

「無条件降伏」とハーグ陸戦法規

——日本にドイツ式「基本法」制定は可能であったか——

松 村 昌 廣

キーワード：無条件降伏，ハーグ陸戦法規，基本法，憲法改正

はじめに

冷戦終結より20年余，米国はイラクとアフガニスタンでの反乱鎮圧作戦（counter-insurgency operation）で苦境に陥った結果，その軍事的カリスマを大いに傷つけられた。また，2008年秋のリーマンショックで非常に深刻な金融経済危機に陥った結果，今や米国は経済的にもぐらついている。米国の圧倒的な軍事的及び経済的な優位に支えられた東アジア秩序は目下は十分に安定しているように思えるが，2010年に再燃した中華人民共和国との尖閣列島問題そしてロシア連邦共和国との北方領土問題に具現されるように，中長期的には不透明感を増している。

当然，国際政治の定石に従えば，日本は外交安全保障上のリスクに対処するために，必要な軍事力を増強し，必要とあれば武力行使の覚悟と準備をしておかねばならない。しかし，先の大戦の結果，連合国による占領の下で成立した日本国憲法は平和主義を掲げる一方，同憲法第9条により「国権の発動たる戦争」と「武力による威嚇または武力の行使」を放棄し，「国の交戦権」を否定している。また，定着した政府の憲法解釈は同盟国たる米国との集団的自衛権の行使も否定しており，昨今，現実の我が国の軍事安全保障政策に様々な不都合が生じてきたことは言を俟たない。

そこで，現憲法によるこうした安全保障政策上の障害を取り除きたいと

する立場から、現憲法の成立過程の法的有効性に関する疑義を質し、9条を含め現憲法そのものが法的に無効であるとの議論が出されている。つまり、現憲法は形式的に大日本帝国憲法が定める改正手続きによって成立したことになっているが、これは外国軍の占領下での被占領国法令の維持を定めた「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(1910年発効, Convention respecting the Laws and Customs of War on Land, 所謂, ハーグ陸戦条約)の条約付属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」(以下, ハーグ陸戦法規)に違反しており、無効であるとの議論である。この議論の是非は単に現実政治において重要なだけでなく、講学上也極めて興味深い問題であるので、本稿において体系的に分析することとした。

第二次世界大戦(正式には、今日でいうアジア太平洋地域における戦争は、日本では大東亜戦争、米国では太平洋戦争と呼称された)の戦争終結とそれに引き続く占領はそれまでの伝統的な国際法(国際慣習法を含む)を大きく逸脱する方式と手続きをとった。伝統的には、戦争は休戦協定により武力行使を停止した後、講和条約の締結により終結する。また、占領の内容やその他の条件は休戦協定締結後、当事国間の交渉によって決定された。つまり、軍隊の降伏はあっても、国家の降伏などなかった。他方、対日戦終結にあたっては、連合国はそうした伝統的な方式と決別して、日本に対して占領の具体的な政治的目的、占領のあり方、さらに政治目的の実現をも条件とする休戦協定を無条件に受諾することを求め、成立させた。つまり、日本との降伏文書に休戦条項だけでなく講和予備条項をも含めたのであった。その結果、休戦協定締結の後、連合国は大規模な占領軍により日本全土を占領するとともに、休戦協定によりその時点で伝統的な国際法が占領国に一般的に認めた権力を遥かに凌ぐ権力を獲得し、日本の政治的、社会的、経済的制度を根本的に改造した。⁽¹⁾

