

憲法と条約の関係・序説

——国内法と国際法の理論上の二元的理解とその帰結について——

君 塚 正 臣

目 次

はじめに

一 国内法・国際法の理論上の優劣

二 憲法と条約の関係についての日本国憲法解釈論

三 憲法解釈論としての各論的解答

(一) 条約の違憲審査

(二) 条約の国会承認

おわりに

はじめに

憲法（国内法）と国際法（条約）の関係は、両分野の基本書等では必須の論点ではありながら、あまりにも大きな問

題でありすぎるからか、近時これを主テーマとした論稿は思うほど多くはない⁽¹⁾。しかしこの問題は条約の国会承認、条約の違憲審査などの結論に影響を与え、延いては国民国家のあり方にも関わる重要論点である。主権国家の対外的意思表示と憲法の民主主義・権力分立の要請の衝突の問題に加え、条約の内容が国内法のそれとオーバーラップする傾向にあることが、この問題が現実の課題となることを多くしよう⁽²⁾。また、両専門家の間でこの問題への論及の仕方が乖離してきてはいないか、時間の経過と共に検証も必要である。筆者は現在、憲法の私人間効力の問題を研究してきている⁽³⁾が、憲法の最高法規性と法秩序に関わる問題として、改めて憲法と国際法の関係にも関心を抱いた。そこで本稿では、この難問に臨み、この問題について憲法や国際法の個別問題を越えた法の一般問題としての解を求めめるための論点を整理し、その一定の方向性を提示することをささやかな目的としたいと思う⁽⁴⁾。

一 国内法・国際法の理論上の優劣

憲法と条約の関係について、まずは法理論上、一元論と二元論の対立があることは避けて通れない⁽⁵⁾。即ち、国内法と国際法は同じ次元の法秩序なのか、異なる次元の別個の法秩序なのか、についてである。これは、理論的な問題ではなく、「世界観を賭けた選択⁽⁶⁾」だと表現されることがある⁽⁷⁾。本稿はこの問題を、しかしなるべく純粹理論的に検討するから論を始めたいと思う。

まず、一元説の中では「唯我独尊的な国内法優位の立場よりも、国際法優位の立場の方が有力である⁽⁸⁾」とされている。確かに国内法優位の一元説は、国際法を対外的国内法にして結局国際法を否定するに等しいので、基本的には支持されていない⁽⁹⁾。またこの説では国家の数だけ国際法が認識され、国際法を統一的なものとして把握できなくなるが、

このような事態はまさに回避されねばならないのである。⁽¹⁰⁾これに対して国際法優位説は、要約すれば、国際法と国内法が共に法であると認識できるのは両者が統一的な規範秩序の構成部分であるからであり、両者を同位のものともたり、国内法を優位とみることはできないので、国際法を優位と考えるべきだと主張するのである。⁽¹¹⁾だが、徹底した国際法優位説によれば、国内法は国際法から委任された秩序であり、憲法をはじめとする国内法秩序の依拠する先は憲法制定権力などではないことにならう。実際の国際法が原則として国家間の合意を基礎として形成されており、憲法が一個の国際社会、世界連邦を始源とせず、各国の国民意思を基礎としていることを思うとき、また、矛盾する国内法を無効にする権力装置を国際社会が備えていない現状や、或いは国際社会がなおも比較理性的とは言えない状況⁽¹⁴⁾では、このような立場もまた採り得ないように思われる。⁽¹⁵⁾更には、イギリスのように、変型なしには条約の国内的効力を認めない国⁽¹⁶⁾が成立し得る理由を説明できないことも難点ではないかと考えられる。国際法優位の一元論には、国内法優位の一元論ほどではないにせよ、多くの疑問が生じているように思われる。

このほか、一元論に立ちながら、「国内法秩序の最高法規を何にするかの決定を国際法がそれぞれの憲法にゆだねたという構成をとるならば、憲法の優位も国際法の優位も、どちらも可能となる⁽¹⁷⁾」と述べる論者もある。しかしこの見解では、国際法優位の一元説と二元説の対立すらあまり実益がなくならう。しかも、仮にこのような主張を受け入れたとしても、踏み込んで、国際法が「ゆだねた」範囲を逸脱した憲法を国際法が破ると一般的に言えるかを考えると、やはり国際法優位の一元論は疑わしい。究極のところ、国際法はそれに違反する憲法を無効にできないが、憲法に反する条約は一切無効にできない、とは言えないように思われる。逆も疑わしいとすれば国内法優位の一元論も勿論疑わしいので、一元論は総合的に疑わしい。この論者も、主権国家がなお並存する現実を踏まえれば二元説に軍

