判例リスト:法令違憲・適用違憲・処分違憲・合憲限定解釈

1 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁〔尊属殺重罰規定違憲訴訟〕

主文原判決を破棄する。被告人を懲役二年六月に処する。この裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する。

理由

弁護人大貫大八の上告趣意中違憲をいう点について

所論は、刑法二〇〇条は憲法一四条に違反して無効であるから、被告人の本件所為に対し刑法二〇〇条を適用した原判決は、憲法の解釈を誤つたものであるというのである。よつて案ずるに、憲法一四条一項は、国民に対し法の下の平等を保障した規定であつて、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、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かぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきことは、当裁判所大法廷判決(昭和三七年(オ)第一四七二号同三九年五月二七日・民集一八巻四号六七六頁)の示すとおりである。そして、刑法二〇〇条は、自己または配偶者の直系尊属を殺した者は死刑または無期懲役に処する旨を規定しており、被害者と加害者との間における特別な身分関係の存在に基づき、同法一九九条の定める普通殺人の所為と同じ類型の行為に対してその刑を加重した、いわゆる加重的身分犯の規定であつて(最高裁昭和三〇年(あ)第三二六三号同三一年五月二四日第一小法廷判決・刑集一〇巻五号七三四頁)、このように刑法一九九条のほかに同法二〇〇条をおくことは、憲法一四条一項の意味における差別的取扱いにあたるというべきである。そこで、刑法二〇〇条が憲法の右条項に違反するかどうかが問題となるのであるが、それは右のような差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられるわけである。当裁判所は、昭和二五年一〇月以来、刑法二〇〇条が憲法一三条、一四条一項、二四条二項等に違反するという主張に対し、その然らざる旨の判断を示している。もつとも、最初に刑法二〇〇条が憲法一四条に違反しないと判示した大法廷判決(昭和二四年(れ)第二一〇五号同二五年一〇月二五日・刑集四巻一〇号二一二六頁)も、法定刑が厳に過ぎる憾みがないではない旨を括弧書において判示していたほか、情状特に憫諒すべきものがあつたと推測される事案において、合憲性に触れることなく別の理由で同条の適用を排除した事例も存しないわけではない(最高裁昭和二八年(あ)第一一二六号同三二年二月二〇日大法廷判決・刑集一一巻二号八二四頁、同三六年(あ)第二四八六号同三八年一二月二四日第三小法廷判決・刑集一七巻一二号二五三七頁)。また、現行刑法は、明治四〇年、大日本帝国憲法のもとで、第二三回帝国議会の協賛により制定されたものであつて、昭和二二年、日本国憲法のもとにおける第一回国会において、憲法の理念に適合するようにその一部が改正された際にも、刑法二〇〇条はその改正から除外され、以来今日まで同条に関し格別の立法上の措置は講ぜられていないのであるが、そもそも同条設置の思想的背景には、中国古法制に渕源しわが国の律令制度や徳川幕府の法制にも見られる尊属殺重罰の思想が存在すると解されるほか、特に同条が配偶者の尊属に対する罪をも包含している点は、日本国憲法により廃止された「家」の制度と深い関連を有していたものと認められるのである。さらに、諸外国の立法例を見るに、右の中国古法制のほかローマ古法制などにも親殺し厳罰の思想があつたもののごとくであるが、近代にいたつてかかる思想はしだいにその影をひそめ、尊属殺重罰の規定を当初から有しない国も少なくない。そして、かつて尊属殺重罰規定を有した諸国においても近時しだいにこれを廃止しまたは緩和しつつあり、また、単に尊属殺のみを重く罰することをせず、卑属、配偶者等の殺害とあわせて近親殺なる加重要件をもつ犯罪類型として規定する方策の講ぜられている例も少なからず見受けられる現状である。最近発表されたわが国における「改正刑法草案」にも、尊属殺重罰の規定はおかれていない。このような点にかんがみ、当裁判所は、所論刑法二〇〇条の憲法適合性につきあらためて検討することとし、まず同条の立法目的につき、これが憲法一四条一項の許容する合理性を有するか否かを判断すると、次のように考えられる。刑法二〇〇条の立法目的は、尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より厳重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される。ところで、およそ、親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するということができる。このような点を考えれば、尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない。そこで、被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできず、したがつてまた、憲法一四条一項に違反するということもできないものと解する。さて、右のとおり、普通殺のほかに尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲であるとはいえないのであるが、しかしながら、刑罰加重の程度いかんによつては、かかる差別の合理性を否定すべき場合がないとはいえない。すなわち、加重の程度が極端であつて、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならず、かかる規定は憲法一四条一項に違反して無効であるとしなければならない。この観点から刑法二〇〇条をみるに、同条の法定刑は死刑および無期懲役刑のみであり、普通殺人罪に関する同法一九九条の法定刑が、死刑、無期懲役刑のほか三年以上の有期懲役刑となつているのと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られていることは明らかである。もつとも、現行刑法にはいくつかの減軽規定が存し、これによつて法定刑を修正しうるのであるが、現行法上許される二回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役三年六月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない。もとより、卑属が、責むべきところのない尊属を故なく殺害するがごときは厳重に処罰すべく、いささかも仮借すべきではないが、かかる場合でも普通殺人罪の規定の適用によつてその目的を達することは不可能ではない。その反面、尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しないものということができる。量刑の実状をみても、尊属殺の罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減軽を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減軽を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑の宣告される場合も決して稀ではない。このことは、卑属の背倫理性が必ずしも常に大であるとはいえないことを示すとともに、尊属殺の法定刑が極端に重きに失していることをも窺わせるものである。このようにみてくると、尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点(現行刑法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである。)においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつきかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない。以上のしだいで、刑法二〇〇条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限つている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法一九九条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法一四条一項に違反して無効であるとしなければならず、したがつて、尊属殺にも刑法一九九条を適用するのほかはない。この見解に反する当審従来の判例はこれを変更する。そこで、これと見解を異にし、刑法二〇〇条は憲法に違反しないとして、被告人の本件所為に同条を適用している原判決は、憲法の解釈を誤つたものにほかならず、かつ、この誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、所論は結局理由がある。

その余の上告趣意について所論は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、適法な上告理由にあたらない。よつて、刑訴法四〇五条一号後段、四一〇条一項本文により原判決を破棄し、同法四一三条但書により被告事件についてさらに判決することとする。原判決の確定した事実に法律を適用すると、被告人の所為は刑法一九九条に該当するので、所定刑中有期懲役刑を選択し、右は心神耗弱の状態における行為であるから同法三九条二項、六八条三号により法律上の減軽をし、その刑期範囲内で被告人を懲役二年六月に処し、なお、被告人は少女のころに実父から破倫の行為を受け、以後本件にいたるまで一〇余年間これと夫婦同様の生活を強いられ、その間数人の子までできるという悲惨な境遇にあつたにもかかわらず、本件以外になんらの非行も見られないこと、本件発生の直前、たまたま正常な結婚の機会にめぐりあつたのに、実父がこれを嫌い、あくまでも被告人を自己の支配下に置き醜行を継続しようとしたのが本件の縁由であること、このため実父から旬日余にわたつて脅迫虐待を受け、懊悩煩悶の極にあつたところ、いわれのない実父の暴言に触発され、忌まわしい境遇から逃れようとしてついに本件にいたつたこと、犯行後ただちに自首したほか再犯のおそれが考えられないことなど、諸般の情状にかんがみ、同法二五条一項一号によりこの裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予し、第一審および原審における訴訟費用は刑訴法一八一条一項但書を適用して被告人に負担させないこととして主文のとおり判決する。この判決は、裁判官岡原昌男の補足意見、裁判官田中二郎、同下村三郎、同色川幸太郎、同大隅健一郎、同小川信雄、同坂本吉勝の各意見および裁判官下田武三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。

裁判官岡原昌男の補足意見は次のとおりである。

一、本判決の多数意見は、刑法二〇〇条が普通殺のほかに尊属殺という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲とはいえないけれども、その加重の程度があまりにも厳しい点において同条は憲法一四条一項に違反するというのであるが、これに対し、(一)刑法二〇〇条が尊属殺という特別の罪を設けていることがそもそも違憲であるとする意見、および(二)刑法二〇〇条は、尊属殺という罪を設けている点においても、刑の加重の程度においても、なんら憲法一四条一項に違反するものではないとする反対意見も付されているので、わたくしは、多数意見に加わる者のひとりとして、これらの点につき若干の所信を述べておきたい。

二、右(一)の見解は、要するに、刑法二〇〇条は、(1)親子のほか、夫婦、兄弟姉妹その他の親族の結合のうち、卑属の尊属に対する関係のみを取りあげている点、および(2)日本国憲法の基本理念に背馳する特異な身分制道徳の維持存続を目的とすると認められる点において、憲法一四条一項の許容する合理的差別を設けるものとはいえないとするのである。しかし、まず(1)についていえば、本件で当裁判所のなすべきことは、本件具体的争訟における憲法上の論点、すなわち現行の実定法たる刑法二〇〇条の合憲性についての判断であつて、親族間の殺人につきいかなる立法をすることがもつとも適切妥当であるかの考察ではない。多数意見は、このことを当然の前提とし、あえて同条の立法政策としての当否に触れることなく、同条の合憲性のみを検討したうえ、同条の設ける差別は、憲法上、それ自体としてまつたく正当化できないものとはいえないとするにとどめたのである。(1)の点を、実定法の合憲性が争われている本件憲法訴訟における判断の理由に加えることは適切でないものと考える。つぎに、(2)で説かれる諸点は、いずれも正当であり、わたくしも、刑法二〇〇条が、往時の「家」の制度におけるがごとき尊属卑属間の権威服従関係を極めて重視する思想を背景とし、これに基づく家族間の倫理および社会的秩序の維持存続をはかるものたる性格を有することを認めるにやぶさかでない。しかしながら、わたくしは、刑法二〇〇条のかかる性格は、尊属殺なる罪を設け、その刑を加重するところに示されているのではなく、その法定刑が極端に重い刑のみに限られている点に露呈されていると考えるのであり、多数意見が、尊属殺の法定刑は「尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしてはこれにつき十分納得すべき説明がつきかねる」としているのもまた同様の見地に立つて言外にこの理を示すものにほかならないと解する。換言すれば、(2)を論ずる各意見の趣旨にはいずれも賛同を惜しまないけれども、これをもつて刑法二〇〇条が尊属殺を設けること自体の違憲性の根拠とすることは当たらず、同条の法定刑の不合理性の根拠として取り扱うべきものと考えるのである。

三、さらに、(二)の反対意見は、主として、刑法二〇〇条の法定刑は極端に重いものと解すべきか否かの点で多数意見と見解を異にするのであるが、その論述のうち、立法の沿革および裁判所の憲法判断のあり方等についての言及に関して一言したい。同意見の指摘する立法の沿革は歴史的事実として明らかなところである。また、国の立法権は国権の最高機関たる国会に属すること(憲法四一条)、および国会議員は憲法を尊重し擁護する義務を負う(憲法九九条)から、立法府たる国会は法律の制定にあたり憲法に適合するようその内容を定めているはずであり、旧憲法下において制定された法律中、今日まで改廃されていない規定についても、立法府は暗黙のうちにこれらが日本国憲法に適合すると判断しているものと考えて然るべきことも右意見が説くとおりである。そして、裁判所は、具体的争訟において特定の法規の合憲性が争われた場合に、これにつき審査をする権限を有するのであるが、当該法規の内容の当否が立法政策の当否の問題であるにとどまると認められるかぎり、かかる法規を違憲とすることが許されないこともちろんである。さらに法規の内容の当否が立法政策当否の範囲にとどまるか否かを判断するにあたつては、裁判所は前記のような憲法適合性についての立法府の判断を尊重することが三権分立制度の下における違憲立法審査権行使のあり方として望ましいということができよう。しかし、ことがらによつては、憲法上の効力が争われる特定の法規の内容が、立法の沿革、運用の実情、社会の通念、諸国法制のすう勢その他諸般の状況にかんがみ、かなりの程度に問題を有し、その当否が必ずしも立法政策当否の範囲にとどまらないのではないかとの疑問を抱かせる場合がないとはいえない。さらにまた、たとえば刑法のように社会生活上の強行規範として価値観と密接な関係を有する基本法規にあつては、時代の進運、社会情勢の変化等に伴い、当初なんら問題がないと考えられた規定が現在においては憲法上の問題を包蔵するにいたつているのではないかと疑われることもありうるところである。このような場合、裁判所は、もはや前記謙抑の立場に終始することを許されず、憲法により付託されている違憲立法審査の権限を行使し、当該規定の憲法適合性に立ち入つて検討を加えるべく、その結果、もし当該規定の不合理性が憲法の特定の条項の許容する限度を超え、立法府の裁量の範囲を逸脱しているものと認めたならば、当該規定の違憲を宣明する責務を有するのである。本判決の多数意見が、刑法二〇〇条の合憲性に関する当裁判所の先例のほか、同条の立法の沿革、諸外国立法例、近時の立法傾向等に触れ、これらの点にかんがみ、同条の憲法適合性につきあらためて考察する旨を述べたのち、はじめて実質的な判断に入つているのは、右のような見地に立つて、専断恣意を排除しつつ慎重な検討が加えられたことを示すものにほかならない。また、多数意見が、同条を違憲とするにあたり、その法定刑につき「十分納得すべき説明がつきかねる」としているのは、説明できないゆえんを説明するの煩を避けたもので、ことがらの性質上やむをえないところであるのみならず、その言外に含蓄するところは前述のごとくであつて、その判断は十分な根拠を有するものと解すべく、決して軽々に違憲の判断がなされたものではないのである。反対意見が多数意見と結論を異にしたことは、立脚点の相違に基づき、やむをえないとしても、多数意見をもつて慎重を欠く判断であるかのごとくいう点には、必ずしも承服しがたいものがある。

裁判官田中二郎の意見は、次のとおりである。私は、本判決が、尊属殺人に関する刑法二〇〇条を違憲無効であるとして、同条を適用した原判決を破棄し、普通殺人に関する刑法一九九条を適用して被告人を懲役二年六月に処し、三年間刑の執行を猶予した、その結論には賛成であるが、多数意見が刑法二〇〇条を違憲無効であるとした理由には同調することができない。すなわち、多数意見は、要するに、刑法二〇〇条において普通殺人と区別して尊属殺人に関する特別の罪を定め、その刑を加重すること自体は、ただちに違憲とはいえないとし、ただ、その刑の加重の程度があまりにも厳しい点において、同条は、憲法一四条一項に違反するというのである。これに対して、私は、普通殺人と区別して尊属殺人に関する規定を設け、尊属殺人なるがゆえに差別的取扱いを認めること自体が、法の下の平等を定めた憲法一四条一項に違反するものと解すべきであると考える。したがつて、私のこの考え方からすれば、本件には直接の関係はないが、尊属殺人に関する刑法二〇〇条の規定のみならず、尊属傷害致死に関する刑法二〇五条二項、尊属遺棄に関する刑法二一八条二項および尊属の逮捕監禁に関する刑法二二〇条二項の各規定も、被害者が直系尊属なるがゆえに特に加重規定を設け差別的取扱いを認めたものとして、いずれも違憲無効の規定と解すべきであるということとなり、ここにも差異を生ずる。ただ、ここでは、尊属殺人に関する刑法二〇〇条を違憲無効と解すべき理由のみについて、私の考えるところを述べることとする。それは、次のとおりである。

一日本国憲法一三条の冒頭に、「すべて国民は、個人として尊重される」べきことを規定しているが、これは、個人の尊厳を尊重することをもつて基本とし、すべての個人について人格価値の平等を保障することが民主主義の根本理念であり、民主主義のよつて立つ基礎であるという基本的な考え方を示したものであつて、同一四条一項に、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定しているのも、右の基本的な考え方に立ち、これと同一の趣旨を示したものと解すべきである。右の条項には、人種、信条、性別などが列記されているが、多数意見も認めているように、これらの列記は、単にその主要なものの例示的列記にすぎず、したがつて、これらの列記事項に直接該当するか否かにかかわらず、個人の尊厳と人格価値の平等の尊重・保障という民主主義の根本理念に照らして不合理とみられる差別的取扱いは、すべて右条項の趣旨に違反するものとして、その効力を否定すべきものと考えるのである。近代国家の憲法がひとしく右の意味での法の下の平等を尊重・確保すべきものとしたのは、封建時代の権威と隷従の関係を打破し、人間の個人としての尊厳と平等を回復し、個人がそれぞれ個人の尊厳の自覚のもとに平等の立場において相協力して、平和な社会・国家を形成すべきことを期待したものにほかならない。日本国憲法の精神もここにあるものと解すべきであろう。もつとも、私も、一切の差別的取扱いが絶対に許されないなどと考えているわけではない。差別的取扱いが合理的な理由に基づくものとして許容されることがあることは、すでに幾多の最高裁判所の判決の承認するところである。問題は、何がそこでいう合理的な差別的取扱いであるのか、その「合理的な差別」と「合理的でない差別」とを区別すべき基準をどこに求めるべきかの点にある。そして、この点について、私は、さきに述べたように、憲法の基調をなす民主主義の根本理念に鑑み、個人の尊厳と人格価値の平等を尊重すべきものとする憲法の根本精神に照らし、これと矛盾抵触しない限度での差別的取扱いのみが許容されるものと考えるのである。したがつて、本件においては、尊属殺人に関し、普通殺人と区別して特別の規定を設けることが、右の基準に照らし、果たして「合理的な差別」といえるかどうかについて、検討する必要があるわけである。

二ところで、多数意見は、(1)尊属殺人について、普通殺人と区別して特別の規定を設けることには合理的根拠があるから、憲法一四条一項には違反しないとし、ただ、(2)刑法二〇〇条の定める法定刑があまりにも厳しすぎる点において、憲法一四条一項に違反するというのである。しかし、右の(1)の見解は果たして正当といい得るであろうか、これはすこぶる問題である。また、かりに、(1)の見解が是認され得るとした場合において、(2)の見解が果たして十分の説得力を有するものといい得るであろうか。この点についても、いささか疑問を抱かざるを得ないのである。順次、私の疑問とするところを述べることとする。(1)刑法二〇〇条の尊属殺人に関する規定が設けられるに至つた思想的背景には、封建時代の尊属殺人重罰の思想があるものと解されるのみならず、同条が卑属たる本人のほか、配偶者の尊属殺人をも同列に規定している点からみても、同条は、わが国において旧憲法時代に特に重視されたといわゆる「家族制度」との深い関連をもつていることを示している。ところが、日本国憲法は、封建制度の遺制を排除し、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を確立することを根本の建前とし(憲法二四条参照)、この見地に立つて、民法の改正により、「家」、「戸主」、「家督相続」等の制度を廃止するなど、憲法の趣旨を体して所要の改正を加えることになつたのである。この憲法の趣旨に徴すれば、尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、本人のほか配偶者を含めて卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値いするとかの理由によつて、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであつて、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚であるといわなければならない。諸外国の立法例において、尊属殺人重罰の規定が次第に影をひそめ、これに関する規定を有していたものも、これを廃止ないし緩和する傾向にあるのも、右の民主主義の根本理念の滲透・徹底に即応したものということができる。最近のわが国の改正刑法草案がこの種の規定を設けていないのも、この流れにそつたものにほかならない。私も、直系尊属と卑属とが自然的情愛と親密の情によつて結ばれ、子が親を尊敬し尊重することが、子として当然守るべき基本的道徳であることを決して否定するものではなく、このような人情の自然に基づく心情の発露としての自然的・人間的情愛(それは、多数意見のいうような「受けた恩義」に対する「報償」といつたものではない。)が親子を結ぶ絆としていよいよ強められることを強く期待するものであるが、それは、まさしく、個人の尊厳と人格価値の平等の原理の上に立つて、個人の自覚に基づき自発的に遵守されるべき道徳であつて、決して、法律をもつて強制されたり、特に厳しい刑罰を科することによつて遵守させようとしたりすべきものではない。尊属殺人の規定が存するがゆえに「孝」の徳行が守られ、この規定が存しないがゆえに「孝」の徳行がすたれるというような考え方は、とうてい、納得することができない。尊属殺人に関する規定は、上述の見地からいつて、単に立法政策の当否の問題に止まるものではなく、憲法を貫く民主主義の根本理念に牴触し、直接には憲法一四条一項に違反するものといわなければならないのである。(2)右に述べたように、私は、尊属殺人に関し、普通殺人と区別して特別の規定を設けること自体が憲法一四条一項に牴触するものと考えるのであるが、かりに、多数意見が説示しているように、このこと自体が憲法一四条一項に牴触するものではないという考え方に立つべきものとすれば、尊属殺人に対して、どのような刑罰をもつて臨むべきかは、むしろ、立法政策の問題だと考える方が筋が通り、説得力を有するのではないかと思う。多数意見は、「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない」としながら、「尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点においてあまりにも厳しいものというべく、(中略)尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつきかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」というのである。しかし、もし、尊属殺害が通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとしてこれを処罰に反映させても不合理ではないという観点に立つとすれば、尊属殺害について通常の殺人に比して厳しい法定刑を定めるのは当然の帰結であつて、処断刑三年半にまで減軽することができる現行の法定刑が厳しきに失し、その点においてただちに違憲であるというのでは、論理の一貫性を欠くのみならず、それは、法定刑の均衡という立法政策の当否の問題であつて、刑法二〇〇条の定める法定刑が苛酷にすぎるかどうかは、憲法一四条一項の定める法の下の平等の見地からではなく、むしろ憲法三六条の定める残虐刑に該当するかどうかの観点から、合憲か違憲かの判断が加えられて然るべき問題であると考えるのである。三日本国憲法の制定に伴つて行なわれた刑法の改正に際し、「忠孝」という徳目を基盤とする規定のうち、「忠」に関する規定を削除しながら、「孝」に関する規定を存置したのは、憲法の根本理念および憲法一四条一項の正しい理解を欠いたためであると考えざるを得ない。そして、昭和二五年一〇月一一日の最高裁判所大法廷判決(刑集四巻一〇号二〇三七頁)が、尊属傷害致死に関する刑法二〇五条二項は憲法一四条に違反しない旨の判断を示した(その趣旨は刑法二〇〇条にもそのままあてはまるものと解される。)のも、私には、とうてい、理解することができない。ところで、右に述べたような最高裁判所の指導的判決のもとで、刑法二〇〇条が実際上どのように運用されてきたかということも、右の規定の存在意義を反省するうえに若干の参考となるであろう。そこで、尊属殺人事件についての第一審判決の科刑の実情をみるに、統計の示すところによれば、昭和二七年から昭和四四年に至る一八年間の尊属殺人事件総数六二一件のうち、死刑の言渡がされたものは僅かに五件(〇・八一%)、無期懲役刑の言渡がされたものは六一件(九・八二%)にすぎず、大多数は減軽措置により一五年以下の懲役刑の言渡がされており、なかでも、五年以下の懲役刑の言渡がされたものが一六四件(二六・四%)に達し、最高の率を示している。このことは、多数意見が、尊属殺人は一般殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとしているのにかかわらず、現実には、本件の場合ほど極端な例はないにしても、やむにやまれぬ事情のもとに行なわれた犯行として強い社会的道義的非難を加えることの妥当でない事例が少なくないことを示している。のみならず、刑法二〇〇条の存在が具体的事案に即した量刑を著しく困難にし、裁判官を苦慮させ、時には、あえて、同条の違憲無効を断ぜざるを得ない破目に陥らせているのが実情である。最高裁判所自体も、昭和三二年二月二〇日の大法廷判決(刑集一一巻二号八二四頁)において、冷遇に苦しめられ、亡夫の父母等を殺害しようとした未亡人に刑法二〇〇条を適用した原判決を破棄し、同条の「配偶者の直系尊属」とは現に生存する配偶者のそれを指すものとし、刑法二〇〇条の適用を否定せざるを得なかつたのである。その結論は妥当として支持すべきものであろうが、同条の解釈としては問題のあるところで、右の結論を引き出すためには、根本に立ち帰つて、刑法二〇〇条そのものの合憲性について検討を加えるべきではなかつたかと思う。たしかに、尊属殺人のなかには、天人ともに許さない悪逆非道なものがあり、極刑をもつて臨まざるを得ないような事案もあるであろう。しかし、それは、必ずしも尊属殺人なるがゆえをもつて特別の取扱いをすることを根拠づけ又はこれを合理化するものではなく、同様の事案は普通殺人についても、しばしば、みられるのであるから、その処罰には普通殺人に関する法定刑で事足りるのであつて、改正刑法草案が尊属殺人に関する規定を廃止しているのも、こういう見地に立つものにほかならない。四多数意見が尊属殺人について合理的な程度の加重規定を設けることは違憲でないとの判断を示したのは、それを違憲であるとする判断を示すことの社会的影響について深く憂慮したためではないかと想像されるが、殺人は、尊属殺人であろうと普通殺人であろうと、最も強い道義的非難に値いする犯罪であることはいうまでもないところであつて、尊属殺人に関する規定が違憲無効であるとする判断が示されたからといつて、この基本的な道徳が軽視されたとか、反道徳的な行為に対する非難が緩和されたとかと、受けとられるとは思わない。それは、むしろ、国民の一般常識又は道徳観を軽視した結果であつて、杞憂にすぎないといつてよいであろう。五最後に、下田裁判官の反対意見について、一言附け加えておきたい。下田裁判官の反対意見は、その結論および理由の骨子ともに、私の賛成しがたいところであるが、そのことは、すでに述べたところから明らかであるから、ここに重ねて述べることを省略し、ここでは、下田裁判官のとられる裁判所の違憲審査権に関する考え方についてのみ私の意見を述べることとする。右の点に関する下田裁判官の意見は、国民多数の意見を代表する立法府が制定した実定法規はこれを尊重することが「憲法の根本原則たる三権分立の趣旨にそう」ものであり、裁判所がたやすくかかる事項に立ち入ることは、「司法の謙抑の原則にもとる」こととなるおそれがあるという考え方を基礎とするもので、刑法二〇〇条についても、昭和二二年に刑法の一部改正が行なわれた際、ことさらにその改正から除外されたのであつて、右は、「当時立法府が本条をもつて憲法に適合するものと判断したことによると認むべきである」とされ、その後種々の論議が重ねられたにかかわらず、「今日なお同条についての立法上の措置を実現していないことは、立法府が、現時点において、同条の合憲性はもとより、立法政策当否の観点からも、なお同条の存置を是認しているものと解すべきである」とし、「かかる経緯をも考慮するときは、司法の謙抑と立法府の判断の尊重の必要は、刑法二〇〇条の場合において一段と大であるといわなければならない」とされ、さらに、立法論としても、「将来いかなる時期にいかなる内容の尊属殺処罰規定を制定あるいは改廃すべきかの判断は、あげて立法府の裁量に委ねるのを相当と考えるものである」と述べておられる。私も、事柄の性質によつては、立法府に相当広範な裁量権が認められる場合があること、そして、その裁量権の範囲内においては、立法政策の問題として、裁判所としても、これを尊重することを要し、これに介入することができないものとすべき場合が少なくないことを認めるに吝かではないし、裁判所が安易にそのような事項に立ち入つてその当否を判断すべきでないことも、下田裁判官の主張されるとおりであると思う。また、立法府が制定した法律の規定は、可能な限り、憲法の精神に即し、これと調和し得るよう合理的に解釈されるべきであつて、その字句の表現のみに捉われて軽々に違憲無効の判断を下すべきでないことも、かねて私の主張してきたところで、当裁判所の判例のとる基本的な態度でもあるのである。ところが、下田裁判官の意見は、「憲法の根本原則たる三権分立の趣旨」と「司法の謙抑の原則」をふりかざし、立法府の裁量的判断に委ねられるべき範囲を不当に拡張し、しかも、立法府が合憲と判断した以上、これに対する裁判所の介入は、もはや許されるべきでないかのごとき口吻を示されている。その真意のほどは必ずしも明らかではないが、本件について下田裁判官の主張されるところに限つてみても、私には、とうてい、賛成することができないのである。およそ立法府として(行政府についても同様のことがいえる。)、その行為が違憲であることを意識しながら、あえてこれを強行するというようなことは、ナチ政権下の違憲立法のごとき、いわば革命的行為をあえてしようとするような場合は別として、わが国においては、通常、あり得ないことであり、また、あつてはならないことである。しかし、現実には、立法府の主観においては合憲であるとの判断のもとにされた立法についても、これを客観的にみた場合に、果たして合憲といえるかどうかが問題となる場合もあり得るのであつて、その場合の合憲か違憲かの審理判断を裁判所の重要な権限として認めようとするのが裁判所の違憲立法審査制の本来の狽いなのである。したがつて、裁判所の違憲立法審査権が明文で認められている現行憲法のもとでは、立法府自体が合憲であると判断したということは、裁判所の違憲立法審査権の行使を否定しこれを拒否する理由となし得るものでないことはいうまでもない。殊に、現在のように、基本的人権の尊重確保の要請と公共の福祉の実現の要請とをどのように調整すべきかの問題について、政治的・思想的な価値観の対立に基づき、重点の置きどころを異にし、利害の対立もからんで、見解の著しい差異が見られる時代においては、国会の多数の意見に従つて制定された法律であることのゆえのみをもつてただちに常に合憲であると断定するわけにはいかないのである。もちろん、法律には、一応、「合憲性の推定」は与えられてよいが、それが果たして合憲であるかどうかは、まさに裁判所の審理判断を通して決せられるべき問題にほかならない。したがつて、司法の謙抑の原則のみを強調し、裁判所の違憲立法審査権の行使を否定したり、これを極度に制限しようとしたりする態度は、わが現行憲法の定める三権分立制の真の意義の誤解に基づき、裁判所に与えられた最も重要な権能である違憲立法審査権を自ら放棄するにも等しいものであつて、憲法の正しい解釈とはいいがたく、とうてい賛成することができないのである。裁判官小川信雄、同坂本吉勝は、裁判官田中二郎の右意見に同調する。

裁判官下村三郎の意見は、次のとおりである。わたくしは、本判決が、原判決を破棄し、刑法一九九条を適用して、被告人を懲役二年六月に処し、三年間刑の執行を猶予した結論には賛成であるが、多数意見が原判決を破棄すべきものとした事由には同調し難いものがあるので、次にその理由を述べる。憲法は、その一四条一項において、国民に対し法の下の平等を保障することを宣明した。これは、国民が、それぞれ平等の立場において、相互に敬愛し、扶助し、協力して平和な国家の建設に貢献すべきことを期待したものであるということができる。そして、その趣旨に従つて、民法においては、家、家督相続、戸主等の制度が廃止されるなど、各法律にも所要の改正が加えられたが、刑法二〇〇条のような規定もなお残存しており、その存置を支持する者も多く、当裁判所も、従来、尊属殺人と普通殺人とを各別に規定し、尊属殺人につき刑を加重していることは、身分による差別的取扱いではあるが、合理的な根拠に基づくものとして憲法一四条一項に違反するとはいえないと判断して来たのである。しかし、その後の時世の推移、国民思想の変遷、尊属殺人事件の実情等に鑑みれば、尊属卑属間の相互敬愛、扶助、協力等の関係の保持は、これを自然の情愛の発露、道義、慣行等に委せるのが相当であり、尊属殺人について特別の処罰規定を存置し、尊属殺人の発生を防遏しようとする必要は最早なくなり、かような規定を存置することが却つて妥当な量刑をする妨げとなる場合もあるに至つたといわなければならない。かように解すれば、普通殺人に対し特に尊属殺人に対する処罰規定を存置し、その刑を加重することは、その合理的な根拠を失なうこととなり、刑法二〇〇条は憲法一四条一項に違反し無効なものというべきである。したがつて、刑法二〇〇条は憲法に違反しないとして被告人の本件所為に対し刑法二〇〇条を適用している原判決は、憲法一四条一項の解釈を誤つたものにほかならず、かつ、その誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、これを破棄すべきものとすべきであると考える。

裁判官色川幸太郎の意見は次のとおりである。

一、多数意見は、これを要約すると、刑法二〇〇条が、尊属殺人を普通殺人と区別して規定しているのは、一般的にいうと、身分による差別的取扱いであるが、しかし、尊属殺人は背倫理性が顕著であるから、かかる所為を禁圧する目的で特別の罪を設けてその刑を加重することは、憲法上許される合理的な差別であり、ただちには違憲とはいえない、もつとも右法条は、加重の程度が極端であつて、右のごとき立法目的達成の手段としては甚だしく均衡を失するが故に、憲法一四条一項に違反する、と説示している。右のうち、刑法二〇〇条が身分による差別的取扱いの規定であるとする点、および、これが憲法一四条一項に違反するとの結論には私も賛成であるが、尊属殺人につき普通殺人と異なる特別の罪を規定することが、憲法上許容された範囲の合理的差別であるという見解には、同調することができないのである。

二、右に見るごとく、多数意見は尊属殺人が普通殺人に比して、それ自体、特に重い非難に値するものであるとなし、その一点に、右両者の間の差別的取扱いの合理性を見出そうとしているのであり、その論理はおよそ次のように展開されている。(1)尊属と卑属(以下概括して親と子と略称する。)は婚姻と血縁とを主たる基盤とした親族である。(2)親族は自然の敬愛と親密の情で結ばれている結合である。(3)その結合には長幼の別や責任の分担に伴う秩序が存する。(4)親は子を養育成長せしめ、また子の行為につき法律上、道義上の責任を負う。(5)親に対する尊属報恩は社会生活上の基本的道義であり普遍的倫理である。(6)前記情愛と右の倫理は刑法上の保護に値する。(7)尊属殺人は前記結合の破壊であり人倫の大本に反する。(8)尊属殺人はこのように高度の社会的道義的非難を受けるものであるゆえ、これを量刑の情状とすることは不合理ではなく、そうである以上、一歩進めて類型化し、これを法律上の加重要件とすることは当然許される。以上である。

三、これを要するに、多数意見は、子の親に対する殺人をもつて、普通殺人とは比ぶべくもない背倫理性ありとする所以を、その行為が、自然的愛情を紐帯とし一定の秩序のある親族結合の破壊であり、かつ親に対する忘恩の所業であるという二点に求めたわけである。しかし、「婚姻と血縁とを主たる基盤とし互いに自然的な親密の情によつて結ばれている」親族は、ひとり親子だけではない。夫婦しかり、兄弟姉妹またしかりなのである。夫婦はもともと他人同志が結ばれたものではあるが、その間の自然的情愛は血のつながる親子に比してはたして劣るといえるであろうか。いわんや夫婦とその一方の親との関係とでは、いずれが強く結ばれているかいうまでもあるまい。しかも夫婦関係は親子関係と並んで否むしろ一層強い意味合をもつて、社会の根源的な基礎構造を形成しているのである(のみならず、子が成人し独立したのちには、後者の関係はほとんど分解し、社会の基礎構造たる実質を失うのが常であろう。過去一〇年間におけるいわゆる核家族の激増ぶりは欧米をも凌ぐものがあるといわれている。それは、良いか悪いか、好ましいか、好ましくないかの問題を超えた、現代社会の必然的傾向なのである。)。多数意見は、親族の間柄における「長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序」を強調する。しかしこれまた、親と子の関係だけに特有なものではない。夫婦には親子の間よりも明らかな「責任の分担」が存在し、また、兄弟姉妹にはいうまでもなく長幼の別がある。それらの親族関係には「一定の秩序」が厳存するのである。だから、その間に殺人行為があつたならば、それが「かかる結合の破壊」であること、もとよりいうをまたない筈であるのに、これについて普通殺人とは別異な罪が特に定められているわけではない。それのみか、親子間においても、子が被害者の場合には同様なのである。近時頻発している親の子に対する殺人などは、まさに、自然の情愛に基づく結合の破壊であり、また、その大部分は許し難い非人間的な犯罪であるけれども、わが国には従来この種の殺人について加重規定のなかつたのはもちろん、かかる立法への要請さえ絶えて聞かないところである。以上のように考えてくると、多数意見の指摘する、背倫理性が特に重いとする所以は、これを主として上告後段の理由、すなわち親に対する忘恩の所業であるとするところに求めるほかないであろう。

四、この点につき、多数意見は、私の理解するところでは、親は子を育て、その上、子の「所為につき法律上、道義上の責任を負う」のであるから、子は、これに対し「報恩」の念を持つ義務があり、この恩に酬ゆる意味で親を尊重することが「社会生活上の基本的道義」であり「普遍的倫理」だとしているごとくである。しかし、はたしてそういう考え方がそのまま承認され得るものであろうか。

(イ)まず、親が子の所為につき社会的に責任を負う、という意味を検討してみたい。こと、法律上の責任に関するかぎり、仮に誤りでないとしても、その立言は、甚だしく不正確である。いうまでもなく刑法は責任原則で貫かれている。なに人も、自己の行為によつてのみ、刑罰を科せられるにとどまり、他人の行為で罰せられるごときことはあり得ないのである。行政刑法においてはなるほど両罰規定があるけれども、その本質は監督上の不作為責任の追究であり、純然たる他人の行為による刑事責任ではない。いわゆる両罰が科せられるのは使用者その他監督者なるが故であつて、親なるが故の責任を問う規定は存在しないのである。罪九族に及んだのは、遠い昔の話であり、近代刑法のおよそ想像もできないところに属する。もつとも、民事上は、不法行為法の分野においてのみではあるが、親の監督責任を認める場合(民法七一四条)もないわけではない。しかしそれは、子が未成年であり、かつ行為の責任を弁識できないときで、しかもその親が監督上の義務を怠つたというきわめて例外の場合に限られているのである。被害者の救済という見地からは問題の存するところであるかも知れないが、それはそれとして、民事上でもまた、自己責任が原則だということができよう。道義上の責任について説くところは、一応もつとものようでもあるが、しかし道義上の責任を負うべきか否かは子の所為の態様にもよるし、また、各人の責任観念のいかんで左右される、きわめて個性的な、結局は各人の考えによるものである。万人にひとしく適用されるような社会的倫理規範はないのであるし、責任を強く感じないからといつて一概に非難はできないものがあろう。むしろ、子の所業につき親を厳しく糾弾したのは実は近代以前に見られた社会事象であつて、個人の独立と人格の尊厳を基調とする現代の道理の感覚からすれば、その風潮は、抑制こそ望ましく、決して助長鼓吹さるべきものではないのである。

(ロ)多数意見は、親による養育とそれに対する「報恩」を説いている。たしかに親が子を一人前に育てあげることには並並ならぬ労苦を伴うものであり、時としては自己犠牲さえも敢えていとわないのが親のあり方である。子が親の庇護と養育の努力に感謝の念をいだくのはまことに自然ではあるが、これを「恩」であると名づけ、子が親の「恩」に酬ゆることこそ社会生活上の「基本的道義」「普遍的倫理」であり、一旦これに背く場合には、社会的にはもとより法律的にも重い非難が加えられてしかるべきだとすることは(多数意見の説示はきわめて簡潔であるが、敷衍すれば上述のとおりであろう。)まさしく、旧来の孝の観念から、いささかも脱却していないことを示すものにほかならない。そしてまた、多数意見は、その強調する右の徳目が旧来の孝と異なるものであるとはいつていないのであるから、右のごとく措定して、以下、議論を進めることは、当然許されると考える。ところで、孝はいうまでもなく儒教において最も重しとされた道徳である。古代儒教の説いた孝は、やや変容は受けたものの、「忠」とならんで徳川時代の武家社会を支配するゆるぎなき根幹の道徳となり、さらに、徳川末期には、心学の普及などに伴い、農工商の庶民にもある程度浸潤するところがあつた。もつとも結局においては、一部富裕な階級を除き、一般町民や農民を完全に把握するにはいたらず、孝の観念を基調とする家族制度も庶民層の間においてはついに確立しなかつたといわれている。ところが明治初頭、政府の重要な教化政策としてとりあげられ、国民に対し、あらゆる方法をもつて徹底せしめられた結果、封建的な孝という徳目は、あたかも万古不易の普遍的倫理であるかのごとく考えられるにいたつたのである。だが、それは錯覚にしかすぎず、要するに、歴史的な一定時期の、特殊な家族制度を背景としてつちかわれ、そしてまた逆に、かかる家族制度の精神的な支柱を形成していたものであり、決して、古今東西を通じて変るところなき自然法道徳ではないというべきである。刑法二〇〇条の立法趣旨が、封建的時代からの伝承にかかる家族制度の維持、強化にあつたことは、配偶者の直系尊属に対して犯された場合をも尊属殺人とする最初の提案、すなわち明治三四年刑法改正案につき、その趣旨を明らかにした公的な「参考書」(法典調査会編)と称する文献や、その後現行法となつた明治四〇年改正案に関する政府の刑法改正理由書中に歴歴として見ることができ、またその当時における指導的な刑法体系書の明らかに指摘するところであつた。かくのごとき家族制度が、すでに、憲法の趣旨に背馳するものとして否定された今日、孝をもつて刑法の基礎観念としようとするものであるならば、時代錯誤と評せられてもやむを得ないのではあるまいか。(ハ)憲法との関連においては、なお、いうべきことがある。儒教にいう孝は、子に独立の存在を認めていない。そこにおける親と子の間は、相互に独立した人格対人格の関係とはおよそ対蹠的な、権威と服従の支配する世界にほかならず、尊卑の別(現行民法が折角の改正にもかかわらず、尊属卑属の称呼を踏襲したことには批判の余地があるであろう。)は永久に存在し、越ゆべからざるその間の身分的秩序の厳守が絶対的な要請とされている。一言でつくせば、孝は親に対する子の隷従の道徳なのである。親の恩は山よりも高く海よりも深しとし、これに無定量、無限定の奉仕の誠をささげ、親を絶対者として尊重服従し、己れをむなしくし力をつくして親に仕える、それが儒教における孝であつて、そのきわみは親、親たらずとも子、子たらざるべからずという孝となる。これは中国廿四孝の説話に余すところなく描かれているところである。現代の常識に反した、このような盲目的な絶対服従を内容とする孝が、個人の尊厳と平等を基底とする民主主義的倫理と相いれないものであることは多言を要しないところであろう。そしてこの後者の倫理こそが、憲法の基調をなすものであると考えたとき、多数意見の立脚地そのものに根本的な疑問を感ぜざるを得ない。かくいうからといつて、私は、親を重んじこれを大事にすることが、子にとつて守るべき重要な道徳であることを毛頭否定するものではない。しかしながら、もともと道徳は、独立した人格の、自発にかかる内面的な要請ないし決定によつて遵守せられてこそ、はじめて高い精神的価値をもつものであるから、法律をもつて道徳を強制せんとするのは道徳の真価を損うことなしとしないのである。もつとも、法律を通じての道徳の高揚も、策として已むを得ない場合があり、一概に両分野を峻別することのみ主張するわけではない。ただ、仮にその必要があるとしても、道徳的価値を保護法益とする立法にあたつて、何よりも留意されなければならないことは、その道徳が憲法の精神に適合するか否かを慎重に吟味することの必要性である。当該道徳が、憲法の建前とする個人の尊厳と人間の平等の原理に背反するものであるときは、その立法化はもとより許されないところというべきである。孝の道徳はなるほど日本の、ある意味では、美わしい伝統であるかも知れない。然し自然の愛情と相互扶助を基調とする近代的な親子関係(これが憲法の予定する親子関係であろう。)にまで昇華していない、廃絶された筈の古い家族制度と結びついたままの道徳を、ひたすら温存し、保護し、強化しようとする法律(刑法二〇〇条がその一つであるが)は、憲法によつて否定されなければならない運命にあると考えるのである。

(二)なお、ついでながら親の「恩」について一言しておきたい。恩を受けたからそれ故に反対給付として忠勤を励むというギブアンドテークの関係は、洋の東西を問わず、封建時代における主君と武士との関係に見受けられるのであるが、子が親を敬愛しこれを大事にしなければならないという感情ないし道徳感は、それとは質を異にした、人間の情として自然に流れ出てくるところのものではないであろうか(儒教にしても古代のそれの教える孝は、給付、反対給付の関係ではないように思われる。)。本当の孝は恩を受けたからそれに酬ゆるという、水臭いものであつてはなるまい。第一、親が子のために心を砕くのも、親としては、恩を売つて他日その反対給付を受けようという底意のあつてのことでは、まず、ないのである。それは報償を期待することのない、子を思う惻惻たる自然の人情の発露なのである。法律の面からいつても、親の子に対する「監護及び教育」は、親の権利であるとともに義務であり(民法八二〇条)、子を一人前の社会人に育てあげることは親の職分にほかならず、それなればこそ、養育の費用も、子に特別な財産がある場合を除いては、当然親の負担に帰するのである。「子供の育成及び教育は、両親の自然の権利であり、かつ何よりも両親に課せられている義務である」(ドイツ連邦共和国基本法六条二項)。それであるから、これを恩と考えるべきものとなし、親に対する「報恩」を子の至高の義務であると断じて、ここに刑法二〇〇条の主たる存在理由を求めようとするのは、現行法の建前にも合わず、所詮は無理というものであろう。

五多数意見は、量刑に際して被害者が親であることを重視するのは当然であるし、そうである以上、これを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても合理性を欠く差別的取扱いにはならないと説く。しかし被害者が親であるという、ただそれだけのことをもつて、量刑上不利に扱うことは、結局違憲のそしりを免れることはできない。理由としては、上述したところをすべて援用すれば足りると考える。親に格別咎むべきところがないにかかわらず、子が放縦無頼の極、これを殺害するにいたつたような場合には、それこそ社会の健全な情緒的感覚をさかなでするものであつて、その際、裁判所においてこれを情状重しとするに何の躊躇もあり得ないであろう。しかしこれは親殺しであるという一事のみに依拠した判断ではない。量刑における情状の勘酌は、極めて具体的、特殊的でなければならないのであり、この場合、その特別な背景が考慮されたにすぎないと考えるべきである。過去における尊属殺人事件の量刑の実際を見ても、多数意見のいうとおり、他の犯罪と併合罪の関係になつたときは格別、「尊属殺の罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減軽を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減軽を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑を宣告される場合も決して稀ではない」のであるから、被害者が親であるというだけで、従来、重い刑が科せられたわけではない。多数意見の前述の見解は、過去の実例に徴したとき、説いてつくさざるものあるを感ずる。

六以上、私は、多数意見に同調し難いとする、私なりのいくつかの理由を率直に披瀝した。しかし、本判決の有する劃期的な意義はこれを評価するに吝かではないのであつて、私は、多数意見が、当審の多年に亘つて固持した見解を一擲し、刑法二〇〇条をもつて違憲であるとしたその勇断には深く敬意を表したいと考える。ただ、百尺竿頭さらに一歩をすすめ、親であり子であることの故に、刑法上差別して扱うこと自体、憲法に副わぬ立法である、とまで踏みきらなかつたところに、なお遺憾の念を禁じ得ないものがあるのである(刑法二〇〇条は合憲であるという下田裁判官の反対意見については特に言及しなかつたが、上述した私見は、移してもつてその批判になるであろう。下田裁判官の意見は、差別の合理性を主張する点においても、裁判所の謙抑を説く点においても、あまりに憲法の原点を離れ去つた感があり、これには到底賛成することができない。)。

裁判官大隅健一郎の意見は、次のとおりである。私は、刑法二〇〇条の規定が憲法一四条一項に違反して無効であるとする本判決の結論には賛成であるが、その理由には同調しがたいので、その点について意見を述べる。

(一)多数意見によると、普通殺人に関する刑法一九九条のほかに尊属殺人についてその刑を加重する同法二〇〇条をおくことは、憲法一四条一項の意味における差別的取扱いにあたるが、憲法の右条項は、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かぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきであるから、刑法二〇〇条が憲法の右条項に違反するかどうかは、その差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられるところ、尊属殺人は背倫理性がとくに強いから、右のような差別的取扱いをすることが、ただちに合理的根拠を欠くものとはいえない、しかし、刑法二〇〇条は、尊属殺人の法定刑を死刑および無期懲役に限つている点において、その立法目的達成のために必要な限度を遙かに超え、普通殺人の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものであつて、憲法一四条一項に違反する、というのである。私は、このうち、刑法二〇〇条の規定をおくことが憲法一四条一項の意味における差別的取扱いにあたるとする点、憲法一四条一項のもとでも合理的な根拠に基づく差別は許されるとする点には異論はないが、尊属殺人につきその刑を加重する刑法二〇〇条の規定をおくこと自体が憲法上許された合理的差別であるとする点には、賛成することができない。

(二)多数意見が、尊属殺人という特別の罪を設け、その刑を加重すること自体がただちに不合理な差別的取扱いにあたらないとする理由は、(1)親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、(2)通常、卑属は、父母、祖父母等の直系尊属に養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であり、高度の社会的道義的非難を受けるべきもので、尊属に対する尊重報恩のような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものである、というにある。このうち、(1)において述べているところは、直系の尊属と卑属との間においてのみ存する関係ではなくして、夫婦や兄弟姉妹等の間にもひとしく認められる関係であつて、それが尊属殺人についてのみ特別の差別的取扱いをすることの合理的根拠となりえないことは、ほとんどいうをまたないであろう。したがつて、多数意見が尊属殺人につき特別の差別的取扱いをすることを不合理でないとする理由は、(2)において述べるところに帰するものといわなければならない。

(三)おもうに、刑法二〇〇条設置の思想的背景には、中国古法制に渕源しわが国の律令制度や徳川幕府の法制に見られる尊属殺重罰の思想があるものと解されるほか、とくに同条が配偶者の尊属に対する罪をも包含している点は、日本国憲法により廃止された「家」の制度と深い関連を有するものと認められ、また、諸外国の立法例をみても、近代においては親殺し重罰の思想はしだいにその影をひそめ、尊属殺重罰の規定を初めから有しない国が少なくないのみならず、かつてこれを有した国においても近時しだいにこれを廃止しまたは緩和しつつあるのが現状であることは、本判決の述べているとおりである。すでに、このことが、刑法二〇〇条の規定の根底にある尊属殺重罰の思想ないし多数意見がその合理的根拠として述べる尊属に対する尊重報恩なる道徳観念が、必ずしも普遍性を有するものではなく、特定の歴史的社会的状況のもとに存立するものであることを窺わしめるに足りるのである。そして、刑法二〇〇条は、被害者が加害者またはその配偶者の直系尊属であるということのみにより、尊属殺人を普通殺人に比してとくに重く罰しようとするものであるから、直系尊属は、直系尊属であるということだけで、常に無条件に尊重されるべきものとしているのであつて、一種の身分制道徳の見地に立つものといえる。すなわち、それは、主として尊属卑属間における権威服従ないし尊卑の身分的秩序を重んずる戸主中心の旧家族制度的道徳観念を背景とし、これに基づく家族間の倫理および社会的秩序の維持をはかることを目的とするものと考えられる。その意味で、それは、国民に対し法の下における平等を保障する憲法一四条一項の精神にもとるものであり、この憲法の理念に基づいて行なわれた昭和二二年法律第一二四号による刑法の一部改正に際し、当然削除さるべき規定であつたといわなければならない。もとより、直系尊属と卑属とは、通常、互いに自然的敬愛と親密の情によつて結ばれており(この自然的情愛は普遍的なものであるが、多数意見のように、これと同意見のいわゆる尊属に対する尊重報恩の倫理とを同視することは、妥当でない。)、かつ、子が親を重んじ大切にすることは子の守るべき道徳であるが、しかし、それは個人の尊厳と人格の平等の原則の上に立つて自覚された強いられない道徳であるべきであり(それは、多数意見のいうように受けた恩義に対する報償的なものではなく、人情の自然に基づく心情の発露であると思う。)、当事者の自発的な遵守にまつべきものであつて、法律をもつて強制すべき性質のものではない。もちろん、道徳的規範が法律的規範の内容となりえないものでないことはいうまでもないが、子の親に対する右のごとき道徳は、法律をもつて強制するに適しないばかりでなく、これを強制することは、尊属は尊属であるがゆえにとくにこれを重んずべきものとし、法律をもつて合理的理由のない一種の身分的差別を設けるものであつて、すでに述べたとおり、憲法一四条一項の精神と相容れないものといわなければならないのである。以上のようにして、私は、尊属殺なる特別の罪を認め、その刑を加重する刑法二〇〇条の規定を設けること自体が憲法一四条一項に違反する不合理な差別的取扱いにあたると解するものであつて、その法定刑が不当に重いかどうかを問題とするまでもないと考えるのである。

(四)なお、上述のように、私は、尊属に対する卑属の殺害行為についてのみその刑を加重する刑法二〇〇条の規定は憲法一四条一項に違反するものと解するが、このような一方的なものでなく、夫婦相互間ならびに親子等の直系親族相互間の殺害行為(配偶者殺し、親殺し、子殺し等)につき近親殺というべき特別の罪を設け、その刑を加重することは、その加重の程度が合理的な範囲を超えないかぎり、必ずしも右の憲法の条項に反するものではないと考えることを附言しておきたい。もつとも、そのような規定を設けることの要否ないし適否については私は消極的意見であるが、それは法律政策の問題である。

裁判官下田武三の反対意見は、次のとおりである。わたくしは、憲法一四条一項の規定する法の下における平等の原則を生んだ歴史的背景にかんがみ、そもそも尊属・卑属のごとき親族的の身分関係は、同条にいう社会的身分には該当しないものであり、したがつて、これに基づいて刑法上の差別を設けることの当否は、もともと同条項の関知するところではないと考えるものである。しかし、本判決の多数意見は、尊属・卑属の身分関係に基づく刑法上の差別も同条項の意味における差別的取扱いにあたるとの前提に立つて、尊属殺に関する刑法二〇〇条の規定の合憲性につき判断を加えているので、いまわたくしも、右の点についての詳論はしばらくおき、かりに多数意見の右の前提に立つこととしても、なおかつ、安易に同条の合憲性を否定した同意見の結論に賛成することができないのであつて、以下にその理由を述べることとする。一、まず、多数意見に従つて、刑法一九九条の普通殺の規定のほかに、尊属殺に関する刑法二〇〇条をおくことが、憲法一四条一項の意味における差別的取扱いにあたると解した場合、同意見がかかる取扱いをもつてあながち合理的な根拠を欠くものと断ずることはできないとし、したがつて尊属殺に関する刑法二〇〇条は、このゆえをもつてしてはただちに違憲であるとはいえないとする点は、相当と思料されるのであるが、多数意見がさらに進んで、同条はその法定刑が極端に重きに失するから、もはや合理的根拠に基づく差別的取扱いとしてこれを正当化することができないとし、このゆえをもつて同条は憲法一四条一項に違反して無効であるとする結論に対しては、わたくしは、とうてい同調することができないのである。すなわち右の点に関する多数意見の骨子は、尊属殺に対し刑法二〇〇条が定める刑は死刑および無期懲役刑のみであつて、普通殺に対する同法一九九条の法定刑に比し、刑の選択の範囲が極めて限られており、その結果、尊属殺をおかした卑属に科しうる刑の範囲もおのずから限定されることとなり、とくにいかなる場合にも執行猶予を付することができないこととなるなど、量刑上著しい不便が存することを強調し、かかる法定刑の設定については、「十分納得すべき説明がつきかねる」というにあるものと解される。しかしながら、そもそも法定刑をいかに定めるかは、本来、立法府の裁量に属する事項であつて、かりにある規定と他の規定との間に法定刑の不均衡が存するごとく見えることがあつたとしても、それは原則として立法政策当否の問題たるにとどまり、ただちに憲法上の問題を生ずるものでないことは、つとに当裁判所昭和二三年(れ)第一〇三三号同年一二月一五日大法廷判決・刑集二巻一三号一七八三頁の示すとおりである。そして、多数意見も説くとおり、尊属の殺害は、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は、高度の社会的道義的非難に値するものであつて、刑法二〇〇条は、かかる所為は通常の殺人の場合より厳重に処罰し、もつて強くこれを禁圧しようとするものにほかならないから、その法定刑がとくに厳しいことはむしろ理の当然としなければならない。もつとも、多数意見も、尊属殺の場合に法定刑が加重されること自体を問題とするものではなく、ただ、加重の程度が極端に過ぎるとするものであるが、極端であるか否かは要するに価値判断にかかるものであり、抽象的にこれを論ずることは、専断、恣意を導入するおそれがある。けだし、かかる価値判断に際しては、国民多数の意見を代表する立法府が、法律的観点のみからでなく、国民の道徳・感情、歴史・伝統、風俗・習慣等各般の見地から、多くの資料に基づき十分な討議を経て到達した結論ともいうべき実定法規を尊重することこそ、憲法の根本原則たる三権分立の趣旨にそうものというべく、裁判所がたやすくかかる事項に立ち入ることは、司法の謙抑の原則にもとることとなるおそれがあり、十分慎重な態度をもつて処する要があるものとしなければならない。二、いま刑法における尊属殺の規定の沿革をかえりみるに、現行刑法はいわゆる旧刑法(明治一三年太政官布告第三六号)を改正したものであるが、その改正の一重要眼目は、一般に法定刑の範囲を広め、裁判官の裁量によつて妥当な刑を科する余地を拡大するにあつたのであり、この趣旨にそい、現行法の二〇〇条は、旧法三六二条一項が尊属殺の刑を死刑のみに限り、かつまた、その三六五条が、右の罪については宥恕・不論罪すなわち刑の減免等に関する規定の適用を一切禁じていたのをあらため、尊属殺の法定刑に新たに無期懲役刑を加え、かつ、減免規定等の適用をも可能としたものであつて、旧法に比し著しく刑を緩和したあとが認められるのである。しかも、当時の帝国議会議事録によれば、一部議員からは、孝道奨励のため法定刑を依然死刑のみに限定すべき旨の強硬な主張があり、長時間の討議の末、ようやくこの主張を斥けて現行法の成立となつたことを知りうるのである。刑法二〇〇条の法定刑は極端に重いとする多数意見が必ずしもあたらないことは、このような沿革に徴しても明らかであり、したがつてまた、同条をこの理由をもつてただちに違憲とずるその結論も、前提を欠くに帰するのではあるまいか。さらに、多数意見も指摘するとおり、昭和二二年、第一回国会において、刑法の規定を新憲法の理念に適合せしめるため、その一部改正が行なわれた際にも、同法二〇〇条は、ことさらにその改正から除外されたのであつて、右は当時立法府が本条をもつて憲法に適合するものと判断したことによると認むべきである。爾来わずかに四半世紀を経過したに過ぎないのであるが、その間多数意見の指摘するとおり、同条のもとにおける量刑上の困難が論議され、さらに同条の違憲論すら公にされ、最近には同条の削除を含む改正刑法草案も発表されるに至つたのは事実であるが(もつとも右草案はいまだ試案の域を出でないものである。)、今日なお同条についての立法上の措置が実現していないことは、立法府が、現時点において、同条の合憲性はもとより、立法政策当否の観点からも、なお同条の存置を是認しているものと解すべきである。かかる経緯をも考慮するときは、司法の謙抑と立法府の判断の尊重の必要は、刑法二〇〇条の場合において一段と大であるといわなければならない。しかるに、多数意見のこの点に関する判示は極めて簡単であり、「尊属殺の法定刑は、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては説明がつきかねる」とするのであつて、これのみでは恣意を排除した客観性のある結論とはいいがたいように思われる。もつとも、多数意見の指摘するように、尊属殺重罰規定が時代とともに緩和せられつつある内外の立法傾向については、わたくしも決して眼を閉じようとするものでなく、かつ、将来の立法論としてなら、わたくしにも意見がないわけではないが(現行刑法二〇〇条に、同条の法定刑の下限たる無期懲役刑と普通殺に関する同法一九九条の下限たる三年の懲役刑との間に位置する中間的な有期懲役刑を追加設定し、現行法の尊属殺重罰を多少緩和するとともに、あわせて科刑上の困難を解決することは、立法論としては十分考慮に値するところであろう。)、もとより裁判官としては立法論をいう立場にはなく、将来いかなる時期にいかなる内容の尊属殺処罰規定を制定あるいは改廃すべきかの判断は、あげて立法府の裁量に委ねるのを相当と考えるものである。刑事法の基本法規たる刑法の重要規定につき、前述のごとき沿革のあることをも顧慮することなく、前回の改正よりさして長い年月も過ぎない現在、何故裁判所が突如として違憲の判断を下さなければならないかの理由を解するに苦しまざるをえないのである。三、なお、本判決には、尊属殺を重く罰する刑法二〇〇条の立法目的自体を違憲とする意見も付されているので、この点につき一言したい。これは同時に同条の法定刑につき「十分納得すべき説明」が可能であることの論証ともなるものと考える。そもそも親子の関係は、人智を超えた至高精妙な大自然の恵みにより発生し、人類の存続と文明伝承の基盤をなすものであり、最も尊ぶべき人間関係のひとつであつて、その間における自然の情愛とたくまざる秩序とは、人類の歴史とともに古く、古今東西の別の存しないところのものである(そして、そのことは、擬制的な親子関係たる養親子関係、ひいては配偶者の尊属との関係についても、程度の差こそあれ、本質的には同様である。)。かかる自然発生的な、情愛にみち秩序のある人間関係が尊属・卑属の関係であり、これを、往昔の奴隷制や貴族・平民の別、あるいは士農工商四民の制度のごとき、憲法一四条一項の規定とは明らかに両立しえない、不合理な人為的社会的身分の差別と同一に論ずることは、とうていできないといわなければならない。そこで、多数意見もいうように、かかる自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点に立つて、尊属に対する敬愛報恩を重視すべきものとし、この点に立脚して、立法上の配慮を施すことはなんら失当とするところではなく、その具体化として現行の刑法二〇〇条程度の法定刑を規定することは、同条の立法目的実現の手段として決して不合理なものとは考えられないのである。そして、このような尊属に対する敬愛・尊重が、人類の歴史とともに始まつた自然発生的なものであり、かつ合理的で普遍性を有するものである以上、刑法二〇〇条の規定をもつて、歴史上の一時期における存在に過ぎない封建道徳をいまさら鼓吹助長するための手段であるかのごとく論難するのあたらないことは多言を要せず、また右規定は、もとより親不孝なる刑事法上の特別の行為類型を設けて、その違反を処罰しようとするものではないから、「孝道」を法的に強制するものとして非難するのあたらないことも言をまたない。なお、刑法二〇〇条の立法にあたつて、当初、旧家族制度との関連が考慮されていたことは歴史的の事実と見られるところ、同条が家族制度と一体不離の関係をなすものでないことはもちろんであり、とくにかかる制度の廃止された新憲法下の今日において、同制度との関連より生ずべき弊害なるものを、強いて憂える必要もありえないところである。さらにまた、親族関係のうち卑属の尊属に対する関係のみを取り出して特別規定の設けられていることを問題とする見解もあるが、同じく近親であつても、夫婦相互間、兄弟姉妹間等における親愛、緊密の情は、卑属の尊属に対する報恩、尊敬の念とは性質を異にするものであつて、たやすくこれを同一視して論ずることができないものであることはいうまでもなく、また本件で争われているのは、尊属殺を定めた刑法二〇〇条の合憲性であるから、これが合理的な差別といいうるか否かの点を問えば足りるのであつて、他に尊属殺と同様に強く非難さるべき行為類型が存するか否かは、本件の論点とは直接の関係がないものといわなければならない。四、なお多数意見は、刑法二〇〇条のもとにおける科刑上の困難を強調するのであるが、たしかに現実の事案についての具体的判断を任務とする裁判とは異なり、立法は将来の事象についての予測に立脚するものであるから、特殊例外の事案について、立法府の策定した実定法規をもつてしては、適切な量刑に困難を感ずることがありうることは否定しえないところであり、本件のごときもまさにその例外的事例ということができるのであつて、被告人のおかれた悲惨な境遇を深く憐れむ点において、わたくしもまた決して人後に落ちるものではない。しかしながら、情状の酌量は法律の許容する範囲内で行なうことが裁判官の職責であり、その範囲内でいかに工夫をこらしてもなお妥当な結果に導きえない場合が生じたとすれば、これに対しては、現行法制のもとにおいては、恩赦、仮釈放等、行政当局の適切な措置にまつほかはないのであつて、多数意見のごとく、憐憫に値する被告人の所為であり、かつ、科刑上も難点の存するがゆえに、ただちにさかのぼつてその処罰規定自体を違憲、無効と断ずることによりこれに対処せんとするがごときは、事理において本末転倒の嫌いがあるものといわざるをえないのである。五、最後に、田中裁判官は、その意見のうちに、違憲立法審査権に関するわたくしの見解に触れておられるので、この点につき、さらに補足することとしたい。わたくしは、ある法律の規定を「立法府が合憲と判断した以上、これに対する裁判所の介入は、もはや許さるべきでない」とするものでもなく、また「国会の多数の意見に従つて制定された法律であることのゆえのみをもつてただちに常に合憲と断定する」ものでもない。いうまでもなく、憲法は、最高裁判所に対し、一切の法令および処分の憲法に適合するか否かを決定する最終的権限を与えており(憲法八一条)、この点において、司法は立法および行政に対し優位に立つものとされているところ、わたくしは、司法がこのような優位に立つものであるがゆえに、またそのゆえにこそ、裁判所としては、この権限の行使にあたり、慎重の上にも慎重を期さなければならないと考えるものである。とくに道徳的規範と密接な関係を有する刑法の規定について、違憲審査を行なうに際しては、裁判所の判断のいかんは、ただに当該事案の当事者の利益にかかわるのみでなく、広く世道人心に深刻な影響を及ぼす可能性があるだけに、最も慎重を期する要があるものと考えるのである。現今尊属殺の問題のほか、たとえば死刑の存廃、安楽死幇助の可否等刑法上の諸問題をめぐつて、内外に多くの論議が行なわれており、なかには戦後の思想的混乱に乗じて行き過ぎの議論の行なわれるのを見るのであるが、かかる時代に、刑法の関連法規について、裁判所が違憲立法審査権を行使するにあたつては、もとより時流に動かされることなく、よろしく長期的視野に立つて、これら法規の背後に流れる人類普遍の道徳原理に深く思いをいたし、周到かつ慎重な判断を下すべきことが要請されるものといわなければならない。また、これらの問題についての判断は、国民感情、伝統、風俗、習慣等を十分考慮に入れ、さらに宗教、医学、心理学その他各般の分野にわたる見解と資料を参酌して綜合的に行なうことを必要とするものであるから、広く国民各層、各界の意見を代表し、反映する立場にある立法府の判断は、裁判所としても十分これを尊重することが、三権分立の根本趣旨に適合するものといわなければならない。さらに、立法上の措置がまつたく予見されていない時期においてならばともかく、現在のように、法制審議会を中心として、刑法改正案作成の作業が進捗中であり、これに基づき、さして遠からざる将来に、政府原案が作成され、国会提出の運びとなることが予想され、しかもその場合、これを受けた立法府における討議の帰趨は、いまだまつたく予見することができない時期において、にわかに裁判所が、立法府の検討に予断を与え、あるいは立法の先取りをなすものとも見られるおそれのある判断を下すことは、はたして司法の謙抑の原則に反することなきやを深く憂えざるをえないのである。以上の次第により、結論として、わたくしは、尊属殺に関する刑法二〇〇条の立法目的が憲法に違反するとされる各裁判官の意見(目的違憲説)にも、また立法目的は合憲であるとされながら、その目的達成の手段としての刑の加重方法が違憲であるとされる多数意見(手段違憲説)のいずれにも同調することができないものであつて、同条の規定は、その立法目的においても、その目的達成の手段においても、ともに十分の合理的根拠を有するものであつて、なんら憲法違反のかどはないと考えるものである。よつて本件上告趣意中違憲をいう点は理由がないものと思料し、その余はいずれも適法な上告理由にあたらないのであるから、本件上告は、これを棄却すべきものと考える。

検察官横井大三、同横溝準之助、同山室章公判出席

昭和四八年四月四日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官石田和外、大隅健一郎、村上朝一、関根小郷、藤林益三、岡原昌男、小川信雄、下田武三、岸盛一、天野武一、坂本吉勝

田中二郎、同岩田誠、同下村三郎、同色川幸太郎は、退官のため署名押印することができない。

2 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁〔薬局距離制限違憲訴訟〕

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・原隆一の上告理由二について。

所論は、要するに、本件許可申請につき、昭和三八年法律第一三五号による改正後の薬事法の規定によつて処理すべきものとした原審の判断は、憲法三一条、三九条、民法一条二項に違反し、薬事法六条一項の適用を誤つたものであるというのである。しかし、行政処分は原則として処分時の法令に準拠してされるべきものであり、このことは許可処分においても同様であつて、法令に特段の定めのないかぎり、許可申請時の法令によつて許否を決定すべきのではなく、許可申請者は、申請によつて申請時の法令により許可を受ける具体的な権利を取得するものではないから、右のように解したからといつて法律不遡及の原則に反することとなるものではない。また、原審の適法に確定するところによれば、本件許可申請は所論の改正法施行の日の前日に受理されたというのであり、被上告人が改正法に基づく許可条件に関する基準を定める条例の施行をまつて右申請に対する処理をしたからといつて、これを違法とすべき理由はない。所論の点に関する原審の判断は、結局、正当というべきであり、違憲の主張は、所論の違法があることを前提とするもので、失当である。論旨は、採用することができない。

同上告理由一について。

所論は、要するに、薬事法六条二項、四項(これらを準用する同法二六条二項)及びこれに基づく広島県条例「薬局等の配置の基準を定める条例」(昭和三八年広島県条例第二九号。以下「県条例」という。)を合憲とした原判決には、憲法二二条、一三条の解釈、適用を誤つた違法があるというのである。

一憲法二二条一項の職業選択の自由と許可制

(一)憲法二二条一項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがつて、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。

(二)もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法二二条一項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。

(三)職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであつて、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。このような許可制が設けられる理由は多種多様で、それが憲法上是認されるかどうかも一律の基準をもつて論じがたいことはさきに述べたとおりであるが、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。

二薬事法における許可制について。

(一)薬事法は、医薬品等に関する事項を規制し、その適正をはかることを目的として制定された法律であるが(一条)、同法は医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、本件に関連する範囲についていえば、薬局については、五条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、六条において右の許可条件に関する基準を定めており、また、医薬品の一般販売業については、二四条において許可を要することと定め、二六条において許可権者と許可条件に関する基準を定めている。医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給(不良調剤を含む。以下同じ。)から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる(最高裁昭和三八年(あ)第三一七九号同四〇年七月一四日大法廷判決・刑集一九巻五号五五四頁、同昭和三八年(オ)第七三七号同四一年七月二〇日大法廷判決・民集二〇巻六号一二一七頁参照)。

(二)そこで進んで、許可条件に関する基準をみると、薬事法六条(この規定は薬局の開設に関するものであるが、同法二六条二項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。)は、一項一号において薬局の構造設備につき、一号の二において薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、二号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、二項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、四項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲つている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条一項各号に定めるものは、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性と合理性を肯定しうるものである(前掲各最高裁大法廷判決参照)のに対し、二項に定めるものは、このような直接の関連性をもつておらず、本件において上告人が指摘し、その合憲性を争つているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性と合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。

三薬局及び医薬品の一般販売業(以下「薬局等」という。)の適正配置規制の立法目的及び理由について。

(一)薬事法六条二項、四項の適正配置規制に関する規定は、昭和三八年七月一二日法律第一三五号「薬事法の一部を改正する法律」により、新たな薬局の開設等の許可条件として追加されたものであるが、右の改正法律案の提案者は、その提案の理由として、一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によつて無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの二点を挙げ、これらを通じて医薬品の供給(調剤を含む。以下同じ。)の適正をはかることがその趣旨であると説明しており、薬事法の性格及びその規定全体との関係からみても、この二点が右の適正配置規制の目的であるとともに、その中でも前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。これによると、右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく(この点において、最高裁昭和四五年(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で取り扱われた小売商業調整特別措置法における規制とは趣きを異にし、したがつて、右判決において示された法理は、必ずしも本件の場合に適切ではない。)、また、一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によつて、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの均衡上、役務提供者に対してある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合があるけれども、薬事法その他の関係法令は、医薬品の供給の適正化措置として右のような強力な規制を施してはおらず、したがつて、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。

(二)次に、前記(一)の目的のために適正配置上の観点からする薬局の開設等の不許可の道を開くことの必要性及び合理性につき、被上告人の指摘、主張するところは、要約すれば、次の諸点である。(1)薬局等の偏在はかねてから問題とされていたところであり、無薬局地域又は過少薬局地域の解消のために適正配置計画に基づく行政指導が行われていたが、昭和三二年頃から一部大都市における薬局等の偏在による過当競争の結果として、医薬品の乱売競争による弊害が問題となるに至つた。これらの弊害の対策として行政指導による解決の努力が重ねられたが、それには限界があり、なんらかの立法措置が要望されるに至つたこと。(2)前記過当競争や乱売の弊害としては、そのために一部業者の経営が不安定となり、その結果、設備、器具等の欠陥を生じ、医薬品の貯蔵その他の管理がおろそかとなつて、良質な医薬品の供給に不安が生じ、また、消費者による医薬品の乱用を助長したり、販売の際における必要な注意や指導が不十分になる等、医薬品の供給の適正化が困難となつたことが指摘されるが、これを解消するためには薬局等の経営の安定をはかることが必要と考えられること。(3)医薬品の品質の良否は、専門家のみが判定しうるところで、一般消費者にはその能力がないため、不良医薬品の供給の防止は一般消費者側からの抑制に期待することができず、供給者側の自発的な法規遵守によるか又は法規違反に対する行政上の常時監視によるほかはないところ、後者の監視体制は、その対象の数がぼう大であることに照らしてとうてい完全を期待することができず、これによつては不良医薬品の供給を防止することが不可能であること。

四適正配置規制の合憲性について。

(一)薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記三の(一)に述べたところにあるとすれば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法二二条一項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性と合理性の存在を認めることができるかどうか、である。

(二)薬局等の設置場所についてなんらの地域的制限が設けられない場合、被上告人の指摘するように、薬局等が都会地に偏在し、これに伴つてその一部において業者間に過当競争が生じ、その結果として一部業者の経営が不安定となるような状態を招来する可能性があることは容易に推察しうるところであり、現に無薬局地域や過少薬局地域が少なからず存在することや、大都市の一部地域において医薬品販売競争が激化し、その乱売等の過当競争現象があらわれた事例があることは、国会における審議その他の資料からも十分にうかがいうるところである。しかし、このことから、医薬品の供給上の著しい弊害が、薬局の開設等の許可につき地域的規制を施すことによつて防止しなければならない必要性と合理性を肯定させるほどに、生じているものと合理的に認められるかどうかについては、更に検討を必要とする。

(1)薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたつては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。

(2)被上告人は、右のような地域的制限がない場合には、薬局等が偏在し、一部地域で過当な販売競争が行われ、その結果前記のように医薬品の適正供給上種々の弊害を生じると主張する。そこで検討するのに、(イ)まず、現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設けているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである。もつとも、法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。(ロ)ところで、薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。被上告人は、このような経営上の不安定は、ひいては当該薬局等における設備、器具等の欠陥、医薬品の貯蔵その他の管理上の不備をもたらし、良質な医薬品の供給をさまたげる危険を生じさせると論じている。確かに、観念上はそのような可能性を否定することができない。しかし、果たして実際上どの程度にこのような危険があるかは、必ずしも明らかにされてはいないのである。被上告人の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあつたとの点も、それがどの程度のものであつたか明らかでないが、そこで挙げられている大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケツトによる低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激烈な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみてくると、競争の激化―経営の不安定―法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお、医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。(ハ)仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、被上告人は、薬事監視員の増加には限度があり、したがつて、多数の薬局等に対する監視を徹底することは実際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、被上告人が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものとみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。(ニ)被上告人は、また、医薬品の販売の際における必要な注意、指導がおろそかになる危険があると主張しているが、薬局等の経営の不安定のためにこのような事態がそれ程に発生するとは思われないので、これをもつて本件規制措置を正当化する根拠と認めるには足りない。(ホ)被上告人は、更に、医薬品の乱売によつて一般消費者による不必要な医薬品の使用が助長されると指摘する。確かにこのような弊害が生じうろことは否定できないが、医薬品の乱売やその乱用の主要原因は、医薬品の過剰生産と販売合戦、これに随伴する誇大な広告等にあり、一般消費者に対する直接販売の段階における競争激化はむしろその従たる原因にすぎず、特に右競争激化のみに基づく乱用助長の危険は比較的軽少にすぎないと考えるのが、合理的である。のみならず、右のような弊害に対する対策としては、薬事法六六条による誇大広告の規制のほか、一般消費者に対する啓蒙の強化の方法も存するのであつて、薬局等の設置場所の地域的制限によつて対処することには、その合理性を認めがたいのである。(ヘ)以上(ロ)から(ホ)までに述べたとおり、薬局等の設置場所の地域的制限の必要性と合理性を裏づける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在―競争激化―一部薬局等の経営の不安定―不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによつて右の必要性と合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。

(3)被上告人は、また、医薬品の供給の適正化のためには薬局等の適正分布が必要であり、一部地域への偏在を防止すれば、間接的に無薬局地域又は過少薬局地域への進出が促進されて、分布の適正化を助長すると主張している。薬局等の分布の適正化が公共の福祉に合致することはさきにも述べたとおりであり、薬局等の偏在防止のためにする設置場所の制限が間接的に被上告人の主張するような機能を何程かは果たしうろことを否定することはできないが、しかし、そのような効果をどこまで期待できるかは大いに疑問であり、むしろその実効性に乏しく、無薬局地域又は過少薬局地域における医薬品供給の確保のためには他にもその方策があると考えられるから、無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失するものであつて、とうていその合理性を認めることができない。本件適正配置規制は、右の目的と前記(2)で論じた国民の保健上の危険防止の目的との、二つの目的のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその必要性と合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。

五結論以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法六条二項、四項(これらを準用する同法二六条二項)は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法二二条一項に違反し、無効である。ところで、本件は、上告人の医薬品の一般販売業の許可申請に対し、被上告人が昭和三九年一月二七日付でした不許可処分の取消を求める事案であるが、原判決の適法に確定するところによれば、右不許可処分の理由は、右許可申請が薬事法二六条二項の準用する同法六条二項、四項及び県条例三条の薬局等の配置の基準に適合しないというのである。したがつて、右法令が憲法二二条一項に違反しないとして本件不許可処分の効力を維持すべきものとした原審の判断には、憲法及び法令の解釈適用を誤つた違法があり、これが原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、論旨は、この点において理由があり、その余の判断をするまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして、右処分が取り消されるべきものであることは明らかであるから、上告人の請求を認容すべきものとした第一審判決の結論は正当であつて、被上告人の控訴は棄却されるべきものである。

よつて、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇八条一号、三九六条、三八四条、九六条、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。

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官村上朝一、関根小郷、藤林益三、岡原昌男、小川信雄、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

3 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〕

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。

4 最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁〔議員定数不均衡違憲訴訟

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  
上告人らの上告理由について

本件上告理由の要旨は、(一)原判決が、昭和五八年一二月一八日施行の衆議院議員選挙(以下「本件選挙」という。)の当時、衆議院議員の議員定数の配分を定めた公職選挙法の規定が全体として違憲であることを認めながら、上告人らの選挙無効の請求を棄却するとともに、上告人らの属する選挙区における選挙が違法である旨を宣言するにとどめたのは、憲法に違背するものである、(二)仮に、本件選挙を直ちに無効とすることが相当でないというのであれば、国会が議員定数配分規定の違憲状態を是正するために必要な相当の期間が経過したときにその効力を生ずる選挙無効の判決をすべきである、というのである。

一選挙権の平等と選挙制度

1憲法一四条一項の規定は、国会を構成する衆議院及び参議院の議員を選挙する国民固有の権利につき、選挙人資格における差別の禁止にとどまらず(四四条但し書)、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等をも要求するものと解すべきである。

2議会制民主主義の下における選挙制度は、国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることを目的としつつ、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、各国の実情に即して決定されるべきものであり、そこには普遍的に妥当する一定の形態が存在するというものではない。日本国憲法は、国会の両議院の議員を選挙する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から(四三条、四七条)、投票価値の平等は、憲法上、右選挙制度の決定のための唯一、絶対の基準となるものではなく、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。それゆえ、国会が定めた具体的な選挙制度の仕組みの下において投票価値の不平等が存する場合に、それが憲法上の投票価値の平等の要求に反しないかどうかを判定するには、憲法上の投票価値の平等の要求と前記の選挙制度の目的とに照らし、右不平等が国会の裁量権の行使として合理性を是認し得る範囲内にとどまるものであるかどうかにつき、検討を加えなければならない。

3衆議院議員の選挙の制度につき、公職選挙法がその制定以来いわゆる中選挙区単記投票制を採用しているのは、候補者と地域住民との密接な関係を考慮し、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をも可能ならしめようとする趣旨に出たものと考えられる。このような制度の下において、選挙区割と議員定数の配分を決定するについては、選挙人数と配分議員数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準であるというべきであるが、それ以外にも考慮されるべきものとして、都道府県、市町村等の行政区画、地理的状況等の諸般の事情が存在するのみならず、人口の都市集中化の現象等の社会情勢の変化を選挙区割や議員定数の配分にどのように反映させるかということも考慮されるべき要素の一つであり、このように、選挙区割と議員定数の配分の具体的決定には、種々の政策的及び技術的考慮要素があり、これらをどのように考慮して具体的決定に反映させるかについて客観的基準が存在するものでもないから、議員定数配分規定の合憲性は、結局は、国会が具体的に定めたところがその裁量権の合理的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い。右の見地に立つて考えても、公職選挙法の制定又はその改正により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の有する価値に不平等が存し、あるいはその後の人口の異動により右のような不平等が生じ、それが国会において通常考慮し得る諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般に合理性を有するものとは考えられない程度に達しているときは、右のような不平等は、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、これを正当化すべき特別の理由が示されない限り、憲法違反と判断されざるを得ないものというべきである。もつとも、制定又は改正の当時合憲であつた議員定数配分規定の下における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数又は人口(この両者はおおむね比例するものとみて妨げない。)の較差がその後の人口の異動によつて拡大し、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至つた場合には、そのことによつて直ちに当該議員定数配分規定が憲法に違反するとすべきものではなく、憲法上要求される合理的期間内の是正が行われないとき初めて右規定が憲法に違反するものというべきである。

4また、議員定数配分規定そのものの違憲を理由とする選挙の効力に関する訴訟は、公職選挙法二〇四条の規定に基づいてこれを提起することができるものと解すべきである。5以上は、最高裁昭和四九年(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。以下「昭和五一年大法廷判決」という。)及び同昭和五六年(行ツ)第五七号同五八年一一月七日大法廷判決(民集三七巻九号一二四三頁。以下「昭和五八年大法廷判決」という。)の趣旨とするところであり、これを変更すべき理由はない。

二本件議員定数配分規定の合憲性

1本件選挙が依拠した公職選挙法一三条一項、同法別表第一、同法附則七ないし九項の議員定数配分規定(以下「本件議員定数配分規定」という。)は、昭和五〇年法律第六三号(以下「昭和五〇年改正法」という。)による改正にかかるものであるが、右改正の結果、昭和四五年一〇月実施の国勢調査による人口に基づく選挙区間における議員一人当たりの人口の較差は最大一対四・八三(以下、較差に関する数値は、すべて概数である。)から一対二・九二に縮小したところ、昭和五五年六月施行の衆議院議員選挙当時の選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差は最大一対三・九四に達し(以上につき昭和五八年大法廷判決参照)、更に本件選挙当時においては、右較差が最大一対四・四〇に拡大するに至つたことは、原審の適法に確定するところである。本件選挙当時の右較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、選挙区の選挙人数又は人口と配分議員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衆議院議員の選挙の制度の下で、国会において通常考慮し得る諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般に合理性を有するものとは考えられない程度に達していたものというべきであり、また、公職選挙法制定後に行われた議員定数配分規定のいずれかの改正の際に、選挙制度の仕組みに変更を加え、その結果、投票価値の不平等が合理性を有するものと考えられるような改正が行われたものとみることができないことは、昭和五八年大法廷判決の説示するとおりであつて、他に、前記投票価値の不平等を正当化すべき特別の理由を見出すことはできない。したがつて、本件選挙当時において選挙区間に存した投票価値の不平等状態は、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至つていたものというべきである。

