件之下的不作為之違法確認訴訟，如此特殊形式的抗告訴訟。所以，行政救濟與民事救濟在性質、內容上

的顯著差異在於，行政廳該當公權力行使的行為具有公定力，承認與該行為相關的公定力是因前述的理由而來。以行政作用而被行使的特定行為是否該當持有此種公定力的公權力行使，應該判斷法律對於將該行為是否以發動行政廳的優越性意思而使其實行之，並對私人課以應該忍受該結果的一般性拘束，而為了要使該意思的發動適法化所制定的必要條件，行政廳是否要求應該先判斷有無充足要件後才行動等，慎重考量這些情況之後才能做決定。

三、用以上所述為前提，檢討多數意見的見解。

在此必須先指出的是，對於認定公共營造物主體以其營運管理的一環所實行的營造物利用之許可與否行為，在現行法上，一般而言視為屬於公權力行使的行政處分來行使，由此，對於上訴人所主張的即使該行為是對與該營造物的利用完全無關的第三人關係也該解釋為有公權力行使行為的性質，多數意見對這樣的見解也未必肯定這樣的一般論，我亦同樣持消極的見解。在原審排斥上訴人基於前述一般論所為的

主張之見解可謂正當。也就是說，一般公共營造物的設置及管理營運的作用，原則上，基於對營造物的物體設施的所有權等權能所生的使用權能，在相關的使用權能所及的範圍內可以被認定的非權力性作用。法律在營造物管理者對利用者的利用關係上的行為即使賦予公權力行使性時，這是基於營造物的使用權能，使他人可以利用該營造物，且為了讓多數利用者或希望利用者與管理者之間的利用關係能適當且有效率地實施所為的設定及規律，因此藉由單方的規制權行使來達成是有必要且適切的合目的性考量，即使超過此部分，如果解釋為對一般第三者的關係也有公權力行使性，因為管理者已經具體地決定營造物的供給以後，就算該利用結果超過營造物的使用權能所及的範圍，只要提供使用決定本身沒有被撤銷，第三者就必須接受忍受該行為的拘束，這樣的解釋是不適當的，對於提供使用要承認到這種地步，必須在法律上特別認為有其必要並賦予相關效果的特別根據。

多數意見的見解認為，關於本件機場類型的國營公共用機場，身為管理機關的運輸大臣以

管理作用所實行的行為中，至少對於飛機離著陸的規制行為，不僅止於以非權力作用所為的營造物管理權的行使，應解釋為帶有行使在一般航空行政機關立場的行政規制權。若基於此，多數意見在本件的情況，則該當上述的法律特別對於一般第三者的關係也該當賦予公權力行使性的特別情況。但是為何做如此解釋的理由，多數意見只說明屬於公共設施的公共用機場中有必要成為基礎建設的部分將其設置為國營機場來，透過專管一般航空行政權的運輸大臣來直接管理營運，對遂行我國航空行政政策而言是適切的等，有關這類型的公共用機場國營化的一般性的旨趣目的、或理由之外並沒有更詳細的說明。

惟，國營機場設置的主要目的，確實如多數意見所述。公共用飛機場，是為了公共的航空運輸活動所不可或缺的設施，關於我國國內及國際的航空運輸活動以什麼樣的形態、範圍、程度進行的相關航空行政政策的樹立及實現，若除去公共用機場的存在及其機能就無法考慮，所以相關的公共用機場的設置、管理，完全委由地方公共團體或私人去實

行，僅透過運輸大臣的各種許可、認可的監督權行使來控制其活動是不足夠的，不如將應做為基礎建設的公共用機場以國營機場來設置，藉由運輸大臣的直接管理營運，在航空政策上認為必要的場所，確保必要規模的公共用機場的存在，再加上為避免航空行政機關與公共用機場的管理營運者各自不同時，兩者的措置之間產生矛盾衝突，有必要尋求航空行政上政策決定與政策實施的一元化，是可以肯定的。如本件機場的國營機場以此為設置的旨趣、目的，本來也無所異論。只是，這樣的旨趣、目的的存在，只能說明將公共用機場設置成由運輸大臣為管理機關的國營機場的理由，超過此範圍，在此種情況下關於身為管理機關的運輸大臣所為管理營運的作用，即使僅限於飛機離著陸許可與否的部分，是否理論上必然在單純地行使設施管理權的性質之外，也有行使航空行政規制權的公權力的性質；或者法律對於設置國營機場本身當中也包括賦予公權力行使性的旨趣，只從前面的理由是無法導出這些結論的。的確，為了確保包括在特定機場的飛機離著陸的一定航空路線來圓滿實

現航空運輸，對相關航空活動的航空行政機關的規制作用與該機場管理營運者所為的提供使用行為之間若沒有密切的協同性，兩者間的判斷或意思決定就不可避免會產生矛盾齟齬，但是，國營機場在應該基本上就將判斷及意思決定都委由同一人或同一機關就已達成此目的，所以除此之外為了對各個行為所包含的判斷或決定為了必須在法律上為同性質及持有相同的伴隨效果，更進一步課以特別的理由是不必要的。

但是公共用機場為了飛機的離著陸而提供使用的行為，包含了機場的物體設施提供使用，及為飛機離著陸而提供必要的人手服務，不管那一方面行為本身的並不包含持有公權力行使的性質，這在私營與公營的公共用機場應該都是同樣的情況。所以，在公共用機場變成國營機場的同時此種提供使用的行為會出現公權力行使性的理由何在？大概除了下述的理由之外很難有其他理由吧。也就是說，航空運輸是有高度公共必要性的事業，但是成就其具體內容的飛機的飛行活動、特別是在本件中成為問題的機場離著陸部分，是具有產生噪音或排氣瓦斯等對機場附近的住

民產生有不利益的可能性的行為。因此，為了要使飛機的飛行活動可以順利進行，盡可能要採取減少住民被害的措置，具體上能實現多少程度的飛行活動，必須在具體的條件下比較衡量公共的必要性及第三者所受的不利益後再決定。此一決定，在事情的性質上，委由有航空行政權限與責任的行政機關也就是運輸大臣先行為之，現行航空法也應解釋為採取這樣的原則。也就是說，例如關於定期航空運送，運輸大臣基於事業者所提出的事業計畫為執照發行及事業計畫變更的認可（以下稱為「有關事業計畫的認可處分」）時，應在前述的判斷下為許否的決定，且關於機場公共用機場對飛機離著陸提供使用，不論是私營或公營機場的情形，在航空法上對該種機場的設置及管理所定的各種許、認可權，例如對提供使用的休止或廢止的許可；對管理規程的制定或變更的認可等權限行使之際，為前述的判斷而間接地使符合條件的機場提供使用；而國營機場的情況，則是運輸大臣對本件機場以管理機關的身分受到與前者同樣的判斷下，直接地決定提供使用的範圍及內容。因此，對於這

樣的判斷或決定，不論在何種情況都應該說是持有相當於具有公定力的行政判斷或決定的性質，因此，屬於國營機場的本件機場的提供使用行為，至少限於關於飛機離著陸的規制，都應該謂其持有公權力行使的性質。

上述的議論，基本上是涵蓋正確的論點。一般而言，不論是基於直營或特許，在公營企業的行為對一般第三人有產生侵害的可能性時，為尋求兩者間的調整，介入行政判斷及基於判斷所採的措置是合理的，而期待盡可能在沿此界限採行具體立法上的手段，我並沒有異論。航空運輸事業及相關公共用機場設施的設置、提供使用的遂行與一般第三人之間的利害關係的調整問題也是相同。但是，將現行航空法或相關法律解釋為依這樣的旨趣而立法，則有些跳躍，必須指出規定上特別的根據。一般而言，法律對於行政判斷與基於判斷所為的措置採取調整方法時，訂定判斷基準或具體的措置內容，要言之訂定必要的調查或決定的手續等理所當然的規定上的處理方式是很普通的，至少可以窺出這種旨趣的規定應該被設定在某處，但是在航空法或其他相關法律中



的任何地方都看不出有這樣的規定。若只是因為單純對事情的期望而將特定的解釋帶入法律的規定中，難免招來過度恣意的批判。

不只如此，假設依據多數意見，運輸大臣對於依據航空法為事業計畫的認可或對機場的管理規程的制定或變更的認可等處分，如果包括前述的判斷或決定時，基於該處分所為的行為，也就是依該事業計畫所為的飛行活動或機場的提供使用行為，與屬於一般第三人的機場周邊住民的關係，不論對他們所承受的被害為何都可能基本上變成適法化（如果不如此，就沒有授與該判斷或決定公定力的意義），而航空法的相關規定是否包含至這樣的旨趣而制定，我個人是不做這樣的解釋。上訴人方面也表示，至少就現行法的解釋也未明示這樣的主張，而在本件，即使被上訴人多次為被害的訴求，也未能窺見運輸大臣為了決定飛行活動的容許限度時，對被害實態進行調查，並基於此實行比較考量之下進行判斷的形跡，是否也顯示運輸大臣自身並不認為在法律上有此權限及職責。

四、再者，身為國營機場的管理機關的運輸大臣為了飛機離著陸而提供機場使用的行為，與身為航空行政機關的運輸大臣以行政規制權的行使對包括離著陸的飛機飛行活動的許否處分有「密切不可分」的關係，也就是說請求前者行為的停止，必然不得同時包括請求發動對後者的處分的撤銷變更或規制權限。

對上述見解所抱持的疑問在於在這裡所謂的「密切不可分」在法律上有什麼意義。換言之，對於機場為飛機離著的提供使用為停止請求，為何必然地包括對離著陸等飛行活動的容許處分的撤銷變更或發動相關的處分權限的義務。若所謂的密切不可分的意義在於所謂依行政規制權的行使包括容許在特定機場的離著陸等飛機飛行活動的處分，而機場主體，如果是受到即使離著陸不被認許也不能拒絕機場的提供使用的拘束這樣的旨趣的話，只要相關的解釋被肯定，對機場主體請求提供使用的停止請求，在實質上可能附隨有對先行的飛行的容許處分請求撤銷變更或必須拒絕今後的容許申請的義務負擔的性質。但是前提的飛行容許處分以此效果而產生這樣的拘束的解

釋本身是否妥當尚有問題。多數意見對此部分並沒有特別說明，在現行法中找不出對於應該承認這種效果的根據。原本公共用機場的提供使用就是具有公共性的事業活動，一般而言，事業主體在沒有特別理由的情況下不能廢絕或拒絕提供屬事業內容的一定服務，所以只要離著陸在適法的範圍內機場就受到必須提供此目的使用的拘束，但是這樣的拘束是由於該事業所持有的公共性，法律對該事業主體所課的一般義務而來，並非基於航空行政機關的飛行容許處分的法效果而生。因此，容許飛行的行政處分在該飛行對第三人關係當中並不具適法化的效果，若為如此，飛機的離著陸對機場周邊住民的權利、利益不當地侵害，且客觀地被判斷是違法時，即使有此種行政處分，機場的主體可以拒絕機場的離著陸提供使用，且不如說應該拒絕。所以因判決而被強制為相關的拒絕，並不必然與已經容許離著陸等的飛行的行政處分藉由判決而被撤銷變更成為同一結果。又，機場的提供使用被停止的結果造成使用的不能，因為如此，即使有申請包含離著陸等的飛機運行的容許處分的情形時，

身為行政機關不得不以其使用不能為由為拒絕，這應該是所謂命停止請求的判決的附隨或反射性的效果，且並非具有拘束行政機關在許否的決定中被授與的有關容許條件的第一階段判斷權性質，所以停止請求拘束了行政規制權限的行使，包括對此請求施與義務負擔的內容並不能視違法。

五、對於多數意見無法贊同的理由除了上述幾點外，再論述幾個其他相關的論點。

（一）上訴人主張，因本件機場夜間的飛機離著陸對被上訴人產生權利侵害，由於直接加害者應該是實行離著陸的飛機所屬的航空公司而非上訴人，所以被上訴人對上訴人請求使該加害行為不得實行的本訴請求，結果是為了不要讓相關的加害行為得以實行只好對上訴人請求所採取必要的措施，而相關的措施不論何者皆以有由運輸大臣具有公權力性質的航空行政權及基於機場管理權行使的積極的作為處分為內容，因此不允許被上訴人將此種請求以民事訴訟為之。對於上訴人的此種主張，如同前面的討論，在本件機場主體的上訴人的

立場而言，本件機場提供飛機離著陸使用的行為對被上訴人的關係中並無具有公權力性質，停止提供使用的判決以其本來的效果或內容並非對於身為行政機關的運輸大臣以課以行使一定內容的規制權限的義務。

（二）上訴人主張，為了防止在本件機場的飛機離著陸所發生的侵害，除了中止機場的提供使用外，基於航空行政作用所可能採取的措置、方法有好幾種，運輸大臣要以其中何者來達成目的該保有廣泛的行政裁量權，只強制上訴人為屬於其中一項的中止本件機場的提供使用，是不當地限制該裁量權，違反三權分立的原則。但是，本件停止請求並不是排除運輸大臣以航空行政權的行使所為的規制措置等來尋求解消被上訴人被害發生的原因，國家對於是否採取這樣的手段原本是自由的，只不過若基於此現實上而被害原因能解消，本件機場主體採取特別的提供中止使用措置的必要性消滅而已，所以並不能因此認為本訴請求對行政裁量權有司法權上的不當限制、侵害而違反三權分立原則。又，本件機場的提供使用，應納入本國航空行政全體之中，和其他的航

空行政作用有密切關係，因而不可否認本件機場的提供使用的一部停止對其他的航空行政有各種影響，但是因為這樣的關係及產生這樣的影響，所以立即認為以本訴請求是司法對行政不當的介入而違反三權分立的議論，並無理由。

綜上，我個人與多數意見不同，贊同判斷被上訴人的本訴停止請求為適法的原審判斷是正確的。

陸、法官木下忠良的見解：

我認為以本件停止請求為民事上請求是適法，理由如下。

一、被上訴人等對於本件停止請求的主要內容為（1）國家提供屬營造物的本件機場為飛機起降之用，但提供使用的結果卻造成被上訴人等周邊住民受到飛機噪音等廣大範圍的重大嚴重被害，特別是夜晚受到金錢無法賠償的損害（2）這是由於本件機場的設置、管理瑕疵所引起，國家起因於此瑕疵侵害了被上訴人等的私法權利（人格權或環境權）的違法行為持續至今，（3）因此，被上訴人基於私法上的權利，為預防或排除此瑕疵所造成的侵害，對身為本件機場的管理主體

的國家，請求在每天下午九點到翌日上午七時之間，禁止提供本件機場為飛機起降使用的行為。

二、只是，國家雖然持有占有使用本件機場的權能，雖然是否能完全與基於所有權的權能同視，而是由對構成本件機場的物體基礎的土地（包括跑道、誘跑道）及其他設施的所有權及其他權原而來。因此，國家的此種使用權能即使因為機場被提供為公共之用而受到公法上的規制，但在本質上與基於私法上的所有權的使用權能無異。國家行使相關權能，自行占有使用本件機場，為飛機起降提供本件機場使用。另一方面，被上訴人在本件停止請求，主張起因於本件機場的設置、管理的瑕疵，違法侵害被上訴人的私法上權利。

在本件停止請求被上訴人等所主張屬於國家營造物的本件機場設置、管理的瑕疵的意義，多數意見認為與國家賠償法第二條第一項所稱營造物的設置或管理的瑕疵的相關規定為同樣的解釋是適切的見解。像本件機場這類型透過國際航空路線與國內航空路線成為基礎公共用機場的情況，在什麼地區以什麼規模設

置，怎麼樣管理等諸點，上訴的論旨與多數意見都認為是及於航空行政全體的政策判斷所不可或缺的，運輸大臣的航空行政權對本件航空的設置、管理加以規制是無所疑問的，但是，被上訴人也以這點的瑕疵主張是設置、管理的瑕疵。

三、關於本件的提供使用，是由屬國家機關的運輸大臣的行政航空權為所運作，但是此行政航空權，是對於國家對本件機場的使用權能為基礎的機場營運加以規制，在這個意思上，國家的機場使用權能與運輸大臣的航空行政權在法律上是被區別的，也必須被區別。

本件停止請求的對象，是禁止國家基於使用權能的使用，即所謂的不作為給付，被上訴人並非向國家請求禁止運輸大臣發動或禁止對本件機場的提供使用相關的行政權限，所以對於這部分並沒有與航空行政權相關的餘地。這一點即使從本件停止請求被認容的判決確定時所具的判決效果看來，相關判決並非構成直接拘束航空行政權的行使而對其課以義務。

四、如此一來，為本件機場的設置、管理主體的國家在關於該設置、管理的瑕疵的部分，與身為被害人的被上訴人之間的關係，乃基於此地位自行擔負固有的法律責任，而判斷被害人對國家追究此責任時的請求是否得當的階段，在法律上對於與設置、管理主體的立場應有所區別的航空行政權立場加以斟酌，是不該許可的。因此，在本件停止請求，被上訴人主張因本件機場的設置、管理的瑕疵為原因所造成違法的權利侵害，對國家訴求本件機場的使用禁止之後，不容許身為本件機場管理主體的國家主張該請求不適法。

因此，被上訴人的本件停止請求，是國家與被上訴人之間以私法上違法的權利侵害為前提，身為被侵害人的被上訴人對侵害人也就是身為機場設置、管理者的國家，為了排除及預防侵害，以禁止國家行使使用權能的不作為給付為請求對象，是為私法規制上所熟悉的內容，做為民事上的請求並無值得非議之處。

綜上，我認為對本件停止請求為適法的原審判斷是正當的。

[關於對過去的損害為賠償請求

的個別意見]

柒、法官服部高顯、伊藤正己、宮崎梧一、寺田治郎、谷口正孝的補充意見。

我們認為上訴理由所主張的本件機場的設置及管理相關事務當中與達成機場本來的機能有直接相關的部分，與運輸大臣的航空行政權的行使，也就是性質上所謂的公權力行使為不可分的一體，依狹義的民事訴訟程序請求停止飛機於一定時間帶離著陸是不適法。

但是，國家賠償法第一條第一項所謂的公權力的行使，除去私人經濟作用之外應當廣義地解釋為公權力主體的一切作用。依照我們的解釋，因在本件機場的飛機起降對周邊住民所造成的侵害，只要能找出其他的要件，國家就有依同項的規定，負起損害賠償責任的立場。

但是，理所當然，並非意味前述的侵害在同法第二條第一項所規定的國家損害賠償責任的問題當中沒有討論的空間。也就是說我們認為，本件機場為離著陸的提供使用，不可否認具有行使營造物管理權的性質的一面，因為解釋為管理權與航空行政權不可分而一體地被行使實現，所以

僅限於從提供使用的停止請求適當與否的觀點來看，性質上無法成為狹義的民事訴訟程序的停止請求權的對象，所以斷定該請求為不適法；但是和此不同，即所謂的損害賠償請求權來，性質上，是可以分開考察，並且，對於航空行政權本身沒有直接影響的請求，以管理權行使的一面以容許該請求並沒有任何障礙。所以，僅以此為前提，如多數意見所述，身為本件機場的設置、管理作用的主體的國家應該負擔同法第二條第一項的責任，關於這一點適用國家賠償法第二條第一項的原判決是正確的。

捌、法官環 昌一的意見

一、首先表明對本案的基本認識。依照原判決所認定的事實，本件所謂的加害行為是指在本件機場離著陸之際事業者們所運行的飛機在被上訴人的居住地域上空以高頻率反覆飛行，包括各個飛行行為，而讓環境污染狀態出現的繼續性行為。且被上訴人所主張的各種具體被害，對應加害行為的實質內容，與其說和各個飛行行為有關連，不如說是前述包括所有飛行行為所造成的環境污染狀態下所發生的被害，因

此，在本案的加害行為與被害的兩面具有與通常的案件相異其趣的部分。所以在現行的實體的及程序的法制之下，即使不得已將這部分與被上訴人的各個請求併合，在法解釋上也會被要求適當地修正。

就上述的論點，為本件判斷之際，以下的兩個課題是重要的討論對象。(1) 直接而言，屬事業者的事業活動一環的加害行為與國家之間法律上的關連，就行為的實質上應該如何理解。(2) 在柔軟的法律解釋下，本件的被害本質應該如何理解。就第(1)點而言，國家設置如本件機場等的國營機場以提供事業者所運行的飛機離著陸之用的實質看來，在離著陸時的飛行行為應該解釋為國家與事業者共同為一般民眾以飛機這類型的交通工具提供便益的事業活動當中，國家的共同者(事業者)的行為，關於此行為國家亦以共同者身分負有法律上的責任。關於(2)本件被害的本質，並非被上訴人各自所遭受的個別損害，而是因加害行為所出現的狀態，也就是該解釋為生活環境的污染本身。

這兩點依我個人見解觀察，本件紛爭的是存在於本件當事人

雙方共同在本質的部分被認為適法的相剋的行為結果之中，所以畫定相互間適法性的界限，換言之，尋求兩者間的兩立、共存的條件，應是為本件判斷時的基本姿態。為此，抽象而言，只能基於諸般情事衡量當事人雙方的利益以求畫定違法性界限的均衡點，在諸般情事當中，在被上訴人一方，受害的環境污染其態樣、性質、範圍、嚴重性、被上訴人的居住地的地域性等；另外在國家這一方，所謂事業的公共性，皆是重要的考慮對象。所謂均衡點或適法性的界限，與一般不法行為事案的情況不同，應該解釋為與不法行為成立與否的相關客觀要件。又，我認為，依被害的程度、態樣等，國家對住民支付客觀上認為適當金額的補償金或類似償金的金錢，或現實上為給付等情事，在前述的衡量上至少補充性有可能成為國家這一造有利的情事之一。

根據以上檢討的結果，因為國家的行為造成均衡的破壞，並到達法律上不能無視的程度時，不容許國家自行主張該行為適法。國家不論對這樣的事實認識或應該認識，卻沒有實行污染的預防，或採取適當的措施來排除

或減輕已發生的污染來進行回復均衡，又沒有提供金錢賠償等舉動時，應視為事業執行的公務員，至少有因過失而生的違法加害行為，國家在機場使用的場合下應站在準於和事業者為共同事業者的立場，不能免除因環境污染在不法行為法上的責任。

二、根據上述見解檢討上訴人的下列論點。上訴人認為鑑於國家事業活動的性質，本件機場為橫跨國內外航空網中的一個環節，在這裡使用什麼樣機種、類型的飛機，在什麼樣的次數、時間帶離著陸諸點，應該基於與國家從事此類事業營運全體的關連之下來決定，所以本件機場提供事業者使用的國家行為，應視為國家事業活動的一環，所以難以贊同將其視為對特定機場的管理行為。我認為適用於本件金錢賠償請求的是，可視為民法不法行為的修正規定的國家賠償法第一條第一項。依原判決所示的事件所示，被上訴人等僅止於舉出民法第七百零九條為適用法條而未指出國家賠償法第一條第一項，但是對於如同本件中屬國家事業活動的國家的非權力行為，適用國家賠償法第一條第一項所規定對

民法施以修正的內容是合理的，所以可以解釋為被上訴人等以民法為基礎而直接以國家賠償法第一條第一項向法院請求判斷為之。但是，如同所示事實，被上訴人等既然已陳述本件機場以欠缺機場本來具備的性質、設備為不適當的運用，因而對被上訴人造成被害，應有國家賠償法第二條第一項的瑕疵，而原審承認基於本規定所為的請求。被上訴人所主張的事實只有一個，基於前述個人意見，認為應該適用國家賠償法第一條第一項，所以不得不謂原審的判斷有誤。

被上訴人以承受的被害所主張的內容本質，由原判決所示可以看出，被上訴人的主張（1）被上訴人等所居住的地域，是就本來環境而言是理想的住宅地區，卻因為發生本件的噪音等問題破壞環境，明顯地侵害了維持健康舒適的生活及追求靜穩生活的幸福（所謂的人格權或環境權），（2）所謂環境權是屬於憲法第十三條、二十五條為了發展人格權（包括所謂健康權），而必須保護的外延部分，應承認是一種具排他性的支配權的私權。

（3）被上訴人在本訴中所訴求是，被上訴人向來同樣地享受至

今的自然環境被破壞及在此的生活亦受到影響，因此家庭生活無法達成其本來機能，最後甚至連健康都被侵蝕的程度，而對這些損害請求賠償。（4）被上訴人對於上訴人的行為所造成生活全面的破壞當做非財產的損害而請求賠償，並非只是對精神上的苦痛請求慰藉。我個人無法立刻對於被上訴人所主張以憲法法條等做為根據，承認具排他性的人格權或環境權的私權的見解。並且認為在此沒有必要涉入這部分的問題，理由如下：

有人使噪音、排氣瓦斯等在社會通念上足以稱為「地區」的廣大範圍內的大氣中擴散的結果，使大氣污染的狀態呈地區性的出現，且對地區內相當人數的住民，因噪音、排氣瓦斯等造成財產的、精神的及其他具體的、個別的被害時，這個地區可說是被覆蓋在一個危險狀態之下，在這樣的情況之下，與噪音、排氣瓦斯等所影響的範圍被局限，僅止於對一人或少數人產生具體的被害，關係者間有一個或數個不法行為關係為個別或併列地成立因而法律關係可以確定的通常類型的不法行為的情況可說是大異其趣。而且在這樣的危險狀態



下，多數的地區住民是以觀念上的集團型態受害，這意味著帶有公共色彩的惡害成為值得法律處置的對象，在今日可說已成為一般國民的法確信，此危險本身有可能成為不法行為法上的不利益，與個別住民所遭受的具體被害是不同的。又，所謂的危險從事實面看來，只有地區性的環境污染的事實而已，但是這樣的環境污染至少應該是需要依法尋求抑止或減輕的惡害，且已在實體法上獲得承認（公害對策基本法第一條至第五條）。由此見解看來，被上訴人的被害可以解釋為被上訴人以地區住民集團中的一員大家斯均同樣地蒙受環境污染的危險。這是我與多數意見最主要的相異之處。

多數意見認為，「被上訴人所請求、主張的內容，被上訴人等各自受有各種不同被害，但是在本件並非對各自具體的被害全部請求賠償」，「對被上訴人的身體侵害、睡眠妨害、對靜穩生活的經營造成妨害等及伴隨此而來的精神上痛苦在一定限度內可將其視為對被上訴人全體而言是共通的部分，被上訴人的損害賠償請求可以理解成是對這部分的求償」，「對認為是同一性質、程度

的被害當做是被上訴人全體的共同損害，被上訴人各自都相同地請求該部分的賠償並非不能容許」。以上多數意見的旨趣是，將被上訴人視為請求對象的損害部分，與通常的不法行為事案同樣地先解釋為對被上訴人個別產生的損害之後，一方面又認定被上訴人在本訴裡對損害中同一性質、程度的部分請求賠償，也看出其對應本件損害的集團被害的實質，而做了某程度的修正。關於這一點，栗本法官及另外三位法官的反對意見中表示「共通被害部分的決定基準，換言之，屬於請求根據的損害為何若不明確，將其做為判決應具備的理由是有所欠缺」。我個人認為，鑑於本件被害有集團性被害的特質，這樣的見解不一定適當，但是多數意見也有欠缺徹底的遺憾。就我的理解若沒有錯誤，多數意見所謂的「被認定為同一性質、程度的被害」是指，對身體的被害、睡眠妨害、對經營靜穩生活的妨害，及伴隨於此的精神上痛苦，各種被害在性質上並不相同，為了將其當做性質相同而畫定一定限度的用意是可以理解，但是若為如此，可以思考為在性質上只有被上訴人中的一部

分所遭受的被害，或程度上超越一定限度的被害，遭受這些部分被害的一部分被上訴人並沒有請求該部分的賠償。但是，依原判決所示的事實，在被上訴人所為前述的四個主張再加上，「本訴終究是請求因上訴人的行為，對被上訴人的生活包括環境因而被破壞的一切損害的賠償，」要求「命上訴人對所加諸的損害全部賠償」的敘述，多數意見對這樣的主張要如何調合並理解，並不是那麼明確。依我個人意見，在損害的算定上依被上訴人主張的旨趣，有關損害的評價方面，不如說是並非以被上訴人經常遭受的輕度具體障礙等為計算基準，而是在於充分參酌身體的被害及其他具體被害的發生等諸般情事後算定損害額之處。這些情事在加上上述被上訴人的主張一併考察衡量後，深深感受最後不得不將被上訴人所主張的被害歸結為環境污染本身。

如此一來，對被上訴人而言，本件噪音在無所遮蔽的上空發生，相同地到達被上訴人的居住地區，考量被上訴人均等地承受本件環境污染的危險的這一點，確認危險的性質、態樣、程度等時若能充分舉證被害發生的

事實就足夠，不需要對被上訴人全體要求個別具體的舉證。又，栗本法官及其他三位法官的反對意見指出關於耳鳴、聽障等身體上的被害與本件噪音等之間的因果關係在原判決有所不備。我也認為，在因果關係的認定方面，即使有認為具有高度蓋然性的舉證即足夠的判例，原判決關於這點的認定不可否認有相當牽強的部分。但是，若除去因果關係這一點，對在本件地區居住的住民有相當的數目發生前述的身體障礙的事實認定並沒有特別違法的處所，且住民將發生的原因歸於噪音等因而抱有不少恐怖或危懼的心理的推論並不牽強，至少此事實可以成為檢討本件環境污染的性質時的一個要素。因此除去上述因果關係這一點，贊同多數意見所判示的原判決存在的違背經驗法則、理由不備、理由齟齬。

此外，國家的本件行為從本件機場的設置、管理的瑕疵來理解是不適當的，應將其視為國家所實行的事業活動的一環。且如同前述找出兩當事者間的均衡點是本件判斷的中心課題，原判決當中，縱使原審是從屬於本件機場的設置、管理瑕疵的一面來判

斷，但是若考慮本件訴訟所呈現的諸般情事之後按照我個人上述的見解旨趣為利益衡量，所得的結論是國家的行為產生法律上不能無視的不均衡，而不得不對國家的行為判斷為違法，在這樣的判斷過程中，至少沒有上訴人所指摘的違法。

玖、法官栗本一夫、藤崎萬里、本山亨、橫景大三的反對意見及補充意見

國家賠償法第一條第一項乃對於公務員因故意或過失行使違法公權力所生的損害而訂定的救濟規定。同法第二條第一項則是對於營造物欠缺通常應有的安全性所生的損害，不問營造物的設置、管理者有無故意或過失都承認對被害人的救濟。鑑於這兩條規定分為不同的被害救濟的機能，同法第二條第一項所謂營造物的設置或管理的瑕疵，是指構成營造物的物體設施產生欠缺安全的狀態時所生的瑕疵。原本，此種瑕疵並不僅指基於營造物的物體設施本身固有的性質狀態上的缺陷所生的危險狀態，設施的營運、管理上等所生一時性的危險狀態亦包括在內，是本法院的判例（最高裁昭和四十七年

（才）第七〇四號同五十年七月二十五日第三小法廷判決）所採的方向，但是不論如何，這要是物體設施本身產生危險狀態。也就是說，上述這個判決的狀況是，雖然有構成營造物的物體設施的瑕疵，但職掌管理、營運的公務員一時地放置不管的情況下認定有營造物管理瑕疵的事案，並非僅因營造物的一定態樣的管理下發生危險狀態就立即肯定營造物管理的瑕疵。因此，即使物管理者在管理、營運上的作為或不作為的結果讓該利用在某狀態下繼續持續，而因此對營造物的利用者或第三人產生危險的狀態時，若不能認為是由設施本身所生時，本質上就與該判決有異，以其作為或不作為該當同法第一條第一項所謂的公權力行使成為適用該條的問題似乎可行，但是以此為設置或管理上的瑕疵而適用同法第二條第一項則不妥適。

上述論點置於本件來看，在原判決中表示，本件機場位於近多數住民的居住地區，機場本身也有狹窄等環境條件惡劣的狀況，所以預定會有飛機大量起降的國際機場或國內幹線機場的通常利用就直接立即對周邊住民發生損害，此可謂設置本身就有瑕

疵，在這樣的情況當中上訴人沒有採取充分的對策還讓飛機繼續大量起降，原判決判示可以評價為機場管理的瑕疵。但是，在原判決中被認為設置瑕疵的本件機場的環境條件的惡劣程度，並非意味機場為提供飛機離著陸之用的物體設施通常應具備的性質狀態或設施本身有所欠缺，而是本件被指定為第一種機場，對應機場利用的高度化，斟酌其對於包含噴射機的大量飛機的起降反覆繼續的狀態及伴隨於此的噪音對策等沒有進展的評價，所以又歸結到航空行政上或違反本件機場的營運、管理上的行為義務違反的問題，而非機場的物體設施本身產生危險的問題。這部分在機場管理瑕疵上也是同樣。如此一來，在原判決認定是本件機場設置、管理的瑕疵，依同法第二條第一項肯定被上訴人的損害賠償責任的，不可不謂為有法令解釋適用錯誤的違法，該違法影響判決甚為明顯。

附帶說明，本件的情況下的損害賠償請求若無法適用國家賠償法第二條第一項的規定時，被害人為了請求損害賠償必須要舉證公務員的故意、過失，雖然從結果看來被害人的救濟途徑因此

被限縮，但立即認為不當似乎也言之過早。也就是說，對於公務員的加害行為不具備不法要件時的救濟行為，應從考慮合於公平原則及事態情況選擇適時、適切的救濟方法，將損害賠償的問題歸屬在第一階段的立法、行政層級中所應負擔的責任範圍。本來，對於被害人的救濟應依據同法第一條第一項或損害補償的部分，突然適用同法第二條第一項尋求事情的處理時，難謂其解釋適用為正確。

綜上，上訴人的論旨有理，必須廢棄原判決中損害賠償請求的相關部分，被害人等依國家賠償法第二條第一項的損害賠償請求失當應該駁回，但是在本件訴訟，該請求與依據民法第七百零九條或國家賠償法第一條第一項的損害賠償被為選擇性的合併，關於後者的請求部分為求更完整的審理，本件當中關於後者的部分駁回原審是適當的。

但是，在如本件原告為相當多數的公害訴訟，不得不承認在被害的認定方面與通常的民事訴訟中的認定手法實際上多少有差異產生。但是，本件終究是民事訴訟，以合併每個被上訴人對國家各個的損害賠償請求訴訟為內

容，所以關於被害的舉證、認定方面也應該遵從民事訴訟法的一般原則，若無視此點，例如，將被害的事實關係的證明度降為比一般的民事訴訟所要求還低等諸如此類的情事是不被容許，此乃不言而喻。

在原判決，對於被上訴人等的陳述書，一邊認為其文章寫法看來並非由本人親自所執筆，但一邊卻又認為其富有個性，看不出有第三人偽造的痕跡，由檢證意見看來也頗具實感，即使有若干誇張之處也認為有信憑力，對其證據價格做出高度的評價，但是對於此類不過是記載本人單方的供述的內容，且並非本人親自所執筆的陳述書認定高度的證據價值，不得不說是個異例。又，原判決對陳述書的記載的同時，對於同屬證據資料的各種問卷調查結果的證據價值也十分重視，與陳述書評價大同小異。

然而，被上訴人所主張遭受的各種被害的存否、程度與飛機所發出的噪音之間有無因果關係是爭點之一的本件，原判決將陳述書的記載及問卷調查的結果做為重要的證據資料而評價，在欠缺足以補強的客觀資料的情況下對被害及因果關係的存在加以肯

定，但是相關的事實認定，關於這些證據資料的證據價值即使斟酌如原審判示的諸般情事，也明顯欠缺合理性，不得不說難以認同。

如此一來，肯定陳述書及問卷調查的結果有高度的證據價值而認定被害的原判決，加上也考慮本件屬公害訴訟的情況，不得不說有違背採證法則的違法，此違法影響判決的情形甚為明顯。

