判例項目補足意見意見（理由付けについての反対意見）反対意見

1最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁〔警察予備隊違憲訴訟〕

主文本件訴を却下する。訴訟費用は原告の負担とする。

事実原告訴訟代理人は請求の趣旨として、昭和二六年四月一日以降被告がなした警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為(行政行為は勿論事実行為私法上の行為の外予備隊の設置維持に関する法令規則の一切を含む。別紙目録の記載は例示に過ぎない)の無効であることを確認する。訴訟費用は被告の負担とする旨の判決を求めその請求原因として別添訴状中請求の原因及び昭和二七年七月一六日附準備書記載のとおり述べた。

理由原告は、最高裁判所が一方司法裁判所の性格を有するとともに、他方具体的な争訟事件に関する判断を離れて抽象的に又一審にして終審として法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するや否やを判断する権限を有する点において、司法権、以外のそして立法権及び行政権のいずれの範疇にも属しない特殊の権限を行う性格を兼有するものと主張する。この点に関する諸外国の制度を見るに、司法裁判所に違憲審査権を行使せしめるもの以外に、司法裁判所にこの権限を行使せしめないでそのために特別の機関を設け、具体的争訟事件と関係なく法律命令等の合憲性に関しての一般的抽象的な宣言をなし、それ等を破棄し以てその効力を失はしめる権限を行わしめるものがないではない。しかしながらわが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異るところはないのである(憲法七六条一項参照)。原告は憲法八一条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的なすなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。原告が最高裁判所裁判官としての特別の資格について述べている点は、とくに裁判所法四一条一項の趣旨に関すると認められるがこれ最高裁判所が合憲牲の審査のごとき重要な事項について終審として判断する重大な責任を負うていることからして十分説明し得られるのである。なお最高裁判所が原告の主張するがごとき法律命令等の抽象的な無効宣言をなす権限を有するものとするならば、何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである。要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲牲を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。そして弁論の趣旨よりすれば、原告の請求は右に述べたような具体的な法律関係についての紛争に関するものでないことは明白である。従つて本訴訟は不適法であつて、かかる訴訟については最高裁判所のみならず如何なる下級裁判所も裁判権を有しない。この故に本訴訟はこれを下級裁判所に移送すべきものでもない。

以上の理由により、本件訴訟は不適法として却下すべく、訴訟費用の負担につき民訴八九条を適用し主文のとおり判決する。この判決は裁判官全員の一致の意見によるものである。

最高裁判所大法廷裁判長裁判官田中耕太郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、小谷勝重、島保、斎藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介、谷村唯一郎、本村善太郎

沢田竹治郎は退官につき、署名捺印することができない。

2最大判昭和28年4月1日行裁例集4巻4号923頁〔抜き打ち解散無効確認訴訟〕

主文本件訴を却下する。訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由案件の判断に必要な範囲において事実を摘示すれば、本件訴は当裁判所が司法裁判所である以外に、始審で且つ終審として、一切の法律、命令、規則又は処分の憲法に適合するか否かを審判すべきわが国唯一の憲法裁判所たる性格をも有することを前提として提起されたものであることはその主張自体に徴して明らかである。しかしながら、わが現行法制の下にあつては、ただ純然たる司法裁判所だけが設置せられているのであつて、いわゆる違憲審査権なるものも、下級審たると上級審たるとを問わず、司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすため必要な範囲において行使せられるに過ぎない。すなわち憲法八一条は単に最高裁判所が司法裁判所として右違憲の審査をなすにつき最終審たるべきことを要請したに止まり、所論のように、司法裁判所でない、違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない。この見解の維持せらるべき所以は、さきに当裁判所が昭和二七年(マ)第二三号事件の判決において示したとおりであり、これと反対の見地に出でた原告の所論には賛同するを得ない。されば本件訴は、現行法制上認められていない憲法裁判所なるものを想定の上、当裁判所がその憲法裁判所に該当し、しかもその憲法裁判所の所管すべき事案として提起せられたことに帰するのであるが、現行法制上司法裁判所としてのみ認められている当裁判所においては、かかる訴はこれを不適法として却下せざるを得ないのである。

よつて民訴二〇二条、八九条に従い主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見によるものである。

最高裁判所大法廷裁判長裁判官田中耕太郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、小谷勝重、島保、斎藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介、谷村唯一郎、小林俊三、本村善太郎、入江俊郎

3最大判昭和28年4月15日民集7巻4号305頁〔苫米地事件〕

主文本件訴を却下する。訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由案件の判断に必要な範囲において事実を摘示すれば、本件訴は当裁判所が司法裁判所である以外に、始審で且つ終審として、一切の法律、命令、規則又は処分の憲法に適合するか否かを審判すべき唯一の憲法裁判所たる性格をも有することを前提として、特に最高裁判所大法廷に提起されたものであることは、その主張自体に徴して明らかである。しかしながら、わが現行法制の下にあつては、ただ純然たる司法裁判所だけが設置せられているのであつて、いわゆる違憲審査権なるものも、下級審たると上級審たるとを問わず、司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすため必要な範囲において行使せられるに過ぎない。すなわち憲法八一条は単に違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない。この見解の維持せらるべき所以は、さきに当裁判所が昭和二七年(マ)第二三号事件の判決において示したとおりであり、これと反対の見地に出でた原告の所論には賛同するを得ない。されば本件訴は、現行法制上認められていない憲法裁判所なるものを想定の上、当裁判所がその憲法裁判所に該当し、しかもその憲法裁判所の所管すべき事案として提起せられたことに帰するのであるが、現行法制上司法裁判所としてのみ認められている当裁判所においては、かかる訴はこれを不適法として却下せざるを得ないのである。

よつて民訴二〇二条、八九条に従い主文のとおり判決する。この判決は裁判官真野毅の補足意見を除く裁判官全員一致の意見によるものである。

真野毅の補足意見は、次のとおりである。わたくしは、裁判官として憲法を尊重し擁護する義務を負うが故に、そして衆議院の解散問題は日本の政治の現在及び将来に関し重大な意義と価値を有するが故に、年来の所信をここに述べることとした。端的にいえば、わたくしは、本件のごとき解散は憲法に違反するものと考える。その理由は、おおよそ左のごとくである。憲法が衆議院の「解散」という文字を使つているのは、七条と六九条の二箇条だけである。そこで、従来の解散に関する論議は、主として、七条により広い内閣の衆議院解散権が憲法上認められるか、または六九条の場合のみに限り狭い内閣の解散権が認められるか、という点に集中されているの観があつた。しかし、わたくしの結論を真先にいつてしまえば、(一)六九条の場合に内閣は、衆議院を解散することを得ると共に、(二)国会が自主的に衆議院解散の決議をすることによつても、解散はできるとわたくしは信ずるのである。一憲法六九条は、「内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない」と規定している。だから、この規定の前段にあたるときは、内閣は衆議院を解散するか、または総辞職をするか、何れかの一つを択ぶべき義務があり、従つてその反面の解釈としてこの場合に内閣は衆議院を解散することを得るのは疑のないところであり、かつ争のないところである。しかし、これは三権分立の原則から当然に、内閣にこの解散権が認められるというわけのものではない。なぜならば、解散権は、もとより三権分立の意義における行政権に属すべき性質のものではないからである。かように解散権は三権分立の原則には反するが、後に述べる国権の抑制均衡の原則から認められたものであることを先ず銘記すべきである。そして、この場合の解散についても、憲法上解散し得るという法律問題と、政治的に見て現実の事態が解散を適当とするか否かの政治問題は、厳格に区別して考察しなければならぬ。法律的に適法な解散であれば、裁判所における問題とはならないが、それがもし政治的に妥当でない場合には、国民に対し政治的責任を負うことは言うを待たない。すなわち、解散後の総選挙において主権者である国民が、十分批判し、自主的な投票を投ずることによつて正しい審判を下すわけである。二次に、憲法七条は、「天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ」と定め、その三号に「三衆議院を解散すること」と規定している。この規定を根拠として、多くの者は、内閣は広く一般に衆議院を解散する権限を有すると解釈しようとしている。すなわち、政治的な当・不当は別として法律的・憲法的には内閣は、いつ何時でも、自由に、勝手放題に、衆議院を解散することを得るのであり、それで適法・適憲であると解釈するのである(以下七条論者と略称する)。この七条論者のような考え方は、結局誤りであるとわたくしは思う。憲法一条は、日本国の主権は、日本国民に存し、天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴である旨を定め、三条には、「天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ」と定め、四条一項には、「天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない」と規定している。それ故、天皇が国事行為を行うには「内閣の助言と承認を必要とし」ていることは、四条ですでに確立された要件である。だから、七条で「内閣の助言と承認により」といつているのは、言わずもがなのことを念のために繰返しただけのものである。いわば全くの蛇足である。これがなくても、七条の定めるところの国事行為に「内閣の助言と承認」が必要であることは、憲法の解釈上毛頭疑いがない。七条で「国民のために」といつているのも、すでに一条で宣明された主権在民の考えを念のために一層明らかならしめたに過ぎないものである。これも、いわば盲腸的存在である。七条にこれがなくとも、同条の意義には格別の差異が生ずることはない。かようにあつてもなくてもよいものを、活け花の場合のように剪り除いてしまうと、七条の真の姿は「天皇は左の国事に関する行為を行う」という純化した形になつてしまうのである。四条で「天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ」といつているから七条ではこれを受けて、天皇の行うことを得る国事に関する行為を列挙したものである。すなわち、七条は天皇の行う国事行為の種類を限定したのに過ぎない。したがつて、この七条は、内閣が衆議院を解散し得るかどうかの権限を定めたものでないことは、法文上極めて明白であるといわねばならぬ。七条論者は、七条三号により、天皇は「内閣の助言と承認により」「衆議院を解散すること」を行うのであるから、天皇に助言と承認を与える内閣は、実質的に衆議院を解散する権限を有すると主張している。しかし、これは七条法文の字句の末節に拘泥し、憲法の大きな原理や、憲法の他の規定を、考慮しない独断的な見解である。大体、前にもいつたように七条における「内閣の助言と承認により」という句は、なくもがなの蛇足に過ぎないのである。七条論者はこの蛇足に取りすがつて、内閣の衆議院解散権を導き出そうとしているが、その態度・方法がすでに根本的に誤つていると思う。だが、三条によつて、天皇のすべての国事行為には、内閣の助言と承認を必要とすることは疑いないし、四条によつて、天皇は、国政に関する権能を有せず、ただ憲法に定める国事に関する行為のみを行うことは明らかである。したがつて、国政すなわち国の統治行為に関する権能は、天皇以外の国家機関に属することも明らかである。国政は、国の政治の実質的・実体的のものであつて、直接間接に国民の利害得失に関することが多大であるから、それが三権分立と抑制均衡の憲法上の二大原則によつて、天皇以外のそれぞれの責任ある国家機関に分配されているのである。これに反し、国事行為は、形式的・儀式的のものであつて、国民の利害に実質的な影響を及ぼすものでないから、日本国の象徴である天皇をして行わしめるとしたのが、四条の精神である。七条三号によつて天皇は、衆議院解散という実体的な国政を行うのではなく、ただ解散に関する形式的な儀式的な手続を行うだけのものである。しかも、天皇がこの国事行為を行うについても、「内閣の助言と承認を必要とし」たのが三条の趣旨である。内閣の助言と承認は、天皇の行う国事行為に対するものであり、天皇の権能に属しない国政に対するものでないことは明らかである。また、三条によつて内閣が負う責任とは、天皇の行う国事行為に対する内閣の助言と承認に対して負うべき責任をいうのである。国事行為の実体である国政そのものに対する責任は、三権分立と抑制均衡の原則により、国政を行うそれぞれの国家機関が負うべきものである。それ故、内閣が天皇の行う国事行為に対し助言と承認を与えること又はこれについて責任を負うことを理由として、衆議院の解散という実体的な国政について天皇ないし内閣に権限があると論ずる七条論者の主張は、全く根拠のない本末をわきまえざる議論である。もし、七条論者のように、七条で内閣が助言と承認を与えるから、国事行為の実体である国政の決定も内閣の権限に属するというならば、七条一号に定める憲法改正・法律の公布の実体たる憲法の改正や法律の制定も内閣の権限に属すると解釈できる不都合な結果を生ずるわけである。この一点からいつても七条論者の誤つていることは明らかであるということができる。しからば、実体的な国政について、いかなる国家機関が権限を有するかは憲法全体の総考慮から判断すべき事柄である。さて、わが憲法は、三権分立と抑制均衡の二大原則の基盤の上に立つている。およそ立憲国における憲法は、一人又は一群の少数者が国家権力を掌握する独裁ないし専制政治を排除し、権力の不当独占ないし集中を阻止し、もつて国民の自由と基本的人権を擁護するために、統治権力を分割すると共に、この分割された権力をそれぞれ各独立の国家機関をして行使せしめる機構を定めているのである。そして、通常統治権力を、統治作用の本質により、立法・司法・行政の三作用に分ち、立法権は立法府に、司法権は裁判所に、行政権は行政府に属するものとして、権力の分配を行つている。わが国では一般にこれを三権分立と呼んでいる。これと同時に、この統治作用の本質による三権の分立だけでは、とかく独立割拠の弊に陥り、国政の円満な運営は期待し難いという考慮の下に、各国家機関をして相互に他を抑制せしめ、各機関の間に権力の均衡を保たしめることを目的とする調整作用として抑制均衡(チェック・エンド・バランス)の制度を採り入れている。例えば、本質的には立法権に属すべき法律制定及び本質的には行政権に属すべき行政処分について、違憲審査権が裁判所の権限に分配され、また逆に本質的には司法権に属すべき裁判官に対する弾劾裁判が国会の権限に分配され、一般に裁判官の任命が内閣の権限に分配されているがごときものである。かくて憲法は、三権分立と抑制均衡の二大原則の交錯と調整の基礎の上に成立つている。そして、三権分立によると抑制均衡によるとを問わず、憲法上一つの国家機関に分配賦与された権限は、その機関の活動し得る領域の範囲を画するものであつて、従つてこれはその機関の活動し得る積極的限界である。この一つの国家機関の活動の積極的限界は、とりもなおさず同時に、他の国家機関の活動することを得ない消極的限界であつて、他の機関は恣にこの限界を超えて他の領域を侵犯することは許されない。かくて、憲法上分配された各国家機関の権限は、互に独立であつて、互に相侵すことのできないのが憲法の根本原理である。もし、一つの国家機関に分配された統治権力が、他の機関によつて随意に侵され得るものとすれば、異る二つ以上の権力が同一機関の下に不当にかつ過度に集中することとなり、三権分立と抑制均衡によつて独裁ないし専制政治を排撃し、国民の自由と人権を擁護せんとする憲法の最大目的は、跡方もなく踏みにじられてしまうに至るであろう。そこで、再び憲法七条に戻つて考えてみたい。「衆議院を解散すること」は、統治権力の本質からいえば行政権に属しないことは明らかである。七条論者の中には、衆議院の解散は、立法でもなく、司法でもないから、行政権に属するという単純な考え方をするものがあるかも知れない。しかし、これは、三権分立を真に理解していないところから生ずる、間違つた議論である。三権分立は、前にもいつたとおり、国権を平面的にその本質に従つて、立法・司法・行政の三つに分配すると同時に、その分配された権力をそれぞれ独立の国家機関をして行わしめる機構である。ただ単に、国権を三つに分けるというだけでは、何の意味もない。分けられた権力を、各独立の機関が、他から制肘を受けず、自主的に行使するというところにむしろ重点があるのである。なぜならば、いくら権力を三分しても、よしや四分・五分してみたところで、同じ機関がそれを兼有するというのでは、何の曲もなく全く意義がないからである。三権に分配された権力の範囲は、互に他から繩張りを侵されない建前であるから、その分配された各権力を行う各機関は、互に独立であり自主的の存在を有し、互に他の機関によつて根本的に主体性を滅却せしめられることはないのが当然である。例えば、国会は、内閣総理大臣を指名する権限を与えられているが(六七条)、三権分立の原則からいえば、国会は、内閣総理大臣を罷免し又は内閣を総辞職せしめることはできない。これと同様に、三権分立の原則からいえば、内閣は、衆議院を解散することはできない。次に、抑制均衡の原則から眺めてみよう。この見地からいつて、内閣は衆議院を解散する権限を有すると見得る憲法上の根拠があるであろうか。この点が本問題の一番の急所であり、最も大事なキー・ポイントである。憲法上行政権は内閣に属する(六五条)。言いかえれば、三権分立の原則により、内閣は行政権を行う権限を分配されている。この本質上の行政権のほかに、抑制均衡の原則により、内閣に賦与されている権限は、六条二項・六九条・七九条・八〇条等において特に定めるものを除き、概括的に七三条において規定されている。すなわち、七三条は、「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ」と定め、一号ないし五号の中には、別段この規定がなくとも行政権に属するものであるが、旧憲法において天皇の大権とされていた事項もあるから、念のため内閣の権限に属することを明確ならしめたのである。そして、六号には「政令を制定すること」、七号には「大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること」を挙げている。政令を制定することは、本質上立法権に属し、大赦、特赦等の恩赦は本質上司法権に属すると見ることができるが、抑制均衡の原則によりこれを特に内閣の権限に属せしめたのである。しかるに、重大な政治的・社会的意義を有する「衆議院を解散すること」については、七三条においては内閣の権限に属せしめられてはいない。ただ僅かに六九条において内閣が衆議院を解散し得る場合のあることを定めているのみである。それ故、抑制均衡の原則から言えば、衆議院を解散することは、六九条の場合を除き、内閣の権限に賦与されていないと論結しなければならぬ。もし、七条論者のように天皇の国事に関する行為を列挙した七条三号に「衆議院を解散すること」とあるだけで、それが内閣の権限に属すると解すべきものだとするならば、七条六号に「大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認証すること」とあるだけで、同様にそれが内閣の権限に属すると解さるべき道理であり、果してしからば、七三条七号において「大赦、特赦、減刑、刑の執行免除及び復権を決定すること」をわざわざ内閣の権限に属せしめる必要はないではないか。却つて逆に、内閣の権限とするためには七条六号だけでは事足りないから、七三条七号を設けたにかかわらず、七条三号だけで七三条中に何等の規定を設けていないのは、衆議院の解散は内閣の権限に属せしめられていない証拠となるのだ。この点からいつても、七条三号から内閣の権限を導き出すことはできないと言わねばならぬ。旧憲法時代には完全な三権の分立も認められておらず、天皇はいつでも議会を解散することを得たのだが(七条)、この惰勢から来る内閣は衆議院を解散し得るという考え方は、新憲法の下では断然払拭しなければならない。さらに視野を広くして、憲法全体から実質的に権力の抑制均衡の実態を考えてみよう。およそ現代国家において行政権の分野が、逐年拡大強化されていくことは、すべての文明国に共通の現象である。わが国においても、また然りであつて、日常国民の直接に接触する統治権力の大部分は殆んど行政権である。この行政権こそは、現代国家機構における巨大なレバイアザン的存在である。わが憲法の行政権の実質的内容は、それ自体広汎強大なものである。この内閣の首班である内閣総理大臣は、国務大臣を任命し、また任意にこれを罷免することができる(六八条)。それ故、内閣は合議体ではあるが、実際においては閣僚に対し生殺与奪の権を握つている内閣総理大臣の独裁下にある。少くとも容易に独裁下におかれ得る。また、最高裁判所裁判官及び下級裁判所裁判官の指名又は任命は、内閣の権限に属する(六条、七九条、八〇条)。その任命等につき国会・衆議院・参議院その他の同意を必要としない。(米国では連邦裁判官は大統領によつて任命されるが、上院の同意を要する。)その上、七条論者のように内閣が任意に衆議院を解散する権限を有することを認めるならば、内閣の首班である内閣総理大臣は、衆議院に対しこの解散権をひらめかすことによつて、立法府に対しても非常に強大な支配力を及ぼし得る地位に立つことになるわけである。元来国会は、主権者である国民の代表者の集合体であつて、当然国権の最高機関である(四一条)。これに反し、内閣総理大臣は、国会の議決で指名されるものであり(六七条)、内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負うべきものである(六六条)。そして、ここにいう「行政権の行使」とは、三権分立の原則によつて、本質上行政権に属するものの行使のみではなく、抑制均衡の原則によつて、行政府に賦与された権限の行使をも含むことは言うを待たない。すなわち、内閣は、憲法上分配されたすべての権限の行使について、国会に対し責任を負うべきものであると言わねばならね。いわば国会ほ監督者であり、内閣は被監督者である。この関係においては明らかに、国会は主であり、内閣は従である。国会は優位にあり、内閣は下位にある。しかるに、七条論者のように、内閣は、法律上全く自由に、何時でも衆議院を解散することを得るものとするならば、責任を問われる地位にある内閣が、自己に対し責任を追及する立場にある衆議院を解散し、これを抹殺することによつて、法律上責任の追及を不当に免れ得る結果となる。これでは主従の地位の顛倒も甚だしいといわねばならぬ。それは、恰も債務者が、債権者の首をはねる権利をもつことを、認めるに類する滑稽さがあるように思われる。非か。わが憲法のごとく代表制民主制度の下において、主権者たる国民の代表の集合体である国会は、憲法の明文においても国権の最高機関であると謡われているにかかわらず、そして内閣の監督者としてその責任を追及することを得る地位にあるにかかわらず、国会の主要構成部分である衆議院が、被監督者である内閣の欲するがままに、法律上は、全く任意に、勝手気儘に、何時でも、拔打的・闇討的に解散されるというのでは、代表制民主政治は常に基盤がグラグラし、衆議院の生命は二六時中風前の燈火のごとく揺らゆらしている。こんな有様で内閣が活殺自在の劒を握つているようでは、どこに国会の独立と権威があるであろうか。これでは、三権分立も、抑制均衡も、民主政治も、憲法の根柢も、皆共に支離滅裂し、瓦解してしまうではないか。殷鑑遠からず、十数年前にある。あえて、ヒトラーの国会解散の暴政の数々の例を引いて、論証する煩を重ねることを要しないであろう。国会の弱体であるところに、独裁政治は常に頭をもたげて来る。独裁政治の行われるところ、国会はますます弱体化する。国会の強力なところに、民主政治は発達する。国会の強力こそは、独裁政治の出現を阻止する城壁である。しかのみならず、民主政治における選挙は、機会均等を前提とする。すなわち、同等の立場に立つてフエア・プレイによつて投票の獲得を争うことを本義とする。しかるに、抜打解散では、政府与党は野党に比し、不当に有利な立場に立つことは明白である。かようなハンデイキヤツプのついた条件の下に行われる選挙は、公正なものということができないばかりでなく、民意が真に正しく反映して表明されることは不可能となるであろう。民意の真正に表明されない選挙によつては、ほんとうの民主政治は発達せず、美果を結ぶことはできない筈である。さらに、七条論者の結論を採れば、前にいつたごとく憲法上内閣総理大臣は、行政府に対するばかりでなく、司法府に対しても、立法府に対しても、甚だしく強大な権力と影響力を及ぼし得ることとなるは必然である。かくては、内閣総理大臣という一人の具体的人格に過度の諸権力が、容易に集中し、その結果独裁ないし専制政治に陥り易きに至ることは、火を見るよりも明らかである。思つてもみるがいい。冷静に、かつ虚心に。彼の太平洋戦争の苛烈な戦火の洗礼を受け、廃嘘のどん底に沈んだわが国民は、何物よりも独裁ないし専制政治の再現を、恐れかつ憎んでいるではないか。こういつた体験と環境と条件の下に出来た憲法を、前述のごとく成法上何ら確たる根拠もないのに、独裁ないし専制政治の再現を容易に招来することを許すような風に解釈せんとすることは、民主憲法制定の根本義を真に理解せざる近眼者流の論であると断言して憚らない。豊かな経験と高い識見を有する尾崎行雄氏は、憲法七条を解散の根拠とするようなことが行われるなら、「すこし気の利いたものが出れば、たちまち北条・足利の時代が再現する」と卒直にキツパリ言い放つている(昭和二四年一月三日読売)。この言やよし。まことに事物の真を洞察した識者の至言である、とわたくしは思う。そこで、上述したところを総合すると、わたくしの考えは次のごとくなる。(一)天皇は形式的な国事行為を行うことを得るだけで、衆議院解散という実体的な国政を行う権能を有しない(四条)。(二)内閣は、三権分立の原則からは、衆議院を解散することはできない。(三)内閣が、抑制均衡の原則から、衆議院を解散することを得るのは、六九条の場合だけに限る。(四)わが国会は、代表制民主政治における主権者たる国民の代表者の集合体であつて、国権の最高機関である(四一条)という点からいつても、内閣は衆議院を解散することを得ないのは当然である。(五)内閣は、その権限の行使について、国会に対し責任を負つている(六六条)という点からいつても、逆に内閣が衆議院を解散することを得ないのは理の当然である。なお、七条論者の中には、衆議院の多数派の支持を得ている内閣が、やつて行けなくなる場合もあるから、内閣は七条によつて衆議院を解散することができると主張する者もあるが、わたくしをして言わしむれば、その場合には、後に述べるように、国会で衆議院解散の決議をすればよいのである。これから、逆に内閣による衆議院の解散権を認めようとするのは、論理の倒錯に陥つたとものというべきである。また、七条論者の中には、衆議院が正しく国民の世論を代表することを総選挙によつて確認する必要の起きる場合には、内閣は衆議院を解散することができると主張する者があるが、これは全く解散の妥当性に関する政治論であつて、法律論としては、一顧の価値もないものである。なおさらに、七条論者の中には、イギリス型の議院内閣制を持出して理由づけようとする学者がある。それは、わが憲法はイギリス型の議院内閣制を採つた(大前提)、イギリス型の議院内閣制の下では内閣は下院を何時でも解散することができる(小前提)、だからわが憲法上、内閣は衆議院を何時でも解散することができる(結論)と解釈すべきだ、と言うのである。が、これは、全く形式的な三段論法に過ぎない。憲法のどこにも、その大前提の存在する根拠を見出すことはできないではないか。憲法はどこにも、イギリス型の議院内閣制を採つたとは言つていない。強いていえば、欧洲大陸型の議院内閣制の下で認められるような制限的解散に類似する、六九条の規定が設けられているだけのことである。この規定で衆議院は、不信任決議案の可決または信任決議案の否決という武器によつて、内閣と総辞職に追いやる手を打つことができると共に、これに対して内閣は、衆議院を解散するという武器によつて、防戦することができる。これで衆議院と内閣の権力の抑制均衡が保たれるとして、六九条が置かれているのである。この明文規定を超えて直ちに一般的・概括的に、イギリス型の議院内閣制の原理がそのまま全部採用されたものと速断して、この大前提から三段論法を駆使して、一般的な内閣の解散権を論結するのは誤りである。憲法はかかる大前提をとつたと見るべき根拠はない。英国は、君主政治の国であり、国会は国民が選び、内閣は国王が選ぶ仕組であるが、日本憲法では、民主政治を採つており、国会は国民が選び、内閣の首班は国会が選ぶ機構を定めている。英国では国王が国会を解散するが、天皇は国政を行う権能を有しない。両者の根本機構の差異を混同しては、正しい解散の法理が生れて来る道理がない。衆議院ないし下院の解散のごときは、世界の歴史からいつて、君主制の下に発達したものであつて、今日においては所詮君主制の遺物に過ぎないものであり、君主制の行われなくなつた国には、全然認められていないか、または制限して認められているに過ぎない。今日において、イギリス型の議院内閣制の原理を、そのまま全部解釈で採り入れようとすること自体に根本的な無理がある。またイギリスでは、多年の伝統による国民的な政治的訓練と自覚があるが、わが国民にはそれが欠けている。それ故、実際からいつても、広い解散権をわが国で認めることは非常な危険と害悪のあることは前に述べたとおりだ。結局、抑制均衡の原則から認められる内閣による衆議院の解散は、六九条の場合だけに限らるべきであり、またそれが適当でもある。三なお次に、このように抑制均衡の原則から認められる内閣による衆議院の解散は、六九条に限るが、だからといつて衆議院の解散を六九条の場合だけに限るとする考え方も、狭きに失し正鵠を得ていない、とわたくしは思う。憲法の明文の文字に出ていない場合に、解散を認めることはできないとする見解は、偏狭に過ぎ正しいとはいえない。他の例をとれば、憲法が「総辞職」という文字を使っているのは、六九条と七〇条の二箇条だけではあるが、その外にも内閣は、自主的判断によつて、何時でも、総辞職をすることを得るのは、一般にも認められているところであつて、恐らく誰も異議のないところであろう。これを法律的にいえば、内閣の総辞職は、内閣が自己に内在する固有の権利によつて行うものであると言うことができる。これと同様に、国会は、自主的判断によつて、何時でも、衆議院の解散を決議することができる。すなわち、国会は、自己に内在する固有の権利によつて、衆議院を解散することを得るのである。ましてや、国会は、国権の最高機関であるという点からいつても、自主的に衆議院解散の決議をするについて、他の機関の制肘を受くべき理由は何もないのである。国民の代表である国会が、国民の与論に訴える必要があると考える場合に、自ら衆議院の解散を決議することは、むしろ国民に対する当然の義務であるということができる。ただ衆議院の解散であるから、衆議院だけの決議でよくはないかとの疑問が一応は起きる。そして現に解散論議が国会で八釜しかつた当時、国会の衆参両院法規委員会で検討した結果、衆参両院議長に対し行つた勧告の要旨として報道せられたものは、解散は、内閣のほしいままな判断によつてなすべきものではなく、衆議院が解散に関する決議を成立せしめた場合は、七条による国事行為が行われるようにしたいというのであつた。衆議院が解散の決議をすれば参議院も恐らく同様の決議をするであろうから、実質的にはこれで妥当なところを捉えているが、法律的見地からみれば、衆議院は国会構成の一部に過ぎず、国会の意思決定は衆参両院の決議によつて成立するものであるから、衆議院の解散も国会の決議によることを要するものと解するのが相当である。かくて、この解散の決議又は六九条による解散があつた場合には、形式として七条三号に定める天皇の国事に関する行為が行われるわけである。(なお、解散は、当不当の政治問題である限りは、裁判所の審判すべき事柄ではないが、適法不適法の法律的争訟として訴えられて来れば、適法な法律手続に従つて、裁判所の審理すべき事柄となる。この点は今は詳しくは述べない。)

最後に、本件について見るに、前記のように国会の解散決議もなく、また六九条の場合にも当らないのに、内閣が行つた本件解放そのものは憲法に違反し無効である。しかしながら、原告の本訴主張自体は、多数意見の認めているとおりのものであつて、多数意見の判示しているとおりの理由によつて、本訴は訴訟手続上の不適法があるものとして、却下する外道がないのである。

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官田中耕太郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、島保、斎藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介、谷村唯一郎、小林俊三、本村善太郎、入江俊郎

4最判昭和28年6月9日行裁例集4巻6号1542頁〔特別区長直接公選制廃止無効確認訴訟〕

主文本件訴を却下する。訴訟費用は原告等の負担とする。

事実及び理由本件原告の請求の趣旨及び請求原因は添付の別紙訴状記載のとおりである。憲法八一条は最高裁判所がいわゆる違憲審査権を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所の性格を有することを規定しているのではなく、右違憲審査権は最高裁判所が司法裁判所として具体的な法律上の争訟について審判をするため必署な範囲において行使されるに過ぎない。(昭和二七年(マ)第一四八号同二八年四月一五日最高裁判所大法廷判決参照)そして最高裁判所の司法裁判所としての管轄は裁判所法の規定するところであるが、同法その他の法律に、本件の如き争訟事件について最高裁判所が一審裁判所としての管轄権を有することを規定していないから、当裁判所が一審裁判所として審判すべきものとして提起された本訴はこれを不適法であるといわなければならない。そしてこの欠缺は補正することができないから民訴二〇二条により却下すべきものとし訴訟費用の負担について同法八九条を適用し、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官井上登、島保、河村又介、小林俊三、本村善太郎

5最判昭和35年12月23日裁判集民47号623頁〔琉球住民地位確認訴訟〕

主文本件訴を却下する。訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由原告は本件訴状を当裁判所に提出し「琉球住民の地位が明確にされることは基本的人権の尊厳を保護することであつてこのことが帝国憲法及び法律又は米国軍政府並びに民政府の布告、布令に適合するものであるとの決定を求む。」というのであつて、本訴を日本国憲法第八一条により当裁判所に提起したものであることも、訴状に明記するところである。しかし、憲法第八一条が、違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格を、最高裁判所に併有せしめることを規定したものでないことは、当裁判所昭和二八年四月一八日大法廷判決(民集七巻四号三〇五号)の判示するとおりであるから、当裁判所を始審裁判所として提起された本訴は不適法として却下せざるを得ないのである。よつて、民訴二〇二条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官藤田八郎、池田克、河村大助、奥野健一

最判昭和31年9月18日裁判集民23号181頁〔売春防止法無効確認訴訟〕

主文本件訴を却下する。訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由原告は、「一、被告は原告に対し昭和三十一年法律第百十八号売春防止法は憲法違反たる事実を認め之が無効なることを確認せよ。二、訴訟費用は被告の負担とする。」との判決を求め、その請求原因とするところは別紙訴状記載のとおりである。しかしながら、わが現行法制の下にあつては、裁判所は当事者の具体的権利関係を離れて抽象的に法律等が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有しないこと、昭和二七年一〇月八日当裁判所大法廷判決の判示するとおりである。そして本訴が、原告の具体的権利に関係なく売春防止法の違憲を主張しその無効確認を求める趣旨であることは、別紙訴状の記載によつて明かである。このような訴は、これを不適法として却下せざるを得ないのである。よつて、民訴二〇二条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見をもつて主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官島保、小林俊三、垂水克己

1最判昭和27年10月31日民集6巻9号926頁〔昭和23年政令201号取消訴訟〕

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人等の負担とする。

理由上告代理人布施辰治、上村進、神道寛次、青柳盛雄、福田力之助、高木右門、蓬田武、小沢茂、上山重徳、谷村直雄、藤井英男、岡林辰雄、牧野芳夫、森長英三郎の上告理由第二点、第三点、第四点及び上告代理人高木右門の第一点、第二点、第三点について本訴は上告人において昭和二三年政令第二〇一号「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」は形式的にも実質的にも憲法に違反するものであつてその制定行為によつて上告人等の憲法上保障せられている団結権、団体交渉権及び団体行動を行う権利の如き基本的人権が侵害せられたと主張した政令制定行為を以て行政庁の違法なる処分として行政事件訴訟特例法に基きその取消を求めるものであることは一審以来の上告人等の主張によつて明らかである。ところが右政令は昭和二〇年勅令第五四二号「ボツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件」に基いて制定せられたものであつて上告人等のみを対象とするものではなく同令施行当時のすべての公務員及び同令施行後公務員となる者の労働関係を規律する一般的抽象的な法規であることは右政令自体からみて明白である。そしてわが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とするのである。従つてわが裁判所は具体的な争訟事件が提起きれないのに抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するものでないことは当裁判所の判例とするところである(昭和二七年(マ)第二三号同年一〇月八日大法廷判決)本件において上告人等は前記の如く本件政令により上告人等の憲法上の権利が侵害せられたとは主張しているが上告人等の請求はその具体的権利関係の紛争に関するものではなく単に右政令を制定した行為の取消を求めるものに過ぎないのであるから本訴訟は不適法として却下すべきでありこれと同趣旨の原判決は正当で論旨いずれも理由がない。前記上告代理人布施辰治外十三名の上告理由第一点についてしかし「国の利害に関係のある訴訟についての法務総裁の権限等に関する法律」六条二項によると法務総裁は行政庁を当事者とする訴訟について必要があると認めるときは所部の職員でその指定するものにその訴訟を行わせることができるのである。そして本件のように政令の合憲性が争われかつ裁判権の有無が訴訟の核心をなしている場合に法務総裁がその必要を認めて所部の職員たる法務府事務官を被上告人の代理人に指定して本件訴訟を行わせたことは少しも違法ではなく同一趣旨で上告人等のこの点に関する主張を排斥した原判決は正当で論旨は理由がない。よつて民訴四〇一条八九条九五条により主文のとおり判決する。この判決は裁判官全員一致の意見によるものである。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官霜山精一、栗山茂、小谷勝重、藤田八郎、谷村唯一郎

2最判昭和31年2月17日民集10巻2号86頁〔特別区長選任無効確認訴訟〕

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。理由上告人A及び上告代理人弁護士佐々木正泰の上告理由は別紙のとおりである。上告人上告理由の一及び上告代理人上告理由第一点、第二点について。原判決が、わが国の裁判所は、特定の者の具体的な権利義務そのものの法律上の争訟についてのみ裁判権を有し、抽象的な法律命令等の合憲性について裁判権を有するものではない趣旨を判示したのに対し、論旨は、原判決は憲法八一条の解釈を誤つた違法があると主張するのである。論旨は、憲法八一条の制定の経過及び当時の帝国議会における論議等に言及し最高裁判所の憲法裁判所的性格を主張するのであつて、わが国の学説中に所論のような解釈がないではないが、当裁判所大法廷は、昭和二七年一〇月八日言い渡した判決で所論のような解釈を採らない旨を判示しているのである(判例集六巻九号民七八三頁)。そして現在においてもこの解釈を変更すべき理由を認めることができない。論旨もいうように、権力分立の制度は絶対的のものではなく、立法機関たる国会の両院が議員の資格争訟を裁判し、議員からなる弾劾裁判所が裁判官の弾劾について裁判をすることは憲法に明文をもつて規定されているけれども、憲法八一条がこのような権力分立の例外を規定したものか、それとも、司法裁判所が裁判権を行使する場合の権限を規定したものであるか、解釈の分れるところであり、そして当裁判所が憲法八一条による法令のいわゆる違憲審査権は司法権の範囲内において行使されるものと解していること、右大法廷判決の判示するところである。論旨はこれと異る解釈を主張するのであつて、結局見解の相違というよりほかなく、到底これを採用することができない。

論旨はまた、原判決は下級裁判所に与えられた法律解釈権と最高裁判所に与えられた違憲審査権とを混同していると主張するのであるが、法律命令等の憲法適否審査権そのものについては最高裁判所と下級裁判所とで異ることがないことは、右大法廷判決の判示するとおりであり、論旨のこの点も理由がない。上告人上告理由の二について。論旨は、上告人は、被上告人Bの世田谷区長選任の無効、同人が同区長でないことの確認を求めているのであつて、原判決のいうように抽象的に法令の無効のみを主張しているのではないというのである。しかし世田谷区長にBが選任されたことによつて上告人の具体的権利義務に影響のある場合にその権利義務について争うは格別、単なる右選任の当否は上告人個人の具体的権利義務には直接関係のないことであつて、かかる点について司法裁判所が裁判権を有しないことは、前記大法廷判決の趣旨にてらして明かである。論旨は理由がない。上告代理人の上告理由第三点、第四点について。論旨は、上告人は世田谷区民であり、憲法一五条及び九三条二項によつて区長を直接選挙する権利を有するにかかわらず、昭和二七年法律第三〇六号による地方自治法の改正のため右区長の選挙権を剥奪されたのであつて、上告人は本訴を提起しBの選任無効確認の判決を求め、よつて区長の選挙権を回復し憲法上の権利を行使しようとするものであり、単に法令について抽象的に憲法適否の判断を求めるものではないというのである。しかしながら、上告人の本訴提起の動機が所論のとおりであつても、上告人の本訴請求が、地方自治法中の規定の無効確認を求め、世田谷区議会に世田谷区長を選任する権限のないことの確認を求め、さらにBの世田谷区長選任及び就任の無効確認を求めるものであることにはかわりはなく、このような請求が上告人の具体的権利に直接関係がないことは前段説明のとおりである。(またかりに、上告人の請求を認容した判決がなされたとしても、その判決の結果として直ちに上告人が区長選挙権を行使できるものでないことは説明をするまでもないことである)。論旨は到底採用することができない。上告代理人上告理由第五点について。論旨は原判決は争点について判断をしなかつた違法があるというのであるが、前述のように本訴について裁判権がない以上右の判断を加えなかつたのは当然である。以上説明のとおり論旨はすべて理由がないから本件上告はこれを棄却することとし、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い裁判官全員一致で主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官栗山茂、小谷勝重、藤田八郎、谷村唯一郎、池田克

3最判昭和31年9月18日裁判集民23号181頁〔売春防止法無効確認訴訟〕

13頁

4最判昭和39年4月21日訟務月報10巻5号756頁〔特別区長選任無効確認訴訟〕

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

理由上告人兼上告代理人Aの上告理由は別紙のとおりである。上告理由第一点について。論旨は、原判決が、裁判所は抽象的一般的に法令及び処分の違憲性を審査し得る旨の上告人の主張を容れなかつたのに対し、憲法八一条の解釈として、裁判所は、具体的な法律上の争訟をはなれて、抽象的に法律命令等の合憲性について裁判権を有する旨を主張し、当裁判所が、昭和二七年一〇月八日言い渡した判決(民集六巻九号七八三頁)及び同二八年四月一五日言い渡した判決(民集七巻四号三〇五頁)の先例は変更せられるべき旨を主張するのである。憲法八一条の解釈として所論のような主張をする学説があることは否定できないけれども、前記当裁判所の判決が、そのような解釈をとらなかつたことは、論旨も認めているとおりであり、そして、現在において、右の判例を変更する必要があるものとは考えられない。原判決が、この点に関する上告人の主張を容れなかつたのは正当であつて、論旨は採用することができない。

同第二点について。論旨は、かりに裁判所が抽象的に法律命令等について憲法適否を審査する権限を有しないとしても、上告人らは、具体的な特別区長の選任に関連して、憲法九三条二項によつて定められている地方公共団体の長の選挙権を地方自治法二八一条の二によつて侵害された旨を主張しているのであつて、抽象的に法律の違憲を主張しているのではないのにもかかわらず、原判決が上告人らの訴を不適法としたのは、住民の直接選挙権の本質を誤解したことによるものであるというのである。

しかし、原判決の引用する一審判決も説明するように、上告人らの主張する特別区長の選挙権は、区民に対して一般的に与えられた権利であつて、上告人らが選挙権を侵害されたというのも、要するに、区民一般に与えられた権利に関する主張をしているに過ぎないものと解すべきである。このことは、上告人らと被上告人らとの関係において、かりに一般区民と切り離して上告人らの請求が容認されたとしても、それだけでは意味がないことによつても明らかである。しからば、上告人らは、本訴において、その個人的権利の侵害を主張してはいるものの、要するに、地方自治法二八一条の二が憲法に違反する旨を一般的に主張している趣旨と解するほかはなく、従つて、本訴は、抽象的に法律の違憲を主張する訴に帰するものと解さざるを得ない。されば、原判決が本訴を不適法として却下すべきものとしたのは正当であつて、論旨は理由がない(昭和三元年二月一七日第二小法廷判決、民集一〇巻二号八六頁参照)。

同第三点について。論旨は、原判決が区長選任行為についていわゆる民衆訴訟を許した法律の規定がない旨を判示したのを非難するとともに、本訴が大衆訴訟の性質を有するものとしても、本訴は、なお、適法である旨を主張するのである。所論の大衆訴訟の意味は明らかでないが、原判決のいわゆる民衆訴訟とは、個人の具体的権利義務に関係のない訴訟であつて、本来法律上の争訟に関するものではなく、憲法上当然には裁判所の権限に属しない訴訟であり、従つて、法律の規定によつてはじめて許される訴訟をいうものと解されるところ、区長選任行為について法律に訴訟を許す旨の特別の規定の存在しないことは原判示のとおりであるから、原判決が法律に特別の規定がない故をもつて、本訴を不適法としたのは正当である。なお論旨は、本訴を大衆訴訟と解してもなお適法である旨を主張するのであるが、本訴が抽象的に法律の違憲を主張する訴訟と解されることは、第二点につき先に説明したとおりであるから、論旨は、この点において理由がない。同第四点について。論旨は、原判決の引用する一審判決が、地方自治法二八一条の二により上告人らは区長の直接選挙権を行使し得なくなり、そのことが上告人らの基本的人権に関するものであつても、このような区民に対する一般的な結果を取り上げて裁判所に出訴することはできない旨を判示したのは、憲法九八条、一三条、七六条に反するというのである。しかし、裁判所が抽象的に法律が憲法に適合するかしないかを判断すべきものでないことは、当裁判所が数次の判決で判示するとおりであり、そして、第二点で説明したように、本訴が、要するに抽象的に法律の憲法違反を主張するに帰する以上、原判決が、地方自治法二八一条の二の憲法適否を判断しなくても、所論憲法各法条に違反しないことは、前記当裁判所の判例の趣旨に徴して明らかである。論旨は採用することができない。よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官横田正俊、石坂修一、柏原語六、田中二郎

5最判昭和42年8月24日税務訴訟資料48号368頁〔登録税法7条無効確認訴訟〕(弁護士名簿登録)

掲載なし

6最判平成3年4月19日民集45巻4号518頁〔最高裁判所規則取消訴訟〕(地家裁支部廃止)

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

理由上告代理人竹中一郎の上告理由第一点について裁判所法三条一項の規定にいう「法律上の争訟」として裁判所の審判の対象となるのは、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に限られるところ、このような具体的な紛争を離れて、裁判所に対して抽象的に法令が憲法に適合するかしないかの判断を求めることはできないものというべきである(最高裁昭和二七年(マ)第二三号同年一〇月八日大法廷判決・民集六巻九号七八三頁、同昭和六一年(オ)第九四三号平成元年九月八日第二小法廷判決・民集四三巻八号八八九頁参照)。これを本件についてみるに、本件各訴えは、地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則及び家庭裁判所出張所設置規則の一部を改正する規則(平成元年最高裁判所規則第五号。以下「本件改正規則」という。)のうち、福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部を廃止する部分について、これが憲法三二条、一四条一項、前文に違反するとし、また、本件改正規則の制定には同法七七条一項所定の規則制定権の濫用の違法がある等として、上告人らが廃止に係る福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部の管轄区域内に居住する国民としての立場でその取消しを求めるというものであり、上告人らが、本件各訴えにおいて、裁判所に対し、右の立場以上に進んで上告人らにかかわる具体的な紛争についてその審判を求めるものでないことは、その主張自体から明らかである。そうすると、本件各訴えは、結局、裁判所に対して抽象的に最高裁判所規則が憲法に適合するかしないかの判断を求めるものに帰し、裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」に当たらないというほかはない。以上のとおりであるから、原審が本件各訴えを右「法律上の争訟」に当たらないとした判断は、正当として是認することができる。所論は憲法三二条違反をいうが、原審が本件各訴えを右「法律上の争訟」に当たらないと判断したことが憲法三二条に違反するものでないことは、最高裁昭和二三年(れ)第五一二号同二四年三月二三日大法廷判決・刑集三巻三号三五二頁、同昭和三二年(オ)第一九五号同三五年一二月七日大法廷判決・民集一四巻一三号二九六四頁の趣旨に徴して明らかである。所論のその余の違憲の主張は、原審の右判断に誤りがあることを前提とするものであって、その前提を欠く。論旨は、採用することができない。同第二点について不適法な訴えでその欠缺を補正することができないものである場合には、口頭弁論を経ないで判決をもって右訴えを却下することができる(民訴法三七八条、二〇二条参照)ところ、本件各訴えは、前記のとおり裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」に当たらないものであるから、不適法な訴えでその欠缺を補正することができないものに当たるというべきである。したがって、原審が本件各訴えにつき口頭弁論を開く措置を探らなかったことに所論の違法があるということはできない。所論違憲の主張も、その実質は、原審が口頭弁論を開かなかったことの違法を主張するものにすぎず、失当である。論旨は、採用することができない。よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官木崎良平、藤島昭、香川保一、中島敏次郎

1最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁(下級裁判所による違憲審査)

主文本件再上告を棄却する。

理由弁護人岡田実五郎上告趣意第一点について。ポツダム宣言の受諾によつて、わが国が「基本的人権の尊重は確立せらるべし」との同宣言の条項を誠実に履行すべき責務を負担したことは、まさに所論のとおりである。しかしながら、右条項は、わが国が立法その他の国政の上において、人権尊重の原則を確立すべき旨の原理を宣言したものに過ぎないのであつてこの原理に準拠して基本的人権をいかに具体的、現実的に保障していくべきかは、ポツダム宣言の受諾後におけるわが国の責務の履行として順次に遂行実現せらるべき事柄に属するわけである。そして、日本国憲法の制定によつて、ポツダム宣言の趣旨に従い、基本的人権が具体的、現実的に保障され、その尊重が確立されるに至つた。所論の自白に関する証拠上の制限も、憲法三八条によつて初めて基本的人権の一つとして保障されるに至つたものである。されば、憲法の施行前すでにポツダム宣言の受諾によつて、直ちにかかる証拠上の制限に関する国民の権利が確立したとの所論には、賛同することを得ない。また刑訴応急措置法附則三項は、同法一二条に関するものであつて、自白について定めている同法一〇条に関するものではない。しかるに、これを自白に関するものと誤解した前提の下に附則三項を違憲だと述べている論旨は、もとより採るを得ない。

同第二点について。憲法は国の最高法規であつてその条規に反する法律命令等はその効力を有せず、裁判官は憲法及び法律に拘束せられ、また憲法を尊重し擁護する義務を負うことは憲法の明定するところである。従つて、裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であることを問はない。憲法八一条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもつているものではない。それ故、原審が所論の憲法適否の判断をしたことはもとより適法であるのみでなく、原審は憲法適否の判断を受くるために最高裁判所に移送すべきであるとの所論は、全く独断と言うの外はない。論旨は、理由なきものである。

同第三点について。東京高等裁判所が裁判所法施行前にされた判決に対する上告事件について裁判権を有することを規定する裁判所法施行令一条の規定が憲法に適合することは当裁判所の判例とするところである。(昭和二二年(れ)第一九四号同二三年七月一九日大法廷判決)。さればこれと異なる見解に基いて原審の審判が憲法に違反することを主張する論旨は理由がない。同第四点について。食糧管理法は戦時の制定にかゝること所論のとおりであるが、同法は国家総動員法のごとく戦時に際して国防目的を達成するために国の全力を最も有効に発揮せしむるよう人的及び物的資源を統制運用するための法規ではなく、国民食糧の確保と国民経済の安定とを図るため、食糧を管理してその需給と価格との調整並に配給の統制を行うことを目的として制定せられたものであつて、国内における食糧絶対量の不足に当面する国民の主要食糧の獲得について、一般民衆ができるだけ平等な機会をもつことを確保せしめんとするものである。されば、この意義において食糧管理法は新憲法の条規に反するものと言うことはできぬ。憲法九八条は憲法の条規に反する法律等の効力を有しないことを規定しているが、同条は憲法施行の前後にかゝわらず制定せられた法律等の有効であるか否かを決定する基準を示す規定であると解すべきであるから、前記のような性格を有する食糧管理法は、特に経過規定を必要とせず新憲法の施行後においてもその効力を持続すること、同条の規定によつて明かであると言わねばならない。(昭和二三年(れ)第二〇五号同年九月二九日大法廷判決参照)。それ故、以上と異なる独自の見解の下に原判決を非難する論旨は採用することができない。同第五点について。所論は、人民の自由権を拘束するには、国会の議を経た法律によることを要し、国会の議を経ない勅令省令等では人民の基本的人権を制限し、刑罰規定を設けることはできないのにかかわらず、食糧管理法三一条、九条、一〇条は、犯罪の構成要件の決定を国会の議を経ない命令に委任しているから、憲法上許されないと主張するのである。しかしながら、憲法七三条六号但書においては、内閣の制定する「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」と規定しているのであつて、これを裏から言えば、特に法律の委任がある場合においては、政令で罰則(すなわち犯罪構成要件及び刑を定める法規)を設けることができること及び法律は罰則を設けることを政令に委任することができることの趣旨を表明していることは、一点の疑いを挿む余地がない(行政官庁法六条参照)。それ故、この点から言えば論旨は全く理由なきものである。よつて、旧刑訴第四四六条に従い主文のとおり判決する。以上は、裁判官沢田竹治郎、同斎藤悠輔の論旨第一点乃至第四点、裁判官栗山茂の論旨第四点に対する少数意見を除き、全裁判官の一致した意見である。

右栗山裁判官の意見は昭和二三年(れ)第二〇五号同年九月二九日大法廷判決に記載するとおりであり、沢田、斎藤両裁判官の意見は次のとおりである。論旨第一点について。

所論唯一の自白その他基本的人権に関する憲法規定は、ポツダム宣言受諾のときから確立した原則であるとの主張は根拠なき独断に過ぎない。しかのみならず仮りにかゝる原則が右宣言受諾のときに確立したとしても本件第二審判決は憲法施行前たる昭和二二年三月八日言渡されたものであるから、同判決はたゞかゝる原則に違反し得るだけで、憲法そのものに違反し得ないこと明白である。されば、所論は、その主張自体で、憲法違反の主張を必要とする再上告適法の理由ともなり得ない。また、刑訴応急措置法附則第三項は、同法第一二条に関する規定であつて、同法第一〇条の自白に関する規定ではない。従つて、これを自白に関する規定であると誤解して論議する所論は、既にその前提において採るを得ない。同第二、三点について。しかし、再上告人は、原上告審において所論裁判権又は管轄権に関する主張をして移送又は管轄違を求めた何等の形跡がなく、寧ろ自ら積極的に原審の裁判権限を認めて事件に対する判断を求めているのである。されば原上告判決においても所論移送又は管轄の点に関し全然憲法適否の判断を示していない。従つて、原上告判決には所論再上告の目的物を欠き、当裁判所はこれが当、不当を判断するに由がなく、また、職権を以てかゝる判断をする権限もないのである。それ故論旨は、いずれも採ることができない。

同第四点について。しかし、一旦成立した法律は、廃止せられない限り存続するものである。そして憲法第九八条は、単に憲法の条規に反する法律はその効力を有しないと規定しているだけで、所論のように一旦成立した法律でもその有効に存続するには特にこれを存続せしむべき経過規定あることを、要求していない。されば食糧管理法を存続せしむべき経過規定がないからといつて同法が憲法上有効に存続しないとはいえないし、また、所論のごとく同法が憲法の如何なる条規に反するかの具体的理由を毫も示すことなく、たゞその成立の理念又は制定手続が自由主義又は民主主義に反するが故に有効たり得ないとするだけでは、憲法の条規に反するともいえない。そして食糧管理法が未だ廃止せられないばかりでなく、却つて憲法施行後法律を以て改正せられていることは多言を要しないから、所論は採ることができない。裁判官庄野理一は退官につき合議に関与しない。

検察官小幡勇三郎関与昭和二五年二月一日

最高裁判所大法廷裁判長裁判官塚崎直義、長谷川太一郎、沢田竹治郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、小谷勝重、島保、斉藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介

2最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁(裁判の違憲審査)

主文本件上告を棄却する。

理由弁護人鍛治利一再上告趣意第一点について。本件第二審判決が本件再上告被告人Aに関する犯罪として認定した事実は、判示第一(二)「被告人B、A、C、D、E、F、G、H、I、J、K等は同月五日共謀して、右同所で同様の重油約六千立を窃取し」たというにある。そして、この事実は「関係各被告人が当公判廷で自分の関係している部分に付て同様の趣旨を供述しているので、これを認めることができるとしている。すなわち、本件被告人Aの自白の外に前記多数の相被告人の供述を証拠として採用しているのであるから、憲法第三八条第三項にいわゆる「自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合」に該当しないものと言わなければならぬ。従つて、第二審判決を是認した原審判決は結局正当であるから、論旨はこの点において理由がない。

同第二点について。しかしながら、大審院は旧憲法と裁判所構成法とに基く構成と組織と性格を有する裁判所であり、最高裁判所は厳粛な歴史的背景の下に日本国憲法と裁判所法とに基く構成と組織と性格を有する裁判所である。共に司法権を行使する機関であり、又わが国における最上級の裁判所であるという関係において、相互の間に幾多の類似点はあるが、両者の生立、構成、組織、権限、職務、使命及び性格が著しく異ることは、敢て多言を要しないところである。従つて、憲法及び司法制度の一大変革期にあたり、明治憲法及び裁判所構成法は廃止せられ、代つて日本国憲法及び裁判所法は実施せられ、その施行の際廃止となつた大審院において従来受理していた一群の訴訟事件をいかに処理するかは問題であるが、所論のごとく当然最高裁判所の開設と共に当裁判所において審理さるべきものと論定し去ることはできない。かかる一群の特殊な事件については、東京高等裁判所において受理したものとみなし、同裁判所は大審院と同一の裁判権を有する旨を規定したからと言つて、裁判所法施行令第一条及びその根拠とせられた裁判所法施行法第二条は、所論のように憲法第一三条、第一四条に違反するということはあり得ない。大審院は廃止せられ、かかる一群の訴訟事件は最早大審院において審判を受けることができなくなつたから、東京高等裁判所において旧大審院と同様に特に五人の裁判官の構成からなる合議体をもつて審判することを規定し、実際の運用において主として従来の大審院判事が引き続きその衝に当ることができるように構想せられたものであつて、立法の上で国民の基本的人権は十分に尊重せられている。又かかる特殊性を有する一群の事件は一団として立法上平等に取扱われており、国民は人種、信条、性別、社会的身分又は門地によつて毫も差別待遇をうけていない。従つて、前記規定は所論のごとく憲法第一三条、第一四条に違反するということはできない。次に、裁判所の裁判権、審級その他の構成は、憲法上原則として法律において定められることとなつており、その内容が公共の福祉に反しない限り有効であることは論をまたぬ。前記規定は前述のごとく公共の福祉に反するものではないから、国民はこれらの規定の定めるところに従つて裁判所において裁判を受ける権利が保障されている。従つて、前記規定は所論のごとく憲法第三二条に違反するということを得ない。又前記一群の事件を処理するために東京高等裁判所に五人構成の合議体を置いたが、これは純然たる司法裁判所であつて、司法裁判所の外に特別裁判所を設けたものではないから、所論のように憲法第七六条第二項の趣旨に違背するものと言うことはできない。

同第三点について。まず最初に、本点論旨が、再上告の理由として適法であるか否かの問題について考えてみたい。これは、刑訴応急措置法第一七条に、「高等裁判所が上告審としてした判決に対しては、その判決において法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかについてした判断が不当であることを理由とするときに限り、最高裁判所に更に上告することができる」とある規定のいわゆる「処分」の中に裁判を含むか否かの問題を中心とする。この措置法の規定は、憲法第八一条に、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が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である」と定めた規定から由来し、これと甚だ親密な関連があることは明かである。そしてこの憲法第八一条の規定は、第九八条第一項に「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」とある規定と密接な表裏の関係が存することも明白である。さらに、第七六条第三項においては、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定し、又第九九条においては、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と規定し、裁判官の憲法遵守義務を明かに定めているのである。現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第八一条によつて定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米国憲法においては、前記第八一条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、一八〇三年のマーベリー対マデイソン事件の判決以来幾多の判例をもつて違憲審査権は解釈上確立された。日本国憲法第八一条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有するのである。そしてこの違憲審査権は、近代政治科学における最も特筆大書すべき生産物であると称されているものであつて、この制度の内包する歴史的意義と世紀の使命はまことに深遠であると言わなければならない。憲法第八一条によれば、最高裁判所は、一切の法律、一切の命令、一切の規則又は一切の処分について違憲審査権を有する。裁判は一般的抽象的規範を制定するものではなく、個々の事件について具体的処置をつけるものであるから、その本質は一種の処分であることは言うをまたぬところである。法律、命令、規則又は行政処分の憲法適否性が裁判の過程において終審として最高裁判所において審判されるにかかわらず、裁判の憲法適否性が裁判の過程において終審として最高裁判所において審判されない筈はない。否、一切の抽象的規範は、法律たると命令たると規則たるとを問わず、終審として最高裁判所の違憲審査権に服すると共に、一切の処分は、行政処分たると裁判たるとを問はず、終審として最高裁判所の違憲審査権に服する。すなわち、立法行為も行政行為も司法行為(裁判)も、皆共に裁判の過程においてはピラミツド型において終審として最高裁判所の違憲審査権に服するのである。かく解してこそ、最高裁判所は、初めて憲法裁判所としての性格を完全に発揮することができる。同条の「処分」は、英訳憲法として発表されているものにおいては、オフイシアル・アクトと表現されている。オフイシアル・アクトとは統治機関の行為の意味であつて行政機関の行政処分も司法機関の裁判行為も共に含まれている。また同条と密接な表裏の関係にある第九八条第一項においては、「国務に関するその他の行為」と言つており、行政処分も裁判も共に国務に関する行為であることは、疑を容れる余地もないところであろう。その英訳憲法として発表されているものにおいては、アザ—・アクト・オブ・ガヴアメントという言葉が用いられているので、これを行政府の行為と曲解し、これを援引して、憲法第八一条及び刑訴応急措置法第一七条等にいわゆる処分を行政処分に限定し裁判を含まずと説く者がある。けれども、米国憲法並にその流を汲むところでは、ガヴアメントすなわち政府とは国家の統治機関の意味であつて国会も内閣も裁判所も、その中に包含されていることを特に注視せねばならぬ。憲法前文中における「政府の行為」という用語も、この意義に解すべきものである。されば、アクト・オブ・ガヴアメントの中には、行政府の行政処分も裁判所の裁判も共に含まれている。ところで、なお一つの有力な異説が考えられる。それは、憲法は、一方において三権分立の原理に従つて第七六条で「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」旨を定めると共に、他方においていわゆる抑制均衡の制度として第八一条で違憲審査権を裁判所の権限に分配したものであるから、裁判の憲法適否の審査は、固有の司法権の領域において上級審下級審の関係に基いて行われ、抑制均衡のための憲法適否の審査は、性質上立法及び行政行為のみについて行われると説くのである。従つて、この説によれば第八一条の処分は、行政処分に限られ、裁判を含まないとせられる。これは、、憲法の解釈論としては一応よく筋のとおつた傾聴すべき議論である。しかしながら、裁判の違憲審査権は、普通の上級審下級審の関係でのみ行われるものとすれば、法律が審級制を定めるに当り、例えば現行裁判所法のように、簡易裁判所を起点とする三審制と地方裁判所を起点とする三審制を二元的に設けている場合においては、前系統の三審制の過程における裁判の違憲審査は、終に最高裁判所の権限に属しない結果となる。かかる結果は、到底容認すべからざるところであつて、この説の欠陥と誤謬を露呈することになるのである。憲法制定の際の第八一条原案によれば、第一項においては「最高裁判所は、終審裁判所である」と規定し、第二項においては「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する」と規定してあつたのを、衆議院において修正し第二項の末尾に第一項を合体せしめ、現行第八一条が制定せられた。かくて最高裁判所は、違憲審査については、常に最終審として関与する趣旨が一層明確に認められたのである。すなわち、最高裁判所の憲法上における事物の管理権が宣明せられ、憲法裁判所である性格が確立せられたのである。これは、憲法上における不動の原理であると言わなければならない。さて、刑訴応急措置法第一七条第一項において「高等裁判所が上告審としてした判決に対しては、その判決において法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかについてした判断が不当であることを理由とするときに限り、最高裁判所に上告することができる」と規定したのは、前記憲法第八一条の原理に従つて再上告の道を確認したに過ぎないのである。すなわち、高等裁判所が上告審としてした判決に対しては単なる審級制からすれば、最早再上告を許す必要はないのであるが、違憲審査制からすれば、憲法適否を理由とする限り、最高裁判所に再上告を許す必要があるのでこれを確認して明定したまでのことである。言いかえれば、措置法の規定によつて初めて再上告が許されたものではなく、憲法適否の審査は憲法第八一条によつて終審として最高裁判所の権限に属するという原理を再確認して再上告を定めたものである。されば、前記措置法第一七条にいわゆる処分の中に裁判を含むことは、憲法第八一条の場合と同様である。次に又、前記措置法第一七条の適用に関し、判決において憲法違反の判断をする場合には、その判断は積極的に表明せられることを要するは性質上当然であるが、これに反し憲法適合の判断をする場合には、その判断は必ずしも常に積極的に表明せられることを要せず、特に判決において憲法違反を表明していないときは、すべて憲法適合の判断を含蓄しているものと解することが、相当であり且つ憲法第八一条の精神によく合致するものと言わなければならない。従つて、再上告は、憲法適否を理由とする限り、適法であると解すべきものである。さて、本件再上告趣意第三点は、憲法適否を理由として主張しているから一応再上告の訴訟要件を具備し適法なもののごとくである。しかし本件は、公開の公平な裁判所において、合憲的な刑事訴訟の手続に従い、十分被告人の弁明を聴いて、審理せられ、刑罰を科せられたものであることは、一件記録に徴し明かである。それ故憲法第三一条違反を理由とする論旨は当らない。事実審である第二審判決の事実認定乃至証拠の採否に、たとえ所論のような瑕疵があつたとしても、それは単に刑事訴訟法の手続違背の問題であつて、憲法違反の問題ではあり得ない。従つて、これを再上告の理由として認めることはできないのである。

