

【表題】

（新無効論概説書）『占領憲法の正體』 南出 喜久治 著

（くにからのうた） 平成二十年七月二十四日詠む

ちちははと とほつおやから すめみおや やほよろづへの くにからのみち  
（自父母及先祖以至皇祖皇宗及八百萬之神而國體之道也）

（あまつうた）いろは四十八文字 平成二十年九月十四日詠む

あまつくにから めをこえて よひぬちふゆる やそわせも うゑねとほさへ  
すめろきは たむけいのりし おんみなれ

（天津國から居を越えて夜晝ぬち殖ゆる八十早稲も植ゑね（根）と穂さへ天皇は  
手向け祈りし御身なれ）

（ことたまのうた）ひふみよいむなやこと 平成二十一年元旦詠む

ひをむかふ みてくらたてよ いつきせむ なこそおしめや ことたまのひと  
（靈を迎ふ 幣立てよ 齋せむ 名こそ惜しめや 言靈の靈止）

（ひひなからうた）平成二十一年一月七日詠む

はらからと やからうからに ともからも すめらみくにの ひひなくにから  
（腹幹と 屋幹宇幹に 部幹も 皇御國の 雛國幹）

序 言

『日本國憲法』とは一體何なのか。悠久の祖國に生を享けた者として、この「異形の掟」にたじろぎ、とまどひ、悩み、怒りながらも、このことを自問し続けながら今日まで來た。

「井を掘るは水を得るが爲なり。學を講ずるは道を得るが爲なり。水を得ざれば、掘ること深しと云ども、井とするに足らず。道を得ざれば、講ずること勤むと云ども、學とするに足らず。因て知る、井は水の多少に在て、掘るの淺深に在らず。學は道の得否に在て、勤むるの厚薄に在らざることを。」（講孟餘話）

これは、吉田松陰の教へである。

淺學ゆゑに汗顔の至りではあつても、この教へは守り續けた。そして、昭和は遙か彼方に遠のいたが、やつと明確な結論が得られた。それが「新無効論」である。『日本國憲法』といふ名の占領憲法は、憲法としては絶対に無効であるが、帝國憲法第七十六條第一項に従ひ、同第十三條の講和大權に基づく講和條約の限度においてその效力を認めざるを得ないものの、このやうな占領統治の遺物による桎梏から脱却して、他國に侮られずに世界に尊敬される強くて清く正しい祖國を再生できる「道」をついに發見し、この書でその概要を説明できたものと自負してゐる。

本書は、平成二十年八月にインターネット上でPDFにて発表した拙著『國體護持』の要約版である。しかし、同著は膨大であり近く増補改訂を豫定してゐることもあつて、そこで展開した「効用均衡理論」による統治原理の再構築と、國體護持の實現のために必要不可欠な「方向貿易理論」などによる「自立再生論」については、本書では論述してゐない。それは、重層構造となつてゐる新無効論の説明だけでも膨大であり、まづはその説明を盡したいからである。新無効論は、國體護持と自立再生論の實現のために必要な手段としての理論であつて、これの理解と實踐なくしては、究極の目的である國體護持と自立再生論による祖國の再生と地球世界の安定平和の理想に到達しえないものと位置づけてゐるが、そのためには、まづは、ここに新無効論としては初めての體系的概説書として、國體護持に身命を賭す多くの同志にとつて必要不可欠な純正理論を提供することの必要性を痛感した次第である。

そこで、今は亡き父母と、これまで様々な面でご指導を賜つた恩師である三澤貫一郎先生、表権七先生、相原良一先生、ジョージ・L・ウエスト博士、木村徳太郎先生、そして、心の師である清水澄博士、さらに、これまで新無効論と自立再生論を支へ續けていただいた多くの諸先生、諸先輩と同志諸君に感謝の誠を捧げつつ、後醍醐天皇と楠木正成公が合祀されてゐる吉野山の南朝皇居である吉水神社の神殿の御前に額づき、二柱の御祭神に秘事を誓つてこの書を謹んで上梓するものである。

平成二十一年三月二十日

南出 喜久治

## 【目次】

### 序

#### 第一章 國體論と主權論……………四

（動的平衡と雛形理論）／（宗教團體と宗教法人）／（國家における祭祀と統治）／  
（擬似祭祀と國教）／（祭祀と宗教）／（理性論と本能論）／（イエス殺しの思想）  
／（次世代の國民主權）／（國民主權と立憲主義の相剋）／（文化國體と規範國體）

#### 第二章 占領典憲の無効理由……………二四

（典憲の意義）／（占領典範の無効理由）／（占領憲法の無効理由の概要）／（無効理由その一 改正限界超越による無効）／（無効理由その二「陸戦ノ法規慣例ニ關スル條約」違反）／（無効理由その三 軍事占領下における典憲の改正の無効性）／  
（無効理由その四 帝國憲法第七十五條違反）／（無効理由その五 典憲の改正義務の不存在）／（無効理由その六 法的連續性の保障聲明違反）／（無効理由その七 根本規範堅持の宣明）／（無効理由その八 憲法改正發議大權の侵害）／（無効理由その九 詔敕違反）／（無効理由その十 改正條項の不明確性）／（無効理由その十一 憲法としての妥當性及び實効性の不存在）／（無効理由その十二 政治的意志形成の瑕疵）／（無効理由その十三 帝國議會審議手續の重大な瑕疵）

#### 第三章 新無効論……………五四

（舊無効論と新無効論の相違）／（新無効論の特徴その一）／（新無効論の特徴その二）／（新無効論の特徴その三）／（新無効論の特徴その四）／（新無効論の特徴その五）／（新無効論の特徴その六）／（新無効論の特徴その七）／（新無効論の特徴その八）

#### 第四章 有効論……………七四

（有効論の分類）／（後發的有效論）／（原狀回復論）／（時效有效説）／（改正無  
限界説）／（革命有效説）／（國際法優位説と條約優位説）／（正當性説の登場）／  
（承認必謹説）

第五章 講和條約としての占領憲法……………九四

（講和條約説）／（轉換適格性）／（講和條約と評價しうる具體的理由）／（事實の慣習的集積）／（無効規範の轉換）

第六章 復元改正の道標……………一〇八

（正統典憲の復元）／（講和條約群の破棄）／（國內系の復元方法）／（占領典憲の無効確認決議）／（その他の無効確認措置）／（復元措置の手順）／（憲法復元措置基本法と憲法臨時代用法）／（正統憲法調査會）／（地方自治小委員會）／（結語）

第一章 國體論と主權論

（動的平衡と雛形理論）

國家が生き物であるといふ素朴な認識がある。そして、國家を生き物の典型である人に擬へて、國家を「法人」と捉へるとしても、まづ、生き物に實相に関して大きな示唆を與へてくれたのは、ルドルフ・シェーンハイマーである。彼は、昭和十二年に、生命科學の世界において偉大な功績を残してゐる。ネズミを使つた實驗によつて、生命の個體を構成する腦その他一切の細胞とそのDNAから、これらをさらに構成する分子に至るまで、全て間斷なく連續して物質代謝がなされてゐることを發見した。生命は、「身體構成成分の動的な状態」にあるとし、それでも平衡を保つてゐるとするのである。まさに「動的平衡（dynamic equilibrium）」（福岡伸一）である。唯物論からすれば、人の身體が短期間のうちに食物攝取と呼吸などにより全身の物質代謝が完了して全身の細胞を構成する分子が全て入れ替はれば、物質的には前の個體とは全く別の個體となり、もはや別人格となるはずである。しかし、それでも「人格の同一性」が保たれてゐる。このことを唯物論では説明不可能である。つまり、このシェーンハイマーの發見は、唯物論では生命科學を到底解明できないことが決定した瞬間でもあつた。

そして、このことと並んで重要なことは、この極小事象である生命科學における個體の「いのち」から、極大事象である宇宙構造まで、自然界に存在するあら

ゆる事象には自己相似関係を持つてゐるとするフラクタル構造理論の発見である。フラクタルとは、フランスの数学者ブノワ・マンデルブロが導入した幾何学の概念であるが、いまやコンピュータ・グラフィックスの分野で應用されてゐる理論でもある。このフラクタル構造理論（雛形理論）とは、全體の構造がそれと相似した小さな構造の繰返しでできてゐる自己相似構造であること、たとへば、海岸線や天空の雲、樹木、生體など自然界に存在する一見不規則で複雑な構造は、どんなに微少な部分であつても全體に相似するものである。そして、マクロ的な宇宙構造についても、いまやフラクタル構造であることが觀察されてをり、また、恆星である太陽を中心に地球などの惑星が公轉し、その惑星の周圍を月などの衛星が回轉する構造と、原子核の周圍を電子が回轉するミクロ的な原子構造とは、極大から極小に至る宇宙組成物質全體が自己相似することが解つてゐる。

このことについては、我が國でも、古來から「雛形」（ひひなから）といふものがあり、形代、入れ子の重箱、盆栽、造園などに人や自然の極小化による相似性のある多重構造、入れ子構造を認識してきたのである。そして、『古事記』や『日本書紀』には、この唯心と唯物の世界、形而上學と形而下學とを統合した大宇宙の壮大な雛形構造の原型が示されてゐる。つまり、記紀によれば、伊邪那岐命（いざなぎのみこと）と伊邪那美命（いざなみのみこと）の二柱の神が天津神の宣らせ給ひた「修理固成」の御神敕を受け、天の浮橋に立つて天の沼矛を指し下ろし、搔き均して引き上げて出來た島が「オノコロシマ」（淤能基呂島、オノゴロジマ）とされる。そして、この島に天降り、天の御柱と八尋殿を見立てたまひて國産みが始まる。この「オノコロシマ」については、ひとりでに凝つてできた島だとか、あるいは、北畠親房の『神皇正統記』によれば、「おんころころせんだりまとおぎそわか」といふ薬師如來眞言ではないかとの説明まで紹介されてゐるが、これは紛ふ方なく「地球」のことである。「オノ」といふのは、ひとりでに、自づと、といふ意味の大和言葉であり、「コロ（ゴロ）」といふのは、物が轉がる様から生まれた擬音語である。「シマ」といふのは、島宇宙、星のことであり、いづれも大和言葉であつて、これをつなげた「オノコロシマ」とは、「自ら回轉してゐる宇宙」、「自轉島」、つまり「地球」なのである。そして、このオノコロシマから始まるその後の記紀による國産みの話は、我が國が世界の

雛形であることを意味してゐる。また、地球といふ生命體の創造において、天の御柱を二柱の神が廻る姿は、個體細胞の染色體が二重螺旋構造をしてゐることを暗示し、まさに極大から極小に至るまでの相似形象を示す我が國の傳統である

「雛形理論」を示してゐる。このことからすると、記紀には、宇宙創世から地球の誕生、そして、その創世原理としての雛形理論といふ比類なき壮大な宇宙性、世界性、普遍性が示されてゐるとともに、我が國が世界の雛形であるとの特殊性が描かれてゐることになる。

『大學』でいふ「修身齊家治國平天下」といふのも同じである。これらは、森羅萬象や社會構造の全てについて、この雛形理論で説明できることを示したものであつて、人の個體、家族、社會、國家、世界のそれぞれの人類社會構造の解明についても、この理論が當然に當てはまる。

また、同じく社會科學としてその科學的考察を必要とする法律學、憲法學、國法學の分野においても、同じく「科學」である限りは、この雛形理論が適用されることになる。つまり、國家と社會、民族、部族、家族、個々の國民とは、同質性が維持される自己相似の關係にあり、個體の細胞や分子が全く入れ替はつても人格が連續する姿は、皇位が歴代繼承され、國民が代々繼襲しても、それでも連綿として皇統と國體は同一性、同質性を保つて存續する國家の姿と相似するのである。「國」は「家」の雛形的相似象であることから「國家」といふのであつて、天皇機關説や國家法人説も、人體と國家の相似性に着目した學説であつた。

そして、「生體」がその構造と代謝の基本單位である「細胞」で成り立つてゐるのと同様、「國家」もまたその構造と代謝の基本單位である「家族」から成り立つてゐる。家族（細胞）が崩壊して、ばらばらの個人（分子）では國家（生體）は死滅するのであり、「個人主義」から脱却して「家族主義」に回歸しなければ、國家も社會も維持できない。

さらに、雛形であるといふことは、まさに、動的にも靜的にも形がなければ成り立たないといふことである。「形無し」といふ言葉が「價值無し」を意味するとは、雛形構造が維持されるためには、萬物の事象において「かたち」が必要となる。そのことは、人の生活や社會と國家においても同様で、人の社會において禮儀作法や規範といふ形が崩壊すれば社會それ自體が崩壊する。形としての人の禮儀作法は、社會規範の原型であり、その御靈（みたま）の依代であり器に他

ならない。禮儀作法が廢れば、國家もまた廢れるのである。

#### （宗教團體と宗教法人）

これまで一般には「國家」の實相といふものを「統治」の面だけで捉へられてきたが、實は「統治」以外に、それ以上に別の重要な側面があることがあまり認識されてゐない。それは「祭祀」の側面である。つまり、國家には「祭祀」と「統治」といふ二つの側面がある。ここでは、この區別とその説明をすることを本題とするが、その前に、迂遠ではあるが、これと雛形構造的な關係にある「宗教團體」と「宗教法人」との區別、さらに、これと「營利法人」との比較についての説明から始めることとする。この「補助線」を引いて説明することが、本題の理解に資するからである。

「宗教團體」の設立は自由である。教義と組織の内容やその手續などを國に制約されることはない。それが信教の自由である。しかし、「宗教法人」を設立するには、『宗教法人法』に定める設立手續を経て所轄廳の認證を受けなければならない。同法第一條には、「この法律は、宗教団体が、礼拝の施設その他の財産を所有し、これを維持運用し、その他の目的達成のための業務及び事業を運営することに資するため、宗教団体に法律上の能力を与えることを目的とする。」として、宗教團體に法人格を與へる目的を規定し、「宗教團體」と「宗教法人」との關係を示してゐる。つまり、宗教團體が宗教法人となつたとしても、宗教團體自體が消滅するのではなく、その宗教法人とは不可分な存在として併存する。

宗教團體は、その本質的な祭祀（教義、儀式、行事など）とそれを支へる財務（財産の取得、處分、管理など）の各部門が一體となつて存在するものであり、宗教法人は、このうち、財務部門を擔ふものであるから、宗教團體が宗教法人格を取得したとしても、宗教團體の本質に何らの變化も生じない。

宗教團體は、宮司、住職、教主、法主など、その呼稱はまちまちではあるが「祭祀主宰者」が存在し、その組織的性質は、専制君主制に類似した形態が多い。そして、その財務部門の關係を中心として設立された宗教法人には、その「財務主宰者」である「代表役員」といふ代表機關やその他の機關が設置され、宗教法人の組織や運営については、所轄廳の認證を受けた「規則」に基づくこと

なる。この「規則」は、宗教團體の祭祀部門について規定するものではなく、あくまでも財務部門の運営に關するものに限られ、「聖俗分離の原則」が貫かれてゐる。ここにおいて、宗教法人化した宗教團體には、宗教團體の祭祀主宰者と宗教法人の財務主宰者といふ二つの地位が生まれる。両者が兼務されることが多いが、さうでないこともある。しかし、その場合でも、祭祀を主とし、財務を従とする關係から、二つの地位の序列は明らかである。

このやうな宗教法人の性質は、株式會社などの營利法人の場合と決定的に異なる。たとへば、個人事業の全部が「法人成り」して株式會社が設立される場合、個人事業の全てが法人事業へと移行するので、個人事業は消滅して、それがそのまま株式會社の法人事業へと移行する。いはば個人事業が法人事業として生まれ變はる。個人事業では明確でなかつた事業經營と組織運営における規範が、「定款」といふ明文化された規範として認識されるのである。これは、營利事業には、當然のことながら祭祀部門がなく、専ら財務部門で構成されてゐるためである。家族ぐるみや一族総掛かりの同族事業の場合、創業の精神とか、家訓なるものが法人化後も事實上影響することはあるが、それは法的には会社の定款の埒外に置かれ、その法人事業における規範とはなりえない。この點が宗教法人の場合と決定的に異なるのである。

このやうな宗教團體と宗教法人、さらに營利法人の性質を踏まへて、國家の性質を考察すると、そこには相似性があることが解る。國家の成り立ちについては、氏族、部族が集合して自然に形成され國體の繼續を肯定する國家（傳統國家又は自然國家）と、これらを否定して建設された國家（革命國家）とに分類するが、ともに國家であることからすれば、國民や領土などの國家の唯物的な「屬性」、すなはち、財務的要素がある點において共通するものの、傳統國家（自然國家）には、神話や民族信仰などによる祭祀的要素が存在するのに對し、革命國家には、このやうな祭祀的要素がない。革命國家は、後述する社會契約説や革命理論などの理性論（合理主義）で組み立てられた理念的要素に建國の存在意義を見出し、これまでの國家に存在してゐた祭祀的要素を捨て去るのである。そして、その理念的要素は、國家統治の制度的な規範に置き換へられ、究極的には財務的要素に收斂されていく。そのことからして、傳統國家は宗教團體に、革命國家は營利法人に、それぞれ相似するといふことができる。



（國家における祭祀と統治）

そして、傳統國家にも、神話の時代から現代に至るまで歴史的に斷絶のない「真正傳統國家」と、神話の時代と現代と至るまでの間に歴史的な斷絶がある「不真正傳統國家」との區分があるが、真正傳統國家の典型例である我が國においては、神話の煙る傳統と文化が織りなした文化國體や、その中から抽出された規範的要素としての規範國體に含まれるものの中で、憲法典その他の成文規範では表現されてゐない主要な部分に、この祭祀的要素があり、成文規範で表現できる部分は、財務的要素を含む統治部門となる。つまり、成文化しえない祭祀部門と成文化しうる統治部門とが存在し、この祭祀と統治の區分は、記紀に示された「寶鏡奉齋の御神敕」における「齋」と「政」の辨へ（齋政の辨へ）に由來する。そして、これは、「聖」と「俗」の區分、「祭」と「政」の區分、そして「王」と「霸」の區分（王霸の辨へ）の原型として、これらとは相似的な雛形構造となつてゐる。

『古事記』上卷によれば、「詔者、此之鏡者、專爲我御魂而、如拜吾前、伊都岐奉。次思金神者、取持前事爲政。（みことのりたまひしく、「これのかみは、もはらわがみたまとして、わがまへをいつくがごといつきまつれ。つぎにおもひかねのかみは、まえのことをとりみもちて、まつりごとせよ」とのりたまひき。）」とあり、天照大神の御靈代（みたましろ）、依代（よりしろ）である三種の神器の一つである寶鏡の奉齋と、これに基づく思金神の爲政、つまり、

「齋」（王道）と「政」（霸道）との辨別がある。つまり、天皇（スメラミコト、オホキミ）の「王者」としての「權威」（大御稜威）に基づく「霸者」への委任により、霸者がその「權力」によつて統治する王霸辨立の原則（王霸の辨へ）である。これは、天皇の親裁による政治（親政）ではない「天皇不親政の原則」でもあるが、あくまでも原則であつて、國家の變局時には「天皇親政（天皇親裁）」に復歸する點において、「統治すれども親裁せず」の原則であつて、「君臨すれども統治せず」といふものとは本質的に異なる。

「君臨すれども統治せず」といふのは、英國の王室と議會との確執から生まれた制度であり、ジェームズ二世の末娘であつた英國女王アンの死亡に起因したも

のである。女王アンには直系の子がなく、弟はカトリックであることから、議會はプロテスタントの親戚を捜し、イギリス王ジェームズ一世の孫であるドイツのハノーヴァー選帝侯ジョージ一世を英國王室の後繼者としてイギリス國王に迎へた。しかし、ジョージ一世は、ドイツ生まれのドイツ育ちの五十五歳であつたことから英語が殆ど解らず、國民には沈黙によつて威嚴を示して接したものの、英語を勉強する氣もなく、議會に出席しても審議内容が全く理解できず、そのうち議會に出席することなくなつたことから、君臨すれども統治せずといふ慣行が確立したのである。つまり、これによつて「傀儡王政」が確立したことを示す言葉として、この「君臨すれども統治せず」が生まれたのである。

それゆゑ、我が國の立憲君主制の理解についても、「君臨すれども統治せず」の原則であるとする見解が多いが、これは歴史を知らない者の謬説であり、我が國は「統治すれども親裁せず」の原則によるものなのである。

「齋之爲言齊也（齋の言爲る齊なり）」（禮記）といふ言葉がある。これは、「修身齊家治國平天下」の「齊」（ととのふ）の文字は、祭祀を意味する「齋」（いつき）が語源であることを説いてゐる。「齋」に「示」の文字があるが、これは、祭壇の象形であり、そこに神の心が示されるからであつて、「齊家」のためには、祭祀（齋）が不可缺であるといふことである。そして、それは、「修身」においても、「治國」においても、「平天下」においても祭祀（齋）が同様に不可缺である。つまり、「修身齊家治國平天下」のいずれの事象においても祭祀が不可缺であり、入れ子構造（雛形構造）になつてゐることを意味してゐる。平田篤胤も、「玉たすき 掛けて祈らな 世々の祖（おや） おやのみおやの 神のちはひを」とか、「いさこども さかしら止めて 現人（あらひと）の 神にならひて 親をいつかな」として、祭祀が雛形構造であることを説いてゐるのである。

このやうに、祭祀は、民俗祭祀から天皇祭祀に至るまで、國家と社會全域を遍く包み込む。そして、祭祀の雛形構造からしても、「平天下」、つまり世界全體も同様に祭祀に包み込まれてゐるのであつて、「すめらみこと」とは、世界の祭祀主宰者なのである。

ともあれ、この祭祀の重要性を認識したとき、どのやうにこれを制度化する必要があるであらうか。これについて、忠實無二の者と評された井上毅は、このや

うな祭祀の重要性を自覚するがゆゑに、帝國憲法、明治典範、教育敕語、軍人敕諭などの成文規範の中に、祭祀部門に屬する記述を極力避けた。成文化されたものは、統治の運用の中で必ず俗化し、その神聖さを損なふと畏れたからである。聖なるものは不文の姿であり、その影繪を描寫して成文化することは、その稚拙な表現の細部に亘つて解釋論争が生じて必然的に俗化する。それゆゑ、あへて聖なるものを成文化する場合には、必要最小限度に留め、極力その概要のみを示す抽象用語を使用することによつて論争的俗化を防がうとする智慧を持つてゐたのである。それゆゑ、帝國憲法などの聖なる箇所には、「皇祖皇宗」、「萬世一系」、「神聖」など、その影繪の輪郭を一義的に確定し得ない抽象的表現が用ゐられた。天皇祭祀など眞に聖なるものは決して成文化されない。正統典範もまた、成文化することによる俗化の畏れがあつたが、立憲國家の皇統護持のために、必要最小限度において明治典範が制定されたものの、天皇祭祀などの聖なるものは決して成文化されなかつたのである。

このやうに、國家においては、祭祀權能は國家の「正統性」を根據付け、統治權能は國家の「合法性」を根據付けるといふ、まさに車の兩輪となる。このことも宗教團體と宗教法人との關係の場合と同様である。この統治部門とは、祭祀部門以外の全ての事項であり、財政、税務などの財務事項のみならず、統治機構事項や國民の權利義務事項など、統治と國民との關はりに關する廣義の意味で統治部門である。そして、祭祀部門とは、雛形構造となつてゐる國民の各々の家族、氏族、部族、團體などの「部分社會」がなす祭祀（民俗祭祀）とその國民の宗家がなす祭祀（宗家祭祀。我が國においては天皇祭祀）を中心とする文化國體に關する領域を指す。

#### （擬似祭祀と國教）

では、他方、革命國家についてはどうか。その典型例であるアメリカ合衆國の場合は、先住のインディアンの祭祀的要素を受け繼いで建國されたのではない。むしろ、それを否定して破壊することが建國の精神であつたため、祭祀的要素は皆無である。つまり、イギリスからの獨立戦争といふ建國の原點は、「領土擴大主義」に由來するもので、それを「西部開拓」といふ理念なき征服欲、支配欲、

所有欲を正當化した「西進主義」に脱皮させ、それを基督教に基づく「神から授けられた明白な使命」（Manifest Destiny）であるとした。

この血塗られた使命なるものを口實として財務的要素のみで建國を果たしたことから、米國は、獨立戦争とその後の國家經綸に必要な國家財政を民間の金融機關に依存して通貨發行管理權を與へた。それがユースタス・マリンスの云ふ「民間の所有する中央銀行」である連邦準備制度理事會（F R B）である。F R Bは、米國の通貨發行管理權を取得して米國に資金貸付をし、米國の「國債」を取得して市場に流通させる。その國債（債權證券）が「ドル札」である。米國は、建國當初から國立銀行としての中央銀行を持たず、自國の通貨發行管理權を民間の私企業に擔保提供して融資を受け、經濟主權を制約されながら運営されてゐる財務國家である。従つて、米國は、當初から財務目的で設立されたものであるため、宗教團體のやうな祭祀部門を當初から當然のことながら有せず、しかも、自己資金がないために民間銀行から全額融資で設立された株式會社と同様の性質を有する實驗國家なのである。

ところで、歴史的に見れば、革命國家や不眞正傳統國家においては、國教（國家宗教）を定めたことがあつたが、この現象はどのやうに説明しうるのであらうか。思ふに、國教を設けようとする動機の源泉は、國教といふ「擬似祭祀」を設けることによつて、本來の國家である傳統國家（自然國家）に近づくやうとする革命國家の自己保存本能と云へる。近づくことができなければ、革命國家は、雛形理論から外れた存在として、早晩崩壊する運命にある。革命國家といふのは、傳統國家に擬似した人工國家であるから、國民の宗家としての祭祀主宰者が不在である。そこで、何らかの方法により統治主宰者を祭祀主宰者に擬制することによつて、國家の正統性を得ようとするのである。それゆゑ、國教とは「擬似祭祀」と云へる。たとへば、その國教が、民俗祭祀（祖先祭祀）を肯定しつつ、その上位の神の存在を説くものである場合は、比較的擬似祭祀化が容易となる。それは、國民は、その祖先祭祀の延長線上に宗教上の神に信仰歸依するといふ雛形構造を以て國家祭祀に代用させる。統治主宰者は、國家祭祀の祭祀主宰者に擬制されて、全體としての擬似祭祀の相似的構造となる。

これに對し、祖先祭祀を排除し、あるいはこれと隔絶した絶對神（唯一神）の存在を説く宗教が國教である場合には、祭祀の相似性が崩壊する。國民が、家族

を飛び越えて個々人が直接に絶対神に信仰歸依する関係を構築することは、民俗祭祀を否定することになって輦轡が大きくなる。その上、統治主宰者は、國民と絶対神との直接的な関係から疎外されて蚊帳の外に置かれ、統治主宰者の地位及び統治自體の合法性はあるとしても、統治の正統性を導き出すことができなくなる。そこで、その宗教主宰者である教皇などから統治の正統性を附與してもらふことになった。

しかし、教會との對立やその權威の失墜などによつて國家の正統性が揺らいでくると、今度は、抽象的にその絶対神から直接に統治權（世襲王權）を授與されたとする思想（王權神授説）が登場する。ところが、この王權神授説によつて擬似祭祀を補強するためには、どうしても王權の正統性の根據となる絶対神を信仰歸依する宗教を國教とする制度を維持しなければならなかつた。しかし、宗教論争や信仰の自由を求める主張、さらに宗教戦争などによつて國教制度が維持できなくなつた段階において、今度は、國教制度に依らずともその絶対神に代はる正統性の根據を模索することになる。それが「主權論」である。絶対神に勝るとも劣らない「主權」といふ、實質的には新たな絶対神を觀念の産物として生み出した。これまで「主」と崇めた宗教上の絶対神に頼らずとも、「主權」といふ新たな政治上の絶対神を發明したのである。これもまた、一神教信仰の土壤から生まれたものであり、「主權論」とは「新興宗教」に他ならない。そして、その主權の歸屬が國王にあるとする「君主主權論」となり、さらに、その後、君主から主權の歸屬が國民に委讓され、あるいは奪取されて「國民主權論」へと移行するのである。これは、人間を越え人智の及ばない存在としてのこれまでの神ではなく、人間自らが神となつた瞬間であつた。

かくして、革命國家では「主權論」が、傳統國家では「國體論」が支配することになる。つまり、祭祀を重視すれば國體論となり、これを無視すれば主權論となるのは必然である。特に、主權論に支配された革命國家では、絶対神崇拜に代はりうる主權論による擬似祭祀だけでは國民國家の統一性が強固とならないことから、國旗、國歌による國家への忠誠を義務付け、さらに、國民皆兵制（徴兵制）による國民の統一性を強化する。徴兵制には、その軍事的意義のみならず、このやうな擬似祭祀の補強としての意義も有してゐるのである。そして、このやうな革命國家に對抗する傳統國家もまた、國民國家の統一性の強化のために國

旗、国歌、徴兵といふもので補強する同じ道を歩むのである。

ともあれ、我が國は、典型的な傳統國家として、祭祀部門における祭祀主宰者たる「すめらみこと」と、統治部門における統治主宰者たる「天皇」といふ國家機關を有してをり、「すめらみこと」が常に「天皇」を兼務されてをられる。敷衍すれば、「天皇陛下萬歳」とは天皇統治の御代を稱へるものであり、「すめらみこといやさか」とは天皇祭祀の御代を稱へるものといふこともできる。そして、この統治部門における國家の側面は、さながら宗教團體が法人化した場合における宗教法人の機能と同種のもので、對外的な意味での「國家法人」と云へる。そして、祭祀主宰者の有する權能である「祭祀大權」は、國家の正統性を根據付けるものであり、これがこそが、國家の合法性の所在となる統治主宰者の權能である「統治大權」の源泉となるのである。

ところが、これまでの憲法學や國法學は、顰みに倣ふが如き歐米の學問の猿真似しかできないことから、この不文の祭祀大權を全く認識できない。つまり、これまでは、國家の統治部門のみを守備範圍とする學問が憲法學、國法學であつたからであり、祭祀部門をも守備範圍とするのが國體學が芽生えてこなかつたからである。

#### （祭祀と宗教）

祭祀は、祖先から連綿と命を受け継ぎ、家族を守り維持するといふ始源的な本能に由來するもので、家族愛による祖先への崇拜と感謝と子孫への慈しみとは不可分なものであり、死によつて「から」（柄、殻、肉體）を失つた祖先の「たま」（魂、靈）は、常に家族の「から」と「たま」が一體共存してゐるとの確信こそが祭祀の原型なのである。「祭如在。祭神如在神。（祭ること在于すが如くす。神を祭ること神在于すが如くす。）」（論語）といふ言葉があるが、これは、「神人共在」である。また、たとへば、新年において、上下兩方が使へる白木の祝箸を使ふのは、人が使ふ箸の上端部分で祖靈神が召し上がるためである。これは「神人共食」であり、大嘗祭での神事の雛形である。このやうに、家族は祖靈神と共に生きるのである。

そもそも、祖先祭祀の根源とは何か。それは、親が子を慈しみ、子が親を慕ふ

心にある。我々の素朴で根源的な心には、たとへ死んで「から」を失つても、その「たま」は生前と同様に子孫を慈しんで守り續けたいとするものである。たとへ自分自身が地獄に落ちようとも、あるいはそれと引き替へてでも、家族が全ふな生活をするのを見守り子孫の健やかなることを願ふ。そして、子孫もこのやうな祖先（おや）の獻身的な心を慕ふのである。死んでも家族と共にある。それが揺るぎない祭祀の原点である。子孫が憂き目に逢ふのも顧みずに、家族や子孫とは隔絶して、自分だけが天國に召され、極樂・淨土で暮らすことを願ふのは「自利」である。「おや」はその自利を願はない。これは「七生報國」の雛形である。一神教的宗教の説く救済思想への違和感はまさにここにある。「利他」の「他」は、まづは家族である。あへて家族から離れさせその絆を希薄にさせる「汎愛」では雛形構造が崩壊する。家族主義といふ「利他」を全ての人がそれぞれの立場で實現すれば、世界に平和が訪れることになるのである。

この点について、宗教学者らは、祖先祭祀と自然崇拜とによつて織りなされた「祭祀」の信仰をアニミズムと稱してゐる。このアニミズム（animism）の語源は、ラテン語の「anima」（靈魂、生命）であり、萬物に靈魂が宿るとする有靈觀、萬物有魂論を指す用語であるが、これを否定する一神教文明では猥雑な言葉として受け止め、これらを未開低俗であるかの如く「原始宗教」とし、この祖先祭祀と自然信仰の融合した「祭祀」を否定した「世界宗教」とを比較し、後者は前者が進化したものであるとする。たとへば、ヤスパースは、「文明」と呼びうるのは、超越的秩序としての巨大宗教と哲學をもつた「樞軸文明」だけであるとした。これは、開發によつて森と水を失ふに至る人間中心主義の麥作を主とした畑作牧畜文明の擴大こそが文明の本質とする單純な進歩史觀に基づく。これが現代の都市文明の源流であり、その擴大は、森と水に育まれた人の生態的環境を破壊して無機質に砂漠化することである。このやうなものが文明であれば、それは「野蠻」そのものである（西郷南洲遺訓）。しかし、宗教学者はもとより、祖先祭祀と自然信仰を否定するのが世界宗教であると自負する宗教人たちは、この宗教進化論を唱へ、その世界宗教なるものが、人類にとつて本能的に最も重要で始源的な祭祀から逸脱して「退化」し「劣化」した「人工的粗惡物」であるとの自覺ができないのである。

祭祀と宗教の社會的機能について云へば、祖先祭祀や自然崇拜は、宗教とは異

なり、決して誰も傷付けない。対立する家族や氏族、部族、民族、人種であつても、祖先を遡れば、やがて根源に収斂されて統一融合するものであり、悉く対立を解消させる機能が祭祀にはある。人は、遺傳によつて親子の顔や姿などの形質が近似することによつても親子の絆を強くして、家族が連綿と世襲する。この世に生を享けたことの感謝にも順序がある。まづは両親、しかして、祖先、家族、氏族、同族、部族、宗家、國家、地球、宇宙といふ相似性の順序を辿つて「かみ」に至る雛形の祭祀がある。このことは、自然崇拜についても同様である。

つまり、祭祀の機能は「人類の融和」である。これに對し、世界宗教といふのは、特定の宗教勢力が「絶対神」を定め、それを「唯一神」とすることによつて、これと異なる「唯一神」を主張する宗教勢力とは、不倶戴天の敵となる。つまり、このやうな宗教の機能は「人類の對立」である。現に、これまで「祭祀戦争」は一度もなく「宗教戦争」は數限りなく存在したことは嚴肅な歴史的事實である。人々の救済のためにあるとする宗教が、まづろはぬ人々を脅し傷付け殺戮する。それゆゑ、世界平和を眞に實現するためには、人類は宗教進化論の誤謬に一刻も早く気づいた上で、祭祀から退化・劣化した「宗教」を捨てて始源的で清明なる「祭祀」に回歸するしかない。

我が國においては、祖先祭祀と自然祭祀（崇拜）による家族祭祀が擴大して民俗祭祀となり、それがさらに擴大して國家祭祀（天皇祭祀）となつてゐるのであつて、典型的な雛形構造を有してゐることになる。これが、日本書紀卷第九の神功皇后攝政前紀仲哀天皇九年十月の條に初めて言葉として登場する「神國」の本義であり、「大日本（おほやまと）は神國なり。」の書き出しで始まる『神皇正統記』（北畠親房）の矜持である。

しかし、諸外國においては、必ずしも祭祀の雛形構造が維持されてゐない。祖先祭祀を否定したり疎かにしたりして、輪廻轉生を否定する社會となれば、それは「神國」から益々遠退いて、祭祀の雛形構造に歪みが生まれたり崩壊することとなつて、必然的に紛争が絶えないことになる。

