

# 秋田法学

---

2019年 第60号

論 文

明治憲法の歴史的検討（2・完）  
—第2章の流れ—

中 川 修 一

判例評釈

“受信料”と経済的自由権

佐 藤 寛 稔

「威力」業務妨害罪についての若干の検討

秋 山 栄 一

契約書に訴訟についての管轄合意がある場合に、  
調停についての管轄合意が否定された事例

川 口 誠



# 秋 田 法 学

第 60 号

ノースアジア大学

法学研究所

# 目 次

## 論 文

- 明治憲法の歴史的検討（2・完） 中 川 修 一 ……（1）  
—第2章の流れ—

## 判例評釈

- “受信料”と経済的自由権 佐 藤 寛 稔 ……（29）

- 「威力」業務妨害罪についての若干の検討 秋 山 栄 一 ……（41）

契約書に訴訟についての管轄合意がある場合に、  
調停についての管轄合意が否定された事例

- 川 口 誠 ……（55）

# 明治憲法における自由権の検討（2）

## —第2章の流れ—

中 川 修 一

- 1 はじめに
- 2 憲法制定に関わる問題点について
- 3 明治憲法制定に大きく影響を与えたものとして
- 4 明治憲法とは
- 5 明治憲法の構成（1、前号）
- 6 明治憲法における自由権の検討（2、本号）
- 7 むすび

（本号の内容）

- 6 明治憲法における自由権の検討（本号）
  - （1）明治憲法第二章の流れ
  - （2）明治憲法の人権保障について  
—私擬憲法案を中心に—
  - （3）明治憲法第二章の構図
  - （4）日本国憲法「第三章」の国民の権利及び義務の条項  
に該当する明治憲法「第二章」の条文
  - （5）明治憲法の特徴
  - （6）自由権に係る裁判所の取り組み
  - （7）むすび

## 6 明治憲法における自由権の検討 (2)

現行憲法は、封建制の強固な明治体制の権利保障と比較してみれば、広汎な自由権的基本権を強固にすることによって、21世紀諸国と比較しても遜色のない基本規定となっている。明治憲法からみれば、終戦後から急速に国民に人権保障が保障された。この保障された推移を検討する必要が生じてくる。まず明治憲法の制定過程に及ぼしたおもな憲法私擬案、特に「人権の権利義務」の部分を検討しながら、人権保障の歴史的推移を検討する<sup>(29)</sup>にある。

### (1) 明治憲法第二章 人権保障「権利義務」についての流れ

明治維新前後に西欧の多くの人権思想がわが国に次々と導入された。当時の日本は徳川幕府の崩壊に伴い新しい政府の秩序の確立を模索していた時代であった。明治憲法制定に於いて西欧の近代憲法を模索し一連の市民的人権保障をこころみた。その点では歴史的意義は評価される。特に「西洋事情」(福沢諭吉)でアメリカ独立宣言や合衆国憲法を翻訳し、西欧の政治の基本原則を紹介している<sup>(30)</sup>。

### (2) 明治憲法の人権保障について

#### 一私擬憲法案を中心に

明治憲法制定過程において提示された私擬憲法案なるものは政治偏重に傾き、主権論に重点がおかれ、臣民の権利保障については、あまり議論されていないものが多かったが、数が少ないが、その中で特に次にあげた私擬憲法案は権利保障を取り上げ発表している。但し時代の流れを見れば、日本独自の伝統的なものは少なく諸国憲法条文を参考としているものが多く私擬憲法案が1880年頃から1881年にかけて発表されている。ここでは、

---

注

(29) 小林 直樹 「憲法講義(上)」 東京大学出版会 1982年2月10日

(30) 高見 勝利 「人権論の新展開」15頁 北海道大学図書刊行会 1999年2月11日

おもに明治憲法「第二章権利義務」規定にどのような影響を与えたかを検討する。

イ、大日本国憲法概略見込書（筑前共愛会）明治13年<sup>(31)</sup>2月頃（1881年）

第二章 国民及国民ノ権

第32条 凡ソ国民ハ法律ニ於テハ同一ノ権ヲ有ス

第33条 凡ソ国民ハ其器ニ応シテ文武ノ官ニ任セラル、コトヲ得ル

第34条 凡ソ国民ハ諸種ノ公會ノ議員ニ挙レル、コトヲ得ル但シ法律ニ依  
剥権セラル、者ハ此限ニ非ス

第35条 凡ソ国民ハ自由ニ言論ヲ為シ又予監査ヲ受スシテ思想或ハ印刷公  
刊スルコトヲ得ル但シ国憲ト法律ニ対シ眞間ハ其責ニ任スヘシ

第36条 凡ソ国民タル者ハ法律ニ定ムル徵募ニアタリ平時或ハ臨時ノ兵備  
ニ宛チ又一定ノ法律ニ由リ国費ヲ支ユルノ義務アル者トス

第37条 人身ノ自由ハ侵スヘカラス

第38条 財産ハ侵スヘカラス

第39条 信書ノ秘密ハ侵スヘカラス

第41条 凡ソ国民ハ自由ニ結社又ハ集会スルノ権ヲ有ス

第42条 学科教授ハ自由ナリトス

この案を起草するに際して「欧州各国憲法」を参考に例えば、オランダ・オーストリア・イスパニア・イタリアなどの憲法を参考にしている。

元老院国憲案とよく似てはいる。第32条と第35条はイスパニア憲法、第36条、第38条、第40条はオーストリア憲法、第37条はイタリア憲法に習っている。<sup>(32)</sup>プロイセン憲法は参考にしていない。

---

注

(31) 稲田 正次 「明治憲法成立史 上巻」234頁 昭和35年4月10日

(32) 大日本帝国憲法制定史調査会「大日本帝国憲法制定史」 234頁 サンケイ出版 1980年3月15日

ロ、植木枝盛の憲法草案で1881年(明治14年)に公表された「東洋大日本国  
国憲案」には「日本国民及日本人民ノ自由権利」という表題で35カ条  
からなっている権利章典が生まれた。これは、フランス人権思想やア  
メリカ権利章典の影響を受けていた。「72条「政府恣(ほしいまま)  
ニ人民ノ自由権利ヲ残害シ建国ノ旨趣ヲ妨グルトキハ日本国民ハ之ヲ  
覆滅シテ新政府ヲ建設スル事ヲ得」とある。アメリカ独立宣言に類似  
して居るといわれている。<sup>(33)</sup>

ハ 「日本国々国憲按」植木枝盛 「明治14年8月28日」(1881年)

第4編 日本国民及日本人民ノ自由権利<sup>(34)</sup>

第40条 日本ノ政治社會ニアル者之ヲ日本国民トス

第41条 日本ノ人民ハ自ら好シテ之ヲ脱スルカ及自ら諾スルニ非サレハ日  
本人タルコトヲ削カル、コトナシ。

第42条 日本ノ人民ハ法律上ニ於テ平等トナス

第43条 日本ノ人民ハ法律ノ外ニ於テ自由権利ヲ犯サレサヘシ

第44条 日本ノ人民ハ生命ヲ全フシ四肢ヲ全フシ形體ヲ全フシ健康ヲ保チ  
面目ヲ保チ地上ノ物件ヲ使用スルノ權ヲ有ス

第45条 日本ノ人民ハ何等ノ罪アリト雖モ生命ヲ奪ハサルヘシ

第46条 日本ノ人民ハ法律ノ外ニ於テ何等ノ刑罰ヲモ科セラレサルヘシ又  
法律ノ外ニ於テ鞫治<sup>キウジ</sup>セラレ逮捕セラレ拘留セラレ禁錮セラレ喚聞  
セラル、コトナシ

第47条 日本人民ハ一罪ノ爲メニ見體汚辱ノ刑ヲ再ヒセラレサル、コトナシ

第48条 日本人民ハ拷問ヲ加ヘラル、コトナシ

第49条 日本人民ハ思想ノ自由ヲ有ス

第50条 日本人民ハ如何ナル宗教ヲ信ストモ自由ナリ

注

(33) 佐藤 幸浩 「憲法」393頁～4頁

(34) 伊藤 博文 編「憲法資料中巻」秘書類纂刊行会 1935年8月15日

- 第51条 日本人民ハ言語ヲ述フル、自由權ヲ有ス
- 第52条 日本人民ハ議論ヲ演フル、自由權ヲ有ス
- 第53条 日本人民ハ言語を筆記シ<sup>ママ</sup> 版行シテ之ヲ世ニ公ケニスル權ヲ有ス
- 第54条 日本人民ハ自由ニ集會スルノ權ヲ有ス
- 第55条 日本人民ハ自由ニ結社スルノ權ヲ有ス
- 第56条 日本人民ハ自由ニ歩行スルノ權ヲ有ス
- 第57条 日本人民ハ住居ヲ犯サレサルノ權ヲ有ス
- 第58条 日本人民ハ何クニ住居スルモ自由トス又タ何クニ旅行スルモ自由トス
- 第59条 日本人民ハ何等ノ教授ヲナス何等ノ學ヲナスモ自由トス
- 第60条 日本人民ハ如何ナル産業ヲ營ムモ自由トス
- 第61条 日本人民ハ法律ノ正序ニ據ラスシテ屋内ヲ探檢セラレ器物ヲ開視セラル、コトナシ
- 第62条 日本人民ハ信書ノ祕密ヲ犯サレサルヘシ
- 第63条 日本人民ハ日本國ヲ辭スル事ヲ自由トス
- 第64条 日本人民ハ凡ソ無法ニ抵抗スルコトヲ得
- 第65条 日本人民ハ諸財産ヲ自由ニスルノ權アリ
- 第66条 日本人民ハ何等ノ罪アリト雖トモ其私有ヲ沒収セラル、コトナシ
- 第67条 日本人民ハ正當ノ報償ナクシテ所有ヲ公用トセラル、コトナシ
- 第68条 日本人民ハ各其名ヲ以テ政府ニ上書スルコトヲ得各其身ノタメニ請願ヲナスノ權アリ其公立會社ニ於テハ會社ノ名ヲ以テ其書ヲ呈スルコトヲ得
- 第69条 日本人民ハ諸政官ニ任セラレル、ノ權アリ
- 第70条 政府國憲ニ違背スルトキハ日本人民ハ之ニ從ハザルコトヲ得
- 第71条 政府官吏壓制ヲ爲ストキハ日本人民ハ之ヲ排斥スルヲ得等他3条。
- 第74条 日本人民ハ法廷喚問セラル、時ニ當リ詞訴ノ起ハ原由ヲ聽クヲ得コレヲ訴フル本人ト對スルヲ得コレヲ助クハ證據ト及表白スルノヲ得ルノ權利アリ

この案を第四編の表題のもとに、35カ条からなり詳細な自由権を中心に掲げ人権規定を有しており、<sup>(34)</sup>法律上の平等、生命・健康を保ち地上物件を使用する権利、拷問の禁止、宗教の自由、集会の自由、生命の不可侵、思想の自由、言論の自由、出版の自由、集会の自由、結社の自由、第46条以下の規定は1793年フランス人権宣言を参照している。第74条はアメリカ憲法を引用している。「政府次ニ国憲ニ背キ壇ニ人民ノ自由権利ヲ残害シ建國ノ旨趣ヲ妨クルト抗權」の規定は、フランス1793年憲法宣言やアメリカ独立宣言などを参照して作成されたものであることが注目される。

この案は基本権保障に重点をおき、多くの自由権規定を掲げ法律の留保を掲せせず、権利自由の不可侵を強調している。

この植木案が有名なのは、その人権条項にアメリカ法をまねて語句がつづられていて、自由民権の気風への憧れの感じが強いからである。<sup>(35)</sup>

ニ、嚶鳴社「私擬憲法意見」<sup>(36)</sup>私擬憲法類纂 3 番目草案 明治14年刊

「国民ノ権利」

第1条 凡ソ日本人民タルモノヘ法律上ニ於テ平等ノモノトス。

第2条 日本ノ政權ヲ享有スルニハ日本国民タルヲ要ス。

第3条 日本人民ハ文武ノ官吏タルヲ得。

第4条 日本人民ハ法律ニ定メタル場合ニ於テ法律ニ定メタル程式デ抛ルニ非サレバ拘引招喚セラレタル、コトナシ。

第5条 日本人民ハ至当ノ賠償ヲ得ルコトニアラサレハ公益ノ為ナリ其財産ヲ買上テルコトナシ。

第6条 日本人民ハ結社、集会、演説、出版ノ自由ヲ享有ス。但シ法律ニ対シテ其責ニ任スヘシ。

---

注

(34) 稲田 正次「明治憲法成立史 上巻」283頁 昭和35年4月10日23日

(35) 石井 良助「明治文化史2 法制編纂」330頁 原書房

(36) 日本憲法見込案（立志社明治14年）265頁

第7条 日本人民ハ皇帝及ヒ何レノ衛門ニ向テモ直接ニ乞願シ建言スルヲ得。

第8条 日本人民ハ何ノ宗教タルヲ論セス信仰ノ自由ヲ得。

第9条 日本人民ハ犯罪ノ場合ニ於テ法律ニ定ムル所ノ保釈ヲ受クルノ権アリ。

第10条 日本人民ハ法律ニ定メタル場合ノ外夜中住家ヲ侵サレサルノ権ヲ有ス。

イギリスの議会政治を取り入れたキング・イン・パーラメントの構想になつてはいるが、あまりにも不徹底である。<sup>(37)</sup>

ホ、交詢社「憲法私案」<sup>(38)</sup>

「私擬憲法案緒言」明治14年4月25日（1881年）

#### 第6章 民権

第69条 日本国民ハ国安ヲ妨害スルニ非サレハ各自所信ノ教法ヲ奉スルノ自由ヲ有。

第70条 日本国民ハ国安ヲ妨害シ若シクハ人ヲ誣<sup>ふぼ</sup>謗スルニ非サルハ其意見ヲ演説シ及ヒ出版公布スルノ自由ヲ有ス。

第71条 日本国民ハ兵器ヲ携ヘスシテ静穩ニ集會シ又其疾苦ヲ政府ニ訴フルノ権ヲ有ス。

第72条 日本国民ノ財産所有ノ権ハ決シテ之ヲ侵ス、ヲ得ス若シ公共ノ用ニ供スルコトアルモ相當ノ償ヲナスベシ。

第73条 日本国民ハ現行犯罪ヲ除クノ外法律ニ遵テ裁判官ノ發シタル令状ヲ示スニアラサレハ之ヲ拘引シ若シクハ其家屋ニ浸入シ其物件書類ヲ搜索シ若シクハ之ヲ持去ルヘカラス。