2選挙区間における議員一人当たりの人口又は選挙人数の較差は、昭和五〇年改正法による改正の結果最大一対二・九二に縮小することとなつたものが、昭和五五年六月の衆議院議員選挙当時においては最大一対三・九四に、更に本件選挙当時においては最大一対四・四〇に拡大するに至つたことは前記のとおりであるが、このように右較差が拡大したのは漸次的に生じた人口の異動によるものと推認することができる。そして、昭和五〇年改正法による改正の結果、従前の議員定数配分規定の下における投票価値の不平等状態は、一応解消されたものと評価することができるものというべきであるが(昭和五八年大法廷判決参照)、その後、昭和五五年六月の衆議院議員選挙当時における前記一対三・九四の較差は選挙権の平等の要求に反する程度に至つていたものであり、右選挙時を基準としてある程度以前において右較差の拡大による投票価値の不平等状態が選挙権の平等の要求に反する程度に達していたと認められることは、先に昭和五八年大法廷判決の指摘したとおりである。のみならず、右選挙当時から本件選挙当時まで右較差が漸次拡大の一途をたどつていたことは、毎年九月現在の選挙人名簿登録者数などによつて周知のところである。しかるに本件において、投票価値の不平等状態が違憲の程度に達した時から本件選挙までの間に右較差の是正が何ら行われることがなかつたことは、投票価値の不平等状態が違憲の程度に達したかどうかの判定は国会の裁量権の行使として許容される範囲内のものであるかどうかという困難な点にかかるものである等のことを考慮しても、なお憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなかつたものと評価せざるを得ない。したがつて、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反し、違憲と断定するほかはない。そして、本件議員定数配分規定は、その性質上不可分の一体をなすものと解すべきであり、憲法に違反する不平等を生ぜしめている部分のみならず、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(昭和五一年大法廷判決参照)。三本件選挙の効力以上のように、本件議員定数配分規定は本件選挙当時全体として違憲であるが、これに基づいて行われた選挙の効力については、更に考慮を要する。およそ公職選挙法二〇四条の訴訟において請求認容の判決がされたときは、当該選挙は無効となり、直ちに法定期間内の再選挙が施行されて違法状態が是正されることになるのであるが、議員定数配分規定の違憲を理由とする同条の規定に基づく訴訟においては、当該選挙を無効とする判決をしても、直ちに再選挙施行の運びとなるわけではなく、憲法に適合する選挙を施行して違憲状態を是正するためには、議員定数配分規定の改正という別途の立法手続を要するのである。その意味において、かかる訴訟の判決については、一般の公職選挙法二〇四条の訴訟のそれと別個の考慮を要するものというべきであり、かような見地からして、たとえ当該訴訟において議員定数配分規定が違憲と判断される場合においても、これに基づく選挙を常に無効とすべきものではない。すなわち、違憲の議員定数配分規定によつて選挙人の基本的権利である選挙権が制約されているという不利益など当該選挙の効力を否定しないことによる弊害、右選挙を無効とする判決の結果、議員定数配分規定の改正が当該選挙区から選出された議員が存在しない状態で行われざるを得ないなど一時的にせよ憲法の予定しない事態が現出することによつてもたらされる不都合、その他諸般の事情を総合考察し、いわゆる事情判決の制度(行政事件訴訟法三一条一項)の基礎に存するものと解すべき一般的な法の基本原則を適用して、選挙を無効とする結果余儀なくされる不都合を回避することもあり得るものと解すべきである(昭和五一年大法廷判決参照)。そして、右のような見地に立つて本件についてみると、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数又は人口の較差の推移は、前判示のとおりであり、右較差が漸次拡大の傾向をたどつていたことは、それまでの人口の動態等から十分予測可能なところであつて、決して予期し難い特殊事情に基づく結果ではなかつたことは否定できないが、他方、本件議員定数配分規定の下における投票価値の不平等状態が違憲の程度にあることを明示した昭和五八年大法廷判決の言渡から本件選挙までの期間や本件選挙当時の選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差の程度等本件に現れた諸般の事情を併せ考察すると、本件は、前記の一般的な法の基本原則に従い、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点において違法である旨を判示し、主文において右選挙の違法を宣言するにとどめ、右選挙は無効としないこととするのが相当である場合に当たるものというべきである。四結論以上の次第であるから、上記判示と同様の見解の下に、本件請求を棄却した上で、当該選挙区における本件選挙が違法であることを主文において宣言した原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は、その余の論点を含め、すべて採用することができない。よつて、行政事件訴訟法七条、民訴法三九六条、三八四条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官寺田治郎、同木下忠良、同伊藤正己、同矢口洪一の補足意見、裁判官木戸口久治の補足意見、裁判官谷口正孝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。

裁判官寺田治郎、同木下忠良、同伊藤正己、同矢口洪一の補足意見は、次のとおりである。

一多数意見は、その説示にかかる一般的な法の基本原則に従い選挙人たる上告人らの選挙無効の請求を棄却し、主文において当該選挙区における本件選挙の違法を宣言するにとどめるべきものとし、これと同旨の原判決を正当として是認するものである。ところで、本件選挙が違法であるとされる所以は、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点にあることは、多数意見の判示するところから明らかであるから、本件選挙が違法である旨の宣言は、実質的には、本件選挙が憲法に違反するものであることを明らかにしたものにほかならない。昭和五一年大法廷判決がその主文において選挙の違法宣言をしたのも、同様、選挙の違憲宣言の趣旨であつたことは、判文上容易にうかがい得るところである。

二昭和五八年大法廷判決は、昭和五五年六月施行の衆議院議員選挙当時投票価値の較差が憲法の選挙権の平等の要求に反するものであることを肯定しながら、いまだその是正のための合理的期間が経過したものとはいえないとして、議員定数配分規定を憲法に違反するものと断定することはできないと判断したが、右投票価値の較差が憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至つていたことを重視し、議員定数配分規定はできる限り速やかに改正されることが望まれる旨を付言した。それにもかかわらず、その後現在まで右改正は実現していない。そして、右規定の是正のための合理的期間が既に経過していることは、多数意見、反対意見を通じて異論のないところであり、また、本判決の是認する原判決の違法宣言の実質が違憲宣言であることを併せ考えると、右是正の急務であることは、昭和五八年大法廷判決当時の比ではない。一日も早く右の是正措置が講ぜられるべきものであることを強調せざるを得ない。

三ところで、右是正措置が講ぜられることなく、現行議員定数配分規定のままで施行された場合における選挙の効力については、多数意見で指摘する諸般の事情を総合考察して判断されることになるから、その効力を否定せざるを得ないこともあり得る。その場合、判決確定により当該選挙を直ちに無効とすることが相当でないとみられるときは、選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決をすることも、できないわけのものではない。けだし、議員定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効訴訟(以下「定数訴訟」という。)は、公職選挙法二〇四条所定の選挙無効訴訟の形式を借りて提起することを認めることとされているにすぎないものであつて(昭和五一年大法廷判決参照)、これと全く性質を同じくするものではなく、本件の多数意見において説示するとおり、その判決についてもこれと別個に解すべき面があるのであり、定数訴訟の判決の内容は、憲法によつて司法権にゆだねられた範囲内において、右訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができるものと考えられるからである。もつとも、本件が選挙無効の請求を棄却し、違法宣言のみにとどめるのが相当である場合に当たるものと解すべきことは、多数意見の判示するとおりであるから、所論(二)は本件においては採用するに由ないものというほかはない。

裁判官木戸口久治の補足意見は、次のとおりである。

一多数意見は、本件選挙は違憲の議員定数配分規定に基づくものであるとした上、本件においては、その説示する一般的な法の基本原則に従いいわゆる事情判決的処理をすべきものとしたが、私の見解もこれと同一であり、かつ、これに関する裁判官寺田治郎、同木下忠良、同伊藤正己、同矢口洪一の補足意見にも賛成するものであるが、ただ、昭和五八年大法廷判決において反対意見を述べた私の立場から、なお若干追加して述べておきたい。

二私は、昭和五八年大法廷判決の反対意見において、昭和五五年六月二二日に施行された衆議院議員選挙につき、本件と同一の議員定数配分規定を違憲としつつ、右選挙の効力を否定することなく、事情判決的処理をすべき旨を主張した。しかし、右大法廷判決の多数意見は、当時の議員定数配分規定の下における議員一人当たりの選挙人数の較差は憲法の選挙権の平等の要求に反する状態にあることは認めたものの、その是正のための合理的期間が経過したものとは認められないとして、議員定数配分規定は違憲とは断定できないとしたのである。したがつて、当裁判所として昭和五〇年改正法による改正後の現行議員定数配分規定につき事情判決的処理をするのは初めてであつて、事情判決的処理の繰り返しが相当でないとする非難が当たらないことは、もとよりである。

三違憲の議員定数配分規定に基づいて行われた選挙を無効とすることなく、事情判決的処理によつてその効力を維持すべきこととする背後には、裁判所の立場から国会に対し早急に議員定数配分規定の是正を実現することを促す趣旨が込められているものと考える。したがつて、国会としては、この点を充分考慮し、速やかに右規定の是正を図るべきである(なお、右是正に当たつては、今後の人口異動の動態をも予測して、少なくとも、改正後五年間位―公職選挙法別表第一末尾参照―は再度の是正を必要としない程度の改正をすることが望まれる。)。本件選挙について前記のような趣旨を含む事情判決的処理がされたにもかかわらず、なお国会が議員定数配分規定の改正を行わないため、同一の違憲の議員定数配分規定に基づき選挙が行われたときは、もはやその選挙につき重ねて事情判決的処理を繰り返すことは相当でなく、この場合は多数意見の指摘するような憲法上若干の不都合が生ずることがあるとしても、原則どおり、当該選挙を直ちに無効とするか、又は少なくとも一定期間経過後に選挙無効の効果を生ずるとの判決をすべきものと考える。

裁判官谷口正孝の反対意見は、次のとおりである。

一私も本件議員定数配分規定は全体として憲法に違反するものと考える。その理由は多数意見に示すとおりであつて、これに付加して述べることはない。しかしながら、本件選挙の効力については、私は、多数意見に賛同することを得ない。以下、その理由を述べる。

二私は、昭和五五年六月二二日施行の衆議院議員選挙の選挙無効訴訟において、当時における議員定数配分規定は、憲法一四条、一五条、四四条に違反し、違憲の法規であると考える旨の意見を述べた(昭和五八年大法廷判決における私の反対意見参照)。そして、右違憲の議員定数配分規定に基づいて行われた選挙の効力については、これを無効とすることなく、行政事件訴訟法三一条の規定に現われた一般的な法の基本原則に従い、いわゆる事情判決的処理をすべきものと考えた。けだし、選挙を無効とすることは、昭和五一年大法廷判決における多数意見が説示しているように憲法の所期しない異常な事態を招くものであり、しかも議員定数配分規定の改正は国会のみが果たし得る権能であり、裁判所として配分議員数や選挙区割につき直接その是正措置を講ずることは憲法の許さないところであることを思えば、裁判所が議員定数配分規定の違憲性を明示しさえすれば、国会はその是正を図るであろうことを当然に期待し得るものと信じたからにほかならない。また、昭和五〇年改正法による改正後の議員定数配分規定について、当裁判所としてその違憲性につき判断するのは最初のことであるので、特にその点をも考慮にいれたからであつた。

三しかし、本件選挙については、私は、先の意見と異なる結論を採らざるを得ない。その理由は以下のとおりである。

1憲法に違反する議員定数配分規定は、憲法九八条により無効の法規のはずであり、その無効の議員定数配分規定に基づいて行われた選挙は本来無効と宣言されるべきものである。にもかかわらず、前記の如く事情判決的処理をすることは、極めて例外的な場合にのみ許されるべきものであり、本件の如き定数配分規定の是正を目的とする選挙無効訴訟について常に事情判決的処理をし、また、しなければならないとすることは、昭和五一年大法廷判決が、「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」であるとして、公職選挙法二〇四条の規定に乗せて議員定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効の訴訟を認めた趣旨にもとることとなるであろう。右大法廷判決は、憲法上保障された基本的権利である選挙権の制約に対する救済に主眼を置くもので、例外的な場合を除いて選挙無効の判決をすべきことは、むしろ当然の帰結であると考える(抽象的に議員定数配分規定の違憲宣言を求める訴訟の形式は、現行法上認められていないことも考えなければならない。)。さらに、私が最もおそれるのは、違憲の議員定数配分規定について、早期・適切な是正を期待した国会がその挙に出でずして荏苒として時を過し、違憲の議員定数配分規定により選挙が繰り返し行われ、裁判所がこれに対しその都度、事情判決的処理をもつて応対するということになれば、それは正に裁判所による違憲事実の追認という事態を招く結果となることであつて、裁判所の採るべき途ではないと考える。

2次に、私は本件議員定数配分規定は全体として違憲と考えるのであるが、このような考え方に立つて右規定を無効と評価するとしても、この規定に基づく選挙の全部が当然に無効となるものではないと解する。本件のような訴訟が公職選挙法二〇四条の規定に乗せて許容されるものである以上、個々の訴訟において裁判所が無効と宣言した選挙区の選挙のみが無効となるのである。しかも、右規定の下で議員一人当たりの選挙人数がおおむね全国平均の数値に近い選挙区はもちろん、議員一人当たりの選挙人数の較差が違憲とまでは断定し難い選挙区については、その選挙区の選挙は無効とはならないものと解することができる。けだし、右選挙区については、憲法の選挙権の平等の要求に適合するように議員定数配分規定が改正された場合でも、選出されるべき議員数に変動を生じない可能性があるから、選挙の結果に異動を及ぼす虞がないものといい得るからである(公職選挙法二〇五条一項)。もつとも、この見解に対しては、右の選挙区についても再選挙の結果従前の当選人と異なる者が選ばれる可能性があるので、選挙の結果に異動を及ぼす虞がないとはいえないのではないか、との反論があろう。しかし、ここで問題とされているのは専ら定数配分の不均衡なのであるから、右の虞の有無は、配分された議員数のみを基準として決すべきものと考える。なお、ここで昭和五一年大法廷判決における岸裁判官の反対意見に言及しておく必要があろう。すなわち、配分議員数が過少な選挙区については、本来配分されるべき数を下回る議員数しか配分されていなかつたのであるから、その選挙区における当選人については、当選の効力を認めるべきであるとするものである。傾聴に値する意見ではあるが、当該選挙区において選出すべき議員数が異なる状態での再選挙を想定すれば、選挙の結果に異動を及ぼす可能性を否定できないばかりでなく、この論理によれば、配分議員数が過大な選挙区については、一個の選挙について人的一部無効を認めることになるから、この見解に賛成することはできない。

以上のように考えることは、本件議員定数配分規定を全体として違憲と解することと矛盾するものではない。けだし、それぞれの選挙区については、違憲の瑕疵が選挙の結果に異動を及ぼす場合に初めてその選挙の効力を否定すべきものとなるからである。

3私の見解によれば、本件議員定数配分規定が全体として違憲であるとしても、選挙無効の判決がされる選挙区は、当然のことながら選挙の効力が争われている選挙区のうち、当該選挙区に配分された議員数が憲法の選挙権の平等の要求に適合する範囲内の議員定数配分規定による議員数に比し過少又は過大であつて、選挙の結果に異動を及ぼす虞のある選挙区に限定されることになる。そして、私は、議員一人当たりの選挙人数の較差が一対三を超える状態になつた場合には原則として国会に許容された裁量権の限界を超えるに至つたものと推定するのが相当であると考える(昭和五八年大法廷判決における中村裁判官の反対意見参照)から、議員一人当たりの選挙人数の全国平均からの乖離が上下五〇パーセントを超える選挙区に限り、右に述べた選挙の結果に異動を及ぼす虞があるものとして、当該選挙区の選挙を無効とすべきものと思う。このように考えれば、選挙無効の判決の結果衆議院の活動が不可能となり、憲法の所期しない事態を招来するとの批判から免れることができると考える。衆議院の開議・議決の定足数は優に確保できるからである。

4それでは、選挙無効の判決の効力をどのように考えるべきであろうか。選挙無効の判決は、その確定と同時に将来に向かつて当該選挙を無効とする効果をもたらす結果、右選挙により選出された議員はその資格を失うこととなると解すべきものと思う。そして、その場合、当該選挙区の再選挙を行うには、議員定数配分規定の改正が必要であるから、そのための期間を要することは当然である(なお、右改正については、可分説の立場に立つて過少代表選挙区についてのみ議員数を加えるという形での一部改正をすることは、決して望ましいことではなく、議員定数配分規定の改正は、常にその全部の見直しを必要とする問題である。)。ところで、右改正が、選挙無効の判決のされた選挙区からの選出議員を欠いた状態で行われざるを得ないことを問題とし、一部の国民の意思が代表されていないという非難がある。多数意見もこの点を重く考えている。しかし、各選挙区から選出された議員はその選挙区を代表するわけのものではなく、全国民を代表する(憲法四三条一項)ものであるから、そのような事態が好ましいものとはいえないにせよ、前記の如く憲法上必要最小限度の要求は充たされているものということができ、右の非難は当たらないものと考える。また、現在のような政党政治の状況下においては、議員定数配分規定の改正も、各政党の意思によつて決せられる部分が多いことを思えば、前記のような状態の下での改正であつても、実質的には選挙人の意思の反映に欠けるところはないものということができよう。

5以上私の述べたことに対しては、選挙を無効とすることによつては議員定数配分規定の違憲状態は毫も改められないとか、議員数の過少な選挙区からの選出議員を欠くこととなり、当該選挙区の選挙人に二重の不利益を与えるだけのことではないか、との批判がある。私は、この批判に対しては次のように答えたい。いまここで裁判所に求められているのは、過去の昭和五八年一二月一八日に施行された衆議院議員の選挙の効力についての判断であり、違憲の議員定数配分規定の改正は、国会がその責任において行うべきことであり、裁判所に直接その是正措置を期待するが如きは筋違いである。次に、過少代表選挙区からの選出議員を欠くに至るという点については、当事者は正にそのような判決を求めているのであり、それを不可とするのであれば、もともと本件のような選挙無効の訴訟を始めから否定するほかないのではなかろうか。もつとも、現実に投票した選挙人の意思を無に帰せしめることは、事の実際において大きな問題であるが、その点も早急に憲法の選挙権の平等の要求に適合するよう議員定数配分規定を改正し、新たな選挙を行うことによつて、右選挙区の選挙人を救済することで満足しなければなるまい。選挙人の基本的権利である選挙権の制約に対する救済がされないままの状態を久しく放置するよりも、あえてこの方法によることを是とすべきものと思う。

四最高裁判所は、議員定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効訴訟を公職選挙法二〇四条の規定に乗せて認める立場をとつてきたのであるが、昭和五一年大法廷判決以降特に、この種訴訟が各地で提起され、今や制度として定着している。もつとも、この方法による選挙無効訴訟を認めることには多くの問題点があり、解決に苦しむ問題も少なくない。しかし、私は、この訴訟を認めた以上、論理の筋を通すべきであると思う。本件において選挙の無効を宣告する如きは性急に過ぎるとの非難も予想されないではない。私も昭和五五年六月二二日に施行された衆議院議員選挙については、本件と同じその議員定数配分規定を違憲としながら、前記の如く選挙の効力については事情判決的処理の途を選んだ。しかし、議員定数配分規定の違憲問題については、これを立法した国会が先ず自らの判断による是正策を講ずべきであつて、裁判所の違憲判断に俟つというが如きは、決して望ましいことではない。昭和五〇年改正法による改正後、議員定数配分規定が是正されないまま放置されている現状において、昭和五八年大法廷判決において右のような所見を述べた私としては、前回に重ねて再度事情判決的処理を繰り返すことは、憲法九八条の規定から考えてもすべきではないと信ずる。五本件の選挙区の議員一人当たりの選挙人数の全国平均からの乖離が五〇パーセントを超えるものであることは、原審の適法に確定するところから明らかであるから、本件の選挙区については、選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に当たり、その選挙を無効と判断すべきである。したがつて、選挙無効の請求を棄却し、違法宣言のみにとどめた原判決には法令の解釈、適用を誤つた違法があり、その違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、本件上告は理由があり、原判決を破棄し、本件の選挙区における選挙が無効である旨の判決をすべきである。

最高裁判所大法廷裁判長裁判官寺田治郎、木下忠良、伊藤正己、谷口正孝、大橋進、木戸口久治、牧圭次、和田誠一、安岡滿彦、角田禮次郎、矢口洪一、島谷六郎、長島敦、高島益郎、鹽野宜慶は、退官のため評議に関与しない。裁判長裁判官寺田治郎

5 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁〔森林法共有林分割制限違憲訴訟〕

主文原判決中上告人敗訴の部分を破棄する。右部分につき本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理由

上告代理人藤本猛の上告理由について

所論は、要するに、森林法一八六条を合憲とした原判決には憲法二九条の解釈適用を誤つた違法がある、というのである。

一憲法二九条は、一項において「財産権は、これを侵してはならない。」と規定し、二項において「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と規定し、私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至つたため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである。

二財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうるのである。したがつて、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判所としては、立法府がした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である(最高裁昭和四三年(行ツ)第一二〇号同五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二九巻四号五七二頁参照)。

三森林法一八六条は、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者(持分価額の合計が二分の一以下の複数の共有者を含む。以下同じ。)に民法二五六条一項所定の分割請求権を否定している。そこでまず、民法二五六条の立法の趣旨・目的について考察することとする。共有とは、複数の者が目的物を共同して所有することをいい、共有者は各自、それ自体所有権の性質をもつ持分権を有しているにとどまり、共有関係にあるというだけでは、それ以上に相互に特定の目的の下に結合されているとはいえないものである。そして、共有の場合にあつては、持分権が共有の性質上互いに制約し合う関係に立つため、単独所有の場合に比し、物の利用又は改善等において十分配慮されない状態におかれることがあり、また、共有者間に共有物の管理、変更等をめぐつて、意見の対立、紛争が生じやすく、いつたんかかる意見の対立、紛争が生じたときは、共有物の管理、変更等に障害を来し、物の経済的価値が十分に実現されなくなるという事態となるので、同条は、かかる弊害を除去し、共有者に目的物を自由に支配させ、その経済的効用を十分に発揮させるため、各共有者はいつでも共有物の分割を請求することができるものとし、しかも共有者の締結する共有物の不分割契約について期間の制限を設け、不分割契約は右制限を超えては効力を有しないとして、共有者に共有物の分割請求権を保障しているのである。このように、共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益的目的をも果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至つたものである。したがつて、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべきところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定している森林法一八六条は、公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものというべきである。

四

1森林法一八六条は、森林法(明治四〇年法律第四三号)(以下「明治四〇年法」という。)六条の「民法第二百五十六条ノ規定ハ共有ノ森林ニ之ヲ適用セス但シ各共有者持分ノ価格ニ従ヒ其ノ過半数ヲ以テ分割ノ請求ヲ為スコトヲ妨ケス」との規定を受け継いだものである。明治四〇年法六条の立法目的は、その立法の過程における政府委員の説明が、長年を期して営むことを要する事業である森林経営の安定を図るために持分価格二分の一以下の共有者の分割請求を禁ずることとしたものである旨の説明に尽きていたことに照らすと、森林の細分化を防止することによつて森林経営の安定を図ることにあつたものというべきであり、当該森林の水資源かん養、国土保全及び保健保全等のいわゆる公益的機能の維持又は増進等は同条の直接の立法目的に含まれていたとはいい難い。昭和二六年に制定された現行の森林法は、明治四〇年法六条の内容を実質的に変更することなく、その字句に修正を加え、規定の位置を第七章雑則に移し、一八六条として規定したにとどまるから、同条の立法目的は、明治四〇年法六条のそれと異なつたものとされたとはいえないが、森林法が一条として規定するに至つた同法の目的をも考慮すると、結局、森林の細分化を防止することによつて森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国民経済の発展に資することにあると解すべきである。同法一八六条の立法目的は、以上のように解される限り、公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。

2したがつて、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定していることが、同条の立法目的達成のための手段として合理性又は必要性に欠けることが明らかであるといえない限り、同条は憲法二九条二項に違反するものとはいえない。以下、この点につき検討を加える。

(一)森林が共有となることによつて、当然に、その共有者間に森林経営のための目的的団体が形成されることになるわけではなく、また、共有者が当該森林の経営につき相互に協力すべき権利義務を負うに至るものではないから、森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない。したがつて、共有森林の共有者間の権利義務についての規制は、森林経営の安定を直接的目的とする前示の森林法一八六条の立法目的と関連性が全くないとはいえないまでも、合理的関連性があるとはいえない。森林法は、共有森林の保存、管理又は変更について、持分価額二分の一以下の共有者からの分割請求を許さないとの限度で民法第三章第三節共有の規定の適用を排除しているが、そのほかは右共有の規定に従うものとしていることが明らかであるところ、共有者間、ことに持分の価額が相等しい二名の共有者間において、共有物の管理又は変更等をめぐつて意見の対立、紛争が生ずるに至つたときは、各共有者は、共有森林につき、同法二五二条但し書に基づき保存行為をなしうるにとどまり、管理又は変更の行為を適法にすることができないこととなり、ひいては当該森林の荒廃という事態を招来することとなる。同法二五六条一項は、かかる事態を解決するために設けられた規定であることは前示のとおりであるが、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法の右規定の適用を排除した結果は、右のような事態の永続化を招くだけであつて、当該森林の経営の安定化に資することにはならず、森林法一八六条の立法目的と同条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定したこととの間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかであるというべきである。

(二)(1)森林法は森林の分割を絶対的に禁止しているわけではなく、わが国の森林面積の大半を占める単独所有に係る森林の所有者が、これを細分化し、分割後の各森林を第三者に譲渡することは許容されていると解されるし、共有森林についても、共有者の協議による現物分割及び持分価額が過半数の共有者(持分価額の合計が二分の一を超える複数の共有者を含む。)の分割請求権に基づく分割並びに民法九〇七条に基づく遺産分割は許容されているのであり、許されていないのは、持分価額二分の一以下の共有者の同法二五六条一項に基づく分割請求のみである。共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を認めた場合に、これに基づいてされる分割の結果は、右に述べた譲渡、分割が許容されている場合においてされる分割等の結果に比し、当該共有森林が常により細分化されることになるとはいえないから、森林法が分割を許さないとする場合と分割等を許容する場合との区別の基準を遺産に属しない共有森林の持分価額の二分の一を超えるか否かに求めていることの合理性には疑問があるが、この点はさておいても、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者からの民法二五六条一項に基づく分割請求の場合に限つて、他の場合に比し、当該森林の細分化を防止することによつて森林経営の安定を図らなければならない社会的必要性が強く存すると認めるべき根拠は、これを見出だすことができないにもかかわらず、森林法一八六条が分割を許さないとする森林の範囲及び期間のいずれについても限定を設けていないため、同条所定の分割の禁止は、必要な限度を超える極めて厳格なものとなつているといわざるをえない。まず、森林の安定的経営のために必要な最小限度の森林面積は、当該森林の地域的位置、気候、植栽竹木の種類等によつて差異はあつても、これを定めることが可能というべきであるから、当該共有森林を分割した場合に、分割後の各森林面積が必要最小限度の面積を下回るか否かを問うことなく、一律に現物分割を認めないとすることは、同条の立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものというべきである。また、当該森林の伐採期あるいは計画植林の完了時期等を何ら考慮することなく無期限に分割請求を禁止することも、同条の立法目的の点からは必要な限度を超えた不必要な規制というべきである。

(2)更に、民法二五八条による共有物分割の方法について考えるのに、現物分割をするに当たつては、当該共有物の性質・形状・位置又は分割後の管理・利用の便等を考慮すべきであるから、持分の価格に応じた分割をするとしても、なお共有者の取得する現物の価格に過不足を来す事態の生じることは避け難いところであり、このような場合には、持分の価格以上の現物を取得する共有者に当該超過分の対価を支払わせ、過不足の調整をすることも現物分割の一態様として許されるものというべきであり、また、分割の対象となる共有物が多数の不動産である場合には、これらの不動産が外形上一団とみられるときはもとより、数か所に分かれて存在するときでも、右不動産を一括して分割の対象とし、分割後のそれぞれの部分を各共有者の単独所有とすることも、現物分割の方法として許されるものというべきところ、かかる場合においても、前示のような事態の生じるときは、右の過不足の調整をすることが許されるものと解すべきである(最高裁昭和二八年(オ)第一六三号同三〇年五月三一日第三小法廷判決・民集九巻六号七九三頁、昭和四一年(オ)第六四八号同四五年一一月六日第二小法廷判決・民集二四巻一二号一八〇三頁は、右と抵触する限度において、これを改める。)。また、共有者が多数である場合、その中のただ一人でも分割請求をするときは、直ちにその全部の共有関係が解消されるものと解すべきではなく、当該請求者に対してのみ持分の限度で現物を分割し、その余は他の者の共有として残すことも許されるものと解すべきである。以上のように、現物分割においても、当該共有物の性質等又は共有状態に応じた合理的な分割をすることが可能であるから、共有森林につき現物分割をしても直ちにその細分化を来すものとはいえないし、また、同条二項は、競売による代金分割の方法をも規定しているのであり、この方法により一括競売がされるときは、当該共有森林の細分化という結果は生じないのである。したがつて、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に一律に分割請求権を否定しているのは、同条の立法目的を達成するについて必要な限度を超えた不必要な規制というべきである。五以上のとおり、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法二五六条一項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法一八六条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであつて、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。したがつて、同条は、憲法二九条二項に違反し、無効というべきであるから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者についても民法二五六条一項本文の適用があるものというべきである。六本件について、原判決は、森林法一八六条は憲法二九条二項に違反するものではなく、森林法一八六条に従うと、本件森林につき二分の一の持分価額を有するにとどまる上告人には分割請求権はないとして、本件分割請求を排斥しているが、右判断は憲法二九条二項の解釈適用を誤つたものというべきであるから、この点の違憲をいう論旨は理由があり、原判決中上告人敗訴の部分は破棄を免れない。そして、右部分については、上告人の分割請求に基づき民法二五八条に従い本件森林を分割すべきものであるから、本件を原審に差し戻すこととする。よつて、民訴法四〇七条に従い、裁判官坂上壽夫、同林藤之輔の補足意見、裁判官高島益郎、同大内恒夫の意見、裁判官香川保一の反対意見があるほか、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

裁判官坂上壽夫の補足意見は、次のとおりである。香川裁判官の反対意見に鑑み、わが国における森林所有の実態を踏まえて、一言しておきたい。香川裁判官の説かれるところは、森林の共同経営という観点から共有森林についての分割制限の合理性を指摘されるもので、たしかに、森林の共同経営に当たつて、途中での分割を許すことは、経営的には不都合を来す場合があると考えられ、共同経営を目的とした共有を考える限りにおいて、まことに傾聴すべき見解であると思われるが、「森林を自らの意思により共有する者についていえば、一般的に森林の共同経営の意思を有するものという前提において立法措置のされるのが当然のことである」とされるのは、森林共有者の中に、相続による共有者を除いては、自らの意思によらずして森林を共有することになつた者の存在は考えなくてもよいということであろうか。また、自らの意思により森林を共有するといつても、共有するについてはいろんな場合が考えられ、森林を共同経営する意思を有しない者もいると思われるのに、そのことを抜きにして論じてよいものであろうか。なお、共同経営に不都合を来さないためという観点からは、持分二分の一以下の権利者の分割請求のみを許さないとすることの説明が、多数決原理を云々されるだけでは肯けないものがある(のちに述べるように、分割されて困るとすれば、それはむしろ持分二分の一以下の少数権利者の側であろう。)。ところで、森林経営という面についてであるが、香川裁判官が、「森林経営は、相当規模の森林全体について長期的計画により数地区別に木竹の植栽、育生、伐採の交互的、周期的な施業がなされるものであつて、森林の土地全体は相当広大な面積のものであることが望ましいし、また、その資本力、経営力、労働力等の人的能力も大であることを必要とする反面、将来の万一の森林経営の損失の分散を図るため等から、森林に関する各法制は、多数の森林所有者の共同森林経営がより合理的であるとしているのである......そして、それに連なる共有森林は......」と説かれるところは、多人数の共同経営の難しさ、煩わしさということを別にすれば、理論としては正にそのとおりであろうが、残念ながら、わが国の森林所有の実態に即しない憾みがあるように思われる。以下、議論を正確にするため、統計数字については、林野庁監修「林業統計要覧」一九八六年版所載の各表によることとするが、その「一九八〇年世界農林業センサス結果」によると、わが国での共同所有者による森林保有は、統計に表れない〇・一ヘクタール未満の森林を除き、〇・一ヘクタール以上のものに限れば、一六万六一四五事業体で合計六〇万一六七三ヘクタールに過ぎず(この数字には、相続により生じた共有体を含むものと思われるが、その内訳は不詳である。)、面積比にすると、二五〇〇万ヘクタール余とされるわが国の全森林の二・四%、一四七〇万ヘクタールに及ぶ私有森林全体の約四%を占めるのみである。しかも、そのうち〇・一ヘクタールないし一ヘクタール(未満)しか保有しない事業体(農林水産省統計情報部「林家経済調査報告」によると、昭和五九年度において、九・三ヘクタールを保有する林家の林業粗収入額は、薪炭生産やきのこ生産等による収入をも含めて二九万五〇〇〇円であり、これに対する経費総額は一二万七〇〇〇円であつて、林業所得額は一六万八〇〇〇円(平均値)であるから、一ヘクタール当たりにすると、僅かに一万八〇〇〇円に過ぎない。〇・一ヘクタールないし一ヘクタール(未満)という森林がいかに零細なものであるかがわかろう。)は九万六二八〇事業体に達し、全共同事業体の約五八%に当たり、これに一ないし五ヘクタール(未満)しか保有しない事業体を併せると、一四万四九九六事業体(全共同事業体の八七%強)にも達するのである。他方、香川裁判官が望ましいとされる「相当広大な面積」をかりに一〇〇ヘクタール以上(本件上告人、被上告人の共有森林は、全地区を合計するとこの範囲に入ることになる。)と低く抑えたとしても、その条件に達するものは僅かに五五七事業体(全共同事業体の〇・三%強)に過ぎない。共有にかかる森林の殆どは、共同所有ではあつても、共同経営という名に値しないものである。とすれば、森林経営の観点から共有を論じても余り意味はなく、森林法一八六条は、ほんの一握りの森林共有体の経営の便宜のために、すべての森林共有体の、しかもそのうちの持分二分の一以下の共有者についてのみ、その分割請求権を奪うという不合理を敢えてしていると結論せざるを得ない。もとより、森林経営というほどのものでない小面積の共有森林でも、否、小面積の森林なるが故に、分割しては著しく採算に影響するという場合もないではないであろうし(例えば、トラックの通行可能な道路までの伐採木の搬出距離が長いため、搬出のための架線等の設置に多大の経費を要するというような場合等)、極端な場合には、分割しては森林の全売上をもつてしても全経費を賄うに足りないという事態もありうるであろう(多数意見のいう森林の安定的経営のために必要な最小限度の森林面積を割る場合ということになろう。)。香川裁判官の説かれる共同経営論は、このようなことも配慮されてのことであると理解できるが、分割した場合につねに生ずるということではない。なお、蛇足を加えると、例えば、持分四分の三と持分四分の一の二人の共有者があつて、四分の三の持分権者の請求によつて分割が行われた場合があつたとしよう。四分の三の権利者に分割された森林は、単位面積当たりの採算が分割前より多少不利になつたとしても、なお、一応の利益が得られるが、四分の一の権利者の方は、自己に分割された森林だけでは経済的に維持できないというような場合も生ずることが考えられるのである。こういう場合に分割請求を許すべきでないのは、むしろ二分の一を超える持分権者の方でないと、筋が通らないのではなかろうか。いずれにしても、経営採算ということを考えると、共同経営にかかる森林の分割はこれを許さないとすることに相応の理由があることを否定しないが、森林の共同経営を考える者は、共同経営に当たつて必要な取決め(分収造林契約、分収育林契約、民法上の組合あるいは間伐時や伐採時の共同施業等)をしておけば足りることであつて、必ずしも共同経営に合意した結果生じたとは限らない共有全般について、法律の規定による分割請求権の剥奪で対処すべきことではないと思われる。更にいえば、分割請求権の行使を認めないことによつて、森林の細分化を防止し、それによつて森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国民経済の発展に資することが公共の福祉に合致するとの立場をとるならば、前述のように、わが国の森林面積の二・四%、そのうちの私有森林のみの面積と対比してもその約四%を占めるに過ぎない共同所有森林(相続による共有分を除けば、その割合はもつと小さい筈)の、そのまた少数持分権者のみに、その制限を課するのは何故であろうか。森林法一八六条による共有森林の分割請求権の制限は、到底首肯するに足る理由を見出だすことができないのである。

裁判官林藤之輔の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に示された結論とその理由に同調するものであるが、共有物の分割方法に関して私の考えるところを補足しておきたい。多数意見は、民法二五八条二項にいう現物をもつてする分割の一態様として、共有者の一部が持分以上の現物を取得する代わりに当該超過分の対価を他の共有者に支払わせる旨のいわゆる価格賠償による分割を命ずることも許されるから、共有者の一部に分割を認めても必ずしも森林の細分化をもたらすものではないとし、最高裁昭和二八年(オ)第一六三号同三〇年五月三一日第三小法廷判決・民集九巻六号七九三頁は、これと異なる限度で改めるとしているのであり、私も多数意見の右の説示に賛同する。右の小法廷判決は、昭和二二年法律第二二二号による改正前の民法のもとにおける遺産相続により共有となつた遺産の分割につき、右改正法の附則三二条により改正後の民法九〇六条が準用されることとなる事案に関するものであるが、「遺産の共有及び分割に関しては、共有に関する民法二五六条以下の規定が第一次的に適用せられ、遺産の分割は現物分割を原則とし、分割によつて著しくその価格を損する虞があるときは、その競売を命じて価格分割を行うことになるのであつて、民法九〇六条は、その場合にとるべき方針を明らかにしたものに外ならない」と判示している。しかし、家庭裁判所での遺産分割審判の実務においては、右判例にかかわらず、遺産分割につき家事審判規則一〇九条を適用して、特別の事由があるときは、共同相続人の一部にその相続分以上の現物を取得させる代わりに、他の共同相続人に対する債務を負担させて、現物をもつてする分割に代えることが広く行われてきており、しかも、右にいう特別の事由はかなり緩やかに解されているのであるが、この債務を負担させることによる分割の実態は、多数意見にいう価格賠償にほかならないのである。ところで、遺産分割については、民法が特に分割の基準について九〇六条の規定を設けているほか、手続上も、家庭裁判所に非訟事件である遺産分割の審判の申立をすることができるものとされているのに対し、通常の共有物の分割にあつては、民事訴訟法上の訴えの手続によるべきものとされている。しかし、この共有物分割の訴えも、いわゆる形式的形成訴訟に属し、当事者は単に共有物の分割を求める旨を申し立てれば足り、裁判所は、当事者が現物分割を申し立てているだけであつても、これに拘束されず、競売による代金分割を命ずることもできるのであつて(最高裁昭和五三年(オ)第九二七号、第九二八号同五七年三月九日第三小法廷判決・裁判集民事一三五号三一三頁)、その本質は非訟事件であり、その点では、典型的な非訟事件である家事審判と異なるところはない。それにもかかわらず通常の共有物分割と遺産分割との間で右のように取扱いが異なるのは、右のような法律上の規定の仕方の違いもさることながら、遺産分割は、被相続人に属していた一切の財産が分割の対象とされ、不動産、動産、債権のほか、これらの権利が結合して構成される商店、病院等の営業というようなさまざまな遺産を一括して共同相続人に配分するものであり、しかも、先祖代々の土地建物、農地、家業というべき営業のように、相続人のうちの誰か適当な者が承継して人手には渡したくないとする一般的な意識や、分割に適しない性質を想定しうる財産も含まれているのに対し、通常の共有については、これまで一個の物の分割が典型例として考えられ、分割が個々の共有物について各共有者の持分権をその価格の割合に応じて単独所有権化するものという角度から捉えられ勝ちであつたためではないかと思われる。しかし、通常の共有の場合であつても、多数意見の指摘するように、同一共有者間において同時に多数の、性質等の異なつた共有物について分割が行われることもあり、また、遺産分割の結果共同相続人のうちの数名の共有とされた財産が再分割されるときのように遺産分割に近い実質をもつこともあるのであつて、そのようなときにまで、現物を持分に応じて分割することができないか又はそれができても著しく価格を損する場合には、直ちに現物分割によることができないものとし、価格賠償による調整をかたくなに否定することは、現物分割の途をいたずらに狭めるものであり、実状に合うものとはいい難い。建物の分割においても、持分に応じた分割が可能なのは、たとえ分割の対象となつている建物が多数あるときでもそのそれぞれがたまたま持分に相当する価格の建物である場合とか、一棟の建物ではあるが持分に相当する価格の区分所有建物とすることが可能である場合のようなむしろ例外的場合に限られることになり、土地についても、地形や道路との関係、さらには地上建物との関係などから持分に応じた分割をすることには無理が伴つたり、著しく価格を損することがむしろ多いといえよう。共有物の分割にあつては、共有者間の公平が最も重視されなければならない。そして、価格賠償によるときは、価格が裁判所の認定にかかることになつて、観念的には競売による方がより公正な価格によることになるといえるかも知れない。しかし、現実には、競売価額が時価とはかけ離れた低額のものである場合も多々みられるところである。民法二五八条二項は、現物分割により著しくその価格を損する虞があるときは競売による代金分割によるべきこととしているが、競売によるときは、現物分割を避けることにより社会的にはその物自体が有する価格の減少を防ぐことができても、共有者が分配を受け得る利益からみれば著しく価格を損する結果となる虜なしとしないのである。現物分割の一態様として価格賠償の併用を認めると、必ずしも現物を持分に応じて分割しなくてもよいことになり、現物分割により得る場合はかなり増えるものと考えられ、当事者の利益からいつても、ことに当事者が希望しているような場合にまで、裁判所が鑑定等に基づいて認定する金額による価格賠償を否定すべき実質的な根拠はないと思われるのである。以上のような見地から、私は、民法二五八条による共有物の分割につき価格賠償により過不足を調整することも許されるとする多数意見に賛成するものであるが、更にすすんで、共有者の数が非常に多数の場合に、その中のごく少数の者のみが分割請求をしたというようなときは、事情によつては―多数意見が規制の必要あることを認める共有森林の伐採期あるいは計画植林完了時の前になされた分割請求の如きはその適例であるが―共有物を残りの者だけの共有とし、分割請求者は持分相当額の対価の支払を受けるという方法によることも、右のごく少数の分割請求者からみれば対価を受け取るにすぎないにせよ、これを全体としてみるときはなお現物分割の一態様とみることを妨げないものというべきであり、このように共有物を共有者のうちの一人又は数名の者の単独所有又は共有とし、これらの者から他の者に価格賠償をさせることによる分割も、かかる方法によらざるをえない特段の事情がある場合には、なお現物分割の一態様として許されないわけのものではないと考えるのである。

裁判官大内恒夫の意見は、次のとおりである。私は、本件について、原判決を破棄し、原審に差し戻すべきであるとする多数意見の結論には同調するが、その理由を異にし、共有森林の分割請求権の制限を定める森林法一八六条は、その全部が憲法二九条二項に違反するものではなく、持分価額が二分の一の共有者からの分割請求(本件はこの場合に当たる)をも禁じている点において、憲法の右条項に違反するにすぎないと考えるので、以下意見を述べることとする。

一森林法一八六条と財産権の制約森林法一八六条は、共有森林の分割につき、「各共有者の持分の価額に従いその過半数をもつて分割の請求をすること」のみを認め、その以外の持分価額が二分の一以下の共有者がなす分割請求を禁じているが、これは、民法が共有者の基本的権利としている分割請求権を持分価額が二分の一以下の共有者から奪うものであるから、かかる規制は、憲法上、経済的自由の一つである財産権の制約に当たり、憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合することを必要とする。ところで、経済的自由の規制立法には、精神的自由の規制の場合と異なり、合憲性の推定が働くと考えられ、財産権の規制立法についても、その合憲性の司法審査に当たつては、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、これを尊重すべきものである。そして、同じく経済的自由の規制であつても、それが経済的・社会的政策実施のためのものである場合(積極的規制)は、事の性質上、社会生活における安全の保障や秩序の維持等のためのものである場合(消極的規制)に比して、右合理的裁量の範囲を広く認めるべきであるから、右積極的規制を内容とする立法については、当該規制措置が規制の目的を達成するための手段として著しく不合理で裁量権を逸脱したことが明白な場合でなければ、憲法二九条二項に違反するものということはできないと解するのが相当である(最高裁昭和四三年(行ツ)第一二〇号同五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二九巻四号五七二頁参照)。以下、この見地に立つて、森林法一八六条が憲法の右条項に違反するかどうかについて判断する。

二森林法一八六条の立法目的森林法の右規定は、これと同旨の旧森林法(明治四〇年法律第四三号)六条の規定を踏襲したものであるが、もともと旧森林法が同規定を設けた立法目的は、当時の議会における政府委員の説明及び審議経過に徴すると、共有森林に係る林業経営の特殊性にかんがみ、共有者の分割請求権を制限し、林業経営の安定を図つたものであると解される。すなわち、森林は植林から伐採に至るまで長年月の期間を要し、資本投下も森林の維持・管理も長期的な計画に従つてなされるから、林業経営にあつては経営の基礎を安定したものとする必要が極めて大きいというべきところ、共有森林について民法二五六条一項がそのまま適用されるとするときは、共有者のうち一人が分割請求をする場合でも、何時にても、分割(原則として現物分割又は競売による代金分割)が行われざるをえず、林業経営の基礎は不安定であることを免れないことになる。そこで、旧森林法は前記の規定を設け、共有森林について分割請求権を制限することとしたのであつて、同規定は林業経営の安定を図ることを目的としたものであるというべきである。そして、森林法一八六条が旧森林法六条の規定をそのまま受け継いだこと、及び森林法が一条に新たに同法の目的規定を設けたことを考慮すると、同法一八六条の立法目的は、林業経営の安定を図るとともに、これを通じて森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国土の保全と国民経済の発展に資するにあると解すべく、右立法目的が公共の福祉に適合することは明らかである(なお、同条は、持分価額が二分の一以下の共有者からの分割請求は認めないとし、その限度で共有森林の分割請求を制約するのみで、持分価額が二分の一を超える共有者からの分割請求は勿論、共有者間の協議による分割も同条の禁ずるところでないから、森林の細分化防止をもつて同条の直接の立法目的であるとすることはできないと考える。)。

三森林法一八六条の規制内容森林法一八六条は、右の立法目的を達成するため、共有森林について、持分価額が二分の一を超える共有者(以下「過半数持分権者」という。)からの分割請求は認めるが、持分価額が二分の一以下の共有者からの分割請求は認めないとしている。ところで、右は前記経済的自由についての積極的規制に当たり、前示基準に従つてその憲法適合性が判断されることになるが、持分価額が二分の一以下という中には、二分の一未満と二分の一との二つの場合があるので、場合を分かつて検討する。

1持分価額が二分の一未満の共有者の分割請求の禁止これは他方に過半数持分権者が存在する場合であるが、この場合、同条が持分価額が二分の一未満の共有者(以下「二分の一未満持分権者」という。)の分割請求権を否定したのは、下記のとおり理由があると認められ、同条のこの規制内容が、その立法目的との関係において、明らかに合理性と必要性を欠くものであるということはできないと考える。

(一)旧森林法制定の際の議会における審議経過に徴すると、同法六条の政府原案は、「民法第二百五十六条ノ規定ハ共有ノ森林ニ之ヲ適用セス」とのみ定め、共有森林についてはすべて分割請求を禁止するものであつたが、右原案に対し、貴族院において、共有者の分割請求権を絶対的に禁じてしまうのは酷であり、少なくとも共有者の過半数以上の者が分割を請求する場合は、許してよいのではないか、との修正意見が出され、これを受けて、右原案に、「但シ各共有者持分ノ価格ニ従ヒ其ノ過半数ヲ以テ分割ノ請求ヲ為スコトヲ妨ケス」とのただし書が追加され、立法がなされたものである。右の立法経緯によると、旧森林法の立法においては、林業経営の安定を図るという目的から、林業経営にとつて不安定要因であると目される民法二五六条の分割請求権に手が加えられたが、その際右分割請求権を全面的に否定するという方法はとらず、これを一部制約するにとどめたこと、及びいかなる者に分割請求権を認め、いかなる者にこれを認めないかについては、多数持分権者の意思の尊重の見地から、「持分ノ価格ニ従ヒ其ノ過半数」である者(過半数持分権者)にのみ分割請求を許すことにしたことが認められるのであつて、旧森林法の右規定及びこれを受け継いだ森林法一八六条は、林業経営の安定と共有者の基本的権利(分割請求権)との調和を図つたものということができる。このように見て来ると、同条において二分の一未満持分権者の分割請求権が否定されているのは、同条が、林業経営の安定等のため、民法二五六条の分割請求権を制限し、過半数持分権者にのみ分割請求権を認めることとした結果にほかならないから、森林法一八六条の右規制内容は同条の立法目的との間に合理的な関連性を有するものといわなければならず、また、過半数持分権者の分割請求が許されるのに、二分の一未満持分権者の分割請求が禁じられる点は、多数持分権者の意思の尊重という合理的理由に基づくものとして首肯できるというべきである。

(二)次に、二分の一未満持分権者の権利制限の程度について見ると、同持分権者も、過半数持分権者との間で協議による分割を行うこと、及び過半数持分権者が分割自体に同意する場合、具体的な分割の方法・内容の裁判上の確定を求めて、分割の訴えを提起することは、いずれも森林法一八六条の禁ずるところではないと解されるので、結局、右二分の一未満持分権者がなしえないのは、過半数持分権者の意に反して分割請求をすることだけである。しかも、右二分の一未満持分権者が自己の持分を他の共有者又は第三者に譲渡する自由は、なんら制約されていないので、森林法一八六条による分割請求権の否定が右二分の一未満持分権者にとつて不当な権利制限であるということはできない。してみると、同条のうち、二分の一未満持分権者の分割請求を禁止する部分が、前記立法目的を達成するための手段として著しく不合理で立法府の裁量権を逸脱したことが明白であると断ずることはできないから、同条の右部分は憲法二九条二項に違反するものではないというべきである。

2持分価額が二分の一の共有者の分割請求の禁止持分価額が二分の一の共有者(以下「二分の一持分権者」という。)が分割請求をする場合は、分割請求の相手方も二分の一持分権者であつて、右1の場合と異なり、過半数持分権者が存在しないが、森林法一八六条はこの場合も分割請求を禁じている。しかし、右の最も典型的な場合は、共有者が二人(甲、乙)で、その持分価額が相等しい場合であるが、この場合共有者の一人である甲が同条によつて分割請求を禁じられるのは、ただ甲が過半数持分権者に該当しないというだけの理由からであつて、前記1の場合のごとく、他に過半数持分権者が存在し、多数持分権者の意思を尊重するのが合理的であるというような実質的理由に基づくものではない。そして、過半数持分権者に該当しないという理由で分割請求を禁じられるのは、共有者の他の一人である乙も同様であつて、甲、乙互いに対等の地位にあるにかかわらず、いずれも相手に対して分割請求をすることを禁じられるのである。その結果は、甲、乙両名(すなわち共有者全員)が共有物分割の自由を全く封じられ、両者間に不和対立を生じても共有関係を解消するすべがないこととなるが、このことの合理的理由は到底見出だし難く、共有者の権利制限として行き過ぎであるといわなければならない。思うに、森林法一八六条は林業経営の安定等の目的から共有者の分割請求権を制約するものであるが、全面的にこれを禁止しようとするものではない。したがつて、二分の一持分権者の共有関係の解消について生ずる右のような結果は、同条の所期するところでないとも考えられ、結局、同条のうち二分の一持分権者の分割請求を禁止する部分は、前記立法目的を達成するための手段として著しく不合理で立法府の裁量権を逸脱したことが明白であるといわざるをえない。よつて、同条の右部分は憲法二九条二項に違反し、無効であるというべきである。四本件事案は、上告人及び被上告人が同人らの父から本件森林の贈与を受け、これを共有しているが、その持分は平等で各二分の一である、というのであり、前項2の場合に該当するから、上記の理由により上告人の分割請求は認容されるべきである。したがつて、上告人の論旨は理由があるから、本件については、原判決(上告人敗訴部分)を破棄し、原審に差し戻すべきものと考える。裁判官高島益郎は、裁判官大内恒夫の意見に同調する。

裁判官香川保一の反対意見は、次のとおりである。私は、森林法一八六条が憲法二九条二項に違反するものとする多数意見に賛成し難い。その理由は次のとおりである。民法の共有に関する規定は、原則的には、共有関係からの離脱及びその解消を容易ならしめるため、各共有者の共有持分の譲渡について何らの制限を設けないのみならず、共有者全員の協議による共有物の分割のほか、各共有者は何時にても無条件で共有物分割の請求(訴求)をすることができるものとしているが(同法二五六条一項本文、二五八条一項)、その反面、共有物の不分割契約を期間を五年以内に制限しながらも更新を許容してこれを認めている(同法二五六条一項ただし書、同条二項、なお、同法二五四条により不分割契約は特定承継人をも拘束するのである。)。その趣旨は、所有権の型態として単独所有が共有よりもより好ましいものとして共有物の分割を認めながらも、共有関係の生じた経緯、目的、意図、共有物の多種、多様な性質ないし機能等に応じて、何時にても共有関係を解消し得る共有から一定期間共有関係を解消しない共有までの合目的な法律関係を形成し得る途を開いているものということができる。さらに、同法二五四条により、共有物の使用、収益等に関する共有者間の特約による権利義務関係が共有者の特定承継人をも拘束するものとして、共有関係の目的、意図等に対応し得る方途について配慮しているのである。因みに、各人の出資により共同事業を営む共同目的の組合契約による組合財産は、すべて総組合員の共有に属するが(同法六六八条)、清算前には組合財産の同法二五六条一項本文の規定による共有物分割の請求を禁止するなど(同法六七六条)しているのも、共同事業の遂行が共有物分割の請求により阻害されることを防止するための必要によるものに外ならない。そして、同法二五六条一項本文は、共有の目的物を特定していないが、目的物を限定して右の分割請求を考察した場合、その目的物の種類、性質、機能等によつては、同項本文について何らかの修正を施すべき必要があることは容易に考え得るところである。以上の考え方からいえば、共有物分割の請求をいかなる要件、方法、態様等により認めるべきかあるいは制限すべきかの立法は、経済的自由の規制に属する経済的政策目的による規制であつて、憲法二九条二項により公共の福祉に適合することを要するが、その規制措置は、共有物の種類、性質、機能、関係人の利害得失等相互に関連する諸要素についての比較考量による判断に基づく政策立法であつて、立法府の広範な裁量事項に属するものというべきである。したがつて、その立法措置は、甚だしく不合理であつて、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものでなければ、これを違憲と断ずべきではない。そこで、森林法一八六条について考えるに、同条は、民法二五六条一項本文と異なり、共有持分の価額に従い過半数を以てのみ共有森林の分割請求をすることができるものと規定している。森林法における森林とは、(一)木竹が集団して生育している土地及びその土地の上にある立木竹、(二)木竹の集団的な生育に供される土地を指称するのであるが(同法二条一項)、かかる「森林」は、その性質上木竹の植栽、育生、伐採、すなわち森林経営に供されることをその本来の機能とするものであり、このような供用による使用収益をその本質とする財産権である。さればこそ、同法は、かかる森林の所有者について、一般的に森林経営を行う者であることを前提として所要の規定を設けており(同法八条、一〇条の五、一〇条の一〇、一一条、一四条等)、この森林所有者には森林の共有者も含まれることはいうまでもない。そして、森林経営は、相当規模の森林全体について長期的計画により数地区別に木竹の植栽、育生、伐採の交互的、周期的な施業がなされるものであつて、森林の土地全体は相当広大な面積のものであることが望ましいし、また、その資本力、経営力、労働力等の人的能力も大であることを必要とする反面、将来の万一の森林経営の損失の分散を図るため等から、森林に関する各法制は、多数の森林所有者の共同森林経営がより合理的であるとしているのである(同法一八条、森林組合法一条、同法第三章生産森林組合等参照)。そして、それに連なる共有森林は、森林経営に供されるものである以上、民法二五六条一項本文の規定により、何時にても、しかも無条件に、共有者の一人からでもなされ得る共有物分割の請求によつて、森林の細分化ないしは森林経営の小規模化を招くおそれがあるのみならず、それ以上に、前記の長期的計画に基づく交互的、周期的な森林の施業が著しく阻害され、他の共有者に不測の損害を与え、ひいては森林経営の安定化、活発化による国民経済の健全な発達を阻害し、自然環境の保全等に欠けるおそれがあるので、森林法一八六条は、かかる公共の福祉の見地から、右の共有物分割の請求を制限することとし、ただ、森林経営についても私有財産制の下における営業であり、私的自治の原則が尊重されるべきものであることにかんがみ、謙抑的に、共有物分割の請求の全面的禁止を採らず、共有者の合理的配慮を期待して、いわゆる多数決原理に則り、森林経営により多く利害関係を有する持分価額の過半数以上を以てしなければ共有森林の分割請求をすることができないものとしているのである。そして、共有物分割の請求は、本来非訟的なものであるにもかかわらず、訴訟によることから自づと判断資料が限定され、森林経営に則した合理的な分割の裁判は、決して容易なものではなく、審理が長期化せざるを得ない性質のものであつて、その間における森林経営の停滞、森林の荒廃という避けるべくもないデメリツトも当然予想されるであろうから、分割請求を持分価額の過半数をもつて決することとすることにより、右のデメリツトをも考慮して分割請求の可否、利害得失をも含め分割請求に関する合理的、妥当な共有者間の意思決定がされることを期待しているものといえるであろう。以上のとおり、森林法一八六条は、その立法目的において公共の福祉に適合するものであることは明らかであり、その規制内容において必要性を欠く甚だしく不合理な、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものとは到底解することができないから、憲法二九条二項に違背するものとは断じ得ない。これに対し、多数意見は、判決理由四の2の(一)において、「森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない」から、森林法一八六条はその立法目的(森林経営の安定)とその規制内容において合理的関連性がないものとし、森林共有者(特に持分が同等で二名の共有の場合)間において共有物の管理又は変更について意見が対立した場合、森林の荒廃を招くにかかわらず、かかる事態を解決するための手段である民法二五六条一項本文の規定の適用を排除している結果、森林の荒廃を永続化させ、森林経営の安定化に資することにならず、立法目的とその手段方法との間に合理的関連性がないことが明らかであるとしている。

しかし、前記のように、森林は、その性質、機能からいつて森林経営に供されるものというべきであり、かかる森林を自らの意思により共有する者についていえば、一般的に森林の共同経営の意思を有するものという前提において立法措置のされるのが当然のことであり、森林法一八六条も亦かかる前提に立つてはじめて理解し得るものである。この点において多数意見は私の見解と根本的に異なるのであるが、多数意見の右の指摘する点についていえば、共有物の管理について過半数によつて決することができない場合に管理ができなくなることは、民法二五二条もこれを予想し、それ自体止むを得ないこととして、その場合の不都合を若干でも除去し、少なくとも共有物の現状維持を図るために、同条ただし書において保存行為を各共有者がなし得るものとしているのであつて、既存の樹木の育生に必要な行為は右保存行為に該当するから、必ずしも森林の荒廃を防ぎ得ないものではない。また、共有者間において管理又は変更について決することができない場合の森林の荒廃という事態を解決するための手段として同法二五六条一項本文の規定があるものとすること自体甚だ疑問であるし、むしろ共有森林の分割請求が森林経営を阻害し、保存行為も充分になし得ず(分割請求により自己の取得する部分が不明である以上、各共有者に保存行為を期待することは無理であろう。)、反つて森林の荒廃を招くおそれがあるのではなかろうか。共有森林の管理について共有者間の意見が一致しない場合、共有関係の継続を欲しない者がその持分を譲渡して共有関係から離脱することも必ずしも困難を強いるものではない。次に、多数意見は、判決理由四の2の(二)において、協議による分割、持分価額の過半数による分割請求及び遺産分割を禁止しないで、ただ持分価額の二分の一以下による分割請求を禁止しているが、右の分割の許される場合に比し、分割請求の禁止される場合が森林の細分化を防止する社会的必要性が強く存すると認めるべき根拠はないし、しかも森林の安定的経営のための必要最小限度の面積をも法定せず、分割請求の制限される森林の範囲及び期間の限定もないまま、特に当該森林の伐採期あるいは計画植林の完了時期を考慮することなく無期限に分割請求を制限することは、立法目的の達成に必要な限度を超えた不必要なものであるという。さらに分割請求の場合の現物分割としても、調整的な価格賠償により分割後の管理、利用の便等を考慮して合理的な現物分割がされるし、多数共有者の一人による分割請求の場合に、請求者に持分の限度で現物を与え、その余を他の共有者の共有とする分割も許されるし、さらに代金分割のための一括競売がされるときも、いずれも共有森林の細分化をきたさないから、右の分割請求の禁止は、必要な限度を超えた不必要な規制であるという。しかし、森林法が共有者全員の協議による分割を禁止していないのは、私有財産制の尊重からかかる分割まで禁止することの適否は疑問であり、森林の共同経営を前提とする以上、分割の可否及び可とする場合の分割について共有者全員の合理的な協議を期待してのことであつて、かかる期待も立法態度として肯認されるものであろう。次に、遺産分割を禁止していないのは、遺産分割が遺産の全部を対象とするものであるのに、その一部である森林のみについて異なる扱いをすることは円滑な遺産分割を阻害するおそれがあるし、もともと森林又はその共有持分の共同相続人は自らの意思により共有関係に入つた者ではなく、森林の共同経営の意思を有するものとは必ずしもいえないからである。これらの分割を制限していないことには、右のような相当の理由があるものというべく、ただ、共有者の一人からでも何時にてもなされる分割請求は、多数の意思に反して森林経営のための円滑な施業を阻害するから、これを制限しているのである。次に、分割請求の制限される森林の範囲及び期間を限定せず、特に伐採期、計画植林の完了時期を考慮することなく無期限に分割を制限している点については、森林経営に必要な最小限度の土地の面積を法定することは、実際問題として立法技術上も困難であるし、さらに伐採、植林の時期が地区別に交互周期的に到来するのが通常であろうから、分割制限の期間及び時期の限定は、難きを強いるものではなかろうか。最後に、分割請求の制限をしなくても、合理的な現物分割がされるというが、現物の細分化の防止からのみいえば現物分割の結果がなお森林経営上合理的な規模となる場合もあり得ようが、分割の裁判が相当長期間を要することから、分割請求そのものによる森林経営のための円滑な施業の阻害は避けられないであろう。さらに代金分割については、一括競売される限りにおいては当該森林の細分化は防止できるであろうけれども、一括競売は共有物分割の止むを得ない最後の方法であり、共有森林の細分化の防止の観点から、必ずしも時価売却の実現を保し難い競売による代金分割を常に探ることができるかどうか甚だ疑問であつて、以上のような分割の方法があることをもつて、森林法一八六条の分割請求の制限が必要な限度を超えた不必要なものであると果たしていえるであろうか。以上のように、多数意見が森林法一八六条の違憲の論拠とする点は、これを総合しても、同条が甚だしく不合理で、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものとする理由としては、到底首肯し得ないところである。したがつて、上告人の論旨は理由がないから、本件上告は棄却すべきものと考える。

最高裁判所大法廷裁判長裁判官矢口洪一、伊藤正己、牧圭次、安岡滿彦、角田禮次郎、島谷六郎、長島敦、高島益郎、藤島昭、大内恒夫、香川保一、坂上壽夫、佐藤哲郎、林藤之輔

谷口正孝は退官につき署名押印することができない。

6 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〕

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)

7 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)

8 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)

9 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁[婚外子相続差別違憲訴訟]

主文原決定を破棄する。本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理由

抗告人Y1の抗告理由第1及び抗告人Y2の代理人小田原昌行、同鹿田昌、同柳生由紀子の抗告理由3(2)について

1事案の概要等

本件は、平成13年7月▲▲日に死亡したAの遺産につき、Aの嫡出である子(その代襲相続人を含む。)である相手方らが、Aの嫡出でない子である抗告人らに対し、遺産の分割の審判を申し立てた事件である。原審は、民法900条4号ただし書の規定のうち嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分(以下、この部分を「本件規定」という。)は憲法14条1項に違反しないと判断し、本件規定を適用して算出された相手方ら及び抗告人らの法定相続分を前提に、Aの遺産の分割をすべきものとした。論旨は、本件規定は憲法14条1項に違反し無効であるというものである。

2憲法14条1項適合性の判断基準について憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じ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のもの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)。相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである。この事件で問われているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である。

3本件規定の憲法14条1項適合性について

(1)憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と定め、同条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と定めている。これを受けて、民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法(中略)の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と定め、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用している。一方、相続制度については、昭和22年法律第222号による民法の一部改正(以下「昭和22年民法改正」という。)により、「家」制度を支えてきた家督相続が廃止され、配偶者及び子が相続人となることを基本とする現在の相続制度が導入されたが、家族の死亡によって開始する遺産相続に関し嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のそれの2分の1とする規定(昭和22年民法改正前の民法1004条ただし書)は、本件規定として現行民法にも引き継がれた。

(2)最高裁平成3年(ク)第143号同7年7月5日大法廷決定・民集49巻7号1789頁(以下「平成7年大法廷決定」という。)は、本件規定を含む法定相続分の定めが、法定相続分のとおりに相続が行われなければならないことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情とした上、前記2と同旨の判断基準の下で、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のそれの2分の1と定めた本件規定につき、「民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものである」とし、その定めが立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできないのであって、憲法14条1項に反するものとはいえないと判断した。しかし、法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、前記2で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定めの合理性については、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。

(3)前記2で説示した事柄のうち重要と思われる事実について、昭和22年民法改正以降の変遷等の概要をみると、次のとおりである。

ア昭和22年民法改正の経緯をみると、その背景には、「家」制度を支えてきた家督相続は廃止されたものの、相続財産は嫡出の子孫に承継させたいとする気風や、法律婚を正当な婚姻とし、これを尊重し、保護する反面、法律婚以外の男女関係、あるいはその中で生まれた子に対する差別的な国民の意識が作用していたことがうかがわれる。また、この改正法案の国会審議においては、本件規定の憲法14条1項適合性の根拠として、嫡出でない子には相続分を認めないなど嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けていた当時の諸外国の立法例の存在が繰り返し挙げられており、現行民法に本件規定を設けるに当たり、上記諸外国の立法例が影響を与えていたことが認められる。

　しかし、昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち、地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急􏰀な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた。昭和55年法律第51号による民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引き上げられるなどしたのは、このような変化を受けたものである。さらに、昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている。これらのことから、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。

イ前記アのとおり本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況も、大きく変化してきている。すなわち、諸外国、特に欧米諸国においては、かつては、宗教上の理由から嫡出でない子に対する差別の意識が強く、昭和22年民法改正当時は、多くの国が嫡出でない子の相続分を制限する傾向にあり、そのことが本件規定の立法に影響を与えたところである。しかし、1960年代後半(昭和40年代前半)以降、これらの国の多くで、子の権利の保護の観点から嫡出子と嫡出でない子との平等化が進み、相続に関する差別を廃止する立法がされ、平成7年大法廷決定時点でこの差別が残されていた主要国のうち、ドイツにおいては1998年(平成10年)の「非嫡出子の相続法上の平等化に関する法律」により、フランスにおいては2001年(平成13年)の「生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続法の諸規定の現代化に関する法律」により、嫡出子と嫡出でない子の相続分に関する差別がそれぞれ撤廃されるに至っている。現在、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にある。

ウ我が国は、昭和54年に「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)を、平成6年に「児童の権利に関する条約」(平成6年条約第2号)をそれぞれ批准した。これらの条約には、児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている。また、国際連合の関連組織として、前者の条約に基づき自由権規約委員会が、後者の条約に基づき児童の権利委員会が設置されており、これらの委員会は、上記各条約の履行状況等につき、締約国に対し、意見の表明、勧告等をすることができるものとされている。我が国の嫡出でない子に関する上記各条約の履行状況等については、平成5年に自由権規約委員会が、包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し、その後、上記各委員会が、具体的に本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返してきた。最近でも、平成22年に、児童の権利委員会が、本件規定の存在を懸念する旨の見解を改めて示している。

エ前記イ及びウのような世界的な状況の推移の中で、我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化してきた。すなわち、住民票における世帯主との続柄の記載をめぐり、昭和63年に訴訟が提起され、その控訴審係属中である平成6年に、住民基本台帳事務処理要領の一部改正(平成6年12月15日自治振第233号)が行われ、世帯主の子は、嫡出子であるか嫡出でない子であるかを区別することなく、一律に「子」と記載することとされた。また、戸籍における嫡出でない子の父母との続柄欄の記載をめぐっても、平成11年に訴訟が提起され、その第1審判決言渡し後である平成16年に、戸籍法施行規則の一部改正(平成16年法務省令第76号)が行われ、嫡出子と同様に「長男(長女)」等と記載することとされ、既に戸籍に記載されている嫡出でない子の父母との続柄欄の記載も、通達(平成16年11月1日付け法務省民一第3008号民事局長通達)により、当該記載を申出により上記のとおり更正することとされた。さらに、最高裁平成18年(行ツ)第135号同20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367頁は、嫡出でない子の日本国籍の取得につき嫡出子と異なる取扱いを定めた国籍法3条1項の規定(平成20年法律第88号による改正前のもの)が遅くとも平成15年当時において憲法14条1項に違反していた旨を判示し、同判決を契機とする国籍法の上記改正に際しては、同年以前に日本国籍取得の届出をした嫡出でない子も日本国籍を取得し得ることとされた。

オ嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等なものにすべきではないかとの問題についても、かなり早くから意識されており、昭和54年に法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして公表された「相続に関する民法改正要綱試案」において、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とする旨の案が示された。また、平成6年に同じく上記小委員会の審議に基づくものとして公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」及びこれを更に検討した上で平成8年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において、両者の法定相続分を平等とする旨が明記された。さらに、平成22年にも国会への提出を目指して上記要綱と同旨の法律案が政府により準備された。もっとも、いずれも国会提出には至っていない。

カ前記ウの各委員会から懸念の表明、法改正の勧告等がされた点について同エのとおり改正が行われた結果、我が国でも、嫡出子と嫡出でない子の差別的取扱いはおおむね解消されてきたが、本件規定の改正は現在においても実現されていない。その理由について考察すれば、欧米諸国の多くでは、全出生数に占める嫡出でない子の割合が著しく高く、中には50%以上に達している国もあるのとは対照的に、我が国においては、嫡出でない子の出生数が年々増加する傾向にあるとはいえ、平成23年でも2万3000人余、上記割合としては約2.2%にすぎないし、婚姻届を提出するかどうかの判断が第1子の妊娠と深く結び付いているとみられるなど、全体として嫡出でない子とすることを避けようとする傾向があること、換言すれば、家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられることが、上記理由の一つではないかと思われる。しかし、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のそれの2分の1とする本件規定の合理性は、前記2及び(2)で説示したとおり、種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない。

キ当裁判所は、平成7年大法廷決定以来、結論としては本件規定を合憲とする判断を示してきたものであるが、平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、更には国際的環境の変化を指摘して、昭和22年民法改正当時の合理性が失われつつあるとの補足意見が述べられ、その後の小法廷判決及び小法廷決定においても、同旨の個別意見が繰り返し述べられてきた(最高裁平成11年(オ)第1453号同12年1月27日第一小法廷判決・裁判集民事196号251頁、最高裁平成14年(オ)第1630号同15年3月28日第二小法廷判決・裁判集民事209号347頁、最高裁平成14年(オ)第1963号同15年3月31日第一小法廷判決・裁判集民事209号397頁、最高裁平成16年(オ)第992号同年10月14日第一小法廷判決・裁判集民事215号253頁、最高裁平成20年(ク)第1193号同21年9月30日第二小法廷決定・裁判集民事231号753頁等)。特に、前掲最高裁平成15年3月31日第一小法廷判決以降の当審判例は、その補足意見の内容を考慮すれば、本件規定を合憲とする結論を辛うじて維持したものとみることができる。

ク前記キの当審判例の補足意見の中には、本件規定の変更は、相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性や親族・相続制度全般に目配りした総合的な判断が必要であり、また、上記変更の効力発生時期ないし適用範囲の設定も慎重に行うべきであるとした上、これらのことは国会の立法作用により適切に行い得る事柄である旨を述べ、あるいは、􏰀やかな立法措置を期待する旨を述べるものもある。

　これらの補足意見が付されたのは、前記オで説示したように、昭和54年以降間けつ的に本件規定の見直しの動きがあり、平成7年大法廷決定の前後においても法律案要綱が作成される状況にあったことなどが大きく影響したものとみることもできるが、いずれにしても、親族・相続制度のうちどのような事項が嫡出でない子の法定相続分の差別の見直しと関連するのかということは必ずしも明らかではなく、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とする内容を含む前記オの要綱及び法律案においても、上記法定相続分の平等化につき、配偶者相続分の変更その他の関連する親族・相続制度の改正を行うものとはされていない。そうすると、関連規定との整合性を検討することの必要性は、本件規定を当然に維持する理由とはならないというべきであって、上記補足意見も、裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されない。また、裁判において本件規定を違憲と判断しても法的安定性の確保との調和を図り得ることは、後記4で説示するとおりである。

　なお、前記(2)のとおり、平成7年大法廷決定においては、本件規定を含む法定相続分の定めが遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情としている。しかし、本件規定の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに、本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば、本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきである。

(4)本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる。

　以上を総合すれば、遅くともAの相続が開始した平成13年7月当時においては、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである。

　したがって、本件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである。

4先例としての事実上の拘束性について

　本決定は、本件規定が遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断するものであり、平成7年大法廷決定並びに前記3(3)キの小法廷判決及び小法廷決定が、それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない。

　他方、憲法に違反する法律は原則として無効であり、その法律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ことからすると、本件規定は、本決定により遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう。しかしながら、本件規定は、国民生活や身分関係の基本法である民法の一部を構成し、相続という日常的な現象を規律する規定であって、平成13年7月から既に約12年もの期間が経過していることからすると、その間に、本件規定の合憲性を前提として、多くの遺産の分割が行われ、更にそれを基に新たな権利関係が形成される事態が広く生じてきていることが容易に推察される。取り分け、本決定の違憲判断は、長期にわたる社会状況の変化に照らし、本件規定がその合理性を失ったことを理由として、その違憲性を当裁判所として初めて明らかにするものである。それにもかかわらず、本決定の違憲判断が、先例としての事実上の拘束性という形で既に行われた遺産の分割等の効力にも影響し、いわば解決済みの事案にも効果が及ぶとすることは、著しく法的安定性を害することになる。法的安定性は法に内在する普遍的な要請であり、当裁判所の違憲判断も、その先例としての事実上の拘束性を限定し、法的安定性の確保との調和を図ることが求められているといわなければならず、このことは、裁判において本件規定を違憲と判断することの適否という点からも問題となり得るところといえる(前記3(3)ク参照)。

　以上の観点からすると、既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までをも現時点で覆すことは相当ではないが、関係者間の法律関係がそのような段階に至っていない事案であれば、本決定により違憲無効とされた本件規定の適用を排除した上で法律関係を確定的なものとするのが相当であるといえる。そして、相続の開始により法律上当然に法定相続分に応じて分割される可分債権又は可分債務については、債務者から支払を受け、又は債権者に弁済をするに当たり、法定相続分に関する規定の適用が問題となり得るものであるから、相続の開始により直ちに本件規定の定める相続分割合による分割がされたものとして法律関係が確定的なものとなったとみることは相当ではなく、その後の関係者間での裁判の終局、明示又は黙示の合意の成立等により上記規定を改めて適用する必要がない状態となったといえる場合に初めて、法律関係が確定的なものとなったとみるのが相当である。

　したがって、本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である。

5結論

　以上によれば、平成13年7月▲▲日に開始したAの相続に関しては、本件規定は、憲法14条1項に違反し無効でありこれを適用することはできないというべきである。これに反する原審の前記判断は、同項の解釈を誤るものであって是認することができない。論旨は理由があり、その余の論旨について判断するまでもなく原決定は破棄を免れない。そして、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、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、裁判官金築誠志、同千葉勝美、同岡部喜代子の各補足意見がある。

裁判官金築誠志の補足意見は、次のとおりである。

法廷意見のうち本決定の先例としての事実上の拘束性に関する判示は、これまでの当審の判例にはなかったもので、将来にわたり一般的意義を有し、種々議論があり得ると思われるので、私の理解するところを述べておくこととしたい。

　本決定のような考え方が、いかにして可能であるのか。この問題を検討するに当たっては、我が国の違憲審査制度において確立した原則である、いわゆる付随的違憲審査制と違憲判断に関する個別的効力説を前提とすべきであろう。付随的違憲審査制は、当該具体的事案の解決に必要な限りにおいて法令の憲法適合性判断を行うものであるところ、本件の相続で問題とされているのは、同相続の開始時に実体的な効力を生じさせている法定相続分の規定であるから、その審査は、同相続が開始した時を基準として行うべきである。本決定も、本件の相続が開始した当時を基準として、本件規定の憲法適合性を判断している。

　また、個別的効力説では、違憲判断は当該事件限りのものであって、最高裁判所の違憲判断といえども、違憲とされた規定を一般的に無効とする効力がないから、立法により当該規定が削除ないし改正されない限り、他の事件を担当する裁判所は、当該規定の存在を前提として、改めて憲法判断をしなければならない。個別的効力説における違憲判断は、他の事件に対しては、先例としての事実上の拘束性しか有しないのである。とはいえ、遅くとも本件の相続開始当時には本件規定は憲法14条1項に違反するに至っていた旨の判断が最高裁判所においてされた以上、法の平等な適用という観点からは、それ以降の相続開始に係る他の事件を担当する裁判所は、同判断に従って本件規定を違憲と判断するのが相当であることになる。その意味において、本決定の違憲判断の効果は、遡及するのが原則である。

　しかし、先例としての事実上の拘束性は、同種の事件に同一の解決を与えることにより、法の公平・平等な適用という要求に応えるものであるから、憲法14条1項の平等原則が合理的な理由による例外を認めるのと同様に、合理的な理由に基づく例外が許されてよい。また、先例としての事実上の拘束性は、同種の事件に同一の解決を与えることによって、法的安定性の実現を図るものでもあるところ、拘束性を認めることが、かえって法的安定性を害するときは、その役割を後退させるべきであろう。本決定の違憲判断により、既に行われた遺産分割等の効力が影響を受けるものとすることが、著しく法的安定性を害することについては、法廷意見の説示するとおりであるが、特に、従来の最高裁判例が合憲としてきた法令について違憲判断を行うという本件のような場合にあっては、従来の判例に依拠して行われてきた行為の効力を否定することは、法的安定性を害する程度が更に大きい。遡及効を制限できるか否かは、裁判所による法の解釈が、正しい法の発見にとどまるのか、法の創造的機能を持つのかという問題に関連するところが大きいとの見解がある。確かに、当該事件を離れて、特定の法解釈の適用範囲を決定する行為は、立法に類するところがあるといわなければならない。裁判所による法解釈は正しい法の発見にとどまると考えれば、遡及効の制限についても否定的な見解に傾くことになろう。そもそも、他の事件に対する法適用の在り方について判示することの当否を問題にする向きもあるかもしれない。しかし、本決定のこの点に関する判示は、予測される混乱を回避する方途を示すことなく本件規定を違憲と判断することは相当でないという見地からなされたものと解されるのであって、違憲判断と密接に関連しているものであるから、単なる傍論と評価すべきではない。また、裁判所による法解釈は正しい法の発見にとどまるという考え方については、法解釈の実態としては、事柄により程度・態様に違いはあっても、通常、何ほどかの法創造的な側面を伴うことは避け難いと考えられるのであって、裁判所による法解釈の在り方を上記のように限定することは、相当とは思われない。コモン・ローの伝統を受け継ぐ米国においても、判例の不遡及的変更を認めている。

　また、判例の不遡及的変更は、憲法判断の場合に限られる問題ではないが、法令の規定に関する憲法判断の変更において、法的安定性の確保の要請が、より深刻かつ広範な問題として現出することは、既に述べたとおりである。法令の違憲審査については、その影響の大きさに鑑み、法令を合憲的に限定解釈するなど、謙抑的な手法がとられることがあるが、遡及効の制限をするのは、違憲判断の及ぶ範囲を限定しようというものであるから、違憲審査権の謙抑的な行使と見ることも可能であろう。

　いずれにしても、違憲判断は個別的効力しか有しないのであるから、その判断の遡及効に関する判示を含めて、先例としての事実上の拘束性を持つ判断として、他の裁判所等により尊重され、従われることによって効果を持つものである。その意味でも、立法とは異なるのであるが、実際上も、今後どのような形で関連する紛争が生ずるかは予測しきれないところがあり、本決定は、違憲判断の効果の及ばない場合について、網羅的に判示しているわけでもない。各裁判所は、本決定の判示を指針としつつも、違憲判断の要否等も含めて、事案の妥当な解決のために適切な判断を行っていく必要があるものと考える。

裁判官千葉勝美の補足意見は、次のとおりである。

私は、法廷意見における本件の違憲判断の遡及効に係る判示と違憲審査権との関係について、若干の所見を補足しておきたい。

1法廷意見は、本件規定につき、遅くとも本件の相続が発生した当時において違憲であり、それ以降は無効であるとしたが、本決定の違憲判断の先例としての事実上の拘束性の点については、法的安定性を害することのないよう、既に解決した形となっているものには及ばないとして、その効果の及ぶ範囲を一定程度に制限する判示(以下「本件遡及効の判示」という。)をしている。

　この判示については、我が国の最高裁判所による違憲審査権の行使が、いわゆる付随的審査制を採用し、違憲判断の効力については個別的効力説とするのが一般的な理解である以上、本件の違憲判断についての遡及効の有無、範囲等を、それが先例としての事実上の拘束性という形であったとしても、対象となる事件の処理とは離れて、他の同種事件の今後の処理の在り方に関わるものとしてあらかじめ示すことになる点で異例ともいえるものである。しかし、これは、法令を違憲無効とすることは通常はそれを前提に築き上げられてきた多くの法律関係等を覆滅させる危険を生じさせるため、そのような法的安定性を大きく阻害する事態を避けるための措置であって、この点の配慮を要する事件において、最高裁判所が法令を違憲無効と判断する際には、基本的には常に必要不可欠な説示というべきものである。その意味で、本件遡及効の判示は、いわゆる傍論(obiterdictum)ではなく、判旨(ratiodecidendi)として扱うべきものである。

2次に、違憲無効とされた法令について立法により廃止措置を行う際には、廃止を定める改正法の施行時期や経過措置について、法的安定性を覆すことの弊害等を考慮して、改正法の附則の規定によって必要な手当を行うことが想定されるところであるが、本件遡及効の判示は、この作用(立法による改正法の附則による手当)と酷似しており、司法作用として可能かどうか、あるいは適当かどうかが問題とされるおそれがないわけではない。

　憲法が最高裁判所に付与した違憲審査権は、法令をも対象にするため、それが違憲無効との判断がされると、個別的効力説を前提にしたとしても、先例としての事実上の拘束性が広く及ぶことになるため、そのままでは法的安定性を損なう事態が生ずることは当然に予想されるところである。そのことから考えると、このような事態を避けるため、違憲判断の遡及効の有無、時期、範囲等を一定程度制限するという権能、すなわち、立法が改正法の附則でその施行時期等を定めるのに類した作用も、違憲審査権の制度の一部として当初から予定されているはずであり、本件遡及効の判示は、最高裁判所の違憲審査権の行使に性質上内在する、あるいはこれに付随する権能ないし制度を支える原理、作用の一部であって、憲法は、これを違憲審査権行使の司法作用としてあらかじめ承認しているものと考えるべきである。

裁判官岡部喜代子の補足意見は、次のとおりである。

本件の事案に鑑み、本件規定の憲法適合性の問題と我が国における法律婚を尊重する意識との関係について、若干補足する。

1平成7年大法廷決定は、民法が法律婚主義を採用した結果婚姻から出生した嫡出子と嫡出でない子の区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされてもやむを得ないと述べる。親子の成立要件について、妻が婚姻中に懐胎した子については何らの手続なくして出生と同時にその夫が父である嫡出子と法律上推定されるのであり(民法772条)、この点で、認知により父子関係が成立する嫡出でない子と異なるところ、その区別は婚姻関係に根拠を置くものであって合理性を有するといえる。しかし、相続分の定めは親子関係の効果の問題であるところ、婚姻関係から出生した嫡出子を嫡出でない子より優遇すべきであるとの結論は、上記親子関係の成立要件における区別に根拠があるというような意味で論理的に当然であると説明できるものではない。

