

【判例ID】	28301356
【判示事項】	【判例タイムズ判示事項】 1 最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査に係る審査権の行使を全く認めていないことと憲法15条1項、79条2項、3項 2 国が在外国民に対して次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求める訴えの適否 3 国会において在外国民に最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査に係る審査権の行使を認める制度を創設する立法措置がとられなかったことが国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるとされた事例 【裁判所ウェブサイト判示事項】 1 最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する。 2 在外国民が、国が自らに対して次回の国民審査において審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求める訴えは、適法である。 3 在外国民に国民審査に係る審査権の行使を認める制度を創設する立法措置がとられなかったことが国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるとされた事例。
【裁判年月日等】	令和4年5月25日／最高裁判所大法廷／判決／令和2年（行ツ）255号／令和2年（行ヒ）290号／令和2年（行ヒ）291号／令和2年（行ヒ）292号
【著名事件名】	平成29年在外邦人国民審査権行使制限憲法適合性訴訟上告審判決／在外邦人国民審査権行使制限憲法適合性訴訟最高裁大法廷判決
【事件名】	在外日本人国民審査権確認等、国家賠償請求上告、同附帯上告事件
【裁判結果】	一部破棄自判、一部棄却
【裁判官】	大谷直人 菅野博之 山口厚 戸倉三郎 深山卓也 三浦守 草野耕一 宇賀克也 林道晴 岡村和美 長嶺安政 安浪亮介 渡邊恵理子 岡正晶 堺徹
【少数意見】	宇賀克也（補足意見）
【審級関連】	<控訴審>令和2年6月25日／東京高等裁判所／第8民事部／判決／令和1年（行コ）167号／28282366 <第一審>令和1年5月28日／東京地方裁判所／民事第2部／判決／平成30年（行ウ）143号／平成30年（ワ）11936号／28272893
【参照法令】	日本国憲法 15条 76条 79条 81条／最高裁判所裁判官国民審査法／行政事件訴訟法 4条／国家賠償法 1条
【出典】	最高裁判所民事判例集76巻4号711頁 判例時報2536号44頁 判例タイムズ1501号52頁 裁判所ウェブサイト掲載判例
【判例評釈】	高田倫子・法学セミナー 67巻8号120～121頁2022年8月

木下昌彦・法律時報 94巻9号4～6頁2022年8月
 吉田京子・法律時報 94巻10号118～123頁2022年9月
 市川正人・法学セミナー 67巻10号40～45頁2022年10月
 興津征雄・ジュリスト 1576号112～117頁2022年10月
 山崎友也・月刊法学教室 506号54～60頁2022年11月
 大竹敬人・ジュリスト 1577号116～122頁2022年11月
 君塚正臣・判例時報 2536号54～58頁2023年1月1日
 長谷川俊明・国際商事法務 51巻1号18頁2023年1月
 渡辺暁彦・速報判例解説〔31〕——新・判例解説Watch〔2022年10月〕（法学セミナー増刊） 43～46頁2022年10月
 大石和彦・筑波ロー・ジャーナル 33号271～288頁2022年12月
 井桁大介・法学セミナー 68巻5号12～18頁2023年5月
 村上裕章・判例時報 2552号112～120頁2023年6月11日
 大竹敬人・法律のひろば 75巻11号50～55頁2022年11月
 佐々木雅寿・判例評論 775号（判例時報2563） 116～121頁2023年10月1日
 戸部真澄・速報判例解説〔32〕——新・判例解説Watch〔2023年4月〕（法学セミナー増刊） 49～52頁2023年4月
 想田和弘・法と民主主義 571号32～33頁2022年8月
 大竹敬人・法曹時報 76巻1号317～374頁2024年1月
 篠原永明・令和4年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1583） 16～17頁2023年4月
 春日修・令和4年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1583） 51～52頁2023年4月
 松本哲治・憲法研究〔信山社〕 11号215～226頁2022年11月
 井口秀作・愛媛大学法文学部論集〔社会科学編〕 55号95～111頁2023年9月
 新井謙士朗（東京大学判例研究会）・法学協会雑誌 141巻5・6号50～123頁2024年5月
 大竹敬人・最高裁判所判例解説——民事篇＜令和4年度＞ 240～297頁2025年3月

【重要度】

5

■28301356

最高裁判所大法廷

令和2年（行ツ）第255号／令和2年（行ヒ）第290号／令和2年（行ヒ）第291号／令和2年（行ヒ）第292号

令和04年05月25日

主文

- 1 原判決主文第1項(3)を破棄する。
- 2 第1審被告の控訴を棄却する。
- 3 第1審原告らのその余の上告、第1審被告の上告及び第1審原告X₁の附帯上告を棄却する。
- 4 訴訟の総費用は、これを2分し、その1を第1審被告の負担とし、その余を第1審原告らの負担とする。

理由

第1 事案の概要

1 本件は、国外に居住していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民（以下「在外国民」という。）に最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査（以下「国民審査」という。）に係る審査権の行使が認められていないことの適否等が争われている事案である。

在外国民である第1審原告X₁は、第1審被告に対し、主位的に、次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め（以下、この請求に係る訴えを「本件地位確認の訴え」という。）、予備的に、第1審被告が第1審原告X₁に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権の行使をさせないことが憲法15条1項、79条2項、3項等に違反して違法であることの確認を求めている（以下、この請求に係る訴えを「本件違法確認の訴え」という。）。また、平成29年10月22日当時に在外国民であった第1審原告らは、第1審被告に対し、国会において在外国民に審査権の行使を認める制度（以下「在外審査制度」という。）を創設する立法措置がとられなかったこと（以下「本件立法不作為」という。）により、同日に施行された国民審査（以下「平成29年国民審査」という。）において審査権を行使することができず精神的苦痛を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めている。

原審は、本件地位確認の訴えを却下すべきものとした上で、本件違法確認の訴えに係る請求を認容する一方、上記の損害賠償請求を全部棄却すべきものとした。

なお、令和2年（行ヒ）第290号上告人X₂及び同X₃は、当審係属中に同人らに係る本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えを取り下げた。

2 関係法令の定め等は、次のとおりである。

(1) 国民審査に係る憲法の定め

憲法79条2項は、最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行われる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする旨規定し、同条3項は、同条2項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免される旨規定している。そして、同条4項は、審査に関する事項は法律でこれを定める旨規定し、これを受けて、最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という。）が制定されている。

(2) 審査権及び審査人の名簿について

国民審査法4条は、衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有すると規定し、同法8条は、国民審査には、公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる旨規定している。

公職選挙法19条2項は、市町村の選挙管理委員会は、選挙人名簿の調製及び保管の任に当たるなどと規定し、同法21条1項及び2項は、選挙人名簿の被登録資格として、当該市町村の区域内に住所を有する年齢満18年以上の日本国民であること等を規定している。他方、同法30条の2第1項は、市町村の選挙管理委員会は、選挙人名簿のほか、在外選挙人名簿の調製及び保管を行うと規定し、同法30条の4第1項は、在外選挙人名簿の被登録資格として、年齢満18年

以上の日本国民で、在外選挙人名簿に関する事務についてその者の住所を管轄する領事官の管轄区域内に引き続き3か月以上住所を有するものであること等を規定している。

(3) 投票用紙の調製及び投票の方式について

国民審査法14条は、投票用紙には、国民審査に付される裁判官の氏名を印刷するとともに、その氏名を印刷する者のそれぞれに対する×の記号を記載する欄を設けなければならないものとし、都道府県の選挙管理委員会は、同法別記様式に準じて投票用紙を調製しなければならない旨規定している。

そして、国民審査法15条1項は、審査人は、投票所において、罷免を可とする裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に自ら×の記号を記載し、罷免を可としない裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に何らの記載をしないで、これを投票箱に入れなければならない旨規定している（以下、このような投票の方式を「記号式投票」という。）。他方、同法16条1項は、点字による国民審査の投票を行う場合においては、審査人は、投票所において、投票用紙に、罷免を可とする裁判官があるときはその裁判官の氏名を自ら記載し、罷免を可とする裁判官がないときは何らの記載をしないで、これを投票箱に入れなければならない旨規定している（以下、このような投票の方式を「自書式投票」という。）。

(4) 国民審査に付される裁判官の氏名の告示等について

国民審査法4条の2第1項は、中央選挙管理会は、衆議院議員の任期満了の日前60日に当たる日又は衆議院の解散の日のいずれか早い日以後直ちに、同日以後初めて行われる衆議院議員総選挙の期日に国民審査に付されることが見込まれる裁判官の氏名等を都道府県の選挙管理委員会に通知しなければならない旨規定している。そして、同法5条1項は、中央選挙管理会は、衆議院議員総選挙の期日の公示の日に、国民審査の期日及び国民審査に付される裁判官の氏名を官報で告示しなければならない旨規定している。

なお、国民審査法4条の2は、平成28年法律第94号による国民審査法の改正で追加されたものであるところ、同改正前の国民審査法5条は、中央選挙管理会は、国民審査の期日前12日までに、国民審査の期日及び国民審査に付される裁判官の氏名を官報で告示しなければならない旨規定していた（平成28年法律第94号のうち国民審査法4条の2及び同法5条の改正規定は、平成29年1月1日から施行された。）。

3 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1)ア 第1審原告X₁は、在外国民であり、平成29年国民審査が施行された当時、在外選挙人名簿に登録されていた。

イ 第1審原告X₁を除く第1審原告らは、平成29年国民審査が施行された当時、在外国民であり、在外選挙人名簿に登録されていたが、その後帰国した。

(2) 平成29年9月28日に衆議院が解散されたことにより、衆議院議員総選挙が、同年10月10日に公示され、同月22日に施行された。これに伴い、平成29年国民審査が、同月10日に告示され、同月22日に施行された。

第1審原告らは、上記衆議院議員総選挙の投票をしたが、平成29年国民審査については、投票用紙が交付されず、その投票をすることができなかった。

(3)ア 平成10年法律第47号による改正（以下「平成10年公選法改正」という。）前の公職選挙法の下において、在外国民は国政選挙の選挙権の行使をすることができなかった。平成10年公選法改正により在外国民に国政選挙の選挙権の行使を認める制度（以下「在外選挙制度」という。）が創設されたが、平成18年法律第62号による改正（以下「平成18年公選法改正」という。）前の公職選挙法附則8項により、その対象となる選挙は、当分の間、衆議院及び参議院の比例代表選出議員の選挙に限ることとされた。

イ 平成10年4月23日、第142回国会参議院地方行政・警察委員会において、平成10年公選法改正に係る法律案に関連して、在外審査制度について質疑がされた。その際、政府委

員である内閣法制局第三部長は、国民審査は、選挙人名簿に基づいて行うことになっており、在外国民は、衆議院議員総選挙に参加できないことの結果として国民審査にも参加できないということになり、その限りにおいてはやむを得ない旨の答弁をした。また、政府委員である自治省行政局選挙部長は、国民審査は記号式投票で行われているから、在外国民に投票を認めるとした場合、投票用紙を印刷して国外に交付する手続が国民審査の告示後となる一方、上記法律案による在外選挙制度における在外公館の長の管理する場所での投票と同様の方法によることとすると、投票日の5日前までには投票用紙を送付しなければならないため、国民審査のための期間をほとんど確保することができず、技術的に実施不可能に近い状況にあるので、現段階では見送ることにした旨の答弁をした。これに対し、質問をした委員は、できる限り速やかに国民審査法も改正すべきであるとの意見を表明した。

ウ 最高裁平成13年（行ツ）第82号、第83号、同年（行ヒ）第76号、第77号同17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁（以下「平成17年大法廷判決」という。）は、〈1〉平成8年10月20日に施行された衆議院議員総選挙当時、平成10年公選法改正前の公職選挙法が、在外国民が国政選挙において投票をするのを全く認めていなかったことは、憲法15条1項、3項、43条1項、44条ただし書に違反する旨、〈2〉平成18年公選法改正前の公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、遅くとも、平成17年大法廷判決言渡し後初めて行われる衆議院議員総選挙又は参議院議員通常選挙の時点においては、憲法の上記各規定に違反する旨を判示するなどした。

エ 平成18年公選法改正後の公職選挙法の下においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙も在外選挙制度の対象とされた。

オ 平成19年に制定された日本国憲法の改正手続に関する法律（以下「国民投票法」という。）には、その制定当初から、在外国民に憲法改正についての国民の承認に係る投票（以下「国民投票」という。）の投票権の行使を認める制度が設けられている。

カ 現在に至るまで、在外審査制度の創設に係る法律案が国会に提出されたことはない。

第2 令和2年（行ツ）第255号上告代理人館内比佐志ほかの上告理由について

1 原審は、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する旨の判断をした。所論は、原審の上記判断には上記各規定の解釈適用の誤りがある旨をいうものである。

2 国民審査法4条は、衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有すると規定しているが、これとは別に、同法8条は、国民審査に用いられる審査人の名簿について規定していることからすると、同法は、飽くまで上記審査人の名簿に登録されている者でなければ審査権を現実に行使することができないことを前提としているものと解される。

そして、国民審査法8条は、上記審査人の名簿について、公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いるとしているところ、同法は、選挙人名簿と在外選挙人名簿とを区別しており、在外選挙人名簿を選挙人名簿とみなすなどの規定を設けてもいない。また、国民審査法は、在外国民による審査権の行使の方法等についての規定を全く設けていない。そうすると、同法8条にいう選挙人名簿に在外選挙人名簿が含まれると解することはできない。

したがって、国民審査法4条、8条により在外国民に審査権の行使が認められていると解することはできず、現行法上、在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にあるといわざるを得ない。

3 憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを明らかにし、15条1項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であるとした上で、79条2項において、最高裁判所の裁判官の任命について、衆議院議員総選挙の際に国民の審査に付す

る旨規定し、同条3項において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免される旨規定している。この国民審査の制度は、国民が最高裁判所の裁判官を罷免すべきか否かを決定する趣旨のものであるところ（最高裁昭和24年（オ）第332号同27年2月20日大法廷判決・民集6巻2号122頁参照）、憲法は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である（憲法81条）などの最高裁判所の地位と権能に鑑み、この制度を設け、主権者である国民の権利として審査権を保障しているものである。そして、このように、審査権が主権者の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有することに加え、憲法が衆議院議員総選挙の際に国民審査を行うこととしていることにも照らせば、憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使する機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。

憲法の以上の趣旨に鑑みれば、国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには国民審査の公正を確保しつつ審査権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない場合についても、同様である。

在外国民は、前記2のとおり、現行法上、審査権の行使を認める規定を欠いている状態にあるため、審査権を行使することができないが、憲法によって審査権を保障されていることには変わりがないから、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民の審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合に限り、当該立法措置をとらないことについて、上記やむを得ない事由があるというべきである（以上につき、平成17年大法廷判決参照）。

4 前記第1の2(3)及び(4)のとおり、国民審査法は、衆議院議員総選挙の期日の公示の日に、国民審査に付される裁判官が定まり、その氏名が告示されることを前提として、都道府県の選挙管理委員会が、国民審査に付される裁判官の氏名を印刷するとともに、それぞれの裁判官に対する×の記号を記載する欄を設けた投票用紙を調製することとした上で、投票の方式につき、上記投票用紙を用いた記号式投票によることを原則としている。このような投票用紙の調製や投票の方式に関する取扱い等を前提とすると、平成28年法律第94号による国民審査法の改正の前後を問わず、在外審査制度を創設することについては、在外国民による国民審査のための期間を十分に確保し難いといった運用上の技術的な困難があることを否定することができない。

しかしながら、前記3のとおり審査権と同様の性質を有する選挙権については、平成10年公選法改正により在外選挙制度が創設され、平成17年大法廷判決を経て平成18年公選法改正がされた後、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙をも対象に含めた在外選挙制度の下で、現に複数回にわたり国政選挙が実施されていることも踏まえると、上記のような技術的な困難のほか、在外審査制度を創設すること自体について特段の制度的な制約があるとはいえない。そして、国民審査法16条1項が、点字による国民審査の投票を行う場合においては、記号式投票ではなく、自書式投票によることとしていることに鑑みても、在外審査制度において、上記のような技術的な困難を回避するために、現在の取扱いとは異なる投票用紙の調製や投票の方式等を採用する余地がないとは断じ難いところであり、具体的な方法等のいかんを問わず、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置をとることが、事実上不可能ないし著しく困難であるとは解されない。そうすると、在外審査制度の創設に当たり検討すべき課題があったとしても、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置が何らとられていないことについて、やむを得ない事由があるとは到底いうことができない。

したがって、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するものというべきである。

5 以上によれば、所論の点に関する原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない。

第3 令和2年（行ヒ）第292号附帯上告代理人吉田京子ほかの附帯上告受理申立て理由について

1 原審は、本件地位確認の訴えに係る法的地位は新たに立法を行わなければ具体的に認めることのできないものであって、確認を求める対象として有効適切ではないから、本件地位確認の訴えは不適法であると判断して、これを却下すべきものとした。

2 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

本件地位確認の訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解され、第1審原告X₁は、憲法の趣旨を踏まえた解釈をすべきであること等を前提としつつも、結局は、国民審査法4条、8条の解釈に基づいて、次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求めているものと解される。

そして、平成29年国民審査において審査権を行使することができないものとされた第1審原告X₁が、次回の国民審査に先立ち、審査権を行使することができる地位を有することを確認することは、その地位の存否に関する法律上の紛争を解決するために有効適切な手段であると認められる。したがって、現に在外国民である第1審原告X₁に係る本件地位確認の訴えは不適法であるとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるといわざるを得ない。

3 もっとも、前記第2の2のとおり、国民審査法4条、8条により在外国民に審査権の行使が認められていると解することはできないのであるから、上記各規定の解釈に基づいて、第1審原告X₁が次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあるとする第1審原告X₁の主張を採用することはできない。そうすると、本件地位確認の訴えに係る請求は理由がなく、これを棄却すべきものであるが、不利益変更禁止の原則により、本件地位確認の訴えに係る附帯上告を棄却するにとどめるほかなく、原判決の上記違法は結論に影響を及ぼすものではない。

第4 令和2年（行ヒ）第291号上告代理人館内比佐志ほかの上告受理申立て理由について

1 原審は、本件違法確認の訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法である旨の判断をした。所論は、原審の上記判断には法令の解釈適用の誤りがある旨をいうものである。

2 第1審原告X₁は、本件違法確認の訴えにおいて、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが違憲であることを理由として、第1審被告が第1審原告X₁に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権の行使をさせないことが違法であると主張し、その確認を求めるものである。そうすると、本件違法確認の訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解される。

憲法79条4項は、国民審査に関する事項は法律でこれを定める旨規定するところ、同条は、2項において、最高裁判所の裁判官の任命について、衆議院議員総選挙の際に国民の審査に付する旨規定し、また、3項において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免される旨規定しており、国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかである。そのため、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことによって、在外国民につき、具体的な国民審査の機会に審査権を行使することができないという事態が生ずる場合には、そのことをもって、個々の在外国民が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じているといえることができる。

また、審査権は、選挙権と同様に、国民主権の原理に基づくものであり、具体的な国民審査

の機会にこれを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものである。

加えて、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが違憲であることを理由として、国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であると主張され、この点につき争いがある場合に、その違法であることを確認する判決が確定したときには、国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重されるものと解されること（憲法81条、99条参照）も踏まえると、当該確認判決を求める訴えは、上記の争いを解決するために有効適切な手段であると認められる。このように解しても、上記のとおり、国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかであること等に照らすと、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難いところである。

したがって、現に在外国民である第1審原告X₁に係る本件違法確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法であるといえることができる。以上に説示したところは、選挙権について、その行使を制限されていた在外国民が公法上の法律関係に関する確認の訴えにより救済を求めることが認められるものとされている趣旨（平成17年大法廷判決参照）にも沿うものと解される。

3 以上によれば、所論の点に関する原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない。

そして、前記第2のとおり国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは違憲であるから、第1審被告が第1審原告X₁に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権を行使させないことは違法である。そうすると、本件違法確認の訴えに係る請求は理由があり、これを認容すべきものである。

第5 令和2年（行ヒ）第290号上告代理人吉田京子ほかの上告受理申立て理由について

1 原審は、在外審査制度に関する議論の状況等に照らすと、平成29年国民審査の当時、国会において、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことの違憲性が明白であったものということはできず、本件立法不作為は上記の当時において国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断して、第1審原告らの損害賠償請求を全部棄却すべきものとした。

2 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに同項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。そして、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠るときは、上記の例外的な場合に

当たるものと解するのが相当である（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁、平成17年大法廷判決、最高裁平成25年（オ）第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁参照）。

(2) 前記第2の3及び4のとおり、在外国民であった第1審原告らも審査権を行使する機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、国会において、その権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要であったと解される。そして、現在に至るまで、在外審査制度の創設に係る法律案が国会に提出されたことはないものの、国会においては、在外選挙制度を創設する平成10年公選法改正に係る法律案に関連して在外審査制度についての質疑がされている。また、平成17年大法廷判決により在外国民に対する選挙権の制約に係る憲法適合性について判断が示され、これを受けて、平成18年公選法改正により在外選挙制度の対象が広げられ、平成19年には、憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において審査権と同様の性質を有する国民投票の投票権について、在外国民にその行使を認める国民投票法も制定されるに至っている。そのような中で、在外審査制度の創設に当たり検討すべき課題があったものの、その課題は運用上の技術的な困難にとどまり、これを解決することが事実上不可能ないし著しく困難であったとまでは考え難いことに加え、上記のとおり、国会において在外国民の審査権に関する憲法上の問題を検討する契機もあったといえるにもかかわらず、国会は、平成18年公選法改正や平成19年の国民投票法の制定から平成29年国民審査の施行まで約10年の長きにわたって、在外審査制度の創設について所要の立法措置を何らとらなかったというのである。

以上の事情を考慮すれば、遅くとも平成29年国民審査の当時においては、在外審査制度を創設する立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠ったものといえる。

そうすると、本件立法不作為は、平成29年国民審査の当時において、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきである。

3 以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、論旨は理由がある。

そして、以上に説示したところによれば、第1審原告らの損害賠償請求につき、第1審被告に対し各5000円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余を棄却した第1審の判断は相当である。

第6 結論

以上の次第で、原判決中第1審原告らの損害賠償請求を全部棄却すべきものとした部分（原判決主文第1項(3)）は破棄を免れず、第1審判決中当該請求に係る部分は相当であるから、第1審被告の控訴を棄却するとともに、第1審原告らのその余の上告、第1審被告の上告及び第1審原告X₁の附帯上告を棄却することとする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官宇賀克也の補足意見がある。

裁判官宇賀克也の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見に賛成するものであるが、法廷意見の第2、第3及び第4について、補足的に意見を述べておくこととしたい。

1 法廷意見の第2について

国民審査の制度（憲法79条2項、3項）は、最高裁判所が、違憲法令審査権を有する終審裁判所であり（憲法81条）、訴訟に関する手続等について規則を定める権限を有し（憲法77条1項）、下級裁判所の裁判官は最高裁判所の指名した者の名簿によって内閣が任命することとされる（憲法80条1項）など、その権能に鑑み、憲法15条1項が定める国民による公務員の選定罷免権の一環として定められたものと考えられる。そうすると、国民審査に参加する権利は、間接的参政権として位置付けることができ、憲法15条3項の趣旨は、国民審査の制度にも及び、憲

法は、国民審査に参加する権利を、主権者である国民の権利として平等に保障しているのであり、国は、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民も国民審査に参加することができるような制度を設ける責務があると考えられる。したがって、在外国民の審査権を制約することは原則として許されず、その制約が例外的に許されるか否かの合憲性の審査に当たっては、権利の重要性に鑑み、厳格な審査基準が適用され、その制約がやむを得ないと認められる事由があるといえるのは、国民審査の公正を確保しつつ在外審査制度を設けることが事実上不可能ないし著しく困難な場合に限り得られると考えられる。

そこで、本件における上記のやむを得ないと認められる事由の有無について検討すると、平成10年公選法改正により在外選挙制度が部分的に創設され、平成17年大法院判決を経て、平成18年公選法改正で衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙も在外選挙制度の対象とされたこと、平成19年制定の国民投票法においても在外国民に国民投票における投票権が認められていること、憲法79条4項は、審査に関する事項は法律で定めるところ、国民審査法16条1項は、点字による自書式投票を認めているように、記号式投票以外の投票方法も選択肢となり得ること、情報通信技術が急速に発展し、国際的な通信に要する時間が短縮されるとともに、通信し得る情報の質や量も飛躍的に向上していること等に照らすと、在外国民の審査権の行使を一律に否定することには、やむを得ない事由があるとはいえず、違憲であるといわざるを得ないと考えられる。

なお、憲法79条2項は、国民審査は、「衆議院議員総選挙の際」行われることとし、これを受けて、国民審査法13条は、「審査の投票は、衆議院小選挙区選出議員の選挙の投票所において、その投票と同時にこれを行う。」と定めているところ、これは、全国で一斉に行われる衆議院議員総選挙の機会を利用することによって、投票所に赴く国民の負担を軽減するとともに、投票事務に係る行政コストを削減する点においても、合理的な方法といえる。もっとも、理論的に考えれば、国民審査の投票やその結果の確定が衆議院議員総選挙の投票やその結果の確定と同時となることは不可欠の要請とまではいえない。したがって、在外国民について、仮に技術的理由から、衆議院議員総選挙と国民審査との間に投票日やその結果の確定日について若干の差異が生じたとしても、憲法79条2項に違反するとはいえないのではないと思われる。

2 法廷意見の第3及び第4について

第1審原告X₁は、国民審査に参加することができない状態にあり、主権者としての権利を部分的に否定されている以上、既に権利が侵害されているといえる。そして、第1審原告X₁は、主位的に、本件地位確認の訴えを提起して、次回の国民審査において審査権を行使することができる法的地位にあるか否かについて判断を求めており、これは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、法令の適用によって終局的に解決できるものであり、法律上の争訟の要件を満たすと考えられる。また、確認の利益についても、次回の国民審査の前に、審査権を行使することができる地位を有することを確認することは有効であり、確認の利益も認められると考える。

次に、予備的請求として提起された本件違法確認の訴えについて検討するに、この請求も、抽象的に法令の違憲審査を求めるものではなく、次回の国民審査において、自らの審査権を行使することができないことの違法の確認を求めるものであり、法律上の争訟といえる。したがって、第1審原告X₁には、憲法32条により、実効的な裁判を受ける権利が保障されていなければならず、それは、立憲主義の要請といえる。そして、審査権は、これを行使できなければ意味がなく、侵害を受けた後に争うことによって回復できない性質のものであり、また、国民審査法36条の審査無効の訴訟も、事前の救済を与えるものではなく、さらに、そもそも、在外国民は、現行の国民審査法上は、同条にいう審査人に該当しないので（同法8条）、この訴訟を利用することもできないと思われる。そして、仮に違法確認の訴えに係る請求を認容する判決の行政事件訴訟法上の拘束力が国会に及ばないとしても、最高裁判所が、憲法81条により一切の法律が憲法に適合す

るかしないかを決定する権限を有する終審裁判所であり、国会議員が、憲法99条により憲法尊重擁護義務を負う以上、国会が上記判決を尊重して立法を行うことを期待することができ、紛争の解決に有効と考えられる。

なお、平成17年大法廷判決は、違法確認の訴えについて、他のより適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、当該事件においては、予備的確認請求に係る地位確認の訴えの方がより適切な訴えであるということが出来るから、違法確認の訴えは不適法であるといわざるを得ないと判示している。この判示部分は、違法確認の訴えも法律上の争訟であり、他のより適切な訴えによってその目的を達成することができない場合には、確認の利益が認められるが、当該事件では、地位確認の訴えの方がより適切な訴えであるので、確認の利益が否定されるという趣旨と解するのが自然と思われる。そうであるとすれば、地位確認の訴えに係る請求を認容することができず、他に適切な救済方法がない本件において、違法確認の訴えに係る確認の利益を認めるという解釈は、平成17年大法廷判決の趣旨にも適合していると考えられる。そして、在外国民が国民審査に参加する権利のように立法措置が全くとられていないという全面的な立法不作為と、平成17年大法廷判決当時の在外国民が国政選挙に参加する権利の一部を行使することができないという部分的な立法不作為を比較すれば、前者の方が、立法不作為による権利侵害の程度がより大きいにもかかわらず、後者については、積極的な地位確認の訴えにより救済が図られるのに対して、前者については、権力分立の観点からはより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことは、均衡を欠くように思われる。

先般の司法制度改革では、行政訴訟を活性化させることが改革の大きな柱の一つとされた。そして、平成16年法律第84号による行政事件訴訟法の改正においては、同法4条に確認の訴えを明示することにより、処分性のない事案における救済の受け皿として、実質的当事者訴訟としての確認の訴えの活用を促すこととされた。民事訴訟においても、紛争の抜本的解決に必要な場合には、過去の法律関係や過去の事実の確認も可能であると解されているところ、実質的当事者訴訟としての確認の訴えの場合にも、現在の権利義務関係を争うよりも、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えの方が現在の紛争の解決にとって有効適切である場合には、立法や行政活動の作為又は不作為の違法確認の訴えが排除され则认为すべきではなく、かかる訴訟を認めることは、実質的当事者訴訟としての確認の訴えを明記した上記改正の趣旨にも適合すると思われる。

(裁判長裁判官 大谷直人 裁判官 菅野博之 裁判官 山口厚 裁判官 戸倉三郎 裁判官 深山卓也 裁判官 三浦守 裁判官 草野耕一 裁判官 宇賀克也 裁判官 林道晴 裁判官 岡村和美 裁判官 長嶺安政 裁判官 安浪亮介 裁判官 渡邊恵理子 裁判官 岡正晶 裁判官 堺徹)

【判例ID】	28175864
【判示事項】	【判例タイムズ判示事項】 1 刑事裁判における国民の司法参加と憲法 2 裁判員制度と憲法31条, 32条, 37条1項, 76条1項, 80条1項 3 裁判員制度と憲法76条3項 4 裁判員制度と憲法76条2項 5 裁判員の職務等と憲法18条後段が禁ずる「苦役」 【裁判所ウェブサイト判示事項】 1 刑事裁判における国民の司法参加と憲法 2 裁判員制度と憲法31条, 32条, 37条1項, 76条1項, 80条1項 3 裁判員制度と憲法76条3項 4 裁判員制度と憲法76条2項 5 裁判員の職務等と憲法18条後段が禁ずる「苦役」 【裁判所ウェブサイト裁判要旨】 1 憲法は, 刑事裁判における国民の司法参加を許容しており, 憲法の定める適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されている限り, その内容を立法政策に委ねている 2 裁判員制度は, 憲法31条, 32条, 37条1項, 76条1項, 80条1項に違反しない 3 裁判員制度は, 憲法76条3項に違反しない 4 裁判員制度は, 憲法76条2項に違反しない 5 裁判員の職務等は, 憲法18条後段が禁ずる「苦役」に当たらない
【裁判年月日等】	平成23年11月16日／最高裁判所大法廷／判決／平成22年（あ）1196号
【著名事件名】	裁判員制度違憲訴訟判決
【事件名】	覚せい剤取締法違反、関税法違反被告事件
【裁判結果】	上告棄却
【上訴等】	確定
【裁判官】	竹崎博允 古田佑紀 那須弘平 田原睦夫 宮川光治 櫻井龍子 竹内行夫 金築誠志 須藤正彦 千葉勝美 横田尤孝 白木勇 岡部喜代子 大谷剛彦 寺田逸郎
【審級関連】	<控訴審>平成22年6月21日／東京高等裁判所／第11刑事部／判決／平成22年（う）393号／28175635 <第一審>平成22年1月18日／千葉地方裁判所／刑事第1部／判決／平成21年（わ）1442号／28175636
【参照法令】	日本国憲法 18条 31条 32条 37条 76条 80条 81条 ／裁判所法 3条／裁判員の参加する刑事裁判に関する法律 1条 2条 6条 9条 11条 13条 16条 29条 34条 41条 43条 51条 66条 67条 70条 106条 107条／大日本帝国憲法

24条／裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令

【出典】

最高裁判所刑事判例集 65巻8号 1285頁

裁判所時報 1544号 1頁

判例時報 2136号 3頁

判例タイムズ 1362号 62頁

裁判所ウェブサイト掲載判例

【判例評釈】

榎透・法学セミナー 57巻2号 116頁 2012年2月

前田雅英・警察学論集〔警察大学校〕 65巻2号 131～148頁 2012年2月

田邊信好・週刊法律新聞 1933号 4～5頁 2012年2月24日

南部晋太郎・研修 765号 21～34頁 2012年3月

西野喜一・法政理論〔新潟大学〕 44巻2・3号 81～105頁 2012年3月

西野吾一・ジュリスト 1442号 83～92頁 2012年6月

蒔田圭明・名城法学論集 39号 45～54頁 2012年5月

平良木登規男・刑事法ジャーナル 32号 134～141頁 2012年5月

佐藤寛稔・秋田法学〔ノースアジア大学〕 53号 97～108頁 2012年3月

新屋達之・法律時報 84巻10号 126～129頁 2012年9月

君塚正臣・速報判例解説〔10〕（法学セミナー増刊） 21～24頁 2012年4月

平良木登規男・国民の司法参加と刑事法学 269～282頁 2014年2月

西野吾一、矢野直邦・法曹時報 66巻4号 153～229頁 2014年4月

土井真一・憲法判例百選〔2〕＜第6版＞（別冊ジュリスト218） 386～388頁 2013年12月

毛利透・判例セレクト2012〔1〕（月刊法学教室389別冊付録） 3頁 2013年2月

西野吾一・最高裁 時の判例〔平成21年～平成23年〕〔7〕（ジュリスト増刊） 32～39頁 2014年12月

西野吾一、矢野直邦・最高裁判所判例解説——刑事篇＜平成23年度＞ 257～333頁 2015年1月

笹田栄司・平成24年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1453） 10～11頁 2013年4月

酒巻匡・刑事訴訟法判例百選＜第10版＞（別冊ジュリスト232） 112～115頁 2017年4月

穴戸常寿・テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く 2
97～330頁2016年12月
土井真一・憲法判例百選〔2〕＜第7版＞（別冊ジュリスト246） 3
80～382頁2019年11月

【重要度】 5

■28175864

最高裁判所大法廷

平成22年（あ）第1196号

平成23年11月16日

主文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中390日を第1審判決の懲役刑に算入する。

理由

第1 弁護士小清水義治の上告趣意のうち、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下「裁判員法」という。）の憲法違反をいう点について

1 所論は、多岐にわたり裁判員法が憲法に違反する旨主張するが、その概要は、次のとおりである。〈1〉憲法には、裁判官以外の国民が裁判体の構成員となり評決権を持って裁判を行うこと（以下「国民の司法参加」という。）を想定した規定はなく、憲法80条1項は、下級裁判所が裁判官のみによって構成されることを定めているものと解される。したがって、裁判員法に基づき裁判官以外の者が構成員となった裁判体は憲法にいう「裁判所」には当たらないから、これによって裁判が行われる制度（以下「裁判員制度」という。）は、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法32条、全ての刑事事件において被告人に公平な裁判所による迅速な公開裁判を保障した憲法37条1項に違反する上、その手続は適正な司法手続とはいえないので、全て司法権は裁判所に属すると規定する憲法76条1項、適正手続を保障した憲法31条に違反する。〈2〉裁判員制度の下では、裁判官は、裁判員の判断に影響、拘束されることになるから、同制度は、裁判官の職権行使の独立を保障した憲法76条3項に違反する。〈3〉裁判員が参加する裁判体は、通常の裁判所の系列外に位置するものであるから、憲法76条2項により設置が禁止されている特別裁判所に該当する。〈4〉裁判員制度は、裁判員となる国民に憲法上の根拠のない負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に違反する。

