

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

第二百四十四回 真正護憲論のあゆみ（その三十四）

南出喜久治（令和6年5月15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 つるぎでわかつ  
(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)剣で辨つ(無効宣言、破棄通告)

占領憲法を取り巻く問題状況は複雑なものがあります。これまで様々な視点から述べてきましたが、今後は繰り返しになりますが、これまでのこと整理して述べてみたいと思います。

一般に、憲法については、「合法性」と「正統性」の二つ観点を検討することになります。これに従へば、占領憲法の「合法性」の問題と、占領憲法の「正統性」の問題の二つに大別して検討することになります。

そして、「合法性」の問題では、「無効論」と「有効論」が対立し、このうち、無効論は、さらに「旧無効論」と、「新無効論」（真正護憲論）に、有効論は、さらに「始源的有効論」と「後発的有効論」とにそれぞれ細分化されます。

また、正統性の問題については、「伝統性」、「自主性」、「正当性」の有無をめぐって、いづれも「否定説」と「肯定説」に分かれます。このうち、「正当性」の有無の問題は、本来、正統性の有無とは別の問題ですが、合法性の議論には含まれない議論として、便宜的にここでの分類に入れておきます。

およそ法の一般において、それが制定され存在することの適法なる根拠を有するか否かを「合法性」の問題と言ひます。法の理念、内容、手続の全ての事象において、適法な根拠を有するか否かといふことです。法律の場合であれば、その上位の法である憲法上の根拠を有するか、その法律が合憲なものであるか、といふ問題です。また、憲法の場合であれば、それが従来の憲法の改正法（例へば占領憲法など）であるときには憲法改正に関する条項に違反してゐないかといふことであり、新たな憲法の制定（例へば仏共和国憲法、米合衆国憲法など）であるときにはそれを根拠付ける権力（憲法制定権力）が存在したかといふことです。例へば、フランス革命後の共和国憲法の場合は「革命権」を、また、米合衆国憲法の場合は、革命権の一種である英國からの「独立権」なるものをその根拠に掲げました。

ところで、憲法学といふのは、純粹な法律学だけで成り立つてゐるものではなく、多かれ少なかれ政治学や歴史学及び文化論などの影響を受けてゐます。例へば、この憲法制定権力とか、事実の規範力といふやうな議論は、純粹な法律学の壇外にある政治学に本籍を有する議論ですし、王権神授説や天賦人権論、自然法などは、歴史学や文化論の領域へと連なります。

そこで、憲法学においては、単に合法性の議論だけではなく、この政治学などの要素として、正統性の有無も議論されることになります。そして、これと合法性の問題とを区別することは、合法性の問題といふ純粹に法律学的な領域の議論の中に、不用意に政治学的な議論を混在させずに議論を純化させるといふ利点があるため、頗る有用と考へられるからです。

しかし、正統性の概念は、それが政治学、歴史学、文化論など広範な領域を守備範囲とするために多岐に分かれており、先に述べたとほり、主に、伝統性、自主性、正当性の三つの領域に区分して考察することにします。

ここで、伝統性といふのは、その憲法が国家の歴史、文化、伝統と合致し、国家としての同一性、連續性を有してゐるか否かといふことですから、これについては、革命権及び独立権の場合はこれを否定することにその存在意義を見出しますので、この議論は主として憲法改正の場合に限られます。

また、自主性とは、憲法の改正ないしは制定についてその国家の自主性が保障されたか否かといふことですから、憲法改正の場合も革命権及び独立権の場合にも共通して議論される事柄です。

さらに、正当性といふのは、いろいろと捉え方がありますが、ここでは、専らその憲法の理念と内容に①理想性、②合理性があるか、また、現実の適用において、③実効性、④妥当性があるか、といふ点で捉へたいと考へます。

先ほど、合法性の問題は、無効論と有効論が対立し、このうち、無効論は、さらに、旧無効論と新無効論（真正護憲論）にそれぞれ細分化されると述べました。

そこで、先づ、旧無効論の論旨について説明しますと、これまで述べたとほり、これは、ヘーグ条約違反などを主な根拠としてゐます。『フランス1946年憲法』第94条には、「本土の全部もしくは一部が外国軍隊によって占領されてゐる場合は、いかなる改正手続も、着手され、または遂行されることはできない。」と規定されており、この規定は、単に各

国の憲法に止まらず、国際的条約として確立した法理であり、いはば、憲法改正における法治主義及び適正手続の保障（デュー・プロセス・オブ・ロー due process of law）の原則に違反することから無効とする見解です。これは、憲法よりも条約の方が優位にあるとする国際法優位説によることになりますが、主権国家の最高法規である憲法が、その憲法に基づいて締結された条約に劣るとする根本的な矛盾を克服することが不可能であり、これは、後述するように、条約優位説と同様の矛盾と批判に曝されることになります。

その点において、新無効論（真正護憲論）には、これらの矛盾は一切ありません。国内法優位説に立ち、かつ、帝國憲法に違反することを無効の根拠としてゐるからです。つまり、これまでに述べましたが、占領憲法は全部かつ完全占領下での帝國憲法の改正ですから、第 75 条に違反します。また、改正の限界説に立って、占領憲法はその限界を超えてゐる点も無効の理由です。さらに、第 4 条の「天皇ハ・・・統治権ヲ總攬シ此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ」とあるのは、先に述べた法治主義及び適正手続の保障を定めたものであり、第 73 条の改正手続は、これと一体となつて、単に手続の適正のみならず内容の適正をも保障した規定と捉へることができますので、仮に形式的な手続を経たとしても GHQ の強制による占領憲法への改正は実質的にこれらの条項に違反してゐるのであります。即ち、占領憲法は帝國憲法の改正法として成立したのですから、その存在根拠となる帝國憲法自体に違反してゐるので無効となるといふことです。帝國憲法第 76 条第 1 項には、「・・・此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ効力ヲ有ス」とあり、帝國憲法と矛盾した占領憲法が無効であることは自明のことです。

このやうに、無効とする根拠において、旧無効論は、国際条約違反にありとし、新無効論（真正護憲論）は、帝國憲法違反にあるとすることから、旧無効論は、「条約根拠説」であり、新無効論（真正護憲論）は「憲法根拠説」といふことができます。

合法性の問題については、先ほど、無効論と有効論が対立し、このうち、有効論は、さらに始源的有効論と後発的有効論とにそれぞれ細分化されると述べました。

先づ、始源的有効論といふのは、占領憲法の改正の手續及びその効力において何ら無効となる理由がなく、始めから有効に成立したといふものであり、これには、いはゆる「八月革命説」と「条約優位説」があります。

また、後発的有効論といふのは、成立時には無効であっても、事後に何らかの理由により有効となつたとする見解です。これには、「追認説」と「法定追認説」とがあります。

次回以降は、これらについて説明して行きます。