

三、妨害名譽與妨害預防—北方雜誌事件

最高法院昭和六十一年六月十一日大法庭判決

昭和五十六年（才）六〇九號

翻譯人：朱柏松

判 決 要 旨

- 一、對雜誌及其他出版物之印刷、製本、販賣或發行之事前防止，並不該當為憲法第二十一條第二項前段之檢查。
- 二、妨害名譽之被害人，本於該當為人格權之名譽權，對於加害人基於現在進行之侵害行為，得加以排除，又基於防止所生之損害的理由，得請求防止侵害行為。
- 三、基於該當為人格權一環之名譽權，對出版物之印刷、製本、販賣發行等之事前防止，如上述出版物係屬於對公務員或公職候選人評價、批評，原則上應不被允許，不過，如果其表現內容，很明白地並非專為公益而出發，且對於被害人亦有生重大且難以回復之損害之虞時，例外地自可被加以允許。
- 四、有關公共利害之事項，其依假處分裁定對表現行為命為事前防止者，原則上應經言詞辯論或訊問債務人之程序，不過，如果依債權人所提出之資料，於其被認為表現內容很明顯並非真實，或表現內容很明顯專在圖公共利益，而且，對於債權人有足生重大且顯著回復困難之損害的疑慮時，既使未經言詞辯論或未經訊問債務人，亦不能謂有違反憲法第二十一條之趣旨。

事 實

（最高法院）被上訴人乙在擔任北海道旭川市長約十年後，參加北海道知事選舉，不過卻告落選，被上訴人繼續努力，於即將在昭和五十四年（一九七九年）四月實施的選舉中，擇定在同

年的二月預定投入參選。不過，另外一方面，（最高法院）上訴人（股份有限公司北方雜誌）的董事長甲卻針對乙撰寫一篇名為「一個權力主義者的誘惑」的文章，此文章業已在同年（昭和五十四年）二月八日校對完畢，並預定於甲發行之「北方雜誌」之四月號（二月二十三日販售預定）發表，所有關於發表、印行準備工作亦一切就緒。

該文章以乙是「善於說謊、舞弊欺瞞的少年」、「巧言的魔術師，以及專門販賣膺品的政治欺騙者」，等之文字表現，對乙的人格加以批評，中亦有涉其私生活之描述，甚至更有「巧於追逐特權、與特定行業勾結以肥私腹、縱容貪污腐化」，「善於鑽法律漏洞以逃避逮捕」等屬於情緒性的攻擊辭彙，以論斷乙其實並不具備作為知事候選人的適當人選。

乙知悉甲為上記述之內容之後，即於昭和五十四年六月十六日，以防止侵害名譽權為理由，向札幌地方法院聲請命頒佈包括由執行官保管上述四月號之全部雜誌，以及禁止印刷、製本並販賣等內容之假處分命令。受聲請法院並未對甲為審訊，即認為乙之聲請為相當，而為自即日起進行假處分之裁定，執行官亦於同日執行該假處分之裁定。對此，甲乃以乙之假處分聲請、法院之假處分裁定，以及執行官之執行已對自己造成損害而提出損害賠償請求權之訴。本案第一審法院（札幌地院昭和57、7、16民集40卷4號908頁）及第二審法院（札幌高院昭和56、3、26民集40卷4號921頁）皆駁回甲之主張，甲則以假處分裁定違反憲法第二十一條所規定，禁止檢查及侵害該當為事前壓抑之表現自由為理由，而上訴於第三審。

關 鍵 詞

名譽侵害（妨害名譽） 人格權 名譽權 表現の自由（表現自由） 事前差止め（事前防止） 仮処分（假處分） 手続的保障（程序保障） 口頭弁論（言詞辯論） 債務者審尋（訊問債務人）

主 文

本件上訴駁回。
上訴費用由上訴人負擔。

理 由

一、關於上訴人之上訴理由第一點（4）

憲法第二十一條規定絕對禁止檢查（最高法院昭和57年（行ツ）第156號昭和59年12月12日大法廷判決，民集38卷12號1308頁），因此先就此點之原判決之所論加以判斷。

憲法第二十一條第二項前段所稱之「檢查」，係以行政權為主体，以思想內容之表現為對象，而禁止發表其全部或一部為目的。其方式為對於對象之一定表現物，進行網羅性的、一般性的在發表前對其內容加以審查，而於其有被認為不當之情形時即禁止發表。若就特質所具備者而言，其被指為應被加以禁止者，應係為前揭大法庭之判決所加以表示者。不過，對於掲載一定記事之雜誌，或其他出版物之印刷、製本、販賣等之假處分所為之事前防止，不單是裁判的形

式，既連言詞辯論乃至於對債務人之訊問皆無有之，關於舉証亦以釋明為已足之相當簡略之程序加以進行。另外，該當所謂滿足的假處分，亦只不過是規範暫定特定之權利關係的東西，並不能有否定非訟的要素。雖然如此，因假處分所為之事前防止，在本於表現物內容上，係網羅的、一般的審查所為之事前規範，與行政機關因其自体之所為相互有異的情形，關於個別的私人糾紛，係屬於由司法機關本於當事人之聲請，經審理並經判決是否有私法上之被保全之權利，或是否有保全之必要性之情形，因此，自應不該當為上面判決所示之「檢查」。因此，本案，札幌地方法院本於被上訴人乙之聲請，對於上訴人所發行、掲載以「一個權力主義者之誘惑」為主題之文章之月刊「北方雜誌」，所發布之妨害預防之假處分命令（以下稱「本件假處分」）並不該當「檢查」，其原審之判斷應屬正當，故上訴人之論旨應不予採用。

二、上訴人之其他上訴理由

1、上訴人論旨謂即或本件假處分並不該當「檢查」，但由於上訴人尚主張違反保障表現自

由之憲法第二十一條之趣旨，故針對此為以下之判斷。

（一）鑑於所論之複雜，吾人在對妨害防止請求權之存否加以判斷之前，先就實體法上之妨害防止請求權之存否加以判斷。就一人個人的品性、德業、名聲以及信用等人格價值而言，其從社會受有客觀評價之名譽，受他人不法加以侵害者，除了可本於該當為人格權之名譽權，對於加害人請求排除現在所進行中之侵害行為，或對於將來所可能發生之侵害，基於防止之必要，而請求為侵害行為之防止。蓋名譽與生命身體相同，為應重大保護之法益，因此該當為人格權之名譽權，與物權之情形相同，為具有排他作用之權利故也。

（二）然而，因言論、出版等表現行為而招來侵害之情形，做為人格權之名譽的保護（憲法第13條）與表現自由（同第21條）發生衝突，由於其間必需有所調整，何種情況該當為侵害行為而應准許加以限制，在憲法上則有慎重考慮之必要。

在主權屬於國民之民主制國家，該當為國家構成員之國民皆得表達一切之主義，同時亦得相互之間受領資訊，對於其中本於

自由意思信之為正當而加以接納者，即足以形成多數意見，透過這樣的過程，國政的決定因而有其存在的基礎，表現之自由，特別是關於公共事項之表現自由，自應以之為憲法上之特別重要之權利而受到尊重。憲法第二十一條第一項之規定，應被解為係含有此一核心之趣旨在內的。不過，上述規定亦非旨在對於所有之表現自由為無限度之保護，其對於他人名譽加諸損害之表現，為表現自由之濫用，此固無妨對之加以限制，甚至於本諸上述之趣旨，其該當刑事上或民事上之毀損名譽之行為，係屬與公共利益有關之事實，且其目的亦專門在圖公共利益之情形，只要該當事實能被證明為真實，則該行為即無違法性。此外，在既使無法証明其真實，但只要行為人有相當理由誤信其為真實者，則上述行為即應被解為無故意或過失。從而做為人格權之個人名譽之保護，與表現自由之保障，二者間得以有所調和。而使其得以有所調和者，可有本法院之判例（昭和41年（あ）第2472號、昭和44年6月25日大法廷判決，刑集23卷7號975頁、昭和37年（才）第815號、昭和41年6月23日第一

小法庭判決、民集205卷5號1118頁參照)。對於上述本法院之見解，在考察是否應對侵害行為為事前之規範一點，自亦應加以考量。

(三) 其次，所要檢討的是，法院所為出版物發行之事前停止，究否違反該當為事前防止規範之憲法第二十一條第一項之規定。

(1) 對於表現行為之事前抑制，因係為對於新聞、雜誌或其他出版或放送等之表現物，在其出現於自由市場之前加以抑制，以阻塞其內容到達至讀者或視聽者之通路，或使其遲延至讀者或視聽者以使其失去意義，從而減少其接受公眾批評之機會，此外，該當為事前抑制之行為，在性質上因係本諸預測之事實而來，相較於事後制裁之情形易流於廣泛，而有被加以濫用之虞，而且，實際上事前抑制上之效果亦往往被認為遠大於事後制裁的情形，因此，對於表現行為之事前抑制，對照保障表現自由、禁止檢查之憲法第二十一條之趣旨，僅於嚴格而且明確之要件業已具備之情形下，始足於被加以容許。

出版物發行之事前禁止，

在該當為上述事前抑制之情形，特別是，其對象係為對於公務員或公職選舉之候選人所為批評、批判等一類之表現行為，就其自体本身，一般而言可被認為屬於關乎公共利害之事項，則參照前示憲法第二十一條第一項之趣旨（前記（二）參照），鑑於其表現包含有優先於名譽權之社會的價值，而應特別加以保護者，則對於該當表現行為之事前防止，原則上不能不謂不得被加以許可。只是，在上面所述之情形，很明顯的，其表現之內容並非真實，而且似又不盡專涉及公益之目的，另外，在被害人受有難予回復之重大損害之虞時，基於該當表現行為之價值與被害人之名譽相互比較，很明顯地係屬劣勢的前提下，有效而且適切之救濟方法的防止必要性，亦值得肯定，因此，在具備有該當事實要件的限度下，自應例外地許其為事前的防止，自然亦不能謂有違該憲法條文之趣旨。

(2) 關於表現行為之事前抑制，若依前面之所示，其對於有關公共利害事項之表現行為，於其係依假處分程序求為事前防止之情形，則與一般假處分命令之程序一般，係旨在專為迅

速處理，從而無為言詞辯論或訊問債務人之必要，關於舉証方面亦僅以釋明為必要，凡此，在基於確保表現自由之立場而言，亦非可謂其程序保障係屬不充分，而且，在此情形，表現行為人之主要防禦方法，因主要在於証明其係專為圖公共利益，而且，該當事實係屬真實（前記（二）參照），因此，關於發布事前防止之假處分命令，其進行言詞辯論或債務人尋問、給予表現內容之真實性等之主張舉証之機會，原則自應解為係屬相當。只是，防止之對象，即使是屬於關乎公共利害事項之表現行為的情形，其未開辯論或未為債務人尋問，其依債權人所提出之資料，很明顯可知其表現之內容並非真實，或並非專於謀公共之利益，而且，又足以被認為債權人有受難予回復之重大損害之虞時，則既使未經言詞辯論或債務人尋問，即發防止之假處分命令，仍應不能謂違反前面所示憲法第二十一條之趣旨。

蓋如果僅限於具備上述要件之情形，始被認為係無訊問之防止，則即使對債務人不給予主張、舉証之機會，因亦可被認為對債務人無生實害。另外，對於

一般滿足的假處分裁定，隨著債務人之提出異議，亦可以解為已求為停止該當假處分之執行（最高法院昭和23年（マ）第3號，昭和23年3月3日第一小法庭裁定、民集2卷3號65頁、昭和25年（ク）第43號、昭和25年9月25日大法庭裁定，民集4卷9號435頁），如此，即使對表現行為人而言，亦可謂已留下迅速尋求救濟的道路。