齋藤悠輔の本件に対する意見は次のとおりである。憲法第九八条第一項は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と規定し、同第九九条は「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官其の他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と規定している。従つて独り裁判官のみに限らず、一切の立法、行政、司法の公務員は、国務に関する行為をなすに当り、自ら内省、反省し自己批判を行い、その行為が憲法に適合するかしないかを決定し、憲法に適合するように行動すべき職務と権限とを有するものである。それ故、その公務員の行為を是正する権限を有する上級者あるときは、その最上級の者において最終の違憲審査決定権を有するを当然とする。而して、我憲法は立法、行政、司法の三権を分立し、各別異の機関をしてこれを分担せしめ、その間互に独立して相侵犯することを許さない建前であるから、特別の規定を設けない限り、各機関の右違憲審査権も夫々独立して互に他の批判を許さない性質のものである。こゝにおいて憲法第八一条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が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である。」と規定して、その立法並びに行政行為に対する違憲審査決定権を最高裁判所を終審とする司法裁判所に与え、司法裁判所にその優位を認めたのである。それ故同条にいわゆる処分には司法裁判所の行為たる裁判はその性質上包含されないものと解すべきである。蓋し、処分とは抽象的権限の具体的実行を意味するものであるから裁判もその概念の範囲に属しないとはいゝ得ないとしても、審査決定権の主体的行動はその審査の客体たる行為から当然除外さるべきであるからである。何となれば他を見、他を聞く者は己れを見、己れを聞かないものであり、他人の行為を批判する右規定に自己の行為を包含せしむるの道理ないからである。自己の行為たる裁判に対しては、自己固有の領域における異議、上訴又は非常上訴等の方法を以て内省、反省、是正するのが当然であつて、右のような他判の憲法規定を設くるの必要はない。然るに我裁判所法並びに刑事訴訟法は刑事裁判について三級審又は二級審の制度を採り、しかも最高裁判所を終審とするものと、高等裁判所を終審とするものとを認めているから、若し後者の手続過程中右憲法第八一条所定の違憲問題が起つた場合には、その問題が最高裁判所において取扱はれない結果を来す虞れがある。それ故、かゝる虞れある場合には、同条にいわゆる終審裁判所である最高裁判所の最終決定を受けしめる方法を講ずる必要がある。この必要その他を充すため憲法の施行に伴う刑訴応急措置法は、その第一、二条の規定(特に「裁判所法......制定の趣旨に適合するように」参照)の外、更に、一方においては、その第一五条に」高等裁判所が上告裁判所である場合に、最高裁判所の定める事由があるときは、決定で事件を最高裁判所に移送しなければならない。」と規定して、予め、例えば裁判所法第一〇条第一、二号すなわち一、当事者の主張に基いて法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するとき、二、前号の場合を除いて、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないと認めるとき、その他最高裁判所が相当と認める事由ある場合には、高等裁判所の判断を省略して直ちに最高裁判所をして終審としてこれらの問題を判断せしむることを得せしめ、また、他方においては、その第一七条第一項において「高等裁判所が上告審としてした判決に対しては、その判決において法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかについてした判断が不当であることを理由とするときに限り、最高裁判所に更に上告することができる。」と規定して、特に、第四級又は第三級審として、最高裁判所に対する再上告の道を開いたのである。それ故、この第一七条第一項の規定にいわゆる「処分」中には裁判を包含しないものと解すべきこと前記憲法第八一条の場合と異なるものではなく、また、その「判断」とは右裁判所法第一〇条第一、二号制定の趣旨と同じく、当事者の主張に基く明示又は黙示の判断若しくは裁判所の職権発動に基く否定的な判断(すなわち適合しないと認めたとき)と解すべきであり、更に、原上告判決においてかゝる判断の存すること及びその判断の不当であることを再上告の理由とすることは共に再上告の厳格な適法要件であると解すべきである。若し憲法第八一条の処分中に裁判を包含せしめるときは、本来の刑事訴訟の外更に裁判を物体とする訴訟並びに裁判の執行を停止する仮処分申請のようなものゝ続発を認容せねばなるまい。また、右の適法要件を認めないならば、徒に濫訴を招来し、審級制度は、動揺破壊を免れないであろう。法乃至裁判の安定確立も、亦た、国民の権利と公共の福祉とを保障する憲法の精神であらねばならぬ。されば、若し裁判就中裁判所の個々の訴訟行為に対する違憲問題を必ず最高裁判所をして取扱はしめるを相当とするならば、前記措置法第一五条にいわゆる「最高裁判所の定める事由」中に最高裁判所自らが規定すれば足るのであつて、濫りに、再上告の適法要件を抹殺し去るの要はない。然るに、多数説の理由は、次の諸点において根本的の誤謬と欠陥と弱点とを包蔵し、到底賛同し得ない。(1)憲法第九九条は、すべての公務員が、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふと規定しているのに、独り裁判官のみが憲法遵守の義務あるもののごとく主張し、また、憲法第七六条第三項は裁判官は、たゞ良心に従ひ独立してその職務を行う積極的使命あることを規定したもので、この場合、憲法の外更に法律は、単にその消極的拘束条件たるに過ぎないのに、この規定から故ら法律を除外して、単に憲法のみの積極的遵守義務を抽出し、これらの規定と憲法第九八条とにより当然違憲審査権を肯定するのは、その前提において、既に甚だしい強弁たるを免れないこと。(2)明文のない米国における判例を引用して右(1)の理由により憲法第八一条は必ずしもこれあるを要せずと説き、しかも、同条は最高裁判所のみの権限を規定したものではなく、一切の下級裁判所も等しく違憲審査権を有するものと解すべきであるのに、独り、最高裁判所のみを憲法裁判所の性格を有するものとしてその権限を奇怪なピラミツド型に拡張すること。(3)元来、裁判の本質である(イ)事実の判断すなわち認定行為、(ロ)法令の解釈行為、(ハ)法令と事実との該当性の判断すなわち適用行為がいずれも「処分」と言い得るか甚だ疑問であり、また、それが当面の問題であるにもかかわらず、殆んどその理由を語ることなく、単に当然自明として肯定し、しかも飜訳英語の文字解釈においてのみしきりに多弁なること。(4)「処分」に当然「裁判」を含む理由の説明に当り、いわゆる法令すなわち抽象的規範の違憲審査権と問題の処分の違憲審査権とを同一に取り扱い、一切の法令審査権あるの故を以て当然一切の処分のそれを持つべきであるとすること、従つて刑事の訴訟手続の過程において第一、二審裁判所は法令の違憲審査権を有するのに何故に裁判すなわち論者の処分のそれを有しないかを説明し得ないこと。(5)司法固有の領域における上訴手続においては、能う限り再上告を避けるため、刑訴応急措置法第一五条の規定を設け、高等裁判所が上告審である場合でも、その判断を省略して、最高裁判所が、直ちに、上告審として審判し得る道あるにもかかわらずこの規定を看過し、更に通常の上告の外、特に、非常上告の制度あるを忘れ、却て、裁判は処分に含まれないとする説の欠陥と誤謬とを露呈するものと非難すること。(6)同法第一七条の明文あるにかかわらず、多くその理由を示さずに再上告は同規定によつて初めて許されたものではなく、憲法第八一条の原理の再確認に過ぎないと独断すること。(7)かくて突如として再上告の適法要件を不必要として抹殺し従つて濫訴を奨励する結果を来すこと。果たして、然らば、本件再上告論旨第一点は、原上告判決の判断が法律、命令、規則又は処分に関しない点で、同第二、第三点はともに原上告判決に法定の判断の存しない点でいずれも再上告適法の要件を具備しない失当がある。従つて本件再上告は既にこの点で不適法として棄却すべきである。しかのみならず、本論旨第一点で攻撃している原上告判決の判断は正当であるから、この論旨はその点でも理由なきものと考える。蓋し、上告は法令違反を理由とするときに限り許さるべきであり、その法令違反を定める標準時期は、第二審判決に対する上告の場合には、原則として、その判決をした時である。たゞ、刑訴第四一五条は「判決アリタル後刑ノ廃止若ハ変更又ハ大赦アリタルトキハ之ヲ上告ノ理由ト為スコトヲ得」と規定して、特に、その例外を認めているに過ぎない。それ故本件第二審判決をなした時に適法であつた証拠の採用行為がその後における憲法規定の改正に伴ひ違法となる理由はない。これを違法視するのはいわゆる不能を強いるものであり、何人も実行の時に適法であつた行為については刑事上の責任を問はないものとした憲法の精神にも反する。しかも、所論の憲法規定は刑の廃止若しくは変更又は大赦に該当しないこと言うまでもないから所論は上告適法の理由とならないものである。

よつて刑訴第四四六条に従い主文の通り判決する。この判決は反対意見者を除く他の裁判官全員の一致した意見である。

検察官下秀雄関与

昭和二三年七月七日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官三淵忠彦、塚崎直義、長谷川太一郎、沢田竹治郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、小谷勝重、島保、齋藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、

庄野理一は退官につき署名捺印することができない

3最大判昭和23年12月1日刑集2巻13号1661頁(違憲主張された法令の適用と黙示的憲法判断)

主文本件上告を棄却する。

理由弁護人馬淵分也の上告趣意第一点及び第二点について。本件は、第一審判決に対して控訴をしないで、直ちに上告をした所謂飛躍上告事件であるが、論旨第一点は、原判決は、被告人の自白を唯一の証拠として判示事実を認定したものであるから、憲法第三八条、刑訴応急措置法第一〇条第三項に違反するものであるというのであり、同第二点は、原審において被告人の唯一の証拠申出を却下したのは、憲法第三七条に違反するものであり、且同第三八条第三項違反ともなるというのであつて、結局原審の訴訟手続違背を非難することに帰着するのであるが、所謂飛躍上告のできる場合は、判決により定りたる被告事件に事実につき法令を適用せず、又は不当に法令を適用したことを理由とする場合と、判決ありたる後、刑の廃止若しくは変更又は大赦ありたることを理由とする場合とに限られていることは、刑事訴訟法第四一六条により明らかである。しかるに本論旨は右何れの場合にも当らないものであることは、論旨自体により明白であるから、適法の飛躍上告の理由とならない。第三点及び第四点について。所論の如く裁判所は、法令に対する憲法審査権を有し、若しある法令の全部又は一部か、憲法に適しないと認めるときはこれを無効として其適用を拒否することができると共に、有罪の言渡をなすにはその理由において、必ず法令の適用を示すべき義務あるものであるから、当事者においてある法令か憲法に適合しない旨を主張した場合に、裁判所が有罪判決の理由中に其法令の適用を挙示したときは、其法令は憲法に適用するものであるとの判断を示したものに外ならないと見るを相当とする。従つて原審における所論の主張に対し、特に憲法に適合する旨の判断を積極的に表明しなかつたとしても、所論の如く判断を示さない違法があるとは言い得ない。論旨は理由がない。なお上告論旨第三点に、原審裁判所に提出した弁論要旨参照とあるのは原審の記録に編綴されているのであつて上告趣意書として当裁判所に提出されたものではなく、適法な上告趣意書の内容をなすものではないから、別に此点についての説示をしない。そして食糧管理法は、憲法第二五条に違反するものでないことは、当裁判所判例の示すところである(昭和二三年(れ)第二〇五号事件同二三年九月二九日大法廷判決参照)。

上告趣意第一点及び第二点についての理由に関し、裁判官真野毅の少数意見は、次のとおりである。本件は、いわゆる飛躍上告事件である。刑訴第四一六条第一号によれば、「判決により定りたる被告事件の事実に付、法令を適用せず、又は不当に法令を適用したることを理由とするとき」においては、区裁判所又は地方裁判所においてした第一審の判決に対し控訴をしないで上告をすることができる。それは、第一審裁判所が認定した事実そのものについては別段異議はないが、ただその事実に対して適用すべき法令を適用しなかつたとか、又は適用すべからざる法令を不当に適用したとかについてのみ異議があることがある。かかる場合には、単に法令の適用の当否だけを争うのであるから、控訴審の一段階を飛び越えて直ちに法律審である上告裁判所え上告してその法律判断を受け得ることの方が、当事者の便宜から言つても、訴訟経済の上から言つても、好ましく適当であると言わなければならなぬ。これが、前記法条で飛躍上告の認められている立法趣旨である。されば、この飛躍上告の上告理由は、本質上法令適用の当否の点だけに限定せらるべきであつて、事実関係は確定不動のものとして争うことを許されないのである。所論は、前記法条に「被告事件の事実に付不当に法令を適用したること」とある中には、「被告事件の事実認定につき不当に法令を適用したること」をも含むものと解したもののごとくである。成程法文を形において卒然として読めば、さように読み違い易い点がないこともない。他にも時々同じ様な事例が起る。しかし、これはその立法趣旨を理解しないことに基くものであつて、その誤りであることはまさに前述のとおりである。だから、論旨のように、事実認定又はその前提たる証拠の取捨若しくは証人申請の却下に対する非難攻撃を加えることは、何れも飛躍上告適法の理由とはならない。(多数説は、単に論旨が、刑訴第四一六条に掲げる何れの場合にも当らない、というだけの理由を述べているに過ぎない。これは、間違つてはいないが、あまりにも漠然とした一般的、抽象的な判示の仕方であつて、焦点がピツタリ論旨に合つていない感がする。判決は、特殊的、具体的な上告趣意を対象とする判断であるから、当然の帰結として十分特殊性、具体性をそなえた的確な判示をすることが、正しく、厳しい判決態度―これは従来あまり論ぜられていないが非常に根本的な重大な問題である―であらねばならぬ、とわたくしは平素から確信している。たまたまこの機会に少数意見に託して所懐の一端を述べたまでのことである。)

よつて刑事訴訟法第四四六条により、主文の通り判決する。以上は理由に関する少数意見を除き、裁判官全員一致の意見である。検察官十蔵寺宗雄関与。

昭和二三年一二月一日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官塚崎直義、長谷川太一郎、沢田竹治郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、島保、齋藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介

4最大判昭和35年2月10日民集14巻2号137頁(当該法律関係に無関係な法規の違憲主張)

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。

理由上告代理人弁護士加藤行吉、同工藤祐正の上告理由及び上告人Aの上告理由について。上告人は本件土地(農地)の所有者であること、上告人は被上告人に対し本件土地を昭和二三年一一月下旬、期間を昭和二八年一一月二〇日迄の五年間とする賃貸借契約を締結し、昭和二五年以降の小作料を年四三〇円と定めたこと、上告人は被上告人に対し右期間の満了前である昭和二八年一〇月二五日内容証明郵便を以て右賃貸借契約更新拒絶の通知をしたこと、上告人は農地法二〇条の規定に基づき右更新拒絶についての許可申請を昭和二九年二月二二日長野県知事に提出したが、同年五月一三日不許可となつたこと、以上の事実は原判決の確定するところである。上告人が第一審以来主張するところは、右農地法二〇条の規定は、低廉な小作料の下に土地賃貸借の継続を地主に強制するものであり、また地主なる身分に基づきその経済的地位を著しく抑圧し、一般土地の所有者と農地の所有者とを差別待遇するものであつて、憲法二九条、一四条の趣旨に違背し、違憲無効のものである。されば、右長野県知事の更新拒絶についての不許可処分も無効のものであり、従つて、本件賃貸借については当然に民法が適用される結果、右賃貸借は前示期間の満了によりすでに消滅に帰しているというのであつて、本上告論旨の要点とするところも、ひつきょう右農地法二〇条の違憲性の理由付けに外ならない。思うに地主の賃貸借更新拒絶に対する都道府県知事の許可は農地法二〇条二項所定の場合でなければしてはならないのであつて、不許可の場合には、農地法八五条一項一号による農林大臣への訴願によつて、あるいは裁判所に対する行政事件訴訟の提起によつて、これを是正することができるのであるから、農地法二〇条は地主に対し、必ずしも土地賃貸借の継続を強制し、あるいはこれによつて地主に経済的な不利益を与えて一般土地の所有者と不当に差別待遇しているものとは云えない。尤も、農地法二〇条は一項において農地賃貸借の更新拒絶の通知を都道府県知事の許可にかゝらしめ、しかも二項においてその許可は同項一号ないし四号の場合でなければしてはならないものとし、更に三項において都道府県知事が許可を与えようとするときはあらかじめ都道府県農業会議の意見を聞かなければならないものとし、更に五項において右許可を受けないでした行為はその効力を生じないものとしているのであるから、農地所有者の所有権の行使または処分が右規定によりある程度不自由になつていることは疑がなく、その限りにおいて農地所有者の地位が一般土地の所有者に比して不利益になつていることは認めざるを得ないところである。しかし、農業経営の民主化の為め小作農の自作農化の促進、小作農の地位の安定向上を重要施策としている現状の下では、右程度の不自由さは公共の福祉に適合する合理的な制限と認むべきであり、また、右のような農地所有者の不利益も公共の福祉を維持する上において甘受しなければならない程度のものと認むべきである。されば農地法二〇条を憲法二九条、一四条の趣旨に違背する違憲無効のものとする所論非難は当を得ないものであつて、論旨はその理由がないものと云うべきである。なお、論旨は前示更新拒絶の通知竝びにこれに対する前示不許可処分とは何ら関係のない農地法の所論各規定の憲法上の効力を云為し、延いて農地法全体の違憲性を強調し、これを以て右更新拒絶通知に対する前示不許可処分を違憲無効のものであることをるゝ主張せんとする。しかし、ある法律関係の違憲であるか否かはこれに適用される当該法規の違憲なりや否やの判断に即すべきものであり、その埒外において当該法律関係に何ら関係のない法規の憲法上の効力を云為し、あるいは、それら法規の属する法律全体の違憲性に論及して当該法律関係の違憲無効を主張するが如きは上告理由として許されないところであると解すべきである。それ故所論は採用のかぎりではない。よつて民訴四〇一条、九五条、八九条に従い裁判官全員の一致で主文のとおり判決する。

最高裁判所大法廷

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

5最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁(他人の権利の侵害を理由とする違憲主張)

主文原判決および第一審判決中被告人に関する部分を破棄する。被告人を懲役二年に処する。但し本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する。

理由弁護人樫田忠美の上告趣意第二点は、判例違反をいうが、引用の各判例は、事案を異にし本件に適切でなく、同第三点は、違憲をいうが、実質は、単なる訴訟法違反の主張に帰し、いずれも上告適法の理由とならない。同第一点および第四点について。旧関税法(昭和二九年法律第六一号による改正前の関税法をいう。以下同じ。)八三条一項の規定による没収は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等で犯人の所有または占有するものにつき、その所有権を剥奪して国庫に帰属せしめる処分であつて、被告人以外の第三者が所有者である場合においても、被告人に対する附加刑としての没収の言渡により、当該第三者の所有権剥奪の効果を生ずる趣旨であると解するのが相当である。しかし、第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。けだし、憲法二九条一項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同三一条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである。そして、このことは、右第三者に、事後においていかなる権利救済の方法が認められるかということとは、別個の問題である。然るに、旧関税法八三条一項は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等が被告人以外の第三者の所有に属する場合においてもこれを没収する旨規定しながら、その所有者たる第三者に対し、告知、弁解、防禦の機会を与えるべきことを定めておらず、また刑訴法その他の法令においても、何らかかる手続に関する規定を設けていないのである。従つて、前記旧関税法八三条一項によつて第三者の所有物を没収することは、憲法三一条、二九条に違反するものと断ぜざるをえない。そして、かかる没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である。のみならず、被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである。これと矛盾する昭和二八年(あ)第三〇二六号、同二九年(あ)第三六五五号、各同三五年一〇月一九日当裁判所大法廷言渡の判例は、これを変更するを相当と認める。本件につきこれを見るに、没収に係る船舶および貨物が被告人以外の第三者の所有に係るものであることは、記録上明らかであるから、前述の理由により本件船舶および貨物の換価代金の没収の言渡は違憲であつて、この点に関する論旨は、結局理由あるに帰し、原判決および第一審判決は、この点において破棄を免れない。よつて刑訴四一〇条一項本文、四〇五条一号、四一三条但書により原判決および第一審判決中被告人に関する部分を破棄し、被告事件につき更に判決する。原審の是認する第一審判決の確定した事実に法律を適用すると、被告人の同判示第一の所為は、関税法附則一三項により従前の例によるものとされた旧関税法七六条二項後段、一項に該当するので、所定刑中懲役刑を選択し、所定刑期範囲内で被告人を懲役二年に処し、情状により刑法二五条一項を適用して本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予することとし、主文のとおり判決する。この判決は、論旨第一点および第四点につき、裁判官入江俊郎、同垂水克己、同奥野健一の補足意見および裁判官藤田八郎、同下飯坂潤夫、同高木常七、同石坂修一、同山田作之助の少数または反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

入江俊郎の補足意見は、次のとおりである。一(一)旧関税法八三条一項の規定による没収の法意、(二)被告人以外の第三者が所有者である場合その所有物につき被告人に対してなされた没収の言渡の効果、(三)第三者没収の言渡を受けた被告人がその没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうべきことおよび(四)右第三者を、被告人に対する場合に準じて、訴訟手続に参加せしめ、これに告知、弁解、防禦の機会を与えることが憲法三一条、二九条の要請であつて、単に右第三者を証人として尋問し、その機会にこれに告知、弁解、防禦をなさしめる程度では、未だ憲法三一条にいう適正な法律手続によるものとはいい得ないと解するを相当とすべく、この見解については、さきに昭和二八年(あ)第三〇二六号、同三五年一〇月一九日大法廷判決におけるわたくしの反対意見でこの点につき示したわたくしのこれと異つた意見を、今回改めるに至つたものであることの四点については、わたくしは、昭和三〇年(あ)第二九六一号、関税法違反未遂被告事件の大法廷判決に附したわたくしの補足意見の趣旨を援用する。二なお、この場合、旧関税法の前記法条所定の船舶、貨物等が犯人以外の第三者の所有に属し、犯人は単にこれを占有しているに過ぎない場合には、右所有者たる第三者において、貨物について同条所定の犯罪行為が行なわれること、または船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることを予め知つており、その犯罪が行なわれた時から引続き右貨物または船舶を所有していた場合に限り、右貨物または船舶につき没収のなされるものであると解すべきものであることについては、昭和二六年(あ)第一八九七号、同三二年一一月二七日大法廷判決における多数意見を援用する。そして、右第三者が右のように悪意であつて、実体法上没収をするものとされている場合において、その所有物件の没収の言渡をするには、その者を被告人に対する場合に準じて訴訟手続に参加せしめ、これに告知、弁解、防禦の機会を与えることが、憲法二九条、三一条の要請となるのである。

垂水克己の補足意見は、次のとおりである。弁護人の上告趣意第一点および第四点についてのわたくしの補足意見は、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二八日言渡大法廷判決におけるわたくしの補足意見と同趣旨であるから、これを引用する。

奥野健一の補足意見は、次のとおりである。弁護人の上告趣意第一点および第四点についてのわたくしの補足意見は、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二日言渡大法廷判決におけるわたくしの補足意見と同趣旨であるから、これを引用する。

弁護人樫田忠美の上告趣意第一点および第四点に関する裁判官藤田八郎の少数意見は、次のとおりである。所論は原判決が没收言渡をした物件は、被告人以外の第三者の所有に属するものであつて、右没収の言渡は第三者の権利侵害するが故に違憲達法であるというに帰着するのであるが、被告人は、第三者の所有権を対象として、第三者の権利が害されることを理由として上告を申立てることは許されないものと解すべきであるから(昭和二八年(あ)第三〇二六号、同二九年(あ)第三六五五号事件、同三五年一〇月一九日大法廷判決参照)、所論はこれを採用すべきでない。

下飯坂潤夫の反対意見は、次のとおりである。弁護人の上告趣意第一点および第四点についてのわたくしの反対意見は、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二日言渡大法廷判決におけるわたくしの反対意見と同趣旨であるから、これを引用する。

高木常七の少数意見は、次のとおりである。弁護人樫田忠美の上告趣意第一点および第四点についてのわたくしの意見は、昭和二八年(あ)第三〇二六号、同三五年一〇一九日大法廷判決(刑集一四巻一二号一五七四頁)におけるわたくしの補足意見と同趣旨であるから、これを引用する。、石坂修一の反対意見は、次の通りである。わたくしは、本件につき示された多数意見に反対である。その理由とするところは、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七一一月二八日言渡大法廷判決における裁判官下飯坂潤夫の反対意見と同趣旨であるから、これを引用する。

裁判官山田作之助の少数意見は、次のとおりである。弁護人の上告趣意第一点および第四点についてのわたくしの少数意見は、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二日言渡大法廷判決におけるわたくしの少数意見)関税法一一八条とあるのは、旧関税法八三条と改める。)と同趣旨であるから、これを引用する。、斎藤悠輔は退官につき本件評議に関与しない。

検察官村上朝一、同羽中田金一公判出席

昭和三七年一一月二八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、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、高木常七、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、

藤田八郎は退官につき署名押印することができない。

6最大決昭和39年11月18日刑集8巻9号579頁(控訴審で主張しなかった違憲主張による上告)

主文本件各上告を棄却する。当審における訴訟費用は被告人Aの負担とする。

理由被告人B、同Cの弁護人長崎祐三の上告趣意第一点について。所論は、原審において主張、判断を経ていない事項に関する違憲の主張であつて、上告適法の理由に当らない。なお、職権をもつて調査しても、その理由のないことは以下述べるとおりである。すなわち、憲法一四条は「すべて国民は、法の下に平等であつて、......」と規定し、直接には日本国民を対象とするものではあるが、法の下における平等の原則は、近代民主主義諸国の憲法における基礎的な政治原理の一としてひろく承認されており、また既にわが国も加入した国際連合が一九四八年の第三回総会において採択した世界人権宣言の七条においても、「すべて人は法の前において平等であり、また、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する。......」と定めているところに鑑みれば、わが憲法一四条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である。他面、憲法一四条は法の下の平等の原則を認めいてるが、各人には経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異が存するものであるから、法規の制定またはその適用の面において、右のような事実関係上の差異から生ずる不均等が各人の間にあることは免れ難いところであり、その不均等が一般社会観念上合理的な根拠に基づき必要と認められるものである場合には、これをもつて憲法一四条の法の下の平等の原則に反するものといえないことは、当裁判所の判例とするところである(昭和二四年(れ)第一八九〇号、同二五年六月七日大法廷判決、刑集四巻六号九五六頁、昭和三一年(あ)第六三五号、同三三年三月一二日大法廷判決、刑集一二巻三号五〇一頁等)。ところで、所論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の実施に伴う関税法等の臨時特例に関する法律(昭和三三年法律第六八号による改正前の昭和二七年法律第一一二号、以下特例法という。)は、同法六条、一一条、一二条等の規定により、合衆国軍隊の公用物品等のわが国への輸入については、それが合衆国軍隊、その構成員、軍属、これらの者の家族等の用に供するためのものである限りにおいては、関税を課さないが、これをその他の者が日本国内において譲り受けようとする場合には、当該譲受を輸入とみなして関税法を適用する旨を定めたものであるところ、右諸規定は、前記安全保障条約に基づく行政協定一一条が合衆国軍隊、その構成員等の用に供する物品等のわが国への輸入につき関税を課さない旨を規定しているところに照応し、同条の規定を実施するため制定されたものにほかならない。そして、前記安全保障条約および行政協定が違憲無効と認められないことは、当裁判所の判例とするところであり(昭和三四年(あ)第七一〇号、同年一二月一六日大法廷判決、刑集一三巻一三号三二二五頁)、また、憲法九八条二項は、わが国が締結した条約と確立された国際法規はこれを誠実に遵守すべきことを定めており、さらに、外国軍隊が条約によりまたは同意を得て他国に駐在する場合、その外国軍隊の機能を全うさせる必要上、これに対しこの種の特権を認めることは、一般に承認された国際慣行と認められる。しからば、このような諸点を総合して観察すれば、特例法が、合衆国軍隊、その構成員等に対し所論の特権を認めたことは、十分合理的な根拠があると認められるのであつて、右特例法の諸規定は憲法一四条に違反するものということはできない。それ故、所論憲法一四条違反の主張は理由がない。同第二点について。所論は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。被告人Aの弁護人四宮久吉の上告趣意について。所論は事実誤認、単なる訴訟法違反、量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。被告人D、同Eの弁護人中川宗雄の上告趣意について。所論は原審において主張、判断を経ていない事項に関する違憲の主張であつて、上告適法の理由に当らない。よつて、刑訴四〇八条、被告人Aにつき同一八一条一項本文により、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年一一月一八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、入江俊郎、奥野健一、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、草鹿浅之介、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、柏原語六、田中二郎、松田二郎、岩田誠

最大判昭和35年10月19日刑集14巻12号1574頁(他人の権利の侵害を理由とする違憲主張の可否)

主文本件上告を棄却する。当審における訴訟費用は被告人らの負担とする。理由弁護人徳田禎重の上告趣意第一点について。所論は憲法三七条の迅速な裁判の規定又は憲法三八条の不当に長い抑留拘禁後の自白禁止の規定に反するとの趣旨に帰する。しかし、公判の審理が遅延したからといつて、破棄事由とならないことは当裁判所大法廷の判例とするところであり、(昭和二三年(れ)第一〇七一号同年一二月二二日言渡刑集二巻一四号一八五四頁参照)また記録を精査して認め得られる本事案の経過に徴すれば、所論各自白が不当に長い抑留拘禁の後になされた自白とは認められないから、所論違憲の主張はその前提を欠くものであつて、所論は刑訴四〇五条の上告理由に当らない。なお、判例違反をいう点は具体的に該当判例を示していないから、不適法である。同第二点ないし第四点及び第五点の前半について。所論は単なる法令違反、事実誤認の主張を出でないものであつて、すべて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第五点の後半について。所論は原判決が旧関税法(明治三二年法律六一号)八三条一項に基づき犯人以外の者の所有物件を没収したのは憲法三一条に違反するというのであつて、要するに訴訟外の第三者の所有権を対象として、違憲を主張しているのである。しかし、訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものと解するを相当とするが故に、本件没収の如き事項についても、他人の所有権を対象として基本的人権の侵害がありとし、憲法上無効である旨論議抗争することは許されないものと解すべきである。されば、本件没収について所論違憲のかどありとする論旨は結局理由なく、採用のかぎりではない。よつて、刑訴四一四条、三九六条、一八一条により主文のとおり判決する。この判決は、論旨第五点につき、裁判官小谷勝重、同島保、同河村又介、同入江俊郎、同池田克、同河村大助、同奥野健一の反対意見および裁判官垂水克己、同下飯坂潤夫、同高木常七の補足意見があるほか裁判官全員一致の意見によるものである。

入江俊郎の反対意見は、次のとおりである。わたくしは、弁護人徳田禎重の上告趣意第五点後段に対する多数意見の判示には反対である。所論違憲の主張は刑訴四〇五条の適法な上告理由に該当するものであり、そして本件第三者没収が憲法三一条に違反するとの論旨は、結局において理由あるに帰し、原判決はこの点において破棄、差戻を免れないものと考える。その理由とするところは、次のとおりである。(一)多数説は、訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものと解するを相当とするが故に、本件没収の如き事項についても、他人の所有権を対象として基本的人権の侵害ありとし、憲法上無効である旨論議抗争することは許されないとし、本件没収について所論違憲のかどありとする論旨は結局理由がないというのである。ところで原判決は、主文において「(三)記載の物件(換価代金)及機帆船A丸は被告人Bから......没収する」旨を言渡したが、その趣旨とするところは、本件犯行当時の旧関税法(明治三二年法律六一号)八三条一項に従い、これら被告人B以外の第三者の所有に属する物件および船舶は、いずれも本件関税法違反の犯罪に係りまたは犯行の用に供したものであつて、犯人たるBの占有に係るものであるから、被告人Bに対する主刑の附加刑としてこれら物件および船舶を没収する旨を、被告人Bに対し言渡し、以つて第三者の所有に属するこれら物件および船舶の所有権を国家に帰属せしめようとするにあると解すべきものと思う。従つて、原判決が確定すれば、その裁判の効果は、第三者没収に関する限度において右物件および船舶の所有権者たる第三者に及び、右所有権は国家に帰属せしめられることとなると解するを相当とする。(かような解釈は、従来の通説であると思うが、これに対し、第三者没収を言渡した裁判は、被告人でない第三者の所有権には何ら影響を及ぼすものではなく、単に被告人に対しその物件または船舶の占有権を剥奪し、その使用、収益を禁止する趣旨であるとの意見がある。そして多数説は、従来の通説を是認したものであるか、または被告人でない第三者の所有権には何ら影響を及ぼすものではないとの意見によつたものであるかは必らずしも明瞭でないが、もし後説を採つたものであるならば、わたくしはそのような意見には賛成できない。なるほど、裁判は、原則としては、その訴訟において当事者とせられた者に対してのみ効果が及ぶと解すべきものかもしれないが、事柄の性質上、その必要のある場合においては、法律の定めるところにより、裁判の効果を当該訴訟の当事者以外の第三者に及ぼさしめることは決して不可能なことではなく、これを第三者没収につき考えてみるに、没収制度の趣旨、目的、その必要性等から勘案し、また、没収に関するわが国における従来の法制および取扱並びに諸外国における立法例に照らし、第三者没収は第三者の所有権を国庫に帰属せしめる趣旨のものと解することが当然であると思うのであつて、従つて、当該訴訟の当事者である被告人に対し主刑に附加して言渡された第三者没収の効果を、その第三者に及ぼさしめることは、充分合理的理由のあることである。刑法一九条二項但書においては既にその趣旨が明瞭であるばかりでなく、昭和三五年四月刑法改正準備会が発表した改正刑法準備草案においても、七二条二項は現行刑法一九条二項と同様に第三者没収を認め、草案七六条は、没収の言渡が確定したときは、その物は、国庫に帰属する旨を定めている。そして、本件における旧関税法八三条一項も亦、その趣旨の規定と解するのである。)(二)そこで、このような場合、第三者没収を附加刑として主刑を言渡された被告人Bが、第三者没収を違憲であるとした上告趣意は、果たして多数説のいうごとく、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるものであるとして排斥を免れないものなのであろうか。そもそも、没収がその本質において刑罰であるか、保安処分であるかはしばらくおき(わたくしは、すくなくとも第三者没収は、その第三者に対する関係においては、刑罰ではなく保安処分であると解するけれども)、現行法制の下においては、主刑に対する附加刑とせられていることは刑法九条の明示するところであり、従つて有罪の言渡がなされる場合に限り、且つその言渡される刑(主刑)に附随してのみ言渡され、没収のみ独立に言渡すことは認められていない。即ち没収は、主刑を科せらるべき犯罪行為が存在する場合、その犯罪行為と関連ある物は、一定の範囲および条件の下に何人に対してもその所有権を認めないこととする趣旨において主刑に附加して、被告人に対し言渡されるのであつて、結局、国家は、主刑を科せられる被告人に対し、「主刑プラス没収」の言渡をするのであり、被告人に対する裁判である点においては、その没収が当該被告人の所有物に対するものであると、第三者の所有物に対するものであるとによつて区別はないと考える。しからば、被告人が第三者没収を言渡した裁判に違憲、違法ありと考えた場合には、自己に対する裁判に不服ありとしてこれを上訴によつて争いうると考える。また、所有権に及ぼす効果のみに着眼すれば、第三者没収は主刑を科せられる被告人には直接には影響はないであろう。しかし、被告人は没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれを使用、収益をなし得ない状態に置かれることとなる点からいえば、被告人の財産権は当然影響をうけることとなり、また被告人は、所有権を失うに至る第三者から、賠償請求等の求償権の行使を受ける危険に曝されることは否定し得ないのであるから、この点からいつても被告人の財産上の権利、利益に影響ありとして、上訴をなしうることは当然であろう。このような考え方に対しては、第三者没収は、形式的には主刑に附加して被告人に対し言渡されるけれども、実質的には第三者に対する保安処分以外の何ものでもなく、被告人に対する主刑の言渡とは無関係であるという者があるかもしれない。しかし、それならば第三者没収に関し、例えばドイツ刑事訴訟法四三一条二項、三項のごとく、その第三者を当然その訴訟手続に参加せしめ被告人に準じて訴訟上の権限行使をなさしめるというような規定を置くとか、或いは第三者没収を主刑に対する附加刑とせず、独立に言渡すというような規定を置く等、格別の考慮が払われなければならない。そのようなことのない現行法制の下においては、第三者没収の言渡は被告人に対する関係においても主刑と不可分の一体として観念すべきものであると考える。(三)多数説は、本件のごとき第三者没収に対しては、主刑を言渡された被告人には元来上訴権がないというのであるか、または上訴権はあるが不服とする理由が被告人自身の権利、利益に関係なく、専ら第三者の所有権の侵害につき論議抗争するものであるから、そのような上訴は許されないというのであるか、必らずしも明らかでないが、前者であるとすれば、その採るべからざることは既に述べたとおりであり、後者であるとすれば、わたくしは遺憾ながらこの点についても多数説に従うことができない。なるほど本件上告趣意第五点後段は、船舶の没収に最も利害関係を有する船主に対して刑事訴訟法上何らの手続規定なく、船主は何らの手続によらないで所有船舶を没収されることが憲法三一条違反であると主張するのである。それ故論旨の非難する点は、第三者たる船主の船舶の所有権が違憲な手続で没収されることに関してであるが、これをもつて多数説のいうように、他人の所有権を対象として基本的人権の侵害があるから憲法上無効である旨を論議抗争し、それ故、それは他人の所有権に容喙干渉し、他人の権利侵害の救済を求める趣旨のものであると見てしまうことは、論旨を正解するものといえないのではないかと思う。上訴権を行使するのは裁判が上訴権者の権利、利益を侵害しているからこれが救済を求めるものであることはいうまでもないが、その裁判を違憲、違法なりとするところの理由は、その裁判がなされるにつき準拠すべきすべての憲法、法津、命令の規定の解釈、運用の適否に及びうべく、その理由とするところが被告人自身に直接には関係のない点に関するものであつたからといつて、その点にこれを違憲、違法とする理由があり、その結果その裁判か違憲、違法となるものであれば、被告人は、その点のみを理由として上訴をなしうべきことは当然といわなければならない。多数説は、もし上告趣意に、「本件第三者没収は、船舶の所有者たる第三者からその所有権を剥奪するに当つて憲法三一条の要請に反し違憲であり、かかる違憲の第三者没収の裁判が確定すれば、被告人自身の権利、利益を侵害することになるから上告する」旨の記載があれば、これを適法な上告理由として取り上げて、審理するというのであろうか。もしそうだとすれば、裁判所としては、本件上告趣意第五点後段をそのような趣旨のものと解してこれを取り上げることは、少しも無理ではなく、むしろ、当然なすべきことではないかと思う。またもし多数説が、被告人が上訴によつて本件第三者没収を違憲、違法なりと攻撃する場合は、専ら被告人自身の権利、利益に関する事項の違憲、違法を理由としなければ許されないという趣旨であるとすれば、それは上訴権の行使とその不服の理由となる事項とを混同した議論であつて、わたくしの到底賛成しえないところである。そして、当裁判所は、既にこのような場合主刑を科せられた被告人に第三者没収に関する上訴権を認めたいくつかの判例を示している。例えば旧関税法(明治三二年法律六一号)違反被告事件につき、第三者没収が憲法一三条、二九条違反、旧関税法違反の上告趣意に対し当裁判所大法廷は、「所論はいずれも原審で主張、判断を経ない事項であるから上告適法の理由とならない」と判示(原審で主張、判断を経ていれば当然適法な上告理由となるという趣旨である。)すると共にこの点につき職権調査の結果、違憲とは認められないが、旧関税法八三条一項違反の違法または審理不尽の違法ありとして破棄、差戻をした(昭和二六年(あ)第一八九七号、昭和三二年一一月二七日大法廷判決、刑集一一巻一二号三一三二頁以下)。また小法廷においても、この点につき判示したいくつかの判例があるのである(昭和三三年一月一四日第三小法廷判決、同年二月一三日第一小法延判決、同年四月一五日第三小法廷判決、昭和三四年一二月一五日第三小法廷判決等)。なお、多数説の立場に立つとしても、最高裁判所としては、刑訴四一一条一号に従い職権によつてこれを調査する必要はないであろうか。当裁判所は前掲の旧関税法違反事件については、論旨は原審において主張判断のない事項であつて上告適法の理由とならない旨判示しつつ、職権調査を行つて所論の点につき判断を下したことは上述したとおりである。本件にあつては第三者没収の憲法三一条違反が問題となつているのであつて、この点は第三者没収を言渡した原判決の当否に極めて重要な関係があるばかりでなく、広く第三者没収制度の本質にも触れる重大事項である。それ故、多数説の立場に立つとしても、このような場合は、最高裁判所としては、進んで刑訴四一一条一号により職権審査をなすべきものと考える。尤も、多数説がもし本件第三者没収を言渡した裁判は被告人でない第三者の所有権には何ら影響のないものであつて単に被告人の占有権を剥奪し、その物の使用、収益を禁止するに止まるものであるとの立場に立つものであるとするならば、上告趣意第五点後段の主張は、前提を欠くこととなり、問題として取り上げる余地もないこととなるであろうが、わたくしは、第三者没収の趣旨をそのようには考えないことは既に述べたとおりである。

そして、最高裁判所が刑訴四一一条一号により職権調査をなしうる事項は、原判決中の被告人の権利、利益に関連ある事項の違憲、違法の点のみに限らるべきものではなく、原判決に影響を及ぼすべき法令の違反があつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、原判決を違憲、違法ならしめるすべての事項につき調査できるものと考える。(なお、前掲旧関税法違反被告事件についての大法廷判決は、憲法三一条の点は職権調査としても取り上げていない。検察官の本件答弁書によると、右大法廷判決が憲法三一条にも違反しないという趣旨の見解を示していると解されるとあるが、わたくしは右判決はそこまでは判断したものではないと思う。蓋し、この点は上告趣意にも何ら触れられておらず、当裁判所としても、進んでこの点を取り上げて判示したとは、判文上認められないからである。)(四)以上述べたごとく、本件における上告趣意第五点後段は、上告理由として適法のものと認むべく、当裁判所はその論旨の当否を判断しなければならない。そして、論旨は要するに、本件第三者没収をうける船主Cに対し手続参加の機会を与えずその所有に属するA丸の所有権を失わしめるのは憲法三一条に違反するというのである。先ず憲法三一条の法意を考えてみるに、同条にいわゆる法定手続の保障は、単に形式上法律でさえ定めれば、それで本条の要請を満たしたものというものではなく、たとえ法律で定めても、その法律の内容が、近代民主主義国家における憲法の基本原理に反するようなものであれば、本条違反たるを免れず、単に手続規定のみについてでなく、権利の内容を定めた実体規定についても、本条の保障ありと解すべきであると思う。さらにわたくしは、本条は、単に刑罰についてのみの規定ではなく「若しくは自由を奪われ」という中には、刑罰以外に、国家権力によつて個人の権利、利益を侵害する場合をも包含しているものと解するのである。本条は明治憲法二三条の趣旨を引きついだ規定でもあり、明治憲法二三条は、刑事上のみならず行政上の逮捕、監禁、審問、処罰についても保障したものと一般に解せられていたし、現行憲法三一条の保障も単に刑罰にのみに限る理由はない。検察官が答弁書において、憲法三一条は専ら刑罰に関する規定であるとした所論にはわたくしは賛成できない。しからば、進んで憲法三一条は、国家権力が個人に対し、その権利、利益を侵害するいかなる場合にも、常に必らずその者に予め告知、聴問の機会を与え、予め意見を開陳し、弁解、防禦をなすことを得せしめるべきことを要請するものか否かにつき考えてみるに、わたくしは、憲法三一条は、常に必らず、そこまでのことを要請しているものとは思わない。勿論それが刑罰である場合には、憲法の他の規定、例えば三二条、三七条、八二条等により、そのような要請が明定せられ、それらの規定と三一条とが結びついてその保障がなされているのであるが、刑罰以外のものについては、事柄の性質から判断し、予め告知、聴問の機会を与え、予め弁解、防禦をなすことを得せしめることが、憲法全体の建前から見て基本的人権の保障の上に不可欠のものであるか否かによつて区別さるべきであり、それが不可欠のものであると考うべき充分の根拠がありとするならば、それは憲法三一条の要請によるものというべく、然らざる程度のものであれば、そのような手続を経るか否かは、専ら立法政策の適否の問題であつて、そのような手続を経ないからといつて、その一事をもつて直ちに憲法三一条違反であると解するのは行き過ぎであると考える。ところで、前にも述べたとおり、第三者没収は第三者に対する関係においては刑罰ではなく、保安処分であると考えるのであるが、現行法制の下においては、それに常に主刑たる刑罰に附加され、主刑を言渡される被告人の犯罪行為に対する国家の評価として主刑と不可分に被告人に対し言渡されるのである。また、第三者没収は、その第三者に知情の事実がなければならないとせられるところから(この点は旧関税法違反被告事件についての前掲当裁判所大法廷判例参照。そして、この知情の事実の存在を必要とする考え方は正当であると思う。)、この点についての審理を尽した上でなければ第三者没収は言渡し得ない。これらの諸点を併せ考えると、第三者没収の言渡はこれと不可分に言渡される主刑と一体をなすものとして、その手続を考えるべきであると思う。しからば第三者に対しては、当該訴訟手続において、何らかの方法により、予め告知、聴問の機会を与え、弁解、防禦をなすことを得せしめることが、第三者没収についての憲法三一条の最小限の要請といわなければならないと考えるのである。(五)しかるに、現行法制の下においては、刑法一九条二項の第三者没収においても、関税法その他特別法の第三者没収においても、右に述べたような予め告知、聴問の機会を与える特別な規定は何ら定められていない。(ドイツ刑事訴訟法四三一条二項、三項にはその趣旨に合うような特別な規定が置かれていることは前述した。)しかし、制度上、そのような法律の規定を欠いたからといつて、その一事によつて、第三者没収を定めた旧関税法八三条の規定が違憲であり、またはそれに基づいて第三者没収を言渡した裁判が違憲であるかといえば、わたくしは、そのような手続法規の欠缺が憲法三一条の要請を満たさないからといつて、それが直ちに、第三者没収の根拠規定である旧関税法の実体規定またはこれに基づいてなされた第三者没収を言渡した裁判を違憲ならしめる必然的の関係はないと思う。ただ問題はその裁判のやり方如何であつて、もしその裁判が第三者没収を言渡すに当り、審理の手続面において、上述したような憲法三一条の要請に適合する何らかの事前の告知、聴問の機会を第三者に与えておらず、従つて第三者は当該訴訟手続において意見を開陳し弁解、防禦を試みることが不可能な状態に置かれたとすれば、その点において、右裁判は憲法三一条に違反するものたるを免れないこととなるであろう。しからば、制度上これがための特別の規定のない現行法制の下においては、裁判における審理の手続面において、右の要請は実際上いかなる方法によつて満たしうるかといえば、わたくしは、それは右第三者を証人として法廷に召喚し、証人調の段階においてこれに第三者没収の趣旨を告知し、意見を開陳し、弁解、防禦を試みうる機会を事前に与えることによつて可能となると考えるのであつて、第三者没収が前述のとおり第三者の知情を前提とする限り、これを証人として召喚することは訴訟手続としては恐らく必要不可欠の事柄でもあろうし、証人は自己に有利な主張、立証をする権限のない点において、不充分のそしりは免れないとはいえ、その機会に自己の所有物が没収されるかも知れないことを察知して刑訴四九七条の手続により、または所有権に基づく民事訴訟を提起する等の方法によつて、その権利を防禦することができるのであるから、せめて前記程度のことが履践せられるならば、その裁判は憲法三一条の最小限度の要請を充たしたものとして、違憲たるを免れると思うのである。(勿論、第三者の告知、聴問につき、立法によつて周到、適切な規定を設けるにしくはないが、それは立法機関の職責であつて、裁判所としては、それ以上立ち入ることはできない。)しかるに本件においては、記録によれば船主Cは何ら上述の要請を充たしうる取調をうけていない。しからば、本件第三者没収を言渡した原判決はこの点において憲法三一条違反といわざるを得ず、上告趣意が本件につき憲法三一条違反をいう理由については、上述したところと必ずしも一致しない点もあるが論旨は結局において理由あるに帰する。以上の理由により、わたくしは、原判決中、第三者没収を附加刑として主刑を科せられたBに関する部分を破棄し、さらに憲法三一条の要請に適合する審理手続を尽さしめるため、これを原審に差し戻すべきものと考える。、小谷勝重、同島保、同河村又介、同池田克は、裁判官入江俊郎の右反対意見に同調する。、河村大助の反対意見は左のとおりである。

わたくしは原判決中「機帆船A丸を被告人Bから没収する」旨の部分は破棄すべきものと思料する。原判決は、旧関税法八三条一項に基き、犯人の占有に係る物として、第三者Cの所有に属する機帆船A丸を被告人Bから没収する旨の言渡をなし、これに対し右被告人から上告があつたのが本件である。よつて第一に本件のような被告人の占有に係る物で第三者の所有に属する物の没収(以下第三者没収と略称する)につき被告人から上訴ができるか否か、第二に第三者没収は占有のみの没収か所有権をも没収するものであるか否か、第三に第三者没収は没収処分の効力が第三者に及ぶか否か、第四に旧関税法八三条一項中の第三者没収の規定及び本件没収は憲法三一条に違反するか否かにつき以下順次検討する。一、本件第三者没収について、多数意見は、被告人は所有権を有するものでないから、「他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものである」と判示する。しかし、被告人はその物を占有していた関係から訴訟の当事者として附加刑を言渡されたものであつて、第三者没収が不適法であるとすれば、附加刑の言渡は当然取消に値するものである。故に附加刑に処せられた被告人が訴訟の当事者として上訴権を有するものであることは疑いを容れないところである。また判決の実質的効力から考えても被告人は没収処分により所持を剥奪され、かつ所有権を剥奪された第三者から損害賠償等の請求を受けるおそれもあるわけであつて、被告人として訴訟の結果につき利害関係を有することは明らかである。従つて本件に上告は多数意見の如く不適法と認むべき筋合のものではない。二、前記関税法が犯罪の用に供された船舶が犯人の所有に属する場合であると、単に犯人の占有に属する場合であるとを問わず、等しく没収する旨を定めたのは、犯罪の行われた場合、その犯罪に関連する一定の物の所有権を剥奪して、国がこれを原始的に取得することを目的としたものであつて、単に犯人が占有するに止まる場合は、その犯人から占有のみを奪う処分であると解することはできない。(多数意見はこの点をどう見ているのか明らかでない)このことは刑法一九条二項但書、同一九七条ノ五、関税法一一八条一項但書の第三者没収の各規定からも容易に推論することができると思う。すなわち、これらの規定は、没収の対象となるべき物が第三者の所有に属する場合においても、その第三者が悪意である限り、被告人に対し没収処分ができることを認めたものであつて、被告人のみに対する没収の言渡で、第三者の所有権を剥奪し、国庫に帰属する効力を認めたものであることは明らかである。所謂占有没収説からいえば、右の規定は意味をなさないことになるであろう。(ことに刑法一九条二項但書の場合は被告人は占有していない状態で没収処分を受けるのである)前記旧関税法八三条一項の第三者没収もその理を異にするものでない。但しこの第三者没収の規定が憲法三一条に違反するかどうかは後述する。三、第三者没収の場合において、没収は被告人に対し主刑に附加して言渡されるに過ぎず、手続上第三者を当事者とする没収の制度は認められていないから、刑事訴訟上当事者以外の第三者に判決の効力は及ばないではないかとの問題がある。しかし第三者没収を認めた法の目的は叙上のとおり、第三者の所有権を剥奪して、国に帰属せしめるにあるのであるから、実体法上没収処分の効果として第三者の所有権を剥奪することを認めたものと解するの外はない。けだし、かく解するにあらざれば制度の目的は貫徹されないことになるからである。(没収は性質上所有権を剥奪するものであるという点に問題があるわけでなく、第三者の権利が訴訟法上正当に保護されない点に問題があるのである)四、以上に述べたような法の目的と効力をもつ旧関税法八三条一項中の「犯人ノ......占有ニ係ルモノハ没収ス」との規定は、憲法三一条に違反するかどうかを検討する。憲法三一条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定し、刑罰を主眼とする法定手続を保障したもののように解せられるが、同条が米連邦憲法修正五条の適法手続の規定の影響の下に成立した沿革と、人権保障を強く標榜する新憲法において、人権の制限、剥奪には合理的根拠を必要とする法の精神とに照し、同条の刑罰とは厳格な意味の刑罰に限らず、ひろく刑罰に準ずることのできる拘束、制裁等の処分にも準用あるものと解するを相当とし、(但し、その準用の範囲は各場合の拘束、制裁等の処分の性質を検討して決するの外はない)かつ、同条の「法律の定める手続」とは沿革の示すように「法律の正当な手続」の保障すなわち、適正条項の要請をも含むものと解するを相当とする。ところで問題の第三者没収は、被告人に対する附加刑であるが、その刑事処分の効力が第三者の所有権剥奪に及ぶものであるから、第三者の立場から見ても多分に刑事的制裁の性質を有し、附加刑処分を受ける被告人ではないけれども、その所有権剥奪の制裁を受ける点において、正に法律の定める正当手続の保障を受けるに値するものと謂わなければならない。然るに旧関税法八三条は第三者没収について、帰責事由に関し何等の合理的基準を定めていない(関税法一一八条一項但書、刑法一九条二項但書のように第三者の知情を要件とすべきか又はその物が犯罪の用に供せられるにつき所有者たる第三者に過失ある場合も帰責事由とすべきかは立法政策の問題に属する)もつとも、この点について、大法廷判決(昭和二六年(あ)第一八九七号昭和三二年一一月二七日判決)は「所有者たる第三者において、貨物について同条所定の犯罪行為が行われること又は船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つており、その犯罪が行われた時から引きつづき右貨物又は船舶を所有していた場合に限り、右貨物又は船舶につき没収のなされることを規定したものと解す」べきであると判示して「所有者の悪意」を第三者没収の主観的要件としている。しかし判例が右のような合理的基準を想定したことには疑いなきを得ない。明文は、所有者たる第三者の善意悪意に関係なくすべて無条件に没収できるようになつているのであるから、これに主観的要件を附け加えることは解釈としては無理ではなかろうか。のみならず特に当該訴訟において所有者に告知、聴問の機会が与えられていないことは法の不備といわなければならない。すなわち、適法手続の本質的要素は、処分を受ける前に必ず告知を受けて、その訴訟手続に参加し、防禦権行使の機会が与えられることを要するものである。けだし、自ら犯罪を行つた犯人に対しては、当該訴訟において、その没収処分についても意見弁解の機会が与えられているのに拘らず、没収の直接効果が及ぶ第三者に防禦の機会が与えられていないことは甚だしく個人の権利を侵す結果となるものだからである。(なお、所有者を証人として尋問するだけでは、憲法三一条の要請にこたえることにはならない。けだし所有者はその訴訟手続に参加して防禦権行使の機会を与えられることによつてのみ、法定手続の保障は完うされることになるのであつて、単に証人として尋問されるだけでは防禦の権利を与えられたことにはならないからである。また訴訟手続から言つても、所有者の悪意を認定するには、所有者を証人として尋問しなければならないというような証拠調の制限は、できないこというをまたない。)以上の理由により旧関税法八三条一項中犯人の占有に係る物は没収する旨の規定は憲法三一条の法定手続の保障を欠くため違憲であり、従つて同条を適用してA丸を没収した原判決も違憲無効であると解する。

奥野健一の反対意見は次のとおりである。弁護人徳田禎重の上告趣意第五点について。多数意見は旧関税法八三条一項に基く犯人以外の者の所有物件の没収については、所有者でない被告人は違憲を理由として不服申立をすることは許されない旨判示するのであるが、没収は被告人に対する附加刑であるから違憲、違法な没収については、それだけで被告人は不服申立をなし得るものと解すべきであるのみならず、没収物件の占有者である被告人は、何れは真の所有者に対して該物件を返還すべき義務があり、返還できないときはこれに代わる損害を賠償すべき義務があるのであるから、第三者の所有物に対する没収の言渡については被告人は実質的にも利害関係を有するのであつて、その没収の違憲、違法を理由として上訴の申立をなす利益を有するものといわなければならない。そもそも、没収は犯罪の行われた場合に、その犯罪に関連ある一定の物件の所有権を剥奪して、国がこれを原始的に取得する処分であつて、この理は犯人の所有物でない第三者の所有物の没収の場合においても何ら変りはないのである。(第三者の所有物の没収の場合は単なる占有の剥奪に過ぎないのであつて、所有権の剥奪ではないとの議論は等しく没収について被告人の所有物の没収と第三者の所有物の没収とで解釈を異別にするものであつて成文法上何らその根拠はなく、また、犯人以外の所有者の関係においては没収は刑罰ではなく一種の保安処分であるとの説を採つても、没収という犯人に対する附加刑の反射的効力として所有者の所有権が奪われ国庫に帰属する効果を有することには変りはない。)そして、没収される物件の所有者が被告人であると第三者であるとを問わず、これを没収するにはその物件が犯罪と一定の関連があること、その犯罪が適法に起訴されたことについての告知、審問の機会が与えられ、それに対する意見、弁解および防禦権行使の機会が与えられなければならないものと解する。このことは憲法三一条、一四条、二九条の各規定から当然要請される帰結であるといわなければならない。けだし、わが憲法三一条の規定はいわゆる適法条項を定めたものと解すべきであつて、生命、自由を奪う場合のみでなく広く財産権その他の国民の権利を奪う場合にも、常に適法な法律の定める手続によらなければならない趣旨を規定したものと解すべきであつて、単に刑罰を科する場合に法律に定める手続によらなければならないことのみを規定したものと解すべきではないからである。のみならず、没収は附加刑であつて刑の一種であるから、同条を以つて刑罰を科する場合の規定であるとの見解によつても、その手続は法律を以つて定めなければならないと解すべきことには変りはないのである。そして、右憲法三一条の法律に定める手続の内容は、没収によつて所有権を剥奪する場合においては最小限度当該所有者に前記の如き告知、審問および防禦権行使の機会を与えるものでなければならない。然らずして、所有者に何らかかる機会を与えることなく、その者の所有権を剥奪するが如きことは、国民の基本的人権を保障し、殊に財産権につき憲法二九条において「財産権はこれを侵してはならない」と保障するわが憲法の到底容認しないところであると解すべきである。そして、所有者が単に証人として尋問を受ける機会があるというだけでは右憲法三一条の要請を充足するものとはいえない。けだし、証人は自己に有利な主張および立証をなす権限を与えられていないからである。のみならず、犯人たる被告人が自己の所有物について没収の刑を受ける場合にあつては、刑訴法により当然被告人として告知、審問、防禦権行使の機会が与えられるのに反し、被告人以外の第三者がその所有物を没収される場合には全然かかる機会が与えられないということは、被告人でない所有権者は、被告人である犯人の場合に比し著しく不利益な差別的取扱を受けるものであつて、その間何ら合理的な根拠を発見できないのであるから憲法一四条の法の下に平等であるとの原則にも違反するものといわねばならない。然るに、関税法八三条は被告人以外の第三者の所有に属する物件の没収については、当該所有者に対し何ら前述の如き手続を経べきことを定めておらず、また、刑訴法その他の法令においてもかかる手続規定がない。従つて、右八三条中被告人でない所有者の所有物件の没収についての規定は、何ら告知、審問の機会を与えることなく、また意見、弁解および防禦権行使の機会を与えることなく、直ちに、第三者たる所有者の物件を没収することができる趣旨であると解するの外なく、かくては、正に憲法三一条、二九条、一四条に違反するものと断ぜざるを得ない。従つて、右違憲な法規に従つてなした本件没収の言渡も違憲であつて、原判決中本件没収に関する部分は破棄を免れない。なお、附言するに、第三者没収によつて第三者の所有権は奪われるとする従来の通説に従えば、刑訴四九七条一項の規定は犯人以外の者の所有物が適法に没収されたときは、その所有者は同条の権利者に含まれないものと解すべきであるから本件においては同条の適用の余地はなく、また、本件没収の判決確定後、第三者たる所有者が国を被告として所有権に基き民事訴訟を提起しても、既に適法に没収の判決が確定した以上、その物件は何人の関係においても適法に国庫に帰属しているのであるから、かかる民訴の理由のないことは明らかであり、更に、同様の理由により国家賠償法によつても救済されないのである。また、没収の処分は第三者たる所有者の関係においては刑罰ではなく一種の保安処分たる行政処分であつて、これに対して所有者は行政訴訟を提起し得るとの論もあるが、被告人でない第三者は行政法上右処分を受けた当事者とはいいえないから抗告訴訟の当事者となり得るか否か疑問であるのみならず、既に没収処分が適法に確定したものとすれば、その取消は許されないものと解すべきであるから、これによつても救済されない。すなわち、現行法上は本件没収によつて所有権を剥奪された第三者は救済される途がなく、従つて現行法の解釈上かかる没収を合憲と解する余地はないと考える。

垂水克己の補足意見は次のとおりである。没収は所有権の剥奪である。だからこそ没収判決の執行として検察官の命令により没収物が或は破壊、廃棄され(これは必ずしも法律上何人の所有をも許されないいわゆる法禁物に限らない)或は公売される(代価は国庫に帰属する)のである。没収判決が確定した途端に没収物の所有権は判決(形成判決)によつて当然国庫に原始取得される。この理は没収物が第三者の所有に属していた場合でも変りはない。その結果、第三者所有の没収物を被告人が占有している場合には被告人の占有は検祭官の手に移される手段がとられることになる。第三者所有物を没収する判決は、その第三者にとつては刑罰たる性質を有しないとしても不利益処分であるには違いない。かような不利益処分は予め定められた適正合理的な制定法律(実体刑法および刑罰手続法)によらなければ科せられないというのが憲法三一条である。このうち適正合理的な手続法とは何か。それは、不利益処分を受けるかも知れない本人(本件では第三者)に対し、告知聴取(防禦)の機会を与えること、詳言すれば、予め本人にどんな事実上および法律上の理由からどんな不利益処分を受けるかも知れないということを告知し、本人の言いぶんを聴取し本人をして反論し証人を反対尋問し反証を提出し以て不利益処分を受けないよう自己防禦をする機会を与えるべきことを定めた手続法の意味である。本件については合理的適正な実体的特別刑法として旧関税法八三条一項があり同条項は所定の場合には第三者所有物を没収する権利を国に与えている。ところが、第三者の所有物没収について第三者を訴訟主体として訴訟に参加させる刑訴法の規定は今日存在しない。従つて第三者所有物没収の判決をする方法がない。とすれば本件でも裁判所は第三者所有物没収判決を憲法三一条によつて封じられている。原審がかような判決をすることも上告審がこれを是認することも同条によつて許されない。当審は刑訴四一一条に従い職権を行使するならば原判決中第三者所有物没収を言い渡した部分を破棄することができるのであり、この憲法違反を看過することなくこれを破棄すべきであるということに恐らくはなろう。(ちなみに、私は、形式上、上告が適法である場合には、すなわち事件が適法に上告審に係属した以上は、たとえ上告理由が事実誤認や量刑不当の如き上告理由として不適法のものであつても、たまたま上告審の調査によつて眼に触れた事柄が刑訴四一一条にいう「原判決を破棄しなければ著しく正義に反する事由」に当ると上告裁判所が認めたときは同条に従い職権により原判決破棄の判決をすることができると考える。)けれども本件上告理由は原審の第三者所有物没収判決は没収の点につきその第三者を訴訟に参加させず防禦権を与えないでなされたという第三者の法益侵害を主張するもので何ら上告人自身が刑訴手続法上の法益を侵害されたことの主張ではない。被告人自身は、第一、二審で論旨のように本件船舶が若し没収される被告人自身も折角第三者から借り受けている船舶の占有を奪われる不利益を蒙るとの主張を冒頭陳述から最終陳述に至るまでの間に主張し、立証できた筈であり、被告人自身に対する防禦機会はすでに与えられている。第三者が法益を侵害されたというだけの被告人からの上告理由は従来上告審で毎に不適法として採り上げられないで来た。職権調査の問題を別にすれば本件上告理由は取り上げられないという本判決は当然である。

下飯坂潤夫の補足意見は次のとおりである。私は本判示に対する反対意見、主として入江裁判官の意見に対し反論をしながら判示の見解をいささか補足したいと思う。まず論旨は何を訴えているのであろうかというと、本判示の冒頭に説述しているとおり、原判決は憲法上の誤りを犯して本件没収を宣言している。そしてその没収の対象となつた物件は何んであるかというと、本訴訟外の第三者の所有物だというのであり、ただそれだけのことなのである。そして、入江意見がいつているように「本件第三者没収は物件所有者たる第三者からその所有権を剥奪するに当つて憲法三一条の要請に反し違憲であり、かかる違憲の裁判が確定すれば被告人自身の利益を侵害することになるから上告する」などとは片言だも云つていないのであり、又「被告人は没収に係る物の占有権を剥奪され、またこれを使用、収益をなし得ない状態におかれることになるから被告人の財産権は当然に影響をうけることとなり、また被告人は所有権を失うに至る第三者から、賠償請求等の求償権の行使を受ける危険に曝されることは否定し得ないのであるから、被告人の財産上の権利に影響ありとして上告をなす」などと解すべき文言上の根拠はいささかも見出し得ないのである。従つて本論旨を所説のような趣意のものとせんさくし、没収の本質論などに言及する必要は毫末もないのであり、また、この場合は刑訴四一一条の職権審査権を発動して所説のような没収論を広汎に展開しなければならない場合でもないのである。(所説はつまり論旨の範囲をはみ出て無用の論議をしているのである。所説の如きは没収物件の所有権者である第三者から国に対し没収の無効を主張して、物件の返還或は損害賠償等を請求してきた場合にこそなさるべきであろう。)ところで論旨は憲法論議を主張する限りにおいて、一応刑訴四〇五条の要請をみたしているが如きかたちをなしているのではあるが、その憲法論議は何ら自己の権利を対象としているのではなくて、訴訟外の第三者に属する所有権を問題としているのである。いつたい、訴訟において他人の権利ないしは利益の保護、救済を求めることができるものであろうか。もし可能だとすればそれは他人の法律生活に対する謂れない容喙干渉であり、その他人から見れば余計なお節介であろう。かようなことが是認されるとすれば個人の法律生活はみだされ、延いて一般社会の法的安全を害するに至るであろうことは必至である。このような訴訟行動が、訴訟理論におけるいわゆる利益ありゃ否やの点は別論として、許さるべき筋合のものでないことは当然過ぎる程当然のことであろう。況んや憲法論をこれにからませるが如きは憲法訴訟のらん用というを憚らない。憲法裁判所たる上告審としてはかような訴訟に当面する場合特に深慮を必要とするものではないかと、私は考えるのである。思うに、自己の有する権利以上のものを他人に譲渡することができないものであることは古来法諺の示すとおりである。このことは他面において何人も自己の有する権利以上のものを奪われないということであり、また何人も自己の有しない権利を奪われる筋合はないということを意味する。そうだとすれば、被告人らは本件没収の宣告によつて何ら自分の所有権は奪われないのである。土台、そうしたことはあり得ない理なのである。入江意見は没収は所有権を奪うものであり、当該物件が第三者の所有に属する場合でも同様だという。いわゆる所有権没収説である。しかし、この所説に従つても論旨の場合被告人らから見れば他人の権利に関することで自分らの権利には何らかかり合いのない事柄なのである。従つて、論旨はいわば主文に影響のない主張に帰するわけなのである。ここで、入江意見は次の如く云う。すなわち「被告人は、所有権を失うに至る第三者から、賠償請求等の求償権の行使を受ける危険に曝されることは否定し得ない」と云い、その点からして本件上告は利益のないものではないと論及するのである。しかし、所説にいう賠償請求等の求償権の行使を受けるとは、いつたいどんな場合をいうのであろうか。その根拠が明瞭にされておらず、余りに漠然としていて理解にくるしむが、それはそれとして、所説は本件没収宣告の判決が確定すれば第三者たる所有権者はその判決に拘束されて自己の所有権の主張を全く封じ去られるということを云うのであろうか。私見によればそんな筋合はあり得べきではないのである。没収についていわゆる所有権没収説をとるとしても本件のような場合没収宣告の判決はあくまで没収物件の所有者でない被告人らに対してなされた判決であり、それ以外の何ものでもないのである。従つて、その判決の効力は訴訟外の所有者に反対の主張すなわち本件没収物件が自己に属することの主張を一切封じて仕舞つたというのではなく、所有者は本件物件が自己の所有に属することを主張するについて何ら妨げられるものではなく、その主張の下に本刑事訴訟の手続の過程において(刑訴四九七条参照)或は別個の民事訴訟において国を相手方として、これが取戻し方の請求(場合によつては損害賠償の請求も)が可能なのである。況んや入江意見の説くように本件没収の宣告についてこれを無効としなければならない程の憲法上のかきんがあるとすれば所有権者は一層強い理由を以て前示主張ないしは請求をなし得る筈である。私見を以てすれば、前示のような主張ないし請求こそは所有権者の領分に属することであり、被告人らの不服申立の圏外にあることなのである。本上告の如きはひつきよう他人の権利えの容喙干渉であるという所以の一端は正にここにあるのである。入江意見はさらに云う。「上訴権を行使するのは裁判が上訴権者の権利、利益を侵害しているからこれが救済を求めるものであることはいうまでもないが、その裁判を違憲、違法なりとするところの理由は、その裁判がなされるにつき準拠すべきすべての憲法、法律、命令の規定の解釈、運用の適合に及びうべく、その理由とするところが被告人自身に直接には関係のない点に関するものであつたからといつて、その点にこれを違憲、違法とする理由があり、その結果その裁判が違憲、違法となるものであれば、被告人は、その点のみを理由として上訴をなしうべきことは当然といわなければならない。」云々と。しかし、もし所見の如きものだとすれば、被告人にとつて自己の権利ないしは利益に関係のないこと、被告人自身にとつて論議に値しない全く無駄な事柄についても原判決に違憲、違法のかしがあるならばこれを取り上げて論難することは許さるべきであり、上告裁判所としても一々これに判断を与えなければならないというものであつて放縦な上告論旨の横行を是認するものであり、私などの到底組みするを得ないところである。所説の如きは訴訟において誰が被告人であるかという問題とその訴訟において誰の権利ないし利益が保護されなければならないかという問題とを混同し、後者の点を全く考慮の外においたものであつて、その可なる所以を知らない。

高木常七の補足意見は次のとおりである。弁護人徳田禎重の上告趣意第五点について。関税法(旧)八三条一項は、関税取締の必要性に鑑み設けられた規定であつて、関税の賦課及び徴収並びに貨物の輸出及び輸入についての税関手続の適正な処理と犯罪の取締及びその防止の万全を期し、延いて公共の福祉を確保するため、当該犯罪に密接な関連をもつ物件につき、それがひとり犯人に属する場合だけでなく、犯人以外の者に属する場合でも一応これを没収し得ることを定めたものに外ならないのであるから、規定自体として、もとより憲法に違反するものではなく(憲法一二条参照)、諸外国の近代立法にもその例を見ることすくなしとしない。しかし右規定にもとづく「犯人以外の者に属する物」の没収は、実質的にみて、その物が犯人によつて再び犯罪に使用される危険を防止するための保安処分または予防処分の一種として理解さるべきであり、いわば、その所有者がその犯罪に無関係である旨の証明がないかぎり、一応これを取り上げてしまうという一種の行政的措置に過ぎないと解するのが相当である。それゆえ、もしその者にして真にその犯罪に無関係である場合は、その没収の言渡に対し自己の善意を主張してこれを争い、その物の返還を要求することを得べく(けだし、自己になんらかの違法行為もしくは非難に値いする意思がないのに、ただ偶々それを犯人に所持させていたというだけの理由で、たやすく没収されることは、責任理論の基本観念に悖るからである)、また、かりにその者になんらかの違法行為もしくは非難に値いする意思があつても、その者をして当該訴訟に関与させず、またその没収から自己の権利を護るための機会も与えずして、直ちにその処分を言渡すが如きは刑罰(没収は刑罰にも比すべき不利益な処分であることにかわりがない)の基本理念と相容れないところであるから、もし右様の手続によらないで没収の言渡をした場合は、たといその判決が確定しても、その者はこれに対し、手続の違法を主張してその執行を拒むことを得べく、もし敢て執行を受けた場合は、法の定めに従つて(例えば刑訴四九七条)その物の還付を請求することができ、その他の救済をも受ける権利あるものというべきである。しかしこれらの権利は、もとよりその本人(本件においては船主C)に固有なものであつて、他人(例えば本件被告人)をしてこれに代らしめ得るものではなく、況んやその他人がこれを恰も自己の権利に属するが如くに、心得て行使し得べき筋合のものでもない。かかる趣旨においてわたくしは本判決の多数意見に同調するものである。

検察官村上朝一、同斎藤三郎公判出席

昭和三五年一〇月一九日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官田中耕太郎、小谷勝重、島保、斎藤悠輔、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

