

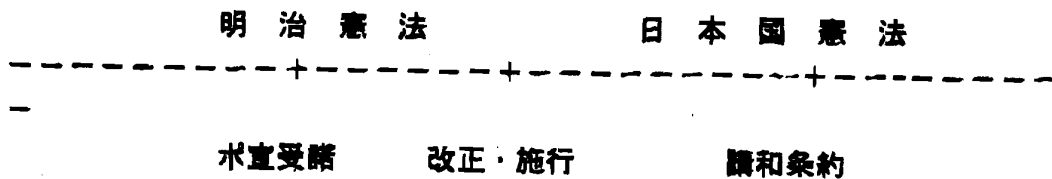
日本国憲法制定史とその法理的視角

香川大学法学部教授 高橋正俊

日本国憲法の制定史の研究は、歴史・政治・経済など様々な視角から行われるが、ここでは法理的観点からみることにしたい。主に、君主主権憲法から、その改正として国民主権憲法を産み出したという一見すると矛盾するような事態を、日本国憲法制定過程に即していかに法的に理解可能なものにするかという問題について考えを述べたい。

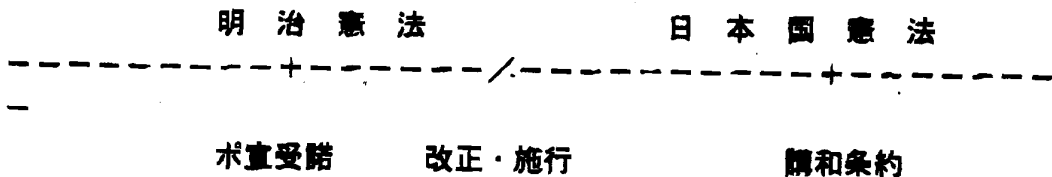
1 考え方の類型

(1) 改正説



- ①ポツダム宣言の受諾により天皇主権はGHQによる制限をうけた（自主改正の義務）
- ②憲法改正は、手続に従うかぎり限界はなく、天皇主権から国民主権に移行できる（憲法改正無限界論）
- ③改正規定に従った改正だから、日本国憲法の効力はある

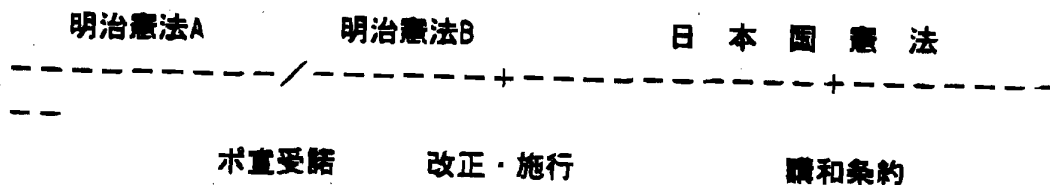
(2) 無効説



- ①ポツダム宣言の受諾により天皇主権はGHQによる制限をうけた（自主改正の義務）
- ②憲法改正は限界があり、天皇主権から国民主権に移行できない（憲法改正限界論）

③法的連続性が確保されない以上、日本国憲法の効力はない

(3) 8月革命説



①ポツダム宣言の受諾により、天皇主権は國民主権に変わった(革命)

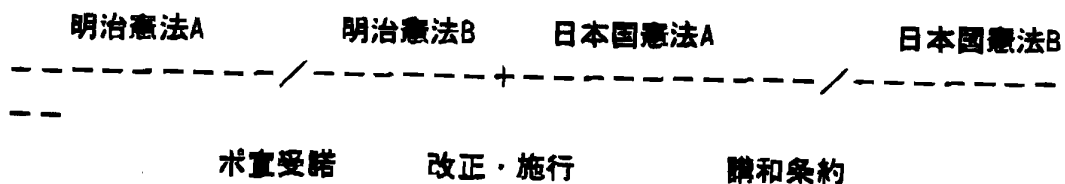
→明治憲法Bは國民主権の憲法に変質した

②日本国憲法は、國民主権憲法たる明治憲法Bの改正であるから、改正の限界を越えない(改正限界論)

③改正手続について、國民主権に抵触する機關の議決については効力はない

④法的連続性が確保される以上、日本国憲法の効力はある

(4) 失効説



①ポツダム宣言受諾から講和条約までは、GHQの占領管理期であり、明治憲法Bと日本国憲法Aは、共に(占領)管理法令である

②講和条約とともに占領管理は終わるから、管理法令たる日本国憲法Aは失効する

③日本国憲法Aが失効すれば、当然Bの効力はない

II 評価

(1) 主権変更に関するかぎり憲法改正無限界論は採用しがたい。主権を権力の究極の源と解するなら、究極の源は二つありえず、君主主権と國民主権は並び立ちえない。その連続性を考えることはできないからである。

