

8月革命説と4月制定説

—日本国憲法の誕生日はいつか—

山下 威士

1 はじめに—憲法の制定の意味

1 <憲法の制定> 憲法は、国家的変革を前提に制定される。ここでは、この問題を、法学的に眺めてみよう（注1）。

2 なぜ、憲法が制定されるのかといえば、国家的変革によって成立した政権が、自己の統治の正当化のために制定する。そのために、その内容は、必然的にふたつの内容をもつ。

3 <憲法＝過去への反省> その内容のひとつは、過去の統治に対する批判や反省であり、それを通じて、自己の統治の正当性を確保しようとする。わが国の日本国憲法が、「過去への詫び状」（例えば、中曽根康弘）と評されるのも、その意味では、当然の、正当な指摘である。

4 <憲法＝未来への展望> いまひとつの内容は、未来に対して、その統治が、何を求めているのかを示す理念であり、その理念をもつことにより自己の統治の正当性を調達しようとする。K.レーベンシュタインは、世界の憲法の存在論的分類として、実際に適用されることを、あまり意図していない「名目論的な憲法」という分類を呈示し、そのような憲法の「第一次的な機能は、教育的なもの」であり、いわば「国民の身体がそれ〔憲法〕に合うまでに大きくなって身につけられるときまで、

当分タンスの中に納められている衣服のようなもの」^(注2)とした。しかし、これは、特定の憲法の分類ではなく、すべての憲法が、多かれ少なかれ有するところの性格づけとすべきである。

わが国の日本国憲法が、「現実を見ない」「理想主義的な」憲法であると揶揄され、「憲法は政治的宣言である」(例えば、高柳賢三)といわれるが、上記の性格と同様に、これもまた、わが国憲法に限ったことではなく、憲法一般の性格とすべきである。

5 <日本国憲法の制定についての問題提起> わが日本国憲法(以下では、「1946年憲法」と省略。)もまた、1945年8月の敗戦という変革を背景に生み出された。1946年11月3日に制定・公布され、憲法自身の規定にもとづいて、翌年5月3日に施行され、現在でも、この後者が、憲法誕生を記念する国民の祝日として祝われている(国民の祝日に関する法律2条)。しかし、この憲法の誕生日には、かなり問題があり得る。もちろん、その疑問は、たんに憲法記念日の日は、いつかという、わかりやすいことがらに託して問題を顕在化させたにすぎず、根本的には、日本国の主権の保持者が、誰から、誰に替わったのかという国家の基本的な存立問題にかかわる原理的な問題である。

「戦後憲法学が濃厚な護教的性格をおび、憲法を認識すること以上に憲法を賛美し、宣布し、擁護することに精力を傾けてきたことは周知のことである。」^(注3)

このような非難に対処するためにも、できるだけ日本国憲法に関してタブーのヴェールを取り払って考えることが、最終的には、その「護教」のためにも必須のことと考える。

以下では、このような問題を、第一、大日本帝国憲法は、いつまで存続したのか、第二、占領下における日本国の最高法規は、何であったのか、第三、日本国憲法の制定の法的意味は、如何なるものであったのか、第四、講和独立後の憲法は、何かという形で、考えてみよう。

注¹ 本稿の骨子については、2007年1月30日に、新潟大学公法研究会（世話人；下井康史教授。以下、「新潟公法研究会」と省略。）において、および、2007年3月14日に、北京大学法学院（世話人および通訳；真水康樹・新潟大学教授）において報告した。この場をお借りして、各法・政治分野から参加し、御検討いただき、数々の貴重なお指摘をいただいた諸先生方に感謝申し上げる。本稿において、その際に賜ったご指摘に、できるだけお答えするように努めたが、なお検討させていただきたい。

注² K.Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 1957, Chicago/London, p.147ff. 阿部・山川訳『現代憲法論』有信堂、1967年、187/8頁。

注³ 長尾龍一「二つの憲法と宮沢憲法学」（1969年初出）『日本法思想史研究』創文社、1981年、320頁。なお、わが国の憲法学の戦前・戦後を通じる特色としての「国体の護持」（学）的性格については、私の「憲法科学の方法論」（1984年初出）『憲法学と憲法』南窓社、1987年、30頁以下（「二 戦後憲法学における科学性の反省とその未展開—『護憲』タブーの成立」）、および、それからの解放の要求については、私の「タブーとしての憲法？ または憲法学における知的廉直性のこと」（1984年初出）『前掲書』84頁以下。

2 大日本帝国憲法は、いつまで存続したか

6 ＜大日本帝国憲法＞ 大日本帝国憲法（1889年2月11日公布、1890年11月29日施行（第1回帝国議会開催の日）、以下では、「1889年憲法」と省略。）は、一体、いつまでその効力を存続したのか（注⁴）。

7 ＜A説：「後（新）法」の成立するまで存続＞ もっとも単純な回答は、「後（新）法は、前（旧）法を破る」という法解釈原則にもとづいて、自己と同一法分野について規定する1946年憲法が制定・公布された時、1889年憲法は、その効力を失ったと解するものであろう。このような考え方は、現に日本国憲法の公布文に「大日本帝国憲法73条の改正手続き」による後継法であることを、みずから宣言していることから主張され得る（注⁵）。

8 ＜批判＞ これは、簡明な答えではあるが、次のような問題点があ

り得る。

- (1) 第一は、1946年憲法は、その名前の示すように、1946年11月3日(注6)、あるいは、1947年5月3日に成立した。とすると、1945年8月15日(注7)、あるいは、1945年9月2日(降伏文書の調印日)から、この1946年憲法の制定日までの、1889年憲法の位置については、このような回答は、何も語っていないことになる。というよりは、そのような考えからすれば、その期間は、未だ1889年憲法が、有効であり、存続していると解するしかないであろう。それでいいのであろうか。
- (2) さらに、後に述べるように、そもそも1946年憲法が、1889年憲法と「同じ分野」について定められた法か、問題がある。すなわち、「後(新)法優先の原則」の通用するには、当該の新法と旧法とが、同一法分野についての法でなければならない。しかるに、1946年憲法については、その表題にもかかわらず、「憲法」、すなわち、国家の最高法規ではなく、「憲法という名前をもった、通常法律レベルの法(あるいは、準憲法的地位をもつもの)」という位置づけのあり得る以上、このような「後(新)法優先の原則」のみでは答えることは、困難である。ただし、このように考える場合、上引の公布文の文言を、どう考えるべきか、問題となろう。

9 <B説：8月革命説による廃止> そこで登場したのが、宮沢俊義の「8月革命説」である。

「(ポツダム宣言の受諾の意味は)日本の最終的な政治形体の決定権を国民が持つという意味(であり)・・・かような変革は、もとより日本政府が合法的になし得る限りではなかった。天皇の意思をもってしても、合法的になしえないはずであった。・・・これは、憲法的には、革命をもって目すべきものであり・・・降伏によって、つまりひとつの革命が行われたのである。」このような「8月革命

によって、日本の政治の根本建前は、神権主義から国民主権主義に変わった。」(注8)

