

判例研究

家永教科書検定第三次訴訟上告審判決

〔最高裁平成九年八月二九日第三小法廷判決、平六(才)一一一九号、損害賠償請求事件、一部上告棄却、一部破棄自判、判例時報一六二三号四九頁〕

山田 創 一

〔事実〕

家永教科書検定訴訟は、第一次訴訟・第二次訴訟・第三次訴訟と、三つの訴訟が提起されてきた。すなわち、第一次訴訟は、昭和三五年の高等学校学習指導要領の全面改訂に伴う高等学校社会科教科書「新日本史」の昭和三七年度検定申請に対する不合格処分（昭和三八年四月）及び昭和三八年度検定申請に対する条件付合格処分（昭和三九年三月）の際の条件指示・修正意見の告知につき、教科書執筆者家永三郎氏が精神的・物質的損害を被ったとして、国家賠償を請求した民事訴訟である。第二次訴訟は、昭和三八年度検定において条件付合格となった教科書に部分的改訂を加え昭和四一年に改訂検定の申請をしたが、古事記・日本書紀及び日ソ中立条約に関する記述など六箇所につき不合格処分（昭和四二年）の決定を受けたので、教科書執筆者家永三郎氏が不合格処分の取消を求めて

提訴した行政訴訟である。第三次訴訟は、昭和五五年度の新規検定と昭和五八年度の改訂検定に際して、草莽隊、親鸞、南京大虐殺、朝鮮人民の反日抵抗、日本軍の残虐行為、日本の侵略、沖縄戦、七三一部隊の記述に関し、修正意見及び改善意見を付した条件付合格処分を受けたこと、また、南京大虐殺の記述に関する正誤訂正手続の申請（昭和五七年一二月）が不受理になったことの両者によって被った精神的損害に対し、教科書執筆者家永三郎氏が国家賠償を請求した民事訴訟である。

この三つの訴訟の基本的主張はほぼ同一である。すなわち、教科書検定制度が憲法に違反するという法令違憲論、仮に制度違憲が認められないとしても本件検定処分が違憲であるという適用違憲論、それらがともに認められないとしても少なくとも本件検定処分は文部大臣に付与された裁量権の範囲を逸脱したものであるとの裁量権濫用論である。法令違憲論・適用違憲論では、教科書検定が、①表現の自由の保障・検閲の禁止を定めた憲法二一条に違反すること、②学問の自由を保障する憲法二三条に違反すること、③教育の自由・自主性を保障する憲法二六条等・教育基本法一〇条に違反すること、④公権力の行使について適正手続を必要とすると定める憲法三一条等及び法治主義に違反することとの主張がなされている。

第一次訴訟については、①検定を合憲としたものの、検定の一部に裁量権濫用の違法があるとして一〇万円の支払いを命じた原告一部勝訴の高津判決（東京地判昭和四九年七月一六日判時七五一号四七頁）、②検定を合憲合法として原告全面敗訴となった鈴木判決（東京高判昭和六一年三月一九日判時一一八八号一頁）、③控訴審判決を支持して検定を合憲合法とし原告全面敗訴が確定した可部判決（最判平成五年三月一六日民集四七巻五号三四八三頁）がある。

第二次訴訟については、④制度自体の違憲性は認めなかったものの本件検定処分が憲法二一条二項の禁止する検閲に該当し、教育基本法一〇条に違反するとして、不合格処分の取消を認め原告全面勝訴となった杉本判决（東京地判昭和四五年七月一七日判時六〇四号二九頁）、⑤憲法判断は回避したものの、「前後の一貫性を欠く気ままに出た行政行為である」として検定の裁量権濫用を認め、一審判決の結論を支持して原告勝訴となった畔上判決（東京高判昭和五〇年一月二〇日判時八〇〇号一九頁）、⑥高等学校学習指導要領が昭和四五年に全面改正され、旧審査基準による検定に合格した教科書について新審査基準による改訂検定を行うことはできないから、原告の訴えは原則として訴えの利益を欠くに至ったというべきであるが、例外事由の有無について更に審理する必要があるとして、原判決を破棄し、高裁に差し戻した中村判決（最判昭和五七年四月八日民集三六卷四号五九四頁）、⑦本件訴訟は前記学習指導要領の改正により訴えの利益を欠くに至ったとして、不適法却下して確定した丹野判決（東京高判平成元年六月二七日判時一三一七号三六頁）がある。

第三次訴訟については、⑧検定を合憲としたものの、草莽隊の記述に関する検定につき裁量権の逸脱があったとして違法とし、一〇万円の支払いを命じた原告一部勝訴の加藤判決（東京地判平成元年一〇月三日判時平成二年二月一五号三頁）、⑨検定を合憲としたものの、草莽隊、南京大虐殺、南京戦における婦女暴行の記述に関する検定につき裁量権の逸脱があったとして違法とし、三〇万円の支払いを命じた原告一部勝訴の川上判決（東京高判平成五年一〇月二〇日判時一四七三号三頁）があり、本判决は、この上告審判決である。なお、家永側の上告に対し、国側は付帶上告をしていないため、三箇所の違法判断についてはこれにより確定している。

〔判旨〕

本判決は、文部大臣が「七三一部隊」の原稿記述に違法な修正意見を付したことによって被った上告人の精神的苦痛に対する慰謝料としては一〇万円が相当であり、国は、原審が認容した慰謝料額（三〇万円）と併せて四〇万円を上告人に支払うべきであるとの上告人一部勝訴の判決を言い渡した。多数意見の理由は、以下の通りである。すなわち、

一 教科書検定の憲法適合性について

「憲法上、親は、子供に対する自然的関係により家庭教育等において子女に対する教育の自由を有し、教師は、高等学校以下の普通教育の場においても、授業等の具体的内容及び方法においてある程度の裁量が認められるという意味において、一定の範囲における教授の自由が認められ、私学教育の自由も限られた範囲において認められるが、それ以外の領域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、し得る者として、あるいは子供自身の利益の擁護のため、あるいは子供の成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するといふべきであり」、「教育行政が許容される目的のために必要かつ合理的と認められる規制を施すことを禁止」されていない。普通教育の場においては、「教育内容が正確かつ中立・公正で、地域、学校のいかんにかかわらず全国的に一定の水準であることが要請される」が、文部大臣が学校教育法（二一条一項、五一条、旧教科用図書検定規則（昭和五二年文部省令第三二号）、旧高等学校教科用図書検定基準（昭和五四年文部省告示第一三四号））に基づいて行う高等学校用の教科書の検定

は、「単なる誤記、誤植等の形式的なものにとどまらず、記述の実質的な内容、すなわち教育内容及ぶもの」であるとしても、「右の各要請を実現するために行われるものであることは、その内容から明らかであり、その基準も、右目的のため必要かつ合理的な範囲を超えているものということはいえ」ないから、憲法二六条、一三条、教育基本法一〇条に違反しない。

「憲法二二条二項にいう検閲とは、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上、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解すべきところ」、教科書検定は、「一般図書としての発行を何ら妨げるものではなく、発表禁止目的や発表前の審査などの特質がないから、検閲には当たらない。また、表現の自由といえども「公共の福祉による合理的で必要やむを得ない限度の制限を受ける」ことがあるが、「普通教育の場においては、教育の中立・公正、一定水準の確保等の要請があり、これを實現するためには、これらの観点に照らして不適切と認められる図書の教科書としての発行、使用等を禁止する必要があること、その制限も、右の観点からして不適切と認められる内容を含む図書についてのみ、教科書という特殊な形態において発行することを禁ずるものにすぎないことなどを考慮すると、教科書の検定による表現の自由の制限は、合理的で必要やむを得ない限度のものというべきである」し、審査の基準も、「当該教科、科目の専門知識を有する教科書執筆者がこれらを全体として理解すれば、具体的記述への当てはめができないほどに不明確であるとはいえない」から、憲法二二条一項の規定に違反しない。

教科書は、「普通教育の場において使用される児童、生徒用の図書であつて、学術研究の結果の発表を目的とす

るものではなく、本件検定は、申請図書に記述された研究結果が、たとい執筆者が正当と信ずるものであったとしても、いまだ学界において支持を得ていないとき、あるいは当該教科課程で取り上げるにふさわしい内容と認められないときなど旧検定基準の各条件に違反する場合に、教科書の形態における研究結果の発表を制限するにすぎない」から、本件検定は、学問の自由を保障した憲法二三条の規定に違反しない。

教科書検定は、法治主義の原則を定めた憲法一三条、四一条、七三条六号に違反しない。

「行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定される」が、「本件検定による制約は、思想の自由市場への登場という表現の自由の本質的部分に及ぶものではなく、教育の中立・公正、一定水準の確保等の高度の公益目的のために行われるものであり、また、検定の公正を保つために、「教育的、学術的な専門家である教育職員、学識経験者等を委員とする検定審議会が設置」され、「文部大臣の合否の決定は同審議会の答申に基づいて行われるのであり」、「修正意見を付した場合には、それに対する意見申立ての制度」があつて、「不合格理由は事前に申請者に通知」され、「それに対する反論聴取の制度」もあり、しかも、「検定意見の告知は、文部大臣の補助機関である教科書調査官が申請者側に口頭で申請原稿の具体的な欠陥箇所等を例示的に摘示しながら補足説明を加え、申請者側の質問に答える運用がされ、その際には、速記、録音機等の使用も許されていて、申請者は右の説明応答を考慮した上で、不合格図書を同一年度ないし翌年度に再申請することが可能であること」などを総合勘案すると、本件検定は憲法三一条の法意に違反しない。

教科書検定は、意見及び表現の自由を保障した「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)一九条の規定に違反しない。

「本件検定が、制度の目的及び趣旨に従って行われる限り、それによって教科書の執筆等に一定の制約が生じるとしても、適用上違憲になるということはない。教科書の検定が、教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われるようなことがあれば、適用上の違憲の問題も生じ得るが、原審の認定によれば、本件検定処分等を通じてそのような運用がされたとは認められないというのであるから、所論違憲の主張は、前提を欠く。」

二 教科書検定の裁量基準について

「文部大臣が検定審議会の答申に基づいて行う可否の判定、合格の判定に付する条件の有無及び内容等の審査、判断は、申請図書について、内容が学問的に正確であるか、中立・公正であるか、教科の目標等を達成する上で適切であるか、児童、生徒の心身の発達段階に適応しているか、などの様々な観点から多角的に行われるもので、学術的、教育的な専門技術的判断であるから、事柄の性質上、文部大臣の合理的な裁量にゆだねられるものであるが、可否の判定、合格の判定に付する条件の有無及び内容等についての検定審議会の判断の過程に、原稿の記述内容又は欠陥の指摘の根拠となるべき検定当時の学説状況、教育状況についての認識や、旧検定基準に違反するとの評価等に看過し難い過誤があつて、文部大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、右判断は、裁量権の範囲を逸脱したものととして、国家賠償法上違法となると解するのが相当である。そして、検定意見は、原稿の個々の記述に対して旧検定基準の各必要条件ごとに具体的理由を付して欠陥を指摘するものであるから、各検定意見ごとに、その根拠となるべき学説状況や教育状況等も異なるものである。例えば、正確性に関する検定意見

は、申請図書の記述の学問的な正確性を問題にするものであって、検定当時の学界における客観的な学説状況を根拠とすべきものであるが、検定意見には、その実質において、(一)原稿記述が誤りであるとして他説による記述を求めるものや、(二)原稿記述が一面的、断定的であるとして両説併記等を求めるものなどがある。そして、検定意見に看過し難い過誤があるか否かについては、右(一)の場合は、検定意見の根拠となる学説が通説、定説として学界に広く受け入れられており、原稿記述が誤りと評価し得るかなどの観点から、右(二)の場合は、学界においていまだ定説とされる学説がなく、原稿記述が一面的であると評価し得るかなどの観点から判断すべきである。また、内容の選択や内容の程度等に関する検定意見は、原稿記述の学問的な正確性ではなく、教育的な相当性を問題とするものであって、取り上げた内容が学習指導要領に規定する教科の目標等や児童、生徒の心身の発達段階等に照らして不適切であると評価し得るかなどの観点から判断すべきものである(前掲平成五年三月一六日第三小法廷判決参照)。

ところで、原審の確定したところによると、本件検定当時の『教科用図書検定審査内規(昭和五三年六月一五日教科用図書検定調査審議会決定)』は、検定審議会は原稿本を合格と判定した場合、これに訂正、削除又は追加などの措置をしなければ教科書として不適切であると認められるときは、これを修正意見として指摘し、必要な修正を加えることを合格の条件とすること、修正意見として指摘するには至らないが、訂正、削除又は追加などの措置をした方が教科書としてより良くなると認められるときは、これを改善意見として指摘することを定めており、これに従った運用がされていたことが認められる。そうすると、修正意見を付することは、申請者がこれに応じて訂正、削除又は追加などの措置をしなければ教科書として不合格となるというものであるから、合格に条件を付するものであり、これが国家賠償法上違法となるかどうかについては前記のような判断を要する。これに対して、改善

意見は、検定の可否に直接の影響を及ぼすものではなく、文部大臣の助言、指導の性質を有するものと考えられるから、教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情がない限り、その意見の不当にかかわらず、原則として、違法の問題が生ずることはないというべきである。」

三 昭和五五年度の新規検定の際の改善意見について

上告人執筆の高等学校用日本史の本件教科書について、昭和五五年度になされた新規検定申請に際して、文部大臣が「親鸞」及び「日本の侵略」の各原稿記述にそれぞれ改善意見を付したが、「上告人は、各改善意見に反論して従わず、原稿本の記述がそのまま最終記述となって合格処分を受け、検定側において特に改善意見を直接的にも間接的にも強制したようなことはなかった」という本件事情の下では、文部大臣が前記各改善意見を付したことに国家賠償法上の違法があるとはいえない。

四 昭和五五年度の新規検定の際の「南京大虐殺」に関する修正意見について

昭和五五年度の本件教科書の新規検定申請において、「南京大虐殺」に関する原稿記述に修正意見が付せられ、原審は、「激昂裏に」を付け加えさせる結果となった修正意見をもって違法であると判断しているのであるが、「南京占領直後」という発生時期の点について修正意見を付したことも違法であると主張する点については、「時野谷調査官の理由告知の際の発言中に発生時期の点に関するものがあつたとしても、これをもって原審が違法と判断した修正意見とは別の修正意見が付されたということとはできないのであり、発生時期の点については違法ではないとした原審の判断は、結論においては是認することができるものである。」とする。

五 昭和五八年度の改訂検定の際の修正意見について

1 昭和五八年度になされた本件教科書の改訂検定の申請に際し、文部大臣が「朝鮮人民の反日抵抗」の原稿記述に対して、反日抵抗とは何を指すのか分からない、いわゆる東学党の乱の再挙を述べたものでないとするならば、まだ学界に紹介されていない一説といわざるを得ないので高校教師にとって理解が困難であるし、東学党の乱の再挙を述べたものであるなら東学党の乱の初発を記述しないで再挙のみ記述するのは生徒に混乱を与える結果となるので不適切であるとの理由で修正意見を付したというのである。ところで、「昭和五八年当時、一般的な歴史書は、東学党の乱と甲午農民戦争とを明確に区別しておらず、一八九四年の秋に朝鮮で起こった事を東学党の乱の再挙又は甲午農民戦争の秋の蜂起と呼んでおり、当時の学界でも右の名称で呼ばれる以外の反日抵抗についての研究は十分ではなかったというのであり、他の高校の教科書もすべて東学党の乱又は甲午農民戦争の初発を記述し、秋に起こった事象のみを取り上げたものはなかったというのである。右のような当時の学界の状況等を前提にすると、『朝鮮では人民の反日抵抗がたびたびおこっている。』と記載しただけでは、たびたび起こったとされる事象が何を指すのかについて分明ではなく、教師及び生徒にとって理解が困難であり、また、従来一般に東学党の乱又は甲午農民戦争と呼ばれていた事象の理解との間に混乱を生じさせるおそれもあるというべきである。そして、前示の事実によれば、本件修正意見は、前記の原稿記述は教師、生徒にとって理解が困難なものであり、学習指導を進める上に支障があるとするものであり、教育の専門技術的立場から原稿記述の内容を明確にして歴史的事象を正しく理解させ得るものに修正させようとする趣旨のものであったといえるから、文部大臣の裁量権の範囲に属するものというべきであり、本件修正意見を付したことに裁量権の範囲を逸脱した違法があるとはいえないというべきである。」(多数意見―園部、千種、山口各裁判

官)。

2 昭和五八年度になされた本件教科書の改訂検定の申請に際し、文部大臣が「日本軍の残虐行為」に関する記述中の日本軍の中国人婦女に対する暴行についての原稿記述に対して、軍隊において士卒が婦女を暴行する現象が生ずるのは世界共通のことであるから日本軍についてのみそのことに言及するのは不適切であるとの理由で修正意見を付したことは、「本件原稿記述は、第八路軍が解放地区を作り出した華北などの戦場における日本軍の行動を記述したものであるといわざるを得ないところ、前記の事実によれば、華北などの戦場における貞操侵害行為については特に取り上げて記述すべきほど特徴的に頻発しあるいは残虐であったとする学説、資料は存在しなかったというのであるから、華北などにおける戦場の記述の中で貞操侵害行為を取り上げて記述することは適切ではないというべきであり、文部大臣が、選択・扱いの上で適切ではなく、特定事項の強調に当たるとして修正意見を付したことに裁量権の範囲を逸脱した違法があるとはいえないというべきである。」

(多数意見―園部、千種、山口各裁判官)。

3 昭和五八年度になされた本件教科書の改訂検定の申請に際し、文部大臣が「七三一部隊」に関する事柄を新たに書き加えるための原稿記述に対して、七三一部隊のことは現時点ではまだ信用に堪え得る学問的研究、論文ないし著書が発表されていないので教科書に取り上げることが時期尚早であり、右記述を全部削除する必要がある旨の修正意見を付したというのである。ところで、「七三一部隊に関しては、本件検定当時既に多数の文献、資料が公刊され、中には昭和四三年に刊行された上告人の著作もあり、必ずしもすべてが本件検定の直前に公刊されたわけではないことが明らかである。そして、原審が、本件検定当時、七三一部隊の存在等を否

定する見解があつたことを認定していないことに照らせば、本件検定当時、これを否定する学説は存在しなかったか、少なくとも一般には知られていなかったものとみられる。そうすると、本件検定当時において、七三一部隊の実態を明らかにした公刊物の中には、作家やジャーナリストといった専門の歴史研究家以外のものが多く含まれており、また、七三一部隊の全容が必ずしも解明されていたとはいえない面があるにしても、関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたものというべきであり、これに本件検定時までには終戦から既に三八年も経過していることをも併せ考えれば、文部大臣が、七三一部隊に関する事柄を教科書に記述することは時期尚早として、原稿記述を全部削除する必要がある旨の修正意見を付したことは、その判断の過程に、検定当時の学説状況の認識及び旧検定基準に違反するとの評価に看過し難い過誤があり、裁量権の範囲を逸脱した違法があるというべきである。」（多数意見―園部、大野、尾崎各裁判官）。

4 昭和五八年度になされた本件教科書の改訂検定の申請に際し、文部大臣が「沖縄戦」に関して従来の記述に日本軍による沖縄県民の殺害を書き加えようとする原稿記述に対して、沖縄県民の犠牲については最も犠牲者の多い集団自決のことも加えるべきであるとの修正意見を付したというのである。ところで、本件検定当時の学界では、「多数の県民が戦闘に巻き込まれて死亡したほか、県民を守るべき立場にあつた日本軍によって多数の県民が死に追いやられたこと、多数の県民が集団による自決によって死亡したことが沖縄戦の特徴的な事象として指摘できるとするのが一般的な見解であり」、「多数の県民がなぜ集団自決という異常な形で死に追い

やられたのかということを含め、地上戦に巻き込まれた沖縄県民の悲惨な犠牲の実態を教えるためには、軍による住民殺害とともに集団自決と呼ばれる事象を教科書に記載することは必要と考えられ、また、集団自決を記載する場合には、それを美化することのないよう適切な表現を加えることによって他の要因とは関係なしに県民が自発的に自殺したものの誤解を避けることも可能であり、現に上告人は、最終記述として『沖縄県は地上戦の戦場となり、約一六万もの多数の県民老若男女が、砲爆撃にたおれたり、集団自決に追いやられたりするなど、非業の死をとげたが、なかには日本軍のために殺された人びとも少なくなかった。』と修正し、文部大臣もこれをもって合格条件を充足したものであるとしているのである。所論は『日本軍のために殺された』という原稿記述には集団自決も含まれるというが、右の原稿記述に集団自決と呼ばれる事象のすべてが含まれていると読むことはできないだけでなく、前述するところからすれば、本件検定当時の学界の一般的な見解も日本軍による住民殺害と集団自決とは異なる特徴的事象としてとらえていたことは明らかである。」従って、「原稿記述部分に集団自決を付加して記載するよう修正意見を付したことは十分な合理的理由と必要性があり、日本軍による住民殺害のみを記載し集団自決の記載を欠く原稿記述は、選択・扱い上不適切であり、特定事項の強調に当たるとの本件修正意見を付したことをもって、裁量権の範囲を逸脱した違法があるとはいえないし、修正によって上告人の原稿記述の意図が殊更まげられたとみることもできないというべきである。」

