

目次

第1編 総論	1
序章 国家と法	1
第1章 憲法の意味	1
第1節 形式的意味の憲法と実質的意味の憲法	1
第2節 憲法の分類	4
第3節 憲法規範の特質	5
第2章 日本憲法史	7
第1節 大日本帝国憲法（明治憲法）	7
第2節 日本国憲法の成立過程	10
第3章 憲法の基本原理	12
第1節 近代立憲主義の基本原理	12
Ⅰ 権力からの自由	12
Ⅱ 法治主義と法の支配	12
Ⅲ 権力分立	16
Ⅳ 国民主権	18
第2節 近代立憲主義の変容	21
第3節 日本国憲法の基本原理	23
第4章 日本国憲法の法源	25
第5章 国民主権と象徴天皇制	29
第1節 日本国憲法における国民主権	29
第2節 象徴天皇制	33
第6章 平和主義の原理	43
第2編 基本的人権	50
第1章 総論	50
第1節 基本的人権の原理	50
第2節 基本的人権の保障の限界	77
Ⅰ 人権と公共の福祉	77
Ⅱ 特別な法律関係における人権保障の限界	81
Ⅲ 私人間における人権の保障と限界	95
第2章 包括的基本権	100
第1節 幸福追求権	100
Ⅰ 幸福追求権の具体的権利性	100
Ⅱ 幸福追求権から導き出される人権	104
Ⅲ 幸福追求権の具体的内容	106

第2節 法の下での平等	114
Ⅰ 平等思想の歴史	114
Ⅱ 日本国憲法における平等原則	114
Ⅲ 「法の下での平等」	116
Ⅳ 優先処遇と違憲審査基準	129
Ⅴ 平等原則と平等権	130
Ⅵ 平等原則と違憲審査	131
第3章 精神的自由権	147
第1節 内心の自由	147
Ⅰ 思想・良心の自由	147
Ⅱ 信教の自由	157
Ⅲ 学問の自由	172
第2節 表現の自由	179
Ⅰ 表現の自由の意義	179
Ⅱ 表現の自由の限界	180
1 事前抑制禁止の法理	183
2 明確性の原則	193
3 「明白かつ現在の危険」の基準	194
4 より制限的でない他の選びうる手段（LRA）の基準	196
Ⅲ 知る権利	200
Ⅳ 報道の自由と取材の自由	209
Ⅴ 言論・出版の自由	218
1 営利的表現	218
2 性表現	219
3 名誉毀損的表現，プライバシーを害する表現	221
4 違法行為のせん動	229
5 選挙運動の自由	230
Ⅵ 集会・結社の自由	235
1 集会の自由	235
2 集団行動の自由	238
3 結社の自由	240
Ⅶ 通信の秘密	242
第4章 経済的自由権	244
第1節 総論	244
第2節 職業選択の自由	244
Ⅰ 意義	244
Ⅱ 限界	246
第3節 居住・移転の自由	255
Ⅰ 居住・移転の自由	255
Ⅱ 外国移住・海外渡航の自由	257
Ⅲ 国籍離脱の自由	260

第4節	財産権	261
Ⅰ	沿革	261
Ⅱ	財産権の保障	261
Ⅲ	財産権の一般的制限	263
Ⅳ	財産権と補償	268
第5章	人身の自由	276
第1節	総論	276
第2節	基本原則	276
Ⅰ	奴隷的拘束および苦役からの自由	276
Ⅱ	適正手続の保証	277
第3節	刑事手続での保障－被疑者の権利	282
Ⅰ	不法な逮捕・抑留・拘禁からの自由	282
Ⅱ	不法な捜索・押収からの自由－住居等の不可侵	286
第4節	刑事手続での保障－被告人の権利	288
Ⅰ	公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利	288
Ⅱ	証人審問権・喚問権	289
Ⅲ	弁護人依頼権	292
Ⅳ	自白	293
Ⅴ	事後法と「二重の危険」の禁止	298
Ⅵ	拷問および残虐刑の禁止	302
第6章	国務請求権（受益権）	304
第1節	請願権	304
第2節	裁判を受ける権利	305
第3節	国家賠償請求権	309
第4節	刑事補償請求権	311
第7章	参政権	314
第8章	社会権	320
第1節	総説	320
第2節	生存権	320
第3節	教育を受ける権利	328
第4節	労働基本権	334
Ⅰ	勤労の権利	334
Ⅱ	労働基本権	335
第9章	国民の義務	343

第3編 統治機構	345
第1章 統治の基本原則	345
第1節 権力分立の原理	345
第2節 選挙制度	348
第3節 政党	364
第2章 国会	367
第1節 国会の地位	367
Ⅰ 国民の代表機関	367
Ⅱ 国権の最高機関	372
Ⅲ 唯一の立法機関	375
第2節 国会の組織	386
第3節 国会議員	391
Ⅰ 国会議員の地位	391
Ⅱ 国会議員の権能	393
Ⅲ 国会議員の特権	394
第4節 国会の活動	402
第5節 国会の権能	410
第6節 議院の権能	415
第3章 内閣	425
第1節 行政権と内閣	425
Ⅰ 総説	425
Ⅱ 行政権	425
Ⅲ 内閣の地位	431
第2節 内閣の組織	433
第3節 内閣の権能・責任	437
第4章 裁判所	446
第1節 司法権の意義	446
第2節 司法権の範囲	451
第3節 司法権の限界	452
第4節 司法権の帰属	462
Ⅰ 裁判所の組織と権能	462
Ⅱ 裁判所以外の機関との関係	473
Ⅲ 裁判への国民の参加	476
第5節 司法権の独立	488
Ⅰ 総説	488
Ⅱ 司法府の独立	488
Ⅲ 裁判官の職権の独立	489

第5章 財政	495
第1節 財政の基本原則	495
Ⅰ 財政民主主義（財政立憲主義・財政国会中心主義）	495
Ⅱ 租税法律主義	496
Ⅲ 国費の支出および国庫債務負担行為の議決	502
Ⅳ 公金その他の公の財産の支出または利用の制限	502
第2節 財政監督の方式	508
Ⅰ 予算	508
Ⅱ 予備費	514
Ⅲ 決算	514
Ⅳ 財政状況の報告	516
第6章 地方自治	517
第1節 総説	517
第2節 地方公共団体	520
Ⅰ 地方公共団体の意味	520
Ⅱ 地方公共団体の組織	524
Ⅲ 地方公共団体の権能	527
Ⅳ 地方住民の権利	537
第7章 憲法保障	539
第1節 総説	539
第2節 違憲審査制	541
Ⅰ 意義	541
Ⅱ 違憲審査の主体	544
Ⅲ 違憲審査の対象	545
第3節 憲法訴訟	555
Ⅰ 意義	555
Ⅱ 憲法訴訟の要件	556
Ⅲ 憲法判断の方法	560
Ⅳ 違憲判決の効力	566
Ⅴ 憲法判例の拘束力	571
第4節 憲法改正	574
第5節 超憲法的保障	583

【参考文献】

芦部信喜（高橋和之補訂）・憲法〔第7版〕（岩波書店，2019年）
 野中俊彦＝中村睦夫＝高橋和之＝高見勝利・憲法ⅠⅡ〔第5版〕（有斐閣，2012年）
 長谷部恭男＝石川健治＝穴戸常寿編・憲法判例百選ⅠⅡ〔第7版〕（有斐閣，2019年）

【憲法】

【MEMO】

第3章 精神的自由権

第1節 内心の自由

I 思想・良心の自由

(思想および良心の自由)

第19条 思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。

第1 思想・良心の自由の保障の意義

思想・良心の自由そのものは、元来、国家権力による介入や侵害を受けるのになじまない性格のものであるといえる。そこで、外面的精神的自由に加えて内面的精神的自由を憲法上保障することの意味が問題となる。

この点について、アメリカ合衆国憲法をはじめ諸外国の大多数の憲法には、信仰の自由を別とすれば、表現の自由とは別個の内心の自由をとくに思想の自由として保障する例はほとんどない。それは、内心の自由が絶対的に自由であって法的な規律の対象でないことが当然の事理であると考えられているためである。また、思想は必ずといってよいほど何らかの表現活動を伴うものであって、思想の自由と表現の自由とは密接不可分の関係にあるから、表現の自由を保障すれば十分であるとも考えられるからである。

しかしながら、日本では、明治憲法下において現実に内心の自由自体が侵される歴史があった。すなわち、治安維持法・治安警察法の運用などにより、言論・出版等外部への表現活動を通じて、特定の思想に違憲思想・反国家思想というレッテルを貼り、内心の領域にまで国家が介入する例があったのである。憲法19条の規定は、このようなわが国の歴史を考慮して、すべての精神的自由の中で原則的意味をもつ思想・良心の自由を、表現の自由(21条)とは独立の形で、精神的自由に関する諸規定の冒頭でとくに保障したものであるといえることができる。

※ 思想・良心の自由は、内心の自由であり、思想・良心を外部に発表する自由は21条の表現の自由であり、思想・良心の内容が論理的体系の形をとるときは、23条の学問の自由の問題となり、それが宗教的信仰を内容とするときは20条の信教の自由の問題となる。

第2 「思想及び良心」の意義

1 「思想」と「良心」の関係



論点01

「思想」と「良心」の関係をいかに解するか。

A 区別説（少数説，謝罪広告事件判決栗山裁判官補足意見）

良心は信仰に関する考え方であり，思想はそれ以外の物の見方・考え方である。

B 非区別説（通説）

思想と良心を区別する必要はなく，一体として人の内心における物の見方・考え方を意味する。

2 「思想及び良心」の意義



論点02

「思想及び良心」の意義について、どのように考えるか。

A 限定説

A1 限定説①（伊藤，謝罪広告事件判決田中裁判官補足意見）

世界観・人生観・思想体系・政治的意見などのように人格形成に役立つ内心の活動を意味し，単なる事実の知・不知のような人格形成活動に関連のない内心の活動は，これに当たらない。

（理由）

- ① 人格形成活動に関連のない内心の活動を含めると，思想・良心の自由の高位の価値を希薄にし，その自由の保障を軽くする。
- ② 19条は，20条・23条と一般法・特別法の関係に立ち，それらと内的関連をもつはずであるから，19条の保障対象は宗教的信仰（20条）や体系的知識（23条）に準じるべき主義・思想・世界観に限る。
- ③ B説のように保護領域を内心領域一般に及ぼすときは，保障の範囲は無限定となり，単なる事実誤認に基づく陳謝すら強制することができなくなってしまい過剰の保護を与えることになってしまう。

A2 限定説②（種谷，佐藤（幸））

宗教的信仰や体系的知識に準じるべき主義・思想・世界観を意味する。

（理由）

19条と20条・23条との間には一般法・特別法の関係が成立し，特別法の法益と一般法の法益の対象は相互に内的関連性をもつはずである。

※ 限定説に立つと，人格形成活動に関連のない内心の自由には19条の保障は及ばないことになるが，このことはそれがまったく憲法的保護を受

けないということを意味するものではなく、法定手続の保障(31条)、自己に不利益な供述の強要の禁止(38条1項)、プライバシー権(13条)などによって保護される余地がある。

B 広義説(戸波, 浦部, 宮沢)

広く倫理的判断ないし事物に関する是非弁別の内心的作用を、19条の思想・良心に含めて理解する。

(理由)

- ① 人間存在の最も内面的態様にかかわる基底的な保障として、その保障の範囲は広く捉えるべきである。
- ② 憲法19条の保障対象をA説のように限定しなければならない必然性はなく、また、「人格形成の核心」という概念をもち出し内心の自由に対する侵害の具体的な態様や脈絡を離れてカテゴリーカルに保障対象を画定することはできない。
- ③ A説のいう19条の保障対象とされるものとそうでないとされるものとの明確な区別が果たして可能か(たとえば、「人生観」や「世界観」ぬきで「事物の是非・善悪の判断」ができるのか、など)という点で、きわめて疑問が多い。

□判例 謝罪広告事件 最大判昭31.7.4, 百選 I No.33

【事案】

衆議院議員選挙に際して、他の候補者の名誉を毀損したとして裁判所から謝罪広告の公表を命じる判決を受けた候補者が、謝罪の強制は思想・良心の自由の保障に反するとして争った。

