

「日本国憲法」論を読む（六）

——正当性と実効性をめぐって——

大塚 桂

三 日本国憲法の性質

（14）榎原猛

榎原猛『憲法 体系と争点』（法律文化社、一九八六年）における論議はどうだろうか。榎原の問題意識としては、「日本国憲法は、わが国の敗戦、占領下という異常状況の中で成立したものであるから、その成立過程の性格をめぐり、法的評価についても事実評価についても、さまざまな見方が生じた。なかでも激しく争われたのは、①新旧両憲法間に法的連続性があるか、②新憲法はアメリカから押し付けられた憲法とみるべきかどうか、の問題であった。」（五八頁）

「日本国憲法」論を読む（六）（大塚）

「日本国憲法」論を読む(一)(大塚)

二

というところにある。

明治憲法との法的連続性については、

A 法的連続性を否定する説(民定憲法説)

B 法的連続性を肯定する説(欽定憲法説)

とに区別できる。そして、

「考察―確かに、明治憲法と日本国憲法とでは、これを内容からみると、主権の所在をはじめ、基本原理を一変しているのであるから、両者の間には実質的な断絶があることは否定できない。しかし、改正手続に関する社会的事実、および法的事実からみると、「憲法規定中に、特別の原理ないし規定につき、その改正を禁じる趣旨の規定がない限り改正に限界がない」とする本書の見地からは、B説が、より説得的である。この意味で、本書は、両憲法の間には法的連続性があり、日本国憲法は、刑事憲法からみても合憲有効の憲法である、との立場を支持する。」(五九頁)

と、それぞれの所説について解説している。

いわゆる押し付け憲法に関しては、

「考察―…総司令部が、自ら作成した憲法草案を、日本政府に対し、政府改正案として受けとるよう指示したこ

とは事実、そして、その背後に圧倒的な力を持つていたことも事実。問題となるのは、第一に、この憲法の日本による採択につき、総司令部が現実に力行使したか、または力による脅迫をなしたか、第二に、この憲法を採択することが、日本の意思に反していたかどうかである。実際、総司令部の態度には、それが脅迫ではなく、忠告、ないし警告としてなされたものであるとしても、折衝にあたった政府に対し、総司令部案を呑まなければ、天皇が戦犯裁判にかけられると思ひこませるような状況はあつたようである。また政府は、総司令部案を手渡されたのち、政府案復活のため努力し、これを拒絶されている。総司令部案は、少なくとも、当時の日本政府に対しては「押しつけ」であつたと判断するのが常識に合致する。しかし、同憲法の採択が、日本国民の意思に反していたといえるだろうか。∴草案が政府案として発表されるや、国民の多くは、その民主的性格の強さや、徹底した平和主義などに驚くとともに、大いにこれを歓迎した∴。しかも改正案を審議した帝国議会は、活発な論戦を経て、圧倒的多数でこれを可決した。このようにみても、日本国民は、その意思に反して、憲法を採択することを強制されたとはいひ難い。したがって、日本国民にとつては、この憲法は、「押しつけられた憲法」ということはできないであろう。」(六〇―一頁)

と述べて、帝国憲法による手続を踏んでいることを力説している。

日本国憲法無効論については、

「憲法の有効性は、憲法を支える社会的力の意思により、事実に担保されるものである。日本国憲法は、これ

「日本国憲法」論を読む(二)(大塚)

四

を支える国民が、現実には、これを有効なものとして認め、これに従って生活していることに疑いがないから、法理として無効を主張しても、それは現行憲法の全面改正のための根拠を提供する意味しかもちえない。」(六一頁)

との見解を開陳している。

(15) 飯田忠雄

飯田忠雄『日本国改造法案』(信山社、二〇〇二年)『日本国憲法正論』(信山社、一九九八年)『これが日本国憲法だ』(近代文芸社、一九九五年)を関みしたい。

帝国憲法の効力について、

「降伏文書には、「一切の(日本の)官庁の職員は、連合国最高司令官により又はその委任に基づき、とくに任務を解かれざる限り、各自の地位に留まり、且つ引き続き各自の非戦闘的任務を行なうことを命ず」と記載されている。この文書の「一切の官庁の職員に対する命令」は、「日本帝国の滅亡後も、亡国の政治機構の解散をせず、温存するから、帝国憲法下の天皇、日本政府その他日本の一切の官庁の職員は、連合国最高司令官に隷属して、帝国憲法下当時の各自の地位に留まり、引き続き帝国当時の法秩序に従い、非戦闘的任務についていることを、命ずる」ということである。この命令は：占領政治のため、帝国当時の法令を、帝国憲法を含め、