10 <生誕時の疑惑> そのような「改正憲法」という自己宣言にもかかわらず、1946年憲法に対しては、次のふたつの疑惑が存在した。

- (1) その第一は形式にかかわるもので、1946年憲法の制定(改正)手続きにおいて、実際に採用された制定(改正)手続きが、1889年憲法において憲法改正として予定するものと異なり、手続き的違反が存在し、したがって1946年憲法は、無効ではないかという疑惑である。
- (2) 第二には、内容にかかわるもので、従来の公定的解釈、および、学界の圧倒的通説は、1889年憲法には、その改正手続きによっても、改正できないものがあるとしていた。その限界をなすものが、天皇の主権保有性であった。ところが、まさに1946年憲法は、この手を及ぼし得ない分野に手をつけたのだから、憲法改正の限界を超える改正として無効ではないかという疑惑である(憲法改正限界論^{注9})。

まさに、宮沢俊義の「8月革命説」は、このふたつの疑惑に対して、1945年の変革は、「革命」的変革であり、1946年憲法の制定は「革命的状況」における法制定であるから、まさに「革命は法を知らず」で、そのような形式的齟齬は、問題ではないとして、1946年憲法の出自にまつわる疑惑を一蹴して、その正当性を確立しようとする。

11 <8月革命説の理論構成> この学説それ自体は、日本国憲法の法的正当化、すなわち、それが、制定手続きや内容について、いくつかの問題があるにもかかわらず、「憲法」という名前に値する憲法であるということを証明するための解釈学説^(注10)であった。その理論構成は、簡単には、次のようなものである。

- (1) ポツダム宣言1条「国民の自由に表明された意思にもとづく」文言の受諾にもとづいて、日本国の国内主権が、それまでの1889年憲法1条にもとづいて有していた天皇から、国民に移ったという主権の移動の学説と、
- (2) ポツダム宣言の国際法としての拘束力が、日本の国家主権に直接に及び、わが国を拘束するという国際法の解釈とからなる。宮澤は、「国体の変革が、いわば『債権的』ではなく、『物権的』に生じる」という。

12 <具体的な革命の日は不明> このような結果として、一滴の血も流されはしなかったが、1945年8月^(注11)に、法的には「革命」と表現しうる程度の大きな変革があったとする。そのような変化を背景に制定された法であるから、1946年憲法は、正当とされる。

13 <8月革命説の批判> この「8月革命説」には、次のような批判があり得る。

- (1) この「8月革命説」は、もし、憲法改正無限界論を採用すれば、無用の議論であった。もともと憲法改正無限界論を採用していたと思われる宮沢俊義が、この時点で、突然に、憲法改正限界論を採用して、1946年憲法の正当性を保障しようとするのは、唐突の感を否定できない。このために、まさに「8月革命説」は、東京大学教授・宮沢俊義による日本国憲法の「護教」、あるいは、占領軍に対する「御用」のための説と批判される^(注12)。
- (2) 既に指摘したように、この宮沢説では、「8月革命」なるものは、いつ、その変革が生じたのか、不明である。
- (3) それ以上に、条約についての特殊な解釈を前提にしない限り、すなわち、ラディカルな国際法一元論を前提にしない限り、ポツダム宣言の受諾が、ただちに「国民主権」を、わが国に生じさせるものと

は、解し得ない。その文言にも明確なように、わが国の国家形態が「将来表示される国民の意思」に委ねられるというにすぎない。この文言を受諾したからといって、ただちに主権が、「天皇」から「国民」に変動するとは、極めて理解しがたい^(注13)。すなわち、宮沢の理解によれば、ある国家が、条約を締結すると、同時に国内法制の変更をもたらすことになる。しかし、これは、たとえ「条約一元説」をとるにしても、あり得ない理解である。条約締結により、当該国家は、自国の法制を、当該条約に適応させる義務を負うにすぎない。条約締結は、国家と国家との関係にすぎず、当該条約の施行について国家責任の問題を生じるにすぎない。もし、このように理解されず、上記のような極めてラディカルな条約締結の効力を認めるとすれば、そもそも条約違反という問題は生じないことになろうし、憲法改正すらも、条約締結という方法（多くの場合は、憲法制定よりも、容易な手続きである）により実行することができることとなり、そのような理解の不当性は、明確である。

さらに、上引の森田寛二の理解を参考にして言えば、宮沢俊義は、1889年憲法の下においては、条約と憲法との関係について、国際法と国内法との二元論をとり、さらには、条約に対する憲法優位説をとっていたと思われる。それが、ポツダム宣言の受諾を理解（正当化）するために、このようなラディカルな条約一元論に改説したと考えざるを得ない。

14 ＜8月革命説の評価＞ 現在における「8月革命説」の一般的な受け止め方は、1960年代には「通説たる観を呈している」^(注14)とされていたが、現在では、「一つの巧妙な説明ではある」^(注15)のように、批判的な受け止め方が一般的である。

これに対して、高見勝利は、芦部信喜とともに、8月革命説を「(明治憲法の改正手続きに則って作られた) 現行憲法が実質的に法律上の革

命にもとづいて生まれた新しい民定憲法であることを論証したもの」(注16)とする。しかし、これは、8月革命説の由来、あるいは、その解釈学説の創造・思いつきの意図を説明するものとしては適切であるにしても、これでは、その理論的当否を論じていることにならない(注17)。

15 <天皇の人間宣言の法的意味> もし、ここで天皇主権の移譲を問題とするのであれば、憲法の原理論的観点からして、もっと問題とされねばならないのは、1946年1月1日の、いわゆる「天皇の人間宣言」であろう。官報号外(詔書には、番号を付さない)で公布された、この詔書こそは、「朕と汝等国民との間の紐帯は、終始相互の信頼と敬愛とによりて結ばれ、単なる神話と伝説とによりて生ぜるものに非ず。天皇をもって現御神と・・・架空なる観念に基づくものに非ず」(注18)と語ることにより、これまでの大日本帝国憲法のその根幹をなした「実質的憲法」(注19)「上代の古法(基本法)」(注20)であった「天壤無窮の神勅」を自己否定したものである。

これによって、1889年憲法の根幹は、否定されている。すなわち、神である天皇の主権が、人間である天皇に委譲されたとでも解される事態である。これに比べれば、宮沢俊義のいう「革命」は、人間、あるいは、機関にすぎない天皇から、人間である、すなわち、機関(もちろん、第一次的、あるいは、直接的機関であるにしても)にすぎない国民に、主権が移動したという、国家法人内部の権限移動にすぎない(注21)。宮沢俊義の解釈では、すでに前年の8月に行われた1889年憲法の基本である「天壤無窮の精神」の否定を再確認したものにすぎないことになろう。

16 <日本国憲法は、欽定憲法> 1946年憲法は、公布文においてみずから宣言するように、1889年憲法の改正手続き(73条)による改正憲法である。したがって、日本国憲法は、制定手続きという形式的側面からする限り、「欽定憲法」である(注22)。もっとも「憲法の制定者は誰かと