【判旨】

「被上告人の本訴請求は、……結局上告人をして右公表事実が虚偽且つ不当であったことを広報機関を通じて発表すべきことを求めるに帰する」ものであり、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにすぎないから、「少くともこの種の謝罪広告を新聞紙に掲載すべきことを命ずる原判決は、上告人に屈辱的若くは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられない」として、上告を棄却した。

【反対意見(垂水)】

憲法19条は「信条上沈黙を欲する者に沈黙する自由をも保障するもの」であるところ、「謝罪」および「陳謝の意を表します」との文言は、「本人の信条に反し、彼の欲しないかも知れない意思表示の公表を強制するものであって」違憲である。

□判例 ポストノーティス命令事件 最判平2.3.6

【事案】

不当労働行為を行った会社に対して労働委員会が発するポストノーティス命令(使用者に対して不当労働行為の救済命令の趣旨を表示する文書の掲示の命令)での謝罪強制が憲法19条に反するとして争った。

【判旨】

「ポストノーティス命令が、労働委員会によって上告人の行為が不当労働行為と認定されたことを関係者に周知徹底させ、同種行為の再発を抑制しようとする趣旨のものであることは明らかである。右掲示文には『深く反省する』、『誓約します』などの文言が用いられているが、同種行為を繰り返さない旨の約束文言を強調する意味を有するにすぎないものであり、上告人に対し反省等の意思表示を要求することは、右命令の本旨とするところではないと解される。してみると、……憲法19条違反の主張は、その前提を欠く」。

※ なお、同様の事案につき、最判平7.2.23は、「掲示を命じられた文書中の表現には……措辞適切を欠く点があるといわざるを得ない」としつつも、ポストノーティス命令自体については、「全体として、その掲示に係る上告人らの行為が不当労働行為に該当すると認定されたこと及び将来上告人らにおいて同種行為を繰り返さない旨を表示させる趣旨に出たものとみるべきであ」って、「右命令が、上告人らに対し、特定の思想、見解を受容することを強制するものであるとか、陳謝の意思表示を強制するもので」はなく「憲法19条、21条違反の主張は、その前提を欠く」と判示した。

第3 思想・良心の自由の保障の内容

1 内心の自由

(1) 内心の自由の絶対性

思想・良心の自由は、内心にとどまる限り、他の利益と抵触することはないから、いかなる制約にも服さない絶対的保障を受ける。19条にいわれる思想・良心の範囲を画定する主たる意義も、この点に存する。ゆえに、たとえ憲法原理ないし民主主義の破壊を企図する思想であっても、思想にとどまる限り19条の保障のもとにおかれる。

(2) 沈黙の自由

思想・良心の自由は、人の内心の表白を強制されない、沈黙の自由を含む。

ex. 国家権力による思想調査や踏絵などは許されない。

※ なお、沈黙の自由は、19条に加えて、消極的表現の自由として21条1項によっても保障されていると解する立場が有力である。

(3) 思想を理由とする不利益取扱いの禁止

特定の思想を理由とする不利益取扱いは19条に反し許されない。これは「信条」(14条1項)による差別との関係でも問題となる。

2 外部的行為の規制

内面的精神活動は外部的行為と密接不可分だから、外部的行為の規制を通じての内心の自由に対する侵害が問題となりうる。

□判例 『君が代』ピアノ伴奏命令拒否戒告処分事件 最判平19.2.27, 重判平19
憲法No.3

【事案】

市立小学校の音楽専科の教諭であるXが、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏を行うことを内容とする校長の職務上の命令に従わなかったことを理由に東京都教育委員会から戒告処分を受けたため、上記命令は憲法19条に違反し、上記処分は違法であるなどとして、上記処分の取消しを求めた。

【判旨】

「Xは、『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないなどの思想及び良心を有すると主張するところ、このような考えは、『君が代』が過去の我が国において果たした役割に係わるX自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等ということができる。しかしながら、学校の儀式的行事において『君が代』のピアノ伴奏をすべきでないとして本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、Xにとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くものということではできず、Xに対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちにXの有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできない……。」

「他方において、本件職務命令当時、公立小学校における入学式や卒業式において、国歌斉唱として『君が代』が斉唱されることが広く行われていたことは周知の事実であり、客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難である……。」

「本件職務命令は……公立小学校における儀式的行事において広く行われ、A小学校でも従前から入学式等において行われていた国歌斉唱に際し、音楽専科の教諭にそのピアノ伴奏を命ずるものであって、Xに対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることもできない。」

「さらに、憲法15条2項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。』と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有する……。こうした地位の特殊性及び職務の公共性にかんがみ……Xは、A小学校の音楽専科の教諭であって、法令等や職務上の命令に従わなければならない立場にあり、校長から同校の学校行事である入学式に関して本件職務命令を受けたものである。……入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことは、これらの規定の趣旨にかなうものであり、A小学校では従来から入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で『君が代』の斉唱が行わ

れてきたことに照らしても、本件職務命令は、その目的及び内容において不合理であるということとはできない……。」

「以上の諸点にかんがみると、本件職務命令は、Xの思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に反するとはいえない……。」

【評価】

本判決が、理論的な枠組みとして本件職務命令が憲法19条の保障する思想・良心の自由の制約に当たるとしたものの同条に反するとはいえないとするものか、本件職務命令がそもそも同条の保障する思想・良心の自由制約に当たらないとするものかについては、判文上、必ずしも明らかではないことに注意を要する。

□判例 最判平23.5.30, 百選 I No.37

【事案】

都立高校の教師であったXは、2004年3月に実施された卒業式において、国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して国歌を斉唱することを命じる校長の職務命令に従わず、起立しなかったため、東京都教育委員会から戒告処分を受けた。その後、定年退職に伴って申し込んだ非常勤嘱託員等の採用選考において、Xは不合格とされた。そこでXは、上記職務命令が憲法19条に違反し、不合格としたことが違法であるとして、東京都教育委員会に対して損害賠償を求めた。

【判旨】

① 「君が代」起立斉唱の職務命令が、個人の思想・良心の自由を直ちに制約するか否か

「本件職務命令当時、公立高等学校における卒業式等の式典において、国旗としての『日の丸』の掲揚及び国歌としての『君が代』の斉唱が広く行われていたことは周知の事実であって、……卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の儀礼的な所作としての性質を有し……、かつ、そのような所作として外部からも認識される」。したがって、「上記の起立斉唱行為を求める本件職務命令は、……歴史観ないし世界観それ自体を否定するものということとはできない。」また、特定の思想又はこれに反する思想の表明として外部から認識されるものということとは困難であって、「本件職務命令は、特定の思想を持つことを強制したり、これに反する思想を持つことを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできない。」そのため、本件職務命令は、「個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するもの」とはいえない。

② 間接的な制約の有無

「もっとも、上記の起立斉唱行為は、教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれないものであって、一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為であるということが出来る。そうすると、自らの歴史観ないし世界観との関係で否定的な評価の対象となる『日の丸』や『君が代』に対して敬意を表明することには応じ難いと考える者が、これらに対する敬意の表明の要素を含む行為を求められることは、……個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、……その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面がある」。

③ 間接的制約の許容性

「このような間接的な制約が許容されるか否かは、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量して、当該職務命令に上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるか否かという観点から判断するのが相当である。」

「学校の卒業式や入学式等という教育上の特に重要な節目となる儀式的行事においては、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序を確保して式典の円滑な進行を図ることが必要であるといえる。法令等においても、学校教育法は、高等学校教育の目標として国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養を掲げ……高等学校学習指導要領も、学校の儀式的行事の意義を踏まえて国旗国歌条項を定めているところであり、また、国旗及び国歌に関する法律は、従来の慣習を法文化して、国旗は日章旗（『日の丸』）とし、国歌は『君が代』とする旨を定めている。そして、……地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性……に鑑み、公立高等学校の教諭である上告人は、法令等及び職務上の命令に従わなければならない立場にある」。「これらの点に照らすと、本件職務命令は、公立高等学校の教諭である上告人に対して当該学校の卒業式という式典における慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とするものであって、高等学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い、かつ、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえた上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るものであるといえることができる。」

「以上の諸事情を踏まえると、本件職務命令については、前記のように外部的行動の制限を介して上告人の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば、上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるものというべきである。」

「以上の諸点に鑑みると、本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に違反するとはいえないと解するのが相当である。」

□判例 「君が代」起立斉唱職務命令訴訟 最判平23.6.14

【事案】

公立中学校の校長が教諭に対し卒業式又は入学式において国旗掲揚の下で国歌斉唱の際に起立して斉唱することを命じた職務命令が、憲法19条に違反しないかどうか争われた。

【判旨】

「本件職務命令に係る国歌斉唱の際の起立斉唱行為は、…結果として…歴史観ないし世界観に由来する行動との相違を生じさせることとなるという点で、…上告人らの思想及び良心の自由についての…間接的な制約となる面があるものといえることができる。他方、…本件各職務命令は、中学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿って、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るものであるといえることができる。」

できる。以上の諸事情を踏まえると、本件各職務命令については、前記のように上告人らの思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様等を総合的に較量すれば、上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められるものというべきである。」

「以上の諸点に鑑みると、本件各職務命令は、上告人らの思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に違反するとはいえない」

**□判例 「君が代」起立斉唱職務命令訴訟（裁量権の逸脱濫用にも言及したもの）
最判平24.1.16, 重判平24憲法No.7**

【事案】

①事件]

東京都立の高等学校又は養護学校の教職員であったXらが、各所属校の卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱すること又は国歌のピアノ伴奏を行うことを命ずる旨の各校長の職務命令に従わなかったことを理由として懲戒処分（減給処分）を受けたため、上記職務命令は違憲、違法であり、上記各処分は違法であるなどとして、東京都に対し上記各処分の取消し及び国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた事案である。

②事件]

東京都の市立中学校の教員であったX1及び東京都立養護学校の教員であったX2が、各所属校の卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して斉唱することを命ずる旨の各校長の職務命令に従わなかったことを理由として戒告、停職処分を受けたため、上記職務命令は違憲、違法であり、上記各処分は違法であるなどとして、東京都に対し上記各処分の取消し及び国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた事案である。

【判旨 [①事件の判決と②事件の判決とは共通する部分が多いのでまとめている】

不起立行為の性質、態様は、全校の生徒等の出席する重要な学校行事である卒業式等の式典において行われた教員による職務命令違反であり、当該行為は、その結果、影響として、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気や一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い。

他方、不起立行為の動機、原因は、当該教員の歴史観ないし世界観等に由来する「君が代」や「日の丸」に対する否定的評価等のゆえに、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違することであり、個人の歴史観ないし世界観等に起因するものである。また、不起立行為の性質、態様は、積極的な妨害等の作為ではなく、物理的に式次第の遂行を妨げるものではない。そして、不起立行為の結果、影響も、当該行為のこのような性質、態様に鑑み、当該式典の進行に具体的にどの程度の支障や混乱をもたらしたかは客観的な評価の困難な事柄であるといえる。よって、本件職務命令は、憲法19条に違反するものではなく、学校教育の目標や卒業式等の儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿って、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえ、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに式典の円滑な進行を図るものであってこのような観点から、その遵守を確保

する必要があるものということができ、本件職務命令の違反に対し、学校の規律や秩序の保持等の見地から重きに失しない範囲で懲戒処分をすることは、基本的に懲戒権者の裁量権の範囲内に属する事柄ということができると解される。

他方、不起立行為に対する懲戒において戒告を超えてより重い処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる。そして、停職処分（減給処分についても同様）は、処分それ自体によって直接の職務上及び給与上の不利益が及び、将来の昇給等にも相応の影響が及ぶ上、短期間で反復継続的に不利益が拡大していくこと等を勘案すると、上記のような考慮の下で不起立行為に対する懲戒において戒告、減給を超えて停職（または戒告を超えて減給も同様）の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為の前後における態度等に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである。したがって、不起立行為に対する懲戒において停職（減給）処分を選択することについて、上記の相当性を基礎付ける具体的な事情が認められるためには、過去の処分歴等が停職（減給）処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要するというべきである。

