

「日本国憲法」論を読む（四）

——正当性と失効性をめぐって——

大塚 桂

四 日本国憲法の性質

（5）大石義雄

大石義雄『日本憲法論』（嵯峨野書院、一九七三年）『日本憲法史と日本国憲法』（嵯峨野書院、一九八四年）を
取り上げたい。

a 日本国憲法の性格

日本国憲法は占領憲法であり、それゆえに日本国憲法が存続しているということは、占領状態が継続しているこ
とを示すと、大石は指摘している。

「日本国憲法」論を読む(四)(大塚)

二一〇

「日本国憲法は、第二次大戦における日本の敗戦後、日本占領中の占領軍の指示に基づき、占領目的達成の手段として制定せしめられたものである。しかし、現日本国憲法は、終戦後すでにながい年月を経過しているのに、一度も改正されていない。ということは、日本の戦後政治は、今なお占領政治の延長のままになっているというのである。戦後はまだおわらない、といわれるゆえんである。」(『日本国憲法論』序文一頁)

日本国憲法は、帝国憲法が改正されたものといえる。

「帝国憲法から日本国憲法への変化は、前憲法すなわち帝国憲法の定めた憲法改正の手續にしたがつてなされているということである。…問題は、なぜ前憲法に定めた手續によらなければ摩擦が起るかということに存する。それは、天皇を無視しては憲法改正はなさるべきでないという社会意識の存在の結果である。すなわち、天皇制支持の社会意識の支配的存在を否定することができなかったからである。」(同上緒言三頁)

天皇制が存置しているということは、国体護持を意味する。

「日本国憲法が天皇意識に根源して成立したものであることは、否定することのできない法的事実である。このことが、憲法の内容の全面的変更にもかかわらず、平穩に日本国憲法が成立するに至った大きな理由の一つである。…もし、日本国憲法の成立が、天皇とは全く無関係に企図されたものとしたならば、日本国憲法は、国

民全体を納得せしめるに足る権威ある憲法として、果して成立し得たであろうか。」(同上緒言四頁)

大石は、日本国憲法の革命説を容認しない。

「日本国憲法のように、前憲法が定めた憲法改正の手續にしたがつて新憲法が成立せしめられた場合は、正確には革命ではないのである。」(同上緒言五頁)

帝国憲法の改正によって、日本国憲法は成立した。

「日本国憲法から日本国憲法への転換は、前憲法すなわち帝国憲法所定の憲法改正の手續にしたがつて行なわれていたのであり、前憲法すなわち帝国憲法を廢止し、帝国憲法と無關係に成立した憲法ではないのであるから、前憲法と無關係に成立する憲法を新憲法というのに対して、區別して、やはり改正憲法と呼ばねばならない。改正憲法であるから、日本国憲法は前憲法すなわち帝国憲法と精神的なつながりにおいて存するのである。換言せば、両者は法の連続性を具有して存するのである。このことは、憲法内容の変化がいかに大きかろうと、否定することのできない客観的的事実である。」(同上九五頁)

帝国憲法から日本国憲法に変更したとしても、法的な連続性はある。なにより、国民の意識の連続性があるのは

「日本国憲法」論を読む（四）（大塚）

二二二

無視できない事実である。

b 問題の所在

天皇制が日本国における中心的なテーマである。

「憲法上の根本問題といえ、日本では、昔も今も天皇制の問題である。なぜならば、天皇制の問題は、ことばをかえていえば、日本国の国民統合の国家体制の問題にほかならないからである。」（同上三三頁）

「占領軍は占領中なんのために、日本に憲法改正をやらせたのであろうか。それは、ことばの上では、日本民主化のためである。しかし、そのいわゆる日本民主化の名において具体的には何をねらいとしたかといえ、歴史的な日本の国民統合の国家体制を変更させることをねらいとしたものである。」（同上三三頁）

占領政策は、天皇制度の変更をせまるものであった。

c 革命説批判

革命説については、それは *de facto* からしても、無理がある。

「帝国憲法から日本国憲法への転換を、平和革命あるいは無血革命などと呼んでいるのである。それは、普通は、革命といえ、内乱暴動を伴うて行なわれるものであるが、それを伴わないで、平和的に憲法改正が行なわれているからである。しかし、革命の本質は、これまで行なわれ来たった国の根本法秩序すなわち憲法とは無関