　婚姻の尊重とは嫡出子を含む婚姻共同体の尊重であり、その尊重は当然に相続分における尊重を意味するとの見解も存在する。しかし、法廷意見が説示するとおり、相続制度は様々な事柄を総合考慮して定められるものであり、それらの事柄は時代と共に変遷するものである以上、仮に民法が婚姻について上記のような見解を採用し、本件規定もその一つの表れであるとしても、相続における婚姻共同体の尊重を、被相続人の嫡出でない子との関係で嫡出子の相続分を優遇することによって貫くことが憲法上許容されるか否かについては、不断に検討されなければならないことである。  
2夫婦及びその間の子を含む婚姻共同体の保護という考え方の実質上の根拠として、婚姻期間中に婚姻当事者が得た財産は実質的には婚姻共同体の財産であって本来その中に在る嫡出子に承継されていくべきものであるという見解が存在する。確かに、夫婦は婚姻共同体を維持するために働き、婚姻共同体を維持するために協力するのであり(夫婦については法的な協力扶助義務がある。)、その協力は長期にわたる不断の努力を必要とするものといえる。社会的事実としても、多くの場合、夫婦は互いに、生計を維持するために働き、家事を負担し、親戚付き合いや近所付き合いを行うほか様々な雑事をこなし、あるいは、長期間の肉体的、経済的負担を伴う育児を行い、高齢となった親その他の親族の面倒を見ることになる場合もある。嫡出子はこの夫婦の協力により扶養され養育されて成長し、そして子自身も夫婦間の協力と性質・程度は異なるものの事実上これらに協力するのが通常であろう。

　これが、基本的に我が国の一つの家族像として考えられてきたものであり、こうした家族像を基盤として、法律婚を尊重する意識が広く共有されてきたものということができるであろう。平成7年大法廷決定が対象とした相続の開始時点である昭和63年当時においては、上記のような家族像が広く浸透し、本件規定の合理性を支えていたものと思われるが、現在においても、上記のような家族像はなお一定程度浸透しているものと思われ、そのような状況の下において、婚姻共同体の構成員が、そこに属さない嫡出でない子の相続分を上記構成員である嫡出子と同等とすることに否定的な感情を抱くことも、理解できるところである。

　しかし、今日種々の理由によって上記のような家族像に変化が生じていることは法廷意見の指摘するとおりである。同時に、嫡出でない子は、生まれながらにして選択の余地がなく上記のような婚姻共同体の一員となることができない。もちろん、法律婚の形をとらないという両親の意思によって、実態は婚姻共同体とは異ならないが嫡出子となり得ないという場合もないではないが、多くの場合は、婚姻共同体に参加したくてもできず、婚姻共同体維持のために努力したくてもできないという地位に生まれながらにして置かれるというのが実態であろう。そして、法廷意見が述べる昭和22年民法改正以後の国内外の事情の変化は、子を個人として尊重すべきであるとの考えを確立させ、婚姻共同体の保護自体には十分理由があるとしても、そのために婚姻共同体のみを当然かつ一般的に婚姻外共同体よりも優遇することの合理性、ないし、婚姻共同体の保護を理由としてその構成員である嫡出子の相続分を非構成員である嫡出でない子の相続分よりも優遇することの合理性を減少せしめてきたものといえる。

　こうした観点からすると、全体として法律婚を尊重する意識が広く浸透しているからといって、嫡出子と嫡出でない子の相続分に差別を設けることはもはや相当ではないというべきである。  
(裁判長裁判官竹崎博允、櫻井龍子、竹内行夫、金築誠志、千葉勝美、横田尤孝、白木勇、岡部喜代子、大谷剛彦、大橋正春、山浦善樹、小貫芳信、鬼丸かおる、木内道祥)

最大判昭和28年7月22日刑集7巻7号1562頁〔政令325号事件〕

主文原判決及び第一審判決を破棄する。被告人を免訴する。理由裁判官真野毅、同小谷勝重、同島保、両藤田八郎、同谷村唯一郎、同入江俊郎及び裁判官井上登、同栗山茂、同河村又介、同小林俊三の意見は、本件は原判決後に刑が廃止されたときにあたるとするにあるから、刑訴四一一条五号、四一三条但書、三三七条二号により主文のとおり判決する。裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同斎藤悠輔、同本村善太郎は反対意見である。

裁判官真野毅、同小谷勝重、向島保、同藤田八郎、同谷村唯一郎、同入江俊郎の意見は次のとおりである。

弁護人上田誠吉の上告趣意第三点について。昭和二〇年勅令第五四二号は、わが国の無条件降伏に伴う連合国の占領管理に基いて制定されたものである。世人周知のごとく、わが国はポツダム宣言を受諾し、降伏文書に調印して、連合国に対して無条件降伏をした。その結果連合国最高司令官は、降伏条項を実施するため適当と認める措置をとる権限を有し、この限りにおいてわが国の統治の権限は連合国最高司令官の制限の下に置かれることとなつた(降伏文書八項)。また、日本国民は、連合国最高司令官により又はその指示に基き日本国政府の諸機関により課せられるすべての要求に応ずべきことが命令されており(同三項)、すべての官庁職員は、連合国最高司令官が降伏実施のため適当であると認めて、自ら発し又はその委任に基ぎ発せしめる一切の布告、命令及び指令を遵守し且つこれを実施することが命令されておる(同五項)。そして、わが国は、ポツダム宣言の条項を誠実に履行することを約すると共に、右宣言を実施するため連合国最高司令官又はその他特定の連合国代表者が要求することあるべき一切の命令を発し且つ一切の措置をとることを約したのである(同六項)。さらに、日本の官庁職員及び日本国民は、連合国最高司令官又は他の連合国官憲の発する一切の指示を誠実且つ迅速に遵守すべきことが命ぜられており、若しこれらの指示を遵守するに遅滞があり、又はこれを遵守しないときは、連合国軍官憲及び日本国政府は、厳重且つ迅速な制裁を加えるものとされている(指令第一号附属一般命令第一号一二項)。それ故連合国の管理下にあつた当時にあつては、日本国の統治の権限は、一般には憲法によつて行われているが、連合国最高司令官が降伏条項を実施するため適当と認める措置をとる関係においては、その権力によつて制限を受ける法律状態におかれているものと言わねばならぬ。すなわち、連合国最高司令官は、降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわりなく法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり、日本官庁の職員に対し指令を発してこれを遵守実施せしめることを得たのである。かかる基本関係に基き前記勅令第五四二号、すなわち「政府ハポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ連合国最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為、特ニ必要アル場合ニ於テハ命令ヲ以テ所要ノ定ヲ為シ及必要ナル罰則ヲ設クルコトヲ得」といふ緊急勅令が、降伏文書調印後間もなき昭和二〇年九月二〇日に制定された。この勅令は前記基本関係に基き、連合国最高司令官の為す要求に係る事項を実施する必要上制定されたものであるから、日本国憲法にかかわりなく憲法外において法的効力を有するものと認めなければならない。(昭和二四年(れ)第六八五号、同二八年四月八日言渡大法廷判決参照)。本件で問題となつている昭和二五年政令三二五号「占領目的阻害行為処罰令」(以下政令三二五号という)は、その前身である昭和二一年勅令三一一号「連合国占領軍の占領目的に有害な行為に対する処罰等に関する勅令」と共に、前記勅令五四二号に基き「連合国最高司令官の為す要求に係る事項を実施する為」制定せられた命令(以下ポツダム命令という)であつて、その制定当時においてはこれまた前同様に憲法外における法的効力を有するものと言うべきである。本件に必要な関係を有する範囲においては、政令三二五号は「占領目的に有害な行為」をした者に対して刑罰を科する罰則を設けたものである。そして、その「占領目的に有害な行為」の実質は、一般的・概括的な規準に従つて解釈上定められると言うのではなく、この政令自体の中において「占領目的に有害な行為」とは、(イ)連合国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨に反する行為、(ロ)その指令を施行するために連合国占領軍の軍、軍団又は師団の各司令官の発する命令の趣旨に反する行為、及び(ハ)その指令を履行するために日本国政府の発する法令に違反する行為をいう、と列挙的・限定的に定められているのである。そこで、原審の認定した本件の事実関係は、前記(イ)連合国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨に反する行為をなし、占領目的に有害な行為をなしたというのであつた。それ故、ここでは政令三二五号をこの指令違反の点に限局して論述することとする。この政令三二五号の罰則は、その犯罪行為の実質的内容を政令自体において直接的・自給自足的に特定することなく、いわば抽象的な形式的内容に過ぎない「連合国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨に反する行為」という表現をもつて、ただ間接的・他依存的犯罪行為の実質的内容を特定し得べからしめたものに過ぎない。言いかえれば、まず連合国最高司令官の指令の存在とその内容を探求することによつてのみ、間接的に政令三二五号の犯罪構成要件の具体的な実質的内容は、初めて特定せられ明らかならしめられるものである。そして、この罰則は、単に連合国最高司令官の発した指令の趣旨に違反する行為を処罰することとしているのであつて、その指令がいかなる事項に関するものであるか、またその指令がいかなる内容のものであるか、等については、何等の制限をしていない極めて広範なものである。すなわち、網羅的にすべての指令違反が処罰の対象とされているわけである。

　この連合国最高司令官の指令が誠実に遵守せらるべきことは、すでに冒頭において述べたとおり降伏文書及び一般命令においても特に明定されているところであり、占領という特殊な状態において、最高司令官がその意思を実現し、その権威を発揚し、もつて占領目的を達成するがためには、最も必要な前提要件であり、また最も大切な基盤であると言わねばならぬことは多言を要しないところである。それ故に、この要件を充実し、この基盤を完成するためにこそ、そしてそのためにのみ政令三二五号及びその前身である昭和二一年勅令三一一号は定められたと見るべきである。かくて、この罰則は、その本質において全く最高司令官の占領目的達成のための手段たるに過ぎないものであるから、占領状態の継続ないし最高司令官の存続を前提としてのみ、その存在の価値と意義を有するに過ぎないものと言うべきである。別の言葉でいえば、この罰則は、その本質上占領状態の終了従つて最高司令官そのものの解消と共に、当然その効力を失うべきものであると言わなければならない。さて、昭和二七年四月二八日「日本国の平和条約」は、その効力を発生し、日本国と平和条約を締結批准した各連合国との間の戦争状態は終了し、平和は克復せられ、連合国の占領は撤廃せられ、「日本国及びその領水に対する日本国民の完全な主権」は承認せられ、もつてわが国は独立国家の地位を恢復したのである。かくて、平和条約発効後においては、「占領」がないのであるから、「占領目的に有害な行為」が発生存在する余地がないのは当然である。また、「連合国最高司令官」は解消したのであるから、「連合国最高司令官の指令」が発生存在する余地もなく、したがつて「連合国最高司令官の指令違反行為」が発生存在する余地がないのも当然自明の理である。それ故、指令違反を処罰する政令三二五号は、前にも述べたとおり平和条約発効後においては、その効力を保持する余地がなく、当然失効したものと言わなければならない。ただ、昭和二七年法律八一号「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」(平和条約発効の日である昭和二七年四月二八日施行)は、昭和二〇年勅令五四二号を廃止すると共に、「勅令五四二号に基く命令は、別に法律で廃止又は存続に関する措置がなされない場合においては、この法律施行の日から起算して百八十日間に限り、法律としての効力を有する」と規定している。ついで、昭和二七年法律一三七号「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く法務府関係諸命令の措置に関する法律」(昭和二七年五月七日施行)は、政令三二五号を廃止すると共に、「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」旨を規定した。一般にポツダム命令は、前記法律八一号により平和条約発効と同時に原則として「法律としての効力を有する」と定められたのであるから、いやしくもその内容が憲法の規定に違反していない限り、平和条約発効後においても効力を持続すると見るべきであるが、政令三二五号の罰則は、他の一般ポツダム命令のごとくその命令自体において犯罪行為の実質的内容を具体的に特定したものではなく、前に詳しく述べたように単に最高司令官の指令違反を犯罪とし処罰するのであるから、その本質上平和条約の発効と同時に当然失効するのである。平和条約発効と同時に政令三二五号に法律としての効力を与えー従来現存する各指令の内容そのものに法律としての効力を与えたのでなくー単に指令違反を犯罪とし処罰することを定めるのは、法律の内容として現実に不可能なことを定めるものであつて結局憲法に違反するわけである。したがつて、前記法律八一号の制定されたことは、平和条約発効と同時に政令三二五号が当然失効することを妨げるものではない。(もし前記法律八一号の立法が、従来現存する各指令の内容そのものに対して法律としての効力を与えたものならば、各指令の内容について一々憲法適否の審査をする必要があるが、同立法は他の一般ポツダム命令に対すると同様に政令三二五号に対しても、ただ単にその政令の内容すなわち指令違反行為そのものの処罰に法律としての効力を与えたに過ぎないものであつて、各指令の内容そのものに対して法律としての効力を与えたものではないから、一々指令自体の内容について憲法適否を審査することを要しないし、また当該指令の内容の憲法適否にかかわりなく、前に述べたとおり指令違反を処罰せんとする限りにおいて前記法律八一号は違憲無効である。)かように、政令三二五号は、昭和二七年四月二八日平和条約発効と同時に失効したものであるから、右失効後昭和二七年五月七日に施行された前記法律一三七号が、右失効前になされた行為に対しても罰則の適用につき従前の例によると定めたものとすれば、すでにひとたび失効して効力のなくなつた政令三二五号の罰則をさらに復活させて、事後において過去の行為に遡及適用せしめようとするいわゆる事後立法ということになり、憲法三九条の趣旨に違反し無効であると言わなければならない。なお、政令三二五号は、平和条約の発効と同時に効力を失うべきものとしても、同令は占領下の臨時的必要に対処するため制定された臨時立法であるから、いわゆる限時法的性格を有し、その失効後も行為当時の同令を適用して処罰すべきであるとの見解をとる者がある。しかしながら、政令三二五号は、前にも述べたように占領という特殊な状態において、連合国最高司令官がその意思を実現し、その権威を発揚し、もつて占領目的を達成するための手段として制定されたに過ぎないものであるから、占領下に同政令において違法とされた行為の違法性及び可罰性は、占領終了と共に当然消滅するものと言わなければならぬ。すでに占領が終了し、日本国が独立を恢復し、日本国憲法が完全な支配を及ぼすに至つた今日において、占領下における最高司令官の指令に違反した行為を処罰すべきであるとすることは、占領終了の後においても、なお最高司令官の権威の存在を認め、その指令の効力の存続を承認し、「占領目的に有害な行為」の持続を是認しようとするものであつて、かくのごときは到底憲法の容認しないところというべきである。されば、憲法違反の故に失効した罰則を、現時法的理論によつて存続せしめようとする見解の誤りであることは明白らかである。そこで、本件についてみるに、原審の適用した罰則である政令三二五号は、平和条約発効と同時にその効力を失つたのであるから、犯罪後の法令により刑が廃止された場合にあたるものとして、被告人に対し免訴の言渡をするを相当とする。論旨は結局理由があり、本件はその余の上告趣意に対する判断をまたずこの点において原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

裁判官井上登、同栗山茂、同河村又介、同小林俊三の意見は次のとおりである。

弁護人上田誠吉の上告趣意第三点及び第四点について。昭和二五年六月二六日附及び同年七月一八日附連合国最高司令官の指令は、アカハタ及び連合国最高司令官によつてアカハタの同類紙又は後継紙と認定された出版物を、編集、印刷、頒布又は運搬し若しくは頒布の目的を以て所持することを禁止する趣旨を含んでいる。被告人はこの指令の趣旨に違反して占領目的に有害な行為をしたものであるとの理由によつて昭和二五年政令第三二五号一条、二条一項により処断せられたのである。昭和二五年政令第三二五号は、昭和二〇年勅令第五四二号に基き制定されたいわゆるポツダム命令であつて、連合国最高司令官の指令の趣旨に違反する行為等を処罰することを規定するものであるが、右勅令第五四二号が憲法外において法的効力を有していたことは当裁判所の判例(昭和二四年(れ)第六八五号同二八年四月八日言渡大法廷判決)の示すとおりであるから、従つてまた右政令第三二五号も、たといその内容をなす指令に憲法違反の部分を含んでいても、占領期間中は憲法にかかわらず全面的に有効であつたことを認めなければならない。しかしながら占領終了によつて日本が独立を回復し、憲法がその効力を完全に発揮するに至つた後においては、憲法違反の法規の存在を容認することはできないから、これを有効な国法として存続させることができるかどうかはこの観点から厳正な検討をしなければならない。思うに占領が終了し、連合国最高司令官の地位がなくなり、従つてその指令も指令に対する服従義務もなくなつたからといつて、平和条約発効後は、右政令第三二五号が当然全面的にわが国法として存続する内容も効力ももち得ないということはできない。すなわち右政令第三二五号の内容となつている指令といつても、単に連合国又は占領軍の利益のためにのみ発せられたものばかりではなく、わが国の秩序を維持し公共の福祉を増進するために発せられたものも存在する。このような内容をもつ指令は、連合国最高司令官から発せられたというだけの理由で、これを内容とする政令第三二五号がわが国の有効な国法となり得ないとはいえない。従つて指令の内容において合憲なるものは平和条約発効後においても、その指令のかぎりにおいてわが国は右政令第三二五号をわが国法として存続させることはその自由とするところである。そこで昭和二七年法律第八一号は、昭和二〇年勅令第五四二号に基く命令は、別に法律で廃止又は存続に関する措置がなされない場合においては、平和条約効力発生の日から一八〇日間に限り、法律として効力を有する旨を規定したのであるから、この中に含まれる政令第三二五号もその内容とする指令が合憲なるかぎり、右法律により有効なわが国法として存続することになつたのである。また右政令第三二五号の定める罰則は、禁令の具体的内容を右政令自体に定めているのではなく、時に応じて行われる最高司令官の指令等をその基本とするのであるから、かかる不確定が存続するかぎりこれを国法とすることは多くの疑義が存するところであるが、すでに平和条約発効と同時に既存の指令等はそのまま確定し、右政令が当時仮りに白地法規の性質をもつていたとしても、その空白はすでに充足せられたのであるから、指令等が合憲なるかぎりこれをわが国法として存続せしめることを妨げる理由とならない。

　そこで本件被告人が違反したと認められた前記指令の内容が合憲であるかどうかを考えて見るに、憲法二一条は基本的人権として言論の自由を保障し、殊にその二項は明らかに検閲を禁止している。検閲とは公表されようとする言論に対して、官憲がこれを事前に審査しその容認するもののみの公表を許すことである。しかるに前記指令は、アカハタ及びその同類紙又は後継紙について、これを掲載されようとする記事が国家の秩序を紊り又は社会の福祉を害するというような理由の有る無しを問わず、予じめ全面的にその発行を禁止するものであり通常の検閲制度にもまさつて言論の自由を奪うのであるから、憲法二一条に違反するものであることは明らかであつて、右政令第三二五号もまたこの指令に対する違反を罰するかぎりにおいて憲法に違反するといわなければならない。従つて占領中は政令第三二五号により右指令の趣旨に違反した行為として処罰されなければならなかつたとしても、占領終了し日本国憲法が完全にその効力を発揮することになつた後においては、裁判所は憲法違反の法規の効力を容認することはできないから、右政令第三二五号は前記指令を適用するかぎりにおいて、わが国のこれに関する立法の如何にかかわらず(すなわち法律第八一号によつても)平和条約発効と同時にその効力を存続せしめることができないものと断じなければならない。さらに昭和二七年五月七日公布と同時に施行された法律第一三七号は、その二条において右の政令第三二五号を廃止し、その三条において「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」と定めている。しかし憲法違反の故にすでに効力を失つている法規を有効なものとして復活せしめようとする規定は、そのかぎりにおいて違憲であるから、右三条も前記指令に関するかぎりその効力を生ずるに由なきものである。また右の政令第三二五号に限時法として効力を認めようとする説は、憲法違反の故に失効した法規を限時法の理論によつて存続させることは不可能であるから首肯することはできない。

　以上述べたように、政令第三二五号は前記指令に関するかぎり平和条約発効と共に失効したのであるから、それ以後は右指令の趣旨違反を理由として処罰することができなくなつたのである。されば本件は原判決後の法令により刑の廃止があつた場合に準ずべきものと解するのを相当とする。或は刑の廃止には国家意思の表示が必要であつて、本件の場合前記法律第一三七号は明らかに「従前の例による」という規定を置き、刑の存続を認めているという説があるけれども、憲法は国の最高法規であるから、憲法の条規に違反する罰則は立法があつたからといつて、その効力を有することができないことは憲法九八条で明らかである。よつて本件は原判決後に刑の廢止があつた場合にあたるからその余の上告趣意に対する判斷をするまでもなく原判決及び第一審判決を破棄し、被告人を免訴すべきものである。

裁判官河村又介の補足意見は次のとおりである。私の意見は大体前掲のとおりであるがなお次の点を明らかにしておきたい。旧憲法下において制定された法令については、それが一旦法的に有効に成立したものである以上、新憲法に定めるところとは異なつた機関や手続によつて制定されたものであつても、その法令の定めている内容が新憲法下で許されないようなものでない限り、当然無効とはならない。憲法九八条一項はこのように解すべきであること、すでに曾て述べたとおりである(最高裁判所昭和二五年(れ)第七二三号、同二七年一二月二四日大法廷判決における補足意見参照)。右の法理は本件の政令第三二五号のように憲法施行後制定された法令についても同様であつて、その規定している内容が憲法に違背しない限り、平和条約発効によつて憲法が全面的に効力を発揮するようになつたからとて、当然に効力を失う筈はない。従つて昭和二七年法律第八一号は、この当然の事理を前提として、右の政令の有効期間を平和条約発効後一八〇日間に限つたものであつて、本来平和条約発効と共に消滅すべき筈であつたものがこの法律によつて始めて存続することになつたのではないと解する。

裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同斎藤悠輔、同本村善太郎の本件についての意見は次のとおりである。

弁護人上田誠吉の上告趣意第一、二点並びに第四点について。

昭和二〇年勅令五四二号は、わが国の無条件降伏に伴う連合国の占領管理に基いて制定されたものであること、連合国最高司令官は降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわりなく、法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり、日本の官庁職員及び日本国民に対し指令を発してこれを遵守せしめることを得るものであること、されば、同勅令は、日本国憲法にかかわりなく、同憲法施行後も同憲法外において法的効力を有し、従つて、同勅令に基く政令三二五号もまた無効といえないこと、並びに、右勅令にいわゆる「特ニ必要アル場合」とは、所論のように日本政府が法律案を作りこれを国会に提出するいとまがないような場合を指すものでなく、従つて、同政令が同勅令所定の要件を具備しない無効なものといえないことは、すべて当裁判所大法廷判決の趣旨に照し明らかなところである。(昭和二四年(れ)六八五号同二八年四月八日宣告大法廷判決中弁護人森長英三郎の上告趣意第二点、第三点についての判断参照)それ故、前記勅令並びに政令を無効であるとする論旨第一、二点並びに論旨第四点中右政令所定の指令の一つである本件アカハタ及びその後継紙並びに同類紙の発行停止を命じた最高司令官の指令が憲法一九条、二一条に違反するとの点は、いずれも採用することはできない。なお、平和条約が発効したからといつて、右指令が憲法に反するか否かを判断すべきでないことは、論旨第三点についての説明によつて了解すべきである。

同第三点について。

本件第一審判決の確定したところによれば、被告人の本件犯行は、昭和二六年一月二日頃から同年同月二五日頃までに行われたものであるから、被告人の所為は、前論旨に説明したとおり、右犯行当時法的に有効に存在した昭和二五年政令三二五号一条に違反し、同二条一項に該当すること明白であつて、被告人は、同条項所定の処罰を免れないものといわなければならない。しかるに、所論は原判決後に刑の廃止があつたから免訴の判決をなすべき旨を主張する。しかし、刑訴四一一条五号にいわゆる「判決があつた後に刑の廃止があつたこと」とあるのは、刑訴三三七条二号にいわゆる「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」と同義であつて、犯罪後の法令により、積極的に明示又は少くとも黙示を以て既に発生、成立した刑罰権を特に放棄したとき、すなわち、特にこれを廃止する国家意思の発現あつたときを指すものである。なぜなら、罪刑法定主義を採用した法治国においては、犯罪者が行為時法によつて処罰されるのは当然の約束であつて、行為時法によつて既に発生、成立した刑罰法規の効果である刑罰は、その後における大赦又は法令に因つて特に消滅又は廃止されない限り、存続するのは当り前であるからである。刑の廃止は、行為時法によつて発生、成立した刑罰権の放棄であるから、行為時法により刑罰権が一旦有効に発生、成立した以上、行為の後その刑罰権を発生、成立せしめる原因となつた法規が単に将来に向つて廃止され又は消滅したからといつて、既に発生、成立して終つた既成の法律効果を同時に放棄、廃止する国家意思の表現がない限り、法律効果そのものが当然消滅する道理がない。たゞ犯罪行為の後これを成立せしめた或る法規が廃止され又は消滅した場合に、その廃止又は消滅の理由が同時に立法者において既に発生、成立した刑罰権をも暗黙に放棄したと認むべき場合があるに過ぎないのである。特に犯罪後の立法によつて或る刑罰法規を廃止した場合に、その廃止の理由が立法者の側における法的観念、刑法的価値判断に変更を生じ、従前認められていた刑罰法上の可罰性を認むべきでないとするような理由であるときは、その廃止と同時に既成の刑罰権をも暗黙に放棄したと推定するに過ぎないのである。これに反し、いわゆる限時法の場合、特にその立法と同時に予め法規失効後も失効前の違反行為に対し罰則を適用する旨の明文を設けた場合(昭和六年法津四〇号重要産業ノ統制ニ関スル法律附則参照)のように、法規の廃止又は消滅が、立法者の法的観念又は刑法的価値判断の変更によるものでなく、単に事情の変更乃至時間の経過に因るに過ぎないときは、法規の廃止又は消滅後も寧ろ立法者か既成の法律効果を放棄じない国家意思であると見るべきである。そして、本件政令三二五号占領目的阻害行為処罰令はその名の示すとおり初めから占領中のみに限り有効に存在し、占領の終了と同時にその効力を失うべき性格の政令であること論を俊たないから、いわゆる限時法に属するものと解すべきこと多言を要しない。されば、本件政令の基本法である昭和二〇年勅令五四二号並びにこれに基く本件政令三二五号が原判決があつた(昭和二七年四月二八日言渡)後、同日午後一〇時三〇分連合国と日本国との平和条約発効と同時に失効したとしても、既成の同政令二条一項の刑罰を廃止したと認むべき法令に因る明示又は、黙示の国家意思は認められないし、(特に本件指令の趣旨に反する同令違反につき大赦がなかつたことは顕著な事実である。)、また、同処罰令の前示のごとき限時法たる性格上刑罰を廃止したものと見ることもできない。しかのみならず、昭和二七年法律八一号、同法律一三七号の一連の法律は、(同法律八一号が新らたな国内法律として有効であるか否かは別として)却つてその刑罰を特に廃止しない旨の明確な国家意思を表明しているのであるから、所論刑の廃止の主張は、いずれの点から見ても採用できない。なお、前述のごとく、刑の廃止は、行為時法によつて有効に発生成立した刑罰権の放棄であるから、一旦有効に成立した刑罰権を特に放棄しない趣旨の立法は、畢竟刑訴三三七条二号若しくは四一一条五号のごとき訴訟法又は刑法六条のごとき例外規定が適用のないことを明確にした立法に外ならないのであつて、一旦失効した刑罰法規そのものを失効後再び有効な法規としてこれを復活させるものでない。それ故、憲法三九条の事後立法又は二重処罰とは何の関係もない全く自由な立法政策上の問題であること多言を要しない。されば、前記法律一三七号就中同八一号を目して法律の内容として不可能なことを定めるもので違憲であるとの説又はすでに失効した罰則を復活させて事後において過去の行為に遡及適用せしめるものであるという説のごときは、法規そのものの将来に対する廃止又は失効とその廃止又は失効前に法規適用の結果発生した法律効果とを混同するものといわなければならない。また、既に平和条約発効前たる昭和二六年一月中有効に発生、成立した本件政令二条一項の犯罪の前提となる指令の内容が平和条約発効後において憲法二一条に違反するとの説は、裁判時において行為時法そのものが必ず存続していなければならないということを前提とするものであるが、限時法の場合に行為時法を適用するのは、一旦失効した刑罰法規そのものを失効後再び有効な法規としてこれを復活存続せしめることでないことは、前に説明したとおりであるから、その前提において既に失当である。仮りに該指令の内容が憲法二一条に違反していると仮定しても(後述のごとく、本件指令は、アカハタ及びその後継紙等が、日本の政党の合法的な機関紙ではなく、国外の破壊勢力の道具であるという事実を証明しているということに立脚しているのであるから、立法問題としては、要するに思想乃至表現の自由の問題ではなく、むしろ、一種の暴力である国外からの破壊活動そのものを内容としており、従つて、国民の基本的権利に関する憲法一九条、二一条等違反の問題を生ずる余地のないこと明白である。されば、これを憲法二一条違反であるとの説は、前示指令の内容に全然副わない平穏無事な事実関係を想定しこれを前提とするもので、賛同できない。)それは、昭和二七年法律八一号が有効な法律とは認められないこと、従つて、同法律によつて新らたに処罰できないことを説明し得ても、既に右法律前発生、成立した本件政令違反に対する刑罰が放棄、廃止されたことの説明とはなり得ないこというまでもない。

同第五点乃至第八点について。

昭和二五年六月二六日附及び同年七月一八日附連合国最高司令官のアカハタ及びその後継紙並びに同類紙の発行に対し課せられた停刊措置に関する指令によれば、アカハタは、日本の政党の合法的な機関紙ではなく、日本国民の間に、特に今回は日本にいる多数の朝鮮人の間に、人心をかく乱して公共の安寧と福祉とを侵害することを目的とした、悪意のある、虚偽のせん動的な宣伝を広めるために用いられる国外の破壊勢力の道具であるという事実を証明していると認めている。従つて、同指令は、アカハタ及び連合国最高司令官によつてアカハタの後継紙又は同類紙と認定された出版物を、一般人に宣伝、播布するためにする一切の行為を禁止するものであつて、その編集、印刷、頒布又は運搬若しくは頒布の目的を以て所持することをも禁止する趣旨を含んでいることは、同指令自体で明白である。そして、本件「平和のこえ」が右「アカハタ」の後継紙と認定された出版物であつて、被告人がこれを知りながら直接又は間接に頒布してその発行行為をしたものであることは、原判決の是認した第一審判決が証拠により適法に確定したところである。されば、所論第五点乃至第七点は、連合国最高司令官の指令の解釈又は原判決の認定を非難するに帰し、また、同第八点は、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として採用することはできない。被告人本人の上告趣意について。昭和二五年政令三二五号占領目的阻害行為処罰令違反の内容をなす指令の解釈権は、連合国最高司令官にあつたのであるから、原判決が本件「平和のこえ」がアカハタの後継紙であるか否かの認定権が連合国最高司令官及び最高司令官の委任を受けた法務総裁に存し、日本の裁判所にこれと反する認定をなす権限は存しない旨の原判決の説示は正当である。されば、所論第一点中この点に関する部分は採用できない。その部分並びに論旨第二点は、原判決の是認した第一審判決が証拠に基き適法になした事実認定を非難するか又は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。

　次に、所謂第三点のように昭和二七年四月二八日平和条約の発効により本件政令三二五号が効力を失つても、免訴の事由とならないことは、弁護人上田誠吉の上告趣意第三点について説明したとおりであるから、同論旨も採用できない。なお、所論第四点は、違憲をいうが具体的条文を挙示しないし、また、政治的不法弾圧であるというだけでは、原判決に対する適法な上告理由と認め難いから、これまた採用できない。よつて、刑訴四〇八条により本件上告は棄却すべきものである。

斎藤裁判官は、本件につき次の意見を附加する。刑法六条は、実体刑法上犯罪行為時法を適用するのが当然であつて、新法を遡及適用すべきでない原則に対し、犯罪者に対する恩恵七一大例外を認めたものであるから、その立法趣旨に照しこれを狭く厳格に解すべく、広く類推して解釈すべきでないことはいうまでもない。同条は、その法文上明らかなように、単に、「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキハ其ノ軽キモノヲ適用ス」と規定して犯罪行為時法の刑が犯罪後の法律に因り変更されたときに限り規定したに止り、ドイツ旧刑法二条二項のように犯罪の時から判決言渡の時までの間いやしくも実体刑法規定の変更があつたときは、犯罪者に最も有利な結果を生ずべき一切の規定を適用する趣旨の立法ではない。すなわち、刑法六条は、犯罪者の犯罪行為成立(即時犯)又は完結(継続犯)後判決言渡までの間において、その犯罪者の行為規範の違反に対し科すべく予定した法律効果を規定した法規(実体刑法各本条)に変更を生じたときは、本来罪刑法定主義の建前からすれば、行為当時の刑罰を科すべきであるのに、立法者の犯罪者に対する量刑観念の変化に伴う最も寛大な立法意思の表現である最も軽い法律効果を規定した法規を適用すべきものとして、特に軽き刑を規定した新法の遡及効(すなわち軽き事後法の適用)又は既に失効した最も軽き刑を規定してあつた中間法の復活適用を認めたに過ぎないものである。従つて、同条は、ドイツ刑法二条a二項後段のように行為当時の刑罰法規が判決言渡の時に廃止され又は消滅した場合に、その法規を適用しないで無罪たらしめるという趣旨の実体刑法規定ではなく、また、かかる場合に、刑訴三三七条二号にいわゆる「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」と類推解釈すべき訴訟法規定でもない。従つて、わが刑法六条を免訴の根拠規定とすることのできないことは、いうまでもない。次に、本件被告人は、その犯罪行為の時から、少くとも昭和二七年四月二八日平和条約発効までの間有罪であつたことについては、裁判官全員一致の意見である。そして、真野、小谷、島、藤田、谷村、入江六裁判官の免訴説は、その余の裁判官の賛同しないところであり、また、井上、栗山、河村、小林四裁判官の免訴説は、前記六裁判官の免訴説とその理由において相容れないものであつて、右四裁判官以外の裁判官の賛同しないところである。されば、右二個の免訴説は各独立した少数意見であつて、本件は合議の本質上上告棄却の裁判あつたものと考えざるを得ない。

裁判官真野毅の補足意見は冒頭他の五裁判官とともに述べた意見の外次のとおりである。棄却説(田中、霜山、斎藤、本村各裁判官意見)は、刑訴四一一条五号及び刑訴三三七条二号にいわゆる刑の廃止というのは、「犯罪後の法令により、積極的に明示又は少くとも黙示を以て、既に発生、成立した刑罰権を特に放棄したとき......を指すものである」と言い、さらに「刑の廃止は、行為時法によつて発生、成立した刑罰権の放棄であるから、行為時法により刑罰権が一旦有効に発生、成立した以上、行為の後その刑罰権を発生、成立せしめる原因となつた法規が単に将来に向つて廃止され又は消滅したからといつて、既に発生、成立して終つた既成の法律効果を同時に放棄、廃止する国家意思の表現がない限り、法律効果そのものが当然消滅する道理がない」と論じている。

　この考え方は、わたくしの考え方とは正反対で、全くうらはらになつている。すなわち、棄却説では、刑罰法規の廃止があつても、犯罪後の法令により明示又は黙示ですでに発生した刑罰権を特に放棄する意思の表現がない限り、刑の廃止による免訴には当らないとするのである。これに反し、わたくしは、刑罰法規の廃止があれば、明示又は黙示による反対規定がない限り、刑の廃止による免訴の規定が適用さるべきだと考えるのである。刑法六条は、「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキハ其軽キモノヲ適用ス」と規定し、刑訴三三七条二号は、「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」は、判決で免訴の言渡をしなければならない旨を規定し、また刑訴四一一条五号は、「判決があつた後に刑の廃止若しくは変更」があつたときは、判決で原判決を破棄することができる旨を規定している。これらの諸規定は、それぞれ実体面と手続面から定められたものではあるが、互に密接な関連があるから総合して統一的な解釈を打ち立てることを要するわけである。憲法の原則となつている罪刑法定主義からいえば、犯行後に制定された刑罰法規を適用して、人を処罰することは許されない。犯罪者に対しては、犯罪時に現存する刑罰法規を適用して、処罰すべきものであるということになる。これでもつて、恣意・専断による処罰は堅く禁ぜられ、各人の基本的人権は、安泰に擁護される仕組みである。ところが、犯罪後裁判時までの間に刑を定めている刑罰法規の変更によつて、刑が軽く変更される場合がある。そうなると、その変更後の同種犯罪者に対しては、軽い刑を定めた新刑罰法規が適用されるのに比し、従前の犯罪者に対しては、重い刑を定めた旧刑罰法規が適用されるという不権衡が生ずる。かかる不権衡を取り除き、一視同仁に、公平に、従前の犯罪者に対しても、軽い新刑罰法規を適用するように定めたのが、前記刑法六条の趣旨である。すなわち、刑法六条は、公平処罰の見地から、被告人の利益のために罪刑法定主義と密接な関係を有する行為時法主義(不遡及の原則)の一つの例外を定めたものである。ここに公平の意義について注意すべき大切なことは、従前の犯罪者を、刑の変更後の犯罪者との比較において、公平に軽く処罰する趣旨であつて、従前の犯罪者ですでに裁判の確定した者(重い刑を受けた者)との比較においては、公平に重く処罰するのではなく、却つて不公平に軽く処罰される結果となることを、法は十分承認しているのである。裁判手続が早く済んだ被告人は重く罰せられ、たまたま裁判手続が遅れた被告人は軽く罰せられる点だけを捉えてみると、それは不公平なばかりでなく不合理であることは勿論であるが、それにも拘わらず、法は、裁判未確定の被告人の利益のために敢て軽い刑を適用するとしたのである。この意義において、立法者の恩恵といつても、寛容の精神といつても、法の仁愛といつても、また法の慈悲(マーシー・オブ・ロー)といつてもよい。さて、刑の廃止について前述刑法六条の適用があるか否かについては、多少の議論はあるが、刑の廃止は、同条にいわゆる刑の変更の最も軽い極限に当るわけであるから、当然に同条の適用を見るものというべきである。刑法六条の「刑ノ変更」の中には、狭義の刑の変更と刑の廃止(刑訴四一一条五号)を含むものと解するを相当とする。(刑の廃止には、刑の変更の刑法六条の精神を類推するというのは、いささか文字に捉われた感がある。また刑の廃止は変更とは質が異るから、同条の適用がないというのは、あまりに観念的な物の考え方である。共に賛同することを得ない)。そこで、刑の廃止があつた場合には、もはや刑罰法規は存在しない法律状態となつたのであるから、前に述べた公平・恩恵・寛容・仁愛・慈悲の精神によつて、従前の犯罪者も処罰されないこととなるのである。この場合、他の法律に特別の規定が無ければ、無罪とすべきか、あるいは免訴とすべきかは、多少問題として疑問を残したであろう。しかし、刑訴三三七条二号(旧刑訴三六三条二号)は、明文をもつてこの疑問に解決を与えるため、「犯罪後の法令により刑が廃止されたときは」、判決で免訴を言渡すべきものと規定したのである。刑法六条の実体法的規定と刑訴三三七条二号の訴訟法的規定の関係は、右のような意義に解するを相当とする。(かりに、刑の廃止の場合には刑法六条の適用がないとの説によつても、裁判時法により刑が廃止された場合には、従前の犯罪に対して刑罰を科すべき理由はなく、刑訴三三七条二号によつて免訴されるわけである)。つぎに、犯罪後の法令で刑が廃止されたに拘わらず、第一審又は控訴審が誤つて免訴判決をしなかつた場合には、法令違反として上訴の規定に従つて上訴審において審判される。さらにまた、第一審又は控訴審の判決後に刑の廃止があつた場合には、その判決自体にはそれがために法令違反はないけれども、原判決破棄の事由とされているのである(刑訴三八三条二号、四一一条五号)。その立法の趣旨は、被告人の利益のために公平の見地から設けられたものであつて、前に述べた刑法六条の立法趣旨と全く同じものであると言うことができる。上述のとおりであるから、将来に向つて刑の廃止があれば、特に明示又は黙示による反対規定がない限り、従前の犯罪者は刑の廃止後の同種の行為者との対比において、公平な処理となるように免訴されるものというべきである。そして、刑の廃止の場合に、立法技術としてしばしば用いられているところの、かの「旧法(令)廃止前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」といつた風の規定が、まさに前記明示による反対規定に当るわけである。

　そこで、棄却説なるものについて検討してみよう。

(一)棄却説は、刑罰法規が廃止されても行為時法によつてすでに発生した刑罰権は、特に明示又は黙示によつて放棄する意思の表現がない限り、消滅することなく従前の犯罪に対しては処罰ができるというのであるが、それなら従前の行為に対し罰則の適用については従前の例によるというような規定は、全然無意味で、これを設ける必要はないということになる。これは、一般の考えに反することは、あまりにも明瞭である。

(二)前に述べたとおり刑法六条等一連の規定は、将来に向つて刑罰法規が廃止された場合には、その法律状態の下における同種の行為者との対比において、公平に取扱われるように従前の犯罪者を免訴するというのが、立法趣旨であるのに、棄却説は、将来に向つて刑罰法規が廃止されても、従前の犯罪に対する刑罰権の放棄が、明示又は黙示により表現されない限り、免訴にはならないと説いている。この説は、その根本において、刑法六条などの立法趣旨を全く誤解しているのではあるまいか。

(三)棄却説は、「刑の廃止は、行為時法によつて発生、成立した刑罰権の放棄であるから」とまず自ら定義し、従前の刑罰法規が将来に向つて廃止されたからといつて、既に発生した法律効果を放棄する意思の表現がない限り、従前どおり処罰すべきだと説いている。しかし、わたくしをして忌憚なく言わしむれば、かかる定義自体がおかしい。いわば、結論を導き出すのに都合のよいように、定義を作りあげて、これを前に据え置いたという感じがする。刑の廃止とは、棄却説の定義しているようなものではなく、前に述べたごとく刑を定めている刑罰法規が廃止(もちろん失効を含む)されること、すなわち将来に向つて効力を失うことを意味する。かように将来に向つては処罰できない法律状態となるから、それとバランスをとり公平になるように、従前の犯罪者を免訴するというのが、刑法六条などの立法趣旨であることは何度もいつたとおりである。棄却説は、この立法趣旨を全く理解していない嫌いがある。

(四)棄却説は、従前の犯罪に対し発生した刑罰権は、特に明示又は黙示によるその放棄の規定がない限り、刑の廃止による免訴をすべきでないとしているが、かように、従前の犯罪に対する刑罰権を放棄する法律が設けられる場合には、大赦令による大赦と同様なことが、その法律によつて行われると見るべきものである。普通の大赦令による大赦は、政令に基いて行われるが、前記の場合は、法律に基いて赦免が行われるという差があるだけのことであるから、この場合には大赦に関する刑訴三三七条三号及び四一一条五号後段の規定が適用さるべきであり、従つて刑の廃止に関する刑訴三三七条二号及び四一一条五号前段の規定は適用さるべきものではないのである。この意味において、棄却説は、法律による赦免と刑の廃止による免訴とを混同する過ちを、犯しているものと言わねばならぬ。

(五)棄却説は、さらに理由として限時法理論を持ち出して来ている。これは明らかにその主張の前段と矛盾したことになる。いわゆる限時法説なるものは、刑の廃止があつても免訴をせず、従前の例によつて処罰するというのであつて、刑の廃止による免訴の一例外を認めるために案出された刑法理論である。それ故、刑の廃止を認めないところには、限時法理論を適用すべき余地は全くないわけである。それだのに、棄却説は、前段の説明においては、刑の廃止はないのだといい、後段の説明においては、限時法に属するといつているのは、前後矛盾する理由を主張する誤りがあると言わねばならない。

(六)ドイツでは、施行期限を限定して制定された一八七八年のビスマルクの社会主義者法が、期限を経過して失効した後に、一八八五年ライヒス・ゲリヒトがこれを適用して従前の犯罪者を処罰した。それ以来限時法の理論は、刑法学界において順次盛んに論議せられ、限時法の認否及びその理論的根拠ないし限時法適用の範囲等について、種々雑多な学説が展開せられ、甲論乙駁真に帰趨するところを知らなかつた。この状態を立法によつて解決しようとして、一九〇九年の第一次予備草案が出来て以来、幾度も委員会が更改せられその都度別の草案が作られていつたが、最後に一九三五年六月二八日の法律で刑法二条aの規定が設けられ、その三項において限時法は一定の施行期間を定めた法律に限られることを明定した。これで、四分五裂というか、七花八裂というか、むしろ百鬼夜行の観がないでもなかつた限時法理論には終止符が打たれたのであつた。それから四年も経過して、ドイツでは限時法理論の妖怪が白日の下影をひそめた頃になつて、わが国では昭和一四年三月C氏が、臨時馬の移動制限に関する法律の適用に関し昭和一四年一〇月一九日に刑の廃止による免訴を言渡した大審院判例の批評として、独乙旧法時代出版のビンデングやフランクの限時法説を引用して、むしろおそるおそるとでも言つた態度で、この事案には限時法の観念を適用して「こそ、始めて能く取締の目的を達成し得るのではあるまいか」と論じた。その後、日支事変、太平洋戦争の非常時下において、「取締の目的を達成」する便宜のため限時法理論は、学説及び判例に採り入れられ、相当放漫に流れて行つた感がする。旧憲法下のことは知らないが、新憲法下における裁判所の真の使命は、そんな「取締の目的を達成」する便宜のために、法を解釈し又は刑法理論を構成することではなくして、たゞ法を適正に運用して国民の基本的人権を擁護することに重点がある、とわたくしは考えるのである。「取締の目的を達成」し得るためには、用意周到な立法こそが大切であるとさるべきである。そして、わたくしは、数年前のいわゆる限時法事件において、限時法に関するわたくしの考えを述べておいたが(判例集四巻一〇号一九八三頁以下)、その考え方は、今日においても変りはない。わたくしは、法律の実施につき一定期間を限定している場合にのみ限時法を認めるものである。その以外には限時法を認むべき必要もなく、またこれを認めるのは妥当でない。従前の行為を処罰する必要があれば、一挙手一投足の労で立法上の手当をすれば事足りると考える。

(七)かりに限時法(ツアイト・ゲゼッツ)を前記のごとく法律の実施につき一定期間を限定している場合に限らず、いわゆる臨時法(テンポレーレス・ゲゼッツ)の場合をも含むものと解するとしても、本件のごとき法律状態の大変革の場合に当つて、限時法の理論を駆使することは許されない。わが国が受諾したポツダム宣言一二項においては、「前記目的が達成せられ、かつ日本国民の自由に表明した意思に従つて、平和的傾向を有する責任ある政府が樹立された場合においては、連合国占領軍は速かに日本国から撤収さるべきであろう」と定めているのであつて、占領の終了は、時間的に確定期限又は不確定期限がつけられているというのではなく、単に前記条件(この条件の成就したか否かは一に連合国の主観的判断にかかる)がつけられている極めて不確定なものである。従つて、占領目的のためにする立法を、臨時法として限時法中に取込むこと自体に余程の疑問があるべきである。この点はしばらく措くも、占領中において、政令三二五号の指令違反行為の処罰規定は、憲法外の法的効力を有しただけのものであつた。占領終了後においては、どこにも憲法外の法的効力を認むべき根拠はなくなり、憲法のみが完全な支配力を及ぼす法律状態となつた。かかる法律状態の下においては、将来に向つて指令違反行為は発生する余地もなく、これを処罰する従前の規定は当然失効し、またかかる処罰規定を設けても違憲無効であることは明白である。しからば、これと対比して、占領中に犯された従前の指令違反行為につき、前に述べた刑法六条等の立法趣旨である公平・寛容の見地から、刑の廃止による免訴の取扱いをすべきは当然ではあるまいか。また占領下において政令三二五号で犯罪とされた従前の行為の犯罪性及び可罰性は、占領終了と共に当然消滅すべきものである。憲法が完全に支配する時代となつた後においても、従前の行為に対し限時法理論を借り来つて従前どおり処罰しようとする棄却説の見解は、ただに限時法の不当な拡張による濫用であるばかりでなく、全く憲法の重さを十分に理解しない議論だといわなければならない。憲法は、限時法の理論よりは遙かに重い。憲法に違反する従前行為処罰を、限時法の故をもつて許容することはできない。

(八)最後に、昭和二七年法律八一号は、勅令五四二号に基く命令は、昭和二七年四月二八日から起算して一八〇日間に限り、法律としての効力を有する旨を定めている。政令三二五号は、この勅令五四二号に基く命令に当るから、この法律八一号によつて一八〇日間法律としての効力を有するものとされた。その意義如何がいささか問題である。

(い)法令廃止の場合に、従前の行為を従前どおり処罰しようとするときは、「旧法(令)廃止前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」というような立法技術を普通一般に用いることに慣例化されている。法律八一号は、政令三二五号についてかような立法技術は用いなかつた。それ故、これとは違う意味に解すべきであろう。

(ろ)そうすると、法律八一号は、政令三二五号については、指令を含まない白地刑罰法規そのままの形で、その他のポツダム命令と同じように将来に向つて一八〇日間は法律としての効力を有せしめようとしたものと解するの外はない。そうだとすると、占領終了後は指令もなく、指令違反行為も発生存在することは不可能であるから、これを処罰しようとする法律八一号は無意義であつて、違憲無效であることは明らかである。かくのごときは、政令三二五号の有する特殊性(指令違反行為を処罰するという形式的内容)を顧みず、その他の一般ポツダム命令と一括して一律にただ単に法律としての効力を、法律八一号が与えたことから生ずる当然の結果である。

(は)そこで、法律八一号は、概括的に勅令五四二号に基く命令を一八〇日間法律として延命する旨を規定したが、政令三二五号の関する限りにおいては、従前の行為に対して従前の例によつて処罰するという意義を有するものと解すべきだとの見解も生じて来る。そう解するとしても、従前の例によるという規定の意義は、従前の行為に対する相対的関係においては、当該法令を廃止しないで、そのまま存続せしめるという趣旨に解すべきものである(昭和二四年(れ)六八五号、同二八年四月八日言渡大法廷判決中の真野裁判官意見参照)。それ故、かかる法律は、占領終了後は憲法に違反することとなり当然失効するものであつて、到底その効力を保持することはできない。その詳細は他の五裁判官と共に述べた意見のとおりである。だから、法律八一号は、政令三二五号に関してはいかなる意義に解しても、違憲無効であると言わねばならぬ。棄却説が、この無効な法律八一号を援用しているのは、全く無意味の業である。これを要するに、以上いずれの点から検討してみても、棄却説はついに理由なきものであると論断せざるを得ないのである。

裁判官井上登の補充意見。私の意見の要領は栗山、河村、小林三裁判官と連名で書いたとおりであるが、その後他の裁判官たちの意見書を見たのでそれについて少しく書きたい。先ず真野外五裁判官の意見は、私には少しはつきりしない処がないではないが、要するに、昭和二七年法律第八一号(以下単に八一号と書く)が個々の指令(昭和二五年政令第三二五号によつて適用される指令をいう、以下同じ」を法律化したものならば、個々の指令についてその内容が違憲なりや否やを判断しなければならないが、八一号は個々の指令を法律化したのではなく、右政令第三二五号(以下単に三二五号と書く)を法律化したものである。そして右政令は指令に違反する者を罰することを内容とするものであり、指令は司令官が占領目的を達成するが為め発するものであるから、占領という事実がなくなつた以上指令も「占領目的に有害な行為」というものも存在せず、従つて指令違反者を占領目的に有害な行為をした者として罰するということはあり得ないというにあるらしい(「不可能なことを定めるものであつて結局憲法に違反する」というのはわからない)。しかし占領という事実がなくなつても日本が自由な立場において新たに法律を以つて、既に発せられ内容の確定して居る指令(内容が違憲のものでない限り)に違反した者を罰することとするのは少しも差支ない(六裁判官のいうようにあり得ない事でもないし、違憲でもない)。占領目的という語は従来占領自体を目的とし『占領目的に有害な行為』とは占領の妨となる行為というような意味に用いられたこともあるけれども、そうでなく如何なる目的のために日本を占領するかというその目的例えば「日本を民主的な平和国家にする為め」といつたような意味にも用いられたのであり、その目的のために発せられた指令もあり得るのであるから、かかる指令に違反する者を三二五号によつて処罰することは占領終了後においても少しも差支ないわけである。八一号が三二五号に法律としての効力を持たしめたのはこのことを考えて居るものと見るの外ない。三二五号自体は、いわゆる白地刑罰法規ともいうべきものであつてそれだけでは何等の働をもなすものでなく、その空白部分を充足する個々の指令と合せて考えるにあらざれば意味のないものである。そして裁判所が或る法令が違憲なりや否やを考えるのは具体的の事件においてその法令を適用すべきや否やについて考えるのであるから本件においては八一号によつて法律化せられた三二五号によつて本件の指令を適用して被告人を処罰することが違憲なりや否やを考えなければならないのである。そして八一号を以てしても内容違憲の指令を適用することを是認することは許されない処であるから(憲法九八条)右指令の内容が違憲なりや否やを考えなければならないのである。右の外栗山、河村、小林三裁判官と連名で書いたとおりである。以上の如く私たちの意見は真野外五裁判官の意見と異なるのであるが三二五号によつて本件指令違反者を罰することは憲法違反でありわが国独立後は許されざるに至つた(右六裁判官の意見は三二五号は全面的に適用されざるに至つたというのであるからその中に本件の場合も含まれること勿論である)ものであつて、刑の廃止に準ずべきものとする点において私たちの意見と前記六裁判官の意見とは同じであり両者を合して裁判所の多数意見となるものである。次ぎに本件指令によれば、或る出版物が一行政機関である法務総裁によつて、アカハタの同類紙又は後継紙なりと認定されただけで、その出版物の編集者、印刷者、頒布者、運搬者等はその出版物に現実に書いてあることが少しも害のないことであつても罰せられるのである。われわれはこのことが憲法の条項に反するものとするのであつて田中外三裁判官の意見書にあるような「人心をかく乱して、悪意のある、虚偽のせん動的な宣伝を広める」ような記事を書くのを禁ずることが憲法違反だというのではない。なお右四裁判官は刑訴四一一条五号、同三三七条二号等は「特にこれを廃止する国家意思の発現あつた時を指すものである......」云々といつて本件指令の内容が違憲であるとしても本件は免訴すべきものではないというけれども、本件指令の内容が違憲であるとすれば国家の最高意思である憲法において既にこれを適用して処罰することを許さない旨の意思が表示されて居るものといわなければならない。占領中は憲法にかかわらず司令官の権力によつて該指令が有効とされ、違反者が罰せられて居たのだけれども、かかる権力がなくなり憲法が最高意思となつた以上その時からその意思に従うべきは当然である。それ以外更に「国家意思の発現」などを要しないことは勿論、たとえ立法機関が法律をもつて反対の意思を表示してもそれは無効である。それ故司令官の権力がなくなり、憲法の右の意思が働くようになつたことを以つて前記各法条にいう「刑の廃止」と同様に取扱うべきものとわれわれは考えるのである。

裁判官小林俊三の補足意見は次のとおりである。別項他の三裁判官と共にした意見においてその要領は示されているがなお私かぎりの意見を補足する。

一、先ず政令第三二五号(以下単にこの政令又は本件政令という)と平和条約発効との関係について附け加えておきたい。この政令は、もし法律第八一号のような立法的措置がとられなかつたとすれば、平和条約発効という事実によつてどうなるかといえば、私は、この政令の特異の性質上、同時に当然失効すべきものであつたと考える。同じことをくりかえすことになるが、この政令の対象となる違反行為は、連合国最高司令官の指令(以下単に指令という)が本となつているから、平和条約発効によつて占領状態が終結し、わが国が独立して憲法が全面的に効力を発動した後においては、指令に対する服従義務を前提とするこの政令の効力がなお存続し、その罰則が有効に適用されると解すべきなんらの理由もないからである。しかしこの政令の性質から出て来るこの結論は、この政令の内容となる指令との関係において、わが国が独立後独自の意思により改めて国法として存続させることができるかどうかの問題とは自から別である。すなわち指令の内容が合憲であれば、その指令が充足されるかぎりにおいて、この政令をわが国法として存続せしめることはわが国の自由であること別項意見に示されたとおりである。法律第八一号はこの趣旨に解すべきであつて、この政令に関するかぎり、憲法に適合する指令と不可分の関係において平和条約発効後もその効力を存続するに至つたのである。かく解することは、法律第八一号とこの政令との関係をもつて事後立法とすることにはならない。この政令は、平和条約発効までは憲法にかかわりなく有効な国法であつたのであるから、平和条約発効と同時にこの政令につき、その内容を充足する指令の合憲なるものにかぎり、その効力を有権的に存続せしめることに外ならないからである。

二、なおこの政令の特異な性質上、法律第八一号はこの政令自体に法律としての効力を与えたのであつて、従来存する各指令の内容そのものに法律としての効力を与えたものでないという説について一言したい。この政令は、指令が内容を充足することによつてはじめて刑罰法規として動く力をもつものであるから、この政令自体にのみ法律としての効力を与えるということは意味のないことと思われる。また、占領下において種々の点で相当に不確定であつた指令も、平和条約発効と共にそれまでに発せられたものは特定したということと、以後はもう発せられることがないということを考えれば、この政令は、特定した各指令をその内容に充足した形においてまとまつた法規となつたと見るべきである。従つて法律第八一号は、この政令が合憲な指令を充足した形において法律としての効力を与えたと解するのが相当である。それゆえ、この政令の内容となる指令がきわめて広く、いかなる事項いかなる内容であるか不明瞭であり、法律の内容として不可能なことを定めることとなるから憲法に違反するという理由は生じない。三、次に犯罪後の法令により刑が廃止されたときというのは、明示又は黙示によつて、すでに発生成立した刑罰権を特に放棄する国家意思の発現があつたときを指すのであるという説に関連して述べておきたい。ここにいう、法令により刑の廃止があつたときとは、犯罪後(刑訴三三七条二号)というも、判決があつた後(同四一一条五号)というも、いずれも行為時の後であることは同じであつて、一たん刑罰権が発生成立した後であることに変りはないが、結局その刑罰権といえども由来する法令を離れて生ずるものでなく、またその法令の運命が説の分れるところでもあるから、先ずその法令自体について考察しなければならないことはもちろんである。しかるに法令の効力を定めるにあたつては、法治国においてはその法令が合憲であるか否かがすべてに先行する要件であるから、既成の法律効果を放棄廃止する国家意思があつたかどうかの問題も、先ず基く法令自体が合憲か否かの問題を離れてはあり得ないと共にさらに法秩序全体の構造から考えなければならないことである。そこで法令が合憲であることはすべてに先行するという立場をとる以上、裁判時においてその法令が違憲であつて効力をもち得ないとすれば、立法の如何にかかわりなく、その法令の罰則は効力を生ずるに由なく、これを刑訴の定める刑の廃止と見るの外ないのである。従つてまた既成の刑罰権に基く法律効果も違憲法令に由来することとなる結果、立法の如何にかかわりなく効力を生ずることはできないのである。けだし、くりかえせば、法令が合憲であるということは法治国における至上の要請だからである。要するにこの問題は、論者のいう明示又は黙示の国家意思は裁判時における憲法の効力を越えることができるかどうかということに帰着すると考えられる。

　これについてなお理由を少し加えれば、(一)前記の説に従えば、わが国が独立を回復したことと、憲法が全面的に効力を発動したことが、本件について法律上格別の意義をもたないことになるであろう。いうまでもないが、わが国は法治国として自主的地位を回復し、立法についても法令の解釈適用についても、占領期間中の一切の制約から解放され独自の見地に立つてこれを行う能力を回復したものであるから、改めてこれらの法令につきわが憲法の条規に従つて自主的検討を行う本来の地位に帰つたのであり、またかかる責務を生じたのである。これらの事実が本件の政令についてなんら価値がないと考えることはできない。また、憲法が全面的に効力を発動するに至つた結果、すべての法令はわが憲法を本源としてその精神を展開する使命をもつとともに、これに違反することを許されないこととなつた事実を認めるならば、本件の政令についてこれらの事実が、論者のいわゆる既成の法律効果より劣位に立たなければならないという理由も考えられない。

(二)また平和条約発効によつてわが国が占領状態を脱して独立したことは、同時に連合国最高司令官の地位がなくなりその指令に対する服従義務も消滅し、基本的人権を司法的に保障することを重要な使命とする憲法が全面的に効力を発動するに至つたことである。その結果憲法に照合してこの政令の内容を充足する指令が違憲なるかぎり効力を生ぜず刑の廃止があつた場合に当ると解せられることは、仮りに論者の説に従つても、その廃止の理由が立法者の側における法的観念、刑法的価値判断に変更を生じ、従前認められていた刑罰法上の可罰性を認むべきでないとする理由がある場合に当るべく、従つて当然既成の刑罰権を暗黙に放棄したと推定される場合にも当ると解するのが相当である。

(三)さらに右の説に従えば、最高裁判所は違憲審査権を行うにあたり、本件の政令については、当然「裁判所において効力を有する」憲法に従つてこれを審査することを要しないばかりでなく、これに従うことを許されないという趣旨をもつのであろう。しかし本件の政令が占領下において有効な国法であつたと解するのは、いずれの説も一致するように「憲法にかかわりなく」効力を有していたと解するのであるから(各意見引用大法廷判決参照)、平和条約発効と同時に法律第八一号によりその効力を存続せしめる立法があつた後においては、新たなる裁判時における憲法上の審査を免れる理由は考えられない。前に述べた、法令が合憲であることは法令の解釈適用の上においてすべてに優先する要件であるということは、最高裁判所が違憲審査を行う時において考えなければならない事項であると思う。論者に従えば、既成の刑罰権に基く法律効果は、その基く法令が後に違憲であることによつて左右されず専らこれを放棄する国家意思の有無によつて定まるのであるから、かかる国家意思を認める解釈が生ずることによつて、違憲審査権は、裁判時において違憲の法令をなお適用する結果に対し手を触れることができないこととならざるを得ない。いずれにしても、既成の法律効果に対しこれを放棄する国家意思の有無は、その効果の由来する法令が裁判時において違憲であるという事実を越えることはできないと考える。

検察官佐藤藤佐、草鹿浅之介、福原忠男出席昭和二八年七月二二日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、小谷勝垂、島保、斎藤悠輔、藤田八郎、河村又介、谷村唯一郎、小林俊三、本村善太郎、入江俊郎

最大判昭和30年4月27日刑集9巻5号947頁〔政令325号事件〕

主文原判決及び第一審判決を破棄する。被告人を免訴する。理由弁護人杉之原舜一の上告趣意は、末尾添附のとおりである。裁判官真野毅、同小谷勝重、同島保、同藤田八郎、同谷村唯一郎及び裁判官井上登、同栗山茂、同岩松三郎、同河村又介、同小林俊三の意見は、本件は、原判決後に刑が廃止されたときにあたるとするにあるから、刑訴四一一条五号、四一三条但書、三三七条二号により主文のとおり判決する。裁判官田中耕太郎、同斎藤悠輔、同本村善太郎は上告棄却の意見である。弁護人杉之原舜一の上告趣意について。

裁判官真野毅、同小谷勝重、同島保、同藤田八郎、同谷村唯一郎の意見は次のとおりである。職権をもつて調査すると昭和二五年政令三二五号「占領目的阻害行為処罰令」は、わが国の統治権が連合国の管理下にあつた当時は、日本国憲法にかゝわりなく、憲法外において法的効力を有したのであるが、平和条約発効と共に当然失効し、昭和二七年法律八一号により前記政令の効力を維持することは憲法に違反し、同年法律一三七号の規定は、事後立法であつて、違憲無効であり、また本件のごとき場合に限時法理論を用いることが憲法上許されないことは、昭和二七年(あ)第二八六八号同二八年七月二二日言渡大法廷判決記載の真野、小谷、島、藤田、谷村各裁判官の意見のとおりである。それ故に、本件については、原判決後の法令により刑が廃止された場合にあたるから原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。よつて論旨について判断するまでもなく原判決及び第一審判決を破棄し被告人を免訴すべきものである。裁判官真野毅の補足意見は、前記昭和二七年(あ)第二八六八号(被告人A)同二八年七月二二日言渡大法廷判決及び昭和二七年(あ)第六六九号(被告人B)同二八年一二月一六日言渡大法廷判決中各記載の同裁判官の補足意見のとおりである。

裁判官井上登、同栗山茂、同岩松三郎、同河村又介、同小林俊三の意見は次のとおりである。職権をもつて調査すると昭和二五年政令三二五号の内容を充足する指令であり、且つ本件に適用ある昭和二〇年九月一〇日附連合国最高司令官の「言論及び新聞の自由」と題する覚書第三項の「連合国に対する虚偽又は破壊的批評及び風説」を「論議すること」を禁止し処罰する部分及び第一審判決が本件に適用した同年九月一九日附同司令官の「新聞規則」と題する覚書第三項の「連合国に対する虚偽又は破壊的批評」を「行う」ことを禁止し処罰する部分は、憲法二一条に違反するから右指令を適用する限りにおいては、右政令は、昭和二七年法律八一号及び同年法律一三七号にかかわらず、平和条約発効と同時に国法たる効力を失うものと解するを相当とする。従つて本件は原判決後の法令により刑の廃止があつた場合にあたるから、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。よつて原判決及び第一審判決を破棄し被告人を免訴すべきものである。

裁判官井上登、同岩松三郎の補足意見は次のとおりである。連合国が初めて日本を占領した当時「占領の目的は日本における軍国主義、全体主義を排除し、日本を平和国家、民主国家にする為めである」という様なことがいわれ、従つてその目的の為めに種々の指令が発せられた。例えば本件の如き犯罪に適用せらるべき覚書昭和二〇年九月一〇日附「言論及新聞の自由に関する件」又は第一審が本件に適用ありとした同年九月一九日附「新聞規則」と題する覚書の各第一、二項の如きはそれであつて、「占領目的に反する行為」とは右の目的に反する行為という意味にも用いられて居たのである。しかるに又一方占領そのものの為めに不利益となり得べき行為を禁ずる指令も数多く発せられ、これに違反する行為も亦占領目的に反する行為として所罰せらるるに至つたのであつて、この場合は占領目的という語が占領そのものを目的とする意味に用いられたのである。前者の場合は昭和二七年法律第八一号によつて法律と同じ効力を与えられた以上、その内容が(例えば行き過ぎ等の為めに)憲法に違反せざる限り、日本の主権が恢復し占領ということが無くなつたというだけでこれを無効とすることは出来ない。しかし後者の場合は占領そのものの便宜、利益の為めにのみ発せられたものである(吾国の公の福祉の為めに発せられたのではない)から、その性質上占領という事実が消滅すると共に失効すべきものである。(そのいずれに属するか又前者であるとすればその内容が違憲であるか否かは一々各指令の内容について検討して見なければならないとする点において私達の意見は真野外四名の裁判官の意見と異なるのであつてこれは従来度々書いたとおりである)そして本件に適用された前記各覚書第三項は以下に記す理由により前記後者に属するものであり、従つて占領終了と共に失効すべきものであるのみならず、その内容も憲法下においては許されないものと考えるのである。本件各覚書は昭和二〇年九月一〇日附若くは同月一九日附で、即ち終戦直後に発せられたものであり「連合国に対する......」云々といつて居て「外国に対する」とはいつていない。そして「虚偽又は破壊的」云々といつて一応相当の制限をつけて居る様だけれども虚偽のことをいえばそれが如何につまらない小さなことでも罰せられるのであり、又連合国の噂をすればどんな噂でも罪となるのである。(「言論及び新聞の自由」の覚書の日本文では「虚偽又は破壊的批判及び風説」とあるから「虚偽又は破壊的」が「風説」にもかかる様にも読み得る様だけれども覚書の原文で見ると「虚偽又は破壊的」は「批判」にのみかかるので「風説」にはかからないものであること明である)極端にいうと連合国の為めに有利なことであつても苟くも虚偽又は噂を論議すれば罪を構成するのである。かくの如きことが不当に(公の福祉の為め必要な限度を越えて)表現の自由を圧迫し憲法に違反することはいう迄もない。又破壊的批判であつてもそれが真実に基くものであるならば敵国(連合国は当時においては日本を占領して居る敵国である)に対しかかる批判をすることは必しも罰せられるべき行為とはいえない。例えば或る国の軍隊が強姦強盗ばかりやつて居て仕方がないといつた様な事実が万一あつたとすれば、それを摘発して国民に警告することは寧ろ新聞の使命に合うことかも知れない。これに刑罰を以てのぞむが如きは不当であるこという迄もあるまい。しかのみならず当時は「破壊的」などとは到底いえない軽微な事実迄「破壊的批判」の名の下に起訴された実例が多く存するのであつて、何等の制限もなく単純に「破壊的」というが如きは頗る不明確で危険なものであることは小林裁判官のいうとおりでありこの点については同裁判官の、他の刑罰法規を例に引いての詳細な意見書を引用したい。要するに無制限に「虚偽又は破壊的批判」「風説」というが如きは犯罪構成要件を規定する字句としては余りに広汎且不明確でありかかる字句を以て表現の自由を制限することは不当に言論を圧迫するものであり憲法に違反するものというべきである(小林裁判官の意見書中に例に引いてある他の類似刑罰法規の様に種々必要な制限をつけなければならない)。のみならず上述の様な実例、広汎不明確な内容と本覚書が終戦直後に発せられたものであること及批判の対象を一般外国又は友交国とせず連合国即占領国に限つたこと等を併せ考えると本件各覚書第三項は苟くも占領国に対する反感を惹起して占領の為の不利益となり得べき言論を封じ、よつて少しでも占領の妨害となる虞ある行為を弾圧する目的に出たものと見るの外なく冒頭記載の「後者」の部類に属するものであつて吾国公の福祉の為めに発せられた指令とは到底考えられない。この点から見ても占領の終了と共に失効すべきものといわなければならない。裁判官井上登、同岩松三郎の各補足意見は、前記昭和二七年(あ)第二八六八号(被告人A)の大法廷判決記載の井上裁判官の補足意見及び前記昭和二七年(あ)第六六九号(被告人B)の大法廷判決記載の井上裁判官の補足意見中本件政令三二五号の平和条約発効後の効力に関する部分のとおりである。

裁判官栗山茂、同河村又介の補足意見は次のとおりである。連合国司令官は一九四五年九月一〇日言論及び新聞の自由と題する覚書を発して、日本国政府に対し言論の自由に関しては最少限度の制限を為すべき旨を命じ(第二項)、次いで同月二七日更に新聞及び言論の自由えの追加措置と題する覚書を発して、日本帝国政府は最高司令官の命令による場合の外、新聞あるいはその発行人またはその使用職員等に対し、その如何なる政策ないし意見の発表に関しても、如何なる処罰的行為をも為すことを得ずとし(第四項)、同時に同覚書で日本国政府に対し新聞紙法、国家総動員法、新聞紙等掲載制限令、新聞事業令、言論出版集会結社臨時取締法等の従来の新聞紙に対する諸制限を撤廃せしめたのである(第七項)。これら一連の連合国司令官の指令は、民主々義に則りポツダム宣言の政策の一つである言論および出版の自由(同宣言第一〇項)を確立せしめることを目的としているものであつて日本国憲法二一条の保障と同一精神に出ていること明である。それにもかかわらず、他方において、前記言論および新聞の自由と題する覚書(一九四五年九月一〇日附)は、その第三項において「連合国に対する虚偽又は破壊的批評及び風説は之を論議することを得ず」と規定しており、更に同月一九日連合国の新聞に対する取締方針を一層具体化し、強化するために発せられたと認められる日本新聞規則に関する覚書も、その第三項において「連合国に対する虚偽又は破壊的批評を行わざるべし」と規定している。ところで、これらの規定はポツダム宣言の実現を目的とした連合国の一連の政策とは異なり、専ら占領軍または連合国の利益を擁護することのみを目的としたものであつて、結局において連合国に対する不利益な批評を一切禁止するのと同一に帰し、被占領国たるわが国における言論および出版の自由を不当に制限せんとするものであり、日本国憲法二一条の精神と相容れないものである。それ故、これらの規定は占領下においてこそ日本国憲法にかかわりなくその効力を保持し得たとしても、占領の終了と共に当然違憲の規定としてその効力を失うべき性質のものといわなければならない。されば、昭和二五年政令三二五号は、平和条約発効後においては、前記一九四五年九月一〇日附覚書第三項及びこれと同趣旨の同月一九日附覚書第三項を適用する限りにおいては、これが効力を認めることができないものであるから、本件は原判決後の法令により刑の廃止があつた場合に準ずべきものである。裁判官栗山茂の補足意見は、前記昭和二七年(あ)第六六九号(被告人B)の大法廷判決記載の同裁判官の意見中本件政令三二五号の平和条約発効後の効力に関する部分のとおりである。裁判官河村又介の補足意見は、前記昭和二七年(あ)第二八六八号(被告人A)の大法廷判決記載の同裁判官の補足意見及び前記昭和二七年(あ)第六六九号(被告人B)の大法廷判決記載の同裁判官の補足意見中本件政令三二五号の平和条約発効後の効力に関する部分のとおりである。

裁判官小林俊三の補足意見は次のとおりである。本件被告人は免訴すべきものである。政令第三二五号と平和条約及び昭和二七年法律第八一号との関係について、私のとる意見は、右政令違反に問うところの連合国最高司令官の指令(以下単に指令といい、本件の指令は覚書として発せられているからこの場合は覚書という)の内容が、平和条約成立後現にわが憲法に適合するかどうかによつて法律たる効力があるかないかが定まると解するにあることは、すでに昭和二八年七月二二日言渡の大法廷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(集七巻七号一五六二頁以下)。ところで本件において原判決の支持する第一審判決の判示するところによれば、被告人は、判示のような「連合国に対する破壊的批判をした」記事を掲載したC新聞一部を頒布論議したというのであるから、覚書の内容によつて法律たる効力を定める意見の立場から当然右判決の摘示事実に適用すべき昭和二〇年九月一〇日附同司令官の「言論及び新聞の自由」と題する覚書第三項の「連合国に対する虚偽又は破壊的批評及び風説はこれを論議することを得す」という規定並びに本件第一審判決が本件に適用した、同年九月一九日附同司令官の「新聞規則」と題する覚書第三項の「連合国に対する虚偽又は破壊的批評を行わざるべし」という規定が現にわが憲法に適合するかどうかを考えなければならないのである。そして右各覚書第三項にいう「連合国」は、すでに平和条約成立とともになくなつたのであるから、この関係を現在に置き換えると単なる外国となるのであるが、仮りにその外国がわが国と友交関係に在るとしても、それらの外国に対し「虚偽又は破壊的批評」というような表現により刑罰制裁を附して一般に言論を制限する立法が現にわが憲法上可能であるかどうかが結局本件の問題となるのである。(この判断によつて単なる「風説」の問題は自ら解決されると思うから特に触れない。またわが国と安全保障条約のような関係にある外国は別な考察をすべき面があるからこれを除外する。なお参考としてかかる外国との関係につき昭和二七年(あ)第六六九号同二八年一二月一六日大法廷判決において述べた私の意見をここに引用する。)

(一)そこで順序として覚書にいう「虚偽又は破壊的批評」の「批評」ということを考えてみるに、これは本来全く自由な言論の一形式であつて、それ自体に可罰性ある何ものをも含まないことはもちろんまたいかなる限度方法においても、それ自体を制限することの許されないことは、わが憲法を引くまでもなく近代憲法に通ずる自明の理であろう。覚書の規定は、この本来全く自由な「批評」という言論を「虚偽又は破壊的」という限界のきわめて広い抽象的文字だけで抑えこれを罪とするのであるが、まずこの文言自体からは、適確に構成要件を観念することが困難であるから、その結果としてその解釈は独断専恣に陥り易く国民にとつてきわめて危険である。批評ということが、前示のような本質をもつているから、これを制限しかつ違反する者に刑罰制裁を科するためには、その制限のよつて立つ余程の理由があることを要しかつそれが明確でなければならない。すなわちかかる言論の自由を特に制限して特に守らなければならない公共の福祉はいかなる内容を有するものであるか、またこれに対する言論の限界は最少限度においていかなる線にあるか、さらに目的又は結果についていかなる認識を必要とするか等を能うかぎり明らかにすることを必要とする。これを刑罰法規の面からいえば、言論を制限してこれに反する行為を罪とする法規は、それ自体に、かかる行為に対し保護しようとする法益とこれに対する侵害の態様をできるかぎり明確にし、よつて行為者がこれらの点に関しいかなる主観的意思又は認識を必要とするかを明らかに表示しなければならないのである。このことは言論の自由が民主主義的国家構造の基本の一部を形成する本質的な人権であることから出て来る当然の要請である。なるほど他の見解によれば、「虚偽」とか「破壊的」とかいうだけでそれ自体不正ないし不当の意義を含むのであるから、具体的な特定の行為が社会的危険性又は反道義性ある社会悪として可罰性を認むべきかどうかは、それぞれの行為につき裁判により定められれば足り、刑罰規範としては右のような表現だけで十分であるとの説も考えられないことはない。しかし刑罰法規の一般的抽象的表現にも限度があり、特に言論の自由の一方法である「批評」というようなことは、殺人や強窃盗のごとき自然犯罪とは全く性質を異にするのであるから、これらと同一に論ずることはできない。かえつて現行法中から例をとつてみても、言論に関するかぎり、右覚書の規定のような一般的な不明確な規制をしている法規は見当らない。すなわち「虚偽」という語についていえば、刑法の信用毀損罪(二三三条前段)における「虚偽ノ風説ヲ流布シ」は、よつて「人ノ信用ヲ毀損」するという結果又は危険を生ずることを必要とするのであり、選挙の公正を害する罪(公職選挙法一四八条一項但書及び二二五条の二第一項一号)における新聞紙又は雑誌に「虚偽の事項を記載」することは、これによつて「選挙の公正を害してはならない」のである。その他同法二三四条二三五条に定める言論の規制も、それぞれ定まつた目的を明らかにしている。さらに「破壊的」という語についていえば、成立について多くの論議のあつた破壊活動防止法(以下破防法)というにおいても、その第四条に定める「暴力主義的破壊活動」として言論を罪とする場合は、「せん動」が主たる例であるが(同条一項二号ヌ)、その第二項に「せん動」の意義として、「文書若しくは図画又は言動」により、人に対し「特定の行為を実行させる目的」をもつて「その行為を実行する決意を生ぜしめ又は既に生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与える」という結果を生ずることを必要とする旨の明確な表示をしている。(なおここでは破防法その他ここに引用する特別法の言論に関する諸規定の合憲性については一切触れない。)また主として言論その他の表現による方法と認められる「そそのかす」「あおる」を罪とする国家公務員法九八条五項末段(同一一〇条一七号)の規定も、行為の対象を具体的に明確にしている(地方公務員法三七条一項末段六一条四号参照)。「煽動」という文字を用いている国税犯則取締法も同様にその目的を明確に定めている(二二条)。これらの例から考えてみても、言論を罪とする場合の刑罰法規は、常に侵害の対象となる法益とこれに対する目的又は結果について明確な規制をしていることが解るのであり、また右のように明確な定めをしなければ、言論を罪とすることは許されないという前提に立つものと解されるのである。すなわち本件についていえば、「批評」という言論の対象がわが国と友交関係にある外国であるとしても、単に「虚偽」とか「破壊的」という限界のきわめて不明な抽象的表示のみによりこれに対し刑罰制裁をもつて臨むことは、言論の自由を不当に制限するものであり、憲法二一条に違反するものといわなければならない。

(二)以上に述べるところはまた「虚偽」又は「破壊的」というきわめて広い一般的な表示だけでは罪刑法定主義の原則にも適合しないことの理由としても十分である。

(三)次に一般に指令の内容は当時の連合国又は占領軍の便宜利益のために発せられたものが多いであろうが、それのみでなくわが国の秩序を維持し公共の福祉を増進するために発せられたものも多く存在し、後者に属する指令は、その内容がわが憲法に適合しかつこれを存続せしめる必要を認めるかぎり、わが国が平和条約の成立により独立した後、独自の意思をもつてこれを国法とすることをなんら妨げるものでないことはすでに述べているところである(前示昭和二八年七月二二日大法廷判決参照)。しかるに前示の覚書の条項は、(一)に述べたように批評という言論を制限する規定としてきわめて独断専恣であり国民にとつて著しく危険である点にかんがみるときは、全く当時の連合国又は占領軍の便宜利益のためのみに発したものと解するのほかなく、当時わが国わが国民が課せられていた指令に対する服従義務によつてのみこのような言論に対する刑罰法規の効力を是認することができるのである。すなわち平和条約成立後においては、わが国としてかかる指令の内容をそのまま国法として存続せしめる必要がないのみならず、またかかる言論の制限について憲法上の根拠を欠き、かつ規定自体からいつて罪刑法定主義の要請にも副わざること前示のとおりであつて、この見地から考えても前示覚書の条項のごときは、法律第八一号によつてもわが国法たる効力を与えることはできないといわなければならない。以上の理由により、政令第三二五号は、前記覚書の条項を充足するかぎり平和条約発効とともに失効したのであり、その以後は右条項違反を理由として被告人を処罰することはできないのである。されば本件は原判決後の法令により刑の廃止のあつた場合に準ずべきものと解するを相当とし、被告人を免訴すべきものである。

裁判官田中耕太郎、同斎藤悠輔、同本村善太郎の反対意見は、次のとおりである。職権により調査すると原判決の是認した第一審判決の確定した犯罪事実は、被告人は、連合国最高司令官の昭和二〇年九月一九日附日本新聞規則に関する覚書の趣旨に反し、昭和二六年一月七日頃空知郡a町b所在D寮において、同寮長Eに対し、惨虐死のキヤンプ朝鮮と題し「(前略)負け戦でヤケクソになつたアメリカ帝国主義者共は、朝鮮人という朝鮮人は皆ゲリラと思い、片つぱしから殺し、婦女子を集めてスツパダカにし、爪を抜き、エグリトリ、油をかけて焼殺すなど、至れりつくせりの残虐をつづけている」云々と連合国に対する破壊的批判をした記事を掲載した昭和二六年一月三日附F機関紙C新聞一部を頒布論議し、以つて占領目的に有害な行為をなしたものであるというのである。されば、被告人の所為は、右犯行当時法的に有効に存在した昭和二五年政令三二五号一条、昭和二〇年九月一〇日附連合国最高司令官の「言論及び新聞の自由」と題する覚書三項又は同年九月一九日附同司令官の「新聞規則」と題する覚書三項に違反し、同令二条一項に該当すること明らかであるから、被告人は、同条項所定の処罰を免れないものといわなければならない。そして、刑訴三三七条二号の「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」とは、その明文の示すとおり、犯罪後発布された法令により積極的に既成の刑罰権を放棄したとき、換言すれば、犯罪後特に刑を廃止する旨の国家意思の発現があつたときを指すものであつて、刑罰を規定した法規そのものが単に将来に向つて失効したとき(その失効と同時に既成の刑を廃止する暗黙の国家意思があつたと見られない限りは)をいうものでないこと、とくに、単なる事情の変更又は時間の経過によつて単に将来に向つて失効するに過ぎない、いわゆる限時法的性格の法令は、その失効と同時に刑を廃止する旨の明文がない以上、刑を廃止する暗黙の国家意思の発現があるものといえないものであること、竝びに、本件政令三二五号は、初めから占領中だけ有効に存在する、いわゆる、限時法的性格の法令であつて、しかも、本件犯罪後これが刑罰を廃止する旨の法令が発布されていないこと、ことに、本件覚書の趣旨に反する右政令違反の犯罪につき特に大赦から除外したこと(昭和二七年政令一一七号一条二三号(イ)、(ロ)参照)、昭和二七年法律八一号、同法律一三七号一連の法律は、逆に本件のごとき犯罪の刑罰を特に廃止しない旨の明確な国家意思を表明していると見るべきこと等については、すべて、昭和二七年(あ)二八六八号昭和二八年七月二二日宣告当裁判所大法廷判決中の弁護人上田誠吉の上告趣意第三点についてのわれわれの意見において説明したとおりである。されば、本件については、犯罪後の法令により刑の廃止はないものといわなければならない。裁判官斎藤悠輔の補足意見は、前記昭和二七年(あ)第二八六八号(被告人A)の大法廷判決及び昭和二七年(あ)第六六九号(被告人B)の大法廷判決各記載の同裁判官の補足意見のとおりである。裁判官霜山精一は退官につき評議に関与しない。検察官佐藤藤佐、安平政吉、福原忠男出席

昭和三〇年四月二七日最高裁判所大法廷裁判長、田中耕太郎、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

井上登は退官につき署名押印することができない。

最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁[家屋明渡強制調停]