以上を前提に、①事件の判決の具体的あてはめにおいて、過去の職務命令違反（非違行為含まない）が1回のみにとどまる等の事情に鑑み、減給処分は、その期間の多寡にかかわらず裁量権の範囲を超えるものとして違法とした。

また、②事件の判決については、過去における懲戒処分等の多寡や行為等に応じ、過去2年度の3回の不起立行為を行った者に対する停職処分については、懲戒権者の裁量権の範囲を超え違法としつつ、懲戒処分5回（不起立行為含む）、文書訓告2回という非違行為等を行った者に対する停職処分については、裁量権の範囲であるとして、違法とはいえないとした（もっとも、戒告処分は相当性を認めて、裁量権の範囲内とした。）。

【評価】

この判決は、教職員に起立斉唱・ピアノ伴奏を命じる職務命令の違反を理由とする懲戒処分が、裁量権の範囲の逸脱・濫用として違法となるか否かの裁量論に関する法的判断を示した初めての最高裁判決であると評価されている。

第4 思想・良心の自由の限界

思想・良心の意義についての限定説からは、単なる知識・事実の知・不知については、原則として、その保障対象には含まれないことになる。

しかし、例外的に、単なる知識・事実の知・不知であっても、その事実が「思想」と不可分のものであれば、19条の保障対象に含まれると考えるべきである。たとえば、一定の事実を告げるべきことが求められている場合でも、その事実が特定の思想と密接不可分のものであれば、「思想・良心の自由」に対する侵害に当たるとみなければならない。

1 沈黙の自由

□判例 三菱樹脂事件 最大判昭48.12.12, 百選 I No.9

□判例 勤務評定長野方式事件 最判昭47.11.30

【事案】

長野県の教職員の勤務評定に際して、教職員に自己の職務、勤務、研修その他の事項につき自己観察の結果の記載を命じる方式を採用したことが、19条に反するとして争った。

【判旨】

「記入者の有する世界観、人生観、教育観等の表明を命じたものと解することはできない」から「内心的自由等に重大なかかわりを有するもの」とは認められない。

2 特定の思想を理由として不利益が課される場合

□判例 麴町中学内申書事件 最判昭63.7.15, 百選 I No.34

【事案】

都立高校等を受験しながら不合格となった中学卒業生Xが、内申書の中に校内で麴町中全共闘を名乗り、機関紙を発行し、文化祭の際、文化祭粉砕を叫んで校内に乱入したことなどの記述があったことを知り、区及び都を相手どって国家賠償法に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】

本件内申書は「Xの思想、信条そのものを記載したものでないことは明らかであり、右の記載に係る外部的行為によってはXの思想、信条を了知し得るものではないし、また、Xの思想、信条自体を高等学校の入学者選抜の資料に供したものととは到底解することができない」から、合憲である。

【評価】

本件記載は、生徒の思想・信条そのものを記載したものではないが、思想・信条を推知させるという批判がされている。

II 信教の自由

(信教の自由、国の宗教活動の禁止)

第20条 信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

2 何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。

3 国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

第1 信教（宗教）の意義



論点03

信教（宗教）の意義は、どのように解すべきか。

A 「超自然的・超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、これを畏敬崇拜する心情と行為」をいう（名古屋高判昭46.5.14）。

B 20条1項前段、2項の「信教の自由」条項にいう「宗教」は、上記のように広い意味に解するべきであるのに対し、3項の政教分離条項にいう「宗教」は、それよりも狭く、たとえば「何らかの固有の教義体系を備えた組織的背景をもつもの」の意に解するべきである（芦部、佐藤幸）。

第2 信教の自由の保障の意味

1 信教の自由の内容

(1) 信仰の自由

内心における宗教上の信仰の自由であり、憲法19条の思想・良心の自由が、宗教の面に現れているものである。特定の宗教を信じる自由、その信仰を変える自由、およびすべて宗教を信じない自由がこれに含まれる。したがって、国が特定の信仰を強制することは許されないほか、以下のことが導かれる。

ア 内心の信仰の告白や宗教団体への所属の告白を強制してはならない。

イ 信仰を理由として公権力によって利益または不利益を受けない。

ウ 両親が子どもに自己の好む宗教を教育し自己の好む宗教学校に進学させる自由、および宗教的教育を受けまたは受けない自由も、信仰の自由から派生する（芦部）。

※ 戸波教授は宗教的行為の自由に含まれるとする。

(2) 宗教的行為の自由

礼拝、祈祷その他の宗教上の行為、祝典、儀式または行事を行い、または参加し、もしくはこのような行為をしない自由である。

20条2項は、何人もこのような行為を強制されないことを明文で定めている。

宗教上の教義を宣伝・普及する自由（布教の自由）も宗教的行為の自由に含まれるが、これについての問題は、直接的には表現の自由の問題として現われる。

(3) 宗教的結社の自由

信仰を同じくする者が宗教団体を設立し活動する自由、宗教団体に加入する自由および加入しない自由が、これに含まれる。結社の自由（21条1項）のうちで宗教的な結社については、信教の自由の一部としても保障されているのである。

ア 宗教法人法は、宗教法人の設立につき所轄庁による認証を要件としているが、認証は、許可制と比べて公権力の介入の度合いが軽微であり、また、法人でない宗教団体も宗教的結社の自由を有するのであるから、憲法に違反するものではない（中村）。

イ また、同法は、裁判所が宗教法人の解散を命じることを認めているが、解散命令は、宗教団体の法人格を剥奪するにとどまり、信教の自由を直接侵害するものではない（中村）。

□判例 宗教法人オウム真理教解散命令事件 最決平8.1.30, 百選 I No.39

【事案】

宗教法人オウム真理教について、大量殺人を目的として毒ガスであるサリンを組織的・計画的に大量に生成したため、宗教法人法81条1項にいう「法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為」および「宗教団体の目的を著しく逸脱した行為」を行ったとして、宗教法人の解散命令がされたため、同命令が信者の宗教的結社の自由および宗教的行為の自由を侵害するものではないかが争われた。

【決定要旨】

「解散命令によって宗教法人が解散しても、信者は、法人格を有しない宗教団体を存続させ、あるいは、これを新たに結成することが妨げられるわけではなく、また、宗教上の行為を行い、その用に供する施設や物品を新たに調えることが妨げられるわけでもない。」「もともと、宗教法人の解散命令が確定したときは……信者らが行っていた宗教上の行為を継続するのに何らかの支障を生ずることがあり得る。このように、宗教法人に関する法的規制が、信者の宗教上の行為を法的に制約する効果を伴わないとしても、これに何らかの支障を生じさせることがあるとするならば、憲法の保障する精神的自由の1つとしての信教の自由の重要性に思いを致し、憲法がそのような規制を許容するものであるかどうかを慎重に吟味しなければならない。

このような観点から本件解散命令について見ると、……宗教法人の解散命令の制度は、……専ら宗教法人の世俗的側面を対象とし、かつ、専ら世俗的目的によるものであって、宗教団体や信者の精神的・宗教的側面に容れようとする意図によるものではなく、その制度の目的も合理的であるといえることができる。」「そして、……原告人の……行為に対処するには、原告人を解散し、その法人格を失わせることが必要かつ適切であり、他方、解散命令によって宗教団体であるオウム真理教やその信者らが行う宗教上の行為に何らかの支障を生ずることが避けられないとしても、その支障は、解散命令に伴う間接的で事実上のものであるにとどまる。したがって、本件解散命令は、……原告人の行為に対処するのに必要でやむを得ない法的規制であるといえることができる。また、本件解散命令は、……裁判所の司法審査によって発せられたものであるから、その手続の適正も担保されている」として本件解散命令は、憲法20条1項に違反しないと判断した。

2 信教の自由の限界

信教の自由は、内面的信仰に関する限りは絶対的に保障されるが、それが外部的行為を伴う場合は、宗教に対して中立的な一般法上の規制を受けることは否定することができない。しかし、その場合でも、規制法規の適用にあたっては、信教の自由の侵害にわたらないよう慎重な配慮を要する。

□判例 加持祈祷による傷害致死事件 最大判昭38.5.15, 百選 I No.38

【事案】

被害者の近親者から平癒祈願の依頼を受けて、線香護摩による加持祈祷を行い、線香の熱気のため身をもがく被害者を殴打したりした結果、死に至らせたとし、傷害致死罪に問われた。

【判旨】

宗教的行為として加持祈祷がされた場合でも、それが「他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上」、「憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱したもの」であり、刑法205条による処罰は憲法の同条項に反するものではない。

□判例 牧会活動事件 神戸簡判昭50.2.20, 百選 I No.40

【事案】

キリスト教会牧師が、建造物侵入等の事件の犯人として警察が捜査中の高校生2名を教会内に1週間にわたり宿泊させて説得し、警察に任意出頭させたが、かくまった行為が犯人蔵匿罪に当たるとして起訴された。

【判旨】

被告人の行為は、個人の魂への配慮を通じて社会に奉仕する牧会活動であり、宗教行為としてその自由は憲法によって保障され、すべての国政において最大に尊重されなければならないとし、「内面的な信仰と異なり、外面的行為である牧会活動が、その違いの故に公共の福祉による制約を受ける場合のあることはいままでもないが、その制約が、結果的に行為の実体である内面的信仰の自由を事実上侵すおそれが多

分にあるので、その制約をする場合は最大限に慎重な配慮を必要とする」とした。そして、本件行為が形式上刑罰法規に触れるとしても、個人の魂への配慮としてされたものであり、「宗教行為の自由を明らかに逸脱したものは到底解することができず、「全体として法秩序の理念に反するところがなく、正当な業務行為として罪とならない」とした。

□判例 京都市古都保存協力税条例事件 京都地判昭59.3.30

【事案】

指定社寺の文化財の観賞に対し観賞者に1回50円の税を課する条例が、信教の自由を侵害するものとして争われた。

【判旨】

「本件条例は、有償で行う文化財の観賞という客観的、外形的行為に着目し、そのような観賞者に対し、その者が文化財観賞の目的をもつか、信仰の目的をもつか、あるいは、これらを混在させているかといった観賞者の内心を問うことなく、一律に本税を課すことにしているのである。」そして、「本件条例は、文化財の観賞に伴う信仰行為、ひいては観賞者個人の宗教的信仰の自由を規律制限する趣旨や目的で本税を課すものでないことは明らかであり、また、右信仰行為に抑止効果を及ぼし、これを結果的に制限するものでもない。」

□判例 日曜日授業参観事件 東京地判昭61.3.20, 百選 I A6

【事案】

キリスト教の教会学校に出席したため、日曜日に行われた公立小学校の参観授業に欠席した児童およびその両親が、指導要録への「欠席」記載処分の取消しと損害賠償を求めて争った。

【判旨】

指導要録への欠席記載は担任教師に出欠状況を知らせる事実行為で、取消しの対象となる行政処分ではないとしたうえで、「宗教行為に参加する児童について公教育の授業日に出席することを免除することとは、「結果的に、宗教上の理由によって個々の児童の授業日数に差異を生じること容認することになって、公教育の宗教的中立性を保つ上で好ましいことではない」。「公教育上の特別の必要性がある授業日の振替えの範囲内では、宗教教団の集会和抵触することになったとしても、法はこれを合理的根拠に基づくやむをえない制約として容認している」として、本件訴えを却下した。

□判例 エホバの証人剣道実技拒否事件 最判平8.3.8, 百選 I No.41

【事案】

信仰するエホバの証人の教義に基づいて、必修科目である体育の剣道実技の履修を拒否したため、原級留置・退学処分を受けた高等専門学校の学生が、信教の自由を侵害するものとして争った。

【判旨】

高専では、「剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によって……も性質上可能」

である。また、学生の剣道実技への参加拒否の理由はその「信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」が、本件処分は「著しい不利益」を被らせるものであり、「自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択した」からといって、そのような「著しい不利益」を与えることが当然に許容されるものでもない。

学校は「他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置」を採ることが實際上不可能であったとはいえ、また、代替措置を採ることは、「その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということではできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、……その方法、態様のいかんを問わず、憲法20条3項に違反すると」はいえない。

「学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、……当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえない。

