

警察予備隊違憲訴訟の判例について

戦後司法の原点

2020年8月14日

巫召鴻

前書き

日本の裁判司法の制度は、第二代最高裁判所長官田中耕太郎の1950年から60年までの10年間にわたる在任期間に基本構造が確立し、その後、実質的な改革が行われず、今日に至っていると考えられる。現在の日本の裁判司法の問題点の認識や改善の可能性を探るためには、この制度あるいは運用体制が、原点において成立した過程を確認する作業が必要である。

警察予備隊違憲訴訟と司法の違憲審査権

日本の最高裁判所は、司法の違憲審査の行使について、極度に消極的であることは、広く認められている[1]。日本国憲法は、この憲法が国の最高法規であり、これに違背する立法行為および行政行為は無効であると定めている(98条)。さらに、81条では、最高裁判所が、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定めている。しかし、立法府や行政府の行為が憲法に違背しているときに、それらを違憲無効として排除する有効な仕組みがなければ、98条の規定は空文となり、憲法を無視する立法行為や行政行為が放置されることになり、結果的に日本国憲法が目的としている基本的人権の尊重や平和主義の実現を阻害することになる。その意味で、日本の司法の怠慢の責任は小さくないと考える。

いわゆる警察予備隊違憲訴訟は、日本の司法がこの様な状態になった事実と強い関連性を持っていると考えられるので、容易に入手できる訴訟記録などを参考にして、この訴訟と判決の内容を確認し、今日の司法の在り方に及ぼしている影響を評価したい。

警察予備隊違憲訴訟の歴史背景

1946年11月3日に日本国憲法が公布され、1947年5月3日に施行された。日本国憲法第9条では、

- ① 戦争、武力による威嚇、武力の行使を永久に放棄する(1項)
- ② 陸海空軍その他の戦力は保持しない(2項)
- ③ 国の交戦権を認めない(2項)

と定めている。

1950年6月25日に朝鮮戦争が勃発し、米極東軍司令部¹(GHQ)は、日本に駐留している米軍を朝鮮に投入するため、日本国内での占領軍の役割を肩代わりさせる武装部隊(7万

¹ GHQの訳語表現については、「朝鮮戦争と警察予備隊」(参考文献[8])にしたがった。

5千名)の設置を日本政府(吉田茂内閣)に要求した。これを受けて、1950年8月10日に警察予備隊令(ポツダム政令)が制定され、警察予備隊が設置された。警察予備隊は、朝鮮戦争に投入されたアメリカ軍に代わって、日本国内の治安維持を担当することを任務とするものという建前で設置された。しかし、GHQには日本を再軍備させる第一歩であるという認識があり、内外への反動を考慮して、警察を装わせたということである[8]。

これらの一連の措置は、日本国憲法第9条2項で否定されている戦力の保持にあたるとして、その無効を確認する訴訟が1952年に提起された。

事件番号、当事者など

この訴訟は、行政措置の違憲性を確認することを要求するもので、日本国憲法の規定から、最高裁判所に通常の司法権とは異なる違憲審査権があるという解釈に基づき、一審から最高裁判所に提訴された。事件名などの裁判の基本情報は、次の通り。

【事件番号・事件名】

昭和27年(マ)第23号

日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件(警察予備隊違憲訴訟)

【原告】

鈴木茂三郎(日本社会党委員長)

代理人 猪俣浩三 外5名

【被告】

国

代表者 法務大臣 木村篤太郎

指定代理人² 小沢文雄 外1名

代理人 岩田宙造 外2名

【請求】

1951年4月1日以降に被告のなした、警察予備隊に関する物資の購入、施設の整備などの行政行為を取り消せ

【判決】

1952年10月8日 大法廷 判決 却下

理由は最高裁判所には、司法権とは異なる違憲審査権はないので提訴が無効(不適法)だというもの。

【裁判長】

田中耕太郎

警察予備隊違憲訴訟提訴時の司法制度の事情

大日本帝国憲法下の裁判所には違憲審査権は想定されておらず、その権限は民事訴訟と

² 法務大臣が指定して、訴訟を担当させる職員などのこと

刑事訴訟に限られていた。行政訴訟も大審院下の裁判所の管轄ではなく、専門的に審理する行政裁判所があった³。明治維新後に、日本では欧米諸国の法体系のうち、大陸法諸国の法や司法⁴を参考に制度を設立したが、この時代には日本が模範にしたドイツなどの大陸諸国に、司法による違憲審査権はなかった⁵。つまり、合憲であると判断して、立法府が制定した法や行政府が実施した処分は、司法においても合憲であると承認する必要があり、憲法は単に法令の空隙を埋める役割を果たすに過ぎなかった⁶。