1最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁(他人の権利の侵害を理由とする違憲主張)[肯認]

３１頁

2最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁

主文原判決および第一審判決を破棄する。被告人Aを懲役六月に、同Bを懲役四月に各処する。但し本裁判確定の日から三年間右各刑の執行を猶予する。福岡地方検察庁小倉支部の保管に係る機帆船C丸(換価代金四三万一、〇〇〇円)はこれを没収する。第一審における訴訟費用は全部被告人両名の連帯負担とする。

理由弁護人緒方英三郎、同松永志逸の各上告趣意について。関税法一一八条一項の規定による没收は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等で同項但書に該当しないものにつき、被告人の所有に属すると否とを問わず、その所有権を剥奪して国庫に帰属せしめる処分であつて、被告人以外の第三者が所有者である場合においても、被告人に対する附加刑としての没收の言渡により、当該第三者の所有権剥奪の効果を生ずる趣旨であると解するのが相当である。しかし、第三者の所有物を没收する場合において、その没收に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。けだし、憲法二九条一項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同三一条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没收は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没收せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没收することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである。そして、このことは、右第三者に、事後においていかなる権利救済の方法が認められるかということとは、別個の問題である。然るに、関税法一一八条一項は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等が被告人以外の第三者の所有に属する場合においてもこれを没收する旨規定しながら、その所有者たる第三者に対し、告知、弁解、防禦の機会を与えるべきことを定めておらず、また刑訴法その他の法令においても、何らかかる手続に関する規定を設けていないのである。従つて、前記関税法一一八条一項によつて第三者の所有物を没收することは、憲法三一条、二九条に違反するものと断ぜざるをえない。そして、かかる没收の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没收の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である。のみならず、被告人としても没收に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、收益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである。これと矛盾する昭和二八年(あ)第三〇二六号、同二九年(あ)第三六五五号、各同三五年一〇月一九日当裁判所大法廷言渡の判例は、これを変更するを相当と認める。本件につきこれを見るに、没收に係る貨物が被告人以外の第三者の所有に係るものであることは、原審の確定するところであるから、前述の理由により本件貨物の没收の言渡は違憲であつて、この点に関する論旨は、結局理由あるに帰し、原判決および第一審判決は、この点において破棄を免れない。よつて刑訴四一〇条一項本文、四〇五条一号、四一三条但書により原判決を破棄し、被告事件につき更に判決する。原審の是認する第一審判決の確定した事実に法律を適用すると、被告人らの同判示所為は、関税法一一一条二項、一項、刑法六〇条に該当するから、所定刑中懲役刑を選択し、その所定刑期範囲内で被告人Aを懲役六月に、同Bを懲役四月に各処し、情状により刑法二五条一項を適用して本裁判確定の日から三年間右各刑の執行を猶予し、主文第四項掲記の機帆船C丸は、本件犯行の用に供した船舶であつて、被告人Bの所有に係るものであるから、関税法一一八条一項本文により、その換価代金四三万一、〇〇〇円を没収することとし、訴訟費用につき刑訴一八一条一項本文、一八二条を適用し主文のとおり判決する。この判決は裁判官入江俊郎、同垂水克己、同奥野健一の補足意見および裁判官藤田八郎、同下飯坂潤夫、同高木常七、同石坂修一、同山田作之助の少数または反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

入江俊郎の補足意見は次のとおりである。一わたくしは、(一)関税法一一八条一項の規定による没収は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等で、同項但書に該当しないものにつき、それが被告人の所有に属すると否とを問わず、その所有権を国庫に帰属せしめることを目的とする処分であること、(二)被告人以外の第三者が所有者である場合においては、被告人に対する附加刑としての没收の言渡により、当該第三者の所有権剥奪の効果を生ずる趣旨であること、(三)かかる没收の言渡を受けた被告人は、その没收の客体がたとえ第三者の所有物である場合であつても、その没收の裁判の違憲を理由として上告をなしうるものであることを判示した本判決の多数意見に賛同する。そして、わたくしはその理由について、昭和二八年(あ)第三〇二六号、同三五年一〇月一九日大法廷判決における、右の諸点に関するわたくしの反対意見を援用して補足することとする。二次に、本判決の多数意見は、本件の没收が憲法三一条、二九条に違反するものであるというのであるが、この点についてはわたくしは、前記判決における右の点に関するわたくしの反対意見において述べたところを改め、右多数意見に賛同することとした。その理由とするところは、右多数意見の説示をもつて足りるとは思うが、念のため若干附加補足することとする。先ず、(一)憲法三一条にいわゆる法定手続の保障は、単に形式上法律で定めれば、それで本条の要請を満たしたものというものではなく、たとえ法律で定めても、その法律の内容が、近代民主主義国家における憲法の基本原理に反するようなものであれば本条違反たるを免れず、単に手続規定のみについてでなく、権利の内容を定めた実体規定についても、本条の保障ありと解すべきであり、更に本条は単に刑罰についてのみの規定ではなく、「若しくは自由を奪われ」という中には、刑罰以外に、国家権力によつて個人の権利、利益を侵害する場合をも包含しているものと解すべきであると考える。(本条は明治憲法二三条の趣旨を引継いだ規定でもあり、明治憲法二三条は、刑事上のみならず行政上の逮捕、監禁、審間、処罰についても保障した規定であると一般に解せられていたことと思い合わすべきである。)次に、(二)しかし、憲法三一条は、国家権力が個人に対しその権利、利益を侵害するすべての場合に、常に必ずその者に予め告知、聴問の機会を与えて、意見を開陳し弁解、防禦をなすことを得せしめるべきことを要請したものだとは考えない。もちろん、それが刑罰である場合には、憲法は他の規定、例えば三二条、三七条、八二条等により、そのような要請が明定せられ、それらの規定と三一条とが相まつて、そのような保障がなされていると解すべきであるが、刑罰以外のものについては、事柄の性質から判断し、予め告知、聴問の機会を与え、弁解、防禦をなすことを得せしめることが、憲法全体の建前から見て、基本的人権の保障の上に不可欠のものと考えられない限りは、そのことがないからといつて、立法政策上の当否はしばらくおき、これを憲法三一条に反するものであると解すべきではないといいたいのである。更に、(三)第三者没收の言渡は、これと不可分に言渡される主刑と一体をなすものとして、その手続を考えるべきであるから、右第三者に対しては、これを訴訟手続に参加せしめ、何らかの方法により、予め告知、聴問の機会を与え、弁解、防禦をなすこと得せしめることが、第三者についての憲法三一条の要請といわなければならない。(以上(一)ないし(三)に述べた憲法三一条に関するわたくしの考え方は、前記判例におけるわたくしの反対意見で述べたところと変わりはないのである。)(四)しかし、わたくしは前記反対意見においては、右第三者没收に関する憲法三一条の適用については、同条の最小限度の要請としては、右第三者を証人として法廷に召喚し、証人調の段階においてこれに第三者没收の趣旨を告知し、意見を開陳し、弁解、防禦を試みる機会を与えることをもつて足りると解する旨を主張したのであるが、今回右の見解を改めることとし、本判決の多数意見に賛同することとした。蓋し、現行刑事訴訟法の上で証人調の手続には一定の限界があり、証人として尋問するということが、直ちに防禦の機会を与えたことになるとはいい得ず、また、現行訴訟手続の上で、所有者たる第三者の悪意を認定するにつき、第三者たる所有者を証人として尋問せねばならぬという証拠調上の制約もなく、更に、被告人が自己の所有物につき没收の刑を受ける場合にあつては、刑事訴訟法により当然被告人として告知、審間を受け、防禦権行使の機会が与えられるのに反し、第三者がその所有物を没收される場合には、これにそのような機会を与えることが制度上保障されていないということは、被告人と第三者との間に取扱上不利益な差別があるといわざるを得ない等の事情を考えると(これらの諸点は、前記判例において河村大助裁判官、奥野健一裁判官の少数意見中に指摘されていた。)、本件第三者の所有物の没收は、被告人に対する附加刑として言渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであり、右第三者に対する関係においても、刑事処分に準じて取扱うことを妥当とすべく、被告人に対する場合に準じて、第三者を訴訟手続に参加せしめ、これに告知、弁解、防禦の機会を与えるべきであり、単に第三者を証人として尋問し、その機会にこれに告知、弁解、防禦をなさしめる程度では、未だ憲法三一条にいう適正な法律手続によるものとはいい得ないと解するのが正当であると考えるに至つたからである。

垂水克己の補足意見は次のとおりである。1没收は犯罪を原因とする所有権の剥奪である。(この考の下に没收の執行に関する規定が定められている。)だから、この不利益処分を受けるべき者は、第一に、実体法面からいうと、物が犯罪の用に供され或いは犯罪組成物件とされたこと等について、犯罪行為者本人であるか又は悪意のあつた者(共犯者)ないしは社会的に強く責められるべき態度ないし意思状態にあつた者(或る種の過失者)等に限られなければならない。第二に、手続法面からいうと、或る人が右にいう犯人と共犯者若しくは過失者等の関係に立つ所有者であるとの事実を確定するには、その人が訴訟の第三者である場合には、正当な事由のない限り、その第三者に対し、彼を一種の当事者として、没收の虞ある事実上及び法律上の理由を知らせ、その言いぶんを聴取し、彼に防禦の方法として没收されてはならない事実上又は法律上の理由を自ら若しくは代理人によつて陳述し、更には立証する機会を適当に与えなければならない。かくすることによつて、第三者所有物の没收は始めて憲法三一条の法定の適正手続によつたものといえるのである(昭和二八年(あ)三〇二六号同三五年一〇月一九日言渡、被告人Dら関税法違反事件大法廷判決における私の補足意見同旨)。しかるに、現行刑訴法には、被告事件の第三者からその所有物を没収する場合について右のような第三者の利益保護のための特別の手続規定がない。この特別規定が立法されない間は、かりに、第三者所有物没收を是認する実体刑事法の規定が合憲であつても、第三者所有物を没收した判決は憲法三一条違反、従つて同二九条一項違反となる。2無差別没收を排し、無差別不没収の外なしとする多数意見は、現行刑事訴訟法等のどの条項が憲法三一条に違反するとも判示していない。これは刑訴法に適正手続規定がないのに第三者所有物を没收する判決をした場合には判決が憲法三一条、二九条一項に違反するということを示すものと解するしかあるまい。(或る法令の特定の条項を明示しないで或る法令を違憲だというような判決は違法であろう。)多数意見は、没收すべき物の価値の大小を問わない。法律上何人の所有をも許さない法禁物又は価値が失われてしまつた物や所有者が所有権を放棄したと認められる物(殺害に用いられた刺身庖丁、血痕付着の手拭の如く普通人なら使う意思を失つたと認められる物)のほかは、第三者所有物の没收は違憲である。もちろん、被告事件に顕われた証拠からは、第三者の所有物で没收されるべきものと認めうる場合であつても、その第三者に防禦の機会を与えないで(証拠の証拠能力や信用性についての第三者の意見、立証をも聴かないで)かように認めることに憲法三一条違反があるのである。第三者が適正な没收手続に呼出を受けながら故なく出頭を怠つたような場合には、普通、没收の裁判をしてよいかも知れないが、今日のわが国では、第三者が長く外国に居住していて国際的司法共助による没收手続への呼出状そのものの送達に成功することは一般に困難であり、第三者が国内にいるとしても住居不明又は不定のような場合には一々の没收すべきものと考えられる物について第三者に対する呼出状を公示送達することは多大の労費と日時を要し、訴訟を長引かせる結果、適正手続規定が立法されても、それは行われえない場合が多くなるかも知れない。かような場合に、有罪、無罪等の本案判決を長い月日の間待つ訳にはいかぬから、この場合につき適当な立法がなされなければ不没收判決をするほかない。なお、そのほかに、第三者所有物没收裁判の確定後、第三者である所有者が一定の正当な事由を主張しそれを裁判所が正当とする場合には没收の執行をすることができないものとするか、他に何らかの救済手続を定める立法も考えられないものか。3多数意見はいう。「第三者の所有物を没收する言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没收の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは当然である。のみならず、被告としても没收にかかる物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、收益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者からの賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである」と。これには一応問題がある。アメリカ連邦最高裁判所では、「単に他人の憲法上の権利のみを援用して或る法律を違憲であると主張する上告は不適法である。けだし、或る憲法上の権利を害された者が最もよくその憲法上の争点を裁判所に提出し、裁判所もその本人の主張ある場合にのみ適正に憲法判断をすることができる。憲法上の権利の主体がその権利の侵害を甘受しその憲法上の権利を抛棄するかも知れないのに、他人が先走つてその権利を援用した場合に判決するのは適当でない。未だ他人に法が適用されていないのに、他人に法が適用された場合その他人の憲法上の権利が害されるであろうという未だ発生しない想像上の事実に基いて憲法上の判断をするのは好ましくない。」というような判示をして来ているのが原則であるという。一般に、訴そのものでも同じであるが、控訴ないし上告の場合も、その理由として他人の利益が侵害されることだけを主張し、ひいて被告人の自己利益が害される虞ある具体的関係の主張を含まないものは、自己に有利な判決すなわち、原判決を上訴人自身の利益に変更する判決を求めるものでないから適法な上訴理由とならないのが原則である。本件上告理由は、被告人に対する附加刑として第三者所有物が没收されることは違憲であるというのであるが、その理由として、この没收判決の破棄により被告人は附加刑を免れる具体的必然的関係にあるという主張が含まれていると解されないことはない。とすれば、本件では上告趣意に対して一応次の如く実体判断をすることはできよう。「被告人自身は本件で、すでに第一審で公訴事実を告知され弁護人立会の下に公判廷でこれに対し陳述し、自己のために主張し、証人尋問の機会を与えられて立証し弁護人の弁護も受けた上法律に定める没收の判決を受けたのであるから、被告人自身に対する適法手続は済んでいる。そして、実体法の面からみても、上告論旨に対しては次のようにもいえよう。(1)若し没收された物の所有者が、被告人と共犯その他実体法上没收されてもやむをえない有責者であると仮定しても、没收は、被告人自身の本件犯行を原因として被告人自身に対する附加刑として科されたものである以上、原没收判決が被告人に対する罰である面では正当である。また、(2)若し没收された物の所有者に、没收されてもやむをえない悪意又は或る種の過失の責めらるべきものがなかつたと仮定しても、被告人は自己の犯罪により附加刑としてではあつても、占有権だけを奪われるに反し、所有者は罪もないのに所有権剥奪という犯人にも勝る痛撃を受けない限りでもないから、被告人は彼に賠償する義務があることも当然である。いずれの場合にしても、被告人は自己の犯罪により没收を免れることはできない。被告人自身に関する限り、上告論旨は理由がない」と。これが法律に定めた手続による裁判かも知れない。とはいえ、こういつて上告を棄却して原没收判決を正当として終うと、結果としては、違憲な没收判決により所有者たる第三者は適法手続で有責者として確定されもしないまま所有権を剥奪されることとなる。してみれば、この場合、たとえ犯人である被告人を遁がしても、第三者がかような違憲な手続で所有権を奪われることを食いとめることの方が急務であり、正義衡平の要求にも合するというべきであろう。かように、一つの判決において、犯人として確定された被告人に対する没收が、被告人に対しては是認されねばならないのに、第三者の所有権剥奪の面では否定されなければならないというヂレンマは何処から来るのか。それは、やはり、訴訟法的には、訴訟の当事者だけの間の弁論に基いて第三者の権利を奪う判決をすること、並びに、実体刑法的に、没收が犯人から占有権を奪うに過ぎないのに反し、第三者から所有権を奪つても犯人に対しては懲罰にも教育にもならないのに、なお第三者から所有権を奪うことの背理性に由来するのだといえよう。このことは、所有者の責任如何を問わない無差別没收の場合には特に明らかである(第三者からの所有物没收が許されない場合にこれに代わる追徴を犯人たる被告人に科することを許す立法ならば差支ないのかも知れない)。いずれにせよ、第三者たる所有者に責めらるべき故意ないし或る種の過失がある場合でも、それがあるか否かを確定するのにその所有者を訴訟に参加させ自己防禦させ自己に有利な判決をえられる権利を与える適法手続法がない間は第三者の所有物没收の不利益処分は違憲であるから、多数意見に従えば、適法手続の立法されるまでは、実際は故意過失ある第三者たる所有者も、被告人も、不当に没收を免れる判決を受ける不正義が通ることになろうが、やむをえない。以上の理由から、冒頭掲記のDら関税法違反事件大法廷判決における私の「上告適法の理由」についての意見を改め、違憲か否かの実体問題について多数意に賛成する次第である。

奥野健一の補足意見は次のとおりである。わが刑法その他の法律において「没收」というのは、犯罪に関係のある物件について言渡される附加刑であつて、没收の言渡が確定したときは、その物国庫に帰属する効果を生ずるものと概念されているのである。そしてその所有権剥奪の効果は、所有者が被告人である、被告人以外の第三者であるとを問わないのである。同じく没收でも、被告人の所有に属する物の没收の場合はその所有権の剥奪であり、被告人以外の第三者の所有に属する物の没收の場合は被告人の占有権のみの剥奪であつて所有権の剥奪の効果はないと解すべき法律上何等の根拠もない。けだし、若し然りとすれば、被告人以外の第三者の所有物の没收について、法が何故に、所有者の善意、悪意を問題として、所有者の悪意(知情)の場合に限り没收することができるものとしたかを理解することができないからである(刑法一九条二項、関税法一一八条一項但書、昭和二六年(あ)第一八九七号、同三二年一一月二七日大法廷判決参照)。没收の言渡は、国家刑罰権の一環として犯罪に密接な関係のある物件を公益の必要上国庫に帰属せしめる宣言であつて、国家権力の一作用であり、その効果は単に被告人との関係においてのみ相対的に生ずるというものではなく、何人の関係においても国庫帰属の効果を生ぜしめる性質のものである。しかし、現実に自己の所有権を剥奪される第三者に、予め告知、聴問の機会も与えず、弁解、防禦をなすことも許さないで、その所有物を没收するということは著しく不合理であつて、憲法三一条の容認しないところであるから、かかる没收は違憲・違法と解するのである。かかる場合でも所有者たる第三者は民事訴訟により救済を求め得ると論ずる者もあるが、国が一方において没收の対象たる物件が被告人の所有物であると第三者の所有物であるとを問わず、等しく没收により国庫に帰属せしめるという制度を採りながら、他方で第三者たる所有者に、没收の判決確定後でも、民事訴訟により国家に対し没收に係る物件の返還又は不当利得の返還の請求を許容するというが如きことは国家意思の矛盾であつて、到底是認することを得ない。すなわち、没收の言渡が確定しても第三者たる所有者は民事訴訟によつて裁判所に救済を求めることができるという論は、没收の裁判にも拘らず所有権が剥奪されないこと、言い換えればかかる没收は違憲・違法であり、従つて没收の効力を生じないことを前提として始めて是認される議論である。

なお、自己の所有物件を没收された第三者は、刑訴四九七条により没收物の交付を請求しうるとの説があるが、同条は、犯人以外の第三者の所有に属しないものとして没收の言渡をした判決の確定後、他に権利者があることが判明した場合に関する規定であつて、裁判所が、第三者の所有物であることを認めた上、なおこれを没收すべきものであると判断して没收の言渡をした場合に適用すべきものではないと解する。

藤田八郎の少数意見は次のとおりである。弁護人松永志逸の上告趣意並びに弁護人緒方英三郎の上告趣意について。所論は要するに本件貨物は被告人以外の第三者の所有するものであつて、これを没收した原判決は第三者の権利を侵害するが故に違憲違法であるというに帰着するのであるが、被告人は第三者の所有権を対象として、第三者の権利が侵害されることを理由として上告を申立てることは許されないものと解すべきであるから(昭和二八年(あ)第三〇二六号、同二九年(あ)第三六五五号事件、同三五年一〇月一九日大法廷判決参照)、所論はこれを採用すべきでない。

裁判官下飯坂潤夫の反対意見は次のとおりである。被告人以外の第三者の所有に係る物件の没收が附加刑として言い渡された判決に対し、没收物の所有者でない被告人がその憲法上の効力を争つている本件のような場合は、該没收の裁判が没收物の所有者たる第三者に対し違憲か否かを判断する必要は毫末もないのであり、したがつて、本判決は右に反し不必要な憲法判断をしている点で、昭和二八年(あ)第三〇二六号、同二九年(あ)第三六五五号同三五年一〇月一九日の当裁判所大法廷言渡の判決の趣旨に背反するものであるが、わたくしは右大法廷判決に盛られている意見を強硬に主張した一人として、本判決にも強く反対する者であり、その理由として右大法廷の判決を維持引用するのは勿論、更に本件多数意見の誤謬を指摘しつつ、左記の意見を附け加えることとする。

憲法八一条の下で裁判所に付与されている違憲審査権は司法権の範囲内で行使すべきであり、司法権が発動するためには具体的に争訟事件が提起されていることが必要である。裁判所は具体的に争訟事件が提起されていないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下す如き権限を行い得るものでないことは当裁判所大法廷判決により確立されているところである。(昭和二七年(マ)第二三号同年一〇月八日大法廷判決参照。)ところで、具体的争訟事件の中において、自己に付き適用されない又は自己に合憲に適用される法令等を、他人に適用される場合、違憲になることの理由で攻撃し、違憲審査権の発動を促すことが許されるものであろうか。この場合、(一)違憲審査の対象となる法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙つていない場合、(二)違憲審査の対象となる法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙つている場合の二つに分けて考える必要がある。前者の場合、すなわち違憲審査の対象となる法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙つていない場合に、その違憲性についての争点に判断を加えることは、将来を予想して疑義論争に抽象的判断を下すことに外ならず、司法権行使の範囲を逸脱するものである。このことは、憲法八一条の下で裁判所に付与されている違憲審査権の行使として許されるものではないのである。後者の場合、すなわち違憲審査の対象となる法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙つている場合に、その違憲性についての争点に判断を加えることの是非については後に言及することとする。翻つて、本件についてこれを見るに、没收に係る貨物は被告人が密輸出しようとしていた犯罪貨物であり、それが、被告人以外の第三者の所有に係るものであることは、原審の確定するところである。右の犯罪貨物の没收の裁判確定により、被告人としては没收に係る物の占有権を剥奪され、または、これが使用收益をなし得ない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等利害関係を有することが明らかであることを理由として、多数意見は没收の裁判の違憲を被告人は抗争することができると判示している。多数意見は所有権を剥奪された第三者から賠償請求権を行使される危険に曝されることを以て、被告人が本件没收の裁判を違憲と抗争できる理由の一つとしているが、没收物の所有者たる第三者が賠償請求権を行使するかどうかは未定の問題であり、この危険は未確定、抽象的なものに止る。したがつて、被告人は本件没收の裁判により現実的には何ら具体的不利益を蒙つているわけではないのである。当裁判所大法廷判決(昭和二六年(あ)第一八九七号同三二年一一月二七日言渡刑集一一巻一二号三一三三頁)は、悪意の第三者の所有物の没收は憲法二九条に反するものではないと判示している。本件没收の裁判確定により被告人は没收に係る物の占有権を剥奪され、これが使用收益をなし得ない状態におかれるに至ることは多数意見の指摘のとおりであるが、被告人は没收に係る貨物を密輸出せんとした犯罪者であり、悪意者なのであるから本件没收の裁判確定により被告人がその物の占有権を奪われ、またはこれを使用收益し得ない状態におかれるに至つても、その結果被告人は憲法二九条の財産権を不法に剥奪されたことにはならないし、また被告人に対しては告知、弁解、防禦の機会が与えられているのであるから、右没收の裁判確定により被告人が自らの憲法上の権利を現に侵害されているわけのものではない。したがつて、被告人は本件没收の裁判によりいずれの面からみても現実の具体的不利益を蒙つているものではないから、現実の具体的不利益を蒙つていない被告人の申立に基づき没收の裁判の違憲性の争点に判断を加えた多数意見は、将来を予想して疑義論争に抽象的判断を下したものに外ならず、憲法八一条の下で裁判所に付与されている違憲審査権の行使の範囲を逸脱したものであると論結せざるを得ない。されば、被告人は本件没收の裁判につきこれを違憲と抗争する現実の具体的利害関係を欠如しているものであるから、没收を違憲と主張する上告理由は不適法なものであり、本件はこれを理由として棄却さるべき筋合のものなのである。そこで、わたくしは多数意見が、前示昭和三五年一〇月一九日言渡の大法廷判決を変更していることに関し一言しなければならない。右判決は、訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは本来許されない筋合のものと解するを相当とするが故に、本件没收の如き事項についても他人の所有権を対象として基本的人権の侵害がありとし、憲法上無効である旨論議抗争することは許されないと解すべきであると判示している。右は、つまり具体的争訟事件中において自分には合憲に適用される法令等を他人に適用される場合違憲になるとの理由で他人の憲法上の権利を援用して抗争することは如何なる場合でも許されない旨うたつているわけなのである。けだし、違憲審査の対象となる法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙つていない場合に、その法令等が他人に適用される場合他人の憲法上の権利を侵すとして抗争するのは、他人の憲法上の権利に容喙干渉し、これが救済を求めることに帰着するから許されないと解せられているのである。右に反し、違憲審査の対象となつている法令等により当事者が現実の具体的不利益を蒙つている場合、その法令等を、それが他人の憲法上の権利を侵すことを理由とし、他人の憲法上の権利を援用して攻撃することも絶対に許されないものであろうかどうかという事柄になると、問題はまた別個の観点から考慮されなければならないものと考える。この点に関し前示大法廷判決の表現は明瞭を欠き幅がなかつたように思うので、わたくしは右大法廷判決の内容はもつと広い意味をもつていたものとし、改めて左にその点を敷衍説明したいと思う。すなわち、違憲審査の対象となつている法令等により当事者が現実に具体的不利益を蒙つている場合に、その法令等を他人の憲法上の権利を援用して攻撃することは、法の禁ずるところではなく、かくして提起された憲法上の争点について裁判を加えても、司法権の範囲を逸脱するものでないと考えるのが相当と思料するのである。(ところが、本件では被告人は没收の裁判により具体的に不利益を蒙つているということに付いては何ら主張も立証もしていないのである。)ところで、わたくしはわが国の違憲審査制と同じ基盤に立つアメリカ合衆国連邦最高裁判所がこの点について、どんな考え方をしているかを紹介したいと思う。現実の争訟中で訴訟当事者の法律上の権利について判断を求められている場合を除き法を違憲と宣言する権限はこれを有しないとの原理原則を永年に亘つて墨守しているアメリカ合衆国最高裁判所の態度につき同裁判所は次の如く言うのである。「裁判所が違憲という判断をした場合、これが裁判所と同様憲法上作られた他の機関すなわち立法府行政府に及ぼす効果を考える場合、はつきりする違憲審査という機能の微妙さ、裁判所が違憲と判断してこれが絶対的に他の機関を拘束するものでないという相対的終局性、憲法上定められた立法権、行政権の担い手たる裁判所以外の機関が自らの権限についてなした判断について正当に与えらるべき配慮、国権の担い手たちが憲法の定めるとおりに行動するためには裁判所を含むこの担い手たちが各々その与えられた権能の範囲に止ることが必要であること、司法の消極的性質及びその判断を強制する手段が限られていることから生ずる司法過程に内在する限界、更には合衆国の政治機構の中で裁判所による憲法判断の占める重要な地位等の考慮に基づき不必要な憲法判断を避けるという基本的態度から発しているのである。」云々。右の基本的態度の一つの現れとして唱えられるものは、「法はその人に対する適用が合憲なものは、その法が他人に適用される場合、又は他の事実に適用される場合違憲になるだろうということを理由にその法を攻撃することは許されない」という原則であり、この原則の派生的な現れとして唱えられるものが「訴訟当事者は彼自らの憲法上の権利を主張し得るに止り、他人の憲法上の権利を援用することは許されない」という原則である。この原則は、(一)自己の憲法上の権利を害せられた者が最もよくその憲法上の争点を裁判所に提起でき、自己の憲法上の権利を害されたものの攻撃がある場合に初めて憲法判断をすることにより適正な判決がなされる。(二)援用される憲法上の権利の主体がその権利に対する侵害を甘受し、その憲法上の権利を抛棄するかもしれないのに先き廻りして、その権利が他人により援用された際に、憲法判断をするのは好ましくない。(三)他人に法が適用される場合その他人の憲法上の権利が害されるといういまだ発生しない想像上の事実に基づき憲法判断をするのは好ましくない等の理由に基づくものと解せられる。アメリカ合衆国の最高裁判所は右のような態度で一貫しているようであるが、それは時の流れと経験とにより最も賢明なものであることが立証されたと言われているのである。わたくしは、わが国においても、右の原則が賢明であり合理性の裏付をもつ考え方と思料するが故に、わが国でも裁判所が行う違憲審査については十分に右の点を考量されて然るべきであろうと思うのである。しかしながら、右の原則は憲法により裁判所に命ぜられた原則ではなく、むしろ裁判所が違憲審査権を行使するに当つての心構え、基本的態度を構成する原則と解すべきであるから、当事者により援用されている第三者の憲法上の権利が害され、且つ、その第三者がその権利を自ら有効に確保する手段さえももつていない場合には例外的に右原則は捨てられても巳むを得ない筋合のものであろう。多数意見は、没收の言渡を受けた被告人はたとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没收の裁判の違憲を理由として上告をなし得るのは当然であるという。これを突きつめれば、附加刑だから云々というだけのことであり、全くの形式論である。そんな論拠が憲法論として合理的理由をもつものであろうか。被告人は、本件没收の言渡により現実に具体的不利益を蒙るとはいささかも主張且つ立証していないし、しようともしないのである。仮に百歩を譲り多数意見のように本件没收の裁判の違憲を理由とする上告が適法としても、訴訟外の第三者の憲法上の権利のみを援用して没收の裁判の違憲を争つている本件で憲法判断をすることが必要であるとはわたくしは考えない。わたくしは、告知、弁解、防禦の機会を与えられず、その所有物を没收された第三者は自らの所有者が憲法三一条に反して違法に没收されたと主張する限り、刑訴四九七条一項のいわゆる権利を有する者に該当するし、またその所有物は没收物の返還を求める行政訴訟を国を相手に提起できると解している。したがつて没收物の所有者たる第三者は後に自己の憲法上の権利を主張し没收の違憲を有効に抗争し得るのであるから、その第三者が自らの憲法上の権利への侵害を甘受するかどうか未定の段階である刑事手続中で先き廻りして憲法判断をする必要はない筋合なのである。されば本判決としては、「被告人は上告理由として没收の言渡の違憲を主張するが、被告人は没收の対象物の所有者たる第三者の憲法上の権利を援用しているに止り、被告人自身の憲法上の権利が侵害されたと主張していない。他人の憲法上の権利のみを援用してなす違憲の攻撃が許されるのは、その憲法上の権利主体が後にその権利を自ら主張することが不可能か又は後に主張したのでは実益がないという例外的場合に限られ、通常は他人の憲法上の権利のみを援用してなす違憲の攻撃は許されないと解すべきである。本件の場合は、没收物の所有者が後に自らその違憲を抗争することが可能且つ有効である場合に該当するから、被告人のなしている本件違憲の主張についての判断は必要でない。従つて本件没收について所論違憲のかどありとする論旨は結局理由がなく、採用のかぎりではない」との判断に到達すべきものであつたと、わたくしは固く信ずるものである。

裁判官高木常七の少数意見は、次のとおりである。弁護人緒方英三郎、同松永志逸の各上告趣意に対するわたくしの意見は、昭和二八年(あ)第三〇二六号、同三五年一〇月一九日大法廷判決(刑集一四巻一二号一五七四頁)におけるわたくしの補足意見と同趣旨であるから、これを引用する。

石坂修一の反対意見は、次の通りである。わたくしは、本件につき示された多数意見に反対である。その理由とするところは、裁判官下飯坂潤夫の反対意見と同趣旨であるから、これを引用する。

弁護人緒方英三郎、同松永志逸の各上告趣意についての裁判官山田作之助の少数意見は左のとおりである。一多数説は、「関税法一一八条一項の規定による没收は、同項所定の犯罪に関係ある船舶、貨物等で犯人の所有または占有するものにつき、その所有権を剥奪して国庫に帰属せしめる処分であつて、被告人以外の第三者が所有者である場合においても、被告人に対する附加刑としての没收の言渡により、当該第三者の所有権剥奪の効果を生ずる趣旨であると解するのが相当である」とし、訴訟当事者にもあらざる者に、判決の効力の及ぶべきことを認め、これを前提としてその理論を展開しているのであるが、この点が、わたくしの承服し得ないところである。二被告人以外の第三者の所有物であつても、密輸入に係る宝石の如く、関税法一一八条等に規定されているもの等については、何人がこれを所有しているとしても、これを没收する必要が国家的見地からみて認められるときは、実体法上(刑法、関税法等で)、これら物件を没收し得ると規定することは、もとより、不当でも違憲でもないと考える。従つて、わたくしとしては、本件で問題となつている関税法一一八条自体は勿論有効であつて、多数説が或は考えているかと思われる右法条自体を違憲とする説は採らない。三しかし、実体法上刑罰権(処分権)が認められていても、これを具体的に行使するには、刑事訴訟法の定めるところに従い、具体的に刑罰権の存在を確定せしめなくてはならないことは言うまでもない。憲法三一条が、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」としているのは、この基本理念を明らかにしているのである。四そして、刑事訴訟法では、被告人に対して言い渡される判決の直接の効力が、被告人以外の第三者に及ぶと言うことは認められていない。この理は、単に刑訴において然りとするのみならず、民訴、破産法等を含めて確立されている訴訟法の基礎原理の一つである。従つて、実体法上第三者の所有物を没收し得るとの規定があつても、その規定を実現するには、必らず、刑事訴訟法において、何らかの方法により(例えばその第三者を民訴における参加手続、若しくはかつての附帯私訴手続の如く)その訴訟の当事者とする(判決書に少くともその第三者が当事者として記載され得る)手続を要するのであつて、今その手続規定を欠くに拘らず、訴訟法の根本理論を無視し、被告人に対する附加刑としての没收の言渡の効果が第三者にまで及ぶと解することは、到底これを是認することが出来ない。このことは、第三者の立場から考えれば一層明らかである。即ち一度も裁判所にも呼ばれず、なんにも知らないうちに、いつのまにか自分の所有物が没收されていることとなる、換言すれば、自分が関与せず不知の間になされた他人の判決(その判決文には勿論自分の名はない)によつて、自己が所有する物の所有権が奪われると言うことになる。しかも、同人は訴訟当事者でないから、その判決に対し控訴、上告等不服を申立てることも出来ない。犯人の所有物件を没收する場合でも、裁判手続を要するのに、第三者に対しては、何らその人に対する裁判手続がなされずして没收の刑を科し、しかもこれに対し本人から不服を言えないとするが如きは到底許されないところである。これ全く、多数説が訴訟当事者にあらざるものに、判決の効力が及ぶとする訴訟法上の基礎理論に反することを、その主張の基礎としていることから生ずる矛盾というべきである。五惟うに、多数説の一つの根拠は、従来、検察庁が、所謂第三者無差別没收の判決が確定すると、被告人以外の第三者(勿論判決書にその名は記載されていない)にも、当然その判決の効力が及ぶものとして、同人に対しても所謂没收の執を実行してきた慣行があることによるものと考えられる。しかし、これは行政機関のする行政行為、行政処分については、これを争い又はこれを無効とする行政訴訟の如き手段が与えられていなかつた旧憲法時代における一つの慣行であつて、新憲法のもとでは、かかる訴訟法の基礎理論を無視し、被告人に対する判決の効力が直接第三者にも及び、その判決より第三者の有する権利を剥奪するが如きことが行われると言うが如きことはあり得ないと考えられるのである。六現に、本件における検察官の答弁書をみるに、「おもうに、およそ刑事手続に関する行為の当否を抗告訴訟によつて争い得るか否かと言う根本問題があるので、これはしばらくおき、民訴の許否についてはこれを積極的に解すべきものと考える。真実の所有者に対しては不当利得の法理によりその利得を返還する義務を負うものと解すべく、真実の所有者は民事訴訟により裁判所に救済を求めることができる筋合いである」と答弁しているのである。この答弁の趣旨よりすれば、検祭官は、後日国家が賠償の責に任じなければならぬような、すなわち他人に対する判決が第三者に対し効力を有するとし、右判決の執行として第三者からその所有物件の所有権を奪うが如き違法(違法であればこそ民訴で救済されるのである)と目さるべき取扱はなさざるものと考えうる。七以上の理由により、被告人に対して言い渡されたる原判決の効果が、被告人以外の第三者に及び、第三者の所有権を侵害するものであるとして、没收の違憲を主張する本件上告は、その前提においてあやまつているのであるから、これを採用することは出来ない。八なお、附言するに、現行法上、没收は、刑法九条の明文をもつて、刑罰とされ、しかも、主刑を科する場合、同時に科せらるべき附加刑であるとされている以上(これを保安処分と解するは法典上の根拠を全く欠く)、刑罰が被告人その人を対象とするものであるかぎり、被告人以外の第三者に対して没收刑を科するとするが如きは、刑罰の観念からしても相容れないものである。又わたくしは、現行法上は没收は、被告人の没收の目的物に対して有する財産上の法益の剥奪と解するから、被告人に対する没收の言渡の効果は、被告人がそのものにつき所有権を有する場合は、その所有権を、単に、占有権、使用権のみを有する場合は、その占有権、使用権を剥奪するものと解する。従つて、被告人に対する没收の言渡は、被告人がそのものにつき所有権を有せざる場合に於ても、なお意味があるのである(所有権よりも、占有権、使用権がより財産的価格がある場合もあり得るし、被告人に、没收の目的物を保有若しくは使用せしめざることに科刑の意味もあり得るのである)。殊に、わが法制上、物は如何なる意味に於ても、権利の客体としてのみ認められ、権利の主体となることなきものと解されるが故に、所有権者、占有権者等を対象とせずに、ものそのものを独立したものとして、これを判決により国庫に帰属せしめると言うが如きことは許されざるものといわなくてはならない。九以上の諸理由により、本件上告はこれを棄却するのが相当である。裁判官斎藤悠輔は退官につき本件評議に関与しない。

検察官村上朝一、同羽中田金一公判出席

昭和三七年一一月二八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、河村又介、入江俊郎、池田克、垂水克己、河村大助、下飯坂潤夫、奧野健一、高木常七、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、

藤田八郎は退官につき署名押印することができない。

3最大判昭和37年12月12日刑集16巻12号1672頁

主文原判決中被告人らに関する部分を破棄する。被告人Aを懲役六月および罰金二万円に、同Bを懲役四月および罰金二万円に、同Cを懲役六月および罰金二万円に各処する。右被告人らが右罰金を完納することができないときは、金二百円を一日に換算した期間その被告人を労役場に留置する。但し本裁判確定の日から三年間右各懲役刑の執行を猶予する。訴訟費用中、第一審において証人D、同E、同F(二回分とも)に支給した分は、被告人A、同B、同Cをして原審相被告人G、同H、同I、同Jと連帯して負担させ、証人Kに支給した分の六分の一は、被告人Bの負担とし、第一審において国選弁護人徳田実に支給した分、原審において同田渕洋海に支給した分および当審において同安東義良に支給した分の各二分の一は、被告人Aの負担とする。被告人A、同Bが税関の免許を受けないで黒砂糖を密輸入したとの事実(原判示第二の事実)については、右被告人両名を免訴する。被告人L、同M、同Nを免訴する。理由被告人Aの上告趣意は、事実誤認の主張であり、同被告人の弁護人安東義良の上告趣意第一点ないし第三点(但し、原判示第二に関する部分を除く。)は、単なる法令違反の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。被告人Bの弁護人岡照太の上告趣意(但し、原判示第二の事実に関する部分を除く。)は、単なる法令違反の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。被告人Cの弁護人山村利宰平の上告趣意第一点は、単なる訴訟法違反、事実誤認よび事実誤認を前提とする法令違反の主張であり、同第二、第三点は、単なる法令違反の主張(なお原判決は、同被告人に対しO丸の没收の言渡をしていない。)であつて、いずれも同四〇五条の上告理由に当らない。しかし職権により原判示第二(被告人A、同B関係)、第三(被告人L、同M関係)、第五(被告人N関係)、第六(被告人N関係)の事実について案ずるに、同判示徳之島は、北緯二九度以南同二七度以北の南西諸島に属し、本件犯行当時においては、旧関税法(昭和二九年法律六一号による改正前の関税法をいう。以下同じ。)の適用につき外国とみなされていたのであるが、昭和二八年一二月二四日政令四〇七号「奄美群島の復帰に伴う国税関係法令の適用の暫定措置等に関する政令」附則八項により、同月二五日以降は外国とみなされなくなつたので、同日以降は税関の免許を受けないで徳之島から貨物を輸入しまたは同島から輸入した貨物を故買または牙保する行為は、何ら犯罪を構成せず、右行為の可罰性は失われたのであつて、前記各事実については、犯罪後の法令により刑が廃止されたときに当るものと解すべきことは、当裁判所の判例(昭和二五年(あ)第二七七八号、同三二年一〇月九日大法廷判決、刑集一一巻一〇号二四九七頁)に照らして明らかである。よつて、被告人Aの弁護人安東義良、被告人Bの弁護人岡照太の各上告趣意中原判示第二の事実に関する部分、被告人L、同Nの弁護人岡照太の各上告趣意並びに被告人Mの弁護人軸原憲一の上告趣意については、これに対する判断を示すまでもなく、原判決は右の点においてこれを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。次に原判決は、本件押收にかかるP丸を、原判示第一の密輸出の犯罪行為の用に供した船舶であるとして、旧関税法八三条一項二項により被告人A、同B、同Cから没收し、また同第一の密輸出にかかる貨物は没收できないとして、同条三項によりその原価、金一〇八、〇四五円を右被告人三名から追徴しているのであるが、同条一項により被告人以外の第三者の所有物を没收することは、同法その他の法令において所有者たる第三者に対しその所有物件の没收につき、告知、弁解、防禦の機会を与えるべき旨の規定を設けていないから、憲法三一条および二九条に違反し許されないものと解すべきことは、当裁判所の判例(昭和三〇年(あ)第九九五号、同三七年一一月二八日大法廷判決)とするところであり、従つてまた旧関税法八三条三項の追徴の規定も、右の如き理由により没收そのものが憲法上許されない場合には、その適用の余地がないものと解するを相当とする。しかるに記録によれば、押收に係るP丸および原判示第一の密輸出貨物は、いずれも右被告人三名以外の第三者の所有に属することが明らかであるから、右P丸の没收の言渡は、憲法の右各条に違反するものであり、また右密輸出貨物も同様の理由により本来その没收自体が憲法上許されないものであるから、旧関税法八三条三項によりその没收に代わる追徴もまた許されないものというべく、それ故原判決中被告人A、同B、同Cに関する部分は、この点においてもこれを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。よつて刑訴四一〇条一項本文、四〇五条一号、四一一条一号および五号により、原判決中被告人らに関する部分を破棄し、同四一三条但書により被告事件につき更に判決する本件公訴事実中、被告人A、同Bらが前記徳之島から黒砂糖を各密輸入したとの各事実(原判示第二の事実)、被告人L、同Mが右密輸入を幇助したとの事実(同第三の事実)、被告人Nが右密輸入にかかる黒砂糖を故買または牙保したとの事実(同第五、第六の事実)については、犯罪後の法令により刑の廃止があつたものであるから、刑訴四一四条、四〇四条、三三七条二号を適用して右各被告人を免訴し、原審の確定した被告人A、同B、同Cが他の者と共謀して雑貨類を密輸出した所為(同第一の事実)については、関税法附則一三項により旧関税法七六条を適用すべきところ、同条は、犯罪後の法令により刑の変更があつたので、刑法六条、一〇条により軽い行為時法たる昭和二五年法律第一一七号による改正前の七六条一項、刑法六〇条を適用し、右改正前の旧関税法七六条二項により懲役刑と罰金刑を併科すべく、その所定刑期および罰金額の範囲内において右被告人三名をそれぞれ主文第二項掲記の刑に処し、右被告人らが各自の罰金を完納することができないときは、刑法一八条により金二百円を一日に換算した期間その被告人を労役場に留置すべく、なお同法二五条を適用して本裁判確定の日から三年間各懲役刑の執行を猶予することとし、訴訟費用につき、刑訴一八一条一項本文、一八二条を適用して、主文のとおり判決する。この判決は、裁判官奥野健一の追徴の点に関する補足意見、同藤田八郎の追徴および没收の点に関する意見、同入江俊郎の免訴および没收の点に関する意見、同山田作之助の没收および追徴の点に関する意見、同池田克の免訴の点に関する少数意見、同下飯坂潤夫の没收および追徴の点に関する反対意見、同高木常七の没收および追徴の点に関する少数意見、同石坂修一の免訴、没收および追徴の点に関する反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

奥野健一の補足意見は次のとおりである。被告人以外の第三者の所有物を没收する場合に、その第三者に対し告知、弁解、防禦の機会を与えるべき旨の規定を設けていないから、没收は違憲であり、従つてその没收に代わる追徴も許されないとする多数意見に賛成である。なお、多数意見の触れていない点ではあるが、私は次のことを附加したい。私は、所有者である第三者に対し告知、弁解、防禦の機会を与える法制が整備されていると否とに拘らず、没收の対象である物件の所有者でない被告人に対し、没收に代わる追徴を科することは許されないものと考える。すなわち、所有者でない被告人に対する没收は、その被告人については、せいぜい、その物件に対する占有権の剥奪に過ぎず、物件は第三者の所有であるから被告人に対しては殆ど財産的苦痛を与えるものでないのに、没收不能の故を以つてその物件の原価に相当する追徴を科することになれば、没收不能という偶然の事情のために、突如として、その物件の価額相当の財産的負担を命ずる結果となり、没收可能なときに比し、著しい不利益を与えることになる。元来追徴は、没收ができない場合に、これに代わる換刑処分であるから、没收の対象である物件の所有者でない者に、その原価の追徴を命ずるということは、追徴という制度の本質の限界を超える不合理な結果を生ぜしめることになる。かかる不合理は到底法の許容するところであるとは解し得ないから、旧関税法八三条三項の「犯人ヨリ追徴ス」との犯人の意義は、没收の対象である物件の所有者でない犯人はこれに包含されないものと解すべきものと考える。また、関税法上の追徴は、密輸等関税法の犯罪の取締を厳に励行し、その犯罪の禁圧を期するため主刑に更に附加された懲罰的性質を有するものであるから、没收の対象である物件の所有者でない犯人に対しても、追徴を科する趣旨であると論ずる者もあるが、それなれば、何故に没收可能の場合に所有者でない被告人に対し、何らかかる懲罰的制裁を科さないでおいて、没收不能になつたときに限り、物件の原価を追徴するという懲罰的制裁を科するのか理解し難いところであるから、かかる説は採るを得ない。然らば本件において犯罪に係る貨物の所有者でない犯人に対し追徴を命じた原判決は前記法条の解釈を誤つたものであつて、この点からも破棄を免れない。

藤田八郎の意見は次のとおりである。自分は、被告人Cに対する原判決破棄の理由は多数意見と異り次の理由によるべきものと思料する。すなわち、原判決は、原判示第一の事実の密輸出にかかる釘その他の貨物は没收することができないから、関税法八三条三項によつて被告人Cからその原価金十万八千四十五円を追徴するとしたのであるが、貨物の没收自体が違憲であると否とにかかわらず貨物の所有者でない同被告人からその原価を追徴することは違法である。(この点に関する奥野裁判官の補足意見参照)また、多数意見が、原判決が本件押收にかかるP丸を被告人Aらから没收した点を違法とした見解には賛成しない。旧関税法八三条一項、二項により第三者所有の物件を没收するのは、第三者の所有権を没收して国庫に帰属せしめる意味を有するものでなく、将来再び犯罪の用に供せられること等を防止するため保安処分的に物件の占有を奪うものに過ぎないと解すべきであるから、この場合にも第三者の所有権剥奪の効力あることを前提とする多数意見には同調することができないからである。

入江俊郎の意見は次のとおりである。一、わたくしは、本件における原判示第二、第三、第五、第六の事実については、犯罪後の法令により刑が廃止されたときに当ると解すべきでないと考えるのであつて、右所見およびその理由は、昭和二五年(あ)第二七七八号、同三二年一〇月九日大法廷判決(刑集一一巻一〇号二四九七頁)におけるわたくしの反対意見を援用する。二、次に、(一)旧関税法八三条一項の規定による没收の法意、(二)被告人以外の第三者が所有者である場合その所有物につき被告人に対してなされた没收の言渡の効果、(三)第三者没收の言渡を受けた被告人がその没收の裁判の違憲を理由として上告をなしうべきことおよび(四)右第三者を、被告人に対する場合に準じて、訴訟手続に参加せしめ、これに告知、弁解、防禦の機会を与えることが憲法三一条、二九条の要請であつて、単に右第三者を証人として尋問し、その機会にこれに告知、弁解、防禦をなさしめる程度では、未だ憲法三一条にいう適正な法律手続によるものとはいい得ないと解するを相当とすべく、この見解については、さきに昭和二八年(あ)第三〇二六号、同三五年一〇月一九日大法廷判決(刑集一四巻一二号一五七四頁)におけるわたくしの反対意見でこの点につき示したわたくしのこれと異つた意見を、今回改めるに至つたものであることの四点については、わたくしは、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二八日言渡大法廷判決に附したわたくしの補足意見の趣旨を援用する。三、なお、この場合、旧関税法の前記法条所定の船舶、貨物等が犯人以外の第三者の所有に属し、犯人は単にこれを占有しているに過ぎない場合には、右所有者たる第三者において、貨物について同条所定の犯罪行為が行なわれること、または船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることを予め知つており、その犯罪が行なわれた時から引続き右貨物または船舶を所有していた場合に限り、右貨物または船舶につき没收のなされるものであると解すべきものであることについては、昭和二六年(あ)第一八九七号、同三二年一一月二七日大法廷判決(刑集一一巻一二号三一三二頁)における多数意見を援用する。そして、右第三者が右のように悪意であつて実体法上没收をするものとされている場合において、その所有物件の没收の言渡をするには、その者を被告人に対する場合に準じて訴訟手続に参加せしめ、これに告知、弁解、防禦の機会を与えることが、憲法二九条、三一条の要請となるのである。

没收および追徴の点に関する裁判官山田作之助の意見は、次のとおりである。第三者所有物の没收についてのわたくしの意見は、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二八日言渡大法廷判決におけるわたくしの少数意見と同趣旨であるからこれを引用する。次に、旧関税法八三条所定の没收ならびに追徴の規定について、わたくしは、犯人たる被告人が同条所定のいわゆる犯罪貨物につきかつて一度も所有権を有せず(すなわち第三者所有物件)、たんにその占有者であることにより同人に対し言渡されたる没收の効果は、その貨物についての被告人の占有権を剥奪するにすぎないと解するのであるから(前記大法廷判決におけるわたくしの少数意見参照。)、いまその貨物の占有者たりしに過ぎざる被告人に対して、同人がその占有を失つているため同人に没收の言渡をすることが出来ないとして、右没收に代えて同人よりその貨物の価格に相当する金員(換言すればそのものの所有権の価格)につき追徴を命ずるのは、(占有権の価格の追徴を命ずるのならば格別、)全く筋が通らないわけで違法といわなくてはならない。然らば原判決が単に本件犯罪貨物の占有者にすぎざる被告人A、同B、同Cにその価格全額の追徴を命じているのは不法であり、破棄を免がれない。

池田克の少数意見は、次のとおりである。原判示第二、第三、第五、第六の事実にについては、犯罪後の法令により刑が廃止されたときに当ると解すべきでないと考える。その理由は、昭和二五年(あ)第二七七八号、同三二年一〇月九日大法廷判決(刑集一一巻一〇号二四九七頁)における反対意見と同趣旨であるから、これを引用する。

没收および追徴の点に関する裁判官下飯坂潤夫の反対意見は、次のとおりである。本件各上告趣旨は種々論述するが、ひつきょうするに、事実誤認、単なる法令違反の主張を出でないものであつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。したがつて、本件上告趣旨は右に関する限り排斥を免れない筋合であるが、本判決はその判文の示すとおり、没收および追徴の点につき職権調査の上判示判決を楯とする見解に基づき、あえて違憲判断に出で原判決を破棄の上判示の如き判断をしているのである。しかし、その判断の筋違いのものであることは、昭和三〇年(あ)第二九六一号、同三七年一一月二八日言渡大法廷判決において示したわたくしの反対意見によつて明らかであろうと信ずるから、ここではこれを引用し論議を差控えるが、要するに、所見によれば、本判決は無用無益な判断をしているものと考えるのである。なお、右意見は本事案に見るような第三者の所有物件が没收不能になつたことを理由とする追徴の場合に関しては言及していないが、その場合についても、右意見において述べたと同じ筋道により、憲法違反云々を論議して、上告理由とすることは許されないものと解すべきであることは、詳述するまでもないことと考えるので、ここではこれを省略する。

高木常七の少数意見は、次のとおりである。旧関税法八三条一項は、関税取締の必要性に鑑み設けられた規定であつて、同条所定の犯罪に密接な関連をもつ物件につき、それがひとり犯人に属する場合だけでなく、犯人以外の第三者に属する場合でも一応これを没收しうることを定めたものであるから、規定自体として憲法に違反するものではない。(しかし右規定に基づく第三者所有物の没收は、その所有者がその犯罪に無関係である旨の証明がない限り、一応これを取り上げてしまうという一種の行政処分であるから、所有者たる第三者は、その没收に対し、自己の善意を主張してその物の返還を要求することができ、また当該訴訟に関与させず、自己の権利を護るための機会を与えられなかつたことを理由として没收の執行を拒みまたは還付の請求ができ、その他の救済をも受ける権利あるものというべきである。)その理由の詳細については、昭和二八年(あ)第三〇二六号、同三五年一〇月一九日大法廷判決(刑集一四巻一二号一五七四頁)におけるわたくしの補足意見を引用する。従つてまた第三者所有物の没收が違憲であるとの前提に立つて、これに代る追徴を違法とする多数意見にも賛同しえない。

石坂修一の反対意見は、次の通りである。原判示徳之島が関税法の適用に関し外国とみなされて居つた時において、同地域から税関の免許を受けないで貨物を密輸入した罪について、その後右地域が外国とみなされなくなつても、犯罪後の法令により刑の廃止があつたものとはいえないことは、昭和二五年(あ)第二七七八号、同三二年一〇月九日言渡大法廷判決(刑集一一巻一〇号二四九七頁)に示された裁判官田中耕太郎、同島保、同斎藤悠輔、同入江俊郎、同池田克及び同高橋潔の反対意見の通りであるから、これを引用する。されば本件において、多数意見が、原判示第二、第三、第五及び第六の事実について犯罪後の法令による刑の廃止の場合に当るとするのは、失当である。また、多数意見が原審が押收に係るP丸をその所有者でない被告人等から没收し或は犯罪に係る物であつて被告人等の所有でなくしかも没收し得ない貨物についてその価額を追徴する旨言渡したことを違法、違憲とするけれども、没收についての多数意見の失当であることは、昭和二六年(あ)第一八九七号、同三二年一一月二七日言渡大法廷判決(別集一一巻一二号三一三二頁)に示された裁判官斎藤悠輔の反対意見により諒解すべきである。更に追徴については、不法なる占有を没收し得ない場合に、その価額を追徴し得ることは、当然である。殊に、没收の効果が第三者に及ぶことを以つて被告人が不服の理由とすることは、訴訟法上許されないものと思料する。

要するに多数意見に賛同し得ない。、斎藤悠輔は退官につき本件評議に関与しない。

検察官村上朝一、同羽中田金一公判出席

昭和三七年一二月一二日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、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、高木常七、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、

藤田八郎は退官につき署名押印することができない。

4最大判昭和38年12月4日刑集17巻12号2415頁

主文原判決および第一審判決を破棄する。本件を東京地方裁判所に差し戻す。理由一、弁護人伊藤修佐の上告趣意について。論旨第一引用の原判決の判示中、第一審判決判示第一の犯罪にかかるスイス製ム—ヴメント女物腕時計三〇個(同判決別紙犯罪一覧表その一中番号2の物件)中一五個分の追徴に関する判断は、引用にかかる東京高等裁判所判例(昭和三四年(う)第二五七号、同年六月四日第六刑事部判決、高等裁判所判例集一二巻六号六二三頁)の趣旨と相反すること明らかである。よつて按ずるに、関税法一一〇条一項の犯則貨物が知情者間に転々譲渡された場合、最終知情取得者が税関長の通告処分に対する履行として該貨物を税関に納付し、その所有権が国庫に帰属するに至つた後は、実質上没収がなされたと同じであるから、同法一一八条二項はもはや適用がないものと解すべきであつて、右高等裁判所の判例は結局正当として是認さるべきである。従つて、原判決が右と異なる見解の下に第一審判決の前記腕時計の没収に代わる追徴の言渡を是認したのは失当といわねばならない。所論は理由があり、その余の論旨について判断するまでもなく、原判決および第一審判決は破棄を免れない。二、なお、職権により調査するに、(一)被告人に対する附加刑として第三者の所有物を没収する判決を言い渡すには、所有物を没収される第三者についても法律に定める手続に従い予め告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは適正な法律手続によらないで財産権を侵害する制裁を科するに外ならず、憲法三一条、二九条に違反するものであることは、昭和三七年一一月二八日宣告にかかる当裁判所大法廷判決(昭和三〇年(あ)第二九六一号刑集一六巻一一号一五九三頁)の趣旨とするところである。しかるに、原判決の是認する第一審判決が没収を言い渡した押収の外国製腕時計オレオール七六個および同ラド四五個(第一審判決判示第三の犯罪貨物にして主文第三項掲記の物件中昭和三二年証第一五五八号の七ないし九および同号証の一三、一四)が被告人以外の第三者の所有に属することは、記録上に証拠資料の存するところである。それゆえ、判示の犯罪に係るこれらの外国製腕時計の所有者に対し予め告知、弁解、防禦の機会を与えることなくこれらの物件の没収を言い渡した第一審判決およびこれを是認した原判決は、いずれも憲法三一条、二九条に違反するもので破棄を免れない。(二)また関税法一一八条にいわゆる犯罪貨物が数人の犯人の間に順次譲渡された場合、そのうちの一人から既に犯罪が行われた時の価格相当金額が追徴され国庫に帰属した後は、他の関係犯人に対し重ねて同条二項による追徴の言渡をすることの許されないものと解すべきことも、当裁判所の判例(昭和三六年(あ)第二九九三号、同三七年六月一九日第三小法廷判決、当裁判所刑事裁判集一四三号七七一頁)の判示するとおりである。記録によると、原判決の是認する第一審判決が追徴を言い渡した判示第二の犯罪貨物たるスイス製男子用腕時計アルボナ二八個は、被告人からA百貨店が密輸入品たるの情を知つて買い受け、同百貨店はこれを情を知らない同店々員に記念品として贈与し、これがため右百貨店は税関長の通告処分により追徴金相当額の納付を命ぜられ、これを履行したことは、原審が第一審判決判示第二事実に関して認めたとおりである。してみれば、右物件に関し関税法一一八条二項に則り被告人に対し重ねて追徴を言い渡した第一審判決およびこれを是認した原判決は、右追徴に関する規定の解釈適用を誤つた違法があるものというべきで、原判決および第一審判決は破棄を免れない。よつて、刑訴四一〇条一項本文、四〇五条一号、三号、四一一条一号に従い、なお昭和三八年法律第一三八号刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法の施行されたことに鑑み、刑訴四一三条本文を適用し主文のとおり判決する。この判決は、裁判官横田喜三郎、同入江俊郎、同斎藤朔郎の補足意見、裁判官奥野健一、同山田作之助の少数意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

斎藤朔郎の補足意見は、次のとおりである。旧関税法(昭和二三年法律第一〇七号により改正された明治三二年法律第六一号)違反の犯罪にかかる貨物またはその犯罪行為の用に供した船舶が犯人以外の第三者の所有に属する場合において、その所有者たる第三者が貨物について右関税法所定の犯罪行為が行われること、または船舶が同法所定の犯罪行為の用に供されることを予め知つており、その犯罪が行われた時から引きつづき右貨物または船舶を所有していた場合に限り、右貨物または船舶につき没収を科しうるものと制限的に解すべき旨の見解は、昭和二六年(あ)第一八九七号同三二年一一月二七日大法廷判決(刑集一一巻一二号三一三二頁)において示されたところであり、現行関税法一一八条一項一号が右見解と同趣旨を明文をもつて規定していることは、周知のことである。しかして、右第三者が右のように悪意であつて、実体法上没収できるものであるかどうかは、被告人に対する刑事訴訟手続で証明すべき事項であり、その悪意が証明されない限りは没収を科することができないのであるから、被告人と第三者の権利はこれだけでも、いわゆる無差別没収の場合に比べて、相当に保護されているといえる。しかし、昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日大法廷判決(刑集一六巻一一号一五九三頁)は、さらに一歩を進めて、被告人でない第三者にも告知、弁解、防禦の機会を与えていないことは適正な法律手続といえない旨を指摘した。その趣旨は、第三者に告知、弁解、防禦の機会を与え、もつてその所有権の保護の完全を期する点にあることはいうまでもないが、それは延いて右の悪意の有無の証明を的確にすることにも役立つものと解される。さて、昭和三八年法律第一三八号刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法は、右判例の趣旨を承けて制定されたものであつて、被告人以外の者(第三者)の所有物が刑事訴訟手続において誤つて没収されることを防止するため、没収されるおそれがある物の所有者に対し、被告事件の手続に参加して裁判言渡前において自己の権利を主張する機会を与えるとともに(事前参加の手続)、誤つて第三者の所有物が没収された場合には、裁判確定後においても十分な権利救済を保障しようとする(事後救済の手続)ものであるから、一面においては第三者の権利を保護し、他面それによつて被告人にも誤つた没収の科せられないことを所期するものと解される。したがつて、同法施行前の犯行について、現に第一審に係属しまたは将来第一審に係属する被告事件に同法を適用しても、刑罰法規不遡及または事後立法禁止を定めた憲法三九条の法意に反するものといえないと考える。けだし、憲法三九条が刑罰法規不遡及または事後立法禁止を定めたものであることは疑いをいれないが、同条は何人も実行の時に適法であつた行為について刑事上の責任を問われないと定めているものであつて、実行の時に違法であつた行為について刑事上の責任を問うことを禁止するものではない。本件関税法違反行為は、実行の時において関税法に違反するものであるから、それについて刑事上の責任を問うことは、憲法三九条に違反するとはいえないのであり、この違反行為に適用されるべき実体法の規定を合憲的に実現する手続法が整備された以上、その手続法を適用することは、むしろ刑訴一条が要請しているとおり、刑罰法令を適正に適用実現することになるものといわざるをえない。裁判官横田喜三郎、同入江俊郎は裁判官斎藤朔郎の右補足意見に同調する。

奥野健一の少数意見は次のとおりである。没収も刑の一種であるから刑罰法規不遡及又は事後立法禁止の原則の適用のあることは勿論であつて、犯罪行為当時、附加刑たる没収を科する旨の刑罰規定が存在していても、その当時は没収を科する手続法規が欠けていたため、没収の言渡をすることができなかつた事件について、その後没収を科する手続法規を新設して、没収の言渡をすることは刑罰法規不遡及又は事後立法禁止を定めた憲法三九条の精神に反するものと解する。すなわち、本件犯罪行為当時は、第三者所有物件に関する没収規定は、その手続規定を欠くため適用不能であつたものであることは昭和三七年一一月二八日当裁判所大法廷判決に徴し明らかであり、その後手続法規制定によつて始めて適用可能となつたものであるから、本件犯行時においては第三者所有に属する本件押収の外国製腕時計オレオール七六個および同ラド四五個の貨物は没収の対象とはなつていなかつたものである。然るに、その後の手続法規制定によつて犯行当時没収の対象となつていなかつた物件につき遡及して没収の言渡をなすことは、実行の時に処罰されなかつた行為を、事後立法によつて処罰するのと同様であると言うべきである。従つて本件において、第三者の所有に属する物件につき、昭和三八年法律第一三八号刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法によつて没収の言渡をすることは許されないものと解すべきであるから、本件は破棄自判すべきものであつて、差し戻すべきものではないと考える。

山田作之助の少数意見は左のとおりである。わたくしは、訴訟法上、被告人に対する没収言渡の効果は、当該被告人に対してのみ効力を生ずるにとどまり、訴訟当事者とされていない第三者の所有権その他の権利には、何らの効果を及ぼすものではないとの見解をとつているのであるから、本件第三者所有物件についての没収の言渡が第三者の所有権を侵害するものであるとの前提の下にこの点につき原判決を破棄せんとする多数意見には賛同し難い(昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日言渡大法廷判決におけるわたくしの少数意見参照)。なお、多数意見は最近(本件第二審判決言渡後)新らたに制定された「昭和三八年法律第一三八号刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」(以下措置法という)が、本件にも適用される余地あるかのように解しているようであるが、右措置法に基づき、本件没収の目的物の所有者を本件訴訟に参加せしめ訴訟当事者とした場合には、同人は、すでに訴訟当事者であつて、第三者たる地位を失つているのであるから判決言渡の直接の効果は当然同人にも及ぶこととなり、従つて同人がその物について有する所有権は当然同人から奪われることとなると解すべきである。(被告人からは、同人は、もともと所有権を有していないのであるから単に同人の有する占有権が奪われるにすぎないものと解する。)そうだとすると、この第三者の立場からみれば、本件新立法がなされなかつたならば、訴訟当事者とされることもなく、従つて自己の所有権を奪われることもなかつたのに、新立法があつたため、これが適用され、自己の有する所有権を奪われるという結果を生ずることになるのである、かかることは、刑罰法規不遡及および事後立法禁止を定めた憲法三九条の精神に著しく違反するものであるから、本件に新措置法を適用することは、許されざるものといわなくてはならない。さらば、この点に関する奥野裁判官の意見を茲に援用する。

検察官浜本一夫公判出席昭和三八年一二月四日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、河村又介、入江俊郎、奥野健一、石坂修一、山田作之助、横田正俊、斎藤朔郎、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外

垂水克己は退官につき署名押印することができない。

5最大判昭和39年7月1日刑集18巻6号323頁[被告人が代表者である法人の第三者性]

主文本件各上告を棄却する。

理由弁護人飯畑正男の上告趣意第一点一ないし三について。所論は、まず関税法一一八条二項によつて追徴を科せられる犯人は、犯罪貨物の所有者または同貨物の転売による利益の取得者であつた者に限られるとの解釈を前提とし、被告人らから所論の追徴をしたことは憲法二九条、三一条に違反すると主張する。しかし関税法の右条項にいわゆる犯人とは、犯罪貨物の所有者または同貨物の転売による利益の取得者に限られるものではなく、当該犯罪に関与したすべての犯人を含むものと解するのが相当である(昭和三七年(あ)第一二四三号同三九年七月一日大法廷判決参照)。所論は、これと異る見解に立つて原判決の違憲をいうものであるから、違憲の主張は、前提を欠くこととなり、採ることができない。所論はまた、関税法の前記条項が犯罪貨物の所有者または同貨物の転売による利益の取得者でない被告人にも追徴を科し得る趣旨を定めたものならば、右条項は憲法三一条または二九条に違反すると主張する。しかし、没収に代わる追徴に関する事項をいかに定めるかは、追徴なる制度の本旨に適合する限り、立法によつて定め得る事項であり、当該関税法違反の犯罪に関与した犯人のすべてに追徴を科することは、犯罪に対する制裁と、その抑圧の手段としての刑罰的性格を有する追徴の本旨に適合するものと認むべきであるから、犯罪貨物の所有者または同貨物の転売による利益の取得者でない犯人にも追徴を科し得ることを規定している関税法の所論条項は、憲法三一条または二九条に違反するものとはいえない(前記大法廷判決参照)。それ故、論旨は採ることができない。なお所論は、本件没収にかかる冷房機一台はA電機株式会社の所有物であるところ、同会社は、本件につき公訴の提起を受けていないため、意見または弁解を述べ、その他防禦の機会を与えられることなしに、右物件を没収され、その結果所有権を失うこととなるのであつて、右没収は憲法二九条、三一条に違反するものであり、また関税法一一八条一項がかかる没収を是認するとすれば、同条項は憲法二九条、三一条に違反すると主張する。しかし、本件において、A電機株式会社が公訴の提起を受けていないことは所論のとおりであるが、その代表者(代表取締役)たる被告人Bは公訴の提起を受けて公判手続に付され、本件犯罪事実につき、弁解、防禦の機会が与えられていたことは記録上明らかであるから、前記会社は、結局本件没収につき実質上弁解、防禦の機会が与えられていたものと認められる。それ故、前記会社に本件没収につき弁解、防禦の機会が与えられなかつたことを前提とする違憲の主張は、前提を欠くものであつて、採るを得ない。

