

警察予備隊違憲訴訟原告の準備書面

一、憲法擁護の必要

(一) 憲法の本質、役割。

立憲国家として憲法擁護の必要なことは云うまでもない。普通、憲法の本質は、国の根本方針（基本原則、基本構造）を定めたものであるなどと説明されているが、要するに、それは一国の政治を、これを中心としてやつて行こう、時に左右に揺れることはあつても、やはり憲法の予定している枠内で政治を行い、国民生活を営んで行こうという、一種の骨格的な約束である。しかも近代国家に於ては、この約束には国民全部が参加しているから、国民の凡てはこの約束を尊重する義務を負い、この約束自身即ち憲法の定める手続によらなければ、その内容を合法的に変えることは出来ない。ここが近代国家以前の封建的専制君主制に於て、等しくこれを中心として政治を行うという一応の約束はありながらも、それを尊重しなければならぬのは被治者だけで治者の側は、必ずしもそれに縛られることなく、いわば勝手に政治を行い得たのと根本的に異なる点である。この国民全部が憲法尊重の義務を負い、憲法の厳として擁護されている事が、近代民主主義国家に於ける政治の根本前提となつていることは、見易い道理であろう。

(二) 憲法の被侵害性。

では現実的には憲法はどのような方面から侵害に対して、護られねばならないのであろうか。私人の行為は、それがいかほど重大なものであつても、憲法を侵す程度にまで至る可能性は少い。憲法を侵す可能性は立法権及び行政権が有している。両者は夫々違憲の法律又は違憲の処分を定立する事によつて、憲法を侵害する事が出来る。殊にブルジョア民主主義革命の不徹底の故に、行政権の権力の極めて強い後進国日本に於ては、違憲の行政処分のなされる可能性が甚だ多く、又多かつたのである。旧憲法下に於ては、何等の憲法保障機関がなかつたために、いかに立法権が憲法に違反する処分をしても、それを是正して憲法を護る道が全くなかつた。憲法改正の手続を経ることなく、しかも実質的にはそれと等しい結果が生じたのである。そのため国民のわずかに認められた基本的人権は奪われ、国会は軽視され、結局は戦争、そして敗戦という誠に苦い経験をなめざるを得なかつたのである。そこで我々国民にとつて必要なことは、単に抽象的に、国民全部が憲法尊重の義務を負う、ということ宣言するだけではなく、具体的に、その方法を考えることである。新憲法は理想的憲法だといわれる。しかしいかに理想的憲法であろうとも、これを護る手段がないならば、それは只画餅に等しい、それ故新憲法は自らを護るため、最高裁判所に憲法裁判所としての性格を与えたのである。しかしこの点については異論もあること故、次に一般的に憲法を護る方法として、どのような制度があるかを考察してみよう。

二、憲法擁護の方法

(一) 司法裁判所による憲法の擁護。

三権分立制度の下に於て、司法裁判所は、私権保護の為、具体的争訟に於て、法を適用することを職権とし、職務とする。従つて、一般に憲法も亦裁判所に於て強制される実質的な法であり、且つそれは法律命令等に対して、上位の法であるとされている国に於ては、司法裁判所は必ず法令が憲法に違反するか否かの所謂法令の違憲審査の問題に当面することになる。従つて司法権が、忠実にその職分を果すならば、その限りに於て、憲法は擁護される。しかし、憲法上特に立法権又は行政権の司法権に対する優位を認めて、立法権が合憲と認めて制定した法律、或は行政権が合憲と認めてなした処分について、司法権はそのままその解釈を認容して、裁判をしなければならないと規定することは可能である。この場合には本質的に違憲な法律、違憲な命令も、裁判所は有効なものとして取扱わねばならず、憲法は裁判上は単に法令の空隙を埋める役割を果すに過ぎず、結局司法権によつては、全然憲法は護られないことになる。大陸法系諸国は曾つてこのような建前をとつて居り、旧憲法下の日本もその例に洩れなかつた。これは19世紀の国民主権強調の不当な解釈による立法権優位の思想の反映であつて、司法の職分を正當に理解しないことによるものであつた。しかし、このような制度の下で現実に生ずる法令処分による憲法違反という不都合な問題に対処する為、判例法系であるアメリカ合衆国に於ては、司法権は当然最上位の法である憲法にのみ従い、これを争訟に適用すべきであるという本来的な考え方が、勢を占めるようになって来たのは当然である。これは司法権も立法権、行政権と同様憲法の下に、憲法の対等の解釈権を有し、且つこれを適用すべきであるという、三権分立制度に於ける司法権の地位及び職能の正當な理解によるものである。この制度の下に於ては、司法裁判所は法律の合憲性を審査し、違憲の法令を拒否することができ、又そうしなければならない。これによつて、始めて、憲法は立法権又は行政権の侵害から免かれることができることになる。しかし、それはあくまでも、個別的な具体的争訟という私権保護の為の過程に於て、司法権が司法作用を行うに際し、偶々法令の違憲性が問題となつた時にのみに限られる。この場合憲法は直接に憲法を護ろうとする目的及び制度によつて護られるのではない。間接に私権保護の制度のいわば副産物として、憲法保護もなされるというにすぎない。従つて、この制度によつて、憲法を護ろうと試みるならば、司法制度上の、就中訴訟法による種々の制約を受けねばならない。例えば法律の違憲性は直接争い得ないから、わざわざ無理に所謂テストケースを作らねばならぬ。又たとえ成功しても、その効果も司法権の性質上違憲判決の既判力は当該事件にのみしか及ばぬ以上、十分なものということとはできない。被告がこの制度によつて憲法保障の目的は充分に達せられるというのは、研究の不足に基づくものでないとすれば、過去に於ける行政権専制の反民主主義的思想を払拭し切れないものといわねばならない。

