

平成18年（行ウ）第467号、平成19年（行ウ）第224号、平成20年（行ウ）第108号 下北沢都市計画道路事業認可差止等請求事件

原告 原田 学 ほか

被告 東京都、国

参加人 世田谷区

準備書面 50

平成25年9月24日

東京地方裁判所民事第2部A係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 斉藤 驍 ほか

「内閣の認可」を欠落した明白かつ重大な違法、違憲性

1. はじめに

原告は、被告らに対し、昭和39年の都市計画決定手続において旧法3条が都市計画の重大な要件として内閣の認可を要すると定めているがこの認可を得ているのか、得ていないとすればその理由を明確にするよう、繰り返し求めてきた。

今回、被告国はようやく、大東亜戦争のさなかに昭和18年法律第76号とし制定された許可認可等臨時措置法（以下「戦時措置法」という。甲192号証）に基づく都市計画法及同施行令戦時特例（戦後に「臨時特例」と改称。以下「戦時特例」という）によって内閣の認可を要しないことになったのでこれを適用して内閣の認可はとらなかつたと答弁するに至った。

これは、昭和18年に制定された大東亜戦争遂行を目的とした日本軍国主義の

所産である戦時措置法が、戦後17年を経過した昭和37年においてもなお法として有効だとするもので、まさに現在問題になっている我国の敗戦等の歴史認識と憲法観を根底から疑わせる信じがたい答弁である。

戦時措置法の違憲、違法性に係わる評価は、ポツダム宣言を受諾し無条件降伏して敗北するとともにすでに定まっているものではあるが、被告国の指定代理人等はこのことすら理解していないようであるから、充分関係するところを論じなければならない。今回はその肝心なところの序論ということになる。

2. 戦時措置法の目的と性格——時限性

戦時措置法は、1項で「大東亜戦争ニ際シ行政簡素化ノ為必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ・・・許可、認可、免許、特許・・・等ヲ要スル事項ニ付左ニ掲グル措置ヲ為スコトヲ得」として一号から六号を挙げ、その一号に「許可、認可、免許、特許、承認、検査、協議、届出、報告等ヲ要セザルコトトスルコト」と定めている。これを読むだけでも本法が行政の簡素化一般を目的とするものではなく、大東亜戦争を遂行する天皇制軍国主義独裁体制を極点にまで押し進めようとするものであり、国家総動員法等と一体をなす天皇を旗印とした一元的独裁秩序の確立を狙ったものであることは明らかである。しかしかかる戦時秩序は旧帝国憲法においても、平時においては到底許されるものではなく、大東亜戦争というまさに日本の命運の根底を左右する時においてのみ許されるものであり、戦争が終わればかかる戦時措置は当然廃止されるものであると国会はもとよりあらゆる公の場所で説明されていた。我国の公法学を美濃部達吉とともに代表する佐々木惣一は、本法が制定された昭和18年、「大東亜戦争における限時行政の法」と題する論文において、以下のとおり明確に述べている。

「戦時行政特例法、許可認可等臨時措置法、戦時行政職権特例（勅令）に基づく行政は、『大東亜戦争に際し』行われるものであるから、今次の戦争が終わるともう行われないのである。」

いうまでもなく、大東亜戦争が終わると戦時措置法は失効する時限立法の一つであるということである。これが当時の常識であり、これを示す資料は数多い。被告国らの対応次第で必要なものを提出する用意がある。とりあえず、本法が直接争点として争われた割には知られていない判例があることを指摘する。原告適格に関する判例としか理解しない人が多いかもしれないが、近鉄特急事件である（第一審・大阪地裁昭和57年2月19日、判例時報1035号29頁以下（甲193号証の1）。最高裁平成元年4月30日第1小法廷判決、判例時報1313号129頁以下（甲193号証の2）。なお引用は第一審判決より行う。）。同事件の原告の議論が限時性の問題にとどまり、より本質的なポツダム宣言や憲法にまでいかなかったのも一因であろう。しかしこれは戦時措置法等の違憲性、違法性を考えるにあたり、公法研究者や実務家が注目しつつある看過することが出来ない判例である。以下、同事件で鑑定書を書いた公法学界有数の論客である神戸大学名誉教授阿部泰隆氏の「許可認可等臨時措置法はまだ生きているか」（自治研究第58巻2号、1982年2月10日。甲194号証）という論文及び判例の関連部分を引用する（文中の下線および旧仮名遣いは代理人がそれぞれ加筆修正）。

