

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

第二百四十五回 真正護憲論のあゆみ（その三十五）

南出喜久治（令和6年6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）劍で辨つ（無効宣言、破棄通告）

始源的有効論の中には、八月革命説がありますが、この説は、占領憲法はその制定時から有効に成立してゐることを主張した見解です。

ポツダム宣言を受諾した途端に革命が起こつたとするフィクションであり、「主権喪失国家の国民主権」といふ途方もない致命的な矛盾を糊塗するために、潜在主権とか、潜在革命とか、難解でいかがはしい概念を駆使して言葉の遊びをしてゐるに過ぎません。

この見解については、条約優位説と憲法改正無限界説との結びつきを深めて生き延びやうとする試みがありますが、いづれにしても帝國憲法の解釈において成り立ち得ない見解であることは間違ひありません。

八月革命説とは、占領憲法が帝國憲法の改正手続から生まれた後、母である帝國憲法を喰ひ殺してその出生の秘密を隠して生き延びるといふおぞましい物語を肯定する憲法論です。

次に、憲法改正無限界説ですが、この見解の根底には、「憲法制定の父たちはその子孫たちよりも大きな権威と権限を持つ」といふことに対する疑問と不信が横たはつてゐます。もし、この疑問と不信をさらに突き進むならば、硬性憲法（一般の法律よりも改正の手続及び要件が加重されてゐる憲法）についても同様になります。憲法改正について、どのような改正を行はうともその内容に限界がないのであれば、その手続と要件についても、憲法制定時の手続と要件と同様の方法でなされるはずですが、しかし、殆どの国家の憲法は、硬性憲法であり、改正のための手続と要件が加重されてゐます。そして、この改正の手続と要件の加重は、改正内容の制限を推認させますが、無限界説ではこれについての説得力ある説明ができてゐません。

また、言語、文化など暮らしと営みの根幹を形成するものを廃止し変更することは、逆に、「憲法を改正する子孫たちはその父たちよりも大きな権威と権限を持つ」ことになり、これについての疑問と不信が無限界説では何ら示されてゐないといふ矛盾があります。

ところで、憲法改正に限界があるか否かといふことは、あくまでも「立憲制」の枠内での議論です。もし、憲法改正の名を借りて、憲法の破壊を行ふといふのであれば、それは「立憲制」の枠外、即ち、「専制制」の領域になります。革命やクーデターもまたこれに属します。それゆゑに、八月革命説は、必ずしも無限界説と結びつく必要はありません。そもそも革命は「立憲制」の枠外の現象であるからです。むしろ、「革命」の根拠を「立憲制」の枠内で見つけやうとすること自体に矛盾があります。そして、さらにこの見解には、革命を根拠づける憲法制定権力の由来と内容が不明であるといふ克服不可能な矛盾を抱へてゐることは既に述べたとほりです。

なほ、帝國憲法の上諭に「朕カ子孫及ヒ臣民ハ敢ヘテ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」とあり、その意味は前に述べたとほりですが、この規定を「天皇の側からのクーデターの禁止宣言なり」とする天皇機関説からの見解（美濃部）もあります。これは、臣民（国民）は言ふに及ばず、国家機関である天皇ですら、憲法の改廃はあくまでも「立憲制」の枠内でなされるべきであるとするのであつて、これによれば、帝國憲法の手続を経て立憲的に成立した占領憲法が「革命」の所産であるはずがないといふことになります。

さらに、始源的有効論のうち、条約優位説についてですが、これも前に詳しく述べましたので、ここでは、これに少し補足して説明します。

全ての条約が憲法に優位するといふ極端な条約優位説は、国家自体を否定することになります。そのやうな見解は皆無ですから、ここでは、特定の条約が憲法に優位するといふ見解について検討することになります。

この見解では、どのやうな条約が憲法に優位するかといふ基準が明確ではありません。これは、ポツダム宣言と降伏文書といふ条約の効力が帝國憲法のそれより優先するといふ結論を正当化するためになされた主張であり、「初めに結論ありき」の見解です。

