

# 近代法学的思考を探る

—現代社会を支える一つのプロとしての法学者—

2007/11/17

プレゼン担当：大江 弘之

## ■具体例から入ってみよう

以下の事例について、現実の日本社会においてどう解決されるか考えてみよう。

### 【事例】

Aは甲土地を所有している。登記上も甲土地はA名義になっている。甲土地は目下再開発中の地域の土地で、その地域周辺の地価はバブル経済も驚くほどの上昇を見せていた。そのような時勢の中で、Aが30年来お世話になっている恩師Bからこの土地を老後の暮らしに使いたいから1000万円で売ってくれという申し出がAにあった。Aは喜んでその申し出を受諾、Bと甲土地についての売買契約（契約1という）を結んだ。そしてBから代金を受け取り所有権を移転し、登記所に登記をB名義に変更しにいかうとしたまさにその時、再開発を進めるC会社からAへ連絡があり、2000万円で買うから登記移転も含めて早急に甲土地を売ってくれとCは言った。そこでAは恩師への想いを忘れ、即日Cと甲土地についての売買契約（契約2という）を結び、所有権移転と登記変更を行ってしまった。C会社はあくまで契約1の存在を知らなかったとする。さて、最終的な所有権は誰に渡るのだろうか。また契約1はどうなるのか。

## ■法体系を学ぶ—法学的思考方法—

### ・私法と公法

法律は色んなわけ方があるが（一般法と特別法等）、私法と公法という分け方をここでは考えてみたい。私法と公法を近代法学的に整理すると以下のようなになる。なお、私人とは法人も含む概念であることに注意しよう。

私法…私人と私人との関係を規定するもの。

公法…国と私人の関係を規定するもの。

### ・法律の起源について

私法と公法の詳しい話に入る前に念のため先に述べておく。法律の起源は私には分からない。何故なら法というものは成文化する前から存在し、それは我々には計り知れないからである。皆さんの世界史知識を辿れば、わずかにハンムラビ法典といったものが存在するが、それは考古学の業績であり、法学的には理論付け出来ないものといえる。ここで扱う法は今、日本の法に強く影響を与えているヨーロッパの法である。

### ・ヨーロッパの法について

ヨーロッパの法の起源はローマ法だとされている。ローマがまだ共和政だった時代、ローマは多神教であり、法は神の宣託とみなされその運用は神官によって独占的になされた。それが十二表法という形で成文化され、最終的にユスニティニアヌス帝の指示によって編纂される市民法大全に至るのである。それが英米法にしる、フランス法にしる影響を与えているといえるだろう。

ここで注意しなければいけないのはローマ共和制時代から現代に至るまで公法的な状況が歴史の歩みの中で大きく変わっているという点である。それは転じていえば、権力の存在が変わったということである。教会や領主といった権力主体は衰退し、帝国主義的もしくは国民国家としての国家というものに権力は集中していく。私法的な状況はともかくとして、公法的な状況は大きく変わっているのである。

### ・私法の原則と公法の原則

私法の原則は近代では「私的自治の原則」「信義則の原則」といったものがある。ローマ法がヨーロッパ法、それを輸入した日本民法に大きな影響を与えている。私法の根本な役割は現実起っている私人同士の間の規定なのであるから、そう考えれば私法の原則は現実の解決を模索するという点で分かりやすいし、ローマ法という影響を受けているが故に普遍的性

質をもっているといえるだろう。ただ現実の紛争が余りにも多いために私法の規定は著しく複雑になっている。この点は法学を学ぶものとしては社会を恨めしく思う所の一つである。ちなみに日本の民法は1総則 2債権 3物権 4親族 5相続という構成になっている。もっともこれはあくまで近代日本社会における近代的な解釈であって、中世法学においては神学と不可分な部分もあり一概に原理原則が分かりやすいと捉えることは解釈を必要以上に硬直化させるおそれもあるだろう。その点は一概には言えない。ただ、現実これを意識することはあまりなさそうだ。

では公法の原則は何であろうか。それは日本でいえば、日本国憲法の精神であろう。それはすなわち国家という体制を支えている理念ということになる。この前提とされている理念は何なのかをこの後明らかにしていこう。