係に、換言せば法の連続性を持つことなくして憲法制度が変わることであるから、帝国憲法から日本国憲法への転換のごとく、その成立過程において法の連続性を持ち、両者がその成立過程においてつながりのある場合は、革命の名をもつて呼ぶことは適当ではない。」(同上九五頁)

「憲法学者の中には、ポツダム宣言を受諾したとき日本に革命が起ったなどという者も出ているが、それは途方もない議論であつて、法理としてはもちろん、歴史的事実にも反していることは、明らかである。ポツダム宣言の受諾、それは旧憲法上の外交大権の行使によるものであり、憲法無視の行為ではない。旧憲法上、天皇は外交大権として講和権限を有することには疑問の余地がない。どうしてこれが革命なのか。これが法理というものである。事実関係においても、ポツダム宣言から現憲法が実施された昭和二十二年五月三日までは、旧憲法は生きていたのである。」(『日本憲法史と日本国憲法論』八六頁)

日本国憲法は、帝国憲法の改正であるから、欽定憲法である。

「日本国憲法では、天皇は統治権の総攬者ではなくなったのであるから、このかぎりにおいて、これまでのわが国体は変更せられたこととなるのである。ただ、この変更が、改正前の憲法すなわち帝国憲法と改正後の憲法すなわち日本国憲法との法的連続性を保ちながらなされているところに、著しい特徴がある。日本国憲法は民主憲法だといわれているにもかかわらず、その欽定性を否定することができないゆえんである。」(『日本国憲法論』九八頁)

「改正憲法たる日本国憲法も、その成立の根源は天皇の意思にもとづいているのである。それ故に、日本国憲法も、その法文内容がどうであろうと、その成立過程の事実に着眼すれば、依然として欽定憲法たるの性格を持っているのである。」(同上二三九―四〇頁)

大石は、帝国憲法は占領下、昭和二二年五月三日までは、実効性を有していた点、日本国憲法は帝国憲法の改正手続によった点、日本国憲法も欽定憲法である点を主張していた。

d 改正論

大石の立場は、改正無限界説である。

「私見によれば、憲法規定中に改正できるものと改正できないものがあるといったところで、その法的根拠はどこにも存しないのである。憲法は、ただ、憲法改正の場合は、国会がこれを発議し、これを国民投票に付して決定するだけ定めているのであって、改正できる規定と改正できない規定との区別はしていないのである。憲法規定中には改正できるものと改正できないものとの区別があると説かれる学説は、すべて、改正できない憲法の規定の定めた事実が憲法以前のものであるからということを理由としているのである。しかし、たとい社会事実としては憲法以前のものではあっても、それが憲法規定に織込まれて法的事実となったからには、単なる社会事実ではなく、法の定めた事実すなわち法的事実である。法的事実というものは、法の産み出したものであって、法の支配する事実である。それ故に、法的事実、法の変化に伴うて変化するのである。∴法というものは、す

べてその性質上、可変的なものである。…このことは、憲法だからといって異なる性質のものではない。憲法も法である以上、その時代その社会の客観的社会条件に伴うて変化する性質のものである。」(同上二五二―三五頁)

日本国憲法が帝国憲法と意味内容が相違していたとしても、なんら矛盾してはいないと考察した。

(6) 相原良一

相原亮一『憲法正統論』(展転社、一九九六年)は、どうであろうか。

a 帝国憲法

帝国憲法は、国体に合致し、理想的であったというのが、相原のスタンスである。

「民族の歴史的伝統、昔の言葉では「国体」といったが、これにもとづいて、生え抜きに制定された憲法は、すぐれて良い憲法で、障ることなく、静かによく行はれる。あたかも、よい独楽が廻るのに静止して見えるやうに、である。大日本帝国憲法、略して「帝国憲法」といふが、戦後「明治憲法」とよぶものが、それであった。明治・大正・昭和前期の施行期間中、憲法違反の声も憲法改正の噂も、殆ど聞かれなかった。よく守られ、よく行はれたといへるのである。」(二二頁)

帝国憲法のエッセンスは、第一条にある。

「日本国憲法」論を読む(四)(大塚)

「日本国憲法」論を読む(四)(大塚)

二二六

「憲法においても、求心力と遠心力とが働いて、憲法の実効性を構成する。わが国の憲法の場合、求心力は中心帰一運動として尊皇の伝統に現はれる。その最も端的な表現は、帝国憲法第一条である。