「(2) 許可認可等臨時措置法の目的と仕組み

つぎに、陸運局長に特急料金変更認可権を委任する根拠となっている臨時措置法の目的をみると、これはもともと大東亜戦争遂行のための非常措置である。このことはこの法律の政府提案理由に明瞭に示されている。すなわち、『次に許可認可等臨時措置法案に付きまして御説明致します。政府は大東亜戦争の完遂、大東亜建設の完成の為には行政の簡素強力化を徹底的に断行することが是非必要と考えまして、ここに行政機構の改変及び職員定員の減少を実施致しまするとともに、行政事務そのものに付きまして、出来得る限り簡素化を図って参ったのであります。而して従来各種法制に基づく許可認可等を要する事項が多数に上り、且つ重複併存致していることは、行政事務を複雑煩瑣ならしめ、延

いては或いは生産力拡充を阻害し、或いは国民生活を窮屈ならしめ、国民公私の敏速闊達なる活動を妨げる結果をしている主なる原因の一つを成しているのであります。この実情に鑑みまして、政府は今日まで勅令以下の命令、又は行政的措置に依りまして機会ある毎に是が簡素化を図って参ったのであります。が、この際更に之を全面的徹底的に整理するを必要と認めて居るのであります。是が為には法律を要する事項も少なくないと考えられますので、本法案を提出し、之に基づきまして許可認可等を要します事項に付いて勅令の定むる所に依り之を整理し、届出等を以て許可認可等に代え、処分行政庁等を変更し、其の他許可認可等の手続或いは処理の簡捷化をなし得るの途を開かんとして居る次第であります。何卒御審議の上速やかに御協賛を与えられんことを切望致します（拍手）』（東條英機総理大臣説明、官報号外、昭和18年2月3日、第81回帝国議会衆議院議事速記録第8号141頁）（傍点筆者）

また、臨時措置法の詳しい解説論文である井手成三『戦時行政特例法（案）、許可認可等臨時措置法（案）及戦時行政職権特例（案）に就て』（自治研究19巻3、5、9号、昭和18年）はこれは未曾有の時局下、戦争完遂の要請に応じたる抜本的且つ実効的な真に戦時色濃き法制と言うべく、戦力増強の基本法制の最も有力なる行政上の支柱がここに樹立せられたものと見る事が出来ようと述べている（同19巻3号19頁）。

さらに、右臨時措置法は『大東亜戦争に際し行政簡素化の為必要あるときは勅令〔政令〕の定むる所に依り法律に依り許可、認可・・・等を要する事項に付き左に掲ぐる措置を為すことを得』として、法律で定めた許認可制につき政令でこれを不要としたり、届出で足るとか、許認可のみなし規定を置いたり、許認可庁を変更できるものとしており、委任事項こそ抽象的に定めているが、内容的には、法律で定めた許認可制度を行政簡素化の目的でならばどのようにも変更できるとし、しかもそれを政令に委任していることから、この委任は白紙委任であり、かつ、ナチの授權法（中略）と同様に執行権に法律改正を授

権する法律である。

このようにして、第一に同法は『大東亜戦争に際し』という文言を持つことと戦時体制確立のための法律であるところから、大東亜戦争の敗戦により失効したのではないかという問題が提起され、第二に、しからずとするも同法は現憲法の委任命令の限界に触れるのではないかという問題が生ずるのである。以下、これを検討しよう。