(二) 憲法裁判所による憲法の擁護。

前述の如く、大陸法系諸国は、司法裁判所に三権分立理論上は当然有すべき違憲法律審査権を否認する建前をとつて来たが、第一次大戦後度重なる法令による憲法違反に対し、憲法保障機関の要求が高まり、その結果、アメリカ合衆国とは異なる直接憲法の擁護を目的とする憲法裁判所制度を設ける国が現れて来た。これは名は裁判所といえ、司法裁判所とは全くその性格を異にし、司法権の作用として、個別的具体的事件について、憲法の有権的解釈を下すというのではなく、司法権以外のいわば三権分立説による立法司法行政三権以外の、第四権的作用をもつものである。この権力によつて憲法裁判所は立法権の作用としての法律も、行政権の作用としての処分も、独自の立場から実質的に内容を審査し違憲と認める場合には、その旨の決定を下すことができ、又しなければならない訳である。而して、この場合、依然として司法裁判所による違憲法令審査権は否定され、憲法裁判所のみがこの権力を独占するとされるのは普通である。このような権力は憲法を護る為には極めて合目的的であるがその行使如何によつては立法権乃至行政権の存在を否認し得ることになり、殊に憲法裁判所の構成員が、地位の保障を受けた任命制の少数の裁判官であるとき、これは民主主義の原理上、仲々重大な問題である。憲法を擁護しようとして、憲法の基本原理の一である三権分立主義を骨抜きにして終うかも知れぬというジレンマを持つことになる。ただこのような原理は、憲法の他の重要な原理である基本的人権尊重主義更には平和主義を保障する作用を持つということによつて、始めて是認せられ得、又結局は他の凡ての制度と同様その裁判官に人を得ることによつて、良き運用を担保する以外に途はない。ともあれ、憲法裁判所制度によつてのみ、司法裁判所に於けるような、種々の制約を受けることなく、十分に憲法を護ることができる。

(三) 憲法裁判所及び司法裁判所による憲法の擁護。

直接に憲法を護つて行こうという慎重な態度である。これこそが、現代世界に於て考え得られる憲法擁護の最も完全な方法である。第一のアメリカ合衆国に於けるような、司法裁判所のみによる方法の不十分なのは云うまでもないが、第二の方法をとる大陸法系諸国に於て、司法裁判所に違憲法令審査権を否定するのは既に述べたように全く歴史的沿革に基くものであり、三権分立に於ける司法権の地位及び職能の、正しい理解からは、是認し得ない制度といわねばならない。従つて、この第三の途によつてのみ、憲法は十分に護られ得る。成程この方法を明らかに採用した国は少いかも知れない。しかし憲法保障制度は極めて最近になつて発達したものであり、各国は最も実効的な制度を求めて研究途上にある。未熟な世界の現行制度中に、第一又は第二の方法のみを採用するものが多い故をもつて、第三の方法を特異であるとして、否認しようとする態度は、誠に本末顛倒といわねばならない。そうして第三の方法をとる場合に於て、憲法裁判所を独立して設けるか、又は司法裁判所の上告審としての最高裁判所に、憲法裁判所を兼ねさせるかは、単に技術的な制度手続上の便宜の問題にすぎない。

三、日本国憲法に於ける憲法擁護の方法

それでは、日本国憲法は、以上に述べた 3 つの方法のうちどの方法を採用しているものと解釈すべきであろうか、何等の憲法保障を持たなかつた旧憲法の失敗に鑑み、又旧憲法より遙かに進歩的理想的性格を持ち、それ故にこそ一層擁護されねばならない新憲法は、自らを護るに周到な方法を講じた筈である。然るに、憲法の中には憲法裁判所という語を直接発見することはできない。そこで、新しく設けられた最高裁判所の憲法上の性格の検討がなされねばならないこととなる。従来最高裁判所と所謂違憲法令審査権との関係を規定した憲法第 81 条「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」の解釈をめぐつて、違憲法令審査権は、最高裁判所がこれを独占すべきものか、又は下級裁判所にも亦この権限が与えられているのか、即ち、日本国憲法は前述の第一及び第二の方法のいずれを採っているのか、という形で幾多の論争がなされて来ている。しかし原告は第 81 条は単に最高裁判所のみ違憲法令審査権を与えて、これを司法権の上告裁判所であると同時に、憲法裁判所たらしめた規定であると解し、下級裁判所は憲法裁判所ではないという意味では所謂独占説（第二の方法）と同一の解釈に帰するが、しかし下級裁判所も司法権の本来の作用として所謂違憲法令審査権を持つものであると解釈する。従つて新憲法は、憲法擁護の方法として、最も丁寧な第三の方法を採っているものと考えるのである。詳論すれば、司法裁判所は下級裁判所と雖も個別的訴訟事件を解決する前提としては、これに適用すべき法令について、自ら合憲か違憲かの判断を下すことができる。何となれば第一に憲法の前文第 1 段後半「これは人類普遍の原理であり。この憲法は、かかる原理に基づくものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。」及び第 98 条第 1 項「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び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。」はともに憲法の最高法規性を規定し、これに反する法令の効力を否認している。第二に第 76 条第 1 項「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」は無条件に司法権を裁判所に属せしめている。第三に司法権の作用は事実に対する法の解釈適用であるが、この場合憲法こそ、裁判所によつて第一に強制されるべき法であることは、前掲前文、第 98 条第 1 項及び特に第 76 条第 3 項「すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される。」によつて明白である。従つて憲法及び法律の 2 種の法が相抵触するならば、下位の法である法律を無効とし、上位の法である憲法を適用するのは当然である。即ち司法裁判所は下級裁判所と雖も、司法権そのものの性質から所謂違憲立法審査権を持つものである。むしろ理論上は司法権の違憲立法審査権などというものは無意味である。それにも拘らずこの点が問題とされることがあるのは、政策上の理由から憲法自身が司法裁判所に対して、この種の当然の権限を否認することが可能であるからである。しかし、新憲法は全然この種の特別制限規定を持たぬのみならず、又旧憲法と異り、遙か