六 正誤訂正申請の不受理について

昭和五五年度検定済みの教科書の脚注部分の正誤訂正申請書を昭和五七年二月二日に受理しなかったことについては、本件の正誤訂正申請に係る記述が、「歴史的事実についての認識いかんによっては誤りといえるか否かに

ついついの見解が分かれ得る事柄」であり、この理は、昭和五七年の旧検定基準の改正によっても異なるところはなく、「正誤訂正申請の手続は、教科書の記載に、誤記、誤植に類した明白な誤りがある場合にこれを改めるためのものである」ことに鑑みると、「本件の正誤訂正申請は、その制度の趣旨になじまないものというべきであり、本件の正誤訂正申請を要件を満たしていないとして受理しなかったことに違法はないものというべきである。」

なお、昭和五八年度の改訂検定申請の「朝鮮人民の反日抵抗」、「日本軍の残虐行為」及び「七三一部隊」の原稿記述に対する文部大臣の修正意見に関し、以下の個別意見がある。すなわち、

園部裁判官の補足意見

一 「朝鮮人民の反日抵抗」について

問題は、日清戦争のため朝鮮に進出した日本軍に対して朝鮮人民の反日抵抗があったことを教科書に取り上げるのが適切か否かではなく、一九八四年の秋に朝鮮の各地で起こった民衆の武装蜂起は、昭和五八年の本件検定当時、一般に、東学党の乱の再挙又は甲午農民戦争の秋の蜂起と呼ばれていたことである。全瑋準が指導した東学党の乱（初発）は日清戦争の直接の契機としてよく知られるが、日清戦争開始後に起こった武装蜂起も右全瑋準が指導したものとして知られ、これが反日抵抗の中心であり、これ以外の反日抵抗については研究が十分でなかったなどの検定当時の学説状況に照らすと、文部大臣が修正意見を付したことに違法はないというべきである。

二 「日本軍の残虐行為」について

原稿記述は、第八路軍のゲリラ戦に悩まされた日本軍の行動を記述したものと読むのが自然で、文部大臣も第八

路軍の解放地区のある華北などの記述との見解を有していたものと思われる。

歴史上の事柄を構成する個々の事象が、たとい同じようなものであっても、それを記述することが事柄の全体像を正しく理解させる上で有益かつ必要な場合もあれば、むしろ全体像の理解を困難にしたり、ときにはゆがんだ理解をもたらすおそれがある場合もあるから、原審が日本軍の貞操侵害行為につき南京と華北とに分けて判断したからといって、文部大臣の理由と異なる理由をもって修正意見の適否を判断したことにはならない。

三 「七三一部隊」について

近現代史における事柄、特に戦争期における事柄については様々な理由からその全容が解明されていないものが少なくないが、事柄の全容が解明されない限り、教科書に記述することが不適切とはいえない。殊に「七三一部隊」については、日本軍によって生体実験が行われたという異常な事件であり、関係記録は、敗戦間際、国際的困難を恐れた軍部によって組織的に廃棄されたなどといわれ、正規の記録によつてはその実態を検証することは困難であるものの、七三一部隊が行った所業については、戦後間もないころから次第に明らかにされてきて、昭和五八年当時には七三一部隊の存在とその所業自体を否定するものはなかったといえるから、原稿記述はこれを全部削除しなければ不適切であるとはいえず、文部大臣の修正意見は違法というべきである。

大野裁判官の反対意見

一 「最初に、いわゆる第一次教科書訴訟についての最高裁昭和六一年(オ)第一四二八号平成五年三月一六日第三小法廷判決・民集四七巻五号三四八二頁(以下『一次判決』という。)の看過し難い過誤論について私の理解する

ところを述べる。

1 一次判決の『看過し難い過誤』という用語は、最高裁昭和六〇年行ツ第一三三号平成四年一〇月二九日第一小法廷判決・民集四六卷七号一一七四頁を踏襲したものであるが、右判決は、原子炉設置許可処分取消訴訟における原子炉施設の安全性に関する審査につき、違法性に関する裁判所の判断の基準を示したものであって、右審査が高度に科学的専門技術的知見に基づく総合的判断であることを前提としている。しかし、その場合であっても右判決は行政庁に大幅な裁量権を認めたものではなく、裁判所は行政庁の判断が相当の根拠資料に基づいてなされた合理的なものであるかを審査すべきものとして、裁量の要素の強い行政処分の違法性を審査する場合に比して司法審査の幅を広げているのである。

2 そして一次判決は、教科書検定の問題を科学的専門技術的な問題として判断しようとしているのではなく、その対象が教育権に関するものであるとして、教育権に関する先例である最高裁昭和四三年(ホ)第一六一四号同五年五月二一日大法廷判決・刑集三〇卷五号六一五頁(以下『学テ判決』という。)をほとんど全面的に引用しこれに依拠することを明示している。

学テ判決は、『一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実施すべき立場にある国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する』として、教育内容に対する国の権限を認めたが、その権限行使の在り方については、教育が『本来人間の内面的価値に関する文化

的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない』ことを重視し、『教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されない』と判示して、国の教育内容への介入は必要かつ相当の範囲で認められるが、できる限り抑制的であることが要請されることを明示している。

3 一次判決も教科書検定における国の権限を認めたが、大幅な裁量権を是認しているわけではなく、教科書検定における『看過し難い過誤』の基準の具体的適用に際しては客観的な観点を例示して、文部大臣の裁量の範囲を画している。すなわち、(一)原稿記述が誤りであるとして他説による記述を求める場合は、検定意見の根拠となった学説が通説、定説として学界に広く受け入れられており、原稿記述が誤りと評価し得るか、(二)原稿記述が一面的断定的であるとして両説併記等を求める場合は、学界においていまだ定説とされる学説がなく、原稿記述が一面的であると評価し得るか、(三)内容の選択や内容の程度等に関する検定意見は、原稿記述の学問的な正確性ではなく、教育的な相当性を問題とするものであって、取り上げた内容が学習指導要領に想定する教科の目標等や児童、生徒の心身の発達段階等に照らして不適切であると評価し得るか、が挙げられている。

4 しかし、右例示は修正意見(旧A意見)と改善意見(旧B意見)を区別して述べておらず、両者を併せて検定意見と表示して同一に論じている。これは一次訴訟の一審判決から上告審判決まで全体を通じてみられると

ころであるが、右両者は法的性格を異にしており、それを同一の基準で評価することはできない。教科用図書検定審査内規が検定意見を二種類に分け、原稿記述に『訂正、削除又は追加などの措置をしなければ教科用図書として不適切であるとき』に修正意見を合格の条件とし得るとし、その程度に至らないが、『訂正、削除又は追加などの措置をした方が教科用図書としてよりよくなると認められるとき』は改善意見として指摘し得ると規定しているのは両者を明確に区別する趣旨である。すなわち、改善意見は、文部大臣による意見の表明であつて、執筆者、出版社に対して法的拘束力をもたない助言、指導という行政指導であり、これに従わなくてもそれによつて不利益な処遇を受けないが（現に本件において文部大臣が付した本件改善意見に上告人は応じなかったが、検定は合格とされ、原稿記述のまま出版されている。）、修正意見は、指摘された箇所を訂正、削除又は追加しない限り教科書としては不合格とするという重大な不利益を与える行政処分である。したがつて、このような行政処分をするに当たつては、修正意見の内容が合理的であるのみならず、原稿記述の欠陥が訂正、削除又は追加されない限り教科書として不適切であると評価せざるを得ない程度に達していることを要すると解すべきものである。

5 法廷意見が判示九（教科書検定の裁量基準に関する二の部分……筆者注）において修正意見と改善意見の法的性格の相異を記述したのは適切であるが、それは改善意見が違法となる場合の要件を緩和したにとどまるだけではなく、その反面修正意見についての合理性と必要性については嚴格に解すべき理由となるものと考ええる。少なくとも修正意見の内容が相当であれば当該修正意見が直ちに適法とされるものではなく、修正意見が適法か否かは、原稿記述が修正意見のように修正しない限り教科書の記述として不適切であるという程度にま

で達しているか否かによって判断しなければならないのである。」

二 「朝鮮人民の反日抵抗」について

教科書の検定において修正意見を付した場合は、その修正意見の内容が合理的であるのみならず、原稿記述の欠陥が修正意見のように修正しなければ教科書の記述として不適切であるという程度にまで達していることを要するものというべきところ、日清戦争のために朝鮮に進出した日本軍に対して、朝鮮人民が武器を取って抵抗したということは昭和四三年以降学界において知られ、本件検定当時においてはこれを否定する学説はなかったこと、原稿記述が東学党の乱に触れていないのは、反日抵抗が東学党の乱の再挙のみでなくその前後に起きた農民蜂起を含み、それが宗教戦争であるとの誤解を受けるのを避けるためであったことなどに照らせば、原稿記述が修正意見のように修正しなければ不適切であるということはできない。近現代の歴史を記述するに当たっては、自国の発展や利害の視点のみに立って歴史的事象の取捨選択や評価をすべきではなく、広い視野に立ってこれを行うべきである。日清戦争を日本の近代化という側面からだけでなく、朝鮮への日本軍の軍事的進出が朝鮮人民に与えた影響という側面でも取り上げた原稿記述を削除する必要があるとする教育的観点を見いだすことはできない。文部大臣の修正意見は、学説状況の認識及び教育的配慮の面において看過し難い過誤があり、違法というべきである。

三 「日本軍の残虐行為」について

原稿記述は、中国全土全般に関する本文の記述の脚注の記述であることなどからすると、華北に限定した記述ではなく、日中戦争全体の記述と読むべきである。そして、検定当時の学界では、中国における戦場全般を通じて、日本軍兵士が中国人女性に対し貞操侵害行為を行い、その数が異常に多数であったことが指摘されていたのである

から、原稿記述の削除を求めることは、学界に広く認められている説に基づく記述の排除を求めるものであって、学説状況の認識に看過し難い過誤があるものというべきである。また、軍隊において士卒が婦女を暴行するのは世界共通の現象であることを理由にする修正意見は、我が国の軍隊が戦時において近隣諸国の民衆に与えた重大な被害に目を覆うものであって許されない。文部大臣の修正意見は、学説状況の認識及び教育的配慮の点において看過し難い過誤があり、違法というべきである。

尾崎裁判官の反対意見

一 「朝鮮人民の反日抵抗」について

清国と戦うために朝鮮に進出した日本軍に対して、朝鮮人民が武器を取って積極的に反抗したことは、昭和四三年以来学界に広く知られるようになっていた。東学党の乱は、これまで日清戦争の直接の契機として知られ、従来の歴史書や教科書もその意味で東学党の乱を記述しているが、日清戦争の原因は、日本と清国の朝鮮半島における覇権争いであり、このことは本件教科書にも記載してあるから、東学党の乱を記載しなくても日清戦争を理解せる上で支障はないし、東学党の乱を記載することは朝鮮に進出した日本軍に対する人民の反日抵抗を記述する上でも必要はない。文部大臣の修正意見は、検定当時の学説状況を無視するものであり、違法というべきである。

二 「日本軍の残虐行為」について

文章の構成及び記述内容からみて、原稿記述は、華北に限定した記述と読むことはできず、中国全体に関する記述とみるべきであり、文部大臣も中国全体に関する記述とすることに異論はなかった。

仮に華北などの記述としていても、裁判所は、検定手続において審査、判断された範囲内に限って修正意見の適否を審査すべき手続上の拘束を受けるのであるから、文部大臣が華北と南京との地域差は何ら問題にすることなく、士卒の婦女に対する暴行は世界共通の現象であるという理由のみによって修正意見を付した本件にあつては、裁判所が文部大臣も問題にしていない華北と南京との頻度等の相違をもつて修正意見の適否を判断することは許されないというべきであり、文部大臣が指摘していない華北と南京との差異をもつて修正意見を適法とした原審の判断には、検定に関する法令の解釈適用を誤った違法があるというべきである。

千種裁判官の反対意見

「七三一部隊」について

日本史の教科書は、次代の日本を担う若い世代に対し、日本の姿を正確に認識させるためにあるのであり、今日のような国際化社会においては、日本の立場ばかりでなく諸外国殊に近隣諸国との関係も視野に入れて考えねばならず、この観点からすれば、日本にとって恥となる所業であつても、これを若い世代に認識させることは必要であり、そうすることにより、関係諸国の国民との相互理解も深まり、ひいては今後の友好と平和に寄与するものといえるが、それだけに、教科書に記述される事実は、それ自体が正確であることはもとより、それが文脈の中で正しく理解されるものであることが必要である。本件原稿記述及び本件検定当時必ずしも正確な調査研究が尽くされていなかったという学説状況（山口裁判官の反対意見参照）に照らせば、文部大臣が時期尚早として修正意見を付したことは相応の理由があつたものといふことができ、これをもつて看過し難い過誤があるといふことはできない。

い。

山口裁判官の反対意見

「七三一部隊」について

歴史叙述に当たっては、史料を厳密に考証した上、必ずその裏付けをとって行うという実証主義的態度が要請され、このことは歴史の教科書の叙述についても妥当するが、本件検定当時において、七三一部隊に関しては多数の文献、資料があったものの、それらの文献、資料の中には、例えば原本に当たって検証することができないため慎重な取扱いを必要とするもの、公開されて日が浅く研究者の史料批判が行われていないもの、学術書の形式をとっておらず他の研究者がその記述内容の真実性を検証するには困難があるものなどがあり、学術的にみて問題があるものが少なくなかったといわざるを得ず、教科書に記述し得るほどには学術的研究としてまとまっていなかったということができる。したがって、本件検定当時においては、七三一部隊に関する研究は、いまだ資料が発掘、収集され、事実関係が次第に解明されつつある段階にあつて、発表された事実関係も十分な検証がされていたとはいえず、教科書に記載するには信頼するに足りる資料が不十分であつたから、文部大臣が時期尚早として修正意見を付した過程に看過し難い過誤があるとはいえないとした原審の判断は首肯するに足りる。

〔評釈〕

「七三一部隊」の記述に関する修正意見に対し、違法とした点は評価するが、違憲としなかった点には反対であ

り、他の記述に関する争点につき違憲違法と判断しなかった点で反対する（ただし、正誤訂正申請不受理に関し適法とした点については賛成する）。以下、本判決の問題点を検討する。

一 教科書検定の憲法適合性について

家永訴訟は、「教育内容の権力的統制が、ひいては権力の国民思想統制をきわめて容易にし、やがて国民の思想の自由を保障した日本国憲法の空文化を促進し、他方憲法の戦争放棄理念の空文化の進行とあいまち、ついには二五年前（現在からは五三年前……筆者注）の未曾有の悲劇の再現をもたらすおそれなしとしない現実の歴史的状況にかんがみ、憲法の基本理念である人権の無制約的保障を積極的に擁護し、次第に無力化しつつある憲法に新しい活力を注入し、『政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを』めざす遠大な目的が横たわっているのである。この意味で、この訴訟は、『教育裁判』であると同時に、『憲法裁判』でもある。」（家永三郎「教科書裁判の歴史的意義」緊急特集教科書検定判決・ジュリ四六一号四四頁以下〔昭四五〕）と位置づけられる訴訟であった。そして、第一次訴訟から第三次訴訟にいたるまで三二年間にわたって戦われてきた家永訴訟は、「戦後最大級の憲法訴訟と言うことができ」、「教育の自由、教科書出版の自由、検定と検閲の関係、教科書執筆と学問の自由の関係、現行検定制と法治主義および適正手続との関係などに関する憲法解釈論の深化には、刮目に値するものがある」と評されていた（芦部信喜「教科書裁判の憲法訴訟的意義と課題」芦部信喜編『教科書裁判と憲法学』四頁・一二頁〔学陽書房、平二二〕）。しかし、第二次訴訟一審判決の杉本判决と対比するとき、本判決の憲法判断はあまりにもその内容に乏しい。

ところで、公立中学において全国中学校一斉学力調査を阻止しようとした者に対し、建造物侵入罪、公務執行妨

害罪、暴行罪が問題となった旭川学力テスト事件最高裁判決は、国家教育権説と国民教育権説の「いずれも極端かつ一方的であり、そのいずれをも全面的に採用することはできない」とした上で、国は、「必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するもの」と解していた。しかし、それはあくまでも、「あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは、子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため」に決定できるのであり、しかも、「政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されない」とされていた（最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁）。こうした判断枠組みに立つならば、教科書検定制度ないし制度の運用において、「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなこと」があれば、制度違憲ないし適用違憲の判断を下すべきであるといえる。しかも、教科書検定は教育の自由といった精神的自由の制約である以上、経済的自由の制約よりも厳格な審査の下で判断がくだされるべきである（二重の基準論）。

ところが、高裁で、草莽隊、南京大虐殺、南京戦における婦女暴行の三箇所の記述に関する検定に関し看過し難い過誤があったことが確定し、本判決で、「七三一部隊」の記述に関する修正意見に関し、「その判断の過程に、検定当時の学説状況の認識及び旧検定基準に違反するとの評価に看過し難い過誤」があるとの判断を示していないが、本判決が制度違憲の問題のみならず適用違憲の問題も全く生じないとしているのは、不当と考える。とりわけ、適用違憲の問題に関し、本判決は、「本件検定が、制度の目的及び趣旨に従って行われる限り、それによって教科書の執筆等に一定の制約が生じるとしても、適用上違憲になるということはない。教科書の検定が、教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われるようなことがあれば、適用上の違憲の問題も生じ得るが、原審の認定によれば、本件検定処分等を通じてそのような運用がされたとは認められない」というのであるから、所論違憲の主張は、前提を欠く。」と論じ、原審が違憲でないとしているから違憲でないとしているにすぎず、「教科書の検定が、教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われる」ものであったか否かの判断を、最高裁として行っていない。従って、本判決は、適用違憲の問題に関し、審理不尽、理由不備の違法をおかしているとの批判は免れまい。また、看過し難い過誤がある検定が、「教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われる」ものでない何故いえるのか疑問である。「草莽隊」についての修正意見に関しては、「未だ公にされていない、教科書調査官の個人的見解あるいは個人的調査、研究の結果に基づくものというべきで、昭和五年度検定当時の学界においては、それにそう見解は存在していなかったのに対し、原稿記述は、当時の学界において特段の異説もなく、広く学界に受け入れられていたところによって記述されているもの」で、「通説によってされた記述に対して、通説とは

なっていない特異な見解を取り上げてこれを真実であるとして修正を命じる」ものであった（原審参照）。また、「南京大虐殺」についての修正意見に関しては、「未だ全容が把握されていたとはいえない殺害の理由、態様について、『激昂裏に』という記述を加えさせることによって、南京大虐殺と呼ばれる事象を明らかにするについて、重要な点についてその一面的な事実のみをもってそのすべてを説明するものであるかのような記述に改めさせた結果、検定基準が排除している『一面的な見解だけを十分な配慮なく取り上げていたり、未確定な時事的事象について断定的に記述していたりする』結果を招来させたもの」であったし、「南京戦における婦女暴行」についての修正意見に関しては、「検定意見が指摘するように、戦闘行為に加わった士卒の女性を辱める行為が古今東西を通じて共通の現象であるとしても、これが非難されるべき非人道的行為であることは論をまたないところであり、個人の人格、人権の尊重が特に重要視され、女性に対する貞操侵害行為が厳しく非難されとともに、戦時における捕虜、非戦闘員の人権の保護が国際的な規範として重視されるようになった近代における戦争とそれ以前の戦闘行為とを同一に扱うことに合理性がないことは明らかであり、行為の態様、与えた被害の内容を考慮しないで一律に世界共通の現象として論じることには合理的根拠があるとは到底考えられない。」し、「南京占領に際して行われた日本軍兵士の中国人女性に対する貞操侵害行為が、中国軍民に対する虐殺行為とともに特に非難される行為として指摘され、研究の対象とされるほどに残酷な行為で、南京占領の際に生じた特徴的事象と認識されているのが支配的見解であると認められる」から、「原稿記述の内容について、学説状況の認識を誤ったか、検定基準の解釈適用を誤ったもの」とされたものであった（原審参照）。さらに、「七三一部隊」についての修正意見に関しては、「関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺

害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたものというべきであり、これに本件検定時までには終戦から既に三八年も経過していることをも併せ考えれば、「検定当時の学説状況の認識及び旧検定基準に違反するとの評価に看過し難い過誤」があるとされたものであった。これらは、まさに、「教育に対する不当な介入を意図する目的の下に、検定制度の目的、趣旨を逸脱して行われる」もので、適用違憲の問題が全く生じないと断定するのは不当というべきであろう。そして、これらは、本判決も引用する旭川学力テスト事件最高裁判決の以下の部分（子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されない」の部分）にまさにあてはまるケースというべく、適用違憲の判断が下されるべきであったといえよう。鈴木判決・加藤判決・国側の適用違憲否認論に関し、山内教授は、「適用違憲論についての具体的な検定事実に即した形で検討は、これら適用違憲否認論にあつては不在といわざるをえないのである。」と批判され（山内敏弘「教科書裁判における適用違憲論」前掲芦部編『教科書裁判と憲法学』一九四頁）、また、第一次訴訟上告審判決である可部判決に関し、中村教授が、国の教育内容への介入について「必要かつ相当と認められる範囲」であるとして、「教科書検定の実態をふまえないで、簡単に合憲という結論を出している。」と批判され（中村睦男「判批」ジュリ一〇四六号三一頁（平成五年度重要判例解説、平六））、尾山弁護士が「学テ判決が強調した、国家的介入には憲法上の制約があるという考え方が、今回の判決の中にはまったくなくない。こういう点で学テ大法廷判決の誤用・悪用と言わざるを得ない」と批判されるが（尾山宏「新井章」小林武「船木正文」渡辺春己「座談会」最高裁の見識を問う」法民二七九号一〇頁（平五））における尾山発言、こ

