

## 最高裁判所の砂川判決について

——安保条約第三条に基く行政協定に伴う刑事特別法  
違反事件に於ける最高裁判所判決の違憲性について——

田 煙 忍

### 一 序論（判決概要）

(一) 昭和三十四年三月三十日、東京地方裁判所の言渡した第一審判決に対し、検察官の飛躍上告の申立があり、最高裁判所（以下、最高裁と略称する）は憲法第三十九条前段後句（「何人も……既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」）に従つて、これを却下すべきにかかわらず、敢て受理し、審理の結果、昭和三十四年十一月十六日、原判決破棄の判決をした。すなわち、その主文に、「原判決を破棄する。本件を東京地方裁判所に差し戻す。」と宣明しているのである。

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

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

要するに、その判決理由は、刑事特別法二条が、憲法第三十一条違反であるから、被告を無罪とする、とした原判決の結論に触れず、単に前提論につき、アメリカ軍隊の駐留と安保条約の違憲を主張し、且つ刑事特別法二条の違憲性を主張する原判決が、憲法第九条第一項の「戦力」の解釈を誤るものであると説示し、且つ統治行為説により、安保条約の違憲なりや否やの判断は、司法審査権を越えるものだと主張して、これを否定しているのである。

(三) この判決が、政府に属する東京地方検察庁の上告理由を採用して、政治に従属する結果になつたと観測せら  
れていることは、言うまでもなく当然である。しかし判決理由には、刑事特別法二条は憲法第三十一条に違反して無  
効の法律だとする原審判決を解釈の誤りで不当だとする上告理由中の第一点については殆んど触れられていない。但  
しのちに検討するように、補足意見中には特にこのことを論じているものもある。が、判決理由そのものは、東京地  
方検察庁の誤った第九条(特に第二項)解釈と、統治行為説的政治論による解釈とを全面的に採用しているのである。  
最高裁の判決は、かくして、弁護人(海野・佐伯(静)・高橋・黒田・西田・内藤・新井・大野・小林・宮原・佐  
迫(千)・松本・加藤・松井・真野・池田・佐々木・長野・毛利各弁護人)の憲法擁護の熱烈にして正しさを含んで  
いる弁論には全く耳を貸さなかつたのである。しかし、ここでは、これらの弁論に於ける法解釈等の理論・諸説を引  
用せず、もつぱら判決理由の概要を記述しつつ、それらの判旨に対する私見を述べることにする。

## 二一 判決理由第一点と、それに対する批判

判決理由は、「先づ憲法九条二項前段の規定の意義につき判断する」。

すなわち、判旨第一点は、第九条を以て、「平和主義を具体化した規定であり、「戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止している」ものとする。そしてこの点にかんするかぎりは、それでよい。然し、その第九条解釈は、「わが憲法の平和主義は決して無防備無抵抗を定めたものではない」と言うように曲解して、武力的自衛権の保留を説くことによりてたちまちにして破綻を示し始める。そして、それは、第九条は、ただ単に非武力的自衛権のみを認めていた、という認識を欠いているところに因るものであり、従つてピントを外れて其の前文の引用がされ、そして逆用されることになるのである。

すなわち、「われら日本国民は、憲法九条二項により、同条項にいわゆる戦力は保持しないけれども、これによつて生ずるわが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによって補な」わねばならない。従つて、「必ずしも原判決のいうように、国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的安全措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に適応して適當と認められるものを選ぶことができる」、このことは憲法第九条の許容するところであると説示し、いかなる外国の軍隊の駐留等も合憲である、と主張しようとするのである。

もつとも、それは、「ふさわしい方式又は手段である限り」という限定を、判旨中に置くことを、いちおう忘れていない。けれども、この限界を直ちに無視して、九条二項の法意につき、「同条項において戦力の不保持を規定した

のは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつて、これを指揮権、管理権を行使することにより、同条一項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起すがごときことのないようにするためであると解するを相当とする」として、第九条二項は、単に侵略戦争のための自国の戦力のみを放棄したものである、と独断する。また「同条二項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として」と逃げて、自衛隊もまた戦力であることに目をふさいでいる。もちろん、第九条第二項の解釈についての、このような「逃げ」と「独断」とは、何れも誤りである。そしてその誤りは、憲法第九条第一項の規定するところに反して、侵略戦争のみを放棄している、としている謬解につながっているのである。