「以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、……原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、……退学処分をしたという上告人の措置は、……社会観念上著しく妥当を欠く」ものであり、「裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。」

第3 政教分離の原則

(信教の自由、国の宗教活動の禁止)

第20条 ……いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

3 国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

(公の財産の支出利用の制限)

第89条 公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、……これを支出し、又はその利用に供してはならない。

1 政教分離の意義

国家は宗教的に無色で、いかなる宗教にも中立でなければならないということ、国家の非宗教性・宗教的中立性を意味する。

裁判例の中には、「およそ宗教・信仰自由の問題が人間生活における精神的・内面的自由にかかる純粋に個人的心情の問題であるから、世俗的権力である国家……の関与すべきことではなく、これを神聖なものとして公権力の彼方におき、国家は宗教そのものに干渉すべきではない、との国家の非宗教性ないし宗教に対する中立性を意味する」(津地鎮祭事件第2審判決 名古屋高判昭46.5.14)と定義づけているものもある。

国家権力が宗教とくに特定宗教と結びついたときには、信教の自由への大きな脅威となることは歴史の経験の教えるところである。このような歴史の教えは、近代憲法のうちに政治と宗教の分離をもち込むことと

なった。

わが国の政教分離は、国家と宗教を厳格に分離し、相互に干渉しないという厳格な分離型（アメリカ型）である。

ほかに、国教制度を建前としつつ国教以外の宗教に対して広汎な宗教的寛容を認めるイギリス型、国家と宗教団体を分離させながら、国家と教会とは各々その固有の領域において独立であることを認め、競合する事項については政教条約を締結し、それに基づいて処理するべきものとするイタリア・ドイツ型がある。

2 政教分離の法的性格と考え方



論点04

政教分離の法的性格について、どのように考えるべきか。

A 制度的保障説

政教分離とは、本来国家がすべての宗教に対し、中立の立場をとることによって、その非宗教的性格を維持し、宗教的信仰の自由の保障を強化するために定められた、1つの客観的制度的保障である。

しかし、制度的保障であるとした場合に、その内容をどう解するべきかについて、さらに見解の対立がある。

A1 緩和説

制度の具体的内容は憲法上定まっておらず、政教分離という制度の本質的内容を害しない限り、制度の内容は法律で自由に定めることができる。

※ 津地鎮祭事件や、自衛官合祀拒否訴訟等最近の信教の自由をめぐる憲法訴訟で国側が主張している、「憲法20条3項の政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であり、個人の信教の自由を直接保障するものではないから、同規定の違反があっても直ちに国民個人の権利が侵害されるものではない」として、政教分離の原則と国民の信教の自由をまったく別個に考えていこうとする考え方も、この系列に属する。

A2 厳格説（多数説）

制度の具体的内容が憲法上定まっており、それは国家権力、法律その他の下位規範を直接拘束する。

B 人権説

政教分離は、信教の自由の一内容をなすものとして捉えるべきであり、政教分離規定は、それ自体人権保障条項と解するべきである。いいかえれば、国民は、信仰に関し、間接的にも圧迫を受けない権利を保障されているのである。

※ 政教分離の法的性格と政教分離の程度を直接結びつける考え方もあるが、一応別の問題として考えるべきであるとするのが、最近の有力な立場である。

3 政教分離原則の内容

(1) 特権付与の禁止

憲法20条1項後段は、宗教団体に対する国の特権付与を禁止している。「特権」とは一切の優遇的地位ないし利益をいい、特定の宗教団体に特権を付与することが許されないだけでなく、宗教団体すべてに対し他の一般国民・団体と区別して特権を与えることも禁止される。

問題となるのが、宗教法人に対する非課税措置が「特権」の付与にあたるか否かである。これについては、学校法人、社会福祉法人等とともに宗教法人も免税としているので、「特権」には当たらないとするのが多数説である。

(2) 宗教団体の「政治上の権力」行使の禁止

憲法20条1項後段は、宗教団体が「政治上の権力」を行使することを禁止している。この「政治上の権力」について、「政治的権威の機能」や「政治的影響力」と解する立場もあるが、1項後段全体の趣旨に照らし、立法権・課税権・裁判権等の国が独占すべき統治的権力をいうとするのが通説である。

(3) 国の宗教的活動の禁止

憲法20条3項は、「国及びその機関」に対し、「宗教教育その他いかなる宗教的活動」もしてはならないとする。これが政教分離の内容の核心部分を定めた条項である。

「宗教教育」とは、特定の宗教を布教・宣伝する目的で行われる教育を意味する。したがって、一般的に宗教的な情操ないし教養を育成するための教育は憲法上禁止されない。

「宗教的活動」について、その意味をいかに解するかについては、政教分離の限界の問題とも絡んで、見解の対立がある。

4 政教分離の限界－目的効果基準

(1) 問題の所在

わが国の政教分離が厳格な分離型に属するとしても、国家と宗教とのかわり合いを一切排除する趣旨であると解することはできない。政教分離を機械的に厳格に貫くと、常識に反する非現実的な結果を招いたり、かえって個人の信教の自由を損う結果となったりすることになりかねないからである。そこで、国家の宗教への関与がどの程度ならば許されるのかが問題となる。これは、主として20条3項の禁じる「宗教的活動」の解釈として論じられることになる。

(2) 学説



論点05

政教分離の学説についてどのように考えるか。

A 狭義説

特定宗教の布教・教化・宣伝を目的とする積極的な行為をいう。

B 広義説

20条2項の「宗教上の行為、祝典、儀式又は行事」を含む一切の宗教的行為を意味する。

C 芦部説

アメリカで判例理論として確立された目的・効果基準を参考に、以下の基準の内容をしぼって厳格に適用するべきである。すなわち、①問題となった国家行為が世俗的目的をもつかどうか、②その行為の主要な効果が宗教を振興または抑圧するものかどうか、③その行為が、宗教との過度のかかわり合いを促すものかどうか、という3要件を個別に検討し、1つでもクリアすることができなければ、当該行為を違憲であるとするべきである。

(3) 目的効果基準

目的効果基準とは、国の行為が政教分離原則に反するかどうかを判定する基準として、アメリカ判例理論で確立したものである。

具体的には、①国の行為の目的が世俗的か、②その主要な効果が特定の宗教を援助・助長し、または圧迫・干渉するものではないか、③国家と特定の宗教との過度のかかわり合いをもたらすものではないか、という3要件を個別に検討し、1つの要件でもクリアすることができなければ上記行為を違憲であるとする。

(4) 判例

20条3項の「宗教的活動」の意義につき、リーディング・ケースとされるのが津地鎮祭事件の最高裁判決(最大判昭52.7.13, 百選 I No.42)である。この事件の第2審判決は、広義説を採り、宗教的活動に当たるか否かの判断について3要件を定立した。これに対し、最高裁判決の多数意見は、目的効果基準を採用した。

ア 事案

三重県津市が、市体育館の建設にあたって神式の地鎮祭を挙行し、それに公金を支出したことが、憲法20条、89条に反するとして争われた。

イ 第2審判決（名古屋高判昭46.5.14）

（ア）本件地鎮祭が宗教的行為か習俗的行為かを、①主宰者が宗教家か否か、②順序作法が宗教界で定められたものか否か、③一般人に違和感なく受容される程度に普遍性を有するものか否か、という基準によって判断すれば、習俗的行為とはいえない。

（イ）憲法20条3項の宗教的活動は、「特定の宗教の布教，教化，宣伝を目的とする行為のほか，祈禱，礼拝，儀式，祝典，行事等およびその宗教的信仰の表現である一切の行為を包括する概念」であり，本件地鎮祭はそれに該当する。

（ウ）最高裁判決多数意見

「政教分離原則は，国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが，国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく，宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ，そのかかわり合いが右の諸条件〔各々の国の社会的・文化的諸条件〕に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものである」。

「憲法20条3項……にいう宗教的活動とは，」「およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく，そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって，当該行為の目的が宗教的意義をもち，その効果が宗教に対する援助，助長，促進又は圧迫，干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。」そして，その判断に当たっては，「当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか，その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど，当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく，当該行為の行われる場所，当該行為に対する一般人の宗教的評価，当該行為者が当該行為を行うについての意図，目的及び宗教的意識の有無，程度，当該行為の一般人に与える効果，影響等，諸般の事情を考慮し，社会通念に従って，客観的に判断しなければならない。」

「本件起工式は，宗教とのかかわり合いをもつものであることを否定しえないが，その目的は建築着工に際し土地の平安堅固，工事の無事安全を願い，社会の一般的慣習に従った儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ，その効果は神道を援助，助長，促進し又は他の宗教に圧迫，干渉を加えるものとは認められないのであるから，憲法20条3項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが，相当である。」

(エ) 最高裁判決に対する評価

本判決は、一般に、目的効果基準を採用した判決として評価されている。しかし、ここでいう目的効果基準は、アメリカ判例理論および日本の学説とは若干内容が異なり、国家と宗教との緩やかな分離を是認し、政教分離を形骸化させるとして批判されている。

その後、判例は、同様の基準を採りつつも、靖国神社に対する玉串料としての公金支出を違憲であるとした（最大判平9. 4. 2, 百選 I No.44）。

□判例 箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟 最判平5. 2. 16, 百選 I No.46

【事案】

箕面市が小学校の増改築のため、遺族会所有の忠魂碑を別の市有地に移転、再建した際、その費用および市有地の無償の使用貸借行為が政教分離原則に違反するとして住民訴訟が提起された。

【判旨】

忠魂碑は戦没者の慰霊・顕彰のための記念碑で宗教的施設ではなく、遺族会も20条1項の「宗教団体」、89条の「宗教上の組織若しくは団体」ではないから、忠魂碑についての市の行為は違憲ではなく、また、慰霊祭に教育長が参列し玉串をささげ焼香したことは、職務にかかわる社会的儀礼行為であり、目的・効果基準に照らし「宗教的活動」に当たらないから違憲ではないとした。

□判例 戦没者遺族会への補助金支出 最判平11. 10. 21

【事案】

箕面市が同市戦没者遺族会に補助金を交付したことなどが政教分離原則に反するとして住民訴訟が提起された（なお、本件は箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟の関連訴訟である）。

【判旨】

「憲法20条1項後段にいう『宗教団体』、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』とは、特定の宗教の信仰、礼拝、普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体を指すものと解すべきである。」日本遺族会および市遺族会は、「特定の宗教の信仰、礼拝、普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体には該当しないものというべきであって、前記『宗教団体』又は『宗教上の組織若しくは団体』に該当しない」。

「本件補助金の支出及び本件書記事務への従事は、宗教とのかかわり合いの程度が、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法20条3項により禁止される宗教的活動に当たらない」。

□判例 自衛官合祀拒否訴訟 最大判昭63. 6. 1, 百選 I No.43

【事案】

殉職自衛官の夫を自己の信仰に反して山口県護国神社に合祀された未亡人が、自衛隊山口地方連絡部（以下「地連」）と社団法人隊友会山口県支部連合会（以下「県

隊友会)の行為は政教分離原則に違反し、また、意思に反して祭神として祀られることのない自由(宗教的人格権)を侵害するとして争った。

【判旨】

「宗教的活動」か否かは、いわゆる目的効果基準(津地鎮祭事件における基準)により判断されたとしたうえで、そもそも「合祀は神社の自主的な判断に基づいて決められる事柄」であるから、合祀申請行為は単に合祀の希望を表明したにすぎず「合祀のための必要な前提をなすものではなく」、また申請に至る過程で県隊友会に協力した地連職員の行為は「宗教とのかかわり合いは間接的であり、その意図、目的も、合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあった」といえ、行為態様も、特定の宗教を援助、助長、促進し、または他の宗教を圧迫、干渉する効果を有しないから、政教分離原則違反であるとはいえない。

【1審判決(山口地判昭54.3.22)判旨】

合祀の申請は地連と隊友会の共同行為であり、「宗教的活動」に当たると断じたうえで、「親しい者の死について静謐の中で宗教上の思考を巡らせ、行為をなす利益」としての宗教的人格権を侵害する違法な行為であるとした。

