

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

第二百二十一回 真正護憲論のあゆみ（その十一）

南出喜久治（令和5年6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））

占領憲法は、これまで施行されてから今年で76年も経過してしまいますので、この時間の経過が有効であると評価されることになるのではないかと、といふ意見があります。

時効有効説と追認説です。今回は、まづ時効有効説について説明します。

これは、「時効」といふ法理を以て、無効な占領憲法が事後に有効となるとする見解（時効有効説）を唱へる見解で、その中の代表的な見解として八木秀次の「時効有効説」があります。

「自由主義史観研究会」のホームページに、平成14年度「特別出張ゼミナールの記録」として、藤岡信勝代表の司会進行により、『明治憲法の実現』といふ演題で八木秀次（当時・高崎経済大学助教授）が語った内容が掲載されてをり、時効有効説が端的に語られてゐるので、その部分を以下に引用します。

（藤岡） 公民の教科書でも巻末で日本国憲法全文が載っていますが、重要なことが省かれています。明治憲法を改正するために大臣が連署して、最後に御名御璽が入った前書きがあるので、これを絶対に載せない。前書きを載せると、手続き的には大日本帝国憲法の改正として今の憲法がつくられたことがハッキリして、八月革命説が破綻してしまう。ポツダム宣言の受諾が革命だというフィクションが崩れないようにしているのだと思います。

今の憲法改正論議の一つの考え方として、渡部昇一さんが「占領下につくられた憲法、教育基本法は主権がない時につくったものだから全て無効だ。無効宣言をして新たに作り直すべきだ」という議論をしています。

確かに占領軍がやったという点ではもっともだが、手続き的には成り立たない。そういう方法と、やはり憲法改正の手続きに従うのと、二つ路線があると思います。このあたりは八木先生は実践的にはどのようにお考えですか。

(八木) 極めて難しい問題ですが、無効論という考え方はかねてからあります。主権回復直後であれば極めて有効な論理でしたが、法律には時効という考え方があり、そこからもう 50 年経っています。

普通、時効というのは 20 年です。50 年の間に日本国民が現行憲法に一度も「ノー」と言わなかったということにおいて、これを承諾したという理屈が成り立つわけです。ですから、渡部先生の意見には溜飲が下がる思いですが、理屈から言うと難しい気がします。

これは、つまるところ、民法に規定する所有権の取得時効である 20 年を経過したので、占領憲法は所有権（憲法としての地位）を取得するといふことでせう。しかし、國體護持総論第一章で述べたとほり、規範國體の護持のために時効理論は存在するものであつて、占領下における奇胎の占領憲法が施行された 76 年程度の時間と、我が國の悠久の歴史と伝統とを比較して、奇胎の 76 年の方に重きを置くといふ時効有効説は、恐ろしく無知な本末転倒の謬説であり、「似非時効論」です。時効の意味が解つてをらず、民法レベルの時効期間を国法学のレベルにそのまま持ち込む暴論でもあります。民法の規定が憲法に適用されると考へる噴飯物の謬説であり、このやうな論者は、ハーメルンの笛吹き男であつて、國體破壊者に他ならないのです。

いづれにせよ、この時効有効説に対する反論は、國體護持総論で、「事実の規範力」と「原状回復論」のところで述べたとほりです。時効の法理により悠久の歴史と伝統によつて育まれた規範國體が既に確立してゐるにもかかはらず、これと相反する事実がほんの一時期に反復累積されたことを根拠として、これに規範國體としての妥当性と実効性を肯定し、規範國體を改変させる効力を認めることなどは到底できません。占領憲法には憲法としての妥当性を欠き、暴力的に構築された法制度のままで原状回復がなされない状態での時間の経過に、憲法としての規範創造の効力はありません。

我が國は帝國憲法第 13 条の講和大権の発動によつて独立したのであつて、講和大権を含む「交戦権」が認められてゐない占領憲法によつて独立したものではありません。このことは、憲法としての妥当性及び実効性は帝國憲法のみに存在し、占領憲法には存在しないことを意味します。それゆゑ、もし、占領憲法の時効有効説を論ずることができるとすれば、占領憲法に憲法としての妥当性及び実効性があり、しかも、それが時間的にも長期間存続してゐることが前提になるのですが、占領憲法には憲法としての妥当性及び実効性が存在しないため、時効を論ずる適格性すら備へてゐないことになります。

さらに附言しますと、そもそも、私人の所有権の時効といふ議論と、國家の根幹である憲法の時効といふ議論を同列かつ一律に論ずることのできる論理は、何を根拠とするものでらうか。

私法のレベルで言へば、まづ、所有権自体には消滅時効はありません。所有権については取得時効しかありません。所有権は永遠に存続するものですが、その物を第三者が所有の意思を持って占有すること（自主占有）が継続して取得時効が完成すると、それまでその物の所有権を持ってゐた人の所有権が「反射的」に消滅するだけです。

