日本家永教科書三裁判簡介

文／闕銘富

壹 導讀

課綱微調之爭議在國內沸沸揚揚，使我想起日本著名之家永教科書裁判，其爭議內容雖與我國課綱微調不同；但其一連串的判決，關係學生之受教育權、學習權、表現自由等基本權利，也涉及制度、運作是否合憲之議題，更牽涉到目前國內最注目之「正當程序」之合法性。筆者特別深切的感受是：此類案件之審理，判決不但在於定分止爭，且可為歷史作下見證，尤其此一連串案件，樹立了司法實務引領學術界開展之契機。為此，爰不揣譾陋，參考相關判決、論書、資料，作簡要精緻的介紹，提供參考。

貳 內容

日本高等學校社會科「日本史」之教科書執筆者家永三郎（原東京教育大學教授）主張教科書檢定違憲、違法，文部大臣之檢定處分有裁量權之逸脫、濫用，前後三次請求國家損害賠償乃至撤銷檢定不合格處分。亦即，家永三郎所執筆的日本史教科書，經文部省檢定，以「對於第二次世界大戰之部分過於呈現黑暗面」為主要理由，未採用作為教科書，且提出應修改之意見。為此，家永教授認為已違反憲法之「禁止檢閱」，且侵害其「表現自由」，而經歷漫長爭訟。

簡單的就結論而言，最高法院最後作出：教科書檢定不該當於憲法第21條之「禁止檢閱」之判決。判決理由之主旨略以：即便未被採用作為教科書，亦可作為一般圖書販賣，且未在發表前進行審查，故不該當於「檢閱」，亦未侵害「表現自由」。又教科書檢定本身屬於應委諸文部大臣合理裁量之裁量權範圍。但就檢定內容是否違法部分，肯認家永教授部分主張，認為部分檢定已逸脫裁量權之範圍而違法，因而命國家應賠償家永教授40萬日圓。

家永三郎為日本史之大家，平成天皇就讀於學習院時代，日本史即曾受教於家永教授，就第二次世界大戰進行反省為主之探究（具體而言，即是舊日本軍之行動記述），與行政（文部省）不一致。因此，包含家永教授被認定檢定不合格之著作內所呈現之歷史事實均為爭訟內容，經歷多次且長期的爭訟（1965年第一次裁判～1997年第三次裁判），地方法院甚至曾作出認定違憲之判決，是非常難以作出判斷之憲法判決事例。

茲簡單敘述三次訴訟之意旨，並就較具參考性之第一次訴訟之最高法院判決、第二次訴訟之東京地方法院判決及第三次訴訟之最高法院判決要旨作較為詳細之概述如下：

一、第一次訴訟：家永教授所執筆之「新日本史」在1962年教科書檢定時，因對於戰爭過於呈現黑暗面等為理由，被認定不合格（嗣經修正後，於1963年之檢定，以附條件認定合格），家永教授認為渠因1962年度及1963年度之檢定，文部大臣所為措施而蒙受精神上損害，而提起請求國家賠償之訴訟。

（一）第一審（事件記錄號碼：昭和40年（ワ）第4949號）

1. 1965年6月12日起訴，1974年7月16日判決（東京地方法院）

2. 判決（高津判決）開展國家之教育權論，否定違反憲法第26條之主張，且認為教科書檢定係依公共福祉對於表現自由之限制，應予容忍，不該當於憲法第21條之「禁止檢閱」。惟認為部分檢定意見，有裁量權之濫用，命令國家應賠償家永教授10萬日圓，而容認家永教授部分請求。

（二）第二審（昭和49年（ネ）第1773號、昭和50年（ネ）第1143號）

1. 1974年7月26日原告上訴，1986年3月19日判決（東京高等法院）

2. 判決（鈴木判決）完全採用國家之主張，且認為無裁量權之濫用，而完全駁回請求，家永教授全面敗訴。

（三）法律審（昭和61年（オ）第1428號）

1. 1986年3月20日原告提起法律審上訴，1993年3月16日判決（最高法院第3小法庭）。

2. 判決（可部恆雄審判長）幾乎沿襲第二審判決，駁回上訴。家永教授全面敗訴。

【判決要旨】

1. 關於違反憲法第26條、教育基本法第10條之主張

（1）憲法上，國家在必要且認為相當之範圍內，具有滿足教育內容之權能。惟國家對於教育內容之介入應儘量抑制，特別不容許會妨害學生自由且獨立人格之養成的介入。教育行政機關依法令就教育之內容及方法，為被容許之目的，實施必要且認係合理之規制，未必為教育基本法第10條所禁止。