## ■法的思考とは何か

前節では法体系について学んだ。ここでは法的に思考するということがどういうことなのかを考えてみよう。

現実には様々な人が様々な行為を行っている、社会におきていることはこう表現しうるだろう。これを法律という紙に通すとどうなるか。人の分類がまず法的になされる。例えば公務員や私人、制限行為能力者（未成年者や成人被後見人）といったものである。次に行為が法的に評価される。我々が行っていることが全てが法律行為となり、我々が行為をしようとする意思のことを行為意志、それに至らせるものを動機と呼んだりする。

すなわち法的に思考するということが、現実起きた出来事を法律（成文であれば法典、不文であれば慣習）にあてはめるということに他ならないのだ。それはまさしく数学的な（論理的な）思考だが、それとは一つ違う所がある。

法律は万人が同じ解釈をするわけではないということだ。それは会話でも読書でも同じことだろう。そこで法律の解釈が必要になる。それが学説なのだ。学説については、理論を追求する学者と実用性・慣習を重視する実務家の対立、さらにはそれぞれの専門分野の法領域での解釈の対立等様々ある。そしてその当時の法律では解決しきれないことが当然出てくる。その時に現実にあわせて、法律を変えるのか。法律が矛盾しないように法律を解釈し、また現実を変えていこうとするのか。それは法律というものをどう捉えるかによる。聖典のように取り扱うならば後者のような方針になるだろう。

ともかくも法律によらずして法的思考は出来ないということだ。そしてそれこそが司法の姿であるといえる。

それは他の分野からすれば、余りにも融通の利かない、技巧的過ぎる分野だと思ふかもしれないが、それこそがプロとしての法学者であるといえるだろう。法学者からすれば技巧的過ぎる分野を扱うことは法学者たる必要十分条件なのだ。

## ■「自由」をテーマに法的理念を解き明かす

ではいよいよ法律家達が何を法的思考をするにあたって前提にしているのかを明らかにしていきたい。ここでは法的思考の練習としてよく使われる判例をもとに憲法における諸問題について考えていこう。国家体制についての規定はここでは取り扱わない。これにも法的理念があると言えるが、国家体制論として取り扱う方がいいだろうし、これまでやっているとしても1回の発表で終わらないので、今回は「自由」をテーマに考えていく。また、9条については自衛権と関連して二宮の発表でも触れた部分である。9条については実践的な視点として二宮の発表で触れた事柄が必要である為、9条について説明しきるには二宮と共同発表するしかない。であるからここで法的に9条がどう評価されているか参考文献を引用するだけに留めておく。

現実政治的経緯をこえて、日本国憲法の平和主義条項からは、「軍国日本」に対する徹底した反省と、くわえて、人類史によってのあるべきすがたの先どりという、客観的に意味を読みとるべきである。（樋口陽一「憲法」134頁）

## ▼訴訟法上の言葉について

民事訴訟と刑事訴訟では控訴と上告の理由含め、システムが異なる部分があるのでここで紹介した言葉も民事訴訟と刑事訴訟では意味合いが異なる。もっとも今回の発表ではその点までは気にする必要は無いであろう。

判決…（原則）口頭弁論を経て判断を下すこと

決定…（必ずしも）口頭弁論を経ずに判断を下すこと

控訴…地裁もしくは簡易裁判所が行った第1審判決を不服として高裁へ上訴すること

上告…高裁が行った第1審判決もしくは控訴審判決を不服として最高裁へ上訴すること

抗告…裁判所が行った決定および命令について不服を申し立てること。抗告ができない場合は最高裁へ訴え出ることができこれを特別抗告という。勾留や保釈、押収など、裁判官の裁判に不服がある者は、簡易裁判所の裁判官がした裁判に対しては管轄地方裁判所に、その他の裁判官がした裁判に対してはその裁判官所属の裁判所に、その裁判の取消又は変更を請求す

る不服申立てや検察官や司法警察職員の押収に対する処分に対する不服申立てを準抗告という。

また、最高裁は通常事実認定は行わず、憲法・法律解釈のみをするとされている。

#### ▼学説と判決の関係について

判決は学説に沿って判断しているのではない。法学を学んだ以上学説に対する意識がゼロであるとは到底いえないが、あくまで判決は憲法や先にある判例を踏まえながら、各々の良心に従って判断しているのである。むしろ、そうした判決に学説が体系化を試みているのであって、しばしば実務家あがりの教授などが学説の考え方に対して苦言を呈している。であるからここで紹介した「～論」といわれるものもあくまで学説上の解釈に過ぎないということを予め断っておく。これもまた法律家の事情なのである。