「宗教を持たない者は居るが、祖先を持たない者は居ない」。これは普遍の眞理である。人々には、必ず生を享けた親が居る。その親にもまた親が居る。それが果てしなく連續し、皇祖皇宗、八百萬の神々に至る。これには例外はない。そして、そのことから、祖先崇拜が生まれ、その彼方に神佛を想起する。それが



「信仰」の雛形構造である。ところが、この信仰を基礎として、様々な「宗教」が生まれるが、その教義などが一様でないことから、分裂し対立し、宗教戦争に発展する。しかし、祖先崇拜から始まる信仰であれば、相手の祖先との共通性を見出して、いつかは統合融和する。

このやうに、祭祀と宗教とは全く異質のものであることが理解しえず、國家祭祀とその擬似祭祀である國家宗教（國教）とを混同すると、我が國が戦前に推進した「國家神道」といふ過ちを犯すことになる。神道には宗教的側面も存在するが、その本質は祭祀である。ところが、國家神道政策によつて「神道の宗教化」が一層促進されてしまった。國家神道政策による最大の被害者は神社神道であつたことを忘れてはならない。いまこそ、我々は、一人一人が宗教の呪縛から解き放たれ、祭祀への回歸が必要なときである。

#### （理性論と本能論）

有機的で総合的な人の精神活動を理性のみを重視して、分析的に解明しようとする試みは、朱子學もさうであつたやうに、非科學的であり必ず破綻せざるを得なくなる運命にある。これと同様に、自己が編み出した觀念論とは全く隔絶して欲望の赴くままに生きたルソーの思想や、「個人の尊嚴」を振りかざす現代人權論が根ざしてゐる合理主義（理性論、理性主義 rationalism）は、理性を善とし本能を惡とする單純な二元論であることから、その非科學性によつて破綻するのは當然の歸結である。

まづ、この合理主義を貫くと、身分關係を契機とした相續などの世襲制度や扶養などの家族制度は、理性的に獲得したものではない「婚姻關係」や「血縁關係」に基づくものであるから、完全に否定されなければならない。しかし、現代人權論を唱へる學者や政治家、それに社會活動家は、誰一人としてルソー流の透徹した合理主義による主張をしない。それは、己を欺き人を欺くルソーの人格と同じ人格を持ち合はせてゐるためである。

明治の流行歌である「デカンショ節」の語源になつたとされる、デカルト、カント、ショーペンハウアーに始まる歐米の合理主義（理性論）による啓蒙思想は、今日、あらゆる分野において矛盾を生み出してゐる。

そもそも、人の営みにおいて理性と本能とをデジタル的に峻別することに根本的な矛盾がある。デカルトは、「一切を疑ふべし (De omnibus dubitandum)」といふ方法的懷疑により、懷疑といふ意識作用の主體である「我」の存在は疑ひ得ないと結論づけた。それが「我思ふ。ゆゑに我あり。」といふレゾン・デートル（存在證明）であるとした。しかし、懷疑の意識主體の「我」といふのは、佛教で言ふところの諸法無我の「小我」であつて「大我」ではない。懷疑の主體である「小我」に對する懷疑を放棄することは方法的懷疑の破綻であり矛盾である。また、「我あり」とする「小我」の意識作用は、人に先天的に備はつた「本能」の営みであることを見落してゐる。マーシャル・マクルーハンが好きな言葉に、「誰が水を發見したのかは分からないが、それは魚ではないだらう。」といふのがあるが、人の本能や理性の實相（水）は、その水が出来てから生まれた合理主義（魚）では解明しえないことの喩へである。

合理主義による啓蒙思想とは、理性と感性の科學的思考（悟性）を絶対視し、科學的認識の對象とはならない全てのものを排斥した。理性を善とし、本能を惡とする二分法に立ち、本能を抑制するものとして道德などの社會規範を位置付ける。しかし、本能が惡であつたり、理性によつて抑制しなければならないものであつたとすれば、人類を含む生物は、もつと早くその本能と理性といふ二律背反の構造的缺陷により自壞して滅亡したはずである。本能を惡として否定することは、自己否定に他ならないのである。理性とは本能作用の一種であり、本能とその一部である理性とはアナログ的に一體のものである。

ところが、このやうに本能を肯定するやうなことを云ふと、まるで理性論の中で議論されて生まれてきた本能主義や快樂主義（享樂主義）など、欲望を満たすことが正しいといふ考へではないかと不安を抱かれるが、そんなことは全くの誤解である。むしろ、産業革命からアメリカの獨立、そしてフランス革命へ導いた合理主義こそ欲望主義であり、その象徴がシェリー作の「フランケンシュタイン」の物語なのである。

この物語はかうである。スイスの科學者であるフランケンシュタインは、ドイツにて自らが作り上げた「理想の人間」（理性的人間）の設計圖に基づいて、それが神に背く行爲であることを自覺しながら、自らが「創造主」となつて人の死體を利用して「人造人間」を完成させた。この人造人間は體力や知性などにおい

て完璧であつたが、その容貌は極めて醜く異形であつた。フランケンシュタインは、これに絶望し、人造人間を残して故郷のスイスに逃亡する。しかし、人造人間は容貌の醜さを悩みつつ、「創造主」であるフランケンシュタインの元に辿り着き、伴侶となる異性の人造人間を造るやうに要求するが、フランケンシュタインはこれを拒否する。人造人間はこれに絶望し、それを復讐に轉嫁してフランケンシュタインの弟や妻、友人などを次々に殺害した。フランケンシュタインは、これに憎悪を抱いて人造人間を追跡するが、最後は二人とも怒りと嘆きを抱いて横死するといふ物語である。

これは、理想かつ完璧な觀念であると信じられた合理主義（理性論）は、醜さといふ最大の缺陷があり、争ひを繰り返して人類を幸福にせず、その究極には破綻と滅亡が待つてゐることを寓意するものである。

人間以外の動物は、自己保存、自己防衛、種族保存、種族防衛などの本能による忠實な生活をするために、無益な殺生や姦淫、盗みなどをしないが、人間だけは時にはそれを犯す。それこそが「人間らしさ」と云へばそのとほりなのに、そのやうなことをすると、外道、畜生、ケダモノなどと最大級のスラングで罵られる。そして、忠實に本能に従ひ品行方正な生活を営む動物たちに謂はれなき中傷を浴びせ濡れ衣を着せるのは、靈長類だと自惚れる人間の滑稽さである。これも合理主義の誤りの一つなのである。

#### （イエス殺しの思想）

ともあれ、雛形理論は、眞理を探求する手法として用ゐられる。数多くの比喩を用ゐて眞理を説いた法華經も雛形理論で説明できる。それゆゑ、この手法を用ゐれば、理性論による究極の産物である「主權論」、つまり、主權が國民にあるとする國民主權と、その原型となつた天皇に主權があるとする天皇主權は、ともに誤りであることが證明できるのである。

ローマ帝國の版圖となつてゐたユダヤの地で活動してゐたイエスは、ユダヤ教の祭司や官憲らにゲッセマネで捕らへられて最高法院に連れて行かれ、ローマ總督であつたピラトの前に引き出された。「最後の晚餐」での出來事よりも、誰がイエスを賣つたのかといふことよりも、もつと大事なことがある。ピラトは、イ

イエスに何らの罪も見出せなかつたし、そもそも死刑にできなかつたにもかかはらず、ユダヤ人の群衆に煽られてその壓力に屈し、イエスを十字架刑といふ極刑に處した。これは、ピラトが法を曲げてでも大衆の喝采こそ正義であると判断したのであり、これこそが、國民主權主義の源流である。ゴルゴタの丘で磔にした「イエス殺しの思想」、それが國民主權の正體である。

そもそも、主權論は、理神論（自然神論）といふ思想的基盤から生まれた。これは、世界を創造したのは創造主である神（God）であるが、創造された後の世界は、神の創造した自然法則に従つて営まれるもので、そこには神は居ないし、神が干渉することはないとする合理主義（自然主義的有神論）であり、これは實質的な無神論である。それゆゑ、イエスは神に代はる主權者によつて磔になつたのであつて、その處刑は合理的かつ正當であるとするのである。

いづれにせよ、主權論は論理破綻を來してゐるが、さらに、その理由について説明する。それは、具體的な事例で考へればすぐに解る。

この國民主權は我が世の春を謳歌する。國民主權は最高性、絶對性、無謬性が本質であるから、國家財政が苦しいとの口實で借金をしてまで贅澤することも、その借金を將來の國民となる子孫に押し付けることも當然許されるとする人でなしの思想である。「國民主權主義では子孫は不幸になる。」といふことである。

また、ここに百人の國民による國家があり、主權が國民にあつて民主主義による議會もあつたとしよう。しかし、國民の間で鋭い思想的對立があり、多數派は九十人、少數派は十人である。そして、選舉により大統領を決めたが、當然に多數派に屬する者が大統領となり、この國の政治を行ふこととなつた。ここまではよい。しかし、大統領となつた者は、少數派の者とその思想を蛇蝎のごとく嫌ひ、當然多數派の者もさうである。そこで大統領は露骨に少數派を彈壓しようとして、少數派のみにその選舉權その他の權利や自由を剥奪する法律を議會で作つて早速に彈壓した。はたしてこれが主權論において許されるのか。答へは、「當然許される」のである。なぜかと言へば、主權とは、最高で獨立した絶對無制限の生殺與奪の權限であつて、それが國民にあるのであるから、國民の意志を反映した議會で民主制のルールに基づいて決めた法律は法實證主義と主權論の立場からして絶對に有効だからである。三權分立制の下で平等原則に違反するとして裁判所に訴へたとしても、多數派の意見を持つ裁判官を合法的に選任すれば結論は

揺るがない。どうしても不都合ならば憲法も變へればよい。賛成者は九十人も居るのであるから簡単である。「立憲主義」に反すると少数者が叫んでも、國民主権を制約するだけの力はない。國民主権とはさういふものである。かくして少数派は國民主権の名の下に弾壓される。これも「イエス殺しの思想」によるものである。

#### （次世代の國民主権）

また、國民主権主義によれば、少なくとも選挙民の世代が入れ替はると、改めて憲法制定會議を招集して新憲法を制定する必要があるはずである。世代が交代する毎に憲法制定會議を開催して憲法を制定するか、あるいは、既存の憲法を承認するか否かの國民投票を世代交代の都度実施する必要がある。

「世」といふ漢字の異體字は「卅」であり、これは、「十」を三つ横に連ねた姿であつて、親が子に引き繼ぐまでの三十年間を一世代としたことに由來する。疫病、飢饉、戦争などの災害や個別的な事故や疾病などの事情があることを考慮すれば、現代においても世代の入れ替はり周期を三十年とすることに説得力はあるが、戦亂や疫病などが無い場合における世代交代周期として、假に、最長で六十年間隔（二十歳で選挙權が付與されるとするとそれから平均壽命に至るまでの期間）とすれば、その周期毎に改めて憲法制定會議を招集して新憲法を制定する必要があるといふことになる。これは、あくまでも憲法改正といふのではなく、革命世代と同様、同等の立場として、一から新しいものを作るのである。革命後の世代にも革命世代と同じ權利があるはずである。六十年前の國民と今の國民とは同等であるはずである。それならば、六十年前と同等に今の時點でも新たに作ることができなくてはならない。前の憲法を手直しするといふ改正ではない。改正といふことは、これが有効であつて、今の國民を拘束する。それは同等の國民であれば理不盡なことである。國民主権なら、これに拘束されることは矛盾する。

しかし、どの國もそんな制度は採用してゐない。なぜか。それは、やはり六十年前の國民の方が今の國民よりも高い價値を創造したといふこと、つまり、六十年前の祖先の方が今の子孫よりも偉いといふことを肯定してゐるからに他ならな

い。さうであれば、百二十年前の祖先の方がもつと偉いし、百八十年前の祖先の方がさらに偉いといふことになつて、結局は遙か遠い祖先が偉いといふことになる。しかし、それこそが「傳統」といふものの價值であつて、「傳統」こそが價値の源泉といふことになつてくる。さうすると、今生きてゐる國民だけが偉いとする國民主權とは矛盾する。つまり、革命世代の國民だけに革命權（制憲權）があり、革命以後の全世代の國民には、憲法改正の限界といふ制約をして、その限度でのみの憲法改正權しか與へないとして、國民を革命世代とそれ以外の世代とで峻別することは、結局のところ革命後の世代の國民主權を制限することになるので、國民主權論と矛盾し、世代間の平等原則にも違反することとなり、論理としては矛盾破綻してゐることが明らかである。

#### （國民主權と立憲主義の相剋）

このやうな國民主權論のジレンマは、アメリカ革命のときからあつた。それは、トマス・ジェファークソンの抱いた疑問である。彼がジェームズ・マディソン宛に出した手紙の中に、「一つの世代が他の世代を拘束できるのか」との疑問を投げかけてゐたのである。今もなほ、これに類する見解もある。これを否定するのが國民主權論であり、これを肯定するのが立憲主義であるといふことになる。立憲主義は國民主權論を否定ないしは制約しなければ成り立たない。自己拘束することが立憲主義であつて、國民主權論とは矛盾することになる。國民主權の意志決定方法としての民主主義を單なる多數決とするのではなく、熟慮と討議の過程であると理解したところで、それは單なる情緒論にすぎず、最終的には「數の論理」で決せられることを受け入れざるを得ないのである。國民主權論と立憲主義とが兩立することはないのである。

ところで、憲法制定權力（制憲權）と、それを超えることができない改正權とを峻別し、前者は革命國家の第一世代に歸屬し、後者はその後の世代に歸屬するといふことは、革命第一世代は後世よりも偉大であり、後世は革命第一世代の意志に従ふことが革命國家の國是であるとするのである。この國是は、革命國家を將來に亘つて支配する「傳統」といふことであり、「傳統を否定して生まれた革命國家の傳統」といふ矛盾に苛まれることになる。「一匹狼の會」とか、「無所

屬クラブ」と云つたやうなもので、これは形容矛盾をはるかに超えた二律背反の矛盾に他ならない。

そして、この制憲権の理論と一體となつた社會契約説が、さらに法實證主義と結びつくことによつて、さらにさらに矛盾は増幅される。慣習法を含むか否かの争ひがあるにせよ、凡そ法典として紙に書かれた實定法のみを法とするのが實證法主義（法實證主義）であり、形式的法治主義と呼ばれるものであるが、これによると、憲法典が作られるまでは憲法はなかつた無法状態といふことになる。こんな馬鹿げたことはあり得ない。

また、傳統を破壊して新たに紙に書いた憲法のみが憲法であるとし、改正する場合の制約を設けることは、ある意味では制憲権者の自信の無さの現れでもある。いつ何時、同じ方法で覆るかも知れないとの恐怖からである。盗人がその盗んだ物を「初めからこれは俺の物だつたから（正統性）、取り返したまでだ（合法性）」と強辯し、その物に自分（泥棒）の名前を書いた名札（憲法典）を貼り付け、「ここに所有者として俺の名前が書いてあるから、やつぱりこれは俺の物だ。」と宣言し、傍にゐる同じ泥棒の仲間（國民）から喝采されて承認してもらつた気持ちになつて、やつと安心するといふことである。

この盗人は、自分とそれを承認する仲間だけに盗む権利や盗んだ物の分け前に與かる権利（制憲権、革命権、主權）があり、他の者や子孫にはその権利はないとする。まさに二重基準であつて、何らその論理に普遍性はない。

イギリス人作家のギルバート・ケイス・チェスタートンは、『オーソドクシイ』の中で、「死者にも墓石で投票してもらふべきである」と述べて、「死者を含めたデモクラシー」といふ考へを示した。これは、イギリス傳統のユーモア精神に基づく諧謔ではあるが、示唆に富んだ見解である。また、エドモンド・バークは、『フランス革命の省察』の中で、國家は過去、現在、未來の三世代からなる共同事業であると説き、さらに、我が國においても、上杉鷹山は、「國家は先祖より子孫へ傳へ候國家にして我私すべき物にはこれ無く候」と述べてゐる。

これらの卓見から學ぶべきことは、我々はもつと謙虚になり、祖先から子孫へと引き繼がれて行く悠久の歴史によつて育まれた國體の護持を担ふ中間者であることを自覺する必要があるといふことである。

## （文化國體と規範國體）

「國體」といふ概念の萌芽は「國學」に由來する。この國學とは、江戸時代前期の國學の祖とされる下河邊長流や契沖が、儒學、蘭學、佛教などに囚はれない『萬葉集』の學問的解釋研究に始まり、國學の四大人（しうし。荷田春滿、賀茂眞淵、本居宣長、平田篤胤）によつてさらに展開された學問體系である。そして、ここにおける中心概念である國體とは、言語的には、「國の體質」に由來し、「國幹（國柄）」（くにから）と同義である。それは、萬世一系の皇統と「やまとことのは」の言語體系を核として構成された我が國固有の惟神の道、古代精神と歴史、傳統から抽出される祭祀、政治、産業、經濟、宗教、道德、規範、武道、學問、藝術、技術、民俗、生活様式などのこれまで歴史的事實として累積されてきた文化の總體（文化國體）を意味することになる。そして、國體といふ概念の中には、この文化國體の中で、とりわけ「規範性」を有するものを「規範國體」と名付けるとすれば、文化國體と規範國體とは、存在と當爲の關係にある。すなはち、「事實」の領域に屬する「文化」といふ存在（Sein）の側面（文化國體）と、「規範」の領域に屬する「古道（ふるみち）」といふ當爲（Sollen）の側面（規範國體）とがあつて、両者は、等價的な對極事象にあるのである。

平易に云へば、文化國體とは、それを失へば日本が日本ではなくなるもの、何があつても守り通さねばならないもの、つまり、皇室、言語、祭祀、歴史、傳統、傳承、道德、氣質、民俗などで織りなされた時空間の廣がりを持つ文化總體のことである。水平の同心圓の中心を上下垂直に貫かれた一本の基軸がある構造を想起したとき、その水平の同心圓は現世空間であり、上下は過去から現在、未來へと續く時間であり、當今はその同心圓の中心と基軸との交點にあり、基軸とは萬世一系の皇統を意味することになる。そして、規範國體の規範性は、世襲の法理と時效の法理によつて根據付けられる。つまり、家族の家訓と家産が連綿と世襲され、その悠久なる時間の経過による事實の集積こそが何者にも勝る規範であるといふことである。

## 第二章 占領典憲の無効理由



（典憲の意義）

典憲とは、「典」と「憲」のことである。

「典」とは、明治二十二年二月十一日制定の『皇室典範（明治典範）』の外に、『皇室祭祀令』、『登極令』、『皇族身位令』、『皇室親族令』、『皇室財産令』、『皇統譜令』、『皇室儀制令』、『皇室裁判令』などからなる「宮務法體系」である廣義の皇室典範（正統典範）のことである。典範といふ名稱が付いてゐるか否かではなく、これらは、その實質において「宮務法體系」の根本に屬するものであることから、「實質的意味の典範」といふ。

そして、「憲」とは、帝國憲法のみならず、『古事記』、『日本書紀』、その中にある『天津神の御神敕（修理固成）』、『天照大神の三大御神敕（天壤無窮、寶鏡奉齋、齋庭稻穗の各御神敕）』、『神武天皇の御詔敕（八紘爲宇）』、聖徳太子の『憲法十七條』、『推古天皇の御詔敕（祭祀神祇）』、さらに、『萬葉集』、『船中八策』、『五箇條ノ御誓文』、『神器及ヒ皇靈遷座ノ詔』、『勤儉ノ敕語』、『陸海軍軍人に賜はりたる敕諭（軍人敕諭）』、『教育ニ關スル敕語（教育敕語）』、『義勇兵ヲ停メ給フ敕諭』、『戊申詔書』、『施療濟生ノ敕語』、『青少年學徒ニ下シ賜ハリタル敕語』などのからなる「國務法體系」である憲法（正統憲法）を意味する。憲法といふ名稱が付いてゐるか否かではなく、これらは、その實質において「國務法體系」の根本に屬するものであることから、「實質的意味の憲法」といふ。

典憲とは、立體的構造である不文の祖法（規範國體）を文字で掬ひ取つて平面的に投影して描寫したものであるから、誰が書寫したかは問題とはならない。描寫、書寫を正確に行へる語り部の能力とその内容こそが命なのである。つまり、「規範國體」が「本質」であり、「典憲」はその「屬性」としての影繪（かげゑ）である。規範國體が下方に「相轉移」したのが典憲である。それゆゑ、典憲の一字一句が規範國體の内容と同價值的に表現してゐるとは限らない。さらに、典憲は、規範國體の全部を投影せず、また、それ以外にも、その時々時代の要請によつて様々な機關の設置と運営などの技術的規定も備へてゐる。それゆゑ、典憲は、規範國體を代置した部分においては規範國體と同位であるが、技術的な

規定などの部分は、國體よりも下位に位置する規範である。

我が國は、國體の支配する國（くにからのしろしめすくに）であり、憲法（いつくしきのり）は、その國體といふ本質の作用を示すものとして書き置かれたものにすぎない。世阿彌の『至花道』に云ふ「能に體、用（ゆう）の事を知るべし。體は花、用は匂ひの如し。」のやうに、物事の本質や本源を「體」とし、その作用や働きを「用」として區別すれば、まさに國體とは「體」であり、憲法は「用」である。國體とは、時效と世襲、相續の法理によつて祖先から受け継いだ自然法である「祖法」であり、これは、いにしへ（往にし邊）より在つた法として「確認された法」なのである。それはまさに「不文法」であり、子孫後裔によつて「創設された法」や「形成された法」としての「成文法」ではない。

また、「憲法」といふ名稱が付いてゐなくても、實質的には「憲法」であるといふことである。その逆もある。「憲法」といふ名稱が付いてゐても、實質的には「憲法」でないものもある。「憲法」と表記されたものの中に、非獨立時代のGHQ占領期に制定され施行されたとする『日本國憲法』（占領憲法）があるが、これは「憲法」には含まれない。同様に、占領下で皇室彈壓法（皇室自治剥奪法）として制定された『皇室典範』といふ典範の名を騙つた「占領典範」も「典範」に含まれないことは當然のことである。

#### （占領典範の無効理由）

では、以下において、占領典範と占領憲法は典憲としては無効であることの概要を述べることにするが、初めに、明治典範を廢止して占領典範を制定することが無効であることの典範固有の無効理由について概略を述べる。

まづその第一の理由は、「皇室の自治と自律の干犯」である。占領典範は、皇室の自治權、自律權を侵害して全面的に否定するものであつて、規範國體に牴觸するものであるから無効である。

次に、第二の理由は、「法形式の相違」である。明治典範を含む實質的な典範（正統典範）は、帝國憲法と同等同位の規範であるので、下位の法律として制定することができないからである。

さらに、第三の理由は、「規範廢止の無効性」である。明治典範は、規範國體

といふ不文法のうち、皇統に關する技術的、手續的な事項などについて定められたものであり、できる限り正確に「書寫」して完成されたものである。それゆゑに、これを再び不文法に戻して、正統典範の法文化を廢止することが假に出来るとしても、さらに進んで、正統典範の實質的な規範そのものを廢止（無規範化）することは、無効であるといふ前に、そもそも不可能なことである。

第四の理由は、「成文廢止の無効性」である。成文法制度を廢止して再び不文法制度へ移行することは、明治典範制定の趣旨と目的に反するからである。

また、第五の理由は、「廢止禁止規定違反」である。明治典範第六十二條は、「改正」と「増補」のみを許諾する規定であり、全面的な「廢止」をすることは許されないからである。

そして、第六の理由は、「占領典範自體の無効性」である。占領典範は、占領憲法が制定された昭和二十一年十一月三日の約二か月後の翌二十二年一月十六日に制定され、占領憲法が施行された昭和二十二年五月三日と同日に施行された。そして、明治典範は、昭和二十二年五月一日の『皇室典範及皇室典範増補廢止ノ件』により翌日（五月二日）限り廢止され、また、帝國憲法は、さらにその翌日である同年五月三日に施行された占領憲法によつて改正されたものとされてゐる。しかし、假に、さうであるとしても、占領典範と占領憲法とは、施行時の昭和二十二年五月三日までは施行前の状態であつて、法規としては發効してゐないので、現存してゐた帝國憲法及び明治典範に牴觸して無効であるといふことである。

最後に、第七の理由は、「占領典範自體の矛盾」である。占領典範は、新たに國民主權主義に基づいて、「初めて」制定されたものとされる。法規名稱は明治典範と同一の「皇室典範」であつても、これとの連續性を認めたものではない。むしろ、明治典範と「斷絶」したものとして制定されたものである。さうであれば、國民主權における「初代天皇」が誰であるのかといふ特定がなされるべきであるが、それがなされてゐない。先帝陛下（昭和天皇）を暗黙の了解として「初代天皇」として運用したことになるのであらうが、そのことについて占領典範には全く規定がないのである。

（占領憲法の無効理由の概要）

次に、占領憲法と占領典範が典憲としては無効であることの共通した理由について、特に、占領憲法の無効性に關して以下に述べることにする。

規範國體の最高規範性、根本規範性からして、GHQの完全軍事占領下の「非獨立」状況で制定された「日本國憲法」といふ名の「占領憲法」は、規範國體に違反してゐるので、最高規範及び根本規範としては無効である。つまり、少なくとも、その名稱とは無關係に、正統憲法に屬する規範ではないといふことである。

そもそも、占領憲法と占領典範の制定は、東京裁判（極東國際軍事裁判）の斷行と並び、我が國の解體を企圖したGHQの占領政策における車の兩輪とも云ふべき二大方針として敢行されたものであり、それがいかなる論理や手續によつたものであつたとしても、占領憲法と占領典範の無効性は、これが最高規範、根本規範である規範國體に違反することだけで必要かつ充分な根據となるのである。

私見によれば、占領憲法は、國內系の正統憲法としては認められないが、帝國憲法第七十六條第一項により、國際系の講和條約の限度で認められるものである。つまり、端的に言へば、占領憲法は憲法としては無効であり、講和條約の限度でその効力が認められるといふことである。その理論的な説明の詳細は後述するが、ここでは、占領憲法の無効性を中心に述べ、講和條約として評價できる點についてはその骨子を概觀するに留める。そして、これらの理論體系に必要な法令上の主要な根據としては、廣義の外交大權（宣戰大權、講和大權、一般條約大權）を定めた帝國憲法第十三條（天皇ハ戰ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ條約ヲ締結ス）、憲法改正の發議大權と改正手續を定めた第七十三條（將來此ノ憲法ノ條項ヲ改正スルノ必要アルトキハ敕命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘシ 此ノ場合ニ於テ兩議院ハ各々其ノ總員三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多數ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得ス）、憲法改正禁止條項である第七十五條（憲法及皇室典範ハ攝政ヲ置クノ間之ヲ變更スルコトヲ得ス）、適正法令の評價規範について定めた第七十六條第一項（法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用ヰタルニ拘ラス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）であり、さらに、緊急敕令を定めた第八條（天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル爲緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ

場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ敕令ヲ發ス 此ノ敕令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出スヘシ若議會ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ將來ニ向テ其ノ效力ヲ失フコトヲ公布スヘシ）、統帥大權を定めた第十一條（天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス）などであることに注目されたい。

無効理由については、國體論、主權論、成立要件論、效力要件論、有効説批判の五つに分類されるが、要素還元的に論述することが困難であることは占領典範の無効理由の場合と同じである。また、占領憲法の無効理由は、占領典範の無効理由と共通する点も多く、これまで述べた占領典範の無効理由に付加する点もある。従つて、以下においては、占領典範と共通する無効理由として重複するものも含めて、事項毎に羅列的に述べることにする。

なほ、以下の十三の理由のうち、「無効理由その十二」と「無効理由その十三」の二つについては、占領憲法固有の無効理由であり、その餘の無効理由その一からその十一は全て占領典憲共通の無効理由である。

#### （無効理由その一 改正限界超越による無効）

典憲には改正ができないものがあることは、國體論について述べたとほりである。最高規範・根本規範である規範國體に牴觸する改正が認められないのは當然のことである。そして、この論理は、國體論からして當然のことではあるが、憲法論においてもこの論理は肯定される。すなはち、當時の憲法學界の支配的見解は、國體を破壊する典憲の改正はできないとする典憲の「改正限界説」であつた。それゆゑ、この支配的見解からすれば、占領憲法が帝國憲法の改正といふ形式をとり、また、占領典範が明治典範を廢止した後に規範形式を異にする新たな法律として制定したといふ形態をとつてはゐるが、これは實質的には改正である。それゆゑ、いづれも改正によつては變更し得ない典憲の根本規範（規範國體）の領域にまで踏み込んで、その改正權の限界を超えてなされたものであるから絶対無効であることになる。

帝國憲法下では、國體と政體の二分論を肯定する見解もこれを否定する見解も、概ね帝國憲法第一條ないし第四條は國體規定であるとして、國體の變更はできないとしてゐた。そして、その他政體の基本的な制度についても根本規範であ

つて改正を許さないとの見解が支配的であつて、占領憲法は、この改正の限界を超えて變更しようとしたものであるから、改正法としては無効といふことになる。このことは、明治典範を實質的に「改正」した占領典範についても同様である。

ところが、占領典憲が典憲として有効であるとした當時の政府とこれを支へた支配勢力は、それまでは典憲改正に限界があるとその全てが國是として主張してゐたにもかかはらず、保身のために變節して節操を賣つてG H Qの占領政策に迎合し、その暴力的強制を民主化などと禮賛した「敗戦利得者」であり「暴力信奉者」であつた。そして、今もなほ「暴力の切れ端」（井上孚麿）である占領典憲を典憲として有効であるとする輩は、その無責任な敗戦利得者の後繼者であり、その地位を保身するため、改正限界説を放擲し、あるいは詭辯を弄して有効であると強辯してゐるだけである。嘘を百回、千回も大合唱したからといつて、嘘が眞實になることはないし、國內系において、他國の暴力を國家正義の實現として承認することなどは到底あり得ないことである。

そもそも、憲法改正に限界があるとするのは、帝國憲法下において「立憲主義」が定着してゐたことの歸結でもあつた。つまり、立憲主義とは、現在では様々な解釋がなされてゐるものの、『人および市民の權利宣言』（フランス人權宣言）第十六條に、「權利の保障が確保されず、權力の分立が規定されないすべての社會は、憲法をもつものではない。」とする規定に依據したもので、この定義からしても、當時の憲法學界や帝國議會で、帝國憲法が「立憲主義的意味での憲法」であることに異議を唱へたものは誰も居なかつた。そのことから、國體と政體との理念的區別を踏まへて、憲法改正の限界を肯定するのが通説となつてゐたのであつて、立憲主義は、憲法改正限界説と一體のものと理解されてきた。そのことは、立憲主義の意味が多義的となつた今日においても受け繼がれた。つまり、占領憲法有効論によれば、占領憲法の掲げる基本原則（國民主權主義、民主主義、平和主義、權力分立制、基本的人權尊重主義など）については改正ができないとする見解が主流である。そして、その根據の一つとして必ず掲げるのが、「占領憲法は立憲主義的意味の憲法である」といふ點である。やはり、占領憲法の解釋においても、立憲主義と典憲の改正限界説とは一體のものなのである。そして、この立憲主義と典憲の改正限界説は、戦後になつて初めて定着し

たものではなく、帝國憲法の改正時においても、立憲主義と典憲の改正限界説に基づいて占領典範と占領憲法の效力について論ずるべきである。決して、御都合主義の二重基準をとることは許されない。帝國憲法と占領憲法も共に立憲主義的意味での憲法であるとするならば、占領憲法の改正に限界があるとする見解は、帝國憲法の改正に限界があることを當然に認めなければならない。さうであれば、論理必然的に、占領憲法は無効といふことになるのである。また、この論理が、そのまま占領典範についても同様に適用されることは自明のことである。

#### （無効理由その二 「陸戦ノ法規慣例ニ關スル條約」違反）

オランダのス・フラーフェンハーヘ（ハーグ、英語名・ヘーグ）で我が國及び連合國が締結してゐた『陸戦ノ法規慣例ニ關スル條約』（ヘーグ條約）の條約附屬書『陸戦ノ法規慣例ニ關スル規則』第四十三條（占領地の法律の尊重）によれば、「國ノ權力カ事實上占領者ノ手ニ移リタル上ハ、占領者ハ、絶對的ノ支障ナキ限、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爲施シ得ヘキ一切ノ手段ヲ盡スヘシ。」と規定されてゐた。そして、ポツダム宣言は、「民主主義的傾向の復活強化に對する一切の障礙を除去すべし。」（第十項）との表現をもつて、改革すべきは帝國憲法自體ではなく、その運用面における支障の除去にあつたことを強く指摘してゐた。つまり、これまで我が國の根本規範及び最高規範として通用してきた帝國憲法には種々の人權條項があり、連合軍の占領政策を実施するにあたって、その運用を十全にすることによつて充分であつて、そのことについて帝國憲法を改正しなければならないやうな「絶對的ノ支障」があるはずがなかつたといふことである。ましてや、明治典範を含む正統典範に至つては、そもそも何ら「支障」と考へられる點すらなかつたのである。

それゆゑ、占領下での典憲の改正は國際法に違反する。

ところが、これに對し、ヘーグ條約は、交戦中の占領に適用されるものであり、我が國の場合は、交戦後の占領であるから、ヘーグ條約は原則として適用されず、適用されるときでも、ポツダム宣言・降伏文書といふ休戦條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、休戦條約（特別法）がヘーグ條約（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る。

しかし、このやうな見解は、根本的に誤つてゐる。

第一に、G H Q（マッカーサー）は、「占領軍は、國際法および陸戦法規によつて課せられた義務を遵守するものとする。」として、G H Qの占領統治が陸戦法規の適用を受ける占領であることを承認してゐたのである。にもかかはらず、このやうな見解の論者は、なにゆゑに、占領軍の見解とも異なり、しかも、あへて我が國に不利な解釋をするのか、その屬國意識と賣國意識の強固さに愕然とする外ない。

第二に、「交戦中」と「交戦後」とに區分する基準とその意味が不明であり、これを以て後法優位の原則を適用できるとする根據に乏しいことにある。ヘーグ條約は、そのような區別をせず、むしろ戦争状態後の占領時に適用されることを豫定してゐるものである。そもそも、ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印によつて「停戦」したのであるから、これは「交戦後」には当たらない。「停戦」は「交戦中」の一態様なのである。

第三に、これとの関連で、昭和二十六年の講和條約第一條には「日本國と各連合國との間の戦争状態は、第二十三條の定めるところによりこの條約が日本國と當該連合國との間に效力を生ずる日に終了する。」とあり、降伏文書調印後においても「戦争状態」であるから、ヘーグ條約が適用されることになる。

第四に、「特別法は一般法を破る」といふ原則自體は肯定できるが、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あつて、ポツダム宣言と降伏文書には、ヘーグ條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ある。それどころか、「民主主義的傾向の復活強化に對する一切の障礙を除去すべし。」（ポツダム宣言第十項）として、帝國憲法秩序の「復活強化」を規定してゐたぐらゐであり、ポツダム宣言と降伏文書は、ヘーグ條約と同様、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、やはりヘーグ條約違反である。

（無効理由その三 軍事占領下における典憲の改正の無効性）

ポツダム宣言では、「全日本國軍隊の無條件降伏」（第十三項）を要求し、そ



の目的のために「聯合國の指定すべき日本國領域内の諸地點は、吾等の茲に指示する基本的目的の達成を確保する爲占領せらるべし」（第七項）としてゐた。これは、我が軍の武装解除などの目的のために、我が國の一部の地域を占領し、その地域内における統治権を制限することを限度とする「一部占領」の趣旨であり、國土全部を占領し、統治権自體の全部の制限、即ち、「全部占領」を意味するものではなかつた。また、その占領態様は、降伏文書に調印した翌日（昭和二十年九月三日）に「間接統治」とされたものの、その實質は、占領典憲制定の強制、東京裁判の強行、徹底した検閲と言論統制、メディア支配、公職追放、レッドパージ、内閣と政府の人事に對する直接干渉と指令、選挙干渉、議會審議干渉、法案制定指示、財閥解體、宮家皇籍剥奪、裁判干渉、二・一ゼネスト中止命令など、國內統治の全事象に互つてその主要事項については「直接統治」となつてゐた。