「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」

とあり、国を統治するとは、天皇は国の中心であることを示す。

この「第一条」といふ点では、日本国憲法の場合でも、「天皇は、日本国の象徴であり日本国民の統合の象徴であつて」とあるし、そのあとに続く「主権の存する日本国民」とあつてこの主権概念の多義性が災ひしては居るものの、日本国民の総意とあるので、天皇は国の象徴、統合の象徴、総意の象徴と解すると、やはり天皇を中心として国民の力がそこに集中してゆく姿がよみとれる。換言すれば、天皇には求心力がそなはつて居る。否、求心力そのものであると仰がれるのである。」(二四―五頁)

天皇制こそが、日本国の核心部分である。

「天皇の皇位は時間的には建国以来または将来にわたつて連続一貫すべきものであつて、この故に「万世一系」といひ、「世襲のもの」ともいふのである。即ち、求心力は建国以来現在に至り、更に将来にわたつて一貫すべきものであり、これがわが国の憲法の一貫性を示すものである。」(二五頁)

天皇制は万世一系、神勅、神話を背景にもつ。

「わが国の憲法の一貫性は、王政復古の大号令では、「諸事、神武創業ノ始ニ原ツキ」とあり、「神皇正統記」では一層明確に「大日本は神国なり、天祖始めて基を開き、日神長く統を伝へ給ふ。」とあり、「続日本記」では「我国家開闢以来君臣定*」とあり、「古事記」には、三種の神器、神鏡奉斎の神勅が示され、「日本書紀」では、宝祚天壤無窮の神勅、侍殿防護・斎庭之穂の神勅が示されて居る。これらははすべて…統治の洪範に相通ふものである。」(二五―六頁)

相原は、天皇制、国体にアクセントを置いていた。

b 日本国憲法

日本国憲法は異常事態において制定された。それは、占領管理基本法である。帝国憲法は、存在しつづけている。「わが国現行の憲法は、占領軍司令官マッカーサーの押し付けによるもので、その本質は占領管理基本法にすぎない。法理論的には本来無効であるが、それが有効の推定をうけて罷り通つて(井上孚磨教授の用語)居るにすぎない。帝国憲法は法理論的には本来有効に存続して居り「ないがしろ」にされて居るのである。このやうな異常状態を正常化することが「憲法問題」の解決である」(二五―六頁)

日本国憲法は、有効であろうとの推定に基づく。これは、日本国憲法の最大の欠点である。

c 改正

「日本国憲法」論を読む(四)(大塚)

「この国家の永久的存在たる属性が、国家存立の根本法たる憲法法典の成文上に表現されるならば、その限度において、それは憲法改正を以てしても変更出来ない内容であるとせねばならぬ。

帝国憲法については、国体規定と政体の根本原則とが、それである。前者は肇国以来、未来永劫に存する不文の立国法の一部が明文に宣明規定せられたものであり、一私は、これを、不文の立国法が成文法の表面に、恰も氷山の一角の如く、露頭せるものと解する。一後者即ち政体の献本原則(第四条後段「此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」)は、明治二十三年帝国憲法が効力を生じてよりこの方、将来永久に不変たるべき要請を有するものと解する。

換言すれば、その第一条より第四条前段までの国体規定と第四条後段の政体の根本原則とは、憲法改正の限界である。」(四二―三頁)

「所謂「憲法改正」は社会が無限に変るから、それに対応して憲法も変へねばならぬ、といふのではなくして、実は、永遠に変わらぬ立国法を一定の時間的空間的条件の下に表現している所の時宜的な法規が、その時間的空間的即ち歴史的社会的条件の変化に伴ひ、もはや、永遠に不変なる立国法を表現し得なくなつて、はじめて憲法改正の問題が生ずるのである。即ち、憲法改正の問題は、永久法たる不文の立国法が、時勢に応じ、時宜に適つて、自己自身を顕現しようとする所に起つてくるのであつて、むしろ、永久法たる立国法が、その存在を明確にするために、個々の条文の改正を要請するものがあると解せねばならぬ。」(四三―四頁)

d
無効論

「その理由の第一は、まづ、革命といふ事実があつたかどうかの歴史的認識において誤りがある。即ち小森教授も指摘される如く、日本国憲法はその現実の定立の過程において、帝国憲法第七十三条の規定とは無関係に、例へば、国民投票とか、特別に設定された憲法制定議会の参与といふ如き何らかの歴史的事実も存在しなかつたのである。

第二に革命の意味の理論的認識において疑問がある。上述の如く、革命の事実が存在しなかつたといへば恐らく革命民定論者は、ここに革命といふのは革命の事実があつたかどうかは問題でなく、降伏によつて、日本は、その憲法の根本建前として、今までの神勅主権主義を否定して国民主権主義を承認することとなつたと解釈せねばならぬと主張するであらう。しかし果して、さう解釈せねばならぬ理論的根拠が十分にあるであらうか。」

連合国の回答（一九四五年八月一日）

The ultimate form of Government of Japan shall, in accordance with the Potsdam Declaration, be established by the freely expressed will of the Japanese people.

