

「日本国憲法」論を読む(三)

——正当性と実効性をめぐって——

大塚 桂

四 日本国憲法の性質

日本国憲法の制定に関しては、帝国憲法改正説、国民主権説などがあつた。それ以外にも、種々の学説が繰り広げられている。本章では、それらの所説を概観してみたい。

(1) 井上孚麿

a 憲法の問題

井上孚麿『憲法研究』(政教研究会、一九八九年)の基本的スタンスとしては、「憲法は国の法秩序の淵源たり、また一切の強制組織の元締でありながら、それ自身を守るものは、他の法令とは違つて、外面的なる強制力ではなく、専ら内面的なる遵法の問題である。」(同上二〇頁)、「憲法を憲法たらしむるものは、究極に於て、憲法*循

の精神以外にはない。飽くまで自国の憲法を守り、絶対にこれを破るべからずとする確*不拔の一念が、全国民の間に：あまねく行き亘つて生きてをる場合に始めて、憲法は名義上の「最高法規としての形式的効力」と、実際上の「現実的規律力」とを兼備する「生きた法」となる。」(同上二頁)、として、憲法の根底にあるひとひとの遵守の精神性にあるのであった。

b 占領憲法

井上は、日本国憲法の性質に関しては、占領憲法であることはいなめないという。

「革命憲法の場合は、その暴力は国の内部のものであるけれども。「占領憲法」は、国の独立が失はれてをる場合に、外来の力によつて強要されるのであるからして、法としての權威を欠くことに就ては、革命憲法を遥かに凌駕する。

一 軍事占領は、国際法からいつても無制限のものではない。就中、占領軍司令官の現行法尊重の義務は、ヘーグの陸戦法規にも明文の規定がある位であつて、占領軍の自衛の為めの絶対の必要があれば、現行法の侵犯も一時停止もやむを得ずとしても、国の根本法たる「憲法改正」はなし得べきではない。殊に、占領終了後に至る迄も引続き有効なるべきやうの「新憲法を作り又は作らしむる」やうなことは、如何なる場合といへども許さるべき筈はない。」(同上二六一七頁)

「一凡そ憲法の決定は、国の最高の意志決定であるからして、完全なる自由意志を以て為さるるを要し、国の自由意志を全面的に喪失せる被占領中に於ては、いかなる国家と雖も敢へてすべからざるものである。然る

に、かかる国内法的、国際法的の制約にも拘はらず、占領中に於ても、或は自らの思慮分別の不足乃至は意志薄弱によつて、或は占領軍の強要によつて、憲法の変更が敢へてせらるることもあるのが歴史の現実である。しかも、かくの如くにして造作せられたる憲法が、殊更に『平和憲法』『民約憲法』『民主憲法』等々として僭称され、さうして、それ敗戦国民によつて軽々しく盲信さるる場合もあるのであるが、かかる擬装僭称軽信が行はるれば行する程、擬装権威没落の内的必然性が初めから約束されてをるわけである。」(同上二七頁)

「四」 「占領中、自由喪失の状態に於ては、憲法の制定も改正もなさるべきではない」といふことも、「占領下の暫定法が、占領終了と同時に失効す」べきことも、当然自明の普遍的公理とも称せらるべきものである。」(同上二八頁)

井上は、占領憲法は日本精神を阻害していることを批判している。

「革命憲法・占領憲法の場合…は、其の国の固有の伝統を根本的に絶滅して、「全く新しき」秩序や組織を創設せむとするのであつて、イデオロギイの制度化とか、外制の模倣又は強制移植が徹底的に強行せらるのである。」(35) 「殊に況んや、固有の伝統を全面的に根絶しようとする革命憲法・占領憲法に至つては、その内容が、その『国民にとつての福音』などでありうるわけもない」(同上三五頁)

占領憲法説の嚆矢は、ひとまず井上に求めてよいだろう。その後、竹花光範がその立場であった。

「日本国憲法」論を読む(三)(大塚)

四

c 日本国憲法

日本国憲法は帝国憲法の改正手続にしたがったものの、押しつけられた点を指摘している。それゆえに、憲法の正当性について、批判している。

「日本国憲法は、占領中、国家統治の機能が占領軍に隷属し、統治意思の自由を喪失せる時期に於て、占領軍の指図のままに、其の占領目的実現のために、帝国憲法の『全面的改正』の名の下に、実はこれを「廃棄」して、新規に制定せられたものであるからして、憲法としての由緒来歴が正しからず、内容も正しからぬものなることは識者を待つて始めて知りうべきところではない。」(同上四一頁)

「その内容には、日本を再起不能ならしむる為めにする弱体化の条件が網羅されてをる。」(同上四一頁)

「憲法の変改が、既存の憲法の改正条項に準拠してなさるべきことも、同様に人類普遍の道理でなくてはならぬ。」(同上四二頁)

「日本国憲法は、…敗戦占領によつて国家意思の自由が全面的に失はれてをる場合に、占領軍の急迫不当の強要によつて、外形的には改正条項に準拠しながら、實質的には正統憲法を廃棄して出現せしめられたものである。従つて、生きた憲法の現実的規律力の唯一の依拠たるべき遵法の精神を喚起する岳の權威を有し得べくものではない」(同上五二頁)

「名は憲法と称せられても、實際に於ては『国家統治の洪範』でもなく、『最高法規』でもなく、単なる被占領基本法規の一片に過ぎなかつた……。しかも、その現実的規律力は占領軍の強要によつて保障されてをったのである。」(同上五三頁)

〈押しつけ憲法、かつ占領憲法〉論の図式が、井上にあつて論理構成される。井上の理解では、国体はそもそもは変更されずに護持されているのであつて、ただ憲法が変更されたにすぎない。

