

# 秋合宿判例ゼミ用資料

(2009年度)

2～7コマ目では、エホバの証人輸血拒否事件・北方ジャーナル事件・非嫡出子相続分事件を題材に、判例ゼミを行います。

参加者は、事前に本資料を通読しておいてください。

時間がない場合でも、最低限、最高裁(上告審)判決は、全文を通読してください。

余裕のある場合は、下記の参考書の該当部分とそれらに掲載された参考文献を参照してください。

- ・ 小山剛・川崎政司編『判例から学ぶ憲法・行政法』(法学書院、2007年)
- ・ LS憲法研究会編『プロセス演習憲法』(信山社、第3版、2007年)
- ・ 高橋和之ほか編『憲法判例百選』(有斐閣、第5版、2007年)

## エホバの証人輸血拒否事件 (最判平成 12 年 2 月 29 日 民集 54 卷 2 号 582 頁)

### 1、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利 (幸福追求権：13 条)

日本国憲法は、14 条以下において詳細な人権規定を置いているが、これらは歴史的に国家権力によって侵害されることの多かった重要な権利・自由を列挙したもので、すべての人権を網羅的に掲げたものではない (人権の固有性)。

社会の変革に伴い、「人格的生存に不可欠な権利」として認識されるようになった法的利益は、「新しい人権」として、憲法上の保障を受けるものと解され、その際、根拠規定となるのが 13 条の幸福追求権である。

#### (1) 法的性格

	権利性否定説	権利性肯定説
根拠	幸福追求権は内容が漠然としている。 憲法自体に詳細な基本権規定が置かれている。 国政の一般原理の宣言と個別的・具体的権利の保障は両立しない。	内容が包括的であることは、内容の漠然性と必ずしも結びつかない。 個人の尊厳原理実現に不可欠な権利・自由を個別的に定めることは不可能である。 同一規定中にも客観的規範と主観的規範は両立しうる。
帰結	権利性を否定すると、13 条はプログラム規定的性格を有することになり、実定的規定は 14 条以下になる。	憲法の保障する権利・自由は 14 条以下の各条項に列挙されたものに限定されない。

#### \*京都府学連事件 (最大判昭和 44 年 12 月 24 日)

昭和 37 年、学生 A は、京都府学連主催の大学管理制度改悪反対等を標榜するデモ行進に参加し、集団先頭列外に立って行進していた。A は、デモ行進の許可条件を詳しく知らないままデモ隊を誘導し、機動隊ともみ合いになり、隊列をくずしたまま行進した。これが許可条件に反すると判断した警察官は、違法な行進状況及び違反者の確認のため、歩道上からデモ隊の先頭部分を撮影した。A はこれに抗議し、警察官に全治 1 週間の傷害を与えたため、傷害及び公務執行妨害罪で起訴された。1、2 審とも有罪判決を受けたので、A は本件写真撮影が憲法 13 条の保障するプライバシーの権利の一つである肖像権の侵害であるなどとして上告した。

最高裁は、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」とし、「これを肖像権と称するかどうか

は別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないと、肖像権の具体的権利性を認めたが、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行われるとき」に、警察官が写真撮影をし、犯人の身辺等の近くにいる第三者の容ぼう等を含むことになっても、憲法13条、35条に反しないと、Aの上告を棄却した。

(2) 幸福追求権の意味

個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体(人格的利益)をいうのであって、あらゆる生活領域に関する行為の自由(一般的行為の自由)ではない。

Q: 人格的利益説の立場によると、服装・髪型の選択、登山などのレクリエーション、バイクの運転などの行為は、憲法上の利益として保障されなくなるとする考え方について論評しなさい。

(3) 幸福追求権と他の基本権との関係

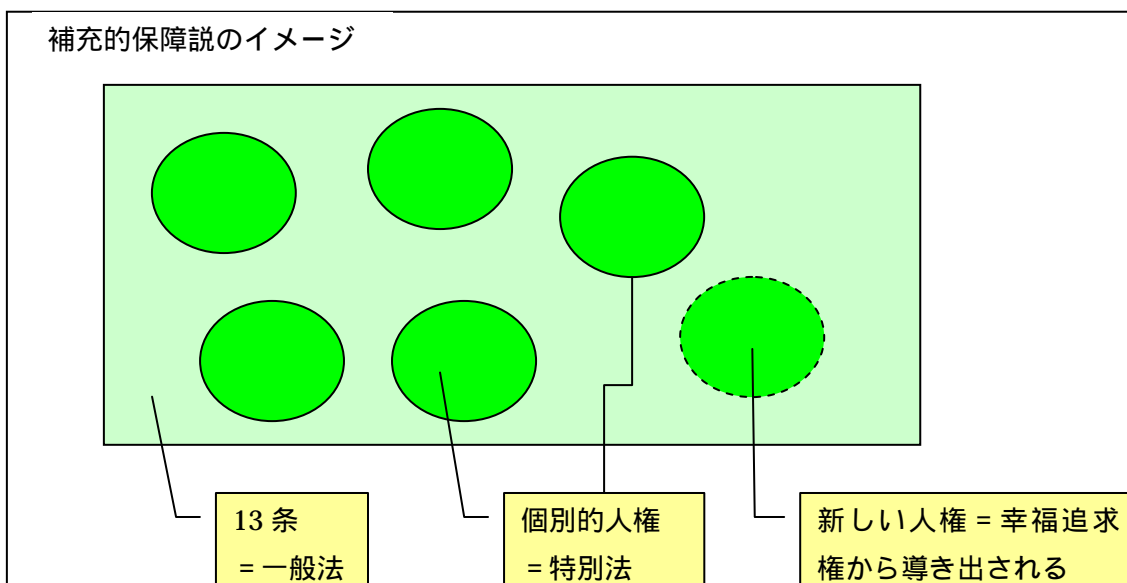
幸福追求権を、具体的内容を有する基本権であるとし、裁判規範という意味での実定法上の権利として理解する場合、14条以下の個別的基本権との関係が問題となる。

- a. 幸福追求権は、個別的基本権からまったく独立した一つの権利である。
- b. 幸福追求権は、個別的基本権を含む包括的性質をもった基本権である。
  - b-1. 保障競合説...13条の権利は、個別的基本権に対し競合関係に立つ。

幸福追求権は、個別的基本権に対し包括的かつ競合的關係に立つため、前者の法益が個別的保障を受けると同時に、後者にも包摂される。

b-2. 補充的保障説...13条の権利と個別的基本権の間には、一般法・特別法の関係が存在する。個別の人権が妥当しない場合に限り13条を適用する。

保障競合説では、個別的基本権の保障の意義が希薄になる。また、幸福追求権の包括的保障としての機能は、憲法上、その個別的保障を受けない法益のみに及ぶにすぎないため、個別の権利保障の意義が失われない。



## 2、新しい人権

幸福追求権は、人権保障全体の一般的理念を支持する包括的基本権規定であり、14条以下の個人人権の統一的な解釈規準となるとともに、「新しい人権」の根拠規定ともなる。

新しい人権とは、憲法上に明文上の保障規定はないが、社会の変革に伴い、個人の人格の生存に不可欠な権利として保障されるべきと考えられる法的利益である。

Ex. プライバシー権、環境権、日照権、静穏権、眺望権、<sup>いりはま</sup>入浜権、嫌煙権、健康権、情報権、アクセス権、平和的生存権など

ただし、判例上、認められたのは、プライバシー権の一種としての肖像権程度。

Q : 「人権のインフレ化」とは何か、説明しなさい。

## 3、プライバシーの権利

本来の意味は、私法上の「放っておいてもらう権利」であり、アメリカ判例上発展してきた権利である。「不当な公開から自由である人間の権利」として理解されたものが、自己についての情報をコントロールする権利として展開し、また、私法領域に限らず、公法領域においても妥当すると考えられるようになった。

### (1) プライバシーの定義

#### 情報プライバシー権

個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を開示する範囲を選択できる権利。

\*前科照会事件(最判昭和56年4月14日)

昭和46年、A自動車学校の弁護士Bは、Aに勤務する技術指導員Xについて、弁護士法23条の2第1項に基づき、Xの前科及び犯罪歴について、京都市N区役所に照会

した。N区役所は、道路交通法違反、業務上過失傷害等の前科歴がある旨の回答をし、AはXに前科を秘匿した経歴詐称を理由に予備的解雇を通告した。これに対しXは、京都市を相手どり、自己の名誉、信用、プライバシーが侵害されたこと、N区長が前科照会に回答したことには過失があったなどと主張し、損害賠償を請求した。第2審(大阪高判昭和51年12月21日)では、第1審(京都地判昭和50年9月25日)の判断を覆し、一部請求を認容したため、京都市が上告した。

最高裁は、「前科及び犯罪経歴は、人の名誉、信用にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有する」とし、市が漫然と弁護士会の照会に応じて報告することは、公権力の違法な行使にあたるとして、上告を棄却した。

内閣衆質一五一第三三号(平成13年4月6日)

衆議院議員佐々木秀典君提出弁護士法第二三条の二に基づく照会に関する質問に対する答弁書

一について

政府としては、弁護士法(昭和24年法律205号)23条の2に基づく照会があった場合に、地方公務員が地方公務員法(昭和25年法律第261号)34条又は地方税法(昭和25年法律226号)22条の規定にかかわらずこれらの条に規定する秘密に該当する事柄を報告することができるか否かについては、次のように考える。

1 弁護士法23条の2の規定に基づく照会制度は、弁護士が受任事件について、訴訟資料等の収集、事実の調査等、職務活動の円滑な遂行に資するべく設けられた規定であると考えられる。この制度は、弁護士の受任事件が訴訟事件となった場合には当事者の立場から裁判所の行う真実の発見と公正な判断に寄与するという結果をもたらすという点で公共的な側面を有すると考えられるが、同条でいう「受任している事件」は、委託を受けて、示談交渉、契約締結、法律相談、鑑定等を行う事件も含み、受任している訴訟事件に限られるものではない。

2 一方、地方公務員法は、34条において、住民の信託を受けて公務の遂行にあたる職員が職務上知り得た秘密を漏らすことは公務の遂行を職員に信託した住民の信頼を裏切ることになることから、公務員に秘密を守る義務を課すとともに、60条において、この守秘義務に違反した場合の罰則を定めている。

また、地方税に関する調査に関する事務に従事している者自身が私人の秘密を知ることが、地方税の賦課徴収に必要であり、やむを得ないところであるが、右の事務に従事している者がその事務に関して知り得た私人の秘密をその意に反して第三者に知らせることは、地方税の賦課徴収に必要な限度を超えるものであり、ひいては納税者の税務当局に対する信頼を失わせ、税務行政の適切な遂行を損なうおそれがあることから、地方税法22条はこのように秘密を漏らした場合においてはこれを罰することとしている。

3 弁護士法 23 条の 2 の規定に基づく弁護士会からの照会の対象事項が、地方公務員法 34 条又は地方税法 22 条に規定する秘密に該当する場合には、秘密に該当する事項を開示することが正当視されるような特段の事由が認められない限り、秘密を漏らした者は地方公務員法 60 条又は地方税法 22 条に規定する刑罰の対象となることから、照会に応じて当該事項を報告することは許されないものと解している。

なお、個別の事例において、秘密に該当する事項を開示することが正当視されるような特段の事由が認められるか否かを地方公共団体が判断するためには、弁護士会の照会の中で、照会に応じた報告を受けることによって得られる公共的な利益の内容がそれぞれの事例に即して具体的に明らかにされていることが必要であると考え。

また、最高裁判所は昭和 56 年 4 月 14 日の判決において、弁護士法 23 条の 2 に基づく弁護士会の前科等の照会について、「前科等の有無が訴訟等の重要な争点となつていて、(中略)照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合には、(中略)弁護士法 23 条の 2 に基づく照会に応じて報告することも許されないわけのものではないが、その取扱いには格別の慎重さが要求される」として、「市区町村長が漫然と弁護士会の照会に応じ、犯罪の種類、軽重を問わず、前科等のすべてを報告することは、公権力の違法な行使にあたる」と解するのが相当である。」と判示していることに留意する必要がある。

二について

総務省としては、弁護士法 23 条の 2 に基づく照会があった場合に、各地方公共団体において一について述べた趣旨を十分理解した上での対応がなされるよう、今後とも助言等を行ってまいりたい。

#### 人格的自律のプライバシー権

個人の私的事柄について自由に決定できる権利 自己決定権

\*エホバの証人輸血拒否事件(最判平成 12 年 2 月 29 日)

\*「バイク三ない原則」違反事件(最判平成 3 年 9 月 3 日)

私立 Y 高校では、校則にバイク「三ない原則」(免許を取らない、乗らない、買わない)を定めていた。同校生徒の X は、昭和 56 年 9 月に自動二輪車免許を取得し、親にバイクを購入してもらっていたが、同月、同校の友人 A に頼まれてバイクを貸与したところ、A から転貸した同校生徒 B が無免許運転の上、事故を起こし警察官を跳ね飛ばしてけがを負わせた。B が逮捕されたため、警察からの通報で Y の知るところとなり、X らは Y から自主退学勧告を受け、自主退学した。その後、X は、Y の措置が、バイクに乗る自由を保障した 13 条、バイクを購入する自由を保障した 29 条などに反し、違憲・違法な校則に基づく退学処分にあたることを主張して、Y を相手取り、損害賠償請求訴訟を提起した。第 1 審(千葉地判昭和 62 年 10 月 30 日)、第 2 審(東京高判平成元年 3 月 1 日)ともに、請求を棄却したので、X が上告した。

最高裁は、私人間効力についての判例(最大判昭和 48 年 12 月 12 日:三菱樹脂事件)

を示し、憲法の自由権的基本権の保障規定は、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものではないとした上で、「その趣旨に徴すれば、私立学校である被上告人設置に係る高等学校の本体校則及び上告人が本件校則に違反したことを理由の一つとしてされた本件自主退学勧告について、それが直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はないものというべきである」とし、また、校則の合理性について、「所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯するに足り、原審の確定した事実関係のもとにおいては、本件校則が社会通念上不合理であるとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができる」として、上告を棄却した。

\* パーマ禁止校則事件（最判平成 8 年 7 月 18 日）

静穏のプライバシー権

私生活をみだりに公開されない権利。

\* 『石に泳ぐ魚』事件（最判平成 14 年 9 月 24 日）

芥川賞作家 Y は、平成 6 年、雑誌『新潮』に小説「石に泳ぐ魚」を発表したが、これをめぐって、本件小説のモデルとされた女性 X が、プライバシー侵害、名誉毀損、名誉感情の侵害を理由として損害賠償と本件小説の出版差止めを求めた訴訟を提起した。第 1 審（東京地判平成 11 年 6 月 22 日）は損害賠償と出版差止を認め、第 2 審（東京高判平成 13 年 2 月 15 日）も控訴棄却をしたため、Y が上告した。

最高裁は、原審の判断が「いずれも憲法 21 条 1 項に違反するものでない」として上告を棄却した。

\* 『宴のあと』事件（東京地判昭和 39 年 9 月 28 日）

X は、昭和 34 年の東京都知事選挙に立候補したが落選した。Y は、X をモデルとして、『宴のあと』と題する小説を昭和 35 年に月刊誌『中央公論』に連載し、後に、出版社 Z を通じて同名の単行本を出版した。Z は、発売にあたり、本書がモデル小説である旨の広告を繰り返した。X は、Y 及び Z を相手どり、プライバシーの侵害を理由に謝罪広告と損害賠償を請求して訴えを提起した。

東京地裁は、プライバシー侵害の要件として、公開された内容が、私生活上の事実又は私生活上の事実らしく受け取られるおそれのある事柄であること、一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められる事柄であること、一般の人々にいまだ知られていない事柄であることが必要であるという三要件を示し、プライバシー権の侵害があったと判示した。なお、本件は、X が控訴審中に死亡し、X の遺族と被告との間に和解が成立した。

## (2) 他の個別的基本権との関係

プライバシー権の保障領域とされるもののうち、ある種のものは個別的基本権により保障されているため、補充的保障としての幸福追求権の性格から、それ以外の場合についてのみ 13 条によって根拠づけられるプライバシー権が妥当する。

- ・ 電話の盗聴による情報取得は通信の秘密(21条2項後段)の問題であるが、電話によらない会話の電子装置による盗聴は、13条が妥当する。
- ・ 住居侵入・捜索・押収に対する保障も、35条によってカバーされない公権力による情報収集活動については、13条が妥当する。

Q：性犯罪者の氏名・写真・居所をインターネット上に公表する制度についての問題点について論ぜよ。

#### 4、自己決定権

子供を持つかどうかなど家族のあり方を決める自由(断種、避妊、妊娠中絶など)、髪型、服装などライフスタイルを決める自由、医療拒否、尊厳死など生命の処分を決める自由など、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由は、情報プライバシー権とは別個の憲法上の具体的権利だと解される。ただし、わが国の判例は、自己決定権を正面から認めていない。

Q：憲法上、「死ぬ権利」は保障されているか。



《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 28030771

【文献種別】 判決 / 東京地方裁判所 (第一審)

【裁判年月日】 平成 9年 3月12日

【事件番号】 平成5年(ワ)第10624号

【事件名】 損害賠償請求事件

【著名事件名】 エホバの証人輸血損害賠償事件東京地裁判決

【審級関係】 控訴審 28030706

東京高等裁判所 平成9年(ネ)第1343号

平成10年 2月 9日 判決

上告審 28050437

最高裁判所第三小法廷 平成10年(オ)第1081号

平成12年 2月29日 判決

【事案の概要】 エホバの証人の信者である原告が、被告国の設置・運営する病院で手術を受けたところ、信仰上の理由から拒否していた輸血をされたとして、被告国及び被告医師らに対し、債務不履行及び不法行為に基づき損害賠償を求めた事案において、手術中いかなる事態になっても原告に輸血をしないとする特約は公序良俗に反し無効であるとした上、医師の救命義務・治療義務からすれば、被告医師らが手術中いかなる事態になっても輸血を受け入れないとの原告の意思を認識した上で、原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に手術を受けさせたことが違法であるとは解せられないし、相当でないともいうことはできないとして、原告の請求を棄却した事例。

【判示事項】〔訟務月報〕

1. 医師と患者間の手術中いかなる事態になっても輸血しないとの合意は公序良俗に反するか(積極)

2. 医師が、宗教上の信条から手術に際し輸血を受け入れないとの患者の意思を認識した上で、患者の意思に従うかのように振る舞って手術を受けさせ、輸血したことが違法ではないとされた事例

〔判例タイムズ(判例タイムズ社)〕

1. 医師が患者との間で、輸血以外に救命方法がない事態を生ずる可能性がある手術をする場合に、いかなる事態になっても輸血をしないとの特約を合意することはそれが宗教的信条に基づくものであったとしても、公序良俗に反して無効であるとされた事例

2. 手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血をするとまで明言しない対応が医師の救命義務に照らして直ちに違法性があるとはいえず、この場合の違法性は、患者と医師の関係、患者の信条、患者及びその家族の行動、患者の病状、手術の内容、医師の治療方針、医師の患者及びその家族に対する説明等の諸般の事情を総合考慮して判断する

べきものであるとして、判示の事情の下では違法性が否定された事例

3. 輸血を拒絶する意思を有する者に対して、医師が救命のためにやむを得ないと判断して実施した輸血行為が社会的に正当な行為として違法性が否定された事例

【要旨】〔訟務月報〕

医師と患者間の手術中いかなる事態になっても輸血しないとの合意は、公序良俗に反し、無効である。

【裁判結果】棄却

【上訴等】控訴

【裁判官】大島崇志 小久保孝雄 小池健治

【掲載文献】最高裁判所民事判例集54巻2号690頁

訟務月報44巻3号315頁

判例タイムズ964号82頁

【参照法令】民法90条

民法415条

民法709条

民法715条

民法720条

日本国憲法13条

刑法35条

【評釈等所在情報】〔日本評論社〕

山田卓生・法学教室202号

輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任

西野喜一・判例タイムズ955号

宗教的理由による輸血拒否と専断的輸血

【全文容量】約32Kバイト(A4印刷:約17枚)

《全文》

【文献番号】28030771

損害賠償請求事件

東京地裁平五(ワ)第一〇六二四号

平9・3・12民事第三四部判決

原告 甲野花子

右訴訟代理人弁護士 赤松岳

同 佐々木健

同 野口勇

被告 国

右代表者法務大臣 松浦功

被告 A 外五名

被告ら訴訟代理人弁護士 水沼宏

被告国指定代理人 植垣勝裕 外六名

主 文

- 一 原告の請求をいずれも棄却する。
- 二 訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由

第一 請求

一 被告らは、原告に対し、連帯して、金一二〇〇万円及びこれに対する本件訴状送達の日(被告国、被告B、被告C、被告D、被告E及び被告Fにつき平成五年七月一六日、被告Aにつき同月一七日)から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

第二 請求の原因

一 原告は、昭和四年一月五日生まれの主婦であり、昭和三八年からエホバの証人の信者である。

(当事者間に争いが無い。)

二 エホバの証人は、キリスト教の宗教団体で、聖書に、「生きている動く生き物はすべてあなたの方のための食物としてよい。緑の草木の場合のように、わたしはそれを皆あなた方

に確かに与える。ただし、その魂つまりその血を伴う肉を食べてはならない。」(創世紀九章三、四節)「ただ、血を食べることはしないように堅く思い定めていなさい。血は魂であり、魂を肉と共に食べてはならないからである。それを食べてはならない。それを水のように地面に注ぎ出すべきである。それを食べてはならない。こうしてエホバの目に正しいことを行うことによって、あなたにとってもあなたの後の子らにとっても物事が良く運ぶためである。」(申命記一二章二三節ないし二五節)「というのは、聖霊とわたしたちとは、次の必要な事柄のほかは、あなた方にその上何の重荷も加えないことがよいと考えたからです。すなわち、偶像を犠牲としてささげられた物と血と絞め殺されたものと淫行を避けていることです。これらのものから注意深く身を守っていれば、あなた方は栄えるでしょう。健やかに過ごしてください。」(使徒たちの活動一五章二八、二九節)等、「血を避けなさい。」という言葉が何度も出てくるが、これは、エホバ神が人間に対し血を避けることを指示していると考え、人間は、血を避けることによって身体的にも精神的、霊的にも健康であると確信している。従って、エホバの証人の信者は、ひとたび体の外に出た血を体内に取り入れることは医学的な方法によってもできない、即ち、輸血を受けることはできないとの信念を有している。

(甲第三、四号証及び弁論の全趣旨により、エホバの証人の信条が右のとおりであることが認められる。)

三 被告国は、東京大学医科学研究所附属病院(以下「医科研」という。)を設置し運営しており、平成四年当時、被告A(以下「被告A」という。)、被告B、被告C、被告D(以下「被告D」という。)、被告E(以下「被告E」という。))及び被告F(以下、右六名を「被告医師ら」という。)は、医科研に医師として勤務していた。

(当事者間に争いが無い。)

四 原告は、平成四年七月二八日、医科研で受診し、同年八月一八日、医科研に入院し、同年九月一四日、被告国との間で、原告の肝臓右葉付近に存する腫瘍の摘出手術(以下「本件手術」という。)を主たる治療内容とする診療契約を締結した。

(原告が同年七月二八日医科研で受診し、同年八月一八日医科研に入院した事実は当事者間に争いが無いから、本件手術を主たる治療内容とする診療契約は、同年七月二八日に締結されたものと解せられる。なお、同年九月一四日は、原告が本件手術に確定的に同意した日であると解せられる。)

五 被告医師らは、平成四年九月一七日、医科研において本件手術を行ない、その際、原告に対し、輸血(乙第一号証によれば、濃厚赤血球及び新鮮凍結血漿各一二〇〇ミリリットルであることが認められる。以下「本件輸血」という。)がされた。

(当事者間に争いが無い。)

六 よって、原告は、被告国に対しては、本件手術を主たる治療内容とする診療契約の締結に際して付された手術中いかなる事態になっても原告に輸血をしないとの特約に反して、被告国の履行補助者である被告医師らが原告に対し本件輸血をした債務不履行に基づく損

害賠償として、被告医師らに対しては、手術中いかなる事態になっても輸血を受け入れないとの意思に従うかのように振る舞って原告に本件手術を受けさせ、本件輸血をしたことにより、原告の自己決定権及び信教上の良心を侵害した不法行為に基づく損害賠償として、また、被告国に対しては、被告医師らの右不法行為についての使用者責任に基づく損害賠償として、いずれも慰籍料一〇〇〇万円及び弁護士費用二〇〇万円の合計一二〇〇万円並びにこれに対する本件訴状送達の翌日から支払済みまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求める。

### 第三 争点

一 原告と被告国は、本件手術を主たる治療内容とする診療契約の締結に際し、手術中いかなる事態になっても原告に輸血をしないとの特約を合意したか。

(原告の主張)

平成四年九月一四日、原告は、被告国との間で、本件手術を主たる治療内容とする診療契約を締結した。その際、(1)いかなる事態に至っても、被告医師らは原告に輸血をしない、(2)原告は、輸血をしなかったために生ずるいかなる結果についても、被告らの責任を問わないとする特約を合意した。

原告が肝臓の悪性腫瘍とどのように対峙し、これをどのように克服していくかは、最終的には原告自身が選択すべき問題であって、その治療法として外科的治療を選択しながら、信仰上の教義によって輸血を拒否したとしても、何ら公序良俗に反するものではない。原告は決して死を望んでいたわけではなく、生への強い希望を持っていたからこそ、治療を願って各病院を訪ね治療(輸血という手段は用いないという条件付)を依頼したのであって、死は、エホバの証人の教義が命ずる到達点であるわけではなく、教義を忠実に守った結果生ずるかも知れない副作用に過ぎない。輸血という医療の一手段にすぎないものを受け入れないことが人命軽視とされるなら、手術により救命が可能と思われる患者が手術に応じないことや、化学療法による健康の改善が期待される患者がその治療を拒むことも同様に人命軽視と呼ばざるを得ない。原告の輸血拒否や輸血をしないことの合意は、患者が自分の人生をどのように送るかについての信念の表明(患者本人の生き方の問題)及び患者の生きざまや生命の質を理解した医師との合意であって、医の倫理に悖ることはない。

(被告らの主張)

被告医師らは、原告に対して、本件手術の際にいかなる事態になっても原告に輸血をしない特約を合意した事実はない。原告が医科研の医師や看護婦に免責証書を交付したり、いかなるものがあっても輸血をしないで欲しい旨を伝えていたとしても、これらは、原告が一方的な希望を伝えたにすぎない。免責証書の内容は、原告の立場からする要望ないしは信念の表明であって、このような書面を受け取った事実だけで人間の命にかかわり、かつ医師としての倫理上の責任、場合によっては刑事責任を問われかねない事項に関して、被告医師ら、ひいては被告国が原告の右要望ないしは信念を受け入れた、すなわち原告と

被告国との間で原告の主張する特約が黙示的に合意されたと評価することはできない。

手術に伴う多量の出血などにより患者の生命の危険が現実化し、輸血以外に救命の手段がない事態に至った場合には、医師が自ら手術を開始している以上、先行行為により生じた結果を回避すべき作為義務を負うことになるため、医師が手をこまねていることは、不作為による自殺幇助の罪、場合によっては不作為による殺人罪に問擬されかねない事態であって、医師に対し、このような現行法秩序において犯罪と評価されるような行為を行わせることを目的とする特約は、公序良俗に反することは明らかである。もとより信教の自由は、内心の自由にとどまる限り絶対的に保障されているが、他者の法益と衝突する場合には信教の自由といえども制限に服するのであり、医師に対し契約上の義務として現行法秩序において犯罪と評価され得るような行為を行うことを強制することまで正当化することはできない。手術中に、輸血しなければ救命の策がない事態に至った場合に輸血しないとする特約は、公序良俗に反する。

二 被告医師らは、手術中いかなる事態になっても輸血を受入れないとの原告の意思を認識した上で、その原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に本件手術を受けさせ、本件輸血をしたか。また、被告医師らは、右の行為によって、原告の自己決定権及び信教上の良心を侵害したか。

(原告の主張)

原告は、平成四年七月二八日、訴外甲野一郎(以下「訴外一郎」という。)を通じて、被告Aに対し「三〇年間エホバの証人をしていて輸血はできないが、血に代わるものなら大丈夫」と伝え、同年八月一八日、被告Eに対し「血の一滴でも輸血することはできない。」と伝え、同年九月七日、被告Dに対し「輸血されるのは強姦されるのと同じに感じるので、死んでも輸血しないでください。」と伝え、同月一日、被告Eに対し「輸血はできない。」と伝えるなどして、機会ある毎に「自分がエホバの証人であり、いかなることがあっても輸血をしないでほしい」旨を医科研に伝えており、同月一四日、本件手術の説明に際しても、原告は、被告A、被告E及び被告Dに対し、原告がエホバの証人であり、輸血を受け入れないという宗教上の信念を有すること、いかなる事態になっても原告に対し輸血をしないこと及び原告が輸血をしなかったために生ずるいかなる結果についても被告医師らの責任を問わないことが記載された免責証書を被告Aに交付して、輸血をしないで欲しい旨を伝えたところ、被告Aは「はい、わかりました」と言って免責証書を受け取り、被告E及び被告Dは被告Aに同調した。

以上のとおり、被告医師らは、いかなる場合にも輸血を受け入れないという原告の意思を十分に認識しながら、輸血なしで治療を行なうことを原告に対し請負うかのような態度を示し、無輸血で治療が受けられると信用していた原告に対し、本件輸血をして、原告の自己決定権及び宗教上の良心を侵害した。

(被告らの主張)

輸血をしないで手術を実施することは、手術にあたって医師らをして職業倫理上の責任

はもちろん、刑事責任すら負わせかねない状況に陥らせることであるから、このような患者の選択に医師が従うことを求めることは現行法秩序全体から是認し得ないものである。したがって、右事態に至った場合に輸血を拒むということは、患者がどのような治療方法を受けかを選択する権利(自己決定権)の行使としては認められない。すなわち、選択肢として存在しない。

手術をするということは、病気を治す、あるいは有意味な延命を図るということである。一方、手術の態様によっては輸血をしなければ生命の危険を伴う事態が生ずることは皆無ではない。病気を治すために手術を依頼するのに、自己決定権を根拠として、いかなる事態が生じても輸血を拒否するというのは患者の身勝手である。手術中に生命の危険を伴う事態が生じたとすれば、医師の手術行為がその先行行為として存在するわけであるから、医師に輸血もないしに拱手傍観せよと要求するのは、権利の濫用である。

三 本件輸血は、社会的に相当な行為又は緊急事務管理として違法性が阻却されるか。

(被告らの主張)

被告Aらは、手術前に行った術前検討会では最大限一五〇〇ミリリットル前後の出血量で手術を終えることができると予想していた。本件手術の閉腹操作を完了した時点で、原告には右予想以上の二〇〇〇ミリリットルを超える出血があり、かつ低血圧からの回復が見られなかった。原告がショック状態に陥り、原告の生命を救うためには他に方法がないため、被告Aらは、やむを得ず本件輸血をしたのであって、このような状況においては、人命尊重の観点からも、また、医師にとって職業倫理上の責任、刑事上の責任を回避するという観点からも、原告に対して本件輸血をして、その命を救うことは社会的に正当な行為として許されるというべきであり、また、緊急事務管理の要件も満たしているというべきである。

(原告の主張)

緊急避難の成否が問題となるのは、輸血以外に救命の方法がなく、かつ、患者の意思が不明であって、患者の承諾を得る暇がない緊急の場合に限られる。本件では、被告医師らが本件輸血をしたとする午後四時三〇分ころの原告の状態を麻酔記録からみると、既に出血は一時間程度前から止まっており、血圧は九〇—一四〇で安定し、脈圧もあり、脈拍数に変動なく、尿量も保たれているから、原告の循環動態には特段の問題はない。即ち、原告の救命のために輸血が必要不可欠ではなかったもので、被告医師らには、違法性阻却が成立するための前提事実自体が存在しない。また、本件輸血をする前に原告及び原告の家族にその承諾を求めるゆとりは十分にあったのであるから、原告や家族の意思を無視して本件輸血をした被告医師らの行為を緊急避難ということはできず、違法性が阻却されるものではない。

四 本件輸血により原告が被った損害はいくらか。

(原告の主張)

被告国の債務不履行又は被告医師らの不法行為によって、原告の受けた精神的苦痛に対

する慰謝料は一〇〇〇万円を下ることはなく、また、本訴提起のための弁護士費用は二〇〇万円が相当である。

#### 第四 本件の経過

甲第一号証の一、二、甲第二号証、甲第一五号証、甲第三〇号証の一、二、甲第三一号証の一ないし一四、甲第三六号証の一、甲第四一号証、乙第一ないし第四号証、乙第七号証、乙第八号証の三の一、同号証の四の一、二、同号証の五の一ないし三、同号証の六、同号証の七の一、二、同号証の八の一ないし三、証人甲野一郎の証言、原告本人及び被告A本人の各尋問結果に弁論の全趣旨を総合すると、本件の経過について以下の事実が認められる。

一 原告は、昭和四年一月五日に出生し、昭和三八年からエホバの証人の信者であり、原告の長男である訴外一郎もエホバの証人の信者であり、原告の夫の訴外甲野太郎(以下「訴外太郎」という。)は、エホバの証人の信者ではないが、原告の信仰を理解し、輸血に関する原告の意思を尊重していた。原告は、輸血を拒否するという自分の意思を他者に示すために、常日頃、「輸血しないでください。」という文言が記載され、原告の名前を署名してあるカードを携帯していた。

二 原告は、平成四年三月ころから下痢や便秘が続いており、腹部が硬くなっているように感じたことから、同年六月一五日、右症状を訴えて、国家公務員共済組合連合会立川病院(以下「立川病院」という。)で診察を受けた。同月一七日、原告は、立川病院に入院し、同年七月六日、悪性の肝臓血管腫であるとの診断結果を伝えられた。原告は、はっきりと癌であるとは告げられなかったが、血管腫であると聞かされたので、肝臓癌ではないかと疑っていた。原告は、訴外一郎にエホバの証人の医療機関連絡委員会(エホバの証人の信者によって構成され、必要なときに信者に対し協力的な医師を紹介するなどの活動をしているグループ。以下「連絡委員会」という。)のメンバーで、内科医師である訴外X(〇〇病院勤務。以下「訴外X」という。)に相談をした。原告は、手術が必要な段階になると考えて、訴外一郎を通じて、免責証書を連絡委員会の委員から受け取った。その後、訴外一郎及び訴外Xらが立川病院のG医師及びH医師と会って話し合いをしたが、原告は、右医師らから「ここでは甲野さんの手術は輸血なしではできません。」と言われて、転院を示唆された。そこで、原告は、同月一一日、立川病院を退院し、輸血をしないで手術をする医療機関を探し始めた。訴外Xから、無輸血手術の可能性のある病院として、上尾の病院と東京の被告Aを教えられた。その際に、原告は、訴外Xから、被告Aがそれまでにエホバの証人の信者に対する手術を無輸血でしていると聞かされた。

三 同月二七日、以前から被告Aと接触のあった連絡委員会のメンバーである訴外Yは、被告Aに電話をして「患者はエホバの証人で肝臓左葉の後ろにかなりの大きな腫瘍があります。肝臓癌と思われませんが、地元の病院では無輸血は難しいので、先生にお願いしたいのです。」と言うと、被告Aは、「転移していなければ無輸血手術は可能なので、すぐ検査を受けてもらいたい。明日にでも来て下さい。」と言って原告の診察を了解した。同月二八



日、原告は、訴外太郎及び訴外一郎に付き添われ、外来扱いで医科研に行き、訴外太郎と共に、被告Aと面談をした。原告及び訴外太郎が立川病院からの紹介状や立川病院のカルテを被告Aに示すと、被告Aが「大きいけど、心配いりません。ちゃんと治療できます。」と言ったことから、原告は、輸血なしで手術することができるのだと思った。原告が採尿と採血をしている間に、訴外一郎も被告Aと面談をした。訴外一郎が「ご存じだと思いますが、母は三〇年間エホバの証人をしていて、輸血することはできません。血そのものはだめですが、それに代わるものであれば大丈夫です。」と言うと、被告Aは、「いざとなったらセルセイバーがあるから大丈夫です。本人の意思を尊重して、よく話し合いながら、きちんとやっていきます。」と言った。訴外一郎は、「必要なら免責証書も出します。」と付け加えた。一〇分から一五分程度の話し合いが行われた後、被告Aは、「部屋が空き次第入院して下さい。」と訴外太郎及び訴外一郎に告げた。この面談で、原告、訴外太郎及び訴外一郎は、被告Aが原告の希望通りに無輸血で手術をしてくれるものと思った。

医科研では、原告を診断する以前から、エホバの証人の信者から依頼を受けて、外科的治療を行っていた。甲状腺腫に対する右葉切除術、上皮小体腫瘍の摘出、総胆管囊腫に対する胆嚢切除等の手術が行われ、いずれの事例でも、無輸血で手術をしていた。

四 原告は、同年八月一八日、医科研に入院した。被告E及び被告Dが原告の主治医となり、同日、被告Eが「血の一滴でも輸血するのはだめですか。自分の血をストックすることもだめですか。」と質問すると、原告は「できません。でも、それに代わるものでしたら、大丈夫です。」と答えた。

同年九月七日、被告Dが「手術には突発的なことが起こるので、そのときは輸血が必要です。」「輸血しないで患者を死なせると、こちらは殺人罪になります。やくざでも、死にそうになっていて輸血をしないと死ぬ状態だったら、自分は輸血します。」と言ったところ、原告は「死んでも輸血をしてもらいたくない、そういう内容の書面を書いて出します。」と言ったが、被告Dは「そういう書面をもらってもしょうがないです。」と答えた。

同月一〇日、原告は医科研の指示で都立広尾病院でMRI検査を受け、同月一一日、検査結果を被告Eに渡した。被告Eは、再度「輸血できないですか。」と質問すると、原告は「できません。でも、血を使ったものでなければ、大丈夫です。」と答えた。