第74条 日本国民ハ拘引ノ後48時間ヲ出スシテ裁判官之ヲ訊問スヘシ、若

---

注

(37) 未弘 巖太郎「新憲法草案と基本的人権」法律新報第728号 4・5月合併号

(38) 明治文化全集正史篇 下巻

シ其時間ヲ経過シ裁判官令状ヲ發シテ拘留セシムルニアラサレハ之釋放スヘシ

第75条 日本国民ハ罪状未決中保證人ヲ設ケ相當ノ保証金ヲ出シテ保釋ヲ受ルヲ得ヘシ、但被告人ノ遁逃とんそく若クハ罪證ヲ隱滅スルノ恐アルモノハ此限ニアラス。

第76条 日本国民ハ拷問ヲ用テ自カラ其罪ヲ白状セシメラル、コト無カル可シ

第77条 日本国民ハ其族籍爵位ヲ別クズ同一ノ法律ニ依テ其自由権理ノ保護ヲ受ク可シ

第78条 既往ニさかのぼる遡リテ施行スヘキ法律ハ制定スヘカラス、但制定ノ法律ニ依テ罪ノ輕減若クハ消滅ス可キモノハ其ノ法律ニ従フヘシ

明治憲法が制定された後に於いても、解釈運用に英国流の憲政思想を發展させたいとの思想が強い一つの伝統を形成した。イギリス憲法によっている。また、明治憲法成立に際して強大な影響をおよぼしたことを見のがしてはならない。その点で民間憲法私擬案の代表的な案といえる。

へ、立志社草案「日本憲法見込(39)按」明治14年9月(1881年)

## 第二章 国民

### 第三節 国民義務

第14条 国民ハ日本国ノ法律ニ遵奉ス

第15条 国民ハ法律ノ定ムル所ニ由テ国費ヲ辨償ス

第16条 国民ハ法律ノ定ムル所ニ由テ国家ノ兵務ニ任ス

第17条 国民ハ如何ナル場合ニ於テモ本国ヲ保護スルノ義務アリ

第18条 国民ハ諸官権ヲ保護シ帝王ヲ敬ス

### 第4節 民権

---

注

(39) 鈴木 安蔵「日本国憲法史概説」229頁 中央公論社 1941年5月15日

- 第十九条 国民ハ法律上尊卑ノ別ナシ  
 第二十条 国民ハ身体自由ノ権利ヲ保護セラルヘシ  
 第二十一条 国民ハ思想言論ノ自由権ヲ保護セラレルヘシ  
 第二十二条 国民ハ著書出版ノ自由ヲ有ス  
 第二十三条 国民ハ其財産ヲ理スルノ権利ヲ保護セラルヘシ  
 第二十四条 国民ハ其家宅ヲ以テ聖域トス如何ナル官職ト難トモ之ヲ犯スヘ得  
 ス  
 第二十五条 国会ノ議決ヲ経ザル租税ハ国民之ヲ辦納スルノ義務ナシ  
 第二十六条 国会ノ議決ヲ経ザル法律ハ国民之ヲ奉スル義務ナシ  
 第二十七条 国民ハ証ヲ有セサル逮捕史ニ抗スルヲ得  
 第二十八条 国民ハ奉教ノ自由ヲ得  
 第二十九条 国民ハ乞願ノ権利ヲ有

この人権各条は、自由民権の気風のある語句を、断片的に列記しているにすぎない旧プロシア憲法における順序通りに、しかし、立志社案や植木枝盛按などの自由党系の憲法試案は、高く評価されていた。<sup>(41)</sup>

ト、「国憲」案（元老院第一次案）<sup>(42)</sup>

国憲第一次草案は起草の勅令を命をうけてから僅か1ヶ月の明治9年10月作成された。

第三編 国民及其権利義務

- 第1条 凡ソ我カ日本帝国ノ人民タル者ハ皆日本國民ノ権利ヲ有ス日本國民ノ権利ハ如何シテ之ヲ得或ハ失フカハ法律ヲ以テ之レヲ定ム  
 第2条 凡ソ日本國民タル者ハ法律ニ於テ平等トス  
 第3条 内外人ヲ論セス凡ソ帝国内ニ在ル人民ハ其身體及財産ノ保護ヲ受ク但シ外國人ノ爲メニ定ムル特條ハ此例ニアラス

注

(41) 大谷正義・田中館・照橋編「資料 憲法行政法」・5頁 学陽書房 1989年4月15日

(42) 伊藤博文編「憲法資料 下巻」350頁 秘書類纂刊行会 1935年8月10日

- 第4条 凡ソ國民ハ法律ニ定メタル特條ノ外均ク公権私権ヲ享有シ又タ文武ノ官職ニ任スルコトヲ得
- 第5条 凡ソ國民ハ國費ヲ支ユル爲メ應當ノ貢入ニ参加スルノ義務ヲ有ス
- 第6条 兵役ハ凡ソ日本國民ノ義務タリ徵募ノ方法ト服役ノ期限ハ法律ヲ以テ之ヲ定
- 第7条 人身ノ自由ハ侵ス可カラザル者トス 法律ニ定メタル場合ニ當リ及ヒ法律ニ掲ケタル規程ニ循フニ非ザレハ之ヲ拘引、拿捕若クハ囚禁スルコトヲ得ス
- 第8条 還徒ノ自由ハ兵役ノ故ヲ以テスルノ外ハ之ハ制限スルコトヲ得ス
- 第9条 住居ハ侵ス可カラザル者トス 法律ニ定メタル場合ニ當リ及ヒ法律ニ掲ケタル規程ニ由ルニ非ザレハ住居ニ進入シ及ヒ之ヲ儉探スルコトヲ得ス
- 第10条 變異ノ場合ニ當リ國安ヲ保ツカ爲メノ故ヲ以テ帝國ノ全部若クハ局部ニ於テ前二条ノ憲法ヲ停止スルコトヲ必要トスルトキハ法律ヲ以テ之ヲ定
- 第11条 財産ハ侵ス可カラザル者トス 公益ノ故ニ由リ及法律ニ定メタル場合ニ當リ及ヒ法律ニ掲ケタル規程ニ由リ耐シテ預メ應當ノ賠償ヲナスニ非ザレハ何人モ其私有ヲ奪ハルルコトナカル可シ
- 第12条 信書ノ秘密ハ侵ス可カラザル者トス凡ソ信書ヲ喝収スルハ法律ニ定メタル場合ニ當リ及法律ニ掲ケタル規程ニ由ルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス
- 第13条 日本國民ハ豫メ監査ヲ受ウクルコトナク出版ニ由テ其意思若シクハ論說ヲ公ケニスルコトヲ得但シ法律ニ對シテ其責ニ任ス可シ
- 第14条 日本國民ハ各自ノ信仰スル所ノ宗旨ヲ奉スルコト自由ナリトス然レトモ民事政事ニ妨害ヲナスハ之ヲ禁ス
- 第15条 日本國民ハ兵器ナク平穩ニ集會スルノ權又ハ會社ヲ結フ權ヲ有ス但シ此權ノ受用ハ別段ノ法律之ヲ定ム
- 第16条 日本國民ハ各自ニ上言ノ權ヲ有ス然レトモ連衆一名ニテ上言スル

コトヲ得ス但シ官ニテ認メタル會社ニ限り連衆一名ニテ上言スル  
コトヲ許ス此場合ニ於テハ其會社ノ事件ニ付テノミ上言スルコト  
ヲ得

第17条 凡ソ日本國民ハ皇帝ノ許可ヲ得ルニ非レハ外国人ノ賞碑尊章及  
養老銀ヲ受クルコトヲ得ス

この国憲が諸外国の憲法を網羅し、それを拾得して作り上げようとした  
ものである。

チ、第三次草案 元老院の国憲編纂<sup>(43)</sup>

### 第三編 國民及び權利義務

第1条 日本國民ハ皆其權利ヲ亨ク其何ヲ以テ之ヲ有テ何ヲ以テ之ヲ失フ  
カ如キハ皆法律ノ定ムル所トス

第2条 國民ハ法律内ニ在テ均平ナル者トス

第3条 内外國民ノ身体財産ハ齊シク保護ヲ受ク但外國人ノ為ニ特例ヲ設  
ケタル者ハ此限ニ在ラス

第4条 國民ハ皆文武ノ官職ニ任スルコトヲ得

第5条 國民ハ租税ヲ納ムルノ義務ヲ負フ

第6条 國民ハ兵役ニ応スルノ義務ヲ負フ

第7条 國民自由ノ權ハ犯スヘ可ラス法律ニ啼掲ケル所ノ常規ニ由ルニ非  
レハ拘引拿捕若クハ囚禁等ノ事ヲ行フコトヲ得ス

第8条 國民遷居ノ自由ハ法律ニ由ルニ非レハ限制スルコトヲ得ス

第9条 國民ノ住居ハ犯ス可ラス法律ニ掲ケル所ノ常規ニ由ルニ非レハ人  
家ニ入り搜索スルコトヲ得ス

第10条 國民ノ財産ハ犯ス可ラス法律ニ掲ケル所ノ常規ニ由ルニ非レハ其  
所有ヲ奪フコトヲ得ス

---

注

(43) 「秘書類纂憲法資料」、清水伸「明治憲法制定史（中）」原書房 昭和49年3  
月25日

- 第11条 書信ノ秘密ハ犯ス可ラス法律ニ掲クル所ノ常規ニ由ルニ非レハ之ヲ勾収スルコトヲ得ス
- 第12条 國民ノ言語文字及印板ニ由リ以テ其意思論說ヲ世ニ公ニスルコトヲ得但法律ニ依遵セサルコトヲ得ス
- 第13条 國民ハ各其宗教ヲ崇信スルコトヲ得其政事風俗ニ害アル者ハ均ク禁スル所トス
- 第14条 國民ハ集会團結ノ權アリ但其制限ハ法律ノ定ムル所トス
- 第15条 國民ハ各自上言スルコトヲ得如シ二人以上上言スル時ハ須ク各其名ヲ署スヘシ但官准ノ会社其会社ノ事ヲ上言スルハ二人以上仍ホ一人ノ名ヲ用ユルコトヲ得
- 第16条 國民ハ皇帝ノ批准ヲ得ルニ非レハ外國ノ貴号勲章及養老金ヲ受クルコトヲ得ス
- 第17条 内乱外患ノ時ニ方リ國安ヲ保ツカ為メ帝國ノ全部或ハ幾部ニ於テ暫ク國憲中ノ諸款ヲ停ムルコトヲ得

この国憲第三次確定案は明治十三年（1880年）十月二十八日大木議長からなどによる。元老院の国憲取調局は明治十四年（1881）三月二十三日の正式に閉じられた。1850年のプロイセン憲法を参考とした。自由権を中心とする17ヶ条にわたる権利章典が含まれていた。しかし、その第1条には「日本國民ハ皆其權利ヲ享ク其何ヲ以テ之ヲ有テ何ヲ以テ之ヲ失フカ如キハ皆法律ノ定ムル所トス」とあって、権利の行使等はすべて「法律の留保」に服していた。天皇に奉されたが、実際には不採択としてほおむられることになった。<sup>(44)</sup>

注

(44) 「325頁～4頁。第三編 國民及びその権利義務の所では、第1条「日本國民ハ皆其權利ヲ享ク其何ヲ以テ之ヲ有テ何ヲ以テ之ヲ失フカ如キハ皆法律ノ定ムル所トス」とあるが、これはオーストラリア憲法第一篇第一條を参照したものである。第二條はプロイセン憲法第四條、オーストリア憲法第一篇第二條、イタリア憲法第二十四條、ベルギー憲法等による。明治憲法と比較するとはるかに民主的色彩が強いといえる。

リ、「日本帝国憲法草案」—ロエスレル<sup>(45)</sup>案 この起草は明治20年5月頃であると推定される

#### 第4章 一般ノ権利義務

- 第50条 国民タル資格ノ得喪ニ関スル原則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム
- 第51条 何人タリトモ法律ノ制限内ニ於テ自由ニ移住スルノ權ヲ有ス
- 第52条 何人タリトモ政府ノ平等ナル防護、法律ニ対スル平等、及凡テ従事シ得ルノ平等ヲ享有ス
- 第53条 身体住居及凡テノ權利ノ安全ハ之ヲ保護ス
- 第54条 所有權ハ侵スヘカラス地所買上ノ許否及要件ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム
- 第55条 何人タリトモ營業及職業ニ自由ニ撰就スルノ權ヲ有ス但法律ニ抵触シ公ケノ秩序スハ公共ノ安寧ヲ妨害シスハ特別ノ許可ヲ要スル者ノ此ノ限ニ在ラス
- 第56条 信教ノ自由ハ之ヲ保証ス但此レニ由テ公ケニ秩序スハ公共ノ安寧ヲ妨害シ又ハ国家ニ対スル義務ノ履行ヲ妨クル者ハ此限ニ在ラズ
- 第57条 思想ノ〔「ノ」削除〕吐露〔「ノ自由及」ヲ朱書押入〕集会結社ノ自由ハ法律〔ノ範囲内〕と朱書押入〕内〔「内」抹消〕ニ於テ存立ス
- 第58条 信書ノ秘密ハ侯スヘカラス公共ノ利害ノ為必要ナル例外ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム
- 第60条 兵役及納税ノ義務ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム租税ノ性質ヲ有セス報償ノ性質ヲ有スル行政上ノ手数料及賦課ヲ徴収スルニハ法律ヲ要セス

