

憲法上の脱法行為

大須賀 明

一 はしがき

二 脱法行為

三 憲法上の脱法行為

Ⅰ 憲法第九条第二項の脱法行為

Ⅱ 憲法第二一条の脱法行為

Ⅲ 憲法第九六条第一項の脱法行為

四 あとがき

一 は し が き

憲法上の明文の規定に直接違反する行為もしくは法令は、違憲行為もしくは違憲な法令と呼ばれる。違憲行為もしくは違憲な法令は、憲法秩序に真正面から挑むものであって、憲法の規範性を踏みにじり、憲法を積極的に崩壊させる。戦後、占領期間においては、いわゆる超憲法的権力により違憲な法令や行政措置が強いられ、それらが超憲法性の故に完全に有効なものとして存在した。占領後もその違憲な法的状態が何ら清算されることなく引き継がれ、その

憲法上の脱法行為

一

基盤の上にさらに数多くの違憲な行為や法令が積み重ねられて、憲法を危殆に瀕せしめていることは、すでに多くの学者のたびたび指摘するところである。

これに対して、憲法上の明文の規定に直接には違反しない手段により、とどのつまりはある憲法上の規定に違背せる事項を事実上実現する行為がある。それは憲法上の脱法行為である。憲法上の脱法行為は違憲行為とは法律学上その類型を異にするが、その実際上の目的においては同一である。しかし違憲行為が憲法秩序に対して真正面から挑むのに対して、憲法上の脱法行為はその背後から挑む。違憲行為は、それがいかに国家権力の強行性に拠るものであれ、絶えず憲法秩序による抵抗を排除して行なわれなければならない。それに対し憲法上の脱法行為は、形式的に合憲な行為であるから、その表面における合憲性によって実質における違憲性が覆われ、憲法秩序に対する侵害もかかる表見的な合憲性に支えられて行なわれる。従って或る意味においては違憲行為よりもはるかに悪質であり、憲法秩序に対するより大きな脅威ではないだろうか。私は以下において脱法行為論につづき、憲法上の脱法行為を具体的に検討しようと思う。

二 脱法行為

(1) 脱法行為の構造

かつて、イエーリングは、法を支え、振興し、完成するのに力があつたのと同じ技法が、現実において同時にまたその法の諸規定を回避し、迂回し、無効にするのに役立つ、と説いた。^(二)これは、合法的な手段を用いることによって

実際には法の禁止するところと同じ結果を惹き起し、実質的には違法な作用を営む行為が法上存在することを指摘したものである。それがまさしく、法上の *Schleichweg* なる脱法行為なのである。

この脱法行為について、レーゲルスベルガーは次のように定義している。「脱法行為 (*Rechtsgeschäftlicher Schleichweg*) とは、法律の文言に矛盾することなしに、違法な実際上の結果を実現するのに奉仕する法律行為である」⁽¹⁾。これに対して津曲教授は、「広義においては法令の禁止規定を潜脱する行為をいい、狭義においては強行法規の禁止を潜脱する行為をいう。潜脱するとは、法が禁止している事項を形式的には直接に違反しない手段を用いて回避し、しかも実質的にはその禁止している事項を実現する行為である」⁽²⁾と定義して、脱法行為を広義における場合と狭義における場合とに分類している。普通私法上の用語としては、強行法規の禁止規定を潜脱する行為を脱法行為というのである⁽³⁾。任意法規は、当事者の意思によってその適用を排除し得る法規であるというその性質上、脱法行為の潜脱対象にはなり得ないのである。私法規定は強行法規と任意法規から成るものであるから、脱法行為について、とくに強行法規の禁止を潜脱する行為と規定する必要があるが、公法規定はすべての強行法規であるが故に、とくにかく區別する必要はない。しかし本稿においては、公法、私法に共通し得るものとして、強行法規の禁止を潜脱する行為なる定義をとらうと思う。

以上の定義から、脱法行為の構造はほぼ明らかであるが、これを更に詳言するならば次の二点に要約できる。第一に、脱法行為は明文の禁止規定に形式的には直接違反していないということである。例えば債務者たる恩給権者が、債権者に恩給取立を委任してその恩給を債務に充当し、完済までその委任契約を解除しない旨約束する場合、その恩

給取立の委任は実際には恩給権の担保と同じ目的を達するが故に、恩給権の担保を禁止する恩給法第十一条第一項の規定を潜脱する脱法行為であるが、委任それ自体は恩給権の担保ではないところから、恩給法第十一条第一項に直接には抵触しないのである。このように脱法行為は個別的にみれば形式的には合法的な行為である。もちろんこの第一の要素は、次にのべる第二の要素とからみあって脱法行為の本質を形成するわけではあるが、それは脱法行為を違法行為と分かつ重要な標識になるのである。

第二に、脱法行為は実質的には明文の禁止規定に違反しているということである。ヘルヴィツヒは、脱法行為は法律上は禁止されたる法律行為と決して同一ではないが、その実際上の（経済上の）目的においては、少なくとも本質上、その禁止されたる法律行為と同じである、と説いている。^(五)つまり脱法行為は、強行法規の禁止するところと同じ目的を達成しようとするものであって、その結果実現されるものはその法規の禁ずる事柄であり、それ故実質的には違法行為と同じであると言って少しも差し支えないであろう。さきあげた例でいえば、恩給の取立を委任する行為は、形式こそちがえ結局は恩給法の禁ずる恩給権の担保と同じ法効果を生ぜしめるものであるところから、実質的にはその強行法規の禁止規定に違反するものにほかならないのである。

このような脱法行為の定義に対して異説を唱えるのは松本丞治博士であつて、博士はこれらの定義は「稍形容に過ぎ、精確を欠くの憾」があるとして、次のように定義をしている。即ち「脱法行為とは法律の明文に定めたる禁止規定の類推に依りて知ることを得べき隠れたる禁止規定に違反する行為を謂う」と。^(六)これは法律の明文の禁止規定に違反する行為である違法行為と対照して、脱法行為を定義しているものであるが、「明文の禁止規定の類推に依りて知

ることを得べき隠れたる禁止規定」の内容が説明されていないところから、脱法行為の構造が少しも明らかにされておらず、その内容を明らかにするためには、博士のいわゆる「稍形容に過ぎ、精確を欠く憾」があるという、さきの定義に戻らざるを得ないという欠陥を包蔵しているため、賛成し難い。

(2) 脱法行為の法的性格

脱法行為の法的性格については次の二つの説が対立する。即ち一つは、脱法行為は違法行為ではない特別の行為であり、そのため違法行為と同一に取扱うべき旨の明文が必要であるとする説であり、もう一つは、脱法行為は法律上独立の存在を有する行為にあらずして、一種の違法行為であるとする説である。^(七) 私は以下にあげる二つの理由から後説に賛成するものである。