□判例 愛媛玉串料訴訟 最大判9.4.2, 百選 I No.44

【事案】

愛媛県知事の靖国神社と県護国神社に対する玉串料等の支出の合憲性が、住民訴訟で争われた。

【判旨】

津地鎮祭事件判決の目的効果基準に依りつつ、その検討にあたっては、「当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」。そして、本件の場合、「一般人が……玉串料等の奉納を社会的儀礼の1つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ない」。また、本件行為は「一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ない」。よって、本件玉串料等の奉納は、「その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきである」として、違憲であるとした。

□判例 即位の礼・大嘗祭と政教分離の原則 最判平14.7.11, 百選 I No.45

【事案】

前天皇の裕仁氏の死去に伴い明仁氏が天皇に即位した。そして、前天皇の喪明け後に皇位継承を祝う儀式として、国事行為「即位の礼」と皇室行事「大嘗祭」が行われた。その際、鹿児島県知事が「大嘗祭」に参列し、そのために県は公金を支出した。そこで、住民は、これを理由として地方自治法242条の2第1項4号に基づき住民訴訟を提起した。

【判旨】

「大嘗祭は、天皇が皇祖及び天神地祇に対して安寧と五穀豊穰等を感謝するとともに国家や国民のために安寧と五穀豊穰等を祈念する儀式であり、神道施設が設置された大嘗宮において、神道の儀式にのっとり行われたというのであるから、鹿児島県知事である被上告人がこれに参列し拝礼した行為は、宗教とかかわり合いを持つものである。

しかしながら……(1)大嘗祭は、7世紀以降、一時中断された時期はあるものの、皇位継承の際に通常行われてきた皇室の重要な伝統儀式である、(2)被上告人は、宮内庁から案内を受け、三権の長、国務大臣、各地方公共団体の代表等と共に大嘗祭の一部を構成する悠紀殿供饌の儀に参列して拝礼したにとどまる、(3)大嘗祭への被上告人の参列は、地方公共団体の長という公職にある者の社会的儀礼として、天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇の即位に祝意を表する目的で行われたものであるというのである。これらの諸点にかんがみると、被上告人の大嘗祭への参列の目的は、天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇に対する社会的儀礼を尽くすものであり、その効果も、特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるようなものではないと認められる。したがって、被上告人の大嘗祭への参列は、宗教とかかわり合いの程度が我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、宗教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではない…。」

□判例 小泉首相靖国神社参拝訴訟 最判平18.6.23, 重判平18憲法No.6

【事案】

Xらは、内閣総理大臣の地位にあった小泉首相が行った靖国神社の参拝は、政教分離原則を規定した憲法20条3項に違反するのではないかが争われた。

【判旨】

「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできない」。

【評価】

本判決は、首相の靖国神社の参拝についての初の最高裁判決である。本判決は、原告の被侵害利益がないとして上告を棄却しており、参拝についての憲法上、国賠法上の問題に対しては判断を下していないといえる。

□判例 砂川政教分離訴訟上告審判決 最大判平22.1.20, 百選 I No.47

【事案】

① 事件として、北海道砂川市（以下「市」という。）がその所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させていることは、憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し同施設の撤去及び土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民が、市長に対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求めた。

② 事件として、砂川市が神社の敷地となっている市有地を砂川市T町内会に無償で譲与したことは、憲法の定める政教分離原則に違反する無効な行為であって、同土地の所有権移転登記の抹消登記手続を請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民が、市長に対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求めた。

【判旨】

- ① 事件について、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」「本件利用提供行為は、市と本件神社ないし神道とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当する」。
- ② 事件について、「本件譲与は、市と本件神社ないし神道との間に、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるかかわり合いをもたらすものということではできず、憲法20条3項、89条に違反するものではないと解するのが相当である」。

【評価】

政教分離原則に関して最高裁判所が違憲と判断したものとしては、愛媛玉串料事件判決に次ぐものである(①事件)。そして、審査基準として、目的効果基準を採用していない点で注目に値する。ただ、本判決は、目的効果基準を一般的に廃棄する趣旨ではなく、法理的には、土地提供のような継続的行為が問題になる場合、とりわけ今回のように相当長期にわたって継続している場合には、どの時点について「目的」「効果」を考慮すればよいかは明らかではなく、また、現実問題として、本判決の影響を受ける神社等の施設は全国で数千に上るともいわれ、しかもその状況は様々であることから、目的効果基準のような一般的基準を用いることが困難であったという事情から、このような基準が採用されたものと考えられる。

□判例 砂川訴訟第二次上告審判決、最判平24. 2. 16、重判平24憲法No.8

【判旨】

北海道砂川市は、長年市の土地を神社施設の敷地として無償で使用させてきたが、これは憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し、同施設の撤去および土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民であるXらが、市Yに対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づいて違法確認訴訟を提起した。本判決は、この違法確認訴訟が最高裁で差し戻された後の、第二次上告審判決である。差し戻し前の下級審判決は、いずれも違法を認めたのに対して、最高裁大法廷判決(最大判平22・1・20)は、本件私有地の利用提供行為は憲法89条等に違反するとしつつも、違憲状態解消の方法としては、神社施設の撤去および本件土地の明渡しをさせるほかにも、本件土地の全部

または一部の無償譲渡、有償譲渡、あるいは適正価格での賃貸などの方法によることも可能であることから、これらの方法について審理を尽くすべきであるとして札幌高裁に差し戻した。その間、市長らは、氏子集団と協議の上、祠を集会場から取り出して鳥居付近に設置するとともに、祠・鳥居周辺の土地を氏子集団に適正価格で賃貸する合意（以下「本件手段」という。）をし、一部実行した。差し戻後の札幌高裁判決は、このような解消手段が相当であるかが争われたものである。

【判旨】

「本件手段が実施されると、それまで無償で利用に供されていた本件賃貸予定地につき、適正な賃料が利用の対価として市に支払われることとなり、また、……本件氏子集団の利用し得る部分が事実上拡大することの防止も確保される上、……本件賃貸予定地以外の部分からは、本件神社の徴表となる物件や表示は除去されることとなる。」

「各土地が町有地となったのも、小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的によるものであって、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったといえることも併せて総合考慮すると、本件手段が実施された場合に、本件氏子集団が市有地の一部である本件賃貸予定地において本件鳥居及び本件祠を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえないというべきである。」

「他方、本件神社物件を全て直ちに撤去させるべきものとすることは、本件氏子集団がこれを利用してごく平穏な態様で行ってきた祭事等の宗教的活動の継続を著しく困難なものにし、その構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすことが明らかである。」

そして、「本件氏子集団は、年額約3万5000円の賃料を負担することによって、本件賃貸予定地において従前と同様の祭事等を行うことが可能とな……（る）のであるから、本件手段の実施による本件氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものにとどまるということが出来る。」

「そうすると、本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消する手段として合理性を有するものと解するのが相当である。」

本件手段は、「適正な対価による貸付けであるので、その実施には市議会による議決を要するものではなく」、また、「本件氏子集団の役員会の了解を取り付けた上で策定したものであって、……本件手段は確実に実施が可能なものということができ、その現実性を優に肯定することができる」。

「したがって、本件手段は、……違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものというべきであり、市が、本件神社物件の撤去及び本件土地……の明渡しを請求の方法を採らずに、本件手段を実施することは、憲法89条、20条1項後段に違反するものではない」。

□判例 白山ひめ神社訴訟上告審判決 最判平22.7.22, 重判平22憲法No.5

【判旨】

神社の鎮座2100年を記念する大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする団体の発会式に地元の市長が出席して祝辞を述べた行為が政教分離原則に反するかどうか争わ

れた。

【判旨】

「本件大祭は本件神社の鎮座2100年を記念する宗教上の祭祀であり、本件発会式は本件大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする奉賛会の発会に係る行事であるから、これに出席して祝辞を述べる行為が宗教とのかかわり合いを持つものであることは否定し難い。

他方で、前記事実関係等によれば、本件神社には多数の参詣客等が訪れ、その所在する白山周辺地域につき観光資源の保護開発及び観光諸施設の整備を目的とする財団法人が設けられるなど、地元にとって、本件神社は重要な観光資源としての側面を有していたものであり、本件大祭は観光上重要な行事であったというべきである。奉賛会は、このような性質を有する行事としての本件大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする団体であり、その事業自体が観光振興的な意義を相応に有するものであって、その発会に係る行事としての本件発会式も、本件神社内ではなく、市内の一般の施設で行われ、その式次第は一般的な団体設立の式典等におけるものと変わらず、宗教的儀式を伴うものではなかったものである。そして、Yはこのような本件発会式に来賓である地元の市長として招かれ、出席して祝辞を述べたものであるところ、その祝辞の内容が、一般の儀礼的な祝辞の範囲を超えて宗教的な意味合いを有するものであったともうかがわれない。

そうすると、当時市長の職にあったYが本件発会式に出席して祝辞を述べた行為は、市長が地元の観光振興に尽力すべき立場にあり、本件発会式が上記のような観光振興的な意義を相応に有する事業の奉賛を目的とする団体の発会に係る行事であることも踏まえ、このような団体の主催する当該発会式に来賓として招かれたのに応じて、これに対する市長としての社会的儀礼を尽くす目的で行われたものであり、宗教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような効果を伴うものでもなかったというべきである。したがって、これらの諸事情を総合的に考慮すれば、Yの上記行為は、宗教とのかかわり合いの程度が、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではないと解するのが相当である。」

Ⅲ 学問の自由

(学問の自由)

第23条 学問の自由は、これを保障する。

第1 総説

諸外国の憲法では、学問の自由を直接に保障している例は少ない。

日本では、明治憲法下で、滝川事件や天皇機関説事件などにみられるように、学問や学説が公権力によって干渉されたという歴史の反省から、23条にとくに規定された。

23条は、自由権としての学問の自由の保障だけでなく、大学の自治の制度的保障をも含むと解されている。

※ 滝川事件

1933年、京大の滝川幸辰教授が、その刑法学説があまりにも自由主義的であるとして休職を命じられ、教授団がこれに抗議して職を辞して抵抗した事件。

第2 意義

1 内容

学問の自由の内容として、以下の3つが含まれていると解されている。

- ① 学問研究の自由
- ② 研究成果発表の自由
- ③ 教授の自由

ポロロ事件に関する最大判昭38.5.22(百選ⅠNo.86)は、「憲法23条の学問の自由……は、学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含む」とし、また、旭川学力テスト事件に関する最大判昭51.5.21(百選ⅡNo.136)は、「憲法の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含む」と判示している。

2 学問の自由の保障の意味

- (1) 国家権力が、学問研究、研究発表、学説内容などの学問的活動とその成果について、それを弾圧し、あるいは禁止することは許されない。
- (2) 学問の自由の実質的裏づけとして、教育機関において学問に従事する研究者に職務上の独立を認め、その身分を保障する。すなわち、教育内容のみならず、教育行政もまた政治的干渉から保護されなければならない。

※ 教育基本法は、教育の自主・独立について定める。

(3) 学問の自由の享有主体

学問の自由の享有主体については、一般私人のほか、とくに大学を中心とする教育研究機関に所属する研究者（集団）が挙げられることが多い。ただし、大学以外の研究機関には23条の保障は原則として及ばないとする学説もある。

(4) 下級教育機関における教授の自由



論点06

下級教育機関においても教授の自由（教育の自由）は保障されるか。

A 否定説（旧通説）

（理由）

- ① 学問の自由と教育の自由とは概念上異なっている。学問の自由は、沿革的には大陸諸国の大学の自由を中心として発展してきたものである。
- ② 普通教育では、教育の機会均等、教育水準の維持向上を図るために適当な教育の画一化ならびに教育の中立性確保が必然的に要請される。
- ③ 大学の学生と異なり児童・生徒は十分な批判能力をもたないので、その発達段階に応じた慎重にして適切な教育的配慮が必要である。

B 肯定説

子どもの学習権を保障するための国民の教育の自由は、国民（親）の信託を受けた教師を通じて遂行されるが、教育が何よりも真理教育でなければならない、また児童、生徒の心身の発達段階に応じた教育的配慮がされなければならないという要請から、教師には学問研究の自由と教育ないし教授の自由が、憲法によって保障されている。