Roesureru が伊藤博文などに対して上記の憲法草案を起草した。その起草は明治20年5月頃であった。

---

注

(45) 芦部 信喜・清水 睦「日本国憲法の理論」1986年11月10日  
小嶋 和司「明治23年法律第84号の制定をめぐって」482頁

ヌ、井上 毅の憲法私案<sup>(45)</sup> (1882年)

「国民の章」の部分

- 第4条 凡ソ國民タル者ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ平等ニ公權及私權ヲ有シ  
同一ノ保護ヲ受クベシ  
文武ノ官職ハ門地ニ拘ラス
- 第5条 人身及財産ハ法律ヲ以テ之ヲ保護ス治罪法及其他ノ法律ニ定メタル  
規程ニ依ルヲ除ク外人身ヲ拿捕勾禁シ及人家ヲ搜索シ物件ヲ追  
取スルコトヲ得ズ  
拷訊ハ何等ノ罪犯ニ拘ラス永久ニ禁止ス
- 第6条 法律ニ於テ國安ヲ保持スル爲ニ又ハ罪犯ヲ撿探スル爲ニ必要ナル  
職權ヲ委任シタル官吏ヲ除ク爲外郵便書函ヲ開拆スルコトヲ禁ス  
但シ戰時ハ例外ナリトス
- 第7条 凡ソ刑ヲ科スルニハ法律ノ明文ニ據ル法ニ條ナキ者ハ懲罰ヲ加フ  
ルコトヲ得ズ
- 第8条 各民ノ田宅ハ明治 年以來發行スル所ノ地券ニ憑據シ所有ノ權ヲ  
付予シタル關所ノ刑法ハ永久ニ之ヲ禁ス  
但シ公益ノ爲ニ需要ニ供スルトキハ必相當ノ代價ヲ付スベシ
- 第9条 凡ソ國民ハ法律ノ制限ニ循ヒ言論著述ノ自由ヲ得
- 第10条 凡ソ國民ハ法律ノ制限ニ從ヒ平穩ニ集會スルコトノ自由ヲ得  
凡ソ國民ハ法律ノ制限ニ從ヒ會社ヲ結フコトノ自由ヲ得但シ其目  
的刑法ニ觸ル、者ハ此ノ例ニ在ラス  
國安ヲ保護スル爲ニ政談ノ結社ヲ制限シ又ハ一時之ヲ禁止スルコ  
トハ必法律ニ由ルベシ
- 第11条 凡ソ國民ハ政府ニ向テ私事ヲ願訴シ公事ヲ建白シ及兩議院ニ向テ  
公事ヲ建白スルノ權ヲ有ス但シ許可ヲ得タル會社ヲ除ク外總代ヲ  
以テ多衆ノ爲ニ一名又ハ數名ノ請願建白ヲ爲スコトヲ得ズ

---

注

(45) 稲田 正次 前掲書 544頁

第12條 凡ソ國民ハ何人ヲ論セズ總テ兵役ニ服スルノ義務ヲ負フ

第13條 常備後備兵ノ外戦時ニ於テハ天皇ノ詔命ヲ以テ國民軍ヲ徵發スルコトアルベシ

第14條 軍人軍属ノ紀律ハ法律ニ属セズ

第15條 凡軍隊ハ服役ノ内外ヲ論セズ軍令ヲ除ク外團衆シテ事ヲ議スルコトヲ得ズ並ニ政事ヲ講論シ及建白スルコトヲ得ズ

第16條 凡教學ハ各民ノ自由ニ任スト雖モ政府ハ公立私立ヲ問ハズ學校ヲ監視スルコトノ權ヲ有ス

第17條 凡國民ハ何人ヲ論セズ總テ租税ノ義務ヲ負フ

これ等の中で、第4条・第5条・第7条・第9条第10条・第11条・第13条・第15条・第16条はプロイセン憲法を参考していることは明らかである。<sup>(46)</sup>

ここに挙げた私擬憲法案は西洋諸国憲法を参照して発売されたものであり明治憲法制定には参考程度にしか過ぎなかった。すなわち、明治憲法制定に左右し憲法制定権は特にプロシア憲法を参考としていた。

ル、「山田頼義<sup>(47)</sup>試案」明治14年9月

第二編では、国境を限り大日本帝国とす、国境を変更するは法律による云々のプロイセン憲法に習った二ヶ条がある。

第二篇「国民ノ権利」は13カ条で、その中には「大日本帝国民タル者ハ法律ニ対シ同權ナリトス

第5条 人民ノ自由ハ犯カスヘカラス但シ其自由ヲ壓抑シ又ハ其身體ヲ拘留ハルコトハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第6条 人民ノ家宅ハ犯スヘカラス但シ其家宅ニ侵入シ及ヒ搜索シ并ニ書類ヲ提挙スルコトハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第8条 所有權ハ犯スヘカラス但シ公益ニ関スル者處分ハ法律ヲ以テ之ヲ

---

注

(46) 稲田 正次「明治憲法成立史の研究」 有斐閣 1946年4月25日

(47) 稲田 正次「明治憲法成立史 上巻」553頁 有斐閣 昭和35年4月10日

定ム

第9条 宗教ノ自由ナリトス但シ開寺開場ノ權ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

宗教ノ自由ヲ口實トシ國民タル義務ヲ免ル、コトヲ得ス

第10条 大日本帝國人民ハ言語又ハ文書又ハ図畫ヲ以テ自由ニ己ノ意見ヲ

述フルコトヲ得但シ其自由ヲ制限スル者ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第11条 大日本帝國人民ハ兵器ヲ携帯セスシテ家屋内ニ集會スルコトオラ

得公ノ場所ニ集會セント欲スル者ハ法律ニ從テ許可ヲ得サルヘカ

ラス 刑法ニ觸レサル目的ノ為ス結社スルコトヲ得

集會又ハ結社ヲ禁制スヘキ者ハ法律を以テ之ヲ定ム

第12条 内乱ヲ鎮定シ法律ヲ施行スル為メ兵力ヲ用エル者ハ法律ヲ以テ之

ヲ定ム

これらの諸規定はプロイセン憲法を引用しているが、プロイセン憲法に比較してより強固な「法律の留保」が徹底されている。

明治憲法の成立に際して決してすくなくならず影響を及ぼしたことを見のがしてはならない。

明治憲法下の人権保障と「法律の留保」＝意味

「明治憲法においては、権利・自由は保障されていたものの、それは人間が生まれながらに持っている生来の自然権（人権）を確認するという形のものではなく、天皇の臣民に恩恵として、与えたもの（臣民権）であった。そのため、各権利が「法律の留保」を伴うもの、すなわち、「法律ノ範囲内ニオイテ」保障されたにすぎず法律によれば制限が可能なものであった。

「法律の留保」は、はじめ、オットマイヤーによって、近代立憲主義、国民の権利・自由に対する制限は、行政権には許されず、国民が参政権の行使を通じてその形成に参与する議会の法律に留保されるべきだという行政権の意思を抑制する原則として用いられた。しかし、さらに問題なのは法律による人権侵害の可能性をどう考えるかである。この点、かつては議会に最終的判断を委ねるのが通例であった。その

典型は、憲法が「法律の範囲内において」人権を保障するという形式をとる場合に見られる。「法律の留保」という語は、このことを指して用いている。」<sup>(47)</sup> <sup>(48)</sup>

(3) 明治憲法第二章の構図<sup>(48)</sup>



(4) 日本国憲法三章に該当する明治憲法第二章との比較

明治憲法に定めた臣民の権利ないし自由権は、フランス人権宣言やアメリカ独立宣言にみられるような、天賦人権的な思想にもとづくものではなかった。それは、天皇によって、明治憲法に於いて附与されたものであった。例えば「上ニ在テハ愛重ノ意ヲ待ツテ邦国ニ實ヲ以テ下ニ在テハ大君ニ服従シ目視テ以テ幸福ノ臣民トス是レ我カ国ノ古典欲ニ存スルニ者ニシテ本章ニ掲クル所ノ臣民ノ権利義務亦此ノ義ニ源流スルニ外ナラズ」と述べている。本章「権利義務」におけるに定める臣民の権利義務は天皇の恩恵によって付与された臣民の義務と言わざるを得ない。（最第二章は「第一章天皇ノ各条二次キ臣民ノ権利及義務ヲ掲ク、祖宗ノ政ハ専ラ臣民ヲ愛重シテ名クルニ大宝ノ稱ヲ以シタリ。江家次第、非常ノ条ニ、為公御財御調物備進トフルハ、謝恩ヲ得ルノ罪人改メテ良民ト為リテ貢税ヲ集メ大招ヲ宣タマフ。其ノ詞ニ、現御神ト大ハ島国所知天皇ノ大命ラト証ル。大命

注

(47) 芦野 信喜「憲法」95頁、初宿 正典「憲法2 基本権」33頁以下 成文堂 1987年8月1日

(48) 佐藤 幸治「憲法」396頁 青林書院

ヲ集待ル皇子等王臣百官人等天下公民諸々聞食ト称ルノ 云。史臣用イル所ノ公民ノ字ハ即チ「オホミタカラ」ノ名称ヲ訳シタルナリ。概シテ臣民亦自ラ称ヘテ御民ト云。万葉集ニ、天平六年海海犬養宿岡麻呂応詔歌ニ御民吾レ、イケル、シルシ、アリ、天地ノ、サカユルトキ、アヘラク、オモヘマ、ト。箬上ニ在テハ愛重ノ意ヲ致シ、待ツテ邦国ノ宝ヲ以テシ、下ニ在テハ大君ニ」服従シ、自ラ視テ以テ幸福ノ臣民トス。是レ我々国ノ古典旧俗ニ存スル者ニシテ本章ニ掲クル所ノ臣民ノ権利義務亦此ノ義ニ源流スルニ外ナラス。彼ノ外国ニ於テ、上下相ムノ余リニ、国民ノ権利ヲ宣告シテ以テ讓像ノ契約トナスカ如クキハ、固ヨリ我カ憲法ノ例ヲ取ル所ニ非サルナリ。」とする<sup>(49)</sup>

日本国憲法	明治憲法
① 国民たる要件 第10条	第18条 日本臣民タル要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル  The conditons necessary for being a Japanese subject shall be determined by law.
② 公務員の選定罷免権 第15条	公務員の本質 第19条 日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ニ資格ニ応ジ均ク文武官ニ任セラレ其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得  Japanese subjects may, according to qualifications determined in laws or ordinances, be appointed to civil or military or any other public offices equally.

注

(49) 阿部 照哉 編他2名「憲法資料集」有信堂 1966年6月25日 431頁

<p>③ 請願権</p> <p>第16条</p>	<p>第30条 日本臣民ハ相当ノ敬礼ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規程ニ従ヒ請願ヲ為スコトヲ得</p> <p>Japanese subjects may present petitions, by observing the proper forms of respect, and by complying with the rules specially provided for the same.</p>
<p>④ 信教の自由</p> <p>第20条</p>	<p>第28条 日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ゲス及臣民タルノ義務ニ背カサル限リニ於テ信教ノ自由ヲ有ス</p> <p>Japanese subjects shall, within limits not prejudicial to peace and order, and not antagonistic to their duties as subject, enjoy freedom of religious belief.</p>
<p>⑤ 集会、結社及び表現の自由と通信秘密の保障</p> <p>第21条</p>	<p>第26条 日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外信書ノ秘密ヲ侵サル、コトナシ</p> <p>Except in the cases mentioned in the law, the secrecy of the letters of every Japanese subject shall remain inviolate.</p> <p>第29条 日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集会及結社ノ自由ヲ有ス</p>

Japanese subjects shall, within the limits of law, enjoy the liberty of speech, writing Publication, public meetings and associations.

⑥ 居住・移転・職業選択・外国移住及び国籍離脱の自由

第22条

第22条 日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ居住及移転ノ自由ヲ有ス

Japanese subjects shall have the liberty of abode and of changing the same within the limits of law.

⑦ 財産権

第27条

第27条 日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ

- ② 公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

The right of property of every Japanese subject shall remain inviolate.

- ② Measures necessary to be taken for the public benefit shall be provided for by law.

⑧ 納税の義務

第30条

第30条 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ納税ノ義務ヲ有ス

Japanese subjects are amenable to the duty of paying taxes, according to t-

⑨ 裁判を受ける権利  
第32条

he provisions of law.

第24条 日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官  
ノ裁判ヲノ受クルノ權ヲ奪ハルハ  
コトナシ

No Japanese subject shall be deprived  
of his right of being tried by the jud-  
ges determined by law.

⑩ 逮捕の制限  
第33条

第23条 日本臣民ハ法律ニ依ルニ非シテ逮  
捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ

No Japanese subject shall be arrested,  
detained, tried or punished, unless acc  
ording to law.

⑪ 侵入、搜索及び押収の制約  
第35条

第25条 日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ  
除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵  
入セラレ及搜索セラレルコトナシ

Except in the cases provided for in the  
law, the house of on Japanese subject  
shall be entered or searched without  
his consent.

(5) 日本国憲法「第三章」<sup>(50)</sup>にあつて明治憲法「第二章」にない部分  
第11条 基本的人権  
第12条 自由及び権利の保持義務と公共福祉性

注

(50) 松本 冒悦「原典日本憲法資料集」 創成社 1988年

- 第13条 個人の尊重と公共の福祉
- 第14条 平等原則、貴族制度の否認及び栄典の限界
- 第17条 公務員の不法行為による損害の賠償
- 第18条 奴隸的拘束及び苦役の禁止
- 第19条 思想及び良心の自由
- 第23条 学問の自由
- 第24条 家族関係における個人の尊重と両性の平等
- 第25条 生存権及び国民生活の社会的進歩向上に努める国の義務
- 第27条 勤労の権利と義務、勤労の条件の基準及び児童酷使の禁止
- 第31条 法廷手続の保障
- 第34条 抑留・拘禁の要件、不法拘禁に関する保障
- 第36条 拷問及び残虐な刑罰の禁止
- 第38条 自白強要の禁止と自白の証拠能力の限界
- 第39条 遡及処罰、二重処罰等の禁止
- 第40条 刑事補償

(6) 日本国憲法「第三章」になく明治憲法「第二章」にある部分<sup>(51)</sup>

第20条 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ兵役ノ義務ヲ有ス  
Japanese subjects are amenable to service in the Army or Navy, according to the provisions of law.