二 許可認可等臨時措置法の限時法的性格

(1) 私見＝失効説

法は一般に要件と効果の組合せで構成される。臨時措置法も同様であって、『大東亜戦争に際し行政簡素化の為必要あるときは』は法の要件であり、「左に掲ぐる措置を為すことを得」が効果である。ここで『大東亜戦争に際し』は法文を素直に読むならば、法制定の動機とか、法の制定時期を示すものではなく、『行政簡素化の為必要あるとき』を修飾する副詞句であるから、やはり法律の要件の構成要素をなす。換言すれば、この法律はたんなる行政簡素化の要請のみでは発動できないのであって、大東亜戦争遂行との関係で行政簡素化の必要が生じたときのみ発動できるのである。したがって、大東亜戦争が終結したときはこの法律の要件はもはや充足することが不可能となったから、そもそも『左に掲ぐる措置を為すことを得』という効果は発生しようがないのである。すなわち、大戦終結とともにこの法律は失効したと解されるのである。

もっとも、一般論としては、敗戦とともに法律が失効したとすると社会的法的混乱を生ずるから、直ちには法は失効しないと見るべきことはありうるが、かりにそのような立場が臨時措置法にあてはまるとしても、戦争目的の法体系は敗戦後可及的速やかに改廃さるべく、また、後述するように一般には現にそのようにされたのであって、状況がすっかり変わってしまった今日までこの法律が失効せずに生き残っていると解しがたい。

結局、臨時措置法は終戦またはせいぜいその後法改正のために必要な相当の

期間（他の戦時行政法規の改廃の例を見ると昭和21年中にはこの期間は徒過しているといえる）を経過すると失効する限時法といえる。

（2）私見を支える説

（中略）さらに、我妻栄「戦時経済統制立法の帰趨」（法学協会雑誌64巻1～7号、昭和21年）には大要次の記述がある。

我国の戦時経済統制立法の『復員』は如何なる行政機構の下に行われているだろうか・・・従来の行政機構の分離主義を不便なりとして重要物資の増産のために採られた『特例』も『復員』のためには作用する所がない。戦時行政特例法は12月21日法94号で廃止せられた。戦時行政職権特例は廃止せられないけれども、『大東亜戦争に際し・・・必要あるとき』に作用する同法は『復員』のために作用しえぬこと勿論であろう。

国家総動員法等に関して輸出入品等臨時措置法及び国家総動員法に基づく命令及び勅令のうちには終戦後廃止せられたものが相当数上った。しかしてこの両法律も『戦時緊急措置法』も『復員』のために発動を見なかったことは——これ等の法律の目的外であるから——固よりいうまでもない（法協64巻3号156～9頁）。

右の叙述によると大東亜戦争遂行のための法律は戦後そのままの形では効力をもたないことになるであろう。

（3）反論の検討

（ア）『大東亜戦争に際し』の部分が実現不能となったとしても、『行政簡素化の為必要あるときは』の部分は有効との見方もある（中略）かも知れないが、この法律はその文言からも、前記のような制定の背景からも、単に時所を問わず一般的に要請される行政簡素化立法ではなく、大東亜戦争完遂のための行政簡素化立法であることは明らかであるから、『大東亜戦争に際し』の部分のみ無効とし他の部分を有効とすると法律の性格に根本的な変更を来すことになってしまう。したがって、そうした法律の一部無効の考え方は採用

し難い。

(イ) つぎに同じく、『大東亜戦争に際し』の文言を持つ戦時行政法規は、戦時行政特例法が昭和20年法律49号により廃止されたことにみるように、個々に廃止手続がとられたわけであるが、このことは廃止手続がとられるまでは法律が有効であることを前提としているとの見方(中略)がありうる。しかし、法令の廃止には創設的なもののほか、ちょうど無効の行政行為の取消しのように確認的といえるものがあるのであって、個々に廃止手続がとられたからといって、そのすべてが法律の有効性を前提とするものではない。