2、本於以上之立場，本案

（一）原審適法加以確定之事實關係概要如下：

（1）被上訴人乙自昭和三十八年五月至昭和四十九年九月之間，居於旭川市長之地位，其後在昭和五十年四月投入北海道知事選舉，另外，更於昭和五十四年四月所預定施行之同一（即北海道知事）選舉，亦於同年的二月表明預定參選。

（2）上訴人之代表人，撰成本案係爭著作之原稿，且預定於昭和五十四年二月二十三日左右即將發行之本案雜誌（同年四月號，予定發行份數25000份）加以刊載，為此，本稿亦於同年之二月校對完畢，甚且亦將印刷以及其他準備事項備妥停當。

本案事件之文稿，首予指

明，該當為北海道知事之人必須聰明、有強烈責任感，以及人格係清潔完整之人，接著本於斯旨，本文即論斷被上訴人乙不具備上述適格條件，因為上訴人甲在論述被上訴人乙的人品時，指出被上訴人乙是「善於說謊、舞弊、欺瞞的少年」，「行止則（中略）與蟑螂一樣」、「巧言的魔術師、專門販賣膺品的政治欺騙者」、「天生的撒謊者」、「躲在美麗面具後面、具醜惡之性格」、「為自己利益、為自己謀發達之不擇手段的機會主義者」、「母狗屁股一般的市長」、「白天是騙人的詐欺師，晚上則是躲在暗處的凶賊」、「蝮蛇一般之陰毒」，而在批評被上訴之私生活時，則謂乙是「為了獲取俱樂部服務新女性的芳心，而以卑劣的手段拋棄其毫無罪責的妻子，並使其自殺」、「充分獲得老父、年青母親的溺愛，但為異母兄長所追放」。而對被上訴人之行為則批評為「經常只為保護自己而投入選舉、獲取極端的人緣，無計劃地推動政策，透過對市民之服務，強力為自己宣傳，巧於獲得漁利，與特定業者掛鉤以中飽私囊，縱容貪瀆且擅於鑽法律漏洞以逃

避逮捕」。對被上訴人候選北海道知事，則謂其「僅在使自己成為知事，以獲得權勢為其目的而已」。因此，強調被上訴人其實對北海道而言，應是個無用而且有害的人，社會黨，如果本意在舉革新的大旗，則自應儘快變更知事的候選人。除此之外，上訴人更在本文之前附加標題為，「今天北海道的大地有一名為乙之妖怪在蠢動，白天為蝶晚上則化身毛虫，潛伏於紅瓦之下而啼號，其毒氣則足以蠱惑人心，因此應儘速對此妖魔之本身……」之記載。

（3）被上訴人乙之代理人菅沼文雄律師等於昭和五十四年二月十六日以被上訴人乙為債權人，以上訴人甲及山藤印刷股份公司為債務人，基於防止侵害名譽權為理由，向札幌地方法院聲請命由執行官保管本件繫爭雜誌、禁止製本、販賣、發行等，並請求為與第一審判決所請添付之主文及同判旨所為之假處分裁定。札幌地方法院法官在聲請之當天即認定上述假處分之聲請為適當，而為上述主文目錄所記載一般之假處分裁定，其後札幌地方法院之法官即本此裁定而加以執行。

(二) 依上面所確定之事實，本件文稿之記述，由於係屬對重新投入北海道知事選舉之被上訴人乙之一種評價，而應為公共事項之記載，原則上屬不被容許加以事前防止之類型的表現，不過，參照前揭文稿記載之內容以及記載之方法，這些記載無寧多屬對被上訴人之身分評斷，特別是屬低級、侮辱性文字的身分政擊，到底尚難該當係專為公益之目的而作成的表現，而且，徵諸本件文稿記載之內容，以及為假處分當時所釋明之資料，上訴人所指陳者亦乏真實性，此亦甚為明確。本件雜誌預定發行份數（第一刷）計二萬五千份，對於距北海道知事選舉尚不足兩個月，即將正式面對選舉之候選人，亦即被上訴人而言，本件繫爭新聞稿記載，由於該雜誌發行後，將有致被上訴人發生難予回復的事後重大損害之虞，因此，本案件針對本件雜誌之印刷、製本、販賣以及發行命為事前禁止之假處分命令，就防止請求權之存否有關之實體面而言，除已符合憲法上之要求（前述1（三）（1）參照）之外，對於應為言詞辯論以及債務人之審訊等程序，原審雖未加以確定，不

過，從程序面而言，亦難謂欠缺憲法上之要求。本於此，就結論言，本件假處分方面並不具備所論方面之違憲的理由，從而，上面以違憲為前提所為本件假處分之聲請係屬違憲及違法之主張，應屬欠缺前提。

3、此外，所指原審對於本案記載之內容是否該當名譽損害並未為審理，而且本案係本於被上訴人乙不法所取得之資料，才肯認對本案雜誌之發行等命為假處分之裁定。關於此，上述資料之不法取得，固然係違反規定通信秘密不可侵之憲法第二十一條第二項後段之規定，不過，依照記錄，原審理之結果，認為本件上訴人所記述之內容，係很明顯地該當為妨害名譽，這一點，本院當加以肯定，而關於被上訴人係以不法方法取得資料一點，原審並不承認這是事實，反而認為上訴人之所論，只不過是對於本諸無損原審認定之事實，對原判決所加之非難而已。

4、因此，與以上所述同趣旨之原審判斷，應以其係屬於正當而被加以肯認，其過程應無如所論加以指出一般之違法以及違憲之情事，故上訴人之主張自無法被加採納。

準此，依民事訴訟法第三九六條、第三八四條、第九五條、第八九條，除法官伊藤正已、法官大橋進、法官牧圭次、法官長島敦等有補充意見，法官谷口正孝有另外意見外，法官全体一致，為如主文一般之判決。

法官伊藤正已之補充意見如下：

我個人對於多數意見所示之結論及理由並無異論，甚且與之持相同論旨，不過，本案由於係針對現行為法院所為事前之限制一點所提起，這是一個與憲法有關之重要論點，此一問題涉及到是否可依憲法而加以禁止，以及既使為憲法所容許，但其判斷之基準究竟何在等實體面之問題。因此，以下以此為中心，陳述我個人之看法，並做為多數意見之補充。

一、如多數意見之所說，本院認為憲法第二十一條第二項前段所規定之「檢查」，係指以行政權為主体，以思想內容之表現物為對象，而對其全部或一部之發表上的禁止為目的，其該當為對象之一定表現物，本於概括的、一般的在發表之前審查其內容的結果，如被認為有不適當者即禁止其發表，必也其有上述之特質

始足當之。隨著「檢查」概念之如上面所述，自古以來即被限定為「典型之檢查」，因此，自昭和五十七年以來，最高法院採憲法上絕對的禁止（昭和57年（行ツ）第156號，昭和59年12月12日大法庭判決，民集38卷12號1308頁）。此種見解固然狹義地限定憲法上所定之檢查之意義，但是依憲法所為之禁止，也並非不承認有例外，大凡有該當「檢查」之條件者，大致在憲法上都是與無被加容許之餘地此一嚴格解釋相互表裏，而被認為屬妥當之見解者。

不過，上面判決之所示，亦並不能將之解為，凡依公權力對於表現行為為事前之限制者，即全部該當得加以檢查，並以此為理由而認為係憲法所容許，鑑於對一般表現行為為事前的限制，對表現自由的侵害極大，因此，憲法所規定「檢查」之絕對禁止，通常皆隱涵憲法上之事前限制，應受消極評價這樣一個趣旨，此乃自明之理。這樣的趣旨，在吾人解釋保障表現自由之憲法第二十一條第一項時，即會油然而有所知悉。本來這是依同項規定，屬憲法上規範的問題，而不是同條第二項前段所說絕對

禁止的問題，因此，雖然不是本於事前的限制，即應打上違憲的問題，不過，關於其究否應予容許之基準，在其設定上自應嚴格要求其條件。

本來，表現自由限制合憲性的考慮，就與其他人權之限制，特別是經濟的自由權之限制有所不同，而應適用嚴格的基準（最高法院昭和45年（あ）第23號，昭和47年11月22日大法庭判決，刑集26卷9號576頁，昭和43年（行ツ）第120號，昭和50年4月30日大法庭民集29卷4號572頁參照），不過，既使，同樣屬於對表現自由之限制，其中特別是關於事前限制之情形，其該當為合憲的標準，自要比事後制裁之情形更趨一層地嚴格。本院既已表示，依法律去規範表現自由時，有必要去考慮不致使表現自由招致、受到限制後的惡果，「則對於事前之限制部分自更應特加注意」（前述昭和59年12月12日大法庭判決）。這裡所述，雖是屬於規範表現自由方面之法律規定之明確性問題，不過，卻也是屬於表現自由規範全盤是否妥當的問題。本來，事前的規範就具有多樣性，想要對之劃一地去設置判斷基準自必有其困難，

其實所謂劃一的基準，無寧是不適當的。依我個人看法，此時，不如分別就該當事前的規範之性質或機能，與上面所述之「檢查」所具有之性質或機能，二者間之異同、程度相互比較，以為決定或較具意義。

二、本案之問題點在於對於表現行為，依法院假處分程序所為防止，本案採取防止行為之主体並不是行政機關，而是司法機關，故很明顯地並不該當於前面所說之「檢查」問題。因此，當然亦不該當為依憲法所被加以禁止之問題，不過，單純只因為規範之機關，係屬於法院這件事，即直接、速斷地以其防止係屬於由「檢查」至遠程之物，其實，問題之檢討，必需要有實質的考慮。「檢查」最大的特徵就是，一般地而且概括地將特定的表現納入事前的規範，程序上大概亦經綿密的處理，原則上並不表明處分之理由，基本上為這種處分，係在無爭執手段或爭執手段係甚難一求時為之。法院的假處分，如多數說所示者，並不在於從事網羅的、一般的審查，而是本於當事人之聲請，依司法程序加以判斷並附理由加以進行的。

甚至於在發假處分時，於被認係有依法律加以抗爭之手段，因此，不單單異其擔當之機關，甚至於在實質上亦應與「檢查」有所不同。

不過，在另外一方面，由法院所為之假處分，帶有幾分類似「檢查」之色彩，此亦是無法加以否定之事實。第一、由法院所為之假處分係在表現行為尚未到達於受領人之前，由公權力所為之抑制行為，除非表現內容是同一內容的再發行，否則受到防止之表現，在思想自由之市場，亦即任何表現皆應不受限制而得被加以提出，在表現上被預定可得對表現加以對抗這樣的場合，其發表之機會將被加以剝奪，這一點自與「檢查」具有共通性。第二、法院的審查並不止表現外面上之審查，甚至於亦及於其思想之內容，這一點本院既使在比較關稅之輸入品檢查上，亦以之具有接近「檢查」之要素，然而，這種關稅輸入品之檢查，只是在很容易判定表現物之限度，始被判斷為即將加以審查的。第三、確定臨時地位之假處分程序雖亦屬司法程序，不過，由於其一直為具非訟要素之程序，因此，在一定意義上，具有近乎行政程序

之性格，另外，由於其程序甚為簡易，特別是對於受有不利益之債務人，其意見往往有未受聽聞之機會，這一點亦應特別加以注意。

三、本於上面之所述，由法院本於假處分所為表現行為之事前防止，固不得謂之已該當為憲法上應絕對加以禁止之「檢查」，但也可以說是與之相類，具有若干層面的事前規範。因此，其因此種假處分所為的臨時性的滿足，其在防止請求權之要件上，在本於憲法的趣旨的前提下，自亦應本於嚴格之基準始可加以判斷。多數意見可以說是本於此一考量而加以成立的。我個人則願在下面對此基準加以檢討。

1、首先應予考慮者是以利益衡量加以判斷之方法。大凡在判斷約束人權之合憲性時，則與該人權相互對立利益的調整往往會形成問題。在這個時候應以利益衡量之方式來加以調整，我想此應為無庸置疑的吧（憲法制定者在制定憲法當時，業已本於利益衡量之原則而獲得結論並予明文之情形，例如禁止「檢查」是，在這種情形，某一個限制，是否業已該當「檢查」這個條

