

## 「日本国憲法」論を読む（五）

——正当性と実効性をめぐって——

大塚 桂

### 三 日本国憲法の性質

#### （8）高柳賢三

高柳賢三『天皇・憲法第九条』（有紀書房、一九六三年）にあつては、占領政策との関連性から論をすすめていく。

「マ元帥は、日本の歴史的継続性の見地から天皇制を不可欠のものと認めたのはもちろんのこと、敗戦によって、弱体化された日本の復興を可能ならしめるためには、天皇制を維持することが是非とも必要であると信じたのである。また天皇制廃止は日本を弱体化しようとする企図であると考えたのである。そして、天皇制を存続せしむるためには天皇制を近代的な自由主義的な線で、再建することが必要であると考えたのである。」（二三―四頁）

「日本国憲法」論を読む（五）（大塚）

「日本国憲法」論を読む（五）（大塚）

二

天皇制は占領と民主化をすすめていくにあたって、メリットが十分にあった。マッカーサー三原則について、

- 1 天皇は国家の元首の地位にある。
- 2 皇位の継承は世襲である。
- 3 天皇の義務および権能は、憲法に基き行使され、憲法の定めるところにより、国民の基本的意志に対し責任を負う。

との理解がみられる。具体的に、象徴天皇とは、

「第一条で天皇の地位を定義するのに、元首の文字をつかわずに象徴の文字をえらんだのは何故か。その理由は、元首という明治憲法におけるとおなじ文字をつかうと、再び解釈によって明治憲法下におけるような元首観が復活することをおそれたからであって、日本の特殊事情を考慮に入れた結果である。尤も象徴ということは憲法上の慣用語としては元首の属性としてつかわれてきたのであり、かつ他の条文で天皇が総理大臣や最高裁判所長官を任命し、国会を召集し解散することになっているので、天皇がこれらの国家機構の上に位することは当然のことである。起草者は、マッカーサー三原則における、天皇は国家の元首の地位にあるということを否定したわけではなかった。」（二六―七頁）

と考えられる。天皇の地位は、

「天皇の地位の溯源に重要性をみとめて、この地位は “主権の存する日本国民の総意に基く” ものとしたのは、天皇の地位を民主的君主に関する近代的な考え方に合致するようにし、明治憲法の上諭のうちに述べられた前近代的な溯源理論を排除する意図で書かれたものである。」(二七頁)

「日本国憲法の下でも天皇は象徴でありかつ元首であるというのが、原案起草者の意図であった。元首ではあるが国政に関する権能をもたない、イギリス国王と同じく政治的権能はなくなったが、日本国の象徴であり日本国民の統合の象徴であるという重要な地位にあるのである。」(二九頁)

「日本国憲法における天皇の地位は、正に “象徴的元首” であるといって差支えない。」(二九頁)

として回している。高柳の見解としては、

(一) マ元帥が天皇制をのこすことにきめたこと、そして近代的な民主的な天皇制を残したことは、日本民主化将来ににとってよかった。

(二) 日本国憲法の天皇の章の解釈としては、日本が立憲君主国であり、天皇は象徴的元首であるとする原案起草者の解釈が正しいと考える。日本国は共和国であり、元首は内閣または総理大臣であるという概念法学的解釈には賛意を表しえない。

「日本国憲法」論を読む(五)(六塚)

四

(三) 明治憲法下の元首に復元することはむろん反対であるが、天皇制廃止にも反対である。象徴的元首としての天皇の存続は、日本民主化のためにプラスであると考えている。

(四) 民主主義に基づく国政における、象徴的元首の国民を統合する評価については、これを高く評価すべきであると考えている。「平等」という抽象的観念から象徴の価値を否定し、また政治的「力」の観点から天皇は象徴にすぎぬと低くこれを評価する純理の見方は、実際政治の統合の作用を無視した短見であると考えてられる。

(五) 天皇の章には、改正を必要とするような重大な実際上の不都合は認められない。従って改正の必要はないと考えている。「(三九頁)