つまり、降伏文書によれば、「天皇及日本國政府ノ國家統治ノ權限ハ、本降伏條項ヲ實施スル爲適當ト認ムル措置ヲ執ル聯合國最高司令官ノ制限ノ下ニ置カルモノトス。」とされ、ポツダム宣言第七項に違反して「全部占領」を行つたのである。ポツダム宣言受諾後に武装解除が進み、一切の抵抗ができなかつた状況で、「日本軍の無條件降伏」から「日本國の無條件降伏」への大胆なすり替へである。

しかし、それでも、これが無條件降伏であるか有條件降伏であるかについては見解が分かれるのは、嚴密には「有條件降伏申入の無條件承諾」といふ態様に起因するものである。しかし、さうであるとしても、GHQの占領統治は、デヴェラチオ（デベラチオ）、つまり「敵の完全な破壊及び打倒」ないしは「完全なる征服的併合」ではなかつたので、「無條件降伏」の意味や、バーンズ回答と降伏文書にある「subject to（隷屬）」の意味をどのやうに理解したとしても、日韓併合における大韓帝國の消滅のやうな場合ではなかつたことだけは明らかである。それゆゑ、我が國は、獨立は喪失したものの連合國の「被保護國」の地位にある國家として講和條約を締結しうる當事國能力は降伏後も存続したのである。

このやうな状況で、我が國は、その全土が連合國の軍事占領下に置かれたが、統治権が全面的に制限されることを受忍してポツダム宣言を受諾したのではないから、その後になされたデベラチオ（直接統治）に近い完全軍事占領は國際法上

も違法である。

立法に對しては、昭和二十一年五月四日に鳩山一郎（日本自由黨總裁、衆議院議員）、同二十一年五月十七日に石橋湛山（日本自由黨、衆議院議員）及び同二十三年一月十三日に平野力三（日本社會黨、衆議院議員）をそれぞれ公職追放した「三大政治パージ」をはじめ、何百人もの政治家、國會議員を排除した。また、行政（内閣）に對しては、萩原徹外務省條約局長の更迭（昭和二十年九月十五日）、内務大臣山崎巖の罷免要求（昭和二十年十月四日）、それによる東久邇宮稔彦内閣が總辭職（同月五日）、農林大臣平野力三の罷免要求（昭和二十二年一月四日）、閣僚中五名の公職追放該當者がゐたことによる幣原喜重郎内閣の改造人事と松本烝治國務大臣の暫定的特免の申請（昭和二十一年一月十三日）などがなされ、占領憲法施行後においても大藏大臣石橋湛山の公職追放（昭和二十二年五月十七日）などがなされた。さらに、占領憲法施行後において、司法に對しては、東京地方裁判所が昭和二十三年二月二日になした平野力三に對する公職追放指定の效力發生停止の假處分決定に干渉して取消させ、國民に對しても、占領憲法制定後において、二・一ゼネストの中止命令（昭和二十二年一月三十一日）を發令したのである。それ以外にも、選舉干渉、議會審議干渉、法案制定指示、財閥解體、宮家皇籍剥奪などについて直接に指令するなど、皇室、立法、行政、司法のみならず、民生に對してまで、ありとあらゆる事象において、實質的にはデベラチオを実施してきたのである。

従つて、このやうな態様による完全軍事占領下で、聯合國が帝國憲法と明治典範の改正作業を命令して、一部始終に關與すること自體がポツダム宣言と降伏文書に違反する。

そもそも、完全軍事占領下といふのは、自由意志のない繼續的な強迫状態に置かれてゐるといふことである。この状態下においては、成立の外観において任意性があるかのやうな様相があつても、實質は國家の自由な意志は否定されてゐる。ポツダム宣言の結語に「右以外の日本國の選擇は、迅速且完全なる壊滅あるのみとす。」と言明され、原爆投下によつてジェノサイドの危機に追ひ込まれた強迫状態において、さらに、皇室を廢絶するといふ強迫も加はつた状態が繼續する中で、なだめられたり、すかさされたり、再び脅かされたりを繰り返され、お爲ごかしに優しく説得された擧げ句、遂に抵抗を諦めて、占領典範と占領憲法を承

諾したのである。意思主義の理論からしても、このやうな絶対強制下では自由で任意の意志はなく、占領典範も占領憲法も本来無効であることは多言を要しないところである。

国際法においても、ヘーグ條約によらずとも、外國軍隊の占領中の憲法改正は當然に禁止され、これを事後に否定した例もある。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、オーストリアは舊憲法を復活させ、フランスは新憲法を制定し、東歐のソ連傀儡政權の憲法もソ連崩壊とともに破棄されたのである。そして、『フランス一九四六年憲法』第九十四條には、「本土の全部もしくは一部が外國軍隊によって占領されている場合は、いかなる改正手續も、着手され、または遂行されることはできない。」と規定されてをり、これは國際慣習法としても定着した國際系の法理として、明文規定がないとしても、我が國の法制（國內系）にも妥當する普遍の法理と考へられる。

#### （無効理由その四 帝國憲法第七十五條違反）

この普遍の法理は、帝國憲法にも規定がなされてゐた。「憲法及皇室典範ハ攝政ヲ置クノ間之ヲ變更スルコトヲ得ス」（第七十五條）との趣旨は、攝政を置く期間を國家の「變局時」と認識してゐることにある。

この規定は、天皇御自らが御不例などの理由から天皇大權を行使し得ない事由が発生して攝政を置かなければならないといふ通常豫期しうる國家の變局時においては、帝國憲法と明治典範の改正ができないといふものである。

伊藤博文著『憲法義解』の第七十五條の解説によれば、「恭て按ずるに、攝政を置くは國の變局にして其の常に非ざるなり。故に攝政は統治權を行ふこと天皇に異ならずと雖、憲法及皇室典範の何等の變更も之を攝政の斷定に任せざるは、國家及皇室に於ける根本條則の至重なること固より假攝の位置の上に在り、而して天皇の外何人も改正の大事を行ふこと能はざるなり。」とあり、この規定が國の變局時に關する「例示規定」であることを認識してゐるのである。

確かに、占領期において攝政が置かれた事實はないのであるから、この規定の適用がないとする皮相な文理解釋からの批判はありうる。しかし、ここで問題としてゐるのは、占領期に攝政が置かれるべき事情があつたか否かを議論してゐる

のではない。この規定の趣旨が、「攝政ヲ置クノ間」が國家の變局時の「代表的な事例」としてあるもので、一般に、このやうな國家の變局時には憲法を改正することができないことを意味してある。

そもそも、條文解釋において、その條文の形式において特定の事例（事項）のみが規定されてある場合、これと類似する事例（事項）についてどのように解釋適用されるのかについては、「反對解釋（限定解釋）」と「類推解釋（擴大解釋）」とに分れる。反對解釋（限定解釋）とは、條文に規定のある事例（事項）のみに限定して、それ以外の事例（事項）にはその條文が適用されないとするものである。これに對して、類推解釋（擴大解釋）とは、條文に規定のある事例（事項）以外の類似した事例（事項）にもその條文の適用があるとするものである。そして、各條文について反對解釋がなされるか、あるいは類推解釋がなされるかについては、法律全體やその條文の制度趣旨、その立法行爲を基礎付けることになった前提事實（立法事實）などによつて決せられるものであつて、この第七十五條について言へば、國家の自主性と獨立性の見地からして、當然に類推適用がなされることになる。攝政設置時といふ通常豫測しうる國家の變局時においてすら典憲が改正できないのに、外國軍隊による未曾有の完全軍事占領下といふ異常な國家の變局時には、むしろ逆に典憲が改正できるといふことを積極的に肯定できるだけの根據と論理を示すことは到底できない。これは、「人を不注意で傷付ければ犯罪であるが、人を殺せば犯罪ではない。」といふことを肯定することよりも難しい藝當である。

また、「攝政ヲ置クハ固ヨリ一時ノ變局ニシテ決シテ恆久ノ常態ニ非ス而シテ帝國憲法及皇室典範ハ國家最高ノ大法ニシテ其ノ改正ハ實ニ國家最重ノ要事タリ加之此ノ二法ニ定メタル處ハ大綱ノ要目ニ止ルカ故ニ之ヲ改正スルノ必要ハ必スシモ焦眉ノ急ニ迫ラルルモノニ非ス。」（清水澄）といふ點も、占領憲法が無効であることの根據となる。すなはち、攝政が置かれるといふ事態は、「一時ノ變局」であり、いづれ正常化するものである。しかも、そのやうな一時的な變局時に、どうしても改正しなければならないやうな緊急性がない限り、そのやうな時期に改正はできないといふことを意味するのである。つまり、攝政設置時といふのは例示であつて、およそ一時的な變局時において改正の緊急性がない場合には改正が禁止されるといふことである。ポツダム宣言第十二項には、「前記諸目的

が達成せられ、且日本國國民の自由に表明せる意思に従ひ平和的傾向を有し且責任ある政府が樹立せらるるに於ては、聯合國の占領軍は、直に日本國より撤收せらるべし。」とあることからして、G H Qの軍事占領は「恆久ノ常態」ではなく、いづれ終了して我が國の獨立が實現することが豫定されてゐる暫定的な事態（保障占領）であつて、そのやうな非獨立の時期に我が國としては敢へて改正しなければならない緊急性がなかつたことは明らかなのである。

ところで、帝國憲法第十七條第二項には、「攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ」とあり、原則として攝政は、天皇大權の代理行使をなしうる。しかし、帝國憲法第七十三條に定める憲法改正の發議大權だけは、それ以外の天皇大權とは異なり、天皇の一身專屬權である。一身專屬の天皇大權は、この改正大權しかない。その他の天皇大權は、攝政といふ機關代理や他の國家機關への機關委任を許すものであるが、この改正大權だけは、攝政といふ機關代理も機關委任も一切許さない。帝國憲法第十七條第二項は、「攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ」といふ一般規定に對し、同第七十五條は、これに對する明確な例外規定となつてゐる。つまり、必ず親裁し給ふ大權（一身專屬權）としての改正大權であり、大權事項のうちの唯一の例外である。ところが、占領憲法の制定過程からすれば、天皇が自發的かつ自律的に改正の發議がなされたといふ事實は全くなく、むしろ、天皇と樞密院を差し置いて、G H Qと占領下の政府、さらに民間において、帝國憲法の改正案が喧しく私議され、改正大權が篡奪されたことが明らかである。

従つて、「通常の變局時」である攝政設置時ですら典憲の改正をなしえないのであるから、このことは、帝國憲法の豫想を遙かに超えた「異常な變局時」であり、マッカーサーといふ「攝政」を遙かに超えた權限を有する者によつて、天皇大權が停止、廢止、剥奪されてゐた連合軍占領統治の非獨立時代に典憲の改正はできず、また、それを斷行したとしても絶対無効であることは、同條の類推解釋からして當然のことである。

帝國憲法は、他國に支配されない完全獨立國の憲法として制定されたものであつて、およそ我が國が聯合國に隸屬（subject to）した状態で憲法改正がなされる事態を豫測してゐない。また、假に、法理論的にはそのやうな事態がありうるとしても、前述した『フランス一九四六年憲法』の規定は、ナチスによる占領統治の強迫觀念から生まれた特殊な例であつて、通常の場合は、獨立國の矜持とし

て、そのやうな不吉で恥辱に満ちた事態の對應やその場合における原状回復手續について殊更に規定しないのは、最高規範としての憲法の權威を保持するための諸外國の通例である。

しかし、帝國憲法は、このやうな不吉で恥辱に満ちた事態を直接に規定することなく、それを付度しうる極めて優れた表現を以て、國家の異常な變局時をも含めた例示規定として、この第七十五條を置いたものと評價することができる。他國の軍事占領下での憲法改正が禁止され、改正されたとしても無効であるとする法理は當然のことではあるが、それを規定することは、憲法の權威を傷つける。いはば、「憲法の瘦せ我慢」である。このことは、「書き記されたものだけが憲法ではない。」とすることの例證でもある。しかし、フランス一九四六年憲法は、その權威を捨ててまで書き記さなければならないほどの緊迫感があつたといふことである。

しかして、占領典憲がいづれも典憲として法的に完全に無効であることの根幹的な理由はここにある。つまり、帝國憲法と明治典範に違反した帝國憲法の改正、明治典範の廢止及び占領典範の制定（實質的な明治典範の改正）は、いづれも無効であるといふ單純な理由なのであり、これが占領典憲無効論の核心的理由である。また、この解釋は、法實證主義によつても、法文の合理的解釋により導かれるものであつて、占領典憲の無効は明らかである。

#### （無効理由その五 典憲の改正義務の不存在）

ポツダム宣言には、帝國憲法と明治典範の改正を義務づける條項が全く存在しなかつた。勿論、降伏文書にもそれを義務づける規定はなかつた。むしろ、ポツダム宣言は、日本軍の無條件降伏・武装解除と民主主義的傾向の復活強化等を促進させることを要求してゐたのであり、降伏文書をも含めて総合的に判断しても、決して典憲の改正までを要求してゐなかつた。

また、我が政府が連合國側へポツダム宣言受諾に關する照會をしたことに對し、昭和二十年八月十二日の連合國側（バーンズ米國務長官）の回答（バーンズ回答）には、「最終的ノ日本國政府ノ形態ハポツダム宣言ニ遵ヒ日本國國民ノ自由ニ表明スル意思ニ依リ決定セラルベキモノトス。」とあり、これからしても改

正義務まで受け入れたものでないことは明らかである。

なほ、ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印とは、その法的性質は、いずれも帝國憲法第十三條の講和大權に基づく講和條約（獨立喪失條約）であつたが、これまでの國際法における講和條約の方法によらない異例のものであつたことから、政府の國內手續においてはこれを「條約」としては扱つてゐなかつた。當時の樞密院官制によると、「國際條約ノ締結」は諮詢事項となつてゐたにもかかはらず、ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印については、この諮詢手續がなされてゐなかつたし、官報には、これを「條約」欄ではなく、「布告」欄に登載して公示された。これは、これまでの國際法による慣例を著しく踏み外した異例の事態に當惑した結果であつたにすぎない。關東大震災のとき、樞密院の諮詢を経ずに緊急敕令が発令されたことがあつたやうに、國家緊急時においては、手續が履踐されずに法規が成立することは當然にありうることなのである。

従つて、このやうな國內手續を履踐しなかつたといふ手續規定違反があり、講和條約の成立要件としての合法性に若干問題があるとしても、これは講和條約の效力要件ではなく、講和條約としての效力があることに何ら疑問はない。

それゆゑ、講和條約（獨立喪失條約）に講和の條件として憲法改正義務がない限り、占領統治下での典憲改正の強制は國際法に違反する。

#### （無効理由その六 法的連續性の保障聲明違反）

占領憲法については、昭和二十一年六月二十三日の「帝國憲法との完全な法的連續性を保障すること」とするマッカーサー聲明と比較しても、「完全な法的連續性」を保障した結果にはなつてをらず、改正の限界を保障した同聲明の趣旨に自ら違反してゐる。

ましてや、帝國憲法と同格の明治典範を廢止し、占領典範を法律として制定したことは、法形式においても明治典範と法的連續性がないことは明らかである。

法的連續性といふのは、成立要件要素である合法性と正統性、效力要件である妥當性と實効性のいずれをも満たすことを意味するが、全くそのやうになつてゐないのである。

G H Q の意圖は、單に、手續の形式だけを外觀上完璧に整へさせて、國內的に

も國際的にもそれが強制されたものであるといふ實態を隠蔽することにあり、外觀において形式的、手續的に「連續性」があることを假裝できればよいといふものであつた。それゆゑ、發議の敕語、帝國議會の審議と議決、公布の敕語などの一連の形式文書と手續が完璧に整へられてゐるのは當然のことである。これは、完全犯罪を目論む犯罪者の心理と行動に類似したものであつて、この外觀の完璧さは、むしろ實質的に「帝國憲法との完全な法的連續性」がなかつたことを物語つてゐる。それゆゑ、この外觀の完璧さを以て占領典憲の有效性の根據とすることは、完全犯罪をしくじつた者をあへて無罪であると擁護するにも似た愚かさがある。

(無効理由その七 根本規範堅持の宣明)

ポツダム宣言受諾日の昭和二十年八月十四日の詔書によれば、「非常ノ措置ヲ以テ時局ヲ收拾」せんがためにポツダム宣言を「受諾」したものであり、敗戦後も「國體ヲ護持」すること、即ち、正統憲法と正統典範の上位に存在する根本規範である規範國體を堅持することを國家の要諦として宣明してゐた。

また、昭和二十年六月八日の御前會議における國體護持などの國策決定、同年八月十日の御前會議における國體護持などを條件としたポツダム宣言受諾の決定、同日の下村宏情報局總裁の國體護持の談話發表、同月十四日における國體護持の内閣告諭、同月十五日の國體護持の文部大臣訓令、同月十七日の陸海軍人に對する國體護持の敕語、同月二十八日の東久邇總理大臣の國體護持聲明、同年九月四日の貴族院における國體護持の決議、同月十五日の國體護持を内容とする文部省發表の「新日本建設の教育方針」などにおいて、一貫して「國體護持」が國是として表明されてゐた。ここでいふ「國體」とは、文化國體をも含まれるが、少なくとも國法學、國體學においては、その規範的性質である「規範國體」(根本規範)を意味するものであることは云ふまでもない。

昭和天皇も昭和二十年八月に、「身はいかになるともいくさとどめけりただたふれゆく民をおもひて」と、さらに、「國がらをただ守らんといばら道すすみゆくともいくさとめけり」と詠まれ、翌二十一年の新年歌會始めには、「ふりつもるみ雪にたへていろかへぬ松ぞををしき人もかくあれ」と詠まれてゐる。



そして、政府は、その後においてこの「國體護持」の基本方針を撤回する宣明をした事実が全くない。それゆゑ、規範國體を護持するといふ國家基本方針は、占領の前後において一貫して堅持されてきたことになる。従つて、これを否定する宣明をすることもなく密かにこれを放棄することは許されず、あへてこれを否定する宣明をすることもなく、規範國體を否定する内容の占領典憲を制定することは、禁反言（エストoppel）の法理に違反して無効である。

（無効理由その八 憲法改正發議大權の侵害）

占領憲法の起草が連合軍によつてなされたことは、帝國憲法第七十三條で定める憲法改正發議大權を侵害するもので無効である。帝國憲法發布時の詔敕及び帝國憲法第七十三條第一項により、憲法改正の發議權は天皇に一身專屬し、帝國議會及び内閣などの機關、ましてや、外國勢力の介在や關與を許容するものではないからである。これは帝國憲法第七十三條の解釋の定説である。

つまり、改正大權が一身專屬の天皇大權であるにもかかわらず、天皇が自發的かつ自律的に改正を發議せず、天皇と樞密院を差し置いて、GHQと占領下政府によつて改正案が私議され、改正大權が篡奪されたことが明らかである。

占領憲法の發議は、昭和二十一年二月十三日、マッカーサーが同月三日にGHQ民政局（GS）へ『マッカーサー三原則（マッカーサー・ノート）』に沿つて作成を指示したことに基つて完成した英文の『日本國憲法草案』（GHQ草案）を、GHQ民政局長ホイットニー准將とケーディス大佐から吉田茂外相と松本烝治國務大臣らに手交して、これに基づく帝國憲法の改正を強制したことに始まるのであつて、天皇の發議とは全く無縁のものであつた。この「大權の私議と篡奪」は、「統帥權の干犯」といふやうな非難の程度を遙かに超えたものである。つまり、改正大權私議の大罪は、東久邇宮稔彦内閣において、昭和二十年九月十八日に入江俊郎内閣法制局第一部長が憲法改正檢討報告書の『終戦ト憲法』を法制局長官へ提出したことを嚆矢として、同年十月四日に近衛文麿副總理格國務相がマッカーサーから受けた憲法改正指令によつて雨後の竹の子のやうに生まれてきた、外務省私案、佐々木惣一私案、松本烝治私案など悉くさうである。政府案なら私議することは許されるが、GHQ案は許されないといふものでは決し

てない。マッカーサー戦争回顧録によると、戦争放棄條項が幣原喜重郎の發案であるとするが、假に、それが眞實であつたとすれば、幣原は大權私議の大罪をマッカーサーと共謀して犯したといふことである。占領下では、その權力に尻尾を振つて迎合する者だけが生存を許される。迎合しない者は、外務省條約局長であつた萩原徹のやうに左遷される。それゆゑ、政府側の數々の私案もマッカーサー・ノートもGHQ草案も大權私議の點では同じであり、まさに「目糞鼻糞を笑ふ」である。ましてや、GHQは、いはゆる松本案を排除してGHQが起案した草案を強制し、これを原案として改正案が策定されたのであるから、發議大權を輔弼しうる國內機關である樞密院（樞密顧問）の諮詢による審議（帝國憲法第五十六條）が排除されて、その正規の輔弼機關（樞密院）の審議によらない系統の草案を原案とした點においても、明らかに發議大權の侵害がなされたのである。天皇が一切關與できない發議なるものは、發議大權の侵害といふよりも、發議大權の篡奪に他ならず、これによる改正審議も議決も全て無効である。最後の樞密院議長であつた清水澄博士が占領憲法に抗議して自決された事實は、帝國憲法第五十六條及び同七十三條に基づく樞密院の審議が排除されて占領憲法が成立したことの証左に他ならない。

さらに、發議大權の篡奪は、これにとどまらない。つまり、このやうに發議大權を篡奪してなされた改正審議において、帝國議會が修正議決したこともまた、二重の意味で憲法改正發議大權の侵害となる。すなはち、「議會ハ憲法改正案ニ對シテハ可否ノ意見ノミヲ發表スヘク之ヲ修正シテ議決スルコトヲ得サルモノト爲ササルヘカラス」（清水澄）とするのが當時の通説（佐々木惣一、美濃部達吉、宮澤俊義など）であり、議會に修正權を與へることは第二の發議權を認めることとなり、天皇に專屬する憲法改正の發議權を侵害することになるといふのがその理由である。

帝國議會においては、衆議院で帝國憲法改正發議案を修正可決し、その後に貴族院でも衆議院の送付案をさらに修正可決し、それを回付された衆議院では、これを憲法改正特別委員會に付託せずに直ちに本會議で起立方式で修正回付案を採擇して可決したのである。このやうな重大案件を斯様に杜撰で強引な方法と手續で議決したことについて、手續面での合法性を満たさないことは云ふまでもないが、それ以上に、衆議院において二度、貴族院において一度、それぞれ修正決議

した點は、發議大權の侵害となつて無効である。ちなみに、帝國議會には修正權はないといふ學説を主張してゐた佐々木惣一と宮澤俊義は、共に貴族院議員でありながら貴族院での修正に何ら反對しなかつた典型的な變節學者である。この變節學者らの唱へてきた學説を受け入れて、帝國議會には發議案に對する修正權がないのが定説であるとしてこれに反對し、修正を加へることは法的連續性を缺くと衆議院本會議で明確に主張したのは、皮肉にも衆議院議員の野坂參三（共產黨）だけであつた（昭和二十一年六月二十八日）。

そして、何よりも占領憲法は、この憲法改正發議大權を侵害して制定したことを自認（自白）してゐるのである。それは、占領憲法の前文の冒頭の「日本國民は、正當に選舉された國會における代表者を通じて行動し、・・・ここに主權が國民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」とある部分である。占領下の占領憲法施行前において「正當に選舉された國會における代表者」なるものはあり得ないし、しかも、「帝國議會」で占領憲法を確定したはずにもかかわらず、なんと、占領憲法で初めて設置された「國會」で確定したといふのであるから、矛盾も甚だしい。妊娠した後に出産するのであつて、出産してからその子供を妊娠するものではないからである。しかも、これは、「國會」で確定し、「帝國議會」では確定しなかつたといふのであるから、帝國憲法に違反することを自白してゐる。そもそも、この文言だけに限らず前文全體の内容が明らかな虚偽であることはいまさら言ふまでもないが、少なくともここには、憲法改正發議大權を完全に無視した意思が表明されてゐることだけは明らかなのである。

また、このことは占領典範にも同じやうなことが云へる。明治典範第六十二條には、「將來此ノ典範ノ條項ヲ改正シ又ハ増補スヘキノ必要アルニ當テハ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢シテ之ヲ敕定スヘシ」とあるので、この敕定についても外國勢力の介在や關與を許容するものではない。いはば、皇室の自治と自律が保たれるべき皇室家法の典範は、その改正は勿論のこと、ましてや廢止するについては、天皇に固有の發議權があり、そのことは帝國憲法の場合に勝るとも劣らないことである。それゆゑ、明治典範の廢止と占領典範の制定はいづれも無効である。

（無効理由その九 詔敕違反）

帝國憲法は欽定憲法であるから、告文、憲法發布敕語及び上諭といふ帝國憲法發布に際しての詔敕についても憲法典と同様に憲法規範を構成することになる。

「みことのり（御事詞、御言宣）」には、祭儀における神前での宣命（せんみゃう）、告文（かうもん）、御誓文（ごせいもん）と、臣民に下される詔（みことのり）、敕諭、上諭、敕令など種類があり、事の性質と輕重、内容などによつて各様に區別されてゐるが、これらを總稱して「詔敕」といふ。

そして、帝國憲法の本文の前には、「告文」、「憲法發布敕語」、「上諭」の順で「詔敕」が置かれてゐる。その憲法發布敕語には「不磨ノ大典」とあり、さらに上諭には「將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラハ朕及朕カ繼統ノ子孫ハ發議ノ權ヲ執リ之ヲ議會ニ付シ議會ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」とあることから、これは、帝國憲法改正に關する形式的要件である第七十三條とは別個に、改正のための實質的要件を定めたものと解釋しうる。即ち、その實質的要件は「紛更ヲ試ミルコト」を禁止したことであるから、占領憲法の制定といふ方法による改正は「紛更」そのものに該當するので無効である。

また、明治典範には、「宜ク遺訓ヲ明徴ニシ皇家ノ成典ヲ制立シ以テ丕基ヲ永遠ニ鞏固ニスヘシ」とあるので、これに明らかに反した占領典範は、そもそも典範の名に値しないものであつて無効である。

「天皇といへども國體の下にある」ことから、「紛更」が明らかな占領憲法と、皇室家法の「丕基」を破壊した占領典範とは、いずれも天皇による公布がなされたといへども完全に無効であることに變はりはない。當今の一天皇に國體を變更できる權限はない。従つて、先帝陛下の上諭による公布があつたことだけを根據とする「承認必謹」論を以て、憲法として有効であるとする見解は、後に述べるとほり、帝國憲法第七十六條第一項の解釋を誤つた反國體の見解である。

（無効理由その十 改正條項の不明確性）

占領憲法は、帝國憲法の改正條項の條文の對應關係においても著しい問題があ

る。即ち、上諭には「將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜」とあり、さらに、帝國憲法第七十三條第一項によれば、「此ノ憲法ノ條項ヲ改正スルノ必要アルトキ」とあることから、條項毎の改正を豫定してゐたのである。

「憲法ノ或ル條章」とか「憲法ノ條項」といふのは、「憲法の全部の廢止又は停止を容認しない」趣旨である（美濃部達吉）。

ところが、占領憲法は、帝國憲法の各條項を改正するといふ手續をとらず、差換へ的な全面改正を行つたのである。改正條項を明示するについては、通常は「第○條を次のとおり改正する。」、「第○條を廢止する。」などとして改正すべき條項との對應關係と改正の内容とを特定するものであるが、占領憲法には全くそれがなされてゐない。それゆゑ、帝國憲法と占領憲法とは條文の各條項毎に一對一に對應してをらず、占領憲法の各條項が帝國憲法の、いずれの條項を改廢したのかが不明である。

さらに、占領憲法が眞に帝國憲法の改正法であれば、「帝國憲法の昭和二十一年改正」として表示すべきであり、あくまでも法規名稱は「帝國憲法（大日本帝國憲法）」のままであるはずである。しかし、新たにこれを「日本國憲法」と改稱するとの規定すらないまま、「日本國憲法」と呼稱することのいかがはしさは拭へない。その上、帝國憲法の各條項に對應する占領憲法の類似條項についても、それが交換的改正なのか追加的改正なのかは、占領憲法の補則（第十一章）によつても一切明らかにされてゐない。

上諭には「將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラハ朕及朕カ繼統ノ子孫ハ發議ノ權ヲ執リ之ヲ議會ニ付シ議會ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」とある。この紛更とは、つまり、無闇やたらに變更することを禁止してゐるのであるが、占領憲法のこのやうな全面改定は「紛更」そのものに該当するので無効である。

附言するに、明治典範第六十二條には、「將來此ノ典範ノ條項ヲ改正シ又ハ増補スヘキノ必要アルニ當テハ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢シテ之ヲ敕定スヘシ」とあつて、これも明治典範の各條項の改正するといふ手續をとらず、占領典範により實質的に全面改正を行つたのであるから、前記同様の理由で無効である。

(無効理由その十一 憲法としての妥當性及び實効性の不存在)

亡尾高朝雄博士は云ふ。「法の妥當的な規範意識内容が、事實の上に實効的に適用されうるといふ『可能性』chanceこそ、法の效力と名づけられるべきものの本質である。」と。つまり、一般に「效力」といふものには二つの要素があり、一つは法の「妥當性」、もう一つは「實効性」であり、この雙方を満たすのが「有効」、そして、そのいずれかを満たさず又はいずれも満たさないものを「無効」と定義するのである。

これによると、占領典憲には、典憲としての妥當性は勿論のこと、實効性も備はつてゐない。まづ、占領典範は、確かに形式上は明治典範と隔絶したものとして制定されたとされるが、その實質は、皇位の繼承、攝政、尊稱使用など明治典範の各條章の構成と表現、態様を踏襲してゐるのであつて、明治典範を國民主權の名の下に實質的に「改訂」した點において妥當性を缺いてゐる。そして、その解釋運用については、常に明治典範に依據してゐることからすると、占領典範の各條項の主な部分は、實質的には明治典範の實効性を借用してゐるだけであつて、固有かつ獨自の實効性は存在しないのである。

また、昭和天皇は、占領典範によつて「初代天皇」として選定されたのではなく、明治典範に準據して昭和三年十一月の即位禮により第百二十四代天皇として踐祚され、崩御されるまで一度も退位されたことはない。つまり、明治典範の廢止による退位には全く實効性がなく、占領典範の「初代天皇」ではない。そのことは第百二十五代天皇である今上陛下についても同様であり、占領典範は、その意味においても、皇位の繼承と選定の本質に關して、いまもなほ全く實効性を備へてはゐないのである。

これと同様に、占領憲法についても、憲法としての妥當性も實効性もない。占領憲法が妥當性を缺くことについては、この單元において無効理由として指摘した理由のとほりであり、さらに、占領憲法の核心的條項である第九條には實効性がなかつたのである。占領憲法が憲法として有効であれば、自衛隊は、その第九條第二項前段の「陸海空軍その他の戦力」に該當することは明らかである。「戦力」であるか否かとは、人的組織と物的裝備において客觀的に戦争遂行能力を有するか否かで決定されるものであつて、自衛のためであるか否かといふ動機、目

的その他の主観的な要素によつて決まるものではない。むしろ、軍事學的に考察して、自衛に軸足を置く戦力は、攻撃だけのための戦力よりも重装備である。にもかかはらず、自衛隊が占領憲法第九條第二項前段に違反しないといふのは詭辯も甚だしく、自衛隊が存続してゐる事實は、明らかに「違憲状態」の繼續であるから、第九條は實効性を完全に喪失してゐる。そして、第九條に實効性がないのであれば、これと一體となる占領憲法全體についても實効性がないのである。

占領憲法の施行後において、G H Q 指令によつて警察豫備隊といふ軍隊が設立され、それが後の自衛隊となつた。また、G H Q による言論統制や検閲があり、選挙に對する干渉などがなされた。そして、「特別裁判所」である極東國際軍事裁判所が容認されてゐた。また、G H Q は昭和二十一年二月十九日に『刑事裁判權行使に關する覺書』を公布し、これにより、占領目的に有害な行爲に關して、聯合國軍事裁判所が裁判權を行使することになつた。このやうなことは、全て占領憲法の第九條、第二十一條、第七十六條第二項に違反するものであり、それが容認されてきたことは、占領憲法に憲法としての實効性がなかつたことを證明してゐる。このことに對し、帝國憲法においては、これらは占領下の非獨立時代における講和行爲（講和條件）として容認しうることであつて、これこそが帝國憲法第十三條の實効性の證明となる。

そして、何よりも占領憲法に實効性がないのは、後述するとほり、占領憲法では、聯合國の一部と戦争状態の終結をさせて獨立するに至つたサンフランシスコ（桑港）での『日本國との平和條約』といふ名稱のサンフランシスコ講和條約（桑港條約）の締結は、「交戦權」の行使となり、しかも、桑港條約の當事國とならなかつた聯合國の一部との關係では、「戦争状態の繼續」をすることになつて、まさに「交戦權」の行使となつてしまふのである。つまり、法人たる國家において自ら權限のないものとして憲法によつて定めた行爲をあへて行ふことは不可能であり、假に、その外形行爲を行つたとしても無効であることは法人能力理論の定説であつて、「交戦權」を自ら否定した占領憲法が憲法であれば、桑港條約は無効となり、我が國は未だ「獨立」できてゐないことになる。桑港條約によつて獨立できたとすることの法的根據は、帝國憲法第十三條の講和大權の行使しがないのである。

この外にも、占領憲法は、①第九條に違反する自衛隊が恒常的に存在し、憲法

の變遷、解釋改憲がまかり通つてゐること、②闇米がなければ生活できないやうな食糧難の状況が續いたことから第二十五條が完全に死文化してゐたこと、③G H Qによる二・一ゼネストの中止命令によつて第二十八條の實効性は否定されたこと、④私學助成といふ第八十九條に違反する事實が反復繼續してゐること、などからして、占領憲法は實効性を喪失し、第九十九條の最高法規性が否定され續けてゐるのである。

（無効理由その十二 政治的意志形成の瑕疵）

占領憲法については、その改正過程において、プレスコード指令や神道指令などによる完全な言論統制と厳格な検閲がなされてゐたことは嚴然たる歴史的事實である。これは、臣民の政治的意志形成に瑕疵があり、表現の自由等を保障した帝國憲法第二十九條等に違反する。

表現の自由（知る権利）は、民主社會を維持し育成する上で極めて重要な機能を有し、實質的には政治参加の機能を持つてゐる。いはば、参政權行使の前提となる権利であつて、この行使が妨げられることは實質的に参政權の行使が妨げられたと同視されるから、言論統制下での改正行為自體が違憲無効なのである。

バーンズ回答によれば、我が國の最終的政治形態は「日本國民の自由意志」に委ねるとしてゐたのであつた。このことは、憲法改正を義務づけず、聯合國の占領統治下においても「陸戦ノ法規慣例ニ關スル條約」を遵守し、國內手續においても憲法改正發議權を侵害せず、かつ、我が臣民の自由意志によるとの意味である。しかし、聯合國は、これらを悉く踏みにじつたのである。

ただし、帝國憲法の改正審議において必要な「日本國民の自由意志」とは、あくまでも帝國憲法下の法制で顯出されるものであつて、決して剥き出しの國民主權を意味するものではない。それは、あくまでも憲法改正手續における一つの審議機關としての帝國議會、しかも、民選の衆議院を經由して汲み取られた「日本國民の自由意志」を意味するのである。

ところが、改正手續の過程において、G H Qは、プレスコード指令などにより全面的な検閲と情報操作による完全な言論統制を行つてゐた。G H Qが占領憲法を起草したことに對する批判や、その起草に當たつてG H Qが果たした役割につ



いての言及やその批判などは一切報道してはならないし、これを行へば発行禁止處分になるといふことは、國民には全く知らされてゐなかつたのである。また、憲法改正の是非を問ふための選舉もなされず、帝國議會での審理は、實質的には祕密會で全てが行はれて全く公開されなかつた。