たとえば、戦時森林資源造成法(中略)は『大東亜戦争に際し森林資源の戦力化の徹底及び之が造成の確保を期する為』の法律であったが、戦後、題名を森林資源造成法に改め、目的から大東亜戦争を除いて、目的を『森林資源造成の確保を期する為』に改めたうえで存続を認められた(中略)のであるし、戦後国家総動員法及び戦時緊急措置法を廃止しつつ、附則において六ヶ月間その効力を認める特例を置くに際し、国家総動員法中『戦時に際し国家総動員上必要あるときは』とあり若しくは『国家総動員上必要あるときは』とあり、又は戦時緊急措置法中『大東亜戦争に際し国家の危急を克服する為緊急の必要あるときは』とあるは『終戦後の事態に対処し国民生活の維持及安定を図る為特に必要あるときは』と言い換えており(中略)、戦時行政特例法廃止にあたっての国会提案理由説明では、『是は戦争中の非常事態を前提とするものでありまして、終戦と同時に撤廃すべきことは論をまたぬものと考えます』(官報昭和20年12月21日、第568号194頁)とされ、鉄道敷設法戦時特例廃止法は、『大東亜戦争に際し』緊急の必要あるとき鉄道敷設法の特例を定めた鉄道敷設法戦時特例を『戦争終結に伴い、其の必要を認めざることとなりましたので、之を廃止せんとするのであります』(官報号外昭和20年12月11日、第89回帝国議会衆議院議事速記録第10号172頁)とされている。このことから見ると、『大東亜戦争に際し』の文言を残し

たままでは戦時行政法規は戦後いつまでも効力を持ちえないとの見方が前提となっており、また法令によっては終戦により当然に不要になったので確認的に廃止手続をとっているものがあることがわかるのである。」

(近鉄特急事件)

「理由 (中略)

(三) 以上の事実や(証拠略)を参考にした結果、当裁判所は、措置法が本件認可処分するときには既に失効していたとの見解に達した。以下にその理由を詳述する。

1 措置法は、戦時行政特例法とともに行政簡素化を目的として制定されたものであるが、その狙いは、両法相まって各種許認可事務等に関する行政事務の統一化、能率化を図り、強化された内閣総理大臣の権限により、大東亜戦争遂行のための戦時生産体制、ことに軍需生産体制の強化、確立を遂げようとしたものというべく、このことは、措置法の内容をみると、勅令により、許可認可等を要する場合にこれを不要とし(1項一号)、あるいは単なる届出報告等をもって足りるとすることができ(同項二号)、許可認可等に関する一の行政庁又は官吏の職権を他の行政庁又は官吏に行わせることができる(同項五号)とするなど、戦時といういわば非常時においてのみ容認され、いわゆる平時においては許容されるべくもない規定があることから窺うことができる。したがって、措置法1項の『大東亜戦争に際し』という文言は、措置法が制定された時期や内容からして(中略)単に措置法制定の時期ないし動機を示すといった軽いものではなく、大東亜戦争遂行目的のために措置法を制定し戦時国内体制を整備簡素化して総力を戦争遂行に結集することを企図し、そのことを端的に表現したものと読みとらなければならない。

そして、法律は、それ自身がその有効期間を明示している場合(限時法)のみならず、当該法制定の目的ないし内容からみて、当該法律が予定していた目的ないし事情が消滅した場合には当然その効力を失わせることとすると法文上

読みとれる場合には、当該法律は、右目的ないし事情が消滅したときに当然失効すると解されるのが相当である。そして、この場合、明示的、確認的に新法によって廃止措置が講ぜられることは、法律的、社会的混乱を避けるために望ましいことである。しかし、その措置が講ぜられなかったからといって、予定していた目的ないし事情が既に消滅した法律をなお存続させようとする国家意思があるとみるべき理由も必要もない。

