

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

## 第二百二十九回 真正護憲論のあゆみ（その十九）

南出喜久治（令和5年10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）劔で辨つ（無効宣言、破棄通告））

根本規範としての憲法を憲法典に限らないとすれば、先ほどの國體防衛権の問題なども憲法の枠組みの中で論じられなければなりません。ところが、現在の憲法学は、これらのことを憲法の範疇では論じません。そこで論じられてゐるのは、基本的人権とか、国民主権とか、権力分立制といった主に「政体」、つまり国家の政治組織や政治形態についてであつて、もつと根源的な国家・社会の命脈や本質について議論されたことがありません。そこで、今まで、憲法典を中心として政体論として論じられてきた規範を超える真の意味における根本規範を「國體」と名づけて論理を展開していきたいと考へます。

戦前においては、政体に対する言葉として、確かに「國體」といふ言葉が用ゐられましたが、これは、結果的には、主権は誰に帰属するかといふ、本来は政体の態様の一つとして議論されるべき主権の所在に関するものでした。

もつとも、その当時における國體の概念としては、国家の体質、国柄であるとして、文化的・伝統的な「理念的要素」を示すものとして出発しましたが、何時の間にか、「主権」といふ「権力的要素」を示す概念にすり替はつてしまつたのです。戦前の治安維持法でいふ「國體」とは、まさに権力的要素を示すもので、江戸時代に開花した国学の正統的概念であつた理念的要素としての本来の「國體」は、戦前においても既に死語となつてゐたのです。

しかし、それでも、戦前においては、一般的には國體と政体とを区別して用ゐてゐました。それは、国家の形態（form of state）と、政府の形態（form of government）とを区別するドイツ国法学の影響を受けて、前者には國體と、後者には政体という訳語を付けたまでであります。國體は、国学に由来する伝統的な用語ではありますが、憲法学においては、単なる訳語としての意味しか与へられませんでした。その後、ドイツにおいては、この区別を放棄する一元論が有力となり、日本でも一部で唱へられました。しかし、本来の「國體」の概念は、ついに唱へられずに終はりました。

日本においては、國體といふ憲法上の概念が、国家の形態といふドイツ国法学の訳語と

して用ゐられたため、國體とは主権の所在を意味するものとなつてしまひましたが、そのやうな國體概念においても、國體論争と呼ばれるものが過去二回ありました。実際は國體論争ではなく主権論争ですが、一つは、戦前の天皇機関説論争であり、もう一つは、戦後のノモス主権論争です。

いづれも、主権とは何か、主権を制約し主権を凌駕する価値がありうるか、といった本質論に迫ることのないお粗末な議論でありました。

さて、戦前の天皇機関説論争といふのは、ドイツの国家法人説をそのまま取り入れて、日本は法律学上の法人とし、天皇はその法人の機関であるとする学説（美濃部達吉）に対して、それは天皇に主権があるとする國體に反するとする学説（上杉慎吉）が反論して起こつた論争のことです。この論争は、学問的には決着が着かず、後者の全面勝利といふ政治的な決着で終はりしましたが、これは、國體に関する論争ではなく、単に、ドイツ学説の代理論争であり、日本の実態とは全くかけ離れたものでした。いづれの学説も、国家の本質論を見落としてゐたのです。それは、国家に主権があり天皇が国家の機関であるとしても、天皇自らが主権者であるとしても、これらの議論は、当今（今上天皇）や国家の成員である現在生きてゐる人間の意思だけで全てを決定することができるのかといふことです。皇祖皇宗を含む我が祖先の意思も我が子孫の将来をも共に無視して（犠牲にして）、国家の歩むべき方向を決定することができるとする、これらの主権論の本質には疑問があります。

我々は、祖先から子孫への橋渡しの存在であり、たまたま現在に居合はせて生きてゐる者だけで、祖先から子孫に至る重大事項を独断で決めることができるのでせうか。後でも触れますが、国民主権の名の下に、我々の子孫には選挙権もなく、生まれてもゐないことをよいことに、子孫に繰越しの多額の借金をかぶせ、自己の今の生活さえよかつたらよいとし、赤字国債を財源とする減税や景気対策を当然に認めることになるのが国民主権といふものの破廉恥な正体です。天皇主権も、国民主権も国家主権も全て間違ひです。そもそも主権といふ概念が間違ひです。憲法を超えた國體といふ規範に我々の根本規範を見出すべきです。「天皇といへども國體の下にある。」、「国民といへども國體の下にある。」、ましてや「国家といへども國體の下にある。」といふ意味での、國體といふ根本規範を探らねばならないのです。