件，既使形成問題，但一旦被論斷業已該當，則自應絕對地被加以禁止，這個時候，早已排除本諸解釋適用過程之利益衡量，不過，類似這種情形，則屬絕對例外之事例）。本件係以該當為人格權之名譽權及表現之自由權相互對立之案件，再怎麼樣將精神的自由列為優位，仍應依利益衡量來調整彼此之間的關係，本此意義，在判斷的過程中，利益應為被加以較量之本身，此應不致有誤。不過，如果在具体的案件中綜合其情事以進行利益為優先而獲致結論，則恐可能難免流諸於判斷者之恣意，以致使表現自由的作用大大地萎縮。因此，除了係以合理性為基準而加以判斷外，否則，在與精神自由有關的情形，單純本於各自之事件，依利益衡量加以判斷者，應屬尚有所不足。吾人以為尚應追求其較量之際得為指標之基準，始屬完整。

表現行為雖形形色色而呈多樣化，不過，如果能對之加以分類而依其各自之類型考量，自更能給予一定較量的法則並使得加以限制的條件、情況更趨明確，故應屬可發生一定作用之見解。在類似本件名譽毀損之事件中，

於考慮其被害人之社會地位，例如屬於對公眾人物加以批判這一個類型時，應重視其表現所具有之公益性，不過，如果依此方法，關於表現之自由與名譽權之調和，在相當程度上應可確保客觀上所可得一見之判斷吧。大橋法官之補充意見係支持這個觀點，而為富有啟示性的見解的。而如果重視這種類型進行利益衡量，則本案將可以說與多數見解一樣獲相同結論，多數意見亦可以說在基本上係與此觀點一致而立於共通之立場。只是，依個人看法是，與本案這樣的事實有所不同，在一般情形，依類型別之利益衡量去進行判斷時，究竟應如何去分類表現之類型，而各個類型究應採用何種基準，類似這一類複雜之問題皆會有發生的可能，另外，如類型別之基準有所僵化，則亦往往會有無法妥當判斷之遺憾。而且，不論如何，相對於對表現行為之事後之制裁，在判斷之際，多具有合憲性的判斷，類型別之利益衡量，因非屬於事後的規範，反而係屬於事前的規範，自應重視利益之衡量。因此，表現的類型一併加以考慮固屬有用，不過，似乎在事前的規範上，在某一點之考慮則較為

稀薄。

2、其次考慮谷口法官意見所示之「現實的惡意」的基準。這是一個着眼於表現自由所具之重要價值，而欲強化其保障作用的理論，吾人對此見解表示敬意，而且，如谷口法官在本案對多數意見表示贊成時所明白加以表示者一般，即使採取谷口法官之此一見解，亦不致對本案結論發生任何改變，極言之，既使從不同的視角亦不能謂不可能達到相同之結論。只是，就我個人而言，即使僅限於以公眾人物為限之名譽毀損之情形，適用事前規範之判斷基準，亦仍存有若干疑問。從客觀的事實關係來推認現實的惡意，固有其可能，不過，這只是表現行為人主觀的加以認識而已，如僅以此用做為假處分這樣的迅速處理所必要之程序的基準，有不少地方或欠適當，特別是在未聽取表現行為人之意見就用為基準者，自不能不被認為有欠其妥當性。我個人認為把這個基準做為對於公眾人物關於毀損名譽之事後制裁的判斷指標，無寧係為應對之保留而為將來加以檢討之對象。

3、多數意見之採用基準是，斟酌該當為調整表現自由

及名譽權之實定法規的刑法第二百三十條之二的立法趣旨。在表現行為係為對於公職選舉之候選人或公務員加以評價、批判之情形，其對於表現行為加諸事前之規範，既使是由法院為之，原則上亦應不被加以許可，只有在例外的情形，亦即，表現之內容很明顯地，並非真實，而且又非全關乎公益，且於被害人有發生重大、難予回復之損害之虞時，始可以被容許為事前之防止。本於此，如果表現之內容，足以被判斷很明顯地係欠缺真實性，且係非基於公益性而被加以作成，同時對於名譽權，亦有發生事後難以回復其損害之虞時，法院即使許其為事前之防止，但仍難謂有伴隨事前規範之弊害，無寧謂此種表現行為在價值上不得不被視為較名譽權低一等，此種表現行為既使由法院判定不得在自由市場加以表現，但亦仍不被認為係違反憲法，而且，在要求係顯著的、明白性的限度內，這個基準，如谷口法官之所說，以不確定之要件來抑制表現行為，不能不被認為其不足以成為對於表現自由之保護的一種安全瓣。

四、如果適用以上所述之嚴格

標準，實際上，在許可舉証方法限定為釋明之假處分，而對表現行為為事前的防止之情形，很明顯地係應受到嚴格之限制的，其對於公眾人物，特別是對公職候選人、公務員，特別是以選舉被選出之公務員，或在政治上有影響力之公務員，為名譽之毀損者，除本案一般之特例外，實應被認為不宜依假處分而為事前的防止。我個人認為名譽權為重要之人權，另外，毀損名譽之表現行為，一般被加以公開化，名譽勢必立即受到侵害，所以並不否定，基於真正保護名譽，事前的防止是有必要而且也是有其作用，不過，至少，在以公眾人物對象之情形，表現自由之價值應受到重視，被害人即使能受到救濟，但除了極少的例外，否則，其救濟似只有透過事後之制裁而已。此外，在我國對於妨害名譽之損害賠償，既使於其被加以容認之情形，亦往往因失其名份而流於低額度，從而常受到非難，其關係者有必要加以反省之點，則可參照大橋法官之所指摘者。此外，這樣的事後救濟手段，雖然被認與其現在被加以肯認，不如將之視為更為有效而且適切的一種方法，不過類似本件依假

處分為事前規範之許可與否之情形，則又係屬個別的問題了。

法官大橋進的補充意見如下：

一、我個人對於表現行為之防止請求權成否的判斷基準，亦贊成多數意見，不過，關於其理由則補充個人的看法如下：

依憲法第二十一條第一項規定所加以保護之表現自由，及依第十三條所加以保障之個人名譽，經常難免有相互衝突之處，不過，發表真實、表達自己的意見以助輿論形成之自由，其之所以受到保障，乃是本諸自由討論以形成輿論之民主主義社會的政治方法所不可或缺的基礎，憲法第二十一條第一項之規定，即具有保障依這樣的表現行為，以參與輿論形成之自由這樣的機能。為使這個機能得以實現，關於公共利害之事項，除了為表現行為一方表現其所欲示知於他人之事實，或表現其欲加以表明意見，這一類之自由應受到保障之外，對於受領他人表現行為之一方，自由接受其所想知道之資訊的自由與機會，亦應給予保障。另外，法院本於該當為人格權之名譽權，判斷是否存在有表現行為之防止請求權，而命為事前

防止者，在本案訴訟之情形固不待言，既使是在依假處分而為之之情形，雖然並不該當多數意見所說之檢查，不過，禁止檢查之憲法第二十一條第二項前段之趣旨，即使在與表現自由之關係亦屬應充分加以考慮的規範，事前防止就該當表現物被加以公開發表，在讀者或聽視者可以接觸到這些表現之前，其公開發表本身竟被加以防止，就這一點本身就不能說存在有極其重大的問題點，因此，既使是毀損個人名譽之表現行為，在其係與公共利害有關的情況下，與其說應保護個人之名譽，無寧是應該優先保護表現之自由。另外，此種事前防止如與事後制裁加以相互比較，不論是實體上或程序上，都應只有在更嚴格的條件下，始有被加以許可之可能。

從這樣的觀點來看，如果考慮究竟在何種情況下，防止請求權始可被加以許可，這一點固然是屬於應在圖謀具相互衝突性質之屬於個人人格權保護及表現自由之保護二者間如何調和與均衡，求得一個定點的問題，不過，在結論上，似應衡量因該當表現行為而受到侵害之個人名譽之價值，及該當表現行為所潛含

之價值，然後再去判斷何者應優先受到保護。而且，在比較衡量時，其該當為考慮對象要素，應可能包括依表現行為被加以批判之對象這個人之公共性事實之公共性，及表現內容之公共性、事實性，表現行為人之心理意圖、名譽侵害之程度、大眾媒體之種類、性格等諸般情事，必也針對這些要素就各個個別事件為極其細緻的檢討並為利益之衡量，始可得就該當事件獲得極其妥當之結論。然而，在為事前之防止時，即使是針對此等諸般情事加以諸般衡量，然而也正因為係屬事前，所以不確定之要素亦很多，另外，如果考慮上面所述之諸般情事，其判斷審理亦甚為複雜，其因而所伴隨之判斷之困難性亦自在難免。此外，事前防止的效果是直接的，對於被害人而言因為具有震撼力，故往往有被加以濫用之虞，從而儘管表現行為人所受之影響或不利益很大，但上面所述種種情事係針對個別案件為具體的檢討並加以比較衡量，因此，其判斷基準很難說會明確，其因而在確實的預測上亦有困難之虞，一旦考慮會對表現行為人強行加諸必要以上之自己規範，則鑑於事前防止自身含

有前面所說之重大問題，因此，在比較衡量當時，其為諸般情事之個別、具體的考慮及判斷時，即不能有所偏袒，而且，為了避免因個別衡量所發生偏頗上之困難，應儘量為名譽的價值與表現行為的價值之比較衡量，並對表現行為為類型化，且將已類型化之表現行為方面的一般利益，和與之相對立之名譽上的一般利益，相互比較衡量並加以判斷，這種依類型的衡量所為之判斷，應係屬正確的。依類型的衡量進行判斷時，或許有可能會如個別的衡量一般，對於個別事件無法達到最適當、最縝密之利益衡量，不過，既使犧牲這一點，從選擇判斷之安定性及判斷之客觀性而言，亦屬不得不如此也。

多數意見對於表現行為在涉及公共利害之事項時，原則上認為應不許事前的防止，只有在於其表現之內容，很明顯地係非屬真實，或表現內容很明顯地並非專謀公共利益，而且，被害人足以發生重大且難以回復之損害之虞的情形，始例外地得被容許請求防止。我個人基於上面所述之立場，仍贊成此一多數之意見。

二、其次，關於多數意見所談到

關於程序方面之問題，茲順便說明一、二如下。

多數意見站在上面所述之立場認為，命為事前防止之假處分不論是否為實定法之規定（民訴法七五六條、七四一條一項），在發命令時，應以開言詞辯論或訊問債務人為其原則。但既令未開言詞辯論或訊問債務人，如果依債權人所提出的資料，很明顯地可知其表現之內容並非真實，且其表現很明顯地亦非在圖公共之利益時，此外，又被認為於被害人有足生重大且難以回復之損害之虞時，既使因此逕行發防止之命令，亦不能謂有背憲法之趣旨。

若係如此，此處所謂「依債權人所提出之資料」者，係指不包含債務人方面之資料，且固不待言地，係指非公眾所知之事實，或非顯為法院所排斥之事實。在本案中，為防止之對象者，雖係北方雜誌昭和五十四年四月號的特定記載，不過，在此之前幾次，包含對被上訴人乙之公職候選人之記載，亦受有由札幌地方法院所發布之禁止發行、販賣之假處分命令，特別是針對掲載有關本案被上訴人所涉事實之昭和五十三年十一月之刊物，

由法院為禁止發行、販賣之假處分，其發假處分之法院對本案上訴人曾給予充分之時日，使其有機會以書面提出反論（亦即，以最慎重之方式進行債務人之訊問），此可由本件記錄加以窺見，從而徵諸本件記事（發表）之表現內容、釋明資料，以及上述假處分法院所加以明確化之諸事實，有關本件事前禁止之假處分命令，既使未經債務人訊問，而被加以發布，（關於這一點係原審所未確定之處），但很明顯地，不得以此為理由而謂本件假處分係有背憲法上之要求。