特に、アメリカの對日檢閲計畫は、用意周到なもので凄まじいものであつた。昭和十六年十二月八日の大東亞戰爭開戦の翌日に、J・エドガー・フーヴァー F B I 長官が檢閲局長官臨時代理に任命されたときから用意周到に行はれてきたものであり、占領直後から、連合國軍最高司令官總司令部（G H Q、S C A P）の民間諜報局（C I S）に屬する民間檢閲支隊（C C D）などによつて徹底した檢閲がなされてきたのは周知の事實である。昭和二十年八月三十日に、マッカーサーが厚木飛行場に到着し、横濱に入つた二日後の同年九月一日には、連合國軍最高司令官總司令部（G H Q、S C A P）の太平洋陸軍總司令部參謀第二部（G 2）民間諜報局（C I S）に屬する民間檢閲支隊（C C D）の先遣隊の一部が横濱に到着してゐる。これは降伏文書調印の前日のことである。

このやうに、國民の政治的意志を決定するために不可欠な「知る權利」は全く否定されて徹底した檢閲がなされた情況での帝國憲法の改正が有效として肯定されるはずはない。國民の眞摯な政治的意志が決定されるためには、正確で必要不可欠な情報を國民が知ることのできる權利が保障されてゐなければならない。この論理は、占領憲法を有効とする見解の壓倒的多數が當然の如く肯定してゐるものである。さうであれば、論理必然的に占領憲法は無効であるとしなければ自家撞着を來すことになる。參政權と不可分の關係にある「知る權利」は、表現の自由の保障によつて根幹をなす權利であり、帝國憲法第二十九條も「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由ヲ有ス」として表現の自由は保障されてゐた。ましてや、ポツダム宣言第十項は、「日本國政府は、日本國國民の間に於ける民主主義的傾向の復活強化に對する一切の障礙を除去すべし。言論、宗教及思想の自由並に基本的人權の尊重は、確立せらるべし。」として、この知る權利の保障を占領統治の條件としてゐたのであるから、檢閲、情報操作、言論統制などは論外なことである。このことからしても、G H Qの占領政策の目的が「民主化」であるとする主張は成り立たない。單に、「日本弱體化」の目的のために都合のよい方向だけの「民主化」の偽裝を「非民主的」に推進してゐた

ものに過ぎないのである。

また、占領統治に関する最高意志決定機関である極東委員会（F E C）は、占領憲法が帝國議會で承認されたことだけでは不十分であり、極東委員会の一連の決定にある「日本國民の意思の自由」と「論議・考究するための適当な時間と機會」の確保のために、少なくとも憲法改正のための特別議會及び國民投票を必要とするとしてゐたのである。しかし、占領憲法においては、憲法改正案の賛否を問ふための特別の國民會議の選舉もなく、その代用としての衆議院の解散總選舉もなく、ましてや國民に極東委員会の決定内容等の詳細を周知させることもなかった。しかも、憲法改正のための充分な論議等の時間を與へるどころか、祕密會の小委員會でG H Q草案の翻譯檢討に終始したかの如き審理をただけで、その経過内容も五十年後になつてやうやく開示しただけで、その當時は全く周知させないまま祕密裏に手續を進め、最終の改正案について、國民の信を問ふための國民投票はおろか、衆議院の解散すら實施してゐないのである。このことは、假に、國民主權主義の立場に立つたとしても、有効に憲法として成立したものとは云へないのである。

もし、現在、このやうなことが行はれた場合、誰もがそのやうな改正は無効であるとするはずである。あのときは有効だが、今行はれた場合は無効だといふ論理は、國民の意思決定の價值と效力が時代別に等差を認める不當な差別主義を前提とした二重基準であつて何らの説得力もないのである。

このやうに、當時の我が國には、自由な政治的意思を形成しうるだけの「政治的環境」がなかったのであるが、それに加へて、さらに重大なこととしては、それを支へうる「生活的環境」も全くなかつた點がある。當時は、敗戦による極度の食糧難に陥つてをり、その上に、さらに外地から大量の將兵、軍屬、居留民などが内地に復員することによつて、その食糧難は極限状態となつてをり、昭和十一年五月二十四日には、停戦時以來二度目の天皇の「玉音放送」がなされ、食糧危機に家族國家の傳統で對處するやうにとの綸言を賜るほどの臣民の困窮ぶりであつた。このやうな状況において、假に、形式的な政治的自由が保障されたとしても、「倉廩實ちて禮節を知り、衣食足りて榮辱を知る」（管子）との格言のとほり、それは餘りにも空しい畫餅である。大多数の國民は、配給食糧だけでは命を繋ぐことができず、食糧管理法に違反して闇米で食ひ繋いできた。闇米を口

にせず配給食糧のみで生活した山口良忠（東京地裁判事）が栄養失調で死亡したのは、占領憲法の施行から約五か月後の昭和二十二年十月十一日のことである。家族の命と暮らしが守れるか否かといふ、何よりも最優先の死活問題があり、憲法改正について関心が向けられることはなかつた時代である。もし、自由な政治的意思を持ち得た都會人が居たとすれば、それは全て闇米を食らつて命を永らへた者ばかりである。いはゆる戦後に空前のベビーブームが起こつたのも、紛れもなくそれは空前の食糧危機の投影である。飢ゑによつて生命の危機を感じると、強烈に種族保存本能が機能して子孫を残そうとしたことの結果である。生きるために食糧を求めるのが最大の関心事であり、憲法などは二の次であつた。このときの世相は、隠匿物資の横流し、かつぎ屋の横行、買ひ出し列車で彩られ、GHQや政府の隠匿物資などを利用して、それを餌にして飢ゑたる民を動員し、ラジオ、新聞なども総動員して、占領憲法を受け入れてこれを祝賀する啓蒙と喧傳が繰り返された。つまり、占領憲法は、闇米を食つてゐた隙に出来上がった「闇憲法」であり、そのやうなものに正統性があるはずもない。

#### （無効理由その十三 帝國議會審議手續の重大な瑕疵）

最後に、帝國憲法改正案の帝國議會における審議は、極めて不十分であつて、審議不十分の重大な瑕疵があるため、その議決手續は違法であり、かつ、GHQが、帝國憲法第四十條で保障する兩議院の建議權（一種の國政調査權）の行使を實質的に妨げ、かつ、その不行使を強要した事情が存在するので、手續自體が違憲無効である。

その事情及び理由の概要を指摘すれば次のとおりである。

ポツダム宣言受諾後、帝國憲法改正案を審議した第九十回帝國議會（昭和二十一年六月二十日開會）までに開會された帝國議會は、敗戦直後の第八十八回（同二十年九月四日開會）と第八十九回（同年十一月二十七日開會）の二回のみである。そのいずれの帝國議會においても、國家統治の基本方針についての實質的な討議は全くされなかつた。

その間に、昭和二十年九月二十日、連合軍の強要的指示によつて帝國憲法第八條第一項による「ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ發スル命令ニ關スル件」（ポツダム

緊急敕令）が公布され、これに基づく命令（敕令、閣令、省令）、即ち、「ポツダム命令」が発令されることになる。この「ポツダム命令」が占領中に約五百二十件も発令されたことからしても、「ポツダム緊急敕令」の公布及び「ポツダム命令」は、占領政策の要諦であつたことが頷ける。この緊急敕令は、「法律ニ代ルヘキ敕令」であり、帝國憲法第八條第二項により「此ノ敕令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出」しなければならないものであつたため、次の第八十九回帝國議會で提出され、承諾議決がなされてゐるものの、全くの形式的審議に終始したのである。

その原因は、占領統治に協力することを命じ、その不遵守に罰則を設けて強制したことと、昭和二十年十二月十九日の『連合國の日本占領の基本的目的と連合國によるその達成の方法に關するマックアーサー元帥の管下部隊に對する訓令』を新聞發表して我が國政府に命令した内容には、「日本政府及び國民は、最高司令官の指令を強制されることなく實行するあらゆる機會を與へられるべきであるが、自發的な行動が執られない場合には、遵守を要求するために適當な管下部隊に命令があたへられるであらう。占領軍は、主として最高司令官の指令の遵守を監視する機關として又必要があれば最高司令官が遵守を確實にするために用ゐる機關として行動する。」として、占領統治が、我が國政府の自發性を假裝した強制であるとしたことである。國內系においてはポツダム緊急敕令、國際系においてはこのマッカーサー訓令により、我が國は自繩自縛に陥つてその自由意思を喪失したのである。

しかし、國內系において判斷すると、法律事項を規定した命令は、たとへ帝國憲法第八條の「法律ニ代ルヘキ敕令」である「ポツダム緊急敕令」に基づくものといへども、この緊急敕令は命令に對して法律事項の白紙委任（白地委任）を定めてゐるため、帝國憲法下の解釋においても「絶對無効」である。ところが、帝國議會では、このやうな議論すらされなかつた。

そもそも、昭和二十年八月十四日詔敕及びこの緊急敕令は、この敗戦が我が國の經驗した未曾有の國家非常事態であつたことから、帝國憲法第九條の命令大權、同第十條の官制・任免大權、同第十四條の戒嚴宣告及び同第三十一條の非常大權などに基づく措置を同時に發動しなければならない程度に重大な政治的・法律的意義を有するものであつた。従つて、帝國議會において、この緊急敕令の審

議はもとより、國家再建の基本方針が十二分に審議されるべきであつて、これが帝國憲法改正案の審議の前提條件であり、先決事項でなければならない。特に、敗戦に至るまでの原因に關して、憲法的要因や運用上の問題などを徹底究明すべき必要があつたはずである。そして、さらに、これらの議論をふまへて、帝國憲法改正の必要性の有無及び程度並びに各條項的な個別的検討などについて充分討議する必要がある、これらの討議を経たうへでなければ、具體的な改正案の審議ができないはずである。敗戦後の占領下で、帝國憲法の「全面改正」に初めて着手することは、帝國憲法の「制定」に勝るとも劣らない國家の根幹を定める大事業であつたにもかかはらず、そのことの認識が全く缺如してゐたのである。

帝國憲法が十年以上の歳月を経て制定されたのに對し、わずか十日程度の日數で、しかも、我が國政府の手によらずして連合軍で起草されたG H Q草案に基づき、これと内容同趣旨の「政府原案」（占領憲法原案）が作成され、これについて、衆議院では僅か四日間の本會議における審議がなされたにすぎない。それも、法律専門家等の見解の聴取もせずに直ちに委員會付託となつた。これは秘密會であり、そこでの作業は、G H Q草案と政府原案を比較して、英文と邦文との對比表現、逐條解釋、字句の選定と訂正、各條項の意義と各條項間の整合性などの検討といふものであつて、單なる「翻譯委員會」にすぎなかつた。また、その間にも多數の委員が更迭されたため、充分に検討審議の餘裕もないまま、間もなく可決成立したやうな憲法改正行爲は、たとへ占領下でなかつたとしても、審議不十分として無効であると言はざるをえない。

このやうに、性急な「お手盛り審議」により憲法改正案を全會一致に近い壓倒的多數で可決させたのは、占領軍の強い意志に基づくものであつて、我が國政府に對する直接の強要的指示があつたからである。そして、その前月の五月三日から極東國際軍事裁判を開廷させるとともに、この事實を帝國議會審議より重大事件であるかのやうな嚴重な統制による報道をさせることによつて、臣民及び帝國議會議員に對しても、帝國議會の審議において帝國憲法改正案に反對することは、如何なる不利益を蒙るか計り知れないとの心理的壓力による間接的な恫喝をなし、その萎縮効果を狙つたものであり、極めて卑劣かつ巧妙な作戦と演出が實行された。その結果、帝國議會は、G H Qの狙ひ通りに萎縮して病的恐怖（phobia）に陥る者、「蚤の曲藝」（尾崎一雄）に従ふ者、G H Qに積極的に喜んで迎合

する者などの議員で占められてしまった。そして、帝國憲法改正案についての帝國議會の審議過程の詳細は全く報道されず、國民はこれについて全く知らなかったのである。

このような経緯の評価に對して、占領憲法は「占領軍の壓力の下で、議會も混聲合唱をしたにすぎぬとみる見方もあるが、改正審議のために選舉をおこなって構成された議會において議論をつくしたうえでの、全會一致にちかい壓倒的多數の賛成を、無意志の人形の協同動作だとするのは、あまりにも偏った極言だといわねばならない。議員の賛否の意志の表明も、自由な決定だったはずだからである。」とする見解（小林直樹）があるが、その審議過程やその背景事情を全く無視して歴史を捏造する舞文曲筆の賣國的言説であつて、それこそ「あまりにも偏った極言」である。

他方、このような見解の論者は、これとは逆に、今度は占領憲法の解釋において、「國家權力が特定の思想を勸奨することも、形式的には強制でないにせよ實際は強制的に働くから、やはり本條（占領憲法第十九條）の禁ずるところと解すべき・・・」（『注釋日本國憲法上卷』青林書院新社）として、思想的勸奨をなす國家行爲ですら「強制」に該当するとして無効とするのである。この論理をそのまま占領憲法制定時に當てはめれば、罰則を以て強制した國家行爲によつて形成された見せ掛けの國民の意思形成なるものを當然に無効とする結論以外はありえないのである。餘りにも有効論者の論旨は支離滅裂である。

ところで、平成七年になつてようやく公開された衆議院憲法改正委員會小委員會の議事録によると、小委員會とは名ばかりで、その審議と稱するものの實態は、GHQの求めに従つて、英文の翻譯を忠實に行ふ「翻譯委員會」の翻譯作業手續に過ぎず、憲法改正手續としての實體がなかつたことが明らかとなつた。

従つて、このような諸事情からすれば、帝國議會の帝國憲法改正案審議自體に實質上も手續上も著しく重大な瑕疵があつたことになり、占領下の憲法制定ないし改正としての占領憲法は、帝國憲法の改正として、かつ、實質的意味の憲法（規範國體）としては絶對的に無効である。

### 第三章 新無効論

#### （舊無効論と新無効論の相違）

これまでの無効論を「舊無効論」とし、私見の無効論を「新無効論」として區別するのは、兩論の論理構造に相違があるためであるが、兩論に共通するのは、ともに「無効論」である点である。つまり、占領憲法が憲法としては、まがふかたなく無効であるとする点と、無効であるとの判断が我が國の正氣を回復する道であると認識してゐる点において共通してゐる。それゆゑ、新無効論が舊無効論を批判するのは、純粹に論理上の法律學的理由によるものであつて、志の相違にあるのではない。あくまでも、これは論理構造の相違であり、その相違を説明するについて、新無効論は、舊無効論との比較において次のやうな主たる特徴があることに着目されるべきである。

#### （新無効論の特徴その一）

まづ、第一の特徴は、「新無効論は、國體論に基づいて主權論を否定し、國內系と國際系との區別を明確にして、規範國體を頂點とする帝國憲法體系の階層的構造を明らかにしたこと。」である。

このうち、最も重要な點は、一切の「主權論」を否定したことである。正確に言へば、帝國憲法制定後において、帝國憲法の構造を主權論を以て解釋しないのが通説であつて、その通説を踏襲したといふことである。主權論を否定するといふことは、國民主權は勿論のこと、その原型となつた天皇主權も當然に否定することにある。舊無効論の中には、天皇主權を肯定するかの誤解を生む見解もあつたが、新無効論はこれとは完全に峻別される。これにより、無効論が國民主權を否定して「天皇主權」を肯定するかの如きは、謂はれなき誤解であることが理解されるはずである。「主權」といふ用語を強いて用ゐるとすれば、國體論とは、「國體」が「主權」であるといふ意味で「國體主權」であると捉へることができる。それゆゑに、これまでの「立憲主義」といふ鵠的な見解以上に、より立憲的な見解であるとする由縁がここにある。

ところで、文化國體、正統憲法、正統典範、規範國體は、國內系の規範體系の頂點に位置するものであり、その下位に法律、命令などの規範が階層的に存在す

る。ただし、この下位の規範の中で、条約は、そもそも国内規範ではなく国際系の規範であるから、国内系との関係について特に考察しなければならないことになる。本来、国内法と国際法とは別の法体系であり、国内法と国際法とを一の同じ法体系として一律に認識する一元論は、餘りにも粗野な見解と云へる。そもそも、二つの法体系に包含関係や一體的関係があるとすれば、その各法体系にそれぞれ対応した二つの権力体系にも構造的な包含関係や一體的関係がなければならないことになる。しかし、国際法において、各國の對外的主權を認めてゐるといふことは、国際法自身が国際法と国内法といふ別個獨立した権力体系の構造と、それぞれに対応した法体系を肯定してゐることに他ならない。それゆゑ、条約が締結されたからと云つても、そのまま當然に國內的效力を持つことはなく（二元論）、条約が國內的效力を認められるためには、原則として、国内法秩序への編入による受容の措置が必要となる。それは、国内法に「變型」する立法手続が必要となるのか（立法方式）、議會その他の國家機關の承認で足りるのか（承認方式）といふことである。特に、これは、締結された条約の内容が国内法の内容と齟齬（相反）する場合に顯著な對立状況を生むことになる。国際法の體系からは、その条約の國內法的效力を認めることを義務付けようとするのに對し、国内法の體系からは、國內法的效力を認めないこと（排除すること）を義務付けるといふ相克を生むことになるのである（義務の相剋）。それゆゑ、國內的には、少なくともその整合性を保たせて調整すべき義務を負担することになるのである。

ともあれ、一元論のみならず、特に、国内法と国際法とが齟齬（相反）する状況にあつては、国内法と国際法とのいずれが優位となるのかといふ議論がなされる。そして、その議論の中で、まづ、国内法のうちの最高規範である憲法とその条約とのいずれが優位であるかといふ問題が提起される。憲法を優位とする「憲法優位説」と、条約を優位とする「条約優位説」とがあるが、帝國憲法においては、憲法優位説が定説であり疑問の餘地はなかつた。帝國憲法下では、法律は帝國議會の協賛を必要とするのに對し（第三十七條）、条約はその必要がなかつたことからして、法律は条約に優位するとされ、その法律の制定と条約の締結を根據付ける帝國憲法が条約に優位することは當然のこととされた。

しかし、条約には、講和条約と一般条約とがあり、その性質を異にする。一般条約は、「獨立時の平和状態」に締結されるので、それが帝國憲法の下位にある



ことは當然であるとしても、このことは講和條約についても全く同じであらうか。特に、敗戦によつて敵國の軍事占領下に置かれ國家の自由意思が制限された「非獨時の戰爭狀態」で締結される「講和條約」についての議論である。ところが、このことについて、戦前も戦後も全く論じられたことはなかつた。

帝國憲法第十三條は、「廣義の外交大權」を包括して規定したものであり、それには宣戰大權、講和大權及び一般條約大權が含まれるが、それぞれの性質は異なつてゐる。宣戰大權は、外交の究極的形態として、他國（敵國）に對して戰爭の開始を決定し、それを告知する權限であり、それによつて戰爭狀態といふ國際法上の法律狀態が形成されて戦闘が開始され、その軍事行動の全ては帝國憲法第十一條の統帥大權によつて規律される。そして、その戰爭狀態の終結に向けて行使される一切の外交大權が講和大權である。それゆゑ、宣戰大權が行使された後は、軍事的には統帥大權が、國際政治的には講和大權が機能することになる。つまり、講和大權とは、戰爭中における戰爭當事國及びその關係國に對する外交大權であり、平和時の外交大權である一般條約大權とは峻別される。講和大權は、宣戰後になされる一切の外交交渉、その準備行爲、締結準備、講和條約の締結又はその拒絶、講和條約に基づく履行その他の一切の「講和行爲」を包括したもので、最終講和によつて戰爭狀態が終了し、その講和條約の履行が完了するまでをその守備範圍とする。つまり、講和條約を締結するまでが講和大權の行使態様ではなく、その後において、講和條約によつて課せられた義務の履行として、國內系の法令の制定、改廢その他一切の處分なども講和大權に基づく「講和行爲」として、講和大權の行使態様に含まれる。このことは、一般條約大權の場合も同じであつて、一般條約を締結する權限だけが一般條約大權の發動ではなく、それに至る一切の外交交渉、準備行爲などもその發動によるものである。

ところで、戰爭は、勝利の結果が約束されてゐるものではない。外交に失敗があると同様に、戰爭には敗戦といふ結果もある。ましてや、その敗戦が他國による征服、國家の滅亡などの致命的な事態も起こりうる。大東亞戰爭は、世界史上最大の思想戰爭であつたことから、停戦後のGHQによる報復は猖獗を極めた。帝國憲法は、安政五年に米、蘭、露、英、佛の五か國と順次締結した不平等條約である安政の假條約を改正して對等の關係を構築することを目指して、弱肉強食の國際社會に歩み出すために國內法體系の頂點の一つとして整へられたものであ

り、戦争が外交の究極の形態であることを認識してゐた。それゆゑ、戦争によつて國家を危殆に瀕する事態を想定し、この講和大權を規定したのであるから、規範國體を破壊せずに國家の同一性を喪失しない限度において、つまり、國體護持のために、規範國體に含まれない帝國憲法の通常の憲法規定を改廢できる權限を講和大權に授權したと解することができる。また、講和條約の内容に規範國體に牴觸する事項が含まれてをり、それを承諾する以外に國家存續のための選擇の餘地がないなどの極限状況である場合には、緊急避難的に一應これを締結した上で、事後において規範國體に牴觸する部分を廢止（排除）させる復元措置を採るべき憲法上の義務を課したものと理解できるのである。

また、條約は、講和條約であると一般條約であるとを問はず、外國との「契約」であるから、その效力は、國際系のみにとどまらず、國內系にも跨つた存在であることを豫定してゐる。この點が、國內だけの「單獨行爲」としてなされる國內系の憲法、法律などの規範と根本的に異なる。さらに、條約は、前述したとほり、原則として國內法秩序への編入措置が必要であるが、例外的に、その内容と性質によつては、そのまま國內系において直接に及ぼす場合もありうる。

さらに、前述のとほり、憲法と條約はいずれが優位かとの議論があるのと同様に、條約と法律はいずれが優位かといふ條約優位説と法律優位説との議論もある。帝國憲法では、帝國議會の協贊を必要とする法律の方が、それを必要としない條約よりも規範定立手續が嚴格であることからして、法律が優位とする見解もあつたが、天皇大權の序列から考察すると、むしろ、條約優位説が正しいと思はれる。すなはち、廣義の條約大權（講和大權、一般條約大權）は、帝國議會に協贊の權限によつて制約された法律大權とは異なり、帝國議會の協贊といふ制約がない大權であるから、廣義の條約大權の方が法律大權よりも優位であると解されるためである。

以上のことから、これらの關係について、國內系規範の段階的な階層構造を不等式で表示すれば、

規範國體（明治典範を含む正統典範と帝國憲法を含む正統憲法の根本規範部分）>  
講和大權 ≥ 講和條約群（ポツダム宣言、降伏文書、占領憲法、桑港條約）＝憲法慣

習法 ≧ 憲法改正權 ≧ 通常の憲法規定部分 > 條約大權 ≧ 一般條約 = 條約慣習法 > 法律  
≧ 緊急救令 > 政令その他の法令

といふ法體系の圖式となる。＝は同等同列の意味である。

## （新無効論の特徴その二）

第二の特徴は、「帝國憲法と占領憲法の關係について、舊無効論は、これらが同列の二者擇一關係（一元的關係）であるとするのに對し、新無効論は、これらが上下の包攝關係（二元的關係）であることを明らかにしたこと。」といふ點である。

これは、理論的には第一の特徴に含まれてゐるものであるが、新舊の無効論の相違をより鮮明に理解してもらふために注意的にこの點も特徴として指摘したものである。これは、法律的な觀點といふよりも、いささか情緒的で印象的な特徴である。

つまり、舊無効論においては、帝國憲法をとるか、占領憲法をとるか、いずれかの二者擇一の一元的處理で結論を出して一切の決着をつけたいといふ心情が強い。占領憲法を不倶戴天の敵とするのである。

これに對し、新無効論は、憲法として認めるか否かについては同じ心情に立ち、二者擇一で決着を付けることには人後に落ちないが、憲法としては無効である占領憲法を別の地位と待遇で正式に受け入れてやらうといふことである。これは、決して、同情でも節度のない寛容でもない。大げさに言ふつもりはないが、これは然諾を重んずといふ武士道の發露に似た心情である。

確かに、後述するとほり、舊無効論でも、「占領憲法は占領管理法に過ぎない」といふ「法律說」の見解もあるが、それは、どちらかと云へば、正式な法律としての地位ではなく、「法律もどき」と揶揄して引かれ者のやうな待遇をして扱つてゐる。會社の場合を例にとれば、舊無効論は、「占領憲法」といふ名の人物を「代表取締役」の地位として迎へることはできないし、單なる「平取締役」としても、さらには正式の「社員」（従業員）としても認められないとする。少し寛容な考へになつたとしても、役員待遇といふか、準役員と云ふやうな顧問か

オブザーバーのやうな程度なら暫定的に認めてやろうといふところである。そして、その暫定的な地位については、會社の創立記念日には失効したり、出て行けとか、辞めろと言ひ渡されたら出て行かねばならない。しかし、これには、他の役員や社員などは黙つてはゐない。占領憲法といふ名の人物がこれまでやつてきた仕事や社員の採用などはどうなるのか、といふ批判である。これが後で詳しく述べることになる法的安定性についての疑問と不安である。

しかし、それに對し、新無効論は、代表取締役として認めないのは當然としても、正式に「平取締役」として認めようといふのである。しかし、外國人の取締役であることから、在留資格の關係や、何らかの理由で國外追放になる場合はその地位を失ふが、取締役はあくまでも取締役であり、會社の決まり事には必ず従つてもらふ。明確にその地位を認める代はりに、その地位と序列を認識してもらふことである。

それゆゑ、新無効論とは、その意味では「新有効論」（限界有効論）であり、無効論と有効論といふ素朴で單純な分類では區分しにくい見解であるといふ「特徴」があるといふことになる。

### （新無効論の特徴その三）

第三の特徴は、「ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印によつて獨立を喪失し、桑港條約の締結によつて獨立を回復するまでの非獨立占領統治時代になされた行爲は、いづれも帝國憲法第十三條の講和大權に基づいて締結された一連の講和條約群であることを新無効論が明らかにしたこと。」である。

これは、ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印といふ「獨立喪失條約」によつて獨立を喪失し、桑港條約といふ「獨立回復條約」によつて獨立を回復するまでを一連のものを「講和條約群」と捉へ、その中間に位置するものとして、占領憲法といふ中間の講和條約が締結されたものと認識することである。

これを視覺的に説明すれば、非獨立占領統治の暗黒時代をトンネルに見立て、この「非獨立トンネル」の入口に獨立喪失條約といふ「入口條約」があり、出口に獨立回復條約といふ「出口條約」があるといふことであり、このことが後に述べる理由によつて、その中間に占領憲法といふ「中間條約」（東京條約）を位置

づけることができることになった。そして、このトンネル内の期間になされた一切の行爲は、占領憲法を含め、全てが一連の講和條約群（講和條約及び講和行爲の總體）であると認識できることとなつたのである。

#### （新無効論の特徴その四）

次に、第四の特徴は、「交戦權とは、宣戦大權、講和大權及び統帥大權が統合された權利であり、戦争状態の終結を約した桑港條約、日華平和條約、日ソ共同宣言、日中共同聲明といふ各講和條約の締結と日華平和條約の破棄は、いずれも帝國憲法第十三條に基づくものであつて、交戦權が認められない占領憲法に基づくものではないこと、そして、これによつて帝國憲法は各講和條約の締結時點においても實効性を有してをり、今もなほ現存してゐる反面、占領憲法には今もなほその實効性がないことを新無効論が明らかにしたこと。」である。

これは、帝國憲法の現存證明を果たしたといふ重要な意義を持つものである。これまで、占領憲法が無効であるか否かの議論に集中したものの、では、はたして帝國憲法は現存してゐると云へるのか、實効性を喪失してゐるのではないか、そして、占領憲法には實効性が備はつてゐるのではないか、との疑問に對し、舊無効論は全く答へてこなかつたが、新無効論は、これらに正面から答へたことになる。

有効論によると、桑港條約の締結は、帝國憲法から主權の委譲を受け、あるいは、その他の何らかの根據により成立した占領憲法下の政府によつてなされたのであるから、内閣の條約締結權を定めた占領憲法第七十三條第三號に基づくものであるとする。それゆゑ、帝國憲法第十三條の講和大權に基づくものであるとする新無効論の主張とは前提を異にするもので相容れないのではないかとこの疑問が生ずるのも無理からぬところである。

しかし、内閣の權限は、國家の有する權限の範圍内のものであつて、占領憲法の豫定する國家の權限には、講和條約の締結權限はない。有効論が根據とする内閣の條約締結權とは、平時における一般の條約に關するものを意味するのであつて、講和條約の締結權を意味しないのである。

なぜならば、占領憲法第九條第一項で戦争放棄を規定し、同條第二項後段に

は、「國の交戦權は、これを認めない。」とあるため、交戦權を有しない國家には、交戦（宣戦から講和まで）に關する一切の權限がないからである。

桑港條約第一條には、「日本國と各連合國との間の戦争状態は、第二十三條の定めるところによりこの條約が日本國と當該連合國との間に效力を生ずる日に終了する。連合國は、日本國及びその領水に對する日本國民の完全な主權を承認する。」として、同條約の效力發生日（昭和二十七年四月二十八日）までは、我が國には「完全な主權」がなく、隸屬状態（subject to）であり、未だ「戦争状態」にあつたのである。

「戦争状態」であるといふことは、戦争は終結してゐないといふことであつて、交戦權のない國家がその終結のための戦争講和をする權限もまた「交戦權」に含まれるのであるから、占領憲法を前提とすること自體に決定的な矛盾がある。また、戦争を放棄した國家が、桑港條約によつて戦争状態を肯定したことも大いなる矛盾である。

ところで、この「交戦權」の概念について、現在の議論では、廣義と狹義の區別があるとされる。廣義では、文字通り、「國家が戦争を行へる權利」であり、帝國憲法第十三條の宣戦大權らか講和大權に至るまでの一體的な權利であつて、いはば、戦争の初めから終はりまで（宣戦から講和まで）を支配するものである。また、狹義では、「戦時において交戦當事國に與へられる國際法上の諸權利（船舶の臨檢・拿捕、貨物の没収など）」であり、この區別は古典期の近代國際法以來の區別であつて、現在の國際法の用例では、交戦權（rights of belligerency）を狹義の意味として用ゐてゐるとの見解がある。

そして、政府のこれまでの見解は、占領憲法第九條第二項後段の「交戦權」は狹義の意味であるとする見解（狹義説）に立つてゐる。たとへば、昭和五十五年五月十五日の稻葉誠一衆議院議員の質問趣意書に對する答辯書における政府見解は、第九條第二項の交戦權とは、「戦いを交える權利という意味ではなく、交戦國が國際法上有する種々の權利の總稱」を言ふとされ、相手國領土の占領及び占領行政などを例示したのである。しかし、同條第一項の「戦争放棄」は戦争の事實及び權利の放棄（事實上の禁止と法律上の禁止）であつて、廣義の交戦權を放棄してゐると解釋されてきた。つまり、占領憲法第九條第二項の「交戦權」を廣義に解釋する見解（廣義説）はもちろんのこと、これを狹義に解釋する見解（狹

義説）であつても同條第一項により廣義の交戦権も放棄したとされるのであるから、いづれの見解によつても、占領憲法は、廣義の交戦権を放棄してゐることに變はりはないのである。

ましてや、放棄した「國權の發動たる戦争」といふのは、當然に「自衛戦争」を含むものである。自衛とは、國權の發動の最たるものであつて、假に、第九條第一項でこれが放棄されてゐないとする牽強附會の見解に立つたとしても、占領憲法は、聯合國に對する詫び證文（反省文）であり、その前文で大東亞戦争が「侵略戦争」であつたとして指彈するのであるから、侵略戦争であるとされる大東亞戦争の最終段階における交戦権の行使である講和ができるはずもない。「平和を愛する諸國民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。」（前文）のであるから、交戦権も自衛権も放棄したことになる。占領憲法が憲法として有効であるとの立場であれば、永久に講和はできず、そして獨立はできないことになるはずである。

このやうに、交戦権の意味について、政府や學者など多くの講釋師が登場してまことしやかな説明が試みられてゐるが、この用語は、昭和二十一年二月三日にマッカーサーがGHQ民政局（GS）へ『日本國憲法草案』（GHQ草案）の作成を指示した際に、その内容の骨子として示した『マッカーサー三原則（マッカーサー・ノート）』に「rights of belligerency（交戦権）」として初めて登場した「政治用語」であり、自衛戦争も一切認めないといふ徹底したもので、狹義説のやうな生やさしいものではない。つまり、占領憲法は、これを受けて、戦争を始め（宣戦権）、戦闘を遂行又は停止し（統帥権）、戦争を終結して講和を締結すること（講和権）に至るまでの一連の行爲を「交戦権」と規定したことに他ならないのである。

そして、占領憲法では、戦争を放棄し、この交戦権が認められてゐないにもかかわらず、その施行時には未だに「戦争状態」が終はつてゐなかつたことになるので、これは占領憲法の致命的な矛盾であり、その施行當初から憲法としての實効性がなかつたことになる。つまり、大東亞戦争を宣戦して戦闘を遂行し、ポツダム宣言を受諾し降伏文書に調印して停戦し、その結果獨立が奪はれて軍事占領に置かれ、その後に講和條約を締結して戦争状態を消滅させ獨立を回復するまでの一連の行爲は、帝國憲法の宣戦大權（第十三條）、統帥大權（第十一條）、講

和大權（第十三條）を根據とするものであつて、講和條約締結時においても、帝國憲法には憲法としての實効性があつたことになる。

ところで、國際法上、軍事占領下の非獨立國であつても例外的に獨立を回復するための講和條約を締結できるが、一般の條約は締結できない。もし、講和條約の締結についてのみ唯一この例外を認めないと、非獨立國は永久に獨立することができなくなる。非獨立國が締結する講和條約は常に無効（又は不成立）となり、桑港條約も無効となつて我が國は未だに獨立してゐないことになる。一般には、非獨立國は國家とは言へず、講和條約以外の一般條約を締結できる當事國能力がなく、條約を締結しうる主體とはなりえないからである。従つて、桑港條約の締結權を、獨立國であることを前提とするはずの占領憲法第七十三條第三號に求めることはできない。

ましてや、交戦權が否認された占領憲法では、獨立後と雖も交戦權行使の歸趨にかかる講和條約は締結できないのであるから、獨立前においては尚更のことである。占領憲法によつて内閣に附與された條約締結權は、國家がなしうる權限を越えて存在しえない。それゆゑ、交戦權の歸趨にかかる講和條約の締結を有効になしうるのは、帝國憲法第十三條以外にありえないのである。よつて、我が國は、帝國憲法下で獨立し、帝國憲法が最高規範たる憲法として今もなほ現存し、その下位法令として占領憲法といふ講和條約の性質を持つ法令（憲法慣習法）が存在するに過ぎないことが國法學的に證明されてゐることになる。

さらに、その他の戦争當事國であつた中華民國とソ連についても考察すると、まづ、我が國は、中華民國政府（臺灣）との間で、昭和二十七年四月二十八日、我が國が桑港條約の發効により「戦争状態」を終了させ獨立を回復させた七時間三十分前に、『日華平和條約』を調印してゐる。これも、嚴密には獨立回復前になされた講和條約である。そして、この日華平和條約の第一條にも「日本國と中華民國との間の戦争状態は、この條約が效力を生ずる日に終了する。」とあり、同年八月五日に發効して中華民國との戦争状態は終了した。しかし、日華平和條約は、昭和四十七年九月二十九日、田中角榮内閣による中共（中華人民共和國）との「日中復交」によつて破棄された。また、最後の戦争當事國であつたソ連との間でも、昭和三十一年十月十九日に『日ソ共同宣言』を調印し、その第一條にも「日本國とソヴィエト社會主義共和國連邦との間の戦争状態は、この宣言が効