(2) 無効説は、改正限界論の必然的な帰結である。ただ、この理屈には、日

本国憲法の効力は明治憲法との法的連続性からしか得られないという前提がある。改正憲法でなく、新憲法として効力があると考える余地があるか吟味しなければならない。失効説も、日本国憲法Bについて、同じ前提がとられているから、同様の可能性を考慮する必要がある。

(3) 8月革命説は、限界論にもとづき、かつ日本国憲法を新憲法として基礎づけようとしたもので、いまも多数説である。しかし、これには様々な難点がある。

① 8月革命説は、ポツダム宣言により国民主権が成立したことを前提にしている。しかしながら、この議論の根拠にしているポツダム宣言・バーンズ回答から、日本は国民主権を採用したという結論を引き出すことはできない。というのは、バーンズ回答の引用するポツダム宣言12条は、占領軍の撤退条件とされているのであって、現況が国民主権であることを要求していないからである。この自明と思われる見解に対する説得的な反論なしで、長く通説として学界に受け入れられて来たのは不思議である。

② a) 占領管理下の状況で国民主権をいうのは困難ではないかという問題がある。8月革命説は、ポツダム宣言やそれにもとづく連合国・マッカーサーの命令を、国際法とすることによって、国民主権を語ろうとするものである。しかし、それが事実在即するか疑問である。

b) また、このように考えるためには、(少なくともポツダム宣言という) 国際法が、あらゆる国内法に形式的効力の点でも上位し、それに違反するすべての国家規範は無効であるとするラジカルな国際法優位の一元論をとる必要がある。このようなラジカルな立場をとれるものであろうか。

c) さらに、占領管理下の日本を国民主権の国家とすることは、ハーグ陸戦条約附属書43条との整合性が問われる。ポツダム宣言受諾を43条の特別法とみて優先適用があるとする説があるが、占領者と被占領者がそのような合意をなしようというのでは43条の意義は殆ど失われるのではないか。

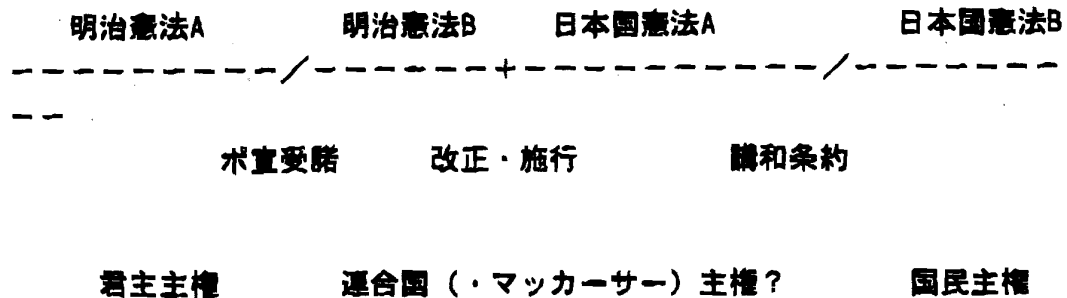
③ 改正手続に衆議院の他に枢密院と貴族院がかかわり、貴族院では修正さえされた。国民主権がすでに存在したのであれば、このような非民主主義的機関が参与したという事態を説明できない。

以上のように、8月革命説には問題がありすぎる。近時「歴史的役割は終わった」という有力な評があるのは故なしとしない。問題は、どんな説明が可能

かである。

III 日本国憲法の法的効力再考

(1) 法的状況の概観



(2) 基本的視点

日本国憲法について、占領期における日本国憲法の効力と講和条約後の効力の問題を別々に扱うべきである。なぜならば、その置かれた法的地位が全く異なるからである。

(3) まず、占領期における日本国憲法の誕生の法的な意味と効力について考える。

占領下における日本国憲法制定の法的環境は、周知のように異例のものであった。本来条件付き休戦条約であったはずのポツダム宣言受諾が、無条件降伏として運用され、日本は占領管理という名の国家改造の対象とされたからである。ここではハーグ陸戦条約附属書43条との関係が問題になるが、世界を二分した大戦の勝利者たる連合国の敗戦国処分であることを考慮すれば、運用の効力を疑う余地はありえない。

そこでは、権力の究極の源は連合国にあり（実際の決定権はマッカーサー）、これは連合国（・マッカーサー）主権とでもいえる状態にあった（無条件降伏にあっては、固有の統治権という要素が失われ、国家性自体が疑わしい状態にある）。統治は従来日本政府組織を使う間接統治を原則としたが、連合国最高司令官は必要があれば直接統治もなしうるとされていた。日本政府はいうに及ばず、通説も間接統治原則を重視し、主権が連合国（・マッカーサー）に移行したとは見なかった。単に「主権は制限を受けるだけ」と見たのであったが、間接統治であろうと法的には直接統治と区別しえない。

