



日本国憲法の法源

— 憲法学習の問題点として —

社会科教育教室 細 川 哲

(一) はじめに

憲法学習における問題点の一つとして、日本国憲法の基本的性格を如何に把握するかということがある。このことについては、高等学校学習指導要領社会科編は「日本国憲法の基本的性格を帝国憲法などの比較において理解する」としているが、中学校学習指導要領社会科編では「基本的性格」という言葉はなく、「憲法の基本的原則を理解させる」としている。

これは、憲法の基本的性格の理解の為には、その基本的原則の理解が必要であること、中学校では基本的性格については、問題があるのでそれまでは要求しないこととしたことが考えられる。しかし、その基本的性格の前提として基本的原則の理解が必要なことは、同時にまた基本的原則に基本的性格が、影響を与えることとであり、この両者は、いわば相関関係で、密接不可分の関係にあるといえよう。したがって、中学校においても、憲法の基本的原則の理解のためには、その基本的性格が検討せられなくてはならないと考える。

かくして、憲法の基本的原則が、憲法の基本的性格を作り出していることは、確かであるが、基本的性格はそれのみでなく、日本国憲法それ自身が抱括的に有している性格が考えられなければならない。そこには民主憲法、平和憲法、民定憲法、硬性憲法等の性格が考えられる。しかし、この憲法の基本的性格の一つとしての民定憲法ということについて筆者は非常に問題を感じるものである。

なるほど、憲法の前文の冒頭には「日本国民は……ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」と、明言している。これは日本国憲法の制定者が国民主権主義による国民であることを明確にしたものであるといえよう。したがって、この憲法の規定の上からは、わが国の憲法は民定憲法であり、しかも現在はそれが通説として、中学、高校で一般にそのように取扱われている。しかし筆者は、これは間違いであろうと考えるものである。

確かに、日本国憲法を民主憲法として特徴づけるためにも、また日本国憲法の名誉のためにも、日本国憲法を民定憲法とするのがよいことは当然であり、筆者も今迄、できるだけそのように考えたいという希望的発想から、民定憲法としての基本的性格を肯定するように努力してきたのであるが、今日では、どうしても、この基本的性格を肯定し得なくなったのである。

すなわち、それは、日本国憲法の法源を「日本国民の意思」に見い出すことが不可能になったからである。ここでいう「法源」(Rechtsquelle)の意味であるが、一般には法の内容を認識するための材料としての「法の存在形式」をいうのであるが、法の妥当根拠という意味も有している。筆者は「法の妥当根拠」という意味で、これを使用することにする。すなわち、日本国憲法が妥当なものとして存在し、正当視される——したがって国民によって守られ、また国民を拘束する——

根拠は何か、ということである。近代民主国家においては、それは当然国民の意思とせられなければならない。

しかるに、わが国の憲法の制定経過と制定手続を子細に検討すれば、国民の意思との関係が極めて稀薄なことが判明するのである。したがって、そこに憲法の法源は国民の意思であるとい得ない多くの問題点が存するのである。

かくして、日本国憲法の法源としての「国民の意思」を否定する筆者としては、それに代るに「時効」(Prescription)をもってしようとするものである。憲法の法源が時効というような説は、今迄公式には誰も表明されていないと思うが、誠に国の最高法規である憲法の法源が時効などというのは、大変残念な悲しむべき説と考える。しかし、事実を直視するならば、そのように考えざるを得ないのではあるまいか、これらの点について以下若干の考察を加えてみたい。

(二) 日本国憲法制定過程における国民の意思

日本国憲法が敗戦の所産であり、占領という特殊な事情の下において、かつ、物心ともに、いちじるしく混乱した国民生活の環境の真ただ中において制定されたということは明らかである。この憲法の制定が一国の憲法制定のあるべき姿から見ればきわめて異常な形において行なわれたものであるということができよう。またその制定手続を明治憲法の改正手続として行ったということも、旧憲法との法的連続性を保たせしめるためとはいえ、大きな矛盾を包含するものである。またこの憲法の制定が、当時のわが国をめぐる微妙な、しかも峻厳な国際情勢の中において行なわれたものであること、すなわち、昭和20年末から昭和21年頭初の時期におけるあわただしい一連のできごととは、憲法制定手続としてはきわめて異常なものであるが、そのような手続が採られざるをえなかった事情は、当時の国際政治の背景を考慮の上、充分検討せられなければならないだらう。

このように、この憲法の制定過程、制定手続は、特殊、異常、複雑であり、かつ矛盾を持ったものであるが、これらの制定過程のうち、「日本国民の意思」と特に関係のある事項について検討を加え、日本国憲法と日本国民の意思(自由意思)との関係の稀薄であることを以下項目別に指摘してみたい。

1. 憲法改正問題の契機と国民の意思

日本国憲法制定の直接の起源ないし動機は、日本の敗戦、「無条件降伏」によるポツダム宣言の受諾であるとい得るであらう。このことは、後述の松本内閣案、すなわち「憲法改正要綱」には憲法改正の根本精神がポツダム宣言第十項「民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障礙を除去すべし。言論及思想の自由並に基本的人権の尊重は確立せらるべし」の目的を達成しようとしたことにある旨、明らかにしていることからもうかがえるところである^(※1)

このポツダム宣言の草案はアメリカの陸軍長官スチムソン(H. L. Stimson)によって書かれたといわれているが^(※2) この宣言の受諾に当っては、「天皇制」「国体護持」の問題で、可成り紆余

注(※1) 憲法調査会：「憲法制定の経過に関する小委員会報告書」1964, p. 231参照

(※2) H. L. Stimson は満州事変勃発当時のアメリカの国務長官であり、終始日本の大陸政策に反対してきた人物であり、日本における「軍国主義的勢力」(militaristic influence)の除去といふことが彼の念願の一つであったといわれている H. L. Stimson : The Far-Eastern Crisis, 1936参照

曲折を重ねている。すなわち8月10日に政府は「帝国政府は1945年7月26日『ポツダム』において米、英、支、三国政府首脳者に依り発表せられ爾後ソ連政府の参加を見たる共同宣言に挙げられたる条件を右宣言は天皇の国家統治の大権を変更するの要求を包含し居らざることの了解の下に (with the understanding that the said Declaration does not comprise any demand which prejudices the prerogatives of His Majesty as a sovereign ruler) 受諾す」、 「帝国政府は右了解にして誤りなきを信じ本件に関する明確なる意向が速かに表示せられることを切望す」ることを連合国側に申し入れている。しかし連合国側のこれに対する回答は「降伏の時より天皇及び日本国政府の国家統治の権限は降伏条項の実施の為其の必要と認むる措置を執る連合軍最高司令官 (the Supreme Commander for the Allied Powers) の制限の下に (subject to) 置かるものとす」ること、および「最終的の日本国の政府の形態 (The ultimate form of government of Japan) はポツダム宣言に遵ひ日本国民の自由に表明せる意思により決定せられるべきものとす」ること、なお「連合国軍隊はポツダム宣言に掲げられたる諸目的が完遂せらるるまで日本国内に留まる」べきことを示したもので、天皇の大権に関する日本側の解了事項に対しては直接に答えたものではなく^(※3) 従って「天皇の大権」「天皇制」については多くの疑問を残したまま終戦を迎えたのである。

たゞスティムソンは個人的見解としては、いまの皇室の下における立憲君主制を排除するものではないことを明らかにしている。^(※4) しかし、ポツダム宣言ではこの点に触れていないが、ポツダム宣言の起草に有力な影響を与えたと見られる元駐日大使のグルー (J. C. Grew) は、日本に対し降伏を呼びかけるについて、「もし日本国民が欲するならば、無条件降伏は現皇統の廃棄を意味するものでない」ことを明らかにすることが最も効果的であり、それによって日本の降伏を早めることができると確信し、かゝる意味の宣言案をトルーマン (H. S. Truman) 大統領に提出している。この宣言案は、その内容や表現、形式もポツダム宣言と共通点の多いことが指摘せられるが、この中に次のような文言のあるのは注目を要する点である。すなわち「このことは、もしかゝる政府が日本における侵略的軍国主義の将来の発展を不可能ならしめるような平和政策を追求する純粋な決意を有することを平和愛好諸国に確信させるならば、現在の皇統の下における立憲君主制を含み得るものとする (This may include a constitutional monarchy under the present dynasty if the peace-loving nations can be convinced of the genuine determination of such a government to follow policies of peace which will render impossible the future development of aggressive militarism in Japan) 」^(※5) と述べられている。この宣言案についてはスティムソン (H. L. Stimson) 陸軍長官も原則的に賛意を示しスティムソンが大統領あてに「対日計画案」 (PROPOSED PROGRAM FOR JAPAN) を提出し、この案が結局ポツダム宣言の基礎になっているが、その内容はさきのグルーの案とほとんど一致し、天皇制に関する言及についても同様であった。すなわちその第十二項後段には「このことは、もしかゝる政府が再び侵略を意図せざることを世界に完全に満足せしめる限りにおいては、現在の皇統の下における立

(※3) 佐藤達夫：日本国憲法成立史，1962 p. 16参照

(※4) H. L. Stimson & M. Bundy : On Active Service in Peace and War, 1947. p. 623参照

(※5) J. C. Grew : Turbulent Era. A Diplomatic Record of Forty Years, 1904--1945. 2 vols. 1952. p. 34前掲；日本国憲法成立史 p. 38より引用、なお、その宣言案の表題は DRAFT PROCLAMATION BY THE HEADS OF STATE U. S.-U. K-(U. S. S. R.)-CHINA となっている。

憲君主制を含み得るものとする」(This may include a constitutional monarchy under the present dynasty if it be shown to the complete satisfaction of the world that such a government will never again aspire to aggression) ^(※6)と記されていた。