同第一点四について。所論は違憲をいうが、実質は単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。同第二点について。所論中判例違反をいう点は、原判決およびその是認する第一審判決の事実認定は挙示の証拠により是認し得ないわけではなく、その間所論の採証法則違反は存在せず、所論引用の判例に反する点は認められないから、判例違反の主張は採るを得ない。その余の論旨は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。同第三点について。所論は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。同第四点について。所論は、量刑不当の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。記録を調べても、所論の点につき同四一一条を適用すべきものとは認められない。よつて、同四〇八条により、主文のとおり判決する。この判決は、裁判官横田喜三郎、同入江俊郎、同石坂修一、同斎藤朔郎の補足意見、裁判官奥野健一、同山田作之助、同城戸芳彦、同相原語六、同田中二郎の少数意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

横田喜三郎の補足意見は、つぎのとおりである。追徴に関するわたくしの補足意見は、昭和三七年(あ)第一二四三号同三九年七月一日大法廷判決のわたくしの補足意見と同一であるから、それを引用する。裁判官入江俊郎、同石坂修一、同斎藤朔郎の補足意見は、次のとおりである。追徴の点に関するわれわれの補足意見は、昭和三四年(あ)第一二六号同三八年五月二二日大法廷決定(刑集一七巻四号四五七頁)のわれわれの補足意見と同一であるから、それを引用する。

奥野健一の少数意見は次のとおりてある。記録によれば、本件犯罪貨物は全然被告人らの所有でなかつたことが明らかである。従つて、被告人らに対して追徴を科した第一審判決およびこれを是認した原判決は違法であつて、破棄を免れない。なお犯罪貨物の所有者でない者から追徴すべきでないことの理由の詳細は、昭和二九年(あ)第五六六号同三七年一二月一二日大法廷判決(刑集一六巻一二号一六七二頁)、昭和三四年(あ)第一二六号同三八年五月二二日大法廷決定(刑集一七巻四号四五七頁)、昭和三七年(あ)第一二四三号および同三四年(あ)第二二七六号同三九年七月一日大法廷判決における私の意見と同一であるから、それを引用する。裁判官城戸芳彦、同柏原語六は、裁判官奥野健一の右少数意見に同調する。

山田作之助の少数意見は、次のとおりである。わたくしは、関税法所定の所謂犯罪貨物(例えば密輸に係る時計の如し)に対する没収に代わるその価格の追徴は、被告人がその貨物について所有権を有していたが、現在その所有権を失つている場合に限つて科せらるべきものと解するから(その理由は昭和二九年(あ)第五六六号同三七年一二月一二日大法廷判決、刑集一六巻一二号一六七二頁において旧関税法八三条の追徴の規定について述べたわたくしの意見と同趣旨であろからこれを引用する)、かつて一度も所有権をもつていなかつた被告人に対し没収に代わる追徴を言渡した第一審判決およびこれを是認した原判決はこの点において破棄を免かれない。

田中二郎の少数意見は、次のとおりである。関税法一一八条二項により追徴を科せられるべき犯人は、追徴の本質及び機能に照らし、当該犯罪に関与したすべての犯人を含むものと解すべきではなく、犯罪貨物等の所有者又は所有者たりし者に限られるべきものと解するのが相当である。ところが、本件記録によれば、被告人らは、本件犯罪貨物の所有者又は所有者たりし者でないことが明らかである。したがつて、被告人らに追徴を科した第一審判決及びこれを是認した原審判決は、違法であつて、破棄を免れない。その理由の詳細は、昭和三七年(あ)第一二四三号同三九年七月一日大法廷判決における私の少数意見と同一であるから、それを引用する。

昭和三九年七月一日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、入江俊郎、奥野健一、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、斎藤朔郎、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、柏原語六、田中二郎、松田二郎

6最判昭和39年10月30日刑集18巻8号517頁[追徴における訴訟手続への不参加]

主文本件各上告を棄却する。

理由被告人Aの弁護人飯塚信夫の上告趣意第一点は、違憲(三一条違反)をいうが、その実質は単なる法令違反の主張であり(なお、他人の依頼により犯罪貨物の処分の媒介をした者が、その後、その処分により該貨物を取得した者の依頼によりこれを他に運搬した場合には、媒介罪のほかに運搬罪が成立するものと解するのが相当である。)、同第二点は、事実誤認の主張であり、同第三、四点のうち、違憲(三八条違反)をいう点は、所論の各自白が所論のように不法不当な勾留または強要によるものとは認められないから、所論はその前提を欠き、その余は、単なる法令違反を前提とする事実誤認の主張であり、同第五点は、事実誤認の主張であり、同第六点は、単なる法令違反の主張であり(なお、関税法一一八条二項にいわゆる犯人には、情を知つて犯罪貨物を運搬し、保管し、有償もしくは無償で取得し、またはその処分の媒介もしくはあつせんをした者などをふくむことは、当裁判所の判例――昭和三四年(あ)第一二六号同三八年五月二二日大法廷決定、刑集一七巻四号四五七頁、昭和三六年(あ)第八四七号同三九年七月一日大法廷決定――の明示するところである。)、いずれも上告適法の理由に当らない。被告人B、同Cの弁護人井上英男の上告趣意第一点は、単なる法令違反および事実誤認の主張であり、同第二点は、事実誤認および単なる法令違反の主張であり(なお、関税法一一二条にいう保管とは、委託を受けて犯罪貨物を自己の管理下におくことをいい、その目的のいかんを問わないものと解するのが相当である。)、いずれも上告適法の理由に当らない。

同第三点について。所論は、被告人Cは第一審判決判示第四の物件を保管しただけであるから、同被告人に対する追徴の言渡は、判例に違反し、関税法一一八条二項の解釈を誤り、ひいて憲法二九条および三一条に違反するというのである。しかしながら、所論引用の大法廷判決は、共犯者全員に追徴を命ずることができることを当然の前提としているものであるから、判例に違反することにはならないし、関税法一一八条二項にいわゆる犯人には、所論のように犯罪貨物を保管しただけの者をもふくむ趣旨であることは、弁護人飯塚信夫の上告趣意第六点について説示したとおりであるから所論違憲の主張はその前提を欠き、上告適法の理由に当らない。被告人Bの弁護人山崎清の上告趣意第一点の一について。所論は、違憲(憲法三一条、二九条違反)をいうが、関税法一一八条二項が憲法三一条および二九条に違反しないものであることは、昭和三七年(あ)第一二四三号同三九年七月一日大法廷判決の趣旨に照らして明らかである。所論は採ることができない。

同第一点の二の(1)について。所論のうち、関税法違反をいう点は、単なる法令違反の主張であり、事実誤認を前提とする判例違反および違憲(三一条、二九条違反)をいう点は、原判決の認定しない事実を前提とするものであるから、その前提を欠き、いずれも上告適法の理由に当らない。同第一点の二の(2)について。判例違反の主張について。所論は、原判決が最高裁判所の判例に相反する判断をしたというのであるが、犯人が犯罪貨物を善意の第三者に譲渡した場合に、犯人からその価格を追徴することができることは、昭和三七年(あ)第一二四三号同三九年七月一日大法廷判決の趣旨とするところであるから、所論は採ることができない。憲法違反(三一条、二九条違反)の主張について。犯人が犯罪貨物を第三者に譲渡したため犯人からこれを没収することができないとして、犯人からその価格を追徴る場合に、その第三者を訴訟手続に参加させなくても憲法三一条および二九条に違反しないことは、昭和三七年(あ)第一二四三号同三九年七月一日大法廷判決の趣旨とするところである。所論は採ることができない。同第二点のうち、達意(三一条違反)および判例違反をいう点は、原審でなんら主張判断のなかつた事項であり、また勾留の違法を前提として違憲(三一条違反)をいう点は、所論のように勾留が違法であるとは認められないから、その前提を欠き、同第三点は、違憲(三八条一、二項、三一条違反)をいうが、所論の各自白が所論のように違法な逮捕勾留によるものとは認められないから、所論はその前提を欠き、同第四点は、違憲(三八条違反)をいうが、所論の各自白が所論のように強制脅迫によるものとは認められないから、所論はその前提を欠き、同第五、六点は、違憲(三七条二項違反)をいうが、原審でなんら主張判断のなかつた事項であり、同第七点は、事実誤認および量刑不当の主張であつて、いずれも上告適法の理由に当らない。被告人Cの弁護人吉田幹父の上告趣意第一のうち、違憲(三八条違反)をいう点は、所論の各自白が所論のように強制、脅迫ないし誘導などによるものとは認められないから、所論はその前提を欠き、刑訴三一九条違反をいう点は、単なる法令違反の主張であり、同第二は、単なる法令違反の主張であり(弁護人井上英男の上告趣意第三点についての説示参照)、同第三は、量刑不当の主張であり、いずれも上告適法の理由に当らない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。よつて同四〇八条により主文のとおり判決する。この判決は、裁判官奥野健一、同山田作之助の弁護人飯塚信夫の上告趣意第六点弁護人井上英男の上告趣意第三点および弁護人吉田幹父の上告趣意第二の追徴の点に関する少数意見、ならびに裁判官奥野健一の弁護人山崎清の上告趣意第一点の二の(2)の判例違反の点に関する少数意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

奥野健一の追徴の点に関する少数意見は、次のとおりである。没収とは犯罪に関係ある物件の所有権を剥奪して国庫に帰属せしめる附加刑であり、追徴は没収不能又は没収しない場合に没収に代わる換刑処分であるから、全然所有者でなかつた者に対して追徴を科することは許されないものと解する。けだし、かかる者は若し犯罪貨物の没収が可能な場合であれば没収処分により何ら経済上の実害を受けないものであるのに、没収不能のため、それに代わる措置として追徴を命ぜられることになると、没収不能という偶然の事情のため経済上の実害を受けるという不合理な結果を招来することになるからである。前記の如く没収は犯罪に関係ある物件の所有権を剥奪して国庫に帰属せしめる処分であるから、犯罪貨物につき所有権を有する者に対し没収の言渡をなすことは当然であつて、他の共犯者との関係においても何ら不合理なものではなく、却つて全然所有者でも占有権者でもない者に対し没収を科することは寧ろ無意味であり、不可能である。然るに、その所有者がその所有権を他の善意者に譲渡したため没収できなくなり又は偶然な事変のため、その物件が現存しなくなつた場合に、その譲渡又は事変に何らの原因をも与えなかつた他の(所有者でなかつた)共犯者からその物件の価額を新たに追徴するということは、その共犯者に対しては没収可能な場合に比し著しく苛酷であり、不合理である。従つて関税法一一八条二項にいわゆる犯人にはかかる共犯者は包含しないものと解すべく、若しこれを包含するものとすれば同条項は憲法三一条に反するものといわねばならない。本件において被告人A、同Cは本件犯罪貨物の所有者でなかつたことは記録上明白であるから右被告人らに対し犯罪貨物の原価の追徴を命じた原判決は違法であり破棄を免れない。なお所有者以外の犯人より追徴すべきでないことについての詳細は、昭和二九年(あ)第五六六号同三七年一二月一二日大法廷判決(刑集一六巻一二号一六七二頁)及び昭和三四年(あ)第一二六号同三八年五月二二日大法廷決定(刑集一七巻四号四五七頁)における私の意見と同一であるから、それを引用する。

山田作之助の少数意見は、次のとおりである。わたくしは、関税法所定の所謂犯罪貨物(例えば密輸に係るこんにやく粉の如し)に対する没収に代わるその価格の追徴は、被告人がその貨物について所有権を有していたが、現在その所有権を失つている場合に限つて科せらるべきものと解するから(その理由は昭和二九年(あ)第五六六号同三七年一二月一二日大法廷判決、刑集一六巻一二号一六七二頁において旧関税法八三条の追徴の規定について述べたわたくしの意見と同趣旨であるからこれを引用する)、かつて一度も所有権をもつていなかつた被告人A、同Cに対し没収に代わる追徴を言渡した原判決はこの点において破棄を免れない。

奥野健一の判例違反の点に関する少数意見は、次のとおりである。追徴は、刑の一種である没収に代わるものであるから、刑罰法規不遡及又は事後立法禁止の原則の適用のあることは勿論である。ところで本件犯罪行為当時は、第三者所有物件の没収は、その手続法規が欠けていたため許されなかつたものであり、したがつて、没収に代わる追徴も許されないものであつたことは昭和三七年一二月一二日当裁判所大法廷判決に徴し明らかである。したがつて、たとえその後第三者所有物の没収に関する手続法規が制定されたとしても、これを遡及適用して没収をすることは許されず、したがつてまた没収に代る追徴も許されないものといわなければならない。以上の次第で、本件においては、追徴の言渡をすることは許されないものと解すべきであるから、本件はこれを破棄自判すべきものであつて、上告を棄却まべきものではないと考える。

昭和三九年一〇月三〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官奥野健一、山田作之助、草鹿浅之介、城戸芳彦、石田和外

最大判昭和35年10月19日刑集14巻12号1574頁(他人の権利の侵害を理由とする違憲主張)[否認]

３６頁

最大判昭和35年10月19日刑集14巻12号1611頁

主文本件上告を棄却する。

理由弁護人本間大吉の上告趣意一の(一)(二)について。所論は、原判決が善意無過失の第三者であるA漁業株式会社所有の底曳網一篠を中型機船底曳網漁業取締規則二七条二項により、その占有者である被告人らから没収した第一審判決を是認したのは、右会社の所有権を不法に侵害し且つ何ら法律に定める手続によらないで、同会社を処罰し、また同会社の裁判をうける権利を奪つたもので、憲法二九条、三一条、三二条に違反するというのであつて、要するに他人の所有権を対象として違憲を主張するものである。しかし、訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものと解するを相当とするが故に、本件没収の如き事項についても、他人の所有権を対象として基本的人権の侵害がありとし、憲法上無効である旨論議抗争することは許されないものと解すべきである。されば、本件没収について所論違憲のかどありとする論旨は結局理由なく、採用のかぎりではない。同二について。所論は量刑不当の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。よつて、刑訴四一四条、三九六条により主文のとおり判決する。この判決は、論旨一の(一)(二)につき、裁判官小谷勝重、同島保、同河村又介、同入江俊郎、同池田克、同河村大助、同奥野健一の反対意見および裁判官垂水克己、同下飯坂潤夫、同高木常七の補足意見があるほか裁判官全員一致の意見によるものである。

入江俊郎の反対意見は、次のとおりである。わたくしは、弁護人本間大吉の上告趣意一の(一)(二)に対する多数意見の判示には反対である。所論違憲の主張は刑訴四〇五条の適法な上告理由に該当するものであり、そして本件第三者没収が憲法三一条に違反するとの論旨は、結局において理由あるに帰し、原判決はこの点において破棄、差戻を免れないものと考える。その理由とするところは、当裁判所昭和三五年一〇月一九日言渡、昭和二八年(あ)第三〇二六号事件の判決におけるわたくしの反対意見を引用する。また所論中、本件第三者没収が憲法二九条違反を主張する点は、昭和二六年(あ)第一八九七号、昭和三二年一一月二七日大法廷判決、刑集一一巻一二号三一三二頁以下の趣旨に従い、本件第三者没収にかかわる物については、その所有者たる第三者において本件犯罪行為が行われることをあらかじめ知つており、その犯罪行為が行われた時から引きつづきその物を所有していた場合に限り没収のなされるものであると解すべきところ、原審の確定した事実関係の下においては、未だこの点に関する審理を尽したものと認められず、本件第三者没収が憲法二九条に違反するとの論旨は結局において理由あるに帰する。されば、原判決はこの点においても、破棄差戻を免れない。なお、所論は、憲法三二条違反をいうが、本件第三者没収が執行せられた場合において、右第三者が、これを違憲、違法として没収執行の行政処分に対していわゆる抗告訴訟を提起するか、または、所有権に基づく民事訴訟を提起することは可能であつて、原判決は何らこれを否定したものではないから、この点に関する違憲の主張は、前提を欠くものであつて、採るを得ない。裁判官小谷勝重、同島保、同河村又介、同池田克は、裁判官入江俊郎の右反対意見に同調する。

河村大助の反対意見は次のとおりである。昭和九年七月二五日農林省令二〇号中型機船底曳網漁業取締規則二七条二項中「犯人の......所持する漁獲物、製品、漁船及漁具は之を没収することを得」との規定は、第三者所有物の没収につき合理的な帰責事由を定めず、かつ告知、審問及び防禦に関する法定手続条項を欠くものであるから、憲法三一条に違反するものであり、従つて同条に基いて第三者所有の物件を没収した第一審判決及びこれを認容した原判決は違憲であるから、破棄を免れない。その理由の詳細は昭和二八年(あ)第三〇二六号の大法廷判決に付した私の意見を引用する。

奥野健一の反対意見は次のとおりである。本件中型機船底曳網漁業取締規則二七条二項は、犯人の所持する第三者の所有物件を没収する場合に、当該第三者に告知、審問、意見弁解および防禦権行使の機会を与えることなくして、これをなす趣旨の規定であると解するから憲法三一条、二九条、一四条に違反するものというの外なく、これに基いて第一審判決が第三者であるA漁業株式会社所有の物件を没収したことは違憲であり、これを是認した原判決もまた違憲であると認められるから共に破棄を免れない。なお、これに関する理由の詳細については、昭和二八年(あ)第三〇二六号事件の当裁判所の判決における私の反対意見を引用する。裁判官垂水克己および同下飯坂潤夫の補足意見は、いずれも当裁判所昭和二八年(あ)第三〇二六号事件の判決において述べたとおりであるから、ここにこれを引用する。

高木常七の補足意見は次のとおりである。弁護人本間大吉の上告趣意一の(一)(二)について。中型機船底曳網漁業取締規則二七条二項は、中型機船底曳網による漁業取締の必要に鑑み設けられた規定であり、同漁業による犯罪を防止しその取締の万全を期することによつて公共の福祉を確保するため、当該犯罪に密接な関連をもつ物件につき、それがひとり犯人に属する場合だけでなく、犯人以外の者に属する場合でも一応これを没収し得ることを定めたものであつて、規定自体として憲法に違反するものでないこと、しかし右規定にもとづく「犯人以外の者に属する物」の没収は実質的にみて保安または予防処分の一種として理解さるべきものであること、それゆえその者がその犯罪に全く無関係である場合は、その者は自己の善意を主張してその物の返還を要求することができ、かりにその犯罪に無関係でなかつたとしても、当該訴訟に関与もさせられずして没収の言渡があつた場合は、たといその判決が確定しても、その者はこれに対し、手続の違法を主張してその執行を拒み、もし敢て執行を受けた場合は、刑訴四九七条によつてその物の還付を要求する等救済を受ける権利を有すること、しかしこれらの権利はその本人に固有なものであつて、他人をしてこれに代らしめ得るものでなく、況んやその他人がこれを恰も自己の権利に属するものの如くに心得て行使し得べき筋合のものではないこと等、わたくしの補足意見は、当裁判所昭和二八年(あ)第三〇二六号事件の判決において述べたとおりであるから、ここにそれを引用する。

検察官村上朝一、同斎藤三郎公判出席昭和三五年一〇月一九日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官田中耕太郎、小谷勝重、島保、斎藤悠輔、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

最大判昭和32年11月27日刑集11巻12号3132頁(合憲限定解釈)

主文原判決及び第一審判決を破棄する。本件を横浜地方裁判所に差し戻す。理由弁護人小泉英一、同枡井雅生の上告趣意及び同追加は別紙記載のとおりである。右上告趣意第二点及び第三点について。所論はいずれも原審で主張判断を経ない事項であるから上告適法の理由とならない。しかしこの点につき職権により調査するに、本件犯行当時の関税法(昭和二三年法律一〇七号により改正された明治三二年法律六一号)八三条一項は、「第七十四条、第七十五条又ハ第七十六条ノ犯罪ニ係ル貨物又ハ其ノ犯罪行為ノ用ニ供シタル船舶ニシテ犯人ノ所有又ハ占有ニ係ルモノハ之ヲ没収ス」と規定していて、その文理のみからすれば、犯人以外の第三者の所有に属する同条所定の貨物又は船舶でも、それが犯人の占有に係るものであれば、右所有者たる第三者の善意・悪意に関係なく、すべて無条件に没収すべき旨を定めたもののごとく解せられないことはない。しかし所有者たる第三者が同条所定の犯罪の行われることにつき、あらかじめこれを知らなかつた場合即ち善意であつた場合においても、なお同条項の規定により第三者の所有に属する貨物又は船舶を没収するがごときは、犯人以外の第三者の所有物についてなされる没収の趣旨及び目的に照らし、その必要の限度を逸脱するものであり、ひいては憲法二九条違反たるを免れないものといわなけれはならない。即ち上記関税法の条項は、同条所定の貨物又は船舶が犯人以外の第三者の所有に属し、犯人は単にこれを占有しているに過ぎない場合には、右所有者たる第三者において、貨物について同条所定の犯罪行為が行われること又は船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つており、その犯罪が行われた時から引きつゞき右貨物又は船舶を所有していた場合に限り、右貨物又は船舶につき没収のなされることを規定したものと解すべきであつて、このように解することが犯人以外の第三者の所有物についてなされる没収の趣旨及び目的に適合する所以であり、また、かく解すれば、右条項は何ら憲法二九条に違反するところはない。しかるに、本件においては、第一審判決は、被告人等が同判決判示第二の貨物を不法に密輸出しようとした犯罪行為に供した船舶Aを没収する旨の言渡を為し原判決も亦右第一審判決を維持している。そして、本件記録に徴すれば、右船舶Aは、第三者たるB株式会社の所有に属することがうかがわれるのであるが、原判決の是認した第一審判決は、右船舶の所有者たるB株式会社において、右船舶が本件犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つていたか否かの知情の点については、何らこれを明確にしていないのである。してみれば右船舶Aを没収する旨言渡した本件第一審判決及びこれを是認した原判決は、前記関税法八三条一項の解釈を誤つた違法があるか、又は右船舶没収の前提要件たる知情の事実を確定しない審理不尽の違法があるものであつて、原判決及び第一審判決は、この点において、これを破棄しなければ著しく正義に反するものといわなければならない。よつて、爾余の上告論旨に対する判断を省略し、刑訴四一一条一号により、原判決及び第一審判決を破棄し、同四一三条に則り、本件を横浜地方裁判所に差し戻すべきものとし、裁判官斎藤悠輔を除くその余の裁判官一致の意見により主文のとおり判決する。

斎藤悠輔の反対意見は、次のとおりである。本件犯行当時の関税法(明治三二年法律六一号)八三条一項が、第七十四条、第七十五条又は第七十六条の犯罪に係る貨物又はその犯罪行為の用に供した船舶にして犯人の占有に係るものはこれを没収する旨規定したのは、犯人に対しその占有に基づくかかる貨物又は船舶の使用、収益を禁止する趣旨と解さなければならない。けだし、犯人に対する刑事手続において、刑罰は犯人自身に対し科するものであつて、犯人以外の第三者に科すべきでないことはいうまでもないし、また、貨物又は船舶の所有者でない犯人から所有権を剥奪するといつてみたところで犯人に対する制裁として無意味に帰するからである。されば、原判決の維持した第一審判決が別表第一、第二記載の物件を没収する旨言渡したのは、被告人に対し如上の使用、収益を禁止する趣旨ど解すべく、従つて、該判決は、被告人でない第三者の所有権に効果を及ぼすことなく、何ら憲法二九条に触れるところないものといわなければならない。多数説は、没収とは常に所有権剥奪のみを意味するもののごとくであるが、わが刑法における没収とは、例えば偽造手形の没収のごとく真正な文書としてこれを使用することを禁止するに止まり、偽造手形そのものの所有並びに偽造手形としての権利行使のための使用(手形法七条、六九条参照)を妨げるものでない場合もあるのである。それ故、わが刑法の解釈として没収を所有権剥奪のほか広く使用等の禁止をも意味するものと解して毫も差支えないものというべきである。また、多数説は、前記関税法八三条一項を解して第三者たる所有者が悪意であるときは、その所有者に対しても貨物又は船舶を没収しうることを規定したものとする。しかし、この解釈は、旧関税法八三条一項の法文に全然副わない曲解であつて、徒らに新関税法一一八条一項の規定に無批判的に追随せんとするものである。すなわち、仮りに、第三者たる所有者が悪意であつたとしても、ドイツ刑事訴訟法四三〇条、四三一条のごとき訴訟手続規定を設け、その没収につき所有者を訴追した上、被訴追者をして意見、弁解、防禦等の機会を与えることなしに、その所有者に対し没収を科するがごときは、裁判の本質に反するばかりでなく、正に憲法三一条に違反するものといわなければならない。されば、ドイツ法のごとき手続規定を欠くわが新関税法一一八条一項の第三者である悪意の所有者に対する没収規定(刑法一九条二項但書も同様である。)は、適用のできない空文であり、従つて、これに追随する多数説も失当である。占有者である犯人に対する刑事手続においてその犯人に対しなされた貨物又は船舶の没収の言渡が第三者たる所有者にその効果を及ぼさないことは、刑訴四九七条、三四七条四項等の規定からもこれを窺い知ることができるのである。それ故、わたくしは、多数意見に賛同できない。裁判官栗山茂、同岩松三郎、同谷村唯一郎および同本村善太郎は、いずれも退官のため評議に関与しない。

検察官安平政吉、同大津民蔵出席昭和三二年一一月二七日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官田中耕太郎、真野毅、小谷勝重、島保、斎藤悠輔、河村又介、小林俊三、入江俊郎、池田克、垂水克己

最判昭和34年12月15日刑集13巻13号3213頁

主文本件各上告を棄却する。

理由被告人A、同Bの弁護人鈴木俊光の上告趣意一は、単なる訴訟法違反、事実誤認の主張であり(なお、第一審判決が判示第一事実の証拠として採用している本件被告人五名の検察官事務取扱副検事に対する各供述調書は、差戻後の第一審公判において、当該被告人に対する関係においては刑訴三二二条の書面として、他の共同被告人に対する関係においては刑訴三二一条一項二号の書面として、それぞれ適法な証拠調がなされていることは記録上明らかであり、所論のように特信性がないものとは認められない。)同二は、単なる法令違反の主張であつて(なお、数人間の順次の共謀による共謀共同正犯の成立については昭和二九年(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によりこれを肯定することができる。)いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同三について。所論は、原審において控訴趣意として、主張、判断されていない事項に関する主張であるばかりでなく、旧関税法(昭和二九年法律六一号による改正前のもの)八三条一項が憲法二九条に違反しないことは、当裁判所判例(「関税法第一一八条第二項―追徴の規定―は、憲法第二九条に違反しない。」昭和三一年(あ)三四三七号同三三年三月一三日第一小法廷判決、刑集一二巻三号五二七頁、「旧関税法第八三条第一項は、犯人以外の第三者の所有に属する貨物または船舶でも、それが犯人の占有に係るものであれば、右所有者の善意、悪意に関係なく、すべて無条件に没収すべき旨を定めたものではなく、右所有者たる第三者が貨物について同条所定の犯罪行為が行われること、または船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つており、その犯罪行為が行われた時から引きつづき右貨物または船舶を所有していた場合に、その貨物または船舶を没収できる趣旨に解すべきであつて、憲法第二九条に違反しない。」昭和二六年(あ)一八九七号同三二年一一月二七日大法廷判決、刑集一一巻一三号三一三二頁)の趣旨とするところであるから、論旨は採用できない。(なお、本件において、第一審判決が判示第一事実につき挙示する証拠によれば、同判決別紙目録記載第一号ないし第三五五号の各貨物は、被告人A所有のものであるから、第一審判決が、旧関税法八三条一項により共犯者である被告人Bに対しても右各物件を没収する旨の言渡をしたのは正当である。)被告人C、同Dの弁護人後藤助蔵の上告趣意第一点は、判例違反をいうが、原審で控訴趣意として主張、判断のない事項についての主張であるばかりでなく、所論判例は事案を異にし、本件に適切でなく前提を欠くものであり、同第二点は、単なる訴訟法違反の主張であつて(なお、検察官は、差戻後の第一審第一回公判において、昭和二九年四月二七日付訴因の変更請求書により訴因の変更を請求し、被告人C、同D及びその弁護人はこれに対し何ら異議の申立をしなかつたので、裁判官は右請求を許可する旨の決定をなし、検察官は右請求書を朗読したことが記録上明らかである。右訴因の変更請求書謄本は、昭和二九年五月一日被告人Cに送達されており右請求書謄本が直ちに被告人Dに送達されなかつたとしても、被告人側には右変更事実に関する防禦の機会が十分に与えられたものと認められるから、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があるとはいえない。)いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。被告人Eの弁護人渡辺伝次郎の上告趣意は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。よつて同四〇八条、一八一条一項但書により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三四年一二月一五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官垂水克己、島保、高橋潔、石坂修一

1最大決昭和43年6月12日刑集22巻6号462頁(保釈保証金没取)[告知弁解の要否と異議申立の可否]

主文原決定を取り消す。本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理由本件抗告の趣意は、別紙特別抗告申立書、同補充書(二通)記載のとおりである。記録を調査すると、AことBは、同人に対する詐欺被告事件および有価証券偽造、同行使被告事件につき、昭和三九年六年二四日東京高等裁判所の保釈許可決定により釈放されたこと、その保釈保証金額は、右詐欺被告事件につき四五万円(うち一五万円は保証書をもつて代える)、右有価証券偽造、同行使被告事件につき一五万円(うち五万円は保証書をもつて代える)であつたが、同人の弁護人齊藤一好は、右保証金額中に含まれている二通の保証書(額面合計二〇万円)を差し出し、かつ、現金のうち二五万円を納付したものであること、Bは、前記各被告事件について、昭和三九年六月一〇日東京高等裁判所において懲役三年に処せられ、右判決は同四一年五月二六日確定したが、同人はその後所在不明となつたため、同年一二月一二日東京地方裁判所は、検察官の請求により、前記保釈保証金全部を没取する旨の決定をしたこと、右決定に対し齊藤一好から抗告の申立がなされたが、原決定は、同人は右保釈保証金没取決定に関しては、刑訴法三五一条にいう被告人でないことはもちろん、同三五二条にいう被告人以外の者で決定を受けたものにも該当せず、また、右保釈保証金没取決定を受けた者であるBから右抗告につき委任を受けた形跡も存しないとの理由により、右抗告を不適法として棄却したものであることが明らかである。しかし、被告人以外の者が保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券を納付し、または保証書を差し出すのは、直接に国に対してするのであり、それによつてその者と国との間に直接の法律関係が生ずるのであつて、その還付もまた国とその者との間で行なわれるのである。してみれば、この場合の保釈保証金を没取する決定は、その者の国に対る保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券の還付請求権を消滅させ、またはその者に対して保証書に記載された保証金額を国庫に納付することを命ずることを内容とする裁判だといわなければならないから、その者はまさしく刑訴法三五二条にいう「検察官又は被告人以外の者で決定を受けたもの」に該当し、その者も没取決定に対し不服の申立(抗告)をすることができると解するのが相当である。これと異なり、このような者は、みずから不服の申立をすることができないとした当裁判所の判例(昭和三一年(し)第二五号同年八月二二日第二小法廷決定、刑集一〇巻八号一二七三頁、昭和三三年(し)第八四号同三四年二月一三日第二小法廷決定、刑集一三巻二号一五三頁)は、これを変更すべきものと認める。したがつて、齊藤一好の前記抗告を不適法として棄却した原決定は、刑訴法三五二条の解釈を誤つた違法があり、これを取り消さなければいちじるしく正義に反するといわなければならない。所論は、憲法三一条、二九条違反、判例違反を主張するが、原決定が、前記のとおり、法令解釈の点において取り消されるべきものである以上、その誤つた法令解釈を前提とする所論違憲の主張は、その前提を欠くにいたり、また、保釈保証金没取決定に対し、事後に不服申立の途が認められれば、予め告知、弁解、防禦の機会が与えられていないからといつて、所論のように原決定が違憲とは認められず、所論引用の判例は、本件に適切でない。以上の理由により、原決定を取り消し、更に本件抗告の当否につき審理させるため、本件を原裁判所に差し戻すべきものとする。よつて、刑訴法四三四条、四二六条二項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月一二日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田正俊、入江俊郎、奥野健一、草鹿浅之介、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、田中二郎、松田二郎、岩田誠、下村三郎、大隅健一郎、松本正雄、飯村義美

2最決昭和52年4月4日刑集31巻3号163頁

主文本件申立を棄却する。

理由本件異議申立の理由は、別紙書面記載のとおりである。一記録を調査すると、恐喝被告事件の被告人Aに対し、昭和四六年一〇月七日、福岡高等裁判所において控訴棄却の判決が言渡され、同日、保釈許可決定がなされたこと、その保釈保証金額は、四〇万円(うち一〇万円は保証書をもつて代える)であり、うち三〇万円は同被告事件の弁護人が納付し、保証書は申立人が差し出したこと、右控訴棄却判決に対し被告人から上告の申立がなされたが、同年一一月一五日、検察官から住居の制限に違反したことを理由として保釈取消、保釈保証金没取の請求がなされたこと(当庁昭和四六年(す)第二〇一号事件)、当裁判所は、申立人および右被告事件の弁護人に対し、その旨の告知をして意見を求めたうえ、同年一二月六日、右保釈許可決定を取り消し、保釈保証金四〇万円全部を没取する決定をしたこと、以上の事実が明らかである。そこで、本件申立の適否について判断する。保釈保証金没取決定は、保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券を納付し又は保証書を差し出した者に対し、その者の国に対する保釈保証金等の還付請求権を消滅させ、また、その者に対して保証書に記載された金額を国庫に納付することを命ずることを内容とする裁判であるから、これら保釈保証金の納付者らに対し、あらかじめ告知、弁解防禦の機会を与えないで保釈保証金没取決定をし、かつまた、これに対する不服の申立をも許さないとすることは、適正な手続による裁判ということはできず、憲法三一条、二九条の容認しないところであるが、保釈保証金没取決定に対し、事後に不服申立の途が認められれば、あらかじめ告知、弁解防禦の機会が与えられていなくても、上記憲法の規定に違反するものではなく、このことは、最高裁判所大法廷決定(昭和四二年(し)第七号同四三年六月一二日大法廷決定・刑集二二巻六号四六二頁)の趣旨に徴し明らかである。ところで、保釈保証金没取決定は、その性質上、迅速処理を要請されるものであるから、右決定に先き立ち、保釈保証金等を納付し又は保証書を差し出した者に対し、その旨を告知し、弁解防禦の機会を与えることは、かえつて被告人の身柄の確保等に支障を生ずる場合があり、また、かかる事前告知の手続は法規上その履践を保障されたものではない。他面、保釈保証金没取決定は、元来、不服申立をすることができる性質の裁判であるが、最高裁判所がこれをした場合に不服申立を許す規定がないのは、最高裁判所が終審裁判所であるという制度上の制約によるものである。しかし、最高裁判所がした裁判であつても、判決に対し刑訴法四一五条は訂正の申立を認め、また、上告棄却の決定に対し同法四一四条、三八六条二項による異議の申立が認められている(当庁昭和三〇年(す)第四七号同年二月二三日大法廷決定・刑集九巻二号三七二頁、昭和三六年(す)第一九一号同年七月五日第二小法廷決定・刑集一五巻七号一〇五一頁)。これらは、いずれも、本案事件の裁判に関するものであり、しかも、判決または決定の内容に誤りのあることを発見した場合にのみ許される訂正を求める手続であるが、右の訂正制度が認められているところからすると、終審裁判所である最高裁判所のした決定であつても、合理的理由と法律的必要性の認められるかぎり、右の訂正と同趣旨において、不服申立を許容すべきものと解するのが相当である。前判示のとおり、事前告知の手続は、事実上その履践には困難、不都合を伴う場合があり、また、法規上もその履践が保障されていないのであるから、最高裁判所がした保釈保証金没取決定について不服申立を許容することは憲法三一条、二九条に適合するところであり、この場合の不服申立の方法は、上訴の許されない決定についての同一審級裁判所に対する不服申立手続という形式的な類似性に着目し、刑訴法四二八条の準用を認めて、異議の申立を許容するのが相当である。これを本件についてみると、申立人は、被告人のため、保釈保証金に代わる保証書を差し出した者であり、本件保釈保証金没取決定によつて、保証書記載の一〇万円の納付を命じられた者であるから、右決定の内容に誤りがあることを理由としてなされた本件異議申立は、適法である。二そこで、異議申立の理由につき判断する。本件異議理由は、当裁判所がした右保釈保証金没取決定のうち、申立人が差し出した保証書による一〇万円を没取した部分について、右保証書は偽造されたものであるから、これを没取し申立人に対し一〇万円の納付を命じたのは違法であり、その取消を求める、というのである。しかし、記録、ことに申立人作成の昭和四六年一一月二二日付意見書および弁護士清水正雄作成の同日付意見書によると、本件保証書は、、申立人の妻が申立人の印鑑を押捺して作成したことが認められるが、申立人は、(1)一審裁判所の保釈許可決定に対し同一内容の保証書を差し出していたこと、(2)本件保証書が前記の事情で作成されたことを知りながら、保証の取消等の措置に出ないで、妻のした行為を承認するような行動をとつており、(3)当裁判所の求意見に対しては、金一〇万円の納付義務があることを前提としてその支払の免除を上申する内容の書面を提出していることが認められ、これらによると、本件保証書は、申立人の意思に基づかないで作成されたものとは認めがたく、仮りにそうでなくても、申立人において妻の行為を追認したと認められるので、申立人の差し出した保証書による一〇万円を含む保釈保証金四〇万円全額を没取した本件保釈保証金没取決定には誤りはない。よつて、刑訴法四二八条二項、三項、四二六条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和五二年四月四日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官大塚喜一郎、岡原昌男、吉田豊、本林譲、栗本一夫

最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1273頁

主文原決定を取り消す。

理由本件特別抗告の趣意は、別紙特別抗告申立書と題する書面記載のとおりである。よつて記録を調べてみるに、被告人Aは、同人に対する覚せい剤取締法違反被告事件において昭和二八年一二月二三日第一審である岡山地方裁判所で懲役三月(一部無罪)の判決の言渡を受け、即日、その弁護人佐々木祿郎の保釈請求により「保釈はこれを許可する。保証金額は金五万円とする。但し内金二万円は佐々木祿郎の保証書を以つてこれに代える」旨の保釈許可決定を得、保証金の内金三万円は現金で納付し、残金二万円については佐々木祿郎の保証書を差入れた上釈放されたが、その後、右Aの被告事件につき控訴の申立があり、広島高等裁判所岡山支部において昭和二九年九月七日控訴棄却の判決の言渡がなされ、更に上告の申立があり、最高裁判所において同年一二月二五日上告棄却の決定がなされて、ここに前記第一審判決は確定するに至つた。そこで検察官において右刑の執行をなすためAの所在を調査したところ同人が逃亡していたので、検察官は広島高等裁判所岡山支部に対し保釈保証金没取請求をなした。かくて昭和三〇年一二月二〇日広島高等裁判所岡山支部は、右請求を理由ありとし前記Aに対する保釈保証金全部を没取する旨の決定をなしたのであるが、これに対し佐々木祿郎から異議の申立がなされ、その結果広島高等裁判所岡山支部は、昭和三一年四月二六日右保釈保証金没取決定を取り消したものであること明らかである。そこで佐々木祿郎に右異議申立権があつたかどうかをみるに、同人は被告人Aの被告事件が第一、二審に係属していた当時の弁護入であつたことは記録上明白であるが、右異議申立当時、右被告事件はすでに確定していたのであるから、佐々木祿郎の弁護権はもはや、存在していなかつたこと勿論であり、又、同人はAから特に異議申立について委任を受けた形跡もないし、他方、Aの保釈保証金五万円の内金二万円につき保証書を差入れた利害関係人であるとはいえ、保釈保証金没取決定を受けたものは、Aに外ならないのであるから、佐々木祿郎自身は刑訴三五二条の「被告人以外の者で決定を受けたもの」には該当しないものと解すべく、同人には異議申立権はなかつたものというべきである。従つて同人の前記異議申立は不適法として棄却すべきであつたのに原決定はこの点を看過し、結局異議を認めて前記保釈保証金没取決定を取り消したのであるから、原決定を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。そして本件のような場合には当然最高裁判所は刑訴四一一条を準用して正義を維持するため職権破棄権を発動し得るものと解すべきである(昭和二五年(し)第六四号同二六年四月一三日第二小法廷決定集五巻五号九〇二頁参照)から、原決定は取り消しを免れない。よつて刑訴四二六条二項、四三四条に従い裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三一年八月二二日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官小谷勝重、谷村唯一郎、池田克

最決昭和34年2月13日刑集13巻2号153頁

主文本件特別抗告を棄却する。

理由本件特別抗告の趣意は末尾に添えた別紙書面記載のとおりである。所論は憲法違反を主張するけれども、実質はその前提において、原決定が判示した訴訟法に関する判断を非難するものである。そして保釈された者が有罪判決確定後逃亡したことを理由として高等裁判所がなした同人に対する保釈保証金没取決定に対し、さきに同人のため保証書を差し出した者は、刑訴第三五二条の「被告人以外の者で決定を受けたもの」として、みずから異議申立をすることはできないことは当裁判所の判例とするところであり、(昭和三一年(し)第二五号同年八月二二日第二小法廷決定、集一〇巻八号一二七三頁参照)この趣旨に則つた原判示は正当であつて、所論は前提において採用し難いところである。よつて刑訴第四三四条、第四二六条第一項に則り裁判官全員一致の意見により主文のとおり決定する。

昭和三四年二月一三日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官小谷勝重、藤田八郎、河村大助、奥野健一

1最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号203頁〔第三者供賄賄賂価格追徴〕

主文原判決を破棄する。被告人を懲役一年に処する。但し本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する。第一審及び原審における訴訟費用は全部被告人の負担とする。理由弁護人本村善太郎、同安平政吉、同高橋諦の上告趣意第一点ないし第五点は、いずれも事実誤認の主張、同第六点は、事実誤認、単なる法令違反の主張、同第七点は、事実誤認、単なる法令違反の主張のほか判例違反をも主張するが、その違反する判例を具体的に示しておらず、同第八点は、単なる法令違反の主張であつて、いずれも適法な上告理由に当らない(同弁護人ら提出の昭和三六年一二月八日付上告趣意書追完の申立書は、上告趣意書を差し出すべき最終日を経過した後の提出にかかるもので採用することをえない)。なお、職権により調査すると、原判決は、被告人がその職務に関し請託を受けAをしてBにその代金合計三一八万三〇〇〇円を受領させて合計四八万八〇〇〇円の利益を供与せしめたとの第一審判決の確定した事実につき、金四八万八〇〇〇円は情を知つた第三者たるBが収受した賄賂で、これを没収することができないものとして、昭和三三年法律第一〇七号附則第二項および同法律による改正前の刑法第一九七条の四により同人からこれを追徴しているのである。しかし、憲法二九条一項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同三一条は、何人も法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているところ、前記第三者に対する追徴は、被告人に対する刑と共に言渡されるものであるが、没収に代わる処分として直接に第三者に対し一定額の金員の納付を命ずるものであるから、当該第三者に対し告知せず、弁解、防禦の機会を与えないで追徴を命ずることは、適正な法律手続によらないで財産権を侵害する制裁を科するものであつて、憲法の右規定に違反するものといわなければならない。然るに、前記刑法一九七条の四は、情を知つた第三者の収受した賄賂の全部又は一部を没収することができないときはその価額を追徴する旨を規定しながら、その追徴を命ぜられる第三者に対する告知の手続及び弁解、防禦の機会を与える手続に関しては刑訴法その他の法令になんら規定するところがなく、本件においても、第三者たるBは単に証人として第一審裁判所及び原審裁判所において取調べられているのに過ぎないのであるから、右手続を履むことなく刑法の右規定によつて同人から賄賂に代わる価額を追徴することは、憲法三一条、二九条に違反するものと断ぜざるをえない。原判決は、この点において破棄を免れない。よつて刑訴法四一〇条一項本文、四〇五条一号、四一三条但書により原判決を破棄し、被告事件につき更に判決する。原審の是認する第一審判決の確定した事実に法律を適用すると、被告人の判示所為は刑法一九七条の二に該当するので、その刑期範囲内で被告人を懲役一年に処し、同法二五条一項を適用して本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予し、訴訟費用につき刑訴法一八一条一項本文を適用し主文のとおり判決する。この判決は、裁判官山田作之助の意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

山田作之助の意見は次の通りである。わたくしは、多数意見と、その結論を同じくするのであるが、その理由を異にするので、その次第を次のように述べる。一、憲法三一条が「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定し、同三二条において、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と定められている以上、国家に、実体法上(刑法、関税法等)の刑罰権(処分権)が認められていても、これを具体的に実現するためには、厳格なる法的手続が要求されている。そして、近代的刑事手続にあつては、被告人の利益を保護するために、当事者訴訟の構造をとつているのであつて、我が国の刑事訴訟法もまた、当事者訴訟主義をとつていることはいうまでもない。二、右のように、当事者訴訟の構造をとつている我が刑事訴訟法においては、被告人に対してなされたる訴訟手続にもとづき、被告人に対して言い渡される判決の直接の効力が、訴訟当事者となつていない被告人以外の第三者にまで及ぶということは認められていない(このことは当事者訴訟主義をとつている近代訴訟における民事訴訟法、刑事訴訟法、破産法等を通じて確立されている訴訟法上の基礎原理の一つである―昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日言渡大法廷判決〔刑集一六巻一一号一五九三頁〕におけるわたくしの少数意見参照)。多数意見が、原判決は、第三者たるBに対し告知せず、弁解、防禦の機会を与えずして同人より追徴をなすこととした点において違法があるとしているが、わたくしは、Bを、訴訟上の防禦並びに不服申立等の権限を有する訴訟当事者として参加せしめて、はじめて同人より追徴をなすことを得ると解するものである。三、原判決主文四項は「本件により収受した利益金四八万八〇〇〇円はBからこれを追徴する」としているのであるが、右Bは、本件訴訟において起訴されていないばかりでなく、訴訟手続上防禦並びに不服申立等の権限を保障された者として本件訴訟手続に参加もしていないから、本件の訴訟当事者とはいえないものである。被告人Cに対する本件刑事訴訟手続で同被告人に対して言い渡された本件判決は、第三者たるBに対しては、法律上何等の効力を及ぼすものでないことは論をまたない(前掲大法廷判決におけるわたくしの少数意見参照)。従つて、「Bから追徴する」との部分は、法律効果を伴わない無意味の記載というほかなく、しかもこの記載により世人に何等かの誤解を生ぜしめるおそれなしとしない。いうまでもなく、判決主文は、判決中最も重要なる部分であるから、その主文にこのような法律上意味のない事項の記載を容認するが如きことは到底許されざる処で、原判決中、この点に関する部分は、破棄を免かれないものである。

検察官平出禾公判出席昭和四〇年四月二八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、入江俊郎、奥野健一、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、草鹿浅之介、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、柏原語六、田中二郎、松田二郎、岩田誠

2最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号300頁(被告人が代表者である農協支部の第三者性)

主文本件各上告を棄却する。

理由被告人A本人の上告趣意(二通)は、事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、上告適法の理由に当らない。(本件において追徴を命ぜられたB農業協同組合a支部につき、法人格こそ有しないが、独立の会計を有していることなどにより、独立の団体としての実質を具えているとして、刑法一九七条の二および同一九七条の五にいう第三者にあたるとした原判決の判断は正当と認められる。)被告人A、同C、同D、同E、同F、同Gの弁護人三木今二の上告趣意第一点および第二点は、判例違反をいう点もあるが、引用の判例はいずれも本件と事案を異にして適切でなく、その余は事実誤認、単なる法令違反の主張に帰し、すべて上告適法の理由に当らない。同第三点中、憲法二九条、三一条違反および判例違反をいう点について。本件においてB農業協同組合a支部は被告人以外の第三者ではあるが、その代表者である被告人Aが公判手続を通じ本件犯罪事実につき弁解、防禦の機会を与えられていたことは記録上明らかであるから、同組合支部も、結局これに対する本件追徴につき実質上弁解、防禦の機会が与えられていたものと認められる。それ故、同組合支部に、これに対する本件追徴につき弁解、防禦の機会が与えられなかつたことを理由とする右違憲、判例違反の主張は採るをえない(昭和三七年(あ)第一八六六号同三九年七月一日大法廷判決、刑集一八巻六号三二三頁参照)。同第三点中その余の部分は単なる法令違反の主張であつて、上告適法の理由に当らない。被告人Hの弁護人前堀政幸の上告趣意第一点および第二点は、判例違反をいう点もあるが、引用の判例はいずれも本件と事案を異にして適切でなく、その余は事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であつて、すべて上告適法の理由に当らない。同第三点中判例違反をいう点は、前記弁護人三木今二の上告趣意第三点中判例違反をいう部分と同じく採るをえないものであり、その余は単なる法令違反の主張であつて、上告適法の理由に当らない。また記録を調べても刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。よつて、同四〇八条により主文のとおり判決する。この判決は、裁判官奥野健一の補足意見、裁判官山田作之助、同横田正俊、同松田二郎、同岩田誠の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

奥野健一の補足意見は次のとおりである。刑法一九七条の二および一九七条の五にいわゆる第三者供賄罪に関して、没収又は追徴を命ぜられる第三者とは、必ずしも自然人に限られず、法人は固より、法人格を有しない団体であつても、代表者の定めある独立の団体として、財産を保有し得るものであれば足り、その団体が犯罪能力又は刑訴法上当事者能力を有するか否かは問うところではない。右没収又は追徴は賄賂をその収受した第三者の手に残さないために、現に賄賂が残存するならばこれを没収し、若し残存しないならば、これを金円に見積り、その金額を追徴するのであるから、財産を保有し得る独立の団体であれば、たとえ、その団体が法人格を有しなくても、第三者としての被没収、被追徴の適格を有するものと解すべきである。若し、右第三者が法人格を有することを要件とするならば、例えば、ある市の市長が偶々某政党の支部長を兼ねている場合に、その市長に対し、ある申請が出されたとき、その申請の許可に対するお礼として、その政党支部に寄附名義をもつて、金員を供与せしめたような場合に、その賄賂の没収又は追徴ができないことになる。没収又は追徴はその第三者自身に対する附加刑ではないから、その第三者に被可罰能力のあることを必要としない。また、その第三者は当該刑事事件の当事者ではないのであるから、刑訴法上の当事者能力を有することも必要ではない。そして、第三者たる団体に対し追徴を執行するには、その団体自身の財産を限度とし、その構成員個人の財産には及ばない。けだし、人格なき社団の財産は、法律上その構成員の合有乃至総有に属し、その債務についても構成員は団体の財産を限度とする有限責任を負うに止まるからである。従つて、構成員たる個人は追徴を命ぜられるものではないのである。本件において、B農協a支部は原判決の確定する事実関係の下では、法人格こそ有しないが、独立の団体としての実質を具えているものと認められるから、右刑法一九七条の二、同一九七条の五にいわゆる第三者に該当するものと解すべきである。本件a支部に、賄賂の収受者たる第三者として、追徴を命ずるには、その代表者に対して弁解、防禦の機会を与えることを要するのであるが、本件においては、その代表者であるAは本件第三者供賄罪の被告人として取調を受けているのであるから、被代表者たる右a支部のためにも、代表者として弁解、防禦の機会を実質的に与えられていたものであり、また、改めて右a支部に対して弁解、防禦の機会を与えるとしても、結局代表者である右Aにその機会を与える以外に方法はないのであるから、改めて形式上右a支部に対して、かかる弁解、防禦の機会を与える必要がないものと解すべく、従つてこの点について、原判決及び第一審判決に憲法違反の廉はない。

山田作之助の反対意見は次のとおりである。一、実体法上(刑法、関税法等において)刑罰権(処分権)が認められていても、(例えば第三者より追徴金等を徴収し得る旨の規定が設けられていても)それは、抽象的に処罰条件を具備することにより国家に刑罰権が発生しているというに止まり、これを具体的現実に実現するには、必ず刑事訴訟法(若しくはその附属の法令)の定めるところに従い、各人について具体的に刑罰権(処分権、追徴権)の存在することを確定せしめなくてはならないことは言う迄もない。このことは、憲法三一条が「法定の手続の保障」を規定し、三二条が「何人も裁判を受ける権利を奪われない」と定めている、これ等憲法上の要請から生ずる当然の帰結である。二、そして、刑事訴訟法では、被告人に対して言い渡される判決の効力が直接被告人以外の第三者に及ぶと言うことは、認められていない。けだし近代的刑事手続にあつては、被告人の利益を保護するため、当事者訴訟の構造をとつており、わが刑事訴訟法も勿論当事者訴訟主義を採用しているのであるから、従つて、被告人に対してなされる訴訟手続ならびに同人に対して言い渡される判決の効力が、直接訴訟の当事者となつていない第三者に及ぶべきものではないことは自明のことである。このことは、当事者訴訟主義をとる訴訟法においては、民事、刑事を通じ確立している現時訴訟上の基礎原理の一つであるというべきである(昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日言渡大法廷判決、刑集一六巻一一号一五九三頁、ならびに昭和三六年(あ)第一五一〇号昭和四〇年四月二八日言渡大法廷判決における各わたくしの意見参照)。三、原判決は、第一審判決が主文第四項において、「京都市農業協同組合a支部から金三十三万三百六十円を追徴する」と記載しているのをそのまま維持しているのであるが、右B農業協同組合a支部は、本件においては起訴されておらず、訴訟当事者となつていない第三者である。したがつて、本件追徴を命じた第一審判決が訴訟当事者たる各被告人に言い渡されたとしても、第三者たる農協a支部には何等効力を及ぼすものでなく、その関係においては右追徴の部分は全く意味のないものであるから、かかる意味のないことを掲げている第一審判決およびこれを維持した原判決は、この部分について破棄を免れないものといわなくてはならない。なんとなれば、判決の主文は、判決中最も重要なる部分であるから、ここに法律上無意味な事項の記載があることは、許されないからである。

横田正俊の反対意見は次のとおりである。私は、被告人Aを被告人として審理しただけで、B農業協同組合a支部に対し追徴を命じた第一審判決を維持した原判決は、憲法二九条、三一条に違反するものであるから、右部分につき原判決は破棄を免れないものと思料する。その理由は、岩田誠裁判官の反対意見に示されたところと同一であるので、それを引用する。

松田二郎の反対意見は次のとおりである。多数意見はB農業協同組合a支部を刑法一九七条の二および同一九七条の五にいう第三者にあたるものとし、これに追徴を命じた原判決の判断を正当とするのである。私はこの多数意見に対し、次の諸点よりして反対するものである。(一)思うに、多数意見が右a支部に対して追徴を命じ得るものとしたのは、右支部が「法人格こそ有しないが独立の団体としての実質を具えている」ということを前提としているのである。しかしながら、右支部を果して「独立の団体」と認め得るであろうか。これが先ず検討すべき根本的な疑問である。この点について、原審は次のごとく判示している。曰く「B農協a支部はB農協の支部の一つであり、従つて独立の法人格を有しないことを認め得るけれども、同支部は支部長、副支部長、会計係を置き、同支部の区域内の一二部落から評議員を選出し、B農協本部とは独立の会計を持つて事業を営み、同支部の前身である農業会の時代に有していた財産は、一応京都市農協の所有名義となつているものの、事実上、同支部だけの決議でこれを処分することができ、同支部の負債は同支部において支払わねばならないこととなつていて、本件の寄附金もa支部の一般資金として一括して保管され、同支部の費用に一部支出されていることを認めることができるのである。そうしてみると、同支部は法人格こそ有しないが、独立の団体としての実質を具えていると認められる」と。もとより支部名義の団体であつても、それが単に支部たる名称を有するに止まり、法律的には本部とは別個の存在を有し独立の団体であることが稀有の事例としてあり得るが(最高裁判所昭和三五年(オ)第一〇二九号同三九年一〇月一五日判決の事例参照)、しかし、かかる場合には、その団体が組織上独立したものであることを認めるに足る判示を必要とする。ただ「独立の団体としての実質を具えている」というだけでは、説明にならないことはいうまでもない。しかるに、原判決の右判示によつては、a支部がB農業協同組合とは別個の存在を有するところの独立した団体であるとは認め難い。いうまでもなく農業協同組合は法人であるが、原判決の判示によれば、a支部はその名称の示すごとく「支部」であり、すなわち、法人格ある京都市農業協同組合の「一つの支部」であると認め得るに過ぎない。原判決はa支部の組織を説明するが、これを以て同支部が独立の団体たることを示すものと認め難い。その判示する組織は、「支部」としての組織を示すに止まるものと認められるからである。しかして、およそ団体の支部が「支部としての組織」を有することは当然である。しかるに、もし団体の支部が支部としての組織を有することに立脚して、その支部が独立の団体であるというならば、おそらく、団体の支部の多くのものは本部とは別個の存在であり、法人格のない独立の団体と認められるに至ろう(会社の支店についても同様のことが認められるに至ろう)。かかる見解の失当なことは、言うを俟たない。しかるに、多数意見は、本件において追徴を命ぜられたa支部について、「法人格こそ有しないが、独立の会計を有していることなどにより、独立の団体としての実質を具えているとして、刑法一九七条の二および同一九七条の五にいう第三者にあたるとした原判決の判断は正当と認められる」という。これより見れば多数意見は、a支部が「独立の会計」を有していることを以て、同支部が独立の団体たることを示す重要点と考えるもののごとくである。私はここにいう「独立の会計」の意味を必ずしも明らかに把握し得ないが、企業に例をとつてみれば、企業には本店、支店、工場、事業場等があつて、各経営が分散している場合には、各経営がそれぞれ独立の会計単位を構成していることがあるが、しかし、そのことは決して各独立の会計単位が法律上において、それぞれ独立の団体であることを意味するものでないことはいうまでもない。現に農業協同組合法自体が会計主任を選任し、主たる事務所又は従たる事務所において、その業務を行わせることができる旨規定していることは(同法四二条)、支部の会計が本部のそれとは別個に独立して取扱われ得ることを示しているものと解されるのである。しかし、そのことが支部が法律上、独立の団体であることを示すものでないことはいうまでもない。叙上の見地に立つとき、a支部は正にその「支部」という名称の示すとおり、京都市農業協同組合という法人の「支部」に過ぎないものと認められる。従つて、この「支部」に対して追徴を科した原判決は、憲法二九条一項に違反するものといわなければならない。けだし、京都市農業協同組合の財産を不当に侵害するものに外ならぬからである。されば、この支部を独立の団体であるとし、同支部に追徴を命じた原判決は違憲であり、この原判決を是認する多数意見は、私の到底賛し得ないところである。(二)次に右a支部が、仮に多数意見のいうごとく法人格のない独立の団体であるとしても、なおこれに追徴を命じ得ることについては、疑問なきを得ない。もつとも、追徴は没収の換刑処分であつて刑罰そのものではないにせよ(刑法九条参照)、追徴の有する財産刑的色彩を全面的に否定し去ることはできないであろう。そうであるならば、人格のない団体を処罰する旨の特別の規定がない本件の場合において、a支部を人格のない団体であると認めながら、これに対して追徴を命ずることは、法の許さないところであり(このことは民事訴訟法上においてすら、法人に非ざる社団は、特別の規定(民訴四六条)によつて初めて、当事者能力が認められることと対比しても、明らかであるといえよう)、憲法三一条に違反するものというべきである。(三)しかも本件は、単に人格のない団体に追徴を命じ得るかという問題に関するだけでなく、もしa支部が人格のない団体であるならば、このa支部を刑法一九七条の五の第三者に該当するものとして、これに追徴を命ずるには、その代表者に対して弁解、防禦の機会を与えることによつて、a支部そのものに対して弁解、防禦の機会を与えたものといい得るかの問題に関する。多数意見はそれを以て足ると主張する。しかし、私はかかる見解には、賛成し得ないのである。けだし、a支部を法人格ある団体、すなわち法人の場合と同様に律し得ないからである。ここにおいて、人格のない団体とは何を意味するかということについて、一言する必要を覚える。思うに、いわゆる権利能力のない社団が人格のない団体のうちに含まれるのは当然であるが、組合もまた法人格を欠く人的結合であるから、このうちに含まれるものと解される。けだし、近時の学説は組合を以て単なる契約関係と見ないで、これを社団と竝ぶところの団体法的結合と解しているからである。今本件において、検討すべきことは、「a支部」が仮に人格を有しない独立の団体であるとしたとしても、それが権利能力のない社団であるか、あるいは組合であるかという問題であり、a支部がそのいずれに属するかによつて判断を異にするに至るからである。(1)まず、a支部が権利能力のない社団であるとしたならば、その財産といわれるものは、各社員個人の財産より分離した別個の特別財産を構成し、この特別財産から追徴を命ぜられた額を支払うこととなる。しかし、この団体に権利能力がない以上、この特別財産なるものは、実質上は社員の総有に属するものに外ならない(社員に対する出資請求権もこの特別財産のうちに含まれるのである)。従つて、a支部に命ぜられた追徴は、実質上社員の支払うところなのである。そしてこのa支部という権利能力のない社団において、その社員がこの支部の債務について、出資額以上の責任を負担しないとしても、この支部の債務が実質上社員の債務であることには、何等の差異はない。けだし、この場合、社員はa支部の債務を自己の債務として負担しつつ、ただその責任が出資額に限定されるに過ぎないからである。すなわち、社員は真の意味の有限責任を負うのである(株主の有限責任といわれるもののように真の有限責任でないものと区別して考えることを要する)。従つて、われわれは本件においてa支部に対する追徴とは、その社員に対する追徴であることを知らなければならない。思うに、第三者に対する追徴は、没収に代わる処分として直接に第三者に対し一定額の金員の納付を命ずるものである以上、当該第三者に対して告知せず、弁解、防禦の機会を与えないで追徴を命ずることは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するものであり、憲法二九条一項、三一条に違反するものといわなければならないのである。しからば、本件において、a支部を権利能力のない社団であるとして、これに対して追徴を命ずることは、所詮総社員に対して追徴を命ずることに外ならないから、追徴につき総社員に告知し、弁解、防禦の機会を与えなければならない。もし、この手続を履まないで単にその代表者にのみ弁解、防禦の機会を与えるに止まるときは、その追徴は、右憲法の条項に違反することとなるのである。(2)もしa支部が独立の団体ではあるが、組合であるとしたならば、これに対する追徴については、構成員たる者すべてが直接にその債務を負担すべきこととなる(しかも権利能力のない社団の場合と異り、その債務は出資額に限定されない)。従つて、a支部に追徴を命ずるには、その構成員全部に対して弁解、防禦の機会を与えなければならないことは明らかである。しかも、原判決の判示によればa支部について果していかなる定款があるか、社員総会があるか、多数決原則が行なわれるなど、「社団」としての組織上有すべき本質的特徴について充分に判示するところがない。従つて、原判決の判示により、もしa支部が独立の団体と認められるならば、それが権利能力のない社団ではなく、組合であると認められる余地が少なくない。そして、もしa支部が組合的結合であつたならば、これに対し追徴を命ずるには、その代表者のみに告知し、弁解、防禦の機会を与えるのみにて足りないことはいうまでもない。もし代表者のみに告知し、弁解、防禦を与えたに過ぎないときは、その追徴は前記憲法の法条に違反するものといわなければならないのである。要するに、私は叙上の諸点よりして、多数意見に反対するものである。(四)なお仮にa支部が多数意見のいう如く追徴を受けるに足る独立の団体であるとしても、その代表者たる被告人Aを被告人として審理しただけで、改めて右a支部に追徴について告知せず、弁解、防禦の機会を与えることなく、これに追徴を命ずることは、憲法二九条一項、三一条に違反すると考える。その理由は、岩田裁判官の意見に示されたところと同一なので、これを引用する。

岩田誠の反対意見は次のとおりである。私は、原判決の是認した第一審判決が京都市農業協同組合a支部に追徴を命じたことは失当であるとする松田裁判官の意見に同調するものである。しかし仮に、右組合a支部が多数意見のいうが如く追徴の言渡を受けるに足る独立の団体としての実質を具えたものとしても、その代表者たる被告人Aを被告人として公判審理をしただけで、改めて右組合a支部に追徴について告知し、弁解、防禦の機会を与えることなく、これに追徴を命ずることは違憲であると思料する。公務員がその職務に関し請託を受けて、第三者に賄賂を供与せしめたいわゆる第三者供賄罪について、刑法一九七条ノ五の規定により、その第三者たる自然人からその収受した賄賂を没収することができないとき没収に代わるものとしてその価額を追徴する場合に、当該第三者に対し、告知せず、弁解、防禦の機会を与えないで追徴を命ずることは、適正な法律手続によらないで財産権を侵害するもので憲法二九条、三一条の規定に違反するものといわなければならないことは、昭和三六年(あ)第一五一〇号収賄被告事件についてした当裁判所大法廷判決(昭和四〇年四月二八日言渡)の判示するところである。

多数意見は、本件において賄賂を収受した第三者たる京都市農業協同組合a支部の代表者は、被告人Aであり、同被告人が公判手続を通じ本件犯罪事実につき弁解、防禦の機会を与えられたから、同組合支部も結局これに対する本件追徴につき実質上弁解、防禦の機会が与えられたものと判示して、同組合支部は賄賂たるの情を知つてこれを収受した第三者であり、同組合支部に対する追徴は正当であるとした原判決を支持しているのである。しかし、前記大法廷判決は、賄賂を収受した自然人たる第三者が、第三者供賄罪を犯したとされる公務員に対する被告事件の公判手続において、単に証人として取調べられているに過ぎない場合に、右第三者に対し、告知の手続、及び弁解、防禦の機会を与える手続を履むことなく、これに追徴を命ずることは、前記憲法の規定に違反すると判示しているのである。してみれば公務員がいわゆる第三者供賄の罪を犯し、その賄賂を収受した第三者が法人等の団体であり、偶々その公務員がその法人等の代表者であつた場合に、その公務員が自己の刑事被告事件で公判審理を受けたことを以つて、その第三者たる法人等が追徴について、実質上、弁解、防禦の機会を与えられたものとすることは正当とはいえない。第三者たる法人等が追徴を命ぜられることは、その法人等にとり不利益な事柄であり、その代表者たる公務員が自己に対する公判手続で被告人として弁解、防禦するところは、必ずしもその法人等の利益とは限らず(真実は公務員が自己に賄賂を収受するものであるのに、その法人等に、賄賂が寄贈された如く弁解することもあり得る)、右被告人としての弁解、防禦を以つて、直ちに、これを第三者たる法人等の為にした追徴についての弁解、防禦であるとすることはできないからである。多数意見は、この点について昭和三七年(あ)第一八六六号同三九年七月一日言渡大法廷判決を引用するけれども、右判決は、株式会社の代表取締役らが関税逋脱物を有償取得する罪を犯し、その犯罪貨物が、自己が代表する会社の所有に帰し、右会社自体起訴されてはいないが、関税法違反の犯人に当る場合であり、かかる事案につき起訴された被告人らに対し、第三者たる会社所有の犯罪貨物の没収を言い渡したものである。然るに本件では、判示組合a支部は何ら犯罪を犯したものではなく、又同組合支部は起訴し得ないし、従つて被告人でもないのに、主文においてこれに追徴を命じているのであつて、右引用の大法廷判決の事件とは全く性質を異にするものである。従つて右大法廷判決は本件に引用するに適しないものである。以上考察するところによれば、本件においては、被告人Aに対する公判審理手続のほかに、更に第三者たる前記組合a支部に対し、追徴につき告知し、弁解、防禦の機会を与える手続を必要とするものといわなければならない。然るに右のような手続に関しては、刑訴法その他の法令になんら規定するところがなく、本件においても告知もなく、弁解、防禦の機会も与えられていないのであるから、右組合a支部に対し追徴を命ずることは、前記憲法の各規定に違反するものである。そして、第一審判決の京都市農業協同組合a支部に対する追徴は、被告人Aに対する刑と共に言い渡されたものであるから、第一審判決中、同被告人に関する部分並びに右組合支部に追徴を命じた部分及び原判決中右第一審判決を維持した部分は、この点においても破棄を免れないものである。

昭和四〇年四月二八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官横田喜三郎、入江俊郎、奥野健一、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、柏原語六、田中二郎、松田二郎、岩田誠

1最大判昭和35年2月10日民集14巻2号137頁(当該法律関係に無関係な法規の違憲主張)[農地法]

３０頁

2最判昭和36年10月12日裁判集民55号133頁[公職選挙法]

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。

理由上告人の上告理由一について。現行の選挙制度が所論指摘の如く欠陥を有することは、これを認めるに吝ではないが、それが故に選挙の結果が憲法の理想に反するものと断じ難いばかりでなく、選挙の結果が憲法の理想に反するからといつて、現行公職選挙法が所論にいわゆる憲法の基本路線を逸脱しているものと逆説適に論断することを得ないことも、また論を俟たないところである。所論はるる論述するが、公職選挙法の如何なる法条が違憲なりや否やは的確にこれを示さず、ただ漫然と前示の如き理由を以て公職選挙法という法体系を全体的に違憲であると主張するものである。しかし、かくの如き違憲の主張は本来許されないものであることは当裁判所判例(昭和三五年二月一〇日大法廷判決、当裁判所民事判例集一四巻二号一三七頁以下)の趣旨として示すところであるから所論は採用に値しない。