したがって、こうした事情を詳細に吟味することなしには、連合国による占領下に成立した日本国憲法の法的有効性を判断することはできない。

1. ハーグ陸戦法規第43条と憲法改正

ハーグ陸戦法規第43条は「国ノ権力カ事実上占領者ノ手ニ移リタル上ハ、占領者ハ、絶対的ナ支障ナキ限、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為施シ得ヘキ一切ノ手段ヲ尽シヘシ」と規定している。(規定の書き振りからして、占領軍が被占領地域の法律を変更するのを絶対的に禁止したのではなく、極力変更しないように努力する義務を定めているに過ぎない。また、被占領地域における公共の秩序を回復するために必要であれば、その程度に応じて被占領地域の法律を変更することは是認されていると解釈される。) ハーグ陸戦法規の締約国であった連合国は当然この規定を遵守する義務を負った一方、同様に締約国であった日本もこの規定による権利を有したことから、連合国の占領下において大日本帝国憲法が改正され日本国憲法が成立したこと自体が43条に違反していないかと議論になってきた。「城下の盟」は無効であるとの議論である。

例えば、1999年、当時自由党党首であった小沢一郎は、次のように主張した。

昭和二十一（一九四六）年、日本は軍事的占領下にあった。日本人は自由に意思表示できる環境になかった。正常でない状況で定められた憲法は、国際法において無効である。これは一九〇七年に締結されたハーグ条約に明記されている原則であり、日本が受諾したポツダム宣言にも、日本国の統治形態は国民の「自由⁽²⁾に表明せる意思に従う」という条項があった。

ハーグ陸戦法規の大部分は「戦争行為中に守るべき法（*jus in bello*）」であり、戦時の軍隊による行動・行為を制限する。当然、43条が制限しているのは、戦闘継続中の局地的な被占領地域における占領軍の行動・行為である。つまり、休戦協定発効後の状態、とりわけ、日本のケースのよう

に、被占領地域において被占領地域当局（政府）が存在し有効に機能している状態を想定していない。というのも、ハーグ陸戦法規が発効した1910年当時、戦争終結はまず休戦を成立させ、その後、戦争当事国の間で講和条約締結のための条件を交渉する手順を踏むのが国際的な慣習であった。しかも、講和条約締結の条件としては、敗戦国による領土の割譲、賠償金の支払い、軍備の制限、一部領土の保障占領などが一般的であった一方、敗戦国の国内政治、社会、経済体制の根本的な変更を求めることなどなかった。しかし、休戦条件を提示したポツダム宣言は日本の国内政治、社会、経済体制の根本的な変更（同宣言第6項及び第10項）とそうした変更の実現を保障するための広範で徹底した占領（同宣言第7項）を要求し、しかも同宣言をそのまま受諾するかそれとも「迅速且完全なる破壊（に直面するか）」（同宣言第13項）の二者択一を迫り、一切交渉の余地を認めなかった。

したがって、ポツダム宣言はそれまでの休戦協定に関する国際慣習法を大きく逸脱するものであったといえるだろう。こうした観点から、例えば、下田武三（元最高裁判事、元駐米大使）は、「日本占領中に連合国側がやった憲法改正やすべての法律等の改正は、伝統的な国際法の原則とは相容れないものです」、「勝てば官軍というわけで、いまや第二次世界大戦を境として伝統的な国際法の影が非常に薄くなってきたことは甚だ憂慮に堪えないことです」との見解を述べた⁽⁴⁾。しかしながら、軍事的に追い詰められていたとはいえ、日本は自主的にポツダム宣言を受諾した以上、ハーグ陸戦法規第43条の適用ないし準用を主張できないことは明白である。これは、「特別法は一般法に優先する (*Lex specialis derogate legi generali*)」との法の一般原則からも明らかである。ポツダム宣言とハーグ陸戦法規の間には特別法と一般法の関係が成立している。

したがって、日本は、日本国憲法草案が実質上、連合国最高司令官総司令部（GHQ）によって書かれ、連合国による占領下、国会による若干の修正を経て大日本帝国憲法を改正する形式で成立したことをもって、日本国憲法はハーグ陸戦法規第43条に違反しているから有効に成立していない、