このスティムソンの宣言案を修正したものが合衆国代表団草稿 (United States Delegation Working Paper) 案となったが、この案の第12項後段は、國務省の修正意見にもとづいて前出グルーの案のとおりに改められている。このようにいくらかの表現の変化はあったにせよ、とにかくこの段階までの宣言案では、天皇制に関する言及がなされていた。ところが、そのあとの最終案、すなわちポツダム会談においてチャーチルに手渡された合衆国代表団提出案 (Proposal by the United States Delegation) では、この第12項後段がなくなっているのである。

その削除の理由は必ずしも明確ではないが、「天皇制」の存廃についてアメリカ国内でいろいろの意見があり、そのために起こりそうな紛糾を避けてあえて「天皇制」のことには言及しなかったといわれている。^(※7)

いずれにしても、戦後の日本は軍国主義や超国家主義を排除して西歐的な意味における民主主義の復活強化を基調とすべきものであることが、ポツダム宣言により強く要請されることになった。

このことは当然、占領当初において、日本の憲法改正問題が論議せられることになり、その際、「天皇制」の存廃がアメリカばかりでなく連合国においても日本側においても重大な問題になったわけで、憲法改正もこのことを中軸として発展していったといえよう。

かくして、ポツダム宣言の受諾は、戦後、わが国の憲法改正の動因となったのであるが、このポツダム宣言の性格については、「ポツダム宣言は、いわば無条件降伏の条件を日本に提示することによって日本に降伏の機会を与えようという意図に基づいたものであり、同時に対日戦後処理政策の基本目的を最終的に確立したものとみることが出来る。要するに、連合国が一方向的に提示した降伏条件を日本が何ら他の選択の可能性を認められることなくそのままに承諾するという形を無条件降伏というとするれば、日本の降伏は無条件降伏であったと云うことになる。

しかし、ポツダム宣言には「無条件降伏」の語はたゞ一箇所で、第13項に「吾等は日本国政府が直に全日本軍隊の無条件降伏を宣言し且右行動に於ける同政府の……」と示されているのみであって、この文面からは「無条件降伏」の対象は「日本国軍隊」であって「日本国」ではないとも読み取れるのであり、この面からは「日本国の無条件降伏」と云うことは考えられないことになる。さらに「無条件降伏」の解釈については、ポツダム宣言は日本国の降伏の条件を具体的に提示したものであると考えれば、ポツダム宣言は契約的性質の降伏を想定したものと取りうるので、この面からは、ポツダム宣言の条項は法的意味をもち、連合国と日本とは権利義務の関係で結びつけられることになる。したがってまた占領中の日本国憲法の改正に対して、連合国は、それがポツダム宣言の諸条項に合致することを要求する権利をもち、日本には同条項に従って憲法を改正する義務があると解せられることになる。かゝる見地からはポツダム宣言の受諾は「条件付き降伏」と見ることが出来る。

たゞポツダム宣言の受諾を「無条件降伏」とみるか「条件付き降伏」とみるかは、少なくとも同宣言と日本国憲法制定についての国民の意思との関連については、さほど差違いはないものと思ふ。

(※6) 前掲：日本国憲法成立史，p. 39参照

(※7) H. ハインリック・麻田貞雄訳「日米外交とグルー」p. 343参照

すなわち、「無条件降伏」であれば、占領軍の「完全なる征服的併合」であり、占領軍司令官としてのマッカーサーの権限は絶対無制限であり、連合国の日本占領は、日本国の全面支配を目的とする絶対的軍事独裁制であり、かかる絶対的軍事独裁制の制定が、憲法改正の起源であるならば、その起源に日本国民の意思が入り込む余地は絶対に微塵も無いことは明らかである。さらに「条件付き降伏」とみれば、その条件はポツダム宣言によって「一方的」に「条件づけられ」日本は同宣言の示すところに従って憲法改正を義務づけられることになるのであるから、これまた国民の意思の入り込む余地は無いことになる。^(※8)

いずれにしても、憲法改正の動因、契機が、日本国民の意思と全く関係の無いところで他律的に始められたということは、日本国憲法の基本的性格を形成するものであり、同時に重要な問題点と考えるものである。

2. 日本占領管理と国民の意思

連合国の日本占領管理の当初の時期においては、いまだ憲法改正問題は具体的な形における進展は見せていないが、この占領管理の方式と様態は、のちの憲法改正の過程について重要な環境をなすものであるから、この点について若干の検討を加えておく。

まず日本管理の方式については、アメリカ政府の構想は、次のような基本の方針であったとされている。すなわち「(1)日本の占領については共同管理方式をとるが、しかし、アメリカがあくまで指導権を確保すること。そのためにはアメリカ軍最高司令官の権限を大きくすること。(2)できればソヴィエトの介入を制限すること。また日本本土にはソヴィエト軍を駐留せしめないこと。(3)日本の占領管理は、ドイツの場合とはちがって間接管理を原則とすること。」^(※9)となっており、占領管理におけるアメリカ政府の優位を確保しようとしていることがうかがわれる。この点については、アメリカ政府内部の部局間極東地委員会 (Inter-Divisional Area Committee on the Far East) の政策決定で次のようなことが掲げられている。「作戦の終了および日本の無条件降伏後、実行可能な範囲で対日戦争に積極的に参加した諸国の代表を加えて、日本に対する共同の事実占領と軍政にあたること。ただし、連合国の対日管理におけるアメリカ的性格を支配的とするために、諸国による代表の規模は、この支配的性格を害しない限度とすること」(傍点争者)^(※10)さらに国務・陸・海調整委員会の政策決定「日本の敗北後における本土占領軍の国家的構成」(National Composition of Forces To Occupy Japan Proper in the Post-Defeat Period) の中にも、アメリカは、日本本土の占領当局において統制的発言権 (controlling voice) を行使すべきことがのべられており、アメリカが日本の占領管理に優位に立ち、強い発言権を持つとした姿勢を示している。

かくして、日本の占領管理については、アメリカの姿勢方針が、占領管理の方向に大きな影響を

(※8) たゞポツダム宣言の内容は、明確には日本の憲法改正を要求していないとの見方も出来る。しかし明治憲法を日本がそのまゝ固守しようとした場合に、それが連合国によって許されたかと云えば、決してそうではないと思う。日本を取り囲む国際的および国内的状況がそれを許さなかったとみてよい。したがって、明示的にポツダム宣言は日本の憲法改正を要求していないといっても、その必然の帰結として憲法改正は、さげ得なかったと考えるのが妥当であらう。

(※9) 前掲：日本国憲法成立史，p. 58

(※10) 土屋正三：日本の新憲法と極東委員会，ソファレンス48号参照

与えるところであるが、「降伏後におけるアメリカ初期の対日方針」(United States Initial Post-Surrender Policy for Japan)はSWNCC^(※11)の極東分科会で立案され関係当局の協議の上、三省長官の承認を経て、大統領の承認をえたものであり、その内容は大統領の承認に先だち、マッカーサー最高司令官に通達されている。その内容は、ひろく軍事、政治および経済の各分野にわたって基本的政策をきめたものであり、これによって、ポツダム宣言後はじめて、日本管理の具体的方針が明らかにされたといえることができる。

この「アメリカの初期の対日方針」の第一部究極の目的(Ultimate objectives)の項の中で、次のように述べられている「(A)日本がふたたびアメリカの脅威となり、または世界の平和と安全の脅威とならないことを確実にすること。(B)他の諸国家の権利を尊重し、国際連合憲章の理想と原則に示されたアメリカの目的を支持すべき平和的で責任ある政府を究極において樹立すること。(the eventual establishment) ……………」^(※12)この文面から推測しうるように、アメリカの占領管理——ひいては連合国の占領管理も——は、その目的が、単なる軍事上の必要をみただけのことに止まらず、日本の民主化ないしは非軍事化という将来にわたっての大きな政治目的を達成するにあつたとみることができよう。日本の占領が「管理」ないしは「占領管理」ということばで表現されていたのも、そういう事実を示すものであると考えられる。このことは第二次大戦の連合国の戦争目的・戦後処理政策が、敵国に対する無条件降伏(Unconditional Surrender)を戦争政策として掲げるとともに、軍国主義の打倒に重点を置いて、その政治体制の変革・国家の改造を標榜していたのと同じ路線に立つものと思われる。

従って、日本占領管理政策についての、アメリカの「初期対日方針」も、ポツダム宣言同様に、直接日本の憲法改正を明示したものではないが、しかしこの文書が明治憲法の改正の必要はないものとしていたとは解されず、むしろ、連合国、特にアメリカは、日本管理政策は当然に明治憲法の改正を包含し、これを予想するものであつたと解すべきものである。このことはポートン(H. Borton)のいう「日本占領史の特徴は、根本的にちがった文化的背景をもった征服者が、被征服者の基本的な価値、観念および制度(fundamental values, concepts, and institutions)を変革しようとしたその企ての歴史であつた」^(※13)と述べているが、この言葉は日本の占領管理の性格を特徴的に表わしたものといえよう。

かくして、日本占領管理の性格を以上のようなものとして把握するかぎり、日本の政治の方向性は、占領管理政策の基本的方針に反することを得ず、従つてまた、この方針に従つて憲法改正が必然の結果として生ずることになるのであり、この面からは、憲法の基本的内容もアメリカの「対日方針」の線に従つて他律的に決まることになつたと考えざるを得ないのであるまいか。従つて、日本占領当初において、すでに憲法の基本的内容についての方向づけが、日本国民の好まざるにかゝわらず他律的、潜在的に決定せられていたとも考え得るのである。わが国憲法の基本的内容の方向づけが、国民の意思とは全く無関係に形成されていたことは、これまたわが国憲法の重大な特性と考えざるを得ないのである。

注(※11) State-War-Navy Coordinating Committee の略称

注(※12) この究極目的を達成する為の主要措置として (a)日本の主権の及ぶ地域の限定, (b)日本の完全な武装解除, 非軍事化および軍国主義の一扫, (c)基本的人権の尊重, 民主主義的, 代議的組織の形成の奨励等が示されている。