原判決以本件飛機噪音等所生的精神上的苦痛、諸般日常生活的妨害及身體障礙發生的危險性為被上訴人等全員の共通被害，而認容其慰藉金的請求。但是除了確認共通被害的種類之外，若沒有進一步確定其內容、程度，不能判斷該噪音所造成的侵害是否帶有違法性，亦不能算定慰藉金金額。再者，被上訴人等所受的被害內容、程度，因為其職業、年齡、生活態樣的狀況，特別是日常身在機場周邊地域內的時間帶及時間的長度等事實關係上可能有明顯不同的部分，在這些事實關係的關連中，掌握被上訴人個人所受的被害中哪一部分或範圍可以當做共通被害應該必須明確。原本，類似本件受到幾乎接近同種類被害的多

數人對被害請求慰藉金的訴訟中，以依某程度的概括基準所取得的一定限度為界做為被害根據也未必不當。但是，如同前述，由於事實關係具多樣性，被上訴人各自所受的被害內容、程度上存在明顯的差異，怎麼樣的內容、何種程度的被害能成為請求根據的「共同被害」若不明確，則應認為是欠缺判決應具備的理由。但是，關於這一點原判決表示「損害額算定之際應考慮的是，原告們所遭受的被害的重大性，與侵害的經過（包括向來對策不夠充分的事實）。而被害的具體呈現方式，雖然對照各原告的生活狀況等並不一樣，但是，在每個居住地域的居民們在該地區可以說都同樣地暴露在噪音、排氣瓦斯等之下，精神上的痛苦、身體被害的危險性、生活妨害的主要部分等對全部的居民而言皆可說是共通的，所以對被害人一方的個別的情事而言，如果考慮居住地區及在該地區的居住期間就足夠，而不需要斟酌其他主觀情事是適當的」，此見解雖然指出住民的共通被害的種類，但是對於被上訴人全體當中，依地域、時期的區分下所定義的所謂居民們所受的最小程度被害的

內容、程度，卻沒有做任何具體的認定。在原判決關於這點有理由不備的違法。

再者，原判決認定以身體上被害的危險性視為被上訴人共通的被害，並將其當做被上訴人的損害賠償請求權的根據。能否將這樣的危險性視為請求權發生原因的現實損害尚有問題，但是即使假設因為這樣的危險性產生生理的、心理的影響而肯定其為現實的損害，為了認定存在這樣的影響，首先要把握現實上機場周邊住民身體上被害的實態，並且必須確認其與飛機噪音等之間的因果關係。原本，要舉證因噪音所產生的身體被害之間的因果關係，在事情的性質上可以推測得到會伴隨相當多的困難，但至少並非不能這些現實上所生的被害實態應依專家診斷等的客觀資料為確定之後，再加上所謂疫學的手法或類似的間接手法來舉證因果關係的存在，盡到這樣程度的舉證可以說是必要的。但是，原審於認定機場周邊住民的身體被害實態之際，並沒有一定要求前述的客觀資料，原審所認定的各種身體被害當中，特別是檢討耳鳴、聽障的部分，被上訴人中只有一部分人訴求這樣的症狀，依

原判決所舉示的證據原審對於長時間持續居於高度的噪音下有可能產生這樣的症狀的事實認定並非不能承認，但是，在另一方面，若依照原審所確定的部分，本件飛機噪音屬斷斷續續的情形，是否也有同樣的影響，現在於醫學上還未能解明，這樣的症狀也有可能由噪音以外的原因產生，且訴求有聽障的被上訴人當中有相當數量的高齡者。至於腸胃障礙、心肌梗塞、流產等發生率也沒有確定比其他地域高。如此一來，在原審的事實認定上至少關於這些身體障礙方面，斷定飛機噪音是一個發生的因素，且進一步對被上訴人全體有身體上被害的危險性的認定，明顯欠缺合理性，違反經驗法則，有審理不完全、理由不備的違法。

一般而言，為慰藉金請求權尋求根據時，若加害行為是觸及刑罰或違反公序良俗的行為等行為本身明顯就是客觀違法行為時，因該行為產生的被害內容、程度只不過是決定慰藉金金額的一個要因素而已，但是如同本件上訴人的行為一般而言是被容許的活動，其所伴隨發生的損害成為問題的案件裡，應該依被上訴人各自所受的被害內容、程度與

加害原因的內容、程度的相關關係，來決定是否能謂該加害行為是違法。因此，判斷加害行為是否違法，也就能否認定慰藉金請求權的判斷，若不確定被害內容、程度是無法達成的。

如此一來，只要是將本件損害賠償請求的根據置於以被上訴人的共通被害部分為前提，若共通被害的內容、程度不確定，則不能將機場的提供使用判斷為違法的加害行為。對被上訴人全體在各自為請求的全面期間內為了認容全體的請求，至少必須對於可以稱為被害的最小的地域及時期，確定其被害的內容、程度。

但是，如同前述，原判決對被上訴人的共通被害的內容、程度並沒有明確認定，就肯定了本件機場提供使用的違法性，不得不認為對於判斷相關違法性的手法難以贊同。

關於這一點，原審在判斷本件機場的提供使用對住民是否為違法的侵害之際，一方面認定航空運輸及本件機場有高度的公共性，考慮公共性時不只是其所造成的社會經濟利益，但其反面所生的損失面也必須要考慮，由認定在本件機場飛機的起降對周邊地域的多數住民造成嚴重的被害

為理由而認定其違法性。但是，本件的請求是以精神的痛苦、生活妨礙為由的慰藉金請求，此請求的成否，即噪音加害是否成立違法，如前所述，既然要以加害行為的性質等與被害的程度間為比較衡量而定，則被害人中存在被害程度嚴重者，即使與這位被害人的關係中認定超越忍受程度的加害行為是違法，當然並非指這些加害行為具有一般客觀的違法性，而是對於各個被害者，與各自所遭受的被害間的關係當中，相對地判斷違法性的有無。在這樣的情況下，對某被害人以外的多數人亦為被害所及，而即使其中有人受到嚴重的被害，這樣的事實對判斷該某被害人所受的加害行為的違法性並沒有任何的影響，該被害人所受的被害是與機場的公共性為對比之後，只要沒有超過忍受限度，則該加害行為則無法成立違法。因此，基於原判決前述所示的見解，確定被上訴人的共通被害的內容應該有其必要。

此外，執行伴隨有高度公共性的國家事業而對第三人產生侵害時，為了要認定加害行為違法，只是發生超過與一般私人事業關係間被視為應忍受限度的程

度的被害並不足夠，應該因應該事業的公共性的性質、內容來考慮忍受限度的界線，公共性越高相對應地忍受限度的界限也變得越高。因此，關於執行有高度公共性的國家事業而對第三人所生的損害，例如本件原審所認定的精神苦痛、生活妨礙等這類型非財產的損害時，原則上，該相關被害屬於在忍受限度之內則不容許基於此請求慰藉金，但是例外地，可能成為身體被害原因的嚴重加害行為存在時，以超越忍受程度的被害而容許該請求則是恰當的。總之，近代國家為了實現諸般的公共目的負有種種的責務，為了善盡責務，必要時國家會自己經營事業，國民經由相關的事業活動受到直接或間接的恩惠，所以要求國民必須忍受事業活動中帶有高度公共性的部分所伴隨而生的某範圍的犧牲，理由在於與所受的恩惠比較下不得已的結果。本來，前面所述不過是為討論慰藉金請求權的成立要件，即違法性的存在與否，而不論違法性有無，從一部分的國民所受的被害應公平分擔的見解上看來，國家為了補償或減輕對被害人的被害應為立法、行政上的努力的立場則當然是不可否認



的。

即使被上訴人所為的本件機場營運是帶有高度公共性的事業，原審也非完全沒由基於上述的立場對本件有無超越忍受限度做審理、判斷，只是如同前述，就算為此認定但並不能確定有超越忍受程度的被害存在，所以在這一點難以認同原審的判斷。

進一步而言，原審認定上訴人決定擴張本件機場當時以來，被上訴人所居住的地區已是住宅區，但是看過本件機場全體周邊地區的情況，擴張決定當時其中有多少程度的地區是住宅地區，有多少數目的住民正居住在此，而之後噴射機就航及B飛機跑道開始提供使用等經過的關係，周邊住民的人口增加及地區性的推移，由原判決所認定的事實關係中看來並不明顯。因此原判決只能表示無法確定因應本件機場周邊地域全體的地域性，國家採取何種措施，或根本沒有採取，因此如同原審，一概地斷定上訴人所採取的措施整體明顯地不完全、不充分也不適當，所以關於這一點難以認同原審的判斷。

由上面所述來看，原判決對於應為本件違法性判斷基準的共通被害內容並沒有確認，且於判

斷之際，考慮不應該考慮的事項，或未充分考慮應考慮的事項，即輕易地認為是噪音所加害，而對被上訴人全體各自不同的居住時間全面都認定具有違法性，這樣的認定是犯了法令的解釋適用的錯誤，進而有理由不備的違法。所以上訴人的論旨有理，原判決中認容被上訴人損害賠償請求的部分，不能免於廢棄。

我們難以認同原審對被上訴人的被害的認定方法，因此對於多數意見中以原審的該認定為適法做為前提的部分不能認同，但是，對於原判決當中因應被上訴人各別所受的被害內容、程度的不同，卻不對賠償額設以差別，是因為以受被害程度最小的人為基準訂定一律相同賠償額的做法並不違法的部分，我們與多數意見相同。

拾、法官寺田治郎對被上訴人近藤、常相關部分所提的補充意見  
一、噪音既已生成的加害行為仍在繼續的狀態下，一方面知道這樣的狀態或因過失而不知，卻決定居住於此的住民，關於這些人的損害賠償請求權能否成立，內容應該如何考量，亦是問題。我

認為，這個問題不能一般地、抽象地論斷，唯有考慮加害行為的性質、被害的內容等，因具體事案個別地解決。以下為我的想法。

二、本來，住宅的價值是綜合該建築物的現況、自然及社會的環境及其他諸條件後而決定，通常會反應在買賣價格、租金等上面。因此，瞭解何種程度的買賣價格、租賃金額之後購入或承租該住宅者，一般而言，可以視為已經瞭解上述的諸條件（鄰近的噪音有無及其程度也包括其中），特別是，若已預期在此會有相當長期的居住期間，應該會更慎重地比較、考量這些條件，所以更可以推定入居者已經相當瞭解居住的諸條件。何況噪音所生的被害，擴及相當廣泛的地域，且其發生以持續相當長期間，更甚者是，在該地域有所謂的團體訴訟發生，也就是說已經成為一個社會化問題的情形下，決定要轉居該地區並長期間居住者，事實上推定他們對這些被害的狀況在某程度上的認識之後而入居應屬適當。我認同多數意見認為原判決的事實認定違背經驗法則，便是以此觀點背景。原審

的審理不夠充分（特別是對被上訴人常氏的部分）。

三、其次，認定被上訴人不認識被害狀況並決定居住該地區的情況下，其是否有過失及被認定有過失時會產生是否有及於損害賠償請求權的效果的問題。關於這一點，由噪音所生的被害，擴及相當廣泛的地域，且其發生已持續相當長的期間看來，也就是說已經問題社會化的情形下，決定轉居該地域並居住相當期間者，若對於被害狀況不認識，除了有特別的情事，認定其有過失是適當的。因此，在本件若被上訴人近藤與常兩位不知道本件航空噪音的存在而入居，應該說這兩位有過失。此外，本件的侵害是由具公共性的本件機場的提供使用而來，被害僅止於精神上損害的程度，即使與其他先住者的被上訴人間的權衡上來說，斟酌兩位的過失之後，在算定兩名的慰藉金金額之際加以考慮，與先住者的慰藉金金額之間設合理的差等也是理所當然的。我並非以排斥原判決所論的過失相殺主張而直接斷定違法，但也必須說原審在這點上的判斷失當，所以駁回後的原審應該在這點上加以考量。

拾壹、法官栗本一夫、谷口孝正與前面的寺田治郎的補充意見相同。

拾貳、法官團藤重光、中村清朗、木下忠良、伊藤正己的反對意見如下。

對於本件機場的B飛機跑道提供使用開始後才轉居此地的被上訴人近藤與常的損害賠償請求，上訴人適用接近危險理論而免責的主張，原審認為住民一方只要沒有被認定是特別利用公害問題等意圖而接近此地區則不適用接近危險理論的見解之下，因為對兩位被上訴人無法認定有這樣的意圖，所以排斥適用接近危險理論而認容其請求，但多數意見認為接近危險理論未必應該如此狹隘地解釋，即使接近危險的人並沒有前述的意圖，但一方面知道危險的存在且對其容認並入居該地區時，並非可謂不論何種情況都不應該承認加害者的免責，因而多數意見排斥原審的解釋，此外原審認定另一位被上訴人常也有同樣的情況，而認為原審的認定有違背經驗法則之違法。但是我無法認同多數的理由如下：

一、首先，關於多數意見所謂接

近危險理論，原審所示的見解失之過窄，以及被害人因為危險的存在及其現實化後所生的被害內容，一方面有所預測及認識並進一步有甘受的意思，將自己置於危險之下時，不論事情如何，認為加害者有可能免責的這一點，我們亦無異議。只是，在具體上，要適用這樣的理論承認加害者免責時，有需要更進一步斟酌討論的地方，例如在本件僅以兩位被上訴人既認識本件機場的飛機噪音對周邊住民所產生的侵害又入居該地域的事實，直接承認加害者的免責，這樣的推論，恐怕原本是適用於入居到相關的加害狀況已經存在一般性的社會承認的地區的入居者的關係中，用所謂地域性的理由對先住者承認加害行為的適法性或免責的法理，會擴張到如同本件入居到被害狀況尚未成立一般性社會承認的地區的入居者也適用的危險性是必須注意的。

二、(一)應該成為問題的是，多數意見斷定原審的事實認定上有違背經驗法則等的這一點。多數意見對原審的事實認定，就被上訴人近藤的部分而言，依照原審對本人詢問的結果，該被上訴

人於 B 機場跑道提供使用開始後的昭和四十五年六月移居到現住所，但是當時對於本件機場噪音形成問題的事情不甚瞭解，只在仲介業者的推薦下，選擇靠近丈夫上班場所的現住所，在入居前僅曾經一次大約十五分鐘到現場勘察就決定，搬入後才知道噪音甚為激烈，原判決表示，本件機場噪音的實情對於一個對此地生疏的人而言，只有十五鐘的事先勘察並不能明確知道，居住之後才能夠開始體認的情況也是能夠理解的。對於原判決這部分的判示，如前所示，也許因為原審對接近危險理論採用狹隘解釋的關係，並沒有將焦點放在被上訴人對危險存在的認識或者容認被害的有無，稍有欠缺具體性與明確性的遺憾，但是最後還是可以認定被上訴人近藤入居當時對附近地域的飛機噪音的實情及基於此的被害內容、程度沒有充分的認識或預測，多數意見也立於同樣的見解。只是，多數意見認為 1 (ア) 被上訴人近藤入居前的昭和四十四年十二月已被提起本件第一次訴訟，翌年二月五日起 B 飛機走道開始提供使用，(口) 同年三月當時在本件機場一天的離著陸飛機增加到三六七班（其

中噴射機一六五班），飛機離著陸的間隔在白天（七點起到十九點）是二分二八秒（噴射機是五分五七秒）(ハ) B 飛機跑道提供使用開始後被上訴人近藤及常所居住的地區所測出的噪音層級及噪音七十分貝以上的持續時間，大型噴射機是一〇〇到一一〇分貝，約二五秒間；中、小型噴射機是九十到一〇五分貝，約二〇秒，同被上訴人所入居的服部壽町位於跑道末端南東大約一七〇〇到二四〇〇公尺處，幾乎就在 B 飛機跑道飛行路線的正下方。(二) 依證據所示，從昭和四十二年前後起本件機場所發生的噪音問題頻繁地在主要的日刊報紙上被報導，再綜合考量以上諸點，被上訴人近藤於昭和四十五年六月轉居服部壽町地區之際，對飛機噪音已成問題或飛機噪音存在的事實不十分瞭解而移居此地的主張，在經驗法則上是難以信服的。(2) 所以若被上訴人認識一定程度的飛機噪音的存在又選擇在此居住，可推定其自己容忍所見聞程度或相差不遠的噪音侵害並且不得已選擇入居，因此，只要不認定該被上訴人入居之後所實際上所受的被害超越入居當時由對噪音的認識所推測

的被害程度等特別情事，可以解釋該被害是被上訴人所應該忍受的部分，而原審並沒有確認任何特別情事的存在，所以難以同意原審上述的認定判斷。

(二) 但是，

(1) 在本件，關於認定被上訴人知情這一部分，幾乎唯一可以論為直接證據的只有該被上訴人在原審的供述，而其他有關連的間接證據也只有多數意見所引用的前述事實，因此被上訴人近藤供述的信憑力如何成為重要的關鍵。根據其供述，被上訴人一家之前一直居住在兵庫縣的淡路島，但在入居本件地域之前一個月，因從事齒科技士的丈夫就職地點決定在阪神地區而有搬家的必要，慌忙倉促間由不動產最初介紹了現住所，僅在搬家的約兩周前的白天中午一點到兩點之間和家人一起由不動產業者開車到現場做介紹，大約勘察十五分鐘左右就決定入居，但是在勘察時完全沒有注意到飛機的噪音，搬家之際也過於專注，等到整理結束鬆一口氣之後，才初次注意到飛機的爆音而驚訝不已，且入居當時雖然知道有機場的存在，但是對於機場所在與住所的位置關係完全不知情，對本件機場飛

機噪音等已問題化亦無所知。原審採信此供述，但相對於此多數意見則認為從前面(一)(1)的(口)及(八)點看來，被上訴人在入居前的勘察時對於飛機噪音問題的存在並沒有注意到的主張在經驗法則上是無法置信，又從(イ)及(二)看來亦同，被上訴人對飛機噪音問題的存在不十分瞭解的解釋也是難以信服，結果，還是認為原審的認定判斷有違反經驗法則的違法。但是，關於前者被上訴人近藤事先勘察的時間是白天下午一點到兩點左右的十五分鐘的短暫時間，另一方面在此時間帶噴射機由B飛機跑道的離著陸(依原審所為的認定，通過服部壽町正上方的只有著陸機而已)的頻率並不明確，所以僅根據前述的噴射機的離著陸的次數及平均的間隔，就斷定在事前勘察時應該至少有一次經歷噴射機(特別是大型的噴射機)的離著陸所發出的噪音的機會，近藤不可能沒有察覺，而認定原審的認定判斷有違背經驗法則的多數意見的見解是欠妥當的。又關於後者的部分，本件第一次訴訟是由與近藤入居地區無關的川西市住民所提起，而近藤所居住的豐中市住民所提起的第

三次訴訟則是在近藤入居後，且關於報紙的報導方面，多數意見所引用的證據顯示是昭和四十二年九月起到四十四年十一月止的報紙記事，但是並沒有提到對近藤迫切於搬家的一個月當中的報紙報導狀況，且報導的當時對於尚在淡路島居住生活與阪神地區並沒有特別接觸或關係的被上訴人近藤而言，該報導只不過是他人的事，在意識裡沒有深刻且明確地認知會是與自己有關的問題，反倒是認為對本地區地理完全不明的被上訴人，並沒有想到此搬遷地點與本件機場 B 飛機跑道接近且位於飛行路線的正下方，屬於有嚴重的噪音問題存在的地區，這樣的想法並不會太牽強，所以該被上訴人的供述也不能謂其在經驗法則上無法信任。不只如此，即使被上訴人在事前勘察之際真有遇上一次在 B 飛機跑道離著陸的噴射機噪音的機會，即推論身歷這樣一次的噪音就可某程度地認識或預測該噪音是不分晝夜頻繁反覆地發生及其實態為何是有困難的，即使加上考慮被上訴人由報紙報導對於噪音問題的存在有若干認識亦同。因此從以上相關的觀點認為原審對於上訴人近藤是否知情的認定

判斷有違背經驗法則的違法，實在無法贊同。

(2) 多數意見更進一步認為，若被上訴人近藤在入居當時已經認識本件機場噪音的存在，則入居後若所受的被害沒有超越事前的推測等特別情事，應該推定被上訴人是容認此噪音等問題之下入居於此，而在原審並沒有確認有這樣的特別情事存在。但是就如同(1)所述，對於本件飛機噪音所生的被害內容及性質，是如同原審所判示，指的是日常生活中特別是夜間持續身處在反覆的機場噪音下產生的身體上被害、各種生活妨害及由此所造成的累積性苦痛，因此原審認為這樣的被害實態必須居住以後才能開始體會的見解，其旨趣也就是，僅以短暫地在現地暴露噪音之下的經驗不可能把握或預測入居後的被害實態。這樣的認定判斷是基於第一審及原審時對被上訴人本人詢問當中多數的被上訴人異口同聲如此地強調供述，所以並非不能認同。由此看來，多數意見的主張並不妥當。

(三) 被上訴人常的情形，和近藤稍有不同，但是僅止於對本件飛機噪音的存在及所生的被害實情的認識及預測這一點，前

面所述對被上訴人常也大體上妥當。

三、所以，關於接近危險理論即使如前述為比較緩和的解釋，也無法因此承認上訴人對於兩名被上訴人所主張的阻卻損害賠償責任。本來，兩位被上訴人若在入居前能更慎重周到地實施調查，應該對危險的存在及其內容可到達某程度的察知，但是就前述所言及原審所認定的事實和兩名被上訴人是在 B 飛機跑道開始提供使用不久後入居等情事看來，過度苛責調查的不充分並不適當，以此為過失相殺的理由或斟酌慰藉金額的算定先另當別論，但以此為上訴人對兩名被上訴人主張本件機場的設置、供給使用早於兩位的入居而主張優位的根據並不存在。是故，對被上訴人的損害賠償請求權，排斥上訴人所主張的關於地域性、先住性、接近危險理論的適用而肯定被上訴人請求權成立的原審判斷，結論上應該認為是正當的。又根據原判決明白地排斥上訴人所論的過失相殺，基於兩位被上訴人的前述過失是否能適用過失相殺原則上應委由原審的裁量，在本件的事實關係下，即使以原審未為過

失相殺也不會有影響判決的違法（關於慰藉金算定與其他被上訴人沒有為不同的待遇部分，亦同。）。

綜上的結果，對於多數意見廢棄原審判斷認容對被上訴人近藤及常的損害賠償而駁回原審的見解表示反對。

拾參、法官木下忠良對前述兩位被上訴人的追加反對意見如下。

一、多數意見認為，被上訴人近藤在昭和四十五年六月轉居服部壽町時，不十分瞭解飛機噪音被問題化的情況及飛機噪音存在的事實而入居是經驗法則上難以置信，同年七月轉居的常亦同。兩位被上訴人一方面認識飛機噪音的存在又容認因此所受的被害而入居，且該被害與生命、身體無關時（1）是否被上訴人入居後實際所受的被害程度超越在入居之際所推測的程度（2）只要沒有入居後噪音格外增大等特別情事，該被害可視為被上訴人所應忍受，且依照原審所確認的事實關係並沒有特別情事存在。但是，我從原審所確定的事實關係中對認為該當第（1）（2）的特別情事的事實已經各自存在的見解表示贊同，所以關於這一點，

對先前的團藤、中村、伊藤法官的共同反對意見之外有若干附言如下。

二、首先，關於第(1)點，除了前述的共同反對意見之外，想進一步指出下列的見解。

在前面的反對意見中指出通常在服部壽町地區的上空通過的只有著陸機。根據原審所確定的部分，噴射機的噪音是與日常生活有關的東西所發生的噪音當中最強大的一種，而且含有高週波成分的金屬性音質，感覺比螺旋槳飛機的噪音要吵雜得多，特別是大型噴射機的噪音強大，被上訴人近藤在入居之前去事先勘察時，本件機場在白天(七時至十九時)噴射機的平均著陸的頻率，在昭和四十五年三月當時大型噴射機是七二分鐘一次，噴射機全體大約是十二分鐘一次，同年八月當時大型噴射機大約三五分鐘一次，噴射機全體大約九分鐘一次，所以被上訴人在事前勘察時大有可能沒有遇上大型噴射機從上空通過。又假設被上訴人曾經一度遇到大型噴射機，根據原審所確定，在同一地點測定同一機種的飛機離著陸時，在各個測定時段由於飛機路線、高度、

機體重量、風向風速、溫度、濕度等諸條件所測得的測定值也不相同，所以，以僅有一次的短時間的事前勘察經驗，被上訴人無法認知該地區飛機噪音的實情反而可說是至為明顯。常和近藤大致相同，可為相同的認定。

三、關於第(2)點，根據原審的認定，兩被上訴人入居服部壽町的昭和四十五年六、七月起不到兩年之間，在本件機場的噴射機，特別是大型噴射機的起降次數明顯地急遽增加。也就是說，噴射機全體，與昭和四十五年三月相比，同年八月增加百分之二九·七，昭和四十七年四月增加百分之五〇·三，且大型噴射機方面，與昭和四十五年三月相比，同年八月增加百分之六七·七，昭和四十七年四月實際上是增加了百分之一八二·四，如此看來，噪音所造成的被害程度不得不謂有相當顯著的激烈化。

四、關於多數意見判斷原審對被上訴人入居服部壽町當時對於該地區的機場噪音狀況沒有十分認識的認定為違法的部分，如同前述幾位法官所示的共同反對意見所示有不少的疑問，假設關於這



一點遵從多數意見的見解，推定這兩名被上訴人在某程度上容認噪音的被害而入居，對該容認程度內的噪音被害有可能沒有損害賠償請求權，而必須廢棄原判決認容兩位的損害賠償請求權，但是只要限於上述原審所確定的事實為前提，兩名被上訴人入居後實際所受的損害明顯超過被上訴人所能容認的相關被害，對於超過的被害部份必須認容兩位被上訴人的損害賠償請求。

拾肆、法官團藤重光與上述的木下法官的追加反對意見採相同見解。

拾伍、法官環昌一關於兩位被上訴人的反對意見如下

如同我在前面所述，本件紛爭的本質以應該何處為畫定適法行為互相的界限的均衡點上來理解，對此為判斷而行利益衡量之際，被上訴人以身為地區住民集團中的一員，對於不得已所承受的環境污染的惡害應視為是損害。如此一來，近藤、常兩位，在污染已經存在的地域內，對國家本來沒有任何權利、權限的土地、房屋，基於自己的正當權原重新決定住所而開始的居住行為

認定其為不適法是完全沒有理由的，且兩名被上訴人從居住時起就成為該地域區集團的一員而成為污染的被害人的事實也很清楚，所以兩人在居住開始之際是否知道環境污染的事實，或對污染認識的程度如何的主觀情事並不會左右本件上訴人不法行為的成立與否，這些事情，只不過是兩名被上訴人對國家行使請求權時，開始成為判斷對象的事項而已。也就是說，以一般論而言，因應這些事情的程度或內容，依情況而定，被害住民的權利行使若被解釋為該當違反信義原則，或者明示或暗示事先放棄權利的行使等，其結果，請求權的一部或全部的行使將受到約制，或者在過失相殺的法理之下算定損害額之際有可能對被害住民造成不利的關鍵，但是，這些事情不會成為本件這種案件的不法行為成立與否所相關的客觀要件。

就原審判決及本件訴訟的經過當中，第一審，對於近藤及常兩位的被害由國家負擔支付慰藉金的義務並不妥當，認定此種損害是被害人所應該忍受而駁回該請求，而在原審，國家主張被上訴人應該適用所謂的接近危險理論，且沒有任何該排除適用的特

別情事，請求維持第一審的判斷。原審關於這一點，依兩名被上訴人對被害狀況認識的有無、程度，認定兩位當時對於本件噪音被視為問題的情況並不十分認識而入居的事實之外，對國家而言與各個住民入居的先後無關，基於本件機場已事先存在的事實不能主張優位，住民方面只要沒有特別類似利用公害問題的意圖，應該解釋為沒有適用接近危險理論，只是與其他被上訴人一同算定損害額時將兩名的居住地區與居住時期列入考慮而已，原審認容被上訴人的請求。在原判決當中，國家的主張與原審的回應，是何種型態的法律構成，原判決的措辭未必適切明確，本來，原審對於所言的接近危險理論是如何理解並不明顯，但是，就如同前面所示，在原審最後的判斷，不認為有足以認定全部或一部違法的情事，又從兩名對環境污染的事實的知情、認識這一點，在損害額的算定上也還不到具有特別考慮的重要性的旨趣看來，假設原審對於知情等點的事實認定有違背經驗法則的違法，推定兩名被上訴人知道污染等事實而入居，除去這一點，依照原審判決對兩被上訴人的入居事

實，以兩名被上訴人已知污染事實為主要理由，認定兩名的請求違背信義原則而加以排斥是牽強的，且以此部分在算定損害額時沒有特別考慮為由認為原審判決所為的算定不合理也不妥當。結果，即使原判決的事實認定有前述的違法，也不應該解釋為對判決結果會產生影響。如同上述，我與基本上無法認同多數意見的看法，而原審的判斷基於前述的旨趣來解釋應該可以肯定是正當的。附帶說明的是，僅限於多數意見對於有關近藤、常兩名被上訴人對於環境污染事實的認識，認為原審的事實認定認為有違背經驗法則的違法這一點，我和團藤及其他三位法官的反對意見採一樣的見解。

參、關於將來的損害的賠償請求部分

拾陸、法官團藤重光的反對意見如下：

在民事訴訟法第二百二十六條規定，請求將來給付之訴僅限於該請求有事前成立的必要性時始得以提起。就法條文義來看，不過將有事前請求的必要性存在列為要件而揭示，就其在整個

民事訴訟法體系中的位置來理解時，本條終究是例外，所以在解釋上要嚴格限制是理所當然。但是，本條應該如何解釋，只能一邊斟酌立法者特別設定本條的旨趣，並考量既判力範圍的問題或當事人間利益的均衡等之後而決定。

只是，關於附期限請求權或附條件請求權等，必須解釋成不需要等到期限的到來或條件的成就，可以預先提起訴訟取得債務名義，假設即使沒有本條的規定也是理所當然，果是如此，特別設定本條的旨趣不能僅視為要迴避這種情況下的疑義。我認為，應該成為請求權發生基礎的事實關係已經存在於繼續的態樣下，而且認定在將來也會確實地持續的情況下，因應具體的事案，在基於上述的考量下所承認的限度內，視為本條所規定的訴求。

基於這樣的概念，進行本案的考察。例如，土地工作物設置、保存有物理性的瑕疵而對他人發生有繼續性的損害時（參照民法第七百十七條），該他人對工作物的占有人或所有人，不僅是對於已經發生的損害，只要該瑕疵未被除去，對將來也應該會持續發生的損害，皆可請求賠償

才是。這應該與多數意見所例示的不動產的不法占有的情況沒有差異。我認為，這個理念不限於民法第七百十七條的情況，也應該及於國家賠償法第二條第一項所規定的公共營造物的設置、管理的瑕疵對他人產生損害的情況。當然，民法第七百十七條所規定的工作物設置、保存的瑕疵，向來是解釋為物理的部分，相對於此，國家賠償法第二條第一項所規定的營造物設置、管理的瑕疵，不只是指構成營造物其的物體設施本身的物理性缺陷，如同多數意見所示，營造物與該營造物依照提供使用的目的而利用的關聯之下有促使危害發生的危險時也包括在內，而本件機場正可以說是加入後者的觀點的解釋下所謂的缺陷機場，其設置、管理的瑕疵是複合性的內容，不能視同民法第七百十七條的所規定工作物的設置、保存瑕疵。但是，原判決認定過去的損害賠償的損害之際，以被害人各自最小限度的損害為基準，且認為此最小限度損害的發生，只要限於沒有特別的情事在將來相當的期間還會確實持續，在常識上是可以認同才是。上訴人主張原判決命將來之給付並沒有付附明確且適

當的終期有重大瑕疵，對這一點我也認為原審判決中關於將來給付請求的部分應該廢棄發回，但是如果對於前述的最小限度損害的發生可視為確實持續的期間以較為節制的角度來訂定其終期，即使在此期間內有特別情事發生，可以讓對方提起請求異議之訴以尋求救濟，不過也必須舉證因為特別情事的發生對賠償金額發生影響，但是這還不會構成課以不當不利益。又，基於附這樣

的終期，在既判力的範圍方面，也可以解消疑點。要言之，我不能贊成認定本件將來給付之訴為不適法的多數意見。

此外為慎重起見附帶一提的是，依多數意見昭和五十年六月一日以後所發生的本件損害賠償請求權之訴被駁回，其中發生後已經經過時效消滅期間的部分，被上訴人於判決確定之日起六個月內若未重新起訴則消滅時效完成。這點也與多數意見不同。

## 五十、請求締結供水契約事件

自來水事業拒絕供水於住民之合憲性

最高法院平成十一年一月二十一日第一小法庭判決

平成七年（才）二一二二號

翻譯人：蔡秀卿（節譯）

### 判 決 要 旨

本件經營自來水事業之志免町，拒絕公寓大廈業者訂定四百二十戶供水契約之申請，乃因該町為全國少數人口密集都市，今後人口集中亦可預見。單以現今受認可之水源已不足供應現今需水量，雖從受認可外水源取水以補不足，但該水源供給量不穩，縱已採多種改善措施並負擔種種財政費用，仍難改善水不足之情形。在此情況下，倘對新申請供水者，漫無限制予以供應，則可預測不久的將來嚴重缺水而無法供水。以此現狀，對新申請供水者中，需要量較大之住宅供給事業且以住宅買賣為目的者，事前拒絕締結供水契約，以限制需水量激增，乃不得已之措施，合於自來水法第十五條第一項規定之「正當理由」。

### 事 實

福岡縣志免町因都市化伴隨人口激增，長年來飽受慢性水不足之苦，乃於昭和五十一年，於自來水事業給水規則第三條之二第一項規定，建築樓層住宅時，對於新申請供水者不予供水，或限制供水時期。昭和六十四年，該條項修正為對於新申請供水者，「開發行為或超過二十戶建築者，超過住戶部分」或是「共同住宅等超過二十戶者，全部住戶」，不予供水，或是限制供水時期。

不動產買賣業者A，擬於自來水事業志免町給水地區內興建住宅，於平成二年五月三十一日向志免町為預定住戶四百二十戶

申請供水。志免町依自來水事業給水規則第三條之二第一項規定，拒絕供水之申請。A不服，以該拒絕供水係違反自來水法第十五條第一項，請求締結供水契約之承諾等。

第一審福岡地方法院判決，認自來水法第十五條第一項所稱給付義務解除之「正當理由」，係僅指儘管自來水事業正常之企業努力，仍有不可歸責於該事業之事由，而不得不拒絕給水之情形而言，至於自來水事業固有事由以外之事由，並非正當理由，為限制人口增加或憂慮不確定未來之水不足而於現在予以拒絕供水，尚非正當理由，乃認A有理由。志免町長提起上訴。