として要約されているところである。

### (9) 柳瀬良幹

柳瀬良幹『元首と機関』(有斐閣、一九六九年)をみてみよう。そもそも、元首とは

「(イ) 統治権の騒乱者であること、(ロ) 行政の首長であること、(ハ) 国家の外にあつてこれに対立するものではなく、国家の中にある最高機関であること、の三の比喩であり、この三のことを意味するものであること」

(一一―一二頁)

である。その上で、天皇の象徴については、

「天皇は日本国の象徴であるというのは天皇は日本国という無形のもを体現している有形のものだということ  
で、従つて日本国と天皇との間には体現という関係があるというのが右の文句の言っていることである。…そ  
して体現という関係は…少なくともそれは法律上の関係でないことは確かだと思う。」(四一—二頁)

あるいは、

「元の憲法のそれは国家と天皇との間の機関関係という法律上の関係を現わし、従つてそれからは、天皇は統治  
権を総攬するということ、即ち天皇の国の機関としての権限の範囲及び内容という法律上の結論が出て来るの  
に、今の憲法のそれはそのような法律上の関係を現わしたのではないから、それからは国家と天皇との関係  
について何の法律上の結論も出て来ない。」(四二頁)

やはり、

「天皇の「この地位は、主権の存する国民の相違に基く」などという、それ自身は法律上の問題ではない。天皇  
存在の根拠に関する解釈乃至理論という、元の憲法では単に上諭の中にあつたにすぎない事柄が記されてあ

「日本国憲法」論を読む(五)(六塚)

る。」(四三頁)

つづけて、

「元の憲法の第四条は、…天皇は国の元首であるべきであるという当為を述べたものに違いない。即ちそれは天皇は国の元首であると思えという国民に対する命令である。…国民は天皇からの命令をすべて国の命令と認め、これに服従せよということに外ならない。」(四四頁)

などこの評価が示された。柳瀬は、天皇の象徴性は、法的な地位とは考えられにくいとして、

「天皇は国の象徴であるべきという当為の陳述であり、国民は天皇を日本国の象徴と思えという国民に対する命令である点は、元の憲法の第四条の文句と同じである。ただ、その点は同じであつても、そのあるべきである事柄は全く違い、国民が思えといわれているその思わなければならぬ事柄は全く違つていのである。」(四五頁)

「天皇は日本国の象徴であるといふのは、天皇は国の元首であるといふのとは違つて、法律上の事実ではなく、法律上の事実とは全く違つた別の事実である。従つて天皇をそういうものと思えという命令は法律上の内容をもたない命令であり、その命令から生じる義務は、若し義務が生ずるとすれば、法律上の内容をもたない、法律上の義務ではない、別の義務である。」(四五頁)

と分析した。結論として、

「天皇の法律上の地位としては、元首にして且つ象徴であるということは意味をなすが、…象徴であるが元首でない天皇などというものは法律上意味をなさぬ。…天皇が法律上どんなものであるかは、象徴であるかないかなどと関係なく、その権限の規定―今の憲法で言えば第三条から第七条まで。但し、第五条を除く―で定まるので、象徴であるということは、その上に付け加わった、それとは別種の属性なのである。」(四八―四九頁)

との発言に及んでいる。

### (10) 三瀧信吾

三瀧信吾『日本憲法要論』(洋販出版、一九八六年)を概観してみたい。

国家と憲法との関係について、

「成文憲法が先に出来て、然る後に国家が成立した国は一つも無い。国家生活の根本事実が出現し、これと同時に、又はその後の時点に於て、憲法典が制定される。」(二頁)

「憲法の任務の第一は、立国法に基く国家存立の保障である。即ち「国体の護持」である。第二には、国家の統治作用により、国土や国の財産及び国民の生命・財産を保全し、以て人権の安全を保障すると共に、更に文化を振興し産業を勤めて民生を図ることをその任務とする。」(四頁)

「憲法の規定の中でも、特に、立国法を明示する「明示的規定」の内容を変更することは、憲法の規定する改正

「日本国憲法」論を読む（五）（六塚）

手続を以てしても出来ないのである。」（七頁）

と概括的に述べている。

三瀆にとつて、立国法＝国体法との認識をもっている。

「憲法の基礎となる立国法とは、国体法とも称されるが、不文憲法として、成文憲法のある場合には、必ずその基礎を成すものである。∴立国法は、その国の立国と同時に、その成立事実と不可分に存立するものであつて、立国の精神的又は道徳的理想を根幹として、その国のもつとも基本的秩序を樹立するものである。この国の成理事実の中心は、元首の立ち方である。即ち、その国の元首の地位の本質が、それによつて定まる。」（一二頁）