うした批判は本判決にもあてはまるというべきである。

教科書制度には、①教科書の著作、発行に公的な機関が全く関与せず、学校での教科書の使用を義務付けないことが多いとされる自由発行制、②すでに発行されている教科書の中から、公的機関が適当と認められる教科書のリストを公表し、その中から学校が採択する制度である認定制、③民間又は国が著作した教科書の原稿を公的機関が審査し、教科書として適格と判定されたもののみを教科書として発行することを許す制度である検定制があるが、イギリスなどでは自由発行制が採用され、フランスでは、小学校の教科書については認定制、中学校の教科書については自由発行制を採用しており、アメリカは、学区の教育委員会が採択し、州によって異なるが（州の認可を要しない自由選定、州の認可リストの中から選定、州の基準に従って選定の三形態がある）二つの方式を併用するところもある）、認定制を採用する州が多いとされる。そして、いずれの州においても、教科書の検定は実施されていない。ドイツは検定制を採るとはいえ、検定は州単位で行われている（法セ増刊総合特集シリーズ一七『教科書と教育』（日本評論社、昭五六）所収の小澤周三「イギリスの教科書事情」二七七頁以下、同所収の今村令子「アメリカ合衆国の教科書事情」二七〇頁以下、同所収の河野健一「西ドイツの歴史教育と検定制」二八三頁以下、柴沼晉編『諸外国の教育の現状と課題―我が国の教育の視点になつて―』一四八頁、一五〇頁、一五二頁、一五五頁）〔ぎょうせい、昭五一〕、『昭和六二年度「教科書の質的向上に関する総合的調査研究」に関する外国調査報告書』一〇頁以下、四三頁以下、五五頁以下（昭和六二年度文部省科学研究費補助、昭六三）、教科書研究センター編『教科書からみた教育課程の国際比較―総論編』二九頁以下〔中原豊執筆〕、七二頁以下〔木村浩執筆〕、一五〇頁以下〔天野正治執筆〕、一八八頁以下〔手塚武彦執筆〕、二七二頁以下〔高倉翔執筆〕〔ぎょうせい、再版、昭六〇〕

参照)。もっとも、ドイツでは、ナチス犯罪(殺人犯罪)の時効を廃止し、「裁判官アカデミー」ではいまでもナチス司法を追及しており、歴史の教科書にナチスが心身障害者約二十万人を殺害した事実やユダヤ人六百万人を犠牲にした事実などを容赦なく記述しており(白羽祐三『プロパティと現代的契約自由』五三五頁以下〔中央大学出版部、平八〕)、戦争について、「時期尚早である」とか「軍隊において士卒が婦女を暴行するのは世界共通であるから日本軍についてのみ言及すべきでない」とか「侵略という否定的な価値評価を含む用語は自国の行為に用いるべきでない」などといった検定意見をつけて、戦争の実態を隠蔽する日本とは全く異なる点は注意を要する。それのみならず、「少なくとも、サミット参加国のなかで国家的な規模の検定制度をもっているのは日本だけである」(成嶋隆「教科書裁判の終結にあたって 8・29最高裁判決にみる司法消極主義」法時六九卷一二号五頁〔平九〕)という点は看過してはならない。本判決は、「普通教育の場においては、児童、生徒の側にはいまだ授業の内容を批判する十分な能力は備わっていないこと、学校、教師を選択する余地も乏しく教育の機会均等を図る必要があることなどから、教育内容が正確かつ中立・公正で、地域、学校のいかんにかかわらず全国的に一定の水準であることが要請されるのであって、このことは、もとより程度の差はあるが、基本的には高等学校の場合においても小学校、中学校の場合と異ならない。」として、教科書検定制度は必要かつ合理的な制度と解しているが、それならイギリスやフランスやアメリカにおいて検定制도가何故採用されないのか疑問である。イギリスやフランスやアメリカにおいて検定制度が採用されないのは、国定制度や検定制度を採用すると「国家権力が学校教育を通して国民思想を画一化し、国民をできるだけ多く権力に忠実に協力する人間につくりあげていこうとする」(家永三郎『教科書裁判』一頁〔日本評論社、昭五六〕)ための手段として教科書が用いられることになるのであって、まさに検定

制度が自由主義と対極にある全体主義の制度に適合的な制度であるからにほかならない。

第一次訴訟の上告審判決である可部判決や第三次訴訟の本判決を読むとき、わが国の「教育の自由」に対する人権の意識の低さを感じずにはいられない。末川博教授が、第二次訴訟一審における証言の中で、「文部省の方でも、学校の先生方にある程度の信頼をおかないとね、信頼をせずに、先生方が間違ったことをやるじやろうということだね、やったら限りが無い。およそ人間の共同生活では信頼と理解と愛情ということがあらゆる場合に必要だと思っておるんですがね、その信頼をしないで、先生はいつも勝手なことをしておると、いうふうに考えてはいかん。ぼくはそう思っておるんですがね。だから教科書のことでも、自由制度というか、先生方の選択にまかすのが一番いいんだらうと思うね。先生を信頼すれば、先生も責任をもってやる。」（原告側証人 立命館大学総長 末川博証言 昭和四三年一〇月七日 東京地方裁判所民事二部）教科書検定訴訟を支援する全国連絡会編『家永・教科書裁判地裁編セット』第七巻第二次訴訟編Ⅱ八四頁（ロング出版、新装版、平三）と述べておられた点を改めて想起する必要がある。

第二次訴訟の一審判決である杉本判决は、「教科書に盛られた執筆者の思想（学問研究の成果）内容を事前審査するものというべきであるから、憲法二二条二項の禁止する検閲に該当」するとしていたが、本判決は、第一次訴訟の上告審判決である可部判決と同じく、「検定を経ない、あるいは検定において不合格となった図書は、教科書としての発行の道が閉ざされることになる。しかし、右制約は、普通教育の場において使用義務が課せられている教科書という特殊な形態に限定されるのであって、不合格となった図書をそのまま一般図書として発行し、教師、児童、生徒を含む国民一般にこれを発表すること、すなわち思想の自由市場に登場させることは、何ら妨げられる

ものではない。」とした上で、本件検定は、「一般図書としての発行を何ら妨げるものではなく、発表禁止目的や発表前の審査などの特質がないから、検閲には当たらない」と解している。学説上においても、教科書検定の制度又は運用が、検閲に該当するとする説（佐藤功『憲法（上）』三七九頁以下（ポケット註釈全書、有斐閣、新版、昭五八）、兼子仁「教科書検定第一次訴訟・東京高裁判決の研究（下）」判時一二四七号一五一頁以下（判評三四五号五頁以下、昭六二）、浦部法穂「教科書検定と検閲該当性」前掲芦部編『教科書裁判と憲法学』七八頁以下、山内敏弘「教科書裁判における適用違憲論」前掲芦部編『教科書裁判と憲法学』一八一頁、成嶋隆「検定行政追認の論理構造―教科書検定第一次訴訟控訴審判決と精神的自由」法時五八巻六号一〇頁以下（昭六一）、芦部信喜「教科書訴訟と違憲審査のあり方―第三次訴訟控訴審証言」ジュリ一〇二六号四一頁以下（平五）、右崎正博「家永教科書第三次訴訟最高裁判決の意義と残された課題」法教二〇七号二三頁（平九）と、検閲に該当しないとする説（橋本公亘『日本国憲法』二六三頁（有斐閣、改訂版、昭六三）、佐藤幸治『憲法』五二二頁（現代法律学講座5、青林書院、第三版、平七）、伊藤公一『教育法の研究』二〇五頁（法律文化社、昭五六）、内野正幸「尾山宏兼子仁」浪本勝年「堀尾輝久」永井憲一「座談会」第一次教科書訴訟最高裁判決の検討―最高裁第三小法廷平成5年3月16日判決の問題点をさぐる」法時六五巻八号一九頁（平五）における内野発言）とが対立している。もつとも、検定が思想内容及べば検閲を構成するという見解は、「多数の学説の支持を得ている」との指摘もある（芦部信喜ほか編『演習憲法』二六三頁（芦部執筆）（新演習法律学講座1、青林書院、昭五九））。

この点に関し、①「日刊新聞検定制度というものを法律でつくって、憲法二一条との関係が問題になったときに、新聞としてはだめだけれども、単行本ならいくらでも出せるという議論をする人がいるでしょうか。」（内野正

幸Ⅱ兼子仁Ⅱ中村睦男Ⅱ成嶋隆Ⅱ永井憲一Ⅱ野中俊彦Ⅱ樋口陽一Ⅱ堀尾輝久Ⅱ杉原泰雄Ⅱ平原春好Ⅱ「ハシンポジウム」最高裁と教科書裁判」法時六四卷一〇頁（平四）における樋口発言、なお、兼子仁Ⅱ下村哲夫Ⅱ樋口陽一「（鼎談）教育と裁判と憲法と―最高裁判決をめぐる―」ジュリ一〇二六号一四頁（平五）における樋口発言参照）という指摘、及び、②教科書検定は「教室への入場制限」のようなもので、検閲ではないという見解があるが、「公会堂の利用規則で、興業内容（演劇のシナリオとか演説の草稿など）をあらかじめ管理権者に提出しその検定を経なければならない、ということが定められていたとして、それを『公会堂への入場制限』であって検閲でないとするのが不当であるのと、同じである（この場合も、公会堂以外での演劇公演や演説などが禁止されるわけではない。）」という指摘（前掲浦部「教科書検定と検閲該当性」七九頁、及び、③「検定が検閲に当たらない、つまり、表現物を発表前に審査し不適當なものの発表を禁止する制度ではない理由として、不合格となった原稿でも一般図書として出版することは自由であるとか、すでに出版されて市場にある図書でも教科書用図書として検定申請をすることができるとか、いうことを強調している点」は、「教科書の特殊性を前提として考えると、事実としては通常ほとんどあり得ないことであるから、それを決め手の一つとする理論構成には疑問を感じる。」（前掲芦部「教科書訴訟と違憲審査のあり方―第三次訴訟控訴審証言」三七頁）という指摘に鑑みるならば、検閲該当説に立つ杉本判决の立場の方が正当であろう。宮沢俊義教授も、杉本判决が「争われた個々の具体的な不合格処分について憲法の検閲に該当するといいい、また教育基本法一〇条に反するといっている。結論だけは今後もおそらく動かないんじゃないかと思う。」と指摘され、我妻栄教授も同旨であつたし（「（ジュリストの目）教育・教科書を考える」緊急特集教科書検定判決・ジュリ四六一号一九頁（昭四五）、また、末川博教授も、第二次訴訟一審における

証言の中で、「学校教育法に言うておる検定というのは、逆の方から言えばね、憲法の何条かにある表現の自由について、検閲はこれを許さないということがあるのと対比して考えたらいと思います。だから、検閲ということと検定ということは、違っているはずだと思いますね。すなわち、検定の中へ検閲的な内容を含めてはいけないということだからね、思想内容なんかについてやることは、これは検閲になる、そういうふうなのは許さんということだと思いますがね。もつともそこには、限界が難しいこともありましようがね。それだから、小学校の教科書・中学校の教科書にしても、誤字や誤植があつたり、あるいは年代が間違つておつたり、明らかに地図が間違つておつたりすれば、それは検定として直せということやないですか。しかし、それはですね、検閲と区別されるのであつて、こういう考え方を入れるとか、こういう見方を入れてはいかんとか、こういうものに、書き変えよとかいうのは、それは一種の検閲になるから許されないのです。そこでね、ぼくは検閲的な検定をやつたらいかんということだと思ひますな。検定というものは、そういう限界がないと困ります。もし、これを広げたら検閲になつてしまふ。ことに教科書というものは全国の小・中学校の子供に影響をもつことになるから、こゝら辺は非常に厳密にやつてもらわんとね。」（前掲「原告側証人 立命館大学総長 末川博証言 昭和四三年一〇月七日 東京地方裁判所 民事二部」八四頁）と述べておられる点を改めて想起する必要がある。

なお、第一次訴訟上告審判決の調査官解説において、検閲非該当説は、「『教科書としての発行は禁止されるが一般図書としての発行は禁止されない』ということに加え、教科書としての発行が思想の自由市場への登場とは直接関係のないものであることを理由に検閲非該当を根拠付けているのであるから、思想の自由市場への登場そのものの禁止である前記日刊新聞検定制度の設例を引き合いに出しても、非該当説に対する有効な反論とはいえないと思

われる。」(瀧澤泉「最高裁判所判例解説」曹時四八卷一号一八〇頁(平八))との指摘がある。しかし、教科書に、歴史的事実のうちの事実を取捨選択するか、選択した歴史的事実をどう評価するかという点で、一定の思想が含まれざるを得ないことに鑑みるならば、教科書市場と思想の自由市場とを切り離すことはできず、そもそも、「学校教育の場に多様な文化情報が還流してこそ、教育は活性化し、個人の自由かつ多様な人格形成が図られると考えられるから」、「学校教育の場も基本的には思想・情報の自由市場としてとらえられるべき」であり(前掲内野兼子Ⅱ中村Ⅱ成嶋Ⅱ永井Ⅱ野中Ⅱ樋口Ⅱ堀尾Ⅱ杉原Ⅱ平原「ヘシンポジウム」最高裁と教科書裁判」二〇頁における成嶋発言)、仮に、教科書市場を思想の自由市場と切り離されたものとする論法を肯定するならば、新聞市場を思想の自由市場と切り離されたものとする論法も肯定できるのであって、新聞という特殊な形態での発行のみを、報道の中立・公正、全国的に一定水準の確保等の高度の公益目的のために禁ずるもので、新聞以外の書籍という形での発表は何ら妨げるものではないとの論理が出てくることを認めざるを得ないように思われる。本判決が引用する最大判昭和五九年一月二日民集三八卷一二号一三〇八頁で示された検閲の定義、すなわち、「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不適當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」を前提としたとしても、日刊新聞検定制度において、一般図書として発行できるから、発表が禁止されていないとか、発表禁止目的もないとか、一般図書として発行したものを新聞にすることもできるから発表前の審査に当たらないとかの理由で検閲に該当しないと主張は成り立たず、新聞という形態での発表が禁止される以上、右の要件をみたし検閲に該当するとせざるをえないのと同様に、教科書検定制度も、教科書という形

態での発表が禁止される以上、右の要件をみたし検閲に該当するといふべきである（前掲尾山⇨新井⇨小林⇨船木⇨渡辺『座談会』最高裁の見識を問う）一三頁における小林発言参照）。本判決にみられるように、教科書は「思想の自由市場への登場という表現の自由の本質的部分」にかかわらないとの論理を持ち込むならば、国民思想の画一化、ひいては政府の国策に積極的に協力する人間を産み出す教育が行われ、思想の自由のまさに根幹をゆるがすことになるであろう。青少年の教育において一つの思想を徹底的にしみこませておけば自由な思想が生まれないことは、戦前の教育をみれば明らかではなからうか。「自由主義の国の教育」という点から考えてみると、教科書についても表現・思想の自由市場というものがそれなりにきちんと保障されなければいけない」のであって（前掲尾山⇨新井⇨小林⇨船木⇨渡辺『座談会』最高裁の見識を問う）一二頁における尾山発言）、思想の自由市場が基盤として存在するためには、「教育の場においても多様な見解が提示される機会を認められて、その上で学問的な批判と討論を通して誤った主張を正していくことが基本とされるべきであり、普通教育であるからといって、その内容を全国一律のものとして統制しなければならないということにはならないであろう。」（前掲右崎「家永教科書第三次訴訟最高裁判決の意義と残された課題」二三頁）という点が重要である。

また、芦部教授の前述した「教科書の特殊性を前提として考えると、事実としては通常ほとんどあり得ないことであるから、それを決め手の一つとする理論構成には疑問を感じる。」として判例の検閲非該当説を批判する指摘に対しては、伊藤教授が指摘する「第一、憲法に規定する出版の自由および検閲の禁止と、出版物の販路との間にどのような関係があるのか。出版の自由は一般書籍・図書の発行が自由であることの外に、発行された出版物が販路のあること、つまり買い手のあることまで保障するものであろうか。同様に、検閲の禁止も、公権力が自己に

とって不都合な思想の発表をさせまいとすることを公権力に対して禁止する外に、販売したら出版物が売れることまでの保障を意味するのであろうか。検定不合格本は一般書籍として出版しても売れないということと、検定とは関係のないことである。教科書のような体裁と内容の図書が売れないというのは、その図書自体のそうした性格に原因するのであって、検定のために売れないのではない。右の論理では、一般に、出版物に販路がないと検閲に該当するという極論にさえ結びつきかねない。」との反論（伊藤公一『教育法の研究』二〇六頁〔法律文化社、昭五六〕）が考えられる（現に、第一次訴訟の上告審判決の調査官解説〔前掲瀧澤「最高裁判所判例解説」一八〇頁〕も、こうした反論をしている）。しかし、芦部教授は、立法事実に基づいて審査する重要性を説いているのであり、「形式主義」を脱して「機能主義」的アプローチにより、裁判所が、個別具体的に検証し、法創造的機能を発揮しつつ人権の保障を一段と高めることを求めているものであって（前掲芦部「教科書裁判の憲法訴訟的意義と課題」一七頁）、むしろ、立法事実の検証をしようとしないう伊藤教授や調査官の解釈態度こそ厳しく批判されねばならないのではなからうか。薬局の適正配置規則（距離制限）を定める薬事法を違憲とした最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁が、「薬局の距離制限規制は、国民の生命、健康に対する危険の防止という消極的な目的のための規制であるとし、この立法目的をより緩やかな手段で達成できるかどうか、それを立法事実に基づいて審査することが必要である、というアプローチをとった判決として著名である」（前掲芦部「教科書訴訟と違憲審査のあり方」第三次訴訟控訴審証言」三六頁）が、こうした立法事実による検証という審査方法を、経済的自由の領域とは異なる精神的自由の領域でも当然に用いるべきである。

本判決は、教科書検定の憲法適合性の判断については、教育の自由の侵害、表現の自由の侵害、学問の自由の侵

害、法治主義違反、適正手続違反といった争点に関し、教科書検定を合憲と判断した第一次訴訟の上告審判決である可部判決を踏襲しているにすぎない。もし、本判決が、教科書検定の制度違憲ないし適用違憲の判断をしようとするならば、大法廷に回付しなければならないが（裁判所法一〇条）、大野裁判長が小法廷で判断しようとしたことを善解するならば、大法廷判決となった場合、制度違憲ないし適用違憲の判断はおろか、違法とする判断までくつがえされる可能性があると考えたとみる余地もある。確かに、第一次訴訟の上告審判決は、同じ第三小法廷であったとはいえ、全員一致で合憲合法との判断を示していたし、過去にも、大阪空港騒音訴訟において、当初判決を出す予定であった第一小法廷は、夜間飛行の差し止めを認めた高裁判決を基本的に支持することで四人の評議が一致していたにもかかわらず、岡原昌男最高裁判官の発言で大法廷に回付された結果、夜間飛行の差し止めを訴え却下とする判決（最大判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁）が言い渡されている（この間の経緯については、山本祐司『最高裁判所下巻』二二九頁～二三六頁、二五四頁～二六二頁（日本評論社、平六）参照）。しかし、そうであるとしても、少なくとも、適用違憲を斥けた個所で反対意見を展開したり、あるいは、「七三一部隊」の記述の修正意見に関する補足意見を述べる形で、適用違憲となる可能性を指摘したり、もしくは、「朝鮮人民の反日抵抗」及び「日本軍の残虐行為」の記述の修正意見に関する反対意見に、適用違憲となる可能性を指摘する余地もあったのではなからうか（「退官直前の大野裁判官の説示には司法官としての良心と使命感さえうかがえる。しかしその審理が緻密であればあるほど、そのなかから当然に浮かび上がってくるはずの検定制度そのものの違憲性がなぜ認定されなかったのか、という思いを禁じえない。」と指摘するものとして、成嶋隆「教科書裁判の終結にあたって 8・29最高裁判決にみる司法消極主義」法時六九卷一二号五頁（平九））。

二 裁量権濫用の判断基準について

この論点は、教科書検定を合憲とした場合に問題になってくる争点である。私見は合憲論をとるものではないが、合憲と仮定して裁量論を検討しておく。

裁量処分に対する司法審査の方式としては、次の二つが考えられる。すなわち、第一は、裁量濫用審査方式である。これは、行政権の裁量の範囲内においては原則として当・不当の問題が生ずるにすぎないが、行政権の裁量権の踰越・濫用が認められれば違法の問題が生じうるとするものである。そして、その判断基準として、事実誤認、法目的違反、動機の不正、平等原則違反、比例原則違反などがあげられている。第二は、実体的判断代置方式である。これは、裁判所が自ら事実認定と法の適用を行い、得られた結果と行政処分とを比較し、それが一致すれば処分を合法とし、一致しなければ違法とする方式である。