第二審福岡高等法院判決則認為本件拒絕供水之事由，符合正當理由，乃撤銷原判決，其理由如下：於判斷自來水法第十五條第一項所稱「正當理由」之該當性之有無時，「應就該市町村之水之自然、社會等條件，自來水行政之因應情形、供水申請者之情形等，雙方之情形予以對比、綜合考察，倘認不得不拒絕供水時，則可謂符合正當理由。」「鑑於志免町取水之困難性、給水狀況及改善之努力，倘對新申請供水者，漫無限制而予以供應者，則可預測不久未來將無法供給居民用水。」「餘力水量或無效水量之改善，固可提高給水能力，但需相當之時間及經費，無法立即改善」，觀察自來水事業「現在之水情形及未來之水情形而對於新申請者之因應措施，亦即有危及現在及將來之水情形者，對新申請者限制供水、或是拒絕供水，所採之自來水行政措施，自為不得已之措施。」至於「給水規則第三條之二第一項所定新申請供水者之限制基準，主要目的在於限制因新申請開始而給水量之增加，其設定二十戶之基準，係考量自來水事業之水情形及實際管制對象者之限定性，而有不得已之情形，尚難認為顯著不合理或失當，於現時點尚屬妥當。」「該基準數值，自得作為『正當理由』之例示的具體事由之一」「從而對於不符合該基準數值之新申請供水者，予以拒絕供水，自無不妥。」

A不服，提起上訴。

## 關 鍵 詞

正當理由 水道法（自來水法）

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

依原審認定之事實，檢討本件被上訴人拒絕供水之正當性如下：

被上訴人為全國中少見的人口密集都市，今後亦得預測人口集中。被上訴人經營之水道事業，除了其固有之認可水源之取水能力已降低外，且為改善取水能力，已採取多項措施，例如從福岡地區水道企業團之受水，但在乾早期時未必有萬全保障；雖有得增加受水量之水壩建設計畫，亦無法如期完成，若要增加受水量則屬將來之事，因此僅以認可水源，尚無法滿足現在之用水需求；雖曾從須惠町取水應

急，但於平成三年（一九九一年）四月以後已中止；且雖與農業水利權者締結宇美河取水之契約，但此取水仍無法安定。被上訴人雖已採取多種改善措施而負種種財政負擔，但仍難以改善，倘對新申請供水者，漫無限制而予以供應者，則可預測不久未來嚴重缺水而無法供給居民用水。因此在此等急迫狀態下，被上訴人對於新申請供水者，其中需要量較大之住宅供給事業者且以住宅買賣為目的者，事前拒絕締結供水契約，以採取限制水量需要激增之措施，乃不得已而得容認之措施。上訴人申請供水，係以四百二十住戶之買賣為目的，即使考量建築分期計畫及並用井水之水道水限制使用計畫等，被上訴人拒絕供水，仍應認為符合正當理由。

五十一、請求撤銷林地開發許可事件  
最高法院平成十三年三月十三日第三小法庭判決  
平成八年（行ツ）一八〇號

翻譯人：蔡秀卿(節譯)

判 決 要 旨

行政法規得否解為亦保護不特定多數人利益所屬之個別利益在內，應就該行政法規意旨、目的、透過行政法規保護利益之內容及性質等，加以綜合判斷。

因土石流災害或水害而可預測直接受害地區範圍內之居民，應解為對開發許可之撤銷，具法律上利益者，自有原告適格性。

但開發地區內或附近地區土地上植有植物之所有人，從開發地區之上游河流汲水從事農務者，均無法認其原告適格性。

事 實

高爾夫球場開發業者X，擬於岐阜縣山岡町山林地區開發為高爾夫球場，乃向岐阜縣知事申請開發許可，知事依森林法第十條之二給予許可。

開發地區土地內之農作物所有人A、B、C、D、汲取開發地區水源而從事農作者E、開發地區附近（南方約一百至數百公尺位置）居民F及G，主張系爭開發許可違反森林法第十條之二第二項開發許可基準規定，請求撤銷該開發許可處分。

第一審岐阜地方法院平成七年（一九九五年）三月二十二日判決，認森林法第十條之二所定開發許可制度，其主要目的在於重視森林之維護保養、森林生產力之增進，並確保災害防止機能、水害防止機能、水源灌用機能、環境保護機能等森林之公益機能，至於個人之個別利益，並不在保護範圍，因此原告所主張之利益，僅為一般公益保護結果之反射利益，並非法律上利益，



欠缺原告適格性，乃駁回原告之訴。原告乃提起上訴。

第二審名古屋高等法院平成八年（一九九六年）五月十五日判決，認森林法第十條之二第二項規定意旨，為鑑於森林之災害防止、水源灌用及環境保護之各機能，開發預定地附近地區或依賴該等機能之地區，則因開發行為而有產生土石流災害及水害之虞，水資源之確保亦產生障礙或環境上亦有顯著惡化之虞，因此，有受此等損害之虞之範圍之附近居民等之公眾生命、身體、財產及環境上利益等一般公益，自在保護之列，同時，附近地區居住人民、財產所有人，因開發行為帶來之災害等亦在預測之內，因此該等相關人個別之生命、身體、財產及環境之個別利益，亦應解為在保護之列。從而，因系爭開發行為而產生土石流災害或水害，水資源確保產生障礙或環境上顯著惡化之虞，則有受如此損害之虞之範圍之附近居民或財產所有人，就請求撤銷開發許可處分，具法律上利益，乃認開發地區土地內之農作物所有人 A、B、C、D、汲取開發地區水源而從事農作者 E、開發地區附近（南方約一百至數百公尺位置）居民 F 及 G，均具原告適格性，乃撤銷原判決，發回岐阜地方法院（譯者註 1）。岐阜縣知事向最高法院提起上訴。

### 關 鍵 詞

法律上利益 原告適格

### 主 文

1. 原判決中，關於被上訴人 A、B、C、D、及 E 部分撤銷，該等被上訴人向原審之上訴駁回。
2. 關於上訴人其餘之訴駁回。
3. 第一項關於向原審之上訴費用及向本院之上訴費用，由被上訴

人 A、B、C、D、及 E 負擔，前項之上訴費用，由上訴人負擔。

### 理 由

行政事件訴訟法第九條係撤銷訴訟之原告適格規定，該條所定請求撤銷處分之「有法律上利益者」，係指因該處分而致使自

己權利或法律上保護之利益受害，或有必然受害之虞者而言，倘若規定系爭處分之行政法規之意旨，得將不特定多數人之具體利益，解為非被一般公益所吸收，所屬個人之個別利益，亦應在保護之列者，此種利益自應屬法律上保護之利益，因該處分而受害或有必然受害之虞者，對該處分之撤銷訴訟具原告適格性。至於該行政法規得否解為亦保護不特定多數人利益所屬之個別利益在內，應就該行政法規意旨、目的、透過行政法規保護利益之內容及性質等，加以綜合判斷。據此，本件被上訴人之原告適格性，檢討如下：

1. 關於被上訴人F及G部分：

被上訴人F及G係系爭開發地區附近居民，主張因基於系爭開發許可之開發行為而有產生土石流災害或水害之虞，其生命、身體等有受害之虞。必須檢討者，為森林法第十條之二第二項規定之意旨是否得解為包括此等個別利益（譯者註2）。

森林法第十條之二第二項第一款所定開發許可要件意旨，係鑑於開發森林土地之災害防止機能，應防止因開發行為而致使附近地區產生土石流災害之虞；同

項第一款之二所定開發許可要件意旨，係鑑於開發森林土地之災害防止機能，應防止因開發行為而致使附近地區產生水害之虞。此等規定意旨，係鑑於倘若未為必要防災措施而逕行開發者，其結果將產生土石流災害或水害，人之生命、身體安全乃有受到威脅之虞，乃在開發許可階段，對開發行為之設計內容加以充分審查，只有在不產生土石流災害及水害之情形，始給予許可。而且，發生土石流災害、水害時，可預測開發地區附近一定範圍之居民，自直接受害。從以上各款規定意旨、目的及透過開發許可而保護利益之內容、性質等觀之，此等規定，除意圖保護土石流災害、水害防止機能之森林之公益機能外，因土石流災害、水害而可預測直接受害之附近居民之生命、身體安全等個別利益，亦應在保護之列。因此，因土石流災害或水害而可預測直接受害地區範圍內之居民，應解為對開發許可之撤銷，具法律上利益者，自有原告適格性。

據此，依原審認定之事實，本件開發地區，係位於過去有兩次水害發生之小里河上游，為水源區，本件開發地區面積為

117.1044 公頃，係爭高爾夫球場預定地，位於該河流地區。被上訴人 F 及 G，係居住於臨小里河之山丘之本件開發地區南方且高低起伏不大之地點，自得認為土石流災害、水害發生時可預測之直接受害範圍地區之居民。因此，原判決認其具原告適格性，予以維持。

2.關於被上訴人 A、B、C、D、及 E 部分：

不過，森林法第十條之二第二項第一款及第一款之二之意旨，尚難解為亦包括附近居民生命、身體安全等、附近土地所有權等財產權保護等個別利益之保護。同項第二款開發許可要件意旨，雖為鑑於森林之水源灌用機能，防止因開發行為而致使依賴該機能之地區產生水資源確保上之障礙之虞；同項第三款開發許可要件意旨，雖為鑑於森林之環境保護機能，防止因開發行為而致使附近地區之環境顯著惡化之虞，但是，此等規定，應解為僅係從水資源之確保及環境保護之公益之觀點所為之開發審查，尚無法解為亦保護附近居民之個別利益。

據此，依原審認定之事實，被上訴人 A、B、C、D，係本件

開發地區內或附近地區土地上植有植物之所有人，被上訴人 E，係從小里河汲水從事農務者，均無法認其原告適格性。原判決與此相異之見解，係解釋法令錯誤之違法。

綜上論結，原判決中關於被上訴人 A、B、C、D、及 E 部分，予以撤銷。並應予以程序駁回，因其結論與第一審相同，該等被上訴人向原審之上訴駁回。至於其餘上訴人之上訴部分，係無理由，予以駁回。

註 1：第二審名古屋高等法院判決係採緩和的「法律保護利益說」之結果，該判決意旨及其他關於原告適格最近判例之介紹，請參考拙文「日本行政訴訟原告適格論之現況」司法院行政訴訟及懲戒廳編『行政訴訟論文彙編』所收，87 年 5 月，225 頁以下，特別是 241 頁。

註 2：當時森林法第十條之二第二項規定：都道府縣知事受理前項開發許可申請時，若不符合下列各款事由者，應給予許可。一、鑑於開發行為所在之森林土地之災害防止機能，因該開發行為而致使森林附近地區發生土石流災害之虞者。一之二、鑑於開

發行為所在之森林之水災防止機能，因該開發行為而致使依賴該機能之地區發生水災之虞者。  
二、鑑於開發行為之森林之水源灌用機能，因該開發行為而致使依賴該機能之地區，於水源確保

上產生顯著障礙之虞者。三、鑑於開發行為之森林之環境保護機能，因該開發行為而致使森林附近地區之環境有顯著惡化之虞者。

## 五十二、請求所有權移轉登記等事件

涉外親子關係及先決問題之準據法

最高法院平成十二年一月二十七日第一小法庭判決

平成七年（才）一二〇三號

翻譯人：林秀雄

### 判 決 要 旨

- 一、在涉外法律關係中，為解決某法律問題（本問題）而有不可缺之前提問題，該問題若與國際私法上本問題係構成個別法律關係時，該前提問題之準據法，應依法庭地即我國之國際私法決定之。
- 二、所謂親子關係之成立之法律關係中，以婚生取得之問題為一個獨立之法律關係而加以規定之舊法例第十七條、十八條之構造上，以親子關係成立為問題之場合，首先應依關於婚生親子關係成立之準據法判斷是否成立婚生親子關係，於其婚生親子關係被否定之場合，就該非婚生子應另外尋求婚生以外親子關係成立之準據法，以適用該準據法來判斷親子關係之成立。
- 三、依舊法例第十七條規定，子女是否為婚生，依其出生當時母之夫本國法而定，同條依其文字上應解為其係就依出生之事實取得婚生性之婚生親子關係之成立，定其準據法之規定，如此，則關於因出生以外事由取得婚生性之場合之婚生親子關係之成立，舊法例即欠準據法決定之規定。惟類推適用同條規定，認為依取得婚生性之原因事實完成當時之母之夫之本國法，應屬相當。

### 事 實

韓國人甲與韓國人乙結婚，生有子女 C、D、E 三人，甲一方

面又與日本人丁有婚姻外之男女關係，而生有非婚生子女A、B二人。其後甲與乙離婚，於昭和三十六年九月與韓國人戊結婚。甲於昭和三十八年二月歸化日本，惟於日本之戶籍上並未記載與戊結婚之事實。甲歸化後，認領A、B二子，又與丙結婚，甲、丙、A、B四人共同生活，惟丙不知甲於韓國與戊結婚之事實。甲於昭和四十五年、戊於昭和五十二年死亡。本案件係關於繼承甲於大阪市内所有之土地、公寓之紛爭，甲死後公寓由丙單獨管理，向承租人所收之租金亦由其一人單獨收受。其後A與丙對立，A以丙重婚為理由，請求撤銷甲與丙之婚姻，平成四年三月該婚姻撤銷之判決確定。本件有兩個案件合併處理，一案件為A對丙請求交付公寓及以丙收受租金為不當得利請求返還，另一案件係丙對A、B、C、D、E主張以時效取得為原因，請求辦理土地、公寓之所有權移轉登記手續。

### 關 鍵 詞

本問題 前提問題 準據法 法庭地 法律關係

### 主 文

一、將原判決變更如下：

將第一審判決變更如下：

1. 被上訴人A之平成六年十月二十日以後請求支付租金相當金額之訴駁回。

2. 上訴人對被上訴人A應依比例返還自平成四年三月三日至平成六年十月十九日止一個月二萬三千元之金額。

3. 被上訴人A之其餘請求駁回。

4. 被上訴人C關於第一審判

決附件目錄(1)及(2)記載之土地之一百零八分之十四之應有部分，D、E關於同土地之各一百零八分之八之應有部分，A與B之同土地之各一百零八分之三之應有部分應對上訴人辦理以昭和四十五年五月十六日時效取得為原因之應有部分一部移轉登記手續。

5. 被上訴人C、D、E關於第一審判決附件目錄(3)記載之建物之各三十六分之二之應有部分，A與B關於同建物之各三十

六分之一之應有部分應對上訴人辦理以昭和四十五年五月十六日時效取得為原因之應有部分一部移轉登記手續。

6.上訴人之其餘請求駁回。

二、訴訟費用由上訴人與被上訴人各負擔二分之一。

### 理 由

一、本件為被上訴人A與上訴人丙基於第一審判決附件目錄(3)記載之建物(以下稱本件建物)之持分權請求交付及租金之相當金額之支付之第一案件與上訴人丙對被上訴人等關於本件建物及同附件目錄(1)及(2)記載之土地(以下稱本件土地,又與本件建物同併稱為本件土地(建物)),並以時效取得為原因請求應有部分全部移轉登記手續之第二案件合併之訴訟。

原審合法確定之事實關係之概要如下:

1.韓國籍之甲(如後所述,其後歸化日本)與韓國籍之妻乙之間有長男被上訴人C(昭和十五年一月一日生)、長女被上訴人D(昭和十六年十二月二十八日生)及二女被上訴人E(昭和十八年三月十四日生)等三子女,被上訴人C、D、E均有韓國

籍。

甲又與日本人丁有婚姻外之男女關係,生有非婚生子女被上訴人A(昭和二十六年三月二十日生)及B子(昭和二十八年八月三十日生),A與B均有日本國籍。

2.甲於昭和三十六年三月十日與乙離婚,同年九月與住在韓國而有韓國籍之戊結婚。

3.甲於昭和三十八年二月二十七日歸化日本,改姓名為甲野太郎以編入日本戶籍,惟當時戶籍上並未記載與戊結婚之事實。

4.甲於昭和三十八年五月二日與上訴人丙結婚。

上訴人於結婚後與甲、A、B共同生活。

5.甲於昭和四十五年五月十六日死亡。

本件土地、建物為甲之遺產,上訴人丙於甲死亡後單獨占有本件土地、建物。

6.昭和四十六年一月二十三日被上訴人A、B與上訴人及其親屬共同商量關於甲之遺產之處理,惟未能成立任何之協議。

上訴人自該日起尚未經過數個月之中,透過其所委託處理遺產分割之律師得知甲與上訴人之婚姻為重婚之事實。

7. 戊於昭和五十二年九月四日死亡。

8. 被上訴人A於平成二年以甲與上訴人之婚姻為重婚為理由，對上訴人提起撤銷婚姻之訴，平成四年三月三日該撤銷婚姻之判決確定。

9. 上訴人將本件建物（店舖兼共同住宅）出租於案外人庚等十四人，收受一個月四十一萬四千元之租金。

10. 上訴人於本訴中援用關於本件土地、建物（或其應有部分）占有二十年為理由之取得時效及被上訴人A之繼承回復請求權之消滅時效。

## 二、原審之判斷如下：

容認第一案件請求之中，關於本件建物之交付及請求交付為止、交付前支付相當於租金之每個四萬五千一百十五元之部分，其餘駁回。第二案件之請求全部予以駁回。

1. 被上訴人A為非婚生子女，因其父甲之死亡而繼承本件建物十二分之一之應有部分，而戊為甲之配偶，繼承三分之一之應有部分。

2. 關於因戊之死亡，其繼承人之範圍、順位、應繼分等，依

平成元年法律第二十七號修正前之法例（以下稱舊法例）第二十五條規定以韓國法為準據法。依一九七七年修正前之韓國民法第七百七十三條、第七百七十四條、第一千條、第一千零零二條及第一千零零九條之規定，被上訴人A關於戊之財產之應繼分為十三分之一，因此被上訴人A對甲之繼承及對戊之繼承合併有本件建物之四百八十六分之五十一之應有部分，因此得對上訴人請求相當於本件建物租金每月四萬五千一百十五元（四十一萬四千元之四百六十八分之五十一）。

3. 上訴人自昭和四十六年一月二十三日起，至經過數個月之時間，知悉自己非繼承人，對於本件土地建物既無所有權亦無因繼承所得之應有部分，其後並非以所有之意思占有本件土地建物，因此不得主張本件土地建物之所有權或應有部分之時效取得。

4. 上訴人一面得知自己非繼承人，又自稱為繼承人，且並無自己為有繼承權之足以令人相信之合理事由，但仍自稱為繼承人，其該當於因占有、管理遺產而侵害遺產之人，因此並無適用繼承回復請求權消滅時效之餘



地。

### 三、關於上訴代理人等之上訴理由第二

於原審合法確定之前揭事實關係下，上訴人與被上訴人A、B共同生活，明確知悉自己以外，尚有甲之其他繼承人，而儘管上訴人作為甲之繼承人而開始單獨占有本件土地建物，但不能即謂上訴人係以單獨所有之意思而占有本件土地建物。因此，原審認為上訴人關於本件土地建物之全體所有權不能成立取得時效之判斷，結論上應予承認。上訴理由之論旨不過為基於非原審所認定之事實，而指責原判決之違法，因此不能採用。

### 四、關於同上訴理由第一

關於原審否定上訴人就本件土地建物應有部分之取得時效之前揭二3之判斷，無法加以肯認。其理由如下：

依民法第一百八十六條第一項之規定，推定占有人係以所有之意思而占有，以占有人之占有非該當於自主占有為理由而爭執取得時效成立之有無之人，就該占有非以所有之意思而占有之事實應負舉證責任（最高裁昭和五

十四年（才）第十九號同年七月三十一日第三小法庭判決，裁判集民事一二七號三一五頁）。而所有之意思，並非依占有人內心之意思，而應依作為占有取得原因之權源或依關於占有之情形，從外形之客觀加以決定（最高裁昭和四十五年（才）第三一五號同年六月十八日第一小法庭判決，裁判集民事九九號三七五頁、最高裁昭和四十五年（才）第二六五號同四十七年九月八日第二小法庭，民集二十六卷七號一三四八頁、最高裁昭和五十七年（才）第五四八號同五十八年三月二十四日第一小法庭判決，民集三十七卷一三一頁參照）。

依此觀之，本件原審一面確定上訴人於甲死亡後係以單獨占有本件土地建物之事實，一面又認為上訴人占有開始後知悉自己非所有人或應有部分權利人，所謂內心意思之變化而推翻所有意思之推定，此關於推翻民法第一八六條第一項所定以所有意思之推定之場合，應認係法令解釋適用之錯誤而屬違法。該違法明顯影響原判決之結論，因此上訴論旨為有理由。

從而依前揭確定事實，上訴人以甲之繼承人之身分，自甲死

亡日即昭和四十五年五月十六日起，開始占有本件土地建物，其後二十年間繼續其占有，因此應認為其以甲之惟一配偶之身分而有三分之一之法定應繼分而占有該土地建物，對此，被上訴人等對於上訴人之占有並非以所有之意思等等之情事，並無任何之主張，因此應認為上訴人對於本件土地建物各三分之一之應有部分因時效取得，如此上訴人既為本件建物之共有人而占有之，惟被上訴人A未能主張其得請求本件建物共有人之上訴人交付本件建物之理由。因此，原判決中容認第一案件請求中交付本件建物之請求，而全部駁回第二案件之請求部分，二者均應予廢棄。

#### 五、關於同上訴理由第四

##### 1. 關於準據法之選擇

(一)〔要旨第一〕在涉外法律關係中，為解決某法律問題（本問題）而有不可缺之前提問題，該問題若與國際私法上本問題係構成個別法律關係時，該前提問題之準據法，應依法庭地即我國之國際私法決定之。

就本件觀之，關於戊之繼承之準據法，依舊法例第二十五條規定為被繼承人戊之本國法即為

韓國法，依韓國民法第一千條第一項第一款規定，戊之直系血親卑親屬雖為繼承人，惟被繼承人等是否為戊之直系血親卑親屬乃與繼承分別為各別的法律關係，亦即關於戊與被繼承人間是否成立親子關係，其準據法依我國國際私法加以決定。

(二)〔要旨第二〕所謂親子關係之成立之法律關係中，以婚生取得之問題為一個獨立之法律關係而加以規定之舊法例第十七條、十八條之構造上，以親子關係成立為問題之場合，首先應依關於婚生親子關係成立之準據法判斷是否成立婚生親子關係，於其婚生親子關係被否定之場合，就該非婚生子應另外尋求婚生以外親子關係成立之準據法，以適用該準據法來判斷親子關係之成立。

〔要旨第三〕依舊法例第十七條規定，子女是否為婚生，依其出生當時母之夫本國法而定，同條依其文字上應解為其係就依出生之事實取得婚生性之婚生親子關係之成立，定其準據法之規定，如此，則關於因出生以外事由取得婚生性之場合之婚生親子關係之成立，舊法例即欠準據法決定之規定。惟類推適用同條規

定，認為依取得婚生性之原因事實完成當時之母之夫之本國法，應屬相當。

因此被上訴人C、D、E是否因甲、戊之婚姻而成為甲、戊夫婦之婚生子，應依結婚當時戊之夫甲之本國法即以韓國法為準據法，而被上訴人A與B是否因甲之認領而成為甲、戊夫妻之婚生子，則依甲認領被上訴人等當時（甲認領被上訴人時，甲歸化日本之昭和三十八年三月十四日，紀錄明確）之甲之本國法，即以日本法為準據法。

如此，被上訴人C、D、E依一九九〇年法律第四一九九號修正前之韓國民法第七百七十三條規定，與戊之間發生繼母子關係，其與婚生之親生子女同等（又於韓國該條所規定之法定母子之成立，依該條所規定之法定母子關係並不以母與子女同一戶籍內為必要），被上訴人等為戊之繼承人（同修正法附則十二條一項）。他方，被上訴人A與B依日本民法，不被認為成為戊之婚生子女。

（三）右述A與B不被承認為戊之婚生子，但進而應檢討是否與戊之間成立婚生以外之親子關係。

舊法例第十八條第一項應解為其文言上係規定認領人與被認領人親子關係之準據法之規定，關於依其他事由而成立親子關係，舊法例欠缺準據法決定之規定。於依其他事由成立親子關係之中，關於無血緣關係之人之間，因出生外之事由而成立之親子關係，鑑於舊法例第十八條第一項、二十二條之立法意旨，應認為使成立親子關係之原因事實完成當時之父母之本國法及子女之本國法，均肯定親子關係之成立時，始認為其親子關係成立。

因此戊與被上訴人之間，是否因甲認領被上訴人A、B而成立親子關係，亦依認領當時戊之本國法即為韓國法與被上訴人之本國法即為日本法，雙方是否均肯定親子關係之成立而為判斷。依日本法，戊與被上訴人之間不成立親子關係，因此不俟檢討韓國法之內容，即可否定戊與被上訴人之間之親子關係，其結果應認為被上訴人等不得成為戊之繼承人。

（四）與右之論述相異，即關於戊與被上訴人A之間之親子關係之成立，認為應以韓國法為準據法之原審之判斷，為誤解法令之解釋適用之違法，其違法明

顯及於原判決之結論。上述論旨，論及右述之意旨應屬有理由。原判決中關於第一案件中，請求支付本件建物租金之相當金額，以被上訴人A為戊之繼承人為前提而計算之金額，並命其支付之部分，予以廢棄。

## 2. 被上訴人等之各應繼分

(一) 戊就關於甲之遺產，依昭和五十五年法律第五十一號修正前之民法第九百條之規定，以三分之一之應繼分而為繼承。

關於因戊死亡之繼承，依韓國法，如前述與戊之間存在法定母子關係之C、D、E為戊之直系血親卑親屬，屬於同順位之繼承人，但非屬同一戶籍之女子之應繼分為男子之四分之一（一九七七年法律第三〇五一號修正前之韓國民法第一千零零九條一項前揭一九九〇年修正前之同條二項，右一九七七年修正法附則五項，右一九九〇年修正法附則十二條一項）。被上訴人D與E，並非屬於與戊同一戶籍之女子，紀錄上應屬明顯。

如此推來，關於甲之遺產之被上訴人等之各取得分如下：

(二) 關於被上訴人C之部分：

被上訴人C就關於戊所繼承

之本件土地建物之各三分之一之應有部分，繼承其六分之四，因此其繼承本件土地建物之各十八分之四之應有部分。C因甲之死亡，以其婚生子女之身分繼承本件土地建物各十二分之二之應有部分，合計取得各十八分之七之應有部分。

(三) 關於被上訴人D、E之部分：

被上訴人D、E就關於戊所繼承之本件土地建物之各三分之一之應有部分，其與戊非屬同一戶籍之女兒，而各自繼承其六分之一，因此其繼承本件土地建物之各十八分之一之應有部分。D、E因甲之死亡，作為甲之婚生子女既已繼承本件土地建物之各十二分之一之應有部分，因此合計取得各十八分之四之應有部分。

(四) 就關於被上訴人A與B之部分：

被上訴人A與B因甲之死亡，作為其婚生子女各取得本件土地建物各十二分之一之應有部分。

## 結論

基於以上所述，關於其餘之上訴理由不待判斷，而本件之結

論如下：

1. 應認為上訴人時效取得本件土地建物各三分之一之應有部分，被上訴人A之第一案件請求之中，請求本件建物之交付，應予駁回。

2. 被上訴人A之第一案件請求中，請求支付租金之相當金額，應解為就上訴人自本件建物承租人所收受之租金，依被上訴人之本件建物應有部分比例之相當部分請求不當得利之返還，但就共有人中之一人將共有物出租於他人，所得之收益而請求超過其應有部分比例之不當得利返還之其他共有人之請求之中，關係事實審言詞辯論終結後之請求部分，並無得以提起將來給付之訴之適格（最高裁昭和五十九年（才）第一二九三號同六十三年三月三十一日第一小法庭，裁判集民事一五三號第六二七頁參照），同被上訴人對上訴人於原審言詞辯論終結日之隔日，即平成六年十月二十日以後之租金相當金額之支付請求之訴，應予駁回。

關於被上訴人於言詞辯論終結日前之租金相當金額之支付請求部分，自上訴人所繼承之本件建物應有部分十二分之一中，扣

除上訴人時效取得之三分之一，在相當於十八分之一之應有部分之限度內，應加以容認。亦即被上訴人對於上訴人之本件建物租金相當金額支付之請求，在一個月四十一萬四千元乘以十八分之一，即二萬三千元之限度內，應予容認。

3. 依紀錄，本件土地登記簿上仍為甲之所有名義，而本件建物以繼承為原因，己、戊之表兄弟有三分之一，被上訴人C、D、E各十二分之二，被上訴人A與B各十二分之一之各應有部分之所有權移轉登記，因此，上訴人之第二案件請求對被上訴人等關於本件土地就相當於被上訴人等各法定應繼分之各三分之一之應有部分（被上訴人C五十四分之一、D及E各五十四分之四，A與B各三十六分之一，以此通分，C為一百零八分之十四、D與E各為一百零八分之八、A與B各為一百零八分之三），關於本件建物相當於各登記應有部分之各三分之一之應有部分（被上訴人C、D、E各三十六分之二、A與B各三十六分之一），以昭和四十五年五月十六日時效取得為原因，命應有部分一部移轉登記手續之限度內，應予容認。

以上為裁判官全體一致之意見，判決如主文。

## 五十三、違反貯水池（溜池）保全條例案件

對溜池使用權能限制之合憲性

最高法院昭和三十八年六月二十六日大法庭判決

昭和三十六年（あ）二六二三號

翻譯人：寰瀛法律事務所（葉大殷）

### 判 決 要 旨

奈良縣存有超過 13,000 個供灌溉用貯水池（即溜池），徵諸縣內以及其他府縣內貯水池之破損、決堤等災害事例，受害者不僅止於所有權人，對一般住民以及滯留者之生命、財產亦發生重大損害，基於貯水池破損、決堤原因調查之科學根據，奈良縣於昭和二十九年依地方自治法第二條第二項、第十四條第一項、第二項、第五項規定制定奈良縣貯水池保全條例，其趣旨乃為防患因貯水池破損、決堤等引起之災害於未然，規定貯水池管理之必要事項為目的。規範對象之貯水池係指供灌溉用，堰堤高度三公尺以上，或受益農地面積達一町步以上者，禁止任何人從事妨礙貯水池排泄餘水之行為；在貯水池堤防上種植竹木或農作物，或設置建築物及其他工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）以及其他為破壞貯水池或決堤原因之行為。同條例第九條復規定：「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。是本條例係奈良縣基於地方公共團體之自治條例制定權，為維護公共福祉，依地方自治法第二條第二項、第十四條第一項、第二項、第五項（自治條例得設刑罰規定之法律授權）而制定之行政事務條例，其規定之內容相當於地方自治法第二條第三項第一款、第八款之事務。本條例對貯水池有財產上使用權之人而言，其使用殆受全面禁止，於其權利之行使，受顯著之限制。此係社會生活上為防止災害之發生不得不採之必要措施。享有使用貯水池堤防財產上之權利者，為公共福祉，就此當然負有忍受之義務。亦即可能成為貯水池破壞、決堤原因之使用行為，不在憲法或民法所保障適

法行使財產權的範圍。從而縱以自治條例禁止、處罰此種行為，並未抵觸或逾越憲法或法律之規定，同條例第九條所定罰則未違反憲法第三十一條規定。又享有使用貯水池堤防財產權之人應受上開自治條例之限制，為其當然應忍受的責任和義務，已如前述，是解為憲法第二十九條第三項規定之損失補償，於本件尚無適用餘地，應屬妥當。

## 事 實

本件稱為唐古池之貯水池（即溜池）與周圍堤防六反四畝二八步，登記簿上為住在奈良縣磯城郡本町大字唐古之 A、B 兩人名義所有，實際上則為住在同大字農家所共有或共同共有。其貯水是供同大字耕作地灌溉之用，受益農地面積達三十町步以上，由同大字的全體代表管理。周圍堤防由同大字居住者約二十七人從歷代祖先起即持續種植竹子、果樹、茶或其它農作物，被告等亦然。嗣奈良縣於昭和二十九年制訂「貯水池保全條例」，禁止任何人在貯水池堤防上種植竹木或農作物以及設置建築物或其他工作物等行為，違反者則科以三萬元以下之罰金。被告於該條例實施後，仍繼續在堤防上種植農作物，因而經檢察官以觸犯違反該條例第四條第二款之罪提起公訴。第一審法院依公訴意旨判處被告罪刑，被告不服，提起上訴。第二審則以：對私有土地權利之限制，不以法律而以自治條例限制，係違反憲法第二十九條二項及第九十四條規定，且奈良縣以自治條例限制系爭貯水池及堤防之使用而未予補償，與憲法第二十九條第三項規定亦有未符，即無上開條例之適用云云，撤銷第一審判決，改判被告無罪。檢察官不服，提起第三審上訴。

## 關 鍵 詞

溜め池（貯水池） 以條例強制限制或停止權利之行使 財產權之不可侵犯 財產權之內容 以不違反法令為限 在法律範圍內  
貯水池保全條例 えん堤（堰堤） 堤とう（堤塘）（堤防）



## 主 文

原判決撤銷。  
本件發回大阪高等法院。

## 理 由

大阪高等檢察廳檢察長代理副檢察長檢察官田邊光夫之上訴趣旨：

一、首先，依本條例制定之趣旨及成為本案問題之本條例各條項之法意而觀：根據記錄，奈良縣存有超過 13,000 個供灌溉用貯水池，徵諸縣內以及其他府縣內貯水池之破損、決堤等災害事例，其災害不僅止於所有者，對一般住民以及滯留者之生命、財產亦帶來莫大損傷，又基於貯水池破損、決堤原因調查之科學根據，而制定公布本條例。且本條例以「為防患因貯水池破損、決堤等災害於未然，規定貯水池管理之必要事項為目的」（第一條）。本條例所謂貯水池是指「供灌溉用，堰堤高度三米以上，及受益農地面積達一町步以上者」（第二條第一款）。除本條例四條規定，為達成本條例第一條之目的，於本條例第二條之貯水池，任何人不得從事：「妨害貯水池多餘之水流出之溢流之行

為」（第一款），「在貯水池堤防上種植竹木或農作物，及設置建築物、其它工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）」（第二款），「為前各款所示以外，為破壞貯水池或決堤原因之行為」外（第三款）。同時，本條例第九條規定：「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。即本條例第四條係為防止貯水池破損、決堤等災害，維護地方公共秩序，保護住民及滯留者之安全，就貯水池，禁止為造成貯水池破損、決堤原因之同條所定行為。違反者，依本條例第九條之規定予以處罰。本條例得認係奈良縣基於地方公共團體之條例制定權，為維護公共福祉，做為行政事務條例，依地方自治法第二條第二項、第十四條第一項、第二項、第五項而制定。且依本條例第三條，國家以及地方公共團體所管理的貯水池，無本條例第五條或第八條之適用，否則本條例即可廣泛的適用於貯水池。本條例應認屬地方自治法第二條第三項第一款、第二款之事務，依原判決所認定：本件稱為唐古池之貯水池與周圍堤防六反四畝二八步，登記簿上為住在奈良縣磯城郡 a 町大字 b 之 A、B 兩人名

義，實際上為住在同大字農家所共有或共同共有。該貯水池是供同大字耕作地灌溉之用，受益農地面積達三〇町步以上，其管理係由同大字的全體代表為之，周圍堤防由同大字居住者約二七人從祖父時代起即持續種植竹子，果樹，茶或其它農作物，被告等人亦然。因本條例之施行，除了被告外，其他人已停止任意種植。因此，本件貯水池顯然非由國家或地方公共團體本身為管理，以本件為限，本條例為地方自治法第二條第三項第一款之事務，且以防止貯水池破損、決堤等災害為目的，為同法第二條第三項第八款之事務（就本件原判決以本條例為同法第二條第三項第二款之事務，並以之為前提，而謂本條例違憲、違法，前提殊屬錯誤）。又，本條例第四條各款係禁止為同條項所規定之行為，係直接令不作為之規定，同條第二款為就貯水池堤防之使用加以限制，故對貯水池有財產上使用權者而言，其使用幾乎全面被禁止，其結果可謂同條項是對前述財產上之權利加以顯著之限制。