それではここでは精神的自由権としての表現の自由、信教の自由及び政教分離を主に取り扱っていこう。

#### <判例1：税関検査～表現の自由と検閲～>

昭和59年12月12日最高裁大法廷判決 民集38巻12号1308頁

##### 【事実の概要】

原告Xは、外国の商社に8ミリ映画フィルム、書籍等を注文し、郵便でこれを輸入しようとした所、被告函館税関札幌税関支署長Y1から、これらの物件がいわゆる「猥褻物」であるとして関税定率法の輸入禁制品（公安または風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品）に該当する旨の通告を受けたため、被告函館税関長Y2に対して異議を申し出た。

##### 【訴訟経過】

第1審（札幌地裁 昭和55年3月25日判決）

上通知等は憲法21条2項の禁止する検閲に当たるとした上、本件は検閲が許されるような社会公共の福祉にとって明白かつ差し迫った危険がある場合がないので、本件通知は違法・違憲であるとしてこれを取り消した。

控訴審（札幌高裁 昭和57年7月19日判決）

税関検査は憲法の禁止する検閲に当たらないとして、一審判決を取り消し、請求を棄却。

##### <上告趣意>

上告審においては、上告趣意が主な論点となるのでメインの部分を紹介しておく。ちなみに上告したのは原告Xである。

①貨物に関する税関検査による輸入規制は、憲法の絶対的に禁止する検閲に当たる、又は国民の知る自由を事前に規制するものであるから、憲法21条2項前段又は1項の規定に違反する。

②関税定率法にいう、「公安又は風俗を害すべき」との文言は著しく不明確であり、このような基準による輸入規制は憲法21条1項、29条及び31条の規定に違反する。

この発表において、大事なのは①である。とはいえ、判例に触れるということで②も一通り判決要旨を紹介する。

##### 上告審（最高裁大法廷 昭和59年12月12日判決）

以下のように判示、上告を棄却した。以下の判示は適宜読みやすいように可変・要約してある。

①に関して。まずは検閲の定義から入る。

「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、不適当と認めるものの発表の禁止をすることを、その特質として備えるものを指すと解すべきである。」

次に上の定義を本件にあてはめる。

「税関検査が表現の事前規制たる側面を有することは否定できない。しかし、事前に発表することそのものを一切禁止するというものではないし、発表の機会が全面的に奪われてしまうというものでもない。であるから事前規制そのものであるということとはできない。加えて税関検査は行政権によって行われているとはいえ、主体となる税関は、関税の確定及び徴収を本来の職務内容とする機関であって、特に思想内容を対象としてこれを規制することを独自の使命とするものではなく、また、思想内容等の表現物につき税関長の通知がされたときは司法審査の機会が与えられているのであって、行政権の判断が

最終的なものとされるわけではない。表現の自由は憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであるが、さりとて絶対無制限なものではなく、公共の福祉による制限の下にあることは、いうまでもない。性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持することは公共の福祉の内容をなすものであり、このことを処罰の対象とすることが表現の自由に関する憲法21条の規定に違反するわけではない。」

②に関して。まずは不明瞭が許される（＝その条文を合憲的に限定解釈できる）ことについてその定義を述べる。

「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならない。そしてその明確性というのは一般国民の理解において、ある表現物が規制の対象となるかどうか判断できることを意味する。」

これを本件にあてはめる。

「一般法としての刑法の規定を背景とした「風俗」という用語の趣旨や表現物の規制に関する法規の変遷を鑑み、「風俗を害すべき書籍、図画」等を猥褻な書籍、図画等に限定して解釈することは十分な合理性を有するものといえることができる。」

（戦前においては風俗を害するものというのは猥褻物以外を指す余地があったが、戦後には刑法175条を除いて規制する法が消えてしまい、実質的に猥褻物の規定しか残っていないということ）

#### 【ポイント】

・表現の自由が重要視されるのは何故か。二重の基準論を基に考える。

##### ○二重の基準論

精神的自由権と経済的自由権について同じ自由権でありながら、権利の制限という面で違う扱いをするということである。

表現の自由や思想・良心の自由といった精神的自由権は、余程のことが無い限り（著しく公共の福祉を害することや社会に対して明白かつ現在の危険を及ぼす）は制限してはいけないとされている。一方、経済的自由権は公共の福祉に照らして制限されるものとされている（すなわち公共の福祉と経済的自由権の比較衡量がなされるということである）