配を上げており、憲法九八条二項を国際法優位説の根拠とすることには否定的なのである。⁽¹⁸⁾ また、「国家主権の相互尊重を基礎としながらも、一元論の立場にたった考察が必要とされてきているともいえるのである。結局は、今日の国際社会の現状においては一元論の立場にたちながらも、二元論的視角をも加味していくということにならざるをえない⁽¹⁹⁾」という記述には、一元論の大きな動揺を感じざるを得ない。更に、「国際法優位説の論者も、多くは、国際法は究極的には国内法を破るものと捉え、他方二元論者といえども、多くは、国家として『国際法違反』の国内法を放置しておくことは許されないと考えている⁽²⁰⁾」という記述は、国際法優位の一元論にシフトしながらそのことの法的意味は提示されない現在の学説状況をよく示しているように思えるのである。

だがこのような曖昧な記述は法理論的には排除されねばならないのではなからうか。根本的に一元と二元は二律背反である。一元論に問題がある以上、二元論が妥当かどうかの検証に論を進めるのが正当であろうと思う。もし国際法と国内法の関係を二元説的に捉えるならば、両者の抵触は理論上はあり得ないこととならう。二元論では「関連国内法の制定(変型)が必要とされる⁽²¹⁾」ので、「一元論的な見地のもとに条約の国内的効力を認めていると解する点では、学説は一致している⁽²²⁾」等の記述もあるが、日本国憲法の条文を根拠にする一元論は、理論的に一元説と二元説の何れが妥当かという問題と、日本国憲法が条約をどのように受け入れたと解すべきかという日本国憲法解釈の問題を混同してきたと思われる。逆に「現在の支配的な見解は、基本的に二元論にたっている⁽²³⁾」という記述もあり、憲法学説が当然に一元論を受容した、又はそうせざるを得ないと解するのは誤りのように思われる。

二元論では条約の変型・受容の問題が解決できないかのような理解が、特に憲法学界では一般的であるが、そうではなく、二元説を前提にするからこそ、条約をどのように扱うかが各国憲法の問題となるのである。⁽²⁴⁾ 国際法優位の

元論に立つとすれば、その在り方は国際法が決められているべきであり、憲法の規定は結局は無力である筈であるが、それは解されていない。そして同時に、国際法上は、国際法上の義務を免れるために国家は国内法を援用できないとされる⁽²⁵⁾一方、他方では国際法に抵触する国内法も、国際法が国内法に編入され国内的な改廃手続がとられるまでは有効となるのである⁽²⁶⁾。抵触は一方の次元の視点では生じるが、両者は互いの次元では有効なものである。即ち、このようなことは二元論ゆえ説明が可能なのであって、何れの一元論でも説明しにくいものであると言えよう。

日本国憲法は、その七三条三号などからすれば、条約は変型などの手続は不要であるが、国会の承認を経て国内法の効力を有するとしているように解せられる⁽²⁷⁾。二元論に従えば変型がなされないときは国内法とならないので同理論は現実的ではない⁽²⁸⁾、というような批判は当たらない。この議論にも、条約の受容に関する憲法解釈の問題との混乱が見られる。国際法の国内法的受容に關しても二元論的観点から説明は可能であつて、条約の国際法的効力と国内法的効力の区別が語れることも、寧ろ二元説を支えることになろう⁽²⁹⁾。学説は、長く変型理論と採用理論(実施理論)の論争などに精力を費やされ、無用の混乱を招いてきたという指摘は強ち過言でもないのである⁽³⁰⁾。また、多くの憲法学説が唱えるように、理論上は国際法優位の一元論を主張しながら、日本国憲法の解釈論として憲法優位説を採用することは、「奇妙な矛盾⁽³¹⁾」にも見える。結局、二元説を前提に、各国憲法が国際法の尊重・遵守を謳い、他方、条約の国内法化は各国憲法に委ねるということが国際法の原則として承認されると解するのが寧ろ現実的、かつ理論的にも適切であると思われるのである⁽³²⁾。

