

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

第二百二十七回 真正護憲論のあゆみ（その十七）

南出喜久治（令和5年9月1日記す）

かがみにて なほまがあかし ききさばき たまでつつみて つるぎでわかっ

（鏡にて直禍明かし效裁き（真正護憲論）勾玉で包みて（講和條約説）劍で辨つ（無効宣言、破棄通告））

「憲法」といふ言葉は、古くは日本書紀に聖徳太子の「憲法十七條」（いつくしきのりとをあまりななをち）として登場しましたし、江戸時代や明治時代初期にも、人々に広く知らしめるべき重要な法といふ意味で用ゐられました。そして、明治14年の訓条三十一項（勅語）において、英語の Constitution を意味する言葉として使はれたことによつて、以後はその訳語としても定着しました。

憲法の定義としては、一般に、国家の社会的な組織と構造に関する基本法とされてゐますが、学者によつてはこの概念の具体的な意味内容と本質的な特徴を様々な角度から分類・区分して派生的な概念を定義してゐます。

たとへば、憲法の意味を歴史的・地域的に普遍性のある概念として捉へるか、あるいは近代に限定した概念として捉へるかの分類における「固有の意味における憲法」と「近代的意味（立憲主義的意味）の憲法」の区分、憲法が成文法の形式を持つてゐる場合とさうでない場合との分類（法形式の分類）における「形式的意味の憲法」と「実質的意味の憲法」、あるいは「成文憲法（成典憲法）」と「不文憲法」の区分、制定の主体及び手続による分類としての「欽定憲法」と「協定憲法」と「民定憲法」と「条約憲法」の区別、改正手続の難易による分類としての「硬性憲法」と「軟性憲法」の区別などといった分類がなされてゐます。

これらの分類は、全世界のあらゆる地域において、太古から現代に至るまで人類の全ての社会に普遍的に存在する「社会規範」のうち、より基本的・根本的なものを「憲法」と名付けて、その概念の具体的な意味内容と本質的な特徴をより明確に限定しようとするために用ゐられるものです。

ところで、従来の憲法学の分類によると、「実定法上の憲法」と「慣習法上の憲法」といふ区分があります。これは、法の存在形式を、文字で表現した「成文法」と、文字によ

らず観念で認識した「不文法」といふ区分に由来するものです。憲法は国家単位で捉へますから、人類誕生後、国家の形成とともに成立した憲法は、決して国家成立以前からあったものではありません。しかし、国家の概念は、今の国家観念で過去から現在まで捉へることはできません。古代において、秩序ある営みがなされてゐる共同社会は、まさに国家の原形と考へられます。

今までの憲法学では、これらのことが忘れ去られて無明が続いてゐます。文化が形成される過程の中で、その時代の社会の安定に必要とされた規範は、初めは観念として存在し、それが文字によつて表現されたとしても、その奥にある精神こそ重要とされ、決して字句の形式的、固定的な内容を意味しませんでした。文字の表現形式には一定の限界がありますので、その表現如何により、誤解が生じたりするからです。ところが、社会が複雑になり人口が増えてくれば、文字で表現しなければ社会全体に規範が知れ渡りません。そこに成文化の原因があります。それゆゑ、成文化された規範は、それまでに観念で成立してゐた規範（不文規範）を一定の言語表現に集約したものであつて、本来的に「創設的なもの」ではなく、「確認的なもの」です。

このことは、紙に書かれた憲法（成文憲法、憲法典）についても同じであります。憲法典の歴史は浅く、憲法典だけが最高規範、根本規範とする考へ方はこの沿革からして間違つています。

たとへば、特定の言語を国語とし、国歌や国旗を規定し、領土の範囲を定めてゐる憲法もありますが、これらを規定してゐない占領憲法のやうなものもあります。しかし、国家に限らず、社会の約束事において、あまりにも当たり前で当然なことは文字にしないことの方が多いのです。

現在の我が国の憲法学では、占領憲法といふ憲法典もどきのみを唯一の憲法として捉へて、それ以外のものは一切憲法とはみなさないとする立場です。そして、占領憲法が制定された経過などは、たとへ問題があるとしても根本的な問題とはせずに、私が主張する占領憲法無効論（真正護憲論）が指摘する無効理由には合理的な反論もせず、有効であると仮定して、その憲法解釈学に徹しやうとする傾向にあります。しかも、自然法学的見地からすれば、占領憲法が結論的に有効であるか否かとは別に、その制定過程の事情は、各条文の解釈に影響を及ぼすべきであるにもかかわらず、そのやうな事情については、殆ど考慮しないといふ意味では、極度の実証法学的立場に立つてゐます。このやうに、現在の憲法学は、極度の実証法学的立場を基礎とした占領憲法の解釈学であり、自然法学的立場は基本的に否定されてゐます。その結果、少なくとも憲法学の分野において、これを社会科学までに高めることは、全くできない状況にあることになります。

では、このような状況から抜け出すためには、何が必要かといふことになります。それ

は、憲法とは何かといふことを、現実の実定法の在り方に拘束されずに探求する見地に立つことです。国家・社会の根本規範の領域といふ「場」の理論についての憲法学においても、実定法とされる憲法典と呼ばれてゐる形式的意味の憲法（占領憲法）だけに拘束されない柔軟さが必要になります。それは、実質的意味の憲法とは何かといふことを探求することと同じことになります。