三、以上，就事前抑制，我雖然全面贊同採取嚴格態度之多數意見（此點谷口法官之意見亦同），不過，從反面言，「對於與生命、身體一樣同屬應受極其重大保護之名譽權被害人之救濟，於其係屬事後補救之方式為之，如果不是很完全的話，則我必須強烈加以指出，那將足以導致失衡。在我國關於損害名譽之損害賠償，既使被加以容認，往往在名目上失諸於低額填補，這一點雖然一般被認為係屬實情，不過，這本來係屬於表現自由保障範圍外，容許言論橫行的一個

結果，這一點當為關係人所深入加以思考之問題。

法官牧圭次與法官大橋進之補充意見同旨。

法官長島敦之補充意見如下：

就刑法上之妨害名譽罪而言，其構成免除刑責而與事實證明有關之刑法第二百三十條之二之規定，究否足以成立民法上之妨害名譽，從而與侵害名譽權之事前防止之是否應予准許，具有何種關係，凡此是我想提出補充意見之點。

一、多數意見關於上述問題通常都會引用下列兩則判例。其一是昭和四十六年六月二十三日第一小法庭之判決，「民法侵權行為方面之妨害名譽，在其事實係關乎公共利害，且係因全為公共利益而出現時，於其所被加以摘示之事實被證明係屬實之情形下，其行為即不具違法性，其因而將之解為不成立侵權行為者，即屬適當。不過，如果上述事實雖未經被證明係屬真實，但在行為人方面就其事實信其為真實有相當理由時，上述妨害名譽之行為亦因不具有故意或過失，其因而將之解為亦不成立侵權行為者亦屬適當」（此點自刑法第230條

之規定之趣旨亦可充分認識)。其二是昭和四十四年六月二十五日大法庭關於刑法妨害名譽罪之判決，「刑法第二百三十條之二之規定，係以調和具人格權性質之名譽權，以及憲法第二十一條之正當言論權二者之保護為其目的的，因此，如果考慮二者之調和與均衡，則縱使刑法第二百三十條之二第一項之事實未被證明真實，但行為人如誤信其事實為真實，則就其誤信在參酌確實資料、證據，而被認有其理由者，即非具有犯罪之故意，從而自應解為不成立妨害名譽罪」。綜合此二判例，刑法第二百三十條之二既為在於調和為人格權之名譽權，及憲法第二十一條之正當言論二權利之保護的規定，則在對之解釋時，自應考慮此二憲法上之權利的調和與均衡，在立於這種考慮被加解釋之刑法第二百三十條之二的規定，其趣旨是，關於真實性之誤信，於其有相當理由，應被免除不法行為之責任，從而在對於民法該當為不法行為之名譽損害之成否，亦應很明確地被解為係屬適當。關於判斷是否成立侵權行為之妨害名譽的基準，以下則將之稱為「相當性理論」。

不過，刑法「名譽罪」的罪名中，除「妨害名譽罪」（刑法230條）之外，尚設有「侮辱罪」（刑法231條），刑法第二百二十條之二雖設有妨害名譽罪之免責規定，但民法上做為侵權行為一環之妨害名譽，一旦屬於人格名譽被違法加以侵害，侵權行為即告成立，不過，該當侵權行為，究應本於刑法妨害名譽罪或侮辱罪所定構成要件，則應不具直接關係。

刑法上針對上述二罪，同以「名譽罪」被加以規定，而且，因二者皆以公然性為其要件，因此，在對二者加以區別的要件方面，一般咸以有無事實之揭露以為決定。此外，在保護法益方面，兩者皆以一個人從社會所受之客觀評價，亦即名譽為對象。不過，在侮辱罪方面，固有以在被害人之前，公然地、一次性的叱罵等一類，以被害人之名譽感情為主要法益侵害之情形為必要，但是以或多或少具永續性之文書、錄音、影片等方式為侮辱之表現，則雖在現實並未有具體事實的揭示，但應毫無疑義地，仍以之為毀損他人客觀的名譽。

二、因此，該當為侵權行為之

妨害名譽，是不是有客觀地、違法地侵害他人名譽，固屬重要，但該當為侵害行為之表現行為，究竟是否同時具有事實的揭示，很明顯地，應不是其成立之要件。不過，在妨害名譽同時伴隨有事實之揭示時，本於刑法第二百三十條之二規定之趣旨，並不在否定其責任之免除，反而是在說明，既使未有事實之揭示，但客觀上已有毀損名譽時，於其表現行為係關乎公共利益，或被評價為專為圖公益而為之之相當行為者，本於「相當性之理論」，當無妨解為具有免責之意義。從另一角度而言，關於政治、社會問題等之公平評論（fair comment）等被加以容許之範圍內的表現，係屬激進、辛辣，或從揶揄的到近乎侮辱的，只要其係因關乎公共利害，或因公益目的而出，一般皆認為應被加容許。本此意義之公正評論，在前面所述的相當性理論之判斷基準中，被認為係以此為一個要素而被加以納入（此處，本於事實所為之此種評論，於其非屬真實之情形，一般而言，如具有信其為事實之相當理由的話，仍以之為一種公正的評論，反面言之，其以之為公正的評論，應以

信其為真實之相當理由為要件，不過，評論本身，其公共性、公益性越強，則僅以評論者為有利之論斷，從而，相當性不存在之舉証的必要性，則相形地加重於對方）。不過，如果其內容或表現與主題評論全無關係，且很明顯地被認為與公共利益無關，或表現行為之重點有侮辱、誹謗、輕蔑中傷之傾向，既令其間有若干事實之揭示，但其揭示事實並不在意味主張事實真實性，而只是單純地基於人身攻擊，而形成侮辱他人名譽之行為者，依社會通念，到底仍難獲肯認，這種情形，因未有任何公正評論，或為不具有公共性、公益性之言論，從相當性的理論來看，其足以成立妨害名譽，自為當然之事。

三、本案雜誌所預定刊載之文章，其本身，一方面固係對被上訴人乙所支持之政治立場或政策所加諸之批判，從而評論之為其（即乙）當選對北海道的將來係屬有害的。不過在，另外一方面亦對被上訴人之人品、經歷、私生活、舉止言動加以批評，甚至加諸低格調的言辭以為人身攻擊，從而展開評論謂，被上訴人並不適任北海道知事。觀全文內

容，前者為關於政治問題評論，而後者則為人物等方面之記述，二者之間實欠缺脈絡，尤其後者與政治問題之評論毫無關係，充其量只是不斷地專事對個人人身加以攻擊、描述的一種內容表現、記述為其特色，占本篇文章大半部分之記述固然屬於政治問題之評論，姑不論其所評論之事實是否真實，不過，就人物論述的部份而言，不但與政治問題之評論無涉，甚且其所展開的陳述，皆屬於不必要的，具侮辱性的而且亦屬中傷性的，故即使就此部分，毫無疑義地難認為不成立妨害名譽。

被上訴人乙在本案雜誌預定販賣之際，雖已預定投入北海道知事的選舉，只是由於係屬於參選之前，被上訴人現實上並不具備公職候選人身分，而上訴人卻將之視為確實之候選人，而對被上訴人之人物、經歷、行為方式等為廣泛的報導，並為一般的評價、批判，這一點固可將之解為一般與公共的利害有關，不過該當為原審所確定之事實關係，亦即上訴人所揭示之本案論文記載之該當部分，原判決並未加以引用，本段文字為「其父為旭川有名勒索他人錢財的經濟人，

在晚年卻貪愛一位美麗的妙齡女郎，二人的傑作，就是被上訴人」，這是一極具蔑視的、差別的表現，就這個表現本身，其實無礙其為社會上所難予容許的侮辱性、誹謗性、中傷性，所謂典型的侮辱妨害他人名譽的文書，因此，就本段文字自身，其作成很顯地，可以說並非基於公益之目的而出。上訴人之本篇文章一旦出版、一旦被公開化，則對於過去十年充為公選市長的旭川市長，以及曾一度有參選北海道知事經歷的被上訴人而言，足以受到嚴重的傷害，是顯而易見的。

四、以刑法第二百三十條之二之規定為依據，圖憲法上之言論自由權及為人格權之名譽權之保護二者之調和與均衡，所導出的前述相當性理論，究應如何與公正評論相互結合，始能妥當地求得對名譽權侵害之事前防止之假處分，則是最後所應加以探討之問題點。

我個人亦如多數說所言者一般，認為關於出版物之發行等之事前防止，其所持之態度，比起事後的刑罰制裁、損害賠償或回復原狀等情形，要來得慎重，特別是其表現行為涉及到公共利

害之情形，鑑於表現自由包含優先於名譽權之社會價值，而應為憲法上所特別加以保護的基本人權，因此，原則上應解為不許事前的防止，則包括所示之理由與多數說之所示皆屬同調。

然而，前面所述之相當性理論，在做為判斷是否成立侵權行為之妨害名譽的基準的同時，亦可做為確認名譽權是否存在的一個基準，此亦屬固不待言之事，只是，此處所欲加以提及者是，表現行為在涉及公共利害時，因為已屬於憲法上所應特別優先加以保護之表現自由，與與之相互對抗之名譽權二者間究應如何調和與均衡的問題，此間，為回復均衡，關於名譽權，自應存在有特別對之加以保護的理由，從這個觀點而言，首先，先就以相當性理由為判斷基準之公益目的及事實的真實性之檢驗提出加以檢討，該當表現行為很明顯地並非基於公益而出，另外，其所揭之事實很明顯地亦非事實，二者即成為先決問題，而且如果又因如此很明白地認定名譽權之侵害，則在請求事前防止方面，其足以達到舉証之要求，自應被解為成為必要之要件。如果以此為假處分，則在假處分債權人方面，則

必須完成因釋明資料對上述事實之証明。在主張法院可以不為言詞辯論或債務人訊問，給與主張表現內容係屬真實的機會應屬原則，這樣的多數意見，除了依債務人所提出之釋明資料等，可以很明白地完成舉証証明之目的以外，否則應解為法院必須負就上述証明究否能達到証明之目的為慎重之檢討。做為較重要之實質特別事由的是，名譽權的侵害，比起一般權利侵害的情形，係特別重大，而且，如没有事前的防止，通常都足以使被害人產生重大而且事後難予回復之損害。公益目的之意圖，以及事實的真實性此兩點，一方係在保持與憲法之要求有關的言論自由及為人格權之名譽權之保護二者之間的均衡與調和，另外一方面，關於與公共利害有關之表現行為，二者亦是在容許請求事前防止時，被認為係屬可能的條件，這一點既使在事實上與許可為事前防止之假處分要件有所重疊，但也因此使此兩點成為憲法所必須加以要求之事項。

就以上所述，觀本件訴訟，亦如大橋法官之補充意見所指出者，就本案文章之所記載，於假處分程序上，債權人所提資

料以及法院所加以調查之事實，顯然其表現內容並非真實，而且明顯地，本案表現認為並非專圖公益之目的而被發表，鑑於因其出版足於對他人造成損害之重大性，本案假處分裁定，不論在實體面或在程序面，我對於持無違憲、違法理由之多數意見並無異論，只是我個人就該當妨害名譽之本文章記載之部分，就該部分本身，因到底仍為社會通念所難予容認，故應被認為是侮辱的妨害名譽的典型，這其中既使只有一部分之抽象的事實指摘，但該部分的表現內容，究竟是真實抑或為虛偽，連加以探討都沒有，即被合併其他部分被准許為事前禁假處分，其究否適當，不無再予探討，為慎重計乃於此付記一言。