（2）本件檢定及於記述之實質內容，即教育內容。惟在普通教育之場域，基於兒童、學生尚未具備充分批判授課內容之能力，以及必須謀求教育機會之均等，因而要求教育內容應正確、中立及公正，保持全國一定之水準。本件檢定亦是為實現上述各要求而實施，審查基準也未超越上揭目的之必要且合理之範圍，更未包含有妨害學生自由且獨立人格養成之內容。

2. 關於違反憲法第21條之主張

（1）檢定不合格圖書不得發行作為教科書，而本件所為制約，僅限定在普通教育場域，被課予使用義務之教科書之特殊型態，但並不妨礙將不合格圖書發行作為一般圖書，在思想自由之市場販賣。

（2）所謂「檢閱」，具備以行政權為主體，以表現思想內容等文物為對象，禁止其全部或一部之發表為目的，就成為對象之一定之表現文物，在發表前全盤的一般性的審查其內容，認為不適當者，即禁止其發表之特質。本件檢定無妨作為一般圖書發行，因其不具備禁止發表之目的，或發表前之審查之特質，故不相當於「檢閱」。

（3）雖可說是表現自由，但受有依公共福祉，不得不作合理限度之限制。在普通教育之場域，有確保教育中立、公正、一定水準等之要求，必須對照上揭觀點，禁止經認為不適切之圖書發行、使用作為教科書。本件檢定僅是基於前揭觀點，禁止含有被認為不適切內容之圖書作為教科書，因本件檢定對表現自由所為之限制，乃在合理的且不得不之限度內。

3. 關於違反憲法第23條之主張

教科書作為對應教科課程之結構，組織排列之教科之主要教材，在普通教育場域供兒童、學生使用之圖書，並非以發表學術研究及結果為目的。本件檢定只是限制其以教科書之形態發表研究結果。

4. 關於裁量權逸脫、濫用之主張

本件檢定之審查、判斷，屬於學術的、教育的專門技術的判斷，因此，事物本質上，應委諸文部大臣合理的裁量。在檢定之判斷上，就檢定當時應成為原稿記述內容或指摘其缺陷之根據的學說狀況、教育狀況之認識，或認定其違反舊檢定基準之評價，若有難以忽視之過失錯誤者，即應認定其逸脫裁量權之範圍，而構成國家賠償法上之違法。本件各檢定之判斷，難以認定有上揭難以忽視之過失錯誤，故不能認為文部大臣之本件各檢定處分有逸脫裁量權範圍之違法。

二、第二次訴訟：請求撤銷1966年之檢定認定「新日本史」不合格之處分的行政訴訟。

（一）第一審（昭和42年（行ウ）第85號）

1. 1967年6月23日起訴，1970年7月17日判決（東京地方法院）。

2. 判決（杉本判決）開展國民之教育權論，認為就教科書之記述內容是否適當之檢定違反教育基本法第10條，且教科書檢定亦該當於憲法第21條第2項所規定之禁止檢閱，爰容認撤銷處分之請求，家永教授獲得全面勝訴。

【判決要旨】

1.（1）憲法第26條作為生存權的基本權之文化的一面，在於保障國民，特別是小孩受教育之權利。（2）近代以及現代，確立了個人的尊嚴，小孩之人格當然也應受尊重，人權亦應受保障；小孩具有未來可能性之本質，應促使其充分發展人性，自我學習、了知事物，俾發展自我，此乃小孩與生俱來之權利，為保障上開小孩學習的權利，從事教育係國民的課題。

2. 憲法第23條應解讀為當然保障學問研究的自由，同時也保障教授學問上見解之自由。關於下級教育機關之教師，基本上，也不應否定其教育自由之保障。

3.（1）學問上見解之發表受憲法第21條所保障，為完成憲法所賦之小孩受教育權，學問的研究者被要求，教科書之內容應包含學問研究的成果，從而，必須保障學問研究者執筆教科書及出版之自由。