力を生ずる日に終了し、兩國の間に平和及び友好善隣關係が回復される。」とあり、同年十二月十二日の發効によりソ連との戦争状態は終了した。

なほ、日華平和條約の破棄の前提となつた同日に締結した中共との『日中共同聲明』においても、その前文で「戦争状態の終結」を謳ひ、第一條で「日本國と中華人民共和國との間のこれまでの不正常的な状態は、この共同聲明が發出される日に終了する。」とした。中共は、ポツダム宣言受諾後である昭和二十四年の建國であるから、大東亞戦争の戦争當事國ではないとしても、支那事變で戦闘状態となつてゐた八路軍（中國共產黨軍）が建國中樞となつた國家であるから、それとの戦争状態（戦闘状態）の終結も必要であつた。そして、この戦闘状態（不正常的な状態）の終結を爲すことも、講和大權の發動であるから、交戦權のない占領憲法では不可能であり、これも帝國憲法に基づくことになる。

つまり、戦争状態を終了させる講和條約を締結する行爲とその講和條約を破棄して戦争状態を復活させる行爲は、いづれも帝國憲法の講和大權に基づくものであるから、帝國憲法の實効性は、日華平和條約の破棄と日中共同聲明がなされた昭和四十七年九月二十九日の時點でもその存在が客觀的に證明されてゐる。そして、その反射的效果として、その時點でも占領憲法には實効性がなかつたことが證明されてゐるのである。

このやうに、占領憲法は施行當初から「戦争状態」のまま成立し、しかも、昭和二十五年七月八日に、警察豫備隊七萬五千人の創設と海上保安員八千人増員を命じたマッカーサー指令に始まつて、同年十月十七日には朝鮮戦争の戦闘地域に特別掃海隊を極秘のうちに派遣して日米共同軍事作戰に参加して参戦し、戦死者一名も出した上、警察豫備隊から保安隊、そして自衛隊へと改組された軍隊が存在するといふことである。なほ、占領憲法が憲法として有效ならば、自衛隊は違憲であるが、新無効論では、帝國憲法に照らして合憲の存在である。

さらに附言するに、桑港條約の締結について、一部講和か全面講和かが争はれ、一部講和といふ選擇がなされた點は政治的には正しかつた。しかし、これを憲法學的にみれば、占領憲法が憲法として有效である立場からすると、桑港條約は一部講和であるので、桑港條約は明らかに違憲となる。なぜならば、一部の戦争當事國と講和するといふことは、殘部の戦争當事國とは講和しないといふ國家行爲であつて、その限度で戦争状態を繼續するといふ不作爲の國家行爲（戦争繼

續行爲）がなされることであるから、「交戦権の行使」に該当し違憲となるからである。戦争を終結させることは、その外交交渉も含めて交戦権の行使である。戦争を終結するのはあくまでも結果論であつて、その外交交渉の過程は戦争状態の繼續である。外交交渉が決裂すれば、戦争状態が繼續したままである。それゆゑ、桑港條約によつて一部講和が實現したといふ結果論を以て、桑港條約の締結は「交戦権の行使」に該当しないといふのは詭辯以外の何ものでもない。假に、このやうな詭辯的見解に立つたとしても、一部講和の桑港條約を締結することは、これによつて講和しない交戦國（たとへばソ連など）と戦争状態を繼續させる行爲となつて明らかに違憲であり、我が國は、「憲法に違反して獨立した」といふ忌まはしい國辱の歴史を刻んだといふことになつてしまふ。有効論者はそこまで言ひ切る覺悟があるのか。

以上からして、やはり占領憲法には憲法としての實効性がなく、帝國憲法に實効性がいまもなほ存續してゐることが明らかになつてくるのである。

#### （新無効論の特徴その五）

第五の特徴は、「占領統治下におけるポツダム緊急敕令及びこれに基づくポツダム命令の法的意義と效力に關して、新無効論のみが最高裁判所の判例と整合性を有する唯一の見解であることを明らかにしたこと。」である。

ポツダム緊急敕令及びポツダム命令について、最高裁判所は、占領下の昭和二十三年六月二十三日の大法廷判決において「まことに已むことを得ないところであつて、これを目して舊憲法第八條所定の要件を逸脱したものと言うことはできない。」として、新舊いずれの憲法においても有効であると判示し、さらに、獨立回復後の昭和二十八年四月八日大法廷判決において「日本國憲法にかかわりなく憲法外において法的效力を有するものと認めなければならない。」とし、さらに、「聯合國最高司令官の意思表示が要求であるか又は單なる勸告又は示唆に止まるものであるかは、その意思表示が文書を以てなされたか口頭によつてなされたか、或は指令、覺書、書簡等如何なる名義を以てなされたかというような形式によつて判定さるべきではなく、意思表示の全體の趣旨を解釋して實質的に判斷されなければならない。」と判示した。また、占領憲法の無効確認を求めた訴訟

について、最高裁判所昭和五十五年五月六日第三小法廷判決は、「裁判所の有する司法権は、憲法七十六條の規定によるものであるから、裁判所は、右規定を含む憲法全體の效力について裁判する権限を有しない。」と説示した。

結論を言へば、占領憲法によつて設置された機關である最高裁判所のこれらの判断は、有効論や舊無効論の見解と整合性を有しないことになる。

ポツダム緊急敕令等が「新舊いづれの憲法においても有効」であり、「日本國憲法にかかわりなく憲法外において法的效力を有する」といふことは、少なくとも帝國憲法は、占領憲法施行後も併存して法的效力があり、しかも、それは「（占領）憲法外（である帝國憲法）において法的效力を有する」ことになる。「新舊いづれの憲法においても有効」といふことは、帝國憲法と占領憲法との「同時存在」を肯定したことであり、かつ、ポツダム緊急敕令等は、舊憲法第八條所定の要件を逸脱せず「まことに已むことを得ないところ」であつて、「聯合國最高司令官の・・・意思表示の全體の趣旨を解釋して實質的に判断」して有効であるとしたのであるから、緊急敕令等は帝國憲法のみがその存在根據を與へ、しかも占領憲法と併存するとしたことを意味する。

さうであれば、帝國憲法と占領憲法とが不俱戴天の二者擇一の關係にあり、占領憲法のみが最高規範としての憲法の效力を有するとする「有効論」も、これらの判例との整合性を缺くことになる。また、同様に、最高裁判所が占領憲法の效力を認めてゐる限度においては、舊無効論とも整合性はない。それゆゑ、論理必然的に、最高裁判所の確定判例と整合性を有する唯一の見解は新無効論以外はありえないといふことに歸結するのである。

そもそも、占領下でなされたGHQの直接的な指令やポツダム緊急敕令等による間接的な指令によつてなされた一切の占領統治政策は、悉く占領憲法の規定からしても容認できないものばかりである。檢閲、公職追放、政治的意思形成の制限、言論統制、労働運動の制約など枚舉に暇がない。中でも、農地改革や財閥解體などは、明らかに共產化政策による弱體化政策であることは多言を要しない。これらは、帝國憲法においては、講和の條件を履行し、早期に獨立回復を實現するためにやむを得ない措置として容認できても、占領憲法では、決してこれらは容認できず、過去に遡つて原状回復措置がなされるべきといふ結論に至るはずである。占領憲法の有効論者が誰一人として、農地改革や財閥解體などが占領憲法

に違反することを主張して、その原状回復を求めないのは、明らかな矛盾である。占領憲法に違反する状態が放置されてゐること自体が、そもそも占領憲法には実効性がないことを自認したことの証明に他ならない。

すなはち、帝國憲法と占領憲法とは、私有財産制の制度保障を規定する点において共通するものの、その趣旨と規定内容を異にしてゐるからである。帝國憲法第二十七條第一項では「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ」とし、占領憲法第二十九條第一項では「財産權は、これを侵してはならない。」として、いづれも制度的保障を謳ふ点においては共通してゐる。しかし、帝國憲法では、第二十七條第二項で、「公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」とするのに対し、占領憲法では、第二十九條第二項で「財産權の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」とし、同第三項で「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」と定めてゐる点に重大な差異が生じてゐる。つまり、帝國憲法では有償か無償かを問はず「公益目的處分」が可能であり、その處分によつて取得された財産の利用と處分については制限がないのに対し、占領憲法では、法律によつても公益目的處分をすることができず、かつ、「有償」で収用することが義務付けられ、しかも、その利用と處分については、第八十九條と相俟つて「公共性」といふ制約があるからである。

これを踏まへて、農地解放と財閥解體を検討すると、これらはいづれも帝國憲法においては、講和獨立の早期締結のために、過渡的な講和條件を履行するためのもので有効であると解釋しえても、占領憲法では、農地解放も財閥解體も到底容認しえないものである。地主から農地を収奪して小作農に譲渡し、あるいは財閥を解體してその支配財産を没収し他に分與するなどは、政策上の「公益性」があるとしても、「公共性」は全くない。「公共利用」といふ制約からすれば、その収奪された財産權は國か自治體に歸屬させて國營、公營で運用されなければ占領憲法に明らかに違反することになる。それゆゑ、占領憲法が最高規範としての憲法として有効であるとする「有効論」では、この明白な違憲状態を直ちに原状回復させなければ、占領憲法の実効性がないことを認めることになるのである。

（新無効論の特徴その六）

第六の特徴は、「新無効論は、帝國憲法第七十五條を基軸として、占領憲法が憲法として無効であることを理由付け、同時に、明治典範廢止の無効、占領典範の制定の無効を明らかにしたこと。」である。

これは、すでに述べたとほりであるが、附言すれば、舊無効論は、帝國憲法第七十五條違反を根據とせず、主としてヘーグ條約違反を主張してきた。ただし、井上孚麿は、帝國憲法第七十五條について言及したものの、それを無効論の獨立した理由の一つとして挙げなかった。また、小山常実は近著において、これを主張するに至った。

このやうに、舊無効論の中でも、帝國憲法第七十五條を主張する論者も居たが、これまで有効論が無効論を批判してきたのは、主としてヘーグ條約違反の點に集中してゐた。もし、舊無効論が帝國憲法第七十五條を基軸として論旨を展開してきたといふのであれば、有効論がヘーグ條約違反の點や帝國憲法第七十三條違反の點についてのみ無効論を批判するのは的外れである旨の再反論をすべきであつたのに、それがこれまで全くなされてゐなかつた。このことは、やはり、帝國憲法第七十五條違反を基軸とする意識に缺けてゐたと云はざるをえないのである。

そもそも、ヘーグ條約違反を犯したのはGHQであり、我が國ではない。それゆゑ、占領憲法が講和條約でないとすれば、國內的な立法行為であり、對外的には「單獨行為」といふことになる。そして、それがヘーグ條約違反を犯したGHQの強迫によるものであるから、舊無効論としては、國內的立法行為（單獨行為）における意思の欠缺で無効ないしは瑕疵ある意思表示として取消しうるのであらうが（民法第九十八條參照）、このヘーグ條約違反を理由とするだけでは、占領憲法の無効理由を根據付けることはできない。

ケルゼンの言ふとほり、法規の效力的序列において、憲法と條約とのいずれが優先する（上位にある）のかといふ點については、憲法優位説が通説であるから、下位のヘーグ條約に違反するとの事由によつて、どうして上位の帝國憲法が無効になるのかといふ點について説明しえない致命的な缺點が舊無効論にはある。この缺點を回避しようとするれば、條約優位説に依らざるを得ない。しかし、「世界國家連邦」が實現してゐない現在の國際社會にあつては、當然に主權國家

の獨立と安全とが維持されなければならない、國際協調のために努力することは國家の責務でもあるが、國家の存立基盤は、その憲法の根本規範であるから、たとへ「確立された國際法規」であつても、根本規範の部分より優位となることはありえない。ましてや、帝國憲法第十三條の講和大權ではなく、同じ條文で並列的に定められた一般條約大權に基づき、獨立時の平和状態に平穩に締結された一般條約たるヘーグ條約が憲法規範よりも優位とするのは、帝國憲法の解釋からしてもあり得ないし、そのやうに解することは法の自殺行爲であつて法秩序の混亂を來すことになる。つまり、占領憲法の制定（帝國憲法の改正）が、變局時ではない通常時に帝國憲法第十三條の一般條約大權に基づいて締結したヘーグ條約に違反するとしても、それがどうして上位規範である帝國憲法の改正までを無効とすることになるのかといふ疑問である。憲法よりも條約の方が效力において優位するとの條約優位説を採るか、あるいは、ヘーグ條約が憲法と同等の地位にあるとしなければ、この結論は導き出せないのである。

また、舊無効論は、帝國憲法第七十五條を明確な根據としてこなかつたので、新無効論のやうに、明治典範廢止の無効、占領典範制定の無効を導き出すことが、これまでできなかつたのである。

#### （新無効論の特徴その七）

第七の特徴は、「新無効論は、帝國憲法第七十六條第一項は、『無効規範の轉換』の法理を示す評價規範であることを明らかにし、これによつて、占領憲法は帝國憲法第十三條に基づく講和條約（東京條約）として評價され、一連の講和條約群の中間に位置するものであるとしたこと。」である。

帝國憲法第七十六條第一項は、「法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用ヰタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」と規定する。この規定の性質について、これを「有効解釋の原則」を規定したものとの見解がある。立法者の意志を尊重して、不備や輕微な違反があつたとしても、できるかぎり有効と解釋せよとの原則のことである。これも評價規範の作用に屬するものではない。成立要件である行爲規範の基準とは別個に、有効か無効かを評價する

といふものであつて、「初めに結論ありき」の方便のためのものではない。

あくまでも、「此ノ憲法（ノ趣旨）ニ矛盾セサル」ことを要件として、それが満たされれば「遵由ノ效力」があるといふことである。成立手續に輕微な違法があつても、憲法に矛盾しないといふことは、成立要件に違反して無効となる「成立違法」ではなく、事後的な評價としての效力要件に違反して無効となる「評價違法」のことである。

前にも述べたが、ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印については、政府の國內手續においてはこれを「條約」としては扱つてゐなかつたし、關東大震災のときも樞密院の諮詢を経ずに緊急敕令が発令されたことがあつた。しかし、これらは、成立違法を招くが、國家緊急時のことでもあり「此ノ憲法（ノ趣旨）ニ矛盾セサル」場合であるから、評價違法とはならないのである。

帝國憲法第七十六條第一項において、「何等ノ名稱ヲ用ヰタルニ拘ラス」とされてゐる點は、およそ規範定立行爲において、法形式に「違式の過誤」がありうることを豫測してゐるからである。ここで「違式」とは、本來あるべき法形式に違背するといふ意味であつて、「法律」で定める事項（法律事項）を「命令」の名稱を用ゐて命令として定めたり、「講和條約」として定める事項（講和條約事項）を「憲法」の名稱を用ゐて憲法として定めたりすることなどを想定してゐる。

そして、この規定の解釋としては、假に、形式的には「憲法ニ矛盾セサル」場合であつても、その實質が規範國體を害するなど「憲法（ノ趣旨）ニ矛盾」する場合は無効であり、「遵由ノ效力」はないとすることにある。また、この規定の論理解釋としては、「此ノ憲法（ノ趣旨）ニ矛盾」するものは「遵由ノ效力」がなく、遵守義務はないといふことになる。そして、それにとどまらず、規範國體の復元力として、規範國體と矛盾相克した規範を排除して本來の憲法秩序に復元させるべき名譽ある義務を我々は負ひ、その崇高な權利（祖國防衛權）を行使しうるのである。

ところで、「何等ノ名稱ヲ用ヰタルニ拘ラス」とあるのは、規範は形式名稱によつて階層構造上の序列が定まるのではなく、その内容等の實質に即して序列が決定されるといふことでもある。憲法として無効な占領憲法が東京條約（講和條約）に轉換することの實質的な理由については後述するが、この規定は、その法

形式の序列においては無効とされた規範が、その名称とは異なる序列の法形式の規範として有効であると評価しうるときは、その異式の規範をその限度で有効と評価してその效力を認めるとの「無効規範の轉換」の法理を示すものである。

（新無効論の特徴その八）

第八の特徴は、「新無効論は、承認必謹論による無効論批判を回避し、『有効の推定』とか『不遡及無効』などといふ矛盾した論理を用ゐずに、法的安定性を維持できることを明らかにしたこと。」である。

まづ、承認必謹とは、『日本書紀』にある、聖徳太子が作り賜ふた憲法十七條の「三に曰く、詔を承りては必ず謹め。」といふものであり、規範國體に屬するものであるから、先帝陛下が上諭を以て公布された占領憲法を否定する無効論は、承認必謹に悖るとの主張である。この見解の矛盾と誤りについては後述するが、この批判は、主に舊無効論に向けられることはあつても、新無効論に対しては筋違ひである。

帝國憲法第七十六條第一項は、別の視点から見れば、教條的な承認必謹論を排除した規定でもあり、後に述べるとほり、これに基づいて構築した講和條約説

（新無効論）は、まさに立憲主義憲法として欽定された帝國憲法による承認必謹を誠實に遵守した見解である。占領憲法は憲法としては無効であるが、講和條約として有効であるとするのは、まさにこの規定に基づくもので、これが欽定憲法であることからして承認必謹に悖るものではない。むしろ、承認必謹の具體的態様は、この規定によつてゐるのである。

また、一部の舊無効論によると、占領憲法は、公布された規範であるから、公定力があるので、國會で無効確認決議をするまでは「有効の推定」を受け、その決議は將來に向かつてのみ占領憲法が無効となるだけで、制定時ないしは施行時にまで遡及しないと云ふ「公信力の原理」に基づいて「不遡及無効」を主張する見解がある（井上孚麿、小山常実）。しかも、公法關係においては、無効化することによつて影響を受ける第三者が多数によることから、無効確認の效力は不遡及であることが當然であるとする。これは、法的安定性を害するとの批判を意識したものと思はれるが、はたして不遡及は當然であると云へるのであらうか。



確かに、現行制度では、行政処分等の取消によつて生ずる混亂を回避して法的安定性を保護するために、行政事件訴訟法第三十一條には、いはゆる事情判決の法理を定めた規定があり、これ以外にも、裁量棄却判決の制度（會社法第八百三十一條第二項、中小企業等協同組合法第五十四條など）も同趣旨のものとして存在する。對世効（訴訟當事者以外の利害關係者にも判決効が及ぶこと）があるとされる場合、無効判決の効力は將來に向かつて生じ、遡及効がないとすることについての特別の規定が設けられてゐる。これらは、遡及効のない「失效」または「破棄」の變形であり、「違法であるが有効である」とか、「將來に向かつて無効である」とするもので、將來に向かつて違法であること（實質には失效すること）を宣言すること、つまり「違法宣言」をすることが義務付けられてゐる。しかし、これは、そのやうな明文規定があつて初めて「特例」として適用されるものであり、そのやうな特例を定めたものがないのに、無條件でこの「有効の推定」、「一應有効」、「公信力の原理」、「公定力の原理」なるものを安易に一人歩きさせることはできないのである。現に、公職選舉法第二百十九條第一項は、選舉關係訴訟について、行政事件訴訟法第三十一條を準用せず、選舉無効に遡及効を認めてゐるのであつて、法的安定性を維持すべき要請が絶對普遍なものでないことを示してゐるのである。

ましてや、公序良俗違反（民法第九十條）による無効は絶對的であり、當然に遡及効がある。私法の領域における公序良俗違反が絶對無効である理由は、まさにそれを容認することが公法の領域における憲法規範の秩序をも破壊するからである。不條理を認めないことも規範國體の當然の内容である。ましてや、その憲法秩序自體を破壊するのは、公序良俗違反以上に著しい違法性があり、遡及的無効が認められることは當然のことである。

もし、占領憲法無効論がこのやうな安易な不遡及無効といふ論理に依據するのであれば、これはそもそも無効論ではない。無効確認決議がなされるまでは「有効」であり、その決議がなされれば將來に向かつて無効となるといふのであれば、それは單なる失效論（廢止決議を求める立法論的見解）である。菅原裕もそのやうな主張をしてゐたが、それは、あくまで無効論のうちの「法律失效説」であつた。しかし、井上孚麿、小山常実の見解は、「憲法失效論」であり、およそ實際には存在しないと判斷してゐた「後發的無効論」に分類されることになる。

ところが、これらの論者は、占領憲法は占領管理「法」であるとも主張し、それが菅原説と同様なのかも不明で、しかも菅原説の場合と同様に、どうして「法律」なのかの根拠を示さないので正確な判断と批判ができない。

また、そもそも、有効の推定を受けるとしても、無効確認決議がなされれば、それまでの有効の推定が覆つて、当初から無効となるのが本来であるのに、どうして無効確認決議がなされた以後も「有効の推定」が存続するのか。といふよりも、無効確認決議がなされれば、それまで「有効の推定」にすぎなかつた過去の実行が、どうして「有効なものとして確定」してしまふのか。無効確認決議がなされると、どうして過去の実行の効力が覆らないのかといふ疑問について全く説明がなされてゐないのである。

むしろ、占領憲法が憲法として無効であることを根拠付ける、これほどまで多くの事実が存在するのであれば、「有効の推定」ではなく、「無効の推定」がなされるべきであり、刑事被告人における「無罪の推定」と同様、有効であることを主張する側がその立証責任を負担すべきものと解されるべきである。

舊無効論であれば、占領憲法が無効となつたことによつて、これまでの法令、行政処分、判決等の司法処分が遡及的に覆滅して大混乱を生ずるのではないかとの法的安定性への重大な疑問と不安に對し、明確な回答と安心を與へることはできない。このやうな不明確な説明しかできないことによつて、舊無効論への猜疑がより深まつてしまふ。その疑問と不安を払拭できるのは、新無効論しかないのである。

#### 第四章 有効論

##### （有効論の分類）

占領憲法の效力論において、これが有効とする有効論には、大別して二つある。一つは、占領憲法の制定時または施行時から有効とする「始源的有効論」と、制定時または施行時は無効であつたが、その後には有効となつたとする「後發的有效論」とがある。

そして、始源的有効論には、改正無限界説、八月革命説に代表される革命有効

説、條約優位説、正當性説、承認必謹説などがあり、後發的有效論には、追認有效説、法定追認有效説、既成事實有效説、定着有效説、時效有效説などがある。

(後發的有效論)

では、初めに、先に後發的有效論について検討する。この見解は、制定時または施行時には無効であるとする點で、無効論を前提として立論されてゐるため、その後の事情がどのやうに効力的に影響するのかについて検討すればよく、それが否定されれば、そのことはむしろ無効論の補強となるといふ關係にあるからである。

まづ、後發的有效論の代表的な見解として、民法第二百二十四條第一項にあるやうに、無効とされる「原因タル情況（状況）」が終了した時期（追認をなしうる時期）以後に、憲法制定行為と同様の要件に基づいて立法的追認がなされることを契機として有効になるとする見解（追認有效説）がある。また、この變形として、民法第二百五條の法定追認の規定を借用し、立法的追認がなされなくとも、追認をなしうる時期以後に、占領憲法が存在してゐることを前提として、それを踏まへた更なる立法行為や行政行為などの國家の行為がなされたときは、追認したものと看做すといふ見解（法定追認有效説）もある。

しかし、「無効行為の追認」（無効規範の追認）については法定追認の制度自体がないので、法定追認有效説では、「取消すべき行為の追認」（瑕疵はあるが無効ではない規範の追認）の場合に限定されることになると思はれるが、追認有效説と法定追認有效説では、「取消すべき行為の追認」とするのか「無効行為の追認」とするのかについて明確ではない。

いづれにしても、これらの見解の骨子としては、占領憲法が憲法として無効であつても、將來に向かつて憲法としての適格性があることを前提として追認又はこれに準ずる行為がなされれば、以後は憲法として有効となるとする論理であるが、以下、これとこれに類似する言説の矛盾について述べる。

この追認有效説とその變形した類似的な見解は多く、六十年も占領憲法が施行されてきたから、假に無効であつても、その後に占領憲法に基づく法律が制定されてきたといふ「既成事實」が形成され、その事實を以て有効の根據とする見解

（既成事實有効説）、世論調査などからして占領憲法が國民の意識の中に國民の憲法として「定着」したことを有効の根據とする見解（定着有効説）、さらには、「時効の國體」を逆手にとつた烏滸（おこ）の至りともいふべき「似非時効」を根據とする見解（時効有効説）などがある。

これらの見解は、占領憲法は始源的（制定時）には瑕疵（無効を含む）はあつたが、後發的（事後的）には確定的に有効となつたとするものであつて、その意味では後發的有效論であり、ポツダム宣言の受諾を以て革命と評價しそれに有効性の根據を求める見解（革命有効説）、「承諾必謹」により先帝陛下の上諭による「公布」を有効の根據とする見解（承諾必謹説）などの始源的有效論とは異なるものの、これら後發的有效論に共通するものは、その裏付けとして、イエリネックの「事實の規範力」の理論を援用する點にある。

しかし、「事實の規範力」とは、法が守備範圍としてゐなかつた領域において、当初から違法性の意識がなく形成された事實たる慣習が法たる慣習（慣習法）となる成立過程の説明には適しても、それ以外の異質な事象と領域について適用させることは、甚だ無理があり單なる虚構にすぎない。法の「效力要件」における「妥當性」と「實効性」の二つの要素において、そもそも違法に行使された實力（暴力）が反復繼續してきたとする「事實」は、假に、事實的要素としての「實効性」を満たしたとしても、價值的要素としての「妥當性」を満たすものではなく、その「效力」としては常に無効である。違法な實力の行使による事實の反復繼續に法創造の原動力を認めることは、事實と規範、存在と當爲を混同し、「暴力は正義なり」を認めることとなり、社會全體の規範意識を消失させて法秩序は破壊される。つまるところ、後發的有效論といふのは、「追認」とか「時効」とかの巧みな言葉を驅使して、結論的には「革命」と言ひ換へた「暴力」を受け入れて禮贊することに他ならない。

古今東西を問はず古來から殺人、賣春、賄賂、政府權力による人權彈壓などの不正行爲は繼續反復されて存在してきたし、不幸なことに將來も反復繼續するであらう。しかし、この反復繼續する「事實」を以て法創造の規範力を認め、殺人、賣春、賄賂、政府權力による人權彈壓などを正當であると許容する「法」が創造されたとして合法化することは法の自己否定となる。「赤信號、みんなで渡れば怖くない。」といふ諧謔があるが、これは「怖い」といふ「違法性の意識」

を群集心理で鈍麻させようとする「不道德」を説くものであつて、「赤信號、みんなで渡れば青（信號）になる。」といふ「違法性の消滅」を意味するものではない。ところが、有効論の説く「事實の規範力」の援用は、その本來の守備範圍を逸脱して「違法性の消滅」を説き、法の破壊につながる牽強附會の禁じ手を用ゐたことになる。これは法律學の自殺行爲であり、これを主張するものは法律學者としての資質を疑はざるを得ない。

そもそも、「事實の規範力」の理論といふのは、法定追認有効説の亞流にすぎない不完全な假説である。效力要件要素のうち、妥當性を輕視（無視）して、實効性だけで效力論を組み立てたものであり、事實の集積だけで實効性が具備することにより、法の效力が認められるとするのである。

つまり、ここには、どのような事實の集積があれば、どのような規範性を持つのかといふ分析がない。追認しうる適格があるのか、追認をなす權限を有する機關がどこなのか、追認しうる時期がいつなのか、といふ區分とその分析もなく、事實が集積すれば單純に規範となるといふやうな亂暴な論理に陥り、法の破壊を招くことになる。

ともあれ、後發的有效論のうち、追認有効説及び法定追認有効説以外の見解は、時間の經過などの「事實」を主な根據とするのに對し、追認有効説及び法定追認有効説は、追認又はこれに準ずるなんらかの國家行爲ないしは立法行爲の存在を根據とする點に相違があるので、追認有効説と法定追認有効説について、もう一度整理して述べてみたい。

そもそも、占領憲法の追認がなされたといふためには、改めて天皇の改正發議と同様に追認のための發議がなされることから始まつて、帝國憲法の改正手續に準じて「天皇」、「樞密院」及び「帝國議會」その他の國家機關が、その改正手續と同様の手續と要件に基づいて、發議、審議、議決、公布が適正になされることが必要である。しかし、少なくとも樞密院や帝國議會が缺損状態で機能停止してゐる状況下では、帝國憲法下の帝國議會とはその存在根據を異にし、かつ、帝國議會とは利害相反關係となる占領憲法下の「國會」がそのまま帝國議會の代用機關とはなりえない。假に、國會が獨自に事後承認（追認）の議決をしたとしても、帝國憲法第七十三條に準じた手續とはほど遠いもので、これを以て立法的追認とすることは到底できないのである。

平易に言へば、泥棒の被害者がその泥棒が盗んだ品物を返還しなくてもよいとして事後に所有權を譲渡して宥恕することによつて泥棒はその品物を正式に自己の所有とすることができるが、被害者は何も言はないのに、泥棒自身が「これは俺の物だ」と勝手に宣言したとしても、決してその品物は泥棒の所有とはならないことは誰でも解る。この「泥棒」が占領憲法下の「國會」であり、その「被害者」が帝國憲法下の「天皇」と「帝國議會」などである。この泥棒の國會については、占領憲法第四十一條により「國會は、國權の最高機關」であるとして自畫自賛するものの、未だに氣恥ずかしいのか、泥棒の國會において、改正手續と同様の審理を経た上で「占領憲法は有效である」との有効確認決議（泥棒の所有宣言）すら現在に至るも未だになされてゐない。つまり、追認有效説が有効の根據とする立法的追認ないしはそれに準じた立法行為それ自體が存在しないので、この説はそもそも成り立ちえないのである。

また、「公序良俗」に違反する行為を追認することはできない。なぜならば、この追認を認めることは公序良俗違反を無効とした意味がなくなり、結果的には、公序良俗違反を許してしまふことになるからである。これと同じやうに、公序良俗違反以上の違法性がある帝國憲法違反の行為を追認しえないことは當然のことであつて、追認有效説は論理において當初から破綻してゐる。

これらのことは、法定追認有效説についても同様であり、しかも、法定追認有效説の場合は、一體どのような事實を以て法定追認と判断しうるかといふ要件論において行き詰まる。これは、「事實の規範力論」や「憲法の變遷論」と同類の見解であり、法定追認と云ひうるための要件の構築、それに該当しうる事實の認定、評價の基準などについて百家争鳴の隘路に迷ひ込み、擧げ句の果てに結論に到達できない慘めな代物なのである。

#### （原状回復論）

また、追認がなされるためには、原状回復がなされた上でなければならない。これは、民法第二百二十四條第一項にあるやうに、「原因タル情況（状況）」が終了した後でなければ追認できないとする規定に現れてゐるとほり、追認の要件と時期において當然に認められた法理である。つまり、暴力によつて形成された法

秩序から解放され、原状に回復してから新たに出発しなければならないのである。ここでいふ「暴力」とは、大東亞戦争遂行における「戦争行為」を指すのではなく、その後になされた軍事的な「占領行為」を指す。完全武装解除によつて丸裸にされたことを奇貨として、完全軍事占領下でなされた様々な有形無形の暴力と強迫によつて、天皇と臣民全體が拉致され、捕虜となり、身體的、精神的、文化的、政治的、經濟的などの虐待がなされたことを意味する。しかも、占領状態が事實面において終了したとしても、法律面においては、占領下に強制された法制度が未だに效力を有してゐる限り、その法制度に拘束されてゐる状況が繼續してゐるので、「原因タル情况（状況）」が終了したことにはならない。「事實的占領状態」は終了しても、「法的占領状態」は繼續してゐるのである。その暴力が集約された最も鞏固なものが、占領典範と占領憲法なのである。

この原状回復といふ原則は、まさに北朝鮮による拉致事件でも適用された。ところが、金正日體制やその走狗となつた内外の賣國奴は、次のやうな「拉致繼續論」とでもいふべき便宜主義を唱へる。それは、早期解決のためには、理不盡ながらも北朝鮮の犯罪行為を一旦は黙認して拉致被害者を現政權下の北朝鮮へ戻して拉致状態を繼續し、その状況下で彼らの自由意思で永住歸國をするか否かを決断させるべきである、と。

しかし、これに従へば、拉致の事實關係が完全に迷宮入りしてこの問題が永久に解決不能となることが必至である。これは、そのことが全ての拉致被害者の救出によつて絶望的な事態になることを知りながら、輕薄な人權論などを振り回し、眞相を知らない素振りをする私曲の言説である。

そもそも、拉致は犯罪であるから、拉致被害者を奪還した後に再び犯罪地（拉致監禁場所）へと戻すといふ行為は、再度犯罪を繼續させることであつて到底認めることはできない。假に、拉致被害者が強くそのことを望んでも、二十數年間にわたつて強迫觀念を植ゑ付けられた拉致被害者の「自由意思」なるものは單なる「幻想」に過ぎず、拉致被害者の出國を拒否し、拉致状態の繼續を否定することは拉致被害者らの自由を制限したり否定したことには絶對にならない。それを眞に受けて現政權下の北朝鮮へ戻すことは、我が政府が現政權下の北朝鮮による犯罪行為を承認して加擔するといふ新たな棄民的犯罪を自ら犯すことになるからであつて、たとへ道のりは遠くとも、この問題が解決へ向かふ第一歩は、いはゆ

る「原状回復」しかないのである。

ところが、拉致問題については原状回復論を主張する者でも、占領憲法の扱いについては原状回復論を否定し、拉致継続論と同様の「改憲論」主張をする者が餘りにも多い。つまり、個々の国民については原状回復論で救済するだけの保護が與へられるべきであるが、國家については原状回復論による保護は與へられないとする二重基準（ダブル・スタンダード）であり、何ら論理性も一貫性もないのである。

#### （時効有効説）

「時効」といふ法理を以て、無効な占領憲法が事後に有効となるとする見解（時効有効説）を唱へる者も多い。その中の代表的な見解として八木秀次の「時効有効説」がある。

「自由主義史観研究會」のホームページに、平成十四年度「特別出張ゼミナールの記録」として、藤岡信勝代表の司會進行により、『明治憲法 of 思想』といふ演題で八木秀次（當時・高崎經濟大學助教授）が語った内容が掲載されてをり、時効有効説が端的に語られてゐるので、その部分を以下に引用する。

（藤岡） 公民の教科書でも巻末で日本国憲法全文が載っていますが、重要なことが省かれています。明治憲法を改正するために大臣が連署して、最後に御名御璽が入った前書きがあるのですけれど、これを絶対に載せない。前書きを載せると、手続き的には大日本帝国憲法の改正として今の憲法がつくられたことがハッキリして、八月革命説が破綻してしまう。ポツダム宣言の受諾が革命だというフィクションが崩れないようにしているのだと思います。

今の憲法改正論議の一つの考え方として、渡部昇一さんが「占領下につくられた憲法、教育基本法は主権がない時につくったものだから全て無効だ。無効宣言をして新たにつくり直すべきだ」という議論をしています。

確かに占領軍がやったという点ではもつともだが、手続き的には成り立たない。そういう方法と、やはり憲法改正の手続きに従うのと、二つ路線があると思います。このあたりは八木先生は実践的にはどのようにお考えですか。



（八木） 極めて難しい問題ですが、無効論という考え方はかねてからあります。主権回復直後であれば極めて有効な論理でしたが、法律には時効という考え方があり、そこからもう五十年経っています。

普通、時効というのは二十年です。五十年の間に日本国民が現行憲法に一度も「ノー」と言わなかったということにおいて、これを承諾したという理屈が成り立つわけです。ですから、渡部先生の意見には溜飲が下がる思いですが、理屈から言うと難しい気がします。