また判旨は、「同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自身の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである」としているのであるが、外国の軍隊ならば、すべて第九条第二項に反しない、と單純に考えているところにも解釈の誤りがある。すなわち、国連軍やスエーデン・スイス・オーストリア等永世中立国の軍隊の駐留は、憲法第九条第二項の禁止する戦力ではないとしても、仮想敵国をもち日本の戦力たる自衛隊と特別の関係に立つていてる外国軍隊の駐留（すなわち米国軍隊は、かかるものとして現に日本に駐留するものである）は、明らかにこれとは異つていて。すなわちそれは、序節と第九条第一項で放棄している戦争の惨禍を招くことになる危険が多く、日本国の戦力を自衛隊との緊密なる関係に於て構成することにならざるを得ないものであるからである。

### 三 判決理由第二点（統治行為説に拠り審査権なしとする判示）と、その批判

判決理由は次ぎに、右の如き憲法第九条及び前文の誤つた解釈と、第九十八条第一項を前提として、これにアメリカ合衆国軍隊の駐留が違反するかどうかを判断するために、右駐留が安保条約に基いている関係上、この条約の内容が前記の条章に反するかどうかの判断を前提しなければならないとなし、しかも安保条約のかくの如き内容審査は、裁判権の及ぶべきかぎりではない、と主張するのである。そのさい最高裁の依拠している理論は、いわゆる「統治行為説」であるから、統治行為説を非とする従来の態度を俄かに棄ててことになる（補足意見の中には統治行為説を非とする意見（小谷・奥野・高橋裁判官）もあるが、其の非としている所論には、のちに説明するように、別の点で誤りがある）。

判決理由に従えば、安保条約は、平和条約と同日に締結された密接不可分の関係があり、平和条約六条(a)項但書が外国軍隊の駐留を認めているところにより、米国軍隊の駐留を約束したもので、その目的は、平和条約と国連憲章の定める個別的及び集団的自衛権に基き、「我が国固有の自衛権行使する有効な手段を持たない実状に鑑み、無責任な軍国主義の危険に対処する必要上、暫定措置として米国軍隊の駐留を定める点にあるから、主権国としてのわが国存立の基礎に重大関係がある。従つて、「時の内閣は憲法の条章に基き、米国と数次に亘る交渉の末、わが国の重大政策として適式に締結し、国会で憲法適否を「慎重に審議」して、「適法妥当なものとして」国会の承認したものである。そこで、それは、「高度の政治性を有するもの」で、「その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、なじまない性質のもの

であり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである」と言うのである。

しかし右の主張は、第一に、平和条約や国連憲章に合憲性の根拠を求めるものであつて、いわゆる見当ちがいの主張であり、従つてそのような主張は成り立ち得ない、と言うべきである。第二に、安保条約は平和条約と「密接」の関係にあるけれども、決して「不可分」の関係でないことを指摘しなければならない。第三に、判旨の如く安保条約前文の謳い文句のみを並べて合憲性を云々して見ても、それは謳い文句に反する他の点をカバーし得るものではないから、全くナンセンスと言うほかはない。また安保条約は時の内閣が、憲法の条章に基き合憲的に締結したものである、と正当なる根拠なくして言つて見ても、また国会がこれを合憲のものとして定めたものであると断定して見ても、さらにまた高度の政治性あるが故に、裁判所では其の違憲審査ができないなどと言つて見ても、憲法に反した統治行為説の論理の筋を通し得るものではない。否、「純司法的機能をその使命とする司法裁判所」であればこそ、その機能と使命を果す必要上、本件にかんし、米国軍隊の駐留と刑事特別法につき、その合憲なりや違憲なりやを明らかにしなければならないのであり、その基づく安保条約の違憲審査をしなければならない義務と必要とがあるものである。もちろん、条約の違憲・合憲決定権が最高裁に存しないことは、憲法第八十一条及び第九十八条第一項の規定するところではあるが、法令審査権は、それとは別であつて、この二つのものは峻別を必要とするのである。しかるに最高裁は、この峻別をせず、条約についても、その職責上当然になすべき審査を、「司法審査権の範囲外のもの」として一擲してしまったのである。それはまさに職権放棄であつて、司法権の自殺であり、違憲行為である、と言わねばならない。第四には、「一見極めて明白に違憲無効と認められない」問題の場合こそ、「一見極めて明白違憲と認められる場合以上に、遙かにいつそう司法的判断を必要とするものであることは、むしろ明白である。すなわち最高裁は、