「天皇の『見えざる統治』は、占領下といへども暗黙の裡に昼夜を捨てず連綿不断に行はれてをったのである。ただ、『凡ゆる統治』、就中帝国憲法第四条後段の所謂『統治権を行フ』ことについては、占領の結果、進駐軍の制限下に立つこととなり、更に二十二年五月以降は、日本国憲法が、被占領事務取扱基本法として、行はるることになつてからは、『国事に関する行為のみを行ひ』『国政に関する権能を有しない』といふことになつたのである。帝国憲法第四条に『此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ』といふ『此の憲法』が、占領中だけ『帝国憲法』から『日本国憲法』に変わっただけのことと思へば間違ひはない。」(同上五四頁)

日本国憲法がまがりなりにも最高法規としての効力をもちえたとすれば、それは占領軍のチカラを背景としていたからである。

「占領下の実質的憲法を見んとするならば、この形式法名目法のみを抽象的に見たのでは分からぬのであつて、その背後に、占領軍の超憲法的事実力があり、更にその背景基礎をなすものとして、帝国憲法の基本原則

「日本国憲法」論を読む(三)(大塚)

六

が、不動の不文法として控へてをつたことを知らねばならぬ。この三段構への構造を、片手落ちなく公平に円満に把握するの でなければ、占領下の憲法生活の真相は見る由もない。」(同上五五頁)

井上は、国体が護持されていることから、天皇のノリ(上論・勅語)によって日本国憲法の効力も担保されているとみた。帝国憲法の制定権者である天皇の意志、それは国家最高意志の存在があればこそだといふのである。この点で、帝国憲法改正説とは色合を異にする。

「この上論のうしろ楯がなかつたならば、新憲法は、其後折にふれ事につけて、新憲法を尊重すべき旨の勅語が次々要請されてをる。」(同上六二頁)

「素朴なる一般国民にとつては、…憲法の変改が、陛下の思召によつて促進されたかのやうに思ひ、或は、少くとも思召に反してなされたものではないであらうと思ひ、更には、新憲法の精神は御嘉納になつてをり、これを尊重することが、大御心に副ふ所以であるかに思はしめられて来たであらうことは否定すべくもない。而して、この事がまた「新憲法に対する反感」を緩和せしめたり、更には「新憲法に対する親和感」を強めしめたりする上に、如何程重大なる役割を演じたかは量り知るべからざるものがあるであらう。」(同上六二—三頁)

井上は、天皇の意志が占領軍によつて利用されたことを問題としている。

d 改正説批判

井上は、帝国憲法の改正条項によつて日本国憲法へと移り変わった、いわゆる改正説には矛盾があると指摘する。

「改正説は日本国憲法の有効根拠を帝国憲法第七十三条による改正に求めるものである。これはいはば公権的解釈である。日本国憲法の成立は、帝国憲法をその七十三条によつて改正したものととして処理されたのである。」(同上九九頁)

帝国憲法の改正という体裁をとりつくりつたのは、占領軍である。

「占領軍司令部は憲法の変改が、『日本国民の自発的要求によつてなされたものである』ことを吹聴すると共に、憲法の変改は、『帝国憲法第七十三条による憲法改正の手續方法』を採るやうに、再三繰返して日本政府に指令したのである。」(同上二〇〇頁)

「若しも不当干渉のことが問題となるならば、占領軍司令官の不法不当の処置に関する国際法上及軍法上の責任問題を惹起するばかりではなく、占領終了後に於ては、憲法変更の無効及び原状回復による旧憲法復原の問題を生ぜしむることにもなりうべきことを知悉してをつたのであらう。殊にまた、憲法変更に際して帝国憲法第七十三条による連鎖をなくして、その為めに。新旧憲法間の法的継続が断絶せしめられるといふやうなことにでもなれば、占領政策の実現にも軍事裁判の遂行にも、賠償責任の追求にも不便を生ずる懸念もありうべきことは、司令官側によつても十分に了解せられてをつたであらう。」(同上二〇一頁)

日本が被占領状態を脱し、主権回復の際には、帝国憲法の復元への可能性があるわけで、その点については占領軍も想定していたのである。

「憲法の変改が占領軍の強要によるといふことは、当時の政府としては勿論ひた隠しに隠さねばならぬ次第でもあり、殊に革命を連想せしむるやうな憲法変革の形式は勿論忌避すべきであつたし、實質的には否定せら

「日本国憲法」論を読む(三)(大塚)

八

れてをる欽定改正を形式的にでも保持する為めにも、また実質的には失はれるべき法的継続を形式的名目的に
なりとも保持せむが為めにも、憲法七十三条による改正の形式を採用せねばならなかつたわけである。」(同上
一〇四頁)

帝国憲法の改正手続を援用したことのメリットとしては、法的連続性の確保以外なかつたのである。

「帝国憲法の全面改正、殊には帝国憲法の実質的廃棄は、法的にも不能なることをも知つてをり、欽定憲法
の形式に民約憲法の実を盛り込むことが、七十三条と両立すべからざることも熟知してをりながらも、占領下
の政府はさうするより外はなかつたのである。」(同上二〇四頁)

井上は、

「憲法改正の紛更」＝改正の主体の問題

「改正限界突破」＝改正の範囲

以上の諸点にふれる。

「今次の憲法改正に際して、天皇の発議権そのものが「有名無実」であつた……改正草案に対して幾多の追
加増補的修正が行はれた」(同上二一五頁)

天皇が改正の主体であつたかのようにみせかけながら、占領軍の意向が最優先された。また、日本国憲法は、帝
国憲法の改正範囲をはるかにこえた内容となつた、と井上は考えていた。

e 革命説批判

井上は、八月革命説に対して批判している。

「所謂現行憲法擁護論者までが、帝国憲法の「改正」を無効と見るが故に、実際上は有りもせぬ「革命」の観念を造作し来りて、新憲法の有効を論証せねばならぬことになつてをる事実を見ても、現行憲法の成立が、如何に無理非道のものであるかが了解されるのである。」(同上八六頁)