CT検査では、腫瘍が肝右葉を占める巨大なもの(一三×九×一六センチメートル)で、右腎は圧迫されて扁平化しているが水腎症は認められない、腎周囲及び後腹膜腔にリンパ節腫大は認められない、隣頭部は正中付近まで右方に圧排されている、腹水・胸水は認められないという診断結果が出た。血管造影検査では、肝右葉の巨大な腫瘍が右後区域肢では閉塞している、胃と十二指腸が圧排されている、腫瘍全体を栄養する腫瘍血管は認められないという診断結果が出た。下大静脈造影では、腫瘍は右から左に圧排されていて、狭窄状態で閉塞は認められないという診断結果が出た。MRI検査では、肝右葉と右腎の間の巨大な腫瘍で、一部に変性壊死を認め、嚢胞状で、腫瘍は肝臓を圧排し、肝外発生と考えられる、腎との連続性はないという診断結果が出た。

原告に対する諸検査の結果が出た後、被告医師らは、本件手術についての術前検討会を行った。右検討会では、原告の症状は肝原発の血管系腫瘍、肝細胞癌、悪性後腹膜腫瘍等が考えられ、治療としては、肝右葉切除術(右半切除術)あるいは術中所見により拡大右葉切除術を行うことで意見が一致した。手術の方法については、予め肝門部で右の肝動脈と中肝動脈を分離、それから右の門脈を結紮すれば肝臓に行く血液が遮断されるので肝臓の色が変わる、その色が変わった線から右側を切っていけば出血量は極めて少なくて切除できるだろうとの予想が立てられた。術中は、結紮を繰り返し、出血量を減らす方針が確認された。原告の出血は、最大一五〇〇ミリリットル程度で乗り切れると予想された。被告Aは、医科研の診療科の科長の立場にあり、手術のメンバーを決めたり、術前検討会を主宰し、本件手術の執刀医として最終的な責任者であった。術前血液検査で、貧血ではないが原告のヘモグロビン量と赤血球数が正常値の下限であったことから、エポジンとフェジンの投与をすることにした(同月九日から一四日まで実施され、同月一四日には原告の血液検査値は改善された)。セルセイパーの使用については、疾患が消化管を開ける準清潔術(汚染手術)の可能性が高いことなどから適応がないとされた。原告の腫瘍は大きく不測の事態から大量出血に至ることがあり、基本的に輸血を行わないとしても、生命が危険な事態に備えて、予め血液を準備する必要性があるという意見から、濃厚赤血球及び新鮮凍結血漿を準備することになった。

外科手術を受ける患者がエホバの証人の信者である場合の医科研の治療方針は、(1)診療拒否は行わない、(2)エホバの証人患者が教義の立場から輸血及び血漿製剤の使用を拒否していることは尊重し、できるだけその主張を守るべく対応する、(3)輸血以外には生命の維持が困難な事態に至ったときは、患者及びその家族の諾否に拘わらず輸血をするというものであった。なお、最近の医科研の肝臓癌の治療のための切除例では、出血量は四〇〇ミリリットルから二六八五ミリリットルまでの範囲で認められ、内七例は、一五〇〇ミリリットルの範囲の出血量ですんでおり、輸血がされたのは、出血量が一三五〇ミリリットル、二六八五ミリリットル及び一九五〇ミリリットルの三例であった。

五 同月一四日午後五時半ころ、被告Aは、訴外太郎及び訴外一郎に対し、手術の日時と内容についての一〇分間程度の説明をした。被告Aは、訴外太郎及び訴外一郎に対し、手術が同月一六日午前九時から行われること、かなり大きな血管腫であること、肝臓の右半分を取ること、大きな手術となり出血があること、合併症として熱が出る可能性があること及び手術後に細菌によって何か起きるかもしれないことを説明した。右説明とともに、被告Aは、「術後再出血がある場合には、再び手術が必要になる。この場合は医師の良心に従って治療を行う。」と言って、術後に出血が起り、どうしても輸血しなければならないときには輸血をすることを言外に示そうとした。右説明の後、原告がその場に呼ばれた。被告Aは、原告に対し、図を示しながら「腫瘍を含めて肝臓をこの程度切除する予定である。」と簡単な説明をしたが、悪性腫瘍の可能性が高いことや手術後の予後、重篤な合併症についての話はしなかった(なお、甲第一五号証、甲第四一号証並びに証人甲野一郎及び原告

本人尋問の各供述には、原告、訴外太郎及び訴外一郎が三人で、同時に説明を受けたとする部分があるが、カルテ(乙第一号証)には、被告Aが家族に対し説明した旨が明確に書いてあり、右部分は採用することができない。また、その際、訴外一郎は、念を押して、いざとなったらセルセイバーを使えることを伝え、さらに、「先生方を信頼しています。でも、本人の意思を是非尊重してもらいたいし、ご迷惑をかけたくないので受け取っていただきたい。」と言って、原告及び訴外太郎が連署していた免責証書(乙第四号証)をその場で手渡した。被告Aは「分かりました」と言って、免責証書に目を通して、同席していた被告E又は被告Dにそれを手渡した。免責証書には、「私は、当患者の治療にあたって、血液または血液成分のいかなる輸注も受け入れることができませんので、ここにその旨お知らせいたします。私は、無血性の血漿増量剤、その他輸血に代わる治療法は受け入れることができます。私は、輸血によって有害もしくは致死的な結果が当患者に及ぶことを望んでおりません。私はエホバの証人の一人として、この医療及び信教上の指示書を作成いたします。私は、治療にあたってくださる医師の方々が輸血もしくは血液成分の使用が必要であると判断される場合のあることを理解しておりますが、そのような場合であっても私はその見解を受け入れることができず、ここにお伝えする指示を固守いたします。上記は、私自身が慎重に考慮した事柄であり、この(私の)指示は、私が無意識状態にあっても変わることはありません。私は、この指示に従ったことによって生じるどんな損傷に関しても、医師、病院当局、ならびに病院職員の方々の責任を問うことはありません。」との記載があった。この際、右のやりとり以外は、被告Aと原告、訴外太郎及び訴外一郎との間で輸血に関する話はされなかった。被告Aは、それまでのエホバの証人の信者と接触した経験から、彼らが手術に際して免責証書を差し出すことを知っていたので、形式的なものと考えてこれを受け取った。被告Aは、原告の生命を守るためには、本件手術をやらざるを得ないと考えていたので、本件手術について輸血がどの程度必要であるのか輸血をしなければどうなるかについては、それを説明すれば原告は手術を拒否すると考えて、あえて説明をしなかった。被告Aは、その後、原告及び訴外太郎から医科研の書式に基づく手術承諾書(乙第二号証)が被告医師らに提出された。被告Aは、輸血のことについて特に言及しない訴外太郎及び訴外一郎の態度を見て、同人らが輸血の点を避けようとの印象を持った。

六 本件手術が始まるに際し、被告医師らは、輸血用として三〇〇〇ミリリットルの血液を準備した。三〇〇〇ミリリットルの血液は、通常肝臓の手術で準備される量である。なお、甲第六三号証には、一度に三〇〇〇ミリリットルの血液が必要となるような出血はあり得ず、万が一のときの救急用のためであるならば、準備する血液の量はもっと少なくすむという部分があるが、同号証も三〇〇〇ミリリットルが手術をやり終えるための普通量としていることに照らすと、大量出血の際の救命措置のために備える量として、三〇〇〇ミリリットルが過量であると認めることはできない。

本件手術に着手し、原告を開腹したところ、術前の肝右葉から発生した腫瘍であるとの

診断と異なり、肝下面の後腹膜腔から発生し肝右葉に浸潤性に発育した腫瘍であることが判明した。その段階で、被告医師らは、術前の右葉切除の方針を変更し、浸潤性を隔離しつつ肝部分の垂区域のS5、S6を切り取ることにし、肝十二指腸靭帯をテープで確保し肝へ流入する血管を遮断する準備を行った。次いで、肝動脈及び門脈を一五分間遮断して五分間の遮断解除をするという操作を繰り返しつつ、肝実質が少しずつ切離された。腫瘍が悪性であることが明らかとなり、周りに浸潤性の発育をしていて血管にかなり増生していることが認められた。肝門部遮断を繰り返しつつ肝切離分の出血をコントロールしながら、S5、S6下面を切除し、次に、腫瘍後面の剥離に入ると、腫瘍が腎周囲組織に浸潤性に発育し、その右方後面は横隔膜に浸潤しているため、腎を合併切除することにした。右尿管、右腎動脈が二重結紮されて切離されたことで、腫瘍は下大静脈に接する部分のみとなった。右部分は明らかに浸潤性発育となっていたが、剥離途中で下大静脈損傷による大出血を防止するため、癒着部分の上下で下大静脈にテープをかけて血管が確保され、腫瘍と下大静脈とが隔離された。原告の術野の出血は、大量に血液が浮いてくるのではなく、じわじわと出血するというものであった。

患部に対する手術が終わった午後三時五〇分頃の原告の出血量は、二二四五ミリリットル余りで、昇圧剤を用いつつ細胞外液を多量に投与されたため、低血圧(九〇 四〇程度)、頻脈、創浮腫が著名となり、組織が水浸しの状態になっていた。被告医師らは、原告が出血性ショックによる末梢循環不全にあるので、血液を後になって入れたのではショック状態の改善は非常に難しい事態であると判断した。被告医師らは、緊急的対応について協議をし輸血しない限り原告を救えない可能性が高い(十分に輸液が行われているという状況下であったことから、代用血漿剤を使用する必要性はなかった)と判断し、また、原告が輸血を知ると抵抗して輸血の実施が困難になるものと考えて、直ちに原告に対し濃圧赤血球及び新鮮凍結血漿六単位各一二〇〇ミリリットルを原告に対し点滴投与した。本件輸血をすると、原告の血圧は一三〇 七〇以上に回復した。なお、甲第六四号証には、原告の閉腹前後の状態として、最高血圧が八五から九〇、再低血圧が四〇から五〇ほどで比較的安定しており、進行性の血圧低下が見られないこと、尿量が一五時から一七時で二〇〇ミリリットルと乏尿の状態にはないこと、脈圧が四〇から五〇で良好であり、心拍は一〇〇から一〇〇台で安定していたことから、原告がショック状態になかったとする部分があり、同号証添附の資料には、ショック状態が「循環血液量と血管床の容量との不均衡によって起こる末梢循環障害で、進行性の重要臓器の機能障害」と定義され、その特徴として進行性の動脈圧下降、乏尿、脈圧の減少及び頻数で緊張の弱い脈等が挙げられていること、被告A本人尋問で「その時点で輸血を行うことなく、もう少し経過を見ることも考慮された」旨供述していることに照らすと、原告の状態は、完全なショック状態にまでは至っていないが、進行性の機能障害へ進む過程にあったものと認めるのが相当である。

七 本件手術により摘出された腫瘍の病理組織学的診断は後腹膜の悪性腫瘍で、極めて稀

なものであり、この腫瘍の予後は良好でなく、再発率は半数以上、転移率は約三分の一とされている。被告Aは、訴外太郎及び訴外一郎に対し、手術内容、病理組織の診断結果に関して詳細な報告をした。原告に対しても腫瘍が悪性である点を除き、本件手術の概要を報告した。輸血に関しては、原告、訴外太郎及び訴外一郎から質問はなく、被告Aは、本件輸血の事実を告げることが原告のためにならないと考えて、本件輸血をしたとの説明をしなかった。

八 同年一〇月ころ、本件輸血の事実を聞きつけた週刊誌の記者が医科研に対し取材を申入れた。被告医師らは、本人から求められれば本件輸血の事実を伝える考えていたので、同年十一月六日、退院時の説明の際に、被告A、被告D及び被告Eが訴外太郎に対し、本件輸血の事実を告げ、救命のために本件輸血が必要であった状況を説明した。同月七日、訴外一郎が被告Aに面会に来たので、被告Aは、面会に応じ、本件輸血の事実を告げた。

## 第五 争点に対する判断

### 一 争点一について

原告は、被告国との間で、手術中にいかなる事態になっても原告に輸血をしないとの特約を合意したと主張しているが、医師が患者との間で、輸血以外に救命方法がない事態が生ずる可能性のある手術をする場合に、いかなる事態になっても輸血をしないとの特約を合意することは、医療が患者の治療を目的とし救命することを第一の目標とすること、人の生命は崇高な価値のあること、医師は患者に対し可能な限りの救命措置をとる義務があることのいずれにも反するものであり、それが宗教的信条に基づくものであったとしても、公序良俗に反して無効であると解される。

よって、原告主張の特約は無効であるから、原告の被告国に対する債務不履行に基づく損害賠償請求は、右特約の存否について論ずるまでもなく、失当である。

### 二 争点二について

原告は、被告医師らは、手術中にいかなる事態になっても輸血を受け入れないとの原告の意思を認識した上で、その原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に本件手術を受けさせ、本件輸血をした、また、被告医師らは、右の行為によって原告の自己決定権及び信教上の良心を侵害したと主張している。

既に認定した事実から、被告医師らが手術中にいかなる事態になっても輸血を受け入れないとの原告の意思を認識していたことは明らかであり、被告医師らはその原告の意思に従うかのように振る舞って原告に本件手術を受けさせたというべきであって、その結果として、本件輸血がされたことになる。したがって、原告は、被告医師らから手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば必ず輸血をすると明言されれば、本件手術を受けなかったはずであるから、被告医師らは、前記行為によって、原告が本件手術を拒否する機会を失わせ、原告が自己の信条に基づいて本件手術を受けるか受けないかを決定することを妨げたものである。

そこで、被告医師らが手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば必ず輸血をする

とは明言しなかったことが違法であるかどうかを検討する。

まず、手術は患者の身体を傷害するものであるから、治療を受けようとする患者は、当該手術を受けるかどうかを自分で決定することができる と解される。この解釈は、患者がエホバの証人の信者であると否とに拘わらず、治療を受けようとする患者すべてに共通するものである。そして、患者が当該手術を受けるかどうかを決定するには、当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等を考慮することが前提となるので、その反面として、患者に対し手術をしようとする医師は、当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等を患者に対し説明する義務を負うものと解される。しかし、この説明義務に基づく説明は、医学的な観点からされるものであり、手術の際の輸血について述べるとしても、輸血の種類・方法及び危険性等の説明に限られ、いかなる事態になっても患者に輸血をしないかどうかの点は含まれないものである。

一般的に、医師は、患者に対し可能な限りの救命措置をとる義務があり、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば、患者に輸血をする義務があると解される。ところが、患者がエホバの証人の信者である場合、医師から、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば必ず輸血をすると明言されれば、当該手術を拒否する蓋然性が高く、当該手術以外に有効な治療方法がなく、手術をしなければ死に至る可能性の高い病気では、当該手術を受けないことが患者を死に至らしめることになる。そうとすれば、患者がエホバの証人の信者であって、医師に診察を求めた場合、医師は、絶対的に輸血を受けることができないとする患者の宗教的信条を尊重して、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血をすると説明する対応をすることが考えられるが、患者の救命を最優先し、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血するとまでは明言しない対応をすることも考えられる。そして、後者の対応を選んでも、医師の前記救命義務の存在からして、直ちに違法性があるとは解せられない。結局、この場合の違法性は、患者と医師の関係、患者の信条、患者及びその家族の行動、患者の病状、手術の内容、医師の治療方針、医師の患者及びその家族に対する説明等の諸般の事情を総合考慮して判断するべきものである。そこで、本件の経過で既に認定した各事実を総合すると、特に次の事項が重要である。

1 原告は、昭和三八年からエホバの証人の信者として生活しており、原告にとって、輸血拒否は、エホバの証人の信仰の核心部分と密接に関連する重要な事柄である。

2 連絡委員会の訴外Yが被告Aに電話して原告の診療の内諾を得てから、原告が医科研を受診し、入院した。

3 被告医師らは、いかなる事態になっても輸血を受け入れないとの原告の意思を認識し、その原告の意思に従うかのように振る舞ってはいたものの、被告Eや被告Dらは、本件手術前に何回かにわたって輸血ができないかどうかを原告に質問しており、本件手術前の説明の際には、原告からは免責証書が提出されただけで輸血に関する要求はなかった。被告Aは、本件手術前の訴外太郎及び訴外一郎に対する説明で、輸血を除く点については十分

な説明をしており、原告に対しても簡単な説明をしているので、本件手術にあたっての一般的な説明としては十分であると解され、右説明とともに、被告Aは、訴外太郎及び訴外一郎に対し「術後再出血がある場合には、再び手術が必要となる。この場合医師の良心に従って治療を行う。」と伝えて、輸血をすることもあり得ることを言外に示そうとした。また被告Aは、本件手術前の説明の際に訴外太郎及び訴外一郎が特に輸血のことに言及しない態度を見て、同人らが輸血の点を避けようとしているとの印象を持った。

4 原告の症状は、本件手術前に行われた原告に対する諸検査の結果からみても、かなり重篤な肝臓部の腫瘍で悪性であることが疑われており、本件手術後の診断でもかなり重篤な腫瘍であることが確認された。

5 エホバの証人の患者に対する医科研の治療方針は(1)診療拒否は行わない、(2)エホバの証人の患者が教義の立場から輸血及び血漿製剤の使用を拒否していることは尊重し、できるだけその主張を守るべく対応する、(3)輸血以外には生命の維持が困難な事態にいたったときは、患者及びその家族の諾否に拘わらず、輸血を行うというものであるが、右治療方針は、基本的には、輸血以外には生命の維持が困難な事態に至らない限りは、エホバの証人の信仰上の意思を尊重していこうとするものであり、輸血以外には命の維持が困難な場合には救命を最優先させるというものであって、医師に治療義務があることからして、直ちに違法であるとか相当でないとかいうことはできない。

6 被告医師らは、本件手術前に原告の出血量を一五〇〇ミリリットル程度であると予想し、無輸血での手術が可能であると判断したが、本件手術までに医科研でされた無輸血手術の事例及び本件手術で採用された肝臓付近の血流の遮断を繰り返しながら行うという手術方法に照らすと、かかる出血量の予想を立てることに合理性があったものと認められる。

以上の事実を総合考慮すると、被告医師らが手術中いかなる事態になっても輸血を受け入れないとの原告の意思を認識した上で、原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に本件手術を受けさせたことが違法であるとは解せられないし、相当でないともいうことはできない。

なお、本件輸血は、原告の意思に反するものである。しかし、本件手術において閉腹操作を完了した時点で術前に被告医師らが予測した以上の二二四五ミリリットル余りの出血があり、原告が完全なショック状態までは至っていないが、進行性の機能障害へ進む過程にあったので、原告の生命を救うために、被告医師らは本件輸血をしたものであって、右のような状況では、本件輸血は、社会的に正当な行為として違法性がないというべきである。原告は、緊急避難の成否が問題となるのは、輸血以外に救命の方法がなく、かつ、患者の意思が不明であって、患者の承諾を得る暇がない緊急の場合に限られる旨主張し、甲第六三号証及び同第六四号証には、原告に対し本件輸血をしなくとも救命できる可能性があったとし、そのための方法などについて言及する部分がある。しかし、右甲号各証で指摘される方法が原告の救命に有効であったかどうかは必ずしも明らかでないし、このような場合に原告が望む治療法を医師に要求することはできない。また、原告は、本件輸血を

する前に原告及び原告の家族にその承諾を求めるゆとりが十分にあった旨主張するが、医科研では、輸血をしなければ救命できない事態になったときには患者の意思に関わらず輸血をするという治療方針でいたるのであり、前述のとおり右治療方針自体を違法と解することはできないから、右主張は採用できない。

よって、被告医師らの行為に違法性が認められないから、原告の被告らに対する不法行為に基づく損害賠償請求は、失当である。

#### 第六 結論

原告の本件請求は、いずれも理由がないから棄却することとし、訴訟費用の負担につき民訴法八九条を適用して、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 大島崇志 裁判官 小久保孝雄 裁判官 小池健治)



《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 28030706

【文献種別】 判決 / 東京高等裁判所 (控訴審)

【裁判年月日】 平成10年 2月 9日

【事件番号】 平成9年(ネ)第1343号

【事件名】 損害賠償請求控訴事件

【著名事件名】 宗教的理由による輸血拒否訴訟控訴審判決

【審級関係】 第一審 28030771

東京地方裁判所 平成5年(ワ)第10624号

平成 9年 3月12日 判決

上告審 28050437

最高裁判所第三小法廷 平成10年(オ)第1081号

平成12年 2月29日 判決

【事案の概要】 エホバの証人の信者である控訴人が、被控訴人国の設置・運営する病院で手術を受けたところ、信仰上の理由から拒否していた輸血をされたとして、被控訴人らに対し、債務不履行及び不法行為に基づき損害賠償を求めた事案において、絶対的無輸血の合意は公序良俗に反するとはいえないものの、本件ではその合意の成立は認められないとする一方で、被控訴人医師らは、相対的無輸血の治療方針を控訴人に説明しておらず、この義務違反により控訴人は自己決定権行使の機会を奪われ、その権利を侵害されたのであり、救命義務の存在は説明義務違反の違法性を阻却しないとして、控訴人の自己決定権の侵害に対する被控訴人らの賠償責任を認めた事例。

【判示事項】 〔高等裁判所民事判例集〕

輸血以外に救命手段がない事態になっても輸血を拒否する意思を表明していた患者に対して輸血をした医師に説明義務違反があるとされた事例

〔判例タイムズ(判例タイムズ社)〕

エホバの証人である成人の癌患者がその手術に先立ち「絶対に輸血しないでほしい」旨の意思表示をしている場合に、医師が右意思表示と異なり「できる限り輸血しないが、輸血以外に救命手段がない事態になれば輸血する」との治療方針を採用するときは、医師は、同患者に対してその治療方針を説明する義務があり、この説明義務を怠って手術をし、輸血をしたときは、これにより同患者が被った精神的苦痛を慰謝する義務を負う

【要旨】 〔高等裁判所民事判例集〕

輸血以外に救命手段がない事態になっても輸血を拒否する旨の意思を表明している成人の患者に対しては、輸血以外に救命手段がない事態になれば輸血するとの治療方針を採用した医師は、手術の同意を得るに際して右治療方針を説明する義務があり、この義務を怠って手術をし輸血をしたときは、それにより患者が被った精神的苦痛の賠償の義務を負

う。

【裁判結果】 一部変更、一部控訴棄却

【上訴等】 上告

【裁判官】 稲葉威雄 塩月秀平 橋本昇二

【掲載文献】 高等裁判所民事判例集 5 1 巻 1 号 1 頁

訟務月報 4 5 巻 5 号 8 2 1 頁

判例時報 1 6 2 9 号 3 4 頁

判例タイムズ 9 6 5 号 8 3 頁

東京高等裁判所(民事)判決時報 4 9 巻 1 ~ 1 2 号 1 頁

【参照法令】 民法 7 0 9 条

民法 7 1 0 条

【評釈等所在情報】〔日本評論社〕

樋口範雄・法学教室 2 1 5 号

輸血拒否患者への無断輸血と自己決定権の侵害

手嶋豊・判例時報 1 6 4 9 号

エホバの証人である成人の癌患者がその手術に先立ち「輸血以外には救命手段がない事態になっても輸血しないでほしい」旨の意思表示をしたが、医師がこれと異なり「輸血以外に救命手段がない事態になれば輸血する」治療方針を採用している場合は、医師は、同患者に対してその治療方針を説明する義務があり、この説明義務を怠って手術をし、輸血をしたときは、これにより同患者が被った精神的苦痛を慰謝する義務を負うと判断した事例

関智文・ジュリスト 1 1 5 3 号

輸血拒否患者への輸血と医師の説明義務

山根改・中京大学/法学研究論集 1 9 号

エホバの証人の輸血拒否の意思表示と医師の専断的輸血

菅野耕毅・年報医事法学 1 4 号

輸血拒否患者への無断輸血と自己決定権

浅野博宣・別冊ジュリスト 1 5 4 号 5 6 頁

自己決定権と信仰による輸血拒否

駒村圭吾・ジュリスト臨時増刊 1 1 5 7 号 1 0 頁

自己決定権と輸血拒否

中村哲・判例タイムズ 1 0 0 5 号 1 0 2 頁(平成 1 0 年度主要民事判例解説)

患者の輸血拒否(宗教的理由による)の意思に反した医師の輸血治療及び同治療説明の不履行が違法とされた事例

【全文容量】 約 3 0 K バイト(A 4 印刷: 約 1 6 枚)

《全文》

【文献番号】28030706

損害賠償請求控訴事件  
東京高裁平九(ネ)一三四三号  
平10・2・9民一二月判決

判 決

控訴人 亡甲野花子訴訟承継人 甲野太郎 ほか三名  
右四名訴訟代理人弁護士 赤松岳  
同 野口勇  
同 石下雅樹  
被控訴人 国  
右代表者法務大臣 下稲葉耕吉  
右指定代理人 中垣内健治 ほか七名  
被控訴人 内田久則 ほか五名

主 文

- 一 原判決中、被控訴人国、同内田久則、同富川伸二及び同市川直哉に関する部分を次のとおり変更する。
  - 1 被控訴人国、同内田久則、同富川伸二及び同市川直哉は各自、控訴人甲野太郎に対しては金二七万五〇〇〇円、同乙山春子、同甲野一郎及び同丙川夏子に対してはそれぞれ金九万一六六六円及びこれらに対する平成五年七月一六日(被控訴人内田久則については同月一七日)から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。
  - 2 控訴人らの右被控訴人らに対するその余の請求を棄却する。
- 二 控訴人らの被控訴人長尾桓、同田上惠及び同三田勲司に対する控訴を棄却する。
- 三 控訴人らと被控訴人国、同内田久則、同富川伸二及び同市川直哉との間で生じた訴訟費用は、第一、二審を通じ、これを二〇分し、その一九を控訴人らの負担とし、その余を右被控訴人らの負担とし、控訴人らと被控訴人長尾桓、同田上惠及び同三田勲司との間の控訴費用は、控訴人らの負担とする。
- 四 この判決は、主文第一項1に限り、仮に執行することができる。

## 事実及び理由

### 第一 当事者の求めた裁判

#### 一 控訴の趣旨

1 原判決を取り消す。

2 被控訴人国、同内田久則、同長尾桓、同富川伸二、同市川直哉、同田上惠及同三田勲司は連帯して、控訴人甲野太郎に対しては金六〇〇万円、同乙山春子、同甲野一郎及び同丙川夏子に対してはそれぞれ金二〇〇万円及びこれらに対する平成五年七月一六日(被控訴人内田久則については同月一七日)から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

3 訴訟費用は、第一、二審とも被控訴人らの負担とする。

4 仮執行宣言

#### 二 控訴の趣旨に対する答弁

##### 控訴棄却

### 第二 請求の原因

本件の請求の原因は、次のとおり改め、又は加えるほかは、原判決の事実及び理由欄の第二に記載のとおりである。

一 原判決二枚目裏七行目の「原告」を「訴訟承継前控訴人亡甲野花子(以下「花子」という。)」と、同四枚目表四行目から同四枚目裏二行目までの間の各「原告」を「花子」とそれぞれ改める。

二 同四枚目裏五行目の次に行を改めて次のとおり加える。

「六 花子は、平成九年八月一三日に死亡したが、その相続人は、夫である控訴人甲野太郎、花子と同控訴人との間の長女である控訴人乙山春子、同長男である控訴人甲野一郎及び同二女である控訴人丙川夏子である。(当事者間に争いが無い。)」

三 同六行目の「六」を「七」と、同行目の「原告」を「控訴人ら」と、同七行目、同八行目及び同十一行目の各「原告」を「花子」とそれぞれ改める。

四 同一〇行目の「受け入れないとの」次に「花子の」を加え、同末行の「舞って」を「舞い、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針を採用していながら、この治療方針の説明を怠って、」と改め、同五枚目表三行目の「いずれも」の次に「花子に生じた」を、同五行目の「遅延損害金」の次に「につき、これを相続した控訴人らの法定相続分に応じて控訴の趣旨2項記載のとおり金員」をそれぞれ加える。

### 第三 争点

本件の争点は、次のとおり改め、又は加えるほかは、原判決の事実及び理由欄の第三に記載のとおりである。

一 原判決五枚目表七行目から一〇枚目表八行目までの間の各「原告」のうち、同五枚目

表九行目、同六枚目裏四行目、同七枚目表末行、同九枚目裏三行目及び同一〇枚目表五行目の各「原告」を「控訴人ら」と、その余の各「原告」を「花子」とそれぞれ改める。

二 同六枚目表二行目の「の輸血拒否」を「による輸血拒否」と改める。

三 同七枚目表八行目の「振る舞って」を「振る舞い、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針を採用していながら、この治療方針の説明を怠って、」と同八枚目表七行目の「示し」を「示したもので、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針を採用していながら、この治療方針の説明を怠って、」とそれぞれ改める。

四 同七枚目裏一行目の「訴外甲野一郎(以下「訴外一郎」という。)」を控訴人甲野一郎(以下「控訴人一郎」という。)と改める。

#### 第四 本件の経過

本件の経過は、次のとおり改め、又は加えるほかは、原判決の事実及び理由欄の第四に記載のとおりである。

一 原判決一〇枚目裏三行目の「三」の次に「、乙第九号証、乙第一〇号証、乙第一三号証、乙第一四号証」を加える。

二 同行目から二〇枚目表一行目までの間の各「原告」を「花子」と、各「訴外一郎」を「控訴人一郎」と、「訴外甲野太郎(以下「訴外太郎」という。)」を「控訴人甲野太郎(以下「控訴人太郎」という。)」と、各「訴外太郎」を「控訴人太郎」とそれぞれ改める。

三 同一二枚目裏六行目末尾に「なお、被控訴人内田は、当日、花子に対して超音波検査を実施し、肝右葉付近に巨大な腫瘍があることなどの所見を得、その摘出手術が相当困難なものとなるとの感じを抱いた。」を加える。

四 同一三枚目表九行目の「答えた」の次に「なお、被控訴人富川作成の陳述書(乙第一〇号証)中には、同被控訴人が花子から「死んでも輸血をしてもらいたくない。」と言われた記憶がない旨の記載部分があるが、右記載部分は、カルテ(乙第一号証)中の、右会話があったとされる同年九月七日を含む同年八月一八日から同年九月一〇日までの検査、一時的指示、継続指示などを記載した文書(八一頁)中の特記事項欄に「エホバ!輸血は死んでもだめ」との記載があることに照らして採用できない。)」を加える。

五 同一四枚目裏一行目の「術前検討会」の次に「(これには少なくとも、被控訴人内田、同富川及び同市川が出席した。)」を、同八行目の「事態」の次に「が発生した場合には、輸血の実施を考慮することとし、これ」をそれぞれ加える。

六 同一七枚目表五行目の「手術」の次に「の」を加え、同六行目の「提出された。」の次に「この承諾書は、説明の内容として、「肝腫瘍の手術、合併症について説明しました。(内田久則)」と手書きで記載され、承諾文言として、「今般主治医より(空欄未補充)を受けることにつきまして十分な説明を聞き了解いたしましたので、実施をお願いいたします。」と印刷され、その下に花子が患者本人として署名捺印し、患者の家族である控訴人太郎が署名捺印しているものである。」を同七行目の末尾に「。」をそれぞれ加える。

七 同一八枚目裏二行目の「著名」を「著明」と改める。

八 同八行目末尾に「待機していた花子の家族（控訴人ら四名及び控訴人一郎の妻）からの同意を得ることなく、」を加える。

#### 第五 争点に対する判断

##### 一 争点一（無輸血特約）について

控訴人らは、花子と被控訴人国とは、平成四年九月一四日、被控訴人医師らが花子に対して手術中いかなる事態になっても、すなわち、輸血以外に救命手段がない事態になっても、輸血をしないこと（以下「絶対的無輸血」という。）を合意したと主張する。

しかし、前記認定の事実によれば、花子は、口頭により絶対的無輸血を求める旨の意思を表示していることは認められるが、文書上はその意思は明確でない。また、被控訴人医師らは、口頭によっても、文書によっても右花子の求めに応ずる旨の意思を表示しているとは認められないが、できる限り輸血をしない旨の意思表示はしていることが認められる。したがって、絶対的無輸血の合意が成立していると認めることはできない（手術に当たりできる限り輸血をしないこととする限度での合意成立の効果は認めるべきである。）。これを補足説明すると次のとおりである（以下、前記認定事実には証拠を示さず、それ以外の事実には括弧内に証拠を示す。）。)

1 エホバの証人の信者である患者（以下「エホバの証人患者」という。）の症例報告等（《証拠略》）によれば、エホバの証人患者は、多くが絶対的無輸血の意思を表明しているが、家族などの説得により、輸血の承諾をした事例もあり（《証拠略》の症例）、手術に当たりできる限り輸血をしないこととするが、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血をすること（本件において、被控訴人医師らの認識における「できる限り輸血をしないこと」の意味は、この趣旨と解される。以下「相対的無輸血」という。）を承諾した事例もあり（《証拠略》の症例）また、患者本人は絶対的無輸血の意思を表明したが、その家族は生命の危機に瀕する事態に陥ったときに相談させてほしいとの意思を表明した事例もあり（《証拠略》の症例）さらに、患者本人は相対的無輸血を承諾したが、妻が反対した事例もある（《証拠略》の症例4）。

以上のとおり、エホバの証人患者の輸血について採る態度はさまざまであるところ、絶対的無輸血は、生命の維持よりも輸血をしないことに優越的な価値を認めるものであるのに対し、相対的無輸血は、輸血をしないことよりも生命の維持に優越的な価値を認めるものであって、同じ無輸血といっても、この両者の間には質的に大きな違いがある。

2 花子が医科研で最初に受診した際、被控訴人内田に対し、花子は、輸血に関する発言はしなかったが、控訴人一郎が「母は三〇年間エホバの証人をしていて、輸血をすることはできません。」と言った。しかし、同控訴人は、「輸血以外に救命手段がない事態になっても輸血はできない。」旨を明言はしていない。

これに対し、被控訴人内田は、「(腫瘍は)大きいですけど、心配いりません。ちゃんと

治療できます。」「いざとなったらセルセイバー（回収式自己血輸血装置）があるから大丈夫です。本人の意思を尊重して、よく話し合いながら、きちんとやっていきます。」と言っているが、「輸血以外に救命手段がない事態になっても輸血はしない。」旨を明言してはならず、将来の話し合いの余地を残して、絶対的無輸血の治療方針を採る旨を表明してはいない。

3 花子が医科研に入院した当日の被控訴人市川と花子との問答は、貯血式自己血輸血の可否に関するものに過ぎず、両者とも、絶対的無輸血の意思又は治療方針を明確に表明するものではない。

4 花子が医科研に入院中の平成四年九月七日には、花子は、被控訴人富川に対し、「死んでも輸血をしてもらいたくない。そういう内容の書面を書いて出します。」と言っているが、これは、絶対的無輸血の意思を口頭で表明したものである。この意思表示は、主治医である被控訴人富川に対するものであるから、被控訴人国の履行補助者に対して絶対的無輸血による手術を求める旨の意思表示（申込み）であるといえる。

これに対し、被控訴人富川は、「そういう書面をもらってもしょうがないです。」と言っているが、これは、右申込みを承諾したのではないことは明らかである。

5 手術説明会の同月一四日には、被控訴人内田は、大きな手術となり出血があることなどを説明するとともに、「術後再出血がある場合には、再び手術が必要になる。この場合は医師の良心に従って治療を行う。」と説明しているが、同被控訴人の内心の意図はともかくとして、右説明は、相対的無輸血の治療方針を表明するものではない（およそ輸血について言及したものと認めることはできない。）

控訴人一郎は、その際、被控訴人内田に対して花子作成の免責証書（乙第四号証）を交付している。右免責証書の記載文言は、輸血拒否の意思を表明してはいるが、他の例（甲第四号証中の「輸血謝絶書」、《証拠略》）と表現を異にし、死の結果をも受入れる旨の絶対的無輸血の意思を明確にしているとは解されないおそれがある（「どんな損傷」という表現が用いられているが、「傷」という語感からは死の結果をも許容する趣旨かどうか疑いの生ずる余地がある。）

前判示認定事実によると、被控訴人医師らが絶対的無輸血の治療方針を採用せず、相対的無輸血の治療方針を採用していたことは明らかである。また、医療の専門性（この専門性は訴訟代理の委任の局面とも同一である。）に鑑み、医師はその専門知識及び能力に基づきその良心に従って医療内容を決定すべきであり、患者による治療内容に対する注文は、通常は単なる希望の表明に過ぎず、原則としては、医師が明示に承諾した場合でなければ、そのような医師の治療方針と抵触する合意が成立したと認めるべきものではない（後記の説明義務違反の問題が生ずることや手術の施行自体について患者の同意が必要なことは別論である。）。被控訴人医師らの右言動をもってしては、被控訴人医師らが絶対的無輸血につき承諾したものであるということとはできず、手術に当たりできる限り輸血しないこととする限度でのみ合意成立の効果を認めるべきである。