このような占領管理下においては、日本の法令は、ポツダム宣言からGHQ

の命令にいたる法体系に接続しうる限りにおいてその効力が維持される下位法にすぎないと考えられる。明治憲法も、管理法令に組み込まれた下位法として存続したのである。

G H Qは、検閲など占領管理に必要な措置を直接に行うとともに、間接統治という原則にしたがい多くの日本の法令の改廃・制定を日本政府に要求・強制した。その最も著しいものが明治憲法の改正・日本国憲法の制定である。日本国憲法の文言や、制定手続、さらには政府・国民の主観的な見方はともあれ、この時期における日本国憲法は管理法令とみななければならない。すなわち、憲法についてもG H Qの命令による日本の法令の制定・改廃と同じであり、特に異なって扱われるべき理由は見出し難い。

そこでは、君主主権から国民主権へという憲法改正の限界は問題にならない。主権といっても実質内容のない単なる文言上の事柄であったからである。ここでは、G H Qによるマッカーサー草案の押し付け、憲法制定議会が完全にG H Qの統制下にあったこと、さらには明治憲法73条による枢密院や貴族院といった国民主権にそぐわない機関による審議といった改正手続問題も、管理法令たる憲法の効力にかかわるようなものではありえないのである。

(4) 講和条約後の日本国憲法の効力

では、講和条約の締結・占領の終了による日本の主権回復以後において、日本国憲法の効力はどうなるか。

占領期の憲法は管理法令の一種であったとする考え方からすれば、ここに法の断絶を見ることになる。管理法令としての日本国憲法Aと主権回復後の日本国憲法Bは、名は同じでも、国民が権力の究極の源であるという意味での主権性、憲法の最高法規性といった最も基本的な点で異なっており、法的な断絶を認めなければならないからである。講和条約の締結は、日本国憲法Aという管理法令を、日本国としていかに扱うべきかを決定する時期の到来を意味したのである。

日本政府は、憲法を再検討する動きを全く示さなかったし、国民にも積極的な動きはなかった。そのような状況の下で、日本国憲法の効力はどう考えられるべきであろうか。「黙認」という形式で主権の移動という法の断絶状態を乗り越えうるものなのであるか。この点をすこし検討する。

この問題は、法の効力という一般的な問題にかかわる。普通、近代法は統一的・組織的な法体系として組み立てられ、上位法あるいは前法によって授權されて存在するとき、原則としてその効力は疑われないというのが約束事である。

しかし、上位法がなく、前法との間に法的断絶が存在する場合もある。日本国憲法が占領終了とともに置かれた立場はこれに相当すると考えられる。ところで、初めての憲法（法的な断絶があった後の憲法もこれである）の制定にあつては、いかなる制定定式も存在しないと考えられる。（旧憲法の改正手続で新憲法を制定するということが可能であろう。）その場合、その新憲法の効力はどのように認められるのであろうか。

有力な見解によれば、憲法の効力は、それを「支える意思と諸力の存否」にかかわるとされる。そうであるとすれば、日本国憲法の効力も、講和条約による占領の終了後の日本国憲法を支える意思と諸力の存否という事実にかかわる問題となる。この考え方は、法の効力とは制定手続・内容などから与えられる法の属性ではなく、それを支える意思と諸力というその環境から生じるとするものである。

単に「支える意思と諸力」という指摘だけでは具体的ではないが、最近の法の効力論を参考すれば、以下のように敷衍できると思われる。

第一に、支える意思とは「法の主体でありかつ受手である人びとに生ずる、ある法は効力があるという間主観的な意識」である。日本国憲法8に関していえば、この意識は管理法令時代にすでに十分に醸成されていたと考えられる。すなわち、①広い意味での教育・情報などを通じて、日本国憲法を法として守るという情動が植えつけられ、また②法として信頼しうるだけの内容を含むと考えられていたからである。占領の終了後における日本国憲法に対する国民のこのような間主観的観念の存在を見出すことはそれほど難しくないのであろう。

第二は、支える力の側面である。国内的には、占領終了後は勿論であるが、占領下においてさえも、憲法違反行為に対する強制・制裁が相当程度に行われていた。また、マクロ的にいって、日本国憲法が国内外の勢力によって動揺させられることもなかった。この条件も明らかに満たされているといえよう。

今日では日本国憲法の効力を本格的に疑う見解はほぼ姿を消している。日本国憲法の改正手続・内容上の瑕疵と感じられた諸点は、憲法改正の理由の一部として働いているにすぎない。「押しつけ」の議論もこのようなコンテキストの下で評価されるべき事柄と考えられる。