第31条 本章ニ掲ケタル条項ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ

The provisions contained in the present Chapter shall not affect the exercise of the powers appertaining to the Emperor, in times of war or in cases of a national emergency.

---

注

(51) 江村 栄一編「自由民権と明治憲法」 古川弘文館1995年

第32条 本章ニ掲ケタル条規ハ陸海軍ノ法令又ハ紀律ニ抵触セサルモノニ限り軍人ニ準行ス

Each and every one of the provisions contained in the preceding Articlles of the present Chapter, that are not in conflict with the laws or the rules and discipline of the Army and Navy, shall apply to the officers and men of the Army and of the Navy.

明治憲法はその第二章で、「臣民権利義務」の規定で、内容的にはプロイセン憲法を基本とする19世紀ドイツ憲法を模範として、15カ条からなる権利義務を制定した。西ヨーロッパ諸国憲法とは違い、限定的な権利のカタログにすぎず、日本国憲法のような自由な人権、すなわち、憲法14条法の下の平等のような包括的、総則的な権利保障規定が存在していなかった。<sup>(52)</sup>

基本権乃至基本的公権は、「内容的に自由権・国務請求権及び参政権の三分類」になってはいる。<sup>(53)</sup>

第二章は第22条「居住移転ノ自由」・第23条「逮捕監禁審問処罰ヲ受ケナイ権利」・第25条「居住ノ不可侵」・第26条「信書ノ秘密ノ不可侵」第27条「所有権ノ不可侵」・第28条「信教ノ自由」・第29条「逮捕著作印行集会及ビ結社ノ自由」等。臣民の権利義務を確定し臣民の与えるに信教の自由、言論、著作、印行、集会、結社、請願、居住、移転の自由を持って、また、法律によらないで逮捕、監禁、審問の処罰を受けざる権利の独立裁判所の裁判を受けるの権利、住居に侵入せられず家宅捜査を受けざる権利、信書秘密の権利、土地財産所有の権利を受くるの権利、などが規定された。<sup>(54)</sup>

また第24条「法律に定めた裁判官の裁判を受ける権利」（司法裁判所・

注

52) 長谷川正安「憲法現代史（上）」-占領と憲法50頁 日本評論社 1981年5月3日

53) 松本 重敏「憲法真義」479頁 巖松堂書店 1928年12月15日

54) 川西 誠 「大日本帝国憲法発布の一般国民への影響」497頁 日本法学

行政裁判所・懲戒裁判所等がある) ないし第30条「請願権」は日本臣民の  
国務請求権に関する明治憲法的規定である。<sup>(55)</sup>

請願権はあっても参政権はなく、信教の自由は認められても思想の自由  
は認められない。権利・自由の種類が人権規定としては貧困すぎるとい  
ってもよいであろう。

「第24条ノ裁判トハ司法裁判所即チ民事刑事ノ裁判ヲ指モノニシテ、行  
政裁判及ヒ懲戒裁判ノ如キハ此中ニ含マサルナリ然ラハ領事裁判」及ヒ軍  
法会議ニ於ケル裁判ハ此中ニ包含セサルヤト云フニ領事裁判、軍法会議ノ  
裁判其他警察官署ノ為ニ所ノ違警罪ノ裁判及ヒ関東都督府民政署長ノ為ス  
所ノ裁判ノ中ニ入ルヘキモナリ」としている。24条に規定している裁判  
は、行政のような裁判所たる司法裁判所（普通裁判所・特別裁判所）及び  
行政裁判所の所管に属する裁判のことである。

第27条の制限規定では、民法206条「所有権ハ法令ノ制限内ニ於テ自由  
ニ其所有権」は法律の規定により、制限されるのみならず命令規定によ  
っても制限されることになる。<sup>(56)</sup>

## (7) 明治憲法の特質について

基本的人権として保障したのではなく、天皇が臣民に対して恩恵的と  
して与えられたものである。憲法上諸権利は、臣民であるという地位に反  
しない限り、主張しうると考えられた。権利保障の不徹底は「法律の留保」

---

注

55) 清水 澄 「国法学第一編 憲法篇」464頁 清水書店 大正12年9月18日

56) 松本 重敏 「憲法真義」484頁 昭和3年12月15日

国家緊急権の問題「我が国の憲法の規定する非常措置制度は、緊急勅令・戒厳・  
非常大権と次第に深刻な非常事態を予想し、一部相互に重なりつつも、大体とし  
ては段階的に高度化する緊急対策として発動される。その中で緊急度の強いもの  
が非常大権である。明治憲法下においては、戒厳宣告にあたって人権保障は部分  
的に停止されている。明治27年10月（日清戦争）、明治38年4月（日露戦争）、明  
治38年9月（日露講和条約）、大正12年10月（関東大震災）昭和11年2月（2・26  
事件）尾高朝雄「国家緊急権の問題」923頁 法学協会雑誌第9号第26巻

という言葉に示されている。

例えば 第28条「信教ノ自由」とは、信仰の自由、宗教的行為の自由及び宗教的結社の自由を包括している。信教の自由も「法律の留保」の下に制限されるべきではあるが、国家の公安と極めて緊急な関係を持ち「古神道」と国体との間に、特殊な関係を持つが故に、明治憲法自ら「安寧秩序ヲ妨ケス臣民タル義務ニ背カサル限ニ於テ」と規定し、信教の自由を保証している。宗教の意義は定かではないが、「神佛又は神佛の使者と称する者の教えなりとして、伝ふるところの規範の<sup>(56)</sup>」であり、社会規範の教示であり、国家生活の規範の教示」ではない。

伊藤博文は憲法義解に「信仰帰依ハ自ラ内部ノ心誠ニ属スト雖其ノ更ニ外部ニ向ヒテ跪拜儀式布教演説及結社集会ヲ為スニ至テハ法律又ハ警察上安寧秩序維持スル爲ニ一般ノ制限ニ尊ハサルコトヲ得ス」と説いている。<sup>(57)</sup>

家永三郎「美濃部達吉の思想的研究」119頁 岩波書店 1964年7月4日で紹介されている部分「日本行政法上巻」一節を紹介すると「若し法律の規定の備はらない事柄に付いて、新たに警察上の取締を必要とすることが起こったならば、仮令それが憲法上保障せられて居る臣民の自由に関することであるとしても、命令を以て其の取締規定を設くることを得せしむることが、實際上必要である。例えばダンス会とかいうような風俗上取締を要するような集会が方々に行はれるとする。それは憲法上保障せられて居る集会の自由であるという理由で法律を作らねば取締を爲すことができなぬと解するのが、果して穩健な解釈であろうか。頼母子講取締規則、演劇取締規則や活動写真取締規則等、総て命令を以て定められて居る…。憲法上本来法律でなければ規定し得ない事柄であっても、法律の規定が未だ備はらない過渡期の時代で、しかも条理無法規のまま自然の自由に放任することが法律の意図する所でないことが推案せられ得べき事柄に付いては、将来法律の制定されるにとどまるまでの間、法律は之に関する規定を命令

---

注

57) 伊藤 博文「憲法義解」参照

に委任する趣旨であると解するのである。是は稍々作為的な無理な解釈の様であるが、憲法上に成文の法律が要求せられて居るとしても、総ての事柄を尽く成分の法律を以て遺漏なく規定することは、一時には到底望み難いことで、漸遂て其の完成を期さなければならぬ。現に憲法には『日本臣民タル要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル』と規定せられて居るが、明治33年に国籍法が制定せられるまでは其の法律は存在しなかったのである。」

(8) 明治憲法制定後の出来事

- ① 1880年憲法草案と同時期に制定された同年治罪法は、帝國憲法施行の1890年に刑事訴訟法と置き換えられ消滅した。

ボアソナード民法は、明治憲法と同時に一旦公布されたのですが、井上や山田の政策と相俟って民法典論争が生じ、施行までには至らなかった。

人権保護的な諸法律は非常に減ることになる。

- ② 1891年日本を訪問庁のロシア皇太子ニコライが滋賀県大津市訪問の途中警備中の大津三蔵巡査に突然持っていた警備用の刀で切りつけ負傷を負わせた。大津事件である。
- ③ 1931年ロンドン海軍軍縮条約を締結した政府に対して、野党と海軍軍司令部右翼団体が政府による統帥権の干犯であると非難し、当時の内閣総理大臣濱口雄幸が右翼団体員に襲撃された事件が発生した。
- ④ 天皇機関説事件
- ⑤ 滝川事件
- 学問の自由と大学の自治（教授会）を弾圧した事件。

(9) むすび

臣民の権利保障は国体法及び政体法を一貫する精神であるが更に権利保障制度として具体化されている。臣民の権利保障制度としてはとしては立

法行政に関しては訴願及び行政訴訟、司法に関しては司法裁判所等があった。

これら権利保障制度中その慎重性につてみれば、請願は単に当事者の発意を官府が受理するのみで、訴願はこれを審理して何らかの裁断をあたえる性質のものである。

明治憲法のようにプロイセン憲法系の場合、憲法と法律は形式上明白に区別され人権保障の規定は主として立法の方針を示すものにとどまり、具体的な権利関係は法律によって定められている。人権の保障は法律によって始めて具体化されるものであり、直接に裁判の基準となるのは憲法ではなく法律である。しかも法律による人権制限については明確な内容の限界はなかった。そして、明治憲法には違憲立法査権の規定は存在しなかった。

形式的に制定された法律はすべて適用しなければならなかったから、人権の保障は往々にして不完全になったのもやむを得ない。

昨今、憲法改正について色々な意見が交わされているが、内容によっては空文にすぎないものもある。時代にあった憲法論議をしたければ、もう一度憲法の歴史をひもとき勉強したのち、論議すべきである。

（他参考文献）

- (1) 佐々木 惣一 「憲法論文選三」有斐閣 1990年9月10日
- (2) 松本 重敏 「憲法真義」巖松堂書店 1927年12月15日
- (3) 清水 澄 「帝国憲法講義」 松華堂書店
- (4) 田畑 忍 「帝国憲法籙義」 1942年11月10日
- (5) 久田 栄正 「帝国憲法崩壊史」 1970年12月15日
- (6) 伊藤 博文 「大日本帝国憲法義解」 1931
- (7) 野村 敬三 「フランス憲法・行政法概論」 1962年2月20日
- (8) 中野 登美雄 「国法及国法史の研究」 1929年6月18日
- (9) 山本 陽一 「立憲主義の法思想」 成文堂 2010年2月20日
- (10) 尾高 朝雄 「国家緊急権の問題」 法学協会雑誌第62巻第9号



# “受信料”と経済的自由権

## 受信契約締結承認等請求事件

最高裁大法廷判決平成29年12月6日（民集71巻10号1817頁）

佐藤 寛 稔

### I 事案の概要

#### i. 事実

X（日本放送協会 NHK）は放送法に基づいて設立された法人である。そして、放送法64条1項は「協会の放送を受信することのできる受信設備を設置した者は、協会とその放送の受信についての契約をしなければならない」と規定している。これを受けXは、日本放送協会放送受信規約を策定し、同条3項に規定された「総務大臣の認可」を受け、これを受信契約条項として用いている。このような法制度にあって、Yは平成18年3月22日以降、その住居にXの衛星系によるテレビジョン放送を受信することができるカラーテレビジョン受信設備を設置していたにもかかわらず、Xとの受信契約を締結せず、受信料を支払っていなかった。そこでXが、Yに対し主位的に、放送受信契約に基づく受信料支払請求を、予備的に、Yは放送受信契約締結義務の履行を遅滞しているとして、債務不履行に基づく損害賠償（予備的請求1）又は同契約の申込みに対する承諾の意思表示等（予備的請求2）を求めるなどしたのが本件の事案である。これに対し、YはXの訴えに対し、協会の放送を受信する設備を設置した者に協会との受信契約の締結を義務づける放送法64条1項は受信設備設置者の契約の自由、知る権利、財産権等を侵害し、憲法13条、21条、29条等に違反すると主張した事案である。なお、第1審（東京地方裁判所平成25年10月10日判決 判例タイムズ1419号340頁）、控訴審（東京高等裁判所

平成26年4月23日判決 民集71卷10号1817頁 本件最高裁判決参考)では、Yの承諾なしに放送受信契約は成立しないことを根拠にXの上記主位的請求および予備的請求1を棄却しつつ、予備的請求2について、Yが受信機設置者に承諾の意思表示を求める場合には、放送受信契約締結の承諾の意思表示に代わるべき裁判をもって放送受信契約を成立させることができるとした。

## ii. 判決要旨（上告棄却）

放送法64条1項の憲法適合性について

- ①「放送は、憲法21条が規定する表現の自由の保障の下で、国民の知る権利を実質的に充足し、健全な民主主義の発達に寄与するものとして、国民に広く普及されるべきものである。放送法が、『放送が国民に最大限に普及されて、その効用をもたらすことを保障すること』、『放送の不偏不党、真実及び自律を保障することによって、放送による表現の自由を確保すること』及び、『放送に携わる者の職責を明らかにすることによって、放送が健全な民主主義の発達に資するようにすること』という原則に従って、放送を公共の福祉に適合するように規律し、その健全な発展を目的として（1条）制定されたのは、上記のような放送の意義を反映したものに他ならない」。
- ②「任意に受信契約を締結しない者に対してその締結を強制するに当たり、放送法には締結を強制する契約の内容が定められておらず、一方当事者たる原告が策定する放送受信規約によって、その内容が定められることとなっている点については」「同法が予定している受信契約の内容は、同法に定められた原告の目的にかなうものとして、受信契約の締結強制の趣旨に照らして適正なもので受信設備設置者間の公平が図られていることを要するものであり、放送法64条1項は」、「同法の目的を達成するのに必要かつ合理的な範囲内のものとして、憲法上許容されるというべ