このほか、「国際法が成立しても、それに基づく義務を履行するに必要な国内法上の手続がなされない限りは、国家はその義務を履行し得ない」とすることは国際法の性質・機能に反するというべきである⁽³³⁾」であるという二元論

批判や、「法の現実をみるかぎりでは二元論的な現実があるが、しかし、法の理論的・体系的な理解としては、国際法と国内法を総合的・連続的にとらえる一元論が妥当⁽³⁴⁾」という説明もあるが、現実の法秩序形成が二元的であれば二元的に捉えるのが妥当のようにも思える⁽³⁵⁾。二元論を批判する論者も、徹底した規範論理主義者を除けば両法体系の相違と衝突は認めざるを得ない⁽³⁶⁾。両法体系に矛盾抵触が現存することが理念としての一元論の根拠だとするのは、やや強引の誹りを免れまい。二元論がこの解決に無力なわけではない。理念としても問題は生じない。また、条約の国際法上の効力は国内法の射程外にあり、あくまでも国際法によって決められるが、その国内法上の効力は国際法によって決定的になるものではなく、国際法と国内法は別個の分野で優位性を保持するものであることは多くの認めるところ⁽³⁸⁾と思われる、だとすれば率直な結論は二元論となるべきように思われるのである。そもそも、国際法は平等な関係にある国家相互の関係を規律するのに対して、国内法は国内における個人と国家の従属的關係を規律してきたものであり、また前者は国家の合意を基礎として成り立つが、後者は国家の単独意思を基礎としており、法としての正当性の根拠が異なると指摘できる⁽³⁹⁾。国際法と国内法は、多くの場合規律対象が異なるのであるから別個のものとして並立可能であるとも言えるので、二元説が成立すると考える方が妥当であろう⁽⁴⁰⁾。

実際、人権に関する条約が締結されたとき、各国が国内法の整備を行い、国際的取引に対処するため国際私法が条約とのすり合わせを必要とすることなどは、二元説を妥当としつつ、密接な連関を取りながらの政府の意思が分裂しないよう図る所作なのである⁽⁴¹⁾。逆に憲法に反するとして条約破棄が通告されることも、二元説だから並存し得るのである。決して、一元論を根拠に、当然に矛盾抵触するものの一方を強制力をもって無効にすることはないのである。近時、ヨーロッパにおいてマーヒトリヒト条約、アムステルダム条約等の締結⁽⁴²⁾が、各国主権の委譲ないし制限を伴う

ため、各国で憲法の一部改正を必要としたことは、⁽⁴³⁾法体系が一見一元化に向かう現象の中で、二元説が現在妥当していることの説得力をかえって強めるように思われる。⁽⁴⁴⁾

ところで、憲法学界にはあまり紹介がないが、一元論に立ちつつ、国際法と国内法は等位とする説が近時国際法学界では通説化してきている。⁽⁴⁶⁾それは、両者間に齟齬⁽⁴⁷⁾があるときは各国は調整によりこれを解決すべきとする、いわゆる等位理論もしくは調整理論である。⁽⁴⁸⁾同理論は、法体系そのものを認識する場合には二元論的立場を採るものの、義務の調整を国際法が予め要求する法的義務と観念するという点で従来の二元論とは異なり、一元論だと評される。⁽⁴⁹⁾そして、一元論・二元論論争が学理的な抽象論争に結びついた形式主義となる中で、それを払拭する理論的特色があると言われている。⁽⁵⁰⁾そしてこの理論の主張者は、従来の一元論が国際法か国内法の何れかの優位を導いてきたことを批判し、論理的に何れかが優位することは言えない以上、両者の関係は従属ではなく等位だと説明して、⁽⁵¹⁾国際的な問題は国際的な手続で、国内で提起された問題は憲法秩序が委ねた通りに国内手続を通じて解決される⁽⁵²⁾とするのである。しかしこのような学説に対して、実践の正当化に際して「具体的文脈にに応じて」という基準しか示していないとか、⁽⁵³⁾自然法的な一元論が優れているとしながら国際法と国内法は共通の場を持たないとするのは実証主義の見方が曖昧であるとか、⁽⁵⁴⁾結局、国際法と国内法の抵触関係について十分な評価ができないとする批判もある。⁽⁵⁵⁾等位理論が一元論であるとするれば、国際法と国内法が相互に創設関係に立たないとする⁽⁵⁶⁾中で、両者がどのように同時に等位の正当性を確立するかが不明である。両者を成立させる共通の正当性は、筆者には見いだし難い。また、上位の調整原理が語られないことは同理論が一元論を基盤とすることを疑わしくさせるものであろう。そして、このような見解は結局のところ二元論にほかならないとする批判もある。⁽⁵⁷⁾二元論に立っても、国家間を規律する国際法は本来的に国内で妥当す