に権力分立理論を徹底させて憲法の下に三権は平等であるとの建前をとり特に司法権をその構成及び権限に於て著しく強化した新憲法に於ては、このような特別規定があるように解釈する余地もない。しかも新憲法は、前掲の諸規定の外、以上の当然の論理を裏付ける規定を持つている。即ち第 99 条「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」は他の公務員と共に下級裁判所の裁判官を含めた裁判官全体に対し、憲法を尊重し擁護する義務を定めている。これは直接に憲法の適用に当る公務員に対して、その職務を執行するに当つては、自ら特に憲法を遵守し、これに違反しないようにするのみならず、進んで憲法の目的を実現するよう努力し、更に他の憲法を侵す行為に対しては、これを防圧せよということを命じているものと解さねばならない。裁判官は、裁判官の職務を行うに当つて、この義務を遂行しなければならない。前掲の第 76 条第 3 項は裁判官に対して特にこの義務を強制したものである。裁判官がもし所謂違憲立法審査権を持たず、事案に法律を適用して、職務を遂行しようとするに際し、当該法律が違憲であることを知りつつ、尚この違憲の法律を適用しなければならないとするならば、裁判官はどうして憲法を擁護することができるであろうか。裁判官の憲法擁護の義務は事案に対し、憲法及び合憲の法令のみを適用し、違憲の法令を適用しないことによつてのみ遂行されるのである。かくして原告は憲法上、下級裁判所も所謂法令違憲審査権を持つているものと解釈するものであるが、それはあくまでも司法権の行使に当つて必要とされる限度に限られ、その法令の違憲性の判断も、当該事件についてのみ効力を有すべきものであり、又かかる意味に於ける違憲訴訟は、一般訴訟法の審級制度に服すべきものであると考える。最高裁判所の判例が、従来下級裁判所にも違憲法令審査権があるとしたのは、この当然の事理を明らかにしたにすぎないものと思う。然るに、憲法は特に第 81 条を設けて「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定している。既に述べたように、下級裁判所も違憲法令審査権を持つとすれば、この特別規定は、全く最高裁判所に憲法裁判所の性格を与えたものであると解する外はない。特に本条が司法権一般の規定として、第 6 章司法の冒頭に置かれず、終りに至つて新に 1 条を設け、且つその規定の中に於て、司法権一般を裁判所一般に賦与した第 76 条と異つて、最高裁判所及び下級裁判所とせず、ただ最高裁判所のみを挙示した事を考え合せる時、新憲法が憲法保障機関の正道である憲法裁判所制度を採用し、その任務を最高裁判所に託したものと考えざるを得ないのである。憲法問題は、法律問題であると同時に、より一層政治問題である。従つて憲法裁判所は、単に有能な法律専門家のみでなく、高い政治家的見識ある人を要求する。又国民の為の憲法を直接護ることを職務とし、且そのためには、第四権的な強大な権力を行使するのであるから、憲法裁判所の裁判官は、民主性が保障されていなければならない。更に憲法裁判所は法律を審査する時は、立法権に対立する訳であるから、その訴訟に必要な手続は、自ら定立する権能をもたなくてはならない。新憲法が以上のいずれの要求をも満していることは、憲法が第 81 条によつて、最高裁判所たらしめたという解釈を愈々支持するもので

ある。反対説の第一は、第 81 条は司法裁判所に、司法権の一部にして、本来否定されていた違憲法令審査権を与えたものに過ぎないと主張している。即ち憲法は憲法擁護の第一の方法を採つたものとするのである。しかしこの説は、以上の説明に照らすとき、その誤りであることは明白である。反対説の第二の如く、司法裁判所に違憲法令審査権のあることを確認した規定とするのであるならば、それはあまりにも本条文に価値を認めない説である。反対説の第三は前説と同一の解釈の下に、ただ違憲訴訟に於ては、最高裁判所が終審でなければならぬことを本条が定めたものであると解する。しかしそれでは、やはり憲法が本条を特に設けた意味は殆んどなくなってしまう。蓋し凡そ審級制度をとる以上最高裁判所が、終審となることは通例であるからである。更に、新憲法が制定された第 90 回帝国議会に於ける審議の経過を仔細に検討する時、憲法が憲法擁護の方法としてどれをとつたかは別として、ともかく本条が最高裁判所に下級裁判所とは異つた憲法裁判所的性格を賦与する為に立案制定されたものであることは明瞭である。即ち

(1) 先ず帝国憲法第 73 条によつて、第 90 回帝国議会に附議された改革草案第 77 条では、第 1 項において「最高裁判所は終審裁判所である。」と定め、第 2 項において「最高裁判所は一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する。」と定めていた。(衆議院議事速記録(以下単に速記録という)第 5 号 66 頁) 即ち最高裁判所は、凡ての争訟における終審裁判所であると共に、一切の法律、命令、規則又は処分の違憲の審査権を有する特別権限を有する憲法裁判所であることが明らかにされていたのである。