まず第一に、脱法行為は明文によって法が禁止するところと同一の事態を惹起する行為であつて、実質的にみれば少しも違法行為と変らないものであるということ。第二には、法律行為の中に、適法なる行為と違法なる行為の二つの範疇のほかに、第三の範疇を考えることができないことである。普通適法でも違法でもない行為として考えられることのあるものとしては、放任行為をあげることができよう。放任行為とは読書や飲食などの行為、緊急避難によつて保全される法益と同じ価値の法益を犠牲にしてなす避難行為などであるが、従来この行為は、法が行為者の意とするところにまかせてこれに関与しない行為、つまり法の関知せざるが故に、適法であるとか違法であるとかいう法的評価の対象にならない行為であると考えられていた。しかし現在では、これを妨害する行為は強要罪などが成立する違法なる行為であると考えられている。それ故放任行為は、法が行為者に放任しているのではなくて、法的保護を

たえている適法なる行為であると解するのが普通である。^(八)このように放任行為が適法行為であると解せられる以上、法律上他に適法でも違法でもない第三の範疇に属する行為は考えられない。以上第一は積極的な理由、第二は消極的な理由、この二つの理由から、脱法行為は違法行為の一種であり一変型であるにすぎないと考える。

(3) 脱法行為の効力

脱法行為は法律上は原則として無効である。前項でのべたように脱法行為は一種の違法行為である。脱法行為は一定の強行法規を潜脱する行為であるから、それはまた強行法規に違反する違法行為の一種であるといえよう。私法上強行法規に違反する行為は、それが個人の意思のいかんに拘らず強制的に適用せられる公の秩序に関する法規に違反するが故に無効である(民法第九一条)^(九)。もしも脱法行為が無効でないとすれば、「これによって潜脱せられた強行法規の趣旨が貫徹せられなくなる」^(一〇)程度は、強行法規に直接違反する行為によってその規定の趣旨の没却される程度と全く同じである。従って脱法行為は当然に無効でなければならない。もちろんこの原則は公法上の脱法行為の効力についても同様である。

註(一) Jhering, Geist des römischen Rechts, Dritter Theil, 1888, S. 262.

(二) Regelsberger, Pandekten, Erster Band, 1893, S. 519.

(三) 津田蔵之丞「脱法行為」有斐閣民法学辞典・一三二二頁。

(四) 我妻栄「脱法行為」岩波法律学辞典第三卷・一八〇四頁。

(五) Hellwig, Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, Archiv für die

civilistische Praxis Vierundsechzigster Band, 1881, S. 374-5.

- (六) 松本丞治「売渡抵当及動産抵当論」法学協會雜誌第三一卷第四号・七八〜九頁。
- (七) 暁道文芸「信託行為論」京都法学会雜誌第六卷第六号・一四七頁。松本・前掲論文・七九頁。
- (八) 末川博編「法学辭典」日本評論新社・九五八頁。
- (九) 我妻榮「民法總則」二二三〜四頁。
- (一〇) 我妻榮「脱法行為」岩波法律學辭典第三卷・一八〇四頁。

三 憲法上の脱法行為

憲法上の脱法行為とはいふまでもなく憲法上の規定を潜脱する行為である。つまりそれは、形式的には全く合憲な行為であるにも拘らず、實質的には違憲な事項を実現する行為であり、憲法上妥当なる手段によるならばある違憲な事項を実現できない場合に、憲法上の明文の規定に直接には違反しない他の手段により、結局はその違憲な事項を事實上実現する行為である。憲法上の脱法行為は、その構造、法的性格ならびに法的効力において、脱法行為一般と異なつた特殊な問題を有するものではない。ただ憲法上の脱法行為についての特殊性をあげれば、それは行為の主体に關する特殊性であろう。

周知のように近代憲法典は、その規範内容からみて人權宣言の部分と統治機構の部分とに大別される。近代憲法は前者の部分においては、主として國民の權利・自由が國家權力によつて侵害されないように保障し、後者の部分にお

いては、民主主義的な政治体制を確保するために国家権力が正当に行使されることを保障している。このことから明らかに近代憲法の主要な機能は、国民の権利・自由の保障と民主主義的な政治体制の確保のために国家権力の行為を規制することであり、かつそれにつきるものであるといつても過言ではなからう。従つて憲法上の行為主体は、実質的な権能を有する憲法上の国家機関もしくはそれに準ずるものであつてそれ以外ではあり得ない。それ故憲法上の脱法行為の主体は、憲法上の国家機関もしくはそれに準ずるものに限定される。日本国憲法上かかる機関に該当するものとしては、立法機関である国会、行政機関である内閣、司法機関である裁判所、それに地方公共団体の機関としての地方議会ならびにその長をあげることができるであらう。従つて憲法上の脱法行為は常にかかる機関の法的行為にはかならないのである。

I 憲法第九条第二項の脱法行為

—警察予備隊をめぐる—

警察予備隊は、昭和二五年七月八日のマッカーサー元帥の吉田首相あての書簡（いわゆるマッカーサー書簡）に基づき制定された、いわゆるポツダム政令としての警察予備隊令により吉田内閣によつて設置されたものである。この警察予備隊をめぐる先ず憲法上問題になったことは、警察予備隊が憲法第九条第二項においてその保持を禁じられた「戦力」に該当する違憲な存在であるか、それともまさにその名称どおりに従来の国家地方警察ならびに自治体警察の予備隊として、必要に応じて国内の治安確保にあたることを目的とする「戦力」にあらざる合憲な存在であるか、ということである。これについてはすでに多くの議論のあるところであるが、この憲法問題説明の鍵になるものは、

警察予備隊が警察力の概念を上まわる「戦力」としての軍隊であるか、それとも警察力の概念のうちに包摂される単なる警察隊であるかを明らかにすることにあり、まさにそれにつきるものといえよう。

そこで先ず、単なる警察力であるか戦力であるかという警察予備隊の性格を形式面から究明してみよう。警察予備隊設置の直接の契機をなした前掲マッカーサー書簡は、ただ「日本国内の安全と秩序を維持し、かつ不法入国と密輸入を阻止するため」に日本の警察力をさらに増強すべき新しい段階に到達したこと、「従って私は日本政府に対し、人員七万五千名からなる国家警察予備隊を設立し、現在海上保安庁の下にある人員をさらに八千名増加する権限を認める」と書いているにすぎない。このマッカーサー書簡は全文きわめて注意深く書かれており、警察予備隊の戦力としての特殊な性格を暗示するような文言は何処にも見当らない。このマッカーサー書簡から窺い知ることのできる警察予備隊の性格は、単に国内の安全と秩序の維持にあたる警察力であるにすぎない。このマッカーサー書簡を受け取った吉田政府は早速警察予備隊の性格などについて総司令部と協議しているが、その結果明らかにされたことは、「予備隊は従来の国警・自警とは全く別組織の政府直属の警察隊であること、予備隊の使命としては必要に応じ随時随所に出動し、治安確保について重点的に運用すること」^(三)であるという。この種資料の真否は別として、公式に発表されている政府のこの資料からわれわれが窺い知ることのできる警察予備隊の性格は、これまた警察力の範囲を出でざる単なる警察隊であるということにすぎない。その直後の八月十日に公布施行された警察予備隊令もマッカーサー書簡と前掲協議の結論を条文化したものであるにすぎず、ここでも警察予備隊の活動が警察の任務の範囲に限定されるべきことを厳格に規定している（同令第三条第二項）。以上要するに、形式面からとらえられる警察予備隊の性格は