主文原決定を破棄し、東京地方裁判所がなした昭和二五年九月六日附及び同二三年四月二八日附の決定はいずれもこれを取り消す。本件を東京地方裁判所に差し戻す。

理由

特別抗告人の抗告理由第一章について。

憲法は三二条において、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われないと規定し、八二条において、裁判の対審及び判決は、対審についての同条二項の例外の場合を除き、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。即ち、憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであつて、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従つて、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない。ところで、金銭債務臨時調停法七条一項は、同条所定の場合に、裁判所が一切の事情を斟酌して、調停に代え、利息、期限その他債務関係の変更を命ずる裁判をすることができ、また、その裁判においては、債務の履行その他財産上の給付を命ずることができる旨を定め、同八条は、その裁判の手続は、非訟事件手続法による旨を定めており、そしてこれらの規定は戦時民事特別法一九条二項により借地借家調停法による調停に準用されていた。

　しかし、右戦時民事特別法により準用された金銭債務臨時調停法には現行民事調停法一八条(異議の申立)、一九条(調停不成立等の場合の訴の提起)のような規定を欠き、また、右戦時民事特別法により準用された金銭債務臨時調停法一〇条は、同七条の調停に代わる「裁判確定シタルトキハ其ノ裁判ハ裁判上ノ和解ト同一ノ効力ヲ有ス」ることを規定し、民訴二〇三条は、「和解......ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」る旨を定めているのである。しからば、金銭債務臨時調停法七条の調停に代わる裁判は、これに対し即時抗告の途が認められていたにせよ、その裁判が確定した上は、確定判決と同一の効力をもつこととなるのであつて、結局当事者の意思いかんに拘わらず終局的になされる裁判といわざるを得ず、そしてその裁判は、公開の法廷における対審及び判決によつてなされるものではないのである。よつて、前述した憲法八二条、三二条の法意に照らし、右金銭債務臨時調停法七条の法意を考えてみるに、同条の調停に代わる裁判は、単に既存の債務関係について、利息、期限等を形成的に変更することに関するもの、即ち性質上非訟事件に関するものに限られ、純然たる訴訟事件につき、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときは、これに包含されていないものと解するを相当とするのであつて、同法八条が、右の裁判は「非訟事件手続法ニ依リ之ヲ為ス」と規定したのも、その趣旨にほかならない。これを本件について見るに、本件は、相手方Dが、抗告人E及びFに対して東京区裁判所に昭和二一年一〇月七日提起した同裁判所昭和二一年(ハ)第三八三号家屋明渡請求事件(Fに対する訴は後に有効に取り下げられている。)及び抗告人Eが相手方G、同H、同Iに対して同裁判所に昭和二一年一一月一二日提起した同裁判所昭和二一年(ハ)第四七八号占有回収請求事件(いずれも後に東京地方裁判所に引き継がれた)の各係属中に、東京地方裁判所は職権をもつて各別に戦時民事特別法により、自ら調停により処理する旨を決定したが、右調停が不調となるや、昭和二三年四月二八日同法一八条、金銭債務臨時調停法七条一項、八条の規定により、右両事件を併合して調停に代わる決定をなしたところ、Eは右決定に対し抗告を申し立て、同裁判所が昭和二五年九月六日右決定の一部を変更の上抗告を棄却するに及び、更に東京高等裁判所に再抗告を申し立て、同裁判所が昭和二六年六月五日該抗告を棄却し、これに対し抗告人Eは当裁判所に特別抗告を申し立てたものであることが記録上明らかであり、本件訴は、その請求の趣旨及び原因が第一審決定の摘示するとおりで、家屋明渡及び占有回収に関する純然たる訴訟事件であることは明瞭である。しかるに、このような本件訴に対し、東京地方裁判所及び東京高等裁判所は、いずれも金銭債務臨時調停法七条による調停に代わる裁判をすることを正当としているのであつて、右各裁判所の判断は、同法に違反するものであるばかりでなく、同時に憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れないことは、上来説示したところにより明らかというべく、論旨はこの点において理由あるに帰する。従つて、昭和二四年(ク)第五二号事件につき、同三一年一〇月三一日になされた大法廷の決定(民集一〇巻一〇号一三五五頁以下)は、本決定の限度において変更されたものである。よつて、その余の論旨に対する判断を省略し、民訴四一九条ノ三、四〇七条、三九六条、三八六条、三八九条に従い、裁判官藤田八郎、同入江俊郎、同下飯坂潤夫、同奥野健一、同高木常七の補足意見、裁判官小谷勝重、同池田克、同河村大助の意見及び裁判官田中耕太郎、同島保、同斎藤悠輔、同垂水克己、同高橋潔、同石坂修一の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

裁判官藤田八郎、同入江俊郎、同高木常七の補足意見は次のとおりである。われわれは、次のごとき補足意見を附して多数意見に賛同するものであつて、その基本的な考え方は、本決定により変更されることとなつた昭和二四年(ク)第五二号事件につき、同三一年一〇月三一日になされた大法廷決定に附した裁判官藤田八郎、同入江俊郎の少数意見と趣旨を同じうする。即ち、われわれは、金銭債務臨時調停法七条の調停に代わる裁判は性質上非訟事件に関するものに限られ、純然たる訴訟事件につき事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときは、これに包含されていないものと解するを相当とするとの多数意見は正当であると考えるのであつて、さきに大審院が、たとえ基本たる債権の成立に争ある場合においても、諸般の事情を参酌して、権利関係の存否を確定する趣旨の、調停に代わる裁判をすることができる旨を判示したこと(昭和一八年五月一八日第一民事部決定)は、同条立法の趣旨を逸脱したものであると思うのである。次にわれわれは、金銭債務臨時調停法七条の調停に代わる裁判は、多数意見も引用した同法一〇条及び民訴二〇三条の規定の解釈上、確定判決と同一の効力を有し、いわゆる既判力を有するものであり、その意味において、右調停に代わる裁判が純然たる訴訟事件につきなされたときは、結局当事者の意思いかんに拘わらず終局的になされる裁判となり、憲法八二条、三二条に違反するを免れないと解する。従つて、われわれは、既判力を有しないが故にかかる裁判も違憲でないとの意見には反対である。また、われわれは、既判力を有しないけれども、当該具体的の事件が調停に代わる裁判によつて一応終結することとなつて、当事者が別訴を起すためには更に費用と手数がかかり、その為に損害を蒙むるに至ることもありうべきが故に違憲であるとの見解にも賛同しえない。蓋し、もし既判力を有しないものであるとするならば、裁判所のなした調停に代わる裁判において示された解決方法を甘受しえないとする当事者は、その法律上の争訟を解決して自己の権利、利益の救済を求めるため、更に裁判所に訴を提起し、公開の裁判を受ける権利を依然保有するわけであるから、憲法の前記法条において保障した人権の享有を妨げられることにはならず、右憲法の法条に違反することにはならない。訴訟事件において裁判に不服ある者が、更に裁判所の裁判を求め、公開の法廷における対審、判決を受けることのできる途が、上訴の方法によつてなされるか、または当該具体的事件は一応終結しても、更に別訴を提起することによつてなされるかは、立法政策に委された問題であり、別訴を起すことのため費用と手数を要しまたは損害を蒙むることがありうるとしても、その一事をもつて直ちに憲法に違反するものであるとは断じえない。右いずれの方法によるにせよ、結局において裁判所の裁判を求め、公開の法廷における対審、判決を受けうる途が認められている限りは、憲法の前記法条に違反することにはならぬと解するを正当と考えるのである。裁判官下飯坂潤夫の補足意見は次の如くである。私も多数説と結論において一致するが、その理由とするところは、これといささか異り、本抗告理由第一章の立論を概ね正当とするのである。以下、簡単にその理由を述べたい。相手方Dが、抗告人E及びFに対して東京区裁判所に昭和二一年一〇月七日提起した同裁判所昭和二一年(ハ)第三八三号家屋明渡請求事件(Fに対する訴は後に有効に取下げられている)、及び抗告人Eが相手方G、同H、同Iに対して同裁判所に昭和二一年一一月一二日提起した同裁判所昭和二一年(ハ)第四七八号占有回収事件(いずれも後に東京地方裁判所に引き継がれた)の各係属中に、東京地方裁判所は職権を以て各別に、戦時民事特別法による自己調停に付し、それが不調となるや、昭和二三年四月二八日同法一九条、金銭債務臨時調停法七条一項、八条(なお、戦時民事特別法廃止法律昭和二〇年法律第四六号附則二項参照)の規定に則り右両事件を併合の上、調停に代る決定をなしたところ、Eは右決定に抗告を申立て、同裁判所が昭和二五年九月六日右決定を一部変更の上抗告を棄却するに及び、更に東京高等裁判所に再抗告を申立て、同裁判所が昭和二六年六月五日該抗告を棄却するや、当裁判所に対し特別抗告を申立てたのが、本件である。思うに、本件のように、裁判所が係属中の民事訴訟事件を職権で調停に付することは訴訟経済上好ましいことであり、そしてその手続の下において成立する調停は当事者の合意を前提とする契約に外ならないが故に、契約自由の原則によつて違憲事項を内容とする場合は格別、それ自体違憲とさるべきものでないことはいうまでもない。また、民事調停法一七条にいわゆる調停に代る裁判は同法一八条において当事者又は利害関係人の異議申立によつて、その効力を失うものとされ、当事者の合意を前提としており、右異議申立のない場合は、その合意があつたものとして契約の成立を認めていささかも差支ないのであるから、その限りにおいて、契約自由の原則の支配の下にあるのであつて、これまた違憲を以て遇さるべき筋合のものではない。しかしながら、戦時民事特別法一九条、金銭債務臨時調停法七条一項、八条に則つてなされた前掲のような裁判については、しかく同一に解するを得ないものと考える。そもそも、近代の法治国家においては何人も裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」について国家に対し裁判を求める権利を有する、民事について言えば講学上いわゆる権利保護請求権、あるいは訴権と称せられるものが、これである。そして、ここに裁判とは係争当事者間に具体的事実に即して争われている法律効果の存否についての争を公権的に解決する国家の作用を言い、このような作用をなす国家の機関が裁判所であり、裁判所のみがかかる権能を有する。固有の司法裁判権と称せられるものが正にこれである(憲法七六条一項、二項参照)。憲法三二条は、何人も裁判所において裁判を受ける権利は奪はれないと明定する。その意味するものは広汎であるが、その大事な点は同条が憲法七六条一項、二項と表裏一体を成し、裁判所は前示固有の権能を有すると同時に、固有の意味における裁判をなす職務を有し、従つて、何人も裁判所に出訴して、固有の意味における裁判を受ける権利を侵害されないということである。(このことは刑事訴訟事件において特に切実である。)同条が基本的人権保障の条章とされる所以も実にここにある。従つて、民事訴訟が係属する限り裁判所は固有の意味における裁判をしなくてはならず、それ以外の裁判をしてはならないのである。(されば、本件のような民事訴訟事件について非訟事件手続法による裁判はできないわけである。)そして、この基本的人権の保障との関連において、裁判の公正を担保すべく発達したのが、公開主義、直接主義、口頭主義、自由心証主義等の民事訴訟手続を支配する諸原則であり、憲法はこれら原則に呼応して、第八二条において、裁判所が口頭弁論を経てなす固有の意味の裁判の形式は判決でなければならないものとし、その判決手続は原則として対審でなければならず、また、判決言渡は必ず公開法廷でしなければならないものと規定しているのである。なお、附言するが、固有の司法裁判権の対象となるのは、前示にいわゆる「法律上の争訟」である。ここに法律上の争訟とは法の適用上権利義務又は法律関係が相反する関係において対立していることを意味する。従つて、実体法上の権利義務が定められておらず、裁判によつて、あらたに権利又は法律関係が形成される場合は法律上の争訟に属せず、いわゆる非訟事件である。そしてこの場合に裁判所のなす裁判は固有の意味の裁判ではないのであつてこの裁判に関しては公開主義、直接主義、口頭主義は行われない。してみれば、本件民事訴訟事件において、戦時民事特別法一九条、金銭債務臨時調停法七条一項、八条に則つて調停に代る裁判として、東京地方裁判所が昭和二三年四月二八日になした前掲決定及びこれを抗告審として一部変更の上支持して同裁判所が昭和二五年九月六日になした前掲決定及びこれを再抗告審として支持して東京高等裁判所が昭和二六年六月五日になした前掲決定は、いずれも前示憲法の条章に牴触するものというの外なく、結局違憲無効のものと言わざるを得ない。従つて、論旨は結局理由あるに帰し、原決定は破棄され、かつ前掲東京地方裁判所の各決定は取消を免れないものと認める次第なのである。

裁判官奥野健一の補足意見は、次のとおりである。金銭債務臨時調停法七条は、調停不成立の場合に、裁判所は調停に代わる裁判、いわゆる強制調停の裁判をなし得ることを規定している。しかし、この規定は、基本たる債務関係の存在については当事者間に争がない場合において、その債務の条件である利息、期限等について裁判所が変更を命ずる裁判をなし得ることを定めたものであつて、基本たる債務関係の存否について根本的に争がある場合とか、また、利息、期限などの債務条件以外の基本たる債務関係についてその変更を命ずることは同規定の予想しないところであり、同条によつては許されない趣旨であると解するのが相当である。けだし、このことは、同条が「債務関係ノ変更ヲ命ズル」とあることより、既に基本たる債務関係の存在することを前提とするものであることが窺われ、また、変更を命ずる裁判の対象は「利息、期限其ノ他債務関係」であつて、利息、期限に準ずる債務条件についてなすものであることを推知することができるからである。若し、これに反し、基本たる債務関係の存在について当事者間に争があるにもかかわらず、裁判所が本条によつて基本的債務関係につき、その存在を認容したり、または、否定したり、これを変更したりすることができるものとすれば、たとえ、裁判所が「当事者双方ノ利益ヲ衡平ニ考慮シ」「一切ノ事情ヲ斟酌シテ」裁判するとしても、それは、結局法律によらずして、裁判所が一種の裁量によつて基本たる法律関係の創設、消滅、変更を行うものであつて、かかることは、最早司法権の行使とはいいえず、旧憲法時代といえども、かかる立法は許されなかつた筈である。(この意味において、大審院がたとえ、基本たる債権の成立に争ある場合においても、諸般の事情を参酌して、権利関係の存在を確定する趣旨の「調停に代る裁判」をすることができる旨判示した昭和一八年五月一八日の決定には賛同できない。)そして、右金銭債務臨時調停法七条の規定が、借地借家調停法に依る調停に準用される場合においても、借地・借家の基本的法律関係については、当事者間に争のない場合において、賃料等の債務条件についてのみ、その変更を命ずる裁判をなしうるものと解するを相当とする。しかるに、本件においては、基本たる賃貸借関係の存否について当事者間に争があるにかかわらず、第一、二審の決定の示すとおり、一方の当事者に対し、既になした解約申入を撤回せしめ、他方の当事者に対しては賃貸借契約が解除せられたことに合意せしめて家屋の明渡を命ずるほか損害賠償請求権、共同使用による費用負担関係、賃料供託の適法なることの承認など各種の条項を定めておるのであつて、かかる裁判は金銭債務臨時調停法七条の裁判によつては許されないものというべく、かかる基本的な賃貸借関係の存否について判断せんとするならば、よろしく、強制調停によることなく、訴訟を進行せしめ憲法八二条により公開法廷において審理、判決を行うべきものである。しかるに、この挙に出でなかつた原決定並びに東京地方裁判所がなした昭和二五年九月六日および同二三年四月二八日の各決定並びにこれを是認した原決定は、違憲として破棄を免れない。私はこの趣旨において多数意見に同調する。

裁判官小谷勝重の意見は次のとおりである。わたくしは主文には同調するが、理由については次のとおりの異見を有する。多数意見は、戦時民事特別法に準用する金銭債務臨時調停法七条のいわゆる調停裁判は、利息または期限等を形成的に変更することに関するもの、即ち性質上非訟事件に関するものに限られると、判示するけれども、金調法七条一項は「調停ニ代へ利息、期限其ノ他債務関係ノ変更ヲ命ズルコトヲ得」と規定するところであつて、同条の決定裁判の目的を利息または期限等に限定しておるものとは到底解せられず、広く当該債務関係全般についての変更裁判を規定しているものと解する。ただその変更は同条の規定する如く「衡平ニ考慮シ......其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シ」て為さるべきものである。次に多数意見は利息または期限等の変更裁判はその本質非訟事件であるが如く判示するのであるが、この点わたくしには到定首肯し難い。なるほど利息は元本に従属的なものではあるけれども、一旦利息債権として発生すると、元本債権とは独立した権利関係に立つものであり、これが訴求は一般の民事訴訟の目的となるものであつて、非訟事件手続による審判の目的となるものでないことは多言を要しないからである。このことは利息債権だけを訴求する案件の場合を考えれば明らかである。また期限に関しても同様である。すなわち期限について当事者間に争いがあり、その確定を求める訴の場合を考えれば同様に理解できる。これを要するにわたくしは、金調法七条の調停裁判の目的物は、債務関係のすべてについてであると解釈するを正当と考える。さればこそ、同条は同法一〇条、民訴二〇三条の規定との関係において憲法三二条、八二条に違反する無効の規定とわたくしは断ずるのである。以上の外、わたくしの意見として、昭和二四年(ク)第五二号同三一年一〇月三一日大法廷決定に附したわたくしの「反対意見」(判例集一〇巻一〇号民事一三六三頁以下)を、本件にそのままそれを引用する。

裁判官池田克の意見は、次のとおりである。自分は、本件と同種の事件(昭和二四年(ク)第五二号調停に代わる裁判に対する抗告申立棄却決定に対する特別抗告事件)についてなされた昭和三一年一〇月三一日の大法廷決定中に基本的な意見を述べておいたところであり、今日もなお、同一の意見を持続しているので、本件についても、もとより多数意見と結論を同じくする。ただ、多数意見と理由を異にするのは、金銭債務臨時調停法七条は多数意見のように制限的な趣旨には解されないこと、従つて、同法条を借地借家調停法による調停に準用するものとした戦時民事特別法一九条を違憲と解する点である。そしてこの点については、河村大助裁判官の意見に同調するものである。

裁判官河村大助の意見は、次のとおりである。わたくしは、多数意見に同調するものであるが、ただ、その理由について若干異見を有するから、次にこれを述べる。憲法三二条は国民の基本的人権の擁護について平等かつ完全な手段を保障しているものであつて、裁判所によつて裁判されるなら非訟事件手続その他如何なる手続によるも問わないというような内容のない保障と解すべきでなく、同法八二条と相まつて厳格なる意味における司法権の作用としてなされる裁判を念頭において規定されたものと解するを相当とする。すなわち、刑事については、起訴されると被告人として裁判を受けること、民事については具体的紛争につき自ら裁判所へ訴を提起する自由を有すること及びその審理と裁判は公開の法廷において行われる対審(口頭弁論)及び判決によつて公権的な判断を求め得ることを意味するものであり、国民のかかる裁判を受ける権利はこれを奪うことができないものとして保障しているものと解すべきである。従つて憲法の保障する公開の法廷において対審判決により公権的な判断作用をなすべきところの訴訟事件を、かかる厳格な手続によらない密行、簡易な非訟事件手続の裁判で結末をつけることは憲法の許さないところである、況んや適法に係属した訴訟事件を裁判所の職権で非訟事件手続に移し、非訟事件裁判で終結するが如きことは、当事者から不当に「裁判を受ける権利」を奪うことになり、憲法三二条に違反するものと解する。しかるに本件で問題の戦時民事特別法(以下特別法と略称する)は借地借家の紛争につき係属中の民事訴訟事件を裁判所の職権で調停に付し(特別法一六条、一九条一項)これに特別法一九条二項により準用する金銭債務臨時調停法(以下金調法と略称する)七条一項を適用して調停に代る裁判を行うものであるから、その裁判が既判力を有すると否とに拘らず右は民事訴訟事件として当事者の裁判を受ける権利を奪う結果となり、さきに述べた理由により憲法三二条に違反するものといわなければならない。この点につき、多数意見は、借地借家の調停に準用される金調法一〇条は、同七条一項の調停に代る裁判が確定したときは、その裁判は裁判上の和解と同一の効力を有すと規定し、民訴二〇三条が裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有する旨を定めているから、本件調停に代る裁判も確定したときは、確定判決と同一の効力をもち終局的になされた裁判となることを理由として違憲であると判断している、その趣旨とするところ必らずしも明らかでないが要するに右裁判は既判力を有し、当事者は再び訴を提起して争うことができないことを根拠としているものの如く解せられる。しかし、わたくしは、前述の如く当事者が公開の法廷において、対審判決を求める権利を行使しているのに、裁判所が職権で調停に付し、(調停に付すること自体は違法ではない)更にこれを非訟事件裁判でその紛争を解決すること自体が、当事者の「裁判を受ける権利」の剥奪であると解するから、その裁判がたとえ既判力を有しないとの説に従うも、前記結論に影響がないことは後述するとおりである。元来裁判上の和解に既判力を認むべきか否かは争いの存するところであるが、ここにはその検討を省き結論として、わたくしは判決に既判力を認むる所以の根拠を、訴訟事件について厳格な手続の下に行われる公権的判断の権威の保持にありと解するから、かかる判断作用を内容としない和解には既判力を認むべきではないとの説に賛成するものである。従つて裁判上の和解と同一の効力を認められるに過ぎない調停に代る裁判についてもまた既判力を有しないものと解するの外はないと考える。そこで既判力がないとすれば当該非訟事件の裁判の内容が到底承服出来ないとする当事者はその法律上の争訟を解決するため再び訴を提起する自由を有するから、該非訟事件裁判を目して「裁判を受ける権利」を奪われたことにならないと言えるかどうかの問題を生ずる。なるほど再訴が出来るから訴の自由は終局的には失つていないとの形式論はなりたつ、しかし、当事者が新たに訴を起すためには多額の費用と手数がかかるという大きな犠牲を払うことに思いを致さなければならないし、ことに経済的弱者にとつては新訴の提起が如何に至難であるかはわが国においては顕著な事実であろう。すなわち、かような当事者の犠牲は既に適法に提起された訴により対審判決を受ける権利を拒否されたために生ずる不当の結果であつて、当事者がこれを甘受しなければならない道理はない。また調停に代る裁判は既判力がないにしても、その内容に給付を命ずる裁判を含む場合(本件はこれに当る)は所謂債務名義となつて執行力を有することは、いうをまたないところであるから、当事者は、その執行により回復すべからざる損害を生ずることも、またあり得るところである、すなわち当事者の立場からすれば、叙上のような当事者の受ける不利益乃至損害は、民事訴訟事件を非訟事件裁判に移行した結果生ずるものであるといえよう。従つて、右非訟事件裁判に既判力を認めなければ、当事者の「裁判を受ける権利」を奪うことにならないとの説には到底賛同できない。なお、多数意見によれば金調法七条は単に既存債務につき利息、期限等の権利関係を変更するものに限られ、訴訟事件につき事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定する裁判のごときはこれに包含されないものと解しているが、同条を準用する前示特別法は、借地借家の紛争(借地借家調停法一条、二条参照)につき現に係属する訴訟事件の解決に同条を準用しているのであるから、同条は訴訟事件につき紛争の内容たる権利義務の存否を確定することをも当然包含せしむる趣旨と解するの外はない、蓋し争いある法律関係の解決を含ませないような制限解釈をとるときは借地借家の紛争につき同条を準用した意義がないことになるであろう。すなわち、準用法条は右のような性質をもつ規定であるが故に違憲と解する。(多数意見は右法条を違憲と見ず、単に原裁判のみを違憲と解している。)以上の理由により金銭債務臨時調停法七条一項を借地借家調停法の調停に準用する戦時民事特別法一九条二項の規定は憲法三二条、同八二条に違反し従つて右法条に基いて為された裁判も違憲無効であると解する。

裁判官島保、同石坂修一の反対意見は、次のとおりである。憲法は、法律上の争訟につき、何人も司法裁判所の裁判によりその解決を受け得べき権利を有すること、しかもその裁判の対審及び判決は公開の法廷で行わるべきことを保障しており、また借地借家の調停に準用せられる金銭債務臨時調停法一〇条は、同七条の調停に代わる「裁判確定シタルトキハ其ノ裁判ハ裁判上ノ和解ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定し、民訴二〇三条は「和解......ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」る旨定めている。しかし、ここに「確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」というのは、事件につき単に訴訟終了の効果と執行力とを生ずることを認めたに止まり、既判力まで生ずることを認めたものではないと解すべきである。けだし、訴訟上の和解も当事者の行為としてその効力等の点に関しては実体私法の適用を受けるのであり、それ自体無効なりや否やの争を生ずる余地があるのであるから(例えば、訴訟上の和解の内容に要素の錯誤があつたことを主張して、その和解の無効であることを訴を提起して争い得ることは、一般に認容されているが、このことは訴訟上の和解に既判力がないことを前提としているものである)、これを当事者間の紛争を終局的に解決する目的でなされる司法裁判所の判決と同視して訴訟上の和解にまでも既判力を認めることは、その性質にそわないものである。のみならず、すでに当事者間に訴訟物たる権利関係について和解が締結されその争がやめられ、民法六九六条所定のいわゆる形成力を生ずべき事態に立ち到つた以上、その限度においてはもはや法律上の争訟は存在せず、従つて裁判による争訟解決の必要もなく、むしろ訴訟は終了したものとするのが相当である。そして以後、当事者は自ら定めたところに従つてその生活関係を規律してゆけば足りるのであり、その実効を確保するためには執行力を認めることで必要にして十分であるからである。それ故、調停に代わる裁判が確定しても、ただ事件終了の効果と執行力とを生ずるだけで既判力まで生ずるものではない。元来、調停に代わる裁判は、当事者間に調停の成立しなかつた場合、裁判所が諸般の事情にかんがみ相当と認められる紛争解決の方法を当事者に指示し、これを実行に移すべきことを要請するものにほかならないのである。従つて裁判所によつて指示せられたかかる解決方法を甘受し得ないとする当事者は、その法律上の争訟を解決するためさらに訴を提起し、公開の対審判決を受け得る権利を有するのであつて、かかる権能までをも終局的に排除されるものではない。されば、調停に代わる裁判が憲法三二条、八二条に違反するとする多数意見には、われわれは賛同することができないのである。

裁判官斎藤悠輔の反対意見は、次のとおりである。憲法三二条は、何人も裁判所、すなわち、憲法七八条によつて保障された同法七九条、八〇条所定の裁判官によつて構成される同法七六条一項の裁判所でない機関によつて、裁判されることのないことを保障した規定であつて、法律専門家のいわゆる争訟を常にいわゆる訴訟手続をもつて処理すべくいわゆる非訟手続をもつて処理してはならないか、もしくは、その裁判を公開による判決をもつてするか非公開の決定または命令をもつてしてもよいか等の裁判手続上の制限を規定したものではない。現に憲法七六条でさえその二項において同法三二条の本来の裁判所でない行政機関による裁判を行う場合のあることをも認めているのである。されば、ある争訟を民事調停に付し、これを一定の条件の下に前示のごとき身分保障のある裁判官によつて構成される裁判所の決定をもつて裁判し、しかもこれをもつて終審とせず、さらにこれに対し抗告または特別抗告を許すがごとき制度を設けるか否かは、純然たる立法問題であつて、かかる制度を設けることは、現時の社会状勢、訴訟の遅延等の現状に鑑み、毫も憲法三二条に反しないのはもちろん、むしろ、憲法七六条二項の精神にも適合し、奨励すべきことと考える。その他詳細な法律論については、すべて昭和二四年(ク)五二号同三一年一〇月三一日大法廷決定(民事判例集一〇巻一〇号一三五五頁以下)における多数説を援用する。裁判官田中耕太郎、同高橋潔は、裁判官斎藤悠輔の右反対意見に同調する。

裁判官垂永克己の反対意見は次のとおりである。私は、(一)憲法三二条、八二条に関して「裁判」ということを後記のように考えるので、この点については多数意見に賛成である。しかし、(二)金銭債務臨時調停法にいう「調停に代わる裁判」が確定しても既判力は生じないので、これに承服できないとする当事者はその事件についてさらに訴を起こし公開の対審および判決を受ける権利を有するから、かような調停に代わる裁判、従つて本件の調停に代わる決定は憲法の右両条に違反するとはいえない。この点で私は島、石坂両裁判官の反対意見に同調する。この点から、本件特別抗告を棄却すべきである。以上(一)、(二)の私の意見はすでに昭和二四年(オ)一八二号同三三年三月五日大法廷判決(集一二巻三号三八一頁)で示した私の少数意見と同趣旨のものであるが、(一)について従前のものにいくらかを附加して私の意見を次にのべたい。

(1)固有の意味の裁判固有の意味で裁判とは権利に関する争議について法の定める手続に従い法を適用して判定することをいう。すなわち、法上の権利の存否およびその範囲について争議があるときこれに対して法の定める手続に従いつつ法に照らして権利の存否、範囲を確定することであつて、刑事では、ある特定の人(被告人)に対して国が刑罰請求権を有するかどうか、有するとすればその範囲如何を確定することである。近代憲法の下では、刑事でも、請求に基いてのみ、当事者訴訟の形をとつてこの確定が行われるのを一般とする。また固有の意味の裁判とは権利争議の目的物となつている具体的事実(事件)に法を適用して判定を下すこと(司法)であるといつてもよい。固有の意味の裁判は、広い意味の法(条理、正義人道、衡平などと呼ばれる規範を含む)に照らして、しかも場合によりかなり自由な解釈をして判定を下すものではあるが、それでも結局は客観的な、憲法および法にのみ拘束された、権利存否の法律的判定であつて、特定の事実から発生する権利義務の内容は法によつて一定し、裁判する国家機関である裁判所がこれを増減変更することができないのを大原則とする。例えば、当該契約と法に照らせば買主は代金五万円を支払はねばならない場合には、裁判所は五万円の支払を命ずる裁判だけをしなければならない。裁判所は裁量によりもつと多額もしくは少額の支払、あるいは、支払に代えて他の物の引渡や労務や謝罪を命ずることはできない。仮りに、法律によつて、裁判所に右のような変更裁判をする権限を与えても、それはもはや権利争議に対して法律的判定を下す固有の意味の裁判ではない。(金銭債務について利息、期限のみに関して権利の争がある場合でも変更裁判を許す立法は違憲であろう。)憲法三二条にいう「裁判を受ける権利」とは本来かような固有の意味の裁判を原告として又は被告として受ける権利を指す。けだし、権利についての争議(法律上の争訟)が裁判所に持ち込まれた場合に、もし、裁判所が当事者の意思に反しても、かような裁判を避け法の適用から離れて自ら衡平適正と考えるところに従い権利関係の変更を命ずる裁量的措置(司法的行政処分)を命じて争訟の有権的解決を遂げうるものとするならば、予め実体法で定められた人の権利義務は裁判によつて不測の(当事者も実体法もが予測しなかつた)強権的変更を受ける虞が常に存することとなろう。例えば、ある具体的の売買による売主と買主の権利義務はその契約と民法とによつて定まる。当事者はこれによつて、自分はこれだけの権利がありこれだけの義務しかないと考えてお互の生活関係であるこの売買を取り決めたのに、一朝争が起つて裁判になると、事情は一変し、裁判所は右契約の成立と当事者一方の不履行を認めながら、当事者の契約上の意思を無視して前例のような権利義務変更の裁判をすることができるとすれば、当事者は裁判によつてどんな目に遭うかも知れず、契約も法律も頼りにならない。これでは、権利者は法が認めて裁判と強制執行をもつて保障しようとする権利の満足をえられなくなり、従つてこの保障が失われた権利は権利たるの実を失い、その結果、広く権利の正しい強制力、法の権威、ひいて社会生活の安固が害される虞を生ずること明らかである。これでは憲法と法律によつて生じた現実の権利を裁判によつて保障しようとする憲法の仕組は意味を失い、専断裁判が法の支配をおしのけるであろう。かような社会状態を是認することは裁判の本質と作用の否定、三権分立制の否定でしかない。だから、何人も固有の意味の裁判を受ける権利を奪われないものとすることは個人のためにも国家国民のためにも最も大切な三権分立制国家組織の柱石をなす事柄であり、かような裁判こそわが裁判所から奪うことのできない不可欠の権限、至高の使命であるといわねばならない。すなわち、国民は権利を侵害されたと考える場合に原告としても、又訴えられた被告としても、自分が欲するかぎり、固有の意味の裁判を受ける権利を奪われないというのが憲法三二条の第一義である。そしてこの裁判の基礎たる本格的審理としての対論は、当事者が欲するかぎり一度は公開法廷でそれが行われなければならない、その裁判(判決)の宣告も公開法廷でされなければならないと憲法八二条はいうのである。債務者の言い分を聞かないで発する非公開の支払命令や被告人を検察官と対審しないでする略式命令などに対し、公開の対審判決を求める途を封ずるなら違憲なこと勿論である。

(2)実質上行政たる性質の裁判法が固有の意味の裁判以外に実質上行政に属する行為を裁判所にさせ、これをも裁判として扱うことは、それが合理的で事柄の性質上三権分立制の本義を失わせるものでないかぎり憲法に違反するものでないと解する。法定の場合に裁判所がする不在者の財産管理処分、夫婦間の協力扶助に関する処分、会社更生法による更生手続決定のような、要するに私法上の生活関係に対する国の直接的後見行為たる非訟事件の裁判、あるいは、非行少年に対する保護処分裁判、又は起訴前の勾留状の発付等の強制処分の裁判等がそれである。これらの行為(司法的行政処分)を裁判所に、裁判の形で、固有の意味の裁判に準ずる手続でさせることは裁判所が法の適用を司る独立公正な判断をするに適した裁判官と機構を持つことに鑑み適切なことであつて、これを広義の裁判として扱うことは適当であることが少くない。かような司法的行政処分も立法によつて裁判とされた以上、裁判官は独立して法と良心に従いこの裁判をしなけけばならない。この場合にも、誰でもこの裁判を受ける権利を奪われないが、それはこの立法によつて裁判請求権が発生し、その結果憲法三二条の裁判請求権の保障を受けるにすぎない。かような司法行政処分的裁判をさせる立法を廃しても、別段憲法三二条に違反しない。また、かような司法行政処分的裁判は性質上必ずしも対審や公開を要するものではない。例えば、会社更生法を廃して裁判所に更生手続決定をさせなくしても違憲ではないが、過失による少額の損害賠償訴訟を許さないとし、あるいはこれについて変更裁判ができるとする立法は違憲であろう。

(3)対論権利争議について裁判するには裁判所は争議内容を理解しなければならない。当事者は裁判所に対しどんな裁判を欲するかを申立てこれを正当とする事実および法律上の理由を主張し、立証し、意見を述べることができるようにすることが最も優れた裁判制度である。当事者双方が裁判所に対し互いにある裁判を申立て、その理由を主張し、立証し意見を述べあうことが対論である。対論は攻撃と防禦であり、鎌倉時代のように、書面の交互提出によつてもできないことはない(例えば保釈願とこれに対する検察官の意見書とにより裁判所が保釈許否の決定をする如き)けれども、最も重要な段階(本格的全面的本審)では、裁判官が親しく当事者双方の言いぶん(要求、事実および法律上の主張、意見の陳述)と証言に耳を傾け証拠を目撃することこそ、裁判官が事実および法律の点について公平に、あらゆる角度から観察し、啓発され、理解し、検討し、真実と法(正義)を発見するのに比類なく優れた方法であることは人類多年の経験によつて今や明らかとなつたところであるから、重要な対論は口頭でするよう法律が規定することを憲法八二条は予定するのであつて、同条にいう対審とは口頭による当事者双方の対論すなわち口頭弁論を指すのである。当事者双方の権利の争議は裁判官が眼で見、耳を傾けるところで口頭弁論の方法で行われ、口頭弁論とこれに基く本格的裁判(判決)は国民に公開され(裁判は口頭で言い渡され)なければならない。明治以前や大革命前のフランスのような秘密・書面審理主義は排される。これによつてこそ、裁判が片言によらず、公明正大に、過誤が少くなされることが担保され、当事者は固より、国民はどんな事件がどんな証拠によりどんな法律的理由で裁判されたかを知ることができる。これが憲法三二条、八二条の精神である。

(4)裁判の各種固有の意味の裁判がなされる前に、裁判所又は裁判官によつて不合理でない前手続が行われることを法律ないし裁判所規則で定めることを憲法は否定しない。また、固有の意味の裁判も最高裁判所を終審として数個の審級で行われることを憲法は認め、各審級での裁判所の権限、裁判手続も法律ないし裁判所規則の定めるところに任せている。裁判の執行の段階に裁判所又は裁判官が判断や措置をすることも同様であると解される。そこで、裁判官は前手続で忌避の裁判、口頭弁論準備や訴訟指揮の上の種々の裁判をしなければ固有の意味の裁判手続は進められない。これら種々の裁判を一々対審公開手続でしなければならない合理的理由はない。又、支払命令、略式命令を非対審非公開でしても、これに不服な当事者のために対審公開の判決手続の途が確保されており、これら命令に異存のない当事者だけを拘束するようになつている限りこれらの命令は違憲ではない。裁判を受ける権利は合理的理由がある場合には法律でこれを制限もしくは否定することができる。死人に対する有罪判決を求める公訴、確定判決のあつた民・刑事件に対する再度の訴に対し、裁判所は「裁判(固有の意味の本案裁判)をしない」という裁判をすることができる旨立法し、訴や上訴の趣旨を明確にするため訴状、上訴状の書式要件を定め、早期に法律関係を裁判する必要ある事件について出訴期間を、又、訴訟促進の必要から一般上訴の期間を定める法規を制定し、これに違反する訴や上訴に対しては公開対審手続によらないでこれを却下する裁判をしこれに対する固有の意味の裁判を拒否することにしても違憲ではない。また、始審と終審との間に控訴審を設けるか否か、また各審級の裁判所の権限を如何にするかは立法に任された部分が広いので、上訴審では事実点又は法律点について一定の重要な事項に関してのみ判決し、左様でない事項については、すでに下級審で事実および法律の点につき公開対審の手続で判決している以上、もはや審判を公開しないで上訴を棄却する、という立法をしても違憲ではない。わが最高裁判所は弁論を開かないで判決を言い渡す場合が少くないが、不適法なもしくは明らかに失当な理由による上訴を棄却するのに必ずしも公開の対審判決を要しないとする立法もおおむね違憲ではあるまい。あるいは、境界確定の訴において、その甲地の所有者の立証によつても乙地の所有者の立証によつても境界が不明であるような場合には、原告となつた方が甲でも乙でも敗訴するに決まつているから、権利の存否およびその範囲に関する両者の争議は、裁判所が何とか特別の裁判をしなければ永久に解決しないであろう。かような場合には裁判所が当事者双方の主張の範囲内で、その提出した事実、証拠その他裁判所が知つた事情により当事者双方の申立に拘束されないで真実と認める線を境界線と定める判決をすることができる、とする立法は、裁判所に係争の権利を不合理に変更する裁判をする権限を与えた違憲のものだとはいえないのである。本件「調停に代わる裁判」に抗告という上訴を許しても、抗告審で公開対審をしないで決定し、この決定に既判力を認めるなら憲法三二条のいう「裁判を受ける権利」は奪われたものというしかない。

昭和三五年七月六日

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〔第三者所有物没収事件〕

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。

2 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁〔第三者所有物没収事件〕

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〔第三者所有物没収事件〕

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〔第三者所有物没収事件〕

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40年4月28日刑集19巻3号203頁〔第三者収賄追徴事件〕

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。

裁判官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

1 最大判昭和23年7月19日刑集2巻6号944頁(不当長期拘禁後の自白)

主文原判決及び第二審判決を破毀する。本件を甲府地方裁判所に差戻す。

理由

弁護人渡辺綱雄、同尾山万次郎の上告趣意について

本件事案の内容は、被害者Aが、昭和二十二年一月七日午後五時五十分頃、山梨県北巨摩郡a村bc番地B食肉店の軒先に、自転車を置いて、店内で主人のC等と雑談していた間に、その自転車のハンドルに吊しておいた白木綿製肩掛鞄一個(現金千五百円、D銀行E支店預金通帳一冊、黒皮二ツ折札入レ一個、木綿黒足袋一足及びニユーム製飯盒一個在中)を何者かに窃取せられた。一方、被告人は、それからわづか十分位たつた同日午後六時頃、そこから、五町と離れていない同所d番地ラジオ商F方で、そこの家人と対談中、盗難に気が付いて、すぐに犯人捜索に出かけて被告人の跡を、途中から追跡して来たCの密告によつて、そこえ出かけて来た警察官に調べられたところ、被告人の所持品の中から、右金品そつくり在中のまゝの肩掛鞄が発見せられたという事案である。そこで、被告人はその時以来警察署に同行せられ、同月十六日検事の強制処分の請求に基いて翌日勾留せられ、同月二十五日被告人に対する右の窃盗被告事件として甲府区裁判所に公判請求、同公判は二月二十七日、三月二十日と二回開かれたが、被告人は当初以来、本件犯行の否認をつゞけ、自分はその日午後六時頃、同村bG商店前通りで二十歳から二十五歳まで位の一人の陸軍払下ようの外套を着た一面識もない通りがゝりの青年から、汽車賃に困つているから買つてくれといわれて、そのいい値のまゝに金三十円で問題の鞄を買取つたものであると弁解しているのである。そこで甲府区裁判所は第二回公判期日に証人として前記Cを訊問した後、三月二十五日被告人に対し有罪の判決を宣告し、被告人は之に対して控訴の申立をなし、第二審甲府地方裁判所では、同年五月五日第一回公判を開いて被告人を訊問したところ、被告人は初めて逐一本件の公訴事実を自白した。これより先き、被告人の弁護人から、保釈の申請が出ていたが、同裁判所は同日結審すると共に、保釈の決定をした。被告人は実に前後、百九日にわたる拘禁の後に釈放せられ、次で同裁判所は同月十二日右被告人の自白を証拠にとつて、被告人に対して有罪の判決をした。以上が記録の上で認められる大略本件事案の内容と経過である。この内容と経過から考えて、本件被告人に対する拘禁は、弁護人の主張するように、果して不当に長いものというべきであるか、どうかを考察する。本件犯罪の内容は前述べた通りで、事実は単純であり、数は一回、被害者も被疑者も各々一人で、被害金品は全部被害後直ちに回復せられて、現に証拠品として押収せられている。ほとんど、現行犯事件といつてもよいほどの事件で、被告人の弁解も終始一貫している。被告人が果して、本件窃盗の真犯人であるか、どうかはしばらくおいて、事件の筋としては、極めて簡単である。被告人が勾留を釈かれたからといつて、特に罪証湮滅のおそれのある事件とも考えられない。又、被告人は肩書のように、一定の住居と生業とを有し、その住居には、母及び妻子の六人の家族があり、尚、相当の資産をもつていることは、記録の上で十分にうかがわれる。年齢も既に四十六歳である。かような情況から考えて、被告人が逃亡する危険もまづないと考えなければならぬ。とすれば、ほかに、特段の事情のうかがわれない事件においては、被告人に対して、あれ程長く拘禁しておかなければならぬ必要は、どこにもないのではないか。たゞ、被告人が犯行を否認しているばかりに、――言葉をかえていえば、被告人に自白を強要せんがために、勾留をつゞけたものと批難せられても、弁解の辞に苦しむのではなからうか。以上、各般の事情を綜合して、本件の拘禁は、不当に長い拘禁であると、断ぜざるを得ない。しかして、第二審裁判所が、この拘禁の後に、はじめてした被告人の自白を証拠として、被告人に対し、有罪の判決をしたことは、前に述べたとおりであるが、不当に長い拘禁の後の自白を証拠にとることは、憲法第三十八条第二項の厳に禁ずるところである。従つて、かゝる不当に長い拘禁後の自白を有罪の証拠とした第二審の判決及びこれを是認した原判決は、共に憲法第三十八条第二項に違反した違法がある。従つて論旨は理由がある。本件再上告は、憲法違反を理由とするものであるから、再上告として適法であることは当裁判所の示すところである。(当裁判所昭和二二年(れ)第一八八号事件、昭和二三年七月七日判決参照)よつて、裁判所法第十条第一号刑事訴訟法第四百四十七条、第四百四十八条ノ二第一項にしたがい、主文のとおり判決する。右は、齋藤裁判官を除く裁判官全員の一致した意見である。

裁判官齋藤悠輔の本件に対する意見は次のとおりである。憲法第八一条並びに刑訴応急措置法第十七条にいわゆる「処分」は行政処分就中法律、命令又は規則に準ずべき一般処分を指し、裁判その他司法裁判所の行為就中個々の訴訟行為たる司法処分をいうものでないと解すべきである。(なお昭和二二年(れ)第一八八号事件に対する判決反対理由参照)従つて本件の原上告判決における判断は法定事項の合憲性に関するものと言い得ないから本件再上告は不適法たるを免れない。

検察官下秀雄関与

昭和二十三年七月十九日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官三淵忠彦裁判官塚崎直義、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、齋藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介

庄野理一は退官につき署名捺印することが出来ない。

2 最大判昭和25年7月12日刑集4巻7号1298頁(公判廷における自白と補強証拠)

主文原判決を破棄する。本件を東京高等裁判所に差戻す。

理由

弁護人下光軍二上告趣意第二点一について。

原判決は、判示第一の事実を認定するに当り、(一)第一審公判調書中の被告人の供述記載と(二)被告人に対する司法警察官の尋問調書中の供述記載を証拠として採つている。当該判決裁判所の公判廷における被告人の自白は、憲法三八条三項にいわゆる「本人の自白」に含まれないことは判例の示すとおりである(昭和二三年(れ)一六八号、同年七月二九日大法廷判決、判例集二巻九号一〇一四頁)。しかしながら、第一審の公判廷における被告人の供述は、これと異り前記「本人の自白」に含まれるから、独立して完全な証拠能力を有しないので、有罪を認定するには他の補強証拠を必要とするのである。しかるに、本件においてはこれと司法警察官に対する被告人の供述記載(これも補強証拠を要する)とによつて有罪を認定している。かように、互に補強証拠を要する同一被告人の供述を幾ら集めてみたところで所詮有罪を認定するわけにはいかない道理である。それ故に、原判決には所論の違法があり、論旨は結局理由があつて破棄すべきである。従つて、他の上告趣意に対しては判断を加えない。よつて、旧刑訴四四七条、四四八条ノ二、一項に従い、主文のとおり判決する。この判決は裁判官斎藤悠輔の反対意見(前掲判決一〇一八頁以下参照)を除くの外裁判官全員一致の意見である。

検察官十蔵寺宗雄関与

昭和二五年七月一二日最高裁判所大法廷

裁判長、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、斎藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介

3 最大判昭和45年11月25日刑集24巻12号1670頁(偽計による自白の証拠能力)

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

弁護人前堀政幸の上告趣意のうち、憲法違反を主張する点について。

所論は、第一審判決の事実認定に用いられた被告人の司法警察員に対する供述調書(昭和四〇年一一月九日付警部補A作成)中の被告人が妻Bと共謀して本件拳銃および実包を所持した旨の自白は、刑訴法三一九条一項の「その他任意にされたものでない疑のある自白」にあたり、証拠とすることができないものであるのにかかわらず、右自白に任意性があるとした原判決の判断は、憲法三八条一、二項の解釈を誤り、憲法三一条にも違反するというのである。よつて検討するに、原判決が認定した所論供述調書の作成経過は、次のとおりである。すなわち、当初伏見警察署での取調では、被告人の妻Bは、自分の一存で本件拳銃等を買い受けかつ自宅に隠匿所持していたものである旨を供述し、被告人も、本件拳銃は妻Bが勝手に買つたもので、自分はそんなものは返せといつておいた旨を述べ、両名共被告人の犯行を否認していたものであるところ、その後京都地方検察庁における取調において、検察官増田光雄は、まず被告人に対し、実際はBがそのような自供をしていないのにかかわらず、同人が本件犯行につき被告人と共謀したことを自供した旨を告げて被告人を説得したところ、被告人が共謀を認めるに至つたので、被告人をBと交替させ、Bに対し、被告人が共謀を認めている旨を告げて説得すると、同人も共謀を認めたので直ちにその調書を取り、更に同人を被告人と交替させ、再度被告人に対しBも共謀を認めているがまちがいないかと確認したうえ、その調書を取り、被告人が勾留されている伏見警察署の警部補Aに対し、もう一度被告人を調べ直すよう指示し、同警部補が被告人を翌日取り調べた結果、所論主張の被告人の司法警察員に対する供述調書が作成された、というのである。思うに、捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法一条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行なわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない。これを本件についてみると、原判決が認定した前記事実のほかに、増田検察官が、被告人の取調にあたり、「奥さんは自供している。誰がみても奥さんが独断で買わん。参考人の供述もある。こんな事で二人共処罰される事はない。男らしく云うたらどうか。」と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件被疑事実につき、同検察官は被告人に対し、前示のような偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある。要するに、本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調書は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない。しかるに、原判決は、これらの点を検討することなく、たやすく、本件においては虚偽の自白を誘発するおそれのある事情が何ら認められないとして、被告人の前記各自白の任意性を認め、被告人の司法警察員に対する供述調書を証拠として被告人を有罪とした第一審判決を是認しているのであるから、審理不尽の違法があり、これを破棄しなければいちじるしく正義に反するものというべきである。よつて、その余の上告論旨について判断するまでもなく、刑訴法四一一条一号により原判決を破棄し、さらに審理を尽くさせるため、同法四一三条本文により本件を原裁判所に差し戻すこととし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。裁判官松田二郎は、退官のため評議に関与しない。

検察官横井大三、同内田實公判出席

昭和四五年一一月二五日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官石田和外、入江俊郎、長部謹吾、城戸芳彦、田中二郎、岩田誠、下村三郎、色川幸太郎、大隅健一郎、松本正雄、飯村義美、村上朝一、関根小郷

草鹿浅之介は、退官のため署名押印することができない。

4 最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁〔高田事件〕

主文原判決を破棄する。検察官の本件各控訴を棄却する。

理由

弁護人の各上告趣意のうち憲法の違反または憲法の解釈の誤りをいう点について。

当裁判所は、憲法三七条一項の保障する迅速な裁判をうける権利は、憲法の保障する基本的な人権の一つであり、右条項は、単に迅速な裁判を一般的に保障するために必要な立法上および司法行政上の措置をとるべきことを要請するにとどまらず、さらに個々の刑事事件について、現実に右の保障に明らかに反し、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判をうける被告人の権利が害せられたと認められる異常な事態が生じた場合には、これに対処すべき具体的規定がなくても、もはや当該被告人に対する手続の続行を許さず、その審理を打ち切るという非常救済手段がとられるべきことをも認めている趣旨の規定であると解する。刑事事件について審理が著しく遅延するときは、被告人としては長期間罪責の有無未定のまま放置されることにより、ひとり有形無形の社会的不利益を受けるばかりでなく、当該手続においても、被告人または証人の記憶の減退・喪失、関係人の死亡、証拠物の滅失などをきたし、ために被告人の防禦権の行使に種々の障害を生ずることをまぬがれず、ひいては、刑事司法の理念である、事案の真相を明らかにし、罪なき者を罰せず罪ある者を逸せず、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現するという目的を達することができないことともなるのである。上記憲法の迅速な裁判の保障条項は、かかる弊害発生の防止をその趣旨とするものにほかならない。もつとも、「迅速な裁判」とは、具体的な事件ごとに諸々の条件との関連において決定されるべき相対的な観念であるから、憲法の右保障条項の趣旨を十分に活かすためには、具体的な補充立法の措置を講じて問題の解決をはかることが望ましいのであるが、かかる立法措置を欠く場合においても、あらゆる点からみて明らかに右保障条項に反すると認められる異常な事態が生じたときに、単に、これに対処すべき補充立法の措置がないことを理由として、救済の途がないとするがごときは、右保障条項の趣旨を全うするゆえんではないのである。それであるから、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判の保障条項によつて憲法がまもろうとしている被告人の諸利益が著しく害せられると認められる異常な事態が生ずるに至つた場合には、さらに審理をすすめても真実の発見ははなはだしく困難で、もはや公正な裁判を期待することはできず、いたずらに被告人らの個人的および社会的不利益を増大させる結果となるばかりであつて、これ以上実体的審理を進めることは適当でないから、その手続をこの段階において打ち切るという非常の救済手段を用いることが憲法上要請されるものと解すべきである。翻つて本件をみるに、原判決は、「たとえ当初弁護人側から本件審理中断の要請があり、その後訴訟関係人から審理促進の申出がなかつたにせよ、一五年余の間全く本件の審理を行なわないで放置し、これがため本件の裁判を著しく遅延させる事態を招いたのは、まさにこの憲法によつて保障された本件被告人らの迅速な裁判を受ける権利を侵害したものといわざるを得ない。」という前提に立ちながら、「刑事被告人の迅速な裁判を受ける憲法上の権利を現実に保障するためには、いわゆる補充立法により、裁判の遅延から被告人を救済する方法が具体的に定められていることが先決である。ところが、現行法制のもとにおいては、未だかような補充立法がされているものとは認められないから、裁判所としては救済の仕様がないのである。」との見解のもとに、公訴時効が完成した場合に準じ刑訴法三三七条四号により被告人らを免訴すべきものとした第一審判決を破棄し、本件を第一審裁判所に差し戻すこととしたものであり、原判決の判断は、この点において憲法三七条一項の迅速な裁判の保障条項の解釈を誤つたものといわなければならない。

　そこで、本件において、審理の著しい遅延により憲法の定める迅速な裁判の保障条項に反する異常な事態が生じているかどうかを、次に審案する。そもそも、具体的刑事事件における審理の遅延が右の保障条項に反する事態に至つているか否かは、遅延の期間のみによつて一律に判断されるべきではなく、遅延の原因と理由などを勘案して、その遅延がやむをえないものと認められないかどうか、これにより右の保障条項がまもろうとしている諸利益がどの程度実際に害せられているかなど諸般の情況を総合的に判断して決せられなければならないのであつて、たとえば、事件の複雑なために、結果として審理に長年月を要した場合などはこれに該当しないこともちろんであり、さらに被告人の逃亡、出廷拒否または審理引延しなど遅延の主たる原因が被告人側にあつた場合には、被告人が迅速な裁判をうける権利を自ら放棄したものと認めるべきであつて、たとえその審理に長年月を要したとしても、迅速な裁判をうける被告人の権利が侵害されたということはできない。ところで、公訴提起により訴訟係属が生じた以上は、裁判所として、これを放置しておくことが許されないことはいうまでもないが、当事者主義を高度にとりいれた現行刑事訴訟法の訴訟構造のもとにおいては、検察官および被告人側にも積極的な訴訟活動が要請されるのである。しかし、少なくとも検察官の立証がおわるまでの間に訴訟進行の措置が採られなかつた場合において、被告人側が積極的に期日指定の申立をするなど審理を促す挙に出なかつたとしても、その一事をもつて、被告人が迅速な裁判をうける権利を放棄したと推定することは許されないのである。本件の具体的事情を記録によつてみるに、(一)本件は、第一審裁判所である名古屋地裁刑事第三部で、検察官の立証段階において、被告人Aほか二五名については昭和二八年六月一八日の第二三回公判期日、被告人Bほか三名については昭和二九年三月四日の第四回公判期日を最後として、審理が事実上中断され、その後昭和四四年六月一〇日ないし同年九月二五日公判審理が再び開かれるまでの間、一五年余の長年月にわたり、全く審理が行なわれないで経過したこと、(二)当初本件審理が中断されるようになつたのは、被告人ら総数三一名中二〇名が本件とほぼ同じころに発生したいわゆるC事件についても起訴され、事件が名古屋地裁刑事第一部に係属していたため、弁護人側からC事件との併合を希望し、同事件を優先して審理し、その審理の終了を待つて本件の審理を進めてもらいたい旨の要望があり、裁判所がこの要望をいれた結果であること、(三)C事件が結審したのは、昭和四四年五月二八日であつたが、本件について審理が中断された段階では、裁判所も訴訟関係人も、C事件の審理がかくも異常に長期間かかるとは予想していなかつたこと、(四)昭和三九年頃被告人団長および弁護人から、C事件の進行とは別に、本件の審理を再び開くことに異議がない旨の意思表明が裁判所側に対してなされたこと、(五)本件被告人中C事件の被告人となつていたもののうち五名が被告人として含まれていた、いわゆるD事件、E事件およびF事件が名古屋地裁刑事第二部に係属しており、本件と同様C事件との併合を希望する旨の申立が昭和二七年頃弁護人からなされたが、右刑事第二部においてはこの点についての決定を留保して手続を進め、昭和三一年頃、全証拠の取調を完了したうえ、論告弁論の段階でC事件と併合することとして、次回期日を追つて指定する措置をとつたこと、(六)本件審理の中断が長期に及んだにもかかわらず、検察官から積極的に審理促進の申出がなされた形跡が見あたらないこと、(七)その間、被告人側としても、審理促進に関する申出をした形跡はなく消極的態度であつたとは認められるが、被告人らが逃亡し、または、審理の引延しをはかつたことは窺われないこと、(八)その他、第一審裁判所が本件について、かくも長年月にわたり審理を再び開く措置をとり得なかつた合理的理由を見いだしえないこと、の各事実を認めることができる。これら事実関係のもとにおいては、検察官の立証段階でなされた本件審理の事実上の中断が、当初被告人側の要望をいれて行なわれたということだけを根拠として、一五年余の長きにわたる審理の中断につき、被告人側が主たる原因を与えたものとただちに推認することは相当ではない。次に、本件審理の遅延により、迅速な裁判の保障条項がまもろうとしている前述の被告人の諸利益がどの程度実際に害せられたかをみるに、記録によれば、(一)本件のうち、いわゆるG事件、H事件については、第二二回公判期日に行なわれた最後の証拠調までの間には、関係被告人らの具体的行動等についての証拠調はなされておらず、また同じくいわゆるI事件、J事件については未だ何らの証拠調もなされていなかつたこと、(二)検察官がかねてより申請していたG事件の共謀場所であるとするK事務所やH事件の犯行現場であるL団愛知県本部事務所の検証について、その後右両事務所消滅のゆえをもつてその申請が撤回されており、その他地理的状況の変化、証拠物の滅失などにより、被告人側に有利な証拠で利用できなくなつたものもあるのではないかと危倶されること、(三)長年月の経過によつて、目撃証人やアリバイ証人はもとより被告人自身の記憶すら瞬味不確実なものとなり、かりに証人尋問や被告人質問をしたとしても、正確な供述を得ることが非常に困難になるおそれがあること、(四)各被告人の検察官に対する各供述調書につき、被告人らは当初よりすべてその任意性を争い、ことに多数の被告人らにおいて、右任意性の有無の判断の一資料として取調警察官による暴行脅迫の事実があつたと主張しているのであるが、取調当時から長年月を経過した時点において警察官の証人尋問を行なつても果してどの程度真実を発見し得るかは甚だ疑わしく、その争点についての判断が著しく困難になるおそれがあること、などの事実が認められる。したがつて、もし、本件について、第一審裁判所である名古屋地裁刑事第三部が、前記刑事第二部と同じ審理方式をとり、全証拠を取り調べた後、論告弁論の段階でC事件との併合を予定し、次回期日を追つて指定することとしていたならば、右の被告人側の不利益も大部分防止できたものと思われるが、かかる措置がとられることなく放置されたまま長年月を経過したことにより、被告人らは、訴訟上はもちろん社会的にも多大の不利益を蒙つたものといわざるをえない。以上の次第で、被告人らが迅速な裁判をうける権利を自ら放棄したとは認めがたいこと、および迅速な裁判の保障条項によつてまもられるべき被告人の諸利益が実質的に侵害されたと認められることは、前述したとおりであるから、本件は、昭和四四年第一審裁判所が公判手続を更新した段階においてすでに、憲法三七条一項の迅速な裁判の保障条項に明らかに違反した異常な事態に立ち至つていたものと断ぜざるを得ない。したがつて、本件は、冒頭説示の趣旨に照らしても、被告人らに対して審理を打ち切るという非常救済手段を用いることが是認されるべき場合にあたるものといわなければならない。刑事事件が裁判所に係属している間に迅速な裁判の保障条項に反する事態が生じた場合において、その審理を打ち切る方法については現行法上よるべき具体的な明文の規定はないのであるが、前記のような審理経過をたどつた本件においては、これ以上実体的審理を進めることは適当でないから、判決で免訴の言渡をするのが相当である。よつて、これと相反する判断をした原判決は、各上告趣意その余の点に判断を加えるまでもなく、刑訴法四一〇条一項本文によつて破棄を免れず、被告人らに免訴を言い渡した本件各第一審判決は、結論において正当であるから、同法四一三条但書、四一四条、三九六条により、本件各被告人に対する検察官の控訴を棄却することとし、裁判官天野武一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

裁判官天野武一の反対意見は次のとおりである。私は、憲法三七条一項が、国民の基本的人権の一つとして迅速な裁判をうける権利を保障した条項であること、そしてもしも個々の刑事事件につき現実にこの保障条項に反すると認められるきわめて異常な事態が生じたときには、これに対処すべき具体的な補充立法措置がなくてもその審理を打ち切る非常手段がとられることを是認する規定であると解すべきことについて、多数意見と見解を同じくする。また、現行法制のもとで、裁判所の刑事手続進行中にかかる事態が生じた場合における審理打切りの方法としては、免訴の判決を言い渡すことを相当とする場合があることについても、多数意見に賛成してよい。さらに、多数意見が、右の理を本件にあてはめて当審で一審裁判所の言い渡した免訴の判決を支持し、よつてこの遅延した裁判に決着をつけようとする配慮に対しては、一審判決の言渡以降すでに三年数か月を経過した経緯にかんがみ、訴訟経済の観点からも同調の意を禁じがたいものがある。しかし、私は、刑訴法三三七条に列挙されている免訴事由の明文の規定を越えて審理打切りの裁判をすることは、裁判所が実体裁判を遂行する意思をみずから放棄することにほかならず、憲法上は、きわめて極限された状況のもとにおける非常手段としてのみ許される措置であるにとどまると解するがゆえに、多数意見が、記録上うかがわれる諸事実のみに立脚し、被告人側に対し、本件審理の遅延原因を帰せしめることができないと推認したうえ、その遅延による不利益の実害が生じているとの推認を行ない、これに基づいて直ちに一審の免訴判決を支持すべきものとする判断には、早計に失するものがあり、さらにこれらの推認をくつがえすに足る事実の存否をも確認し、そのうえで慎重に事を決すべきであるといわざるをえない。すなわち、多数意見が挙示する程度の判断資料をもつてしては、なお不確定な要素が介入し、とうてい事案の真相を明らかにして刑罰法令を適正に適用実現する刑事司法の目的にそうことはできないのであつて、本件においては、その審理遅延の主たる原因の帰属とその遅延からうける被告人側の不利益の有無やその程度に関する事実関係につき、さらに取調を進めて事態を明確にし、当時の同種事件の公判審理の実情とも関連せしめた総合観察による実証的な判断に基づいて、訴訟上の措置を決することが必要である、と考える。そして、もしもその結果得られるところが、多数意見と同じ結論に到達することであるならば、私はもちろんそれをよしとするのである。したがつて、私の意見は、原判決を破棄する点において多数意見と一致するが、さらに多数意見のいう推認をくつがえすに足る事実の存否を確認するに必要な取調を尽くさせるため、刑訴法四一三条本文前段により本件を原裁判所に差し戻すべきものとする点において、多数意見と結論を異にする。その理由を細説すれば、次のとおりである。一およそ特定の刑事事件における訴訟の遅延が、憲法三七条一項の迅速な裁判の保障条項に反する事態にあるか否かは、多数意見もいうように、遅延の期間、遅延の原因と理由などを勘案して、その遅延がやむをえないものと認められるかどうか、これにより迅速な裁判の保障条項がまもるべきものとしている諸利益が実際にどの程度害せられているかなど、諸般の実情を総合的に判断して決すべきものであつて、単に時間的な経過のみをみて判断できるような簡明なことではない。(なお最高裁判所昭和二三年(れ)第一五七九号同二四年三月一二日第二小法廷判決・刑集三巻三号二九三頁参照)いま、刑事訴訟法において免訴判決を言い渡すべきものとする「確定裁判ヲ経タトキ」以下「時効ノ完成シタトキ」にいたる四つの場合(同法三三七条一号ないし四号)についてみるに、いずれも審理打切りの非常手段とするにふさわしい明確な客観性を具えていて、その認定にいささかの疑いもいれる余地はない。したがつて、迅速な裁判の保障条項に反する訴訟の一事態を設定してこれらに加え、もつて免訴の事由とするためには、いかなる点からみても実体的訴訟条件を欠くものとして右の事由に伍するに足る事態であることを確然と認めえたときのみに限る、という厳しい限定が必要である。そして私は、このことは多数意見も肯定するところであると理解する。二次に、適法に公訴が提起された刑事事件の審理が、現実に前述のいわば極限状況にあるかどうかを判断するにあたつては、まずその背景として、わが国の刑事事件の公判における一般の実情をひろく見渡すことが必要である。すなわち、わが刑事公判の実際の進行速度はどの程度に国民の要請に応じているか、具体的な刑事公判の進行において当事者のこれに対応する心情および態度はどうか、とくに類型を同じくする訴訟との関連において審理の進行を阻害する主観・客観の原因は何か、さらに国民性・社会情勢・訴訟構造など宿命的ともいうべき諸条件、その他の事象に関する実証的な現状観察のなかで、特定の訴訟の遅速およびこれが被告人の利益・不利益に及ぼす効果ないし功罪をあわせ考量するのでなければ、実情に即した正当な結論を得ることはできないのである。三そこで、その背景の一斑を本件の記録および当審に顕著な所与の事実にしたがつていえば、本件が係属した当時の名古屋地方裁判所刑事第三部には、すでにいわゆるM事件およびいわゆるN事件などが係属していたが、本件においては、これらの事件がひきつづき係属している間に、被告人二六名につき昭和二八年六月一八日の第二三回公判期日、その余の被告人四名につき翌二九年三月四日の第四回公判期日を最後として審理が事実上中断(この中断は、裁判所が当初被告人側の要望をいれて行なつたものであることは多数意見も言及しているところである。)されるにいたつたのであつて、他方同地裁刑事第一部にはいわゆるC事件(以下、単にC事件という。)、同第二部には同じくO事件(被告人数六名)、同じくP事件およびPX構内駐車場のいわゆるE事件(両事件をあわせて被告人数一五名)などが係属し、いずれも約一七年の審理期間(C事件を除くその余の事件については、それぞれ一三年余にわたる事実上の審理中断期間をふくむ。)を費してようやく第一審の実体判決にいたるという状態にあつたところ、本件は、昭和二七年六月二六日同市内L団愛知県本部元団長方に侵入したり、附近の瑞穂警察署高田巡査派出所に押し寄せるなどして石塊・煉瓦等を投げ付けたほか火焔瓶により同派出所に火を放つ等の罪に問われたいわゆるQ事件に加えて、同市内北警察署大杉派出所および同市所在の米駐留軍宿舎に対する火焔瓶による放火予備の罪等に問われたI事件およびJ事件ならびに前記L団愛知県本部事務所に対する石塊や火焔瓶投入による放火未遂等の罪に問われたH事件など、もろもろの事件をもつて構成され、これをここに「G事件」と総称するのであり、その被告人の数は当初三一名を数え、そのうち他の部に係属する前記同種の関連事件においてその被告人をも兼ねた者の数は二〇余名に達する状況にあつた。ところで、このように同種事件が幾多係属するなかにあつて、刑事第三部のみは、本件被告人二九名につき昭和四四年九月一八日と同年同月二五日の二回にわけて免訴(一部につき公訴棄却)の言渡(この言渡は、刑事第一部のC事件の判決および同第二部における他の同種事件の審理中断後の判決が言い渡されるより以前の期日においてなされている。)をしたのである。(本件第一審の審理においては、その中断が長年月に及ぶなかで裁判長が更迭し、それより三年余を経てようやく公判手続更新の手続がとられたうえで免訴判決が言い渡された。)四このような経過を背景としてみるとき、例えば、前述の他の部に係属していた同種の事件において、本件被告人らのうち多数の者を共通の被告人とする錯雑した関係にみられる相互の事案の規模・内容および審理の実情、証拠関係における共通性の有無・程度などの諸点については、本件記録のみをもつてこれを知るに由ないものであるところ、多数意見は、本件第一審裁判所である前記刑事第三部が、本件の審理にあたり刑事第二部と同じ審理方式をとり、全証拠を取り調べた後、論告弁論の段階でC事件との併合を予定し、次回期日を追つて指定することとしていたならば、被告人側の不利益も大部分阻止できたものと思われる、という。しかし、右の刑事第三部のみが本件において多数意見の示すような訴訟上の手順を履みえなかつたことの理由ないし事情につき、これを詳細に解明するに足る事実の取調は未だ尽くされておらず、したがつて彼此の中断措置の間にみられる段階的な相違をもつて、直ちに刑事手続打切りの非常手段の採否を決すべき分岐点をなすもののようにみる多数意見の見解は、さらに事実関係を明確にしない限り現実に対する適応性を欠き、なお疑問の存することを否定しえないのである。同じくまた、多数意見は、第一審裁判所が公判手続を更新した段階においてすでに、憲法三七条一項の迅速な裁判の保障条項に明らかに違反した異常な事態に立ちいたつたものと断じ、審理の打切りを是認すべき場合にあたるとするのであるが、私は、この点についても、このような推認判断をくつがえすに足る事実の存否を確認する取調が、さらに尽くされた結果の判断によるのでなければ、この段階をもつて審理を打ち切るべき極限状況にあるとする多数意見に賛成することはできない。五思うに、刑事手続における訴訟の利益は、当然に被告人側の利益を包摂するけれども、被告人側の利益のみが訴訟の利益なのではない。したがつて、裁判の遅延をとりもどすために講ずべき本来の挽回策ないし救済策は、遅延以後の審理を促進させる質実な方策にこれを求めるべきであつて、万が一にも前示の極限状況にあることを確認することなくして、勢いの赴くままに実体裁判遂行の意思を喪失することであつてはなるまい。多年にわたる審理中断の後にさらに審理を尽くすことは、裁判所および訴訟当事者その他関係の人びとに多くの煩労をもたらすであろうが、しかし、裁判所は、訴訟の主宰者たる立場においてその審理を遂行し、そのことによつて刑事司法の理念を実現すべきであることを附言する。

検察官冨田正典、同山室章公判出席

昭和四七年一二月二〇日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官石田和外、田中二郎、色川幸太郎、大隅健一郎、村上朝一、関根小郷、藤林益三、岡原昌男、小川信雄、下田武三、岸盛一、天野武一、坂本吉勝

岩田誠は、退官のため署名押印することができない。

5 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁〔愛媛玉串料訴訟〕

主文原判決中主文第一項を破棄し、被上告人B1の控訴を棄却する。上告人らのその余の上告を棄却する。前項の部分に関する上告費用は上告人らの負担とし、その余の部分に関する控訴費用及び上告費用は、被上告人B1の負担とする。

理由

第一上告代理人西嶋吉光、同菅原辰二、同佐伯善男、同東俊一、同草薙順一、同谷正之、同薦田伸夫、同高田義之、同今川正章、同水口晃、同井上正実、同津村健太郎、同阿河準一、同高村文敏、同三野秀富、同猪崎武典、同久保和彦、同西山司郎、同堀井茂、同渡辺光夫、同平井範明、同桑城秀樹、同臼井滿、同重哲郎、同木田一彦の上告理由について

一事実関係及び訴訟の経過

1原審の適法に確定した事実関係によれば、被上告人B1が愛媛県知事の職にあった昭和五六年から同六一年にかけて、(1)愛媛県(以下「県」という。)の東京事務所長の職あった被上告人B2が、宗教法人D神社(以下「D神社」という。)の挙行した春季又は秋季の例大祭に際して奉納する玉串料として九回にわたり各五〇〇〇円(合計四万五〇〇〇円)を、(2)同じく同被上告人が、D神社の挙行した七月中旬の「みたま祭」に際して奉納する献灯料として四回にわたり各七〇〇〇円又は八〇〇〇円(合計三万一〇〇〇円)を、また、(3)県生活福祉部老人福祉課長の職にあった被上告人B3、承継前被上告人B4、被上告人B5、同B6及び同B7が、宗教法人愛媛県E神社(以下「E神社」という。)の挙行した春季又は秋季の慰霊大祭に際してF遺族会を通じて奉納する供物料として九回にわたり各一万円(合計九万円)を、それぞれ県の公金から支出した(以下、これらの支出を「本件支出」という。)というのであるところ、本件は、本件支出が憲法二〇条三項、八九条等に照らして許されない違法な財務会計上の行為に当たるかどうかが争われた地方自治法二四二条の二第一項四号に基づく損害賠償代位請求住民訴訟である。

2第一審は、本件支出は、その目的が宗教的意義を持つことを否定することができないばかりでなく、その効果がD神社又はE神社の宗教活動を援助、助長、促進することになるものであって、本件支出によって生ずる県とD神社及びE神社との結び付きは、我が国の文化的・社会的諸条件に照らして考えるとき、もはや相当とされる限度を超えるものであるから、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たり、違法なものといわなければならないと判断した。

これに対して、原審は、本件支出は宗教的な意義を持つが、一般人にとって神社に参拝する際に玉串料等を支出することは過大でない限り社会的儀礼として受容されるという宗教的評価がされており、知事は、遺族援護行政の一環として本件支出をしたものであって、それ以外の意図、目的や深い宗教心に基づいてこれをしたものではないし、その支出の程度は、少額で社会的な儀礼の程度にとどまっており、その行為が一般人に与える効果、影響は、D神社等の第二次大戦中の法的地位の復活や神道の援助、助長についての特別の関心、気風を呼び起こしたりするものではなく、これらによれば、本件支出は、神道に対する援助、助長、促進又は他の宗教に対する圧迫、干渉等になるようなものではないから、憲法二〇条三項、八九条に違反しないと判断した。

二本件支出の違法性に関する当裁判所の判断原審の右判断は是認することができない。その理由は以下のとおりである。

1政教分離原則と憲法二〇条三項、八九条により禁止される国家等の行為憲法は、二〇条一項後段、三項、八九条において、いわゆる政教分離の原則に基づく諸規定(以下「政教分離規定」という。)を設けている。一般に、政教分離原則とは、国家(地方公共団体を含む。以下同じ。)は宗教そのものに干渉すべきではないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされているところ、国家と宗教との関係には、それぞれの国の歴史的・社会的条件によって異なるものがある。我が国では、大日本帝国憲法に信教の自由を保障する規定(二八条)を設けていたものの、その保障は「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」という同条自体の制限を伴っていたばかりでなく、国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、ときとして、それに対する信仰が要請され、あるいは一部の宗教団体に対し厳しい迫害が加えられた等のこともあって、同憲法の下における信教の自由の保障は不完全なものであることを免れなかった。憲法は、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き右のような種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、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るに至ったのである。元来、我が国においては、各種の宗教が多元的、重層的に発達、併存してきているのであって、このような宗教事情の下で信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結び付きをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった。これらの点にかんがみると、憲法は、政教分離規定を設けるに当たり、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と解すべきである。

　しかしながら、元来、政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである。そして、国家が社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するに当たって、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れることはできないから、現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、実際上不可能に近いものといわなければならない。さらにまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない。これらの点にかんがみると、政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があるしとを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、そのかかわり合いが、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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題とならざるを得ないのである。右のような見地から考えると、憲法の政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、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かんがみ、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ものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。

　右の政教分離原則の意義に照らすと、憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。そして、ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。

　憲法八九条が禁止している公金その他の公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益又は維持のために支出すること又はその利用に供することというのも、前記の政教分離原則の意義に照らして、公金支出行為等における国家と宗教とのかかわり合いが前記の相当とされる限度を超えるものをいうものと解すべきであり、これに該当するかどうかを検討するに当たっては、前記と同様の基準によって判断しなければならない。

　以上は、当裁判所の判例の趣旨とするところでもある(最高裁昭和四六年(行ツ)第六九号同五二年七月一三日大法廷判決・民集三一巻四号五三三頁、最高裁昭和五七年(オ)第九〇二号同六三年六月一日大法廷判決・民集四二巻五号二七七頁参照)。

2本件支出の違法性

そこで、以上の見地に立って、本件支出の違法性について検討する。  
(一)原審の適法に確定した事実関係によれば、被上告人B2らは、いずれも宗教法人であって憲法二〇条一項後段にいう宗教団体に当たることが明らかなD神社又はE神社が各神社の境内において挙行した恒例の宗教上の祭祀である例大祭、みたま祭又は慰霊大祭に際して、玉串料、献灯料又は供物料を奉納するため、前記回数にわたり前記金額の金員を県の公金から支出したというのである。ところで、神社神道においては、祭祀を行うことがその中心的な宗教上の活動であるとされていること、例大祭及び慰霊大祭は、神道の祭式にのっとって行われる儀式を中心とする祭祀であり、各神社の挙行する恒例の祭祀中でも重要な意義を有するものと位置付けられていること、みたま祭は、同様の儀式を行う祭祀であり、D神社の祭祀中最も盛大な規模で行われるものであることは、いずれも公知の事実である。そして、玉串料及び供物料は、例大祭又は慰霊大祭において右のような宗教上の儀式が執り行われるに際して神前に供えられるものであり、献灯料は、これによりみたま祭において境内に奉納者の名前を記した灯明が掲げられるというものであって、いずれも各神社が宗教的意義を有すると考えていることが明らかなものである。

これらのことからすれば、県が特定の宗教団体の挙行する重要な宗教上の祭祀にかかわり合いを持ったということが明らかである。そして、一般に、神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料等を奉納することは、建築主が主催して建築現場において土地の平安堅固、工事の無事安全等を祈願するために行う儀式である起工式の場合とは異なり、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざる得ないのであり、このことは、本件においても同様というべきである。また、本件においては、県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない。これらのことからすれば、地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ない。

　被上告人らは、本件支出は、遺族援護行政の一環として、戦没者の慰霊及び遺族の慰謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎないものであるから、憲法に違反しないと主張する。確かに、D神社及びE神社に祭られている祭神の多くは第二次大戦の戦没者であって、その遺族を始めとする愛媛県民のうちの相当数の者が、県が公の立場においてD神社等に祭られている戦没者の慰霊を行うことを望んでおり、そのうちには、必ずしも戦没者を祭神として信仰の対象としているからではなく、故人をしのぶ心情からそのように望んでいる者もいることは、これを肯認することができる。そのような希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない。しかしながら、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたことにかんがみ政教分離規定を設けるに至ったなど前記の憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない。戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でなくてもこれを行うことができると考えられるし、神社の挙行する恒例祭に際して玉串料等を奉納することが、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとも認められないことは、前記説示のとおりである。ちなみに、神社に対する玉串料等の奉納が故人の葬礼に際して香典を贈ることとの対比で論じられることがあるが、香典は、故人に対する哀悼の意と遺族に対する弔意を表するために遺族に対して贈られ、その葬礼儀式を執り行っている宗教家ないし宗教団体を援助するためのものではないと一般に理解されており、これと宗教団体の行う祭祀に際して宗教団体自体に対して玉串料等を奉納することとでは、一般人の評価において、全く異なるものがあるといわなければならない。また、被上告人らは、玉串料等の奉納は、神社仏閣を訪れた際にさい銭を投ずることと同様のものであるとも主張するが、地方公共団体の名を示して行う玉串料等の奉納と一般にはその名を表示せずに行うさい銭の奉納とでは、その社会的意味を同一に論じられないことは、おのずから明らかである。そうであれば、本件玉串料等の奉納は、たとえそれが戦没者の慰霊及びその遺族の慰謝を直接の目的としてされたものであったとしても、世俗的目的で行われた社会的儀礼にすぎないものとして憲法に違反しないということはできない。

　以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、県が本件玉串料等D神社又はE神社に前記のとおり奉納したことは、その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきであり、これによってもたらされる県とD神社等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相当とされる限度を超えるものであって、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である。そうすると、本件支出は、同項の禁止する宗教的活動を行うためにしたものとして、違法というべきである。これと異なる原審の判断は、同項の解釈適用を誤るものというほかはない。

(二)また、D神社及びE神社は憲法八九条にいう宗教上の組織又は団体に当たることが明らかであるところ、以上に判示したところからすると、本件玉串料等をD神社又はE神社に前記のとおり奉納したことによってもたらされる県とD神社等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相当とされる限度を超えるものと解されるのであるから、本件支出は、同条の禁止する公金の支出に当たり、違法というべきである。したがって、この点に関する原審の判断も、同条の解釈適用を誤るものといわざるを得ない。

三被上告人らの損害賠償責任の有無

　原審は、右の誤った判断に基づき、本件支出に違法はないとして、上告人らの請求をいずれも棄却すべきであるとしたが、以上のとおり、本件支出は違法であるというべきであるから、更に進んで、被上告人らの損害賠償責任の有無について検討することとする。

　原審の適法に確定した事実関係によれば、本件支出の当時、本件支出の権限を法令上本来的に有していたのは、知事の職にあった被上告人B1であったところ、本件支出のうちD神社に対してされたものについては、県の規則により県東京事務所長に対し権限が委任され、その職にあった被上告人B2がこれを行ったのであり、また、本件支出のうちE神社に対してされたものについては、県の規則及び訓令により県生活福祉部老人福祉課長に専決させることとされ、その職にあった被上告人B3、承継前被上告人B4、被上告人B5、同B6及び同B7(以下、被上告人B2を含め、これらの者を「被上告人B2ら」という。)がそれぞれこれを行ったというのである。

　右のように、被上告人B1は、自己の権限に属する本件支出を補助職員である被上告人B2らに委任し、又は専決により処理させたのであるから、その指揮監督上の義務に違反し、故意又は過失によりこれを阻止しなかったと認められる場合には、県に対し右違法な支出によって県が被った損害を賠償する義務を負うことになると解すべきである(最高裁平成二年(行ツ)第一三七号同三年一二月二〇日第二小法廷判決・民集四五巻九号一四五五頁、最高裁昭和六二年(行ツ)第一四八号平成五年二月一六日第三小法廷判決・民集四七巻三号一六八七頁参照)。原審の適法に確定したところによれば、被上告人B1は、D神社等に対し、被上告人B2らに玉串料等を持参させるなどして、これを奉納したと認められるというのであり、本件支出には憲法に違反するという重大な違法があること、地方公共団体が特定の宗教団体に玉串料、供物料等の支出をすることについて、文部省、自治省等が、政教分離原則に照らし、慎重な対応を求める趣旨の通達、回答をしてきたことなどをも考慮すると、その指揮監督上の義務に違反したものであって、これにつき少なくとも過失があったというのが相当である。したがって、被上告人B1は、県に対し、違法な本件支出により県が被った本件支出金相当額の損害を賠償する義務を負うというべきである。

　これに対し、被上告人B2らについては、地方自治法二四三条の二第一項後段により損害賠償責任の発生要件が限定されており、本件支出行為をするにつき故意又は重大な過失があった場合に限り県に対して損害賠償責任を負うものであるところ、原審の適法に確定したところによれば、被上告人B2らは、いずれも委任を受け、又は専決することを任された補助職員として知事の前記のような指揮監督の下で本件支出をしたというのであり、しかも、本件支出が憲法に違反するか否かを極めて容易に判断することができたとまではいえないから、被上告人B2らがこれを憲法に違反しないと考えて行ったことは、その判断を誤ったものではあるが、著しく注意義務を怠ったものとして重大な過失があったということはできない。そうすると、被上告人B1以外の被上告人らは県に対し損害賠償責任を負わないというべきである。

四結論

　以上によれば、上告人らの被上告人B1に対する請求は、これを認容すべきであり、その余の被上告人らに対する請求は、これを棄却すべきであるところ、これと同旨の第二審判決は、結論において是認し得るから、第一審判決のうち上告人らの被上告人B1に対する請求に係る部分を取り消して同請求を棄却した原判決主文第一項は、破棄を免れず、右部分については、同被上告人の控訴を棄却すべきであり、上告人らのその余の被上告人らに対する控訴を棄却した原判決主文第二項に対する上告は、理由がないとして、これを棄却すべきである。

第二Gの上告取下げの効力について

　本件上告を申し立てた者のうちGは、平成六年七月七日、上告を取り下げる旨の書面を当裁判所に提出した。そこで、職権により、右上告取下げの効力について判断する。

　本件は、地方自治法二四二条の二に規定する住民訴訟である。同条は、普通地方公共団体の財務行政の適正な運営を確保して住民全体の利益を守るために、当該普通地方公共団体の構成員である住民に対し、いわば公益の代表者として同条一項各号所定の訴えを提起する権能を与えたものであり、同条四項が、同条一項の規定による訴訟が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもって同一の請求をすることができないと規定しているのは、住民訴訟のこのような性質にかんがみて、複数の住民による同一の請求については、必ず共同訴訟として提訴することを義務付け、これを一体として審判し、一回的に解決しようとする趣旨に出たものと解される。そうであれば、住民訴訟の判決の効力は、当事者となった住民のみならず、当該地方公共団体の全住民に及ぶものというべきであり、複数の住民の提起した住民訴訟は、民訴法六二条一項にいう「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に該当し、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