6 以上のとおり、花子と被控訴人国との間に絶対的無輸血の合意が成立したとは認められないが、念のため右合意の効力について当裁判所の見解を述べておく。当裁判所は、当事者双方が熟慮した上で右合意が成立している場合には、これを公序良俗に反して無効とする必要はないと考える。すなわち、人が信念に基づいて生命を賭しても守るべき価値を認め、その信念に従って行動すること(このような行動は、社会的に優越的な宗教的教義に反する科学的見解を公表すること、未知の世界を求めて冒険をすること、食糧事情の悪い状況下で食糧管理法を遵守することなど枚挙にいとまがない。)は、それが他者の権利や公共の利益ないし秩序を侵害しない限り、違法となるものではなく、他の者がこの行動を是認してこれに関与することも、同様の限定条件の下で、違法となるものではない。ところで、エホバの証人の信者がその信仰に基づいて生命の維持よりも輸血をしないことに優越的な価値を認めて絶対的無輸血の態度を採ること及び医師がこれを是認して絶対的無輸血の条件下で手術を実施することは、それが他者の権利を侵害するものでないことが明らかである。さらに、輸血にはウィルスの感染等の副作用があることは公知の事実であるし、花子が医科研を初めて受診した平成四年七月二八日までに絶対的無輸血の条件下で実施された手術例が多数あり、この中には相当数の死亡例もありながら、死亡例について医師が実際に刑事訴追された事例がなかったこと(《証拠略》)、同元年には、輸血療法の環境の変化に対応して、厚生省健康政策局長が輸血療法の適正化に関するガイドラインを定め、これを各都道府県知事あてに通知しているが、その一項目として、「輸血療法を行う際には、患者またはその家族に理解しやすい言葉でよく説明し、同意を得た上でその旨を診療録に記録しておく。」ことが挙げられていること(《証拠略》)、同二年中には日本医師会の生命倫理懇談会が絶対的無輸血の条件下での手術の実施をやむを得ないことではあるが肯定する旨の見解を公表していること(《証拠略》)、同二年から花子の右受診前までの間に北信総合病院、国立循環器センター、聖隷浜松病院、京都大学医学部附属病院、上尾甞生病院及び鹿児島大学医学部付属病院などが絶対的無輸血の条件下での手術を是認する見解を公表しており、これを報道する新聞も、その見解に否定的な評価を示してはいないこと(《証拠略》)、花子の右受診時点までに、法律学の領域においても、医療における患者の自己決定権、インフォームド・コンセント、クオリティ・オブ・ライフなどの問題につき患者の意思決定を尊重する見解が多数発表されていたこと(当裁判所に顕著な事実。なお、甲号証としては、第五七号証、第五九号証などがある。)などに照らすと、花子の右受診時点では、絶対的無輸血の条件下で手術を実施することも、公共の利益ないし秩序を侵害しないものと評価される状況に至っていたものと認められる。ただし、これは医師に患者による絶対的無輸血治療の申入れその他の医療内容の注文に応ずべき義務を認めるものでないことはいうまでもない。絶対的無輸血治療に応ずるかどうかは、専ら医師の倫理観、生死観による。後記説明義務を負うことは格別として、医師はその良心に従って治療をすべきであり、患者が医師に対してその良心に反する治療方法を採用することを強制することはできない。もっとも、その良心に従ったところが医師に当然要求される注意義務に反するときは、責任



を免れないことはもちろんである。

## 二 争点二(説明義務違反とその責任主体及び結果)について

控訴人らは、被控訴人医師らが、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針、すなわち、相対的無輸血の治療方針を採用していながら、花子の絶対的無輸血の意思を認識した上で、花子の右意思に従うかのように振る舞い、この治療方針の説明を怠って、花子に本件手術を受けさせ、本件輸血をし、右の行為によって花子の自己決定権及び信教上の良心を侵害した、と主張する。

この主張は、本件において国以外の被控訴人医師らが輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針、すなわち、相対的無輸血の治療方針を採用していたことを花子に説明する義務を負っていたところ、その義務の懈怠があるとするものである。まず、右説明義務の存否について判断する(以下、前記一同様に、既に認定した事実には証拠を示さず、それ以外の事実には括弧内に証拠を示す。)

### 1 説明義務の存否

(一) 被控訴人医師らは、できる限り輸血しないこととするが、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針、すなわち、相対的無輸血の治療方針を採用していながら、花子に対し、この治療方針の説明をしなかった。

(二) 本件のような手術を行うについては、患者の同意が必要であり、医師がその同意を得るについては、患者がその判断をする上で必要な情報を開示して患者に説明すべきものである。もちろん、これは一般論であり、緊急患者のような場合には、推定的同意の法理によるべきであるし、その説明の内容は、具体的な患者に則し、医師の資格をもつ者に一般的に要求される注意義務を基準として判断されるべきものである。

この同意は、各個人が有する自己の人生のあり方(ライフスタイル)は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものである。被控訴人らは自己の生命の喪失につながるような自己決定権は認められないと主張するが、当裁判所は、特段の事情がある場合は格別として(自殺をしようとする者がその意思を貫徹するために治療拒否をしても、医師はこれに拘束されず、また交通事故等の救急治療の必要のある場合すなわち転医すれば救命の余地のないような場合には、医師の治療方針が優先される。)一般的にこのような主張に与することはできない。すなわち、人はいずれは死すべきものであり、その死に至るまでの生きざまは自ら決定できるといわなければならない(例えばいわゆる尊厳死を選択する自由は認められるべきである。)。本件は、後腹膜に発生して肝右葉に浸潤していた悪性腫瘍(手術前の診断は、肝原発の血管性腫瘍、肝細胞癌、悪性後腹膜腫瘍等の疑い)であり、その手術をしたからといって必しも治癒が望めるというものではなかった(これは、現に当審係属中に花子が死亡したことによっても、裏付けることができる。)。この事情を勘案すると、花子が相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権は尊重されなければならなかった。なお、患者の自己決定は、医師から相当の説明がされている限り、医師の判断に委ねるといえるものでよいことはいうまでもなく、また、医学的知識

の乏しい患者としては、そういう決定をすることが通例と考えられる。そして、相当の説明に基づき自己決定権を行使した患者は、その結果を自己の責任として甘受すべきであり、これを医師の責任に転嫁することは許されない(説明及び自己決定の具体的内容について、明確に書面化する一般的な慣行が生まれることが望ましい。)

輸血(同種血輸血)は、血液中の赤血球や凝固因子等の各成分の機能や量が低下したときにその成分を補充することを主な目的として行われるものであり、ショック状態の改善、事故や手術の際の大量出血による生命の危険に対して劇的な効果を収め得る治療手段であるが、ときにウィルスや細菌などの病原体による感染症や免疫反応に起因する副作用などがある(《証拠略》)。したがって、医師が患者に対して輸血をする場合には、患者又はその家族にこれらの事項を理解しやすい言葉でよく説明し、同意を得た上で行うことが相当である(《証拠略》)とはいえるが、手術等に内在する可能性として同意が推定される場合も多く、一般的にそのような説明をした上での同意を得べきものとまではいえない。しかし、本件では事情が異なる。花子は、エホバの証人の信者であったところ、エホバの証人患者は、その宗教的教義に基づいて輸血を拒否することが一般的であるが、前記一 1 認定のとおり、輸血拒否の態度に個人差があることを看過することはできない。また、単に無輸血といっても、絶対的無輸血と相対的無輸血の間には質的に大きな違いがあり(また、《証拠略》によれば、エホバの証人の信者であっても、血液製剤のうちの一部のものは、個人の判断で許容できるとしているし、血液の貯蔵を伴わない自己血輸血の一部の方式も、同様に許容できるとしている。) 医師は、エホバの証人患者に対して輸血が予測される手術をするに先立ち、同患者が判断能力を有する成人であるときには、輸血拒否の意思の具体的内容を確認するとともに、医師の無輸血についての治療方針を説明することが必要であると解される。

さらに本件においては、次の事実が認められる。花子は、昭和四年一月五日生まれであって、医科研に外来受診しその後入院した当時六三歳であり、判断能力を有する成人であった。被控訴人内田は、花子の担当医師団の責任者であり、花子の外来受診の際に対応して入院治療を承諾し、本件手術のメンバーを決め、術前検討会を主宰し、本件手術の執刀医として最終的な責任者となった。被控訴人富川及び同市川は、花子の主治医として、入院中の花子の日常的な診療に直接携わった。被控訴人長尾は肝臓外科専門医として、被控訴人田上及び同三田は麻酔医として、本件手術及び本件輸血には関与したが、その関与する局面は限定されたもので、花子及びその家族と接触することはなかった(《証拠略》)。被控訴人内田、同富川及び同市川は、前記認定の経緯から、花子がエホバの証人の信者であって輸血拒否の意思を有していることを知っていた。被控訴人長尾は、花子がエホバの証人の信者であることを知っていたと推認されるが(《証拠略》) 同田上及び同三田については明らかでない。被控訴人内田は、花子が立川病院で無輸血手術ができない旨言われたため、医科研に受診することとなった経緯を知っていた。被控訴人内田は、花子の外来受診当初から、花子の肝右葉付近に巨大な腫瘍があることなどの所見を得、その摘出手術が相

当困難なものとなるとの感じを抱き、控訴人一郎に対して「いざとなったらセルセイバーがあるから大丈夫です。」と告げた(なお、これらの事実から、被控訴人内田は、この腫瘍を摘出する本件手術をするに当たっては輸血以外に救命手段がない事態が発生する可能性のあることを認識していたものと推認できる。)被控訴人富川は、輸血以外に救命手段がない事態になれば患者が誰であれ輸血する考え方を個人的に抱いていたところ、平成四年九月七日、花子に対し緊急時には救命のために輸血する方針である旨を告げ、花子から「死んでも輸血をしてもらいたくないし、必要なら免責証書を提出する。」旨言われたが、そのような証書を貰っても仕方がないと返答した。被控訴人内田及び同市川は、そのころ、カルテの記載(《証拠略》)又は被控訴人富川からの報告により花子の右発言を知った(被控訴人内田が担当医師団の責任者であること、被控訴人市川が同富川と同様に花子の主治医であって花子の日常的な診療に直接携わっていたことからの推認。なお、被控訴人長尾、同田上及び同三田が花子の右発言を知っていたと認めるに足りる証拠はない。)被控訴人内田、同富川及び同市川の三名(以下「被控訴人内田ら三名」という。)

は、術前検討会において、花子の生命に危険な事態が発生した場合には、輸血の実施を考慮することとし、濃厚赤血球等を準備することとした。被控訴人内田ら三名は、平成四年九月一四日に、花子、控訴人太郎及び同一郎に対し、手術説明をし、その際、控訴人一郎から免責証書の交付を受けた。

以上によれば、被控訴人富川は、一応相対的無輸血の方針を説明していると認められるが、花子がこれに納得せず、絶対的無輸血に固執していることを認識した以上、そのことを他の担当医師特に責任者である被控訴人内田に告げ、担当医師団としての治療方針を統一すべき義務を負い、その内容が花子の固執しているところと一致しなければ、自ら又は被控訴人内田を通じて、花子に説明してなお医科研における入院治療を継続するか否か特に本件手術を受けるかどうかの選択の機会を与えるべきであった。そして、被控訴人内田、同富川及び同市川は、無輸血で手術を行う一〇〇%の見込みがないと判断した時点で(少なくとも術前検討会の後花子及び家族への手術説明の際には)担当医師団の方針としてその説明をすべきであった。しかし、被控訴人長尾、同田上及び同三田は、担当医師団の責任者たる被控訴人内田の決定指示に従う立場にあり、花子及びその家族と接触してその意思を確認する機会も、治療方針の説明をする機会もなかったから、右説明義務を負うことはない(なお、担当医師団の一員ないしその一員と予定されている麻酔医にまで右説明等の義務を認めることは、外科医と麻酔医の役割分担を前提とする病院組織の場合には、病院全体の効率的な運営を妨げるおそれがあるため相当でない。)

(三) 以上によれば、被控訴人内田ら三名は、輸血以外に救命手段がない事態になった場合には輸血する治療方針、すなわち、相対的無輸血の治療方針を採用していながら、花子に対し、この治療方針の説明を怠ったものである。

(四) なお、被控訴人らは、同内田らが、花子の生命を守るためには、本件手術を実施せざるを得ないと考えていたところ、本件手術に関し輸血がどの程度必要であるのか輸血を

しなければどうなるかについて説明すれば、花子が手術を拒否すると考えて、あえて説明をしなかったものであって、このような行為は正当であって許されると主張する。しかし、手術等に対する患者の同意は、各個人が有する自己の人生のあり方(ライフスタイルないし何に生命より優越した価値を認めるか)は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものであるところ、右主張は、この自己決定権を否定し(前判示のとおり、その患者の自己決定が明らかに不合理な場合は、別論である。)いかなる場合であっても医師が救命(本件ではむしろ延命)のため手術を必要と判断すれば患者が拒否しても手術をしてよいとすることに成り兼ねないものであり、これを是認することはできない。すなわち、現状においては、ガン告知等医師の裁量によって説明の要否及び内容を判断すべき場合があることは確かであるが、本件については、前判示の病名、患者の意思の強固さ等の諸事情からいってそのような裁量によって説明をしないことが許される場合でないことは明らかである(本来、ガン告知を含めて医師が患者に対してすべき説明の内容ないし程度については、診療機関が患者の受診当初において明示にすなわち書面で、患者の希望ないし意思を確かめる措置を執ることが適当である。)

## 2 説明義務違反の結果

被控訴人内田ら三名が、花子に対し、相対的無輸血の治療方針を採用していることを説明しなかったことにより、花子は、絶対的無輸血の意思を維持して医科研での診療を受けないこととするのか、あるいは絶対的無輸血の意思を放棄して医科研での診療を受けることとするかの選択の機会(自己決定権行使の機会)を奪われ、その権利を侵害された。

花子は、被控訴人内田ら三名から右説明を受けていれば、医科研での診療を受けないこととする(本件手術についても同意しない)選択をしたものと認められる(《証拠略》)。したがって、被控訴人内田ら三名の説明義務違反の結果、花子は本件手術を受け、本件輸血を受けたこととなる。

## 三 争点三(本件輸血の違法性阻却事由ないし違法性)について

1 被控訴人らは、本件輸血は社会的に相当な行為又は緊急事務管理として違法性が阻却されると主張する。すなわち、被控訴人らは、花子が輸血以外に救命手段がない事態になっていたので、本件輸血は、人命尊重の観点から、また、医師にとっての職業倫理上の責任、刑事上の責任を回避するという観点からも、社会的に相当な行為又は緊急事務管理行為というべきである旨主張する。

確かに、後記認定のとおり、本件輸血が花子の救命のために必要であったことは、認められる。また、一般的には、医師が手術に際して患者の救命のために患者に輸血することは、輸血についての患者の事前の明示の同意がなくても、手術についての患者の同意が輸血についての同意を通常内包しているため、違法性がないものといえる。しかし、本件は、前判示のとおり救命ないし延命を至上命題とすべき事案ではなく、被控訴人内田ら三名に関しては、前記説明を怠ったことの違法性が明らかであるところ(なお、本件手術についての花子の同意は、治療方針について十分な説明を受けずにされた瑕疵あるものではある

が、結果として手術が輸血なしでされた場合には、花子に損害が生ずることはないから、被控訴人らの責任も生じない。) 本件輸血は、同被控訴人らが前記説明を怠ったことによって発生したものであるから(すなわち、同被控訴人らが前記説明をしていれば、花子が本件手術を受けることも、ひいては本件輸血を受けることもなかったものであるから) 本件輸血が花子の救命のために必要であったことをもって同被控訴人らが前記説明を怠ったことの違法性が阻却されることはない。そして、この違法性が阻却されない以上、前記説明を怠ったことによって発生した本件輸血の違法性も阻却されることはない(仮に、本件輸血が花子の救命のために必要であったことをもって本件輸血の違法性が阻却されるものとすれば、同被控訴人らは、花子の意思にかかわらず、また、前記説明をしないとにかかわらず、およそ本件輸血は違法でないこととなるが、このような考え方は、前判示のとおり、救命のためという口実さえあれば医師の判断を優先することにより、患者の自己決定権をその限りで否定することとなるから、採用できない。)

しかし、被控訴人長尾、同田上及び同三田に関しては、同被控訴人らが前記説明義務を負っていなかったものであるから、本件輸血の違法性につき、さらに検討する必要がある。

2 被控訴人長尾、同田上及び同三田(以下「被控訴人長尾ら三名」という。)に関しては、本件輸血が違法であるか否かは、専ら本件輸血が花子の救命のために必要でなかったか否かによって、判断すべきものである。すなわち、前記認定のとおり、被控訴人長尾ら三名は、被控訴人内田ら三名のように前記説明義務を負うものではなく、事前の花子がエホバの証人として輸血を拒む事思表示をしていたことを知っていたかともどうか明確でない。

しかし、少なくとも本件手術において輸血の要否が問題となった時点では、被控訴人内田らからそのことを告げられたと認めるべきである。担当医師団としては、前記認定の手術に当たりできる限り輸血しないこととする合意の効果に拘束される(また、医師はその良心に反するものでない限り、患者の真しな自己決定に拘束されるとも解される。)。被控訴人長尾ら三名の行為に関しては、本件輸血が花子の救命のために必要でなければ違法であり、これが必要であれば違法ではないとすべきである。そして、本件輸血の必要性については、次のとおり認められる(以下、これまでと同様に、既に認定した事実には証拠を示さず、それ以外の事実には括弧内に証拠を示す。)

本件手術終了後の時点における花子の状況及び被控訴人医師らの判断は、次のとおりであった。出血量は、二二四五ミリリットル余りで、低血圧、頻脈、創浮腫が著明となっていた。この時点で、適切な対処をしなければ、花子が不可逆的なショック状態に陥り、生命の維持が困難となる状況であった(《証拠略》)。被控訴人内田は、この時点でも、できれば輸血しないようにしたい意向であった(同)。しかし、ショック状態の管理については一般に麻酔医の方が外科医より専門的な知見と経験を有するところ(《証拠略》) 麻酔医である被控訴人田上及び同三田が、どうしても輸血しないと生命の維持ができないという判断を示したことから、被控訴人医師らは、本件輸血をすることとした(《証拠略》)。この時点においては、輸血に代えて代用血漿剤を使用することは、同剤が酸素運搬機能に欠け、凝

固因子を有しないため、救命手段として適切なものとはいえず、他の適切な救命手段はなかった(《証拠略》)。

以上の事実によれば、本件輸血の必要性はこれを肯定することができる。したがって、被控訴人長尾ら三名に関しては、本件輸血が違法であるとはいえず、同被控訴人らに関しては、花子に対して不法行為責任を負う理由がない。

#### 四 争点四(損害)について

《証拠略》によれば、花子が本件輸血によって医療における自己決定権及び信教上の良心を侵害され、これにより被った精神的苦痛は、大きいものがあつたものと認められる。

しかし、(1)花子が侵害されたものは純粋に精神的なものであること(本件手術が積極的に花子の健康を害したとは認められず、むしろ後記のとおり延命の効果があつたと認められること)、(2)被控訴人医師らは、長時間にわたる困難な手術を遂行し、腫瘍の完全な摘出はできなかつたものの、その時点でなし得る最大限の治療をしたこと、(3)本件手術で腫瘍を摘出しなければ、花子の余命は約一年と見込まれたが(《証拠略》)右摘出により、花子は本件手術後五年間の生存が可能となつたものと認められること、(4)被控訴人内田ら三名が花子の輸血拒否の具体的内容を確認するとともに、治療方針を説明する義務を怠つたとはいへ、花子が医科研に受診し入院して本件輸血を受けた平成四年七月ないし九月当時、エホバの証人患者の手術に際して絶対的無輸血の治療方針を採用するのが相当か、それとも相対的無輸血の治療方針を採用するのが相当かについて、確定的な見解があつたものではないこと(ちなみに、前記一六認定のとおり、平成二年中に発表された日本医師会の生命倫理懇談会の見解は、絶対的無輸血の条件下での手術の実施を「やむを得ないことではあるが」肯定する趣旨のものであり、同二年から花子の右受診前までの間に絶対的無輸血の条件下での手術を是認する見解を発表した病院は、未だ多くはなかつたものである。)(5)わが国の医療現場における説明及び同意(インフォームド・コンセント)の観念及びこれに関するシステムは、なお流動的な形成途上にあり、被控訴人内田らの行為は医師の思い上がりと評すべき面もあるが、善意に基づくと認められること(なお、控訴人らは、手術後も被控訴人医師らが本件輸血をしたことを秘匿した点を非難するが、手術直後にこれを明らかにしてもすでにした輸血の事実を覆すことはできず、その告知が花子の予後に与える影響を考慮すると、やむを得ない面があり、この点を重視することはできない。)等の本件に顕れた全事情を勘案すると、花子の被った右精神的苦痛を慰謝するには五〇万円をもってするのが相当と認める。また、花子及びその相続人である控訴人らは、弁護士に本訴の追行を委任しているところ、本件の事案の内容、認容額などを考慮すると、本件と相当因果関係のある弁護士費用は、右損害認容額の一割の五万円が相当と認められる。

#### 五 まとめ

以上によれば、花子の相続人である控訴人らはその相続分に応じ、被控訴人国並びに同

内田、同富川及び同市川（不真正連帯）に対し、民法七〇九条、七一〇条、七一五条に基づき、控訴人太郎において二七万五〇〇〇円、その余の控訴人らにおいてそれぞれ九万一六六六円（円未満切捨て）及びこれに対する不法行為の後の日である平成五年七月一六日（被控訴人内田については同月一七日）から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の支払を求めることができる。

#### 第六 結論

以上の次第で、控訴人らの本件控訴は、被控訴人国、同内田、同富川及び同市川に対する請求につき主文第一項1の限度で理由があるから、これを認容することとして原判決をその旨変更し、控訴人らの被控訴人長尾、同田上及び同三田に対する請求は理由がなく、原判決は相当であるから、控訴を棄却することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法六七条一項本文、同条二項、六一条、六四条本文を、仮執行の宣言につき同法二五九条一項をそれぞれ適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第一二民事部

裁判長裁判官 稲葉威雄 裁判官 塩月秀平 裁判官 橋本昇二

《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 28050437

【文献種別】 判決 / 最高裁判所第三小法廷(上告審)

【裁判年月日】 平成12年 2月29日

【事件番号】 平成10年(オ)第1081号

平成10年(オ)第1082号

【事件名】 損害賠償請求上告、同附带上告事件

【著名事件名】 宗教的理由による輸血拒否訴訟上告審判決

【審級関係】 第一審 28030771

東京地方裁判所 平成5年(ワ)第10624号

平成 9年 3月12日 判決

控訴審 28030706

東京高等裁判所 平成9年(ネ)第1343号

平成10年 2月 9日 判決

【事案の概要】 患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない、このような患者の固い意思を知っていた医師は、当該患者の手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、当該患者に対し、そのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、当該医師の下で手術を受けるか否かを患者自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当であるとした事例。

【判示事項】〔最高裁判所民事判例集〕

宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者に対して医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血をした場合において右医師の不法行為責任が認められた事例

〔判例タイムズ(判例タイムズ社)〕

宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者に対して医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血をした場合において右医師の不法行為責任が認められた事例

【要旨】〔最高裁判所民事判例集〕

医師が、患者が宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有し、輸血を伴わないで肝臓のしゅようを摘出する手術を受けることができるものと期待して入院したことを知っており、右手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる



可能性があることを認識したにもかかわらず、ほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで右手術を施行し、患者に輸血をしたなど判示の事実関係の下においては、右医師は、患者が右手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪われたことによって被った精神的苦痛を慰謝すべく不法行為に基づく損害賠償責任を負う。

【裁判結果】 上告・附带上告棄却

【上訴等】 確定

【裁判官】 千種秀夫 元原利文 金谷利広 奥田昌道

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集54巻2号582頁

訟務月報47巻5号1108頁

裁判所時報1262号8頁

判例時報1710号97頁

判例タイムズ1031号158頁

最高裁判所裁判集民事196号991頁

【参照法令】 民法709条

民法710条

民法715条

【評釈等所在情報】〔日本評論社〕

飯塚和之・NBL736号66頁

輸血拒否患者に対する医師の説明義務

岩坪朗彦・法律のひろば53巻7号

宗教的理由による輸血拒否訴訟最高裁判決

吉田邦彦・判例時報1782号181頁

「エホバの証人」の宗教的信条から絶対的無輸血の明確な意思を示す患者に対して、説明せずに(いわゆる相対的無輸血の立場で救命のために)輸血することは、同人の輸血医療拒否、さらには輸血の可能性ある手術の受諾に関する意思決定をする権利を奪い、その人格権を侵害したとして、不法行為に基づく慰謝料賠償責任を肯定した事例：成人患者自らが長年の信者でその輸血拒否の意思を明確に何度も表明し、しかも本件肝臓腫瘍摘出手術後の余命は5年であり、且、医師側が患者の右意思を受けよう言動もしていた場合

沢登文治・南山法学25巻4号153頁

エホバの証人輸血拒否事件

植木哲・私法判例リマークス(法律時報別冊)23号58頁

宗教上の理由から輸血拒否の意思が固い患者に輸血した医師の不法行為責任

平野哲郎・判例タイムズ1066号

新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務：エホバの証人輸血事件判決がもたらすもの

山田卓生・年報医事法学16号

宗教上の理由による輸血拒否患者への無断輸血と医師の責任

野澤正充・法学セミナー546号

宗教的理由による輸血拒否患者への医師の説明義務

佐久間邦夫・ジュリスト増刊(最高裁時の判例2 私法編)246頁

宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意志を有している患者に対して医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血をした場合において右医師の不法行為責任が認められた事例

石崎泰雄・駿河台法学18巻1号45頁

宗教上の理由による輸血拒否事件

潮見佳男・ジュリスト臨時増刊1202号66頁

「エホバの証人」信者輸血拒否訴訟事件

良永和隆・民事研修584号13頁

人格権の侵害：宗教上の信念に基づく輸血拒否：「エホバの証人」輸血拒否事件

佐久間邦夫・最高裁判所判例解説民事篇平成12年度115頁

宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者に対して医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血をした場合において右医師の不法行為責任が認められた事例

潮見佳男・別冊ジュリスト183号96頁

〔医事法判例百選〕輸血拒否：東大医科研病院事件

浅野博宣・別冊ジュリスト186号56頁

〔憲法判例百選1 第5版〕自己決定権と信仰による輸血拒否

大沼洋一・判例タイムズ1065号110頁(平成12年度主要民事判例解説)

宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者に対して医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血した場合において右医師の不法行為責任が認められた事例

中田裕康、山本和彦、塩谷國昭、植木哲・判例タイムズ1178号214頁

2 各論〔5〕医療 判例分析(51) 承諾を得るための説明 輸血拒否と自己決定権  
【被引用判例】(当判例を引用している判例)

最高裁判所第一小法廷 平成17年(受)第715号

平成17年12月 8日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

高松高等裁判所 平成16年(ネ)第214号  
平成17年10月 5日

大阪高等裁判所 平成16年(ネ)第1888号  
平成17年 9月30日

大阪高等裁判所 平成16年(ネ)第1814号  
平成17年 7月26日

大阪地方裁判所 平成14年(ワ)第5697号  
平成17年 1月28日

大阪地方裁判所 平成15年(ワ)第1307号  
平成16年 5月13日

大阪地方裁判所 平成13年(ワ)第11468の1号  
平成16年 2月27日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

大阪地方裁判所 平成13年(ワ)第11468の2号  
平成16年 2月27日

【全文容量】 約5Kバイト(A4印刷:約4枚)

《全文》

【文献番号】28050437

損害賠償請求事件

最高裁判所第三小法廷平成一〇年(オ)第一〇八一号、第一〇八二号  
平成一二年二月二九日判決

主 文

本件上告及び附带上告を棄却する。

上告費用は上告人の、附带上告費用は附带上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人細川清、同富田善範、同齊木敏文、同永谷典雄、同山中正登、同大竹たかし、同林圭介、同中垣内健治、同近藤秀夫、同渡部義雄、同山口清次郎、同平賀勇吉、同星昭一、同安岡邦信、同小林隆之、同高柳安雄の上告理由について

一 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 亡武田みさえ(以下「みさえ」という。)は、昭和四年一月五日に出生し、同三八年から「エホバの証人」の信者であって、宗教上の信念から、いかなる場合にも輸血を受けることは拒否するという固い意思を有していた。みさえの夫である被上告人・附带上告人武田茂久(以下「被上告人茂久」という。)は、「エホバの証人」の信者ではないが、みさえの右意思を尊重しており、同人の長男である被上告人・附带上告人武田雅美(以下「被上告人雅美」という。)は、その信者である。

2 上告人・附帯被上告人(以下「上告人」という。)が設置し、運営している東京大学医学研究所附属病院(以下「医科研」という。)に医師として勤務していた内田久則は、「エホバの証人」の信者に協力的な医師を紹介するなどの活動をしている「エホバの証人」の医療機関連絡委員会(以下「連絡委員会」という。)のメンバーの間で、輸血を伴わない手術をした例を有することで知られていた。しかし、医科研においては、外科手術を受ける患者が「エホバの証人」の信者である場合、右信者が、輸血を受けるのを拒否することを尊重し、できる限り輸血をしないことにするが、輸血以外には救命手段がない事態に至ったときは、患者及びその家族の諾否にかかわらず輸血する、という方針を採用していた。

3 みさえは、平成四年六月一七日、国家公務員共済組合連合会立川病院に入院し、同年

七月六日、悪性の肝臓血管腫との診断結果を伝えられたが、同病院の医師から、輸血をしないで手術することはできないと言われたことから、同月一日、同病院を退院し、輸血を伴わない手術を受けることができる医療機関を探した。

4 連絡委員会のメンバーが、平成四年七月二七日、内田医師に対し、みさえは肝臓がんに罹患していると思われるので、その診察を依頼したい旨を連絡したところ、同医師は、これを了解し、右メンバーに対して、がんが転移していなければ輸血をしないで手術することが可能であるから、すぐ検査を受けるようにと述べた。

5 みさえは、平成四年八月一八日、医科研に入院し、同年九月一六日、肝臓の腫瘍を摘出する手術（以下「本件手術」という。）を受けたが、その間、同人、被上告人茂久及び同雅美は、内田医師並びに医科研に医師として勤務していた富川伸二及び市川直哉（以下、右三人の医師を「内田医師ら」という。）に対し、みさえは輸血を受けることができない旨を伝えた。被上告人雅美は、同月一四日、内田医師に対し、みさえ及び被上告人茂久が連署した免責証書を手渡したが、右証書には、みさえは輸血を受けることができないこと及び輸血をしなかったために生じた損傷に関して医師及び病院職員等の責任を問わない旨が記載されていた。

6 内田医師らは、平成四年九月一六日、輸血を必要とする事態が生ずる可能性があったことから、その準備をした上で本件手術を施行した。患部の腫瘍を摘出した段階で出血量が約二二四五ミリリットルに達するなどの状態になったので、内田医師らは、輸血をしない限りみさえを救うことができない可能性が高いと判断して輸血をした。

7 みさえは、医科研を退院した後、平成九年八月一三日、死亡した。被上告人・附帯上告人ら（以下「被上告人ら」という。）は、その相続人である。

二 右事実関係に基づいて、上告人のみさえに対する不法行為責任の成否について検討する。

本件において、内田医師らが、みさえの肝臓の腫瘍を摘出するために、医療水準に従った相当な手術をしようとすることは、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者として当然のことであるといえることができる。しかし、患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、みさえが、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことを内田医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、内田医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、みさえに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、内田医師らの下で本件手術を受けるか否かをみさえ自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。

ところが、内田医師らは、本件手術に至るまでの約一か月の間に、手術の際に輸血を必

要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、みさえに対して医科研が採用していた右方針を説明せず、同人及び被上告人らに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をしたのである。そうすると、本件においては、内田医師らは、右説明を怠ったことにより、みさえが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである。そして、また、上告人は、内田医師らの使用者として、みさえに対し民法七一五条に基づく不法行為責任を負うものといわなければならない。これと同旨の原審の判断は、是認することができ、原判決に所論の違法があるとはいえない。論旨は採用することができない。

附带上告代理人赤松岳、同野口勇、同石下雅樹の上告理由について

所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、違憲をいう点を含め、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難し、独自の見解に立って原審の右判断における法令の解釈適用の誤りをいうか、又は原審の裁量に属する慰謝料額の算定の不当をいうものであって、採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 千種秀夫 裁判官 元原利文 裁判官 金谷利廣 裁判官 奥田昌道)

## 北方ジャーナル事件(最大判昭和61年6月11日民集 40巻4号872頁)

### 1、「表現の自由」保障の趣旨

個人の人格の形成と展開にとって不可欠である(自己実現の価値)。  
民主主義の維持・運営にとって、不可欠である(自己統治の価値)。  
真理に到達するためには、思想の自由な交換(思想の自由市場)が不可欠である。  
国民の意思に基づいて成立する権力の正当化および安定化にとって不可欠である。

### 2、表現の自由の優越的地位

#### (1) 意義

表現の自由を中核とする精神的自由権は、財産権などの経済活動の自由と比べ、優越的地位にあるといわれる。これは、経済活動が精神活動と比べて価値的に劣っているという訳ではなく、精神的自由権の脆弱性を根拠に認められるものである。

精神的自由権の規制立法に対しては、司法審査において違憲性の推定が働き、裁判所は、経済的自由権規制立法に対する憲法適合性審査基準である「合理性の基準」ではなく、厳格な審査基準によって審査しなければならないと考えられている。

#### (2) 根拠

精神的自由権は、ひとたび侵害されると回復が困難であり、また、そもそもその侵害自体に気づきにくいという脆弱性がある。

経済的規制の分野においては、事後的・受動的・消極的機関である裁判所には、司法過程に内在する限界があり、規制の必要性の有無、規制の対象、手段、態様などの判断を政治部門の判断委ねた方が適切な場合がある。

精神的自由権が侵害されると、民主政の過程が機能しなくなり、政治過程における自律的な回復ができなくなるので、司法過程による是正が必要となる。

Q: 精神活動が経済活動よりも価値が高いことを理由に、精神的自由権の優越性を導き出す見解の是非について検討しなさい。

#### (3) 優越的地位の理論の効果(二重の基準の理論)

表現の自由を規制する国家行為(とくに立法)については、違憲性の推定が働き、次のような、厳格審査基準をもって、司法審査が行われるとされる。なお、違憲性の推定と立証責任の転換とは連動するものではない。

一般に、表現の自由の規制立法は、事前抑制、漠然不明確または過度に広汎、表現内容規制、表現内容中立規制、という4つの態様に大別される。

このうち、は、ある表現をそれが伝達するメッセージを理由に規制するものをいう。アメリカにおいて、表現内容規制については、「明白かつ現在の危険の基準」と「やむに

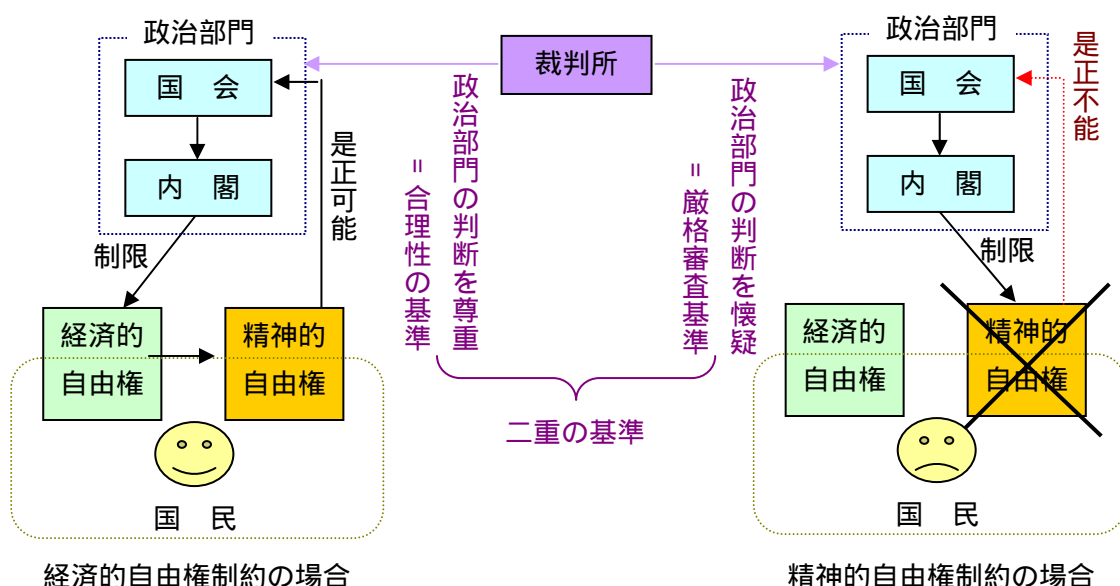


やまれぬ公共の利益の基準」という厳格審査基準が用いられる。ただし、性表現・名誉毀損的表現、営利的言論、憎悪的表現などは、価値の低い表現 (low value speech) とされ、政治的表現への規制とは区別される。

また、は、表現のメッセージ内容に関わらず行われる規制であって、時・場所・方法によりなされる規制や、象徴的表現・行動を伴う表現 (speech plus) の規制が含まれる。

Q: 主に表現内容中立規制に対して用いられるようになった「合理的関連性の基準」(オブライエン・テスト) について説明しなさい。

ただし、これらの考え方は、アメリカの判例法理を学説上紹介したものにすぎず、わが国の判例法理において確立したものとはいえない。これまで、精神的自由権に対する制約立法に対し、厳格審査基準を用いて違憲判決を行った例はない。



## 2、表現の自由と名誉権・プライバシー権

表現の自由は、国民の自己実現・自己統治に不可欠なものである。他方、名誉権・プライバシー権も、民主社会を基礎づける個人の尊厳 (13 条前段) を確立する手段である。したがって、いずれが優先するという性質のものではない。

結局、両者が衝突する場合、その調整は、等価値的な利益衡量によるべきものと解される。

### (1) 表現の自由と名誉権・プライバシー権

名誉権・プライバシー権と表現の自由との調整は、原則として等価値的な利益衡量による。ただ、表現の自由の優越的地位がとりわけ国民主権に基づく民主主義にとって不可欠の前提基盤であることに基礎づけられる点にかんがみ、公共性のある事項については、公表価値あるものとして憲法の保障する表現の自由の範疇に属すると解される。

#### 表現の自由と名誉権との調整の視点

刑法 230 条は、摘示事実の真偽を問わず名誉毀損罪を構成するとして名誉権の保護を図っているが、刑法 230 条ノ 2 は、表現の自由の観点から、公共の利害に関する事実であること、および公益を図る目的に出たものであることの 2 つの要件を前提として、事実の真実性の証明を条件として、名誉毀損罪の責を免れしめようとする(この趣旨は民事上の不法行為としての名誉毀損にも妥当する)。

公共性のある事項については、真実を語ることはもちろん、当該事項に関する事実の真実性を一応推測させる程度の相当な合理的根拠・資料があり、それに基づいてなされた表現行為は、憲法上保障された正当な表現行為として名誉毀損の責を負わない。

\*夕刊和歌山時事事件(最判昭和 44 年 6 月 25 日)