注(※13) H. Borton : The Far East, 1942—1946 p. 307, 日本国憲法成立史, p. 104にて引用

3. 憲法改正の示唆と国民の意思

連合国の日本管理は憲法改正問題をはらみながら開始されたが、それが東久邇宮内閣の末期において、マッカーサーの近衛公に対する憲法改正についての示唆によって初めて具体化の動きを示すことになる。

すなわち、昭和20年8月17日に東久邇宮稔彦王を首班とする内閣が成立したのであるが、このように皇族が総理大臣となるのは内閣制度はじまって以来のこと、この異例は、軍の内部にまだ不穏の空気があった当時として、陸海空軍の完全武装解除と進駐軍の受入れを円滑に行なうために、必要な措置であったといわれるが、そういうことから、この内閣の性格は当面の終戦事務の処理にあったということができよう。

この東久邇宮内閣の時期においては、当時の日本側の事情として新聞論調などにおいても、憲法改正問題はほとんどとりあげられておらず、また消極的な態度が示されている。特に政府としては、この時期においては、占領政策そのものを十分に適確に予測することができず、憲法改正問題については何らかの方針を決定するまでにはいたっていない。^(※14)

すなわち、降伏文書において「ポツダム宣言の条項を誠実に履行すること」が正式に約束された以上、そこに示されている日本の非軍事化、民主主義の強化、基本的人権の確立などの要請を実現するについて、明治憲法をそのままにしておいていゝかどうか、ということが、問題として当然に浮かびあがってくるべきはずであったのに、この問題は、東久邇内閣としてはついに取りあげられることなくして終わっているのである。これはポツダム宣言や、アメリカの対日方針の文面において、憲法改正の要求が明言されていなかったということにもあるであろうが、それに関連していえることは、当時の政府首脳部には、特に憲法を改正しなくても、明治憲法の運用を改善することによってその要請を実現できるのではないか、という意識が潜在していたとみられることである。さらに一方において、政府は占領軍からつぎつぎと発せられる指令の処理、あるいは国民生活安定のための処置など終戦に伴う目前の事務に忙殺されて、憲法問題について、ふかく考慮をめぐらす余裕もなかったことが指摘されている。^(※15) このことは東久邇総理大臣が9月18日の外人記者との会見で「現在政府は憲法修正を考慮してゐるか」という質問に対し「我々は連日マッカーサー司令部の要求に追われ、これが完遂に全力を挙げてゐるので、まだ内政面に関していかなる改革を行なうべきかを考える時間的余裕がない」^(※16) と答えているのは、かゝる事情を示すものといえよう。

以上の如く、東久邇内閣が憲法改正について積極的でなかったことは明らかであるが、一方、一般国民の側としても、当時は敗戦という大きな衝撃による虚脱状態と、衣食住全般にわたる深刻な生活不安のなかにあつて、憲法問題どころではなく、日々の生活に追われていたというのが事情のようである。

しかるに、当事の占領軍総司令部側の態度としては、前述のように、日本占領管理の目標達成のためには、憲法のすみやかな改正の必要のあること、そしてその必要について日本政府の注意を喚起する必要があるという態度を示している。

かくして、昭和20年10月4日マッカーサーが当時の國務大臣近衛公に対し憲法改正の必要を示唆

注 (※14) 前掲：小委員会報告書：p. 120参照

注 (※15) 前掲：小委員会報告書，p. 122～p. 129参照

注 (※16) 前提：日本国憲法成立史，p. 153参照

したことにはじまり、10月8日のアチソン大使の改正要点12項目の指示となり、これにより近衛公が佐々木惣一博士とともに内大臣府において、憲法改正調査に着手しているのである。

これらの経過で分る如く、憲法改正問題が現実に展開せられる端緒においても、それは全く、アメリカの意思により開始せられたものであり、そこに全く日本国民の意思との関係を見出すことは出来ないのである。（政府首脳ですら憲法改正問題を考慮していなかったのであるから当然のこと）しかも、アチソン大使が、近衛公との会談において12項目にわたっての憲法改正要点を指示していることは、日本国民の意思どころか、日本国の主体性すら隅に押しやられた感を受けるものであり、これまた日本国憲法成立過程における、したがって日本国憲法の重大なる問題として注目すべき点と考えるものである。

4. 松本案の拒否と国民の意思

東久邇宮内閣につづいて幣原内閣が昭和20年10月9日に成立したのであるが、その2日後の11日、マッカーサーは幣原首相に対して「憲法の自由主義化」を含む日本社会組織の改革について指令をしている。その要旨は次の如きものである。すなわち「マッカーサー司令官の新首相に対する見解——ポツダム宣言の達成によって日本国民が数世紀に亘って隷属させられて来た伝統的社会秩序は匡正されるであらう。このことが憲法の自由主義化を包含することは当然である。(This will unquestionably involve a liberalization of the Constitution.) 人民はその精神を奴隷的状态に置いた日常生活に対する官憲的機密審問から解放され、思想の自由、言論の自由および宗教の自由を抑圧せんとするあらゆる形態の統制から解放されねばならぬ。如何なる名称の政府の下であれ、能率増進を装い、あるいはかゝる要求の下に大衆を強制することを停止せねばならぬ。

これらの要求の履行において、ならびにそれによって企図せられた諸目的を達成するために、余は貴下が日本の社会秩序において速かに次の如き諸改革を開始しこれを達成することを期待する。

1. 選挙権賦与による日本婦人の解放
2. 労働組合化促進
3. より自由主義的教育を行なうための諸学校の開放 (opening)
4. 秘密の検察およびその濫用が国民を絶えざる恐怖にさらしてきた諸制度の廃止
5. 生産および貿易手段の収益および所有を広汎に分配するがごとき方法の発達により独断的産業支配が改善されるよう日本の経済的機構が民主主義化せられなければならない」^(※17)

この指示の5項目は、前述の「アメリカ初期の対日方針」に含まれている政策のうち、とくに重要なものを挙げたものと認められるが、憲法改正については命令がましい言葉を避け、婉曲な表現をとっている。しかし、これは、のちの憲法改正草案要綱の発表のときのマッカーサーの声明では、この指示について、「この憲法は、5ヶ月前に余が内閣に対して発した最初の指令 (initial direction) 以来……」といういゝ方をしているところから、この指示は、単なる示唆程度のものでなく、指令と解するのが妥当であらう。こゝにも憲法制定過程における他律性が、明確によみとれるのである。

幣原内閣としては、このマッカーサーの指令にもとづいて内閣に松本蒸治国務相を委員長とする「憲法問題調査会」を設け、憲法調査の仕事が内閣においてすゝめられることになる。

注 (※17) 前掲：日本国憲法成立史，p. 246引用

この委員会は、勅令によらず閣議了解として決定された非公式なものであり、別にその組織、権限などについて明文で定めたものはなく、当時発表された松本内閣大臣の談話によると「それは必ずしも憲法改正を目的とするものではなく、調査の目的は、改正の要否および改正の必要があるとすればその諸点を明らかにするにある。そして、もし、改正案の作成を必要とする時期が来た場合には、多少なりともその役に立ち得るようにしたい」^(※18)ということであって、調査会の呼び名として改正ということをしていないのも、このような趣旨からであらう。

しかし、憲法調査会の出発はそうであっても、明治憲法の逐条の検討が進められる過程で、各委員の改正試案の提出というようなことともあいまって、調査委員会としての改正案を指向する方向になっている。すなわち、敗戦後の新事態に対応するため幣原内閣の下に召集せられた第89臨時議会において、松本内閣大臣は憲法改正について、つぎのような私案を提出している。松本四原則といわれるものである。

1. 天皇が統活権を総攬せられるという基本原則には、なんらの変更も加えないこと。このことは、おそらくわが国の識者のほとんど全部が一致しているところであらう。

2. 議会の議決を要する事項の範囲を拡充すること。その結果として、大権事項をある程度削減すること。

3. 内閣大臣の責任を内閣の全般にわたるものたらしめ憲法上天皇輔弼の責任を持たないものゝ介入する余地なからしめること。同時に内閣大臣は議会に対して責任を負うものたらしめること。

4. 人民の自由および権利の保護を拡大すること。すなわち、議会と無関係な立法によって自由と権利を侵害しえないようにすること。また自由と権利の侵害に対する救済方法を完全なものとする。この松本内閣大臣の述べた四原則は、政府が憲法改正について言明した最初の考え方であり、また当時における憲法問題調査委員会の調査の動向を示すものとして注目される。たゞ松本委員（松本内閣大臣）の態度について、松本委員は近衛公の場合とは異なり、その調査にあたって総司令部の意向は何ら参考にする必要はない、という態度を堅持したといわれる。このことについては当時近衛公に協力した東京大学名誉教授高木八尺博士によれば、同博士が松本内閣大臣に対して総司令部側の意向を参考にする必要があることを勧告したが、同大臣はこの意見を退けたといわれる。しかし後に松本内閣大臣の述べたところによれば、同大臣も、ポツダム宣言および8月11日付連合軍回答に「日本国民の自由を表明せる意思…」云々という文字がある以上、憲法改正は全く日本側の自主的な考え方によって行ないうると考えていたのだと述懐し、しかし今になってみるとその考え方はいさゝか法律的形式的にすぎた考え方であったかもしれないとも述懐しているが^(※20)これは、後に松本案（憲法改正案）がマッカーサーにより拒否されるに至ったことをみても、憲法改正における日本側の自主性や主体性は総司令部においては形式的にはともかく、実質的には余り考慮しなかったのではあるまいか。

松本内閣大臣は憲法問題調査委員会における論議を参照しながら、みづから「憲法改正私案」を起草したが、この改正私案を骨子として、宮沢俊義委員が要綱化したものが、のちに「甲案」といわれるものであり、それが、さらに松本内閣大臣によって筆が加えられ、2月8日総司令部に提出された。これが「憲法改正要綱」といわれるものである。この「甲案」とは別に、同委員会の小委