さて、措置法は、大東亜戦争遂行のための戦時国内体制確立を目的として制定されたものであることは、前述したとおりであるから、大東亜戦争が昭和20年8月15日に終結した後もそのまま存続させるべき理由はない。なお、現在問題になっている行政簡素化は、時代の要請により次々に設けられた行政機構や、手続等が、肥大しすぎたり、時代の変化とともに不要になったにもかかわらず、そのまま存置され、これが行政手続の複雑化、非効率化を招いているため、これを整理統合しようとするものであって、措置法の目ざした大東亜戦争遂行のための行政簡素化とはその本質を異にしている。したがって、措置法が企図した行政簡素化が、そのまま今日の行政簡素化の要請に合致しており、この点で措置法をなお存続させる意味があるとするのは、全くのこじつけであり賛成できない。

もともと、予定していた目的ないし事情が既に消滅した法律のうち、その有効期間が明示されておらず、廃止手続がとられなかった場合、当該法律の失効の時期が直ちに到来するとすることが相当でないものがあり得る。なぜなら、当該法律に基づいて発生した法律的、社会的関係が依然として存続しているため、経過措置を講ずるまでの間ないし若干の経過期間中は失効しないものとして解釈上取り扱う必要があるからである。しかし、それも、当該法律に基づいて発生した法律的、社会的関係が一挙に覆滅されることを慮ったうえでのことであることは、いうまでもない。

ところが、本件認可処分があったのは、大東亜戦争が終結して既に35年も

の長年月が経過してからであるが、既に35年も経過した今日、措置法に基づいて発生した法律的、社会的関係が依然として存続しているということは、あり得ない。したがって、措置法が、大東亜戦争の終結によって直ちに失効しないで、相当の経過期間はなお存続するとしても、その相当の経過期間は、既に経たものとしなければならない。

2 措置法に基づいて制定された措置令は、料金の認可権限を運輸大臣から鉄道局長（昭和24年6月1日から陸運局長に名称変更）に委譲したが、昭和21年8月10日に施行された物価統制令の一部を改正する勅令附則2項本文により、同日から物価統制令が施行されている間右料金に関する認可権限は、物価庁長官が行うことになった。したがって、これによって措置法の失効に伴う経過措置がとられたとみられないことはない。そうすると、物価統制令の一部を改正する勅令の制定施行により、措置令に基づく鉄道局長（後の運輸局長）への認可権限の委譲は終わったとしなければならない。」

「さて、措置法は、戦時特別法として一時的包括的委任の規定を設けているが（1項一号、三号、六号）、これは、旧憲法9条その他に広い範囲の独立命令が認められ、8条に代行命令が認められていたからである。したがって、措置法は、この点で新憲法下でも存続を許されるとすることは、憲法41条に違反するとしなければならない。そして、このことは、昭和22年法律72号（日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力に関する法律）が制定施行されたことによっても変わるものではない。

5 措置令4条1項は、『人又は法人が現行規定に依り受くべき中央行政官庁の許認可に付いては其の職権は当分の内左の各号に定むる行政官庁之を行う』と規定している。したがって、鉄道局長への料金認可権限の委譲は、『当分の内』であることがわかる。そして、この措置令は、昭和19年2月25日に閣議決定された決戦非常措置要綱中11項の中央監督事務の地方委任によることは、明らかである（証拠略）。

ところで、同要綱11項は、次のとおりである。

『中央各官庁の許認可等監督的事務は差当たり1年間原則として総てこれを夫々の地方官庁又は官吏に委任し、要すれば予め大綱を準則的に指示し又は事後報告を徴するものとす』

そうすると、措置令は、『当分の内』すなわち『差当たり1年間』地方官庁に中央官庁の権限を委譲することにしたといえる。

前述した措置法1項の『大東亜戦争に際し』の文言及び措置令4条1項の『当分の内』が『差当たり1年間』の趣旨であることを勘案すると、鉄道局長への料金認可権限の委譲が、大東亜戦争の終結するまでの一時的仮の措置であることが、ますます明らかになる。したがって、この点からしても、右の委譲が、大東亜戦争が終結して35年にもなる本件認可処分時にまでそのまま有効であるとするのは、法解釈上到底無理である。