いう問題は、憲法内容の問題とはまったく別個の問題」である（注23）。したがって、日本国憲法を欽定憲法と見ることは、法的意味で天皇に憲法制定権力があるということの意味しているわけでは、まったくない。おそらく、日本国憲法の解釈、すなわち、内容的意味においては、前文が自己解釈するように、「民定憲法」と言うしかないし、また、憲法解釈としては、それ以上のことを言う必要がない（注24）。

17 ＜C説；10月革命説＞ このような疑問の内、とくに前記の「日付け」への疑問から、蓮沼啓介は、8月のポツダム宣言の受諾によって、「8月政変」が生じたには間違いなく、その文言に抵触する1889年憲法の主権部分の停止をもたらしたはしたが、それによって、ただちにわが国主権が、国民に移動した、すなわち、国民主権が、これによって確立したとは解しがたいと、正当に批判する。そこから、蓮沼は、8月のポツダム宣言の受諾は、1889年憲法の主要部分、特に天皇主権の部分の停止をもたらしたが、「国民主権の原理の確立した時点は、日本国憲法草案が帝国議会の衆議院において再び可決された1946年10月7日から、枢密院における審議が終結した同年10月29日までのある時点に求められる筈である。」（注25）つまり、国民主権への主権の変動は、以後の1946年憲法の帝国議会の審議をへて、それが確定する10月29日（衆議院による貴族院の改正案の可決、枢密院の議決、および、天皇の裁可）をもって、主権が、天皇から（一時不明段階を経て？）、国民に移動し、この変革が完成したとする。したがって、「10月革命説」である。

18 ＜主権の移動先＞ この蓮沼説は、宮沢説のもっていた問題点を修正するものではあるが、主権が、1889年憲法の天皇から、（1946年10月と、時期がずれるにはせよ）、国民に遷ったとする点では、宮沢説と基本的なコンセプトは、同一である。さらに言えば、宮沢にしても、「8月革命によって、明治憲法は廃止されたと見るべきではなく、それは引

き続き効力を有し、ただその根拠たる建前が変わった効果として、その新しい建前に抵触する限度においては、明治憲法の規定の意味が、それに照応して変わったと見るべきである」^(注26)と、既に正当に指摘していた。

19 <D説；主権の移動説> これに対して、長尾龍一は、基本的な疑問を提起する。すなわち、長尾は、主権の移動、したがって、主権の所在を問題にする。

「仮に当時の日本の主権がマッカーサーと極東委員会に分有されていたとするならば、日本国憲法の法的な制定者は天皇でも国民でもなく、マッカーサーと極東委員会ではないか・・・法的にはそうならざるをえない。その主権の行使にあたってどこまで日本国民の意思が尊重されたかは、事実問題であって、法的にはイレレヴァント[どうでもいいこと]である。この議論と国民自決主義が結合するならば、日本国憲法の嫡出性は確実に否認されざるをえなくなる。」^(注27)

注4 新潟公法研究会の報告において、真水康樹教授（国際政治学）より、「1889年の大日本帝国憲法成立以前の、わが国主権者は、だれで、どこで決まっていたのか」とご質問いただいた。当時の公認イデオロギー的には、「天譲無窮の神勅」によって、主権は、当然、天皇にあったとお答えすべきであろう。しかし、私のように、主権を、国家行為の法的最終帰属点と理解する者にとっては、これは、難しい質問である。おそらく、国際法的には、「国家主権」は、大日本帝国（この名称そのものも、大日本帝国憲法によって定まる以前においては、いかなる根拠によって、そう称されるものか、現在の私には、定かではない）に帰属していたと思われる。しかし、国内法的には、法的最終帰属点は、存在したとは言えるものも、では、具体的に、それが何か（誰か）という問いには、答え得ない状態、すなわち、通常の言い方で言えば、「主権者は、いまだ不確定であった」と解するしかないのではないかと思う。なお検討してみたい。

注5 なお、この時に、全文改正による旧法の廃止と、上記法解釈原則にもとづく旧法の廃止には、何か異なるところがあるようにも、思えるが、現段階では、不明である。結論的には、同一に扱っても差し支えないと思われるが。

注6 明治天皇の誕生日、すなわち、明治節（天長節）。

注7 現在の終戦記念日である。もっとも、この日自体は、法学的には、ほとんど

無意味であり、せいぜい既に国際法的には成立している8月14日の降伏受け入れを、国民に周知させた日というにすぎない。

注8 「日本国憲法の生誕の法理」『日本国憲法コンメンタール 付録』日本評論社、1955年、315-17頁以下、簡単には、同「新憲法の概観」国家学会編『新憲法の研究』良書普及会、1947年、10頁以下、同「8月革命と国民主権主義」世界文化1946年5月号、宮沢の標準的教科書『憲法<第5訂版>』有斐閣、1949年初版、1956年、46頁以下。

注9 参照、菅野喜八郎『国権の限界問題』木鐸社、1978年。

注10 「8月革命説は、ポツダム宣言受諾から新憲法制定までの事実経過とは結びつかない新憲法成立の法理を説明する解釈理論」（芦部信喜「補論」『憲法制定権力』東京大学出版会、1983年、341頁。

注11 おそらく、宮沢俊義は、「8月15日」を念頭において語っているのであろうが、この点は、明言していない。あるいは、その日を中心にする変革を、全体的に、もっと長いスパンで語っているのかも知れない。上記の「注8」論文の印象としては、後者の可能性が、かなり高い。

注12 森田寛二「宮沢俊義とケルゼン—宮沢の8月革命論を中心として—」『新ケルゼン研究』木鐸社、1981年、245頁以下。この森田への反批判は、高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』有斐閣、2000年、318頁以下。なお、この点について参照、樋口陽一「『8月革命』説の『護教性』？」（1984年初出）『近代憲法学にとつての論理と価値』日本評論社、1994年、59頁以下。

注13 参照、菅野喜八郎「8月革命説覚え書き」（1983年初出）、同「8月革命説覚え書き後記」（1985年初出）ともに『続・国権の限界問題』木鐸社、1988年収録。

注14 憲法調査会『憲法無効論に関する報告書 憲法調査会報告書付属文書第10号』大蔵省印刷局、1964年、46頁（佐藤功執筆）。

注15 佐藤幸治『憲法<第3版>』青林書院、1981年初版、1999年、76頁。

注16 高見『前掲書・注12』334頁。

注17 8月革命説については、簡単には、日比野勤「現行憲法成立の法理」『憲法の争点<第3版>』有斐閣、1999年。全体については、小山勝義『8月革命説と日本国憲法成立の法的説明』星雲社、2004年、212頁、高見『前掲書・注12』172頁以下、315頁以下。

注18 法令全書での正式の表題は、「新年を迎ふるに際し明治天皇の五ヶ条の御誓文の御趣旨に則り官民挙げて平和主義に徹し新日本の建設方」である。原文は、カタカナ書きであるが、ヒラガナに書き直す。以下の引用も、同じ。