本判決は、第一次訴訟上告審判決である可部判決を踏襲し、教科書検定における文部大臣の判断に「学術的、教育的な専門技術的判断」としての裁量を認めた上で、その審査方式として「看過し難い過誤」があるか否かを基準とする裁量濫用審査方式（こうした「看過し難い過誤」論は、大野裁判官の個別意見が指摘するごとく最判平成四年一〇月二九日民集四六卷七号一一七四頁を踏襲したものであり、同判決の調査官解説において、「広汎な政治的、政策的裁量が認められる場合のように、司法審査の範囲が被告行政庁の判断に著しい不合理があるか否かに限定されるというのでもなく、『被告行政庁の判断に不合理な点があるか否か』という観点から、裁判所の審理、判断が行われるべきであることを明らかにしたものである。」と評されているように（高橋利文・最高裁判所判例解説民事篇平成四年度一九事件評釈四二二頁以下（法曹会、平七））、司法審査の範囲を広く認めた基準である）を採用

し、以下の基準を示している。すなわち、「可否の判定、合格の判定に付する条件の有無及び内容等についての検定審議会の判断の過程に、原稿の記述内容又は欠陥の指摘の根拠となるべき検定当時の学説状況、教育状況についての認識や、旧検定基準に違反するとの評価等に看過し難い過誤があつて、文部大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、右判断は、裁量権の範囲を逸脱したものとして、国家賠償法上違法となる」と解している。そして、「看過し難い過誤」があるか否かの審査の具体的方法に関し、正確性に関する検定意見の場合と内容の選択や内容の程度等に関する検定意見の場合を例示している。すなわち、前者の場合は、「申請図書の記述の学問的な正確性を問題にするものであつて、検定当時の学界における客観的な学説状況を根拠とすべきものであるが、検定意見には、その実質において、(一) 原稿記述が誤りであるとして他説による記述を求めるものや、(二) 原稿記述が一面的、断定的であるとして両説併記等を求めるものなどがある。そして、検定意見に看過し難い過誤があるか否かについては、右(一)の場合は、検定意見の根拠となる学説が通説、定説として学界に広く受け入れられており、原稿記述が誤りと評価し得るかなどの観点から、右(二)の場合は、学界においていまだ定説とされる学説がなく、原稿記述が一面的であると評価し得るかなどの観点から判断すべきである。」とする。また、後者の場合は、「原稿記述の学問的な正確性ではなく、教育的な相当性とするものであつて、取り上げた内容が学習指導要領に規定する教科の目標等や児童、生徒の心身の発達段階等に照らして不適切であると評価し得るかなどの観点から判断すべきものである」としている。その結果、第一次訴訟上告審判決の調査官解説において、「旧検定規則、旧検定基準による教科書検定制度を前提としつつ、文部大臣の裁量の範囲を狭く解した上で、現実可能な裁量逸脱の審査方式の中から厳しい審査基準を採用し、裁判所の審査の範囲を広く認めたものということがで

きよう。」(瀧澤泉「最高裁判所判例解説」曹時四八卷一号一八九頁以下(平八))と指摘され、本判決の大野裁判官の個別意見も同様の指摘をしているように、裁判所は厳格な審査をしなければならない点は注意を要する(なお、第一次訴訟上告審判決が、こうした判断基準を定立しておきながら、「基礎たる事実関係ないしその見解に相応の根拠がある限り、著しく不当であるとして、裁量権の範囲の踰越ないし濫用による国家賠償法上の違法があるとの評価を下すべきではない。」との「相応の根拠」論を採用した鈴木判決と同じく、結論において全部合法としているのは、疑問である)。

さらに、本判決は、第一次訴訟上告審判決である可部判決を一步進め、修正意見と改善意見の場合とを区別し、前者の場合には右の基準があてはまるが、後者の場合には、「教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情がない限り、その意見の当不当にかかわらず、原則として、国家賠償法上の違法とはならない」との判断を示している。そして、大野裁判官は、個別意見において、修正意見を付するに当たっては、「修正意見の内容が合理的であるのみならず、原稿記述の欠陥が訂正、削除又は追加されない限り教科書として不適切であると評価せざるを得ない程度に達していることを要すると解すべきものである」として、「修正意見についての合理性と必要性については厳格に解すべき」とし、「少なくとも修正意見の内容が相当であれば当該修正意見が直ちに適法とされるものではなく、修正意見が適法か否かは、原稿記述が修正意見のように修正しない限り教科書の記述として不適切であるという程度にまで達しているか否かによって判断しなければならないのである。」というように、「看過し難い過誤」論の修正意見における審査基準をより明確化している(尾崎裁判官も同様の立場に立つ)。

ところで、第一次訴訟上告審判決である可部判決と第三次訴訟上告審判決である大野判決とで、判断枠組みは、「看過し難い過誤」論という点で同じであるにもかかわらず、全部合法と一部違法というように結論を異にしたのは、前者が約一〇〇箇所にあぶ検定意見を一つ一つ検討を加えず、原審の判断を是認し、一括して「各検定意見の中には、その内容が細部にわたり過ぎるものが若干含まれているが、いまだ、旧検定基準に違反するとの評価において看過し難い過誤があるというには当たらない」と審理不尽の違法をおかした判断を示したのに対し（家永三郎「許されない教科書検定合憲判決」法セ四六四号五三頁〈平五〉）は、「教科書への権力統制の戦前以来の歴史・実態をことごとく無視し、形式的なタテマエだけの法律論を並べたうえで、両年度検定意見のひとつひとつについての方の詳細な違憲違法論に一顧だも与えることなく、全部一括して原判決（いわゆる鈴木判決）どおり合憲合法とするどんぶり勘定の判断で上告を棄却したのであった。」と批判されるが、まさしく「どんぶり勘定」の判決といえよう）、後者は、個別の検定意見について、一つ一つ検討を詳細に加えた審理を行った結果にほかならない（右崎正博「家永教科書第三次訴訟最高裁判決の意義と残された課題」法教二〇七号二一頁〈平九〉）。いわば、第一次訴訟上告審判決である可部判決は、判断枠組みを作ることのみ精力をそそぎ、そのあてはめは手抜きをしたのに対し、第三次訴訟上告審判決は、そのあてはめを丁寧に行おうとしたといえるのであり、その相違が、前者は全員一致で合法としたのに対し、後者は、「朝鮮人民の反日抵抗」と「日本軍の残虐行為」に関する検定意見では三対二で適法、「七三一部隊」に関する検定意見では逆に三対二で違法とわかれ、五人の裁判官全員が個別意見を展開するという形になって現れたといえる。また、第一次訴訟上告審判決を担当した可部裁判長は、愛媛玉串料訴訟（最大判平成九年四月二日判時一六〇一号四七頁）で、県が靖国神社又は護国神社の挙行した例大祭、みたま祭

又は慰霊大祭に際し玉串料、献灯料又は供物料を県の公金から支出して奉納したことを違憲とした多数意見は、「徒らに国家神道の影に怯えるものとの感を懐かざるを得ない。」との反対意見を書いた保守派の重鎮であるのに対し、第三次訴訟上告審判決を担当した大野裁判長は、本判決の個別意見をみても分かるようにリベラル派の代表格であり、第三次訴訟上告審判決を担当する大野裁判長が、可部裁判官の退官（平成九年三月八日）後まで結論を出すのを先送りし、その退官後に二審判決を見直すことを意味する口頭弁論の開催を通告し（平成九年五月一日）、大野裁判官の退官（平成九年九月二日）前に判決を言い渡したことが、一部違法の判決につながったともいえるであろう。

とりわけ弁護士出身の大野裁判官・尾崎裁判官の見解と裁判官出身の千種裁判官・山口裁判官の見解が大きく対立している点（両者の対立の基軸は、結局は、①教科書の内容に対する公権力の介入を必要最小限のものと抑制的に考えるか、②歴史教育において真実を教えることの大切さをどれほど重く受けとめるかをめぐる見識の分かれにあったとした上で、要するに、裁判官の表現の自由や教育の自由についての人権感覚、それに歴史教育観の相違が結論の如何を決定づけたと指摘するものとして、新井章「最高裁判決をどう読むか・各論 個々の検定処分違法性に関する判決内容」教科書検定訴訟を支援する全国連絡会編『検定に違法あり！家永教科書裁判最高裁判決』四〇頁〔教科書検定訴訟を支援する全国連絡会、平九〕は、裁判官と弁護士の人事交流の必要性や、参審制・陪審制といった国民の司法参加を考えていく上で貴重な材料を提供するものといえよう。

しかし、「もともとこの訴訟は、学問・教育のような精神的内面に権力が介入するのを違憲違法と裁判所に宣言させるのを目的として起した訴訟であって、しばしば誤解されるような、検定意見と教科書原稿とのどちらが正し

いかを裁判所（これも権力の一環である）に判断させるためのものではなかった」（家永三郎「三二年の闘いを振り返って」週刊金曜日一九九七年九月一九日号二九頁）と家永氏が述べているように、歴史家でない裁判所が、「看過し難い過誤」があるか否かという基準で原稿記述の「再検定」を行っている点で、問題を残す結果となっている。そして、歴史上の争点について、通説、定説を裁判所が判断できるのであるかという問題、すなわち、歴史学界において裁判所が多数決をとるのであるか、あるいは、歴史的事実に関する文献を裁判所がすべて読破した上で通説を認定するのであるか、あるいは、原告と被告とで通説を異にする場合、裁判所が国家権力により通説はどちらであると認定するのであるかといった問題や（山下淳「判批」ジュリー〇四六号四四頁（平成五年度重要判例解説、平六）は、「何が『通説』であるのか、その判断が容易ではない場合がありうる。かかる作業が裁判所の役割であるのかどうかには、いささか疑問も感じえないではない。」とされ、成嶋隆「判批」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』一七九頁（有斐閣、第三版、平六）も、「通説の認定がはたして裁判所の職能の範囲内にあるのかという根本的な疑問があるうえ、教科書内容を『通説』に準拠させることも一種の統制であることに鑑みれば、この基準にもなお疑問の余地がある。」とされる）、教育的な相当性、すなわち、取り上げた内容が学習指導要領に規定する教科の目標等や児童、生徒の心身の発達段階等に照らして不適切であると評価し得るかどうかを教育学について素人の裁判所が判断できるのであるかという問題、また、教育的な相当性の判断は、通説・定説の判断と異なり、「教育専門的・技術的観点からなされるもので、文部大臣の広い裁量が尊重される」（原審参照）とするならば、「看過し難い過誤」の基準が、「結局のところ、検定意見に『相応の根拠』があればよいということと同義」（前掲山下「判批」四四頁）になってしまっているのではないかという問題を残している。家永氏も、

第一次訴訟上告審判決である可部判決の批判の中で、こうした点につき、正当にも以下の批判をなされている。すなわち、「ある歴史的事項について何が『通説、定説』であるか、『いまだ定説とされる学説がな』いかの判定自体がひとつの学問的判断であつて、あたかも『通説、定説』の認定または『定説』の存否の認定自体が、裁判所が安易に考えているように客観的一義的に決定できることがらではない。」「かりに百歩譲つて、『通説、定説』があるとしても、『通説、定説』必ずしも正説ではなく、少数説必ずしも謬説ではないのである。『定説』が存在しなくても、歴史教育上必要と認められる事項を記載したからとて『一面的』と排斥される理由もない。そもそも学問上の『正確性』の有無を、行政権力が『学界における客観的な学説状況を根拠』として判定すること自体、学問の自由の侵害を許容する結果となるのであつて、いわば検定権者に『通説、定説』の認定権を与えたも同然となるではないか。それは国家権力の限界を超えるものといわなければならない。」「歴史教科書について『通説、定説』の認定権を国家権力が行使するならば、『国定』の歴史像が形成されるのを免れないのであつて、明治憲法下の国定歴史教科書と同様の内容の教科書への道を開くことになるであろう。」（家永三郎『憲法・裁判・人間』一四六頁以下〔名著刊行会、平九〕と批判される。

また、「可否の判定、合格の判定に付する条件の有無及び内容等についての検定審議会の判断の過程に、原稿の記述内容又は欠陥の指摘の根拠となるべき検定当時の学説状況、教育状況についての認識や、旧検定基準に違反するとの評価等に看過し難い過誤があつて、文部大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、右判断は、裁量権の範囲を逸脱したものとして、国家賠償法上違法となる」との本判決の違法判断の基準についても、「看過し難い過誤があるから違法となる」というように積極的に運用されれば厳格な審査基準となりうるが、「看

過し難い過誤がないから違法とならない」というように消極的に運用される危険もあり、現職裁判官である寺西和史裁判官が危惧しているように、「余りにも検定側の裁量を広く認めすぎたものだと思う。このような基準をとる限り、検定の違法を認定した個所が一つ追加されるという一歩前進も、余り喜ぶことはできない。このような基準では、余程むちゃな検定をしない限り、検定が適法になり、誤った記述をしていないにもかかわらず、検定に従って教科書の記述を改めなければならなくなってしまう。」(平成九年九月四日朝日新聞「声」欄)との問題を残している。そして、本判決と同じく「看過し難い過誤」論を用いた第一次訴訟上告審判決である可部判決の批判の中で、竹内俊子「教科書訴訟最高裁判決について―第一次家永教科書検定訴訟最高裁第三小法廷判決を中心として―」法教一五六号一〇一頁〈平五〉も、「実際『看過し難い過誤』がなければよしとされるのは教科書執筆者の側ではなく行政庁の側であるから、結果的には行政庁の多少の過誤は常に看過されてしまうことになる。『看過し難い過誤』に裁量統制の基準としての機能を果たすことは期待できない。」と「看過し難い過誤」論を厳しく批判され、また、室井力「教科書検定裁量論」名経一号九三頁以下〈平六〉も、「検定を受ける教科書執筆者の側の『学術的・教育的な専門技術的判断』は、よほどのことのないかぎり、文部大臣のそれに劣後し、文部大臣の『判断』によって抑制または規制されることとなる」のであり、「合理的な裁量」という場合の『合理的』と『不合理的』の区別が示されていない以上、『看過し難い過誤』がないかぎり、一方的に検定意見が優先することになる。」として、「きわめて広範な検定裁量権を正当づけるためにのみ、この表現が用いられた」と「看過し難い過誤」論を厳しく批判されている。

そもそも、国は、「必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する

もの」としても、それはあくまでも、「あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは、子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため」に決定できるのであり、しかも、「政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に關する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしてゐる憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されない」という点を重視すべきである（最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁）。そうであるならば、仮に教科書検定制度を肯定するとしても、「教科書の誤記、誤植その他の客観的に明らかな誤り、教科書の造本その他教科書についての技術的事項および教科書内容が教育課程の大綱的基準の枠内にあるかの諸点」（第二次訴訟一審判決の杉本判决参照）に是正が必要な場合でなく、しかも、教科書執筆者の個々の記述内容につき「基礎たる事実関係ないしその見解に相応の根拠がある」場合には、「著しく不当」といえず、文部大臣は修正意見や改善意見を付することができないが、教科書執筆者の個々の記述内容につき、「基礎たる事実関係ないしその見解に相応の根拠」がなかったり、教科書執筆者の学問的見解にかかわらない「教科書の誤記、誤植その他の客観的に明らかな誤り、教科書の造本その他教科書についての技術的事項および教科書内容が教育課程の大綱的基準の枠内にあるかの諸点」に是正が必要な場合には、文部大臣は「著しく不当」と判断して修正

意見や改善意見を付することができると解すべきである（拙稿「国賠法一条一項の違法性の研究―教科書検定における行政裁量に対する司法統制―」山梨学院大学一般教育部論集一四号六二頁以下（平四））。

この点につき、室井教授も、「学問・思想の自由と結合する表現の自由、およびそれらと全く同一ではないとしてもそれらに密接不可分ともいふべき教育の自由においては、行政庁の側に謙抑原則が働くのである。したがって、検定にあたって、検定機関とここでは教科書執筆者（以下『執筆者』という）との間に見解の相違がある場合においては、後者の見解が前者のそれに優先することにならなければならない。」とされ、「少なくとも検定の場においては、政治的・社会的な好みの問題は別として、現行憲法の下では、法上、執筆者の見解は、公権力による介入から自由であって、誤記・誤植などよほどのことがないかぎり、検定による修正を強制されるものではない。このことは、いわゆる修正意見についてのみならず、改善意見についても、それが事実上の強制にわたるような場合には、同様に妥当するものである。」と解し、また、「執筆者の見解・表現が『事実上の根拠を欠く場合』または『社会観念上著しく妥当を欠く場合を除いて、学問・教育内容にわたる検定による介入は認められない』と解している（室井力「教科書検定裁量権の性格と限界」ジュリー一〇三号三六頁以下（平四）、なお、前掲室井「教科書検定裁量論」九四頁は、第一次訴訟上告審判決である可部判決の表現を用いるならば、『看過し難い過誤』が教科書の内容にないかぎり、教育内容行政謙抑の原則に照らして、事柄の性質上、文部大臣の検定による教科書内容に対する介入は認められないということになる」としている）。また、阿部教授も、「教科書検定は教科書の記述が学習指導要領の範囲内に入っているかどうか、その枠を超えたかどうかを判断することである。学説上争いある事柄、評価に争いが生ずる事柄については執筆者の見解にも相応の根拠があるわけであるから、それはいずれにして

も学習指導要領に合致しているというべきである。そうした教科書を使用させても弊害はない。ここでは、教科書執筆者の学問的見解の可及的尊重の原則が妥当すべきである。むしろ、そうした教科書を検定合格にすれば、相応の根拠のある複数の教科書が出版されて、多様な意見が出る。民主主義社会の教育は一つの意見を押しつけることではないので、この方が望ましいというか、それしか選択肢はない。こうした問題は執筆者の自由に委せて、社会が判断する、つまりは教科書の採択、さらには教育段階で判断すれば十分である。」とされる（阿部泰隆「教科書検定の『裁量?』と司法審査―『相応の根拠論』を中心として―」法時六四卷八号一三頁〈平四〉）。そして、芦部教授も、「検定は原則として、かつて第二次訴訟の一審判決が判示したように、誤記、誤植その他の客観的に明らかな誤り、教科書の造本その他教科書についての技術的事項および教科書内容が教育課程の大綱基準の枠内にあるか、の諸点にとどめられなければならないのではないか、そう私には思われる。もともと、これは原則である。私は教科書の性質からいって、立場の公正とか、子どもの発達段階に応じた内容とか、というような要請を維持する上で、必要最小限度のものであるかぎり、教科書内容についても、指導・助言的な検定を行うこと、つまり、具体的には改善意見をつけることは、憲法上許されると思う。さらに、教育基本法八条や九条で禁止されている『政治教育』または『宗教教育』のような、だれが見ても学校教育において明らかに認められない表現内容に限って、修正意見を付しても許される場合はあり得ないではないと考える。」とされる（芦部信喜「教科書訴訟と違憲審査のあり方―第三次訴訟控訴審証言」ジュリ一〇二六号四一頁〈平五〉）。さらに、現職裁判官である寺西和史裁判官も、本判決に対する批判の中で、「検定制自体を合憲にするにしても、せめて、検定の運用の違法判断の基準としては、判決の基準とは逆に、『教科書の記述に見過ごせない誤りがある場合のみ、その修正を求める検定意見が適法

になる』とすべきだと思う。」とされる（平成九年九月四日朝日新聞「声」欄）。

結局、教科書執筆者の記述が「著しく不当」でない限り検定意見をつけられない限りにおいて、「教科書執筆者の『教育専門性』と検定権者の『教育専門性』との優劣は、教科書の採択・使用を通じて公開の場で社会的に、その学問的内容の当否を含めて吟味されるべきものであり、教育専門的裁量権は、むしろ教科書執筆者の側にあるとすべきであろう」（安達和志「教科書検定と国民の教科書作成の自由―教科書第一次訴訟・東京高裁判決をめぐって―」教育四七〇号五七頁・昭六一、なお、成嶋隆「教科書裁判の終結にあたって 8・29最高裁判決にみる司法消極主義」法時六九巻一二号四頁・平九）も、「教科書執筆者の側にこそ裁量が認められねばならない」とされる。こうした意味で、「教科書執筆者の学問・教育的見解の可及的尊重の原則」（兼子仁「教科書検定第一次訴訟・東京高裁判決の研究」）判時一二四七号一五五頁（判評三四五号九頁、昭六二）に基づく検定でなければならない。

そして、裁判所は、文部大臣のこうした検定が違法か否かの判断をするにあたっては、実体的判断代替方式を用いるべきである。教科書検定は、憲法の表現の自由・教科書執筆の自由（二一条、二三条）の保障を受ける者に対する公共の福祉に基づく制約として定められたものであるから、参考されるべきは、第一次教科書検定訴訟上告審判決である可部判決が参考にした、原子炉設置許可処分取消訴訟における原子炉施設の安全性に関する審査についての違法性に関する裁判所の判断基準を示した最判平成四年一〇月二九日民集四六巻七号一一七四頁の判決ではなく、憲法の出国の自由（二二条二項）の保障を受ける者に対する公共の福祉に基づく制約として定められた旅券発給拒否事由の有無の判断についての最判昭和四年七月一日民集二三巻八号一四七〇頁の判決であるという