『夕刊和歌山時事』を発行する Y は、昭和 38 年 2 月、『和歌山特だね新聞』経営の A 及びその支持を受けた記者 B が、和歌山市役所土木部の課長や主幹に対し、「出すものを出せば目をつむってやるんだが、チビりくさるのでやったるんや」とか、「しかし魚心あれば水心ということもある。どうだ、お前にも汚職の疑いがあるが、一つ席を変えて一杯やりながら話をつけるか」などと凄んだ旨の記事を掲載し、名誉毀損罪で起訴された。第 1 審(和歌山地判昭和 41 年 4 月 16 日)は有罪を認定、第 2 審(大阪高判昭和 41 年 10 月 7 日)も、「被告人の適示した事実につき真実であることの証明がない以上、被告人において真実であると誤信していたとしても、故意を阻却せず、名誉毀損罪の罪責を免れることができない」とする判例(最判昭和 34 年 5 月 7 日)を引用し、原審の判断を支持した。Y は、このような解釈は言論の自由を必要以上に制約するもので憲法 21 条に違反するとして上告した。

最高裁は、刑法 230 条の 2 の規定は、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法 21 条による正当な言論の保障との調和をはかったものというべきであり、これら両者間の調和と均衡を考慮するならば、たとえ刑法 230 条の 2 第 1 項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である」として、前記判例を変更し、原審の判断を破棄差し戻した。

(「公正な論評の法理」、「現実の悪意の法理」)

#### 表現の自由とプライバシー権との調整の視点

表現行為によって、私生活上の事実が本人の意思に反して公表された場合、プライバシー権の侵害が生じる。プライバシー権侵害は、私生活上の事実が公表されること自体によって成立する。公表された事実が公共の秩序・利害に関するもの、あるいは公衆の正当な関心事に属するもので、事実の公表が単に興味本位に私事をあばく類のものでないかぎり、表現行為が許容される。プライバシー権の主体が公人ないしは公的存在である場合には、私生活上の事実であっても、公共の利害に関する事実とみなされる領域が広がる。

\*宴のあと事件(東京地判昭和39年9月28日)

外務大臣や衆議院議員を1期務めたことがあるXは、昭和34年の東京都知事選挙に社会党推薦候補として、立候補するも落選した。Xの妻で、有名な料亭の女将であったAは、夫の選挙に尽力したが、選挙後離婚した。作家であるYは、この事件をヒントに、昭和35年、「宴のあと」と題する小説を月刊誌中央公論に連載し、後に、出版社Zを通じて同名の単行本として出版した。Zは、発売にあたって本書がモデル小説である旨の広告をくり返した。そこで、Xは、Y及びZを相手どり、プライバシー侵害を理由に謝罪広告と損害賠償を請求して訴えを提起した。

東京地裁は、プライバシー権の侵害となるためには、公開された内容が「私生活上の事実または事実らしく受け取られるおそれのある事柄であること」、「一般人の感受性を基準にして、当該私人の立場に立った場合、公開を欲しないであろうと認められる事柄であること」、「一般の人々に未だ知られていない事柄であること」を必要とし、このような公開により当該私人が実際に不快・不安の念を覚えたことを必要とすると判示し、「文芸の前にはプライバシーの保障は存在し得ないかのような、また存在しうるとしても言論、表現等の自由の保障が優先されるべきであるという被告等の見解はプライバシーの保障が個人の尊厳性の認識を介して、民主主義社会の根幹を培うものであることを軽視している点でどうも賛成できない」とし、プライバシー権侵害を認定し、訴えの一部を容認した(控訴審で和解)。

(2) 名誉権・プライバシー権侵害を理由とする差止請求権

名誉権・プライバシー権の保護ということを考えれば、謝罪広告や反論文の掲載などの事後的救済手段による救済のみでは不十分である。特に、プライバシー権については、一旦、私事が公表されてしまうと回復不可能な場合が多いので、保障の実効的手段として侵害行為の事前差止めの方法を認める必要性が高い。しかし、このような事前差止めは、表現行為に対する事前抑制を意味するので、憲法上許容されるかが問題となる。

差止請求権の有無

\*北方ジャーナル事件(最大判昭和61年6月11日)

検閲との関係

差止めの実体的要件

表現の自由の優越的地位のかんがみ、厳格な要件の下に、差止めを認めるべきであると解される。

(学説)

A.利益衡量説

B.高度の違法性説

C.現実の悪意説

民主主義社会における表現の自由の重要性にかんがみ、被害者が公務員または公的存在である場合に、名誉毀損による不法行為が成立するためには、表現行為が現実の悪意をも

って行われたことを被害者の側で立証しなければならない。

\* 「エロス + 虐殺」事件第二審判決（東京高決昭和 45 年 3 月 15 日）

Y は、A 映画社の代表取締役であるが、昭和 45 年、大正初期のフリー・ラブの意義を問う意図のもとに、無政府主義者 B をめぐる 3 人の女性の愛憎の葛藤と破綻を素材として選び、従来公開されている資料をもとに、X が大正 5 年に引き起こした刃傷事件を中心に、映画を監督作製した。X は、当時、女性解放運動、社会主義運動家として知られ、前年に政界を退いたばかりの元衆議院議員であったが、Y に対し、上映中止、フィルムの一部カットを求めた。Y は、刃傷事件のシーンを中心に延べ 1 時間分を自主的にカットしたが、X は納得せず、名誉毀損・プライバシー侵害を理由に東京地裁に上映禁止の仮処分申請を行ったが、却下された。これに対し、X が映画の公開により、現に違法に人格的利益を侵害され、かつ将来も侵害されるおそれがあるので侵害を排除・予防しなければならないとして抗告した。

東京高裁は、差止請求権の「存否は、具体的事案について、被害者が排除ないし予防の措置がなされないままで放置されることによって蒙る不利益の態様、程度と、侵害者が右の措置によってその活動の自由を制約されることによって受ける不利益のそれとを比較衡量して決すべきである」と判示し、本件では、映画上映を差し止めなければならない程度に差し迫った、回復不可能な重大な損害が生じているものとは認められないとして、抗告を棄却した。

### 3、検閲の禁止

#### (1) 事前抑制の原則的禁止と検閲禁止の趣旨

事前抑制は、当該表現が「市場」に出る前に公権力がそれを抑止するものである点で、思想の自由市場の観念に反すること、および事前抑制は事後の抑制にくらべて、公権力による規制の範囲がはるかに広汎に及ぶことや手続上の保障さらには実際上の抑止的効果の点で問題が多いことから原則として禁止される。

#### (検閲禁止の趣旨)

思想の表現が事前に禁止されるという点で、表現の自由および国民の知る権利に対する最も強い規制である。

行政権の主観的・恣意的な判断による濫用の危険性が大きい

手続的保障がない。

#### (2) 検閲の概念

a 説． 検閲とは、公権力が、外に発表される思想の内容をあらかじめ審査し、不相当と認めるときは、その発表を禁止すること、すなわち事前審査を意味する。

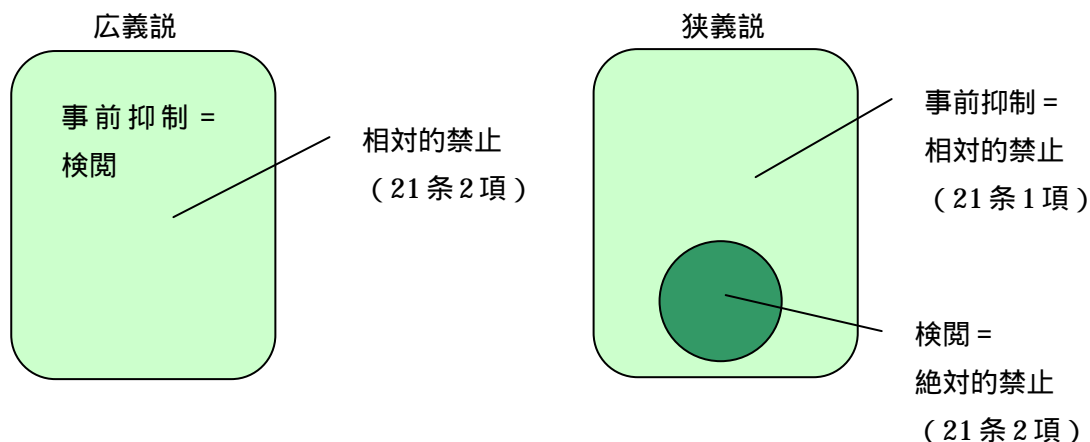
b 説． 検閲とは、公権力が、表現内容をあらかじめ審査し、不相当と認めるときは、その発表・受領を禁止することをいう。

c 説． 検閲とは、行政権が、表現行為に先立ちその内容を事前に審査し、不相当と認め

る場合にその表現行為を禁止することをいう。

d 説. 検閲とは、行政権が、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一般的網羅的に、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を禁止することをいう。

	広義説		狭義説	
	a 説	b 説	c 説	d 説
主体	公権力 ・ 裁判所による事前抑制も検閲に該当する。比較法的に、検閲の主体は行政権に限定されない。裁判所による差止命令も行政処分と同じ効果を持つことがある。		行政権 ・ 裁判所による事前抑制は検閲に該当しない。検閲は歴史的にも現実的にも主として行政権との関係で問題になる。検閲の絶対禁止を貫徹するため行政権に限定。	
対象	思想内容の審査	表現内容の審査		思想内容等の表現物の審査
時期	発表の禁止	発表後受領前を含む 発表後に表現内容を審査し、以後の発売、頒布を禁止することも検閲にあたる。	表現行為の禁止	発表の禁止
禁止の程度	相対的 ・ 裁判所が人格権の保護のために事前抑制を行うことは、検閲に該当するが例外的に許される。	行政権による表現内容の事前抑制は原則として絶対禁止。 司法権による事前抑制は検閲に該当するが厳格な要件の下に許される。	絶対的 ただし、公法上の特殊な関係にある場合においてやむにやまれざる特殊の必要性があるときは容認される。	絶対的
事前抑制との関係	事前抑制の主体も検閲の主体も共に公権力とする点で範囲は同じ		公権力による事前抑制の原則的禁止は、21条1項の表現の自由の優越的地位から導かれる。 その中で、特に抑制的效果の強いものを検閲として絶対的に禁止する。	絶対的に禁止される検閲に該当しないものについては、21条1項の問題となる。



\*ポルノ税関検査事件 (最大判昭和 59 年 12 月 12 日)

Xは、昭和49年3月下旬、外国の商社に8ミリ映画・書籍等を注文し、郵便でこれを輸入しようとしたところ、税関当局からこれらの物件が性交行為等を撮影ないし掲載したもので関税定率法21条1項3号(現行4号)所定の輸入禁制品に該当する旨の通知を受けたため、税関長Yに異議申出をしたが、棄却された。そこで、Xは、その通知及び異議棄却決定の取消しを求めて、Yらを相手に提訴した。第1審(札幌地判昭和55年3月25日)は、本件通知・決定が憲法の禁止する検閲に相当するとし、これを行わなければ社会公共の福祉にとって明白かつ差し迫った危険が存在するときのみ検閲が許されるが、本件はかかる場合に当たらないから、通知・決定は違憲・違法であるとした。これに対し、第2審(札幌高判昭和57年7月19日)は、税関検査が検閲に当たらないとし、原判決を取り消し、請求を棄却したため、Xが上告した。

最高裁は、「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」をいうなどとして、上告を棄却した。

(3) 税関検査

a. 合憲説(判例)

「検閲」は、絶対的に禁止され、「公共の福祉」を理由として例外を認めることはできないが、税関検査はここにいう「検閲」には該当しない。

輸入が禁止される表現物は、一般に、国外においてすでに発表済みのものであって、その輸入を禁止したからといって、事前に発表そのものを一切禁止するというものではない。また、当該表現物は、輸入が禁止されるだけであって、税関により没収、廃棄されるわけではないから、発表の機会が全面的に奪われてしまうものでもない。その意味において、税関検査は、事前抑制そのものということはいできない。

税関検査は、関税徴収手続の一環として、これに付随して行われるもので、思想内

容等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く、また税関検査は行政権によって行われるとはいえ、その主体となる税関は、特に思想内容等を対象としてこれを規制することを独自の使命とするものではない。

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ではない。

関税率法 21 条 1 項 3 号にいう『風俗を害すべき書籍、図画』等とは、猥褻な書籍、図画等を指すものと解すべきであり、右規定は広汎または不明確の故に違憲無効ということはできず、当該規定による猥褻表現物の輸入規制が憲法 21 条 1 項の規定に違反するものではない。

b. 違憲説

『風俗を害すべき書籍、図画』等という規定は、不明確であると同時に広汎にすぎるものであり、かつ、それが本来規制の許されるべきでない場合にも適用される可能性を無視し得ないと考えられるから、憲法 21 条 1 項に違反し無効である。

( 批 判 )

かくも細密な「検閲」の定義によれば、「検閲」に該当するものが局限されてしまう。

「風俗を害すべき」という文書が具体的に何を指すか、文言それ自体から一義的に明確であるとはいえず、合理的に限定解釈することはできない。

( 税関検査の憲法適合性判断 )

税関検査は検閲に	あたる	絶対的に禁止 = 違憲
		「公共の福祉」のために許される = 合憲
	あたらない	21 条 1 項に反しない = 合憲 (判例)
		21 条 1 項に反する = 違憲

( 4 ) 裁判所による事前差止め

a 説 (判例)

仮処分による事前の差止めは、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差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであって、『検閲』には当たらないというべきである。

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うるものといわなければならない。

出版物の頒布等の事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない。ただ、その表現内容が真実でなく、またはそれがもっぱ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蒙る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具

備するときにかぎって、例外的に事前差止が許されるものというべきである。

b 説.(判例への批判)

差止めの手続的要件について

裁判所が主体であっても、口頭弁論も開かず、理由も付さずに表現行為を差し止めることは実質的に行政処分と解すべきである。

差し止めの実体的要件について

「もっぱら公益を図る目的のものではない」という不確定な要件は、公的問題に関する記事の差止め許否の明確な基準とはいえない。

「被害者が重大で著しく回復困難な損害を蒙るおそれのあるとき」かどうかを、被害者の性格によって個別的に判断すべきである。

(5) 青少年保護育成条例

ここで問題となる青少年保護育成条例とは、青少年の保護を目的として、「著しく性的感情を刺激し、または、はなはだしく残虐性を助長し、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあると認められる」図書を知事が指定し、指定図書の販売等の行為に警告を発し、警告に従わない者には、罰則が科せられる旨を定める条例である。

検閲を事前審査に限定する立場からは、指定処分は検閲に当たらない。しかし、事後審査でも問題の図書が市場に出る機会をほぼ奪う形で運用される場合には、検閲となり違憲であるとする説もある。

\*岐阜県青少年保護育成条例事件(最判平成元年9月19日)

Y会社及び同会社取締役Zは、三重県四日市市に所在し、自動販売機による図書販売を業とする者であるが、昭和60年に岐阜県内の2ヵ所の自動販売機に、5回にわたり、岐阜県知事があらかじめ指名していた有害図書に該当するとされる雑誌5種類、合計8冊を収納したため、岐阜県青少年保護育成条例21条5号、6条の6第1項本文、24条に該当するとして起訴された。第1審(岐阜簡判昭和62年6月5日)は、罰金6万円の有罪判決を下し、第2審(名古屋高判昭和62年11月25日)もこれを支持したため、上告した。

最高裁は、まず、北方ジャーナル事件判決の趣旨に徴し、右指定処分が検閲にあたらないとした上で、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであって、青少年の健全な育成に有害であることは、すでに社会共通の認識になっている」こと、自動販売機の場合は購入が容易なので弊害も大きいなどの理由をあげ、「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、上告を棄却した。

(6) 教科書検定

\*家永第二次訴訟事件第一審判決(東京地判昭和45年7月17日:杉本判決)

教科書検定制度は、検定における審査が思想内容に及ぶものでないかぎり、検閲に該当す



ると断定することはできない。ただし、運用を誤り、検定における審理が教科書の記述内容の当否にまで及べば違憲となる。

\*家永第一次訴訟事件第一審判決(東京地判昭和49年7月16日:高津判決)

「検定申請図書が検定不合格となっても、……これを一般市販図書として出版・発行することはまったく自由である」し、「教科書検定は思想審査を本来の目的とするものでもなく、また予め審理する制度でもないから、……検閲には当たらない」。

A 説.教科書検定は、憲法の禁止する「検閲」そのものということとはできない

教科書には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できない。

国民は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であれば自由に出版・発行できる。

B 説.現行の検定が、検定基準についても運用状況においても思想内容の審査にわたり、また教材としての発行も妨げている以上、検定は「検閲」に当たる。

《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 27803129

【文献種別】 判決 / 札幌地方裁判所 (第一審)

【裁判年月日】 昭和55年 7月16日

【事件番号】 昭和54年(ワ)第371号

【事件名】 損害賠償請求事件

【著名事件名】 北方ジャーナル事件第一審判決

【審級関係】 控訴審 27803130

札幌高等裁判所 昭和55年(ネ)第246号

昭和56年 3月26日 判決

上告審 27100045

最高裁判所大法廷 昭和56年(オ)第609号

昭和61年 6月11日 判決

【事案の概要】 知事選挙に立候補予定であった被告が、その名誉を傷つける内容の記事が掲載された雑誌「北方ジャーナル」の販売等を差し止める仮処分を申請し、これを認める仮処分命令がなされたことにつき、同誌を発行する原告が同命令は違法であるとして、国と被告らに対し損害賠償を請求した事案で、事前差止が許されるのは、明らかに名誉毀損に当たる行為が行われようとしていること及びその名誉毀損行為が行われると被害者の受ける損失は極めて大きいうえ、その回復を事後にはかるのは不能ないし著しく困難な場合でなければならないとした上で、本件記事は被告を中傷・誹謗し、その名誉を明らかに毀損するものであり、立候補予定者である被告が被る損失の回復は極めて困難であるといえ、その保全の必要性も是認できるものであるから、原告の被告らに対する請求は理由がなく、裁判官及び執行官のした本件仮処分命令及びその執行も適法であるから、原告の国に対する請求も理由がないとした事例。

【裁判結果】 棄却

【上訴等】 原告控訴

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集40巻4号908頁

【全文容量】 約22Kバイト(A4印刷:約12枚)

《全文》

【文献番号】27803129

損害賠償請求事件

札幌地方裁判所

昭和五四年(ワ)三七一号

昭和五五年七月一六日判決

原告 株式会社北方ジャーナル

被告 国外二名

主 文

原告の請求をいずれも棄却する。

訴訟費用は原告の負担とする。

事 実

第一 当事者の求めた裁判

一 請求の趣旨

1 被告らは、原告に対し、連帯して金三〇五〇万円及びこれに対する昭和五四年二月一六日から支払済まで年五分の割合による金員を支払え。

2 訴訟費用は被告らの負担とする。

3 仮執行宣言

二 請求の趣旨に対する答弁

1 被告国

(一) 原告の被告国に対する請求を棄却する。

(二) 訴訟費用は原告の負担とする。

(三) 担保を条件とする仮執行免脱宣言

2 被告五十嵐広三、同阿部昭

(一) 原告の被告五十嵐広三、同阿部昭に対する請求を棄却する。

(二) 訴訟費用は原告の負担とする。

第二 当事者の主張

一 請求原因

1 被告五十嵐広三(以下被告五十嵐という。)は、昭和五四年四月施行されることになっていた北海道知事選挙に同年二月の時点で立候補する予定であつた者、また被告阿部昭(以下被告阿部という。)は同五十嵐の選挙運動に従事していた者であるところ、右兩名は五十嵐広三批判の論陣を張っている雑誌北方ジャーナルを発行する原告に対し、公権力を利用して打撃を与えることを企て、昭和五四年二月一〇日ころ、北方ジャーナル昭和五四年四月号を印刷準備中であつた札幌市西区手稲宮の沢九三所在山藤印刷株式会社手稲工場から右四月号のうち五十嵐広三を批判する内容をもつた「ある権力主義者の誘惑」と題する記事の印刷物一組を盗み出し、右印刷物をもとに原告が被告五十嵐を批判する記事を掲載している雑誌北方ジャーナルを発行頒布できないように仮処分申請をなすことを菅沼文雄、川村武雄、横路民雄、江本秀春の四人の弁護士に依頼し、右各弁護士は被告五十嵐の代理人として、同年二月一六日、債権者を被告五十嵐、債務者を原告及び山藤印刷株式会社とし名誉権の侵害を予防するとの理由でもつて別紙主文目録記載と同旨の決定を求める仮処分申請を札幌地方裁判所になした(札幌地方裁判所昭和五四年(ヨ)第七二号書籍発行頒布等禁止等仮処分申請事件、以下本件仮処分事件という。)。被告五十嵐、同阿部は、右仮処分申請依頼に当りその根拠とする印刷物が盗取したものであることを承知のうで利用し、しかも被告五十嵐の名誉が毀損されようとしているなどと仮処分申請理由をデッチあげ、右申請が仮処分の要件を充たさない違法不当なものであることを承知のうであえて右申請をなさしめたものである。

2 本件仮処分申請事件を担当した札幌地方裁判所裁判官村重慶一は、右同日、本件仮処分申請を相当と認め別紙主文目録記載のとおり主文で仮処分決定を下した(以下本件仮処分決定という。)。村重裁判官は、本件仮処分申請を許容することは法律的には無理があることを知りながら、被告五十嵐やその代理人に対する思想的親近感から、雑誌の発行が目前に迫っているので無審尋で通してほしい旨の申請者の要望を容れ被告五十嵐、同阿部らの利を図り原告に打撃を与える目的で、あえて職権を濫用して右仮処分決定を下したものである。

3 札幌地方裁判所執行官小森千熊は、右同日午後五時頃より前記山藤印刷株式会社手稲工場において、また同年二月一七日以降山藤印刷株式会社の下請業者である白石製本株式会社、加藤製本において、右仮処分決定の執行をなした。右執行の際、同執行官は、右仮処分決定の目的物が別紙物件目録記載のとおりで、執行官の保管に移すべきものはページ数をもつて明確に限定されているのに、あえて、あるいはわずかの注意を払うことを怠りその指定ページを超えて印刷物を持ち去り、主文の範囲を著しく超える過剰執行をなした。

4 右のとおり、被告五十嵐、同阿部、右四名の弁護士、村重裁判官、小森執行官らの共謀ないし連結的とでもいふべき一連の不法行為により、原告が発行する予定であつた四月号は休刊のやむなきに至り、そのために原告は以下の合計三〇五〇万円にのぼる損害を蒙つた。

(一) 四月号の売上予定額 二〇五〇万円

四月号は単価四一〇円で五万部発行の予定であつた。

(二) 四月号に掲載予定であつた広告料を得られなかつたことによる損害 五〇〇万円

(三) 左に掲げる事由による損害の合計額 五〇〇万円

(1) 取引先の混乱

(2) 信用失墜による営業不振

(3) 社内の業務混乱による不必要な経費の増加

(4) 社員の精神的苦痛に基づく病人の激増、社員の士気低下による退職者増による経費の増加

よつて原告は被告五十嵐、同阿部に対し民法七〇九条に基づき、被告国に対し国家賠償法一条に基づき、右損害額三〇五〇万円及びこれに対する不法行為の日である昭和五四年二月一六日以降支払済まで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求める。

## 二 請求原因に対する答弁

### 1 被告国

(一) 請求原因1の事実のうち、原告が雑誌北方ジャーナルを発行していること、弁護士菅沼文雄、同川村武雄、同横路民雄、同江本秀春が被告五十嵐の代理人として、同年二月一六日、札幌地方裁判所に、債権者を被告五十嵐、債務者を原告及び山藤印刷株式会社とし名誉権の侵害を予防するとの理由でもつて別紙主文目録記載と同旨の決定を求める仮処分申請をしたことは認める。被告五十嵐が昭和五四年四月施行されることになつていた北海道知事選挙に同年二月の時点で立候補予定であつたかどうかは知らない。もつとも同被告が右選挙に立候補した事実はたしかに存する。また昭和五四年二月当時、被告阿部が同五十嵐の選挙運動に従事していたものであることも知らない。その余の事実は否認する。

(二) 同2の事実のうち、本件仮処分申請事件を担当した札幌地方裁判所裁判官村重慶一が右同日本件仮処分申請を相当と認め、別紙主文目録記載のとおり主文で仮処分決定を下したことは認めるが、その余の事実は否認する。

同裁判官は、本件仮処分申請につき疎明資料を検討し、その理由及び必要性があるものと判断して相当な担保を供せしめたうえ適法に右仮処分決定をなしたものである。

(三) 同3の事実のうち、札幌地方裁判所執行官小森千熊が、右同日、山藤印刷株式会社手稲工場において本件仮処分決定の執行をしたこと、本件仮処分決定の目的物が別紙物件目録記載のとおりであることは認めるが、その余の事実は否認する。小森執行官は、本件仮処分決定の執行として昭和五四年二月一六日午後五時二〇分山藤印刷株式会社手稲工場において「ある権力主義者の誘惑」等と色刷の雑誌表紙二万五〇〇〇部につき右会社の占有を解いて執行官の保管に移す執行をした。白石製本株式会社に対する執行は、札幌地方裁判所昭和五四年(ヨ)第七九号印刷物占有移転禁止仮処分決定の執行として右小森執行官が同年二月一七日右会社製本工場において「ある権力主義者の誘惑」と題する記事二四

ページから五ページまでのもののうち五ページが所在する未分離の第三折冊子二万五〇〇〇部につき右債務者の占有を解き、右執行官の保管とする執行をしたものであり、加藤製本こと加藤淳に対する仮処分執行は札幌地方裁判所昭和五四年(ヨ)第八五号印刷物占有移転禁止仮処分決定に基づき、札幌地方裁判所執行官福島義敦が、昭和五四年二月二〇日、「ある権力主義者の誘惑」と題する二四ページから五〇ページまでの記事の掲載されている印刷物北方ジャーナル第一折(二四ページから三四ページの記事掲載のもの)二万五〇〇〇部、北方ジャーナル第二折(三五ページから五〇ページの記事掲載のもの)二万五〇〇〇部について同人の占有を解いて執行官の保管に移す旨の執行をしたものである。右のとおり小森執行官の七二号仮処分決定に基づく執行には何らの違法もない。

(四) 同4の事実はいずれも知らない。

## 2 被告五十嵐, 同阿部

(一) 請求原因1の事実のうち、被告五十嵐が昭和五四年四月施行の北海道知事選挙に同年二月の時点で立候補する予定であつた者であること、原告が雑誌北方ジャーナルを発行していること、弁護士菅沼文雄、同川村武雄、同横路民雄、同江本秀春が被告五十嵐の代理人として、同年二月一六日、札幌地方裁判所に対し、債権者を被告五十嵐、債務者を原告及び山藤印刷株式会社とし名誉権の侵害を予防するとの理由でもつて、別紙主文目録記載と同旨の決定を求める仮処分申請をしたことは認めるが、その余の事実は否認する。

(二) 同2の事実のうち本件仮処分申請事件を担当した札幌地方裁判所裁判官村重慶一が右同日本件仮処分申請を相当と認め別紙主文目録記載のとおり主文で仮処分決定を下したことは認めるが、その余の事実は否認する。

(三) 同3の事実のうち、札幌地方裁判所執行官小森千熊が、同年二月一六日、山藤印刷株式会社手稲工場において本件仮処分決定の執行をしたこと、本件仮処分決定の目的物が別紙物件目録記載のとおりであることは認めるが、その余の事実は否認する。

ただし、右執行は、債務者山藤印刷株式会社に対する本件仮処分決定の執行としてなしたものである。また白石製本における執行は札幌地方裁判所昭和五四年(ヨ)第七九号仮処分決定、加藤製本における執行は同裁判所昭和五四年(ヨ)第八五号仮処分決定に基づくものである。

(四) 同4の事実のうち、被告らの行為によつて原告に損害が生じたという因果関係にわたる事実は否認する。その余の事実は知らない。

## 第三 証処(省略)

## 理 由

一 請求原因1の事実のうち、原告が雑誌北方ジャーナルを発行していること、弁護士菅沼文雄、同川村武雄、同横路民雄、同江本秀春が被告五十嵐の代理人として昭和五四年

二月一六日札幌地方裁判所に、債権者を被告五十嵐、債務者を原告及び山藤印刷株式会社とし名誉権の侵害を予防するとの理由でもつて別紙主文目録記載と同旨の決定を求める仮処分申請をしたことは、原告と被告ら間に争いない。

2 そして、原告は被告五十嵐らは、原告に損害を与える意図で自己の名誉が毀損されようとしているなどと仮処分申請事由をデッチあげて違法に仮処分の申請をしたと主張し、被告らはこれを争うので、まず右争点の帰すうをきめるのに決定的な役割をもつ前提事実であるところの原告の被告五十嵐に対する名誉毀損の成否について検討してみることにする。

原本の存在及び成立を含めその成立に争いのない乙第一号証及び証人岩崎正昭の証言、原告代表者本人尋問の結果に弁論の全趣旨をあわせると、「ある権力主義者の誘惑」と題する記事が原告代表者本人によつて書かれ、原告は、これを昭和五四年二月二三日ころ発売予定であつた雑誌北方ジャーナル昭和五四年四月号(以下北方ジャーナル四月号という。)に掲載することにして、同月八日校了し、印刷その他の準備にはいつていたが、右記事(以下本件記事という。)は、北海道知事たる者は聡明で責任感が強く人格が清潔で円満でなければならぬと立言したうえ、被告五十嵐は右適格要件を備えていないとの論旨を展開しているところ、右五十嵐の人物論を述べるにあたり、同人は「嘘とハツタリとカンニングが巧みな」少年であつたとか、「五十嵐(中略)のようなゴキブリ共」「言葉の魔術師であり、インチキ製品を叩き売っている(政治的な)大道ヤシ」「天性の嘘つき」「美しい仮面にひそむ醜悪な性格」「己れの利益、己れの出世のためなら、手段を選ばないオポチュニスト」「メス犬の尻のような市長」「広三の素顔は、昼は人をたぶらかす詐欺師、夜は闇に乗ずる兇賊で、言うなればマムシの道三」といつた表現をもつて被告五十嵐の人格を評し、その私生活面をとりあげて「クラブ(中略)のホステスをしていた新しい女を得るために罪もない妻を卑劣な手段を用いて離別し、自殺せしめた」とか「老父と若き母の寵愛をいいことに異母兄たちを追い払」つたことがあると記し、その行動様式は「常に保身を考へ、選挙を意識し、極端な人気とり政策を無計画に進め、市民に奉仕することより、自己宣伝に力を強め、利権漁りが巧みで特定の業者とゆ着して私腹を肥やし、汚職を漫延せしめ」「巧みに法網をくぐり逮捕をまぬかれ」ており、知事選立候補は「知事になり権勢をほしいままにするのが目的である。」とする内容もち、被告五十嵐は「北海道にとつて真に無用有害な人物であり、社会党が本当に革新の旗を振るなら、速やかに知事候補を変えるべきであろう。」と主張するもので、また標題にそえ、本文に先立つて「いま北海道の大地に広三という名の妖怪が蠢めいている。昼は蝶に、夜は毛虫に変身して赤レンガに棲みたいと啼くその毒気は人々を感乱させる。今こそ、この化物の正体を……。」との文章を記すことになつていたことが認められ、右認定を左右するに足りる証拠はない。

3 ところで前掲乙第一号証と弁論の全趣旨によると、被告五十嵐は昭和三八年五月から昭和四九年九月まで旭川市長の地位にあり、そのあと昭和五〇年四月の北海道知事選挙に立候補し、さらに昭和五四年四月に施行されることになつていた右知事選挙にも同年二月

の時点で立候補する予定であつた(右最後の事項は原告と被告五十嵐、同阿部の間では争いない。)ことが認められ、右認定に反する証拠は存しないのであるが、右のように地方公共団体の長に選出され、しかも相当長期といえる期間その地位にあつた被告五十嵐に対し社会一般の与える評価は相当に高いものと考えられ、知性をもち紳士的な言動をとるのを常態とし、地方公共団体の長としてその地域住民全体の幸福のためつとめるところがあるものと相当の範囲でうけとられていると解されるのであつて、そうすると前認定のような内容と表現様式の記事を掲載する雑誌北方ジャーナル四月号が頒布されれば、前記2で認定したような表現のため被告五十嵐の社会的評価が低下させられることになるのは明らかといわなければならない。

もつとも、右のような雑誌記事により人の社会的評価が低下することがあつても、それが公共の利害に関する事実に係り、その目的が専ら公益を図るもので、かつ、右事実が真実である場合には、名誉を毀損する違法な行為があつたことにはならず、当該記事を広く人々に頒布することも許されることになる。そして、右のような主張は、本訴において当事者なかならず原告により必ずしも明確に主張されてはいないけれども、本訴において原告はその請求の原因として、被告五十嵐らが名誉を毀損されるなどと根拠のない申請理由をもつて仮処分を求める申立をしたことにより違法に原告に損害を与えることになつたと主張するのであつて、このような本訴の請求原因に鑑みると、名誉毀損成立の障害となる前掲主張事実は極めて重要なものではあるけれども、間接事実のカテゴリーに属するものと解せられるから、その成否につき検討の要があるところ、本件記事の内容が真実であるとの事実を認めるに足る証拠は本訴においてなんら存しないのであつて、わずかに原告代表者が本人尋問で、本件記事内容が真実と信じられるようになったので記事にしたと述べ、証人岩崎正昭も本件記事内容は真実と信じる旨証言するけれども、しかし真実と原告代表者らが信じたことと、本件記事内容が真実であることとは、もとより同一ではありえない。かえつて前掲乙第一号証によれば、前記2で認定した本件記事のうちの人物評、私生活などは、その表現されたところから直ちにうけとられるようなものとはかなり違つたところに実態はあるとの推認が働くのであつて、結局本件記事の真実性は認め難く、さきの認定のとおり、雑誌北方ジャーナル四月号が原告の予定したところに従い頒布されると被告五十嵐の名誉は違法に毀損されることになるというようにみざるをえない。

4 右のとおり、前認定のような雑誌北方ジャーナル四月号が頒布されると被告五十嵐の名誉が違法に毀損されることになるのであるから、これについて同被告がどのような法的救済を求めうるかを考えるに、名誉権を侵害された者は、物権侵害の際考えられると同様の妨害排除等をなすことが認められるかについては、監督者のない状況で生じた責任無能力者の、あるいは帰責事由のない者による、しかしその行為自体は名誉を毀損すること明らかな所為をともかく排除できる途を民事法上開いておくべきものと解されるので、これを肯定すべきであるうえ、さらに本件においては、前示雑誌頒布により名誉毀損となる状態に至つたことについての原告の帰責事由を検討してみると、原告代表者本人尋問による



と、原告代表者本人が本件記事を書くに当り、資料としたのは、かつて被告五十嵐が旭川市長選挙に立候補した際の記事執筆のため旭川市職員や市議会関係者に面接していていた聴取結果のほか、旭川市役所の組織表、職員表、各種統計表、労働協約書などの文書類にとどまつており、捜査機関の者から取材するとか、被告五十嵐の友人・親族あるいはそうであつた者に事情をたずねるといつた調査活動はしていないことが認められ、右認定に反する証拠はないのに、他方原告代表者本人は前認定のとおり本件記事で被告五十嵐を巧みに法網をくぐり逮捕をまぬかれているとし、また私生活を激しい言葉で非難し、かような攻撃的表現を用いた記事を、新聞に比すれば速報性の要請はいささか弱いはずの雑誌に掲載する者としては不十分といわざるをえない調査活動のまま執筆し、それを記載した雑誌を発行しようとしたのであつて、本件記事内容を前示のとおりその本人尋問で述べるとおり真実と信じていたとしても、それを真実と信ずるにつき相当な理由があつたとはとうていいえないのであつて、かかる代表者の態度から帰責事由あることになる原告に対しては、そもそも名誉毀損行為による不法行為責任につき損害賠償によつてでは救済が十分でないことが多いとして原状回復が認められ、名誉が毀損される以前の状態に復することが最も望ましいと法定されている以上、そして真の意味での原状回復は、いつたん名誉がそこなわれるとありえず、名誉が毀損される状態になろうとするときにそれを差止めることだけが、真の名誉権の保護と考えられる以上、明白にその者の手で毀損状態が作りだされようとしているときに限り、事前にこれを阻止することは認められてしかるべきであるから、仮に物権的な請求権によると同様な妨害排除は容認できないとしても、少なくとも本件原告に対し、前示雑誌の頒布を差止めることが許される余地が存することになるのである。

5 そこで、別紙主文目録記載のような名誉権侵害を予め防ぐ趣旨の仮処分はいかなる範囲で認められるかについて考える。まず、名誉毀損は言論その他の表現行為によつて行なわれるものであるけれども、だからといつて、右仮処分に現われているような事前差止が直ちに表現の自由を侵害するものではないことは、この場合表現しようとする行為が、他の権利法益を侵害し、その限りで、外見上は基本的人権の行使のようにみえても、憲法で保障される表現の自由に当るものではない場合なのであり、結局事後に不法行為と判断されるものをただ事前に判断するだけであるといえることから、肯認することはできる。しかし、これは結果としては同じであると論議のうえでいえるだけのことであり、實際上その差異の大きいことは明らかであり、万一誤つて安易に差止を認めるようなことがあれば、たとえそれが当事者からの申請に応じて特定の表現物につき、司法機関が判断するもので直接それに該当するものではないと解せられるにせよ、憲法が検閲を禁じて表現の自由を保障しようとした趣旨を無にすることになるのであるから、事前差止を許すに当つては、侵害者と被害者双方の利害の慎重な比較考量を行つたうえ判断を下すべきであり、安易な基準をたててのぞむことは避けるべきであると考えられるのであるが、少なくとも事前差止が許されるのは、明らかに名誉毀損に当る行為が行なわれようとしていること及びその名誉毀損行為が行なわれると被害者のうける損失は極めて大きいという、その回復を事後には