きである」。

③そして放送法は、「公共放送事業者と民間放送事業者との二本立て体制の下において、前者を担うものとして原告を存立させ、これを民主的かつ多元的な基盤に基づきつつ自律的に運営される事業体たらしめるためその財政的基盤を受信設備担当者に受信料を負担させることにより、確保するものとした仕組みは」「憲法21条の保障する表現の自由の下で国民の知る権利を実質的に充足すべく採用され、その目的にかなう合理的なものであると解されるのであり、かつ、放送をめぐる環境の変化が生じつつあるとして、なお合理性が今日まで失われたとする事情も見いだせないものであるから、これが憲法上許容される立法裁量の範囲内にあることは、明らかというべきである」。

④以上によると、「放送法64条1項は、同法に定められた原告の目的にかなう適正・公平な受信料徴収のために必要な内容の受信契約の締結を強制する旨を定めたものとして、憲法13条、21条、29条に違反するものではないというべきものである」。

## II 評釈

### i. 問題の所在

本件は、「協会の放送を受信することができる受信設備を設置した者は、協会とその放送の受信についての契約」をしなければならないと規定した放送法64条1項の合憲性が最高裁で争われた事件として注目され、様々な分野から優れた評釈が出されている。<sup>1</sup>受信設備設置者に日本放送協会（NHK 以下「協会」とする）との受信契約締結義務を課し、しかも、税

1 長谷部恭男「受信契約制度の合憲性」法律時報90巻2号（2018年）4頁、曾我部真裕・メディア判例百選（第2版）（有斐閣 2018年）200頁、穴戸常寿＝音好宏＝鈴木秀美＝山本和彦「座談会 NHK 受信料訴訟大法廷判決を受けて」ジュリスト1519号（2018年）44頁など

金でもない受信料を徴収することは、紛れも無く、国民の財産権を制約と捉えることができる。そして最高裁は「知る権利」を梃子にして、受信契約の義務化、受信料徴収という形で国民の財産権制約を「公共の福祉」の名において正当化している。本稿の課題は、ここで用いられている経済的自由権制約の根拠として使われる「知る権利」に対する批判的検討である。

## ii. 財産権と「公共の福祉」

既に数多くの優れた先行研究がある中で、本稿が目にするのは、受信設備設置者に対する受信契約の義務についてであり、受信料の支払いを強いるという意味で契約者の経済的自由権を制約している放送法64条1項が憲法29条（財産権の保障）に違反しないとしているその論理についてである。福祉国家思想の浸透によって、神聖不可侵の権利から「義務を伴う」権利へその地位を転落させられた経済的自由権の制約は、表現の自由などの精神的自由権に比べ容易であると考えられている。日本国憲法も、憲法19条（思想・良心の自由）、20条（信教の自由）、21条（表現の自由）、23条（学問の自由）など精神的自由権の規定には書かれていない「公共の福祉」という用語を経済的自由権の保障規定である憲法22条、29条に明記した。判例上、精神的自由権も「公共の福祉」による制約に服することとされているものの、日本国憲法が条文上、経済的自由権は精神的自由権以上に制約されやすい権利であるとして位置づけているといえよう。さらに森林法違憲判決では財産権の制約について「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか」「立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうる」<sup>2</sup>としており、こ

---

2 最判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁

のような憲法史上における経済的自由権の位置づけの変化や日本国憲法の規定の仕方、判例の動向からしても放送法64条1項が規定する受信契約の強制、それに伴う契約者からの受信料徴収はそもそも合憲の結論が導かれやすい状況にあったといえる。ただし、一方で、相対的にその地位が低下したとはいえ、憲法に明記された基本的人権である以上、国法秩序の中では最も重要視されなければならない権利であることに変わりはない。したがって上記森林法違憲判決でも財産権の制約については、上記のような様々な制約理由を認めるにしても、その制約についてはさらにこの判決では、財産権を制約する立法の目的が①「公共の福祉に合致しないことが明らかである」場合に加えて、「公共の福祉に合致するものであっても」違憲となる可能性について言及する。すなわち、②規制手段が上記の立法目的を「達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかの場合」として決して緩やかではない基準を示している。

### iii. 放送法と「公共の福祉」

放送法もまた、「公共の福祉」を様々な権利制約の根拠としている。放送法1条1項は放送を「公共の福祉」に適合するように規律して、放送の健全な発達をその目的として、以下の3つの基本原則を規定している。すなわち、①「放送が国民に最大限に普及されて、その効用をもたらすことを保障すること」（放送法1条1項1号）、②「放送の不偏不党、真実及び自律を保障することによって、放送による表現の自由を確保すること」（同2号）、③「放送に携わる者の職責を明らかにすることによって、放送が健全な民主主義の発展に資するようにすること」（同3号）である。このような目的を受けて、放送法は放送事業者に対して以下のような制約を課している。上記基本原則のもと放送法4条は①「公安及び善良な風俗を害しないこと」（1号）、②「政治的に公平であること」（2号）、③「報道は事実を曲げないですること」（3号）、④「意見が対立している問題については、できるだけ多くの角度から論点を明らかにすること」（4号）を内

容とするいわゆる「公平性原則」を課している。この放送事業者の「表現の自由」に対する制約も「公共の福祉」によって認められる。但し、このような「表現の自由」に対する制約は、それが放送事業者に対するものであって、個人の「人権」に対するものでない以上、その制約はそれ程、理論的に困難なものとはなりえないと考えられている。このような考え方は長谷部恭男教授によって説明される。長谷部教授は人権が本来、個人に向けられたものであり、個人の人格的自律性を否定するような国家の行為に「切り札」として使われるべきものであるとする。そして他方で放送事業者等の「表現の自由」はそのような意味での人権ではないとして、社会全体の効用のために一いわば「公共の福祉」に服する権利として位置づけるのである。その上で長谷部教授は、マスメディアに表現の自由が認められるのは、マスメディアが「個人の自立的な生き方を実質化するために社会の全てのメンバーに公平に行き渡るべき情報を選び出してそれを社会全体に提供し、民主的政治過程を支えるとともに、寛容な社会を再生産する機能を果たすから」であるとしている。<sup>3</sup>

放送法は上記1条に加え、さらに放送法15条は協会について「協会は、公共の福祉のために、あまねく日本全国において受信できるように豊かで、かつ、良い放送番組による国内基幹放送（国内放送である基幹放送をいう。以下同じ。）を行うとともに、放送及びその受信の進歩発達に必要な業務を行い、あわせて国際放送及び協会国際衛星放送を行うことを目的とする」としており、協会の設立理由も「公共の福祉」に基礎づけている。そうであれば、放送法64条1項による受信契約の強制を正当化できるとするためには放送法15条の「公共の福祉」の内容には放送事業者としての協会の「表現の自由」を制約するための根拠としてだけではなく、国民の財産権を制約するための正当化論拠も含まれていなければならない。何故ならば、この財産権の制約は個人の権利に対するものであり、もっぱら個人ではな

---

3 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店 1999年）170頁

い放送事業者のみに向けられた「公共の福祉」の内容とは異なる方向と重みを持つものであるからだ。

#### iv. 受信契約を正当化する「公共の福祉」の内容

それでは、憲法29条との関係で、受信設備設置者に対する受信契約を義務付ける放送法64条1項を合憲とするために、本件判決はこの「公共の福祉」にどのような内容を与えたのであろうか。この点、本件第1審では放送法64条1項の目的の正当性並びに、規制手段の必要性及び合理性を詳細に審査した。目的の正当性に関しては「あまねく、日本全国に放送するという目的を達成するための財源を確保することと、放送の不偏不党、真実及び自律を保障するためには国や広告主等の影響をできるだけ避けて自律的に番組編集を行えるものとする必要があることを考慮して」、「受信機設置者に対して広く公平に」、「大きな社会的影響力を有する基幹放送等が行われるための費用を分担させる」ことと認定し、その合理性を指摘した。また受信機設置者に受信契約を義務づけるという手段についても、協会と民間放送事業者の「二系列の事業システムの並立体制が全国的に良い放送を実現していこうとする点において互恵的な関係にあるともいえ、総体的には積極的な効果が存することも否定できないのであるから、受信機設置者が原告の放送を視聴するか否かにかかわらず放送受信契約の締結義務を負うものとするについて」必要性及び合理性があるとした。その上で、同項は「公共の福祉に適合する制限を定めたものであって」、憲法29条に違反しないと「公共の福祉」の回路を通して放送法64条1項の合憲性判断をしている。

このような放送法64条1項が憲法29条に適合するか否かについて詳細に審査した第1審に対し、最高裁はこの点が曖昧である。最高裁は、上記判決判旨④に示した通り、放送法64条1項を「憲法13条、21条、29条に違反しない」と述べ、Yの憲法上の主張に一括して回答しているため、憲法29条に照準を合わせた審査基準の設定等の憲法論が曖昧になっている。そ

うすると最高裁によって示されたこの一括した回答の中から、放送法64条1項の憲法29条適合性の根拠を探さざるを得ない。ここで登場するのが国民の「知る権利」である。最高裁は「表現の自由」の一内容として国民の「知る権利」を掲げ、その「知る権利」に役立てるよう我が国の放送システムを構築することを認め、その一環として協会の運営費の財源として受信料を徴収することを合憲とした。最高裁の論理では、本来人権カタログに列せられる表現の自由から導き出される「知る権利」から「公共の福祉」の回路を通じて経済的自由権制約を正当化していることになる。

多くの評釈ではこのことの是非は取り上げられていないが、本稿ではこの点を批判的に検討したい。従来憲法学説では、「公共の福祉」は「人権相互のあいだの矛盾・衝突を調整する原理としての実質的衡平の原理」<sup>4</sup>と位置付けられていたが、本件の事案では、国民の「知る権利」と受信契約締結者の経済的自由の間に衝突があったわけではない。むしろ、「知る権利」は、Yによる放送法64条1項が違憲であるという主張にさえ用いられている。したがって、そもそも受信契約締結者の経済的自由ないし財産権の制約を可能にする理論的前提を欠いていると言える。更に重要な問題は「知る権利」を「公共の福祉」の内容として用いることそのものである。本稿では抽象的な国民の「知る権利」を持ち出すことによって個人の具体的な経済的自由権の制約が正当化できるとするならば、それは人権間に価値序列を認めたことになるのではないかという疑問を提示したい。そしてそれを認めるとするのであれば、価値の高い権利は価値の低い権利を制約する根拠となり、人権論の脅威になるのではないかという問題提起を本稿は核心としている。

#### v. 「知る権利」と放送法64条1項

本件最高裁判決で、放送法64条1項の合憲性を支える柱楚となっている

---

4 宮澤俊義 『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣 1979年）235頁

のは国民の「知る権利」である。「知る権利」は、博多駅テレビフィルム提出事件<sup>5</sup>において、報道機関の報道の自由を表現の自由を保障した憲法21条によって基礎づける以下の一節に登場した。「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである」。したがって、「思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない」一本件ではこの「知る権利」が、放送法が受信料を財政基盤とする協会とそれ以外の民間放送事業者による「二本立て体制」を採用することを正当化する憲法上の根拠として置かれている。この「知る権利」を用いて、この「二本立て体制」を正当化することは有力学説<sup>6</sup>の中にも言及されており、最高裁が特異な意見を述べたわけではない。しかし、この「知る権利」は注意を払うべき権利である。というのはこの「知る権利」というのはそもそも権利としていかなる外延を持ったものであるのかどうかということは問われなければならない。これは特に真新しい論点ではなく、既に情報公開法制定の際にも議論の対象となったことは広く知られている。上記博多駅テレビフィルム提出事件以降、最高裁で報道機関の報道の自由を基礎づける際に用いられた「知る権利」ということ以上の内容を与えられたことはないし、また憲法学説上も「知る権利」に関する議論がその権利の内実を確固たるものとするほどの進展があったとは言い難い。そのような判例・学説の理論動向を受けて、情報公開法は、目的規定に「知る権利」を使うことを断念し、政府の「国民に説明する責務」を国民に対する政府情報の公開の根拠とした。このような経緯のもとで、放送法64条1項の合憲性を論じることができるとすれば、国民の「知る権利」に奉仕する形での協会の「報道の自由」を析出できる場合か、あるいは本件において最高裁が「知る権利」に新たな

5 最判昭和44年11月26日刑集23巻11巻1490頁

6 鈴木秀美・山田健太・砂川浩慶 編著『放送法を読みとく』（商事法務 2009年）98頁参照

内実を吹き込んだ場合のみということになるのではなからうか。しかし、本件は「報道の自由」が争点となっている事件ではなく、また、本件を通じて最高裁が「知る権利」に新たな内実を与えた形跡もなく、本件において「知る権利」が国民の財産権を制約する根拠として、立ち入る隙間は、少なくともこれまでの最高裁判例の動向からは見出すことはできないといわざるをえない。

#### vi. 人権保障と公共の福祉のパラドックス

ここで1つ大きな理論的な問題が生じる。憲法29条2項には「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」と規定する。財産権を画する場合には「公共の福祉」に基づくことになる。「知る権利」やそれを含んだ表現の自由が、財産権を制約する場合に憲法上も、少なくとも解釈論上は、放送法上も「公共の福祉」という回路を経由しないわけにはいかない。このような見方が許されるとすれば、「公共の福祉」の内容として語られたときに、少なくともその限りでは「表現の自由」ないし「知る権利」は国法秩序においてもっとも権威を持つべき「人権」の地位から転落する。本来、「公共の福祉」は、人権の外にあり、人権制約をすることができる一般的な原理であり、「公共の福祉」の要請があれば、人権を法律によって制約することが可能とする現在ではほとんど支持されていない、いわゆる一元的外在制約説の立場に立たない限り、「公共の福祉」が「人権」に上位することはありえないはずではあるが、個人に対して具体的内容を持った「財産権」を抽象的なレベルにとどまる「知る権利」を理由に制約されることは人権の実効的保障という観点から見た場合に脅威になりうる理論構成であるといえまいか。