べきである（前掲拙稿「国賠法一条一項の違法性の研究―教科書検定における行政裁量に対する司法統制―」六七頁以下）。この判決は、「外務大臣が旅券法一三条一項五号の規定により、旅券発給拒否処分をした場合において、裁判所は、その処分当時の旅券発給申請者の地位、経歴、人がら、その旅行の目的、渡航先である国の情勢、および外交方針、外務大臣の認定判断の過程、その他これに関するすべての事実をしんしゃくしたうえで、外務大臣の右処分が同号の規定により外務大臣に与えられた権限をその法規の目的に従って適法に行使したかどうかを判断すべき」で、その判断は、「ただ単に右処分が外務大臣の恣意によるかどうか、その判断の前提とされた事実の認識について明白な誤りがあるかどうか、または、その結論にいたる推理に著しい不合理があるかどうかなどに限定されるものではない」として、実体的判断代置方式を採用している。阿部教授も、「教科書検定権限は審査の対象となる教科書が学習指導要領から逸脱しているかどうかに限定して与えられていると理解すれば、それは専門的ではあっても、裁判所が介入しにくいほどの高度に専門的な話ではなくなる。むしろ、前記の旅券法の判例が妥当する。」とされ、また、「こうした基準違反の監視という仕事は講学上の用語でいえば、自由裁量の統制ではなく、法規裁量の統制であるはずである。それはいわゆる実体的判断代置主義になる。裁判所はその観点から十分な審査をすべきである。すなわち、裁判所は旅券法の判例の立場で、検定権限の行使が学習指導要領の趣旨に沿っているかどうかを審査すべきである。」とされ、さらに、「教科書検定を自由裁量行為ではなく、法規裁量行為であると解する立場からは、その審理は実体的判断代置主義によるべきだという結論が導かれる。この場合、裁判所は、自分の目で判断し、文部省の見解に自己の見解を置き換えることができる。筆者はするように主張するものである。」「たしかに、行政に裁量を認めて、実体的判断代置主義を活用すれば、裁判所による再検定という危険に陥ることは避

けがたい。しかし、実体的判断代置主義をとるときは、行政の方には自由裁量がないことが前提であるので、裁判所が行政の判断を繰り返しても、裁量を行使できるわけではない。行政に裁量がないから、裁判所が再審査できるのである。」「私見のように文部大臣が検定で行うのは教科書が学習指導要領から逸脱しているかどうかの判断であり、そのさいには憲法上もその権限行使に大きな制約があると考えれば、その限界遵守を監視することは裁判所の権限をこえないと考える。そうした限界遵守に関する実体的判断代置主義の審査をしたところで、裁判所が文部大臣の立場になって審査するわけではない。」と解されている（前掲阿部「教科書検定の『裁量?』と司法審査―『相応の根拠論』を中心として―」一三頁以下）。

以下、昭和五五年度の新規検定の際の改善意見、昭和五八年度の改訂検定の際の修正意見についての違法性について検討していくが、私見のように、「教科書の誤記、誤植その他の客観的に明らかな誤り、教科書の造本その他教科書についての技術的事項および教科書内容が教育課程の大綱的基準の枠内にあるかの諸点」に是正が必要な場合でなく、教科書執筆者の個々の記述内容につき「基礎たる事実関係ないしその見解に相応の根拠がある」場合には、「著しく不当」といえず、文部大臣は修正意見や改善意見を付することはできないとして、実体的判断代置方式で検定の違法性の有無を判断していく立場にたった場合であろうと、仮に、「文部大臣が検定審議会の答申に基づいて行う可否の判定、合格の判定に付する条件の有無及び内容等の審査、判断は、申請図書について、内容が学問的に正確であるか、中立・公正であるか、教科の目標等を達成する上で適切であるか、児童、生徒の心身の発達段階に適応しているか、などの様々な観点から多角的に行われるもので、学術的、教育的な専門技術的判断であるから、事柄の性質上、文部大臣の合理的な裁量にゆだねられるものである」として、裁判所が文部大臣の裁量権の

逸脱を裁量濫用審査方式で審査していく立場にたった場合であろうと（一步譲って、こうした立場であったとしても、違法性を認定できることに関し、前掲拙稿「国賠法一条一項の違法性の研究―教科書検定における行政裁量に対する司法統制―」六八頁以下、なお、阿部教授も、仮にこうした立場にたったとしても、「歴史上争いのある事項へ介入する検定は、前記のように国家が教科書の内容を国定教科書なみに画一化して執筆の自由を大幅に剝奪するので、社会通念上著しく不合理というべきである。あるいは、学問の尊重という『考慮すべき事項を考慮しなかった』という点で、調査官の私見を強引に教科書に入れさせようとした点で裁量濫用である。」として、違法性を認定できるとしている〔前掲阿部「教科書検定の『裁量?』と司法審査―『相応の根拠論』を中心として―」一五頁〕、とりわけ本判決の判断枠組みとして用いられた「看過し難い過誤」論にたったとしても、以下のところで論じた違法の帰結は導けると考える。

三 昭和五五年度の新規検定の際の改善意見について

①「法然・親鸞らは朝廷から弾圧を受けたが、親鸞はこれにたいし、堂々と抗議の言を発して屈しなかった。」との原稿記述に対し、文部大臣より、親鸞が教行信証の中で朝廷を批判しているのは、後日、当時を追憶する中でそのように述べているにすぎないのに、原稿記述はあたかも親鸞が弾圧を受けたときに朝廷に対して批判を行ったように誤解されるので表現が不適切であるとの理由で、「堂々と抗議の言を発して屈しなかった。」との部分を変更するよう求める旨の改善意見が付せられ、最終的には、原稿記述が維持される結果となったこと、及び、②「中国では、西安事件をきっかけとして、国民政府と共産党の抗日統一戦線が成立し、日本の侵略に対抗して中国の主権

を回復しようとする態度が強硬にあらわれてきた。」との原稿記述に対し、文部大臣より、「侵略」という用語は否定的な価値評価を含む用語であり、自国の行為につき、このような否定的な価値評価を含む言葉を教科書の中で用いることは、次の世代の国民に対する教育上好ましくないもので、例えば「武力進出」というような言葉を用いるべきであるとの理由で、「侵略」の用語を変更するよう求める旨の改善意見が付せられ、最終的には、原稿記述が維持される結果となったことに関し、こうした改善意見の違法性が問題とされたが、本判決は適法とした。

この点に関し、「改善意見は、検定の可否に直接の影響を及ぼすものではなく、文部大臣の助言、指導の性質を有するものと考えられるから、教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情がない限り、その意見の不当にかかわらず、原則として、違法の問題が生ずることはない」というべきである。」とされ、大野裁判官の個別意見が指摘するように「改善意見が違法となる場合の要件を緩和した」ことから、どんなに不当な改善意見であっても、教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情がない限り、合法とされる判断枠組みが形成されている（「改善意見」を裁判所による司法的コントロール、つまり「看過し難い過誤」基準の制約からさえも解放してしまっていると指摘するものとして、新井章「最高裁判決をどう読むか・各論 個々の検定処分 of 違法性に関する判決内容」教科書検定訴訟を支援する全国連絡会編『検定に違法あり！家永教科書裁判最高裁判決』三三頁〔教科書検定訴訟を支援する全国連絡会、平九〕。とりわけ、「日本の侵略」という原稿記述に対し「武力進出」という用語に改めるよう改善意見がついた点に関しては、後にこうした検定姿勢が日本国内のみならず、中国・韓国を中心とするアジア近隣諸国から大きな批判を招いて、国際問題となり、最終的には「政府の責任で是正する」と官房長官談話（昭和五十七年八月二六日）を

出して政府自身が検定の誤りを認めたが、こうしたもののさえ、合法とされるに至っている。しかも、『侵略』という用語は否定的な価値評価を含む用語であり、自国の行為につき、このような否定的な価値評価を含む言葉を教科書の中で用いることは、次の世代の国民に対する教育上好ましくない」との検定姿勢は、大野裁判官が引用した「過去に目を閉ざす者は結局のところ現在にも盲目になります。非人間的な行為を心に刻もうとしない者は、またそうした危険に陥りやすいのです。」というヴァイツェッカー大統領の演説の言葉に抵触するであろうし、千種裁判官が個別意見の一般論で指摘した「日本史の教科書は、次代の日本を担う若い世代に対し、日本の姿を正確に認識させるためにあるのであり、今日のような国際化社会においては、日本の立場ばかりでなく、諸外国殊に近隣諸国との関係をも視野に入れて考えねばならないことは当然である。その観点からすれば、日本にとって恥となる所業であっても、これを若い世代に正確に認識させることは必要であり、そうすることにより、関係諸国の国民との相互理解も深まり、ひいては今後の友好と平和に寄与するものということができる。」の言葉にも抵触するものであろう。従って、仮に、改善意見が、強制を伴わない文部大臣の助言、指導の性質を有するものであり、「教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情」がない場合であつたとしても、こうした著しく不当な改善意見（例えば、国民主権を否定し天皇主権を掲げることや理想とするよう指導する改善意見が行われた場合をも想起せよ）であれば違法とすべきであるから、「その意見の不当にかかわらず、原則として、違法の問題が生ずることはない」とするのは疑問である。室井教授も、改善意見が違法となる場合の要件を緩和することに反対し、「教育内容に対する教育行政機関による関与は、権力的介入はもちろん、非権力的な助言・指導であっても、それが一方的職権的に相手方の明示または黙示の要請または承認もなしに行われるとき

には、現行の教育行政機関秩序を前提とする限り、事実上拘束的なものとなることによって、場合によっては『不当な支配』に該当し、違法となることもある」としている（室井力「教科書検定裁量論」名経一号九六頁（平六））。

ところで、改善意見は、建前上は修正意見と異なり修正を義務づけられない建前となっているが、現実には、修正を余儀なくさせる結果となっている。すなわち、改善意見を拒否する場合、一つ一つの意見に対して拒否理由書なる文書を提出することを義務づけられており、拒否理由書を完備しないままに提出された内関本は適式な内関本審査申請としては取り扱われず、その追完があるまでは内関本審査はいつまでたっても終了しないものとされるから、事実上追完を義務づけられる仕組みとなる。また、提出された拒否理由書の内容が教科書調査官の承服しえないものであるときも同様であり、申請者は教科書調査官が承服するまで拒否理由書を追加するか、さもない場合には不本意でも改善意見に屈服するか、いずれかを選択しなければならないわけである。さらに、一審判決である加藤判決は、「従前、検定実務においては、修正意見に当たるものをA意見、改善意見に当たるものをB意見と呼び、B意見の中に、評定記号の決定に当たり減点の対象とされるいわゆる『欠陥B』と、減点の対象とはされないが修正した方がよりよくなるいわゆる『ベターB』との区別がされていたが、本件検定当時には、改善意見についてかかる区別はされていなかったこと、但し、改善意見が相当箇所には、評定記号の決定に当たりこれを斟酌し、評定記号を一段階下のものとする場合もあることが認められる。」と認定しているが、「欠陥B」は、まさに修正を余儀なくさせるものであったし、「改善意見が相当箇所には、評定記号の決定に当たりこれを斟酌し、評定記号を一段階下のものとする場合もある」とされる以上、萎縮効果が働き、修正を余儀なくさ

れることになろう（これは、平成六年一〇月一日に施行された行政手続法によるならば、行政手続法三二条二項の「行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。」に違反する行為である）。文部省の過剰介入として社会的批判を浴びやすい意見は改善意見として付され、これを内閣調整の過程で事実上強制するという方法が用いられているとの批判も根強くなされている。こうした現実（運用の実態）に鑑みるならば、建前論に惑わされて改善意見を付すことを安易に違法とならないとすることは躊躇しなければならない。近時の判例において、マンションを建築しようとする事業主に対して指導要綱に基づき教育施設負担金の寄付を求めた市の行政指導が、指導要綱の「運用の実態」及び事業主の教育施設負担金減免の懇請を拒絶した市の職員の態度などの事情を総合して、違法と判断した判決（最判平成五年二月一八日民集四七巻二号五七四頁）があるが、参考にされるべきである。

判旨は、改善意見の場合には、これに従わなかったとしても、格別の不利益を受けることはないとの誤った前提の下にくだされたものであり、不当な判断といえよう。また、判旨は、「検定側において特に改善意見を直接的にも間接的にも強制したようなことはなかった」とした認定を是認しているが、原審は、「控訴人がその対応において、明確に改善意見に従うことを拒否し、任意に修正に応じることが殆ど期待できない状況であったにもかかわらず、数次にわたって、口頭で修正を求めたり、拒否理由書を提出させた点において、検定側の対応はやや執拗に過ぎたきらいはある」との認定をしているのであり（これは、平成六年一〇月一日に施行された行政手続法によるならば、行政手続法三三条の「内容の変更を求める行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使

を妨げるようなことをしてはならない。」に違反する行為である）、「検定側において特に改善意見を直接的にも間接的にも強制したようなことはなかった」との事実認定が証拠法則・経験法則に反してなされているとの判断が示されるべきではなかったのかという疑問を禁じ得ない（事実認定の誤りは上告理由となりえなくても、事実認定が証拠法則・経験法則に反しているという主張は、法令違背として上告審の審理の対象になりうる）。

改善意見に「教科書の執筆者又は出版社がその意に反してこれに服さざるを得なくなるなどの特段の事情がない限り、その意見の不当にかかわらず、原則として、違法の問題が生ずることはない」とされたことから、改善意見の濫用（現在の教科書検定制度では、平成元年改正により強制力のない改善意見は廃止されている）ひいては行政指導の濫用にお墨付きを与えたともいうことができ、行政指導において行政手続法三二条二項違反及び同法三三条違反が生じないよう注意していく必要がある。

四 昭和五五年度の新規検定の際の「南京大虐殺」に関する修正意見について

昭和五五年度の新規検定申請において、「南京占領直後、日本軍は多数の中国軍民を殺害した。南京大虐殺とよばれる。」との記述に対して修正意見が付けられ、「日本軍は、中国軍のはげしい抗戦を撃破しつつ激昂裏に南京を占領し、多数の中国軍民を殺害した。南京大虐殺とよばれる。」との記述に変更して合格しているが、「修正意見の趣旨は、多数の中国軍民の被害が、軍の命令によって組織的に行われたと読み取られることを避けるべきであるということにあったことは明らか」というべく、原審が「激昂裏に」を付け加えさせる結果となった修正意見をもって違法であると判断しているのであり、時野谷調査官が「南京占領直後」という発生時期の点について断定する

ことができないとの指摘をしていたとしても、「これをもって原審が違法と判断した修正意見とは別の修正意見が付されたということはできないのであり、発生時期の点については違法ではないとした原審の判断は、結論においては認することができるものである。」としている。

確かに、修正意見の中心部分が違法とされれば当該修正意見が違法であることが確認されるから目的を達したとも考えられなくはないが、今後の教科書検定への影響（今後とも発生時期の点に関する修正意見が付せられるといった影響）を考えると修正意見の一部といえども「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなこと」は許されないから、原審が違法と判断した修正意見とは別の修正意見でないとしても、修正意見の他の部分にも違法な部分があればその認定を行うべきである。あくまでも修正意見の中心部分の違法の認定と全部違法の認定は異なるのであり、本判決は、あたかも一部勝訴をもって目的を達したとして残部の審理をせずに判決を言い渡したようなもので、審理不尽・理由不備の違法をおかした判決といわれても仕方あるまい。そして、「南京占領直後」が削除された修正後の記述をみると、南京大虐殺の悪質性（占領後無抵抗な市民を殺害している）が隠蔽され抵抗する軍民を殺害したかのように読め、しかも占領前のはげしい抗戦の中での殺害を「南京大虐殺」とよぶかのような誤解を与える記述になってしまっている以上、発生時期の点についての修正意見の部分も違法と認定すべきである。

五 昭和五八年度の改訂検定の際の修正意見について

1 「朝鮮人民の反日抵抗」の記述に対する修正意見

「一八九四（明治二七）年、ついに日清戦争がはじまった。その翌年にわたる戦いで、日本軍の勝利がつづいたが、戦場となった朝鮮では人民の反日抵抗がたびたびおこっている。」と書き換えようとする改訂検定の申請に対し、「戦場となった」以下の原稿記述を削除する必要がある旨の修正意見が付せられ、「一八九四（明治二七）年、ついに日清戦争となり、その翌年にわたる戦いで日本軍は勝利を重ねたが、戦場となった朝鮮では労力・物資の調達などで人民の協力を得られないことがたびたびあった。」との記述に変更して合格しているが、この修正意見に関し、多数意見（園部、千種、山口各裁判官）が適法とし、反対意見（大野、尾崎各裁判官）が違法とした。

この修正意見のねらいは、大野裁判官が鋭く指摘することく、修正意見前の原稿記述と修正意見後の原稿記述とを対比すれば明らかのように、「東学党の乱」という宗教上の内紛と切り離して朝鮮人民の反日抵抗を記述するときは、非協力抵抗の範囲に止めるべきであり、積極的抵抗を記述するのは教科書の記述としては不適切であるとの見解に基づく」といえる。「労力・物資の調達などで人民の協力を得られないことがたびたびあった。」で合格している以上、文部大臣が修正意見を付した理由が、「反日抵抗とは何を指すのか分からない、たとい特殊な研究に発表されていても啓蒙書によつて十分に普及している事柄以外は取り上げるべきではない」との理由であることは、論理一貫性を欠き疑問である（尾崎裁判官は、この点を皮肉を込めて、「文部大臣は、一方で『反日抵抗』を東学党の乱と結合させないと教育技術的に困難が生ずるとしながら、他方で『不協力』といいかえればこの困難はないとの見解を有しているかのようなのである。」と述べている）。もし、修

正意見を付した理由がこうした理由であるならば、啓蒙書によって十分に普及している事柄で反日抵抗を具体的に書かせた原稿が合格するのだから、大野裁判官が批判することく、「朝鮮人民の日本軍に対する抵抗の中に、多数の人民が武器を取って闘うという積極的反抗（記録によれば、中塚、朴尚教授の前記著作は、一八九四年秋には数百から時に万をもつて数える朝鮮人民の日本軍に対する武装蜂起があったことを記述していることが認められる。）があるのに、非協力という消極的抵抗のみを記述するよう修正させる結果となったというのは、歴史的事実の選択の観点からみればいかにも不合理、不適切である。」し、大野裁判官が引用する司馬遼太郎氏の言葉「教科書にうそを書く——とくにごく近年のことをすり替えた修辞で書く——国は、やがてはつぶれます」を重く受けとめる必要があるであろう。

結局、尾崎裁判官も指摘することく、「最終記述で、不協力について抽象的に言及しても何ら学習指導上混乱も困難も生じないのであるならば、当初の原稿記述である『人民の反日抵抗』という抽象的一般的言及でも同様に混乱や困難が生じないとすべきであり」、また、東学党の乱の再挙のことも含む反日抵抗を記述し東学党の乱の初発を記述していなくても、「日清戦争の原因は、日本と清国の朝鮮半島における覇権争いであつたのであり、この点が本件教科書において明示されている以上、東学党の乱を記載することは必要不可欠とはいえず」、日清戦争時の朝鮮人民の反日抵抗が、東学党の乱の初発とは性質を異にするものである以上、「東学党の乱の初発を記載することは、朝鮮人民の反日抵抗を記述する上で必要であるということとはできないのであり、東学党の乱の初発の記載がなくとも、朝鮮人民の反日抵抗の事実を教える妨げにはならないというべきである。」から、修正意見は違法と解すべきである。

なお、反対意見が相当説得力を持つものであったためか、園部裁判官が多数意見に加わることになった補足意見を展開している。修正意見と修正意見後の原稿記述が対応していないのではないかという疑問に関し、園部裁判官は「問題とすべきは最終記述の適否ではなく、原稿記述に対する修正意見の適否である」と疑問に答えずに（おそらく、答えることができなかったのであろう）問題をすりかえ、執筆者が、「人民の反日抵抗」に修正意見がついたため、不本意ながら「反日抵抗」に近い表現として「労力・物資の調達などで人民の協力を得られないことがたびたびあった。」との表現を用いたのは明らかである（尾崎裁判官は、「原稿記述が文部大臣によって拒否された結果、検定に合格した教科書の出版を希望する出版者及び著者として文部大臣の受容するところまで譲歩せざるを得なかったことは容易に推定し得る」としている）にもかかわらず、園部裁判官は、「右の最終記述が、原稿記述の『反日抵抗』とは別の事象、すなわち、日本政府は、日清戦争開始後、朝鮮政府との間で『大日本大朝鮮両国盟約』を締結し、日本軍の朝鮮における人馬・糧食の徴発を可能にしたが、これに対して朝鮮民衆が大いに反発して協力しないこともあったという事象を指していることは明らかであり、右事象自体は、東学党の乱など他の事象とのかかわりに触れて記述する必要はないからである。」と国側も主張していない独自の解釈を行っている。しかし、この点に関しては、原審判決である川上判決でさえ「最終記述がどのような経緯によって決定されたものか証拠を検討しても明らかでなく、検定側の指示によって最終記述の内容が決定したことを認めるに足りる証拠はない。」としていたのであり、法律審である最高裁において証拠もなく右のように認定するに至っては（園部裁判官しかこうした主張をしていないことからみると公知の事実とみることもできない）、弁論主義違反、適正手続違反との非難を免れないであろう。修正意見