「誤解の第一は、ultimate を以て終局的とか究極的とかいふ意味にとり、主権の所在問題として法論理的な意味において理解している点である。これは誤解であつて、その「最終的」とは、…時間的に解すべきであり、ポツダム宣言の第十二項が、連合国占領軍の日本国よりの撤収の時期、即ち、「占領」の「終期」を規定していることと相俟つて、「降伏ノ時ヨリ、天皇及日本国政府ノ国家統治ノ顕現ハ降伏乗降ノ実施ノ為其ノ必要ト認めル措置ヲ執ル連合国最高司令官ノ制限ノ下ニ置カルモノトス」といふ八月十一日回答の最初の部分を考へ合せて理解すべきである。

「日本国憲法」論を読む(四)(六塚)

二二〇

即ち、降伏の時から日本国の主権は連合国最高司令官の制限の下におかれるのであるが、それは決して永久的・最終的なものではなくて、日本国国民の自由に表明する意思によつて日本国政府の形態を決定する機会が、最後には、占領の終りまでには与へらるべきことが、そこに約束されている。(四六一七頁)

「その二は、form of Governmentは、あくまで「政府」の「形態」であり、form of the State「国家」の「形態」ではないといふ点である。もし後者ならば、主権の所在の問題ともならうが、単に「政府の形態」とのみいつて居り、又、ポツダム宣言の第十項には、「民主主義的傾向ノ復活強化 (revival and strengthening)」とあるから、八月十一日回答も、ポツダム宣言も決して「主権の所在」の変更、「国家形態」の変更、国体の変革、即ち「民主権」たるべきことを要求したものではないのである。」(四七頁)

「その三は、…the freely expressed will of the freelyといふ意味は「軍閥や、官僚や、独裁主義者によつて、圧迫され、歪曲」されない意思であるばかりでなく、連合国又はその占領軍によつて圧迫され、歪曲され又は押しつけられた意思であつてもならないといふ意味で、このことポツダム宣言第十項に「吾等ハ日本人ヲ民族トシテ奴隸化セントシ又ハ国民トシテ滅亡セシメントスルノ意図ヲ有スルモノニ非」ずとあることによつても裏づけられるのである。」(四七頁)

「その四は、Japanese peopleであるが、…これは天皇に対立する「国民」の意味に訳すべきではなく、日本国家を構成する日本人、即ち、「日本人」と訳すべきである。日本国の最終の「政治形態即ち天皇の地位を含む形態は、日本国の国民自身が自由にその意思を表示して確立すべきであり、換言せば、連合国側の意思で彼を指揮すべきでない」と、わが国の自主的な立場を許容した意味に理解すべきであつて、このpeopleの語を以て、

国民主権の根拠とすることは誤りである。」(四七一―八頁)

「ポツダム宣言の受諾・降伏により、わが国の憲法の根本規範に根本的な変更があつたとは、いかにしても考へることができないのである。」(四八頁)

subject to

「これは、天皇が統治権者たることはそのまま容認した上でのことであり、ただ、対外高権即ち独立権が制約をうけるのである。それも占領期間といふ一時期のことであり、又、∴限定的なことであり、対内高権には変化を求めざる趣旨ではないと解される。」(四八頁)

e 革命

「八月革命について考察すると、(1)その主体は内力即ち閣内の政治権力者でも国民中の一勢力でもなく、外力即ち外敵の力であり、(2)その対象は∴根本規範の変革を要求したものは解されず、(3)その方法はポツダム宣言の受諾で、これは申込に対する承諾で契約の意味があつて法的行為であり、(4)その行為の態様は「急激に変化」が積極的能動的行為であるに對し、「受諾降伏」は申込を受入れ、力に屈伏するといふ消極的受動的行為であつて、字義上相容れぬものがあり、結局、革命の本来の一般的概念を以てすれば「八月革命」の実体は革命ではないこととなる。」(四九頁)