判例法の米国では、法を適用して司法判断をするにあたり、憲法も法に含まれ、かつ他の法よりも上位にあるというという考えにより、一般法が憲法に違反するか否かを判断する権限が司法にあるとの認識から、違憲審査制が古い時期から認められている⁷。

大陸法系諸国でも、立法権や行政権をチェックする違憲審査権が存在しない状況は、少なくとも第二次世界大戦後には修正され、1949年制定のドイツ連邦共和国基本法（ボン基本法）をはじめ、多くの国で憲法裁判所を設置して、違憲審査権を与えている。

第二次大戦後、米国が日本国憲法の制定にかかわり、法体系や司法制度の改革に関しても影響力を持ったので、アメリカ法の要素が加わったといえるが、日本と米国では法の成り立ちがかなり異なり、裁判に関する文化的な相違も大きいので、日本の法体系や司法制度が全体として英米法に準ずるものになったわけではない⁸。日本国憲法 81 条では、最高裁判所に一切の法律、命令、規則又は処分の合憲性を判断する権限があることを明文で規定しているが、その権限をどのようにして行使することができるのかについての文言はないので、解釈の余地が残っていた。このような時期に提起された警察予備隊違憲訴訟は、日本国憲法に規定された最高裁判所の違憲審査権を、どのように請求することができ、裁判所がどのように権限を行使できるのかという、現実的な問題提起の訴訟でもあった。この問題については、警察予備隊違憲訴訟の数年前の複数の大法廷判決が、言及していることを確認できる⁹。

違憲審査制に関する争点

警察予備隊は、GHQ が日本の政府に要求したことを受けて、政令により設置され、1951年度の予算を計上して、物品を購入し、施設を整備し、人員を募集して、体制を整えてい

³ 日本国憲法で否定され廃止。

⁴ 欧米諸国の法系には英米法と大陸法がある。英米法はイギリスとアメリカで有力な法系で、大陸法はドイツやフランスなどヨーロッパ大陸諸国の法系。ごく大雑把な相違点は、判例法と成文法、陪審制の有無、法曹一元かキャリア裁判官かなど。

⁵ 先進的な憲法を擁していたワイマール共和国で、ナチス政権下、明らかに憲法の理念を否定する法律が制定され、憲法が死文化したという例がある。

⁶ 原告準備書面「(一) 司法裁判所による憲法の擁護」

⁷ 1803年にマーベリー対マディソン事件の判決。一般法と憲法の規定に矛盾がある場合には、一般法を適用できないという判断。

⁸ 米国による日本の民主化は、早期に異なる政策によって上書きされた（逆コース）。特に、司法の民主化に関する制度改革は整合性を欠き、不完全だった。

⁹ 昭和 22 年（れ）188 号、昭和 23 年（れ）141 号など

た。原告は、警察予備隊が戦力にあたることを論証し、戦力の保持を禁じている日本国憲法に違反しているので、政府・行政によるこれらの処分を取り消すことを、最高裁判所が命じる判決を求めた。

ここで請求されているものは政府の処分の取消しであり、抽象的な法令等の違憲判断とはいえない。行政訴訟の性格を有し、原告訴状でも当事者能力の節で、この点を確認している。その基本的な争点は、警察予備隊設置のための処分の合法性であり、特に憲法適合性である。

ところが、原告訴状では、手続きの問題と絡めて、日本国憲法下で、どのように憲法擁護を行えるのか、違憲審査権をどのような方式で実施できるのかという問題について、最高裁判所には大陸法系諸国における憲法裁判所と同じ権限があるという見解を述べ、その見解に基づきこの訴訟を最高裁判所に第一審として提訴した。この点にからみ、第二の争点が展開されるが、判決で扱われたのはこの点だけであった。