「革命説は改正説の否定から生まれる。日本国憲法の成立根拠を帝国憲法の改正に求むることが無理であることが余りにも明白であるからして、現行憲法有効論者の大多数は改正説を去つて革命説に拠ることとなる。」(同上二二三頁)

「現行憲法が有効であるといふ建前は飽く迄堅持せねばならぬ。そこで改正説に代つて、何とかして現行憲法の有効成立をうまく基礎づける手だてはないものかと思ひめぐらした挙句、思浮かんだがこの「革命」の観念である。」(同上二二四頁)

「この『革命』は最初から『事実』として述べられたものではなく、法論理上の要求から『擬制』されたものであるといふところに、その本来の面目がある。」(同上二二七頁)

「革命説が改正説に優る点は、ただ七十三条による改正は有効に成立するものに非ずとして、改正説を否定したその尋常の法理論だけであつて、そのタトにはない。」(同上二二六頁)

押しつけ憲法Ⅱ 占領憲法Ⅱ 反・革命説のトリプルの主張が展開される。

「日本国憲法」論を読む(三)(大塚)

一〇

f 日本国憲法の瑕疵

つづいて、日本国憲法の無効論をみてみよう。単刀直入に、「日本国憲法は本来無効の立法である。」(同上九三頁)、と断じている。理由としては、

「甲 日本国憲法の制定は、大日本帝国憲法の改正としてなされたのであるが、それが憲法所定の「改正の限界」を逸脱せるものであることは、周知の如くである。現に、均しく有効説でありながらも、所謂革命説の如きは、この理由のみを以て、改正の有効成立を拒否してをる位である。」(同上九三頁)

「乙 日本国憲法の成立は単に改正の限界を逸脱してなされたばかりではない。「改正」の名に於て、帝国憲法そのものを全面的に「廃棄」してをる。」(同上九三―九四頁)

「丙 日本国憲法の成立の全過程を通じて急迫不当の強要が行はれたことも今は内外周知の事実である。自由意思の存在を必要要件とすることは、普遍妥当的な理法である。一個の根本法たる憲法の改正が完全なる意思の自由なくして有効に成立しうべき道理はない。」(同上九四頁)

「丁…占領下に於ける「一般、包括的なる隷属関係の存在」である。占領中は、国の自主独立は失はれ、天皇も政府も占領軍司令官に従属すべきものとせられ、統治意思の自由は失はれてをる。凡そかかる状態下に於ては、たとへ個々具体的なる威迫がなかつたとしても、一国の基礎法たる憲法の変改が有効に行はれ得べき筈

はない。」(同上九四頁)

以上の四点があげられている。井上は、甲乙丙丁の「四つの条件は、そのいづれかの一つ丈でも、優に、憲法変更の有効成立を阻却するに足るものである。」(同上九四頁)、との結論であった。日本国憲法には正当性が欠如している、という井上見解であった。

なお、井上『現憲法無効論』(日本教文社、一九七五年)、『井上字麿憲法論集』(神社新報社、一九七七年)も参照のこと。

(2) 小森義峯

小森義峯『日本憲法大綱』(嵯峨野書院、一九七四年)、『天皇と憲法』(皇学館大学出版部、一九八五年)に目を通してみたい。

a 日本国憲法の性格

帝国憲法の改正として日本国憲法は誕生したという一般的な理解について、小森は疑問を提起する。

「わが大日本帝国憲法は欽定憲法に属するが、その改正は天皇と帝国議会の合意によるべきものとしているから、帝国憲法の改正手続に限っていえば、それは協定憲法的性格を有するものといえることができる。∴日本国憲法が帝国憲法改正案として、帝国憲法の定める改正手続により、天皇の発議・帝国議会の議決・天皇の裁可を経て成立したという事実には照してみて、協定説が正しい、といわなければならない。但し、日本国憲法の成立については、この外に、天皇の非常大権の発動によるポツダム宣言の受諾や占領軍によるマッカーサー憲法草案の強制など、極めて複雑な事情が絡み合っているので、単純に帝国憲法第七三条に基づく改正である、

「日本国憲法」論を読む(三)(大塚)

一一

とだけで割切ってしまうわけにはいかない。」(大綱二二頁)
 小森もまた、基本的には国体の変更はないとする。

「日本国憲法については、学説は分れており、共和制憲法だと説く者も多いが、…わが国の伝統的な国体法(帝國憲法の規定でいえば、第一条から第四条まで)に矛盾する日本国憲法の規定そのものが無効だ、と解釈する私の立場からいえば、天皇は依然として『統治権の総攬者』であり、『元首』であるのだから、日本が君主制憲法の国であることは今も全く変わらない。」(同上二三頁)

B 学説批判

小森は日本国憲法の制定に関する諸学説を以下のように整理している。まずは、無効論である。

「日本国憲法は『法理上本来無効』なものとし、しかしながら、現実には、公の機関による無効確認の行為があるまでは、『一応有効なものたる推定』を受ける、と説くものである。…この理論は、本来無効なる日本国憲法が、公の確認が行われぬ以上、現実には一応有効なものであり、従って、国の最高法規として守って行かねばならぬ、と説くところに、結局は学理解釈の法理論としての徹底性を欠き、実際には日本国憲法有効論⇨帝国憲法無効論に随しているという嫌いがある。」(同上二七七―二七八頁)

つぎに、改正説である。

「この改正説に立つための前提となる法理として、憲法の改正に限界があるか否かの問題につき、無限界説

の立場がとられている点に注意を要する。この理論は、日本国憲法が占領下占領軍の強制によって生れたという厳然たる事実や民族不動の確信であった国体が日本民族の自由な意思によらずに変革されたという問題に答えていないという大きな難点がある。」(同上 一七四頁)