惟，該限制之內容係立法者基於科學的根據，禁止經判斷為

貯水池破損、決堤原因之在貯水池堤坊上種植竹木或農作物及設置建物或其他工作物（保全貯水池上之必要工作物除外）之行為。即設訂此種禁止規定之緣由，誠如本條例第一條所示，其目的是為防止貯水池的破損、決堤造成災害於未然，誠如前述，本條例第四條二款的禁止規定，係不論是否為使用堤防財產上之權利者，對任何人都適用。但對持有使用貯水池堤防財產上之權利者，為本條例第一條所示之目的，其財產權之行使幾乎全面被禁止，此係防止災害於未然，在社會生活上不得不然所致。可謂持有使用貯水池堤防財產上之權利者，任何人為公共福祉，當然負有忍受之義務。即會成為貯水池破壞、決堤原因之使用行為，在憲法、民法並不受合法財產權的行使之保障，而應謂在民法、憲法行使財產權保障範圍之外。從而即便以條例禁止、處罰此種行為，並不能說是抵觸、逾越憲法或法律，又前述條項所規定之事項，無可認為既有規定之法令存在，因此不能認為有違憲或違法。且本條例第九條雖定有罰則，其未違反憲法第三十一條，亦為本院判例之趣旨（昭和

三十一年（あ）第四二八九號，同三十七年五月三十日大法庭判決，刑集十六卷五號五七七頁）。

又，根據情況，因特定或若干地方公共團體之特殊情事，國家以法律為統一規定，有困難或不適當時，由各該地方公共團體制定其條例，屬便利且適當。誠如本件，貯水池之保全問題，可謂正是適於此種情形。

因此，本條例並非違反憲法第二十九條二項，就不得以條例規定事項為規定，與此為不同判斷之原判決，應謂係誤解憲法前述條項。

二、其次，原判決雖認以條例強制限制或停止權利之行使，不僅應該補償權利者之損失，但本件卻無給予補償之跡象，此亦係本條例難以適用於被告等理由之一。惟誠如前述，本條例係為防止災害，維護公共福祉，雖然其第四條第二項就使用貯水池堤防之財產上權利行使，為顯著限制之規定，終究係在防止災害，維護公共福祉上，社會生活中不得已之措施，此種限制應認為持有使用貯水池堤防財產權者，理所當然必須忍受的責任和義務，解

為不需憲法第二十九條第三項之損失補償，應屬妥當。此點原判決之判斷，不僅在前提上錯誤，終究不免有誤解憲法第二十九條第三項之違法。

三、綜上所論，原判決誤解憲法第二十九條第二項、第三項，以之為前提，認為本條例第四條、第九條其效力不及於被告等人，而為被告等人無罪之判決，不免失當，此論點誠屬有理由，原判決應撤銷，本件應發回原審。

本判決，除法官入江俊郎、垂水克己、奧野健一之補充意見，以及法官河村大助、山出作之助，橫田正俊之少數意見外，依法官全體一致之意見而為之。

法官入江俊郎之補充意見如下：

吾人雖與多數意見同調，謹就本條例與憲法第二十九條第二項之關係及本條例制定在憲法上之根據暨本條例與憲法第二十九條第三項之關係，表示補充意見：

一、憲法第二十九條第二項規定，財產權之內容以適合公共福祉，依法律定之。然同條第一項規定，財產權不可侵犯，即宣示所謂財產權不可侵犯之原則。財

產權不可侵犯係近代民主主義國家基本人權保障上，被視為極重要之原則，但凡基本人權之享有，應適合公共福祉，此為憲法第十二條、第十三條所明示，縱謂財產權不可侵犯，其亦非絕對無限制，財產權內容應適合公共福祉，憲法第二十九條第二項確將此理明文化。故此之所謂財產權內容，是指各個財產權具有何種性質，權利者在何種範圍、程度對其財產有支配權等，可謂係各個財產權本身一般內在之內容，同條項即是把如何制定財產權本身內容做為問題。故應解為並非如何去制定財產權本身內容，而是規定人之權利、自由之享有為如何限制。依該規定之法律效果，使財產上權利之行使受到限制，此非憲法第二十九條第二項的問題。例如，因自由放任享有人之權利、自由而發生之事態，與公共福祉不相容時，為公共福祉，而為防止、除去該事態所為之規定，受其適用者因之縱然使財產上權利之行使受到限制，此並非規定財產權本身之內容，應謂係，已規定內容之財產權，其行使、實現其內容方面，受到限制。因此，綜觀本條例第四條第二款，同條項不問是否為

有使用貯水池堤防財產上權利者，對任何人都可適用，因此，持有貯水池堤防使用財產上權利者，雖然其財產權之行使幾乎全面受到禁止，然此為防止災害於未然之社會生活上不得已之需要所致，就如同多數人的意見，持有貯水池使用財產上之權利者，任何人為了公共福祉，當然負有忍受的責任和義務。故，同條項是為防止、除去與公共福祉不相容之事態，在防止災害上，不得不予禁止，造成貯水池破損或決堤原因之同條項所規定的行為，係對任何人均禁止，並使負有不作為義務之規定。因此，有使用堤防之財產上權利者，其權利之行使縱受有限制，亦僅屬前述規定之法律效果。如此，依前述說明就憲法第二十九條第二項之法義，前述條項不得以此解為係同條項所定財產權內容之規定，前述權利限制之程度，縱如本件如此明顯，此理亦不應有不同的結論。據此，將本條例第四條第二款以為該當於憲法第二十九條第二項之原判決以及上訴趣旨，均無法認為妥當。

如此，成為問題者為：似此制定條例以限制人之權利、自由，是否違反憲法。按憲法第九

十四條規定：地方公共團體有管理其財產、處理事務、並有執行行政之權能，在法律之範圍內可制定條例。地方自治法第十四條第一項規定：普通地方公共團體以不違反法令為限，就同法第二條第二項之事務得制訂條例。又同條項之事務雖是指公共事務，委任事務，行政事務，但此之所謂行政事務係指在地方公共團體區域內委任事務以外之行政事務，而不屬於國家事務者。其在事務之性質上，以限制人之權利，自由者較多。因此，普通地方公共團體於執行其行政時，必要時，以不違反法令為限，作為行政事務，得限制人之權利、自由，因此亦得制定貯水池條例，此應謂係基於憲法第九十四條地方公共團體之權能，地方自治法第二條，第十四條第一項、第二項之規定即係承其趣旨而為之規定。因之，就各個貯水池事務不需法律特別委任、授權。當然，所謂以不違反法令為限，並非謂在既存的法令上，就基本人權之限制，尚未為規定為限，地方公共團體即可就基本人權，為任何限制。因為既存法令未為任何特別限制，即係擁有自由享有其基本人權的法律秩序早已成立。但

享有基本人權必須符合公共福祉，為憲法第十二條、第十三條所明示，照此等條項而觀，顯然不能與公共福祉相容之本條例第四條第二款所禁止之行為，難認仍得自由為之之法律秩序早已存在，且應認既已規定前述條項所規定事項之法令亦不存在。並且，雖就如多數意見：本條例第四條第二款所禁止之行為，不論在憲法或民法，均不以為是合法的財產權行使，並受到保護，而是在憲法、民法所保障財產權行使之範圍外。此並為似此財產權之行使，為維護公共福祉所為之限制禁止不違反憲法的根據。惟如憲法有認為其未必以法律定之事項，即能解釋成不需法律或法律委任、授權之根據，吾人實難認同。不過，誠如前述，本條例第四條第二款並非該當憲法第二十九條第二項之情事，而應謂係以憲法第九十四條，地方自治法第二條，第十四條第一項、第二項為根據之行政事務條例，因之，解為不以法律特別授權、委任為必要。

因此，本條例並非違反憲法第二十九條第二項，規定以條例不能規定之事項，且是憲法上合法所制定。與此為不同判斷之原

判決，應謂有誤解憲法前述條款之違法。

二、憲法第二十九條第三項所指之為公共所用，並不僅限於所謂公用徵收和公共使用，應廣泛的解為為社會公共利益，利用私人財產權之情形（包括剝奪，限制，使用之情形）。對此，同條規定需有正當的補償，其想法之根據為：為社會公共利益而犧牲個人財產，社會全體就其個人財產上之犧牲，享受利益，社會全體補償其個人損失，乃符合社會正義。似此，憲法第二十九條於規定私有財產不可侵之同時，在為公益而犧牲私益之情形，給予正當的補償，企圖調整公益與私益，藉此謀求社會正義之實現，此方是所謂真正「正當的補償」。此意味著綜合考察具體的實情，從社會正義之觀點認為合理之範圍程度予補償，未必要補償損失全額。又，其法意為：若有財產權的限制，雖擁有該財產權之任何人互相間均需從其限制，但應解為為維持社會公共秩序、安全，屬理所當然之社會責任和義務時，從來自其它社會正義之要求觀之，無法找出應為正當補償之理由，在有充分、合理

之理由時，立法政策上問題，另當別論，解釋上並包含憲法上無必予補償之趣旨。且本條例第四條第二款的情形，正是該當此情況，對此，憲法第二十九條三項之補償損失解為係非必要，與多數意見其結論相同。

但，吾人所謂補償非必要，就本條例實施後之限制，固屬妥當，然就本條例實施前持續在貯水池堤防上耕作者，從實施後因被禁止耕作，不得不除掉、廢棄從前之竹木、茶樹以及其它農作物，或為栽植而實際準備之樹苗，不得不將它廢棄時，因此產生之損失，解為完全不予補償仍有疑問。抑或本條例第四條第二款的規定雖非不能視為只禁止本條例實施後同條項所定之行為，但同條項如做此解釋，則以前種植的竹木、茶樹及其它農物植栽之狀態持續下去時，依本條例趣旨而觀，即該當於第四條第一款或第三款，仍不能不將之除去、廢棄，雖如多數意見：本條例第四條所禁止之行為，係為公共福祉所不得已，持有財產權者互相間應有忍受之義務。但此須以條例明確制定此種法秩序後，始可發生，未有任何限制規定時，該等行為應屬自由放任。從而，吾

人以為在本條施行前，即已種之竹木、農作物不得不予除去、廢棄者，更具體考量其事情，雖以前法律上放任此等行為，本不待條例規定，即具明顯反社會性，以無相當理由可認為係權利濫用為限，因此而生之損失，吾人以為似仍應根據憲法第二十九條第三項給予適當的補償。

尤其依此而論，有應予補償而不補償之所謂違憲，但不能僅因此認本條例第四條即違憲、無效。在該補償而不補償，並制定限制財產權之規定時，依其規定之內容如何，以其規定本身而被認違憲、無效之情形固有之，但就本條例而言，第四條的規定本身，徵諸其宗旨係適法之規定，縱缺少補償之規定，亦不應認屬違憲、無效。因此，吾人以為：在此情形下，主張必需補償之當事人，應解為直接依憲法第二十九條第三項即可為正當補償之請求。或有謂法律或條例未有損失補償之規定時，即不能請求，但吾人認為：在憲法上有補償必要時，以法律或條例為規定，事屬當然，然若未為規定時，仍應可直接根據憲法第二十九條第三項請求補償。向法院提出訴訟時，法院應就何者為妥當之補償予以

審理、判斷。此種解釋，吾人以為係符合制定保障基本人權之憲法精神所在。

法官垂水克己之補充意見如下：

一、本條例罰則之解釋應解為：本件唐古池所在大和盆地與其周邊地方因缺乏水源，自古以來，貯存雨水和貧乏河川水之貯水池很多。此係用以確保灌溉用水之最後寄望，乃公知之事實。此種水池甚多，為防止破損、決堤造成非特定多數人之受害為目的而制定本條例。

本條例以之為犯罪而禁止之行為係「在貯水池堤防上種植竹木或農作物，及設置建築物以及其它工作物（貯水池保全上必要之工具除外）之行為」（本條例第四條第二款）以及包括同條第一款之「為造成貯水池破損、決堤原因之行為」（同條第三款）。

此之所謂「為造成破損、決堤原因之行為」係指經長期下雨、豪雨、地震，加上其它事件，有造成貯水池破損、決堤之虞之行為（抽象的危險）。似不包含無此之虞的程度、狀態下，在堤防上種植少許農作物（例如二、三株小蕪菁）。又，在無破壞貯水池之虞之情況下，如在堤

防設置貯水池使用上必要之排水壓縮機、水災警戒警報小屋，救生艇小屋等，似亦不包含在內，在貯水池堤防上栽培茶樹已八、九十年，到目前為止無造成貯水池破壞、決堤之跡象，似此情況，以茶樹的栽種為限，縱本條例實施後繼續栽培，吾人以為似尚未構成本條例之犯罪。

二、對地方公共團體之附罰則條例制定權，雖私見與多數意見不同，但結論則相同。憲法揭示：任何人如非依照國會制定之法律，不能科以刑罰之原則（第三十一條）。另一方面，對以行政權制定刑罰法令則為嚴格限制：「內閣執行左列事務」、「為執行本憲法及法律之規定，制定政令，但，政令除該法律有特別委任外，不得規定罰則」（憲法第七十三條第六款）。基此，國家行政組織法第十二條亦規定「各大臣……為執行法律或政令，或基於法律或政令之特別委任，得發佈命令（總理府令或省令）」（第一項）。並規定「前述命令如未有法律之委任，不能有制定罰則、課以義務或限制國民權利之規定」（第四項）。

即因政令是為執行憲法或特

定法律所制定之附屬物，其罰則除該特定法律有特別委任外，以不能制定為原則。命令（總理府令以及省令）亦僅係為執行法律或政令或基於法律及政令之特別委任才能發佈，其若未有法律的委任，不能制定罰則、課以義務、或設限制國民權利之規定。

惟，憲法第九十四條規定：

「地方公共團體，……在法律範圍內，得制定條例」，未如依行政權制定刑罰法令時加以嚴格限制，只要「在法律範圍內」即能制定條例。此之所謂條例，並非謂排除其罰則趣旨之規定（如憲法第七十三條第六款但書），從憲法第九十四條，同法第三十一條正當手續之規定，亦無法獲得該趣旨。蓋條例與政令、命令不同，是經由普選之議會本於公開辯論，依民主方式制定，因此被解為只要「在法律範圍內」即可，應合乎憲法精神。按諸「僅適用於一個地方公共團體之特別法，法律之制定時，未得其地方公共團體住民的投票超過半數之同意，國會不得制定之」（第九十五條），可窺知憲法對地方公共團體全體意見之重視，憲法實期待地方公共團體不是萬事依賴國會，而是基於民主的獨立自治



之精神，以自己之手，為了自己而自治。

惟憲法第九十四條所謂「在法律範圍內」究屬何指？或以為係國會制定之法律（或基此之前述命令）為犯罪行為（例如：輕犯罪法所定之罪）在條例不得為犯罪，不包括如把基於法律之法定刑，以條例變更為較重或輕之刑（此為違憲）。但法律（及前述命令）認為是輕的違法行為，或依其地方之事情，視為放任之行為，以條例為處罰則可謂「在法律範圍內」。

總之，地方自治法第二條第二項、第三項所規定之一般地方公共團體之各項事務，同法第十四條第一項、第二項、第五項雖認許一般地方公共團體有以條例制定罰則規定之權限。但認許該權限之前述地方自治法之規定（尤其是第二條第三項各款只不過是概括例示），對一般地方公共團體條例制定權於依行政權之罰則命令制定權，並未為嚴格的限制。該規定與其謂係條例之委任規定，不如說是訂定廣泛的「法律之範圍」之規定。

### 三、是否違反憲法二十九條？

本條例係訂定憲法第二十九

條第二項所謂財產權之內容：

本條例應依吾人前揭一、所述為解釋，又，本條例縱未就其他應屬奈良縣或第三者占有、使用堤防為規定，憲法所謂財產權之概念，吾人以可認為包含私法上持有貯水池之所有權、使用權者，在貯水池的堤防部份種植竹木或農作物，以及設置工作物，即為使用堤防之觀念。若此，以嚴禁使用貯水池堤防部份為限，本條例削減彼等財產權內容之部份，當無疑義。

本條例是否將堤防做為公共使用：

凡人就某物使用、收益、處分之權能，依其物之性質、狀態如何，而有其差異。對有造成人（權利者本人或他人）或物損害之虞之危險物的所有者、使用權者等，應負有不造成該損害而占有、使用、收益、處分之社會責任，此為符合人類社會道理之法。因此，物之所有者當然應忍受某種程度之不利益，為達成此責任與社會道理，該不利益，可謂自始即存在於危險物的所有權裡。此較之「私有財產在正當的補償下供公共使用」（憲法第二十九條第三項）和「財產權的內容應符合公共福祉，以法律定

之」(同條第二項),為更前面之問題。例如夜間公路上,汽車使用者在車體之後,非開紅色燈不能駕駛汽車之規定,對使用者之使用確實一部份受到禁止,但此為不讓他人之汽車、生命、身體或一般的交通遭受損害,同時,也在防止自己之汽車因受追撞而害及自己之生命身體之危險,整體而言,與危險物駕駛者當然應忍受之財產權限制是相同的。在超過一萬三千個貯水池此種特殊情況下之奈良縣,如果縣議會把貯水池當作危險物,難謂有誤。

因本條例禁止「為造成貯水池破損、決堤原因之虞之某行為」之規定,使貯水池下流區域之住民,免於其身體財產因貯水池破損、決堤蒙受損害之虞。同時,因此使貯水池的所有者,具有對屬自己權利客體之貯水池因破損、決堤進而不能利用池水,彼等所不希望發生之直接、間接損害得以避免之利益。以此考量,「屬於法律之範圍內」之本條例罰則規定,可謂「雖包含限制貯水池堤防使用權趣旨,但為符合為公共福祉而訂定財產權之內容」,又,雖亦可謂「本條例所禁止之行為屬憲法上權利濫用」。但吾人以為:本條例所禁

止貯水池堤防部份之部份使用,是以危險物為標之物之財產權,在道理上當然應受內容限制(不能說結果僅對該所有者本人不利),自始即不符合憲法第二十九條第三項之「供公共利用」應予「補償」之情事。

法官奧野健一之補充意見如下:

限制或剝奪私有財產權,必須有法律根據,為憲法第二十九條解釋上不容置疑。蓋同條第一項規定財產權不可侵犯之同時,在第二項規定為符合公共福祉而限制財產權內容時,必須以法律規定之,且,同條第三項為規定因公共利益而剝奪財產權等限制財產權之最大情形,當然應解為此等事項必須以法律規定為前提。從而應解為:為限制或剝奪財產權,需依法律或基於法律委任之命令。(民法第二百零六條的所有者在「法令的限制內」有自由使用、收益及處分權規定之趣旨,亦應解為在法律或依法律委任之命令之限制內。當然,民法前述條文,一般上,不應解為可以委由法律以外之法令以剝奪或限制所有權)。因此,地方公共團體以條例限制或剝奪財產權時,應解為非基於法律的委任,

不得為之。蓋，條例和法律當然不能等同視之，因憲法第九十四條定有地方公共團體在「法律範圍內」得制定條例之意旨，且誠如前述，憲法第二十九條既已規定限制或剝奪財產權時必須依據法律，應謂該等事項係由法律所占領的法律事項，應無條例得以直接規定之餘地。從而，應解為：非基於法律之委任，不能以條例直接剝奪或限制財產權。

且依地方自治法第二條第二項及第三項第一款之規定：地方公共團體應將「維持地方公共秩序，保護住民以及滯留者之安全、健康及福祉」，以及同第八款「實行防災工作」做為事務處理之。雖依同法第十四條第一項定有就該等事務可以制定相關條例，但不能解為因有前述各項規定，認為：為處理前述事務之必要，即把剝奪、限制一般私有財產權之事都委諸條例。此與依同法第二條第三項第十八款、第十九款等所規定：私有財產權之限制，私有財產權之使用或徵收時，必須依「法律所規定」乙節對照，應易受肯認。

惟，本件奈良縣條例三十八號（昭和二十九年九月二十四日公佈）之所以於「貯水池保全條

例」第四條第二款禁止「在貯水池堤防上種植竹木或農作物以及設置建築物或其它工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）」，在同條例第九條之所以予違反前述禁止規定者給予處罰，無非是此等行為為貯水池破損、決堤原因之行為。就第四條第三款規定「除前各款所示之行為外，為造成貯水池破損或決堤原因之行為」，前述二款的行為只是例示趣旨之規定，甚為顯然。（是否因所種植竹子、農作物毛根腐蝕，為貯水池破損、決堤之原因，應該屬立法者的判斷做決定之立法政策事項，非法院應置喙之事項。）且，因貯水池的破損、決堤會給該地方帶來很大的災害，當然亦會嚴重危害公共秩序、住民的安全、福祉。此行為，縱為貯水池堤防之所有者，亦難謂係被允許之合法權利行使，顯然應判定屬於權利濫用。從而，禁止、處罰此種行為，並非為公共福祉而限制原來合法財產權之行使，實為禁止對公眾予巨大危害之權利濫用行為。權利濫用並非憲法所保障，依同法條甚為明白，從而亦不受同法第二十九條之保障。又，依民法第一條，亦不允許濫用財產權。

故，本件造成貯水池破損、決堤原因之行為，在憲法、民法並不以之為適法財產權之行使予以保障，應謂係在憲法、民法保障範圍外。從而為處理地方自治法第二條第二項之事務，縱以條例禁止、處罰該行為，亦不抵觸、逾越憲法或法律，可謂是在法律範圍內之條例。據此，應解為地方公共團體禁止此等行為，縱無特別法律之委任，亦得依條例為之，且禁止此種濫用權利之行為，並非非予補償不可。此外，處罰違反前述禁止規定者之條款，係依地方自治法第十四條第五項所受委任之罰則規定，當不違憲。

據上理由，本件條例第四條第二款以及第九條之規定不能謂為違憲。因此，對本件堤防擁所有權以及其它權利者，據此而使用堤防、在堤防栽種者，認前述條例對之不發生效力，判決被告等無罪之原判決不能免予撤銷。

法官河村大助之少數意見如下：

憲法第二十九條第二項是規定：「財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之」。前述規定所謂的訂定財產權內容，含有就

既存之財產權將來予以新的限制之趣旨，實不容置疑，但「法律訂定」之法律，是否僅限於形式意義之法律意旨，即是否也包含命令、規則、條例等意旨仍有問題。但鑑於憲法前述規定，在私有財產制度之下，承受具有極重大意義之財產權不可侵犯原則宣言之第一項規定，雖然為公共福祉，容許前述限制財產權內容，但有必要儘量做嚴格的解釋。因此，前述所謂法律是指國家制定的法律，憲法可解為：就財產權之內容，原則上應依民法或其它國家法律，統一規定。

惟依照情況，其規制具體內容之一切，直接以法律定之，可能有不合實情、不適當之情形，甚為顯然，就此情形之特別事項，解為憲法容許法律就此特定事項之限制得委由命令、規則或條例，應屬妥當。從而就財產權之限制，地方公共團體所制定之條例，只不過於基於法律特定事項之委任時，始能相當於國家制定的法律。（尤其就所有權行使自由之限制，在舊憲法下，民法第二百零六條：「所有權於法令限制內，有自由使用收益及處分其所有物之權利」規定中之法令，有力見解為只限於法律及基

於法律之命令，應合併予以考量。）例如，除去、減輕地方公共團體公害之必要上，不僅在海面，連鄰接海面之私有土地亦為禁止採取砂土，認為地方公共團體以條例限制為妥當時，法律就該特定事項，規定委由條例訂定，即屬此例。

本來，憲法第九十四條承認地方公共團體之條例制定權，但前述規定亦顯示，其只不過在法律之下，法律所承認的範圍內被承認，條例其效力低於法律，當然不得違反法律。從而，憲法容許以法律就私有財產權內容之限制，除非法律有特別授權外，應謂不允許以條例為之。

又，地方自治法第十四條第一項雖規定：一般地方公共團體以不違反法令為限，得制定同法第二條第二項所定行政事務等之事務條例。但誠如前述，憲法特別規定以法律規定為私有財產權內容之限制應解為，並不屬於前述所謂地方公共團體的行政事務，也不包含在其權限中，故應解為除有特別法律授權外，不能以前述規定為根據，解為得以條例為前述限制（又，同法第二條第三項第二款之限制貯水池、堤防等之設置、管理、使用權之規

定，於本件地方公共團體無管理權之私有貯水池，解為無其適用應無疑義。）此點，就同法第二條第三項第十八款以及第十九款規定：為一定目的所為公用限制或公用徵收，特別規定「依法律定之」而觀，更易理解。同項第一款之「維持地方公共秩序，保護住民以及滯留者之安全、健康及福祉」及同項第八款「執行……防災……」之規定，僅係同條第二項之一般地方公共團體應處理事務之各個例示。與執行該事務時，不待特別之法律授權是否能為私有土地之公用限制或公用徵收，毫無關係。此點，對照前述第十八款以及第十九款之各規定，甚為顯然，且依本件施行當時之同法第一百六十條規定：因非常災害有必要時，市町村長得使用或徵用他人的土地、物品，及市町村必須補償全額損失；又建築基準法（昭和二十五年法律二〇一號）第三十九條規定：指定為海嘯、漲潮、出水等顯然危險區域或災害地區，及在前述區域內為防止災害上所必要之建築限制、禁止等，以地方公共團體之條例定之。由此規定而觀，憲法第二十九條在解釋上，為防災等之所有權公用限制或公

用徵收，原則上需直接以法律規定，根據條例等其它法規範之規律，僅在有特別之法律授權時，始容許之。即，以前述地方自治法第二條第二項、第三項第一款、第八款例示規定，無法獲得地方公共團體可以條例限制私有財產權之結論，極為明確。

然本件奈良縣「貯水池保全條例」第四條第二款禁止「在貯水池堤防上種植竹木或農作物或設置建築物其它的工作物之行為（貯水池保全上必需之工作物除外）」，在第九條規定「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。前述規定雖是全面禁止行使堤防所有權的規定，實質上等同課以剝奪所有權之限制（原判決傍論以為：為本件之目的、限制，縣府有必要根據土地收用法，事先就本件土地取得管理權限，值得考慮。）且，前述禁止規定係不問貯水池屬何人所有一律適用，前述條例第三條裡雖規定，國家或地方公共團體管理之貯水池，僅特別規定第五條到八條之規定，不予適用，顯然的對第四條未設任何的除外規定。惟前述條例之用意雖在第一條明定：為了防止貯水池的破損、決堤等災害於未然，但縱是為防止

災害之需求，禁止所有權行使之合理性僅限以法律限制，誠如前述，以非基於法律委任之條例，仍不被認許。若此，本條例第四條第二款及第九款於本件縣府不具管理或使用權之私有堤防地（根據第一、二審判決認定、確定之事實，本件堤防地應視為居住在大字之農家所共有或共同共有物，被告等使用堤防地是依前述土地所有權而行使。），解為可適用，應認係違反憲法第二十九條第二項及第三十一條而為無效，就被告等之行為適用前述條例規定予處斷，應不被允許，結果，原判決之判斷為正當，本件上訴應予駁回。

法官山田作之助之少數意見如下：

本件成為問題之關於貯水池之奈良縣條例係抵觸規定保障財產權之憲法第二十九條，吾人贊成視為違憲之原判決，其理由如下：

一、現行憲法就私有財產制度之規定與明治憲法不同，高度的保障其不可侵性。首先憲法第二十九條第一項宣言：「財產權不得侵犯」，和授予法院違憲立法審查權之同法第八十一條之規定相

輔相成，保障縱有國家權利（包含立法權）亦不能侵犯財產權。本來憲法第二十九條第二項規定：「財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之」，從而，勿論在制定新的財產權內容，或在變更或限制既有認定財產權內容時，應以法律為之，且必須符合公共福祉，此應謂係憲法明文之要求。然而，在和同條第一項之關係上，不論有任何公共要求，或不論縱依法律，侵害財產權其本質內容（例如剝奪權利、或全面的否定其效力，從承認私有財產制本身及前述第二十九條第一項之明文，及由憲法整體所示其規定精神而言，應解為不被允許。

二、似此，縱以法律制定亦不得侵害私有財產其本質上之內容。因此，為公共利益，於需強制有限度的限制財產權之內容、或其作用或某程度侵害其本質，但有剝奪財產權本身使用之必要時，憲法規定需以法律並予相當補償為條件，且需從其法律之規定。同條第三項規定「私有財產在正當的補償下」得供公共使用，顯係表明此一趣旨。若此，就該當財產權一律加以限制或訂定其內

容之時，誠如前述，要依法律方可為之，只對特定人或比較特定少數範圍之人，有限制其所有財產權本質上的內容，如有喪失其效用、加以負擔或限制必要之情形，基於本條項只有在法律之下，且予以相當的補償為條件，始可為之。應謂憲法上是不允許一個地方公共團體僅以其制定之條例即就私有財產權為限制，或限制特定少數人所擁有之私有財產之效用。（而且是在本質上全面禁止使用的程度）。

三、回顧本案，依一審及原審所認定，本件貯水池位於奈良縣磯城郡a町大字b，通稱為唐古池，僅該堤防用地即有六反四畝二八步，水池受益面積廣及三〇餘町步的大水池（其挖掘的起源雖不詳，在記錄上可知是在五百年前就存在的水池），屬於前述居住在大字b的農家共有或共同共有，前述周圍堤防地六反四畝二八步是前述唐古居住者二七人，自祖父時代起即持續栽種竹子、果樹（桃子、柿子）茶樹及其它農作物。本件被告等之前述栽種面積，可認定被告C是其中一反一畝二步，同D是其中七畝二二步，同E是其中二五步。（又依記

錄，該堤防上的耕作慣例，早已為部落民所認許，其耕作權在部落間買賣、讓渡亦被允許，各耕作權者依照其使用面積大小，貢獻不同額度予部落，而繳予其代表之總代，因此被告F其年貢為五、六百元，就該耕作地，昭和二十九年度，靠柿子、茶等等，可知年收額有五、六萬元。

四、然，本條例（奈良縣條例三十八號，昭和二十九年九月二十四日公佈貯水池保全條例）於其第四條規定「不得在貯水池堤防上為種植竹木或農作物或設置建築物及其它工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）」，第九條規定「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。因此，如該規定適用於被告等即成為剝奪本件條例制定前，自祖父時代即有本件堤防地之前述耕作權（應可謂為一種永佃權），且不得不除去、廢止從祖父時代做為茶園、果園所種植的茶樹、柿子樹等。此可謂在刑事制裁強制下，接受無補償的沒收。其不被允許已於前面各項做說明，其理自明，原審認定本條例有抵觸憲法第二十九條之違憲，在結論上可謂妥當。

五、又，地方公共團體所制定之條例，並非在法律之外，可和法律並存之法規，其只不過是在法律下、法律範圍內允許其存在。此依憲法第九十四條規定「地方公共團體……在法律的範圍內得制定條例。」觀之，甚為明確。又如前述，訂定私有財產權之內容時（新的設定外，包含對於既存者限制其內容或作用，已如前述），依憲法第二十九條第二項明文，既然規定應基於法律，則私有財產的設定、限制，係條例得規律範圍外之事。惟，本條例並非以直接規定新的財產權內容為目的而立法，只因其規定之內容，變成全面否定前述被告等從祖父時代即有之本件耕作權。實質上等於剝奪特定人之私有財產權，正是侵犯僅保留為法律規律之事項。本件條例既無特定法律之授權存在，其為違憲無效，該觀點亦甚為明確。

六、又就多數意見，擬加一言：

1. 多數意見亦認為「本條例第四條第二款係就貯水池堤防之使用加以限制，對有使用貯水池堤防財產上之權利者，其使用幾乎為全面禁止，結果不得不謂係對前述財產上權利加以明顯限



制」。另外，似本件之私有財產權（且是一部份少數特定人所有之本件類似永佃權之耕作權），其全面的限制禁止使用時，卻以無需根據法律，得以條例為之之理由，係為事前防患貯水池決堤、破壞產生之災害於未然，社會生活上不得已之必要規定，有使用貯水池堤防財產上之權利者，為公共福祉當然負有必須忍受之責任和義務，此種權利行使是已被認係在憲法保障的財產權行使範圍之外，是不值得保護，可推知係以權利內在性本質論以尋求其根據。

然憲法之所以特別在第二十九條第二項規定「財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之」，是因表明財產權如同所有的權利，隨著社會作用的變遷或基於公共福祉的需求，應得對其內容、作用加以限制，同時，依前述變遷、需求訂定財產權的內容、行使作用。作為憲法明文規定要求其限制必須以法律定之，應謂具有其意義。若此，權利有應全體社會之需求，或為公共福祉而致變化其內容，或受限制之本質的內在性，以之為理由，解為在某種情況，非依法律規定，得以地方公共團體所制訂之條例

為財產權限制，此論理之飛躍，難以首肯，且應謂係違反憲法第二十九條第二項之明文。

2.又，如本件依多年慣行所設定類似永佃權之耕作權的土地所有權，對土地所有者而言，已成沒有任何權能之空的所有權，此點，為土地所有者之多數部落民和其中數位擁有耕作權的被告等，異其利害，不能因其他土地共有者之部落民一致支持本件條例，即認被告等有濫用權利。

3.又從事實問題來思考，在所謂的貯水池中，在平原地區屢屢可見，係在平坦土地挖掘一部份而成。似此貯水池，其所謂堤防，很多是與堤防連著之田地幾乎等高，故不能認為堤防本身有潰決般之危險。在本件，依原審認定之事實，被稱為堤防用地部份面積有六反四畝二八步，從祖父時代即種植茶樹、柿子樹等迄現在。只因其地目為堤防，即認定有潰決之虞，以之為前提之議論，實難認許。（又依記錄所付現況照片，本件唐古池是在平坦土地上挖掘的水池，其堤防和連接農田之間，幾乎看不到土地的高低之差，所謂堤防的部份，不僅被認為是在水邊耕作之美觀茶園等耕地，且依記錄可知唐古池

的堤防到目前沒有發生過潰決的事跡。)然把貯水池堤防上的耕作權，當作是濫用權利或者在公共福祉上不值得保護的權利，把被告從祖父時代傳下來，祖父時代即支付年貢，平穩公然持續耕作之類似永佃權之本件耕作權，當作如同不值得保護之不合法的耕作權做處理，就此，不根據法律僅依條例，且以為在沒有補償的情況下得予禁止耕作，當然不應被認許。

據上理由，原判決認本條例違憲，洵屬正當，以非違憲為理由之本件上訴，應予以駁回，亦屬妥當。

關於上訴意旨第一點，法官橫田正俊之少數意見如下：

1. 憲法第二十九條第二項規定：財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之。前述所謂以法律定之，應解為：財產權內容應基於多數國民的意思，儘可能對全體國民為一致且平等而制訂。因此制定其內容之法的規範，就其制定手續最符合前述宗旨，效力最普遍，且強而有力的法律，即規定僅國會制定法才能制定斯旨。

本來就規定財產權之內容，

為配合地方之實際情事，像目前在法律可見到依照慣例之規定（例如關於入會權之民法第二百六十三條、第二百九十四條，有關所有權限制之民法第二百十七條、第二百十九條第二項、第二百二十八條、第二百三十六條等），法律本身未直接為規定，而委由其他的法規範決定，特別是將財產權內容為限制之規定，被認為是適當時。在此情況，憲法第二十九條第二項解為並無禁止基於法律特別的委任之其它法規範為規定。如以民法某些規定來看此種關係，民法就財產權中之物權，於第一百七十五條裡明確的規定：物權除本法以及其它法律所規定外不得創設，同時，為物權大宗之所有權，於第二百零六條規定：所有權者在法令限制內有自由使用、收益以及處分其所有物之權利。但前述所謂「法令」，被解為是指依照法律以及其特別委任所制定其它法規範，又第九十一條規定：法律行為之當事者為異於法令中無關公共秩序法令規定（所謂的任意規定）之意思表示時，從其意思，由此可知，依法律行為產生之財產權，尤其是債權的內容，在第一個意義上是當事人之意見（與