#### vii. おわりに

本件最高裁判決における放送法64条の合憲性と判断したその結論については、「公共の福祉」の中身を詳細に審査した第1審と同じであり、その点

について全く不当であるとは評価できない。既に指摘されているように放送法64条1項の受信料制度についてはその「合憲性に関し、鋭い対立が示されることは、はじめから期待できなかった」と言えよう。<sup>7</sup>しかし一方で最高裁は判決中に「放送をめぐる環境の変化が生じつつあるとしても、なおその合理性が今日までに失われたとする事情も見出せない」としているが、スマートフォンやカーナビゲーションなど協会の放送を受信できる機能が付帯した機器が、益々増え、また、ネットワークを利用したデータ放送の技術の進展することなど、この環境の変化は今後益々加速していくものと思われる。<sup>8</sup>そのように考えたときにこの判決の賞味期限はそれほど長くはなく、放送設備設置者に受信契約を義務付ける放送法64条1項の合憲性を維持するためには新たな論拠が必要となってくることであろう。

---

7 木下智史「NHK 受信料訴訟を考える（1）NHK 受信料最高裁大法廷判決について—憲法学の観点から」判例時報2373号3頁（2018年）

8 このような環境の変化に対応した受信料制度の在り方を検討するものとして西土彰一郎「公共放送の財源—NHK 受信料訴訟大法廷判決を受けて」論究ジュリストNo.25（2018年）39頁



# 「威力」業務妨害罪についての若干の検討

大阪地方裁判所判決平成26年7月4日

(判例タイムズ1416号380頁、LEX/DB 25504286)<sup>(1)</sup>

秋 山 栄 一

## 【事実】

### 事実1

平成24年11月13日午後3時30分頃、大阪市環境局の職員らが説明会の会場となる同区民ホール西側大ホール内において会場の設営作業を行い、同局職員である被害者が部外者が立ち入らないように大ホールの出入口の扉の前に立っていたところ、被告人は、B、C及び氏名の分からない者らと共に共謀の上、「開ける」と言いながら、被害者を押ししたり、大ホールの扉をたたいたりして被害者の業務を妨害した。続いてそのころから同日午後5時15分頃までの間、被害者やその他の職員らが会場設営のために同区民ホール南玄関ホール内に設置したパーテーションをその外に運び出し、さらに、トランジスタメガホン等を用いて「焼却反対」などと大声で連呼するとともに、笛や太鼓等の楽器を打ち鳴らすなどして前記職員らを威嚇し、その業務を妨害したものである。

### 事実2

#### (1) ビラ配布の制止業務に対して

公訴事実によれば、被告人は、平成24年10月17日午後3時頃から同日午後4時5分頃までの間、D駅E口（大阪駅御堂筋北口）付近において、同駅構内の秩序維持等のために無許可で同駅構内においてビラを配布する者やプラカードを掲げるなどして集まり同駅構内に立ち入ろうとする者などに警告を発し、制止するなどの警備・警戒の業務に従事していた同副駅長

である A に対し、顔を近づけ、大声を出して、威圧しながら執ように付きまとい、さらに、A の足を踏みつけ顔を近づけて大声で威嚇し、威力を用いて人の業務を妨害したというものである。

大阪地方裁判所は次のような事実を認定した。平成24年10月17日午後3時過ぎ頃、被告人を含む十数名の者が D 駅 E 口付近で街頭宣伝活動をしていて、そのうち数名が D 駅 F 広場において無許可でビラの配布を始めたため、A は、他の約20名の D 職員等と共にこれを制止する業務を始めたこと、A は、自らの同業務を行うとともに、上記約20名の業務を統括する立場にあったこと、その後間もなく、被告人が A に近づいて、20センチから50センチ程度の距離まで顔を近づけ、「ビラまきを制止するな。」「表現の自由や。邪魔するな。」などと大声で言い、その後短時間言い争いをしたこと、被告人は、その後、A をにらむなどしながら、午後4時頃に街頭宣伝活動が終わるまでの間、A の近くに立っていた。

## (2) 駅コンコース内への立ち入り制止業務に対して

さらに、A が同日午後4時過ぎ頃、D 駅 E 口付近での活動を終えた前記街頭宣伝活動参加者らが同駅南方方面に移動するために駅コンコース内に立ち入ろうとした際、これを制止しようとしたこと、被告人は、A に近づき「何でじゃまするんや。」などと言い、A の身体を押しつけて同コンコース内に立ち入り、他の参加者らと一緒に同コンコースを通過して移動したことが認められる。

## 【判旨】

### 事実1

被告人を含めた現場にいた者たちには、各自の行動は自分で決める、互いの行動には干渉しないとの考え方で行動していたから、本件業務妨害行為に関する共謀は存在しないとする弁護側の主張を退けたうえで、被告人らの行為は、試験焼却による放射能汚染による健康被害から被告人らを含

む処理施設周辺住民の生命身体を守る目的で行われた正当な行為であるから違法性がないとの主張に対しては、次のように判示した<sup>⑨</sup>。

「試験焼却により、処理施設周辺住民に放射能汚染による健康被害が生じるのかということ自体、証拠上必ずしも明確ではないが、仮にそのような健康被害が生じるおそれがあるとしても、これに対しては、被告人らの人格権に基づく差止め訴訟を行い、仮処分を求めるなど、合法的に試験焼却を阻止する手段は残されていたのであって、被告人らが本件妨害行為に及ばなければ阻止できないほど緊急状態に置かれていたものでもない。」  
「しかも、被告人らの妨害行為は、これが続いていれば本件説明会の開催が困難になるほど激しいものであって、実力行使によって問題を解決しようとした被告人の行為が社会通念上相当なものではない。」

## 事実2

### (1) ビラ配布の制止業務に対して

「威力とは、被害者の自由意思を制圧するに足りる犯人の勢力のことをいい、威力を用いて業務を妨害する行為とは、行為の態様、当時の状況、業務の種類・性質からして、普通の人であれば心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるような行為を意味すると解される。」  
「本件についてこれをみると、A よりもやや背が高く体格もよい被告人が、A にかかなり近い距離で大声を出しているが、現場は白昼の D 駅前の屋外であり、人通りもあり、また、ビラを配布していた者は数名であるのに対してこれを制止する業務に従事していた者は A も含め約20名であり、近くには複数の警察官もいてこれを見ていた。そして、被告人が A に対して大声を出した際、他の街頭宣伝活動参加者がこれに直接加勢した事実もない。」  
「以上の状況を前提として、同業務の統率者の立場にある A の業務の性質も考えると被告人1名から顔を近づけられて大声を出され、短時間言い争いをしたからといって、その立場にある普通の人が心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるとまではいえない。現に A も被告人に対

しきつい調子で言い返しているし、他のD職員等によるビラ配布の制止業務が困難になったということもない。また、被告人がその後Aの近くに立っていたことについては、にらむなどしていたことを考慮しても、心理的な威圧感を与える行為とはいえない。」「したがって、Aのビラ配布の制止業務に対する被告人の行為は、威力を用いて業務を妨害する行為とはいえない。」

## (2) 駅コンコース内への立ち入り制止業務に対して

「D駅コンコースは、G(H株式会社)が所有する同駅建物の一部であり、同社が管理する鉄道地であって、AをはじめとするD職員には、鉄道営業法及び駅建物の管理権に基づいて、駅構内の秩序を維持するため、同コンコース内への立ち入りを認めればその秩序を乱すおそれがある者に対しては、立ち入りを制止する権限がある。」しかし、駅建物や同コンコースの公共性に加え、同駅の状況を考慮すれば、「それによって駅構内の秩序が乱されるおそれがない場合には、D職員は、鉄道を利用する意思がなく、単に通り返すためだけに同コンコースを利用しようとする者に対しても、その立ち入りを制止することはできないと解すべきである。」

そこで検討するに、「D駅E口付近での街頭宣伝活動終了後、これに参加していた者らのうち数十名が駅コンコースに向かって移動を始めた。その際、プラカードや横断幕を持っている者はいたが、いずれも大きなものではなく、駅利用者の通行の妨げになるようなものではなかった。参加者らは何人かずつに分かれて進行しており、隊列を組むようなこともなく、『原発反対』などと声をあげる者はいたが、声を合わせてシュプレヒコールをすることはなかったし、拡声器を持っている者はいたが、これを使用する者はなかった。また、通行人等にビラを配ろうとする者もいなかった。そのほか、E口付近で傘を開いている参加者はいたが、D職員の指示に従って、これを閉じている。」このような状況からすれば、「同コンコース内への立ち入りを認めてもその秩序が乱されるおそれがあったとは認められな

い。また、実際に、参加者らが駅コンコース内を通過する際、他の駅利用者の通行の妨げになった訳でもない。「そうすると、駅構内の秩序が乱れるおそれがないにもかかわらず、Aが駅コンコース内への立ち入りを制止したことは、適法な業務の遂行とはいえない。これに対し、被告人がした行為は、・・・違法なものとは認められない。」

「以上のとおり、被告人の行為は、その一部は威力を用いて業務を妨害したと認められない。」

## 【評釈】

### 1. 問題の所在

本判決は、震災がれき処理をめぐる一連の抗議活動としての被告人の行為が、刑法234条の「威力」業務妨害罪に当たるのかが争われたものである。本判決は、二つの事実に大別できる。事実1において、同罪の構成要件要素である「威力」を認め、同罪の成立を肯定し、事実2においては、ピラ配布制止業務に対する被告人の行為①について、同罪の構成要件要素である「威力」概念を否定し、また、駅コンコース内立ち入り制止業務に対する被告人の行為②では、同業務の要保護性の問題として、最終的に被告人の行為の違法性を阻却し、同罪の成立を否定したものである。本判決が事実1において「威力」概念を肯定し、同罪の成立認めた点については、従来の判例と比較しても特に異論はない。他方、事実2においては、同罪の成立が否定されたのであるが、前述のようにその理論構成は異なっている<sup>(3)</sup>。

そもそも、同罪は、処罰の限定化が非常に困難な犯罪類型の一つであると指摘されている<sup>(4)</sup>。それは、同罪の客体である業務と公務概念の限界付けなどの議論の錯綜、妨害概念を危険犯と把握することからの不明確性などに起因しているからであろう。仮にそれを承認するとすれば、本罪成立の限定化を期待できる要素は「威力」概念であるとする指摘もある<sup>(5)</sup>。實際上、威力業務妨害罪が否定された事案は少数にとどまっており<sup>(6)</sup>、本判決

もその一つである。

そこで本稿では、本判決が同罪の成立を否定した点について、「威力」概念に焦点をあて、若干の検討を試みるものである。

## 2. 判例及び学説による「威力」概念

判例によれば、「威力」とは、まず、「人ノ意思ヲ制圧スル勢力」（大判明43・2・3刑録16・147）とされ、「犯人の勢力、人数および四圍の情勢よりみて、被害者の自由意思を制圧するに足る犯人側の勢力」であり、「客観的にみて被害者の自由意思を制圧するに足りるものであって、現に被害者が自由意思を制圧されたことを要するものではない」（最判昭28・1・30刑集7・1・128）と定義する。同様に、最近の判例では、「威力」とは、「人の意思を制圧するような勢力をいい、その威力の行使によって現実に被害者の自由意思が制圧されたことを要するものではなく、犯行の日時、場所、動機目的、勢力の態様、業務の種類等諸般の事情を考慮し、客観的にみて人の自由意思を制圧するに足りるものであるか」を判断すべきものである。（最判平23・7・7刑集65・5・619）ともしている。これは、人に対する暴行・脅迫や、それには至らないが自由意思を制圧しようとする威迫行為の類型といえる、いわば対人的手段を想定している。例えば、電車の操縦を妨げるため電車の運転手を殴打傷害した場合（大判大14・2・18刑集4・54）、耕作を中止させるため危険が身に及ぶべき旨を告げて威嚇した場合（前掲大判明43・2・3）、多数の顧客が飲食中の食堂内で数人共同して大声叱咤または怒号喧噪した場合（大判昭10・9・23刑集14・938）労働争議に関連して、70数名の者がスクラムを組むなどして、工場長の制止を振り切って事務室に乱入し、工場長を乱入者の一団と対席させ、その質問に身をさらさせたりするような多衆・団体の力を誇示した場合（前掲最判昭28・1・30）、満員の百貨店食堂の配膳部に縞蛇20匹あまりを撒き散らしたりするような混乱に陥れた場合（大判昭7・10・10刑集11・15・19）、営業中に家屋を明け渡させるため名を修繕にかりて商家

の周囲を板囲いして店内を暗黒ならしめた場合（大判大9・2・26刑録26・82）、公立高校の卒業式直前に保護者らに対して大声で呼び掛けを行い、これを制止した教頭らに対して怒号などし、卒業式の円滑な遂行を妨げた場合（前掲最判平23・7・7）など、多数の事例が存在する。これらの判例は、暴行・脅迫はもちろんのこと、それまでに至らないものであっても、社会的経済的地位・権勢を利用した威迫、多衆・団体の力の誇示、騒音・喧噪状態の作出など、客観的にみて被害者の自由意思を制圧するに足りるものというものといつてよからう。