同二、三について。選挙が無効となるのは当該選挙が選挙の規定に反することだけでは足りず、それが選挙の結果に異動を及ぼすおそれのある場合たるを要することは、公職選拳法二〇五条一項の明定するところである。なお、当裁判所の判例によれば、選挙の規定の明文に反しなくとも選挙の自由公正が著しく害された場合も選挙は無効となるものと解されている。さすれば、候補者が公営立会演説会に出席することが義務制であるや否やの点は別論として、所論候補者が所論公営立会演説会に出席しなかつたことが直接に本件選挙の結果に異動を及ぼす関係にあつたものとも考えられず、また、これがため本件選挙の自由公正が著しく害されたものとも考えられない本件において(右二点については原審において上告人から特に主張がなされた事跡は認められない)、本件選挙が所論選挙の規定に反したからといつて、その一事でこれを無効と断ずることのできない筋合にあるものと言わなければならない。従つて、この点に関する所論は上告人独自の所見というの外なく、採るを得ない。その余の所論は本件選挙が無効たることを前提とし、この無効を確認しなかつたことを理由として原審判決に違憲のかどあるが如く非難するものであるから、所論は結局その前提を欠くに帰し、採るを得ないものとする。よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で主文のとおり判決する。

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官下飯坂潤夫、斎藤悠輔、入江俊郎、高木常七

3最決昭和38年10月3日裁判集刑148号669頁[自転車競技法]

主文本件上告を棄却する。

理由弁護人鈴木政行の上告趣意一の第一点は、自転車競技法は憲法一四条、二五条に違反する違憲立法であると主張するが、所論は適用法条についての具体的な論難ではなく、適法な上告理由に当らない(昭和三一年(オ)三二六号同三五年二月一〇日大法廷判決、民集一四巻二号一三七頁、昭和三四年(あ)一六六五号同三五年二月九日第三小法廷決定、刑集一四巻一号九二頁参照)。同第二点および第三点は、自転車競技法一七条二号にいわゆる勝者投票類似の行為は不特定多数人を対象とする場合に限ることを前提として、違憲の主張をするものであるが、右行為は、同法一九条二号にいわゆる車券購入受託行為と異なり、必ずしも不特定多数人を対象とする場合に限らないこと明白である。したがつて、違憲を主張する所論は前提を欠く。同二の第一点は事実誤認の主張であり、同第二点は事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であり、同三は違憲をいうが、実質は量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。よつて、同四一四条、三八六条一項三号によ、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和三八年一〇月三日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官斎藤朔郎、入江俊郎、下飯坂潤夫、長部謹吾

1最大判昭和23年12月1日刑集2巻13号1661頁(違憲主張された法令適用と憲法判断)[食糧管理法]

２８頁

2最大判昭和23年12月8日刑集2巻13号1711頁[食糧管理法]

主文本件上告を棄却する。

理由弁護人馬淵分也の大法廷開廷申立書第一乃至第三及び上告趣意第四点について。憲法第二五条は「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」と規定している。そして食糧管理法は、新憲法施行前の法律ではあるが、所論のごとく、国民食糧の確保及び国民経済の安定を図るため、食糧を管理し、その需給及び価格の調整並びに配給の統制を行うため制定せられた法律であることは、同法第一条によつて明白であるから、その制定の目的は、公共の福祉すなわち国民全般の食生活その他一切の経済生活を安定確保するにある。そして、その目的を達成する手段として同法第二条において、先ず政府の管理すべき国民食糧の範囲を勅令(政令)を以て定めるいわゆる主要食糧に限定し、同法第三条乃至第三〇条において、その主要食糧を管理する基本方針として、主要食糧の生産者からその余剰食糧を供出せしめ、これを一般消費者に対し、出来得る限り多く配給せんとすることを規定したものである。されば国民中食糧生産者は、この法律によつて直接その生命又は生活を害せられることなく、また、一般消費者は、この法律によつて寧ろその生命又は生活を保障せられるのであるから、同法は憲法第二五条所定の国民の生活権を害するものではなく、寧ろこれを擁護する立法であるといわねばならぬ。しかるに所論第一は食糧管理法の第二条以下第三〇条迄の規定では、その目的の運用に相当する規定がないため、憲法第二五条謂うところの国民の健康で文化的最低限度の生活を営む権利を擁護することができないから、食糧管理法は右憲法規定の違反であるというにある。しかし、仮りに所論食糧管理法の規定では、同法の目的達成に相当でなく、従つて憲法第二五条所定の生活権を擁護するに充分でないとしても、かかる主張は、立法不備の非難たるに止まり、現存する食糧管理法をして、その目的を同じくする憲法第二五条の規定に牴触せしめ、惹いて、その条規に適合しない違憲立法たらしめる理由となるものでないこと、前述の説明により多言を要しないところである。それ故所論第一は憲法適否の上告理由として到底採用するを得ない。次に、政府の主食糧配給処分が仮りに所論第二のごとく、憲法違反であるとしても、その処分の如何は、原判決に何等影響を及ぼすものでないこと明白である。従つて、本件刑事判決における上告理由として、これが行政処分の取消を求めることは全く筋違いであつて、上告適法の理由とならない。それ故論旨第二も採るを得ない。以上のごとく論旨第一、第二は採用することできないものであるから、従つてこれを前提とする論旨第三及びこれらの論旨を援用する上告趣意第四点はいずれもその理由がない。

同上告趣意第一点について。しかし、所論は要するに原判決の事実認定の手続が憲法第三八条、刑訴応急措置法第一〇条各第三項に違反するというに帰する。そして、本上告は、刑訴第四一六条所定のいわゆる飛躍上告であつて、かかる上告は、刑の廃止若しくは変更又は大赦あつたことを理由とする外「判決ニ依リ定リタル被告事件ノ事実ニ付法令ヲ適用セズ又ハ不当ニ法令ヲ適用シタルコトヲ理由トスルトキ」でなければ上告をなすことを得ないものである。然るに本論旨は、右の各場合に当らないから、飛躍上告適法の理由とならない。同第二点及び大法廷開廷申立書第四について。しかし、裁判所は、所論のごとく、法令に対する憲法審査権を有し、若し或る法令の全部又は一部が、憲法に適合しないと認めるときは、これを無効としその適用を拒否し得るものであると共に、有罪の言渡をなすには、その理由において必ず法令の適用を示すべき義務あるものであるから、当事者において、或る法令が憲法に適合しない旨の主張をした場合に、裁判所が有罪判決の理由中にその法令の適用を挙示したときは、すなわち、その法令は憲法に適合するとの判断を示したものに外ならないと見るを相当とする。それ故原審における所論の主張に対して、特に憲法に適合する旨の判断を積極的に表明しなかつたからと言つて、所論のように、判断を示さなかつた違法ありといえない。従つて本論旨は、いずれもその理由がない。同第三点について。しかし、所論の審理不尽理由不備の論旨は、上告趣意第一点について説明した理由により、本件飛躍上告適法の理由とならない。

上告趣意第一点についての理由に関し、裁判官真野毅の少数意見は、次のとおりである。本件は、いわゆる飛躍上告事件である。刑訴第四一六条第一号によれば、「判決により定りたる被告事件の事実に付、法令を適用せず、又は不当に法令を適用したることを理由とするとき」においては、区裁判所又は地方裁判所においてした第一審の判決に対し控訴をしないで上告をすることができる。それは、第一審裁判所が認定した事実そのものについては別段異議はないが、ただその事実に対して適用すべき法令を適用しなかつたとか、又は適用すべからざる法令を不当に適用したとかについてのみ異議があることがある。かかる場合には、単に法令の適用の当否だけを争うのであるから、控訴審の一段階を飛び越えて直ちに法律審である上告裁判所え上告してその法律判断を受け得ることの方が、当事者の便宜から言つても、訴訟経済の上から言つても、好ましく適当であると言わなければならぬ。これが、前記法条で飛躍上告の認められている立法趣旨である。されば、この飛躍上告の上告理由は、本質上法令適用の当否の点だけに限定せらるべきであつて、事実関係は、確定不動のものとして争うことを許されないのである。所論は、前記法条に「被告事件の事実に付不当に法令を適用したること」とある中には、「被告事件の事実認定につき不当に法令を適用したること」をも含むものと解したもののごとくである。成程法文を形において卒然として読めば、さように読み違い易い点がないこともない。他にも時々同じ様な事例が起る。しかし、これはその立法趣旨を理解しないことに基くものであつて、その誤りであることはまさに前述のとおりである。だから論旨のように、事実認定又はその前提たる証拠の取捨に対する非難攻撃を加えることは、何れも飛躍上告適法の理由とはならない。(多数説は、単に論旨が、刑訴第四一六条に掲げる何れの場合にも当らない、というだけの理由を述べているに過ぎない。これは、間違つてはいないが、あまりにも漠然とした一般的、抽象的な判示の仕方であつて、焦点がピツタリ論旨に合つていない感がする。判決は、特殊的、具体的な上告趣意を対象とする判断であるから、当然の帰結として十分特殊性、具体性をそなえた的確な判示をすることが、正しく、厳しい判決態度―これは従来あまり論ぜられていないが非常に根本的な重大な問題である―であらねばならぬ、とわたくしは平素から確信している。たまたまこの機会に少数意見に託して所懐の一端を述べたまでのことである。)以上の理由により、刑訴第四四六条に従い主文のとおり判決する。この判決は、理由に関する少数意見を除き、裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官安平政吉関与。

昭和二三年一二月八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官塚崎直義、長谷川太一郎、沢田竹治郎、霜山精一、栗山茂、真野毅、島保、齋藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介、

小谷勝重は差支えにより署名捺印することができない。

3最大判昭和23年12月22日刑集2巻14号1845頁[食糧管理法]

主文本件上告を棄却する。

理由弁護人馬淵分也の上告趣意第一点について。論旨は、要するに原判決が被告人の自白を唯一の証拠として判示事実を認定したことが、憲法第三八条、刑訴応急措置法第一〇条各第三項に違反するというに帰する。しかし本上告は、第一審の判決に対してなされたいわゆる飛躍上告であつて、かかる上告は、刑事訴訟法第四一六条により、刑の廃止若しくは変更又は大赦のあつたことを理由とする外、「判決ニ依リ定リタル被告事件ノ事実ニ付法令ヲ適用セス又ハ不当ニ法令ヲ適用シタルコトヲ理由トスルトキ」でなければなすことを得ないものである。論旨は、右の何れの場合にも該当しないから、適法な上告理由とならない。

同第二点について。しかし、裁判所は所論のごとく、法令に対する憲法審査権を有し、若し或る法令の全部又は一部が憲法に適合しないと認めるときは、これを無効とし、その適用を拒否し得るものであると共に、有罪の言渡をなすには、その理由において必ず法令の適用を示すべき義務あるものであるから、当事者において、或る法令が憲法に適合しない旨の主張をした場合に、裁判所が有罪判決の理由中にその法令の適用を挙示したときは、すなわち、その法令は憲法に適合するとの判断を示したものに外ならないと見るを相当とする。それ故原審における所論の主張に対して、特に憲法に適合する旨の判断を積極的に表明しなかつたからと言つて、所論のように判断を示さなかつた違法ありとは云えない。従つて本論旨はいずれもその理由がない。なお食糧管理法が憲法第二五条に違反するものでないことは、既に当裁判所の判例の示すとおりである。(昭和二三年(れ)第二〇五号事件、同年九月二九日言渡大法廷判決参照)同第三点について。論旨は、原審が弁護人のした証拠申請を却下して事実の認定をしたことを以て、審理不尽、理由不備の違法にあたるというにある。しかし、かような主張は、刑事訴訟法第四一六条の規定する何れの場合にも該当しないから、上記第一点において述べたと同じ理由により、飛躍上告適法の理由となり得ない。同第四点について。所論の大法廷開廷申立なるものは、本件については提出されていないから、これについては判断を示すことができない。

上告趣意第一点及び第三点についての理由に関し、裁判官真野毅の少数意見は、次のとおりである。本件は、いわゆる飛躍上告事件である。刑訴第四一六条第一号によれば、「判決により定りたる被告事件の事実に付、法令を適用せず、又は不当に法令を適用したることを理由とするとき」においては、区裁判所又は地方裁判所においてした第一審の判決に対し控訴をしないで上告をすることができる。それは、第一審裁判所が認定した事実そのものについては別段異議はないが、ただその事実に対して適用すべき法令を適用しなかつたとか、又は適用すべからざる法令を不当に適用したとかについてのみ異議があることがある。かかる場合には、単に法令の適用の当否だけを争うのであるから、控訴審の一段階を飛び越えて直ちに法律審である上告裁判所え上告してその法律判断を受け得ることの方が、当事者の便宜から言つても、訴訟経済の上から言つても、好ましく適当であると言わなければならぬ。これが、前記法条で飛躍上告の認められている立法趣旨である。されば、この飛躍上告の上告理由は、本質上法令適用の当否の点だけに限定せらるべきであつて、事実関係は、確定不動のものとして争うことを許されないのである。所論は、前記法条に「被告事件の事実に付不当に法令を適用したること」とある中には、「被告事件の事実認定につき不当に法令を適用したること」をも含むものと解したもののごとくである。成程法文を形において卒然として読めば、さように読み違い易い点がないこともない。他にも時々同じ様な事例が起る。しかし、これはその立法趣旨を理解しないことに基くものであつて、その誤りであることは、まさに前述のとおりである。だから、論旨のように、事実認定又はその前提たる証拠の取捨若しくは証人申請の却下に対する非難攻撃を加えることは、何れも飛躍上告適法の理由とはならない。(多数説は、単に論旨が、刑訴第四一六条に掲げる何れの場合にも当らない、というだけの理由を述べているに過ぎない。これは、間違つてはいないが、あまりにも漠然とした一般的、抽象的な判示の仕方であつて、焦点がピツタリ論旨に合つていない感がする。判決は、特殊的、具体的な上告趣意を対象とする判断であるから、当然の帰結として十分特殊性、具体性をそなえた的確な判示をすることが、正しく、厳しい判決態度―これは従来あまり論ぜられていないが、非常に根本的な重大な問題である―であらねばならぬ、とわたくしは平素から確信している。たまたまこの機会に少数意見に託して所懐の一端を述べたまでのことである。)よつて刑事訴訟法第四四六条により、主文のとおり判決する。以上は理由に関する少数意見を除き、裁判官全員一致の意見である。

検察官十蔵寺宗雄関与。

昭和二三年一二月二二日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官塚崎直義、長谷川太一郎、沢田竹治郎、霜山精一、栗山茂、真野毅、小谷勝重、島保、齋藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介

1最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁〔在宅投票制度廃止違憲訴訟〕(身体障害者)

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。

理由上告代理人山中善夫、同横路孝弘、同江本秀春、同横路民雄、同馬杉栄一、同黒木俊郎の上告理由について一原審の適法に確定したところによれば、本件の事実関係はおおむね次のとおりである。1公職選挙法の一部を改正する法律(昭和二七年法律第三〇七号)の施行前においては、公職選挙法及びその委任を受けた公職選挙法施行令は、疾病、負傷、妊娠若しくは身体の障害のため又は産褥にあるため歩行が著しく困難である選挙人(公職選挙法施行令五五条二項各号に掲げる選挙人を除く。以下「在宅選挙人」という。)について、投票所に行かずにその現在する場所において投票用紙に投票の記載をして投票をすることができるという制度(以下「在宅投票制度」という。)を定めていたところ、昭和二六年四月の統一地方選挙において在宅投票制度が悪用され、そのことによる選挙無効及び当選無効の争訟が続出したことから、国会は、右の公職選挙法の一部を改正する法律により在宅投票制度を廃止し、その後在宅投票制度を設けるための立法を行わなかつた(以下この廃止行為及び不作為を「本件立法行為」と総称する。)。2上告人は、明治四五年一月二日生まれの日本国民で、大正一三年以来小樽市内に居住し、公職選挙法九条の規定による選挙権を有していた者であるが、昭和六年に自宅の屋根で雪降ろしの作業中に転落して腰部を打撲したのが原因で歩行困難となり、同二八年の参議院議員選挙の際には車椅子で投票所に行き投票したものの、同三〇年ころからは、それまで徐々に進行していた下半身の硬直が悪化して歩行が著しく困難になつたのみならず、車椅子に乗ることも著しく困難となり、担架等によるのでなければ投票所に行くことができなくなつて、同四三年から同四七年までの間に施行された合計八回の国会議員、北海道知事、北海道議会議員、小樽市長又は小樽市議会議員の選挙に際して投票をすることができなかつた。二上告人の本訴請求は、在宅投票制度は在宅選挙人に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であり、これを廃止して復活しない本件立法行為は、在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ、憲法一三条、一五条一項及び三項、一四条一項、四四条、四七条並びに九三条の規定に違反するもので、国会議員による違法な公権力の行使であり、上告人はそれが原因で前記八回の選挙において投票をすることができず、精神的損害を受けたとして、国家賠償法一条一項の規定に基づき被上告人に対し右損害の賠償を請求するものである。三国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が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、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがつて、国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ。)が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が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どうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。そこで、国会議員が立法に関し個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかをみるに、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであつて、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば、立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法五一条が、「両議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。」と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるからといつて、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできないのである。以上のとおりであるから、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。四これを本件についてみるに、前記のとおり、上告人は、在宅投票制度の設置は憲法の命ずるところであるとの前提に立つて、本件立法行為の違法を主張するのであるが、憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえつて、その四七条は「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである(昭和三八年(オ)第四二二号同三九年二月五日大法廷判決・民集一八巻二号二七〇頁、昭和四九年(行ツ)第七五号同五一年四月一四日大法廷判決・民集三〇巻三号二二三頁参照)。そうすると、在宅投票制度を廃止しその後前記八回の選挙までにこれを復活しなかつた本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわざるを得ない。五以上のとおりであるから、上告人の本訴請求はその余の点について判断するまでもなく棄却を免れず、本訴請求を棄却した原審の判断は結論において是認することができる。論旨は、原判決の結論に影響を及ぼさない点につき原判決を非難するものであつて、いずれも採用することができない。よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第一小法廷  
裁判長裁判官和田誠一、谷口正孝、角田禮次郎、矢口洪一、高島益郎

2最判昭和62年6月26日裁判集民151号147頁(戦争被災者援護)

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。  
理由上告代理人伊藤静男、同福島啓氏、同井上祥子の上告理由書(一)ないし(三)記載の上告理由について上告人らは、戦傷病者戦没者遺族等援護法(以下「援護法」という。)は、旧軍人軍属等及びその遺族を適用対象者とし、これらの者に対してのみ援護の措置を講ずるもので、上告人らのような一般民間人被災者を適用の対象から除外している点において、憲法一四条、一一条、一三条、一五条及び一七条に違反するとし、援護法を改正して、一般民間人被災者を同法の適用対象者に含めるか、又は一般民間人被災者を適用対象者とする援護法と同等の立法をすることが憲法の命ずるところであるとの前提に立つて、この立法をしない国会ないし国会議員の立法不作為が国家賠償法一条一項の適用上違法であると主張している。ところで、国会議員は、立法に関し、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為(立法不作為を含む。)は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというがごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではないと解すべきものであることは、当裁判所の判例とするところである(昭和五三年(オ)第一二四〇号同六〇年一一月二一日第一小法廷判決・民集三九巻七号一五一二頁参照)。そこで、この見地に立つて本件をみるに、憲法には前記主張のような立法を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえつて、上告人らの主張するような戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡にかかわる非常事態のもとでは、国民のひとしく受忍しなければならなかつたところであつて、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、したがつて、右のような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないもの、すなわち、その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量的権限に委ねられるものと解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかというべきである(昭和四〇年(オ)第四一七号同四三年一一月二七日大法廷判決・民集二二巻一二号二八〇八頁参照)。そうすると、上告人らの前記主張にそう立法をしなかつた国会ないし国会議員の立法不作為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はないものというべきであるから、結局、右立法不作為は、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。また、上告人らは前記主張にそう法律案を国会に発案しなかつた歴代内閣総理大臣及び国務大臣の不作為をも違法であると主張し、右主張は歴代内閣の前記法律案不提出の違法をいう趣旨に解されるところ、立法について固有の権限を有する国会ないし国会議員の前記立法不作為につき、国家賠償法一条一項の適用上違法性を肯定することができないものであること前記のとおりである以上、国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の前記法律案不提出についても、同条項の適用上違法性を観念する余地のないことは当然というべきである。以上のとおりであつて、上告人らの国家賠償法一条一項に基づく請求は、その余の点につき判断を加えるまでもなく棄却を免れないものというべきであるから、これと同旨の原審の判断は、結論において是認することができる。なお、記録に照らすと、その余の請求に係る上告人らの訴えを不適法として却下した原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。

論旨は、判決の結論に影響を及ぼさない点について原判決を非難するか、又は独自の見解に基づいてその違法をいうものにすぎず、採用することができない。よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官林藤之輔、牧圭次、島谷六郎、藤島昭、香川保一

3最判平成2年2月6日訟務月報36巻12号2242頁〔西陣ネクタイ事件〕(生糸価格安定制度)

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

理由

上告代理人前田進、同桑嶋一、同市木重夫、同置田文夫の上告理由第一について

国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところであり（昭和五三年（オ）第一二四〇号同六〇年一一月二一日第一小法廷判決・民集三九巻七号一五一二頁）、また、積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限って、これを違憲としてその効力を否定することができるというのが、当裁判所の判例とするところである（昭和四五年（あ）第二三号同四七年一一月二二日大法廷判決・刑集二六巻九号五八六頁）。そして、昭和五一年法律第一五号による改正後の繭糸価格安定法一二条の一三の二及び一二条の一三の三は、原則として、当分の間、当時の日本蚕糸事業団等でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元輸入措置の実施、及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定しており、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが、以上の判例の趣旨に照らしてみれば、右各法条の立法行為が国家賠償法一条一項の適用上例外的に違法の評価を受けるものではないとした原審の判断は、正当として是認することができる。所論は、違憲をも主張するが、その実質は原判決の右判断における法令違背の主張にすぎない。論旨は、採用することができない。

同第二について

所論の点に関する原審の判断は、その説示に照らして是認するに足り、原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判官坂上寿夫安岡満彦貞家克己園部逸夫）

4最判平成7年12月5日裁判集民177号243頁(再婚禁止期間)

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

理由上告人らの上告理由第一ないし第四点について国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為(立法の不作為を含む。)は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和五三年(オ)第一二四〇号同六〇年一一月二一日第一小法廷判決・民集三九巻七号一五一二頁、最高裁昭和五八年(オ)第一三三七号同六二年六月二六日第二小法廷判決・裁判集民事一五一号一四七頁)。これを本件についてみると、上告人らは、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法七三三条が憲法一四条一項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法一四条一項に違反するものではなく、民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法七三三条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。

そして、立法について固有の権限を有する国会ないし国会議員の立法行為が違法とされない以上、国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の法律案不提出等の行為についても、これを国家賠償法一条一項の適用上違法とする余地はないといわなければならない。論旨は、独自の見解に基づいて原判決の国家賠償法の解釈適用の誤りをいうか、又は原判決を正解しないで若しくは原審で主張しなかった事由に基づいて原判決の不当をいうに帰し、採用することができない。  
同第五点について  
上告人らの被った不利益が特別の犠牲に当たらないことは、当裁判所の判例の趣旨に照らして明らかである(最高裁昭和三七年(あ)第二九二二号同四三年一一月二七日大法廷判決・刑集二二巻一二号一四〇二頁参照)。したがって、これと同旨の原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない。よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。  
最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官千種秀夫、園部逸夫、可部恒雄、大野正男、尾崎行信  
5最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁〔在外邦人選挙権制限違憲訴訟〕  
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ずれも却下する。(2)別紙当事者目録1記載の上告人らが、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び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づいて投票をすることがで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円及びこれに対する平成8年10月21日から支払済みまで年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ずれも棄却する。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び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が争われている事案である(以下、在外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在外国民の選挙権の行使に関する制度の概要(1)在外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が一部改正され(以下、この改正を「本件改正」という。)、在外選挙制度が創設された。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び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)。本件改正前及び本件改正後の在外国民の選挙権の行使に関する制度の概要は、それぞれ以下のとおりである。(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び選挙人名簿に登録されることができない者は投票をすることがで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年以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が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記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)、在外国民は、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に記録されないため、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ができなかった。(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が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、投票をすることができない。」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、投票をすることができない。」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び参議院議員の選挙であるが、当分の間は、衆議院比例代表選出議員の選挙及び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び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、在外国民で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、在外国民で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項及び3項、43条並びに44条並びに市民的及び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び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び条約違反)であることの確認、並びに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び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び条約違反)であることの確認を求めるとともに、予備的に、3同上告人らが衆議院小選挙区選出議員の選挙及び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記載の上告人ら及び平成8年10月20日当時は在外国民であったが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、立法府である国会が在外国民が国政選挙において選挙権を行使することがで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ができず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び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ずれも法律上の争訟に当たらず不適法であるとして却下すべきものとし、また、本件の国家賠償請求はいずれも棄却すべきものとした。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項及び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、確認の訴えをいずれも不適法とし、国家賠償請求を認めなかった原判決の違法をいうものである。

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国民の代表者で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であり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。憲法は、前文及び1条において、主権が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じ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で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、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、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がで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条ただし書において、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。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、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がで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が相当である。憲法の以上の趣旨にかんがみれば、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ず、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がやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。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が事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、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項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が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が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。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、そのままでは選挙権を行使することができないが、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べき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難で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があるというべきである。

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ず、その結果、投票をすることができないものとされていた。これは、在外国民が実際に投票をすることを可能にするためには、我が国の在外公館の人的、物的態勢を整えるなどの所要の措置を執る必要があったが、その実現には克服しなければならない障害が少なくなかったためであると考えられる。記録によれば、内閣は、昭和59年4月27日、「我が国の国際関係の緊密化に伴い、国外に居住する国民が増加しつつあることにかんがみ、これらの者について選挙権行使の機会を保障する必要がある」として、衆議院議員の選挙及び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回国会に提出したが、同法律案は、その後第105回国会まで継続審査とされていたものの実質的な審議は行われず、同61年6月2日に衆議院が解散されたことにより廃案となったこと、その後、本件選挙が実施された平成8年10月20日までに、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が明らかである。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べき問題があったとしても、既に昭和59年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能で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、同法律案が廃案となった後、国会が、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が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民で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項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。

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で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び参議院比例代表選出議員の選挙についてだ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び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である。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実際上困難であり、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が困難であるという状況の下で、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があるという見解もないではなかったことなどを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない。しかしながら、本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、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が著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。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ど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)が平成12年11月1日に公布され、同月21日に施行されているが、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が原則とされ、既に平成13年及び同16年に、在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなども併せて考えると、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び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、やむを得ない事由があるということはできず、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項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものといわざるを得ない。

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が別紙当事者目録1記載の上告人らに衆議院議員の選挙及び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で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であり、この確認を求めることが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であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である。

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が別紙当事者目録1記載の上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び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で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ができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、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がより適切な訴えであるということができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない。

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ができるところ、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がされないと、在外国民である別紙当事者目録1記載の上告人らが、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び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ができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、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じめ求める訴えであると解することができる。選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、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が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、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。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ができるものに当たるというべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たることは論をまたない。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、引き続き在外国民である同上告人らが、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び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づいて投票をすることがで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うことができる。

4そこで、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項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効であって、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び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づいて投票をすることができる地位にあるというべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである。

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が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、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が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どうかの問題であって、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べきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又は立法不作為が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であることが明白な場合や、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が必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、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べきである。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ではない。在外国民で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であり、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どの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで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であるから、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できない。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ができず、これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。したがって、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べきである。

そこで、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が違憲であると判断され、それによって、本件選挙において投票をすることができなかったことによって上告人らが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ど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円の支払を命ずるのが相当である。そうであるとすれば、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ずることができるものというべきである。そこで、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円及びこれに対する平成8年10月21日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余は棄却することとする。

第5結論

以上のとおりであるから、本件の主位的確認請求に係る各訴えをいずれも却下すべきものとした原審の判断は正当として是認することができるが、予備的確認請求に係る訴えを却下すべきものとし、国家賠償請求を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そして、以上に説示したところによれば、本件につき更に弁論をするまでもなく、上告人らの予備的確認請求は理由があるから認容すべきであり、国家賠償請求は上告人らに対し各5000円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから認容し、その余は棄却すべきである。論旨は上記の限度で理由があり、条約違反の論旨について判断するまでもなく、原判決を主文第1項のとおり変更すべきである。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があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官福田博の補足意見がある。

福田博の補足意見は、次のとおりである。私は、法廷意見に賛成するものであるが、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、消極的な見解を述べる反対意見が表明されたこと(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があり、現行の制度はいまだ違憲の問題を生じていないとする反対意見が表明されたこと(横尾裁判官及び上田裁判官)にかんがみ、若干の考えを述べ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が剥奪され、又は制限されている場合に、それが違憲であることが明らかであるとしても、国家賠償を認めることは適当で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でおり、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で最も中核を成す権利であり、いやしくも国が賠償金さえ払えば、国会及び国会議員は国民の選挙権を剥奪又は制限し続けることがで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べきであるという私の考えからすれば、選挙権の剥奪又は制限は本来的には金銭賠償になじまない点があることには同感である。しかし、そのような感想にもかかわらず、私が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が憲法に違反するという判決で被益するのは、現在も国外に居住し、又は滞在する人々であり、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ば、金銭賠償しか救済の途がないという事実である。上告人の中には、このような人が現に存在するのであり、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ざるを得ない。

第2は、-この点は第1の点と等しく、又はより重要であるが-国会又は国会議員が作為又は不作為により国民の選挙権の行使を妨げ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である。代表民主制の根幹を成す選挙権の行使が国会又は国会議員の行為によって妨げられると、その償いに国民の税金が使われるということを国民に広く知らしめる点で、賠償金の支払は、額の多寡にかかわらず、大きな意味を持つというべきである。2在外国民の選挙権の剥奪又は制限は憲法に違反せず、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できない。現代の民主主義国家は、そのほとんどが代表民主制を国家の統治システムの基本とするもので、一定年齢に達した国民が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。以下同じ。)選挙権を行使できることを前提とし、そのような選挙によって選ばれた議員で構成される議会が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。我が国も憲法の規定によれば、そのような代表民主制国家の一つであるはずであり、代表民主制の中核である立法府は、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。民主主義国家が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で、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、定時のいず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ど有していない。国民の選挙権の剥奪又は制限は、国権の最高機関性はもとより、国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠を失わしめるのである。国民主権は、我が国憲法の基本理念であり、我が国が代表民主主義体制の国であることを忘れてはならない。在外国民が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、経験的にも随所で証明されている。

代表民主主義体制の国であるはずの我が国が、住所が国外にあるという理由で、一般的な形で国民の選挙権を制限できるという考えは、もう止めにした方が良いというのが私の感想である。

裁判官横尾和子、同上田豊三の反対意見は、次のとおりである。私たちは、本件上告をいずれも棄却すべきであると考えるが、その理由は次のとおりである。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じて行動し、・・・ここに主権が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であつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」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、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」(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、公務員の選挙権が国民固有の権利であることを明確にしている。一方、国会が衆議院及び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で組織されること(憲法43条1項)を規定するとともに、両議院の議員の定数、議員及びその選挙人の資格、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は、これを法律で定めるべきものとし(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だねているのである。もっとも、議員及び選挙人の資格を法律で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条ただし書)。

そして、国会が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、選挙人である国民の自由に表明する意思により選挙が混乱なく、公明かつ適正に行われるよう、すなわち公正、公平な選挙が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ばならないのである。我が国の主権の及ばない国や地域(そこには様々な国や地域が存在する。)に居住していて、我が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どいろいろな種類の人たちがいる。)も、国民である限り選挙権を有していることはいうまでもないが、そのような在外国民が選挙権を行使する、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べて、様々な社会的、技術的な制約が伴うので、在外国民にどのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということも国会において正当に考慮しなければならない事項であり、国会の裁量判断にゆだねられていると解すべきである。換言すれば、両議院の議員の各選挙制度をど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ずれによるのかあるいはいずれかの組合せによるのか、組合せによるとしてどのような方法によるのか、各選挙区の内容や区域・区割りはどうするのか、議員の総定数や選挙区への定数配分をどうするのか、選挙人名簿制度はどのようなものにするのか、投票方式はどうするのか、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どのようなものとするのかなどなど、選挙人の自由な意思が公明かつ適正に選挙に反映され、混乱のない公正、公平な選挙が実現されるよう、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である。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、技術的な制約が伴う中にあって、我が国の主権の及ばない国や地域に居住している在外国民に対し、どのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということも、国会において判断し、選択し、決定すべき事柄であり、国会の裁量判断にゆだねられた事項である(この点、我が国の主権の及ぶ我が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ばならない。我が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、原則として許されず、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がやむを得ないと認められる事由がなければならず、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が事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、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ざるを得ない、とする多数意見に同調するものである。)。

2両議院の議員の各選挙制度の仕組みについては、公職選挙法がこれを定めている。従来、選挙人名簿に登録されていない者及び登録されることができない者は投票することができないとされ、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年以上の国民で、その者に係る当該市町村の住民票が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記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、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に記録されないため、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ができなかった。平成6年の公職選挙法の一部改正により、それまで長年にわたり中選挙区制の下で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が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が創設され、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ができるようになった。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び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が極めて困難であること等を勘案したものであると説明されている。

3上記のとおり、我が国においては、従来、在外国民には両議院議員の選挙に関し投票の機会が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び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が極めて困難で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である。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どのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかという、国会において正当に考慮することのできる事項を考慮した上での選択ということができ、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で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ではなく、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、それまではこのような制度を設けていなかったことをも含めて、いまだ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ではなく、違憲とはいえないと解するのが相当である。

4私たちは、本件の主位的確認請求に係る訴えは不適法であり、予備的確認請求に係る訴えは適法であるとする多数意見に同調するものであるが、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で、本件の予備的確認請求は理由がなく、これを棄却すべきものと考える。本件の予備的確認請求に係る訴えを却下すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることになるが、本件の予備的確認請求を求めている上告人らからの上告事件で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べきである。また、在外選挙制度を設けなかったことなどの立法上の不作為が違憲で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ではないと解するので、理由がなく、その請求を棄却すべきであるところ、原審はこれと結論を同じくするものであるから、この部分に関する本件上告も棄却すべきである。

判示第4についての裁判官泉徳治の反対意見は、次のとおりである。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である。

多数意見は、公職選挙法が、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、上告人らが本件選挙において選挙権を行使することがで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づき上告人らに各5000円の慰謝料を支払うべきであるという。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じまないので、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でもなく、上告人らの国家賠償請求は理由がないものとして棄却すべきであると考える。国民が、憲法で保障された基本的権利で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べき裁判所としては、国民に対しできるだけ広く是正・回復のための途を開き、その救済を図らなければならない。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ではなく、公職選挙法が在外国民の選挙権の行使を妨げていることの違憲性を、判決理由の中で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、行使を妨げられている選挙権の回復を目指しているものである。上告人らは、国家賠償請求訴訟以外の方法では訴えの適法性を否定されるおそれがあるとの思惑から、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、憲法で保障された基本的権利の行使が立法作用によって妨げられている場合に、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が他にない場合に備えて残しておくべきであると考える。また、当該権利の性質及び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が生じているというような場合には、国家賠償請求訴訟が権利回復の方法としてより適切であるといえよう。しかしながら、本件で問題とされている選挙権の行使に関していえば、選挙権が基本的人権の一つである参政権の行使という意味において個人的権利で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で投票をすることができなかった上告人らの精神的苦痛は、数十万人に及ぶ在外国民に共通のものであり、個別性の薄いものである。したがって、上告人らの精神的苦痛は、金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまないものといわざるを得ない。英米には、憲法で保障された権利が侵害された場合に、実際の損害がなくても名目的損害(nominaldamages)の賠償を認める制度があるが、我が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、上告人らに生じた実際の損害を認定する必要があるところ、それが困難なのである。そして、上告人らの上記精神的苦痛に対し金銭賠償をすべきものとすれば、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選挙人にもなにがしかの金銭賠償をすべきことになるが、その精神的苦痛を金銭で評価するのが困難である上に、賠償の対象となる選挙人が膨大な数に上り、賠償の対象となる選挙人と、賠償の財源である税の負担者とが、かなりの部分で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じまず、国家賠償法が賠償の対象として想定するところではないといわざるを得ない。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ができないであろう。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で救済するという途を開き、本件で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で取り上げることになった。このような裁判による救済の途が開かれている限り、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べきであるが、その是正について金銭賠償をもって臨むとすれば、賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となるおそれが生じ、そのことが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が賢明であると考える。

(裁判長裁判官町田顯、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)

6最判平成18年7月13日裁判集民220号713頁〔在宅投票制度廃止違憲訴訟〕(精神障害者)

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

上告代理人淺野省三ほかの上告理由及び上告受理申立て理由第1章第4の2について

1原審の適法に確定した事実関係の概要等は、次のとおりである。

(1)上告人は、精神発達遅滞及び不安神経症のため、いわゆるひきこもりの傾向があり、平成11年3月に養護学校の高等部を卒業後、障害者通所施設に通ったこともあったが、同年夏ころからひきこもりの状態が続き、平成12年初めころ以降、完全に家庭内にひきこもるようになった。上告人は、外出先で他人の姿を見ると身体が硬直し身動きが著しく困難になるなどの症状が現れるため、公職の選挙の際に投票所に行くことが困難であり、現行選挙制度の下で選挙権を行使することが全く不可能と認めるには至らないが、公職選挙法44条1項所定の投票所における投票をすることが極めて難しい状態であると認められる。しかし、上告人は、家庭内では、新聞を読み、テレビを見、親しい知人との間では電話をするなどしており、公職の選挙において、候補者を自己の判断で選び、投票用紙にその氏名を自署する能力を有するものと推認される。

(2)大阪府は、昭和48年9月27日付け児発第725号厚生省児童家庭局長通知「療育手帳制度の実施について」に基づき、知的障害のある者に対し療育手帳を交付する制度を設けているが、平成10年1月、上告人に対し、精神発達遅滞及び不安神経症との診断により総合判定A(重度)と判定して療育手帳を交付している。

(3)上告人は、平成11年9月に成年に達したが、上記(1)の状態にあって投票所に行くことができず、平成12年2月及び同年4月に行われた地方公共団体の長の選挙並びに同年6月に行われた衆議院議員総選挙(以下、これらを一括して「本件各選挙」という。)において、各投票を棄権した。

(4)昭和27年法律第307号による改正前の公職選挙法及びその委任を受けた公職選挙法施行令は、疾病、負傷、妊娠若しくは身体の障害のため又は産褥にあるため歩行が著しく困難である選挙人について、投票所に行かずにその現在する場所において投票用紙に投票の記載をして投票をすることができるという制度(以下「在宅投票制度」という。)を定めていた。しかし、精神的な原因によって投票所に行くことが困難な者(以下「精神的原因による投票困難者」という。)は、在宅投票制度の対象者とはされていなかった。上記昭和27年法律第307号によって在宅投票制度が廃止された後、昭和49年法律第72号による公職選挙法の改正(以下「本件改正」という。)及びこれに伴う同法施行令の改正により、身体障害者福祉法において定められた身体障害者のうち身体障害者手帳に記載された特定の障害の程度が一定程度以上の者、戦傷病者特別援護法において定められた戦傷病者のうち戦傷病者手帳に記載された特定の障害の程度が一定程度以上の者を対象として、その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし、これを郵送する方法による投票の制度(以下「郵便投票制度」という。)が設けられた。

(5)本件改正後から本件各選挙までの間、身体に障害がある者に係る投票制度の拡充については、国会において、請願の採択や質疑等がされてきた。しかし、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充については、国会においてほとんど議論されなかった。

(6)日本弁護士連合会は、平成12年8月11日付けで、衆参両議院議長等に対し、障害者の選挙権行使の機会確保に関する要望書を提出したが、同要望書においても、視聴覚障害者や筋萎縮性側索硬化症の患者(いわゆるALS患者)の選挙権行使を実質的に保障するための立法措置などの要望が記載されていたのみで、精神的原因による投票困難者の選挙権行使の機会の確保については特段の記載はなかった。

(7)身体に障害がある者に係る投票制度の拡充については、平成15年法律第127号による公職選挙法の改正及びこれに伴う同法施行令の改正により、介護保険法に規定する要介護者のうち被保険者証に要介護状態区分が要介護5である者として記載されている者を新たに郵便投票制度の対象者とするなどの立法措置が執られたが、精神的原因による投票困難者の選挙権行使については、特段の立法措置は執られていない。

(8)平成15年2月10日に本件訴訟の第1審判決が言い渡された後、衆参両議院議長等に対し、日本弁護士連合会が、「ひきこもり症状をもつ人」の選挙権行使の機会を確保する制度の創設等を要請する意見書を提出し、また、複数の地方公共団体の議会が、地方自治法99条に基づき、精神的原因による投票困難者を含む投票が困難な国民について、郵便投票制度の対象者の拡大を図ることなどを要請する意見書を提出し、これらをきっかけとして、国会において、精神的原因による投票困難者の選挙権行使の問題についての質疑等がされた。

2本件は、上告人が、精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会を確保することは憲法の命ずるところであるから、国会議員が本件各選挙までに上記機会を確保するための立法措置を執らなかったという立法不作為(以下「本件立法不作為」という。)などが、違憲であり、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と主張して、被上告人に対し、本件各選挙において選挙権を行使できなかったことによる慰謝料等の支払を求める事案である。

3(1)国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が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どうかの問題であって、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べきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、直ちに違法の評価を受けるものではないこと、しかし、立法の内容又は立法不作為が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であることが明白な場合や、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が必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、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べきであることは、当裁判所の判例とするところである(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)。

(2)憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、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るべき責務があるというべきである(上記大法廷判決参照)。このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についても当てはまる。しかし、精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである。しかも、前記事実関係等によれば、身体に障害がある者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会でほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第1審判決後に初めて国会に提出されたというのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない。

(3)以上によれば、選挙権が議会制民主主義の根幹を成すものであること等にかんがみ(上記大法廷判決参照)、精神的原因による投票困難者の選挙権行使の機会を確保するための立法措置については、今後国会において十分な検討がされるべきものであるが、本件立法不作為について、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に所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などに当たるということはできないから、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。

(4)上告人は上告理由において本件改正に係る立法行為及び本件立法不作為の違憲を主張するが、本件改正に係る立法行為は、上告人の選挙権を侵害するものではないことが明らかであるし、本件立法不作為は、上記のとおり、国家賠償法1条1項の適用上、違法とはいえないのであるから、同主張について判断するまでもなく上告人の請求に理由がないことは明らかである。また、上告人は原判決の理由の不備を主張するが、同主張は原判決の結論に影響を及ぼさない事項についての違法をいうものにすぎない。  
4以上のとおりであるから、上告人の請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は採用することができない。よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官泉徳治の補足意見がある。  
裁判官泉徳治の補足意見は、次のとおりである。私は、法廷意見に賛成するものであるが、議会制民主主義の下における選挙権の重要性にかんがみ、公職選挙法の憲法適合性について付言しておきたい。憲法14条1項、15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書は、成年者による普通・平等選挙の原則を掲げて、国民に対し普通かつ平等の選挙権を保障している。選挙権は、実際の選挙において行使することができなければ無意味であるから、上記の選挙権の保障は、選挙権を現実に行使し得ることをも保障するものである。憲法47条は、投票の方法等は法律でこれを定めると規定しているが、すべての選挙人にとって特別な負担なく選挙権を行使することができる選挙制度を構築することが、憲法の趣旨にかなうものというべきである。公職選挙法は、49条2項でいわゆる郵便等による不在者投票の制度を設けているが、その適用対象を身体障害者、戦傷病者又は要介護者の中のごく一部のものに限定しており、障害者基本法2条所定の障害者(身体障害、知的障害又は精神障害があるため、継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者)又は介護保険法7条3項所定の要介護者であって、歩行・外出が極めて困難なもの一般を、郵便等による不在者投票の適用対象とはしておらず、上記の憲法の趣旨にかなうものとはいいがたい面を有している。歩行・外出が極めて困難な障害者又は要介護者に対して、投票所や不在者投票管理者の管理する投票記載場所における投票しか認めないとすると、事実上その選挙権の行使を制限するに等しいのである。選挙制度の設計に当たり、選挙の公正の確保及び適正な管理執行に配意すべきことは当然であるが、選挙権の行使を保障しつつ選挙の公正の確保等を図るべきものであって、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権の行使を制限するためには、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が事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由がなければならない(前記の最高裁平成17年9月14日大法廷判決参照)。原審の確定するところによると、上告人は、大阪府から障害の程度が重度の療育手帳の交付を受けている者であり、精神発達遅滞及び不安神経症のため、家族以外の人と対面した場合の対人関係がうまく行かず、他人の姿を見るとパニック状態に陥り、身体が硬直し、身動きが著しく困難になり、他人と接触するような場所への外出は事実上不可能であって、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるというのである。上告人のような状態の在宅障害者に対しては、郵便等による不在者投票を行うことができることにするか、あるいは在宅のままで投票をすることができるその他の方法を講じない限り、選挙権を現実に行使することを可能にしているとはいえず、選挙権の行使を保障したことにはならない。在宅障害者については、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの認定が難しいという問題はある。しかし、上記の認定は、医師の診断書、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳等の併用によってできないわけではなく、上記の認定が簡単ではないという程度のことでは、前記の選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由があるとは到底いうことができない。したがって、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができるその他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にあるといわざるを得ない。  
(裁判長裁判官泉徳治、横尾和子、甲斐中辰夫、島田仁郎、才口千晴)

7最判平成19年9月28日民集61巻6号2345頁〔学生無年金違憲訴訟〕

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

理由以下、国民年金法を「法」といい、法の改正の表記は別表による。

第1上告代理人新井章ほかの上告理由第1点、第4点のうち昭和60年改正前の法7条2項8号、平成元年改正前の法7条1項1号イの規定等の憲法14条及び25条違反をいう部分について

1法30条1項1号は、障害基礎年金(昭和60年改正前は障害年金。以下、上記の障害基礎年金と障害年金を「障害基礎年金等」という。)につき、傷病の初診日において国民年金の被保険者であることを受給要件として定めている。法は、原則として、日本国内に住所を有する20歳以上60歳未満の者につき、当然に国民年金の被保険者となるものとしている(昭和60年改正前の法7条1項、法7条1項1号。いわゆる強制加入。以下、強制加入による被保険者を「強制加入被保険者」という。)が、平成元年改正前の法は、このうちの高等学校の生徒、大学の学生など所定の生徒又は学生(ただし、定時制の課程、通信制の課程又は夜間の学部等に在学する生徒又は学生を除く。以下「20歳以上の学生」という。)につき、その例外とし(昭和60年改正前の法7条2項8号、平成元年改正前の法7条1項1号イ。以下、これらの規定を「強制加入例外規定」という。)、本人の都道府県知事への申出によって国民年金の被保険者となることのできる任意加入を認めていた(昭和60年改正前の法附則6条1項、平成元年改正前の法附則5条1項1号)。また、法は、強制加入被保険者に対しては、保険料納付義務の免除に関する規定(法89条、平成12年改正前の法90条。以下、これらの規定を「保険料免除規定」という。)を設け、これによる免除を受けた者に対しても所定の要件の下で障害基礎年金等を支給することとしている(昭和60年改正前の法30条1項1号、昭和60年法律第34号附則20条1項、法30条1項ただし書)が、任意加入により国民年金の被保険者となった者(以下「任意加入被保険者」という。)については、保険料免除規定の適用を認めず(昭和60年改正前の法附則6条6項、平成12年改正前の法附則5条10項)、任意加入被保険者は、保険料を滞納し所定の期限までに納付しないときは、被保険者の資格を喪失することとしている(昭和60年改正前の法附則6条5項4号、法附則5条6項4号)。

このため、平成元年改正前の法の下においては、20歳以上の学生は、国民年金に任意加入して保険料を納付していない限り、傷病により障害の状態にあることとなっても、初診日において国民年金の被保険者でないため障害基礎年金等の支給を受けることができない。また、保険料負担能力のない20歳以上60歳未満の者のうち20歳以上の学生とそれ以外の者との間には、上記の国民年金への加入に関する取扱いの区別及びこれに伴う保険料免除規定の適用に関する区別(以下、これらを併せて「加入等に関する区別」という。)によって、障害基礎年金等の受給に関し差異が生じていたことになる。

2国民年金制度は、憲法25条の趣旨を実現するために設けられた社会保障上の制度であるところ、同条の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱、濫用とみざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。もっとも、同条の趣旨にこたえて制定された法令において受給権者の範囲、支給要件等につき何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするときは別に憲法14条違反の問題を生じ得ることは否定し得ないところである(最高裁昭和51年(行ツ)第30号同57年7月7日大法廷判決・民集36巻7号1235頁参照)。

3国民年金制度は、老齢、障害又は死亡によって国民生活の安定が損なわれることを国民の共同連帯によって防止することを目的とし、被保険者の拠出した保険料を基として年金給付を行う保険方式を制度の基本とするものであり(法1条、87条)、雇用関係等を前提とする厚生年金保険法等の被用者年金各法の適用対象となっていない者(農林漁業従事者、自営業者等)を対象とする年金制度として創設されたことから、強制加入被保険者の範囲を、就労し保険料負担能力があると一般に考えられる年齢によって定めることとし、他の公的年金制度との均衡等をも考慮して、原則として20歳以上60歳未満の者としたものである(昭和60年改正前の法7条1項)。そして、国民共通の基礎年金制度を導入し被用者年金各法の被保険者等をも国民年金の強制加入被保険者とすることとした昭和60年改正においても、第1号被保険者(平成元年改正前の法7条1項1号)の範囲を原則として上記の年齢によって定めることとしたものである。

学生(高等学校等の生徒を含む。以下同じ。)は、夜間の学部等に在学し就労しながら教育を受ける者を除き、一般的には、20歳に達した後も稼得活動に従事せず、収入がなく、保険料負担能力を有していない。また、20歳以上の者が学生である期間は、多くの場合、数年間と短く、その間の傷病により重い障害の状態にあることとなる一般的な確率は低い上に、多くの者は卒業後は就労し、これに伴い、平成元年改正前の法の下においても、被用者年金各法等による公的年金の保障を受けることとなっていたものである。一方、国民年金の保険料は、老齢年金(昭和60年改正後は老齢基礎年金)に重きを置いて、その適正な給付と保険料負担を考慮して設定されており、被保険者が納付した保険料のうち障害年金(昭和60年改正後は障害基礎年金)の給付費用に充てられることとなる部分はわずかであるところ、20歳以上の学生にとって学生のうちから老齢、死亡に備える必要性はそれほど高くはなく、専ら障害による稼得能力の減損の危険に備えるために国民年金の被保険者となることについては、保険料納付の負担に見合う程度の実益が常にあるとまではいい難い。さらに、保険料納付義務の免除の可否は連帯納付義務者である被保険者の属する世帯の世帯主等(法88条2項)による保険料の納付が著しく困難かどうかをも考慮して判断すべきものとされていること(平成12年改正前の法90条1項ただし書)などからすれば、平成元年改正前の法の下において、学生を強制加入被保険者として一律に保険料納付義務を負わせ他の強制加入被保険者と同様に免除の可否を判断することとした場合、親などの世帯主に相応の所得がある限り、学生は免除を受けることができず、世帯主が学生の学費、生活費等の負担に加えて保険料納付の負担を負うこととなる。

他方、障害者については障害者基本法等による諸施策が講じられており、生活保護法に基づく生活保護制度も存在している。

これらの事情からすれば、平成元年改正前の法が、20歳以上の学生の保険料負担能力、国民年金に加入する必要性ないし実益の程度、加入に伴い学生及び学生の属する世帯の世帯主等が負うこととなる経済的な負担等を考慮し、保険方式を基本とする国民年金制度の趣旨を踏まえて、20歳以上の学生を国民年金の強制加入被保険者として一律に保険料納付義務を課すのではなく、任意加入を認めて国民年金に加入するかどうかを20歳以上の学生の意思にゆだねることとした措置は、著しく合理性を欠くということはできず、加入等に関する区別が何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるということもできない。

確かに、加入等に関する区別によって、前記のとおり、保険料負担能力のない20歳以上60歳未満の者のうち20歳以上の学生とそれ以外の者との間に障害基礎年金等の受給に関し差異が生じていたところではあるが、いわゆる拠出制の年金である障害基礎年金等の受給に関し保険料の拠出に関する要件を緩和するかどうか、どの程度緩和するかは、国民年金事業の財政及び国の財政事情にも密接に関連する事項であって、立法府は、これらの事項の決定について広範な裁量を有するというべきであるから、上記の点は上記判断を左右するものとはいえない。

そうすると、平成元年改正前の法における強制加入例外規定を含む20歳以上の学生に関する上記の措置及び加入等に関する区別並びに立法府が平成元年改正前において20歳以上の学生について国民年金の強制加入被保険者とするなどの所論の措置を講じなかったことは、憲法25条、14条1項に違反しない。

以上は、前記大法廷判決及び最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁の趣旨に徴して明らかである。これと同旨の原審の判断は正当として是認することができる。論旨は採用することができない。

第2同第2点、第4点のうち20歳以上の学生に対し無拠出制の年金を支給する旨の規定を設けるなどの措置を講じなかった立法不作為の憲法14条及び25条違反をいう部分について

1法30条の4(昭和60年改正前の法57条)は、傷病の初診日において20歳未満であった者が、障害認定日以後の20歳に達した日において所定の障害の状態にあるとき等には、その者(以下「20歳前障害者」という。)に対し、障害の状態の程度に応じて、いわゆる無拠出制の障害基礎年金(昭和60年改正前は障害福祉年金。以下、上記の障害基礎年金と障害福祉年金を「20歳前障害者に対する障害基礎年金等」という。)を支給する旨を定めている。

国民年金の被保険者資格を取得する年齢である20歳に達する前に疾病にかかり又は負傷し、これによって重い障害の状態にあることとなった者については、その後の稼得能力の回復がほとんど期待できず、所得保障の必要性が高いが、保険原則の下では、このような者は、原則として、給付を受けることができない。20歳前障害者に対する障害基礎年金等は、このような者にも一定の範囲で国民年金制度の保障する利益を享受させるべく、同制度が基本とする拠出制の年金を補完する趣旨で設けられた無拠出制の年金給付である。

2無拠出制の年金給付の実現は、国民年金事業の財政及び国の財政事情に左右されるところが大きいこと等にかんがみると、立法府は、保険方式を基本とする国民年金制度において補完的に無拠出制の年金を設けるかどうか、その受給権者の範囲、支給要件等をどうするかの決定について、拠出制の年金の場合に比べて更に広範な裁量を有しているというべきである。また、20歳前障害者は、傷病により障害の状態にあることとなり稼得能力、保険料負担能力が失われ又は著しく低下する前は、20歳未満であったため任意加入も含めおよそ国民年金の被保険者となることのできない地位にあったのに対し、初診日において20歳以上の学生である者は、傷病により障害の状態にあることとなる前に任意加入によって国民年金の被保険者となる機会を付与されていたものである。これに加えて、前記のとおり、障害者基本法、生活保護法等による諸施策が講じられていること等をも勘案すると、平成元年改正前の法の下において、傷病により障害の状態にあることとなったが初診日において20歳以上の学生であり国民年金に任意加入していなかったために障害基礎年金等を受給することができない者に対し、無拠出制の年金を支給する旨の規定を設けるなどの所論の措置を講じるかどうかは、立法府の裁量の範囲に属する事柄というべきであって、そのような立法措置を講じなかったことが、著しく合理性を欠くということはできない。また、無拠出制の年金の受給に関し上記のような20歳以上の学生と20歳前障害者との間に差異が生じるとしても、両者の取扱いの区別が、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるということもできない。そうすると、上記の立法不作為が憲法25条、14条1項に違反するということはできない。

以上は、前記各大法廷判決の趣旨に徴して明らかである。これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、論旨は採用することができない。

第3その余の上告理由について

その余の上告理由は、違憲をいうが、原判決の結論に影響しない事項についての違憲を主張するもの又はその実質は単なる法令違反をいうものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。  
(裁判長裁判官津野修、今井功、中川了滋、古田佑紀)

1最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁〔郵便法免責規定違憲訴訟〕(法創造的判決)

主文原判決を破棄する。本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理由

上告代理人上野勝、同水田通治、同足立毅の上告理由について

所論は、要するに、(1)郵便法(以下「法」という。)68条、73条は、憲法17条に違反する、又は(2)法68条、73条のうち、郵便の業務に従事する者(以下「郵便業務従事者」という。)の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合にも国の損害賠償責任を否定している部分は、憲法17条に違反すると主張し、原判決には同条の解釈の誤りがあるというのである。

1憲法17条について憲法17条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」と規定し、その保障する国又は公共団体に対し損害賠償を求める権利については、法律による具体化を予定している。これは、公務員の行為が権力的な作用に属するものから非権力的な作用に属するものにまで及び、公務員の行為の国民へのかかわり方には種々多様なものがあり得ることから、国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない。そして、公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである。  
2法68条、73条の目的について(1)法68条は、法又は法に基づく総務省令(平成11年法律第160号による郵便法の改正前は、郵政省令。以下同じ。)に従って差し出された郵便物に関して、1書留とした郵便物の全部又は一部を亡失し、又はき損したとき、2引換金を取り立てないで代金引換とした郵便物を交付したとき、3小包郵便物(書留としたもの及び総務省令で定めるものを除く。)の全部又は一部を亡失し、又はき損したときに限って、一定の金額の範囲内で損害を賠償することとし、法73条は、損害賠償の請求をすることができる者を当該郵便物の差出人又はその承諾を得た受取人に限定している。法68条、73条は、その規定の文言に照らすと、郵便事業を運営する国は、法68条1項各号に列記されている場合に生じた損害を、同条2項に規定する金額の範囲内で、差出人又はその承諾を得た受取人に対して賠償するが、それ以外の場合には、債務不履行責任であると不法行為責任であるとを問わず、一切損害賠償をしないことを規定したものと解することができる。(2)法は、「郵便の役務をなるべく安い料金で、あまねく、公平に提供することによって、公共の福祉を増進すること」を目的として制定されたものであり(法1条)、法68条、73条が規定する免責又は責任制限もこの目的を達成するために設けられたものであると解される。すなわち、郵便官署は、限られた人員と費用の制約の中で、日々大量に取り扱う郵便物を、送達距離の長短、交通手段の地域差にかかわらず、円滑迅速に、しかも、なるべく安い料金で、あまねく、公平に処理することが要請されているのである。仮に、その処理の過程で郵便物に生じ得る事故について、すべて民法や国家賠償法の定める原則に従って損害賠償をしなければならないとすれば、それによる金銭負担が多額となる可能性があるだけでなく、千差万別の事故態様、損害について、損害が生じたと主張する者らに個々に対応し、債務不履行又は不法行為に該当する事実や損害額を確定するために、多くの労力と費用を要することにもなるから、その結果、料金の値上げにつながり、上記目的の達成が害されるおそれがある。したがって、上記目的の下に運営される郵便制度が極めて重要な社会基盤の一つであることを考慮すると、法68条、73条が郵便物に関する損害賠償の対象及び範囲に限定を加えた目的は、正当なものであるということができる。

3本件における法68条、73条の合憲性について(1)上告人は、上告人を債権者とする債権差押命令を郵便業務従事者が特別送達郵便物として第三債務者へ送達するに際して、これを郵便局内に設置された第三債務者の私書箱に投かんしたために送達が遅れ、その結果、債権差押えの目的を達することができなかったと主張して、被上告人に対し、損害賠償を求めている。特別送達は、民訴法103条から106条まで及び109条に掲げる方法により送達すべき書類を内容とする通常郵便物について実施する郵便物の特殊取扱いであり、郵政事業庁(平成11年法律第160号による郵便法の改正前は、郵政省。以下同じ。)において、当該郵便物を民訴法の上記規定に従って送達し、その事実を証明するものである(法57条1項、66条)。そして、特別送達の取扱いは、書留とする郵便物についてするものとされている(法57条2項)。したがって、本件の郵便物については、まず書留郵便物として法68条、73条が適用されることとなるが、上記各条によれば、書留郵便物については、その亡失又はき損につき、差出人又はその承諾を得た受取人が法68条2項に規定する限度での賠償を請求し得るにすぎず、上告人が主張する前記事実関係は、上記各条により国が損害賠償責任を負う場合には当たらない。(2)書留は、郵政事業庁において、当該郵便物の引受けから配達に至るまでの記録をし(法58条1項)、又は一定の郵便物について当該郵便物の引受け及び配達について記録することにより(同条4項)、郵便物が適正な手順に従い確実に配達されるようにした特殊取扱いであり、差出人がこれに対し特別の料金を負担するものである。そして、書留郵便物が適正かつ確実に配達されることに対する信頼は、書留の取扱いを選択した差出人はもとより、書留郵便物の利用に関係を有する者にとっても法的に保護されるべき利益であるということができる。ところで、上記のような記録をすることが定められている書留郵便物については、通常の職務規範に従って業務執行がされている限り、書留郵便物の亡失、配達遅延等の事故発生の多くは、防止できるであろう。しかし、書留郵便物も大量であり、限られた人員と費用の制約の中で処理されなければならないものであるから、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づく損害の発生は避けることのできない事柄である。限られた人員と費用の制約の中で日々大量の郵便物をなるべく安い料金で、あまねく、公平に処理しなければならないという郵便事業の特質は、書留郵便物についても異なるものではないから、法1条に定める目的を達成するため、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じたにとどまる場合には、法68条、73条に基づき国の損害賠償責任を免除し、又は制限することは、やむを得ないものであり、憲法17条に違反するものではないということができる。しかしながら、上記のような記録をすることが定められている書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為に基づき損害が生ずるようなことは、通常の職務規範に従って業務執行がされている限り、ごく例外的な場合にとどまるはずであって、このような事態は、書留の制度に対する信頼を著しく損なうものといわなければならない。そうすると、このような例外的な場合にまで国の損害賠償責任を免除し、又は制限しなければ法1条に定める目的を達成することができないとは到底考えられず、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為についてまで免責又は責任制限を認める規定に合理性があるとは認め難い。なお、運送事業等の遂行に関連して、一定の政策目的を達成するために、事業者の損害賠償責任を軽減している法令は、商法、国際海上物品運送法、鉄道営業法、船舶の所有者等の責任の制限に関する法律、油濁損害賠償保障法など相当数存在する。これらの法令は、いずれも、事業者側に故意又は重大な過失ないしこれに準ずる主観的要件が存在する場合には、責任制限の規定が適用されないとしているが、このような法令の定めによって事業の遂行に支障が生じているという事実が指摘されているわけではない。このことからみても、書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、被害者の犠牲において事業者を保護し、その責任を免除し、又は制限しなければ法1条の目的を達成できないとする理由は、見いだし難いといわなければならない。以上によれば、法68条、73条の規定のうち、書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものであるといわざるを得ず、同条に違反し、無効であるというべきである。(3)特別送達は、民訴法第1編第5章第3節に定める訴訟法上の送達の実施方法であり(民訴法99条)、国民の権利を実現する手続の進行に不可欠なものであるから、特別送達郵便物については、適正な手順に従い確実に受送達者に送達されることが特に強く要請される。そして、特別送達郵便物は、書留郵便物全体のうちのごく一部にとどまることがうかがわれる上に、書留料金に加えた特別の料金が必要とされている。また、裁判関係の書類についていえば、特別送達郵便物の差出人は送達事務取扱者である裁判所書記官であり(同法98条2項)、その適正かつ確実な送達に直接の利害関係を有する訴訟当事者等は自らかかわることのできる他の送付の手段を全く有していないという特殊性がある。さらに、特別送達の対象となる書類については、裁判所書記官(同法100条)、執行官(同法99条1項)、廷吏(裁判所法63条3項)等が送達を実施することもあるが、その際に過誤が生じ、関係者に損害が生じた場合、それが送達を実施した公務員の軽過失によって生じたものであっても、被害者は、国に対し、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を請求し得ることになる。これら特別送達郵便物の特殊性に照らすと、法68条、73条に規定する免責又は責任制限を設けることの根拠である法1条に定める目的自体は前記のとおり正当であるが、特別送達郵便物については、郵便業務従事者の軽過失による不法行為から生じた損害の賠償責任を肯定したからといって、直ちに、その目的の達成が害されるということはできず、上記各条に規定する免責又は責任制限に合理性、必要性があるということは困難であり、そのような免責又は責任制限の規定を設けたことは、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものであるといわなければならない。そうすると、(2)に説示したところに加え、法68条、73条の規定のうち、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条に違反し、無効であるというべきである。

4結論

原判決は、法68条、73条の規定は憲法17条に違反せず、上告人が請求原因として主張する事実関係自体が法68条、73条に規定する国が損害賠償責任を負う場合に当たらないことを理由に、本件の事実関係についての審理を尽くすことなく、上告人の請求を棄却すべきものとした。しかしながら、前記のとおり、上記各条の規定のうち、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の故意又は過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は違憲無効であるから、上記各条の存在を理由に上告人の請求を棄却すべきものとした原審の判断は、憲法17条の解釈を誤ったものである。論旨はその趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。上告人が主張する請求原因の要旨は、国家公務員である郵便業務従事者が、上告人を債権者とする債権差押命令を内容物とする特別送達郵便物を、過失により、民訴法に定める送達方法によらずに第三債務者の私書箱に投かんしたため、通常の業務の過程において法令の定める職務規範に従って送達されるべき時に上記差押命令が送達されず、上告人の法的利益が侵害され、その結果、債権差押えの目的を達することができなくなり損害を被ったというものであると解され、その主張自体が国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を請求するためのものとして失当であるということはできないから、その請求の当否を判断するについては、更に事実関係等について審理を尽くすべきである。したがって、本件を原審に差し戻すこととする。よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官滝井繁男の補足意見、裁判官福田博、同深澤武久の意見、裁判官横尾和子、同上田豊三の各意見がある。

裁判官滝井繁男の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に同調するものであるが、福田裁判官、深澤裁判官の意見にかんがみ、多数意見の趣旨を補足しておきたい。多数意見は、憲法17条が規定する「法律の定めるところにより」の意義について、「公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」と判示している。福田、深澤両裁判官は、この部分について、立法府に極めて広い裁量を認めているとの疑念を残す余地があると懸念しているのではないかと思われる。しかしながら、多数意見をそのように解するのは、適当ではない。多数意見は、上記引用部分に先立って、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則とした上」としているのである。この部分と併せて読めば、憲法17条の趣旨は、国家無答責の考えを廃し、被害者の救済を全うするために国又は公共団体が賠償責任を負うべきことを前提にし、国又は公共団体の責任は、基本的には私人の不法行為責任と異なるものではないとの考えに立ちつつ、具体的な責任の範囲について、それぞれの行為が行われた具体的状況を勘案して、一定の政策目的によって例外的に加重若しくは軽減し、又は免除することのあり得ることを認めたものと解することができるのであって、福田、深澤両裁判官の懸念は当たらない。郵便法は、郵便の役務をなるべく安い料金で、あまねく、公平に提供することをその目的としていることから(法1条)、その目的を達するために必要かつ合理的な限度で、郵便業務に伴う賠償責任を法律によって軽減又は免除することが許される場合もある。多数意見も、そのように、法が郵便物に関する損害賠償の対象及び範囲に特別の規定を設け得ることを前提としつつ、上記目的に照らしてその責任の免除又は制限の合理性と必要性を具体的に検討した上で、法68条、73条の規定には、上記合理性又は必要性が認められず、違憲無効となる部分があると判示したのである。私は、これに賛成するものである。