占領政治に支障を来さない限り、占領下の法制として留用するとの意思表示に他ならない。これによって、日本帝国は滅亡し、帝国憲法は自然消滅して実在しないにもかかわらず、法律上の存在として、「実在することと見做される」ことになった。即ち、占領政策によって、擬制に基づく帝国憲法が存在することになったのである。」(『日本国改造法案』一四―五頁)

と説明している。擬制的帝国憲法論である。

占領時の政治状況については、

「憲法は主権者のみが制定権能を持つものである。被占領下の日本には主権者はいない。しかし占領前の主権者であったのは天皇であるから、天皇を利用することが日本国憲法を制定される早道である。そのためには、天皇制度の保存、主権者にふさわしい天皇の権威擁護をするために、宮城を天皇のものとし、国内向けの公文書には、昭和の年号を用いること等の政策が実施された。被占領中は、占領軍当局すなわち連合国最高司令官の間接統治の必要から、その有効性の範囲を指定して、帝国憲法及びその下の法令を利用する政策が採られた…。かくして、帝国憲法及びその下の法令が、連合国最高司令官によって無効を指定されない限り、被占領中も有効とされたのである。そのため、被占領中も大日本帝国は日本国と名称を変えて存在しているが如き錯覚を、日本人民に与えた。これが後に日本国の独立という重大な事実を日本国民に見失わせることになるのである。」

(同上二六頁)

「日本国憲法」論を読む(六)(大塚)

「日本国憲法」論を読む（六）（大塚）

との理解となっている。飯田は、

「連合国最高司令官に隷属する天皇及び日本政府によって、米国の意図する憲法草案を、日本国の憲法として制定させるために、米国が採った方策が、日本帝国の滅亡によって自然消滅し無効となった帝国憲法を、有効な憲法と見做して（帝国憲法を擬制することによって）、また、降伏によって失われた天皇の主権者としての権能を、法律上実在すると見做して（帝国憲法下の天皇の主権を擬制して）、擬制帝国憲法の改正手続に従って、帝国憲法を全面改正する手続を採らせ、天皇に裁可公布させたものである。それは、無効な帝国憲法を占領政策によって有効な憲法と見做して、帝国憲法の改正手続に準拠して制定した被占領下の日本の政治の基本法、すなわち、それは、擬制日本国の擬制憲法である。」（同上一九頁）

と叙述して、帝国憲法の改正手続にしたがい日本国憲法が制定されたとする。日本国憲法の性格づけとして、

「日本国憲法は、主権者が存在しない被占領下において、連合国最高司令官に隷属する天皇および日本政府を利用して、制定された占領下の政治の基本法である。」（同上一九頁）

「被占領下においては、擬制に基づく擬制憲法の擬制制定のみが可能である。」（同上一九頁）
と整理している。飯田は、日本国憲法は占領憲法であるとの立場である。

「独立した日から近い時期において、日本国の主権者の代表で、国権の最高機関たる国会による憲法制定あるい

は憲法の引継ぎに関する特別の審議若しくは決定がなければ、被占領下に於いて制定された日本国憲法は、独立国家の憲法とはならない。」(同上一九頁)

「被占領下の擬制憲法の制定という歴史的事実を度外視して、帝国憲法の全面改正を天皇が裁可する(天皇の自発的意思)という法的形式を取ってなされたことは、法的思想上においては、主権者の転換という革命を、主権者自身の積極的意思によって実施する「禅譲」による国民主権の確立を意味する。かくして、憲法上、天皇もまた主権者国民の構成員の一員に含まれることになった。」(同上二二頁)

「擬制日本国憲法は、占領の終了により、その正当性の根拠を失い、国の独立後は、無効となる。」(同上二三頁)

「被占領下の日本国憲法制定手続の有効性は、占領政策にある。」(『日本国憲法正論』二七頁)

「降伏後もなお、日本国憲法が成立するまでは大日本帝国憲法が有効であるとされたのは、占領政策上の理由からである。」(同上二七頁)