つまり、無効であると主張できない。

とすれば、日本は占領下で正式に憲法を改正するのではなく、同じく先の大戦による敗北と連合国による占領を経験したドイツのように暫定憲法（ドイツの場合は基本法）を成立させ、占領終結、主権回復の後、正式の憲法の成立を期すべきであったであろうか。また、そうした方法をとることは国際法上、可能であったであろうか。この問いに答えるには、日独のケースを比較対照させながら、両国の「無条件降伏」の意味を明確にし、そのなかでの日本の憲法改正及びドイツの基本法制定の法的な意味・意義を考察することが不可欠である。

2. 日本の「無条件降伏」の意味

1943年1月、フランクリン・ルーズベルト米大統領とウィンストン・チャーチル英首相はカサブランカで会談し、枢軸国に対して無条件降伏を要求する方針を確認した。さらに、1943年11月、ルーズベルト米大統領、チャーチル英首相、蒋介石中華民国国民政府主席はカイロで会談し、①米英中の対日戦争継続表明②日本国の無条件降伏を目指す③日本への将来的な軍事行動を協定④第一次世界大戦により占領した太平洋の全島奪還及び日本が中国から奪った領土を中華民国へ返還（例として満洲、台湾、澎湖諸島）⑤日本が強欲と暴力により獲得した全領土を日本から剥奪⑥朝鮮の独立、を連合国の対日基本方針とした。

これを受けて、1945年7月26日のポツダム宣言は、休戦の条件として、①日本軍の「無条件降伏」②日本の占領③領土の削減④戦犯の処罰⑤賠償⑥武装解除⑦政治の民主化⑧経済の非軍事化、これらの無条件即時受託を迫った。ポツダム宣言は降伏文書（The Instrument of Surrender、以下「降伏文書」と記す）第一項に包括的に取り入れられた。これによって、ポツダム宣言は正式に休戦を成立させた「降伏文書」の中核部分を構成することとなった。カイロ宣言には連合国の対日戦争目的として「日本国の無条件降伏（the unconditional surrender of Japan）」が言及されているが、

日本が同意した「降伏文書」の中核の一部分を占めるポツダム宣言第六項は、日本の領土に関してのみ、カイロ宣言の履行を求めていることに留意すべきである。つまりポツダム宣言は「日本国の無条件降伏」を求めている。

「降伏文書」には、天皇と日本国政府を代表して重光葵外務大臣が、大本営を代表して梅津美治郎陸軍参謀総長が署名した。つまり、単に軍司令官だけではなく政府も正式に連合国が提示した降伏文書案に署名したのであり、両者と連合国との間には国際法上の合意が成立したのである。つまり、「降伏文書」には、第二項「軍隊の無条件降伏」、第三項「敵対行為の停止」、第四項「無条件降伏命令の発出」、第七項「連合国捕虜の即時解放」の純軍事的条項だけでなく、第一項「ポツダム宣言の受託」、第五項「政府及び軍職員の連合国最高司令官の命令遵守」、第六項「ポツダム宣言の条項の履行」、第八項「国家統治の権限の連合国司令官への従属」などの政治的条項が存在する。したがって、前者に関して日本軍の最高責任者の署名が必要であっただけではなく、後者に関しては日本政府の最高責任者（または、その全権委任を受けた者）の署名が必要だったのである。この事実からも、日本は敗者であったとはいえ、自らの意思で署名したのであり、連合国が一方的に強制したものでないことは明らかである。

ポツダム宣言第五項は「吾等ノ条件ハ左ノ如シ (Following are our terms.)」として、第六項以下の条件を列挙しているが、「無条件降伏 (unconditional surrender)」が用いられているのは第十三項の「全日本国軍隊ノ無条件降伏 (the unconditional surrender of all Japanese armed forces)」という箇所だけである。つまり、「無条件降伏」したのは「全日本国軍隊」であって、日本国ではないことは明らかである。しかも注意深くポツダム宣言を読めば、日本国軍隊を武装解除した後、各自の家庭に復帰させ平和な生活を営ませるとの軍事的条件（復員及び生業復帰）が明示されていることから、「全日本国軍隊」は条件付きで降伏したと捉えるのが正しい。さらに、列挙された厳しい条件を満たす限り、日本の領土と政治・経済・社会体制を維持することが保障されていたともいえる。したが