注(※18) 前掲：日本国憲法成立史，p. 252参照

注(※19) 前掲：小委員会報告書p. 213～p. 214参照

注(※20) 日本評論社：憲法調査会報告書，1964，p. 39参照

員会は改正案を起草したが、これが「乙案」とよばれるものであった。この両案は、いずれも明治憲法の一部改正を意図したものであり、天皇の基本的地位についても、別段の変更を加えておらず、皇室典範の性格の変更にも触れていない。また、そのほかの改正点においても共通するところが多い。したがって、この両案のあいだには根本的な差異はなく、同時にまた両案とも、結局においてさきの「松本四原則」の範囲を出るものではなかった。もっとも甲案の方は、さきに松本委員長が調査委員会で、できるだけ小範囲の改正にとどめたといっているとおり、乙案にくらべると、さらに改正点が少なく、したがって現状維持的な性格が濃いといえる。これに対して乙案の方は、いくらか革新的な面をもっている。そのほか、乙案では条文によってABCなどの代案が併記されているのが特色である。

この憲法問題調査委員会の案（ことに松本案）は、のちのマッカーサー草案にしろべると、きわめて現状維持的であり、とくに天皇に対する態度においてそうであった。しかしこのような態度も、当時の社会的環境に照してみると、必ずしも一般国民感情からそれほどはずれたものではなかったといわれる。要するに、松本委員その他、憲法問題調査委員会における主流的な考え方は、ポツダム宣言および8月11日のバーンズ回答について「日本国民の自由意思」を幅ひろく解し、これと当時の国民感情に対する関係者の認識を結びつけた上に立ったものと見ることができ、この点からは、松本案はむしろ国民感情、国民意思をかなり尊重し、日本政府の自主性の上に立った改正案と云うことが出来るであらう。

しかるに、総司令部としては、この「憲法改正要綱」に満足せず、松本案を拒否して、昭和21年2月13日、いわゆる「マッカーサー草案」を日本政府に提示して、この案の原則に立って、新しい改正案をつくるように指示している。これはマクネリーの云う如く「松本案は、日本憲法の理論的基礎を少しも民主化していなかった (did not in the slightest democratize)」の批判にみられように、総司令部が「松本案の内容が日本の民主化のために不充分である」と判断したからであるとされている^(※21)

この松本案に対する総司令部側の評価は極めて悪く、「改正案は、明治憲法の最もおだやかな修正にすぎず、日本国家の基本的な性格はそのまゝ変わらず残されている」とか、「提案された改正案は、最も保守的な民間草案よりも、さらにずっとおくれたものである。意図されたところは、明治憲法の字句を自由主義化することによって、総司令官 (SCAP) の容認しうるものにし、実際の憲法は、従来どおり漠然として弾力性のある形で、支配層が適当に適用し、解釈できるようにしておくことであったことは、まったく明瞭である」とか、「松本國務相は極端な反動家で委員会の討議に鉄のサイハイを振っていた」とか、「委員会では保守的憲法唱導者と進歩的憲法の唱導者との間に明らかに意見の対立があった。しかし全体的に委員会は極端な保守主義者である松本博士の意見に支配されていった」とか^(※22)のべているが、これは事実とちがっているといえよう。すなわち、松本案は当時としては、可成り進歩的な案であり、前述の松本四原則なるものも、第一をのぞいて、やはり進歩的な内容のものと考えられるのであり、特に第四の原則は革進な考え方である。

注 (※21) 前掲：小委員会報告書，p. 237参照

(※22) 毎日新聞社外信部訳「日本におけるマッカーサー」p. 73参照のほか、松本案に対する評価、批判については Civil Historical Section で書いている History of Nonmilitary Activities of the Occupation of Japan 1945 through Dec. 1951, Vol. III; Political and Legal-Part 3; Constitutional Revision

しかるに、総司令部がこのような不当に悪く評価を下したのは、あるいはのちに日本政府に提示せられる総司令部案を正当化し、その実現を迫る為の口実にすぎなかったのではないかとさえ考えられるのである。

さらに、天皇の問題については、松本案が、現状維持的にならざるを得なかったのは立法的には当然のことで、明治憲法を「改正」という形で修正する限りは、改正には「停止」や「廃止」と違い、修正におのずから限界があり、したがって明治憲法の基本的原則である「天皇の性格」を憲法改正手続により改正するのは不可能で、改正憲法を明治憲法との法的関連性、連続性を保たせしめる必要のある改正という限界内での明治憲法の修正を意図するなら、のちに出される総司令部案のようなものはでてこないはずであり、松本案の方が、法的に正しい憲法改正の方向であったというべきであらう。

いずれにしても、日本政府の松本委員会が、ポツダム宣言の「自由に表明せる意思」を善意に額面通りに解釈して、日本政府としての主体性を堅持して一般の国民感情も考慮の上、民主化の情勢に対応しようとして作成した松本案を、占領軍総司令部が一方的に拒否したという事実は、わが国憲法の成立過程における重大なる瑕疵欠陥と云わねばならず、極言すれば、一大汚点と云っても過言ではないのではなからうか。

5. 総司令部の憲法草案の作成と国民の意思

前述の総司令部による松本案の拒否によって、憲法改正の方向づけは、完全に日本政府の手をはなれて総司令部に移ったといえる得ると思うのであるが、総司令部が、松本案を拒否した理由は、要約すれば、「憲法改正に対するアメリカ政府の方針」から考えて、とうてい、受け入れられないという判断をした為と考えられる。すなわち、当時すでに総司令部には、日本の憲法改正に対するアメリカ政府の方針を示したいいわゆる SWNCC-288（国務・陸軍・海軍三省調整委員会文書288号）が送付されており、総司令部はこの SWNCC-288 に照らして松本案が到底承認しえないものであると考えたのであったし、また総司令部が、いわゆるマッカーサー草案をみずから起草するにあたってこの文書が、最も重要な指針とされたのである。従って、この文書の内容が、わが国憲法に重大な影響を与えることになるのであるが、この文書の主要論点は天皇制に関するものである。^(※23) すなわち、その「結論」の部分で、天皇制をいかにすべきかは日本国民の自由に表明された意思によって決せらるべきものとされているが、しかし、現在の形態のままで天皇制を維持することは、この文書の一般的な目的に合致しないと考えられるとし、天皇制を廃止するか、あるいはより民主主義的な方向において改革を加えた上で維持するか、が奨励支持されなければならない、といふ、そしてもしも日本国民が天皇制を維持する場合には、その民主的な天皇制の保障のために必要な規定を設けなければならないとして、それらの要点をあげているのである。

次に憲法改正そのものに対するアメリカ政府の基本的立場は、この文書によると、「憲法改正が必要であり、総司令官は日本政府に対して、それを要求しうるのであるが、その要求が『強制』ないし『命令』としてなされることは、その結果たる憲法改正そのものを失敗せしめる危険性があるとし、したがって日本国民が、憲法改正を容易に受諾できる方法をとるべきであり、総司令部の『命令』は『最後の手段』としての場合に限られなければならない」とする趣旨を明らかにしてい

(※23) 前掲：小委員会報告書 p. 250~261参照

る。

次に、この文書の内容に関連して、日本非武装化政策が憲法改正に関するアメリカ政府の基本方針において、どのように取り扱われていたかという問題であるが、SWNCC-228には、後の日本国憲法第九条の起源となるべき日本非武装化の項目は少なくとも直接には存在せず、かえって「國務大臣はすべて文民でなければならないとすることによって、軍部を政府に従属させる措置をとることが望ましい」とか「天皇は軍事に関するいっさいの機能をはく奪される」^(※24)等々の文言があり、むしろ軍隊の存在を認め、たゞその統制のために必要な制度が設けられなければならないことを指示しているかのような表現が見られるのであって、この点からみて、SWNCC-288は日本の非武装化を予想したものではなく、したがって第九条は、マッカーサーの独自の方針に基づいて起案されたものであるとする見解が有力に主張される^(※25)一方、しかし、これに対して、同文書は当然に日本の永久非武装化の方針を包含するものであり、第九条の起源はアメリカの不動の方針によるものであったと見ることも出来るのである。

いずれにしても、このSWNCC-288の文書がマッカーサー草案起草に当たっての重要な指針となっているのであるが、これにもとずいて、いわゆるマッカーサー三原則^(※26)を作成し、総司令部案を作ることになるのである。

たゞ、この起案の過程において、日本側の民間草案の一つであった憲法研究会案が、マッカーサー草案の起案者によって相当の程度に参照された事実があるとされている^(※27)しかし、このことについては、当時、同研究会のメンバーであった鈴木安蔵教授は「そのことを過大評価することは正当でない」^(※28)と述べておられるところからも同研究会案も他の参考資料と同じ意味において参考資料とされたにすぎず、総司令部案の作成にあたり特に寄与したというべき性質のものではない。というべきであらう。従って、この面から総司令部案に国民の意思が関係しているとは間違いであると思う。

次に、マッカーサーが、松本案を拒否するとともに急いで憲法草案の起草をホイットニー (C. Whitney) 民政局長に命じ、それを日本政府に渡すという処置をとるに至ったのは、極東委員会 (Far Eastern Commission) ^(※29)により、日本の憲法改正に関する最高司令官の権限が制約されることとなることを予想し、2月26日に発足することを予定されていた同委員会の発足の前に、憲法改正の既成事実を作り、その主導権を、にぎっておこうとした結果であったと解される。^(※30)この極東委員会は、東京にあるアメリカ、イギリス、中国、ソ連の四ヶ国で構成せられた対日理事会 (Allied Council of Japan) に命令を伝達し、ある意味ではマッカーサーを監督できる立場にあったから、日本の憲法改正についても政策決定ができることになる。そうなるとアメリカ政府の希望する憲法改正はきわめて困難であるので、マッカーサーは、その制約から脱するために、みず

注 (※24) 前掲：憲法調査会報告書，p. 40参照

(※25) 前掲：憲法調査会報告書，p. 40

(※26) 1. 天皇の地位 (at the head of the state) 2. 戦争放棄 3. 日本の封建制度の廃止の三つの原則をあげているが、なお予算についても英国制度にならうべきとしている。