単なる警察力であつて戦力ではない。

そこで次に警察予備隊の実体面をあわせて考慮しつつその性格について実質的に究明してみよう。先ず第一にその有する武器についてみれば、警察予備隊は保安隊に変わる前後には、カービン銃、ライフル銃、その他の15連発自動小銃、軽重機関銃、迫撃砲、榴弾砲、バズーカ砲（対戦車砲）などの武器を装備し、さらに戦車（特車）や飛行機などを保持している。^(三)

警察法は第六七条で、警察官はその職務の遂行のため小型武器を所持することができる^(四)と規定している。さらに警察官職務執行法は第七条において、危害を与えない武器の使用（例えば威嚇）は、公務の執行ならびにそれに対する妨害を排除するに必要な場合その必要な限りにおいて行なうことができ、危害を与える武器の使用は、正当防衛、緊急避難その他一定の職務の執行に対する抵抗を抑止するために真に必要止むをえざる場合に限られる旨規定している。

この武器の使用に関する規定を貫ぬく原則は^(四)いふまでもなく警察上の比例原則である。つまりある社会の障害を排除することが公共の福祉のために必要である場合に、かかる警察上の必要性に正しく比例する程度においてしか警察権を行使することができないという原則である。従つて鎮圧すべき対象が単に棍棒しかもつていない人の群れである場合に、これに対してカービン銃やライフル銃などを使用してこれを鎮圧の挙に出でたる場合は、明らかに警察上の比例原則に違反する警察権の乱用といふべく違法な武器の行使となるのである。

この原則は元來、直接には武器の使用の限界を画定するものであつて武器の行使の制限を意味するにすぎない。しかしこの原則は同時にまた警察の所持し得る武器の限界を画定しているのである。このことを決定する条件は、国民

の中の反警察勢力が動員して使用することができ物理的な力には現実の問題として或る一定の限界があるというところである。この限界の画定は、産業経済、軍事など多方面にわたる実証的な論証を必要とするであろう。しかし私は一応、「棍棒、ピストルを有し、相当の訓練をつむ警察力をもってして防止し得ない強力な物理力を、国民が動員しうるなどとは、とうてい考ええない」という説に賛成し、それに基準をおこうと思う。(五)従ってかかる反警察的な物理力の最大限を鎮圧するのに必要な限度を越えた武器をたとえ警察が、保持したとしても、それは警察比例の原則によって使用し得ないが故に不必要であるばかりか、同時に武器の保持は当然にその使用を予想させるものであるが故に不法である。(七)しかく警察の武器の保持も、かかる警察比例の原則によってその限界を画定されているものといわざるを得ない。

警察の武器の保持は、国内の治安維持に必要な限度内であればよいという説がある。(八)この国内の治安維持ということとは、一般に警察力を、対外防衛を主たる任務とする戦力 \parallel 軍隊と、その目的において区別する際の徴表として用いられるものである。(九)しかしこの警察の目的である国内の治安維持を、同時に警察の保持できる武器の制限基準として用いることはできない。何故ならば軍隊もまた同時に国内の治安維持にあたるものであり、その保持する重火器や戦車や飛行機も国内の治安維持には有効な役割を果たし得るからである。つまり国内の治安維持ということは、警察の性格を規定するのには有効な役割を果たし得るのであるが、単に警察だけが国内の治安を維持し得るわけではないところから、これをもって武器の制限基準にすると、警察の保持し得る武器の限界を拡大する危険性があって採用しがたい。

以上要するに警察の保持し得る武器は、少なくとも現在の段階においては警棒（もしくは棍棒）、ピストル、催涙弾に限定されるべきであると思う。そうしてこの観点からのみ、警察法が警察官の所持できる武器を規定して小型武器としていることを、正しく理解することが可能であるといえよう。^(二〇)

そこで次に、前掲の警察予備隊が装備せる武器について具体的な検討を加えてみよう。右にのべた本来警察の保持できる武器の観点よりすれば、これら警察予備隊の武器はいずれも警察力の範囲を越えたものといわなければならぬ。しかしかりに一歩ゆずってライフル銃、カービン銃は警察の武器として認めるとしても、重機関銃、迫撃砲、榴弾砲、バズーカ砲ならびに戦車、飛行機に至っては、いかなる観点からしても、軍隊の武器であるとはいいい得ても警察の武器であるとはいいい得ないのである。

第二に、組織・訓練などについてみよう。米軍の武器の貸与を受け、米軍の軍事教官によって米軍方式のもとに指導され組織された警察予備隊は、当初からは軍隊としての態勢を有していた。^(二一)その訓練は前掲の武器からも当然に推定されるような性格のもので、その内容は、「白兵戦、渡河作戦、架橋工事、敵前上陸に備えるバリケード、トーチカ等の障害物構築、敵施設探索及び爆破、道路建設」^(二二)などにわたる、いずれも戦争遂行のために必要とされるものであった。以上二点にわたって実体面からとらえられた警察予備隊の性格は、明らかに警察力の範囲を逸脱した戦力に該当するものであって、単なる警察隊ではない。

このように警察予備隊は、形式面においては国内の治安維持の任にあたる単なる警察力であって合憲な存在であり、実体面においては警察力の範囲を逸脱した戦力であって憲法第九条第二項に違反する違憲な存在である。このよ

うな形式と実体の齟齬はいかなる理由によって生じたのであろうか。

なるほど当時は占領下であり、「明確な軍事部門はアメリカ側で担当していたからである」という理由も成立つてあろう。確かにそれも一つの理由ではあったが、そのこと自体のもつ意味は形式的なものではない。実質的な理由の第一は、かりに警察予備隊が外国の侵略に対抗して日本を自衛するための戦力であるというならば、それは憲法第九条第二項に反して違憲であることが明らかになる。そのことは当時吉田政府が一貫してとっていた、自衛のための戦力保持も許されないとする憲法第九条第二項の公権解釈に反することになり、自らの矛盾を露呈してしまうことになる。そこで警察予備隊を単なる国内治安維持のための警察力であると強調することによって、その違憲性を糊塗したのであった。