かるのは不能ないし著しく困難な場合であることがまず肯定できなければならないと解せられる。

ところで、すでに認定したとおり、原告が雑誌北方ジャーナル四月号に掲載することにしていた本件記事は、被告五十嵐に対し私生活面をとりあげ非難を加え、きわめて野卑な表現をもつてその人物評価をし、政治姿勢も人気とり政策をとり利権漁りをするなどと攻撃するのであるが、右記事が北海道知事たる者として被告五十嵐が適格か否かの人物論をテーマとしているとしても、なぜ、同人の少年時代や私生活をとりあげ、下品なといわざるをえない表現でもつて論をすすめるてはならないのか、そのほか全編にわたるといえる数多くの箇所野卑な言葉で人物批評をしなくてはならないのかがとうてい納得できないのであつて、北海道知事という地位につくべき者の適格を論ずるにしてはことさら不必要な領域をとりあげ、また不必要に下品な表現をとつているものと判断せざるをえず、結局本件記事は被告五十嵐を中傷・誹謗し、その名誉を明らかに毀損するものというほかない。次に、前記のとおり雑誌北方ジャーナル四月号が発行されようとした昭和五四年二月は被告五十嵐が同年四月施行の北海道知事選に立候補予定であつたときであるところ、証人岩崎正昭の証言によると、右四月号は五万部ほど発行される予定であつたことが認められ、このように地方雑誌としては少なくない部数の雑誌が発売され、有権者の目にふれることになれば、立候補予定者という立場上被告五十嵐としてはかなりの損失をうけることになるのは明らかであり、そして選挙に関して蒙つた損失の賠償は数量的につかみ難く、回復は極めて困難と考えられる。

そのほかすでに認定した原告代表者本人の本件記事執筆に当つての態度や本件記事の真実性に関する事情のほか本件諸事情を考えあわせると、本件記事を掲載した雑誌の頒布を事前に差止めることは許容されてしかるべきものといえるのであり、被告五十嵐にはこれを求める仮処分を求める被保全権利があると見えるし、また前認定の雑誌頒布予定時期と選挙施行時期その他諸事情に照らすと、保全の必要性も是認できる。

6 なお、本件仮処分事件につきその申請に際し本件記事の内容を明らかにするものとして提出された資料につき、原告は被告阿部と被告五十嵐がこの盗取にかかわっている旨主張し、証人岩崎正昭の証言及び原告代表者本人尋問の結果のうちには右主張にそう部分があるけれども、それらは憶測の域をでないものであつて、これにより右主張事実の存在を認めることはできず、他に右主張を認めるに足りる証拠はなく、このような原告の主張をもつて、被告五十嵐を債権者としてなした本件仮処分事件の申請に関し、被告五十嵐、同阿部に不法行為責任を負わせることはできない。

7 以上のとおり、本件仮処分決定を求めてなした申請はさきにみたとおり被保全権利・保全の必要性ともいづれも是認することができるのであるから、これを前提とする以上、右申請をしたことにつき、もはや被告五十嵐、同阿部に根拠のない仮処分申請をあえてその事由をデッチあげてしたとして不法行為責任を問える余地のないことは明らかであり、そのほか、右申請に関し、右被告兩名において、原告に対する損害賠償責任を負わなけれ

ばならないことになるような事由はその主張をつくされておらず、立証もされていない。

よつて、その余の点について判断するまでもなく原告の被告五十嵐、同阿部に対する請求は理由がない。

二 請求原因2の事実のうち、本件仮処分申請事件を担当した札幌地方裁判所村重慶一裁判官が、右仮処分申請は相当と認め、昭和五四年二月一六日、別紙主文目録のとおり主文により仮処分決定を下したことは原告と被告ら間に争いない。しかし、本件仮処分決定を求めた申請が被保全権利を有し、その保全の必要性のあることはすでに認定したとおりであり、前掲乙第一号証と弁論の全趣旨によれば、本件仮処分事件において、右被保全権利と保全の必要性はその提出された疎明資料によりその存在が十分に疎明されていたことも明らかであるところ、右仮処分申請を相当と認め、本件記事が掲載される予定となつていことが前認定及び右に述べたところから疎明されていたというべき、それぞれが一個の物として観念され頒布もこれを単位としてなされる雑誌北方ジャーナル四月号につき、別紙主文目録記載のとおり主文により本件仮処分決定をした村重裁判官の行為は被告国も述べるとおり適法であつて、原告が主張するような職権濫用の廉は認められず、その行為にはなんら違法な点はない。

三 請求原因3の事実のうち、札幌地方裁判所執行官小森千熊が、昭和五四年二月一六日、山藤印刷株式会社手稲工場において右仮処分決定の執行をしたこと、本件仮処分決定の目的物が別紙物件目録のとおりであることは原告と被告ら間に争いが無い。原本の存在及び成立を含めその成立に争いのない乙第三号証によれば、同執行官は昭和五四年二月一六日、山藤印刷株式会社手稲工場に山藤印刷株式会社を債務者とする本件仮処分決定の執行に赴いたが、本件四月号は未だ雑誌としては完成しておらず、一部執行場所に存しなかつたため、執行場所に存在した「ある権力主義者の誘惑」等色印刷の雑誌表用紙二万五〇〇〇部につき山藤印刷株式会社の占有を解いて執行官の保管に移す執行をなしたことが認められ、証人岩崎正昭の証言によれば、右執行をうけた物は本件四月号のうち表紙部分四ページ分と記事部分一九ページないし六六ページであつたことが認められる。またいずれも原本の存在及び成立を含めその成立に争いのない乙第四ないし第八号証、第九号証の一、二によれば白石製本株式会社製本工場、加藤製本所工場における執行は、それぞれ札幌地方裁判所昭和五四年(ヨ)第七九号仮処分決定、同第八五号仮処分決定の執行としてなされたものであつて本件仮処分決定の執行としてなされたものではないことが認められる。そこで執行官の山藤印刷株式会社に対する本件仮処分決定の執行について検討するに、本件仮処分決定の目的物は、「北方ジャーナル一九七九年四月号、但し『ある権力主義者の誘惑』と題する二四ページから五一ページまでの記事の掲載のあるもの」であつて、これは「ある権力主義者の誘惑」という記事の掲載された一九七九年四月号という意味であるから、目的物となるのは、北方ジャーナル一九七九年四月号という一個の著作物であつて、右四月号のうち二四ページから五一ページまでの部分に限られるものではない。そうすると本件

執行物は本件仮処分決定の目的物の一部であるから、何ら過剰ではなく、執行官の本件仮処分決定の執行は適法である。

四 以上のとおり、札幌地方裁判所裁判官のなした本件仮処分決定及び札幌地方裁判所裁判官の山藤印刷株式会社に対する本件仮処分決定の執行はいずれも適法であるから、その余の点について判断するまでもなく原告の国に対する請求は理由がない。

五 よつて、原告の被告らに対する請求はいずれも理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担につき民事訴訟法八九条を適用して主文のとおり判決する。

(札幌地方裁判所第二部)

#### 主文目録

一、債務者らの別紙目的物目録記載の著作物に対する占有を解いて札幌地方裁判所執行官にその保管を命ずる。

一、債務者株式会社北方ジャーナルは右著作物の印刷、製本並びにその販売または頒布させてはならない。但し、目的物目録記載の記事の掲載のないものは除く。

一、債務者山藤印刷株式会社は右著作物の印刷、製本をし、または第三者をして印刷、製本させてはならないし、また、右著作物を第三者に引渡してはならない。但し、目的物目録記載の記事の掲載のないものは除く。

#### 物件目録

債務者株式会社北方ジャーナル発行の「北方ジャーナル」一九七九年四月号

但し、「ある権力主義者の誘惑」と題する二四ページから五一ページまでの記事の掲載のあるもの

《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 27803130

【文献種別】 判決 / 札幌高等裁判所 (控訴審)

【裁判年月日】 昭和56年 3月26日

【事件番号】 昭和55年(ネ)第246号

【事件名】 損害賠償請求事件

【著名事件名】 北方ジャーナル事件控訴審判決

【審級関係】 第一審 27803129

札幌地方裁判所 昭和54年(ワ)第371号

昭和55年 7月16日 判決

上告審 27100045

最高裁判所大法廷 昭和56年(オ)第609号

昭和61年 6月11日 判決

【事案の概要】 知事選挙に立候補予定であった被控訴人が、その名誉を傷つける内容の記事が掲載された雑誌「北方ジャーナル」の販売等を差し止める仮処分を申請し、これを認める仮処分命令がなされたことにつき、同誌を発行する原告が同命令は違法であるとして、国と被控訴人らに対し損害賠償を請求した事案で、いわゆる満足を求める仮処分も、その必要が極めて切実であり、またその執行に対する原状回復の法律的可能性があれば肯定されるとした上で、本件では、明白に被控訴人の名誉毀損状態が作り出されようとしており、しかも同名誉毀損によって同人はかなりの損失を受けることが明らかであるのみならず、その回復は極めて困難と考えられるから、被控訴人につき、本件雑誌の頒布を事前に差し止めることは許容されるべきであり、保全の必要も認められるから本件仮処分命令は適法であるとして、控訴人の請求をいずれも棄却した原判決を相当とした事例。

【裁判結果】 棄却

【上訴等】 控訴人上告

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集40巻4号921頁

【全文容量】 約4Kバイト(A4印刷:約3枚)

《全文》

【文献番号】27803130

損害賠償請求事件

札幌高等裁判所

昭和五五年(ネ)二四六号

昭和五六年三月二六日判決

控訴人 株式会社北方ジャーナル

被控訴人 国 外二名

主 文

- 一 本件控訴をいずれも棄却する。
- 二 控訴費用は控訴人の負担とする。

事 実

一 控訴人は、「原判決を取決す。被控訴人らは控訴人に対し、連帯して金二、〇二五万円及びこれに対する昭和五四年二月一六日から支払済に至るまで年五分の割合による金員を支払え。訴訟費用は第一、二審とも被控訴人らの負担とする。」との判決並びに仮執行宣言を求めた(当審で請求を減縮した。)

被控訴人らは、「本件控訴を棄却する。控訴費用は控訴人の負担とする。」との判決を求めた。

二 当事者双方の事実上の主張及び証拠関係は、次に付加するほか原判決事実摘示と同一であるから、ここにこれを引用する。

1 控訴人の主張

(一) 仮処分制度の目的は、本案訴訟終結までの間一時現状を保全することにあるから、保全の範囲を超えて現状を破壊し相手方に実害を与えるような仮処分決定は許されない。本件の印刷物は、僅か一ヶ月間購読されるだけで、右経過後は急速に価値を減じ短期間に殆ど無価値になってしまうものである。従つて、仮りに名誉権の侵害を予防するための仮処分が法律上許容されるとしても、その態様としては増刷禁止の範囲内に止めるべきであり、それを超えて印刷製本段階で印刷物を執行官保管にし、印刷製本を禁止し、また発行後における手持印刷物や販売済印刷物等を執行官保管にすることは到底許されないとこ

るである。しかるに、本件仮処分決定は、印刷段階で発せられたものであるから、許容される範囲を逸脱した違法なものであることは明らかである。

(二) 控訴人は、四月号の売上予定額として、当初単価四一〇円、発行部数五万部計二、〇五〇万円の主張をしたが、単価四一〇円、発行部数第一版二万五、〇〇〇部計一、〇二五万円と改める。従つて、控訴人主張の損害額は合計二、〇二五万円となる。

## 2 被控訴人らの答弁

控訴人の当審における主張は争う。請求の減縮につき異議はない。

3 被控訴人五十嵐、同阿部は、乙第一〇号証を提出し、控訴人は、乙第一〇号証の成立は認める、と述べた。

## 理 由

一 当裁判所も控訴人の本訴請求はいずれも理由がなく、これを棄却すべきものと判断するものであり、その理由は原判決(更正決定を含む。)の理由説示と同一であるから、ここにこれを引用する。

二 控訴人は、仮処分制度の目的は、本案訴訟終結までの間一時現状を保全することにあるから、保全の範囲を超えて現状を破壊し、相手方である控訴人に実害を与えるような本件仮処分決定は違法であると主張する。

然しながら、仮の地位を定める仮処分は、申請人につき、権利関係に争いがあるため著しい損害を蒙ることを避ける必要がある、若しくは実力行使による現状秩序の侵害を避ける必要がある、或いはその他緊急切実な必要がある等の場合において、裁判所が保全の目的を達するために必要かつ十分な処分を定めるものであつて、いわゆる満足を求める仮処分も、その必要が極めて切実であり、またその執行に対する原状回復の法律的可能性があれば肯定されると解すべきである。

ところで、被控訴人五十嵐広三は昭和五四年四月施行されることになつていた北海道知事選挙に同年二月の時点で立候補する予定であつたが、控訴人が同年二月二三日ころ発売予定であつた雑誌北方ジャーナル昭和五四年四月号(以下、北方ジャーナル四月号という。)に掲載することにしていた本件記事(その内容は原判決が認定するとおりである。)は、被控訴人五十嵐の私生活面までとりあげて非難し、極めて野卑な表現をもつて人物評価することによつて同人を中傷、誹謗しその名誉を明らかに毀損するものであり、しかも本件記事の内容が真実であることを認めるに足りる証拠はなく、かかる記事を掲載した雑誌北方ジャーナル四月号が控訴人の予定したところに従つて頒布されると、被控訴人五十嵐の名誉は違法に毀損されることにならざるをえず、このように明白に同人の名誉毀損状態がつくりだされようとしており、しかも右名誉毀損によつて同人はかなりの損失をうけることが明らかであるのみならず、その回復は極めて困難と考えられるから、控訴人との利害の

比較衡量を慎重に考慮しても、なお被控訴人五十嵐につき、雑誌北方ジャーナル四月号の頒布を事前に差止めることは許容されるべきであり、また右雑誌の頒布予定時期と選挙施行時期その他の事情からみて保全の必要も認められるべきであるから、本件仮処分決定は適法であるというべきであり、以上はすべて原判決がその理由において詳細に説示しておりである。控訴人の前記主張は採用することはできない。

三 よつて、控訴人の本訴請求をいずれも棄却した原判決は相当であり、控訴人の本件控訴はいずれも理由がないから、民事訴訟法三八四条一項により棄却することとし、控訴費用の負担につき同法九五条、八九条を適用して、主文のとおり判決する。

(札幌高等裁判所第四部)



《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 27100045

【文献種別】 判決 / 最高裁判所大法廷 (上告審)

【裁判年月日】 昭和61年 6月11日

【事件番号】 昭和56年(オ)第609号

【事件名】 損害賠償請求事件

【著名事件名】 北方ジャーナル事件上告審判決

【審級関係】 第一審 27803129

札幌地方裁判所 昭和54年(ワ)第371号

昭和55年 7月16日 判決

控訴審 27803130

札幌高等裁判所 昭和55年(ネ)第246号

昭和56年 3月26日 判決

【事案の概要】 知事選挙に立候補予定であった被上告人が、その名誉を傷つける内容の記事が掲載された雑誌「北方ジャーナル」の販売等を差し止める仮処分を申請し、これを認める仮処分命令がなされたことにつき、上告人が同命令は違憲違法であるとして、国と被上告人らに対し損害賠償を請求した事案で、司法裁判所の仮処分による事前差止めは、憲法21条2項0段にいう「検閲」には当たらないとした上で、名誉を違法に侵害された者は、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、侵害行為の差止めを求めることができるが、表現行為に対する事前抑制は、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されるべきであり、とりわけ、そ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、その事前差止めは原則として許されないとする一方で、そのような場合であっても、その表現内容が真実でなく、又はそれらが専ら公益を図る目的のものでは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場合には、例外的に事前差止めが許されるとした事例(補足意見及び意見がある)。

【判示事項】〔最高裁判所民事判例集〕

1. 出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めと憲法21条2項前段にいう検閲
2. 名誉侵害と侵害行為の差止請求権
3. 公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等に関する出版物の印刷、製本、販売、頒布等の事前差止めの許否
4. 公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によつて命ずる

場合と口頭弁論又は債務者審尋

〔判例タイムズ(判例タイムズ社)〕

1. 出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めと憲法21条2項前段にいう「検閲」
2. 名誉侵害と侵害行為の差止請求権
3. 公務員または公職選挙の候補者に対する評価、批判等に関する出版物の印刷、製本、販売、頒布等の事前差止めの許否
4. 公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によって命ずる

場合と口頭弁論または債務者の審尋

【要旨】〔最高裁判所民事判例集〕

1. 雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めは、憲法21条2項前段にいう検閲に当たらない。
2. 名誉侵害の被害者は、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対して、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。
3. 人格権としての名誉権に基づく出版物の印刷、製本、販売、頒布等の事前差止めは、右出版物が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等に関するものである場合には、原則として許されず、その表現内容が真実でないか又は専ら公益を図る目的のものでないことが明白であつて、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に限り、例外的に許される。
4. 公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によつて命ずる場合には、原則として口頭弁論又は債務者の審尋を経ることを要するが、債権者の提出した資料によつて、表現内容が真実でないか又は専ら公益を図る目的のもので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、口頭弁論又は債務者の審尋を経なくても憲法21条の趣旨に反するものとはいえない。(1につき補足意見、3、4につき補足意見及び意見がある。)

【裁判結果】 棄却

【上訴等】 確定

【裁判官】 矢口洪一 伊藤正己 谷口正孝 大橋進 牧圭次 安岡満彦 角田礼次郎 島谷六郎 長島敦 高島益郎 藤島昭 大内恒夫 香川保一 坂上寿夫

【少数意見等】 伊藤正己(補足意見) 大橋進(補足意見) 牧圭次(補足意見) 長島敦(補足意見) 谷口正孝(意見)

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集40巻4号872頁

訟務月報33巻7号1792頁

裁判所時報933号1頁

判例時報1194号3頁

判例タイムズ605号42頁

最高裁判所裁判集民事148号205頁

【参照法令】日本国憲法21条

民法1条の2

民法198条

民法199条

民法709条

民法710条

刑法230条の2

日本国憲法13条

民事訴訟法135条

【評釈等所在情報】〔日本評論社〕

はやし・しうぞう・時の法令1293号

仮処分による出版物の事前差止めは一定条件の下に合憲 - 北方ジャーナル事件最高裁判決(下)

横田耕一・判例時報1221号

無審尋でなされた裁判所の仮処分決定による出版物の事前差止めが違憲でないとした事例 - 北方ジャーナル事件大法廷判決

小林秀之・法学セミナー388号

出版差止め仮処分と口頭弁論・債務者審尋の要否

加藤和夫・法曹時報41巻9号

(1) 出版物の印刷, 製本, 販売, 頒布等の仮処分による事前差止めと憲法21条2項前段にいう検閲, (2) 名誉侵害と侵害行為の差止請求権, (3) 公務員又は公職選挙の候補者に対する評価, 批判等に関する出版物の印刷, 製本, 販売, 頒布等の事前差止めの許否, (4) 公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によって命ずる場合と口頭弁論又は債務者審尋

江橋崇・法学セミナー383号

仮処分によって名誉毀損の表現を事前に差し止めることの是非

はやし・しうぞう・時の法令1290巻1号

仮処分による出版物の事前差止めは一定条件の下に合憲 - 北方ジャーナル事件最高裁判決(上 - 中)

斉藤博・別冊ジュリスト104号14頁

人格権 北方ジャーナル事件

奥平康弘・別冊ジュリスト130号138頁

名誉毀損と事前差止め 「北方ジャーナル」事件

山本敬三・別冊ジュリスト136号14頁

人格権 北方ジャーナル事件

池端忠司・別冊ジュリスト154号148頁

名誉毀損と事前差止め 「北方ジャーナル」事件

山本敬三・別冊ジュリスト159号16頁

人格権 北方ジャーナル事件

阿部照哉・ジュリスト臨時増刊887号15頁

北方ジャーナル差止国賠事件

高橋和之・法学教室増刊(憲法の基本判例〔第二版〕)103頁

表現の自由と事前差止め(北方ジャーナル事件)

奥平康弘・ジュリスト95号112頁

名誉毀損と事前差止め 「北方ジャーナル」事件

良永和隆・民事研修586号27頁

名誉の侵害：人格権(名誉権)に基づく差止請求：北方ジャーナル事件

穴戸常寿・別冊ジュリスト179号148頁

〔メディア判例百選〕名誉毀損と事前差止め：北方ジャーナル事件

野坂泰司・法学教室309号92頁

名誉侵害と裁判所による表現行為の事前差止め：北方ジャーナル事件判決

加藤和夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度278頁

一 出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めと憲法二一条二項前段にいう検閲 二 名誉侵害と侵害行為の差止請求権 三 公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等に関する出版物の印刷、製本、販売、頒布等の事前差止めの許否 四 公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によって命ずる場合と口頭弁論又は債務者審尋

笠井正俊・別冊ジュリスト177号230頁

〔民事執行・保全判例百選〕仮の地位を定める仮処分(2)：審尋の要否

池端忠司・別冊ジュリスト186号150頁

〔憲法判例百選1 第5版〕名誉毀損と事前差止め：「北方ジャーナル」事件

山本敬三・別冊ジュリスト175号16頁

〔民法判例百選1 第5版新法対応補正版〕人格権：北方ジャーナル事件

法律時報58巻11号123頁

一 出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めと憲法二一条二項前段にいう検閲 二 名誉侵害と侵害行為の差止請求権 三 公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等に関する出版物の印刷、製本、販売、頒布等の事前差止めの許否 四 公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によって命ずる場合と口頭弁論又は債務者審尋(いわゆる「北方ジャーナル」事件)(最高裁新判例紹介 民事事件)

【引用判例】 (当判例が引用している判例)

最高裁判所大法廷 昭和57年(行ツ)第156号  
昭和59年12月12日

最高裁判所大法廷 昭和41年(あ)第2472号  
昭和44年 6月25日

最高裁判所大法廷 昭和45年(あ)第23号  
昭和47年11月22日

最高裁判所大法廷 昭和43年(行ツ)第120号  
昭和50年 4月30日

最高裁判所第一小法廷 昭和37年(才)第815号  
昭和41年 6月23日

最高裁判所第一小法廷 昭和23年(マ)第3号  
昭和23年 3月 3日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

最高裁判所大法廷 昭和25年(ク)第43号  
昭和25年 9月25日  
【被引用判例】(当判例を引用している判例)  
東京高等裁判所 平成20年(ラ)第181号  
平成20年 7月 1日

東京地方裁判所 平成18年(ワ)第815号  
平成20年 5月21日

大阪地方裁判所 平成17年(ワ)第7696号  
平成20年 3月28日

東京地方裁判所 平成16年(ワ)第20219号  
平成19年 4月11日

新潟地方裁判所長岡支部 平成16年(ワ)第143号  
平成19年 2月 7日

千葉地方裁判所 平成15年(ワ)第2419号  
平成19年 1月31日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

東京地方裁判所 平成17年(ワ)第805号  
平成19年 1月23日

大阪高等裁判所 平成16年(ネ)第1089号  
平成18年11月30日

最高裁判所第二小法廷 平成17年(受)第575号  
平成18年 1月20日

金沢地方裁判所 平成14年(ワ)第836号  
平成17年 5月30日

東京高等裁判所 平成16年(ネ)第2393号  
平成16年12月16日

東京地方裁判所 平成14年(ワ)第20443号  
平成16年11月29日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

東京高等裁判所 平成15年(行コ)第251号  
平成16年 6月30日

東京地方裁判所 平成15年(ワ)第6370号  
平成16年 3月26日

東京地方裁判所 平成16年(モ)第51504号  
平成16年 3月19日

大阪地方裁判所 平成13年(ワ)第11468の1号  
平成16年 2月27日

東京高等裁判所 平成13年(ネ)第5498号  
平成16年 2月25日

東京地方裁判所 平成13年(ワ)第20940号  
平成15年12月26日



秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

東京地方裁判所 平成12年(行ウ)第307号  
平成15年 9月25日

東京高等裁判所 平成14年(ネ)第3647号  
平成15年 7月31日

大阪地方裁判所 平成14年(ワ)第1478号  
平成15年 5月19日

東京高等裁判所 平成14年(ネ)第4083号  
平成14年12月25日

東京高等裁判所 平成14年(ネ)第2205号  
平成14年11月27日

東京地方裁判所 平成13年(ワ)第10621号  
平成14年10月15日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

最高裁判所第三小法廷 平成13年(才)第851号  
平成14年 9月24日

最高裁判所第三小法廷 平成13年(才)第852号  
平成14年 9月24日

名古屋地方裁判所 平成14年(ヨ)第199号  
平成14年 7月 5日

東京地方裁判所 平成13年(ワ)第15125号  
平成14年 6月26日

東京高等裁判所 平成13年(ネ)第4643号  
平成14年 3月28日

最高裁判所第二小法廷 平成8年(才)第852号  
平成14年 3月 8日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

名古屋地方裁判所 平成10年(ワ)第664号  
平成14年 1月31日

東京地方裁判所八王子支部 平成12年(ワ)第2772号  
平成13年10月11日

福島地方裁判所いわき支部 平成9年(ワ)第45号  
平成13年 8月10日

東京地方裁判所 平成11年(ワ)第13768号  
平成13年 3月 8日

最高裁判所第三小法廷 平成8年(オ)第220号  
平成 9年 5月27日

東京高等裁判所 平成6年(ネ)第5568号  
平成 8年11月29日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

最高裁判所第三小法廷 平成1年(才)第762号  
平成 7年 3月 7日

最高裁判所第三小法廷 昭和61年(才)第1428号  
平成 5年 3月16日

最高裁判所第一小法廷 昭和60年(才)第1274号  
平成 1年12月21日

東京地方裁判所 昭和59年(ワ)第348号  
平成 1年10月 3日

最高裁判所第三小法廷 昭和62年(あ)第1462号  
平成 1年 9月19日

最高裁判所第二小法廷 昭和55年(才)第1188号  
昭和62年 4月24日

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

【全文容量】 約50Kバイト(A4印刷:約25枚)

《全文》

【文献番号】27100045

損害賠償請求事件

昭和五六年(オ)第六〇九号

同六一年六月一日大法廷判決

上告人控訴人 原告 株式会社北方ジャーナル

被上告人被控訴人 被告 国外二名

代理人

菊池信男 外八名

## 主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

## 理 由

### 一 上告人の上告理由第一点(4)について

憲法二一条二項前段は、検閲の絶対的禁止を規定したものであるから(最高裁昭和五七年(行ツ)第一五六号同五九年一月二日大法廷判決・民集三八巻一〇一三〇八頁)他の論点に先立つて、まず、この点に関する所論につき判断する。

憲法二一条二項前段にいう検閲とは、行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査したうえ、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と解すべきことは、前掲大法廷判決の判示するところである。ところで、一定の記事を掲載した雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めは、裁判の形式によるとはいえ、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず、立証についても疎明で足りるとされているなど簡略な手続によるものであり、また、いわゆる満足的仮処分として争いのある権利関係を暫定的に規律するものであつて、非訟的な要素を有することを否定することはできないが、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差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであつて、右判示にいう「検閲」には当たらないものというべきである。したがつて、本件において、札幌地方裁判所が被上告人五十嵐の申請に基づき上告人発行の「ある権力主義者の誘惑」と題する記事(以下「本件記事」という。)を掲載した月刊雑誌「北方ジャーナル」昭和五四年四月号の事前差止めを命ずる仮処分命令(以下「本件仮処分」という。)を発したことは「検閲」に当たらない、とした原審の判断は正当であり、論旨は採用することができない。

## 二 上告人のその余の上告理由について

1 論旨は、本件仮処分は、「検閲」に当たらないとしても、表現の自由を保障する憲法二一条一項に違反する旨主張するので、以下に判断する。

(一) 所論にかんがみ、事前差止めの合憲性に関する判断に先立ち、実体法上の差止請求権の存否について考えるのに、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償(民法七一〇条)又は名誉回復のための処分(同法七二三条)を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、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解するのが相当である。けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである。

(二) しかしながら、言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護(憲法一三条)と表現の自由の保障(同二一条)とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。

主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張等を表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもつて自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないものであり、憲法二一条一項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される。もとより、右の規定も、あらゆる表現の自由を無制限に保障しているものではなく、他人の名誉を害する表現は表現の自由の濫用であつて、これを規制することを妨げないが、右の趣旨にかんがみ、刑事上及び民事上の名誉毀損に当たる行為についても、当該行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為には違法性がなく、また、真実であることの証明がなくても、行為者がそれを事実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべく、これにより人格権として

の個人の名譽の保護と表現の自由の保障との調和が図られているものであることは、当裁判所の判例とするとところであり(昭和四一年(あ)第二四七二号同四四年六月二五日大法院判決・刑集二三卷七号九七五頁、昭和三七年(オ)第八一五号同四一年六月二三日第一小法院判決・民集二〇卷五号一一一八頁参照)、このことは、侵害行為の事前規制の許否を考察するに当たつても考慮を要するところといわなければならない。

(三) 次に、裁判所の行う出版物の頒布等の事前差止めは、いわゆる事前抑制として憲法二一条一項に違反しないか、について検討する。

(1) 表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止の効果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、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二一条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない。

出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するものであつて、とりわけ、そ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、前示のような憲法二一条一項の趣旨(前記(二)参照)に照らし、その表現が私人の名譽権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない。ただ、右のような場合においても、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つて、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、当該表現行為はその価値が被害者の名譽に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具備するときに限つて、例外的に事前差止めが許されるものというべきであり、このように解しても上來說示にかかる憲法の趣旨に反するものとはいえない。

(2) 表現行為の事前抑制につき以上説示するところによれば、公共の利害に関する事項についての表現行為に対し、その事前差止めを仮処分手続によつて求める場合に、一般の仮処分命令手続のように、専ら迅速な処理を旨とし、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要的とせず、立証についても疎明で足りるものとすることは、表現の自由を確保するうえで、その手続的保障として十分であるとはいえず、しかもこの場合、表現行為者側の主たる防禦方法は、その目的が専ら公益を図るものであることと当該事実が真実であることとの立証にあるのである(前記(二)参照)から、事実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ものと解するのが相当である。ただ、差止めの対象が公共の利害に関する事項についての表現行為である場合においても、口頭弁論を開き又は債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によつて、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、口頭弁論又は債務者の審尋を経ないで差止めの仮処分命令を発したとしても、憲法二一条の前示の趣旨に反するものということとはできない。けだし、右のような要件を具備する場合に限つて無審尋の差止めが認められるとすれば、債務者に主張立証の機会を与えないことによる実害はないといえるからであり、また、一般に満足的仮処分の決定に対しては債務者は異議の申立てをすることともに当該仮処分の執行の停止を求めることもできると解される（最高裁昭和二三年（マ）第三号同年三月三日第一小法廷決定・民集二巻三号六五頁、昭和二五年（ク）第四三号同年九月二五日大法廷決定・民集四巻九号四三五頁参照）から、表現行為者に対しても迅速な救済の途が残されているといえるのである。

2 以上の見地に立つて、本件をみると、

(一) 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

(1) 被上告人五十嵐は、昭和三八年五月から同四九年九月までの間、旭川市長の地位にあり、その後同五〇年四月の北海道知事選挙に立候補し、更に同五四年四月施行予定の同選挙にも同年二月の時点で立候補する予定であつた。

(2) 上告人代表者は、本件記事の原稿を作成し、上告人はこれを昭和五四年二月二三日頃発売予定の本件雑誌（同年四月号、予定発行部数第一刷二万五〇〇〇部）に掲載することとし、同年二月八日校了し、印刷その他の準備をしていた。本件記事は、北海道知事たる者は聡明で責任感が強く人格が清潔で円満でなければならぬと立言したうえ、被上告人五十嵐は右適格要件を備えていないとの論旨を展開しているところ、同被上告人の人物論を述べるに当たり、同被上告人は、「嘘と、ハツタリと、カンニングの巧みな」少年であつたとか、「五十嵐（中略）のようなゴキブリ共」「言葉の魔術者であり、インチキ製品を叩き売っている（政治的な）大道ヤシ」「天性の嘘つき」「美しい仮面にひそむ、醜悪な性格」「己れの利益、己れの出世のためなら、手段を選ばないオポチュニスト」「メス犬の尻のような市長」「広三の素顔は、昼は人をたぶらかす詐欺師、夜は闇に乗ずる凶賊で、云うならばマムシの道三」などという表現をもつて同被上告人の人格を評し、その私生活につき、「クラブ（中略）のホステスをしていた新しい女（中略）を得るために、罪もない妻を卑劣な手段を用いて離別し、自殺せしめた」とか「老父と若き母の寵愛をいいことに、異母兄たちを追い払」つたことがあると記し、その行動様式は「常に保身を考え、選挙を意識し、極端な人気とり政策を無計画に進め、市民に奉仕することより、自己宣伝に力を強め、利権漁りが巧みで、特定の業者とゆ着して私腹を肥やし、汚職を蔓延せしめ」「巧みに法網をくぐり逮捕はまぬかれ」ており、知事選立候補は「知事になり権勢をほしいままにするのが目的である。」とする内容もち、同被上告人は「北海道にとつて真に無用有害

な人物であり、社会党が本当に革新の旗を振るなら、速やかに知事候補を変えるべきであろう。」と主張するものであり、また、標題にそえ、本文に先立つて「いま北海道の大地に広三という名の妖怪が蠢めいている。昼は蝶に、夜は毛虫に変身して赤レンガに棲みたいと啼くその毒気は人々を惑乱させる。今こそ、この化物の正体を……」との文章を記すことになつていた。

(3) 被上告人五十嵐の代理人弁護士菅沼文雄らは、昭和五四年二月一六日札幌地方裁判所に対し、債権者を同被上告人、債務者を上告人及び山藤印刷株式会社とし、名誉権の侵害を予防するとの理由で本件雑誌の執行官保管、その印刷、製本及び販売又は頒布の禁止等を命ずる第一審判決添付の主文目録と同旨の仮処分決定を求める仮処分申請をした。札幌地方裁判所裁判官は、同日、右仮処分申請を相当と認め、右主文目録記載のとおり仮処分決定をした。その後、札幌地方裁判所執行官においてこれを執行した。

(二) 右確定事実によれば、本件記事は、北海道知事選挙に重ねて立候補を予定していた被上告人五十嵐の評価という公共的事項に関するもので、原則的には差止めを許容すべきでない類型に属するものであるが、前記のような記事内容・記述方法に照らし、それが同被上告人に対することさらに下品で侮辱的な言辞による人身攻撃等を多分に含むものであつて、到底それが専ら公益を図る目的のために作成されたものということとはできず、かつ、真実性に欠けるものであることが本件記事の表現内容及び疎明資料に徴し本件仮処分当時においても明らかであつたというべきところ、本件雑誌の予定発行部数(第一刷)が二万五〇〇〇部であり、北海道知事選挙を二か月足らず後に控えた立候補予定者である同被上告人としては、本件記事を掲載する本件雑誌の発行によつて事後的には回復しがたい重大な損失を受ける虞があつたといふことができるから、本件雑誌の印刷、製本及び販売又は頒布の事前差止めを命じた本件仮処分は、差止請求権の存否にかかわる実体面において憲法上の要請をみたしていたもの(前記1(三)(1)参照)といふべきであるとともに、また、口頭弁論ないし債務者の審尋を経たものであることは原審の確定しないところであるが、手続面においても憲法上の要請に欠けるところはなかつたもの(同(2)参照)といふことができ、結局、本件仮処分に所論違憲の廉はなく、右違憲を前提とする本件仮処分申請の違憲ないし違法の主張は、前提を欠く。

3 更に、所論は、原審が、本件記事の内容が名誉毀損に当たるか否かにつき事実審理をせず、また、被上告人五十嵐らの不法に入手した資料に基づいて、本件雑誌の頒布の差止めを命じた本件仮処分を是認したものであるうえ、右資料の不法入手は通信の秘密の不可侵を定めた憲法二一条二項後段に違反するともいうが、記録によれば、原審が事実審理のうえ本件記事の内容が名誉毀損に当たることが明らかである旨を認定判断していることが認められ、また、同被上告人らの資料の不法入手の点については、原審においてその事実は認められないとしており、所論は、原審の認定にそわない事実に基づく原判決の非難にすぎないといふほかない。

4 したがつて、以上と同趣旨の原審の判断は、正当として是認することができ、その過

程に所論の違憲、違法はないものというべきである。論旨は、採用することができない。

よつて、民訴法三九六条、三八四条、九五条、八九条に従い、裁判官伊藤正己、同大橋進、同牧圭次、同長島敦の補足意見、裁判官谷口正孝の意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官伊藤正己の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に示された結論とその理由についてともに異論がなく、これに同調するものであるが、本件は、表現行為に対して裁判所の行う事前の規制にかかわる憲法上の重要な論点を提起するものであるから、それが憲法によつて禁止されるものであるかどうか、また憲法上許容されうるとしてもその許否を判断する基準をどこに求めるか、というこの問題の実体的側面を中心として、私の考えるところを述べて、多数意見を補足することとしたい。

一 多数意見の説示するとおり、当裁判所は、憲法二一条二項前段に定める検閲とは、行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物について網羅的一般的に、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と解し、「検閲」を右のように古くから典型的な検閲と考えられてきたものに限定するとともに、それは憲法上絶対的に禁止されるものと判示している（昭和五七年（行ツ）第一五六号同五九年一二月一二日大法廷判決・民集三八卷一二期一三〇八頁）。この見解は、憲法の定める検閲の意味を狭く限定するものであるが、憲法によるその禁止に例外を認めることなく、およそ「検閲」に該当するとされるかぎり憲法上許容される余地がないという厳格な解釈と表裏をなすものであつて、妥当な見解であるといつてよいと思われる。

しかし、右の判示は、表現行為に対する公権力による事前の規制と考えられるものすべてが「検閲」に当たるという理由によつて憲法上許されないと解することはできない、とするものであつて、一般に表現行為に対する事前の規制が表現の自由を侵害するおそれのきわめて大であることにかんがみると、憲法の規定する「検閲」の絶対的禁止には、憲法上事前の規制一般について消極的な評価がされているという趣旨が含まれていることはいうまでもないところであろう。そして、このような趣旨は、表現の自由を保障する憲法二一条一項の解釈のうちに、当然に生かされなければならないものとする。もとより、これは同項による憲法上の規律の問題であつて、同条二項前段のような絶対的禁止のそれではないから、事前の抑制であるという一事をもつて直ちに違憲の烙印を押されるものではないが、それが許容されるかどうかについての判断基準の設定においては、厳格な要件が求められることとなるのである。

そもそも表現の自由の制約の合憲性を考えるにあつては、他の人権とくに経済的な自由権の制約の場合と異なつて、厳格な基準が適用されるのであるが（最高裁昭和四五年（あ）第二三号同四七年一月二日大法廷判決・刑集二六卷九号五七六頁、昭和四三年（行ツ）