そして、この見解によれば、「戦争に負けたら突然に条約が憲法よりも優位となる。条約は憲法に基づいてその締約を授權されて締結されたにもかかわらず、その条約と憲法との授權関係及び効力関係が突然逆転する。しかも、これは条約一般ではなく、ポツダム宣言と降伏文書といふ条約に限つてのことである。」といふことになります。

しかし、仮に、その特定の条約が講和大権に基づく講和条約であるといふ限定がなされたとしても、一般の条約における条約大権ならば立憲的な内容の制約があるのに、どうして講和大権だけはその制約がないのかといふことの説明ができてゐません。しかも、講和大権といへども立憲制の制約下にあることは当然であるのに、立憲制の枠外の行為や立憲制を破壊する行為を為すことが可能であるとすれば、それが立憲的に容認する特別の規定がない限り、そもそも講和大権は立憲的権限でないといふ矛盾に陥ることになります。

従つて、憲法と条約のいずれが優位であるかを論ずる前に、条約大権及び講和大権の限

界を論ずる必要がありますが、この条約優位説は、このような前提問題の検討すら無視したもので、その論理的破綻は明らかです。

また、ポツダム宣言の受諾及び降伏文書の調印の時点では、少なくともこのような条約優位説は我が国には存在しなかつたものであり、突然降つて湧いたやうな思ひ付きでこのやうに解釈される余地は全くあり得ないのです。

次に、後発的有効論のうち、追認説についてですが、初めに留意すべきことは、この見解は、始源的には占領憲法は「無効」であることを認めてゐるといふことです。つまり、占領憲法を有効として主張してきた人々は、当初は八月革命説や条約優位説、さらに改正無限界説を採つてゐましたが、これらの学説があまりにも矛盾が多く無力であることを後になつて気付いたのです。しかし、それまで有効論を展開してきた自己の社会的地位と虚名を維持するため、苦肉の策としてこのやうな見解を編み出したのです。

つまり、民法では、強迫による意思表示は、瑕疵ある意思表示と呼ばれ、確定的に有効な行為ではなく、その強迫行為から逃れた後に、自由な意思によりこれを取り消したり、あるいは追認することができることになつてゐます（第96条）。そして、追認説は、この規定の論理を憲法においても借用して、GHQの強迫によつて帝國憲法を改正して生まれた占領憲法は、その後に「追認」があつたので有効となつたとするのです。すなはち、ナチスの占領終了とともに占領法規は破棄され、ベルギー、オーストリアは旧憲法を復活させ、フランスは新憲法を制定した例や、東欧のソ連傀儡政権の憲法もソ連崩壊とともに破棄された例もありましたが、我が国では、独立回復後になつても占領憲法を破棄せず、占領憲法に基づいて立法、行政、司法の国家作用を行使し続けたことは少なくとも黙示の追認に該当するといふのです。

しかし、追認の意思表示といふのは、強迫によつてなされた意思表示と同様の方式と要件に基づいてなされることを要するものです。つまり、帝國憲法に規定する憲法改正の手續と同等の方法と要件に基づいて追認決議がなされなければなりません。そのやうな決議どころか何らの手續も今まで一切なされてをらず、追認があつたとすることはできません。

また、そもそも、占領憲法の制定は、ヘーグ条約などの確立された国際法秩序に違反してなされたものであり、民法のレベルで論ずれば、明らかに公序良俗に違反する行為として絶対的に無効（第90条）です。これは、強迫による意思表示といふやうな取消すべき行為ではなく、追認によつても有効とはならない絶対的無効の行為ですから、追認して有効になることはあり得ないのです。公序良俗違反の行為を追認して有効にすることは、結果

的には公序良俗違反の行為を認めてしまふことになるので、追認は認められないのです。ですから、占領憲法については追認の問題は起こり得ません。

さらに、我が国が独立を回復した講和条約と同時に締結された旧安保条約は、実質上ポツダム宣言による占領の継続であり、これが改定された新安保条約破棄後でなければ追認はあり得ないとする有効論からの自己批判的な指摘すらあります。