この明白の事理を看却している、と言うべきであろう。

最高裁は、かくして拠るべからざる統治行為説を故意に採用し、高度の政治性をもつた条約の合憲・違憲の判断は「第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対し、承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきものであると解するを相当とする」、と判示したのである。すなわち最高裁は、内閣と国会に対する司法権的政治的責任を果さず、さらにまた国民に責任を転嫁したと言う譏を免れない。そもそも国民が、国政のすべてについて政治的批判権を有することは、最高裁の責任転嫁的なお説教に俟つまでもない。またその批判権は、内閣と国会の違憲不当の国務行為に対してのみならず、最高裁のかくの如き不当違憲の判決に対しても、また当然に発動すべきものであることを知らねばならない。

#### 四 判決理由第三点と、その批判

判決理由は、前示の如く、安保条約の審査を司法権の範囲外のものとしておきながら、最後に、アメリカ駐留軍について定める安保条約と、その三条に基く行政協定の内容を合憲のものと審査し、この立場に立つて憲法を曲解しているのである。

すなわち最高裁は、アメリカ駐留軍は、判旨の第一点通りに外国軍隊であつて、我が国の戦力ではなく、安保条約の前文の趣旨に於て駐留するものであり、「その目的は、専らわが国およびわが国を含めた極東の平和と安全を維持し」（安保条約前文（序節）引用）、再び戦争の惨禍が起らないようになると存し」（憲法序節（前文）逆用）、わが国がその駐留を許容したのは、わが国の防衛力の不足を、平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼して補ないうとしたものに外ならないことが窺えるのである」（憲法序節の逆用）とする。これは、まさに、木に竹を接ぐ曲論

であるが、最高裁は、この曲論に拠つて、米国軍隊の駐留は、憲法第九条、第九十八条第二項及び前文（序節）の趣旨に合致するが故に、違憲無効ではなく、「このことは、憲法九条二項が、自衛のための戦力の保持をも許さない趣旨のものであると否とにかかわらないのである」と説示する。しかし、このように、原判決の問題として違憲性ありとした条約と、憲法とを混同又は同視してなした悪意の謬解は、まさに無理を通して、道理を押し退けようとするものと見るほかはない。

更に判決理由は、行政協定の形式的合憲性を審査して説いているが、行政協定は、「既に国会の承認を経た安全保障条約三条の委任の範囲内のものである」から、「これにつき特に国会の承認を経なかつたからといって、違憲無効であるとは認めない」とする其の論旨が、行政協定もまた、憲法第七十三条第三号所定の条約であることを看却した違憲的誤謬の解釈であることは明らかであろう。

また右の如き判決が、裁判官全員一致の意見によるもので、一人の少数意見の存しなかつたと言うことは、むしろ不可解の感がする。但し補足意見が附せられているので、これについて簡単に批判をしてをかなければならない。

## 五 違憲の既成事実を、法的安定と称して重視し、憲法を無視する補足意見

### (一) 田中耕太郎裁判官の補足意見

田中氏は、本判決を二点について補足する。

(イ) 田中氏は、先ず原判決が本来簡単な本件の問題を無理に紛糾せしめたと難じ、仮りに米軍駐留が違憲なりとしても、刑事特別法二条は有効であり、且つ駐留という既定の事実を尊重して、法的安定を保つことが立法政策上妥当であつて、米軍駐留の憲法問題を本件解決の前提問題とすべきではない、とする。つまり、事実の違法を押し進め、

これによりて、法を曲げようとすることが、却つて「法関係を局部的に処理する法技術的な原則」だとする。また、「國際慣行」論や「國際礼讓」論を持ち出しているのであるが、それは憲法を無視した小細工の論と言うほかなく、立法政策論を以て原判決の憲法論を無理矢理に押えつけようとする、すり變え的曲論の甚しきものである、と断じなければならない。

(ロ) 次ぎに、田中氏は、憲法の國際協調主義の觀点から本判決理由を補足するとして、國家の武力的自衛を「道義的義務」として強調し、すすんで自衛と他衛の相即合致を説く。すなわち「一国が侵略に對して自國を守ることは、同時に他国を守ることになり、他国の防衛に協力することは自國を守る所以でもある……自衛はすなわち「他衛」、他衛はすなわち「自衛」である。」と述べている。しかし言うまでもなく、この論法は、わが「憲法の國際協調主義」ではなく、單に條約の定めているところを説いているにすぎない。つまり憲法と條約の混同であり、又はすり變えであつて、條約に対しても批判をするべき建前の憲法論ではない。わが憲法の定める國際協調主義は、戦争と戦力とを放棄した永久平和主義の建前を基点とする、國際協調主義以外の何ものでもないからである。