　ところで、類似必要的共同訴訟については、共同訴訟人の一部の者がした訴訟行為は、全員の利益においてのみ効力を生ずるとされている(民訴法六二条一項)。上訴は、上訴審に対して原判決の敗訴部分の是正を求める行為であるから、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶものと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、住民訴訟の前記のような性質にかんがみると、公益の代表者となる意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就き続けることを求めることは、相当でないだけでなく、住民訴訟においては、複数の住民によって提訴された場合であっても、公益の代表者としての共同訴訟人らにより同一の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の予防又は是正を求める公益上の請求がされているのであり、元来提訴者各人が自己の個別的な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない。そうであれば、住民訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人をその意に反して上訴人の地位に就かせる効力までが行政事件訴訟法七条、民訴法六二条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならないものと解すべきである。この理は、いったん上訴をしたがこれを取り下げた共同訴訟人についても当てはまるから、上訴をした共同訴訟人のうちの一部の者が上訴を取り下げても、その者に対する関係において原判決が確定することにはならないが、その者は上訴人ではなくなるものと解される。最高裁昭和五七年(行ツ)第一一号同五八年四月一日第二小法廷判決・民集三七巻三号二〇一頁は、右と抵触する限度において、変更すべきものである。

　したがって、Gは、上告の取下げにより上告人ではなくなったものとして、本判決をすることとする。よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇八条、三九六条、三八四条、九六条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官大野正男、同福田博の各補足意見、裁判官園部逸夫、同高橋久子、同尾崎行信の各意見、裁判官三好達、同可部恒雄の各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。

判示第一の二についての裁判官大野正男の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に賛同するものであるが、多数意見第一の二につき、私の意見を補足しておきたい。

一本件行為の目的について

　本件で重視されなければならないのは、玉串料等の奉納が、戦没者の慰霊、遺族の慰謝を目的とするものであるといっても、それはあくまでD神社、E神社という特定の宗教団体の祭祀に対してされているという事実である。その点を捨象して、単に、地方公共団体が戦没者の慰霊等を行うことに宗教的的意義があるか否かとか、あるいはそれが社会的儀礼に当たるか否かとかを論ずることは、事柄の本筋を見落とすものである。被上告人B1は、本件玉串料等の支出目的は、同人の支持団体であり同人が会長を務める県遺族会の要請にこたえ、県の行う戦没者の慰霊、遺族の慰謝という遺族援護行政の一環として行ったものであって、特段の宗教的意識を持って行ったものではない旨主張している。

　しかし、憲法二〇条三項にいう宗教的活動に当たるか否かの判断基準の一となるべき行為の目的は、当該行為者の主観的、内面的な感情の有無や濃淡によってのみ判断されるべきではなく、その行為の態様等との関連において客観的に判断されるべきものであり、とりわけ支出が宗教団体の世俗的な行為ではなくその宗教的な行為そのものに向けられているときは、世俗的目的もあるからといって、その行為の客観的目的の宗教的意義が直ちに否定されるものではない。本件支出行為は、一面において遺族の援護という行政的な目的を有するとしても、その対象がD神社等の最も重要な祭祀であって本来の行政の範囲に属する世俗的行為ではないから、直接的に特定の宗教団体の宗教儀式そのものへの賛助を目的としているといわざるを得ず、その宗教的意義を否定することはできない。

二本件行為の効果について

　被上告人B1は、本件玉串料等の奉納は戦没者慰霊等のためにされた少額のもので社会的儀礼であり、宗教に対する関心を特に高めたり、その援助、助長をするようなものではないと主張している。本件玉串料等の支出は相当年数にわたり継続して行われているとはいえ、一回の金員は五〇〇〇円ないし一万円程度のものであるから、経済的にみれば、宗教に対する援助、助長に当たるとは必ずしもいえないとの議論もあり得るかもしれない。

　しかしながら、政教分離原則の適用を検討するに当たっては、当該行為の外形的、経済的な側面のみにとらわれるべきでなく、社会的、歴史的条件に即してその実質をみる必要があり、社会に与える無形的なあるいは精神的な効果や影響をも考慮すべきである。そして、その観点よりすれば、以下に述べるとおり、その影響、効果は大きいといわざるを得ない。

1多数意見の述べるとおり、我が国においては各種の宗教が多元的、重層的に発達、併存しているが、戦没者、戦争犠牲者の慰霊、追悼については各種の宗教団体がそれぞれの教義、教理、祭式に基づいてこれを執り行っているのであって、その中にあって地方公共団体がD神社等による戦没者慰霊の祭祀にのみ賛助することは、その祭祀を他に比して優越的に選択し、その宗教的価値を重視していると一般社会からみられることは否定し難く、特定の宗教団体に重要な象徴的利益を与えるものといわざるを得ない。およそ公的機関は、すべての、いかなる宗教をも援助、助長してはならないが、中でも併存する宗教団体のうちから特定の宗教団体を選択してその宗教儀式を賛助することは、政教分離の中心をなす国家の宗教的中立に反するものである。

2地方公共団体によるD神社等への玉串料等の公金の支出の世俗的影響も、無視することはできない。宗教的祭祀に起源を有する儀式等が多くの歳月を経てその宗教的意義が希薄になり、社会的儀礼や風俗として残っていることもまれではない。このような場合に公的機関がこれを行ったり参加したりしても、特定の宗教団体を支持していると受け取られることはなく、また、社会関係の円滑な維持のため役立つことはあっても、社会に対立をもたらすことは考え難い。しかし、公的機関がD神社等の祭祀に公金を支出してこれを賛助することについては、D神社に崇敬の念を持つ人々やD神社を戦没者慰霊の中心的施設と考える人々は、これに満足と共感を覚えるかもしれないが神道と教義を異にする宗教団体に属する人々や、D神社が国家神道の中枢的存在であるとしてそれへの礼拝を強制されたことを記憶する人々、あるいはD神社に合祀されている者は主として軍人軍属及び準軍属であって一般市民の戦争犠牲者のほとんどが含まれていないことに違和感を抱く人々は、これに不満と反感を持つかもしれない。そのような対立は、宗教的分野ばかりではなく、社会的、政治的分野においても起こり得ることである。公的機関が宗教にかかわりを持つ行為をすることによって、広く社会にこのような効果を及ぼすことは、公的機関を宗教的対立に巻き込むことになり、同時に宗教を世俗的対立に巻き込むことにもなるのであって、社会的儀礼や風俗として容認し得る範囲を超え、公的機関と宗教団体のいずれにとっても害をもたらすおそれを有するといわざるを得ない。そのようなことを避けることこそ、厳格な政教分離原則の規範を憲法が採用した趣旨に合致するものである。

三被上告人B1は、D神社は我が国における戦没者慰霊の中心的存在であるから、その祭祀に地方公共団体が玉串料を奉納することは社会的儀礼であると主張する。しかしながら、玉串料の奉納に儀礼的な意味合いがあるとしても、また、我が国近代史の一時期にD神社が戦没者の中心的慰霊施設として扱われたことがあるとしても、それを理由に政教分離原則の例外扱いを認めるべきものではない。

　憲法二〇条三項、八九条が厳格な政教分離原則を採用しているのは、多数意見引用の昭和五二年七月一三日大法廷判決及び多数意見が繰り返し判示しているように、明治維新以降の我が国の社会において国家と神道が結び付き、国家神道に対して事実上国教的な地位が与えられ、その信仰が要請され、一部の宗教団体に対し厳しい迫害が加えられた歴史的経緯に基づくものであるが、このような政教の融合が生じたのも、「神社は宗教にあらず」ということを理由に、神道的祭祀や儀礼を世俗的な次元で社会的規範として取り入れ、また、臣民の義務であるとして事実上強制したからである。憲法は、第二次大戦後このような歴史的経験にかんがみて、信教の自由を国民の基本的人権として、これに強い保障を与えるとともに、国家と宗教が融合することは信教の自由に対する侵害になる危険性が高いことを認識して、その制度的保障として政教分離原則を採用し、前記規定を設けたものである。この立法の経緯及び趣旨に照らせば、右各条項は公的機関に対し強い規範性を有するものと解すべきであるから、我が国社会の中に、D神社に崇敬の念を持つ人々がいることは事実であり、また、それは信教の自由の保障するところでもあるが、いやしくも公的機関が特定の宗教団体であるD神社等に対し、公金を使用して玉串料等を奉納し特別の敬意を表することは、先に述べたとおり、その目的、効果を実質的にみれば、戦没者の慰霊、追悼について公的機関が特定の宗教団体との特別のかかわり合いを示すことは明らかであって、右憲法条項の規範性に照らし到底許されないことである。そして、このことは、単にD神社に対してのみ許されないことではなく、あらゆる宗教団体に対しても同様であることはもちろんである。

判示第一の二についての裁判官福田博の補足意見は、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、この機会に、我が国における信教の自由について私が考えていることを若干補足して述べておきたい。信教の自由は、各種の人権の中でも最も基本的な自由権の一つとして、近代民主主義国家にあってその擁護が重視されているものである。多数意見に述べられているとおり、憲法に定める政教分離規定も、そのような信教の自由を一層確実なものとするための制度的保障として設けられたものである。

　我が国においては、神道は年中行事や冠婚葬祭などを通じて多くの国民の生活に密接に結び付いており、そのような行事や儀式への参加が自然なこととして受け入れられている部分があることは事実である。とはいえ、神道も宗教の一つであることは、信教の自由を保障する憲法二〇条が当然の前提としているところでもある。したがって、政教分離規定を適用して国(地方公共団体を含む。以下同じ。)の宗教へのかかわりをどこまで許すかを検討する際は、政教分離の原則が目指す国の非宗教性ないし宗教的中立性の理念は、神道を含むあらゆる宗教についてひとしく当てはまる理念であることを常に念頭に置くことが、不可欠であると考える。

　また、政教分離規定は、信教の自由を保障するために設けられたものであり、その適用に当たっては、国のかかわりを認めることにつき基本的に慎重な態度で臨むことが重要であると考える。なぜならば、国のかかわりを認めても差し支えないとされたことが結果的には国の信教の自由への過剰な関与(ひいては干渉ないし強制)につながることとなった事例が、諸国の歴史の中に散見されるからである。そして、このような慎重な態度を維持することは、緊密化する国際間の交流を通じ国民が様々な宗教に接する機会が増えつつある今日、我が国が信教の自由を保障し、いかなる信仰についても寛容であることを確保していく上でも、重要ではないかと考えるのである。

判示第一の二についての裁判官園部逸夫の意見は、次のとおりである。

本件支出が違法な公金の支出に当たるということについては、私も多数意見と結論を同じくするものであるが、その理由(多数意見第一の二)については、見解を異にする。

我が国には、戦前から、戦没者追悼慰霊の中心的施設として、D神社及びE神社が置かれているが、原審の判断及び被上告人らの主張はいずれも、これらの神社が通常の宗教施設と異なった意義を有することを強調している。しかしながら、D神社及びE神社は、戦後の法制度の改革により、他の宗教団体と同等の地位にある宗教団体(宗教法人)となっており、その施設は、通常の宗教施設である。私は、右のことを前提とした上で、本件におりる公金の支出は、公金の支出の憲法上の制限を定める憲法八九条の規定に違反するものであり、この一点において、違憲と判断すべきものと考える。一般に、葬式・告別式等の際にお悔やみとして供される金員は、社会通念上、特定の故人の遺族を直接の対象とし社会的儀礼の範囲に属する支出とみられている。これと異なり、宗教団体の主催する恒例の宗教行事のために、当該行事の一環としてその儀式にのっとった形式で奉納される金員は、当該宗教団体を直接の対象とする支出とみるべきである。したがって、右のような金員を公金から支出した行為は、一面において、その支出の財務会計上の費目、意図された支出の目的、支出の形態、支出された金額等に照らし社会的儀礼の範囲に属するとみられるところがあったとしても、詰まるところ、当該宗教団体の使用(宗教上の使用)のため公金を支出したものと判断すべきであって、このような支出は、宗教上の団体の使用のため公金を支出することを禁じている憲法八九条の規定に違反するものといわなければならない。

　これを本件についてみると、原審の適法に確定した事実関係によれば、被上告人B2らは、D神社又はE神社が各神社の境内において挙行した恒例の祭祀である例大祭、みたま祭又は慰霊大祭に際して、玉串料、献灯料又は供物料を奉納するため、多数意見第一の一掲記の回数及び金額の金員を県の公金から支出したというのであるから、右の金員は、D神社又はE神社の使用のため支出したものと認めるのを相当とする。したがって、右の支出は、憲法八九条の右規定に違反する違法な公金の支出というべきである。

　ここで、二つのことを付言しておきたい。まず、従来の最高裁判所判例は、公金を宗教上の団体に対して支出することを制限している憲法八九条の規定の解釈についても、憲法二〇条三項の解釈に関するいわゆる目的効果基準が適用されるとしているが、私は、右基準の客観性、正確性及び実効性について、尾崎裁判官の意見と同様の疑問を抱いており、特に、本判決において、その感を深くしている。しかし、その点はきておき、本件において、憲法八九条の右規定の解釈について、右基準を適用する必要はないと考える。

　次に、本件の争点である公金の支出の違憲性の判断について、当該支出が憲法八九条の右規定に違反することが明らかである以上、憲法二〇条三項に違反するかどうかを判断する必要はない。私は、およそ信教に関する問題についての公の機関の判断はできる限り謙抑であることが望ましいと考える。「為政者の全権限は、魂の救済には決して及ぶべきでなく、また及ぶことが出来ない。」(ジョン・ロック。種谷春洋『近代寛容思想と信教自由の成立』二三〇頁以下参照)

判示第一の二についての裁判官高橋久子の意見は、次のとおりである。

　私は多数意見の結論には賛成するが、その結論に至る説示のうち第一の二には同調することができないので、その点に関する私の意見を明らかにしておきたい。

一我が国憲法は、二〇条に、信教の自由は、何人に対してもこれを保障する、いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない(一項)、何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない(二項)、国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない(三項)と規定し、さらに、八九条に、公の財産は、宗教上の組織又は団体の使用、便益又は維持のため、支出してはならない旨定めている。これは、大日本帝国憲法における信教の自由を保障する規定が極めて不十分で、国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、それに対する信仰が強制されるとともに、一部の宗教団体に対しては厳しい迫害が加えられるなど、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、その保障を確実ならしめるため政教分離規定を設けるに至ったのである。

　憲法は、信教の自由が人間の精神的自由の中核をなす基本的人権であり、我が国においては前述のような歴史的事情があったことにかんがみ、信教の自由を無条件に保障するのみでなく、国家といかなる宗教との結び付きも排除するために、国家と宗教との完全な分離を理想として、国家の宗教的中立性を確保しようとしたものと解される。このことは、多数意見でも認めているところである。

　しかしながら、多数意見は、「政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである。」とした上、「国家が社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するに当たって、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れることはできないから、現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、実際上不可能に近いものといわなければならない。さらにまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない。」、「政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、そのかかわり合いが、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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題とならざるを得ないのである。」、「(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かんがみ、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ものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。」として、憲法のいう「国家と宗教との完全な分離」を「理想」として棚上げし、国家は実際上、宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、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かんがみ、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ものと認められる場合にこれを許さないというのである。

　この考え方によれば、憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、「当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうもの」とされ、ある行為が宗教的活動に該当するか否かについては、「当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」ということになる。

　この考え方は、多数意見引用の昭和五二年七月一三日大法廷判決(以下「地鎮祭判決」という。)に示され、いわゆる目的・効果基準としてその後の宗教に関する裁判に大きな影響を与えたものであって、多数意見は、これに依拠して、本判決の枠組みとしているが、私は、この目的・効果基準についていくつかの疑問を持たざるを得ない。

二第一に、多数意見は、憲法のいう「国家と宗教との完全な分離」は理想であって、これを実現することは「不可能に近く」、これを完全に貫こうとすれば、「各方面に不合理な事態を生ずる」というが、果たしてそうであろうか。地鎮祭判決の挙げている不合理な事態の例は、特定宗教と関係のある私立学校への助成、文化財である神社、寺院の建築物や仏像等の維持保存のための宗教団体に対する補助、刑務所等における教誨活動等であるが、これらについては、平等の原則からいって、当該団体を他団体と同様に取り扱うことが当然要請されるものであり、特定宗教と関係があることを理由に他団体に交付される助成金や補助金などが支給されないならば、むしろ、そのことが信教の自由に反する行為であるといわなければならない。このような例は、政教分離原則を国家と宗教との完全な分離と解することによって生ずる不合理な事態とはいえず、国家と宗教との完全な分離を貫くことの妨げとなるものとは考えられないのである。

　私も、「完全分離」が不可能あるいは不適当である場合が全くないと考えているわけではない。クリスマスツリーや門松のように習俗的行事化していることがだれの目にも明らかなものもないわけではなく、他にも同様の取扱いをする理由を有するケースが全くないと断定することはできない。しかし、「いかなる宗教的活動もしてはならない。」とする憲法二〇条三項の規定は、宗教とかかわり合いを持つすべての行為を原則として禁じていると解すべきであり、それに対して、当該行為を別扱いにするには、その理由を示すことが必要であると考える。すなわち、原則はあくまでも「国家はいかなる宗教的活動もしてはならない」のである。ところが、多数意見は、「国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で」と、前提条件を逆転させている。

　憲法二〇条三項の規定が、我が国の過去の苦い経験を踏まえて国家と宗教との完全分離を理想としたものであることを考えると、目的・効果基準によって宗教的活動に制限を付し、その範囲を狭く限定することは、憲法の意図するところではないと考えるのである。

三第二は、多数意見が、「(国家と宗教との)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」、さらに、「諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」と、現実の姿を判断の尺度としていることである。前述のとおり、我が国において国家神道に国教的な地位が与えられ、その結果種々の弊害を生じたことは周知の事実であり、憲法は、その反省の上に立って信教の自由を無条件で保障し、それを確実ならしめるために国家と宗教との完全な分離を理想として二〇条の規定を設けたものと考えられるが、信教の自由は、心の深奥にかかわる問題であるだけに、いまだに国家神道の残滓が完全に払拭されたとはいい難い。また、我が国においては宗教は多元的・重層的に発展してきており、国民一般の宗教に対する関心は必ずしも高くはなく、異なった宗教に対して極めて寛容である。特定の宗教に帰依するからといって他宗教を排他的に取り扱うことはなく、このことは、戦前、国家神道が各家庭の中で宗教というよりも超宗教的存在として生活の規範をなし、多くの弊害をもたらす土壌となったと思われる。宗教的感覚において寛容であるということは、それ自体として悪いとはいえないであろうが、宗教が国民一般の精神のコントロールを容易になし得る危険性をはらんでいるともいえる。その意味からも政教分離原則は厳格に遵守されるべきであって、「社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度」、「社会通念に従って、客観的に判断」というように、現実是認の尺度で判断されるべき事柄ではないと思うのである。

四第三は、いわゆる目的・効果基準は極めてあいまいな明確性を欠く基準であるということである。多数意見は、「(国家が)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かんがみ、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ものと認められる場合にこれを許さないとするものである」というが、「社会的・文化的諸条件」とは何か、「相当とされる限度」というのはどの程度を指すのか、明らかではない。ある行為が宗教的活動に該当するか否かを判断するに当たって考慮する事情として、「当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。」、そして、「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」としているが、これらの事情について何をどのように評価するかは明らかではない。いわば目盛りのない物差しである。したがって、この基準によって判断された地鎮祭判決後の判決が、同じ事実を認定しながら結論を異にするものが少なくない。殉職自衛隊員たる亡夫を山口県E神社に合祀されたことに関し、キリスト教徒である妻からの国家賠償法に基づく損害賠償請求について、一、二審判決は、県隊友会の同神社に対する合祀申請に自衛隊職員が関与した行為が憲法二〇条三項にいき宗教的活動に当たるとしたが、多数意見引用の昭和六三年六月一日大法廷判決は、右行為は宗教的活動に当たらないとした。箕面市が忠魂碑の存する公有地の代替地を買い受けて忠魂碑の移設・再建をした行為、地元の戦没者遺族会に対しその敷地として右代替地を無償貸与した行為等が右の宗教的活動に該当するかどうかが争われた裁判では、一審判決は、右行為が宗教的活動に当たると判断したが、二審判決は、これを否定し、最高裁平成五年二月一六日第三小法廷判決も、宗教的活動には当たらないとした。本件についても、一審判決と原判決とでは、同じ目的・効果基準によって判断しながら結論は反対であるし、本判決においても、多数意見と反対意見とでは、同じ認定事実の下にいずれも地鎮祭判決の目的・効果基準に依拠するとしつつ全く反対の結論に到達しているのであって、これをみても、地鎮祭判決の示す基準が明確な指針たり得るかどうかに疑問を禁じ得ないのである。

　以上のとおり、目的・効果基準は、基準としては極めてあいまいなものといわざるを得ず、このようなあいまいな基準で国家と宗教とのかかわり合いを判断し、憲法二〇条三項の宗教的活動を限定的に解することについては、国家と宗教との結び付きを許す範囲をいつの間にか拡大させ、ひいては信教の自由もおびやかされる可能性があるとの懸念を持たざるを得ない。

五私は、憲法二〇条の規定する政教分離原則は、国家と宗教との完全な分離、すなわち、国家は宗教の介入を受けず、また、宗教に介入すべきではないという国家の非宗教性を意味するものと思うのである。信教の自由に関する保障が不十分であったことによって多くの弊害をもたらした我が国の過去を思うとき、政教分離原則は、厳格に解されるべきことはいうまでもない。したがって、私は、完全な分離が不可能、不適当であることの理由が示されない限り、国が宗教とかかわり合いを持つことは許されないものと考える。県の公金からD神社の例大祭、みたま祭に玉串料、献灯料を、E神社の慰霊大祭に供物料を奉納するため金員を支出した本件各行為は、いずれもそのような例外に当たるものとは到底いえないことが明らかであり、違憲というほかはない。

判示第一の二についての裁判官尾崎行信の意見は、次のとおりである。私は、多数意見の結論には同調するが、多数意見のうち第一の二については賛成することができないので、その点についての私の意見を明らかにしておきたい。

一政教分離規定の趣旨・目的と合憲性の判断基準

　多数意見引用の昭和五二年七月一三日大法廷判決及び多数意見も説示しているとおり、憲法は、大日本帝国憲法下において信教の自由の保障が不十分であったため種々の弊害が生じたことにかんがみ、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(地方公共団体を含む。以下同じ。)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と解すべきである。右大法延判決は、右の説示に続けて、国家が諸施策を実施するに当たり宗教とのかかわり合いを生ずることは免れ難く、国家と宗教との完全分離を実現することは実際上不可能に近いし、これに固執すればかえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れないとし、完全分離の理想を貫徹し得ない例として、宗教関係の私立学校への助成等を挙げている。なるほど平等権や信教の自由を否定する結果を招くような完全分離は不合理極まりないとみることができるから、こうした憲法的価値を確保することができるよう考慮を払うことには理由があり、厳格な完全分離の例外を一定限度で許し、柔軟に対応する余地を残すことは、複雑多岐な社会事象を処理するための慎重な態度というべきであろう。この範囲において、私は、右大法廷判決の説くところに同意することができる。そして、私は、右の説示の趣旨に沿って政教分離規定を解釈すれば、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るのである。

　このような考え方に立てば、憲法二〇条三項が「いかなる宗教的活動もしてはならない。」と規定しているのも、国が宗教とのかかわり合いを持つ行為は、原則として禁止されるとした上で、ただ実際上国家と宗教との分離が不可能で、分離に固執すると不合理な結果を生ずる場合に限って、例外的に許容されるとするものであると解するのが相当である。したがって、国は、その施策を実施するための行為が宗教とのかかわり合いを持つものであるときには、まず禁じられた活動に当たるとしてこれを避け、宗教性のない代替手段が存しないかどうかを検討すべきである。そして、当該施策を他の手段でも実施することができるならば、国は、宗教的活動に当たると疑われる行為をすべきではない。しかし、宗教とのかかわり合いを持たない方法では、当該施策を実施することができず、これを放棄すると、社会生活上不合理な結果を生ずるときは、更に進んで、当該施策の目的や施策に含まれる法的価値、利益はいかなるものか、この価値はその行為を行うことにより信教の自由に及ぼす影響と比べて優越するものか、その程度はどれほどかなどを考慮しなければならない。施策を実施しない場合に他の重要な価値、特に憲法的価値の侵害が生ずることも、著しい社会的不合理の一場合である。こうした検証を経た上、政教分離原則の除外例として特に許容するに値する高度な法的利益が明白に認められない限り、国は、疑義ある活動に関与すべきではない。このような解釈こそが、憲法が政教分離規定を設けた前述の経緯や趣旨に最もよく合致し、文言にも忠実なものである上、合憲性の判断基準としても明確で疑義の少ないものということができる。そして、右の検討の結果、明確に例外的事情があるものと判断されない限り、その行為は禁止されると解するのが、制度の趣旨に沿うものと考える。

二多数意見に対する疑問

これに対し、多数意見の示す政教分離規定の解釈は、前述の制定経緯やその趣旨及び文言に忠実とはいえず、また、その判断基準は、極めて多様な諸要素の総合考慮という漠然としたもので、基準としての客観性、明確性に欠けており、相当ではないというほかはなく、私は、これに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。

1多数意見は、憲法が政教の完全分離を理想としているとしつつ、「分離にもおのずから一定の限界がある」という。この判示のみをみれば、宗教的活動のすべてが「許されない」のが原則であるが、分離不能など特別の事情のために「許される」例外的な場合が存するとの趣旨をうかがわせる。ところが、それに続いて、「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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題」となるといい、突如「許されない」活動を限定的に定義している。完全分離を理想と考え、国が宗教とかかわり合いを持つことは原則的に許されないという立場から出発するのであれば、何が「許されない」かを問題とするのではなく、何が例外的に「許される」のかをこそ論ずべきである。私は、このような多数意見の立場は、政教分離制度の趣旨、目的にかなわず、同制度が信教の自由を確保する手段として最大限機能するよう要請されていることを忘れたものであって、望ましくないと考える。

2法解釈の原則は、法文を通常の意味・用法に従って解釈し、それで分明でないときは、立法者の意思を探求することである。「いかなる宗教的活動」をも禁止するとの文言を素直に読めば、宗教とかかわり合いを持つ行為はすべて禁止されていると解釈すべきことは、極めて分明で、「原則禁止、例外許容」の立場を採るのが当然である。にもかかわらず、何ら限定が付されていない文言を「いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題」として、性質上の制限があると読むことは、文意を離れるものであり、これを採ることができない。

　憲法二〇条三項に影響を与えた米国憲法の類似規定(修正一条)に関し、いわゆる目的効果基準を採る判例が、この規定は一定の目的、効果を持つ行為を禁ずるものであると解釈していることにならって、我が国でも同様な限定を「宗教的活動」に加える考えが生まれたとみられる。しかし、これは、両国憲法の規定の相違を無視するものである。米国憲法は、「国教の樹立を定め、又は宗教の自由な行使を禁止する法律(省略)を制定してはならない。」と規定し、国教樹立や宗教の自由行使の禁止に当たる行為のみが許されないとしているため、右の禁止に当たる範囲を定義する必要が生じ、判例は、許されない行為を決定する立場から基準を定めたのである。これに対し、我が憲法は、端的にすべての宗教的活動を禁止の対象とするとしているのであるから、およそ宗教色を帯びる行為は一義的に禁止した上、特別の場合に許容されるとの基準を設けるのが自然なこととなる。両国の条文の差異をみれば、基準の立て方が異なってこそ、それぞれ素直に条文に適するといえよう。3また、多数意見は、憲法二〇条三項の解釈に当たって、用語の意味内容があいまいで、その適用範囲が明確でなく、将来の指標とするには不十分と認められる。多数意見は、「宗教的活動」とは、「国及びその機関の活動」で宗教とのかかわり合いを持つ「すべての行為」を指すものではなく、「かかわり合いをもたらす行為」の目的効果にかんがみ、そのかかわり合いが諸条件に照らし「相当とされる限度を超えるもの」のみをいい、この相当限度を超えるのは「当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助...等になるような行為」であるという。この定義において、「当該行為」は、「国及びその機関」(以下「国」という。)の活動で宗教との「かかわり合いをもたらす行為」(以下「関与行為」という。)を意味している。国と宗教とのかかわり合いをみる場合、右のように国の「かかわり合いをもたらす」国自体の関与行為とかかわり合いの対象となる宗教的とみられる行為(以下「対象行為」という。)が存在し、その両者の関係がいかなるものか検討されることとなる。なお、この両者は、国教樹立のように大きく重なることもあれば、津地鎮祭のように重なる部分が減少し、本件玉串料奉納のように重なりが更に小さくなることもあり得る。また、津地鎮祭の場合、市がその主催者となっているとはいえ、宗教行事そのものは、神職が主宰者となり独自の宗教儀式として実施されており、市はこの他者の宗教行事と参加・利用の関係に立ったのであって、ここでも関与行為と対象行為の区別は明らかである。

　続いて多数意見は、「ある行為」が禁止される宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては、「当該行為」の外形的側面のみにとらわれることなく、「当該行為の行われる場所」その他の要素も考慮せよという。この場合、「ある行為」や「当該行為」は、先行定義によれば、国の活動を意味する。ところが、多数意見引用の昭和五二年七月一三日大法廷判決は、「当該行為」の外形的側面の例示として、主宰者が宗教家か、式次第が宗教の定める方式にのっとったものかなど、を挙げており、右大法廷判決が「当該行為」なる用語を国の関与行為とは別異の、宗教行事など国がかかわり合いを持とうとする対象行為を指すものとして使用していることを推知させる。しかし、この判示を定義どおり国の関与行為の外形と解する者もあろうし、特にこの例示を欠く多数意見は、その可能性を高めている。

　さらに、後続部分における「当該行為」も、多義的で意味を特定し難い。多数意見が「当該行為の行われる場所」というとき、愛媛県による玉串料などの支出が問題になっているので、県のかかわり合いをもたらす出損行為の場所と考えることもできるが、直前の「当該行為」が祭式を指すのと同様、例大祭の場所とみる方が自然である。「当該行為に対する一般人の宗教的評価」も同様で、玉串料奉納行為など関与行為に対するものか、例大祭など対象行為に対するものか、両者を含めてか、人々を迷わせる。「当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識」という場合、検討するのは関与行為(者)、対象行為(者)のいずれについてか、その双方か、やはり不分明である。津地鎮祭の場合、まず、一般人の意識においては、地鎮祭には宗教的意義を認めず、世俗的行為、慣習化した社会的儀礼として、世俗的な行事と評価しているとした上で、津市長らも同一の意識を持っていたと説示した点をみれば、対象行為を主眼としているとみられる一方、本件の原判決においては、県の行為は、戦没者の慰霊が目的であったこと、遺族援護行政の一環としてされたこと、金額が小さく儀礼的とみられることが論じられているところからすれば、県の関与行為を中心に「当該行為」や「当該行為者」が理解されていたとみられる。つまり、「当該行為」、「当該行為者」という同一用語を、前記大法廷判決は対象行為について、本件原判決は関与行為について、それぞれ使用しており、この用語が必ずしも一義的には解し得ないことを示している。「当該行為の一般人に与える効果、影響」というときも、国の行為のみについて論じているのか、例大祭なども考慮の対象としているのか明らかでなく、ことの性質上、後者が除かれているとは思えない。要するに、多数意見は、その意味内容を特定し難い部分があり、真意を把握するのが困難でその適用に際し、判断を誤らせる危険があり、合憲性を左右する基準として、このような不明確さは許されるべきでない。

4そして、私の主張する前記一の立場によれば、国の行為のうち、一応宗教的と認められるものは、すべて回避され、特に例外とすべき事由が明確に示されて初めて許容されることとなるため、検討すべき行為の量も検討すべき事項も、選別され、限定される。要するに、基準の客観的定立と適用がより容易になるといい得る。これに対し、多数意見の立場は、「宗教的活動」が本来的に限定された意味、内容を持つことを出発点とする。そこでは、すべての宗教的活動は、例示されたような多様な考慮要素に照らし総合評価して初めて、許されない宗教的活動の範囲に属することが決定される。検討対象の量も多く、検討事項も広範に及び、特に総合評価という漠然たる判断基準に頼らざるを得ず、客観性、明確性の点で大きな不安を感じさせる。判断基準という以上、単に考慮要素を列挙するだけでは足りず、各要素の評価の仕方や軽重についても何らかの基準を示さなければ、尺度として意味をなさない。事実、これまでの裁判例において、同一の目的効果基準にのっとって同一の行為を評価しながら、反対の結論に達している例があることは、右基準が明確性を欠き、その適用が困難なことを示すものというべきである。私は、右基準に代え、前記一に述べたところに従って新たな基準を用いることにより、将来の混乱を防止すべきものと考える。

三結論

1そこで、本件を前記一において述べた基準に従って見てみると、まず、県が戦没者を慰霊するという意図を実現するために、D神社等の祭祀に当たって玉串料等を奉納する以外には、宗教とかかわり合いを持たないでこれを行う方法はなかったのかどうかを検討しなければならない。しかし、そのような主張、立証はないのみならず、反対に、多くの宗教色のない慰霊のみちがあることは、公知の事実である。したがって、本件の県の行為は、宗教との分離が実際上不可能な場合には当たらないというほかはない。また、当然のことながら、宗教とのかかわり合いを持たないでも県の右意図は実現することができる以上、本件の県の行為がなければ社会生活上不合理な結果を招来するということはできず、この面からも、政教分離原則に反しない例外的事情があるということはできない。実際に他の都道府県の知事らが本件のような玉串料等の奉納をしなくても、特段の不合理を生じているとは認められず、この種の社会的儀礼を尊重するあまり、憲法上の重要な価値をおろそかにするのは、ことの順逆を誤っている。したがって、本件の玉串料等の奉納は、憲法二〇条三項に違反するものであり、本件支出は違法というべきである。

2これに対し、本件の玉串料等の奉納は、その金額も回数も少なく、特定宗教の援助等に当たるとして問題とするほどのものではないと主張されており、これに加えて、今日の社会情勢では、昭和初期と異なり、もはや国家神道の復活など期待する者もなく、その点に関する不安はき憂に等しいともいわれる。

　しかし、我々が自らの歴史を振り返れば、そのように考えることの危険がいかに大きいかを示す実例を容易に見ることができる。人々は、大正末期、最も拡大された自由を享受する日々を過ごしていたが、その情勢は、わずか数年にして国家の意図するままに一変し、信教の自由はもちろん、思想の自由、言論、出版の自由もことごとく制限、禁圧されて、有名無実となったのみか、生命身体の自由をも奪われたのである。「今日の滴る細流がたちまち荒れ狂う激流となる」との警句を身をもって体験したのは、最近のことである。情勢の急変には一〇年を要しなかったことを想起すれば、今日この種の問題を些細なこととして放置すべきでなく、回数や金額の多少を問わず、常に発生の初期においてこれを制止し、事態の拡大を防止すべきものと信ずる。

　右に類する主張として、我が国における宗教の雑居性、重層性を挙げ、国民は他者の宗教的感情に寛大であるから、本件程度の問題は寛容に受け入れられており、違憲などといってとがめ立てする必要がないとするものもある。しかし、宗教の雑居性などのために、国民は、宗教につき寛容であるだけでなく、無関心であることが多く、他者が宗教的に違和感を持つことに理解を示さず、その宗教的感情を傷付け、軽視する弊害もある。信教の自由は、本来、少数者のそれを保障するところに意義があるのであるから、多数者が無関心であることを理由に、反発を感ずる少数者を無視して、特定宗教への傾斜を示す行為を放置することを許すべきでない。さらに、初期においては些少で問題にしなくてよいと思われる事態が、既成事実となり、積み上げられ、取り返し不能な状態に達する危険があることは、歴史の教訓でもある。この面からも、現象の大小を問わず、ことの本質に関しては原則を固守することをおろそかにすべきではない。

　私は、こうした点を考慮しつつ、憲法がその条文に明示した制度を求めるに至った歴史的背景を想起し、これを当然のこととして、異論なく受容した制定者始め国民の意識に思いを致せば、国は、憲法の定める制度の趣旨、目的を最大限実現するよう行動すべきであって、憲法の解釈も、これを要請し、勧奨するよう、なさるべきものと信じ、本意見を述べるものである。

判示第一についての裁判官三好達の反対意見は、次のとおりである。

私は、本件支出は、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に該当せず、また、同八九条の禁止する公金の支出にも該当しないし、宗教団体が国から特権を受けることを禁止した同二〇条一項後段にも違反しないと考える。したがって、上告人らの本訴請求は棄却されるべきものであり、これを棄却した原判決は、その結論において維持せらるべく、本件上告は、理由がないものとして、これを棄却すべきものであると考える。以下、その理由を述べる。

一憲法における政教分離原則と憲法の禁止する宗教的活動及び公金の支出

この点についての私の考えは、多数意見も引用するところの最高裁昭和四六年(行ツ)第六九号同五二年七月一三日大法廷判決・民集三一巻四号五三三頁及び最高裁昭和五七年(オ)第九〇二号同六三年六月一日大法廷判決・民集四二巻五号二七七頁の判示するところと同一であるが、以下、その主要な点を申し述べる。

　現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、実際上不可能に近く、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない。これらの点にかんがみると、政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、そのかかわり合いが、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、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが、問題とならざるを得ないのである。右のような見地から考えると、憲法の前記政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、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かんがみ、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ものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。右の政教分離原則の意義に照らすと、憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、およそ国及びその機関の活動で宗教とかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、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ものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきであり、ある行為が右にいう宗教的活動に該当するか否かを検討するに当たっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意義の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。そして、本件支出が、宗教上の組織又は団体に対する公金の支出として、憲法八九条によって禁止されるものに当たるか否かの判断も、右の基準によってされるべきものであり、本件支出を評価するに当たっては、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ものと認められるか否かを検討すべきであり、また、その検討に当たっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることがあってはならないのである。

二D神社及び各県などのE神社(私の反対意見において、E神社とは、宗教法人愛媛県E神社のみを指すのではなく、各県などに存在するE神社一般を指称する。)  
をめぐる国民の意識等

1祖国や父母、妻子、同胞等を守るために一命を捧げた戦没者を追悼し、慰霊することは、遺族や戦友に限らず、国民一般としての当然の行為ということができる。このような追悼、慰霊は、祖国や世界の平和を祈念し、また、配偶者や肉親を失った遺族を慰めることでもあり、宗教、宗派あるいは民族、国家を超えた人間自然の普遍的な情感であるからである。そして、国や地方公共団体、あるいはそれを代表する立場に立つ者としても、このような追悼、慰霊を行うことは、国民多数の感情にも合致し、遺族の心情にも沿うものであるのみならず、国家に殉じた戦没者を手厚く、末長く追悼、慰霊することは、国や地方公共団体、あるいはそれを代表する立場にある者としての当然の礼儀であり、道義の上からは義務ともいうべきものである。諸外国の実情をみても、各国の法令上の差異や、国家と宗教とのかかわり方の相違などにかかわらず、国が自ら追悼、慰霊のための行事を行い、あるいは、国を代表する者その他公的立場に立つ者が民間団体の行うこれらの行事に公的資格において参列するなど、戦没者の追悼、慰霊を公的に行う多数の例が存在する。我が国においても、この間の事情は、これら諸外国と同様に考えることができる。そして、前述のように戦没者に対する追悼、慰霊は人間自然の普遍的な情感であることからすれば、追悼、慰霊を行うべきことは、戦没者が国に殉じた当時における国としての政策が、長い歴史からみて、正であったか邪であったか、当を得ていたか否かとはかかわりのないことというべきである。

　以上のような私の考えは、さきに内閣総理大臣その他の国務大臣のD神社参拝の在り方をめぐる問題について検討を遂げた「閣僚のD神社参拝問題に関する懇談会」の昭和六〇年八月九日の報告書(以下、「D懇報告書」という。)において述べられているところと概ね趣旨を同じくするものである。

　そして、一般的にいえば、慰霊の対象である御霊というものは、宗教的意識と全く切り離された存在としては考え難いのであって、ただ留意すべきことは、追悼、慰霊に当たり、特定の宗教とのかかわり合いが相当とされる限度を超えることによって、憲法二〇条三項等に違反してはならないということである。2D神社は、主として我が国に殉じた戦没者二四六万余を祀る神社であり、各県などにあるE神社は、主として右戦没者のうちその県などに縁故のある人々を祀る神社であって、いずれも宗教的施設にほかならない。そして、折りにふれD神社やE神社にいわゆるお参りをする遺族や戦友を始め国民の中には、祭神を信仰の対象としてお参りするという者もあるであろうが、より一般的には、そのような宗教的行為をしているという意識よりは、国に殉じた父、息子、兄弟、友人、知人、さらにはもっと広く国に殉じた同胞を偲び、追悼し、慰霊するという意識が強く、これをもっと素朴にいえば、戦没者を慰めるために、会いに行くという気持が強いといえる。そうであってみれば、D神社やE神社は、正に神道の宗教的施設であり、右各神社の側としては、お参りする者はすべて祭神を信仰の対象とする宗教的意識に基づき宗教的行為をしている者と受け取っているであろうことはいうまでもないところであるが、右に述べたような多くの国民の意識からすれば、右各神社は、戦没者を偲び、追悼し、慰霊する特別の施設、追悼、慰霊の中心的施設となっているといえるのであって、国民の多くからは、特定の宗教にかかる施設というよりも、特定の宗教を超えての、国に殉じた人々の御霊を象徴する施設として、あたかも御霊を象徴する標柱、碑、名牌などのように受け取られているといってよいものと思われる。D懇報告書も、国民や遺族の多くは、戦後から今日に至るまで、D神社を、その沿革や規模からみて、依然として我が国における戦没者追悼の中心的施設であるとしている旨を指摘しているところである。

　これに加えて、現実の問題として、戦没者を追悼、慰霊しようとする場合、我が国に殉じた戦没者すべての御霊を象徴するものは、D神社以外に存在しないし、右戦没者のうちその県などに縁故のある人々すべての御霊を象徴するものは、その県などのE神社をおいてほかに存在しないといってよい。H戦没者墓苑もあり、右墓苑における追悼、慰霊も怠ってはならないが、何といっても、右墓苑は、先の大戦での戦没者の遺骨のうち、氏名が判明せず、また、その遺族が不明なことから、遺族に渡すことのできない遺骨を奉安した墓苑であって、日清戦争や日露戦争での戦没者を始めとし、我が国のために殉じたすべての戦没者の御霊にかかる施設ではない。また、識者の中には、追悼、慰霊のための宗教、宗派にかかわりのない公的施設を新たに設置することを提案する意見もあり、考慮に値する意見ではあるが、国民感情や遺族の心境は、必ずしも合理的に割り切れるものではなく、このような施設が設置されたからといって、これまでD神社やE神社を追悼、慰霊の中心的施設としてきている国民感情や遺族の心境に直ちに大きな変化をもたらすものとは考え難い。

3国民の中に、D神社やE神社において、国や地方公共団体などを代表する立場にある者によって戦没者の追悼、慰霊の途が講ぜられることを望む声が多く、また、いわゆる公式参拝決議をした県議会や市町村議会も多いが、それらは、このように多くの国民の意識として右各神社が戦没者の追悼、慰霊の中心的施設として意識されていることによるものである。これらのことなどから、まだ占領下であった昭和二六年一〇月一八日、戦後はじめてのD神社の秋季例大祭に内閣総理大臣、その他の国務大臣らによる参拝が行われて以来、D神社の春季、秋季の例大祭や終戦記念日に同神社に参拝した内閣総理大臣その他の国務大臣は多く(一定の時期までは、内閣総理大臣のうち参拝しなかった者は、むしろ例外である。)、それらのうちには、いわゆる公式参拝であることを言明した者がかなりの数に上っているし、参拝した内閣総理大臣の中には、クリスチャンである者も含まれているとされている。D懇報告書も、「政府は、この際、大方の国民感情や遺族の心情をくみ、政教分離原則に関する憲法の規定の趣旨に反することなく、また、国民の多数により支持され、受け入れられる何らかの形で、内閣総理大臣その他の国務大臣のD神社への公式参拝を実施する方途を検討すべきである」と提言しているところである。

4本件支出を評価するに当たっての社会的・文化的諸条件として、以上述べたようなD神社やE神社に対する多くの国民の意識等を十分に考慮しなければならない。三本件支出にかかる事実関係とその検討  
1D神社に対する供与

D神社に対する供与は、昭和五六年から同六一年までの間、春秋の例大祭に際し、玉串料名下に一回五〇〇〇円ずつ九回、七月のみたま祭に際し、献灯料名下に一回七〇〇〇円ないし八〇〇〇円ずつ四回供与したもので、その供与は合計七万六〇〇〇円である。右各供与は、恒例の宗教上の祭祀である春秋の例大祭及びみたま祭に際してされたものであり、しかも昭和三三年ころから毎年継続して行われてきたというのであるが、次の諸点が留意されなければならない。

(一)金員の供与がD神社の恒例の祭祀に際してされたことが問題とされている。しかしながら、現在のD神社の春秋の例大祭の日は、戦後の政教分離政策の実施とともに、それぞれ春分の日及び秋分の日を基に新旧暦で換算して定めたものであり、春分の日及び秋分の日は、国民生活において、彼岸の中日として、祖先など死没者の墓参りが行われる日である。また、みたま祭は、古来我が国で祖先などの霊を祀り、慰め、供養する日とされてきたお盆(もともと民間習俗であって、仏教に由来するものではないとされている。)の日にちなんで、戦後設定したものであり、お盆に帰ってくる祖先などの霊を迎えるため提灯を掲げる習俗に合わせ、D神社の境内にも、献灯料によって二万を超える提灯が掲げられるのである。すなわち、いずれも特に祭神に直接かかわりのある日を卜して定められたものではなく、我が国において多数を占める国民が日常生活の上で祖先などの追悼、慰霊の日としてきた日にちなんで定められた日であって、特定の宗教への信仰を離れても、戦没者の追悼、慰霊をするにふさわしい日といえる。春秋の例大祭及びみたま祭は、D神社の立場からすれば、いわゆる恒例祭として、重要な宗教的意義を持ち、外形的にも主要な宗教的儀式にほかならないけれども、二に述べたように、多くの国民は、D神社を戦没者の追悼、慰霊の中心的施設と意識しているのであって、祖先などの追悼、慰霊の日にちなんだ日に行われる例大祭やみたま祭については、多くの国民や遺族は、戦没者を偲び、追悼し、慰霊する行事との意識が強く、祭神を信仰の対象としての宗教的儀式という意識は、必ずしも一般的ではないといえる。憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動及び同八九条の禁止する公金の支出に当たるかどうかの判断は、多くの国民の側の意識を考慮してされるべきであって、D神社の立場に立ってされるべきではない。このことは宗教的儀式の二面性ともいうべきものであって、世俗的行事とされている地鎮祭のような宗教的儀式についてもいえる。すなわち、地鎮祭も、これを主宰している神職の立場からすれば、降神の儀により大地主神及び産土神をその場所に招いて行う厳粛な神儀であり、外形的にも宗教的儀式にほかならないが、ただ建築主その他の参列者を含む国民一般は、世俗的行事と意識しているということなのである。

(二)右各金員の供与は、いずれもD神社からの案内に基づき、あらかじめ愛媛県知事である被上告人B1から委任を受けていた愛媛県東京事務所長である被上告人B2が通常の封筒に金員を入れて同神社の社務所に持参し、玉串料又は献灯料として持参した旨を口頭で告げて、同神社に交付したというのである。この供与の機会あるいは例大祭やみたま祭の機会に、県知事自らが参拝した事実はないのみならず、東京事務所長その他の県職員が代理して参拝した事実もなく、通常の封筒に入れて玉串料又は献灯料と記載することもなく交付しているのであって、供与の態様は極めて事務的といえる。例大祭に際しては、交付に当たり「玉串料」と告げているが、玉串料とは、神式による儀式に関連して金員を供与するに当たっての一つの名目でもあり、葬儀が神式で行われる場合、香典の表書を「御玉串料」とする例も多いことは、周知のところであるし、例大祭において、県関係者による現実の玉串奉奠がされたこともない。

それ故、玉串料という名目に、必ずしも供与する側の宗教的意図、目的を見い出すことはできず、また、必ずしも国民一般がこれを宗教的意義ある供与として意識するともいえないと思われる。ちなみに、前出最高裁昭和五二年七月一三日大法廷判決が世俗的行事であって憲法二〇条三項にいう宗教的活動に当たらないと判示した津市体育館の地鎮祭においては、神事として、津市長、同市議会議長らによって、現実に玉串奉奠が行われているし、最高裁昭和六二年(行ツ)第一四八号平成五年二月一六日第三小法廷判決・民集四七巻三号一六八七頁がそれへの参列は宗教的活動に当たらないとした忠魂碑前での神式による慰霊祭の神事においても、市長ら参列者により現実の玉串奉奠が行われているのである。みたま祭に際しては、交付に当たり「献灯料」と告げているが、境内に提灯が掲げられるのは、お盆に祖先を迎えるため提灯を掲げる我が国の習俗に由来すること、多くの国民はD神社を戦没者の追悼、慰霊の中心的施設と意識しているしと前述のとおりであることからすれば、多くの国民は、みたま祭の献灯をD神社の祭神にかかる宗教的儀式と結び付ける意識は薄く、戦没者の追悼、慰霊のためとの意識が強いということができる。そのための献灯料の供与に、必ずしも供与する側の宗教的意図、目的を見い出すことはできず、また、必ずしも国民一般がこれを宗教的意義ある供与として意識するともいえないと思われる。

(三)供与にかかる金員の額は、一般に冠婚葬祭などに際し、都道府県ないしその知事の名義で社会的儀礼として供与する金員として最低限度の額といえるものであることは明らかであるし、愛媛県の規模、予算その他からしても、逆にD神社のそれらからしても、極めて微少であって、金額からみれば、宗教とのかかわり合いは最低限度のものといってよい。金員供与が毎年の例大祭ないしみたま祭に際し継続的にされていることから、単に社会的儀礼の範囲にとどまるものとは評価し難いとする向きもあるが、右のように、例大祭やみたま祭に際しての金員の供与が、追悼、慰霊としての社会的儀礼の範囲内といえる程度のものであるならば、それが春秋ないし毎年の追悼、慰霊の機会に継続的にされたことは、あたかも死没者に対する毎年の命日ごとの追悼、慰霊のように、手厚い儀礼上の配慮がされたというべきものであって、継続的にされたことから、社会的儀礼の範囲を超えるものと評価することは当たらない。ちなみに、D懇報告書をふまえて、昭和六〇年の終戦記念日に内閣総理大臣がD神社の本殿に昇殿して、公式に参拝をしたが、その際、「内閣総理大臣何某」の名入りの花一対を本殿に供えた。その代金として公金から支出されD神社に交付された金員の額は、三万円であり、一国を代表する者としての戦没者の追悼、慰霊のための支出として、当然社会的儀礼の範囲内といえる額であるが、これとの対比においても、右各供与が社会的儀礼の範囲を超えるものでないことは明らかである。

なお、判例をみると、地方公共団体が行う接待等については、一回の機会にかなりの金額を支出している場合にも、社会通念上儀礼の範囲を逸脱したものとまでは断じ難いとしており、奈良県の某町が、地元出身の大臣の祝賀式典の挙行等のために、三二六万余円の公金(同町の当時の歳出予算額の〇・一六パーセントを占める金額)を支出した事案で、「社交儀礼の範囲を逸脱しているとまでは断定することができず」と判示した(最高裁昭和六一年(行ツ)第一二一号平成元年七月四日第三小法廷判決・判例時報一三五六号七八頁)のは、その例である。戦没者の追悼、慰霊のための宗教とのかかわり合いが相当とされる限度を超えるかどうかが問題とされる場合のみ、微少な金額の支出についても、厳しく糾弾するのは、バランスを欠くとの感を否めない。

2宗教法人愛媛県E神社(以下、私の反対意見において、「愛媛県E神社」という。)に対する供与

愛媛県E神社に対する供与は、昭和五六年から同六一年までの間、春秋の慰霊大祭に際し、供物料名下に一回一万円ずつ九回供与したもので、その供与は合計九万円である。右各供与は、恒例の宗教上の祭祀である春秋の慰霊大祭に際してされたものであり、しかも、昭和三三年ころから毎年継続して行われてきたというのであるが、次の諸点が留意されなければならない。

(一)金員の供与は春秋の慰霊大祭の際にされており、愛媛県E神社の恒例の大祭に際して供与されたことが問題とされる。しかしながら、春秋の大祭は、愛媛県E神社の立場からすれば、重要な宗教的意義を持ち、外形的にも主要な宗教的儀式にほかならないけれども、二に述べたように、多くの国民は、E神社を戦没者の追悼、慰霊の中心的施設と意識しているのであって、慰霊大祭の名の下に行われるこの行事については、(二)に後述するようにこの行事に深く関与している財団法人F遺族会(以下、私の反対意見において、「F遺族会」という。)を始めとし、多くの国民や遺族は、慰霊大祭の名に示されるとおり、正に戦没者を偲び、追悼し、慰霊する行事との意識が強く、祭神を信仰の対象としての宗教的儀式という意識は、必ずしも一般的ではないといえる。このことは、D神社の例大祭及びみたま祭について述べたと同じく、宗教的儀式の二面性として把握されるべきものであって、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動及び同八九条の禁止する公金の支出に当たるかどうかの判断は、多くの国民の側の意識を考慮してされるべきものであって、愛媛県E神社の立場に立ってされるべきではない。

(二)右各金員の供与は、以下のようにしてされた。すなわち、まずF遺族会ないし同会長の名義による愛媛県知事あての慰霊大祭の案内状が届き、愛媛県では、慰霊大祭の供物料として一万円を支出する手続をとり、「供物料、愛媛県」と表書したのし袋に入れ、通常は老人福祉課遺族援護係長がF遺族会の事務所に持参し、これを受領した同会は、慰霊大祭の日に、右一万円を「供物料、財団法人F遺族会会長B1」と表書したのし袋に入れ替えて、愛媛県E神社に交付した、というのである。このように、愛媛県からの金員供与は、直接的には、F遺族会に対してされ、同会において、同会会長名を表書した別ののし袋に入れ替えて、愛媛県E神社に交付しているのであるから、愛媛県から愛媛県E神社に対する金員の供与というべきであるかは著しく疑問で、むしろ、供物料を奉納するのはF遺族会であって、愛媛県は、遺族援護業務として、F遺族会に対し供物料を供与したものといえるのである。F遺族会が宗教上の組織又は団体に当たらないことはいうまでもない。仮に愛媛県から愛媛県E神社への供与とみることができるとしても、その供与は間接的というほかはない。表書は「供物料」となっているが、供物料とは、神式に限らず、神式又は仏式による儀式に関連して金員を供与するに当たっての一の名目でもあり、葬儀が神式で行われる場合、香典の表書を「神饌料」(「神饌」とは、神に供する酒食の意である。)とする例もあることは、周知のところである。それ故、供物料という名目に、必ずしも供与する側の宗教的意図、目的を見い出すことはできず、また、必ずしも国民一般がこれを宗教的意義ある供与として意識するともいえないと思われる。

(三)供与にかかる金員の額は、一般に冠婚葬祭などに際し、都道府県ないしその知事の名義で社会的儀礼として供与する金員として最低限度の額といえるものであることは明らかであり、愛媛県の規模、予算その他からしても、極めて微少であって、金額からみれば、宗教とのかかわり合いは最低限度のものといってよいことなどは、D神社に対する供与について述べたのと同様である。金員の供与が毎年春秋の慰霊大祭に際し継続的にされていることから、単に社会的儀礼の範囲にとどまるものとは評価し難いとする向きもあるが、D神社に対する供与について述べたのと同様に、金員の供与が追悼、慰霊としての社会的儀礼の範囲内といえる程度のものであるならば、それが継続されたことは、手厚い儀礼上の配慮がされたと評価すべきものであって、継続的にされたことから、社会的儀礼の範囲を超えるものと評価することはできない。

四本件支出の評価

戦没者に対する追悼、慰霊は、国民一般として、当然の行為であり、また、国や地方公共団体、あるいはそれを代表する立場にある者としても、当然の礼儀であり、道義上からは義務ともいえるものであること、また、D神社やE神社は、多くの国民から、日清戦争、日露戦争以来の我が国の戦没者の追悼、慰霊の中心的施設であり、戦没者の御霊のすべてを象徴する施設として意識されており、現実の問題として、そのような施設は、D神社やE神社をおいてはほかに存在しないことは、二に述べたとおりである。また、本件支出にかかるD神社及び愛媛県E神社への供与は、右各神社の側からすれば、重要な宗教的意義を持ち外形的にも主要な宗教的儀式である恒例祭に際してされたものであるけれども、多くの国民や遺族にとっては、戦没者を偲び、追悼し、慰霊する行事に際してのことであること、D神社への供与は、その交付の態様は極めて事務的であること、愛媛県E神社への供与とされている供与は、遺族援護業務としてのF遺族会への供与ということができ、愛媛県E神社への供与と断ずべきものか著しく疑問であるのみならず、仮にそのような供与とみることができるとしても、その供与は間接的であること、玉串料又は献灯料と告げ、あるいは供物料と表書したことに、必ずしも供与する側の宗教的意図、目的を見い出すことはできず、また、必ずしも国民一般がこれを宗教的意義ある供与として意識するともいえないと思われること、供与の額は、一般に冠婚葬祭などに際し、都道府県やその知事の名義で社会的儀礼として供与される金員として最低限度の額といえるものであり、金額からみれば、宗教とのかかわり合いは最低限度のものといってよいこと、供与が毎年継続的にされたことから、社会的儀礼の範囲を超えるものと評価することはできないことなどは、三に述べたとおりである。以上に加えて、我が国においては、家に神棚と仏壇が併存し、その双方にお参りをし、さらに、家の中にはそれ以外の神仏の守り札も掲げられているといった家庭が多く、場合によっては、その子女はミッション系の学園で学んでいるといったこともみられる。また、前出最高裁平成五年二月一六日第三小法廷判決の事案にみられるように、同一の遺族会主催の下に毎年一回行われる同一の忠魂碑の前での慰霊祭が、神式、仏式隔年交替で行われている事例もある。すなわち、我が国においては、多くの国民の宗教意識にも、その日常生活にも、異なる宗教が併存し、その併存は、調和し、違和感のないものとして、肯定されているのであって、我が国の社会においては、一般に、特定の宗教に対するこだわりの意識は希薄であり、他に対してむしろ寛容であるといってよい。このような社会の在り方は、別段批判せらるべきものではなく、一つの評価してよい在り方であり、少なくとも「宗教的意識の雑居性」というような「さげすみ」ともとれる言葉で呼ばれるべきものではない。このような社会的事情も考慮に入れられなければならず、特定の宗教のみに深い信仰を持つ人々にも、本件のような問題につきある程度の寛容さが求められるところである。これら諸般の事情を総合すれば、本件支出は、いずれも遺族援護業務の一環としてされたものであって、支出の意図、目的は、戦没者を追悼し、慰霊し、遺族を慰めることにあったとみるべきであり、多くの国民もそのようなものとして受け止めているということができ、国民一般に与える効果、影響等としても、戦没者を追悼、慰霊し、我が国や世界の平和を折求し、遺族を慰める気持を援助、助長、促進するという積極に評価されるべき効果、影響等はあるけれども、特定の宗教を援助、助長、促進し、又は他の宗教に対する圧迫、干渉等となる効果、影響等があるとは到底いうことができず、これによってもたらされる愛媛県とD神社又は愛媛県E神社とのかかわり合いは、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とはいえない。本件支出は、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に該当せず、同八九条の禁止する公金の支出にも該当せず、また、同二〇条一項後段にも違反しないというべきである。

五付言

1本件支出をもって違憲ということができないことは、以上に詳述したとおりであるが、心の問題としては、わだかまるものがないではない。二に述べたとおり、公人が公人の立場で、過度に特定の宗教とかかわることのない限度で、戦没者の追悼、慰霊に尽くすことは、当然の礼儀であり、道義上は義務ともいえるのであるが、追悼、慰霊が特定の宗教とかかわりを持って行われる場合の支出は、そのかかわり合いが相当とされる限度を超えないものに限られるのであるから、当然本件支出の金額程度にとどまる。そうだとすれば、心の問題としては、その程度の金員は、これを自己において支弁することに、より共感を覚える。けだし、自己において支弁する方がより心のこもった供与となり、追悼、慰霊の趣旨に一層かなうからである。しかし、このことは、本件支出が違憲かどうかにはかかわりがない。本件では、心の問題としての本件支出の相当性が問われているのではない。上述のような判断となった次第である。

2D神社やE神社と国や地方公共団体とのかかわりに関して、世上、国家神道及び軍国主義の復活を懸念する声がある。戦前の一時期及び戦時中において、事実上神社に対する礼拝が強制されたことがあり、右危惧を抱く気持は理解し得ないではない。しかしながら、昭和二〇年一二月一五日の連合国最高司令官からのいわゆる神道指令により、神社神道は一宗教として他のすべての宗教と全く同一の法的基礎に立つものとされると同時に、神道を含む一切の宗教を国家から分離するための具体的措置が明示され、さらに、昭和二二年五月三日には政教分離規定を設けた憲法が施行された。戦後現在に至るD神社やE神社は、他の宗教法人と同じ地位にある宗教法人であって、戦前とはその性格を異にしている。また、政教分離規定を設けた憲法の下では、国家神道の復活はあり得ないし、平和主義をその基本原理の一つとする憲法は、軍国主義の十分な歯止めとなっている。D神社の社憲二条にも、神社の目的として、「...万世にゆるぎなき太平の基を開き、以て安国の実現に寄与するを以て根幹の目的とする。」と定められているところである。D神社やE神社と国や地方公共団体との本件程度のかかわり合いにつき、そのような危惧を抱くのは、短絡的との感を免れず、日本国民の良識を疑っているものといわざるを得ない。戦後長い間に培われた日本国民の良識をもっと信頼すべきであろう。

3世上、D神社に一四人のA級戦犯も合祀されているしとを指摘する向きもある。今ここに東京裁判について論述することは、本件訴訟の争点と関係がないので、差し控えるが、A級戦犯が合祀されていることは、二四六万余にのぼる多くの戦没者につき、追悼、慰霊がされるべきであることとかかわりのないことであるし、まして本件支出が特定の宗教との相当とされる限度を超えるかかわり合いに当たるかどうかとは無関係の事柄である。D懇報告書にも、「合祀者の決定は、現在、D神社の自由になし得るところであり、また、合祀者の決定に仮に問題があるとしても、国家、社会、国民のために尊い生命を捧げた多くの人々をおろそかにして良いことにはならないであろう。」と指摘されているので、これを引用する。

4なお、本件のような問題は、本質的には、国内問題であることはいうまでもないが、右2及び3については、常に関係諸外国の理解を得るための努力も続けられなければならないところである。

判示第一についての裁判官可部恒雄の反対意見は、次のとおりである。

一本件第一審判決(松山地裁平成元年三月一七日判決)は、いわゆる津地鎮祭大法廷判決(最高裁昭和五二年七月一三日大法廷判決)を先例として掲げて被上告人B1(元愛媛県知事)の行為を違憲とし、その控訴審である原審判決(高松高裁平成四年五月一二日判決)は、同じく右大法廷判決に従って元知事の行為を合憲とし、当審大法廷の多数意見は、同じく右大法廷判決を先例として引いて元知事の行為を違憲であるとする。私は、津地鎮祭大法廷判決の定立した基準に従い、その列挙した四つの考慮要素を勘案すれば、自然に合憲の結論に導かれるものと考えるので、多数意見の説示するところと対比しながら、以下に順次所見を述べることとしたい。

二本件は、被上告人B1が愛媛県知事として在任中の昭和五六年から同六一年にかけてD神社の春秋の例大祭に際して奉納された玉串料各五千円、みたま祭に際して奉納された献灯料各七千円又は八千円、愛媛県E神社の春秋の慰霊大祭に際し県遺族会を通じて奉納された供物料各一万円の公金からの支出が憲法二〇条三項、八九条に違反するや否やが争われた事件であるが、多数意見は、本件支出の適否を判断するにあたり、「政教分離原則と憲法二〇条三項、八九条により禁止される国家等の行為」との標題を掲げて、次のように説示した。1まず、政教分離規定がいわゆる制度的保障の規定であること、現実の国家制度として国家と宗教との完全な分離を実現することは実際上不可能に近いこと、政教分離原則を完全に貫こうとすればかえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを挙げて、2国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があり、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、制度の根本目的(信教の自由の保障の確保)との関係において、そのかかわり合いの許否の限度を論ずべきであるとし、3このような見地から考えると、政教分離原則は、国家の宗教的中立性を要求するものではあるが、国家と宗教とのかかわり合いを全く許さないものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的・効果にかんがみ、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ものと認められる場合にこれを許さないとするものである、と結論づけた。

三右にいう「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ものと認められる場合にこれを許さないとするもの」というのは、表現それ自体としては、いわば、適法とされる限度を超える場合には違法となるとするの類いで、もとよりその内容において一義的でなく、それ自体としては、当該行為の合違憲性の判断基準として明確性を欠くとの非難を免れないが、多数意見は、以上に続いて次のように述べている。「憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである」と。いわゆる目的・効果基準であり、さきにみた「相当とされる限度を超えるもの」というおよそ一義性に欠ける説示の内容が合違憲性の判断基準として機能することが可能となるための指標が与えられたものと評することができよう。

しかしながら、具体的な憲法訴訟として提起される社会的紛争につき右の基準を適用して妥当な結論に到達するためには、更により具体的な考慮要素が示されなければならない。多数意見は、この点につき、「1」当該行為の行われる場所、「2」当該行為に対する一般人の宗教的評価、「3」当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、「4」当該行為の一般人に与える効果、影響の四つの考慮要素を挙げ、ある行為が憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該当するかどうかを検討するにあたっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、右の「1」ないし「4」の考慮要素等諸般の事情を考慮し、社会通念に従って客観的に判断しなければならない旨を判示した。以上、多数意見の説示するところが津地鎮祭大法廷判決の判旨に倣ったものであることは、その判文に照らして明らかである。そこで、以下に津地鎮祭大法廷判決の事案及びその判旨と対比しつつ、多数意見に賛同し得ない理由を述べることとする。

四津地鎮祭大法廷判決が判例法理として定立した目的・効果基準とは、(1)当該行為の目的が宗教的意義を持つものであること、及び(2)その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為であること、の二要件を充足する場合に、それが憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」として違憲となる(その一つでも欠けるときは違憲とならない)とするもので、この点、合衆国判例にいうレモン・テストにおいて、a目的が世俗的なものといえるか、b主要な効果が宗教を援助するものでないといえるか、c国家と宗教との間に過度のかかわり合いがないといえるか、の一つでも充足しないときは違憲とされることとの違いがまず指摘されるべきであろう。本件において県のしたさきの支出行為が目的(宗教的意義を持つか)効果(宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等となるか)基準の二要件を充足するか否かを、四つの考慮要素を勘案し、社会通念に従って客観的に判断するためには、まず、津地鎮祭大法廷判決の事案を眺め、それと本件玉串料等支出の事案との異同を識別しなければならない。

津地鎮祭大法廷判決の事案は、次のようなものである。津市体育館の建設にあたり、その建設現場において、津市の主催による起工式[地鎮祭]が、市職員が進行係となって、神職四名の主宰のもとに、所定の服装で、神社神道固有の祭祀儀式に則り、一定の祭場を設け、一定の祭具を使用して行われ、これを主宰した神職自身、宗教的信仰心に基づいて式を執行したものと考えられるが、その挙式費用(神職に対する報償費及び供物料)を市の公金から支出したことの適否が争われたというものである。そして、右大法廷判決は、ある行為が憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該当するかどうかを検討するにあたっては、「当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法(式次第)が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど」当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、前述の四つの考慮要素等諸般の事情を考慮し、社会通念に従って客観的に判断しなければならない、としたのである。津市長個人を被告とする住民訴訟の形式で争われたのは、地鎮祭の挙式費用としての公金支出の適否であるが、津地鎮祭大法廷判決が憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該当するか否かを論じたのは、いうまでもなく、津市の主催した地鎮祭(その主宰者は専門の宗教家である神職で、神社神道固有の祭祀儀式に則って行われたもの)そのものについてである。同判決は、地鎮祭の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法(式次第)が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど、地鎮祭の外形的側面のみにとらわれることなく、「1」地鎮祭の行われる場所、「2」地鎮祭に対する一般人の宗教的評価、「3」地鎮祭主催者である市が地鎮祭を行うについての意図・目的、宗教的意識の有無・程度、「4」地鎮祭の一般人に与える効果・影響等、四つの考慮要素を勘案し、社会通念に従って客観的に判断すべきであるとした。以下に、I事件との対比において、本件において、〝当該行為〟が憲法二〇条三項にいう「宗教的活動」に該当するか否かを決するにあたり、検討されるべき考慮要素とは何か、についてみることとする。

五本件において、多数意見が憲法適合性の論議の対象として取り上げるのは、前述のように、D神社の春秋の例大祭に際して奉納された玉串料、みたま祭に際して奉納された献灯料、県E神社の春秋の慰霊大祭に際して県遺族会を通じて奉納された供物料、の公金からの支出行為自体であって、それ以外にない。さきのI事件において憲法適合性が論ぜられたのは津市の主催する地鎮祭であるが、本件において多数意見の言及する右の例大祭、みたま祭、慰霊大祭の主催者は、D神社や県E神社であって、もとより県ではない(慰霊大祭についてはその主催者が県E神社であるか遺族会であるかの争いがあるが、その実態からみて両者の共催であるとしても、主催者が県でないことに変わりはない)。

　D神社についていえば、被上告人B1の委任に基づき県東京事務所長の決するところにより、同事務所の職員が、例大祭やみたま祭に際し、多くはその当日ではなく事前に、通常の封筒に入れて玉串料や献灯料を社務所に届けたものであり、知事は勿論、職員の参拝もなかった。県E神社についていえば、遺族会の要請により春と秋の彼岸に近接した日に行われる慰霊大祭に際し知事である被上告人B1が(老人福祉課長の専決処理により)遺族会会長である被上告人B1に対し供物料を支出した後、遺族会会長名義の供物料として奉納したものである(一審判決によれば、春秋の慰霊大祭の行事中に知事又はその代理者の参列についての記述がみられる)。

六I事件と本件との事案の相違の最も顕著な点は右のとおりであるが、まず、検討すべき考慮要素の「1」「当該行為の行われる場所」についてみると果たしてどうであろうか。

　この点につき多数意見は、本件公金の支出は、D神社又は県E神社が各神社の境内において挙行した恒例の宗教上の祭祀である例大祭、みたま祭又は慰霊大祭に際し、玉串料、献灯料又は供物料を奉納するためになされたものであるとした上、神社神道においては、祭祀を行うことがその中心的な宗教上の活動であるとされていること、例大祭及び慰霊大祭は、神道の祭式に則って行われる儀式を中心とする祭祀であり、各神社の挙行する恒例の祭祀中でも重要な意義を有するものと位置付けられていること、みたま祭は同様の儀式を行う祭祀であり、D神社の祭祀中最も盛大な規模で行われるものであることは、いずれも公知の事実である、とする。これらの事実が果たして公知であるか否かは暫く措くとして、多数意見は、神社神道において中心的な宗教上の活動とされる祭祀の中でも重要な意義を有するものと位置付けられ或いは最も盛大な規模で行われる春秋の例大祭、みたま祭又は慰霊大祭が、各神社の境内で挙行されることを強調しているやに見受けられる(このことは、みたま祭において奉納者の名前を記した灯明が境内に掲げられる旨を特記する点にも表れている)。しかし、恒例の宗教上の祭祀である例大祭、みたま祭又は慰霊大祭が神社の境内において挙行されるのは、あまりにも当然のことであって(灯明の掲げられる場所が境内であることについても同様である)、問題とされた本件支出行為につき、津地鎮祭大法廷判決が例示し、本件において多数意見がこれに倣う考慮要素の一としての〝当該行為の行われる場所〟としての意味を持ち得るものではない。

七次に、多数意見の掲げる考慮要素の「2」「当該行為に対する一般人の宗教的評価」についてみることとする。この点につき多数意見は、一般に、神社自体がその境内において(ここで再び「境内において」と強調されるのは、考慮要素「1」とのかかわり合いであろう)挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料を奉納することは、建築主が主催して建築現場において土地の平安堅固工事の無事安全等を祈願するために行う儀式である起工式[地鎮祭]の場合とは異なり、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうこということができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いところである、という。

　元来、我が国においては、(キリスト教諸国や回教諸国と異なり)各種の宗教が多元的、重層的に発達、併存して来ていることは、多数意見の述べるとおりであるが、さきの津地鎮祭大法廷判決は、この点の指摘とともに、多くの国民は、地域社会の一員としては神道を、個人としては仏教を信仰するなどし、冠婚葬祭に際しても異なる宗教を使い分けしてさしたる矛盾を感ずることがないというような宗教意識の雑居性が認められ、国民一般の宗教的関心は必ずしも高いものとはいい難い、と述べている。地域社会の一員としては、鎮守の杜のお社の氏子として行動し、家に帰っては、それぞれの寺院に先祖代々の墳墓を設け、葬儀も供養も仏式によって行うというのは、国民の間で広く受け容れられている生活の類型である。初詣には神社に参詣することが多いが、参詣者の大部分は仏教徒である。神社に参詣すれば通常はお賽銭を上げるが、履物を脱いで参殿し、神前に額づいて神職から格別の扱いを受ければ、玉串料を捧げることになる。七五三の行事は概ねこれによって行われる。式次第は神社神道固有の祭祀儀式に則って行われるが、それを受ける側の参詣者の多くは仏教徒その他神道信仰者以外の者であって、内心において信仰上の違和感を持たないのが通常であろう。

　国民が神社に参詣し玉串料等を捧げるのは、初詣や神前の結婚式や七五三や個人的な祈願のための行事の機会の外に、神社神道においてその中心的な宗教上の活動であるとされる恒例の祭祀の機会がある。D神社の春秋の例大祭、みたま祭、県E神社の春秋の慰霊大祭もその一つである。D神社や県E神社は、元来、戦没者の慰霊のための場所、施設である。戦後、占領政策の一環として宗教法人としての性格付けを与えられたが、そのために戦没者の慰霊のための場所、施設としての基本的性質が失われたわけではない。D神社の祭神は百五単位をもって数える戦没者が主体であり、県E神社のそれは愛媛県出身の戦没者が主体であるが、そのほかに、旧藩主、藩政に功労のあった者、産業功労者、警察官、消防団員、自衛官の公務殉職者等を含むとされる。祭神という言葉はいかめしいが、いわば神社神道固有の〝術語〟であり、神社に参詣する国民一般からすれば、今は亡きあの人この人であって、ゴッドではない。各県におけるE神社は、かつては招魂社と呼ばれた。その恒例の祭祀が招魂祭である。現に六〇歳代以上の年輩者には記憶のあることであるが、「招魂祭」とは戦没者の慰霊のための催しであるとはいえ、現在の政教分離原則の下で国家神道との関係が云々されるようないかめしいものではなく、招魂社の境内には綿菓子やのし烏賊を売る屋台が並び、それらの匂いの漂う子供心にも楽しいお祭り以外の何物でもなかった。県E神社についていえば、春秋二回の慰霊大祭に際し、「供物料愛媛県」と書いたのし袋に一万円を入れて、県E神社の境内にある県遺族会事務所に届け、県遺族会から「供物料財団法人F遺族会会長B1」と書いたのし袋に一万円を入れて、県E神社に奉納したものであり、D神社についても、県職員が多くは事前に通常の封筒に入れて玉串料(各五千円)や献灯料(七千円又は八千円)を社務所に届け、知事は勿論、職員の参列もなかったことは、前述のとおりである。金額が軽少であることが特に注目されよう。

　以上のように具体的に考察してみれば、神社の恒例の祭祀に際し、招かれて或いは求められて玉串料、献灯料、供物料等を捧げることは、神社の祭祀にかかわることであり、奉納先が神社であるところから、宗教にかかわるものであることは否定できず、またその必要もないが、それが慣習化した社会的儀礼としての側面を有することは、到底否定し難いところといわなければならない。

　しかるに多数意見は、地鎮祭の先例を引いて社会的儀礼にすぎないとはいえないとする。地鎮祭は、前述のとおり、津市の主催の下に、専門の宗教家である神職が、所定の服装で、神社神道固有の祭祀儀式に則って、一定の祭場を設け一定の祭具を使用して行ったものであるのに対し、本件はD神社又は県E神社の主催する例大祭、みたま祭又は慰霊大祭に際して、比較的低額の玉串料等を奉納したというのが実態であって、当該行為に対する一般人の宗教的評価いかんを判定するにあたり、前者は社会的儀礼にすぎないが、後者をもって「一般人が...社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難い」とするのは、著しく評価のバランスを失するものといわなければならない。多数意見がこのように性急に論断する理由は、「県が特定の宗教団体の挙行する重要な宗教上の祭祀にかかわり合いを持ったということが明らかである」ことにある。

　しかしながら、「政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ない」ことは、多数意見の自ら述べるとおりで、「そのかかわり合いが...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」違憲と判断するための目的・効果基準を定立し、その具体的適用にあたり検討すべき四つの考慮要素を掲げた。その考慮要素の「2」〝当該行為に対する一般人の宗教的評価〟を論ずるにあたり、「県が特定の宗教団体の挙行する重要な宗教上の祭祀にかかわり合いを持った」ことを理由に、当該行為が宗教的意義を持つとの一般人の評価が肯定されるというのでは、目的・効果基準を具体的に適用する上での考慮要素「2」は何ら機能していないものといわざるを得ない。

八次に、多数意見の掲げる考慮要素の「3」「当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度」についてみることとする。この点につき多数意見は、考慮要素「2」検討に該当する箇所において、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いとした上で、そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ないのであり、このことは、本件においても同様というべきである、とした。

　玉串料等の奉納は、D神社又は県E神社の挙行する恒例の祭祀中でも重要な意義を有するものと位置付けられ、或いは最も盛大な規模で行われる祭に際し、神社あてに拠出されるものであるから、宗教にかかわり合いを持つものであることは当然で、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ないことは勿論であろう。問題は、その意識の程度である。玉串料等の奉納が儀礼的な意味合いを持つことは、後に多数意見の説示自体にも現れる。曰く、「確かに、D神社及びE神社に祭られている祭神の多くは第二次大戦の戦没者であって、その遺族を始めとする愛媛県民のうちの相当数の者が、県が公の立場においてD神社等に祭られている戦没者の慰霊を行うことを望んでおり、そのうちには、必ずしも戦没者を祭神として信仰の対象としているからではなく、故人をしのぶ心情からそのように望んでいる者もいることは、これを肯認することができる。そのような希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない」と。

　長年にわたって比較的低額のまま維持された玉串料等の奉納が慣習化した社会的儀礼としての側面を持つことは、多数意見の右の説示をまつまでもなく、社会生活の実際において到底否定し難いところであり、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するという意識を「大なり小なり持たざるを得ない」とする説示は、あたかも、この間の消息を物語るもののようにも感ぜられる。なお、多数意見は、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できないとした上で、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえないとするが、これは既に違憲と決めつけた上での駄目押しにすぎず、この項で論じているのは、「相当とされる限度を超える」か否かの判断に資するために定立された目的・効果基準を具体的に適用するにあたり、検討すべき考慮要素の一々についてであるから、右の多数意見についてはこれ以上の言及をしない。多数意見が「戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でなくてもこれを行うことができると考えられる」云々と説示する点についても同様である。

　ところで、考慮要素「3」にいう、当該行為者が当該行為を行うについての意図・目的についてはどうであろうか。この点につき、多数意見は「本件においては、県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持つたことを否定することができない」と判示した。その表現はさりげなく、その文章は短いが、その意図するところは大きい。考慮要素「3」にいう当該行為者が当該行為を行うについての意図・目的の検証をこれで一挙に完結させようとするものであるからである。被上告人B1らの主張及びこれに副う書証・人証等によれば、D神社の例大祭、みたま祭や県E神社の慰霊大祭以外にも、愛媛県は公金を支出して来た。H戦没者墓苑における慰霊祭には、同墓苑の創設された昭和三四年以来ずっと公金を支出し、東京事務所長らが出席している。支出金は一万五千円(昭和六〇年)で、D神社や県E神社に対する年間支出金額と大差ない。全国戦没者追悼式に際しても、毎年供花料として一万円を支出している。沖縄には愛媛県出身戦没者のための慰霊塔「愛媛の塔」(昭和三七年一〇月建立)があり、遺族会は毎年慰霊塔の前で仏式慰霊祭を行って来たが、この慰霊塔の維持管理のため、毎年公金(約二〇万円)を支出している、という。県の公金支出は宗教的目的のためではなく、目的はあくまで戦没者の慰霊や遺族の慰謝にある、というのである。H戦没者墓苑における慰霊祭、全国戦没者追悼式、「愛媛の塔」の前での慰霊祭を挙行しているのは、なるほど宗教団体ではない。しかし、千鳥ヶ淵も、全国追悼式も、「愛媛の塔」も、D神社も、県E神社も、公金の支出はすべて戦没者の慰霊、遺族の慰謝が目的であると主張されている案件において、D神社と県J神社のみが宗教団体といえるものであることを捉えて、「県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれない」との理由付けで、「県が特定の宗教団体との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない」とするのは、判断として公正を欠くとの譏りを免れないであろう。これまで特定の宗教団体とのかかわり合いとされて来たのが、ここで俄かに「特別の」かかわり合いとされたことに注目すべきであろう。

九最後に、多数意見の掲げる考慮要素の「4」「当該行為の一般人に与える効果、影響」についてみることとしよう。いわゆる目的・効果基準の二要件のうち、当該行為の憲法適合性を判断するための最も重要な要件に関するものである。考慮要素「4」につき多数意見の述べるところは少ない。曰く、「地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ない」と。

　多数意見がH戦没者墓苑における慰霊祭、全国戦没者追悼式、「愛媛の塔」前の仏式慰霊祭の例を度外視し、これら慰霊の行事の主催者が宗教団体でない点を捉えてした立論が当を得ないことはさきに指摘したとおりで、これを根拠として、「地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つ」ことの是非を論じたのは、その前提に誤りがあるものといわなければならない。しかも、この前提の上に立って、多数意見が考慮要素の「4」当該行為の一般人に与える効果、影響として述べるのは、「一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすもの」であるというに尽きる。

　甚だ抽象的で具体性に欠け、援助、助長、促進との観念上のつながりを手探りしているかの感があるが、この点はむしろ一審判決の方が分かり易い。一審判決は次のようにいう。県がD神社に対して支出した金額は通常の社会的儀礼の範囲内に属するといってよい額である。しかし、一回一回の支出が少額であっても毎年繰り返されて行けば、県と神社との結び付きも無視することができなくなり、それが広く知られるときは、一般人に対しても、D神社は他の宗教団体とは異なり特別のものであるとの印象を生じさせ、或いはこれを強めたり固定したりする可能性が大きくなる。結論として、玉串料等の支出は、県とD神社との結び付きに関する象徴としての役割を果たしているとみることができ、玉串料等の支出は、経済的な側面からみると、D神社の宗教活動を援助、助長、促進するものとまではいえなくとも、精神的側面からみると、右の象徴的な役割の結果としてD神社の宗教活動を援助、助長、促進する効果を有するものということができる、と。県E神社への供物料についても同旨である。一審判決は、県とD神社、県E神社との間に具体的な結び付きの実体がないにもかかわらず、両者の「結び付きに関する象徴」としての役割を論じたところに無理があった。或いは結び付きの実体がないからこそ、「結び付きの象徴」として精神的側面を端的に強調したものとも考えられよう(合衆国判例における「象徴的結合」とは、事案も内容も異なる)。津地鎮祭大法廷判決によって定立された目的・効果基準の適用にあたって、当該行為の効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるか否かの判定は、このような専ら精神面における印象や可能性や象徴を主要な手がかりとして決せられてはならない。このように抽象的で内容的に具体的なつかみどころのない観念が指標とされるときは、違憲審査権の行使は恣意的とならざるを得ないからである。多数意見は、一審判決のいう「結び付きに関する象徴」云々の表現を用いなかったが、その判旨の内容は実質的に異なるものではない。