理由の第二は、当時日本は占領下で占領軍権力はほぼ全能的超憲法的存在であり、数多くの違憲ないわゆるポツダム法律もしくはポツダム政令を日本政府に施行させ、さまざまの違憲な行政措置を行なわせた時代であった。従って警察予備隊の設置についてもこれを軍隊として強行する気構えさえあれば、彼らにして決して不可能ではなかったといえよう。しかしそれを強行すれば、未だ戦争の傷あとの癒えない日本国民の大きな不満をかつて、円滑な占領管理を不可能にさせたであろう。それに加えて当時は、翌年に控えた単独講和をめぐる反対論が活発な動きを示し始めた頃であり、さらにまた朝鮮戦争という非常事態下にあった。そうした事態のもとにおいては、朝鮮戦争に出動したために低減せる在日米軍の機能を補強するため、軍隊の設置がいかに必要であったとしても、そのために国論を二分してふつとうさせ国内動揺を来たさしめることは、一方において朝鮮戦争の後方基地としての役割を低下させると同

時に、他方においてはその設置さえもが危ぶまれることになる。そこでこうした虹蜂とらずの事態を回避するために、政府直属の警察隊であることを強調することによって合憲な存在とし、たとえそのために直ちに軍隊としての実質と機能を完全にはもち得ない不満足なものとなっても、将来への展望の上に立って軍隊の基礎を築くために、警察予備隊をポツダム政令により日本政府に急拠設置させたのであった。

実態においてはまぎれもなく軍隊である警察予備隊を、かりに戦力であると明言するならば憲法第九条第二項に違反することが明らかになり違憲無効のレッテルを貼られる。またもしこれを法律によって設置しようとするならば、朝鮮戦争下の非常事態に速やかに対応できないばかりでなく、国会の審議過程でその違憲な性格が論議を呼んで国民の反対をひき起し、最悪の場合には警察予備隊を設置できないだけでなく朝鮮戦争に重大な影響を及ぼす事態をひき起す危険性がある。このような事態を回避するために、事実上の軍隊に警察という名称を冠し、それを警察隊であると説明することによって形式的には合憲な存在と化し、しかも超憲法的な占領軍権力の意思を実現するための道具であったポツダム政令を利用して、憲法第九条第二項の禁止する戦力 \parallel 軍隊を現実に設置したことは、明らかに同規定を潜脱するものといわざるを得ず、その行為は憲法第九条第二項の脱法行為であるといえよう。すなわちかかる警察予備隊令を発し、それにもとづき警察予備隊を設置した政府の行為は、憲法第九条第二項の脱法行為なのである。

註(一) 世界・昭和二七年五月の「平和憲法と再武装問題」の特集号における、法学者の諸論文にみられる。

(二) 陸上幕僚監部総務課文書班隊史編纂係編「警察予備隊総隊史」・三頁。

(三) 法学協会「註解日本国憲法」上巻(2)・二二二頁。前掲「警察予備隊総隊史」・三八八〜九頁。

(四) 田上穰治「警察法」法律学全集12・一四四頁。

(五) 鈴木安蔵「憲法にいう戦力」世界・前掲号・六七頁。

(六) そのことは、昭和二七年のメーデー事件など、警察が武器を使用した戦後の数々の事件において、反警察勢力が動員した武器は棍棒や火炎ビンなどにすぎなかったことを想起してみれば、容易に納得のゆくところである。かりに今後この程度を上まわる警察事件が起きたとしても、それは武器の種類において一、二の範囲を越えるにすぎないものであろう。

(七) ここで問題になるのは、かりに国内において外国軍隊からの武器の補給によって内乱が起されるような場合に、それをも国民が動員し使用し得る物理的な力の最大限に含めて考えるべきであろうかということである。しかしこの場合には武器の補給だけであるとはいえ外国からの侵略性が顕著であるが故に、これに対する防禦は、警察の機能を越えた軍隊の役割といわなければならぬ(鈴木安蔵・前掲論文・六七頁も同旨)。従つて警察はかような場合に対処することを想定してその保持する武器の範囲を拡大することは許されないのである。

(八) 法学協会・前掲書・二二六頁。佐藤功「『戦力』の意義」憲法解釈の諸問題第一巻・八五頁も同旨。

(九) 宮沢俊義「憲法改正と再軍備」世界・前掲号・三三頁。団藤重光「警察力と戦力との『客観的』な差異」世界・前掲号・六五頁。

(一〇) 中村哲「警察の限界と戦力」世界・前掲号・七三頁は、警察は基本的人権の擁護からいつて重装備はなし得ない。従つて警察のもつ武器は、民衆を積極的に殺戮する種類のものであつてはならず、棍棒・催涙弾、消火器などの近接距離にあつて防禦する種類のものに止まるべきだとしている。

(一一) 前掲「警察予備隊総隊史」参照。

(一二) いわゆる「警察予備隊違憲訴訟」における原告側の請求原因。最高裁判所民事判例集第六卷第九号・七九〇頁。

(一三) 長谷川正安「昭和憲法史」二七二頁。もちろん長谷川教授も、占領期間中の軍国主義化が警察力に名をかりておこなわれたことについて、これだけを指摘するのではなく、同時に「警察力と戦力の境界が理論的にあいまいなことが、最大限に活用(悪用)されていた」ことを指摘している。そしてこの記述の中には、それとはつきりはいわれていないが、警察予備隊設置の脱法性の指摘がみられるのである。

II 憲法第二一条の脱法行為

——公安条例をめぐる

公安条例の違憲性については、有倉教授が次の二点に要約して指摘している。^(二)すなわち第一点は、公安条例の立法趣旨が「前者(道路交通保全)にあれば、行政機関による事前の規制も可能と解せられる余地があるが、後者(思想表現の自由や勤労者の団体行動権の規制)にあれば、行政機関の事前の規制は、それだけですでに違憲の疑いを生ずる。ただし、憲法第二一条第二項の『検閲は、これをしてはならない』との規定の適用または類推適用があるからである」とのべた後、公安条例はその沿革からも解釈からも、その立法趣旨が名称の如何にかかわらず後者であると解すべきだと断じている。第二点は、本来なら第一点だけで公安条例の違憲性の指摘は充分だが、判例がそこまで徹底していないところから、公安条例の許可制が、「特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準」のもとに設定されているか、という許可基準が問題になる。その点に関しては、新潟県公安条例を合憲とした最高裁判所判決が、許可基準自体は抽象的だが、公安条例全体としてみれば、場所又は方法が特定されていて合憲であると判断する際に根拠とした二つの事項、(1)抑制の対象とならない事項を掲げていること、ならびに(2)示威運動開始日時の一四時間前までに

許可を与えない旨の意思表示をしないときは、許可のあったものとして行動することができることについて、それらが前記基準にいう場所又は方法の特定化や許可基準の明確化に資すること少なく、合憲の判断の根拠が薄弱であることを指摘して、公安条例は、場所又は方法の不特定性に違憲性を認定しうるものが多いと結論されている。私も公安条例の違憲性の指摘については以上の二点につきると思う。