第一二〇号同五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二九卷四号五七二頁参照)、同じく表現の自由を制約するものの中にあつても、とりわけ事前の規制に関する場合には、それが合憲とされるためにみだすべき基準は、事後の制裁の場合に比していつそう厳しいものとならざるをえないと解される。当裁判所は、すでに、法律の規制により表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないよう配慮する必要があるとしつつ、「事前規制的なものについては特に然りというべきである」と判示している(前記昭和五九年一月二日大法廷判決)。これは、表現の自由を規制する法律の規定の明確性に関連して論じたものではあるが、表現の自由の規制一般について妥当する考え方であると思われる。もとより、事前の規制といつても多様なものがあるから、これを画一的に判断する基準を設定することは困難であるし、画一的な基準はむしろ適切とはいえない。私は、この場合には、当該事前の規制の性質や機能と右に示された「検閲」のもつ性質や機能との異同の程度を図つてみるのが有益であろうと考えている。

二 本件で問題とされているのは、表現行為に対する裁判所の仮処分手続による差止めである。これは、行政機関ではなく、司法裁判所によつてされるものであつて、前示のような「検閲」に当たらないことは明らかである。したがつて、それが当然に、憲法によつて禁止されるものに当たるとすることはできない。しかし、単に規制を行う機関が裁判所であるという一事によつて、直ちにその差止めが「検閲」から程遠いものとするのは速断にすぎるのであつて、問題の検討にあつては、その実質を考慮する必要がある。「検閲」の大きな特徴は、一般的包括的に一定の表現を事前の規制の枠のうちにとりこみ、手続上も概して密行的に処理され、原則として処分の理由も示されず、この処分を法的に争う手段が存在しないか又はきわめて乏しいところに求められる。裁判所の仮処分は、多数意見も説示するとおり、網羅的一般的な審査を行うものではなく、当事者の申請に基づいて司法的な手続によつて審理判断がされるもので、理由を付して発せられ、さらにそれが発せられたときにも、法的な手続で争う手段が認められているのであつて、単に担当の機関を異にするというだけではなく、その実質もまた「検閲」と異なるものというべきである。

しかしながら、他面において、裁判所の仮処分による差止めが「検閲」に類似する側面を帯有していることも、否定することはできない。第一に、それは、表現行為が受け手に到達するに先立つて公権力をもつて抑止するものであつて、表現内容の同一のものや再発行のような場合を除いて、差止めを受けた表現は、思想の自由市場、すなわち、いかなる表現も制限なしにもち出され、表現には表現をもつて対抗することが予定されている場にあられる機会を奪われる点において、「検閲」と共通の性質をもっている。第二に、裁判所の審査は、表現の外面上の点のみならず、その思想内容そのものにも及ぶのであつて、この点では、当裁判所が、表現物を「容易に判定し得る限りにおいて審査しようとするものにすぎ」と判断した税関による輸入品の検査に比しても、「検閲」に近い要素をもっている。第三に、仮の地位を定める仮処分の手続は、司法手続とはいつても非訟的な要素

を帯びる手続で、ある意味で行政手続に近似した性格をもっており、またその手続も簡易で、とくに不利益を受ける債務者の意見が聞かれる機会のないこともある点も注意しなければならない。

三 このように考えてくると、裁判所の仮処分による表現行為の事前の差止めは、憲法の絶対的に禁止する「検閲」に当たるものとはいえないが、それと類似するいくつかの面をそなえる事前の規制であるということができ、このような仮処分によつて仮の満足が図られることになる差止請求権の要件についても、憲法の趣旨をうけて相当に厳しい基準によつて判断されなければならないのである。多数意見は、このような考え方に基づくものといえることができる。私として、以下にこの基準について検討することとしたい。

1 まず考えられるのは、利益較量によつて判断する方法である。およそ人権の制約の合憲性を判断する場合に、その人権とそれに対立する利益との調整が問題となり、そこに利益較量の行われるべきことはいうまでもないところであろう(憲法制定者が制定時においてすでに利益較量を行つたうえでその結論を成文化したと考えられる場合、例えば「検閲」の禁止はそれに当たるが、かかる場合には、ある規制が「検閲」に当たるかどうかは問題となりうるとしても、それに当たるとされる以上絶対的に禁止され、もはや解釈適用の過程で利益較量を行うことは排除されることとなる。しかし、これはきわめて例外的な事例である)。本件のように、人格権としての名誉権と表現の自由権とが対立する場合、いかに精神的自由の優位を説く立場にあつても、利益較量による調整を図らなければならないことになる。その意味で、判断の過程において利益が較量されるべきこと自体は誤りではない。しかし、利益較量を具体的事件ごとにそこでの諸事情を総合勘案して行うこととすると、それはむしろ基準を欠く判断となり、いずれの利益を優先させる結論に到達するにしても、判断者の恣意に流れるおそれがあり、表現の自由にあつては、それに対する萎縮的効果が大きい。したがつて、合理性の基準をもつて判断してよいときは別として、精神的自由権にかかわる場合には、単に事件ごとに利益較量によつて判断することで足りることなく、この較量の際の指標となるべき基準を求めなければならないと思われる。

表現行為には多種多様のものであるが、これを類型に分類してそれぞれの類型別に利益較量を行う考え方は、右に述べた事件ごとに個別的に較量を行うのに比して、較量に一定のルールを与え、規制の許される場合を明確化するものであつて、有用な見解であると思われる。本件のような名誉毀損の事案において、その被害者とされる対象の社会的地位を考慮し、例えば公的な人物に対する批判という類型に属するとき、その表現のもつ公益性を重視して判断するのはその一例であるが、この方法によれば、表現の自由と名誉権との調和について相当程度に客観的とみられる判断を確保できることにならう。大橋裁判官の補足意見はこの考え方を支持するものであつて、示唆に富む見解である。そして、このような類型を重視する利益較量を行うならば、本件においては、多数意見と同じ結論になるといえるし、多数意見も、基本的にはこの考え方に共通する立場に立つものといつてもよい。ただ、私見によれば、本件のような事案は別として、一般的に類型別の利益較量によ

つて判断すべきものとすれば、表現の類型をどのように分類するか、それぞれの類型についてどのような判断基準を採用するか、の点において複雑な問題を生ずるおそれがあり、また、もし類型別の基準が硬直化することになると、妥当な判断を保障しえないうらみがある。そして、何よりも、類型別の利益較量は、表現行為に対する事後の制裁の合憲性を判断する際に適切であるとしても、事前の規制の場合には、まさに、事後ではなく「事前の」規制であることそれ自体を重視すべきものと思われる。ここで表現の類型を考へることも有用ではあるが、かえつて事前の規制である点の考へを稀薄にするのではあるまいか。

2 つぎに、谷口裁判官の意見に示された「現実の悪意」の基準が考へられる。これは、表現の自由のもつ重要な価値に着目して、その保障を強くする理論であつて、この見解に対して深い敬意を表するものである。そして、同裁判官が本件における多数意見の結論に賛成されることでも明らかなように、この見解をとつても本件において結論は変ることではなく、あえていえば、異なる視角から同じ結論に到達するものといえなくもない。ただ私としては、たとへ公的人物を対象とする名誉毀損の場合に限るとしても、これを事前の規制に対する判断基準として用いることに若干の疑問をもっている。客観的な事実関係から現実の悪意を推認することも可能ではあるが、それが表現行為者の主観に立ち入るものであるだけに、仮処分のような迅速な処理を要する手続において用いる基準として適当でないことも少なくなく、とくに表現行為者の意見を聞くことなしにこの基準を用いることは、妥当性を欠くものと思われる。私は、この基準を、公的な人物に対する名誉毀損に関する事後の制裁を考へる場合の判断の指標として、その検討を将来に保留しておきたいと思う。

3 多数意見の採用する基準は、表現の自由と名誉権との調整を図っている実定法規である刑法二三〇条ノ二の規定の趣旨を参酌しながら、表現行為が公職選挙の候補者又は公務員に対する評価批判等に関するものである場合に、それに事前に規制を加へることは裁判所といへども原則として許されないとしつつ、例外的に、表現内容が真実でなく又はそれが専ら公益に関するものでないことが明白であつて、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれのある場合に限つて、事前の差止めを許すとするものである。このように、表現内容が明白に真実性を欠き公益目的のために作成されたものでないと判断され、しかも名誉権について事後的には回復し難い重大な損害を生ずるおそれのある場合に、裁判所が事前に差し止めることを許しても、事前の規制に伴う弊害があるということとはできず、むしろ、そのような表現行為は価値において名誉権に劣るとみられてもやむをえないというべきであり、このような表現行為が裁判によつて自由市場にあらわれえないものとされることがあつても、憲法に違背するとは考へられない。そして、顕著な明白性を要求する限り、この基準は、谷口裁判官の説かれるように、不確定の要件をもつて表現行為を抑へるもので表現の自由の保障に対する歯止めとなりえない、ということとはできないように思われる。

4 以上のような厳格な基準を適用することにすれば、實際上、立証方法が疎明に限定される仮処分によつて表現行為の事前の差止めが許される場合は、著しく制限されることに

なろう。公的な人物、とりわけ公職選挙の候補者、公務員とくに公職選挙で選ばれる公務員や政治ないし行政のあり方に影響力を行使できる公務員に対する名誉毀損は、本件のような特異な例外的場合を除いて、仮処分によつて事前に差し止めることはできないことになると思われる。私も、名誉権が重要な人権であり、また、名誉を毀損する表現行為が公にされると名誉は直ちに侵害をうけるものであるため、名誉を真に保護するために事前の差し止めが必要かつ有効なものであることを否定するものではない。しかし、少なくとも公的な人物を対象とする場合には、表現の自由の価値が重視され、被害者が救済を受けることができるとしても、きわめて限られた例外を除いて、その救済は、事後の制裁を通じてされるものとするほかはないと思われる。なお、わが国において名誉毀損に対する損害賠償は、それが認容される場合においても、しばしば名目的な低額に失すとの非難を受けており、関係者の反省を要することについては、大橋裁判官の補足意見に指摘されるとおりである。またさらに、このような事後の救済手段として、現在認められているよりもいっそう有効適切なものを考える必要があるようにも考えられるが、それは本件のような仮処分による事前の規制の許否とは別個の問題である。

裁判官大橋進の補足意見は、次のとおりである。

一 私は、表現行為に対する差し止め請求権の成否の判断基準についても、多数意見に賛成するものであるが、その理由について私の考えるところを補足しておくこととしたい。

憲法二一条一項によつて保障されている表現の自由と一三条によつて保障されている個人の名誉は、互いに衝突することがあるのを免れない。しかし、真実を公表し、自己の意見を表明して世論形成に参加する自由が保障されていることは、自由な討論を通じて形成された世論に基づいて政治が行なわれる民主主義社会にとつて欠くことのできない基盤である。憲法二一条一項の規定には、このような表現行為による世論形成への参加の自由を保障する機能があるのであり、この機能が果たされるためには、公共の利害に関する事項については、表現行為をする側において知らせたい事実、表明したい意見を公表する自由が保障されているとともに、表現行為を受け取る側においても知りたい情報に自由に接することのできる機会が保障されていなければならない。また、裁判所が人格権としての名誉権に基づく表現行為の差し止め請求権の存否を判断して、その事前差し止めを命ずることは、本案訴訟による場合はもとより、仮処分による場合であつても、多数意見のいうとおり検閲に当たらないのであるが、検閲を禁止した憲法二一条二項前段の趣旨とするところは、表現の自由との関係においても十分に考慮されなければならない性質のものであり、事前差し止めは、当該表現物が公表され読者ないし聴視者がこれに接することのできる状態になる前にその公表自体を差し止めるという点において、すでに極めて重大な問題を含んでいるものといわなければならない。したがつて、たとえ個人の名誉を毀損する表現行為であつても、それが公共の利害に関する事項にかかるものであるときは、個人の名誉の保護よりも表現の自由の保障が優先すべきこととなり、また、その事前差し止めは、事後制裁の場合に比較して、実体上も手続上もより厳格な要件のもとにおいてのみ許されるものというべ

きこととなる。

このような観点から、どのような場合に差止請求権を肯定してよいかについて考えてみると、基本的には、互いに衝突する人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和と均衡をどのような点に求めるべきかという問題なのであるが、結局は、当該表現行為により侵害される個人の名誉の価値とその表現行為に含まれている価値とを比較衡量して、そのいずれを優先させるべきかによつて判断すべきものといえることができる。そして、比較衡量にあたり考慮の対象となりうる要素としては、表現行為により批判の対象とされた人物の公的性格ないし事実の公共性、表現内容の公益性・真実性、表現行為者の意図、名誉侵害の程度、マス・メディアの種類・性格などのさまざまな事情が考えられ、これらの諸事情を個別的な事件ごとにきめ細かく検討して利益衡量をすれば、当該事件について極めて妥当な結論を得ることができることも考えられる。しかしながら、事前差止めにあつては、これらの諸般の事情を比較衡量するといつても、事前であるために不確定な要素も多く、また、右のような諸般の事情を考慮することになれば、その審理判断も複雑なものとなり、これに伴う判断の困難性も考えられること、更には、事前差止めの効果が直接的であり、被害者にとっては魅力的であるため濫用される虞があるとともに、表現行為者の受ける影響や不利益は大きいのに、右のようなさまざまな事情が個々の事件ごとに個別的具体的に検討され比較衡量されるのでは、その判断基準が明確であるとはいいがたく、これについて確実な予測をすることが困難となる虞があり、表現行為者に必要以上の自己規制を強いる結果ともなりかねないことなどを考慮すると、事前差止めがそれ自体前記のような重大な問題を含むものであることにかんがみ、比較衡量に当たり諸般の事情を個別的具体的に考慮して判断する考え方には左袒することができない。そして、このような個別的衡量による難点を避けるためには、名誉の価値と表現行為の価値との比較衡量を、表現行為をできるだけ類型化し、類型化された表現行為の一般的利益とこれと対立する名誉の一般的利益とを比較衡量して判断するという類型的衡量によるのが相当であると考えられる。類型的衡量による場合は、個別的衡量の場合のように個別的事件に最も適した緻密な利益衡量には達し得ないかも知れないが、その点を犠牲にしても、判断の客観性、安定性を選ぶべきものと考えられるからである。

多数意見は、表現行為が公共の利害に関する事項にかかるものである場合には、原則として事前差止めが許されず、その表現内容が真実でないか、又は専ら公益を図る目的のものでないことが明白であり、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のあるときに限つて例外的に差止めを求めることができるとしているのであるが、私は、以上述べるような見地に立つて、この多数意見に賛成するものである。

二 次に、多数意見の言及する手続的側面について、以下のとおり付言しておきたい。

多数意見は、右のような見地に立ちつつ、事前差止めを命ずる仮処分は、実定法の規定（民訴法七五六条、七四一条一項）にかかわらず、発令にあたり口頭弁論又は債務者審尋



を経ることを原則とすべきものとし、ただ、口頭弁論を開き又は債務者審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によつて、その表現内容が真実でなく、又はそれが公益を図る目的のものでないことが明白であり、かつ、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、債務者審尋等を経ることなく差止命令を発したとしても、憲法の趣旨に反するものとはいえない、とした。

思うに、ここに「債権者の提出した資料によつて」とは、債務者側の資料を含まないとの趣旨であつて、公知の事実又は裁判所に顕著な事実を排斥する趣旨でないことはいうまでもないところであろう。本件において差止めの対象となつたのは、北方ジャーナル昭和五四年四月号中の記事であるが、それ以前数次にわたり被上告人五十嵐を含む公職の候補者に関する記事について札幌地方裁判所より頒布・販売等禁止の仮処分命令を受け、特に同被上告人に関する本件類似の記事を掲載した同誌昭和五三年一月号の販売・頒布等禁止の仮処分については、仮処分裁判所より本件上告人に対し日時の余裕を置いて書面による反論の機会を与えられている（すなわち、最も丁重な方式による債務者審尋が行われたものである）ことが、本件記録上窺われるのであつて、本件記事の表現内容並びに疎明資料及び以上のような仮処分裁判所に顕著な事実を徴し、本件において事前差止めの仮処分命令が債務者審尋等を経ることなく発せられたとしても（この点は原審の確定しないところである）、そのことの故に本件仮処分が憲法の要請に反するものでないことは明らかであるといわなければならない。

三 以上、私は、事前抑制につき厳しい態度をとる多数意見（この点は谷口裁判官意見も同様である）に全面的に賛同するものであるが、反面、「生命、身体とともに極めて重大な保護法益である」名誉を侵害された者に対する救済が、事後的な形によるものであるにせよ十分なものでなければ、権衡を失することとなる点が強く指摘されなければならない。わが国において名誉毀損に対する損害賠償は、それが認容される場合においても、しばしば名目的な低額に失するとの非難を受けているのが、実情と考えられるのであるが、これが本来表現の自由の保障の範囲外ともいふべき言論の横行を許す結果となつているのであつて、この点は、関係者の深く思いを致すべきところと考えられるのである。

裁判官牧圭次は、裁判官大橋進の補足意見に同調する。

裁判官長島敦の補足意見は、次のとおりである。

刑法上の名誉毀損罪につき、その刑責を免ずるいわゆる事実証明に関する刑法二三〇条ノ二の規定が、民法上の名誉毀損の成否、ひいては名誉権の侵害に対する事前差止めの許否とどのようにかかわるかについて、私の考えるところを補足しておくこととしたい。

一 多数意見がこの点に関して引用する二つの判例は、次のとおり判示している。昭和四一年六月二三日第一小法廷判決は、「民法上の不法行為たる名誉毀損については、その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するのが相当であり、もし、右事実が真実であることが証明されなくても、

その行為者においてその事実を真実と信ずるについては、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないものと解するのが相当である(このことは、刑法二三〇条ノ二の規定の趣旨からも十分窺うことができる。)」とし、ついで、同四四年六月二五日大法廷判決は、刑法の名誉毀損罪につき、「刑法二三〇条ノ二の規定は、人格権としての個人の名誉の保護と、憲法二一条による正当な言論の保障との調和をはかつたものというべきであり、これら両者間の調和と均衡を考慮するならば、たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である。」としている。これら二つの判例を総合すると、刑法二三〇条ノ二は、人格権としての個人の名誉の保護と憲法二一条による正当な言論の保障との調和を図つた規定であり、その解釈に当たっては、これらの二つの憲法上の権利の調和と均衡を考慮すべきこと、このような考慮の上に立つて解釈される刑法二三〇条ノ二の規定の趣旨は、真実性についての誤信に相当の理由があるときに不法行為責任が免責される点を含めて、民法上の不法行為としての名誉毀損の成否の判断においても妥当することを明らかにしたものと解することができる。不法行為としての名誉毀損の成否を判断するこの基準を、以下「相当性の理論」とよぶこととする。

2 ところで、刑法の「名誉二対スル罪」の中には、名誉毀損罪(刑法二三〇条)のほか侮辱罪(同二三一条)が設けられており、同二三〇条ノ二の規定は名誉毀損罪の免責規定として置かれているが、民法上の不法行為としての名誉毀損は人格権としての名誉が違法に侵害を受ければ成立し、当該侵害行為が刑法の定める構成要件のもとで名誉毀損罪に当たるか、侮辱罪に当たるか、はその成立には直接の関係をもたないといえる。

刑法では、右の二つの罪が同じく「名誉二対スル罪」の章下に設けられ、かつ、両者とも公然性を要件とするところから、両者を区別する構成要件要素は、一般に、事実の摘示の有無であると解されている。又、その保護法益は、両者とも、人が社会から受ける客観的な評価としての名誉であるとされている。尤も、侮辱罪の中には、被害者の面前において、公然、一過性の罵詈雑言が加えられた場合のように、被害者の名誉感情が主たる法益であると解される事例もありうるが、多少とも持続性のある文書、録音・録画テープ等に収録された侮辱的な表現は、具体的な事実の摘示をとまなわなくても、人の客観的な名誉を損なうことのあることはいうまでもない。

二 このようにして、不法行為としての名誉毀損にあつては、客観的な名誉が違法に侵害されたかどうか重要であつて、その侵害行為たる表現行為が事実の摘示をとまなうかどうかは、その成立のための要件ではないことが明らかとなつた。しかし、このことは、それが事実の摘示をとまなう場合に、刑法二三〇条ノ二の規定の趣旨に基づき免責を受けうることを否定するものではなく、却つて、具体的な事実の摘示がなくても客観的な名誉を毀損する場合に、やはり、その表現行為が公共の利害に関しもつばら公益を図る目的に出

た相当な行為と評価できるときは、相当性の理論のもとで免責されうることを意味するものと解することの妨げとはならない。角度を変えて論ずれば、政治、社会問題等に関する公正な論評（フェア・コメント）として許容される範囲内にある表現行為は、具体的事実の摘示の有無にかかわらず、その用語や表現が激越・辛辣、時には揶揄的から侮辱的に近いものにまでわたることがあつても、公共の利害に関し公益目的に出るものとして許容されるのが一般である。この意味での公正な論評は、既に述べて来た相当性の理論という判断基準の中に、その一つの要素として組み入れることができると考えられる（ここでは、このような論評の基づいている事実が真実でなかつたときには、一般的にいつて、真実と信ずるについて相当の理由のあつたことがやはりフェア・コメントとして許容されるための要件の一つになることを前提としている。尤も、論評それ自体の公共性、公益性が強ければ強いほど、「相当性」の判断は、それだけ、論評者に有利になされ、相当性の不存在の立証の必要性が相手方の肩に重くのしかかることとなろう。）。しかし、その内容や表現が文脈上、主題たる論評と全く無関係であつて明らかに公共の利害に関しないと認められるものや、表現行為の重点が侮辱・誹謗・軽蔑・中傷等に向けられ、仮りになんらかの事実の摘示がそこに含まれているとしても、その指摘がその事実の真実性を主張することに意味をもつのではなくて、たんに人身攻撃のための背景事情として用いられるにとどまっているような侮辱的名誉毀損行為として社会通念上到底是認し得ないものは、いずれも公正な論評に含まれず、公共性、公益性をもたない言論として、相当性の理論からも名誉毀損の成立を肯認すべきことは当然である。

三 1 本件雑誌に掲載が予定されていた本件記事は、それ自体、一方では、被上告人五十嵐の支持母体であるとされている政治団体の政治的立場、政策等を取りあげて批判を加え、それが北海道の将来にとつて有害であることを論評し、他方では、同被上告人の人物、その生い立ち、私生活、行動様式等にわたり、ことさらに下品で侮辱的な言辞による人身攻撃を加えることにより、同被上告人は北海道知事として不適格であるとの論旨を展開しようとするものと認められるところ、前者の政治問題に関する論評と後者の人物論等に関する記述との間に脈絡を欠き、後者は、政治問題の論評とは無関係に、くり返して、もつぱら人身攻撃に終始する内容表現をもつて記述されている点に、特色をもっている。分量的に本件記事の大半の部分を政治問題に関する論評が占めているという事実は、それが公正な論評に当たるかどうかを論ずるまでもなく、これと無関係に展開されている不必要に侮辱的、中傷的な記述部分について、名誉毀損の成立を認めることの妨げとならないことはいうまでもない。

2 ところで、被上告人五十嵐は、本件雑誌の発売が予定されていた頃には、北海道知事選挙に立候補する予定になつていたが、立候補届出前であつて公職選挙の候補者たるの身分をもつていなかったものの、立候補が現実視されていたものと認められるのであつて、その人物、生い立ち、行動様式等が広い範囲にわたつて報道され、一般の評価、批判にさらされることは、一般に、公共の利害にかかるものと解されるところであるが、原審の確

定した事実関係として引用摘示されている本件記事の該当部分は、そこには引用されていない、引用することさえはばかれる「父は、旭川では有名な馬方上りの遅ましい経済人であつた。その父が晩年溺愛した若く美しい女郎があり、二人の傑作がすなわち」同被上告人である、などという蔑視的、差別的なこととともに、その記述自体からみて、社会通念上到底是認し得ない侮辱的、誹謗的、中傷的な、いわば典型的な侮辱的名誉毀損文書ということを防げず、それ自体で、その作成が公益を図る目的に出たものでないことが明らかであるというべきである。それが出版され公にされたときは、過去十年余にわたり公選市長として旭川市長の地位にあり、既に一度、北海道知事選挙にも立候補した経歴をもつ同被上告人が社会から受けている客観的評価としての名誉を、著しく害されることは見易い道理である。

四 刑法二三〇条ノ二の条文を手掛りに、憲法上の言論の自由と人格権としての名誉の保護との調和と均衡を図つてみちびき出された前記の相当性の理論が、公正な論評の理論と相俟つて、名誉権の侵害の事前差止めを求める仮処分についてどのように妥当するか、が最後に論ずべき点である。

私も、多数意見の説示するとおり、出版物の頒布等の事前差止めは、事後的な刑罰制裁、損害賠償、原状回復措置の場合に比し、その許容につきより慎重であるべきであり、とりわけ、その表現が公共の利害にかかわるときは、表現の自由が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み、憲法上特に保護されるべきものであることにかんがみ、原則としてこれを許さないものと解すべきことについて、そこに示されている理由をも含めてすべて同調するものである。

しかし、前記の相当性の理論は、不法行為としての名誉毀損の成否を判断する基準として、同時に、それが名誉権そのものの存在を確認するための基準ともなりうることはいうまでもない。ただ、ここでは、表現行為が公共の利害にかかわるときに、憲法上特に優先的に保護されるべきものとされる表現の自由とこれに対抗する名誉権との間の調和と均衡が問題となつているのであるから、その間に均衡を回復するためには、その名誉権について特にこれを保護すべき特別の事由が存在していなければならないこととなる。このような観点から、まず相当性の理論によつて判断基準とされる公益目的及び事実の真实性のテストをとりあげて検討すると、当該表現行為が明らかに公益目的に出るものでないこと、又は摘示事実が明らかに真実でないことが先決問題となり、又このように名誉権の侵害が明白に認められうることにつき、事前差止めを請求する側においてその立証を果しうるものが、必要な要件となると解される。これを仮処分についていえば、仮処分債権者の側でその疎明資料によつて右の証明を果しうる必要がある。裁判所が口頭弁論又は債務者の審尋を行ない、表現内容の真实性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものとする多数意見は、債権者の提出する疎明資料等によつて右の証明が果されていることが明らかかなような例外的な場合を除いては、裁判所が右の証明が果されたかどうかを慎重に吟味すべきことを要求するものと解される。より重要な実質的な特別の事由としては、

名誉権の侵害が一般の場合に比し特に重大なものであり、しかも、事前の差止めをしなければ、その重大な損害の回復が事後的には著しく困難であることを挙げるべきであろう。この二つは、憲法上の要請にかかる言論の自由と人格権としての名誉の保護との間に均衡と調和を保ちつつ、公共の利害にかかわる表現行為につき、事前の差止め請求を許容することができると考えられる実体的要件であつて、それが事実上、事前差止めの仮処分を許すための要件と重なり合う面があるとしても、そのことのために、これらの要件が憲法上の要請でなくなるわけではない。

これを本件についてみると、大橋裁判官の補足意見でも指摘されているとおり、本件記事については、仮処分手続で債権者の提出した資料及び裁判所に顕著な事実によつて、その表現内容が真実でなく、かつ、それが専ら公益を図るものでないことが明白に認められるのであつて、その出版による被害の特別の重大性にかんがみ、本件仮処分決定には、その実体面においても、手続面においても、違憲、違法の廉はないとする多数意見に異論はない。ただ、私は、本件記事の名誉毀損に該当するとされる部分は、それ自体において、社会通念上、到底許容し難い侮辱的名誉毀損の典型的なもの認められるから、その僅か一部に抽象的な事実の指摘ともみられるものがあるとしても、その部分の表現内容が真実であるかどうか立ち入るまでもなく、その部分をも含めて事前差止めの仮処分をすることが許容される、と解しうるのではないかと考えていることを念のため付言しておくこととする。

裁判官谷口正孝の意見は、次のとおりである。

第一 公的問題に関する雑誌記事等の事前の差止めの要件について、私は、多数意見の説くところと些か所見を異にするので、以下この点について述べることとする。

一 憲法二一条二項、一項は、公的問題に関する討論や意思決定に必要・有益な情報の自由な流通、すなわち公権力による干渉を受けない意見の発表と情報授受の自由を保障している。そして、この自由の保障は、多数意見に示すとおり活力ある民主政治の営為にとつて必須の要素となるものであるから、憲法の定めた他の一般的諸権利の保護に対し、憲法上「優越的保障」を主張しうべき法益であるといわなければならない。この保障の趣旨・目的に合致する限り、表現の自由は人格権としての個人の名誉の保護に優先するのである。

したがつて、雑誌記事等による表現内容が公務員、公選による公職の候補者についての公的問題に関するものである場合には、これを発表し、討論し、意思決定をするに必要・有益な情報の流通を確保することの自由の保障が右公務員、公選による公職の候補者の名誉の保護に優先し、これらの者の名誉を侵害・毀損する事実を摘示することも正当とされなければならない。かかる記事を公表する行為は違法とされることなく、民事上、刑事上も名誉毀損としての責任を問われることはない。

二 そこで、進んで、人格権としての個人の名誉と表現の自由という二つの法益が抵触する場合に、公的問題に関する自由な討論や意思決定を確保するために情報の流通をどの程度まで確保することが必要・有益か、特に、真実に反する情報の流通をどこまで許容する

必要があるかが問われることになる。

思うに、真実に反する情報の流通が他人の名誉を侵害・毀損する場合に、真実に反することの故をもつて直ちに名誉毀損に当たり民事上、刑事上の責任を問われるということになれば、一般の市民としては、表現内容が真実でないことが判明した場合にその法的責任を追及されることを慮り、これを危惧する結果、いきおい意見の発表ないし情報の提供を躊躇することになるであろう。そうなれば、せつかく保障された表現の自由も「自己検閲」の弊に陥り、言論は凍結する危険がある。

このような「自己検閲」を防止し、公的問題に関する討論や意思決定を可能にするためには、真実に反した言論をも許容することが必要となるのである。そして、学説も指摘するように、言論の内容が真実に反するものであり、意見の表明がこのような真実に反する事実に基づくものであつても、その提示と自由な討論は、かえつてそれと矛盾する意見にその再考と再吟味を強い、その意見が支持されるべき理由についてのより深い意見形成とその意味のより十分な認識とをもたらすであろう。このような観点に立てば、誤つた言論にも、自由な討論に有益なものとして積極的に是認しうる面があり、真実に反する言論にも、それを保護し、それを表現させる自由を保障する必要性・有益性のあることを肯定しなければならない。公的問題に関する雑誌記事等の事前差止めの要件を考えるについては、先ず以上のことを念頭においてかからなければならない。(誤つた言論に対する適切な救済方法はモア・スピーチなのである。)

三 そこで、事前差止めの要件について検討する。

さて、表現の自由が優越的保障を主張しうべき理由については、先に述べたとおりである。その保障の根拠に照らして考えるならば、表現の自由といつても、そこにやはり一定の限界があることを否定し難い。表現内容が真実に反する場合、そのすべての言論を保護する必要性・有益性のないこともまた認めざるをえないのである。特に、その表現内容が真実に反するものであつて、他人の人格権としての名誉を侵害・毀損する場合においては、人格権の保護の観点からも、この点の考慮が要請されるわけである。私は、その限界は以下のところにあると考える。すなわち、表現の事前規制は、事後規制の場合に比して格段の慎重さが求められるのであり、名誉の侵害・毀損の被害者が公務員、公選による公職の候補者等の公的人物であつて、その表現内容が公的問題に関する場合には、表現にかかる事実が真実に反していてもたやすく規制の対象とすべきではない。しかし、その表現行為がいわゆる現実の悪意をもつてされた場合、換言すれば、表現にかかる事実が真実に反し虚偽であることを知りながらその行為に及んだとき又は虚偽であるか否かを無謀にも無視して表現行為に踏み切つた場合には、表現の自由の優越的保障は後退し、その保護を主張しえないものとする。けだし、右の場合には、故意に虚偽の情報を流すか、表現内容の真実性に無関心であつたものというべく、表現の自由の優越を保障した憲法二一条の根拠に鑑み、かかる表現行為を保護する必要性・有益性はないと考えられるからである。多数意見は、表現内容が真実でなく、又はそれらが専ら公益を図る目的のものでないことが明

らかな場合には、公的問題に関する雑誌記事等の事前差止めが許されるというが、私は、この点については同調できない。思うに、多数意見も認めているように、記事内容が公務員又は公選による公職の候補者に対する評価、批判等であるときは、そのこと自体から公共の利害に関する事項であるといわなければならないわけで、このような事項については、公益目的のものであることは法律上も擬制されていると考えることもできるのである（刑法二三〇条ノ二第三項参照）。したがって、かかる表現行為について、専ら公益を図る目的のものでないというような不確定な要件を理由として公的問題に関する雑誌記事等の事前差止めを認めることは、その要件が明確な基準性をもたないものであるだけに、表現の自由の保障に対する歯止めとはならないと考えるからである。

第二 次に、裁判所が行う仮処分手続による表現行為の事前差止めの要件について考える。

多数意見がこの点について、一般の仮処分命令手続のように、専ら迅速な処理を旨とし、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず、立証についても疎明で足りるものとするところは、憲法二一条の規定の趣旨に照らし、手続的保障において十分であるとはいえず、事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、債務者の審尋を行いその意見弁解を聴取するとともに、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したこと、しかしながら、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、公共の利害に関する事項についての表現行為である場合においても、口頭弁論を聞き又は債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によつて明白に事前差止めの要件を充すものと認められる場合には、口頭弁論又は債務者の審尋を経ないで差止めの仮処分命令を発したとしても、憲法二一条の規定の趣旨に反するものということとはできないとしたことについて、私としても同意見である。もつとも、私は公的問題に関する雑誌記事等の事前の差止めについては、表現内容が真実に反することにつき表現行為をする者に現実の悪意のあることを要件とすると考えるので、この種の記事について、裁判所が事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、多数意見を多少修正する必要がある。

私としては、裁判所が事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、多数意見に示すとおり口頭弁論を開き、債務者を審尋し、主張、立証の機会を与えなければならないことは、憲法二一条二項、一項の規定の趣旨に照らし当然の要件となるものであつて、その場合、債務者に対し、表現内容にかかる事実の真実性を一応推測させる程度の相当な合理的根拠・資料があり、表現行為がそのような根拠・資料に基づいてなされたことの主張、立証の機会が与えられなければならないものとする。そのことが、現実の悪意がなかつたことの債務者の抗弁を許し、事前の差止めを求められている裁判所に対し仮処分命令を出させないための必要不可欠の要件であるからである。なお、多数意見は、表現行為の事前差止めの要件として、名誉権の侵害・毀損の場合について、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ことを実体的要件としているが、私はこの要件は、仮処分命令を発するについて、保全の必要性についての要件として考慮すれば足りると考える。

以上、裁判所の仮処分手続による公的事実に関する差止命令を発するための手続的要件を述べたわけであるが、この手続的要件を充足しない場合、すなわち、口頭弁論ないし債務者の審尋を経ないで発した裁判所の仮処分手続による差止命令が常に必ず憲法二一条二項、一項の規定の趣旨に反するものと断じ切ることはいえないと思われる。

差止めの対象が公務員又は公選による公職の候補者に対する評価、批判等、公共の利害に関する事項についての表現行為である場合においても、極めて例外的な事例について、口頭弁論を開き債務者の前記抗弁の当否の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によつて、その表現内容が真実でなく、それが債務者の現実の悪意をもつてなされたものであることが表現方法、内容に照らし極めて明白であるときは、以上の手続要件を充足せず差止めの仮処分命令を発したとしても、前記憲法の趣旨に反するものとはいえないであろう。その理由については、多数意見の述べる通りである。そして、本件仮処分命令を発した裁判所に提出された疎明資料によれば、上告人が本件雑誌記事を掲載するについて現実の悪意のあつたことは明白であつたものというべきである。

私も、上告論旨にいう憲法二一条二項違反の主張の理由のないことは多数意見に示す通りであり、その余の違憲の主張もすでに見たとおり理由がないものと考えてるので、本件上告は棄却されるべきものと思料する。

(裁判長裁判官 矢口洪一 裁判官 伊藤正己 裁判官 谷口正孝 裁判官 大橋進 裁判官 牧圭次 裁判官 安岡満彦 裁判官 角田礼次郎 裁判官 島谷六郎 裁判官 長島敦 裁判官 高島益郎 裁判官 藤島昭 裁判官 大内恒夫 裁判官 香川保一 裁判官 坂上寿夫)

#### 上告人の上告理由

第一点 原判決には憲法に相反する判断した違法がある。

すなわち本件は、被上告人五十嵐広三、同阿部昭らが、発行前の雑誌「北方ジャーナル」の「ある権力主義者の誘惑」と題する記事内容(昭和五四年四月号予定)を傘下労組組織を使つて印刷所たる山藤印刷(株)手稲工場から秘かに事前入手((株)北方ジャーナルと山藤印刷(株)との秘密厳守の契約関係からいつて、合理的に考えて、不法な手段によらざれば、絶対に入手不能なもの)し、かかる犯罪にかゝる資料を基礎に印刷、製本並びにその販売、頒布禁止の仮処分申請を行つたが、札幌地裁は(株)北方ジャーナルに対し、雑誌「北方ジャーナル」(四月号予定)が未発行の印刷製本段階で、この申請を即日決定、即日執行し、よつて(株)北方ジャーナルに多大の損害を発生せしめたものであるが、一、二審とも、かかる仮処分決定を適法とし、(株)北方ジャーナルの損害賠償請求を棄却している。