しかるに田中氏は、前示指摘の如き、すり變え的曲論を以て、安保条約の定める集団安全保障（つまり軍事同盟）は、平和主義に叶うとして、「戦争の合法性は、古来一般的に承認されていることである」となし、米軍駐留を合憲なりと断じ、これを以て「字句に拘泥しない」、「すなわち立法者が当初持っていた心理的意思でなく、その合理的意思にもとづくところの目的論的解釈方法」によるものであり、「このことはとくに憲法の解釈に関して強調されなければならぬ」、と説じてゐる。まことに驚くべき憲法輕視の思想であり、司法権放棄の態度である、と言わねばならない。そこには一片の法治主義思想も認められない。

このような田中氏の無法（無憲法）主義は、更に極まって、集団安全保障（軍事同盟）をしないことは、「普遍的

な政治道徳」（憲法序節）に反し、「自國のこととのみ専念する國家利己主義であつて、眞の平和主義に忠実なものとはいえない」から、すなわち憲法に反する、と言うにいたつてゐる。かくして、田中氏は、原判決は、憲法第九条と序節の解釈を誤つたものだとするのであるが、馬を鹿だと言いくるめようとする「堅白同異の弁」とは、このような田中理論につけるべき形容詞と言うべきであり、すくなくとも憲法の平和主義に対する完全なる無理解と言わねばならないであろう。

## 六 政策論的裁量論を主軸とする補足意見

### (一) 島保裁判官の補足意見

島氏は、憲法には外国軍隊に依存する自衛についての規定がないから、その駐留は政治部門の裁量に委ねられてゐる。但し、その基準は平和主義・國際協調主義だと解し、いちおう裁量権の限界を認める。而かも、本件の問題は、この限界内に於て、政治部門が米国軍隊の駐留を約束したものであるから、政治部門が、米軍の駐留を、右基準に反するとして反対の政策論が他にあっても、右政治部門の方策を明確に不適切ないと断定すべき手掛はないとして、またこのような方策をとつた内閣が国民に支持されている以上、裁判所が政策決定の当否を審査することは憲法の期待しないところである、とする。

しかし、右の如き島氏の政策論的な見解は、政治部門の裁量の合憲・違憲を判断すべきことを、憲法が最高裁判所に期待していることを看却して、ただ内閣が国民によつて支持されていることのみをめどにして考量しているものであるから、明らかに憲法論と司法的判断を廻避し、誤つた行政追随的政治論に遁走し去つてゐることを意味するものである、と断じなければならぬ。

(II) 河村大助裁判官の補足意見

河村氏は、安保条約に対する本判決の判断を補足する。すなわち

(イ) 憲法第九条は戦争・戦力を放棄するが自衛を認める。

(ロ) しかし自衛のための方策は、政治部門の合目的的裁量によるものであり、集団安保主義又は永世中立主義の何れをとるかは憲法的に確立されていない。但し裁量権の基準は、平和主義・国際協調主義であるから、攻撃目的のための外国軍の駐留ならば、この限界に反して違憲審査の対象になる。(ハ) 米軍駐留は然し平和主義と国際協調主義に反しない。

(ニ) 安保条約の目的中、「極東における国際の平和と安全の維持に寄与」することが、戦争を惹き起すとする違憲論は、条約の内容によっては判定し得ない、これには別の説も成り立つものであり、結局は、世界情勢によつて左右されるものであるから、米国軍隊の駐留の明白なる違憲性を断定し得ない、とする。すなわち、島裁判官の補足意見と大同小異しており、従つてその誤謬点も前示の如くである。

尚お、河村氏は、安保条約と国連憲章との関係についても論じており、憲法第九十八条第一項との関係に論じ及んでいるが、それは憲章と憲法とを混同した蛇足の論と言うほかはないのである。

## 七 特に統治行為説を強調する補足意見

(四) 藤田八郎・入江俊郎裁判官の補足意見

藤田・入江両氏は、従来から、判決理由以上に強く統治行為説をとつてゐる。すなわち本件の場合に於ても、統治行為主義の立場に立つて、司法権の限度を主張するのである。すなわち抽象的な三権分立主義に依拠し、一般的に