さらに、革命説に関しては、

「ポツダム宣言が…無理に「国民主権主義」を要求していたと強弁している点、昭和二十年八月には（それ以後も勿論）革命という政治的・社会的現象が日本には全く怒っていない点などに、大きな難点がある。」(同上 一七九頁)

同宣言にいう「民主主義とは、「民意」乃至「公論」を尊重する政治形式、これを制度論としていえば、議会制民主主義という意味に外ならず、革命説が説くような「民主主義的国民主権」という解釈は生れる筈はない。」(天皇三四六頁)

同宣言にいう「日本人とは、天皇を含むすべての日本国籍を持つ日本人の意であつて、革命説が説くような、天皇を除外した意味における狭義の国民、いいかえれば、国民主権主義という場合の意味は出てくる筈はない。」(天皇三四六頁)

「革命説は、この外圧を革命という内圧に転化し、問題を完全にすり替えているのではないか。憲法の根本的変革は、必ずしも常に内圧によってだけでなく、外圧によっても起こりうるものであることに故意に目を蔽っているのではないか。」(天皇三四八頁)

最後に、小森自身の非常大権説である。

「終戦の詔書の冒頭に、「朕(中略) 非常ノ措置ヲ以テ時局ヲ收拾セムト欲シ…」と仰せられていることから、ポツダム宣言の受諾は帝国憲法第三一条に基づく非常大権の発動によるものであるから、ポツダム宣言を起点として成立した日本国憲法もまた必然的に非常大権の発動の結果生れたものとみななければならず、その結果として、日本国憲法は暫定基本法的性格を有すると解する学説である。私は、この見解をとる」(大綱一七九頁)

c 非常大権説

いましばらく、小森の非常大権説の説明を聞いておこう。

「非常大権は、国家の存立の保持という国家の最大目的達成のため、己むを得ず―例えば、緊急勅令大権や戒厳大権の発動によって十分に間に合う場合には『己むを得ず』ということにはならぬ―発動される一種の超憲法的な大権であるから、帝国憲法上の規定としては、第二章の中に存在するが、国家の存立を保全するために唯一の必要手段であると認められる限り、その発動の対象範囲は第二章に限定されることなく、すべての条項に及び、その発動の形式・方法・範囲等に憲法上の制約はないものと解される。…昭和二十年八月十四日に日本政府によってなされたポツダム宣言の受諾は、非常大権の発動の結果であったと解することができる。」

ポツダム宣言の受諾は、天皇の非常大権に基づいた行為である。

「戒厳大権は、憲法上の大権であるのに対し、非常大権は、国家存立のために已むを得ない場合には、憲法上の諸規定をも一時その効力を停止せしめ得るという超憲法的な大権である。」(同上180頁)

国体の護持のために、非常大権が行使された。

「ポツダム宣言は、勿論『条約』の一種であるが、日本国の運命を左右し、帝国憲法の諸規定にも影響を与えるような重大な内容を含んでいたのであるから、その受諾は、帝国憲法第一三条に基づく外交大権だけでは不可能であつて、帝国憲法第三一条に基づく非常大権の発動によつてのみ始めて可能であつた、と解しなければならぬ。」(同上183頁)

同様に、帝国憲法の改正も天皇の非常大権により、おこなわれることになった。

「日本国憲法は、ポツダム宣言の受諾を基点として成立した。ポツダム宣言の受諾の結果、占領軍による諸種の占領政策が行われ、その重要な占領政策の一貫として、マッカーサー草案に基づく日本国憲法の制定が共用されたからである。従つて、日本国憲法の成立もまた非常大権の発動の結果に基づく。しかるに、非常大権の発動は非常事態を切り抜けるために已むを得ずなされる暫定的な措置にすぎないから、そのような暫定的な非常措置の結果成立した日本国憲法もまた暫定的な法としての性質を有するにすぎない。ところで、暫定的な法は、国家活動の根底をなす真の意味の国家の根本法、即ち、憲法であるとはいえないから、名目的には如何に「日本国憲法」と称しても、真実の意味では「憲法」という名に価せず、「基本法」という名を与えうるにすぎない。基本法は、憲法より劣位の法規範である法律の一種であるが、唯通常の法律と異なり、国家生活の

全面にわたり基本的な事項を包括的に規定している法律という意味である。非常大権の発動の結果として生れた「日本国憲法」の性格は、帝国憲法との関連における純粋な法理の点から言えば、憲法ではなくて、基本法であるにすぎない。」(同上181—182頁)

日本国憲法は、あくまでも国家基本法の域をでない。憲法とは位置付けられないのである。したがって、非常事態(ポツダム宣言受諾—占領状態—日本国憲法制定—主権回復)が終結した段階で、日本国憲法はその効力を喪失する。

「法理論上から言えば、昭和二十七年四月二十八日の平和条約発効の時点で、非常大権の発動は解除された。なぜなら、非常大権の発動は、その性質上、非常事態を乗切るための必要最小限に止まるべきであり、しかも、終戦の聖断による非常大権の発動というのは、ポツダム宣言の受諾に関係して行われたものであるから、その前提要件をなしたポツダム宣言が失効し、占領が解除された時点、いかえれば、平和条約が発効した時点で、必然的に非常大権の発動は解除された、と見なければならぬからである。そして、非常大権の発動が解除されたということは、必然的に帝国憲法が全面的に復原したことを意味する。このようにして、現在のわが国の法体系の下でも、帝国憲法は、その基礎に、わが国最高の規範として、厳然と横たわっている。従って、日本国憲法と帝国憲法との効力関係について言えば、…暫定基本法的性格を有するにすぎない日本国憲法は、帝国憲法と矛盾しない範囲でのみ有効である。」(同上182頁)