「元首は、立国法の具体的な表現者であり、これを体现する人格であり、国家といふ一大人格体、一大生命体を全一的に表現する自主表現人である。」（一四頁）

三瀆は、憲法制定に関して、占領憲法であるとの認識をしめしている、

「帝国憲法は、独立国家の立憲政体の基礎法として実質を奪はれた「日本管理法」といふ占領管理の為の法に変質している。」（七五頁）

「日本国憲法の制定は、法形式上、占領政策の為に、帝国憲法の改正を装つただけであつて、実は、「日本管理

基本法」と化した「帝国憲法」の、日本管理者（占領者）の意志による改正に他ならず、従つて、新憲法の実体は、「日本管理基本法」に他ならぬ。」（七五―六頁）

日本が主権を回復したのであるから、自主的に憲法を制定すべきであると指摘する。

「私見によれば、この主権回復後に於ける「日本国憲法」は、占領管理者既に解消せる今日、日本管理基本法改正法とは云へない。しかし、自主憲法といふ憲法成立の第一要件を欠いている以上、憲法とは認め難い。さればと云つて、占領終結後もこれを黙認し、これによつて立法・司法・行政の一切の国政を運用して来たものであつて無効とは云へない。即ち、黙認された臨時基本法として、他の諸法令に対し最高法規の位置にあり、やがて自主憲法の立直るまでの間の過渡期を担つた「不確定期限附臨時基本法」といふよりほかにない。日本国家が立憲政体を持続する限り必ず自主憲法を制定し直す必要があるから、敢て「条件附」ではなくして「不確定期限附」とするわけである。」

「日本国憲法の場合には、日本国憲法そのものが元来、憲法ではなく、敵軍占領下に押しつけられたもので擬似減法であるから、立国法を否定こそすれ、立国法的根拠は無い。強ひて云へば占領軍総司令官の意志が立国法と入れ替わつたわけである。今日では、自主憲法制定までの間、天皇の名によりそれが臨時に認定されているに過ぎない。」（九三頁） 「日本国憲法が元来日本国民の手によつて自主的に憲法を立て直すまでの間の、時限法的な「不確定期限附臨時基本法」である以上、憲法改正問題といふのは、本質的には、自主憲法の制定問題で

「日本国憲法」論を読む（五）（大塚）

一〇

あつて、憲法の改正ではなく、従つて、この「日本国憲法」といふ法典の上の改正手続の範圍権限を逸脱した、「超日本国憲法」の問題であると云はざるを得ない。」（二二〇頁）