「高度に政治性のある国家行為は、裁判所の審査権以外のものだとするのである。すなわち両氏は、「いやしくも統治行為なる観念をみとめる以上は」という一般論から、安保条約が「実質的には平和条約の一内容を為すもの」であると断じ、「国家統治の根本に触れた最も高度の政治性を具有する条約」であるとなし、従つて「政治部門の判断を容認」し、「かかる条約の違憲性のごときは裁判所の審査の圈外にありと結論」する。しかも「一見明白にその違憲性が顯著なる場合には……例外として、裁判所によつて、その不存在、若しくは違憲を宣言することができる」との説示をしている。要するに、判決理由第二点が、別の表現を用い乍ら、結局この両氏の見解をすこしく弱めて建てられたものであることが明らかであろう。

然し、このような統治行為説が、全面的に日本国憲法の定めるところに反するものであることは、もちろん既に述べたとおりである。両氏は、「統治行為なる観念を認める以上は」と言つてゐるが、それよりも憲法を認めるかぎりは、憲法の定めていない統治行為なる観念を認めることを得ない筈である。故に、両氏の如くに、また判旨の如くに、敢て統治行為を認めることは、認めることそれ自体が憲法違反である、と言うべきであろう。

なお行政協定にかんする両氏の判旨と同様の見解も、同様にこれを妥当とすることができない。

## 八 刑事特別法二条を憲法第三十一条違反でない、と強調する補足意見

### (五) 垂水克己裁判官の補足意見

垂水氏の意見は、三點より構成されている。

(イ) 氏は、第一点に於て、刑事特別法二条が、何の理由もなく駐留米軍を厚く保護するのは、憲法第三十一条に對する違反であるとした原判決について批判する。その際、刑事特別法二条に合理的理由があり、其の故にこれを違

反でないとした上告理由を引用しつつ、本判決に於て判断されるべき主要問題は「三十一条問題」であると断じ、憲法第三十一条の趣旨について二説あることを説示し、本判決が第二説の法律主義（不適正・不合理を問題としない）をとつて、原判決は憲法第三十一条の解釈を誤ったとすれば、簡単に原判決を破棄し得た筈であるに拘らず、本判決は、この趣旨を判示しない、また逆に第一説の適正（合理）手続説に拠る判示もしていない。若しも第一説的立場によるとすれば、原判決には無権限判断で刑事特別法二条の違反を断定した違憲があるので、憲法第九条第二項前段の解釈の正否を問うべきかぎりでなく、この点は上告審といえども審査し得ない筈である、と断じる。しかも、本判決は、何れの立場なりや不明だが、いづれの立場にもせよ、原判決の理由からは、刑事特別法二条が、憲法第三十一条に違反すると言えない点で、一致することを強調するのである。

もちろんしかし、垂水氏の所論は、「三十一条論」として不十分の譏を免れない。其の理由は、第一説をとれば原判決に理由ありとするほかはなく、また原判決と異なる第二説を取る場合に於ても、刑事特別法全体の憲法第三十一条に対する違憲性が、憲法第九条等との関係に由来する趣旨で不適正と言う問題が残されてくるので、刑事特別法に、憲法第三十一条に対する違憲性がないとは言えないことになつてくるからである。

なお垂水氏は、この点に附け足して、安保条約及び行政協定に対する違憲審査がないとした本判決が、「訴訟法上は差戻後の裁判所を拘束する規範となる」とダメ押しをし、また本判決で一見極めて明白な違憲であるものは云々と言つているのは違憲審査をしているものではない、と弁解をしている。しかし、この補足意見は、二つながら、何れも劣弱の所論であつて問題にならない。すなわち前者は、司法権独立の原則に反する見解であり、また後者については、入江・藤田両裁判官が丁度垂水氏と正反対の意見述べているところを見れば明白であるからである。

(ロ) 垂水意見の第二点は、裁判所が、原則として、「国内法としての一般条約を含む一般法律等の合憲・違憲を

決定する権限を有することと、例外的に統治行為を認め、その「限界を決定することも裁判所の権限であると考え」るもの、しかも裁判所は違憲審査権を有し、「ただこの場合、かような高度政治性の法律については、裁判所はこれを違憲と考えても、違憲と考えたことを理由としてこれを無効としてその適用を拒否する権限を持たない制限を受ける」と説いているのである。