そうはいいつつも、日本国憲法が廃棄されずに存続している状況を、小森はどうみているのか。

「平和条約発効後のわが国法体系は、名実ともに憲法である『大日本帝国憲法』と法的効力という点では基本

法である「日本国憲法」との二重構造型の上に成り立っている。この複雑な二重構造をなくして、すっきりとした一元的な国法構造に変えて行くことが、今後の日本の国家生活の根本的な安定のために不可欠の課題であるが、そのためには、有権的な方法により、明確な形で『日本国憲法の無効宣言』及び『帝国憲法の復原宣言』を行い、しかる後に、帝国憲法の部分的改正及びそれに付随した関係法令の整備を行うことが必要であると思われる。」(同上 一八三頁)

帝国憲法と日本国憲法の重疊的な法秩序が、形成されている。この矛盾を解消しなければならない。帝国憲法の復元である。

「私見によれば、一般に、日本国憲法の規定の中で、国体法に關係する部分は、帝国憲法及びその基礎に横たわっている日本の伝統的な国体法と全面的に矛盾しているから、原則として無効であり、これに反して、政体法に關係する部分は、帝国憲法がその内容としていた近代的な立憲政体と基本的には矛盾しないから、原則として有効である。」(同上 一八四頁)

帝国憲法が正統憲法なのである。

e 諸説との關係

非常大権説と帝国憲法改正説との相違について、小森は、

「非常大権説は、日本国憲法を帝国憲法の基礎の上に置き、帝国憲法と日本国憲法との法的連続性を認める点で、革命説と異なり、改正説と同じ見解に立つものであるが、非常大権説が、帝国憲法第三一条の非常大権一それは、…占領軍のタト庄を当然に予想し、包含している一にその根拠を置き、日本国憲法を暫定的な基本

法と認めるのに対して、改正説は、帝国憲法第七三条にその根拠を置き、占領軍の外圧を不問に付し、日本国憲法を名実共に憲法と認め、昭和二年五月三日以後は帝国憲法を憲法とは認めないという点で、両者は本質的に異なる。」(同上三五七—三五八頁)

と論じている。非常大権説と日本国憲法無効説との相違は、

「非常大権説は、日本国憲法の憲法としての効力を認めないという点で、無効論と同じ見解をとるが、無効論が、日本国憲法は一切の法的効力をそのまでも認めない…のに対して、非常大権説は、日本国憲法を非常大権下の暫定的措置としての基本法的効力、即ち、暫定基本法としてこれを認めるという点で、両者は本質的に異なる。ちなみに、無効論は、帝国憲法第七五条が摂政の下における憲法の改正を禁じ、フランス第四共和国憲法第九四条が外国軍隊の占領下における憲法改正を禁じていることなどを理由に、占領下という極度に異常な状態の下で行われた日本国憲法の成立の無効性を主張するが、実は非常大権という概念そのものの中に、そのような極度に異常な状態のすべてが包含されているのであるから、この点からいっても、非常大権説は、無効論の立場をも大きく包み容れたすぐれた理論であるということができる。」(同上三五八頁)

と説明している。

f 復原論

非常大権の解除と帝国憲法への復原が、小森の最終結論である。

「非常大権発動の解除乃至帝国憲法への復原等のための公権的措置の具体的形式としては、非常大権発動の

形式と同様、憲法上の制約はなく、従って、一定の形式に拘束されるものではない。故に、現在の公権解釈上憲法に従って最高法規とみなされている日本国憲法の基礎の上に立って、国権の最高機関である国会の決議によるもよし、憲法の最高解釈権を有する最高裁判所の決定によるもよし、或は、内閣の助言と承認に基づく天皇の国事行為としての憲法改正一実質的には憲法復原だが、形式的にはあくまで憲法改正として一の公布という形式をとるもよし、更には、日本国憲法に何ら拘束されず、直ちに伝統的な国体法の本来の姿に帰って、いきなり、最前の方策としては、国会の決議に基づき、内閣がその旨を上奏し、最終的には、天皇の詔勅という形式をとることが最も望ましいのではないか、と考えられる。」(天皇三六〇頁)

なお、小森『憲加田法改正への王道』(ヒューマン・ドキュメント社、一九八八年)『正統憲法復元改正への道標』(国書刊行会、二〇〇〇年)も参照のこと。』

(3) 宇加田順三

宇加田順三『日本国憲法の解釈批判』(一粒社、一九六五年)をとりあげたい。

a 敗戦憲法

宇加田は、憲法の成立形態論として、(イ)独立型(ロ)解放型(ハ)革命型(ニ)敗戦型(ホ)非常型に部類した。その上で、

「日本国憲法は、憲法の成立からみれば、疑いもない敗戦型であり、敗戦という時代の所産である。敗戦時代は、連合国司令官の勢力が圧倒的であったが故に、日本国憲法は、連合国総司令官マッカーサーの指令と声明との

間に成立したものと違ってよい。」(同上四二頁)
 という。日本国憲法の成立状況については、

「日本国憲法制定の沿革からみれば、日本国憲法が、いかに平和を歌い、人権を叫んでも、日本国憲法そのものは、当時の政府、議会、及びいわゆる自由主義的支持層の、無気力、無抵抗、無節度からくる挽歌であるに過ぎなかったといわなければならない。」(同上四二頁)

「日本国憲法は、いかに強弁しようとも、自主的に制定された憲法であるということとはできない。即ち、日本国憲法は、日本国家が固有の意思に基づき、自主的に、かつ、積極的に定めた憲法である、ということとは絶対にできない。」(同上二〇一頁)

として、日本精神の欠如、自主性の欠如を問題視している。

b 日本国憲法の失点

宇加田は、日本国憲法に内包された矛盾をえぐりだしている。

「一、既に失効した明治憲法第七三条の改正手続によって制定された日本国憲法は、その法的持続性をマッカーサーの声明によって保障されていること。

二、明治憲法第七三条の手続によったが故に、形式的に欽定憲法といい得るが、日本国憲法前文で、『日本国民は…この憲法を確定する』…ということによって、実質的には天皇欽定を否定し、明治憲法第七三条の手続に反する結果を示していること。