法官谷口正孝之意見如下：

第一、關於與公共問題有關之雜誌刊載方面的事前防止，我個人有若干異於多數意見的看法，以下對此加以說明。

一、憲法第二十一條第二項、第一項係在於保護與公共問題有關之討論或意思決定方面，在必要、有益資訊之自由流通，換言之，在於保護不受公權力干涉之

表現意見及接受資訊之自由，而這種自由之保障，依多數意見之所示，乃為營運有活力之民主政治所必需，因此，相對於憲法所規定之其他諸種權利，應被稱之為可得加以主張之憲政上「優越保障」之法益。在符合這個保障之趣旨、目的之限度內，表現之自由乃優先於該當為人格權之個人名譽權之保護。

因此，在以雜誌發表文章，其表現內容，於其係與公務員、公職候選人等之公共問題有關之情形，為了確保表現在發表、討論、意思之決定上其必要而且有益之資訊得以流通，以及此一自由之得以獲得保障，表現自由之保障自應較公務員、公職選舉時之候選人之名譽的保護為優先，故其對於此等人揭露事實而損害或毀損其名譽，亦屬正當，發表與此有關之文章亦不構成違法，在民事法、刑事上亦不被論為名譽之妨害。

二、針對上述，吾人要問該當為人格權之個人名譽及表現之自由，兩法益之間發生抵觸時，基於確保關於公共問題之自由討論以及其意思決定，關於資訊之流通，究竟在何種限度，其確保係

屬必要、有益，特別是，反於真實之資訊流通，究竟在何限度內係有其必要。

想想，如果反於真實之資訊流通，發生侵害、毀損他人之名譽，或反於真實之原因，即直接地該當為妨害名譽，而應受民事上或刑事責任之論究，對於一般市民而言，表現之內容一旦被判定明係非真實，則自會擔心被追及法律上的責任，這種疑慮的結果，自然將人民對於意見之發表及資訊的提供陷入猶豫。若係如此，其經特定加以保護的表現自由，亦將陷入「自己檢查」的弊端之內，言論亦將因此而受到凍結之危險。

為了防止此種「自己檢查」，以使與公共問題有關之討論或意思決定成為可能，反於真實的言論亦有受到容許之必要。而且，如學說所指出者，言論之內容反於真實，而意見之表明即使是本於此一反於真實之表現，但其提示及討論，卻也反而使與此相互矛盾的意見，得以再考及再斟酌，意見被加以支持的理由，亦得以有更深層的意見形成，及意義上的更深刻認識。站在這樣的立場，錯誤的言論，在自由討論的有益面上，

亦應有其積極而且肯認的一面，因此，反於真實的言語，亦應有其有必要加以保護，使他人對之加以表現之自由，亦應肯定有必要性、有益性。與公共問題有關之雜誌文章刊載之事前防止的要件，在加以考慮時，首先亦必須要有上面所說的念頭（對於錯誤言論之適當救濟方法就是more speech）。

三、以下則對於事前防止之要件加以檢討

主張表現自由應優先予以保護之理由，已如前面之所述，不過，如果參照其所以應加以保護的依據，既使係為表現自由，仍難否定其應有一定之限界，因為表現內容如果係反於事實，則所有之言論保護之必要性及有益性即不得被認為已不存在，特別是其表現之內容係反於事實，而侵害、毀損該當為他人人格權之名譽時，從人格權保護之觀點更應考慮到這一點。我個人則認為其界限應有如下面所述。亦即，表現的事前規範，應比事後規範要更為慎重，發生名譽侵害、毀損時，其被害人如為公務員或公職候選人等一類之公眾人物，則在其表現之內容係與公共問題

有關時，其與表現有關之事實，既使係反於真實，亦不一定很容易即成規制之對象，不過，如果其表現行為係以所謂「現實的惡意」而被加以施行者，換言之，如果已知與表現有關之事實係反於真實的、虛偽的，且於為表現時，係無視其虛偽、不實而強行表現者，則斯時表現自由的優先保護即應後退，表現行為人不能為表現自由保護之主張。蓋於此情形，可以說係故意流布虛偽不實的資訊，且亦於表現內容之真實性毫無關心，鑑於表現自由優先保護之依據，亦即憲法第二十一條之立法本意，該表現行為即應不再被考慮有保護之必要性及有益性。多數意見以表現內容並非真實，或表現很明顯並非在圖公益之目的者，其有關公共問題的雜誌發表之事前防止，即可得被加以容許，對於此點，我無法予以認同。想想看，亦如多數意見所承認者，文章、發表之內容係屬於對公務員或對公職候選人之評價、批判時，由於其本身已不能被認為與公共利害有關之事項，針對這樣的事項，法律亦將之擬制為公益之目的（刑法230條之2第3項參照）。因此就該表現行為，以並非專為公益之

目的這樣不確定之要件為理由，而認為係有關公共問題之雜誌發表，且許為事前限制，單就其要件欠缺明確之基準，就無法被認為能對表現自由之保障提供作用。

第二、其次應考慮者是法院在依假處分程序，對表現行為為事前之防止時，其要件究竟為何。

多數意見關於這一點，如一般假處分程序之情形，都是本於迅速處理之原則，既不為言詞辯論亦不以訊問債務人為必要，而關於舉証亦僅以釋明為必要，此點參照憲法第二十一條之規定，在程序的保障上面不能說是完整。關於發事前防止之假處分命令，原則上是應行債務人訊問以聽取意見、辯解。除此之外，原則上亦應給予表現內容真實性等主張舉証之機會的。然而，在防止之對象係為對公務員或對公職候選人之評價、批評等，或對於公共利害有關之事項為表現行為之情形，毫無疑問地，亦應開言詞辯論或應為債務人訊問。不過，其依債務人所提出之資料，經被認為很明白已滿足事前防止之要件時，既使未經言詞辯論或未經訊問債務人即發防止假處

分命令者，謂其不違反憲法第二十一條規定這一點，我倒也可以持相同之看法。不過，我個人對於與公共問題有關之雜誌文章發表的事前防止，因認為在表現內容係反於真實性時，必須要以為表現行為之人有現實之惡意為其要件，因此，關於這種記載、發表，其由法院發假處分之命令命為事前禁止一點，多少有修正多數意見之必要。

就我個人而言，關於由法院發假處分命令為事前防止一點而言，如多數意見所示，應開言詞辯論、應訊問債務人，應給予舉証之機會，這都是參照憲法第二十一條第一項、第二項規定之趣旨而為當然的要件。此際，對於債務人，關乎表現內容事實的真實性，使其蓋然推定之程度，應有相當合理的理由，亦應有其資料，則此時應被認為必就表現行為係本於這些根據、資料而為，則自應針對此根據、資料給與債務人主張舉証的機會，之所以如此，係在於使無現實惡意之債務人有所抗辯，而得讓其對求為發事前防止命令之法院，使其不為假處分之裁定。又多數意見關於表現行為之事前防止之要件，一般在妨害或毀損名譽之情形，都

應以具備被害人有足致重大顯難有回復之虞的損害為其實体的要件為必要。不過，我個人以為關於這個要件似只有在發假處分命令、保全必要性方面加以考慮即為已足，不必與此有所牽扯。

以上所述者為法院依假處分程序，對於與公共事實之表現行為為發事前防止命令，在程序上之要件，在此等程序上之要件未具備之情形，亦即，未為言詞辯論亦未經訊問債務人而逕由法院依假處分程序發防止命令者，一般應被認為無法切斷違反憲法第二十一條第一項、第二項規定之趣旨。

事前防止之對象即使是屬於對於公務員或公職候選人之評價批判等，或有關公共利害之事項所為之表現行為，在極其例外之事例，既使未開言詞辯論，亦未訊問債務人前記抗辯是否適當，僅依債權人所提資料，但債務人表現內容並非真實，且之所以表現係因債務人之現實惡意而為之，此參照表現行為本身以及內容係屬極其明顯之情形，則既使未滿足上述程序而就表現行為為發事前防止之假處分命令者，當或不致有背前揭憲法規定之趣旨吧。吾人之所以持此立場其理

由，當如多數說之所述。而若依發本件假處分命令之法院所提出之釋明資料，上訴人在揭載本案雜誌論文時，具有現實之惡意，亦可謂甚為明白。

我個人認為關於上訴（第三

審）審論點，所指違反憲法第二十一條第二項規定，並無理由，此自與多數說所示意見相同。至於其他，關於違反憲法之主張，亦已參照所見，被認為無其理由，故當駁回其上訴。

四、外國人登錄法之違憲事件

外國人登錄法登錄事項確認申請制度之合憲性

最高法院平成九年十一月十七日第一小法庭判決

平成六年（あ）六八七號

翻譯人：陳榮宗

判 決 要 旨

規定外國人登錄原票確認制度之外國人登錄法第十八條第一項第一款(依平成四年法律第六六號修正前者)、第十一條第一項(依昭和六十二年法律第一〇二號修正前者)不違反憲法第十三條、第十四條。

事 實

在留之外國人受有外國人登錄證明書之交付者，必須每五年申請確認外國人登錄原票所記載之事項是否符合事實。但是，有朝鮮國籍之在留外國人，由於家庭繁忙之事，過失而逾越大約一年期限未申請。因此，以違反外國人登錄法第十一條第一項、第十八條第一項第一款規定被起訴，第一審判決罰金五萬圓、猶予執行（緩刑）一年。由於第二審上訴被駁回而提起第三審上訴。

關 鍵 詞

外國人登錄法 登錄事項確認制度 外國人登錄原票 在留外國人

主 文

上訴駁回。

理 由

一、辯護人武村二三夫等五人之上訴趣旨，其中對於違反憲法第十三條、第十四條之點，雖然依憲法第十三條規定不得違背個人意思濫以公權力強制將屬於隱私之情報為公開，此種利益應受尊重，但是此種利益或自由並非無限制，為公共福祉亦得受限制，此觀自憲法第十三條之文句實已明顯。

規定外國人就外國人登錄原票所登錄事項科以申請確認義務制度(以下稱「登錄事項確認制度」)之平成四年法律第六六號修正前之外國人登錄法第八條第一項第一款及昭和六十二年法律第一〇二號修正前之外國人登錄法第十一條第一項之各規定，係使住留本邦之外國人居住關係及身分關係明確，俾達成公正管理在留外國人之行政目的，為維持外國人登錄原票登錄事項之正確性及其確保之必要所設者，有其十足合理性之立法目的，且可肯

定其必要性。雖然依上述法條規定要求確認事項包括職業、服務場所等等情報，但是各事項均不能謂其係有關人之人格、思想、信條、良心等等之內心情報，此一制度對於申請人並未過度強制其負擔，得認為未超出一般容許限度而係相當之事。

上述此種立法目的之合理性、制度之必要性、相當性能認定之登錄事項確認制度，係基於公共福祉之要求，規定此制度之前述各規定並不違反憲法第十四條。應如以上而為解釋之事，徵諸本院之判例(最高法院昭和二五年(あ)第五八六號同二八年五月六日大法庭判決、刑集七卷五號九三二頁，最高法院昭和二六年(あ)第三九一一號同三〇年十二月十四日大法庭判決、刑集九卷一三號二七五六頁，最高法院昭和二九年(あ)第二七七七號同三一年十二月二六日大法庭判決、刑集一〇卷一二號一七六九頁，最高法院昭和三七年(あ)第九二七號同三九年十一月十八日大法庭判決、刑集一八卷九號五七九頁)之意旨已自明(另外參照，最高法院昭和三四年(あ)第七七四號同年七月二十四日第二小法庭判決、刑集一三卷八號一

二一二頁，最高法院昭和五四年(あ)第一一二號同五六年十一月二十六日第一小法庭判決、刑集三五卷八號八九六頁，最高法院平成二年(あ)第八四八號同七年十二月十五日第三小法庭判決、刑集四九卷一〇號八四二頁)。