垂水意見の第二点も、その第一点の意見と同様、芸の細い点に特色があるが、しかし結局それは変則的統治行為説であり、憲法の解釈を誤っているものと言わねばならない。また「国内法として的一般条約」と言うのは、条約が国際法源であつて、国内法ではないことをわきまえないと論と言うほかはない。すなわち条約は国際法であるが、条約実施のために制定された法律や法令は条約ではなく、条約を実施するために必要な国内法であつて、峻別を要するものだからである。

(ハ) 垂水意見の第三点は、刑事特別法二条を是認すべき理由について、第一に安保条約及び行政協定の「違憲性」は国際法上米国に対抗できないから、再条約の違憲・合憲に拘らず、駐留米軍の施設等の平穏を、軽犯罪法の保護していること以上に保護することは理由がない、第二に刑事特別法二条の保護する施設等は条約によるもので、国内一般の施設等と「異なる全く独特の存在であり」、「我が国の安全にも関係する」から、十分に保護されねばならない、第三に米国軍隊がわが国防衛の駐留軍であるからには、「両国の友交関係」上、また「国際礼譲」上、特に保護する必要があるとして、刑法九一条の場合も同様だとなし、従つて両条約が違憲だとしても現実に米軍の駐留を認めている以上、刑事特別法二条は憲法第三十一条違反とは言えない、とするのである。

しかし、一(国際法上対抗できないとか)、二(駐留軍の施設が特別の存在だとか)、三(両国友交上のためだとか国際礼譲だとか、と言う理由)の三点は、何れも刑事特別法二条の合憲性を弁明する理由にはすこしもなっていない

し、法理論から遙かに遠いものである、と言わねばならない。また根本的に考えて、刑事特別法は、二条のみならず、其の全体が憲法第九条と序節に違反するものであり、従つてまた憲法第三十一条の精神にも副い得ないものである、と言われ得るからである。それのみならず、また垂水意見は、本件被告の行為は、刑事特別法二条の対象たる窃盗・弾拾い等々の「正当な理由がない」立入行為ではないから、刑事特別法二条を被告に適用し得ないものである、ということを看却していることを、指摘しなければならないのである。

## 九 積極的に軍備可能を説示する補足意見

### (六) 石坂修一裁判官の補足意見

石坂氏の補足意見も、三点にわたつていて

(イ) 第一点は、自衛権と安保条約との関連にかんする判旨に満足できないとして、武力的自衛権を強調し、憲法九条が自衛権と軍備を認めるものである、と積極的に解し、防衛手段の形態・規模等は政府と国会の責任に属し、裁判所の判断になじまる領域のものであるとなし、かくの如き防衛手段なき場合、条約によつて外国軍隊の駐留を約束することは、違憲ではない、と積極的に安保条約を審査判定する。

すなわち石坂氏の第一意見は、憲法第九条の解釈を積極的に誤り、その誤謬に基いて、安保条約の外国軍隊駐留規定を違憲でないとするものであるから、判決理由中のこの点にかんする誤謬を更に強めたものである、と言わねばならない。

(ロ) 石坂意見の第二は、多数意見の違憲審査権論の不明確点を補足すると言う建前で、憲法第八十一条に「条約」の語なきを以て違憲審査権なしとするのは誤謬であり、条約に対する違憲審査権ありとして、この観点をとり、而し

て安保条約は違憲ではない、と主張するのである。

しかし、この石坂意見は憲法第八十一条の定める違憲・合憲決定権と、司法権行使のための審査権とを混同するものであり、憲法第八十一条に対する謬解である、と言うべきである。即ち憲法第八十一条によれば、最高裁は条約に対する違憲・合憲決定権（司法権）を有しないが、条約に対する審査権（司法権行使の手段としての副次的権限）は、すべての裁判所が、裁判権行使の必要上これを有しているからである。

(ハ) 石坂氏は第三に、田中意見第一点に賛成し、垂水意見第三点に賛同し、さらにこれを補足する。即ち、原判決の安保条約が違憲なりとしても直ちに効力を失わないとしている点をとらえて、然りとすれば、米国軍隊が駐留する以上、また条約が有効なるかぎり、この外国軍隊のために刑事特別法の特別の保護の存在することは違憲ではあり得ない、と説示して原判決を否定する。

しかし、このような石坂理論は、違憲の条約も憲法第九十八条（及び第八十一条）によりて有効であると言うことと、かくの如き違憲の条約のために制定された法律等が、最高裁によりて違憲なりとの決定によりて直ちに無効になると言うこと、及びこれらのものが下級裁判所によりて違憲なりとの審査を前提とする判断に於ては当該事件に適用され得ないと言うことを峻別していなかったために、従つて憲法の理解を完全に欠缺しているものである、と言わねばならない。

