

【ちくらのおきど 222】

連載 千座の置き戸（ちくらのおきど）

第二百二十二回 真正護憲論のあゆみ（その十二）

南出喜久治（令和5年6月15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 つるぎでわかつ
（鏡にて直禍明かし効裁き（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））

前回述べた時効（有効）説と同じ穴の中のムジナである追認（有効）説とか
法定追認（有効）説などといふものがあります。

おそらく、この追認説とか法定追認説、そして、さらにその亜型である定着
（有効）説といふものが、現在の占領憲法の憲法有効論者の多くが採つゐる論
拠ではないかと考へられます。占領憲法は成立時には憲法としては無効であつ
たが、制定後の長年の経過事情によつて、占領憲法が、時効、追認、法定追認
ないしは定着して、なし崩し的に憲法として有効となつたと評価する見解です。

しかし、長年の経過事情があつたことが有効となつたことの根拠であるとする
のであれば、その前提として、帝國憲法の改正行為自体が無効であることの
理由について明確に論証した上で、その後の変化がどのような根拠によつて有
効となつたことを論証すべきですが、どうして当初は無効なのかといふ理由に
ついては一切述べずに、いきなり時効とか、追認、法定追認とか、定着したな
どとして、初めからこの論証をすることを避けて、議論せずに逃げてしまつて
ゐるのがこの見解を唱へてゐる論者の共通した態度です。

一般的に、かくあるべき規範とは異なる事実が反復継続したとき、その事実
が新しい規範として認められる場合がありうるかといふことについては、「事
実の規範力」や「規範の変遷」といふ議論としてなされます。

しかし、たとへ規範とは異なる事実が反復継続したとしても、その事実を否
定して元の規範秩序へと復帰しようとする「規範の復元力」があるといふ点も
考へなければなりません。また、その規範が憲法の場合と、法律や命令などの
場合とを一律に論ずることもできませんし、その規範と異なる違反事実の態様
や程度がどのようなものであるかによつても結論が異なります。

それゆゑ、単に規範とは異なる事実が反復継続してゐるからと言つて、憲法的にこれが是認されるための要件も示さずして、時効とか追認されたとか変遷したとか定着したとして有効になつたとするのは、論理性を全く欠いた議論の飛躍であり、安易すぎる見解です。

全国的に多くの自動車が駐停車違反やスピード違反を繰り返してゐる事実があります。そのことから、これに関する交通法規が廃止されたとか変更されたとするのは暴論でせう。

「赤信号、皆んなで渡れば怖くない」とは言へても、「赤信号、皆んなで渡れば青になる」とは言へないのです。私法の場合でも、後に述べますが、公序良俗に違反する行為は絶対無効であり、これを追認しても有効にはならないのです。規範の復元力が非常に強い場面もあるのです。ましてや、公法の最高規範である憲法の領域で、帝國憲法の改正の限界を超え、第 73 条や第 75 条に違反するといふ強い違反の態様と程度の場合において、容易に追認や憲法の変遷を認めることはできません。

自衛隊は、占領憲法を憲法として有効であるとすれば、自衛隊は軍隊ですので第 9 条に違反する違憲の存在であることは自明のことです。軍隊とは、近代戦争を遂行しうる物的装備と人的組織を備へたものであり、自衛隊は世界有数の軍隊です。自衛のための軍隊を自衛隊と名付けただけで、これは軍隊でないといふのは詭弁であり言葉の遊びそのものです。自衛戦争を行ふのも交戦権の行使となりますから、占領憲法を憲法だとするのであれば、自衛隊は自衛戦争ができません。このことを政府は完全に誤魔化してゐます。自衛隊を違憲だとする学者も政治家などが、このことを指摘しないのは不思議なことです。しかし、多くの人は、この自衛隊の存在といふ占領憲法違反の事実が長年にわたり反復継続してゐるからと言つて、第 9 条の戦力不保持の規定が廃止されたとは言はないのです。

このことは、帝國憲法に違反する占領憲法の存在についての議論においても同じことなのです。

ましてや、追認といふことになると、その要件としては帝國憲法の改正手続によつて追認されるべきであり、憲法手続を踏まへない「潜り」の追認を認めることはできません。嘘を百回ついたからといつて、嘘が本当にはならないのです。

そもそも、占領憲法を制定した国会が追認したとしても有効にはなりません。しかも、これまで国会は、一度も追認決議をしたことがありません。

泥棒（占領憲法）が被害者（帝國憲法）から物を盗んだ後（違憲の改正をした後）に、これは自分の物だと泥棒の片割れ（国会）が宣言（追認）したとしても、盗品の所有権が泥棒に移ること（占領憲法が有効な憲法改正として認められること）はありません。被害者（天皇、帝國議會）がそれを承認（追認）しなければ何の効力もないのです。

民法第 123 条でも、「取り消すことができる行為の相手方が確定している場合には、その取消し又は追認は、相手方に対する意思表示によってする。」とあり、取消すべき行為をなしたときと同じ手順と方法でなされなければならないので、これを占領憲法に当てはめれば、帝國憲法の改正手続と同じ方法で追認の手続をしなければ追認としての効力はありません。