公安条例の違憲性の指摘は、もちろん本稿において一つの重要な意味をもつものではあるが、ここで問題となるのは公安条例についての憲法的評価ではない。本稿の直接の対象は、公安条例を制定した地方議会の立法行為であって、問題はかかる地方議会の立法行為の脱法性にある。つまり、本来国会で立法するのが妥当であるものを、もし国会の審議にかけられるならば、その違憲性の故に成立しない危険性の大きいところから、その危険性を回避するために、法律事項と条例事項との境界が理論的に不明確であることを利用して、地方議会においてひそかに条例形式でこれを制定し、しかもほぼ全国の都道府県や市町村においてこれを制定することによって、法律により規律するのとおよそ同じ効果をあげている、各地方議会の立法行為の脱法性が問題なのである。

国会が国の唯一の立法機関であると規定した憲法第四条の例外として、憲法は第九四条において地方議会の条例制定権をみとめている。地方自治法はこの規定をうけて、第一四条第一項ならびに第二条第二項において、かかる条例の管轄事項は、たんに公共事務や団体委任事務にかぎらず、警察、消防、交通、教育、衛生、産業の取締などの、同法改正前は国家的性質を有するが故に、国の事務として国家の手に留保されていた行政事務までもふくむことを規定している。公安条例は、その規制対象がその地方における集会や集団行進・集団示威運動であって、住民の思想表

現の自由などに対する警察上の制限禁止を内容とすることから、それは行政事務条例に該当するものであるといえよう。

行政事務は、それが国家的権力的性質を有するもので、住民の権利自由に対する制限禁止をその内容とすること、ならびに地方自治法により包括的に地方公共団体に委任せられた事務であり、実定法の明文によって禁止せられていないかぎりその処理すべき事務の範囲については広い推定をうけていること^(三)から、その内容がきわめて多岐にわたり、それが国の事務と重複する一般的、抽象的なものをも含むことは否定できない。しかし条例制定権は、地方自治の本旨にもとづき、地方分権を強化するために地方公共団体に与えられたものである。それ故憲法上の自治立法権にもとづき制定する条例は、地方公共団体が地方自治をおこなうのに必要なものでなければならず、絶えずその身に一定の地方的制約を受けざるを得ないのは、憲法上当然の事理であろう。しかしそのことは、かかる行政事務条例の内容が、常に地方的特色 (local color) をおびていなければいけないということではない。鹿児島砂糖検査条例、岡山のいぐさ製品検査条例、三重の真珠養殖条例などがかかる地方的特色をおびた行政事務条例として例示し得るが、このように行政事務条例一般が、或る地方に特有な現象についてしか規制することのできない地方立法であるといふほどに、その規制対象のせまいものでないことは、行政事務の性格からして明らかであろう。

条例はその本質上、「地方的要請にもとづく地方的立法」^(三)でなければならぬ。地方的立法とは形式的にいえば、地方議会によって制定され、その地方公共団体の区域内においてのみ効力を有する地方自主法であり、実質的にいえば、条例がその内容において地方的特殊性や地方的必然性など、いわば地方的な意味を内在せる規範であるといふこ

とである。この実質的な要素である地方的な意味は、前掲定義における地方的要請に関連しているものであり、それ故この地方的要請なる言葉の意味内容が、具体的にはどのようなものであるかが問われなければならない。

地方的要請にもとづく場合とは、ある地方に特有な現象を規制する必要がある場合から、一般的な現象であってもその地方の特殊な事情が加重して、これを事情に応じて規制する必要がある場合^(四)、全国的にはまだ法律を制定する機が熟していないけれども、その地方には条例を制定する機が熟しており、従ってその必要が存在する場合^(五)までを含むものである。つまり地方的要請とはかかる地方的必要に起因するものであり、正しくこのような地方的要請にもとづいて、それを内容化し法制化した条例が制定されれば、それがそのうちに地方的な意味を内在することはいうまでもなく明らかであろう。それ故条例にとつて必要なことは、すくなくともそれが地方的要請にもとづいて制定されたものでなければならぬ、ということである。

それでは公安条例は、このような地方的要請にもとづいて制定されているのであろうか。まず最初に制定された公安条例は、昭和二三年六月一八日の福井地震を契機として、福井市で制定された「災害治安に関する条例」ならびに福井県で制定された「震災臨時措置条例」である。^(七)これらの条例は震災という非常事態の下で、「一切の煽動的言動を取締ることを理由に、言論・出版・集会・示威・行進の権利は許可によつてのみ行使できると規定した」^(八)条例である。基本的人権に対する行政機関による事前の規制という、この条例の憲法問題はともかくとして、この条例の制定が福井地震という特殊地方的な出来事に起因しており、しかもこの種の非常事態に即応した治安維持の態勢が必要であったことは容易に想像できるところから、この種の条例を制定する地方的、時間的な必要があつたということだけ

は否定できない。

しかしその直後制定された大阪市条例を皮切りに、全国にわたり続々とつくられるに至った公安条例は、第一にその立法趣旨が道路交通などの保全にあるかのごとくに喧伝されながら、実は思想表現の自由や勤労者の団体行動権の規制にあることがその特徴である。その点はいかかるとは問わずに指摘し得るところであるが、このように住民の基本的な権利・自由の規制それ自体が直接の目的であるならば、この問題について地方的特殊性や地方的相異を考へることは本来的に不可能であり、その点でまず条例で規定しなければならぬ理由を欠くのである。^(一九)

第二に、その形式ならびに内容が、全国どの地方公共団体をとってもほぼ画一化していることである。このことは第一点の論理的な帰結としても当然に予想されることであろう。「法令と異なり、各地方公共団体の地方的特色を生かした規制をなし得る」という、地方条例の大きな利点の一つでもあると同時に、その設定の趣旨でもあった規制方法の地方的特殊性と多様性を公安条例が欠き、かつその内容が画一化しているということは、この種の問題を条例で規制する理由のないことを示しているといえよう。

第三に、公安条例の制定については、占領軍の強い要請があったことはすでに公知の事実である。全国各地の地方軍政部を通じて各地方公共団体に積極的に働きかけ、公安条例を即刻制定させていった^(二〇)ということは、それが自治体自身の自主的な要求により自主的な法としてつくられていないこと、従って公安条例が地方的要請にもとづいてつくられていないことを示しているといえよう。以上にあげた三つの理由から明らかなことは、公安条例が地方的要請にもとづいた地方的立法でないこと、従って公安条例が内容とする集会ならびに集団行進・集団示威運動の規制のごと