習慣有關），在第二個意義上是依任意規定所決定之反面，其內容違反公共秩序法令中之公秩序規定（所謂的強行規定）時，其效力顯然應被否定。前述所謂「法令」亦被解為係法律及基於其特別委任所制定其它法規範之意思。如上，為了符合公共福祉，不論在積極的訂定財產權內容，或就其在基於各種政策上的考量訂定為限制此等規定，全部應依法律自體或者基於法律之特別委任所制定之其它法規範，此為憲法第二十九條第二項之法意。

2.就與條例之關係而觀，憲法第九十四條明訂：地方公共團體除管理其財產，處理事務外，有執行行政之權限，且在法律範圍內得制定條例。又，地方自治法第二條第三項亦明定：地方公共團體要維持地方公共秩序，保護住民以及滯留者的安全、健康及福祉，並處理其它同項各款所揭示的事務，同時，在同法第十四條規定：以不違反法令為限，得制定有關前述事務之條例（除法令有特別規定者外，條例中對於違反者，得設罰則）。據此規定，在新憲法下，因尊重地方自治之原則，而確立地方公共團體

之自治立法權，此誠如檢察官所論。但依前述諸規定本身，顯然的，地方公共團體條例之制定，只限於法律容許之範圍，且不得違反法令，憲法第二十九條第二項及與此相關連法律各種規定之趣旨，既為如前述解釋，強調自治立法權之餘，誠如檢察官所論述，如國家係用法律始能規制財產權，當然不能謂地方公共團體得以條例規定為其限制，亦不能以地方自治法之諸規定或前揭民法第二百零六條等之「法令」為根據，認為限制財產權內容之條例係法律一般認許或委任，總之，為決定財產權內容或限制其內容所為之規制，是專保留予國家之事務，僅法律始能為之，條例除基於法律明確之委任外，不能為之。

3.惟反顧思之，財產權之內容及其行使，基於如同前述政策上之考量，除依法律規定受到限制外，亦不能忘記需服從權利本身之內在限制。即憲法上，憲法給予國民保障的自由以及權利，國民不得濫用之。國民負有為公共福祉而利用之之責任（第十二條），國民之權利，在立法及其他國政上必需予最大之尊重，亦以不違反公共福祉為限（第十三

條)，且民法上亦以私權應尊重公共福祉，權利行使應依信義、誠實為之，權利不得濫用等（第一條）。因此，財產權除服從基於政策考慮諸法律規定之限制外，亦應服從權利其內在如前述之限制。從而，在前述限制之範圍內，以法律得對形式上被承認為財產權內容及其行使之行為為各種限制，當然可為之；同樣之限制，為維持地方公共秩序，保護住民等安全、健康及福祉，亦得以條例為之。此條例以不逾越上述範圍為限，僅在法律之範圍內，則並非違反法令，但逾越前述範圍時，不僅違反法令，同時也不免於違反憲法第二十九條第二項及第九十四條。所論引用之各種條例，基此觀點，應判斷其為合憲。

4. 據以上之觀點，關於貯水池之本條例，如原審判決，考量是否違背憲法而言，本條例係以防止貯水池破損、潰決而造成之災害於未然，規定管理貯水池之事項為目的（第一條），並規定不問任何人均禁止為第四條所揭示之行為，違反者則處以三萬元以下罰金（第九條），應解為係依地方自治法第二條第三項第一款、第八款（執行防災）及第十

四條所制定，為本條例對象之貯水池，係供灌溉用之貯水池，緣堤高三米以上、受益農地面積一町步以上，原則上，包含所有在個人、國家、地方公共團體管理下者（第二條、第三條），第四條揭示之禁止行為中，第一款之「貯水池多餘水、溢流障礙之行為」及第三款「除前示各款所揭示者外，為貯水池破損、潰堤原因之行為」等，其縱作為所有權及其他財產權是得以行使，但反顧財產權內在如前述之限制，即不得認係正當行使權利，以條例禁止該行為，對違反者加以如上述之制裁，僅係在法律之範圍內，並未違反法令，不得謂為違反前述憲法之法意。然而，鑑於同條例第四條第二款所揭示之禁止，即「在貯水池堤防上種植農作物或竹木、為設置建物或其他工作物（貯水池保全之必要工作物之行為除外）」之禁止，為其對象之堤防包含私人管理之全部及該行為為行使財產權之全部情形在內，不問堤防面積之廣窄，且其禁止之內容等於剝奪對土地之使用、收益之大部分權能，及並無構成堤防之土地應解為不應為原來目的之使用之根據，因此，難解為僅係財產權內在限制

之範圍。

本來，前述第二款之規定，在與前述第一款以及第三款規定對照上，同款揭示之行為中，雖非無解為只以可能造成堤防破損、潰決之原因行為為對象之餘地，但如此，則此行為之禁止只要依前述第三款之規定為已足，第二款之規定根本無必要。第二款規定存在之理由應解為：一、從政策上的考量同款所示之行為，不問其內容為何，被視為會造成貯水池破損、潰決之原因行為（不允許反證），在形式上統一禁止。此種限制，只要對照剛才所說明，顯然如非法律委任，條例不能為之。縱然能察諒條例制定者的用意，係基於防災目的之意圖，又或應該儘量尊重條例制定者對於實際情況的認識，但前記第二款規定之限制，客觀的加以觀察，可以謂稍失慎重，其內容上則顯然過當。若為完成防災的目的，因前述三款的規定過於抽象，縱認竹木、種植農作物或設置工作物，有設特別規定之

必要，隨此規定而訂定取締之具體標準，或者，例如併行採用申報制度，申報之行為如認為會造成貯水池破損、潰決之原因時，知事可禁止該行為，同時，對於知事之處分不服，應採開放不服申訴之途等立法措施，對於國民之小本經營，不應予妨害，而應給予細心的關照。總之，對未有如所示特別用心考慮之前二款規定，只要貯水池堤防的土地是財產權之對象，即不得不判定係違反憲法第二十九條第二項以及第九十四條之規定而無效。

本件堤防（其面積達六反四畝二八步）不屬於國家或地方公共團體所管理，全然為私有財產權之標的，為原審所確定，因此就本件前述條例第四條第二款、第九條之各規定為違反憲法無效，認定被告等之行為不構成犯罪之原判決洵為正當，檢察官之論點無法採用。

據此，本件上訴，其它論點，勿庸判斷，顯為無理由，應予駁回。

## 五十四、請求撤銷宅地買收計畫事件

私有財產「為公共使用」之憲法上意義

最高法院昭和二十九年一月二十二日第二小法庭判決

昭和二十七年（才）六七九號

翻譯人：陳泱岳

### 判 決 要 旨

「依自作農創設特別措施法（扶植自耕農特別處理法）所為之農地改革，有如同法第一條明揭之立法目的所示者然，係基於使耕作者之地位安定，公平享有勞動成果而快速並廣泛地扶植自耕農，且為增進土地在農業上之利用，以之促進農業生產力之發展及農村之民主取向等公共福祉目的之必要而制訂。故即使依自創法買收之農地、建地、建物等出賣予申請買收之特定人，其乃基於以農地改革之目的，為公共福祉所必要而運用制訂之自創法之當然結果」。

### 事 實

原告（土地所有人）以被告（所在地農業委員會）違反自創法為由<sup>1</sup>，請求取消買收計畫。一審勝訴，二審敗訴，原告以本件之買收計畫係圖特定個人之利益，違反憲法第二十九條第三項之「為公共之利用」，提起上訴。

### 關 鍵 詞

<sup>1</sup>譯者注：依自創法第十五條第一項第二款「自耕農自取得所購農地之日起一年內，向政府申請買收有租賃權、使用借貸權或地上權之建地或有租賃權之建物者，於鄉鎮市農地委員會認其申請有理由時，政府應買收之」。本法係第二次世界大戰後，日本政府為扶植自耕農而制訂之法律，該法已於一九五二年廢止。其間之經過，詳參本選集「以事後法變更財產權內容之合憲性」判決內容。

## 主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

## 理 由

關於上訴代理人加藤龍雄之上訴理由第一點。

上訴論旨謂，認定本件建地之買收為合法之原審判決，誤解昭和二十四（1949）年第五三號最高法院判例，從而錯誤地違法解釋自創法第十五條第一項第二款。依原審認定之事實，關於本件之建地，買收申請人 A、B、C 有租賃權，D 有使用借貸權，四人均於該建地上建有住宅、農舍、牛舍等，並於距上述住家約二〇間（約 291 公尺）乃至八丁（約 872 公尺）處之依自創法而取得之農地上持續從事耕作，故原審判定本件建地為經營農地上必要者，具備申請承購之適格地位，其判斷並無不當，無違反前述判例之情形，亦未違法錯誤地解釋自創法。

關於同上理由第二點。

上訴論旨謂，因本件建地為 D 等四人之耕作者各自建造住家而使用該土地等，故即使被上訴人買收本件建地，亦僅有出售予 D 等四人，結果上，買收之目的係為特定個人之四名耕作者之利益，並無公共性，違反憲法第二九條第三項。惟依自創法推動之農地改革，如同法第一條明揭之立法目的所示般，係基於為使耕作者之地位安定，公平享有勞動成果而快速且廣泛地創設自耕農，且為增進土地在農業上之利用，以之促進農業生產力之發展及農村之民主取向等公共福祉目的之必要而制訂，故即使依自創法出賣被買收之農地、建地、建物等予申請買收之特定人，其乃運用基於以農地改革為目的，為公共福祉所必要而制訂之自創法的當然結果，僅著眼於表面之現象而否定本件買收之公共性的論旨，乃誤解自創法目的之獨斷見解，無由採認。

依民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條，全員一致之意見，判決如主文。

## 五十五、對代替調解之裁判為特別抗告事件

對純粹民事訴訟事件所為強制調解與公開裁判之原則

最高法院昭和三十三年七月六日大法庭裁定

昭和二十六年(ク)一〇九號

翻譯人：陳榮宗（節譯）

### 判 決 要 旨

- 一、憲法於第三十二條規定，任何人在法院受裁判之權利不得被褫奪，於第八十二條規定，裁判之對審及判決，除同條第二項關於對審之例外情形外，應於公開之法庭為之。亦即憲法一方面規定，承認裁判請求權為基本人權，任何人均得請求法院裁判，以司法權為權利、利益之救濟；他方面規定，對於純粹訴訟事件之裁判應依上揭公開原則為對審及判決之意旨。經由此制度，近代民主社會之人權保障方能周全。從而對性質上純粹之訴訟事件，不顧當事人之意思如何，以裁判終局的確定事實，進而確定當事人主張權利義務之存否，除憲法所定例外情形外，若未在公開之法庭為對審及判決者，不僅違反憲法第八十二條規定，且無視於同法第三十二條所承認基本人權之裁判請求權趣旨。
- 二、金錢債務臨時調解法第七條所規定代替調解之裁判，雖然對其有即時抗告之途徑，惟一旦裁判確定時，即與確定判決有同一之效力。結果不得不謂其係不顧當事人之意思如何所為終局的裁判，且該裁判係未經公開法庭之對審及判決所為。就憲法第八十二條、第三十二條之法意對照以觀，考慮金錢債務臨時調解法第七條規定之法意，同條所規定代替調解之裁判，僅限於就既存債務關係有關利息、期限等事項之形成變更而已，亦即限於性質上屬有關非訟事件之事項。於純粹訴訟事件，確定事實、並確定當事人所主張權利義務存否而為裁判，則應解釋為不包括在內。同法第八條所以規定右開



裁判依非訟事件手續法為之，其趣旨不外在此。

三、就本件觀之，各法院之判斷不僅違反金錢債務臨時調解法，對照憲法第八十二條、第三十三條規定，亦顯然違背憲法，從而昭和二十四年（夕）第五二號事件，昭和三十一年十月三十一日所為大法庭之裁定，於本裁定意旨限度內應予變更。

## 事 實

當事人之一方對於他方提起遷讓房屋之訴，而他方當事人就同一房屋又對之提起回復占有之訴，雙方因而對立為爭執。昭和二十二年六月法院依職權基於「借地借家調解法」及「戰時民事特別法」將兩事件移付調解，惟調解不成立。昭和二十三年四月法院依「戰時民事特別法」及借地借家調解亦有準用之「金錢債務臨時調解法」第七條第一項、第八條之規定，對於經合併之兩事件，為代替調解之裁判。

對於此一代替調解之裁判不服之當事人向東京地方法院提出即時抗告之結果，抗告審僅就原裁定之一部為變更，對重要部分則未變更而駁回抗告。抗告人雖向東京高等法院提起再抗告，惟亦被駁回。為此，再向最高法院提起特別抗告。此即本件最高法院裁定之事件對象。

抗告論旨主要係主張，依「金錢債務臨時調解法」第七條、第八條適用「非訟事件手續法」之規定，未經公開且利用裁定方法，將事件以代替調解之裁判為裁斷，係違背憲法第三十二條（受裁判之權利保障）及第八十二條（公開裁判及對審之保障）。

## 關 鍵 詞

強制調解 純粹訴訟事件 公開法廷之對審 公開法廷之判決  
裁判請求權 基本人權 代替調解之裁判 金錢債務臨時調解法  
固有意義之裁判

## 主 文

原裁定廢棄，東京地方法院昭和二十五年九月六日及昭和二十三年四月二十八日所為裁定均撤銷。

本件發回東京地方法院。

## 理 由

憲法於第三十二條規定，任何人在法院受裁判之權利不得被褫奪，於第八十二條規定，裁判之對審及判決，除同條第二項關於對審之例外情形外，應於公開之法廷為之。此即，憲法一面承認裁判請求權之基本人權，任何人都得對法院請求裁判，要求以司法權對其權利、利益為救濟，於他面規定對於純粹訴訟事件之裁判，應依公開原則為對審及判決之意旨，從而近代民主社會之人權保障能夠周全。若對於純粹訴訟事件，不顧當事人之意思如何而為終局的事實確定，就當事人所主張權利義務存否為確定之裁判，除憲法規定之例外情形外，若未於公開之法廷以對審及判決為之，此係違反憲法第八十二條規定，同時可謂係勿視憲法第三十二條所承認裁判請求權之基本人權。

惟金錢債務臨時調解法第七條第一項規定，於同條所定之情形，法院得斟酌一切情形，代替調解就利息、期限其他債務關係之變更為命令之裁判，同法第八條規定，該裁判之程序依非訟事件手續法之意旨，然後依戰時民事特別法第十九條第二項規定，此類規定準用借地借家調解法之調解。惟戰時民事特別法所準用金錢債務臨時調解法欠缺現行民事調解法第十八條（聲明異議）、第十九條（於調解不成立時得提起訴訟）此種規定，又戰時民事特別法所準用金錢債務臨時調解法第十條規定，同法第七條之調解能代替「確定裁判與裁判上之和解有同一效力」之事，而民事訴訟法第二百零三條規定「和解於筆錄為記載時，其記載有與確定判決同一之效力」之意旨。可知，縱然對於金錢債務臨時調解法第七條之代替調解之裁判有即時抗告之途徑，但該裁判一旦確定，則具確定判決之同一效力，結果可謂係不顧當事人之意思如何而為之終局的裁判，故，該裁判係未於公開法廷為對審及判決之物。

與前述憲法第八十二條、第三十二條之法意為對照，就金錢

債務臨時調解法第七條之法意為思考，同條之代替調解之裁判係僅限於對既存之債務關係就利息、期限等為形成變更相關之事，即限於性質上非訴事件相關之事，對於純粹訴訟事件為事實確定，對當事人所主張權利義務存否為確定之裁判情形，應解為不包括在內始為適當，同法第八條之所以規定該裁判「依非訴事件手續法為之」，其趣旨在此。將此事對本件加以觀察，對造山木俊助對於抗告人野村秀三郎及野村能雄向東京區法院於昭和二十一年十月七日提起該法院昭和二十一年（八）第三八三號請求遷讓房屋事件（對野村能雄之訴後來撤回），與抗告人野村秀三郎對於對造山木貞夫、山木芳久、山木圖向同法院於昭和二十一年十一月十二日提起同法院昭和二十一年（八）第四七八號請求回復占有事件，均在訴訟繫屬中，東京地方法院以職權分別依戰時民事特別法，自行為裁定依調解處理。但調解均未成立，昭和二十三年四月二十八日依戰時民事特別法第十八條、金錢債務臨時調解法第七條第一項、第八條，將兩事件合併為代替調解之裁定，野村秀三郎對該裁定不服

而聲請對其抗告，同法院於昭和二十五年九月六日就該裁定變更一部而駁回抗告，其後更向東京高等法院聲請再抗告，同法院於昭和二十六年六月五日將該抗告駁回，野村秀三郎對此裁定向本法院聲請特別抗告，此事在筆錄上已明。本件訴訟，正如第一審裁定所摘示之請求聲明及請求原因，顯然係關於遷讓房屋及回復占有之純粹訴訟事件。對於此類本件訴訟，東京地方法院及東京高等法院均認為依金錢債務臨時調解法第七條以代替調解之裁判為之係正當之事，上開各法院之判斷不僅違反金錢債務臨時調解法，就憲法第八十二條、第三十二條加以對照，同時亦違反憲法，自上述說明所示已明，特別抗告論旨對於此點有理由。從而，昭和三十一年十月三十一日大法廷對於昭和二十四年（夕）第五二號事件所為之裁定，在本裁定之限度加以變更。

綜上所論，對其餘特別抗告論旨之判斷為省略，除法官藤田八郎、法官入江俊郎、法官下飯坂潤夫、法官奧野健一、法官高木常七之補充意見，法官小谷勝重、法官池田克、法官河村大助之意見，以及法官田中耕太郎、

法官島保、法官齋藤悠輔、法官垂水克己、法官高橋潔、法官石坂修一之反對意見外，全體法官意見一致，如主文之裁定。

（譯者言——本件最高法院之裁定理由詳述多人法官之補充意見內容及法官若干人之其他意見內容，由於內容太長，不予翻譯。又對本件裁定採反對意見之法官多達六人，其意見內容有參考價值，由於字數限制，僅就法官垂水克己之反對意見內容節譯如下。）

法官垂水克己之反對意見如次。

我就（一）關於憲法第三十二條、第八十二條所謂「裁判」認為如後述，所以對此點贊成多數意見。但就（二）金錢債務臨時調解法所謂「代替調解之裁判」認為縱然裁判確定亦不生既判力，對其不服之當事人得對該事件更行起訴，有權利接受公開對審及判決，所以此種代替調解之裁判，即本件代替調解之裁定，並不違反憲法上述兩條規定。關於此點我贊成法官島、法官石坂兩人之反對意見。由於此點，應將本件特別抗告為駁回為是。上述（一）、（二）我之意見與我已經在昭和二十四年（才）

一八二號昭和三十三年三月五日大法院判決集十二卷三號三八一頁）所表示少數意見同趣旨，惟我願就（一）附加若干意見表示如次。

（1）固有意義之裁判，係指就關於權利之爭議依法定程序適用法律為判斷之事而言。即，於法律上之權利存否及其範圍有爭議時，依法定程序對其按照法律確定權利存否及範圍之事，於刑事之情形，係對於特定之人（被告）確定國家對其有無刑罰請求權，如有時確定其範圍之事而言。在現代憲法之下，縱然係刑事，亦僅能基於請求，採取當事人訴訟之形式對其確定為進行，此為一般情形。又固有意義之裁判，可謂係將權利爭議標的之具體事實（事件）適用法律為判斷之事（司法）。固有意義之裁判，對照於廣義之法（包含條理、正義人道、衡平等所稱之規範），雖然有時得以相當自由之解釋為判斷，但在結果上亦屬於客觀僅受憲法及法律所拘束就權利存否之法律性判斷。特定之事實所發生權利義務之內容依法有一定，為裁判之國家機關之法院不得就此為增減變更，此乃大原則。例如，就該件契約對照法

律時買受人必須支付價款五萬圓之情形，法院僅能命令支付五萬圓之裁判。法院不能依職權命令較多額或較少額之支付或命令以交付他物代替支付或以勞務或謝罪代替支付。假定，依法律對法院賦與得為上述變更裁判之權限，該項裁判已經不是對權利爭議所為法律判斷之固有意義之裁判。（僅就金錢債務之利息、期限相關權利爭執之情形允許為變更裁判之立法，亦為違憲。）

憲法第三十二條所謂「受裁判之權利」係指以原告或被告地位受此種本來固有意義裁判之權利。蓋權利之爭議「法律上之爭訟」被提上法院之情形，如果允許法院違反當事人之意思，避開裁判離開法律適用而以自認為衡平適正之想法，將變更權利關係之裁量措置（司法的行政處分）以命令為之而遂行有機能地解決爭訟時，則實體法預先所規定人之權利義務，將由於裁判而常受強權變更之不測之虞（當事人及實體法均未預測之強權變更）。例如，依某具體買賣所生出賣人與買受人之權利義務係依契約與民法之規定。當事人依此規定自己認為僅有此權利及此義務而決定訂立此一互相生活關係之買

賣，想不到一旦發生爭執而被裁判時，事情生變，法院雖然認定上述契約成立且一方當事人不履行，但法院卻勿視當事人之契約上意思而將上述情形之權利義務為變更之裁判。如果允許法院為此種事，則當事人無法知悉將因裁判而遭受何種事，亦無法依賴契約及法律。於是權利人不能獲得法律所認定以裁判與強制執行所保障權利之滿足，從而失去保障之權利係失去成果之權利，其結果，顯然發生有害於權利之正當強制力、法之權威，遂有害社會生活安定之虞。於是利用裁判將憲法及法律所生現實權利欲加保障之憲法之設計失去意義，擅斷之裁判將排斥法之支配。承認此種社會狀態係否定裁判之本質與作用，不外乎否定三權分立制度。故，任何人有權利不被奪去受固有意義之裁判，此事無論為個人或為國家國民成為國家組織基石之三權分立制度最重要之事，此種裁判正係不能自法院加以褫奪之不可欠缺權限，可謂係最高之使命。換言之，於國民認為權利受侵害情形，無論成為原告或成為被訴之被告，祇要自己所欲求，受固有意義裁判之權利不被褫奪之事係憲法第三十二條

之首要意義。所以，成為裁判基礎重要審理之對待辯論，祇要當事人有所祈求，必須於公開之法廷為之，其裁判（判決）之宣示亦應於公開之法廷行之，此係憲法第八十二條所謂者。對於不聽取債務人之意見所發不公開之支付命令，或對於不使被告與檢察官對審所為略式命令，如果封閉要求其公開對審判決之途徑，則為當然違反憲法。

（2）性質屬於實質上行政之裁判法，於固有意義之裁判以外，使法院為屬實質上行政之行為，將其以裁判加以處理之事，若其係合理且事情之性質上不違背三權分立制度之本意者，得解釋其不違反憲法。於法定情形法院所為失蹤人之財產管理處分、有關夫妻間協力扶助之處分、依公司更生法更生程序之裁定，此類就私法上生活關係由國家以直接監護行為所行非訟事件之裁判，或對不良少年所為保護處分之裁判，核發起訴前之拘留狀所為強制處分之裁判，此等等之裁判屬之。將此種行為（司法的行政處分）使法院為之，使以裁判之形式準用固有意義之裁判之程序，此種事乃有鑑於適用法律之法院其有獨立公正判斷之法官或

機構能為適當之處理，故使為之，此種情形以廣義之裁判加以處理係適當之事。

既然此種司法的行政處分亦經立法而得為裁判，則法官必須依法與良心獨立為其裁判。於此情形，任何人亦不受褫奪裁判之權利，惟此係因立法而發生裁判請求權，其結果僅受憲法第三十二條所定裁判請求權之保障而已。縱然將此種司法行政處分的裁判之立法為廢止，亦不構成違反憲法第三十二條。又，性質上此種司法行政處分的裁判未必要求對審或公開。例如，將公司更生法為廢止不使法院為更生程序裁定，並不構成違憲，但是如果立法不許進行過失之少額損害賠償訴訟，或立法允許對此種訴訟為變更裁判，則為違憲。

（3）就對待辯論之權利爭議為裁判時，法院必須理解爭議內容。能使當事人對法院聲明其所要求裁判之事項，使其主張聲明事項正當之事實上及法律上之理由，使立舉證，使其陳述意見，此為最優良之裁判制度。當事人雙方對法院相互對待為裁判之聲明，將其理由為主張，為舉證而陳述意見，此即為對待辯論。對待辯論係攻擊與防禦，像

在鎌倉時代交互提出書面為之，雖然亦能攻擊防禦，但是在最重要之階段（本質上全面之本案審理），法官親自聽取當事人雙方之說辭與證言而目睹證據，此乃能使法官就事實與法律之點為公平而自各角度為觀察、啟發、理解、檢討，對於發現真實及法（正義），可謂無法類比之優良方法，此為人類多年之經驗而今日已經成為清楚之事。所以憲法第八十二條才預先規定，重要之對待辯論應以言詞行之法律，該條文所謂之對待辯論係指當事人雙方以言詞為對待爭論，即指言詞辯論而言。法官應就當事人雙方之權利爭議為眼見耳聽而以言詞辯論方法行之，必須將言詞辯論及基此所為本案裁判（判決）對於國民為公開。必須經由此事，裁判始不偏頗而公明正大，能擔保少有過失錯誤，當事人與國民始能知悉究竟何種事件經何種證據及何種法律的理由為裁判，此乃憲法第三十二條、第八十二條之精神。

（4）各種固有意義之裁判為進行之前，法院或法官得進行合理之提前程序，法律或法院規則就此為規定之事並不否定憲法。又，固有意義之裁判係由最

高法院為終審而由數審級為進行之事憲法亦加以承認，各審級法院之權限及裁判程序亦委由法律或法院規則為規定，於執行裁判之階段法院或法官能為判斷或採取措施，均得解釋係憲法所承認。由於如此，所以法官必須於提前之程序為迴避之裁判、言詞辯論之準備或為訴訟指揮上之各種裁判，否則不能進行固有意義之裁判。對於此類各項之裁判無合理的理由要求一一以對審公開之程序行之。又，雖然支付命令、略式命令非以對審非以公開為之，但對其不服之當事人有對審公開判決程序之途徑加以確保，僅對該命令無異議之當事人始有拘束，在此種規定下此類命令並不違憲。

受裁判之權利於有合理的理由情形，得以法院將其限制或加以否定。以立法就對死人求有罪判決之公訴、就對確定判決之民刑事件再度起訴，規定法院能不裁判（固有意義之本案裁判）之事，制定法規規定訴狀應明確載明起訴或上訴之趣旨、規定上訴狀之書面要件、規定早期裁判法律關係所必須事件之出訴期間、或規定促進訴訟必要之一般上訴期間之事，均不違憲。若違反此

類法律或規則而起訴或上訴時法院不經公開對審為駁回其訴之裁判，拒絕對其為固有意義之裁判時，亦不構成違憲。

又，在始審與終審之間是否設上訴第二審，或各審級法院之權限如何，廣泛委於立法，所以利用立法規定，上訴審得僅就事實及法律之一定重要事項為判決，其餘事項既然已在下級審就事實及法律之點以公開對審程序為判決，於上訴審已不必公開審判即可駁回上訴，此種立法規定均不違憲。我國最高法院於很多情形不開庭辯論而宣示判決，對於不合法或顯然不當理由之上訴為駁回上訴，不必利用公開之對審判決，此種立法並不構成違憲。

於確定境界之訴，若依甲地所有權人之舉證及依乙地所有權

人之舉證，均無法使境界明確之情形，由於原告無論係甲抑或乙，該訴訟必然敗訴，從而對甲乙間關於權利存否及其範圍之爭議，若法院不採取某種特別之裁判為解決，永遠無法解決甲乙之爭議問題。像在此種情形，允許法院於當事人雙方所主張範圍，依其提出之事實證據及其他法院所知情事，不受雙方當事人之聲明所拘束，決定法院認為真實之境界線而為判決，此種立法不能謂係賦法院超出權限就係爭權利為不合理之變更裁判，不能謂其係違憲。

縱然允許對「代替調解之裁判」提起抗告，若於抗告審不經公開對審為裁定而承認該裁定有既判力時，不能不謂已褫奪憲法第三十二條所謂之「有受裁判之權利」。



## 五十六、對命夫妻同居之裁判為特別抗告事件

依家事審判法為審判之合憲性

最高法院昭和四十年六月三十日大法庭裁定

昭和三十六年（ク）四一九號

翻譯人：陳榮宗（節譯）

### 判 決 要 旨

憲法第八十二條規定「裁判之對審及判決於公開法庭行之」。至於應就如何事項於公開之法庭依對審及判決為裁判，憲法未設任何規定。惟若法律上之實體權利義務本身有爭執，欲將其確定，則解釋應於公開之法庭依對審及判決為之。家事審判法第九條第一項乙類之趣旨係規定，夫婦同居其他關於夫婦間協力扶助事件與婚姻費用之分擔、財產分配、扶養、遺產分割等之事件，一併視為審判事項，應依審判程序以審判之形式為裁判。其規定趣旨係認為，夫婦同居義務及其他前述親屬法、繼承法上之權利義務，大都含有倫理道德要素之身分關係，宜避免以一般訴訟事件情形之當事人對立抗爭形式之辯論主義，宜先試行依當事人協議為解決之調解，調解不成立時移行審判程序，亦審理不公開，以職權探知事實及必要之調查證據，使之較訴訟事件之處理為簡易迅速，以一種裁定之審判形式為裁判，始適合處理身分關係之事件。但是，前述同居義務等等雖大都含有倫理道德要素，惟亦不能否定其係法律上之實體權利義務，所以應解釋對此種權利義務本身終局為確定時，必須在公開法庭以對審及判決為之。從而前述之審判，其趣旨不在對夫婦同居義務等等之實體權利義務本身為確定，而在於以此等實體權利義務之存在為前提就夫婦同居之時期、場所、態樣定期具體內容為處分，又於必要時亦得解釋，得基此實體權利義務之存在而命令為給付之處分。蓋民法對同居之時期、場所、態樣並未規定一定之標準，家事法院自監護之立場，有必要立於合目的之見解行使裁量權而形成具體內容，

此種裁判即係本質上屬於非訟事件之裁判，不必要於公開法庭為對審及判決。換言之，依家事審判法所為審判具有形成效力，本此而命令為給付之情形，有與債務名義之執行力同一之效力，此為同法第十條所明定，惟就同法第二十五條第三項所規定代替調解之審判確定時與確定判決有同一效力為觀察，得解釋不生與其他審判之確定判決之同一效力，此乃立法之趣旨。若然，審判確定之後，對於審判之形成效力雖然不能為爭執，但對其前提之權利義務本身並未封閉請求在公開法庭為對審及判決之途徑。故，同法有關審判之規定難謂抵觸憲法第八十二條、第三十二條，從而依此規定所為之裁定亦不違反憲法。

### 事 實

某女與某男結婚並辦理結婚登記完畢而同居生活，初期夫婦感情尚好，後來感情發生問題，婚後不到一年，妻回娘家居住。惟妻後來自我反省有改變個性之決心，希望回去與夫重歸和好共同生活。不意，夫主張要離婚而拒絕妻回來同居生活。為此事，妻向福岡家事法院聲請為同居之審判，該法院受理後，對夫命令同居之審判。夫不服此項審判而提起抗告，抗告審之福岡高等法院，將抗告駁回。夫遂以該駁回之裁定違反憲法第三十二條、第八十二條為理由，向最高法院提起特別抗告。本件即係最高法院對夫之特別抗告所為之裁定。

### 關 鍵 詞

實體權利義務本身之爭執 家事審判法 非訟事件之裁判 形成效力 對審與判決

### 主 文

本件抗告駁回。  
抗告費用由抗告人負擔。

### 理 由

（譯者按：最高法院雖然全

體一致以不違反憲法為結論，將抗告為駁回，但各法官之理由頗有不同，值得重視。）

法官橫田喜三郎、法官入江俊郎、法官奧野健一之補足意見如下。

夫婦同居目的之舊民法所規定訴訟，依舊人事訴訟程序法第一條第一項規定，應向地方法院以人事訴訟事件為起訴，法院應以對審（言詞辯論）及公開程序為判決方式之裁判。現行民法第七百五十二條之夫婦同居義務在本質上與舊民法之規定並無不同。夫婦同居義務雖大都包含倫理道德要素，惟其係法律上之實體義務，若對其存否有所爭執而為終局之確定時，應於公開法庭以對審及判決為裁判。尤其現行憲法將個人尊嚴與保障其權利視為根本精神之一，為此目的規定對任何人均不能剝奪受裁判之權利（第三十二條），全部司法權均屬於司法院而不許設置特別法院（第七十六條），裁判之對審與判決應於公開法庭為之（第八十二條）。進一步依此一精神，現行訴訟法規定，應在對審公開之原則下，由當事人盡攻擊防禦，經嚴格之調查證據為判決。經此程序始能發現真實，個

人之權利始能真正有適當之保障。從而若不幸對法律上實體權利義務之存否有爭執時，欲將其為終局之確定，必須於司法法院以公開法庭之對審經嚴格之調查證據行判決為必要，若非如此為之，可謂係無視現行憲法之根本精神。

然而家事審判法第九條第一項乙類規定，關於夫婦同居其他夫婦間協力扶助事件為審判事項，準用非訟事件程序法之程序，以非公開之程序為審理而為裁定形式之裁判。但是同條項所謂「關於夫婦同居之處分」非指將夫婦同居義務之存否為終局確定之意義，應解釋係以夫婦同居義務之存在為前提，將關於同居之具體態樣、場所、時期等等為處分言。蓋民法就同居之具體態樣、場所、時期等等並未規定其一定之基準，家事法院對此有以裁量權具體將其形成之必要，此種裁判在本質上為非訟事件之裁判，不必於公開法庭以對審及判決為之。即，應解釋依家事審判所為之處分雖生形成力，但對其前提要件並無既判力。此種關係類似於命假處分之裁判，命假處分係暫時有本案請求權之存在為前提，假處分之裁判雖然確定，

但其基礎之請求權存在之事必須經本案訴訟始能確定。若相反地於家事審判，除此種形成性之處分外，亦連同就基本之同居義務存否為終局之確定時，不得不謂此係剝奪國民有受裁判之權利而違反憲法第三十二條、第八十二條之規定。蓋將事件當做訴訟事件抑或當做非訟事件，此種事並非單純係立法上方便之問題，確定實體權利義務存否之事無論如何必須以訴訟程序進行始可之事，若為避免訴訟程序之進行而規定為非訟事件程序，則為前述憲法之規定所不允許。

簡要言之，一方夫婦無故不為同居，或不使與之同居之情形，他方起訴要求應為同居或應使與之同居，法院應就同居義務之存否為確認，認為有義務時應命令其履行同居之裁判，該訴訟之性質為純粹之訴訟事件，原即非屬形成訴訟。從而確定此種請求權之存否應以公開程序之對審及判決為裁判，縱然現在人事訴訟程序法第一條第一項已刪除夫婦同居目的之訴訟，仍然得解釋能依一般民事訴訟程序提起訴訟。故，當事人主張「非夫婦，所以無同居義務」或主張「雖係夫婦，但請求同居係權利濫用，