と修正意見後の原稿記述が対応していないという文部大臣側の一貫性のなさを、文部大臣でさえ主張していない理由で救済しているものであり、これはあたかも力士が土俵際で相手力士を寄り切れないときに、行司が一緒になってその力士に助力し相手力士を寄り切らせるようなもので、とうてい公正な裁判とはいえないであろう。園部裁判官は、一方で、「私も、日清戦争が始まった後、朝鮮に進出した日本軍に対して、朝鮮人民が武器を取って抵抗したという事象があつたということを教科書に記述することが不適切であると思っているわけではない。かえって、反対意見と同じように、日清戦争の性格や近代日本と朝鮮との関係を正しく理解させるという面において、右のような記述は必要なことと考える。」と述べているのであるが、そうであるならば、大野裁判官が述べるように、「文部大臣が従来 of 学説との関係上東学党の乱を記述した方がより明確に理解できると考えたのであるならば、単に東学党の乱の記述を付加することを改善意見として求めればよいだけのことであつて、『人民の反日抵抗』の記述についてその削除まで求める必要性を認めることはできない。」のであつて、園部裁判官の主張と結論に矛盾を感じざるをえない。

2

「日本軍の残虐行為」の記述に対する修正意見

教科書の脚注の「とくに第八路軍は華北などに広大な解放地区をつくりだし、住民の支持をえて、点と線とをたもっているにひとしい日本軍にくりかえし攻撃を加え、ゲリラ戦の経験のない日本軍をなやませた。」との従来 of 記述に続いて、「このために、日本軍はいたるところで住民を殺害したり、村落を焼きはらつたり、婦人をはじめするものなど、中国人の生命、貞操、財産などにはかりしれないほど多大の損害をあたえた。」と付け加えるための改訂検定の申請に対して、「婦人をはじめするものなど」及び「貞操」の各部分を削除

する必要がある旨の修正意見が付せられ、「このために、日本軍はいたところで住民を殺害したり、村落を焼きはらったりして、中国人の生命・財産などにはかりしれないほど多大の損害をあたえた。」との記述に変更して合格しているが、この修正意見に関し、多数意見（園部、千種、山口各裁判官）が適法とし、反対意見（大野、尾崎各裁判官）が違法とした。

この点に関する文部大臣の修正意見の理由は、「軍隊において士卒が婦女を暴行する現象が生ずるのは世界共通のことであるから日本軍についてののみそのことに言及するのは、選択・扱い上不適切であり、また特定の事項の強調に当たる」であるにもかかわらず、多数意見は、「本件原稿記述は、第八路軍が解放地区を作り出した華北などの戦場における日本軍の行動を記述したものであるといわざるを得ない」と文部大臣でさえ認識していなかった前提に立ち、「華北などの戦場における貞操侵害行為については特に取り上げて記述すべきほど特徴的に頻発しあるいは残虐であったとする学説、資料は存在しなかったというのであるから、華北などにおける戦場の記述の中で貞操侵害行為を取り上げて記述することは適切ではない」と文部大臣とは異なる理由から修正意見を適法としている点で、弁論主義違反、適正手続違反の問題がある。

こうした問題に関し、大野裁判官は、以下のように批判している。すなわち、

「(二) 現に、本件訴訟の当事者双方も一審、原審のいずれにおいても、本件記述が華北に関する記述であるとは主張しておらず、いずれもそれが中国戦場全般にわたる記述であることを前提として主張立証を行っているのである。したがって、本件記述が華北についての記述であることを前提として、華北において貞操侵害が多く行われたことの立証がないとする原判決は、本件記述について当事者双方の主張しない認識にたつて判

断し、修正意見を是認しているものであり、甚だ奇異であるといわざるを得ない。

(三) その上仮に文部大臣が改訂箇所を華北に限定した記述として理解するのであるならば、検定意見としては、脚注の中の右付加部分がするように読まれることを避けるため、『このために』の接続語を削除又は訂正するなど文章上の工夫をするように助言・指導すれば足りる程度のことであって、『婦人をはずかしめるもの』と『貞操』という語句の削除を命ずる理由とはならない。

(四) そもそも本件修正意見は、文部大臣が華北に貞操侵害が特に多いとする学説資料がないから削除を命じたのでは全くなく、戦時の軍隊において士卒が婦女子に暴行する現象は世界共通のことであるから日本軍のことだけ書く必要はない、という理由に基づくことは明らかであって、裁判所としてはそのような理由によって修正意見を付することが違法か否かを判断すればよいのであり、修正意見の理由を差し替えたうえ、その当否を判断すべきものであるとは考えられない。」と批判している。

また、尾崎裁判官も、この点を緻密な論理構成で批判している。すなわち、

「文部大臣は、昭和五八年一二月の修正意見の口頭告知以来、二つの脚注すなわち南京事件及び本件第二文から、中国婦人に対する貞操侵害行為の記述を削除するよう求めてきた。被上告人国も、本件訴訟の事実審係属中の九年間一度としてこれらを区別したことはなかった。文部大臣は、時野谷調査官の理由告知以来一、二審を通じて南京事件及び本脚注の双方を一括して、『中国婦人をはずかしめたりするものが少なかつた』など『このような事実があったことは認められるけれども』こうした出来事は『どの時代のどの戦争にも起こったこと』『特に日本軍の場合だけこれを取り上げるのは選択と扱いの上で問題である』として削除を求め

た修正意見の正当さを主張しており、南京の場合と華北地方などとの区別は、本件検定及び訴訟の過程では一切意識していない。

しかも、文部大臣もこの原稿記述が『中国のいたるところ』を意味することを了知していた証拠が存する。文部大臣が本件に関し『日本軍はいたるところで』とあるのは『解放地区のいたるところで』ではないかと述べ、その趣旨に訂正するよう改善意見を付したところ、上告人は、潮州（広東省。付近に汕頭あり）に駐屯していた部隊長自ら認知した実情や海南島の駐屯部隊長の言動を記載した文献（戦没した静岡高校卒業生の日記）を引用して、この種不祥事は解放地区に限られず中国のいたるところで生じたものであると反論した。もともと、文部大臣がこの意見を助言・指導にすぎない改善意見にとどめ、『いたるところ』と広く表現することには強い異議を有していなかったことと、以後一切発生場所について主張のない事実を考えあわせれば、文部大臣も上告人の華南方面の事例による説明を受けて、『中国のいたるところ』を意味することに納得していたと認められるのである。

これらの点からしても、本件脚注を、華北における貞操侵害の記述と読むことは、文部大臣及び被上告人の理解に反することが明らかである。」

「（二）文部大臣は、本件教科書二七六頁の脚注における南京占領時の貞操侵害の記述と、同書二七七頁の脚注における貞操侵害の記述とを区別することなく、一個の共通する理由をあげて、その削除を求めている。すなわち、『中国婦人はずかしめたりするものがすくなくなかった』あるいは『婦人はずかしめるもの』という記述については、このような事実があったことは認められるけれども、このような出来事は人類の歴史

上、どの時代のどの戦場にも起こったことであるから、特に日本軍の場合だけこれを取り上げるのは選択と扱いの上で問題があるとしていた。文部大臣の立場は、検定の全過程を通じて変わることなく、更に本件提起後一、二審の審理を通じても、本件修正意見に関し、この区別をした主張はされていなかった。

ところが、原判決は、突如、文部大臣の修正意見について、南京に関しては裁量権の範囲を逸脱した違法があるが、華北については貞操侵害は特徴的な事実ということができないとして、これにつき修正意見を付したことは違法でないと判示したのである。

(二) 原審の右判断は、文部大臣が検定意見において挙示した理由と異なる理由によって原稿記述の削除を容認するものであつて、旧検定規則が定める検定手続に違反する検定を許容したのと同様の結果となり、違法といわなければならない。

最高裁昭和六一年(オ)第一四二八号平成五年三月一六日第三小法廷判決・民集四七卷五号三四八三頁は、教科書検定が、検定規則の定めるところに従つて、文部大臣の諮問機関たる教科用図書検定調査審議会の答申に基づき可否の決定がなされること、不合格決定通知書には不合格の理由として検定基準のどの条件に違反するかが記載されているほか、教科書調査官が口頭で原稿の具体的欠陥箇所を補足説明し、申請者の質問に答え、その際速記・録音機の使用も許されていること、申請者はこの説明応答を考慮した上、不合格図書の再申請が可能であることなどを総合勘案すると、手続保障を定める憲法三一条の法意に違反するものということはできないとしている。そして同判決が付加するように、昭和五二年の教科書検定規則の改正により、新たに不合格理由の事前通知と反論の聴取制度が設けられ、右手続保障は一層強められている。

さらに、同判決がいうように、『検定意見は、原稿の個々の記述に対して』検定基準の『各必要条件ごとに、具体的理由を付して欠陥を指摘するもの』であるからこそ、申請人は反論して再考を求める機会も得られ、また、不合格理由に即した修正も考慮できるし、最終的に不合格決定を受けたとき、理由を考慮して再申請も可能となる。したがって、明示的に告知された理由以外を不合格の根拠とすることは、検定制度的下で申請人の利益を保障するため定められた手続の根幹に反するものといわざるを得ないのである。

要するに右第三小法廷判決は、教科書検定手続は『検定関係法規の趣旨にそって行使されるべきである。』し、右に示した一連の手続が履踐されるからこそ憲法三一条による法定手続の保障の法意に反しないとしているのであって、旧検定規則などを遵守しない手続の下でなされる検定は違法という外ない。

(三) 今本件検定の経過をみると、上告人の申請に対し、検定規則に従って、時野谷調査官による条件付合格の理由の事前告知、口頭の補足説明、質問、反論の聴取及び理由を付した反論の採否の通知がなされた。

この手続を通じ、文部大臣が一貫して修正意見の理由として挙げたのは、日本軍の貞操侵害は、人類の歴史上どの時代のどの戦場にも起こったことと同種のものであって、特に日本軍の場合だけこれを取り上げるのは選択と扱いの上で問題であるという一点であった。文部大臣が南京と華北における貞操侵害の頻度または残虐さの差を取り上げて修正意見の理由としていないことは原審の認定から明らかである上、両者の差異につき、原審において両当事者は弁論をすることもなく、特に証拠調べを求めたこともうかがわれない。つまり、文部大臣として、この点を修正意見の理由とした形跡は存しなかった。

仮に、文部大臣が原稿記述の対象を華北の事象であると理解していたとすると、文部大臣は、華北において

『このような事実があつたことは認められる』と認識した上で、発生場所や発生頻度、態様を問題とすることなく、士卒の婦人に対する貞操侵害は世界共通の事象であるとの理由のみによって本件修正意見を付したことになる。そうであれば、文部大臣は、華北であることを特に取り上げて『個々の記述』につき『具体的理由』を付していないのであるから、文部大臣自身も、一連の法定手続を省いたまま華北の事象であることを理由に検定の可否決定をすることはできず（仮にこれを認めれば検定手続を経ないで可否の決定をすることを認めるに等しくなる）、現に被告人も本訴審理過程でかかる主張をしていないのである。

したがって、修正意見の適否を判断する裁判所において、文部大臣が明示的に告知した理由以外をもって、修正意見適否の判断をすることは、前記（二）記載の検定制度の趣旨に反し、検定制度が保障した被告人の法的利益を全面的に否定するものであって、許されるべきではない。

（四）要するに、裁判所は、検定手続において審査され判断された範囲内に限って、修正意見の適否を審査すべき手続上の拘束を受けるものであり、検定手続で不合格理由の対象とされなかった事由を挙げて裁判所が修正意見の適否を判断することは許されない。文部大臣が所定の審議会の議を経て検定基準に反すると明示的に判断していない部分は、原則として専門的技術的立場から検定基準に合致したと認められたことを意味するのである。もし、この部分につき裁判所が独自の判断で検定基準に反すると判定できるならば、検定手続中における理由告知、補足説明、反論、再考、修正案の考慮、不合格後の再申請の機会付与など聴問手続を十分尽くすことによって申請者に保障した利益はすべて失われるのみならず、その場合、裁判所は、文部大臣の検定と別個に、自ら新たな第二の検定機関として機能するものとなり、教育の中立・公正・一定水準の確保等の高

度の公益目的や検定の公正の保持を目的として、高度の専門技術的判断を法定の機構に一任した教科書検定制度に基本的に背反する結果となる。」と批判している。

そもそも、多数意見は、「本件原稿記述は、第八路軍が解放地区を作り出した華北などの戦場における日本軍の行動を記述したものであるといわざるを得ない」と解釈するが、むしろ、日本軍の残虐行為に関する記述は日中戦争全体の記述と読むのが素直な読み方である。記述を素直に読まずに裁判所が一方的に華北などの戦場に関する記述と決めつけて、「華北などの戦場における貞操侵害行為については特に取り上げて記述すべきほど特徴的に頻発しあるいは残虐であったとする学説、資料は存在しなかった」として修正意見を適法としている点で、裁判所の判断の方がまさしく「看過し難い過誤」といえるであろう。

日本軍の残虐行為に関する記述は日中戦争全体の記述と読めることに關し、大野裁判官は以下のように説く。すなわち、

「原稿記述は、なるほど『とくに第八路軍は華北などに広大な解放地区をつくりだし、住民の支持をえて、点と線とをたもっているにひとしい日本軍にくりかえし攻撃を加え、ゲリラ戦の経験のない日本軍をなやませた。』との教科書の脚注の後に付加される記述であるが、右脚注は本文の全体に対する注になっている。そして右本文が中国本土全般にわたる記述であることは、『日本軍は広大な戦線に大量の人員・兵器を消耗しながらも、一九四五（昭和二〇）年八月日本が降伏するまで、ついに国民党・共産党にひきいられた中国民衆のねばりづよい抵抗を屈伏させることができなかった』と記述していることから明らかであり、脚注にも、『華北など』と広い含みをもった用語が用いられていること、『いたるところで』『中国人』など中国全般をさす語句

が使用されており、更に右脚注の改訂原稿部分は中国ハルビン郊外で行われた七三一部隊の生体実験の記述に接続していることをみると、必ずしも右改訂記述部分が華北に限定した記述であると読む必要はなく、むしろ日中戦争全体の記述と読むのが素直である。」としている。

また、尾崎裁判官も、この点に関し、次のように指摘する。すなわち、

「本件教科書二七七頁本文は、日中戦争において広大な戦線で国民政府軍及び第八路軍の抗戦にあり、『日本』の降伏するまで……中国民衆のねばりづよい抵抗を屈伏させることができなかった。」と記述し、本件原稿記述は、この部分の脚注に従前からあった第一文『とくに第八路軍は華北など（で）……ゲリラ戦の経験のない日本軍をなやませた。』に、次の二文を付加しようとしたものである。すなわち、第二文は「このため、日本軍はいたるところで……中国人の生命・貞操・財産などにはかりしれないほど多大の損害をあたえた。』であり、これに続く第三文は『またハルビン郊外に七三一部隊……を設け、……残虐な作業を……数年にわたってつづけた。』であって、この三文は段落を分つことなく連続していた。

右の第一文は、第八路軍の活動が華北などで特に顕著であったことは、公知であったから、本文における抗戦の態様を補足するものとして、この言及がなされたことが明らかである。続く第二文は、やはり本文にある、広大な戦線にわたる中国民衆のねばりづよい抵抗の記述に対する注であって、『このために、日本軍はいたるところで』この抵抗を抑圧する行動に出たこととその態様を示し、さらに、第三文で、『またハルビン郊外』での七三一部隊による生体実験を記述したのも、同様本文の中国民衆の抵抗に対応する方法の模索を示したものと読むべきである。

第一文と同様、『このために』以下も本文記述への脚注であることは、特に『日本軍はいたるところで』と述べて、中国の『広大な戦線』にわたる抵抗に対する行動である旨を明示していること、更に『また』に始まる第三文が、華北のゲリラ戦と特段結びつかない以上、七三一部隊が、本文にいう中国民衆の抵抗への対抗手段であった趣旨を述べたものであることから明らかで、この点からすると、『このために』は第二文と第三文に一括して係る接続詞とせざるを得ないのである。多数意見のように第二文が第一文にのみ関するとなると、『このために』と第三文との連続は切断され、第三文と本文の関連が示されなくなり、第三文が本文の脚注であることが文章上不明となってしまう。』として、日本軍の残虐行為に関する記述は日中戦争全体の記述と読めると解している。

従って、裁判所としては、原稿記述が中国における戦場全般にわたるものであることを前提として、修正意見の理由である「軍隊において士卒が婦女を暴行する現象が生ずるのは世界共通のことであるから日本軍についてのみそのことに言及するのは、選択・扱い上不適切であり、また特定の事項の強調に当たる」の適法性を検討すれば足りる。

この点につき、原判決である川上判決が、同様の理由から南京占領の際の中国人女性に対する貞操侵害行為の削除を命じる修正意見に関し、「検定意見が指摘するように、戦闘行為に加わった士卒の女性を辱める行為が古今東西を通じて共通の現象であるとしても、これが非難されるべき非人道的行為であることは論をまたないところであり、個人の人格、人権の尊重が特に重要視され、女性に対する貞操侵害行為が厳しく非難されるときにも、戦時における捕虜、非戦闘員の人権の保護が国際的な規範として重視されるようになった近代にお

ける戦争とそれ以前の戦闘行為とを同一に扱うことに合理性がないことは明らかであり、行為の態様、与えた被害の内容を考慮しないで一律に世界共通の現象として論じることには合理的根拠があるとは到底考えられない。」として、「その判断過程に看過し難い誤りがあるというほかなく、裁量権の範囲を逸脱した違法なものというべきである。」との判断を示し、国側が上告しなかったため違法が確定している。そうであるならば、こうした修正意見は合理的根拠を欠き違法というべきである。また、大野裁判官は、こうした修正意見が違法である旨を次のように説く。すなわち、

「(一) 原判決は、日本軍兵士の中国人女性に対する暴行について、検定当時における学界の状況によって検討すれば、中国における戦場全般を通じて、日本軍兵士が中国人女性に対し貞操侵害行為を行い、その数が異常に多数であったことが指摘されている旨認定しているのであるから、それが特に多かつたと断定するのは困難であるとする学説に依拠して、右記述の削除を求めることは、学界に広く認められている説に基づく記述の排除を求めるに等しく、学説状況の認識過程に看過し難い過誤があるというべきである。」

(二) また、日本軍が与えた中国全般にわたる被害を叙述するときに、軍隊において士卒が婦女を暴行するのは世界共通の現象であることを理由に、日本軍についてのみそのことを記述するのは選択・扱い上不適切であるから削除すべきであるとの修正意見は、我が国の軍隊が戦時において近隣諸国の民衆に与えた重大な被害に目を覆うものであって許されないというべきである。けだし、戦時の軍隊において士卒が婦女子に暴行を加えることは歴史上に多くの例がみられるとはいえ、二〇世紀における日本軍が一五年にわたる中国での戦場において中国人女性に対し多くの貞操侵害行為を行ったことによって中国など近隣諸国の民衆に与えた傷の深さ

とその影響を考えると、右記述の削除を条件とすることは、むしろ、我が国と近隣諸国との国際理解と国際協調の見地から必要な配慮がなされることを定めている旧検定基準第三章第二節第一の3の(15)に反するものである。我が国が近現代において近隣諸国の民衆に与えた被害を教科書に記述することは特殊な片寄った選択ではなく、また自国の歴史を辱めるものでは決していない。」と論じて、「過去に目を閉ざす者は結局のところ現在にも盲目になります。非人間的な行為を心に刻もうとしない者は、またそうした危険に陥りやすいのです。」というヴァイツゼッカー大統領の演説を引用している。

とりわけ、最後の部分は、我が国の近隣諸国に対する加害行為や我が国が近隣諸国の民衆に与えた被害を教科書に記述することを、教科書検定により妨げることのないよう文部省に警告を発すると同時に、近時、「自虐史観」とレッテルをはって教科書攻撃をする評論家や学者、マスコミに対しても警告を発しているといえよう（こうした指摘をするものとして、尾山宏「最高裁判決をどう読むか・総論 最高裁判決は三二年の闘いのしめくくり」教科書検定訴訟を支援する全国連絡会編『検定に違法あり！家永教科書裁判最高裁判決』二三頁〔教科書検定訴訟を支援する全国連絡会、平九〕）。

ところで、「軍隊において士卒が婦女を暴行する現象が生ずるのは世界共通のことであるから日本軍についてのみそのことに言及するのは、選択・扱い上不適切」であるとする修正意見に関し、防衛庁は何故文部省に抗議しないのであろうか。どの時代のどの戦場にも起こるというのでは、現在の自衛隊も士卒が婦女を暴行する組織であるといっているに等しい。これほど屈辱的な意見を教科書検定という公の場で示されながら、防衛庁が反論しないところをみると、防衛庁も自衛隊が強姦行為を行う組織であることを自認しているということ

であろうか。

大野裁判官と尾崎裁判官の反対意見が相当説得力があつたためか、園部裁判官が多数意見に加わることになつた補足意見を述べている。その論旨は、①原稿記述を、多数意見のように、第八路軍のゲリラ戦に悩まされた日本軍の行動が記述されたと読む方が自然であること、②文部大臣は本件原稿記述を華北に限定した記述として理解していたこと、③「歴史上の事柄を構成する事象が、たとい同じような事象（ここでは日本軍による貞操侵害行為）であつても、それを記述することが事柄の全体像を正しく理解させる上で有益かつ必要な場合もあれば、むしろ全体像の理解を困難なものにし、ときにはゆがんだ理解をもたらすおそれがある場合もある」であり、同じ事象がある場面で記述することが適切であるからといって、他の場面でもこれを記述することが適切であるということに当然にはならないのである。多数意見は、歴史上の事柄を構成する個々の事象を記述することが適切か否かについて、その事象が特徴的といえるかどうかを一つの判断基準にしているのであるが、右は旧検定基準の解釈の問題である。したがって、裁判所としては、右のような判断の下に、当該事象が特徴的といえるか否かを認定判断し、その結果に従つて、ある記述に対する修正意見を適法とし、あるいは不適法とすることができるのであつて、原審が、華北などの戦場における貞操侵害行為と南京におけるそれとについて異なる判断をしたからといって、修正意見を付した文部大臣の理由と異なる理由をもつて修正意見の適否を判断したことにはならず、所論弁論主義違反の違法もない」ことの三点である。まず、①については、本文と脚注をつなげて読むことには無理があり、園部裁判官としては第八路軍のゲリラ戦に悩まされた日本軍の行動が記述されたと読む方が自然だというだけであり、大野裁判官と尾崎裁判官の客観的な分析による読み方