しかしながら、憲法は、国民の司法参加を許容しているものと解され、裁判員法に所論の憲法違反はないというべきである。その理由は、次のとおりである。

2 まず、国民の司法参加が一般に憲法上禁じられているか否かについて検討する。

（1）憲法に国民の司法参加を認める旨の規定が置かれていないことは、所論が指摘するとおりである。しかしながら、明文の規定が置かれていないことが、直ちに国民の司法参加の禁止を意味するものではない。憲法上、刑事裁判に国民の司法参加が許容されているか否かという刑事司法の基本に関わる問題は、憲法が採用する統治の基本原則や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯及び憲法の関連規定の文理を総合的に検討して判断されるべき事柄である。

（2）裁判は、証拠に基づいて事実を明らかにし、これに法を適用することによって、人の権利義務を最終的に確定する国の作用であり、取り分け、刑事裁判は、人の生命すら奪うことのあ

じて、刑事裁判権の行使が適切に行われるよう種々の原則が確立されてきた。基本的人権の保障を重視した憲法では、特に31条から39条において、適正手続の保障、裁判を受ける権利、令状主義、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利、証人審問権及び証人喚問権、弁護人依頼権、自己負罪拒否の特権、強制による自白の排除、刑罰不遡及の原則、一事不再理など、適正な刑事裁判を実現するための諸原則を定めており、そのほとんどは、各国の刑事裁判の歴史を通じて確立されてきた普遍的な原理ともいうべきものである。刑事裁判を行うに当たっては、これらの諸原則が厳格に遵守されなければならない、それには高度の法的専門性が要求される。憲法は、これらの諸原則を規定し、かつ、三権分立の原則の下に、「第6章 司法」において、裁判官の職権行使の独立と身分保障について周回の規定を設けている。こうした点を総合考慮すると、憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定していると考えられる。

(3) 他方、歴史的、国際的な視点から見ると、欧米諸国においては、上記のような手続の保障とともに、18世紀から20世紀前半にかけて、民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れが広がり、憲法制定当時の20世紀半ばには、欧米の民主主義国家の多くにおいて陪審制か参審制が採用されていた。我が国でも、大日本帝国憲法（以下「旧憲法」という。）の下、大正12年に陪審法が制定され、昭和3年から480件余りの刑事事件について陪審裁判が実施され、戦時下の昭和18年に停止された状況にあった。

憲法は、その前文において、あらゆる国家の行為は、国民の厳粛な信託によるものであるとする国民主権の原理を宣言した。上記のような時代背景とこの基本原理の下で、司法権の内容を具体的に定めるに当たっては、国民の司法参加が許容されるか否かについても関心が払われていた。すなわち、旧憲法では、24条において「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハルハコトナシ」と規定されていたが、憲法では、32条において「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定され、憲法37条1項においては「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。」と規定されており、「裁判官による裁判」から「裁判所における裁判」へと表現が改められた。また、憲法は、「第6章 司法」において、最高裁判所と異なり、下級裁判所については、裁判官のみで構成される旨を明示した規定を置いていない。憲法制定過程についての関係資料によれば、憲法のこうした文理面から、憲法制定当時の政府部内では、陪審制や参審制を採用することも可能であると解されていたことが認められる。こうした理解は、枢密院の審査委員会において提示され、さらに、憲法制定議会においても、米国型の陪審制導入について問われた憲法改正担当の国务大臣から、「陪審問題の点については、憲法に特別の規定はないが、民主政治の趣旨に則り、必要な規定は法律で定められ、現在の制度を完備することは憲法の毫も嫌っているところではない。」旨の見解が示され、この点について特に異論が示されることなく、憲法が可決成立するに至っている。憲法と同時に施行された裁判所法が、3条3項において「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない。」と規定しているのも、こうした経緯に符合するものである。憲法の制定に際しては、我が国において停止中とはいえ現に陪審制が存在していたことや、刑事裁判に関する諸規定が主に米国の刑事司法を念頭において検討されたこと等から、議論が陪審制を中心として行われているが、以上のような憲法制定過程を見ても、ヨーロッパの国々で行われていた参審制を排除する趣旨は認められない。

刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図ることと、憲法の定める人権の保障を全うしつつ、証拠に基づいて事実を明らかにし、個人の権利と社会の秩序を確保するという刑事裁判の使命を果たすこととは、決して相容れないものではなく、このことは、陪審制又は参審制を有する欧米諸国の経験に照らしても、基本的に了解し得るところである。

(4) そうすると、国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおおよそ禁じられていると解すべき理由はな

く、国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきものである。換言すれば、憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には、上記の諸原則が確保されている限り、陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解されるのである。

3 そこで、次に、裁判員法による裁判員制度の具体的な内容について、憲法に違反する点があるか否かを検討する。

(1) 所論〈1〉は、憲法31条、32条、37条1項、76条1項、80条1項違反をいうものである。

しかし、憲法80条1項が、裁判所は裁判官のみによって構成されることを要求しているか否かは、結局のところ、憲法が国民の司法参加を許容しているか否かに帰着する問題である。既に述べたとおり、憲法は、最高裁判所と異なり、下級裁判所については、国民の司法参加を禁じているとは解されない。したがって、裁判官と国民とで構成する裁判体が、それゆえ直ちに憲法上の「裁判所」に当たらないということはできない。

問題は、裁判員制度の下で裁判官と国民とにより構成される裁判体が、刑事裁判に関する様々な憲法上の要請に適合した「裁判所」といい得るものであるか否かにある。

裁判員法では、裁判官3名及び裁判員6名（公訴事実と争いが無い事件については、場合により裁判官1名及び裁判員4名）によって裁判体を構成するとしている（2条2項、3項）。裁判員の選任については、衆議院議員の選挙権を有する者の中から、くじによって候補者が選定されて裁判所に呼び出され、選任のための手続において、不公平な裁判をするおそれがある者、あるいは検察官及び被告人に一定数まで認められた理由を示さない不選任の請求の対象とされた者などが除かれた上、残った候補者から更にくじその他の作為が加わらない方法に従って選任されるものとしている（13条から37条）。また、解任制度により、判決に至るまで裁判員の適格性が確保されるよう配慮されている（41条、43条）。裁判員は、裁判官と共に合議体を構成し、事実の認定、法令の適用及び刑の量定について合議することとされ、法令の解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断等は裁判官に委ねられている（6条）。裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務等を負う一方（9条）、裁判官、検察官及び弁護人は、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう、審理を迅速で分かりやすいものとするに努めなければならないものとされている（51条）。裁判官と裁判員の評議は、裁判官と裁判員が対等の権限を有することを前提にその合議によるものとされ（6条1項、66条1項）、その際、裁判長は、必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならないとされている（66条5項）。評決については、裁判官と裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見によることとされ、刑の量定についても同様の原則の下に決定するものとされている（67条）。評議における自由な意見表明を保障するために、評議の経過等に関する守秘義務も設け（70条1項）、裁判員に対する請託、威迫等は罰則をもって禁止されている（106条、107条）。

以上によれば、裁判員裁判対象事件を取り扱う裁判体は、身分保障の下、独立して職権を行使することが保障された裁判官と、公平性、中立性を確保できるよう配慮された手続の下に選任された裁判員とによって構成されるものとされている。また、裁判員の権限は、裁判官と共に公判廷で審理に臨み、評議において事実認定、法令の適用及び有罪の場合の刑の量定について意見を述べ、評決を行うことにある。これら裁判員の関与する判断は、いずれも司法作用の内容をなすものであるが、必ずしもあらかじめ法律的な知識、経験を有することが不可欠な事項であるとはいえない。さらに、裁判長は、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならないとされていることも考慮すると、上記のような権限を付与された裁判員が、様々な視点や

感覚を反映させつつ、裁判官との協議を通じて良識ある結論に達することは、十分期待することができる。他方、憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている。

このような裁判員制度の仕組みを考慮すれば、公平な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること（憲法31条、32条、37条1項）は制度的に十分保障されている上、裁判官は刑事裁判の基本的な担い手とされているものと認められ、憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保する上での支障はないといえることができる。

したがって、憲法31条、32条、37条1項、76条1項、80条1項違反をいう所論は理由がない。

（2）所論〈2〉は、憲法76条3項違反をいうものである。

しかしながら、憲法76条3項によれば、裁判官は憲法及び法律に拘束される。そうすると、既に述べたとおり、憲法が一般的に国民の司法参加を許容しており、裁判員法が憲法に適合するようにこれを法制化したものである以上、裁判員法が規定する評決制度の下で、裁判官が時に自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があるとしても、それは憲法に適合する法律に拘束される結果であるから、同項違反との評価を受ける余地はない。元来、憲法76条3項は、裁判官の職権行使の独立性を保障することにより、他からの干渉や圧力を受けることなく、裁判が法に基づき公正中立に行われることを保障しようとするものであるが、裁判員制度の下においても、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を裁判の基本的な担い手として、法に基づく公正中立な裁判の実現が図られており、こうした点からも、裁判員制度は、同項の趣旨に反するものではない。

憲法76条3項違反をいう見解からは、裁判官の2倍の数の国民が加わって裁判体を構成し、多数決で結論を出す制度の下では、裁判が国民の感覚的な判断に支配され、裁判官のみで判断する場合と結論が異なってしまう場合があり、裁判所が果たすべき被告人の人権保障の役割を全うできないことになりかねないから、そのような構成は憲法上許容されないという主張もされている。しかし、そもそも、国民が参加した場合であっても、裁判官の多数意見と同じ結論が常に確保されなければならないということであれば、国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねず、憲法が国民の司法参加を許容している以上、裁判体の構成員である裁判官の多数意見が常に裁判の結論でなければならないとは解されない。先に述べたとおり、評決の対象が限定されている上、評議に当たって裁判長が十分な説明を行う旨が定められ、評決については、単なる多数決でなく、多数意見の中に少なくとも1人の裁判官が加わっていることが必要とされていることなどを考えると、被告人の権利保護という観点からの配慮もされているところであり、裁判官のみによる裁判の場合と結論を異にするおそれがあることをもって、憲法上許容されない構成であるとはいえない。

したがって、憲法76条3項違反をいう所論は理由がない。

（3）所論〈3〉は、憲法76条2項違反をいうものである。

しかし、裁判員制度による裁判体は、地方裁判所に属するものであり、その第1審判決に対しては、高等裁判所への控訴及び最高裁判所への上告が認められており、裁判官と裁判員によって構成された裁判体が特別裁判所に当たらないことは明らかである。

（4）所論〈4〉は、憲法18条後段違反をいうものである。

裁判員としての職務に従事し、又は裁判員候補者として裁判所に出頭すること（以下、併せて「裁判員の職務等」という。）により、国民に一定の負担が生ずることは否定できない。しかし、裁判員法1条は、制度導入の趣旨について、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に参与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することを挙げており、これは、この制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示していると解される。このように、裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであり、これを「苦役」ということは必ず

しも適切ではない。また、裁判員法16条は、国民の負担を過重にしないという観点から、裁判員となることを辞退できる者を典型的に規定し、さらに同条8号及び同号に基づく政令においては、個々人の事情を踏まえて、裁判員の職務等を行うことにより自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足る相当な理由がある場合には辞退を認めるなど、辞退に関し柔軟な制度を設けている。加えて、出頭した裁判員又は裁判員候補者に対する旅費、日当等の支給により負担を軽減するための経済的措置が講じられている（11条、29条2項）。

これらの事情を考慮すれば、裁判員の職務等は、憲法18条後段が禁ずる「苦役」に当たらないことは明らかであり、また、裁判員又は裁判員候補者のその他の基本的人権を侵害するところも見当たらないというべきである。

4 裁判員制度は、裁判員が個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任され、裁判官のような身分を有しないという点においては、陪審制に類似するが、他方、裁判官と共に事実認定、法令の適用及び量刑判断を行うという点においては、参審制とも共通するところが少なくなく、我が国独特の国民の司法参加の制度であるということが出来る。それだけに、この制度が陪審制や参審制の利点を生かし、優れた制度として社会に定着するためには、その運営に関与する全ての者による不断的努力が求められるものといえよう。裁判員制度が導入されるまで、我が国の刑事裁判は、裁判官を始めとする法曹のみによって担われ、詳細な事実認定などを特徴とする高度に専門化した運用が行われてきた。司法の役割を実現するために、法に関する専門性が必須であることは既に述べたとおりであるが、法曹のみによって実現される高度の専門性は、時に国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したものにもなりかねない側面を持つ。刑事裁判のように、国民の日常生活と密接に関連し、国民の理解と支持が不可欠とされる領域においては、この点に対する配慮は特に重要である。裁判員制度は、司法の国民的基盤の強化を目的とするものであるが、それは、国民の視点や感覚と法曹の専門性とが常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものということが出来る。その目的を十全に達成するには相当の期間を必要とすることはいうまでもないが、その過程もまた、国民に根ざした司法を実現する上で、大きな意義を有するものと思われる。このような長期的な視点に立った努力の積み重ねによって、我が国の実情に最も適した国民の司法参加の制度を実現していくことができるものと考えられる。

第2 その余の上告趣意について

弁護人のその余の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、適法な上告理由に当たらない。

よって、刑訴法414条、396条、刑法21条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 竹崎博允 裁判官 古田佑紀 裁判官 那須弘平 裁判官 田原睦夫 裁判官 宮川光治 裁判官 櫻井龍子 裁判官 竹内行夫 裁判官 金築誠志 裁判官 須藤正彦 裁判官 千葉勝美 裁判官 横田尤孝 裁判官 白木勇 裁判官 岡部喜代子 裁判官 大谷剛彦 裁判官 寺田逸郎）

【判例ID】	28101810
【裁判年月日等】	平成17年9月14日／最高裁判所大法廷／判決／平成13年（行ツ）82号／平成13年（行ツ）83号／平成13年（行ヒ）76号／平成13年（行ヒ）77号
【著名事件名】	在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決
【事件名】	在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件
【裁判結果】	一部棄却、一部破棄自判
【上訴等】	確定
【裁判官】	町田顯 福田博 濱田邦夫 横尾和子 上田豊三 滝井繁男 藤田宙靖 甲斐中辰夫 泉徳治 島田仁郎 才口千晴 今井功 中川了滋 堀籠幸男
【少数意見】	横尾和子（反対意見） 上田豊三（反対意見） 泉徳治（反対意見） 福田博（補足意見）
【審級関連】	<控訴審>平成12年11月8日／東京高等裁判所／第5民事部／判決／平成11年（行コ）253号／28071551 <第一審>平成11年10月28日／東京地方裁判所／民事第2部／判決／平成8年（行ウ）266号／28051327
【参照法令】	日本国憲法 15条 43条 44条 76条 81条／公職選挙法 30条 209条の2／行政事件訴訟法 4条／民事訴訟法 134条の2／国家賠償法 1条
【出典】	最高裁判所民事判例集59巻7号2087頁 最高裁判所裁判集民事217号865頁 裁判所時報1396号1頁 判例時報1908号36頁 判例タイムズ1191号143頁 裁判所ウェブサイト掲載判例 D1-Law.com判例体系
【判例評釈】	ジュリスト 1303号2～47頁2005年12月15日 新井誠・法学セミナー 50巻12号74～77頁2005年12月 杉原則彦・ジュリスト 1303号31～38頁2005年12月15日 野中俊彦・ジュリスト 1303号18～24頁2005年12月15日 法学セミナー 50巻12号138頁2005年12月 長谷部恭男、田中宗孝、小幡純子・ジュリスト 1303号2～17頁2005年12月15日 北村和生・ジュリスト 1303号25～30頁2005年12月15日 小谷知也・選挙 58巻12号9～15頁2005年12月 近藤敦・法学セミナー 51巻1号118頁2006年1月 法律時報 78巻2号78～88頁2006年2月 早坂禧子・法令解説資料総覧 289号77～82頁2006年2月 内野正幸・法律時報 78巻2号78～83頁2006年2月

山崎栄一郎・法律のひろば 59巻2号63～69頁2006年2月
 浜川清・法律時報 78巻2号84～88頁2006年2月
 松永邦男・自治実務セミナー 45巻2号30～37頁2006年2月
 下山憲治・法学セミナー 51巻2号121頁2006年2月
 杉原則彦・法曹時報 58巻2号279～355頁2006年2月
 古田啓昌・法学セミナー 51巻3号30～34頁2006年3月
 山本隆司・月刊法学教室 308号25～35頁2006年5月
 内藤光博・専修ロージャーナル 1号147～161頁2006年2月
 西村淑子・法律のひろば 59巻5号30～38頁2006年5月
 飯田稔・亜細亜法学 41巻1号13～36頁2006年7月
 赤坂正浩・判例評論 572号（判例時報1937）171～178頁2006年10月1日
 野坂泰司・月刊法学教室 315号77～90頁2006年12月
 木村草太・法学協会雑誌 124巻6号1490～1512頁2007年6月
 井上典之・法学セミナー 52巻7号77～81頁2007年7月
 越智敏裕・行政判例百選〔2〕＜第5版＞（別冊ジュリスト182） 428～429頁2006年6月
 只野雅人・判例セレクト2005（月刊法学教室306別冊付録） 6頁2006年3月
 野坂泰司・憲法判例百選〔2〕＜第5版＞（別冊ジュリスト187） 334～335頁2007年3月
 佐久間健吉・平成17年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊1215） 288～290頁2006年9月
 吉田尚弘・平成17年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊1215） 74～75頁2006年9月
 米澤広一・平成17年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1313） 7～8頁2006年6月
 木村琢麿・平成17年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1313） 50～52頁2006年6月
 杉原則彦・最高裁 時の判例〔平成15年～平成17年〕〔5〕（ジュリスト増刊） 35～40頁2007年12月
 鈴木秀孝・行政関係判例解説＜平成17年＞ 64～71頁2007年1月
 穴戸常寿・法律時報 81巻1号76～82頁2009年1月
 青木誠弘・筑波法政 46号199～216頁2009年2月
 杉原則彦・最高裁判所判例解説——民事篇＜平成17年度＞〔下〕〔7月～12月分〕 603～680頁2008年8月
 岡田順太・総合政策論集〔東北文化学園大学〕 5巻1号239～251頁2006年3月

毛利透・論究ジュリスト 1号81～89頁2012年5月
 山田洋・論究ジュリスト 3号109～116頁2012年11月
 土井真一・月刊法学教室 388号91～101頁2013年1月
 越智敏裕・行政判例百選〔2〕＜第6版＞（別冊ジュリスト212） 4
 42～443頁2012年11月
 野坂泰司・憲法判例百選〔2〕＜第6版＞（別冊ジュリスト218） 3
 24～325頁2013年12月
 喜田村洋一・論究ジュリスト 17号86～92頁2016年4月
 稲葉馨・法学〔東北大学〕 80巻6号1～27頁2017年2月
 越智敏裕・行政判例百選〔2〕＜第7版＞（別冊ジュリスト236） 4
 28～429頁2017年11月
 朝田とも子・行政判例百選〔2〕＜第7版＞（別冊ジュリスト236）
 464～465頁2017年11月
 山崎友也・論究ジュリスト 29号14～20頁2019年4月
 野坂泰司・憲法判例百選〔2〕＜第7版＞（別冊ジュリスト246） 3
 18～319頁2019年11月
 鈴木陽子・地域政策研究〔高崎経済大学〕 23巻2号13～27頁20
 20年12月
 片桐直人・法学セミナー 66巻8号75～79頁2021年8月
 村上裕章・判例時報 2552号112～120頁2023年6月11日
 越智敏裕・行政判例百選〔2〕＜第8版＞（別冊ジュリスト261） 4
 16～417頁2022年11月
 朝田とも子・行政判例百選〔2〕＜第8版＞（別冊ジュリスト261）
 452～453頁2022年11月
 府川繭子・行政法研究 41号211～220頁2021年9月
 稲葉実香・憲法研究〔信山社〕 11号119～132頁2022年11
 月

【重要度】

5

■28101810

最高裁判所大法廷

平成13年（行ツ）第82号／平成13年（行ヒ）第76号／平成13年（行ツ）第83号／平
 成13年（行ヒ）第77号

平成17年09月14日

主文

1 原判決を次のとおり変更する。

第1審判決を次のとおり変更する。

(1) 本件各確認請求に係る訴えのうち、違法確認請求に係る各訴えをいずれも却下する。

(2) 別紙当事者目録1記載の上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員
 の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登
 録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることを確認する。

(3) 被上告人は、上告人らに対し、各金5000円及びこれに対する平成8年10月21日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

(4) 上告人らのその余の請求をいずれも棄却する。

2 訴訟の総費用は、これを5分し、その1を上告人らの、その余を被上告人の各負担とする。

理由

上告代理人喜田村洋一ほかの上告理由及び上告受理申立て理由について

第1 事案の概要等

1 本件は、国外に居住していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民（以下「在外国国民」という。）に国政選挙における選挙権行使の全部又は一部を認めないことの適否等が争われている事案である（以下、在外国国民に国政選挙における選挙権の行使を認める制度を「在外選挙制度」という。）。

2 在外国国民の選挙権の行使に関する制度の概要

(1) 在外国国民の選挙権の行使については、平成10年法律第47号によって公職選挙法が一部改正され（以下、この改正を「本件改正」という。）、在外選挙制度が創設された。しかし、その対象となる選挙について、当分の間は、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙に限ることとされた（本件改正後の公職選挙法附則8項）。本件改正前及び本件改正後の在外国国民の選挙権の行使に関する制度の概要は、それぞれ以下のとおりである。

(2) 本件改正前の制度の概要

本件改正前の公職選挙法42条1項、2項は、選挙人名簿に登録されていない者及び選挙人名簿に登録されることができない者は投票をすることができないものと定めていた。そして、選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有する年齢満20年以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成された日から引き続き3か月以上当該市町村の住民基本台帳に登録されている者について行うこととされているところ（同法21条1項、住民基本台帳法15条1項）、在外国国民は、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に登録されないため、選挙人名簿には登録されなかった。その結果、在外国国民は、衆議院議員の選挙又は参議院議員の選挙において投票をすることができなかった。

(3) 本件改正後の制度の概要

本件改正により、新たに在外選挙人名簿が調製されることとなり（公職選挙法第4章の2参照）、「選挙人名簿に登録されていない者は、投票をすることができない。」と定めていた本件改正前の公職選挙法42条1項本文は、「選挙人名簿又は在外選挙人名簿に登録されていない者は、投票をすることができない。」と改められた。本件改正によって在外選挙制度の対象となる選挙は、衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙であるが、当分の間は、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙に限ることとされたため、その間は、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙はその対象とならない（本件改正後の公職選挙法附則8項）。

3 本件において、在外国国民である別紙当事者目録1記載の上告人らは、被上告人に対し、在外国国民であることを理由として選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法14条1項、15条1項及び3項、43条並びに44条並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約（昭和54年条約第7号）25条に違反すると主張して、主位的に、〈1〉本件改正前の公職選挙法は、同上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において、違法（上記の憲法の規定及び条約違反）であることの確認、並びに〈2〉本件改正後の公職選挙法は、同上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において、違法（上記の憲法の規定及び条約違反）であることの確認を求めるとともに、予備的に、〈3〉同上告人らが衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議

院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を請求している。

また、別紙当事者目録1記載の上告人ら及び平成8年10月20日当時は在外国民であったがその後帰国した同目録2記載の上告人らは、被上告人に対し、立法府である国会が在外国民が国政選挙において選挙権を行使することができるように公職選挙法を改正することを怠ったために、上告人らは同日に実施された衆議院議員の総選挙（以下「本件選挙」という。）において投票をすることができず損害を被ったと主張して、1人当たり5万円の損害賠償及びこれに対する遅延損害金の支払を請求している。

4 原判決は、本件の各確認請求に係る訴えはいずれも法律上の争訟に当たらず不適法であるとして却下すべきものとし、また、本件の国家賠償請求はいずれも棄却すべきものとした。所論は、要するに、在外国民の国政選挙における選挙権の行使を制限する公職選挙法の規定は、憲法14条、15条1項及び3項、22条2項、43条、44条等に違反すると主張するとともに、確認の訴えをいずれも不適法とし、国家賠償請求を認めなかった原判決の違法をいうものである。

第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について

1 国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。

憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している。そして、憲法は、同条3項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、44条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。

憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。

在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合に限り、当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由があるというべきである。

2 本件改正前の公職選挙法の憲法適合性について

前記第1の2(2)のとおり、本件改正前の公職選挙法の下においては、在外国民は、選挙人名簿に登録されず、その結果、投票をすることができないものとされていた。これは、在外国民が実際に投票をすることを可能にするためには、我が国の在外公館の人的、物的態勢を整えるなどの所要の措置を執る必要があったが、その実現には克服しなければならない障害が少なくなかったためであると考えられる。

記録によれば、内閣は、昭和59年4月27日、「我が国の国際関係の緊密化に伴い、国外に居住する国民が増加しつつあることにかんがみ、これらの者について選挙権行使の機会を保障する必要がある」として、衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙全般についての在外選挙制度の創設を内容とする「公職選挙法の一部を改正する法律案」を第101回国会に提出したが、同法律案は、その後第105回国会まで継続審査とされていたものの実質的な審議は行われず、同61年6月2日に衆議院が解散されたことにより廃案となったこと、その後、本件選挙が実施された平成8年10月20日までに、在外国民の選挙権の行使を可能にするための法律改正はされなかったことが明らかである。世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和59年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。

3 本件改正後の公職選挙法の憲法適合性について

本件改正は、在外国民に国政選挙で投票をすることを認める在外選挙制度を設けたものの、当分の間、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙についてだけ投票をすることを認め、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙については投票をすることを認めないというものである。この点に関しては、投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは實際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況の下で、候補者の氏名を自書させて投票をさせる必要のある衆議院小選挙区選出議員の選挙又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めることには検討を要する問題があるという見解もないではなかったことなどを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的小ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない。しかしながら、本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。また、参議院比例代表選出議員の選挙制度を非拘束名簿式に改めることなどを内容とする公職選挙法の一部を改正する法律（平成12年法律第118号）が平成12年11月1日に公布され、同月21日に施行されているが、この改正後は、参議院比例代表選出議員の選挙の投票については、公職選挙法86条の3第1項の参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、既に平成13年及び同16年に、在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなども併せて考えると、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例

代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものといわざるを得ない。

第3 確認の訴えについて

1 本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正前の公職選挙法が別紙当事者目録1記載の上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えは、過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である。

2 また、本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正後の公職選挙法が別紙当事者目録1記載の上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えについては、他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては、後記3のとおり、予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといえることができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない。

3 本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる。その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外国民である別紙当事者目録1記載の上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。

選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといえるべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。

そうすると、本件の予備的確認請求に係る訴えについては、引き続き在外国民である同上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えといえることができる。

4 そこで、本件の予備的確認請求の当否について検討するに、前記のとおり、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効であって、別紙当事者目録1記載の上告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあるというべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである。

第4 国家賠償請求について

国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。

在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。このような立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。したがって、本件においては、上記の違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきである。

そこで、上告人らの被った精神的損害の程度について検討すると、本件訴訟において在外国民の選挙権の行使を制限することが違憲であると判断され、それによって、本件選挙において投票をすることができなかったことによって上告人らが被った精神的損害は相当程度回復されるものと考えられることなどの事情を総合勘案すると、損害賠償として各人に対し慰謝料5000円の支払を命ずるのが相当である。そうであるとすれば、本件を原審に差し戻して改めて個々の上告人の損害額について審理させる必要はなく、当審において上記金額の賠償を命ずることができるものというべきである。そこで、上告人らの本件請求中、損害賠償を求める部分は、上告人らに対し各5000円及びこれに対する平成8年10月21日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余は棄却することとする。

第5 結論

以上のとおりであるから、本件の主位的確認請求に係る各訴えをいずれも却下すべきものとした原審の判断は正当として是認することができるが、予備的確認請求に係る訴えを却下すべきものとし、国家賠償請求を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そして、以上に説示したところによれば、本件につき更に弁論をするまでもなく、上告人らの予備的確認請求は理由があるから認容すべきであり、国家賠償請求は上告人らに対し各5000円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから認容し、その余は棄却すべきである。論旨は上記の限度で理由があり、条約違反の論旨について判断するまでもなく、原判決を主文第1項のとおり変更すべきである。

よって、裁判官横尾和子、同上田豊三の反対意見、判示第4についての裁判官泉徳治の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官福田博の補足意見がある。

裁判官福田博の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見に賛成するものであるが、法廷意見に関して、在外国民の選挙権の剥奪又は制限に対する国家賠償について、消極的な見解を述べる反対意見が表明されたこと（泉裁判官）と、在外国民の選挙権の剥奪又は制限は基本的に国会の裁量に係る部分があり、現行の制度ははまだ違憲の問題を生じていないとする反対意見が表明されたこと（横尾裁判官及び上田裁判官）にかんがみ、若干の考えを述べておくこととしたい。

1 選挙権の剥奪又は制限と国家賠償について

在外国民の選挙権が剥奪され、又は制限されている場合に、それが違憲であることが明らかであるとしても、国家賠償を認めることは適当でないという泉裁判官の意見は、一面においてもっともな内容を含んでおり、共感を覚えるところも多い。特に、代表民主制を基本とする民主主義国家においては、国民の選挙権は国民主権の中で最も中核を成す権利であり、いやしくも国が賠償金さえ払えば、国会及び国会議員は国民の選挙権を剥奪又は制限し続けることができるといった誤解を抱くといったような事態になることは絶対に回避すべきであるという私の考えからすれば、選挙権の剥奪又は制限は本来的には金銭賠償になじまない点があることには同感である。

しかし、そのような感想にもかかわらず、私が法廷意見に賛成するのは主として次の2点にある。

第1は、在外国民の選挙権の剥奪又は制限が憲法に違反するという判決で被益するのは、現在も国外に居住し、又は滞在する人々であり、選挙後帰国してしまった人々に対しては、心情的満足感を除けば、金銭賠償しか救済の途がないという事実である。上告人の中には、このような人が現に存在するのであり、やはりそのような人々のことも考えて金銭賠償による救済を行わざるを得ない。

第2は、－この点は第1の点と等しく、又はより重要であるが－国会又は国会議員が作為又は不作為により国民の選挙権の行使を妨げたことについて支払われる賠償金は、結局のところ、国民の税金から支払われるという事実である。代表民主制の根幹を成す選挙権の行使が国会又は国会議員の行為によって妨げられると、その償いに国民の税金が使われるということを国民に広く知らしめる点で、賠償金の支払は、額の多寡にかかわらず、大きな意味を持つというべきである。

2 在外国民の選挙権の剥奪又は制限は憲法に違反せず、国会の裁量の範囲に収まっているという考えには全く賛同できない。

現代の民主主義国家は、そのほとんどが代表民主制を国家の統治システムの基本とするもので、一定年齢に達した国民が平等かつ自由かつ定時に（解散により行われる選挙を含む。以下同じ。）選挙権を行使できることを前提とし、そのような選挙によって選ばれた議員で構成される議会が国権の最高機関となり、行政、司法とあいまって、三権分立の下に国の統治システムを形成する。我が国も憲法の規定によれば、そのような代表民主制国家の一つであるはずであり、代表民主制の中核である立法府は、平等、自由、定時の選挙によって初めて正当性を持つ組織となる。民主主義国家が目指す基本的人権の尊重にあっても、このような三権分立の下で、国会は、国権の最高機関として重要な役割を果たすことになる。

国会は、平等、自由、定時のいずれの側面においても、国民の選挙権を剥奪し制限する裁量をほとんど有していない。国民の選挙権の剥奪又は制限は、国権の最高機関性のもとより、国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠を失わしめるのである。国民主権は、我が国憲法の基本理念であり、我が国が代表民主主義体制の国であることを忘れてはならない。

在外国民が本国の政治や国の在り方によってその安寧に大きく影響を受けることは、経験的にも随所で証明されている。

代表民主主義体制の国であるはずの我が国が、住所が国外にあるという理由で、一般的な形で国民の選挙権を制限できるという考えは、もう止めにした方が良いというのが私の感想である。

裁判官横尾和子、同上田豊三の反対意見は、次のとおりである。

私たちは、本件上告をいずれも棄却すべきであると考え、その理由は次のとおりである。

1 憲法は、その前文において、「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、……ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」として、国民主権主義を宣言している。

これを受けて、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」（憲法15条1項）、「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する。」（同条3項）と規定し、公務員の選挙権が国民固有の権利であることを明確にしている。

一方、国会が衆議院及び参議院の両議院から構成されること（憲法42条）、両議院は全国民を代表する選挙された議員で組織されること（憲法43条1項）を規定するとともに、両議院の議員の定数、議員及びその選挙人の資格、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は、これを法律で定めるべきものとし（憲法43条2項、44条、47条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みについての具体的な決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。もっとも、議員及び選挙人の資格を法律で定めるに当たっては、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないことを明らかにしている（憲法44条ただし書）。

そして、国会が両議院の議員の各選挙制度の仕組みを具体的に決定するに当たっては、選挙人である国民の自由に表明する意思により選挙が混乱なく、公明かつ適正に行われるよう、すなわち公正、公平な選挙が混乱なく実現されるために必要とされる事項を考慮しなければならないのである。我が国の主権の及ばない国や地域（そこには様々な国や地域が存在する。）に居住していて、我が国内の市町村の区域内に住所を有していない国民（在外国民。在外国民にも二重国籍者や海外永住者などいろいろな種類の人がいる。）も、国民である限り選挙権を有していることはいうまでもないが、そのような在外国民が選挙権を行使する、すなわち投票をするに当たっては、国内に居住する国民の場合に比べて、様々な社会的、技術的な制約が伴うので、在外国民にどのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということも国会において正當に考慮しなければならない事項であり、国会の裁量判断にゆだねられていると解すべきである。

換言すれば、両議院の議員の各選挙制度をどのような仕組みのものとするのか、すなわち、選挙区として全国区制、中選挙区制、小選挙区制、比例代表制のうちいずれによるのかあるいはいずれかの組合せによるのか、組合せによるとしてどのような方法によるのか、各選挙区の内容や区域・区割りはどうするのか、議員の総定数や選挙区への定数配分をどうするのか、選挙人名簿制度はどのようなものにするのか、投票方式はどうするのか、候補者の政見等を選挙人へ周知させることも含めて選挙運動をどのようなものとするのかなどなど、選挙人の自由な意思が公明かつ適正に選挙に反映され、混乱のない公正、公平な選挙が実現されるよう、選挙制度の仕組みに関する様々な事柄を選択し、決定することは国会に課せられた責務である。そして、そのような選挙制度の仕組みとの関連において、また、様々な社会的、技術的な制約が伴う中であって、我が国の主権の及ばない国や地域に居住している在外国民に対し、どのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということも、国会において判断し、選択し、決定すべき事柄であり、国会の裁量判断にゆだねられた事項である（この点、我が国の主権の及ぶ我が国内に居住している国民の選挙権の行使を制限する場合とは趣を異にするといわなければならない。我が国内に居住している国民の選挙権又はその行使を制限することは、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならず、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場