きは、条例でこれを規律する理由が少しも見出せないということである。

政府は昭和二七年五月、「集団示威運動等の秩序維持に関する法律案」を国会に上程した。もちろん全国の公安条例を一本化して、全国的な単一立法に切替えようとしたものに他ならない。ところが言論・出版界をはじめとする国民各界各層の反対がつよく、ついにこの法案は審議未了となり不成立に終った。このような政府の動きは、政府自身が公安条例は条例形式によることが不適当なものであり、法律によるのが妥当であると考えていることを裏書きしていると同時に、他方その結末は、基本的人権を不当に制限するかかる違憲な内容の法律の成立が、国会において如何に困難なものであるかを物語っているといえよう。さらにまた、行政事務条例の中には、同種の条例がほぼ全国的に制定されていくような事態が生じてくると、法の前の不平等を一掃しようとしてその規制対象・方法を全国同一にし、その事務が国に引きあげられて法令が制定され、それに伴わない関係条例は廃止されるか、その限りにおいて関係規定が効力を失うかするものが少なくない。^(二二)公安条例も昭和二七年当時にはすでに全国的に制定されており、その内容・形式ともにほとんど画一的であった。とすれば当時、その意味からも法律に切り替えられるべき条件が充分に揃っていたといつて差し支えないものであり、^(二三)それにも拘らずその法律が現実^(二四)に成立しなかつたことは、この種の法律の成立しない可能性がきわめて大きいものであつたことを示しているのである。

以上明らかなように、公安条例の立法趣旨である思想表現の自由や勤労者の団体行動権の規制は、それを各地方公共団体ごとに条例で規律すべき理由を欠くものであり、この種の権利規制は本来法律によって規律するのが妥当であるといえよう。しかしもしもこれを法律によって規律しようとするならば、それは国会の審議過程でその濃厚な違憲

性の故に大きな論議をよび、国民の間に激しい反対をまきおこし、先にのべた事例によっても明らかかなようにそれが成立しない可能性がきわめて大きい。そこでそうした事態を回避するために、法律事項と条例事項との境界が理論的にあいまいであることを利用して、比較的人の目を惹かない、かりに惹いたとしてもごく一部の範囲にかぎられていて、全国的な組織的な反対運動を直ちにひき起す懸念のない地方議会の条例を利用したのであった。このように憲法第二一条に違反する事項を、法律によって規律しようとするれば不成立になるかもしれないという危険性を回避するために、条例によって規律した地方議会の立法行為は、憲法第二一条の規定を潜脱する脱法行為であるといえよう。

註(一) 有倉遼吉「条例における理念と現実」公法における理念と現実・二三〜四頁。

(二) 長浜政寿「条例制定権の限界」法学論叢五八巻二号・六頁。

(三) 久世公堯「行政事務条例の実態」都市問題五十巻一号・一九頁。この論文の中では特に条例をこのように定義しているわけではない。私がここで条例を定義するのに適当な表現であると考えたために、それを引用しているにすぎない。

(四) 前掲地方的特色を有する行政事務条例の例としてあげた諸条例の場合。

(五) 売春取締条例または風紀取締条例などの場合。現在ではこれらの条例はすべて、売春防止法(昭和三十一年・法百一八)に吸収されて廃止されたが、むしろ同法で全国一律に規制するのではなく、たとえば基地の周辺など売春の盛んなところで、それぞれの状況に応じた適確な規制の方法をとれるように、条例によって規制することにしておいた方がよいと思う。

(六) 公衆浴場法(昭和二十三年・法一三九)の制定により廃止された浴場営業取締条例、食品衛生法(昭和二十二年・法三二)の制定により廃止された牛乳営業取締条例などの場合。

(七) この条例については、久世公堯氏は公安条例とせず、単に治安の維持に関する行政事務条例と分類しており(久世・前

掲論文・二三頁)、星野安三郎教授はこれを公安条例としている(星野「公安条例の運用の実態・その変遷」ジュリスト二〇八号・六九頁)。震災という非常事態の下にあり、それに即応するという特殊な条件を有するものではあるが、内容的には同一類型に属するものと考えられるので、私は星野説をとる。

(八) 星野・前掲論文・六九頁。

(九) 有倉・前掲書・二三頁。

(一〇) 久世公堯「行政事務条例制定の推移と今後の問題点」法律時報資料版十一号・八頁。

(一一) 長谷川正安「昭和憲法史」・二八四頁。星野・前掲論文・六九七〇頁。

(一二) 狂犬病予防法(昭和二年・法二四七)の制定により廃止された畜犬取締条例または狂犬病予防条例、食品衛生法施行令の一部を改正する政令(昭和三年・政令七六号)により廃止された納豆・豆腐製造業条例などの場合。その他註(六)にあげた条例の場合もこの適例である。

(一三) 久世・前掲論文・八頁。

III 憲法第九六条第一項の脱法行為

——日米安全保障条約をめぐる——

いわゆる「砂川事件」の最高裁判所判決(昭和三四年十二月十六日)は、統治行為の法理を採用して、昭和二六年に締結された日米安全保障条約を違憲審査権の対象から除外している。すなわち同条約は「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するもの」であるが故に、その内容についての違憲・合憲の法的判断は、「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」^(一)司法裁判所の審査になじまないものであり、

その判断は、第一次的には同条約を締結もしくは承認した、内閣もしくは国会の判断に、終局的には主権者たる国民の政治的批判に委ねられるのが至当であるとしている。これは条約、ことに安全保障条約に統治行為の法理が適用されることを明らかにした判例であるが、一般に統治行為の法理がわが国法上存在するものであることを宣明した判例としては、いわゆる「苦米地事件」の最高裁判所判決（昭和三五年六月八日）をあげることができよう。この判決は、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」^(三)は、たとえそれについて有効・無効の法律的判断が可能である場合でも、その国家行為は裁判所の違憲審査権の外にあり、その判断はまず政府、国会などの政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治的判断に委ねられるべきものである、とのべている。

以上の記述から明らかのように、「砂川事件」の最高裁判決がとる規範論理は、「苦米地事件」の最高裁判決が採用している統治行為の法理とほとんど同じものである、ただこの記述を通して両者の相異が明らかであるのは、「砂川事件」の最高裁判決が、「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」との留保を附して、安全保障条約も一見極めて明白に違憲無効であると認められれば、違憲審査権もそれに及ぶことがあると判示した点である。ここで問題となるのは、きわめて抽象的かつ概念的に提示されているこの「一見極めて明白に違憲無効」なる場合が、果して現実存在し得るかということである。小谷裁判官はその補足意見の中で、『一見極めて明白な違憲無効』とは『ひと目見てすぐ判る違憲無効』の意と解せられるが、智能をあつめ日月をかけて締結し、衆智によって承認された条約に、『ひと目見てすぐ判る違憲無効』のような瑕疵が果してあるだろうか^(三)とのべて、多数意見は結局のところ条約には違憲審査が及ばないとするものと同一である、と断じている。この小谷補足意見は事の本質を鋭くついで