これを国法のレベルで言へば、反射的に消滅する以前の所有権に該当するのが帝國憲法です。民法の時効を適用するといふ強引な見解に立つたとしても、帝國憲法には消滅時効はないのです。そして、帝國憲法の実効性は、日華平和条約の破棄と日中共同声明がなされた昭和 47 年 9 月 29 日の時点まで存在し、しかも、それ以後もロシア（ソ連の継承国）との最終講和条約の締結のためなど、将来における軍事的紛争解決のためにも、帝國憲法第 13 条による講和大権の行使が予定されてゐます。そのときは帝國憲法に頼らざるを得ないのです。これに対して、占領憲法には、交戦権（講和権を含む）がないことから、講和条約を締結しうる何らの権限もないので、占有使用に妥当しうる権限の行使をこれまで一度も行つてゐないことになります。

つまり、私法レベルで言へば、取得時効の要件である自主占有に必要な所有の意思すら存在せず、その他如何なる占有も開始してゐないといふことになるので、そもそも時効を議論する前提を欠いてゐるのです。

また、その時効期間は 20 年なのか、それとも 50 年なのか、100 年なのか、どのやうな根拠で定められるのか。等々、議論することも幼稚すぎて憚るものがあります。しかも、時効中断とか、時効完成後の時効利益の放棄といふことについてはどうなのか、といふやうな突込みを入れたくなる衝動も出てきますが、それを尋ねてもおそらくまともな答へは出てこないでせう。

また、仮に、「憲法の時効」を議論するとしても、あくまでも「憲法」としての「妥当性」のあるものが「実効性」を具備するに足りる事実の集積とその時間的経過に着目する必要があるのであつて、そもそも憲法としての「妥当性」を有しない規範が時効による「実効性」を具備したとしても「妥当性」まで具備するものではありません。これは、所有権の取得時効で例へれば、所有の意思を有する占有（自主占有）ではなく、所有の意思を有しない占有（他主占有。たとへば賃借の意思による占有）の継続では永遠に所有権を時効取得することはないのです。自主占有（憲法適格性）でない他主占有（講和条約適格性）の継続は、賃借権その他主占有に対応する権利（講和条約）の時効取得が可能となるにすぎないのです。

ましてや、物質（モノ）の権利の得喪に関する時効と、規範（ノリ）の得喪に関する時

効との区別、公法の時効と私法の時効との区別、消滅時効と取得時効との区別などを全く無視して、私法の取得時効に関する規定をそのまま適用しようとするのは余りにも乱暴で強引な議論です。議論する価値もないのです。

完全独立時において自発的かつ自主的に帝國憲法を改正したが、その手続に軽微な違背があつた場合、この程度の軽微な瑕疵だけでは妥当性を欠くことはないので、時間的経過によつてその瑕疵が治癒されて実効性が付与されるとするのが本来の時効の論理です。しかし、占領下で非独立時代に、GHQの強制で制定されたものは、自発的かつ自主的なものではありません。それゆゑ、占領憲法は、「他主占有」に匹敵する講和条約の性質であり、講和条約（東京条約、占領憲法条約）として時効の論理によつて認められるといふのであればまだしも、これを「自主占有」に匹敵する「憲法」としての適格を有するものとして認められるといふのは、時効の論理による立論ではなく、似非時効の詭弁です。

贋作はいつまで経つても贋作であり、偽札はいつまで経ても偽札です。また、同じ嘘を百回言つたとしてもそれが真実になることはありません。これは根本的に妥当性を欠くためであり、時効の論理の射程範囲外のことなのです。

そして、このやうな似非時効の言説を聞いて、妙に納得してしまふ風潮が誠におぞましい限りです。やはり「蚤の曲芸」に馴らされてゐるからです。我々は、「ハーメルンの笛吹き男」のやうな似非保守によつて駆除される「ネズミ」になつてはいけません。この男は、町の人が謝礼の金品を呉れないので、國體護持の担ひ手となる臣民の子供達を誘拐してしまつた身代金誘拐犯であつて、我々は、こんな「ほら吹き男」による似非時効説を唱へる似非保守を断固として糾弾し排除しなければならないのです。

なほ、八木秀次は、「五十年の間に日本国民が現行憲法に一度も『ノー』と言わなかったということにおいて、これを承諾したという理屈が成り立つわけです。」といふ発言もしてゐます。これは、時効有効説の外に、法定追認有効説なども主張してゐるかのやうですが、一体、現行の法制度において、占領憲法に「ノー」と言ふことができる時効中断に関する正規の法的手続があるといふのでせうか。是非ともご教授願ひたいものです。もし、それがなければ、時効中断の手続と方法もない時効制度はありえないので、時効は永遠に完成しないことになり、時効有効説は成り立ちえないことになります。

つまり、時効によつて不利益を受ける者が、時効を中断してその権利の回復を求めることを不可能ならしめるやうな天災その他避けることのできない事変などの障害があるときは、その障害が消滅した後から相当期間が経過するまでは時効は停止したままで完成しないのです。そのことからすれば、占領憲法が憲法としての合法性と正統性があるか否かについて、占領憲法によつて成立した政府自身が、これまでの帝國憲法改正の審議経過の全

容を官報などにより全国民に明らかにし、教育機関においてもその事実を踏まへての教育を徹底するなどしなければなりません。そして、その詳細な説明を尽くしてゐない状態が現在まで続いてゐることからして、未だに時効の停止状態にあり、時効が完成してゐるはずがないのです。これらについての詳細な説明もせず、詭弁を弄して安易に時効が完成したなどとして占領憲法を有効であるとする見解は、やはり第一級国賊の言説なのです。

次回は、時効有効性と同じ穴の中のムジナである追認説について説明します。