（2）教科書之檢定其法的性質屬於事前之許可，除非審查及於思想內容，否則教科書檢定應認為不該當於檢閱。

4. 本件各檢定不合格處分，均違反憲法第21條第2項及教育基本法第10條之各規定，應屬違憲、違法。

（二）第二審（昭和45年（行コ）第53號）

1. 1970年7月24日被告上訴，1975年12月20日判決（東京高等法院）。

2. 判決（畔上判決）以檢定判斷欠缺行政之一貫性為理由，駁回國家之上訴，家永教授獲得勝訴。

（三）法律審（昭和51年（行ツ）第24號）

1. 1975年12月30日被告提起法律審上訴，1982年4月8日判決（最高法院）。

2. 判決（中村判決）認為處分當時之學習指導要領業經改訂，故原告是否有請求撤銷處分之訴之利益即成為問題，爰廢棄原判決發回東京高等法院。

（四）高院更審（昭和57年（行コ）第38號）

1. 1989年6月27日判決（東京高等法院）。

2. 判決（丹野判決）認為因學習指導要領之改訂，致原告已失其請求撤銷處分之訴之利益，爰廢棄第一審判決，而駁回原告之訴。

三、第三次訴訟：家永教授不服1982年之檢定而提起請求國家賠償之訴訟。

（一）第一審（昭和59年（ワ）第348號）

1. 1984年1月19日起訴，1989年10月3日判決（東京地方法院）。

2. 判決（加藤判決）雖認為檢定制度

（文轉三版）

法律概念與
法律推論與解釋
翰蘆圖書出版
02-23821120
$270 稅外免運費
讓程序監理人
程序監
為弱勢
家事事件法制
理人」新制
觀的立場，協
女或弱勢當事
法院溝通的橋
上「家事新制
http://www.ju
乾淨・透明・
司
http://www.ju

（文接二版）

本身合憲；但肯認檢定部分有裁量權之逸脫，且認為關於草莽隊之記述的檢定違法，爰命令國家應賠償家永教授10萬日圓。

（二）第二審（平成元年（ネ）第3428號、平成2年（ネ）第2633號）

1. 1989年10月13日原告提起上訴，1993年10月20日判決（東京高等法院）。

2. 日本憲法泰斗蘆部信喜（東京大學名譽教授、時任學習院大學教授）於1992年4月10日以原告方面證人身分出庭。

3. 判決（川上判決）雖認定檢定制度本身合憲；但肯認部分檢定有裁量權之逸脫，且認為對於草莽隊、南京大屠殺、日軍對婦女之暴行之記述的檢定亦違法，爰命令國家方面賠償家永教授30萬日圓。

（三）法律審（平成6年（オ）第1119號）

1. 1993年10月25日原告上訴法律審，1997年8月29日判決（最高法院第3小法庭）。

2. 判決（大野正男審判長）雖認為檢定制度本身合憲；但肯認7件檢定中有4件逸脫裁量權，認為草莽隊之年貢減半之公約、南京大屠殺、中國戰線日本軍之殘虐行為、舊滿州731部隊之記述的檢定違法，爰命令國家應賠償家永教授40萬日圓（註：原告之訴中，被程序駁回者有：日清戰爭時朝鮮人民之反日抵抗、南京戰爭中日本軍對中國婦女之暴行、沖繩戰等3件）。

3. 判示事項：

（1）在檢定教科用圖書時，文部大臣若附有具勸告、指導性質之改善意見，即構成國家賠償法上之違法。

（2）在檢定高等學校用日本史教科用圖書之改訂時，文部大臣若附有應順應指導才符合條件之修正意見，即有逸脫裁量權範圍之違法。

4. 裁判要旨：

（1）在檢定教科用圖書時，文部大臣若指摘「原稿的記述，若再加以訂正、刪除或追加等措施，會成為更好的教科用圖書」之改善意見，並非以順應上開改善意見作為合格條件，此種文部大臣所為具有勸告、指導性質之改善意見，除非教科用圖書之執筆者或出版社違反其意見時，有不得不服從之特別情事，否則，無論其意見是否適當，原則上，均不構成國家賠償法上之違法。

（2）關於文部大臣檢定處分之裁量權範圍

文部大臣根據檢定審議會之諮詢所為是否適當之判定，有無附具合格判定之條件以及內容之審查、判斷，乃就申請圖書基於內容在學術上是否正確、中立、公正；為達成教科之目標是否適切；是否適應兒童、學生身心之發展等種種觀點，多角的進行，屬於學術的、教育的專門技術的判斷，從而，從事物之本質而言，應委諸文部大臣合理的裁量。惟若可認為檢定審議會就是否適當之判定、有無附具合格判定之條件以及內容進行判斷之過程，對於檢定當時應成為原稿之記述內容或缺陷之指摘根據之學說狀況、教育狀況之認識，或違反舊檢定基準之評價等，有難以忽視之過失錯誤，而文部大臣之判斷是依據上開檢定審議會之判斷作成之場合，則文部大臣之判斷即屬逸脫裁量權之範圍，應解為已構成國家賠償法上之違法。