「所謂八月革命説は、その歴史的事実も存在せず、さう解釈せねばならぬ理論的意味も存在せず、又論理的必然性も存在しない、つまり革命説は成立しないことになる。」

「日本国憲法」論を読む(四)(大塚)

二三三

限界をこえた改正はもとより無効であり、さればこそ、革命に効力の根拠を求めむとしたのであるが、それが不可能となり、更にれ故にこそ無効であることが*々立証せられたわけで、革命説こそ現行憲法の無効論なりといはねばならないのである。」(五一頁)

f 日本国憲法 無効

「現行の日本国憲法が無効なりといふ時には、その効力のいかなる意味についてであらうか。現行憲法の効力を真向から否定する無効論といへども、現実には日本国憲法が通用している事実を否定するものではないのであって、その本来の無効といふのは、妥当性がないといふ意味であると解される。しかし妥当性なくしては単に実行性のみによりて法は果して効力ある法といへるのであらうか。それにはまづ本来無効の、妥当性のない法が何故実行性を有ちえたかを考へねばならぬ。

これを考へると、その実行性は、ひとへに、占領軍による日本管理といふ実力的な「権力」に由来し、ポツダム宣言受諾・降伏文書調印等によりその実力的権力は妥当性の淵源となる理由があるが―その裏付によつて現行憲法が強制通用力を有し得たことを識るのである。」(五五―五六頁)

「帝国憲法は占領中の全面改正によつて、その実効性を失はしめられた。しかし妥当性は存在する。わが国の永遠の立国法の露頭せるもの、表はれたものとして妥当性は生存する。その全面改正たるや、まさに、「電光影裏斬春風」底に、妥当性までをも無くすことはできなかつた。帝国憲法の妥当性は生きていたのである。」(五七―七八頁)

「日本国憲法は本来妥当性がない。その実効性は今や減退しつつありといへども、とにかく保たれている。妥当

性のない現行憲法がまがりなりにも実効性を保ち得るのは、独立後の現在では、帝国憲法の妥当性の裏付によるので、帝国憲法は、殊に第一条乃至第四条は、成文法としては、表見的には排除せられたやうに見えながらも、不文法的に存続し、現行憲法は、これに接続し、―それはその内容が―互に根本的に相異なるにつき、木に竹を接ぐが如く、或は水に油を混ざるが如くではあるが、―接合することによりて、帝国憲法の妥当性の御陰を蒙り、辛うじてその実効性を維持し得て居ると理解するのである。」(五八頁)

「日本国憲法は、

(1) 制定権者の曖昧性(天皇なるがごとく、国民なるがごとく、連合国最高司令官のごとく)

(2) 内容―帝国憲法の改正限界を逸脱し、改正に名を籍りて帝国憲法を廃棄したものの。

(3) 方法―占領権力による不当威圧、(原文は英文)、英法にいわゆる *undue influence*。

(4) 時期―占領期間中、天皇及び日本国政府の国家統治の権限は連合国最高司令官に従属する (*subject to*)。

(5) ヘ―グ陸戦法規慣例に関する条約第四十三条違反(占領地の現行法尊重の原理)。(二一〇―二頁)

「現在の日本国家の憲法的情態を以て、正常なりとなすことはできない。この変動的・変態的憲法情態は、これを永く放置しておくわけにはゆかぬ。一日も早くこの情態を是正し、名を正さねばならぬ。それがためには、まづ本来無効なるにもかかはらず、「有効」と推定されている現行憲法の「無効確認」を行ひ、―有効なもの廃棄や破棄ではない。―同時に、帝国憲法を復原して、即ち正位に復して、名分を正し、その上で、帝国憲法第七十三条により、改めて憲法改正を行ふべきである。」(五八―九頁)

(6) 菅原裕

菅原裕『日本国憲法失効論』(時事通信社、一九六一年)

a 帝国憲法の現況

「帝国憲法はポツダム宣言受諾の結果、天皇の統治権が、占領中だけ一時的に制限され、かつその制限中に、日本国憲法という占領管理法が制定されたため、全面的にその効力を停止され棚上げされてはいるが、本質的に死滅していたものではない。」(八頁)