(2) 吉田国務大臣は衆議院における昭和 21 年 6 月 25 日の本会議で同条の提案の理由を「司法権については、総て司法権は最高裁判所及び法律の定むる所に依り設置する下級裁判所に属するものとし、行政裁判は之を司法権の作用に包括せしむることと致しました。特別裁判所の設置は之を認めておりませぬ。又最高裁判所をして憲法裁判所機能併有せしめ、一切の法令処分の憲法に適するや否やの裁判をなし得るものと致しております。」と説明し、(速記録同号 68 頁) 最高裁判所が憲法裁判所としての性格を有することを明らかにしたのである。

(3) 金森国務大臣は同年 2 月 7 日の同院の本会議で吉田安氏の質問に対して「国会は明らかに最高の機関であると致しまして、而もその国会の働きでありまして、若しも憲法違反の法律を定めますならば、他に厳然として之を批判するものがあり得るのだ、それは何かといえば最高裁判所が之を批判するのだ、というのが改正草案の趣旨であります。……そこで今回の憲法改正案におきましては、仮令国会が誤つたる憲法違反の法律を設けると致しましても、之は最高裁判所において批判し、その無効なることを結論し得るという制度に致しました。人権擁護を的確にしたのであります。……そこで最高裁判所は国会の行為を能く批判を致しまして、或は規定が果して憲法上許し得る程度の制限を設けているかどうかということ、ハッキリ見定める所の、実に重大な権能を有するのであります。恐らく今までの裁判所とは又違つた角度において考えなければならないのであります。」と答

えて、(速記録第 7 号 98、99 頁) 最高裁判所の憲法裁判所としての性格を明らかにしたのである。

(4) 金森国務大臣は更に同年 7 月 1 日の衆議院における帝国憲法改正委員会において、本条の提案の理由を「併しながら今回の改正案におきましては、若しも憲法違反の法律があるならば、最高裁判所はこれを明らかに判断して、裁判の適用上斯くの如き法律が起れば、それを無効なものとして処置し得るという機能を有することにしております。」と説いて(速記録第 2 回 5 頁)、最高裁判所の性格を明らかにした。このような経過によつて衆議院で現行憲法第 81 条の「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」という字句修正については、同年 8 月 21 日の委員会において、芦田委員長の小委員会の共同修正案に付ての報告及び説明によると「第 77 条ノ最高裁判所ノ権限ニ関スル規定ノ修正ハ単ナル修正デアリマシテ其ノ内容ニ於テハ変更ハナイ。」のであり(速記録 21 回 392 頁)、従つて、最高裁判所の権限に関する第 81 条の趣旨は、草案第 77 条に定められた「最高裁判所は終審裁判所である。最高裁判所は一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する。」と同一で、最高裁判所をして、憲法裁判所の機能を併せ有する、世界にその類を見ない、最も権威ある裁判所とするにあつたことは明らかである。

(5) 衆議院における修正の後吉田国務大臣が同年 8 月 26 日の貴族院の会議において、草案第 77 条の修正された第 81 条の提案の理由を、同年 6 月 25 日衆議院の会議において為したると同様の字句を用いて説明した一事によつても(貴族院議事速記録(以下単に速記録という) 23 号 227 頁)、草案第 77 条と本条の趣旨とは同一であることが窺い知られるのである。

(6) 9 月 23 日の委員会議で霜山精一氏は「今回ノ憲法草案ニ於キマスル司法規定ハ、現憲法ニ比ベマシテ、非常ニ進ンデ居ルモノデアリマシテ、私ハ結論ニ於キマシテハ、此ノ新シイ憲法ニ於テハ司法制度ニ関スル規定ニ付キマシテハ全幅ノ賛意ヲ表シテイルノデアリマス。……最高裁判所ガ憲法裁判所ニナル話ハ法律ガ憲法ニ違反シテ居ルカドウカト云ウコトヲ審査決定スル機関トナツタト云ウヨウナコトハ、非常ナ著シイ特色デアリマシテ、裁判所ノ地位ヲ向上致シマスコトガ、現行憲法ニ比ベマシテ数段ト高マツテ居ルノデアリマシテ、非常ニ喜ンデ居ル次第デアリマス。先ズソウユウ関係デアリマスカラシテ、此ノ度ハ最高裁判所ト云ウモノガ非常ナ力ヲ持ツコトニナツテ参ルノデアリマシテ、ソノ点ニ於キマシテハ現行制度ト著シキ差ヲ示シテ来ルコトニナルノデアリマス。」(速記録 20 号 5 頁) 即ちわが最高裁判所の性格を憲法裁判所であると断言して本条の制定を大いにたたえたのである。

(7) なお同日の会議で沢田仲磨氏が本条は、三権分立の思想を破壊する最も酷しいものである、と非難したのに対し、金森国務大臣は「若シモ従前ノ日本ノ裁判所ノ解釈ニ従ツテ、現行制度ヲ理解致シマスルナラバ、憲法ニ違反シタル法律ガ出来マシテモ、ソレハ国民ニ対シテ規範力ヲ持ツテ来ルコトニナリマス。ソレハ本当カラ云ツテ憲法ノ精神ニ合ハナイ

