

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

第二百十五回 真正護憲論のあゆみ（その五）

南出喜久治（令和5年3月1日記す）

かがみにて なほまがあかし ききさばき たまでつつみて つるぎでわかっ
（鏡にて直禍明かし效裁き（真正護憲論）勾玉で包みて（講和條約説）劍で辨つ（無効宣言、破棄通告））

これまでに、占領憲法が無効であるとする見解は、真正護憲論が登場する以前にも、いくつかありました。

しかし、GHQの全面占領管理の下では、憲法無効論を公の場で論ずることはできず、学界では、GHQに迎合する御用学者でなければ憲法学者としての地位が保障されなかったのです。

しかし、占領解除後になって、無効論が公式に発表されて登場しました。その代表的な学者は、菅原裕、井上孚麿、相原良一などです。

菅原は、「日本国憲法は占領法規の一として占領中は有効であったが、占領終了とともに其効力を失って、大日本帝國憲法が当然復原していると解釈するものでございます。ただ日本国民の無自覚と実際上の独立の遅延のために、今日まで引続き慣行的に現行憲法が実施されているにすぎないのであります。故に一日も早く無効宣言を行って、明治憲法の復原を原則的に確認すべきであると信じておるものでございます。」と主張しました。

また、井上は、「①限界突破、②原典廃棄、③個々の強要、④一般的隷属」の四点を無効であることの根拠とし、①については、憲法所定の「改正の限界」を逸脱していること、②については、単に改正の限界を逸脱したばかりではなく、「改正」の名において帝國憲法そのものを全面的に廃棄していること、③については、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われたこと、④については、占領中は、国の自主独立は失われ、天皇も政府も占領軍司令官に従属すべきものとされ、統治意思の自由が失われている「一般、包括的な隷属関係」が存在したこと」を理由に占領憲法を無効としてゐます。

ところで、これらの無効論との関係で、占領憲法の制定はヘーグ条約に違反するか否かといふ議論があります。

当時から我が国や連合国が締結してゐた「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」（明治 40 年ハーグ条約）の条約附属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」第 43 条（占領地の法律の尊重）によると、「国ノ権力カ事実上占領者ノ手ニ移リタル上ハ、占領者ハ、絶対的ノ支障ナキ限、占領地ノ現行法律ヲ尊重シテ、成ルヘク公共ノ秩序及生活ヲ回復確保スル為施シ得ヘキ一切ノ手段ヲ尽スヘシ。」と規定されてゐます（以下この条項を含めて「ハーグ条約」と略称）。そして、ポツダム宣言には、「民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障礙を除去すべし」（第 10 項）とあり、連合国が要求してゐたのは帝國憲法の改正ではなく、帝國憲法の運用面における支障を取り除くことにありましたので、帝國憲法の存在が「絶対的ノ支障」ではなかつたことは明らかです。

ですから、マッカーサーの強制により制定された占領憲法は、このハーグ条約に違反してゐると主張されたのです。

ところで、この点について、ハーグ条約は、交戦中の占領に適用されるものであり、我が国の場合は、交戦後の占領であるから、ハーグ条約は原則として適用されず、適用されるとしても、ポツダム宣言・降伏文書といふ休戦条約が成立してゐるので、「特別法は一般法を破る」といふ原則に従ひ、休戦条約（特別法）がハーグ条約（一般法）よりも優先的に適用されるとする見解による反論があります。

しかし、このような見解は、根本的に誤つてゐます。

第一に、「交戦中」と「交戦後」とに区分する基準とその意味が不明であり、ハーグ条約は、そのような区別をせず、むしろ主として停戦後に適用されることを予定してゐるものです。交戦中に相手国の憲法や法律を変へることなど通常あり得ないことです。

現に、我が国が連合国と締結し、これによつて独立を回復したとする「日本国との平和条約」（サンフランシスコ講和条約）の第 1 条（a）には、「日本国と各連合国との間の戦争状態は、第 23 条の定めるところによりこの条約が日本国と当該連合国との間に効力を生ずる日に終了する。」とあり、日本国憲法（占領憲法）は、「交戦中」に成立したことをはつきりと認めてゐるのです。

第二に、「特別法は一般法を破る」といふ原則自体は肯定できますが、あくまでもこれは、特別法と一般法とが同じ事柄についてそれぞれ異なる規定を設けてゐるときに、どちらの規定を適用するのかが問題となる場合のことです。しかし、ポツダム宣言と降伏文書には、ハーグ条約を排除する規定もなければ、占領下において憲法改正を義務づける規定もないのです。それどころか、「民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障礙を除去す

べし」（ポツダム宣言第10項）として、帝國憲法秩序の「復活強化」を規定してゐたぐらいです。ですから、ポツダム宣言と降伏文書は、ハーグ条約と同様、帝國憲法の改正についてはこれを肯定してゐなかつたので、やはりハーグ条約違反が問題となるのです。

それでは、ハーグ条約違反により占領憲法は無効といふことになるのでせうか。

違います。

直ちに無効といふことにはなりません。

従来までの無効論（以下「旧無効論」と略称）は、このハーグ条約違反を無効であることの主要な根拠としてゐました。しかし、憲法と条約との関係において、憲法の方が条約より上位の法規ですから、帝國憲法の改正が下位法規である条約に違反したからと言つて、これから直ちに帝國憲法の改正法である占領憲法を無効とすることは論理の飛躍があります。確かに、これは無効論の有力な根拠となり、占領憲法が帝國憲法の改正として有効であるとする見解（以下「有効論」と略称）に大きな衝撃と動揺を与へていくつかの反論がなされましたが、ついに有効論の側からも、これが論理の飛躍であるとの指摘はなされませんでした。

しかし、皮肉なことに、その指摘は、我々の採用する真正護憲論により指摘されたのであり、このことは、占領憲法の無効性に関する議論が十分に尽くされてゐなかつたことを意味し、憲法改正に関する真摯な議論が殆どなされてゐなかつたことを物語つてゐます。

なほ、ハーグ条約違反により占領憲法が直接に無効とはならないとしても、間接的に無効の理由となることは、後に述べるとほりです。