合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法に違反するといわざるを得ない、とする多数意見に同調するものである。))。

2 両議院の議員の各選挙制度の仕組みについては、公職選挙法がこれを定めている。従来、選挙人名簿に登録されていない者及び登録されることができない者は投票することができないとされ、選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有する年齢満20年以上の国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成された日から引き続き3か月以上当該市町村の住民基本台帳に登録されている者について行うこととされており、在外国民は、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に登録されないため、両議院議員の選挙においてその選挙権を行使する、すなわち投票をすることができなかった。

平成6年の公職選挙法の一部改正により、それまで長年にわたり中選挙区制の下で行われていた衆議院議員の選挙についても、小選挙区比例代表並立制が採用されることになった。そして、平成10年法律第47号による公職選挙法の一部改正により、新たに在外選挙人名簿の制度が創設され、在外国民に在外選挙人名簿に登録される途を開き、これに登録されている者は、両議院議員の選挙において投票することができるようになった。もっとも、上記改正後の公職選挙法附則8項において、当分の間は、両議院の比例代表選出議員の選挙に限ることとされたため、衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙はその対象とならないこととされている。このように両議院の比例代表選出議員の選挙に限って在外国民に投票の機会を認めたことの理由につき、12日ないし17日という限られた選挙運動期間中に在外国民へ候補者個人に関する情報を伝達することが極めて困難であること等を勘案したものであると説明されている。

3 上記のとおり、我が国においては、従来、在外国民には両議院議員の選挙に関し投票の機会が与えられていなかったところ、平成10年の改正により、両議院の比例代表選出議員の選挙について投票の機会を与えることにし、衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙については、在外国民への候補者個人に関する情報を伝達することが極めて困難であること等を勘案して、当分の間、投票の機会を与えないこととしたというのである。

国会のこれらの選択は、選挙制度の仕組みとの関連において在外国民にどのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかという、国会において正当に考慮することのできる事項を考慮した上での選択ということができ、正確な候補者情報の伝達、選挙人の自由意思による投票環境の確保、不正の防止等に関し様々な社会的、技術的な制約の伴う中でそれなりの合理性を持ち、国会に与えられた裁量判断を濫用ないし逸脱するものではなく、平成10年に至って新たに在外選挙人名簿の制度を創設し、それまではこのような制度を設けていなかったことをも含めて、いまだ上告人らの主張する憲法の各規定や条約に違反するものではなく、違憲とはいえないと解するのが相当である。

4 私たちは、本件の主位的確認請求に係る訴えは不適法であり、予備的確認請求に係る訴えは適法であるとする多数意見に同調するものであるが、公職選挙法附則8項の規定のうち在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定している部分も違憲とはいえないと解するので、本件の予備的確認請求は理由がなく、これを棄却すべきものと考ええる。本件の予備的確認請求に係る訴えを却下すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることになるが、本件の予備的確認請求を求めている上告人からの上告事件である本件においては、いわゆる不利益変更禁止の原則により、この部分に係る本件上告を棄却すべきである。

また、在外選挙制度を設けなかったことなどの立法上の不作為が違憲であることを理由とする国家賠償請求については、そのような不作為は違憲ではないと解するので、理由がなく、その請求を棄却すべきであるところ、原審はこれと結論を同じくするものであるから、この部分に関する本件上告も棄却すべきである。

判示第4についての裁判官泉徳治の反対意見は、次のとおりである。

私は、多数意見のうち、国家賠償請求の認容に係る部分に反対し、それ以外の部分に賛同するものである。

多数意見は、公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民の投票を認めていなかったことにより、上告人らが本件選挙において選挙権を行使することができなかったことによる精神的苦痛を慰謝するため、国は国家賠償法に基づき上告人らに各5000円の慰謝料を支払うべきであるという。しかし、私は、上告人らの上記精神的苦痛は国家賠償法による金銭賠償になじまないもので、本件選挙当時の公職選挙法の合憲・違憲について判断するまでもなく、上告人らの国家賠償請求は理由がないものとして棄却すべきであると考えている。

国民が、憲法で保障された基本的権利である選挙権の行使に関し、正当な理由なく差別的取扱いを受けている場合には、民主的な政治過程の正常な運営を維持するために積極的役割を果たすべき裁判所としては、国民に対しできるだけ広く是正・回復のための途を開き、その救済を図らなければならない。

本件国家賠償請求は、金銭賠償を得ることを本来の目的とするものではなく、公職選挙法が在外国民の選挙権の行使を妨げていることの違憲性を、判決理由の中で認定することを求めることにより、間接的に立法措置を促し、行使を妨げられている選挙権の回復を目指しているものである。上告人らは、国家賠償請求訴訟以外の方法では訴えの適法性を否定されるおそれがあるとの思惑から、選挙権回復の方法としては迂遠な国家賠償請求を、あえて付加したものと考えられる。

一般論としては、憲法で保障された基本的権利の行使が立法作用によって妨げられている場合に、国家賠償請求訴訟によって、間接的に立法作用の適憲的な是正を図るという途も、より適切な権利回復のための方法が他にない場合に備えて残しておくべきであると考えている。また、当該権利の性質及び当該権利侵害の態様により、特定の範囲の国民に特別の損害が生じているというような場合には、国家賠償請求訴訟が権利回復の方法としてより適切であるといえよう。

しかしながら、本件で問題とされている選挙権の行使に関していえば、選挙権が基本的人権の一つである参政権の行使という意味において個人的権利であることは疑いないものの、両議院の議員という国家の機関を選定する公務に集団的に参加するという公務的性格も有しており、純粋な個人的権利とは異なった側面を持っている。しかも、立法の不備により本件選挙で投票をすることができなかった上告人らの精神的苦痛は、数十万人に及ぶ在外国民に共通のものであり、個別性の薄いものである。したがって、上告人らの精神的苦痛は、金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまないものといわざるを得ない。英米には、憲法で保障された権利が侵害された場合に、実際の損害がなくても名目的損害 (nominal damages) の賠償を認める制度があるが、我が国の国家賠償法は名目的損害賠償の制度を採用していないから、上告人らに生じた実際の損害を認定する必要があるところ、それが困難なのである。

そして、上告人らの上記精神的苦痛に対し金銭賠償をすべきものとすれば、議員定数の配分の不均衡により投票価値において差別を受けている過小代表区の上告人にもなにかの金銭賠償をすべきことになるが、その精神的苦痛を金銭で評価するのが困難である上に、賠償の対象となる選挙人が膨大な数に上り、賠償の対象となる選挙人と、賠償の財源である税の負担者とが、かなりの部分で重なり合うことに照らすと、上記のような精神的苦痛はそもそも金銭賠償になじまず、国家賠償法が賠償の対象として想定するところではないといわざるを得ない。金銭賠償による救済は、国民に違和感を与え、その支持を得ることができないであろう。

当裁判所は、投票価値の不平等是正については、つとに、公職選挙法204条の選挙の効力に関する訴訟で救済するという途を開き、本件で求められている在外国民に対する選挙権行使の保障についても、今回、上告人らの提起した予備的確認請求訴訟で取り上げることになった。このような裁判による救済の途が開かれている限り、あえて金銭賠償を認容する必要もない。

前記のとおり、選挙権の行使に関しての立法の不備による差別的取扱いの是正について、裁判

所は積極的に取り組むべきであるが、その是正について金銭賠償をもって臨むとすれば、賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となるおそれが生じ、そのことが裁判所の自由な判断に影響を与えるおそれもないとはいえない。裁判所としては、このような財政問題に関する懸念から解放されて、選挙権行使の不平等是正に対し果敢に取り組む方が賢明であるとする。

（裁判長裁判官 町田顯 裁判官 福田博 裁判官 濱田邦夫 裁判官 横尾和子 裁判官 上田豊三 裁判官 滝井繁男 裁判官 藤田宙靖 裁判官 甲斐中辰夫 裁判官 泉徳治 裁判官 島田仁郎 裁判官 才口千晴 裁判官 今井功 裁判官 中川了滋 裁判官 堀籠幸男）

【判例ID】	28011109
【裁判年月日等】	<u>平成8年8月28日／最高裁判所大法廷／判決／平成8年（行ツ）90号</u>
【著名事件名】	沖縄県知事署名等代行職務執行命令訴訟最高裁大法廷判決
【事件名】	地方自治法151条の2第3項の規定に基づく職務執行命令裁判請求事件
【裁判結果】	棄却
【上訴等】	確定
【裁判官】	三好達 園部逸夫 可部恒雄 大西勝也 小野幹雄 大野正男 千種秀夫 根岸重治 高橋久子 尾崎行信 河合伸一 遠藤光男 井嶋一友 福田博 藤井正雄
【少数意見】	園部逸夫（補足意見） 大野正男（補足意見） 高橋久子（補足意見） 尾 崎行信（補足意見） 河合伸一（補足意見） 遠藤光男（補足意見） 藤井 正雄（補足意見）
【審級関連】	<第一審>平成8年3月25日／福岡高等裁判所那覇支部／民事部／判決 ／平成7年（行ケ）3号／28010640
【参照法令】	日本国憲法 9条 13条 14条 29条 31条 76条 92条 ／行政事件訴訟法 43条／地方自治法 148条 150条 151条 151条の2 246条の2／総理府設置法 4条／土地収用法 36条 ／日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基 づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の 実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法 1条 3条 5条 14 条／日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約及び関係 文書 6条／日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約 第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関 する協定 2条／沖縄県における駐留軍用地の返還に伴う特別措置に関す る法律 1条 3条 5条
【出典】	最高裁判所民事判例集50巻7号1952頁 最高裁判所裁判集民事180号1頁 訟務月報44巻7号1069頁 裁判所時報1178号1頁 判例時報1577号26頁 判例タイムズ920号79頁 判例地方自治152号8頁 裁判所ウェブサイト掲載判例
【判例評釈】	斎藤誠・月刊法学教室 193号76～89頁1996年10月 自治関係判例研究会・地方自治職員研修 29巻12号18～20頁19 96年12月 山田洋・ジュリスト 1103号66～72頁1996年12月15日 綿引万里子・ジュリスト 1103号124～129頁1996年12月 15日 宇賀克也・法律のひろば 50巻2号39～49頁1997年2月

武田真一郎・判例セレクト'96（月刊法学教室198別冊付録） 16頁
 1997年3月
 芝池義一・民商法雑誌 116巻4・5号224～249頁1997年7
 月
 宇賀克也・平成8年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊945）
 374～375頁1997年9月
 阪本昌成・平成8年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1113） 6
 ～8頁1997年6月
 畠山武道・判例評論 465号（判例時報1612） 171～175頁1
 997年11月1日
 市橋克哉・平成8年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1113） 3
 7～39頁1997年6月
 岡田信弘・法学セミナー 43巻5号58～60頁1998年5月
 綿引万里子・法曹時報 51巻1号167～262頁1999年1月
 大山礼子・行政判例百選〔1〕＜第4版＞（別冊ジュリスト150） 9
 6～97頁1999年2月
 大久保史郎・憲法判例百選〔2〕＜第4版＞（別冊ジュリスト155）
 370～371頁2000年10月
 交告尚史・地方自治判例百選＜第3版＞（別冊ジュリスト168） 20
 2～203頁2003年10月
 綿引万里子・最高裁 時の判例〔平成元年～平成14年〕〔1〕——公法
 編〔憲法・行政法ほか〕（ジュリスト増刊） 136～141頁2003年
 12月
 綿引万里子・最高裁判所判例解説——民事篇＜平成8年度＞〔下〕〔7月
 ～12月分〕 581～676頁1999年3月
 大久保史郎・憲法判例百選〔2〕＜第5版＞（別冊ジュリスト187）
 382～383頁2007年3月
 交告尚史・地方自治判例百選＜第4版＞（別冊ジュリスト215） 20
 2～203頁2013年5月
 小林武・愛知大学法学部法経論集 198号143～173頁2014年
 3月
 水島朝穂・憲法判例百選〔2〕＜第6版＞（別冊ジュリスト218） 3
 70～371頁2013年12月
 水島朝穂・憲法判例百選〔2〕＜第7版＞（別冊ジュリスト246） 3
 64～365頁2019年11月
 出石稔・地方自治判例百選＜第5版＞（別冊ジュリスト266） 178
 ～179頁2023年11月

【重要度】

5

■28011109

最高裁判所大法廷

平成8年（行ツ）第90号

平成08年08月28日

主文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理由

条約名等について、次の略称を用いる。

略称 正式名称

日米安全保障条約 日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約

日米地位協定 日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定

駐留軍用地特措法 日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法

沖縄返還協定 琉球諸島及び大東諸島に関する日本国とアメリカ合衆国との間の協定

第一 上告代理人中野清光、同池宮城紀夫、同新垣勉、同大城純市、同加藤裕、同金城睦、同島袋秀勝、同仲山忠克、同前田朝福、同松永和宏、同宮國英男、同榎本信行、同鎌形寛之、同佐井孝和、同中野新、同宮里邦雄の上告理由第四点について

一 署名等代行事務の機関委任事務該当性

1 私有財産を公共のために収用し、又は使用する権能は、本来、国が有するものであるが、具体的にどのような要件、手続の下に私有財産を収用し、又は使用し得るものとするのかについては、これを定める法律の規定に従うべきものである。土地収用法は、土地等を収用し、又は使用する主体を、その権能を本来的に有する国とするのではなく、同法三条各号に掲げる公共の利益となる事業（以下「公益事業」という。）の用に供するために土地等を必要とする起業者とするとともに（同法八条一項、一六条）、公共の利益の増進と私有財産との調整を図るという観点から、土地等の収用又は使用に関し、その要件、手続等を定めるものである（同法一条）。すなわち、同法は、公益事業の用に供するために必要な土地等の収用又は使用の事務を起業者の事務とした上で、私有財産権の保障との調整を図りつつ、右事務を円滑に行わせるために、段階的に建設大臣を初めとする同法所定の行政機関の権限に属する行政処分を介在させるなどして、右事務の遂行に行政上の規制を加えることとしている。このような手続構造からすれば、起業者に土地等の収用又は使用の権限を付与するなどの事務が、国が本来的に有する前記の権能に由来するという意味において、国の事務に該当することが明らかであるだけでなく、公益事業の円滑な遂行と私有財産権の保障との調整を図ることを目的として、起業者が行う事業の遂行を規制することともまた、起業者に土地等の収用又は使用の権限を付与した国の責務であり、そのための事務も、その性質上、国の事務に当たるものと解するのが相当である。右のような性質を有する事務を地方公共団体固有の事務に当たると解することはできない。

2 これを土地収用法三六条五項によって都道府県知事の権限に属するものとされた事務（以下「署名等代行事務」という。）についてみると、右事務は、起業者が土地等の収用又は使用の裁決を申請するために必要な土地調書及び物件調書を完成させるための事務であるという点において、起業者が行う土地等の収用又は使用の事務の円滑な遂行に資する事務であるとともに、土地調書及び物件調書の作成が適正に行われたことを公的に確認することにより、調書の作成の適正を担保し、ひいては私有財産権の保障を手続的に担保するための事務であるということができ、右のような署名等代行事務の性質にかんがみれば、右事務は、国の事務に当たるものと解する

のが相当である。

このように、署名等代行事務が国の事務の性質を有するものであるとしても、法律により、右事務の全部又は一部を地方公共団体の事務とすること、すなわち、地方公共団体に右事務を団体委任することも可能である。ところで、都道府県が処理する事務を例示する地方自治法二条六項は、二号において、「土地の収用に関する事務」を掲げているが、右規定は、同条三項各号の例示を受けて、市町村が処理する事務との関係において都道府県が処理する事務の範囲を画する規定であり、右の「土地の収用に関する事務」というのも、同項一九号に例示された「法律の定めるところにより、地方公共の目的のために動産及び不動産を使用又は収用する」事務を受けた規定とみることができ、同号の文言に照らすならば、同条六項二号は、都道府県が起業者として土地を収用する場合において行うべき事務を都道府県の実務として例示したものと解するのが相当である。したがって、右規定を根拠として、署名等代行事務が地方公共団体に団体委任された事務に当たると解することはできないし、他にそのように解する根拠となる規定は見当たらない。

他方、地方自治法別表第三第一号（百八）、同法別表第四第二号（四十三）に都道府県知事又は市町村長の権限に属する国の事務として掲げられている各種の実務は、いずれも、公益事業の用に供するための土地等の収用又は使用の実務の円滑な遂行と私有財産権の保障との調整を図ることを目的とするものであって、署名等代行事務とその基本的性質を同じくするものといえることができる。

以上のことからすると、土地収用法三六条五項は、署名等代行事務を都道府県知事に機関委任したものと解するのが相当である。

3 駐留軍用地特措法一四条は、同法三条の規定による土地等の使用又は収用に関しては、同法に特別の定めがある場合を除き、土地収用法を適用するものとしており、日本国に駐留するアメリカ合衆国の軍隊（以下「駐留軍」という。）の用に供するための土地等の使用又は収用に関しても、右1及び2に説示したところと別異に解する理由はないから、駐留軍用地特措法一四条に基づき同法三条の規定による土地等の使用又は収用に関して適用される場合における土地収用法三六条五項所定の署名等代行事務も、都道府県知事の権限に属する国の事務に当たるといえるべきである。

二 駐留軍用地特措法一四条に基づき同法三条の規定による土地等の使用又は収用に関して適用される土地収用法三六条五項所定の署名等代行事務の主務大臣

駐留軍用地特措法は、日米地位協定を実施するため、駐留軍の用に供する土地等の使用又は収用に関し規定することを目的とする（同法一条）。これによれば、駐留軍用地特措法に基づく土地等の使用又は収用に関する事務は、我が国の安全保障並びにこれと密接な関係を有する極東における国際の平和及び安全の維持という国家的な利益にかかわる事務であるとともに、アメリカ合衆国に対する施設及び区域の提供という、日米安全保障条約に基づく我が国の国家としての義務の履行にかかわる事務であるといえることができる。このことに、駐留軍用地特措法五条により、同法に基づく土地等の使用又は収用の認定の権限が被上告人にあるものとされていることを併せ考えると、同法に基づき、防衛施設局長が行う土地等の使用又は収用の事務の円滑な遂行と私有財産権の保障との調整を図るための事務は、建設省の所掌事務とされている「土地の使用及び収用に関する事務」（建設省設置法三条三七号）に含まれるものと解することはできない。そして、右事務がその他の省庁等のいずれかの所掌事務に当たるとする法的根拠もないから、右事務は、総理府設置法四条一四号の定めるところに従い総理府が所掌する事務に当たるとするのが相当であり、そのように解することが右事務の性質にもかかわるものといえる。したがって、駐留軍用地特措法一四条に基づき同法三条の規定による土地等の使用又は収用に関して適用される場合における土地収用法三六条五項所定の署名等代行事務の主務大臣は、被上告人といえるべきである。

三 以上によれば、所論の点に関する原審の判断は、結論においては是認することができ、これと異なる見解に立って原判決を非難する論旨は、採用することができない。

第二 同第一点ないし第三点、第五点ないし第七点について

一 職務執行命令訴訟における司法審査の範囲

1 都道府県知事は、地方住民の選挙によって選任され、当該都道府県の執行機関として、本来、国の機関に対して自主独立の地位を有するものであるが、他面、法律に基づき委任された国の事務を処理する関係においては、国の機関としての地位を有し、その事務処理については、主務大臣の指揮監督を受けるべきものである（国家行政組織法一五条一項、地方自治法一五〇条）。しかし、右事務の管理執行に関する主務大臣の指揮監督につき、いわゆる上命下服の関係にある国の本来の行政機構内部における指揮監督の方法と同様の方法を採用することは、都道府県知事本来の地位の自主独立性を害し、ひいては地方自治の本旨にもとる結果となるおそれがある。そこで、地方自治法一五一条の二は、都道府県知事本来の地位の自主独立性の尊重と国の委任事務を処理する地位に対する国の指揮監督権の実効性の確保との間の調和を図るために職務執行命令訴訟の制度を採用しているのである。そして、同条が裁判所を関与させることとしたのは、主務大臣が都道府県知事に対して発した職務執行命令の適法性を裁判所に判断させ、裁判所がその適法性を認めた場合に初めて主務大臣において代執行権を行使し得るものとするのが、右の調和を図るゆえんであるとの趣旨に出たものと解される。

この趣旨から考えると、職務執行命令訴訟においては、下命者である主務大臣の判断の優越性を前提に都道府県知事が職務執行命令に拘束されるか否かを判断すべきものと解するのは相当でなく、主務大臣が発した職務執行命令がその適法要件を充足しているか否かを客観的に審理判断すべきものと解するのが相当である。

2 この点につき、原審は、地方自治法一五一条の二第一項所定の要件の審査を除いた職務執行命令の適法性の審査とは、都道府県知事が法令上当該命令に係る事務を執行する義務を負うか否かの審査を意味すると解した上で、都道府県知事は、法令上付与された審査権の範囲内において当該国の事務を執行すべき要件が充足されているか否かを審査し、右要件を充足していると認めるときは、当該国の事務を執行すべき義務を負うものであるから、右義務の有無を審理判断すべき裁判所も、右法令により都道府県知事に審査権が付与されていない事項を審査して、右義務の有無を論ずることはできないと判断している。

しかしながら、都道府県知事の行うべき事務の根拠法令が仮に憲法に違反するものである場合を想定してみると、都道府県知事が、右法令の合憲性を審査し、これが違憲であることを理由に当該事務の執行を拒否することは、行政組織上は原則として許されないが、他面、都道府県知事に当該事務の執行を命ずる職務執行命令は、法令上の根拠を欠き違法ということができるのである。そうであれば、都道府県知事が当該事務を執行する義務を負うからといって、当該事務の執行を命ずることが直ちに適法となるわけではないから、職務執行命令の適法性の審査とは都道府県知事が法令上当該国の事務を執行する義務を負うか否かの審査を意味すると解した上、裁判所も都道府県知事に審査権が付与されていない事項を審査することは許されないとした原審の判断は相当でない。

そこで、以下においては、被上告人が上告人に対して発した本件職務執行命令を適法であるとした原審の判断を非難する論旨について、右1に説示した見地に立って検討を進めることとする。

二 駐留軍用地特措法の合憲性

1 本件職務執行命令の法的根拠となった駐留軍用地特措法の合憲性が、右命令がその適法要件を充足しているか否かを審理判断すべき本件訴訟における審査の対象となることは、前記のとおりであるところ、所論は、日米安全保障条約及び日米地位協定に基づきアメリカ合衆国の軍隊の我が国における駐留を認めることが憲法に違反するものでないとしても、駐留軍の用に供するために土地等を強制的に使用し、又は収用することは、憲法前文、九条、一三条に基づき保障された平和的生存権を侵害し、憲法二九条三項に違反するというのである。

日米安全保障条約六条、日米地位協定二条一項の定めるところによれば、我が国は、日米地位協定二五条に定める合同委員会を通じて締結される日米両国間の協定によって合意された施設及び区域を駐留軍の用に供する条約上の義務を負うものと解される。我が国が、その締結した条約を誠実に遵守すべきことは明らかであるが（憲法九八条二項）、日米安全保障条約に基づく右義務を履行するために必要な土地等をすべて所有者との合意に基づき取得することができるとは限らない。これができない場合に、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であることを要件として（駐留軍用地特措法三条）、これを強制的に使用し、又は収用することは、条約上の義務を履行するために必要であり、かつ、その合理性も認められるのであって、私有財産を公共のために用いることにほかならないものというべきである。国が条約に基づく国家としての義務を履行するために必要かつ合理的な行為を行うことが憲法前文、九条、一三条に違反するといえるのであれば、それは当該条約自体の違憲をいうに等しいことになるが、日米安全保障条約及び日米地位協定が違憲無効であることが一見極めて明白でない以上、裁判所としては、これが合憲であることを前提として駐留軍用地特措法の憲法適合性についての審査をすべきであるし（最高裁昭和三四年（あ）第七一〇号同年一二月一六日大法廷判決・刑集一三卷一三三三二二五頁参照）、所論も、日米安全保障条約及び日米地位協定の違憲を主張するものではないことを明示している。そうであれば、駐留軍用地特措法は、憲法前文、九条、一三条、二九条三項に違反するものということはできない。

2 所論は、駐留軍用地特措法は、憲法三一条に違反するとも主張する。

行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に憲法三一条による保障の枠外にあると判断することは相当ではないが、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、保障されるべき手続の内容は、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べきものである（最高裁昭和六一年（行ツ）第一一号平成四年七月一日大法廷判決・民集四六卷五号四三七頁参照）。

これを駐留軍用地特措法の定める土地等の使用又は収用の手続についてみると、同法の定める手続の下に土地等の使用又は収用を行うことが、土地等の所有者又は関係人の権利保護に欠けると解することはできないし、また、国が主体となつて行う駐留軍用地特措法に基づく土地等の使用又は収用につき、国の機関である被上告人がその認定を行うこととされているからといって、適正な判断を期待することができないともいえない。したがって、駐留軍用地特措法は、憲法三一条に違反するものではない。

3 以上によれば、駐留軍用地特措法は、所論の憲法の各条項に違反するものではなく、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。同法の違憲をいう論旨は、採用することができない。

三 駐留軍用地特措法の沖縄県における適用の許否

1 所論は要するに、我が国における駐留軍の基地の大半が沖縄県に集中し、これにより同県及びその住民に重大な被害が生じているという現状の下では、同県の住民の投票による同意を得ることなく、同県において駐留軍用地特措法を適用し、土地等の使用又は収用の手続を進めることは、憲法前文、九条、一三条、一四条、二九条三項、九二条、九五条に違反するというのである。原審は、所論に係る主張を使用認定の違憲をいうものと理解した上、その当否は、本件訴訟における審理の対象とはならないとする。しかし、右主張は、右現状の下においては、本件職務執行命令の根拠法である駐留軍用地特措法は、沖縄県における効力を否定されるべきであるとの趣旨をいうものと理解することができ、その当否は、本件訴訟において審理判断を要するものというべきである。

2 駐留軍用地特措法による土地等の使用又は収用の認定は、駐留軍の用に供するため土地等を必要とする場合において、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であると判

断されるときになされるのであるが（同法五条、三条）、右認定に当たっては、我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度、当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度、代替すべき土地等の提供の可能性等諸般の事情を総合考慮してなされるべき政治的、外交的判断を要するだけでなく、駐留軍基地にかかわる専門技術的な判断を要することも明らかであるから、その判断は、被上告人の政策的、技術的な裁量にゆだねられているものというべきである。沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。

右に述べたところからすると、沖縄県における駐留軍基地の実情及びそれによって生じているとされる種々の問題を考慮しても、同県内の土地を駐留軍の用に供することがすべて不適切で不合理であることが明白であって、被上告人の適法な裁量判断の下に同県内の土地に駐留軍用地特措法を適用することがすべて許されないとまでいうことはできないから、同法の同県内での適用が憲法前文、九条、一三条、一四条、二九条三項、九二条に違反するというに帰する論旨は採用することができない。また、駐留軍用地特措法が沖縄県にのみ適用される特別法となっているものではないから、同法の沖縄県における適用の憲法九五条違反をいう論旨は、その前提を欠く。

四 使用認定の有効性

1 署名等代行事務は、使用認定から使用裁決に至る一連の手続を構成する事務の一つであって、使用裁決を申請するために必要な土地調書及び物件調書を完成させるための事務である。使用裁決の申請は、有効な使用認定の存在を前提として行われるべき手続であるから、原判決別紙土地目録1ないし8記載の各土地（以下「本件各土地」という。）に係る使用認定に重大かつ明白な瑕疵があってこれが当然に無効とされる場合には、被上告人が上告人に対して署名等代行事務の執行を命ずることは許されないものというべきである。そうであれば、本件各土地につき、有効な使用認定がされていることは、被上告人が上告人に対して署名等代行事務の執行を命ずるための適法要件をなすものであって、使用認定にこれを当然に無効とするような瑕疵がある場合には、本件職務執行命令も違法というべきことになる。使用認定に右のような瑕疵があるか否かについては、本件訴訟において、審理判断を要するものと解するのが相当である。

しかしながら、使用認定に何らかの瑕疵があったとしても、その瑕疵が使用認定を当然に無効とするようなものでない限り、これが別途取り消されるまでは、何人も、使用認定の有効を前提として、これに引き続く一連の手続を構成する事務を執行すべきものである。したがって、仮に、本件各土地の使用認定に取り消し得べき瑕疵があるとしても、上告人において署名等代行事務の執行を拒否することは許されないし、被上告人においても、有効な使用認定が存在することを前提として、上告人に対して署名等代行事務の執行を命ずるかどうかを決すれば足りると解される。そうであれば、本件各土地の使用認定に取り消し得べき瑕疵のないことが、被上告人が上告人に対して署名等代行事務の執行を命ずるための要件をなすものとはいえない。そして、機関委任事務の執行を命ずることの適否を問う職務執行命令訴訟において、当該事務に先行する手続ないし処分は何らかの瑕疵があればその程度にかかわらず職務執行命令も当然に違法となるとして、これらの手続ないし処分の適否を全面的に審理判断することは、法の予定するところとは解し難い。結局、本件各土地の使用認定についての瑕疵の有無は、それが重大かつ明白とはいえない限り、自己の権利ないし法的利益を侵害された者が提起する取消訴訟において審理判断されるべき事柄であって、これを本件訴訟において審理判断すべきものと解することはできない。

2 そこで、本件各土地の使用認定にこれを当然に無効とすべき重大かつ明白な瑕疵が認められるか否かについて検討する。

駐留軍用地特措法は、駐留軍の用に供するため土地等を必要とする場合において、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であると認められるときは、当該土地等の使用認定をすべきものとしているところ（同法五条、三条）、右の判断は、前記のとおり、被上告人の政策

的、技術的な裁量にゆだねられていると解される。したがって、使用認定は、被上告人の判断に、右裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用した違法があり、しかもその違法が重大かつ明白なものである場合に限り、無効とされるのである。

これを本件についてみると、原審の適法に確定した事実関係によれば、(1) 本件各土地は、沖縄復帰時において、沖縄返還協定三条一項の規定に関し両国政府間で行われた討議の結果を示すものとして昭和四六年六月一七日に交わされた了解覚書により、駐留軍が使用する施設及び区域として日米合同委員会において合意する用意のある施設及び用地に区分された土地である、(2) 沖縄返還協定は、昭和四七年三月二日に公布され、同年五月一五日にその効力を生じたが、同日、日米合同委員会において日米安全保障条約六条及び日米地位協定二条に基づき駐留軍が沖縄県内で使用を許される施設及び区域の提供等について合意したところによれば、本件各土地は右提供に係る施設及び区域に含まれている、(3) 沖縄の復帰に際しての日米首脳会談において、佐藤内閣総理大臣は、沖縄の駐留軍施設及び区域が復帰後できる限り整理縮小されることが必要と考える理由を説明し、ニクソン大統領も、双方が施設及び区域の調整を行うに当たって、これらの要素は十分に考慮に入れられる旨を答えた、(4) その後、我が国は、駐留軍の使用に供された施設及び区域の整理縮小のために、日米合同委員会、日米安全保障協議委員会等において交渉を重ねているが、本件各土地については返還の合意には至っておらず、本件各土地は、いずれも駐留軍基地の各種施設の敷地、保安用地、電磁障害除去地などとして使用され、駐留軍施設内の他の多くの土地と一体となって有機的に機能しており、その一部については、右使用目的に反しない範囲で土地所有者等による耕作が黙認されている、(5) 昭和五四年には、沖縄県、那覇防衛施設局及び在沖米軍の三者連絡協議会が設けられ、基地から派生する問題の軽減のための対策を協議し、軍用機の夜間飛行の規制、エンジンテストの時間規制等の措置や基地周辺住宅等の防音助成対策を講ずるなどしてきたというのである。右事実関係の下においては、沖縄県に駐留軍の基地が集中している現状や本件各土地の使用状況等について上告人が主張する諸事情を考慮しても、なお本件各土地の使用認定にこれを当然に無効とすべき重大かつ明白な瑕疵があるということとはできない。

3 以上によれば、本件各土地の使用認定の効力が本件訴訟における審理の対象とならないとした原審の判断は、法令の解釈適用を誤るものというべきであるが、原審の適法に確定した事実関係によれば、本件各土地の使用認定を当然に無効とする瑕疵があるとはいえないから、原判決の右違法は、判決の結論に影響を及ぼさないものといえることができ、使用認定の適否及び効力に関する審理不尽をいう論旨も、採用することができない。

五 署名等の代行申請手続並びに土地調書及び物件調書の作成の適法性

1 駐留軍用地特措法一四条に基づき同法三条の規定による土地等の使用又は収用に関して適用される土地収用法三六条によれば、防衛施設局長は、土地等の使用又は収用の認定の告示があった後、土地調書及び物件調書を作成しなければならず(同条一項)、これを作成する場合において、土地所有者及び関係人(防衛施設局長が過失なくして知ることができない者を除く。)を立ち会わせた上、土地調書及び物件調書に署名押印をさせなければならないものとされているが(同条二項)、これは、収用委員会の審理における事実の調査、確認の煩雑さを避け、その能率化を図るために、使用又は収用する土地及びその土地上にある物件に関する事実及び権利の状態並びに当事者の主張を記載して、これをあらかじめ整理しておくことを目的とするものと解される。そして、土地所有者及び関係人のうちに、土地調書及び物件調書への署名押印を拒んだ者又は署名押印をすることができない者がいるときは、市町村長に立会いと署名押印を求め(同条四項)、市町村長がこれを拒んだときは、都道府県知事に署名等の代行を申請することとされているが(同条五項)、その趣旨は、土地所有者及び関係人の立会い及び署名押印を得ることができない場合において、裁決申請に必要な土地調書及び物件調書を完成させ、土地等の使用又は収用の事業の円滑な遂行を図るとともに、土地調書及び物件調書の作成が適正に行われたことを公的に確認するこ

とにより、調書の作成の適正を担保し、ひいては私有財産権の保障を手続的に担保することにあるものと解するのが相当である。

以上に説示したところによれば、被上告人が上告人に対し、署名等代行事務の執行を命ずるためには、駐留軍用地特措法一四条、土地収用法三六条の定めるところに従い上告人に対して適法に署名等の代行の申請がされ、かつ、土地調書及び物件調書が適正に作成されていることを要するものというべきである。

2 所論は、那覇防衛施設局長は、本件各土地の所有者及び関係人に現地での立会いの機会を与えることなく署名押印を求めたものであるのみならず、市町村長に署名押印を求めるに当たっても、また、上告人に署名等の代行を申請するに当たっても、現地での立会いの機会を与えていないから、上告人に対する署名等の代行の申請は、駐留軍用地特措法一四条、土地収用法三六条二項、四項、五項の規定に違反するとの趣旨の主張をする。