## 十 統治行為説を否定する立場の補足意見

### (七) 小谷裁判官の補足意見

小谷氏の補足意見は五節より成るが、順を追つて統治行為説を斥けているものである。

先ず、判決理由と同様の憲法第九条の誤謬と、外国軍隊駐留の合憲論の誤謬とに始り、しかも多数意見に反して、条約は国際法的効力について国内に於て争訟の争点となつた場合には違憲審査の対象となり、また国内法的効力の条約はすべて憲法第七十六条及び第八十一条の「法律」に当るものであるから、違憲審査の対象になるとして、「憲法改正草案要綱九三」と、「アメリカ合衆国憲法六条二項」を援用しつつ、条約と法律が憲法下のものであるとし、憲法・条約・法律の段階的法秩序説の立場から、統治行為説を斥けるのであって、すなわち其の点では多数意見を追及すること意に急である。

また、判決理由が統治行為説をとりながら違憲審査をしていくこと、及び「一見極めて明白な違憲無効」なものは例外だと言つてはいる多数意見のナンセンスぶりを痛快に反駁している。また、多数意見は、「わが新憲法が指向する力よりも法の支配による民主的平和的国家の存立理念と、右法の支配の実現を憲法より信託された裁判所の使命とに甚だしく背馳するものであ」り、「理由不備の判決といわなければならぬ」とやつづけてはいる。また「憲法を軽視するものであつてそれはやがて力（権力）を重しとし法（憲法）を軽しとする思想に通ずるものと言わなければならない」とも言つてはいる。

また、条約優位説をも否定してはいる。

しかし小谷氏の意見は、かくの如く極めて鋭く多数意見に反対しながら、しかも誤れる九条解釈と米国軍隊駐留の合憲性の主張の点とで本判決に合致し、また条約と法律とを誤つて同視し、さらによつて違権・合憲決定権と審査権とを混同してはいるものである。かくして、せつかくの統治行為説を否定した正しさを生かし得ない結果に陥つてゐるのである。

#### (八) 奥野健一・高橋潔裁判官の補足意見

奥野・高橋両氏も、前示石坂氏と同じく多数意見の統治行為説を部分的に排斥し、小谷氏と同様に相当に判決理由中の矛盾を衝いている。しかし両氏の意見では、条約は、国内法的効力を有する場合にだけ、憲法の下位に立ち、従つて憲法第八十一条の違憲審査権の対象になる、とする。すなわち条約の国際法上の効力と国内法上の効力とを区別し、後者については違憲の審査をなし得ない、前者についてはこれをなし得るとする立場にはかならない。すなわち若干の統治行為を認め、司法審査権の限界を強く否定しない考え方には、違憲審査の結果よりして、自衛権を認め、米国軍隊の駐留を定めている安保条約は、侵略目的のための軍事条約ではないから、憲法序節にも第九条にも違反しない、とするのである。

奥野・高橋両氏の意見の結論が、小谷氏の意見と同様の欠陥と誤りをおかしていることは言うまでもない。また条約の国内法的効力と国際法的効力とを区別する其の見解も、条約の効力が常に国際法としての効力であることを看却せしものである、と言わねばならない。さらにもた、其の安保条約を合憲である、とする根拠を侵略目的に置いていふ論点には、多数意見と共通する誤りがある。蓋し安保条約は、仮想敵国をかまえての米国軍隊の駐留等を定めていふところに、違憲性の存していることを明確に認むべきだからである。

## 十一 結論（最高裁判決の拘束力の限界）

以上で私は、砂川事件に対する東京地裁の原判決を破棄して差戻しを命じた最高裁の判決と、補足意見について概観し、且つ若干の批評を加えてきたのであるが、憲法に照らして考へるかぎり、判決理由及び補足意見のすべてを通じて正しい解釈と言うべきものは、ただ一つ、小谷裁判官の統治行為説反駁の意見中に見られるにすぎないことが明らかになつた。しかも、其の点では正しい小谷解釈も、憲法第九条に対する誤解と安保条約を合憲だとする其の謬審

によって、無惨にも破壊されてしまつてゐることを残念に思はずにはいられない。とともに最悪の解釈が、田中裁判長の補足意見中に見られることを最も遺憾に思わざるを得ない。