一〇以上、津地鎮祭大法廷判決の定立した判例法理に従うとして、多数意見が考慮要素の「1」ないし「4」について説示するところをみて来たが、論理に従ってその文脈を辿ることは著しく困難であるといわざるを得ない。考慮要素の「1」はそもそも本件において機能し得ず、また考慮要素の「2」ないし「4」については十分な説明も論証もないまま、多数意見は、目的・効果基準を適用して、本件支出行為と宗教とのかかわり合いが「相当と認められる限度を超えるもの」と論断した。しかし、すでにみたように、玉串料等の奉納行為が社会的儀礼としての側面を有することは到底否定し難く、そのため右行為の持つ宗教的意義はかなりの程度に減殺されるものといわざるを得ず、援助、助長、促進に至っては、およそその実体を欠き、徒らに国家神道の影に怯えるものとの感を懐かざるを得ない。本件玉串料等の奉納は、被上告人B1が知事に就任する以前から、通算二十数年の長きにわたり、一審判決の表現によれば「通常の社会的儀礼の範囲に属するといってよい額」を細々と長々と続けて来たものにほかならない。訴訟において関係人の陳述を指して...は何々である旨縷々陳述するが...と評することが多いが、縷々とは細く長く絶えず続くことの意味である。本件玉串料等の支出はまさしくそれに当たる。そして、この細く長く絶えず続けられた玉串料等の支出が、多数意見によって「相当とされる限度を超えるもの」とされるとき、私は今は故人となった憲法学徒の次の言葉を想起させられるのである。曰く、「民間信仰の表現としての地蔵や庚申塚が公有地の隅に存することも容認しないほど憲法は不寛容と解すべきであるのか」(小嶋和司「いわゆる『政教分離』について」ジュリスト八四八号)と。

一一本件支出の合違憲性についての私の所見は、基本的に以上に述べたところに尽きるが、私は本件支出は違憲でないとの結論をとるので、憲法二〇条のみならず八九条についても言及する必要がある。多数意見はこの点につき、D神社及び県E神社は憲法八九条にいう宗教上の組織又は団体に当たることが明らかであり、本件玉串料等をD神社又は県E神社に奉納したことによってもたらされる県とD神社等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相当とされる限度を超えるものと解されるから、本件支出は、同条の禁止する公金の支出に当たり、違法というべきであるとした。憲法八九条は、行政実務上の解釈困難な問題規定の一つであり、多数意見が津地鎮祭大法廷判決の定立した目的・効果基準に従い、本件支出の憲法八九条適合性を判断した態度は是認されよう。津地鎮祭大法廷判決は、次のように述べている。

　曰く、本件起工式[地鎮祭]はなんら憲法二〇条三項に違反するものではなく、また、宗教団体に特権を与えるものともいえないから、同条一項後段にも違反しないというべきである。更に、右起工式の挙式費用の支出も、本件起工式の目的、効果及び支出金の性質、額等から考えると、特定の宗教組織又は宗教団体に対する財政援助的な支出とはいえないから、憲法八九条に違反するものではなく、地方自治法二条一五項、一三八条の二にも違反するものではない、と。

　津地鎮祭大法廷判決においていう「当該行為」とは津市当局の主催した地鎮祭の挙行であり、本件においては、玉串料等の奉納という支出以外に「当該行為」と目すべきものは存在しないから、右の先例の判文をそのままなぞって本件に翻訳することはできないが、要するに、玉串料等の奉納という本件支出の目的、効果、支出金の性質、額等から考えると、特定の宗教組織又は宗教団体に対する財政援助的な支出とはいえないから、憲法八九条に違反するものではない、というに帰着しよう。

一二憲法八九条についての戦後の論議は、実り豊かなものではなかった(旧帝国議会での審議当時、宗教関係者が最も怖れたのは、明治政府によつて国有化された、名義上の国有財産である神社・寺院の境内地等が、この規定を根拠にして全面的に取り上げられるのではないか、ということであった)。そして、その条文は、その規定に該当する限り一銭一厘の支出も許されないかの如き体裁となっている。そこで忽ち問題となるのが、津地鎮祭大法廷判決の判文にも現れる「特定宗教と関係のある私立学校に対し一般の私立学校と同様な助成を」することは、憲法八九条に違反することにならないか、ということである。

　この点は、他の私学への助成金(公金)の支出が許されるのに、特定宗教と関係のある私学への助成金(公金)の支出が許されないとすれば、平等原則の要請に反するから...と説明されるのが通常である。しかし、憲法解釈上の難問に遭遇したとき、安易に平等原則を引いて問題を一挙にクリヤーしようとするのは、実は、憲法論議としての自殺行為にほかならないのではあるまいか。

　一方において、宗教関係学校法人に対する億単位、否、十億単位をもってする巨額の公金の支出が平等原則の故に是認され得るとすれば、そして、もしそれが許されないとすれば即信教の自由の侵害になると論断されるのであれば、その論理は同時に、他の戦没者慰霊施設に対する公金の支出が許されるとすれば、同じく戦没者慰霊施設としての基本的性質を有する神社への、五千円、七千円、八千円、一万円という微々たる公金の支出が許されないわけがない、もし神社が「宗教上の組織又は団体」に当たるとの理由でそれが許されないとすれば、即信教の自由の侵害になる、との結論を導き出すものでなければならない。宗教関係学校法人への巨額の助成を許容しながら微細な玉串料等の支出を違憲として、何故、論者は矛盾を感じないのであろうか。すべて、戦前・戦中の神社崇拝強制の歴史を背景とする、神道批判の結論が先行するが故である。戦前・戦中における国家権力による宗教に対する弾圧・干渉をいうならば、苛酷な迫害を受けたものとして、神道系宗教の一派である大本教等があったことが指摘されなければならない。

一三悪の芽は小さな中に摘みとるのがよく、憲法の理想とするところを実現するための環境を整える努力を怠ってはならない。しかし、国家神道が消滅してすでに久しい現在、我々の目の前に小さな悪の芽以上のものは存在しないのであろうか。憲法八九条に関連して一例を挙げれば、宗教団体の所有する不動産やその収益と目すべきものにつき、これを課税の対象から外すことは、宗教団体に対し積極的に公金を支出するのと同様の意味を持つ。これが政教分離原則との関係において合衆国判例において論ぜられて久しい。我が国において、これらの点に関連して論ぜられるべき問題状況は果たして存在しないのであろうか。何故これらの点がまともに論ぜられることなく、かえって、細く長く絶えず続けられた本件玉串料等の支出の如きが、何故かくも大々的に論議されなければならないのであるか。これが疑問とされないのは何故であるかを疑問とせざるを得ないのである。

最高裁判所大法廷  
裁判長裁判官三好達、 園部逸夫、 可部恒雄、 大西勝也、 小野幹雄、大野正男、千種秀夫、根岸重治、高橋久子、尾崎行信、河合伸一、遠藤光男、井嶋一友、福田博、藤井正雄

6 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)

1 最大判昭和32年11月27日刑集11巻12号3132頁〔第三者所有物没収違憲訴訟〕(差戻)

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

2 最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁〔HS式無熱高周波療法事件〕(差戻)

主文原判決を破棄する。本件を仙台高等裁判所に差し戻す。

理由

被告人の上告趣意について。

　論旨は、被告人の業としたHS式無熱高周波療法が、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法にいう医業類似行為として同法の適用を受け禁止されるものであるならば、同法は憲法二二条に違反する無効な法律であるから、かかる法律により被告人を処罰することはできない。本件HS式無熱高周波療法は有効無害の療法であつて公共の福祉に反しないので、これを禁止する右法律は違憲であり、被告人の所為は罪とならないものであるというに帰する。憲法二二条は、何人も、公共の福祉に反しない限り、職業選択の自由を有することを保障している。されば、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法一二条が何人も同法一条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならないと規定し、同条に違反した者を同一四条が処罰するのは、これらの医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するものと認めたが故にほかならない。ところで、医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであつて、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律一二条、一四条は憲法二二条に反するものではない。しかるに、原審弁護人の本件HS式無熱高周波療法はいささかも人体に危害を与えず、また保健衛生上なんら悪影響がないのであるから、これが施行を業とするのは少しも公共の福祉に反せず従つて憲法二二条によつて保障された職業選択の自由に属するとの控訴趣意に対し、原判決は被告人の業とした本件HS式無熱高周波療法が人の健康に害を及ぼす虞があるか否かの点についてはなんら判示するところがなく、ただ被告人が本件HS式無熱高周波療法を業として行つた事実だけで前記法律一二条に違反したものと即断したことは、右法律の解釈を誤つた違法があるか理由不備の違法があり、右の違法は判決に影響を及ぼすものと認められるので、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものというべきである。よつて、刑訴四一一条一号、四一三条前段に従い、主文のとおり判決する。この判決は、裁判官田中耕太郎、同下飯坂潤夫、同石坂修一の後記反対意見あるほか、裁判官全員の一致した意見によるものである。裁判官田中耕太郎、同下飯坂潤夫の反対意見は次の通りである。われわれは、医業類似行為を業とすることの法律による処罰が、「人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨」のものとする多数意見の解釈に賛成することができない。人の健康に害を及ぼす虞れがあるかないかは、療治をうける対象たる「人」の如何によつてちがつてくる。またそれは療治の実施の「方法」の如何にもかかつている。従つて有害無害は一概に判断できない場合がはなはだ多い。この故に法律は医業類似行為が一般的に人の健康に害を及ぼす虞れのあるものという想定の下にこの種の行為を画一的に禁止したものである。個々の場合に無害な行為といえども取締の対象になることがあるのは、公共の福祉の要請からして、やむを得ない。かような画一性は法の特色とするところである。要するに本件のような場合に有害の虞れの有無の認定は不必要である。いわんや法律の趣旨は原判決や石坂裁判官の反対意見にのべられているような、他の理由をもふくんでいるにおいておや。つまり無害の行為についても他の弊害が存するにおいておや。以上の理由からしてわれわれは本件上告を理由がないものとし、棄却すべきものと考える。

裁判官石坂修一の反対意見は次の通りである。私は、多数意見の結論に賛同できない。原審の判示する所は、必ずしも分明であるとはいえないけれども、原審挙示の証拠とその判文とを相俟つときは、原審は、被告人が、HS式高周波器といふ器具を用ひ、料金を徴して、HS式無熱高周波療法と称する治療法を施したこと、即ち右施術を業として行つたこと、HS式無熱高周波療法は、電気理論を応用して、単なる健康維持増進のためのみならず、疾病治療のためにも行はれ、少くとも右HS式無熱高周波療法が、これに使用せられる器具の製作者、施術者並に被施術者の間では、殆んど凡ての疾病に顕著な治療効果があると信ぜられて居ること及び右治療法が、HS式高周波器により二枚の導子を以つて患部を挟み、電流を人体に透射するものであることを認定して居るものと理解し得られる。かゝる治療方法は、健康情態良好なる人にとりては格別、違和ある人、或は疾病患者に、違和情態、疾病の種類、その程度の如何によつては、悪影響のないことを到底保し難い。それのみならず、疾病、その程度、治療、恢復期等につき兎角安易なる希望を持ち易い患者の心理傾向上、殊に何等かの影響あるが如く感ぜられる場合、本件の如き治療法に依頼すること甚しきに過ぎ、正常なる医療を受ける機会、ひいては医療の適期を失い、恢復時を遅延する等の危険少なしとせざるべく、人の健康、公共衛生に害を及ぼす虞も亦あるものといはねばならない。(記録に徴しても、HS式高周波器より高周波電流を人体に透射した場合、人体の透射局所内に微量の温熱の発生を見るのであつて、健常人に対し透射時間の短いとき以外、生理的に無影響とはいえない。)されば、HS式無熱高周波療法を、健康の維持増進に止まらないで、疾病治療のために使用するが如きことは、何事にも利弊相伴う実情よりして、人体、及びその疾病、これに対する診断並に治療についての知識と、これを使用する技術が十分でなければ、人の保健、公共衛生上必ずしも良好なる結果を招くものとはいえない。したがつて、前記高周波器を使用する右無熱高周波療法を業とする行為は、遽に所論の如く、公共の福祉に貢献こそすれ、決してこれに反しないものであるとなし得ない。而してあん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法が、かゝる医業類似行為を資格なくして業として行ふことを禁止して居る所以は、これを自由に放置することは、前述の如く、人の健康、公共衛生に有効無害であるとの保障もなく、正常なる医療を受ける機会を失はしめる虞があつて、正常なる医療行為の普及徹底並に公共衛生の改善向上のため望ましくないので、わが国の保健衛生状態の改善向上をはかると共に、国民各々に正常なる医療を享受する機会を広く与へる目的に出たものと解するのが相当である。したがつて原判示の如き器具を使用して、原判示の如き医業類似行為を業とすることを禁止する本法は、公共の福祉のため、必要とするのであつて、職業選択の自由を不当に制限したとはいえないのであるから、これを憲法違反であるとは断じ得ない。単に治療に使用する器具の物理的効果のみに着眼し、その有効無害であることを理由として、これを利用する医業類似の行為を業とすることを放置すべしとする見解には組し得ない。原判示は以上と同趣旨に出で居るのであるからこれを維持すべきものであると考へる。

検察官安平政吉公判出席

昭和三五年一月二七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、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

3 最大判昭和37年5月2日刑集16巻5号495頁〔交通事故報告義務違憲訴訟〕(有罪)

主文本件上告論旨第一点及び第二点はいずれも理由がない。

理由

弁護人石黒武雄の上告趣意第一点及び第二点について。

論旨は、要するに、原判決は被告人が自動車の運転により発生させた本件事故を所轄警察署の警察官に報告し、その指示を受けることをしなかつた事実を有罪と認定し、道路交通取締法二四条一項、二八条一号、同法施行令六七条二項により処罰した第一審判決を認容したが、右施行令六七条二項掲記の「事故の内容」には刑事責任を問われる虞のある事項も含まれるから、同項中その報告義務を定める部分は、自己に不利益な供述を強要するものであつて、憲法三八条一項に違反し無効である。したがつて、原判決中右有罪部分は破棄さるべきであると主張するにある。しかしながら、道路交通取締法(以下法と略称する)は、道路における危険防止及びその他交通の安全を図ることを目的とするものであり、法二四条一項は、その目的を達成するため、車馬又は軌道車の交通に因り人の殺傷等、事故の発生した場合において右交通機関の操縦者又は乗務員その他の従業者の講ずべき必要な措置に関する事項を命令の定めるところに委任し、その委任に基づき、同法施行令(以下令と略称する)六七条は、これ等操縦者、乗務員その他の従業者に対し、その一項において、右の場合直ちに被害者の救護又は道路における危険防止その他交通の安全を図るため、必要な措置を講じ、警察官が現場にいるときは、その指示を受くべきことを命じ、その二項において、前項の措置を終つた際警察官が現場にいないときは、直ちに事故の内容及び前項の規定により講じた措置を当該事故の発生地を管轄する警察署の警察官に報告し、かつその後の行動につき警察官の指示を受くべきことを命じているものであり、要するに、交通事故発生の場合において、右操縦者、乗務員その他の従業者の講ずべき応急措置を定めているに過ぎない。法の目的にみるときは、令同条は、警察署をして、速に、交通事故の発生を知り、被害者の救護、交通秩序の回復につき適切な措置を執らしめ、以つて道路における危険とこれによる被害の増大とを防止し、交通の安全を図る等のため必要かつ合理的な規定として是認せられねばならない。しかも、同条二項掲記の「事故の内容」とは、その発生した日時、場所、死傷者の数及び負傷の程度並に物の損壊及びその程度等、交通事故の態様に関する事項を指すものと解すべきである。したがつて、右操縦者、乗務員その他の従業者は、警察官が交通事故に対する前叙の処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであつて、それ以上、所論の如くに、刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中むに含まれるものとは、解せられない。また、いわゆる黙秘権を規定した憲法三八条一項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきことは、既に当裁判所の判例(昭和二七年(あ)第八三八号、同三二年二月二〇日、大法廷判決、集一一巻二号八〇二頁)とするところである。したがつて、令六七条二項により前叙の報告を命ずることは、憲法三八条一項にいう自己に不利益な供述の強要に当らない。されば、令六七条二項に、所論の如き違憲のかどはないのであつて、論旨は、すべて採るを得ない。よつて裁判官奥野健一、同山田作之助の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

裁判官奥野健一の補足意見は次のとおりである。多数意見は道路交通取締法施行令六七条二項の報告義務の対象である「事故の内容」とは、事故発生の日時、場所、死傷者の数及び負傷の程度並びに物の損壊及びその程度等交通事故の態様に関する事項であつて、刑事責任を問われる虞のある事故の原因、その他の事項まで含まれるものではないから、憲法三八条一項にいう不利益な供述を強要することにあたらない旨判示する。しかし、仮令自己の注意義務違反、過失の有無などの主観的責任原因等については報告義務なしとしても、前記の如く事故の態様を具体的、客観的に報告することを義務付けられることは、犯罪構成要件のうちの客観的事実を報告せしめられることになるから、少くとも事実上犯罪発覚の端緒を与えることになり、多数意見の如く全然憲法三八条の不利益な供述を強要することにあたらないと断定することには躊躇せざるを得ない。刑訴一四六条の証言拒絶に関する規定は、憲法三八条の趣旨に則つたものであるが、操縦者らが若し証人として前記の如き事故の態様に関する事実について証言を求められたときは、自己が刑事訴追を受ける虞のあるものとして右刑訴の規定により証言を拒むことができないであろうか。しかし、前述の如く自己の故意過失等主観的な責任原因などは、報告義務の外に置かれていること及び道路交通の安全の保持、事故発生の防止、被害増大の防止、被害者の救護措置等の公共の福祉の要請を考慮するとき、いわゆる黙秘権の行使が前記程度の制限を受けることも止むを得ないものとして是認さるべきものと考える。

裁判官山田作之助の補足意見は次のとおりである。わたくしは裁判官奥野健一の補足意見に同調するが次のことを附加したい。いわゆる交通事故が発生した場合、死傷者が生じたときは、これに対する処置、事故により生ずる交通混乱等の整理など行政官(主として警察官)の処理をまつこと多く、しかもこれらは迅速になされなくてはならない。これがためには、警察官その他の係官が先ず事故の発生を覚知し、現場に臨むことが必要であることはいうまでもない。この事故の発生を知るためには、事故を発生せしめた者(例えば自動車運転者)が一番早く事故を知るのであるから、同人をして即時、事故発生の事実を警察官に通報させることが、いわゆる行政経済の立場から要求されることは、当然であつて、この通報義務違反に対し、いわゆる行政秩序罰(罰金刑、若しくは軽微なる懲役、禁錮刑を標準とする)程度の制裁が科せられても、国民としてはこれを甘受しなければならないと解する。従つて右通報義務違反に対し、道路交通取締法二八条一号(二四条一項)が「三ケ月以下の懲役、五千円以下の罰金又は科料」の制裁を科することを規定しても、右規定が憲法三八条一項に違反するということはできない。なお昭和三一年(あ)第三六三六号、同三六年一二月二〇日大法廷判決におけるわたくしの意見参照。

昭和三七年五月二日最高裁判所大法廷裁判長裁判官横田喜三郎、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、高木常七、石坂修一、山田作之助、五鬼上堅磐、横田正俊

4 最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁〔都教組事件〕(無罪)

主文原判決を破棄する。被告人らはいずれも無罪。

理由

弁護人佐伯静治外二七名の上告趣意について。

論旨は、憲法違反、条約違反、判例違反、判断遺脱その他きわめて多岐にわたるが、要するに、地方公務員法(以下地公法という。)三七条の定める争議行為の禁止が憲法二八条に違反し、かつ、ILO八七号条約および国際慣習法規にも違反し、ひいては憲法九八条二項にも違反する旨の主張と、地公法六一条四号の定める争議行為のあおり行為等に対する刑事罰が憲法二八条、一八条、三一条に違反し、かつ、ILO八七号条約および国際慣習法規にも違反し、ひいては憲法九八条二項にも違反する旨の主張とを骨子とし、あわせて、地公法六一条四号の定める「あおり」の要件についての解釈適用の誤り、原判決の刑訴法四〇〇条但書違反および原判決の判断遺脱を主張するものである。当裁判所は、結論として、原判決を破棄し、被告人全員を無罪とすべきものとするが、その理由は、つぎのとおりである。

一、公務員の労働基本権について、当裁判所は、さきに、昭和四一年一〇月二六日の判決(いわゆるB事件判決)において、つぎのとおり判示した。「憲法二八条は、いわゆる労働基本権、すなわち、勤労者の団結する権利および団体交渉その他の団体行動をする権利を保障している。この労働基本権の保障の狙いは、憲法二五条に定めるいわゆる生存権の保障を基本理念とし、勤労者に対して人間に値する生存を保障すべきものとする見地に立ち、一方で、憲法二七条の定めるところによつて、勤労の権利および勤労条件を保障するとともに、他方で、憲法二八条の定めるところによつて、経済上劣位に立つ勤労者に対して実質的な自由と平等とを確保するための手段として、その団結権、団体交渉権、争議権等を保障しようとするものである。このように、憲法自体が労働基本権を保障している趣旨にそくして考えれば、実定法規によつて労働基本権の制限を定めている場合にも、労働基本権保障の根本精神にそくしてその制限の意味を考察すべきであり、ことに生存権の保障を基本理念とし、財産権の保障と並んで勤労者の労働権・団結権・団体交渉権・争議権の保障をしている法体制のもとでは、これら両者の間の調和と均衡が保たれるように、実定法規の適切妥当な法解釈をしなければならない。右に述べた労働基本権は、たんに私企業の労働者だけについて保障されるのではなく、公共企業体の職員はもとよりのこと、国家公務員や地方公務員も、憲法二八条にいう動労者にほかならない以上、原則的には、その保障を受けるべきものと解される。」右判決に示された基本的立場は、本件の判断にあたつても、当然の前提として、維持すべきものと考える。右のような見地に立つて考えれば、「公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない」とする憲法一五条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことが許されないことは当然であるが、公務員の労働基本権については、公務員の職務の性質・内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を受けることのあるべきことも、また、否定することができない。ところで、公務員の職務の性質・内容は、きわめて多種多様であり、公務員の職務に固有の、公共性のきわめて強いものから、私企業のそれとほとんど変わるところがない、公共性の比較的弱いものに至るまで、きわめて多岐にわたつている。したがつて、ごく一般的な比較論として、公務員の職務が、私企業や公共企業体の職員の職務に比較して、より公共性が強いということができるとしても、公務員の職務の性質・内容を具体的に検討しその間に存する差異を顧みることなく、いちがいに、その公共性を理由として、これを一律に規制しようとする態度には、問題がないわけではない。ただ、公務員の職務には、多かれ少なかれ、直接または間接に、公共性が認められるとすれば、その見地から、公務員の労働基本権についても、その職務の公共性に対応する何らかの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない。しかし、公務員の労働基本権に具体的にどのような制約が許されるかについては、公務員にも労働基本権を保障している叙上の憲法の根本趣旨に照らし、慎重に決定する必要があるのであつて、その際考慮すべき要素は、前示B事件判決において説示したとおりである(最高刑集二〇巻八号九〇七頁から九〇八頁まで)。地公法三七条および六一条四号が違憲であるかどうかの問題は、右の基準に照らし、ことに、労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように十分な配慮がなされなければならず、とくに、勤労者の争議行為に対して刑事制裁を科することは、必要やむをえない場合に限られるべきであるとする点に十分な考慮を払いながら判断されなければならないのである。

(イ)ところで、地公法三七条、六一条四号の各規定が所論のように憲法に違反するものであるかどうかについてみると、地公法三七条一項には、「職員は、地方公共団体の機関が代表する使用者としての住民に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をし、又は地方公共団体の機関の活動能力を低下させる怠業的行為をしてはならない。又、何人も、このような違法な行為を企て、又は遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおつてはならない。」と規定し、同法六一条四号には、「何人たるを問わず、第三十七条第一項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者」は三年以下の懲役または一〇万円以下の罰金に処すべき旨を規定している。これらの規定が、文字どおりに、すべての地方公務員の一切の争議行為を禁止し、これらの争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、あおる等の行為(以下、あおり行為等という。)をすべて処罰する趣旨と解すべきものとすれば、それは、前叙の公務員の労働基本権を保障した憲法の趣旨に反し、必要やむをえない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最小限度にとどめなければならないとの要請を無視し、その限度をこえて刑罰の対象としているものとして、これらの規定は、いずれも、違憲の疑を免れないであろう。しかし、法律の規定は、可能なかぎり、憲法の精神にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであつて、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解は採ることができない。すなわち、地公法は地方公務員の争議行為を一般的に禁止し、かつ、あおり行為等を一律的に処罰すべきものと定めているのであるが、これらの規定についても、その元来の狙いを洞察し労働基本権を尊重し保障している憲法の趣旨と調和しうるように解釈するときは、これらの規定の表現にかかわらず、禁止されるべき争議行為の種類や態様についても、さらにまた、処罰の対象とされるべきあおり行為等の態様や範囲についても、おのずから合理的な限界の存することが承認されるはずである。かように、一見、一切の争議行為を禁止し、一切のあおり行為等を処罰の対象としているように見える地公法の前示各規定も、右のような合理的な解釈によつて、規制の限界が認められるのであるから、その規定の表現のみをみて、直ちにこれを違憲無効の規定であるとする所論主張は採用することができない。

(ロ)また、論旨は、前示地公法の各規定がILO八七号条約、ILO一〇五号条約、教員の地位に関する勧告、国際慣習法に違反し、したがつてまた、憲法九八条二項に違反するものと主張するが、ILO八七号条約は、争議権の保障を目的とするものではなく、ILO一〇五号条約および教員の地位に関する勧告は、未だ国内法規としての効力を有するものではなく、また、公務員の争議行為禁止措置を否定する国際慣習法が現存するものとは認められないから、所論は、すべて採用することができない。

二、つぎに、地方公務員の争議行為についてみるに、地公法三七条一項は、すべての地方公務員の一切の争議行為を禁止しているから、これに違反してした争議行為は、右条項の法文にそくして解釈するかぎり、違法といわざるをえないであろう。しかし、右条項の元来の趣旨は、地方公務員の職務の公共性にかんがみ、地方公務員の争議行為が公共性の強い公務の停廃をきたし、ひいては国民生活全体の利益を害し、国民生活にも重大な支障をもたらすおそれがあるので、これを避けるためのやむをえない措置として、地方公務員の争議行為を禁止したものにほかならない。ところが、地方公務員の職務は、一般的にいえば、多かれ少なかれ、公共性を有するとはいえ、さきに説示したとおり、公共性の程度は強弱さまざまで、その争議行為が常に直ちに公務の停廃をきたし、ひいて国民生活全体の利益を害するとはいえないのみならず、ひとしく争議行為といつても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない。地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによつて保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによつて実現しようとする法益との比較較量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である。そして、その結果は、地方公務員の行為が地公法三七条一項に禁止する争議行為に該当し、しかも、その違法性の強い場合も勿論あるであろうが、争議行為の態様からいつて、違法性の比較的弱い場合もあり、また、実質的には、右条項にいう争議行為に該当しないと判断すべき場合もあるであろう。また、地方公務員の行為が地公法三七条一項の禁止する争議行為に該当する違法な行為と解される場合であつても、それが直ちに刑事罰をもつてのぞむ違法性につながるものでないことは、同法六一条四号が地方公務員の争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、もつぱら争議行為のあおり行為等、特定の行為のみを処罰の対象としていることからいつて、きわめて明瞭である。かえつて、同法三七条二項は、職員で同条一項に違反する行為をしたものは、地方公共団体に対して保有する任命上または雇用上の権利をもつて対抗することができないという不利益を課しているにすぎないことを注意すべきである。したがつて、地方公務員のする争議行為については、それが違法な行為である場合に、公務員としての義務違反を理由として、当該職員を懲戒処分の対象者とし、またはその職員に民事上の責任を負わせることは、もとよりありうべきところであるが、争議行為をしたことそのことを理由として刑事制裁を科することは、同法の認めないところといわなければならない。ところで、地公法六一条四号は、争議行為をした地方公務員自体を処罰の対象とすることなく、違法な争議行為のあおり行為等をした者にかぎつて、これを処罰することにしているのであるが、このような処罰規定の定め方も、立法政策としての当否は別として、一般的許されないとは決していえない。ただ、それは、争議行為自体が違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法な争議行為等のあおり行為等であつてはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めようとする趣旨と解すべきであつて、前叙のように、あおり行為等の対象となるべき違法な争議行為が存しない以上、地公法六一条四号が適用される余地はないと解すべきである。(もつとも、あおり行為等は、争議行為の前段階における行為であるから、違法な争議行為を想定して、あおり行為等をした場合には、仮りに予定の違法な争議行為が実行されなかつたからといつて、あおり行為等の刑責は免れえないものといわなければならない。)つぎに、あおり行為等の意義および要件については、意見の分かれるところであるが、一般に「あおり」の意義については、違法行為を実行させる目的で、文書、図画、言動により、他人に対し、その実行を決意させ、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えることをいうと解してよいであろう(昭和三三年(あ)第一四一三号、同三七年二月二一日大法廷判決、刑集一六巻二号一〇七頁参照)。しかし、地公法でいう争議行為等のあおり行為等がすべて一律に処罰の対象とされうべきものであるかどうかについては、慎重な考慮を要する。問題は、結局、公務員についても、その労働基本権を尊重し保障しようとする憲法上の要請と、公務員については、その職務の公共性にかんがみ、争議行為を禁止すべきものとする要請との二つの相矛盾する要請を、現行法の解釈のうえで、どのように調整すべきかの点にあり、労働基本権尊重の憲法の精神からいつて、争議行為禁止違反に対する制裁、とくに刑事罰をもつてする制裁は、極力限定されるべきであつて、この趣旨は、法律の解釈適用にあたつても、十分尊重されなければならない。そして、地公法自体は、地方公務員の争議行為そのものは禁止しながら、右禁止に違反して争議行為をした者を処罰の対象とすることなく、争議行為のあおり行為等にかぎつて、これを処罰すべきものとしているのであるが、これらの規定の中にも、すでに前叙の調整的な考え方が現われているということができる。しかし、さらに進んで考えると、争議行為そのものに種々の態様があり、その違法性が認められる場合にも、その強弱に程度の差があるように、あおり行為等にもさまざまの態様があり、その違法性が認められる場合にも、その違法性の程度には強弱さまざまのものがありうる。それにもかかわらず、これらのニユアンスを一切否定して一律にあおり行為等を刑事罰をもつてのぞむ違法性があるものと断定することは許されないというべきである。ことに、争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、あおり行為等にかぎつて処罰すべきものとしている地公法六一条四号の趣旨からいつても、争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない。それは、争議行為禁止に違反する意味において違法な行為であるということができるとしても、争議行為の一環としての行為にほかならず、これらのあおり行為等をすべて安易に処罰すべきものとすれば、争議行為者不処罰の建前をとる前示地公法の原則に矛盾することにならざるをえないからである。したがつて、職員団体の構成員たる職員のした行為が、たとえ、あおり行為的な要素をあわせもつとしても、それは、原則として、刑事罰をもつてのぞむ違法性を有するものとはいえないというべきである。

三、これを本件についてみるに、原審の確定したところによれば、文部省が企図した公立学校教職員に対する勤務評定の実施に反対するC教組の方針に則り、A教組も、その定例委員会において、休暇闘争を含む実力行使をもつてこれに対応する方針をきめたが、都教育長は、昭和三三年四月一九日に、同月二三日の都教育委員会に勤務評定規則案を上程する旨の告示をすると言明し、爾後の話合いを拒否するに至つたので、A教組は、同月二一日に、「組合員は勤務評定を実施させない措置を地公法四条に基いて人事委員会に要求せよ。右手続は昭和三三年四月二三日午前八時から開催する全員集会で取りまとめて提出せよ。(右手続に必要な休暇請求は同日までに行う)」との指令を発し、右指令に基づいて、同月二三日一日の一せい休暇闘争を行なつたというのであり、原判決は、右は同盟罷業にあたるものとし、被告人らがしたその指令配布、趣旨伝達等の行為について、被告人らは地公法六一条四号の争議行為の遂行をあおつたものとして、同条の刑責を免れないとしているのである。しかし、本件をさきに詳細に説示した当裁判所の考え方に従つて判断すると、本件の一せい休暇闘争は、同盟罷業または怠業にあたり、その職務の停廃が次代の国民の教育上に障害をもたらすものとして、その違法性を否定することができないとしても、被告人らは、いずれもA教組の執行委員長その他幹部たる組合員の地位において右指令の配布または趣旨伝達等の行為をしたというのであつて、これらの行為は、本件争議行為の一環として行なわれたものであるから、前示の組合員のする争議行為に通常随伴する行為にあたるものと解すべきであり、被告人らに対し、懲戒処分をし、または民事上の責任を追及するのはともかくとして、さきに説示した労働基本権尊重の憲法の精神に照らし、さらに、争議行為自体を処罰の対象としていない地公法六一条四号の趣旨に徴し、これら被告人のした行為は、刑事罰をもつてのぞむ違法性を欠くものといわざるをえない。したがつて、被告人らは、あおり行為等についての刑責を免れないとした原判決の右判断は、法令の解釈適用を誤つたもので、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであり、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ざるをえない。よつて、その余の論旨に対する判断を省略し、刑訴法四一一条一号により原判決を破棄し、同法四一三条但書、四一四条、四〇四条、三三六条により被告人らに無罪の宣告をなすべきものとし、主文のとおり判決する。この判決は、裁判官松田二郎の補足意見、裁判官入江俊郎、同岩田誠の各意見および裁判官奥野健一、同草鹿浅之介、同石田和外、同下村三郎、同松本正雄の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。

裁判官松田二郎の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に従うものであるが、奥野裁判官らの反対意見について若干自己の考をのべたい。

(一)反対意見は、地方公務員法三七条一項後段は「何人も」、六一条四号は「何人たるとを問わず」あおり行為をした者を処罰する旨規定していることを根拠として、多数意見の「あおり」についての見解を目して、条文の限定解釈なりとし、法の明文に反する一種の立法であり、法解釈の域を逸脱したものと評するのである。たしかに、「あおり」行為について、条文上何等の限定の設けられていないことは、反対意見のいうとおりである。しかし、いうまでもなく、刑罰法規の解釈は、単に条文を外部より観察するものでなく、その内容に立入つてその意味を明らかにするものである以上、それは単なる文理的解釈に止まるべきではないのである。ことに、日常用語が同時に法律用語たる場合にあつては、日常用語としての意味や語感に禍されることなく、その刑罰規定の趣旨・目的に従つてその規範的意味内容を明らかにすべきであつて、「あおり」が日常用語として巾広い概念であつても、刑罰法規の解釈はこれに拘束されるべきではない。そして、勤労者の争議行為に対して刑事制裁を科することは、必要止むを得ない場合のみに限られるべしとのB事件判決(当裁判所昭和三九年(あ)第二九六号同四一年一〇月二六日大法廷判決、刑集二〇巻八号九〇一頁)において当裁判所の示した基本的立場に即するとき、多数意見の「あおり」行為についてなした解釈の正当性を理解し得るのである。私は、右の中郵事件の判決において、「労働法規が争議行為を禁止しこれを違法として解雇などの不利益な効果を与えているからといつて、そのことから直ちにその争議行為が刑罰法規における違法性、すなわち、いわゆる可罰的違法性まで帯びているとはいえない」との意見をのべた(右判例集九一六頁)。多数意見の「あおり」行為の解釈は、これと同一の趣旨に基づくものと思う。そして、この見解よりすれば、前記法条の文言上限定のないことを根拠として「あおり」行為の意味を定めんとする反対意見には、到底賛し得ないのである。更に、反対意見は、「あおり」についての多数意見を目して法解釈の域を「逸脱」したものとして非難する。思うに、従来、刑罰法規の解釈は厳格であることを要すとされ、その根拠として屡々罪刑法定主義が採用されるのである。しかしながら、本件における多数意見は、形式上より見ても、いわば条文を狭く解釈したものであつて、何等条文の拡張又は類推解釈をしたものでもない。換言すれば、多数意見の「あおり」についての解釈は、条文の枠内に止まるものであつて、反対意見のいう如く、これを「逸脱」したものでないことは明らかである。

(二)多数意見が被告人らの本件行為は刑事罰をもつてのぞむ違法性を欠くというのに対し、反対意見は、その行為を違法とし、これに刑罰を科することを主張するものである。すなわち、反対意見は、被告人らに刑罰を科することによつて、社会的秩序の維持に資そうとするものといえよう。ここにおいて問題となるのは、反対意見のいう「違法性」の意味である。そして、反対意見の違法性についての考方は、既に前記中郵事件に示されている(本件における反対意見を採る五人の裁判官のうち奥野、草鹿、石田の三裁判官は、先にB事件においても、五鬼上裁判官と合して四名で反対意見を採られたのであり、また下村裁判官はB事件の反対意見と同意見であるから(昭和三六年(あ)第八二三号同四一年一一月三〇日大法廷判決、刑集二〇巻九号一〇七六頁)、B事件における反対意見の違法性についての考は、本件における反対意見の違法性の考と同じであるといえる)。そして、B事件において、反対意見はいう「行為の違法性はすべての法域を通じて一義的に決せられるべきである」と(右B事件判決登載の判例集九二二頁)。この考、すなわち、違法性についての「一義的」考によれば、刑法上違法と評価される行為は、民法その他の領域においても、統一的に違法と評価されるのであるが、しかし、刑法上違法と評価されない行為は、他の法域においても違法とされることなく、すなわち、法律上何等の責任を生じないということになるのである。従つて、かかる考に立つ者より見れば、本件行為を処罰するのでなければ、被告人らに対して民事上その他の責任を追及することも不可能となるべく、この点の考慮よりしても、被告人らの本件行為を罰すべきことが社会的秩序維持のため、きわめて必要となるのであろう。そして、かかる考に立つ者より見れば、或は、被告人らの本件行為を罰しない見解は、社会的秩序の混乱に対して無関心のものとさえ映じるかも知れない。私は、先のB事件において、「行為の違法性を一義的に解すべきでなく、刑法において違法とされるか否かは、他の法域における違法性と無関係ではないが、しかし、別個独立に考察されるべき問題である」との趣旨の意見を述べた(右B事件判決登載の判例集九一六頁)。この見地に立つとき、被告人らの本件行為が罰されないにしても、そのことは被告人らの行為が私法上、労働法上において、又は地方公務員法上において、違法であるか否かと必然的関連はなく、これらは刑事上の責任とは別個に考察されるべきものなのである。そして、若し、被告人らの行為が刑罰法令違反以外のかかる点において違法であるならば、その責任が追及されるべきは当然であり、或は民事上の責任を負い、或は公務員として懲戒され、免職されることすらあるべきであろう。多数意見が被告人らの本件行為を罰しないというのは、決して被告人らが民事上の責任がないとか、公務員として責任がないとかいうことを意味するものではない。ただ、刑事的責任がないというに止まるのである。そして、前記B事件の判決は、「違法性は一義的に決すべし」との考に対して、最高裁判所が、それを採り得ないとした点にきわめて重要な意味をもつものといえよう。B事件の判決のこの意義は誤解されてはならないのである(因みに、ひとしく過失といつても、刑事責任としての過失と民事責任としての過失とは、別個の考察を要するものである)。思うに、刑罰は、科せられる者に対して強烈な苦痛すら伴うもつとも不利益な法的効果を伴うものであるから、刑事的制裁は社会秩序維持の上においてきわめて大きな機能を果すものである。現に、わが国においては、刑事的制裁が刑事責任追及の域を越えて他の法域において解決すべき問題、たとえば、民事的又は労働法上の責任追及の関係に対しても、大きな影響を及ぼしつつあることは、われわれの知るところであり、それはいわば刑事的制裁の副次的作用ともいうべきものであるが、社会状態のおだやかならざる時代においては、民事上の責任、労働法上の責任などの追及に代えて、刑事的制裁によつて社会秩序の維持を図らんとし、従つて刑事的制裁に期待する傾向が高まりがちである。もとより、この点に関して、われわれは、わが国における民事訴訟制度の機能が十分でないこと―現にその一例として、わが国の大都市における民事部の数の刑事部の数に対する比率が、ドイツなどのそれに比較して極めて低いことを指摘し得る―に対して、真剣に考慮を払うべきであろう。しかしながら、刑事的制裁の威力を頼みにして、これに刑事的責任以外の責任、たとえば民事的責任追及のための代用品的作用をもあまりに行なわしめるべきではないのである。かかることは、民事責任と刑事責任の分化のなかつた時代、裁判といえば刑事裁判を考えがちだつた時代に逆行する事態を生じる危険を伴うのである。われわれは、すべからく、B事件の判決の精神に即して、刑事裁判をして、本来の領域に止まらしむべきであろう。要するに、反対意見が違法性を一義的に解することは、ややもすると、違法即刑罰とする考に導き易いことを私は虞れるのである。この意味においても、私は、反対意見をもつて不当と思わざるを得ない。

裁判官入江俊郎の意見は、次のとおりである。私は、多数意見と結論を同じくし、また、その理由の大部分についてはこれに同調するが、ただ一点だけ多数意見と根本的に考え方を異にする。そしてこの点は、本件においては、判決の結果に影響のない論点のごとくではあるが、他日他の類似の事案が問題となつた場合には判決の結果を左右することのありうべき問題であるから、この際右の点につき私の意見を表示する。また、本件で問題となつたあおり行為等の刑罰規定の適用につき、そのあおり行為等がその対象とされた争議行為に通常随伴するものと認められるものであるか否かについて、若干の補足意見を表示する。そしてこれらの点に関する私の意見は、昭和四一年(あ)第一一二九号国家公務員法違反等被告事件の判決に付した私の意見と趣旨を同じくするので、それを本件に援用する。

裁判官岩田誠の意見は、次のとおりである。

一、法律の規定をその文字どおりに解釈すると違憲の疑のある場合には、これに可能なかぎり合理的限定解釈を加え憲法の趣旨に調和するよう解釈すべきものであり、地方公務員法(以下地公法という。)六一条四号の規定を解釈するに当つても、右のような限定解釈を加うべきものであることは多数意見の判示するとおりである。

二、よつて按ずるに、地公法六一条四号は、争議行為自体を行なつた者は処罰しないけれども、争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、あおり、またはこれらの行為を企てた者を処罰する旨定めている。しかし、職員組合の行なう争議行為は、通常組合の役員または組合員から発案され、所定の議決機関の決議を経、これに従つて実行されるものと解されるので、右争議行為の「遂行を共謀し、そそのかし、あおり、企てる」行為(以下「あおり行為等」という。)のような行為が、その組合において本来の目的たる勤務条件の維持改善、経済的地位の向上およびこれと関連する事項を目的とし、自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行なわれる場合にこれを刑罰をもつて処罰することは、結局刑罰をもつて、すべての公務員に対し、一切の争議行為を禁止することになり、憲法二八条に違反する疑が生ずる。したがつて、地公法によつて認められた地方公務員の職員組合がその本来の目的達成のため自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行なわれる「あおり行為等」は(組合の役員または組合員は勿論、それ以外の者であつても、その組合の上部組織若しくは連合体の役員のような者によつて行なわれても)、暴力等を伴わないかぎり、地公法六一条四号にいう「第三十七条第一項前段に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そそのかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた」場合に当らないものとして処罰の対象にならないと解すべきである。これを要するに、組合本来の目的を越えて行なわれたと認められる地方公務員の争議行為に対する「あおり行為等」、および組合が自主的に行なう争議行為の発案、計画、遂行の過程として行なわれるものでない一切の「あおり行為等」は、本条項に該当し、処罰の対象となるものと解する。何となれば右各行為はいずれも憲法二八条が勤労者に保障する労働基本権の行使とはいえないからである。以上の考えに立つて本件を見るに、被告人らの本件行為は、被告人らの属する職員団体であるA教組がその本来の目的達成のために自主的に発案、計画した争議行為遂行の過程としての指令の配布、その趣旨の伝達等をしたものであつて、地公法六一条四号にいうあおり行為にあたらないものとして罪とならないものである。

三、多数意見は、地公法六一条四号を限定的に解釈するにあたり、「あおり行為等」の対象となる争議行為は、地公法三七条一項の規定上違法であつても、その違法性には強弱があり、「あおり行為等」を処罰し得るのは、争議行為自体が違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法性の強い争議行為等の「あおり行為等」に限るとしている。しかし私は、「あおり行為等」の対象となる争議行為(地公法三七条一項は、地方公務員の争議行為を禁止しているから地方公務員の争議行為は地公法上は原則として違法である。〔刑事罰をもつてのぞむべき違法の意ではない。〕)について、その違法性の強弱により地公法六一条四号の適用の有無を決すべきではないと思う。「あおり行為等」の対象となつた争議行為が、地方公務員の勤務条件の維持改善、経済的地位の向上およびこれと関連する事項を目的とするものではなく、例えば政治的意図の達成を目的とするものであるときは、かかる争議行為は憲法二八条の保障するところではないから、かゝる争議行為を対象とする「あおり行為等」は、それが争議行為に通常随伴するものであると否とを問わず、憲法二八条の保障する労働基本権の行使とはいえない。また「あおり行為等」についても争議行為に通常随伴する行為は、違法性が弱いから処罰されないというのは賛同できない。むしろかゝる行為は、対象たる争議行為が組合の本来の目的達成のための争議行為である限り、憲法二八条の保障する勤労者の労働基本権なかんづく団体行動権の行使と認められるから、かゝる行為は、地公法六一条四号のいう「あおり行為等」にあたらないので処罰できないというべきものと思料する。

裁判官奥野健一、同草鹿浅之介、同石田和外、同下村三郎、同松本正雄の反対意見は、次のとおりである。国家公務員は、国民の信託により、全体の奉仕者として国政に干与するものであつて、その使用者である国民大衆に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をなすことは、国民の信託に叛き、国政の活動を停廃せしめ、国民生活に重大な障害をもたらし、公共の福祉に反するものであるから、国家公務員法(昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの、以下同じ)九八条五項は、違法な行為として、これを禁止しているのである。また、地方公務員法三七条一項は、同様の趣旨において地方公務員の争議行為を違法な行為として禁止しているのである。これら公務員の争議行為の禁止は、公共の福祉の要請に基づくものであつて、憲法二八条に違反するものということはできない。法は、右の如く公務員の争議行為を違法な行為として禁止しながらも、それに違反して争議行為自体に参加した個々の公務員に対しては、刑罰を科することなく、公務員として保有する任命上又は雇用上の権利を奪う制裁を科し得るに止めている。しかし、法は、公務員の争議行為が国民又は地方住民に対し、重大な損害を与えるものであることに鑑み、かかる違法な争議行為の原動力となり、これを誘発、指導、助成する、いわゆる煽動者等に対しては刑事制裁を科し、もつて違法な争議行為の禁遏の実を挙げようとしているのである。すなわち、違法な争議行為に原動力を与える者は、単なる争議に参加した者に比して、反社会性の強いものとして、特別の可罰性を認めるべきであるとの観点から、争議に対し指導的役割をなす煽動者等のみを処罰することにより、違法な争議行為の防止と刑政の目的を達し得るものと考えたのである。かくの如く、集団行動による違法行為について、その原動力となつた煽動行為等の違法性を特に重視することは十分合理性のあることであり、内乱罪、騒擾罪などの処罰方式の例にも見られるところであり、決して不合理な立法ではなく、固より、立法政策の範囲内に属するものであつて、違憲とはいい難い。そして、法が違法な争議行為に対する誘発、指導、助成の原動力となるものとして処罰せんとする「あおり」についていえば、「あおり」の概念は、「違法行為を実行させる目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生ぜしめるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢のある刺激を与えること(昭和三三年(あ)第一四一三号同三七年二月二一日大法廷判決、刑集六巻二号一〇七頁参照)」をいうものと解するのが相当であり、その構成要件の内容が漠然としているものではない。そして法は、「あおり」行為について何らの限定を設けていないのであるから、いやしくも前記「あおり」の行為に該当するものである限り、これを可罰性のある違法な行為とする趣旨であつて、これらの行為をその違法性の強弱によつて区別し、特に違法性の強いものに対してのみ刑事制裁を科するものであると解する余地は、法文上考えられないところである。「あおり」の対象となつた争議行為自体の態様により、その違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のあるものである場合に限つて、「あおり」を処罰する趣旨であると解することも到底是認できない。けだし、法は、争議行為自体を処罰しないとしながら、敢てこれをあおつた者を処罰すると規定しているのであるから、違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のある争議行為をあおつた場合に限り、あおり行為を処罰する趣旨と解することは、ことさらに明文に反する解釈であるからである。それ故、「あおりの」罪が成立するためには、その「あおり」の対象となつた争議行為自体の正当性の有無を論ずる余地はなく、したがつて、その争議行為が例えば政治的目的のために行なわれたものであるか否かという如きことは、同罪の成否になんら影響を及ぼすものではないというべきである。しかも、もともと法律上争議権を否定された公務員が、「正当な争議行為」をすることができないのは当然であるから、国家公務員法附則一六条、地方公勝員法五八条の規定をまつまでもなく、争議行為として「正当なもの」について、刑事免責を規定した労働組合法一条二項の規定が公務員の争議行為に適用の余地のないことは明白であつて、この点からいつても、「あおり」の対象となつた争議行為自体の正当性ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性の有無を論ずることは理由がないといわなければならない。また、争議には、企画、共謀、指令、伝達等は、通常、一般的に随伴し、争議と不可分の関係にあるものであつて、組合構成員は当然これに干与するのであるから、これを処罰することは、争議行為を処罰することになるから、組合構成員の「あおり」行為は除外すべきであるとの解釈論も是認することはできない。けだし、国家公務員法九八条五項後段、一一〇条一項一七号、地方公務員法三七条一項後段、六一条四号は、「何人も」および「何人たるを問わず」あおり行為をした者を処罰する旨を明定しており、あおつた者が組合構成員であると、組合構成員以外の第三者であると、また組合構成員がそれ以外の第三者と共謀した場合であるとを問わず、また争議に当然随伴し、これと不可分の関係において為した者であると否とを問わず、等しく処罰する趣旨であることが明白であるからである。これを要するに、「あおり」の概念を、強度の違法性を帯びるものに限定したり、「あおり」行為者のうち、組合構成員と組合外部の者とを区別し、外部の者の行為若しくはこれと共謀した者の行為のみを処罰の対象となると解したり、または「あおり」の対象となつた争議行為が違法性の強いもの、ないし刑事罰をもつてのぞむべき違法性のあるものである場合に限り、その「あおり」行為が可罰性を帯びるのであるというが如き限定解釈は、法の明文に反する一種の立法であり、法解釈の域を逸脱したものといわざるを得ない。従つて、以上に述べたところと解釈の結論を同じくする原判断は相当であり、弁護人のその余の所論は単なる訴訟法違反の主張にすぎないから、結局本件上告は棄却すべきものである。

検察官平出禾、同岡崎格、同川口光太郎、同高橋正八公判主席

昭和四四年四月二日

最高裁判所大法廷

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

5 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁〔日航よど号事件〕(棄却)○

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

上告代理人近藤勝、同小泉征一郎、同古瀬駿介、同川端和治の上告理由第一点について

所論は、未決勾留によつて拘禁された者に対する新聞紙の閲読の自由を制限しうる旨定めた監獄法三一条二項、監獄法施行規則八六条一項の各規定、昭和四一年一二月一三日法務大臣訓令及び昭和四一年一二月二〇日法務省矯正局長依命通達は、思想及び良心の自由を保障した憲法一九条並びに表現の自由を保障した憲法二一条の各規定に違反し無効である、というのである。未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものであつて、右の勾留により拘禁された者は、その限度で身体的行動の自由を制限されるのみならず、前記逃亡又は罪証隠滅の防止の目的のために必要かつ合理的な範囲において、それ以外の行為の自由をも制限されることを免れないのであり、このことは、未決勾留そのものの予定するところでもある。また、監獄は、多数の被拘禁者を外部から隔離して収容する施設であり、右施設内でこれらの者を集団として管理するにあたつては、内部における規律及び秩序を維持し、その正常な状態を保持する必要があるから、この目的のために必要がある場合には、未決勾留によつて拘禁された者についても、この面からその者の身体的自由及びその他の行為の自由に一定の制限が加えられることは、やむをえないところというべきである(その制限が防禦権との関係で制約されることもありうるのは、もとより別論である。)。そして、この場合において、これらの自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである(最高裁昭和四〇年(オ)第一四二五号同四五年九月一六日大法廷判決・民集二四巻一〇号一四一〇頁)。本件において問題とされているのは、東京拘置所長のした本件新聞記事抹消処分による上告人らの新聞紙閲読の自由の制限が憲法に違反するかどうか、ということである。そこで検討するのに、およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成・発展させ、社会生活の中にこれを反映させていくうえにおいて欠くことのできないものであり、また、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも、必要なところである。それゆえ、これらの意見、知識、情報の伝達の媒体である新聞紙、図書等の閲読の自由が憲法上保障されるべきことは、思想及び良心の自由の不可侵を定めた憲法一九条の規定や、表現の自由を保障した憲法二一条の規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところであり、また、すべて国民は個人として尊重される旨を定めた憲法一三条の規定の趣旨に沿うゆえんでもあると考えられる。しかしながら、このような閲読の自由は、生活のさまざまな場面にわたり、極めて広い範囲に及ぶものであつて、もとより上告人らの主張するようにその制限が絶対に許されないものとすることはできず、それぞれの場面において、これに優越する公共の利益のための必要から、一定の合理的制限を受けることがあることもやむをえないものといわなければならない。そしてこのことは、閲読の対象が新聞紙である場合でも例外ではない。この見地に立つて考えると、本件におけるように、未決勾留により監獄に拘禁されている者の新聞紙、図書等の閲読の自由についても、逃亡及び罪証隠滅の防止という勾留の目的のためのほか、前記のような監獄内の規律及び秩序の維持のために必要とされる場合にも、一定の制限を加えられることはやむをえないものとして承認しなければならない。しかしながら、未決勾留は、前記刑事司法上の目的のために必要やむをえない措置として一定の範囲で個人の自由を拘束するものであり、他方、これにより拘禁される者は、当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障されるべき者であるから、監獄内の規律及び秩序の維持のためにこれら被拘禁者の新聞紙、図書等の閲読の自由を制限する場合においても、それは、右の目的を達するために真に必要と認められる限度にとどめられるべきものである。したがつて、右の制限が許されるためには、当該閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、被拘禁者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該新聞紙、図書等の内容その他の具体的事情のもとにおいて、その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である。ところで、監獄法三一条二項は、在監者に対する文書、図画の閲読の自由を制限することができる旨を定めるとともに、制限の具体的内容を命令に委任し、これに基づき監獄法施行規則八六条一項はその制限の要件を定め、更に所論の法務大臣訓令及び法務省矯正局長依命通達は、制限の範囲、方法を定めている。これらの規定を通覧すると、その文言上はかなりゆるやかな要件のもとで制限を可能としているようにみられるけれども、上に述べた要件及び範囲内でのみ閲読の制限を許す旨を定めたものと解するのが相当であり、かつ、そう解することも可能であるから、右法令等は、憲法に違反するものではないとしてその効力を承認することができる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。

同第二点について

所論の点に関する原審の事実認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして是認することができ、その過程に所論の違法はない。そして、具体的場合における前記法令等の適用にあたり、当該新聞紙、図書等の閲読を許すことによつて監獄内における規律及び秩序の維持に放置することができない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が存するかどうか、及びこれを防止するためにどのような内容、程度の制限措置が必要と認められるかについては、監獄内の実情に通暁し、直接その衝にあたる監獄の長による個個の場合の具体的状況のもとにおける裁量的判断にまつべき点が少なくないから、障害発生の相当の蓋然性があるとした長の認定に合理的な根拠があり、その防止のために当該制限措置が必要であるとした判断に合理性が認められる限り、長の右措置は適法として是認すべきものと解するのが相当である。これを本件についてみると、前記事実関係、殊に本件新聞記事抹消処分当時までの間においていわゆる公安事件関係の被拘禁者らによる東京拘置所内の規律及び秩序に対するかなり激しい侵害行為が相当頻繁に行われていた状況に加えて、本件抹消処分に係る各新聞記事がいずれもいわゆる赤軍派学生によつて敢行された航空機乗つ取り事件に関するものであること等の事情に照らすと、東京拘置所長において、公安事件関係の被告人として拘禁されていた上告人らに対し本件各新聞記事の閲読を許した場合には、拘置所内の静穏が攪乱され、所内の規律及び秩序の維持に放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があるものとしたことには合理的な根拠があり、また、右の障害発生を防止するために必要であるとして右乗つ取り事件に関する各新聞記事の全部を原認定の期間抹消する措置をとつたことについても、当時の状況のもとにおいては、必要とされる制限の内容及び程度についての同所長の判断に裁量権の逸脱又は濫用の違法があつたとすることはできないものというべきである。これと同趣旨の原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。よつて、民訴法三九六条、三八四条、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。

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官寺田治郎、団藤重光、藤崎萬里、中村治朗、横井大三、木下忠良、鹽野宜慶、伊藤正己、宮崎梧一、谷口正孝、大橋進、木戸口久治、牧圭次、和田誠一、安岡滿彦

6 最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁〔未決拘禁者面会不許可処分事件〕(棄却)◎

主文原判決中上告人敗訴の部分を破棄する。第一審判決中上告人敗訴の部分を取り消す。前項の取消部分に関する被上告人の請求を棄却する。第一項の破棄部分に関する被上告人の附帯控訴を棄却する。訴訟の総費用は被上告人の負担とする。

理由

上告代理人菊池信男、同森脇勝、同金子泰輔、同小林義弘、同大田黒昔生、同中山弘幸、同山口晴夫、同山田文夫、同澤村佳夫、同富山聡、同森幸夫の上告理由について

一原審の確定した事実関係は、次のとおりである。

1被上告人は、爆発物取締罰則違反等により起訴され、昭和五〇年七月から東京拘置所(以下「拘置所」といい、その長を「所長」という。)に勾留されているが、昭和五四年一一月一二日第一審で死刑の判決を、昭和五七年一〇月二九日控訴審で控訴棄却の判決を受けた。

2被上告人は、昭和五八年四月一四日、岩手県に居住するDと養子縁組をした。右養子縁組は、死刑廃止運動に賛同したDが被上告人を自己の養子にしたいと決意しその旨を申し入れたことから成立した。したがつて、被上告人とE一家とは従前生活を共にしたことはないが、それぞれが可能な範囲・方法で接触を保つように努力しており、現にD及びその長女Eは何回となく被上告人に面会に来ていた。

3ところで、従来、拘置所では、在監者と一四歳末満の者(以下「幼年者」という。)との面会をかなり広く認めていた。しかし、昭和五三年後半ころ、特定の事件の支援者らが、子供を同伴した上在監者と接見し、その後子供と共に拘置所内でシュプレヒコール等をしたので、拘置所側がこれを排除しようとしたところ、子供の身体に危険が生じたことがあった。そこで、拘置所は、そのころから在監者と幼年者との面会を全面的に禁止した。昭和五四年八月二日、拘置所は、この取扱いを改め、在監者と幼年者との面会は、(ア)在監者の処遇上必要がある場合、及び、(イ)勾留が長期にわたっていること、面会の相手が在監者の実子であること、進学、進級等子供の教育上必要があるか配偶者の病気、入院等子供の成育上必要があるなど特別の事情があること、年二回程度であることという条件をすべて具備した場合、にのみこれを許可することとした。そして、同日以降この取扱いが定着し、幼年者との面会を希望する在監者は、事前に所長に対し面会の許可の申請をしている。

4被上告人は、養子縁組の成立前からEの長女F(昭和四八年八月二六日生)と文通をしていたので、何回となく所長に対しFとの面会の許可申請をし、その申請書に被上告人とFとの関係、被上告人がFに面会したい理由等を記載したが、毎回不許可となった。被上告人は、昭和五八年五月三〇日、同年四月二七日にしたFとの面会許可申請が不許可となったので、その取消しを求めて法務大臣に情願書を提出し、D、E及びFは、所長に上申書を提出するなどした。5被上告人は、昭和五九年四月二七日、所長に対し、Fとの面会の許可の申請をしたところ、所長は、翌二八日監獄法施行規則(以下「規則」という。)一二〇条によりこれを許可しない旨の決定(以下「本件処分」という。)をし、同年五月二日被上告人に対し本件処分を告知した。そして、Fは同月四日、七日母Eと共に所長に対し当時未決勾留中であった被上告人との面会の許可の申請をしたが、所長はFと被上告人との面会を許さなかった。

二右事実関係の下において、原審は、所長のした本件処分につき裁量権の範囲を超え又はこれを濫用した違法があり、かつ、国家賠償法一条一項にいう「過失」があると判断した上、被上告人の請求のうち慰謝料五万円及びこれに対する昭和五九年五月四日から支払済みまで民法所定の年五分の割合の遅延損害金の支払を求める部分を認容した第一審判決を相当であるとして控訴を棄却し、かつ、被上告人の附帯控訴に基づき弁護士費用一万円の支払請求を認容し、その余の請求を棄却した。

三しかしながら、原審の右判断は、是認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未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものである。そして、未決勾留により拘禁された者(以下「被勾留者」という。)は、(ア)逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的のために必要かつ合理的な範囲において身体の自由及びそれ以外の行為の自由に制限を受け、また、(イ)監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生の防止のために必要な限度で身体の自由及びそれ以外の行為の自由に合理的な制限を受けるが、他方、(ウ)当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障される(最高裁昭和四〇年(オ)第一四二五号同四五年九月一六日大法廷判決・民集二四巻一〇号一四一〇頁、同昭和五二年(オ)第九二七号同五八年六月二二日大法廷判決・民集三七巻五号七九三頁参照)。

2ところで、被勾留者の接見に関する法律の定めは、次のとおりである。

(一)刑事訴訟法八〇条は、勾留されている被告人は弁護人等同法三九条一頃に規定する者以外の者と法令の範囲内で接見することができるとしている。

(二)そして、監獄法(以下「法」という。)四五条一頃は、「在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス」と規定し、同条二項は、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者ニハ其親族ニ非サル者ト接見ヲ為サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ムル場合ハ此限ニ在ラス」と規定し、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者」以外の在監者である被勾留者の接見につき許可制度を採用することを明らかにした上、広く被勾留者との接見を許すこととしている。右に前記1で説示したところを併せ考えると、被勾留者には一般市民としての自由が保障されるので、法四五条は、被勾留者と外部の者との接見は原則としてこれを許すものとし、例外的に、これを許すと支障を来す場合があることを考慮して、(ア)逃亡又は罪証隠滅のおそれが生ずる場合にはこれを防止するために必要かつ合理的な範囲において右の接見に制限を加えることができ、また、(イ)これを許すと監獄内の規律又は秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生の防止のために必要な限度で右の接見に合理的な制限を加えることができる、としているにすぎないと解される。この理は、被勾留者との接見を求める者が幼年者であっても異なるところはない。

(三)これを受けて、法五〇条は、「接見ノ立会:::其他接見......ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、命令(法務省令)をもって、面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されないのである。

3ところが、規則一二〇条は、規則一二一条ないし一二八条の接見の態様に関する規定と異なり、「十四歳末満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定し、規則一二四条は「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前四条ノ制限ニ依ラサルコトヲ得」と規定している。右によれば、規則一二〇条が原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則一二四条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の夫発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法五〇条の委任の範囲を超えるものといわなければならない。原審は、規則一二〇条(及び一二四条)は幼年者の心情の保護を目的とするものであり、これに対する具体的な危険を避けるために必要な範囲で監獄の長が幼年者と被勾留者との接見を制限することを認めた規定であるという限定的な解釈を施した上、法はそのような制限を容認していると解する余地があるとして、右各規定が法五〇条の委任の範囲を超え、無効であるということはできないと判断した。しかし、前記のとおり、被勾留者も当該拘禁関係に伴う一定の制約の範囲外においては原則として一般市民としての自由を保障されるのであり、幼年者の心情の保護は元来その監護に当たる親権者等が配慮すべき事柄であることからすれば、法が一律に幼年者と被勾留者との接見を禁止することを予定し、容認しているものと解することは、困難である。そうすると、規則一二〇条(及び一二四条)は、原審のような限定的な解釈を施したとしても、なお法の容認する接見の自由を制限するものとして、法五〇条の委任の範囲を超えた無効のものというほかはない。そうだとすれば、規則一二〇条(及び一二四条)は、結局、被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において、法五〇条の委任の範囲を超えた無効のものと断ぜざるを得ない。

4以上によって本件をみるのに、原審の確定した事実関係によれば、被上告人とFとが接見したとしても、(ア)被上告人が逃亡し又は罪証を隠滅するおそれが生ずるとも、(イ)監獄内の規律又は秩序が乱されるおそれが生ずるとも認められないというのであるから、所長は、法四五条の趣旨に従い、被上告人とFとの接見を許可すべきであったといわなければならない。ところが、所長は、本件処分をし、これを許可しなかったのであるから、本件処分は法四五条に反する違法なものといわなければならない。これと異なる見解に立つ上告理由第一点は、採用することができない。

5そこで、進んで、国家賠償法一条一頃にいう「過失」の有無につき検討を加える。思うに、規則一二〇条(及び一二四条)が被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において法五〇条の委任の範囲を超えた無効のものであるということ自体は、重大な点で法律に違反するものといわざるを得ない。しかし、規則一二〇条(及び一二四条)は明治四一年に公布されて以来長きにわたって施行されてきたものであって(もっとも、規則一二四条は、昭和六年司法省令第九号及び昭和四一年法務省令第四七号によって若干の改正が行われた。)、本件処分当時までの間、これらの規定の有効性につき、実務上特に疑いを差し挟む解釈をされたことも裁判上とりたてて問題とされたこともなく、裁判上これが特に論議された本件においても第一、二審がその有効性を肯定していることはさきにみたとおりである。そうだとすると、規則一二〇条(及び一二四条)が右の限度において法五〇条の委任の範囲を超えることが当該法令の執行者にとって容易に理解可能であったということはできないのであって、このことは国家公務員として法令に従ってその職務を遂行すべき義務を負う監獄の長にとっても同様であり、監獄の長が本件処分当時右のようなことを予見し、又は予見すべきであったということはできない。本件の場合、原審の確定した事実関係によれば、所長は、規則一二〇条に従い本件処分をし、被上告人とFとの接見を許可しなかったというのであるが、右に説示したところによれば、所長が右の接見を許可しなかったことにつき国家賠償法一条一項にいう「過失」があったということはできない。上告理由第二点は、所長に国家賠償法一条一頃にいう「過失」がなかったことを主張する限りにおいて理由がある。

6以上によれば、前記のとおり被上告人の請求を一部認容すべきものとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、その違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。そして、右に説示したところによれば被上告人の請求は理由がないから、原判決中上告人敗訴の部分を破棄し、第一審判決中上告人敗訴の部分を取り消した上、右取消部分に関する被上告人の請求を棄却し、かつ、右破棄部分に関する被上告人の附帯控訴を棄却すべきである。よって、民訴法四〇八条、三九六条、三八六条、九六条、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。

最高裁判所第三小法廷裁判長裁判官園部逸夫、坂上壽夫、貞家克己、佐藤庄市郎、可部恒雄

7 最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁〔成田新法事件〕(棄却)

主文原判決のうち、被上告人運輸大臣が上告人に対してした昭和六〇年二月一日の公告に係る別紙記載の処分の取消請求に関する部分を破棄し、右部分につき本件訴えを却下する。上告人のその余の上告を棄却する。第一項記載の部分に関する訴訟の総費用及び前項記載の部分に関する上告費用は、いずれも上告人の負担とする。

理由

一被上告人運輸大臣が昭和六〇年二月一日の公告をもってした主文第一項掲記の処分の取消しの訴えについて

職権をもって調査するに、上告人は、本件訴えにおいて、被上告人運輸大臣が昭和六〇年二月一日の公告をもってした主文第一項掲記の処分の取消しを求めているところ、右処分は、別紙記載の建築物の所有者である上告人に対し、昭和六〇年二月六日から昭和六一年二月五日までの間右工作物を新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法(昭和五九年法律第八七号による改正前のもの。以下「本法」という。)三条一項一号又は二号の用に供することを禁止することを命ずるものであり、右処分の効力は、昭和六一年二月五日の経過により失われるに至ったから、その取消しを求める法律上の利益も消滅したものといわざるを得ない。そうすると、右処分の取消しを求める訴えはこれを却下すべきであり、右訴えに係る請求につき本案の判断をした原判決は失当であることに帰するから、原判決のうち右請求に関する部分を破棄し、右訴えを却下すべきである。

二被上告人運輸大臣がしたその余の処分の取消しの訴え及び被上告人国に対する訴えについて

1上告代理人高橋庸尚の上告理由第一点の(一)のうち、本法は制定の経緯、態様に照らして拙速を免れず、法全体として違憲無効であるという点について

本法の法案が衆議院及び参議院でそれぞれ可決されたものとされ、昭和五三年五月一三日、同年法律第四二号として公布されたものであることは公知の事実であるところ、法案の審議にどの程度の時間をかけるかは専ら各議院の判断によるものであり、その時間の長短により公布された法律の効力が左右されるものでないことはいうまでもない。論旨は、独自の見解であって、採用することができない。

2同第一点の(二)について

現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法二一条一項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならないものである。しかしながら、集会の自由といえどもあらゆる場合に無制限に保障されなければならないものではなく、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあるのはいうまでもない。そして、このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である(最高裁昭和五二年(オ)第九二七号同五八年六月二二日大法廷判決・民集三七巻五号七九三頁参照)。原判決が本法制定の経緯として認定するところは、次のとおりである。新東京国際空港(以下「新空港」という。)の建設に反対する上告人及び上告人を支援するいわゆる過激派等による実力闘争が強力に展開されたため、右建設が予定より大幅に遅れ、ようやく新空港の供用開始日を昭和五三年三月三〇日とする告示がされたが、その直前の同月二六日に、上告人の支援者である過激派集団が新空港内に火炎車を突入させ、新空港内に火炎びんを投げるとともに、管制塔に侵入してレーダーや送受信器等の航空管制機器類を破壊する等の事件が発生したため、右供用開始日を同年五月二〇日に延期せざるを得なくなった。このような事態に対し、政府は、同年三月二八日に過激派集団の暴挙を厳しく批判し、新空港を不法な暴力から完全に防護するための抜本的対策を強力に推進する旨の声明を発表した。また、国会においても、衆議院では同年四月六日に、参議院でも同月一〇日に、全会一致又は全党一致で、過激派集団の破壊活動を許し得ざる暴挙と断じた上、政府に対し、暴力排除に断固たる処置を採るとともに、地元住民の理解と協力を得るよう一段の努力を傾注すべきこと及び新空港の平穏と安全を確保し、我が国内外の信用回復のため万全の諸施策を強力に推進すべきことを求める決議をそれぞれ採択した。本法は、右のような過程を経て議員提案による法律として成立したものである。本法は、新空港若しくはその機能に関連する施設の設置若しくは管理を阻害し、又は新空港若しくはその周辺における航空機の航行を妨害する暴力主義的破壊活動を防止するため、その活動の用に供される工作物の使用の禁止等の措置を定め、もって新空港及びその機能に関連する施設の設置及び管理の安全の確保を図るとともに、航空の安全に資することを目的としている(一条)。本法において「暴力主義的破壊活動等」とは、新空港若しくは新空港における航空機の離陸若しくは着陸の安全を確保するために必要な航空保安施設若しくは新空港の機能を確保するために必要な施設のうち政令で定めるもの(以下、右の航空保安施設若しくは新空港の機能を確保するために必要な施設のうち政令で定めるものを「航空保安施設等」という。)の設置若しくは管理を阻害し、又は新空港若しくはその周辺における航空機の航行を妨害する刑法九五条等に規定された一定の犯罪行為をすることをいうと定義され(二条一項)、「暴力主義的破壊活動者」とは、暴力主義的破壊活動等を行い又は行うおそれがあると認められる者をいうと定義されている(同条二項)。

　ところで、本法三条一項一号は、規制区域内に所在する建築物その他の工作物が多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供され又は供されるおそれがあると認めるときは、運輸大臣は、当該工作物の所有者等に対し、期限を付して当該工作物をその用に供することを禁止することを命ずることができるとしているが、同号に基づく工作物使用禁止命令により当該工作物を多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供することが禁止される結果、多数の暴力主義的破壊活動者の集会も禁止されることになり、ここに憲法二一条一項との関係が問題となるのである。そこで検討するに、本法三条一項一号に基づく工作物使用禁止命令により保護される利益は、新空港若しくは航空保安施設等の設置、管理の安全の確保並びに新空港及びその周辺における航空機の航行の安全の確保であり、それに伴い新空港を利用する乗客等の生命、身体の安全の確保も図られるのであって、これらの安全の確保は、国家的、社会経済的、公益的、人道的見地から極めて強く要請されるところのものである。他方、右工作物使用禁止命令により制限される利益は、多数の暴力主義的破壊活動者が当該工作物を集合の用に供する利益にすぎない。しかも、前記本法制定の経緯に照らせば、暴力主義的破壊活動等を防止し、前記新空港の設置、管理等の安全を確保することには高度かつ緊急の必要性があるというべきであるから、以上を総合して較量すれば、規制区域内において暴力主義的破壊活動者による工作物の使用を禁止する措置を採り得るとすることは、公共の福祉による必要かつ合理的なものであるといわなければならない。また、本法二条二項にいう「暴力主義的破壊活動等を行い、又は行うおそれがあると認められる者」とは、本法一条に規定する目的や本法三条一項の規定の仕方、さらには、同項の使用禁止命令を前提として、同条六項の封鎖等の措置や同条八項の除去の措置が規定されていることなどに照らし、「暴力主義的破壊活動を現に行っている者又はこれを行う蓋然性の高い者」の意味に解すべきである。そして、本法三条一項にいう「その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供されるおそれがあると認めるとき」とは、「その工作物が次の各号に掲げる用に現に供され、又は供される蓋然性が高いと認めるとき」の意味に解すべきである。したがって、同項一号が過度に広範な規制を行うものとはいえず、その規定する要件も不明確なものであるとはいえない。以上のとおりであるから、本法三条一項一号は、憲法二一条一項に違反するものではない。右と同旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違憲はなく、論旨は採用することができない。

3同第一点の(三)について

本法三条一項一号に基づく工作物使用禁止命令により多数の暴力主義的破壊活動者が当該工作物に居住することができなくなるとしても、右工作物使用禁止命令は、前記のとおり、新空港の設置、管理等の安全を確保するという国家的、社会経済的、公益的、人道的見地からの極めて強い要請に基づき、高度かつ緊急の必要性の下に発せられるものであるから、右工作物使用禁止命令によってもたらされる居住の制限は、公共の福祉による必要かつ合理的なものであるといわなければならない。したがって、本法三条一項一号は、憲法二二条一項に違反するものではない。右と同旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違憲はなく、論旨は採用することができない。なお、論旨は、本法三条一項三号についても憲法二二条一項違反を主張しているが、右三号は本件工作物使用禁止命令に関係がない。

4同第一点の(四)について

本法三条一項に基づく工作物使用禁止命令は、当該工作物を、(1)多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供すること、(2)暴力主義的破壊活動等に使用され、又は使用されるおそれがあると認められる爆発物、火炎びん等の物の製造又は保管の場所の用に供すること、又は(3)新空港又はその周辺における航空機の航行に対する暴力主義的破壊活動者による妨害の用に供することの三態様の使用を禁止するものである。そして、右三態様の使用のうち、多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供することを禁止することが、新空港の設置、管理等の安全を確保するという国家的、社会経済的、公益的、人道的見地からの極めて強い要請に基づくものであり、高度かつ緊急の必要性を有するものであることは前記のとおりであり、この点は他の二態様の使用禁止についても同様であるから、右三態様の使用禁止は財産の使用に対する公共の福祉による必要かつ合理的な制限であるといわなければならない。また、本法三条一項一号の規定する要件が不明確なものであるといえないことは、前記のとおりであり、同項二号の規定する要件も不明確なものであるとはいえない。したがって、本法三条一項一、二号は、憲法二九条一、二項に違反するものではない。右と同旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違憲はなく、論旨は採用することができない。なお、論旨は、同項三号についてもその規定する要件が不明確であると主張するが、同号は本件工作物使用禁止命令に関係がない。

5同第一点の(五)について

憲法三一条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。しかしながら、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、一般に、行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である。本法三条一項に基づく工作物使用禁止命令により制限される権利利益の内容、性質は、前記のとおり当該工作物の三態様における使用であり、右命令により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等は、前記のとおり、新空港の設置、管理等の安全という国家的、社会経済的、公益的、人道的見地からその確保が極めて強く要請されているものであって、高度かつ緊急の必要性を有するものであることなどを総合較量すれば、右命令をするに当たり、その相手方に対し事前に告知、弁解、防御の機会を与える旨の規定がなくても、本法三条一項が憲法三一条の法意に反するものということはできない。また、本法三条一項一、二号の規定する要件が不明確なものであるといえないことは、前記のとおりである。右と同旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違憲はなく、論旨は採用することができない。6同第一点の(六)について憲法三五条の規定は、本来、主として刑事手続における強制につき、それが司法権による事前の抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない(最高裁昭和四四年(あ)第七三四号同四七年一一月二二日大法廷判決・刑集二六巻九号五五四頁)。しかしながら、行政手続は、「刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政手続における強制の一種である立入りにすべて裁判官の令状を要すると解するのは相当ではなく、当該立入りが、公共の福祉の維持という行政目的を達成するため欠くべからざるものであるかどうか、刑事責任追及のための資料収集に直接結び付くものであるかどうか、また、強制の程度、態様が直接的なものであるかどうかなどを総合判断して、裁判官の令状の要否を決めるべきである。

本法三条三項は、運輸大臣は、同条一項の禁止命令をした場合において必要があると認めるときは、その職員をして当該工作物に立ち入らせ、又は関係者に質問させることができる旨を規定し、その際に裁判官の令状を要する旨を規定していない。しかし、右立入り等は、同条一項に基づく使用禁止命令が既に発せられている工作物についてその命令の履行を確保するために必要な限度においてのみ認められるものであり、その立入りの必要性は高いこと、右立入りには職員の身分証明書の携帯及び提示が要求されていること(同条四項)、右立入り等の権限は犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならないと規定され(同条五項)、刑事責任追及のための資料収集に直接結び付くものではないこと、強制の程度、態様が直接的物理的なものではないこと(九条二項)を総合判断すれば、本法三条一、三項は、憲法三五条の法意に反するものとはいえない。右と同旨の原審の判断は正当であり、原判決に所論の違憲はなく、論旨は採用することができない。

7同第二点ないし第五点について所論の点に関する原審の認定判断は正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。所論違憲の主張は、前記説示と異なる前提に立つか又は独自の見解にすぎない。論旨は、いずれも採用することができない。

8以上のとおり、被上告人運輸大臣がした前記一の使用禁止命令以外の使用禁止命令の取消しの訴え及び被上告人国に対する訴えに関する上告人の上告は、すべて理由がなく、これを棄却すべきである。三結論よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇八条、三九六条、三八四条、九六条、九五条、八九条に従い、裁判官園部逸夫、同可部恒雄の意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

上告理由第一点の(五)についての裁判官園部逸夫の意見は、次のとおりである。私は、本法三条一項が憲法三一条の法意に反するものではないとする法廷意見の結論には同調するが、その理由を異にするので、以下、私の意見を述べることとする。私は、行政庁の処分のうち、少なくとも、不利益処分(名宛人を特定して、これに義務を課し、又はその権利利益を制限する処分)については、法律上、原則として、弁明、聴聞等何らかの適正な事前手続の規定を置くことが、必要であると考える。このように行政手続を法律上整備すること、すなわち、行政手続法ないし行政手続条項を定めることの憲法上の根拠については、従来、意見が分かれるところであるが、上告理由は、これを憲法三一条に求めている。確かに、判例及び学説の双方にわたって、憲法三一条の法意の比較法的検討をめぐる議論が、我が国の行政手続法理の発展に寄与してきたことは、高く評価すべきことである。しかしながら、我が国を含め現代における各国の行政法理論及び行政法制度の発展状況を見ると、いわゆる法治主義の原理(手続的法治国の原理)、法の適正な手続又は過程(デュー・プロセス・オヴ・ロー)の理念その他行政手続に関する法の一般原則に照らして、適正な行政手続の整備が行政法の重要な基盤であることは、もはや自明の理とされるに至っている。したがって、我が国でも、憲法上の個々の条文とはかかわりなく、既に多数の行政法令に行政手続に関する規定が置かれており、また、現在、行政手続に関する基本法の制定に向けて努力が重ねられているところである。もとより、個別の行政庁の処分の趣旨・目的に照らし、刑事上の処分に準じた手続によるべきものと解される場合において、適正な手続に関する規定の根拠を、憲法三一条又はその精神に求めることができることはいうまでもない。ところで、一般に、行政庁の処分は、刑事上の処分と異なり、その目的、種類及び内容が多種多様であるから、不利益処分の場合でも、個別的な法令について、具体的にどのような事前手続が適正であるかを、裁判所が一義的に判断することは困難というべきであり、この点は、立法当局の合理的な立法政策上の判断にゆだねるほかはないといわざるを得ない。行政手続に関する基本法の制定により、適正な事前手続についての的確な一般的準則を明示することは、この意味においても重要なのである。もっとも、不利益処分を定めた法令に事前手続に関する規定が全く置かれていないか、あるいは事前手続に関する何らかの規定が置かれていても、実質的には全く置かれていないのと同様な状態にある場合は、行政手続に関する基本法が制定されていない今日の状況の下では、さきに述べた行政手続に関する法の一般原則に照らして、右の法令の妥当性を判断しなければならない事態に至ることもあろう。しかし、そのような場合においても、当該法令の立法趣旨から見て、右の法令に事前手続を置いていないこと等が、右の一般原則に著しく反すると認められない場合は、立法政策上の合理的な判断によるものとしてこれを是認すべきものと考える。これを本法三条一項について見ると、右規定の定める工作物使用禁止命令は、処分の名宛人を確知できる限りにおいて、右名宛人に対し不作為義務を課する典型的な行政上の不利益処分に当たる。したがって、本法に右命令についての事前手続に関する規定が全く置かれていないことに着目すれば、右に述べた意味において、右条項の妥当性が問題とされなければならない。しかし、この点については、右工作物使用禁止命令により制限される権利利益の内容、性質は、当該工作物の三態様における使用であり、右のような態様の使用を禁止することは、新空港の設置・管理等の安全を確保するという国家的、社会経済的、公益的、人道的見地からの極めて強い要請に基づくものであり、高度かつ緊急の必要性を有するものである、という本判決理由の全体にわたる法廷意見の判断があり、私もこれに同調しているところである。本法三条一項の定める工作物使用禁止命令については、右命令自体の性質に着目すると、緊急やむを得ない場合の除外規定を付した上で、事前手続の規定を置くことが望ましい場合ではあるけれども、本法は、法律そのものが、高度かつ緊急の必要性という本件規制における特別の事情を考慮して制定されたものであることにかんがみれば、事前手続の規定を置かないことが直ちに前記の一般原則に著しく反するとまでは認められないのであって、右のような立法政策上の判断は合理的なものとして是認することができると考えるのである。このような見地から、私は、本法三条一項が憲法三一条の法意に反するものではないとする法廷意見に対し、その結論に同調するのである。

上告理由第一点の(五)についての裁判官可部恒雄の意見は、次のとおりである。

一意法三一条にいう「法律に定める手続」とは、単に国会において成立した法律所定の手続を意味するにとどまらず、「適正な法律手続」を指すものであること、同条による適正手続の保障はひとり同条の明規する刑罰にとどまらず「財産権」にも及ぶものであること(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)、また、民事上の秩序罰としての過料を科する作用は、その実質においては一種の行政処分としての性質を有するものであるが、非訟事件手続法による過料の裁判は、過料を科するについての同法の規定内容に照らして、法律の定める適正な手続によるものということができ、憲法三一条に違反するものでないこと(昭和三七年(ク)第六四号同四一年一二月二七日大法廷決定・民集二〇巻一〇号二二七九頁)、また同条の法意に関連するものとして、憲法三五条一項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあるとするのは相当でないこと(昭和四四年(あ)第七三四号同四七年一一月二二日大法廷判決・刑集二六巻九号五五四頁)は、いずれも当裁判所の判例とするところである。

二憲法三一条による適正手続の保障は、ひとり刑事手続に限らず、行政手続にも及ぶと解されるのであるが、行政手続がそれぞれの行政目的に応じて多種多様である実情に照らせば、同条の保障が行政処分全般につき一律に妥当し、当該処分につき告知・聴聞を含む事前手続を欠くことが直ちに違憲・無効の結論を招来する、と解するのは相当でない。多種多様な行政処分のいかなる範囲につき同条の保障を肯定すべきかは、それ自体解決困難な熟慮を要する課題であって、いわゆる行政手続法の制定が検討されていることも周知のところであるが、論点をより具体的に限定して、私人の所有権に対する重大な制限が行政処分によって課せられた事案を想定すれば、かかる場合に憲法三一条の保障が及ぶと解すべきことは、むしろ当然の事理に属し、かかる処分が一切の事前手続を経ずして課せられることは、原則として憲法の許容せざるところというべく、これが同条違反の評価を免れ得るのは、限られた例外の場合であるとしなければならない。例外の最たるものは、消防法二九条に規定する場合のごときであるが、これを極限状況にあるものとして、本件が例外の場合に当たるか否かを考察すべきであろう。