何故、このように二つの自由権の扱いが異なるのか。これは法学上の論点の一つといえます。憲法の精神を踏まえて是非を論じてみよう。

・憲法21条1項と2項の違い。

・合憲的限定解釈について。

不明確又は過度に広汎な記述のある法律において、合理的に限定して解釈することであり、結果として違憲の疑いを除去することができるものである。ここでいえば、風俗を害するを猥褻物と限定解釈したのである。

#### <判例2：靖国参拝違憲確認等請求事件～政教分離と信教の自由～>

平成18年6月23日 最高裁第2小法廷判決 判例時報1940号122頁

いわゆる第1次大阪訴訟の上告審

#### 【事案の概要】

2001年8月13日に当時の内閣総理大臣小泉純一郎が靖国神社に参拝した（以下本件参拝という）。このことについて上告人ら（関西在住の日本人および韓国の戦没者遺族ら計278人）は、本件参拝が憲法20条3項に反し、本件参拝によって上告人らの「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受け入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するか、しないかに関して自ら決定し、行う権利ないし利益」が害されたと主張。そこで国賠法第1条1項に基づき、小泉氏及び靖国神社に対して不法行為による損害賠償請求を行った。

#### 【訴訟経過】

第1審 大阪地裁判決 平成16年2月27日

本件参拝の性格を「公的」と認めつつも、憲法判断をせずに請求を棄却。

控訴審 大阪高裁判決 平成17年7月29日

参拝の性格に言及せず、憲法判断もせずに請求を棄却

#### 上告審

人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活に対して圧迫、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出来ないし、解するのが相当である。これは行為者が内閣総理大臣であろうと私人であろうと変わりはない。利益が存在しないのだから、よって請求は理由がなく棄却すべきである。

#### 【ポイント】

・政教分離（憲法20条3項）が一体どういう文脈で語られているのか

これに関しても憲法学者の文言を引用しておこう

日本国憲法の政教分離は、憲法制定のいきさつからして、何より、国家神道と政治の分離の問題であった。…国家神道が国教的な地位に置かれていた。…一般国民にも神社参拝が強制された。そうしたやり方を通して神権天皇制への崇拜と、1930-40年代には極端な国家主義的排外主義（「神国日本」「神州不滅」）がおしひろめられた。憲法論としては、神社への信仰は「臣民タルノ義務」だとし、「神社は宗教にあらず」と説かれた。（樋口陽一「憲法」214頁）

ここからも分かるように少なくとも日本の法律学者の観点では、「西欧において近代の最大の課題は権力と宗教の繋がりを絶つことが課題であった。現代で政教分離について問題になるのは西欧においては宗教的マイノリティの問題、日本においては神道と国家の関係の問題である」ということになる。ここでは権力と宗教が関係を持つことが無批判に否定される。

・裁判所で争うことに内在するごちなさ→判決自体の分かりづらさ、ごちなさ

・（参考）目的効果基準について

政教分離に違反するかどうか判断するに当たって、津地鎮祭事件の判決文において示された一定の基準のことである。それを以下引用し紹介する。

憲法20条3項にいう「宗教的活動」とは「およそ国およ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、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と解すべきである」

なお基準であるので、その判断については具体的事例にあてはめて考えるべきだとするか、もしくはこの基準自体を否定するかということになる。

#### ■法的思考や理念に対して

法学者から学部生に要求することは「リーガルマインド」を身につけるということだろう。それはすなわち法的に思考することに他ならない。それは法的な理論や理念を理解した上で現実を解釈するということだ。その理論や理念については限られた範囲ではあったが、ここで紹介した。法学者の主張はなるほどもっともなことである。法律家となるならば、法的に解釈することがわかっていなければ使い物になるはずがない。これは法律家というプロになるための階段だといえよう。それを理解することはまずもって大事なとは言ってもない。