裁判官福田博、同深澤武久の意見は、次のとおりである。私たちは、郵便法68条、73条の規定のうち、書留郵便物について郵便業務従事者の故意又は重大な過失により生じた損害、及び特別送達郵便物について軽過失により生じた損害に関して、それぞれ国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分を憲法17条に違反するとする多数意見の結論に賛成するものであるが、そのような結論に至る理由を異にするものである。1多数意見は、憲法17条は公務員の不法行為による損害賠償責任を認めつつも、具体的な損害賠償を求める権利は法律の定めるところによると規定していることをもって、これは、「公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」と述べている。2しかし、郵便法68条、73条の合憲性を判断するに当たって、憲法17条は、字義どおり、公務員の不法行為に基づく損害賠償請求は、法律が具体的に定めるところにより、その賠償を求めることができると規定していると解すれば必要かつ十分であり、これに加えて立法府の白紙委任にわたらない範囲での裁量権を認めた規定であるかどうかを論ずる必要はないのである。なぜならば、このように論ずることは、憲法上の権利について、「法律の定めるところにより」とあれば直ちに国会の広範な立法「裁量権」が認められ、司法はそれを前提として「違憲立法審査権」を行使すれば足りるとの考えにつながるものであって、ひいては、国会の有する立法についての広範な「裁量の幅」を「裁量権」と表現し、これを違憲立法審査権の行使にいわば前置することにより、憲法81条によって司法に与えられた違憲立法審査権をいたずらに矮小化し、憲法に定められた三権分立に伴う司法の役割を十分に果たさない結果を招来することとなりかねないからである。憲法81条は、国民の信託を得て選任された議員によって構成される立法府が、一定の立法事実に政治的判断を行って具体的な法律を策定することについて、広い裁量の幅を有することを当然の前提としつつも、すべての立法についてそれが憲法に適合するものであるか否かの最終判断を司法にゆだねているのである。3この意見の違いを単に概念的な相違の問題として片付けることはできない。憲法81条は、多くの近代民主主義諸国にならって三権分立による統治システムを採用し、選挙で選ばれたものでない裁判官によって構成される司法機関に対し、憲法解釈についての最終的な判断の責任を与えることにより、三権の間のチェックとバランスを図り、近代民主主義体制の維持に万全を期さんとしたものである。立法府が有する広範な「裁量権」の存在を前提として司法が限定的、抑制的に「違憲立法審査権」を行使すれば足りるとするのでは、最高裁判所が憲法に定める三権による統治システムの一つとして果たすべき役割を十分に果たしていないとの批判は避けられないことになる(この点については、最高裁平成11年(行ツ)第241号同12年9月6日大法廷判決・民集54巻7号1997頁における福田反対意見(同2013頁以下)参照。)。4法律の憲法適合性を判断するに当たっては、裁判官は憲法についての法律知識と良心に従って解釈した基準に基づいて、策定された法律がその基準に適合するか否かを判断することを求められているのであって、それが立法府の有する「裁量権」の範囲内にあるか否かを審査することを求められているのではない。その判断は、立法過程において見られることのあるいわゆる政治的妥協ないし取引とは関係なく行われるべきものであり、さらに、裁判官自身の個人的信条とは離れて行われるべきものであることはもとより当然のことである。5これを本件について見ると、郵便法は、なるべく安い料金で、あまねく、公平に郵便の役務を国民に提供することを目的としているところ、その目的自体は正当であり、具体的事案について国の損害賠償責任の制限規定の存在することが正当か否かを検討するに当たっては、そのような制限規定が上記の目的に照らして「役務の内容とその提供に見合って、客観的に見てバランスのとれたもの」、あるいは「釣り合っているもの」であれば、憲法17条の法意に合致し、違憲の問題は生じないというべきである。このような判断に当たっては、立法府の「裁量権」の広狭などを考慮する必要はない。本件では、特別送達郵便物についての損害賠償責任の問題が論ぜられており、損害賠償責任の免除ないし制限の規定が、そのような郵便物送達の目的と責任に「釣り合っている」ものであるか否かを精査すればよいのであって、かかる観点から見れば、そのような郵便物についてまで公務員に過失がある場合の損害賠償責任を免除し、又は制限する理由は見いだし得ないというべきである。多数意見は、併せて「書留」郵便物一般についても説示しており、これは厳密にいえば本件事案の外の問題ではあるが、大法廷判決でもあり、上記の考え方の延長線上にあるものとして同意することができる。6以上、要すれば、最高裁判所の憲法判断は、立法府の「裁量権」の範囲とは関係なく、客観的に行われるべきものであり、多数意見の論理構成は、将来にわたって憲法17条についての司法の憲法判断姿勢を消極的なものとして維持する理由になりかねず、そのような理由付けに同調することはできない。

裁判官横尾和子の意見は、次のとおりである。私は、郵便法68条、73条の規定のうち、特別送達郵便物についての郵便業務従事者の故意又は過失による不法行為に基づく損害に関し、国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分を憲法17条に違反するとする多数意見の結論に賛成するものであるが、多数意見が特別送達郵便物以外の書留郵便物についての郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為に基づく損害に関し、国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分を同17条に違反するとする部分には、賛成することができない。その理由は、次のとおりである。郵便事業は、法1条の目的を達成するための様々な役務ないし要素の体系であり、取り扱う郵便物の範囲及び区分(郵便物の種類)、郵便物についての通常取扱いの手順及び特殊取扱いの種類並びに料金の額及びその免除、軽減等の特別措置等について、財政、定員等の制約条件の下で取捨選択がされ、その結果が全体として法1条の目的に沿うものとなっているのである。そして、郵便物について郵便業務従事者の故意又は過失による不法行為に基づく損害に関しどの程度の賠償を行うかという点も、郵便事業の体系全体の中に位置付けられるべきものである。書留は、郵便物の引受けから配達までを記録し、より確実な送達を行う特殊取扱いであり、これに、郵便業務従事者が無過失である場合を含め、一定の範囲及び限度の賠償がされる保障が付されている。この損害保障の方式は、利用者に対し、賠償範囲は限定されているが、簡便な手続で賠償がされるという利点を提供するとともに、郵便事業の運営面では、定型的な事故処理を行い、また、賠償に要する総費用の見通しを得ることを可能にしているものである。このことを考慮すると、書留の取扱いについても、法68条、73条によって国の賠償責任を免除し、又は制限していることは、郵便法の目的達成の観点から合理性及び必要性があり、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱するものではないと解するのが相当である。ただし、特別送達には、書留の取扱いとしての役務に加え、裁判書類等を送達し、送達の事実を公証する公権力の行使であるという側面があり、一般の郵便物におけるのとは異なる利益の実現が予定されている。この特別送達の有する公権力の行使としての性格にかんがみると、特別送達郵便物が書留郵便物全体のうちのごく一部にとどまるかどうかを問うまでもなく、軽過失による不法行為に基づく場合を含め、国の賠償責任が肯定されるべきである。

裁判官上田豊三の意見は、次のとおりである。私は、基本的には多数意見に同調するものであるが、多数意見のうち3(3)の部分及び4のうち「特別送達郵便物について、郵便業務従事者の・・・過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は違憲無効である」とする部分には賛成することができない。その理由は、次のとおりである。特別送達が民訴法上の送達の実施方法であり、国民の権利を実現する手続の進行に不可欠なものであるから、特別送達郵便物については、適正な手順に従い確実に受送達者に送達されることが特に強く要請されること、特別送達郵便物は、書留郵便物全体のうちのごく一部にとどまることがうかがわれる上に、書留料金に加えた特別の料金が必要とされていること、裁判関係の書類についていえば、特別送達郵便物の差出人は送達事務取扱者である裁判所書記官であり、その適正かつ確実な送達に直接の利害関係を有する訴訟当事者は自らかかわることのできる他の送付の手段を全く有していないことは、多数意見の述べるとおりである。しかしながら、特別送達郵便物も書留郵便物の一種として郵便制度を利用して配達されるものであり、そうである以上、郵便の役務をなるべく安い料金で、あまねく、公平に提供することにより、公共の福祉を増進しようとする郵便制度の目的を達成することとの調和が考慮されなければならない。そして、上記目的を達成するために、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じたにとどまる場合には、法68条、73条に定める範囲、限度において国は損害賠償責任を負い、それ以外には損害賠償責任を負わないとすることも、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱するものではないと解するのが相当である。したがって、特別送達郵便物についても、郵便業務従事者の故意又は重大な過失により損害が生じた場合に不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分が、憲法17条に違反し、無効であると解すべきである。(裁判長裁判官山口繁、井嶋一友、福田博、藤井正雄、金谷利廣、北川弘治、亀山継夫、奥田昌道、梶谷玄、町田顯、深澤武久、濱田邦夫、横尾和子、上田豊三、滝井繁男)

2最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁〔国籍法3条1項違憲訴訟〕

主文原判決を破棄する。被上告人の控訴を棄却する。控訴費用及び上告費用は被上告人の負担とする。

理由

上告代理人山口元一の上告理由第1ないし第3について

1事案の概要

本件は、法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン共和国籍を有する母との間に本邦において出生した上告人が、出生後父から認知されたことを理由として平成15年に法務大臣あてに国籍取得届を提出したところ、国籍取得の条件を備えておらず、日本国籍を取得していないものとされたことから、被上告人に対し、日本国籍を有することの確認を求めている事案である。

2国籍法2条1号、3条について

国籍法2条1号は、子は出生の時に父又は母が日本国民であるときに日本国民とする旨を規定して、日本国籍の生来的取得について、いわゆる父母両系血統主義によることを定めている。したがって、子が出生の時に日本国民である父又は母との間に法律上の親子関係を有するときは、生来的に日本国籍を取得することになる。国籍法3条1項は、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの(日本国民であった者を除く。)は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」と規定し、同条2項は、「前項の規定による届出をした者は、その届出の時に日本の国籍を取得する。」と規定している。同条1項は、父又は母が認知をした場合について規定しているが、日本国民である母の非嫡出子は、出生により母との間に法律上の親子関係が生ずると解され、また、日本国民である父が胎児認知した子は、出生時に父との間に法律上の親子関係が生ずることとなり、それぞれ同法2条1号により生来的に日本国籍を取得することから、同法3条1項は、実際上は、法律上の婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した子で、父から胎児認知を受けていないものに限り適用されることになる。

3原判決等

上告人は、国籍法2条1号に基づく日本国籍の取得を主張するほか、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者のみが法務大臣に届け出ることにより日本国籍を取得することができるとした同法3条1項の規定が憲法14条1項に違反するとして、上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出したことにより日本国籍を取得した旨を主張した。これに対し、原判決は、国籍法2条1号に基づく日本国籍の取得を否定した上、同法3条1項に関する上記主張につき、仮に同項の規定が憲法14条1項に違反し、無効であったとしても、そのことから、出生後に日本国民である父から認知を受けたにとどまる子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではなく、上告人が当然に日本国籍を取得することにはならないし、また、国籍法については、法律上の文言を厳密に解釈することが要請され、立法者の意思に反するような類推解釈ないし拡張解釈は許されず、そのような解釈の名の下に同法に定めのない国籍取得の要件を創設することは、裁判所が立法作用を行うものとして許されないから、上告人が同法3条1項の類推解釈ないし拡張解釈によって日本国籍を取得したということもできないと判断して、上告人の請求を棄却した。

4国籍法3条1項による国籍取得の区別の憲法適合性について

所論は、上記のとおり、国籍法3条1項の規定が憲法14条1項に違反する旨をいうが、その趣旨は、国籍法3条1項の規定が、日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した者に限り日本国籍の取得を認めていることによって、同じく日本国民である父から認知された子でありながら父母が法律上の婚姻をしていない非嫡出子は、その余の同項所定の要件を満たしても日本国籍を取得することができないという区別(以下「本件区別」という。)が生じており、このことが憲法14条1項に違反する旨をいうものと解される。所論は、その上で、国籍法3条1項の規定のうち本件区別を生じさせた部分のみが違憲無効であるとし、上告人には同項のその余の規定に基づいて日本国籍の取得が認められるべきであるというものである。そこで、以下、これらの点について検討を加えることとする。

（1）憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等)。憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない。すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる。日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。

(2)ア国籍法3条の規定する届出による国籍取得の制度は、法律上の婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した子について、父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得すること(以下「準正」という。)のほか同条1項の定める一定の要件を満たした場合に限り、法務大臣への届出によって日本国籍の取得を認めるものであり、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した嫡出子が生来的に日本国籍を取得することとの均衡を図ることによって、同法の基本的な原則である血統主義を補完するものとして、昭和59年法律第45号による国籍法の改正において新たに設けられたものである。そして、国籍法3条1項は、日本国民である父が日本国民でない母との間の子を出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正のあった場合に限り日本国籍を取得させることとしており、これによって本件区別が生じている。このような規定が設けられた主な理由は、日本国民である父が出生後に認知した子については、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付きが生ずることから、日本国籍の取得を認めることが相当であるという点にあるものと解される。また、上記国籍法改正の当時には、父母両系血統主義を採用する国には、自国民である父の子について認知だけでなく準正のあった場合に限り自国籍の取得を認める国が多かったことも、本件区別が合理的なものとして設けられた理由であると解される。

イ日本国民を血統上の親として出生した子であっても、日本国籍を生来的に取得しなかった場合には、その後の生活を通じて国籍国である外国との密接な結び付きを生じさせている可能性があるから、国籍法3条1項は、同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたものと解される。このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があるというべきである。また、国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることには相応の理由があったものとみられ、当時の諸外国における前記のような国籍法制の傾向にかんがみても、同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があったものということができる。

ウしかしながら、その後、我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて、近年、我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない。これらのことを考慮すれば、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとすることは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない。また、諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである。

エ一方、国籍法は、前記のとおり、父母両系血統主義を採用し、日本国民である父又は母との法律上の親子関係があることをもって我が国との密接な結び付きがあるものとして日本国籍を付与するという立場に立って、出生の時に父又は母のいずれかが日本国民であるときには子が日本国籍を取得するものとしている(2条1号)。その結果、日本国民である父又は母の嫡出子として出生した子はもとより、日本国民である父から胎児認知された非嫡出子及び日本国民である母の非嫡出子も、生来的に日本国籍を取得することとなるところ、同じく日本国民を血統上の親として出生し、法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知された子のうち準正により嫡出子たる身分を取得しないものに限っては、生来的に日本国籍を取得しないのみならず、同法3条1項所定の届出により日本国籍を取得することもできないことになる。このような区別の結果、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けているものといわざるを得ない。日本国籍の取得が、前記のとおり、我が国において基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つものであることにかんがみれば、以上のような差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し難いものというべきであり、このような差別的取扱いについては、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだし難いといわざるを得ない。とりわけ、日本国民である父から胎児認知された子と出生後に認知された子との間においては、日本国民である父との家族生活を通じた我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難く、日本国籍の取得に関して上記の区別を設けることの合理性を我が国社会との結び付きの程度という観点から説明することは困難である。また、父母両系血統主義を採用する国籍法の下で、日本国民である母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子が届出による日本国籍の取得すら認められないことには、両性の平等という観点からみてその基本的立場に沿わないところがあるというべきである。

オ上記ウ、エで説示した事情を併せ考慮するならば、国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせているものといわざるを得ない。カ確かに、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子についても、国籍法8条1号所定の簡易帰化により日本国籍を取得するみちが開かれている。しかしながら、帰化は法務大臣の裁量行為であり、同号所定の条件を満たす者であっても当然に日本国籍を取得するわけではないから、これを届出による日本国籍の取得に代わるものとみることにより、本件区別が前記立法目的との間の合理的関連性を欠くものでないということはできない。なお、日本国民である父の認知によって準正を待たずに日本国籍の取得を認めた場合に、国籍取得のための仮装認知がされるおそれがあるから、このような仮装行為による国籍取得を防止する必要があるということも、本件区別が設けられた理由の一つであると解される。しかし、そのようなおそれがあるとしても、父母の婚姻により子が嫡出子たる身分を取得することを日本国籍取得の要件とすることが、仮装行為による国籍取得の防止の要請との間において必ずしも合理的関連性を有するものとはいい難く、上記オの結論を覆す理由とすることは困難である。

(3)以上によれば、本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである。しかも、本件区別については、前記(2)エで説示した他の区別も存在しており、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱いを生じさせているといわざるを得ず、国籍取得の要件を定めるに当たって立法府に与えられた裁量権を考慮しても、この結果について、上記の立法目的との間において合理的関連性があるものということはもはやできない。そうすると、本件区別は、遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される。したがって、上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであったというべきである。

5本件区別による違憲の状態を前提として上告人に日本国籍の取得を認めることの可否

(1)以上のとおり、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子(以下「準正子」という。)の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。

(2)このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。そして、上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。

(3)原審の適法に確定した事実によれば、上告人は、上記の解釈の下で国籍法3条1項の規定する日本国籍取得の要件をいずれも満たしていることが認められる。そうすると、上告人は、法務大臣あての国籍取得届を提出したことによって、同項の規定により日本国籍を取得したものと解するのが相当である。

6結論

以上のとおり、上告人は、国籍法3条1項の規定により日本国籍を取得したものと認められるところ、これと異なる見解の下に上告人の請求を棄却した原審の判断は、憲法14条1項及び81条並びに国籍法の解釈を誤ったものである。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、その余の論旨について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして、以上説示したところによれば、上告人の請求には理由があり、これを認容した第1審判決は結論において是認することができるから、被上告人の控訴を棄却すべきである。よって、裁判官横尾和子、同津野修、同古田佑紀の反対意見、裁判官甲斐中辰夫、同堀籠幸男の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官泉徳治、同今井功、同那須弘平、同涌井紀夫、同田原睦夫、同近藤崇晴の各補足意見、裁判官藤田宙靖の意見がある。

裁判官泉徳治の補足意見は、次のとおりである。

1国籍法3条1項は、日本国民の子のうち同法2条の適用対象とならないものに対する日本国籍の付与について、「父母の婚姻」を要件とすることにより、父に生後認知され「父母の婚姻」がない非嫡出子を付与の対象から排除している。これは、日本国籍の付与に関し、非嫡出子であるという社会的身分と、日本国民である親が父であるという親の性別により、父に生後認知された非嫡出子を差別するものである。この差別は、差別の対象となる権益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別であるから、それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって、国籍法3条1項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、「父母の婚姻」により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である。

2国籍法3条1項の立法目的は、父母両系血統主義に基づき、日本国民の子で同法2条の適用対象とならないものに対し、日本社会との密接な結合関係を有することを条件として、日本国籍を付与しようとすることにあり、この立法目的自体は正当なものということができる。

3国籍法3条1項は、上記の立法目的を実現する手段として、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子」に限って日本国籍を付与することを規定し、父に生後認知された非嫡出子を付与の対象から排除している。しかし、「父母の婚姻」は、子や日本国民である父の1人の意思では実現することができない要件であり、日本国民を父に持ちながら自己又は父の意思のみでは日本国籍を取得することができない子を作り出すものである。一方、日本国民である父に生後認知された非嫡出子は、「父母の婚姻」により嫡出子たる身分を取得していなくても、父との間で法律上の親子関係を有し、互いに扶養の義務を負う関係にあって、日本社会との結合関係を現に有するものである。上記非嫡出子の日本社会との結合関係の密接さは、国籍法2条の適用対象となっている日本国民である母の非嫡出子や日本国民である父に胎児認知された非嫡出子のそれと、それ程変わるものではない。また、父母が内縁関係にあり、あるいは事実上父の監護を受けている場合においては、父に生後認知された非嫡出子の日本社会との結合関係が嫡出子のそれに実質的に劣るものということは困難である。そして、上記非嫡出子は、父の認知を契機として、日本社会との結合関係を発展させる可能性を潜在的に有しているのである。家族関係が多様化しつつある現在の日本において、上記非嫡出子の日本社会との結合関係が、「父母の婚姻」がない限り希薄であるとするのは、型にはまった画一的な見方といわざるを得ない。したがって、前記の立法目的と、日本国民である父に生後認知された子のうち「父母の婚姻」により嫡出子たる身分を取得したものに限って日本国籍を付与することとした手段との間には、事実上の実質的関連性があるとはいい難い。結局、国籍法3条1項が日本国籍の付与につき非嫡出子という社会的身分及び親の性別により設けた差別は、強度の正当化事由を有するものということはできず、憲法14条1項の規定に違反するといわざるを得ない。

4そして、上告人に対しては、国籍法3条1項から「父母の婚姻」の部分を除いたその余の規定の適用により、日本国籍が付与されるべきであると考える。国籍法3条1項の主旨は日本国民の子で同法2条の適用対象とならないものに対し日本国籍を付与することにあり、「父母の婚姻」はそのための一条件にすぎないから、その部分が違憲であるとしても、上記主旨はできる限り生かすのが、立法意思に沿うものというべきである。また、上記のような国籍法3条1項の適用は、「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」ことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条3項や児童の権利に関する条約7条1項の趣旨にも適合するものである。ただし、上記のような国籍法3条1項の適用は、国会の立法意思として、「父母の婚姻」の部分を除いたままでは同項を存続させないであろうというがい然性が明白である場合には、許されないと解される。国籍法3条1項から「父母の婚姻」の部分を除くことに代わる選択肢として、まず、同条全体を廃止することが考えられるが、この選択肢は、日本国民である父に生後認知された非嫡出子を現行法以上に差別するものであり、すべての児童が出生や父母の性別により差別されないことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条及び児童の権利に関する条約2条を遵守すべき日本の国会が、この選択肢を採用することは考えられない。次に、国籍法2条の適用対象となっている日本国民である母の非嫡出子及び胎児認知された非嫡出子についても、「父母の婚姻」という要件を新たに課するという選択肢が考えられるが、この選択肢は、非嫡出子一般をその出生により不当に差別するもので、憲法の平等原則に違反するから、国会がこの選択肢を採用することも考えられない。さらに、「日本で生まれたこと」、「一定期間以上日本に住所を有すること」、「日本国民と生計を一にすること」など、日本社会との密接な結合関係を証するための新たな要件を課するという選択肢が考えられるが、この選択肢は、基本的に法律上の親子関係により日本社会との結合関係を判断するという国籍法の血統主義とは別の観点から要件を付加するもので、国会がこの選択肢を採用するがい然性が高いということもできない。結局、国会の立法意思として、「父母の婚姻」の部分を除いては国籍法3条1項をそのまま存続させないであろうというがい然性が明白であるということはできず、「父母の婚姻」の部分を除いて同項を適用し、日本国民である父が生後認知した非嫡出子に日本国籍を付与する方が、立法意思にかなうものと解される。もとより、国会が、将来において、国籍法3条1項を憲法に適合する方法で改正することは、その立法裁量に属するところであるが、それまでの間は、「父母の婚姻」の部分を除いて同項を適用すべきである。また、「父母の婚姻」の部分を除いて国籍法3条1項の規定を適用することは、憲法の平等原則の下で同項を解釈し適用するものであって、司法が新たな立法を行うものではなく、司法の役割として当然に許されるところである。

5多数意見は、前記差別について、立法目的と手段との間の関連性の点から違憲と解するものであって、基本的な判断の枠組みを共通にするものであり、また、国籍法3条1項の上告人に対する適用についても、前記4と同じ趣旨を述べるものであるから、多数意見に同調する。

裁判官今井功の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に同調するものであるが、判示5の点(本件上告人に日本国籍の取得を認めることの可否)についての反対意見にかんがみ、法律の規定の一部が違憲である場合の司法救済の在り方について、私の意見を補足して述べておきたい。

1反対意見は、日本国民である父から出生後認知された者のうち、準正子に届出による日本国籍(以下単に「国籍」という。)の取得を認め、そうでない者(以下「非準正子」という。)についてはこれを認める立法をしていないこと(立法不存在ないし立法不作為)が憲法14条1項に違反するとしても、非準正子にも国籍取得を認めることは、国籍法の定めていない国籍付与要件を判決によって創設するもので、司法権の範囲を逸脱し、許されないとするものである。

2裁判所に違憲立法審査権が与えられた趣旨は、違憲の法律を無効とすることによって、国民の権利利益を擁護すること、すなわち、違憲の法律によりその権利利益を侵害されている者の救済を図ることにある。無効とされる法律の規定が、国民に刑罰を科し、あるいは国民の権利利益をはく奪するものである場合には、基本的に、その規定の効力がないものとして、これを適用しないというだけであるから、特段の問題はない。問題となるのは、本件のようにその法律の規定が国民に権利利益を与える場合である。この場合には、その規定全体を無効とすると、権利利益を与える根拠がなくなって、問題となっている権利利益を与えられないことになる。このように解釈すべき場合もあろう。しかし、国民に権利利益を与える規定が、権利利益を与える要件として、A、Bの二つの要件を定め、この両要件を満たす者に限り、権利利益を与える(反対解釈によりA要件のみを満たす者には権利利益を与えない。)と定めている場合において、権利利益を与える要件としてA要件の外にB要件を要求することが平等原則に反し、違憲であると判断されたときに、A要件のみを備える者にも当該権利利益を与えることができるのかが、ここでの問題である。このような場合には、その法律全体の仕組み、当該規定が違憲とされた理由、結果の妥当性等を考慮して、B要件の定めのみが無効である(すなわちB要件の定めがないもの)とし、その結果、A要件のみを満たした者についても、その規定の定める権利利益を与えることになると解することも、法律の合憲的な解釈として十分可能であると考える。  
3国籍法は、父母両系血統主義を採用し、その上に立って、国籍の取得の方法として、1出生による当然の取得(2条)、2届出による取得(3条)及び3帰化による取得(4条から9条まで)の三つの方法を定めている。そして、2条による当然の取得については、出生の時に法律上の父又は母が日本国民であるという要件を備える子は、当然に国籍を取得することを規定している。次に、3条の届出による取得については、2条の補完規定として、血統上の父は日本国民であるが、非嫡出子として出生し、その後父から認知された子について、準正子に限り国籍取得が認められるとし、非準正子には国籍取得を認めていない。さらに、4条から9条までにおいては、2条及び3条により国籍取得の認められない者について帰化(法務大臣の許可)により国籍取得を認めることとしている。このような国籍法の定める国籍取得の仕組みを見ると、同法は、法的な意味での日本国民の血統が認められる場合、すなわち法律上の父又は母が日本国民である場合には、国籍取得を認めることを大原則とし、2条はこの原則を無条件で貫き、3条においては、これに父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという要件(以下「準正要件」という。)を付加しているということができる。このような国籍法の仕組みからすれば、3条は、血統主義の原則を認めつつ、準正要件を備えない者を除外した規定といわざるを得ない。この点について、反対意見は、3条1項は出生後に日本国民である父から認知された子のうち準正子のみに届出による国籍取得を認めたにすぎず、非準正子の国籍取得については単にこれを認める規定を設けていないという立法不作為の状態が存在するにすぎない旨いうが、国会が同項の規定を設けて準正子のみに届出による国籍取得を認めることとしたことにより、反面において、非準正子にはこれを認めないこととする積極的な立法裁量権を行使したことは明らかである。そして、3条1項が準正子と非準正子とを差別していることが平等原則に反し違憲であるとした場合には、非準正子も、準正子と同様に、国籍取得を認められるべきであるとすることも、上記2のように法律の合憲的な解釈として十分成り立ち得る。このように考えれば、多数意見は、裁判所が違憲立法審査権を行使して国籍法3条1項を憲法に適合するように解釈した結果、非準正子についても準正子と同様に同項により国籍取得を認められるべきであるとするものであって、同法の定める要件を超えて新たな立法をしたとの非難は当たらない。現行国籍法の下における準正子と非準正子との間の平等原則に違反する差別状態を裁判所が解釈によって解消するには、準正子に与えられた効果を否定するか、非準正子に準正子と同様の効果を与えるしかない。前者の解釈が、その結果の妥当性は別として、立法権を侵害するものではないことには異論はないであろう。これと同様に、後者の解釈を採ることも許容されるというべきである。私は、以上のような理由により、国籍法3条1項を憲法に適合するように解釈した結果、同項は、日本国民である父から出生後に認知された子は、届出により国籍を取得することができることを認めたものと解するのが相当であり、このように解しても立法権を侵害するものではないと考える。

4反対意見によれば、同じく日本国民である父から認知された子であるにもかかわらず、準正子は国籍を取得できるのに、非準正子は司法救済を求めたとしても国籍を取得できないという平等原則に反する違憲の状態が依然として続くことになる。反対意見は、違憲の状態が続くことになっても、立法がない限り、やむを得ないとするものと考えられる。反対意見がそのように解する理由は、憲法10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、いかなる者に国籍を与えるかは国会が立法によって定める事柄であり、国籍法が非準正子に国籍取得を認める規定を設けていない以上、準正子と非準正子との差別が平等原則に反し違憲であっても、非準正子について国籍取得を認めることは、裁判所が新たな立法をすることになり、許されないというものと理解される。しかし、どのような要件があれば国籍を与えるかについて国会がその裁量により立法を行うことが原則であることは当然であるけれども、国会がその裁量権を行使して行った立法の合憲性について審査を行うのは裁判所の責務である。国籍法3条1項は、国会がその裁量権を行使して行った立法であり、これに対して、裁判所は、同項の規定が準正子と非準正子との間に合理的でない差別を生じさせており、平等原則に反し違憲と判断したのである。この場合に、違憲の法律により本来ならば与えられるべき保護を受けることができない者に対し、その保護を与えることは、裁判所の責務であって、立法権を侵害するものではなく、司法権の範囲を超えるものとはいえない。

5非準正子についても国籍を付与するということになれば、国会において、国籍付与の要件として、準正要件に代えて例えば日本国内における一定期間の居住等の他の要件を定めることもできたのに、その裁量権を奪うことになるとする議論もあり得ないではない。そうであっても、裁判所がそのような要件を定めていない国籍法3条1項の合憲的解釈として、非準正子について国籍取得を認めたからといって、今後、国会がその裁量権を行使して、日本国民を父とする生後認知子の国籍取得につき、準正要件に代えて、憲法に適合する要件を定める新たな立法をすることが何ら妨げられるものでないことは、いうまでもないところであり、上記のような解釈を採ることが国会の立法裁量権を奪うことになるものではない。裁判官那須弘平、同涌井紀夫は、裁判官今井功の補足意見に同調する。

裁判官田原睦夫の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に賛成するものであるが、国籍の取得と教育を受ける権利等との関係及び胎児認知を受けた者と生後に認知を受けた者との区別の問題に関し、以下のとおり補足意見を述べる。

1国籍は、国家の構成員たることを意味するものであり、日本国籍を有する者は、我が国に居住する自由を有するとともに、憲法の保障する基本的人権を享受し、職業を自由に選択し、参政権を行使し、また、法律が国民に認めた各種の権利を行使することができる。出生又は認知と届出により日本国籍を取得し得るか否かは、国民に認められたそれらの権利を当然に取得し、行使することができるか否かにかかわるものであり、その対象者の人権に直接かかわる事柄である。認知と届出による国籍の取得は、20歳未満の者において認められており(国籍法3条1項)、また、実際にその取得の可否が問題となる対象者のほとんどは、本件同様、未就学児又は学齢児童・生徒である。したがって、それら対象者においては、国籍の取得により認められる参政権や職業選択の自由よりも、教育を受ける権利や社会保障を受ける権利の行使の可否がより重要である。憲法26条は、1項で国民の教育を受ける権利を定め、2項でその裏面として保護者にその子女に対して普通教育を受けさせる義務を定めるとともに、義務教育はこれを無償とする、と定める。そして、この憲法の規定を受けて教育基本法は、国民に、その保護する子に普通教育を受けさせる義務を定め、国又は地方公共団体の設置する学校における義務教育については、授業料を徴収しない、と規定する(旧教育基本法4条、教育基本法5条1項、4項)。また、学校教育法は、保護者に、その子女に対する小学校、中学校への就学義務を定める(平成19年法律第96号による改正前の学校教育法22条、39条、同改正後の学校教育法16条、17条)。そして、学校教育法施行令は、この就学義務を履行させるための事務として、市町村の教育委員会は、当該市町村の住民基本台帳に基づいて、当該市町村の区域内に住所を有する学齢児童及び学齢生徒について学齢簿を編製し、就学予定者の保護者に対し、翌学年の初めから2月前までに小学校又は中学校の入学期日を通知しなければならない(学校教育法施行令1条、5条)等、様々な規定を設けている。これらの規定は、子女の保護者の義務の視点から定められているが、それは、憲法26条1項の定める当該子女の教育を受ける権利を具現化したものであり、当該子女は、無償で義務教育を受ける権利を有しているのである。ところが、日本国民以外の子女に対しては、それらの規定は適用されず、運用上、市町村の教育委員会が就学を希望する外国人に対し、その就学を許可するとの取扱いがなされているにすぎない。また、社会保障の関係では、生活保護法の適用に関して、日本国民は、要保護者たり得る(生活保護法2条)が、外国人は同法の適用を受けることができず、行政実務において生活保護に準じて運用されているにすぎないのである。このように、現行法上、本件上告人のような子女においては、日本国籍を取得することができるか否かにより、教育や社会保障の側面において、その権利を享受できるか否かという点で、大きな差異が存するのである。

2そこで、日本国民である父と日本国民でない母との間で出生し、出生後父から認知をされた子(以下「生後認知子」という。)の国籍取得につき、その父と母が婚姻をして、当該生後認知子が準正子となった場合にのみ認め、それ以外の場合に認めない国籍法3条1項の規定の生後認知子と準正子との取扱いの区別、また、日本国民たる父が胎児認知した場合に当該胎児認知子は当然に国籍を取得する(国籍法2条1号)ことと生後認知子との区別の合理性が、憲法14条1項に適合するか否かの観点から問題となる。多数意見は、国籍法3条1項が生後認知子のうち準正子と非準正子を区別することが憲法14条1項に違反するものとし、国籍法3条1項のうち「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した」という部分を除いた同項所定の要件が満たされるときは日本国籍を取得することが認められるとするが、その点については全く異論はない。それとともに、私は、生後認知子における準正子と非準正子との区別の問題と並んで、生後認知子と胎児認知子間の区別の問題も、憲法14条1項との関係で同様に重要であると考える。準正子となるか否かは、子の全く与り知らないところで定まるところ、その点においては、胎児認知子と生後認知子との関係についても同様である。しかし、準正の場合は、父母が婚姻するという法的な手続が経られている。ところが、胎児認知子と生後認知子との間では、父の認知時期が胎児時か出生後かという時期の違いがあるのみである。そして、多数意見4(2)エで指摘するとおり、胎児認知子と生後認知子との間においては、日本国民である父の家族生活を通じた我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難く、日本国籍の取得に関して上記の区別を設けることの合理性を我が国社会との結び付きの程度という観点から説明することは困難である。かかる点からすれば、胎児認知子に当然に日本国籍の取得を認め、生後認知子には準正子となる以外に日本国籍の取得を認めない国籍法の定めは、憲法14条1項に違反するという結論が導かれ得る。そうして、国籍法3条1項自体を無効と解した上で、生後認知子については、民法の定める認知の遡及効(民法784条)が国籍の取得の場合にも及ぶと解することができるならば、生後認知子は、国籍法2条1号により出生時にさかのぼって国籍を取得することとなり、胎児認知子と生後認知子との区別を解消することができることとなる。しかし、このように認知の遡及効が国籍の取得にまで及ぶと解した場合には、認知前に既に我が国以外の国籍を取得していた生後認知子の意思と無関係に認知により当然に国籍を認めることの是非や二重国籍の問題が生じ、さらには遡及的に国籍を認めることに伴い様々な分野において法的問題等が生じるのであって、それらの諸点は、一義的な解決は困難であり、別途法律によって解決を図らざるを得ない事柄である。このように多くの法的な諸問題を生じるような解釈は、国籍法の解釈の枠を超えるものといわざるを得ないのであって、その点からしてかかる見解を採ることはできない。そうすると、多数意見のとおり国籍法3条1項を限定的に解釈し、20歳未満の生後認知子は、法務大臣に届け出ることによって日本国籍を取得することができると解することが、同法の全体の体系とも整合し、また、上告人及び上告人と同様にその要件に該当する者の個別救済を図る上で、至当な解釈であると考える。なお、かかる結論を採る場合、胎児認知子は出生により当然に日本国籍を取得するのに対し、生後認知子が日本国籍を取得するには法務大臣への届出を要するという点において区別が存することになるが、生後認知子の場合、上記の二重国籍の問題等もあり、その国籍の取得を生後認知子(その親権者)の意思にゆだねて届出要件を課すという区別を設けることは、立法の合理的裁量の範囲内であって、憲法14条1項の問題が生じることはないものというべきである。

裁判官近藤崇晴の補足意見は、次のとおりである。

多数意見は、国籍法3条1項が本件区別を生じさせていることの違憲を宣言するにとどまらず、上告人が日本国籍を取得したものとして、上告人が日本国籍を有することを確認した第1審判決を支持し、これに対する控訴を棄却するものである。このように、国籍法3条1項の定める要件のうち父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分(準正要件)を除いた他の要件のみをもって国籍の取得を認めることについては、立法府が準正要件に代えて他の合理的な要件を選択する機会を奪うこととなり、立法府に与えられた立法政策上の裁量権を不当に制約するものであって許されないとの批判があり得る。私は、この点に関する今井裁判官の補足意見に全面的に賛同するとともに、多数意見の一員として、更に補足的に意見を述べておきたい。多数意見は、国籍法3条1項の定める要件のうち準正要件を除いた他の要件のみをもって国籍の取得を認めるのであるが、これはあくまでも現行の国籍法を憲法に適合するように解釈した結果なのであって、国籍法を改正することによって他の要件を付加することが憲法に違反するということを意味するものではない。立法政策上の判断によって準正要件に代わる他の要件を付加することは、それが憲法に適合している限り許されることは当然である。多数意見が説示するように、父母両系血統主義を基調としつつも、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え、我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとするという立法目的自体には、合理的な根拠がある。ただ、その目的を達成するために準正を要件とすることは、もはや立法目的との間に合理的関連性を見いだすことができないとしたのである。したがって、国籍法を改正することによって我が国との密接な結び付きの指標となるべき他の要件を設けることは、それが立法目的との間に合理的関連性を有するのであれば、立法政策上の裁量権の行使として許されることになる。例えば、日本国民である父が出生後に認知したことに加えて、出生地が本邦内であること、あるいは本邦内において一定期間居住していることを国籍取得の要件とすることは、諸外国の立法例にも見られるところであり、政策上の当否の点は別として、将来に向けての選択肢にはなり得るところであろう。

また、認知と届出のみを要件とすると、生物学上の父ではない日本国民によって日本国籍の取得を目的とする仮装認知(偽装認知)がされるおそれがあるとして、これが準正要件を設ける理由の一つとされることがあるが、そのようなおそれがあるとしても、これを防止する要請と準正要件を設けることとの間に合理的関連性があるといい難いことは、多数意見の説示するとおりである。しかし、例えば、仮装認知を防止するために、父として子を認知しようとする者とその子との間に生物学上の父子関係が存することが科学的に証明されることを国籍取得の要件として付加することは、これも政策上の当否の点は別として、将来に向けての選択肢になり得ないものではないであろう。

このように、本判決の後に、立法府が立法政策上の裁量権を行使して、憲法に適合する範囲内で国籍法を改正し、準正要件に代わる新たな要件を設けることはあり得るところである。このような法改正が行われた場合には、その新たな要件を充足するかどうかにかかわらず非準正子である上告人が日本国籍を取得しているものとされた本件と、その新たな要件の充足を要求される法改正後の非準正子との間に差異を生ずることになる。しかし、準正要件を除外した国籍法3条1項のその余の要件のみによっても、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能であることは多数意見の説示するとおりであるから、準正要件に代わる新たな要件を設けるという立法裁量権が行使されたかどうかによってそのような差異を生ずることは、異とするに足りないというべきである。

裁判官藤田宙靖の意見は、次のとおりである。

1私は、現行国籍法の下、日本国民である父と日本国民でない母との間に生まれた子の間で、同法3条1項が定める「父母の婚姻」という要件(準正要件)を満たすか否かの違いにより、日本国籍の取得に関し、憲法上是認し得ない差別が生じる結果となっていること、この差別は、国籍法の解釈に当たり同法3条1項の文言に厳格にとらわれることなく、同項は上記の準正要件を満たさない者(非準正子)についても適用さるべきものと合理的に解釈することによって解消することが可能であり、また本件においては、当裁判所としてそのような道を選択すべきであること等の点において、多数意見と結論を同じくするものであるが、現行法3条1項が何を定めており、上記のような合理的解釈とは正確にどのようなことを意味するのかという点の理解に関して、多数意見との間に考え方の違いがあることを否定できないので、その点につき意見を述べることとしたい。

2現行国籍法の基本構造を見ると、子の国籍の取得については出生時において父又は母が日本国民であることを大原則とし(2条)、日本国籍を有しない者が日本国籍を取得するのは帰化によることを原則とするが(4条)、同法3条1項に定める一定の要件を満たした者については、特に届出という手続によって国籍を取得することができることとされているものというべきである。したがって、同項が準正要件を定めているのは、準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようという趣旨ではない。言い換えれば、非準正子が届出という手続によって国籍を取得できないこととなっているのは、同項があるからではなく、同法2条及び4条の必然的結果というべきなのであって、同法3条1項の準正要件があるために憲法上看過し得ない差別が生じているのも、いわば、同項の反射的効果にすぎないというべきである。それ故また、同項に準正要件が置かれていることによって違憲の結果が生じているのは、多数意見がいうように同条が「過剰な」要件を設けているからではなく、むしろいわば「不十分な」要件しか置いていないからというべきなのであって、同項の合理的解釈によって違憲状態を解消しようとするならば、それは「過剰な」部分を除くことによってではなく、「不十分な」部分を補充することによってでなければならないのである。同項の立法趣旨、そして本件における違憲状態が何によって生じているかについての、上記に述べた考え方に関する限り、私は、多数意見よりはむしろ反対意見と共通する立場にあるものといわなければならない。

3問題は、本件における違憲状態を解消するために、上記に見たような国籍法3条1項の拡張解釈を行うことが許されるか否かであって、この点に関し、このような立法府の不作為による違憲状態の解消は専ら新たな立法に委ねるべきであり、解釈によってこれを行うのは司法権の限界を超えるものであるという甲斐中裁判官、堀籠裁判官の反対意見には、十分傾聴に値するものがあると言わなければならない。それにもかかわらず、本件において私があえて拡張解釈の道を選択するのは、次のような理由による。一般に、立法府が違憲な不作為状態を続けているとき、その解消は第一次的に立法府の手に委ねられるべきであって、とりわけ本件におけるように、問題が、その性質上本来立法府の広範な裁量に委ねられるべき国籍取得の要件と手続に関するものであり、かつ、問題となる違憲が法の下の平等原則違反であるような場合には、司法権がその不作為に介入し得る余地は極めて限られているということ自体は否定できない。しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える。これを本件の具体的事情に照らして敷衍するならば、以下のとおりである。先に見たとおり、立法府は、既に、国籍法3条1項を置くことによって、出生時において日本国籍を得られなかった者であっても、日本国民である父親による生後認知を受けておりかつ父母が婚姻した者については、届出による国籍取得を認めることとしている。このこと自体は、何ら違憲問題を生じるものではなく、同項自体の効力については、全く問題が存在しないのであるから(因みに、多数意見は、同項が「過剰な」要件を設けていると考えることから、本件における違憲状態を理由に同項全体が違憲となる理論的可能性があるかのようにいうが、同項が設けられた趣旨についての上記の私の考え方からすれば、同項自体が違憲となる理論的可能性はおよそあり得ない。)、法解釈としては、この条文の存在(立法者の判断)を前提としこれを活かす方向で考えるべきことは、当然である。他方で、立法府は、日本国民である父親による生後認知を受けているが非準正子である者についても、国籍取得につき、単純に一般の外国人と同様の手続を要求するのではなく、より簡易な手続によって日本国籍を取得する可能性を認めている(同法8条)。これらの規定の基盤に、少なくとも、日本国民の子である者の日本国籍取得については、国家の安全・秩序維持等の国家公益的見地からして問題がないと考えられる限り優遇措置を認めようとする政策判断が存在することは、否定し得ないところであろう。そして、多数意見も指摘するとおり、現行法上準正子と非準正子との間に設けられている上記のような手続上の優遇度の違いは、基本的に、前者には我が国との密接な結び付きが認められるのに対し、後者についてはそうは言えないから、との国家公益上の理由によるものと考えられるが、この理由には合理性がなく、したがってこの理由による区別は違憲であるというのが、ここでの出発点なのである。そうであるとすれば、同法3条1項の存在を前提とする以上、現に生じている違憲状態を解消するためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、ごく自然な方法であるということができよう。そして、このような解決が現行国籍法の立法者意思に決定的に反するとみるだけの理由は存在しない。もっとも、立法政策としては、なお、非準正子の中でも特に我が国に一定期間居住している者に限りそれを認める(いわゆる「居住要件」の付加)といったような選択の余地がある、という反論が考えられるが、しかし、我が国との密接な結び付きという理由から準正子とそうでない者とを区別すること自体に合理性がない、という前提に立つ以上、何故に非準正子にのみ居住要件が必要なのか、という問題が再度生じることとなり、その合理的説明は困難であるように思われる。このような状況の下で、現に生じている違憲状態を解消するために、同項の対象には日本国民である父親による生後認知を受けた非準正子も含まれるという拡張解釈をすることが、立法者の合理的意思に抵触することになるとは、到底考えられない。他方で、本件上告人についてみると、日本国籍を取得すること自体が憲法上直接に保障されているとは言えないものの、多数意見が述べるように、日本国籍は、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で極めて重要な意味を持つ法的地位であり、その意味において、基本権享受の重要な前提を成すものということができる。そして、上告人が等しく日本国民の子でありながら、届出によってこうした法的地位を得ることができないでいるのは、ひとえに、国籍の取得の有無に関し現行法が行っている出生時を基準とする線引き及び父母の婚姻の有無による線引き、父母のいずれが日本国民であるかによって事実上生じる線引き等、本人の意思や努力の如何に関わりなく存在する様々の線引きが交錯する中で、その谷間に落ち込む結果となっているが故なのである。仮にこれらの線引きが、その一つ一つを取ってみた場合にはそれなりに立法政策上の合理性を持つものであったとしても、その交錯の上に上記のような境遇に置かれている者が個別的な訴訟事件を通して救済を求めている場合に、先に見たように、考え得る立法府の合理的意思をも忖度しつつ、法解釈の方法として一般的にはその可能性を否定されていない現行法規の拡張解釈という手法によってこれに応えることは、むしろ司法の責務というべきであって、立法権を簒奪する越権行為であるというには当たらないものと考える。なお、いうまでもないことながら、国籍法3条1項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべきものと考える。

裁判官横尾和子、同津野修、同古田佑紀の反対意見は、次のとおりである。

私たちは、以下の理由により、国籍法が、出生後に認知を受けた子の国籍取得について、準正子に届出による取得を認め、非準正子は帰化によることとしていることは、立法政策の選択の範囲にとどまり、憲法14条1項に違反するものではなく、上告人の請求を棄却した原審の判断は結論において正当であるから、上告を棄却すべきものと考える。

1国籍の付与は、国家共同体の構成員の資格を定めるものであり、多数意見の摘示する諸事情など国家共同体との結び付きを考慮して決せられるものであって、国家共同体の最も基本的な作用であり、基本的な主権作用の一つといえる。このことからすれば、国籍付与の条件をどう定めるかは、明確な基準により、出生時において、一律、かつ、可能な限り単一に取得されるべきことなどの要請を害しない範囲で、広い立法裁量にゆだねられているというべきである。国籍が基本的人権の保障等を受ける上で重要な法的地位であるとしても、特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則であって、それによって上記裁量が左右されるものとはいえない。また、無国籍となるような場合は格別、いずれの国の保障を受けるか、例えば我が国の保障を受けるか、それとも他国の保障を受けるかということは、各国の主権にかかわることであり、法的な利益・不利益も、それぞれの国籍に応じて、居住国あるいは事柄によって相違し、時には反対にもなり得る相対的なものであることも考慮すべきである。なお、いわゆる多重国籍は、国籍が出生時に一律に付与されることから不可避的に生じる事態であって、やむを得ないものとして例外的に容認されているものにとどまる。国籍法は、血統主義を基調としながらも、出生時において、血統のみならず、法的にも日本国民の子である者に対して、一律に国籍を付与する一方で、日本国民の血統に属する子が出生後に法的に日本国民の子となった場合には、出生後の生活状況が様々であることから、日本国民の子であることを超えた我が国社会との結び付きの有無、程度を具体的に考慮して国籍を付与するかどうかを決することとしていると解される。このような国籍法の体系から見れば、同法3条1項の規定は、国籍の当然取得の効果を認める面では同法2条の特別規定である一方、出生後の国籍取得という面では帰化の特別規定としての性質を持つものといえる。

2多数意見は、出生後の国籍取得を我が国との具体的な結び付きを考慮して認めることには合理性があり、かつ、国籍法3条1項の立法当時は、準正子となることをもって密接な結び付きを認める指標とすることに合理性があったとしながらも、その後における家族生活や親子関係に関する意識の変化、非嫡出子の増加などの実態の変化、日本国民と外国人との間に生まれる子の増加、諸外国における法制の変化等の国際的動向などを理由として、立法目的との関連において準正子となったことを結び付きを認める指標とする合理性が失われたとする。しかしながら、家族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない。実態の変化についても、家族の生活状況に顕著な変化があるとは思われないし、また、統計によれば、非嫡出子の出生数は、国籍法3条1項立法の翌年である昭和60年において1万4168人(1.0%)、平成15年において2万1634人(1.9%)であり、日本国民を父とし、外国人を母とする子の出生数は、統計の得られる昭和62年において5538人、平成15年において1万2690人であり、増加はしているものの、その程度はわずかである。このように、約20年の間における非嫡出子の増加が上記の程度であることは、多数意見の指摘と異なり、少なくとも、子を含む場合の家族関係の在り方については、国民一般の意識に大きな変化がないことの証左と見ることも十分可能である。確かに、諸外国においては、西欧諸国を中心として、非準正子についても国籍取得を認める立法例が多くなったことは事実である。しかし、これらの諸国においては、その歴史的、地理的状況から国際結婚が多いようにうかがえ、かつ、欧州連合(EU)などの地域的な統合が推進、拡大されているなどの事情がある。また、非嫡出子の数も、30%を超える国が多数に上り、少ない国でも10%を超えているようにうかがわれるなど、我が国とは様々な面で社会の状況に大きな違いがある。なお、国籍法3条1項立法当時、これらの国の法制が立法政策としての相当性については参考とされたものの、憲法適合性を考える上で参考とされたようにはうかがえない。このようなことからすれば、これらの諸国の動向を直ちに我が国における憲法適合性の判断の考慮事情とすることは相当でないと考える。また、多数意見は、日本国民が母である非嫡出子の場合、あるいは胎児認知を受けた場合との差も指摘する。しかし、これらの場合は、出生時において法的に日本国民の子であることが確定しているのであって、その後の生活状況の相違が影響する余地がない一方、国籍は、出生時において、一律に付与される必要があることからすれば、これらの子にも国籍を付与することに合理性がある。実質的に見ても、非嫡出子は出生時において母の親権に服すること、胎児認知は任意認知に限られることなど、これらの場合は、強弱の違いはあっても、親と子の関係に関し、既に出生の時点で血統を超えた我が国社会との結び付きを認めることができる要素があるといえる。また、母が日本国民である場合との差は、出生時における子との種々のかかわり合いに関する父と母の違いから生じるもので、これを男女間における差別ととらえることは相当とは思われない。

3一方、国籍法3条1項は、婚姻と出生の前後関係が異なる場合における国籍取得の均衡を図るとともに、親と生活関係を共にする未成年の嫡出子は親と同一の国籍に属することが望ましいという観点も考慮して立法されたものであり、その意味で出生時を基準とする血統主義を補完する措置とされるものであって、血統主義の徹底、拡充を図ることを目的とするものではない。そして、準正により父が子について親権者となり、監護、養育の権利、義務を有することになるなど、法律上もその関係が強固になること、届出のみにより国籍を付与する場合、その要件はできるだけ明確かつ一律であることが適当であること、届出による国籍取得は、外国籍からの離脱が条件とされていないこと、非準正子の場合は、我が国との結び付きの有無、程度が様々であるから、これを個別、具体的に判断する帰化制度によることが合理的で国籍法の体系に沿うものであるところ、帰化の条件が大幅に緩和されていることなどからすれば、認知を受けた場合全般ではなく、準正があった場合をもって届出により国籍取得を認めることとすることには十分合理性が認められるのであって、これらの点が多数意見指摘の事情によって変化したとはいえない。なお、多数意見は、帰化について、認知を受けた子に関しては帰化の条件が緩和されているとしても、帰化が法務大臣の裁量によるものであって、準正子と非準正子との差を合理的なものとするものではないとする。しかし、類型的に我が国社会との結び付きを認めることが困難な非準正子については、帰化によることが合理的なことは前記のとおりであるし、また、裁量行為であっても、国家機関として行うものである以上、制度の趣旨を踏まえた合理的なものでなければならず、司法による審査の対象ともなり得るものであり、その運用について考慮すべき点があるとしても、多数意見は、国籍法の体系及び簡易帰化の制度を余りにも軽視するものといわざるを得ない。

以上からすれば、非準正子についても我が国との密接な結び付きを認めることが相当な場合を類型化して国籍取得を認めるなど、届出による国籍取得を認める範囲について考慮する余地があるとしても、国籍法が、準正子に届出による国籍の取得を認め、非準正子は帰化によることとしていることは、立法政策の選択の範囲にとどまり、憲法14条1項に違反するものではないと考える。もとより、私たちも、これらの子についても、必要に応じて、適切な保護等が与えられるべきことを否定するものではない。しかし、そのことと国籍をどのような条件で付与するかは、異なる問題である。

4なお、仮に非準正子に届出による国籍の取得を認めないことが違憲であるとしても、上告を棄却すべきものと考える。その理由は、甲斐中裁判官、堀籠裁判官の反対意見とおおむね同旨であるが、以下の点を付加して述べておきたい。両裁判官指摘のとおり、非準正子が届出により国籍を取得することができないのは、これを認める規定がないからであって、国籍法3条1項の有無にかかわるものではない。同項は、認知を受けたことが前提となるものではあるが、その主体は嫡出子の身分を取得した子であり、その範囲を準正によりこれを取得した場合としているものである。多数意見は、国籍法が血統主義を基調とするもので、同項に関し、上記の前提があることを踏まえ、準正子に係る部分を除くことによって、認知を受けた子全般に同項の効果を及ぼそうとするもののようにうかがえる。しかし、準正子に係る部分を取り除けば、同項はおよそ意味不明の規定になるのであって、それは、単に文理上の問題ではなく、同項が専ら嫡出子の身分を取得した者についての規定であることからの帰結である。認知を受けたことが前提になるからといって、準正子に係る部分を取り除けば、同項の主体が認知を受けた子全般に拡大するということにはいかにも無理がある。また、そのような拡大をすることは、条文の用語や趣旨の解釈の域を越えて国籍を付与するものであることは明らかであり、どのように説明しようとも、国籍法が現に定めていない国籍付与を認めるものであって、実質的には立法措置であるといわざるを得ない。また、多数意見のような見解により国籍の取得を認めることは、長年にわたり、外国人として、外国で日本社会とは無縁に生活しているような場合でも、認知を受けた未成年者であれば、届出さえすれば国籍の取得を認めることとなるなど、我が国社会との密接な結び付きが認められないような場合にも、届出による国籍の取得を認めることとなる。届出の時に認知をした親が日本国民であることを要するとしても、親が日本国籍を失っている場合はまれであり、そのことをもって、日本国民の子であるということを超えて我が国との密接な結び付きがあるとするのは困難であって、実質は、日本国籍の取得を求める意思(15歳未満の場合は法定代理人の意思)のみで密接な結び付きを認めるものといわざるを得ない。このようなことは、国籍法3条1項の立法目的を大きく超えることとなるばかりでなく、出生後の国籍取得について我が国社会との密接な結び付きが認められることを考慮すべきものとしている国籍法の体系ともそごするものである。なお、国籍付与の在り方は、出入国管理や在留管理等に関しても、様々な面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題であることも考慮されるべきである。仮に多数意見のような見解が許されるとすれば、創設的権利・利益付与規定について、条文の規定や法律の性質、体系のいかんにかかわらず、また、立法の趣旨、目的を超えて、裁判において、法律が対象としていない者に、広く権利、利益を付与することが可能となることになる。私たちは、本件のような場合についても、違憲立法審査権が及ぶことを否定するものではない。しかしながら、上記の諸点を考慮すれば、本件について、裁判により国籍を認めることは、司法権の限界との関係で問題があると考える。

裁判官甲斐中辰夫、同堀籠幸男の反対意見は、次のとおりである。

私たちは、本件上告を棄却すべきものと考えるが、その理由は次のとおりである。

1国籍法は、憲法10条の規定を受け、どのような要件を満たす場合に、日本国籍を付与するかということを定めた創設的・授権的法律であり、国籍法の規定がなければ、どのような者が日本国民であるか定まらないのである。国籍法が日本国籍を付与するものとして規定している要件に該当しない場合は、日本国籍の取得との関係では、白紙の状態が存在するにすぎない。すなわち、日本国籍を付与する旨の規定を満たさない場合には、国籍法の規定との関係では、立法の不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎないのである。このことは、国会が政策的見地から、国民に対し、一定の権利・利益を付与することとしている創設的・授権的な行政関係の法律の場合も、同様である。

2国籍法2条1号によれば、日本国民たる父が胎児認知した子は、生来的に日本国籍を取得することとなる。また、同法は、3条1項において、父が日本国民である準正子は届出により日本国籍を取得する旨定める。しかし、出生後認知された者であって準正子に当たらない者(非準正子)については、同法は、届出により日本国籍を付与する旨の規定を置いていないのであるから、非準正子の届出による国籍取得との関係では、立法不存在ないし立法不作為の状態が存在するにすぎないというべきである。

3国籍法が、準正子に対し、届出により国籍を付与するとしながら、立法不存在ないし立法不作為により非準正子に対し届出による国籍付与のみちを閉じているという区別(以下「本件区別」という。)は、3条1項が制定された当時においては合理的な根拠があり、憲法14条1項に違反するものではないが、遅くとも、上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した当時には、合理的な理由のない差別となっており、本件区別は同項に違反するものであったと考える。その理由は、多数意見が4で述べるところと同様である。しかしながら、違憲となるのは、非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不作為の状態なのである。多数意見は、国籍法3条1項の規定自体が違憲であるとするものであるが、同規定は、準正子に届出により国籍を付与する旨の創設的・授権的規定であって、何ら憲法に違反するところはないと考える。多数意見は、同項の規定について、非準正子に対して日本国籍を届出によって付与しない趣旨を含む規定であり、その部分が違憲無効であるとしているものと解されるが、そのような解釈は、国籍法の創設的・授権的性質に反するものである上、結局は準正子を出生後認知された子と読み替えることとなるもので、法解釈としては限界を超えているといわざるを得ない。

もっとも、特別規定や制限規定が違憲の場合には、その部分を無効として一般規定を適用することにより権利を付与することは法解釈として許されるといえよう。しかしながら、本件は、そのような場合に当たらないことは明らかである。国籍法は、多数意見が述べるように、原則として血統主義を採っているといえるが、徹底した血統主義を法定していると解することはできないのであるから、3条1項の規定について、出生後認知された子に対し届出による日本国籍を付与することを一般的に認めた上で、非準正子に対し、その取得を制限した規定と解することはできない。したがって、国籍法3条1項の規定の解釈から非準正子に届出による日本国籍の取得を認めることはできない。

4以上のとおりであって、本件において憲法14条1項に違反することとなるのは、国籍法3条1項の規定自体ではなく、非準正子に届出により国籍を付与するという法が存在しないという立法不作為の状態であり、このことから、届出により国籍を取得するという法的地位が上告人に発生しないことは明らかであるから、上告人の請求を棄却した原判決は相当であり、本件上告は棄却すべきものと考える。なお、藤田裁判官は、非準正子に対し届出による国籍付与をしないという立法不作為が違憲であるとしており、この点で私たちと同一の立場に立つものである。しかし、さらに、国籍法3条1項の拡張解釈により権利付与を認めるべきであるとして、上告人の請求を認容すべきものとしており、この見解は、傾聴に値すると考えるが、同項についてそのような解釈を採ることには直ちに賛成することはできない。

5多数意見は、「本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲状態を是正する必要がある」との前提に立っており、このような前提に立つのであれば、多数意見のような結論とならざるを得ないであろう。しかし、このような前提に立つこと自体が相当ではない。なぜなら、司法の使命は、中立の立場から客観的に法を解釈し適用することであり、本件における司法判断は、「本件区別により不合理な差別的取扱を受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正することが国籍法3条1項の解釈・適用により可能か」との観点から行うべきものであるからである。

6日本国民たる要件は、法律により創設的・授権的に定められるものである。本件で問題となっている非準正子の届出による国籍取得については立法不存在の状態にあるから、これが違憲状態にあるとして、それを是正するためには、法の解釈・適用により行うことが可能でなければ、国会の立法措置により行うことが憲法の原則である(憲法10条、41条、99条)。また、立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべきであるが、本件においては、非準正子の届出による国籍取得の要件について、多数意見のような解釈により示された要件以外に「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」があるのであるから、その意味においても違憲状態の解消は国会にゆだねるべきであると考える。

7そうすると、多数意見は、国籍法3条1項の規定自体が違憲であるとの同法の性質に反した法解釈に基づき、相当性を欠く前提を立てた上、上告人の請求を認容するものであり、結局、法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって、実質的に司法による立法に等しいといわざるを得ず、賛成することはできない。

(裁判長裁判官島田仁郎、横尾和子、藤田宙靖、甲斐中辰夫、泉徳治、才口千晴、津野修、今井功、中川了滋、堀籠幸男、古田佑紀、那須弘平、涌井紀夫、田原睦夫、近藤崇晴)

3最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁〔在外邦人選挙権制限違憲訴訟〕(将来効判決)

１１０頁

4最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁〔空知太神社違憲訴訟〕

主文原判決を破棄する。本件を札幌高等裁判所に差し戻す。

理由

第1事案の概要

1本件は、砂川市(以下「市」という。)がその所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させていることは、憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し同施設の撤去及び土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民である被上告人らが、上告人に対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求める事案である。

2原審の確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。  
(1)神社施設の現在の所有関係等市は、第1審判決別紙第1不動産目録記載の各土地(以下「本件各土地」といい、同目録記載の土地を個別に摘示するときは、その番号に従い「本件土地1」などという。ただし、文脈により明らかなときは「本件」を省略する。同様の表記につき、以下同じ。)を所有している。本件各土地上には、第1審判決別紙第2及び第3のとおり、地域の集会場等であるS会館(以下「本件建物」という。)が建てられ、その一角にS神社(以下「本件神社」という。)の祠が設置され、建物の外壁には「神社」との表示が設けられている。また、本件土地1上には、鳥居及び地神宮が設置されている(以下、上記の祠等をそれぞれ「本件祠」、「本件神社の表示」、「本件鳥居」及び「本件地神宮」といい、これらの4物件を併せて「本件神社物件」という。)。本件建物及び本件神社物件の所有者は、S連合町内会(以下「本件町内会」という。)であり、市は、本件町内会に対し、本件各土地を無償で本件建物、鳥居及び地神宮の敷地としての利用に供している(以下、市が本件各土地を本件神社物件のために無償で提供していることを「本件利用提供行為」という。)。  
(2)本件神社物件の形状及び配置状況本件鳥居は、本件土地1上の国道12号線に面する部分に設置され、台石の上に置かれた、堅固な構造を有する神明鳥居(幅約4.5m)で、その上部正面に「S神社」の額が掲げられている。本件建物には、鳥居の正面に当たる部分に、会館入口とは別に、「神社」と表示された入口が設けられ、さらにその入口を入った正面に祠が設置されている。鳥居の脇には、「地神宮」と彫られた石造の地神宮が設置されているが、鳥居、神社入口及び祠は一直線上に配置され、また、祠内には御神体として天照大神が宿るとされる鏡が置かれている。

(3)本件神社の現在の管理状況等

ア本件神社は、宗教法人法所定の宗教法人ではなく、神社付近の住民らで構成される氏子集団(以下「本件氏子集団」という。)によってその管理運営がされている。本件氏子集団は、総代及び世話役各10名を置き、祭りの際には寄附を集め、その会計を町内会の会計とは別に管理している。しかし、組織についての規約等はなく、氏子の範囲を明確に特定することはできず、本件氏子集団を権利能力なき社団と認めることはできない(そのため、前記のとおり、本件神社物件も、法的には町内会の所有と認められる。)。

イ本件町内会は、S地区の六つの町内会によって組織される地域団体で、本件氏子集団を包摂し、各町内会の会員によって組織される運営委員会が本件建物の管理運営を行っている。建物の主要部分を占める集会室の内には、机、いす、黒板、カラオケ機器等が置かれ、ふだんは使用料を徴収して学習塾等の用途に使用されている。本件町内会及び本件氏子集団は、市に対し、本件各土地又は本件建物において本件神社物件を所有し又は使用していることについて、対価を支払っていない。氏子集団による建物の使用については、氏子総代が町内会に年6万円の使用料を支払っている(本件記録によれば、この6万円は、後記ウの祭事の際の建物使用の対価であることがうかがわれる。)。

ウ本件神社においては、初詣で、春祭り及び秋祭りという年3回の祭事が行われている。初詣での際には、A神社から提供されたおみくじ、交通安全の札等が販売され、代金及び売れ残ったおみくじ等はA神社に納められている。また、春祭り及び秋祭りの際には、A神社から宮司の派遣を受け、「S神社」、「地神宮」などと書かれたのぼりが本件鳥居の両脇に立てられる。秋祭りの際には、本件地神宮の両脇に「奉納地神宮氏子中」などと書かれたのぼりが立てられて神事が行われ、「秋季祭典奉納S神社」などと書かれた看板が地域に掲げられる。なお、毎年8月のA神社の祭りの際には、本件神社にA神社のみこしが訪れ、かつては巫女が舞を舞っていたこともある。

(4)本件神社の沿革

アS地区の住民らは、明治25年ころ、五穀豊穣を祈願して、現在の市立S小学校(以下「本件小学校」という。)の所在地付近に祠を建てた。その後、同30年、地元住民らが、神社創設発願者として、上記所在地付近の3120坪の土地について、北海道庁に土地御貸下願を提出して認められ、同所に神社の施設を建立した。同施設には同年9月に天照大神の分霊が祭られて鎮座祭が行われ、地元住民の有志団体であるS青年会がその維持管理に当たった。

イ明治36年に上記施設に隣接して本件小学校(当時の名称は公立B郡C小学校)が建設されたが、昭和23年ころ、校舎増設及び体育館新設の計画が立てられ、その敷地として隣地である上記土地を使用することになったため、上記土地から神社の施設を移転する必要が生じた。そこで、S地区の住民であるDが、上記計画に協力するため、その所有する本件土地1及び4を同施設の移転先敷地として提供した。同施設は、そのころ、同土地に移設され、同25年9月15日には同土地上に本件地神宮も建てられた。

ウDは、昭和28年、本件土地1及び4に係る固定資産税の負担を解消するため、砂川町(同33年7月の市制施行により市となる。以下「町」という。)に同土地の寄附願出をした。町は、同28年3月の町議会において、同土地の採納の議決及び同土地を祠等の施設のために無償で使用させるとの議決をし、同月29日、Dからの寄附に基づきその所有権を取得した。

エ本件町内会(当時の名称はS部落連合会)は、昭和45年、市から補助金の交付を受けて、本件各土地上に地域の集会場として本件建物を新築した。これに伴い、本件町内会は、市から本件土地1及び4に加えて本件土地3(同土地は同年9月に地元住民であるEらから市に寄附された。)を、北海土地改良区(以下「改良区」という。)から本件土地2及び5を、いずれも本件建物の敷地として無償で借用した。そして、建物の建築に伴い、本件土地1及び4上にあった従前の本件神社の施設は、本件祠及び地神宮を除き取り壊され、建物内の一角に祠が移設され、本件土地1上に本件鳥居が新設された(なお、従前存在した鳥居は取り壊されたことがうかがわれる。)。

オ平成6年、市は、改良区から、本件土地2及び5をそれぞれ代金500万2321円及び143万8296円で買い受けた。

カ以上の過程を経て、本件各土地は、すべて市の所有地となり、現在、本件建物、鳥居及び地神宮の敷地として無償で提供されている。

3原審は、上記事実関係等の下において、次のとおり判示して、上告人が本件町内会に対し本件神社物件の撤去請求をすることを怠る事実が違法であることを確認する限度で被上告人らの請求を認容すべきものと判断した。

(1)本件神社物件及び本件建物は宗教施設としての性格が明確で、本件利用提供行為は、市が特定の宗教上の組織との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持つものであり、一般人に対し市が特定の宗教に特別の便宜を与えているとの印象をもたらすものであって、我が国の社会的、文化的諸条件に照らして相当とされる限度を超え、憲法20条3項にいう宗教的活動に当たり、同項に違反し、憲法20条1項後段及び89条の政教分離原則の精神に明らかに反するものというべきである。

(2)被上告人らは、上告人が本件利用提供行為に係る使用貸借契約を解除して本件建物及び本件神社物件の収去及び土地明渡請求をしないことが違法であると主張するところ、上記の憲法違反の状態は、上記契約を解除しなくとも、本件神社物件を撤去させることによって是正することができるものであるから、上記契約を解除するまでの必要は認められないが、市が本件町内会に対しその撤去を請求しないことは、違法に本件土地1及び2の管理を怠るものというべきである。