※ その憲法上の根拠については、以下の対立がある。

B1 23条に基づくとする説（第2次家永教科書事件第1審 東京地判昭45.7.17, 百選 I No.87）

子どもの学習権を保障するための国民の教育の自由は、国民（親）の信託を受けた教師を通じて遂行されるが、教育が何よりも真理教育でなければならない、また児童・生徒の心身の発達段階に応じた教育的配慮がされなければならないという要請から、教師には学問研究の自由と教育ないし教授の自由が憲法上保障される。

B2 26条の反射とする説（佐藤幸）

大学などの高等教育機関にあっては、受講者は批判能力をもち、また、研究と教育とが不可分の関係にあるが、それと事情を異にし、心身の発達に応じた普通教育を施すことを使命とする下級教育機関にあっては、直接には23条の「教授の自由」は妥当せず、それとは別の「教育の自由」（26条の要請）が妥当する。

B3 13条に基づくとする説

□判例 旭川学力テスト事件 最大判昭51.5.21, 百選ⅡNo.136

【事案】

昭和31年度から10年間、文部省の指示に基づいて行われた全国学力テストが、違法であるとして争われた。

【判旨】

憲法23条の保障する学問の自由のもとでは、普通教育の教師にも「教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならない」「という意味においては、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきことを肯定できないではない。しかし、……普通教育においては、児童生徒に……（教授内容を批判する）能力がなく、……子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等をはかる上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等に思いをいたすときは、普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されないとところといわなければならない。」

【評価】

A説とB説の折衷説ないし部分的肯定説を採ったといえる。

第3 限界

学問の自由のうち、内心領域における問題は思想・良心の自由（19条）の場合と同様に制約されることはない。しかし、学問研究に当たっての方法・手段の選択あるいは研究成果の発表の場面においては、他者の人権との衝突が考えられ、必要最小限度の制約に服することになる。

1 学問研究の自由の限界

公権力は、学問研究に介入してはならないことが原則とされるが、近年の急激な科学技術の進歩とその危険性のもとでは、科学技術の統制の必要性が問題となる。とくに、原子力研究のような大規模技術、遺伝子組換えのような先端科学技術、臓器移植や体外受精・遺伝子治療のような医療技術などについては、生命倫理の見地、および研究の濫用や事故が生じた場合に広く人々の生命・身体・環境に対して取り返しのつかない損害をもたらしかねないという危険性から、個人の尊厳、生命・身体、環境という高次の価値のために、制約されざるをえない状況にある。

先端技術の研究の自由の制限がどこまで許されるかについて、戸波P. 277は、研究の自由の保障とそれに対置される生命・環境・生命倫理などの諸価値を衡量して決せられるとしたうえ、研究のもたらす危険の重大性・不可逆性、危険発生の予測の困難性などに照らして、通常の研究の場合よりも厳しい規制が許されると解し、それは具体的には①ヒト・クローン研究や人体実験の禁止のように研究内容、研究対象の制限が許される、②研究施設の設置について事前の許可制を採用することができる、③損害発生の具体的危険性がない場合でも制限を受けうる、④研究目的の活動と営利目的の活動とを区別して扱うことが許される、などとする。

2 研究成果発表の自由の限界

学問の自由は、真理探究そのものに向けられる作用であるから、実社会に働きかけようとする実践的な政治的社会活動は、表現の自由の問題とはなっても学問の自由の保障の問題ではない。

ただし、ある行為がそのいずれに属するかという判断は難しいため、学問研究を使命とする人や施設による研究は、真理探究のためのものであることの推定が働くものと解する立場（佐藤幸，中村）もある。

第4 大学の自治

1 保障の有無

	論点07 大学の自治は憲法上保障されているか。
---	-----------------------------------

A 23条説（判例・通説）

（理由）

- ① 大学は学術の中心として深く真理を探究し専門の学芸を教授・研究することを本質とし、その自治は学問の自由と密接不可分の関係にある。
- ② 大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている。

B 23条+26条説（永井憲一）

（理由）

国民の教育を受ける権利は大学教育を受ける権利を包含する。したがって、大学は教育を受ける「場」として確保されなければならない、そのために学問研究と教育の自主性が必要である。

（批判）

この見解は、26条に大学の自治の根拠を求めることによって、学習の主体としての学生の自治における地位をより明確に位置づけるものであるが、国家権力からの自由としての大学の自治の根幹をなすのは専門家集団である教育研究者の自治であることを考えると、憲法上の根拠としては23条に重点を置くのが妥当である。

2 大学の自治の法的性質

	論点08 大学の自治の法的性質について、どのように考えるべきか。
---	--

→ 制度的保障説（通説）

「大学の自治」と学問の自由とは密接不可分の関係にあり、「大学の自治」は学問の自由を保障するための制度的保障である。

(理由)

大学における研究と教育は、大学が国家権力その他の外部の権威から独立し、組織体としての自律性を保障されることなしには不可能であるから、これを制度として保障するものである。

3 大学の自治の内容

従来の代表的学説は、①教員・学長の人事における自治、②大学の施設の管理の自治、および③学生の管理の自治を挙げている（前掲のポポロ事件最高裁判決の立場もこれに近い）。これに対して、最近の学説は、①、②、③に加えて、④研究教育の内容・方法の自主決定権、および⑤予算管理における自治（財政自治権）を挙げている（芦部、佐藤幸）。

4 大学の自治における学生の位置づけ



論点09

大学の自治において、学生はどのように位置づけるべきか。

A 営造物利用者説（ポポロ事件 最大判昭38.5.22, 百選 I No.86）

大学の学生を、大学という営造物の管理者（いわゆる大学当局）に対する営造物の利用者として考えることを基礎に、学生の学問の自由を、研究者の学問の自由の反射的効果（反映）であると考ええる。

B 構成員説（芦部）

研究・教育を「真理の探究」として統一的に捉える場合、学生も大学の自治の担い手として位置づけることが憲法論として妥当である。ただし、学生と研究者の権利・義務の内容は異なるから、学生は、研究者とまったく同じ形で大学の自治に参加することができる権利があるというわけではなく、大学における不可欠の構成員として、大学自治の運営について要望し、批判し、あるいは反対する権利を有するものと解する。

□判例 ポポロ事件 最大判昭38.5.22, 百選 I No.86

「学問の自由は、学生も一般の国民と同じように享有する。しかし、大学の学生としてそれ以上に学問の自由を享有し、また大学当局の自治的管理による施設を利用できるのは、大学の本質に基づき、大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治の効果としてである。」

5 大学の自治と警察権の関係

大学の自治のうち②大学の施設の管理と③学生の管理に関して、警察権との関係が問題となる。

大学の自治と警察権の関係については、一般的に以下のように考えられている。

- ① 犯罪捜査のために大学構内に立ち入る場合、大学といえども治外法権の場ではないので、正規の令状に基づく捜査を拒否することができるとはならず、必要と事情に応じて協力するべきである。しかし、捜査に名を借りた警備公安活動が行われるおそれがあるため、捜査は大学関係者立会いのもとで行われるべきである。
- ② 大学構内で予想外の不法行為が発生し、そのためにやむをえず大学が警察力の援助を求める場合、警察力を学内に出勤させるかどうかの判断は大学側の責任ある決断によるべきである。したがって、警察が独自の判断で大学構内へ入ることは、大学の自治の保障の趣旨に反する。
- ③ 警備公安活動のために警察官が大学構内へ立ち入る場合、治安維持の名目で自由な学問研究が阻害されるおそれが大きい。したがって、警察官が大学の了解なしに学内に立ち入ることは、原則として許されない。

□判例 ポポロ事件 最大判昭38. 5. 22, 百選 I No.86

【事案】

東大の教室で、学生団体ポポロ劇団が松川事件を素材とする演劇発表会を行った際、観客の中に警備情報収集のために立ち入っていた私服警官を学生が発見し、これに暴力を加えたとして、学生が起訴された。裁判では、学問の自由・大学の自治と警察権との関係が問題とされた。

【判旨】

「学生の集会が真に学問的な研究またはその結果の発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動に当る行為をする場合には、大学の有する特別の学問の自由と自治は享有しない。」「本件集会は、真に学問的な研究と発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動であり、かつ公開の集会またはこれに準じるものであつて、大学の学問の自由と自治は、これを享有しないといわなければならない。したがって、本件の集会に警察官が立ち入つたことは、大学の学問の自由と自治を犯すものではない。」

【評価】

警察官による大学構内の調査活動が大学の自治にとっていかに危険であるかを不問に付している点を批判するべきである（芦部）。学問的活動と政治的社会的活動を区別するにあたっては、原則として大学の管理者の自律的判断が尊重されるべきであり、これを尊重しないで政治的社会的活動に当たるとした本判決には疑問がある（中村）。

□判例 愛知大学事件 名古屋高判昭45. 8. 25

【事案】

愛知大学において、深夜に同大学構内に立ち入った目的意図不明の制服警察官が学生に発見され、詰問されたうえ暴行等を受けた。そのため、学生が公務執行妨害罪等で起訴された。

これに対して、学生側は、警察官の立入りを警備公安情報の収集に関連するものと

判断し、大学の自治（23条）に対する不法な干渉であると主張した。

【判旨】

「大学の自治は、学術の中心として、旺盛な真理探求の意欲を維持し、深く専門の学術を研究教授できるよう自由にして創造的な研究専念の雰囲気と、これにふさわしい学園的環境と条件を保持することを中心的要請とするものであって、これと相容れない外部よりの干渉は極力これを排除しようとする。特に権力による干渉は、学園における自由な真理探求の気風を阻害するおそれが最も大きく、やがて、それは自由な研究そのものの萎縮をもたらすに至る。」

もともと、「現行犯その他通常の犯罪捜査のための警察権の行使は、大学といえども治外法権ではないから、これを拒み得べき根拠はない。但し、犯罪捜査のためといえども、学内立入りの必要性の有無はこれを警察側の一方的（主観的）認定に委ねられるとすれば、……実質的に大学の自主性がそこなわれるに至るおそれが出てくる。そこで、緊急その他已むことを得ない事由ある場合を除き、大学内への警察官の立入りは、裁判官の発する令状による場合は別として、一応大学側の許諾または了解のもとに行うことを原則とすべきである。」

「しかし、許諾なき立入りは、必ずしもすべて違法とは限らない。結局、学問の自由、大学の自治にとって、警察権の行使が干渉と認められるのは、それが、当初より大学当局側の許諾了解を予想し得ない場合、特に警備情報活動としての学内立入りの如き場合ということになる。」

第2節 表現の自由

(集会・結社・表現の自由, 検閲の禁止, 通信の秘密)

第21条 集会, 結社及び言論, 出版その他一切の表現の自由は, これを保障する。
2 検閲は, これをしてはならない。通信の秘密は, これを侵してはならない。

I 表現の自由の意義

第1 定義

表現の自由

思想・信条・意見・知識・事実・感情など個人の精神活動にかかわる一切のものの伝達に関する活動の自由 (佐藤幸)

個人の内心の思想や意見を外部に表明し, 他者に伝えることを保障するもの (戸波)

第2 意義

内心における思想や信仰は, 外部に表明され, 他者に伝達されてはじめて社会的効用を発揮する。その意味で, 表現の自由は, 人権体系の中でとりわけ重要な権利であり, 最高裁判所も表現の自由は, 民主主義社会において特に重要な権利として尊重されなければならないとしている (最判平21. 11. 30, 重判平22憲法No.6)。

表現の自由を支える価値として次の2つがある。

- ① 自己実現の価値—個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるといふ, 個人的な価値
- ② 自己統治の価値—言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するといふ, 民主政に資する社会的な価値
※ 上記のほか, 表現の自由が果たす機能として以下の2つを挙げる立場もある。
- ③ 思想の自由市場—思想を自由に競争させることにより真理に到達する, という機能を果たす。
- ④ 社会の安定と変革のバランスの維持

第3 表現の自由の保障の性格と内容

1 総説

表現の自由は, 個人が自己の思想や意見を発表する自由のみでなく, 表現の受け手の存在を前提とするという表現行為の特質からして, 情報の受領・収集の自由の保障, つまり「知る権利」をも保障している。