さらに判例は、「『威力ヲ用ヒ』とは一定の行為の必然的結果として人の意思を制圧する様な勢力を用いれば足り、必ずしもそれが直接、現に業務に従事している他人に対してなされることを要しない」（最判昭32・2・21刑集11・2・877）として、对人的手段のみならず、対物的手段についても「威力」としている。例えば、小作人が、生育中の苗代田の畔2か所を鋤で決壊し稲苗の生育を妨げた場合（最判昭25・7・4刑集4・2・161）、労働争議に関連して、送炭業務を阻止するため貨車に乗り上がってその開閉弁を開放し石炭を落下開放させた場合（前掲最判昭32・2・21）、争議行為の手段として、車の車検証やキーを奪取・抑留する場合（松山地宇和島支判昭43・6・12下刑集10・6・645、同旨東京高判昭43・11・28高刑集21・5・605）、弁護士からその業務にとって重要な書類が在中する鞆を奪取して隠匿した場合（最決昭59・3・23刑集38・5・2030）、密かに、消防長のロッカー内の作業服のポケットに犬の糞を、事務机引き出し内にマーキュロクロム液で赤く染めた猫の死骸をそれぞれ入れておき、翌朝、消防長にそれらを順次発見させた場合（最決平4・11・27刑集46・8・623）などが挙げられる。

学説の通説的見解も、「威力」とは「人の自由な意思活動を制圧する勢力」であるとしている<sup>6)</sup>。ただ、前掲最判昭32・2・21等が示す判例の態度には、批判的な見解が散見される。つまり、このような判例の態度は徐々に「威力」概念の拡大化を示し、同罪の処罰範囲を不明確にしようとする

して、被害者がその排除に際して直接的に心理的威圧を感じる程度にまで達していることを要求するものである<sup>(8)</sup>。

他方で、人の自由意思を制圧するとは、「その行為の態様において、人に直接作用するものに限られず、行為の結果を通して間接的に作用するものも含まれるし、また、人に心理な威圧感を与えてその自由な意思活動を抑圧することのみをいうのではなく、人に事実上業務遂行（業務の開始又は続行）が困難であることを知らしめて業務遂行に向けての意思活動を阻害することも含む概念」であって、「客観的にみてその人をそのような状態に追いやるのに足りる勢力が『威力』である。」というように、これまでの判例理論の流れを踏まえたとうえで、それを支持する見解も存在している<sup>(9)</sup>。

このような理論状況において、本判決は、「威力」について「威力とは、被害者の自由意思を制圧するに足りる犯人の勢力のことをいい、威力を用いて業務を妨害する行為とは、行為の態様、当時の状況、業務の種類・性質からして、普通の人であれば心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるような行為を意味すると解される」としている。これは前述のように事実2において判示したものであるが、事実1も含め本件裁判所の立場であると考えべきである。このような理解は、とりわけ对人的手段としての「威力」概念における従来の判例理論の立場を踏襲している。

### 3. 若干の検討

#### (1) 事実1について

本件当日、大阪市環境局の職員らが説明会会場においてその設営作業を行い、同局職員である被害者が部外者が立ち入らないように大ホールの出入口の扉の前に立っていたところ、被告人ら数名は、「開ける」と言いながら、被害者を押ししたり、大ホールの扉をたたいたりし、続いてそこから2時間弱の間、被害者やその他の職員らが会場設営のために設置したパーテーションをその外に運び出し、さらに、トランジスタメガホン等を

用いて「焼却反対」などと大声で連呼するとともに、笛や太鼓等の楽器を打ち鳴らすなどして同職員らを威嚇したものである。

もっとも、本件説明会は開催されたのであるが、2時間近くにわたり、被告人ら数名による大声、被害者への身体的圧力、会場整理に必要なパーティションの移動、さらにトランジスタメガホンや笛・太鼓の大音量での使用など、被害者ら市職員の会場設営を執拗に妨害する一連の行為は、従来の判例と比較してもその粗暴さなどは十分なものである。また、震災がれきの焼却処分計画に関する説明会の開催の妨害は、全国的に関心の高い事柄であり国民にとって重要な情報を得る機会を奪うおそれのある極めて重大なものでもある。したがって、被告人らの行為は、「人の自由な意思活動を制圧する勢力」として、威力業務妨害罪の「威力」と評価すべきである。

## （2）事実2について

ビラ配布制止業務に対する被告人の行為①については、被告人を含む十数名の者がD駅E口付近で街頭宣伝活動をしていたが、そのうち数名がD駅F広場において無許可でビラの配布を始めたため、副駅長であるAは、他の約20名のD職員等と共にこれを制止する業務を始めた。Aは、自らの同業務を行うとともに、上記約20名の業務を統括する立場にあり、その後間もなく、被告人がAに顔を近づけ、「ビラまきを制止するな。」「表現の自由や。邪魔するな。」などと大声で言い、その後短時間言い争いをした。被告人は、その後、Aをにらむなどしながら、約1時間余りの間、街頭宣伝活動が終わるまでの間、Aの近くに立っていた。

加えて、駅コンコース内への立ち入り制止業務に対する被告人の行為②については、Aは街頭宣伝活動を終えた同参加者らが移動するために駅コンコース内に立ち入ろうとした際、これを制止しようとしたこと、被告人は、Aに近づき「何でじゃまするんや。」などと言い、Aの身体を押しつけて同コンコース内に立ち入り、他の参加者らと一緒に同コンコースを

通過して移動したことが認められるものである。

被告人の行為①それ自体について、Aよりもやや背が高く体格もよい被告人が、副駅長であるAに対して、20センチから50センチ程度の距離まで顔を近づけ、「ビラまきを制止するな。」「表現の自由や。邪魔するな。」などと大声で言い、その後もAの近くに立ち、にらむなどしていた。このような一連の行為は、従来の判例の立場からみれば、「威力」が肯定されるようにも見えるが、このような事情あったのも関わらず、本件では「威力」が肯定されなかった。それは、前掲最判平23・7・7が「人の意思を制圧するような勢力強い、その威力の行使によって現実に被害者の自由意思が制圧されたことを要するものではなく、犯行の日時、場所、動機目的、勢力の態様、業務の種類等諸般の事情を考慮し、客観的にみて人の自由意思を制圧するに足りるものであるかを判断すべきものである。」と「威力」概念を定義している点と比較・検討すると、以下のような三つの要因が見いだせるといえる。まず、被告人の行為①とAを取り巻く状況は、白昼であり、更に駅前の屋外であったこと、人通りがあったことが認められる。とりわけ、D駅は関西地方の中心的ターミナルとして日々多くの人が行き交う、いわば都会の喧騒下である。このように彼らを取り巻く状況は、公共の場であって被告人に起因しない喧騒状態下にあるような空間であったといえる。これが第1の要因である。次に、Aが業務を遂行する状況は、ビラ配布制止業務者が20名ほどおり、ビラ配布者よりも多数であったこと、複数の警察官が近くで見ていること、被告人がAに対して大声を出した際に他の街頭宣伝活動参加者がこれに直接加勢していないことなどの事情も認定されている。つまり第2の要因として、Aが業務を遂行する状況は、被告人よりもAの方が数的優位に立っており、しかも公権力の行使たる警察官の目の届く範囲内であったといえる。さらにこれらを踏まえた上で、本判決は、「同業務の統率者の立場にあるAの業務の性質」に注目している。ビラ配布を望む者がそれを制止されれば、制止行為に対する異議・反発する行為も想定される。とするとビラ配布の制止業務を担

い、しかもそれを統率する立場である副駅長としての A の業務は、当然、異議・反発に対抗する性質を有することになる。現に、A は短時間であるが被告人と言い争いをし、きつい調子で言い返していることなどの事情も認定されている。このように第 3 の要因として、A の業務の性質は異議・反発が想定されたものであるといえる<sup>(10)(11)</sup>。

駅コンコース内への立ち入り制止業務に対する被告人の行為②については、そもそも、D 駅コンコースは、G (H 株式会社) が所有する同駅建物の一部であり、同社が管理する鉄道地であって、A をはじめとする D 職員には、鉄道営業法及び駅建物の管理権に基づいて、駅構内の秩序を維持するため、その秩序を乱すおそれがある者に対しては、立ち入りを制止する権限がある。これに対する被告人の行為②は、「被告人が駅コンコース内に立ち入ろうとした際、A がこれを制止しようとしたこと、被告人は、A に近づき『何でじゃまするんや。』などと言い、A の身体を押しつけて同コンコース内に立ち入り、他の参加者らと一緒に同コンコースを通過して移動した。」というものであるが、本件裁判所は、この点を同コンコース立ち入り業務の要保護性の観点から検討し、被告人の立ち入りは容認すべきとして、結論的に業務妨害罪の成立を否定している。「威力」概念の観点からは、それがその秩序を維持するための立ち入り制止業務に対する勢力といえるのか否かが焦点となる。過去の裁判例をみると、心理的威圧感をあたえるものが散見される。例えば、多数の顧客が飲食中の食堂内で数人共同して大声叱咤または怒号喧騒した場合（大判昭10・9・23刑集14・938）、総会屋 5 名が株主総会で怒号した場合（東京地判昭50・12・26刑月7・11=12・984）、或いは演劇開演の直前に舞台上に上がって演劇を中止させると怒号し喧騒状態に陥れた場合（前掲仙台高判昭25・2・14）、或いは参議院本会議中に傍聴席から演壇に向かって靴を投げつけ大声で叫ぶなどした場合（東京高判平5・2・1判時1478・163）などである。それらと比較した場合、被告人の行為は、A に近づき「何でじゃまするんや。」などと言ったこと、A の身体を押しつけて同コンコース内に立ち入った

ことなど、それ以外に道具を使用するといった手段を用いたことが認定されていないことを踏まえれば、その強度はさほど強いものでもないといえようか。

#### 4. 結びにかえて

以上のように本稿は、主として「威力」概念を否定するという観点から威力業務妨害罪の成立が一部否定された本判決について、若干の検討を試みたものである。まず、事実1については、従来判例と比較しても、「威力」概念を肯定すべき事案であった。したがって、紙面の関係上、概観するにとどめている。次に事実2についてまとめると、次のようになる。すなわち、ビラ配布制止業務に対する被告人の行為①については、本判決が認定した事実から三つの要因を指摘した。第1、第2の要因を前提に、第3の要因を踏まえれば、用いられた勢力が「威力」に該当し得るような行為であっても、「犯行の日時、場所、動機目的、勢力の態様、業務の種類等諸般の事情を考慮」すると、Aの受けた心理的威圧感がいわば打ち消される場合があると考えられる。しかも、実際に被害者の自由意思が制圧されることも要せず、本判決が「普通の人であれば心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるような行為を意味する」とし、「客観的にみて人の自由意思を制圧するに足りるものであるかを判断すべきものである。」とする前掲最判平23・7・7の観点からは、被告人の行為①は総合的にみて「威力」といえないことになるのであろう。また、駅コンコース内への立ち入り制止業務に対する被告人の行為②についても、同様に前掲最判平23・7・7の観点からは、総合的にみて「威力」といえないことになるのであろう。

前述のように威力業務妨害罪が処罰の限定化が困難な犯罪類型であると指摘されていることに鑑みれば、事実2に対して、「威力」概念を限定的に志向する本判決の態度は、結論的には評価できる<sup>(12)</sup>。ただし、被告人の行為自体のみならず、それが実行された場所、その人数、態様、業務の性

質等が大きな影響を受けることが明らかである。しかも、本件事実2では、関西地方の中心的な駅のターミナルという場の事案である。これが、規模の小さい駅ターミナルなど、被告人の取り巻く状況が異なれば、結論も変わることになる。そのような総合的判断<sup>(13)</sup>は、刑法の行為規範としての機能を後退させる虞もある。したがって、今後の裁判例の集積に期待すると同時に、本稿において残された問題についても、今後の検討課題とした<sup>(14)</sup>。

## 註

- (1) 本判決に対する評釈・紹介・解説・研究として、成澤孝人「判批」新・判例解説 Watch 法学セミナー増刊16号（2015）27頁以下、安達光治「業務妨害罪における威力の意義一人との対面での言葉による場合を中心に」立命館法学361号・3号（2015）132（686）頁以下、岡部天俊「刑事判例研究」北大法学論集67号1号（2016）153（180）頁以下、前田雅英「最新刑事判例研究第26回」捜査研究784号5号（2016）63頁以下参照。
- (2) その他に弁護人は、被告人は狙い撃ちで逮捕・起訴されたという検察官の公訴権濫用を主張したが、本件裁判所は「それには理由がない。」としている。
- (3) 事実1に関する「威力」概念の判断について、前掲註(1)に挙げた評釈等からも、否定的な主張はなされていない。ただ、事実2における、駅コンコース内への立ち入り制止業務に対する被告人の行為②については、違法性の阻却として同罪成立の否定が導かれている。この点については、今後の検討課題とする。
- (4) 山口厚『刑法各論 [第2版]』（有斐閣・2012）168頁参照
- (5) 西田典之『刑法各論 I』（弘文堂・1996）112頁
- (6) 本罪の成立が否定された裁判例として、広島高判昭28・5・27高刑集6・9・1105等
- (7) 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社・1990）538頁、大塚仁『刑法概説（各論）[第三版増補版]』（有斐閣・2005）、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会・1977）188頁、中森喜彦『刑法各論 [第4版]』（有斐閣・2015）74頁、山口・前掲註(4)165頁等多数。
- (8) 平野龍一『刑法概説』188頁、中山研一『刑法各論』（成文堂・1984）154頁、只木誠「時の判例」法学教室151号121頁等。

- (9) 佐々木正輝「大コンメンタール刑法（第12巻）〔第2版〕」大塚仁他編125頁、その他、井上弘通「最高裁判所判例解説刑事編平成4年度」156頁註15参照、河村博「刑法の基本判例」別冊法学教室115頁等。
- (10) 同旨、岡部・前掲註(1)159（174）頁以下。
- (11) その他、被告人がAの足を故意に踏んだという検察側の主張に対しては、本件裁判所は「これを裏付ける証拠はなく、これを否定する被告人の供述は否定できない。」としている。
- (12) そもそも、判例は「単に業務妨害の結果さえ発生すれば本罪の成立を認めているわけではな」く、「むしろ理論的には威力を限定する志向性がある」とする指摘として、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会・2007）132頁。
- (13) 総合的判断とならざるを得ないとするのは、前田・前掲註(1)75頁。
- (14) 判例の事案を類型化し、「威力」概念の基準を示す試みとして、安達・前掲註(1)157（711）頁以下参照、河村・前掲註(9)112 頁参照。