各国の違憲審査制に関する原告の分析

原告準備書面では日本国憲法における違憲審査制を各国の制度の展開にからみ、次のように分析している。

違憲審査制のひとつに司法裁判所による憲法擁護方式（ここでは、便宜的に「司法裁判所方式」と呼ぶ）があり、米国方式とも言え、ここでは司法権に違憲の法令を拒否する権限と義務が与えられているが、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で、司法権が司法作用を行うに際し、たまたま法令の違憲性が問題となった時にのみに限られ、直接に憲法を護ろうとする目的及び制度によってではなく、間接に私権保護の制度のいわば副産物として、憲法保護がなされる。この方式では、憲法擁護を不十分にしか実現できない。

第二は憲法裁判所方式であり、大陸法系諸国で、違憲審査権を確立するために、従来の司法裁判所に加え、憲法裁判所を設置し、この裁判所に独占的に法令の違憲審査権を与えた。この制度下では、従来同様、司法裁判所には違憲審査権はなく、憲法裁判所は具体的な争訟事件と離れて、抽象的に法令などの違憲性を判断し、無効化することができる。この方式において、司法裁判所に違憲審査権がないとされるのは、合理的な理由があるからではなく、歴史的に形成された制度上の事情にすぎない。

日本国憲法に基づく違憲審査制、つまり憲法擁護の制度は、司法裁判所による憲法擁護と憲法裁判所によるその両方の制度を備えたものである。つまり、日本国憲法 81 条の規定などから、最高裁判所は、独占的に、大陸法系諸国の憲法裁判所と同様の、抽象的違憲立法審査権を有する。さらに、最高裁判所は通常の司法権の上告裁判所の役割をも果たす。通常の司法権においては、大陸法系諸国の司法裁判所とは異なり、司法権本来の作用としての違憲審査権を有する。このように、日本国憲法下の違憲審査制は、歴史的制度的に形成された二種類の違憲審査制の性格を合わせて具備している。

被告の主張と判決の論理

これに対する被告側（国）の答弁書によると、違憲審査制に関して、二つの方式、つまり司法裁判所方式と憲法裁判所方式があることの認識については、原告と同様であり、司法裁判所方式の効果に関しては、「違憲立法による国民の権利に侵害に対しては、すべて裁判所による救済を与えられる」と評価している。司法裁判所方式について、原告準備書面で指摘している、違憲審査制としての不十分な側面についての記述は見当たらず、単に司法裁判所方式によって、十分な違憲立法審査制が実現できると主張している。原告と被告の主張の決定的な対立点は、日本国憲法において、最高裁判所に大陸法系諸国の憲法裁判所の役割を与えているか否かの点で、被告はそれを否定する¹⁰。被告の解釈では、日本国憲法により、司法権には下級裁判所から司法作用としての違憲立法審査権が与えられ、最高裁判所はその最終審を担当するものであるということである。この認識に基づき、被告はこの訴訟が法令の違憲性を「抽象的な一般的行為につき違憲宣言を求める」不適法な違憲裁判訴訟であり、司法裁判所の裁判権に属さないものであるからであり、不適法として却下すべきと主張している。

判決は被告の主張同様、日本国憲法には、最高裁判所には憲法裁判所の機能は存在せず、現行の司法制度においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有することはなく、原告の請求は右に述べたような具体的な法律関係についての紛争に関するものでないため、最高裁判所だけでなく下級裁判所も裁判権を有しないと断定し、不適法として却下した。

判決の問題点

判決について、指摘されている問題点、あるいは考えられる問題点を示す。

1. 行政訴訟としての性格の無視、あるいは誤認

この訴訟は政府の処分が無効・取消しを求めた訴訟であるが、判決は「法令命令等の抽象的な無効宣言」や「将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下す」ことを求めていると非難しているが、「正鵠を射ていない」¹¹。判決が、対象とする訴訟の性格を根本的に誤認していることは問題である。

2. 違憲審査制に関する原告問題提起の無視

大日本帝国憲法下の裁判所には、違憲審査権を想定されていなかったが、日本国憲法 81 条と 98 条で、最高裁判所に違憲審査権があることが明文で規定された。旧憲法下の司法制度には、そのような性格がなかったのだから、違憲審査権をどのように行

¹⁰ ただし、否定の根拠は単に日本国憲法に「憲法裁判所」という文言が書かれていないからという程度のものでしかなく、違憲審査制のあり方の誠実な吟味を通したものとは言えない。