表現の自由は, 表現行為・表現の受領行為, その間の情報の流通とコミュニケーションの過程を保障し, さらに, 表現のための情報収集行為

をも保護の範囲に含んでおり、結局、自由な情報の流通をトータルに保障するものといえる。

2 情報提供権

この権利は、言いたいことを主張するという、「表現の自由」の原点をなすもので、今日でも「表現の自由」の核をなすものであることに変わりはない。

3 情報受領権

この権利は、自発的な情報提供行為の存在を前提とする点に特性をもつ。したがって、受領権の侵害は同時に提供者の権利の侵害となる場合が多いが、提供者が表現の自由の享有主体ではない外国に住む外国人であるような場合には受領権のみが問題となる。

4 情報収集権

収集権は、収集活動が公権力によって妨げられないという自由権的側面と、公権力に対して情報の開示を請求するという請求権的側面を有する。前者を消極的情報収集権、後者を積極的情報収集権と呼ぶ。

消極的情報収集権は、通説・判例によって今日ほぼ承認されているところといってよい。これに対して積極的情報収集権は、請求権的性格を有することから、これを「表現の自由」の内実とすることについては、争いがある。

II 表現の自由の限界

第1 総説

表現の自由といえども無制約ではない（最判平21.11.30，重判平22憲法No.6）。その限界は、表現の形態，規制の目的・手段等を具体的に検討して決めなければならない。その際に、表現の自由を規制する立法が合憲か違憲かを判定する基準を整理することがきわめて重要である。

これに対応する指針として学説上広く支持されてきた考え方が「二重の基準」(double standard)，すなわち、表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりも、とくに厳しい基準によって審査されなければならない、という理論である。

もっとも、表現の自由の規制立法に対して用いられる厳格な審査も一様ではなく、表現の種別や規制立法の態様の相違に応じて異なることに、注意しなければならない。

第2 二重の基準論

1 総説

精神的自由，とりわけ表現の自由は，その価値の重要性にかんがみ，経済的自由に比べて優越した地位を保有する。二重の基準論とは，この精神的自由の優越的地位のゆえに，これを制限する場合には経済的自由の規制の場合に比べて，より厳格な基準によって合憲性が判定されねばならないというものである。

2 二重の基準論の根拠

二重の基準論の根拠として次のことが挙げられる。

- ① 経済的自由に関する不当な立法は，民主政の過程が正常に機能している限り，議会でこれを是正することが可能であるが，精神的自由の場合には，民主政の過程が傷つけられるために，これを是正するのに裁判所の積極的関与を必要とする。
- ② 経済的自由の規制については，社会・経済政策の判断を必要とし，政策の当否について審査する能力の乏しい裁判所としては，とくに明白に違憲であると認められない限り，立法府の判断を尊重することが望まれるが，精神的自由の規制の場合には，裁判所の審査能力の問題は大きくはない。

第3 合憲性判定基準

精神的自由の優越的地位ないし二重の基準論を前提として，精神的自由を規制する立法の合憲性判定基準としては厳格な審査基準が採られている。

1 厳格な審査基準

厳格な審査基準として，検閲の禁止・事前抑制禁止の法理，明確性の理論，明白かつ現在の危険の法理，LRAの基準などがある。それぞれの基準については後述する。

2 厳格な審査基準一般

1に列挙した基準は，LRAの基準を除き，それぞれ特別の表現規制についてのみ妥当する基準にすぎなかった。そこで，精神的自由の規制立法の合憲性を判断するために，一般的にどのような審査基準が用いられるべきかが問題となる。

この点について，「精神的自由に対する厳格な審査は，人権規制立法の通常審査方法である立法目的および立法目的達成手段の必要性・合理性の審査にあたって，その双方に強度の正当化理由を要求する方法が妥当である。すなわち，表現の自由規制立法は，立法目的の点で必要不可欠ないし重要な利益が存在し，規制手段がその利益を達成するために必要不可欠のものである場合によりやく合憲となる。」（戸波）とされる。

※ これに対して，最高裁判所（最判平21.11.30，重判平22憲法No.6）は，

憲法21条1項も表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、公共のため必要かつ合理的な制限を是認するものであるとする。

第4 表現の自由の類型論

表現の自由を制限する法律の合憲性の審査にあたっては、表現行為がさまざまな形態をとり、さまざまな場面で行使されることに対応して、違憲審査の方法を分けていくという考え方が有力である。

1 表現の内容規制と内容中立的規制

表現内容の規制は、発表されようとしている思想・主義に立ち入って公権力が規制を行うものであり、基本的に許されない。そこで、表現の内容を規制する法律の合憲性はきわめて厳格に審査され、よほどの強力な正当化事由のない限り、当該法律は違憲であるとされる。これに対して、表現の内容にかかわらない規制、たとえば、表現活動の行われる時・所・方法の規制については、表現内容の規制の場合ほど厳格な審査は要求されず、①表現内容に中立的な規制かどうか、②ほかに表現の方法が残されているかどうか、という要件によって審査される。

2 純粋言論と行動をともなう言論

純粋の言論 (pure speech) の場合と異なり、行動をともなう言論 (speech plus) については、行動を制限する結果として言論が規制されることになっても、それは必ずしも違憲とはならないという見解がある。行動をともなう言論を規制する法律の合憲性の審査の厳格度は軽減されるという考えであり、「象徴的言論」(symbolic speech) として論じられることもある。

3 表現行為のその他の類型

表現の自由の優越性の論拠に表現の自由の民主的意思形成機能が挙げられるが、それを重視して、政治的言論は非政治的言論に比べてとくに保護されるべきであるとする見解がある。この見解は、営利的言論・性表現・名誉毀損的表現などの非政治的言論については、違憲審査の厳格度は相対的に緩やかでよいとする論理と結びつく。

第5 制約が問題となる具体的な表現活動の概要

1 情報提供作用に関する規制

(1) 表現の内容規制

①営利的表現、②性表現、③名誉毀損的表現・プライバシーを害する表現、④違法行為のせん動

(2) 内容中立的規制

①道路交通の妨げとなるおそれのある表現（街頭演説・ビラ配りなど）、②美観風致を害する表現、③選挙運動

2 情報受領作用に関する制約

①輸入禁制品の輸入行為、②新聞紙・図書などの閲読

3 情報収集作用に関する制約**(1) 消極的情報収集権に関するもの**

①国家秘密の取材活動、②法廷における取材活動、③取材源の秘匿

(2) 積極的情報収集権に関するもの

①情報公開請求、②アクセス権

1 事前抑制禁止の法理**第1 総説****1 意義**

表現活動を事前に抑制することは、原則として許されない。

2 趣旨

表現に対する事前の抑制は、表現が一般国民に到達する前に表現を禁止するものであり、また、行政権が簡易な手続で裁量的に行うことが少なくないこともあって、表現の自由に対する強力な禁圧方法となる。そこで、表現の自由に対する事前抑制は原則的に違憲であるとされる。

第2 事前抑制禁止の法理と検閲の禁止との関係**論点01**

事前抑制禁止の法理と検閲の禁止とはどのような関係にあるか。

A 同義と捉える（芦部）。

沿革や比較憲法的視点からは、21条2項の検閲の禁止は、事前抑制禁止の法理を確認したものと解される。同条項の「してはならない」とは、一定の例外を認めうる相対的な禁止である。

(批判)

絶対に禁止されるべき行政権による検閲につき、例外を認めうることにになってしまう。

B 別異に捉える（佐藤幸）。

事前抑制のうちで検閲に当たるものとそうでないものを区別し、検閲は21条2項により絶対に禁止されるのに対して、検閲に至らない事前抑制は、21条1項から厳格な審査基準に服するものの、必ずしも絶対に禁止されるわけではない。

□判例 税関検査事件 最大判昭59.12.12, 百選 I No.69

憲法21条2項の検閲禁止規定を、同条1項の表現の自由の保障とは別に設けたのは、「検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制約となるものであることにかんがみ、……公共の福祉を理由とする例外の許容……をも認めない……検閲の絶対的禁止を宣言した趣旨と解される」。

第3 「検閲」の意義

1 意義



論点02

「検閲」の意義についてどのように考えるべきか。

- A 行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部または一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的・一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す（税関検査事件 最大判昭59.12.12, 百選 I No.69）。
- B 表現行為に先立ち行政権がその内容を事前に審査し、不相当であると認める場合にその表現行為を禁止すること（佐藤幸）
- C 検閲の概念について、第1に、検閲の主体は、行政権に限らずに公権力とし、第2に、検閲の対象は、従来、思想内容と解されてきたが、現代社会においては、広く表現内容と解するのが妥当であるとし、第3に、検閲の時期は、思想内容の発表前か後かで判断されてきたが、表現の自由を知る権利を中心に構成する立場をとればむしろ思想・情報の受領時を基準として、受領前の抑制や思想・情報の発表に重大な抑止的な効果を及ぼすような事後規制も、検閲であると解するのが妥当である。（芦部）
- ※ 検閲の意義に関しては、検閲の主体（公権力か行政権か）、検閲の対象（思想内容か表現行為か）、検閲の時期・方法（発表の禁止か受領の禁止か）、検閲の禁止は絶対的か否かに着目し、具体的な規制が「検閲」に当たるか否かを判断することが大切である。

2 検閲の主体



論点03

検閲の主体はどのように考えるべきか。

A 公権力（芦部）

「検閲」とは行政権が主体となるものを中心としながらもそれに限られず、広く公権力を主体とする事前抑制を含む概念と解するべきであり、裁判所の差止命令も「検閲」に含まれる。

(理由)

比較憲法上、検閲概念は裁判所を含む公権力を主体としたものという点ではほぼ一致している。

B 行政権（判例・佐藤幸）

「検閲」とは行政権が主体となるものに限られ、裁判所が主体となる差止命令は「検閲の禁止」法理の対象とはならないものと解する。

(理由)

検閲は絶対的に禁止されるものと解するべきであり、一定の手續保障のもとで許される裁判所の差止命令は検閲概念に含めるべきでない。

3 検閲の対象



論点04

検閲の対象についてはどのように考えるべきか。

A 広義説（芦部・佐藤幸）

検閲の対象は思想内容（の公表）に限られず、表現行為一般とするべきである。

(理由)

現代社会における表現の自由の重要性にかんがみれば、思想内容のみならず情報の流通それ自体が重要であり、これを含む表現行為一般を強く保護するべきである。

B 狭義説

検閲の対象は思想の内容（の公表）である。

4 検閲の時期・方法

? **論点05**
 検閲の時期・方法については、どのように考えるべきか。

A 思想、情報等の表現行為の受領時を基準として受領前の抑制もまた検閲となりうる（芦部，多数説）。

（理由）

現代社会においては表現の自由は知る権利として再構成されるべきであり，発表行為の抑制のみならず発表後，国民が受領する以前に抑制する行為もまた表現の自由に対する重大な規制として禁止されるべきである。

B （外に発表されるべき思想内容等の表現物を）あらかじめ審査し，不相当であると認めるときはその発表を禁止すること，すなわち事前審査を意味する（判例）。

	広義説		狭義説	
	宮澤	芦部	佐藤（幸）	判例
主体	公権力		行政権	
対象	思想内容	表現内容		思想内容等の表現物
時期	発表の前	表現行為の前〔注〕		発表の前
禁止の程度	相対的		絶対的	
事前抑制禁止の原則	否定		肯定（21条1項）	
裁判所による事前差止め	含まれる	含まれる（ただし，例外あり）		含まれない

〔注〕 芦部説は，発表行為後受領前を含む

第4 事前抑制禁止・検閲禁止が問題となった事例

1 税関検査

□判例 税関検査事件 最大判昭59.12.12, 百選 I No.69

【事案】

Xの輸入した雑誌等を税関が検査したところ、男女の裸体が撮影・掲載されていた輸入禁制品だったので、税務署長はその旨をXに通知した。この関税定率法に基づく税関検査が、検閲に当たるのではないかが争われた。

【判旨】

検閲を「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的・一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止すること」と定義したうえで、税関検査は次のような理由により検閲に当たらないとした。