## 判例評釈

契約書に訴訟についての管轄合意がある場合に、  
調停についての管轄合意が否定された事例

川 口 誠

-----  
〈対象事件〉

大阪地方裁判所 平29(ソ)20号 移送申立て却下決定に対する即時抗告事件  
平29・9・29第10民事部決定

(大阪地裁での民事調停事件専門部・第10部での合議体による判断)

〈裁判結果〉

(原審の大阪簡裁への移送申立て却下決定を) 取消、請求認容、移送(確定)

(原審 茨木簡易裁判所 平29(サ)17号決定)

〈参照条文〉 民事調停法3条、4条1項本文  
-----

### I. 事案の概要

本件は、民事調停事件において、基本契約に訴訟についての管轄の合意があれば、調停事件についても管轄の合意があると解して良いか否かの問題で、否定説を採用した事案である。

基本事件の申立人(原審・抗告審の相手方、株式会社Y、本店所在地は茨木簡裁管内)と相手方(原審・抗告審の申立人、有限会社X、本店所在地は大阪簡裁管内)は、レンタル基本契約を結び、申立人は建設機械等を相手方に貸与したが、相手方が賃貸料等を支払わないので、この支払を求めて自己の本店所在地を管轄する大阪簡裁に民事調停を申し立てた。レンタル基本契約の契約書に「この契約について訴訟の必要が生じたときは、大阪地方裁判所又は茨木簡易裁判所を管轄裁判所とすることに合意します」という合意管轄条項があり、ここでの「訴訟」には「調停」も含まれると

したからである。

これに対し相手方は、この管轄条項は訴訟についてのもので調停についての合意ではないとして、基本事件の大津簡裁への移送を申し立てた。原審（茨木簡裁）がこの相手方の申立てを却下する決定をしたので、相手方がこれを不服として即時抗告したのが本件である。

## II. 本決定の要旨

民事調停法3条1項は、特別の定めがない限り、相手方の住所等を管轄する簡易裁判所または当事者が合意で定める地方裁判所もしくは簡易裁判所を調停事件の管轄と定めているが、これは合意による紛争解決を目的とする調停事件について、主として相手方出頭の便宜に配慮し、調停の円滑な進行に資するところにあると解される。本件基本契約のレンタル契約の管轄条項は、文言上、訴訟についての管轄を定めるものであり、調停についても管轄の合意があったと解釈することはできない。この場合、申立人が自社本店所在地の簡裁に調停申立てをするには、相手方との間に新に調停についての管轄の合意を締結する負担を負うことになるが、合意による紛争解決を図るという調停の目的に沿った合理的な負担といえ、このように解しても特段の不都合はない。

本決定は、このような判断に基づき、原決定を取り消して、相手方の移送申立てを認容した。

## III. 本決定の意義

民事調停法の改正（平成23年法律第53号）により、従来認められていなかった移送申立権が付与され、従来とは逆に移送申立ての却下決定に対して即時抗告が可能となった（民調法21、22、非訟法10、民訴法21）。本決定は、改正後の民調法での判断である。

調停事件の管轄については、原則として相手方の住所等を管轄する簡易裁判所が管轄裁判所とされ、当事者が特定の地方裁判所または簡易裁判

所を管轄とすることに合意したときは、その裁判所も管轄裁判所となる（民調法3-I）が、訴訟事件では認められている義務履行地等の選択的な任意管轄の定めはない。調停事件について、このような原則とされたのは、主として、合意による紛争解決を目的とする手続であるという民事調停事件の性質から、特に相手方の出頭の便宜を考慮したものであり、調停を起こされる側の便宜を考慮することが衡平にない、調停の円滑な進行に資するからであると解されている（石川明・梶村太市編『注釈民事調停法』[改定版] 青林書院 1993年 105頁）。

しかし、本件のように訴訟事件についての管轄合意は明記されているが、民事調停については記載のない契約書が多く見かけられると思われる。このような契約書の場合に調停事件についても管轄の合意があったと解して良いかが問題となる。

これについては肯定説、否定説の見解があるが（上記103頁）、本決定は、調停事件についても管轄の合意があると解することはできないと否定説を採った。たしかに肯定説をとると、相手方の遠隔地での出頭を結果的に強制することとなる可能性がある。しかし民調法3条の規定があり、また4条に移送の規定があるのであるから、一方当事者に著しく不利益な場合には、移送または自庁処理で対応可能なのではないか。

契約の解釈の問題であるとも考えられるが、解釈ということであれば、本件基本契約でも訴訟管轄合意の文言の直前に、「この契約に関して疑義又は紛争が生じたときは、甲乙協議の上、円満に解決します」という文言があり、直後に続く「訴訟の必要が生じたときは」の趣旨を当事者間「のみ」の話合いで紛争解決できないときはと解釈すれば、第三者が介在する調停手続も該当すると解される。訴訟であれば合意管轄裁判所に出廷するが、調停だからダメだというほど、紛争解決方式の違いを意識して管轄の合意をしたのであろうか。

消極説を採ると、新に別途調停についての管轄の合意が必要となるが、合意が成立しないほど当事者間の関係がこじれているのであれば、互譲を基

調とする調停での紛争解決も望めないということにもなる。調停手続による紛争解決を望むのであれば、調停の管轄合意くらいはとれるはずだということであるが、これではかえって訴訟での解決に誘導されることになるのではないか。

調停についての管轄合意を明記する契約書が少ない実務の実情からすると、また本決定は大阪地裁の調停事件専門部である第10民事部の合議体での決定である点でも、否定説の影響は大きい(決定によれば、同裁判所はこのような移送の運用をすでに行っている)。この状況では、むしろ訴訟で紛争を解決した方が、合意した裁判所での審理を受けられるだけではなく(それは自己に有利な裁判所での審理となる可能性が高い)、抜本的な解決が得られると考える当事者が現れてもおかしくはない。これでは、調停手続の本来の趣旨が損なわれる結果となるのではないか。

民法(債権法)の改正により、定型約款の規定が新設された。本件でも両当事者は企業であり、契約書はこれに該当する可能性が高い。条項に「訴訟」についてのみ記載したり「本店所在地を管轄する地方裁判所」と印刷された定型約款で今まで契約をしている場合には、合意管轄について再考の必要があるのではないか。また理論的にも、本件のような場合に、肯定説を採りながら何らかの立法的な手当を講じる方策があり得るか検討の余地があるのではないか。<sup>\*1・\*2</sup>

-----  
[決定]

当事者 抗告人 有限会社X

相手方 株式会社Y

主 文 1 原決定を取り消す。

---

\* 1 本件についての判例評釈として、判例時報2369号(平成30年7月11日号)34頁、判例タイムズNo.1448(2018.7)188頁がある。

\* 2 関係人の氏名は記号にし、[決定]での証拠表示は省略。

- 2 基本事件を大津簡易裁判所に移送する。
- 3 抗告費用は、相手方の負担とする。

理 由 第1 抗告の趣旨及び理由

- 1 抗告の趣旨 主文1、2 同旨
- 2 抗告の理由

基本事件について抗告人と相手方との間に管轄合意がないのに、抗告人の本店所在地を管轄する大津簡易裁判はなく、茨木簡易裁判所に管轄を認めた原審の判断に誤りがある。

第2 事件の概要

1 基本事件は、相手方（基本事件申立人）が、抗告人（基本事件相手方）との間でレンタル基本契約（甲3、以下「本件基本契約」という。）を締結した上、抗告人に対し建設機械等を貸し渡すなどしたにもかかわらず、抗告人が賃貸料等を支払わないとして、その支払を求めるというものである。

本件基本契約に係る契約書には、「合意管轄等」として、「この契約に関して疑義又は紛争が生じたときは、甲（抗告人）、乙（相手方）協議の上、円満に解決します。甲、乙及び連帯保証人は、この契約について訴訟の必要が生じたときは、大阪地方裁判所又は茨木簡易裁判所を管轄裁判所とすることに合意します。」との条項（以下「本件条項」という。）があるところ、相手方は、本件条項における「訴訟」には「調停」も含まれるとして、茨木簡易裁判所に対し、調停を申し立てた。

これに対し、抗告人は、基本条項は、飽くまで、訴訟に関する管轄合意であって、調停に関する管轄合意ではないとして、基本事件の大津簡易裁判所への移送を申し立てた（本件申立て）。

2 原審は、本件申立てには理由がないとしてこれを却下する旨の決定をしたところ、抗告人が不服として即時抗告をした。

第3 当裁判所の判断

1 そこで、検討すると、民事調停法3条1項は、調停事件については、特別の定めがある場合を除いて、調停事件の相手方の住所等を管轄する簡易裁判所又は当事者が合意で定める地方裁判所若しくは簡易裁判所の管轄としており、民事訴訟における管轄とは異なり、原則として、当事者が合意で定めない限り調停事件は相手方の住所等を管轄する簡易裁判所が管轄裁判所となる。この趣旨は、主として、合意による紛争解決を目的とする調停事件については、相手方の出頭の便宜を配慮し、調停の円滑な進行に資するところにあると解される。

そして、本件条項が、その文言上、訴訟についての管轄を定めることは明かであるところ、上記の趣旨に照らせば、本件条項をもって、訴訟のみならず調停についても管轄合意があったと解釈することは、調停を起こされる側の出頭を困難にし、調停の円滑な進行を阻害することになりかねず、相当でない。本件において、茨木簡易裁判所で調停を行うためには、調停を起こす側（相手方）は、これを起こされる側（原告人）との間で新に管轄合意を締結する負担を負うことになるが、合意による紛争解決を図るという調停の目的に沿った合理的な負担といえ、このように解しても特段の不都合はない。

したがって、本件条項をもって、調停についての管轄合意があったと解釈することはできない。

よって、基本事件は、茨木簡易裁判所の管轄に属さず、大津簡易裁判所の管轄に属するものと認められる。

2 なお、相手方は、本件条項を全体として解釈すれば「訴訟」には「この契約に関して…紛争が生じた場合」も広く含まれると主張するが、上記一の説示に照らせば、そのような解釈は相当でないというべきである。ちなみに、大阪地方裁判所では、管轄合意の提出がない調停申立てについては、管轄する簡易裁判所へ移送する運用

をしている。

ところで、原告人も相手方も本件調停手続緒及び不服申立手続について、訴訟用の委任状を提出しているが、委任状校として手続行為の記載がない。平成23年法律第51号により制定された非訟事件手続法の施行日である平成25年1月1日以降、委任事項として手続行為の記載のある委任状が一般に用いられており、委任条項を厳格に解するときは、手続行為の適法性に問題が生じる可能性があることを念のために附言する。

3 以上のとおり、基本事件は、茨木簡易裁判所の管轄に属しないと認められるから、民事調停法第4条一項本文に基づき管轄裁判所である大津簡易裁判所へ移送すべきである。

よって、本件抗告は理由があるから、主文のとおり決定する。

（裁判長裁判官 杉浦徳宏 裁判官 高嶋 卓 澤田博之）



# 法学研究所所員名簿

## 法学部

小 泉 正 樹 (所長)  
中 川 修 一  
渡 部 毅 (運営委員)  
秋 山 栄 一 (編集委員)  
川 口 誠 (運営委員)  
高 橋 佑 輔  
渡 部 高 明  
中 村 逸 春 (編集委員)  
佐 藤 克 枝

## 国家試験等センター

佐 藤 寛 稔  
岡 崎 頌 平 (編集委員)

## 第 58 号 目 次

### 論 文

わが国における権力分立制の変容について(2)	中 川 修 一
監査等委員会設置会社に関する会社法改正について	道 端 忠 孝
放送法と「公共の福祉」	佐 藤 寛 稔
分権改革による都道府県・市町村関係の変容 —秋田県における事務処理特例制度の受容を素材に—	鹿 谷 雄 一
母体保護法と刑法に関する一考察 (1)	岡 崎 頌 平

### 研究ノート

管轄の合意・再考 (九)	川 口 誠
--------------	-------

### 活 動

「学生による社会調査」と地域社会貢献 ～秋田市における除雪・防災活動の事例から～	ノースアジア大学法学研究所
---	---------------

## 第 59 号 目 次

### 論 文

明治憲法の歴史的検討	中 川 修 一
行政不服審査における“憲法判断”の可能性	佐 藤 寛 稔
昭和 20 年代秋田県における行政委員会委員選挙 —農業委員会・教育委員会・海区漁業調整委員会—	鹿 谷 雄 一

### 研究ノート

管轄の合意・再考 (十・完)	川 口 誠
----------------	-------

執筆者

中川修一 ノースアジア大学教授  
佐藤寛稔 ノースアジア大学教授  
秋山栄一 ノースアジア大学准教授  
川口誠 ノースアジア大学准教授

(掲載順)

平成31年3月26日印刷  
平成31年3月29日発行

秋田法学第60号

編集兼  
発行人 ノースアジア大学法学研究所

印刷所 株式会社 三戸印刷所  
秋田市旭北錦町3番50号  
電話 018-823-5351

---

発行所 ノースアジア大学法学研究所  
秋田市下北手桜守沢46-1  
電話 018-836-6592

# AKITA HŌGAKU

## LAW REVIEW OF NORTH ASIA UNIVERSITY No. 60 March, 2019

### CONTENTS

#### Articles

- Historical study of the Meiji Constitution (2)  
—Examination of civil liberties in the Great Japanese  
Imperial Constitution—  
.....*Shuichi Nakagawa*

#### Case Exegesis

- “Broadcast Receiving” and Economic Freedom  
.....*Hirotohi Sato*
- A Study of the "Forcible" Obstruction of Business  
.....*Eiichi Akiyama*
- Ein Beschluß gegen die Zuständigkeitsvereinbarung über  
das Schlichtungsverfahren  
.....*Makoto Kawaguchi*

*published by*  
Institute of Law  
North Asia University