¹¹ 参考文献[12]、72 ページ

使できるのかは、未解決の新たに確定すべき問題である。

原告は、司法裁判所方式と憲法裁判所方式の違憲審査制を取り上げて、違憲訴訟がどのようなものであるべきかを述べている。つまり、米国式の司法裁判所方式は、私権保護の司法作用の実施の際に、たまたま法令の違憲性が問題になった時に、「付随的」に違憲審査をすることができるだけで、違憲の訴えは訴訟法の制約を受け、たとえば、具体的な争点をあえて設定しなければならない。また、判決の効果はその事件にしか及ばない¹²。このような違憲審査制は、日本国憲法 81 条の期待するものとは考えられない。

判決は、抽象的違憲審査制を否定して、付随的違憲審査制が日本の司法における違憲審査制であると断定するが、前述の原告の提案を黙殺して、説得力のある理由を示していない。抽象的違憲審査制を全面的に否定しているが、原理的に考えれば、違憲訴訟の審理から、抽象的違憲審査の性格を排除することはできず、その論法では最高裁判所の違憲審査権を根こそぎ否定することになるのではないか。行政訴訟の違憲訴訟については、のちに、この判決に矛盾する後続判例が現れ、この判決が部分的に無視されるという状態になっている。たとえば、一票の格差問題の裁判は、詳細は別に研究する必要があるが、付随的違憲審査制の枠内に収まらないものである。

そもそも判決が違憲審査方式の選択肢として、抽象的違憲審査制と付随的違憲審査制を対比している論理構造に、無理があると考えざるを得ない。原告は、憲法裁判所の権限に三権分立とは別の第四権としての違憲審査権を想定し、それに対して司法の機能における違憲審査権を対比しているのであるが、基本的にその差は違憲審査に至る経路であり、入り口がいかなるものであれ、ある法律が憲法の原則に適合しているか否かの判断は、抽象的に行わざるを得ない。判決は、具体的な争訟事件があれば、違憲判断は非抽象的に行えると仮定しているようにしか読めないが、どのような争訟事件であろうと、法律や処分¹³の憲法適合性を判断するのならば、その判断自体は争訟事件の特殊性を捨象し、憲法の原則と法令等の規定との比較秤量を抽象的に行うことになる。日本国憲法 81 条で、最高裁判所に法令等の違憲審査権があることが明記されている限り、その権限は抽象的に憲法の適合性を考察するものであることが必然の系として導かれ、抽象的違憲審査を否定することは、いかなる前提で飾ろうとも、違憲審査権そのものを否定することになる。

判決や学説が付随的違憲審査制の根拠として言及する米国における違憲訴訟の入り

¹² 米国司法のこのような定式化は、全体像を正しく把握しているとは思えない。

①米トランプ大統領は、2017年1月27日の大統領令 13769、3月18日の大統領令 13780、9月24日の大統領布告 9645 に署名し、大統領選の公約であるイスラム教国の入国制限を実施したが、1月28日から31日までの間に、これを米憲法と連邦法違反であるとする約 50 件の訴訟が起こされ、連邦裁判所は一時的にこれらの命令の効力を停止した。最終的には最高裁で大統領令が容認された。

②1994年11月に米オレゴン州で尊厳死法(Death with Dignity Act)が可決したが、反対の訴訟が提起され、12月27日に連邦裁判所判事 Michael Robert Hogan は、一時的に法の効力を停止させ、1995年8月3日に、法が合衆国憲法修正 14 条平等の保護の条項に違反していると宣言した。しかし、1997年に連邦最高裁によって、覆された。

口に関する議論については、本稿の段階ではその歴史と現状に関する考察が不十分であることを踏まえたとしても、民事訴訟の個別的な争訟が提訴の必須条件であるという仮定はなり立ちそうもない¹²。

判決の効果

日本国憲法がいう違憲審査制がどのようなものであるかについては、原告の想定を含む様々な解釈が可能であり、判決のいう具体的な私権擁護の訴訟での、付随的で間接的な作用であるという断定は、必然的に導かれるものではなく、解釈の一つでしかない。しかし、この解釈は前述の論理的破綻や違憲審査制に関する誤解を含む。