これは、つまるところ、民法に規定する所有権の取得時効である二十年を経過したので、占領憲法は所有権（憲法としての地位）を取得するといふことであらう。しかし、規範國體の護持のために時効理論は存在するものであつて、占領下における奇胎の占領憲法が施行された六十年程度の時間と、我が國の悠久の歴史と傳統とを比較して、奇胎の六十年の方に重きを置くといふ時効有効説は、恐ろしく無知な本末轉倒の謬説であり、「似非時効論」である。時効の意味が解つてをらず、民法レベルの時効期間を國法學のレベルにそのまま持ち込む暴論でもある。いづれにせよ、この時効有効説に對する反論は、「事實の規範力」と「原状回復論」のところで述べたとほりである。占領憲法には憲法としての妥當性を缺き、暴力的に構築された法制度のままで原状回復がなされない状態での時間の経過に、憲法としての規範創造の効力はないのである。

なほ、ここには、「五十年の間に日本国民が現行憲法に一度も『ノー』と言わなかったということにおいて、これを承諾したという理屈が成り立つわけです。」といふ發言もある。これは、時効有効説の外に、法定追認説なども主張してゐるかのやうであるが、一體、現行の法制度において、占領憲法に「ノー」と言ふことができる時効中断に關する正規の法的手續があるといふのか。是非ともご教授願ひたいものである。もし、それがなければ、時効中断の手續と方法もない時効制度はありえないので、時効は永遠に完成しないことになり、時効有効説は成り立ちえないことになる。

（改正無限界説）

憲法改正に限界はあるか。これについては、戦前戦後を通じて、これに限界があるとするのが通説である。なぜならば、限界があるとする根源には、「國體論」があるからであつて、限界を認めない改正無限界説は、實は「主權論」であり、「國體論」を否定する見解である。無限界であるから、國體の破壊も許されるところなのであつて、假に、主權論ではなくても、少なくとも反國體論である。このことを自覺的に議論されたことは過去に一度もなかった。

そもそも、改正無限界説の根底には、前にも述べた、「憲法制定の父たちはその子孫たちよりも大きな權威と權限を持つ」といふことに對する疑問と不信が横たはつてゐる。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續及び要件が加重されてゐる憲法）についても同様の疑問と不信を投げかけねばならない。憲法制定の父たちが通常の多數決で憲法を制定したのであれば、その子孫たちもそれと同じ手續で憲法の改正ができなくてはならないはずである。しかし、殆どの國家の憲法は、硬性憲法であり、改正のための手續と要件が加重されてゐる。そして、この改正の手續と要件の加重は、改正内容の制限を推認させることになるが、どうして硬性憲法が存在するのかについて改正無限界説では説得力ある説明ができない。

また、逆に、言語、文化など暮らしと營みの根幹を形成するもの（國體）を廢止し變更することは、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權威と權限を持つ」ことになり、これについての疑問と不信に對して、改正無限界説では何ら回答できないといふ矛盾がある。

それどころか、未だにこの改正無限界説を放棄することなく國體護持を叫び、しかも、國體と政體とを分離して、國體規定とされる帝國憲法第一條ないし第四條前段と政體の基本原則規定とされる同第四條後段の改正を否定して改正には限界があるとする自家撞着の言説（小森義峯）も殘存するが、これらは既に論理的には破綻を來たしてゐる。

#### （革命有效説）

改正無限界説でなければ、改正限界説となる。憲法改正の限界が何であるかについては様々な見解がありうるが、その限界不可の規範を「根本規範」と云ひ、

帝國憲法下の學説においては、主權國體の概念も影響して、少なくとも第一條から第四條までは改正不可とするのである。しかし、法實證主義的に形式的な條項に限定することなく、規範國體に牴觸することができないとするのが本來である。いずれにせよ、帝國憲法下は勿論のこと、占領憲法下の學説においても、改正限界説が通説である。

その意味からすれば、占領憲法下の學説において改正限界説をとる見解は、帝國憲法の改正法としての占領憲法がその限界を超えたことを理由に無効であると主張しなければ學説としての整合性はなくなる。しかし、占領憲法の改正限界説に立ちながら、占領憲法を有効とする支離滅裂の學者が殆どであり、曲學阿世、魑魅魍魎の極みである。

ともあれ、帝國憲法下において、改正限界説が通説であつたにもかかわらず、占領憲法時には突如として學説的な異變が起こつた。それは、改正限界説に立つた革命有効説（宮澤俊義）の登場である。俗に、「八月革命説」と呼ばれ、昭和二十年八月に法律學的な意味での「革命」が起こつたといふフィクションを打ち立て、當時は多くの賛同者を得たものである。いまではこれも學説的には否定的に淘汰されたのであるが、この革命有効説が制定時において政治的に占領憲法の制定を推進させた原動力となつたもので、その及ぼした影響は極めて大きいものがある。

宮澤俊義とその師である美濃部達吉は、いづれも東大學派として、改正限界説に立つてゐた。そしてまた、占領直後までは、憲法改正は不要であるとしてゐたのである。つまり、美濃部達吉は、「私はいはゆる『憲法の民主主義化』を實現するためには、形式的な憲法改正は、必ずしも絶対の必要ではなく、現在の憲法の條文の下においても、議院法、貴族院令、衆議院議員選舉法、官制、地方自治制その他の法令の改正及びその運用によりこれを実現することが十分可能であることを信ずるものである。」と主張し、宮澤俊義も、「この憲法における立憲主義の實現を妨げた障害の排除といふことは、わが憲法の有する弾力性といふことと関連して、憲法の條項の改正を待たずとも相當な範圍において可能だといふことを注意することを要する。」などと主張してゐたのに、一夜にして變節したのである。

この革命有効説が制定時に賛同者を増やしたのは、當時の國際情勢、社會情

勢、政治情勢などの背景があるが、學説にも衝撃的な影響を及ぼした理由は、先に述べたとほり、この革命有効説が、帝國憲法の學説において主流であつた改正限界説から生まれた點にある。これが改正限界説の他の學者の心を揺るがし、形式的には變節せずに實質的には變節を果たすといふ學者の保身に寄與した。變節しなければ、帝國大學などの大學教授の地位が危ぶまれたといふ保身が最大の理由である。保身のために國を賣つた賣國奴である。つまるところ、この革命有効説は、形式的には「改正限界説」に立ちつつ、「革命」といふものを媒介させれば、實質的には「改正無限界説」へと變節するための方便とトリックを編み出した。それは、要約すれば、ポツダム宣言の受諾により帝國憲法の根本規範に變更が生じ、「天皇制の根據が神權主義から國民主權主義に」變化して「革命」が起こつたとするのである（宮澤俊義）。

しかし、ポツダム宣言を受諾した途端に革命が起こつたとするのはフィクションであり、「主權喪失國家の國民主權」といふ致命的な矛盾を糊塗するために、潜在主權とか、潜在革命とか、難解でいかがはしい概念を驅使して言葉の遊びをしてゐる舞文曲筆の言説に過ぎない。そもそも革命は「立憲制」の枠外の現象であるのに、GHQによる「外からの革命」の根據を「立憲制」の枠内で見つけようとする事自體に根本的な矛盾がある。

なほ、革命有効説が矛盾に満ちてゐることの證左として、その論旨自體が混亂してゐる點があり、それを示すものとして次のやうな記述がある。

それは、宮澤俊義が「降伏によつて、かように、明治憲法の豫想しない變革や、その容認しない變革が行われた以上、明治憲法も、その條項の改正ということとは行われなくとも、その影響を受けないわけにはいかない。もちろん、降伏によつて明治憲法が全面的に廢棄されたわけではない。それは、引きつづいてその效力をもつていた。」と主張してゐる點である。これでは、帝國憲法のどの部分が破棄され、どの部分が引き續いて效力を持つてゐたのかが不明であり、少なくとも帝國憲法を引き繼いだ部分があるといふやうな不明確な法律状態を以て、なにゆゑにそれが革命的變革であり、その妥當性を根據付けるものは一體何なのかが明らかでない。

ポツダム宣言の受諾は、帝國憲法第十三條の講和大權に基づくものであつて、明らかに帝國憲法による統治行爲であつて、この時點で根本規範の變更はありえ

ない。終戦の詔書にも「茲ニ國體ヲ護持シテ」とあり、ポツダム宣言においても根本規範の変更を求めてゐなかつたのである。

そもそも、「神權主義」（宮澤俊義）といふ概念は不明確であり、假にこれが「國體論」を意味するものとしても、それが何ゆゑに「主權論」へと變化するのか。しかも、帝國憲法の性質について「天皇主權説」を否定して「天皇機關説」を主張してきた者が、占領憲法の有効性を導くために、帝國憲法が天皇主權であつたと牽強附會の強辯をなし、天皇から國民へと「主權委讓」されたとも説明するのである。一體、天皇機關説といふ天皇主權否定説から、どうして一足飛びに「國民主權」なのかといふ點において餘りにも著しい論理の飛躍がある。

革命有效説は、「根本規範の変更を規定する憲法が有効たりうるのは、『革命』によつてである。」とする命題を示したが、これを踏まへて、「革命」とは何か、との問ひに對し、それは「根本規範の変更をもたらすもの」と答へ、ならば「根本規範の変更をもたらすもの」とは何か、との問に對しても、それは「革命」と答へるのである。これは循環論法であつて、論理破綻の典型である（相原良一）。

この革命有效説の論理破綻は他にもある。この説は、帝國憲法の改正手續がなされたことについて、一方では改正の限界を超えたこと（改正限界説）を理由に「無効」としながら、他方ではこれが革命であることを理由に「有効」とするのであるから、「改正手續」を改正無効の根據にすると同時に革命有效の根據ともするといふ矛盾を犯してゐる。つまり、宮澤俊義の見解は、改正の限界を超えたことを改正限界説により「無効」とし、かつ、革命有效説により「有効」とするものである。これは、表現を變へて言へば、「帝國憲法の『枠内』で帝國憲法の『枠外』の憲法を制定した」といふことである。このことは、論理學でいふ「矛盾律」の典型例であつて、論理として全く成り立たないことは一目瞭然である。

また、この「革命」の意味を政治的なものと法的なものとの區別し、法的な意味における占領憲法の「革命」とは、その根底にある國際的なないしは國內的な政治的情況とは無關係に、「主權が天皇から國民に委讓された」といふ現象であり、無効論による革命有效説への批判は、専ら政治的な意味におけるそれであつて、法的な意味の批判ではないと反論する見解がある。

しかし、この見解も次の二點において矛盾がある。第一に、帝國憲法は法的な

意味において「天皇主權」ではないことから、この無効論批判は、その前提を缺いてゐるといふ點である。天皇機關説が法的な意味における通説であり、天皇主權は否定されてゐた。天皇は、統治權の總覽者（第四條）といふ「國家機關」なのである。それゆゑ、天皇主權説は、帝國憲法下では通用せず、それこそ政治的な意味しか持ち得なかつた。ところが、この見解は、占領憲法制定の消息を「主權の委讓」といふ政治的現象として捉へるのではなく、實際には、これまで法的な意味としては通用してゐなかつた天皇主權説といふ亡靈に依據して、法的現象としての「主權の委讓」を主張することになる。あくまでも政治的な意味に留まるとしながらも、これを根據なく飛躍させて、法的な意味としての「主權の委讓」であると詭辯を弄するのである。つまり、この「主權の委讓」といふ「革命」を主張したのは、天皇主權説を否定してゐた天皇機關説の學者（宮澤俊義ら）とその弟子たちであつて、そもそも「主權」概念そのものを否定してゐたのに、突然に天皇主權説に鞍替へし、その主權が國民に委讓されたなどと主張して完全に變節したのである。繪に描いたやうな論理破綻の典型例である。

これには、イラクでの米英によるイラク暫定占領當局（C P A）の「主權移讓」と同じ矛盾がある。つまり、ここで、「移讓」と「委讓」を區別して用ゐることとするが、權限の移轉が國際關係でなされるのが前者であり、國內關係でなされるのを後者とする、この見解は、聯合國から國民への主權移讓（國際的主權移轉）を主張してゐるのか、帝國憲法ないしは天皇から國民への主權委讓（國內的主權移轉）を主張してゐるのか、そのいずれなのかが不明である。おそらく、ここでいふ「主權」とは、對外的な意味での「獨立」を意味する「對外主權」と、國民主權や天皇主權などの主權論における「主權」を意味する「對内主權」の異なる二つの主權概念（主權概念の二義性）を混同してゐることに起因するのであらう。つまり、前者の對外主權（獨立）と後者の對内主權（國民主權）とを混同してゐるのである。

第二に、「委讓」といふことが法的な意味を有するのであれば、「委讓」が正當化される合法的（合憲的）な根據が要求されることになるが、この見解は、その要求に答へられないといふ點である。つまり、合憲的に委讓されることの法的説明が全くできない點において、この「革命」の概念は、やはり法的な意味ではなく、單に政治的な意味に留まることとなつて矛盾を來すことになるのである。

そもそも、革命の意味の守備範囲としては、自國民の「自律的變革」の意味するものあつて、GHQの軍事占領下でなされた「他律的變革」を意味するものではない。非獨立状態で革命はありえない。「他律的變革」を革命と叫ぶのは、日本共産黨が、GHQを「解放軍」と評價したのと同様に、主權概念の二義性による混同がここにも見られるのである。

そもそも、宮澤俊義の八月革命説は、日本共産黨の野坂參三が唱へた「占領下平和革命論」と通底するものである。これは、「二段階革命論」であり、第一段階は「民主主義革命」であり、それを踏まへて第二段階である「社會主義革命」に至るとするものであつた。そして、占領憲法施行前の昭和二十二年元旦における吉田茂首相の「不逞の輩」發言に端を發した全國的な倒閣運動が、いはゆる「二・一ゼネスト」へ向けて進展する中で、これは第一段階である民主主義革命と位置づけられた。ところが、この「國民主權」による民主主義革命がマッカーサーの中止命令によつて崩壊したのである。この二・一ゼネストが直接命令によつて崩壊したことは、まさに「國民主權の不存在」を突きつけたことになる。

さらに、この革命有効説には、他の論者もあり、たとへば、「今次の憲法改正の経過が、明治憲法制定の場合と比較すれば、著しく公開的であつたことは固よりである」（佐藤功）などとして、帝國議會の審議が公開的であつたことから、その審議過程を経たことによつて革命的に有効となつたとする趣旨の見解もある。しかし、審議が公開的であることが理由として加はつたとしても、これまでの述べた革命有効説に對する批判に答へたことにはならない。このやうな論法が不自然で欺瞞に満ちてゐることは明らかである。まるで、これは、誰も知らないところで人を刺し殺したら犯罪だが、にこにこ顔で大つぴらに徐々に毒を與へて解らないやうに殺したり、公衆の面前で堂々と殺した場合には犯罪ではないと云つてゐるやうなものである。いつどのやうな方法で殺したとしても、殺人は殺人である。

#### （國際法優位説と條約優位説）

國內法と國際法といふ別個の法體系が存在するが、いずれも影響し合ふことから、前に述べたとほり、この兩者の關係を一元的に捉へるとすれば、いずれの法

體系が優位（上位）となるのかといふ議論になる。国内法優位説と國際法優位説である。そして、國際法が國家間の関係を規律する機能がある限りは、國際法は國內法に對して優位であるとするのが、國際法優位説の論據とされる。しかし、實際の國際司法裁判所での國際判例においても、國內法と國際法とが衝突した事例について、國際法の優位を認めた場合であつても、これに牴觸する國內法を無効とする事例は皆無に等しい。それゆゑ、國際法優位説には實効性がないといふことで、國內法優位説も根強く主張される。また、國內法優位説とか國際法優位説とかの對立は、これら二つの法體系を一元的に捉へることが前提であつて、二元説によれば、どちらが優位といふことはない。相互に影響する場合もあるが、原則として雙方が關與せず、その守備範圍も異にする二元的な存在とする二元説の方に説得力がある。

この國內法と國際法との全體的な關係について、全ての條約が憲法に優位するといふ極端な條約優位説は少ない。しかし、通常は憲法の方が優位するが、特別の條約、たとへば「確立された國際法規」については憲法に優位するといふ見解がある（橋本公亘、樋口陽一）。また、占領憲法第九十八條第二項は、國際法優位の一元論の根據となるとの見解も根強い。

しかし、「確立された國際法規」の概念は、極めて不明確であり、それが國家意志や國情に適合しないものであつても遵守しなければならないとする結果となつたり、そのやうなものを厳格な通常の憲法律より優位に置くことに無理がある。また、一般の「條約」は、その締結手續が通常の憲法律の改正よりも簡易であることから、憲法より優位する地位に置くことはできないのである。そもそも、この見解では、どのやうな條約が憲法に優位するかといふ基準が明確ではない。しかも、ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印といふ講和條約は、「確立された國際法規」とは到底云へない。もし、それが肯定されるのであれば、桑港條約もまた「確立された國際法規」として、帝國憲法や占領憲法よりも優位となる。このやうな見解によれば、講和條約は帝國憲法に基づいてその締約を授權されて締結されたはずなのに、戦争に負けると、あたかも制裁措置を受けるかのやうに、講和條約が締結されると同時に帝國憲法と講和大權との授權關係及び效力關係が突然に逆轉し、帝國憲法の講和大權に基づいて締結された講和條約が帝國憲法や占領憲法よりも優位になるといふのである。「山より大きな猪が出た」と



いふことである。しかも、これは敗戦国だけに起こるもので、戦勝国にはそのようなことは起きないといふ奇妙な現象である。このような現象もまた「確立された国際法規」といふことになる。しかし、このような見解は、単なる暴力禮賛、暴力迎合、暴力信奉といふ暴力至上主義の産物であつて、国際法と国内法の立憲的見地からも到底容認できるものではない。

そもそも、ポツダム宣言と降伏文書には、帝國憲法と全面的に牴觸する條項はなかつた。單に、ポツダム宣言第十項後段に、「日本國政府は、日本國國民の間に於ける民主主義的傾向の復活強化に對する一切の障礙を除去すべし。言論、宗教及思想の自由並に基本的人權の尊重は、確立せらるべし。」とあつただけで、これをもつて基本的人權の充實について帝國憲法の改正變更を義務付けたものと理解したとしても、それ以外の帝國憲法の條項は一切牴觸するものがないのである。さうであれば、假に、條約が優位であつても、憲法と牴觸は起こらないので帝國憲法が無効となつたり破棄される根據はどこにもない。

また、ポツダム宣言の受諾及び降伏文書の調印の時點では、少なくともこのような條約優位説は我が國には存在しなかつたものであり、このやうに解釋される餘地は全くあり得ず、これは「後出しのジャンケン」に他ならない。

さらに、この見解の亞流として、條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ようとする試みがあるが、いづれにしても帝國憲法の解釋において成り立ち得ない見解である。

ところで、占領憲法が憲法ではなく講和條約であることを前提とすれば、前に述べたとほり、「確立された国際法規」については占領憲法に優位するといふ見解（橋本公亘、樋口陽一）や、占領憲法第九十八條第二項を根據として国際法優位の一元論を主張する見解は、當然のことを述べたまでであり、講和条約説と整合性があるものとなり、これを補強することになつても、決して講和条約説と矛盾することはないのである。

#### （正當性説の登場）

このやうに有効論である改正無限界説と革命有効説と條約優位説などは、その論理を破綻させて今日に至つてゐる。改正無限界説は死滅したが、革命有効説に

については、改正限界説と改正無限界説との対立、憲法と革命との相克から逃げ出して、その後、その土壌から新たな有効論（らしきもの）を出現させた。革命有効説の逃げ場所、それが正當性説である。

それは、憲法の名に値するものは、その出自や來歴、歴史や傳統によつて決定するものではなく、その内容と價值體系（國民主權主義、人權尊重主義、戰爭放棄平和主義など）の優越性を意味する「正當性」によつて決定するといふ見解である。革命有効説では、占領憲法は帝國憲法から判斷すれば無効であつても、革命によつて帝國憲法は無効となり、これとは全く別個に新たに成立した占領憲法が有効であるとした。ところが、これには、革命の定義と根據などについて明確な説明ができないといふ致命的な缺陷があつた。そこで、革命に拘ることなく、占領憲法の有効性の根據を直接的に求めようとするのが正當性説である。

しかし、正當性説は、效力要件の要素である妥當性とは異なる「正當性」といふ概念を定立し、效力論に直接には言及しない。つまり、正當性即妥當性ではなく、正當性説即有効論ではないことを自覺するからであるが、占領憲法の效力論とは別個に（むしろこれを度外視にして）占領憲法に正當化に成功すれば、これによつてあたかも占領憲法が有効であるが如き印象を與へることができるのである。それゆゑ、これは法律學といふよりも法社會學の範疇における革命有効説の變形であり、有効論らしきもののなのである。

確かに、カール・シュミットがいふやうに、憲法についても、「合法性」と「正統性（legitimacy）」の二つ觀點を檢討する必要がある、いままで述べてきたのは、主として占領憲法の合法性に關する有効論と無効論の議論であつた。他方、正統性の概念は、論者によりまちまちであるが、それが政治學、歴史學、文化論など廣範な領域を守備範圍とするために多岐に分かれてゐるものの、少なくとも、その憲法が國家の歴史、傳統、文化などに合致し連續性を有しているか否かといふ要素を含むものであることには疑ひはなく、占領憲法が正統性を満たさないことは多言を要しない。

ともあれ、正當性説は、憲法の名に値するものは、その出自や來歴、歴史や傳統によつて決定するものではなく、その内容と價值體系の優越性を意味する「正當性」によつて決するものであるから、「正統性」とは別に「正當性」があるとする見解であることは前に述べたとほりである。否、むしろ、「正統性」が

ないことを前提として、それに代はる「正當性」があれば充分であるとするのである。

しかし、これは言葉の遊びにひとしい。ここでの「正當性」の概念は、本來は「正統性」の内容を検討するところから出發した議論であつたはずなのに、歴史、傳統、文化など、正統性の中核に位置する傳統性を全く排除し、單に内容だとか價值體系などの優劣を議論することにすり替へてゐるだけである。そもそもこのやうな内容と價值の優劣に關する判斷は千差萬別であつてなんら普遍性はない。これまでの悠久の歴史と、これからも續く未來といふ長い時間の中で、「現在」といふほんの一瞬の時點における特定の價值判斷（正當性説の價值判斷）に時代を超えた未來永劫の「普遍性」があるとするならば、そのことを先づ證明しなければならない。

ところが、もし、正當性説が正當であると判斷した價值が普遍的なものであるといふためには、結局のところ、それが將來に向かつて時間的に永續することが確實であるとの確信を前提とすることになるが、それならば、過去からの永續性を根據とする歴史、傳統、文化などに依據した正統性（正當性）の主張を排斥することはできないはずである。

そして、なによりも、内容や價值體系の優劣によつて正當性を決定するといふこと自體に致命的な陷穽がある。それは、北朝鮮によるいはゆる拉致事件といふ國家犯罪などを題材として考察することで解るはずである。

たとへば、假に、我が國において極貧の生活をし、仕事もなく社會的には全く活動の場が與へられなかつた人が拉致の被害者となつたとする。しかし、拉致された後には工作員指導教育などの任務が與へられて極めて富裕な生活待遇を受け、本人も拉致によつて我が國で生活することの自由が損なはれたことの不満はあつたが、極貧生活からの解放とそれなりの仕事と社會的地位を與へられたことを事後になつて好意的に受け入れたとする。そして、いつしか、拉致されたことへの不満や不安も薄らぎ、北朝鮮で一生暮らすことを決意したとしよう。この場合、正當性説と同じ論理によれば、それまでの経過はどうであれ拉致の前後における生活の内容と水準を比較すれば、拉致後の生活の内容の方が決定的に勝つてゐるので、我が國としても、これを北朝鮮の犯罪だと批判せずに、逆に、北朝鮮に感謝して被害者が拉致されたことを大いに祝福すべきであつて、「拉致」には

「正當性」が認められるといふことになる。また、もつと單純な例を挙げるとすれば、親から虐待されてきた貧しい家庭の子供を誘拐し、この子供に愛情をそそいで裕福に育てた誘拐犯についても同じことが云へる。この陷穽はどこにあるかといふと、それは、犯罪の成否と斟酌すべき情状とを混同したことにある。正當性説は、斟酌すべき情状があれば犯罪は成立しないといふ、本末轉倒の見解なのであり、まさに「無理が通れば道理が引つ込む」といふ理論なのである。

やはり、このことからしても、前に述べた「原状回復論」の正しさが再認識されるとともに、正當性説の論理破綻が明らかとなるのであるが、正當性説からは、このやうな批判に對する反論を一切行はうとはしない。正當性説は、いまや革命有効説に代はり、有効論（側）の主流となつてゐる感がある。正當性説の企ては、占領憲法の效力論争を眞摯に行へば無効論の勝利となるのは必至であるから、效力論争を沈靜させて決着をつけさせないやうにすることにある。そのために、效力論争に全く参加せずにこれを黙殺することによつて無効論を封じ込め、あたかも占領憲法が有効であるかのやうな風潮を生み出すことに懸命である。そして、正當性説に立たない全ての憲法學者もこれに同調する。それはなぜか。それは、占領憲法の效力論争をすることは、占領憲法のコバンザメとしてその解釋で生計を立ててゐる憲法學者全體の利益に反するからである。これはまさに憲法學の自殺行爲であつて、今や憲法學は、自己保身の處世術を驅使する法匪の道具となり果てたのである。

#### （承認必謹説）

承認必謹説といふ有効論がある。これは、昭和天皇が占領憲法を上諭を以て公布されたことから、聖徳太子の憲法十七條の「三に曰はく、詔を承りては必ず謹め。」（承認必謹）を根據として、占領憲法は帝國憲法の改正法として有効であるとする見解である。また、この見解のやうに、必ずしも意識的に主張するものではないとしても、尊皇の志ある者としては、占領憲法の正統性を否定しつつも、それでもなほ無効論に踏み切れない人々の抱いてゐる漠然とした躊躇の本質を顯在化し代辯したものがこの承認必謹説であつた。

そして、この見解は、昭和天皇が公布された占領憲法を無効であると主張する

ことは承認必謹に背くことになり、占領憲法無効論を唱へる者は、みことのりを遵守しない大不忠の逆臣であるといふのである。

しかし、「天皇と雖も國體の下にある。」といふ「國體の支配」の法理からすれば、「詔（みことのり）」といふのは、國體護持のためのもので、決して國體を破壊するものであつてはならないし、また、そのやうに理解してはならないのである。ここに詔の限界がある。

このことは、楠木正成の旗印とされた「非理法權天」の釋義によつても説明できる。「非理法權天」とは、一般には、「非」は「理」に勝たず、「理」は「法」に勝たず、「法」は「權」に勝たず、「權」は「天」に勝たずといふ意味であると説明される。これに照らせば、「法」（占領憲法）の「公布」は、「權」（當時はGHQ）の作用であつて「天」（國體）の命ずるところではない。しかも、その「權」は、「非」（非道）から生じたものである。詔敕は、天命（國體）の垂迹であり、他國の軍事占領による非獨立状態での強制や欺罔によつて篡奪されたものは偽敕、非敕であつて眞の詔敕たりえない。

ところで、この承認必謹説には、次の二つの盲點がある。その一つは、新無効論では、占領憲法が講和條約として有効であるとし、その限度で公布は「有効」とする點を見落としてゐることである。それは、みことのり自體は否定せず、みことのりの解釋の問題なのである。つまり、承認必謹説の批判の的は、公布を全否定することになる舊無効論に本來は向けられるものなのである。

二つめは、公布といふ行爲自體が有効であるか無効であるかといふ問題と、公布された占領憲法が有効であるか無効であるかといふ問題とは別の問題であるといふことである。公布行爲自體は有効であるが、公布の對象となつた占領憲法は無効であるとする見解が成り立つのである。

そもそも、「公布」といふのは、成立したとされる法令を一般に周知せしめる行爲であつて、成立したとしても無効である法令が、「公布」によつて有効化させるだけの原始取得的效力（公信力）を有しないことは明らかである。天皇の公布があるから、憲法として無効の占領憲法も憲法として有効となるとする教條主義的な承認必謹論は、天皇の公布行爲に、無効のものを有効化する創設的效力があると主張することになる。これは、まさしく「天皇主權論」であつて、國民主權論と同じ主權論の仲間であり、國體論とは不俱戴天の關係となる。

さらに、先帝陛下もまた「天皇主權」を否定してをられたことは、當時の侍從武官長であつた本庄繁陸軍大將の日記（本庄日記）でも明らかである。先帝陛下は、天皇機關説を否定することになれば憲法を改正しなければならなくなり、このやうな議論をすることこそが皇室の尊嚴を冒瀆するものであると仰せられたとある。天皇主權説は、帝國憲法を否定する學説であり、皇室の尊嚴を冒瀆するものであつて、占領憲法の「公布行爲」などに、占領憲法が憲法として有効であることの創設的根據を求める承認必謹説は、先帝陛下の大御心に反した「天皇主權」論であることを深く自覺すべきである。

## 第五章 講和條約としての占領憲法

### （講和條約説）

ポツダム宣言の受諾、降伏文書の調印に基づいて、我が國は獨立を喪失して、長い「非獨立トンネル」に入つた。そのことから、これらは、この非獨立トンネルの入口に位置する「入口條約」としての「獨立喪失條約」といふべき性質の講和條約である。そして、この獨立喪失條約の履行として占領憲法の制定と極東國際軍事裁判を受容し、それを踏まへて、桑港條約を締結して我が國はやうやく獨立を回復したのであるから、この桑港條約は、非獨立トンネルの出口に位置する「出口條約」としての「獨立回復條約」といふべき性質を有する講和條約である。そして、このポツダム宣言の受諾から桑港條約の締結までのG H Q軍事占領下の「非獨立トンネル」時代にG H Qの強制によつてなされた立法行爲その他の政府の行爲もまた一連の講和條約群の講和行爲として構成されるものであつて、その頂點に位置する占領憲法もまたこの講和條約群の「中間條約」として制定されたものと評價できるのである。そして、このトンネルの道程は、前に述べたとほり、帝國憲法第十三條の講和大權を抜きにしては語れない。

講和條約説の法的根據や國內系と國際系との關係などについては、これまで述べたとほりであり、占領統治の實態と占領憲法の制定経緯を實質的に判断すれば、占領憲法が講和條約（東京條約）として位置づけられるといふことである。

しかし、決して、占領憲法の公文書に講和條約締結の際におけるG H Q全權と

してのマッカーサーのサイン（署名）があるわけではない。占領憲法は、「潜りの講和條約」であるから、そんなものがあるはずもない。しかし、それでも、占領憲法の場合には、手續形式面についても講和條約としての體裁があつたと云へるのである。講和條約の締結は、法律の場合と異なり、帝國議會の協賛を必要としないので（第三十七條）、帝國議會でなされた審議は、帝國憲法の改正審議であるかの如く欺いた偽裝工作といふことになるが、帝國憲法改正案の發議と占領憲法の公布といふ天皇の外形的行爲は、内閣の輔弼による講和大權の行使と見なすことができるからである。いづれにせよ、講和條約の締結のための固有の手續と形式が履踐されてゐないとしても、そのやうな形式具備の有無を根據とすることなく、講和條約（東京條約）としての實質を備へてゐるといふことであり、それが帝國憲法第七十六條第一項によつて講和條約（東京條約）と評價される所以なのである。つまり、占領憲法は、その實質及び形式（手續）の兩面について、帝國憲法第七十六條第一項により講和條約（東京條約）として評價することができるのである。

そして、このことをさらに具體的に検討すれば、占領憲法が講和條約（東京條約）として轉換評價しうる根據を主に以下の二つの視點から示すことができるのである。それは、第一に、法の「妥當性」に對應する「轉換適格性」であり、第二に、法の「實效性」に對應する「事實の慣習的集積」のことである。以下これらについて詳述する。

#### （轉換適格性）

まづ、第一に、占領憲法には、法の「妥當性」に對應する「轉換適格性」がある點である。法律行爲について「無効行爲の轉換」があるのと同様に、規範についても「無効規範の轉換」があることは前にも述べた。法律行爲もまた、その法律効果によつて特定の當事者の間で一定の命令や禁止の當爲を發生させることからすれば、廣く一般人に當爲を發生させる法令等の規範と共通するからである。そして、これを一括して説明することになると、まづ、轉換前の法律行爲又は規範（A）と轉換後の法律行爲又は規範（B）との關係は、法律行爲又は規範としての共通性を有するものの、兩者は擇一的關係にあることが前提要件となる。擇

一的關係とは、兩立しない關係、つまり、AとBとは事項的に重なり合ふ部分がなく、BとAが相互に包含關係にあるといふこともない關係のことである。

具體的に言へばかうである。國內系の規範である憲法（A）は「單獨行爲」であり、國際系の規範である講和條約（B）は「契約」であることから、兩者は法形式において異なるが、ともに規範定立行爲であるといふ本質的性質において共通する。憲法（A）は、國內系の規範であり、國家機關内部の手續が必要であるとしても、その國家が他國とは無關係に單獨で形成する規範といふ意味では「單獨行爲（規範）」である。これに對して、講和條約（B）は、國際系の規範であり、戰爭當事國の合意によつて成立する「契約（規範）」であり、直接または間接に自國の國內系の規範として編入される性質も有してゐる。しかし、ある規範が國內系の憲法（A）であると同時に國際系の講和條約（B）でもあるといふことはあり得ない。つまり、憲法（A）と講和條約（B）とは擇一的關係にあるといふことである。

そして、さらに、無効な憲法（A）から有効な講和條約（B）への轉換が認められるための前提要件としては、無効な憲法（A）の内容に講和條約（B）としての國家間の合意がなされたと同視しうる實質的な事情とその合意事項が存在してゐなければならないといふことである。これがなければ凡そ講和條約（B）へと轉換しうる適格性がなく、その前提を缺くことになる。

そして、裁判所の裁判例によれば、このやうな前提要件を満たせば、たとへば、無効の遺言（單獨行爲）が死因贈與（契約）に轉換することを認めてゐるのである（東京高裁平成九年八月六日決定など）。それゆゑ、このことと同様に、憲法形式によつて單獨行爲（規範）として定立されたものが無効であるとしても、それがこのやうな前提要件を満たすならば講和條約といふ契約（規範）へと轉換しうる可能性があるといふことになる。

本來ならば、純粹に國內法の領域に關する事項であれば、その適格性はないことになるが、占領憲法は、實質的にはG H Qによる内政干渉的な要求を我が政府がこれを承諾してなされた合意であるから、その適格性があるといふことになる。つまり、字句の微細な相違はあつても、G H Q側の講和條約案である「G H Q草案」の要求項目と、最終的な「占領憲法（東京條約）」の規定事項とは、その後の交渉経緯からして概ね一致してゐるので、全體として占領憲法には講和條



約としての轉換適格性が認められることになる。

また、講和大權の發動による講和條約に限らず、一般條約大權に基づくその他の條約に共通するものとして、一般には「書面主義の原則」といふものがある。つまり、一般に、條約とは、書面の形式によつて締結される國際系の合意（契約）といふことである。しかし、書面といふのは、一つの書面による合意文書である必要はない。契約は、申込と承諾といふやうに、對向する當事者の意思表示の合致によるものであるから、通常はその合意を示す一つの合意文書が作成される場合が多いが、それだけではなく、申込文書と承諾文書といふ二つの書面があつて、その内容が客觀的に對應し、合意の存在が明らかになつてゐれば充分である。現に、占領憲法においては、「GHQ憲法草案」といふ申込文書と、承諾文書に該當する「日本國憲法」が存在するのである。

このことを踏まへれば、長い非獨立トンネルの入口條約（ポツダム宣言の受諾と降伏文書の調印）から出口條約（桑港條約、舊安保條約及びその繼承である新安保條約）の中間に位置する占領憲法（東京條約）の制定過程は、中間條約としての講和條約の性質を有してゐたことの實質的かつ具體的な理由があつたことが解る。その詳細は、以下のとおり多岐に亘る。