その上で、彼は憲法本復論を繰り広げる。

「(一)、先づ憲法に関する基本的考究を要す。

一、国家の本質（国家観）の現代的考察に照して、国家生活に於ける憲法の地位及び権限（任務）を確認すること。

二、近代デモクラシーの本義に鑑みて、国体及び政体（主権・元首・国民の意義を含む）につき綿密に検討すること。

(二)、憲法成立の要件の確認。

1、自主制定

2、立国法（国体法）に立脚すること。

註、故に革命は認められない。

(三)、現行「日本国憲法」から自主憲法に向つての考究順序。

第一、日本国憲法の現時点に於ける法的地位の確認。（帝国憲法以来の経過確認）

第二、原文たる英文日本国憲法の正確な邦訳並びに解釈。

第三、現行法上当然実行すべき事項及び実行可能なる事項の指摘と、その実行。

第四、当面の国政運営上、緊急に改正すべき事項と、改正要綱の立案。

第五、自主制定に関する基本的考究

1、我が立国の大法（国体法）の再確認と、これに関する立憲上の問題点の検討。

2、不文法主義と成文法主義に関する検討。

3、主権・元首・内閣・二院制・三権分立その他の立憲政体の在り方に関する考究。

（四）、自主憲法制定への手続」（二二四―五頁）

自主憲法本復への手続としては

「一、現国会をして、皇室典範及び憲法審議の機関設置決議を致さしむること。

二、現国会をして右決定を強行せしむる為、又、爾後に於ける治安維持の為、先づ強力内閣の実現、自衛隊を中心とする民防、義勇組織の綿密強力なる育成準備を進むること。

三、典範、憲法審議機関設置決議の成立したる上は、聖断を仰ぎ、詔書を拝受し、国民の決意を固めると共に、御諮詢の機関たる性格を明らかにすべし。

四、右審議機関の構成員は首相の指名に基き、天皇の任命による。

五、予め、米国当局との間に充分了解を求め、精神的援助を期待しておくことは今日の情勢及び日本国憲法と

「日本国憲法」論を読む（五）（六塚）

の関係上必要なり。

一一

六、憲法審議の方針としては、我が国体に鑑み、不文憲法制を加味すること。」（二二八―二三〇頁）

「要は、大日本帝国憲法の根本義、即ち我が国体の本義に還るにあり、而して審議考慮の要諦は、大日本帝国憲法の篇章を基本として進むべきこと論無し。」（二三〇頁）

とすべきものだとしている。

ちなみに、「日本国憲法の無効宣言、帝国憲法復元論」に対しては、「帝国憲法の復元と言へども、実は枢府、内府等の大権補弼の機関無き事実を如何せむ」（二三〇頁）と疑問を投げ掛けている。

### （11）三枝茂智

三枝茂智『新憲法・その虚構と真実』（日本文化連合、一九六五年）に関しては、どうだろうか。

もし無条件降伏であったならば、

「イ、日本国の無条件降伏でなくてはならない。

ロ、そのことを証する文書に天皇が署名しなくてはならない。

ハ、連合国は日本政府にとって代り、最高権力を握らねばならない。

ニ、日本国政府の一切の権力は連合国に移行し、行政機構は連合国の命令に従て事務を遂行せねばならない。

ホ、天皇の権力は連合国に移行し、天皇は保護拘禁下にあらねばならない。

へ、日本にある連合国政府が自らその要求を実施して行かねばならない。」(七頁)

との認識を示す。そもそも、ポツダム宣言は国際協定であり、有条件降伏である。

「国際法では国際協定中の不明確な条件はその条件を受諾した国に有利に解釈されている。条件を提示した国はこの意図を明確にする義務を負う。」(六頁)

「新憲法はいわゆる八月革命説の上に立って起草されており、その有効を主張する為には八月革命説が必要であり、そしてその支柱には是非無条件降伏を必要とする…。そのことは、宮沢俊義氏の「ポ宣言受諾または無条件降伏即革命」と云う定式は無条件降伏を抜きにしては成立し難く、宮沢氏がその建前を一貫して取っている…。」(一八七頁)

「ポ宣言受諾即国体変更なる公式(八月革命説)は驚くべし、売国奴宮沢氏の創意提案である。」(二一六頁)

マッカーサー草案が日本政府に手渡された昭和二年二月一三日について、

「二月十三日に至りて改めて、改憲に全面的に「デベラチオ即無条件降伏」が持ち込まれたのだ。何という珍現象の過程だ。(イ) 民族自決主義から、(ロ) 「日本国民の自由に表示せられたる意思」となり、(ハ) それが革命的日本臣民となり、(ニ) 法\*誘発革命となり、(ホ) その正当化の為にデベラチオとなり、(ヘ) 民族他決

「日本国憲法」論を読む（五）（六塚）

の主権剥奪、（ト）民族自決の否認・画餅化となった。」（二三六頁）

「民族自決は民族他決に等しく、前者は後者に帰一すると言うのだ。∴国際法域上の民族自決主義は、知らぬ顔しつつ、国内法域に持ち込まれて、在民主権即共和制を意味するに至らしめたとも言える。」（二三六頁）