(※27) 前掲：小委員会報告書，p. 295～314参照

(※28) 前掲：憲法調査会報告書，p. 42参照なお、鈴木氏は当時、静岡大学教授

(※29) 同委員会は、1945末のモスコウ外相会議において決定をみたもので、最初ソ連、イギリス、アメリカ、中国、フランス、オランダ、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、インド、フィリピンの11ヶ国が参加し、あとでビルマ、パキスタンが加わっている。

(※30) 前掲：小委員会報告書，p. 272

からの権限によって急いで憲法改正に着手することになったといわれている。^(※31)

以上のことと関連して、憲法改正に関するマッカーサーの権限そのものが問題になる。すなわち、特に1月30日、マッカーサーは、折から来日していた極東諮問委員会の委員との内談において、いまや憲法改正の権限は極東委員会の手にとりあげられたという趣旨を語り、かつ、同時に憲法改正問題は、日本国民がみずから行なうべきものであり、総司令部は何らのはたらきかけに出てはいけないという趣旨を述べている。^(※32)しかるに委員の離日後、マッカーサーは、急きょマッカーサー草案の起案を命ずるのであって、この間の経緯はいわば劇的な急変の一場面である。

したがって、マッカーサーの行動ないし措置は、越権ないし、脱法行為であるとする考え方もあるが、^(※33)法的には、ともかくとして、政治的、道義的には問題のある行動と云うべきであらう。

いずれにせよ、このマッカーサーの措置により、極東委員会の活動開始前に、憲法改正の重要な段階についての既成事実が作り上げられたことは否定できない事実である。

たゞ、このマッカーサーの措置は、連合国のうちにソ連、オーストラリア、フィリピン、ニュージーランド等に強い天皇制廃止論^(※34)があり、これらの国が、極東委員会において共和制を主張するであらうことを予想して、それにいわば先手を打とうとしたのがマッカーサーの急いだ理由であったと解されている。

この点からは、マッカーサーの措置は日本のために、主として日本に天皇制を存続せしめるために、極東委員会をだし抜いて、既成事実を作らうとしたもので、その動機は善意であり「日本のため」とも考えられる。のちに、このマッカーサー原案をもとに作成された日本政府の憲法改正草案が議会の審議にかけられるに際して、マッカーサーは、「今議会上に提出された政府草案は日本人による文書であり、日本国民のためのものである」^(※35)という声明を発表しているが、「日本国民のためのもの」という点については、以上の経過を考えればある程度云いながらも知れないが、^(※36)「日本人による」という点については、そもそも原案が総司令部から出ているという面から考えれば、事実と相違した声明と云わざるを得ないのである。

次に総司令部案を日本政府に交付するに当たっての総司令部の態度、姿勢を問題にしなければならない。この場合、特に重要な問題は、いわゆる「天皇の身体の保障」の問題である。すなわち、交付の際の会談においてホイットニーが、日本側に対して、この総司令部案を日本政府が受諾しないならば、天皇の身体を保障することはできないと言明したということである。

このことは、日本側資料としてはいわゆる松本手記^(※37)にあるのみであるが、それは、日本側に対する圧力としてであったのか、それとも、国際情勢の緊迫性を強調したものであったのかについ

注 (※31) この間の事情は C. A. Willoughby & J. Chamberlain : MacArthur 1941—1951, 1954が詳しい。

(※32) 前掲：小委員会報告書，p. 282—295参照

(※33) 憲法無効論の理由の一つとして大石義雄委員，神川彦松委員（憲法調査会委員）等によって云われる。

(※34) 21年1月21日，フィリピンは天皇戦犯としての裁判要請，21年5月29日ソ連天皇を戦犯として指名を要求，西独の学者レーヴェンシュタインは「近代国家と君主制」という本の中で「現代において君主と軍事制度が密接にむすびついておる場合は，君主制はもはや敗戦後まで生きのびえない」と云っている。

(※35) 鮎川国彦編：マッカーサー書簡集，p. 49

(※36) 天皇制存置は天皇の地位を利用して左翼思想や，社会主義運動を押えて日本の戦後の治安を維持し，日本統治をしようとしたアメリカのためであった。

(※37) 松本内務大臣がホイットニーと会談後に会談の内容を略記した手記のこと。

ては、アメリカ側の真意は明確ではないにしても、少なくともそれを受取る側の松本内務大臣をはじめ関係者のショックは相当に大きかったことが想像せられるのである。特に、松本内務大臣がホイットニーのことばを、もし先方の案をのまなければ、天皇の身分にも危害が及ぶおそれがあると解釈されて、これを受け取られたとするならば、それは強い「押しつけ」であったといえるのであり、さらに極言すれば、たとえホイットニーの真意が、当時の冷厳な国際情勢を率直かつ客観的に述べようとしたものであったにせよ、受け取る側としては、一種の脅迫ですらあったと云いえるのではなからうか。^(※38)

さらに、総司令部案に強い衝撃を受けた日本政府は、昭和21年2月18日松本内務大臣をして、さきに提出した松本案の趣旨を重ねて説明し、総司令部の再考を求めため「憲法改正案説明補充」を提出しているのである。しかし総司令部はこれをも拒否しているのである。

これらの交付の経過から考えて、これを「押しつけ」と云わなくて、一体何と云いえるであらうか。こゝにおいては、日本政府の主体性も、国民の意思も微塵も見い出すことはできないのである。

6. 帝国議会の審議と国民の意思

以上の経過から分かるごとく、総司令部案は、日米対等の立場で合作されたものでもなく、日本の自主性において作成されたものでないことは明白である。のちに、この原案に対して若干の修正が行なわれたが、それは原案の基本的性格を変えるものではなかったのである。この原案の審議の経過をみると、

日本側は、総司令部原案にもとづいて、新たに憲法草案を起草することになり、松本内務大臣を中心に、佐藤達夫法制局第一部長、入江俊郎法制局次長の協力をえて、極秘のうちに、起草の仕事をすゝめ、昭和21年3月2日にいちおうの成案を終り、3月4日、これを総司令部に提出した。かくして、翌5日の夕刻、草案が成立し、日本政府は、これを総司令部と関係なく、日本政府案として7月6日発表することになった。これが「憲法改正草案要綱」といわれるものである。この要綱は3月7日、各新聞にいっせいに発表され、国民に大きな反響をよんだ。この突然の発表とその「急進的」内容に国民は戸惑った感じであったが、まもなくそれが総司令部の原案をそのまま翻訳したものであるという噂が流れ、原案起草者が日本政府でない旨の事実が明らかとなり、その「急進的」内容についても合点がいったが、しかし、占領下の言論統制を考慮して、それを堂々と公言する人は余り無かったということである^(※39)

さらに、主要新聞論調は、だいたいにおいて、この要綱に同調的 態度を示していたと云われるが、これも、当時の国内世論に関して、それが占領当局の統制下にあったという情況は注意しなければならず、特に当時占領軍当局による新聞等の事前検閲が行なわれていたことを思えば、言論の発表について、国民の自由な意思の表明は困難であったと考えられるのである。

一方、翼賛議会の延長であった衆議院は昭和20年12月18日解散となり、翌21年1月22日に総選挙が行なわれるはずであったが、この期日の発表をとりやめるよう総司令部から指示があり、その翌

注(※38) 幣原内閣、特に松本内務大臣が「天皇制の保持」「天皇の保護」を第一目標として考えていたことを思えば、このように云っても過言ではなからう。

(※39) 中村菊男：戦後日本政治体制の方向づけ（慶応大学法学研究会：法学研究，第42巻）p. 16参照

1月4日に「公職追放令」が発令があったのである。これは好ましからざる人物の公職からの排除を意味するものであり、これは関係者にとっては相当な衝撃であったと思われる。とくに、その政界に与えた影響は大きかったといえる。公職追放の指定を受けたものは選挙に立候補できないわけであるから、その政治的生命を断たれることになる。かねて覚悟していた者にとっても、いざ現実の事態に直面してみると、それは大問題であるといわざるをえなかったであらう。今日とちがって食糧事情は悪く、就職の道もたしかでないときに、突然として出された追放令の発動は、関係者にとっては、糧の道を断たれることになり、大きな衝撃であったことが想像されるのである^(※40)

いずれにしても、総選挙を前に行なわれた総司令部による追放令の発令は、政界に大きな不安と動揺をあたえたのはいなめない事実であり^(※41) 憲法改正草案要綱の審議をアメリカ側に有利に展開する為の総司令部による先制攻撃であったとも考え得るのである。

このような情勢の下における総選挙では日本国民の自由な意思の表明は保障されていなかったといふべきであらう。

さらに、この時の総選挙では、憲法問題は第二義的に扱われ、当時の衣食住の問題に関する関心の方が候補者、選挙民の双方の側に強く、憲法調査会事務局が、この総選挙における選挙公報について、どの程度、各候補者が憲法問題をとりあげていたかの抜きとり調査では、憲法改正草案要綱に触れているものは17.4%にすぎず、憲法改正に触れているものもきわめて少ないことが指摘されている^(※42) 従ってこの面においても、憲法改正問題における国民意思の形成は充分でなかったとい得る。

この憲法改正草案要綱の審議は、それぞれ専門家を動員して行なわれているが、その主たる内容は、憲法改正の根拠、ないし必要性、あるいは手続の問題について国体ないし主権の所在、天皇の地位について、戦争放棄、国民の権利、義務、基本的人権、参議院制度、司法権の問題などについてそれぞれ意見が出て、字句の修正その他が行なわれているが、若干の反対者を除いて、貴族院・衆議院を通過したのである。審議の過程においてさまざまな意見は出されているが、全体として敗戦下の特別の事情にかんがみ、この草案を受けざるべきであるという空気が強く、そのために、徹底した論議がおこなわれたとはいふがたい。当時、貴族院議員であった高柳賢三氏によれば、「修正案がアメリカ法律家の起案に係るものであるというのは、いわば公然の秘密ともいふべきものであったこと。法制局は毎日の議事の要旨を英文の報告書に作って総司令部に送付していたこと。審議中、たとえば文民の問題等に関して、総司令部から積極的な申し入れなど働きかけが政府に対してなされたこと。修正案についてはすべて総司令部の了解を必要としたこと」^(※43) などが掲げられているが、これは、憲法審議の過程が、アメリカ総司令部の厳重な監視下にあったことをものたたるものであり、これではマッカーサーが6月22日に「憲法草案審議について」特に発表した「かゝる憲法の採択が日本国民の自由な意思を表明することを示すべきことが絶対に必要である」云々の声明は、全く実質をとまなわぬ空文としか考えられず、国民の意思は充分には審議に反映されなかったといふべきである。たゞ、救いは、ほかならぬ日本の議会で審議されたといふことだけである。