いる。つまり内閣による全権委員の任命にはじまり、幾度かの交渉、調印（もしくは署名）、批准、批准書の交換もしくは寄託という度重なる手続を経て締結され、その上国民の各階級各階層の代表によって構成せられている国会の両院において審議され、承認された条約に、一見極めて明白な瑕疵が存在するなどは、いかに豊かな想像力をもってしても考えられぬところである。換言すれば条約の中に、その条文の言葉だけから判断して関係締約国の憲法に直接違背することが明らかであるような条文が設けられることは、到底考えられないということである。またもしも条約に、「一見極めて明白に違憲無効」な内容上の瑕疵が存在する場合があつたとしても、この判決のなかで米軍の駐留や安全保障条約を実体的に法的判断している際にとられている、形式的かつ概念的な解釈方法^(四)では、その条約の実態を離れて単にその条文の文字にかかづらうのみで、万が一にもその瑕疵を摘出することができないことはあらためていうまでもないことであろう。このようにみえてくると両者の相異は現実には存在しなくなるのであり、「砂川事件」の判決は実質的には「苦米地事件」の判決と同一の思想的基盤に立って、かの統治行為の法理を全面的に採用し、それをもつて安全保障条約には違憲審査が及ばないと論断しているとみて差し支えないであろう。統治行為の法理は日本国憲法上その明文の根拠をもたない。それ故この法理がわが国法制度上存在するか否かは、主として学説判例の帰趨に委ねられているといえよう。統治行為に対する賛否の学説はきわめて多く、近時有力な否定説が増加しつつある^(五)も、全体としては肯定説が多く学界における通説となつて^(六)いる。さらにまた肯定説の中のほとんどの学説が、その統治行為の目録の中に条約を積極的にとり入れている^(七)。「苦米地事件」および「砂川事件」の最高裁判決は、学界におけるかかる通説的傾向に密接に対応しているものといえよう。

安全保障条約はその条約の性格からして、いわゆる non self-executing な条約に属するものであるといえよう。self-executing (自動执行的)でない条約とは、「直接に国民の法律関係、権利義務の内容を為さないような条約或は国民の法律関係や権利義務の規律を目的とし必要とするが、直接にはそのための立法を約し、或は予定しているような条約」^(八)である。つまりこの種の条約は、「条約の内容がそのままの形で国内的に適用されうる」^(九) self-executing な条約と異なり、その内容を実施するためには新たな法令を必要とする条約なのである。「砂川事件」第一審判決のいわゆる「伊達判決」が、その第二条を違憲無効であると判示した刑事特別法は、安全保障条約第三条に基づく行政協定に伴って制定されたもので、それはいうまでもなく安全保障条約ならびに行政協定を国内的に実施するための法律である。それ故刑事特別法の違憲性は安全保障条約の違憲性に密接に関連しているものであり、刑事特別法の違憲性を論ずるにはまず安全保障条約の違憲性を確定する必要があるといえよう。

安全保障条約の違憲性についてはすでに詳細に論じられているところから、次の二点を指摘するにとどめたいと思う。第一点は、安全保障条約にもとづいてわが国に駐留する米軍が、戦力の不保持を規定する憲法第九条第二項の「戦力」に該当するか、という点である。第九条第二項が戦力の保持を禁じている主体は、いうまでもなく日本であってアメリカ合衆国その他の諸国をも含むものではない。このことは憲法論における自明の前提であって、これだけを根拠として駐留米軍は第九条第二項に違反しないと論断するのは、憲法解釈論としては的はずれなものであってその資格を欠くものといえよう。^(一〇)従って問題の中心点は、安全保障条約における日本と駐留米軍の関係にあるといえよう。この関係については「伊達判決」が、日本は駐留米軍に対して指揮権、管理権をもちろんもっていないし、安全

保障条約上も日本に対する侵略に対して駐留米軍が日本を防禦する法的義務を負うものではないが、安全保障条約締結の動機や日米両国の諸關係から考察してみると、かかる場合に日本の要請に応じて駐留米軍の使用される可能性は頗る大きい、と指摘している。日本に基地を置くアメリカの意図から考えてみても、かかる場合に駐留米軍が出勤しないことはまずあり得ないとみて差し支えなからう。^(二二)とすれば駐留米軍は、實質的には日本が自衛のために有する戦力と何ら異ならざるものであり、憲法第九条第二項に違反するものといえよう。

第二点は、駐留米軍が国際連合軍もしくはそれに準ずるものであるか、という点である。この法律的な問題点は、憲法前文の「日本国民は……平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しよう」と決意した」という文言が、第九条の規定と相俟って、現時下においては国際連合による安全保障を意味するものであると考えられるところから、もしかりに駐留米軍が国際連合軍もしくはそれに準ずるものであるならば、駐留米軍が第九条に違反するとしても、その違法性が阻却されると考えられることである。^(二三)しかしそのためには、少なくとも駐留米軍が国際連合の決議によって編成された国際連合軍であるか、もしくは国際連合の決議又は勧告にもとづいて行動する軍隊でなければならぬ。しかるに駐留米軍は安全保障条約にもとづいてわが国に駐留するものであり、何ら国際連合の決議にもとづいて編成されたものでもなければ、その指令により行動するものでもない。従っていかなる意味においても国際連合軍もしくはそれに準ずるものとは考えられない。^(二四)

以上要するに駐留米軍は憲法第九条第二項に違反する違憲の存在であり、その駐留を根拠づけている安全保障条約は違憲である。それ故かかる違憲な条約を前提とする刑事特別法は、一般にそれだけで合理的な根拠を欠く刑罰法規

なるが故に憲法第三二一条に違反する違憲な法律である。^(二四)さらにまた軍用物を損壊する等の罪(第五条)、合衆国軍隊の機密を侵す罪(第六条)などの刑罰規定だけをとりあげてみても、それは日本国憲法の予想し得ない軍事的利益の保護といへば違憲性のきわめて濃厚なものであるといえよう。

一般に条約と違憲審査権との関連については、条約が裁判所の違憲審査権の対象になるといふ説と、^(二五)条約は違憲審査権の直接の対象にはならないといふ説とが対立している。学界では後説の、条約にもとづいて成立している法律または政令を違憲審査する前提としてのみ、^(二六)条約は違憲審査の対象になるにすぎないといふ説が通説である。「砂川事件」の最高裁判決は、それが「一見極めて明白に違憲無効」である場合には、条約も違憲審査の対象になることがありと判示しているところから、最高裁が条約はすべて違憲審査の対象にならないという立場に立っていないことは明らかであるが、条約が直接違憲審査権の対象になるのか、間接的に対象になるのかは必ずしも明らかではない。しかしその立場がいずれであるにせよ、この判決のその限りにおいては、少なくとも安全保障条約の違憲性が指摘され、それにもとづいて刑事特別法の違憲無効なることが判示される可能性が司法上保障されていたということだけはいえよう。