三、ポツダム宣言受諾に際し、ポツダム宣言は主権者としての天皇の大権に影響を与えるが如き何等の要求をも含まないと了解して、これを申入れたにも拘らず、天皇の地位と権能とに大きな変動を生じ、法的革命が行なわれ、天皇に虚位を与えたこと。

四、マツカーサーの指示に依り、国民は主権者となり、天皇は象徴となつたばかりでなく、日本国を対外的に代表すべき元首の規定を欠くに至つたこと。

五、マツカーサーの指示に依り、一切の再軍備を禁止し、一切の戦争を放棄し、交戦権をも認めざるに至つたこと。」(同上10四頁)

このような種々の問題を抱え込んだ日本国憲法の正当性や実効性を、どうみてとるか。

c 効力問題

帝国憲法の改正手続は、占領軍の政治的思惑から利用されたにすぎない。

「天皇統治権の連合国最高司令官への移行・服従を申し渡したのである。かくの如き天皇統治権の移行・奪取は、明らかに法上の革命であるといわなければならない。いうならば、それは無血革命であり、法的に国体変革である。という場合に、帝国憲法から第一条の天皇統治を失つた後に、帝国憲法に何が残るであろうか。帝国憲法第一条の失効は、直ちに帝国憲法そのものの失効を意味するものでなければならぬ。ところが、このように失効した帝国憲法を基礎とし、帝国憲法の改正を行なうこと、その実際において、日本国憲法たる新憲法を制定することが、同様に無効であることは、何人でも知らない筈はない。…帝国憲法改正案が帝国議会の

議に付された翌六月二一日のマッカーサー声明の第二項、本憲法改正は、現行大日本帝国憲法と完全なる法的持続性を保障されることとは、まさしくこの問題の解決に備えたものである。この声明によって、明治憲法の復活を承認させ、明治憲法と帝国憲法改正案との間に完全なる法的持続性を保障させた。即ち、この改正憲法は、依然として有効明治憲法の継続であり、この有効な明治憲法の改正手続第七三条により、天皇の発議に基づき、帝国議会の議に付されて、自主的に審議採決されたものであり、声明第三のいうように、日本国民のためのものであることを証明したかったのである。」(同上106—107頁)

占領後、占領軍の政策上、帝国憲法は占領法規として命脈をたもったというのが、宇加田の解釈である。

「連合国司令官が、いかに本憲法改正と現行大日本帝国憲法との完全なる法的持続性を保障するところの声明を発しても、既に無条件降伏文書の調印によって、天皇統治権の連合国最高司令官への移行服属を協定する限り、その声明によって、この協定を破り、中断された天皇統治を復活させ、明治憲法の効力を再発させることは、絶対に不可能なことである。既に中断された天皇統治は、再び帰らず、既に失効した明治憲法は、再び効力を回復せず、とわなければならない。ただ、この場合、明治憲法は、憲法としての法的効力を失ったが、連合国最高司令官の占・利用されたことは疑いを容れない。とすれば、占領法規も亦一九五三年九月八日のサンフランシスコ講和条約の締結により消滅したが故に、占領法規としての明治憲法もまたこの時期をもって、完全に消滅したものとみななければならない。」(同上107頁)

帝国憲法が無効であったので、改正手続によって成立した日本国憲法も効力をもちえない。

「既に失効した明治憲法の改正手続によって制定された日本国憲法の無効は、余りにも明白である。」(同上

一〇七頁)

「日本国憲法の効力に疑問点がありとすれば、日本国憲法制定の当時、先ず憲法の無効確認の意味においてこれを廃止して後、新日本国憲法の制定の是非を訴うべきであったこと、或は、明治憲法を占領法規として残存せしめ、その第七三条の手續によつて帝国憲法改正案を作成し、これを改めて国民投票に付して、国民多数の同意を求むべきであったこと、のいずれかの方法をとつて、日本国憲法の効力問題を解決しておくべきであったと思う。」(同上二〇八頁)

日本国憲法の効力を確保するのであれば、最終的には国民の意志に問いかけることが必要であった。

d 天皇

天皇の地位がいまいであることについて、宇加田は、

「日本国憲法によれば、天皇は国家及び全国民を外に向かつて代表し得る元首の地位を与えられず、又内に向かつて国民の首長たる君主の地位も与えられず、社会的に国民の宗家的地位を失い、道義的に神格を否定し、一国民たるに過ぎない立場におかれている。元首でもなく、君主でもなく、又宗家にもあらず、神格をも存しない天皇が、全国民総結集に対応し得るもの、全国民総結集を証拠立てるもの、全国民総結集と合わせたものであるということは到底考えられないことである。象徴の意義に従つていえば、天皇は日本国民統合の象徴とみることはできない。また象徴の一般的解釈によつても、元首、君主、宗家、神格のいづれからも否定された天皇をもって、抽象的・精神的內容たる日本国を具体化し得るところの具象的な実在的な実物としてみる

ことは絶対にできない。」(同上二一五頁)
とし、天皇の象徴的立場は成立しえないとする。

「新たに規定した象徴としての天皇は、象徴に対応し得ないものとなった。いわば、天皇は虚偽の象徴である。：畢竟、日本国憲法における天皇は、占領政策遂行のために、廃止にもならず、といって、元首ともならず、僅かに象徴たる傀儡だったといえよう。」(同上二一五頁)

天皇の地位も、占領政策の一環として創られたものにすぎないのであった。

(4) 森三十郎

森三十郎『日本憲法講義』(明玄書房、一九七六年)『憲法開眼』(明玄書房、一九六八年)をみてみよう。

a 学説批判

森は、日本国憲法の正当性について、その学説整理をしている。

(イ) 欽定憲法説については、

「日本国憲法の定立行為、いわゆる全面改正なるものが、果して合法的改正行為と考え得られるか甚だ疑問である。」(講義四〇頁)