しかしながら、土地収用法三六条二項の文言からすると、同項は、土地調書及び物件調書作成の全過程で、土地所有者及び関係人に立会いの機会を与えることを要求しているものではなく、調書が有効に成立する署名押印の段階で、調書を土地所有者及び関係人に現実に提示し、記載事項の内容を周知させることを求めているものと解するのが相当である。本件各土地の所有者及び関係人にとっては、現地を確認することなく、土地調書及び物件調書の記載内容の真偽を判断することが困難である場合もあることは、所論指摘のとおりであるとしても、土地所有者及び関係人は、同条三項に基づき、異議を付記して署名押印をすることができ、そうすることによって、調書の記載が真実に合致するとの推定を排除することができるのである。その場合には、那覇防衛施設局長が収用委員会の審理手続の中で土地調書及び物件調書の記載内容が真実に合致することを立証しなければならないことになるのであるから、本件各土地の所有者及び関係人に現地における立会いの機会を与えなくても、その権利を不当に侵害するものとはいえない。

そして、土地調書及び物件調書の作成につき市町村長の署名押印又は都道府県知事による署名等の代行の制度を定めた前記の趣旨からすると、土地収用法三六条四項、五項が、市町村長、その指名する市町村の吏員又は都道府県知事が指名する都道府県の吏員に現地における立会いの機会を与えることを要求しているものとも解し難い。

以上の見地に立って本件について検討すると、原審の適法に確定した事実関係の下においては、那覇防衛施設局長は、駐留軍用地特措法一四条、土地収用法三六条二項、四項、五項の定めるところに従い、上告人に対して署名等の代行を申請したものとすることができ、同局長が現地における立会いの機会を与えなかったとしても、そのことをもって、本件職務執行命令を違法とすることはできない。

3 所論は、本件各土地に係る土地調書及び物件調書（以下「本件調書」という。）が適正に作成されたものとは認め難い旨の主張もするが、原審の適法に確定した事実関係の下においては、本件調書の記載事項の調査方法や土地調書に添付すべき実測平面図の作成方法に違法の点はなく、これらはいずれも適正に作成されたものということができる。

4 以上に説示したところによれば、上告人に対する署名等の代行の申請及び本件調書の作成に違法の点はなく、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、右判断を非難する論旨は、採用することができない。

なお、所論は、都道府県知事は、土地調書及び物件調書の記載内容が真実であることを確認することができるまでは署名等代行事務の執行を拒否することができ、また、本件において署名等代行事務を執行することは地方自治の本旨に反すると主張する。しかし、土地収用法三六条五項が都道府県知事による署名等の代行の制度を定めた前記の趣旨にかんがみると、都道府県知事は、土地調書及び物件調書が適正に作成されていることを確認することができたならば署名等代行事務を執行すべきであり、調書の記載内容の真偽について審査をし、これが真実に合致すると認めるのでなければ署名等代行事務を執行することができないと解することはできない。また、

上告人が署名等代行事務を執行することによって、直ちに地方自治の本旨に反する事態が招来されるものとは解し難いから、これを前提とする論旨は、その前提を欠く。

結局、原審の土地収用法三六条の解釈適用の誤りをいう論旨は、いずれも採用することができない。

六 地方自治法一五一条の二第一項所定の要件

本件において上告人が署名等代行事務を執行していないことは明らかであるところ、所論は、地方自治法一五一条の二第一項から第八項までに規定する以外の方法によってその是正を図ることが困難であり、かつ、それを放置することにより著しく公益を害することが明らかであるとした原審の判断は、同条の解釈適用を誤るものであるというのである。

しかし、原審の適法に確定した事実関係の下においては、地方自治法一五一条の二第一項から第八項までに規定する以外の方法によって、上告人による署名等代行事務の執行の懈怠を是正することは困難であるとした原審の判断は、正当として是認することができる。

また、上告人の署名等代行事務の執行の懈怠を放置するときは、被上告人が本件各土地を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であると判断して使用認定をしているにもかかわらず、那覇防衛施設局長は、収用委員会に対する裁決申請をすることができないことになり、その結果、日米安全保障条約六条、日米地位協定二条に基づく我が国の国家としての義務の履行にも支障を生ずることになることが明らかであるから、上告人の署名等代行事務の執行の懈怠を放置することにより、著しく公益が害されることが明らかであるといわざるを得ない。所論は、上告人の署名等代行事務の執行の拒否は、駐留軍の基地が沖縄県に集中していることによる様々な問題を解決するという地方自治の本旨にかなった公益の実現を目指すものであるから、これをもって著しく公益を害するということはできないという。しかし、駐留軍用地特措法一四条、土地収用法三六条五項が都道府県知事による署名等の代行の制度を定めた前記の趣旨からすると、上告人において署名等代行事務の執行をしないことを通じて右の問題の解決を図ろうとすることは、右制度の予定するところとは解し難い。上告人の署名等代行事務の執行の懈怠を放置することにより、著しく公益が害されることが明らかであるとした原審の判断も正当である。

原審の地方自治法一五一条の二の解釈適用の誤りをいう論旨は採用することができない。

以上によれば、論旨はいずれも採用することができないから、行政事件訴訟法七条、民訴法三九六条、三八四条、九五条、八九条に従い、裁判官園部逸夫の補足意見、裁判官大野正男、同高橋久子、同尾崎行信、同河合伸一、同遠藤光男、同藤井正雄の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

判示第二の一及び四についての裁判官園部逸夫の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見に同調するものであるが、職務執行命令訴訟における審査の範囲及びこれと本件との関係について、私の見解を明らかにしておきたい。

地方自治法一五一条の二所定の職務執行命令訴訟は、機関訴訟（行政事件訴訟法六条）の典型といわれているが、主務大臣と都道府県知事との間の公法上の法律関係に基づく給付訴訟（当事者訴訟、同法四三条三項）の実質を有するものであるから、裁判所は、主務大臣の請求に理由があると判断したときは、主務大臣が命じたのと同じ内容の事項を判決によって命令しなければならない。提訴の段階では、主務大臣が発した職務命令が適法か違法かが正に争われているのであるから、右訴訟において、裁判所は、主務大臣の請求について理由の有無を審査するに当たり、請求の対象である職務執行命令に違法の瑕疵があるかどうかを判断しなければならない。

その場合、私は、職務執行命令の発動を必要とするに至った行政の過程における先行行為につき、現行の職務執行命令訴訟において審査すべき違法の瑕疵の程度は、平成三年法律第二四号による改正前の地方自治法一四六条所定の職務執行命令訴訟におけるそれとは異なると解する。すなわち、旧規定の下では、主務大臣と都道府県知事との間に最終的には代執行権のみならず罷免権の行使にまで至ることのできる強度の上命下服の関係が法定されていることを前提として、地方

自治の保障という見地から、地方裁判所と高等裁判所による二段階の実質的審査を介入させ、裁判所が当該職務執行命令の適法性を是認する場合でなければ、右のような強度の監督権の行使ができないとされていた。

しかしながら、現行の規定の下では、職務執行命令訴訟は、主務大臣による罷免権の行使の前提条件として機能するものではないから、裁判所は、当該職務執行命令の発動を必要とするに至った行政の過程における先行行為については、それに重大な瑕疵があることが明白であるかどうかを審査すれば足りると理解するのが相当と考える。ただし、ここでいう瑕疵の重大性が明白であるかどうかということは、いわゆる取り消し得べき瑕疵と区別された無効の瑕疵の有無の問題とは観点を異にする。行政行為の適法性に関する訴訟は、抗告訴訟（取消訴訟又は無効等確認訴訟）の形式において、行政庁の命令や処分を受けた側から提起されるのが通例であるが、職務執行命令訴訟は抗告訴訟ではないから、適法性判断の基準について、抗告訴訟の形式との関連において議論されるいわゆる取り消し得べき瑕疵と無効の瑕疵との区別を前提とする基準は適用されないと解する。

次に、本件のような土地等の収用又は使用手続にかかわる職務執行命令訴訟についてであるが、土地等の収用又は使用手続における土地調書及び物件調書の作成手続は、収用委員会の手続の前段階として位置付けられ、署名等代行事務は、その一環として行われるものである。土地等の収用又は使用手続において特に重要なのは、事業認定（本件の場合は使用認定）及び収用委員会の裁決であるが、都道府県知事が事業認定を直接争う手続は、法律の定めるところではないので、都道府県知事としては、事案によっては、署名等代行事務等の執行を拒否するか、あるいは最終的には職務執行命令訴訟の被告の立場で争うことにより、事業認定に始まる土地等の収用又は使用手続について不服を表明せざるを得ない場合があることは、容易に予想されることであり、本件は、正にその場合に当たる。したがって、本件職務執行命令の適法性を審査するに当たって、被上告人が上告人に対し署名等の代行を命ずること自体の適法性のみならず、行政の過程における先行行為としての使用認定の瑕疵の重大性が明白であるか否かを判断すべきことは、必要であり、また当然のことと考える。

ただ、私は、本件のような職務執行命令訴訟において、裁判所が、日米安全保障条約及びそれに基づく日米地位協定、さらに、その施行法的な性格を有する駐留軍用地特措法の下で、日本国の安全に関する国の高度の政治的、外交的判断に立ち入って本件使用認定の適法性を審査することは、司法権の限界を超える可能性があると考え。沖縄県に駐留軍基地が集中していることから生ずる深刻な問題があることについては、上告人が、沖縄県知事として、切々と意見を陳述しており、また、原審も、上告人が本件署名等代行事務の執行を拒否した背景にある事実として適法に確定しているところである。にもかかわらず、私がこれらの事柄を本件使用認定の瑕疵の重大性が明白であるとする理由としないのは、右に述べたとおり、司法裁判所の審査に適しない性質の問題が介在していると認めるほかはないからである。

判示第二の三及び四についての裁判官大野正男、同高橋久子、同尾崎行信、同河合伸一、同遠藤光男、同藤井正雄の補足意見は、次のとおりである。

私たちは、法廷意見のうち、駐留軍用地特措法の沖縄県における適用の許否及び使用認定の有効性に関する判示部分について、以下のとおり補足しておきたい。

一 沖縄県に我が国における駐留軍の基地が集中しており、同県及びその住民に負担が掛かっていることについて、原審は、概要次の事実を認定している。

沖縄県には、県下五三市町村のうち二五市町村にわたって、四二施設、二億四五二六万平方メートルの駐留軍基地が存在し、その面積は、全県土面積の約一〇・八パーセントを占めており、駐留軍が常時使用できる専用施設としては、全国のその約七四・七パーセントが国土面積の約〇・六パーセントを占めるにすぎない同県に集中している。駐留軍の演習、訓練は、水域、空域及び陸域において恒常的に行われ、航空機の墜落、パラシュートの施設外降下など演習による事故

や駐留軍の軍人軍属による刑法犯罪が多数発生し、演習場内では実弾射撃演習による原野火災が起き、航空機騒音が付近住民の生活環境に影響を及ぼしている。また、基地の存在は沖縄県の地域振興開発の制約要因となり、基地対策は行政事務の過重負担を招いている。沖縄県はかねてから日本国政府に駐留軍基地の整理縮小を要請してきたが、十分な成果を挙げるには至らず、駐留軍専用基地の返還状況は、昭和四七年以来平成六年に至るまで、本土は約五九パーセント減少したのに対し、同県においては約一五パーセント減少したにとどまっている。

所論は、このような実情に照らせば、駐留軍用地特措法の沖縄県における適用は違憲であり、本件各土地の使用認定も違憲無効であって、同県における駐留軍基地のための土地等の収用又は使用は違法である旨を主張している。

二 原審の確定する右事実によれば、駐留軍基地が沖縄県に集中していることにより同県及びその住民に課せられている負担が大きいことが認められる。しかし他面、駐留軍基地の存在は、沖縄返還協定三条一項、日米安全保障条約六条、日米地位協定二条に基づくものであって、国際的合意によるものであるから、同基地の沖縄県への集中による負担を軽減するためには、日米政府間の合意、さらに、日本国内における様々な行政的措置が必要であり、外交上、行政上の権限の適切な行使が不可欠である。それらをどのように行使するかは、沖縄県及びその住民に対する負担の是正と駐留軍基地の必要性等との権衡の下に、行政府の裁量と責任においてなされるべき事柄である。この権衡を考慮する余地もないほど極端な場合は格別、右の負担の大きさから直ちに駐留軍用地特措法の沖縄県における適用及びこれに基づく使用認定の違憲性、違法性が一義的に明白ということはできない。所論の主張するように、駐留軍用地特措法の沖縄県への適用を違憲無効とし、同法に基づく土地の使用認定をすべて無効とするならば、何らの国際的合意や行政的措置もなく、同県における駐留軍基地の存在を法的に覆滅する結果をもたらすことになるのであって、そのような判断は、司法による審査の限界を超えるものといわざるを得ない。

もとより、沖縄県における基地の提供は、ただ行政的外交的配慮のみによってなされるものではなく、個々の土地の使用認定については、駐留軍用地特措法三条所定の「適正かつ合理的」の要件を充足することを必要とするのであって、それが一見明白に違憲、違法でないとしても、それによって自己の権利ないしは法的利益を侵害されたとする者が、使用認定又は収用委員会の裁決に対する取消訴訟において、その瑕疵を主張し、審理判断を受けることができることは、法廷意見の判示するところである。

しかし、駐留軍基地の沖縄県への集中を理由とする駐留軍用地特措法の同県への適用違憲、本件各土地の使用認定の無効の主張に対する判断は、外交上、行政上考慮すべき多元的な問題を彼此検討してなされるべきものであるから、裁判所が一義的に判断するのに適切な事項ではなく、したがって、違憲ないし違法とすべき明らかな理由の存否の判断にとどめるべきであると考えられるのである。

(裁判長裁判官 三好達 裁判官 園部逸夫 裁判官 可部恒雄 裁判官 大西勝也 裁判官 小野幹雄 裁判官 大野正男 裁判官 千種秀夫 裁判官 根岸重治 裁判官 高橋久子 裁判官 尾崎行信 裁判官 河合伸一 裁判官 遠藤光男 裁判官 井嶋一友 裁判官 福田博 裁判官 藤井正雄)

【判例ID】	27670505
【裁判年月日等】	昭和44年4月2日／最高裁判所大法廷／判決／昭和41年（あ）1129号
【著名事件名】	安保6. 4 仙台高裁事件上告審判決
【事件名】	国家公務員法違反、住居侵入被告事件
【裁判結果】	棄却
【上訴等】	確定
【裁判官】	横田正俊 入江俊郎 奥野健一 草鹿浅之介 城戸芳彦 石田和外 田中二郎 松田二郎 岩田誠 下村三郎 色川幸太郎 大隅健一郎 松本正雄 飯村義美
【少数意見】	入江俊郎（意見） 岩田誠（意見） 奥野健一（意見） 草鹿浅之介（意見） 石田和外（意見） 下村三郎（意見） 松本三雄（意見） 色川幸太郎（反対意見） 入江俊郎（意見） 岩田誠（意見） 奥野健一（意見） 草鹿浅之介（意見） 石田和外（意見） 下村三郎（意見） 松本三雄（意見） 色川幸太郎（反対意見）
【審級関連】	＜控訴審＞昭和41年3月29日／仙台高等裁判所／第1刑事部／判決／昭和38年（う）205号／27670381 ＜第一審＞昭和38年3月27日／福島地方裁判所／判決／昭和35年（わ）129号／昭和35年（わ）130号／昭和35年（わ）131号／27670290
【参照法令】	日本国憲法 9条 18条 28条 31条 98条／裁判所法 3条／裁判所職員臨時措置法 刑法 61条／国家公務員法 98条 110条／日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約及び関係文書
【出典】	最高裁判所刑事判例集23巻5号685頁 最高裁判所裁判集刑事171号387頁 裁判所時報519号5頁 判例時報550号29頁 判例タイムズ232号260頁 教職員人事関係裁判例集6集610頁 裁判所ウェブサイト掲載判例
【判例評釈】	村瀬鎮雄・最高裁労働判例〔7〕——問題点とその解説 83～101頁 1987年11月 安念潤司・月刊法学教室 214号52～61頁1998年7月
【重要度】	4

■27670505

最高裁判所大法廷

昭和41年（あ）第1129号

昭和44年04月02日

主文

本件各上告を棄却する。

理由

弁護人大川修造ほか六名の上告趣意第一点について。

所論は、国家公務員法（昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下国公法という。）九八条五項、一一一条一項一七号は、憲法二八条、一一一条、九七条、一八条に違反するものであり、これを適用した原判決も違憲であるという。

よつて案ずるに、国公法九八条五項は、「職員は、政府が代表する使用者としての公衆に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をなし、又は政府の活動能率を低下させる怠業的行為をしてはならない。又、何人も、このような違法な行為を企て、又はその遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおつてはならない。」と規定し、同法一一〇条一項一七号は、「何人たるを問わず第九十八条第五項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者」は、三年以下の懲役または一〇万円以下の罰金に処すべき旨を規定している。これらの規定が、文字どおりに、すべての国家公務員の一切の争議行為を禁止し、これらの争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、あおる等の行為（以下、あおり行為等という。）をすべて処罰する趣旨と解すべきものとすれば、公務員の労働基本権保障の趣旨に反し、必要やむをえない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最少限度にとどめなければならないとの要請を無視して刑罰の対象としているものとして、これらの規定は、いずれも、違憲の疑いを免れない。しかし、法律の規定は、可能なかぎり、憲法に即し、これと調和しうよう合理的に解釈されるべきものであつて、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちにこれを違憲と断定する見解は採ることができない。

右のように限定的に解釈するかぎり、前示国公法九八条五項はもとより、同法一一〇条一項一七号も、憲法二八条に違反するものということができず、また、憲法の前文、一一一条、九七条、一八条に違反するものともいえないことは、当裁判所大法廷の判例（とくに昭和三九年（あ）第二九六号、同四一年一〇月二六日大法廷判決、刑集二〇巻八号九〇一頁、昭和四一年（あ）第四〇一号、同四四年四月二日大法廷判決参照）の趣旨に照らし、明らかであるから、これらの規定自体を違憲とする所論は、その理由がなく、したがつて、原判決が右国公法一一〇条一項一七号を適用したことを非難する論旨も、採用することができない。

同第二点について。

所論は、明白かつ現実の危険がないのに、あおり行為等を処罰することとしている国公法一一〇条一項一七号の規定は憲法二一条に違反するという。

しかし、右罰則が憲法二一条に違反するものでないことは、当裁判所の判例（昭和二六年（あ）第三八七五号、同三〇年十一月三〇日大法廷判決、刑集九巻一二号二五四五頁）とするところであるのみならず、前に説示したとおり、右罰則はこれを限定的に解釈して適用するかぎりにおいて、右規定が憲法二一条に違反するものでないことは、さらに明らかである。所論は、独自の見解のもとに違憲を主張するものであつて、採用しがたい。

同第三点について。

国公法一一〇条一項一七号は、公務員の争議行為そのものを処罰の対象としているものでないのみならず、右規定にいうあおり行為等を後に説示するような意味に解するかぎり、右規定が憲法一八条に違反するものといえないことは、所論第一点について説示したとおりであつて、所論は採用のかぎりでない。

同第四点について。

所論は、国公法一一〇条一項一七号は、その規定する構成要件の内容が漠然としており、かつ、労働運動の実体を無視し、争議行為の前段階的行為であるあおり行為等のみを処罰の対象とした

ことは極度に不合理であるから、憲法三一条に違反し、これを適用した原判決も違憲であるという。

しかし、国公法一一〇条一項一七号にいう「共謀」とは、二人以上の者が、同法九八条五項に定める違法行為を行なうため、共同意思のもとに、一体となつて互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をすること（昭和二九年（あ）第一〇五六号、同三三年五月二八日大法廷判決、刑集一二巻八号一七一八頁参照）、「そそのかし」とは、同法九八条五項に定める違法行為を実行させる目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を新たに生じさせるに足りる慫慂行為をすること（昭和二七年（あ）第五七七九号、同二九年四月二七日第三小法廷判決、刑集八巻四号五五五頁参照）、「あおり」とは、右の目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること（昭和三三年（あ）第一四一三号、同三七年二月二一日大法廷判決、刑集一六巻二号一〇七頁参照）を、それぞれ、指すものと解するのが相当である。してみれば、国公法一一〇条一項一七号に規定する犯罪構成要件が、所論のように、内容が漠然としているものとはいいがたく、所論違憲の主張は、理由がない。

また、違法な争議行為につき、その前段階的行為であるあおり行為等のみを独立犯として処罰することは、政策的に妥当といえるかどうかは別論として、必ずしも不合理とはいいがたく、この点に関する非難も、採用することができない。

同第五点について。所論は、原判決の国公法一一〇条一項一七号の「あおり」の解釈適用の誤りをいう。よつて案ずるに、原判決が国公法一一〇条一項一七号につき原判示のとおり限定的解釈をしたうえ、本件事案にこれを適用していることは所論のとおりであるが、当裁判所は、次のような理由により、右規定を本件事案に適用した原判決の結論は、これを支持すべきものと考え

る。

すなわち、あおり行為等を処罰するには、争議行為そのものが、職員団体の本来の目的を逸脱してなされとか、暴力その他これに類する不当な圧力を伴うとか、社会通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な支障を及ぼすとか等違法性の強いものであることのほか、あおり行為等が争議行為に通常随伴するものと認められるものでないことを要するものと解すべきである。というのは、職員の行なう争議行為そのものが処罰の対象とされていないのに、あおり行為等が安易に処罰の対象とされるときは、結局、争議行為参加者の多くが処罰の対象とされることになつて、国公法の建前とする争議行為者不処罰の原則と矛盾することになるからである。

そこで、まず、原判決の認定した本件事実関係をみるに、被告人ら（Aを除く。）は、仙台高等裁判所、同地方裁判所、同簡易裁判所の職員に対し、仙台高等裁判所玄関前において、昭和三五年六月四日午前八時三〇分から九時三〇分まで一時間、勤務時間内に喰い込んで開催される、新安保条約に反対するための職場大会に参加するよう、第一審判決の判示第一（後段のいわゆる間接あおりの部分を除く。）または第二に掲げる行為をしたというのである。右の認定によれば、本件職場大会が前示裁判所職員の団体であるB労組仙台支部の職場大会の実体をもつものであつて、裁判所職員による右職場離脱は、短時間とはいえ、裁判所職員による争議行為に当たるとい

うのである。

ところで、裁判所職員の争議行為の制限について考えてみるに、すべて司法権は裁判所に属するものとされ、裁判所は、この国家に固有の権能に基づき、国民の権利と自由を擁護するとともに、国家社会の秩序を維持することをその使命とするものであることにかんがみると、このような裁判所の行なう裁判事務に従事する職員の職務は、一般的に、公共性の強いものであり、その職務の停廃は、その使命の達成を妨げ、ひいては、国民生活に重大な障害をもたらすおそれがあるものといわなければならない。

そこで、本件職場大会についてみるに、当時、新安保条約に対する反対運動が憲法擁護のための国民運動として広く行なわれ、労働組合その他諸種の団体によつてもその運動が活発に行なわ

れており、本件職場大会も右運動の一環として行なわれたものであること所論のとおりであるとしても、裁判所の職員団体の本来の目的にかんがみれば、使用者たる国に対する経済的地位の維持・改善に直接関係があるとはいえない、このような政治的目的のために争議を行なうがときは、争議行為の正当な範囲を逸脱するものとして許されるべきではなく、かつ、それが短時間のものであり、また、かりに暴力等を伴わないものとしても、裁判事務に従事する裁判所職員の職務の停廃をきたし、国民生活に重大な障害をもたらすおそれのあるものであつて、かような争議行為は、違法性の強いものといわなければならない。

そして、原判決の確定するところによれば、本件当時、(イ)被告人Cは、D労働組合中央執行委員の職にあつて、国公共闘会議からオルグとして仙台市に派遣されていたもの、被告人Eは、農林省宮城作物報告事務所石巻出張所に勤務し、F労働組合宮城県本部副執行委員長の職にあつたもの、被告人Gは、仙台北税務署に勤務し、D労働組合東北地方連合会執行委員、H副議長の職にあつたもの、被告人Iは、仙台地方裁判所に裁判所書記官補として勤務し、B労組仙台支部執行委員長の職にあつたものであり、(ロ)第一審判決の判示第一に掲げる行為(後段のいわゆる間接あおりの部分を除く。)は、被告人I、Cその他の者が共謀して行なつたもの、判示第二に掲げる行為は、被告人C、I、E、Gその他の者が共謀して行なつたものであるというのである。

そこで、被告人らの右行為が、裁判所職員の行なう争議行為に通常随伴するものと認められるかどうかについて考えてみるに、被告人らのうち、裁判所職員でなく、かつまた、裁判所職員の団体に関係もない第三者である被告人C、E、Gの行なつた行為は、裁判所職員の行なう争議行為に通常随伴するものと認めることができないことは明らかである。また、被告人Iは裁判所職員であり、その団体であるB労組仙台支部執行委員長の職にあつたものであるから、そのあおり行為等がその態様において異常なものでないかぎり、争議行為に通常随伴するものと認めることができるが、本件の場合、被告人Iは、第三者である前示被告人らと共謀して前示ロの行為を行なつたものであるというのであるから、右事実関係のもとにおいては、被告人Iの行為も争議行為に通常随伴する行為と認めることはできないものといわなければならない。

してみれば、原審が被告人らの前示行為につき国公法一一〇条一項一七号を適用したことは、その理由において当裁判所の見解と異なるところがあるが、結局、正当であるに帰し、以上と異なる見解のもとに原判決に法令違反の違法があるとする所論は、採用することができない。

同第六点について。

所論は、原判決は、国公法一一〇条一項一七号にいう「あおり」の解釈につき、所論引用の当裁判所の判例(昭和三九年(あ)第二九六号、同四一年一〇月二六日大法廷判決、刑集二〇巻八号九〇一頁)と相反する判断をしているという。

しかし、右判例は、原判決の宣告後になされたものであるから、これをもつて刑訴法四〇五条二号の判例と解することはできず、所論は、適法な上告理由に当たらない。

同第七点について。

所論は、違憲(三一条)をいうが、国公法一一〇条一項一七号は、同号の規定する「あおり」等の行為を独立の可罰的行為(犯罪類型)として処罰の対象としているのであるから、いわゆる共謀共同正犯の理論の適用については、他の独立犯罪の場合と異なるところはないと解すべきであり、このように解しても憲法三一条に違反するものではなく、したがつて、これと同趣旨に出た原判断は正当であり、所論違憲の主張は理由がない。

同第八点について。

所論は、原判決は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約(昭和三五年六月二三日条約第六号、以下新安保条約という。)の解釈および憲法九条、九八条一項、八一条の解釈を誤つた違法があるという。

しかし、新安保条約のごとき、主権国としてのわが国の存立の基礎に重大な関係をもつ高度の政治性を有するものが違憲であるか否かの法的判断をするについては、司法裁判所は慎重であるこ

とを要し、それが憲法の規定に違反することが明らかであると認められないかぎり、みだりにこれを違憲無効のものと断定すべへきではないこと、ならびに新安保条約は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に反して違憲であることが明白であるとは認められないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和三四年（あ）第七一〇号、同年一二月一六日大法廷判決、刑集一三卷一三号三二二五頁）の趣旨に照らし、明らかであるから、これと同趣旨に出た原判断は正当であつて、所論違憲の主張は理由なきに帰する。

同第九点について。

所論は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、適法な上告理由に当たらない。

同第一〇点について。

所論は、事実誤認の主張であつて、適法な上告理由に当たらない。

同第一一点について。

所論は、仙台高等裁判所構内が刑法一三〇条にいう建造物の囲繞地に当たるとした原判断が所論引用の判例（昭和二四年（れ）三四〇号、同二五年九月二七日大法廷判決、刑集四卷九号一七八三頁）に違反するという。

しかし、右引用の判例は、守衛、警備員等を置いていることを、外来者がみだりに出入することを禁止している態様の例示として掲げたにとどまり、これをもつて同条にいう建造物の囲繞地であるための要件としたものでないことは明らかであるから、所論判例違反の主張は、その前提を欠き、適法な上告理由に当たらない。

同第一二点および同第一三点について。

所論のうち、違憲（三一条、三二条、三七条二項、七六条一項、三項、八一条、一四条）をいう点は、第一審で無罪を言い渡された被告人に対し、原审が事実の取調をした結果、第一審の無罪判決を破棄し自判しても違憲でないこと、ならびに事実審理を第二審かぎりとし、上告理由が刑訴法四〇五条により制限されている関係上、第一審の無罪判決を破棄自判により有罪とした第二審判決に対し、上訴によつて事実誤認等を争う途が閉ざされているとしても違憲でないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二六年（あ）第二四三六号、同三一年七月一八日判決、刑集一〇卷七号一一四七頁、昭和二七年（あ）第五八七七号、同三一年九月二六日判決、刑集一〇卷九号一三九一頁、昭和二二年（れ）第四三号、同二三年三月一〇日判決、刑集二卷三号一七五頁）の趣旨とするところであるから、所論違憲の主張はいずれも理由がなく、その余は、単なる訴訟法違反の主張であつて、適法な上告理由に当たらない。

同第一四点について。

所論は、単なる訴訟法違反、事実誤認の主張であつて、適法な上告理由に当たらない。被告人Cおよび同Iの各上告趣意について。

所論のうち、新安保条約の違憲（前文、九条）をいう点は、弁護人大川修造ほか六名の上告趣意第八点について、国公法九八条五項、一一〇条」項一七号の違憲（二八条）をいう点は、右上告趣意第一点について、それぞれ説示したとおりであつて、右主張はいずれも理由がなく、その余は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、適法な上告理由に当たらない。

被告人E、同Gの上告趣意について。

所論のうち、新安保条約の違憲（九条）をいう点は、弁護人大川修造ほか六名の上告趣意第八点について説示したとおりであつて、右主張は理由がなく、その余は、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当たらない。

検察官の上告趣意について。

所論は、国公法一一〇条一項一七号の解釈に関する原判決の判断は、所論昭和四〇年一一月一六日東京高等裁判所判決（下級裁判所刑事裁判例集七卷一一号一九五五頁）と相反するという。

原判決は、同号は、同号に掲げる行為をすべて可罰性のあるものと評価しているのではなく、その行為の性質、手段、態様等からして争議行為の実行に影響を及ぼすべき高度の蓋然性をもつ程度

に強度の違法性を帯びるもので、これらに刑罰を科することが公益上当然であるとされるものにかぎつて、処罰の対象としていないと解すべきである旨判示しているところ、右東京高等裁判所の判決は、同号は、行為者ないし行為の態様等により強度の違法性を帯びた「あおり」行為等のみを処罰する趣旨のものと解すべきではないとの見解をとっており、原判決に先だつて言い渡されたものであるから、原判決は、右高等裁判所の判例と相反する判断をしたこととなり、刑訴法四〇五条三号後段に規定する最高裁判所の判例がない場合に、控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたことになるものといわなければならない。

そして、国公法一一〇条一項一七号の解釈に関する当裁判所の見解は、前示のとおりであつて、右高等裁判所の判例および原判決のこの点に関する見解は、そのいずれをも維持することはできないけれども、前示のとおり、原判決が被告人らの第一審判決の判示第一の行為（後段のいわゆる間接あおりの部分を除く。）および第二の行為につき同号を適用処断したことは、結局、正当であるのみならず、被告人らの第一審判決判示第一後段の行為（いわゆる間接あおり）は、原審の確定した事実関係のもとにおいては、いまだその対象たる裁判所職員に対し、本件争議行為の実行を決意させ、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与える程度のものとは認めがたく、同号のあおり行為には該当しないものと認めるのが相当であり、したがつて、右事実は犯罪の証明がなく無罪とすべきものであるとした原判決は、その結論において正当であるから、原判決には判例違反があるが、この判例違反の事由は、刑訴法四一〇条一項但書にいう判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合に当たり、原判決を破棄する事由とはならない。

よつて、刑訴法四一四条、三九六条に則り、本件各上告を棄却することとし、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官入江俊郎、同岩田誠の各意見、裁判官奥野健一、同草鹿浅之介、同石田和外、同下村三郎、岡松本正雄の意見、裁判官色川幸太郎の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官入江俊郎の意見は、次のとおりである。

一、私は、多数意見と結論を同じくし、また、その理由の大部分についてはこれに同調するが、ただ一点だけ多数意見と根本的に考え方を異にする。そしてこの点は、本件においては、判決の結果に影響のない論点のごとくではあるが、他日、他の類似の事案が問題となつた場合には判決の結果を左右することのありうべき問題であるから、この際右の点につきまず私の意見を表示する。

（一）憲法二八条の労働基本権といえども絶対無制限なものではなく、公共の福祉の要請に応じ、これに合理的制限を加えることは違憲ではないが、労働基本権に対するそのような制限は、憲法二八条の法意に照らし、労働基本権を尊重確保する必要と、国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較考量して、両者の間に適正な均衡を保つことを目途として決定すべきであることは、既に当裁判所の判例（昭和三九年（あ）第二九五号、同四一年一〇月二六日大法廷判決、刑集二〇巻八号九〇一頁、いわゆる中郵判決）の判示するとおりである。そして、国家公務員や地方公務員も憲法二八条にいう勤労者にほかならず、これらの公務員も原則として同条の保障を受くべきものであつて、公務員は全体の奉仕者で、一部の奉仕者ではない（憲法一五条）からといつて、その一事をもつて、公務員に対して右労働基本権をすべて否定することは許されないというべきであるが、ただ公務員については、その担当する職務の内容は私企業におけるそれと異なり、一般に公共性が顕著であるから、その職務の具体的な内容に応じて、私企業における労働者の場合と異なる制約を受けることがあつてもやむを得ないといわなければならない。かように考えて来ると、本件で問題となつている国家公務員法（昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下国公法と略称する。）九八条五項が公務員の争議行為を禁止しているからといつて、いやしくも争議行為と認められる以上、すべての国家公務員につき一律に一切の争議行為を違法として禁止しているものではなく、具体的事案に即して公共の福祉の要請を充分勘案した上、同法条によつて

禁止されている争議行為に該当するか否かを判断すべきであり、もしかような考慮を何ら払うことなく、国家公務員の一切の争議行為を違法として禁止するならば、それは憲法二八条違反というほかないことも、前記当裁判所の判例の趣旨とするところである。国公法の前記法条は単に「争議行為」というに止まり、同法八二条は懲戒に関する規定が置かれているから、単に法文を文字どおりに解すれば、国家公務員の一切の争議行為は禁止され、この法条に違反して争議行為を行つた場合にはすべて懲戒処分を受けることとなるがごとくであるが、これらの法条については当然憲法二八条の法意に即した適切な解釈が加えられるべく、その限度において争議行為が禁止され、かくして禁止された争議行為であつてはじめてこれに懲戒を加えることができるものといわなければならない。ここまでは多数意見と私は意見を異にするわけではない。