このように、「占領政治基本法」(同上三〇頁)が日本国憲法の基本的性格なのである。ところで、

「日本国の独立時には、憲法は、存在しないから、独立を果たした日本政府は、憲法議會を召集して、独立日本国の憲法の制定をしなければならないことになる。ところが、独立当時の政府(第三次吉田内閣)は、占領下の日本国憲法の条項のうち、国の独立、国の主権確立の障害となる条項を除いて、占領下制定の日本国憲法を、独立国日本の暫定憲法として引き継ぐ旨の閣議決定をして、独立後の暫定日本国憲法の確定を行った。この閣

「日本国憲法」論を読む（二）（大塚）

八

議決定は、無憲時に於ける政府の統治権に基づく憲法確定行為である。この確定された日本国憲法に基づいて、被占領下の日本の政治機構を新憲法下の政治機構としての法的根拠を確立した。それと共に、独立後の国家に対して、平和条約及び日米安全保障条約の国会承認手続及び保安庁法の制定手続が実施された。」（同上三五頁）

とあらたな問題を指摘した。つまり、一内閣の判断で日本国憲法の占領憲法から独立憲法への転換がひそかにおこなわれたというのである。解釈改憲以上の行為である。

「国民主権に基づき立法した憲法ではなく、政府の統治権によって、欽定憲法の法的形式を持つ占領政策憲法の大部分を憲法の内容として引き継ぐものであるから、現行日本国憲法が占領政策憲法の中身を引きずるものであることは、その確定過程から見ても否定できない。…それは、元来、国民主権に基づく日本国憲法の制定があるまでの暫定憲法であるといわざるを得ないものである。」（同上三八頁）

結局、日本国憲法が独立国家の憲法としての性格づけがなされたとしても、その内実は占領憲法を引きずることになり、それが日本国憲法の正当性と実効性との問題をのちのちまではらむことになった。

日本国憲法を改正し、自主憲法の制定をする方式として、

「法的安定性の上からは、政府の統治権に基づいた憲法の確定行為を国会に於いて承認する議決及び独立国日本

国の憲法改正の手續を議決し、同時に国民主権に基づき独立国日本國憲法の立法を憲法改正の方法を以て実施する旨の議決をするのが、合理的であると思われる。」(同上三二六頁)

あるいは、

「追認された日本國憲法の改正規定に基づいて、独立日本國憲法の改正を行う。改正案は、国会の法制局に於いて改正原案を作成し、それが困難な場合は、政府に於いて改正原案を作成し、国会に於いて審議した後、改正案を作成して、国民に提示し、投票総数の過半数を以てその承認を得るものとする。」(同上三二六頁)

ことを提案した。

(16) 飯塚滋雄

飯塚滋雄『日本國憲法の系譜』(八千代出版、一九八二年)にあつては、まず、成立に関する學說の検討からすすめられる。

「顧みて妥当性をもつ學說を選び出すならば、「無効說」と「占領憲法說」がそれであると言わねばなるまい。しかし、「無効說」をとつた場合は、客觀的な法理上からは確かに筋道が通るけれども、戦後政治の現実を見

「日本国憲法」論を読む(一〇)(大塚)

一〇

ると無効なるべき憲法が三十年以上も有効に施行されてきている。これをいかに説明したらよいかという問題が残る。「占領管理法説」をとった場合も、現憲法は占領期間中だけ有効な限時法だから、講和条約が成立すれば当然失効すべきものであると主張されるが、しかし現実には講和が成立して日本が独立を回復した後も、現憲法は依然として有効に遂行されているのである。したがって「占領管理法説」が、占領が終結すれば、現憲法は当然失効すると主張するのは、客観的な法理の筋道としての理念であって、現実ではなかった訳である。」(二七一頁)

飯塚もまた占領憲法だとの理解である。

「結論的に言うならば、現憲法は、占領期間中に占領軍によって制定された「占領憲法」である、と見るのが妥当な意見のように思われる。そして「占領憲法」であるならば、それは国際法にも違反した、本来無効なるべき存在であるが、その無効が何等かの形で確認されない限り、恒久的効力を持ち続けることになるであろう。」(二七二頁)