(四) まとめ

以上のいずれの理由によっても、措置法は、本件認可処分当時、その効力がなかったから、措置法を受けて制定された措置令も、その効力を肯定することができないことに帰着する。したがって、被告陸運局長が本件認可処分をする権限を根拠づける法令上の根拠はないのであるから、その余の点について判断するまでもなく、本件認可処分は違法といわざるをえない。」

なお、戦時措置法に関する第一審の実体判断は原告に適格があることを前提になされたが、第二審（大阪高裁昭和59年10月30日判決、判例時報1145号33頁）は適格がないとして訴えを却下したため、実体判断に立ち入らなかった。最高裁第1小法廷も同様であった。したがってこの判断は裁判上上告審により否定されておらず、なお現在するものであり、本件のような関連行政訴訟のリーディングケースに充分なり得るものである。

3. ポツダム革命

大東亜戦争の敗北は、戦時措置法の想定（単なる終戦）とは本質的に異なるものであった。日本がポツダム宣言を受諾して無条件降伏をしたことによって、初めて戦争が終わったことはよく知られている。しかし、この敗戦が法的に何を意味するのか、旧帝国憲法にいかなる影響を及ぼしたのか、また敗戦の2年後、昭和22年5月3日に施行された現憲法とポツダム宣言及び敗戦後確立されたポツダム体制とも呼ばれていた法秩序とはいかなる関係にあるのか、敗戦によって生じた我国の法秩序の本質的変化については、当時我国のあらゆる領域で激しい議論を呼んだことはいうまでもなく、とりわけ憲法を中心とする学者、実務家の間におけるそれは、厳しく緊迫したものである。

以上のことは、戦時措置法の法的評価をするうえで欠かすことのできない問題である。しかし現在、当時の激論を知る人は少なくなった。したがって、当時の議論の本質的問題を充分想起し、これを深く理解することが必要である。

当時の議論をリードしたのは、美濃部達吉の右腕と言われ公法学界の支柱ともいべき宮澤俊義の「ポツダム革命論」である。敗戦を天皇神権の旧帝国憲法の根本規範に対する国民主権の原理による法的な革命であるとする同氏の主張は、敗戦後から現行憲法成立まであたかも帝国憲法が生きのびたかのような議論を次々と論破していった。以下に引用する宮澤俊義の論稿（甲195号証）は、所説の核心と言うべきものの一つである。今こそよく留意して読むべきであろう。

「それならば、このたびの政府の改正案が、憲法の定める憲法改正手続によって、神権主義を廃して国民主権主義を定めようとしていることは、はたして、法律的に許されるであろうか。この点を問題にしなくてはならない。

私は、このたびの憲法改正草案が、この種の変更を憲法改正手続によって行おうとしていることは、憲法上、許されると考えている。しかし、それは決して形式上憲法の定める改正手続によりさえすれば、どのような内容の改正も可能だと

いう意味ではない。そういう改正は、明治憲法の改正として、ふつうでは許されないのであるが、特別の理由によって、それは許されるというのである。

では、それは、どのような特別な理由にもとづいて、許されるのであるか。

この問いに答えるには、どうしても、1945年8月、終戦とともに行われた日本憲法史上の大変革の本質を、明らかにすることは、必要である。

1945年8月10日、日本政府は、降伏に決し、ポツダム宣言を受諾することを連合国に対して、申し入れた。ただ、その際『同宣言は、主権的統治者 (a sovereign ruler) としての天皇の大権 (prerogatives) を害する要求を含まない』との諒解を附し、その諒解が正しいかどうか、を明確に指示してくれるように頼んだ。連合国は、その翌日、回答をよこしたが、それは、右の諒解の当否については、直接になんらふれるところなく、ただ『降伏のときから、日本の天皇および政府の統治権は、降伏条件を実施するために必要とみとめる措置をとる連合国最高司令官にしたがうべき』ことと、『日本の最終の政治形体は、ポツダム宣言のいうところにしたが、日本国民の自由に表明される意志によって定めるべき』ことを言明した。8月14日、日本政府は、この回答を諒承した上で、終局的にポツダム宣言の条項を受諾する旨を連合国に申し入れた。