って、日本国だけでなく「全日本国軍隊」も厳しい条件を課されたとはいえず、明示された具体的条件付きの休戦協定が「降伏文書」の形式で成立したといえる。日本政府、日本軍、どちらも、無条件降伏などしていない。(ただし、勝者である連合国が一方的に休戦条件を提示し、敗者である日本はその条件の全てを受け入れたという意味でポツダム宣言の「無条件受諾」であるとはいえる。)

ポツダム宣言は降伏条件を提示した文書であり、受諾されれば国際協定となり、当然、その解釈に関しては国際法が適用される。ポツダム宣言は、日本のみならず、連合国も拘束する双務的な協定である。したがって、日本は占領下にあっても連合国(具体的には、米国を中心とした占領国)に対してポツダム宣言の合意内容を実行するよう求める権利を有していたことになる。究極的には、万一、連合国がその義務を果たさない場合、日本政府はポツダム宣言の受諾が無効になったと宣言して、占領軍に対してゲリラ戦をしかけても合法であった。

他方、日本のケースと対比して、ドイツの「無条件降伏」は国際法上の性格を全く異にする。ドイツ軍は1945年5月7日、フランスのランスで米英連合軍に無条件降伏し、同5月8日にベルリンでソ連軍に無条件降伏した。この降伏文書は軍事的条項だけの純粋な軍事協定であり、当然、軍司令官だけが署名した。つまり、そこには日本の「降伏文書」とは異なり、広範な政治的、社会的、経済的制度的変革を課す条項はなく、当然、降伏文書に対するドイツ政府の代表による署名もなかった。1945年4月、ソ連軍によるベルリン侵攻のなか、ヒトラー総統が自殺した後、ドイツ海軍司令長官であったデーニッツ元帥が同年5月2日に後継の総統となり、同5月7日にはデーニッツ政権を樹立した。しかし、同5月23日、英国軍がデーニッツを含め同政権の全閣僚を逮捕し、戦時国際法上の捕虜(POW: Prisoner Of War)としたため、連合国はドイツ政府の存在すら認めなかったのである。

つまり、降伏の時点で日本政府は存在したが、ドイツ政府は存在しなかったために、日独の降伏様式の違いを生み、その結果、降伏後の両国と連

合国との権利義務関係そして占領形式に決定的な差を生んだ。日本の場合は、日本国軍隊がほぼ無条件の降伏及び武装解除を受け入れるとともに、日本政府は極めて厳しいとはいえ条件付きの休戦を受け入れた。これに対して、ドイツの場合は、ドイツ軍が無条件降伏しただけで、ドイツ国家を代表するドイツ政府が存在しなかったために、休戦に際して明示的にいかなる非軍事的（つまり、日本のような政治的、社会的、経済的）条件も付けられることはなかった。したがって、ドイツは日本のように消極的な意味においても何ら権利を有さず、国際法上の一般的な権利を有しているだけであった。しかも、そうした国際法上の権利は概して曖昧であるうえ、権利を主張する主体たるドイツ政府が存在しなかったために、ドイツは連合国になされるがままの境遇に陥ったと言っても過言ではなかった。

実際、日本はそれまでの政府が存続した上で、主として米国による連合国の間接統治方式で占領されたのに対して、ドイツは米英仏ソ四カ国の連合国による分割・直接統治方式で占領されたのであった。

3. ハーグ陸戦法規と占領下の日本の選択肢

降伏条件の中核として含まれたポツダム宣言は、「日本国政府は、日本国国民の間に於ける民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障害を除去」し「言論、宗教及思想の自由並に基本的人権の尊重」を確立すること（第10項）、さらに「…日本国国民の自由に表示せる意思に従い平和的傾向を有し且責任ある政府を樹立」（第12項）すること、つまり、政治体制の根本的変革を休戦条件として課した。また、この条件が満たされると連合国が判断しない限り、占領は継続するとの条件を課した（第12項）。確かに、佐藤和夫が言うように、「ポツダム宣言には、憲法の全面的・根本的改正に関する明示的要求は掲げられ（ていない）」し「占領軍当局は、民主主義化を口実に、強引に新憲法の押しつけを図った（のであり）」、日本国民の総意を確認することもなかった。⁽⁵⁾