（3）檢定意見針對原稿之個個記述，按照舊檢定基準之各必要條件，附具具體理由，指摘其認定之缺陷，因此，依照各檢定意見，其應成為根據之學說狀況或教育狀況等也不同。例如關於正確性之檢定意見，是以申請圖書之記述在學術上之正確性作為問題，自應以檢定當時學界客觀之學說狀況作為根據；而實質上檢定意見，「1」認為原稿記述有誤，卻要求依照其他說法記述；「2」認為原稿記述屬於片面的、斷定的，而要求兩說併記等。然而，在前揭「1」之場合，成為檢定意見根據之學說，早已成為通說、定論而成為學界之共識，應從是否可評價原稿記述錯誤之觀點進行判斷；至於「2」之場合，學界尚無定論，應從是否可評價原稿記述似嫌片面的觀點進行判斷。又關於內容之選擇或內容之程度的檢定意見，並非以原稿記述在學術上之正確性作為問題，而是以教育的相當性作為問題，其所取材之內容對照學習指導要領所規定之教科的目標或兒童、學生之發展，是否可評價為不適切之觀點，進行判斷。

（4）最高法院根據前述思考方法，就個別檢定意見進行審查，認定檢定意見有4處（其中3處業據東京高等法院判斷過）有裁量權逸脫之違法。以下簡單分述：

①關於草莽隊之記述（昭和55年度檢定）

甲、申請原稿記述內容：

朝廷軍宣示年貢減半等方針，要求人民支持，人民有組成所謂草莽隊之義勇軍參加討伐德川之行列，嗣後朝廷認定草莽隊之相樂總三等為「偽官軍」判處死刑，而未實行年貢減半。

乙、檢定意見之要旨：

原稿記述以朝廷軍為主語，但未附具任何限定，會令人解讀為朝廷軍雖已宣示全國年貢減半之方針，但從未實行該方針。原稿未提示朝廷軍不分地域、時間宣示年貢減半方針之任何史料，即斷定朝廷軍在全國宣示年貢減半方針但未實行之記述，顯不正確。

丙、判決要旨：

原稿記述是依據當時學界共識所為之記述；修正意見卻依據尚未獲得公認之見解命其修正，對於原稿記述之理解或學界狀況之認識，有難以忽視之錯誤。

②關於南京大屠殺之記述（昭和55年度檢定）

甲、申請原稿記述內容：

占領南京後，日本軍立即殺害多數中國軍民，史稱南京大屠殺。

乙、檢定意見之要旨：

從原稿記述，似可令人解讀為占領南京後，依軍之命令，日本軍有組織的殺害中國百姓或軍人；但從關於南京事件之研究狀況來看，不能作如此斷定。

丙、判決要旨：

關於行為主體，學界就南京大屠殺之原因、態樣有多樣說法，不能認定已掌握整體內容，因此，不能認為可以說整體屠殺或大部分屠殺是依據上級機關之指揮命令所進行的，從而，若依據原稿記述，多少可以解讀為整體屠殺或大部分屠殺是依據上級機關之指揮命令所進行危險性之話，即應有合理的理由要求其修正。關於理由告知一節，教科書調查官要求重複的加記「在混亂中」「陷於混亂」等作為修正方法，為此，原稿乃加記「在激昂中」，依此修正記述，應可認定會令人解讀為屠殺是依據上級機關之指揮命令進行之危險性變成淡薄，其結果，原僅單單記載「殺害」客觀事實之原稿記述，即修正為「在激昂中」進行屠殺之記述。但當時學界之狀況關於屠殺之原因、態樣有多種說法，畢竟無法認定處於可說明所謂南京大屠殺行為之整體或大部分是在「激昂中進行」之狀況，修正意見依據尚未被認定為通說、定論之見解要求記述，乃自己遭致將檢定基準所排除之「未充分考量而僅以片面的見解記述，就未確定之時事的事象作斷定的記述」之錯誤，應認定其有難以忽視之錯誤。