所以無同居義務」此類夫婦關係存否或請求同居是否係權利濫用之爭執情形，若將此類爭執以單純之非訟事件程序為審理，而以裁定將其為終局之裁判，則為不能允許之事。此事如同於遺產分割之審判，對繼承權本身之有無，不許有既判力情形。若家事法院以無同居義務將聲請為駁回，而該審判經確定情形，即認定夫婦同居義務不存在能以單純非訟事件程序之裁定，為終局之確定審判時，則違反前述大法庭判例之趣旨，正可謂違反前述憲法之規定。

法官山田作之助之意見如次：

一、雖然多數意見及法官橫田喜、法官入江、法官奧野之補助意見認為，本件家事法院所為「對造（夫）應於其住居所與聲請人（妻）同居」之審判，僅止於對「在夫之住居所必須同居」之同居時期場所使生形成的效力而已，就其前提之同居義務有無之點，當事人如有不服，得向通常法院為起訴。果真如此，是否可解釋家事法院所為之審判係輕率不徹底之審判？就本件之案情觀之，對造夫主張與妻無同居義務而對之為爭執，而家事法院對

「與妻為同居之事」加以審判，此正可解釋係認定妻有同居請求權之審判。如果依照多數意見認為，於本件當事人之一方對同居義務有無之點有爭執時，得向通常法院為起訴，則此種解釋不僅無法得到一般世間人之認同，而且必然危害司家事紛爭之家事法院之審判權威與機能。

二、憲法第八十二條規定「裁判之對審及判決於公開法庭行之」，與憲法第三十二條所規定「任何人不得被褫奪在法院受裁判之權利」兩者表裏相持，保障憲法對國民之基本人權，並保障最後之自由，以在法院為公正之裁判行之，為行公正之裁判必須於公開法庭依對審程序為之，使國民直接為監視。此一裁判對審公開之原則，在沿革上，最初於刑事案件被採用，經數世紀人類之經驗獲得認識，知悉依對審公開程序始能保有公正裁判而最終保障人權，此種人類所獲得經驗主義之原理，在近代國家遂成為憲法的要請而被採用。

三、今日眾所週知，關於保障裁判之公正，憲法上採用之各種原則有，(1) 法官之獨立 (2) 法

官身分之保障 (3) 特別法院之禁止 (4) 禁止行政機關為終審裁判，裁判對審公開之原則，並非唯一之保障方法。不僅如此，因近代社會之進展與複雜化，成為裁判對象之權利義務其內容本質如何之考慮亦有變化。在眾人環視之下於公開法庭為對審而裁判之事，其結果發生將當事人之隱私為公開，且使當事人反而無法在公開法庭為真實之陳述，結果發生不尊重當事人之國民人權，此類例外結果情形之發生均為事實，就各國憲法為比較觀察，裁判對審公開之原則，已有多少緩和之傾向。

四、我國憲法第八十二條並無規定，一切之裁判必須公開裁判行之。鑑於同條第二項規定，(1) 政治犯罪 (2) 關於出版之犯罪 (3) 國民基本權利問題相關之事件，必須經常以公開對審之裁判行之，得解釋於其他事件之審判，原則上以對審公開之裁判為之，惟其趣旨非謂絕對不承認例外不公開裁判。

五、然而於如何之場合始得認定例外？本來裁判對審公開之原則係期待裁判之公正始以對審公開

之程序行之，目的在維護其關係人之權利，所以若其爭執之權利義務本質上，在公開法庭以對審程序為裁判時，反而不能維護其人之權利情形，得解釋不必固執於裁判公開之原則。

六、正如本件情形，家事審判法視為家事法院之審判事件，規定以非公開之審判程序為審判之夫婦間同居有關爭執，其內容之權利義務本身在本質上，正可解釋屬於不適合以對審公開原則為裁判之例外事例。蓋家族團體成員相互間之各種權利義務，尤其對於是否承認夫婦同居請求之事，除有夫婦間之微妙關係之外，影響家族間信賴關係之處頗多，且其內容多歧多樣，將其具體為確定時立於社會的、倫理的、經濟的見解立場，多屬於應由國家隱密介入為監護之事，必須基於法官之裁量為決定之處頗多，於實際上一般國民未必樂見將此種爭執在公開對審之場面為決定。故，將此類家族團體之權利義務有關之裁判，規定為家事法院之審判事件以非公開對審程序為之，此乃此種權利之本質當然具有之歸結，並不違反憲法第八十二條之規定。至於如何之權利義

務關係不適合為憲法第八十二條之對審公開裁判，就具體的法律關係而言，此應以立法問題加以處理，而且就其立法而言，應解釋於該權利之本質有爭執時必須由最高法院以最終判決加以解決。

綜上所述，家事審判法所規定夫婦同居請求事件準用非訟事件程序法，應依非公開之審判程序為審判，此規定係合憲。從而原裁定所認定之本件審判不構成違憲之事，於結論上雖然贊同多數意見，但對其理由有所不同，另外，對於多數意見認為就夫婦同居之權利義務本身得更行起訴為爭執，本人無法贊同。

法官田中二郎之意見如次：

本人對於多數意見所認定應駁回本件抗告之結論，加以贊同，但對其理由有不同意見。多數意見認為本件家事法院所為之審判，並不確定夫婦同居義務之實體權利義務本身，而以此實體權利義務之存在為前提，就其同居時期、場所、態樣之具體內容為決定之處分，於審判確定後，雖對於審判之形成的效力不能為爭執，但對其前提之同居義務本身並不封閉其請求以對審及判決

於公開法庭為審判之途徑，所以家事審判法之有關審判規定，並無抵觸憲法第八十二條、第三十二條。

對此種理由，本人鑑於民法有關夫婦同居義務規定之修正以及家事審判制度創設經緯與其趣旨，認為以夫婦關係存續為前提之家事審判法對夫婦同居有關之審判此事，應解釋其於公開法庭以對審及判決之請求途徑已被封閉。不得因為家事審判法有此種制度為前提，即認為此制度本身決不違反憲法第八十二條及第三十二條，其理由如次。

一、夫婦有一般的抽象的同居義務，此為民法第七百五十二條所明定，祇要夫婦關係存續為前提，夫婦同居義務本身無待依訴訟而由法院為確定。成為問題者，乃此同居義務之存在為前提，就個案為觀察，對其同居之場所、時期、態樣等等，其具體內容應該如何之問題。對此問題點，民法並未規定何種基準，亦未有其他對此基準之規定。對此問題如設一定之基準，依此基準講究統一之解決方法、就事情之性質上而言，未必適當。家事審判法將此類事件列為家事審判事項為處理，係鑑於此類事件之特

殊性——具有夫婦共同生活體內部之倫理道德要素，有尊重及保護隱私權必要之特殊性——，所以家事法院以監護之立場，立於合目的之意見行使其裁量權，將具體之個案為妥適之解決，此乃立法之目的。從而依家事審判法之此類有關夫婦同居義務之審判，具有一種形成處分性質之審判，就現行法全體之設計言之，應解釋係將此類問題之終局解決交由家事法院以形成的作用為解決。惟多數意見卻一面承認上述審判具有上述之性質，另一面又另外認為，關於夫婦間同居義務本身有發生爭執之情形，而此爭執係關於法律上實體權利義務之爭執，在憲法上並未封閉其進行通常訴訟之途徑。但問題在於，究竟能否如同多數意見所說，於夫婦關係存續之前提下，將夫婦同居義務本身相關之爭執與夫婦同居義務之具體內容（即，其場所、時期、態樣）相關之爭執加以切離，將其視為個別不同之事而明確區分，此種想法是否可能？法官橫田喜、法官入江、法官奧野之補足意見舉例認為，「因不是夫婦所以無同居義務」、「雖係夫婦，但同居請求為權利濫用，所以無應付之義務」

此類情形係「同居義務本身」之例，於此類情形當然必須開出通常訴訟之途徑。可是上述所引之例，其中「因不是夫婦所以無同居義務」之例，並非以夫婦關係之存在為前提，所主張而爭執者為離婚或婚姻無效而夫婦關係不存在，或主張其不存在為前提而爭執其無同居義務存在，於此情形其爭執為通常訴訟之客體，就此點而言，本人並不加以否定多數意見。就另外之一例所引用「雖係夫婦，但同居請求為權利濫用，所以無應付之義務」而言，屬於以夫婦同居義務之存在為前提而請求同居之情形，此例與前面之例兩者事情完全不同。此例之同居請求其本質係有關履行同居義務之具體態樣問題，請求同居有無理由，正係應以審判為最終的裁定事項。例如，夫婦之一方為精神病人而請求同居之情形，就具體的事態而言，同居之請求係權利濫用，對他方雖有抽象的同居義務，但無具體的同居義務（同居之態樣）得以裁定將其事項為審判。其所以如此係於同居義務存在之前提下，針對具體事案就履行同居義務之一態樣為必要之裁量的形成處分（例如，於病中暫時時間內無同居必要

之裁定）。從而於請求同居之一方精神病治癒時，得回復對造本有之同居義務，此乃當然。像此種以夫婦關係存續為前提而以訴訟請求確認終局的同居義務不存在之場合，民法未曾有預定，本人認為得找出合理的根據將此種通常訴訟加以承認。

二、一般民事事件之裁判係將當事人間關於權利義務之具體糾紛，適用一般抽象之法規，宣示何者為正確之法律作用，對於此種裁判，憲法保障其公開原則及對審構造。但是對於夫婦同居義務具體內容有關之糾紛，如上所述，並無應適用法律之一般基準，完全依賴家事法院之形成作用，立於監護立場以廣泛自由之裁量，期待能為具體衡平妥當之解決。從而家事法院所行之審判，不外係達成合目的性具體衡平理念之一種形成的作用。此種典型非訟事件之審判，與上述法律宣言作用之裁判，本來其性質已不相同，對此種事件之處理亦與一般民事事件及刑事事件之裁判有所不同，不得僅因未保障公開原則及對審構造，即謂違憲。

當然，非謂一切非訟事件均不適合行上述意義之裁判。亦非



謂凡以立法政策使成為非訟事件而具體權利義務相關之糾紛全部，均不適合成為通常訴訟。縱然在法律上規定其為非訟事件，亦必須按該事件之性質內容判斷其應否屬於通常訴訟之對象。對於家事審判法第九條第一項乙類所舉之各事項，亦有具體加以檢討之必要，俾以判斷是否許其屬通常訴訟，此問題最後係應以判例加以解決之問題。

縱然屬於夫婦同居義務相關之糾紛，若當事人主張婚姻無效或已離婚之情形，以婚姻關係不存在為前提主張同居義務不存在時，不妨以通常訴訟對此事為爭執。但是，既然有夫婦關係之存續為前提，則無應加保障之公開對審原則之裁判對象，而有關具體權利義務之糾紛無發生餘地，僅生夫婦同居義務履行場所時期態樣等等具體內容有關之糾紛而已。對於此種糾紛，就事情之性質言之，屬於倫理的夫婦共同生活內部之糾紛，有尊重隱私權必要之問題，不適合將其暴露在公開法庭，在性質上亦不適合利用當事人對立抗爭之法構造之對審構造為裁判。故，對於此種典型之非訟事件，應將其與通常之民事訴訟事件為區別，特別家事審

判制度，由於特別之處理有其十足之合理根據存在，不得因設此種制度為特別處理而指謂違反憲法之趣旨。

簡言之，多數意見就夫婦同居義務有關家事法院審判之意義及其性質，欠缺正確之理解，有忽略創設家事法院真意之虞，本人無法贊同。

法官橫田正俊、法官柏原語六贊同法官田中二郎上述之意見。

法官松田二郎之意見如次：

（一）本人認為關於家事審判法第九條第一項乙類一號夫婦同居之審判，不違反憲法第三十二條、第八十二條之規定，於此限度本人贊同多數意見。但是，就其理論之根據而言，本人立於與多數意見完全不同之見解。多數意見認為有關同居之家事審判，為終局確定同居義務之實體權利義務本身，有開闢於公開法庭以對審及判決為訴訟之途徑，以此種解釋作為上述審判不違反前舉憲法條項之理由。對此，本人不認為能以該種方法開闢訴訟途徑。依本人之見解，有關夫婦同居事項，其本質上屬於非訟事件，依非訟程序為家事審判法之

審判，此乃理論上當然之事。換言之，將本質上屬於非訟事件之事依非訟程序為審判，無論如何不生違憲問題之餘地。

(二) 夫婦間之婚姻關係乃具有法律性及倫理性之生活協同體，與其他法律領域相比較，法與道德之二要素高度地緊密在一起。此事當然成為婚姻法律關係之特徵。於今日在新憲法兩性本質平等之理念下，婚姻所期待之事係夫婦互相協力自主為經營（參照憲法第二十四條）。故，婚姻可謂不適合由國家機關之法院以訴訟為解決之法律領域。例如，夫婦間之契約，以不害及第三人之權利為限，於婚姻中得隨時由夫婦之一方將其撤銷，此種規定之事（民法第七五四條），不外乎表示基於夫婦間之契約所生爭執不適合以訴訟加以解決。換言之，在婚姻關係存續之前提下，對於婚姻關係法院僅得立於監護立場而為關與。祇有在為解消婚姻關係為目的之離婚情形，始承認其得以訴訟為之。

據上述理由，對於婚姻關係有關事項（包括在本件之有關同居義務事項），祇要以婚姻之存續為前提，法院應以與民事訴訟程序相異之程序將其為關與。由

於此種理由，處理此事時，發現客觀真實之必要，不許採取辯論主義，為尊重夫婦共同生活有關之隱私權，亦要求其程序不公開。適合此種要求之程序，即係具有非訟事件性質之審事審判法。

(三)(1) 在新憲法之下新設立家事法院，迄家事審判法就夫婦同居有關事項規定為審判之經緯，我人不應忘記。舊人事訴訟程序法所規定之夫婦同居請求之訴，已經被廢止而成為今日已不存在之昔日之物。

(2) 不僅如此，亦應想起，在舊人事訴訟程序法之下，縱然提起夫婦同居請求之訴而原告勝訴，於判決確定時，亦無法對於對造直接或間接進行強制執行（參照大審院昭和五年（ウ）第八九〇號同年九月三十日裁定、大審院判例集第九卷第十一號第九二六頁）。即，在此情形，縱然國家機關之法院介入夫婦間之「訴訟」，最後亦無法獲得其介入訴訟之效果。換言之，於人事訴訟將「為夫婦之同居目的之訴訟」加以承認之事，不外顯示其係無意義之事。

(3) 如前所述，多數意見一再構築「夫婦同居義務之實體

權利義務本身」之概念，並強調欲將其為終局的確定必須於公開法庭以對審及判決行之。但是，關於夫婦同居之法律關係本身，民法第七百五十二條對其已有明定，已無再次將其利用訴訟加以確定之必要。若夫婦之間就同居之事無法協議時，基於民法之規定，家事法院得對該具體事件斟酌各種情形而形成具體的態樣。前示之家事審判即在形成此種作用之處分。

(四) 若進一步承認多數意見所謂之訴訟時，將生許多疑問而導致裁判實務之混亂。

(1) 如果允許此種訴訟，對家事法院就夫婦同居相關之審判不服之人，將會提起民事訴訟（有可能未待家事法院之審判，即在其前提起民事訴訟）。此種事將誘發許多民事訴訟。

(2) 上述此種訴訟與家事審判究竟立於何種關係？關於此點，橫田喜、入江、奧野三位法官認為，民事訴訟之裁判與家事審判之關係乃類似本案訴訟與假處分程序之關係。但是，如採此種見解，勢必形成家事法院對於夫婦同居事項無任何固有之權限。蓋依此種見解，家事法院祇不過進行假處分之機能而已。家

事法院之審判有可能經常由於民事訴訟而被推翻。果真如此，在新憲法之下設立家事法院之意義將全部喪失。

(3) 假設如同多數意見所主張之訴訟，已就夫婦同居義務存在不存在為判決而確定。由於判決已有既判力，若於判決確定後，發生與此不同之情況時，多數意見對此事究竟要如何為處理？依本人所主張之意見，對同居義務僅承認得為家事審判而該審判無既判力，能以情事變更為理由，由家事法院將該審判為撤銷、變更、不生審判上之困難或阻害。在此一問題上能看出，夫婦同居義務有關事項之所以列為非訟事件之所在。

(4) 不可忘記者，縱然允許進行此種夫婦同居之訴，由於現行法在人事訴訟程序法已無此種訴訟之規定，此種訴訟必須依民事訴訟法之規定為進行。果真如此，則對此種訴訟能否為訴訟標的之認諾（民事訴訟法第二百零三條），能否適用擬制自白之規定（民事訴訟法第一百四十四條第一項）為處理？如加以肯定，其結果之不當情形無待多言而可知。

(5) 如果多數意見所主張

之此種訴訟得加以承認，則此種訴訟為本案之假處分得加以承認（舊人事訴訟程序法第十六條參照），有問題者，究竟該本案訴訟係以何種內容為假處分內容？夫婦同居有關之審判究竟與關於同居訴訟之假處分立於何種關係？對於此種疑問，多數意見應為回答而未有任何敘述說明。

（五）某事項列為訴訟事件抑或列為非訟事件，此絕非單純立法上之便宜問題，若將實質上訴訟事件列為非訟事件，則係避開憲法第三十二條、第八十二條之規範而為法所不允許。惟若將本質上有非訟性質之事件依非訟

程序為之，此固為當然，可謂不違反上開憲法條項之規定。新憲法之下所規範夫婦同居有關事項正係該當於此事，該事件之性質屬於非訟事件，不適合進行民事訴訟，所以現行制度針對此一本質，將其處理程序委由家事審判法之非訟程序為之。多數意見就此一本質未有正確之解釋，不僅如此，而且因理論錯誤結果，在裁判之運作上發生許多障礙。由上敘述各點，本人對於多數意見之理由，不得不為反對。

法官草鹿淺之介贊同法官松田二郎之上述意見。

## 五十七、請求撤銷依非訟事件程序法所為裁罰事件

依非訟事件程序為罰鍰之裁判之合憲性

最高法院昭和四十一年十二月二十七日大法庭裁定

昭和三十七年（ウ）六四號

翻譯人：陳榮宗（節譯）

### 判 決 要 旨

民法第四十六條所以規定法人應就一定事項為登記，係因為不使權利主體之法人活動所生之交易關係招致不測之損失或糾紛，有必要預先將法人組織有關重要事項公示於一般社會。從而其登記事項發生變更時，亦科以於一定期間內為變更登記之義務，如未為登記不得以其變更對抗他人。為使此種登記能嚴格實行，僅使法人蒙受上述之不利益尚有不足，所以民法第八十四條第一款規定，對於懈怠不為登記情形，科以秩序罰之罰鍰制裁。此乃國家對法人所謂之監護性民事監督作用，以之為助長法人私權關係形成之安全，期能使私法秩序之安定為目的。

上述以民事上之秩序罰當做科處罰鍰之作用，係所謂國家監護之民事監督作用，其實質因具有一種行政處分之性質，所以不必由法院科處始合憲法規定之要件，縱然由行政機關科處亦不構成違憲之理由（參照地方自治法第一百四十九條第三款、第二百五十五條之二）。從而縱使法律規定應由法院為科處，由於科處罰鍰之作用與純訴訟事件性質所認定之科處刑事制裁作用有所不同，不必依憲法第八十二條、第三十二條之規定，於公開法庭以對審及判決行之。

現行法鑑於科處罰鍰之作用係對於受科處之人違反其意思所為不利益之事，為使能公正中立為慎重之決定，規定罰鍰由法院依非訟事件程序法規定為科處（非訟事件程序法第二百零六條），就其程序而言，原則上於裁判科處罰鍰之前應聽取當事人之陳述，使當事人有告知、辯解、防禦之機會（同法第二百零七條第

二項)，例外不聽取當事人陳述而為罰鍰之裁判情形，亦規定有當事人之異議聲請時該裁判失其效力，應更改於聽取陳述後始得裁判（同法第二百零八條之二）。而且罰鍰之裁判必須附理由以裁定為之（同法第二百零七條第一項），對該裁定不服之人得為即時抗告，即時抗告有停止罰鍰裁判之執行效力（同條第三項），此等規定均在考慮避免不當違法之科處罰鍰，所以依非訟事件程序法之裁判罰鍰，能以法律所定正當程序為裁判，此事顯然不違反憲法第三十一條之規定。

如同在本件依非訟事件程序法所規定由法院為科處罰鍰之事並不違憲，則依同法所規定程序所科罰鍰於受科處之人聲明不服之程序，同法將其定為得為即時抗告之程序，毋寧係當然之事，尤其關於非訟事件之裁判，鑑於保障聲明不服之程序公正，不得因非訟事件程序法未承認公開對審之原則，則指為違反憲法第八十二條、第三十二條之理由。原裁定判斷，不得另外起訴將法院所為罰鍰之裁判予以推翻，可謂正當。

## 事 實

某財團法人之理事四人，未將昭和三十五年七月二十日就任理事之一人，於法定期間內向法院辦理登記，一直拖延到同年九年十三日。京都地方法院以此一懈怠事實為理由，依民法第四十六條第二項、第八十四條第一款、非訟事件程序法第二百零七條規定，將該理事四人各科處罰鍰二〇〇圓。對此處罰，理事四人以非訟事件程序法第二百零七條違反憲法第八二條所規定之裁判應公開為理由，提起即時抗告。但原審裁定認為，憲法第八十二條所謂之裁判係指民事及刑事之訴訟程序而言，不包含非訟事件程序之裁判，罰鍰之裁判不必在公開之法庭為審理，將抗告駁回。該理事四人不服，主張依非訟事件程序所為之裁判亦應公開審理，法院係應立於公平之第三者立場適用法律之機關，其非能以職權擅將國民加以處罰之機關為理由，提起特別抗告。

## 關 鍵 詞

行政處分 秩序罰 罰鍰 非訟事件程序法 裁定 公開對審之原則 民事監督作用 即時抗告

### 主 文

抗告駁回。  
抗告費用由抗告人負擔。

### 理 由

（譯者言：對本件科處罰鍰之程序，全體法官十三人表示贊同，但對於不服裁定提起抗告程序之部分，有法官田中二郎、法官岩田誠二人之補充意見與法官入江俊郎之反對意見。法官入江俊郎之反對意見頗多，值得注意。）

法官田中二郎、法官岩田誠之補充意見如下。

在本件，多數意見將科處秩序罰之罰鍰程序與不服罰鍰裁定之聲請程序視為一貫之非訟事件，認為對受科處罰鍰之人所聲明不服之程序利用同法規定之即時抗告程序係當然之事，尤其鑑於依非訟事件程序法規定，已有聲請不服之公正程序受到保障，對非訟事件之裁判不得因未承認公開對審之原則，而謂其有違反

憲法第八十二條、第三十二條之理由。吾人對上述結論雖然表示贊同，但對其理由認為未必有十足之說服力。其理由雖得認為非訟事件程序法之聲明不服程序不違反憲法第三十一條之理由，但將其認為不違反抗告論旨所指憲法第八十二條、第三十二條之理由，則不充分。為補充此點，吾人之意見敘述如下。

一、一般而言，訴訟事件與非訟事件之區別及界限未必有明確，在學說上亦有異論。雖然如此，但就本件科處罰鍰事件之性質為思考時，其成為問題者，可謂係區別刑事訴訟事件與非訟事件及其界限之問題。秩序罰之罰鍰為一種財產上之制裁，若在性質上將其認為接近刑罰之性質而謂科處罰鍰之程序亦應有公開對審原則之使用，否則有違反憲法第八十二條、第三十二條之餘地，此種思法不能謂無考慮餘地。但是本件科處罰鍰之作用係國家監護民事監督之作用，由司法機關之法院為科處之情形，就其實質而

言，亦具有一種行政處分性質之科處，從而就科處罰鍰之程序不適用公開對審之原則，對此恐無異論。理由係科處罰鍰之作用與科處刑罰之作用兩者不同，將罰鍰認為具有非訟事件性質而然。立於此一見解，若科處罰鍰之作用依非訟事件程序法所定程序行之為憲法所認許之事，則對不服罰鍰之裁定而聲明不服之程序，亦應依非訟事件程序法所規定之程序始較自然。在此值討論之問題為，罰鍰之裁定係行政處分，其裁定之程序為非訟事件程序，對於不服裁定之聲請程序，能否一轉而改由純粹具訴訟事件性質之訴訟程序行之？固然在地方自治法所定之罰鍰，雖其科處之作用係行政處分，地方自治法規定受罰者得將該事件視為訴訟事件，允許提起撤銷訴訟為解決，就此規定加以對比，若將依非訟事件程序法程序受罰鍰科處之人，於其不服之程序允許利用訴訟事件之程序依通常訴訟程序行之，在立法上，不能謂不可能，亦不能謂不合理。但是罰鍰制度本來即與刑罰不同，所以將科處罰鍰之程序規定依非訟事件程序為處理有其十分之合理性，同時就不服罰鍰裁定之聲明不服規定

依非訟事件程序亦為求其更正之目的，應解釋其程序與純訴訟事件之情形有所不同，將不服裁定之聲請不服程序使與科處罰鍰程序兩者一貫適用非訟事件程序法所規定程序，有其十足合理之根據。於法院而言，由於前後兩階段之程序相互間有關連一貫之關係，不宜於聲明不服之程序突然改變轉化為純訴訟事件之程序，縱然得將兩者切離為思考時，認為其有類似於訴訟事件之餘地，亦不能直接將其視為純訴訟事件，而解釋非適用公開對審之原則不可。對於受科處罰鍰之人之聲明不服程序究竟應依何種程序為之，此種問題為立法政策上之考慮問題，不能因為非訟事件程序法未採取公開對審原則一端，即斷定該法係違反憲法而無效。

同樣之事例亦在其他之程序法能見之，例如在刑事訴訟法之中。舉例言之，刑事訴訟法第三十九條規定保障被告或被嫌疑人辯護人之接見、通信權利，檢察官於一定情形得指定接見通信之日時、場所及時間。此係刑事訴訟法賦與檢察官之一種行政處分權，於此種處分違法行之時，可謂被告或被嫌疑人自己之權利自由受侵害。此時，對於此一違法



處分依同法第四百三十條規定僅有準抗告之程序可適用，無適用行政事件訴訟有關法令之規定。此所以如此規定者，縱依刑事訴訟法所定之處分個人之權利自由受到侵害，不將對處分不服之聲請為切離且視其具有獨自之訴訟事件性質，而認為以一貫連之程序為解決較合理。故，不得因採取不適用公開對審原則之準抗告為方法，則謂上述刑事訴訟法之規定係違反憲法第八十二條、第三十二條。

無論對罰鍰之不服聲請或對禁止接見之違法處分為不服聲請，均不可僅將此一部分加以切離，認為此一部分係憲法保障公開對審原則所適用之純訴訟事件，應認為此種不服聲請事件本身其性質與純訴訟事件不同始為妥當。

二、憲法所保障裁判之公開對審原則係鑑於秘密黑箱作業裁判之弊端，對此弊害加以嚴正批判結果而生之歷史產物，可謂在此處表現近代裁判之一理想。此一原則在現在仍然不失其重要之意義，此乃確實之事。但是秘密黑箱作業裁判之恐怖時代所為裁判與現代所為裁判兩者之間，無論

裁判之對象或裁判之意義均已顯著發生變化，裁判所介入個人生活關係之範圍及態樣亦有相當之變化。實體法規之存在情形亦未必仍然照舊，程序法規亦漸漸完整迄今。在此種情勢之下，不能謂裁判公開對審原則對於所有之裁判均絕對妥當而不許有任何例外。像某種家事審判事件之非訟事件情形，允許為公開對審原則之例外，且承認法院得廣泛為積極之關與，於有多數發生非訟事件或類似事件之近代裁判，縱然應講究符合事件性質為公正妥當裁判之途徑，但就事件本身而言亦有許多不適合以公開對審原則為裁判之事件，關於人民權利自由之全部裁判，為保障裁判之公正起見，不能因為未採取歷史產物之公開對審原則，即直接斷言違憲。重要者在於，承認此種例外是否有合理的根據而不違背憲法保障公開對審原則之趣旨，且代替公開對審原則時有無賦與為保證裁判公正之程序保障，此種事始為關鍵問題。

三、就本件觀之，一面得以罰鍰為科處之作用，對其不服之聲請不能以純訴訟事件視之，他面由於非訟事件程序法之規定具備保

障裁判公正為目的之合理程序，於此種情形之下同法將科處罰鍰作用與對其不服之聲請為一體之規律，不能以其中之一未採取公開對審原則，則直指其為違憲而無效。僅如同於大法庭事件所述意見中所觸及，訴訟事件與非訟事件之區別及界限未必明確，在法律上以非訟事件加以處理之事件中，亦有訴訟事件之性質較強之事項，對於此類事項宜依事件種類性質，講究以立法將公開對審原則為導入之方法，俾能避開將來無用之議論。

法官入江俊郎之反對意見如下。

本人反對在本件將科處罰鍰之程序與對不服裁定之不服聲請程序視為全體一體不可分之非訟事件之多數意見，認為在觀念上加以區別始適合憲法之要請。

惟科處罰鍰程序係具有一種行政處分之性質，並非法律上之爭訟，非係純訴訟事件，所以對此點無適用憲法第三十二條、第八十二條規定餘地，又現行非訟事件程序法規定將科處罰鍰程序以非訟事件為處理，鑑於此一規定之內容，本人認為不違反憲法第三十一條。關於此點為限，本人並不反對多數意見。

可是本人認為受罰鍰科處之人主張其科處違法，對該裁定為不服聲請之情形，此種爭訟於結果而言係法律上之爭訟，最後應以純訴訟事件加以處理之事。從而憲法第三十二條、第八十二條之規定當然對於不服聲請之程序有其適用，若將不服聲請始終視為非訟事件，其救濟方法僅依非訟事件程序法之即時抗告方法，最後使其成為不可抗爭之狀態，就此點而言上述非訟事件程序法之規定，不能謂無違反憲法前述法條之規定。現行非訟事件程序法有關罰金之規定既然包藏此種違憲之點，其結果包括有關科處罰鍰之程序全部不能避免違憲，本件特別抗告之聲請有理由，本人就此點立於反對多數意見之立場。

以下將本人之反對意見及其理由為表示。

#### 一、反對意見之要點

(一) 首先就本件特別抗告聲請之理由為思考，論旨捉住原裁定將本件依非訟事件程序法視為非訟事件加以裁判之形式面，攻擊本件未適用憲法第三十二條、第八十二條規定之事，認為罰鍰雖非固有之刑罰但其係有強制性之財產罰，應如同於一般刑

事訴訟法，將科處罰鍰情形及不服裁定提起抗告聲請情形之程序，於公開法庭使有資格之辯護人對其辯護、為證人之訊問、勘驗、鑑定，賦與適切防禦方法之必要，非訟事件程序法第二百零七條未賦與此種適切防禦方法而不合憲法第三十一條所規定適法程序之要求，亦違反憲法第三十二條、第八十二條規定。

論旨雖然將科處罰鍰之階段與受處罰人主張其違法提起抗告之階段兩者視為同一層次，主張兩階段均有憲法第三十二條、第八十二條之適用，但本人認為此二階段係性質不同之二件事。所以科處罰鍰程序係，因罰鍰為性質上一種行政罰屬於秩序罰，其科處為行政而非司法亦非為法律上之爭訟，不成為憲法之司法權對象，從而應謂不適用憲法第三十二條、第八十二條規定，抗告論旨將此點指為違憲，本人認為其無理由。又就論旨所主張違反憲法第三十一條之點而論，罰鍰制度雖有該條文之適用，但就現行非訟事件程序法規定內容對照以觀，科處罰鍰之程序可謂已經具有憲法第三十一條所要求之適法程序，不能謂未經憲法第三十二條、第八十二條相同之程序即

違反憲法第三十一條，對此點，論旨謂違反憲法，應無理由，本人贊同多數意見之說辭。

惟抗告論旨中所主張，被科處罰鍰之人不服罰鍰對其為抗爭之情形，此為法律上之爭訟，在現行憲法之下最後應將其視為純訴訟事件加以處理，對其處理當然應適用憲法第三十二條、第八十二條，原裁定對其處理未適用該條規定為違憲，就此點言之，本人認為抗告論旨有理由，解釋理由如下（二）、（三）所敘述。

（二）其次就多數意見為思考。

第一、……（省略）。本人認為民法第四十六條、第八十四條第一款、非訟事件程序法第二百零六條以下之規定內容本身，決不能解釋其係規定有關私權關係形成之全體一體不可分國家之監護性監督作用，不能將其認為觀念上屬全體實質上之非訟事件。民法第四十六條係規定法人應登記之一定事項，此規定與商業登記法第十四條、非訟事件程序法第一百二十四條相配合，對法人之理事等科以義務，民法第八十四條第一款係規定對此義務加以違反之理事等科以罰鍰之制裁，非訟事件程序法係規定科處

罰鍰之程序以及不服罰鍰裁定聲請抗告得依即時抗告為救濟，通觀此種規定，無法認為其係國家介入私法關係行使裁量權，重新形成當事人間合理法律關係之一連國家作用之實質意義非訟事件。如果能為此種解釋，則有關助長保護行政之各種法規為基礎之法律關係大多數勢必為同樣之解釋，惟此種解釋係未將法規之目的與法規之具體內容加以區別之思考方法，本人無法贊同。不僅如此，對其程序處理之過程觀之，私人受國家之處罰而主張處罰違法對之聲明不服情形，若將其全部始終認係非訟事件時，則多數意見係將現行憲法下之訴訟事件與非訟事件之區分標準置於迷糊之狀態，此種思考方法將純訴訟事件視為非訟事件，最後將其依非訟事件程序法加以處理，本人認為難免違反憲法。就實際問題觀之，有區別非訟事件與訴訟事件之困難情形，有時亦有中間領域存在之情形。惟此種情形就全體事情而言，其係既不屬於非訟事件亦不屬於訴訟事件之事，結果雖不屬於訴訟事件，但由法院以裁判將其處理為適當宜於立法政策上為判斷，僅於有充分合理之理由可解釋其適合非訟

事件性質時始許認其為非訟事件，不能依法律輕易一律將其全部以非訟事件加以處理，否則該法律係輕視現行憲法之司法權意義，難免違背司法權保障人權之前提。故，本件之罰鍰情形，僅能謂科處罰鍰本身之程序不屬訴訟事件而已，至於受科處後對其主張違法而抗爭之階段，無法認為其係始終不具訴訟性質，而且找不出理由能將科處罰鍰階段與其不服加以抗爭階段兩者視為有機不可分之一體，而將其全體視為實質上之非訟事件。又非訟事件之裁判雖得謂其有形成效力，但有形成效力者未必即係非訟事件之裁判，縱然科處罰鍰之裁判有形成效力，但於刑事裁判其刑之宣告亦得解釋為一種形成的裁判，僅憑此一事即認定罰鍰制度全體具有實質上之非訟事件，此係不正確之事。

又是否違反憲法第三十一條之事，與是否違反憲法第三十二條、第八十二條之事，兩者在理論上係個別不同之事。就憲法第三十一條之意義而言，縱然於符合適法程序要求之情形，若將憲法其他條項有明文之規定加以排除而不適用時，不能僅謂其不違反憲法第三十一條而認為不違反

憲法之理由。多數意見既然認為民法第四十六條、第八十四條第一款、非訟事件程序法第二百零六條以下之程序全體係實質上非訟事件，則當然未將此非訟事件適用於憲法第三十二條、第八十二條而違憲，豈能以不違反憲法第三十一條之事為理由而謂不違憲？

第二、就本件而言，不能將科處罰鍰程序與不服罰鍰裁定聲明不服之程序解釋係構成始終一體不可分之一貫非訟事件，應在觀念上為個別之解釋。若在科處罰鍰程序及在不服程序中要求再次考量罰鍰或要求將罰鍰再審查之階段時，此係一種行政作用而非係純訴訟事件，對此事不生憲法第三十二條、第八十二條之問題，對此事為規定之非訟事件程序法之規定，就其內容觀之，亦不生憲法第三十一條規定之違反問題。