注19 佐々木惣一『日本国憲法要論』1932年、金刺芳流堂、320頁。

注20 美濃部達吉『憲法撮要<改訂第5版>』有斐閣、1932年、211頁、上杉慎吉『帝国憲法』有斐閣、1922年、502頁。

注21 この点について、私は、既に指摘したことがある。「憲法第一章の規範科学的考察」新潟大学「法政理論」17巻1、2号1984年、44頁。

注22 佐々木惣一『改訂日本国憲法論＜補正版＞』有斐閣、1954年、113頁。

注23 小山『前掲書・注17』212頁。

注24 阪本昌成『憲法理論Ⅰ』成文堂、1993年、201頁。

注25 蓮沼啓介「八月政変と10月革命」神戸法学雑誌34巻2号1984年、302頁。

注26 宮沢「前掲書・注8」319頁。

注27 長尾龍一「敗戦史の法哲学」（1971年初出）『日本法思想史研究』創文社、1981年、301頁。この引用文自体は、日本国憲法無効論の説明である。しかし、これもまた、大日本帝国憲法の効力が、いつ失効したかという問題に答えるものとして、扱い得るという理解をしておく。なお参照、長尾「前掲・注3・二つの憲法学と宮沢憲法学」316頁、同「『八月革命論』ノート」『日本国家思想史研究』1982年、145頁。

3 占領下の最高法規は、何か

20 <占領下の最高法規> となると、占領下における最高権力の所在は、どこかが問題となる。これを政治学的に問題とすれば、天皇、国民、連合国（あるいは、それを可視化するものとしての対日理事会、極東委員会、さらには連合軍最高司令官）が、候補となろう。しかし、問題を政治学的に考察していない本稿の立場からすれば、この主権の所在の問題は、占領下における最高法規は、何かという問題になる。これについて、考え得るものは、以下のものであろう。

- (1) ポツダム宣言（1945年7月26日宣言、日本国は8月10日、条件付き受諾回答、8月14日、無条件受諾回答）

第7条 「新秩序が建設せられ且日本国の戦争遂行能力が破碎せられたることの確証あるに至るまでは、連合国の指定すべき日本国領域内の諸地点は、我らのここに指示する基本的目的の達成するまで占領せらるべし。」

第12条 「前記諸目的が達成せられ且日本国民の自由に表明せる意思に従い平和的傾向を有し且責任ある政府が樹立せらるるにおいては、連合国の占領軍は、直ちに日本国より撤収せらるべし。」

第13条 「我らは、日本国政府が直ちに全日本国軍隊の無条件降伏を宣言し、且右行動における同政府の誠意につき適当且充分なる保証を提供せんことを同政府に要求す。右以外の日本国の選択は、迅速且完全なる壊滅あるのみとす。」

(2) 降伏文書（1945年9月2日調印）^(注28)

第8段 「天皇及日本国政府の国家統治の権限は本降伏条項を実施するため適当と認むる措置をとる連合国最高司令官の制限の下に置かれるものとす。」

(3) アメリカ合衆国憲法

上記の文書によって、日本国の法的最終帰着点である主権が、連合国に帰属することは明確、すなわち、裏側から言えば、主権が、日本国に存在しないということが、明確である。その主権の具体的執行者は、連合軍最高司令官に委ねられている。その意味では、この占領下における連合国の主権者を、機構的に表明するなら、占領下の日本国の主権者が、連合国により構成される対日委員会、あるいは、極東委員会であることになり、これを、さらには人格的に表現するとすれば、連合軍最高司令官に帰属すると表現することも可能かもしれない^(注29)

ところが、ここから、視点を変えると、連合軍最高司令官は、連合国の意思の遂行者であると同時に、アメリカ太平洋方面軍最高司令官として、アメリカ合衆国軍最高司令官であるアメリカ大統領の意思の遂行者でもある。こう考えると、その意思の最終的根拠であるアメリカ合衆国憲法もまた、わが国占領下の最高法規と考えることができそうである。

もちろん、これは、連合軍最高司令官とアメリカ太平洋方面軍最高司令官との事実上の人的連合により引き起こされる、誤った推論にすぎない。しかし、法的には、誤った混同にすぎないが、事実上においては、占領下の日本国統治において、この根拠法規としての、

アメリカ合衆国憲法による規制があったのではないかという推論は、可能である。このことは、連合軍最高司令官が、ポツダム宣言等の法規によらず、アメリカ側の法規に従って行動したのではないか（例えば、自衛隊の創設）、さらには、ポツダム宣言にも、アメリカ側の法の、いずれにも則さずに、行動したのではないか（例えば、レッドパージ、朝鮮事変への対応）と思われる事態も生じており、事実上は、かなり重要な論点を含む。

(4) 日本国憲法

1946年11月3日、あるいは、1946年5月3日に、日本国憲法が成立した。当然、占領下である。とすれば、この憲法、すなわち、最高法規という意味の名称をもつ法もまた、占領下の日本統治の最高法規を構成するのであろうか。

注²⁸ 降伏の法的意味について、立作太郎『戦時国際法』中央大学、1912年、151頁。

注²⁹ 私は、最後の点、すなわち、連合国最高司令官を主権者と表現できるかについては、疑問をもっている。すなわち、連合国最高司令官は、法的建前による限り、機構的には、対日理事会や極東委員会を、自己の頭上にもっており、さらには、別の法系統ではあるが、アメリカ大統領を、自己の頭上にもっている以上、法学的には、主権者とは表現できないからである。

4 日本国憲法の制定の意味

21 <占領下における主権の所在> かくして、占領下における最高法規は何かという問題を通して、われわれは、日本国憲法の占領下における制定ということの意味を問わねばならなくなる。

ところで、占領とは、何であろうか。端的には、それまで存続した国家主権の不在ないし停止である（注³⁰）。ポツダム宣言の受諾・降伏文書の調印・天皇の人間宣言という一連の行為によって、それまでのわが国の主権が廃止、あるいは、停止され、その担い手が、天皇ではなくなっ

たことは、間違いない。では、その主権は、どこに移動したのか。

本稿において、本格的には論述できないが、結論的に述べて、法学的には、主権とは、国家行為の法的最終帰責点Zurechnungであるにすぎない。したがって、主権は、存在するか、しないか、すなわち、質の問題であり、all or nothingの問題である（注31）。これに対して、政治学的・歴史学的には、事実上の国家権力の独占者が、主権者と称されるが、それは、「最高」と形容されるにしても、事実の上では、「より多くの権力をもつ」という量的な概念であるために、当然レベル・程度の差があり得る。したがって、1945年9月2日から1952年4月28日までの日本国における連合軍最高司令官をもって、「主権者」と述べる時、そのような表現が、政治学的なコンセプト（現実的実効的な国家権力の行使者）で語られているのか、法学的コンセプト（国家行為の正当性の最終的帰責者）で語られているのかは、明確に識別されていなければならない。

22 <占領下の統治の基本的法原則> ところで、占領下といえども、その統治には、法の適用がある。これまで、わが国の占領が、無条件降伏にもとづくものであるために、往々にしてこの観点が無視されやすいが、「無条件」といえども、一般的な国際法の適用を排除するものではない。