第2上告代理人新川生馬、同朝倉靖の上告理由について

論旨は、本件神社物件の宗教性は希薄であり、町又は市が本件土地1及び2を取得したのは宗教的目的に基づくものではないなどとして、本件利用提供行為は政教分離原則を定めた憲法の規定に違反するものではないというものである。しかしながら、本件利用提供行為は憲法89条に違反し、ひいては憲法20条1項後段にも違反するものであって、論旨は採用することができない。その理由は、次のとおりである。

1憲法判断の枠組み

憲法89条は、公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益若しくは維持のため、その利用に供してはならない旨を定めている。その趣旨は、国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり、これによって、憲法20条1項後段の規定する宗教団体に対する特権の付与の禁止を財政的側面からも確保し、信教の自由の保障を一層確実なものにしようとしたものである。しかし、国家と宗教とのかかわり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというものではなく、憲法89条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするものと解される。国又は地方公共団体が国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為は、一般的には、当該宗教的施設を設置する宗教団体等に対する便宜の供与として、憲法89条との抵触が問題となる行為であるといわなければならない。もっとも、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されているといっても、当該施設の性格や来歴、無償提供に至る経緯、利用の態様等には様々なものがあり得ることが容易に想定されるところである。例えば、一般的には宗教的施設としての性格を有する施設であっても、同時に歴史的、文化財的な建造物として保護の対象となるものであったり、観光資源、国際親善、地域の親睦の場などといった他の意義を有していたりすることも少なくなく、それらの文化的あるいは社会的な価値や意義に着目して当該施設が国公有地に設置されている場合もあり得よう。また、我が国においては、明治初期以来、一定の社寺領を国等に上知(上地)させ、官有地に編入し、又は寄附により受け入れるなどの施策が広く採られたこともあって、国公有地が無償で社寺等の敷地として供される事例が多数生じた。このような事例については、戦後、国有地につき「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」(昭和22年法律第53号)が公布され、公有地についても同法と同様に譲与等の処分をすべきものとする内務文部次官通牒が発出された上、これらによる譲与の申請期間が経過した後も、譲与、売払い、貸付け等の措置が講じられてきたが、それにもかかわらず、現在に至っても、なおそのような措置を講ずることができないまま社寺等の敷地となっている国公有地が相当数残存していることがうかがわれるところである。これらの事情のいかんは、当該利用提供行為が、一般人の目から見て特定の宗教に対する援助等と評価されるか否かに影響するものと考えられるから、政教分離原則との関係を考えるに当たっても、重要な考慮要素とされるべきものといえよう。

そうすると、国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。以上のように解すべきことは、当裁判所の判例(最高裁昭和46年(行ツ)第69号同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁、最高裁平成4年(行ツ)第156号同9年4月2日大法廷判決・民集51巻4号1673頁等)の趣旨とするところからも明らかである。

2本件利用提供行為の憲法適合性

(1)前記事実関係等によれば、本件鳥居、地神宮、「神社」と表示された会館入口から祠に至る本件神社物件は、一体として神道の神社施設に当たるものと見るほかはない。また、本件神社において行われている諸行事は、地域の伝統的行事として親睦などの意義を有するとしても、神道の方式にのっとって行われているその態様にかんがみると、宗教的な意義の希薄な、単なる世俗的行事にすぎないということはできない。このように、本件神社物件は、神社神道のための施設であり、その行事も、このような施設の性格に沿って宗教的行事として行われているものということができる。

(2)本件神社物件を管理し、上記のような祭事を行っているのは、本件利用提供行為の直接の相手方である本件町内会ではなく、本件氏子集団である。本件氏子集団は、前記のとおり、町内会に包摂される団体ではあるものの、町内会とは別に社会的に実在しているものと認められる。そして、この氏子集団は、宗教的行事等を行うことを主たる目的としている宗教団体であって、寄附を集めて本件神社の祭事を行っており、憲法89条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に当たるものと解される。しかし、本件氏子集団は、祭事に伴う建物使用の対価を町内会に支払うほかは、本件神社物件の設置に通常必要とされる対価を何ら支払うことなく、その設置に伴う便益を享受している。すなわち、本件利用提供行為は、その直接の効果として、氏子集団が神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にしているものということができる。

(3)そうすると、本件利用提供行為は、市が、何らの対価を得ることなく本件各土地上に宗教的施設を設置させ、本件氏子集団においてこれを利用して宗教的活動を行うことを容易にさせているものといわざるを得ず、一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ないものである。前記事実関係等によれば、本件利用提供行為は、もともとは小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的から始まったもので、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったことが認められるものの、明らかな宗教的施設といわざるを得ない本件神社物件の性格、これに対し長期間にわたり継続的に便益を提供し続けていることなどの本件利用提供行為の具体的態様等にかんがみると、本件において、当初の動機、目的は上記評価を左右するものではない。

(4)以上のような事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すると、本件利用提供行為は、市と本件神社ないし神道とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当すると解するのが相当である。

第3職権による検討

1本件は、被上告人らが地方自治法242条の2第1項3号に基づいて提起した住民訴訟であり、被上告人らは、前記のとおり政教分離原則との関係で問題とされざるを得ない状態となっている本件各土地について、上告人がそのような状態を解消するため使用貸借契約を解除し、神社施設の撤去を求める措置を執らないことが財産管理上違法であると主張する。

2本件利用提供行為の現状が違憲であることは既に述べたとおりである。しかしながら、これを違憲とする理由は、判示のような施設の下に一定の行事を行っている本件氏子集団に対し、長期にわたって無償で土地を提供していることによるものであって、このような違憲状態の解消には、神社施設を撤去し土地を明け渡す以外にも適切な手段があり得るというべきである。例えば、戦前に国公有に帰した多くの社寺境内地について戦後に行われた処分等と同様に、本件土地1及び2の全部又は一部を譲与し、有償で譲渡し、又は適正な時価で貸し付ける等の方法によっても上記の違憲性を解消することができる。そして、上告人には、本件各土地、本件建物及び本件神社物件の現況、違憲性を解消するための措置が利用者に与える影響、関係者の意向、実行の難易等、諸般の事情を考慮に入れて、相当と認められる方法を選択する裁量権があると解される。本件利用提供行為に至った事情は、それが違憲であることを否定するような事情として評価することまではできないとしても、解消手段の選択においては十分に考慮されるべきであろう。本件利用提供行為が開始された経緯や本件氏子集団による本件神社物件を利用した祭事がごく平穏な態様で行われてきていること等を考慮すると、上告人において直接的な手段に訴えて直ちに本件神社物件を撤去させるべきものとすることは、神社敷地として使用することを前提に土地を借り受けている本件町内会の信頼を害するのみならず、地域住民らによって守り伝えられてきた宗教的活動を著しく困難なものにし、氏子集団の構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすものとなることは自明であるといわざるを得ない。さらに、上記の他の手段のうちには、市議会の議決を要件とするものなども含まれているが、そのような議決が適法に得られる見込みの有無も考慮する必要がある。これらの事情に照らし、上告人において他に選択することのできる合理的で現実的な手段が存在する場合には、上告人が本件神社物件の撤去及び土地明渡請求という手段を講じていないことは、財産管理上直ちに違法との評価を受けるものではない。すなわち、それが違法とされるのは、上記のような他の手段の存在を考慮しても、なお上告人において上記撤去及び土地明渡請求をしないことが上告人の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価される場合に限られるものと解するのが相当である。

3本件において、当事者は、上記のような観点から、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段が存在するか否かに関する主張をしておらず、原審も当事者に対してそのような手段の有無に関し釈明権を行使した形跡はうかがわれない。しかし、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段があり得ることは、当事者の主張の有無にかかわらず明らかというべきである。また、原審は、本件と併行して、本件と当事者がほぼ共通する市内の別の神社(T神社)をめぐる住民訴訟を審理しており、同訴訟においては、市有地上に神社施設が存在する状態を解消するため、市が、神社敷地として無償で使用させていた市有地を町内会に譲与したことの憲法適合性が争われていたところ、第1、2審とも、それを合憲と判断し、当裁判所もそれを合憲と判断するものである(最高裁平成19年(行ツ)第334号)。原審は、上記訴訟の審理を通じて、本件においてもそのような他の手段が存在する可能性があり、上告人がこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたものである。そうすると、原審が上告人において本件神社物件の撤去及び土地明渡請求をすることを怠る事実を違法と判断する以上は、原審において、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて適切に審理判断するか、当事者に対して釈明権を行使する必要があったというべきである。原審が、この点につき何ら審理判断せず、上記釈明権を行使することもないまま、上記の怠る事実を違法と判断したことには、怠る事実の適否に関する審理を尽くさなかった結果、法令の解釈適用を誤ったか、釈明権の行使を怠った違法があるものというほかない。

第4結論

以上によれば、本件利用提供行為を違憲とした原審の判断は是認することができるが、上告人が本件神社物件の撤去請求をすることを怠る事実を違法とした判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。そこで、原判決を職権で破棄し、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段の存否等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。よって、裁判官今井功、同堀籠幸男の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官藤田宙靖、同田原睦夫、同近藤崇晴の各補足意見、裁判官甲斐中辰夫、同中川了滋、同古田佑紀、同竹内行夫の意見がある。

裁判官藤田宙靖の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に賛成するが、本件利用提供行為が政教分離原則に違反すると考えられることにつき、以下若干の補足をしておくこととしたい。

1国又は公共団体が宗教に関係する何らかの活動(不作為をも含む。)をする場合に、それが日本国憲法の定める政教分離原則に違反しないかどうかを判断するに際しての審査基準として、過去の当審判例が採用してきたのは、いわゆる目的効果基準であって、本件においてもこの事実を無視するわけには行かない。ただ、この基準の採用の是非及びその適用の仕方については、当審の従来の判例に反対する見解も学説中にはかなり根強く存在し、また、過去の当審判決においても一度ならず反対意見が述べられてきたところでもあるから、このことを踏まえた上で、現在の時点でこの問題をどう考えるかについては、改めて慎重な検討をしておかなければならない。この基準を採用することへの批判としては、周知のように、当審においてこの基準が最初に採用された「津地鎮祭訴訟判決」(最高裁昭和46年(行ツ)第69号同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁)における5裁判官の反対意見と並び、「愛媛玉串料訴訟判決」(最高裁平成4年(行ツ)第156号同9年4月2日大法廷判決・民集51巻4号1673頁)における高橋、尾崎両裁判官の意見がある。とりわけ、尾崎意見における指摘、すなわち、日本国憲法の政教分離規定の趣旨につき津地鎮祭訴訟判決において多数意見が出発点とした「憲法は、信教の自由を無条件に保障し、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けたものであり、これを設けるに当たっては、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものである」という考え方を前提とすれば、「国家と宗教との完全分離を原則とし、完全分離が不可能であり、かつ、分離に固執すると不合理な結果を招く場合に限って、例外的に国家と宗教とのかかわり合いが憲法上許容されるとすべきもの」と考えられる、という指摘については、私もまた、これが本来筋の通った理論的帰結であると考える。これに対して、これまでの当審判例の多数意見が採用してきた上記の目的効果基準によれば、憲法上の政教分離原則は「国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果に鑑み、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える場合に(初めて)これを許さないとするもの」であるということになるが(括弧内は藤田による補足)、このように、いわば原則と例外を逆転させたかにも見える結論を導くについて、従来の多数意見は必ずしも充分な説明をしておらず、そこには論理の飛躍がある、という上記の尾崎意見の指摘には、首肯できるものがあるように思われる。ただ、目的効果基準の採用に対するこのような反対意見にあっても、国家と宗教の完全な分離に対する例外が許容されること自体が全く否定されるものではないのであり、また、これらの見解において例外が認められる「完全分離が不可能であり、かつ分離に固執すると不合理な結果を招く場合」に当たるか否かを検討するに際して、目的・効果についての考慮を全くせずして最終的判断を下せるともいい切れないように思われるのであって、問題は結局のところ、「そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超える」か否かの判断に際しての「国家の宗教的中立性」の評価に関する基本的姿勢ないし出発点の如何に懸ることになるともいうことができよう。このように考えるならば、仮に、理論的には上記意見に理由があると考えるとしても、本件において、敢えて目的効果基準の採用それ自体に対しこれを全面的に否定するまでの必要は無いものと考える。但し、ここにいう目的効果基準の具体的な内容あるいはその適用の在り方については、慎重な配慮が必要なのであって、当該事案の内容を十分比較検討することなく、過去における当審判例上の文言を金科玉条として引用し、機械的に結論を導くようなことをしてはならない。こういった見地から、本件において注意しなければならないのは、例えば以下のような点である。

2本件において合憲性が問われているのは、多数意見にも述べられているように、取り立てて宗教外の意義を持つものではない純粋の神道施設につき、地方公共団体が公有地を単純にその敷地として提供しているという事実である。私の見るところ、過去の当審判例上、目的効果基準が機能せしめられてきたのは、問題となる行為等においていわば「宗教性」と「世俗性」とが同居しておりその優劣が微妙であるときに、そのどちらを重視するかの決定に際してであって(例えば、津地鎮祭訴訟、箕面忠魂碑訴訟等は、少なくとも多数意見の判断によれば、正にこのようなケースであった。)、明確に宗教性のみを持った行為につき、更に、それが如何なる目的をもって行われたかが問われる場面においてではなかったということができる(例えば、公的な立場で寺社に参拝あるいは寄進をしながら、それは、専ら国家公安・国民の安全を願う目的によるものであって、当該宗教を特に優遇しようという趣旨からではないから、憲法にいう「宗教的活動」ではない、というような弁明を行うことは、上記目的効果基準の下においても到底許されるものとはいえない。例えば愛媛玉串料訴訟判決は、このことを示すものであるともいえよう。)。本件の場合、原審判決及び多数意見が指摘するとおり、本件における神社施設は、これといった文化財や史跡等としての世俗的意義を有するものではなく、一義的に宗教施設(神道施設)であって、そこで行われる行事もまた宗教的な行事であることは明らかである(五穀豊穣等を祈るというのは、正に神事の目的それ自体であって、これをもって「世俗的目的」とすることは、すなわち「神道は宗教に非ず」というに等しい。)。従って、本件利用提供行為が専ら特定の純粋な宗教施設及び行事(要するに「神社」)を利する結果をもたらしていること自体は、これを否定することができないのであって、地鎮祭における起工式(津地鎮祭訴訟)、忠魂碑の移設のための代替地貸与並びに慰霊祭への出席行為(箕面忠魂碑訴訟)、さらには地蔵像の移設のための市有地提供行為等(大阪地蔵像訴訟)とは、状況が明らかに異なるといわなければならない(これらのケースにおいては、少なくとも多数説は、地鎮祭、忠魂碑、地蔵像等の純粋な宗教性を否定し、何らかの意味での世俗性を認めることから、それぞれ合憲判断をしたものである。)。その意味においては、本件における憲法問題は、本来、目的効果基準の適用の可否が問われる以前の問題であるというべきである。

3もっとも、原審認定事実等によれば、本件神社は、それ自体としては明らかに純粋な神道施設であると認められるものの、他方において、その外観、日々の宗教的活動の態様等からして、さほど宗教施設としての存在感の大きいものであるわけではなく、それゆえにこそ、市においてもまた、さして憲法上の疑義を抱くこともなく本件利用提供行為を続けてきたのであるし、また、被上告人らが問題提起をするまでは、他の市民の間において殊更にその違憲性が問題視されることも無かった、というのが実態であったようにもうかがわれる。従って、仮にこの点を重視するならば、少なくとも、本件利用提供行為が、直ちに他の宗教あるいはその信者らに対する圧迫ないし脅威となるとまではいえず(現に、例えば、本件氏子集団の役員らはいずれも仏教徒であることが認定されている。)、これをもって敢えて憲法違反を問うまでのことはないのではないかという疑問も抱かれ得るところであろう。そして、全国において少なからず存在すると考えられる公有地上の神社施設につき、かなりの数のものは、正にこれと類似した状況にあるのではないか、とも推測されるのである。このように、本件における固有の問題は、一義的に特定の宗教のための施設であれば(すなわち問題とすべき「世俗性」が認められない以上)地域におけるその存在感がさして大きなものではない(あるいはむしろ希薄ですらある)ような場合であっても、そのような施設に対して行われる地方公共団体の土地利用提供行為をもって、当然に憲法89条違反といい得るか、という点にあるというべきであろう。ところで、上記のような状況は、その教義上排他性の比較的希薄な伝統的神道の特色及び宗教意識の比較的薄い国民性等によってもたらされている面が強いように思われるが、いうまでもなく、政教分離の問題は、対象となる宗教の教義の内容如何とは明確に区別されるべき問題であるし、また、ある宗教を信じあるいは受容している国民の数ないし割合が多いか否かが政教分離の問題と結び付けられるべきものではないことも、明らかであるといわなければならない。憲法89条が、過去の我が国における国家神道下で他宗教が弾圧された現実の体験に鑑み、個々人の信教の自由の保障を全うするため政教分離を制度的に(制度として)保障したとされる趣旨及び経緯を考えるとき、同条の定める政教分離原則に違反するか否かの問題は、必ずしも、問題とされている行為によって個々人の信教の自由が現実に侵害されているか否かの事実によってのみ判断されるべきものではないのであって、多数意見が本件利用提供行為につき「一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ないものである」と述べるのは、このような意味において正当というべきである。

4なお、本件において違憲性が問われているのは、直接には、市が公有地上にある本件神社施設を撤去しないという不作為についてである(当初市が神社施設の存する本件土地を取得したこと自体が違憲であるというならば、その行為自体が無効であって、そもそも本件土地は公有地とは認められないということにもなりかねないが、被上告人(原告)らはこのような主張をするものではない。)。この場合、その不作為を直ちに解消することが期待し得ないような特別の事情(例えば、施設の撤去自体が他方で信教の自由に極めて重大な打撃を与える結果となることが見込まれるとか、敷地の民有化に向け可能な限りの努力をしてきたものの、歴史的経緯等種々の原因から未だ成功していない等々の事情が考えられようか。)がある場合に、現に公有地上に神社施設が存在するという事実が残っていること自体をもって直ちに違憲というべきか否かは、なお検討の余地がある問題であるといえなくはなかろう。しかし、本件において、上告人(被告)はこのような特別の事情の存在については一切主張・立証するところがなく、むしろ、そういった事情の存在の有無を問うまでもなく本件利用提供行為は合憲であるとの前提に立っていることは明らかであるから、この点については、原審の釈明義務違反を問うまでもなく、多数意見のように、本件利用提供行為が憲法89条に違反すると判断されるのもやむを得ないところといわなければならない。

裁判官田原睦夫の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に賛成するものであるが、憲法における政教分離の原則及び本件におけるその適用並びに行政事件訴訟手続と弁論主義との関係について、若干の補足意見を述べる。

1憲法における政教分離原則について

信教の自由は、基本的人権の根幹をなす精神的自由の中核であり、近代民主主義国家における普遍的権利として、各国の憲法において保障されている。憲法20条1項前段は、「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。」と規定して、信教の自由を無条件で保障しているが、憲法は、それに加えて同項後段において、宗教団体に対する特権の付与及び宗教団体の政治上の権力行使の禁止を、2項において、宗教上の行為等に関する参加の強制の禁止を、3項では、国及びその機関の宗教的活動の禁止を定め、また、89条において、宗教上の組織、団体に対する公金その他の公の財産の支出、利用の提供を禁じている。憲法が、単に「信教の自由の保障」に止まらず、宗教との関係における政治的権力の行使の禁止及び財政支援の禁止をも定め、政教分離原則を徹底する規定を置いたのは、大日本帝国憲法28条が、「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス」と定めて、信教の自由を保障しながら、神社神道につき財政的支援を含めて事実上国教的取扱いをなし、それに相反する活動をしていると治安当局が認めた多数の宗教団体に対しては厳しい取締まり、禁圧が加えられたという、歴史的な背景によるものである(最高裁昭和46年(行ツ)第69号同52年7月13日大法廷判決、民集31巻4号533頁における藤林益三、吉田豊、団藤重光、服部高顯、環昌一各裁判官の反対意見の一項参照)。信教の自由に関する憲法の上記各条項及びその制定に至る歴史的背景を踏まえるならば、政教分離原則は、本来、厳格に適用されてしかるべきであると考える(同判決における上記藤林益三裁判官外4名の反対意見及び最高裁平成4年(行ツ)第156号同9年4月2日大法廷判決、民集51巻4号1673頁における高橋久子、尾崎行信各裁判官の意見参照)。ところで、政教分離原則の適用について上記のような見解に立っても、雛祭や七夕祭、地域の盆踊りの如く、巷間行われる行事等が宗教的な起源を有してはいるものの、今日では宗教的な要素がほとんどなく、地域の習俗、年中行事として行われているような場合にまでその原則が適用されるものでないことはいうまでもない。また、国家(地方公共団体を含む。以下「国家等」という。)と宗教との関わり合いについては、国家等が、宗教上の行事等への参加や宗教団体への財政的な出捐等の行為を含む何らかの積極的な関与をなす場合と、国家等が所有する土地や施設に、歴史的な経緯等から宗教的な施設等が存置されているのを除去しないという不作為を含む消極的な関与に止まるにすぎない場合とでは、政教分離原則の位置づけは、自ら異ならざるを得ないと考える。即ち、前者においては、それが国家等の意思の発現たる性質が顕著であり、国民の精神的自由に対して直接的な影響を及ぼし得るものであるとともに、その社会的影響も大きいことからして、政教分離原則は厳格に適用されるべきである。ところが後者の場合、例えば、路傍の道祖神や地蔵尊等の如く、今日では宗教的な意義が稀薄となり、習俗として存置されたままになっているものや、設置主体や管理主体も定かでない祠等のようなものが設けられているのを除去することなく放置していたとしても、そのことが国家等と宗教との関係において、社会的に何らかの影響をもたらすとは認め難い。また、多数意見にて指摘するとおり、明治初期の上知(上地)令等により、社寺等の所有地が官有地に編入された結果、国有地等が無償で社寺等の敷地に供される状態になっていたところ、戦後、国有地につき「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」(昭和22年法律第53号。以下「処分法」という。)が公布されて、それらの土地を社寺等に譲渡することとされ、また、公有地についても同法と同様に、譲渡等の処分をすべきものとする通達(「社寺等宗教団体の使用に供している地方公共団体有財産の処分に関すること」(昭和22年4月2日内務文部次官通牒発宗第24号地方長官へ))が発出されて、その処分が進められた。そして、同法や同通達において定められた処分等の申請期間経過後も、同法や同通達に定められた措置が事実上執られてきたものの、なお、今日まで同法や同通達による措置が執られることなく国公有地が社寺等の敷地として供されたままの状態となっている事例が少なからず存するところ、国家等がかかる状態の解消を積極的に図らないとの一事をもって、政教分離原則に違反し違憲であると解するのは妥当ではない。ところで、本件各土地は、次項に述べるように処分法の適用対象ではなく、また、砂川市の前身たる砂川町が本件土地1及び4を、祠等の境内地として無償で使用させるとの負担付で寄附を受け容れたこと自体が憲法に違反するものであって、本来その寄附を受け容れた行為は、無効であったというべきものである。そして、昭和45年には、市は、Eらから市に寄附された本件土地3を含む本件1、3及び4の各土地を、地域の集会場であるとともに、本件祠を収容する建物として新築された本件建物の敷地の一部として無償で使用することを認め、さらに平成6年には、本件建物の敷地の一部に供されていた本件土地2及び5を改良区から有償で取得した上で、引き続き本件建物の敷地として無償で使用することを認めたのであり、かかる状況が原審口頭弁論終結時まで継続しているのである。本件各土地に関する市の上記対応は、本件氏子集団を包摂する本件町内会に対して積極的に財産上の支援を行うと共に、原審口頭弁論終結時にも引き続きその支援を継続しているものと評価せざるを得ないのであって、憲法89条、20条1項後段に違反するものというべきである。

2市の本件土地1及び4の所有権取得の経緯について

本件神社は、原判決の認定及び本件記録によれば、明治30年に地元住民らが、神社創設発願者として、本件小学校(S小学校)付近の3120坪の土地について、北海道庁に土地御貸下願を提出して認められ、同所に神社の施設を建立し、同年9月に天照大神の分霊が祀られて鎮座祭が行われたというのであるから、その時点において、神社神道の神社としての実態を有していたものと認められる。また、その維持管理には、住民の有志団体であるS青年会が当たっていたとされているが、その当時、神道の諸行事がどのように執り行われていたのかは、本件記録上明らかではない。社寺等の境内地を含む所有地は、明治初年に前記のとおり上知(上地)令等により原則として国公有地化されていたが、憲法の定める政教分離原則を貫徹させる趣旨から、昭和22年4月12日には前記の処分法が公布され、また、同法の制定に伴い、前記通達が発令されているところ、本件神社の従前の敷地は、同通達によれば、「現に無償で社寺等に貸付しているもの」として、「随意契約によって時価の半額で売払うべき土地」に該当していたものであり、その敷地の所有者たる北海道から当時の本件神社の管理主体に対して売り払われるべき土地であった(もっとも、その時点における本件神社の管理主体の実態は記録上明らかではないが、権利能力なき社団としての実体を有していれば、その社団に対して、単なる民法上の組合としての実体しか存しない場合には、その組合に対して、売り渡されることとなる。)。ところが、本件神社の上記敷地は、当時の本件神社の管理主体に売り渡されることがないまま、昭和23年頃、本件小学校の拡張工事に伴い、Dが、同22年に自作農創設特別措置法によって売渡しを受けたばかりの本件土地1及び4を本件神社移転地として提供し、同地に本件神社が移設された(本件神社の管理主体とDとの間で、本件土地1及び4に関してどのような契約関係が存したかは本件記録上明らかではないが、使用貸借関係であったものと推察される。)。その結果、本件神社と北海道との直接の関係は途絶えるに至り、また、その移設に伴って本件神社と砂川町との間においても、法的な意味において何らかの関係が生じることもなかった。ところで、上記のとおり本件土地1及び4に本件神社が移転してから5年余を経過した昭和28年になって、Dは、固定資産税の負担を免れるために、本件神社の境内地(本件土地1及び4、地目は当時境内地に変更済であったが、何時の時点で地目の変更がされたのかは、本件記録上明らかではない。)として引き続き使用することを前提に砂川町に寄附を申し入れ、同町は、同年3月、町議会で、本件土地1及び4の採納の議決並びに同土地を無償で本件神社の境内地として使用させるとの議決をし、同町は、同月29日上記各土地の所有権を取得し、同土地を引き続き無償にて本件神社の敷地として利用させるに至った。しかし、本件土地1及び4に係る固定資産税は、所有者たるDが負担すべきものであり、同人がその経済的負担を免れたいと欲するならば、それは、その敷地を利用している本件神社の管理主体に転嫁すべきものであって、その転嫁を避けるために、砂川町が同人から同土地の寄附を受け容れ、引き続き本件神社の敷地として無償で利用させることは、実質的に本件神社の管理主体を経済的に支援するために、上記寄附を受け容れたものと認めざるを得ず、それは憲法20条1項後段及び89条に違反するものとして無効であると評さざるを得ないものである。なお、Dが本件土地1及び4に係る固定資産税を免れるには、本件神社において宗教法人法(昭和26年4月に施行)に基づいて宗教法人として認証を受け、同法人に同土地を寄附すれば、同土地は境内地として固定資産税が賦課されないのである(当時の地方税法348条2項2号)。宗教法人法は、宗教団体の組織の透明化や財産の管理関係の明確化を図るべく制定されたものであり、同法施行当時は、その立法趣旨を踏まえて、比較的緩やかな審査でその認証をするとの運用がなされていたのであるから、本件神社を管理する氏子集団においても、本件神社につき宗教法人化を図る方法も存したと推察されるが、本件記録上そのような手続が採られた形跡は窺えない。また、本件神社につき独立の宗教法人としての設立が困難であったとしても、本件土地1及び4の固定資産税を免れるという意図を実現するには、本件神社を、今日でも本件神社の氏子集団と密接な関係が存すると認められる宗教法人A神社の分社とし、その境内地として、Dが同神社に寄附するとの方法もあり得たのである。このように本件土地1及び4に係る固定資産税の賦課を免れるべき正規の手続が他に存したにもかかわらず、それらの手続が何ら採られることのないまま、Dから本件神社の境内地として同土地の寄附を採納した砂川町の行為は、憲法の定める政教分離原則に明白に違反するものであって、到底是認できるものではない。もっとも、本件土地1及び4の寄附の採納は上記のとおり無効と解さざるを得ないものであるが、その採納後既に50年余を経過し、その間、同土地の所有権の帰属につき争いが生じたことはない事情の下において、関係者が現時点において寄附の採納の無効を主張することは、信義則上許されないばかりか、市において時効取得を主張し得ることが明白であるから、同土地の寄附の採納が有効か否かは、本件請求との関係で直接の影響を及ぼすものではない。しかし、市が同土地の所有権を取得した経緯は、上告人において、本件「財産の管理を怠る事実」を解消する方法について多数意見が指摘する裁量権を行使する上で、考慮すべき事情の一つに該当するものである。

3怠る事実の違法確認と弁論主義との関係について

一般に行政事件訴訟にも弁論主義の適用があると解されている(行政事件訴訟法7条参照)。しかし、行政事件訴訟法は、弁論主義とは本来相容れない職権証拠調べの規定(同法24条。同条は、同法43条3項、41条1項により住民訴訟にも準用されている。)を定めているところ、同規定は、行政事件訴訟の判決が対世効を有すること等、行政事件訴訟の結果が公益に影響するところが少なくないという特質から、弁論主義に委ねたのでは裁判所が適切な判断をなすことが困難な場合に対応すべく、弁論主義を補完するものとして定められたものと解されている。そして、事実審において、その審理の経過等からして明らかに職権証拠調べがなされるべき事案において、それがなされず、かつ、その結果が判決に影響を及ぼすと認められる場合には、当該審理は審理不尽の違法があるとの評価を受けざるを得ないものというべきである。上記の弁論主義の例外として位置づけられる職権証拠調べについての考え方は、直接の規定は存しないものの、主張責任についても妥当すると考えられる。即ち、上記のとおり行政事件訴訟は、その判決が対世効を有する等、その結果が広く公益に影響するところが少なくないという特質を有している。殊に、処分が取り消されるか否かの結果が多数の利害関係人の利害に直接、間接の影響を及ぼし得る種類の抗告訴訟や、訴訟の結果が広く住民全体の利害に繋がる住民訴訟等においては、その公益との関連性は顕著である。かかる訴訟において、当該事案の性質上、当然に主張されてしかるべき事実を当事者が主張せず、かつ、その主張の欠如が判決に影響を及ぼし得る場合には、裁判所は積極的に釈明をなすべき責務を負うものと解される。そして、事実審において、その審理の経緯等からして、裁判所が釈明をなすべき事案において、それがなされず、かつ、その釈明権の不行使が判決に影響を及ぼす虞があると認められる場合には、前述の職権証拠調べの欠如の場合と同様、当該審理は審理不尽の違法があるとの評価を受けることになるものというべきである。ところで、地方自治法242条の2第1項3号の「財産の管理を怠る事実の違法確認」請求訴訟においては、怠る事実の違法性を解消する手段が一義的に明白な場合と、種々な方法があって、どの方法を採用するかは行政機関の裁量に委ねられている場合とがある。後者の場合に、抽象的に「財産の管理を怠る事実が違法である」との確認請求は認められず、原告は「違法な怠る事実」を具体的に特定することが必要であると解されている。そして、当該訴訟においては、原告の主張する「違法な怠る事実」と、違法状態を解消するための種々な方法に関する行政機関の裁量権の行使の違法性が問われることとなるが、その場合に弁論主義が何処まで適用されるかが問題となる。例えば、違法性を解消する手段として、A、B、Cと3種の方法が論理的にあり得るときに、原告がAを主張し、裁判所は、立証内容を踏まえると、行政機関の裁量を前提としてもBの方法を採らないことは違法となると考えるが、それは、Aの請求の一部認容としては認めることができず、他方、Cも抗弁として成立し得るとの心証を抱いている場合に、裁判所として釈明権を行使して原告にBの主張を促し、また、被告にCの抗弁の主張を促すべき責務が存し得るかという問題である。本件は正にそのような問題が問われている事案であって、私は、前記のような考えにより、本件において原審がかかる釈明権を適切に行使しなかったのは、審理不尽の違法を犯したものといわざるを得ないと考える。

裁判官近藤崇晴の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に同調するものであるが、堀籠裁判官の反対意見及び今井裁判官の反対意見にかんがみ、若干の補足をしたい。

1本件利用提供行為の憲法適合性

憲法20条1項後段及び3項並びに89条の規定する政教分離原則が目的としているのは、国(又は地方公共団体。以下同じ。)が特定の宗教を優遇することによって他の宗教の信者や無宗教の者の積極的・消極的信教の自由を損なうことがないように制度的に保障することであり、ひいては、国が特定の宗教と結び付くことによりその力を政治的に利用することを未然に防止することであると考えられる。したがって、憲法が政教分離原則において本来的に想定しているのは、国によって政治的に利用される危険性のある宗教であり、典型的にはかつての国家神道がこれに当たる。その他、既成の大宗教に属する有力な教団や信者に対する支配力の強い有力な新宗教など、信者に対する精神的、経済的な支配力の強い宗教が潜在的にその危険性を帯びているであろう。神社神道の神社は、全国に10万社以上存在するといわれる。本件のS神社は、その一つであるが、砂川市のS地区というごく限られた地域に居住する住民に包摂される本件氏子集団によって信仰の対象とされている氏神神社であり、鳥居はあっても独立した社殿もない小規模な神社である。本件神社が神社本庁とF神社庁の傘下にあるであろうことを考慮してみても、信者に対する精神的、経済的な支配力の強い宗教であるとは、到底評価し得ないであろう。堀籠裁判官の反対意見は、本件神社や本件神社物件の宗教性は希薄であるとして、市による本件利用提供行為は、いわゆる目的効果基準に照らしても政教分離原則に反するとはいえないとするものであり、実質論としては理解し得ないものではない。しかしながら、上記のような弊害を生ずる危険性の大小によって違憲か合憲かの線引きをすることは、困難であり、適切でもない。憲法の趣旨は、国が特定の宗教を優遇することを一切禁止する(ただし、多数意見が説示するように、宗教施設たる建造物を歴史的文化財として保護の対象としたり、観光資源として扱ったりすることは別論である。)というものであり、そのように厳格な宗教的中立性を要求しても、国にとっては、違憲状態を解消する過程で多少の困難を伴うことはあっても、政教が分離されている状態自体が不都合なものであるとは考えられないからである。本件利用提供行為も、多数意見が説示するように、その直接の効果として、本件氏子集団が本件神社を利用した宗教的活動を行うことを容易にさせているものといわざるを得ないのであって、上記のような弊害を生ずる現実の危険性がいかに乏しいとしても、憲法89条及び20条1項後段に抵触し、違憲であると評価せざるを得ないのである。

2本件における違憲状態解消の手段方法

本件訴訟は、市有地が無償で神社関連施設の敷地としての利用に供されていることが違憲であるとして、上告人が本件町内会に対して鳥居、地神宮等の神社施設の撤去及び土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求める住民訴訟である。本件利用提供行為が違憲であるとした場合に、これを解消する方法にはこの撤去等の請求しかないのであれば、被上告人らの上記確認請求は認容すべきものであり、本件上告は棄却すべきであるということになろう。しかし、多数意見が説示するように、違憲状態を解消するためには、それ以外にも、本件各土地の譲与その他の適切な手段があり得る。しかも、本件利用提供行為に至る経緯や「社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律」の趣旨を考えれば、譲与等の方が本件によりふさわしい方法であるとも考えられる。そして、違憲状態を解消する方法が上記撤去等の請求だけではないとすれば、これを怠ることが直ちに違法であるということにはならず、被上告人らの上記確認請求は棄却すべきであるということになる。もう一つ考慮すべきことは、被上告人らの求める「鳥居、地神宮等の神社施設の撤去」には、S神社の氏子(信者)の信教の自由を侵害するという側面があるということである。撤去によって同神社の神社施設が滅失する、あるいは遠隔地に移転するということになれば、氏子(信者)は、同神社において参拝等の宗教行為を行うことが不可能ないし著しく困難となる。これは、同神社の氏子(信者)らの信教の自由を侵害するものであるというべきである。すなわち、撤去等の請求は、政教分離を実現しようとする結果、憲法20条1項前段の保障する信教の自由を侵害することになりかねないということである。これに対し、上記の譲与等の手段によるならば、氏子(信者)の信教の自由を侵害するおそれはなく、適切な結果を得ることができる。本件訴訟において、上告人は、違憲状態を解消するために上記撤去等の請求以外に手段があるという主張をしていなかったのであるが、他に手段があり得ることは、当事者の主張を待つまでもなく明らかであり、しかも、それは氏子(信者)の信教の自由を侵害するおそれのない方法である。したがって、裁判所としては、当事者の主張がなくても、釈明権を行使するなどしてこの点を検討する必要があったというべきである。他に手段方法があるかどうかの立証責任については、今井裁判官の反対意見で指摘されるように、他に手段方法がないことが請求原因であるとする請求原因説と、他に手段方法があることが抗弁であるとする抗弁説とが考えられる。私は、この点については両説あり得るところであって、抗弁説が唯一の帰結であるとまでは考えないが、抗弁説の立場に立ったとしても、裁判所としては、当事者の主張がなくても、釈明権を行使するなどしてこの点を検討すべきであったと考える。当然予想される抗弁の根拠事実について証拠が十分でない場合には、裁判所が釈明権を行使することが相当であることが少なくないのであって、殊に、本件のように、裁判所が適切に釈明権を行使しないことによって、訴訟当事者ではない氏子(信者)の信教の自由を侵害する危険性を生ずる場合には、裁判所に釈明権の行使を怠った違法があると解すべきだからである。そして、本件において、撤去等の請求以外に現実に実行可能である手段方法があり、上告人にこれを排除するつもりがないかどうかについては、判断材料が十分でないから、更に審理を尽くさせるために本件を原審に差し戻すことが相当である。私は、このように考えて、多数意見に同調するものである。

裁判官甲斐中辰夫、同中川了滋、同古田佑紀、同竹内行夫の意見は、次のとおりである。

私たちは、多数意見と結論を同じくするが、多数意見のうち第2の2(本件利用提供行為の憲法適合性)については賛成することができず、本件利用提供行為の憲法適合性を判断するための事情について更に審理を尽くさせる必要があると考えるものである。

1多数意見は、第2の1憲法判断の枠組みにおいて、国家と宗教のかかわり合いについて一般的判断を示した上で、国公有地の宗教的施設に対する無償による利用提供行為が相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かの判断に当たって、「当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」との具体的な判断基準を示している。多数意見のこのような考え方については、私たちも基本的に賛成する。ただし、本件の憲法適合性を検討するに当たり、以下の点を指摘しておきたい。多数意見も自ら述べるとおり、本件利用提供行為の憲法89条適合性を具体的に判断するに当たっては、「諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきもの」である。特に、本件のように明治以来、地域社会と密接な関係を持って、存続し引き継がれてきた宗教的施設については、過去の沿革・経緯、宗教的施設の性格、土地利用の具体的態様、運営主体の性格、地域住民の認識や一般人の評価などを、外形のみならず実態に即して、文字どおり総合的に判断する必要がある。この点で、原判決は、本件神社物件やそこでの行事が宗教性を有するとする部分については、具体的かつ詳細な事実を認定しているが、過去の経緯、土地利用の具体的態様、運営主体の性格、地域住民の認識や一般人の評価などについては、部分的又は抽象的な認定にとどまっている。多数意見も原判決のような一面的な確定事実を基礎として、本件利用提供行為が違憲であるとの判断をしているが、結果として本来の意味での総合的判断がされていないきらいがある。本件利用提供行為の憲法89条適合性を正しく判断するには、何よりも判断に必要な諸般の事情を全体的に認定した上で、総合的に判断することが必要である。

2そこで、多数意見が依拠し原判決が認定した憲法判断に必要な諸般の事情について、審理を尽くして過不足なく全体的に認定しているかを順次検討する。

(1)本件利用提供行為のうち最も重要なのは、本件祠が設置されている地域の集会場等であるS会館(本件建物)に対する本件土地1、2の敷地としての無償提供行為である。本件祠が、その他の神社物件と共に宗教的性格を有することは否定できないが、本件建物に対する市有地の利用提供行為の憲法適合性を判断するのであれば、本件建物全体の利用実態や構造などを明らかにした上で判断すべきである。本件建物は、もともと地域コミュニティーの融和を図るために新築されたものであって、実際にも地域住民の親睦活動に利用されていることは明らかであるが、さらに、上告人は、本件建物は町内会館であって、本件建物内部の構造は、集会場等地域のコミュニティーセンターとしての利用に供するように造られていて、本件祠が設置されている部分は、そのごく一部であり(本件建物の概略図によれば、その建築面積の20分の1程度)、日常的には、その扉は閉ざされたままで、参拝する者は皆無であることや、本件建物の利用状況も、その大半は英語などの学習教室や、老人クラブなどの町内会の親睦等に利用され、年間利用実績355回のうち神社の行事として利用されているのは、2%足らずの7回程度にすぎないことを主張立証している。このような本件建物の構造や利用状況を踏まえると、本件建物に対する市有地の利用提供の意味も、単なる宗教的施設に利用提供する場合とはおのずから異なってくるのであって、それが特定の宗教に対する特別の便宜の提供や援助に当たるか否かについての判断や一般人の評価にも影響を与えることは明らかである。一般に、地方の公民館などはその沿革からその一部に宗教的物件が置かれていることもまれではないが、仮にそのような公民館等に公有地を無償貸与したとしても、公民館等の構造や利用状況が全体として公民館等として構築され利用されているのであれば、これを取り立てて特定の宗教に対する特別の便宜の供与や援助に当たるとまでは、当事者はもとより一般人も考えないとみるのが常識的な見方であろう。原判決は、本件建物の利用状況や構造などについて、そのごく一部である本件祠や神社としての利用については、具体的かつ詳細な事実認定をしているが、建物全体の利用状況等については、上告人の主張にかかわらず具体的な認定をしようとしておらず、総合的な判断をするための審理が尽くされていない。

(2)原判決及び多数意見は、本件神社物件の敷地である本件土地1、3及び4が地元住民からの寄附により町有地となったという経緯は認定しているが、寄附受入れ当時神社物件が存在した本件土地1及び4は、地元住民である所有者Dが「固定資産税の負担を解消するため」寄附願出をし、町は神社施設のために無償で使用させることとし、寄附を受け入れたとしている。しかしながら、本件土地1及び4は、もともと小学校を増築するために当時神社施設のあった隣地が町において必要となり、Dがその所有する土地を移転用地として提供したものである。さらに、上告人の主張によれば、本件土地1及び4を町に寄附する際、Dは同時に学校用地として1229m²の土地を寄附しているのであり、これらを併せ考えると、本件土地1及び4の寄附はそれのみを切り離して評価することは相当でなく、町としては、私財をなげうって町の公教育の充実に協力した町民との間の良好な関係を維持する必要があり、かつ町にとってもこれらの土地の寄附受入れは、将来にわたって大きな利益をもたらすものであった(原判決等は認定していないが、現にDの寄附した土地は小学校用地として利用され、本件土地4は、その後開拓を記念する市有施設の敷地として利用されていることがうかがわれる。)からこそ寄附を受け入れたと見るべきであろう。このような寄附受入れの経緯や寄附された土地の利用状況は、寄附を受けた土地の一部を既存の神社施設へ引き続き使用を認めたことが特定宗教に対する特別の便宜供与等に該当するかや、それを一般人がどう評価するかを判断する上で重要な事実であり、これを全体的に認定しなければ、総合的な判断はできない。原判決はこの点においても審理を尽くしていない。

(3)次に、本件神社の運営についてみると、多数意見も、S神社には神職はおらず、付近住民らで構成される氏子集団により管理運営されているものの氏子の範囲も明確でなく、規約等も存在せず、祭事は年3回行われているにすぎないことは、認めているところである。さらに、上告人は、氏子総代世話役等の神社運営に携わっている者の中で神道を信仰しているものは皆無であるし、これらの者は、町内会に役員として参加するのと同様な世俗的意味で氏子集団に参加し、先祖から慣習的に引き継がれている行事に関与しているにすぎず、そこに宗教的意義、宗教的目的を見いだしている者はいないと主張する。本件神社の氏子集団の性格や活動がこのようなものであるとすれば、そのことは、本件神社施設の宗教性を判断するに当たって考慮すべきことであると考えられるところ、この点についても原判決が十分な審理を尽くしたとはいえない。

(4)原判決及び多数意見は、本件利用提供行為が、一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ないとし、これを違憲判断の理由としている。しかし、本件のように北海道の農村地帯に存在し、専ら地元住民が自らの手で維持、管理してきたもので、地元住民以外に知る人が少ない宗教的施設に対する公有地の利用提供行為についての一般人の評価を検討するのであれば、まず、当該宗教施設が存在する地元住民の一般的な評価を検討しなければならないところ、これを検討した形跡はない。本件証拠によっても、被上告人らによる本件監査請求以前に、住民らが本件利用提供行為の憲法適合性について問題提起したり、市議会において採り上げられたという事情はうかがわれず、かえって被上告人らを除く地元住民においては、本件神社が、開拓者である先祖の思いを伝承するものであることを超えて、神道を具現、普及するようなものとは受け止めておらず、本件利用提供行為に特段憲法上の問題はないとの理解が一般的ではないかと思われる。このような点についての検討をしないで、一般人の評価を抽象的に観念して憲法判断の理由とすることは、審理不尽といわざるを得ない。

3以上のとおり、原審は、憲法判断に必要な諸般の事情について審理を尽くしておらず、2で指摘した点について正しく認定判断がされたとすれば、多数意見の判断とは異なり、本件利用提供行為を合憲と判断することもあり得たものと考える。したがって、原判決を破棄し、本件利用提供行為の憲法適合性を判断するための事情について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すべきものと考える。

裁判官今井功の反対意見は、次のとおりである。

私は、砂川市がその所有する本件土地を本件神社物件のために無償で使用させている本件利用提供行為が憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当して違憲であるとする多数意見の判示第2に全面的に賛成するものであるが、多数意見が判示第3において、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻すべきものとする点については賛成することができず、本件上告を棄却すべきものと考える。その理由は以下のとおりである。

1本件は、砂川市の本件利用提供行為が違憲であるにもかかわらず、砂川市の市長である上告人が本件利用提供行為に係る使用貸借契約を解除して本件神社物件の撤去及び土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民である被上告人らが、本件怠る事実が違法であることの確認を求める住民訴訟である。原審は、本件利用提供行為が違憲であるとした上、上告人が町内会に対して本件神社物件の撤去請求を怠る事実が違法であることを確認する限度で、被上告人らの請求を認容した。多数意見は、本件利用提供行為が違憲であると判断したが、違憲状態(市の所有土地上に本件神社物件が存在する状態)を解消する手段としては、本件神社物件を撤去し、土地を明け渡すことが唯一の手段ではなく、土地の譲与、有償譲渡、適正な対価による貸付けなど他に適切な手段があり得るとし、上告人において他に選択することができる合理的で現実的な手段が存在する場合には、上告人が本件神社物件の撤去及び土地明渡請求という手段を講じていないことは、財産管理上直ちに違法との評価を受けるものではないとした。その上で、多数意見は、原審において、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて適切に審理判断するか、当事者に対して釈明権を行使すべきであったとし、原審には審理不尽又は釈明権の行使を怠った違法があるという。

2本件請求は、上記のような違憲状態を解消させるため、上告人において撤去請求を怠ることが違法である旨の確認を求めているものである。違憲状態を解消する手段としては、本件神社物件の撤去請求が唯一の手段ではなく、土地の譲与等の他の手段があり得ることについては多数意見の述べるとおりである。問題は、他に採るべき手段があり得ることは、本訴請求を棄却する理由となり得るか、なり得るとして、それは、上告人においてその旨を主張立証しなくても、裁判所においてそのことを斟酌すべきか否かということである。多数意見が原審に審理不尽又は釈明権の行使を怠った違法があるとする理由が、違憲状態を解消する手段が他にないことまで原告である被上告人らにおいて主張立証しなければならないとするのか(仮にこれを「請求原因説」という。)、それともその事実は被告である上告人において主張立証することを要するとするのか(仮にこれを「抗弁説」という。)は、必ずしも明らかでない。私は、以下に述べるように、請求原因説は採用することができず、抗弁説に立った場合には、本件では、その点についての釈明義務違反はないと考えるものである。

3まず、請求原因説の当否について検討する。ある物件が市有地の上に存在することにより違憲状態が現出している場合に、それを解消するには、市が当該物件の所有者にその撤去請求をすることが、通常考えられる適切かつ相当な手段であるというべきである。そして、他に違憲状態を解消する手段があるということが撤去請求を阻却する理由となるためには、単に他の手段が存在する可能性があるというだけではなく、その手段が市長において選択することのできる合理的なものであり、かつ、その現実的な可能性があることが必要であることは多数意見も認めるところである。加えて、他にどのような手段を採るかについては、被告である上告人の側において裁量の余地があることも、多数意見の述べるとおりである。そして、他に違憲状態を解消する合理的で現実的な手段があるとしても、その手段が実行に移されるか否かについては、被告がそのような手段を実行に移す意思を持っているのか否かに係っているのみならず、その手段が土地の譲与、譲渡、貸付け等の契約である場合にはその相手方の意向を無視できないことはいうまでもない。さらには、土地の譲与のように、議会の議決を要件とするものも含まれているのであって、これらの問題については、原告の側ではいかんともし難い問題であるといわなければならない。そうすると、他に違憲状態を解消する合理的で現実的な手段が存在することは、請求を阻却する事由として、被告である上告人において主張立証すべき抗弁であると解するのが相当である。これに反して、他に違憲状態を解消する合理的で現実的な手段がないことまでをも原告である被上告人らが主張立証すべきであるとすることは、住民訴訟における原告、被告間の負担の公平な分配という観点から原告に過度の負担を課するものであって、住民訴訟の機能を損なうものといわなければならない。被告がどのような裁量権を行使するのかについては、原告のあずかり知らないところである。

4次に、抗弁説に立った場合に、原審が本件において上告人にその旨の抗弁を主張するか否かを釈明すべき義務を怠ったか否かについて考える。抗弁については、被告の主張がなければ、斟酌することができないというのは弁論主義の当然の帰結である。本件において被告である上告人からその旨の主張がないことは記録上明らかである。私も、被告から抗弁の主張がない場合であっても、裁判所にその旨の釈明をすべき義務を認めるべきときがあることを否定するものではない。問題は、本件の訴訟の経過から見て、そのような釈明義務が認められるか否かである。本件は、平成16年3月17日に訴えが提起され、第1審においては、上告人には当初から弁護士が訴訟代理人となり、5回の口頭弁論期日と7回の弁論準備手続期日における審理が重ねられて、平成18年3月3日に上告人の主張が認められずに上告人敗訴の第1審判決がされ、上告人が控訴した。その控訴審である原審においては、2回の口頭弁論期日と5回の弁論準備手続期日における審理が重ねられて、平成19年4月17日に弁論が終結され、同年6月26日の原判決に至った。原審においては、多数意見の引用するT神社事件が本件と同一裁判体で併行して審理された時期があるが、同事件においては、砂川市が神社敷地として無償で利用に供していた市有地を町内会に譲与したことの合憲性が争われており、上告人は市有地の譲与が違憲ではないとして争っていたのである。以上のような訴訟の経過から見ると、上告人としては、裁判所の釈明を待つまでもなく、遅くとも控訴審の段階においては、本件利用提供行為が違憲であると判断される場合に備えて、譲与等他の合理的で現実的な手段が存在するとの抗弁を主張する機会は十分あったといわざるを得ない。しかし、記録を調べても、上告人がこのような主張をした形跡は見当たらない。多数意見は、上記のようなT神社事件の審理経過からみて、原審は他の手段が存在する可能性があり、上告人がこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていたとし、このことを釈明権を行使すべき一つの根拠としている。しかし、他の手段が存在することは、原審裁判所が知っている以上に、ほかならぬ上告人自身が知っていたものであり、上告人がこのことを主張しようとすればその旨の主張をすることに何の障害もなかったことは明らかであるにもかかわらず、上告人はそのことを主張していないのである。また、上告理由書においても、その点について何らの言及もない。このような場合にまで上記のような抗弁を主張するか否かを釈明すべき義務があるとするのは、当事者主義に立つ訴訟の原則から見て、採用し難い見解である。本件が行政事件訴訟の一つである住民訴訟であることを考慮しても、この結論は変わらない。したがって、この点について、原審に釈明義務違反があるとすることはできない。

5以上のような理由から、私は、被上告人らの請求を一部認容した原判決は正当であって、本件上告は棄却すべきものと考えるものである。

裁判官堀籠幸男の反対意見は、次のとおりである。

私は、本件利用提供行為は憲法に違反しないと考えるものであり、これが憲法に違反するとする多数意見には反対であり、原判決を破棄して第1審判決を取り消し、本件請求は棄却すべきものと考える。その理由は、次のとおりである。

1本件における争点は、砂川市がその所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させていることが、憲法の定める政教分離原則に違反するかどうかである。この点に関する憲法の一般的解釈については、多数意見が第2の1の「憲法判断の枠組み」において述べるところに基本的に賛成するものである。しかし、このような憲法解釈を前提としても、これを本件に適用し、違憲と判断する点において、多数意見に賛成することができない。

2砂川町が本件土地1及び4を取得するに至った経過は、次のとおりである。

(1)本件神社は、もともと、本件小学校(S小学校)の所在地に隣接して建設されていたところ、昭和23年ころ、本件小学校の校舎増設及び体育館新設の計画が立てられ、その計画を実現するため、その敷地となる土地から本件神社の施設を移転させる必要が生じた。

(2)そこで、S地区の住民であるDが上記計画に協力するため、その所有する本件土地1及び4を神社施設の移転先敷地として提供し、そのころ、神社施設は本件土地1及び4に移転された。

(3)Dは、昭和28年に当時の砂川町に対し、神社施設のため本件土地1及び4を寄附する旨の願を出し、砂川町は、議会において同土地の採納及び神社施設のために同土地を無償で使用させるとの議決をし、砂川町は、本件土地1及び4の所有権を取得した。同時に、砂川町は、Dから学校用地として、1229m²の土地の寄附も受けている。

3(1)上記2の事実関係の下においては、Dと砂川町との間には、本件土地1及び4を無償で本件神社の神社施設の敷地として使用させる旨の負担の付いた贈与契約が成立したというべきである。

(2)このような負担付贈与契約自体が政教分離原則を定める憲法の趣旨に反し許されないというのであれば、Dと砂川町との間の贈与契約自体が無効であり、砂川町は本件土地1及び4の所有権を取得していなかったことになるから、本件土地1及び4の所有権が砂川市にあることを前提とする本件請求自体がそもそも成り立たないことになる。

(3)多数意見は、砂川市が本件土地1及び4の所有権を有効に取得していることを前提とするものであるから、上記負担付贈与契約は有効であると解しているといわざるを得ないし、私も上記の負担付贈与契約は有効であると考える。したがって、砂川市は、本件神社の神社施設のために本件土地1及び4を無償で使用させるという契約上の義務を負っていることは明らかである。

4(1)その後の昭和45年ころ、本件町内会は、地域の集会場として本件建物(S会館)の建築を計画し、砂川市から補助金の交付を受け、本件建物を建築し、本件土地1及び4を含む土地を砂川市から無償で借用した。この本件建物の建築に伴い、本件土地1及び4にあった従来の神社施設は祠及び地神宮を除き取り壊され、建物内の一角に祠が移設され、本件土地1上に本件鳥居が新設された。

(2)本件建物は、本件町内会が所有し、砂川市と本件町内会との間では本件建物の敷地について使用貸借契約が成立している。  
(3)砂川市は、現在、本件建物、鳥居及び地神宮の敷地として市の所有地を無償で提供しているが、上記のような経過によれば、本件神社の施設との関係では、Dとの間の負担付贈与契約の趣旨に従った義務の履行として市所有地を無償で提供しているものと解されるのである。また、従来の神社施設は祠及び地神宮を除き取り壊され、祠が世俗施設である本件建物の一角にふだんは人目に付かない形で納められたことによって、神社施設の宗教性はより希薄なものとなっているのであるから、当初有効であった負担付贈与契約がその後違憲無効になったとは考え難い。そして、砂川市は贈与を受けた本件土地1を本件建物の敷地として町内会に使用させている上、本件土地4を上川道路開削記念碑用の敷地として使用しており、このことによって、市の公共的施策を達成するという大きな利益を得ているのである。市の上記負担と利益を比較衡量すれば、市の受ける利益が上回っているというべきである。

5(1)次に、神道は、日本列島に住む人々が集団生活を営む中で生まれた、自然崇拝、祖先崇拝の念を中心として、自然発生的に育った伝統的な民俗信仰・自然信仰であって、日本の固有文化に起源を持つものであり、特定の者が創始した信仰ではなく、特定の教義や教典もない。このように、神道は人々の生活に密着した信仰ともいうべきものであって、その生活の一部になっているともいえる。このことは、日本人の多くが神前結婚式を挙行し、初詣でに神社に出かけて参拝することからも、明らかである。確かに、神道も、憲法にいう宗教としての性質を有することは否定することはできないが、本件神社は、後記のような性格を有し、地域住民の生活の一部となっているものであるから、これと、創始者が存在し、確固たる教義や教典を持つ排他的な宗教とを、政教分離原則の適用上、抽象的に宗教一般として同列に論ずるのは相当ではないと考える。

(2)本件神社は、宗教法人ではなく、付近の住民らで構成する氏子集団によって管理運営されているが、神社の役員や氏子に関する規約はなく、氏子集団の構成員を特定することもできない。本件神社は、もともと北海道開拓のためS地域へ渡った人々が、その心の安らぎのために建立した神社であり、開拓者の生活と密着しているものということができ、本件神社は開拓者やその子孫によって開拓当時の思いを伝承するものとして、維持、運営されてきたものである。そして、本件神社の行事は、初詣で、春祭り及び秋祭りの年3回であるが、これらは、主として地域住民の安らぎや親睦を主たる目的として行っているものであり、神道の普及のために行っているものではないと推認することができる。多数意見は、初詣でまでも除外することなく本件神社における諸行事すべてが宗教的な意義の希薄な単なる世俗的行事にすぎないということはできないとしており、国民一般から見れば違和感があるというべきである。

(3)本件建物は、専ら地域の集会場として利用され、神社の行事のために利用されるのは年3回にすぎず、祠は建物の一角にふだんは人目に付かない状況で納められており、本件神社物件は、宗教性がより希薄であり、むしろ、習俗的、世俗的施設の意味合いが強い施設というべきである。

6(1)国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状況が、政教分離原則を定める憲法に違反するか否かの判断をするに当たっては、多数意見が述べるように、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと考える。

(2)これを本件について見ると、砂川市がその所有に係る土地を本件神社の宗教施設の敷地として提供するに至った経緯は前記のとおりであって、砂川市はDとの負担付贈与契約に基づく契約上の義務の履行として、その所有地を無償で提供しているものというべきであり、また、本件神社と、創始者が存在し、確固たる教義や教典のある排他的な宗教とを同列に論ずること自体不相当である上、本件神社は、前記のように氏子集団によって管理運営されている神社であって、北海道開拓民にとって心の安らぎのために建立されたもので、習俗的、世俗的性質が強いし、行事の際には、氏子集団が町内会に所定の使用対価を支払っており、本件神社物件の宗教性も希薄である。これらの諸事情を総合すれば、多数意見が指摘する点を考慮に入れても、一般の国民は、砂川市が本件神社の施設の敷地を無償で提供している行為が同神社の宗教を援助、助長又は促進する行為であるとは到底考えないというべきであり、したがって、本件利用提供行為は、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは到底認められないというべきである。以上のとおりであるから、砂川市の本件利用提供行為が憲法の定める政教分離原則に違反するということはできない。多数意見は、日本人一般の感覚に反するものであり、到底賛成することはできない。したがって、本件利用提供行為が憲法の定める政教分離原則に違反すると判断した原判決及び第1審判決は破棄及び取消しを免れず、本件請求は棄却すべきである。

(裁判長裁判官竹崎博允、藤田宙靖、甲斐中辰夫、今井功、中川了滋、堀籠幸男、古田佑紀、那須弘平、田原睦夫、近藤崇晴、宮川光治、櫻井龍子、竹内行夫、金築誠志)

5最大判平成24年2月16日民集66巻2号673頁〔第2次空知太神社違憲訴訟〕

主文本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

理由

第1事案の概要

1本件は、北海道砂川市(以下「市」という。)がその所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させていることは憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し同施設の撤去及び土地􏰀渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民である上告人らが、被上告人に対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づき、上記怠る事実の違法確認を求める事案である。

2原審が適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1)市は、原判􏰁別紙第1不動産目録記載1ないし5の各土地(以下「本件各土地」といい、同目録記載の土地を個別に摘示するときは、その番号に従い「本件土地1」などという。)を所有している。本件土地1上には、鳥居及び地神宮が設置されている。また、本件各土地上には、原判􏰁別紙第2及び第3のとおり、地域の集会場等であるA会館(以下「本件建物」という。)が建てられ、その一角にA神社(以下「本件神社」という。)の祠が設置されている。本件建物のうち会館入口とは別に鳥居の正面に当たる部分にある入口の上部には、「神社」との表示が設けられていたが、上記表示は後記(5)のとおり現在では撤去されている(以下、上記の鳥居等をそれぞれ「本件鳥居」、「本件地神宮」、「本件祠」及び「本件神社の表示」といい、これらの4物件を併せて「本件神社物件」という。)。本件建物及び本件神社物件の所有者は、B町内会(以下「本件町内会」という。)であり、市は、本件町内会に対し、本件各土地を無償で本件建物、本件鳥居及び本件地神宮の敷地としての利用に供している(以下、市が本件各土地を上記のとおり無償で提供していることを「本件利用提供行為」という。)。

(2)本件神社は、宗教法人法所定の宗教法人ではなく、神社付近の住民らで構成される氏子集団(以下「本件氏子集団」という。)によってその管理運営がされている。本件氏子集団は、組織についての規約等がなく、氏子の範囲を􏰀確に特定することもできないため、これを権利能力なき社団と認めることはできないが、役員として氏子総代及び世話役が各10名おり、総代の中からその代表者である総代長を協議で選出している。本件町内会は、A地区の六つの町内会によって組織される地域団体で、本件氏子集団を包摂し、各町内会の会員によって組織される運営委員会が本件建物の管理運営を行っている。

(3)昭和23年頃、現在の市立A小学校(当時の名称は公立C郡D尋常小学校)において校舎増設及び体育館新設の計画が立てられ、その敷地としてそれまで神社施設が所在していた隣地を使用することになったため、A地区の住民であるEは、その所有する本件土地1及び4を上記神社施設の移転先敷地として提供し、上記神社施設はその頃上記各土地上に移設された。Eは、昭和28年、本件土地1及び4に係る固定資産税の負担を解消するため、当時の砂川町(同33年7月の市制施行により市となる。以下「町」という。)に上記各土地の寄附􏰂出をし、町は、同年3月の町議会において、上記各土地の採納の議􏰁及び上記各土地を祠等の施設のために無償で使用させる旨の議􏰁を経て、Eからの寄附に基づきそれらの所有権を取得した。本件町内会は、昭和45年、市から補助金の交付を受けて、本件各土地上に本件建物を新築した。これに伴い、従来の鳥居等は取り壊され、本件祠及び本件鳥居が現在の位置に設置された。現在、本件神社においては、初詣、春祭り及び秋祭りという年3回の祭事が行われており、春祭りと秋祭りの際には、F神社から宮司の派遣を受け、「A神社」、「地神宮」等と書かれたのぼりが本件鳥居の両脇に立てられる。また、秋祭りの際には、本件地神宮の両脇に「奉納地神宮氏子中」等と書かれたのぼりが立てられて神事が行われる。

(4)当裁判所大法廷が、本件を原審に差し戻した判􏰁(最高裁平成19年(行ツ)第260号同22年1月20日大法廷判􏰁・民集64巻1号1頁)において、本件利用提供行為の現状は憲法89条及び20条1項後段に違反するものであるが、このような違憲状態の解消には神社施設を撤去して土地を􏰀け渡す以外にも適切な手段があり得るから、他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて更に審理を尽くさせる必要がある旨を判示したことを受けて、市の担当者は、平成22年1月22日、氏子総代長であるGと面談し、当時の第1町内会の会長であり本件町内会の会長も務めたことのある同人に対し、市としては上記判􏰁によって示された方法により解􏰁を図りたい旨を申し入れるとともに、地域としての意見の取りまとめを依頼した。Gは、本件氏子集団の役員ら􏰃本件町内会を組織する各町内会の会長らと協議を重ねた上、同年3月19日、市の担当者に対し、神社施設を存続させる方向でまとまりつつあること、本件神社の財政上本件各土地の買取りは不可能であり、賃借する場合でも極力面積が小さくなるように配慮してほしいこと、本件地神宮については「地神宮」の文字を削り「開拓記念碑」に彫り直す方針であることなどを述べた。これに対し、市の担当者は、本件祠を本件鳥居の北側に移設して敷地を縮小する場合には、例えば面積を20坪とすれば賃料を年4万6000円程度に抑えることができるとの見通しを伝えたところ、Gは、同月26日、市の担当者に対し、同月19日に市と協議した方法による本件神社の存続につき本件氏子集団の役員会において意思確認がされた旨を告げた。

(5)上記(4)の協議を受けて、被上告人は、本件利用提供行為の前示の違憲状態を解消するために次のアないしオの手段(以下「本件手段」という。)を採る方針を策定し、平成22年7月9日の原審口頭弁論期日においてこれを表􏰀した。

ア本件建物につき、本件神社の表示を撤去する。

イ本件地神宮につき、「地神宮」の文字を削り、宗教的色彩のない「開拓記念碑」等の文字を彫り直す。そのために必要な費用は約13万円である。

ウ本件祠につき、本件建物内からこれを取り出し、本件鳥居の付近に設置し直す。そのために必要な費用は約51万円である。

エ本件鳥居及び本件祠につき、その敷地として、本件土地1のうち本件鳥居が存して国道に面する部分52m²(原判􏰁別紙第6の図面斜線部分。以下「本件賃貸予定地」という。)を砂川市公有財産規則(平成4年砂川市規則第21号)に基づく適正な賃料(年額3万5000円程度)で本件氏子集団の氏子総代長に賃貸する。

オ本件賃貸予定地については、ロープを張るなどその範囲を外見的にも􏰀確にする措置を施す。

Gは、同月16日、市の担当者に対し、本件祠の移設のために必要な費用及び本件地神宮の文字の彫り直し費用については本件神社側が負担することで了解済みである旨を述べた。G及び他の地域住民は、その後、本件神社の表示を撤去するとともに、本件建物内に保管されていた本件神社に関連する物品等を全て地域住民宅に移動した。

第2上告代理人石田􏰀義ほかの上告理由について  
1上告理由第1について  
(1)論旨は、本件手段の実施は、その直接の効果として本件氏子集団が本件祠及び本件鳥居を利用した宗教的活動を行うことを容易にするものであるから、その効果は本件利用提供行為と全く異ならないため、その違憲状態を解消することはできず、市が本件神社物件の撤去及び本件土地1の􏰀渡しの方法を採らずに本件手段を実施することは、憲法89条、20条1項後段に違反する旨をいうのである。

(2)本件手段は、市が、前掲平成22年1月20日大法廷判􏰁の前記判示を踏まえ、本件利用提供行為の前示の違憲性を是正解消するために、これを採る方針を策定したものである。そして、本件手段が実施されると、それまで無償で利用に供されていた本件賃貸予定地につき、適正な賃料が利用の対価として市に支払われることとなり、また、本件祠と本件鳥居の敷地として利用される市有地の部分が大幅に縮小されるとともに、本件土地1のうち本件賃貸予定地の範囲を外見的にも􏰀確にする措置が執られることにより、本件氏子集団の利用し得る部分が事実上拡大することの防止も確保される上、本件祠の移設、本件神社の表示の撤去、本件地神宮の文字の彫り直し等の措置が執られることにより、本件賃貸予定地以外の部分からは、本件神社の徴表となる物件􏰃表示は除去されることとなる(なお、本件神社の表示及び本件建物内に保管されていた本件神社に関連する物品等は、前記第1の2(5)のとおり、既に撤去されている。)。加えて、前記事実関係等によれば、本件賃貸予定地が国道に面しており、本件建物内に保管されていた本件神社に関連する物品等が既に撤去されているため、本件手段の実施後に本件氏子集団が本件祠の移設された本件賃貸予定地において祭事等を行う場合に、本件各土地のうち本件賃貸予定地以外の部分􏰃本件建物を使用する必要はないものということができる。これらの事情のほか、本件神社物件の前身である施設は本件土地1及び4が市制施行前の町有地となる前から上記各土地上に存在しており、上記各土地が町有地となったのも、小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的によるものであって、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったといえることも併せて総合考慮すると、本件手段が実施された場合に、本件氏子集団が市有地の一部である本件賃貸予定地において本件鳥居及び本件祠を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえないというべきである。他方、本件神社物件を全て直ちに撤去させるべきものとすることは、本件氏子集団がこれを利用してごく平穏な態様で行ってきた祭事等の宗教的活動の継続を著しく困難なものにし、その構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすことが􏰀らかである。これに対し、前記事実関係等によれば、本件氏子集団は、年額約3万5000円の賃料を負担することによって、本件賃貸予定地において従前と同様の祭事等を行うことが可能となり、本件祠の移設􏰃本件地神宮の彫り直しについても費用負担の点を含めて了承しているというのであるから、本件手段の実施による本件氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものにとどまるということができる。そうすると、本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消する手段として合理性を有するものと解するのが相当である。