二、同辯護人等之上訴趣旨，其中對於違反憲法第三十一條之點

所論之中，對於有關違反前述外國人登錄法第十一條第一項所規定罰則之前述外國人登錄法第十八條第一項第一款係違背罪刑法定主義之點，原判決解釋上述罰則亦有處罰過失犯之趣旨係屬正當(最高法院昭和三八年(あ)第二八五〇號同三九年三月三十一日第三小法庭裁定、裁判集刑集一五〇號九三一頁參照)，又，對於其所謂同一規定有罪刑之不均衡、有重罰性之點，既然登錄事項確認制度有其必要且得認為其係合理之制度，則同一規定採用刑事罰為擔保其實效性之制裁而設所定之刑，對此事原判斷認為不逸脫立法機關之合理裁量範圍係正當(參照最高法院昭和二三年(れ)第一〇三三號同年十二月十五日大法庭判決、刑集二卷一三號一七八三

頁，前記最高法院昭和三四年七月二十四日第二小法庭判決，最高法院昭和四四年(あ)第二三八六號同四五年六月五日第二小法庭判決、裁判集刑集一七六號四九九頁)，對於上述罰則規定謂其違反憲法第三十一條之所論，均欠缺其前提。

三、對於其餘上訴意旨

所論之中，關於所謂將登錄事項確認制度適用於被告之事係違憲(違反憲法第十三條、第十四條、第三十一條)之點而言，以全部之在留外國人為對象所設之此一制度，有其前述之目的、必要性、相當性，所論所謂係針對在日朝鮮人之長期在留外國人始適用，就其歷史情形、地域定著性等等為考慮，對被告不與其他在留外國人加以區別而適用此一制度之事並不違憲，此徵諸於本院判例(前記最高法院昭和二八年五月六日，同三〇年十二月十四日，同三一年十二月二十六日各大法庭判決)之趣旨而自明。

其餘係單純違反法令之主張，不相當於適法之上訴理由。

從而，依刑事訴訟法第四百零八條，以全體法官一致之意見，為如主文之判決。

五、查詢前科紀錄與個人隱私事件

最高法院昭和五十六年四月十四日第三小法庭判決

昭和五十二年（才）三二三號

翻譯人：林素鳳（節譯）

判 決 要 旨

律師公會依律師法第二十三條之二查詢前科及犯罪紀錄時，被函詢之政令指定都市之區長，對於僅記載查詢必要事由：「為向中央勞動委員會及京都地方法院提出之用」，竟然未為慎重調查與考量，輕率地答復律師公會之查詢。關於前科及犯罪紀錄等之查詢，向來依相關命令之規定而不為答復，且依自治省行政課長函示亦指出對於依律師法第二十三條之二查詢應不予答復之宗旨以觀，根據原審之事實關係，本件應認該當於過失違法行使公權力。

事 實

一審原告甲（二審上訴人、三審被上訴人）為訴外人丙（股份有限公司）汽車教練場之教練，甲被丙解雇後，申請假處分保全職員之地位。其後，丙委託訴外人律師丁為訴訟代理人。丁律師依律師法第二十三條之二規定，先向所屬之京都律師公會申請，再由京都律師公會向京都市伏見區公所函詢被上訴人之前科等記錄，後經函轉同市中京區長。其中關於必須函詢事由，僅為該公會查詢函所附具丁律師之查詢申請書上所記載「為向中央勞動委員會及京都地方法院提出之用」。中京區公所乃直接以丁律師為受文者，復函告知原告有十一次交通違規、業務過失傷害一次、傷害罪一次之紀錄。因此，丙遂將丁律師所取得甲之前科等紀錄，提出於中央勞動委員會及京都地方法院，並以未誠實告知

經歷為由，通知甲預備解雇。

甲以自身之名譽、信用及隱私有關「不希望他人知悉前科及其他不良紀錄之權利」受侵害，被預備解雇而歷經多次裁判，勞力及金錢之耗費極大，其原因在於中京區長過失所致，遂以中京區長乙為被告（二審被上訴人、三審上訴人）提起請求損害賠償訴訟。一審判決認為查詢與答復縱有侵害個人隱私等權利，亦屬不得已，對於具有權威的律師公會依據法律所為之查詢，有答復之義務，區長並無故意或過失。二審判決則變更一審判決而判定甲一部勝訴。二審判決指出，前科或其他不良紀錄之公開，應有法令依據或公共福利優先之情形，本案並無上開情形，故認定區長行為之違法性。中京區長乙不服二審判決而提起上訴，其主張有二：第一、律師公會查詢權之公共性優先於守密義務；第二、答復與損害間並無因果關係。

關 鍵 詞

照会（查詢） プライバシー（隱私） 弁護士会（律師公會）
通達（令） 訓令（函） 立証手段（舉證方法） 必要最小限
の範圍（必要最小限度範圍） 因果關係

主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

理 由

關於上訴代理人納富義光主張之上訴理由第一點：

前科及犯罪經歷（以下稱

「前科等」），乃是直接關係個人之名譽與信用之事項，曾經有犯罪前科等之人亦有不被隨便公開之法律上值得保護利益，本來是為調查選舉資格之用而製作、保管之記載前科等記錄之犯罪人名冊，市區町村長不得任意洩漏，乃為當然之理，自不待言。前科等紀錄之有無，成為訴訟等之重要爭點時，如果市區町村長不函復查詢即無其他舉證方法

時，收到法院前科等紀錄之函詢時，自得回應該函詢而函復，於相同情形而對於依律師法第二十三條之二所為查詢而予以答復，自非不許，但其處理則應特別慎重。就本件而言，如依原審已確定適法部分以觀，因訴外人丁律師之申請，京都律師公會向京都市伏見區公所函詢被上訴人之前科等紀錄，後經函轉同市中京區長，而關於必須函詢事由，僅為該公會查詢函所附具丁律師之查詢申請書上所記載「為向中央勞動委員會及京都地方法院提出之用」。於此種情形，市區町村長竟然漫不經心地回應律師公會之查詢，不問犯罪之種類、輕重，而回報所有的前科等紀錄，自應認係違法行使公權力。於原審已經確認合法之事實關係下，原審認定中京區長因過失而為本件回報為違法行使公權力之判斷，其結論正確，得予以肯定。原判決並無所主張之違法，辯論意旨不足採信。

關於上訴代理人納富義光主張之上訴理由第二點：

於原審確認合法之事實關係下，中京區長為本件回報之事，與提出本件查詢申請之丁律師之委託人訴外股份有限公司丙教練

場之幹部們，相關案件審理終結後，於中央勞動委員會及京都地方法院內等地方，在事件關係人及法院旁聽人之前，指出被上訴人之前科並公開乙事，原審認為二者有相當因果關係，此判斷應屬正確而得予以肯定，其判斷過程中並無辯論意旨所稱之違法，主張不足採信。

據上論結，除法官伊藤正己之協同意見及法官環昌一之不同意見外，其他法官以全體一致之意見，依民事訴訟法第四百零一條、九十五條、八十九條之規定，判決如主文。

法官環昌一之不同意見如下：

有關前科等紀錄，攸關有前科等紀錄個人名譽，自具不被隨便公開之法律上值得保護之利益，誠如多數意見所示。但是，於現行法制下，前述有紀錄之人所生之相關法律關係，為前科等紀錄之存在所直接影響之法律上規定，依然極為少數，例如在刑事關係上被當作量刑上之考量因素，或因法令之規定而當作消極資格事項之一。為提供此種情形之參考，國家或地方政府遂整理保管相關資料以提供正確資料，使不致產生認定前科等紀錄

有無之錯誤，係屬必要。同時因為掌管此一業務之公務員具有保守該當資料秘密之義務，根據前述資料等而為證明行為時，自不得超出限度，乃為當然之理。

然而，如根據原判決認定之事實及紀錄以觀，上述資料之一的所謂犯罪人名冊，原係根據大正六年四月十二日內務省第一號函規定，由市區町村長製作保管。但戰後，昭和二十一年十一月十二日內務省發地第二七九號函以同省地方局長以都道府縣知事為對象所發之函令指示，繼續製作保管以作為調查選舉資格等之資料，昭和二十二年地方自治法開始施行，迄今依然缺乏明文規定之法律依據而繼續製作保管。而根據昭和二十一年發布的內務省地方局長令規定，因為犯罪人名冊係為選舉資格調查之用而製作保管，因此來自於警察、檢察署或法院等之查詢，除非有特別為證明身分之必要，否則絕對不得使用。而且由昭和二十二年八月十四日以同省地方局長之都道府縣知事為對象之內務省發地第一六〇號令內容可清楚得知，前開警察、檢察署或法院等機關中，與獸醫執照等許可處分及當時之律師登記等業務有關之

中央主管機關首長、都道府縣知事、市區町村長均包括於受指示對象內。徵諸前述經緯，故可知關於犯罪人名冊之查詢，保管者之市區町村長，於從事答復等，應認該等事務為應負守密義務之經常性行政機關內部彼此間的相互協助事務。因此，對於非行政機關的查詢，當然對於來自行政機關之查詢亦當如此，除前述前科等之是否存在直接影響法律效果之情形外，如由前述保護名譽等之立場而言，市區町村長不應回應此種查詢。前述各次發布函令之旨趣，應解釋為前科人名冊不得使用供證明身分之用。

本件乃是根據律師法第二十三條之二規定（上開法律係於前述各函令發布之後方才制定施行），律師公會根據其會員律師提出之申請書，而以記載「為向中央勞動委員會及京都地方法院提出之用」之書面，查詢被上訴人是否具有前科紀錄等之答復事件，由前述事件經過及文書之記載以觀，當時被上訴人之勞動關係事件正在中央勞動委員會及京都地方法院進行審理當中，當可推定被上訴人之前科紀錄等之有無對於前開案件之法律判斷具有直接影響力。

其次，關於依前述律師法第二十三條之二規定而賦予律師公會得向公務機關函詢請求就必要事項答復之權限，於此關係中，從立法精神得予肯認律師公會具有行政機關之性質。鑑於律師公會，被賦予對於其所屬會員律師具有獨立的監督權及懲戒權（律師法第三十一條第一項、第五十六條第二項）、允許其對於會員律師之查詢申請亦得基於獨立判斷而拒絕之（同法第二十三條之二第一項）、亦明定律師對於其基於職務得知之秘密有守密之義務（同法第二十三條、刑法第一百三十四條第一項參照），故實質上應可肯定前開見解（其次，根據記錄亦可窺知，亦即地方自治廳曾於昭和二十四年十二月十九日發佈一則命令，其中規定依日本律師法而為律師登記時，關於資格審查之函詢，得應律師公會之查詢而答復之）。此外，僱傭契約及其他勞動關係之民事法關係上之判斷，認為不可能因當

事人之前科紀錄有無而受到直接影響之見解，無法得到判例等之一般性肯定。上訴人京都市中京區長，將查詢之京都律師公會視同準法院之公務機關，且本件函詢不僅非請求身分之證明，並根據前述情形，應可判斷答復書係向中央勞動委員會及京都地方法院提出而無隨便被公開之虞，而與前述公務機關間之互助事務為同樣之處理而為之答復。但如此的處理方式，倘無其他特別情事存在，足以成為解釋律師法第二十三條之二規定之見解之一。依此見解，不得認為對被上訴人之名譽等之保護有所不足，故對於該當區長追究過失責任，失之過苛，並不合理。而就紀錄之記載以觀，難以認定有特別情事之存在。因此，據上所述而提出不同之結論，率然判定上訴人中京區長有過失之原判決，應予廢棄。據上論結，本件為使更為謹慎翔實之審理，應予發回。

六、受停職處分之地地方公務員請求支付退職津貼事件

最高法院平成十二年十二月十九日第三小法庭判決
平成十年（行ツ）一六四號

翻譯人：許志雄、鄭伊玲

判 決 要 旨

依地方公務員法第二十八條第四項及第十六條第二款之規定，地方公務員經判處有期徒刑以上刑罰者應予停職。此等規定係考量被判處有期徒刑以上之刑罰者，如以地方公務員身分繼續從事公務，將有礙於地方公共團體居民對該公務之信賴，並有損及居民對該地方公共團體整體公務信賴之虞，因此藉由停止該公務員繼續執行公務之規定，以確保居民對於公務機關之信賴為目的。地方公務員之地位具有上開特殊性及職務公共性，並鑑於一般人對於我國刑事追訴及審判制度下經判處有期徒刑以上刑罰者所持之觀感，地方公務員法設第二十八條第四項及第十六條第二款規定之上揭目的有其合理性，尚不得將地方公務員與法律上未設類似制度¹之私人企業勞動者相提並論，遽認為前者遭受不當之差別待遇。是以地方公務員法上開規定並未違背憲法第十三條、第十四條第一項規定。