飯塚は、

「今日の日本において、真の意味で憲政を擁護しようと思うならば、…唯一の正道は、まず「占領憲法の無効確認」

と「正統憲法の復原」を實現することである。」(三〇一頁)

とする結論を導きだした。

(17) 南出喜久治

南出喜久治『日本国家構造論』(政界出版社、一九九三年)『占領憲法の正体』(国書刊行会、二〇〇九年)を読んでみよう。日本国憲法の性格づけとしては、

「現行憲法が「欽定憲法」でも「民定憲法」でもないとするれば、「協定憲法」の範疇に属することになり、その中でも、連合国と日本国との間でなされた「条約憲法」の一緒ということになる。結論から言えば、…現行憲法は「実質的意味の憲法」としては絶対無効であるが、その法的性質は、基本的には、対外的(国際的)及び対内的(国内的)に帝国憲法第一三条の講和大権に基づいて締結された連合国との「憲法的条約」として認めうるのである。」(『日本国憲法改造論』四二頁)

とし、国際条約としての日本国憲法であるとの考え方をしている。

「ポツダム宣言の受諾及び降伏文書の調印は、帝国憲法第一三条の講和大権に基づく独立喪失条約である…が、

「日本国憲法」論を読む(一)(六塚)

一一

では、その後、連合国の軍隊による間接的軍事占領統治下において成立した現行憲法は、どのように評価されるのであろうか。

思うに、結論的には、この独立喪失条約を具体化させた憲法的条約といえることができる。現行憲法は、…絶対的無効説と条約転換説を前提として、その成立経緯及びその当時の国内的・国際的環境から判断して、日本と連合国との間で、この独立喪失条約の内容を国内的にも国際的にも実質的に再確認させ、占領統治の基本理念を定めた憲法的条約と同価値の規範として評価しうるものであって、いわば「占領統治基本条約」なのである。これも、帝国憲法第一三条の天皇大権の発動による「憲法的条約」なのである。」(六三頁)

「日本国と連合国は、日本の敗戦処理に関して、ポツダム宣言受諾に始まり講和条約締結に至るまでの複合的かつ連続的な「降伏条約群」(憲法的条約)を締結したのであって、その非独立状態の長くて暗いトンネルの入口部分の条約が「ポツダム宣言受諾・降伏文書調印」(入口条約)であり、出口部分の条約が「講和条約」(出口条約)である。そして、この「入口条約」と「出口条約」との中間に、現行憲法という「中間条約」が存在するのである。」(六八―九頁)

南出の議論は、占領時の国際条約として日本国憲法を把握している。

帝国憲法は復元しなければならないし、そもそも有効なのである。

「日本国は、現在もなお帝国憲法が実質的意味の憲法として存在し、国家元首が天皇であることは紛れもない事

実である。…日本の実質的意味の憲法の法源（存在形式）は、帝国憲法及び皇室典範その他の憲法法源の総体（以下「帝国憲法法源」という。）であって、この帝国憲法法源を顕彰して「復原」させるには、特定の行為を要しない。当初より帝国憲法法源として現存しているのであり、この一部が一時的に「停止」しながらも、全体としては根本規範及び最高規範として連綿と存続しているのである。

即ち、天皇の講和大権の発動によって締結された降伏条約群としての三つの憲法的条約…が存在し、統治機構条項などの運用において、帝国憲法の当該条項がその限度で「停止」している状態なのである。」（八七頁）

「占領憲法は、憲法としては無効であるが、講和条約（東京条約）として有効であつて、その意味で帝国憲法は未だ改正も廃止もされず現存するものであるとの認識からすれば、帝国憲法を「復元」といふのは誤解を生む表現である。

つまり、論理的には、帝国憲法を復元する必要はなく、それが現存することを正確に認識し、これまで占領憲法を最高規範であるとしてきた誤った認識を改め、その誤った認識に基づく運用などを是正する措置をとるといふことであり、いはば「誤認からの解放」による「認識の復元」から始めなければならない。」（一七七頁）

正しい憲法観をもつことが、まずもって大切である。そのうえで、復元方法に関して論をすすめる。具体的な手順としては、

「①昭和二十二年五月一日に明治典範を廃止する旨の勅令である「皇室典範及皇室典範増補廃止ノ件」を払除（無

「日本国憲法」論を読む(一)(大塚)