(3)そして、本件手段は、適正な対価による貸付けであるので、その実施には市議会による議􏰁を要するものではなく(地方自治法96条1項6号、237条2項参照)、また、前記事実関係等によれば、本件手段は、市の担当者が、氏子総代長であり本件町内会の元会長であったGと度々面談し、同人を介して本件氏子集団の役員ら􏰃本件町内会の会長らと協議を重ねてその意見を聴取し、本件氏子集団の役員会の了解を取り付けた上で策定したものであって、既に本件神社の表示の撤去が実施され、本件祠の移設􏰃本件地神宮の彫り直しも費用負担の点を含めて本件氏子集団の了承が得られており、他方、本件賃貸予定地に係る年額約3万5000円の賃料の支払が将来滞る蓋然性があるとは考え難いことを併せ考えると、本件手段は確実に実施が可能なものということができ、その現実性を優に肯定することができる。

(4)したがって、本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものというべきであり、市が、本件神社物件の撤去及び本件土地1の􏰀渡しの請求の方法を採らずに、本件手段を実施することは、憲法89条、20条1項後段に違反するものではないと解するのが相当である。このことは、当裁判所大法廷判􏰁(最高裁昭和46年(行ツ)第69号同52年7月13日大法廷判􏰁・民集31巻4号533頁、最高裁平成19年(行ツ)第334号同22年1月20日大法廷判􏰁・民集64巻1号128頁)の趣旨に徴して􏰀らかというべきである。論旨は採用することができない。  
2その余の上告理由について論旨は、違憲をいうが、その実質は事実誤認若しくは単なる法令違反をいうもの又はその前提を欠くものであって、民訴法312条1項及び2項に規定する事由のいずれにも該当しない。よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判􏰁する。  
(裁判長裁判官白木勇、宮川光治、櫻井龍子、金築誠志、横田尤孝)

1最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁〔議員定数不均衡違憲訴訟〕(事情判決)

主文原判決を次のとおり変更する。上告人の請求を棄却する。ただし、昭和四七年一二月一〇日に行われた衆議院議員選挙の千葉県第一区における選挙は、違法である。訴訟費用は、原審及び当審を通じ、すべて被上告人の負担とする。

理由上告人及び上告代理人越山康、同山口邦明の上告理由について

上告理由の要旨は、(一)国会議員の選挙においては、どの選挙人の一票も他のそれと均等な価値を与えられることが憲法一四条一項の要求するところであり、居住場所を異にすることによつて投票の価値に差別を設けることは、同項に違反すると解すべきである、(二)昭和四七年一二月一〇日に行われた衆議院議員選挙は、公職選挙法(以下「公選法」という。)一三条、別表第一及び同法附則七項ないし九項(昭和五〇年法律第六三号による改正前のもの)による選挙区及び議員定数の定め(以下「本件議員定数配分規定」という。)に従つて実施されたものであるが、右規定による各選挙区間の議員一人あたりの有権者分布差比率は最大四・九九対一に及んでおり、これは、明らかに、なんらの合理的根拠に基づかないで、住所(選挙区)のいかんにより一部の国民を不平等に取り扱つたものであるから、憲法一四条一項に違反する、(三)それ故、本件選挙(主文第二項に掲げる選挙をいう。以下同じ。)は無効とされるべきであり、これと異なる見解に立つ原判決は、憲法の右規定の解釈適用を誤つたものである、というにある。

一選挙権の平等と選挙制度

(一)わが憲法上、国政は、国民の厳粛な信託に基づき、国民の代表者が行うものであり(前文一項)、国権の最高機関である国会は、全国民を代表する選挙された議員で組織する衆議院及び参議院で構成するものとされ(四一条、四二条、四三条一項)、国会の両議院の議員を選挙する権利は、国民固有の権利として成年である国民のすべてに保障され(一五条一項、三項)、選挙人資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならないとされている(四四条但し書)。元来、選挙権は、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なすものであり、現代民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものとされているのが一般であるが、このような選挙権の平等化が実現されたのは、必ずしも古いことではない。平等は、自由と並んで、近代国家における基本的かつ窮極的な価値であり理念であつて、特に政治の分野において強く追求されてきたのであるが、それにもかかわらず、当初においては、国民が政治的価値において平等視されることがなく、基本的な政治的権利というべき選挙権についても、種々の制限や差別が存しており、それが多年にわたる民主政治の発展の過程において次第に撤廃され、今日における平等化の実現をみるに至つたのである。国民の選挙権に関するわが憲法の規定もまた、このような歴史的発展の成果のあらわれにほかならない。ところで、右の歴史的発展を通じて一貫して追求されてきたものは、右に述べたように、およそ選挙における投票という国民の国政参加の最も基本的な場面においては、国民は原則として完全に同等視されるべく、各自の身体的、精神的又は社会的条件に基づく属性の相違はすべて捨象されるべきであるとする理念であるが、このような平等原理の徹底した適用としての選挙権の平等は、単に選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求するにとどまらず、更に進んで、選挙権の内容の平等、換言すれば、各選挙人の投票の価値、すなわち各投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても平等であることを要求せざるをえないものである。そして、このような選挙権の平等の性質からすれば、例えば、特定の範ちゆうの選挙人に複数の投票権を与えたり、選挙人の間に納税額等による種別を設けその種別ごとに選挙人数と不均衡な割合の数の議員を選出させたりするような、殊更に投票の実質的価値を不平等にする選挙制度がこれに違反することは明らかであるが、そのような顕著な場合ばかりでなく、具体的な選挙制度において各選挙人の投票価値に実質的な差異が生ずる場合には、常に右の選挙権の平等の原則との関係で問題を生ずるのである。本件で問題とされているような、各選挙区における選挙人の数と選挙される議員の数との比率上、各選挙人が自己の選ぶ候補者に投じた一票がその者を議員として当選させるために寄与する効果に大小が生ずる場合もまた、その一場合にほかならない。憲法は、一四条一項において、すべて国民は法の下に平等であると定め、一般的に平等の原理を宣明するとともに、政治の領域におけるその適用として、前記のように、選挙権について一五条一項、三項、四四条但し書の規定を設けている。これらの規定を通覧し、かつ、右一五条一項等の規定が前述のような選挙権の平等の原則の歴史的発展の成果の反映であることを考慮するときは、憲法一四条一項に定める法の下の平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するものであり、右一五条一項等の各規定の文言上は単に選挙人資格における差別の禁止が定められているにすぎないけれども、単にそれだけにとどまらず、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところであると解するのが、相当である。

(二)しかしながら、右の投票価値の平等は、各投票が選挙の結果に及ぼす影響力が数字的に完全に同一であることまでも要求するものと考えることはできない。けだし、投票価値は、選挙制度の仕組みと密接に関連し、その仕組みのいかんにより、結果的に右のような投票の影響力に何程かの差異を生ずることがあるのを免れないからである。代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の事情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけのものではない。わが憲法もまた、右の理由から、国会両議院の議員の選挙については、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし(四三条二項、四七条)、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。それ故、憲法は、前記投票価値の平等についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき唯一絶対の基準としているわけではなく、国会は、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんしやくすることのできる事項をも考慮して、公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができるのであり、投票価値の平等は、さきに例示した選挙制度のように明らかにこれに反するもの、その他憲法上正当な理由となりえないことが明らかな人種、信条、性別等による差別を除いては、原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべきものと解さなければならない。もつとも、このことは、平等選挙権の一要素としての投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使の際における考慮事項の一つであるにとどまり、憲法上の要求としての意義と価値を有しないことを意味するものではない。投票価値の平等は、常にその絶対的な形における実現を必要とするものではないけれども、国会がその裁量によつて決定した具体的な選挙制度において現実に投票価値に不平等の結果が生じている場合には、それは、国会が正当に考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に是認することができるものでなければならないと解されるのであり、その限りにおいて大きな意義と効果を有するのである。それ故、国会が衆議院及び参議院それぞれについて決定した具体的選挙制度は、それが憲法上の選挙権の平等の要求に反するものでないかどうかにつき、常に各別に右の観点からする吟味と検討を免れることができないというべきである。

二本件議員定数配分規定の合憲性

(一)本件は、衆議院議員の選挙に関するものであるところ、右選挙については、いわゆる中選挙区単記投票制が採用されている。これは、衆議院の有すべき性格にかんがみ、候補者と地域住民との密接性を考慮し、また、原則として選挙人の多数の意思の反映を確保しながら、少数者の意思を代表する議員の選出の可能性をも残そうとする趣旨に出たものと考えられるが、このような政策的考慮に立つ選挙制度の採用が憲法上国会の裁量権の範囲に属することは、異論のないところである。ところで、右のように、全国を幾つかの選挙区に分け、各選挙区に選挙されるべき議員数を配分し、単記投票をもつて選挙を行わせる場合においては、各選挙区の選挙人数と議員定数との比率が必ずしも正確に一致せず、その間に多かれ少なかれ幾らかの差異を生ずるのが、通常である。それ故、このような差異が、特に問題とするに足りない程度にとどまる場合は格別、右の程度を超えて看過することのできない程度に達した場合には、選挙人の居住場所のいかんによつてその選挙権の投票価値に不当な差別を設けるものではないかという憲法上の疑問が生ずることとならざるをえず、本件も、その一場合である。思うに、衆議院議員の選挙について、右のように全国を多数の選挙区に分け、各選挙区に議員定数を配分して選挙を行わせる制度をとる場合において、具体的に、どのように選挙区を区分し、そのそれぞれに幾人の議員を配分するかを決定するについては、各選挙区の選挙人数又は人口数(厳密には選挙人数を基準とすべきものと考えられるけれども、選挙人数と人口数とはおおむね比例するとみてよいから、人口数を基準とすることも許されるというべきである。それ故、以下においては、専ら人口数を基準として論ずることとする。)と配分議員定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされるべきことは当然であるとしても、それ以外にも、実際上考慮され、かつ、考慮されてしかるべき要素は、少なくない。殊に、都道府県は、それが従来わが国の政治及び行政の実際において果たしてきた役割や、国民生活及び国民感情の上におけるその比重にかんがみ、選挙区割の基礎をなすものとして無視することのできない要素であり、また、これらの都道府県を更に細分するにあたつては、従来の選挙の実績や、選挙区としてのまとまり具合、市町村その他の行政区画、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状況等諸般の要素を考慮し、配分されるべき議員数との関連を勘案しつつ、具体的な決定がされるものと考えられるのである。更にまた、社会の急激な変化や、その一つのあらわれとしての人口の都市集中化の現象などが生じた場合、これをどのように評価し、前述した政治における安定の要請をも考慮しながら、これを選挙区割や議員定数配分にどのように反映させるかも、国会における高度に政策的な考慮要素の一つであることを失わない。このように、衆議院議員の選挙における選挙区割と議員定数の配分の決定には、極めて多種多様で、複雑微妙な政策的及び技術的考慮要素が含まれており、それらの諸要素のそれぞれをどの程度考慮し、これを具体的決定にどこまで反映させることができるかについては、もとより厳密に一定された客観的基準が存在するわけのものではないから、結局は、国会の具体的に決定したところがその裁量権の合理的な行使として是認されるかどうかによつて決するほかはなく、しかも事の性質上、その判断にあたつては特に慎重であることを要し、限られた資料に基づき、限られた観点からたやすくその決定の適否を判断すべきものでないことは、いうまでもない。しかしながら、このような見地に立つて考えても、具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはないというべきである。

(二)本件議員定数配分規定は、主として昭和三九年法律第一三二号による公選法の一部改正にかかるもので、右改正は、従来の衆議院議員の選挙における選挙区の人口数と議員定数との間に一部著しい不均衡が生じていたのを是正するために、新たに議員総数をふやし、これを適宜配分して選挙区別議員一人あたりの人口数の開きをほぼ二倍以下にとどめることを目的としたものである。ところが、当事者間に争いのない事実によれば、昭和四七年一二月一〇日の本件衆議院議員選挙当時においては、各選挙区の議員一人あたりの選挙人数と全国平均のそれとの偏差は、下限において四七・三〇パーセント、上限において一六二・八七パーセントとなり、その開きは、約五対一の割合に達していた、というのである。このような事態を生じたのは、専ら前記改正後における人口の異動に基づくものと推定されるが、右の開きが示す選挙人の投票価値の不平等は、前述のような諸般の要素、特に右の急激な社会的変化に対応するについてのある程度の政策的裁量を考慮に入れてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているばかりでなく、これを更に超えるに至つているものというほかはなく、これを正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上、本件議員定数配分規定の下における各選挙区の議員定数と人口数との比率の偏差は、右選挙当時には、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていたものといわなければならない。しかしながら、右の理由から直ちに本件議員定数配分規定を憲法違反と断ずべきかどうかについては、更に考慮を必要とする。一般に、制定当時憲法に適合していた法律が、その後における事情の変化により、その合憲性の要件を欠くに至つたときは、原則として憲法違反の瑕疵を帯びることになるというべきであるが、右の要件の欠如が漸次的な事情の変化によるものである場合には、いかなる時点において当該法律が憲法に違反するに至つたものと断ずべきかについて慎重な考慮が払われなければならない。本件の場合についていえば、前記のような人口の異動は不断に生じ、したがつて選挙区における人口数と議員定数との比率も絶えず変動するのに対し、選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも実際的ではなく、また、相当でもないことを考えると、右事情によつて具体的な比率の偏差が選挙権の平等の要求に反する程度となつたとしても、これによつて直ちに当該議員定数配分規定を憲法違反とすべきものではなく、人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきものと解するのが、相当である。この見地に立つて本件議員定数配分規定をみると、同規定の下における人口数と議員定数との比率上の著しい不均衡は、前述のように人口の漸次的異動によつて生じたものであつて、本件選挙当時における前記のような著しい比率の偏差から推しても、そのかなり以前から選挙権の平等の要求に反すると推定される程度に達していたと認められることを考慮し、更に、公選法自身その別表第一の末尾において同表はその施行後五年ごとに直近に行われた国勢調査の結果によつて更正するのを例とする旨を規定しているにもかかわらず、昭和三九年の改正後本件選挙の時まで八年余にわたつてこの点についての改正がなんら施されていないことをしんしやくするときは、前記規定は、憲法の要求するところに合致しない状態になつていたにもかかわらず、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと認めざるをえない。それ故、本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の選挙権の平等の要求に違反し、違憲と断ぜられるべきものであつたというべきである。そして、選挙区割及び議員定数の配分は、議員総数と関連させながら、前述のような複雑、微妙な考慮の下で決定されるのであつて、一旦このようにして決定されたものは、一定の議員総数の各選挙区への配分として、相互に有機的に関連し、一の部分における変動は他の部分にも波動的に影響を及ぼすべき性質を有するものと認められ、その意味において不可分の一体をなすと考えられるから、右配分規定は、単に憲法に違反する不平等を招来している部分のみでなく、全体として違憲の瑕疵を帯びるものと解すべきである。

三本件選挙の効力

右のように、本件議員定数配分規定は、本件選挙当時においては全体として違憲とされるべきものであつたが、しかし、これによつて本件選挙の効力がいかなる影響を受けるかについては、更に別途の考察が必要である。憲法九八条一項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と規定している。この規定は、憲法の最高法規としての性格を明らかにし、これに反する国権行為はすべてその効力を否定されるべきことを宣言しているのであるが、しかし、この法規の文言によつて直ちに、法律その他の国権行為が憲法に違反する場合に生ずべき効力上の諸問題に一義的解決が与えられているものとすることはできない。憲法に違反する法律は、原則としては当初から無効であり、また、これに基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであるが、しかし、これは、このように解することが、通常は憲法に違反する結果を防止し、又はこれを是正するために最も適切であることによるのであつて、右のような解釈によることが、必ずしも憲法違反の結果の防止又は是正に特に資するところがなく、かえつて憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合には、むしろ右の解釈を貫くことがかえつて憲法の所期するところに反することとなるのであり、このような場合には、おのずから別個の、総合的な視野に立つ合理的な解釈を施さざるをえないのである。そこで、本件議員定数配分規定についてみると、右規定が憲法に違反し、したがつてこれに基づいて行われた選挙が憲法の要求に沿わないものであることは前述のとおりであるが、そうであるからといつて、右規定及びこれに基づく選挙を当然に無効であると解した場合、これによつて憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえつて、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかつたこととなる結果、すでに右議員によつて組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのである。それ故、右のような解釈をとるべきでないことは、極めて明らかである。次に問題となるのは、現行法上選挙を将来に向かつて形成的に無効とする訴訟として認められている公選法二〇四条の選挙の効力に関する訴訟において、判決によつて当該選挙を無効とする(同法二〇五条一項)ことの可否である。この訴訟による場合には、選挙無効の判決があつても、これによつては当該特定の選挙が将来に向かつて失効するだけで、他の選挙の効力には影響がないから、前記のように選挙を当然に無効とする場合のような不都合な結果は、必ずしも生じない。(元来、右訴訟は、公選法の規定に違反して執行された選挙の効果を失わせ、改めて同法に基づく適法な再選挙を行わせること(同法一〇九条四号)を目的とし、同法の下における適法な選挙の再実施の可能性を予定するものであるから、同法自体を改正しなければ適法に選挙を行うことができないような場合を予期するものではなく、したがつて、右訴訟において議員定数配分規定そのものの違憲を理由として選挙の効力を争うことはできないのではないか、との疑いがないではない。しかし、右の訴訟は、現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである。およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるときは、前記公選法の規定が、その定める訴訟において、同法の議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨であるとすることは、決して当を得た解釈ということはできない。)しかしながら、他面、右の場合においても、選挙無効の判決によつて得られる結果は、当該選挙区の選出議員がいなくなるというだけであつて、真に憲法に適合する選挙が実現するためには、公選法自体の改正にまたなければならないことに変わりはなく、更に、全国の選挙について同様の訴訟が提起され選挙無効の判決によつてさきに指摘したのとほぼ同様の不当な結果を生ずることもありうるのである。また、仮に一部の選挙区の選挙のみが無効とされるにとどまつた場合でも、もともと同じ憲法違反の瑕疵を有する選挙について、そのあるものは無効とされ、他のものはそのまま有効として残り、しかも、右公選法の改正を含むその後の衆議院の活動が、選挙を無効とされた選挙区からの選出議員を得ることができないままの異常な状態の下で、行われざるをえないこととなるのであつて、このような結果は、憲法上決して望ましい姿ではなく、また、その所期するところでもないというべきである。それ故、公選法の定める選挙無効の訴訟において同法の議員定数配分規定の違憲を主張して選挙の効力を争うことを許した場合においても、右の違憲の主張が肯認されるときは常に当該選挙を無効とすべきものかどうかについては、更に検討を加える必要があるのである。そこで考えるのに、行政処分の適否を争う訴訟についての一般法である行政事件訴訟法は、三一条一項前段において、当該処分が違法であつても、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合においては、諸般の事情に照らして右処分を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認められる限り、裁判所においてこれを取り消さないことができることを定めている。この規定は法政策的考慮に基づいて定められたものではあるが、しかしそこには、行政処分の取消の場合に限られない一般的な法の基本原則に基づくものとして理解すべき要素も含まれていると考えられるのである。もつとも、行政事件訴訟法の右規定は、公選法の選挙の効力に関する訴訟についてはその準用を排除されているが(公選法二一九条)、これは、同法の規定に違反する選挙はこれを無効とすることが常に公共の利益に適合するとの立法府の判断に基づくものであるから、選挙が同法の規定に違反する場合に関する限りは、右の立法府の判断が拘束力を有し、選挙無効の原因が存在するにもかかわらず諸般の事情を考慮して選挙を無効としない旨の判決をする余地はない。しかしながら、本件のように、選挙が憲法に違反する公選法に基づいて行われたという一般性をもつ瑕疵を帯び、その是正が法律の改正なくしては不可能である場合については、単なる公選法違反の個別的瑕疵を帯びるにすぎず、かつ、直ちに再選挙を行うことが可能な場合についてされた前記の立法府の判断は、必ずしも拘束力を有するものとすべきではなく、前記行政事件訴訟法の規定に含まれる法の基本原則の適用により、選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する裁判をする余地もありうるものと解するのが、相当である。もとより、明文の規定がないのに安易にこのような法理を適用することは許されず、殊に憲法違反という重大な瑕疵を有する行為については、憲法九八条一項の法意に照らしても、一般にその効力を維持すべきものではないが、しかし、このような行為についても、高次の法的見地から、右の法理を適用すべき場合がないとはいいきれないのである。そこで本件について考えてみるのに、本件選挙が憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われたものであることは上記のとおりであるが、そのことを理由としてこれを無効とする判決をしても、これによつて直ちに違憲状態が是正されるわけではなく、かえつて憲法の所期するところに必ずしも適合しない結果を生ずることは、さきに述べたとおりである。これらの事情等を考慮するときは、本件においては、前記の法理にしたがい、本件選挙は憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われた点において違法である旨を判示するにとどめ、選挙自体はこれを無効としないこととするのが、相当であり、そしてまた、このような場合においては、選挙を無効とする旨の判決を求める請求を棄却するとともに、当該選挙が違法である旨を主文で宣言するのが、相当である。

四結論以上の次第であるから、上記判示と異なる見解の下に右選挙を適法とし、上告人の請求を棄却した原判決には、憲法の解釈、適用を誤つた違法があり、本件上告は、その限りにおいて理由があるから、原判決を変更して、上告人の請求を棄却するとともに、主文において本件選挙が違法である旨の宣言をすべきである。よつて、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇八条に従い、なお、訴訟費用につき、同法九六条前段、九二条但し書を適用して、原審及び当審の訴訟費用をすべて被上告人に負担させることとし、裁判官岡原昌男、同下田武三、同岸盛一、同天野武一、同江里口清雄、同大塚喜一郎、同吉田豊の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官岡原昌男、同下田武三、同江里口清雄、同大塚喜一郎、同吉田豊の反対意見は次のとおりである。われわれは、本件選挙当時の議員定数配分規定は、千葉県第一区に関する限り違憲無効であり、これに基づく選挙もまた無効なものとして、上告人の請求を認容すべきものと考える。一選挙制度のあり方、殊に選挙区割、議員総定数及びその配分などの決定は、多分に政治性を伴う立法政策の分野に属し、原則として国会の自由裁量に委ねられるべきものであることに異論がないが、その裁量権の行使が著しく合理性を欠き、憲法の要請に反するような事態に立ち至つた場合は、司法による判断を免れないとすることが、三権分立の基本構想に沿うものであると考える。裁判所がこの種の問題について、高度に政治性のある国家行為であるからとか、立法府の自由裁量に属する事項であるからとかの理由により、たやすく司法判断適合性を欠くものとすることは、国民の信頼にこたえる所以ではないと思う。ところで、本件の如き議員定数配分規定の違憲無効を理由として選挙の効力を争う訴訟の形態については、実定法上明文の規定はない。しかし、かつて憲法三七条一項に基づく迅速裁判の要請に反する刑事被告事件について、下級審が、憲法に保障する迅速な裁判をうける権利は侵害されているが、刑訴法にその救済規定がないから如何ともし難いと結論したのに対し、当裁判所は、憲法の要請にこたえるためには、刑訴法上これに対処すべき具体的な規定がなくても、免訴という審理打ち切りの非常救済手段をとるべきであるとした(最高裁判所昭和四五年(あ)第一七〇〇号、同四七年一二月二〇日大法廷判決、刑集二六巻一〇号六三一頁参照)。これは、その事態が免訴の場合におけると同様実体的公訴権が消滅したとみるべき点において類似しているという理由で、免訴の手段をとつたものと考えるべきものである。本件の場合においても、また、憲法上国民の重要な基本的権利である選挙権の平等を争うについては何等かの途をひらくのが妥当であり、それには現行法上選挙の無効を争う点で類似している公選法二〇四条の訴訟の形態を用いることができるとした多数意見は、そのまま同調しうるものと考える。二投票価値の平等は、憲法一四条一項、一五条一項、三項、四四条但し書に根拠をおく憲法上重要な要求であつて、これを尊重すべきことについては、すべて多数意見の説くとおりである。そして、全国の選挙人数を議員総定数で除した議員一人当たりの平均選挙人数と議員定数配分規定による各選挙区の議員一人当たりの選挙人数とが、接近していればいるほど投票価値平等の要求に合致するわけであるが、数字的に完全には同一となりえず、したがつて、憲法も合理性の認められる程度の投票価値の偏差はこれを当然許容しているものと解すべきである。問題は、その偏差がどの程度になつた場合に、他の考慮要素をしんしやくしてもなお合理性があるとはいえないものと判断されるか、そして議員定数配分規定が投票価値不平等の理由で違憲とされた場合に、それに基づいて行われた選挙の効力をいかにみるべきか、ということである。多数意見は、本件選挙当時の議員定数配分規定について、その各選挙区の議員一人当たりの選挙人数を比較し、その最大のものと最小のものとの比率が約五対一の割合に達し、投票価値が甚だしく不平等になつているのは、著しく合理性を欠き、選挙権の平等に関する憲法の要求に反する瑕疵があり、しかも、その違憲の瑕疵が合理的期間内に是正されなかつたものと認めた上で、右配分規定は、本件選挙当時は憲法違反であつたものと断定しているのである。そして、選挙区割及び議員定数の配分は、議員総定数と密接不可分の関連があるから、右配分規定の一部の違憲の瑕疵はその規定全体の違憲を来すものであると論じ、本件で問題とされた千葉県第一区について選挙人の投票価値の偏差の如何を問うことなく、右配分規定は全選挙区を通じ一括して違憲であるとするのである。更に、右のように議員定数配分規定が全体として違憲とされる結果、全国の選挙について選挙無効の訴訟が提起されることがありうることを危惧し、また、仮に一部の選挙区の選挙が無効とされるにとどまつた場合でも、衆議院は、選挙を無効とされた選挙区からの選出議員を得ることができないまま、しかも違憲の瑕疵ある選挙によつて選出された議員のみで構成されるという異常な状態で活動せざるをえないこととなるとし、それは憲法上望ましい姿でもなく、またその所期するところでもないとの理由で、行訴法三一条に含まれる事情判決の法理に則りつつ、更に同条の適用を排除する公選法二一九条の適用を回避して、右配分規定、したがつてそれに基づく本件選挙は違憲違法ではあるが、選挙は無効としないという一種の事情判決を言い渡すこととしたのである。三これに対し、われわれは、全選挙人が投票価値において平均的な、中庸を得た選挙権を享受することをもつて憲法の理想とし、各選挙区について、その投票価値がその理想からどれほど遠ざかつているかを検討し、その偏りが甚だしい場合に投票価値平等の要求に反し違憲の瑕疵を帯びるものと考えるのである。そして、どの程度の偏差を示すに至つたときに違憲とすべきかについては、選挙制度及びこれに対する司法判断のあり方の点ではわが国のそれと差異があるが、ドイツ連邦共和国選挙法のように、その偏差がその平均値人口数から上下各三三・三分の一パーセントを超えないものとし、あるいはアメリカ連邦最高裁判所が、各州の連邦下院議員の各選挙区における投票価値の偏差が平均値から上下それぞれ僅か数パーセントとなつている選挙区割に関する州法律を、何れも正確な数的平等達成への真摯な努力を欠くものとして違憲とする判決をしたのに対し、これを厳格に失すると批判する右判決中の少数意見が、偏差は上下それぞれ一〇ないし一五パーセントを超えない限り原則として合憲とすべきであるとするなど、偏差の許容限度を数字をもつて明らかにする考え方がある。しかし、われわれは、多数意見が説くと同じように、わが国における諸般の情況にかんがみ、選挙人の投票価値の不平等が国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているかどうか、それが合理的期間内に是正されなかつたと認められるかどうかによつて、具体的事案に即して決するのが妥当であると考えるのである。そして、本件においては、原審の確定した事実によれば、議員一人当たりの選挙人数は、千葉県第一区では三八一、二一七・二五人であつて、その全国平均一五〇、二四三・六六人に対し二五三・七三パーセントにあたり、すなわち、投票価値の点からみると、千葉県第一区においては、二人半の選挙人によつてようやく、全国の選挙人の平均一人分の選挙権を行使しうるにすぎないのであるから、このような投票価値の偏差は、いかに他の考慮要素をしんしやくしても、とうてい合理性があるものとは認められない。しかも、その原因たる人口の過密化は絶えず進行し、本件選挙の相当以前から投票価値不平等の違憲の瑕疵を帯びるに至つていたものと推認できるのであるから、それが合理的期間内に是正されなかつたものと認めるほかなく、したがつて、本件選挙当時の議員定数配分規定中千葉県第一区に関する部分は違憲の瑕疵があつたものといわざるをえない。しかし、われわれは、一部選挙区について投票価値不平等の違憲の瑕疵があるとしても、その瑕疵が、多数意見の説くように、必然的に他の選挙区全部について違憲の瑕疵を来すものとは考えないのである。一般に、ある法規の一部に違憲の瑕疵がある場合に、右部分と関連がある限り法規全体が違憲となることはもとよりありうることではあるが、その瑕疵と法規全体との関連度の大小を考察することによつて合理的に解決がつくならば、その法規についてなるべく憲法違反の範囲を拡大しないように解することが違憲審査の基本的な態度であろうと思う。その意味においても、一部の選挙区において生じた投票価値の不平等が、平均的な、中庸を得ている他の多数の選挙区のすべてについて直ちに違憲を来すほどの密接不可分な関連性があるとすべきかどうかについては、慎重な検討を要するものと思われる。もとより、平等不平等という概念は、他と比較しての相対的のものであつて、観念的には議員総定数と選挙区割及び議員配分定数との間には相互に数字的になにがしかの関連があり、殊に、本件の場合のように、投票価値が過小となつた選挙区すなわち人口過密地区の発生は、一方において投票価値が過大となつた選挙区における人口過疎化現象と表裏をなすものであることは明らかであるが、たとえ投票価値の最小最大の比が甚だしい偏差を示したとしても、例えば、その両選挙区における投票価値の平均値からの偏差が上下ともほぼ同率で、その議員定数も同じであり、かつ、その他の選挙区の投票価値がほとんど平均値に近いような場合においては、右の両選挙区について是正措置を講じさえすれば不平等が直ちに解消することは、容易に理解しうることである。試みに、本件選挙当時の議員定数配分規定の下において、当事者間に争いのない原判決添付の議員定数、選挙人数及び議員一人当たりの選挙人数の平均値からの偏差率の対照表の数字に基づいて計算してみると、投票価値の極端に減少した一部の選挙区について、例えば、計一〇名ないし二〇名の定員を増加したとしても、それが平均的投票価値をもつ選挙区に及ぼす偏差率の動きは、僅かに約二パーセントないし四パーセントであり、この数字は、各選挙区の議員一人当たりの選挙人数と全国平均のそれとの偏差率の上限、下限の一六二・八七パーセント、四七・三〇パーセントと対比すれば、問題とするに値いしないものといいうる程度の動きにすぎず、更に、例えば、投票価値の極度に増大した選挙区についても併せて是正措置を講ずるものとするならば、他の選挙区についてその偏差率の変化を最少限度に押えることも可能であるから、議員定数配分規定の一部是正は、平均的投票価値をもつ他の選挙区についてその平均性を失わせるほど有意的な影響を及ぼすものではないと結論することができるのである。この見地に立つて、わが国の衆議院議員の総定数に関する立法の経過をみると、現憲法下の衆議院議員の定数を定めるに当たつては、大正一四年以来の議員総定数四六六人は、その間の人口(選挙人)数の増加にもかかわらず、これを動かさないものとし、各選挙区の人口を標準として行政区画その他の要素をもしんしやくし全選挙区に公平に議員定数を配分する建前をとつたものと認められ、当時としては、議員総定数と人口(選挙人)数、選挙区割及び議員配分定数との間には密接な関連性があつたのは事実であるが、その後、従来見られなかつた甚だしい人口の大都市周辺集中に伴いその関連の度合は漸次稀薄となり、また、これによる投票価値の偏差を是正するためにされた昭和三九年法律一三二号及び昭和五〇年法律六三号による再度の議員総定数及びその配分規定改正の際には、右の関連性に対する全国的配慮は見られず、人口の激減した選挙区にはなんら手を触れることなく、専ら人口の激増した選挙区のうちの一部についてのみ議員定数の増加及び選挙区の分立の措置を講じ、その増加した議員数を加えた数をもつて公選法四条の議員総定数としたものであつて、先ず議員総定数を確定してから、それを各選挙区に公平に配分し直したものではないものと認められる。このように、立法府もまた、右配分規定改正の際には、一部の選挙区だけを切り離して手直しをすることが可能であるとしたものと思われる。以上のことは、とりもなおさず、一選挙区についての投票価値不平等の違憲は必ずしも他の選挙区についての違憲を来さないと考えることができることを意味するものであつて、平均的投票価値をもつ選挙区については、他の選挙区において投票価値の不平等が生じたこととは関係なく、依然として憲法の理念に合致しているものと認めることができるのであるから、これらすべての選挙区について一律に違憲であると断定する必要は全くないものと考えるのである。以上の理由により、われわれは、本件選挙当時の議員定数配分規定は、千葉県第一区に関する限り、憲法一四条一項、三項、一五条一項、四四条但し書に規定する選挙権平等の要求に反し違憲の瑕疵があるので、憲法九八条によつて無効であり、したがつて、これに基づく本件選挙もまた無効とすべきものである、とするのである。四選挙無効の判決が確定すれば、当該選挙区については選出議員を欠くことになり、無効の議員定数配分規定に基づく再選挙は許されないのであるから、残余の議員で構成される衆議院において早急にその違憲の法律を憲法に適合するように改正するための審議をすれば足りるのである。そして、われわれの考えによれば、平均的投票価値をもつ選挙区は全国的に見れば圧倒的に多いのであるから、選挙無効の判決によつて衆議院が活動できなくなるほど多数の議員がその資格を失うことになるはずはないのである。もとより、選挙制度のあり方、殊に選挙区割、議員総定数及びその配分などの決定は、原則として立法府の合理的な自由裁量下にあることは冒頭に述べたとおりであるが、違憲とされた配分規定の改正に当たつては、右選挙無効判決の理由に示された趣旨に則り、その選挙を無効とされた当該選挙区のみならず、これと同様の違憲の瑕疵を帯びると推認される他の選挙区、更に、また、それらの選挙区の投票価値を平均値より不当に低からしめる原因をなした選挙区、すなわち、投票価値が一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に増大した選挙区についても、できるだけこれを平均値に近づける努力を尽すべきことが憲法の要求するところに適合するものと考えられるのである。そして、衆議院が一部の選挙区選出の議員を欠きながら活動せざるをえない場合は、本件のように、議員定数配分規定に違憲無効の瑕疵があつて選挙が無効とされる場合のほか、例えば、多数の選挙区で違法な選挙が行なわれ、選挙無効の訴訟が提起され、相前後して無効判決が確定したが、再選挙をする時間的余裕がないままに緊急案件を審議せざるをえないような場合などにも当然予想されるやむをえない事態であつて、憲法上許容されないところとは認められない。およそ議員は、全国民を代表するものであつて(憲法四三条一項参照)特定選挙区の住民の利益代表ではないのであるから、一部の選挙区選出の議員を欠いたとしても、全国民の代表である他の選挙区選出の議員によつて衆議院はさしたる支障なく活動できることになつているのであり、国会運営上特に困難な事態に陥るわけではないのである。なお、公選法二〇四条による訴訟が提起され、選挙を無効とする判決があつた場合には、四〇日以内に再選挙を行わなければならないとされているが(公選法一〇九条四号、三四条参照)、本件のように、公選法の規定自体が違憲無効であるため選挙が無効となつた場合には、再選挙を行う期間を定める公選法三四条は、その適用がないものと解するのが相当である。けだし、右の規定は、本来訓示規定であると解されるばかりでなく、公選法の規定が合憲有効で、これにより直ちに再選挙を行うことが可能なことを前提としているのであつて、公選法の規定自体に違憲無効のものがあり、有効な再選挙を行うためには、まず、その改正を必要とするような場合を考慮しているものでないことは明らかであり、そのような場合は、再選挙の期間につき、事の性質上別途に合理的な解釈を施すべきものと解されるからである。五ところで、われわれは、多数意見について、前述したような意見の相違があるほか、次のような疑問をもつが故に、これに同調しえないのである。(1)先ず、多数意見は本件議員定数配分規定を違憲としながら、その規定自体の有効無効を確定しないで、右配分規定に基づく選挙の効力を検討している。しかしながら、上告人は、右配分規定の違憲無効を理由としてこれに基づく本件選挙を無効とすることを求めているのであつて、本件選挙が右配分規定に違反して行われた瑕疵のあることを理由としてその無効を求めているのではないから、順序として先ず右配分規定の効力の有無を判断すべきではなかつたかと思われる。(2)仮に、多数意見の説くように、本件議員定数配分規定を全体として違憲の瑕疵を帯びるものと解しても、本件選挙を無効とする判決は、千葉県第一区選出の議員の資格を将来に向つて失わせる効力をもつだけであつて、他の選挙区選出の議員の資格に影響を及ぼすものではない。もとより、千葉県第一区について憲法に適合する選挙が実現するためには、本件議員定数配分規定の改正にまたなければならないが、多数意見の憂えるように、全国における他の選挙区の選挙について選挙無効の訴訟が提起され、これを無効とする判決がされることがありうるとしても、それだけで直ちに、衆議院の活動が不可能になり、本件議員定数配分規定を憲法に適合するように改正することができなくなるわけのものではない。本件選挙を無効とする判決によつて千葉県第一区選出の議員がその資格を失うことになれば、残りの議員だけでは衆議院の定足数を欠く可能性があるという具体的事情が本件訴訟において明らかにされない以上、衆議院の活動が法律上不可能になる虞れがあるとはいえない。また、衆議院の活動が選挙を無効とされた千葉県第一区からの選出議員を得ることができないままの状態で行われざるをえないことは、憲法上望ましい姿ではないが、これを異常な事態として、そのためにも本件選挙を無効とすべきではないとする多数意見が当をえないことは、既に述べたところによつて明らかである。要するに、本件議員定数配分規定を全体として違憲であると解するとしても、本件選挙を無効とする判決によつては、直ちに憲法の所期しない結果を生ずることにはならず、したがつて、本件選挙の効力について事情判決の法理を適用する必要はないのであるから、本件選挙は違法であるがこれを無効とすべきではないとする多数意見の結論には同調することができない。多数意見が本件選挙を無効とする判決によつて憲法の所期しない結果を生ずることを危惧せざるをえないとするのは、ひつきよう、本件議員定数配分規定全体を違憲と考えることに由来するものと思われるのである。(3)多数意見は、その説くような事情のために、投票価値の最大最小の偏差が約五対一に達するような違憲の議員定数配分規定に基づく選挙であつても、事情判決の法理によつて選挙を無効とすることはできないとするのであるから、多数意見によれば、今後投票価値に右の程度の偏差を生じても、選挙を無効とすることにはならないであろうし、また、その偏差が右の程度を超えたとしても事情判決をすべき事情は依然として解消しないのである。多数意見は選挙無効の判決をなしうる理論上の余地を残しているが、果して如何なる場合を予想するのであろうか。これらの不合理は、すべて議員定数配分規定を一体不可分と解したために生じたものとしか考えられない。以上は多数意見に対する疑問であるが、われわれの考え方からすれば、憲法九八条はその文言のとおりに適用すべきこととなるので、これについて多数意見のような複雑な論理を展開する必要もなく、また、行訴法三一条及び同条と公選法二一九条との関係の問題も生じないので、これらについて難解な説示をしないでも済むのである。そして選挙無効の判決をしても、それは性質上いわゆる当然無効として過去にその効力が遡ると解すべきものではなく、将来に向つて形成的な効力をもつに過ぎないのであるから、法律的にもさほど困難な問題を生ずることはなく、また、社会的、政治的にも著しい混乱を来すこととはならないのである。六以上のような次第で、本件議員定数配分規定は、千葉県第一区に関する限り違憲無効であつて、これに基づく同選挙区の本件選挙もまた、無効とすべきものである。したがつて、本件上告は理由があり、これと見解を異にする原判決を破棄し、本件選挙の無効を求める上告人の本訴請求を認容すべきものと考える。

裁判官岸盛一の反対意見は次のとおりである。私は、以下述べる理由によつて、本件千葉県第一区の選挙は無効であるが、当選人四名は当選を失わないと考えるものであり、多数意見には賛成しかねるので、少しく私の意見を述べておきたい。一第一は、多数意見が、本件選挙無効訴訟を公選法二〇四条の選挙の効力に関する訴訟の手続に準拠せしめている点である。本件のような議員定数配分の不平等を理由として選挙の効力を争う訴訟に右の二〇四条の民衆訴訟の手続を踏ませることは、当裁判所の従来からの一貫した判例であるが、本判決は、これまでの判例ではさほど強調されなかつた国民の選挙権の平等の保障について、それが憲法一四条の要求に基づくものであることを強く指摘した。そのことは、議会制民主政治においては、各選挙人の投票の価値が平等であることによつて、真の民意が国会の議決に反映されるものであることを思えば、至極当然であるが、同時に、本件のような訴訟を公選法の選挙規定の適用の誤りを理由として選挙の効力を争う同法二〇四条によつて処理することの難点を浮き彫りにしたことにもなつたと考える。すなわち、公選法二〇四条は、選挙法規の根幹的な手続規定が合憲であることを前提とし、その違反があることを理由として、選挙人らにその権利侵害の有無を問うことなく、選挙法規に従つた適正な運用を求めて選挙の効力を争うことを認める民衆訴訟の手続であるところ、本件のような訴訟は、選挙人らが、選挙権の不平等を理由に選挙無効を訴求するもの、すなわち、選挙法規の基礎をなす議員定数配分規定(以下、配分規定という。)が各選挙区間に不平等であつて憲法の要求に反するものであることを前提とするものなのである。そして、この種訴訟の原告は、選挙人として当該選挙区に属する有権者全体のための救済を求めると同時に、原告自身が選挙人として受けた権利侵害の救済を求めるものと解されるのであつて、民衆訴訟的な面のほかに抗告訴訟的な面をも併せもつ特殊な訴訟形態であると考えられるのである。したがつて、この種訴訟に公選法二〇四条の規定をそのままあてはめることにはもともと無理があり、本来その特質に適合した特別の立法措置が必要とされるのであるが、現行法上そのような措置はとられていない。さればといつて、国民の憲法上の基本的権利の侵害に対する救済を拒否することは許されず、裁判所は、現行の実定法を手がかりとして、その救済を実効あらしめるための手続を考案しなければならない。多数意見は、従来の当裁判所の判例を踏襲して、公選法二〇四条が選挙の効力を争うことのできる現行法上唯一の手続であるとの理由から、同条の規定によりつつこの種訴訟の特殊性を考慮にいれ、これに若干の修正をほどこすことによつて右の目的を達しようとするのであるが、私は、この種訴訟の民衆訴訟的な性質を考慮しながらも、その抗告訴訟的性質を重視し、権利救済についての一般的な手続法である行訴法を手がかりとして、この種訴訟の性格にふさわしい手続を案出するのが適当ではないかと考える。ただ、このように考えるとしても、もともと、公選法も行訴法もこの種訴訟を予想していないのであるから、行政訴訟上の既成の法概念をもつてしては律しきれないものがあり、法体系の理論的整合の点で多少の無理をおかすことは免れない。しかしながら、平等な選挙権という議会制民主政治に不可欠な国民の基本権が憲法に直結するものであることにかんがみるならば、在来の理論的障壁を乗り超えて、ある程度の自由な法創造的思考の加わることは当然なことと考える。そこで、まず、この種訴訟を抗告訴訟として構成することができないかどうかが問われなければならない。選挙を、選挙の告示にはじまり当選人の決定にいたる一連の手続を全体として一個の行政処分としてとらえるか、あるいは、右の一連の行為の最終段階として選挙会が決定し選挙管理委員会が告示する当選決定を行政処分としてとらえ、これに対する抗告訴訟というものを構想することができないであろうか。更にまた、次のようにも考える余地がないであろうか。そもそも、法令が一般に抗告訴訟の対象とならないことはいうまでもないが、配分規定は、いわゆる一般処分に近似した性格、機能をもつものとみられないこともないので、配分規定そのものを抗告訴訟の対象としてとらえることもあながち不当とはいえず、この場合右配分規定による具体的な選挙の施行によつて平等選挙権の侵害が現実化したものとして抗告訴訟の原告適格を肯定することもできるのではなかろうか。以上のような抗告訴訟が認められるとすれば、本件配分規定を違憲としながら、それにのつとつて行われた選挙は無効としない結論を導くために、多数意見が説くような、公選法がその規定する選挙の効力に関する訴訟の本質に照らして行訴法三一条の準用を排除している(公選法二一九条)公選法二〇四条の手続によらしめておきながら、一転して右三一条の法理をかりるという論理を用いなくてもすむのである。なお、行訴法によれば、第一審の管轄裁判所は地方裁判所であるから、訴訟は控訴審を経由して上告審に係属することとなるため、訴訟の迅速処理の点で問題ではあるが、この種訴訟の当事者としても早期解決を望むことは必定と思われるので、当事者の合意による飛躍上告の制度(行訴法七条、民謙法三六〇条一項、三九三条二項)を活用すればよいのではないかと考える。しかしながら、従来の当裁判所の判例が十余年もの長きにわたり、この種訴訟を公選法二〇四条の手続によることを是認してきたことを思えば、本件の処理にあたつて、今更、本案前の問題で上告人の訴を却下することは、従来の判例に対する国民の信頼にそむくことになるし、この種訴訟の抗告訴訟的性質を重視するとしても、なお、更に検討を要する点もあるので、疑問をとどめつつ、さしあたりは多数意見のように、訴訟の形式としては公選法二〇四条により争う途を閉ざさず、その手続によらしめることに賛同しておきたいと考える。二第二は、多数意見が、配分規定を不可分一体のものとして、選挙区における投票価値の偏差を最上限と最下限とを比較するだけで、本件配分規定である公選法別表第一を全部違憲とする点である。私は、以下述べるように、配分規定を可分のものと考えるが、そのことは、前述のこの種訴訟の抗告訴訟的性質を重視する立場とは必ずしもかかわりのないことである。ただ、私も、仮に右別表第一が全部違憲とされひいては選挙の効力が問題とされる場合があるとすれば、多数意見が詳論するように、行訴法三一条の法理によつて選挙を無効とすべきではないと考える。(一)配分規定に各選挙区間の投票価値の偏差が認められる場合に、その最上限と最下限とを比較するだけで配分規定の全部を違憲とする手法は、アメリカの裁判例でも用いられているが、私は、それをわが国で用いることには、次の理由から疑問を抱くものである。すなわち、選挙権の平等の侵害を理由とする訴えは、アメリカでは、当該配分法によつて行われた選挙の効力を争うものではなく、配分法の無効宣言とその定めに従つて行われる次の選挙を阻止するための差止命令を訴求するのが通常であり、裁判所は、当該配分法の規定が違憲であると判断したときには、裁判所みずからが暫定的に選挙区割・議員の定数配分を定めて、それに基づいて選挙を実施することを命じるのが通例とされている。したがつて、裁判所は暫定的に立法的措置を講じて結末をつける建前なのである。これに反して、わが国においては、配分規定の違憲であることを理由として、既に行われた選挙を無効とすることを訴求するものであつて、そのことは、結局、当選人の議員資格の喪失という結果をもたらすことになる。このような訴求の目的及び裁判所が果すことのできる機能についての彼我の相違を無視することはできないと考える。そもそも平等不平等は絶対的な概念ではなくて相対的なものであるうえに、投票価値の最上限と最下限との中間には、なんら不合理な差別を受けておらず、違憲の問題が生じる余地のない選挙区も多数存在するのである。それらの中間にある、定数配分につき国会の裁量権の逸脱が認められない選挙区についてまで一蓮托生的に配分規定全部を違憲とすることは妥当でないと考える。それ故、定数配分が平等であるかどうかについては、各選挙区相互の間に不合理な不平等が認められるか否かを吟味すべきであつて、不当な差別を受けていない選挙区の定数配分及びその選挙区の選挙の効力までをも否定すべきではないと思うのである。また、後述のように、不当な差別を受けている選挙区についても、その配分規定が違憲であることから直ちにそれに基づく選挙が全面的に無効となるものではないと考える。(二)そこで、問題の焦点を簡明にするため、右の二点について次のような設例によつて考えてみることとする。各選挙区の選挙人数を同数と仮定して、AないしZの各選挙区のうち、議員定数四名のA区の投票価値が一、議員定数一名のB区の投票価値が〇・二五、議員定数二名のCないしZ区の投票価値が各〇・五とし、仮に三倍を超える投票価値の差別があれば違憲であるとすると、A区とB区との間では四倍の差があるから相互に違憲となるが、A区とCないしZ区との間では二倍の差にとどまるから違憲の問題は生じない。したがつて、不当な差別的利益を与えられているA区と不当な差別的不利益を受けているB区についてだけ違憲状態がみられることとなる。そして、A区とB区とが相互に違憲となるということは、A区がB区の三倍を超える定数をもち、B区がA区の三分の一に満たない定数しか与えられていないからであつて、配分規定のA区とB区に関する部分がそれぞれ全面的に違憲の性質を帯びるからなのではない。換言すれば、A区が三名を超えて四名という不当に多い定数を与えられている点及びB区の定数が一名に押えられている点に違憲の根拠があるのであつて、A区に三名までの定数を与えている点は正当であるし、また、B区に与えられている一名の定数は、正当に配分されるべき定数の内数なのであるから、この配分まで違憲とする理由はないのである。そのことは、右の違憲状態を解消させるために、A区の定数から一名を削るか、B区の定数を一名以上とするかの方策をとれば、不平等が是正されることを思えば明らかであろう。前述のように平等不平等は相対的な概念であるから、相対的に不当な差別を生じる限度で違憲となると考える(このように考えても、右の設例で、CないしZ区の定数が各一名とすれば、A区とCないしZ区との間に相対的な不平等がみられ、結局、配分規定の全部について違憲の問題が生じる。)。各選挙区に一定数の議員を割りあてる配分の性質は、一定の定数を与えるという積極的な面と、一定の定数以上は与えないという消極的な面とがあるのであつて、このことは、配分規定の合憲性及びこれに伴う選挙の効力を考えるについて重要な意味をもつものと考える。それでは次に、前述の設例によつて一部に違憲性を含む配分規定に基づく選挙の効力について考えることとする。上述来の考え方によれば、配分規定のうちA区に関する部分は、三名を超えて四名として一名を過剰に配分している点で、かつ、その限度で違憲である。また、B区に関しては、定数一名を配分している積極面は違憲でないが、一名に限定しているという消極面がA区との比較において不当に不利益を受けており、その限度で違憲となるのである。それ故、右配分規定に基づいて行われた選挙の効力も次のように考えるべきである。すなわち、A区の選挙は、憲法に違反する過剰な定数の配分規定に基づいて行われた点において、また、B区の選挙は、憲法に違反する過少な定数の配分規定に基づいて行われた点において、いずれも違法であることを免れず、かつ、A区の場合は、これによつて生じた選挙の効力をそのまま全面的には維持することを許されないという意味において、また、B区の場合は、合憲な定数配分規定に基づいて選挙を行うとすれば、選挙の結果を異にする可能性があるという意味において、いずれも選挙の結果に異動を及ぼす虞があるものとして無効とせざるをえない。しかしながら、右配分規定は、A区については三名の定数を配分している限りは違憲でなく、また、B区については、一名を超える定数を配分しなかつた点が違憲で、右一名の定数配分そのものの効力は否定すべきものではないのであるから、A区B区とも、各その限度においてはこれに基づく選挙の結果の効力をそのまま維持させるのが、憲法に適合する範囲において可能な限り選挙人の選挙意思の実現をはかるゆえんであると考えられるのである。それ故、A区については定数三名の範囲内にある第一順位から第三順位までの三名、B区については現に当選した一名の当選の効果をいずれも動かさないものとするのが相当である。そして、このように解するときは、後述するように、後日の配分規定の改正によつて、A区の定数が三名に変更された場合にはA区B区とも再選挙を行う必要がなく、また、B区の定数が仮に二名とされ、A区の定数は従前どおり四名とされた場合には、両区とも残る各一名について再選挙を行えばよいこととなつて、合理的な解決がはかられるのである。以上のような関係は、不当な差別的利益を与えられている各選挙区と不当な差別的不利益を受けている各選挙区との間で当然考えられるのであつて、配分規定の可分性を肯定する立場から導かれる結論であり、また、選挙の効力につき上記のような解釈をとることによつて、選挙の無効・当選人の議員資格の喪失を不当に拡大することを防止することにもなるのである。以上の次第で、投票価値の高い選挙区から順位を追つて順次その低い選挙区ごとに投票価値を相対的に比較するならば、最上限と最下限との中間になんら違憲の問題が起る余地のない選挙区のあることを確めることが容易であり、かつ、投票価値に違憲状態がみられる選挙区についても、当該選挙区の定数配分を全部違憲とする必要はなく、多数意見が憂慮するような国会の構成が不可能となる結果を避けることもできるのである。配分規定が不可分一体のものか、可分のものかの議論は、結局、果てしない論争のように思われる。私は、この種訴訟について違憲状態に対する裁判上の救済をはかり、妥当な結論を求めるためには、これを前述のような意味において可分なものと考えるのが相当であると思うのである。これを可分なものと考えることにより、彌縫策とはいえ、国会が、その裁量によつて既定の議員総数の範囲内で不当な利益を与えられている選挙区の定数の一部を削り不当な不利益を受けている選挙区に割りあてる方法で不平等を解消させることができる場合もあろうし、また、従来国会においてとられてきた実績が示すような、不当な不利益を受けている選挙区の定数を増すことによつて、応急的に同様な結果を得ることも可能であろう。このような問題は、本来、国会の権限と責任において解決すべきものであり、しかも、私の上述来の考えによつても、裁判所が違憲の判断を示すことによつてその是正を国会に期待することができるのであるから、決して、国民の権利の救済にとつて無力なものではないと考える。三本件についてみるのに、当事者間に争のない原判決添付の一覧表の記載による各選挙区の議員定数、議員一人あたりの選挙人数に基づいて、最上限の議員定数三名の兵庫県第五区の投票価値を一として各選挙区の投票価値を、その高い選挙区から順位を追つて順次その低い選挙区ごとに相対的に比較するに、議員定数各三名の鹿児島県第三区、石川県第二区の投票価値はそれぞれ〇・九七、〇・九三であるのに対し、議員定数四名の千葉県第一区のそれは〇・二一にすぎないことが明らかである。私は、議員定数配分における投票価値の不平等と違憲性の問題に関する多数意見の一般的見解にはおおむね賛同するものであり、その説く基準に照らして右の投票価値の開きをみるときは、本件選挙当時、千葉県第一区への定数配分は、憲法上選挙権の平等の要求に反する過少な定数配分として違憲とされることを免れないものであつたと考える。それ故、上述した見解に従つて本件を処理するときは次のようになる。すなわち、本件配分規定のうち、千葉県第一区に関する部分は、その定数配分が過少に限定されている点において、かつ、その限度で違憲なのであるから、前述したところに従い、同区の選挙は右の違憲な配分規定に基づく選挙として違法であり、無効とされるべきものであるが、当選人四名の選挙に関する限りは、その結果としての当選の効力を維持すべきであり、したがつて、本件千葉県第一区の選挙を無効とするとともに、右選挙によつて当選した当選人らは当選を失わない旨の判決をすべきである。それ故、右と異なる見解の下に右選挙を適法とし上告人の請求を棄却した原判決には、憲法の解釈、適用を誤つた違法があり、本件上告はその限りにおいて理由があるから、原判決を変更して右趣旨の判決をすべきである。

裁判官天野武一の反対意見は、次のとおりである。本件は、昭和四七年一二月一〇日行われた衆議院議員選挙の千葉県第一区の選挙人が、公選法の議員定数配分規定は違憲であり、右違憲の規定に基づいて行われた右選挙区における選挙は無効であると主張して、公選法二〇四条所定の選挙の効力に関する規定に準拠し、千葉県選挙管理委員会を被告として提起した訴訟である。もともと、同条による訴訟は、具体的権利義務に関するいわゆる法律上の争訟ではなく、選挙の管理執行機関の公選法規に適合しない行為の是正を目的として、法律により特に裁判所の権限に属せしめられた民衆訴訟(裁判所法三条、行政事件訴訟法五条、四二条参照)の性質を有するものであつて、当該選挙が「選挙の規定に違反」し、しかも「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り、」選挙の全部又は一部の無効を判決しなければならない(公選法二〇五条一項)ものとされていることにより、その限度で許容されるにすぎない訴えである。また、この訴訟は、現行法上、選挙法規及びこれに基づく選挙の当然無効を確定する趣旨のものではなく、選挙管理委員会が法規に適合しない行為をした場合にその是正のため当該選挙の効力を失わせ改めて再選挙を義務づけるところにその本旨があることについても、疑う余地がない。そこで、右訴訟で争いうる「選挙の規定」違反ということも、当該選挙区の選挙管理委員会が、選挙法規を正当に適用することにより、その違法を是正し適法な再選挙を行いうるようなものに限られるのであり、したがつて、同委員会においてこれを是正し適法な再選挙を実施することができないような違法を主張して選挙の効力を争うことは許されず、裁判所の審査権もこれに及ばないのである。そして、もし公選法の議員定数の配分規定が違憲であるとすれば、国会の立法による是正をまたなければ選挙管理委員会が適法な再選挙を実施することはできないのであるから、公選法の議員定数配分規定の違憲無効を唯一の理由として、その法の下で行われた選挙の効力を争うことは、現行の公選法が定める前記訴訟の予想するところではない。それゆえ、本件の訴えは、公選法の前記規定の許容する範囲外のものというべきであり、かつ、そのような訴えのために道を開いた実定法規が制定されていない以上は、結局、不適法の訴えとして却下されるほかないことになるのである。しかしながら、多数意見によれば、公選法二〇四条による訴訟は、現行法上、選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の争訟であり、これを措いては他に訴訟法上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないとし、すすんで、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照して考えるときは、前記公選法の規定が、その定める訴訟において、同法の議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨であるとすることは、決して当を得た解釈ということはできない。」と論じて、公選法二〇四条の拡張解釈を行い、この場合にも同法同条による選挙の効力に関する訴訟の手続をもつて争いうる、というのである。しかも、多数意見は、このように公選法の定める選挙無効の訴訟において、同法の議員定数配分規定の違憲を主張して選挙の効力を争うことを許した場合においても、右の違憲の主張が肯認されるときは常に当該選挙を無効とすべきものかどうかは、行政処分の適否を争う訴訟についての一般法である行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)三一条一項前段の規定が行政処分の取消の場合に限られない一般的な法の基本原則に基づくものと理解すべき要素も含んでいると考えられるとして、本件は、右の基本原則の適用により、選挙を無効とすることの不当な結果を回避する裁判をする余地があり、いわゆる事情判決を必要とする場合にあたる、と結論するに至るのである。もとより、選挙権は、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なすものであり、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等は憲法の要求するところなのであるから、多数意見がこの点に関し具体的な選挙の合憲性の有無を訴訟で争う道が与えられる必要のあることを説くのはもつともであるが、しかし、現在わが法制の下で認められている選挙関係訴訟を民衆訴訟の一種と解することも、多数意見の採るところであると考えられる。そこで、およそ民衆訴訟であるならば、行訴法四二条が「法律の定める場合において」のみ提起できるものとすることに照し、公選法所定の訴訟以外に訴訟提起の道はないと解せざるをえないはずであり、また、かかる公選法所定の訴訟が、単に公選法規違反の個別的瑕疵を帯びるにすぎないことにより直ちに再選挙を行うことが可能な場合について認められる争いに関するものにすぎないことは、さきに述べたとおりで再言を要しない。しかるに、多数意見は、本件選挙の無効を主張する本件訴えに対し、右選挙が憲法に違反する公選法に基づいて行われたという一般性をもつ瑕疵を帯び、その是正が法律の改正なくしては不可能であることを述べつつ、しかもなお、右に記したとおり、殊更に公選法がその二一九条において行訴法三一条の準用を排除することを定めた選挙争訟の規定である公選法二〇四条に準拠して本件訴えを律しうるとする見解に立ちながら、一転してその行訴法三一条の法理を本件の場合に用いる手法を探つて怪しまないのである。このような論理の運び方は、それが「憲法の要請」、「高次の法的見地」という視座に由来するものであるにしても、公選法二〇四条を藉りた訴えに対する裁き方として、およそ忠実な法解釈であるとすることはできない。思うに、多数意見をして事ここに至らしめたゆえんは、投票価値の不平等をいう違憲状況、すなわち、具体的な選挙に際し、選挙人、被選挙人又は選挙管理委員会のいずれかの責に帰しうる瑕疵とは全く異質の、当該選挙法規自体の違憲性を指摘して提起した選挙無効の訴えに対しても、現行の実定法下で打開の方途を見出すべきであるとする命題を定立してこれに固執し、公選法二〇四条をここに導入したことにある。かえりみれば、わが最高裁判所は、参議院地方区選出議員選挙に関してではあるが、この種の訴えが公選法二〇四条の選挙の効力に関する訴訟の手続によりうることを、すでに認めてきた(昭和三八年(オ)第四二二号同三九年二月五日大法廷判決・民集一八巻二号二七〇頁、昭和三八年(オ)第六五五号同四一年五月三一日第三小法廷判決・裁判集民事八三号六二三頁、昭和四八年(行ツ)第一〇二号同四九年四月二五日第一小法廷判決・裁判集民事一一一号六四一頁参照)。本件多数意見は、これに若干の説明を付加して、所論の衆議院議員選挙につきこの手続の踏襲を是認したものというべきである。しかしながら、私は、既述の見地からして、これらの判例が各選挙区における議員定数配分の違憲を理由とする選挙無効の請求を公選法二〇四条の訴訟ですることに合法性を認めたのは、法の解釈を誤つたものであり、したがつて、その限りにおいて判例を変更する必要があると考える。右の各判例においては、参議院議員選挙の場合に関し、各選挙区への議員の配分は、立法府の権限に属する立法政策の問題であり、かつ、その現状の程度はなお立法政策の問題にとどまり違憲問題を生じるものとは認められないとして、その司法判断に一定の明確な客観的基準を見出しえないままに請求棄却の判断を維持しているのであるが、これに比すれば、本件の多数意見は、衆議院議員選挙の場合における選挙区への議員の配分につき多様の論を展開して、ともかく違憲であることを判断した上でいわゆる事情判決に及ぶ理論を示している。とはいえ、この多数意見においても、その判断の結果のもつ重さのゆえに、なお依然として明確な司法判断の基準は示されず、憲法九八条の法意にかかわりつつ、いわゆる事情判決により当該選挙自体を無効とすることを避けている事実にかんがみるとき、その手法が、実質的な意味合いにおいて既往の判例の現実に及ぼしえた影響のほかに、何を加えうるかを疑うのは、不当ではあるまい。そして、このような司法判断の妥当性に対する疑問は、選挙区ごとに投票価値不平等による違憲の瑕疵の有無を判断し選挙の無効を言い渡すべきものとする点において多数意見と見解を分つ反対意見についても、それが多数意見と前提を同じくする訴訟である限り、共通のものであることを否定しえないのである。要するに、ここにおいて司法判断の対象をなす事象として、各意見のなかで論議され提示されている問題点こそは、投票価値の平等を図るために、すべて国会自身の責任において立法的に解決するほかない課題であることを、それ自体で証明したものというべきである。いま、私は、現に定着しているかに見られる同種の判例の積み重ねの中で、独りこれに逆らうごとき立場をとるについて、われながら内心の抵抗を覚えざるをえない。それゆえ、本件の原告が、従来の判例におけるそれと同じく、公選法二〇四条による訴訟の道を選んだことを責めるべくもないけれども、しかし司法審査のもつ憲法的意味の重要性を考え、かつ、本件の具体的判断が現実に果しうる機能とその実効性に思いをいたすならば、多数意見及び原判決の公選法二〇四条に対する認識とその上に施された論理による結論とは、共に私の支持しうるところではない。この点は、本件における他の意見に対しても同様である。このようにして私は、原判決を破棄し訴えを却下することをもつて、本件上告に対する結論とするのである。

最高裁判所大法廷裁判長裁判官村上朝一、藤林益三、岡原昌男、下田武三、岸盛一、天野武一、坂本吉勝、岸上康夫、江里口清雄、大塚喜一郎、高辻正己、吉田豊、団藤重光、本林讓

関根小郷は、退官のため署名押印することができない。

1最大判昭和28年4月1日行裁例集4巻4号923頁〔抜き打ち解散無効確認訴訟〕

２頁

2最大判昭和39年2月26日民集18巻2号353頁〔参議院議員選挙無効確認請求事件〕

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

上告人の上告理由第一点について。

論旨は、原判決には公職選挙法二〇四条の解釈適用を誤つた違法があると主張する。しかし、同条の選挙訴訟を提起しうる選挙人とは当該選挙区に所属する選挙人に限る趣旨であると解した原判決の判断は、正当である。けだし、右規定がいわゆる選挙訴訟の制度を認めた所以は、選挙が選挙区ごとに行われるものであることに鑑み、その選挙区の選挙に参加しうる権利を有する者にその結果の違法を主張する途を与え、もつて選挙に関する法規の適用の客観的適正を期している法意であると解するのが相当であるからであり、かつ右規定は、憲法四七条が両議院の議員の選挙に関し、選挙区その他選挙に関する事項を法律に委ねて、各選挙区を一個の単位として議員を選出せしめることにし、その選挙の実施、管理等の手続は法律をもつて規定しうることにしていることに由来するものである。したがつて、原判決の右判断には所論のような違法はない。なお、所論憲法一五条(国会議員については同法四四条も)の普通選挙保障の規定が、所論のように選挙人が所属選挙区以外の他の選挙区の選挙の結果についてまで異議を主張しうる権利を保障しているものでないこというまでもない。それ故、所論はすべて独自の見解というの外なく、採用の限りでない。

同第二点について。

論旨は、第一点について説示した見解によつて公職選挙法二〇四条を解釈適用することは、憲法三二条に違反すると主張する。ところで、上告人の提起した本訴の趣旨は、上告人の所属選挙区以外の他の三選挙区の選挙の結果について異議を主張するものであつて、上告人自身の具体的権利義務に影響のある場合にその権利義務について争うものではない。そして、かかる具体的権利義務には直接関係のない事項については、特別の規定のない限り(裁判所法三条一項後段参照)、上告人に出訴の権利、いいかえれば裁判を受ける権利を認めなくとも憲法三二条に違反しないものであることは、当裁判所累次の判例(昭和二七年(マ)第二三号同年一〇月八日大法廷判決、民集六巻九号七八三頁同年(マ)第一四八号同二八年四月一五日大法廷判決、民集七巻四号三〇五頁、同年(オ)第四四九号同三四年七月二〇日大法廷判決、民集一三巻八号一一〇三頁、同三〇年(オ)第六六五号同三一年二月一七日第二小法廷判決、民集一〇巻二号八六頁)の趣旨として判示するところである。それ故、所論違憲の主張も理由なく、採用できない。よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見により主文のとおり判決する。

最高裁判所大法廷  
裁判長裁判官横田喜三郎、入江俊郎、奥野健一、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊、斎藤朔郎、草鹿浅之介、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、柏原語六、田中二郎

1最大判昭和28年4月15日民集7巻4号305頁〔苫米地事件〕

３頁

2最判昭和28年6月9日行裁例集4巻6号1542頁〔特別区長直接公選制廃止無効確認訴訟〕

１２頁

3最判昭和31年2月17日民集10巻2号86頁〔特別区長選任無効確認訴訟〕

１４頁

4最判昭和35年12月23日裁判集民48号368頁〔琉球住民地位確認訴訟〕

集民47号623頁のことと思われる。１２頁

5最大判昭和39年2月26日民集18巻2号353頁〔参議院議員選挙無効確認請求事件〕

２１３頁

6最判昭和39年4月21日訟務月報10巻5号756頁〔特別区長選任無効確認訴訟〕

１６頁

7最判昭和42年8月24日税務訴訟資料48号368頁〔登録税法無効確認訴訟〕

掲載なし