だが次の点で違法である。

(1) 本件にかゝる「ある権力者の誘惑」と題する記事内容は、刑法に定める名誉毀



損罪(第二三〇条、第二三〇条ノ二)に当たらない。一、二審が名誉毀損に当たるか否かの事実審理をせずにして判断しているのは、憲法第二一条第一項に違反する。

(2) 憲法第二一条第一項は、不法な手段で入手した資料を土台とする言論制限を容認していると解することは出来ない。

(3) 憲法第二一条第一項は、言論の事前差止を認めたものと解することは出来ない。

(4) 憲法第二一条第二項は、言論の事前検閲を禁じているが、裁判所の仮処分決定は、この事前検閲に当たる。

(5) 憲法第二一条第二項は、通信の秘密の不可侵を定めているが、被上告人五十嵐広三、同阿部昭らの「北方ジャーナル」記事の不法入手は、仮りに窃盗、業務上横領、物収受に当たらないとしても、少くともこの通信の秘密を犯したものである。以上いずれの論点よりするも、原判決は(事実と)憲法に反する違法なものであるので、破棄されるべきものである。

## 非嫡出子相続分事件 (最大決平成7年7月5日民集49 巻7号1789頁)

法の下での平等は、幸福追求権と同じく、個人権としての性格(平等権)と人権の総則的な意味(平等原則)を有する基本的原理である。

明治憲法においては、公務就任資格の平等(19条)というかたちでしか保障していなかったが、日本国憲法は14条で法の下での平等の基本原則を宣言する。さらに、個別的に貴族制度の廃止(14条2項)、栄典に伴う特権の禁止(同3項)、普通選挙の一般原則(15条3項)、選挙人資格の平等(44条)、両性の本質的平等(24条)、教育の機会均等(26条)といった規定を設けて、平等権ないし平等原則の徹底化を図っている。

Q: 叙位・叙勲制度を置くことは、法の下での平等に反しないか。

### 1、自由と平等

自由と平等は、相互に密接に関連し依存しあう原理と捉えられているが、歴史的には、自由と平等とは相反する側面を有している。

#### (1) 形式的平等(機会の平等)

19世紀から20世紀にかけての近代市民社会における平等観念である。すべての個人を法的に均等に取り扱い、その自由な活動を保障するというものであったが、結果として、個人の不平等をもたらすことになる。

#### (2) 実質的平等(条件の平等)

20世紀の社会福祉国家における平等観念である。社会的・経済的弱者に対して、より厚い保護を与え、それによって他の国民と同等の自由と生存を保障していくとするものである。

本人の責めに帰すことのできない事由によって人格の自由な実現を妨げられている個人のために、国家が積極的な救済策を講じることにより、人格の自由な発展のための条件を実質的に保障する(実質的平等)。形式的な平等保障によって生じる事実上の不平等を是正するために、各人の属性に応じた別異の取扱いを行い、個人の人格発展のための前提条件を実質的に平等に保障する(条件の平等)。国家が積極的作為を行なうことによって、社会において事実上存在する不平等を除去し、実質的平等を確保する(積極的平等)。

近代的平等観	現代的平等観
形式的平等 + 機会の平等 + 消極的平等	形式的平等 + 機会の平等 + 消極的平等
	+
	実質的平等 + 条件の平等 + 積極的平等

個人の自由な領域が保障されるが、貧富の差が拡大するなどの弊害も生じる。	個人の自由な領域が減少するが、弊害を軽減しうる。
-------------------------------------	--------------------------

Cf. 結果の平等... 社会主義国家における実質的平等の発展的な観念である。資本家階級による労働力の搾取を排し、労働者による社会資本の共有と結果の平等な分配を追求する。理論的には、無限に生産が拡大し、社会は共産主義段階へと発展し、法と国家が死滅する。

Q：平等の観念という視点から、社会主義国家が相次いで崩壊した理由について説明しなさい。

## 2、法の下での平等の意味

### (1) 法内容の平等

法を形式的機械的に適用し、行政権・司法権が国民を差別してはならないという「法適用の平等」にとどまらず、法そのものの内容も平等原則に従って定立しなければならないとする「法内容の平等」をも意味する。

戦前のヨーロッパでは、法律は理性を表明し正義に合致するもので、憲法と並ぶ高い権威を有し、裁判所による違憲審査制も否定される「法適用平等（立法者非拘束説）」が通説（とくにドイツ）となっていた。戦後の憲法においては、法内容平等（立法者拘束説）が一般化した。

### (2) 相対的平等

各人の性別、能力、年齢、財産、職業など種々の事実的・実質的差異を前提として、法の与える法の与える特権の面でも法の課する義務の面でも、同一の事情と条件の下では均等に扱うことを意味する（相対的平等）。

### (3) 1項後段列举事由

立法者拘束説	立法者非拘束説
a. 後段は、前段の重要な場合を具体的に列举した例示的規定である。	後段列举事由は、立法者を含むすべての国家機関が国民を差別してはならないことを規定するものである。
b. 不合理な差別事由の代表的なものを列举したものであって、それらを理由とする差別は原則として法の下での平等に反するという意味で特に列举したものである。	立法者は列举事由以外の事由に着目して、差別を行うことを憲法上禁止されていないが、列举事由については立法者を拘束し差別的取扱が絶対的に禁止されているという意味で限定列举である。
c. 列举事由は、民主制のもとでは本来許されない不合理な差別を列举したものであり、合憲とする側が合理的差別であることの举证責任を負うという意味で裁判規範としての意義をもつ。	

立法者拘束説が通説・判例。判例は、a説を採用していると解される。

(4) 積極的差別是正措置

歴史的に差別を受けてきたグループ、とくに黒人や女性に対し、大学入学や雇用などの場面で特別枠を設け、優先的な処遇を与える措置（アファーマティヴ・アクション）をいう。実質的平等の観点から、それらグループに就労・就学の機会を与えることで、社会的地位を向上させ、実態に応じた合理的平等を実現するものである。ただ、これは行き過ぎると「逆差別」を生じるし、また、こうした措置の効果も疑問視する意見もある。

Q：「女性のみを受け入れる大学は、女性の地位を向上させる上で有益であったとしても、女性の進学率が上がってきた今日においては、かえって男性に対する性差別を生むもので、その存在を容認し得ない」とする見解について論評しなさい。

3、平等違反の違憲審査基準

a. 合理的区別を広く認め、14条1項後段を例示とみる立場

別異取扱いの審査基準としては、合理性の基準が妥当する。

合理性の有無については、様々な立場がある。

A1.個人主義・民主主義の理念に照らして判断する立場。

A2.個々の制度ないし法律の目的にかんがみ、その時代の社会理念に照らして判断する立場。

A3.一定の正当な立法目的に対し手段が合理的関連性を持つかどうかによって判断する立場。

b. 合理的差別を前提に、14条1項後段に特別の意味を見出す立場

後段列挙事由に該当する場合、厳格審査基準が妥当する。

B1.後段列挙事由による差別は民主制のもとでは本来許されないものであるため、その差別は原則として合理的根拠を欠き、違憲の推定を生じ、別異取扱いが必要不可欠なものであるかどうかを裁判所は厳格に審査しなければならない。これに対し、それ以外の一般的な差別については、法律の目的を達成するのに別異取扱いが合理的関連性をもつかどうかという基準で判断する。

B2.後段以外にも、精神的自由権や選挙権のように民主主義にとって重要な権利の差別については、厳格な審査基準が妥当する。

B3.厳格な審査基準が妥当すると考えられるもののうち、立法権による権利具体化立法の存在を前提とする権利の平等については、一定範囲で立法府の裁量が尊重されるため、その限度で裁判所の審査基準が緩和される。

4、平等の具体的内容

(1) 人種

アメリカ合衆国においては、人種による差別は、その合憲性が最も厳格な基準によって

司法審査される。わが国では、アイヌ人・アメラジアンなどの混血児・帰化人などが問題となる。

(2) 信 条

宗教上の信仰にとどまらず、広く思想上・政治上の主義を含むと解される(最判昭和30年11月22日)。

(3) 性 別

戦後、わが国では、婦人参政権の導入、姦通罪の廃止(刑法183条) 妻の無能力など女性を劣位に置いた民法の諸規定の改正などにより、性別による差別が大幅に改められた。さらに、男女同権は、多くの法律(国家公務員法27条、労働基準法4条など)で具体化され、女子差別撤廃条約(昭和56年発効、昭和60年批准)は、国籍法の改正(昭和59年)、男女雇用機会均等法の制定(昭和60年)などを推進したとされる。

Q: 民法733条の再婚禁止期間の規定は、性差別を含む内容であり違憲であるといえるか。

(4) 社会的身分・門地

社会的身分とは、「人が社会において一時的ではなしに占める地位」(判例)をいい、門地とは、「生来の社会的地位」を指す。

Q: 嫡出でない子の相続分を、嫡出である子の相続分の二分の一と定める民法900条4号は、社会的身分による不合理な差別といえるか。

5、議員定数不均衡

選挙の原則の一つとして、各選挙人の選挙権の価値が平等であることがある(平等選挙)。この平等選挙は、投票の数的価値の平等、すなわち一人一票という投票資格の平等を意味するにとどまらず、現在では投票の結果的価値の平等、すなわち各選挙区間における投票価値の平等の要請をも含むものと理解されるようになっている。

議員定数不均衡の例

	有権者一人の票数	有権者数 (A)	議員定数 (B)	1票あたりの影響力 (B/A)	
A選挙区	1票	1万人	1名	2	A・B選挙区間で影響力に2倍の差
B選挙区		2万人	1名	1	

実際の投票率は考慮しない。

議員定数不均衡は、投票価値の平等との関係で問題となる。選挙区割は、公職選挙法の別表で定められているので、別表に規定される内容の合憲性が審査される。

選挙区間における選挙人の投票価値にどの程度の差が出れば選挙権の平等の侵害となるかは、投票価値の開きの程度(最判昭和63年10月21日) 国会の合理的な裁量の限界(最大判昭和51年4月14日、最大判昭和58年11月7日) 参議院の特殊性(最大判昭和51年4月14日)などをめぐり、議論が分かれている。学説の多くは、1対2を超えれば、実

質的に1人2票与えたことになり違憲であるとするが、判例は、衆議院議員選挙につき、1対3まで許容している。

参議院議員選挙については、較差1対6.59で行われた平成4年7月の選挙の状況が、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等」(ただし、合憲判断)とする判例が出ている(最大判平成8年9月11日)。また、較差1対5.06で行われた平成13年7月の選挙については、9人の裁判官が合憲、6人が違憲の反対意見を述べたが、多数意見のうち4人は、「次の選挙で漫然と現状が維持されたなら、立法府の義務にあった裁量権の行使がなかったとして違憲判断がなされる余地が十分ある」と警告した(最大判平成16年1月14日)。

\*最大判昭和51年4月14日

昭和47年12月に行われた衆議院議員選挙について、千葉県第1区の選挙人らは、一票の較差が最大4.99対1に及んでいることが投票価値の平等に反するとして、選挙無効の訴えを提起した。

最高裁は、人口数と定数との比率の平等を「最も重要かつ基本的な基準」だとしつつも、投票価値の平等は、「国会が正当に考慮することのできる他の政策的な目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきもの」という立場をとり、行政区画をはじめ、住民構成、交通事情、地理的状況から、人口の都市集中化現象をいかに評価し、それを「政治における安定の要請をも考慮して」定数配分にどのように反映させるかという高度に政策的な判断に至るまで、非人口的要素のもつ役割を大きく認め、厳格な審査基準をとらなかった。しかし最高裁は、投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんじやくしてもなお、一般的に合理性を有するとは到底考えられない程度に達しているときで、かつ、人口の変動の状態を考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われないうちは、違憲になる、という基準を示して、約五対一の較差は(昭和三九年の法改正後八年余にわたって是正が行われなかったことを考慮すると)選挙権の平等の要求に違反すると判断し、配分規定は全体として違憲の瑕疵を帯びる、と判示した。しかし、選挙の効力については、選挙を全体として無効にすることによって生じる不当な結果を回避するために、行政事件訴訟法三一条の定める事情判決(処分は違法であっても、それを取り消すことが公共の福祉に適合しないと認められるとき、違法を宣言して請求を棄却する判決で、公選法二一九条は準用を認めていない)の法理を「一般的な法の基本原則に基づくもの」と解して適用し、選挙を無効とせず違法の宣言にとどめる判決を下した。

## 6、判例

\*尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭和48年4月4日)

被告人Yは、実父Aに夫婦同様の関係を10年あまり強いられ、5人の子どもまで産んだが、昭和43年8月頃、職場でたまたま知り合った青年と愛し合い結婚考えるようになった。しかし、これを知ったAは、これを嫌い怒り狂ったうえ、10日余り脅迫虐待を加えたため、Yは煩悶し、忌まわしい境遇から逃れようとして同年10月5日夜、Aを絞殺した。第1審

(宇都宮地判昭和44年5月29日)は、刑法200条を違憲として、199条の殺人罪について判断し、過剰防衛を理由に刑を免除したが、第2審(東京高判昭和45年5月12日)は第1審を破棄し、200条を合憲とし、過剰防衛も否認して、心神耗弱による減軽(刑法39条)及び酌量減軽(66条)により最低限の懲役3年6月の実刑を宣告した(68条)。これに対し、Yが刑法200条の平等原則違反を主張して上告した。

最高裁は、刑法200条の立法目的である「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義」として、刑法上の保護に値するとしながら、刑の加重の程度が極端であって、「立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない、かかる規定は憲法14条1項に違反して無効である」と判示し、「尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点(現行刑法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである。)においてあまりにも厳しいもの」であり、「合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」として、従来の判例を変更して刑法200条を違憲無効と認定し、刑法199条の普通殺人罪の規定を適用して、Yに執行猶予判決を下した。

【刑法旧200条】自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス(平成7年法律91号により廃止)

Q：刑法244条の親族間の窃盗罪に関する特例の規定は、憲法違反といえないか。

\*国籍法違憲訴訟(最大判平成20年6月4日)

Xは、法律上の婚姻関係にない日本国民である父Aとフィリピン国籍を有する母Bの子として平成9年に日本で生まれた。出生後Aから認知されたことを理由として、Xは、平成15年に日本国籍取得届を法務大臣に提出したところ、国籍法3条1項の「父母の婚姻及びその認知」という準正要件を満たしていないとして認められなかった。これに対して、Xは国籍法の規定が憲法14条に違反するなど主張して、日本国籍の確認を求めて提訴した。第1審(東京地判平成17年4月13日)は、国籍法3条1項の「父母の婚姻」が事実婚も含むと解釈して日本国籍を認めたが、第2審(東京高判平成18年2月28日)が、日本国籍取得を認めなかったため、Xは上告した。

最高裁は、憲法10条の規定から、国籍の得喪に関する要件は立法裁量にゆだねる趣旨であるとしつつも、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である」と述べる。その上で、国籍法3条1項が準正を日本国籍取得の要件とすることには、立法目的との一定の合理的関連性があったとしながらも、その後の社会状況等の変化や国際化という状況などから、生後認知された非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という「父母の身分行為が行われ

ない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、・・・立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用して」とし、これが不合理な差別を生じさせているとして、国籍法3条1項を憲法14条1項に違反するとした。そして、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するという部分を除いた国籍法3項1項の規定により、Xの日本国籍取得を認めた。



《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 27828521

【文献種別】 審判 / 静岡家庭裁判所熱海出張所 (第一審)

【裁判年月日】 平成 2年12月12日

【事件番号】 平成2年(家)第138号

【事件名】 遺産分割審判申立事件

【審級関係】 控訴審 27811679

東京高等裁判所 平成2年(ラ)第819号

平成 3年 3月29日 決定

上告審 27827501

最高裁判所大法廷 平成3年(ク)第143号

平成 7年 7月 5日 決定

【事案の概要】 被相続人の不動産について非嫡出子である申立人が求めた遺産分割事件において、法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題であって、しかも昭和54年7月に公表された「相続に関する民法改正要綱試案」において、嫡出でない子の法定相続分を嫡出である子の法定相続分と同等化する旨の提案をし各界の意見を求めた結果、同等化に反対する者の数が賛成する者よりもかなり上回った等の事情から、国会において審議の末に改正が見送りになった経過に照らしてみても、現行法の許において嫡出子と非嫡出子の法定相続分を均分の割合により遺産分割することはできないとした事例。

【裁判結果】 認容

【上訴等】 抗告

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集49巻7号1820頁

金融・商事判例980号20頁

【参照法令】 民法900条

日本国憲法14条

【全文容量】 約2Kバイト(A4印刷:約2枚)

《全文》

【文献番号】27828521

遺産分割申立事件

静岡家裁熱海出張所平成二年(家)第一三八号

平成2・12・12審判

申立人 甲野花子

相手方 乙野春子 ほか 九名

主 文

被相続人丙田マサの遺産である別紙物件目録記載の不動産は、申立人甲野花子及び相手方九名の共有取得とし、その持分は申立人甲野花子は三三分の一、相手方乙野春子、丙田一郎、丙田二郎及び丙田三郎は三三分の六、相手方戊川次郎及び己川月子は三三分の一、相手方丙田六郎、丙田朝子及び丙田夕子は各三三分の二とする。

本件手続費用は各自の負担とする。

理 由

一、相続の開始、相続人及びその法定相続分

本籍(省略)丙田マサ(明治三四年九月七日生)は、昭和六三年五月一二日死亡し、その相続人は、嫡出である子乙野春子、丙田一郎、丙田二郎及び丙田三郎の四名、嫡出でない子亡戊川太郎(昭和三八年一一月一一日死亡)の代襲者甲野花子、戊川次郎及び己川月子の三名、嫡出である子亡丙田四郎(昭和六二年九月一九日死亡)の代襲者丙田六郎、丙田朝子及び丙田夕子の三名であって、その各自の法定相続分は、申立人甲野花子、相手方戊川次郎及び己川月子の三名は各三三分の一、相手方乙野春子、丙田一郎、丙田二郎及び丙田三郎の四名は各三三分の六、相手方丙田六郎、丙田朝子及び丙田夕子の三名は各三三分の二である。

二、遺産の範囲、状況、当事者の意見等

被相続人丙田マサの遺産は、別紙物件目録記載の不動産であって、その現況は未使用のままであり、特別受益及び寄与分については、当事者から特に具体的な主張はなされていない。申立人を除く当事者は概ね法定相続分による遺産分割を希望している。

ところで、本件の申立は、民法において嫡出でない子の法定相続分が嫡出である子の法

定相続分の半分になっているのは法の下での平等に反するので両者について均分の割合による遺産分割を求めるといふものであるが、法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題であって、しかも昭和五四年七月に法務省民事局参事官室が公表した「相続に関する民法改正要綱試案」において、嫡出でない子の法定相続分を嫡出である子の法定相続分と同等化する旨の提案をし各界の意見を求めた結果、同等化に反対する者の数が賛成する者よりもかなり上回った等の事情から、国会において審議の末に改正が見送りとなった経過に照らしてみても、現行法の許において、申立人の希望に沿ってその共有持分を一八分の一とすることはできないと言わざるを得ない。

三、以上の次第であって、その他本件記録に顕れた一切の事情を考慮し、主文のとおり審判する。

物件目録 略

《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 27811679

【文献種別】 決定 / 東京高等裁判所 (控訴審)

【裁判年月日】 平成 3年 3月29日

【事件番号】 平成2年(ラ)第819号

【事件名】 遺産分割審判に対する抗告事件

【審級関係】 第一審 27828521

静岡家庭裁判所熱海出張所 平成2年(家)第138号

平成 2年12月12日 審判

上告審 27827501

最高裁判所大法廷 平成3年(ク)第143号

平成 7年 7月 5日 決定

【事案の概要】 被相続人の不動産について非嫡出子である抗告人が求めた遺産分割抗告事件において、法定相続分の割合を如何に定めるかはその国の立法政策の問題であって、民法900条4号ただし書の規定をもって憲法に違反するものということとはできず、他に右規定を無効と解すべき理由はないとして、現行法の許において嫡出子と非嫡出子の法定相続分を均分の割合により遺産分割することはできないとした原審判を相当とし、抗告を棄却した事例。

【判示事項】 〔判例タイムズ(判例タイムズ社)〕

非嫡出子の相続分を定めた民法900条4号但書の規定は憲法に違反しない

【裁判結果】 抗告棄却

【上訴等】 特別抗告

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集49巻7号1822頁

判例タイムズ764号133頁

【参照法令】 民法900条

日本国憲法13条

日本国憲法14条

【評釈等所在情報】 〔日本評論社〕

西原道雄・私法判例リマークス(法律時報別冊)5号

非嫡出子の相続分を定めた民法900条4号但書の合憲性

棟居快行・ジュリスト臨時増刊1002号22頁

非嫡出子の相続分を定めた民法900条4号但書の合憲性

若林昌俊・判例タイムズ790号134頁(平成3年度主要民事判例解説)

民法九〇〇条四号ただし書の規定をもって憲法に違反するものということとはできず、他に右規定を無効と解すべき理由はない

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

【全文容量】 約15Kバイト(A4印刷:約10枚)

《全文》

【文献番号】27811679

遺産分割審判に対する抗告事件

東京高裁平二(ラ)第八一九号

平3・3・29第五民事部決定

抗告人 山田満枝

右代理人弁護士 榊原富士子

同 吉岡睦子

同 井田恵子

同 石井小夜子

同 石田武臣

同 金住典子

同 紙子達子

同 酒向徹

同 福島瑞穂

同 小山久子

同 小島妙子

相手方 細岡秀子

同 田畑利雄

同 田畑常秋

同 田畑政俊

同 福西良一

同 阿部純子

同 田畑光一

同 田畑雅世

同 田畑賀世

相手方田畑雅世、田畑賀世兩名法定代理人親権者母 田畑律子

主 文

本件抗告を棄却する。

抗告費用は、抗告人の負担とする。

## 理 由

### 第一 本件抗告の趣旨

一 原審判を取り消す。

二 被相続人田畑まさをの遺産である原審判別紙物件目録記載の不動産は、抗告人山田満枝及び相手方九名の共有取得とし、その持分は、抗告人山田満枝は一八分の一、相手方細岡秀子、田畑利雄、田畑常秋及び田畑政俊は各一八分の三、相手方福西良一、阿部純子、田畑光一、田畑雅世、田畑賀世は各一八分の一とする。

三 本件手続費用は、各自の負担とする。

### 第二 本件抗告の理由

別紙のとおり。

### 第三 当裁判所の判断

当裁判所も、原審判を相当と判断するものであり、その理由は、原審判三枚目表二行目の「法の下に平等に反する」を「憲法一四条、一三条に違反するほか、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約一六条一項、国際連合の一九七二年の「非婚の母と子に関する勧告」、世界人権宣言二五条二項、国際人権規約B規約二四条一項、子どもの権利条約二条一項等にも反するものであるから」と、同四行目の「しかも」から同八行目の「照らしてみても」までを「民法九〇〇条四号ただし書の規定をもって憲法に違反するもの」ということはできず、他に右規定を無効と解すべき理由はない。したがって」とそれぞれ改めるほか、原審判の理由説示のとおりであるから、これを引用する。

よって、本件抗告は理由がないからこれを棄却し、抗告費用は抗告人に負担させることとして、主文のとおり決定する。

(裁判長裁判官 川上正俊 裁判官 石井健吾 裁判官 橋本昌純)

別紙

#### 一、はじめに

民法九〇〇条四号但書は、嫡出子と嫡出でない子の相続分を差別して規定している。

しかるに右は、「最後の野蛮」(山川一陽「新しい家族」一五号、一九八九年七月)ともいふべき、恥ずべき法律である。

民主主義の基本は、自由と平等、個人の尊重にある。民主主義の理念をうたう憲法がすでに四〇年以上前に制定されているにもかかわらず、あえて国家の側から「差別を作り出す」九〇〇条四号但書は改正されずに生きてきたままである。

昭和二一年の民法改正当時、すでに、「嫡出でない子の差別待遇こそが個人の尊厳と法の下に平等を規定する憲法の基調にも反する」と主張されていた(注釈民法(二五)一四九頁)。

一九七九年には法務省民事局から、法の下に平等に反するとして相続分差別を撤廃する

民法改正要綱試案が発表された。しかるに、その後一〇年以上経ったが改正は実現していない。

後述の通り、民法九〇〇条四号但書が、その上位規範である憲法や多くの条約に違反するものであることは疑いがなく、違憲の法律に基づいて遺産分割の審判がなされるべきではない。

一九九〇年八月一日付の秋田さきがけ、山形、河北新報、いばらぎ、信濃毎日、岐阜、宮崎日日、四国などの各新聞によれば、法務省法制審議会は、身分法小委員会を再開し、非嫡出子の相続分の同等化などを取上げる見通しであると報道され、本年一月二九日から、現実に身分法小委員会が開かれている。

本件において、被相続人の「嫡出でない子」である福西勝彦について、嫡出子と同等の相続分が与えられるべきである。

## 二、憲法一四条との関係

憲法一四条は、「すべて国民は法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的、又は社会的関係において差別されない。」と規定している。

ここで、「社会的身分」とは、生来の身分を指すとされ、「門地」とは、生まれあるいは家柄の意味で、出生によって決定される社会的な地位又は条件を言うのであって、社会的身分と一致するとされている（宮沢俊義著、芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」日本評論社二一—ないし二一—二ページ）。

よって、「嫡出である子」「嫡出でない子」という地位は、いずれにしても社会的身分または門地に該当する。

憲法一四条の平等理念が、本人に責任を帰し得ない事実について、差別することを禁じる趣旨にあるとすれば、民法九〇〇条四項が「嫡出でない子」の相続分を「嫡出である子」の二分の一としていることは、親の法的婚姻の有無という子どもに責めを負わせられない問題を、子どもの権利の内容に持ち込んで差別するものであるから、同条項は違憲である。

学界でも、石川稔教授は、「非嫡出子の相続分上の差別は違憲ではないかと考えている」（石川稔「家族法のなかの子ども」ジュリスト増刊子どもの人権一四五ページ、証拠）とされている。

米沢広一助教授は、「相続上の差別については、法律婚の維持を重要な立法目的とみなしうるが、相続分を二分の一にするという手段と上述の立法目的の間には実質的な関連性をみいだせない、ということになる。なぜならば、子どもが将来相続上の不利益をうけることを防止するために、親が法律婚以外の関係を避けるようになるとは考えにくく、また、親の行為の責任を子どもに転嫁すべきではないからである。」として、違憲の疑いを指摘されている（米沢広一「家族の変容と憲法」ジュリスト八八四号一九八ページ、証拠）。

また、住民票上の嫡出子、嫡出でない子の記載に関して、二宮周平教授は、「こうした子に対する差別という形で法律婚を強制するやり方は、親の因果が子に報い 式の非人道的な扱いであることはもちろん、憲法の法の下に平等原則に反するものであって、許され



てはならない。」(二宮周平「法律婚のゆくえ」法学セミナー四一〇号三五ページ、証拠)と主張されている。

以上の通り、最近の学説は違憲説が有力となっている。

### 三、憲法一三条との関係

憲法一三条は、個人の尊重、幸福追求権を保障している。

最近憲法一三条を根拠として、自己決定権(あるいは人格的自律権)を導き出す見解が有力に主張されている(山田卓生、佐藤幸治)。

自己決定権とは、私生活の重要な場面において、国家によるコントロールを受けず、自ら決定することを保障する権利である。

個人がどのような家族を形成するか、婚姻届を出すか否か、子どもを何人つくるかなどはまさに個人の人生にとって重大な事実である。

二宮教授も佐藤教授が「家族の形成・維持にかかわる事項」を自律権(自己決定権)の対象とされているだけでなく、核にあたるものとされていることを引用し、事実婚の選択が自己決定権の対象となることを論じられている(証拠)。

もし、婚姻届を出さない事実婚が法的に不利に扱われ、婚外子が法律婚より生まれた子と同等の権利を保障されないとすれば、実質上個人の選択の自由は制限され、法律婚を強いられる結果とならざるをえない。

よって、非嫡出子を差別することは、憲法一三条で保障する、家族の形成維持に関する自己決定権を侵害するものである。

### 四、女子差別撤廃条約違背

女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約(一九七九年国連採択、一九八五年日本批准)の第一六条では、その一項で、

「締約国は、婚姻及び家族関係に関わるすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に男女の平等を基礎として次のことを確保する。」

とし、そのd項で

「婚姻しているか否かを問わず、児童に関する事項についての親としての同一の権利および責任、あらゆる場合において、児童の利益は至上である。」

としている。

ここでも、嫡出でない子が嫡出子と同一の権利を享受すべきことがうたわれているのであり、民法九〇〇条四号但書は同条約に反する。

### 五、国連の勧告

国際連合の経済社会理事会は、一九七二年、相続に関する一切の事柄において、非婚の母の子孫に対して差別があるべきではない、非婚の母は、一般の母達のため、特に独身の親達のため講じられるすべての社会的支援、社会保障の手だてを享有すべきであることなどを内容とする「非婚の母と子に関する勧告」を加盟国に対して行なっている(証拠)

。

民法九〇〇条四号但書は、この勧告に真っ向から反するものである。

## 六、子どもに関する諸条約との関係

### 1 今世紀における子どもの権利の進展は目覚ましいものがある。

子どもを単なる保護の対象として見るのではなく、権利享有の主体としてとらえる考え方は、一九二四年のジュネーブ子ども権利宣言を経て、一九五九年の国連子どもの権利宣言に結実した。

そこでは、一条において、「子どもは、この宣言に掲げるすべての権利を享受する。すべての子どもは、いかなる例外もなく、自己またはその家族のいずれについても、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上その他の意見、国民的もしくは社会的出身、財産、出生その他の地位によって差別されることなく、これらの権利を有する。」と規定され、三条においては子どもの最善の利益について、最高の考慮が払われなければならないと明記している。

2 この中の「出生による差別」として、嫡出か否かによる差別が含まれることは国際的にも明らかである。

すなわち、前記子どもの権利宣言の作成過程において、嫡出子と非嫡出子の平等の問題について議論が百出した（一九五七年第一二回人権委員会、別冊季刊国民教育3「子どもの権利」二七八ページ 証拠、以下同様）。

社会委員会案一〇条は、「児童は、……出生、嫡出、その他の地位のいかなる事情にかかわらず、以上に掲げたすべての権利を享有する」と嫡出性を理由とする差別を禁止していた。

これについては慎重派の国もあったが、慎重派の国も不当な差別自体には反対であり、一方言及に積極的な国もあり、嫡出、非嫡出の区別自体が旧時代的であるとして、イスラエルからは、「嫡出という語を削除し、新たに、出生の如何にかかわらず児童に対する差別を許さないとする明確な規定が挿入されるべき」という提案がなされた。

3 一九五九年の人権委員会では、前記イスラエルの案が採用され、嫡出という語を削除して、「すべての児童は、婚姻中もしくは婚姻外の出生を問わず、これらの権利を享有する」という一文が追加された（前掲書二八二ページ）。

一九五九年国連総会では、「婚姻中もしくは婚姻外の出生を問わず」という文言を含む規定が削除された。

もともとの社会委員会案の「嫡出」という語や前記文言は「児童に不当な烙印を押しものである」（サウジアラビア）という理由による。

しかし、「現実の社会情勢は、（この規定の）存置を必要としている」（ポーランド）との反対意見もあった（前掲書二八二ページ）。

以上の成立過程により、「出生による差別」の中に嫡出性による差別が含まれることが明らかである。

4 子どもが出生によって、差別されてはならないことは、世界人権宣言二五条二項において、「すべての児童は、嫡出であると否とを問わず、同じ社会的保護を受ける。」と規定されているのをはじめ、国連国際人権規約B規約二四条一項においても「すべての児童は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、国民的もしくは社会的出身、財産又は出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であって家族、社会及び国による措置についての権利を有する。」と規定されている。

特に、この国連人権規約は、日本も一九七九年に批准しており、国はこの条約に抵触する国内法を早急に改正すべき義務を負っているにもかかわらず、同条約違反の民法九〇〇条四号の相続分差別の規定が、条約批准後一〇年以上を経た今日もなお放置されている。

5 一九八九年一月の国連総会で採択された子どもの権利条約では、子どもの権利論がさらに拡大深化し、意見表明権をも含んだ、子どもを権利の行使主体とみる考え方に裏打ちされている。

この条約においては、二条一項で、「締約国は、その管轄内にある子ども一人一人に対して、その子ども、親または法定保護者の人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的、民俗的もしくは社会的出身、財産、障害、出生またはその他の地位にかかわらず、あらゆる種類の差別なしに、この条約に掲げる権利を尊重し、かつ確保する。」と規定し、三条で子どもの最善の利益を第一次的に考慮すべきことを謳っている。

また、七条では、親を知り養育される権利、一八条では親の第一次的養育責任を規定している。

本条約は、本件九月二日に日本政府も署名し、今後わが国でも早急に批准することが期待されているが、上記の各規定に照らせば、嫡出子と非嫡出子の相続分を差別する民法九〇〇条四号の規定が条約に違反していることは明白である。

#### 七、アメリカにおける判例の動向（証拠）

従来コモン・ローでは、非嫡出子を「何人の子にもあらずの子」と呼んで冷遇してきたが、一九六八年に連邦最高裁判所は、非嫡出子に母親の死亡による損害賠償請求権を認めない州法を、違憲とする判決を下した。

このあと、一九八〇年代前半までの間に非嫡出子差別の州法を違憲とする判決が相次いだ。

一九七二年には父親の死亡による労働者災害補償給付の受給権を非嫡出子に認めない州法を違憲とした。そこで、連邦最高裁判所は次のように述べている。

「非嫡出子の身分は各時代を通じて婚姻外の交わりに対する社会的非難をあらわしてきた。しかし子どもにこのような非難を浴びせることは、不合理かつ正当でない。

また、非嫡出子に嫡出子に与えられる資格を与えないことは、我が国の法制度の基本概念である 法律的負担は、その行為又は過ちを犯した本人にのみ課せられる という方針に反する。明らかにどの子もその生命の誕生に責任はなく、非嫡出子に罰を与えることは、

その親達の交わりをくい止めるには何の効果もないばかりでなく、法律的に見て不正である。」

一九七七年には、非嫡出子に父親の財産を相続する権利を認めない州法を違憲とする連邦最高裁判決が出されている。

これらの一連の連邦最高裁判決によって、現在では非嫡出子は嫡出子とほぼ同等の権利を獲得するに至っている。

一九七三年の統一親子関係法では、嫡出子、非嫡出子の概念の区別そのものを廃止した。

#### 八、諸外国の立法例

一夫一婦制を重んじるキリスト教の影響の強い欧米諸国では、これまで非嫡出子に対して極めて冷たい処遇をしてきた。

しかし、親の婚姻の事情によって、何ら責任のない子どもが重大な不利益を受けることは非人道的であるとの認識から、近年諸外国は非嫡出子と嫡出子の法的権利の同等化を目指し、法改正を行った。

諸外国の婚外子立法の現状は、証拠の通りであるが、いわゆる先進国と呼ばれる国々はほとんどが平等化を実現しており、日本のみがこの国際的潮流の中で遅れをとっていると言って過言ではない。

#### 九、「家」の犠牲になった福西勝彦

被相続人田畑まさを(以下、まさをという)は、明治三四年に田畑家の長女として生まれた。長男は生後まもなく死んだため、田畑家の戸主の後継ぎとして戸主の婿養子選びのため、四回もの試婚を繰り返している。

そして、その内の二人と婚姻をしている。二人目の試婚の相手が福西勝彦(以下、勝彦という)の父である。しかし、子どもまで生まれたにもかかわらず、勝彦の父は戸主利根作に認めてもらえず、まさをと婚姻するに至らなかった。この勝彦の真の父は、認知もしておらず、戸籍上のどこにもあらわれていない。そして、勝彦は父の手からも母まさをの手からもとりあげられ、生後まもなく、(現)伊東市川奈の福西家にひきとられていった。こうして同じ母の子でありながら、勝彦のみが非嫡出子とされた。

福西家では、その頃まだ子どもが生まれていなかったため、後継ぎの代用として勝彦をひきとった。そしてしばらくは養子縁組もせず、ただ事実上の養子として育てた。

しかるに、その二年後、福西家に長男が生まれると、勝彦は後継ぎとして必要がなくなってしまう、福西家にとって勝彦と養子縁組をし勝彦の地位を高めるということは、むしろ有害となった。このため、長男が生まれた時点で、福西源作(以下源作という)は、真実の父でないにもかかわらず、勝彦を認知した。こうして、福西家でも勝彦は中途半端な非嫡出子としてしか扱われないこととなった。

勝彦は両家のまったく「家」の都合により、子として不運な運命を背負わされた。

一方、まさをもまた「家」の犠牲になった人である。死ぬ前まで「自分ひとりで入る墓がほしい。家の墓に入りたくない」と切望していた。

そして、戦後民法が改正され、原告人が代襲相続をするに至った現在においても、非嫡出子差別はそのままであるため、人々の間に差別意識を温存させ、原告人は種々の不快な思いをさせられてきた。

原告人のおじやおばにあたる被告細岡秀子らは、原告人に対し、「勝彦は育ちが違うし、家から出した子じゃないか。なんでうちの財産を分けなければならないのかわからない。あんたらにとって新民法はありがたいはずだ」と言い、原告人を傷つけた。このような被告らへの対応をみて、原告人は本件申立てを決心した。

一方、原告人は、勝彦の父の源作の相続の時にも不愉快な思いをさせられた。

源作が死んで一年経った頃、いきなり伊東市内の信用金庫から代襲相続人である原告人に対し、不動産差押えの通告があった。原告人が福西家の人々に説明を求めても、説明をしないばかりか「血縁のないあんたらには関係がない」という失礼な言い方をした。原告人は怒って相続放棄をした。

また、勝彦が死んだときには、葬式場で福西家の人達から「勝彦は生まれが違うので新墓に一番に入れるわけにはいかない」と言われた。

このようにして勝彦は生家からは育ちの違いを理由に、養家からは生まれの違いを理由に差別されてきた。そしてこの差別は個人の尊厳をうたう憲法の下でもどうどうと生きつづけ、その子どもである原告人をも苦しめてきた。

原告人は、このような経験から、出生差別の不当性を実感し、出生差別を一刻も早く撤廃させるため、本原告申立てに及んだ。

このような差別を温存しているのは各個人の責任でもあるが、差別をうみだす民法を漫然と放置している国家の側の責任は重い。

一〇、おわりに

非嫡出子が社会的にも経済的にも差別を受けていることは、周知の事実である。

とくに深刻なものは、就職差別と結婚差別である。

この差別の根源となっているのが民法九〇〇条四号但書である。

同条は、嫡出子と非嫡出子を権利の上で差別的に取り扱う民法上唯一の条文であり、これ以外の非嫡出子の差別的取扱いを合理化する根拠とされてしまっている（証拠）。

たとえば、戸籍、住民票、出生届等の記載方法も、民法九〇〇条四号但書が連動し、子の続柄において異なった記載がなされている。そして、このことによって非嫡出子差別が温存、再生産されている。