「占領なる事実は国際法上の一の観念となり占領者が住民に対して行使を認められたる権力は法規上の権力となる・・・占領者が占領地に於て行う権力は単純なる事実上の権力に非ずして国際法によりこれが有効の条件及び行動の範囲を定められ一定の条件の下に一定の範囲内において有効と認められる法規上の権力なり。」（注32）

このような適用される法規の内、もっとも著名であり、重要なものが、ハーグ陸戦規則（1910年1月26日効力発生、日本については、1911年2月12日）である。

第3款43条「国の権力が事実上占領者の手に移りたる上は、占領者は、

絶対的な支障のない限り、占領地の現行法律を尊重して、なるべく公共の秩序および生活を回復確保するため施すべき一切の手段をつくすべし。」(注33)

すなわち、「占領地域の統治に関する最も重要な原則は、占領が主権者を変えないことである。」(注34)

23 <ハーグ陸戦法規の不適用> なお、同規則は、戦争中の法規であり、わが国のように戦争終了後の状態には適用がないとする意見があるが、これは誤りである。戦時状態においてすら護られるべき法が、準戦時状態において護られる必要がないという理論は成立しない。占領軍総司令部自身が、その適用がありうることを、『日本の新憲法』で、「ハーグ陸戦法規を破ると非難される恐れがある」と十分に認識していた(注35)。

24 <A説；占領下の憲法の制定が不可能故の無効論> このような戦時国際法上の基本原則から、占領下における基本的な法制の変更を禁じることが、国内法的には、憲法の制定、改正の禁止として表現された。その代表的なものが、フランス第4共和国憲法94条「外国軍隊の占領下にある時には、いかなる改正手続きも、着手し、継続することができない」の規定である。この趣旨からすれば、日本国憲法の制定は、無効というしかない。

このことは、後に述べる、いわゆる「日本国憲法無効論」の、もっとも大きな根拠でもあるが、彼らとは、立場の異なる長谷川正安も、明確に認めている。

「国民は、占領下にあつては、最高権力である占領権力の中に、自らの意思を代表させる手段を原則としてもたないから、憲法制定権力は完全な形で存在しないことは自明である。それ故、占領中におこなわれる憲法制定あるいは改正は、それがどんな形式をとろうと、本質的に占領権力の発動にはかならない。それ故、占領中にできた

憲法は、本当の意味で憲法ということはできない。」^(注36)

25 <何に違反しているのか> もっとも、このような占領下制定を理由にして、日本国憲法の「憲法」たる地位を否定する見解にも、

- (1) 憲法制定は、主権の発動であるから、占領下には、わが国の固有の主権が存在しない故に無効とするものと、
- (2) 日本国憲法の制定は、ハーグ陸戦法規のような一般的な占領法の原則に違反するから無効とするものと、
- (3) 日本国憲法の制定は、連合国の基本方針、例えば、「初期対日方針」の枠を逸脱した連合軍最高司令官の違法行為によるものだから無効であるとするものなど^(注37)、微妙な違いがあり得る。

26 <B説；占領下の暫定規定としての日本国憲法> そのように考えると、不可能にもかかわらず、事実として制定された日本国憲法の位置が、問題となる。これに対して、後述の日本国憲法無効論者たちは、占領体制を前提にする限り、1946年憲法の制定は、占領目的の遂行のためになされたと解するしかない、したがって、日本国憲法は、占領下の暫定的な法であったと考える。

27 <日本国憲法無効論> ここで、日本国憲法無効論について、概観しておこう。その立論の根拠は、以下のようなものである。

- (1) 憲法改正限界論（国内法違反）
- (2) ハーグ陸戦法規違反（国際法違反）
- (3) 占領下における憲法制定不可能説

このうちの(1)と(2)については、既に述べた。にもかかわらず、占領下に制定されたということは、理論的には、日本国憲法は無効である、しかし、占領下において、占領軍権力の指示の下で暫定的な規定として効力をもったとする（したがって、後に述べるが、講和独立後には、

当然、日本国憲法は失効したことになる)。

「(占領下において)なしうことは、占領目的や降伏条項を実施するために必要とする措置としての法令を制定するにすぎない。・・・(従って、日本国憲法は、占領下の法令であるにすぎず) 占領終了と同時に失効したものと云わざるを得ない。すなわち、憲法としては、当然無効であるが、占領法規としてなら、占領中は有効であるが、占領の終了によって失効する。」^(注38)

28 <C説；日本国憲法 9 条 2 項のみ占領下の暫定的規定説> これに對して、日本国憲法全体ではなく、とくに 9 条 2 項のみを、占領下に対応するための特殊規定と解する説がある。

「降伏によって、ポツダム宣言の条項を実施するために必要と認める措置を講じる連合軍最高司令官の制限に服し・・・もとより、この連合国の管理は、降伏条件が完全に実施されるまでの暫定的なものであった(ポツダム宣言10項、12項)。・・・従って、その間のわが国家の自衛権は連合軍によって行われていたのであって、憲法第 9 条第 2 項の規定は、寧ろ当然であった。けれども、講和条約が締結され、連合国の管理から解放され、独立国家としての主権を回復した後においては・・・国家の自存自栄は自らこれを全うする権利を回復したものであって、独立後の日本においては、憲法第 9 条第 2 項の規定は、国家の存立と抵触するに至り、その効力を失ったと解釈すべきである。従って、第 9 条第 2 項は、未だ形式的には存在しているが、実質的意義の憲法は、講和条約の発効とともに変更されたものである。」^(注39)

これは、日本国憲法無効論が、本当のターゲットとして述べたかったこと、「絶対平和主義の否定」に、直裁に焦点を絞った説である。発想の源は、上記の日本国憲法無効論と同一の地盤にありながら、憲法そのものの無効を主張せず、本来のターゲットの 9 条 2 項だけに焦点を絞っ

た、一見効率的な主張である。したがって、日本国憲法無効論への批判（後述）が妥当するとともに、それ以上に、なぜ、9条2項のみが、「占領下の暫定規定か」を説明する必要がある。それが、「独立国である以上、国の自存自栄の権利があり、それが9条2項の絶対的非武装に抵触する」と言うだけでは、不十分である。

29 <D説；有効説> もちろん、これらの説に対して、日本国憲法は、その制定者が誰であるにせよ、いかなる手続きを経たにせよ、「日本国憲法」という表題をもって誕生した以上、憲法であるという有効説も想定し得る。具体的に、このような主張を見いだすことはできていないが、あるいは、意外と、これがわが国憲法学者の多くが、密かに支持している説ではなかろうか。

30 <実際の扱い> ところで、占領下における日本国憲法は、実際には、どのような位置をもっていたのであろうか。

ここで詳細に述べることはできないし、その必要もないと思われるので、この点について、すなわち、占領下において、日本国憲法に違反しているが、ポツダム宣言には合致する行為（例えば、超国家主義者の追放）と、日本国憲法にも、ポツダム宣言にも違反する行為（例えば、レッドパージ）とを区別する長谷川正安^{（注40）}の参照を求めるに止めておく。