るものではないから、条約を国内的に実現するためには「何らかの方法」が「理論的には不可欠」なのである。⁽⁵⁸⁾ 仮に等位理論に従った場合、もし二つの法体系の優劣を決定できるならば共通の上位の法体系が存在する筈であるという答えを拒絶し、当事者が單純に抵觸する何れかの法体系に従った決定をすればよいのだとしても、認識主体の問題は残ろう。⁽⁵⁹⁾ そして、法規範の緩やかな相互關連、重なり合いの中で、法抵觸の除去・無矛盾性の保証を高める必要に到達するべきであろうが、それは最終的には認識主体たる各国家に任せられることとなろう。⁽⁶¹⁾ だがこのことは二元論が認識してきたことではないのではなからうか。⁽⁶²⁾ もし仮にこれまでの二元論が、國際法・国内法の抵觸を黙殺し、対外・対内で矛盾した対応を国家が放置することは寧ろ贊美されるかのように述べてきたのであれば、その点は修正されるべきであるが、このような明示的な記述は見当たらないのである。⁽⁶³⁾ 二元論もまた両法体系を法として把握することは行っており、だからこそ法的に繼續するその矛盾抵觸の解消に努めていると言えよう。

結局、従来の二元論と實質的に大差ない等位理論も、法体系は一元論的でなければならぬという觀念の創造物であつたように思われる。しかしそもそも法秩序はもとも多元的⁽⁶⁴⁾なのであり、公法学者は実はそのことに気づく機会を有していた。それは地方自治権の性質に関する議論である。周知の通り、それを前国家的なものと考える固有權説と、國家の統治権の委任に基づくとする傳來説という大きな対立があつた。だが、固有説には近代國家における國家主権の不可分を否定する理論上の問題があり、歴史的基盤も欠くという批判がされた。⁽⁶⁵⁾ そして日本國憲法の解釈としては、憲法が地方自治を保障したのであつて、憲法に先立つ議論は無意味であるとの批判もなされたのである。⁽⁶⁶⁾ 地方制度は幕藩体制的なものや連邦制も考えられるほどであり、更に様々な中間団体の自治を許容すれば、理論上は国内法も始源は多元的なのである。しかし、主權國家の確立によってこれは一元的に考え得るようになり、多元的な国内

法が最高法規の定立により統一され、まさに多元的な法状態を国家意思、或いは憲法制定権力の意思によって一元的にしたのである。⁽⁶⁸⁾「国内法がそれぞれ独立して多数存在している点を考慮すれば、」二元論は「多元論という方がより適当で」⁽⁶⁹⁾あるという国際法学者の言こそは正鵠を射ている。そして、目を国際社会に転ずれば、本来多元的な法を統一するような世界政府がない以上、国内法と国際法はなお実践的にも二元的に捉えることが妥当であるように思われる。⁽⁷⁰⁾重ねて言えば、法が唯一の正義を求める方向性を有することは否定するものではないが、常に法には一元的上下関係がなければならぬとするとは論理の飛躍と言えるものである。⁽⁷¹⁾

少なくとも現在の国際法と国内法は正当性の根拠を異にし、理論的な上下関係はないことは確認すべきであろう。

二 憲法と条約の関係についての日本国憲法解釈論

さて、以上の問題とときに混同されてきたが、各国の実定憲法が条約を一元的に捉えるか二元的に捉えるか、一元的だとすれば国内法のどの地位を付与するかは、条約の国内法的効力の問題であり、各国国内法によって決められる別の問題である。⁽⁷²⁾法理論上一元説か二元説の解は、条約の国内法的効力の問題を自動的に解くものではない。⁽⁷³⁾また、国内法的効力がある条約が直接適用可能というわけでもない。⁽⁷⁴⁾以上のような法理論一般の問題と区別して、「国法秩序の外部から国法秩序に入ってそこに地位を占めるもの」⁽⁷⁵⁾についての憲法の対応を明らかにすることは、憲法学にとって重要な、これこそ憲法学が回答すべき問題とすることができよう。⁽⁷⁵⁾