其次，依香川縣職員退職津貼條例（昭和二十九年香川縣條例第三十八號，以下簡稱「本條例」）第六條第一項第二款規定，受有期徒刑以上刑之宣告者，依地方公務員法設第二十八條第四項規定，對該失職之人，不予支付一般退職津貼之旨意，係因地方公務員如經判處有期徒刑以上之刑，其行為不惟損害居民對該公務員所為公務，且及於該地方公共團體整體公務之信賴。應認未作成符合給與繼續勤務報酬客體之公務當為貢獻。因而藉

¹ 譯者註：即「受有期徒刑以上刑罰者應予以停職之制度」。

由不支付一般退職津貼之方式，維持退職津貼制度能適當順利施行，進而確保居民對於公務之信賴為目的。

本條例第六條第一項第二款規定之制定目的具有合理性，其所定退職津貼之支付制度參酌上開目的，核屬必要且合理，不得將地方公務員與私人企業勞動者相比而謂有不當差別，從而該款規定與憲法第十三條、第十四條第一項、第二十九條第一項等規定，尚無違背。

事 實

本件上訴人擔任香川縣教師，於昭和六十三年十一月二十六日駕駛自用小客車經過十字路口時，與另一輛自用小客車相撞，造成對方駕駛人與同車乘客分別受到七天及三天始能治癒之傷勢。高松地方檢察廳檢察官認本件事故係上訴人闖紅燈所致，故於平成元年十月三十一日以觸犯業務過失傷害罪嫌向法院提起公訴。其後歷經三審判處有期徒刑四個月，緩刑兩年。

被上訴人香川縣乃以上訴人業經法院判處有期徒刑確定，已符合地方公務員法第二十八條第四項及十六條第二款所規定之停職要件為由，於平成六年十二月二十日對上訴人為停職之通知，並依香川縣職員退職津貼條例所定「對於受停職處分者，不予支付退職津貼」規定，拒絕支付上訴人退職津貼。上訴人認為上開條例關於限制支付退職津貼及地方公務員法相關之規定，違背憲法第十三條、十四條、二十九條規定，主張該停職處分應屬無效，並以此為由請求被上訴人支付其受停職通知後之薪資、獎金及退職津貼。如所請未獲允許，則備位請求法院以該條例無效為由，判令被上訴人支付退職津貼。

關 鍵 詞

失職（停職） 地方公務員法 職員退職手当条例（職員退職津貼條例） 退職手当（退職津貼）

主 文

上訴駁回。

上訴費用由上訴人負擔。

理 由

（一）關於上訴代理人池本美郎上訴意旨指摘地方公務員法第二十八條第四項、第十六條第二款有違憲法第十三條、第十四條第一項，以及香川縣職員退職津貼條例（昭和二十九年香川縣條例第三十八號，以下簡稱「本條例」）第六條第一項第二款有違憲法第十三條、第十四條第一項、第二十九條第一項²之主張部分：

按被判處有期徒刑以上之刑罰者，如以地方公務員身分繼續從事公務，將有礙於地方公共團體居民對該公務之信賴，並有

損及居民對該地方公共團體整體公務信賴之虞。因此，地方公務員法第二十八條第四項及第十六條第二款，乃藉由停止該公務員繼續執行公務之規定，以確保居民對於公務機關之信賴為目的。地方公務員須以人民公僕之身分，為公共利益而執行勤務（參照憲法第十五條第二項、地方公務員法第三十條），並有義務不為損害該職務之信用或使地方公務員全體職務蒙羞之行為（參照地方公務員法第三十三條）。地方公務員之地位具有上開特殊性及職務公共性，並鑑於一般人對於我國刑事追訴及審判制度下經判處有期徒刑以上刑罰者所持之觀感，地方公務員法設第二十八條第四項及第十六條第二款規定之上揭目的有其合理性，尚不得將地方公務員與法律上未設類似制度之私人企業勞動者相提並論，遽認為前者遭受不當之差

² 上訴理由主要包含以下四點：第一、諸如本件因犯極輕微之交通事故被判有期徒刑以上刑罰確定，即依地方公務員法第十六條第二款、第二十八條第四項將行為人予以自動停職之情形，就其所犯罪行之違法程度而言，地方公務員法此種規定實屬過重，而有違日本憲法第十三條之比例原則，應屬無效。第二、上開規定對公務員所採取之處罰，顯然較一般人民更為嚴厲，如此規定應已違反日本憲法第十四條之平等原則而無效。第三、香川縣職員退職津貼條例不予支付退職津貼之規定有違憲法第十三條之比例原則。第四、該條例不予支付退職津貼之條款，亦有違日本憲法第二十九條關於財產權之補償規定，應屬無效。

別待遇。是以地方公務員法上開規定並未違背憲法第十三條、第十四條第一項規定。此一見解，徵諸本院先前之大法庭判決（最高法院昭和三十三年三月十二日判決〔昭和三十一年（あ）第六三五號・刑集一二卷三號五〇一頁〕、最高法院昭和三十一年五月二十七日判決〔昭和三十一年（才）第六三五號・民集一八卷四號六七六頁〕）意旨甚明。（參照最高法院平成元年一月十七日第三小法庭判決〔昭和六十二年（行ツ）第一一九號・裁判集民事一五六號一頁〕）。

其次，本條例第六條第一項第二款規定，經判處有期徒刑以上刑罰，而依地方公務員法第二十八條第四項規定停職者，不予支付一般退職津貼。其意旨係因地方公務員如經判處有期徒刑以上之刑，其行為不惟損害居民對該公務員所為公務，且及於該地方公共團體整體公務之信賴。應認未作成符合給與繼續勤務報酬客體之公務當為貢獻。因而

藉由不支付一般退職津貼之方式，維持退職津貼制度能適當順利施行，進而確保居民對於公務之信賴為目的。鑑於地方公務員之地位具有上開特殊性與職務公共性，以及一般人對於我國刑事追訴及審判制度下經判處有期徒刑以上刑罰者所持之觀感，並參照依本條例支付之一般退職津貼，具有於地方公務員退職時給與其繼續勤務報酬之意旨，本條例第六條第一項第二款規定之制定目的具有合理性，其所定退職津貼之支付制度參酌上開目的，核屬必要且合理，不得將地方公務員與私人企業勞動者相比而謂有不當差別，從而該款規定與憲法第十三條、第十四條第一項、第二十九條第一項等規定，尚無違背。此一見解徵諸本院大法庭前揭各判決之意旨甚明。原審判斷與上開意旨並無不同，尚屬正當，上訴論旨殊無可採。

（二）關於其他上訴理由³部分：

上訴意旨雖執違憲加以指

³ 亦即：依地方公務員法第二十八條第四項、第十六條第二款等規定，地方公務員經判處有期徒刑以上刑罰者應予停職。惟該法另又規定得於地方自治條例中例外規定不予停職（參照地方公務員法第二十八條第四項）。據此，香川縣關於該縣職員身分之程序及效力條例（簡稱「特例條例」）乃規定，「經任命為本縣公務員者，於執行公務時發生交通事故，經判處有期徒刑以上之刑罰，並經緩刑宣

摘，然其主張均屬認事用法是否有誤，尚不該當民事訴訟法第三百十二條第一項或第二項所規定

之上訴事由。

據上論結，依法官全體一致意見，判決如主文。

告者，得依其情狀不予停職」。是以本件交通事故既係發生於執行公務時，則依該縣特例條例之規定，本件上訴人有免受停職處分之可能。然而，被上訴人於停止上訴人之職務前，並未給予上訴人依據該特例條例之規定而免受停職處分之機會，故被上訴人對上訴人所為之停職處分，其程序有違憲法第三十一條關於正當程序之規定，應屬無效。其次，對於公務員而言，懲戒免職處分係屬重大制裁手段，應保障受處分公務員之事前聽證等程序。因此，本件被上訴人於停職處分前並未給予上訴人進行聽證之機會，與憲法第三十一條之規定有違。再者，原審並未查明事實，逕認本件「並非執行公務中」，據以判決，顯屬恣意。

七、宗教的理由輸血拒否訴訟事件

最高法院平成十二年二月二十九日第三小法庭判決

平成十年（才）一〇八一、一〇八二號

翻譯人：寰瀛法律事務所（葉大殷）

判 決 要 旨

醫師已認知病患基於宗教信仰，在任何情況下，堅持拒接受輸血之意思，且於入院時，即期待不需配合輸血而為肝臟腫瘤切除手術，並認識到手術過程中仍有可能需要輸血之事態，未說明在無其他救命手段下，一律採用輸血急救，乃醫院一貫之方針為病患輸血，在此判示之事實關係下，醫師對病患是否應接受手術之意思決定權被剝奪，而造成之精神痛苦，應依侵權行為負損害賠償責任。

事 實

基於宗教信仰，病患在任何情形下，堅持拒絕輸血之意思，醫師於非輸血無法為救命之情形，未為說明遽為輸血手術，醫師應負侵權行為責任。

關 鍵 詞

宗教 信念 信徒 醫師 醫療機構 輸血

主 文

上訴費用由上訴人、附帶上訴費用由附帶上訴人負擔。

上訴及附帶上訴均駁回。

理 由

關於上訴代理人細川清、富田善範、齊木敏文、永谷典雄、山中正登、大竹高史、林圭介、中垣內健治、近藤秀夫、渡部義雄、山口清次郎、平賀勇吉、星昭一、安岡邦信、小林隆之、高柳安雄之上訴理由。

一、原審適法確定之事實關係概要如下：

1、死者甲野春子(以下簡稱「春子」)，昭和四年一月五日出生，自昭和三十八年起，為「耶和華證人」之信徒，基於宗教上之信念，對於任何情況下接受輸血之事，皆抱持堅決拒絕之意思。春子之丈夫即被上訴人亦即附帶上訴人甲野太郎(以下稱「被上訴人太郎」)，雖非「耶和華證人」之信徒，但尊重妻子之信仰，伊長子即被上訴人亦即附帶上訴人甲野次郎(以下稱「被上訴人次郎」)則是信徒。

2、東京大學醫學研究所附屬醫院(以下簡稱「醫科研」)，係上訴人設置經營之醫院(以下簡稱「上訴人」)，其屬下執業醫師乙山三郎，在向以介紹及協助「耶和華證人」信徒

協尋醫師為務之「醫療機關連絡委員會」(以下簡稱「連絡委員會」)的會員當中，乙山三郎醫師以其進行過無需輸血之手術而聞名。惟在「醫科研」，若接受外科手術病患為「耶和華證人」之信徒時，院方一貫之方針為「尊重拒絕接受輸血」，且儘可能會不輸血；但有除輸血以外無救命手段時，則不論病患或其家屬是否同意，均進行輸血。

3、春子於平成四年六月十七日，住進「國家公務員共濟組合連合會立川醫院」，同年七月六日，雖被告知診斷結果為「惡性肝臟血管腫瘤」。因該院醫師說明，如不輸血則無法進行手術，乃於同月十一日出院，尋找不需輸血即能接受手術之醫療機關。

4、「連絡委員會」會員於平成四年七月二十七日與乙山醫師連絡稱，春子被認罹患為肝癌，想請其診察，乙山醫師表示了解，並對該會員稱，如癌細胞未轉移，仍有可能進行不需輸血之手術，應儘快接受檢查。