かくして、降伏によって、『日本の最終の政治形体は、ポツダム宣言のいうところにしたが、日本国民の自由に表明される意志によって定め』られるべきことにきまった。

ところで、この『日本の最終の政治形体』うんぬんの言葉はいったい何を意味するであろうか。それは、いうまでもなく、日本の政治についての最終的な權威が国民の意志にあるべきだ、ということの意味する。日本の最終的な政治形体の決定権を国民がもつというのは、さような意味である。ほかの言葉でいえば、国民が主権者であるべきだという意味である。そして、その言葉を、日本はそのまま受諾し、とってしまって日本の政治の根本建前とすることを約したのである。

国民主権主義は、さきにのべられたように、それまでの日本の政治の根本建前

である神権主義とは、まったくその本質的性格を異にする。日本は、敗戦によって、それまでの神権主義をすてて、国民主権主義を採ることに改めたのである。

かような変革は、もとより日本政府が合法的になしうるかぎりではなかった。天皇の意志をもってしても、合法的にはなしえないはずであった。したがって、この変革は、憲法上からいえば、ひとつの革命だと考えられなくてはならない。もちろん、まずまず平穩のうちに行われた変革である。しかし、憲法の予想する範囲内において、その定める改正手続によってなされることのできない変革であったという意味で、それは憲法的には、革命をもって目すべきものであるとおもう。

降伏によって、つまり、ひとつの革命が行われたのである。敗戦という事実の力によって、それまでの神権主義がすてられ、あらたに国民主権主義が採用せられたのである。この事実に着目しなくてはならない。

ここで、日本の政治は神から解放された。あるいは、神が——というよりは、むしろ神々が——日本の政治から追放されたといってもよかろう。日本の政治は、いわば神の政治から人の政治へ、民の政治へ、と変ったのである。

この革命によって、天皇制はかならずしも廃止されなかった。その廃止が約束されもしなかった。しかし、天皇制は一応維持されはしたが、その根底は根本的に変ってしまった。天皇の權威の根拠は、それまでは、神意にあるとされたのであったが、ここでは、それは、国民の意志にあることになった。日本の政治が、神の政治から民の政治に変ったのと照応して、天皇も、神の天皇から民の天皇に変ったのである。

この革命——8月革命——は、かような意味で、憲法史の観点からいうならば、まことに明治維新このかたの革命である。日本の政治の根本義が、ここでユペルニクス的ともいふべき転回を行ったのである。

この8月革命は、いわゆる『国体』の変革を意味するであろうか。

この問いに対する答えは、『国体』の下に何を理解するかによって異なってくる。

もし、『国体』の下に、天皇が神意にもとづいて日本を統治するという神権主義的天皇制を理解するならば、そういう『国体』は、8月革命によって消滅してしまっただけでなく、8月革命の革命たる所以が、何よりも、それまでの神権主義の否定にある以上、これは当然である。日本政府は、さきにのべたように、降伏の申入に際して、天皇の大権に関する希望を附し、それによって『国体を護持』しようと企図した。しかるに、それに対する連合国の回答には、この希望を承認する旨の言葉が見出されなかった。そこで、抗戦論者は『これでは、国体を護持しえたことにならない』と抗戦を主張したそうであるが、もし『国体』の下に、それまでのような神権主義的天皇制を理解するとすれば、彼らが『連合国のかような回答では、国体を護持しえたことにならない』と考えたのは、きわめて正しかったわけであり、それで国体を護持しえたことと解していいという天皇および政府の解釈は、実際政治上の戦略としてはともかく、理論的には誤っていたと評せざるを得ない。

これに反して、もし『国体』の下に、単なる天皇制を理解するとすれば、8月革命は、かならずしも、そういう意味の天皇制を廃しはしなかったのであるから、そこで『国体』は、変革されなかったということもできないわけではない。しかし、この場合でも、天皇制の根柢が、神権主義から国民主権主義に変わったこと、したがって、天皇制の性格がそこで根本的な変化を経験していることは、注意されるべきである。