一四

効確認)して明治典範を復活させ、②昭和二十二年十月十三日に占領典範の最初の「皇室会議」でなされた、…十一宮家五十一人の皇族の皇籍離脱の決定が無効であることを前提として、明治典範第三十条の皇族全ての皇族たる身分が回復された旨の新たな勅令を宣布され、③昭和二十二年四月三十日に「皇族会議」を廃止する旨の勅令を払除(無効確認)して皇族会議を復活させ、さらに、④昭和二十二年四月三十日の勅令によって「枢密院官制」とこれによって廃止された枢密院を廃止する旨の勅令…などを払除(無効確認)して枢密院官制及び枢密院を復活させる旨の新たな勅令を宣布されれば、これだけで明治典範を含む正統典範の復元措置としては充分である。」(『占領憲法の正体』百七八―九頁)

このスタンスである。さらに、

「議会における占領憲法の無効確認の決議である。」(同上一九一頁)

「この決議の法的性質は、新たに法律関係又は法律状態を変化(形成)させ、規範を創設、廃止、改正したりする「法律行為(立法行為)」としての「創設行為」ではなく、帝国憲法が現存し、占領憲法が憲法としては無効であつて、これまでの規範国体以下の憲法体系(法令の効力の劣後関係)に何ら変化がなかつたといふ法律状態(事実)を確認するだけの憲法解釈的な「確認決議」であつて、単なる「事実行為」にすぎない。」(同上一九二頁)

つぎに、

「正統憲法の復元措置に関する「憲法復元措置基本法」を制定することになる。」(同上二〇四頁)

「憲法臨時代用法」として、「五年程度の有効期間を定めた暫定的な「限時法」として占領憲法を位置付け(る)」(同上二〇四頁)。

とも提案した。

(18) 阿部照哉

阿部照哉『憲法』(青林書院、一九八二年)では、

「八月革命説をとらなくても、憲法改正に内在的限界を認める立場に立つときは、現実に行なわれた改正は、主権原理の転換の一事をみても明らかのように、この限界を越えるものであるから、合法性をみとめることはできず、したがって、日本国憲法を、明治憲法の改正を越える、明治憲法からみれば無効の憲法と断ずるか、あるいは明治憲法の排除のうえにそれと無関係に成立した革命憲法と説明するほかはない。」(二五頁)

あるいは、

「けっきょく、日本国憲法を明治憲法と法的連続性を有しない革命憲法とみるかは、その内容を重視するか、

「日本国憲法」論を読む(二〇)(大塚)

一六

その成立(改正) 手続を重視するかによる違いである。占領という特殊な状況のもとでのみおこりえた一種の合法的革命ということができよう。」(二五頁)

とし、合法的革命説のようである。

(19) 佐藤幸治

佐藤幸治『憲法』(青林書院、一九八一年)をみてみたい。

「明治憲法と日本国憲法との間には主権の変動があり、その意味では「革命」があつたとみななければならない。」(二五頁)

と解している。しかし、

「「限界」を越えた行為は改正ではなく、もとの憲法典の立場からは無効ということになるが、新憲法の制定として完全な効力をもって実施されるということは十分ありうる。そして、改正の「限界」内にとどまるものか否かの判定権が改正権者自身の手にあるとされる限り、理論上新憲法の制定とみざるをえないものが改正の名において行なわれることはありうる。」(三九頁)

と述べて、いわゆる顕現説を展開する。

「八月革命説は、一つの巧妙な説明ではある。が、ポツダム宣言が国民主権の要求を含むものであったかどうかは当時にあつては疑義の余地のあるものであつたこと（…日本政府はそのようには解さなかつた。理論的にみて、同宣言は、わが国権の源泉を、君主に対するものとしての国民にありとすることまで要求したのではなく、いわゆる「事実の確認としての国民主権」で同宣言の要求を充足しうる余地がある。因みに、帝国議会に付議された「帝国憲法改正案」前文には「ここに国民の総意が至高なものであることを宣言し」、同一条には「この地位は、日本国民の至高の総意に基く」とあつた。「主権」の語に変わったのは、帝国議会における修正の結果であつた）、同宣言がかかる要求を含むものであつたとしても、同宣言の受諾は国際法上の義務を負つたことを意味するにとどまり、受諾と同時に国内法上も根本的変革を生じたとみることは困難であること（八月革命説は、「国体」変革の義務が債権的ではなく、いわば物権的に日本国家に生じたとみるもので、それは徹底した国際法優位の一元論を前提せずには成立しえないし、同宣言受諾後も占領軍の支配下ではあつたが明治憲法の定めるところに従い政治が行なわれたことを説明するのは難しいこと、明治憲法七三条が用いられたこととの根拠が薄弱であること、などが指摘されなければならない。したがって、むしろポツダム宣言受諾後も明治憲法秩序は存続し、天皇は同宣言を履行する趣旨から憲法所定の手続に従つて改正案を帝国議会に提出したと解すべきであろう。」（七三頁）