しかしながら、「リーガルマインド」という精神が全世界の事情を通観するのにも用いられるかという点を決してそうではない。全世界の事情を通観するには政治、経済、哲学、文学、宗教といったあらゆる人間事象に関するものについて理解を深め、相応の見識を持たねばならない。プロのまずいところはプロであることに甘んじ、プロである自分がある世界を無批判に肯定することによって、ついついその世界での見識をもって他の世界を見てしまうところであり、法学者も例外ではない。法的思考とはあくまで法的な状況における考えなのである。特に日本人は私を含め、世界史と宗教に弱い。根本的に歴史的展開に沿って理解できないということは、西欧文化だけでなく本当は近代西欧法学も語ることは出来ないということだ。もし、そういう状況下で西欧法学について語っているとすれば、それは輸入したものを適当に使っているということになってしまい、その本旨にはそぐわない。それは法学で必ず出てくるJ.S. ミルの「自由論」であっても然りだ。

では具体的にどういうところがまずいのか。それはここまで発表を聞いてくださったなら分かるように発表を進めていくことにしよう。ただ少なくともいえるのは前回の発表では革命の激流における個人の「生」、そして啓蒙的なアカデミックな革命と現実の革命の対比をしたわけだが、今回は一にも二にも制度に重きを置いた視点をメインに語っており、そこには何らの宗教性はなく、もとより宗教共々中世的世界は否定されるべきものとして描かれているということだ。

## ■法的思考に挑戦してみよう！

それぞれの事例において、どのように法的解釈を成すべきか考えてみよう。さあ、上告審判決を出してみよう。もしくは法的にではなく、別の解決方法を思いつけば、それを語ってもらっても構わない。これは上告審判決と同じ考えを持てば正解というわけではない。法学も論理学なのだから。

### <法的解釈演習①表現の自由の一態様としての取材の自由>

#### TBS ビデオテープ差し押さえ処分事件

平成2年7月9日 最高裁第2小法廷決定 刑集44巻5号421頁

#### 【事実の概要】

平成2年3月20日、TBSは「ギミア・ぶれいく」という番組内で「潜入ヤクザ 24時—巨大組織の舞台裏」というタイトルで暴力団に密着したドキュメンタリーを放送したが、債権取り立てシーンがあり、暴力団組長Mが事務所において被害者を脅迫するなどして債権回収を迫る場面が写されていた。警察はこの放映を端緒として捜査を開始し、同年5月にMらを暴力行為等処罰に関する法律違反および傷害の罪で逮捕するにいたる。さらに同月16日には東京簡裁裁判官の発した差し押さえ許可状に基づき、TBS本社内においてビデオテープ（マザーテープ）を差し押さえた。この押収処分の取り消しを求めてTBSが東京地裁に準抗告を申し立てた。原審では押収されたビデオテープに対する押収を合憲、適当と判断した。そこでTBSが特別抗告を申し立てた。

#### <特別抗告の趣旨>

- 1 本件差し押さえは憲法21条に違反する。
- 2 本件を差し押さえを適法とした原決定は日本テレビ事件決定と相反する。

#### <判例紹介>

上告審は以下の二つの判例を引用するので紹介しておく。

博多駅事件決定（昭和44年11月26日最高裁大法廷決定 刑集23巻11号1490頁）

公正な刑事裁判を実現するために不可欠である適正迅速な捜査の遂行という要請がある場合にも、取材の自由がある程度の制約を受ける場合がある。

日本テレビ事件決定（平成元年1月30日最高裁第2小法廷決定 刑集43巻1号19頁）

取材の自由と公正な裁判の実現の要請の比較衡量をすべきである。

→これらを踏まえて便宜上図式化するとこうなる

#### ○比較衡量の要素

##### (1) 公正な刑事裁判を実現するための必要性

- ①犯罪の性質・態様・軽重
- ②取材したものの証拠としての価値

##### (2) 取材の自由・報道の自由への不利益

- ①取材の自由が妨げられる程度
- ②報道の自由に及ぼす影響の度合い

##### (3) 諸般の事情

#### 【ポイント】

・上告趣意でも最高裁決定でも取り上げられていた2つの判決の判断枠組みを考慮する

→これに従えというわけではない。従うべきではないと思えば、判例変更をすればよいのである。

・番組自体はすでに放映されている。

・ビデオテープの押収は報道の表現内容そのものの規制ではなく、あくまで証拠として扱うのであり、そこで予想される不利益は将来の取材活動に影響する（「押収されるぐらいなら取材なんてさせないよ」ということ）ことである。