この意味の『国体』は、かように、8月革命でかならずしも変革されはしなかったといえようが、だからといって、そこでその意味の『国体』が護持されたということにならないことは、ついでながら、注意されていいであろう。それは、天皇制の根柢が、神権主義から国民主権主義に変わったことと関連する。なるほど、連合国は天皇制の廃止を要求しはしなかった。しかし、神権主義が否定され、国民主権主義がみとめられた結果として、天皇制の根柢も国民の意志にあるとされることになったから、国民の意志いかんによっては、天皇制も廃止される可能性

——理論的可能性——が与えられたわけである。天皇制の根拠たる神の意志は、永劫不変のものとされたが、国民の意志は、決して永劫不変のものではないからである。

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。もとより、憲法は、形式的には、ただちに変りはしなかった。天皇制も、形式的には、8月以後もそのままであった。しかし、その根本建前は、すでにまったく変っていた。このことを注目しなくてはならない。

1946年元旦の詔書で、天皇は自身『現御神』でない旨を言明し、みずからの神性ないし神格を否定した。このことも、右にのべられた8月革命を前提としてのみ、理解できる。8月革命によって、神権主義が否定されていたから、かような詔書が発せられることができたのである。もし、8月革命がなかったとしたら、かような詔書は、とうてい発せられることができなかつたはずである。

政府の憲法改正草案が、国民主権主義を根本建前として規定しているのも、8月革命を前提としてのみ、説明できることであるとおもう。すでに、そこで、日本の政治の根本建前として、神権主義が否定され、国民主権主義が確立されているから、その後において、憲法改正という形式の下に、国民主権主義を成文化することが許されるのである。もし、8月革命でそういう変革が行われていなかったとすれば、単なる憲法改正の手続で、そういう根本建前の変革を定めることが許されないことは、さきにのべられた如くである。

かように考えると、われわれが好むと好まないとにかかわらず、降伏とともに、神権主義はすでに廃棄され、日本の政治の根本建前として国民主権主義が成立しているのであるから、政府の憲法改正草案が、国民主権主義をその建前としていることは、きわめて当然だということになる。問題は、もはや、国民主権主義を日本の政治の根本建前としてみとめるのがいいかどうか——そのことは、すでにきまったことである——ではなくて、国民主権主義という原理を憲法の中で表明するのが適当かどうか、また、表明するのが適当だとすれば、どういう言葉で表

明するのがいいか、である。そして、この意味では、政府草案に対しては多くの批判がなされえよう。

もちろん、問題をもっと掘り下げて、国民主権主義をみとめるのがいいかどうかを問題とすることもできる。ただ、さきにものべたように、国民主権主義は、8月革命で承認されたと見なくてはならないから、ここで国民主権主義否なりと主張することは、8月革命そのものを否定するあらたな革命を主張するにほかならない、ということを忘れてはいけない。」(宮沢俊義『憲法の原理』岩波書店1967年11月30日刊、382～387頁。初出『日本国憲法コンメンタール』1955年)

なお、ポツダム革命については、ポツダム宣言等連合国の歴史的文書の全面的な検証、8月15日の占領以降の実定法令の推移等論ずべきことは多いが、被告国らの対応を見て、後に詳論する。

4. 求釈明等

被告国のいう昭和18年12月7日に公布施行されたという都市計画法及同法施行令戦時特例という勅令は、同18年3月18日に公布施行された許可認可等臨時措置法(戦時措置法)に基づくものではないか。今回一番重要な根拠法である同法の存在と効力について何故論じなかったのか。これでは戦時措置法が昭和37年決定に何故適法に適用され得るのかという根拠の示しようがなかったであろう。

また、被告国は「内閣の認可が現時点で確認できないから」といって、認可の事実が存在しないことが証明されたことにはならない等と、あたかも昭和37年決定には内閣の認可が必要であるかのように述べて、論旨の矛盾が甚だしい。

我々の求釈明に答え、説得力のある誠実、真摯な弁論をされたい。