「その改正案は改正の限界を破るものであつた。が、帝国議会におけるその案の審議の過程で、「日本国憲法」

を制定するという主権者たる国民の意思が議會を通じて顕現し、しかも同時にその制定の方法として、一定の政治的配慮から、明治憲法所定の手續の形式を借用する意向が示された、とみることができるであろう。」(七三三頁)

以上である。

佐藤は、天皇の条項に関して、

「歴史的存在としての「天皇」の言葉に引きずられて、日本国憲法の天皇の地位・権能の解釈にあたって、意識的あるいは無意識的に、明治憲法下の「国体」観念をもちこむことのないよう注意されなければならない。…明治憲法から日本国憲法への変化の過程には、主権の変動があり、その意味では、日本国憲法は「革命」憲法といわなければならない。その限りにおいて、日本国憲法上の種々の制度は、日本国憲法の「創設」なるものといわなければならない。ただ、…いわば無から新たに創設したというのはややいいすぎではないか。その「革命」の性質からいっても、日本国憲法が、従来の政治的・法的制度に修正や限定を加えつつ継承的に「創設」するということはありうることである。そして、天皇の制度はまさにそのようなものであったといえるのではないか。」(二二二―二二三頁)

とも論じた。

(20) 今井威

今井威『憲法講義』（ブレーン出版、一九八〇年）を読んでみたい。

「一般的法理からすれば、憲法の改正には限界がないと解すべきであろう。そうだとすると、…主権の所在の変更は、必ずしも両憲法間の法的断絶を意味するものではない。他方、ポツダム宣言の民主化条項は、必ずしもわが国体が君主国体から民主国体に変わらなければならないとするものではなく、国政のあり方において民主主義が復活し、且つ強化されるべきことを要求するものと解すべきである。復活とは、かつて存在したものを再生せしめることであり、強化もまた、かつて存在せるものについていいうることであるからである。」（一六七頁）

民主主義の復活という観点から、日本国憲法の位置付けを整理しなおすべきだと主張している。

「ポツダム宣言の受諾は、主権の変更を要求するものではなく、又、かりにその変更を要求するものと解しても、一般法理上憲法改正に限界はないと解するかぎり、手続上、帝国憲法の定めるところによって行なわれた現行憲法の採択は、帝国憲法の改正として理解すべきであると思われる。」（一七頁）

日本国憲法は帝国憲法の改正である。したがって、国体は完全に変更したというよりも、存置した面も認められる。

「古来、天皇をわが国家生活の精神的支柱として来たことがわが国体である、という前提に立てば、この意味での国体は必ずしも現行憲法で否定されていない。又、「正しさ」こそ国体の理念であるとすれば、それは必ずしも主権が何びとに帰属するかということと関係がなしに論じうるだろう。これに対し、国体とは国家の主権が何びとに帰属しているかということからみた国家の形体という、とする前提に立てば、この意味での国体は変更されたといわざるをえない。…憲法は、国体の構成について二元主義を採用したといわざるをえない。従って、この段階に関するかぎり、現行憲法の定めるわが国体は君主国体と民主国体との混合形体であることになる。但し、憲法は、天皇について国政権能を否定し、国会を国権の最高機関としているので、静態的には混合的形体であるが、動態的には民主国体であることになる。この意味で、国体は一面では不変であり、他面では変更されたと解される。」(二二―三頁)