(ロ) 民定憲法説については、

「ポツダム宣言及び附属文書の内容からして直ちに国民主権の確立が帰結され得るかどうか問題だからであり、この前提が成り立たないとすれば、他に論拠を求めねばならなくなる。結局は、帝国憲法の改正過程に

強要的民主革命が起こり、既存の憲法の改正手続を便宜上借用して新憲法が制定されたとしても解する外はなからう。」(同上四〇頁)

(ハ) 協約憲法説については、

「SCAP原案の採択について、天皇と国民とが対等の立場において協定したと見れば。協約憲法と云うことになる。然し、そこで天本国憲皇が優越的立場において最後の決定をしたと見れば欽定憲法と云うこともなるし、又、逆に天皇の意思は姪目的であり、消極的であつて、国民の意思が終局的決定的であつたと見れば、民定憲法と云うことにもなる。」(同上四〇頁)

以上である。森は、

「思うに、何れの説にも、一長一短があり、この異常な占領憲法を君定・民定・協約何れかの範型に入れることには無理がある。この憲法の実質的制定権者は、最早、天皇でもなければ国民でもなかったからである。」(同上四〇頁)

として、日本国憲法は、「外発的政治勢力の実力と理念に指導された占領憲法」(同上二一〇頁)であると述べる。

b 日本国憲法

森は、宮沢らの八月革命説とは異質な上からの革命説である。だし、革命の主体は、国民ではなく、解放軍である占領軍である。

「民主革命の主体的勢力は固より占領軍権であり、制憲権の主体は実質的にはもはや内発的政治勢力ではな

かつたのである。単なる改革を越えたかのような民主革命の主體的優勝的政治勢力はわが国には欠如していた。従って、この革命は作られたか革命であり、而も外国人に強制された革命である。而もこの革命は、天皇の伝統的權威性、いわゆる国體觀念の功利的見地からする『利用』による上からの革命 (Revolution aus oben) という形をとつた。」(同上二一〇頁)

森にあつては、(「占領憲法説一上からの革命説」との融合論となつてゐる。森の解釈では、帝国憲法はその効力を喪失していた。つまり、「軍事占領という法上の戦争状態の下で、占領軍の強圧により帝国憲法を葬る」(同上二一八頁) 状態があつた。

占領下で制定された日本国憲法の特殊性を四つあげている。

「一、暫定性

日本国憲法は、軍事占領という法上の戦争状態の下において、連合国司令官の強要により成立せしめられたものである。日本人の自由な意思決定によつたものではない。そういう偽装が試みられはしたが、事實は占領軍がイニシアチヴをとり、日本政府の改正案を拒否して自ら新憲法草案を作成しこれを強要したわけである。従つて、この憲法はドイツ連邦共和国基本法いわゆるボン基本法と同じ占領憲法であり、イレギュラーな憲法であつて、初めから暫格的性格を持つてゐる。∴日本国憲法は∴その暫定基本法、臨時憲法としての性格を否定することは出来ないと思う。

∴軍事占領は、敵国領土の全部又は一部を武力的に占拠することをいい、これによつて被占領国の主権が失われるわけではない。日本の軍事占領は、それが合意に基く軍事占領であり、その期間が長期に亘つたが、矢

張り軍事占領であることに変りない。ところで、軍事占領というのは本来、暫定的、過渡的、一時的性質のものである。従って、かような状態の下において、国家の恒久的な制度を更改すべきものではないことは、ヘーグ条約第四三条の精神に照しても明らかである。占領軍司令官が、たとえ軍事占領の期間中一種の準主権を与えられるとしても、それは軍事占領の基本的性格や目的に吻合する範囲内に止めらるべきものである。従って、軍事占領の期間中に、被占領国の基本法を改廃するようなことは許されない。∴成立した新憲法は、自ら軍事占領の落とし子としての性格を持ち、暫定的・臨時的占領基本法として特徴づけられている。従って軍事占領が終れば、当然その効力を失うべき性質のものである。」(同上二二—二三頁)

森は、軍事占領が終結した段階で、日本国憲法は効力を失うと考えている。

「二、軍令性」

この日本国憲法は、軍令又は軍法としての性質を帯びている。法形式的に見れば、この憲法は確かに憲法である。然し、実質的に見れば、軍令又は軍法としての性格を持っている。∴憲法改正問題においても、軍命令の形式は意識的に避けられ、日本側の自主的意思に基いて憲法改正が為されたのだという偽装が試みられて。少なくともこの憲法問題に関する限りは、直接軍政がとられたのも同然であると云えよう。こういう内容を作れという事実上の命令をしているのであるから、軍事命令が出されその軍事命令の内容が憲法としての内容を持つていたということになる。従って、日本国憲法は、形式的にはけんぼうとしての体裁・内容を持つていても、実質的には軍令としての性格を持つてると見てもよからう。その法的性質において憲法的性格のものであるかどうか甚だ疑問であり、寧ろ行政法的な性格のものではないかと考えられる。さように考えれば、こ

の軍令憲法は、軍事占領と共にその効力を失うべきが当然であるということになる。」(同上二二三―二二四頁)

森は、日本国憲法の軍令説にも言及していた。占領憲法Ⅱ占領軍の軍事命令により成立との構図である。

三二、違法性

∴日本国憲法の定立行為は、最早適法な憲法改正行為とは云えない。飽く迄日本国憲法が帝国憲法の改正手続を踏んだ改正憲法であると云うならば、この憲法は少なくとも改正の限界*越する限りにおいて違法となり、その効力は否認されざるを得ない。