今日的な視点からは、大日本帝国憲法体制を維持したまま、こうした条

件を満たすことは、嘗て同憲法下でも所謂「大正デモクラシー」が生起し一時隆盛を極めたことに鑑みると十分可能であったように思える。しかし、当時の連合国の視点からは、同憲法体制下で「大正デモクラシー」が終焉し、軍部が台頭して先の大戦に突入したのであるから、大日本帝国憲法の維持を受け入れることは不可能であったと思われる。実際、大日本帝国憲法第二章「臣民権利義務」は基本的人権を十分に保障しているとは言い難い一方、ポツダム宣言が徹底的な民主化を要求していること、当時、連合国において天皇の戦争責任を追及する論調が強かったことを考慮すると、現実的には、天皇制のあり方を含む大日本帝国憲法を根本的に変更する以外に道はなかったといえよう。

さらに、いかなる変更が妥当であるのかを判断する権能は、すでにポツダム宣言第12項にあるように連合国が有していた。それゆえ、日本政府が、連合国が充分と判断する根本的な政治体制の変革、つまりは憲法改正を行わない限り、少なくとも無期限で連合国による占領は続いた。最悪の場合、根本的な政治体制の改革のために「…日本政府を利用するだけ、つまりいちおう認めるだけであるから、不都合があれば日本政府を改廢して連合国が直接行動をとることも豫定のうちに入れられていた」との解釈も十分成り立ち、連合国は独断的にドイツ型の直接占領方式に切り替えることができた。実際、米外交当局は「降伏の初期の段階では一切の要求は連合国によって遂行されるべきであり、日本当局の誠意に依拠すべきではない」との旨、國務省・陸軍省・海軍省三省調整委員会により正式に対日占領政策として決定していた（米國務省第1254文書、1945年8月31日付採択、同年9月22日発表⁽⁷⁾）。

しかし、すくなくとも国際法上、日本は敗戦国だとはいえ、占領の在り方に関しては連合国に対して変更を要求する権利があった。実際、当時、米外交当局自身が「勝者は降伏条件に明示的に規定されていることしかできない」、「もし、その条文の解釈に疑義がある場合には、義務を課せられる側の主権に有利に解されねばならない」、「この場合は日本側に有利に解釈されるべきものである」ことを認識していた（米國務省第1254文書⁽⁸⁾）。

同文書は、「(ポツダム)宣言が想定している降伏の契約的な性質は、第十三項における『誠意』という言葉とあいまって、降伏条件の履行がある程度日本国政府の誠意に委ねられている」と指摘した。⁽⁹⁾少なくとも講学上は、こうした点を無視した連合国の占領政策は「(権利の行使にあたっては、)如何なる濫用も許されない (*Ab abusu ad usum non valet consequential.*)」との法の一般原則に反しており、違法ではないかと疑われる。

したがって、日本には、ポツダム宣言で受諾した民主化とそのための国家体制の根本的変革が何を意味するか、そのために大日本帝国憲法改正が必要であったかについて連合国と交渉する余地はあった。また、仮に憲法改正を受け入れるとしても、具体的にどのような改正内容とするか、改正の形式や手続きはどうすべきかに関して、連合国と条件闘争をおこなう余地はあったといえるだろう。この点に関して、佐藤和夫は次のように分析する。

当時の日本政府は、国際法的な正論をあくまで堅持して独自の主張を貫くだけの力量に欠けていた。あるいはそのように見るのは日本政府にとって酷に過ぎ、軍事的勝利を背景として国際法上の制約を故意に無視した占領軍当局による強引な占領政策推進が、日本政府をそのような負け犬的立場に追い込んだと見るのが正しいのかも知れない。いずれにしても、存在したのは、勝者の傲慢と敗者の卑屈であり、国際法はもっぱら占領権力の正当化のために濫用された観があった。⁽¹⁰⁾