③關於日本軍占領南京時侮辱中國婦女之記述（昭和58年度檢定）

甲、申請原稿記述內容：

日本軍占領南京時，殺害多數中國軍民，日本軍將兵中有不少侮辱中國婦女之惡行。史稱南京大屠殺。

乙、檢定意見之要旨：

關於「有不少侮辱中國婦女之惡行」之記述，即便可認為有上開事實，但此種事情乃人類歷史上，任何時代任何戰場都會發生之事，若特別將日本軍之情形加以記述，會有選擇與處理上之問題，應予刪除。

丙、判決要旨：

將近代之戰爭與自古以來之戰爭作同一思考難認具有合理性，未考慮行為之態樣、受害之內容等，一律論斷為世界共通之現象，畢竟無法認同其合理性。若依學界之狀況判斷，在占領南京時對於中國女性之侵害貞操行為，性質上雖難掌握實情，但可認定支配的見解認為其屬應特予非難之殘虐行為，對於中國軍民大量虐殺行為，史稱為南京大屠殺，是占領南京時所發生之特徵的事象。修正意見對於記述相關之學說狀況的認識有誤，且對檢定基準之解釋適用有誤，應認定其判斷過程有難以忽視之錯誤。

④關於731部隊之記述（昭和58年度檢定）

甲、申請原稿記述內容：

在哈爾濱郊外設稱之為731部隊之細菌戰部隊，逮捕以中國人為主之外國人，進行生體實驗，加以殺害之殘虐作業，直至蘇聯開戰，歷時數年。

乙、檢定意見之要旨：

關於所謂731部隊，學界的狀況尚處於史料收集之階段，尚未有發表專門的學術研究，因此將之記述於教科書尚嫌過早。

丙、判決要旨：

關於731部隊，本件檢定當時業已公開多數文獻、資料，其中也有昭和43年上訴人之著作，未必完全是本件檢定前才公開刊登，至臻明確。而且，若對照原審未認定本件檢定當時有否定731部隊存在之見解，應可認定本件檢定當時，不存在否定之學說，至少未為一般所知悉。從而，本件檢定當時，在明確731部隊實態之公開刊登之文物中，也包含有作家或記者等專門之歷史研究者以外之多人；又即便認為731部隊之整體面貌尚有未解明之部分，在關東軍之中存在有以進行細菌戰為目的所謂之「731部隊」之軍隊，進行生體實驗殺害多數中國人之大略事蹟，未經本件檢定當時學界所否定，而已成為定論；若再一併思考迄本件檢定當時，已是終戰38年後，文部大臣仍認為將731部隊相關之事實記述於教科書尚嫌太早，而附具應全部刪除原稿記述之修正意見，應認為其判定過程，對於檢定當時學說狀況之認識，以及違反檢定基準之評價，有難以忽視之過失及錯誤，而有逸脫裁量權範圍之違法。

參 結語

歷經30餘年，共提起三次之家永教科書訴訟，是以（一）制度是否違憲（檢定制度是否違反憲法第21條、第23條、第26條等）？（二）是否適用違憲（具體的檢定不合格處分之合憲性）？（三）有無裁量權之逸脫為主要爭點之爭訟。儘管學說上，如今亦存在合憲說與違憲說兩立之情形。但在家永教科書訴訟中最初作出之杉本判決，雖然被廢棄發回後之高院判決撤銷，而失其作為判例法之效力，但其賦予教育相關之憲法上論點卻具有極大之意義。例如其肯認小孩之學習權，以及將以前憲法第26條所保障之受教育權，理解為：為實現教育機會均等，而要求國家作經濟考量之權利。在本判決之闡述後，學習權之觀念已確立為日本通說。又在一連串訴訟上，雖未存在認定檢定制度本身違憲之判決，但杉本判決卻是唯一認定適用違憲之判決，其將檢定制度之合憲性，與事實或實態作關連，進行實證的違憲審查之審理，受到學界相當的肯定。日本司法界，尤其行政訴訟之實務可取之處，在於其裁判之審理表現，往往成為學界取材與續予發抒之題材；願吾輩司法人百尺竿頭，更進一步。

（作者為最高行政法院法官）

劉幸義教授 法學方法論文集 十二月十五日前合購
與體系結構 法論文集
論與解釋 法論文集
廣告
說出孩子心聲
監理人 勢發聲
制訂「程序監 站在專業客 協助未成年子 事人，作為與 憲採。詳情請 制專區」
udicial.gov.tw
更民權民・效能 法 院 udicial.gov.tw/