以上である。

(21) 竹花光範

竹花光範『憲法要論』(成文堂、一九九五年)では、日本国憲法の成立について取り上げる。そもそも、敗戦の結果として、

「日本国の政治の民主化の復活強化を要求する」ポツダム宣言に応ずるため、憲法の改正が企図せられ、明治憲

法第七十三条の手續に従つて、日本国憲法が成立せしめられたことは周知のごとくである。この場合、天皇制は基本的には存続せしめられ、立憲君主国体に変更はなかつたとはいへ、国民主権の採用や、戦争放棄の規定の新設等、内容の大幅な変更があり、さらに片仮名混りの文語体を平仮名を中心とする口語体にかえて、全面的に書きかえたのであつて、その意味において、これは「全面改正」の一典型であつたといえる。『憲法要論』六〇頁)

と解している。帝国憲法全面改正が、日本国憲法だとする。

「いわゆる「改正の限界」をこえているということを理由に、旧憲法の成立を「法的な革命」とする見解もあるし、同じそのことを理由に―その他占領下の改憲であること等も理由として―現憲法無効論を主張する学者もいる。

「日本国憲法」が、占領時に、占領軍の強力な指導の下に成立したということ、並びに、その内容が旧憲法の基本原理を大幅に変更したものである―とくに神勅天皇制の廃止と国民主権の採用―ということは事実であり、要はこれらの点をどのように評価するかであろう。」(同上八八―八九頁)

「占領下にあつて、…我が国の主権が、連合国最高指令官の手に握られていたことは、明らかであろう。いわば、主権者たるマッカーサー元帥の強力な指導の下に、大日本帝国憲法の改正がはかられたということである。」(同上九一頁)

「日本国憲法」論を読む(一)(大塚)

以上である。

国体の変更問題については、どうなのだろうか。

「旧憲法時代、改正の限界とされていた「国体」を挙げる論者をほとんどみかけないということは、極めて奇妙な現象である。或る憲法体制にとつて、最も基本的なこと、それは、その憲法体制が如何なる「国体」(国家形態)を採用しているかということであろう。もし限界説を採るならば、まず、「国体」こそが、限界の第一として挙げられてしかるべきものと思われる。」(同上七五頁)

国体も変更されていないとの理解である。

日本国憲法の性格としては、占領管理法制だということにつきる。

「革命説の場合、「八月革命」によつて主権が天皇から国民に移つたというのであるが、ここにすでに事実に戻るところがある。主権は国民に移つたのではなくして、それをいうなら連合国最高司令官に移つたというべきである。それに、そもそも法的な概念としての「革命」とは、旧憲法の定める手続を無視して新憲法を成立せしめることであろう。形式的とはいへ、帝国憲法第七十三条の手続を踏んで日本国憲法が成立している以上、そのような現象が「革命」であるはずはない。」(同上二〇八頁)

帝国憲法は占領中も効力を有していた。

「占領軍の意思に反しないかぎりにおいて帝国憲法はその効力を保持し得たにすぎないことを忘れてはなるまい。」(同上108頁)

日本国憲法の無効論に関する説明としては、第一に、

「改正の時期、方法、国際法違反などは現憲法の欠陥としてかなり重大なものであろう。従って、「憲法」としての成立については無効だとする議論も、充分成り立つ余地はあるといえる。…現実に、「日本国憲法」なるものが成立し、しかも、それが独立をへて、今日にいたるまで行われてきているという事実は相当に重たい。やはり、いわゆる「事実の規範力」として、今日の時点においては、憲法の効力を(全体として)承認するという考え方は、みとめざるを得ないのではないかと思う。」(同上108―109頁)

第二に、

「占領期間中、日本の主権が連合国最高司令官の手にあったことは明らかであろう。そのことは、すなわち、占領下においては、「占領軍の意思」こそが実質的には最高法規であったことを意味している。事実、連合国最

「日本国憲法」論を読む(二)(大塚)

二四

高司令官は、日本政府(及び国民)に対し、一般命令、指令、覚書など各種の形式で指示を発し、日本政府はこれに基いて必要な立法、行政、司法上の措置をとることが義務づけられていたのである。そして、法律事項については、帝国憲法上の形式によることを原則としたが、場合によっては、帝国憲法第八条の緊急命令をとる「ポツダム宣言ノ受諾ニ供ヒ発スル命令ニ関スル件」(勅令五四二号)に基づく命令、閣令、省令の形式をつうじて緊急の措置を講じたのであった。(同上110頁)