同様な観点から、色摩力夫も次のように論じている。

事実、占領開始の時点では、日本側は降伏の法理に基づきその立場を徹底的に主張している。…マッカーサーも、その後、日本国内の全軍隊が解体されると強気に転じる。日本側もいつの間にか腰砕けとなり、マッカーサーの施策に唯々諾々となる。われわれ日本人は、この時点から加速度的に卑屈化現象に陥っていた。占領軍に対して、その都度異議申し立てをする

などの組織的努力を怠ったからからである。もちろん、異議申し立てをしても、力の前にどうしようもなかったかもしれない。しかし、異議申し立てをした事実は歴史に刻まれたであろう⁽⁴¹⁾。

いずれにしても、日本政府は大日本帝国憲法を改正する形式により日本国憲法を成立させ国家及び政府の法的継続性を維持したことから、ドイツのような政府承継における断絶とそれに伴う法的諸問題を回避できた。実際、日本政府はドイツ連邦共和国（旧西ドイツ）とは異なり、全く諸外国の政府承認を必要としなかった。

4. 日本にドイツ式の基本法制定は可能であったか

既に触れたように、ドイツ軍は連合軍に対して無条件降伏を内容とする純軍事的な休戦協定を結んだが、ドイツ政府が存在しなかったため、ドイツは連合国の直接占領を受けることとなった。1945年6月5日、連合国管理理事会（Allied Control Council）は米国、英国、フランス、ソ連の四カ国によるベルリン宣言（Berlin Declaration）を発し、ドイツを併合する意図のないことを明示したため、ドイツが国際法上、国家として存続したことは明らかである。しかし、同時に、同宣言はドイツ国家には「秩序維持、国家行政、戦勝国による要求の遵守に関する責任を担う能力を有する中央政府が存在しない」ため、連合国が「ドイツ国家の最高権力（supreme power）を掌握した」と明記した。同宣言は、このようにドイツに中央政府が存在せず（つまり、ドイツが連合国と何ら講和条件の交渉を行うことができず）、連合国が占領国として最高権力を掌握し、全面的な軍政を敷いた状態をもって、ドイツ国家の無条件降伏（the unconditional surrender of Germany）が成立したと見做した。この見方は、休戦協定成立後も、そして占領下でも中央政府が存続していた日本のケースと対比すれば、尤もなことである。（逆に言えば、一旦政府が存在しなくなり政府承継の点で断絶したドイツの場合、新たに政府が樹立されれば、国

際法上、諸外国による明示的ないしは黙示的な政府承認が必要となったのである。)

したがって、ドイツの場合、無条件降伏後も本来戦闘が継続中であることを想定したハーグ陸戦法規第42条「占領地域」に該当する状態が存在し、さらに無条件降伏に何ら条件が付されることがなかったことから、同法規第43条が準用されると解するのが妥当であろう。つまり、42条は「一地方ニシテ事実上敵軍ノ権力内ニ歸シタルトキハ、占領セラレタルモノトス」、
「占領ハ右権力ヲ樹立シタル且之ヲ行使シ得ル地域ヲ以ッテ限トス」としているが、ドイツの場合は無条件降伏後、有効に機能する中央政府が存在しなかったことから、連合国がドイツ全土を軍事占領し軍政による直接統治をおこなった。また、そのためドイツは国家として休戦協定を締結できず、当然、日本のように休戦協定への合意と引き換えに占領後の国家体制の変更に関して合意を結ぶこともなかった。したがって、ドイツに関する限り、「占領地域」の存在を前提とする「占領地の法律の尊重」は準用され、連合国が占領中に従来のワイマール憲法を改正するようドイツに強要することは明らかに同43条に違反したと捉えるのが妥当であろう。