注 (※40) 前掲：戦後日本政治体制の方向づけ、p. 18参照

(※41) この追放令により選挙の途中に、日本自由党鳩山一郎総裁の追放問題がおこり、これが当時、政局を混迷におとした有力な原因といわれる。

(※42) 前掲：憲法調査会報告書、p. 44参照

(※43) 前掲：憲法調査会報告書、p. 45参照

7. 国民の生活環境と国民の意思

この時期における一般国民の生活は、物心ともにいちじるしい混乱状態にあったというべきで、このことも「憲法問題と国民の意思」について考慮する際の重要な要素となると考えるので、この点についても若干、触れておくことにする。

終戦初期の国民生活は、その精神面では、敗戦の衝撃、連合国の占領政策に対する不安、終戦による解放感、虚脱感があり、それらはまた道義の退廃の方に作用したといえることができるであらう。しかし、何よりも深刻であったのは、国民の日常生活についての物質的な苦難であり、直接の戦災による被害、食糧難、住宅難、交通難、インフレの進行、闇の横行、さらには、復員、引揚げ、徴用の解除、軍需産業の廃止による大量失業について、国民は極度の困窮におちいっていた。^(※44)たとえば、食糧事情については、昭和20年は何十年来の不作で、各地で多くの餓死者さえ生じている。そういうことから、食糧難打開の大衆運動なども行なわれ、11月の餓死対策国民大会あたりをはじめとして、「米よこせ大会」「食糧デモ」さらには、「食糧メーデー」へと発展したのである。

昭和21年に入っても、前年にひきつづきインフレの激化、物価の高騰はいちじるしく、食糧難とあいまって国民生活を脅やかしたのであったが、政府はこれらの経済不安に対処するための緊急対策として、2月に多くの緊急勅令を発している。金融緊急措置令、日本銀行券預入令、食糧緊急措置令、隠匿物資等緊急措置令などがそれである。これらのうち金融関係の二つの勅令にもとづいて、預貯金の封鎖、新円の切換等の措置が行なわれ、国民は依然として耐乏生活を余儀なくされていた。なおる月には、いわゆるポツダム勅令により物価統制令および都会地転入抑制緊急措置令が制定されているが、これらの立法措置だけをみても、当時の急迫した国民の生活を推測することが出来るのである。

このような環境の下において、国民が憲法問題に関心を持つことを要求するのは、むしろ酷とさえ云いえるのであって、当時における憲法問題に対する一般国民の関心は極めて薄く、「憲法より飯を」というスローガンの生れたのも、当然のことと云わなくてはならない。^(※45)

こういった国民の生活環境・社会環境の下に成立した日本国憲法に国民の意思が充分に反映されるはずはないのである。

8. 明治憲法改正手続と国民の意思

新憲法は手続的には明治憲法の改正手続によって成立した。それは明治憲法第73条の定めるところにより、国务大臣の輔弼にもとづいて、天皇により発案され、勅書をもって帝国議会に提出された。帝国議会では、衆議院、貴族院、枢密院のそれぞれの審議を経て可決され、それをさらに天皇が裁可し、公式令の規定にしたがって上諭を附して公布した。

このように、新憲法は、形式的に見れば、あくまでも明治憲法第73条による改正であるが、しかし、それを内容的に見れば、二つの問題を内包しているのである。それは、憲法改正の限界の問題と、民定憲法（国民の意思）の問題である。

注(※44) 経済企画庁：戦後経済史，1954，p. 23～24参照前掲史p. 481参照

(※45) 従って前述のように昭和21年4月の総選挙の各候補者の主張も憲法問題よりも生活問題、食糧問題が中心になっている。

すなわち、明治憲法第73条の改正手続については、それによれば、どのような内容の改正も憲法上可能だという解釈もあった。たとえば、天皇制を廃止して共和制にすることも、第73条の手続によって定めさえすれば、さしつかえない、というのである。しかし、通説は、そうは解せず、明治憲法の根本建前たる原理——天皇が神勅にもとずいて統治権を総攬するという原理（国体）——は第73条の手続をもってしても改正できないと解している。^(※46)

この通説のような解釈に立脚すれば、新憲法をもって明治憲法第73条による改正だと考えることはできない。新憲法は、明治憲法の原則であった天皇主権の原則を変えるものであるからそれは明治憲法第73条による改正としては、本来許されないものと解さなくてはならない。このことは極言すれば、一種の「虚儀」行為とすら考えられるのである。

したがって、新憲法制定の手続としては、明治憲法第73条によらずに、新たに、国民の意思を代表した憲法議会を召集して、これに制定させるという、手続をとるのが、むしろ筋が通った方法であって、本来できないものを、できるように形式的に、つちつまを合せるのは、誠に無理なことである。国の基本法である憲法が、そのようなことではなげかわしいとさえ感じるのである。

特に、新憲法と国民の意思との関係については、新憲法は、国民主権を根本原理とし、国民が、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、これを制定したという民定憲法の建前をとっている。（憲法前文第一項）ところで、新憲法が明治憲法73条の改正手続によって成立したということは、この建前と矛盾するのである。

すなわち、国民から正当に選挙された議員で構成していない。したがって、国民の意思とは関係が薄い貴族院、枢密院がその審議に参加しこれを可決し、さらにこれを天皇が裁可したということは、そこにどうしても国民の意思との関係を見い出すことはできないのである。

この点については、国民の代表者たる資格をもたない貴族院、枢密院、天皇の問題は、まったくノミナルなものであったと解すべきであるとする見解^(※47)があるが、しかし、貴族院、枢密院は実質的に審議し修正もしているわけで、これをまったくノミナルなものであったと解するのは無理であらう。

しかも改正手続の重点を衆議院の審議、議決においていても、前述の如く、衆議院議員の総選挙において、憲法問題については国民の意思は正当に反映されていないことを考えれば、新憲法と国民の意思との関係は極めて薄いものであったと云うほかはない。

(三) 憲法制定経過の総括的考察と時効論

かくして、筆者は、現行憲法は日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものではないと考えるものであるが、このような考えに対して反対する見解がある。

すなわち、現行憲法は必ずしも日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものではないとはいえないとし、それは、主として、現行憲法が制定当時、日本国民によって支持され、その意味において、それには日本国民の自由な意思が反映しているというべきであるとする点と、さらに敗戦・占領という事実はいかんともしがたい厳然たる事実であり、いたずらにこの事実に基づく現行憲法

注 (※46) 宮沢俊義：憲法 p. 60参照

(※47) 前掲：憲法 p. 63参照

の制定を排除するよりも、この事実を反省することが必要であるとし、又この制定経過における諸要素はきわめて複雑で機械的に割り切って判断することはできない等のことを論拠にするものである。

これらの見解のうち、代表的なものを二・三あげてみれば次のようなものがある。^(※48) すなわち「現行憲法の内容という点からみれば、この憲法は当時の国民により承認され歓迎されたことは歴史上の事実であり、またその内容は国民の感情とも合致していたのであるから、この憲法には国民の自由な意思がよく反映されているとあってよい」とし、また「当時の国民がいかにこの憲法を受け入れたかの事実をせんさくすることなしには、この憲法が押しつけられたものであるかどうかはとうてい明らかとはならない。戦争への憎しみから戦争なき社会への念願に到達したというのが当時の国民感情であり、そこに当時の国民がこの憲法を歓迎したゆえんがある。この点で、この憲法は当時の国民の総意によったものである。」さらに「現行憲法も当時のマス・コミおよび世論調査の示すところによれば、世論によって支持されていたということができる。このような世論の状況から見ると、現行憲法を直ちに強制されたものと見るべきでない」等の見解がまずあげられる。これらの見解は、司令部のマッカーサー草案作成の段階において、当時の新聞論調等に現われた日本側の世論および日本側の民間案をも含む憲法改正諸案が参考とされ、取り入れられたことを重視すると同時に、当時の世論や国民感情を尊重するものであらう。

しかし、当時の新聞論調などは占領軍の厳重な監視と統制の下に置かれていたこと、また世論がとり入れられたと判断しうる確証もないこと、日本側の諸案が参照されたとしても、それは単に参考にされたにすぎないこと。世論や国民感情により支持されたといっても、世論や国民感情を表明する、新聞・ラヂオ等のマスコミ機関は占領軍により統制されていたこと。したがって国民が自由に意思を表明して、自由な世論を形成する基盤が失なわれていたことを考えれば、前述の見解に筆者は賛成することはできないのである。

次に、マッカーサー草案交付は「命令」でなく「勧告」であって、決して「押しつけ」たものではないとするものである。すなわち「現行憲法制定の際のマッカーサー草案を原案として日本政府に提示し、これについて日本側の意見を求め、その意見のうち容認しうるものはとり入れて承認するという型であった。この型は、一方的に命令による型とは異なるのであり、かつ、総司令部が、厳格にこの二つの型を区別して行動していたことは、マッカーサー草案交付の際、これは『命令』ではなく『勧告』である旨を特に明言していたことから認められるのである。このように考えれば、司令がマッカーサー草案を日本側に強制したと見ることは誤りである。」としている。