・誰が暴行したかビデオテープでなければわからない。

## <法的解釈演習②信教の自由>

### 剣道実技履修拒否事件

平成8年3月8日最高裁第2小法廷判決 民集50巻3号469頁

#### 【事実の概要】

神戸高専の学生Xが、宗教上の信条（エホバの証人）に基づいて必修科目である保健体育科目の授業のうち剣道実技への参加をしなかったため、評点不足により同科目の修得認定が受けられず留年、次年度も同様になり、校長Yから連続2年度にわたって進級させないこととする決定及び退学処分をうけたため、これらの処分の取り消しを求めた事案である。

Xは剣道実技に参加しなかった間は見学してレポートを作成していた。校長Yと体育担当教員は代替措置は採らないとの態度を堅持しつつ、剣道実技への不参加者に対する特別救済補講を行うこととし、その旨を学生Xに伝えたが、これにXは参加しなかった。その為他の成績は優秀で授業態度も真摯なものであったが、体育の成績を認定とせず、留年させた。退学処分は学校の内規に従ってなされた。

#### 【訴訟経過】

Xは信教上の信条から剣道実技に参加しない者にその履修を強制し、それを履修しなかった者に代替措置も採らずに欠課扱いとして体育の単位を認定せず、本件各処分までするのは、信教の自由や教育を受ける権利を侵害するものであり、教育基本法3条、9条1項、憲法14条等に違反するとして本件各処分の取り消しを求め訴訟を起こした。

第1審 平成5年2月22日 神戸地裁判決

Yの措置がXらの信教の自由に与えた制約の程度はそれほど高いわけではなく、剣道実技に参加していないのにもかかわらず、信教の自由を理由として、参加したのと同様の評価をするなどすれば、公教育の宗教的中立性を損ない、政教分離原則に抵触することにもなりかねず、代替措置を採らなかったことが違法ということとはできない。よって本件各処分に裁量権の逸脱濫用はない。

控訴審（原判決）平成6年12月22日 神戸高裁判決

神戸高専の学生にとって剣道実技の習得が何ものにも代え難い必要不可欠なものまでいうことはできない。教育的配慮として剣道実技に代わる代替措置を採ることやそのために拒否理由を判断するための調査をすることが、政教分離原則や公教育の宗教的中立性に反するとはいえず、代替措置を採ることに法的にも、実際上も障害があったとはいえないから、本件各処分は裁量権を逸脱したものとして違法であると判断した。

なお、第1審も控訴審も剣道を採用したこと自体に裁量権の逸脱・濫用があったとはいえない、信教の自由が社会的法益と衝突する場合、両者は比較衡量され、場合によっては信仰の自由にも一定の制約を免れないという点は共通した見解である。

#### <上告趣意>

この場合は校長Yからの上告である。

- ①代替措置義務があったとした原審の判断には憲法・法律・判例解釈違反がある。
- ②代替措置を採るのに法的障害がなかったとの判断には、公教育の宗教的中立性について憲法・法律解釈違反がある。
- ③実際の障害がなかったという判断にも誤りがある。
- ④裁量権の逸脱とした判断は判例違反がある。

#### 【ポイント】

- ・拒否した科目は剣道のみである。
- ・信教の自由と政教分離の関係
- ・学校側の裁量権の評価

愛媛玉串料事件

平成9年4月2日 最高裁大法廷判決 民集51巻4号1673頁

【事実の概要】

愛媛県が、昭和56年から61年にかけて、宗教法人靖国神社の挙行した恒例の宗教の祭祀である春秋の例大祭に祭祀玉串料として9回に渡り各5000円を、夏のみたま祭に際し献灯料として4回に渡り各7000円又は8000円（全部あわせて7万6000円）を奉納し、宗教法人愛媛県護国神社の挙行した恒例の宗教上の祭祀である春秋の慰霊大祭に際し供物料として9回に渡り各1万円（合計9万円）を奉納した。いずれも県の公金から支出した。そこで同県の住民であるXらが、憲法20条3項、89条等に違反する違法な財務会計上の行為に当たる主張して、当時知事の職にあったY1及び知事の委任、専決権限に基づき右支出を行ったY2らに対し、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、県に代位して、それぞれ当該支出相当額の損害賠償を求めた。