- ① 税関検査により「輸入が禁止される表現物は、一般に、国外においては既に発表済みのものであり、「当該表現物につき、事前に発表そのものを一切禁止するというものでない」。
- ② 税関検査は、関税徴収手続の一環として付随的に行われるものにすぎず、「思想内容等それ自体を網羅的に審査し規制することを目的とするものではない」。
- ③ 税関長の通知がされたときは司法審査の機会が与えられ、「行政権の判断が最終的なものとされるわけではない」。

【批判】

- ① 外国で発表済みであっても、日本国内における発表を問題にしなければ意味がない。
- ② 検閲の対象は単に発表の禁止に限定されるのではなく、表現を受け取る自由、知る自由の侵害にまで拡大される必要がある。
- ③ 思想内容等を網羅的・一般的に審査し規制することを目的とせず、付随的に行われるものであっても、その性質に変わりはなく、やはり検閲に該当する。
- ④ 思想内容等を事前に審査し規制することを独自の使命とする機関によって行われなくとも、行政権によって行われる審査と規制は検閲であるといえる。

2 名誉毀損的表現の事前差止め

□判例 「北方ジャーナル」事件 最大判昭61.6.11, 百選 I No.68

【事案】

知事選に出馬する予定の政治家が、自己を誹謗中傷する記事を載せた雑誌「北方ジャーナル」が刊行されようとしているのを知り、その発行の差止めを請求した。

【判旨】

「仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的・一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合とは異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき……審理判断して発せられるものであって、……『検閲』には当たらない」。

「表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容される」。差止めの「対

象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、そのこと自体から、一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ、……事前差止めは、原則として許されない。ただし「その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、……例外的に事前差止めが許される」。「事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべき」であるが、「債権者の提出した資料によって、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものではないことが明白であり、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があると認められるときは」別である。

【評価】

本判決が名誉毀損の救済方法として人格権に基づく表現行為の差止請求権を「厳格かつ明確な要件」のもとで容認し、さらに公共性のある表現行為の事前抑制について原則的禁止を宣言し、その例外の要件を明示した意義は大きいとされている。しかし、この判例の多数意見が示した、名誉毀損的表現を事前差止めするための要件に対しては、以下のような評価がされている。

まず、実体的要件について、多数意見は(1)公共の利害に関する事項についての表現行為であり(公益性)、(2)①表現内容が真実ではなく(真実性)、または②それがもつばら公益を図る目的のものでないこと(公益目的)が明白であって、かつ③被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあるときに(保全の必要性)、例外的に事前差止めを認める。しかし、この多数意見の基準のうち、「真実性」と「公益目的」を「又は」で結んでいる点に批判が集中した。「公益目的」を独立の要件とすることは表現が真実であっても事前抑制を許すことを意味し、それは真実性の抗弁による免責を認めた刑法230条の2(とくにその第3項)に反するからである。次に、手続的要件に関して、本判決が、口頭弁論または債務者(表現者)の審尋の手続を踏むことを原則としたことは高く評価されているが、本件がその例外に当たるとした点については、債務者の審尋抜きでの差止めは検閲に該当するとか、実体的要件が人の内面にかかわる以上、手続的保障は絶対的であるという批判がされている。

3 プライバシーを侵害する表現の事前差止め

□判例 「石に泳ぐ魚」事件 最判平14.9.24. 百選 I No.62

【事案】

柳美里の小説「石に泳ぐ魚」のモデルとなった女性が、プライバシー権および名誉権を侵害されたとして、損害賠償と単行本の差止めを請求した。

【判旨】

「人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるもの」としたうえで、どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかは、「侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差し

止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである。そして、侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを肯認すべきである」とした。

※ プライバシーは、その性質上いったん開披されれば取り返しがつかないため、名誉毀損的表現よりもいっそう事前差止めの要請が強いといえる。

なお、国会議員の娘の離婚問題を取り上げた雑誌記事に対するプライバシー侵害を理由とする差止請求に対して、東京高決平16.3.31は以下のように判断した。

原決定が差止めの要件として挙げた〔1〕本件記事が「公共の利害に関する事項に係るものといえないこと」、〔2〕本件記事が「専ら公益を図る目的のものでないことが明白であること」、〔3〕本件記事によって「被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあること」、という三つの要件について、「それは、名誉権の侵害に関する事前差止めの要件として樹立されたものを斟酌して設定されたものと解されるところ、名誉権に関するものをプライバシーの権利に関するものに直ちに推し及ぼすことができるかどうかについては疑問がないわけではない。

しかしながら、上記の三つの要件は、それ自体として、本件における事前差止めの可否を決める規準として相当でないとはいえないし、当事者双方が、これらの要件自体については格別の異議を唱えず、専ら、本件を巡る事実関係ないしはそれに対する評価がこれらの要件を具備するものといえるかどうかを争っていることに加え、本件が、保全事件であり、本案事件とはまた自ずと異なる手続的・時間的制約等の下に置かれているものであることなどを考えると、当裁判所としても、本件保全抗告事件においては、上記三要件を判断の枠組みとするとともに沿って判断するのが相当であると解する。」。

4 教科書検定



論点06

学校教育法の規定によって、小・中・高等学校では文部科学大臣の検定を経た教科書を使用しなければならないとされ、文部科学大臣による教科書検定制度が設けられている。この教科書検定については、「検閲」に該当するか、また、表現の自由を侵害するかなどが問題となる。

A 教科書検定は、検閲に当たり違憲である（浦部）。

（理由）

およそ表現の自由は、言いたいことを言う自由だけでなく、自己の欲する仕方と言う自由も内実としているから、教科書として出版することこそが、教科書執筆者の欲する表現行為なのであり、それを禁止する教科書検定は、「表現行為を禁止する」もの以外の何ものでもない。

B 教科書検定は検閲には当たらない（佐藤幸ほか通説）。

（理由）

① 各段階の生徒の理解能力に合わせ、教育の機会均等を確保するというよ

うな教育上の観点からの一定の内容規制が必要であることは否定することができない。

- ② すでに一般市販図書として出版・発行している図書を教科書として検定申請でき、あるいは、検定不合格となっても一般市販図書として自由に出版・発行することができる。

□判例 第2次家永教科書事件第1審 東京地判昭45.7.17, 百選 I No.87

【事案】

家永三郎氏が執筆した教科書が、昭和41年の5訂版の部分改訂の検定申請に際して検定不合格処分となったので、その処分の取消しを請求した。

【判旨】

学校教育法21条にいう「文部大臣の検定」は、教科用図書の出版に対する事前の許可としての法的性格を有するが、審査が思想(学問研究の成果である学説を含む)の内容に及ばない限り、教科書検定は憲法21条2項で禁止された検閲に該当しない。教科書検定は、「児童生徒の心身の発達段階に応じ、必要かつ適切な教育を施し、教育の機会均等と教育水準の維持向上を図るという国の責任を果すためにその一環として行われるものであるから、これにより教科書の思想内容を審査することは許され」ないが、「その限度において教科書執筆、出版の自由が制約を受けてもそれは公共の福祉の見地からする必要かつ合理的な制限というべきであって、表現の自由の侵害にならない」。

もっとも、本件における検定は思想内容の審査に及んでいるから違憲であると判示した。

□判例 第1次家永教科書事件上告審 最判平5.3.16, 百選 I No.88

【事案】

家永三郎氏が、文部大臣の昭和37年度の検定不合格処分および昭和38年度の条件付合格処分を違憲・違法であるとして国家賠償を請求した。

【判旨】

「憲法21条2項にいう検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的とし、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを特質として備えるもの」である。本件検定は「一般図書としての発行を何ら妨げるものではなく、発表禁止目的や発表前の審査などの特質がないから、検閲に当たらない」。

憲法21条1項にいう表現の自由といえども「公共の福祉による合理的で必要やむを得ない限度の制限」を受ける。普通教育においては「教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請」があり、「これらの観点に照らして不適切と認められる図書の教科書としての発行、使用等を禁止する必要がある」。本件検定は、「右の観点からして不適切と認められる内容を含む図書のみ」を、教科書として発行することを禁じるにすぎず、「本件検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のもの」である。

□判例 第3次家永教科書事件上告審 最判平9.8.29

【事案】

家永三郎氏が条件付合格処分を受け、また正誤訂正申請を受理されなかったことにより、精神的苦痛を被ったとして、国家賠償を求めた。

【判旨】

「憲法21条2項にいう検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきところ……、本件検定は、……一般図書としての発行を何ら妨げるものではなく、発表禁止目的や発表前の審査などの特質がないから、検閲には当たらない。「また、憲法21条1項にいう表現の自由といえども無制限に保障されるものではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあり、その制限が右のような限度のものとして容認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきところ、……教科書の検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものというべきである。したがって、本件検定は、憲法21条1項の規定に違反するものではない」として検定制度を合憲であるとしながら、4ヶ所の検定処分を違憲であると判示した。

5 出版物の「有害図書」指定と販売方法の制約

□判例 岐阜県青少年保護育成条例事件 最判平元.9.19, 百選 I No.50

【事案】

甲は、自動販売機により図書を販売することを業とする会社の代表取締役であるが、同社の業務に関し、5回にわたり、同社が岐阜県内に設置した自動販売機に知事の包括指定を受けた「有害図書」を収納したとして、岐阜県青少年保護育成条例違反に問われ、1、2審とも有罪の判決を受けたため、本条例による「有害図書」指定は憲法21条に違反するとして上告した。

※ 岐阜県青少年保護育成条例は、当時図書の内容が「著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがある」と認めるとき、知事は当該図書を「有害図書」として指定（＝個別指定）するものとする（6条1項）。その際、知事は、緊急を要する場合（＝緊急指定）を除き、県青少年保護審議会の意見を聴かなければならない（9条）が、「有害図書」のうち、「特に卑わいな姿態若しくは性行為を被写体とした写真又はこれらの写真を掲載する紙面が編集紙面の過半を占める」と認められる刊行物については、個別指定に代えて、当該写真の内容をあらかじめ規則で定めるところにより指定（＝包括指定）することができる（6条2項）。そして業者には、こうした有害図書を青少年に販売・配布・貸しつけることおよび自動販売機（「自販機」）に収納することを禁じ（6条の2、6条の6）、各違反行為は3万円以下の罰金または料料に処せられる（21条）と定めていた。

【判旨】

有害図書が「青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっ

ている」としたうえで、「自動販売機による有害図書の販売は、売手と対面しないため心理的に購入が容易であること、昼夜を問わず購入ができること、収納された有害図書が街頭にさらされているため購入意欲を刺激し易いことなどの点において、書店等における販売よりもその弊害が一段と大きいといわざるをえない。しかも、自動販売機業者において、……有害図書としての指定がされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するためには、本条例6条2項による指定方式も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法21条1項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法21条1項に違反するものではない。」と判示した。

※ 伊藤正己裁判官の補足意見は、諸規制は「検閲」ではないとしても「事前抑制的な性格をもっている」ことを認めつつ、「しかし、それが受け手の知る自由を全面的に閉ざすものではなく、指定をうけた有害図書であっても販売の方法は残されていること、……指定の判断基準が明確にされていること、規制の目的が青少年の保護にあることを考慮にいれるならば、……なお合憲のための要件をみている」としている。

□判例 福島県青少年健全育成条例事件 最判平21.3.9, 重判平21憲法No.5

監視機能を備えた販売機であっても、「その監視及び販売の態勢等からすれば、監視のための機器の操作者において外部の目にさらされていないために18歳未満の者に販売しないという動機付けが働きにくいといった問題があるなど、青少年に有害図書類が販売されないことが担保されているとはいえない」としている。

※ 本件販売機は遠隔監視されており、小屋内のセンサーが客を感知すると監視カメラが作動し、客の画像が、監視センターのモニターに送信され、そのセンターの監視員がモニター上で18歳以上と判断すれば販売機の電源を入れ販売可能な状態に置き、年齢に疑問があれば運転免許証などの身分証明書を呈示するよう求める音声を出し、年齢確認のうえで販売可能な状態に置くこととされていた。しかし、監視センターのモニター画面では、必ずしも客の容ぼう等を正確に判定できるとはいえない状態にあった上、客が立て込んだ時などには18歳未満かどうか判定が困難な場合でも購入可能のように操作することがあった。