しかし、この見解は、マッカーサー草案交付の際とられた形式に、必要以上にこだわったもので大局的・実質的には、それは日本政府に対する絶府的命令の性質を有するものであったことを見落したものである。すなわち、対日占領管理の性格、総司令官の絶対的権力等の歴史的事実から総合的に見れば、司令部がマッカーサー草案を交付したのは正式の「命令」ではなく単なる「勧告」であったと主張するが如きは、制定経過の極めて局部的な一面を、しかも法技術的な観点からのみとらえて論ずことは、制定経過の全体を通じた歴史的事実の評価としては正当でなく、形式の末節に重きを置くものである。しかも当時すでにモスクワ協定により、日本の憲法改革に関する権限は、極東委員会の手に移っていたので、マッカーサーには「命令」権限は存しなかった以上、口頭によ

注(※48) 前掲：憲法調査会報告書 p. 130～132参照

る勅告の形式をとるよりほかなかったのであり、事実上は、「命令」と異なるものではなかったと考えられる。

第三の見解として、「現行憲法はマッカーサーが悪意をもって、かつ武力を背景にして『押しつけ』たものとみるのは正しくない。すなわち、マッカーサーのとった措置は、主として日本のために天皇制を保持するため、極東委員会に先手を打って既成事実を作ろうとする意図からでたものである」として、悪意による押しつけを否定するものがある。

しかし、この見解も、自律支配を本質とする民主主義の立場からみれば、マッカーサーの意図がたとえ「日本のため」といふ善意であったにせよ。日本国民の主体性という面で、その制定経過に重大な瑕疵のあったことを否定し得るものではない。

第四の見解として「さらに、自主的ということだけではこのようなすぐれた内容の憲法は可能とはならなかったであろう。すなわち、占領下という事態において制定されたものであればこそ、このような内容の憲法が可能となったともいうことができる」として、自主性ということに重きを置かぬ考もあるが、

しかし、筆者はこのような「内容さえよければ手続はどうでもよい」という考えには、憲法の本質に矛盾し、また民主主義の原則にも反するものとして、とうてい賛成することはできない。すなわち、およそ憲法はその国家自身が自主的に制定すべきものであることを本質とする、内容さえよければ制定経過はどうでもよいとする考え方は憲法の本質に矛盾すると云うべきである。さらに、民主主義というものは、内容や結果ばかりでなく、その手続や方法が民主的に進められることにも重点をおくべきであって、内容と手続とは別のものであって、手続が悪く民主的方法でなくても結果（内容）が良ければ良いとする考えは民主主義の原則に反したものであると云うべきである。

第五の見解として、司令部がマッカーサー草案を日本側に強制したものでなく、むしろ現行憲法は日米合作の憲法であるとする見解がある。すなわち「政治的には、天皇制を存置しようとするマッカーサーの大きな努力、法技術的には総司令部の法律家の努力が現行憲法には織り込まれると同時に日本側においても、特に戦争放棄の原則をマッカーサーに説いたことのほか、天皇制を護持するためにマッカーサー草案の線に進むことに決したことについての幣原首相の努力も高く評価すべきであり、また法技術的な面については日本側の要望も実現しているので、このような事実を照らして、現憲法は占領軍から押しつけられたものではなく、日本人だけで作ったものでもなく、その意味で日米合作の憲法である」とするものである。

しかし、この見解についても、およそ独立国の憲法は、本質的に「合作」たることを許さないものであると考える筆者としては、是認することはできないのである。

以上の見解は、いずれも現行憲法が決して連合総司令部の強制や押しつけによったものでないことを理由づけようとするものであるが、その論拠は、いずれも薄弱であり、反論の余地が充分にあるものとするので、とうていこれらの見解に賛成同調し得ないのである。

しかも、第(二)項で前述した如く、

- (1) 現行憲法の制定は連合国の日本占領政策の具体化であったこと。
- (2) 総司令部ないしマッカーサーは占領政策の実施について日本政府に対し絶対的権力を有していたと。
- (3) マッカーサーが憲法改正の意図を日本政府に伝えたこと。
- (4) 日本政府が自主的に作成したいわゆる松本案をマッカーサーが一方的に拒否したこと。

- (5) 総司令部が自らいわゆるマッカーサー草案を起草し、これを命令的、強制的な方法で日本政府に提示したこと。
- (6) 日本政府は、このマッカーサー草案に基づいて日本政府案を作成したこと。
- (7) 日本政府案の作成の過程においても総司令部の厳重な監視下にあり、マッカーサー草案の基本的性格を変える修正はできなかったこと。
- (8) 第90回帝国議会の審議の過程においても同様であったこと、
- (9) 第90回帝国議会における原案の修正には総司令部の承認を要したこと。
- (10) 第90回帝国議会の構成が極めて非民主的要素が有り国民の意思を代表したとみられないこと。
- (11) 当時、日本国民の置かれた経済的・社会的環境は憲法問題に対する関心を薄くしていたこと。
- (12) 総司令部よりマッカーサー草案が交付された時点の客観情勢、特に手渡された日本側の心理状態、公職追放や、相当数の未帰還日本国民の存在、日本をとりまく、国際情勢等は日本政府や日本国民の自由な意思の表明を著しく困難にしていたこと。

以上のことを考え合せるとき、現行憲法は日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものということは困難であり、連合軍総司令部により「与えられたもの」「押しつけられたもの」であり、占領下に占領軍当局の手によって起草された「占領憲法」の性格を基本的に保有したものであると云っても過言ではないと考えるものである。

かゝる見地からは、現行憲法の妥当根拠としての法源に「国民の意思」を見い出すことは困難であり、かくして現行憲法によって立つ正当根拠が失なわれることになる。たゞ筆者としては、この制定方法における瑕疵欠陥の重要性は、これのみで憲法を無効にし得るものではないと考えるが、他の憲法無効の論拠をも合せ考えるとき「憲法無効論」にも傾聴すべき点があるように思うのである。

すなわち、憲法無効論の論拠としては、まず

- (1) およそ占領中には憲法の制定改正はなしえないとする原則に立つものである。

その理由としては、外国の軍事占領と軍事統治の下で、一国が自由な民主的憲法を作ったり、または憲法を自由に改正することのできないことは、占領統治の性格と自由民主主義の原則からみて当然であるとしている。また、日本の場合などは世界始まって以来最初の事例なのであるから、国際法学者によって理論づけられていないのはやむをえないとする。たゞ最近では占領中の憲法改正を禁止する若干の例^(※49)はある。

- (2) 次に日本国憲法の制定に関し、マッカーサーのとった措置は国際法に違反するものである。

その理由は、ハーグ陸戦法規に違反するとし、ハーグ陸戦法規によれば、占領軍の権力の目的は

注 (※49) たとえば西ドイツ基本法は前文において「ドイツ国民は、その憲法制定権によって、過渡期における国家生活に新たな秩序を付与するため、ドイツ連邦共和国のこの基本法を制定した」といい、また第146条は「この基本法は、ドイツ国民が自由な決定によって議決した憲法が効力を生ずる日において、効力を失う」と規定している。

フランス第四共和国憲法第94条は「外国軍隊の占領下にある場合には、いかなる改正手続も、これに着手し若しくは続行することができない」と定め、フランス第五共和国憲法第89条第4項もほぼ同様の規定をしている。

占領軍の安全もしくは兵力の維持ならびに占領軍の軍事行動の成功を確保するというものでありこの目的の範囲を逸脱して行動することは許されない。しかるに連合国特にアメリカは、日本の主権を全面的に排し、みづから統治権を掌握し、立法、行政、司法の全般にわたり、事実上軍事独裁権力を行使したことは明白の事実であり、これは、ハーグ陸戦法規に違反するものであるとする。さらに、大西洋憲章第三項に違反もしているとするものとして、同憲章には、すべての人民がその指導下において生活しようとする政体を自由に選択する権利を尊重する。という人民自決主義を宣言している。これは近代民主主義と近代民族主義の基本原則であって、当然のことであるが、日本に対して連合国が一定の憲法を強制したということは、明らかにこの大西洋憲章に違反するものであるとする。^(※50)

(3) 現行憲法は改正の限界を越えた変更であったにもかかわらず、「改正」として行なわれたものであるから無効である。

この見解は、およそ、憲法改正には、その憲法の基本原則、根本原則を変えてはならないとする憲法改正の限界があり、かゝる立場からは、明治憲法の第1条ないし第4条を、明治憲法第73条の改正手続によって改正するのは法的に許されないものであることを理由としている。

以上の憲法無効論の三つの論拠に対しても勿論反論の余地はあるが、法理論としては傾聴すべきものがあると考え。たゞ、国家の存立、国家の秩序維持は絶対であり、国の最高法規を当然に無効とするようなことは、とうてい同調しえない面がある。

従って、かゝる制定経過に重大な瑕疵を有し、国民の自由な意思に、その妥当根拠を見出し得ない現行憲法が、その存立の為の正当根拠を見いだすとするれば、それは一体何なのであろうか。

筆者は、この憲法の妥当根拠として、新しく「時効」を考えたいのである。すなわち、制定経過において瑕疵があり、国民の自由な意思が無視されたものであっても、その瑕疵は、その後国民が憲法としてこれを遵守し、これに基づいて国政を運営してきた二十数年の経過と実績によって、すなわち時効によって治癒されたと見るべきであると考え。換言すれば、制定経過における瑕疵欠陥は消滅時効によって解消したと考えるものである。

かくして、現行憲法の存立のための妥当根拠は国民の自由な意思でもなく、また明治憲法との関連性でもなく、二十数年の実績による時効であると考えられるものである。若し、この時効という妥当根拠すら否定されるならば、現憲法は、その存立の基礎を失い崩壊せざるを得ないことになる。いずれにしても、現憲法制定以来、各種の憲法批判、それにもとづく改憲論、あるいは護憲論があったにせよ。今日迄憲法が存続し、かつ守られて来たという事実は、憲法が別の意味で、新たに妥当根拠を持つに至ったと考えざるを得ないのであり、憲法の法源に新たに時効という基礎を見いだすことにより、その成立の異常さにもかかわらず今後における憲法の存立存続が正当視せられることになるものと考えられる。