∴日本国憲法の定立行為を以て合法的改正であるとする見解は首肯出来ない。全面改され正は違法であり憲法改悪に対する意味での憲法改正が為されたと云うことは、何等全面改正の違法性を阻却する理由とはならない。又、ポツダム宣言の受諾は何等憲法の革命を意味せず、これを前提として日本国憲法の定立行為の違法性を否定する見解は誤りである。憲法改正権に依って憲法制定権力の所在を変更し、又はその基礎を破壊するの不法を、ポツダム宣言の受諾による国民主権の確立を援用することに依って否定しようとして試みているわけであるが、ポツダム宣言及び関係文書は意味の広い政治的文書であって、そこから直ちに八月民主革命を帰結することは無理である。」(同上二二五―二二六頁)

したがって、日本国憲法は違法性がある。

四、革命性

帝国憲法と日本国憲法との間には、法内容的な継続性はない。∴大日本帝国と日本国の国家型態又は統治型

態は明らかに変革された。…両者の間に法的継続性があるとすれば、それは形式的手続上のことで、帝国憲法の第七三条が両者をつなぐ法的鎖となっている。然し…事後的政治権力が既存の憲法を破砕して新憲法を作りあげたのであり、帝国憲法第七三条は、この憲法の革命を偽装する合法の衣であったと見ることが出来よう。…この憲法は…新たに制定された革命憲法であり、民定憲法であると見ることが出来よう。帝国憲法改正の過程において事実上の革命に移行し、その全面改正が完結し発行した日に憲法の革命が実現されたと見ることが出来る。」(同上二二六—二二七頁)

上からの、つまり占領軍主導の革命であると、森はみている。

c 復原論

森三十郎『天皇論考』(一九六九年)にあつて、天皇制論を展開していた。

「王(大王、大君は、天の下「シロシメス」「スメラミコト」であり、諸々の「ミコト」の中で、天の下をシロシメス(知食)ミコトが即ち天皇であつた。「シロシメス」とは、「シラス」という言葉と同じく、先ず「知る」ということである。「スメル」とは、「統ベル」ということであつて、統一、統合、統括、統率の意である。即ち、国政を「知り」国政を「統べる」命が、スメラミコト、スメロギ、スメラギ…天皇であられたのである。又、天皇の統治は「マツリゴト」ともいわれて来た。神々を祭ることは、同時に国政であつたのであり、祭祀と政治は結合して一如になっていた。宮中、府中の事は、いちいち御先祖様似報告申上げ、神々の加護を記念して万民の弥栄を大御心とされたのである。万民も亦之に倣い、神棚を祭つて今は亡き御先祖様に仕えるので

ある。同祖信仰・祖先崇拜がそこにある。

家国の理念を思考して来た民族共同体に於ては、其の核心をなすメラミコトが、恰かも、家族に於ける父子のように、万民を赤子と考えて国を治め民を撫育するのである。父の理念は、神的愛に近い親の子に対する絶対の慈愛であるが、天皇は、家国の父として仁愛の心をもって民に臨むのである。民も亦、子が親を慕うように、天皇様に斎き奉るのである。」(論考三八頁)

民族国家観がうかがえる。日本国憲法で規定した象徴天皇制については、「マツカアサー偽憲法の定める象徴天皇、名目的国事機関としての天皇は、完全に民主的君主制の範型に属せしめている」(40)が、そもそもは天皇制は純粹君主制である。

(1) 第一に天皇制は単なる実力的権威に立脚していたのではない。…実力性というよりも寧ろ権威性に立脚していた。其の権威性は単なる人格的権威や実力的権威ではなくして、民族としての同質性融和性に根ざす精神的権威、血統的権威伝統的権威であった。故に、日本の君主制は外国の君主制と比較して、非権力的君主制としての性格が強い。」(同上四八―四九頁)

(2) 第二に、日本の君主制は、其の根底を深く民族同胞の血と其の上に据えていた。個人と区域は国家の自然的基礎であるが、天皇制は此の自然の大地の上につきかりと根を下していたのである。…大和民族は、おのづから固有の精神的文化的伝統を形成して来たのであって、天皇制はそういう国の自然的基礎の上に、幾千年の試練を越えて命脈を保って来たのである。共同の血と共同の土、其の地盤の上に、民族の首長として万世一系の天皇が上に立ち、万民の胸の中に生きる中心生命として父祖の国を背負って来たのである。…日本の君

主制は、比較的民族的君主制、自然的君主制としての性格が強いと見てよく、国家の秩序と安定の中心、民族の統一性と団結の核心として勝れた機能を果し得る長所があることを忘却してはなるまい。」(同上四九—五〇頁)

「(3) 第三に、日本の君主制は、自存的・主権的君主制であつた。…国家統治の面に於ては一君万民であり、天皇と国民とは絶対的に分離せられていた。…日本は一系の天皇と共に終始すべき国家であつた。…天皇は超越的の最高者であり、…人格を越えた神格を有するものとして臣民群類の上に依り、絶対的唯二者として君臨するのである。現入神と称せられ、至參と称せられ『みこと』の『みこと』なるが故に『すめらみこと』と称せられる理。」(同上五四頁)

「(4) 第四に日本の君主制は家族的君主制であつて、著しくゲアマンノシャフトリツヘな性格を持っている。所謂家族主義国家観に基づく天皇制であつたのであり、臣民間の親近性は父子の親近性に擬せられた。」(同上五二頁)

「(5) 第五に、日本の君主制は、民族の固有の神観に基づいていた。神社神道は民族的公教であり、天皇制の支柱をなしていた。…その民族教が所謂祭政一致が国制とされていたのである。天皇は此の民族教の最高祭主の地位にあり、神々の祭祀と国の統治とが結合していたわけである。…日本民族は其の首長たる天皇に神格を見、現人神たる絶対的唯二者を立てて、そこに民族の志向する理想の映像を望見したのであり、一種の倫理的理想国の実現を夢見て来たのである。」(同上五三—五四頁)

天皇制を中心とした国家づくり、日本国憲法の制定が、要請されるのであつた。