ノデアリマス。従ツテ今回ノ草案ニ於キマシテハ法律ト憲法トニツガ相背馳スルナラバ、憲法ニ準拠スルトイフ原則ヲ最高裁判所ヲ通シテハツキリサセルヨウニシナケレバナラス、ト云ウコトデアリマシテ、是ハ憲法尊重ノ結果已ムニ已マレヌ必然ノ道行キデアロウト思イマス。」と答えて（速記録 20 号 13 頁）最高裁判所をして憲法裁判所とした時の社会の要請を明らかにしたのである。以上の第 90 回帝国議会に提出された草案、提案の理由説明、これに対する質疑応答を総合すれば、一層最高裁判所の二重性格が立証されるのである。かくして原告は、新憲法は憲法擁護の方法として最善の、憲法裁判所及び司法裁判所の両者による、第三の方法をとつたものと考えざるを得ないのである。

四、憲法裁判所の特質

憲法裁判所とゆう制度は、未だ誕生してから日が浅く、世界的にも定型ができたとううことはできない現状である。日本国憲法に於ても、これに関する直接の規定は、第 81 条のみであつて、他に特別の法律又は規則も制定されていない有様である。しかし訴訟の形式をとるのであるから、基本的事項について、一般訴訟法の規定を継承すべきは当然であるが憲法擁護の必要が痛切に感ぜられ、しかも司法裁判所によつては不十分であるとされて、憲法裁判所制度が成立したものである以上、憲法裁判所は国によつて多少の差はあるとしても、共通の諸特質を具えているわけである。従つて日本に於いても、既にこの制度が認められる以上、一旦違憲問題が生じたからには、それらの諸特質に従つて、憲法裁判所に於て、判断が下され、憲法擁護の目的が達せられねばならない。現在まで重大な違憲問題が生ぜず、その必要を感じなかつたことによる手続上の不備によつて、又それを理由とする一般訴訟法の単なる準用によつて、第 81 条の趣旨を没却して、最高裁判所の憲法裁判所としての機能を阻むようなことは許さるべきではない。そこで次に憲法裁判所が憲法擁護の目的から具えねばならぬ、諸特質を日本国憲法に即して、考えてみよう。

（一） 公益性。

[15] 憲法裁判所は司法権に属するものではない。私権の保護を主目的とする司法裁判所とは目的を異にする。それは出訴者の個人的利益保護を考えず、憲法という根本的原則を護るといふ、国民全体の利益を考える。出訴者はこの目的達成の為に端緒を提供するという以上の意味はもち得ない。即ち公益に奉仕し、私益に奉仕しない。ここに憲法裁判所の、司法裁判所から区別されるべき、最も大きな特質が存し、以下の諸特質の根拠をなし、憲法裁判所の手続を特色づけている。

（二） 職権主義又は協力主義。

憲法裁判の公益性は当然に手続に於ける強い職権主義をもたらす。それは同じく公益性を帯びる人事訴訟或は刑事訴訟に於けるよりも遥かに強い。裁判所は当事者の全く主張し

ない事実及び提出しない証拠をも判断の資料とすることができ、又しなければならない。私権の保護を目的とし、両当事者の利益が対立する民事訴訟に於ては、当然に処分権主義が行われ、事実及び証拠の両面に亘つて、主張責任及び立証責任の法則が厳格に行われる。しかし憲法裁判に於ては、真の意味の当事者の利害の対立は全くない。憲法を護ることは、裁判所、原告、被告の三者共通の義務であり目的である。民事訴訟に於ては、当事者の一方は裁判の結果によつて権利を失うが、憲法裁判に於ては権利を失う者は全くない。裁判の結果がどうであろうとも、それによつて正しい憲法が確立され、憲法が擁護されることになつて、三者は利益を受けるだけである。結局三者が憲法裁判に参加するのは、憲法擁護を目的とする機関に於て、憲法擁護の手続を進めることによつて、各々に課せられている憲法擁護の義務を尽すために外ならない。三者の立場が異なるのは、ただ目的達成の手段として、裁判の形式を借りるからにすぎないのである。その意味で、三者は共同の目的のために協力すべき関係にある。従つて、憲法裁判の特質は職権主義というよりも、むしろ協力主義にまで進められたものでなければならない。即ち原告側によつては、判断の対象の詳細が明らかにされないことがあるならば、裁判所側は勿論、被告側も進んでその実体を明らかにするように努めねばならない。予備隊に関する行政処分が、判断の対象になつている場合、細目に亘る個々の行政処分については、その全部を原告側で挙示することは困難である。この場合被告側は、進んでどのような処分をしたかの一覧表を提出する義務があり、裁判所はその提出を命ずる義務があると云わねばならない。何となれば被告にとつて問題は、既に明らかになされた処分を隠ぺいすることではなく、なされた処分が違憲ではないかということではなければならない。裁判所にとつて全く第三者として申立てられた事項のみに限つて判定することではなくて、申立てられた事案の実体を見極めて、それが違憲かどうかを判定することではならぬからである。この場合特に裁判所は憲法第77条第1項「最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。」によつて与えられた規則制定権を行使して、必要な規則を定立し、この釈明義務の遂行に努めねばならない。

(三) 迅速性。

公益性は又迅速性を要求する。違憲問題は、政府又は国会その他の有力な国家機関の行為に関連して起ることが多い。それは時の政治問題と密接に関連して生じ、その解決なくしては、政治はスムーズに行われ難いという意味に於て、単なる法の解釈問題というよりもむしろ政治問題そのものである。このように時の政治問題解決の前提となる違憲問題が、憲法裁判に於て何ヶ月も何年も未解決のままでは、どうにも致し方ない。憲法裁判所は憲法の番人といわれるが、番人たるには、事件に対して即効的でなければならぬ。個人の番人が、泥棒かどうかと考へている内に、泥棒は貴重品を奪つて逃げ去つてしまい、後であれば泥棒だつたと騒いでみても始まらない。同様に、憲法の番人が、違憲か合憲かと考へあぐんでいながら、事実はどんどん進行してしまい、とり返しのつかなくなつた頃、