に比べ説得力がない。また、②については、もし、文部大臣が本件原稿記述を華北に限定した記述として理解していたならば、何故修正意見を「華北などの戦場における貞操侵害行為については特に取り上げて記述すべきほど特徴的に頻発しあるいは残虐であったとする学説、資料は存在しな」いから、「華北などにおける戦場の記述の中で貞操侵害行為を取り上げて記述することは適切ではない」としなかったのかの問いに答えておらず、全く説得力がない。③については、当事者が華北に関する記述と主張していないにもかかわらず、「華北などの戦場における貞操侵害行為については特に取り上げて記述すべきほど特徴的に頻発しあるいは残虐であったとする学説、資料は存在しなかったというのであるから、華北などにおける戦場の記述の中で貞操侵害行為を取り上げて記述することは適切ではない」と判断したことが、弁論主義違反にならないと強弁したいがために、歴史上の事柄を構成する個々の事象を記述することが適切か否かは旧検定基準の解釈の問題であり、裁判所の専権にかかわる問題であると主張したのであるが、ここでは、両当事者が華北に関する記述を前提としたうえで記述することが適切であるか否かという評価ないし旧検定基準の解釈が問題になっているのではなく、本件記述が華北についての記述であるという事実そのものが問題になっている以上、まさしく弁論主義違反の問題というべきである。華北に関する記述であるという事実も証拠も当事者から提出されていないのに、裁判所が勝手に華北に関する記述と認定しており、当事者にとっては不意打ちというべく、公平な裁判への信頼を損なう結果となっている。従って、園部裁判官の③の主張も成立しない。そして、尾崎裁判官が提起した「文部大臣が所定の審議会の議を経て検定基準に反すると明示的に判断していない部分は、原則として専門的技術的立場から検定基準に合致したと認められたことを意味するのである。もし、この部分につき裁判所が独

自の判断で検定基準に反すると判定できるならば、検定手続中における理由告知、補足説明、反論、再考、修正案の考慮、不合格後の再申請の機会付与など聴問手続を十分尽くすことよって申請者に保障した利益はすべて失われるのみならず、その場合、裁判所は、文部大臣の検定と別個に、自ら新たな第二の検定機関として機能するものとなり、教育の中立・公正・一定水準の確保等の高度の公益目的や検定の公正の保持を目的として、高度の専門技術的判断を法定の機構に一任した教科書検定制度に基本的に背反する結果となる。」との適正手続違反があるとの批判に対しては、園部裁判官は全く答えていない（おそらく、答えることができなかったであろう）。

結局、大野裁判官・尾崎裁判官が主張するごとく、「婦人をはずかしめるものなど」及び「貞操」の各部分を削除する必要がある旨の修正意見は違法と解すべきである。

3 「七三一部隊」の記述に対する修正意見

教科書の脚注に「またハルビン郊外に七三一部隊と称する細菌戦部隊を設け、数千人の中国人を主とする外国人を捕らえて生体実験を加えて殺すような残虐な作業をソ連の開戦にいたるまで数年にわたってつづけた。」と書き加えようとする改訂検定の申請に対し、右原稿記述を全部削除する必要がある旨の修正意見が付せられ、執筆者は全部削除したが、この修正意見に関し、多数意見（園部、大野、尾崎各裁判官）が違法とし、反対意見（千種、山口各裁判官）が適法とした。

この点に関する修正意見の理由は、「七三一部隊のことは現時点ではまだ信用に堪え得る学問的研究、論文ないし著書が発表されていないので、これを教科書に取り上げることが時期尚早であり、選択・扱いの上で不

適切である」という点にあった。

しかし、本判決が指摘するごとく、「関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたものというべき」であること、「本件検定時までには終戦から既に三八年も経過していること」に鑑みるならば、こうした修正意見は違法というべきである。この点に関しては、第一次訴訟上告審判決である可部判決に関与し個々の検定処分をすべて合法とした園部裁判官でさえ、「近現代史における歴史上の事柄については、様々な理由からその全容が明確にされていないものも少なくはない」が、そうであるからといって、例えば、「南京事件がなかったわけではなく、沖繩戦の住民被害がなかったわけでもない。事柄の全容が正確に解明されない限り、教科書に記述することが不適切である」ということはできない」とした上で、「殊に『七三一部隊』についていえば、これは日本軍によって生体実験が行われたという異常な事件であり、関係記録は、敗戦間際、国際的非難を恐れた軍部によって組織的に廃棄され、また、被害者で生き残った者はないといわれており、正規の記録によってはその実態を検証することが困難な事例である。それにもかかわらず、七三一部隊の行った所業については、戦後間もないころから歴史家、小説家、ジャーナリスト等による調査等によって次第に明らかにされてきたのであり、昭和五八年当時の学説においても、資料の正確性に疑問を呈する見解はあったものの、七三一部隊の存在とその所業自体を否定するものはなかったといえるのである。」と補足意見の中で指摘し、「七三一部隊」の記述に対する修正意見のみを違法としている（なお、園部裁判官は、五人の裁判官の中で唯一、第一次訴訟、第三次訴訟の両訴訟に関与した裁判官であ

るが、この争点についてだけ違法判断を示しており、千種裁判官からもしこの争点を違法と判断するならば、最高裁平成五年三月一六日第三小法廷判決に抵触するおそれがあると批判されている。そのため、園部裁判官は、こうした判断の整合性ないし一貫性に対する批判を気にしてか、「朝鮮人民の反日抵抗」「日本軍の残虐行為」の記述に対する修正意見については適法とし、「七三一部隊」の記述に対する修正意見については違法とすることに關し、「右判決の理由中の判断との整合性を勘案しつつ」補足意見を展開している。しかし、右判決は、「看過し難い過誤」論の基準を定立したものの、そのあてはめについては鈴木判決の「相応の根拠」論と同じであり、個別の検定意見について検討を加えず「どんぶり勘定」で合法とした判決であるから、「看過し難い過誤」論の適用を誤ったものといえる。また、「朝鮮人民の反日抵抗」「日本軍の残虐行為」の記述に対する修正意見に關しては、三対二で適法とされていたことに鑑みると、園部裁判官がどちらに付くかが本判決のキヤスティングボードを握っていたといえる。

これに對し、千種裁判官・山口裁判官の反対意見がある。

千種裁判官は、日本史の教科書に記述される事実は、「それ自体が正確であることはもとより、それが、その文脈の中において正しく理解され得るものでなければならぬ。ところが、前記の原稿記述は、それまでの本文及び注の記述とは趣旨を異にする二つの事象を区別もなく追加するものであって、一読して、その追加部分と従来の本文及び脚注の記述がどう関連するのか明らかであるとはいえない。」とし、「およそ『七三一部隊』のような日本の軍隊が他国で行った残虐行為については、それが、教科書に記述されるか否かは別とし

て、我が国民が等しく記憶にとどむべき事柄であり、それが教科書に記載されたならば、その持つ意義も決して小さなものとはいえない。そのような事柄であるからこそ、いまだ日本の歴史について十分な知識を有しない青少年のために作られる教科書において初めてこれを取り上げるに当たっては、その事実の存否のみならず、その意味するところについても誤りない記述が求められるのであり、これを記述するに当たっては、その趣旨内容についても十分な検証がなされて然るべきものといえるのである。そのように考えるとき、前記のような本件検定当時の学説状況の中にあつて、文部大臣が時期尚早として、本件原稿記述を削除するよう修正意見を付したことは、それ相応の理由があつたものといふことができ、これをもつて看過し難い過誤といふのは当たらない。」として、修正意見を適法としている。

しかし、尾崎裁判官が、「日本軍の残虐行為」の記述に関する反対意見で指摘していたように、「本件教科書二七七頁本文は、日中戦争において広大な戦線で国民政府軍及び第八路軍の抗戦にあい、『日本の降伏するまで……中国民衆のねばりづよい抵抗を屈伏させることができなかった。』と記述し、本件原稿記述は、この部分の脚注に従前からあつた第一文『とくに第八路軍は華北など（で）……ゲリラ戦の経験のない日本軍をなやませた。』に、次の二文を付加しようとしたものである。すなわち、第二文は『このため、日本軍はいたるところで……中国人の生命・貞操・財産などにはかりしれないほど多大の損害をあたえた。』であり、これに続く第三文は『またハルビン郊外に七三一部隊……を設け、……残虐な作業を……数年にわたってつづけた。』であつて、この三文は段落を分つことなく連続していた。

右の第一文は、第八路軍の活動が華北などで特に顕著であつたことは、公知であつたから、本文における抗

戦の態様を補足するものとして、この言及がなされたことが明らかである。続く第二文は、やはり本文にある、広大な戦線にわたる中国民衆のねばりづよい抵抗の記述に対する注であって、『このために、日本軍はいたるところで』この抵抗を抑圧する行動に出たこととその態様を示し、さらに、第三文で、『またハルビン郊外』での七三一部隊による生体実験を記述したのも、同様本文の中国民衆の抵抗に対応する方法の模索を示したものと読むべきである。

第一文と同様、『このために』以下も本文記述への脚注であることは、特に『日本軍はいたるところで』と述べて、中国の『広大な戦線』にわたる抵抗に対する行動である旨を明示していること、更に『また』に始まる第三文が、華北のゲリラ戦と特段結びつかない以上、七三一部隊が、本文にいう中国民衆の抵抗への対抗手段であった趣旨を述べたものであることから明らかで、この点からすると、『このために』は第二文と第三文に一括して係る接続詞とせざるを得ないのである。」と読むことができるから、千種裁判官が指摘するごとく「一読して、その追加部分と従来の本文及び脚注の記述がどう関連するのか明らかであるとはいえない。」ということはできないであろう。

仮に、一步譲って、「一読して、その追加部分と従来の本文及び脚注の記述がどう関連するのか明らかであるとはいえない。」という記述であったとしても、「七三一部隊」に関する原稿記述を全部削除する必要がある旨の修正意見を付するのでなく、「一読して、その追加部分と従来の本文及び脚注の記述がどう関連するのか明らか」となるように記述を修正させれば足りるだけであるから、この点の指摘は説得力がない。

また、「いまだ日本の歴史について十分な知識を有しない青少年のために作られる教科書において初めてこ

れを取り上げるに当たっては、その事実の存否のみならず、その意味するところについても誤りない記述が求められるのであり、これを記述するに当たっては、その趣旨内容についても十分な検証がなされて然るべきものといえるのである。」との指摘は、これを教科書に厳格に求めるとするならば、資料に乏しい古代史や中世の歴史は事実の存否について誤りない記述が求められる以上、ほとんど記述することができなくなるし、近代についても「その意味するところ」が確定し、「その趣旨内容についても十分な検証がなされて然るべきもの」とされる以上、相当の資料が発掘され歴史学者が検証するだけの相当の時間がたたなければ書くことはできず、日本史の教科書はほとんどの歴史的事実を執筆できないことになってしまふであろう。多数意見が指摘することく、「関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたものというべき」であること、「本件検定時までには終戦から既に三八年も経過していること」に鑑みるならば、「いまだ日本の歴史について十分な知識を有しない青少年のために作られる教科書において初めてこれを取り上げる」に必要な条件は充たしているというべきである。

千種裁判官は、「本件検定当時『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をしていたという事実が大筋において否定されていなかったからといって、そのことから直ちに、文部大臣の本件修正意見に看過し難い過誤があり、被上告人国に国家賠償法上の損害賠償責任があるとするには、やや飛躍があるように思われる。」とされるが、「七三一部隊のことは現時点ではまだ信用に堪え得る学問的研究、論文ないし著書が発表されていないので、これを教科書に取り上げることとは時期尚早であり、選択・扱いの上で不適切である」という修正

意見に対しては、「これを教科書に取り上げることが時期尚早」でないということさえ証明できれば文部大臣の本件修正意見に看過し難い過誤があったということになるから、千種裁判官が指摘する論理の飛躍はないといえよう。

また、山口裁判官は、「およそ歴史叙述に当たっては、史料を厳密に考証した上、必ずその裏付けを取って行うという実証主義的態度が要請されることはいうまでもない。」とした上で、原審の確定した事実関係によれば、「昭和五八年度検定当時において、七三一部隊に関しては多数の文献、資料があったものの、それらの文献、資料の中には、例えば原本に当たって検証することができないため慎重な取扱いを必要とするもの、公開されて日が浅く研究者の史料批判が行われていないもの、学術書の形式をとっておらず他の研究者がその記述内容の真実性を検証するには困難があるものなどがあり、学術的にみて問題があるものが少なくなかったといわざるを得ず、したがって、本件検定当時においては、教科書に記述し得るほどには学術的研究としてまとまっていなかったとする見解は、相当の合理的根拠を有するものといえることができる。」とし、「原審で認定した本件検定当時の学界の状況からすると、本件検定当時、本件原稿記述の内容が否定するものはないほどに定説化していたものと断ずることは到底できないことはもとより、歴史の教科書の叙述に当たって要請される実証主義的態度にのっとって考える限り、当時においては、七三一部隊に関する本件原稿記述を教科書に取り上げることができるほどには、信頼するに足りる学術的研究、論文ないし著書などの資料は十分ではなかったといわざるを得ないのである。そうすると、文部大臣がこれを教科書に取り上げることが時期尚早であるとし、「選択・扱いの上で不適切であるとして」修正意見を付したことは相当であって、その判断過程に看過し難い過

誤があつたとは認めることはでき」ないとして、修正意見を適法としている。

しかし、あまりにも厳密な実証主義的態度を要求すると、資料に乏しい古代史や中世の歴史は史料を厳密に考証した上、必ずその裏付けを取って行うということができないから、ほとんど記述することができなくなるし、近現代についても、園部裁判官が指摘するごとく「殊に戦争期における事柄については、あるいは混乱の中で起こった事柄であるため、あるいは関係者の多くがその事柄によつて死亡してしまつたため、あるいは記録が何らかの理由により失われてしまつたためなど、様々な理由により、必ずしもその原因や経緯、被害者の正確な数などが明確にならないものが少なくないのである。」から、史料を厳密に考証した上、必ずその裏付けを取って行うということができない場合もあり、そうなると日本史の教科書はかなりの歴史的事実を執筆できないことになってしまうであろう。多数意見が指摘するように、原審認定の事実によつても、「七三一部隊に関しては、本件検定当時既に多数の文献、資料が公刊され、中には昭和四三年に刊行された上告人の著作もあり、必ずしもすべてが本件検定の直前に公刊されたわけではないことが明らかである。そして、原審が、本件検定当時、七三一部隊の存在等を否定する見解があつたことを認定していないことに照らせば、本件検定当時、これを否定する学説は存在しなかったか、少なくとも一般には知られていなかったものとみられる。そうすると、本件検定当時において、七三一部隊の実態を明らかにした公刊物の中には、作家やジャーナリストといった専門の歴史研究家以外のものが多く含まれており、また、七三一部隊の全容が必ずしも解明されていたとはいえない面があるにしても、関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するも

のではないほどに定説化していたものというべき」であるとしているのであり、こうした判断ができれば、七三一部隊を教科書に取り上げる時期に既に達しているといつてよく、「本件検定時までには終戦から既に三八年も経過している」ことも併せて考慮すれば、教科書に取り上げることは時期尚早であるということとはできないというべきであろう。園部裁判官が指摘するごとく、「殊に『七三一部隊』についていえば、これは日本軍によつて生体実験が行われたという異常な事件であり、関係記録は、敗戦間際、国際的非難を恐れた軍部によつて組織的に廃棄され、また、被害者で生き残った者はないといわれており、正規の記録によつてはその実態を検証することが困難な事例である。」という点に鑑みるならば、証拠隠滅した国が証拠が少ないことを理由に教科書に載せないとするのは信義則に反し、しかも、重大な事件であるにもかかわらず、史料を厳密に検証した上、必ずその裏付けを取つて行うことを要求した結果、既に三八年も経過しているのに教科書に載せられず子供が学ぶことができないとする方が、かえつて子供の学習権ひいては知る権利を害しているというべきである。

結局、「七三一部隊」の記述の削除を付した修正意見は、多数意見が指摘するごとく違法と解すべきである。

4 「沖縄戦」の記述に対する修正意見

教科書脚注の従来の「沖縄県は地上戦の戦場となり、約一六万もの多数の県民老若男女が戦火のなかで非業の死に追いやられた。」との記述を、「沖縄県は地上戦の戦場となり、約一六万もの多数の県民老若男女が戦火のなかで非業の死をとげたが、そのなかには日本軍のために殺された人も少なくなかった。」と改めるための改訂検定申請に対して、文部大臣により、沖縄県民の犠牲については、最も犠牲者の多い「集団自決」を加え

必要があるとの理由でその記述を加えるべきである旨の修正意見が付せられ、その結果、「沖縄県は地上戦の戦場となり、約一六万もの多数の県民老若男女が、砲爆撃にたおれたり、集団自決に追いやられたりするなど、非業の死をとげたが、なかには日本軍のために殺された人びとも少なくなかった。」との記述に変更して合格しているが、この修正意見に関しては全員一致で適法とした。

この点に関しては、「集団自決」を加える必要があるとした修正意見のねらいを十分考える必要がある。原審である川上判決は、「集団自決が沖縄戦における県民の死亡者のうち最も多数であったという修正意見が指摘するような事実を認めるに足りる確たる証拠はない」と認定していることから、「最も犠牲者の多い」ということから教科書に掲載せよとする点は考慮する必要がある。問題は、「沖縄県は地上戦の戦場となり、約一六万もの多数の県民老若男女が戦火のなかで非業の死をとげたが、そのなかには日本軍のために殺された人も少なくなかった。」との記述の中に、「集団自決」を加えることにより、「非業の死をとげた」「日本軍のために殺された人も少なくなかった」で表現した沖縄戦における悲惨な住民の被害の実態がねじまげられることはいかという教育的配慮を尊重する必要性の有無である。確かに、「集団自決」による多数の犠牲者がいるということは事実であるが、日本史の教科書の中の沖縄戦に関する記述という限られたスペースの中に、一般的には「県民が自発的に自殺したものとの誤解」をされかねない「集団自決」ということを加えることが、沖縄戦の住民被害の悲惨さを薄め、かえって「戦闘員の煩累を絶つための崇高な犠牲的精神によるものと美化する」ことになるとの配慮から記述しないという教育的配慮は、検定側も十分に尊重すべき事項ではなからうか。歴史教育は多数の事実を羅列的に教育する学問ではなく、多数の事実から重要と思われる事実を取捨選択し系統

化して教育する体系的な学問である。そうであるなら、沖繩戦の被害の実態を表現する際、被害の実態を正確に伝えられなくなる「集団自決」を取捨選択しないという教育的配慮も正当というべきである。執筆者の正當な教育的配慮を尊重せずに、沖繩戦の被害の実態を表現した原稿記述の文脈にあえて、住民殺害より先に最も多数であったという確たる証拠もない「集団自決」を加えさせようとする検定側のねらいは、沖繩戦の住民被害の実態を覆い隠し、崇高な犠牲的精神によるものとして美化しようとするところにあったといえよう。

本判決は、「本件検定当時の学界においては、地上戦が行われた沖繩では他の日本本土における戦争被害とは異なった態様の住民の被害があつたが、その中には交戦に巻き込まれたことによる直接的な被害のほかに、日本軍によつて多数の県民が死に迫りやられ、また、集団自決によつて多数の県民が死亡したという特異な事象があり、これをもつて沖繩戦の大きな特徴とするのが一般的な見解であつたといふことができる。そして、集団自決と呼ばれる事象についてはこれまで様々な要因が指摘され、これを一律に集団自決と表現したり美化したりすることは適切でないとの指摘もあることは原審の認定するところであるが、多数の県民がなぜ集団自決という異常な形で死に迫りやられたのかといふことを含め、地上戦に巻き込まれた沖繩県民の悲惨な犠牲の実態を教えるためには、軍による住民殺害とともに集団自決と呼ばれる事象を教科書に記載することは必要と考えられ、また、集団自決を記載する場合には、それを美化することのないよう適切な表現を加えることによつて他の要因とは関係なしに県民が自発的に自殺したものとの誤解を避けることも可能であ」とした上で、「右のような本件検定当時の学界の状況等に照らすと、文部大臣が、沖繩戦を理解するために、原稿記述の『日本軍のために殺された人』に加えて集団自決の事実を記載することは学習指導を進める上で必要であると

の判断の下に、原稿記述部分に集団自決を付加して記載するよう修正意見を付したことは十分な合理的理由と必要性があり、日本軍による住民殺害のみを記載し集団自決の記載を欠く原稿記述は、選択・扱い上不適切であり、特定事項の強調に当たるとの本件修正意見を付したことをもって、裁量権の範囲を逸脱した違法があるとはいえないし、修正によって上告人の原稿記述の意図が殊更まげられたとみることもできないというべきである。」として、修正意見を適法としている。