次に、戦後のノモス主権論争といふのは、尾高朝雄が、主権の概念を、正義と法の理念（ノモス）による支配といふ意味で捉へたノモス主権を唱へたことが契機となります。それは、占領憲法の制定によつて國體の変更があつたのか、すなはち、天皇主権から国民主権へと変更があつたのか、といふ議論について、戦前戦後を通じてノモスは不変であると主張したのに対し、宮澤俊義がこれに反論したことから論争は始ります。

尾高は、主権の概念について、その根源にある正義とか法の理念といった理念的要素を強調するのに対し、宮澤は、主権のもつ権力的要素を強調しました。ですから、主権概念

において、共通の認識がないままの論争であり、そもそも議論の決着がつくことはありえなかつたはずです。しかし、法に根源的な正義を求めずに、「悪法もまた法なり」として権力こそが法の根源と考へた宮澤は、変節学者としては一貫してゐたのかも知れません。

ともあれ、この論争は、主権の概念に理念的要素が必要であることを再び認識させた点で意義がありました。いづれに主権があるとしても、現実の政治形態においては、必ず一部の者に権力が集中すること、つまり少数支配の原則が妥当することになります。天皇に主権があるとされた戦前においても、実際に権力を掌握したのは天皇ではなく、軍上層部と内閣、官僚であり、国民主権とされてゐる現代においても、実際に権力を掌握してゐるのは一部の政治家や官僚なのです。そのやうな現実を直視すれば、主権の所在を理論的に確定させたとしても、あまり实际的ではないのです。そして、このやうな現実に即して考へたとき、その少数の支配者が不正を行つたことを理由に政権交代を求める場合、その大義名分は理念としての「正義」の実現といふことになります。仮に、その少数支配者を支持するものが多数存在し、民主主義といふ多数決原理でも政権交代がなされなくても、その多数決といふ権力的な正義に抗して、その不条理を糾弾する根源には、やはり理念として「正義」があります。その意味では、ノモス主権論には正しい方向性が見出せます。しかし、そのノモスの内容が必ずしも明確でありませんでした。やはり、法の根源的なものをさらに探求する必要があります。そのためにも、國體論における議論を深めていかなければならないのです。

主権という概念は、国の最高の意思、国の政治のあり方を最終的に決定する権力といふ意味です。しかし、その概念の生ひ立ちには、欧米において、君主主権といふ言葉に対する「抗議的概念」として国民主権といふ言葉が生まれたことに始まります。

これは、国王（君主）による統治が、立法権や租税を含む行政権など国政全般に及んでゐたのに対し、とりわけ租税に関する課税権について不満を抱いた国民が、王権に対し、国民主権といふ抗議的概念をもつて挑み、徐々に国王の権力を制限し、次第に国民へと移譲させやうとしてきた長い歴史の産物でありました。

絶対君主制の時代では、国王の権力は神の意思に根拠をもつものとする王権神授説で国王の権力を根拠付けましたが、時代が下ると、そのやうなことは意識されず、専ら王権と民権との権力分掌へと進みます。これが、権力分立制の原形でありましたが、立憲君主制の時代や民権が王権に取って代はる時代になると、王権神授説のやうな民権神授説が出てもおかしくなかつたのですが、ついにこのやうな考へ方は現れませんでした。人権については、天賦人権説が生まれたのに、ついに、民権や国民主権は、神をも恐れぬものとして登場したのです。それゆえ、主権には一切の制約もなく（主権の絶対性）、いかなる行使も絶対に誤りとされないもの（主権の無謬性）として認識されるに至りました。

いづれにせよ、主権概念は、歴史的に見て、このやうな権力的要素を中心として構成されたものであり、その意味で宮澤の認識は正しかつたのです。しかし、それは、あくまで

も西洋や支那のことであつて、民権による王権の制限や剥奪といったやうな歴史がない日本には当てはまらないものでした。ところが、西洋コンプレックスといふか、西高東低文化論といふか、日本固有のモノサシを認めやうとしない似非学者が、無批判に直輸入の「主権」といふ概念で日本社会を解明しやうとしたことが悲劇の始まりです。

といひますのは、特に、法律学の世界では、主権の主体は、生きた自然人か法人でなければ意味を持ちえないからです。ましてや、民族とか、言語とか、文化とか、擬人化することすら難しいものについては、法律的価値が認められないのです。つまり、君主主権、国民主権、国家（法人）主権といふのは、いづれも現在生きてゐる人や法人を主体として認識してゐるのです。決して、亡くなつた祖先やこれから生を享けようとしてゐる子孫は含みません。そのため、親は身を捨ててまで子を救ふといふ道德感や倫理観は、法律の世界では語られなくなつてしまひました。そして、生きてゐる者だけの天国を作らうとしたのです。