人々が日本国憲法下の違憲審査は付随的違憲審査制に限るという法規定あるいは運用の根拠を知ろうと、調査を進めていくと、もっともらしい理由は見つからず、枯れ尾花のようなこの判例に行き着くことになる。これが、議論に最終的な解答を与えた大法廷判例として、重要な未解決の論点を切り落とし、単純化・定式化されて、今日に至っている。そして、違憲訴訟の抑圧要因となり、違憲審査制が機能しない大きな原因のひとつになっていると言えるだろう。

歴史的政治的事情の分析

問題を異なる方向から見ると、このような判決が必要だった因果関係を合理的に分析することができる。朝鮮戦争勃発時の権力関係では、日本は文字通り GHQ によって統治されていて、GHQ の命令は日本国憲法を含む国内法の上位にあった。警察予備隊の創設は、朝鮮戦争の勃発を受けた命令であり、裁判所を含む日本の統治機構には、この命令を拒絶する自由はなかった。田中耕太郎最高裁長官は、このような権力関係を容認し、冷戦においてアメリカに協力し、共産主義諸国と対立することを裁判官の必須の姿勢としていた¹³。

しかし、日本国憲法の戦力放棄の条文は、明白であり、警察予備隊の憲法適合性を法的に検討するのは、負担が大きく、裁判所としては避けたかったと思われる。抽象的違憲審査制の否定による門前払いは、そのような裁判所の事情により、警察予備隊に関する憲法判断を行わないためのテクニック¹⁴であったと考えると、矛盾のない説明を得られる。しかし、これは、憲法、法律とは無縁の外部からの事情により命じられた、動かすことのできない結論を合理化するために審理を操作したものであり、正しい裁判の在り方とは言えない。このような裁判が、違憲訴訟の原点の大法廷判例として通用している状況は、日本の司法を歪ませ、正常な状態から乖離させる結果になることになる。戦後司法は、このような事情をはらみながら成立して今日に至っているものであり、その歪みが私人の具体的な

¹³ 最高裁判所の在任時に、田中耕太郎は、「裁判所時報昭和 27 年 1 月 1 日号」などで、共産圏諸国は「国際ギャング」であり、これに対抗しアメリカ等の諸国との連繋を固くする政治的信念をもつことこそ、裁判官に不可欠の条件で、そうでないものは裁判官の地位を追われると述べていた。参考文献[14]、36 ページ

¹⁴ それ自体も「荒仕事」であった。参考文献[12]、72 ページ

訴訟における司法被害とどのように関連するのかを解明することは難しいが、何らかの影響をおよぼしていることは否定できない。個別の民事・刑事裁判の不当性やそれらの司法としての問題点を批判し、あるいは検討する場合にも、戦後司法のこのような性格を正しく認識することは、必要不可欠であると考ええる。

参考文献

- [1] デイビッド・S・ロー著、西川伸一訳『日本の最高裁を解剖する—アメリカの研究者からみた日本の司法』、現代人文社、2013年6月
- [2] 市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」、立命館法学 2004年2号(294号)
- [3] 昭和27年(マ)第23号日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件(警察予備隊違憲訴訟)判決(京都産業大学法学部のサイトより)
<https://www.cc.kyoto-su.ac.jp/~suga/hanrei/91-3.html>
- [4] 同事件訴状(同上)
- [5] 同事件原告準備書面(同上)
- [6] 同事件被告答弁書(同上)
- [7] 高橋和之編『[新版]世界憲法集』、岩波文庫、2007年1月
- [8] 葛原和三「朝鮮戦争と警察予備隊—米極東軍が日本の防衛力形成に及ぼした影響について—」、防衛研究所紀要 8(3) 2006.3 p.21~37
- [9] 高木八尺他編『人権宣言集』、岩波文庫、1957年3月
- [10] 昭和22年(れ)188号窃盗事件判決(最高裁大法廷、裁判長三淵忠彦)
- [11] 昭和23年(れ)141号食糧管理法違反事件判決(最高裁大法廷、裁判長塚崎直義)
- [12] 江橋崇他「ゼミナール憲法裁判」、『法学セミナー1984年7月1日号』、日本評論社、1984年7月
- [13] 孫崎享『朝鮮戦争の正体』、祥伝社、2020年7月
- [14] 家永三郎『裁判批判』、日本評論社、1959年11月30日
- [15] 野中俊彦「抽象的違憲審査の観念」、現代法学研究会編『現代国家と憲法の原理』、有斐閣、1983年11月25日、121-146ページ