とは言え、条約の国内法的効力を否認することは結果として条約の実施を怠ることになり、国際法上の責任を負わされることにもなり、このような事態は回避せねばならないので、⁽⁷⁶⁾多くの憲法は条約に国内法的効力を認めている。

そして、日本でも圧倒的通説が条約に直ちに国内法的効力を認めており、この問題については一元的理解がなされているのである。仮に理論面では二元論が妥当だとしても、実定憲法が条約の受容の仕方を含め、これが一元的であれば、条約の国内法的効力は一元的に考えてよい。⁽⁷⁸⁾ 理論上二元論に立てば国内法化は全て変型を必要とするというは行き過ぎであり、いわゆる「自動執行条約」⁽⁸⁰⁾についてはその必要がないなどのほか、国内法への受容は基本的には各国内法の問題であるからである。⁽⁸¹⁾ 換言すれば国内法が主体的に定めるべき問題である。よってまず、国際法優位の一元論に立ち、条約が自動的に当然に国内法的効力を有する、とは言えないことは確認しておく必要がある。⁽⁸²⁾ そして国内法的序列の中で、条約をどの位置に遇するかは各国国内法の問題であるから、結局は国内最高法規である憲法の定め方及び解釈の問題である。⁽⁸⁴⁾ 論を進めるならば、どの条約を国内法上どの位置に遇するか、変型を要するか否かを個別に決めることも、一応国内法の自由であるということすらできよう。⁽⁸⁵⁾ 日本国憲法は、七三条三号で全ての条約は国会の承認を必要とし、九八条二項が国際法規の遵守を定めており、条約は特別の変型手続を経ずして公布により一律に国内法的効力を有するという立場を採っていると解されよう。⁽⁸⁶⁾ ここでいう「遵守」とは、もし国際法上のものであれば当然に過ぎるので、国内的効力についての言及であると解されている。⁽⁸⁷⁾ 補足すれば、日本国の正当性は特定の条約にあるのではなく、憲法制定権力の憲法制定行為に究極的にはあることは忘れるわけにはいかない。また、前者のようなスタイルの国家は条約をもって憲法とするのが常であり、何れにせよ憲法の定め方がこの問題の鍵となるのである。⁽⁸⁸⁾ そして日本では条約の国内法的位置づけについては、法律に優位することは異論がないものの、⁽⁸⁹⁾ 憲法に優位するかが争点となってきたのであった。もし条約が「妥協の産物として、きわめて抽象的な用語で一般原則を宣明するにとど」⁽⁹⁰⁾ まるといっているのであれば、現実問題としては憲法と条約の抵触は生じないが、⁽⁹¹⁾ 必ずしもそうではない。条約

は憲法よりは具体的に定められようし、精神的自由を侵害する下位法令について厳格審査をすべきことなどは憲法学説では定説化しており、一見抽象的な憲法の文言であっても、解釈の幅は思いのほか狭いことも考えておかねばならないからである。⁽⁹²⁾

さて、憲法より条約を優位と考える条約優位説は、「新憲法の基本理念」⁽⁹³⁾、「新憲法全体の建前」⁽⁹⁴⁾などの抽象的理念や、日本国憲法九八条二項が国際協調主義を定めること、同条一項や八一条で「条約」がわざわざ除外されていることなどを根拠としていた。⁽⁹⁵⁾ 条約「締結国は相手国に対して履行の義務を負うが、この対外的義務については、憲法典と抵触する場合にも肯定的に考えなければならぬ」とする説もこの立場と解することができよう。これらの立場は第二次大戦終戦直後の国連中心の法秩序に多くの期待があった時代には有力であったが、東西冷戦時代にはこの結論は、日本国憲法の日米安保条約体制への従属を意味することとなった。⁽⁹⁷⁾ その結果、今日、これら以外に有力な憲法学説でこれに与するものは見当たらなくなったのである。国際法学説として、「国際法に適合するように国内法を解釈する」という原則は、多くの国で認められている⁽⁹⁸⁾、或いは「国際法に対する国内法の適応は、国際法の観点から、その憲法規範をも含めて要求されうる」という説明もあるが、少なくとも憲法を含む国内法をそう解すべきとする学説は憲法学説としては今日まず見当たらないと言わざるを得ないのである。