言うまでもなく、最高裁の判決主文の「破棄差戻し」の結論が、その点で強い拘束力を有することは疑いない。すなわち原審が破棄されて、差戻された裁判所で再び審理しなければならないと言う拘束があるわけである。しかし、そのような最高裁の判決に於ける憲法解釈自体が、最終の権威を有つものとは言い得ない。この一事は別の事柄であるからである。すなわち差戻された東京地裁は、本件について最高裁のなした誤った解釈にとらわれることなく、裁判官独立の原則（憲法第七十六条第三項）に従い、最高裁の解釈からも独立して、その良心に従い、憲法と合憲の法律にのみ拘束されて、その職権を行使しなければならないことは言うまでもない（田畠忍「司法権の独立」参照）。もちろん最高裁が、「破棄自判」した場合には、その事件について万事が終つてしまふ（裁判所法四条参照）。しかし其の際の解釈は、一般的批評及び下級裁に於ける他の事件の審理を拘束することはできるものではない。また前審での有罪の判決を最高裁が破棄し、これを無罪に方向づけた場合には、第三十九条前段後句により、それに全面的に従わねばならない（田畠忍編「判例憲法学」及び「憲法第三十九条前段後句の研究」参照）。故に、この間の区別をすることが最小限に必要だ、と言うことになる。

最高裁の判旨中の解釈が権威を有する場合は、言うまでもなく其の解釈が客観的に見て正しいとせられるときには限定せられねばならない。これに反して、其の解釈が客観的に見て正しいと考えられないときには権威はなく、批判が必要であり、解釈の是正されることが必要である。判決批評や裁判批判は、その故にも意義がある。すなわち、判例批評や裁判批判が契機となつて、最高裁の誤った解釈が是正されるのであり、また其の機会が与えられるべきものである。現にこれまでにも是正された場合のあることが、ある程度このことを証明する。すなわち、そこにいたるため

に、有罪への方向づけに於て差し戻された事件が全て、地裁に於て最高裁の判決から自由に審理されるべきだとの法理が成立するのである。換言すれば、最高裁の破棄差戻しによつて、かくの如く自由に審理しなければならない、と言う拘束を差し戻された地裁は受けるのである。然し、それ以上に、最高裁の誤った判決理由中の解釈が、下級裁判所を拘束することは憲法の認めないところである。それは前述の如く、「司法権独立」又は「裁判官独立」の憲法規範が厳存しているからである。すなわち最高裁の破棄差戻しの判決の拘束から、その判決理由中にある憲法解釈の拘束までを演繹することは許されないのである。一者はこれを峻別しなければならない。それ故、最高裁の解釈がきまつた以上は、絶対にこれに従わなければならぬ、とする俗説又は官僚主義的な学説や、旧憲法時代からの慣行や法律は、この自明の理を無視したものであつて、唾棄若しくは変更しなければならないものである。

かくして思うに、正しい解釈の将来に於ける勝利を目指して、例えば法理論闘争等をつづけることが、法学者・法官等に課せられた任務である、と言うべきであろう。この意味に於て、砂川事件弁護団が、「我々は国民の批判こそが安保条約の違憲性を決するカギであり、この判決の誤りが必ず正されるであろうことを確信し、国民とともに闘うこと」を声明する」と言つてゐることは、内藤弘弁護士の同趣旨の意見と同様に正しい、と思う（田畠忍「最高裁砂川

判決批判」（同志社学生新聞）一月二十日号）。

なお、差戻し後の東京地裁に於ては、一般に言われているように、最高裁の解釈に従つて、仮りに刑事特別法二条を違憲でないとして、本件の審理をしなければならないとしても、正当な「理由がない」基地立入行為（窃盗・弾丸拾い等のための立入行為）の所罰を目的とする刑事特別法二条を、本件被告の基地立入行為（正当な理由のために止むを得ざる状況に於てなした立入行為）に適用することはできない筈であり、従つてかくの如き被告の行為を有罪とすることはできるものではない、と見るべきである（田畠忍「刑特法の違憲性」（「法律時報」四月臨時号参照）。のみならず

す本来ならば、すなわち憲法第三十九条前段後句に従えば、原審判決に対してなされた検察庁の上告も、最高裁の上告受理も、さらにまた原審の無罪判決の最高裁による否定的判決も、すべてこれをなし得ざりしものであると考えるのが、合憲妥当な解釈だからである（田畠忍「憲法第三十九条前段後句の研究」及び編「判例憲法学」参照）。