あれは違憲だつたと判決してみたのでは、到底憲法の番人たる資格はない。本件に於ても原告が予備隊は違憲であると提訴してから、僅か数ヶ月しかたたないのに、予備隊は飛行機、重砲、戦車を備え、幕僚として旧軍隊の大佐を採用し、急速に軍隊的色彩を強めて行っている。これらに要する費用は、昭和 27 年度も現実に国民から税金として取り立てられつつある。これらの事実を目の前にしながら、漫然と日を送つて居ては、決して憲法を護ることはできない。立法例によつては、提訴後 1 ヶ月以内に判決すべきことを定めているものすらあるのである。

(四) 管轄。

迅速性を確保する手段は色々考えられるが、先ず一審制度をとる事が第一である。現在の民事訴訟のように三審制度をとるならば、事件の確定までに数年を要することは通例であり、当然である。もし三審制度をとつた場合に、違憲事件が最上級審まで争われないで、確定することなどは考えられない所であるから、特別に憲法裁判所を設けて、迅速に憲法を護ろうとした意図は、實際上没却されてしまうことになる。更に既に述べた様に、違憲事件は重大な政治問題を含む。それ故、これに判定を下し得る、資格を持つ裁判官は、極めて少数しか存在せず、又その資格を持つ裁判官になれば、1 回限りに事件を任せることも不適當ではない。このような理由から、憲法裁判所について、一審且終審制度とし、その権限を最高裁判所のみを与えた新憲法第 81 条の規定は、極めて妥當である。

(五) 当事者。

殊に原告について問題がある。憲法裁判所は憲法擁護を目的とするものであるから、私人は時に違憲判決の結果反射的私益を受けることはあつても、積極的に私権保護の為に提訴することは許さるべきではない。従つて立法例にみる如く、国会議員の一定数又は内閣その他の重要な国家機関又は一定数の国民等に原告を制限することは公益性からみて合目的的である。ただ現在日本にこの点に関する規定がない以上一個人の出訴も認めらるべきであり、従つて本訴に於て、原告は鈴木茂三郎を表示しているが、勿論それは便宜の為に過ぎない。即ち日本社会党は先に党議をもつて本訴を提起することを決定したので、その趣旨を党の代表者である鈴木茂三郎を原告とすることによつて集中的に表現したものである。従つて原告は、実質的には日本社会党であり、又これに所属する衆参両議員 48 名及び全国 10 万余の黨員であり、更にはこれをも含めて、党外に於て再軍備に賛成反対を問わず苟も国の警察予備隊に関する行為を違憲と考え、本訴によつて迅速にこれを明確にすることを欲する国民の大部分であつて、単なる鈴木茂三郎一個人ではないのである。更に本件被告について述べればこれは国であつて、個々の行政庁ではない。諸々の行政処分が、現実的には、夫々の行政庁によつてなされることは疑を入れない所であるが、理論上は凡ての行政庁は国の機関にすぎず国のみが唯一の権利主体且行為主体と云わねばならない。内閣も、総理府も、予備隊本部乃至本部長官も、いづれも国の機関であつて、内閣の行政処

分も、予備隊本部の行政処分も、結局は国のなした行為である。この意味に於て、警察予備隊の設置及び維持に関する諸々の行政処分が、憲法に適合しないことを理由として、無効を求める本訴の被告は、これを国とすることが適当と云わねばならない。ただ行政事件訴訟特例法第 3 条には、行政庁の違法な処分の取消を求める訴は、処分した行政庁を被告とすべきことを定めているが、本訴が直ちに一般訴訟法の適用を受けるものではないことは既述の通りであり、又元来この規定は理論的には、当事者たり得ない行政庁ではあるが、問題となつた個々の具体的事件に於ては、これを当事者と認めて、訴訟上の攻撃防禦をさせた方が、裁判の迅速正確という点などからみて、より合目的的ではないかといふ便宜の見地から定められたものであつて、本訴のように広汎な行政処分に関する場合を予想しているものではないと考えられるのである。