これに対して、憲法優位説はまず条約優位説を批判するところから議論を始める。主として第一に、憲法九八条一項は国内法秩序における憲法の最高法規性を宣言したものであるから、そこで「条約」が除かれているだけであり、⁽¹⁰⁰⁾ 第二に、違憲審査について記述する憲法八一条が他の主権国家との合意が必要な「条約」を除いたことは、一切の条約の違憲審査を否定したものにならず、ましてや条約の優位を承認したものとほならず、第三に、現在の国際社会を

前提とする限り、国際協調主義という不明瞭な一般原則を根拠として国際法の一方的優位を主張することは無理であり、日本国憲法が明治憲法と比べて、外政に民主的統制を加えようとしていることが顕著であることなどからしても、⁽¹⁰²⁾ 条約優位説は疑わしいとするのである。このような立場に立つ限り、違憲の条約は少なくとも国内法上無効だというのが必然的な結論であろう。⁽¹⁰³⁾ その結果、違憲の内容を有する条約は、国際法的には成立していても国内法的には効力を妨げられ、実施できないことになるのであるが、これは理論上の二元論そのものの結論なのである。⁽¹⁰⁴⁾ 九八条二項は国際法尊重の道徳的義務、条約の国内法体系への組み入れを示したものであろうが、違憲の条約まで遵守することを謳ったと解することは難しいであろう。⁽¹⁰⁵⁾ また通説は、憲法、条約、法律の序列を是認したのであるから、国内法（憲法）に反する国際法の国内法的効力を否定することも、国際法に反する国内法（法律）の国内法的効力を否定することもあるということになるのであり、このことは法理論的には二元論か等位理論に立たねば説明できないことでもある。一元論に立ちながらこの序列を許容するには、国際法上もこの序列が妥当するという特殊な理論を打ち立てねばならないが、各国憲法によって序列が異なる点を解消することはいかにも困難だと言わざるを得ないのである。加えて、条約優位説には、憲法改正はおろか法律より簡易に成立する条約によって国民主権の建前が侵されることは矛盾である、などという批判がある。⁽¹⁰⁶⁾ 場合によっては条約に憲法より上位の効力を認める国もあるが、何れの国も当該条約の承認には憲法改正と同等の手續を要求している。⁽¹⁰⁷⁾ 日本ではこのような解釈は成り立たないのである。これらの点は国際法学説としても説かれるところであり、⁽¹⁰⁸⁾ 既に憲法優位説は揺るがないと言えよう。

ところで、憲法の授權に基づく条約に、憲法に優位する権能を認めることは法論理的に不可能であるという指摘もある。⁽¹⁰⁹⁾ 仮に憲法が、条約の優位を定めていたとしても、憲法を根拠にそれが決まるといふ意味ではやはり憲法が条約

に優位すると言えなくもない⁽¹¹⁾。しかし、政府が条約を締結できる根拠は偏に国内法最高法規である憲法にあるわけではなく、様々の国際法上のルールにも依っている⁽¹²⁾のであり、このことをもって単純に憲法優位説を根拠づけるのは勇み足であろう⁽¹³⁾。条約優位説の中にも憲法が認めた条約優位性を根拠とし、条約と憲法の衝突の際に条約の優先的適用を認めると考える学説⁽¹⁴⁾もあり、このこと自体が論理的に破綻しているとは指摘できないと思われる。国際法学説も、国内憲法はなにびとが国家の代表として国際条約の締結者となるかを定めるに過ぎず、憲法の定め方が国家間の合意が国際法を形成することを何ら揺るがすものにはならない、という批判をこれに加えている⁽¹⁵⁾。「憲法の国際化⁽¹⁶⁾」などをスローガンとする、純粋な日本国憲法への信頼を基調とする憲法優位説はやはり理論的には無理があると言わねばならず、憲法優位説の根拠から外さねばならないように思われる。しかし前述の根拠が示されれば、国内法的効力に関しでは、条約優位説は否定され、憲法優位説が憲法解釈論としては妥当することは十分に言えるように思われるのである。