(二) しかし、本件は国家公務員の争議行為自体に刑罰を科するか否かではなく、その争議行為に対するあおり行為等に刑罰を科するか否かが問題となつていものである。国公法一一〇条一項一七号は、同号の規定するあおり行為等を独立の犯罪行為として、これに刑罰を科することを定めた規定である。ところで、憲法二八条の法意に鑑み、国公法上禁止されているとは認められず、従つてまた国公法上懲戒処分の対象ともならないような争議行為であれば、それは憲法上適法な争議行為であり、憲法上の保障を与えられているのであるから、これを対象としてあおり行為等が行なわれたからといつて、前記国公法の刑罰法条の適用の余地のないことは明らかであるが、いやしくも国公法上違法と認められる争議行為を対象としてあおり行為等が行なわれた以上、これに対し前記刑罰法規の適用のあることは当然といわなければならない。しかるに、多数意見は、あおり行為等の対象とせられる国公法上違法な争議行為の中で、さらに争議行為の違法の程度、反社会性の程度に強弱の区別をたて、多数意見が例示するような、その程度の強いものに対するあおり行為等がはじめて国公法の前記刑罰法条の適用を受けうるものであり、程度の弱いものに対するあおり行為等は適用外であるとしているが、このような解釈は、憲法二八条、三一条の法意を照らしても、また国公法の解釈の上からも、これを是認すべき根拠を欠き、私は到底これに賛同することはできないのである。もちろん、理論的には、国公法上違法と解されるような争議行為の中、その違法性ないし反社会性の程度の軽いものに対するあおり行為等に対して、不当に重い刑罰を科し、これがため公務員の争議行為自体が結局において不当に制約されるようなことになるとするならば、それは憲法二八条、三一条の法意に照らし、違憲の問題を生ずることがないとはいえないけれども、本件に関する限り、国公法の前記罰条はそのような場合に当たるとは考えられない。右罰条には、長期三年の懲役刑のほか罰金刑の定めもあるから、右刑罰法規の適用に当たつては、情状等を考慮することにより量刑の面で適切な斟酌をすることが可能であり、違憲の問題は生じないと考える。また、これを立法政策の面から考察しても、右罰条は立法府の有する立法に対する裁量権の範囲を逸脱しているものとは認められない。

(三) 原審の確定した事実関係の下においては、本件あおり行為等の対象となつた争議行為は、昭和三五年六月四日仙台高等裁判所前で、午前八時三〇分から同九時三〇分までの勤務時間内に、仙台高等裁判所、同地方裁判所および同簡易裁判所の職員の職場大会を実施しようとするものであつて、そのようにまさに勤務時間にくいこんでこの種争議行為を行なうことは裁判所事務の明らかな停廃にほかならず、裁判所事務は、正義の実現と人権の保障とを目途とする司法権の行使につき不可欠のものであつて、裁判所職員の職務は極めて公共性の強いものというべく、またたとえ短時間であるとしても、本件におけるように勤務時間にくいこんで裁判所の事務の運営を停廃するがごときは、まさに国公法九八条五項前段により違法として禁止される争議行為であることは多言を要せず、そして、その違法性は勿論極めて程度の強いものというべきであるが、これに国公法一一〇条一項一七号を適用するに当たつては、その程度の強弱を問題とすることは全く不必要であり、かく解することは何ら憲法二八条、三一条に違反するものではないと考えるのである。

(四) なお、当裁判所は、前記いわゆる中郵判決において、公共企業体等労働関係法（以下公労

法と略称する。)一七条の解釈ならびに郵便法七九条一項の解釈につき、郵便法により郵政職員の争議行為に刑罰を科する場合の判断を示している。それによれば、右郵便法の法条はもっぱら争議行為を対象としたものでないことは明白であるが、反面、郵政職員が争議行為として同条所定の行為をした場合にその適用を排除すべき理由はなく、争議行為をした場合にも適用あるものと解するほかはないが、公労法は、同法一七条一項に違反してなされた違法な争議行為に対しては同法一八条により懲戒処分をする途を認めているに止まり、刑罰を科する規定は全く置いていないのに、前記郵便法の法条により例外として郵政職員の違法な争議行為に刑罰を科することとなる点を考えると、公労法の職員の争議行為自体の中に刑罰を科せられない場合と科せられる場合とがあることになる点に鑑み、刑事制裁を科せられる郵政職員の右争議行為は前記中郵判決判示のような特に違法性、反社会性の強度のものに限ると解するを相当とするとし、かく解することが、憲法二八条、公労法一七条一項の合理的解釈に沿う所以であるとしたのである。しかるに本件は、争議行為自体に刑罰を科する問題ではなく、違法とされる争議行為を対象としてなされたあおり行為等に刑罰を科することが問題となつていたのであつて、前記中郵判決は、この点に関する限り、本件とは事案を異にし本件に適切でなく、あおり行為等の刑罰規定に関する多数意見の中、私の反対する前記の部分に関しては、中郵判決は何らの判示をも包含しているものではないと私は解する旨を附言したい。二、次に、多数意見があおり行為等を処罰しうるためには、あおり行為等がその対象とされた争議行為に通常随伴するものと認められるものでないことを要件としている点は、私もこれに賛同するが、この点につき若干補足意見を表示する。

私見によれば、多数意見の右のごとき解釈のよつて来たる所以は、そもそもあおり行為等は争議行為の発案、計画、遂行の過程として、他人に対し、争議行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えることであつて、通常は対象とされる争議行為に従属的ないし附随的な性質のものであるから、動労者自らが争議行為をした場合は刑罰を科せられないとされているのに、そのような従属的ないし附随的行為につき刑責を認めるとすれば、それはその動労者が自ら行なう争議行為に実質的に包含されていると解される行為の一部を取り上げて処罰すると同様な結果となり極めて不合理であり、争議行為自体に刑責を負わせない立前と矛盾し、かくては労働基本権を認めた憲法二八条の法意にも反することとなるという配慮に出たものに外ならないと考える。それ故、ここに通常随伴するものと認められるものでないというのは、あおり行為等が例えば、組合における争議行為の共同意思に基づかないで争議行為の遂行を煽動するとか、争議行為の際に通常行なわれるような手段、方法、程度をこえた激越なものであるとか、故意に誤った情報を提供し、欺罔、威力、暴力等の手段、方法を用いるとか等、社会通念上争議行為に伴つて行なわれるものとしては著しく不当と認められるような行為による場合をいうものと解するのが相当である。従つて、このような制限は、あおり行為等の行為者が、その者の行なう争議行為自体につき刑事罰を科せられないとされる動労者ないしそれと同等の立場にある者であつて、本来憲法二八条の保障の下に在るものにつき問題とされるのであり、しからざる純然たる第三者のように、全く憲法二八条の保障の下にない者については、このような制限は問題とならない。すなわち純然たる第三者のしたあおり行為等については、通常随伴するものか否かを考える余地も必要もなく、憲法二八条の要請とも無関係であつて、そのような第三者のあおり行為等がすべて国公法の前記罰条の適用を受けることは、法律の規定によりもとより当然というべきである。また、そのような第三者と共謀した者がたとえ動労者であつても、独立の犯罪者たる第三者の共犯者である以上、そのあおり行為等の行為は、争議行為で通常随伴すると解する余地も必要もなく、憲法二八条の要請とも無関係の事柄であつて、これまた国公法の前記罰条の適用を受けることは、法律の規定により当然というべきものと私は考える。その意味において、本件被告人らに刑責を負わせた原判決の結論は正当である。(なお、あおり行為等の対象とされた争議行為が、公務員の勤務条件の維持改善、経済的立場の向上等労働争議本来の目的達成に関係はあるが、その手段、方法、態様等からみて、公共の福祉の要

請上許容し得ず違法とされるようなものであれば格別、労働争議本来の目的と全く無関係に、例えば専ら政治的目的達成のための政治運動が、争議行為の形態を採つてなされたような場合には、そのような争議行為は、憲法二八条の保障とは無関係なものというべきであろう。しかし、私はそのような争議行為も実定法たる国公法上の争議行為という中には包含されていると思う。そしてたとえそのような場合であつても、そのあおり行為等をした者が勤労者自身であれば、現行国公法が、その者のする右のような争議行為自体に刑罰を科さない立前であるとすれば、それとの均衡上、右あおり行為等のみに刑罰をもつて臨むことは、それが右争議行為に通常随伴するものと認められるものである限り、憲法三一条の要請から、または現行国公法の妥当な解釈の上から、許されないと解するのが相当ではないかと考える。そして本件は、原審の確定したところによれば、新安保条約に反対するための労働争議に対するあおり行為等に関する事案であるが、本件は、被告人らが本件あおり行為等を第三者と共謀して行なつたというのであるから、右の点は、判決の結果には影響のないことに帰するので、ここではただ問題の所在を指摘するに止め、これ以上の詳述は省略する。）

裁判官岩田誠の意見は、次のとおりである。

一、法律の規定をその文字どおりに解釈すると違憲の疑のある場合には、これに可能なかぎり合理的の限定解釈を加え憲法の趣旨に調和するよう解釈すべきものであり、国家公務員法（昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下国公法という。）一一〇条一項一七号の規定を解釈するに当たつても右のような限定解釈を加うべきものであることは多数意見の判示するとおりである。

二、よつて按ずるに、国公法一一〇条一項一七号は、争議行為自体を行なつた者は処罰しないけれども、争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、あおり、またはこれらの行為を企てた者を処罰する旨定めている。しかし、職員組合の行なう争議行為は、通常組合の役員または組合員から発案され、所定の議決機関の決議を経、これに従つて実行されるものと解されるので、右争議行為の「遂行を共謀し、そそのかし、あおり、企てる」行為（以下「あおり行為等」という。）のような行為が、その組合において、本来の目的たる勤務条件の維持改善、経済的地位の向上およびこれと関連する事項を目的とし、自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行なわれる場合にこれを刑罰をもつて処罰することは、結局刑罰をもつて、すべての公務員に対し、一切の争議行為を禁止することになり、憲法二八条に違反する疑が生ずる。したがつて、国公法によつて認められた国家公務員の職員組合がその本来の目的達成のため自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行なわれる「あおり行為等」は（組合の役員または組合員は勿論、それ以外の者であつても、その組合の上部組織若しくは連合体の役員のような者によつて行なわれても）、暴力等を伴わないかぎり、国公法一一〇条一項一七号にいう「第九十八条第五項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた」場合に当たらないものとして処罰の対象にならないと解すべきである。

これを要するに、組合本来の目的を超えて行なわれたと認められる国家公務員の争議行為に対する「あおり行為等」、および組合が自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行なわれるものでない一切の「あおり行為等」は、本条項に該当し、処罰の対象となるものと解する。何となれば右各行為はいずれも憲法二八条が勤労者に保障する労働基本権の行使とはいえないからである。

三、多数意見は、「あおり行為等」を処罰するには、争議行為そのものが、職員団体の本来の目的を逸脱してなされとか、暴力その他これに類する不当な圧力を伴うとか、社会通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な支障を及ぼすとか等違法性の強いものであることのほか、「あおり行為等」が争議行為に通常随伴するものと認められるものでないことを要するものと解すべきであるとする。

右多数意見の趣旨とするところが、国公法一一〇条一項一七号を憲法に合致するように限定的に

解釈するための基準を、「あおり行為等」の対象となる国家公務員の行なう争議行為の違法性の強弱にも求め、違法性の強い争議行為の「あおり行為等」にかぎり、国公法一一〇条一項一七号により処罰できるとするにあるならば、にわかに賛同できない。私は、「あおり行為等」の対象となる争議行為（国公法九八条五項は、国家公務員の争議行為を禁止しているから、国家公務員の争議行為は、国公法上は原則として違法である。〔刑事罰をもつてのぞむべき違法の意ではない。〕）について、その違法性の強弱により国公法一一〇条一項一七号の適用の有無を決すべきではないと思う。「あおり行為等」の対象となつた争議行為が、国家公務員の勤務条件の維持改善、経済的地位の向上およびこれと関連する事項を目的とするものではなく、例えば政治的意図の達成を目的とするものであるときは、かかる争議行為は憲法二八条の保障するところではないから、かかる争議行為を対象とする「あおり行為等」は、それが争議行為に通常随伴するものであると否とを問わず、憲法二八条の保障する労働基本権の行使とはいえない。また「あおり行為等」についても争議行為に通常随伴する行為は、違法性が弱いから処罰されないというのは賛同できない。むしろかゝる行為は、対象たる争議行為が組合の本来の目的達成のための争議行為である限り、憲法二八条の保障する労働者の労働基本権なかつく団体行動権の行使と認められるから、かゝる行為は、国公法一一〇条一項一七号のいう「あおり行為等」にあたらないので処罰できないというべきものと思料する。

四、これを本件について見るに、第一審判決が確定し、原判決が是認支持した限度の事実関係によれば、当時新安保条約は、憲法に違反し、日米両国間の軍事同盟の性格を有し、却つて日本の平和と安全を脅かすものとして、新安保条約改訂反対運動が、J党をはじめ一部政党、労働組合その他諸種の団体によつて広く行なわれていたのであるが、被告人ら（同Aを除く。以下同じ。）は、右反対運動の一環として、仙台高等裁判所、同地方裁判所、同簡易裁判所の職員に対し、昭和三五年六月四日午前八時三〇分から九時三〇分までの一時間勤務時間内に食い込み同高等裁判所前で新安保条約反対のため行なわれる職場大会に参加するよう第一審判決の判示第一（後段のいわゆる間接あおりの部分を除く。）または第二に掲げる行為をしたというのであり、かつ、右職場大会は、前示各裁判所職員の団体であるB労働組合仙台支部の職場大会であるというのである。してみれば、右職場大会は裁判所の職員団体による争議行為であること明らかであり、その目的とするところは、新安保条約改訂に反対しようとする政治目的のためのもので、職員団体の目的である裁判所職員の勤務条件の維持改善、経済的地位の向上およびこれと関連する事項を目的とするものとは到底いえないものであり、かゝる争議行為は憲法二八条の保障するところではない。したがつて、かゝる争議行為たる右職場大会への参加を慫慂する行為は、国公法一一〇条一項一七号にいわゆるあおり行為にあたること明らかであつて、被告人らの右所為が争議行為に通常随伴するものであるか否かを問うまでもなく、被告人らに罪責のあること論をまたない。

右に記した以外の点については、いずれも多数意見に同調する。

裁判官奥野健一、同草鹿浅之介、同石田和外、同下村三郎、同松本正雄の意見は、次のとおりである。一、国家公務員は、国民の信託により、全体の奉仕者として国政に干与するものであつて、その使用者である国民大衆に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をなすことは、国民の信託に叛き、国政の活動を停廃せしめ、国民生活に重大な障害をもたらす、公共の福祉に反するものであるから、国家公務員法（昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの、以下同じ）九八条五項は、違法な行為として、これを禁止しているのである。また、地方公務員法三七条一項は、同様の趣旨において地方公務員の争議行為を違法な行為として禁止しているのである。これら公務員の争議行為の禁止は、公共の福祉の要請に基づくものであつて、憲法二八条に違反するものということはできない。

法は、右の如く公務員の争議行為を違法な行為として禁止しながらも、それに違反して争議行為自体に参加した個々の公務員に対しては、刑罰を科することなく、公務員として保有する任命上文は雇用上の権利を奪う制裁を科し得るに止めている。しかし、法は、公務員の争議行為は国民又

は地方住民に対し、重大な損害を与えるものであることに鑑み、かかる違法な争議行為の原動力となり、これを誘発、指導、助成する、いわゆる煽動者等に対しては刑事制裁を科し、もつて違法な争議行為の禁遏の実を挙げようとしているのである。すなわち、違法な争議行為に原動力を与える者は、単なる争議に参加した者に比して、反社会性の強いものとして、特別の可罰性を認めるべきであるとの観点から、争議に対し指導的役割をなす煽動者等のみを処罰することにより、違法な争議行為の防止と刑政の目的を達し得るものと考えたのである。かくの如く、集団行動による違法行為について、その原動力となつた煽動行為等の違法性を特に重視することは十分合理性のあることであり、内乱罪、騒擾罪などの処罰方式の例にも見られるところであり、決して不合理な立法ではなく、固より、立法政策の範囲内に属するものであつて、違憲とはいひ難い。

そして、法が違法な争議行為に対する誘発、指導、助成の原動力となるものとして処罰せんとする「あおり」についていえば、「あおり」の概念は、「違法行為を実行させる目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること（昭和三三年（あ）第一四一三号同三七年二月二日大法廷判決、刑集一六巻二号一〇七頁参照）」をいうものと解するのが相当であり、その構成要件の内容が漠然としているものではない。そして法は、「あおり」行為について何らの限定を設けていないのであるから、いやしくも前記「あおり」の行為に該当するものである限り、これを可罰性のある違法な行為とする趣旨であつて、これらの行為をその違法性の強弱によつて区別し、特に違法性の強いものに対してのみ刑事制裁を科するものであると解する余地は、法文上考えられないところである。

「あおり」の対象となつた争議行為自体の態様により、その違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のあるものである場合に限つて、「あおり」を処罰する趣旨であると解することも到底是認できない。けだし、法は、争議行為自体を処罰しないとしながら、敢てこれをあおつた者を処罰すると規定しているのであるから、違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のある争議行為をあおつた場合に限り、あおり行為を処罰する趣旨と解することは、ことさらに明文に反する解釈であるからである。

それ故、「あおり」の罪が成立するためには、その「あおり」の対象となつた争議行為自体の正当性の有無を論ずる余地はなく、したがつて、その争議行為が例えば政治的目的のために行なわれたものであるか否かという如きことは、同罪の成否になんら影響を及ぼすものではないといふべきである。しかも、もともと法律上争議権を否定された公務員が、「正当な争議行為」をすることができないのは当然であるから、国家公務員法附則一六条、地方公務員法五八条の規定をまつまでもなく、争議行為として「正当なもの」について、刑事免責を規定した労働組合法一条二項の規定が公務員の争議行為に適用の余地のないことは明白であつて、この点からいつても、「あおり」の対象となつた争議行為自体の正当性ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性の有無を論ずることは理由がないといわなければならない。

また、争議には、企画、共謀、指令、伝達等は、通常、一般的に随伴し、争議と不可分の関係にあるものであつて、組合構成員は当然これに干与するのであるから、これを処罰することは、争議行為を処罰することになるから、組合構成員の「あおり」行為は除外すべきであるとの解釈論も是認することはできない。けだし、国家公務員法九八条五項後段、一一〇条一項一七号、地方公務員法三七条一項後段、六一条四号は、「何人も」および「何人たるを問はず」あおり行為をした者を処罰する旨を明定しており、あおつた者が組合構成員であると、組合構成員以外の第三者であると、また組合構成員がそれ以外の第三者と共謀した場合であるとを問わず、また争議に当然随伴し、これと不可分の関係において為した者であると否とを問わず、等しく処罰する趣旨であることが明白であるからである。

これを要するに、「あおり」の概念を、強度の違法性を帯びるものに限定したり、「あおり」行為者のうち、組合構成員と組合外部の者とを区別し、外部の者の行為若しくはこれと共謀した者

の行為のみが処罰の対象となると解したり、または「あおり」の対象となつた争議行為が違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のあるものである場合に限り、その「あおり」行為が可罰性を帯びるのであるというのが如き限定解釈は、法の明文に反する一種の立法であり、法解釈の域を逸脱したものといわざるを得ない。

二、以上の見解に立つて本件を見るに、被告人ら（Aを除く。）の本件行為（第一審判決判示第一後段のいわゆる「間接あおり」の部分を除く。）が国公法一一〇条一項一七号の「あおり」行為に当たることは明らかであつて、被告人らの右行為につき同号を適用処断した原判決は、結論において正当である。

裁判官色川幸太郎の反対意見は、次のとおりである。

一、本件においては、「争議行為」の遂行をあおつたことが問題とされているのであるが、原審判決は、「争議行為」とは、「公務員の団体行動として、当局側の管理意思に反し、国の業務の正常な運営を阻害するが如き行為」であるとなし、本件職場大会を以て、安保改定阻止運動の一還たる抗議集会であると認定しながら、「いわゆる政治ストと呼ばれる争議」もまた国家公務員法（昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下国公法という。）九八条五項の禁止の対象になると断定した。その理由として述べるところは、同項は「国民全体の奉仕者である国家公務員が責務を懈怠し、国民との間の信託関係に背くような危険を防止するにある」からというのである。そうだとすれば、何故に団体行動でなければ禁止の対象にならないのかが理解しにくいのであるが、それはとにかく、業務の放棄それ自体が目的といえれば目的で、何らか別段の要求貫徹の手段としてなされるものでない、享楽等のための集団職場離脱（これこそ国民の信託に背く職務懈怠の最たるものであろう。）の如きも、原判決の定義によれば「争議行為」に含まれることにならざるを得ない。いやしくも刑罰法規の解釈である以上、およそ上述の如き明確性を欠いた、漠然たる定義づけは許されないと考えるのであるが、いずれにしても、かかる解釈をとることができない所以は以下述べるところで明らかになるであらう。多数意見は、その定義づけを容認し、国公法九八条五項の「争議行為」には政治目的のためのものをも含むと即断して、被告人らの所為に対する同法一一〇条一項一七号の適用を是認しているのであつて、私のとうてい賛成し能わざるところである。

二、国公法は、「争議行為」の意義について何ら規定していないのであるが、私は、それを労働関係調整法（以下労調法という。）七条に求むべきものであると考える。「争議行為」という用語は、「同盟罷業」や「怠業」などと異なり、戦後の立法においてはじめて使われたものであつて、従前より慣用されてきた日常語ではなく、純然たる法律上の技術的なことばである。したがつて、その意義如何は、何よりもまず法令に解釈の根拠を求めるべきものであらう。ところで、現行法で「争議行為」なる用語を用いているのは、上述の国公法及び労調法のほか船員法（三〇条）、公共企業体等労働関係法（一七条）、労働組合法（八条）、地方公務員法（三七条）、電気事業及び石炭鉱業における争議行為の方法の規制に関する法律（二条、三条）及び自衛隊法（六四条）であるが、労調法を除けば、しかもその半ば以上は刑事制裁を伴う争議行為の禁止法であるにもかかわらず、「争議行為」とは何であるかについての定義規定を全く欠いている（ただし船員法のみは「労働関係に関する争議行為」と規定して「争議行為」の一応の枠を明らかにしている。これは昭和一二年法律第七九号の旧船員法において、同法六〇条が「左ノ各号ノ一ニ該当スル場合ニ於テ船員カ労働争議ニ関シテ労務ヲ中止シ又ハ作業ノ進行ヲ阻害シタルトキハ年以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」としていたところをうけたものであらう。船員法を除くその余の前記の法律が「争議行為」について上述のような限定をしていないことは、これらの立法の趣旨に鑑み、かつ対象を共通にすることを考慮するならば、反対解釈を許すものではなく、逆に類推を強く要請するものと解するのが相当である。）ことは、看過されてはならない事実である。労調法が公布されたのは昭和二一年九月二七日でありその余の前記の法律の制定公布はことごとくこれにおくれている（右の列挙は公布の順序によつた。船員法の公布は昭和二二年九月一日であ

る。)のであるし、労調法をもつていわゆる労働三法の一とよぶかどうかは問題であるとしても、労働組合法と同様、集团的労働関係を規整せんとする基本的な法律であることには間違いのないのであるから、これら爾後の立法における「争議行為」なる用語の意義は、大筋においては労調法の定義規定を踏襲したものと解さざるを得ないのである。

もつとも、説をなす者は、労調法七条をもつて、労働委員会が労働争議の調整に乗り出す前提条件として規定したに過ぎないものとなし、この定義は、調整と無関係な他の法律には適切でなく、公務員法等の各種の法律における「争議行為」をしかく限定的に解すべきではないという。論者のいう如く、元来、労使の紛争は、自主的な解決を建て前とするのであつて、労働委員会が、過早に介入することは妥当を欠くが故に、いかなる場合にこれらの機関が調整活動を開始すべきかを規制する、いわば一種の歯止めがなければならない。そこで、調整をなすためには労使の紛争が争議状態にまでなつたことを必要とするというのが七条であつて、その点が同条の立法目的の一つであることは争のないところであろう。しかし、これは楯の反面なのである。立法当初における労調法の構成を見ると、労働関係調整法というその名称にもかかわらず、単に労働争議の調整に関する法律であるにとどまらないことは一目瞭然たるものがある。労調法は、まさに労働争議の調整手続（二章乃至四章）及びそれに附帯する争議行為届出義務の設定（九条）、争議行為の保障（旧四一条）並びに争議行為の制限禁止（三六条、三七条、旧三八条、旧三九条）の三本立てとして発足したのであつた。注目すべきは、次の旧三八条である。

「第三十八条 警察官吏、消防職員、監獄において勤務する者その他国又は公共団体の現業以外の行政又は司法の業務に従事する官吏その他の者は、争議行為をなすことはできない。」そして、右規定に違反した場合の制裁として、当該団体及びその役員に総額一万円の罰金が課せられることになつていた（旧三九条）。かくの如くにして、それまで争議行為を自由になし得た官公吏も、現業職員を除き、その行動を大幅に制約されることになつた次第である。

右法条は、後に述べるような経緯で昭和二四年法律第一七五号により削除せられ同法三八条はしばらく空欄となつていたが、その後、昭和二七年法律第二八八号を以て緊急調整制度が設けられたときに現に見る如く追加されたので、今は全く旧態をとどめていない。しかし、現行法の構成を見ても、同法はひとり労働争議の調整手続を規定するだけでなく、第五章ではいまなお争議行為の制限禁止を規定しているのである。かくして、同法七条の「争議行為」の定義は、六条にいう「労働争議」（これこそ調整の前提条件を定めるものである。）の基底たる観念を明らかにするとともに、制限禁止の対象たる行為の限界を劃するという意味を、当初より今日まで持ちつづけているわけである。

三、ところで、労調法七条の定義は、国公法九八条にいう「争議行為」といかなる関係にあるのであろうか。これを知るためには、立法の沿革と変遷をたずねなければならない。労調法は、前述のとおり、公務員の争議行為を禁圧する戦後最初の立法である。しかし、旧三九条の規定した違反に対する処罰はほとんど名目にすぎなかつたばかりでなく、膨大な数にのぼる国鉄、郵政その他の現業公務員（その組織する組合こそ全日本の労働組合運動において中核的な存在であつた。）は、すべて旧三八条による規制の時外にあつた。なお、国家公務員法（昭和二二年法律第一二〇号）は、もとより争議行為について全然ふれるところがなかつたのである。当時の客観的諸情勢を見ると、破壊的な悪性インフレはとめどもなく昂進し、それに刺戟せられた労働運動はいよいよ激しさを加え、昭和二三年七月ごろには五二〇〇円給与ベースをめぐる全官公労組と政府との激突となり、同年八月初旬を期しての官公吏を中心とした未曾有の規模のストアファイキはもはや避けられないという緊迫した情勢になつた。この空前の争議行為を未前に防遏するために発せられたのが、芦田内閣総理大臣に対する同年七月二二日付マッカーサー連合軍最高司令官書簡である。この書簡中、本件に関係する箇所（これが書簡の主要な部分をなしている。）は、要するに、公務員の性格を論じてそれと私企業従事者との間の顕著な差異を指摘し、それであるが故に、公務員は、私企業において認められているような団体交渉の手段を採ることができないと

し、さらに進んで、公務員は、公共の信託に対し無条件な忠誠義務があるのであるから、要求を通すための、政府の運営を妨害する意図を示すような争議行為は、公務員にはとうてい許し難いと論断したのち、国家公務員法はかかる考え方に適合した方向へ全面的に改正する必要がある、日本政府はその作業に即刻着手するべきであることを示唆したものであつた。これに聴従した政府は、さしあたり、国公法の全面改正にいたるつなぎとして、同月三十一日、政令第二〇一号を以て「昭和二三年七月二二日附内閣総理大臣宛連合国最高司令官書簡に基く臨時措置に関する政令」（以下政令二〇一号という。）を公布、即日施行した。その内容は三カ条から成るが、一条は、国又は地方公共団体の職員の地位にあるすべての公務員は、争議行為を裏付けとする団体交渉の権利を有しないこと、従前の協約は失効すること、また、労働委員会は、公務員と国等の間における労働争議についてはこれを処理する権限を失い、爾後臨時人事委員会のみが公務員の利益を保護する機関になることなどを定め、二条は、争議権を一切否定し、三条は、前条に違反した場合の罰則を規定したものである。以上の如くであつて、この政令による争議権の否定は、団体交渉権（いうまでもなくこれは使用者を相手方とするものである。）の否定と離れ難くからみあつていことが注目される。要するに、マッカーサー書簡における禁圧の要請も、この政令二〇一号による禁止も、団体交渉と密着した、すなわち、被用者対使用者との関係における争議行為を否定したものであり、団体交渉と無関係な業務阻害行為一般を目ざしたものでないといふことが出来る。換言すれば、公務員について憲法二八条の保障を大幅に取り除いたものなのである。このことは、基本権制限の代償として臨時人事委員会をあげていることから推察するに難くはない。何となれば、右機関は、後の人事院であつて、現在の人事院と同様、給与その他の勤務条件の改善、その他人事行政の公正確保及び職員の利益の保護に当ることをその目的とし、政治上の要求の調整や社会生活における不平不満の解消などは、およそその任でなかつたからである。

ところで、同年一月には、総司令部の強い示唆の下に作成された国公法の改正案が国会に上程せられ、同年二月その成立を見た。争議行為禁止に関する部分については、関係委員会においても突込んだ審議がなされることなく、無修正で国会を通過し、昭和四〇年法律第六九号による改正前の国公法九八条及び一一〇条一項一七号の制定となり、同時に労調法旧三八条は国家公務員に対してはその適用が除外された。つづいて同条は、労調法の第一次改正（昭和二四年六月一〇日）の際に削除せられ、ここに旧三八条は、国公法九八条、一一〇条一項一七号として生れ変つたのである。

以上の沿革に徴すると、国公法九八条にいう「争議行為」の意義は、まさに労調法七条に定めるところと何の差異もないと解すべきものと考えるのである。

四、労調法七条は、「この法律において争議行為とは、同盟罷業、怠業、作業所閉鎖その他労働関係の当事者が、その主張を貫徹することを目的として行う行為及びこれに対抗する行為であつて、業務の正常な運営を阻害する行為をいう」と規定する。これによれば、「争議行為」とよばれるのは、（イ）労働関係の当事者の、（ロ）その主張を貫徹することを目的とする行為であつて、（ハ）その態様が業務の正常な運営を阻害する程度のものでなければならない。いま本件に即して考えると、およそ次のとおりである。

第一に、「争議行為」は、労働関係の当事者としての立場における行為である。当事者とは、労調法の立法趣旨からいつて、集団的労働関係の場におけるものをさし、個々の労使関係を意味するものではない。個人としての労働者がなす業務阻害行為は、争議行為として扱う限りではないのである。また、労働者は、使用者に対する関係で被用者であるとともに一個の市民もしくは国民であつて、その団体は、一面においては市民もしくは国民の集合体であるから、使用者との対抗・角逐とはかかわりのない、市民もしくは国民としての立場における行動（社会活動または政治活動）に出ることはもとより妨げないし、また事実しばしば行われているわけである。しかし、これは労働関係の当事者としての行動ではない。公務員及びその団体についても事は全く同様であつて、一面においては労働関係の当事者であるが、他面においては市民もしくは国民であ

り、そしてその集合体なのである。これとまさに対応した関係において、政府も一面においては労働関係上の使用者であり、他面においては主権を行使する国家の機関として現われる。使用者としての政府は、私企業における使用者と本質的に異なるところはないのであるから、公務員の団体による対抗を承認し、これと対等の立場で交渉することが要請されるのである。政府の有するこの二面性については、つとに指摘されているところであつて、疑問の余地はないであろう。公務員は、被用者としては、使用者たる政府と相見えるのであつて、被治者対治者の関係においてではない。公務員が団体として政府に立ち向う行動は、これを大別すると、(イ)労働関係を前提とした要求貫徹のための行動、(ロ)国民の立場で政策の変更を迫り或は施策に反対する行動、

(ハ)掲ぐべき要求のない、職務懈怠そのものとしての集団的な職場離脱その他の行動、以上三つが考えられるわけであるが、国公法九八条五項にいう法律用語としての「争議行為」は、そのうちの(イ)に限られるのである。(国公法九八条五項は、争議行為の禁止とともに「政府の活動能率を低下させる怠業的行為」の禁止を規定している。条文の表現だけからすると、争議行為とは別異の怠業的行為なる類型を設けたかの如くであるが、立法の理由を按じ、また事実上の根拠となつたマッカーサー書簡と照合するならば、この規定は、当時官公労組の採つた戦術である定時退庁、一斉賜暇等、一見合法的ないわゆる遵法闘争を封殺せんとして念のために設けられたに過ぎないのであつて、そうである以上、これまた上記(イ)に属する争議行為の一種にほかならない。)

五、第二に、争議行為とは、主張の貫徹を目的とした行為(労調法七条にいう「対抗する行為」も、大づかみにいえば、ここにいう主張の貫徹に含まれるであろう。)である。主張貫徹の可能性の有無を問わないから、反対のための単なる示威であつても、主張の貫徹のためになされた行為で正常な業務の運営を阻害するものである限り、争議行為たるを妨げない。次に、その主張するところが労働関係上のものであることを要するか、それとも何らの限定もないのかについては問題のあるところであり、同法六条との対比から後者だとする見解もあるが、七条が、前述のように、争議調整の前提条件たる「労働争議」とは何であることを明らかにするための定義規定をもちかねていること、そしてまた、「争議行為」が労働関係の当事者たる立場においての行為でなければならないことなどを考慮するならば、これを労働関係上の要求に限ると解すべきであろう。そうだとすれば、国民の立場において政府の施策に反対し又はその政策の変更を強いるためのいわゆる政治ストは、国公法九八条五項にいう法律用語としての「争議行為」には含まれないものといわなければならない。本件の職場大会は、約七〇名にもものぼる多数の裁判所職員の参加の下に、午前八時三〇分より九時三〇分までの間、勤務時間に食いこんで開催されたものだといっているのであるから、裁判所の正常な業務の運営を阻害したことは否定できないのであるが、その標榜したところは、新安保条約に対する抗議意思の表明であり、主権の行使者としての政府に向けた行動であつて、使用者としての政府を名宛人とするものではなかつたのである。そしてまた、その主張するところが労働関係上の、例えば勤務条件等に関するものでなかつたことは一点の疑もないのであるから、前述したところにより、これが「争議行為」に当たるものでないことは多言を要しない。かかる行動に対しては、他の法条による規制はあり得るとしても、国公法一一〇条一項一七号を以て問擬すべき限りではないのである。

六、元来、公務員は、憲法二八条にいう動労者であり、原則的には同条の保障を受けるきものであるが(昭和三九年(あ)第二九六号同四一年一〇月二六日大法廷判決、刑集二〇巻八号九〇一頁、以下全通中郵事件判決という。)、憲法二八条の法意とするところは、「企業者対動労者すなわち使用者対被使用者というような関係に立つ者の間において、経済上の弱者である動労者のために団結権乃至団体行動権を保障したもの」(昭和二二年(れ)第三一九号同二四年五月一八日大法廷判決、刑集三巻六号七七二頁)であつて、この「狙いは、憲法二五条に定めるいわゆる生存権の保障を基本理念とし、動労者に対して人間に値する生存を保障すべきものとする見地に立ち、……経済上劣位に立つ動労者に対して実質的な自由と平等とを確保する手段として、その団結権、団体交渉権、争議権を保障しようとするものである」(全通中郵事件判決九〇五頁)。而して、