と懐古している。

三枝は、「連合国最高司令官・総司令部・民生局民生局長へのオツプラー覚書」にあつて、宮沢が関与したことを指摘する。オツプラーは施政部法律課長である。

「一、天皇の憲法改正を発案する権能は無制限である。彼は通例国体と呼ばれる日本統治の根本的原則を護持するよう拘束を受けていない。何となれば、

（イ）、明治憲法はかかる制限を含みおらず、それは爾後の解釈により導入されたものである。又、

（ロ）、よしやかかる制限が嘗て認められていたとしても、ポツダム宣言の受諾は日本国の国体を変革した。」

（三三二頁）

結論として、三枝は、

「美濃部の弟子、宮沢教授は、例へば一九三八年の如き平時に於ては、天皇は現在の法案の如き一全の新憲法案

を国会に付議するの権能を持たないだろう。何となれば付議された統治制度の変革は国体と相容れないものだろうからと主張する。然らば誰が天皇の法案付議を阻止し得る者がいるだろうかとたずねられたとき、宮沢は、多分そんな人は独りだつていやしない、革命的となると宮沢は答えた。彼の意見によれば、今や状況に変化が起つていた。何となれば日本国政府によるポツダム宣言の受諾の結果として、国体は根本的に変更されたが故に、今や準革命的状況が存在する。それ故明治憲法はポツダム宣言に抵触せない限りに於てのみ有効である。」(三二六頁)

と帝国憲法の有効性を首肯した。

(12) 田上穰治

田上穰治『憲法原論』(春秋社、一九五八年)『入門憲法』(有斐閣、一九八二年)をみてみたい。彼は、

「新憲法の効力は、明治憲法によつて説明できないのであつて、ポツダム宣言の受諾による革命を認めるほかはない。」(『憲法原論』八三頁)

と革命説のスタンスである。しかしながら帝国憲法の暫定的な実効性を認める。

「日本国憲法」論を読む(五)(六塚)

一六

「ポツダム宣言の受諾は、わが国の君主主権を国民主権に変更した。もとよりこのことは、明治憲法の規定を当然に失効せしめたものではないが、既にこのときに憲法の本質が変更されたのであって、…国民の総意によって憲法の規定を変更することが自由になったのであり、明治憲法第七三条の限界内であると否とを問わない。したがってポツダム宣言を受諾してから新憲法が実施されるまでの間は、明治憲法は暫定的効力を認められたのに過ぎない。」(同上八三頁)

「連合国の管理は、降伏条項が完全に実施されるまでの暫定的なもので、しかも降伏文書は連合国とわが国の合意によるものであったから、わが国権の自律的制限であって主権の消滅と解すべきものではない。けれども管理が終了する時期はもっぱら連合国の認定によるのみならず、管理の内容についてもわが国の対外的および対内的な自主性が全く停止されたから、通常の条約による自律的制限とは趣を異にし、主権の停止ということができる。」(同上八八―九頁)

日本国憲法は、そもそもは、外在的チカラによって制定したものである。

「わが憲法は連合軍隊の占領中に変わったのであって、日本国民が自主的に憲法を制定することができない状況にあったから、新憲法は旧憲法の改正とはいえず、また国民の総意が変わることによって行なわれる革命とも異なり、外国の勢力によって変更されたことになる。」(『入門憲法』六頁)

「占領により当然にわが国の主権が停止され、その後七年間は明治憲法による統治でないのみならず、新憲法に

よる統治とも異なり、占領軍の政策により超憲法的政治が行なわれたのである。ただ二二年、新憲法が形式的に一応発効するまでも、すでにポツダム宣言の受諾によって旧憲法の効力が停止されたのであるから、この意味で国民主権の政治のようにみえる。けれどもこのことは日本国民の総意と関係なく、ただ占領軍によって事實上、旧憲法の効力が停止されていたとみるほかはない。」(同上六頁)

ただ、形式的・外見的には、新旧憲法には連続性はある。

「新憲法をマッカーサー司令部により制定されたものとみる説は必ずしも当たらず、むしろ極東委員会の反対を抑えて、司令部が天皇制につき現状維持の方針を貫き、また外国の干渉を表面的には許さないポツダム宣言にしたがい、明治憲法に基づく幣原内閣と吉田内閣が極端な変革を回避する努力をしたとみるべきであった。その結果、新旧憲法の間には完全な法的連続性が維持されるべきものとされた。」(同上七頁)