【訴訟経過】

第1審 平成元年3月17日松山地裁判決（判例時報1305号26頁）

目的効果基準に基づいて考えることを示した上で以下のように判示した。

本件支出は、その目的が宗教的意義を持つことを否定することが出来ないばかりでなく、その効果が靖国神社等の宗教活動を援助、助長、促進することになるものであって、県と靖国神社等の結びつきは、わが国文化的・社会的諸条件に照らして考えるとき、相当とされる限度を超えており、憲法20条3項に違反する。また、損害賠償請求についてはY1は未必的に本件支出が違法であることについての認識があったと認められるが、Y2はY1の強固で明確な意思と異なる判断に基づく行為に出ることは期待できなかつたと認められるので、Y1について損害賠償請求は肯定し、Y2については否定した。

控訴審 平成4年5月12日高松高裁判決（判例時報1419号38頁）

第1審同様、目的効果基準に基づいて考えることを示した上で以下のように判示した。

本件支出は宗教的意義を持つが、一般人にとって神社に参拝する際に玉串料等を支出することは過大でない限り社会的儀礼として受容されるという宗教的評価がされており、知事は遺族援護行政の一環として本件支出をしたものであって、それ以外の意図、目的や深い宗教心に基づいてこれをしたものではないし、支出の程度は少額で社会的な儀礼の程度にとどまっており、その行為が一般人に与える効果、影響は、靖国神社等の第2次対戦中の法的地位の復活や神道の援助、助長についての特別の関心、気風を呼び起こしたりするものではないから、本件支出は神道に対する援助、助長、促進又は他の宗教に対する圧迫、干渉等になるようなものではなく、憲法20条3項及び89条には違反しない。

<上告趣旨とYらの答弁の要旨を交えて一ポイントも兼ねて一>

上告審においては玉串料等の支出が宗教的意義が希薄化しているかどうかという点が大きな争点となっている。それは目的効果基準に立って考えているからだろう。

住民側からは希薄化していないとした上で以下のような主張。多数者が受け入れるような宗教活動であれば、それが世俗化していなくても国家が関与することを認めるといえるのでは、政教分離原則を有名無実化する。さらに本件支出の事実上の影響力があったことは明らか。もしこれが合憲とされるならば、靖国神社等の祭神に対しては敬意を払うことが当然であるとの気風を呼び起こすことが必然である。

知事側からは希薄化しているとした上で以下のような主張。奉納は単純無因の贈与と化している。さい銭の奉納と同様、慣習化した社会的儀礼として、世俗的な行為と評価されている。本件支出は戦没者の慰霊及び遺族の慰謝のためにされたものであって、宗教的意図はない。靖国神社はわが国における戦没者慰霊の中心的施設であり、必ずしも戦没者を信仰の対象にしているのではないし、金額に照らしても憲法違反だとはいえない。



## ■参考条文

### ・日本国憲法

第二十条 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。

第二十一条 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。

第三十一条 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

第八十九条 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、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない。

### ・地方自治法

(住民訴訟)

第二百四十二条の二 普通地方公共団体の住民は、前条第一項の規定による請求をした場合において、同条第四項の規定による監査委員の監査の結果若しくは勧告若しくは同条第九項の規定による普通地方公共団体の議会、長その他の執行機関若しくは職員の措置に不服があるとき、又は監査委員が同条第四項の規定による監査若しくは勧告を同条第五項の期間内に行わないとき、若しくは議会、長その他の執行機関若しくは職員が同条第九項の規定による措置を講じないときは、裁判所に対し、同条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて次に掲げる請求をすることができる。

一 当該執行機関又は職員に対する当該行為の全部又は一部の差止めの請求

二 行政処分たる当該行為の取消し又は無効確認の請求

三 当該執行機関又は職員に対する当該怠る事実の違法確認の請求

四 当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求。ただし、当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方が第二百四十三条の二第三項の規定による賠償の命令の対象となる者である場合にあつては、当該賠償の命令をすることを求める請求

## ■参考文献

樋口陽一 「憲法」改訂版第2版 創文社 2001年4月

芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男 「憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ(第4版)」 有斐閣 2000年9月

田口守一 「刑事訴訟法」第4版補正版 弘文堂 平成18年4月

新村正人 「判解」最高裁判所判例解説民事篇 昭和59年度

井上禎男 「判批」法学セミナー621号107頁

林知更 「判批」判例セレクト2006

山田利夫 「判解」最高裁判所判例解説刑事篇 平成2年度

川神裕 「判解」最高裁判所判例解説民事篇 平成8年度

大橋寛明 「判解」最高裁判所判例解説集民事篇 平成9年度

LEX/DB 判例検索サイト

電子政府の総合窓口 <http://www.e-gov.go.jp/>