憲法によるこの労働基本権の保障は、労働組合法によつて具体化されているのであるが、同法の目的とするところは、労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つことができるように団結を擁護し（同法一条一項前段）、団体交渉及び団体行動を保護助成する（同項後段）ことにあり、労働者乃至その団体に対し、使用者との関係を捨象した、対国家、対社会の面において、一般国民乃至その団体と別異の特権的な処遇を与えようとするものではない。労働組合法の擁護する団結権は、同法一条一項に示すところのものであり、その保護する団体行動は、同項に規定する範囲に限局されるのである。労働組合に政治活動の自由のあることはいうまでもないし（昭和三八年（あ）九七四号同四三年一二月四日大法廷判決、裁判所時報五一—号二頁参照）、労働組合の政治活動が刑事法上当然に違法と評価さるべき何らの理由もないけれども、労働組合法は、労働組合の一般政治活動については、労使の経済上の取引とは没交渉である限り、保護も与えず、禁止もなさず、いわば黙して語らないのである（二条四号は、いかなる団体を同法上労働組合として取扱うかという見地にたつて、その資格要件を定めたに過ぎない。）。

ところで、労調法旧三八条は、旧労働組合法（同法は、公務員の労働基本権を原則的には保護していたのである。）の規定にもかかわらず、現業を除く官公吏の争議権に重大な制約を加えたものであるから、同法条は、旧労働組合法の特別法たる性質を有するわけである。けだし、これらの公務員は、使用者との関係において団結権、団体交渉権及び争議権の保護を受けていたところ、そのうちの争議権についてこれを禁圧せられるにいたつたのであるから、その対象たる争議権とは、憲法二八条にいうところのものにほかならず、すなわち使用者との関係において争議行為をなすところの権利であることはむしろ自明というべきであるからである。要するにいかなる意味においても、それ以外の面における団体行動を規制するものではないとしなければならない。而して、さきに述べた沿革からいつて、国公法九八条は、労調法旧三八条を換骨奪胎したものというべきであるから、国公法九八条は、まさに労働組合法の特別法たる関係となり、同条がおよそ政治活動の制約を目ざしたものでないことに、たやすく想到し得る筈なのである。

七、これを当該法条の表現に徴すると、同条には、「職員は、政府が代表する使用者としての公衆に対して……争議行為をなし又は……怠業的行為をしてはならない」云々とある。公衆が言葉の本来の意味において使用者であるかどうかはともかく、およそ「争議行為」が使用者に向けてなされるものであるとしていることは、これを通じて看取するに十分である。もとより「公衆」は組織されているわけではないから、「公衆」と公務員との間に法律関係が成立するに由がなく、労働関係は任命権者を通じて政府との間に生ずるわけであつて、使用者としての「公衆」というのは、主権が国民に存し、一切の公権力は国民に由来するという象徴の意味でしかあるまい。それはそれとして、同条にいう「争議行為」が使用者としての政府を名宛人にしていること、その点で労調法七条と符節を合するもののあることに留意さるべきである。いうまでもなく、使用者とは、労働契約の当事者として、労働者を雇用する地位にあるものの謂であり、主権の行使者としての政府とは全然別の概念である。労働関係とは無関係の、例えば政治的な要求を掲げての統一行動は、それが正常な業務を阻害するものであつても、後者の意味においての政府に挑戦するものにほかならず、国公法九八条の関知するところでないことはいよいよ以て明らかであると信ずる。

八、本件職場大会は、新安保条約に反対する純然たる政治活動である。「ストライキ」という言葉は日常的な慣用語であるから、これを政治ストとよぶことは自由であるが、それは学生の安保反対のための一斉休学をストライキとよぶことと多く異なるところはないのであつて、国公法九八条にいう「同盗罷業」は、これと厳密に区別されなければならない。けだし、同条の「同盟罷業」は、同条にいう「争議行為」の下位概念であり、上述した「争議行為」の定義はすべて「同盟罷業」に当てはめられなければならないからである。

ところで、前示全通中郵事件判決は、公共企業体等労働関係法一七条一項に違反した争議行為であつても、それが労組法一条一項の目的を達成するためのものであり、かつ単なる罷業または怠業等の不作為が存在するにとどまり、暴力の行使その他の不当性を伴わない場合には、刑事制

裁の対象とはならないが、「もし争議行為が労組法一条一項の目的のためではなくして政治的目的のために行われた場合」等においては、「争議行為としての限界性をこえるもので、刑事制裁を免れない」と説示している。人あるいはこれを目して、当裁判所は一般的に公務員等によるいわゆる政治ストの可罰性を認めたものとするかも知れない。しかし、全通中郵事件は、公共企業体等労働関係法（これは、いうまでもなく、争議行為に対する刑罰規定をもたない。）の適用下にある郵政職員について、郵便法の罰則規定である同法七九条一項の適用があるか否かを論じたものに過ぎず、さらに進んで、一般に、公共企業体等の職員によるいわゆる政治ストが刑罰の対象となるかどうかは右の事件では全く問題外であつたのである。のみならず、いわゆる政治ストが国公法九八条にいう「争議行為」でないことは、既に論じたとおりであるから、国家公務員による政治的目的のための本件行為が可罰的であるかどうかは、国公法一一〇条一項一七号違反として起訴された本件においては、全く問題にならないのである。（この点については、憲法一五条二項に定める公務員の中立性と憲法二一条による市民としての表現の自由との関連において、国公法一〇二条、一一〇条一項一九号及び人事院規則一四一七の合憲性もしくはその適用の範囲が判断されなければならないのであるが、それは別途検討するべきものであつて、今これを論ずる限りではない。）

以上要するに、国公法九八条の「争議行為」に属しない本件職場大会のあおり行為に対し、同法一一〇条一項一七号の適用を是認した原審判決には、法律の解釈を誤つた違法があり、破棄をまぬかれない。

検察官 平出禾、同岡崎格、同川口光太郎、同高橋正八 公判出席

（裁判官 入江俊郎 裁判官 草鹿浅之介 裁判官 城戸芳彦 裁判官 石田和外 裁判官 田中二郎 裁判官 松田二郎 裁判官 岩田誠 裁判官 下村三郎 裁判官 色川幸太郎 裁判官 大隅健一郎 裁判官 松本正雄 裁判官 飯村義美 裁判長裁判官横田正俊、裁判官奥野健一は、退官のため署名押印することができない。裁判官 入江俊郎）

【判例ID】	27660683
【裁判年月日等】	昭和34年12月16日／最高裁判所大法廷／判決／昭和34年（あ）710号
【著名事件名】	砂川事件上告審判決
【事件名】	日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基く行政協定に伴う刑事特別法違反被告事件
【裁判結果】	破棄差戻
【裁判官】	田中耕太郎 小谷勝重 島保 齋藤悠輔 藤田八郎 河村又介 入江俊郎 池田克 垂水克己 河村大助 下飯坂潤夫 奥野健一 高橋潔 高木常七 石坂修一
【少数意見】	島保（補足意見） 藤田八郎（補足意見） 入江俊郎（補足意見） 垂水克己（補足意見） 河村大助（補足意見） 石坂修一（補足意見） 小谷勝重（意見） 奥野健一（意見） 高橋潔（意見） 田中耕太郎（補足意見）
【審級関連】	<控訴審>平成29年11月15日／東京高等裁判所／第3刑事部／決定／平成28年（く）149号／28254552 <第一審>平成28年3月8日／東京地方裁判所／刑事第10部／決定／平成26年（た）12号／28242849 <上告審>昭和38年12月25日／最高裁判所第二小法廷／決定／昭和37年（あ）994号／27760754 <差戻控訴審>昭和37年2月15日／東京高等裁判所／第6刑事部／判決／昭和36年（う）951号／27700238 <差戻第一審>昭和36年3月27日／東京地方裁判所／刑事第10部／判決／昭和35年（特わ）6号／27660762 <第一審>昭和34年3月30日／東京地方裁判所／刑事第13部／判決／昭和32年（特わ）368号／昭和32年（特わ）367号／27760641
【参照法令】	日本国憲法 9条 61条／裁判所法 3条／行政事件訴訟法 /日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う刑事特別法 2条／日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約及び関係文書 3条／日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定
【出典】	最高裁判所刑事判例集13巻13号3225頁 最高裁判所裁判集刑事131号955頁 裁判所時報295号1頁 判例時報208号10頁 判例タイムズ99号42頁 裁判所ウェブサイト掲載判例
【判例評釈】	芹澤齊・憲法訴訟〔法学セミナー増刊〕 44～46頁1983年11月

- 栗城壽夫・憲法の基本判例（別冊法学教室 基本判例シリーズ1） 16
2～166頁1985年12月
- 手島孝・行政判例百選〔2〕＜第2版＞（別冊ジュリスト93） 352
～353頁1987年6月
- 古川純・憲法判例百選〔2〕＜第2版＞（別冊ジュリスト96） 386
～387頁1988年2月
- 今井威・憲法判例百選〔2〕＜第2版＞（別冊ジュリスト96） 340
～341頁1988年2月
- 手島孝・行政判例百選〔2〕＜第3版＞（別冊ジュリスト123） 36
4～365頁1993年5月
- 上野裕久・ゼミナール憲法判例＜増補版＞ 7～12頁1994年4月
- 古川純・憲法判例百選〔2〕＜第3版＞（別冊ジュリスト131） 40
8～409頁1994年10月
- 今井威・憲法判例百選〔2〕＜第3版＞（別冊ジュリスト131） 35
2～353頁1994年10月
- 古川純・憲法判例百選〔2〕＜第4版＞（別冊ジュリスト155） 42
2～423頁2000年10月
- 森英樹・憲法判例百選〔2〕＜第4版＞（別冊ジュリスト155） 36
0～361頁2000年10月
- 手島孝・行政判例百選〔2〕＜第4版＞（別冊ジュリスト151） 38
8～389頁1999年3月
- 小林直樹・平和憲法と共生60年——憲法第9条の総合的研究に向けて
221～248頁2006年3月
- 今村哲也・行政判例百選〔2〕＜第5版＞（別冊ジュリスト182） 3
06～307頁2006年6月
- 古川純・憲法判例百選〔2〕＜第5版＞（別冊ジュリスト187） 43
4～435頁2007年3月
- 森英樹・憲法判例百選〔2〕＜第5版＞（別冊ジュリスト187） 37
2～373頁2007年3月
- 松田幹夫・国際法判例百選（別冊ジュリスト156） 212～213頁
2001年4月
- 今村哲也・行政判例百選〔2〕＜第6版＞（別冊ジュリスト212） 3
12～313頁2012年11月
- 法と民主主義 489号42～47頁2014年6月
- 浦田一郎・憲法判例百選〔2〕＜第6版＞（別冊ジュリスト218） 3
60～362頁2013年12月
- 笹田栄司・論究ジュリスト 17号26～33頁2016年4月
- 中西又三・法学新報〔中央大学〕 123巻1・2号73～131頁20
16年7月
- 吉田敏浩・世界 930号226～237頁2020年3月

【重要度】

5

■27660683

最高裁判所大法廷

昭和34年（あ）第710号

昭和34年12月16日

主文

原判決を破棄する。

本件を東京地方裁判所に差し戻す。

理由

東京地方検察庁検事正野村佐太男の上告趣意について。

原判決は要するに、アメリカ合衆国軍隊の駐留が、憲法九条二項前段の戦力を保持しない旨の規定に違反し許すべからざるものであるということを前提として、日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約三条に基く行政協定に伴う刑事特別法二条が、憲法三一条に違反し無効であるというのである。

一、先ず憲法九条二項前段の規定の意義につき判断する。そもそも憲法九条は、わが国が敗戦の結果、ポツダム宣言を受諾したことに伴い、日本国民が過去におけるわが国の誤つて犯すに至つた軍国主義的行動を反省し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないようにすることを決意し、深く恒久の平和を念願して制定したものであつて、前文および九八条二項の国際協調の精神と相まつて、わが憲法の特色である平和主義を具体化した規定である。すなわち、九条一項においては「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求」することを宣言し、また「国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」と規定し、さらに同条二項においては、「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力はこれを保持しない。国の交戦権は、これを認めない」と規定した。かくのごとく、同条は、同条にいわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているのであるが、しかしもちろんこれによりわが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではないのである。憲法前文にも明らかなように、われら日本国民は、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようとして、国際社会において、名誉ある地位を占めることを願い、全世界の国民と共にひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認するのである。しかれば、わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない。すなわち、われら日本国民は、憲法九条二項により、同条項にいわゆる戦力は保持しないけれども、これによつて生ずるわが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによつて補ない、もつてわれらの安全と生存を保持しようと決意したのである。そしてそれは、必ずしも原判決のいうように、国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができることはもとよりあつて、憲法九条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではないのである。

そこで、右のような憲法九条の趣旨に即して同条二項の法意を考えてみるに、同条項において戦力の不保持を規定したのは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使することにより、同条一項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起こすがごときことのないようにするためであると解するを相当とする。従つて同条二項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として、同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである。

二、次に、アメリカ合衆国軍隊の駐留が憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に反するかどうかであるが、その判断には、右駐留が本件日米安全保障条約に基くものである関係上、結局右条約の内容が憲法の前記条章に反するかどうかの判断が前提とならざるを得ない。

しかるに、右安全保障条約は、日本国との平和条約（昭和二七年四月二八日条約五号）と同日に締結せられた、これと密接不可分の関係にある条約である。すなわち、平和条約六条（a）項但書には「この規定は、一又は二以上の連合国を一方とし、日本国を他方として双方の間に締結された若しくは締結される二国間若しくは多数国間の協定に基く、又はその結果としての外国軍隊の日本国の領域における駐とん又は駐留を妨げるものではない。」とあつて、日本国の領域における外国軍隊の駐留を認めており、本件安全保障条約は、右規定によつて認められた外国軍隊であるアメリカ合衆国軍隊の駐留に関して、日米間に締結せられた条約であり、平和条約の右条項は、当時の国際連合加盟国六〇箇国中四〇数箇国の多数国家がこれに賛成調印している。そして、右安全保障条約の目的とするところは、その前文によれば、平和条約の発効時において、わが国固有の自衛権を行使する有効な手段を持たない実状に鑑み、無責任な軍国主義の危険に対処する必要上、平和条約がわが国に主権国として集団的安全保障取極を締結する権利を有することを承認し、さらに、国際連合憲章がすべての国が個別のおよび集団的自衛の固有の権利を有することを承認しているのに基き、わが国の防衛のための暫定措置として、武力攻撃を阻止するため、わが国はアメリカ合衆国がわが国内およびその附近にその軍隊を配備する権利を許容する等、わが国の安全と防衛を確保するに必要な事項を定めるにあることは明瞭である。それ故、右安全保障条約は、その内容において、主権国としてのわが国の平和と安全、ひいてはわが国存立の基礎に極めて重大な関係を有するものというべきであるが、また、その成立に当つては、時の内閣は憲法の条章に基き、米国と数次に亘る交渉の末、わが国の重大政策として適式に締結し、その後、それが憲法に適合するか否かの討議をも含めて衆参両院において慎重に審議せられた上、適法妥当なものとして国会の承認を経たものであることも公知の事実である。

ところで、本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきものであると解するを相当とする。そして、このことは、本件安全保障条約またはこれに基く政府の行為の違憲なりや否やが、本件のように前提問題となつている場合であると否とにかかわらないのである。

三、よつて、進んで本件アメリカ合衆国軍隊の駐留に関する安全保障条約およびその三条に基く行政協定の規定の示すところをみると、右駐留軍隊は外国軍隊であつて、わが国自体の戦力でないことはもちろん、これに対する指揮権、管理権は、すべてアメリカ合衆国に存し、わが国がその主体となつてあだかも自国の軍隊に対すると同様の指揮権、管理権を有するものでないことが明ら

かである。またこの軍隊は、前述のような同条約の前文に示された趣旨において駐留するものであり、同条約一条の示すように極東における国際の平和と安全の維持に寄与し、ならびにまたは二以上の外部の国による教唆または干渉によつて引き起されたわが国における大規模の内乱および騒じようを鎮圧するため、わが国政府の明示の要請に応じて与えられる援助を含めて、外部からの武力攻撃に対する日本国の安全に寄与するために使用することとなつており、その目的は、専らわが国およびわが国を含めた極東の平和と安全を維持し、再び戦争の惨禍が起らないようにすることに存し、わが国がその駐留を許容したのは、わが国の防衛力の不足を、平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼して補なおうとしたものに外ならないことが窺えるのである。

果してしからば、かようなアメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない。そしてこのことは、憲法九条二項が、自衛のための戦力の保持をも許さない趣旨のものであると否とにかかわらないのである。（なお、行政協定は特に国会の承認を経ていないが、政府は昭和二七年二月二八日その調印を了し、同年三月上旬頃衆議院外務委員会に行政協定およびその締結の際の議事録を提出し、その後、同委員会および衆議院法務委員会等において、種々質疑応答がなされている。そして行政協定自体につき国会の承認を経べきものであるとの議論もあつたが、政府は、行政協定の根拠規定を含む安全保障条約が国会の承認を経て以上、これと別に特に行政協定につき国会の承認を経る必要はないといい、国会においては、参議院本会議において、昭和二七年三月二五日に行政協定が憲法七三条による条約であるから、同条の規定によつて国会の承認を経べきものである旨の決議案が否決され、また、衆議院本会議において、同年同月二六日に行政協定は安全保障条約三条により政府に委任された米軍の配備規律の範囲を越え、その内容は憲法七三条による国会の承認を経べきものである旨の決議案が否決されたのである。しからば、以上の事実を徴し、米軍の配備を規律する条件を規定した行政協定は、既に国会の承認を経た安全保障条約三条の委任の範囲内のものであると認められ、これにつき特に国会の承認を経なかつたからといつて、違憲無効であるとは認められない。）

しからば、原判決が、アメリカ合衆国軍隊の駐留が憲法九条二項前段に違反し許すべからざるものと判断したのは、裁判所の司法審査権の範囲を逸脱し同条項および憲法前文の解釈を誤つたものであり、従つて、これを前提として本件刑事特別法二条を違憲無効としたことも失当であつて、この点に関する論旨は結局理由あるに帰し、原判決はその他の論旨につき判断するまでもなく、破棄を免かれない。

よつて刑訴四一〇条一項本文、四〇五条一号、四一三条本文に従い、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官田中耕太郎、同島保、同藤田八郎、同入江俊郎、同垂水克己、同河村大助、同石坂修一の補足意見および裁判官小谷勝重、同奥野健一、同高橋潔の意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官田中耕太郎の補足意見は次のとおりである。

私は本判決の主文および理由をともに支持するものであるが、理由を次の二点について補足したい。

一、本判決理由が問題としていない点について述べる。元来本件の法律問題はきわめて単純かつ明瞭である。事案は刑事特別法によつて立入を禁止されている施設内に、被告人等が正当の理由なく立ち入つたということだけである。原審裁判所は本件事実に対して単に同法二条を適用するだけで十分であつた。しかるに原判決は同法二条を日米安全保障条約によるアメリカ合衆国軍隊の駐留の合憲性の問題と関連せしめ、駐留を憲法九条二項に違反するものとし、刑事特別法二条を違憲と判断した。かくして原判決は本件の解決に不必要な問題にまで遡り、論議を無用に紛糾せしめるにいたつた。

私は、かりに駐留が違憲であつたにしても、刑事特別法二条自体がそれにかかわりなく存在の意義を有し、有効であると考え。つまり駐留が合憲か違憲かについて争いがあるにしても、そ

してかりにそれが違憲であるとしても、とにかく駐留という事実が現に存在する以上は、その事実を尊重し、これに対し適当な保護の途を講ずることは、立法政策上十分是認できるところである。

およそある事実が存在する場合に、その事実が違法なものであつても、一応その事実を承認する前提に立つて法関係を局部的に処理する法技術的な原則が存在することは、法学上十分肯定し得るところである。違法な事実を将来に向つて排除することは別問題として、既定事実を尊重し法的安定性を保つのが法の建前である。それによつて、ある事実の違法性の影響が無限に波及することから生ずる不当な結果や法秩序の混乱を回避することができるのである。かような場合は多々存するが、その最も簡単な事例として、たとえ不法に入国した外国人であつても、国内に在留するかぎり、その者の生命、自由、財産等は保障されなければならないことを挙げることができる。いわんや本件駐留が違憲不法なものでないにおいておや。

本件において、もし駐留軍隊が国内に現存するという既定事実を考慮に入れるならば、国際慣行や国際礼讓を援用するまでもなく、この事実に立脚する刑事特別法二条には十分な合理的理由が存在する。原判決のふれているところの、軽犯罪法一条三二号や住居侵入罪との法定刑の権衡のごとき、結局立法政策上の問題に帰着する。

要するに、日米安全保障条約にもとづくアメリカ合衆国軍隊の駐留の合憲性の問題は、本来かような事件の解決の前提問題として判断すべき性質のものではない。この問題と、刑事特別法二条の効力との間には全く関連がない。原判決がそこに関連があるかのように考えて、駐留を違憲とし、従つて同法二条を違憲無効なものと判断したことは失当であり、原判決はこの一点だけで以て破棄を免れない。

二、原判決は一に指摘したような誤つた論理的過程に従つて、アメリカ合衆国軍隊の駐留の合憲性に関連して、憲法九条、自衛、日米安全保障条約、平和主義等の諸重要問題に立ち入つた。それ故これらの点に関して本判決理由が当裁判所の見解を示したのは、けだし止むを得ない次第である。私は本判決理由をわが憲法の国際協調主義の観点から若干補足する意味において、以下自分の見解を述べることにする。

およそ国家がその存立のために自衛権をもっていることは、一般に承認されているところである。自衛は国家の最も本源的な任務と機能の一つである。しからば自衛の目的を効果的に達成するために、如何なる方策を講ずべきであらうか。その方策として国家は自国の防衛力の充実に期する以外に、例えば国際連合のような国際的組織体による安全保障、さらに友好諸国との安全保障のための条約の締結等が考え得られる。そして防衛力の規模および充実の程度やいかなる方策を選ぶべきかの判断は、これ一つにその時々の世界情勢その他の事情を考慮に入れた、政府の裁量にかかる純然たる政治的性質の問題である。法的に認め得ることは、国家が国民に対する義務として自衛のために何等かの必要適切な措置を講じ得、かつ講じなければならないという大原則だけである。

さらに一国の自衛は国際社会における道義的義務でもある。今や諸国民の間の相互連帯の関係は、一国民の危急存亡が必然的に他の諸国民のそれに直接に影響を及ぼす程度に拡大深化されている。従つて一国の自衛も個別的にすなわちその国のみの立場から考察すべきでない。一国が侵略に対して自国を守ることは、同時に他国を守ることになり、他国の防衛に協力することは自国を守る所以でもある。換言すれば、今日はもはや厳格な意味での自衛の観念は存在せず、自衛はすなわち「他衛」、他衛はすなわち自衛という関係があるのみである。従つて自国の防衛にしろ、他国の防衛への協力にしろ、各国はこれについて義務を負担しているものと認められるのである。

およそ国内的問題として、各人が急迫不正の侵害に対し自他の権利を防衛することは、いわゆる「権利のための戦い」であり正義の要請といい得られる。これは法秩序全体を守ることを意味する。このことは国際関係においても同様である。防衛の義務はとくに条約をまつて生ずるものではなく、また履行を強制し得る性質のものでもない。しかしこれは諸国民の間に存在する相互依

存、連帯関係の基礎である自然的、世界的な道德秩序すなわち国際協同体の理念から生ずるものである。このことは憲法前文の国際協調主義の精神からも認め得られる。そして政府がこの精神に副うような措置を講ずることも、政府がその責任を以てする政治的な裁量行為の範囲に属するのである。

本件において問題となつている日米両国間の安全保障条約も、かような立場からしてのみ理解できる。本条約の趣旨は憲法九条の平和主義的精神と相容れないものということとはできない。同条の精神は要するに侵略戦争の禁止に存する。それは外部からの侵略の事実によつて、わが国の意思とは無関係に当然戦争状態が生じた場合に、止むを得ず防衛の途に出ることおよびそれに備えるために必要有効な方途を講じておくことを禁止したものではない。

いわゆる正当原因による戦争、一国の死活にかかわる、その生命権をおびやかされる場合の正当防衛の性質を有する戦争の合法性は、古来一般的に承認されているところである。そして日米安全保障条約の締結の意図が、「力の空白状態」によつてわが国に対する侵略を誘発しないようにするための日本の防衛の必要および、世界全体の平和と不可分である極東の平和と安全の維持の必要に出たものである以上、この条約の結果としてアメリカ合衆国軍隊が国内に駐留しても、同条の規定に反するものとはいえない。従つてその「駐留」が同条二項の戦力の「保持」の概念にふくまれるかどうかは一我々はふくまれないと解する一むしろ本質に関係のない事柄に属するのである。もし原判決の論理を是認するならば、アメリカ合衆国軍隊がわが国内に駐留しないで国外に待機している場合でも、戦力の「保持」となり、これを認めるような条約を同様に違憲であるといわざるを得なくなるであろう。

我々は、その解釈について争いが存する憲法九条二項をふくめて、同条全体を、一方前文に宣明されたところの、恒久平和と国際協調の理念からして、他方国際社会の現状ならびに将来の動向を洞察して解釈しなければならない。字句に拘泥しないところの、すなわち立法者が当初持っていた心理的意思でなく、その合理的意思にもとづくところの目的論的解釈方法は、あらゆる法の解釈に共通な原理として一般的に認められているところである。そしてこのことはとくに憲法の解釈に関して強調されなければならない。

憲法九条の平和主義の精神は、憲法前文の理念と相まつて不動である。それは侵略戦争と国際紛争解決のための武力行使を永久に放棄する。しかしこれによつてわが国が平和と安全のための国際協同体に対する義務を当然免除されたものと誤解してはならない。我々として、憲法前文に反省的に述べられているところの、自国本位の立場を去つて普遍的な政治道德に従う立場をとらないかぎり、すなわち国際的次元に立脚して考えないかぎり、憲法九条を矛盾なく正しく解釈することはできないのである。

かような観点に立てば、国家の保有する自衛に必要な力は、その形式的な法的ステータスは格別として、実質的には、自国の防衛とともに、諸国家を包容する国際協同体内の平和と安全の維持の手段たる性格を獲得するにいたる。現在の過渡期において、なお侵略の脅威が全然解消したと認めず、国際協同体内の平和と安全の維持について協同体自体の力のみに依存できないと認める見解があるにしても、これを全然否定することはできない。そうとすれば従来の「力の均衡」を全面的に清算することは現状の下ではできない。しかし将来においてもし平和の確実性が増大するならば、それに従つて、力の均衡の必要は漸減し、軍備縮少が漸進的に実現されて行くであろう。しかるときに現在の過渡期において平和を愛好する各国が自衛のために保有した利用する力は、国際的性格のものに徐々に変質してくるのである。かような性格をもっている力は、憲法九条二項の禁止しているところの戦力とその性質を同じうするものではない。

要するに我々は、憲法の平和主義を、単なる一国家だけの観点からでなく、それを超える立場すなわち世界法的次元に立つて、民主的な平和愛好諸国の法的確信に合致するように解釈しなければならない。自国の防衛を全然考慮しない態度はもちろん、これだけを考えて他の国々の防衛に熱意と関心とをもたない態度も、憲法前文にいわゆる「自国のことのみに専念」する国家的利

己主義であつて、眞の平和主義に忠実なものとはいえない。

我々は「国際平和を誠実に希求」するが、その平和は「正義と秩序を基調」とするものでなければならぬこと憲法九条が冒頭に宣明するごとくである。平和は正義と秩序の実現すなわち「法の支配」と不可分である。眞の自衛のための努力は正義の要請であるとともに、国際平和に対する義務として各国民に課せられているのである。

以上の理由からして、私は本判決理由が、アメリカ合衆国軍隊の駐留を憲法九条二項前段に違反し許すべからざるものと判断した原判決を、同条項および憲法前文の解釈を誤つたものと認めたことは正当であるとする。

裁判官島保の補足意見は次のとおりである。

日本国憲法九条はわが国の自衛権そのものを否定するものではないこと、同条二項にいう戦力とは、わが国の指揮管理下にある戦力を意味し、かかる状況にない外国軍隊の戦力をいうものでないと解すべきことについては、多数意見に同調するものである。

憲法九条二項を以上の趣旨に解する以上、わが国がその指揮管理下に戦力を保有すること以外のいかなる手段方法によつてわが国の存立をまつとうすべきかということ（従つて、わが国の指揮管理下に立たない外国の軍隊に依存してその自衛をまつとうすべきかということ）については、わが憲法は、直接これを規定することなく、政治部門の裁量決定に委ねる趣旨と解さざるを得ない。もとより、わが憲法の基本精神が平和主義・国際協調主義にある以上、政治部門がこのことを決定するに当つては、できるかぎりこの精神に忠実でなければならないことは当然であり、この意味において、平和主義・国際協調主義の精神が政治部門の政策決定の基本方針ないし裁量決定の基準となるものと解さねばならない。従つて、この点に関する政治部門の裁量権には一定の限界があり、明白に平和主義・国際協調主義の精神を裏切るような決定は許されないものと解すべきであるが、その反面において、いやしくも、政治部門の政策決定が裁量権の限界を超えるものでないと認められる以上、本来政治に関与すべきでない裁判所が、右政策決定の当否に立ち入つてこれを問議すべきでないことは当然である。

そこで、本件の問題は、わが国の政治部門が安全保障条約（以下安保条約という。）を締結してアメリカ合衆国軍隊をわが国に駐留させることによりわが国の存立をまつとうしようと決定したことが、平和主義・国際協調主義の精神に明白に反し、裁量権の限界を超えるものと認められるかどうかということにある。この観点から考えてみるに、この条約は、軍国主義がまだ世界から駆逐されていないのにわが国が武装を解除され、固有の自衛権を行使する有効な手段をもたなくなつたので、その防衛のため暫定措置を講ずる必要があるとの見地に立つて締結されたものであり、同条約は、国際連合軍による日本区域における安全保障措置が効力を生じたと認められた時にその効力を失うものであることは、その明文上明らかである。これによつてみれば、わが国の政治部門は、国際社会になお侵略戦争の危険があるとの認識を基礎として、世界の平和と安全を維持するための機構である国際連合がなお理想的機能を發揮し得ない国際情勢にかんがみ、わが憲法の平和主義・国際協調主義の精神にできるかぎり添いつつわが国の存立をまつとうする手段として、さし当り、安保条約を締結して合衆国軍隊を駐留させることが最も適切な方法であるとの決定に到達したものであることは明らかである。されば、右決定の基礎となつた世界情勢の判断をもつて、明白に誤りであると断定し得ない以上、この判断を基礎としてなされた政治部門の決定が明白に平和主義・国際協調主義の精神に反し裁量権の限界を超えるものと断定し得ないことも当然である。もとより、世界情勢の認識については、右と異なる判断もあり得ないわけではなく、右と異なる政治的判断を基礎として、わが国にいずれの外国の軍隊をも駐留させないことがかえつてわが国の平和と安全を維持する所以であると説くことは、一の政策論として、必ずしも不可能ではないであろう。しかし、われわれは、世界情勢についての互に相異なる二つの判断のうちいずれか一方が明白に誤りであると断定すべき根拠を発見し得ないし、現下の世界情勢の下で、何人も、わが国にいずれの外国の軍隊をも駐留させないことによつてわが国の平和と安全を保持し得

ることを疑を容れないまでに明確に論証することは不可能であろう。問題は、現下の世界情勢の下で、できるかぎり平和主義・国際協調主義の精神に添いつつわが国の平和と安全とをまつとうする方法として、いずれの外国の軍隊をもわが国に駐留させない方式と、安保条約を締結して合衆国軍隊を駐留させる方式と、いずれの方式がいつそう有効適切であるかということにあり、われわれは、後の方式が前の方式に比して明確に不適切なものであると断定すべき手掛を発見し得ない以上、わが国の政治部門が後の方式を決定したことをもつて、裁量権の限界を超えるものと断定することは許されないものといわねばならない。しかも、この点の決定は、わが国の運命に関する重大な政治的決断を含むものであり、内閣が成規の手續により条約としてこれを締結し、国会の承認を得、さらに数次の選挙を通じて大多数の国民の支持を得ているところである。してみれば、政治部門の右決定は、憲法によつて委された裁量権の範囲内における最終決定として尊重すべきことは当然であり、本来政治に関与すべきでない裁判所がかかる政策決定の当否に立ち入つてこれを審査することは、わが憲法の期待しないところと解さざるを得ない。以上の理由により、わが政治部門が安保条約を締結して合衆国軍隊を駐留させたことが違憲といい得ない以上、これが違憲であることを前提として本件刑事特別法二条の規定が無効であると判断した原判決は失当であり、破棄を免れない。

裁判官藤田八郎、同入江俊郎の補足意見は次のとおりである。

われわれは多数意見に同調するものであるけれども、左に補足意見として多数意見に同調する所以を明らかにする。

一、日本国憲法は、立法、行政、司法の三権の分立を確立し、司法権はすべて裁判所の行うところとした（七六条一項）。

また、裁判所法は、裁判所は一切の法律上の争訟を裁判するものと規定し（三条一項）、民事、刑事のみならず行政事件についても、事項を限定せず概括的に司法裁判所の管轄に属するものとせられ、さらに、憲法は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを審査決定する権限を裁判所に与えた（八一条）。これらの結果、国の立法、行政の行為は、それが法律上の争訟となるかぎり、違憲審査を含めて、すべて裁判所の裁判権に服することとなつたのである。これがいわゆる司法権の優位として、司法権に、立法、行政に優越する権力をみとめるものとせられ、日本国憲法の一特徴とされるところである。

しかしながら、司法権の優位にも限度がある。憲法の三権分立の構想において、その根幹を為すものは三権の確たる分立と共に、三権相互のチェック（check）とバランス（balance）であつて、司法権優位といつても、憲法は決して司法権の万能をみとめたものでないことに深く留意しなければならない。たとえば、直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為は、たとえ、法律上の争訟となる場合においても、従つてこれに対する有効無効の法律判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものといわなければならない。この司法権に対する制約は、結局三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手續上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである。

そして、このことは、その沿革、理論上の根拠、これが対象となる行為の範囲等については、区々たるを免れないけれども、ひろく欧米諸国において、すなわち、フランスにおいてはアクト・ド・グーベルヌマン（acte de gouvernement）、イギリスにおいてはアクト・オブ・ステート（act of state）又はマター・オブ・ステート（matter of state）、アメリカ合衆国においてはポリチカル・クエスチオン（political question）として古くから判例上みとめられ、戦後西独においてはボン憲法一九条に関連し、レギーリングスアクト（Regierungssakt）又はホーハイツアクト（Hoheits

a k t)として学説上是認せられるところである。わが国においても、日本国憲法施行後、多くの公法学者によつて統治行為なる観念の下にみとめられるに至つたことは周知のとおりである。二、本件において原判決は「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基く行政協定に伴う刑事特別法」二条は違憲無効の法律であるとして、これが適用を求める検察官の請求を斥けて被告人等に無罪の言渡をしたのであるが、原判決が刑事特別法二条を無効とする理由を原判文について検討すれば、同法同条は、わが国に駐留するアメリカ合衆国軍隊の施設又は区域内の平穩に関する法益を保護するために設けられた規定であるが、わが国が「合衆国軍隊の駐留を許容していることは、憲法九条二項前段によつて禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するもの」であつて「わが国に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるもの」であるから、その施設又は区域内の平穩に関する法益保護のため特に設けられた刑事特別法二条は究極するところ憲法三一条に違反することとなり無効であるというに帰する。すなわち、原判決はわが国に合衆国軍隊の駐留を許容する行為が憲法違反であることを前提として、刑事特別法二条を無効としているものであることはあきらかである。そして、わが国が合衆国軍隊の駐留を許容する行為として、その基幹を為すものは、「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約」であつて、合衆国軍隊の駐留は右条約の履行として為されているのであるから、当審において原判決の当否を審査するにあつては、まず右安全保障条約自体が憲法に違反するかどうかの点を審査しなければならないものであることは、多数意見の説示するところである。