(六) 事件。(対象)。

憲法裁判所が違憲審査の対象とするものは、凡ての国家機関のなす凡ての行為である。即ち立法権の法律、行政権の命令規則処分、司法権の裁判、その他事実行為をも含む一切の憲法を侵害するおそれのある行為である。この場合、理論上処分について直接には違憲の問題は起らないといわねばならないであろう。処分は原則として常に法律に基づくべきものであるから、違法のみが問題となり、違法の結果違憲となる場合でも、それは違法の一種として取扱われるべき性質のものであるから、又違憲にして適法の処分の場合は、根拠法律が違憲なのであるから、これを攻撃すれば事は足りる。従つてこの理論を貫けば、処分については独立して違憲性を問題とする余地はなくなり、憲法裁判所の判断を受け得なくなることになる。しかし立法司法行政の各国家機関は国家行為を分掌して或は法律を定立し、或は処分を行つていたのであつて、それらの国家行為は共に違憲であつてはならない点に於て、何等差別はない。もし処分のみ憲法裁判所の判断を受け得ぬとすれば、処分の方が法律に比べて、より直接的で重大であることが多いだけに憲法の擁護は、この点から崩れ去つて、結局不可能となるであろう。立法権に対してチェックできて、行政権司法権に対してチェックできぬとするのは、非實際的のそしりを免かれない。憲法裁判所の違憲性の審査の前には、法律と処分とは平等でなければならないのである。憲法第 81 条は右の実際上の必要に従つて処分の違憲性も直接争いうることを規定している。しかし、これらの対象たるべきものについても、現実的には、何らかの制限を設けることは、憲法擁護の目的に反するものではない。例えば、憲法裁判の対象たるには、既に法律に於てそうであるように、処分に於ても具体的個人的権利の侵害を必要としないと解すべきである。何となれば、既述のように私権保護は、憲法裁判の目的ではなく、法律又は処分の結果、具体的に特定個人の特定権利が侵害されるまで、待つていたのでは、憲法擁護の目的達成の為には、既に手遅れであることが多いからである。しかし、更に進んで、むしろ、個人的権利に関する鎖末な違憲処分に対する、その保護を求める訴は、提起できないものとするべきであろう。蓋しそれは、司法裁判所の民事訴訟手続に任せれば十分だからである。た

だ新憲法は、一切の法律処分について、憲法裁判所の判断の対象となることを規定しているから、対象の方面から、真に憲法裁判に値せぬ事件を制限することは困難であろう。要するに、憲法裁判の対象として、最も重要なのは、本件の如く、憲法の根本原理である平和主義への侵害という重大な問題をめぐって、国民の大部分が、その違憲性について、権威ある判断を望んでいるように、最も公益性の強い事件である。次に対象の特定性について述べる。裁判一般についていいうるように、勿論憲法裁判所に於ても、対象につき判断するには、その対象が他の対象から区別されるほどに、特定している必要がある。従つて憲法裁判に於ては、当然対象が違憲であるか否かの判断を下すために、必要な程度の特定性が要求されるのは当然である。このように裁判の対象の特定性を必要とする点に於て、憲法裁判所も、民事裁判所も差異はないが、しかし、その表示方法に於ては、本質的に異なるものがある。民事裁判では、ある類型的な権利（例えば売買による代金請求権）の中の、当該の個別的特殊的権利（例えば甲の乙に対する一定の代金請求権）の存否が問題となる。しかしこの類型的権利と個別的権利とは、間接的連関を持つのみであるから類型権利をかかげただけでは、対象は特定せず具体的に当事者、日時、場所等の表示がなされなければ裁判所は判断を下し得ない。然るに法律又は処分は常にある特定の目的に仕えるものであつて、それ自体が個別的特殊的である。特定の法律又は処分は、特定の目的と直接的連関を持つている。従つてこの特定の目的を表示しさえすれば、当該法律又は処分は、裁判所の判断を受けることができる程度に特定する。法律にあつては、その内容又は条文の多少に拘らず、一括してその目的を表示した固有の名称を持つのが普通である。そうでないとしても、制定の順序に従つて名称を持つている。所が処分にあつては特定の名称を持たないのが普通である。従つてこれを特定するには、一々その特定の目的の表示をする。それ故ただ一個の処分を表示するには、通常それは非常に特殊な場合である為、殆んど民事裁判に於ける個別的権利の表示と等しくなる。しかし、ある大きな目的があつて、その同一の目的の為に、多くの処分がなされた場合には、その共通の目的を表示することによつて、それらの多数の処分が特定されることは、丁度特定の法律の名称を表示すれば、その内容全部が特定するのと全く同様であつて、裁判所はそれらについて判断を下し得るのである。それは民事裁判に於ける単なる類型的権利の表示とは、全く趣旨を異にする。特に当該特定目的の存在について、当事者間に争なく、その結果的事実が、公知である場合、その過程をなす処分は、全く特定されて居り、その詳細は裁判所の職権調査事項にすぎない。本訴について云えば、原告による「昭和26年4月1日以降被告のなした警察予備隊の設置及び維持を目的とする処分」との表示は国の処分を特定するにつき必要にして十分である。

(註) 国が予備隊設置の目的を持つていること、その目的に基ずき多くの処分をなしたこと、及びその結果所謂警察予備隊が成立したこと、を表示すれば、この特定目的の為になされ、且特定の結果を生じさせた処分は、どうして他の目的による処分と区別できないであろうか。警察予備隊は二個はないのである。原告は政府の発表により又自らの経験により、予備隊の実体の一部を知り、その存在を憲法は予定していないと考え、従つてその存在を生