31 <二元法体系ではなく、二重法体系> このような日本国憲法を無視するような、すなわち、そこに規定されたのとは、大きく異なる状況が、存在したことから、それでもなお、日本国憲法の憲法としての地位を確保するために、占領下には、占領法体系と憲法体系との二元法体制が存在したという理解を構成することも可能かもしれない^{（注41）}。

しかし、法理論としては、これはあり得ない。すなわち、法体系が、

同一領域にふたつあるということは、国家がふたつあるということであり、成立しない。占領下においては、法体系が、二元的に存在するわけではなく、ひとつの法体系が、二重構造^(注42)をもっている、すなわち、一方の法体系が、他方の法体系を包摂するという形をもっていると言うにすぎない。

国家は、法学的に見られる限り、常に、ひとつの国法体系として表現される。その国法体系において、下から上へと見上げる視角において、それは、正当化の体系として表れ、上から下へと見下ろす視角において、それは、授権の体系として現れる。したがって、憲法、すなわち、国家の最高法規とは、法学的に正確に定義すれば、この正当化の体系としての国法体系の最終に位置する規範であり、授権の体系としての国法体系の最始に位置する規範である。その意味において、憲法とは、国家行為の最終的帰責点である^(注43)。

このような国法体系の構造において、まさに、占領下においては、最高法規は、ポツダム宣言であり、降伏文書であり、それを具体化する最高司令官の指示等であり、日本国憲法、および、それに従う法制度は、それらの最高法規に服従する下位規範であるにすぎない。

32 <戦前と戦後の皇室典範の位置との比較> このように、占領下においては、日本国憲法は、憲法という名前をもつ、通常法律レベルの（あるいは、準憲法的地位を有する）下位規範であったと考えることは、実務上は、それほどに珍奇な理解ではない。その際に参照されるべきは、「皇室典範」という法律が、戦前にもっていた法としての地位と、現在もっている地位とを比べてみれば明白である^(注44)。このような戦前と戦後のズレから、現在の皇室典範は、不当な名称をもつものであり、「皇室法」とでも改称すべきという主張も、正当にでてくることになる^(注45)。

33 <まとめ；占領下の日本国憲法の位置> このようにして、占領下における日本国憲法は、「日本国憲法」という名前をもつ、通常法律（あるいは、準憲法的地位を有するもの）であるにすぎないことが明らかとなる。その限りでは、上記の日本国憲法無効論の立論は、その価値評価的な部分を度外視して言えば、妥当であろう。ただ、日本国憲法の地位について、ただちに『通常法律的地位』と解するか、そのような法律よりは上位にあり、しかも、最高法規の下にある、いわばその最高法規に準じる地位（準憲法的地位）をもつものと解するべきかもしれない。後者のように解することにより、後に述べることばの真の意味での憲法への「成り上がり」を、よりスムーズに説明できることになるかも知れないからである（注46）。

34 <改正方式> ただし、その改正方式については、当該「日本国憲法」中に規定されている通常法律と同等のやり方によるかといえ、ただちには、明らかではない。

- (1) 当該憲法中に規定にしたがって、憲法改正という方式で改正されるか、
- (2) 当該憲法中の通常法律改正方式に従って改正されるか、
- (3) まったく別の方式によって改正されるか（例えば、占領軍最高司令官の指示）は、より上位の法、すなわち、この場合、ポツダム宣言、降伏文書、それにもとづく最高司令官の意思などの規定あるいは解釈によって決まることになる。

注30 立『前掲書・注28』265頁。

注31 新潟公法研究会において、山崎公士教授（国際法）より、「国際法学の理解において、『主権とは、imperiumとdominiumよりなり』、私の上記のような主権の理解は、あまりに狭すぎて、国際法の常識に合致しない」という、私の議論の根底にあるものについて、根本的なご批判をいただいた。たしかに、実効的支配を重視する実定国際法学の立場からすれば、とりわけ、上記のdominiumの観点について事実に考察が重視されるであろう。しかし、だからこそ、主権という概念に

ついて、すぐ次に述べるように、ふたつのコンセプトが、常時混同され、曖昧に用いられ、意味不明のものとして使われてきたのではないだろうか。私のように、主権を完全に法学的（あるいは、「規範科学的」といえば、より明確になるであろうか）に把握し、国家行為の法的最終帰責点と考える限り、本文記載のように述べるしかない。このような、国際法と国内法とを通貫する主権概念の理解を目指す私のような思考については、今なお、H.Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes*, 1920, — C.Schmitt, *Die Diktatur*, 1921, — H.Heller, *Die Souveränität*, 1927と受け継がれてきたヴァイマル期の国法学の成果が、参照されるべきであろう。簡単には、菅野喜八郎「近代ドイツ国法学における主権論の展開（1）－（3）」新潟大学・法経論集4巻1号、1956年、5巻1号、1957年、6巻1号、1958年。D.Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, C.Schmitt, H.Kelsen and H.Heller in Weimar, 1997, Oxford.

注³² 立『前掲書・注28』266頁。参照、山下康雄「占領地統治に関する国際法規の再吟味（1）（2）」国際法外交雑誌42巻10巻997頁以下、12巻1201頁以下。

注³³ 正確には「陸戦の法規慣例に関するハーグ条約 条約付属書・陸戦の法規慣例に関する規則」大沼保昭編『国際条約集 2005』有斐閣、2005年、621頁、立『前掲書・注28』付録82頁。

注³⁴ 安藤仁介「占領」国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、2005年、557頁。

注³⁵ さらに、同法規違反のため日本国憲法を無効とする訴えについて、最高裁判所は、昭和55年5月6日判例タイムス419号72頁で、審査能力がないとして却下した。

注³⁶ 長谷川正安『昭和憲法史』岩波書店、1961年、246頁。なお、注27引用の長尾龍一「敗戦史の法哲学」301頁も、まったく同一の意見を述べている。

注³⁷ 上記の（3）を明確に認める、長尾「前掲・注27・8月革命論ノート」144頁。なお、この点について、寺田四郎「占領地における占領軍の国際法上の地位」国際法外交雑誌20巻2号170頁の一般論が参考になる。

注³⁸ 菅原裕（弁護士、元・東京裁判弁護士、元・東京弁護士会長）『日本国憲法無効論』時事通信社、1964年、62頁。なお同意見、井上孚磨（元・国民精神研究所員）「無効・復原・改正」（1956年初出）『憲法論集』神社新報社、1977年、同『増訂憲法研究』神社新報社、1959年、同『現憲法無効論』日本教文社、1975年、相良良一（東京水産大学教授）「現行憲法の効力について」公法研究16号1957年も参照。これらの一応法学理論としての体裁をとるものに対して、理論的とはいえないが、服部勲武（新潟県上越市民、建国記念日奉祝会長）『大日本帝国憲法復原論』善本社、1979年もある。研究としては、憲法調査会『前掲書・注14・憲法無効論に関する報告書』。