原審判は、ただ法改正は見送りになっているから、現行民法どおりに分割せざるを得ないとの結論を導いており、当事者の九〇〇条四号但書が違憲であるとの主張には全く応答していない。

裁判所の果敢な判断を希望する。

《書誌》

提供 T K C

【文献番号】 27827501

【文献種別】 決定 / 最高裁判所大法廷 ( 上告審 )

【裁判年月日】 平成 7年 7月 5日

【事件番号】 平成3年(ク)第143号

【事件名】 遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

【審級関係】 第一審 27828521

静岡家庭裁判所熱海出張所 平成2年(家)第138号

平成 2年12月12日 審判

控訴審 27811679

東京高等裁判所 平成2年(ラ)第819号

平成 3年 3月29日 決定

【事案の概要】 被相続人の不動産について非嫡出子である抗告人が抗告棄却決定に対して求めた特別抗告事件において、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解されることから、民法900条4号但書は立法理由に合理的根拠があり、また立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたとはいえず、これを憲法14条1項に反するものとはいえないとして、抗告を棄却した事例(補足意見、反対意見あり)。

【判示事項】 [ T K C ]

非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1と定めた民法900条4号ただし書前段の規定は、憲法14条1項に違反しない。

[ 判例タイムズ(判例タイムズ社) ]

民法900条4号ただし書前段と憲法14条1項

【裁判結果】 抗告棄却

【上訴等】 確定

【裁判官】 草場良八 大堀誠一 園部逸夫 中島敏次郎 可部恒雄 大西勝也 小野幹雄 三好達 大野正男 千種秀夫 根岸重治 高橋久子 尾崎行信 河合伸一 遠藤光男

【少数意見等】 可部恒雄(補足意見) 大西勝也(補足意見) 園部逸夫(補足意見) 千種秀夫(補足意見) 河合伸一(補足意見) 中島敏次郎(反対意見) 大野正男(反対意見) 高橋久子(反対意見) 尾崎行信(反対意見、追加反対意見) 遠藤光男(反対意見)

【掲載文献】 最高裁判所民事判例集49巻7号1789頁

家庭裁判月報47巻10号23頁

裁判所時報1150号1頁

判例時報1540号3頁

判例タイムズ885号83頁

金融・商事判例980号3頁

ジュリスト1074号208頁

最高裁判所裁判集民事176号1頁

【参照法令】民法900条

日本国憲法14条

【評釈等所在情報】〔日本評論社〕

石川健治、大村敦志・法学協会雑誌114巻12号

民法900条4号但書は合理的理由のない差別とはいえず憲法14条1項に反しない

菅野佳夫・判例タイムズ893号

非嫡出子相続分差別合憲決定について

石田喜久夫・京都学園法学95巻2=3号

非嫡出子の相続分に関する民法900条4号但書の合憲性

小林武・南山法学20巻1号

婚外子相続分差別規定の合憲性判断

呉宗・法学(東北大学法学会)61巻2号

民法900条4項但書の婚外子法定相続分規定が憲法14条1項に反しないとされた事例

久保田浩史・民事研修462号

非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1と定めた民法900条4号但書の合憲性(積極)

熊田道彦・別冊ジュリスト154号64頁

嫡出性の有無による法定相続分差別

右近健男・ジュリスト臨時増刊1091号73頁

非嫡出子の相続分差別と法の下での平等

内野正幸・法学教室増刊(憲法の基本判例〔第二版〕)51頁

婚外子相続差別と法の下での平等 婚外子の相続分を婚内子の半分とした民法900条4号ただし書前段の規定は憲法14条1項に違反するか

吉田克己・別冊ジュリスト162号114頁

非嫡出子の相続分規定は合憲か

川井健・私法判例リマークス(法律時報別冊)13号82頁

非嫡出子の相続分規定の合憲性

野山宏・最高裁判所判例解説民事篇平成7年度633頁

民法九〇〇条四号ただし書前段と憲法一四条一項

野山宏・ジュリスト増刊 最高裁時の判例3私法編2 440頁

民法900条4号ただし書前段と憲法14条1項

青柳幸一・別冊ジュリスト186号64頁

〔憲法判例百選1 第5版〕嫡出性の有無による法定相続分差別

法律時報68巻1号88頁

民法九〇〇条四号ただし書前段と憲法一四条一項(最高裁新判例紹介 民事事件)

村重慶一・判例タイムズ913号174頁(平成7年度主要民事判例解説)

民法九〇〇条四号ただし書前段と憲法一四条一項 - 非嫡出子相続分違憲特別抗告事件  
決定

【引用判例】(当判例が引用している判例)

最高裁判所大法廷 昭和37年(オ)第1472号

昭和39年 5月27日

最高裁判所大法廷 昭和37年(あ)第927号

昭和39年11月18日

【被引用判例】(当判例を引用している判例)

東京高等裁判所 平成19年(行コ)第229号

平成19年11月 5日

大阪高等裁判所 平成17年(行コ)第69号

平成18年 5月11日

大阪地方裁判所 平成13年(行ウ)第47号

平成18年 1月20日

東京地方裁判所 平成13年(行ウ)第222号



秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

平成17年10月27日

東京地方裁判所 平成13年(行ウ)第201号  
平成17年10月27日

大阪高等裁判所 平成15年(行コ)第79号  
平成17年10月27日

東京高等裁判所 平成16年(行コ)第390号  
平成17年 9月15日

岡山地方裁判所 平成13年(行ウ)第8号  
平成17年 8月23日

大阪地方裁判所 平成15年(ワ)第11990号  
平成17年 5月25日

福岡地方裁判所 平成13年(行ウ)第18号

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

平成17年 4月22日

広島地方裁判所 平成13年(行ウ)第9号  
平成17年 3月 3日

広島高等裁判所 平成11年(ネ)第206号  
平成17年 1月19日

新潟地方裁判所 平成13年(行ウ)第7号  
平成16年10月28日

最高裁判所第一小法廷 平成16年(才)第992号  
平成16年10月14日

東京地方裁判所 平成11年(ワ)第26105号  
平成16年 3月 2日

最高裁判所第一小法廷 平成14年(才)第1963号

秋合宿判例ゼミ用資料  
(2009年度国家と法)

平成15年 3月31日

最高裁判所第二小法廷 平成14年(才)第1630号  
平成15年 3月28日

最高裁判所第二小法廷 平成10年(才)第2190号  
平成14年11月22日

広島地方裁判所 平成7年(ワ)第2158号  
平成11年 3月25日

【全文容量】 約33Kバイト(A4印刷:約17枚)

《全文》

【文献番号】27827501

遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件

最高裁判所平成三年(ク)第一四三号

平成七年七月五日大法廷決定

抗告人 甲野花子(仮名)

相手方 乙野一郎(仮名) 外一名

## 主 文

本件抗告を棄却する。

抗告費用は抗告人の負担とする。

## 理 由

抗告代理人榊原富士子、同吉岡睦子、同井田恵子、同石井小夜子、同石田武臣、同金住典子、同紙子達子、同酒向徹、同福島瑞穂、同小山久子、同小島妙子の抗告理由について

所論は、要するに、嫡出でない子(以下「非嫡出子」という。)の相続分を嫡出である子(以下「嫡出子」という。)の相続分の二分の一と定めた民法九〇〇条四号ただし書前段の規定(以下「本件規定」という。)は憲法一四条一項に違反するというのである。

一 憲法一四条一項は法の下での平等を定めているが、右規定は合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではない(最高裁昭和三七年(オ)第一四七二号同三九年五月二十七日大法廷判決・民集一八巻四号六七六頁、最高裁昭和三七年(あ)第九二七号同三九年十一月十八日大法廷判決・刑集一八巻九号五七九頁等参照)。

そこで、まず、右の点を検討する前提として、我が国の相続制度を概観する。

1 婚姻、相続等を規律する法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない旨を定めた憲法二四条二項の規定に基づき、昭和二二年の民法の一部を改

正する法律(同年法律第二二二号)により、家督相続の制度が廃止され、いわゆる共同相続の制度が導入された。

現行民法は、相続人の範囲に関しては、被相続人の配偶者は常に相続人となり(八九〇条)また、被相続人の子は相続人となるものと定め(八八七条)配偶者と子が相続人となることを原則的なものとした上、相続人となるべき子及びその代襲者がいない場合には、被相続人の直系尊属、兄弟姉妹がそれぞれ第一順位、第二順位の相続人となる旨を定める(八八九条)。そして、同順位の相続人が数人あるときの相続分を定めるが(九〇〇条。以下、右相続分を「法定相続分」という。)被相続人は、右規定にかかわらず、遺言で共同相続人の相続分を定めることができるものとし(九〇二条)また、共同相続人中に、被相続人から遺贈等を受けた者(特別受益者)があるときは、これらの相続分から右受益に係る価額を控除した残額をもって相続分とするものとしている(九〇三条)。

右のとおり、被相続人は、遺言で共同相続人の相続分を定めることができるが、また、遺言により、特定の相続人又は第三者に対し、その財産の全部又は一部を処分することができる(九六四条)。ただし、遺留分に関する規定(一〇二八条、一〇四四条)に違反することができず(九六四条ただし書)遺留分権利者は、右規定に違反する遺贈等の減殺を請求することができる(一〇三一条)。

相続人には、相続の効果を受けるかどうかにつき選択の自由が認められる。すなわち、相続人は、相続の開始があったことを知った時から三箇月以内に、単純若しくは限定の承認又は放棄をしなければならない(九一五条)。

九〇六条は、共同相続における遺産分割の基準を定め、遺産の分割は、遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してこれをする旨規定する。共同相続人は、その協議で、遺産の分割をすることができるが(九〇七条一項)協議が調わないときは、その分割を家庭裁判所に請求することができる(同条二項)。なお、被相続人は、遺言で、分割の方法を定め、又は相続開始の時から五年を超えない期間内分割を禁止することができる(九〇八条)。

2 昭和五五年の民法及び家事審判法の一部を改正する法律(同年法律第五一号)により、配偶者の相続分が現行民法九〇〇条一号ないし三号のとおりに改められた。すなわち、配偶者の相続分は、配偶者と子が共同して相続する場合は二分の一に(改正前は三分の一、配偶者と直系尊属が共同して相続する場合は三分の二に(改正前は二分の一、配偶者と兄弟姉妹が共同して相続する場合は四分の三に(改正前は三分の二)改められた。

また、右改正法により、寄与分の制度が新設された。すなわち、新設された九〇四条の二第一項は、共同相続人中に、被相続人の事業に関する労務の提供又は財産上の給付、被相続人の療養看護その他の方法により被相続人の財産の維持又は増加につき特別の寄与をした者があるときは、被相続人が相続開始の時に所有した財産の価額から共同相続人の協議で定めたその者の寄与分を控除したものを相続財産とみなし、法定相続分ないし指定相続分によって算定した相続分に寄与分を加えた額をもってその者の相続分とする旨規

定し、同条二項は、前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、同項に規定する寄与をした者の請求により、寄与の時期、方法及び程度、相続財産の額その他一切の事情を考慮して、寄与分を定める旨規定する。この制度により、被相続人の財産の維持又は増加につき特別の寄与をした者には、法定相続分又は指定相続分以上の財産を取得させることが可能となり、いわば相続の実質的な公平が図られることとなった。

3 右のように、民法は、社会情勢の変化等に応じて改正され、また、被相続人の財産の承継につき多角的に定めを置いているのであって、本件規定を含む民法九〇〇条の法定相続分の定めはその一つにすぎず、法定相続分のとおり相続が行われなければならない旨を定めたものではない。すなわち、被相続人は、法定相続分の定めにかかわらず、遺言で共同相続人の相続分を定めることができる。また、相続を希望しない相続人は、その放棄をすることができる。さらに、共同相続人の間で遺産分割の協議がされる場合、相続は、必ずしも法定相続分のとおりに行われる必要はない。共同相続人は、それぞれの相続人の事情を考慮した上、その協議により、特定の相続人に対して法定相続分以上の相続財産を取得させることも可能である。もっとも、遺産分割の協議が調わず、家庭裁判所がその審判をする場合には、法定相続分に従って遺産の分割をしなければならない。

このように、法定相続分の定めは、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて、補充的に機能する規定である。

二 相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというほかない。

そして、前記のとおり、本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従って相続が行われるべきことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法一四条一項に反するものということとはできないというべきである。

三 憲法二四条一項は、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する旨を定めるところ、民法七三九条一項は、「婚姻は、戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによつて、その効力を生ずる。」と規定し、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用し、また、

同法七三二条は、重婚を禁止し、いわゆる一夫一婦制を採用することを明らかにしているが、民法が採用するこれらの制度は憲法の右規定に反するものでないことはいうまでもない。

そして、このように民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ、また、内縁の配偶者には他方の配偶者の相続が認められないなどの差異が生じて、それはやむを得ないところといわなければならない。

本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものと解される。

現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法一四条一項に反するものとはいえない。論旨は採用することができない。

よって本件抗告を棄却し、抗告費用は抗告人に負担させることとし、裁判官園部逸夫、同可部恒雄、同大西勝也の各補足意見、裁判官千種秀夫、同河合伸一の補足意見、裁判官中島敏次郎、同大野正男、同高橋久子、同尾崎行信、同遠藤光男の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

裁判官可部恒雄の補足意見は、次のとおりである。

私は、非嫡出子の相続分についての本件規定が憲法一四条一項に違反する旨の所論は理由がないとする多数意見に与する者であるが、右規定をもって違憲とする個別意見に鑑み、多数意見に付加して、以下に若干の所見を述べておくこととしたい。

一 民法は法律婚主義を採り、しかも一夫多妻ないし一妻多夫を禁ずる一夫一婦制を採用している。現実の社会における男女の結付きの態様は様々で、国により時代により多くの変遷のあることが伝えられるが、なお、法が一夫一婦制による法律婚主義を採用していること自体については、我が国においても、今日、格別の異論を見ないところといってよいであろう。いま問題とされているのは、法律婚主義の是非ではなく、婚姻制度が法律婚主義による場合、必然的に生ずべき婚外子と婚内子との相続割合の当否にほかならない。およそ資産を有する者は、何びとであれ、これを生前に贈与し、遺贈し、又は相続分の指定をすることができるが、かかる措置が採られない場合の補充的規定として本件規定を含

む相続分に関する定めが置かれ、法定相続人の第一は被相続人の配偶者とされている。配偶者が子と共同で相続する場合につき、その法定相続分は、かつての三分の一から昭和五五年法律第五一号による改正により二分の一に増大された。それでは残余の二分の一を相続する者は誰か。それは相続人の筆頭者として、また多くの場合、老後の生計を被相続人の遺産によることを余儀なくされる配偶者として、最大の関心事とならざるを得ない事項であろう。欧米諸国に比し、不動産価格が異常に高額に上る我が国の現状において、遺産の主たるものが居住用不動産である場合を想起すれば、まことに無理からぬことといえる。

配偶者が二分の一とされる法定相続分の、残余の二分の一の相続人として予定される者は、もとより被相続人の子であるが、この場合、一夫一婦制による法律婚主義を採る以上、配偶者に次ぐ相続人となるべき者が婚内子であることは、法の当然に予定するところというべきであろう。もとより社会の実情として、被相続人の子が婚外子として出生する現実の可能性を否定することはできず、法律婚の外で出生した者も被相続人の子としてその相続人たることは否定されるべきではない(我が国においては、欧米におけると異なり、婚外子による相続を否定する考えに乏しいといつてよい)。しかし、相続分の割合に至るまで婚内子(嫡出子)と一律平等でなければならぬとすることは、被相続人との間に法律婚による家庭を築いた配偶者の立場からしても、たやすく容認し難いところであろう。

以上の所見に対しては、嫡出子と非嫡出子との相続分に差等を設けても婚外子(非嫡出子)の出生を妨げることはできないとする議論がある。しかし、今ここで論ぜられているのは、この両者の扱いを必ずしも同等にしない(相続分に差等を設ける)ことが、果たして法律婚を促進することになるかという、いうなれば安易な目的・効果論の検証ではなく、およそ法律婚主義を採る以上、婚内子と婚外子との間に少なくとも相続分について差等を生ずることがあるのは、いわば法律婚主義の論理的帰結ともいふべき側面をもつということなのである。

二 次に、特段の言及を要するのは「家」の制度との関係である。

戦後、日本国憲法の制定施行に伴い、旧民法の「家」の制度は廃止され、家族は「戸主」の下における生活共同体ではなく、両性の合意のみに基づいて成立した婚姻による夫婦を中心とするものに変容した。

もっとも、正当な法律婚による夫婦も必ずしも子に恵まれるとは限らず、この場合、法の予定するところは「養子」の制度であるが、血統の継続を尊重する立場からは、婚内子であると否とを問わぬ血統の承継者が要求されることになる。その背景をなすのが「家」の制度であって、血統の承継の要求は男系たると女系たるとを問わない。本件がそのよい例である。

この事案において、亡田畑まさをは一人娘(長男死亡のための一人子)であって、田畑家の後継者としての婿養子選びのための試婚が繰り返された挙句、婚姻に至らなかった相手方甲との間に出生した子乙の相続人の一人が被相続人まさをはの遺産につき遺産分割の申立てをしたものであるが、まさをはが後に迎えた婿養子との間に子がなければ、形式上婚外



子となった乙が田畑の家系を継ぐことになったであろう。これが「家」の制度であって、「家」の制度は、むしろ血統の維持・承継のため婚外子を尊重するものであり、嫡出子と非嫡出子との間の相続分についての差等の問題が、「家」の制度と無関係であることは、大陸法系諸国のそれと対比するまでもなく明らかである。

三 本件規定の合憲性を論ずるに当たっては、内外の法制を比較検討するにとどまらず、我が国の社会事情の下における紛争の実態として、本件規定が憲法一四条一項所定の平等条項違反を現実に招来せしめているか、を事案に即して観察する必要がある。ここで特に指摘すべきものは、本件と同時に審理される別件（平成五年（ク）第三〇二号）にみる如き事案である。以下にその概略を記すこととする。

この事案において、被相続人甲には、非嫡出子としてA女、B男、C男の三名、嫡出子として前妻乙の連れ子を養子としたD男、E男及び乙との間に出生したF女の六名があったところ、B男が乙の妹と婚姻して家業を継ぎ、一家の中心的存在となっている。甲の死亡により遺産相続の問題を生じたが、A、C、D、Eの四名はそれぞれの法定相続分をB男に譲渡して同人の側に与したため、F女は一人孤立した形で、相続分もB男が九分の七、F女が九分の二となったところ、原審は、F女の申立てにかかる遺産分割事件において、B男の居住する土地建物を分割することなく、B男よりF女に相応の調整金を支払うべきものとした。

これに対し、B男から、甲の子六名は嫡出子たると非嫡出子たるとを問わず、その法定相続分はそれぞれ一律に六分の一（すなわち一八分の三）であるべきにかかわらず、F女の相続分を、これを超える九分の二（すなわち一八分の四）として算出された右調整金の支給は、憲法一四条一項に違反するとして特別抗告に及んだ、というのが別件であって、平等条項違反の論旨は、右にみるような具体的紛争にそぐわないものとするほかはない。

四 本件ないし別件にみるような紛争の実態については前述のとおりであるが、一般に、男女の結合、婚姻の実情については千差万別というべきものがある。しかし、立法の実際においては、婚外子に相続権を認めるべきか否か、これを認めるとして婚内子（嫡出子）と一律平等の扱いを是とすべきか、もし相続分において差等を設けるとすれば幾許を可とすべきか、千差万別の実情の中においても、立法として一律画一的な線を引くことを余儀なくされる。

いま本件において論ぜられているのは、しばしば引用されるアメリカの判例に見られるような、非嫡出子（婚外子）に被相続人の子としての権利それ自体を否定した立法の当否ではなく、婚外子をも被相続人の相続人の一に加えることを当然の前提とした上での、相続分割の当否をいうものにほかならない。

これを要するに、一夫一婦制による法律婚主義を採用し、これを維持すべきものとする前提に立つ以上、生前贈与、遺贈又は相続分の指定のない場合の補充的規定としての相続分に関する民法の定めにおいて、嫡出子の一に対し非嫡出子をその半ばとした本件規定の

当否は、もとより立法裁量の範囲内に属し、違憲の問題を生ずべき実質を有しないものといわなければならない。

裁判官大西勝也の補足意見は、次のとおりである。

私は、本件規定による非嫡出子の相続分の定めが、合理的理由のない差別として憲法一四条一項に違反するものとはいえない、とした多数意見に同調するものであるが、その理由として考えているところを若干補足することとしたい。

一 現行民法が法律婚主義を採用している以上、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との間に、親子関係の成立や相続に関する規律において、何らかの差異が生じたとしてもやむを得ないし、また、正当な婚姻関係とこれによって形成された家族を保護するとともに、非嫡出子の保護をも図ったとされる本件規定の立法理由に合理的根拠があると考えられることは、いずれも多数意見のいうとおりである。

本件規定は、旧法制定当時の同様の規定が昭和二二年の改正の際にもそのまま維持されたものであって、いずれもそれぞれの時点における我が国の社会的諸条件の下においては、それなりの合理性を有していたものといえるであろう。

二 しかし、その後の我が国の社会事情、国民感情等の変化には著しいものがある。

まず、相続財産は、かつては多くの場合、子孫の生活手段としての家産であったが、職業の世襲が例外的になった現在では、そのような意味はほとんど失われようとしており、家族資産の意義の変化に伴い、相続の根拠に関する社会の意識にも変化が見られることは明らかであって、昭和五五年に行われた配偶者相続権の拡大等もこの変化に沿ったものといえることができる。

家族についてみても、かつては数世代が共同して生活を営むことにより構成するのが通常であったが、現在では少子、高齢化が進むとともに、一世代か二世代の小人数の家族が多数を占め、さらには、いわゆるシングルライフも次第に増加しつつあるし、婚姻についても、事実婚ないし非婚の増加の傾向を指摘する向きもある。

このように、相続及び相続と密接な関連を有する婚姻、親子ないしは家族の形態とこれらの点についての国民の意識は、激しく変化してきたし、現在もなお流動を続けている。

三 我が国を取り巻く国際的な環境の変化もまた見逃すことはできない。

市民的及び政治的権利に関する国際規約(昭和五四年条約第七号)二四条は、すべての児童は、出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要なとされる保護の措置であって家族、社会及び国による措置についての権利を有する、とし、同二六条は、法律は、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する、と定め、さらに、児童の権利に関する条約(平成六年条約第二号)二条は、児童に対し、出生又は他の地位にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する、と規定している。

また、ヨーロッパ諸国の大部分は、非嫡出子の増加現象が一つの契機となって、おおむ

ね一九六〇年代ころまでに、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と同等とする法改正を行ったし、最近でも、嫡出家族保護の伝統が強くて平等化を図る法改正が実現しなかった国もあるが、完全な平等には至らないとしても、配偶者や嫡出子の権利との調整を図りながら、平等化に向かっている国も存在する。

四 以上のように、本件規定の対象とする非嫡出子の相続分をめぐる諸事情は国内的にも国際的にも大幅に変容して、制定当時有した合理性は次第に失われつつあり、現時点においては、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えているとまではいえないとしても、本件規定のみに着眼して論ずれば、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったものといえることができる。

五 しかし、民法は、私人間の諸利益の調整の上に成り立っているから、一つの利益だけを他の利益と切り離して考察するのは相当ではない。相続に関する規律は、取引行為におけるような純然たる財産的利益に関するものとはいえないにしても、身分関係に関する強行規定とは異なり、結局は被相続人の財産を誰にそしていかに分配するかの定めであり、しかも、本件規定は、被相続人の明示の意思としての遺言等がない場合に初めて適用される補充的な規定にすぎない。相続の根拠については、種々の考え方があるとしても、推定される被相続人の意思を全く無視することはできないし、ある者に対し相続によって得る利益をより強く保障することが、他の者が従来有していた利益にいかなる影響を及ぼすかの観点からする検討も必要である。本件規定の合理性を検討するに当たっては、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分と平等とした場合、配偶者その他の関係人の利益を保護するための措置が必要かどうか等を含め、相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性をも視野に入れた総合的な判断が必要であるといわなければならない。

以上の点を考慮すると、立法政策として改正を検討することはともかく、現時点においては、本件規定が、その立法理由との関連において、著しく不合理であるとまでは断定できないというべきである。

裁判官園部逸夫は、裁判官大西勝也の補足意見に同調する。

裁判官千種秀夫、同河合伸一の補足意見は、次のとおりである。

私たちは、非嫡出子の相続分に関する本件規定が憲法一四条一項に反するものとはいえない、とする多数意見に同調するものであるが、なお、次の点について付言しておきたい。

一 一般に、ある法律の規定について、制定当時においては合理的理由があったが、その後の時の経過とともに対象とする事柄をめぐる諸事情が変化し、その合理性が疑問とされる事態の生じることは、あり得るところである。このような事態に対処するには、当該法規を改廃し、あるいは新法を制定するなど、国会の立法作用によるのが本来の姿であり、また、それが望ましくもあることは多言を要しない。

二 本件においてもその理は異ならないのであって、本件規定も制定以来半世紀を経る間、非嫡出子をめぐる諸事情に変容が生じ、子の権利をより重視する観点からその合理性を疑問とする立場の生じていることは、理解し得るところである。しかしながら、これに対処

するには、立法によって本件規定を改正する方法によることが至当である。

ことに、本件規定は親族・相続制度の一部を構成するものであるから、これを変更するに当たっては、右制度の全般に目配りして、関連する諸規定への波及と整合性を検討し、もし必要があれば、併せて他の規定を改正ないし新設すべきものである。また、本件規定に基づく相続関係の処理は、過去長年にわたって行われてきたし、現在も行われつつある上、近い将来を見越しての準備もされていると思われる。したがって、本件規定を変更する場合、その効力発生時期ないし適用範囲の設定も、それらへの影響を考慮して、慎重に検討すべき問題である。これらのことは、すべて、国会における立法作業によって、より適切になし得る事柄であり、その立法の過程を通じて世論の動向を汲み取るとともに、国民に対し、改正の趣旨と必要性を納得させ、周知させることもできるのである。

三 もっとも、ある法規の合理性が著しく失われて、憲法一四条一項に照らし、到底容認できない段階に達しているときは、もはや立法を待つことはできず、裁判所が違憲を宣言することによって直ちにその適用を排除しなければならない。しかし、本件規定については、現在まだその段階に達しているとは考えられない。

裁判官中島敏次郎、同大野正男、同高橋久子、同尾崎行信、同遠藤光男の反対意見（裁判官尾崎行信については、本反対意見のほか、後記のような追加反対意見がある。）は、次のとおりである。

一 私たちは、民法九〇〇条四号ただし書前段（以下「本件規定」という。）が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の法定相続分の二分の一と定めていることは、憲法一四条一項に違反して無効であり、原決定を破棄すべきものであると考える。

二（相続制度と憲法判断の基準）

相続制度は社会の諸条件や親族各人の利益の調整等を考慮した総合的な立法政策の所産であるが、立法裁量にも憲法上の限界が存在するのであり、憲法と適合するか否かの観点から検討されるべき対象であることも当然である。

憲法一三条は、その冒頭に「すべて国民は、個人として尊重される。」と規定し、さらにこれをうけて憲法二四条二項は「相続...及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定しているが、その趣旨は相続等家族に関する立法の合憲性を判断する上で十分尊重されるべきものである。

そして、憲法一四条一項が、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」としているのは、個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱を排除する趣旨と解される。同項は、一切の差別的取扱を禁止しているものではなく、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づく区別は許容されるものであるが、何をもって合理的とするかは、事柄の性質に応じて考えられなければならない。そして本件は同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一

とすることの合憲性が問われている事案であって、精神的自由に直接かかわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっていると見える。したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきである。しかしながら、本件においては以下に述べるとおり、単なる合理性についてすら、その存在を肯認することはできない。

### 三 (本件規定の不合理性)

本件規定の合理性について多数意見の述べるところは、民法が法律婚主義を採用している以上、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、法定相続分につき前者の立場を後者より優遇することに合理的根拠があるとの前提に立つものと解される。

婚姻を尊重するという立法目的については何ら異議はないが、その立法目的からみて嫡出子と非嫡出子とが法定相続分において区別されるのを合理的であるとするは、非嫡出子が婚姻家族に属していないという属性を重視し、そこに区別の根拠を求めるものであって、前記のように憲法二四条二項が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れない。すなわち、出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということではできないのである。

また、本件規定の立法理由は非嫡出子の保護をも図ったものであって合理的根拠があるとする多数意見は、本件規定が社会に及ぼしている現実の影響に合致しない。すなわち、本件規定は、国民生活や身分関係の基本法である民法典中の一条項であり、強行法規でないとはいえ、国家の法として規範性をもち、非嫡出子についての法の基本的観念を表示しているものと理解されるのである。そして本件規定が相続の分野ではあっても、同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められるのである。本件規定の立法目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、立法当時の社会の状況ならばあるいは格別、少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠くといわざるを得ない。

### 四 (非嫡出子に関する立法状況の変化、条約の成立と今日における不合理性)

法律が制定された当時には立法目的が合理的でありその目的と手段が整合的であると評価されたものであっても、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、現在においては、立法目的の合理性、その

手段との整合性を欠くに至ったと評価されることはもとよりあり得るのであって、その合憲性を判断するに当たっては、制定当時の立法目的と共に、その後が生じている立法の基礎をなす事実の変化や条約の趣旨等をも加えて検討されなければならない。

本件規定は、その立法当初において反対の意見もあったが、その立法目的は多数意見のいうとおり婚姻の保護にあるとして制定されたものであり、またその当時においては、諸外国においても、相続上非嫡出子を嫡出子と差別して取り扱う法制をとっている国が一般的であった。しかしながら、その後相続を含む法制度上、非嫡出子を嫡出子と区別することは不合理であるとして、主として一九六〇年代以降両者を同一に取り扱うように法を改正することが諸外国の立法の大勢となっている。

そして、我が国においても、本件規定は法の下での平等の理念に照らし問題があるとして、昭和五四年に法務省民事局参事官室は、法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づいて、非嫡出子の相続分は嫡出子の相続分と同等とする旨の改正条項を含む改正要綱試案を発表したが、法案となるに至らず、さらに現時点においても同趣旨の改正要綱試案が公表され、立法改正作業が継続されている。

これを国際条約についてみても、我が国が昭和五四年に批准した、市民的及び政治的権利に関する国際規約二六条は「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し...出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。」と規定し、さらに我が国が平成六年に批准した、児童の権利に関する条約二条一項は「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、児童又はその父母若しくは法定保護者の...出生又は他の地位にかかわらず、いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する。」と規定している。

以上の諸事実及び本件規定が及ぼしているとみられる社会的影響等を勘案するならば、少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っているというべきであって、本件規定を合理的とすることには強い疑念を表明せざるを得ない。

##### 五 (違憲判断の不遡及的効力)

最後に、本件規定を違憲と判断するとしても、当然にその判断の効力が遡及するものではないことを付言する。すなわち最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であっても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行って、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められるときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以後に限定することも可能である。私たちは本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべきであると

考えるものである。

裁判官尾崎行信の追加反対意見は、次のとおりである。

本件規定が違憲とされる理由は反対意見に示されているが、私は、次の観点を加えれば、その違憲性はより明らかになると考える。

一 法の下での平等は、民主主義社会の根幹を成すものであって、最大限尊重されなければならず、合理的理由のない差別は憲法上禁止されている（憲法一四条一項）。本件規定は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の法定相続分の二分の一と定め、嫡出子と非嫡出子との間に差別を設けているが、右差別が憲法一四条一項の許容する合理的なものであるといえるかどうかは、単なる合理性の存否によって判断されるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきであることは、反対意見に示されているとおりである。右検討に当たっては、立法目的自体の合理性ないし必要性の程度、差別により制限される権利ないし法的価値の性質、内容、程度を十分に考慮し、その両者の間に実質的関連性があるかどうかを判断すべきである。

二 憲法は婚姻について定めているが、いかなるものを婚姻と認めるかについては何ら定めるところはない。あり得る諸形態の中から、民法が法律婚主義を選択したのは合理的と認めるが、法律婚に関連する諸要素のうちにも立法目的からみて必要不可欠なものとしてでないものとが区別される。必要性の高いものためには、他の憲法上の価値を制限することが許される場合もあり、重婚の禁止はその例である。しかし、必要性の低いものについては、他の価値が優先するべきで、これを制限することは許されない。

本件規定は無遺言の場合に相続財産をいかに分配するかを定めるための補充規定である。人が、その人生の成果である財産を、死後自らの選択に従って配偶者や子供など愛情の対象者に残したいと願うのは、極めて自然な感情である。民法も、本人の意思を尊重して、相続財産の分配を被相続人の任意にゆだねている（遺留分は別個の立法目的から定められたものであるからしばらくおく。）。この点をみれば、民法は相続財産の分配について法律婚主義の観点から一定の方向付けをする必要を認めなかったと知ることができる。相続財産をだれにどのような割合で分配するかは、法律婚や婚姻家族の保護に関係はあるであろうが、それらのために必要不可欠なものではない。もし民法が必要と考えれば、当然これに関する強行規定を設けたであろう。要するに、本件規定が補充規定であること自体、法律婚や婚姻家族の尊重・保護の目的と相続分の定めとは直接的な関係がないことを物語っている。嫡出子と非嫡出子間の差別は、本件規定の立法目的からして、必要であるとするのは難しいし、仮にあったとしてもその程度は極めて小さいというべきである。

三 本件規定の定める差別がいかなる結果を招いているかをも考慮すべきである。双方ともある人の子である事実には差異がないのに、法律は、一方は他方の半分の権利しかないと明言する。その理由は、法律婚関係にない男女の間に生まれたことだけである。非嫡出子は、古くから劣位者として扱われてきたが、法律婚が制度として採用されると、非嫡出子は一層日陰者とみなされ白眼視されるに至った。現実に就学、就職や結婚などで許し難い

差別的取扱いを受けている例がしばしば報じられている。本件規定の本来の立法目的が、かかる不当な結果に向けられたものでないことはもちろんであるけれども、依然我が国においては、非嫡出子を劣位者であるとみなす感情が強い。本件規定は、この風潮に追随しているとも、またその理由付けとして利用されているともみられるのである。

こうした差別的風潮が、非嫡出子の人格形成に多大の影響を与えることは明白である。我々の目指す社会は、人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会である。人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。こうした社会の負の要因を取り除くため常に努力しなければ、よりよい社会の達成は望むべくもない。憲法が個人の尊重を唱え、法の下での平等を定めながら、非嫡出子の精神的成長に悪影響を及ぼす差別的処遇を助長し、その正当化の一因となり得る本件規定を存続させることは、余りにも大きい矛盾である。

本件規定が法律婚や婚姻家族を守ろうとして設定した差別手段に多少の利点が認められるとしても、その結果もたらされるものは、人の精神生活の阻害である。このような現代社会の基本的で重要な利益を損なってまで保護に値するものとは認められない。民法自体が公益性の少ない事項で当事者の任意処分に任せてよいとの立場を明らかにしていることを想起すれば、この結論に達せざるを得ないのである。

四 婚姻家族の相続財産に対する利害関係は、非嫡出子のそれと比べて大きいといわれる。普通、嫡出家族の方が長い共同生活を営んでいるから情愛もより深く、遺産形成にもより大きく協力しているから、相続分もより大きいのは当然とされる。それぞれの家族関係は千差万別で、右のような一般論で割り切り、その結果他人の基本的な権利を侵害してよいかは、甚だ疑問である。あえていえば、非嫡出関係が生じる場合には、一般論の例外的な場合に当たることであろう。しかし、仮にこの一般論に譲歩して婚姻家族の相続分をより大きくしようとするれば、他人の基本的な権利に抵触することなく、かつ憲法上の疑義を生じさせるまでもなく、その目的を達成する手段が存在する。つまり、遺言制度を活用すれば足りるのである。

もともと遺産の処分は、被相続人の意思にゆだねられているのであって、遺族の期待に反する処理がされても何人も異議を差し挟み得ない。それは生前処分の場合でも遺言による場合でも異ならない。被相続人の意思が何であるか、親族関係が真にその名に値する愛情によって結ばれていたかが帰結を決定するのである。これが本来の遺産相続の在り方であって、無遺言の場合の法定相続分の定めは全くの便法にすぎない。基本的人権に対する配慮が希薄であった立法当時には、本件規定は深く疑問を抱かれることもなく受容されていた。本件規定が非嫡出子を不当に差別するものであり、その差別により生ずる侵害の深刻さを直視するならば、そして他方、得ようとする利益は公益上のものでなく、当事者の意思次第で容易に左右できる性質のものであることに思いを致せば、非嫡出子のハンディ



キャップを増大させる一因となっている本件規定の有効性を否定するほかない。

五 我々が目指す民主主義社会にとって法の下での平等はその根幹を成す重要なものであるが、本件規定の立法目的には合理性も必要性もほとんどない上、結果する犠牲は重大である。しかも、本件規定がなくとも具体的事情に適した結果に達する方途は存在する。本件規定の立法目的と非嫡出子の差別との間には到底実質的関連性を認めることはできない。いわば無用な犠牲を強いる本件規定は、憲法に違反するものというべきである。

(裁判長裁判官 草場良八 裁判官 大堀誠一 裁判官 園部逸夫 裁判官 中島敏次郎  
裁判官 可部恒雄 裁判官 大西勝也 裁判官 小野幹雄 裁判官 三好達 裁判官 大  
野正男 裁判官 千種秀夫 裁判官 根岸重治 裁判官 高橋久子 裁判官 尾崎行信  
裁判官 河合伸一 裁判官 遠藤光男)

二 最高裁判所平成五年(ク)第三〇二号遺産分割審判、寄与分を定める処分申立却下審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件についても、右同日、大法廷において右平成三年(ク)第一四三号事件と同旨の決定がされた。