(四) 憲法解釈(運用)と憲法改正——基本的性格と関連して——

前述の如き基本的性格を有す現行憲法は、その制定経過における瑕疵からして、これを改正すべ

注(※50) 憲法調査会特別部会：憲法調査会報告書付属文書第10号，1964，p. 28参照

しとする見解がある^(※51)が、筆者としては、現行憲法が日本国民の自由な意思に基づいて制定されたものでなくても、改正の要否は、もっぱら現行憲法の内容および、その運用について決すべきことであるとする。すなわち、「押しつけられた」憲法であるということ、改正すべきかどうかということは別であり、押しつけられたすのであってもその内容がよければ改正する必要はなく、また逆に、かりに自主的に作られたものであっても、運用の実際に徴して不完全、不適當なものであれば国民は自発的にその改正を考えるべきである。従って現行憲法改正の是非は、その手続の異常さを論拠とすべきではなく、どこまでも現行憲法の内容と運用の実際に照らして考えるべきである。特に筆者の如く時効により制定経過の瑕疵が治癒されたとする観点からはなおさらそうである。

かくして現行憲法の内容と解釈運用が問題になるが、前述の如き制定経過と基本的性格を有する現行憲法は、出来るだけ弾力的な解釈運用をすべきであるとする。国民の自由な意思によらないで制定された現行憲法は、立法者、制定者の意思を尊重して解釈するというふうな必要は、およそ無いのであり、その条文の文字文章で許される範囲の最大限の解釈、通用がなされるべきと考えるし、またそうすることにより憲法が内容的に持っている欠陥も補正し得ると考えるのである。

たゞ、筆者としても、憲法の解釈・運用には、おのずから限界があることを否定するものではない。無制限に解釈を広げると法の生命である法内容の客観性が失われ、法の安定性も失なわれることになり、限界をこえた解釈、運用は憲法を破壊することになることは法理論的にはそのとおりであると思う。たゞしかし、現行憲法の場合は制定経過と国民の意思という点で重大な瑕疵があるだけに、出来るだけ解釈に弾力性を持たせ、解釈の可能な幅を広げるべきと考えるのである。

この憲法解釈の実際における最終的判断は、司法的違憲審査制の下においては、最高裁判所が行うわけであるから^(※52)最高裁判所の憲法解釈の態度はいかにあるべきかということが問題になる。その際の態度としては、いわゆる、文字解釈や論理解釈のみによることなく、目的論的解釈ないし社会学的解釈等の広い弾力的な解釈によるべきであり、これらの解釈、運用によっても、なお憲法内容の欠陥が補正されない時に、はじめて改正を考えるべきである。

すなわち、憲法の条章は、その性質上、一般的、概括的な規定である場合が多く、そのため解釈の分かれる場合の生ずることも当然であり、この場合裁判所は結局、いずれの解釈が正しいかを自由裁量で決するよりほかはない。また条章の文字的・論理的解釈からは一応明白であっても、その解釈が政治的良識に反する場合もある。これらの場合、最高裁判所は、文理的・論理的解釈に従うべきか、それとも他の法的技術によって政治的良識に合致するように解釈すべきかが、憲法解釈の焦点となる。かかる場合には、文理的・論理的解釈を唯一の解釈とせず、政治的良識に合致するように、社会学的ないし目的論的解釈を優先させて解釈するのが、望ましい解釈態度ではないであろうか。かくして最高裁判所の解釈が現実社会の変遷にも対応でき、また国民の意思をも尊重して解釈運用せられることになり、それがまた同時に、その時々にはしばしば憲法が改正される必要をなくするゆえんでもあるまいか。

さらにこの点について憲法学者の田上穂教授は次のように述べておられる。すなわち「憲法の改正について厳格な手続が規定されていることは、その改正を困難ならしめて、実定法秩序の理念としての法的安定を期するものである。したがって国民の大多数が憲法改正を当然とする場合のほかは、できるかぎり、国会の立法、行政上の慣行、裁判所の判例等による憲法の変遷によって成文憲

注 (※51) 前掲：憲法調査会報告書，p. 132参照

(※52) 下級裁判所も前審としては審査出来るが最終的決定になり得ない。

法の死文化を防ぎ、法の理念たる正義および実際政治の要請に適合させるよう努めるべきである。国内において憲法改正につき政治的対立の著しい場合には、特にこの考慮が必要である。すなわち、憲法の変遷^(※53)によってまかなうことのできるものは、改正の論点から除くべきであって、改正は真に差し迫った必要のある場合に限定すべきである^(※54)と述べておられるが、筆者も、ほど同感であって、現実の生きた憲法秩序のなかで、実際の運用上特に支障がないならば、必ずしも憲法の条文のいちいちの文字に拘泥する必要はなく、従っていわゆる法理論的な潔癖さから、現行憲法の規定の欠陥を指摘し、解釈の統一を期するために条文を改正すべきであるとする見解には同調しえないのである。

(五) む す び

以上、国家最高の組織法たる現行憲法が、外国軍の占領下、国家主権の完全でなく、国民の意思の自由もない時期において、連合軍総司令部の強い圧力の下に制定されたといふ歴史的事実は、現行憲法と国民の自由な意思との関係を稀薄にし、したがって、自主的民主的に作られた憲法でないことは確実であり、現行憲法の法源に、国民の意思を見出すことは困難である。

かくして、現行憲法は「与えられた」「押しつけられた」「占領下憲法」として基本的性格を有するものとする。

かくる現行憲法制定過程および制定方法における重大なる瑕疵欠陥は、これをもって、ただちに現憲法の権威を否定し、当然無効にし得るものではないと考えるが、たゞ筆者はかつて近代民主主義、国民主権の原理、自由民主主義の至上要請に従って、現憲法の成立過程における瑕疵を補正する為の法的措置が必要であると考えていた。少なくとも国の最高法規、根本法規である憲法には一点の汚点も許さるべきでない。そのような汚点や欠陥や瑕疵が有れば、それを正すのが、民主国家、平和国家、文化国家の出発点であると考えていた。

しかし、今日では、以上のような考えは、変えざるを得なくなった。すなわち、現憲法制定後二十数年間、幸か不幸か、各種の改憲論、護憲論にとりまかれながら、今日まで、国の最高法規として、国政の基本となり、国民を拘束し、国民により遵守されて来たという事実は、これを無視し得えなくなったのである。

かくして、憲法制定過程における瑕疵欠陥は、この二十数年間の経過と実績という「時効」により治癒されたものとみることが出来るのである。したがって現行憲法の法源に新たに「時効」という妥当根拠を見出すことにより、制定過程の瑕疵を理由とする憲法改正論にも賛成し得ないことになるのである。たゞ、二十数年間、憲法として守られて来たという事実は、国民がその自由なる意思で、現行憲法を承認したのだとすることは、そのような法的追認や確認の法的手続を取っていない以上、純粹の法理上からは云い得ないことと考える。

この、現行憲法の法源を時効とすることが、今後における憲法存立存続の正当根拠と考えるので

注 (※53) 「憲法の変遷」とは憲法の改正手続を経ないで憲法の条項の客観的意味の変ることを云い、ドイツの代表的公法学者 Georg Jellinek の著書「Verfassungsänderung und Verfassungswadlung」で憲法改正と区別して使用されている。

(※54) 前掲：憲法調査会報告書、p. 139参照

あるが、これを以って、現憲法の基本的性格である。「占領下憲法」の性格を否定し得ることにはならないのである。この「占領下憲法」の性格があるが為に筆者の「憲法法源時効論」があるのであり、「占領下憲法」の問題が無いのであれば、時効論そのものが不要でないのである。

「占領下憲法」の基本的性格が変わらないのであるからして現行憲法が民定憲法としての性格を保有しないのは明白である。したがって教師が現行憲法の条文を真に受けて、これを民定憲法として生徒に教えるのは筆者としては間違いであると考え。さらに民定憲法としないことにより憲法軽視、憲法蔑視が生ずることについては、憲法の法源に新たに「時効」という正当根拠を見いだすことにより、これを排除し得るものと考え。

参 考 文 献

- 憲法調査会：憲法制定の経過に関する小委員会報告書，大蔵省印刷局，1964
 佐藤 達夫：日本国憲法成立史第一巻，高陽堂，1962
 佐藤 達夫：日本国憲法成立史第二巻，高陽堂，1964
 土屋 正三：日本の新憲法と極東委員会，レファレンス48号
 憲法調査会：憲法調査会報告書，日本評論社，1964
 中村 菊男：戦後日本政治体制の方向づけ，慶応大学法学研究42巻
 W. Macmahon Ball : Japan Enemy or Ally? 1949, 邦訳 (中山, 内山) 「日本敵か味方か」
 憲法調査会：憲法調査会報告書付属文書第一号～第十号，大蔵省印刷局，1964
 経済企画庁：戦後経済史，1954
 富原 薫：憲法制定時の社会的背景，憲法改正記念刊行会，1964
 H. E. Wildes : Typhoon in Tokyo, 1956, 邦訳 (井上勇) 「東京旋風」
 H. H. Bearwald : The Purge of Japanese Leaders under the Occupation, 1959
 法学協会：註解日本国憲法，有斐閣，1968
 清宮 四郎：憲法演習，有斐閣，1967
 H. L. Stimson & M. Bundy : On Active Service in Peace and War, 1947
 H. ハインリック・麻田貞雄訳：日米外交とグルー，1956
 稲田 正次：憲法提要，有斐閣，1969
 大西 芳雄：憲法概説，有斐閣，1970

Summary

The existing constitution has been, under the occupation of foreign forces and strong pressure of the General Headquarters of the Supreme Commander for the Allied Powers, established after the World War. Such being the case, the existing constitution is "a constitution under occupation", "a constitution given or forced by the above Headquarters" and it is difficult to find out "the intention of the nation" in the source of law of the existing constitution. However the fact that the existing constitution has been observed for more than 20 years since the War should be much appreciated. This fact is considered to be able to offer an adequate ground as the source of law of the new constitution.

(1971年9月30日受理)