注³⁹ 柳澤義男（中央大学教授）『憲法原論 上』塙書房、1955年、267-8頁。

注⁴⁰ 長谷川『前掲書・注36』258頁、さらには、これらの具体的内容については、同『憲法現代史 上』日本評論社、1981年。

注⁴¹ 勅令542号事件についての最高裁判所判例昭和28年4月8日。これについて、

詳しくは、長谷川『前掲書・注40・憲法現代史』第4章参照。

注42 長谷川『前掲書・注40・現代憲法史』308頁では、まさに「占領法令—憲法体系という二重構造」と表現している。

注43 私の「憲法の法学的性質」(1983年初出)『憲法学と憲法』南窓社、1987年、238頁以下。

注44 皇室典範は「憲法と相並びて国法の最も重要な法源たること論を待たず」美濃部『前掲書・注20』105頁。

注45 有倉遼吉「象徴天皇をめぐる法構造と政治構造」『法学セミナー増刊・これからの天皇制』日本評論社、1977年、184頁。

注46 新潟公法研究会における石崎誠也教授(行政法)の御教示による。

5 講和独立後の憲法

35 <講和独立の意味> このように考えてくると、当然、占領という状況が終了した後、すなわち、講和独立条約制定(1951年9月8日サンフランシスコ調印、1952年4月28日発効^(注47))の後における憲法の位置が問題となる。

では、講和独立条約とは、どのような意味をもつことがらであろうか^(注48)。

「2国間または数国間に発生した戦争状態を終局的に終止し、平時の正常関係を回復し、あわせてこれに関する基本的条件を定める条約が講和条約。」^(注49)

わが国の講和条約は、次のように規定する。

第1条「連合国は、日本国及びその領水に関する日本国民の完全な主権を承認する。」

第6条「連合国のすべての占領軍は、この条約の効力の発生の後なるべくすみやかに、且つ、いかなる場合にもその後90日以内に、日本国から撤退しなければならない。」

36 <A説；新憲法の制定を行わなかったから、憲法は不存在> 当然、

国家としての出発に当たるから、ここでも、かつての1945年時の変革と同様に、新しい憲法を制定するべきであったろう。しかし、このことは、政治日程にのぼることもなく、まったく行われなかった。このために、講和・独立以後においては、わが国には、制定憲法は、存在しないと考えることもできよう。

37 <B説；1946年憲法とまったく同じ憲法が、制定された> では、講和独立後においては、わが国には、制定法規としての憲法は不存在であったのだろうか。これに対して、憲法が存在するといういくつかの回答を想定し得る。ひとつの解釈は、この変革に際して、1946年憲法とまったく同じ憲法が制定されたと考えるものである。

38 <C説；もともと1946年/1947年の憲法制定が、停止条件付憲法制定であった> 別の考え方によれば、1946年/1947年の日本国憲法の制定が、占領下においては、効力を停止するという条件付の憲法制定であったと解するものであり得よう。もちろん、そのことは、どこにも書いてはないが、このような理解によれば、事実上、「占領下」ということは、自明の前提であったとすることになろう。もちろん、このような理解をするとすれば、日本国憲法は、制定最初から「憲法」としての性格を有していたことになる。すなわち、ただ、その憲法としての効力の発現が、占領の終了まで停止されていたにすぎないわけである。そして、いま1952年に、その停止条件が実現し、憲法としての効力を発揮することになるわけである。具体的に、このような理解を、学界に見出しているわけではないが、この理解も、素朴には、多くの憲法学者に支持されているのかもしれない。

39 <D説；1946年憲法が、憲法レベルのものに成り上った> いまひとつの解釈は、1946年憲法が、占領下にもっていた、通常法律レベル、

あるいは、準憲法的地位をもつものから、1952年の変革を機会に、本来の意味の憲法に成り上ったとするものである（注50）（注51）。

40 ＜成り上がりの法的基礎づけ＞ このように、通常法律レベル、あるいは、準憲法的地位をもつ法が、何かの要素によって憲法レベルに成り上がるということ自体は、それほどに珍しいことではない。これについては、法の効力についての、「国民の承認説」（注52）とか、G.Jellinekに由来するところの「事実の規範力」説（注53）によって論証されているところである。芦部信喜も、憲法調査会において、「国民の意識」すなわち、「（日本国憲法が）事実の規範力によって有効性を獲得したものと解することもできる」（注54）と証言していた（注55）。

41 ＜E説；省エネルギー論＞ さらには、日本国憲法の内容が、妥当性をもち、少なくとも現状では、たとえ新憲法を作成したとしても、これに優るものを制定することが著しく困難である、現状では、これ以上のものは、できないという、いわば「省エネルギー論」からの日本国憲法承認説もあり得よう。

42 ＜F説；日本国憲法無効・失効論＝大日本帝国憲法復原論＞ これに対して、日本国憲法は、あくまでも占領下の暫定的な法令にすぎず、したがって、占領が終結した以上、それは失効したという立場にこだわる立場がある。では、その場合、講和独立後においては、わが国には制定憲法が存在しないのかというと、このF説は、そうではないと答える。すなわち、講和独立以後においては、1889年憲法が、復原されたと考ええる。この理解によれば、1889年憲法は、まったく廃止されたことはない、ただ、ポツダム宣言の受諾、降伏文書の調印によって、わが国主権が一時的に喪失し、その結果として、一時的にその効力を停止されただけ、いわば1889年憲法は、死亡したのではなく、仮死状態にあっただけであ

ると考える。いわゆる日本国憲法無効・失効論＝大日本帝国憲法復原論である（注56）。

43 ＜日本国憲法無効論の評価＞ この日本国憲法無効論は、本稿が問題とした論点、すなわち、

- (1) 大日本帝国憲法は、いつその効力を停止したのかという第一の問題について、この立場では、1945年9月2日から1952年4月28日まで、わが国の主権の停止の結果として一時的にその効力を停止していたと答え、
- (2) 占領下の最高法規は、何かという問には、ポツダム宣言・降伏文書等の占領法規と答え、
- (3) 占領下における日本国憲法の制定を、原則的に無効とし、憲法を占領下の暫定法令と考え、
- (4) 講和独立後の最高法規を、大日本帝国憲法と答えようとする。

その価値的な立場、あるいは、そのことば遣いの大時代的なところを、いま置いておくとすれば、わが国の憲法は何かという問題に、もっとも包括的に、理論的に一貫して答えていると評価されよう。未だなお検討に値する価値を失わない所以である。

わが国の戦後の主流派憲法学が、日本国憲法の「護教」の学として、占領という事態にできるだけ目をつむって議論してこなかったツケが、いわば、その一番弱いアキレス腱をつかれる形で、ここに表現されている。

もっとも、だからといって、この日本国憲法無効論が正当というわけではない。すなわち、その理解の場合の核心は、上記（1）の1889年憲法が、いまだなお存続していると解する事ができるか否かに、すなわち、上記の（4）の復原のシーズ（種子）としての1889年憲法がなお存続していると解することができるか否かにある。しかし、これは、既に述べたように、「8月革命」説や、「10月革命」説や、その他の、どのような