実際、米英仏の占領軍司令官はその占領下にあった11のドイツ諸州（ラント）首相たちに憲法を改正するよう促したが、結局、これら占領下の諸ラントは憲法（Verfassung）改正案ではなく暫定的憲法である基本法（Grundgesetz）案を採択した。また、同案を国民投票ではなく、ラント（州）議会の批准によって成立させた⁽¹²⁾。

それゆえ、少なくとも講学上、ドイツ国家の法的継続性に関して大きな疑問が残るといわねばならない。この問題に踏み込んで考察することは、本論の問題設定を逸脱するため、別の機会に譲ることとし、日本のケースとの比較で特徴的な論点を挙げておく。ナチス政権はワイマール憲法の枠組みの下で成立したが、結局、同憲法を廃止することはなかった。また、ドイツの無条件降伏後、連合国はベルリン宣言を発して有効に機能するドイツ中央政府が存在しないこと及びワイマール憲法による統治機構の機能が停止したことを宣した。したがって、ベルリン宣言によって、ワイマー

ル憲法は法的実効性を失い、実質的にその機能は停止されたとはいえ、同憲法が廃止されたとまで見做すことができるかは大いに議論の余地が残る。また、1949年に成立したボン基本法の制定には、米英仏軍の占領下にあった11のラントの議会のみが批准プロセスに加わったのであり、ソ連の占領下にあった地域やプロイセン地域のラント議会は全く関与できなかったことから、ボン基本法がラント議会を介して全ドイツの国民の意思を体していたとは言えない。さらに、ドイツ帝国が崩壊したのであれば、新憲法の制定によって新たな国家を設立する必要がある、主権在民を憲法原理とする限り、国民投票が必要となると考えるのが妥当である。他方、もしドイツ帝国が国家として存続していたのであれば、帝国を構成し主権を有するラントの議会批准によって統治機構の再編成を内容とするワイマール憲法の改正は可能であろう。つまり、占領下の憲法改正・制定において、ドイツのケースは日本のケースと比べて国家承継やその手続きの面で判然としない問題が残されているといえよう。

以上のように、占領下の日本には国家の継続性が確保されたため、ドイツのように従来の憲法を改正せず、暫定的に基本法を制定するという選択肢は政治的にはなかったと結論できる。とはいえ、既に論じたように、日本の場合は、国際法的な観点から「降伏文書」の解釈について、なし崩し的に日本の「無条件降伏」を既成事実化する連合国に対して決然と抗議・抵抗する権利を行使する必要があったにもかかわらず、そうしなかった。ただ、日本は休戦協定において根本的に国家体制を変更し、さらにそう連合国が判断するまで占領が継続すると合意したため、ドイツのように分割占領されることも、連合国の軍政の下、直接統治されることも免れたのであった。換言していえば、占領によって、ドイツは物理的に引き裂かれた一方、日本は内面的に引き裂かれたのであった。

さらに、形式的に国家の法的継続性を完全に確保した日本は早々と昭和27年（1952年）に発効したサンフランシスコ講和条約により、北方領土問題を除いて領土を確定するとともに（同条約第2条及び第3条）、請求権及び財産権に関する問題を最終的且つ完全に解決した（同条約第五章第14

条～第18条)。他方、ドイツはようやく1990年に米英仏ソ四カ国とのドイツ最終規定条約 (Treaty on the Final Settlement with respect to Germany) と1992年のドイツ・ポーランド国境条約により国境を確定したものの、今日に至るまで講和条約を締結しておらず、未だ戦争にかかわる一切の請求権を一括処理できていない。したがって、例えば、戦争中に生じた被害に関して、連合国の国民は法的には日本政府に対してはいかなる個人補償の請求を行うことはできない一方、ドイツ政府に対してはその余地があり、このことがこれまで両政府の個人補償問題に対する政策の違いを生んできた。