確かに、沖繩戦の全貌を知る上では、そして沖繩戦に関する研究書においては、「集団自決」の問題は避けて通れない問題であり記載する必要性があろうが、本件で問題になっているのは、「集団自決」という事実の存否ではなく、日本史の教科書の中の沖繩戦に関する記述という限られたスペースの中で、原因として「集団的狂気、極端な皇民化教育、日本軍の存在とその誘導、守備隊の隊長命令、鬼畜米英への恐怖心、軍の住民に対する防諜対策、沖繩の共同体の在り方など様々な要因」が指摘され、しかも、一般的には「県民が自発的に自殺したものの誤解」をされかねない「集団自決」という表現を加えることが、沖繩戦の住民被害の悲惨さを薄め、かえって「戦闘員の煩累を絶つための崇高な犠牲的精神によるものと美化する」ことになるとの配慮から記述しないという教育的配慮が許されるか否かということである。そうであるならば、「多数の県民がなぜ集団自決という異常な形で死に迫りやられたのかということを含め、地上戦に巻き込まれた沖繩県民の悲惨な犠牲の実態を教えるためには、軍による住民殺害とともに集団自決と呼ばれる事象を教科書に記載することは必要と考えられ、また、集団自決を記載する場合には、それを美化することのないよう適切な表現を加えることによって他の要因とは関係なしに県民が自発的に自殺したものの誤解を避けることも可能」との判断

は、安易に「集団自決」の記述を必要とし、あとは執筆者が誤解されない工夫をすればよいと安易に検定意見を是認した嫌いがある。修正後の原稿記述が「集団自決に追いやられたりする」との表現になっているが、これだけの表現ではかえって、米軍に追われた結果、県民が自ら自殺するよう追いやられたと受け取られ、「親が子を殺し、子が年老いた親を殺し、兄が弟妹を殺し、夫が妻を殺すといった親族殺しあいの集団虐殺」（安仁屋政昭証言、金城重明証言参照）といった「集団自決」の本質を覆い隠したものになってしまっている。

結局、沖縄戦の住民被害の悲惨さを覆い隠し、崇高な犠牲的精神によるものとして美化しようとする検定側のねらいに鑑みると、こうした修正意見を違法とすべきであったといえよう。

六 正誤訂正申請の不受理について

教科書発行者である株式会社三省堂は、昭和五五年度検定済みの教科書脚注の「日本軍は、中国軍のはげしい抗戦を撃破しつつ激昂裏に南京を占領し、多数の中国軍民を殺害した。南京大虐殺^{アトロシティ}と呼ばれる。」との記述を「中国軍のはげしい抵抗にもかかわらず、ついに南京を占領した日本軍は、多数の中国軍民を殺害した。南京大虐殺^{アトロシティ}とよばれる。」と訂正することの承認を求める正誤訂正申請書を提出しようとしたが、文部省の窓口担当職員は、申請書を検討した結果、これを受理しなかった。そして、本判決は、この正誤訂正申請不受理に関しては全員一致で適法とした。

その理由として、本判決は、「正誤訂正申請の手続は、教科書の記載に、誤記、誤植に類した明白な誤りがある場合にこれを改めるためのものであると解するのが相当である。そして、本件の正誤訂正申請に係る前記記述は、

歴史的事実についての認識いかんによつては誤りといえるか否かについての見解が分かれ得る事柄であり、この理は、昭和五七年に旧検定基準が所論指摘のように改正されたことによつても異なるところはない。したがつて、本件の正誤訂正申請は、その制度の趣旨になじまないものというべきであり、本件の正誤訂正申請を要件を満たしていないとして受理しなかったことに違法はないものというべきである。」とした。

この点に関しては、「歴史的事実についての認識いかんによつては誤りといえるか否かについての見解が分かれ得る事柄」であり、検定審議会の議を経ないでなされる正誤訂正申請手続の性格に鑑み、要件を充足しないとして受理しなかったことは違法ではないといえよう。

なお、正誤訂正申請の要件を定めた旧検定規則一六条は、検定を経た図書について、発行者は、誤記、誤植、脱字又は誤った事実の記載があることを発見したとき（一号）、客観的事情の変更に伴い、明白に誤りとなつた事実の記載があることを発見したとき（二号）、統計資料の更新を必要とするとき（三号）、及びその他学習を進める上に支障となる記載で緊急に訂正を必要とするものがあることを発見したときは（四号）、文部大臣の承認を受け、必要な訂正を行わなければならない旨を規定しているが、これはむしろ、検閲にならない文部大臣の教科書検定のあり方を示していると評価することもでき、こうした点で参考にされるべきである。

七 終わりに

家永教科書検定訴訟は、第一次訴訟の一九六五年六月一二日提訴以来、第三次訴訟の一九九七年八月二九日の本判決に至るまで、実に三二年間にわたつて戦い続けられてきた訴訟であつた。その間、本判決を含めて、一〇件の

判決が言い渡されている（なお、こうした一〇件の判決とは別に、家永側から文書提出命令の申立が第一次訴訟、第二次訴訟においてなされ、五件の決定が言い渡されている。第一次訴訟においては、①東京地決昭和四三年九月一四日判時五三〇号一八頁の緒方決定で、一部認容・一部却下の決定が下され、②東京高決昭和四四年一〇月一五日判時五七三号二〇頁の近藤決定で、被告側の抗告を棄却、原告側の抗告につき、原決定取消、原審差戻の決定が下され、③最決昭和四六年一月一七日判時六五二号二五頁の関根決定で、被告側の抗告を却下する決定が言い渡されている。また、第二次訴訟においては、④東京地決昭和四三年九月二七日判時五三〇号一二頁の杉本決定で、全部認容の決定が下され、⑤東京高決昭和四三年一月二九日判時五四一号一四頁の毛利野決定で、全部却下の決定が言い渡されている。文書提出命令を積極的に認めた近藤決定と杉本決定が注目されるが、近藤裁判長は、大企業における思想・信条の採用差別が問題となった三菱樹脂事件において違憲判決を言い渡した東京高判昭和四三年六月一二日労民一九卷三号七九一頁の裁判長であり、杉本裁判長は本案判決である第二次訴訟の一審判決で違憲判決を言い渡した裁判長であることを想起すべきである。）。

こうした一〇件の判決を分析するとき、次の三点により評価することが重要になると思われる。

第一に、教科書検定制度が、教育の自由、学問の自由、表現の自由といった精神的自由に対する制約として問題となっていることに鑑み、経済的自由の規制におけるよりも厳格な審査を経なければならないという観点（二重の基準論）である。芦部教授は、「二重の基準の理論を踏まえ、立法事実に配慮して、国の教育に関する権能と表現の自由との調節を新たな視点から試みる判断を示して欲しい」と指摘される（芦部信喜「教科書訴訟と違憲審査のあり方―第三次訴訟控訴審証言―」ジュリ一〇二六号四二頁（平五））。

第二に、旭川学力テスト事件最高裁判決が指摘する「政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によつて左右されるものであるから、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によつて支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請される」とする姿勢が、リップサービスとしてでなく、判決にどれだけ反映されたかという観点である。

第三に、裁判所が行政庁の行為の違憲・違法性を追及する訴訟であることに鑑み、裁判所が行政庁に迎合せず司法権の独立を保持していたか否か（「司法権の独立は、決して単に政府の圧迫に屈しないことのみに依つて保たれるものではなく、それよりも一層大切なことは、司法当局が自ら進んで政治的勢力に迎合するやうな傾向が聊かなりとも有つてはならぬことである」と指摘する美濃部達吉『帝国大学新聞』一九三九年一二月四日号参照）という観点である。

こうした三点の観点から分析したとき、教科書検定は違憲・違法であると判決した第二次訴訟の一審判決である杉本判決が一番すぐれた判決であつたと考える。宮沢俊義教授も、杉本判決は「非常に慎重にできていて、勇み足が少ない。教育の権利をもち出しても、それだけで結論を出しているわけではなく、また現在の検定制度を全面的に違憲だといっているのでもない。争われた個々の具体的な不合格処分について憲法の検閲に該当するといひ、また教育基本法一〇条に反するといひている。結論だけは今後もおそらく動かないんじゃないかと思う。」と指摘され、我妻栄教授も同旨であつた点は看過すべきでないといえよう（「（ジュリストの目）教育・教科書を考える」緊急特集教科書検定判決・ジュリ四六一号一九頁（昭四五））。

ところで、こうした判決が、一〇件のうち杉本判決のみであった要因としては、次の分析が参考になる。すなわち、塚原栄治弁護士は、第一次訴訟の高津判決・鈴木判決、第二次訴訟の杉本判決・畔上判決・中村判決・丹野判決、第三次訴訟の加藤判決のそれぞれの部の裁判官の経歴を分析し、以下の指摘をされる。「これらの判断をした人たちはほとんどと東京地裁（一次、二次は行政部、三次は通常部）、東京高裁にいたから、ある程度よい地位にいた人たちが対象になる。その後の動きを見ると、杉本判決の構成員たちは冷遇をされた。高津判決やその他の判決をした裁判官たちは、その後さらによいコースに乗っているように見える。もともと杉本コートの構成員については、教科書判決以外の影響も考えねばならない。一九六七、六八ごろ、公安条例をめぐる、国会周辺のデモについて公安委員会がコースを変更して許可したものに對して、コース変更の取消訴訟と執行停止の申し立てが続々と出された。当時の杉本コートはこれについて執行停止を何回も出し、そのたびに佐藤首相から内閣総理大臣の異議（行政事件訴訟法二七条）が出されたことがあった。政治権力と司法が真つ向からぶつかったのである。またコム訴訟で、コム規制が違憲だという判決も出している（昭四四・七・八。左陪席は渡辺昭）。このように、昨今の行政追隨の判決とは異なる判決が多数あり、これらの影響もかなりあると考えられる。」とされる。そして、杉本裁判官たちの異動についての平成二年現在における表〔左図〕

杉本良吉	四五・七・一七（判決）	時点東京地裁民事二部裁判長	四六・四東京地裁破産部	四八・四東京高裁民
事六部（特許部）	（右陪席）↓のち裁判長（但し総括にならず）	五三民事二部	五五民事六部	五
六・四総括	五六・一一定年退官	現・大東文化大学長		

中平健吉 同右陪席 四六・四東京高裁（左陪席） 四七・三依願退官（一弁）

岩井俊 同左陪席↓四五・六福岡地裁久留米支部 五〇・四東京家裁 五二・四同判 五三・四松山地裁今治支部
部 五六・四神戸地裁 五九・四札幌地裁岩見沢支部長 六一・四札幌高裁 六一・四東京高裁

を下に、以下の指摘をされる。「杉本裁判官は、民事二部から破産部に移される。さらに東京高裁では六部―工業所有権部（同部は近年また評価が上がってきているが、当時は世の中に影響を与えない部だと考えられていた）に配属をされた。右陪席として入り、その後退官直前まで総括にされなかった。所長にもなっていない。実際には代理裁判長として、裁判長をつとめたが、総括は司法行政事務を行う、部内の裁判官の勤務評定もやるので、総括にしない。高裁の場合、長官代行という司法行政事務だけをやる裁判官がいるが、その人も部に一応配置し、総括となる。その人は裁判事務をやらないので、実際上の裁判事務は杉本さんが裁判長でやるわけである。所長とか、総括などの司法行政事務をやるポストにはつけないという形での差別である。冷遇と言っても、田舎に飛ばされたというものとは異なっている。中平裁判官は東京高裁に転じ、裁判官懇話会の世話人となった後退官された。岩井裁判官は、判決の前に久留米支部に転じていたが、支部にかなり長くおかれた。戻ってきて東京家裁、次は今治支部、支部・家裁・支部ということで十一年置かれた。同裁判官の場合は夫婦裁判官ということもあって、多少任地が難しい点があるが、その後また岩見沢支部（裁判官三人）の支部長となっているので冷遇とみてよい。」と指摘される（塚原栄治「裁判官経歴と裁判行動」法時六二巻九号二九頁、三一頁（平二））。こうした裁判官人事の統制が進んだ結果、教科書検定を違憲とするにはかなりの勇気を要求されるため、憲法判断を回避したり又は教科書検

定を合憲としたりした上で、違法を認定するにとどめる裁判官が現れたり、もしくは、積極的に行政に迎合する裁判官が現れるに至り、最初に下された杉本判决以外は教科書検定の違憲を認定することができなかったともいうことができればよい。

また、①二重の基準論の観点、②教育内容に対する国家的介入についてはできるだけ抑制的であるべきとの観点、③司法権の独立という観点からみたとき、第一次訴訟、第二次訴訟をみると、上級審にいくに従って判決が後退していくのに対し、第三次訴訟は、上級審にいくに従って判決がよくなっていたといえる。かつて、潮見教授は、「日本の裁判所について、日本国憲法の支柱をなしている国民主権、平和主義、基本的人権の尊重という価値基準からすれば、その判決は、地方裁判所、高等裁判所、最高裁判所と上級審にいくほどわるくなる」という仮説をたてておられた（潮見俊隆『法律家』一頁（岩波書店、昭四五））。第一次訴訟、第二次訴訟はこうした仮説が実証されたとみることができ、第三次訴訟は、仮説とは反対の帰結になっていったともいえる。「高度成長というあだ花のような経済繁栄に感覚を鈍麻させられ、社会感覚も政治意識も正義の精神をも喪失した『シラケ世代』が激増して、教育とマスコミを通しての国民の意識操作がきわめて容易となっている現代の社会情勢のなか」（家永三郎「教科書裁判の今日的意義」季教四一号秋季特大号八八頁（昭五六））で、とりわけ一九八〇年代以降になって、保守的、官僚的、技術主義的な裁判官が若い裁判官の中に増え、優秀な裁判官として都市部の地方裁判所に任官しているのに対し、かつて地方裁判所に勤務し、国民主権、平和主義、基本的人権の尊重という価値基準からみてよりよい判決を書いていた世代の裁判官が、高等裁判所に任官するようになった結果、第三次訴訟がこうした仮説と反対の結果になっているのかもしれない。そうであるとなると、「戦前の帝国憲法のもとで養成され、

旧制度の担い手であった裁判官」と「戦後に日本国憲法のもとで育てられた若い世代の裁判官」とで価値体系が違っており（前掲潮見『法律家』二頁）、後者の世代が増えていけば、国民主権、平和主義、基本的人権の尊重という価値基準からみてよりよい判決が、地方裁判所のみならず、高等裁判所、最高裁判所で増加していくとかつては期待することもできたが、現在では、「戦後に日本国憲法のもとで育てられた若い世代の裁判官」の判決がますます保守的で官僚的で技術主義的になり、国民主権、平和主義、基本的人権の尊重という価値基準からみて一層後退した判決が、地方裁判所、やがては高等裁判所、最高裁判所で下されるようになっていくともできる。そうした意味で、第三次訴訟の結果は、今後の司法界を占う一つの傾向を先取りしていたとみることもできよう。三年間戦い続けられた訴訟であるだけに、法社会学的にみて興味深いデータを提供しているともいえる。

「戦争に便乗したことこそなかったけれど、それをくいとめるためにも、早くやめさせるためにもなにひとつ与しなかった私の不作為の戦争責任を償うためにも、私の学問的教育的良心に照らしても、権力の私の記述の改変の強制には耐えられなかったから、勝敗を度外視して提訴にふみきった」（家永三郎「三二年の闘いを振り返って」週刊金曜日一九九七年九月一九日号二九頁）とされる家永訴訟は、幕を閉じた（訴訟の与えた影響に関しては、浪本勝年「教科書訴訟の与えた影響」ジュリー一〇二六号三〇頁以下〈平五〉参照）。そして、「教科書裁判は、国家権力が学校教育を通して国民思想を画一化し、国民をできるだけ多く権力に忠実に協力する人間につくりあげていくとする、言いかえれば、政治が教育をときの権力のために有効な手段として利用する、そのような政策に対する抵抗としたたかわれ」（家永三郎『教科書裁判』一頁（日本評論社、昭五六））、教科書検定の行き過ぎに大きなブレーキをかける役割を果たしてきた。三二年間の最後を締めくくる第三次訴訟の上告審判決である大野判決で検

定に一部違法があつたことが確認された意義は、原審である川上判決で確定した三箇所の違法を含めて四箇所の違法が確認されたことに鑑み、限りなく大きいといえる。とりわけ、以下の四箇所の記述（①「脱亜入欧」の説明に福沢諭吉の「脱亜論」を引用し、アジア諸国を「植民地化」すべきだとの意味があるとする一方、それとの対比で勝海舟の「氷川清話」の一部を引用した記述、②湾岸戦争後のペルシャ湾への掃海艇派遣問題の記述、③湾岸戦争時のマスコミを介した情報管理の記述、④昭和天皇の死去の際の集中的なテレビ報道を日本のメディアの「過剰性、画一性」の象徴として取り上げた記述）に付せられた検定意見の違憲違法性を争い、百万円の国家賠償を求めた高嶋伸欣氏の横浜教科書訴訟の動向に大きな影響を与えるであろう。この訴訟については、平成一〇年四月二二日に横浜地裁で一審判決が言い渡されたが、①に関する検定意見については執筆当時の学説状況の把握が不十分で判断を誤り違法であるとし、②に関する意見については国側は調査官の個人的感想にすぎないと主張したが、これを斥け告知の場での発言は検定意見であるとし、どのような検定基準にあてはめて通知されたか不明確で裁量権の逸脱・濫用があつたとして違法と判断し、結局、この二箇所について違法と認め二〇万円の支払を命じる判決を言い渡している（朝日新聞平成一〇年四月二三日）。この判決は大野判決の影響を受けており、しかも、平成元年に改正された新しい教科書検定制度的もとにおいても、従来と同一ような問題点が繰り返し生じていることが明らかにされたという点でこの判決の意義も大きい。また、横浜教科書訴訟の動向のみならず、今後の教科書検定の行き過ぎに対し、大野判決の存在は、大きな重石となつて歯止めとしての役割を果たし続けることであろう。そして、「教科書検定問題とは、国が教科書の記述・思想内容に一方通行的に介入し、これを左右している行政のあり方が、まさにその中心として問われている一大問題に他ならない。これこそ他国から指摘されるような問題を惹起さ

せている根本原因なのであって、逆にこのことは制度そのものの抜本的な見直しが必要なことを示している」(神田修「教育基本法と教育行政―教育における『国家・行政権力』説の登場―」教育四七〇号四六頁〔昭六一〕)のであり、こうした「抜本的な見直し」に向けての一つの足がかりを大野判決は築いたとみることもできなくはないであろう(本判決の翌日の北海道新聞の社説において、「教科書検定は廃止の方向こそ」という文章が掲載されているのをみても、こうした「抜本的な見直し」に向けての一つの足がかりとみることは不当といえないであろう)。最後に、家永訴訟が提起した問題は、今後とも日本の教育、思想・表現・学問・教育の自由、司法権の独立を考える上で重要な問題を提起しており、第三次訴訟の上告審においてなされた本人陳述は、第三次訴訟の上告審判決である大野判決の問題点を浮き彫りにしているので、右本人陳述を引用して、評釈の結びとこえたい。

「明治憲法下で三十数年の生活を送ってきた私として、当時の学校教育がすべて時の政治権力の政策への国民の同調を目的とするものであり、学校教育はまったく政治の手段とされ、子どもの多様な可能性を開花させるものでなかったこと、これが出版法・新聞紙法・不敬罪その他の治安立法とあいまち、国民に時の政権の推進する政策以外への選択の道を行くことをいちじるしく困難にしまったことを考え、痛歎の思いを禁じえません。

これが一九四五年八月のキャタストロフィーを導く有力な一因であるのは、特に学問的論証を用いることを要しない公知の事実であります。

ならびに教育内容への権力統制が、精神的自由侵害の最たるものであることは、思想・学問・教育の自由が実定法によって保障されていなかった明治憲法下にあつてさえ、美濃部達吉・佐々木惣一・三谷隆正ら諸先学の強く主張するところでありまして、この二点は、第一審原告本人陳述書に掲げてありますから、これを引用いたします。

第一次訴訟提訴以来三十二年にわたる三つの訴訟の最後の機会として、裁判所への切実な期待を申し述べます。

美濃部達吉博士は私の学生時代に天皇機関説事件で追放同様の悲境に追いこまれていましたが、そのような中で一九三九年『帝国大学新聞』十二月四日号（甲第七七九号証）に寄せた文中で、『司法権の独立は、決して単に政府の圧迫に屈しないことに依って保たれるものではなく、それよりも一層大切なことは、司法当局が自ら進んで政治的勢力に迎合するやうな傾向を聊かなりとも有つてはならぬことである』と直言していられます。また、一八八九年公刊の江木衷博士『法律解釈学』のうちでは、『リーベル氏曰ク法律ハ人民ノ自由安全ヲ得ベキ方法ニ解釈シ国家ノ權利ノ為メニハ可成不利ナルヲ宜シトス』というリーベル氏の言が引かれています（添付資料）。第三小法廷の裁判官諸公には、ぜひともこれら卓越した先学の金言を思い起こし、日本国憲法下の最高裁判所として恥ずかしからぬ判決を言渡されるよう強く要望して陳述を終わります。（教科書検定訴訟を支援する全国連絡会『家永側・国側 最高裁口頭弁論要旨 一九九七年七月一八日 最高裁判所第三小法廷にて弁論』参照）。