三本法の制定をめぐる問題状況については、上告理由第一点の(二)について法廷意見の述べるとおりであるが、本件において注目されるのは、本件工作物の設置の時期、場所、特に当該工作物自体の構造である。すなわち、原判決(その引用する第一審判決を含む)の認定するところによれば、「本件工作物は鉄骨鉄筋コンクリート地上三階、地下一階建の建物であり、東西一一・四七メートル、南北一一・五メートル、地上部分の高さ約一〇メートルの立方体に類似した形状をしていて、七か所の小さな換気口及び明り取りのほかには窓及び出入口は存在せず、四方がコンクリートづくめの異様な外観であり、また、内部への出入りは地上から梯子をかけて屋上に昇りその開口部分から行う等の特異な構造を有し、その内部構造も、一階から二階へ、地下部分から直接二階へ、三階から屋上への各昇降口には鉄パイプ梯子がかけられており、二階から三階への昇降口には木製の踏み台が置かれているほかは各階相互間に階段等の昇降手段がない特異な構造となっていること、そして地下部分から緊急時の出入り用のトンネルが左右に掘られている」というのであって、その構造は、右の判示にみられるように異様の一語に尽き、通常の居住用又は農作物等の格納用の建物とは著しく異なり、何びともその使用目的の何たるかを疑問とせざるを得ないであろう。次に、本件工作物に対する行政処分の具体的内容をみるのに、そこにおいて禁止される財産権行使の態様としては、「多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用に供すること」及び「暴力主義的破壊活動等に使用され、又は使用されるおそれがあると認められる爆発物、火炎びん等の物の製造又は保管の場所の用に供すること」という二態様に尽きるのである。

四対象となる所有権の内容が、具体的には右にみるようなものであり、また、これを制限する行政処分の内容が右にみるとおりであるとすれば、本件の具体的案件を、行政処分による所有権に対する重大な制限として一般化した上で、本件処分を目して、事前の告知・聴聞を経ない限り、憲法三一条に違反するものとするのは相当でない。すなわち、本件工作物の構造の異様さから考えられるその使用目的とこれに対する本件処分の内容とを総合勘案すれば、前記にみるような態様の財産権行使の禁止が憲法二九条によって保障される財産権に対する重大な制限に当たるか否か、疑問とせざるを得ないのみならず、これを強いて「重大な制限」に当たると観念するとしても、当該処分につき告知・聴聞を含む事前手続を経ない限り、三一条を含む憲法の法条に反するものとはたやすく断じ難いところである。

五これを要するに、一般に、行政処分をもってする所有権の重大な制限には憲法三一条の保障が及ぶと解されるのであり、また、かく解することが当裁判所の累次の先例の趣旨に副う所以であると考えられるが、本件工作物につき前記態様の使用の禁止を命じた本件処分につき、事前手続を欠く限り憲法三一条に違反するものとすることはできない。論旨は理由がなく、原判決は結論において是認すべきものと考える。

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官草場良八、藤島昭、坂上壽夫、貞家克己、大堀誠一、園部逸夫、橋元四郎平、中島敏次郎、佐藤庄市郎、可部恒雄、木崎良平、味村治、大西勝也、小野幹雄、三好達

8 最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁〔泉佐野市民会館事件〕(棄却)○

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

上告代理人大野康平、同北本修二、同大石一二、同佐々木哲蔵、同仲田隆明、同浦功、同大野町子、同後藤貞人、同石川寛俊、同三上陸、同竹岡富美男、同横井貞夫、同中道武美、同梶谷哲夫、同黒田建一、同信岡登紫子、同永嶋靖久、同泉裕二郎、同森博行、同池田直樹、同福森亮二、同小田幸児の上告理由について

一原審の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上告人らは、昭和五九年六月三日に市立泉佐野市民会館(以下「本件会館」という。)ホールで「関西新空港反対全国総決起集会」(以下「本件集会」という。)を開催することを企画し、同年四月二日、上告人A1が、泉佐野市長に対し、市立泉佐野市民会館条例(昭和三八年泉佐野市条例第二七号。以下「本件条例」という。)六条に基づき、使用団体名を「E委員会」として、右ホールの使用許可の申請をした(以下「本件申請」という。)。

2本件会館は、被上告人が泉佐野市民の文化、教養の向上を図り、併せて集会等の用に供する目的で設置したものであり、南海電鉄泉佐野駅前ターミナルの一角にあって、付近は、道路を隔てて約二五〇店舗の商店街があり、市内最大の繁華街を形成している。本件会館ホールの定員は、八一六名(補助席を含めて一〇二八名)である。

3本件申請の許否の専決権者である泉佐野市総務部長は、左記の理由により、本件集会のための本件会館の使用が、本件会館の使用を許可してはならない事由を定める本件条例七条のうち一号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」及び三号の「その他会館の管理上支障があると認められる場合」に該当すると判断し、昭和五九年四月二三日、泉佐野市長の名で、本件申請を不許可とする処分(以下「本件不許可処分」という。)をした。

(一)本件集会は、E委員会の名義で行うものとされているが、その実体はいわゆるG派(H委員会)が主催するものであり、G派は、本件申請の直後である四月四日に後記の連続爆破事件を起こすなどした過激な活動組織であり、I連合会等の各種団体からいわゆる極左暴力集団に対しては本件会館を使用させないようにされたい旨の嘆願書や要望書も提出されていた。このような組織に本件会館を使用させることは、本件集会及びその前後のデモ行進などを通じて不測の事態を生ずることが憂慮され、かつ、その結果、本件会館周辺の住民の平穏な生活が脅かされるおそれがあって、公共の福祉に反する。

(二)本件申請は、集会参加予定人員を三〇〇名としているが、本件集会は全国規模の集会であって右予定人員の信用性は疑わしく、本件会館ホールの定員との関係で問題がある。

(三)本件申請をした上告人A1は、後記のとおり昭和五六年に関西新空港の説明会で混乱を引き起こしており、また、G派は、従来から他の団体と対立抗争中で、昭和五八年には他の団体の主催する集会に乱入する事件を起こしているという状況からみて、本件集会にも対立団体が介入するなどして、本件会館のみならずその付近一帯が大混乱に陥るおそれがある。

4本件集会に関連して、上告人らないしG派については、次のような事実があった。

(一)(1)本件集会の名義人である「E委員会」を構成する六団体は、関西新空港の建設に反対し、昭和五七年、五八年にも全国的規模の反対集会を大阪市内の扇町公園で平穏に開催するなどしてきた。(2)右六団体の一つで上告人A1が運営委員である「泉佐野・新空港に反対する会」は、本件会館小会譲室で過去に何度も講演等を開催してきた。(3)上告人A2が代表者である「E委員会」は、反対集会を昭和五二年ころから大阪市内の中之島中央公会堂等で平穏に開催してきた。

(二)(1)ところが、昭和五九年に至り、関西新空港につきいよいよ新会社が発足し、同年中にも工事に着手するような情勢になってくると、「E委員会」と密接な関係があり、本件集会について重要な地位を占めるG派は、関西新空港の建設を実力で阻止する闘争方針を打ち出し、デモ行進、集会等の合法的活動をするにとどまらず、例えば、「1」昭和五九年三月一日、東京の新東京国際空港公団本部ビルに対し、付近の高速道路から火炎放射器様のもので火を噴き付け、「2」同年四月四日、大阪市内のM科学技術センター(関西新空港対策室が所在)及び大阪府庁(N対策部が所在)に対し、時限発火装置による連続爆破や放火をして九人の負傷者を出すといった違法な実力行使について、自ら犯行声明を出すに至った。G派は、特に右「2」の事件について、その機関紙『O』において、「この戦闘は一五年余のたたかいをひきつぐ関西新空港粉砕闘争の本格的第一弾である。同時に三・一公団本社火炎攻撃、三・二五三里塚闘争の大高揚をひきつぎ、五・二〇―今秋二期決戦を切り開く巨弾である。」とした上、「四・四戦闘につづき五・二〇へ、そして、六・三関西新空港粉砕全国総決起へ進撃しよう。」と記載し、さらに、「肉迫攻撃を敵中枢に敢行したわが革命軍は、必要ならば百回でも二百回でもゲリラ攻撃を敢行し、新空港建設計画をズタズタにするであろう。」との決意を表明して、本件集会がこれらの事件の延長線上にある旨を強調している。(2)G派は、本件不許可処分の日の前日である昭和五九年四月二二日、関西新空港反対闘争の一環として、泉佐野市臨海緑地から泉佐野駅前へのデモ行進を行ったが、「四・四ゲリラ闘争万才!関西新空港実力阻止闘争G派」などと記載し、更に本件集会について「六・三大阪現地全国闘争へ!」と記載した横断幕を掲げるなどして、本件集会が右一連の闘争の大きな山場であることを明示し、参加者のほぼ全員がヘルメットにマスクという姿であり、その前後を警察官が警備するという状況であったため、これに不安を感じてシャッターを閉じる商店もあった。(3)上告人A1は、G派と活動を共にする活動家であり、昭和五六年八月に岸和田市民会館で関西新空港の説明会が開催された際、壇上を占拠するなどして混乱を引き起こし、威力業務妨害罪により罰金刑に処せられたことがあった。また、右(2)のデモ行進の許可申請者兼責任者であり、自身もデモに参加してビラの配布活動等も行った。

(三)G派は、従来からいわゆるQ派と内ゲバ殺人事件を起こすなど左翼運動の主導権をめぐって他のグループと対立抗争を続けてきたが、本件不許可処分のされた当時、次のように、他のグループとの対立抗争の緊張を高めていた。(1)昭和五八年七月一日、大阪市内の中之島中央公会堂でいわゆる第四インターの主催する三里塚闘争関西集会が開催された際、G派が会場に乱入し、多数の負傷者や逮捕者を出した。(2)G派は、同月一八日付けの機関紙『O』において、「すべての第四インター分子は断罪と報復の対象である。絶対に等価以上の報復をたたきつけてやらなくてはならない。」と記述し、さらに、昭和五九年四月二日付けの同紙において、一〇年前にR大学でG派の同志が虐殺された事件の犯人がQ派の者であることを報じて「S」の中で「反革命Tをせん滅・一掃せよ!」と記述し、同月二三日付けの同紙において、「四・四戦闘の勝利は同時に、四―六月の三里塚二期、関西新空港闘争の大爆発の巨大な条件となっている。」とした上、「間断なき戦闘と戦略的エスカレーションの原則にのっとりSをさらに発展させよ。この全過程を同時に脱落派、第四インター、U派など、メンシェビキ、解党主義的腐敗分子、反革命との戦いで断固として主導権を堅持して戦い抜かなければならない。」と記述している。

5上告人らは、本件会館の使用が許可されなかったため、会場を泉佐野市h町の海浜に変更して本件集会を開催したところ、G派の機関紙によれば二六〇〇名が結集したと報じられ、少なくとも約一〇〇〇名の参加があった。

二原審は、右一の事実関係に基づき、次のように説示して、本件不許可処分が適法であるとした。(1)G派は、単に本件集会の一参加団体ないし支援団体というにとどまらず、本件集会の主体を成すか、そうでないとしても、本件集会の動向を左右し得る有力な団体として重要な地位を占めるものであった。(2)本件集会が開催された場合、G派と対立する団体がこれに介入するなどして、本件会館の内外に混乱が生ずることも多分に考えられる状況であった。(3)このような状況の下において、泉佐野市総務部長が、本件集会が開催されたならば、少なからぬ混乱が生じ、その結果、一般市民の生命、身体、財産に対する安全を侵害するおそれがある、すなわち公共の安全に対する明白かつ現在の危険があると判断し、本件条例七条一号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」に当たるとしたことに責めるべき点はない。(4)また、本件集会の参加人員は、本件会館の定員をはるかに超える可能性が高かったから、本件条例七条三号の「その他会館の管理上支障があると認められる場合」にも当たる。

三所論は、本件条例七条一号及び三号は、憲法二一条一項に違反し、無効であり、また、本件不許可処分は、同項の保障する集会の自由を侵害し、同条二項前段の禁止する検閲に当たり、地方自治法二四四条に違反すると主張するので、以下この点について判断する。

1被上告人の設置した本件会館は、地方自治法二四四条にいう公の施設に当たるから、被上告人は、正当な理由がない限り、住民がこれを利用することを拒んではならず(同条二項)、また、住民の利用について不当な差別的取扱いをしてはならない(同条三項)。本件条例は、同法二四四条の二第一項に基づき、公の施設である本件会館の設置及び管理について定めるものであり、本件条例七条の各号は、その利用を拒否するために必要とされる右の正当な理由を具体化したものであると解される。そして、地方自治法二四四条にいう普通地方公共団体の公の施設として、本件会館のように集会の用に供する施設が設けられている場合、住民は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められることになるので、管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずることになる。したがって、本件条例七条一号及び三号を解釈適用するに当たっては、本件会館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定することにならないかどうかを検討すべきである。

2このような観点からすると、集会の用に供される公共施設の管理者は、当該公共施設の種類に応じ、また、その規模、構造、設備等を勘案し、公共施設としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべきであって、これらの点からみて利用を不相当とする事由が認められないにもかかわらずその利用を拒否し得るのは、利用の希望が競合する場合のほかは、施設をその集会のために利用させることによって、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られるものというべきであり、このような場合には、その危険を回避し、防止するために、その施設における集会の開催が必要かつ合理的な範囲で制限を受けることがあるといわなければならない。そして、右の制限が必要かつ合理的なものとして肯認されるかどうかは、基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等を較量して決せられるべきものである。本件条例七条による本件会館の使用の規制は、このような較量によって必要かつ合理的なものとして肯認される限りは、集会の自由を不当に侵害するものではなく、また、検閲に当たるものではなく、したがって、憲法二一条に違反するものではない。以上のように解すべきことは、当裁判所大法廷判決(最高裁昭和二七年(オ)一一五〇号同二八年一二月二三日判決・民集七巻一三号一五六一頁、最高裁昭和五七年(行ツ)第一五六号同五九年一二月一二日判決・民集三八巻一二号一三〇八頁、最高裁昭和五六年(オ)第六〇九号同六一年六月一一日判決・民集四〇巻四号八七二頁、最高裁昭和六一年(行ツ)第一一号平成四年七月一日判決・民集四六巻五号四三七頁)の趣旨に徴して明らかである。そして、このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない(最高裁昭和四三年(行ツ)第一二〇号同五〇年四月三〇日大法廷判決・民集二九巻四号五七二頁参照)。

3本件条例七条一号は、「公の秩序をみだすおそれがある場合」を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である(最高裁昭和二六年(あ)第三一八八号同二九年一一月二四日大法廷判決・刑集八巻一一号一八六六頁参照)。そう解する限り、このような規制は、他の基本的人権に対する侵害を回避し、防止するために必要かつ合理的なものとして、憲法二一条に違反するものではなく、また、地方自治法二四四条に違反するものでもないというべきである。そして、右事由の存在を肯認することができるのは、そのような事態の発生が許可権者の主観により予測されるだけではなく、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならないことはいうまでもない。なお、右の理由で本件条例七条一号に該当する事由があるとされる場合には、当然に同条三号の「その他会館の管理上支障があると認められる場合」にも該当するものと解するのが相当である。

四以上を前提として、本件不許可処分の適否を検討する。

1前記一の4の事実によれば、本件不許可処分のあった昭和五九年四月二三日の時点においては、本件集会の実質上の主催者と目されるG派は、関西新空港建設工事の着手を控えて、これを激しい実力行使によって阻止する闘争方針を採っており、現に同年三月、四月には、東京、大阪において、空港関係機関に対して爆破事件を起こして負傷者を出すなどし、六月三日に予定される本件集会をこれらの事件に引き続く関西新空港建設反対運動の山場としていたものであって、さらに、対立する他のグループとの対立緊張も一層増大していた。このような状況の下においては、それ以前において前記一の4(一)のように上告人らによる関西新空港建設反対のための集会が平穏に行われたこともあったことを考慮しても、右時点において本件集会が本件会館で開かれたならば、対立する他のグループがこれを阻止し、妨害するために本件会館に押しかけ、本件集会の主催者側も自らこれに積極的に対抗することにより、本件会館内又はその付近の路上等においてグループ間で暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生じ、その結果、グループの構成員だけでなく、本件会館の職員、通行人、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害されるという事態を生ずることが、客観的事実によって具体的に明らかに予見されたということができる。

2もとより、普通地方公共団体が公の施設の使用の許否を決するに当たり、集会の目的や集会を主催する団体の性格そのものを理由として、使用を許可せず、あるいは不当に差別的に取り扱うことは許されない。しかしながら、本件において被上告人が上告人らに本件会館の使用を許可しなかったのが、上告人らの唱道する関西新空港建設反対という集会目的のためであると認める余地のないことは、前記一の4(一)(2)のとおり、被上告人が、過去に何度も、上告人A1が運営委員である「泉佐野・新空港に反対する会」に対し、講演等のために本件会館小会議室を使用することを許可してきたことからも明らかである。また、本件集会が開かれることによって前示のような暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生ずる明らかな差し迫った危険が予見される以上、本件会館の管理責任を負う被上告人がそのような事態を回避し、防止するための措置を採ることはやむを得ないところであって、本件不許可処分が本件会館の利用について上告人らを不当に差別的に取り扱ったものであるということはできない。それは、上告人らの言論の内容や団体の性格そのものによる差別ではなく、本件集会の実質上の主催者と目されるG派が当時激しい実力行使を繰り返し、対立する他のグループと抗争していたことから、その山場であるとされる本件集会には右の危険が伴うと認められることによる必要かつ合理的な制限であるということができる。

3また、主催者が集会を平穏に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法二一条の趣旨に反するところである。しかしながら、本件集会の実質上の主催者と目されるG派は、関西新空港建設反対運動の主導権をめぐって他のグループと過激な対立抗争を続けており、他のグループの集会を攻撃して妨害し、更には人身に危害を加える事件も引き起こしていたのであって、これに対し他のグループから報復、襲撃を受ける危険があったことは前示のとおりであり、これを被上告人が警察に依頼するなどしてあるかじめ防止することは不可能に近かったといわなければならず、平穏な集会を行おうとしている者に対して一方的に実力による妨害がされる場合と同一に論ずることはできないのである。

4このように、本件不許可処分は、本件集会の目的やその実質上の主催者と目されるG派という団体の性格そのものを理由とするものではなく、また、被上告人の主観的な判断による蓋然的な危険発生のおそれを理由とするものでもなく、G派が、本件不許可処分のあった当時、関西新空港の建設に反対して違法な実力行使を繰り返し、対立する他のグループと暴力による抗争を続けてきたという客観的事実からみて、本件集会が本件会館で開かれたならば、本件会館内又はその付近の路上等においてグループ間で暴力の行使を伴う衝突が起こるなどの事態が生じ、その結果、グループの構成員だけでなく、本件会館の職員、通行人、付近住民等の生命、身体又は財産が侵害されるという事態を生ずることが、具体的に明らかに予見されることを理由とするものと認められる。したがって、本件不許可処分が憲法二一条、地方自治法二四四条に違反するということはできない。五以上のとおりであるから、原審の判断は正当として是認することができ、その余の点を含め論旨はいずれも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、裁判官園部逸夫の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官園部逸夫の補足意見は、次のとおりである。

一一般に、公の施設は、本来住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設(地方自治法二四四条一項)であるから、住民による利用は原則として自由に行われるべきものであり、「正当な理由」がない限り利用を拒むことはできない(同条二項)。右の規定は、いずれも、住民の利用に関するものであるが、公の施設は、多くの場合、当該地方公共団体の住民に限らず広く一般の利用にも開放されているという実情があり、右の規定の趣旨は、一般の利用者にも適用されるものと解される。他方、公の施設は、地方公共団体の住民の公共用財産であるから、右財産の管理権者である地方公共団体の行政庁は、公の施設の使用について、住民・滞在者の利益(公益)を維持する必要があるか、あるいは、施設の保全上支障があると判断される場合には、公物管理の見地から、施設使用の条件につき十分な調整を図るとともに、最終的には、使用の不承認、承認の取消し、使用の停止を含む施設管理権の適正な行使に努めるべきである。右の見地に立って本件をみると、会館の管理権者である市長(本件の場合、専決機関としての総務部長)が、本件不許可処分に当たって、「その他会館の管理上支障があると認められる場合」という要件を定めた本件条例七条三号を適用したことについては、法廷意見の挙示する原審の確定した事実関係の下では、総務部長の判断が不適切であったとはいえず、また、本件会館の使用に関する調整を行うことが期待できる状況でなかったことも認められる以上、右判断に裁量権の行使を誤った違法はないというべきである。

二ところで、公の施設の利用を拒否できる「正当な理由」は、さきに述べた公の施設の一般的な性格から見て、専ら施設管理の観点から定めるべきものであることはいうまでもない。しかし、本件会館のような集会の用に供することを主な目的とする施設の管理規程については、その他の施設と異なり、単なる施設管理権の枠内では処理することができない問題が生ずる。本件条例は、会館が自ら実施する各種事業のほか、所定の集会に会館を供すること(同五条各号)、会館の使用については、市長の許可を要すること(同六条)、使用を不許可としなければならない要件(同七条各号)を定めている。右の要件の一つとして、七条一号(以下「本件規定」という。)に「公の秩序をみだすおそれがある場合」という要件があるが、これは、いわゆる行政法上の不確定な法概念であるから、平等原則、比例原則等解釈上適用すべき条理があるとはいえ、総務部長に対し、右要件の解釈適用についてかなり広範な行政裁量を認めるものといわなければならない。しかも、右の要件を適用して会館の使用の不許可処分をすることが、会館における集会を事実上禁止することになる場合は、たとい施設管理権の行使に由来するものであっても、実質的には、公の秩序維持を理由とする集会の禁止(いわゆる警察上の命令)と同じ効果をもたらす可能性がある。この種の会館の使用が、集会の自由ひいては表現の自由の保障に密接にかかわる可能性のある状況の下において、右要件により、広範な要件裁量の余地が認められ、かつ、本件条例のように右要件に当たると判断した場合は不許可処分をすることが義務付けられている場合は、条例の運用が、右の諸自由に対する公権力による恣意的な規制に至るおそれがないとはいえない。したがって、右要件の設定あるいは右要件の解釈については、憲法の定める集会の自由ひいては表現の自由の保障にかんがみ、特に周到な配慮が必要とされるのである。本件条例は、公物管理条例であって、会館に関する公物管理権の行使について定めるのを本来の目的とするものであるから、公の施設の管理に関連するものであっても、地方公共の秩序の維持及び住民・滞在者の安全の保持のための規制に及ぶ場合は(地方自治法二条三項一号)、公物警察権行使のための組織・権限及び手続に関する法令(条例を含む。)に基づく適正な規制によるべきである。右の観点からすれば、本件条例七条一号は、「正当な理由」による公の施設利用拒否を規定する地方自治法二四四条二項の委任の範囲を超える疑いがないとはいえない(注)。(注)現に、自治省は、公の施設及び管理に関するモデル条例の中に置くことのできる規定として、「公益の維持管理上の必要及び施設保全に支障があると認められるときは、使用を承認しないことができる。」という例を示しており、本件規定のような明らかに警察許可に類する規制は認めていない。三私の見解は、以上のようなものであるところ、法廷意見の三は、本件規定について、極めて限定的な解釈を施している。私は右のような限定解釈により、本件規定を適用する局面が今後厳重に制限されることになるものと理解した上で、法廷意見の判断に与するものである。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官大野正男、園部逸夫、可部恒雄、千種秀夫、尾崎行信

9 最判平成18年3月23日裁判集民219号947頁〔受刑者親書発信不許可処分事件〕(認容)◎

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)被上告人は、上告人に対し、1万円を支払え。(2)上告人のその余の請求を棄却する。

2訴訟の総費用は、これを10分し、その1を被上告人の負担とし、その余を上告人の負担とする。

理由  
第1上告人の上告理由のうち監獄法46条2項の違憲をいう部分について

表現の自由を保障した憲法21条の規定の趣旨、目的にかんがみると、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は、受刑者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該信書の内容その他の具体的事情の下で、これを許すことにより、監獄内の規律及び秩序の維持、受刑者の身柄の確保、受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当のがい然性があると認められる場合に限って、これを制限することが許されるものというべきであり、その場合においても、その制限の程度は、上記の障害の発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である。そうすると、監獄法46条2項は、その文言上は、特に必要があると認められる場合に限って上記信書の発受を許すものとしているようにみられるけれども、上記信書の発受の必要性は広く認められ、上記要件及び範囲でのみその制限が許されることを定めたものと解するのが相当であり、したがって、同項が憲法21条、14条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例(最高裁昭和40年(オ)第1425号同45年9月16日大法廷判決・民集24巻10号1410頁、最高裁昭和52年(オ)第927号同58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁)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。

第2その余の上告理由について

論旨は、違憲及び理由の食違いをいうが、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。

第3上告人の上告受理申立て理由のうち新聞社への手紙の発信不許可の違法をいう部分について

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、昭和61年7月、東京地方裁判所において、現住建造物等放火等の罪で懲役18年の判決を受け、平成元年7月、最高裁判所が上告を棄却したことにより同判決が確定し、これに基づき、同年10月5日、熊本刑務所に収容され、同日以降、同刑務所で服役していた者である。

(2)上告人は、平成11年6月17日及び同月21日、参議院議員A及び衆議院議員Bあてに、「受刑者処遇の在り方の改善のための獄中からの請願書」(以下「本件請願書」という。)を送付し、また、同年10月4日付けで熊本地方検察庁あてに熊本刑務所職員等についての告訴告発状(以下「本件告訴告発状」という。)を送付した。

(3)上告人は、平成11年10月13日、本件請願書及び本件告訴告発状の内容についての取材、調査及び報道を求める旨の内容を記載したC新聞社あての手紙(以下「本件信書」という。)の発信の許可を熊本刑務所長に求めた。

(4)熊本刑務所長は、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は特に必要があると認められる場合に限って許されるべきものであると解した上で、本件信書の発信については、権利救済又は不服申立て等のためのものであるとは認められず、その必要性も認められないと判断して、これを不許可とし、上告人に対し、平成11年10月15日、その旨を告知した。

2本件は、上告人が、被上告人に対し、熊本刑務所長が違法に本件信書の発信を不許可としたことによって精神的苦痛を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料を請求する事案である。

3原審は、上記の事実関係の下において、次のとおり判断して、上告人の請求を棄却すべきものとした。上告人は、本件信書の発信の許可を求める前に、国会議員に対して本件請願書を送付し、また、検察庁に対して本件告訴告発状を送付しており、しかも、本件信書には、刑務所の実情を明らかにして処遇の在り方の改善を図るという上告人独自の信念に基づき、本件請願書や本件告訴告発状の取材、調査及び報道を求める旨の内容が記載されているが、本件信書の発信が上告人の権利救済又は教化改善のために特に必要であるとは認められず、他に特別の必要を認めるべき証拠もないのであるから、熊本刑務所長が本件信書の発信を不許可としたことに違法があるということはできない。

4しかしながら、原審の上記判断は是認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。監獄法46条2項の解釈上、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は、その必要性が広く認められ、前記第1の要件及び範囲でのみその制限が許されると解されるところ、前記事実関係によれば、熊本刑務所長は、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は特に必要があると認められる場合に限って許されるべきものであると解した上で、本件信書の発信については、権利救済又は不服申立て等のためのものであるとは認められず、その必要性も認められないと判断して、これを不許可としたというのであるから、同刑務所長が、上告人の性向、行状、熊本刑務所内の管理、保安の状況、本件信書の内容その他の具体的事情の下で、上告人の本件信書の発信を許すことにより、同刑務所内の規律及び秩序の維持、上告人を含めた受刑者の身柄の確保、上告人を含めた受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当のがい然性があるかどうかについて考慮しないで、本件信書の発信を不許可としたことは明らかというべきである。しかも、前記事実関係によれば、本件信書は、国会議員に対して送付済みの本件請願書等の取材、調査及び報道を求める旨の内容を記載したC新聞社あてのものであったというのであるから、本件信書の発信を許すことによって熊本刑務所内に上記の障害が生ずる相当のがい然性があるということができないことも明らかというべきである。そうすると、熊本刑務所長の本件信書の発信の不許可は、裁量権の範囲を逸脱し、又は裁量権を濫用したものとして監獄法46条2項の規定の適用上違法であるのみならず、国家賠償法1条1項の規定の適用上も違法というべきである。これと異なる原審の判断には、監獄法46条2項及び国家賠償法1条1項の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。これと同旨をいう論旨は理由がある。

　そして、熊本刑務所長は、前記のとおり、本件信書の発信によって生ずる障害の有無を何ら考慮することなく本件信書の発信を不許可としたのであるから、熊本刑務所長に過失があることも明らかというべきである。そこで、上告人の被った精神的苦痛の程度について検討するに、本件信書の内容等の前記事実関係に照らし、慰謝料は1万円とするのが相当である。  
第4結論

以上によれば、本件請求は、上記の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から、原判決を主文第1項のとおり変更する。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。

(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)

10 最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁〔広島市暴走族追放条例違憲訴訟〕(有罪)

主文本件上告を棄却する。

理由  
1弁護人田中千秋の上告趣意のうち、広島市暴走族追放条例(平成14年広島市条例第39号。以下「本条例」という。)16条1項1号、17条、19条の各規定が文面上も内容上も憲法21条1項、31条に違反するとの主張について

(1)原判決が是認する第1審判決によれば、被告人は、観音連合などの暴走族構成員約40名と共謀の上、平成14年11月23日午後10時31分ころから、広島市が管理する公共の場所である広島市中区所在の「広島市西新天地公共広場」において、広島市長の許可を得ないで、所属する暴走族のグループ名を刺しゅうした「特攻服」と呼ばれる服を着用し、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、旗を立てる等威勢を示して、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集会を行い、同日午後10時35分ころ、同所において、本条例による広島市長の権限を代行する広島市職員から、上記集会を中止して上記広場から退去するよう命令を受けたが、これに従わず、引き続き同所において、同日午後10時41分ころまで本件集会を継続し、もって、上記命令に違反したものである。

　本条例は、16条1項において、「何人も、次に掲げる行為をしてはならない。」と定め、その1号として「公共の場所において、当該場所の所有者又は管理者の承諾又は許可を得ないで、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるようない集又は集会を行うこと」を掲げる。そして、本条例17条は、「前条第1項第1号の行為が、本市の管理する公共の場所において、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより行われたときは、市長は、当該行為者に対し、当該行為の中止又は当該場所からの退去を命ずることができる。」とし、本条例19条は、この市長の命令に違反した者は、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処するものと規定している。

　第1審判決は、被告人の行為が上記の本条例19条、16条1項1号、17条に該当するとして、被告人に懲役4月、3年間刑執行猶予の有罪判決を言い渡した。なお、本条例2条7号は、暴走族につき、「暴走行為をすることを目的として結成された集団又は公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団をいう。」と定義しているところ、記録によれば、上記観音連合など本件集会参加者が所属する暴走族は、いずれも暴走行為をすることを目的として結成された集団、すなわち社会通念上の暴走族にほかならず、暴力団の準構成員である被告人は、これら暴走族の後ろ盾となることにより事実上これを支配する「面倒見」と呼ばれる地位にあって、本件集会を主宰し、これを指揮していたものと認められる。  
(2)所論は、本条例16条1項1号、17条、19条の規定の文言からすれば、その適用範囲が広範に過ぎると指摘する。なるほど、本条例は、暴走族の定義において社会通念上の暴走族以外の集団が含まれる文言となっていること、禁止行為の対象及び市長の中止・退去命令の対象も社会通念上の暴走族以外の者の行為にも及ぶ文言となっていることなど、規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることは所論のとおりである。しかし、本条例19条が処罰の対象としているのは、同17条の市長の中止・退去命令に違反する行為に限られる。そして、本条例の目的規定である1条は、「暴走行為、い集、集会及び祭礼等における示威行為が、市民生活や少年の健全育成に多大な影響を及ぼしているのみならず、国際平和文化都市の印象を著しく傷つけている」存在としての「暴走族」を本条例が規定する諸対策の対象として想定するものと解され、本条例5条、6条も、少年が加入する対象としての「暴走族」を想定しているほか、本条例には、暴走行為自体の抑止を眼目としている規定も数多く含まれている。また、本条例の委任規則である本条例施行規則3条は、「暴走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた服装等」の着用者の存在(1号)、「暴走族名等暴走族であることを強調するような文言等を刺しゅう、印刷等をされた旗等」の存在(4号)、「暴走族であることを強調するような大声の掛合い等」(5号)を本条例17条の中止命令等を発する際の判断基準として挙げている。このような本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている「暴走族」は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている「集会」との関係では、本来的な意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例16条1項1号、17条所定の場所及び態様で行われている場合に限定されると解される。

　そして、このように限定的に解釈すれば、本条例16条1項1号、17条、19条の規定による規制は、広島市内の公共の場所における暴走族による集会等が公衆の平穏を害してきたこと、規制に係る集会であっても、これを行うことを直ちに犯罪として処罰するのではなく、市長による中止命令等の対象とするにとどめ、この命令に違反した場合に初めて処罰すべきものとするという事後的かつ段階的規制によっていること等にかんがみると、その弊害を防止しようとする規制目的の正当性、弊害防止手段としての合理性、この規制により得られる利益と失われる利益との均衡の観点に照らし、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえないことは、最高裁昭和44年(あ)第1501号同49年11月6日大法廷判決・刑集28巻9号393頁、最高裁昭和61年(行ツ)第11号平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁の趣旨に徴して明らかである。

(3)なお、所論は、本条例16条1項1号、17条、19条の各規定が明確性を欠き、憲法21条1項、31条に違反する旨主張するが、各規定の文言が不明確であるとはいえないから、所論は前提を欠く。

(4)以上のとおりであり、原判決に所論の違憲はなく、論旨は採用することができない。

2弁護人のその余の上告趣意は、広島市の被告人らに対する中止及び退去命令の違憲をいうものであるが、実質は単なる法令違反の主張であり、適法な上告理由に当たらない。

3よって、刑訴法408条により、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官堀籠幸男、同那須弘平の各補足意見、裁判官藤田宙靖、同田原睦夫の各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。

裁判官堀籠幸男の補足意見は、次のとおりである。私は、多数意見に全面的に賛成するものであるが、反対意見の趣旨にかんがみ、本件に関する私の意見を述べることにする。

1本件は、指定暴力団の関係者で暴走族である観音連合の面倒見をしていた被告人が、判示の広場において、引退式と称する集会を強行して暴走族の存在を誇示しようと考え、観音連合などの暴走族構成員約40名と共謀し、判示のような服を着用し、顔面の全部又は一部を覆い隠し、円陣を組み、旗を立てる等の威勢を示して、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集会を行い、市長からの中止・退去命令が出されたのに、これに従わなかった事案である。被告人の本件行為は、本条例が公共の平穏を維持するために規制しようとしていた典型的な行為であり、本条例についてどのような解釈を採ろうとも、本件行為が本条例に違反することは明らかであり、被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはないのであるから、罰則規定の不明確性、広範性を理由に被告人を無罪とすることは、国民の視点に立つと、どのように映るのであろうかとの感を抱かざるを得ない。

2一般に条例については、法律と比較し、文言上の不明確性が見られることは稀ではないから、このような場合、条例の文面を前提にして、他の事案についての適用関係一般について論じ、罰則規定の不明確性を理由に違憲と判断して被告人を無罪とする前に、多数意見が述べるように、本条例が本来規制の対象としている「集会」がどのようなものであるかをとらえ、合理的な限定解釈が可能であるかを吟味すべきである。確かに、集会の自由という基本的人権の重要性を看過することは許されず、安易な合憲限定解釈は慎むべきであるが、条例の規定についてその表現ぶりを個々別々に切り離して評価するのではなく、条例全体の規定ぶり等を見た上で、その全体的な評価をすべきものであり、これまで最高裁判所も、このような観点から合憲性の判断をしてきているのである。そうであれば、本条例については、多数意見が述べるように、合理的限定解釈が可能であるから、そのような方向で合憲性の判断を行うべきであり、これを違憲無効とする反対意見には同調することができない。

3本条例1条から19条までを通読し、これを全体的に見てみると、本条例の目的は、社会通念上の暴走族の追放を目的としたものであり、その他のことを目的としたものではないことを十分に読み取ることができる。加えて、本条例が処罰対象としている行為は、16条に該当する行為一般ではなく、17条の規定による市長の命令に違反した行為だけである。そして、この市長の命令に関する本条例の委任規則である本条例施行規則2条は、市長の留意事項として、基本的人権を制限する等の権限の逸脱を戒め、3条は、中止・退去命令を出すに際しては、1号ないし6号に掲げる事項を勘案して判断するものとし、1号ないし6号を通読すれば、市長の中止・退去命令の対象は、既存の暴走族及びこれと同視することができる集団に限るものと解されるのであり、市長が適法に中止・退去命令を発することができる場合を、本条例施行規則はこのようなものとして規定しているのである。

　もっとも、本条例施行規則が規制対象をこのように限定的にとらえているということから直ちに本条例自体の規定の文言の広範性、不明確性が補正、修正されるというものではない。しかし、本条例施行規則3条が、市長の中止・退去命令の対象を既存の暴走族及び社会通念上これと同視できる集団に限っているということは、本条例の規制の対象範囲は本来は広いが、その中から特にこれらを取り出して条例よりも限定した範囲で規制しようとしたというのではなく、本条例の規制対象を前提にしてその範囲の行為の取締りを実現するための細則を市長が定めたものと見るべきである。その意味で、本条例施行規則の規定は、条例自体がどのような範囲の行為を規制しようとしているのかを確認するための重要な要素と見ることができるのである。

　このような観点で見ると、本件においては、本条例による処罰対象行為は合理的な限定解釈が十分に可能であり、限定解釈の下においては、本条例による規制が憲法21条1項、31条に違反するものでないことは多数意見が述べるとおりである。

4田原裁判官は、本条例による規制が広範すぎて不明確であることの理由の一つとして、本条例16条1号及び2号が「い集」という文言を用いていることを挙げる。しかし、これは裁判所の憲法判断の方法として相当でないと考える。そもそも「い集」と「集会」とは、その外形的な現象は似ているが、後者は特定の目的、意図の下に人々が結集するもので、集会自体が多人数による一つの表現行為という面を持つものである。したがって、両者は、その特性、表現行為としての意味ないし価値の点等から大きく異なるものであり、これらに対する規制は、それぞれ別個のものとしてとらえて評価すべきであって、これを同一のものととらえて評価すべきものではない。そして、最高裁昭和57年(行ツ)第156号同59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308頁は、関税定率法21条1項3号の「公安又は風俗を害すべき書籍、図画」等の明確性が問題となった事案において、上告人に適用された「風俗」に関する部分についてのみ判断し、「公安」の関係については一切判断していない。これは、憲法判断をするに際し、最高裁判所が当該事件に直接には適用されない文言の関係について判断するのは適当でないことを明らかにしたものと解される。本件においては、被告人に適用されたのは「集会」という文言であって、「い集」という文言は適用されていないのである。したがって、「い集」という文言の不明確性をもって、違憲の理由とすることは相当ではないと考える。

裁判官那須弘平の補足意見は、次のとおりである。私は多数意見に賛同するものであるが、どのような場合に限定解釈が許されるのか、その要件に関し補足して私の考えを明らかにしておきたい。

1表現の自由が問題となる法令につき、過度に広範な規制が文面上されているためそのままでは違憲無効と判断されるおそれがある場合に、いわゆる限定解釈をすることで規制の対象を絞り込み、結論としてその規制が合憲であるとの判断を示すことが当審でもときに行われてきた。本件の多数意見も同様な立場に立つものである。どのような場合に限定解釈をすることが許されるのかについては、最高裁昭和57年(行ツ)第156号同59年12月12日大法廷判決・民集38巻12号1308頁(札幌税関検査違憲訴訟事件)が示す以下の二つの要件を満たす必要があると解すべきことは所論のとおりである。

　(1)その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合であること。(2)一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものであること。

2多数意見は、本条例が規制の対象とする「暴走族」につき、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解する立場をとる。「暴走族」の意味については、「オートバイなどを集団で乗り回し、無謀な運転や騒音などで周囲に迷惑を与える若者たち」を指すものであると理解するのが一般的であり(広辞苑第5版等)、この理解はほぼ国民の中に定着しているといってよい。したがって、本条例の「暴走族」につき、上記のとおりの限定解釈ができれば、本条例の規制の対象となるものが本来的な意味における暴走族及びこれに類似する集団に限られその余の集団は対象とならないことも明確になるのであるから、「広範に過ぎる」という批判を免れるとともに、「規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ、合憲的に規制しうるもののみが規制の対象となることが明らかにされること」という大法廷判決の第1の要件が充たされるのは明らかである。問題は第2の要件である「規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものであること」に当たるかどうかであるが、この点に関する大法廷判決の趣旨は、「限定解釈」も解釈の一種であるところから、規定の文言自体から対象を限定することの正当性が導き出されるような内容のものであることを求める点にあると理解できる。換言すると、規定の文言自体から導き出せないような限定解釈は、客観性・論理性を欠き、恣意的な解釈に流れるもので、そもそも「解釈」と呼ぶに相応しくないという、当然の事理を指摘したものと考えられる。

　これを本条例について見ると、条例の名称が広島市暴走族追放条例とされているほか、条例の目的を定める1条をはじめとして随所に「暴走族追放」、「暴走族から(の)離脱」等の文言が存在し、その主たる目的が少年の本来的暴走族への参加を防止し、あるいはその離脱を促すことにあることが読み取れる内容のものとなっている。そして、「暴走族」が社会通念上「オートバイなどを集団で乗り回し、無謀な運転や騒音などで周囲に迷惑を与える若者たち」を指すものと理解され、この理解がほぼ確立したものとなっていることも上述のとおりである。このような諸点を前提とすれば、本条例が本来的な暴走族及びこれに類似する集団のみを対象とするものであるとする限定解釈の内容は、一般国民の理解においても極めて理解しやすいものであり、本条例の「規定から読みとることができるもの」であると評価できるものである。

　これに対し、本条例2条7号が「公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団」をも暴走族として取り扱うこととしている点は、一般国民の理解においてはむしろ社会通念に反する奇異なものと映り、定義規定にあるとの一事をもって正確な理解に達することは容易ではないとも考えられる。以上の点から見て、本条例につき多数意見のような限定解釈をすることは、大法廷判決の示す第2の要件との関係でも適合的であると評価できる。この点に関し、反対意見は、本条例2条7号が、本来の暴走族の外に「公共の場所において、公衆に不安若しくは恐怖を覚えさせるような特異な服装若しくは集団名を表示した服装で、い集、集会若しくは示威行為を行う集団」をも「暴走族」と定義している点を強調する。

　しかし、「規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるかどうか」の判断は、定義規定だけに着目するのではなく、広く本条例中に存在するその他の関連規定をも勘案して決すべきものであり、そのような広い視点から判断すれば、本条例における「暴走族」につき多数意見のように限定解釈をすることは大法廷判決の示す要件にも合致し、十分に合理性を持つと考える。

3本件では、限定解釈により規制の対象から除外される行為をした者は、この限定解釈により利益を受けることはあっても不利益を受けることはない。逆に限定解釈をしてもなお規制の対象から外れない行為をした者(本件の被告人はこれに該当する)は限定解釈をするかどうかでその利益に差異を生じない。一般国民は限定解釈により本条例が違憲無効とされることなく存続することによって本来的暴走族ないしこれに準ずる集団でないにもかかわらず規制の対象とされたり、そうでなくても一般的に表現の自由の保障に無関心な社会が到来するのではないかという懸念による心理的な「萎縮」の被害を受ける可能性が考えられないではないが、他方で暴走族の被害を予防できるというより現実的な利益を受けることを期待できる。これらのことを考慮すれば、利益考量の点からも、限定解釈をすることが適切妥当であると考える。

4本条例は、広島市における暴走族の追放を眼目として、市民生活の安全と安心が確保される地域社会の実現を図るために制定されたものであり、地方自治の本旨に基づく市の責務遂行の一環として、それなりの評価がなされて然るべき性質のものである。私は、本件につき第1審及び原審の判断を維持しつつ、憲法上広範に過ぎると判断される部分については判決書の中でこれを指摘するにとどめ、後のことは広島市における早期かつ適切な改正等の自発的な措置にまつこととするのが至当であると考える。

裁判官藤田宙靖の反対意見は、次のとおりである。

　多数意見は、本条例19条、16条1項1号、17条等について、これらの規定の規律対象が広範に過ぎるため本条例は憲法21条1項及び31条に違反するとの論旨を、いわゆる合憲限定解釈を施すことによって斥けるが、私は、本件においてこのような合憲限定解釈を行うことには、賛成することができない。いうまでもなく、日本国憲法によって保障された精神的自由としての集会・結社、表現の自由は、最大限度に保障されなければならないのであって、これを規制する法令の規定について合憲限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により規制の対象となるものとそうでないものとが明確に区別され、かつ合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならず、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現行為等が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準を、その規定自体から読み取ることができる場合でなければならないというべきである。この点多数意見は、本条例2条7号における「暴走族」概念の広範な定義にもかかわらず、目的規定である1条、並びに5条、6条、そして本条例施行規則3条等々の規定からして、本条例が規制の対象とするのは、専ら社会的通念上の暴走族及びそれに準じる者の暴走行為、集会及び祭礼等における示威行為に限られることが読み取れる、という。しかし、通常人の読み方からすれば、ある条例において規制対象たる「暴走族」の語につき定義規定が置かれている以上、条文の解釈上、「暴走族」の意味はその定義の字義通りに理解されるのが至極当然というべきであり(そうでなければ、およそ法文上言葉の「定義」をすることの意味が失われる)、そして、2条7号の定義を字義通りのものと前提して読む限り、多数意見が引く5条、6条、施行規則3条等々の諸規定についても、必ずしも多数意見がいうような社会的通念上の暴走族及びそれに準じる者のみを対象とするものではないという解釈を行うことも、充分に可能なのである。加えて、本条例16条では「何人も、次に掲げる行為をしてはならない」という規定の仕方がされていることにも留意しなければならない。多数意見のような解釈は、広島市においてこの条例が制定された具体的な背景・経緯を充分に理解し、かつ、多数意見もまた「本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることは所論のとおりである」と指摘せざるを得なかったような本条例の粗雑な規定の仕方が、単純に立法技術が稚拙であることに由来するものであるとの認識に立った場合に、初めて首肯されるものであって、法文の規定そのものから多数意見のような解釈を導くことには、少なくとも相当の無理があるものと言わなければならない。

　なお、補足意見が指摘するように、被告人の本件行為は、本条例が公共の平穏を維持するために規制しようとしていた典型的な行為であって、多数意見のような合憲限定解釈を採ると否とにかかわらず本件行為が本条例の規定自体に違反することは明らかである。しかしいうまでもなく、被告人が処罰根拠規定の違憲無効を訴訟上主張するに当たって、主張し得る違憲事由の範囲に制約があるわけではなく、またその主張の当否(すなわち処罰根拠規定自体の合憲性の有無)を当審が判断するに際して、被告人が行った具体的行為についての評価を先行せしむべきものでもない。そして、当審の判断の結果、仮に規律対象の過度の広範性の故に処罰根拠規定自体が違憲無効であるとされれば、被告人は、違憲無効の法令によって処罰されることになるのであるから、この意味において、本条例につきどのような解釈を採ろうとも被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはないということはできない。

　私もまた、法令の合憲限定解釈一般について、それを許さないとするものではないが、表現の自由の規制について、最高裁判所が法令の文言とりわけ定義規定の強引な解釈を行ってまで法令の合憲性を救うことが果たして適切であるかについては、重大な疑念を抱くものである。本件の場合、広島市の立法意図が多数意見のいうようなところにあるのであるとするならば、「暴走族」概念の定義を始め問題となる諸規定をその趣旨に即した形で改正することは、技術的にさほど困難であるとは思われないのであって、本件は、当審が敢えて合憲限定解釈を行って条例の有効性を維持すべき事案ではなく、違憲無効と判断し、即刻の改正を強いるべき事案であると考える。

裁判官田原睦夫の反対意見は、次のとおりである。多数意見は、本条例がその文言どおりに適用されることになると、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることを認めながら、限定的に解釈すれば、いまだ憲法21条1項、31条に違反するとまではいえない、とするが、私は、本条例は、通常の判断能力を有する一般人の視点に立ったとき、その文言からして、多数意見が述べるような限定解釈に辿りつくことは極めて困難であって、その規定の広範性とともに、その規制によって達成しようとする利益と規制される自由との間の均衡を著しく欠く点において、憲法11条、13条、21条、31条に違反するものと言わざるを得ないと考える。以下、その理由を述べる。

1本条例は、その規制の対象者及び規制の対象行為が極めて広範である。  
(1)規制対象者について本条例は、多数意見の1の(1)に引用されているとおり、16条1項1号に該当する行為をし、かつ17条による市長(その権限受任者)の中止命令又は退去命令(以下、「中止命令等」という。)に違反した者を19条により刑事罰に処するものであるが、その適用対象者は、16条1項柱書に記載されているとおり「何人も」であって、本条例制定の目的とする「暴走族」ないし「それと同視することができる集団」という限定は付されていない。多数意見は、本条例の目的規定や、本条例には暴走行為自体の抑止を眼目とする規定が数多く含まれていること、本条例の委任規則である本条例施行規則3条は、本条例17条の中止命令等を発する際の判断基準として暴走族であることを前提とする諸規定を設けていること等を総合すれば、「本条例が規制の対象としている『暴走族』は、本条例2条7号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され」るとするが、本条例16条の「何人も」との規定を多数意見のように限定して解釈することは、通常の判断能力を有する一般人において、著しく困難であるというほかはない。しかも、本条例の制定過程における市議会の委員会審議において、本条例2条7号の暴走族の定義を「暴走行為をすることを目的として結成された集団をいう」と修正し、また16条1項につき、「何人も」とある原案に対して、「暴走族の構成員は」と修正する案が上程されたが何れも否決されているのであって、かかる条例制定経緯をも勘案すれば、多数意見のような限定解釈をなすことは困難であるというべきである。  
(2)規制対象行為について本条例の中止命令等の対象となるのは、市の管理する公共の場所において、市の承認又は許可を得ないで、特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し(以下、両行為を合わせて「特異な服装等」という。)、円陣を組み、又は旗を立てる等威勢を示すことにより、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるようない集又は集会を行うことである(16条1項1号、17条)。なお、上記施行規則3条は、中止命令等を行う場合の判断に際し勘案すべき事項を定めているが、その中には、後述する1号等、暴走族に直接結びつくものもあるが、「明らかに人物の特定を避けるために顔面の全部又は一部を覆い隠している者の存在」(2号)、「他の者を隔絶するような形での円陣等い集又は集会の形態」(3号)、「その他社会通念上威勢を示していると認められる行為」(6号)などは、その規定の対象行為自体からは直接暴走族に結びつくものではなく、かつその対象行為が広範であり、殊に6号は、何らの制限も加えられていない一般条項的な規定である。また、同規則自体は、本条例の内容を律するものではなく、中止命令等を発する場合の準則にすぎないものである。

以下、本条例が規制の対象とする主な行為について検討する。  
ア服装について本条例17条は、「特異な服装」をして、い集又は集会することを規制の対象とする。施行規則3条1号は、「暴走、騒音、暴走族名等暴走族であることを強調するような文書等を刺しゅう、印刷等をされた服装等特異な服装を着用している者の存在」と規定し、「特異な服装」について一応の限定を付するかの如きであるが、同号は、本条例17条に定める「特異な服装」の解釈規定ではないうえ、「特異な服装」は同号に限定されず、同号に該る服装を着用していなくても「特異な服装」をして「他の者を隔絶するような形での円陣等い集又は集会」(3号)をしていれば、中止命令等の対象となるとするものであって、結局服装について、「暴走族、又はそれに準ずる集団に属することを想起させるもの」に限定してはいないのである。人が、道路や公園等開かれた公共の場所において、如何なる服装をするかは、憲法11条、13条の規定をまつまでもなく本来自由であり、それが公衆に不快感や不安感、恐怖感を与えるものであっても、それが、刑法や軽犯罪法等に該当しない限り、何ら規制されるべきものではない。殊に、服装が思想の一表現形態としてなされる場合には、憲法21条との関係上、その表現行為は、尊重されなければならない。そして、その表現行為の中には、髪形や身体へのペインティング等をも含め、今日の社会常識からすれば、奇異なものも含まれ得るのであり、また例えば平和を訴える手段として骸骨や髑髏をプリントしたシャツを着用する等、一見それを見る者に不安感や恐怖感をもたらすものも存し得るが、それらの表現行為が軽々に規制されるべきでないことは言うまでもない。ところが本条例では、上記のような服装も中止命令等の対象となり得るのである。

イ「顔面の全部若しくは一部を覆い隠す」行為について

本条例17条は、かかる行為につき、何らの限定も設けておらず、また施行規則3条2号は「明らかに人物の特定を避けるために顔面の全部又は一部を覆い隠している者の存在」を中止命令等発令の基準として定めているところ、それらの規定からは、顔面の全部又は一部を覆い隠す行為と暴走族等との直接の結びつきは認められないのである。人物の特定を避けるために顔面の全部又は一部を覆い隠す行為は、日常の社会生活においても時として見受けられるのであって、例えばいわゆる過激派集団の一部が参集する際に、ヘルメットを着用したうえでタオルで顔面を覆い隠していることは周知の事実であり、また、一部の宗教団体において、ヴェールで顔を覆い隠す等のことがなされている。それらの行為をも含めて、同人らがい集し又は集会を開催することが、公衆に不安又は恐怖を覚えさせるときは、中止命令等の対象となり得るのである。

ウ「い集」行為について

「い集」とは「蝟(はりねずみ)の毛のように、多く寄り集まること」(広辞苑第5版)を意味しているが、い集している集団は、集会と異なり、その参加者に主観的な共同目的はなく、個々人が、その自由な意思の下に、単なる興味目的や野次馬としても含めて、随時集っている状態である。憲法11条や13条の規定をまつまでもなく、民主国家においては、道路や公園等、公共に開かれた空間を人々は自由に移動し、行動することができるのであるが、本条例は、「い集」した集団が「特異な服装等」をしていれば、その規制の対象にするものである(なお、本条例は、市の管理する公共の場所で市の承諾又は許可を得ないで、上記のごとき「い集」をすることを中止命令等の対象としているが、「い集」している集団には、主催者なるものはあり得ず、予め市の承諾又は許可を得る主体は存し得ないのであり、従って「市の承諾又は許可を得たい集」なるものは有り得ないのである。それ故、本条例に基づいて、い集している集団に対して、中止命令等を発令し、その命令違反を刑事罰に問うことは、不能な条件を付した構成要件に該当する行為を犯罪に問うものであって、その点においても憲法31条に違反するものと言わざるを得ない。)。

(3)規制の対象が広範囲であるが故の違憲

以上、(1)、(2)で検討したとおり、本条例の規制対象者は、本条例の目的規定を超えて「何人も」がその対象であり、その対象行為は、本条例の制定目的を遥かに超えて、特異な服装等一般に及び得るのであって、その対象行為は余りに広範囲であって憲法31条に違反すると共に、民主主義国家であれば当然に認められるいわば憲法11条、13条をまつまでもなく認められる行動の自由権を侵害し、また、表現、集会の自由を侵害するものとして憲法21条に違反するものであると言わざるを得ない。

2本条例は、その規制によって達成しようとする利益と、規制される自由との間の均衡を著しく欠いている。

(1)本条例の保護法益及び侵害行為について  
ア本条例の保護法益について本条例は、暴走族による示威行為等を規制することによって、市民生活の安全と安心が確保される地域社会の実現を図ることを目的として制定されたものである(1条)が、本条例が刑事罰をもって保護しようとする利益は、上記の市民生活の安心と安全の確保のうち、市の管理する公共の場所を市民(公衆)が、特異な服装等をしている者の威勢行為によってもたらされる「不安」や「恐怖」を抱くことなく、安心して利用することができるという利益であり、市民生活の安心と安全のうちの極く限られた場面における利益である。しかも、その「不安」や「恐怖」は、次に述べるように具体性を伴うものではなく、漠としたものでしかない。  
イ本条例が抑止しようとする侵害行為本条例が刑事罰をもって抑止しようとする行為は、上記のとおり特異な服装等をしてい集又は集会している者が威勢を示すことによって公衆に「不安」や「恐怖」をもたらす行為である。その威勢行為それ自体は、その文言から明らかな如く、具体的な犯罪行為そのものや犯罪行為を想起させる行為ではない。また、威勢を示す行為によってもたらされる「不安」や「恐怖」の具体的内容を本条例は規定していないが、少なくとも具体的な犯罪事実が発生することないしその虞に対する「不安」や「恐怖」ではないことは、その規定内容からして明らかである。そうすると、本条例によって抑止しようとする「不安」や「恐怖」の対象は、未だ犯罪事実として捉えることができない段階のものを意味しているものと解されるのであり、本条例の立法事実をも踏まえれば、精々で特異な服装等をしてい集又は集会している者から「絡まれる」、「因縁をつけられる」、「睨まれる」、「凄まれる」おそれ等による「不安」や「恐怖」を意味するものと解される。本条例は、そのような漠たる「不安」や「恐怖」をもたらすおそれのある威勢行為を抑止しようとするものである。

(2)本条例の規制対象行為と規制内容

　本条例の規制対象行為は、公共の場所における服装等の自由という、民主主義社会における、いわば憲法11条や13条によって保障される以前の自由の範疇に属する自由な行動に対する規制であり、又服装等によってなされる表現の自由、かかる表現者による集会の自由に対する規制である。しかも、その規制内容は、「行為の中止又は当該場所からの退去を命じる」という、個々人が有している上記自由に対する直接的な規制である。即ち「特異な服装等」をしている者に対し、その中止即ちその服装の脱衣(ボディペインティングであれば、脱色する等)やい集、集会の解散を命じ、あるいは公共の場所からの退去を命じることができるのである(本件では、市長に代行して本条例に基づく中止命令等を発する権限を与えられた市職員は、被告人に対し、「条例違反になるから、特攻服を脱ぐか、すぐ退去しなさい」と命じている。)。

(3)本条例の保護法益ないし侵害行為と規制内容は、合理的均衡を著しく失している。本条例が保護しようとする法益は、上述のとおり市が管理する公共の場所を利用する公衆が「不安」又は「恐怖」を抱くことなく利用できる利益であり、また、規制しようとする侵害行為は、かかる「不安」又は「恐怖」を生じさせるような威勢を示す行為であるが、その「不安」や「恐怖」の内実は、具体的な犯罪事実の発生やその虞以前の漠とした「不安」、「恐怖」でしかない。それに対して、本条例が市長による中止命令等という行為を介してではあるが、刑事罰をもって規制しようとする行為は、服装等の自由、行動の自由という憲法によって保障される以前の本来的な自由権であり、また表現、集会の自由である。しかも本条例は、前記のとおりそれらの自由を直接規制するものである。しかし、上記の自由は、民主主義国家における根源的な自由として最大限保護されるべきものであり、その規制が一般的に認められるのは、当該公共の場所たる道路の交通秩序の維持(道路交通法6条4項、76条4項)や公園における利用者相互の調整(広島市公園条例4条4項4号(公園において集会その他これらに類する催しのために公園の全部又は一部を独占して利用する場合に市長の許可を要する。)、5条7号(公園の利用者に迷惑を及ぼす行為の禁止))等、公共の場所の管理に必要とされる限度に止まるのであって、それを超えて、上記の自由を規制するには、公共の安全の確保、危険の防止等、その規制の必要性を合理的に認め得るに足りるだけの事由が存するとともに、その規制が、その目的達成のために最低限必要な範囲に止まることが必要であるというべきである。ところが、前記のとおり、本条例によって保護されるのは、市が管理する公共の場所を利用する公衆の漠とした「不安」、「恐怖」にすぎず、他方規制されるのは、人間の根源的な服装や行動の自由、思想、表現の自由であり、しかもそれを刑罰の威嚇の下に直接規制するものであって、その保護法益ないし侵害行為と規制内容の間の乖離が著しいと解さざるを得ない。したがって、かかる視点からしても、本条例は憲法11条、13条、21条、31条に反するものであると言わざるを得ないのである。

3限定解釈について

多数意見は、本条例を限定的に解釈することにより、違憲の問題は克服できるとし、また、堀籠裁判官は、その補足意見において、本条例につき合理的限定解釈ができる由縁を敷衍される。最高裁判所は、これ迄に、堀籠裁判官の補足意見で引用される判例ほかにおいて、憲法違反の有無が問題となり得る法律や条例につき、限定解釈をなすことにより、当該事案との関係において違憲の問題が生じないとの判断を示してきた。私も過去の最高裁判所が示してきたような限定解釈の可能性を否定するものではない。しかし、それらの判例において、常に反対意見や意見が表明されているように、如何なる場合に限定解釈により合憲として判断できるかについては、なお意見が岐れていたところである。私は、形式的には法律(条例)が憲法21条、31条等の諸原則に抵触するにかかわらず、それを限定解釈によって合憲と判断できるのは、その法律(条例)の立法目的、対象とされる行為に対する規制の必要性、当該法律(条例)の規定それ自体から、通常人の判断能力をもって限定解釈をすることができる可能性、当該法律(条例)が限定解釈の枠を外れて適用される可能性及びその可能性が存することに伴い国民(市民)に対して生じ得る萎縮的効果の有無、程度等を総合的に考慮し、限定解釈をしてもその弊害が生じ得ないと認められる場合に限られるべきであると考える。かかる視点から見たとき、1において検討したように、本条例は、その規定の文言からして、通常の判断能力を有する一般人にとって、多数意見が述べるような限定解釈をすべきものと理解することは著しく困難であり、それに加えて、2で述べたとおり、その保護法益ないし侵害行為と規制される自由との間に合理的均衡を著しく欠いているものと言わざるを得ないのであって、かかる点からしても本条例の合憲性を肯定することはできない。多数意見のように限定解釈によって、本条例の合憲性を肯定した場合、仮にその限定解釈の枠を超えて本条例が適用されると、それに伴って、国民(市民)の行動の自由や表現、集会の自由等精神的自由が、一旦直接に規制されることとなり、それがその後裁判によって、その具体的適用が限定解釈の枠を超えるものとして違法とされても、既に侵害された国民(市民)の精神的自由自体は、回復されないのであり、また、一旦、それが限定解釈の枠を超えて適用されると、それが違憲、無効であるとの最終判断がなされるまでの間、多くの国民(市民)は、本条例が限定解釈の枠を超えて適用される可能性があり得ると判断して行動することとなり、国民(市民)の行動に対し、強い萎縮的効果をもたらしかねないのである。なお、私は、暴走族が公共の場所において傍若無人の行動をなすことによって、公共の場所の一般的利用者の利用が妨げられるのを防止すべく、条例を以て規制すること自体は適法であると考える。そして、本条例は、一応その目的の下に制定されたものであり、本件における被告人の行為は、本条例が目的とした主要な規制対象行為そのものに該当するといえる。しかし、以上検討したとおり、本条例自体が違憲無効である以上、被告人の行為を罪に問うことができないのは、やむを得ないといえよう。

(裁判長裁判官堀籠幸男、藤田宙靖、那須弘平、田原睦夫、近藤崇晴)

\*最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁〔全農林警職法事件〕

主文本件各上告を棄却する。

理由

弁護人佐藤義弥ほか三名連名の上告趣意第一点、第三点、第五点について。

　所論は、原判決が国家公務員法(昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下、国公法という。)九八条五項および一一〇条一項一七号の各規定を憲法二八条に違反しないものと判断し、また、国公法一一〇条一項一七号を憲法二一条、一八条に違反しないものとして、これを適用したのは、憲法の右各条項に違反する旨を主張する。

一よつて考えるに、憲法二八条は、「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利」、すなわちいわゆる労働基本権を保障している。この労働基本権の保障は、憲法二五条のいわゆる生存権の保障を基本理念とし、憲法二七条の勤労の権利および勤労条件に関する基準の法定の保障と相まつて勤労者の経済的地位の向上を目的とするものである。このような労働基本権の根本精神に即して考えると、公務員は、私企業の労働者とは異なり、使用者との合意によつて賃金その他の労働条件が決定される立場にないとはいえ、勤労者として、自己の労務を提供することにより生活の資を得ているものである点において一般の勤労者と異なるところはないから、憲法二八条の労働基本権の保障は公務員に対しても及ぶものと解すべきである。ただ、この労働基本権は、右のように、勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであつて、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法一三条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところである(この場合、憲法一三条にいう「公共の福祉」とは、勤労者たる地位にあるすべての者を包摂した国民全体の共同の利益を指すものということができよう。)。以下、この理を、さしあたり、本件において問題となつている非現業の国家公務員(非現業の国家公務員を以下単に公務員という。)について詳述すれば、次のとおりである。

(一)公務員は、私企業の労働者と異なり、国民の信託に基づいて国政を担当する政府により任命されるものであるが、憲法一五条の示すとおり、実質的には、その使用者は国民全体であり、公務員の労務提供義務は国民全体に対して負うものである。もとよりこのことだけの理由から公務員に対して団結権をはじめその他一切の労働基本権を否定することは許されないのであるが、公務員の地位の特殊性と職務の公共性にかんがみるときは、これを根拠として公務員の労働基本権に対し必要やむをえない限度の制限を加えることは、十分合理的な理由があるというべきである。けだし、公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務の円滑な運営のためには、その担当する職務内容の別なく、それぞれの職場においてその職責を果すことが必要不可缺であつて、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性および職務の公共性と相容れないばかりでなく、多かれ少なかれ公務の停廃をもたらし、その停廃は勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすか、またはその虞れがあるからである。次に公務員の勤務条件の決定については、私企業における勤労者と異なるものがあることを看過することはできない。すなわち利潤追求が原則として自由とされる私企業においては、労働者側の利潤の分配要求の自由も当然に是認せられ、団体を結成して使用者と対等の立場において団体交渉をなし、賃金その他の労働条件を集団的に決定して協約を結び、もし交渉が妥結しないときは同盟罷業等を行なつて解決を図るという憲法二八条の保障する労働基本権の行使が何らの制約なく許されるのを原則としている。これに反し、公務員の場合は、その給与の財源は国の財政とも関連して主として税収によつて賄われ、私企業における労働者の利潤の分配要求のごときものとは全く異なり、その勤務条件はすべて政治的、財政的、社会的その他諸般の合理的な配慮により適当に決定されなければならず、しかもその決定は民主国家のルールに従い、立法府において論議のうえなされるべきもので、同盟罷業等争議行為の圧力による強制を容認する余地は全く存しないのである。これを法制に即して見るに、公務員については、憲法自体がその七三条四号において「法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること」は内閣の事務であると定め、その給与は法律により定められる給与準則に基づいてなされることを要し、これに基づかずにはいかなる金銭または有価物も支給することはできないとされており(国公法六三条一項参照)、このように公務員の給与をはじめ、その他の勤務条件は、私企業の場合のごとく労使間の自由な交渉に基づく合意によつて定められるものではなく、原則として、国民の代表者により構成される国会の制定した法律、予算によつて定められることとなつているのである。その場合、使用者としての政府にいかなる範囲の決定権を委任するかは、まさに国会みずからが立法をもつて定めるべき労働政策の問題である。したがつて、これら公務員の勤務条件の決定に関し、政府が国会から適法な委任を受けていない事項について、公務員が政府に対し争議行為を行なうことは、的はずれであつて正常なものとはいいがたく、もしこのような制度上の制約にもかかわらず公務員による争議行為が行なわれるならば、使用者としての政府によつては解決できない立法問題に逢着せざるをえないこととなり、ひいては民主的に行なわれるべき公務員の勤務条件決定の手続過程を歪曲することともなつて、憲法の基本原則である議会制民主主義(憲法四一条、八三条等参照)に背馳し、国会の議決権を侵す虞れすらなしとしないのである。さらに、私企業の場合と対比すると、私企業においては、極めて公益性の強い特殊のものを除き、一般に使用者にはいわゆる作業所閉鎖(ロツクアウト)をもつて争議行為に対抗する手段があるばかりでなく、労働者の過大な要求を容れることは、企業の経営を悪化させ、企業そのものの存立を危殆ならしめ、ひいては労働者自身の失業を招くという重大な結果をもたらすことともなるのであるから、労働者の要求はおのずからその面よりの制約を免れず、ここにも私企業の労働者の争議行為と公務員のそれとを一律同様に考えることのできない理由の一が存するのである。また、一般の私企業においては、その提供する製品または役務に対する需給につき、市場からの圧力を受けざるをえない関係上、争議行為に対しても、いわゆる市場の抑制力が働くことを必然とするのに反し、公務員の場合には、そのような市場の機能が作用する余地がないため、公務員の争議行為は場合によつては一方的に強力な圧力となり、この面からも公務員の勤務条件決定の手続をゆがめることとなるのである。なお付言するに、労働関係における公務員の地位の特殊性は、国際的にも一般に是認されているところであつて、現に、わが国もすでに批准している国際労働機構(ILO)の「団結権及び団体交渉権についての原則の適用に関する条約」(いわゆるILO九八号条約)六条は、「この条約は、公務員の地位を取り扱うものではなく、また、その権利又は分限に影響を及ぼすものと解してはならない。」と規定して、公務員の地位の特殊性を認めており、またストライキの禁止に関する幾多の案件を審議した、同機構の結社の自由委員会は、国家公務員について「大多数の国において法定の勤務条件を享有する公務員は、その雇用を規制する立法の通常の条件として、ストライキ権を禁止されており、この問題についてさらに審査する理由がない。」とし(たとえば、六〇号事件)、わが国を含む多数の国の労働団体から提訴された案件について、この原則を確認しているのである。以上のように、公務員の争議行為は、公務員の地位の特殊性と勤労者を含めた国民全体の共同利益の保障という見地から、一般私企業におけるとは異なる制約に服すべきものとなしうることは当然であり、また、このことは、国際的視野に立つても肯定されているところなのである。

(二)しかしながら、前述のように、公務員についても憲法によつてその労働基本権が保障される以上、この保障と国民全体の共同利益の擁護との間に均衡が保たれることを必要とすることは、憲法の趣意であると解されるのであるから、その労働基本権を制限するにあたつては、これに代わる相応の措置が講じられなければならない。そこで、わが法制上の公務員の勤務関係における具体的措置が果して憲法の要請に添うものかどうかについて検討を加えてみるに、(イ)公務員たる職員は、後記のように法定の勤務条件を享受し、かつ、法律等による身分保障を受けながらも、特殊の公務員を除き、一般に、その勤務条件の維持改善を図ることを目的として職員団体を結成すること、結成された職員団体に加入し、または加入しないことの自由を保有し(国公法九八条二項、前記改正後の国家公務員法(以下、単に改正国公法という。)一〇八条の二第三項)、さらに、当局は、登録された職員団体から職員の給与、勤務時間その他の勤務条件に関し、およびこれに付帯して一定の事項に関し、交渉の申入れを受けた場合には、これに応ずべき地位に立つ(国公法九八条二項、改正国公法一〇八条の五第一項)ものとされているのであるから、私企業におけるような団体協約を締結する権利は認められないとはいえ、原則的にはいわゆる交渉権が認められており、しかも職員は、右のように、職員団体の構成員であること、これを結成しようとしたこと、もしくはこれに加入しようとしたことはもとより、その職員団体における正当な行為をしたことのために当局から不利益な取扱いを受けることがなく(国公法九八条三項、改正国公法一〇八条の七)、また、職員は、職員団体に属していないという理由で、交渉事項に関して不満を表明し、あるいは意見を申し出る自由を否定されないこととされている(国公法九八条二項、改正国公法一〇八条の五第九項)。ただ、職員は、前記のように、その地位の特殊性と職務の公共性とにかんがみ、国公法九八条五項(改正国公法九八条二項)により、政府が代表する使用者としての公衆に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為または政府の活動能率を低下させる怠業的行為をすることを禁止され、また、何人たるを問わず、かかる違法な行為を企て、その遂行を共謀し、そそのかし、もしくはあおつてはならないとされている。そしてこの禁止規定に違反した職員は、国に対し国公法その他に基づいて保有する任命または雇用上の権利を主張できないなど行政上の不利益を受けるのを免れない(国公法九八条六項、改正国公法九八条三項)。しかし、その中でも、単にかかる争議行為に参加したにすぎない職員については罰則はなく、争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、もしくはあおり、またはこれらの行為を企てた者についてだけ罰則が設けられているのにとどまるのである(国公法、改正国公法各一一〇条一項一七号)。以上の関係法規から見ると、労働基本権につき前記のような当然の制約を受ける公務員に対しても、法は、国民全体の共同利益を維持増進することとの均衡を考慮しつつ、その労働基本権を尊重し、これに対する制約、とくに罰則を設けることを、最少限度にとどめようとしている態度をとつているものと解することができる。そして、この趣旨は、いわゆるA事件判決の多数意見においても指摘されたところである(昭和三九年(あ)第二九六号同四一年一〇月二六日大法廷判決・刑集二〇巻八号九一二頁参照)。(ロ)このように、その争議行為等が、勤労者をも含めた国民全体の共同利益の保障という見地から制約を受ける公務員に対しても、その生存権保障の趣旨から、法は、これらの制約に見合う代償措置として身分、任免、服務、給与その他に関する勤務条件についての周到詳密な規定を設け、さらに中央人事行政機関として準司法機関的性格をもつ人事院を設けている。ことに公務員は、法律によつて定められる給与準則に基づいて給与を受け、その給与準則には俸給表のほか法定の事項が規定される等、いわゆる法定された勤務条件を享有しているのであつて、人事院は、公務員の給与、勤務時間その他の勤務条件について、いわゆる情勢適応の原則により、国会および内閣に対し勧告または報告を義務づけられている。そして、公務員たる職員は、個別的にまたは職員団体を通じて俸給、給料その他の勤務条件に関し、人事院に対しいわゆる行政措置要求をし、あるいはまた、もし不利益な処分を受けたときは、人事院に対し審査請求をする途も開かれているのである。このように、公務員は、労働基本権に対する制限の代償として、制度上整備された生存権擁護のための関連措置による保障を受けているのである。

(三)以上に説明したとおり、公務員の従事する職務には公共性がある一方、法律によりその主要な勤務条件が定められ、身分が保障されているほか、適切な代償措置が講じられているのであるから、国公法九八条五項がかかる公務員の争議行為およびそのあおり行為等を禁止するのは、勤労者をも含めた国民全体の共同利益の見地からするやむをえない制約というべきであつて、憲法二八条に違反するものではないといわなければならない。

二次に、国公法一一〇条一項一七号は、公務員の争議行為による業務の停廃が広く国民全体の共同利益に重大な障害をもたらす虞れのあることを考慮し、公務員たると否とを問わず、何人であつてもかかる違法な争議行為の原動力または支柱としての役割を演じた場合については、そのことを理由として罰則を規定しているのである。すなわち、前述のように、公務員の争議行為の禁止は、憲法に違反することはないのであるから、何人であつても、この禁止を侵す違法な争議行為をあおる等の行為をする者は、違法な争議行為に対する原動力を与える者として、単なる争議参加者にくらべて社会的責任が重いのであり、また争議行為の開始ないしはその遂行の原因を作るものであるから、かかるあおり等の行為者の責任を問い、かつ、違法な争議行為の防遏を図るため、その者に対しとくに処罰の必要性を認めて罰則を設けることは、十分に合理性があるものということができる。したがつて、国公法一一〇条一項一七号は、憲法一八条、憲法二八条に違反するものとはとうてい考えることができない。

三さらに、憲法二一条との関係を見るに、原判決が罪となるべき事実として確定したところによれば、被告人らは、いずれも農林省職員をもつて組織するB労働組合の役員であつたところ、昭和三三年一〇月八日内閣が警察官職務執行法(以下、警職法という)の一部を改正する法律案を衆議院に提出するや、これに反対する第四次統一行動の一環として、原判示第一の所為のほか、同第二のとおり、同年一一月五日午前九時ころから同一一時四〇分ころまでの間、農林省の職員に対し、同省正面玄関前の「警職法改悪反対」職場大会に参加するよう説得、慫慂したというのであるから、被告人らの所為ならびにそのあおつた争議行為すなわち農林省職員の職場離脱による右職場大会は、警職法改正反対という政治的目的のためになされたものというべきである。ところで、憲法二一条の保障する表現の自由といえども、もともと国民の無制約な恣意のままに許されるものではなく、公共の福祉に反する場合には合理的な制限を加えうるものと解すべきところ(昭和二三年(れ)第一三〇八号同二四年五月一八日大法廷判決・刑集三巻六号八三九頁、昭和二四年(れ)第四九八号同二七年一月九日大法廷判決・刑集六巻一号四頁、昭和二六年(あ)第三八七五号同三〇年一一月三〇日大法廷判決・刑集九巻一二号二五四五頁、昭和三七年(あ)第八九九号同三九年一一月一八日大法廷判決・刑集一八巻九号五六一頁、昭和三九年(あ)第三〇五号同四四年一〇月一五日大法廷判決・刑集二三巻一〇号一二三九頁、昭和四二年(あ)第一六二六号同四五年六月一七日大法廷判決・刑集二四巻六号二八〇頁参照)、とくに勤労者なるがゆえに、本来経済的地位向上のための手段として認められた争議行為をその政治的主張貫徹のための手段として使用しうる特権をもつものとはいえないから、かかる争議行為が表現の自由として特別に保障されるということは、本来ありえないものというべきである。そして、前記のように、公務員は、もともと合憲である法律によつて争議行為をすること自体が禁止されているのであるから、勤労者たる公務員は、かかる政治的目的のために争議行為をすることは、二重の意味で許されないものといわなければならない。してみると、このような禁止された公務員の違法な争議行為をあおる等の行為をあえてすることは、それ自体がたとえ思想の表現たるの一面をもつとしても、公共の利益のために勤務する公務員の重大な義務の懈怠を慫慂するにほかならないのであつて、結局、国民全体の共同利益に重大な障害をもたらす虞れがあるものであり、憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱するものというべきである。したがつて、あおり等の行為を処罰すべきものとしている国公法一一〇条一項一七号は、憲法二一条に違反するものということができない。以上要するに、これらの国公法の各規定自体が違憲であるとする所論は、その理由がなく、したがつて、原判決が国公法の右各規定を本件に適用したことを非難する論旨も、採用することができない。

同第二点について。所論は、憲法二八条、三一条違反をいうが、原判決に対する具体的論難をなすものではなく、適法な上告理由にあたらない。

同第四点について。

所論は、要するに、国公法一一〇条一項一七号は、その規定する構成要件、とくにあおり行為等の概念が不明確であり、かつ、争議行為の実行が不処罰であるのに、その前段階的行為であるあおり行為等のみを処罰の対象としているのは不合理であるから、憲法三一条に違反し、これを適用した原判決も違法であるというのである。しかしながら、違法な争議行為に対する原動力または支柱となるものとして罰則の対象とされる国公法一一〇条一項一七号所定の各行為のうち、本件において問題となつている「あおり」および「企て」について考えるに、ここに「あおり」とは、国公法九八条五項前段に定める違法行為を実行させる目的をもつて、他人に対し、その行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢いのある刺激を与えること(昭和三三年(あ)第一四一三号同三七年二月二一日大法廷判決・刑集一六巻二号一〇七頁参照)をいい、また、「企て」とは、右のごとき違法行為の共謀、そそのかし、またはあおり行為の遂行を計画準備することであつて、違法行為発生の危険性が具体的に生じたと認めうる状態に達したものをいうと解するのが相当である(いずれの場合にせよ、単なる機械的労務を提供したにすぎない者、またはこれに類する者は含まれない。)。してみると、国公法一一〇条一項一七号に規定する犯罪構成要件は、所論のように、内容が漠然としているものとはいいがたく、また違法な行為につき、その前段階的行為であるあおり行為等のみを独立犯として処罰することは、前述のとおりこれらの行為が違法行為に原因を与える行為として単なる争議への参加にくらべ社会的責任が重いと見られる以上、決して不合理とはいいがたいから、所論違憲の主張は理由がない原判決の確定した罪となるべき事実によれば、被告人らは、前記警職法改正に反対する第四次統一行動の一環としてB労働組合会計長ほか同組合中央執行委員多数と共謀のうえ、(一)昭和三三年一〇月三〇日の深夜から同年一一月二日にかけ、同組合総務部長をして、同組合各県(大阪府および北海道を含む。)本部宛てに、「組合員は警職法改悪反対のため所属長の承認がなくても、一一月五日は正午出勤の行動に入れ、(ただし、一部特殊職場は勤務時間内一時間以上の職場大会を実施せよ。)」なる趣旨のB名義の電報指令第六号並びに各県本部(大阪府および北海道のほか東京を含む。)、支部、分会各委員長宛てに、同趣旨のB労働組合中央闘争委員長C名義の文書指令第六号を発信または速達便をもつて発送させ、(二)同月五日午前九時ころから同一一時四〇分ころまでの間、農林省において、庁舎各入口に人垣を築いてピケツトを張り、ことに正面玄関の扉を旗竿等をもつて縛りつけ、また裏玄関の内部に机、椅子等を積み重ねるなどした状況のもとに、同省職員約二五〇〇名を入庁させないようにしむけたうえ、同職員らに対し、同省正面玄関前の「警職法改悪反対」職場大会に直ちに参加するように反覆して申し向けて説得し、勤務時間内二時間を目標として開催される右職場大会(実際の開催時間は午前一〇時ころから同一一時四〇分ころまで、正規の出勤時間は同九時二〇分。参加人員は二〇〇〇名余。)に参加方を慫慂したというのであるから、右(一)の各指令の発出行為は、全国の傘下組合員である国家公務員たる農林省職員に対し、争議行為の遂行方をあおることを客観的に計画準備したものにほかならず、また、右(二)の状況下における反覆説得は、国公法九八条五項前段に定める違法行為を実行させる目的をもつて多数の右職員に対し、その行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢いのある刺激を与えたものというべく、原判決が右(一)につき争議行為の遂行をあおることを企てたとし、(二)につき争議行為の遂行をあおつた行為にあたるとしたのは、正当である。