以上である。日本国憲法は占領管理法の性質を具備している。

「ポツダム宣言の受諾により、帝国憲法はその法的性格を変えたと解さなければならない。すなわち、同憲法は、占領軍の占領政策に不都合でないかぎりにおいて有効であるにすぎないものとなったことであり、つまりは、一種の占領法規に変質したということである。」(同上111頁)

「占領管理法となった帝国憲法を全面的に改めるという方式で「日本国憲法」が生み出されたことになるのである。」(同上111頁)

「日本国憲法は、独立主権国家の文字通り最高法規として強制力を發揮し、今日にいたっているのである。このことは一体何を意味しているのであろう。

それは、恐らく、日本国民(天皇を含む)が、日本国憲法に対し、「憲法」としての黙示の承認を与えたということではないのか。そのように解さなくては説明のつかない現象ではないかと思う。

すなわち、昭和二十七年四月二十八日、平和条約が発効したことによって、当初、被占領国日本の「占領管理法」として生れた日本国憲法は、その法的性格を変え、独立主権国家日本の「憲法」となったということである。」(同上 一四頁)

占領管理法であるがゆえに、元首、戦争、非常事態などの規定が欠落しているのである。

「占領管理法」としてスタートしただけに、その内容も「憲法」としてみた場合、少なからず、不備だということは否定できない。例えば、国家の防衛に関する規定や、国家の非常事態に対処するための規定が欠落している点などは、「憲法」として異常であろう。」(同上 一四頁)

「考えてみれば占領下においては、国の防衛や非常事態対処は占領軍の任務であり、国政の実験も最高司令官に握られていたのである。

従って、日本国憲法が「占領管理法」であるとすれば、そのような定めが欠落しているのも理解できないこととはない。」(同上 一四―一五頁)

占領憲法ではなく、独立国家として似つかわしい本格的憲法が制定されることがのぞましい。日本国憲法は、暫定的性格を具有する。

「日本国憲法」論を読む（二〇）（大塚）

二六

「日本国憲法は、…正規の「憲法」が成立するまでの暫定的な基本法であると解しておくべきかもしれない。」（同上 一―五頁）

日本国憲法の制定者あるいは成立せしめた主体については、

「民定憲法説は、ポツダム宣言の受諾によって法的な革命があつたとする八月革命説を前提に、…新に主権者となつた国民が、その主権を行使して制定した憲法だとする。」

「欽定憲法説は、…現憲法は帝国憲法の改正憲法だとする。すなわち、天皇が帝国憲法第七十三条に従つて、…最終的に天皇が裁可しているのだから、欽定憲法と解すべきというのである。」

「協約憲法説は、前両説をそれぞれ成立過程の一部しか説明していないとし、現憲法は、帝国議會（特に衆議院）を通じて示された国民の意思と、議案を議に付したと裁可したことによって示された天皇の意思が合致したことによって成立したのだとする。」

「占領憲法説は、以上の諸説をいずれも、事実を無視した説だとして、草案の起草過程や、帝国議會での審議過程から考えて実質的には、占領軍の意思によって成立せしめられた憲法であつて、従来の分類は通用せず、新たに占領憲法というジャンルを設け、そこに分類すべきだとするのである。」（同上 二―三頁）

との考え方である。

天皇制論については、神勅天皇制から象徴天皇制へと移行した。

「我が国が君主制国家だということは否定すべくもないといえよう。」(同上二四二頁)

「我が国の場合は、歴史上、天皇(君主)と国民が権力を巡って争ったという事実はないわけであり、いわば「君民一体」の国柄である。そのような国柄の国家においては、主権の所在を憲法で明記する必要性は、なお薄いように思われる。」(同上二四三頁)

「憲法学上、「元首」とは、けつして、「統治権の総攬者」のことではない。それは、一言にいえば、「対外関係において、一般的に、その国を代表する国家機関」のことだといってよかろう。」(同上二四三頁)

「正しい解釈を行えば、現状でも、天皇元首説が妥当だということになる」(同上二四六頁)

「天皇は、憲法上「日本の象徴」とされているが、「国家の象徴」は、元首の属性である。元首ならざる者が「国家の象徴」であるはずはない。この点からも天皇元首説は説得力がある。」(同上二五一頁)

などと叙述していた。

〔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ました。