解釈をとるにしても、いずれにせよ、「天皇の人間宣言」に自己確認されているように、大日本帝国憲法、あるいは、少なくとも、その根幹が、1945年以降の戦後の変革の中で否定されたことは、それこそ否定しようもない。にもかかわらず、あえて、上記の日本国憲法無効論を主張するのなら、すなわち、上記の(2)(3)については、かなりの説得力をもつのであるから、その理解をそのままに、上記(4)ではなく、講和独立後においては、わが国には、制定憲法は存在しないというほうが、より筋の通ったものとなろう。もちろん、それでは、いわゆる日本国憲法無効論は、その立論の政治的意味（まさに上記(4)の大日本帝国憲法の復原を主張することにある）を、大部分失うことになるだろう。

注⁴⁷ なぜ、この条約の発効の日が、「4月28日」でなければならなかったのか、現在のところ、私には不明である。一説には、吉田茂首相（戦後においてなお、「臣茂」と自称し、「上御一人」と語る精神構造を有する首相）が、来るべき「4月29日」の昭和天皇の誕生日以前に、日本国の主権を回復したかったからとも言われている。

注⁴⁸ 立『前掲書・注28』181頁。

注⁴⁹ 入江啓四郎「平和条約」国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、2005年、780頁。

注⁵⁰ 声部信喜「憲法の正当性」（1962年初出）『憲法制定権力』東京大学出版会、1983年。これに対する批判、大石義雄『『現行日本国憲法の正当性』批判』『清宮四郎博士退職記念・憲法の諸問題』有斐閣、1963年。なお、この論争については参照、菅野「宮沢憲法学の一側面」（1987年初出）『続・国権の限界問題』木鐸社。

注⁵¹ <「無権代理の追認または追完」という考え方> 新潟公法研究会での、私の報告での「成り上がり」という解釈に対して、中村哲也教授（民法）から、民法からの類推として、この事態を「無権代理の追認」として考察することができないのではないかと御指摘いただいた。卓抜な御指摘であると思う。この法理によれば、日本国憲法の成立は、無権代理行為の行われた日、すなわち、「1946年11月3日／1947年5月3日」ということになるだろう。もちろん、これについても、四ツ谷有喜助教授（民法）の御指摘のように、追認の効果を遡らせないことも可能であろう。ただ基本的な問題としては、この無権代理の時点において、代理された本人に、その代理されるべき権利、または、行為能力が存在することが必要ではないかと思われる。もし、そうであるなら、この無権代理の時点、もちろん、1946年/1947年の時点において、本人である「日本国民」が、主権・憲法制定権力を有していたことを、証明することが、まず必要なのではないだろうか。もっとも、

もし、このような問題があるなら、南方暁教授（民法・法社会学）のご教示のように、あるいは、事態を「無権行為の追完」と考えれば足りるのかも知れない。いずれも、民法学からする貴重なご指摘であり、なお検討してみたい。

注⁵² 参照、尾高朝雄『実定法秩序論』岩波書店、1932年、204頁以下。

注⁵³ 参照、尾高『前掲書・注52』168頁以下、美濃部達吉『法の本質』1935年初版、1989年再版、日本評論社、103頁以下。なお、美濃部の「事実の規範力」説を支える「社会心理力」については、私の『『事実の規範力』＋『あるべき社会心理』＋『正義の規範力』観の問題性』『憲法学と憲法』南窓社、1987年、126頁以下を参照。G.Jellinekの「事実の規範力」説については、K.Grimmer, Die Rechtsfuguren einer “Normativität des Faktischen”, 1971, Berlin.

注⁵⁴ 憲法調査会『前掲書・注38・憲法無効論に関する報告書』52頁。

注⁵⁵ なお、このような考え方については、憲法変遷論、とりわけ、J.Hatschekの憲法習律説をも参照、川添利幸『『憲法変遷』の法的性格』（1953年初出）『憲法保障の理論』尚学社、1986年、65頁以下。すなわち、通常は、憲法規定が、一定の条件の下に非憲法的規定に意味を変えるのが、憲法変遷論であるが、同様に、非憲法的規定が、何らかの理由で憲法的意味を獲得する場合も、憲法変遷論に該当する。解散権の所在をめぐる7条解散論は、いまや憲法的位置を獲得している。

注⁵⁶ 前注38にあげた文献の、すべてが主張するところである。

6 まとめ—日本国憲法の誕生日は、 1952年4月28日

44 <革命ではなく、憲法の制定> 1945年8月の変革を『革命』と表現するのは、その変革の大きさを表現するために選ばれたことばとして、自由であるが、その内容は、法学的には、天皇の主権の喪失というに止まる。しかも、その変化の日時は、「9月2日」である。そして、これを、「8月革命」あるいは「10月革命」と称し得るとすれば、これと同様のコンセプトにおいて、1952年4月28日も、「4月革命」と称されるべきである。その変革の内容は、連合国（あるいは、対日理事会・極東委員会・連合軍最高司令官）の主権から、あるいは、より正しくは、主権の不在状態から、主権が、国民に移動したと言うものである。私は、この期間については、主権の不在状態であった、すなわち、日本国の主

権についていう限り、主権者は存在しなかったと考えるほうが、事態を明確に表現できると考える。

しかし、より基本に帰って、法学（規範科学）という学問の立場から言う限り、革命、正確に言えば、勝利を占めた革命を取り扱う法は存在しないから、すなわち、国法体系の内部において、われわれが思考する限り^{（注57）}、ここで、「日本国憲法が、1952年4月28日に制定された」と言うに止めるべきであろうし、また憲法解釈学にとっては、それで十分であろう。宮沢俊義の言葉を借りて表現すれば、1945年8月14日/9月2日に、天皇の主権の喪失は、物権的に生じたが、この段階では、国民主権の確定は、いわば債権的な効果（将来の約束）しかもっていなかった。その意味で、これを、「8月革命」と称することも、可能である。その「債権」（正確には「債務」）は、1952年4月28日に、いわば履行され、それまで法律的レベル、あるいは、準憲法的地位にあった日本国憲法が、憲法的地位になり上ったと解することになろう。

45 <日本国憲法は、1952年4月28日に誕生した> したがって、解釈問題としては、日本国憲法の誕生日は、すなわち、その制定日は、それが、国民の承認説にもとづいて「憲法」となる1952年4月28日である。もちろん、本稿は、その日を祝日にするために「国民の祝日に関する法律」を改正しろと主張しているわけでもなく、日本国憲法の生存期間を60年から54年に縮めることに意味を見出しているわけでもない。このような具体的な問題の検討を通じて、1945年以降の、わが国主権の在り方・所在を尋ね、憲法制定の意味を尋ねようとしているにすぎない。

46 <主権者は誰か> わが国の最終的帰着点として、次のように変転した。ただし、主権の帰属という意味からすれば、1945年9月2日から1952年4月28日までは、「主権者は、不在であった」とするほうが、より誤解を招かない表現であろう。

—1945年9月2日—(1946年11月3日/1947年5月3日)—1952年4月28日—
 天皇 (不在、または、連合国) 国民

^{注57} その意味については、参照、私の「前掲・注43・憲法の法学的性質」238頁。

(2007年5月3日 日本国憲法施行60周年記念の日に稿了)