ぜしめた行為は、違憲であると考えが故に、本訴を提起したのであつて、架空の又は想像の問題を提出しているのではない。既に(二)に於て特に述べたように、我々三者は、この厳粛な事実をありのままに受け取つて、その違憲性について争い、協力して憲法を擁護すべき義務があるのである。予備隊設置を目的とする処分の詳細について、不明な点があるならば、裁判所は、須らくこれについて最も事情をよく知つている行為者なる国に釈明を求むべき憲法上の義務があり、国も又、直ちにその明細を公表すべき憲法上の義務がある。之を事情に比較的詳しくない問題提起の功労者である原告に尋ねるなどは、本末顛倒である。国にとつては、既に自からがなし、最もよく知つている行為を、いんべいすることは、決して憲法に忠実な所以ではなく、速かにその詳細を公表して、その上で、その合憲性を力説することこそ、憲法擁護の義務の履行となることを知らねばならない。このように考える時、本訴に於て、被告の所謂私法行為及び事実行為も処分の中に含むかとの被告の釈明は、既に枝葉末節であるといわれねばならない。これらの行為は、予備隊設置の目的の為の処分の遂行の、手段又は過程であつて、本訴に於て、処分とはこれらをも含むこと勿論である。因みに原告が本件訴訟の対象として直接、処分をとりあげ、警察予備隊令をとりあげない理由は、警察予備隊令そのものは、その成立をポツダム政令に負う点を除けば、条文自体に於ては何等の違憲性を含まないからである。政府は警察予備隊の設置は、警察予備隊令に基くものであると称するが、既にこれらの処分は、警察予備隊令の許容する範囲を超えた、違法な処分であり、且つその程度は違憲にまで達したものである。これが原告が、国の処分を対象として、本訴を提起した所以である。更に、次の問題がある。即ち、警察予備隊令が合憲性を持つ限り、これによる正当な限度の予備隊設置の処分も合憲である。従つて厳密に云えば現在の予備隊の中でも、一部分は合憲のものがある訳である。しかしそれは恰も所謂賄賂の不可分性のように、實際上分離することは不可能であり、既に予備隊が質的に変化して、軍隊に変質したとすれば、その凡ゆる部分は、軍隊であつて、合憲の予備隊というものは何等存在しないことになる。従つて原告は、予備隊設置に関する処分の一切を違憲と考えるものである。

(註) 処分の主要なものは、昭和26年4月1日以降政府のなした警察予備隊に関連する同年度予算の施行一切及び警察予備隊本部長官が行つた職員隊員などの任用とその保持。

(七) 判決の効果。

違憲判決を受けた法令又は処分は無効である。殊に法令は確定的に、また一般的に無効となつて存在しないと様になる。このように、凡ての公の機関に対して、一般的に無効となるのが、司法裁判所の違憲判決が、法令の当該事件に於ける個別的無効を来たすと根本的に異なる点であり、憲法裁判所制度の主眼とする所である。本件について違憲判決が下されたならば国は当該処分がなされなかつたと同様の状態に回復させる義務を負う。従つて、警察予備隊は解消しなければならぬことになる。この場合国が警察予備隊用の物品を購入するための、私人と結んだ売買契約などの所謂私法行為といわれる行為も、それ

が警察予備隊設置という行政目的の実現に奉仕するものである限り、無効であり、私人は違憲の疑ある処分に参加する時、既に自己の危険に於て行為したものであるから、損害を受けてもやむを得ないこととされねばならない。唯全くの善意者は保護すべきであろう。又事実行為については、同じく事実行為によつて、その結果を除去し、先の行為がなかつた以前の状態に復せしむるか、或は他の適法な用途に転用しなければならなくなる。このように本訴に於て違憲判決が下された場合にはその効力は現在の警察予備隊を構成せしめた凡ての処分に及ぶが、しかし、又それに限られ、判決の既判力は凡そ警察予備隊というものについて、絶対的に生ずるものではなく現在の警察予備隊の解消後、将来の合憲の警察予備隊令に基づく、適法な警察予備隊設置を目的とする処分に迄及ぶものでないことは当然である。

五、結論

最後に一言原告は最高裁判所判事諸賢に申述べたいと思う。現在の警察予備隊の実体が軍備であるかどうかについて、全国的に大きな議論が行はれ、既にこれが政治問題化しているのみならず、国際的にも日本がこの問題を中心として、誠に困難な立場に立たされて居ることは事実である。この時に、この問題に対して、権威ある判断をしなければならないことは、最高裁判所にとつては誠に困難な仕事であると思う。しかしまた翻つて考えるに、本訴は最高裁判所又は最高裁判所判事に対して、再軍備に反対か、賛成かの公の意見を求めるものではない。最高裁判所は冷静にして客観的な立場から、現在の警察予備隊の実体を見究め、これが軍備乃至戦力に該当するかどうかを判断すればよいのであるから考えようによつては、誠に簡単な事案の一つとすることができるであろう。又最高裁判所の判断が、仮りに今の警察予備隊が軍備であるということに結論されたとしても、それによつて日本の政策が終極的に再軍備反対に結論づけられるわけではない。それどころか、実は本当の問題はここから始まるのであり、ここが最初の問題であるべきだつたのである。即ち、再軍備に反対の者は、須らく平和憲法の擁護を主張すべく、又再軍備の賛成の者は、須らく堂々と正規の手續を経て、憲法を改正すべきことを運動すればよいのであつて、これに対する国民的審判こそが、日本再軍備の最終的の判断をなすものである。これが民主政治のあり方でなければならない。誠に本件こそは、新憲法下に於て、最高裁判所が唯一の権威ある憲法裁判所として、その存在の意義を示す絶好の機会であることを附言致したい。最高裁判所は大きく腹を据えて、真剣にこの違憲問題と取組み、き然たる態度を以て本件を処理して欲しいと思う。否、既に私は最高裁判所がかかる態度を持していることを信じている。というのは、最高裁判所は、憲法第 81 条以外何等憲法裁判に関する直接の手續規定がないのにも拘らず、本件提訴に対、職権を以つて、第 1 回口頭弁論期日を開始し更に憲法裁判の特質に合致する合理的手續を発見して訴訟を進めようとしている。原告は、最高裁判所の、憲法裁判所としての自覚に立つ、このような憲法擁護の真剣な態度に敬意

を表しつつ、共に本訴を進めて、憲法を擁護しようと思意するものである。

原告は最高裁判所が速かに鎖末の手續論議を切り上げ、早急に実体的審理に入るべきことを強く希望してこの準備書面を提出するものである。