惟若不將前階段與後階段認為始終不可分之一體，將其為個別觀察，則後階段中具有純訴訟事件性質之部分應被解釋當然有憲法第三十二條、第八十二條之適用，對於此點本人所持見解與多數意見根本上有所不同。蓋罰鍰係對於順服一般統治權之人所

處之財產制裁，雖然法律就科處罰鍰之要件及程度有所規定，但若受科處之人對於該法律實體規定之解釋適用為爭論，主張其權利與利益違法受侵害，要求對其為救濟之情形，此種事顯然係法律上之爭訟，應解釋其係純訴訟事件。在此必須加以特別指摘者係，明治憲法與現行憲法之間關於司法權之範圍有重大之差異存在。在明治憲法之下，行政上之爭訟並非憲法上之司法權對象，罰鍰制度於性質上視為秩序罰而屬於行政，對於不服科處罰鍰之事不必論其係法律上之爭訟，亦不必特就有關憲法之司法權規定為討論，將此種科處之事在非訟事件程序法為規定，將其視為全體而以非訟事件加以處理，不生任何障礙不妥之問題。亦無必要特別探究罰鍰制度之正確意義在性質上是否係非訟事件。在明治憲法之下，非訟事件程序法將罰鍰制度不認定其係純訴訟事件，所以自始即將罰鍰於非訟事件程序法之附則中加以規定，此種規定足以說明其理由所在。相反地在現行憲法之下，司法權之範圍不限於民事刑事而廣及於行政事，有關此種事件之法律上爭訟全部成為實體上司法權之對象，

不能以形式論認為因依立法將其規定為非訟事件故為非訟事件。如果如同於本件，將純訴訟事件依立法將其列為非訟事件最後全部加以處理時，此種立法顯然違反憲法第三十二條、第八十二條。

將科處罰鍰視為一種行政處分之程序由法院就非訟事件為處理情形，受科處之人認為該科處係違法時，承認其得向法院要求再次為考量或要求重行審查此種聲請不服之途徑，此在立法政策上得被考慮之事，現行即時抗告之制度在此意義下得理解為不影響其以非訟事件加以處理，於此限度有其理由。若再次為考量或重行審查之裁定結果，對其仍然不服之人，如不在憲法第三十二條、第八十二條之保障下賦與最後解決途徑，以純訴訟事件相待，則本人認為其係違憲。在此一點，明治憲法與現行憲法之間有本質上之差異存在。

(三) 另外，雖非直接針對多數意見之說明而發，本人願在此附言若干見解。

有認為本來憲法第八十二條所規定之裁判公開原則係為保障對訴訟事件裁判公正為目的之規定，縱然將不服罰鍰之聲明不服

視為具有純訴訟事件之性質，若裁判之公正有其他方法加以確保時，非絕對不許有例外而不許依法律就例外為規定。本人對此種看法無法贊同。此種看法忽略憲法第八十二條與第三十二條之互相關係而輕視保障人權上最重要之規定，未重視性質上純訴訟事件對其為最後確定上之程序階段，必須以公開之對審方法進行之點。對於性質上純訴訟事件，如果法律不採取其裁判以公開對審之構造，而使其為終局之確定成為不能再爭執之狀態情形，則此種法律本身已違反憲法第八十二條之規定。

或許有人認為，祇要事案性質上係為當事人之利益為目的有合理性，則可在立法政策上之要求名下以法律為規定，對純訴訟事件亦不必採用公開對審構造，得適當採用對審構造要素之一般公開以外各種程序。但是此種看法未免太偏重於私法的訴訟法的想法，完全未顧及其以前之重要問題，忽視以憲法之司法權保障人權之要求之論調。

又有認為本件罰鍰之裁判既然由公正立場之司法法院依法律所定嚴正公平為之，可謂已為一種準司法作用，對裁判為聲明不

服情形，由司法法院本身以自己之統制作用為適當之處理即可，不必適用憲法第三十二條、第八十二條之直接規定。本人認為此種看法未將憲法第三十二條、第八十二條為正確之解釋所謂之論調，不能加以贊同。本件係將本來科處罰鍰之一種行政作用程序由司法法院加以處理而已，不能因此而謂其係本來之司法權作用或準司法權作用，亦不能因其程序符合憲法第三十一條適合程序之要求，則謂不適用憲法第三十二條、第八十二條。當事人既然不服裁判而聲明不服，此際即已成立純訴訟事件，對此事件當然應適用憲法第三十二條、第八十二條始為正確。不能因為法院本來有嚴正公平之結構與程序，即謂能夠信賴其判斷，對適用憲法亦可採取例外。如果此種想法可取，則憲法之規定係對司法權權威之不必要之存在。

另外有認為罰鍰係比較輕微之處罰，祇要科處罰鍰之程序符合憲法第三十一條之規定，對罰鍰之聲明不服得排除適用憲法第八十二條之公開原則而不違反該條文規定。此種看法亦不正確。罰鍰與刑事罰相比較雖較輕微，其仍然係對被統治之人違反法律

秩序時之一種制裁，縱其與刑事罰有所不同，但對當事人而言係重大不利益及不名譽之事，何況今日之罰鍰金額並不絕對均為輕微，在現行法之下三十萬圓之罰鍰之例有不少。故，假定罰鍰係輕微之處罰，亦不能以此事，即謂在具純訴訟事件性質之階段將對罰鍰不服之聲請程序，亦可不適用憲法第八十二條之公開原則。

值注意者，在法院所為之各種裁定程序，有不經公開對審而就具體的事件適用既存法令之情形。例如，在刑事情形，被告或犯罪嫌疑人受拘留之處分。惟此類措置係具有非訟事件性之措置，屬於處理非訟事件中之中途處置，對當事人最終之本案訴訟處理，仍然以純訴訟事件加以處理而適用憲法第三十二條、第八十二條之規定，不能因為中途之措置未適用憲法第三十二條、第八十二條之規定，則謂其違反上述條文，最少在本件科處罰鍰之不服聲明之情形而言其情形有不同，蓋本件始終未適用憲法第三十二條、第八十二條而裁判確定，當事人無法爭執故也。

以上所述雖係本人之反對意見要點，惟為補充之意義起見，

以下就憲法第三十二條、第八十二條之法意，有關罰鍰之秩序罰性質及有關罰鍰之非訟事件程序法規定內容，敘述本人之看法。

## 二、關於憲法第三十二條、第八十二條之法意

(一) 憲法第三十二條規定任何人有受法院裁判之權利保障，此係依憲法第七十六條規定得對國家要求發動歸屬法院實質意義之司法權之基本人權。現行憲法所謂之司法權與在明治憲法所謂之司法權不同，係包括民事、刑事、行政事之一切法律上爭訟為對象之事。在此種為司法權對象之「法律上爭訟」指，具體事件牽涉對法令之解釋適用而當事人發生利害之衝突，其結果自己之權利利益受不法侵害之人，對其不服而要求為救濟之情形而言，其性質為純訴訟事件。又憲法第三十七條第一項特別就刑事為規定，將國家科處刑事罰之作用（即確定刑罰法令適用之作用）視為純訴訟事件，對此種法律上之爭訟，任何人均依憲法第三十二條規定其受法院裁判之權利不能被褫奪。又此處所謂「裁判」非指法院依法所為程序之廣義之裁判，係指於純訴訟事

件法院立於第三者立場，對於就該事件之法律適用解釋有爭執之當事人，將其為法律上之判斷所賦與一連串之程序而言。若當事人對於法律上之爭訟要求為判斷，法院有職務與權限依裁判程序將其為最終局之判斷。

進而憲法第八十二條規定裁判之對審及判決公開之原則，對憲法所保障裁判請求權客體之法律上爭訟，迄該判斷於最終確定以前，除第八十二條第二項之例外情形外，依第八十二條第一項規定，當事人就其權利未適法為放棄者，應於公開法庭進行對審，要求必須在公開法庭經常為判決之進行。此一裁判公開之原則係各國憲法有關司法之傳統重要原則，其所以如此係認為法律上爭訟祇有在公明正大眾人可見之法庭為裁判，當事人之人權始有保障，同時始能保持裁判之公正而獲得國民對裁判之信賴。此一判決公開之原則亦在明治憲法第五十九條置有明文，此乃眾所周知。裁判之公開有「當事人公開」與「一般公開」兩種情形，明治憲法與現行憲法所謂之公開顯然均指一般公開之意義而言，尤其現行憲法已將民事刑事行政事之一切法律上爭訟均使成為司



法權之對象，所以就法律上爭訟之純訴訟事件言之，其裁判公開原則比明治憲法更進一層增加人權保障在上。

又就法令之解釋適用有關爭執，要求對具體權利利益違法侵害為救濟之情形，得向將此事為處分或裁定之機關或同系統機關請求再次考量或再審查之程序，此種制度之存在。例如，依行政不服審查法之程序、依地方自治法第二百五十五條之二、第二百五十五條之三之程序情形。此顯然係行政而不是司法，無憲法第三十二條、第八十二條之問題。縱然法院為此種之程序時，亦不發生上述憲法之問題。惟若當事人對於再次之考量或再審查之裁定仍然不服就其違法加以爭執之情形，其後之程序顯然應以純訴訟事件為看待而成為司法權之作用對象，當然有適用憲法第三十二條、第八十二條之事，對於此種情形之不服聲請若最後以行政上之程序將其為終結，則為憲法所允許。憲法第六十七條第二項規定「行政機關不得行終審之裁判」，其趣旨在此。

附言之，各國憲法之規定，對裁判之一般公開原則未必有統一規定，且承認例外之範圍亦因

國而異，也有國家於憲法中不置明文。惟此一原則自法國大革命以來被視為裁判上之重要原則而為各國所接受，縱然在憲法未特別置有明文，其在民主政治下，裁定之一般公開原則已經被認為當然之事。在我國，明治憲法及現行憲法均置有明文，尤其現行憲法如於前述將司法權範圍加以擴張，鑑於將有關司法之基本人權加深一層為保障之點，裁判之一般公開原則可謂係古而常新之憲法上重要原則，換言之，將古典意義之此一原則如何在今日之意義上使在現實之司法中生存，此乃成為問題。

(二) 雖然不屬於實質上司法權作用之事，有時法律亦有特別將其規定屬於法院之權限（法院法第三條第一項後段）。其顯著之事例為非訟事件，正如其名稱所示其非實質上法律之爭訟，雖然法律將非訟事件歸屬於法院之權限，該事件在實質上並非司法而係一種行政，對此事不適用憲法第三十二條、第八十二條。法院依法律所行此種程序，例如非訟事件程序法第十六條以下所規定之例，稱其為裁判係就廣義而言，其並非憲法第三十二條所稱之狹義之裁判。此際亦不能因

依法律將其以非訟事件加以處理，則謂亦得將實質上法律之爭訟（即純訴訟事件）不依憲法第三十二條為處理及不依憲法第八十二條為裁判，如果將純訴訟事件以非訟事件為處理，此種法律之規定難免違憲。此事已在最高法院認為強制調解違憲之昭和三十五年七月六日大法庭裁定，亦在昭和四十年六月三十日同院大法庭裁定家事審判法第九條第一項乙類一號及三號之審判合憲時，其多數意見明確為說明之處，最高法院已就憲法第三十二條、第八十二條之法意表示其明確之判斷。

（三）又，縱然係有關法令解釋適用之爭執，若事件不因爭執而成為違法侵害權利利益之問題，換言之，若事件不相當於對特定人之具體法律關係之紛爭時，因其不屬於憲法上實質司法權對象之法律上爭訟，故不屬於法院之當然權限（參照有關警察預備隊違憲訴訟之昭和二十七年十月八日大法庭判決）。又雖然係伴有發生變更消滅具體權利利益結果之事件，對當事人間現在法律關係之權利利益享有狀態有不同意見而發生爭執，僅憑當事人無法自己為協議解決爭執之情

形，國家以監護觀點立於中間人立場，考慮當事人間之一切情況為斟酌，合目的地行使裁量權，干涉使實現社會生活上之法律公平，重新在當事人間形成合理之法律關係，此並非就具體事件之既存法令解釋適用為爭執，非就權利利益受不法侵害要求為救濟之事，非將當事人間所爭執既存實體法上之權利義務存否態樣為確定目的之事，由於此非法律上之爭訟而欠缺純訴訟事件之性質，此可謂係正確意義之非訟事件，而不成為憲法之實質司法權對象，對此事不適用憲法第三十二條、第八十二條。其他對於不屬純訴訟事件之事件，縱然在立法政策上將其歸屬於法院之權限，當然亦不適用憲法第三十二條、第八十二條。

### 三、對於秩序罰之罰鍰

（一）現行法制之下罰鍰有秩序罰、執行罰、懲戒罰三種，暫時不討論後兩種，僅就成為問題之秩序罰之罰鍰為思考。秩序罰為行政罰之一種，行政罰得大別為行政刑罰與秩序罰（在現行法上於秩序罰付有罰鍰之名稱）。行政罰係順服一般統治權之私人違反其與國家或公共團體

之關係必須遵守行政上之法義務情形，國家或公共團體對於上述違反義務之人科處之處罰。於行政罰與刑法相同以同一刑名為處罰情形，其處罰之實質係一種行政罰之行政刑罰，其雖不是刑事罰，但於事件上以刑事事件加以處理，其程序依刑事訴訟法，原則上刑法總則亦有適用，憲法上適用有關刑事裁判之規定。惟因行政罰之實質並非刑事罰，其與對付有強度惡性反社會反倫理犯行（純刑事犯）之刑罰（所謂刑事刑罰）性質有異，於適用刑法總則時亦有若干由事情之性質所生例外存在。尤其於以刑法之刑名科處處罰之情形，究竟其於實質上為刑事罰抑或行政罰之行政刑罰，僅能參照所規定實定法之法意為判斷外，別無其他方法。

依現行法制秩序罰之罰鍰係與刑法之刑名不同之行政罰，為一種財產上之處罰，因其非刑事罰，所以不適用刑事訴訟法與刑法總則，憲法上亦不適用有關刑事裁判之規定。又秩序法之罰鍰，其種類有維持民法上秩序者，有為維持訴訟程序法上秩序者，有為維持行政法上秩序者。為維持上述各法之秩序確保之目的，於其法律規定對破壞秩序之

人為處罰，規定科處情形之要件程度之實體規定，規定科處之程序及不服裁定時之不服聲請程序。若該法律無特別為規定時，適用非訟事件程序法第二百零六條或第二百零八條之二之程序規定，縱然該法律有特別規定情形，大體上亦與上述非訟事件程序法作大同小異之規定。上述非訟事件程序法第二百零六條以下之程序規定究竟合憲與否，今日為止除有少數論文之外，幾乎未有論及之事，在現行憲法之下，最高法院將此種合憲或違憲之問題提起而討論者，本件係最初之事件。

（二）法秩序違反行為不被認為係有強度惡性反社會反倫理之犯行，對此行為之處罰不必採取對付刑事事件之刑事罰制裁，對於破壞民法上訴訟法上行政法上秩序之行為，為維持確保秩序之目的，採取輕刑事罰之制裁為輕之罰鍰制度，此在立法政策上非無考慮之必要性。所遺憾者，無論實務、法律學或立法政策一向對於罰鍰制度未必有充分之考察。蓋罰鍰制度已在明治憲法時代存在久年而被視為非訟事件加以處理，當時由於司法權範圍限於民事與刑事且罰鍰未被視為刑

罰，所以罰鍰制度之問題停在民事法學與行政法學之領域。但在今日，現行憲法之司法權範圍廣及民事刑事與行政事，有關罰鍰之實體法上及程序法上之問題，不能停在民事法學及行政法學領域之問題，已成為憲法學領域之重要問題。縱然如此，但因問題之特殊及上述各法學領域交錯之情況，於戰後新憲法之各原則下改革廢止各種法制之際，此一問題成為一種盲點，特別欠缺以憲法學之觀點為深入之探究。

#### 四、對於罰鍰有關程序與非訟事件程序法之規定

如上所述，有關罰鍰之現行程序，原則上適用非訟事件程序法第二百零六條以下之規定，科處罰鍰程序與不服其裁定之不服聲請程序均一切在形式上全體一體以非訟事件加以處理。

非訟事件之觀念在明治二十三年法律第九五號舊非訟事件程序法公布以來已有成文法上之根據，惟該法與舊民法舊商法一齊延期施行，明治三十一年該法條文全面修改公布，於現行民法與現行商法實施之日同時施行，此即現行非訟事件程序法。在此所謂之非訟事件其正確之意義正如

上述，指法院所辦理形式之廣義裁判之事件，國家為監督立於監護立場，將民事法上之生活關係在當事人間重新形成合理民事法律關係之事件，非指民事上之訴訟事件而言，其目的不在確定當事人間有爭執既存實體法權利義務之存否，故非訟事件之實質並非司法而為行政。

關於罰鍰之事，舊民法人事編第七十四條、舊商法第二百五十六條雖就科處罰鍰情形有規定，但舊非訟事件程序法就罰鍰卻無相關之規定，有關罰鍰之程序規定於明治三十一年法律第十四號之現行非訟事件程序法始為規定，而且該規定置於該法之附則第二百零六條以下。其後，各種行政法規大都採用秩序罰之罰鍰，各種行政法規就罰鍰亦成為準用非訟事件程序法第二百零六條以下規定之情形。昭和十四年法律第七九號將非訟事件程序法第二百零六條修正，規定罰鍰之實體法規內若無特別規定時，關於罰鍰廣泛適用同法第二百零六條以下之規定。換言之，在現行實定法之下，罰鍰制度包括不服罰鍰裁定之不服聲請程序在內，全部一體被以非訟事件加以辦理。但是問題正在此處，究竟能

否將罰鍰之裁判認為全體不可分一貫之非訟事件，抑或能認為其中有一部分係法律上之爭訟，得將其中一部分視為純訴訟事件，能否將該部分切離而為最終之處理？此種問題遂成為現行憲法之司法權相關規定之重要解釋問題，此點正是本件之核心問題。如同本人於上所述，本人之反對意見認為，將不服罰鍰裁定之不服聲請程序視為非訟事件而為最終之處理，此乃違反憲法之事。

如同上述一到四之說明，本人認為，對本件之罰鍰裁定為不

服時其不服聲請之救濟方法，其所以不能僅以非訟事件程序法之即時抗告方法為已足，係因其有將純訴訟事件排除適用憲法第三十二條、第八十二條之情形發生，結果違反憲法之此二條文之規定。

從而包含此種違憲之現行非訟事件程序法之罰鍰制度全體係違憲，同法第二百零六條以下之規定及本此所為之罰鍰裁判亦均違憲而無效，本件特別抗告之論旨有理由，應將原裁定及本件當初之裁定全部撤銷，始不違憲。

## 五十八、請求依人身保護法釋放非經憲法上之法官 審理之戰犯事件

人身保護之請求

最高法院昭和二十九年四月二十六日大法庭判決

昭和二十八年(ク)五五號

翻譯人：陳沈岳

### 判 決 要 旨

得依人身保護法請求救濟者，係指未依法律上正當之程序而被拘束身體之自由之人（人身保護法第二條），其於該拘禁或關於拘禁之裁判或處分，限於顯然無權限、或重大違反法令所定方式或程序之情形，始得為之（人身保護規則第四條本文）。之所以將請求之理由限定於權限、方式、程序之違反，須重大且明顯之情形，乃因人身保護法係遵循保障基本人權之憲法精神，能迅速且容易地回復國民現時不當被剝奪之人身自由為目的，所制訂之特別救濟方法（參照人身保護法第一條、同規則第四條但書）。本件被拘禁人係同盟國以其為戰爭犯罪之人，經遠東國際軍事法庭及日本國內外之同盟國戰爭犯罪法庭裁判而受刑之宣告者；拘禁人則為依昭和二十七年條約五號與日本國之和平條約第十一條及同年法律第一〇三號第五條以下之規定，由同盟國最高司令官或關係國為執行被拘禁人剩餘之刑而向其解交，為該刑之執行而進行拘禁之人。本件執行拘禁之人基於巢鴨監獄典獄長身分依條約及法律之規定，本於職權而為拘禁，即不得指本件拘禁為人身保護規則第四條規定明顯無權限或重大違反法令所定之方式或程序。請求人主張和平條約第十一條及法律第一〇三號違反憲法，自無斟酌必要，應認本件抗告無理由，予以駁回。

### 事 實

被拘禁人經遠東國際軍事法庭及其他同盟國戰爭犯罪法庭認定為戰爭犯罪而受刑之宣告。因而由同盟國最高司令官指揮，拘禁於巢鴨監獄。嗣因訂定和平條約生效，依條約第十一條及基於同條所定有關刑之執行及赦免之法律，由同盟國最高司令官移由巢鴨監獄典獄長執行殘餘刑期。對此，請求人以典獄長為對造，基於人身保護法，向東京高等法院聲請釋放被拘禁人，主張為拘禁原因之和平條約第十一條，以國內法非犯罪之行為為犯罪，非由憲法規定之法官為適法之裁判，接續其刑之執行，即係非因犯罪而為刑之執行，違背憲法云云。東京高等法院以誠實遵守條約乃憲法所承認，本件拘禁與人身保護法第二條規定所謂非依法律上正當程序而為者，情形不同，因而駁回請求人之請求。請求人不服，提起抗告。最高法院以多數意見駁回抗告（另有二則少數意見）。

### 關 鍵 詞

遠東國際軍事法庭 戰爭犯罪（戰犯） 拘禁 人身自由 人身保護法 基本人權

### 主 文

本件抗告駁回。  
抗告費用由抗告人負擔。

### 理 由

得依人身保護法請求救濟者，係指未依法律上正當之程序，而被拘束身體之自由者（人身保護法第二條），其於該拘禁或關於拘禁之裁判或處分，限於係無權限、或顯然重大違反法令

所定方式或程序為之的情形，得請求救濟（人身保護規則第四條本文）。之所以將請求之理由如此地限定於權限、方式、程序之違反乃重大且明顯的情形，乃因人身保護法係遵循保障基本人權之憲法精神，為迅速且容易地回復國民現時不當地被剝奪之人身自由，所制訂之特別的救濟方法（參照人身保護法第一條、同法規則第四條但書）。

於審酌本件請求是否妥當

上，依原審之認定，抗告人請求釋放之被拘禁者等人，皆為同盟國以其為戰爭犯罪者，依遠東國際軍事法庭及日本國內外之同盟國戰爭犯罪法庭所為裁判，受刑之宣告者；拘禁人則為依昭和二十七年（一九五二）年條約五號（與日本國之和平條約）第十一條及同年法律一〇三號第五條以下之規定，為執行剩餘之刑，由同盟國最高司令官或關係國接受移交者，並為執行而進行拘禁。

基此，因拘禁人乃依上述條約及法律之規定，身為前述法律第六條所定應為刑之執行的「巢鴨」監獄典獄長，依其職權而為拘禁，故查拘禁人所為本件拘禁，難謂人身保護規則第四條之拘禁乃無權限所為、或顯然重大地違反法令所定方式或程序。抗告人提出本件請求之理由為，和平條約第十一條及法律一〇三號違反憲法，並以其為前提，主張本件拘禁之不當，而對此之原審的判斷違法，故提起本件抗告。惟如上所述，因抗告人之主張顯未該當於人身保護法及同規則所定請求救濟之理由，故原審無待判斷抗告人關於違憲之主張，即應以抗告人之請求無理由而駁回。依人身保護法第十一條第一

項，因駁回抗告人之請求的原判決，在結論上正當，故抗告人之本件抗告仍屬無理由。綜上，應由抗告人負擔抗告費用，並判決如主文。

本判決除真野毅法官、藤田八郎法官之少數意見外，為全體法官一致之意見。

真野毅法官之意見如下。

本席雖贊同多數意見之結論，但其於理由中未對抗告人主張違憲為任何判斷，僅散漫地駁回本件抗告之點，在法律判斷上有重大瑕疵。

依原審之認定，本件拘禁人乃依昭和二十七年條約五號（與日本國之和平條約）第十一條及同年法律一〇三號第五條以下之規定，由同盟國最高司令官或關係國交接為執行剩餘之刑之戰爭犯罪人，並為執行而拘禁之。

本件抗告之理由亦如多數意見所認，乃主張前述和平條約第十一條及法律一〇三號違反憲法，在此前提下本件拘禁係屬不當。

亦即，其係主張，本件拘禁人無拘禁本件被拘禁人之法律上的權限。因此，為駁回本件人身保護請求，必須判斷前述違憲之



主張無理由，且本件拘禁人具有拘禁本件被拘禁人之合憲的法律上權限。

但多數意見卻認「拘禁人乃依上述條約及法律之規定，身為前述法律第六條所定應為刑之執行的『巢鴨』監獄典獄長，依其職權而為拘禁，故查拘禁人所為本件拘禁，難謂人身保護規則第四條之拘禁顯然乃……無權限所為」，並論斷「無待判斷抗告人關於違憲之主張，即應以抗告人之請求無理由而駁回」。此豈非明顯地顛倒事物次序之理論架構。一國之法制以憲法為基本，無待遑論，依合憲之法令，拘禁人無法律上權限拘束被拘禁人之人身時，人身保護之請求即應被承認。

果爾，則如本件多數意見般，未就前述違憲之主張為判斷，而僅認定依前述條約及法律一〇三號之拘禁，並無法確知本件拘禁是否確係基於合憲且合法之權限所為。從而，將無法確知是否應容許人身保護之請求、或本件抗告是否有理由。

再者，多數意見認因未該當於人身保護規則第四條所謂之「拘禁……係無權限所為……乃明顯之情形」，故本件人身保護

之請求無理由而應駁回。但本件中有無拘禁權限，正與對前述違憲主張如何解釋憲法有關。而最高法院為決定是否違憲之最終審理法院（憲法第八十一條）。因此憲法解釋之判斷即為再困難之事項，只要在該當事件上有適用之必要，依憲法上之職責即須加以判斷，不得拒絕。對於應判斷合憲或違憲者，不得以違憲不明顯為由，而對違憲之主張不為判斷，此乃憲法之要求。拘禁是否基於法律上之權限，當其涉及條約法令等是否違憲時，對於如多數意見般，採取以人身保護規則第四條為藉口而不為合憲與否之判斷的態度，本席實無法贊同。蓋其顯非僅係本末倒置之議論，且將導致即使違憲時亦限制人身保護請求之極為不當的結果。

最後，本席認為，所論之條約及法律的規定合憲，本件之拘禁人就拘禁有合憲之法律上的權限，故本件抗告依該理由而駁回乃屬正當。（但關於合憲之細節，不於本件中說明）

藤田八郎法官之少數意見如下。

多數意見一方面認定「抗告人提出本件請求之理由為，和平條約第十一條及法律一〇三號違

反憲法、並以其為前提，主張本件拘禁之不當」，另一方面則判定「無待判斷抗告人關於違憲之主張，即應以抗告人之請求無理由而駁回」，此因，畢竟關於違憲之主張並不符合人身保護規則第四條「請求人身保護的要件」。亦即，上述主張不該當於同規則第四條所謂之「關於拘禁之處分，顯係無權限而為之情形」。換言之，其旨趣不外乎認為和平條約及前揭法律難謂為顯然違反憲法。本席則認為，不得以法院認條約或法律未明顯違憲之理由，拒絕人身保護之請求。蓋關於某條約或法律是否違憲，至少在最高法院中，不得以其非顯著為由而拒絕審判。尤其如本件般之案件，其非依刑事審判程序而受拘禁，在無其他方法救濟對其之拘禁的案件，如多數說般，允許僅以法院認條約或法律之違憲並不顯著為由，而駁回人身保護之請求，則關於如此之案件，縱然其係以違憲之處分所為（只要難謂為顯然違憲者），終將無接受人身保護之方法，制訂人身保護法之目的將被抹滅。

如多數意見所述，本件之被拘禁人等，皆為同盟國認定為戰爭犯罪人，並依遠東國際軍事法

廷及日本國內外之戰爭犯罪法廷之審判而受刑之宣告之人；拘禁人則為依昭和二十七年條約第五號（與日本國之和平條約）第十一條及「關於同條之刑之執行及赦免法律」（同年法律第一〇三號）第五條以下之規定，為執行前述之刑而拘禁被拘禁人等之人。和平條約第十一條之立足點在於，我國因戰敗而接受包含對所有戰爭犯罪者施以嚴厲處罰條款在內之波茲坦宣言，基於誠實履行之約束，允諾接受同盟國戰爭法廷之審判，並約束於我國執行該等法廷對我國國民所科之刑罰，該條約實屬履行波茲坦宣言之誠實義務的一端。而日本國憲法乃接受波茲坦宣言後始制訂者，雖在該憲法之條項中，並無如德國威瑪憲法第一百七十八條（凡爾賽合約之規定不因該憲法而影響其效力）般之規定，但因接受波茲坦宣言的效果應解為，由制訂日本國憲法之經過觀之，其效力不應受日本國憲法之影響乃當然之理，故如前所述，以波茲坦宣言為直接依據、且為履行其義務之一端而締結之和平條約第十一條，其效力不應受日本國憲法之影響，換言之，其存在於日本國憲法之效力之外。因此，

538 請求依人身保護法釋放非經憲法上之法官審理之戰犯事件

姑且不論同條約第十一條的內容（更進一步地，基此而制訂之前述法律一〇三號之規定）是否合乎國際正義，抗告人主張違反日本國憲法之論述乃有所誤解，就

此意義而言，抗告人所論皆應駁回。（又，對本件被拘禁人吉本勝喜等三人之原判決的判決理由無不當之處）

## 五十九、違反國家公務員法規定公務員守密義務案件

國家機密與採訪自由—外務省機密電報洩密事件  
最高法院昭和五十三年五月三十一日第一小法庭裁定  
昭和五十一年（あ）一五八一號

翻譯人：林素鳳（節譯）

### 判 決 要 旨

- 一、國家公務員法第一百零九條十二款及一百條一項所稱之「秘密」，係指非公知之事實，且實質上得認定係值得保護之秘密，其判定應依司法判斷。
- 二、公務員法第一百十一條所稱同法第一百零九條十二款、一百條一項所定「教唆」，係指以慫恿公務員使足以產生實施前述第一百零九條十二款及一百條一項所規定之洩秘行為為目的之行為。
- 三、媒體報導機關雖有挑唆公務員洩密之行為，但不得因此遽為推定該當行為之違法性，如確實以報導為目的，其方法與手段並無違背全體法秩序之精神而為一般社會通念所得以肯認者，應認定該行為欠缺實質的違法性，而為正當之業務行為。
- 四、作為取得機密文件之手段，以利用女性公務員之意圖而與之發生肉體關係，使該公務員限於難以拒絕被告請託之境地而交付機密文件，對於採訪對象之人格，可謂極盡糟蹋蹂躪之能事，本件報導之採訪行為，超出一般報導的正當採訪活動之範圍。

### 事 實

昭和四十六年五月二十八日，當時的日本外交部長與美國駐

日本大使，就沖繩歸還日本事宜進行秘密會談，同年六月十七日簽訂協定。當時，已有報導質疑該協定可能涉及利益交換秘密的問題。

昭和四十年三月二十七日的眾議院預算委員會審議期中，當時的社會黨議員橫路孝弘提出外務省所發出的「極機密電報」，揭發日本政府代替美國政府支付美軍駐沖繩基地的回復補償金 400 萬日圓部分，證實日本政府與美國軍方確實存在有所謂的「密約」存在。因此，預算委員會審議被迫中斷，政府著手進行該洩漏機密事件之調查。

因為外務省的告發，四月四日檢警單位以違反國家公務員法第一百條一項之守密義務之嫌疑，逮捕服務於外務省女性職員 B，並以違反同法第一百十一條（教唆洩漏秘密罪）之嫌疑，逮捕自 B 取得電報的報社記者 A。A 當時任職於每日新聞政治部，為取得前述秘密資料等，先與 B 發生肉體關係後，再以自己因報導採訪遇到瓶頸，需要 B 幫忙為理由，利用 B 難以拒絕的心理，要求 B 偷取秘密文書。

四月十五日東京地檢署起訴 AB 二人。昭和四十九年一月三十一日，東京地方法院判決 B 有罪，A 無罪。檢方上訴，昭和五十一年七月二十日，東京高等法院改判 A 有罪。A 遂上訴三審。

### 關 鍵 詞

國家秘密（國家機密） 秘密漏示行為（洩漏機密行為） そそのかし（教唆） 非公知の事實（非公知之事實）

### 主 文

上訴駁回。

### 理 由

壹、關於上訴主張之判斷

辯護人伊達秋雄等之上訴主張第一點，謂原判決違反憲法第二十一條，惟實質上祇係違反法令、誤認事實之主張。第二點僅係違反法令之主張。第三點雖有部分主張違反憲法第二十一條，

然實際上均僅係違反法令、誤認事實之主張，故全部不該當於刑訴法第四百零五條規定之上訴第三審之事由。

## 貳、基於職權之判斷

一、國家公務員法第一百零九條第十二款，第一百條第一項所稱之「機密」，係指非公知之事實，在且實質上一般認為值得當作秘密而加以保護者（最高裁昭和四十八年（あ）第二七一六號；五十二年十二月十九日第二小法廷決定），是否為秘密，應服從司法判斷。依原判決所認定之事實，本件第一〇三四號電報文書中，記載昭和四十六年五月二十八日外務大臣愛知與駐日美國大使瑪亞之間所為關於沖繩返還協定會談概要，其內容係非公知之事實。關於以締結條約或協定為目的，而於外交交涉過程當中所進行的會談之具體內容，國際外交慣例上當事國不得公開其內容，若將之洩漏，不僅相對國，更將遭致其他第三國之不信任，不僅該外交交涉，且有害將來有效地遂行外交交涉之虞，故本件第一〇三四號電報文書之內容，一般認為係屬實質上值得當作機密而加以保護者。關於包含

於上述電報文書中之原判決所指出對美請求權之財源問題，為使日美雙方交涉之主其事者得以能圓滑順暢地順利進行洽談，於考慮其中之對內關係，認有將之秘匿之必要。然於我國，因遲早將於國會中因討論政府的政治責任而遭討論與批評，所以不能說政府因上述所謂的密約而有違反憲法秩序之行動，也不能稱之為違法機密，應將其視為實施外交交涉之一部分，當作實質上值得加以保護之機密。因此，原判決認為，主張上開電報文書包括違法機密事項，其主張欠缺其前提，上開電報文書係該當於國家公務員法第一百零九條第十二款、第一百條第一項所謂之「機密」，係屬正確之判斷。

二、公務員法第一百十一條所稱同法第一百零九條第十二款、第十條第一項規定之所謂「唆使」行為，應解釋為係指以使公務員實行洩漏右述第一百零九條十二款及一百條第一項秘密為目的，足以使其再產生實行決意之慫恿行為（最高裁昭和二十七年（あ）第五七七九號同二十九年四月二十七日第三小法廷判決，刑集八卷四號五五五頁；同四十