三、日米安全保障条約は、日本国と連合国との間に昭和二六年九月八日調印された「日本国との平和条約」(昭和二七年条約第五号)と同日に署名され、平和条約第六条(a)但書の規定に基いて、平和条約発効後におけるわが国の安全のための措置として、アメリカ合衆国との間に締結されたものであつて、平和条約と不可分の関係に立つものである。そして、この保障条項は、いわゆる対日講和七原則の第四「安全保障」に由来するものであり、武装解除後防衛力をもたぬわが国の真空状態を、いかにしてその安全を保障するかに関して、かねて、アメリカ合衆国政府が来るべき平和条約の一要綱として各連合国と折衝したところにもとづくものであつて、実質的には平和条約の一内容を為すものといつても必ずしも過言ではないのである。平和条約は日本国と連合国との間の戦争状態を終了せしめ、日本国の完全な主権を回復し、日本国をして今後独立国として世界各国の間に伍して国際社会において名誉ある地位を占めることを得しめる、わが国にとつて、国の興廃にも関するきわめて重要な条約であることはいうまでもないところであつて、かくの如き条約こそ、国家統治の根本に触れた最も高度の政治性を具有する条約であるといわなければならない。そして、わが国は敗戦国であり、当時なお、被占領の状態にあり、独立の国家間の条約のごとく、自由対等の立場において、平和条約を締結し得る場合でなかつたこともこの条約の性格を検討するにあつてはとくに考慮すべき事柄である。変転きわまりなき複雑な国際情勢下において、かかる条約の折衝にあたることは多分に高度の政治的考慮を要するものであることはもとより、いうまでもないところであらう。以上の意味において、平和条約ならびにこれと一体不可分の関係にある日米安全保障条約は、その政治性はきわめて高度であるといわなければならない。

四、われわれは日本国憲法の下においても、司法権の本質に由来する司法権の限界としていわゆる統治行為の観念を是認すべきものとするのであるが、統治行為の観念については、これをみとめるべき範囲に関し、諸種の問題はあるとしても、いやしくも統治行為なる観念をみとめる以上、本件日米安全保障条約のごときものこそこれに該当するものと考えざるを得ないのである。もとより政府がかかる条約を締結し、国会がかかる条約を承認するにあつては、その自らの責任においてこれが合憲性を審査判断すべき国法上の義務あることは勿論であるが、裁判所としては、かくのごとき国家行為については、原則として、これら政治部門の判断を容認すべきであつて、換言すれば、かかる条約の違憲性のごときは裁判所の審査権の埒外にありと結論せざるを得ないのである。そして、このことは本件におけるがごとく、安全保障条約の有効無効が、直接訴訟の対象と

して判断をもとめられているのでなく、本件適用法条たる刑事特別法二条の有効無効を判断するにつきその前提問題として取り上げられている場合であつてもその理は同じであつて、ひとしく裁判所の審査の外にあり、その結果、裁判所としては右条約は合憲有効であるとの前提に立つて審理をすすめるほかはないのである。(われわれは安全保障条約は条約なるが故に裁判所の審査権の外にあるというのではない。条約は憲法と並んで、若しくはこれに優位する国の最高法規であるから違憲審査の対象にならないとか、或は条約はすべて国際的性質を有するものであるから、一国の裁判所の審査権に服さないとかいう説はわれわれの左袒しないところである。条約も、その国内法的効力は原則として裁判所の審査に服するものとするのであるが、本件安全保障条約のごとき、前述のごとく最も政治性の高いもの、いわゆる統治行為に属する条約は、統治行為なるの故をもつて、その国内法的効力もまた裁判所の審査権の外にあると考えるものである。)

なお、最後に考えるべき問題がある。統治行為は右に述べたごとく裁判所の審査権の外にあるとしても、問題となる行為がいわゆる統治行為の範疇に属するかどうかは、もとより裁判所の判断によつて決すべきであるのみならず、当該行為が統治行為の範疇に属するものとせられた場合においても、若しその行為が実は実体上不存在であるとか、またはその行為があきらかに憲法の条章に違反するがごとき、一見明白にその違憲性が顕著なる場合には、(かくのごときことは実際問題としては、ほとんど考えられないことであろうけれども) 例外として、裁判所によつて、その不存在、若しくは違憲を宣明することができるということである。かくのごとき場合にも、尚かつ裁判所の審査を除外すべき何等の合理的理由はないからである。多数意見が本件安全保障条約については原則として裁判所に審査権なしとしながら、以上の限度において、同条約について、右のごとき意味における違憲の点のない旨を判示したのはこの考え方によるものであると理解する。五、しかるに、原判決は如上説示のごとき裁判所の審査権の範囲を超えて、本件安全保障条約について、その条項に立入つて違憲性を審査し、ひいて同条約にもとづく合衆国軍隊の駐留を違憲なりと断定し、その前提に立つて刑事特別法二条の無効を判示したのは、いわゆる統治行為に対する裁判所の審査権の限界に関する解釈をあやまつたことによるものであつて、原判決はこの点において破棄を免れないものである。

(行政協定の承認について。

「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基く行政協定」が性質上条約であつて憲法七三条三号但書により国会の承認を必要とするものであることは論を待たないところである。そして、これが承認は、事前にせよ事後にせよ、国会において、協定の内容について十分に検討した上でなすべきことは、まさに憲法の要請するところであると信ずる。—アメリカ合衆国上院が本件安全保障条約を承認するにあつて、特に右行政協定の内容を検討した上で条約の承認をしたことは、もつて範とすべきであろう。—しかしながら、この行政協定の承認に関しては、政府は行政協定の根拠規定たる安全保障条約が国会の承認を経ている以上、これと別に行政協定につき国会の承認を経る必要はないといい、国会においては参議院においても、衆議院においても、行政協定は特に国会の承認を経べきものであるとする決議案を否決したことは多数意見の説明するとおりであり、殊に本件において問題とされているのはアメリカ合衆国軍隊駐留の施設、区域に関するものであるが、この事項に関するかぎり行政協定は安全保障条約三条に対する国会の承認によつて包括的に承認されているとの解釈もあながち不当とはいえないのであつて、裁判所としては国会の承認というがごとき国会の行為に関しては、政府および国会の右見解を容認することが結局、三権分立の趣意に沿う所以であると思料する。) 以上の理由によりわれわれは多数意見に同調するものである。裁判官垂水克己の補足意見は次のとおりである。

一、争点と本判決理由の構成原判決は次のような趣旨のことをいう「わが国が日米安全保障条約(その国内法的部面)により米軍の駐留を許容していることは憲法九条二項前段の禁止する戦力の保持に当たる。だから駐留米軍は右憲法の条項上存在を許されないものである。ほかならぬ憲法がその存在を許さないものであるということこそ、駐留米軍の施設または区域内の平穩に関する

法益が一般国民の同種法益以上の厚い保護を受けるべき合理的理由がないとされるべき唯一の、しかし何よりも有力な根拠である。すなわち、原判示の刑事特別法二条は駐留米軍を保護するため軽犯罪法一条三二号所定の一般の場合よりも特に重い刑をもつて臨むものであるから、結局、右特別法二条は何の合理的理由もないのに駐留米軍を特に厚く保護するものであり、「何人も「適正な」(垂水註、この三字に注意) 手続によらなければ刑罰を科せられない」ことを趣旨とする憲法三一条に違反し無効なものである。被告人らが起訴状記載通りの行為をした事実は証拠により認められるが、これに対しては違憲無効な刑事特別法二条は適用すべき限りでない。彼等の行為は起訴状に明示された訴因としては犯罪を構成しない。」と。

これに対し、上告趣意はいう「右刑事特別法二条は駐留米軍の施設、地域内の平穩に関する法益を一般のそれよりも厚く保護すべき数個の合理的理由があるから憲法三一条に違反しない(第一点)。米軍の駐留を許容する日米安全保障条約も憲法九条二項前段に違反しない(第二点)。のみならず、元来、同条約(その国内法的部面)についても、またこれに関する政府の締約行為や国会各院の承認行為についても、それらが憲法に適合するか否かを判断することは、憲法上、司法裁判所の違憲審査権の限界外にある。原判決が同条約とこれに基く米軍の駐留を違憲とした判断は憲法の解釈を誤り裁判権の限界を越えた失当のものである(第三点)」と。

であるから、本判決において判断されるべき主要問題は、刑事特別法二条は原判示のような理由で憲法三一条に違反するといえるかどうかである。

では、先ず大前提である憲法三一条の趣旨如何。これについてはわが国に二つの説があると思う。第一説は大体次のような説である「同条の趣旨は、何人も国会を通過した法律(手続法)に定めた手続によらなければ、刑罰その他これに近似する刑事、民事もしくは行政上の不利益な裁判、処分、措置を受けない、のみならず、裁判所が刑罰手続等において準拠すべき裁判規範としての実体法(刑法等)も不適正、不正義な、すなわち、憲法の人間尊重、人権、自由尊重の基本的精神に背くことが明白なものであつてはならない、かような意味で明白に不適正な刑罰法規は憲法の他の条項に直接違反しなくても憲法三一条違反となる、というのである」と。(原判決はこのような説に属すると解される。)

第二説はいう「憲法三一条は単に刑罰その他これに近似する不利益措置は国会を通過した手続法によらなければ科せられない、というだけで、実体法(刑罰法規等)が第一説のいう意味で明白に不適正、不合理的なものでないことをまで必要とする趣旨ではない」と。

そこで、もし、本判決がこの第二説を採るなら、次のようにいえば足り、それでおしまいである。「憲法三一条は、決して実体的刑罰法規が明白に合理的理由を欠くものであつてはならないという趣旨を含むものではない。原判決が刑事特別法二条は合理的理由を欠くものと判断し、その故に同条を憲法三一条に違反する無効のものと断定したのは、その合理的理由を欠くとした法的理由の如何にかかわりなく憲法三一条の解釈を誤つたものである」と。

ところが、本判決はこのような趣旨を判示していない。だからといって、本判決は第一説の適正手続説に従つた趣旨の判示もしていない、と解される。ただ、第二説に従うなら、訴訟法上不必要的な、否、むしろ、してはならない判断までしている(裁判所は法律に従つて裁判しなければならない)ということになるところから見て、第一説の見地に立っていると解される余地はあるかも知れないが、私の解釈では、本判決が第一説の見地に立つことを暗黙に判示しているとも見るのも早計だと思う。

本判決は、私の解釈によると、次の趣旨に結論する。「わが国の平和と安全ひいてはわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有する条約については、一般の条約と異り、その内容が違憲なりや否やの法的判断は純司法的機能を使命とする司法裁判所の審査には原則として適しない性質のものであり、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは(憲法八一条所定の)裁判所の審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべきものである。昭和三二年七月

八日当時砂川町所在立川飛行場内の土地を使用していた空軍を含む米国軍隊の駐留の基礎である日米安全保障条約およびその三条に基く行政協定は右のような高度の政治性を有する条約と解すべきであるから、その内容が違憲なりや否やの判断をすることは裁判所の審査権の範囲に属しない。(尤も右のような条約でも一見極めて明白に違憲無効と認められる場合には裁判所は違憲審査権を有するところ、右安全保障条約および行政協定は一見極めて明白に憲法九条二項前段に違反するものとは到底認められない。) 原判決が同条約に基く米軍の駐留を憲法九条二項前段に違反し許すべからざるものと判断したのは、裁判所の審査権の範囲を逸脱し同条および憲法前文の解釈を誤まつたものであり、従つてこれを前提として本件刑事特別法二条を違憲と判断したことも失当である。(なお、右行政協定は、右特別法二条の関係においてこれをみても、右条約三条に基く米軍の配備を規律する条件を定めるもので、日米安全保障条約と同様の性質の条約であるから、しかる以上それが国会の承認を欠く違憲無効のものであるか否かの審査権も前同様の理由で裁判所には属しない)」と。

本判決によれば、原審が刑事特別法二条を憲法三一条違反とした理由であるところの、右安全保障条約が憲法九条二項に違反するという判断は、裁判権の範囲を逸脱した憲法上従つてまた訴訟法上許されない判断である、故にこの無権限判断の上に立つて刑事特別法二条を合理的理由を欠くものとした原判決は、(a) 前記第一説的見地からいえば、「無権限判断に基いて右特別法二条を憲法三一条違反と断じた違憲、違法(憲法八一条の違憲審査権の解釈の誤、刑事特別法二条の解釈方法の誤)があるもので、その憲法九条二項前段の解釈が実体的に正当か否かは問うべき限りでなく、この最後の点は、上告審といえども審査しえないところである」といわねばならない。(b) もし、第二説的見地からいえば、当審としては、「右特別法二条は合理的理由を欠くという理由からは憲法三一条違反とはいえないから、原判決が右特別法二条は合理的理由を欠くから憲法三一条に違反すると結論したのは、その合理的理由を欠くとした判断が無権限のものか否か、その内容が如何なるものかを問うまでもなく憲法三一条の解釈を誤まつたものである」と判示して、それだけで原判決を破棄してよい筈である。

本判決は第一説、第二説いずれの見地に立つかを明らかにしないが、いずれの見地に立つにせよ原判決の理由からは右特別法二条が憲法三一条違反といえない点では一致するのであつて、この結論的理由においては反対意見はないと解される。

本判決が、日米安全保障条約については裁判所は違憲審査権なしといいながら、これが憲法九条二項前段に適合するか否かについて判断し、そのために、わが国が固有の自衛権を有することから説き起こして憲法の右条項の趣旨を判示し、平和目的のため自らを防衛する手段として、わが国が主体となつて指揮権管理権を行使しえない外国軍隊に頼る途を選んで締結した日米安全保障条約およびこれに基いてわが国内に米軍を駐留させることは、少くとも「見極めて明白に」憲法の右条項に違反するといえないという実体的憲法判断をまですしたのは、いうまでもなく、かような性質の条約であつても裁判所に違憲審査権のある場合に当たらないかどうかを審査するためであつたと解される。

本判決は、本件刑事特別法の基く行政協定が形式的に国会の承認を欠く違憲無効のものか否かの点についても裁判所に違憲審査権がないことを念のため判示した。この判示は傍論ではあつても、わが訴訟法上は差戻後の裁判所を拘束する規範とならう。

二、裁判所の違憲審査権

裁判所は、国内法としての一般条約を含む一般の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する(憲法八一条)。これが原則である。しかしわが憲法の三権分立の理念、司法権の性質、行使の仕方、その効果に照らし、例外として、ある種の国会各院の行為または政府の行為で、裁判所によつてそれが違憲であると決定されるに適しないため裁判所の審査権の対象から除外されるべきものがある。私は欧米の憲法上「統治行為」、「裁判所の審査に服しない高権行為」もしくは「政治問題」などと呼ばれるものについて知るところがないが、わが国

には、統治行為の観念はこれを定義または悉く列挙する方法で明らかにすることは困難であるとしつつもこの名の下に国会の行為または政府の行為のうちには裁判所の違憲審査の対象とされるべきでないものが存するとの学説もあり、上告趣意第三点は明らかにこれを主張する。本判決は、この点を検討し、国内法としての日米安全保障条約（および同条約三条に基く行政協定）が「わが国の平和と安全ひいてはわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものであつて裁判所の違憲審査には適しない性質のものである」と判定し、その故に、両条約が違憲なりや否やを審査することは憲法八一条に定める裁判所の権限の範囲外のことであるとして司法権の一つの限界を示し、法律にも例外として裁判所の違憲審査に服しないものがあることを判示したのである。（本判決において、一般に条約とは、条約がその文言ないし趣旨どおり国内法としての効力をもつものとして公布されたものを指す。従つて一般国内法律と同じく憲法に違反するときは無効とされるのを原則とする）。この両条約の国際法上の効力を裁判所は否定できないが、すでに両条約についての政府の締約行為および国会の承認行為の違憲審査が司法権の限界外にある以上、これらに基いて出来上つた両条約の国内法的部面の違憲審査も権限外であるという訳である。裁判所の違憲審査権の限界を決定することも裁判所の権限であると考ええる。

ところが、原判決は、「日米安全保障条約とこれに基く米軍の駐留が憲法九条二項前段に違反するから刑事特別法二条は憲法三一条に違反する」と判決したのに対し、本判決は、「原審が権限なくして同条約を違憲であるとした判断に基いては右特別法二条を憲法三一条違反と判断することは許されない。けだし、前記のような高度の政治性を持つ条約については、一般の条約その他一般の法律と異り、その内容が違憲か否かの判断は一見極めて明白に違憲無効と認められない限りは裁判所の審査権の範囲外のものであつて、それは内閣および国会の判断に従うほかないからである。これは国内法律でも裁判所が例外として違憲審査権を持たない場合である。右安全保障条約および行政協定の内容は憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合しこそすれこれらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて無効であるとは認められない。」という。

思うに、条約内容が前記のような高度政治性のものであることが判つたら裁判所はその違憲審査権がないとの理由でそれが憲法九条二項に牴触するか否かについて判示せずその条約規定を遵守適用するほかないことを判示すれば足る筈である。思考の論理上条約内容を審査することによつてのみ、それが「違憲無効」、しかも「違憲無効であることが一見極めて明白だ」という判断が生れるのだから、本判決は違憲か否かの実体的審査権があるかどうかの形式的審査（裁判所の権限審査）のためにその実体的審査をすることを認容するものの如くであるが、これは本件では必要でない判断であるとしても、判断しても差支ないであろう。（私は、判示のような高度政治性の法律についても、裁判所は、合憲か違憲かの実体的審査はしなければならず、する権限を持つのではないか、ただこの場合、かような高度政治性法律については、裁判所はこれを違憲と考えても、違憲と考えたことを理由としてこれを無効としてその適用を拒否する権限を持たないという制限を受けるのではないか、違憲審査権というものはそういうものではないか、という疑問は検討に値すると思う。）

三、刑事特別法二条と憲法三一条原判決のいうような理由では刑事特別法二条は憲法三一条に違反するとはいえない。というのが訴訟法上本判決の主たる理由である。裁判所が前記第一説（適正手続説）の見地に立つて判決するとしても、このような場合判決理由中に右特別法二条の持つ合理的理由を一々判示する必要はないと考える。けだし、幾千に上る法律の中の一規定について憲法の全条項や他のすべての法律の規定との関連においてその合理的理由の総てを示すことは至難の業である。それほど個々の法条とその集積である全法体系の趣旨は含蓄に富みかつ流動的でもある。が、今、本件刑事特別法二条を是認すべき理由の一、二について触れてみよう。第一に、同法条に違反する犯罪行為は日米安全保障条約および行政協定三条に基いて米軍が日本国内およびその附近に具体的に配備され許されて特定の施設または地域を使用する状態が現実が発生したのでなければ起りえない。しかるに、米軍がわが国に駐留し特定の施設または地域を使用するのは

右両条約に基くのであり、この両条約のわが憲法上の違憲性は国際法上米国に対抗できないから、両条約の違憲、合憲に拘らず、駐留米軍の使用する施設または地域の平穩を、軽犯罪法一条三二号をもつて、一般の内外公私の施設または地域の平穩よりも少しく厚く保護することは一概に理由なしとなしえない。(かく保護しなければならないことはないが保護してもよい。立法政策の問題である)。第二に、刑事特別法二条が保護しようとする施設または地域というのは(a)条約に基き(b)わが国の平和と安全を防衛することを一の重要目的として駐留する(c)外国の(d)軍隊が使用するものである点において、わが国内に存する一般の内外公私の施設または地域と異なる全く独特の存在である。軍隊は非常事態の勃発に際しては敏速機宜の組織的な広範囲の活動を出来る限り他人に阻害されないで行わなければならない。そのためには演習、移動の際その他平時においても軍隊ないしその従属者によるその施設、地域の使用の自由(軍人、軍属、家族等の組織的生活におけるその使用の自由)が特に十分に確保されていることが適切であつて、そこにみだりに人々がはいつたり障害物が持ち込まれたりしてはならない。(地域内の教会、家庭、映画館にいる軍人が軍務のため至急そこを飛び出し地域内の空地に集合しなければならない場合もあろう。)このことはわが国の安全にも関係する。また駐留軍使用の施設、地域には危険物がありうる、また、わが警察力はここに充分には及ばない。第三に、わが国を防衛するための駐留軍である以上、その使用する立入禁止の施設、区域にみだりに立ち入るために相互の誤解等によるトラブルなどが起り両国の交友関係に悪影響を及ぼすようなことがあつてはならない。そのために、あるいは単なる国際礼讓として、駐留米軍の法益を特に重く保護すべき理由も成立する。刑法九二条が、外国に対し侮辱を加える目的でその国の国旗、国章を損壊、除去などする行為を処罰し、自国の国旗、国章の損壊について同様の処罰をしない(外国にも同様の立法例を見る)のと同様の意味で、かような法益の保護も妥当とされよう。

とに角、日米安全保障条約および行政協定がたとえ違憲であつても、わが政府がこれを理由として米軍の駐留を拒否せずこれを現実国内に駐留させたからには、米軍は国際法上の大義名分すなわち権利があつて駐留しているのであるから、その面からみて、これを条約に基かないわが政府の單純な同意によつて一時的に滞在する外国軍隊と区別しそれよりも少しく厚く保護する刑事特別法二条のような立法をしても、これを適正でないことの明らかな憲法三一条違反の刑罰法規とはいえないのではないか。裁判官河村大助の補足意見は次のとおりである。

わたくしは多数意見に同調するものであるが、ただ日米安全保障条約(以下安保条約と略称する。)に対する判断につき、その理由簡に失する嫌いがあるので、この点についてのみ補足意見を述べる。

一、憲法九条において戦争を放棄し、戦力の保持を禁止したわが国が、その生存と安全を全うするために如何なる措置を講じ得るかの点については、憲法に特別の明文はないが、わが国が自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために適当な自衛のための措置をとり得ることは、国家固有の権能であつて憲法の趣旨精神にも適合するものであることについては多数意見の述べるとおりである。

二、ところが、わが国の平和と安全を維持し、その存立を全うするという国家最高の目的を達成するために如何なる国政方針を採用すべきかについては、法は一義的の国政方針を予定していないのであるから、結局政治部門の合目的的考慮に基く裁量判断に委ねられたものと解するを相当とする。すなわち、前記の如き国家目的達成のために、他国と安全保障条約の取極をなすべきか又は永世中立主義を採用すべきか等の国政方針の選択は、いずれが合目的的であつて国家目的によりよく適合するかの裁量判断により決せられる問題であると考えられる。ことにかかる国政方針に関する政治的判断においては一方の政策に絶対の真理があり、他方の政策には一面の真理も含まれないとする客観的基準は存しないし、なお政治の実際に見られるように国政方針に関する政治的価値判断は多くの場合に多元性をもつものであつて、価値観の対立は免れないものであるから、そのいずれを採用すべきかは原則として政治部門の政策的乃至裁量的決定の権限に委ねられて

いるものと解するを相当とする。すなわちその判断に当不当の問題は生じても直ちに違法の問題を生ずることはないものというべきである。しかしながら政治部門が如何なる方式内容の条約を取結ぶべきかの裁量決定に当つては、わが憲法の基本原則である平和主義、国際協調主義を基準として、前記国家目的達成に相応しいものをとるべきであることもまた当然であるから、政治部門の裁量権はこれを尊重すべきではあるが、その裁量権には一定の限界があり、その限界を逾越し又は裁量権の濫用により、明白に憲法の平和主義国際協調主義その他憲法の条章に反する措置に出た場合、たとえば、攻げき目的のため駐留を許容したものと認められるような明白な違反が存する場合においては、当該措置は司法裁判所における違憲判断の対象となるものと解するを相当とする。

三、以上の見地に立つて合衆国軍隊の駐留の根拠となつている安保条約を見るに、同条約は国際連合等による十分な安全保障措置が成立するまでの暫定的措置として締結したものであつて（前文四項、四条）その前文には「平和条約は、日本国が主権国として集団的安全保障取極を締結する権利を有することを承認し、さらに、国際連合憲章は、すべての国が個別的及び集団的自衛の固有の権利を有することを承認している。これらの権利の行使として、日本国はその防衛のための暫定措置として、日本国に対する武力攻げきを阻止するため日本国内及びその附近にアメリカ合衆国がその軍隊を維持することを希望する。アメリカ合衆国は、平和と安全のために、現在若干の自国軍隊を日本国内及びその附近に維持する意思がある」とあり、すなわち日本の防衛のためとアメリカ合衆国の平和と安全のために軍隊の駐留に関する取極を行うことが宣言されているのである。

四、ところで同条約第一条においては合衆国軍隊駐留の目的として、極東における国際の平和と安全の維持に寄与し、ならびに一または二以上の外部の国による教唆または干渉によつて引き起された日本国における大規模の内乱および騒じようを鎮圧するため、日本国政府の明示の要請に応じて与えられる援助を含めて、外部からの武力攻げきに対する日本国の安全に寄与するために使用する旨定められているのであるが、右目的中「極東における国際の平和と安全の維持に寄与」ということは、これによつてわが国が自国の防衛と直接関係のない戦争に巻き込まれる虞れがあるとの違憲論が生じている。しかしかかる虞れがあるかどうかは条約の内容だけでは判定し得ないものであつて、この点は、むしろ、極東情勢乃至世界情勢の評価認識いかにによつて左右される問題である。別個の立場から見れば、極東の平和はわが国の平和と安全の維持に密接な関係があり、米軍が前記の目的をもつてわが国に駐留することが、かえつて、極東における侵略を未然に防止し、その平和を維持することにより、ひいてはわが国の平和と安全を守ることになるといえないこともなく、少くともかような見地に立つて条約を結んだと認められる政治部門の評価判断が、前記反対論に比し明らかに事態の認識を誤つた違法があると認むべき根拠はない。又米軍を駐留させることは共産圏諸国を仮装敵国に廻すこととなり、わが憲法の平和主義、国際協調主義の精神に反するとの説がある。勿論出来得べくんば「対立する可能性ある諸国民を含んだ」国際連合軍の援助に期待することがわが憲法の趣旨からいつて望ましい方式であることは疑いないが、かような安全保障の方式は国際連合の現状では不可能であること明らかである以上、わが国がいずれの外国軍隊の駐留をも認めない他の方式をとることが、安保条約の形で米軍の駐留を認めることに比し、真に平和主義、国際協調主義の要請に副つてわが国の自存を全うする唯一の方法であると断定すべき明白な根拠は存在しない。要するに安保条約は、その明文の示すようにわが国の平和と安全を維持しその存立を全うするために締結されたものであつて、その内容においても政治部門の裁量判断に明白な違憲違法の廉は認められない。

五、次に安保条約が国際連合憲章に抵触するときは、憲章優位の原則により（国際連合憲章一〇三条）憲法九八条二項違反の問題をも生ずるものと考えられるので、右憲章と安保条約との関係についても、ここに簡単に触れておく。安保条約と同日に締結された日本国との平和条約によれば日本国は国際連合憲章に基く義務を受諾し（五条（a））かつ「連合国としては、日本国が主権国として国際連合憲章第五十一条に掲げる個別的又は集団的自衛の固有の権利を有すること及び日

本国が集団的安全保障取極を自発的に締結することができることを承認する」と定められている（五条（c））、そして安保条約は右平和条約で認められた安全保障取極を締結する権利の行使として、日本国は、その防衛のための暫定措置として、合衆国軍隊の駐留を希望することによつて締結されたものと認むることができる（前文三、四項）、その後日米両国は駐留軍隊の軍事行動は、すべて国際連合憲章に反しない範囲においてなさるべきものである趣旨を確認している（昭和三二年六月二日発表の内閣総理大臣と大統領の共同声明及び昭和三二年九月一七日付日米安全保障条約と国際連合憲章との関係に関する外務大臣とアメリカ大使間の日米交換公文）すなわち、安保条約に基く合衆国軍隊の軍事行動は、国際連合の機関の決定又は勧告に基く場合と国際連合憲章五一条の「個別的又は集団的自衛の固有の権利」の行使として認められる場合に限り許されるものと解すべきであつて、換言すれば安保条約は、国際連合憲章乃至平和条約を逸脱するものでなく、却つてこれらの基本的条約に定められた枠の中で軍事行動をとり得るという制約を受けているものと解するを相当とする。されば安保条約乃至合衆国軍隊の駐留は国際連合憲章に抵触するものでなく又憲法九八条二項に違反するものとも認められない。

裁判官石坂修一の補足意見は次の通りである。

わたくしは、多数意見に賛同するものであるけれども、次の通り補足意見を述べる。

一、自衛権と日米間の本件安全保障条約との関連についての多数意見の説明は、わたくしには十分理解し難い点があるので、若干の見解を附加する。

わが国が平和と安全と生存とを維持し、専制と隷従と偏狭とを除去し、国際社会において名誉ある地位を占めるため、急迫不正の侵害に対し、これを排除するため自ら衛る権利を有することについては、異論があるとは考へ得られない。正義と秩序とを基調とする国際平和を希求しない国家或は集団に、屈服すべしとする者はないであらう。自衛権は、急迫不正の侵害に対し已むを得ざる場合、わが国自らこれを行行使し得ること当然であつて、若しその行使が禁止せられて居るとするならば、自衛権を以つて無内容となし、単なる画餅とするに外ならぬ。わが国自ら自衛権を行行使し得るものとする以上は、これに即応する有効適切なる手段をも持ち得るものとすべき結論に帰着する。

憲法九条は、国権の発動なる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使を国際紛争解決の手段としては、永久に放棄し、右の目的を達成するため、戦力を保持しないことをこそ規定すれ、わが国が自ら右の如き自衛権行使の手段即ち防衛手段を保有することを、全面的に禁止して居るものとは、到底解し得られない。

蓋し、国際紛争解決の手段としての、国権の発動なる戦争と武力による威嚇又は武力の行使は、勝敗により事を決する意図の下に、いづれもこれにより相手方を制圧、屈服せしめ、以つて国家の一方的利益に国際紛争を終局に導くことを目的とするものであり、憲法九条はかゝる目的のために戦力の保持せられることを禁止したものと解すべきである。これ等は、既に述べたるが如き自衛権の行使及びそのための防衛手段とは、全く法的意義を異にし、彼此の間は、峻別せらるべきものであつて、混淆を許されぬ。

往々、右防衛手段について、原始的或は粗笨なる武器に類するものゝ名を挙げ、かゝる器具のみは、機に臨み変に応じ国民それぞれの工夫において、その使用を許さるゝが如く論ずる者もないではないけれども、時態にかんがみれば、かくの如き方法は、国家のための防衛手段中に算へる値があるとは考へ得られない。されば、自衛権行使のため有効適切なる手段を、国家が予め組織整備することも亦、法的に可能であるとせざるを得ない。

而して、前記の如き侵害は、時と場合とによつて、その様相千差万別であり、予め容易にこれを想定し難かるべく、従つて、これに即応する有効適切なる防衛手段の形態をも亦、予め容易に想定し難いであらう。思ふに、右の如き侵害に対する有効適切なる防衛手段を、国家が現実に持つべきか持たざるべきか、持つとすればその形態、規模を如何にすべきか等は、国家内外の情勢及びその推移を勘案して始めてその判断がよくせらるべき所である。（固より、その形態、規模は、

侵さず、侵されざるの限界を保つべく、その防衛行為は、侵害より生ずる紛争が、国際連合憲章に従つて解決を見るに至る迄の間における当面の措置たるべきものと解すべきである。) かゝる事項は、元来政治に干与すべからざる裁判所の判断になじまないものである。これは専ら、政府及び国会の政治上の責任において決定せらるべきものであつて、裁判所の審査すべき法的領域ではない。このことは、わが憲法が、三権分立を基本として居ることよりする極めて当然なる帰結である。

前述の如く、わが国が憲法上、防衛手段保有の可能なることに基き、この手段を持たない場合或はその不十分なる場合、政府が、わが国の安全を保障するため外国と条約を締結し、以つて防衛のための軍事的協力を受けることを決定し、国会がこれを承認する以上、かゝる条約を違憲であるとはなし得ない。わたくしの意見は、この点に関する島裁判官の補足意見及び河村（大）裁判官の補足意見第二乃至第四点と出発点において若干の差はあるにしても、結局合流して居ると信ずるが故に、これ等を引用する。

かゝる見解に立つときは、日米間の本件安全保障条約は、憲法に違反しないものとなさざるを得ない。従つて、この条約に基いてアメリカ合衆国軍隊がわが国に駐留することは、憲法上許すべからざるものであるとする原判決は、これを維持し得ないこととなる。

二、最高裁判所が、条約に対する違憲審査権を有するや否やについて、多数意見がこれを明確にして居るとは、必ずしも解し得られない。

若し、違憲審査権を規定した憲法八一条に、「条約」の語が現はれて居らないことより出発して、これに対する最高裁判所の違憲審査権を否定する結論に至るならば、甚しき誤謬に陥るであらう。

仮にわが国の根本組織、国民の基本的人權等に関し、憲法に抵触する条約の締結を見たる場合、最高裁判所は、これを座視すべきものではあるまい。

わたくしは、最高裁判所に、条約に対する違憲審査権ありとしつゝ、本件安全保障条約は違憲でないとする奥野裁判官及び高橋裁判官の意見に賛同し、なほ右両裁判官の意見と相容れる限り、この点に関する小谷裁判官の意見を支持する。

三、多数意見において説明を省略せられた上告論旨に言及する。

わたくしは、田中裁判官の補足意見第一点及び垂水裁判官補足意見第三点に賛同し、なほ若干の見解を附加する。

原判決は、一面アメリカ合衆国軍隊がわが国に駐留することを憲法上許すべからざるものとしつゝ、他面「安全保障条約及び行政協定の存続する限り、わが国が合衆国に対しその軍隊を駐留させ、これに必要な基地を提供しまたその施設等の平穩を保護しなければならない国際法上の義務を負担することは当然であるとしても」と判示して居る。少くとも、アメリカ合衆国の立場としては、その軍隊をわが国に駐留せしむる権利があり、わが国の立場としては、その権利を尊重すべきことを承認するものゝ如くである。想ふに、条約が国内法上無効であつても、国際法上は直ちにその効力を失ふものではないとする見解に基くものであらう。