5、春子於平成四年八月十八日住進「醫科研」，同年九月十六日接受肝臟腫瘤切除手術(以下稱「本件手術」)。住院期

間，春子本人、被上訴人太郎及次郎，曾向乙山醫師，與同在「醫科研」執業醫師丙野四郎及丁山五郎(以下稱前三位醫師為「乙山醫師等人」)表示春子不能接受輸血之旨。被上訴人太郎並於同月十四日，將春子與被上訴人太郎連署之「免責證書」親交於乙山醫師。前揭證書記載：因春子不能接受輸血及未輸血所生任何損傷，不向醫師及院方職員追究其責任。

6、平成四年九月十六日，乙山醫師等人因「有發生必需輸血事態之可能性」在此準備下，進行本件手術。切除於患部腫瘤之過程，因出血量約達到二二四五毫升，乙山醫師等人判斷如不輸血將無法救治春子，即進行輸血。

7、春子自醫科研出院後，於平成九年八月十三日死亡，被上訴人亦即附帶上訴人等(以下簡稱「被上訴人等」)為其繼承人。

二、基於上述事實，茲就上訴人對春子之侵權行為責任是否成立加以檢討。

本件，乙山醫師等人為春子摘除肝臟腫瘤之際，按醫療水準

為適當之手術，乃係從事管理人之生命及健康業務者所得為之正當行為。惟當病患明確地表示：接受輸血有違自己宗教信念，並拒絕需要輸血之醫療行為時，此項意思決定之權利，屬人格權內容之一部份，應予尊重。春子因本身宗教信仰之故，在任何情況下，對「接受輸血」乙事，皆抱持堅拒之態度，且在住進「醫科研」時，即期待能接受不需輸血之手術，乙山醫師等人均係知情等，在本件事實關係下，乙山醫師等，既無從否定在手術過程中難免會發生除採取輸血手段以外無從救命之情況，茲竟未向春子說明醫科研本身遇有此類情況發生時會採用輸血之方針；從而，遇此情形，其是否繼續留在「醫科研」，由乙山醫師等人為其執行本件手術，應由春子自己意思而為決定方屬正辦。

然截至本件手術進行前約一個月期間，乙山醫師等人如已認識到手術中，仍難免會有需進行輸血情事之可能，卻從未對春子說明醫科研向來採用之上揭方針。在未對春子本人及被上訴人等說明有輸血之可能性下，遽進行本件手術，並按前揭方針而為輸血。乙山醫師等人因怠忽前

開說明，致剝奪春子是否接受有伴隨輸血可能性之本件手術之決定權。此點係侵害伊之人格權，對伊精神上所承受痛苦應負賠償責任。另外，上訴人既為乙山醫師等人之僱用人，對春子亦應負起民法第七一五條僱用人之侵權行為責任。與此相同意旨之原審判斷應認係正當，原審判決所為論斷難謂違法，上訴意旨殊無可採。

關於附帶上訴代理人赤松岳、野口勇、石下雅樹之上訴理由：

按原判決所舉出之證據關係，就所論諸點，原審之認定判斷應認係正當，其過程並無上訴意旨所指之違法。其論旨，包括所指違法之處，係自立獨自之見解，任意指摘原審法院就證據取捨及事實認定之職權行使以及法律之解釋及適用有誤，或就原屬於原審裁量範圍之慰撫金數額之算定任意指摘其不當，均不足採。

綜上，法官全體一致同意判決如主文所示。

八、違反關稅法事件

個人鑑賞之猥褻物輸入

最高法院平成七年四月十三日第一小法庭判決

平成四年（あ）七七六號

翻譯人：寰瀛法律事務所（黃馨慧）

判 決 要 旨

依關稅法（平成六年第一一八號法律修正前條文）第一〇九條規定，其處罰單純以持有猥褻物為目的之輸入行為，並無違反憲法第十三條、第三十一條規定情事。

事 實

- 一、被告於昭和六十一年二月十九日，攜帶攝錄有類似性交行為等露骨畫面之錄影帶乙捲及刊載有相同照片之雜誌乙冊，經由空運航路，自舊金山國際機場起飛入境東京都大田區內之東京國際機場，當時被告將右述物品藏匿於手提袋中，通過同機場內之東京海關羽田行李檢查所，輸入依規定應為輸入禁止物品之傷風敗俗之圖畫。
- 二、被告於同日又基於共同犯意，與A同謀，令A攜帶攝錄有類似性交行為等露骨畫面之錄影帶四捲、刊載有相同照片之雜誌六冊、月曆乙冊、報紙乙張及型錄乙冊，經由空運航路，自舊金山國際機場起飛入境東京都大田區內之東京國際機場，並將右揭物品藏匿於行李箱中，通過前述東京海關羽田行李檢查所，意圖輸入依規定應為輸入禁止物品之傷風敗俗之圖畫，惟遭海關人員查獲，而未能遂其目的。
- 三、第一審法院認定被告有公訴意旨所揭示之犯罪事實，援引關

稅法第一〇九條第一項、第二項規定及關稅定率法（平成六年第一一八號法律修正前條文，以下同）第二十一條第一項第三款規定（同款之「有害風俗之書籍、圖畫、雕刻及其他物品」以下簡稱「猥褻物」）等相關法令，科處被告罰金八萬四千日圓，並宣告沒收前述錄影帶等物品。

四、被告不服判決，向第二審法院提出上訴，原判決雖認定右揭錄影帶係屬猥褻物品，並認定本件被告有輸入及輸入未遂之事實，惟認為倘對為供個人鑑賞之必要，基於單純持有之目的，而輸入猥褻物之行為課予處罰，乃係介入個人自律之道德範疇，應為法所不許，基此，關稅法第一〇九條所規定之「輸入關稅定率法第二十一條第一項（輸入禁止物品）所定之貨物」，應不包含為個人鑑賞之必要而基於單純持有之目的所為之猥褻物品輸入行為。第二審法院判決認本件被告猥褻物品輸入及輸入未遂之行為，均係為個人鑑賞之必要，基於單純持有之目的而為之行為，應不該當於關稅法第一〇九條規定，撤銷第一審判決，改判被告無罪。惟最高法院不採第二審法院見解，認為第二審判決錯誤解釋憲法及誤解誤用關稅法第一〇九條規定，因而將原判決撤銷，發回東京高等法院。

關 鍵 詞

憲法第十三條 憲法第三十一條 關稅法（平成六年第一一八號法律修正前條文）第一〇九條 關稅定率法（平成六年第一一八號法律修正前條文）第二十一條第一項第三款 最高法院昭和五十七年（行ツ）第一五六號判例 猥褻物 輸入禁止 單純持有之目的 輸入 輸入未遂 預備

主 文

原判決撤銷。

本件發回東京高等法院。

理 由

本件檢察官上訴，係以原判決錯誤解釋憲法第十三條、第三十一條規定，違反最高法院判例，並誤解誤用關稅法規定等語，指摘原判決不當。

經本院審理結果，本件原判決限縮解釋關稅法（平成六年第一一八號法律修正前條文，以下同）第一〇九條規定，認定本案被告之行為不該當於該條規定，並判決被告無罪云云，係錯誤解釋憲法規定，並誤解誤用關稅法第一〇九條規定，依法應予撤銷，理由如下：

第一 本案經過

一、本件公訴事實之要旨如下

1. 被告於昭和六十一年二月十九日，攜帶攝錄有類似性交行為等露骨畫面之錄影帶乙捲及刊載有相同照片之雜誌乙冊，經由空運航路，自舊金山國際機場起飛入境東京都大田區內之東京國際機場，當時被告將右述物品藏匿於

手提袋中，通過同機場內之東京海關羽田行李檢查所，輸入依規定應為輸入禁止物品之傷風敗俗圖畫。

2. 被告於同日又基於共同犯意，與A同謀，令A攜帶攝錄有類似性交行為等露骨畫面之錄影帶四捲、刊載有相同照片之雜誌六冊、月曆乙冊、報紙乙張及型錄乙冊，經由空運航路，自舊金山國際機場起飛入境東京都大田區內之東京國際機場，並將右揭物品藏匿於行李箱中，通過前述東京海關羽田行李檢查所，意圖輸入依規定應為輸入禁止物品之傷風敗俗圖畫，惟遭海關人員查獲，而未能遂其目的。

二、本案第一審法院認定被告有與公訴意旨所揭示之犯罪事實，援引關稅法第一〇九條第一項、第二項規定及關稅定率法（平成六年第一一八號法律修正前條文，以下同）第二十一條第一項第三款規定（同款之「有害風俗之書籍、圖畫、雕刻及其他物品」以下簡稱「猥褻物」）等相關法令，科處被告罰金八萬四千日圓，並宣告沒收前述錄影帶等物品。

嗣被告不服判決，向原審提

出上訴，原判決雖認定右揭錄影帶係屬猥褻物品，並認定本件被告有輸入及輸入未遂之事實，惟認為倘對為供個人鑑賞之必要，基於單純持有之目的，而輸入猥褻物之行為予以處罰，乃係介入個人自律之道德範疇，應為法所不許，因之，如參諸法理，對關稅法第一〇九條為不牴觸憲法第十三條、第三十一條之合目的性解釋，應認為關稅法第一〇九條所規定之「輸入關稅定率法第二十一條第一項（輸入禁止物品）所定之貨物」，應不包含為個人鑑賞之必要而基於單純持有之目的所為之猥褻物品輸入行為。查諸本件被告猥褻物品輸入及輸入未遂之行為，均係為個人鑑賞之必要，基於單純持有之目的而為之行為，應不該當於關稅法第一〇九條規定等語，撤銷第一審判決，改判被告無罪。

第二 本院之判斷

一、關稅定率法第二十一條第一項第三款規定，對於猥褻物品之輸入，不問其目的，一律予以禁止，而關稅法則規定對於輸入關稅定率法第二十一條第一項所定貨物者（第一〇九條第一項）、為犯該項之罪而為預備行為者，

及著手實施該項犯罪行為而未遂者（第一〇九條第二項）之罰則。

二、關稅定率法第二十一條第一項第三款所定之猥褻物品輸入管制，不違反憲法第二十一條規定乙節，業經本院判例（最高法院昭和五十七年（行ツ）第一五六號，昭和五十九年十二月十二日大法庭判決，民集三八卷一二號一三〇八頁）判明在案，由上揭大法庭判例之趣旨，可徵該條規定亦不違反我國憲法之其他規定。

三、參諸我國刑法第一七五條規定並未將單純持有猥褻物品之行為，列為處罰對象，本院認為基於輸入限制最小化之趣旨，將以單純持有為目的之輸入行為排除在規制對象外，本難謂不當。惟行為人輸入猥褻物品係出於何種目的，非僅難以區辨，且該等猥褻物品流入我國境內後，又能輕易地透過散佈、銷售之管道，迅速流通，為有效防止猥褻物品之輸入及傳播，傷害我國健全之性風俗，本院認為不問輸入目的為何，而於第一道防線即阻斷其流入市場之可能性，實非得已，

此即前述大法庭判決所陳述之意旨。因此，誠如上述，如肯認相關行政規制之必要性及合理性，為確保其實效性，對於違反該等規制者，不問其是否出於單純持有之目的，一律科處刑罰，並不違反憲法第十三條、第三十一條規定，此徵諸上述大法庭判例之趣旨，即可明瞭。

四、在前述理由下，原審判決認為將關稅法第一〇九條之處罰對象，擴及以單純持有為目的之行為，有違憲法第十三條、第三十

一條規定，因之，被告應為無罪云云，顯然誤解誤用憲法及關稅法第一〇九條規定，影響原判決之妥當性，本院認為應予撤銷。上訴意旨之指摘為有理由。

其餘上訴意旨指摘之事項，本院認已無論斷必要，因予以省略。本法庭全體法官一致認為原判決應依刑事訴訟法第四〇五條第一款、第四一〇條第一項本文規定，予以撤銷，並依同法第四一三條本文規定，發回東京高等法院，特判決如主文。