北朝鮮に拉致された犯罪被害者が無条件かつ無制約の帰国の実現と強迫観念からの解放による自由意思の保障がなされた環境が与えられるといふ「原状回復」が実現しない限り、再び北朝鮮で生活するといふ選択をさせてはならないのと同様に、本土の独立後も日米安全保障条約といふ方式による占領政策が継続し、かつ、連合国による戦勝国体制（国際連合体制）が継続し、実質的な占領状態が継続してゐる現在の我が国の状況では、追認を論じる余地がありません。

つまり、追認とか法定追認といふのは、あくまでも民法の概念であり、これを憲法に適用するとすれば、「追認は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後にはしなければ、その効力を生じない（追認ハ取消ノ原因タル状況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非サレハ其效ナシ）」（民法第 124 条第 1 項）の規定の適用を受けることになります。ですから、現時点では、未だ追認をなしえない時期なのです。これは、追認説であらうが、法定追認説であらうが、仮に、追認がないにもかかわらず、外観上は追認がなされたと看做すべき状況になつたとしても、同様に追認はできないし、追認と看做すことはできません。北朝鮮に拉致されたものが、平穩に生活できる環境を与えられたとしても、それによつて解放されたとは言へないのです。

しかも、少なくとも政府が国民に対し、占領憲法の出自の秘密を暴露して説明し、十分に周知させて判断させる措置を講じた後でなければ、追認しうる時期はいつまで経つても到来しません。

ところで、追認説や法定追認説は、占領憲法を「取消しうべき行為」（瑕疵ある有効な行為）であるとして追認するのか、あるいは「無効行為」であるとして追認するのかが定かではありません。しかし、帝國憲法の改正行為が「取消しうべき行為」であるとするのは、そもそもその根拠に乏しいので、やはり「無効行為」を追認することを想定してゐるのでせう。また、法定追認説でも、おそらく「無効行為の法定追認」を主張するものと思はれますが、無効行為の追認にはそもそも法定追認の規定はなく、類推適用もされないのです。民法第119条本文には、「無効な行為は、追認によつても、その効力を生じない。」とあるからです。

法定追認といふのは、民法第125条に規定があります。それは、「追認をすることができる時以後に、取り消すことができる行為について次に掲げる事実があつたときは、追認をしたものとみなす。ただし、異議をとどめたときは、この限りでない。」とあり、

- 一 全部又は一部の履行
- 二 履行の請求
- 三 更改
- 四 担保の供与
- 五 取り消すことができる行為によつて取得した権利の全部又は一部の譲渡
- 六 強制執行

の事実を定めてゐます。

いずれも憲法の場合に当てはめることが極めて不向きなものですが、このうち、「全部又は一部の履行」に該当すると言ひたいのでせう。占領憲法に基づいて法律を制定したりすることを「履行」だといふのでせう。

しかし、これは、「追認をすることができる時以後」ではなく、実質的な占領状態が継続し、憲法普及会による洗脳を、同様の規模と方法で解いた後でなければ追認とみなされないことは、追認説と同様です。

このやうに、私法における無効行為の追認を想定して構築された追認説や法定追認説などは、その出発点において論理破綻を来してゐることになります。

さらに、本質的な問題として、前にも言ひましたが、「無効行為の追認」が絶対的に不可能であることの理由があります。つまり、民法第 90 条によれば、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする（公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス）」と規定し、いはゆる公序良俗違反の行為は絶対無効であるとするのであつて、このことは占領憲法の効力論においても妥当します。公序良俗違反の典型例として、人身売買の例で説明すれば、これは人権の否定であり違憲の行為であるから許されないものであつて、もし、人身売買の行為を追認することができるのであれば、人身売買を行つた後で追認すれば有効になつてしまふため、結果的に人身売買を全面的に認めたことになるからです。

ところで、我が国も締結した『条約法に関するウィーン条約（条約法条約）』といふものがあり、これによると、条約が無効となる事由として、①「条約を締結する権能に関する国内法の規定」に違反した場合（第 46 条）、②「国の同意を表明する権限に対する特別の制限」に違反した場合（第 47 条）、③「錯誤」があつた場合（第 48 条）、④「詐欺」があつた場合（第 49 条）、⑤「国の代表者の買収」があつた場合（第 50 条）、⑥「国の代表者に対する強制」があつた場合（第 51 条）、⑦「武力による威嚇又は武力の行使による国に対する強制」があつた場合（第 52 条）、⑧「一般国際法の強行規範に抵触する条約」である場合（第 53 条）を掲げてゐます。公法規範がこのやうな事由によつて成立したとしても、それは私法における公序良俗違反による無効以上の否定的な評価が下されてゐるからです。

この条約のすべての無効事由は、GHQ 占領下における占領憲法の制定を強要することを容認させた政府と GHQ との合意（講和条約）や、独立の条件として実質的に占領状態を継続した日米安保条約の締結についても当然に適用され、無効といふことにります。しかし、連合国は、戦後体制を維持するために、意図的に条約法条約を遡及的に適用させることは認めず、これらの条約には適用がないとしたのですが、それでも、これらのことは「一般国際法の強行規範に抵触する条約」である場合（第 53 条）であつて無効であるとするこれまでの国際法の適用を受けることになり、やはり無効になるのです。

いづれにしても、追認説や法定追認説、定着説といふのは、時効説と同様に、民法理論を次元の異なる憲法の領域に無理やり適用させやうとした占領利得者の言説であり、その理論的な組み立てはあまりにも付け焼刃的であり、一知半解の輩が主張する噴飯ものの言説と言へます。