#### （講和條約と評價しうる具體的理由）

1 まづ、昭和二十一年二月十三日、GHQ側が「マッカーサー三原則（マッカーサー・ノート）」に基づいて作成された『日本國憲法草案（GHQ草案）』を我が國政府側に手交して、これによる憲法改正を指令し、その後も、條項の細部に亘つて詳細に指示と交渉が繰り返され、これにより政府原案が作成され、さらに引き続き指示と交渉が爲され、帝國議會の審議等の國內の形式手續を経て占領憲法となつた経緯がある。つまり、GHQ草案の手交は、講和條約（東京條約）の「申込文書」であり、「占領憲法」の制定は「承諾文書」とであると評價できる。前に述べたとおり、「契約」は、申込と承諾によつて成立するので、文書化することはその證明方法であつて、一つの「合意文書」を作成しなければならないことはない。申込文書と承諾文書の二つの文書によつて合意を證明することもできるからである。『條約法條約』第二條（用語）第一項にも、「單一の文書に

よるものであるか関連する二以上の文書によるものであるかを問わず、また、名称のいかんを問わない」とあり、合意文書が作成されることは要件とされず、文書の個数にも制約がなく、その名称も問はないのであるから、ポツダム宣言とその受諾、降伏文書の調印が一連の條約であると判断されるのと同様に、GHQ草案の手交とそれによる占領憲法の制定手続と、後に述べるやうに、GHQの命令によつて占領憲法を「英文官報」といふ文書により公示した経過からすれば、その實質はまさに「講和條約」なのである。

2 また、占領政策の最高決定機關である極東委員會（FEC）は、昭和二十一年三月二十日に、「極東委員會は（占領憲法の）草案に對する最終的な審査權を持つてゐること」との決定をなしてをり、同年十月十七日において、占領憲法の「最終審査」が未了のまま、事後において占領憲法が「日本國民の自由に表明された意思」に基づくものであるか否かを「再検討」といふことになつたものの、桑港條約の發效とともに廢止されたといふ一連の経緯からして、占領憲法は單純に國內系に屬する規範ではなく、聯合國と我が國との講和條約であることの實質的な性質を有してゐたことが明らかである。

3 次に、「終戦連絡事務局」の存在が挙げられる。GHQからの命令や連絡を受ける政府側の窓口は、「終戦連絡事務局」であり、これは、ポツダム宣言受諾直後の昭和二十年八月十九日、マニラに派遣された河邊虎四郎全權がGHQとの「マニラ會談」においてGHQから手交され要求事項に基づいて設置されたものである。この「終戦連絡事務局」は、外務大臣の所管とされ、「大東亞戰爭終結ニ關シ帝國ト戰爭狀態ニ在リタル諸外國ノ官憲トノ連絡ニ關スル事項ヲ掌ル」といふものであり、その後の機構と名稱が變更されたものの、ポツダム宣言受諾の直後から桑港條約發效までの非獨立時代を一貫して存續してきた組織である。それは、占領憲法の施行の前後においても全く變はることはなかつたのである。つまり、占領憲法の制定、施行とは全く無關係に獨立に至るまで一貫した講和交渉の窓口が置かれてゐたことになる。

4 そして、この占領憲法制定過程において、當初から外務大臣、そして内閣總理大臣として深く關與してきた吉田茂は、「・・・改正草案が出来るまでの過程をみると、わが方にとっては、實際上、外国との条約締結の交渉と相似たものがあった。というよりむしろ、条約交渉の場合よりも一層”渉外的”ですらあった

ともいえよう。ところで、この交渉における双方の立場であるが、一言でいうならば、日本政府の方は、言わば消極的であり、漸進主義であったのに対し、総司令部の方は、積極的であり、抜本的急進的であったわけだ。」（吉田茂『回想十年』第二巻）と回想してゐるとほり、まさに占領憲法は、交渉当事者の認識としても「外国との條約締結の交渉」としての実態があつたといふことである。

5 このことは、何も交渉当事者であつた吉田茂だけの感覚や評價に限られたものではなかつた。たとへば、上山春平（京都大學名譽教授）は、『大東亜戦争の思想史的意義』の中で、「あの憲法は、一種の国際契約だと思います。」と述べてをり、有倉遼吉（元早稻田大學法學部教授）も占領憲法が講和大權の特殊性によつて合法的に制定されたとする見解を示してゐたこともあつたのである。

6 また、吉田茂の第一次内閣發足直後の樞密院審議において、吉田は、「GHQとは、Go Home Quicklyの略語だといふ人もゐる。GHQに早く歸つてもらふためにも、一刻も早く憲法を成立させたい。」と發言して、これが講和の條件として制定する趣旨であることを樞密院に説明し、樞密院は講和獨立のためといふ動機と目的のために帝國憲法改正案を諮詢したことになり、講和條約の承認としての實體があつたことになる。

7 さらに、吉田茂は、占領憲法が「新日本建設の礎」となるとして、それを與へてくれたマッカーサーに感謝の書簡を出してゐる。それを與へくれたといふのは、まさに講和條約を受け入れたといふことであり、独自の憲法であれば、それをマッカーサーが與へてくれたと感謝する必要もないのである。

8 そして、「英文官報」の存在も無視できない。GHQの指令により、昭和十一年四月四日から獨立回復した昭和二十七年四月二十八日までの間、「英文官報」（英語版官報）が發行されてゐた。これは、外務省の終戦連絡事務局と法制局との協議によつて作成し、GHQの承認を得て掲載されるものであつて、我が國の法令は、全てGHQとの條約交換公文方式によつて公布、公示されてきたのである。そして、占領憲法については、特に嚴密にGHQの承認を得て帝國憲法改正案（占領憲法）の英譯文を作成して掲載されたものである。ちなみに、この公文書たる「英文官報」に掲載された「英文占領憲法」が現在でも市販のいくつかの六法全書に掲載されてゐるのは、單なる任意の英譯文ではなく、英文官報掲載された「英文占領憲法」として規範的效力を有する公文書なのである。

9 また、桑港條約第一條に注目せねばならない。ここには、「日本國と各連合國との間の戦争状態は、第二十三條の定めるところによりこの條約が日本國と當該連合國との間に效力を生ずる日に終了する。連合國は、日本國及びその領水に對する日本國民の完全な主權を承認する。」と規定し、同條約の效力發生（昭和二十七年四月二十八日）までは、我が國には「完全な主權」がなかつたことを宣言した點についてである。

このことは、占領憲法の前文に「日本國民は、・・・ここに主權が國民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」ことが、占領憲法の制定時も施行時も不可能であつたことを意味し、その宣言内容が全てが虚偽であることを桑港條約によつて證明されたことになるのである。

確かに、前に述べた主權概念の二義性からすると、桑港條約第一條の「主權」は對外的主權の意味であり、占領憲法前文の「主權」は對内的主權を意味するので、同列には議論できないとしても、對外的主權が維持されてゐない状態では對内的主權がありえないことからすれば、このやうな批判は當を得たものではない。つまり、占領憲法が確定したとする時點では、戦争状態も終了してをらず、未だ戦争中であり、しかも完全軍事占領下の非獨立状態であつたから、いづれの主權概念であつても「完全な主權」がなかつたといふことである。降伏文書は「停戦協定」にすぎず、依然としてその實効性が繼續して「戦争状態」にあり、「天皇及日本國政府ノ國家統治ノ權限ハ・・・聯合國最高司令官」の隷屬下に置かれてゐたのであるから（subject to）、「主權者」は、「聯合國最高司令官」であつて、「日本國民」ではなかつたからである。

それゆゑ、少なくともこの「日本國民は、・・・ここに主權が國民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」との部分は、「主權の存する聯合國最高司令官は、・・・主權が將來において國民に移讓されることを宣言し、この憲法を確定する。」といふのが實質的な意味となる。この「主權の移讓」といふ論理は、英米によるイラク戦争後のイラク統治においても用ゐられ、平成十六年六月二十八日、米英によるイラク暫定占領當局（C P A）がイラク暫定政府に主權を移讓したとするものと同様である。

これは、戦争で勝利して實現した實力（暴力）こそが唯一正當な權力（主權）であり、戦勝國の意に反しない敗戦國の國民にその主權を移讓することができる

と信奉してゐる暴力至上主義の主權論に基づくものであり、占領憲法もイラク憲法もまさにこの主權移讓を受けたことに正當性の根據を見出す「暴力禮賛憲法」なのである。

10 さらに、桑港條約第十九條（d）である。これには、「日本國は、占領期間中に占領當局の指令に基いて若しくはその結果として行われ、又は當時の日本國の法律によつて許可されたすべての作爲又は不作爲の效力を承認し、連合國民をこの作爲又は不作爲から生ずる民事又は刑事の責任に問ういかなる行動もとらないものとする。」と規定してゐる。

そして、前に述べたとほり、この「指令に基いて若しくはその結果として行われ」たものの中に、占領憲法の制定があることは歴然としてをり、占領憲法が「當時の日本國の法律」の中に含まれることも明らかである。國際法において、「法律」とは、「國內法規」を意味し、この中に占領憲法は當然に含まれるからである。そして、その「效力を承認」することによつて講和條約と看做してゐると解釋できるのである。

この桑港條約第十九條（d）の原型は、「この憲章のいかなる規定も、第二次世界戰爭中にこの憲章の署名國の敵であつた國に關する行動でその行動について責任を有する政府がこの戰爭の結果としてとり又は許可したものを無効にし、又は排除するものではない。」と規定する國連憲章第百七條に見出すことができる。これは連合國が我が國になした占領憲法の強要を含む一切の行爲を免責させその效力を維持させることを我が國がポツダム宣言受諾前に作成した「敵國條項」であり、それを最終的には桑港條約第十九條（d）によつて我が國に改めて承認させたことになるのである。そして、その上で、我が國が國連に加入（國連憲章の承認）したのであるから、我が國は占領憲法の改廢をしないことの誓約をしたに等しいのである。このやうに、連合國は、國連憲章と桑港條約によつて我が國に占領憲法を改廢することを禁止する命令をなし、我が國がそれを受諾したといふ狀況からして、占領憲法は獨立國の憲法としての性質を有せず、實質的には連合國との講和條約であることが客觀的に明らかとなつてゐるのである。

11 そして、さらに、再び占領憲法の前文に注目してほしい。その最後には、「日本國民は、國家の名譽にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。」として締めくくつてゐる。ところで、この「誓ふ」といふの

は、一體誰に誓ふといふのか。「主權が國民に存する」のであり、その國民主權を制約したりする上位に位置するものはないはずである。なのに「誓ふ」ことは矛盾する。「誓ふ」といふのは、本來は「神」に誓ふといふやうな場合に使ふものである。その「神」とは、この場合、戰勝國である連合國のことである。連合國に誓ふのである。將來、獨立したときは主權移讓をしてもらふことになる神である主權移讓者の連合國に誓ふのである。これこそ、講和條約の實體であつたことを宣言したことになる。つまり、帝國憲法から「主權委讓」（國內的主權移轉）されたのではなく、連合國から「主權移讓」（國際的主權移轉）されたことを宣言したのである。

1 2 また、占領憲法第九條第二項後段（國の交戰權は、これを認めない。）の表現は極めて不可解である。一體、誰が誰に對して「認めない」といふのであらうか。これは、まぎれもなく「連合國は、我が國の交戰權を認めない。」といふ講和條件を意味してゐる。もし、主體性のある自國の憲法であれば、この表現は、「國の交戰權は、これを拋棄する。」となつたはずである。

1 3 最後は、占領憲法第九十八條である。

ここには、前文の「誓ふ」と同様に、占領憲法は、その主權をGHQから移讓を受けたことを、いみじくも暴露してゐるのである。占領憲法制定時から既に國民に主權があつたと偽裝したはずであつたが、やはりその出生の祕密を完全には隠せなかつた。出生の祕密を暴露してしまつた規定を設けてしまつたのである。

この規定は、前にも述べたが、條約優位説の根據となるのではないかとの見解や、最高裁判所もそのやうな見解ではないかといふことの根據となりうるものである。つまり、この第一項には、「この憲法は、國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔敕及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その效力を有しない。」として、これには「條約」を含めず、また、同第二項には「日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠實に遵守することを必要とする。」と規定し、明らかに「條約」を除外してゐるのである。

「條約」は、「法律」でも「命令」でも、ましてや「詔敕」でも「國務に關するその他の行爲」でもない。占領憲法では、「法律」と「條約」とを明確に區別し、兩者を含むときは、「われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔敕を排除する。」（前文）といふやうに、「法令」とする。ましてや、第二項では、

「條約」についてのみ言及してゐることからして、第一項には、「條約」が含まれないことは明らかである。つまり、このことからして、第一項は、占領憲法に違反する法令のうち、條約のみは有効であることを意味する。

また、第二項は、「日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠實に遵守することを必要とする。」とするだけで、「この憲法に反しない限り」といふやうな限定もない。それどころか、いかなる「條約」であつても、また、條約ではないとしても「確立された國際法規」については、無條件で遵守することを義務付けてゐる。この「確立された國際法規」とは、ヤルタ・ポツダム體制を集約的に表現した、我が國を敵國として規定した國連憲章を意味することは明白である。それゆゑ、占領憲法は、條約及び國際法規とは効力的には同等（同位）であるか、あるいは條約等が占領憲法よりも優先する存在であることを認めてゐることになるのであつて、占領憲法が實質的に條約であることを自ら宣明してゐることとなつてゐる。

#### （事實の慣習的集積）

次に、占領憲法が講和條約（東京條約）として轉換評價しうる根據の第二の要件としては、法の「實効性」に對應する「事實の慣習的集積」が満たされなければならないことである。つまり、法形式の異なる規範が他の規範に轉換されたと評價されるべき「事實の慣習的集積」が存在しなければならないのである。即ち、國內的及び國際的な事情において、講和條約として轉換されたと評價しうる程度の反復繼續した事實が集積し、それが講和條約としての國際的信賴性を形成することによつて、規範性が付與されることである。これが國內法體系における場合とは異なる國際的慣習なのである。

占領憲法は、聯合國が我が國に占領憲法の内容のほとりの憲法の改正を義務付けた（強制した）性質のもので、形式的にも帝國議會の制定手續を経たものであり、それは占領憲法下の國會における條約の批准と同様の手續を先取的に履踐したのである。そして、我が國は、聯合國との間で締結された桑港條約及びこれと同時に聯合國の幹事國であつたアメリカとの間で締結された「舊安保條約」によつて、やうやく獨立が回復された後も、特にアメリカとの通商經濟關係を深

め、兩國政府間においても、これらに関連する各種の條約を締結して今日に至つてゐる。そして、このやうな一連の講和條約群及び一般條約群の締結による日米兩國政府間の密接な國際關係の形成や國會審議の経緯からしても、占領憲法は、舊安保條約等との一體的運用によつて、兩國間の基本的條約として尊重し遵守してきた実績がある。自衛隊の創設も我が國には自主性はなかつたもので、専らGHQの意向によるものであり、占領憲法第九條の解釋の變遷も、我が國が自律的に行つたものではなく、實質的にはGHQの「命令と承認」によつてなされたものである。そして、このことは、占領憲法第九條と自衛隊の關係のみならず、占領憲法第二十條、第八十九條と靖國神社の問題についても同様である。國內事情には大きな變化がないにもかかわらず、連合國の意向など國際的な事情などの變化や諸外國の要求によつて占領憲法の解釋適用が影響されてをり、およそ最高規範としての尊嚴と信賴がない。占領憲法は、連合國に對する「詫證文（謝罪憲法）」であつて、これに基づいて謝罪外交を繼續し、その解釋適用において諸外國の内政干渉を受け續け、それを我が國も受容してゐる。

デュルケムの「集合表象」（集團表象、社會的表象）の観点から考察すると、占領憲法に對する我が國の社會全體の空氣は、占領憲法第九條の問題と靖國問題などが肥大化して認識され、戦争の放棄や戦力不保持、交戦權の否認といふものを、過去に侵略戦争を行つたことに對する自國に課した制裁であるかの如く、我が國がそのことを諸外國と約束したとの社會意識に支配され、まさしく「條約」としての拘束力を有してゐる。それゆゑ、諸外國から占領憲法第九條問題や靖國問題などに關する内政干渉的發言があつたとき、これまではそれを内政干渉であるとの反發が弱く、むしろ、真摯にこれを受け止めるといふ空氣が、政界、官界、財界、法曹界その他遍く社會全般に漂つてゐたのである。

このことからしても、占領憲法が施行されてきたとするこれまでの道程における實質的な運用実績の様相は、むしろ憲法としてのそれではなく、實質的には講和條約としての實質的な運用がなされてきたと云へるのであつて、その限度の実効性しか有してゐなかつたのである。

GHQの占領統治は、原則として間接統治形態であつたことからして、占領憲法の制定はまさに間接統治の産物である。間接統治とは、GHQが直接に統治せず、政府を通じてなされるものであるから、GHQと政府とは、常に講和の一環



としてあらゆる事項について交渉してきたといふことである。これはまさに講和交渉そのものであり、占領憲法がその交渉によつて誕生したことからして、占領憲法が講和條約の實質を備へてゐることの證となつてゐる。

#### （無効規範の轉換）

以上のことからして、占領憲法は、憲法としては無効であるが、帝國憲法第七十六條第一項により無効規範の轉換がなされ、講和條約としては有効となるのであるが、それは、要件が嚴格である國內系の規範から、それよりも要件が緩和された國際系の規範への轉換であることも、その轉換が容易なる一因でもある。

帝國憲法下における憲法の改正の要件と手續と比較して、講和條約の締結は、帝國議會の議決を必要としないなど、著しくその要件と手續が緩和されてゐるため、比較的その轉換が容易となるのである。その逆に、講和條約から憲法改正への轉換は不可能といふことになる。それは、遺言（單獨行爲）から死因贈與（契約）への轉換を認めた前掲裁判例の場合も、要件と手續が嚴格な遺言から、その要件と手續が著しく緩和された贈與への轉換であつたためである。

また、憲法から講和條約への轉換は、内には嚴しく、外には寛容であること、そして、恭儉己れを持し然諾を重んずれば、國內系の要件は嚴しく、國際系の要件はそれより緩和されるといふことも認められる。前に述べたとほり、ポツダム宣言の受諾や降伏文書の調印といふ入口條約については條約法條約の適用がないことや、日韓基本條約第二條の解釋に関して日韓保護條約が無効でなかつたとすることなどからしても、占領憲法は憲法としては無効であるが、講和條約（東京條約）の限度で有効であると理解することは、一貫した矛盾のない論理である。

ところで、講和條約に轉換されるといふことは、當事國の意思を介在せずに當然に轉換することを意味する。「轉換」といふ現象は、法律行爲の効果ではなく、當事者の意思を全く介在せずに生起する現象で、法律學的な意味でいふところの「事件」である。

ここで、基礎的な概念を整理しておくとして、一般に、權利變動の原因となる事實を「法律要件」と呼び、その法律要件を具備すると、一定の「法律效果」が生ずることになる。法律要件の主要なものに、契約などの「法律行爲」がある。そし

て、法律要件を構成する要素となる法律上の事実のことを「法律事実」といふが、この法律事實は、さらに人の精神作用に基づくものと基づかないものとに區分され、人の精神作用に基づくものの代表的なものに「意思表示」があり、また、人の精神作用に基づかないものを「事件」と呼んでゐる。法律要件たる法律行為は、一個又は數個の法律事實たる意思表示によつて構成され、一個の單獨の意思表示で構成されるもの（遺言、解除など）と對向する二個以上の意思表示の合致によつて構成されるもの（契約など）などがあり、それに對應した法律効果を生じさせる。また、精神作用に基づかない事件には、時の経過や人の死などがあり、それによつて時効や相續などの法律効果を生じる。

このやうに、特定の法律効果を生む法律要件には、必ずしも人の精神作用（意思）に基づくものばかりではなく、これに基づかない事件がある。人の死は、それを願つても願はなくても、あるいは、相續といふ法律効果を生じさせる意思（效果意思）がなくても相續といふ法律効果が發生する。そして、ここでいふ「無効規範の轉換」といふ法律効果を生む法律要件は、まさにこの人の死といふ事件によつて生ずる相續といふ法律効果と同様に、「轉換適格性」と「事實の慣習的集積」を満たす客觀的事實が備はれば、「轉換」といふ法律効果を發生させるのである。「轉換させる意思」といふ效果意思は不要である。「無効規範の轉換」といふ法律効果は、當事者の意思表示によつて生ずるものではないからである。その意味で、轉換は「事件」である。つまり、當事國の明確な意思とは異なるとしても、轉換の要件を満たす限り轉換するのである。換言すれば、我が國と相手國（GHQ）がその當時から現在まで講和條約であるといふ確定的な認識をしてゐることを全く不要とするのである。客觀的事實が相手國との講和條約として轉換しうる要件を充足すれば足り、主觀的要素としての當事國の認識は不要なのである。そもそも、講和條約を締結するといふ明示かつ確定的な意思表示があれば、初めから講和條約として成立するのであつて、「轉換」を論ずる餘地はない。尤も、我が國もGHQも、共に、占領憲法の實質が講和條約群に屬することの認識があつたことは、これまで指摘したとおりであつて、GHQ（Go Home Quickly）のために國際批判を受けないやうに密かに締結する意思があつたことは明らかである。今、アメリカなどが、その後ろめたさのために、講和條約といふ當時の認識を否定したとしても、そのことが後に述べるとおり、占領憲法（東京條

約)の破棄を通告する上で全く支障とはならず、むしろ好都合なのである。

ところで、前に述べたが、有倉遼吉は、厳格な法実証主義者としての立場から、「講和大権」を基軸として占領憲法の效力を論じた。その意味では、この有倉説も私見である講和條約説(新無効論)も、廣義の意味では「講和大権説」として分類されてもよいことになる。このやうに、講和條約説(新無効論)が、占領憲法の性質を講和大権の行使によつて定立した規範であると認識することにおいて有倉説と同様であることからすれば、講和條約説(新無効論)を珍説、奇説の類であるとして揶揄するだけで、その論據に正面から向き合はない態度は、およそ學問的良心に悖るものであることを自覺すべきである。

ともあれ、兩説は、講和大権を契機として占領憲法の效力を論ずるものでありながら、占領憲法が憲法として有効か無効かといふ點においては正反對の結論に至つてゐる。有倉説は、帝國憲法の改正に限界があるとした上で革命有効説を受け入れたといふ見解でもなく、さりとて、改正の限界がないとする見解でもない。専ら、「講和大権の特殊性」から占領憲法が憲法として有効であるとしたのである。しかし、その論理性の精度は低く理論的には未熟であり矛盾破綻してゐると云へる。蓋し、「講和大権の特殊性」なる不明確な抽象的概念を以て、その國際系の規範を定立させる講和大権を行使して講和條約(東京條約)を締結するのではなく、國內系に屬する帝國憲法の改正法としての占領憲法の有効性をどうして導くことができるのかといふことについて全く説明ができてゐないからである。もし、「講和大権の特殊性」といふ概念を肯定的に解釋するとすれば、それは前に述べたやうなこと以外にありえない。これまで述べてきたとほり、各種の大権事項の中にあつて、講和大権は、國家緊急時において規範國體を護持するために行使しうるものであり、他の大権との序列において最優先のものであるといふ性質があるといふことである。

しかし、このやうに、講和大権に他の大権よりも優越性が認められるとしても、帝國憲法によつて授權された講和大権によつて帝國憲法自體を排除することができないことも當然のことである。むしろ、このことを踏まへ、厳格な法実証主義を貫けば、講和大権の行使によつて定立される規範は、講和條約(東京條約)しかあり得ないはずである。それゆゑ、有倉説は、占領憲法の定立が講和大権を根據とするものであることに着目した嚆矢の見解であつた點において大いに

評價しえても、その理論的歸趨を見失った學説であると云へる。やはり、「講和大權説」から導かれるのは、論理必然的に「講和條約説（新無効論）」しかないことになるのである。

## 第六章 復元改正の道標

### （正統典憲の復元）

占領憲法は、憲法としては無効であるが、講和條約（東京條約）として有効であつて、その意味で帝國憲法は未だ改正も廢止もされずに現存するものであるとの認識からすれば、帝國憲法を「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、帝國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。

そして、認識の復元を果たした後になすべき復元措置には様々な課題があり、その中でも正統典憲の復元措置は、その中心的な事項である。

まづ、正統典範の復元措置としては、占領典範の排除と同時に明治典範及びその他の皇室令ならびに皇室慣習法の回復である。勿論、これは、皇室の自治と自律の奉還のためになされるものであつて、その復元措置とその後の改正などについては、それこそ皇室の自治と自律に委ねられるものである。

しかし、占領典範はもとより無効であることから、明治典範を含む正統典範は現存してゐることになるが、これまでの政治的障壁を除去して修祓する必要があるといふことである。それゆゑ、これについての政治的な無効確認決議がなければ憲法的に無効とはならないといふものでもない。従つて、その具體的手順としては、①昭和二十二年五月一日に明治典範を廢止する旨の敕令である『皇室典範及皇室典範増補廢止ノ件』を祓除（無効確認）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初めての「皇室會議」でなされた、秩父宮、高松宮、三笠宮の三宮家を除く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、明治典範第三十條の皇族全ての皇族たる身分が回

復された旨の新たな敕令を宣布され、③昭和二十二年四月三十日に「皇族會議」を廢止する旨の敕令を祓除（無効確認）して皇族會議を復活させ、さらに、④昭和二十二年四月三十日の敕令によつて『樞密院官制』（明治二十一年敕令第二十二號）とこれによつて廢止された樞密院を廢止する旨の敕令や『皇室令及附屬法令廢止ノ件』（昭和二十二年皇室令第十二號）などを祓除（無効確認）して樞密院官制及び樞密院を復活させる旨の新たな敕令を宣布されれば、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。

ただし、皇族身分の回復の件については、少し説明が必要となる。初めに、宮家とは、明治典範上の地位ではない。明治典範第三十條に定める「皇族」が皇室御一家とは別の宮家を構へられた場合に宮號の尊稱を贈られた皇族集團のことであり、これも正統典範に屬する典範慣習法によるものである。

また、皇族の範圍については、明治典範では無窮である。つまり、明治典範第三十條には「皇族ト稱フルハ太皇太后皇太后皇后皇太子皇太子妃皇太孫皇太孫妃親王親王妃内親王王王妃女王ヲ謂フ」とあり、同第三十一條には「皇子ヨリ皇玄孫ニ至ルマテハ男ヲ親王女ヲ内親王トシ五世以下ハ男ヲ王女ヲ女王トス」とあるので、「五世以下」無窮といふことである。

そして、明治典範第四十四條に「皇族女子ノ臣籍ニ嫁シタル者ハ皇族ノ列ニ在ラス但シ特旨ニ依リ仍内親王女王ノ稱ヲ有セシムルコトアルヘシ」とあるものの、それ以外の事由によつて皇族の身分を離れることはなく終身といふことになる。

ところが、占領典範は、皇族の範圍を制限しなかつたものの、皇族の身分を離れる條項を定めた。自らの「意思に基」づく場合（第十一條第一項）、「やむを得ない特別の事由がある」場合（同條第二項）、皇族女子が「天皇及び皇族以外の者と婚姻した」場合（第十二條）など多くの皇籍離脱事由を定め、實質的に皇族の範圍を縮小し、ひいては皇族の消滅を企圖したものである。

そして、明治典範では皇籍離脱させることができないので、速やかに占領典範を制定し、その占領典範第十一條第二項に基づき、G H Qの傀儡機關である「皇室會議」の決定によつて、十一宮家五十一人の皇族の身分を「一齊剥奪」したのである。その離脱の理由は「やむを得ない特別の事由」であるとする。皇族側にはそんな理由は全くない。G H Qの指令によつて身分を剥奪せざるを得ないこと

を「やむを得ない特別の事由」であつたといふことである。

従つて、占領典範を無効であるとする立場であれば、皇族の地位を一齊剥奪した皇室會議の決定も無効であり、明治典範に基づく皇族の地位は復元されてゐることになり、このことについては離脱された皇族の意思によつて左右されるものではない。自動的に無條件にて復歸されるのである。そして、もし、これまで通り離脱されたままの状態をご希望であれば、改めて明治典範を改正されて、離脱を認める條項を追加された上で、その御意思が尊重されるべきである。

ただし、男系男子の皇統護持のためには、男系男子の皇統を承繼されてゐる宮家の新たな離脱については慎重でなければならない。それこそ「やむを得ない特別の事由」でなければならないと考へる。

これが占領典範無効論の立場であり、有効論であれば、無條件復歸の論理を貫くことができず、全て「意思に基づく復歸」となり、復歸の意思表示をされることによつて世間の物議を醸すことを懸念される舊宮家の御立場を配慮することができずに畫餅に終つてしまふのである。

その後は、復歸された皇族も含め、成年男子皇族で組織された「皇族會議」が復活し、これが陛下の諮問機關となつて典範の整備作業がなされることになるが、長期に亘り占領典範が事實上運用されてきた状況から、いきなり皇室の自治と自律を奉還すると云つても、有職故實の調査、資料の収集、典範條項の文案作成や典範體系の整備、専門職の確保と養成その他の事務についての補弼は不可欠で、従來の宮内廳か、あるいはこれに代へ、又はこれと併存させた調査諮問委員會を皇族會議の下部機關として設置し、その人事及び運用を皇室及び皇族に委ねる必要がある。

そして、その改革の方向を付度するとすれば、皇室の自律、自治を廣範に認め、皇位繼承の決定と變更、宮家の創設、舊宮家の復歸、明治典範の改正、皇族関連施設及び皇室行事関連施設（京都御所、皇居、東宮御所、御用邸など）に對する施設管理、行幸の決定、宮内廳長官その他の宮内廳職員全員の人事と組織編成など廣範な権限が陛下と皇族に委ねられ、御叡慮に従ふといふ大改革がなされるであらう。

附言するに、前に述べたとほり、我が國體における王霸の辨へと同種のものとして、「齋」（王道）と「政」（霸道）との辨別があり、これは「聖」と「俗」

の辨別と相似したものである。それゆゑ、皇室は、國家の中にあつて最も聖なる「齋庭（いつきのには、ゆには）」として保たれなければならない。王道が穢れれば霸道が亂れる。それゆゑ、王道を穢し、宮中祭祀を疎かにする「開かれた皇室」といふ俗化の方向は言語道斷である。皇室の自律と自治とは、俗化の方向から聖なる方向への回歸のために是非とも必要なことなのである。

このやうに、皇室の自律と自治の推進は、正統憲法の復元改正措置と連動したものであり、もとより天皇が元首であり、當然に象徴機能も併有されるものであることから、これまでの「傀儡天皇」の運用から、眞の意味での象徴天皇となられるためのものであつて、これにより、これまでの傀儡天皇制から完全に脱却できるのである。なぜならば、國民主權を謳ふ占領憲法の象徴天皇制といふのは、國民が主人で天皇が家來といふことであるから、その實質は傀儡天皇制に他ならないからである。

次に、正統憲法の復元措置としては、占領憲法の排除と、帝國憲法、教育敕語その他の正統憲法の回復であることはいふまでもない。この具體的な方法については後に述べることにする。

#### （講和條約群の破棄）

桑港條約は、その締結後に第十一條等の履行が完了したと同時にその全部が當然に失效したといふ見解があるが、この見解は、これまでの國際法の解釋や運用などからして説得力が全くない。これは、アムネスティの原則を擴大解釋したものであつて、もし、そのやうなことが肯定されるのであれば、入口條約も中間條約（占領憲法）も當然に失效したことになつてしまひ、その點だけを見れば我が國にとって好ましい事態となる面もあるが、國際系においては無法状態を肯定することになつてしまふからである。それは、桑港條約が領域（領土、領海など）の確定もしてゐることから、これも當然に反故になつてしまふのであれば、日清、日露などの講和條約などは勿論のこと、世界の全ての講和條約も當然に反故になることを認めなければならなくなる。當然に失效するのであれば、戰勝國によつて構築された戦後體制が否定されて講和條約締結前の状態に原状回復せねばならず、國際秩序を構築するための講和條約の機能が完全に失はれてしまふ。ま

た、そのやうなことを戦勝國が容認するはずもなく、このやうな見解は國際關係の混亂を引き起こすに至る暴論である。

また、この「失効」の意味について、既に履行済みの事項については原状回復を求めることができないといふのであれば、その状態は桑港條約が存續してゐることと變はりはないことになる。つまり、その履行後は、それが履行されたことの確認條項として存續することとなり、失効したことにはならないのであるから、これは單なる言葉の遊びといふ外はない。

では、我が國はどうすればよいのか。それには、國際法に基づいて對處する必要がある、まづ、考へられる方法としては、これらの講和條約群を現時點において一括して一方的に破棄通告をするといふものである。すでに講和條件は全て履行されたのであるから、將來に向かつて破棄通告しても、關係當事國に對して現状の變更を新たに求めるものではないことからして、現在の國際關係には何らの影響もない。

また、日米間において、舊安保條約は新安保條約に改定されたことにより失効し、米軍駐留目的は我が國の安全と極東の平和維持のためとされ、内亂條項は削除され、期限も十年間となりその後は自動延長といふことになったものの、この新安保條約も米軍の駐留態様は基本的には變化がないので講和條約群の一つとして評價できる。しかし、桑港條約を破棄する際に、必ずしも新安保條約をも同時に破棄する必要もなく、その時點での政治判斷に委ねる必要がある。

そもそも、敗戦國を永久的に拘束・支配する講和條約は認められず、我が國が國連に加盟したことによつて「戦後は終はつた」として講和條約群は全て「もはや無効」であると宣言しても、新安保條約以外の講和條約群の破棄を即時に宣言してもよい。講和條約群に屬する全ての講和條約は、前述の條約法條約の適用はないとしても、當事國からの一方的な破棄は可能である。

しかし、講和條約群の各條約を個別に全部破棄することには少し問題があるかも知れない。それは、「戦争状態」を終了させた桑港條約、日華平和條約、日ソ共同宣言、日中共同聲明の全てを破棄すれば、「戦争状態」の復活が懸念され、しかも、桑港條約で認められた獨立をも否定することになると誤解されるのであれば、慎重を期して、それに該当する條項や、その他影響を懸念しうる條項だけを暫定的に除外し、國際情勢等の状況判斷を踏まへて、順次徐々に戰略的に破棄



（部分破棄）して行けばよい。

條約の全部破棄といふのは可能であり、それは、『日ソ中立條約（不可侵條約）』を破棄してソ連が参戦した例に倣へばよい。また、日華平和條約は、田中角榮内閣による日中共同聲明による「日中復交」（昭和四十七年九月二十九日）によつて破棄されたが、その破棄のための交渉や破棄の手續は一切なく、大平正芳外相の「日華平和條約はもはや存在しません」との言明だけで全部破棄したのであり、講和條約群の破棄もまた同様の方法で行へるのである。このとき、全部破棄したものの、戦争状態の復活を懸念した議論はなく、戦争状態の終結には何らの影響もなかった。厳密に言へば、破棄によつて直ちに戦争状態が復活するのではなく、「戦争状態終了效の消滅」といふ複雑な状態である。

さらに、歴史的にもう少し遡れば、第一次世界大戦後に、ドイツの軍備制限やラインラントの非武装化（武装解除）などを義務付けたベルサイユ講和條約やロカルノ條約などによるベルサイユ體制下にあつたドイツが昭和十年五月に「再軍備宣言」をなし、翌十一年三月にラインラントへ進駐することによつてベルサイユ講和條約を含む講和體制全體を破棄し、相手國がこれを黙認した事例もあつた。

このやうに、全部破棄ができるのであれば、それよりも相手國への影響が少ない一部破棄ができることは當然のことである。

では、その全部破棄あるいは一部破棄をしうる根據についてであるが、それは、「事情變更の原則」の法理によるものである。日ソ中立條約（不可侵條約）をソ連が一方的に破棄したのも、我が國が日華平和條約を一方的に破棄したのも、そして、ベルサイユ講和體制が破棄されたのも、いずれもこの法理に基づくものである。事情變更の原則は、講和條約群の締結以前から確立してゐた國際慣習法であるから、講和條約群が條約法條約の適用を受けない條約であつても、この原則を根據とすることに何ら問題はないのである。

勿論、これらの破棄通告をした後、政治的には、新たな國際關係を構築するために、安政の假條約の改正に向けた先人の努力を範として、その破棄後に向けた新たな國際關係の構築のための努力を惜しんではないことになるが、破棄通告をする場合、これには直接の適用はないとしても條約法條約の趣旨に則つて以下の手法によることにならう。