日本国憲法の性質は、

「わが政府が占領軍の承認のもとに制定した一種の協約憲法である。」(同上七頁) のであって、

「占領中は、明治憲法もまた昭和二二年以前にあつてすでに停止され、また新憲法も二七年四月まで半ば停止されていたとみるほかはない。」(同上八頁)

「日本国憲法」論を読む（五）（大塚）

と考察している。

革命説批判としては、

「占領中の憲法につき平和革命があつたものとする学説は、両憲法の間には基本原理が異なることを強調することでは必ずしも誤りでないが、それは両憲法の条文の相違を理解するための手段にとどまり、革命の主体となる勢力は憲法制定の経過から明らかにされず、政治的にいつ革命が行なわれたか、また法理上、国民主権・戦争放棄などがどのような理由で明文化されたかも理解できない。その結果、学者はあたかも憲法制定の経過から自説が当時の国民の総意によるものとし、占領政策による外部的な事情を考慮せず、簡単に新憲法の原則として公理のごとく考へる傾向がある。けれども新憲法の原則は、条文相互の論理的関係のほかに、憲法が国家の根本法であることから、歴史的・比較法的に慎重に考へるべきもので、国民主権の字句から直ちに国体の変更を認め、あるいは人権の保障から個人の自由を絶対と考へるような短絡的な主張があり、これは賛成できない。」

（同上八一―九頁）

と要約している。

(13) 中村哲

中村哲『日本国憲法の構造』（御茶の水書房、一九五六年）にあつて、

「ポツダム宣言の受諾、降伏文書の調印は、明治憲法下の統治権の在り方については変更を齎らすものであった。これらの外交文書は、国際法的な拘束力をもつが、とくに、降伏文書は占領管理についての憲法ともいふべきもので、その調印は明治憲法の条約締結権（一三条）及び統帥権（一一條）の発動として行われた憲法上の行為であった。しかしその内容は憲法の規定する統治権に全面的な制限を加えたものであって、憲法の一部の規定を無効ならしめるものであり、それは国内法としての拘束力を有する。従って、形式的には憲法の定める天皇の大権によって受諾された法であるが、実質的には憲法を超えた国内法として最高法規の性質をもつ。この意味からいって、降伏文書の内容に抵触する憲法の規定は、停止されたことを意味する。」（七六頁）

と帝国憲法は無効であると考えている。

「しかし、明治憲法は廃止される法的手続が積極的にとられていない限り、形式的には存在していたことはいまでもない。要するに、一方では最高司令官の最高の命令権があり、その性格は変化しており、天皇主権の原則に基づく、天皇の機関であるという性質は失われたし、天皇自身が主権者たる性質を失ったものであった。この意味からいって、天皇主権の原則を国体とというならば、その意味の国体はポツダム宣言の受諾によって変更されたということが出来る。」（七六―七頁）

とし、ポツダム宣言受諾が国体の変更をもたらしたとの判断である。

「日本国憲法」論を読む（五）（大塚）

二〇

帝国憲法七三条の改正手続について、

「民定憲法であるにもかかわらず、憲法七三条の規定によって、天皇は、明治憲法が示すような憲法改正権者として行ったものでなければ、主権者としてでもなく、たんなる手続をとったにすぎない。ポツダム宣言の受諾によって、連合国の回答書がいつているように、天皇主権は、この時に否定され、国民主権はこのときに確立しているのであるから、修正案を發議し裁可の手続をとった天皇は、すでに主権者としての天皇ではなかった。従って、憲法制定権者ではありえなかった。主権者のみが憲法制定権者であるという意味からいっても、降伏後は国民のみが憲法制定権者であつて、天皇は便宜的にそのような手続の形式をとったのにすぎない。」（八六―七頁）

と説明している。結論として、

「この憲法がポツダム宣言の受諾による降伏に基礎をおくもので、本質的には法的断絶があり、国家的な変革によつて、主権の所在が変更し、憲法制定権者が変更してしまったのに、最高司令部の方針に基づいて形式的のみ明治憲法との法的継続性をつけた」（八八頁）

と叙述している。

〔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つて掲載しました。