一年(あ)第一一二九號同四十四年四月二日大法院判決，刑集二十三卷五號六八五頁；同四十三年(あ)第二七八〇號同四十八年四月二十五日大法院判決，刑集二十七卷四號五四七頁參照。)根據原判決之認定，被告A服務於每日新聞社東京總公司編集局政治部，擔任派駐外務省之記者，與身為外務事務官之B，於C旅館發生肉體關係後不久，A對B作如右述意旨之依賴與懇求：「因為報導採訪困難，需要幫助，可否將送到D審議官處之文件拿來借我看一下，保證對妳或對外務省絕對不造成麻煩。尤其是有關沖繩的機密文書。」，徵得B女之初步同意。之後，又於E政策事務研究所向B談到：「五月二十八日外務大臣愛知與駐日美國大使瑪亞之間將就請求全問題進行會談，希望你相關書類文件偷出來。」，所以被告知前述行為，該當於國家公務員法第一百零九條第十二款、第一百條第一項所謂之「唆使」。不過，媒體對於國家政治之報導，係在民主主義之社會中，是提供國民關於判斷國家政治之重要資料，服務於所謂國民知的權利。所以報導自由，在憲

法第二十一條所保障之表現自由中，尤其顯得特別重要。又為了使報導內容正確，參照憲法第二十一條之精神，報導採訪之自由亦應給予相當之尊重(最高裁四十四年(し)第六十八號同年十一月二十六日大法院決定，刑集二十三卷十一號一四九〇頁)。而新聞媒體機關關於國政方面之報導採訪行為，在探知國家機密上，與公務員之守密義務正處於相對立之狀態，有時可能發生會誘導、教唆性質之行為，所以不能僅因新聞媒體為了報導採訪之目的，唆使公務員而使其洩漏秘密，即驟然推定該當行為之違法性，新聞媒體對於公務員持續不死心努力地說服或要求，如果的確是以報導之目的，其方法、手段徵諸全體法秩序之精神，認為係屬相當且為社會通念所容認之範圍內，應可謂欠缺實質上之違法性，而為正當之業務行為。但是，即便是新聞媒體，於報導採訪方面並無特權得以不當地侵害他人之權利與自由，報導採訪之手段、方法如以賄賂、脅迫與強制等抵觸一般的刑罰法令之行為時，固不待言，即便採訪之手段、方法不抵觸刑罰法令，而徵諸全體法秩序之精神，顯然踐踏

被採訪對象之個人人格尊嚴，非社會通念所容認者，則已逾越正當採訪活動之範疇，應認具有違法性。以此檢視本案，根據原判決以及紀錄所記載，於昭和四十六年五月十八日之時點，之前被告與B並非有如此之深交，彼此又無愛情之可言，首次於邀請B共同進行晚餐之際，相當程度地強行與B發生肉體關係，更於五月二十二日再次邀約至C旅館，再次地發生關係，之後旋即拜託懇求偷出上述機密文書，初步獲得該女之同意，之後更以電話催促其決斷，此後亦繼續與B維持關係，B與A因為上述之關係，而對A產生難以抗拒其懇託心理狀態，A即趁此機會，使B於嗣後偷出機密文書十餘次，因此本件之唆使行為，亦係其手段之一環，同年六月十七日既經締結所謂沖繩返還協定，可說再無採訪之必要，同月二十八日被告赴美而於八月上旬回國之後，對該女之態度丕變，舉止有如陌生人，與該女關係亦喪失殆盡。而且被告更將本件第一〇三四號電報文

書之影本交給國會議員，而情報來源很容易判斷是外務省內部之特定人物等，均經認定。從被告的一系列行為觀之，被告當初以作為獲取機密文書之手段，基於利用之意圖，與B發生肉體關係，B因為前揭關係而對A之懇託陷於難以抗拒之心理狀態，A乘此機會，使B偷出機密文書，而於B已無利用價值時，即與其斷絕上揭關係，嗣後，亦不理採B，非謂對於採訪對象之B個人之人格尊嚴嚴重地糟蹋蹂躪，被告之如此採訪行為，其手段、方法，徵諸全體法秩序之精神，究非社會通念所能容認之不當行為，故應謂已逾越正當採訪活動之範圍。

參、綜上所論，應可謂被告之行為，構成國家公務員法第一百十一條之罪，原判決之結論係屬正確，爰依刑事訴訴法第四百十四條、第三百八十六條第一項第三款規定，以裁判官全體一致之意見，裁定如主文。



## 六十、因受政黨除名處分請求返還房屋等事件

政黨內部自治與司法審查

最高法院昭和六十三年十二月二十日第三小法庭判決

昭和六十年（才）四號

翻譯人：台灣國際專利法律事務所

### 判 決 要 旨

個人雖得依自由之意思組成政黨或加入政黨，但為維持政黨之存立以及組織之秩序，黨員之權利與自由需受有一定制約。屬於政黨內部自律權之行為，除法律有特別之規定外，應予以尊重，因而政黨基於組織內部之自律營運，而對黨員所做之除名，其處分之妥當與否，原則上應委由自律解決。從而，政黨對黨員所為之處分只要與一般市民法秩序無涉，即為法院之審判權所不及。

### 事 實

被告 Y 以原告政黨 X 之幹部身份活動多年，但與 X 之最高幹部等意見相左，因而受到除名處分。因 Y 所居住之房屋為 X 所有，故 X 基於房屋之所有權對 Y 請求返還。本訴訟原先之爭點係有關於政黨所有之房屋，由政黨之幹部進入居住之法律性質，但眾人所矚目者乃是政黨內部自治與司法審查，而此亦為在此所欲處理之論點。

被告 Y 主張，本件除名處分在程序上、實體上均為違法且無效，認為以此為前提所做之返還請求應不被允許。對此 X 加以反論認為，(1) 除名處分之妥當與否，應委由政黨內部自律權判斷，故不得為司法審查之對象、(2) 即便是有成為司法審查對象之情況，亦應僅限於程序上違背該政黨所定之黨規。本件除名處分係適當地依照黨規所做成，並不存在程序上之瑕疵，應屬有效

。對此 Y 再做出反論認為 (1) 政黨內部的處分決定亦為法律上之訟爭，故除名處分之妥當與否亦為司法審查之對象、(2) 即便是為了尊重政黨內部的自律權，而認為有應委由其自治措置判斷之事項，但如本件除名處分一般，就被處分者 Y 而言，是為明顯之不利益，並且茲事體大，應成為司法審查之對象。

一審（東京八王子支判昭和五八・五・三〇判時一〇八五號七七頁）認為 (1) 依憲法第二十一條之結社自由與憲法第十九條思想信念之自由，政黨就其組織之營運享有高度之自治權乃至於自律權，並受有保障、(2) 政黨之組織與營運必須是以民主主義之原則為依歸，此乃憲法上當然之要求。而屬於結社自由範疇之政黨內部制裁處分，當然亦應遵循公正程序。故當該處分之程序本身有顯著不公正之情事，或當該處分之做成係違反政黨內部之程序規定之時，則成為司法審查之對象、(3) 但是，本件除名處分並無程序上之瑕疵，又前述關於本訴訟原先之爭點，一審亦肯定 X 之主張，因而認為 X 之主張為有理由。二審（東京高判昭和五九・九・二五判時一一三四號八七頁）認為非僅是程序上之問題，「當該處分有無理由之認定，需視其是否出於明顯的恣意，或其處分之選擇是否基於不法動機或者顯著逸脫制裁之目的等等，關於制裁權之濫用與否」亦得為司法審查之對象。但本件處分並無此等情事，故 Y 之上訴予以駁回。

### 關 鍵 詞

結社自由 思想信念自由 政黨自律權 正當程序

### 主 文

本件上訴駁回。  
上訴費用由上訴人負擔。

### 理 由

政黨乃是政治上之信念與意見共通者所任意組成之政治結社。其內部通常有自律性規範，對於身為其成員之黨員要求其政治的忠誠，而享有實施一定統制之自治權能，並且為國民使其政

治性意見反映並實現於國政上最有效之媒介，亦得謂其存在對於支撐議會制之民主主義而言，具有極其重要之意義。從而，對每一個人，須保障其組成政黨、加入政黨或退出政黨之自由；而對於政黨，則賦予其高度之自主性與自律性，並且必須保障其得為自主性組織營運之自由。另一方面，從前述之政黨性質與目的觀之，雖得依自由之意思組成政黨或加入政黨，但為維持政黨之存立以及組織之秩序，黨員之權利與自由受有一定之制約乃係屬當然。再者，從前述政黨結社之自主性以觀，屬於政黨內部自律權之行為，除法律有特別之規定外，應予以尊重。故政黨基於組織內部之自律營運而對黨員所做之除名，其處分之妥當與否，原則上委由自律解決，係屬妥適。從而，政黨對黨員所為之處分只要與一般市民法秩序無涉，則為法院之審判權所不及。此外，前述處分即使是侵害作為一般市民所具有之權利、利益，關於其妥當與否之審理，只要該政黨所定之自律性規範無違反公序良俗之特別情事，均應參照該政黨之規範；若政黨無此規範時，則應基於法理，以有否依適正之程序為

斷。

依本案之記錄觀之，被上訴人得謂該當於前述之政黨。簡言之，本訴之請求乃係以上訴人有該黨幹部之地位為前提，於保障其任務遂行之目的範圍內，在被上訴人與上訴人之間締結契約，該契約之內容係由上訴人對本件建物，亦即該黨設施為使用收益。惟上訴人以遭受被上訴人除名為理由，請求支付相當於本件建物之返還及租金之損害賠償。該請求為司法審查之對象固不待言，惟該請求以除名處分為其原因，而該處分係屬於政黨內部規律之問題，應委由該政黨之自治措施加以判斷。故關於該除名處分之妥當與否，必須從是否踐行適正程序之觀點加以審理判斷。因而，關於該點，原審之事實認定為，參照原判決所舉示之證據關係，得肯認係屬正當。又從前述事實關係來看，被上訴人定有自律規範性質之黨規，本件除名判決之做成得謂是以該規約為準則，而關於該規約有無違反公序良俗之特殊情事，本件並無任何主張舉證，故應得謂其於程序上並無違法，該除名處分應屬有效。

秉此意旨之原審判斷應能肯

認係屬正當，並無上訴人於原判決所論之違法情事。上訴人以違法為前提之違憲主張，顯屬失當。上訴之論旨，不過是基於與前述意見相左之見解而對原判決加以責難，抑或是非難專屬於原

審判斷之證據取捨與事實認定，不能予以採用。

因此，依民訴法第四百零一條、第九十五條、第八十九條，裁判官全員一致之意見，做成判決主文如是。

## 六十一、請求撤銷遣返命令之處分事件

亡命者與政治難民之保護 — 尹秀吉事件

最高法院昭和五十一年一月二十六日第二小法庭判決

昭和四十七年（行ツ）六五號

翻譯人：吳豪人

### 判 決 要 旨

所謂政治犯罪人不引渡原則，尚非屬於業已確立之一般國際慣習法，而逃亡犯罪人引渡法，亦非一概不問條約之有無，均規定政治犯罪人不引渡。關於上訴人因政治活動將遭受處罰之情事，並未有客觀而且確實證據，故原判決並未違法。

### 事 實

原告（二審被上訴人・三審上訴人）韓國人尹秀吉（X），於一九五一年四月一日非法入境日本，並於五二年九月，以旁聽生之身份進入東京大學理學部物理學系就讀，專攻理論物理學。並於五四年十月辭去旁聽研究生之身分。自六〇年九月起，擔任「在日本大韓民國居留民團」（簡稱：民團）栃木縣本部的事務局長，進行下述等等活動：（一）推薦被韓國朴政熙政權視為敵性團體的韓國社會大眾黨之黨員，亦即本訴訟外之 A 為民團栃木縣本部部長，並使其當選、（二）與當時同為敵性團體的日本社會黨締結親善關係、（三）本訴訟外之 B，係社會大眾黨韓國民議院（國會）議員候選人，並在漢城設立民族日報社，做出南北和平統一等主張，而被依犯罪處罰特別法判處死刑。對此，X 計畫並主導抗議民眾大會，進而在民團栃木縣本部之機關刊物上，揭載反對死刑的社論，積極展開各種拯救 B 之運動，並批判朴政熙政權。

時至六二年四月，前述秘密入境之情事被舉發，X 以嫌疑人之身分被留置於東京入境管理事務所，並在同月十二日，被日

本入境審查官認定為該當於舊外國人登錄令第十六條第一項第一款。對此，X 請求言詞審理，但同月十九日特別審查官判定前述認定無誤，而對此判定所聲明之異議亦為法務大臣所駁回。最終，於同年六月二十九日收受到主任審查官欲將其遣返韓國的離境強制令處分書。因而，X 提起本訴訟請求撤銷前述處分，主張該處分有下述三點違法事由：

(一) 依當時韓國之反共法、特殊犯罪處罰特別法、以及集會臨時措置法等，X 前述之行為係為上開諸法令處罰之客體，故 X 乃是政治犯罪人。因「政治犯罪人不引渡原則」乃是已確立之國際慣習法，依據憲法九十八條第二項，政治犯罪人有對日本政府請求不引渡回本國之權利，故本件處分違反了國際慣習法以及上述憲法條文，且亦違反了逃亡犯罪人引渡法第二條之規定。

(二) X 亦該當於政治難民。而不得將政治難民驅逐至欲對之加以迫害之國家，為業已確立之國際慣習法，將 X 遣返回韓國亦違反此國際慣習法。(三) 出入境管理令第五十條第一項第三款所規定之特別居留許可，雖委由法務大臣裁量，但亦有其界限存在。本件裁決已逸脫、甚至於濫用該裁量權而為違法。

第一審（東京地判一九六九〔昭和四四〕一・二五行集二〇卷一號二八頁）認為，政治犯罪人不引渡原則僅限於，在本國之內外有關於純粹之政治犯罪，而且在程序之要件上，需有來自於本國之引渡請求、或受有罪判決、或被起訴、或出具逮捕狀等，並在本國之處罰係為客觀確實之情況，始得認為係業已確立之國際慣習法。因此，第一審認定本件 X 乃為合於上述情況之政治犯罪人，該遣返韓國之處分乃違反上述國際慣習法與憲法第九十八條第二項而為違法，進而撤銷本件處分。對此，上訴審（東京高判一九七二〔昭和四七〕・四・一九判二七六號八九頁）採納上訴人——國家當局之主張，認為政治犯罪人不引渡原則是基於自由與人道的國際通誼乃至於國際慣行，但尚不被認為是已確立之一般國際慣習法；而逃亡犯罪人引渡法（一九六四年依據法律第八六號所改正之前的舊法），亦並非一概不問條約之有無，均規定政治犯罪人不引渡；再者，不得違反政治難民之意思，將其引渡至

欲對之加以迫害之國家，亦非屬業已確立之國際慣習法；同時，不能謂 X 在韓國必將受到處罰乃為客觀明確。故法務大臣所為之裁決，非屬裁量權之逸脫與濫用，一審判決予以廢棄。

X 對此繼續上訴，其上訴理由之第一點，主張原判決違背法令。亦即，第一、原判決所依據之見解，與通說所肯認之政治犯罪人不引渡原則係為國際慣習法有異，又原判決所認定該原則之適用，必須是有罪判決、起訴、逮捕狀之發佈等事實存在。就此二者，原判決之解釋與適用有誤；第二、原判決依據逃亡犯罪人引渡法六四年之修正條文，並未體察不問條約之有無，隨著相互主義之保障下，一般皆不實行逃亡犯罪人之引渡，政治犯罪人亦屬當然。關於該法之解釋與適用亦屬有誤。其上訴理由之第二點指出，原判決理由不完備與不一致，認為原判決不認為 X 被遣送回韓國會受到確實的處罰，係原判決對於韓國緊張的政治情勢欠缺認識。

### 關 鍵 詞

國際慣習法 政治犯不引渡原則 逃亡犯罪人引渡法

### 主 文

本件上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

並未違法，上訴之論旨不能予以採用。

### 理 由

關於上訴理由第一點之第一：

原判決之判斷認為，所謂政治犯罪人不引渡原則，尚未被認為係屬業已確立之國際慣習法。對照原判決所舉示之證據關係，能肯定係屬正當。原判決之論述

關於上訴理由第一點之第二：

就原審之判斷認為，逃亡犯罪人引渡法（昭和二十八年法律第六八號、昭和三十九年法律第八六號修正前）並非是一概不問條約之有無，均規定政治犯罪人不引渡，此亦得肯認係為正當。上訴所論述者，係以本件行政處分做成後所修正的法律規定為前

提，而非難原判決，顯屬失當。原判決之論述並未違法，上訴之論旨不能予以採用。

關於上訴理由第二點：

就原審之判斷認為，在上訴人被遣返韓國之情況中，關於其政治活動是否將被處罰，並未客觀確實。對照原判決所舉示之證據關係，當能肯定其判斷係屬正

當。原判決之論述並未違法，上訴之論旨，不過是在非難專屬於原審之證據取舍判斷與事實之認定，不能予以採用。

因此，依行政事件訴訟法第七條、民訴法第四百零一條、第九十五條、第八十九條，依裁判官全員一致之意見，做成判決主文如是。



## 判決名稱索引

昭和二十四年五月十八日大法庭判決（昭和二十三年（九）一三〇八號） <b>因煽惑他人拒絕政府收購糧食違反糧食緊急措置令案件</b>	326
昭和二十七年八月六日大法庭判決（昭和二十五年（あ）二五〇五號） <b>為採訪來源拒絕作證案件</b>	333
昭和二十九年一月二十二日第二小法庭判決（昭和二十七年（才）六七九號） <b>請求撤銷宅地買收計畫事件</b>	493
昭和二十九年四月二十六日大法庭判決（昭和二十八年（ク）五五號） <b>請求依人身保護法釋放非經憲法上之法官審理之戰犯事件</b>	533
昭和三十一年七月四日大法庭判決（昭和二十八年（才）一二四一號） <b>請求刊登道歉啟事事件</b>	123
昭和三十三年二月十七日大法庭裁定（昭和二十九年（秩ち）一號） <b>法庭內限制攝影案件</b>	337
昭和三十五年七月六日大法庭裁定（昭和二十六年（ク）一〇九號） <b>對代替調解之裁判為特別抗告事件</b>	495
昭和三十八年五月二十二日大法庭判決（昭和三十一年（あ）二九七三號） <b>違反暴力行為等處罰法律案件</b>	369
昭和三十八年六月二十六日大法庭判決（昭和三十六年（あ）二六二三號） <b>違反貯水池（溜池）保全條例案件</b>	470
昭和四十年六月三十日大法庭裁定（昭和三十六年（ク）四一九號） <b>對命夫妻同居之裁判為特別抗告事件</b>	504
昭和四十一年十二月二十七日大法庭裁定（昭和三十七年（ク）六四號） <b>請求撤銷依非訟事件程序法所為裁罰事件</b>	516
昭和四十四年六月二十五日大法庭判決（昭和四十一年（あ）二四七二號） <b>「夕刊和歌山時事」妨害名譽案件</b>	340
昭和四十四年十一月二十六日大法庭裁定（昭和四十四年（し）六八號） <b>法院命電視媒體提出在JR博多站拍攝錄影帶案件</b>	342
昭和四十五年六月十七日大法庭判決（昭和四十二年（あ）一六二六號） <b>因張貼傳單違反輕犯罪法案件</b>	349
昭和四十五年六月二十四日大法庭判決（昭和四十一年（才）四四四	

號) 因董事代表公司為不當之捐獻代位請求董事損害賠償事件	116
昭和四十五年九月十六日大法庭判決(昭和四十年(才)一四二五號)	
因吸煙自由被侵害請求國家賠償事件	56
昭和四十七年十一月二十二日大法庭判決(昭和四十五年(あ)二三號)	
違反零售商業調整特別措置法案件	352
昭和四十九年七月十九日第三小法庭判決(昭和四十二年(行ツ)五九號)	
因受退學處分請求確認身分事件	375
昭和五十一年一月二十六日第二小法庭判決(昭和四十七年(行ツ)六五號)	
請求撤銷遣返命令之處分事件	548
昭和五十一年五月二十一日大法庭判決(昭和四十三(あ)一六一四號)	
被告侵入建築物、妨害公務等案件	41
昭和五十二年七月十三日大法庭判決(昭和四十六(行ツ)六九號)	
因市長以公款提供開工神道儀式之費用請求填補損害事件	175
昭和五十三年五月三十一日第一小法庭裁定(昭和五十一年(あ)一五八一號)	
違反國家公務員法規定公務員守密義務案件	539
昭和五十三年七月十二日大法庭判決(昭和四十八年(行ツ)二四號)	
請求撤銷駁回買回國有財產聲請之處分事件	95
昭和五十三年十月四日大法庭判決(昭和五十年(行ツ)一二〇號)	
請求撤銷不許可更新居留期間之處分事件	138
昭和五十六年三月二十四日第三小法庭判決(昭和五十四年(才)七五〇號)	
因對女性職員是否差別待遇請求確認僱傭關係存在等事件	92
昭和五十六年十二月十六日大法庭判決(昭和五十一年(才)三九五號)	
請求禁止大阪國際機場夜間飛行等事件	384
昭和五十七年七月七日大法庭判決(昭和五十一年(行ツ)三〇號)	
請求確認扶養兒童津貼受領資格等事件	29
昭和五十七年十一月十六日第三小法庭判決(昭和五十六年(あ)五六一號)	
因示威遊行違反道路交通法等案件	273
昭和五十八年六月二十二日大法庭判決(昭和五十二年(才)九二七號)	
因閱讀自由受侵害請求損害賠償事件	60
昭和五十九年十二月十二日大法庭判決(昭和五十七年(行ツ)一五六號)	
海關檢查輸入品事件	345

## 554 判決名稱索引

昭和六十三年二月五日第二小法庭判決（昭和五十九年（才）四一五號）	因沈默自由受侵害請求損害賠償事件	146
昭和六十三年六月一日大法庭判決（昭和五十七年（才）九〇二號）	請求撤銷自衛隊等所為將殉職隊員合祀於縣護國神社之程序事件	195
昭和六十三年七月十五日第二小法庭判決（昭和五十七年（才）九一五號）	因麴町中學「內申書」之記載請求損害賠償事件	74
昭和六十三年十二月二十日第三小法庭判決（昭和五十八年（才）一〇二二號）	請求禁止車內廣告播送事件	71
昭和六十三年十二月二十日第三小法庭判決（昭和六十年（才）四號）	因受政黨除名處分請求返還房屋等事件	544
平成元年二月四日第一小法庭判決（昭和六十一年（あ）一二二六號）	違反酒稅法事件	54
平成元年三月二日第一小法庭判決（昭和六十年（行ツ）九二號）	請求給付國民年金事件	77
平成元年三月八日大法庭判決（昭和六十三年（才）四三六號）	因禁止旁聽時記錄請求國家賠償事件	82
平成元年六月二十日第三小法庭判決（昭和五十七年（才）一六五、一六六號）	請求確認不動產所有權等事件	3
平成元年九月十九日第三小法庭判決（昭和六十二年（あ）一四六二號）	違反岐阜縣青少年保護育成條例案件	291
平成元年十一月二十日第二小法庭判決（平成元年（行ツ）一二六號）	依住民訴訟之損害賠償請求事件	1
平成二年二月六日第三小法庭判決（昭和六十二年（才）一六八號）	因輸入生絲受法律限制請求損害賠償事件	366
平成二年七月九日第二小法庭裁定（平成二年（し）七四號）	扣押傳播媒體採訪錄影帶案件—TBS採訪自由與錄影帶扣押案件	277
平成二年九月二十八日第二小法庭判決（昭和六十三年（あ）一二九二號）	因煽惑大眾燒燬建築物違反破壞活動防止法案件	329
平成四年四月二十八日第三小法庭判決（昭和六十年（才）一四二七號）	台灣籍日本兵請求給付補償金事件	35
平成四年十二月十五日第三小法庭判決（昭和六十三年（行ツ）五六		

號) 請求撤銷駁回許可經營酒類販賣業申請之處分事件	358
平成五年二月十六日第三小法庭判決(昭和六十二年(行ツ)一四八	
號) 請求確認撥地設置忠魂碑之處分無效等事件	152
平成六年一月二十七日第一小法庭判決(平成三年(行ツ)一八號)	
為資訊公開請求撤銷拒絕公開交際費文書之行政處分事件	302
平成六年二月八日第三小法庭判決(平成元年(才)一六四九號)	
因隱私權受侵害請求給付慰撫金事件	65
平成七年二月二十八日第三小法庭判決(平成五年(行ツ)一六三號)	
對選舉人名簿不登錄處分聲明異議事件	111
平成七年三月七日第三小法庭判決(平成元年(才)七六二號)	
為拒絕借用市民會館請求損害賠償事件	280
平成七年十二月十五日第三小法庭判決(平成二年(あ)八四八號)	
違反外國人登錄法案件	25
平成八年一月三十日第一小法庭裁定(平成八年(ク)八號)	
請求撤銷解散宗教法人之處分特別抗告事件	148
平成八年三月八日第二小法庭判決(平成七年(行ツ)七四號)	
請求撤銷因拒絕修習劍道課程而遭退學之處分事件	168
平成九年三月十三日第一小法庭判決(平成五年(才)一七五一號)	
因國家發動戰爭請求損害賠償事件	16
平成九年四月二日大法庭判決(平成四年(行ツ)一五六號)	
因縣長以公款支付宗教儀式之費用代位請求損害賠償事件	224
平成十年十二月一日大法庭裁定(平成十年(分ク)一號)	
違背法官職務上義務懲戒事件	319
平成十一年一月二十一日第一小法庭判決(平成七年(才)二一二二	
號) 請求締結供水契約事件	452
平成十二年一月二十七日第一小法庭判決(平成七年(才)一二〇三	
號) 請求所有權移轉登記等事件	460
平成十三年三月十三日第三小法庭判決(平成八年(行ツ)一八〇號)	
請求撤銷林地開發許可事件	455
平成十三年三月二十七日第三小法庭判決(平成八年(行ツ)二一〇、	
二一一號) 請求公開交際費資訊事件	309

## 關鍵詞中日索引

<b>二劃</b>		日蘇共同宣言	17
人身自由	534	比較衡量	278,343
人身保護法	534	<b>五劃</b>	
人格權	72,389	以不違反法令為限	471
<b>三劃</b>		以條例強制限制或停止權利之行使	471
大阪府知事	303	代位權	2
大學自治	370	代替調解之裁判	496
<b>四劃</b>		出入國管理令	139
不可替代行為	124	出賣國有農地特別處理法	96
不合理差別待遇之禁止	78	可替代行為	124
不良書刊(有害圖書)	292	外國人	112
公司(會社)	118	外國人登錄法	26
公司權利能力	118	平等原則	78
公正的刑事裁判	278	必要不得已之限度	320
公共利益(公共の福祉)	274	必要限度	343
公共秩序(公秩序)	4	本問題	461
公共福祉	75,96,335,338,343,346,494	本訴	4
公物管理權	281	正當迅速的搜查	278
公物警察權	281	正當理由	454
公款(公金)	227	正當程序	545
公開法廷之判決	496	民事監督作用	518
公開法廷之對審	496	民法第七百零九條(侵權行為之要件)	147
公開對審之原則	518	示威(デモンストレーション)	83
公開審判	338	立法行為	367
反訴	4	立法政策	335
支出命令請示書(支出命令伺書)	303	立法裁量	17
日內瓦條約	17	立法機關	367
日本憲法第十三條	57	立法機關之裁量範圍	359

<b>六劃</b>		沈默自由	147
交際費	303	良心自由	124
企業經營	93	言論自由	327,341
同意（是認）	227	<b>八劃</b>	
名譽	66	事前規制	346
名譽毀損	124	依援護法或恩給法規定須具有日本國籍	
名譽毀損罪	341	或適用戶籍法之國民始受法律保護之	
合併給付（併給）	30	條款（國籍條項）	36
地方公共團體	112	使用借貸（無償貸與）	154
地方首長（知事）	292	兒童扶養津貼法（兒童扶養手当法）	30
在法律範圍內	471	具有永久居留權者（永住者）	26
有擾亂公共秩序之虞（公の秩序をみだすおそれがある）	281	具體明確之預見（具体的に明らかに予見された）	281
考量（考慮する）	227	具體許可基準	359
自來水法（水道法）	454	制度性保障	370
自治條例（條例）	281	協調與均衡	341
自耕農	494	受忍程度	343
行使違法之公權力（違法な公權力の行使）	83	受教權	376
行政處分	518	固有意義之裁判	496
行政檢查	346	宗教人格權（宗教上の人格權）	197
<b>七劃</b>		宗教法人法	149
住民訴訟	2,176,227	宗教活動（宗教的活動）	197
住民訴訟代位權	154	宗教團體	227
作證義務	335	幸福追求權	72
利益調整	72	忠實義務	118
即時抗告	518	所有權預告登記（停止條件附所有權移轉假登記抹消登記請求）	4
吸菸的自由	57	拒絕作證權	335
形成效力	505	拘禁	534
扶植自耕農特別處理法	494	明顯急迫之危險（明らかな差し迫った危険）	281
沙林毒氣（サリン）	149		

## 558 關鍵詞中日索引

服務年資（勤續年數）	93	信教自由	149,176
法拘束力	78	前提問題	461
法律上利益	456	思想及良心自由	147
法律關係	461	思想表現的自由市場	72
法庭地	461	思想信念自由	545
法務大臣	139	思想與信仰自由	376
狀況性保障	370	指未申報而轉換工作（無屆轉職）	139
知的自由（知る自由）	292	指紋按捺制度（指紋押捺制度）	26
知的權利	61	指暫時居留期間到期時的延長手續（在 留期間更新）	139
社會性任務（社會的役割）	118	政治犯不引渡原則	550
社會性作用（社會的作用）	118	政治信念（政治的信條）	118
社會通念	118	政治與宗教分離之原則（政教分離原 則）	197
社會經濟政策	353	政治獻金（政治資金）	118
表現自由（freedom of expression）	66,75,330,346,349	政教分離原則	176
表現的自由	327	政黨自律權	545
金錢（金員）	30	洩漏機密行為（秘密漏示行為）	540
金錢債務臨時調解法	496	相當於我國交通部長（運輸大臣）	389
附加條件（條件付與）	274	相當理由之確信	341
附隨性權利	75	相當蓋然性	75
青少年保護條例（青少年保護育成條 例）	292	軍人軍屬（軍屬指軍中的文職及雜勤人 員）	36
青少年保護審議會（青少年保護育成審 議會）	292	限定列舉	335
非公知之事實（非公知の事實）	540	<b>十劃</b>	
非訟事件之裁判	505	個人尊嚴	57
非訟事件程序法	518	個人經濟活動	367
非釀資型年金	78	個人經濟活動自由	353
<b>九劃</b>		個人釀酒之自由（個人の酒造りの自 由）	54
信用	66	原子彈及氫彈禁爆（原水爆禁止）	349
信仰宗教的自由（信教の自由）	197		

原告適格	456	國家財政目的	359
家事審判法	505	國家賠償	17
差別待遇（差別）	36	國家機密（國家秘密）	540
差別待遇	376	國際慣習法	550
恩給法	36	國營航空站（國營空港）	389
捐贈（出捐）	118	基本人權	496,534
旁聽者（傍聽人）	83	婚喪喜慶（慶弔）	303
殉職自衛隊員（自衛隊の殉職者）	197	將來給付請求權	389
特別抗告	149	張貼海報	349
特別協定（特別取極）	36	強制參與宗教儀式（宗教的行事の參列 強制）	197
特許（免許）	54	強制調解	496
留級處分（原級留置處分）	169	接近危險理論	389
破壞活動防止法	330	採訪自由	278,338,343
秩序罰	518	採訪來源	335
純粹訴訟事件	496	教育方針	376
航空行政權	389	教育自由	370
記錄開庭摘要（メモ採取）	83	教育基本法	43
財政法	96	教育權	43
財產權之不可侵犯	471	教唆（そそのかし）	540
財產權之內容	471	祭神用之楊桐樹枝（玉串）	176,227
退休年齡（定年年齡）	93	被告人權	57,61
退休制度（定年制）	93	章程（定款）	118
逃亡犯罪人引渡法	550		
酒稅法	54	<b>十二劃</b>	
陣亡者（戰沒者）	154	勞動能力	93
<b>十一劃</b>		勞動基準法第三條（平等待遇）	147
停止請求或除去及防止請求（差止請 求）	389	勞動報酬	17
參加訴訟（訴訟參加）	4	堤防（堤とう（堤塘））	471
參政權	112,118	堰堤（えん堤）	471
國民政治意思（國民の政治意思）	118	報導自由	278,338,343
		替代措施（代替措置）	169



## 560 關鍵詞中日索引

殘障福利年金（障害福祉年金）	30	違法性	66
猥褻表現物	346	違背正義	341
結社自由	545	違禁品（輸入禁制品）	346
善良管理人的注意義務（善管義務）	118	過度	349
		逾越裁量權	367
裁判生存之基礎	320	逾越權限	169
裁判請求權	496	靖國神社	227
裁定	518		
裁量之範圍（裁量の範圍）	83	<b>十四劃</b>	
裁量逾越	78	駁回（棄卻）	2,83,149
裁量濫用	78	駁回（卻下）	2
裁量權	54,139,169,376	實體權利義務本身之爭執	505
貯水池（溜め池）	471	對審與判決	505
貯水池保全條例	471	煽惑他人犯罪或違背法令罪	327,330
買收	494	監獄法	61
間接強制	124	監獄法施行規則	61
集會自由（集會の自由）	281	福利國家原則	78
集會遊行（集團遊行）	274	管理權	389
		精神慰撫金（compensation 《for non-pecuniary damage》；consolation money）	66
<b>十三劃</b>		罰鍰	518
意見自由	320	輕犯罪法第一條第三十三項	349
歲出預算扣除表（歲出予算差引表）	303	遠東國際軍事法庭	534
準據法	461	<b>十五劃</b>	
禁止所得之利益	320	徵收（買收）	96
經費支出請示（經費支出伺）	303	慰問（見舞）	303
董事（取締役）	118	慰撫金（慰藉金）	389
解散命令	149	確認不動產所有權（不動產所有權確認）	4
資訊公開	303,311	請求塗銷附停止條件	4
農地改革	494		
農地法	96		
道歉啟事	124		

請求所有權塗銷登記（所有權取得登記 抹消請求）	4
調查書（內申書）	75

### 十六劃

學力調查	43
學校教育法	376
學習權	43,75
學術自由	370
憲法第二十一條（集會、結社、表現自 由、秘密通信自由之保障）	274
憲法第二十一條第一項	349
憲法第三十一條	349
戰犯（戰爭犯罪）	534
戰爭損害	17
戰傷病者戰沒者遺族等援護法（簡稱援 護法）	36
機場（空港）	389
積極的社會經濟政策	367
積極從事政治運動	320
謀生能力（稼得能力）	30
選舉權	112,118

### 十七劃

營利事業	118
營業自由	353
營業許可制	359
環境權	389
聲明異議（異議申立）	30
講學自由	370
隱私（privacy）	66
隱私權	72

### 十八劃

擾亂法庭秩序	338
--------	-----

### 十九劃

糧食緊急措施令	327
職業活動自由	359
職業選擇之自由	353
職業選擇自由	359
關連（かかり合い）	227
關聯性（かかり合い）	176

### 二十劃

議會制民主主義	118
護國神社	227

### 二十二劃

權利濫用	338
------	-----

### 二十三劃

顯著不合理	367
-------	-----

國家圖書館出版品預行編目資料

日本國最高法院裁判選譯／司法院編輯。——初版。

——臺北市：司法院，民 91——

冊；公分

含索引

ISBN 957-01-2944-1 (第 1 輯：平裝)

1. 法律—日本—裁判

583.318

91023002

## 日本國最高法院裁判選譯

第一輯

發行者／司法院

地 址／台北市重慶南路一段 124 號

電 話／(02)2361-8577

印刷者／科藝彩色製版印刷有限公司

地 址／台北市大理街 157 號 3 樓之二

電 話／(02)2302-0406

工本費／平裝：新台幣 500 元

版權所有·翻印必究

中華民國九十一年十二月初版