「日本占領軍は、被占領国日本の固有の憲法を、全面的に廃棄し、かつ、これに代わる永久憲法を制定せしめる権限を国際法上または条約上持つものではなかった。ただ占領遂行上、絶対的需要があるときに限って、一時的に、被占領国の正統憲法の効力を停止したり、占領中だけ効力を有する管理のための基本法を制定することができるにすぎなかった。また、帝国憲法下にあつて被治者であつた国民が主権在民を宣言したり、民約憲法を制定する権限がなかつたことはいうまでもない。したがつて日本国憲法は、いかに憲法と名づけても、あるいはまた制定に当たつて帝国憲法の改正手続きを利用したとしても、日本国本来の真正憲法たり得べきものではなく、占領軍が占領管理の必要上制定せしめたところの限時的効力を持つ、占領立法にすぎないものであつて、「憲法と名づけられたる占領管理基本法」である。」(八頁)

「日本国憲法は：日本国の真正なる正統憲法ではない。：実質上正統憲法たり得べき素質なく、憲法としては無効のものと断ぜざるを得ない。」(九頁)

「日本管理のための占領立法という点から論ずれば、すでに占領終了の今日、当然失効しているものであるから、わが国としては、一日も早く、この憲法を僭称する偽憲法の失効を確定して、効力停止のわが国固有の大日本帝国憲法の復活をもたらすべきである。」(九頁)

b 無効論の根拠

1 時期の問題として

「占領下、わが国は、完全な国家主権もなく、また国民の自由なる意思もなく、マッカーサー元帥の絶対的独裁専制が行なわれ、日本の非軍事化と、民主化達成の名の下に、直接にまたは日本政府を駆使して、日本崩壊政策が強行されたのが、日本占領の実情であった。こんな時期に、どうして被占領国固有の正統憲法を、合法的に廃棄したり、改正したり、新憲法を制定したりすることができるであろうか。」(四一頁)

2 方法の問題として

「GHQ当局は、…日本の憲法を早急に改正し、天皇の機能を全面的に剥脱して、極東委員会に対しては、日本はすでに完全に民主化を終わった、あえて共和制を布く必要はないとの了解を求め、他方、日本国民に対しては、象徴天皇を憲法に残すことによって、天皇制は存続された、日本の国体は変革されない、と納得させる以外に手はないとの結論に達し、急速にこの謀略憲法草案を作成したものである。」(四六頁)

3 内容の問題として

「現行の日本国憲法自体が、いわゆる改正の限界を逸脱して、帝国憲法の根本をなし、立国の大本を規定した、第一条ないし第四条を、抹消して改正されたものであることを、反省すべきであろう。」(五一頁)

「かくのこどき重大なる内容―国体法規の变革は、帝国憲法自体の廃止であり、日本国体の断絶であつて、第七三条の改正の範疇に属さないことは、論をまたないところである。」(五一頁)

「わが国では、革命でもなく、また征服でもなく、しかもこの第七三条の改正手続によつて、天皇の勅語を仰いで帝国憲法が、全面的かつ根源的に改廃されてしまったような外観を呈しているが、この事實は、いったいどう理解すればよいのであろうか。私はこれに対しては、ただ一語「それは占領の仕業であつた」と答えたい。そして、いわゆる「日本国憲法」は独立回復後、日本人によつて処理されることを期待しているところの「占領軍の落とし子」であると考えられるものである。」(五三頁)

帝国憲法と日本国憲法との「法的連続性の問題は、おそらくGHQは、これによらなければ、国内的には、革命を是認したことになり、国際的には、ハーグ規約違反の責任を追及されることを恐れ、かくも明白な法理無視横車を押したものと思われる。」(五四頁)

4 国際法関係の問題として

「占領軍当局が、国際条約に違反して、日本の憲法改正を刊行したからといって、それによつてできた日本国憲法が国内法として当然無効たるべきではないが、新憲法改正に際して、占領軍のとつた行動それ自体が、国民

の意思を尊重しているハーグ規約等の違反である以上、その絶対的指令たる軍命令によって行動せしめられた占領軍の下部組織だった日本国諸機関の行為も、違法性を免れることはできない。したがってそれによってできた日本国憲法もまた憲法としての成立条件を欠き、無効たるべきものといわなければならぬ。」(五六頁)