この見解よりすれば、現にアメリカ合衆国の軍隊が、わが国の同意を得て、国際法上、わが国に駐留して居る以上、それが国内的に違憲であるか否かとに拘りなく、いやしくも右駐留の事実が、国際法上適法に解消せらるゝまでは、この軍隊のための施設の平穩を保護する目的を以つて刑事立法を行ふことは、憲法の精神に反する虞れがあるとも考へ得られない。しかもこれは、刑法の住居侵入罪並に軽犯罪法違反とは全くその法益を異にする事項である。これがため如何なる刑事立法を行ふやは、政府及び国会の政治上の責任に帰する立法政策の問題であり、これらの機関が、その政治的裁量に従ひ、刑法一三〇条より軽く、軽犯罪法一条三二号より重き刑罰を規定した刑事特別法二条を目して、原判決が、合理的理由がないのに国民に対し特に重い刑罰を以つて臨んだとするのは、諒解し難い所である。(記録に依れば、アメリカ合衆国軍隊の使用する本件施設は、有刺鉄線の柵等を以つて圍繞せられ、兵舎、宿舍、兵器庫、航空滑走路等を含む地域であつて、

本件侵入行為のあつたのは、右滑走路最先端に至近なる場所であつたこと及び何人かが前記の柵を破壊した箇所より、本件侵入が行はれたことに留意すべきである。)

いづれにせよ、原判決が刑事特別法二条を直ちに憲法三一条に違反するものと結論したのは、甚だ早急に過ぎるといはねばならない。裁判官小谷勝重の意見は次のとおりである。

一、わたくしは、多数意見の「主文」には同一意見であるが、その「理由」については「本件日米安全保障条約はわが国の存立に重大な関係を持つ高度の政治性を有するものであるから、該条約に対しては、一見極めて明白な違憲無効と認められるものの外は違憲審査権は及ばない」との趣旨の一連の部分につき反対する。

そして、わたくしの本件に対する判断の要旨は、憲法九条はわが国が主権国として有する固有の自衛権それ自体はこれを否定したものではなく、また同条二項前段は右自衛権行使のためわが国自体が保持する戦力をも禁止しておるものであるか否かは別論として、少なくともわが国に駐留する外国軍隊で、わが国に指揮権も管理権もないものは、それが憲法九条一項で禁ぜられておる目的のために駐留するものでない限り、かかる外国の戦力はこれを含まないものと解すべく、そして本件日米安全保障条約によるアメリカ合衆国のわが国駐留軍隊は、右憲法九条一項で禁じておる侵略等のために駐留しておるものではなく、極東における平和の維持とわが国の安全に寄与するために駐留しておるものであることは、本件安全保障条約の前文及び本文一条並びに日本国との平和条約五条c項六条a項及び国際連合憲章五一条五二条等に照して明らかであつて、憲法九条二項前段に禁ずる戦力には該当しないものといわなければならない。されば右駐留米軍の安全を保護するための、安全保障条約三条に基く行政協定に伴う刑事特別法二条の規定は何ら憲法三一条に違反するものでないことは明白である。それ故原判決はその前提たる憲法九条解釈を誤つた違法があつて、検察官上告の論旨は理由があり、原判決は破棄のうえ差戻すべきものであるとの意見である。

二、以下、わたくしが、多数意見に対する反対点である、「条約と違憲審査権」に関し、わたくしの意見と多数意見に対する反対の理由を述べる。

憲法七六条三項は「すべて裁判官は、……この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定し、また憲法八一条は、裁判所は「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」、すなわちいわゆる違憲審査権を有することを規定している。そこで「条約」に対しては違憲審査権を有しないであろうか。まずこの問題の前にその前提となる二、三の事柄について考えておく必要がある。その第一の事項は条約は国と国との国際法上の契約であるが、これを大別して国だけに対して拘束力を持つものすなわち国際法的効力だけを有するものと、国民に対しても拘束力を持つものすなわち国内法的効力をも有するものとの二つに分けることができるであろう。そして条約の解釈及び条約の国際法的効力に関する事項についての当事国間における法律的紛争は、国際司法裁判所の管轄に属するが（昭和二九年条約第二号国際司法裁判所規程三六条等参照）、しかし右国際法的効力の部分でも、それがわが国内における或る争訟においてその部分が争点となつておる場合には、依然わが裁判所の違憲審査の対象となるものとわたくしは考える。次に国内法的効力を有する条約についてみると、その条約の目的の全部一部が条約自体に直接規定されておるものと、そうでなく別に国内法律の制定によつてその条約の目的の全部一部を実施するものがある。そしてこの場合の国内法律は当然憲法七六条三項、及び八一条の「法律」に当り、したがつて違憲審査の対象となることは論を俟たないであろう。また条約自体そのまゝが実施されるものも、右国内法律によつて実施されるものと同様の効力を有するものといわなければならない。けだし右両者の国民に対する拘束力すなわち法的効力は全く同一であり、何らの差異がないからである。前提事項の第二は憲法九八条の規定は、はじめ憲法改正草案要綱九三として「此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラレル法律及条約ハ国ノ最高ノ法規トシ共ノ条規ニ矛盾スル法令、詔勅及其ノ他ノ政府ノ行為ノ全部又ハ一部ハ共ノ効力ヲ失フコト」とあり、右要綱は占領軍司令部の示唆そのままを政府が採択してこれを制憲議会に提出したものであつて、このことは今

や公知の事実である。ところで右要綱はアメリカ合衆国憲法六条二項の「この憲法、これに準拠して制定せられる合衆国の法律及び合衆国の権能をもつてすでに締結せられ、また将来締結せられるすべての条約は、国の最高の法である。各州の裁判官は、各州憲法又は州法律中に反対の規定がある場合でも、これらによつて拘束せられる」とあるものと同旨であることが観取できる。ところで、合衆国の如く、各州の憲法及び法律の上に、連邦としての憲法、法律及び条約がある国家においては、連邦憲法及びそれに基づいて制定された法律及び条約が各州に対してはその最高の法規となるべく、したがつてこれらに反する各州憲法及び法律の全部一部はその限度において効力なきものと定められるのは当然であるけれども、単一国家であるわが国においては右要綱の如く、如何に法律も条約も憲法に基きたるものであるとはいえ、この三者（憲法、法律、条約）を最高の法規とすと規定することはその必要がなく（即ち条約はしばらくおき、わが国では憲法を最高法規とし、法律は憲法の範囲内、命令は法律の範囲内において制定せられるものであることは周知のとおりであり、ただ憲法に抵触する法律が制定された場合、旧憲法下ではいわゆる違憲審査権はないものとせられて旧憲法五十余年の時代を経過して来たのである）、また「此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラレタル……条約」と規定することは、違憲の条約が締結せられることを予定する如くにて好ましくないとされ、もつて新憲法制定議会の衆議院において前示要綱案は修正せられ、結局現行九八条の如く第一項と第二項に分ち、第一項においては先ず憲法のみが最高法規であることを宣明し、もつてこの憲法に反する法律・命令・詔勅及びその他の國務行為の全部一部はその効力なきことを規定したのであるが、右はむしろ当然のことなるも、その設けた精神は憲法の最高法規性を強調して次の九九条憲法遵守義務の規定を重からしめんとしたること（なおこの点については旧憲法七六条参照）にあり、次に第二項において、条約及び確定された国際法規の誠実遵守を規定したのであるが、これも自明の規定なるも（旧憲法にはかかる規定はない）、過去わが国が不戦条約九箇国条約並びに国際法規等に違反したとの世界的非難に対し、爾今これらの遵守を世界に誓約宣言したものと解すべきである。右の如く法律と条約を別項に分けたからといって、国の基本法たる憲法に抵触する条約を認容しその遵守義務を規定したものと解すべきでないことは勿論である。要するに条約は内閣によつて締結され、国会によつて承認された後公布され、公布によつて国民を拘束する効力を生ずることは法律と全く同様であるのである。前提事項の第三は条約と法律とが抵触する場合、何れが優先適用されるかの問題である。結論としては条約が優先すると解するを正当と信ずる。けだし条約はその締結時、既成の国内法律を意識して締結されるのであるから、前法後法の関係に立ち後法たる条約が優先するものと解すべく、また条約締結後国内法律に変更があつたときは、国内法律は条約相手国の意思にかかわりなく立法されるのであるから、この場合もまた条約が優先すべきであることは信義の原則に照して明らかであるからである。

三、条約と違憲審査権についてわたくしの意見の本論に入る。憲法七六条三項及び八一条には何れも「条約」の文詞がないから、条約には違憲審査権がないとの説をなすものがある。しかし上來說明のとおり、条約は公布（法例一条、及び現在は廃止されたが明治四〇年勅令第六号公式令八条参照）によつて国及び国民を拘束する効力を生ずること、法律と全く異なるところがないのであるから、右憲法七六条三項及び八一条に「条約」の文詞がなくても、右は兩条中の「法律」の文詞に当然包含されているものと解するを相当とする（このことは憲法九四条の「条例」について言えば、憲法八一条に何ら条例の文詞なきも、条例が違憲審査の対象たることは毫も疑を容れない）。すなわち条約は公布により国内法と同様、憲法七六条三項により裁判官を拘束すると同時に、同八一条の違憲審査権の対象となるものと言わなければならない（憲法八一条は違憲審査権賦与の直接の規定ではなく、憲法及び法律に拘束される裁判所としての本質にすでに内在する当然の権能であると説く説がある。この説によれば憲法八一条は、最高裁判所は違憲審査に関する最終裁判所であることを示したに過ぎない規定となる）。ただ違憲判決の効力は、わが現在の裁判所は憲法裁判所でなく司法裁判所であるから、当該争訟事件につき本来ならば適用ある法律または

条約の全部一部を違憲としてその適用から排除する（もしくは適用を拒否する）旨の宣言と解すべきであつて、違憲とする法律または条約それ自体の無効を宣言するものと解すべきではないのである。そして該判決の確定力の及ぶ範囲は当該当事者及び当該事件並びに当該判決の主文に包含するものに限られるのであつて、いわゆる対世的効力は有しないのである。ただ内閣及び国会は裁判所の当該違憲判決を尊重し判決の趣旨に添う適正措置を講ずべき政治的義務を負担するものと解すべきである。もしそれ条約には違憲審査権が及ばないとするときは、憲法九六条の定める国民の直接の承認を必要とする憲法改正の手續によらずして、条約により憲法改正と同一目的を達成し得ることとなり、理論上、その及ぶところは、或は三権分立の組織を冒し或は基本的人権の保障条項を変更することも出来ることとなるのである。わが憲法は果してこのような結論を認容するものであろうか。

多数意見は理由二の後段において、「ところで、本件安全保障条約は、前述の如く、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には原則としてなじまない性質のものであり、従つて一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委せらるべきものであると解するを相当とする」、と判示し、更に理由の三冒頭に「よつて、進んで本件アメリカ合衆国軍隊の駐留に関する安全保障条約およびその三条に基く行政協定の示すところをみると、」との書き出しで、以下安保条約に関し憲法上の判断を下した後、理由の三中段「果してしからば、かようなアメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは到底認められない。」といい、理由三最後段において「しからば、原判決が、アメリカ合衆国軍隊の駐留が憲法九条二項前段に違反し許すべからざるものと判断したのは、裁判所の司法審査権の範囲を逸脱し同条項および憲法前文の解釈を誤つたものであり、従つて、これを前提として本件刑事特別法二条を違憲無効としたことも失当であつて、」（以上圈点はわたくしが付した）と、判示するところである。以上多数意見を要約すると、安保条約は、わが国の存立に重大な関係を有する高度の政治性を有するものであること、かかる条約の違憲なりや否やの判断は司法裁判所の判断には原則としてなじまないものであること、したがつてかかる条約の違憲審査権は「一見極めて明白な違憲無効」と認められるものに限られ、「それ以外」は裁判所の違憲審査権の範囲外であるということに帰着するのである。多数意見は以上の如く判示しながら、その次には安保条約及びそれに基く駐留軍隊の本質内容等につき解釈を下し、次に相当詳細に憲法的判断を加えたうえ、「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは到底認められない。」との結論を下し、したがつて安保条約に基く米軍隊の駐留が憲法九条二項前段に違反すると判断した原判決は、「裁判所の司法審査権の範囲を逸脱し」た違法がある。と、判示しておるのである。

四、わたくしは、以上指摘した多数意見一連の判旨には到底賛同し難い。先ず条約に限らず法律のうちでも国の存立に極めて重大な関係を持ち、したがつて高度の政治性を有するものは数多くあることは言うをまたないのであるが、多数意見はこの場合も条約の場合と同様、違憲審査権の行使は一見極めて明白な違憲の場合に限るというのであろうか。そうでなければ論理が一貫しないこと明らかである。何となれば条約は内閣が締結し、国会が承認するのであるが、法律もまた全くそれと同様であるのである。要するに多数意見の到達するところは、違憲審査権は立法行政二権によつてなされる国の重大事項には及ばない、とするものであつて、わが新憲法が指向するかよりも法の支配による民主的平和的國家の存立理念と、右法の支配の実現を憲法より信託され

た裁判所の使命とに甚だしく背馳するものであることは明らかである。かくてわが憲法上の三権分立のうち、立法行政二権に対する司法権唯一の抑制の権能たる違憲審査権は、国の重大事項には全く及ばないこととなり（多数意見のいう「見極めて明白なる違憲無効」というようなものは殆んどあるものではない。すなわち有名無実のものである）、わが三権分立の制度を根本から脅かすものと思う。また多数意見のいう本件安保条約に対しては違憲審査権は原則としてなじまないものであるとするのは如何なる法的根拠によるものであるのか、少しもその理由が説明されておらず、理由不備の判決といわなければならない。或は統治行為説または裁量行為説等、内閣または国会の行為のうちには違憲審査権が及ばないものがあるとの説があるけれども、元来三権分立の制度からくる内閣または国会の地位権限に照して、これら各機関固有の権限行為または固有の裁量行為は当該機関の専権に属し、他機関がこれを冒すことはできないけれども、その専権に属する権限行為または裁量行為の内容に違憲が存在するときは、それは裁判所の違憲審査の対象となることは、力よりも法を優位とし法の支配を実現せんとする違憲審査の制度に照して疑いないばかりでなく、憲法八一条の「……裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」との明文に照して明らかであるというべきである。（もつとも、「降伏文書」、または無条件降伏した「敗戦国としての平和条約」の如きは、その本質上、違憲審査の対象とならないことはいうまでもなかろう）。さればわたくしは、統治行為説または裁量行為説には、少なくともわが憲法上は到底賛同することができない。次に違憲審査権は、「憲法に適合するかしないかを決定する権限」、すなわち「憲法適否の審査権」と解すべきであるところ（憲法八一条）、多数意見は本件条約の場合「違憲の審査」については「一見極めて明白なる違憲無効」のものに限ること、「それ以外は裁判所の司法審査（私注、ここに司法審査とは違憲審査の意味と解する）の範囲外である」と判示する。而して本件条約の場合右にいう「一見極めて明白な違憲無効」と認むべきものはなく、そして「それ以外は違憲審査権の範囲外」であるというのであるから、本件はこれのみで「違憲の審査」は終了し、爾余は適憲とも違憲とも判断してはならないものとわたくしは考える。再言すれば、「一見極めて明白な違憲無効」のものに限り「それ以外は審査の範囲外」であるというのであるから、一切憲法に適合するものとも適合しないものとも判断すべきではないのである。もし判断したらそれは権限外の行為であつて違法なのである。このことは上級審の判断の下級審に対する拘束力（裁判所法四条参照）の点を考えれば明瞭である。また「一見極めて明白な違憲無効」とは「ひと目見てすぐ判る違憲無効」の意と解せられるが、智能をあつめ日月をかけて締結し、衆智によつて承認された条約に「ひと目見てすぐわかる違憲無効」のような瑕疵が果してあるであろうか。ひつきょう多数意見は違憲審査権に対する自慰的な言い訳の言に外ならないと考えられる。したがつて多数意見の究極するところは条約（精確にいえば、本件安保条約）に対しては違憲審査権は及ばないとしたものと同一に帰着する。或は条約と憲法との関係は、努めて条約を憲法に適合するように解釈すべきであるとの説がある。この説は前提において条約に対しても法律同様の完全な違憲審査権があることを前提とするものであつて、本件多数意見とは根本的にその立場を異にする。次に多数意見は本件には一見極めて明白な違憲はないと断定しながら、違憲審査の範囲外であるとする「それ以外」の事項について相当詳細に憲法的判断を下したうえ、その結論として、「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、」と判示し、最後に原判決に対して「司法審査権の範囲を逸脱し」た違法ありと断定しておるのである。そもそも条約と違憲審査権の問題は最高裁判所発足以来本件がはじめての案件ではあるが、多数意見理由三の冒頭以下本件安保条約及びその駐留軍の性質を論じて本条約の適憲性を判断しておるように、本条約は十分に違憲審査に耐えるものであることは多数意見自体それを証拠立てているものであつて、特に本件において、「条約（精確にいえば本件安保条約）に対しては一見極めて明白な違憲無効以外のものは違憲審査権はない」なぞとの重要判示をしなければならない法律上ないし審判上何らの必要を認めない案件であることは明らかである。

五、おもうに、新憲法が違憲審査権を裁判所に賦与した主たる理由は、裁判官は「憲法及び法律にのみ拘束され」（憲法七六条三項）、したがって法の解釈適用を強制される裁判所の本質に内在する固有的な機能を認めて、これに賦与したものと解すべく（アメリカ合衆国は違憲審査権につき何ら憲法上に規定なきにかかわらず、独立以来裁判所がこの権能を行使して今日に及んでおるのである）、そして本権につき憲法が企図するところは、力よりも法の優位であること、法の支配による正義の行われる社会の実現を期し、かくて憲法前文のいう「平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努め」るための普遍的原理の実現にあるものと考え。そして本制度の効果は、しばしば違憲判決の下されるよりも、本制度のあることそれ自体によつて、力による違憲行為の発生を未然に防止する消極的效果にむしろ期待を寄せているものと考え。多数意見は「国の存立に重大な関係あり、したがって高度の政治性を有する条約」については、原則として違憲審査権の及ばないことを判示するものであつて、国の重大事項と憲法との関係において、憲法を軽視するものであつてそれはやがて力（権力）を重しとし法（憲法）を軽しとする思想に通ずるものといわなければならない。かつて旧憲法において、法的にはその責任は不明確であつたが、彼の枢密院が天皇の諮詢機関として存在し、もつてすべての条約（前掲公式令八条参照）及び重要な法律並びに勅令案は皆同院における憲法適否の審査を経たものであつて、同院は実質上憲法擁護の任にあつたことは今更いうまでもないところである。また憲法は国の基本法として条約よりも優位であることの法理確認の事例としては、昭和四年条約第一号「戦争抛棄ニ関スル条約」、すなわちいわゆる不戦条約第一条中の文言に、「其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ嚴肅ニ宣言ス」とあるうちの「人民ノ名ニ於テ」なる文詞は、憲法に反するものとして右文詞のみはわが国に適用なき旨留保宣言（その留保宣言は「帝国政府ハ……条約第一条中ノ「其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ」ナル字句ハ帝国憲法ノ条章ヨリ觀テ日本国ニ限り適用ナキモノト了解スルコトヲ宣言ス」）を付して該条約を批准した事實は、歴史の明証するところである。新憲法の違憲審査の権能は明治憲法よりも劣弱であるというのであろうか。更にまた国の存立に重大な関係あり高度の政治性ある条約というべき、第二世界戦争勃発の原動力となつた日独伊三国同盟条約の如きは、「一見極めて明白な違憲」と認められないようにその体制を整えることができると思うのであるが、多数意見は違憲審査権の範囲外としてその効力を認容するであらうか。けだし世界状況は変転極まりなく、国の権力にも変遷推移あることに想到すれば、国の基本法たる憲法の護持擁護は不拔のものでなくてはならないことが痛感されるのである。わたくしは平和の維持と基本的人権の擁護のため、違憲審査権の健在を祈つてやまないものである。

裁判官奥野健一、同高橋潔の意見は次のとおりである。

憲法九条一項は、わが国の、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としてはこれを放棄したものであり、従つて、同条二項の戦力の不保持も、わが国が自ら指揮権管理権を有する戦力の保持を禁じたものと解すべきが当然であり、わが国が指揮管理し得ない外国軍隊に関するものではない。従つて、安全保障条約により、わが国に駐留する米国軍隊は、わが国が指揮権管理権を有するものでないことは明らかであるから、右九条二項に直接違反するものといひ得ないことは明白である。しかし、右米国軍隊の駐留が、憲法九条二項の精神又は憲法の前文の趣旨に反しないかは、更に、検討する必要がある。

米国軍隊がわが国に駐留するのは、安保条約に基き、その実行としてするのであるから、米国軍隊の駐留の違憲性を判断するには、先ずその前提として、安保条約が違憲であるか否かを判断する必要がある。然るに多数意見は安保条約の違憲性については裁判所に審査権がない旨判示する。その趣旨が、一般に条約の違憲性については裁判所の審査権が及ばないというのであるか、或いは条約については審査権があるが、本件安保条約はいわゆる統治行為に属するから審査権がないというのであるか、明らかでないが、その何れにしても、われわれは異見を有する。元来、条約は国と国との国際法上の契約であるが、同時に条約そのまゝが国内法的効力を有する場合があり、又条約が直ちに国内法規としての効力を有しないで、別に国内法律を制定して、これにより条約を

実施する場合とがある。条約がそのまま国内法規として国民を拘束する場合は、その国内法的効力は、原則として最高法規である憲法の下位に立つものであつて、この場合国内法律と同様、憲法八一条により憲法に適合するかないかの裁判所のいわゆる違憲審査の対象になるものと解する。このことは、条約を前提問題として判断する場合も同様である。また、条約実施のための国内法律が右憲法同条の法律として裁判所の違憲審査に服すべきことは勿論である。あるいは、右八一条中に「条約」なる文字がないから、条約については、裁判所に違憲審査権がないと論ずる者があるが、たとえ、裁判所が条約を違憲であると判断しても、それは条約の国内法的効力を否定するに止まり、国際法上における条約の効力を否定するものではなく（政府としては、かかる場合、条約の廃棄、修正の手段を採るか又は条約実施の義務違反の国際法上の責任を生ずるかは別問題として）、依然国際法上は条約として有効なのであつて、裁判所は国際法上の条約自体の有効、無効まで審査判断するものではない。この意味において、右八一条中に特に「条約」なる文字を挿入しなかつたものと解すべく、条約の国内法的効力について裁判所の違憲審査権を否定する趣旨と解すべきではない。繰り返していうなれば、憲法八一条は憲法の下位にある一切の国内法規についての司法審査権を規定したものであつて、同条に規定していない憲法九四条の「条例」なども当然司法審査の対象となることは疑を容れないところであり、条約も右八一条に列挙されていなくても、その国内法的効力については当然司法審査の対象になるものであり、この意味において条約は国内法規としては右八一条中の「法律」のうちに包含されているものと解せられる。このことは、また、憲法七六条三項及び九八条一項の「法律」のうちに国内法規としての条約も包含されていると解すべきであると同様である。従つて、九八条一項に「条約」の文字がないからといって、条約が憲法の下位には立たぬとか、或いは裁判所の違憲審査の対象にならぬとかという根拠にはならないし、また、九八条二項の条約遵守の義務から、当然に憲法に違反する条約でもすべて国民を拘束し、裁判所の違憲審査権が及ばないとする根拠にはならないと考える。また、若し条約に違憲審査権が及ばないとすれば、他国との間に憲法の条章に矛盾・背反する条約を結ぶことによつて憲法改正の手段を採ることなく、容易に憲法を改正すると実質上同様な結果を生ぜしめることができることとなり甚しく不当なことになる。

また、司法審査権の限界について、われわれは、いわゆる統治行為ないし政治問題として審査権の及ばない或る部面のあることは必ずしも否定しない。しかし、問題が政治性が高いとか、国の重大政策に関する問題であるからというだけの理由で、当然これに該当するとすることには、われわれは賛同できない。けだし、元来、法律の制定とか条約の締結の如き行為は、概ね国の重大政策に関する政治性の高い事項であり、従つて、これに対する違憲審査は当然政治性の高い判断を必要とするものであるから、単に、政治性が高いとか、国の重大政策に関する問題であるというだけの理由で裁判所の違憲審査権が及ばないとすると、政治的問題となつた重要法律等の多くは裁判所が違憲審査ができないこととなり、わが憲法が、特に八一条の明文を設けて、裁判所に法律以下の一切の国内法規並びに処分についての違憲審査権を賦与し、以つて、国会や政府の行為によつて憲法が侵犯されないように配慮した憲法に精神に副わないのみならず、同七六条、九九条により特に憲法擁護の義務を課せられた裁判官の職責を完うする所以でもないと思ふからである。これを要するに、多数意見は条約には裁判所の違憲審査権は及ばないという意見と本件安保条約は統治行為に属するから審査権がないという意見とを最大公約数的に包括したものとされるが、何れにしても本件安保条約は裁判所の司法審査権の範囲外のものであるとしながら、違憲であるか否かが「一見極めて明白」なものは審査できるというのであつて、論理の一貫性を欠く（殊に若し条約には始めから司法審査権なしという意見者もかかる理論を是認しているものとすれば、甚だ理解に苦しむところである）のみならず、安保条約はわが国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有するものであるから、一見極めて明白な違憲性についてだけ審査するに止め、更に進んで実質的な違憲審査を行わないというのであつて、この態度は矢張り前述のようにわが憲法八一条、七六条、九九条の趣旨に副わないものとする（しかも、多数意

見は結語として安保条約は一見極めて明白な違憲があるとは認められないといいいながら、その過程において、むしろ違憲でないことを実質的に審査判断しているものと認められる)。われわれは、安保条約の国内法的効力が憲法九条その他の条章に反しないか否かは、司法裁判所として純法律的に審査することは可能であるのみならず、特に、いわゆる統治行為として裁判所がその審査判断を回避しなければならない特段の理由も発見できない。

そこで、安保条約が果して憲法九条の精神又はその前文の趣旨に反しないか否かを審査するに、憲法九条一項は「国権の発動たる戦争と武力による威嚇又は武力の行使を国際紛争を解決する手段とする」ことを禁止しているのであつて、その趣旨は不戦条約にいう「国際紛争の解決のために戦争に訴えることを不法とし、国家の政策の手段としての戦争を放棄する」というのと同趣旨に解すべきものであり、かくて、また国連憲章二条四項の趣旨とも合致するものと考ええる。従つて、憲法九条一項は何らわが国の自衛権の制限・禁止に触れたものではなく、「国の自衛権」は国際法上何れの主権国にも認められた「固有の権利」として当然わが国もこれを保持するものと解すべく、一方、憲法前文の「……われらの安全と生存を保持しようと決意した」とか「……平和のうちに生存する権利を有することを確認する」とかとの宣言によつても明らかなように、憲法はわが国の「生存権」を確認しているのである。然るに、今若しわが国が他国からの武力攻撃を受ける危険があるとしたならば、これに対してわが国の生存権を守るため自衛権の行使として、防衛のため武力攻撃を阻止する措置を採り得ることは当然であり、憲法もこれを禁止していないものと解すべきである。けだし、わが国が武力攻撃を受けた場合でも、自衛権の行使ないし防衛措置を採ることができないとすれば、坐して自滅を待つの外なく、かくの如きは憲法が生存権を確認した趣旨に反すること明らかであるからである。そして、かかる場合に、わが国の安全と生存を保障するためには、国連憲章三九条ないし四二条による措置に依拠することは理想的ではあるけれども、国連の右措置は未だ、適切有効に発揮し得ない現況にあることは明らかであるから、次善の策として、或る特定国と集団安全保障取極を締結し、もつて右特定国の軍隊の援助によりわが国の安全と生存を防衛せんとすることは止むを得ないところであつて、その目的のために右特定国軍隊をわが国の領土に駐留することを許容したからといつて、それはわが国の自衛権ないし主権に基く防衛措置に外ならないのであるから、憲法前文の平和主義に反するものではなく、また、憲法九条二項の禁止するところでもない。而して、安保条約は平和条約五条(c)と六条(a)但書に則りわが国と米国との間に締結された条約であつて、「無責任な軍国主義がまだ世界から駆逐されていないので」、日本には武力攻撃を受ける危険があることを前提として(かかる「危険」があるか否かの国際情勢の判断については、いわゆる政治問題として裁判所の審査判断すべきところではなく、既に、政府と国会が安保条約の前文において、かかる判断を下している以上裁判所としてはこれに従う外はないものと考える)、わが国は、国連憲章の承認しているすべての国の固有する「個別的及び集団的自衛権の行使」として、わが国に対する武力攻撃を阻止するため、日本国内及びその附近に米国軍隊を維持することを希望し、米国に対しその軍隊を右地域に配備する権利を許与し、米国はこれを受諾し、その配備した軍隊を「外部からの武力攻撃に対する日本国の安全に寄与するため等に使用することができる」ことを協定したものであつて、国連憲章の制約と国連の一般的統制の下に、国連憲章五一条の「個別的、集団的自衛の固有の権利」に基き、専ら「武力攻撃が発生した場合における」自衛のための措置を協定した集団的安全保障取極である(昭和三二年六月二日の共同コミュニケ、昭和三二年九月一四日交換公文、参照)。すなわち、右条約は各国の固有する自衛権に基く防衛目的のための措置を定めたものであつて、固より侵略を目的とする軍事同盟であるとはいひ難く、従つて前記説明の趣旨において憲法九条の精神にも、その前文の趣旨にも反するものとはいひえない。(なお、安保条約が米国軍隊が極東における国際の平和と安全の維持に寄与するためにも使用せられることを規定しているところから、米国軍隊が極東平和のため行動することにより、わが国がその防衛に関係のない戦争に巻き込まれ、わが国に再び戦争の惨禍を招く危険があるから憲法前文に反するとの議論について一言する。米国軍隊が安保

条約の右規定によつて出動し得るのは、国際連合の機関の決定または勧告に従う場合の外は、国連憲章五一条に従つてその要件の下においてのみ行動すべきものであることは、前記交換公文により日米両国間に確認せられているところである。従つて、この場合には、極東において現実に「武力攻撃が発生した場合」であることを要するのはいふまでもない。そしてこの武力攻撃の発生は、極東の平和と安全が日本の平和と安全と極めて密接不可分の関係を有するものであるから、同時に日本の平和と安全をも脅かすものであり、従つてかかる米国軍隊の行動はわが国の平和と安全をも保障するものであるとの議論も成立し得るのである。このような、日本の平和と安全とが極東の平和と安全と密接不可分であるとの判断の是非は、国際情勢ないし軍事情勢等に対する判断の如何にかかるものであつて、政府や国会の判定すべきいわゆる政治問題に属し、それらの機関において既に右のような判断を下して前記の如き規定を設けた以上は、司法裁判所としては右判断に介入審査し得べき限りではないと考える。）

以上述べたように、安保条約は憲法九条及びその精神並に憲法前文に反するものとはいえない。（なお、行政協定は、特に国会の承認を経ていないが、既に国会の承認を経た安保条約三条の委任の範囲内のものであると認められるから違憲とは認められない。）従つて、右安保条約及び行政協定に基く米国軍隊の駐留も、また違憲とはいえない。よつて、これが受入国たるわが国が、その軍事施設の安全につき保護を与えることは、当然であり、米国軍隊の施設及び区域内の平穩を保護するため本件刑事特別法を制定しその違反行為に対し、軽犯罪法一条三二号所定の法定刑よりも重い刑を定めたからといつて、立法機関の裁量に任された範囲における立法政策の問題であつて、憲法三一条に違反するものとは勿論いいえないし、また、両者の法定刑に差異を設けたからといつて、その法益を異にするものであるから、これを以つて不合理な差別的取扱をしたものとして、憲法一四条に違反したものともいえないことは勿論、憲法一三条に反するものでもない。されば、原判決は憲法の解釈を誤つたものであり、本件上告はその理由があつて、原判決は破棄を免れない。よつてわれわれは多数意見の主文にはもとより同一意見であるが、その理由は以上の如く異にするものである。（なお、憲法九条が自衛のためのわが国自らの戦力の保持をも禁じた趣旨であるか否かの点は、上告趣意の直接論旨として争つているものとは認められないのみならず、本件事案の解決には必要でないと認められるから、この点についてはいまここで判断を示さない）。

検察官 清原邦一、同村上朝一、同井本台吉、同吉河光貞出席。

（裁判長裁判官 田中耕太郎 裁判官 小谷勝重 裁判官 島保 裁判官 齋藤悠輔 裁判官 藤田八郎 裁判官 河村又介 裁判官 入江俊郎 裁判官 池田克 裁判官 垂水克己 裁判官 河村大助 裁判官 下飯坂潤夫 裁判官 奥野健一 裁判官 高橋潔 裁判官 高木常七 裁判官 石坂修一）

【判例ID】	27760247
【要旨】	1. (法編：憲法／日本国憲法／前文／2 国民主権) (法編：憲法／日本国憲法／第37条〔刑事被告人の権利〕／1 公平な裁判所の裁判／ (2) 裁判所の構成における公平) (法編：裁判法／裁判所法／第3条(裁判所の権限)／4 刑事陪審制) 憲法三七条および憲法前文は、陪審による裁判を保障するものではない。
【判示事項】	【裁判所ウェブサイト判示事項】 憲法第三十七条及び憲法前文と陪審制度。 【裁判所ウェブサイト裁判要旨】 所論の憲法第三十七条及び憲法前文は陪審による裁判を保障するものではない。その他民主主義国家であるからといつて、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない。
【裁判年月日等】	昭和25年10月25日／最高裁判所大法廷／判決／昭和24年(新れ)301号
【事件名】	強盗被告事件
【裁判結果】	棄却
【上訴等】	確定
【裁判官】	塚崎直義 長谷川太一郎 澤田竹治郎 井上登 栗山茂 小谷勝重 島保 齋藤悠輔 岩松三郎 河村又介
【参照法令】	日本国憲法 37条／裁判所法 3条
【出典】	最高裁判所刑事判例集4巻10号2166頁 最高裁判所裁判集刑事19号1001頁 裁判所ウェブサイト掲載判例
【重要度】	3

■27760247
主 文

本件上告を棄却する。
被告人に対し当審における未決勾留日数中百二十日を本刑に算入する。
当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理 由

弁護人森長英三郎上告趣意第一点について。
記録を精査すると、原審は所論控訴趣意の事実誤認の主張に対しこれを採証の法則違背の主張と誤解したと認められるような嫌いはないではないが、所論の点は結局訴訟手続違背の主張に帰着し、明らかに刑訴四〇五条の事由に該当しないし、また同四一條の原判決を破棄しなければ著しく正義に反する事由ありとも認められないから、論旨は理由がない。
同第二点について。
共犯共同被告人間に量刑上に差異があっても、憲法一四条違反でないことは、既に当裁判所の判例とするところである(昭和二三年(れ)第四三五号同年一〇月六日大法廷判決判例集二巻一一号一二七頁)。論旨は理由がない。
同第三点について。
所論の憲法三七条及び憲法前文は陪審による裁判を保障するものではない。その他民主主義国家であるからといつて、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない。
よって刑訴四〇八条刑法二一條刑訴一八一條一項にしたがい、裁判官全員一致の意見をもって、主文のとおり判決する。
(裁判長裁判官 塚崎直義 裁判官 長谷川太一郎 裁判官 沢田竹治郎 裁判官 井上登 裁判官 栗山茂 裁判官 齋藤悠輔 裁判官 岩松三郎 裁判官 河村又介)

官 小谷勝重 裁判官 島 保 裁判官 齋藤悠輔 裁判官 岩松三郎 裁判官 河村又介)