まづ、就中、占領憲法（東京條約）については、その實質的當事者はアメリカである。もし、アメリカがこれを講和條約ではなく、我が國の憲法であると主張するのであれば（當然そのやうに主張してくると思はれるが）、條約法條約第六十二條（事情の根本的な變化）の趣旨に基づき、條約の終了を一方的に宣言して通告すれば足りる。それに對してアメリカが反發することは、アメリカからすれば痛し痒しである。東京條約と見なして破棄通告をする我が國の見解を認めず、あくまでも占領憲法は我が國の憲法であつて講和條約ではないとの法的見解をアメリカが主張して批判したとしても、その破棄通告自體を争つてはゐないのであるから、我が國は占領憲法（東京條約）の破棄に成功したことになる。また、我が國の見解の前提に立つて、その破棄通告の效力を争ふといふのであれば、占領憲法が潜りの講和條約であり、國際法に違反したアメリカの過去の行爲を自白することになり、堂々と破棄通告の正當性を主張すれば足りる。そして、破棄されたことを前提として、その後の國內手續を進めればよい。少なくとも、國際關係においても、その後の條約關係を我が國に有利に整備する外交交渉へと移行できる。そして、それ以外の聯合國（國連常任理事國）についても、同様の通告をすれば足りる。ただし、韓國、北朝鮮、中共は、戦争當事國ではないので、通告する必要はない。

このやうに、もし、聯合國の一部が、これを條約であるとし、占領憲法第九條についても未だ效力があると主張するのであれば、條約法條約第五十九條（後の條約の締結による條約の終了又は運用停止）の趣旨（後法優位の原則）に基づき、さらに、桑港條約、國連憲章（條約）によつて占領憲法第九條が廢止されたことを理由に、その他の條項についても、我が國が國連に加盟したことを以て條約法條約第六十二條（事情の根本的な變化）の趣旨に基づき、國際慣習法の事情變更の原則を根據として破棄通告（終了通告）することになる。

また、ポツダム宣言や降伏文書と占領憲法に至る過程が當時の國際法に違反するといふ事實、舊ソ連の日ソ中立條約違反の事實、アメリカによる原爆投下の犯罪事實、ソ連による皇軍將兵のシベリア違法抑留、東京裁判の不當性、アムネスティ條項の國際慣習法に違反した桑港條約第十一條の不當性その他様々な角度から大東亞戦争の正當性とその後における我が國に世界的貢獻の事實をも事情變更の理由として縷々説明し、外交交渉に臨むことができる。

つまり、これらの事情が條約法條約第五十六條（終了、廃棄又は脱退に関する規定を含まない条約の廃棄又はこのような条約からの脱退）第一項（a）の「当事国が廃棄又は脱退の可能性を許容する意図を有していたと認められる場合」あるいは同（b）の「条約の性質上廃棄又は脱退の権利があると考えられる場合」に該当するとして破棄又は脱退の通告理由とし、さらには、現時点においては、報復防止のために永久に敗戦國を支配従屬させる講和條約群を無効とする一般國際法の新たな強行規範が成立してゐると主張して、同第六十四條により失効終了を宣告することができる。

しかし、それでも相手國が承認しないときは、國際司法裁判所に提訴し、あるいは國連加盟諸國や國際世論に訴へて説得し、講和條約群全てを合意により將來に向かつて終了させ、あるいは我が國にとって支障のある個別條項の削除ないしは運用停止を実現するための外交努力を行ふべきである。國際世論を主導的に喚起し、世界平和に貢献することこそ、これからの我が國の外交の基本姿勢でなければならない。破棄通告を行ふこと自體が目的といふよりも、我が國がこれにより將來に向けての揺るぎない外交姿勢を示すことこそが肝要なのである。

そして、國連憲章には、聯合國のみに限定した非民主的な常任理事國制度と拒否權制度、さらに敵國條項（第五十三條、第一百七條など）があるが、我が國の外交基本方針としては、これらを全て廢止させ、國連總會を最高決議機關とする國連の抜本的な民主化を圖ることを目的とすべきであつて、我が國が常任理事國入りを目指すことなどは外道の企みに他ならない。國連憲章から敵國條項を廢止するなどの國連改革すら實現できない國連であれば、我が國としては、占領憲法（東京條約）の破棄とともに、國連加入條約の破棄（國連脱退）をも覺悟した上で、國家としての矜持を保たなければならないのである。

#### （國內系の復元方法）

對外的には、以上のやうな方策を講じた上で、國內的には、いよいよ正統憲法への復元とその改正準備のための手順を進めなければならない。しかし、それは性急なものであつてはならない。あくまでも法的安定性を考慮しなくてはならないのである。前にも述べた、無効規範の轉換などの法理も、實はこの法的安定性

の維持から生まれたものである。

一般に、ある法が無効とされた場合、その法の下で既に形成された秩序もまた否定されることになる。この秩序は、法とその下位法令の施行に基づく處分や裁判による執行などによつて形成されたものである。しかし、一旦形成された秩序を如何なる理由と雖も否定することは竝大抵のことではない。多くの犠牲や混亂を生ぜしめるからである。その程度が大きければ大きいほど、覆滅する秩序の領域と範囲が廣ければ廣いほど、覆滅する法律状態が繼續してきた期間が長ければ長いほど、その犠牲と混亂は甚だしいものとなり、その原状回復措置が急激であればあるほど、あたかも「革命」にも似た現象を來すことになるのである。

ところで、占領憲法が正統憲法としては無効であり、帝國憲法が正統憲法の一つとしての地位を未だに維持してゐるといふ「憲法の状態」は、具體的にはどのような意味であるのか。そして、これまで占領憲法下での秩序は、どのような経過で原状回復がなされていくのかといふことが示されない限り、眞の意味で新無効論を述べたことにはならないだらう。

ところが、舊無効論しか知らない人々は、假に、占領憲法を無効とする見解が正しいことを理論的には理解し得ても、その後の回復措置に對する素朴で漠然とした疑問と不安を抱く。そして、新無効論の内容が理解できず、先入観により早とちりして誤解したまま、到底それを政治的に實現することはできないものと諦めてしまふ。ましてや、占領憲法が有効であるとか、有効を前提として改正を唱へる人々は、特にこの法的安定性を盾にして、ここぞとばかりに新無効論に反對してくる。それは、彼らもまた、敗戦利得者であり國體破壊者であるから、それを暴く新無効論が恐ろしくてたまらないからである。そして、新無効論と舊無効論を同一に論じて、新無効論があたかも急進矯激なる思想による革命論であるの如く、あるいは現實から遊離した空論であるかのやうに喧傳して卑しめ、殊更に不安を煽る反對論者も現れるが、これは、少なくとも新無効論に對する批判にはなり得ず、明らかに「爲にする言説」に他ならない。

#### （占領典憲の無効確認決議）

では、新無効論に基づいて、どのように手順を行ふのかについてその概要のみ

を解説する。

まづ、議會における占領憲法の無効確認決議である。これには先例がある。それは、昭和四十四年八月一日に、岡山縣の奈義町において、占領憲法の無効を宣言し、『大日本帝國憲法復原決議』を可決した奈義町議會の壮舉がある。これは、地方議會の決議ではあるが、帝國憲法下で效力を認められた占領憲法（東京條約）に基づいて、国内的な憲法慣習法により設置された地方自治の立法機關である。それが「認識の復元」を行つたといふことなのである。この決議の法的性質は、實質的には「確認的決議」である。占領憲法が憲法として無効であり、帝國憲法が現存してゐるといふ「認識」を、「復元」といふ表現で行つたものであつて、新たにその時點で「復元させる」といふ「創設的決議」ではないのである。

この事實を先例として理解すると、まづ、國會、内閣又は最高裁判所などの國家機關による占領典範と占領憲法などの無効確認決議（無効宣言決議）や無効確認聲明を行ふことも復元の方法の一つである。どの機關が行つてもよい。多ければ多いほどよい。その中でも、國會での無効確認決議が最も政治的宣言として相應しいものであるので、これについて説明する。

占領憲法は、國會を國權の最高機關（第四十一條）とするのであり、議院内閣制を採用してゐることから、占領典範と占領憲法が正統性などを缺く無効のものであることをこれらの國家機關が宣言（自白）すれば足りる。他の國家機關が行ふよりも、「國權の最高機關」であると自畫自賛してゐる國會がこれを行ふことの方が、政治的には望ましい。

この宣言は、無効であるものを無効であると認識する意志の表明であつて、新たに無効化すること（改めて廢止、失效させること）ではない。つまり、この決議の法的性質は、新たに法律關係又は法律狀態を變化（形成）させ、規範を創設、廢止、改正したりする「法律行爲（立法行爲）」としての「創設的決議」ではなく、帝國憲法が現存し、占領憲法が憲法としては無効であつて、これまでの規範國體以下の憲法體系（法令の效力の劣後關係）に何ら變化がなかつたといふ法律狀態（事實）を確認するだけの憲法解釋的な「確認的決議」であつて、單なる「事實行爲」にすぎない。

舊無効論のやうに、「有効の推定」とか「不遡及無効」とかの不可解な議論を

して、決議があつてから初めて無効となるといふやうな性質のものではない。もし、舊無効論のやうなものであれば、それは「無効確認決議」とは云はないし、無効論の看板に偽りがあるものになつてしまふ。このやうな議論を回避できないこと自體が、舊無効論の法的安定性に對する不安を拭ひきれないことになつてゐるのである。

また、新無効論によれば、これは、犯罪者の「自白」と同じ理屈である。犯罪者は、自白することによつて初めて犯罪を行つたことになるのではない。過去になした自己の犯罪行爲を自らが行つたことを認めることであつて、自白の時點で犯罪を行つたといふことではない。合法性も正統性もなく、妥當性も實效性もない者（占領憲法）が「そのとほり間違ひありませんでした。」と自白することである。勿論、それだけではなく、無効であつたことを證明する、これまでの法律的事實と歴史的事實が補強證據となり、その自白（無効宣言）に證據能力が認められ有罪（無効）の事實が確定するのである。勿論、これは占領憲法の「改正」ではないから、國會が行ふとしても、占領憲法第九十六條の改正手續によるものではない。占領憲法第五十六條に準じて、衆參兩議院の各々總議員の三分の一以上の出席によつて議事を開き、その出席議員の過半数で可決して、國會においてその意志を表明すれば足りる。しかも、衆參兩議院の雙方がしなければならないものでもない。いずれか一方だけでもよい。これは臣民に對して周知させるための「政治的決議」であつて、「法律的決議」ではないからである。

國會が自己否定的な決議をすることができるのかといふ疑問が起こりうるが、犯罪者本人であるから自白ができるのであつて、他人が代理して自白することはできないし、自白しても意味がない。占領憲法で設置された權力機關は、被害者である國家中樞に寄生した犯罪者の中心的な一部分（暴力の切れ端）であるから犯罪者本人そのものである。その本人が自白するのであるから、自白としての意味があるのであつて何ら問題はない。

また、新無効論では、占領憲法は講和條約（東京條約）として有効であり、その國內系における反射的效力ないしは講和大權に基づく憲法慣習法に基づいて、現在の國家機關は有効に存在してゐるので、その機關によつて爲された立法、行政、司法及び地方公共團體における一切の規範定立行爲や處分などは有効であり、公務員の地位も保障されてゐる。それゆゑ、國會議員の地位も保障されてゐる。

るので、このやうな決議も有効に行ふことができるのである。

なほ、無効確認決議は、このやうに通常の大数決で行ふことはできるが、それでは、これとは逆に、「有効確認決議」を大数決決議ですることができると云へば、それはできない。これは、前に述べたとほり、「追認」に該当する「立法行為」であるから、追認適格性がないので不可能なのである。泥棒が「俺は無罪だ」と叫びながら、盗んだ物を「これは俺の物だ」とすることは「追認」ではなく、單なる開き直りといふものである。

次に、占領典範の無効確認決議について述べる。占領典範についても占領憲法の場合と同様に無効確認決議をすることになる。占領典範は法律の形式であるが、これについても法律の廢止手續（改正手續）をすることは必ずしも必要ではない。占領典範は、國民の權利義務を規定した法律ではなく、皇族だけに適用があるものであるから、無効確認決議をすれば當然に排除される。ただし、明確性を重視するとすれば、占領典範を廢止する法律を議決するといふ形式的な立法手續を以て無効確認決議に代用することが許されないといふことではない。違憲の法律を排除するためには、それと同じ手續によつてなされるべきであるとする巻戻しの論理に基づけば、占領典範の廢止法として成立させ、違憲無効であることを廢止法の法文中に明記する方法でもよいことになる。むしろ、そのことよりも、これと同時に、明治典範の廢止が無効であることの確認決議がなされるべきである。

ただし、この明治典範の廢止は、帝國議會で議決されたものではないので、この點について若干言及する必要がある。帝國憲法第七十四條には、「皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セス 皇室典範ヲ以テ此ノ憲法ノ條規ヲ變更スルコトヲ得ス」とあり、明治典範の廢止は、帝國議會が關與せず、昭和二十二年五月一日の『皇室典範及皇室典範増補廢止ノ件』によつて廢止されたことになつてゐる。しかし、明治典範廢止の無効理由について解説したとほり、「廢止」は「改正」には該当しないことも無効理由であるから、規範國體を顯現する明治典範がGHQの強制によつて形式上は廢止された事實とそれが無効であることを明らかにし、GHQの暴力を承繼して設置された「暴力の切れ端」である國會がそれを自白して、皇室及び皇族、さらに臣民に對する「謝罪決議」をなすことに大きな政治的意義がある。

（その他の無効確認措置）

占領典憲以外にも無効確認決議をする必要があるものとしては、昭和二十三年六月十九日に衆参両議院でなされた教育敕語、軍人敕諭、戊申詔書の排除・失効を決議した「教育敕語などの排除・失効決議」（昭和二十三年決議）がある。

この昭和二十三年決議は、本質的に無効なのである。なぜならば、教育敕語などは廣義の詔敕であるから、これを廢止することができるのは、詔敕によつてなされることが資格要件である。これは、追認とか取消の場合と同様、敕語といふ形式のものを失効させるには、同じ敕語といふ形式によらなければ、失効させる「適格」がないといふことである。

ところで、昭和二十三年決議自體の效力の如何を問はず、明確に排除・失効の對象となつたのは、教育敕語などの極少數のものである。勿論、記紀に顯された全ての御神敕、御詔敕と、その後に連綿と渙發されてきた詔は排除の對象となつてゐない。つまり、これら大部分の詔が今もなほ效力を有してゐることになる。ただし、占領憲法の前文には「われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔敕を排除する。」とあり、占領憲法第九十八條第一項には、「この憲法は、國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔敕及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その效力を有しない。」と規定してゐるので、個別に詔敕等を特定して排除・失効の決議をしなくても、一律に排除されると解釋することも可能であつたが、當時の國會は、この規定を政治的宣言と理解して、當然には無効とはならず、個別に排除・失効の決議をすることによつて初めて無効化しうるとの解釋に立つた。實際にも、法律、命令については、『日本國憲法施行の際現に效力を有する命令の規定の效力等に關する法律』（昭和二十二年法律第七十二號）及び『日本國憲法施行の際現に效力を有する敕令の規定の效力等に關する政令』（昭和二十二年政令第十四號）を制定して時際法的に處理したことから、詔敕についても、個別の形成的な排除決議（創設的決議）をして初めて排除・失効できるとして、昭和二十三年決議を行つたのであるから、この決議で對象とされてゐない大部分の詔敕は排除・失効の對象とはなつてゐないといふことである。



それにしても、先帝陛下の御勸諭は凡人の計り知れない深奥さがある。巷間、人間宣言と揶揄された昭和二十一年元旦の詔書（これは人間宣言ではない）は、GHQの強い圧力によるものであるが、先帝陛下は、これ自體には直接に抗せられず、その冒頭に明治天皇の『五箇條ノ御誓文』を引用明記することに強く拘られたと仄聞する。この理由について、様々な推測がなされてゐるが、畏れながら御勸意をご付度いたせば、これがGHQの指令による詔書であることから、GHQはこれ自體を後に排除されることはないとはなるとご判断され、神武肇國に比肩される維新回天の創業における『五箇條ノ御誓文』をこの詔書の冒頭に引用することを以て『五箇條ノ御誓文』が排除されることを回避し、その後に引き繼がれる帝國憲法の正統性と我が國の矜持を示されたものであらう。それが、この年の歌會始に「ふりつもるみ雪にたへていろかへぬ松ぞををしき人もかくあれ」との御製の御宸意であると確信する。その結果、『五箇條ノ御誓文』は、これまでどの國家機關からも一切排除されてをらず、占領期から現在、そして將來に向けて、揺るぎのない光芒を放ち續けてゐる。このことは有効論といへども認めざるを得ない。而して、『五箇條ノ御誓文』の「智識ヲ世界ニ求メ大ニ皇基ヲ振起スヘシ」によつて、國體は護持され續けてゐるのである。

ともあれ、昭和二十三年決議の無効確認決議をして教育敕語などの復元（厳密に言へば、教育敕語などの現存確認決議）を行ふことの外に、條文だけを通讀すると我が國の法律か否かが判明しえないやうな『教育基本法』といふGHQの強制で制定された法律や、性差を無視して家庭崩壊を實現するための『男女共同参画社会基本法』など、戦後體制を固定化する法令の全ては當然に排除されることになる。男女は、人格において「差別」されることはないが、「區別」はある。性差に伴ふ體質と機能などに相違があることはこれまで知られてゐたが、現在では、「腦」にも性差があることが學問的にも證明されてゐる。それゆゑ、男女の思考と行動の態様などに本質的な相違があり、男女の本能にも微妙な相違があることから、男女を單純に平等とすることは、むしろ公平ではなく、互いの不幸である。また、このやうな法律は、男性の女性化、女性の男性化による性差の解消を目的とすることで、性の喪失、少子化の基礎にある劣子化、人類の老化と退化を促進させ滅亡に至ることになるから、これを絶対に防止しなければならない。

これ以外にも、平成七年六月九日、衆議院で行つた『歴史を教訓に平和への決

意を新たにする決議』（謝罪決議）の「撤回決議」も必要であり、これと同様の趣旨にて、昭和六十一年の後藤田正晴官房長官談話、平成五年八月四日の河野洋平官房長官談話（慰安婦関係調査結果発表に関する内閣官房長官談話）、さらに、同月十日の細川護熙首相談話、平成七年八月十五日の村山富市首相談話とこれらを踏襲するその後の歴代内閣の声明や談話などや、我が國の謝罪外交を方向付けた政府首脳の話などの一切について、それぞれの後任者が撤回表明などをなすべきである。

そして、三権の長である内閣総理大臣、衆参両議院の議長、最高裁判所長官などが占領典憲の無効確認声明を行ひ、さらには、これまで占領憲法によつて違憲とされてきた自衛隊が、帝國憲法を根據とする自己の合法性、正統性を主張して、占領憲法の無効を表明し、自衛隊は皇軍であるとの「皇軍宣言」を行ひ、これらに連動して地方議會や民間團體などが個々に無効宣言を行ひ、そのことを官報や廣報などに掲載して配布し、さらに「日本國の全新聞にその詳細説明を全頁廣告」（谷口雅春）させたり、テレビその他のメディア媒體で啓蒙するなどの方法で國の内外に周知させ、國家と臣民の總力をあげて神州正氣の回復措置をなすことになる。

ところで、無効確認宣言に關して、どうしても避けて通れない課題としては、天皇による占領典憲の「無効宣言」といふ詔が必要か否かといふ點である。これが必要であるとして肯定する舊無効論者の見解（井上孚麿）もあるが、私見は以下の理由により不必要と考へる。なぜならば、聖上におかれては「綸言汗の如し」であつて、ひとたび公布されたものについては、それを取消すことが必要不可欠な場合でなければ、できる限り尊重されるべきである。占領憲法の公布行爲（敕令）は帝國憲法第七十六條第一項により、講和條約（東京條約）の公布行爲（敕令）として當然に轉換されてゐるので、占領憲法を「帝國憲法の改正法」として公布した行爲を取消して改めて講和條約（東京條約）として公布する必要はないからである。また、占領典範については、これを廢止する法律が制定されたときは、その公布をなされるだけで充分である。昭和二十三年決議などの法的に無効な決議について、敢へて無効宣言を行ふことの意味は、それが政治的表明となるので、天皇がこれをなされることによつて聖なる地位を損ねることになりうる。よつて、天皇による無効宣言は政治的無答責の原則（帝國憲法第三條）から

して、なされるべきではないと考へるのである。

#### （復元措置の手順）

では、法體系の補正整備などの具体的な復元措置としては、どのような手順によるべきかについて検討したい。

正統典範の復元措置としては、前述したとおりであるから、ここでは、正統憲法の復元措置について述べる。

帝國憲法第八條に基づき、占領憲法で設置された國會を帝國憲法第三十三條の帝國議會の代行機關とし、同第五十六條に基づく樞密院官制（明治二十一年敕令第二十二號）による樞密院の設置及びその組織運用等の細目については國務大臣（内閣）に委任する旨の「緊急敕令」の渙發を賜はることとなる。これは、いはば、天皇による實質的な「無効宣言の詔敕」であり、占領憲法を「帝國憲法の改正法」であるとしてなされた「公布」が「講和條約（東京條約）」の「公布」に「轉換」されてゐたことの詔敕を兼ねるものである。

帝國憲法第八條は、「天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル爲緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ敕令ヲ發ス 此ノ敕令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出スヘシ若議會ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ將來ニ向テ其ノ效力ヲ失フコトヲ公布スヘシ」とあることからして、我が國の獨立後においても、連合國による法制度上の支配體制が繼續し、その國際環境とそれを如實に反映した國內事情によつて、これまで帝國憲法下の法制への復元措置をなしえなかつた事態は、「公共ノ安全」を冒し續けた「災厄」であるから、この復元措置のための緊急敕令（復元緊急敕令）が渙發される要件を當然に満たしてゐる。それゆゑ、帝國憲法體制への復元のために渙發された復元緊急敕令により、國會が帝國議會の代行機關となれば、これまで缺損してゐた帝國憲法下の立法機關を補填することができる。そして、次の國會の會期において帝國議會の代行機關となつた「國會」に提出されることになり、復元緊急敕令の承諾が得られると、我が國は、獨立回復後初めて、復元措置のための基本法と同格の復元緊急敕令が有効に確定することになる。

占領憲法（講和條約）によつて帝國憲法が設置してゐた機關は悉く事実上廢止

され缺損状態にあつたために、この機關缺損を補填することが必要となるが、缺損してゐたのは帝國議會だけに限らない。帝國憲法第五十五條の國務大臣（内閣總理大臣及び内閣）、同第五十六條の樞密顧問（樞密院）、同第五十七條の裁判所、同第七十二條の會計検査院などもある。

しかし、占領憲法では、議院内閣制が採られてゐること、帝國憲法では裁判所と會計検査院の設置と権限はいづれも法律事項であることからして、樞密顧問（樞密院）以外については、國會が帝國議會の代行機關であることが認められれば、これらの機關缺損は國會（立法機關である帝國議會代行機關）の権限により既に存在する現行法によつて概ね治癒されることになる。つまり、裁判所については、これまで占領憲法（東京條約）で設置された最高裁判所を廢止し、原則としてそのまま帝國憲法下の大審院として再編成すれば足りる。具體的には、『裁判所構成法』（明治二十三年法律第六號）を復活させて改正し、組織的にも人事的にも、大審院、控訴院、地方裁判所、區裁判所を階層構造を現行の最高裁判所、高等裁判所、地方裁判所、簡易裁判所のとおり維持すれば足りる。

また、帝國憲法第五十六條の樞密顧問（樞密院）及び樞密院官制は、前述したとおり、敕令で復活することになるが、機關缺損状態が長期に亘つたためその組織及び運用等については整備に時間がかかるので、樞密院官制の具體的運用等を内閣に授權し、樞密院の代行機關として新たに「樞密代行院」を設置することが望ましい。

そもそも、帝國憲法で設置された機關（憲法上の機關）が、事後の措置によつても復活治癒できないときは、その機關は廢止されたものと看做すことができる。なぜならば、それは、「法は不能を強いるものではない。」といふ大原則があるからであつて、それは憲法と雖も例外ではない。憲法上の機關の缺損が復活治癒できないときは、その機關は廢止されたものと看做され、当該規定は失効ないしは停止状態となつて、その點についての憲法改正（憲法條項の削除改正）手續を殊更に必要とするものではない。

（憲法復元措置基本法と憲法臨時代用法）

そして、これを踏まへて、帝國議會の代行機關である國會において、正統憲法

の復元措置に関する『憲法復元措置基本法』（復元基本法）を制定することになる。これは、復元緊急勅令と同格であり相互に補完し合ふ関係となる。占領憲法については、既に述べたとおり、占領憲法制定のための特別の國民議會も開催されず、占領憲法の政府原案が示された後に、その是非を問ふための衆議院解散と総選挙も行はれず、勿論、特別の國民投票もなされずに、帝國議會の形式的審議（翻譯審議）で成立させた経緯からすると、復元基本法を制定するについては、帝國議會の代行機關である國會の構成は新たなものであることが必要となり、衆議院の解散総選挙と參議院の通常選挙の実施後に行はれることになる。

また、占領憲法の無効確認決議といふ政治決議は、國會が帝國議會の代行機關になる以前になすこともできるし、その後に行つてもよい。代行機關として行ふ無効確認決議は、正統憲法の復元措置に関する復元基本法の議決と同時にすることもできるし、復元基本法の制定がそれを兼ねることにもなる。その復元基本法の骨子としては、占領憲法の無効確認と、無効確認に至つた経過を記載し、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、占領憲法の名稱を『憲法臨時代用法』として、ほぼそのままの條文とする。ただし、占領憲法の公布文及び前文を全て削除し、法文中に「（この）憲法」とあるを「（この）法律（憲法臨時代用法）」と呼稱を變更する。ただし、第七十六條第三項、第八十一條の「憲法」は、そのままとし、これは「帝國憲法」を意味することになる。

これは、講和條約である占領憲法（東京條約）がこれまで正式には國內法秩序には編入されてをらず、それとほぼ同様の内容の憲法慣習法として運用されてきたことを踏まへ、これを正式に國內法秩序に「法律」として、しかも「限時法」として編入するための立法措置である。

ただし、憲法臨時代用法では、次の條項の部分を削除して表記を補正することになる。すなはち、それは帝國憲法と明確に矛盾牴觸する部分と有害無益な部分であつて、以下の條項である。

占領憲法第一條中の「この地位は、主權の存する日本國民の總意に基く。」の部分、第二條中の「國會の議決した皇室典範の定めるところにより」の部分、第四條第一項の全部、第五條の全部、第八條の全部、第九條第二項の全部、第十一條後段の全部、第十二條前段の全部、第十三條前段の全部、第十四條第二項の全

部、第十五條第一項、第十八條の全部、第二十四條第一項中の「兩性の合意のみに基づいて成立し」の部分、同條第二項中の「個人の尊嚴と兩性の本質的平等に立脚して」の部分、第四十一條中の「國權の最高機關であつて、國の唯一の」の部分、第六十六條第二項、第七十六條第二項前段の全部、同條第三項中の「のみ」の部分、第八十八條前段の全部、第九十二條中の「地方自治の本旨に基づいて」の部分、第九十六條の全部、第九十七條の全部、第九十八條第一項の全部、第九十九條の全部などであり、これらを全て削除することになる。

#### (正統憲法調査會)

そして、復元措置を専門的に検討するために、「樞密代行院」の下部機關である諮問機關として、「正統憲法調査會」を内閣の主管下に設置する。これには、國會、内閣、司法などの各機關及び一般から委員を選任して組織し、具體的な復元措置の内容と手順を策定することになる。この「正統憲法調査會」を國會の所管としないのは、國會には帝國憲法改正案をまとめ上げるだけの實質的な能力がなく、また、後述するとほり、その改正案を最終的には陛下に最終的には上奏することになるため、立法機關である帝國議會代行機關が天皇大權である發議權に關與することになり、帝國憲法解釋上の疑義が生ずるためである。

正統憲法調査會は、帝國憲法の第一章から第七章に對應した小委員會と、占領憲法に加へられた地方自治小委員會の小委員會に細分化されて検討が始まる。そして、地方自治小委員會などの各小委員會においては、さらに、項目毎に小部會を設け、部分會議と全體會議で検討することになる。勿論、一般からの請願を廣く受け入れることになる。

そこでは、たとへば、①現行法令全體を正統憲法體系に適合するやうに整序し、正統憲法下では存續しえない法令の検討とその改廢及び改廢の經過措置の検討、②樞密院、貴族院、大審院などの既に缺損してゐる機關の復元ないしは代行機關設置の検討、③皇軍の組織その他統治機構全體の検討、④占領憲法下の法令、行政處分、確定判決などのうち正統憲法體系との整合性を缺くものについて、改廢、補正又は再審などの手續措置の検討、⑤臣民の權利及び義務についての検討、⑥家族制度、相續制度の検討、⑦教育制度の検討、⑧地方自治制度の検

討、⑨行財政、税制の検討、⑩帝國憲法の改正すべき條項の検討などが行はれる。

そして、正統憲法調査會のとりまとめた報告書を踏まへて樞密代行院がさらに検討を加へたものを原案として、國會に報告し、さらに臣民に周知させ、さらなる提言等を求めて調整して成案とする。これを以て帝國憲法改正發議のための上奏を行ふ。

このやうな手續を経ての上奏は、決して發議權の侵害とはならないものと解される。この請願上奏は『五箇條ノ御誓文』にいふ「萬機公論」に適ふ行爲である。そして、その後は、帝國憲法第七十三條に基づいて正規の改正手續がなされることになる。

#### （地方自治小委員會）

ところで、このうち、地方自治については、帝國憲法にはなかつた制度であることから、特に充分な審議が必要となる。占領憲法第九十二條には「地方自治の本旨」といふ表現があり、中央と分離した團體であるといふ意味の「團體自治」と、それが住民の意思に基づいて運営されるといふ意味の「住民自治」を意味すると一般に云はれてゐるが、必ずしもこのことは明らかではないからである。

むしろ、歴史的に考察すると、「地方」の姿は、部族連合制、律令制、幕藩制を経て、廢藩置縣の明治維新へと推移したので、地方自治の様相を探るとすれば、幕藩制以外にない。幕藩制は、各藩が獨自の年貢諸役によつて獨自の財源を確保して藩政を担つてゐたことから、「團體自治」と「財源自治」で貫かれてゐた。もし、地方自治の本旨なるものがあるとなれば、地方は中央に財源的に依存しない獨自の財源で運営することである。それゆゑ、「財源自治」の原則が満たされてゐない、三割自治と揶揄される現在の「地方自治」は、地方自治の本旨によるものではなく、地方自治の名のもとに國政の一部を分掌することに他ならない。つまり、もし、これに外國人が參政權を有することになると、地方交付税交付金や補助金など國費の處分に關與させることとなつて、國政參政權を附與したに等しく、占領憲法にも違反することになる。

また、「地方の時代」などと空虚なスローガンによつて中央政府と地方政府と

の分離（地方分権）を求め、連邦制や道州制の趣旨で政府権限を地方に委譲するといふ方向は、現在の国際情勢からして、我が國の國力を低下させることになるので採用できない。

つまり、「地方分権」の「権」とは、主權論でいふ「主權」のことであり、その分割といふことは、究極的には「分國」すなはち「國家分割」を意味することになる。現在では、中央官廳の不正が恆常的に蔓延し、地方分権への方向へと心情的に拍車が掛かつてゐるが、このやうな官僚腐敗は中央集權制自體の問題ではなく、中央官僚の資質の問題である。中央官僚の腐敗部分は徹底して摘出すべきではあるが、この現象に目を奪はれて短絡的に地方分権を唱へて國家の方向性を誤つてはならないのである。

このやうに、地方自治制度は、極めて危険な要素を孕んでゐる。むしろ、規定全體を削除して、改めて検討する必要がある。なぜならば、これらの規定は、地方分権に至る占領政策の要諦でもあり、我が國の解體のために地雷を埋め込む規定と言つても過言ではないからである。なぜならば、アメリカが我が國と同じやうに國家の解體を目論んだイラクに對して、主權移讓と稱して押し付けた『イラク憲法』には、露骨にもまさにその地雷が剥き出しで放置されてゐるからである。『イラク憲法』では、イラク國家は共和制であり連邦制としてをり、その連邦制に關して、連邦政府と地方政府との權限が對立するときは、地方政府の權限が優先することになつてゐるからである（第百十五條など）。これでは、地方分権どころか、地方獨立（連邦離脱）の權限が與へられてゐるのに等しい。我が國の地方分権論や道州制の狙ひは、まさにこの分國化の方向を向いてゐるのである。そして、これが外國人の地方參政權とが連動し、早晚これが國政參政權へと發展するのである。

そもそも、「臣民（國民）」の概念定義は法定されることになつてゐるが（帝國憲法第十八條）、男系男子の皇統が血統のみならず靈統と一體となつてゐるのと同様に、その雛形となる臣民についても、臣民の血統のみならず臣民としての靈統が求められる。これによつて君民一體となるのである。それゆゑ、國籍取得の要件は、臣民であるための歸化要件と同程度でなければならないのであつて、そのことが規範國體の内容となつてゐる。ところが、占領憲法には、これと同様の體裁をとつてゐる第十條の規定があるものの、この性質は帝國憲法第十八條の



臣民條項の性質とは全く異なる。占領憲法は、敗戦國が戦勝國に服従して制定（締結）されたものであることから、外國人が日本國籍を取得するについての國籍條項も歸化條項も原則として何らの制約を設けることができない「無國籍化（國籍自由化）」を圖り、國籍條項の撤廢を目途としたものである。それが我が國を弱體化するために効果的と考へたからである。つまり、占領憲法は、日本國の憲法であることの特異性が全くない。占領下の敗戦國であれば、どこにでも適用されうる内容であり、日本でなければならぬ特有の規定などはどこにもないのである。占領憲法の「第三章 國民の權利及び義務」にも、「すべて國民は」とする規定と「何人も」とする規定とがあるが、何ゆゑにそのやうに區分されてゐるのかの基準は明確ではない。これは、國民と非國民との區別を溶融させて混在一體化させ、我が國をメルトダウンさせることを狙つたものである。それゆゑ、占領憲法では、國籍はもとより、外國人の地方參政權を制約することもできないものとなつてゐる。そのため、占領憲法に従へば、臣民と臣民でない者の區別を流動化させ最後には撤廢させるに至ることは必然であつて、その意味でも占領憲法を憲法として認めることは、國家の消滅を招來することになる。

#### （結語）

政界の様相は捻れ現象で混沌としてゐるが、占領典憲に関する言論界の様相もまた捻れ現象にある。つまり、概ね、占領憲法の「護憲論」（改正反對護憲論）は、占領典範については女帝女系容認への改正に賛成する「改典論」（改正賛成護典論）であり、また、占領憲法の「改憲論」（改正賛成護憲論）は、占領典範については女帝女系容認への改正に反對する「護典論」（改正反對護典論）といふ對立圖式になつてゐる。そして、護憲論＝改典論派は皇室否定の傾向にあり、改憲論＝護典論派は皇室擁護の傾向にあるとの一般の觀測があるが、これは大いなる錯覺である。兩派は、ともに「戦後體制保守」であり國民主權論を信奉し、國體破壊の占領憲法と皇室彈壓法である占領典範をともに有効であるとしてゐる點で完全に一致してをり、國體論と明らかに對峙するからである。

我々は、新無効論のみが占領憲法と占領典範をともに無効であるとして一貫性を保ち、國體論を堅持する見解であることを自覺した上で、これら兩派の謀略的

言動に惑はされることなく、志と勇氣を持つて、新無効論により祖國の原状回復を果たして再生させる「祓庭復憲」の王道を歩み、自立再生論によつて國體護持と世界平和を實現せねばならないのである。