同第六点について。

所論は、原判決は国公法九八条五項、一一〇条一項一七号の解釈、適用を誤り、所論引用の各高等裁判所の判例と相反する判断をしたものであるというのである。よつて考えるに、原判決が「同法一一〇条一項一七号の『あおる』行為等の指導的行為は争議行為の原動力、支柱となるものであつて、その反社会性、反規範性等において争議の実行行為そのものより違法性が強いと解し得るのであるから、憲法違反となる結果を回避するため、とくに『あおる』行為等の概念を縮小解釈しなければならない必然性はなく、またその証拠も不十分である」としたうえ、同条項一七号所定の「指導的行為の違法性は、その目的、規模、手段方法(態様)、その他一切の付随的事情に照らし、刑罰法規一般の予定する違法性、すなわち可罰的違法性の程度に達しているものでなければならず、また、これらの指導的行為は、刑罰を科するに足る程度の反社会性、反規範性を具有するものに限る」旨判示し、何らいわゆる限定解釈をすることなく、被告人らの本件行為に対し国公法の右規定を適用していることは、所論のとおりである。これに対し、所論引用の大阪高等裁判所昭和四三年三月二九日判決、福岡高等裁判所昭和四二年一二月一八日各判決、同裁判所昭和四三年四月一八日判決は、右国公法一一〇条一項一七号または地方公務員法六一条四号については、あおり行為あるいはその対象となる争議行為またはその双方につき、限定的に解釈すべきものであるとの見解をとつており、そして、これらの判決は原判決に先だつて言い渡されたものであるから、原判決は、右各高等裁判所の判例と相反する判断をしたこととなり、その言渡当時においては、刑訴法四〇五条三号後段に規定する、最高裁判所の判例がない場合に、控訴裁判所たる高等裁判所の判例に相反する判断をしたことになるといわなければならない。しかしながら、国公法九八条五項、一一〇条一項一七号の解釈に関して、公務員の争議行為等禁止の措置が違憲ではなく、また、争議行為をあおる等の行為に高度の反社会性があるとして罰則を設けることの合理性を肯認できることは前述のとおりであるから、公務員の行なう争議行為のうち、同法によつて違法とされるものとそうでないものとの区別を認め、さらに違法とされる争議行為にも違法性の強いものと弱いものとの区別を立て、あおり行為等の罪として刑事制裁を科されるのはそのうち違法性の強い争議行為に対するものに限るとし、あるいはまた、あおり行為等につき、争議行為の企画、共謀、説得、慫慂、指令等を争議行為にいわゆる通常随伴するものとして、国公法上不処罰とされる争議行為自体と同一視し、かかるあおり等の行為自体の違法性の強弱または社会的許容性の有無を論ずることは、いずれも、とうてい是認することができない。けだし、いま、もし、国公法一一〇条一項一七号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によりあおる等した場合に限つてこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するときは、いうところの違法性の強弱の区別が元来はなはだ暖昧であるから刑事制裁を科しうる場合と科しえない場合との限界がすこぶる明確性を欠くこととなり、また同条項が争議行為に「通常随伴」し、これと同一視できる一体不可分のあおり等の行為を処罰の対象としていない趣旨と解することは、一般に争議行為が争議指導者の指令により開始され、打ち切られる現実を無視するばかりでなく、何ら労働基本権の保障を受けない第三者がした、このようなあおり等の行為までが処罰の対象から除外される結果となり、さらに、もしかかる第三者のしたあおり等の行為は、争議行為に「通常随伴」するものでないとしてその態様のいかんを問わずこれを処罰の対象とするものと解するときは、同一形態のあおり等をしながら公務員のしたものと第三者のしたものとの間に処罰上の差別を認めることとなつて、ただに法文の「何人たるを問わず」と規定するところに反するばかりでなく、衡平を失するものといわざるをえないからである。いずれにしても、このように不明確な限定解釈は、かえつて犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法三一条に違反する疑いすら存するものといわなければならない。なお、公務員の団体行動とされるもののなかでも、その態様からして、実質が単なる規律違反としての評価を受けるにすぎないものについては、その煽動等の行為が国公法一一〇条一項一七号所定の罰則の構成要件に該当しないことはもちろんであり、また、右罰則の構成要件に該当する行為であつても、具体的事情のいかんによつては法秩序全体の精神に照らし許容されるものと認められるときは、刑法上違法性が阻却されることもありうることはいうまでもない。もし公務員中職種と職務内容の公共性の程度が弱く、その争議行為が国民全体の共同利益にさほどの障害を与えないものについて、争議行為を禁止し、あるいはそのあおり等の行為を処罰することの当を得ないものがあるとすれば、それらの行為に対する措置は、公務員たる地位を保有させることの可否とともに立法機関において慎重に考慮すべき立法問題であると考えられるのである。いわゆるD事件についての当裁判所の判決(昭和四一年(あ)第一一二九号同四四年四月二日大法廷判決・別集二三巻五号六八五頁)は、本判決において判示したところに抵触する限度で、変更を免れないものである。そうであるとすれば、原判決が被告人らの前示行為につき国公法九八条五項、一一〇条一項一七号を適用したことは結局正当であつて、これと異なる見解のもとに原判決に法令違反があるとする所論は採用することができず、また、この点に関する原審の判断と抵触する前記各高等裁判所の判例は、これを変更すべきものであつて、所論は、原判決破棄の理由とならない。同第七点、第八点、第九点について。所論は、いずれも事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由にあたらない。

同第一〇点について。

所論は、要するに、公務員の政治的目的に出た争議行為も憲法二八条によつて保障されることを前提とし、原判決が、いわゆる「政治スト」は、憲法二八条に保障された争議行為としての正当性の限界を逸脱するものとして刑事制裁を免れないと判断したのは、憲法二一条、二八条、三一条の解釈を誤つたものである旨主張する。しかしながら、公務員については、経済目的に出たものであると、はたまた、政治目的に出たものであるとを問わず、国公法上許容された争議行為なるものが存在するとすることは、とうていこれを是認することができないのであつて、かく解釈しても憲法に違反するものではないから、所論違憲の主張は、その前提を欠き、適法な上告理由にあたらない(なお、私企業の労働者たると、公務員を含むその他の勤労者たるとを問わず、使用者に対する経済的地位の向上の要請とは直接関係があるとはいえない警職法の改正に対する反対のような政治的目的のために争議行為を行なうがごときは、もともと憲法二八条の保障とは無関係なものというべきである。現に国際労働機構(ILO)の「結社の自由委員会」は、警職法に関する申立について、「委員会は、改正法案は、それが成立するときは、労働組合権を侵害することとなることを立証するに十分な証拠を申立人は提出していないと考えるので、日本政府の明確な説明を考慮して、これらの申立については、これ以上審議する必要がないと決定するよう理事会に勧告する。」としている(一七九事件第五四次報告一八七項)。国際労働機構の「日本における公共部門に雇用される者に関する結社の自由調査調停委員会報告」(いわゆるドライヤー報告)も、「労働組合権に関する申立の審査において国際労働機関によつてとられている一般原則によれば、政治的起源をもつ事態が適当な手続による国際労働機関の調査が要請されうる社会的側面(問題)を有している場合であつても、国際労働機関が国際的安全保障に直接関係ある政治問題を討議することは、その伝統に反し、かつ、国際労働機関自体の領域における有用性をもそこなうため不適当である。」(二一三〇項)という一般的見解を表明しているのである。)。弁護人小林直人の上告趣意第一一点中、第一ないし第三について。所論は、原判決が国公法一一〇条一項一七号について、何んら限定解釈をすることなく、社会的に相当行為たる被告人らの本件行為にこれを適用したのは、憲法三一条、二八条、一八条、二一条に違反するというのである。しかし、国公法の右規定について、これを限定的に解釈しなくても、右憲法の各規定に違反するものでないことは、すでに弁護人佐藤義弥ほか三名の上告趣意第一点、第三点、第五点について説示したところおよび同第六点において説明した趣旨に照らし明らかであるから、所論は理由がない。

同第四について。

所論は、本件争議行為が、いわゆる政治的抗議ストであるから社会的相当性を有し、構成要件該当性を欠くとの単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由にあたらない。同第五について。所論は、本件抗議ストは、憲法二一条の保障する「表現の自由」権の行使として、社会的相当性を具有しているものであるから、国公法一一〇条一項一七号の罰則規定は、被告人らの本件行為に適用される限度において、憲法三一条、二一条に違反し、無効であるというのである。しかしながら、国公法の右規定が憲法三一条、二一条に違反しないことは、所論の第一ないし第三について示したところにより明らかであるから、その趣旨に徴し、所論は理由がない。

被告人ら各本人の上告趣意について。所論は、いずれも事案誤認、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由にあたらない。よつて、刑訴法四一四条、三九六条に則り、本件各上告を棄却することとし、主文のとおり判決する。この判決は、裁判官石田和外、同村上朝一、同藤林益三、同岡原昌男、同下田武三、同岸盛一、同天野武一の各補足意見、裁判官岩田誠、同田中二郎、同大隅健一郎、同関根小郷、同小川信雄、同坂本吉勝の各意見、裁判官色川幸太郎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。

裁判官石田和外、同村上朝一、同藤林益三、同岡原昌男、同下田武三、同岸盛一、同天野武一の補足意見(裁判官岸盛一、同天野武一については、本補足意見のほか、後記のような追加補足意見がある。)は、次のとおりである。われわれは、多数意見に同調するものであるが、裁判官田中二郎、同大隅健一郎、同関根小郷、同小川信雄、同坂本吉勝の意見(以下、五裁判官の意見という。)は、多数意見の真意を理解せず、いたずらに誇大な表現を用いて、これを論難するものであつて、読む者をしてわれわれの意見について甚だしい誤解を抱かせるものがあると思われるので、あえて若干の意見を補足したい。

一五裁判官の意見は、多数意見が、公務員を国民全体の奉仕者であるとする憲法一五条二項をあたかも唯一の根拠として公務員(非現業の国家公務員をいう。以下同じ。)の争議行為禁止の合憲性を肯定するものであるかのごとく、また公務員の勤務条件の決定過程の特殊性だけを理由としてその争議行為の禁止を根拠づけようとするものであるかのごとく、さらには代償措置の制度さえ設けておけばその争議行為を禁止しても憲法に違反するものではないとの安易な見解に立つているものであるかのごとく誤解し、多数意見を論難している。しかし、多数意見は、公務員も原則として憲法二八条の労働基本権の保障を受ける勤労者に含まれるものであることを肯定しながらも、私企業の労働者とは異なる公務員の職務の公共性とその地位の特殊性を考慮にいれ、その労働基本権と公務員をも含めた国民全体の共同利益との均衡調和を図るべきであるという基本的観点に立ち、その説示するような諸般の理由を総合して国家公務員法(以下、国公法という。)の規定する公務員の労働関係についての規制をもつて、いまだ違憲と見ることはできないとしているものなのである。さらに、五裁判官の意見は、多数意見をもつて、憲法一五条二項を公務員の労働基本権に対する「否定原理」としているものであるとまで極論したうえ、「使用者である国民全体、ないしは国民全体を代表しまたはそのために行動する政府諸機関に対する絶対的服従義務を公務員に課したものという解釈をする」とか、「このような解釈は、国民全体と公務員との関係をあたかも封建制のもとにおける君主と家臣とのそれのような全人格的な服従と保護の関係と同視するに近い考え方である」とか、さらには憲法二八条の労働基本権を「一種の忠誠義務違反としてそれ自体を不当視する観念」であつて、「すべての国民に基本的人権を認めようとする憲法の基本原理と相容れない」ものであるとか、極端に激しい表現を用いて非難しているのであるが、多数意見のどこにそのような時代錯誤的な考えが潜んでいるというのであろうか。いうまでもなく、多数意見は、五裁判官の意見が指摘するような国家の事務が軍事、治安、財政などにかぎられていた時代における前近代的観点から「抽象的、観念的基準によつて一律に割り切つて」いるものでもなく、また抽象的形式的な公共福祉論、公僕論を拠りどころとしているものでもないことは、多数意見を冷静かつ率直に読むならば容易に理解できることであろう。

二五裁判官の意見は、公務員の職務内容の公共性がその争議行為制限の実質的理由とされていることはなにびとにも争いのないところであること、また公務員の勤務条件の決定過程において争議行為を無制限に許した場合に民主的政治過程をゆがめる面があることも否定できないことを承認しながら、そのいずれの理由からも一切の争議行為を禁止することの正当性を認めることはできないとして、公務員の「団体交渉以外の団体行動によつて、立法による勤労条件の基準決定などに対して影響力を行使すること」を是認すべきであるといい、また代償措置はあくまで代償措置にすぎないものであるから、「政府または国会に右(人事院の)勧告に応ずる措置をとらせるためには、法的強制以外の政治的また社会的活動を必要とし、このような活動は、究極的には世論の支持、協力を要するものであり、世論喚起のための唯一の効果的手段としての公務員による団体行動の必要を全く否定することはできず、」といつて、およそ争議行為を禁止されている公務員の利益を保障するために設けられた国家的制度としての代償措置の存在をことさらに軽視し、公務員による立法機関または世論に対する直接的な政治的効果を目的とする団体行動の必要性を強調しているのである。ところで、五裁判官の意見がここで指摘している「団体行動」とは、何を意味するかは必ずしも明らかではないが、その前後の論調からすると、単なる表現活動としての団体行動を指しているものとは認められず、明らかに憲法二八条にいわゆる団体行動を考えているものとしか思われない。しかもその団体行動は、「刑罰の対象から除外されてしかるべきものである」と断定していることからすると、罰則規定のある公務員の争議行為な念頭においているものと解さざるをえない。はたしてそうであるとすれば、五裁判官の意見は、立法府または社会一般に対する示威的行動としての公務員の争議行為の必要性を強調するものといわざるをえないのである。もとより、五裁判官の意見は、純然たる政治的目的の実現のための争議行為の必要性を説くものではない。しかしながら、およそ勤労者の団体が行なう争議行為の目的が使用者において事実的にも法律的にも解決しえない事項に関するものであるときは、その争議行為は、憲法二八条による保障を受ける余地のないものであるから、五裁判官の意見がいうところの公務員の団体行動としての争議行為なるものは、その実質において、いわゆる「政治スト」と汎称されるものとなんら異なるところはないのである。ことに、五裁判官の意見が法的強制以外の「政治的活動」の必要性を説くことは、まさに団体行動としての表現活動のほかに、「政治スト」を憲法上正当な争議行為として公務員に認めよということにほかならないのであつて、そのことは五裁判官の意見が本件について政治目的に出た争議行為であるとの理由から憲法二八条の保障の範囲に含まれないとしていることと明らかに矛盾するものであるといわねばならない。なお、付言するに、五裁判官の意見が右のように争議行為としての法的強制以外の「政治的活動」を強調していることについては、いわゆるドライヤー報告書が「日本の労働者の中央組織によつて行なわれてきた政治活動の性格は、真に労使関係を混乱させている一つの主要な要素である。」(二一二七項)と戒めていることをこの際指摘せざるをえないのである。

三五裁判官の意見は、本件の処理にあたり、多数意見が何ゆえことさらいわゆるD事件大法廷判決の多数意見(昭和四一年(あ)第一一二九号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三巻五号六八五頁、以下、単にD事件判決という。)の解釈と異なる憲法判断を展開しなければならないのか、その必要性と納得のゆく理由を発見することができないと論難している。しかし弁護人らの上告趣意には、多岐にわたる違憲の主張が含まれており、また、まさに本判決の多数意見と五裁判官の意見との分岐点をなす中心問題について互に相反する高等裁判所の判決が指摘されて判例違反の主張がなされたのであるから、当裁判所としては、これらに対し判断をするにあたり、当然右D事件判決の当否について検討せざるをえないばかりでなく、五裁判官の意見も、本件上告を棄却するについては、結論的には同意見であるから、上告趣意の総てについて逐一判断を示すべきものである。五裁判官の意見のような、この際D事件判決に触れるべきではないとする考えは、本件の処理上、基本的問題の判断を避けて一時を糊塗すべきであるというにひとしく、とうていわれわれの承服しがたいところである。いま、多数意見がこれに論及せざるをえなかつたその他の理由の二、三をもあわせて指摘し、さらに同判決の判例としての評価について言及することとする。

(一)まず、第一に、右D事件判決は、憲法解釈にあたり看過できない誤りを犯したということである。すなわち、同判決とその基本的立場を共通にする、いわゆるE事件大法廷判決の多数意見(昭和四一年(あ)第四〇一号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三巻五号三〇五頁、以下、単にE事件判決という。)は、公務員の職務は一般的に公共性が強いものであることを認めながら、なお一部の職種や職務には私企業のそれに類似したものが存在するから公務員の争議行為を一律に禁止することは許されないと説くが、その論ずるところは、公務員の争議行為が行なわれる場合、一般に単なる機械的労務に従事する職務の者ばかりでなく、その職務内容が公共性の強い職員の大多数の者の参加によつて行なわれる集団的組織的団体行動であるという現実を無視した議論であり、しかも、職種、職務内容の別なく公務員に対して一律に保障された、生存権擁護の趣旨をもつ代償措置の現存することについての考慮を払うことなく、また、その判断の結果がはたして実際的に妥当するものであるかについて洞察することもなく、ただただ抽象的に理論を推しすすめるものである。すなわち、同判決は、抽象的、観念的思惟に基づいて、公務員による争議行為を制限禁止した関係公務員法の当該規定は違憲の疑いがあると安易に断定しているのであつて、D事件判決もその論法において軌を一にしているのである。そのような憲法判断の手法は、労働基本権に絶対的な優位を認めようとするに傾きやすく、現実の社会的、経済的基盤の上に立つて国家と国民および国民相互の相反する憲法上の諸利益を調整すべきものであるという憲法解釈の要諦を忘れたものといわなければならない。なお、五裁判官の意見は「一律全面的」な争議行為の禁止は不当であるとして多数意見を論難するのであるが、職種と職務内容の公共性の程度が弱く、その争議行為が国民全体の共同利益にさほどの障害を与えないものについては、労働政策の問題として立法上慎重に考慮されるべきものであることについては、多数意見が指摘しているところである。ちなみに、西ドイツにおいては、公勤務従事者のうち、官吏についてはストライキを禁止されているが、その代り終身任用制度および一種の昇進制度が勤務条件法定主義のもとに行なわれているのに対し、雇員、単純労務職員については、特定の職務内容を限定してストライキを認めており、また、カナダ連邦、アメリカのペンシルバニヤ州やハワイ州では重要でない職務に従事する公務員についてストライキを認めているが、職務の重要性の判定は第三者機関が行なうたてまえとなつているのであつて、D事件判決が示す「国民生活に重大な支障」を及ぼすことの有無というような漠然とした基準によつて公務員の争議行為の正当性を画する立法例は他国には見あたらないのである。なお、カナダ連邦の場合は、仲裁手続とストライキとの選択のもとに、かりにストライキを選択したときでも厳格な調停手続を経ることが条件となつているのであり、この手続を経ないストライキは禁止されているのである。そして、アメリカでストライキの認められている前示二州でも、ほぼこれに似た制度をとつているのであるが、その国情による相違があるとはいえ、重要でない職務の公務員のストライキを認めるについて、無制限にこれを認めることなく、厳格な制約のもとに置かれていることに特に留意すべきである。

第二に、D事件判決の示した限定解釈には重大な疑義があるということである。すなわち、同判決と基本的に共通の見解に立つている前記E事件判決がいうところは、公務員の職務の公共性には強弱があるから、その労働基本権についても、その職務の公共性に対応する制約を当然内包しているという理論的立場を強調しながら、限定解釈をするにあたつては、一転して職務の公共性をなんら問題とすることなく、「ひとしく争議行為といつても、種々の態様のものがある」として、争議行為の態様の問題へと転移し、争議行為における違法性の強弱という暖味な基準を設定したのである(五裁判官の意見は、多数意見が公務員の争議行為につきその「主体」のいかんを問わず全面的禁止を是認することを非難しているのであるから、当然「主体」による区別をいかに考えるべきかについての明確な基準を示して然るべきものなのである。しかるに、その明示がなされていないことは、現在の公務員制度のもとにおける職員組合の組織と争議行為の現況にかんがみ、そのような区別をたてることは抽象論としてはともかく、実際上はほとんど不可能であることを物語るものであろうか。)。ことに、同判決は、争議行為に関する罰則については、争議行為そのものの違法性が強いことと、あおり等の行為の違法性が強いことを要するばかりでなく、争議行為に「通常随伴して行なわれる行為は処罰の対象とはならないと解すべきものであるとしている。ところで、いわゆるA事件判決の多数意見(昭和三九年(あ)第二九六号同四一年一〇月二六日大法廷判決・刑集二〇巻八号九〇一頁、以下、単にA事件判決という。)では、争議行為の正当性を画する基準として、「政治的目的のために行なわれたような場合」、「暴力を伴う場合」、「社会の通念に照らして不当に長期に及ぶときのように国民生活に重大な障害をもたらす場合」をあげ、これらの場合でなければ、その争議行為は、憲法上保障された正当な争議行為にあたると説示されているが、D事件判決では、争議行為の違法性が強い場合の基準として、そのまま右と同様のものが転用されているのである。すなわち、あおり行為等を処罰するための要件として、「争議行為そのものが、職員団体の本来の目的を逸脱してなされるとか、暴力その他これに類する不当な圧力を伴うとか、社会通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な支障を及ぼすとか」ということをあげている。争議行為が正当であるか否かは、違法性の有無に関する問題であり、違法性が強いか弱いかは違法性のあること、すなわち正当性のないことを前提としたものである。そして、ここにいう正当性の有無は、単に「刑法の次元」における判断ではなく、まさに憲法二八条の保障を受けるかどうかの憲法の次元における問題なのであるから、その保障を受けうるものであるかぎり、民事上、刑事上一切の制裁の対象となることはないのである。しかるに、D事件判決は、A事件判決が憲法上の保障を受けるかどうかの観点から違憲判断を回避するために示した正当性を画する基準と同一のものを、違法性の強弱判定の基準としているのであつて、そこに法的思惟の混迷があると思われるのであるが、それはともかくとして、このような基準の設定は、刑罰法規の構成要件としてもすこぶる不明確であり、そのゆえに、むしろ違憲の疑いを生むのであり、さらに右のような基準の確立が判例の集積になじまないものであることについては、岸裁判官、天野裁判官の追加補足意見の指摘するところである。この点について、五裁判官の意見は、公務員の争議行為をあおる等の行為がD事件判決の判示する基準に照らして処罰の対象となるかどうかは事案ごとに具体的事実関係により判断されなければならないとして、これらの行為が国公法上罰則の対象となりうることを肯定しながら、公務員法違反の場合と公共企業体職員または私企業労働者の争議行為の場合とを対比し、一つは構成要件充足の問題であり、他は違法性阻却の問題であるといい、さらに転じて「刑法の次元における違法性阻却の理論によつて処理することは相当でなく、」と至極当然のことにわざわざ言及し、あたかも多数意見がその誤りを犯しているかのごとき論難を加えているが、そのいわんとする真意が那辺にあるか理解に苦しむところである。

第三に、D事件判決に見られる憲法解釈の疑点もさることながら、それが惹起している労働・行政または裁判実務上の混乱も、また無視できないということである。すなわち、例えば、E事件判決は、「違法な争議行為を想定して、あおり行為等をした場合には、かりに予定の違法な争議行為が実行されなかつたからといつて、あおり行為等の刑責は免れない。」旨判示する。しかし国公法一一〇条一項一七号の罰則は、あおり行為等に対して結果責任を問うものではないのであるから、行為者が、かりに違法性の弱い争議行為を想定して、あおり行為等をしたが、予期に反し、争議行為が「社会通念に反して不当に長期に及び国民生活に重大な支障」を与えた場合には、D事件判決の見解に従うかぎり、なんらこれに対し刑事責任を問うことができないこととなるであろう。また、争議行為の実態に即して考えて見ても、争議行為は、通常、争議指導者の指令のままに動くものであるから、あおり等の行為自体の違法性が強い場合などはおよそありえないであろう。このことは、同判決の右のような解釈のもとでは、国公法の右規定が現実的には、ほとんど有効に機能しないことを示すものであつて、結局公務員の争議行為が野放しのままに放置される結果ともなりかねないのである。さらにまた、同判決が判示する前記の基準も、それ自体が客観性を欠き、これを捕捉するに極めて困難であり、五裁判官の意見のいうように、右の判決が一般国民の間に定着しているものとはとうてい考えられない。右の基準が暖昧で判断者の主観による恣意がはいりこむ虞れがあるという批判は、本件の弁論において弁護人からも強く指摘されたばかりでなく、すでに、いわゆるA事件判決を支持する論者、これに反対の立場にある論者の双方から強い批判を受けているところである。D事件判決も公務員の争議行為に対するあおり等の行為が罰則の適用を受ける場合のあることを肯定する以上は、その明確な基準を示すべきであつたのである。

さらに第四に、D事件判決ならびにこれと同一の基盤をもつE事件判決がA事件判決と相まつて公務員の争議行為に関する罰則の適用について一般に誤つた評価を植えつけるにいたつたということである。すなわち、E事件判決は、A事件判決が勤労者の労働基本権に対する、いわゆる内在的制約を考慮する際「一般的にいつて、刑事制裁をもつてこれに臨むべき筋合ではない。」(同判決の、いわゆる四条件中、(3)最高裁刑集二〇巻八号九〇七頁参照。)と判示したことをそのまま踏襲しているのであるが、さらにE事件判決の趣旨を受けついだD事件判決は、国公法一一〇条一項一七号についてこれを限定的に解釈しないかぎり憲法一八条、二八条に違反する疑いがあるといつて、一般に対し「公務員労働者の」「争議行為を刑事罰から解放」したものであるかのごとき誤つた理解を植えつけることとなつたのである。これは、ひつきよう、同判決の不明確な限定解釈と誤つた法解釈の態度とにその原因をもつものといわねばならないのである。(現に五裁判官の意見も公務員の争議行為に対するあおり等の行為が罰則の適用を受ける場合のあることを肯定していながら、しかも、なおかつ、あたかも多数意見のみが、公務員の争議行為に関し仮借のない刑事制裁を是認しているもののような論難をしているのである。)なお、付言するに、ILO第一〇五号条約(わが国は批准していない。)に関する第五二回ILO総会に提出された条約勧告適用専門家委員会の報告書は、「一定の事情の下においては違法な同盟罷業に参加したことに対して刑罰を科することができるということ、」「この刑罰には通常の刑務所労働が含まれることがあるということ」その他について合意が成立した旨の、同条約を審議した総会委員会の報告書を引用して「同盟罷業に関する各種の国内立法を評価するに当たり、本委員会は、総会の意図に関する前述したところを十分に考慮することが適当であると考える。」と述べているのである(九四項。なお九五項参照。)。

(二)つぎに、D事件判決には、真の意味の多数意見なるものがはたして存在するといえるであろうか。同判決において多数と見られる八名の裁判官の意見が一致しているのは、ただ国公法の規定を「限定的に解釈するかぎり」違憲でないと判示する点にかぎられているのである。そして、そのいわゆる限定解釈の内容について見るに、右八名の裁判官のうち、六名の裁判官は、違法性強弱論およびあおり行為等の通常随伴性論の立場をとつているが、他の二名の裁判官は、違法性強弱論には否定的な意見を示しており、しかも、その二名の裁判官の間でも、「通常随伴性」についての考え方が一致していないのである。このように、限定解釈をすべきであるという点では同意見であつても、それだけでは全く内容のないものであり、そのいうところの限定解釈についての内容が区々にわかれていて、過半数の意見の裁判官による一致した意見は存在しないのである。前記のように、行政上および裁判上の混乱を招いたのも、ひつきょう、同判決ならびにその基盤を共通にするA事件判決およびE事件判決のもつ内容の流動性、暖昧性に基因するところが大きく、判例としての指導性にも欠けるところがあつたといわねばならないのである。そして、現在においては、本判決の多数意見は、前記判示のとおり、憲法および国公法の解釈につき一致した見解を示しているものであるのに対し、多数意見に同調する裁判官以外の裁判官の意見は、単に形式上少数であるばかりでなく、内容的にも国公法の解釈について意見が分立しており、ことに五裁判官の意見が本件につき上告棄却の意見であるならば、D事件判決にいう、いわゆる通常随伴性論を今日維持することは背理というほかなく、また通常随伴性論をとるとすれば、結論は、むしろ反対となるべき筋合いであろう。この一点をみても、右五裁判官ら自身、意識すると、しないとにかかわらず、前記の判例の見解を変更しているものにほかならない。したがつて、D事件判決は、今日、もはやいかなる意味においても「判例」として機能しえないものであり、これが変更されるべきことは、自然の成行きといわなければならないのである。五裁判官の意見は、「僅少差の多数によつてさきの憲法解釈を変更することは、最高裁判所の憲法判断の安定に疑念を抱かせ、ひいてはその権威と指導性を低からしめる虞れがある云々」と述べているが、多数意見に対するいわれのない批判にすぎず、強く反論せざるをえない次第である。

裁判官岸盛一、同天野武一の追加補足意見は、つぎのとおりである。

(一)まず、多数意見は、憲法二八条の勤労者のうちには、公務員(非現業の国家公務員をいう。以下同じ。)も含まれるとの見解にたちながらも、公務員の地位の特殊性とその職務の公共性とを考慮にいれるとき、公務員の勤労関係を規律する現行法制のもとでは、公務員の勤務条件が法定されており、その身分が保障されているほか、適切な代償措置が講じられている以上は、国家公務員法(昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下国公法という。)九八条五項の規定は、いまだ、憲法二八条に違反するものと断ずることはできないとするものである。ところで、一般的に勤労者の争議行為を禁止するについて、その代償措置が設けられることが極めて重要な意義をもつものであることは、いわゆるドライヤー報告やI・L・O結社の自由委員会でもたびたび強調されているところであり、その事例を枚挙するにいとまなしといつても過言ではないのであるが、公務員に関してもその争議行為を禁止するについては、適切な代償措置が必要であることが指摘されているのである(結社の自由委員会第七六次報告第二九四号事件二八四項、第七八次報告第三六四号事件七九項等)。ところが、わが国で、公務員の争議行為の禁止について論議されるとき、代償措置の存在がとかく軽視されがちであると思われるのであるが、この代償措置こそは、争議行為を禁止されている公務員の利益を国家的に保障しようとする現実的な制度であり、公務員の争議行為の禁止が違憲とされないための強力な支柱なのであるから、それが十分にその保障機能を発揮しうるものでなければならず、また、そのような運用がはかられなければならないのである。したがつて、当局側においては、この制度が存在するからといつて、安易に公務員の争議行為の禁止という制約に安住すべきでないことは、いうまでもなく、もし仮りにその代償措置が迅速公平にその本来の機能をはたさず実際上画餅にひとしいとみられる事態が生じた場合には、公務員がこの制度の正常な運用を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為にでたとしても、それは、憲法上保障された争議行為であるというべきであるから、そのような争議行為をしたことだけの理由からは、いかなる制裁、不利益をうける筋合いのものではなく、また、そのような争議行為をあおる等の行為をしたからといつて、その行為者に国公法一一〇条一項一七号を適用してこれを処罰することは、憲法二八条に違反するものといわなければならない。もつとも、この代償措置についても、すべての国家的制度と同様、その機能が十分に発揮されるか否かは、その運用に関与するすべての当事者の真摯な努力にかかつているのであるから、当局側が誠実に法律上および事実上可能なかぎりのことをつくしたと認められるときは、要求されたところのものをそのままうけ容れなかつたとしても、この制度が本来の機能をはたしていないと速断すべきでないことはいうまでもない。以上のことは、多数意見においてとくに言及されていないが、その立場からは当然の理論的帰結であると考える。

(二)つぎに、多数意見は、国公法一一〇条一項一七号について、福岡高等裁判所判決(昭和四一年(う)第七二八号同四三年四月一八日判決)が示した限定解釈は犯罪構成要件の明確性を害するもので憲法三一条違反の疑いがあるというが、われわれは、右の限定解釈は明らかに憲法三一条に違反するばかりでなく、本来許さるべき限定解釈の限度を超えるものであるとすら考えるものである。すなわち、同判決は、国公法の右規定を限定的に解釈して、争議行為が政治目的のために行なわれるとか、暴力を伴うとか、または、国民生活に重大な障害をもたらす具体的危険が明白であるなど違法性の強い争議行為を違法性の強い行為によつてあおるなどした場合に限り刑罰の対象となるというのであつて、いわゆるD事件についての当裁判所大法廷判決の多数意見がさきに示した見解とほぼ同趣旨の見解を示しているのである。ところで、憲法判断にさいして用いられる、いわゆる限定解釈は、憲法上の権利に対する法の規制が広汎にすぎて違憲の疑いがある場合に、もし、それが立法目的に反することなくして可能ならば、法の規定に限定を加えて解釈することによつて、当該法規の合憲性を認めるための手法として用いられるものである。そして、その解釈により法文の一部に変更が加えられることとなつても、法の合理的解釈の範囲にとどまる限りは許されるのであるが、法文をすつかり書き改めてしまうような結果となることは、立法権を侵害するものであつて許さるべきではないのである。さらにまた、その解釈の結果、犯罪構成要件が暖味なものとなるときは、いかなる行為が犯罪とされ、それにいかなる刑罰が科せられるものであるかを予め国民に告知することによつて、国民の行為の準則を明らかにするとともに、国家権力の専断的な刑罰権の行使から国民の人権を擁護することを趣意とする、かのマグナカルタに由来する罪刑法定主義にもとるものであり、ただに憲法三一条に違反するばかりでなく、国家権力を法の支配下におくとともに国民の遵法心に期待して法の支配する社会を実現しようとする民主国家の理念にも反することとなるのである。このことは、大陸法的な犯罪構成要件の理論をもたない英米においても、つとに普通法上の厳格解釈の原理によつて、裁判所は、個々の事件について、法文の不明確を理由に法令の適用を拒否する手段を用いて、実質上法令の無効を宣言するのとひとしい実をあげてきたといわれているのであるが、とくに米国では、一世紀も前から法文の不明確を理由としてこれを無効とする理論が芽ばえ、一九〇〇年代にはいつてからは、国民の行為の準則に関する法令は、予め国民に公正に告知されることが必要で、そのためには法文は明確に規定されなければならないとして、憲法修正五条、六条、一四条等の適正条項違反を理由に不明確な法文の無効を宣言する、いわゆる明確性の理論が判例法として確立され今日に及んでいるのである。この法文の明確性は、憲法上の権利の行使に対する規制や刑罰法規のような国民の基本的権利・自由に関する法規については、とくに強く要請されなければならないことは当然である。ところで、前記福岡高等裁判所判決は、あおり行為の対象となる争議行為の違法性の強弱を判定する基準の一つとして、「国民生活に対する重大障害」ということをあげている。同様にD事件判決の多数意見は、「社会の通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な支障」といつている。しかし、国民生活に重大な障害とか支障とかいう基準はすこぶる漠然とした抽象的なものであつて、はたしてどの程度の障害、支障が重大とされるのか、これを判定する者の主観的な、時としては恣意的な判断に委ねられるものであつて、そのような弾力性に富む伸縮自在な基準は、刑罰法規の構成要件の輪郭内容を極めて暖味ならしめるものといわざるをえない。また、D事件判決の多数意見のように「社会の通念に反し不当に長期に及ぶなど」という例示が示されているとしても、どの程度の時間的継続が不当とされるのか、これまた甚だ不明確な要件といわざるをえないばかりでなく、そのうえ「社会の通念に照らし」という一般条項を構成要件のなかにとりこんでいることは、却てその不明確性を増すばかりである。したがつて、かような基準を示された国民は、自己の行為が限界線を越えるものでないとして許されるかどうかを予測することができず、法律専門家である弁護士、検察官、裁判官ですら客観的な判定基準を発見することに当惑し(いわゆるA事件の差戻し後の東京高裁昭和四一年(う)第二六〇五号同四二年九月六日判決・刑集二〇巻五二六頁参照)、罰則適用の限界を画することができないばかりでなく、民事上、行政上の制裁との限界もまた不明確であつて、法の安定性・確実性が著しくそこなわれることとなる。現に全国の事実審裁判所の判決においても、「国民生活に重大な障害」に関する判断が区々にわかれて統一性を欠いているのが今日の実情なのである。さらにまた、右のような限定解釈は、罰則の適用される場合を制限したかのようにみえるのであるが、それに示されているような抽象的基準では、前記判決が志向したところとはおよそ逆の方向にも作用することがないとも限らない。けだし、法文の不明確は法の恣意的解釈への道をひらく危険があるからである。もつとも、右の基準の明確な確立は、今後の判例の集積にまてばよいとの反論もあろう。最近の、カナダの連邦公務員関係法、アメリカのペンシルバニヤ州の公務員労使関係法およびハワイ州公法は、重要職務に従事する公務員についてのみ争議行為を禁止しているのであるが、それらの立法に対する、職務の重要性・非重要性を区別することは困難であるとの批判に対して、裁判所の判例の集積による解決が最も妥当であるとの反論もみられる。しかし、右の諸立法においては、別に第三者機関による重要職務の指定判定の制度があつて、それによつて重要公務の範囲が一応は形式的に明確にされる建前なのであるから、その指定判定に争いがあるとき裁判所の判断をまつということのようである。すなわち、それは、重要職務に従事する公務員の範囲を主体の面から限定するものであつて、行為の態様による限定ではないのである。「国民生活に重大な障害」の有無というような行為の態様の基準の明確な確立は、むしろ、判例の集積による方法にはなじまないというべきであろう。およそ国民の行為の準則は、裁判時においてではなく、行為の時点においてすでに明確にされていなければならない。また、終局判決をまたなければ明確にならないような基準は、基準なきにひとしく、国民を長く不安定な状態におくこととなる。国民は各自それぞれの判断にしたがつて行動するほかなく、かくては法秩序の混乱はとうてい免れないであろう。憲法問題を含む法令の解釈にさいしては、いたずらに既成の法概念・法技術にとらわれて、とざされた視野のなかでの形式的な憲法理解におちいつてはならないことはいうまでもないことであり、また、絶えず進展する社会の流動性と複雑化とに対処しうるためには、犯罪構成要件がつねに客観的・記述的な概念にとどまることはできず、価値的要素を含んだ規範的なものへと深化されることも必要である。さらに、正義衡平、信義誠実、公序良俗、社会通念等々の、もともとは私法の領域で発達した一般条項の概念が、法解釈の補充的原理として具体的事件に妥当する法の発見に寄与するところがあることも否定できない。しかしながら、あまりにも抽象的・概括的な構成要件の設定は、法の行為規範、裁判規範としての機能を失なわしめるものであり、いわんや、安易簡便な一般条項を犯罪構成要件のなかにとりこむことは極力これを避けなければならない。第二次大戦前のドイツ法学界において、一般条項がいともたやすく遊戯のように労働法を征服したとか、一般条項は個々の犯罪構成要件をのりこえてしまう傾向をもつとかと、強く指摘した警告的な主張がなされたことが思いあわされるのである。法の規定が、その文面からは一義的にしか解釈することができず、しかも憲法上許される必要最小限度を超えた規制がなされていると判断せざるをえないならば、たとえ立法目的が合憲であるとしても、その法は違憲とされなければならない。しかるに、国公法一一〇条一項一七号についての前記のような限定解釈は、それを避けようとして詳密な理論を展開したのであるが、惜しむらくは、その理論の実際的適用について前述のような重大な疑義を包蔵するうえに、その限定解釈の結果もたらされた同条の構成要件の不明確性は、憲法三一条に違反するものであり、また、立法目的に反して法の規定をほとんど空洞化するにいたらしめたことは、法文をすつかり書き改めたも同然で、限定解釈の限度を逸脱するものといわざるをえないのである。

裁判官岩田誠の意見は、次のとおりである。国家公務員法(昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下、国公法という。)一一〇条一項一七号の規定の合憲性に関する私の意見は、当裁判所昭和四一年(あ)第一一二九号同四四年四月二日大法廷判決(刑集二三巻五号六八五頁)における私の意見のとおりである。したがつて、公務員の行なう争議行為の違法性の強弱、あおり行為等の違法性の強弱により国公法一一〇条一項一七号の適用の有無を決すべきでないことは、前記大法廷判決における私の意見のとおりであるけれども、同法条の規定は、これになんら限定解釈を加えなくても、憲法二八条に違反しないとする意見には賛同することができない。これを本件について見るに、原判決が罪となるべき事実として確定したところによれば、被告人らは、それぞれ原判示のような農林省の職員をもつて組織するB労働組合(以下、B労組という。)の役員であるところ、昭和三三年一〇月八日内閣が警察官職務執行法の一部を改正する法律案(以下、警職法改正案という。)を衆議院に提出するやこれに反対する第四次統一行動の一環として、原判示第一、第二の所為に及んだというのであつて、被告人らの右所為は、B労組の団体行動としてなされたものとしても、右は警職法改正に対する反対闘争という政治目的に出たものであつて、B労組組合員の給与その他の勤務条件の改善、向上を図るためのものではないから、憲法二八条の保障する労働基本権の行使ということはできないものである。したがつて、被告人らの所為は、争議行為にいわゆる通常随伴するものであるか否かにかかわらず、それぞれ国公法一一〇条一項一七号にいう争議行為をあおることを企て、または、争議行為をあおつたものとして同条項違反の罪責を免れないものといわなければならない。所論は、また、被告人らの所為を国公法一一〇条一項一七号により処罰した原判決および国公法の右規定は、憲法二一条に違反すると主張する。しかし、警職法改正法案に反対する意見を表明すること自体は、何人にも許され憲法二一条の保障するところであるが、その意見を表明するには、争議行為に訴えなくても、他にいくらでも適法な表明手段が存するのであつて、憲法二八条の保障の範囲を逸脱した本件のような争議行為によることを要するものではない。したがつて、前示のように憲法二八条の保障の範囲を逸脱した争議行為のあおり行為等を処罰する旨を定めた国公法一一〇条一項一七号の規定は、憲法二一条に違反するものではなく、被告人らの前記所為を処罰した原判決もまた憲法二一条に違反するものではない。そうすると、被告人らの前示所為は国公法一一〇条一項一七号にあたるとして有罪の言渡をした原判決は結局正当であつて、被告人らの本件上告はいずれもこれを棄却すべきものである。

裁判官田中二郎、同大隅健一郎、同関根小郷、同小川信雄、同坂本吉勝の意見は、次のとおりである。本件上告を棄却すべきものとする点においては多数意見と同じであるが、その理由は次のとおりであるほか、岩田裁判官の意見と同じであり、多数意見の説く理由には賛成することができない。

第一多数意見は、国家公務員法(昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの。以下、国公法という。)九八条五項および一一〇条一項一七号の各規定が憲法二八条に違反する旨の上告論旨を排斥するにあたり、右国公法の規定は、解釈上これに特別の限定を加えなくても憲法の右規定に反するものではないとし、この点につきさきに憲法違反の疑いを避けるために限定解釈を施すべきものとしたいわゆるD事件の当裁判所判決(昭和四一年(あ)第一一二九号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三巻五号六八五頁)と相反する見解を示している。この多数意見の説くところは、基本的には右判決における少数意見を若干ふえんし、かつ、詳述したにとどまるものと考えられるが、これを要約すると、(1)公務員は全体の奉仕者であり、その職務内容は公共性をもつているから、公務員の争議行為は、その地位の特殊性と職務の公共性に反し、かつ、その結果多かれ少なかれ公務の停廃をもたらし、国民全体の利益に重大な影響を及ぼすか、またはその虞れがある。(2)公務員の勤労条件の決定は、私企業の場合と異なり、労使間の自由な取引に基づく合意によつてではなく、国会の制定する法律と予算によつて定められるという特殊性をもつているが、公務員が争議行為の圧力によつてこれに影響を及ぼすことは、右の決定についての正常かつ民主的な過程をゆがめる虞れがある。(3)公務員の争議行為の禁止については、これに対応する有効な代償措置制度が設けられている。というに尽きる。しかし、右の理由は、いずれも公務員の争議行為を一律全面的に禁止し、これをあおる等のすべての行為に対して刑事制裁を科することの合憲性を肯定するに十分な理由とすることはできない。

すなわち、一、憲法一五条二項の、公務員が国民全体の奉仕者である旨の規定は、主として、公務員が特定の政党、階級など国民の一部の利益に奉仕すべきものではないとする点に意義を有するものであつて、使用者である国民全体、ないしは国民全体を代表しまたはそのために行動する政府諸機関に対する絶対的服従義務を公務員に課したものという解釈をすることはできない。このような解釈は、国民全体と公務員との関係をあたかも封建制のもとにおける君主と家臣とのそれのような全人格的な服従と保護の関係と同視するに近い考え方であつて、公務員と国との関係を対等な権利主体間の法律的関係として把握しようという憲法の基本原理と相容れないものである。のみならず、公務員の地位の特殊性を強調する右の考え方は、勤労条件の決定に関する公務員の労働基本権、とくにその争議権に対する制約原理としてよりも、むしろ、その否定原理としてはたらく性質のものであつて、公務員についても基本的には憲法二八条の労働基本権が認められるとする多数意見自体の説くところと矛盾する契機をすらもつものである。すなわち、このような考え方のもとでは、たとえば、公務員の争議行為のごときは、一種の忠誠義務違反として、それ自体を不当視する観念を生じがちであり、この観念を公務員一般におし及ぼすことは、原則として、すべての国民に基本的人権を認めようとする憲法の基本原理と相容れず、とくに憲法二八条の趣旨とは正面から衝突する可能性を有するものである。それゆえ、公務員の争議権を制限する根拠を国民全体の奉仕者たる地位の特殊性に求めるべきではないというべきである。次に、公務員の職務内容が原則として公共の利益に奉仕するものであり、公務員の職務懈怠が公務の円滑な運営に支障をもたらし公共の利益を害する可能性を有することは、多数意見のいうとおりであり、これが公務員の争議行為を制限する実質的理由とされていることは、なにびとも争わないところである。しかし、このことから直ちに、およそ公務員の争議行為一切を一律に禁止し、これをあおる等のすべての行為に刑事制裁を科することが正当化されるとの結論を導くことには、明らかに論理の飛躍がある。すなわち、公務の円滑な運営の阻害による公益侵害をもつて争議権制限の実質的理由とするかぎり、このような侵害の内容と程度は争議行為制限の態様、程度と相関関係にたつべきものであつて、たとえば、形式的には一時的な公務の停廃はあつても、実質的には公務の運営を阻害する虞れがあるといいえない争議行為までも一律に禁止し、これをあおる等の行為に対して刑事制裁を科することが正当とされるいわれはないといわなければならない。国の事務が国の存続自体を支える固有の統治活動、すなわち、軍事、治安、財政などにかぎられていた時代においては、これに従事する者も限定されていた反面、それらの者による公務の懈怠が直ちに国家社会の安全に響く虞れがあり、したがつて、そのような理由からこれらの者の争議行為を全面的に禁止することにも合理性があることを否定できなかつたとしても、近代における福祉国家の発展に伴い、国や地方公共団体の行なう事務が著しく拡大し、その大部分が一般福祉行政や公共的性質を有する経済活動となり、これに従事する者も飛躍的に増加して、全公務員の相当部分を占め、しかも、これらの公務員が全勤労者の中でも相当大きな割合を形成するに至つた今日においては、公務の内容、性質もきわめて多岐多様であるとともに、その運営の阻害が公共の利益に及ぼす影響もまた千差万別であつて、そのうちには、公益的性質を有する私企業の業務の停廃による影響とその内容、性質においてほとんど区別がなく、むしろ、後者の方がその程度いかんによつては、国民生活に対してより重大な支障をもたらす虞れのある場合すら存するのである。したがつて、これらをすべて公益侵害なる抽象的、観念的基準によつて一律に割り切り、公務員の争議行為を、その主体、内容、態様または程度などのいかんにかかわらず全面的に禁止し、これをあおる等のすべての行為に刑事制裁を科するようなことは、とうてい、合理性をもつ立法として憲法上これを正当化することはできないといわなければならない。

二、公務員に対する給与は、国または地方公共団体の財源使用の一内容であるから、公務員の勤労条件のいかんは、国などの財政、ことに予算の編成と密接な関連を有し、したがつて、その決定につき、国会または地方公共団体の議会の監視または承認を経由する必要があることは、多数意見の説くとおりである。しかし、このことから、右の勤労条件の基準がすべて立法によつて決定されることを要し、その間に労使間の団体交渉に基づく協定による決定なるものをいれる余地がないとする結論は、当然には導かれないし、憲法上それが予定されていると解すべき根拠もない。憲法七三条四号は、内閣が法律の定める基準に従い官吏に関する事務を掌理すべき旨を規定しているが、それは、国家公務員に関する事務が内閣の所管に属することと、内閣がこの事務を処理する場合の基準の設定が立法事項であつて政令事項ではないことを明らかにしたにとどまり、公務員の給与など勤労条件に関する基準が逐一法律によつて決定されるべきことを憲法上の要件として定めたものではなく、法律で大綱的基準を定め、その実施面における具体化につき一定の制限のもとに内閣に広い裁量権を与え、かつ、公務員の代表者との団体交渉によつてこれを決定する制度を設けることも憲法上は不可能ではない。したがつて、公務員の勤労条件が、その性質上団体交渉による決定になじまず、団体交渉の裏づけとしての団体行動を正当とする余地がないとすることはできないのである。もつとも、公務員の勤労条件の抽象的基準をすべて法律によつて定めることは、憲法上可能であり、わが国においては現にこのような立法政策がとられ、国家公務員法や公務員給与関係諸法律などによつて、公務員の勤労条件の基準に関し詳細な規定が設けられ、しかも、公務員団体に対し団体交渉権が認められているとはいえ、団体協約締結権は否定され、団体交渉により勤労条件が決定される余地や範囲はきわめて狭く、したがつて、公務員の争議権は、団体交渉権の裏づけとしての意味に乏しく、この点において私企業労働者の場合に比し大きな相違が存することは、これを認めなければならない。しかしながら、公務員の争議権が、その実質的効果の点において大きな制約を受けざるをえないからといつて、団体行動による影響力の行使を全く認める余地がないとか、これを全面的に禁止し、これをあおる等のすべての行為に対して刑罰を科しても差しつかえないとの結論が当然に導かれるわけではない。公務員がその勤労条件に関する正当な利益を主張し、かつ、これを守るために団結して意思表示をし、団体交渉以外の団体行動によつて、立法による勤労条件の基準決定などに対して影響力を行使することは、その方法が相当であり、かつ、一定の限界内にとどまるかぎり、刑罰の対象から除外されてしかるべきものである。勤労者にとつて団体行動は、このような影響力行使の唯一ともいうべき手段であり、公務員の場合といえどもことは同様である。多数意見は、このような目的のもとにされる公務員の争議行為が、立法や予算の決定などについての民主的政治過程を不当にゆがめる危険があることを指摘するが、この議論は、公務員の争議行為を無制限に許した場合の弊害については妥当するとしても、およそ一切の争議行為を禁止し、これをあおる等の行為に対して刑罰を科することを正当とする理由となるものではない。換言すれば、公務員が自己の要求を貫徹するために、国民生活に重大な影響を及ぼす虞れのあるような争議行為を遂行し、かつ、これを継続するような場合には、多数意見の危倶する弊害が生ずるかも知れないが、その程度に至らないものについては、そのような弊害が生ずる虞れはなく、要は、その方法および程度の問題にすぎないのである。更に、多数意見は、政府にいわゆる作業所閉鎖(ロツクアウト)による対抗手段がないことを挙げるが、このような対抗手段は、特殊の強力な争議行為に対するそれとしてのみ意味を有するにすぎず、ロツクアウトが利用できないことは、勤労者側におけるすべての争議行為を不当とする理由となるものではない。そればかりでなく、立法や予算とは直接関係のない問題、とくに団体交渉の認められる事柄について団体行動による影響力を行使する必要がある場合も想定されないわけではないのである。このようにみてくると、多数意見の前記(2)の理由も、公務員の争議行為を全面的に禁止し、これをあおる等のすべての行為に対して刑罰を科することを正当づける理由となるものではないというほかはない。

三、現行法上、公務員の勤労条件については、人事院が内閣から独立した機関として設けられ、勧告その他の活動により比較的公正な立場から公務員の正当な利益を守る、いわゆる代償措置に関する制度が設けられていることは、多数意見の指摘するとおりである。しかし、このような代償措置制度の存在は、国民生活全体の利益の保障という見地から、最少限度公務員の労働基本権を制限する場合において、文字どおりその代償として必要とされるものにすぎず、代償措置制度を設けさえすれば労働基本権を制限することができるというわけのものではない。しかも、実際上、人事院の存在およびその活動が、労働基本権の行使と同じ程度に、公務員の勤労条件に関する正当な利益を保護する機能を常に果すものとはいいがたく、とくに、人事院勧告は、政府または国会に対してなんら応諾義務を課するものではないから、政府または国会に右勧告に応ずる措置をとらせるためには、法的強制以外の政治的または社会的活動を必要とし、このような活動は、究極的には世論の支持、協力を要するものであり、世論喚起のための唯一の効果的手段としての公務員による団体行動の必要を全く否定することはできず、また、人事院の勧告の成立過程においても、勧告の内容に対する公務員の要求を表示するために同様の方法をとる場合のありうることも否定できないのである。要するに、代償措置はあくまでも代償措置にすぎず、しかも現代の代償措置制度の運用については、状況に応じた公務員の団体行動による監視、批判、要求、圧力などを必要とする場合もありうべく、単なる代償措置制度の存在を理由として公務員の争議行為を全面的に禁止し、これをあおる等の行為に対して刑罰を科することを正当化することは、とうてい、不可能であるといわざるをえない。

四、なお、多数意見は、その理由中において、前記大法廷の判決が公務員の争議行為禁止およびこれをあおる等の行為の処罰規定について施した限定解釈に対し、それが法律の明文を無視し、立法の趣旨にも反するものであり、また、限定の基準が不明確であつて刑罰法規における犯罪の構成要件の明確化による保障機能を失わせ、憲法三一条に違反する疑いがあると論難している。ところで、右の大法廷判決における国公法の規定の限定解釈に関する見解のうち、争議行為およびこれをあおる等の行為中、処罰の対象となるものとそうでないものとの区別の基準について、いわゆる違法性の強弱という表現を用いた部分が、犯罪の構成要件としてその内容、範囲につき明確を欠くという批判を受けたことは否定することができない。しかし、右の見解は、憲法二八条が労働基本権を保障していることにかんがみ、勤労者である公務員の争議行為とこれをあおる等の行為のうち、刑罰の対象とならないものを認めるべきであるとの基本的観点にたち、その基準として、争議行為については、職員団体の本来の目的を達成するために、暴力なども伴わず、不当に長期にわたる等国民生活に重大な支障を及ぼす虞れのないものにかぎつているのであつて、いわゆる違法性の強弱という表現は、以上の趣旨で用いられたものと解されるのである。また、これをあおる等の行為についても組合員の共同意思に基づく争議行為に関しその発案、計画、遂行の過程において、単にその一環として行なわれるにすぎないいわゆる通常随伴行為にかぎり、いずれも処罰の対象から除外すべきものとするにあり、したがつて、争議行為をあおる等の行為が異常な態様で行なわれた場合および組合員以外の第三者または組合員と第三者との共謀によつて行なわれた場合は、通常随伴行為にあたらないものとしているのである。それゆえ、公務員の争議行為をあおる等の行為が右の基準に照らして処罰の対象となるかどうかは、事案ごとに具体的な事実関係に照らして判断されなければならないこととなるが、このことは、公共企業体職員または私企業労働者の争議行為が、たまたまそれ自体争議行為の禁止を内容としていない他の刑罰法規の構成要件事実に該当する場合、たとえば、いわゆるA事件(最高裁昭和三九年(あ)第二九六号同四一年一〇月二六日大法廷判決・刑集二〇巻八号九〇一頁)のような場合に、憲法二八条ないしは労働組合法一条二項の規定との関係から、労働組合の本来の目的を達成するためにした正当な行為であるかどうかにつき、事案ごとに具体的な事実関係に照らして判断されなければならないのと同様である。ただ、後者の関係では違法性阻却の問題であり、前者の関係では構成要件充足の問題であるという相違が生ずるにすぎない。およそ、ある法律における行為の制限、禁止規定がその文言上制限、禁止の内容において広範に過ぎ、それ自体憲法上保障された個人の基本的人権を不当に侵害する要素を含んでいる場合には、右基本的人権の保障は憲法の次元において処理すべきものであつて、刑法の次元における違法性阻却の理論によつて処理することは相当でなく、また、右基本的人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律といつても、常にその規定を全面的に憲法違反として無効としなければならないわけではなく、公務員の争議行為の禁止のように、右の基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できるかぎり解釈によつて規定内容を合憲の範囲にとどめる方法(合憲的制限解釈)、またはこれが困難な場合には、具体的な場合における当該法規の適用を憲法に違反するものとして拒否する方法(適用違憲)によつてことを処理するのが妥当な処置というべきであり、この場合、立法による修正がされないかぎり、当該規定の適用が排除される範囲は判例の累積にまつこととなるわけであり、ことに後者の方法を採つた場合には、これに期待せざるをえない場合も少なくないと考えられるのである。以上の点に思いをいたすときは、前記のいわゆるD事件の判決が国公法一一〇条一項一七号の規定について前記のような趣旨で構成要件の限定解釈をしたからといつて、憲法三一条に違反する疑いがあるとしてこれを排斥するのは相当でなく、いわんや、この点を理由として、右国公法の規定が解釈上これになんらの限定を加えなくても憲法二八条に違反せず全面的に合憲であるとするようなことは、とうてい、許されるべきではない。

第二以上、公務員の争議権に関する多数意見の見解の不当であるゆえんを述べたが、ひるがえつて考えるに、本件の処理にあたり、多数意見が、何ゆえ、ことさらにいわゆるD事件大法廷判決の解釈と異なる憲法判断を展開しなければならないのか、その必要と納得のゆく理由を発見することができない。本件は、B労働組合による警職法改正反対闘争という政治目的に出た争議行為をあおることを企て、また、これをあおつた行為が国公法の前記規定違反の罪にあたるとして起訴された事件であり、このような争議行為が憲法二八条による争議権の保障の範囲に含まれないことは、岩田裁判官の意見のとおりである。それゆえ、この点につき判断を加えれば、本件の処理としては十分であり、あえて勤労条件の改善、向上を図るための争議行為禁止の可能性の問題にまで立ち入つて判断を加え、しかも、従前の最高裁判所の判例ないしは見解に変更を加える必要はなく、また、変更を加えるべきではないのである。憲法の解釈は、憲法によつて司法裁判所に与えられた重大な権限であり、その行使にはきわめて慎重であるべく、事案の処理上必要やむをえない場合に、しかも、必要の範囲にかぎつてその判断を示すという建前を堅持しなければならないことは、改めていうまでもないところである。ことに、最高裁判所が最終審としてさきに示した憲法解釈と異なる見解をとり、右の先例を変更して新しい解釈を示すにあたつては、その必要性および相当性について特段の吟味、検討と配慮が施されなければならない。けだし、憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は軽々にこれを行なうべきものではなく、その時機および方法について慎重を期し、その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである。もとより、法の解釈は、解釈者によつて見解がわかれうる性質のものであり、憲法解釈においてはとくにしかりであつて、このような場合、終極的決定は多数者の見解によることとならざるをえない。しかし、いつたん公権的解釈として示されたものの変更については、最高裁判所のあり方としては、その前に変更の要否ないしは適否について特段の吟味、検討を施すべきものであり、ことに、僅少差の多数によつてこのような変更を行なうことは、運用上極力避けるべきである。最高裁判所において、かつて、大法廷の判例を変更するについては特別多数決による旨の規則改正案を一般規則制定諮問委員会に諮問したところ、裁判官の英知と良識による運用に委ねるのが適当である、との多数委員の意見により、改正の実現をみるに至らなかつたことがあることは、当裁判所に顕著な事実であるが、この経緯は、右に述べたことを裏づける一資料というべきものである。ところで、いわゆるD事件の当裁判所大法廷判決中の、憲法二八条が労働基本権を保障していることにかんがみ公務員の争議行為とこれをあおる等の行為のうち正当なものは刑事制裁の対象とならないものである、という基本的見解は、いわゆるA事件の当裁判所判決およびいわゆるE事件の当裁判所判決(昭和四一年(あ)第四〇一号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三巻五号三〇五頁)の線にそい、十分な審議を尽くし熟慮を重ねたうえでされたものであることは、右判決を通読すれば明らかなところであり、その見解は、その後その大綱において下級裁判所も従うところとなり、一般国民の間にも漸次定着しつつあるものと認められるのである。ところが、本件において、多数意見は、さきに指摘したように、事案の処理自体の関係では右見解の当否に触れるべきでなく、かつ、その必要もないにもかかわらず、あえてこれを変更しているのである。しかも、多数意見の理由については、さきの大法廷判決における少数意見の理論に格別つけ加えるもののないことは前記のとおりであり、また、右判決の見解を変更する真にやむをえないゆえんに至つては、なんら合理的な説明が示されておらず、また、客観的にもこれを発見するに苦しまざるをえないのである。以上の経過に加えて、本件のように、僅少差の多数によつてさきの憲法解釈を変更することは、最高裁判所の憲法判断の安定に疑念を抱かせ、ひいてはその権威と指導性を低からしめる慮れがあるという批判を受けるに至ることも考慮しなければならないのである。以上、ことは、憲法の解釈、判断の変更について最高裁判所のとるべき態度ないしあり方の根本問題に触れるものであるから、とくに指摘せざるをえない。

裁判官色川幸太郎の反対意見は、次のとおりである。

第一争議行為の禁止と刑罰

一、多数意見は、要するに、非現業国家公務員(以下公務員という。)については一切の争議行為が禁止されるのであり、これをあおる等の行為をする者は、何人であつても、刑事制裁を科せられるものであるとし、その旨を規定した国家公務員法(昭和四〇年法律第六九号による改正前のもの、以下国公法という。)一一〇条一項一七号は、これに何らの限定解釈を施さなくとも合憲であるというのであるが、私はこれに決定的に反対である。その理由としては、当裁判所大法廷のE事件判決(昭和四一年(あ)第四〇一号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三巻五号三〇五頁)及びD事件判決(昭和四一年(あ)第一一二九号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三巻五号六八五頁)(但しこれに付した私の少数意見と抵触する部分を除く。)にあらわれた基本的な見解を引用し、これをもつて私の意見とする。なお、多数意見に含まれる若干の論点について、私のいだいた疑問を開陳し、反対理由の補足としたい。

二、多数意見は、公務員の争議行為が何故に禁止されなければならないか、という理由については、縷縷、言葉をつくして説示しているのであるが(私もその所説については必ずしも全面的に反対するわけではない。)、要は、公務員には争議権を認めるべきではないということだけを力説しているにすぎない。しかるに多数意見は、一転ただちに、科罰の是認へと飛躍し、見るべき論拠をほとんど示すことなく、およそ、争議行為の禁止に違反した場合、これに懲役刑を含む刑罰をもつて臨むことを、争議権制限に伴う当然の帰結とするもののごとくであつて、私としては到底納得できないのである。思うに、争議行為を制限しまたは禁止する立法例は現に数多く存在する。ひとり公務員の場合だけではない。しかし禁止違反に対し、ただちに、懲役を含む刑罰を加えるべきことが規定されているのは、他に例を見ないところである。公労法一七条は、公共企業体の職員や郵政その他国営企業の現業公務員及びそれらの組合の争議行為を禁止し、このような禁止された行為を共謀し、そそのかし若しくはあおる等の行為は、してはならないと定めており、その点で国公法九八条と趣旨を同じくしているのであるが、その違反者は、解雇処分を受けることがあるにすぎず、禁止の裏付けとなる罰則は全く存在しないのであるから刑罰に処せられることがない(電電公社その他各企業体にはそれぞれの事業法があり、そのなかには不当に業務を停廃したことに対する処罰規定もおかれているが、これは個別的な秩序違反行為を対象としたものであつて、争議行為に適用されるものではないと解する。)。公共企業体の職員や国営企業の現業公務員に対して争議行為を禁止するのは国民の福祉を擁護するためであるから、国公法が公務員に対し争議行為を禁止する趣旨との間に、格段の径庭があるわけではない。それであるから、公務員の争議権が制約されなければならない理由を単に積み重ねただけでは、科罰の合理性を論証したことにはなりえないであろう。

三、もつとも多数意見がその点に全くふれていないわけでもない。いま、多数意見のいうところから理由づけと見るべきものを求めると(1)公務員の争議行為は広く国民全体の共同利益に重大な障碍をもたらす慮れがあること、そして(2)あおり等の行為をした者はかかる違法な争議行為の原動力または支柱であること、の二点であろうか。しかし、いずれを取りあげても、科罰の合理性につき人をして首肯せしめるには、ほど遠いもののあることを感ぜざるをえない。刑罰を必要とする第一の、というよりはむしろ唯一の、理由は、争議行為が国民全体の共同利益に重大な障碍をもたらす虞れがあるから、というところに帰着する。しかし、一口に公務員といつても、国策の策定や遂行に任ずる者もあれば、上司の指揮下で補助的な作業にあたつたり、あるいは単純な労務に従事するにすぎない者もあり、その業務内容や職種は千差万別である。のみならず、争議行為のために多かれ少なかれ公務の停廃を見るとしても、争議行為の規模や態様には幾多の段階やニユアンスの差異があるのであつて、国民全体の生活に重大な障碍をもたらすか、またはその虞れがあるような争議行為は、過去の実績に徴しても、極めて異例であるといつて差支えない。国民生活上何らエツセンシアル(これについては後にふれる。)でない公務が、ごく小範囲の職場において、しかも長からざる期間、争議行為によつて停廃を見たとしても(公務員労働関係における大半の紛争状態はまさにこれである。)、国民は多少の不便不利益を蒙るだけである。もともと、労働組合の争議行為は使用者に打撃を加えて己れの主張を貫徹しようとするものであるが、企業は社会から孤立した存在ではないから、そこにおける業務の阻害は第三者にも影響を与えないわけにはいかない。その企業が運輸とか医療とかの公益事業であると、業務の停廃による直接の被害者はむしろ一般公衆である。かくのごとく、第三者も争議行為によつて迷惑を蒙ることを免れないが、それが故に争議行為を全く禁止し、または争議行為によつて第三者の受けた損害を当該労働組合などにすべて負担せしめては憲法二八条の趣旨は全うされないことになるであろう。その意味で第三者はある程度の受忍を余儀なくされるのであり、公務員の場合でも本質的には変るところがないというべきである。多数意見の立論の基礎は、国民全体の共同生活に対する重大な障碍を与えるという点にあるのであるから、前述のごとき、国民に対し多少の不便をかけるにすぎない軽微な争議行為については、これに刑罰をもつて臨まないとするのが、論理上当然の筋合ではないかと思うのであるが、何故に多数意見は、事の軽重や、国民生活に対する影響の深浅などをすべて捨象度外視して、公務員による一切の争議行為に対し、刑罰を科することを無条件に是認しようとするのであろうか。限定解釈をしてはじめて憲法上科罰が許されると考えている私の到底同調できないところである。

四、つぎに多数意見は、「公務員の争議行為の禁止は、憲法に違反することはないのであるから、」「この禁止を侵す違法な争議行為をあおる等の行為をする者」は、原動力を与える者としての重い責任が問われて然るべきであり、「違法な争議行為の防遏」のためにその者に刑事制裁を科することには「十分の合理性がある」とする。しかしながら争議行為の禁止が違憲でないからといつて、禁止違反に対し刑罰をもつて臨むことまでも、憲法上、当然無条件に認められるということにはならない。憲法は争議権の保障を大原則として宣言しており、公務員もその大部分はかつてその保障下にあつたのである。その後にいたり、国民の福祉との権衡上、やむをえざる例外として制約されるにいたつたものであると解せられるから(多数意見もこの点は同じ見解をとるものであろう。)、禁止違反に対して科せらるべき不利益の限度なり形態なりは、憲法二八条の原点にもう一度立ち帰り、慎重の上にも慎重に策定されなければならないのである。争議行為禁止が違憲でないが故に禁止違反にはいかなる刑罰を科しても差支えない、という説をとるとすれば、これは論理的にも無理というものではあるまいか。多数意見の立論は、公務員の争議行為を禁止することこそ憲法の要請であり、至上命令だというような途方もない前提(多数意見は憲法一五条を論じて公務員の地位の特殊性を説くが、さすがにかかる議論にまでは発展していない。)でもとらないかぎり、破綻せざるをえまい。

五、さらに、多数意見は、あおり等の行為を罰することに十分の合理性があるという。しかし、いうところの合理性とは「争議行為の防遏を図るため」の合理性、すなわち、最少の労力をもつて最大の効果をえようとする経済原則としての合理性に近似したもののように見受けられる。いいかえれば、憲法二八条の原則に対する真にやむをえない例外である科罰が、いかなる合理的な根拠に基づいて容認されるか、という意味での合理性ではなく、それとは全く縁もゆかりもない刑事政策ないしは治安対策上の合理性をいうもののごとくである。わが国にはかつて、争議行為の誘惑、煽動を取り締る治安警察法一七条という規定があり、これを活用した警察が、明治、大正にわたり、あらゆる争議行為の防遏に美事に功を奏したことがある。当時と異なり争議権の保障のある今日、よもや立法者がその故智先蹤にならつたわけではあるまいが、禁止に背いた違法な争議行為に対処するにあたり、参加者全員を検挙し断罪するのは煩に堪えないばかりでなく、単なる参加者よりも社会的責任の重いいわば巨悪を罰すれば、付和随行の者どもは手を加えるにいたらずして争議行為を断念するであろうという計算があつたのかも知れない。もしそうだとすれば、争議対策としてはなるほど合理的ではあろう。しかしこの考え方は、憲法の次元を離れた、憲法的視野の外にある、便宜的、政策的なもので、もとより採ることは許されない。

六、多数意見は、あおり等の行為に出た者は、争議行為の原動力をなす者であるから、「単なる争議行為参加者にくらべて社会的責任が重く」、したがつてその責任を問われても当然だという。これを裏返していえば、単なる争議行為参加者にも、刑事責任追及の根拠となる社会的責任がないわけではない、ただ原動力を与えた者に比べると軽いだけである、とする主張が底流をなしている。多数意見も、別の個所で、違法な「争議行為に参加したにすぎない職員は刑罰を科せられることなく」と述べてはいるが、それは現行法のあり方を説明したにとどまり、憲法上そうでなければいけないのだという趣旨はどこからも窺うことができない。いまもし現行法が改正されて、単なる争議行為参加者をもことごとく処罰するということになつたと仮定した場合、多数意見の立場からは、これをどう受けとめるであろうか。恐らくは、かくのごとき改正も国会みずからが自由にきめうるところであるとし、その規定を適用することに何の躊躇をも示さないことになるのではあるまいか。

七、上述のように、単なる争議行為参加者は処罰されることがないのであるが、これは区区たる立法政策に出たものと解すべきではない。もしそれをしも処罰するとなれば、ただちに違憲の問題を生ずるであろう。いわゆる争議行為参加者不処罰の原則は憲法二八条との関連において確立されているのである。あおり等の行為の意義も、右の基本的な立場に立脚してはじめて正しく理解することができると考える。これに対し多数意見はもとより見解を異にするわけであるが、それにしても、単なる争議行為参加者を処罰するものでないことは、多数意見の容認するところである。しかし、あおり等に関する多数意見の解釈はあまりにも広く(多数意見のように、憲法二八条に立脚せず、それとの関係を無視ないし閑却するかぎり、恣意的な解釈で満足するのであれば格別、厳密な態度での合理的な限定解釈を施すことはできる筈がないのである。)もしそれによるとすれば、後に述べるように、単なる争議行為参加者も処罰の脅威を感ぜざるをえなくなるのであつて、多数意見の立論の根拠たる原動力論、すなわち違法な争議行為の原動力をなす者だけを処罰するのだという理論も実は看板だけにしかすぎないことになりおわるのである(多数意見は、わざわざカツコ書きにおいて、単なる機械的労務を提供したにすぎない者、またはこれに類する者はあおりその他の行為者には含まれないとことわつているのであるが、これは争議行為が組合員自身によつて形成され遂行されるものであるという現実を無視した空論なのである。およそ争議行為は、組合員すべてが自己の判断に基づきそれぞれが主体的な立場に立つて参加し行動するのが通例であつて、例えば、末端組合員が普通担当することになるであろうビラの配布、貼付、指令の伝達などにしても、選挙運動の際の日雇労務者などに見られる単なる機械的な労務の提供とはその質を異にする。)。国公法一一〇条一項一七号によつて罪となる行為には、以上の他に、「そそのかし」と「共謀」とがあるが、これらの行為類型のどれひとつ取りあげても、もし多数意見にならつて文字通りに解釈するとすれば、自由意思に基づいて争議行為に参加し、共闘するところのあつた組合員は、たとえ平組合員であろうとも刑事責任を追及されかねないことになる。なぜならば、平組合員と雖も、いわゆる総けつ起大会に出席し、執行部のスト提案に熱烈な声援を送つて組合員の闘志を鼓舞したとすれば「あおり」にちがいないし、スト宣言文書やアジビラを積極的に職場その他に貼つたり、撒いたりしたときは「そそのかし」に該当しないとはいいきれない。そればかりではない。組合の争議行為意思の形成に進んで参加し、また、争議手段についての討議に加わる(これは組合による闘争の場合必ず通過する過程である。)ことが、果して「共謀」でないといいうるかどうかさえ疑問になりはしないか。もしかかる設例が必ずしも想定できないわけでないとすれば(争議の実情に鑑みると決してありえないことではない。)、指導的立場において原動力たる役割を演じた組合の中枢部だけでなく、ある程度積極的ではあれ、結局は単なる争議参加者にしかすぎなかつた者を、徹底的に検挙することすら易易たる業となるのである。もし仮にそういう事態が生じたとすれば、これは原動力理論を主張する論者にとつてさえ、恐らく不本意ではあるにちがいない。多数意見も「法は公務員の労働基本権を尊重しこれに対する制約、とくに刑罰の対象とすることを最小限度にとどめようとしている」と説いているのであるから。もちろん、普通の紛争に見られる程度の事情においては、かかる不合理な結果を来たすような処理はなされないであろうが、法律による何の歯止めもなく、あげてそのことを捜査機関の良識ある裁量に俟つのみとあつては、多数意見の強調する原動力理論も宙に浮く結果となるであろう。

八、多数意見は、ILO九八号条約をひいて、それが公務員に適用されないことをあげ、また、ILO結社の自由委員会の報告中に、「大多数の国において」公務員がストライキを禁止されている旨の記述があるとして、当該個所を引用し、公務員の争議行為に対する制約は、国際的にも是認されるものだと主張する。なるほど九八号条約の第六条には、多数意見の引用にかかるような定めのあることは事実であるが、一九七一年に発足したILOの公務員合同委員会(これは日本を含む一六の政府及びそれぞれの国の労働者側からなる二者構成の公的な専門委員会である。)の第一回会議(同年三月二二日ないし四月二日開催)におけるジエンクスILO事務局長の開会演説は、「現在多くの国において、公務員の労働関係に変化が生じており、勤務条件は労使の話合いを通じて決定される傾向がある」ことを指摘しており、また、右委員会における討議の結果採決された決議第一号は「一九四九年の団結権及び団体交渉権についての原則の適用に関する条約(第九八号)が、「公務員の地位を取り扱うものではない」と規定しているにもかかわらず、すでに若干の国においては、公務員は同条約の規定の全部又は一部の恩恵を受けているということを認識し公務員は、九八号条約の定めるところに従い、労働組合活動の自由を侵害するいかなる行為に対しても適切に保護されるべきであることを考慮し」と述べているのである(なお同条約第六条の英文テキストには、アドミニストレーシヨンに従事するパブリツクサーバンツとある。これは日本訳にいう「公務員」よりもはるかに狭いものがありはしないか。現にILOの条約勧告専門委員会は、一九六七年に、公務員の概念は各国の法律制度の相違に応じてある程度異なるにしても、公権力の機関として行動しない公務員を含まないとの趣旨の報告を提出している。本件では直接この点を問題にするわけではないが、多数意見のいうところが拡張して解釈される虞れもあるので指摘しておく次第である。)。さらに、公務員のストライキを禁止している国が、果して世界の大多数を占めているかどうか、またそうだとしても、そのことの示す意味については問題があると考える。なるほど、数だけからいえば、いまだ少なからざる国が公務員のスト禁止法を存しているが、しかし、その大部分は開発途上国か、そうでなくとも農業国なのである。先進工業国としては、僅かにわが国のほか、アメリカ、オランダ、スイスをあげうるにすぎない。しかも、以前から公務員に対するしめ付けのきわめて厳しいアメリカにおいてさえ、近時いくつかの州において禁止を解く立法がつぎつぎに制定されつつあるのである。もつとも問題の核心は、実は、その点にあるわけではない。本件においてわれわれが特に関心をもたざるをえないのは、禁止違反に対する刑罰規定の有無なのである。この種の規定が、殊に先進国において、果してどれだけあるのか、多数意見は何らふれるところがない。いうところは、単に禁止立法が多くの国に存在しているとしているだけである。本件をいやしくも国際的視野に立つて検討するのであれば、刑罰を裏付けとする公務員のスト禁止立法の状況にこそ目をくばるべきであろう。

九、わが国はいまだ批准していないけれども、人も知るとおりILO一〇五号条約は、同盟罷業に参加したことに対する制裁としての強制労働を、何らの留保をも加えることなく、一般的に禁止している。もつとも、ILO五二回総会(一九六八年)に提出された専門委員会の報告は、「右条約案を審議した総会委員会において、一定の事情の下ならば違法な同盟罷業に参加したことに対して刑務所労働を含む刑罰を科することができるという合意ができたという事実を考慮することが適当」だと述べているのであるが、この見解には概ね異論がないらしい。それ故、仮に右条約を批准しても(わが国の政府が批准を躊躇しているのはその点を懸念するためでもあろうか。)、国公法一一〇条一項一七号なども右条約には抵触しないとする見解もあるようである。しかし、前示専門委員会が刑罰を容認するのは、「エツセンシヤル」すなわち「必要不可欠な役務」についてのみなのである。そして、「必要不可欠」とは、同委員会によれば、「その中断が住民の全部又は一部の存在又は福祉を危うくするような」場合をさしていることを忘れてはならない。のみならず、結社の自由委員会は、一二号事件において、アルゼンチンでの、スト禁止違反に対する刑事制裁規定につき「委員会は、公安にかんする(アルゼンチンの)法規に含まれている、ストライキにたいし、これらの規定を適用する必要性をこれまで見出せなかつた旨の(アルゼンチンの)政府陳述に留意するとともに、これらの規定を、職業上の利益を増進擁護するため、労働組合の指導者が自己の通常の任務を遂行した場合に、これに対しては適用することはできないような態度で、上記諸規定を改正することが望ましい旨、(アルゼンチン)政府の注意を喚起するよう、理事会に勧告する。」と述べている。さらに、五五号事件において(これはギリシヤに刑法上のストライキ処罰規定があることを問題にした申立事件である。)、労働者側の申立を却下はしているのであるが、その理由は、右の刑法の規定が今まで実際には適用されたことがなかつたことに「留意」したからであつて、スト禁止違反に対し刑罰を科することをたやすくは是認しないという態度を示しているのである。要するにILOの一般的傾向としては、公務員のスト禁止違反に対し刑罰特に懲役を科することには甚だ消極的なのである。飜つて、各先進国の現行法制を見ると、アメリカにおいてこそ、連邦公務員のスト禁止違反に対し一〇〇〇ドル以下の罰金又は一年と一日以下の拘禁もしくはこれを併科するという罰則があるけれども、イギリス、ドイツ及びフランスでは、警察官などについては格別、普通の公務員については、ストライキを禁止する規定がそもそもないのであるから、もとより刑罰の脅威が存在するわけではない。以上を通観するならば、世界的な潮流は、多数意見の説くところとおよそ方向を異にするものということができるであろう。多数意見は、自らが「国際的視野」に立つているというのであるが、そうであるとしても、わずかに楯の一面を見たにすぎないのではあるまいか。

第二本件の団体行動は「争議行為」ではない

一、原判決の認定するところによると、被告人らは、昭和三三年一〇月、内閣が警察官職務執行法の一部を改正する法律案を衆議院に提出したとき、これに反対するために(一)時間内職場大会を開催すべき旨の指令を全国の支部、分会に発出したほか(二)農林省庁舎前において勤務時間内二時間の職場集会を計画、同省職員に参加方を慫慂し、かくして争議行為をあおつたというのである。そうである以上、この行動は、国会に労働組合の意思を反映せしめ、立法過程において前記改正の動きを阻止しようとしたのであるから、政治的目的に出たものというべく、そして、集会実施中は、時間は長くないにしても、管理者の意思を排除し、一斉に勤務を放棄するというのであるから、世にいう政治ストにあたるわけである。しかし、政治ストというのは俗称にすぎず、純然たる政治的目的のための労働組合の統一行動は、たとえそのために業務の阻害を来たしても、労働法上の争議行為たるストライキとは異質なものなのである。例えば、診療報酬の改訂を要求するための医師会のスト(一斉休診)や、入浴料金据置反対のための浴場業者のストなどは、いかなる意味でも争議行為ではないのであるが、いわゆる政治ストも本質的にはこれらと同様であり、法律改正阻止のための、すなわち国会の審議に影響を及ぼし、かつ政府(この場合は統治機関たる政府であつて、使用者たる政府ではない。)に反省を促すための「スト」は、労働法上の争議行為ではないのである。したがつて、労働組合の行動ではあるが、争議権の行使ではなく、憲法二八条の関知せざるところというべきである。もとより、憲法二八条の保障を受けないからといつて、それだけの理由で、右の「スト」がただちに違法になるものではない。このことは、あえて憲法二一条を引合に出すまでもなく、明らかであろう。大体、労働組合には政治行動をなすについて労働組合なるが故の特別の保障がないだけであつて、一般に組合に対し政治行動が禁止されていると解すべき何らの理由もないからである。もつとも、国家公務員については、私企業の労働者の場合と異なり、政治的行為制限の規定(国公法一〇二条)があるが、それをうけて政治的行為の細かい内容を定めた人事院規則には憲法上疑義なしとしないのであつて、右の規定だけに依拠して一切の政治行動が禁圧されているとするのは相当ではない。それにまた、公務員労働組合の法律改正反対運動が議会制民主主義に反するときめつけることにも問題がある(多数意見は、公務員の勤務条件は国会の制定した法律、予算によつて定められるのであるから、勤務条件について公務員が争議行為を行なうことは議会制民主主義に反するという。医師の団体や農業団体が、立法の促進や法律改正の反対などを目的として、国会や政府に強力な圧力をかけていることは日常われわれが見聞するところである。歓迎すべき風潮ではないとしても、当事者としては生活権擁護上やむにやまれずしてとる行動であるかも知れず、また一方、これを禁止する法規があるわけではないから、いうまでもなく合法的行為なのである。労働組合としても別異ではない。労働組合は、本来、使用者との間において、労働条件の維持改善を図ることを主たる目的として結成され、発達してきたのであるが、今日の高度経済成長の時代においては、使用者との角逐に全力をそそぐ必要が次第に少なくなり、さらに広い視野に立つての物心両面における生活の向上に努力する傾向が顕著となつた。労働組合のこの機能の変化は、労働者の生活と意識の変化の反映であり、アメリカ型のビズネスユニオンにおいてさえ、単なる賃上げ組合の域にとどまることはできないのである。したがつて、労働組合が、企業の内部にのみ局せきすることなく、進んで、行政や立法に自らの意思を反映せしめようとするのはまさに時代の要請であり、まことに当然のことなのである。労働組合が国会の審議に影響力を及ぼそうとすること自体は、越軌な行動に出るものでないかぎり、国会の機能に直接、何の障碍をも与えるものではないから、非難に値するわけではあるまい。むしろ考えようによれば、国の最高機関として民衆と隔絶した高きにある国会に、民意のあるところを知らしめることは、議会制をして真の民主主義に近づかしめる方法でもあろう。)。労働組合の政治的行動を一概に否定し排撃することは、労働組合が現に営んでいる社会的役割ないし活動を無視するものというべきである。もとよりそれだからといつて、公務員労働組合の政治的行動がすべて適法だというつもりはない。この点は別個に考察されなければならない。公務員労働組合によつてなされた本件におけるような態様の政治的行動がいかなる法律的評価を受けるものであるかは、憲法一五条及び二一条と国家公務員法との比較考量によつてきめられるべきことである。しかし、国家公務員に対する政治活動の規制とは全く関係のない訴因、罰条をもつて起訴されている本件においては、これ以上、立ち入つた考察をする必要はないと考える。

二、いわゆる政治ストが労働法上の争議行為ではないというためには、労働法上、争議行為とは何かということを解明することが必要であるし、国公法九八条五項で禁止されている争議行為(五項前段は全体として争議行為を禁止しているものと解する。「政府の活動能率を低下させる怠業的行為」も、広義における争議行為の一部である。これを争議行為と別異なものであるとする説もあるけれども、条文上かくのごときまぎらわしい表現になつているのは、占領下における立法過程に通有の、占領軍が作成し日本政府に押しつけた粗雑なドラフトに屈従した結果と見るべく、要するに立法上のミスであつて、後述する判決中で私が詳述した沿革に徴するときは、上述したところ以外の合理的解釈は考えられないのである。)が、労働法上争議行為とよばれるものと同じであることを論証しなければならないのであるが、この問題については、私がかつて詳しく論じたところ(仙台全司法事件大法廷判決中の私の意見刑集二三巻五号七一五頁以下)であるので、これを引用する。結局、原判決には、法律の解釈を誤つた違法があり破棄を免れないというのが私の結論である。

第三判例変更の問題について最後に、一言付加したいことがある。多数意見は、仙台全司法事件についての当裁判所の判例は変更すべきものであるとしたのであるが、法律上の見解の当否はしばらく措き、何よりもまず、憲法判例の変更についての基本的な姿勢において、私は、多数意見に、甚だあきたらざるものあるを感ずるのである。この点に関しては、本判決に、裁判官田中二郎、同大隅健一郎、同関根小郷、同小川信雄、同坂本吉勝の剴切な意見が付せられており、その所説には私もことごとく賛成であるので、その意見に同調し、私自身の見解の表明に代えることにする。

検察官冨田正典、同山室章、同蒲原大輔公判出席

昭和四八年四月二五日最高裁判所大法廷

裁判長裁判官石田和外、大隅健一郎、村上朝一、関根小郷、藤林益三、岡原昌男、小川信雄、下田武三、岸盛一、天野武一、坂本吉勝

田中二郎、同岩田誠、同下村三郎、同色川幸太郎は、退官のため署名押印することができない。