しかし冒頭明らかにしたように、最高裁判所は安全保障条約に統治行為の法理を適用して、これを完全に違憲審査の対象から除外している。つまり安全保障条約はいかなる方法によってもその違憲性を審査され確定されることなく、従って違憲な刑事特別法もその違憲性を是正される機会をもたぬままに存在し続けることになる。かかる場合この刑事特別法はこれに関連する具体的事件が起り、しかもそれが訴訟として提起された場合にしかその違憲性を審査

されることがないという、違憲法令審査制度に随伴せる偶然性によって、違憲審査を受けられる可能性を蔵したまま長期間存在し続けるというのではない。つまり刑事特別法は単にその合憲性の推定を受けながら存在するのではなく統治行為の法理により安全保障条約が違憲審査の範囲外におかれたときに、客観的にはその合憲性を確定されたも同然となり、完全に合憲有効なものとして存在し、国民の法律関係を規律することになるのである。その限りにおいて国民の法律関係は違憲な法律関係に変型され、歪曲を余儀なくされる。つまり憲法第九条や第三十一条などの憲法規範が、現実の憲法関係において変型され変質せしめられ、それにより憲法が正規の手續を経た条文の改正によらずして、実質的には条文を改正されたと同じ状況に陥入るのである。

いうまでもなく日本国憲法の改正には、憲法第九六条第一項により明らかなように、衆・参両院の総議員の三分の二以上の賛成にもとづく国会の発議と国民投票による承認の手續が必要である。これに対し条約の成立には、憲法第七三条第三号により、内閣による条約の締結とその事前もしくは事後における国会の承認を必要とする。そしてその承認の形式は、憲法第六一条により明らかなように予算の議決と同一の形式であって、それは憲法第五九条所定の法律の議決の形式に劣るものである。憲法の改正手續は、法律の成立に必要な手續に較べて比較にならないほどきびしい。しかしその法律よりも容易な手續によつて成立する条約により憲法が実質的に改正されることになれば、かかる違憲の安全保障条約を締結した内閣の行為ならびにそれを承認した国会の行為は、憲法第九六条第一項所定の手續をふまずに憲法を改正する行為になるといえよう。それはまさしく憲法第九六条第一項の脱法行為にはかならない。

違憲な安全保障条約を締結しならびに承認した内閣ならびに国会の行為は、それだけでは単に違憲な国家行為でし

かあり得ない。しかもその場合には法令を審査する前提としてではあるが、違憲審査される可能性を憲法上保障されている。しかし条約成立後裁判所がこれに統治行為の法理を適用すると前後の事情は一変する。すなわち安全保障条約はその内容における違憲性とはうらはらに客観的にはその合憲性を確定されたも同然の状態になり、かくして違憲の刑事特別法はそのまま存在し続けることになり、憲法を實質的に変更するに至る。まさに最高裁判所が条約をその目録のうちにくめた統治行為の法理を採用したときに、安全保障条約をめぐる内閣ならびに国会の行為の脱法性が完成するのであり、そこには内閣、国会、裁判所という主要な国家機関である三者が、主体的に連携しあっているとは思わないが、客観的には密接に連携しあっているのも同然に憲法を積極的に崩壊している姿が見出されるのである。

註 (一) 最高裁判所刑事判例集第一三卷一三三〇号・三三三四頁。

(二) 最高裁判所民事判例集第一四卷七号・一二〇九頁。

(三) 前掲最高裁判刑事判例集・三二七六〜七頁。

(四) 渡辺洋三「憲法と現代法学」・一五六頁以下。なおこの判決が、統治行為の法理を採用しながら、同時に安全保障条約を具体的に審査し判断して矛盾していることは、すでに多くの指摘があるとおりである。

(五) 磯崎辰五郎「いわゆる統治行為を肯定する学説の批判」阪大法学三一号・一頁以下。有倉遼吉「衆議院解散の効力に関する裁判所の審査権——いわゆる苦米地事件」判例評論第三十号・四頁以下。鶴飼信成「憲法」・二三五頁。

(六) 雄川一郎「統治行為論」国家学会雑誌七十卷一・二号・八四頁以下。山田準次郎「統治行為論」・二五二頁以下。その他

註(七)の諸書・諸論文。

(七) 宮沢俊義「日本国憲法」・八〇九頁。田中二郎「行政法」上巻・三二五頁。入江俊郎「統治行為」公法研究一三号・一〇四頁。金子宏「統治行為の研究」国家学会雑誌七二巻九号・七六六頁以下。

(八) 高野雄一「憲法と条約」・九八頁。

(九) 高野・前掲書・九八頁。

(一〇) 横田喜三郎「日本の安全保障」国際法外交雑誌五一巻一号・一七頁。なお「砂川事件」最高裁判決も同旨。

(一一) 有倉遼吉「憲法感覚と憲法解釈」・一八五頁。

(一二) 有倉遼吉「外国軍隊の駐留と憲法第九条」法律時報昭和三四年五月号臨時増刊・九八頁。

(一三) 佐藤功「判決における憲法解釈の問題点」前掲法律時報・三六頁。

(一四) 有倉・前掲書・三四～五頁。

(一五) 鵜飼・前掲書・二二二頁。河原峻一郎「条約の違憲審査と違憲とされた条約の効力」ジュリスト昭和三五年一月号臨時増刊・八七頁。栗山茂「憲法における条約の地位」ジュリスト一八九号・四頁。

(一六) 宮沢俊義・前掲書・六七頁。有倉・前掲書・一八八～九頁。佐藤功・前掲法律時報・三九頁。伊藤正己「条約の違憲審査」・前掲法律時報・二二六頁。

四 あとがき

憲法現象の形式面をその実質面から分離して独立させ——この両者は本来密接な相互規定性を有するものである

——、その形式における合憲性をもって実質における違憲性を糊塗しようとする行為が、憲法上の脱法行為であることはすでに明らかである。このように憲法現象の形式面を実質面から分離するという観念的な操作は、とりもなおさず実質における違憲性を欺罔するための操作にほかならない。憲法上の脱法行為はそれがすべて国家行為であるところから、その操作は国家権力によって行なわれるのであり、国家権力が国民を欺罔するために行なうのである。従って憲法上の脱法行為論は、憲法現象におけるかかる国家権力の欺瞞性を指摘するのに、ひとつの有効な役割を果すものではないかと思われるのである。

脱法行為はふつう法の不備・不完全さに乗じて発生する。憲法においても警察力と戦力、条例事項と法律事項などという、理論的にも実際的にもその境界の不明確な領域において、脱法行為はその意思をたくましくする。さらにまた憲法規範は他の実定法規範にくらべてその抽象度がきわめてたかい。それ故その解釈の中も広く、その巾の広さを悪用する脱法行為が、憲法上いくつか散見されるのである。かように憲法上現象する余地が充分にあり、しかも憲法を積極的に崩壊させる機能をいとなむ、この脱法行為の検討を今後もひきつづき続けてみたいと思う。