「日本人が、国家の根本組織法である憲法を廃棄され、国体を変革されながら、これが復活を考えないのは、法理の無知と、卑屈に基づくもので、また世紀的、かつ民族的に大醜態というべきであろう。」(五七頁)

c 失効論

「占領立法が、占領遂行のためである以上、その効力も占領期間中に限られ、占領終了とともに失効すべきであることは言をまたぬ。∴日本国憲法と称する管理基本法自体は、占領終了と同時に失効していることを銘記しなければならぬ。」(五九頁)

「いかに最高司令官といえども、占領軍当局として、占領の本質を越え、国際法に違反して、被占領国固有の正統憲法を改廃したり、さらにその統治権制度の効力を、占領終了後まで持続せしめるような法令を制定することは許されないのであって、ただでき得ることは、占領中降伏条項実施のために必要とする措置としての法令の制定にすぎないのである。したがって日本国憲法は、いかに憲法と名づけられても、独立国日本の正統憲法たり得る資格なく、憲法としてならば、無効といわざるを得ない。」(六二頁)

「憲法としては、無効であるが、占領法規としてなら、占領中は有効であるが、占領終了によって失効する。」(六二頁)

d
復原論

「日本国憲法」論を読む（四）（大塚）

二三八

「日本国憲法を、正統憲法として無効のものと解しても、あるいはまた、占領管理法と解しても、占領終了の今日、この偽憲法が、法理上効力を有しないことは明瞭である。しかも、いったん法として制定公布された以上、有権的に無効が宣告されない限り、事実上有効のものとして取扱われることは否定できない。そこで国家としては、法の権威を保持するため、すみやかにこれが失効宣言をし且つ経過的立法措置を講じて、理論と実際とを調整しなければならぬ。

すでに偽憲法の失効が確定すれば、棚上げされている本来の憲法が、当然その効力を復活することは申すまでもない。したがって日本国憲法の無効ないし失効の確認と同時に、帝国憲法の復活も行なわれるべきである。ゆえにことさら、帝国憲法の復活宣言をしなくとも、日本国憲法の失効宣言をするだけで十分である。」（一六四頁）

最終的には

「現在帝国憲法上の地位を保たれている唯一の御方であらせられる天皇において勅語を下され、この失効理論と實際運営との調整を図られることが最も適切である。」（一六三頁）

ということになる。

復原の手続き

「今日の客観情勢上、帝国憲法がそのまま、復活したのでは、種々の混乱を伴うであろうから、これが改正、増

補をする必要がある。その改正増補のためには、慎重を期し法律による憲法対策委員会を設置し原案を作成すべきであろう。そしてその原案を参考として改憲の御発議を願い、その復活憲法の改正ができるまでは、臨時措置法を制定しておく必要がある。しかしながら、その臨時措置法の制定について、…現行の日本国憲法の内容をそのまま、一時借用すればよいと思う。」(一〇八頁)

まず、国家において4つの決議をすべきという。

- 「一、日本国憲法の失効宣言
- 二、臨時措置法の制定
- 三、憲法対策委員会法の制定
- 四、憲法に関する上奏文」(一〇九頁)

決議の趣旨としては、

- 「一、失効宣言は、日本国憲法が、占領管理法であつて、平和回復と同時に、失効させることを確認するものである。
- 二、臨時措置法には左の事項を含ませること。
 - イ、原則として、日本国憲法の内容を利用すること。
 - ロ、ただし争いのない改正意見は、採用すること。
- ハ、臨時法としてその有効機関を五年とすること(したがって復活した帝国憲法の改正増補は五年内に成

「日本国憲法」論を読む(四)(大塚)

二三〇

立せしむべきこと)。

三、憲法対策委員会は、各界を代表する権威者を以て組織し、復活した正統憲法の改正案を作成し、天皇の改憲発議の参考に資する。

四、上奏文には、日本国憲法の性格ならびにすでに失効しおること、棚上げされている正統憲法が当然復活すべきこと、復活した帝国憲法は現在の客観情勢上、改正増補の必要があること、その改正案が可決されるまで臨時措置法によって一時運営されること、失効の理論と実際の運営との調整等のためには、勅語を賜るべきこと、復活した帝国憲法をその第七三条により且つ前項の委員会の議案を参考として改正の御発議をお願いすべきである。」(一〇九―一一〇頁)

なお、菅原『東京裁判(復刻版)』(国書刊行会、二〇〇二年)も参照。

〔編集委員会注〕

大塚桂先生は二〇一四年十一月三〇日に永眠されました。

本稿は、逝去される前に受理されていたものであり、ご遺族の了解を得て、形式的な校正のみを行って掲載した。