こうして占領、憲法、講和条約を巡る日独の経験における相違を法的な面から捉えてみると、各々長短があり、憲法改正ではなく暫定的に基本法を制定したドイツの処理の方が優れていたとは必ずしもいえない。日独二つのケースは似て非なるものといわねばならず、ハーグ陸戦法規を根拠にして、日本国憲法とりわけ第9条が無効であると主張するのは不可能である。しかし、ドイツのケースと比較対照すると、当時の日本政府は「降伏文書」に則って国際法上の権利を十分主張することなく安易に政治的な妥協して憲法改正してしまったといえるだろう。したがって、国際情勢の変化により日本国憲法に不都合が生じたのであれば、現憲法の改正手続きによる改憲または現憲法を維持したまま解釈改憲をおこなうしかないとの結論となる。

(註)

- (1) こうした連合国による占領に服した国は、日本やドイツだけではなく、イタリア、ハンガリー、ブリガリア、ルーマニアがある。また朝鮮半島は日本とは別建てに、さらにオーストリアはドイツとは別建ての形で連合国に占領された。
- (2) 小沢一郎「日本国憲法改正試案」『文藝春秋』1999年9月号、94頁－95頁。
- (3) 連合国による日本占領はポツダム宣言の文言上、保障占領と解することもできるが、その実態を踏まえると、従来の保障占領の在り方から逸脱したと捉えるのが妥当である。「保障占領は、一定の事項或いは一定

の義務條項が、その義務負擔國によつて履行されるのを間接に強制し、その實現を保障するための占領である。それは戦争の場合、普通に休戦又は講和につづいて行われる。従つて、それは、ポツダム宣言の管理目的の諸條項の實現を日本に強制する今度の日本の占領に似ている。しかし、第一に、今度の占領が、従来保障占領のように、相手國政府が義務の履行を自主的に行うのを監視し間接に強制するのと異り、全面的占領の下に相手國政府そのものを占領目的のための占領國の權限に從屬せしめ、その指令の下にその義務を被占領國政府に履行させる。間接管理といながら従来保障占領に比べれば、方法においてより直接的である。且つ、第二に、今度の場合、占領國は、占領目的遂行のために、日本政府に指令するにとどまらず、必要に応じて自ら直接その占領目的の遂行に當る權限を留保し、且つある程度これを行使した。以上のようなことは、保障占領には考えられない。」高野雄一『國際法講座』3卷、有斐閣、1954年、249頁-250頁。

- (4) 下田武三・田久保忠衛「占領下の『改憲』は國際法違反だ」『諸君!』1985年1月号、45頁。
- (5) 佐藤和夫「日本國憲法と國際法」憲法發布百周年・憲法学会三十周年記念論文集編集委員会編『憲法百年』憲法学会、1990年、225頁。
- (6) 高野、前掲、247頁。
- (7) 江藤淳編『占領史料』下卷、新装版、講談社學人文庫、1995年。
- (8) 色摩力夫『日本人はなぜ終戦の日付をまちがえたのか——8月15日と9月2日の間のはかりしれない断層』黙出版、2000年、5頁及び38頁-39頁。江藤、前掲。
- (9) 同上。
- (10) 佐藤、前掲。
- (11) 色摩、前掲、6頁-7頁。
- (12) 塩津徹『現代ドイツ憲法史——ワイマール憲法からボン基本法へ』成文堂、2003年、94頁-105頁。

(参考資料)

- ・安藤仁介「日本の敗戦および連合国の占領と國際法」『國際問題』No.147、1972年。
- ・五百旗頭真「『無条件降伏』とポツダム宣言」『國際法外交雜誌』第79卷5号、1980年。
- ・高田貞吉対国、東京地方裁判所、昭和34年1月28日、行政処分無効確認請

求事件，昭和三一（行）七二。

- ・小林昭三『『ボン基本法』の制定過程に関する覚書』『早稲田政治経済学雑誌』161号，1960年。
- ・「衆議院議員森清君提出日本国憲法制定に関する答弁書」，内閣衆質102第46号，昭和60年9月27日。