このやうな見地から憲法とは何かといふことを捉へていきますと、占領憲法は果たして実質的意味の憲法であるか否か、我が国における実質的意味の憲法とは何なのかについて問ひ直す必要があります。さうすれば、我が国における実質的意味の憲法とは、占領憲法ではなく、帝國憲法や五箇条の御誓文、そして教育勅語などであることが明らかになります。

これらは、我が国で歴史的に築き上げられた文化、伝統に根ざすものとして、「正統憲法」と呼びます。そして、正統憲法として復原されるのは、帝國憲法のみならず、五箇条の御誓文や教育勅語なども含まれますので、占領憲法無効宣言決議や、昭和 23 年 6 月 19 日に衆参両議院で行はれた教育勅語失効排除決議の無効撤回決議がなされれば、これら全てが一体となつて復原されることになるのです。

ところで、たとへば、特定の言語文字で書かれた文化的所産である憲法典であれば、その使用言語を国語とするとの解釈が当然なされるはずです。しかし、占領憲法では、英文で書かれたマッカーサー草案の邦訳に過ぎず、占領憲法の原文は英文です。

G H Q 占領下での公式言語は英文であり、英文官報で掲載された「THE CONSTITUTION OF JAPAN」が占領憲法の原文なのです。

ですから、「日本国憲法」といふのは、その訳文に過ぎないのですが、その邦文訳は、歴史的仮名遣ひの日本語（やまとことのは）で記載されてゐますので、我が国においてそれが国語としての規範性を持った言語なのかといふ議論が有り得ることになります。最終的には、歴史的仮名遣ひによる日本語で訳文を成文化してゐますので、これが国語としての規範性があるのです。現在の法文や公式文書、さらに日常生活においては、歴史的仮名遣ひによらず、現代仮名遣ひ（占領期仮名遣ひ）によつてゐますので、これを歴史的仮名遣ひに復元させる必要があるのです。

しかし、このやうな議論とは別に、後から述べる法実証主義といふ立場からは、もつと根本的に、日本語を国語とすることは憲法規範としては認められてゐないと結論付けることになります。

そのため、この立場によれば、日本語以外の言語を国語とすることは、憲法に触れないから、国会の多数決による法律で、国語として定めることができることになります。むしろ

ろ、国際語と呼ばれてゐるもの（英語など）を国語とすること、少なくとも国家の公用語とすることの方が、これからの国際間取り引きや外交にとって有利であるとの理由も、これを推進する立場の人々から熱つばく説明されるでせう。そして、日本語が国語であることが憲法で定められてゐない以上、義務教育の学校で教へる「国語」といふ授業の表記を、外国人子女の存在も配慮して「日本語」と表記すべきであると主張してくるでせう。

現に、このやうな国語論議は、明治維新の時と、大東亜戦争の敗戦時にもありましたし、最近でも、大阪府のある学校で、「国語」の授業表記を「日本語」とした例もあります。

しかし、これに対しては、次のやうな素朴な疑問と不安が出てくるはずです。つまり、言語は文化の中核にあり、憲法で規定してゐないからといって、これを法律で変更することは憲法やもつとそれを超える大切なものに触れるのではないか。たとへ占領憲法に触れなくても、むしろ占領憲法を超えたもつと根本的な何かに触れるのではないか、と。

この問題は、それ自体重大事であり、しかも憲法とは何かを考へる上で重要なことを含んでゐるはずですが、国語もさうですが、国旗、国歌についても同様のことが言へます。法律で決めるといふことは、法律で変へられるといふことになつてしまふからです。

憲法には、殺人罪を犯罪として処罰することができるとの規定はありません。それならば、刑法の殺人罪を廃止しても違憲ではないでせうか。憲法に規定があらうがなからうが、ダメなものはダメなのです。それが憲法なのです。法律の規定であつても、それは憲法の規定であると看做されるものがあるのです。しかし、これらについては、ほとんどの憲法学者は沈黙してゐます。むしろ、沈黙といふより答へられないでゐるのです。これが、現代の憲法学という虚学の正体であり、限界です。

現在、文科省が英語を第二公用語としていく方針を打ち出しました。第一公用語は「日本語」といふのです。しかし、第二を認めるといふことは、第一と第二とを逆転させる可能性があるということであり、第一を廃止して第二だけとすることを禁止しないといふことです。このことは、公用語の範囲だけに止まらず、生活言語や文化言語の領域まで波及する可能性があります。文科省といふところは、当用漢字や教育漢字などを勝手に決めて伝統的な国語文化を統制したり干渉した上、反日的な検定教科書を次々に生み出し、挙げ句の果ては、敗戦直後に国語を英語やローマ字に変へようとの謀略が失敗したことの巻き返しとして、今度は第二公用語という方法によりなし崩し的に国語まで変へようと企んでゐる役所です。その意味では、明治維新の時と大東亜戦争敗戦の時に引き続いて、現在は、第三番目の国語危機の時代に突入してゐると言へます。