なお、憲法学説でも、憲法制定過程での議論を根拠に、締結された条約の性質に応じて、当該条約に内在する要求を可能な限り顧慮することが憲法上求められているとする説がある⁽¹⁷⁾。確かに憲法がこのような区別をすることは可能であり、理論上成り立ち得ない議論ではないことは理解できる。しかし、国内法上の効力としてそのような区別があるとする明文規定もない。またそのように解する根拠も乏しい日本国憲法の解釈として、この一点を根拠に大原則を覆すような解釈が有意かは疑わしいように思われる。この説は更に、「直ちに、現在のECのような高度の超国家機構を創設する条約あるいはそうした超国家機構が定立する法を意味するかどうかは、ここでは未解決のままである⁽¹⁸⁾」としながら、「日本国憲法は、優位要求を有する条約を締結した場合には、日本国憲法の基本原則が侵害されない限りにおいて、その条約を国法体系において遵守すること（したがって、その限りにおいて当該条約が憲法に優先して適用さ

れること」を認めているといえる⁽¹¹⁹⁾とする。しかし、この論旨が憲法優位を示すものかは疑問であると共に、現行憲法を前提とする限り、仮に連邦加入のようなことがあるとしても、連邦法の日本国内での効力は日本国憲法の解釈問題であり、場合によれば無効であつて、そしてそもそも包括的な連邦法優位を憲法改正もなく定めればその基本条約が憲法違反と解されるだけなのではないかという疑問は拭えないのである。勿論、ここで主張されているのは、「憲法と条約が衝突する場合」、「国際機構ないし世界政府によつて条約に抵触する憲法規定が廢止されるという仕組がない限り、憲法に対する条約の優位として考えられるのは、適用上の優位⁽¹²⁰⁾」だということである。だがそれは、原則として法律に対する日本国憲法の優位の問題でも同様なのである。国内裁判所が、国内法上、憲法に優先して適用せねばならない条約はあるか、という命題は、基本的には否定的に解されるべきであらう。

また、「確立された国際法規」を成文化した条約や、領土・降伏などに関する条約は憲法に優位すること主張する説は多い⁽¹²¹⁾。このうち、領土・降伏などに関する条約については、このようなものにまで憲法優位を貫徹しようとしても無意味であり、これを国際法の専権事項と考えるか、矮小化して統治行為論の問題とするかは兎も角、異論はなからう⁽¹²²⁾。このような解釈が憲法論としても妥当だという点が重要なのである。しかし「確立された国際法規」が挿入された点については、条約のほか慣習国際法が国際法の法源としてなお重要である点に配慮したものと解するのが素直に思え、一般にそれに反する国内法が国際的に非難され、事実上執行困難になることはあるにせよ、これが法的な意味で国内法上憲法に優位すると解せねばならないかは別問題と思われるのである。まさに条約の「国内的効力の承認は、条約を遵守する唯一の方法であるわけではないのである」⁽¹²³⁾。また、「確立された国際法規」が慣習国際法のままであるか条約化されているかは不明であり、これと条約とを区別することは問題が多いにも注意せねばなるまい⁽¹²⁴⁾。憲法

のうち根本規範は条約に優位するが、それ以外は劣位にあるという説もあるが、今日有力ではない。⁽¹⁶⁾ 根本規範以外の憲法規範について、憲法優位説の重要な論拠である国民主権の原理を外すだけの実質の意味がないであろうこと、⁽¹⁷⁾ そもそも根本規範の抽出が学説によって異なり難しいこと、明文もないまま特定の憲法規範より上位の法規範を認めることは困難であることなど、疑問が多いからであろう。更には、国連憲章や人権条約などの多国間条約は、二国間条約と区別して条約優位を示唆する学説もあるが、集団的安全保障条約や憲法の人権規定と矛盾する人権条約に日本が加入した場合などを想定すれば、この区別による明快な解決は難しい側面もあろう。そしてそもそもそのような条約は批准すべきでなく、仮に国会承認までなされたとしても、裁判所は国内法上優位する憲法に反する条約は国内法上無効と解するしかないように思われるのである。⁽¹⁸⁾ また憲法に反せず条約が承認した人権は法律レベルで解釈上拡充されれば足りるのであり、国内法上の問題に過ぎないのである。⁽¹⁹⁾

要するに、憲法優位説に特別の留保は不要であるように考えられる。憲法の最高法規性が国内法の効力として憲法が条約の上位であることを保障する、となるだけのように思われる。憲法優位説に従っても、憲法違反とされた条約が国際法上も無効となるかは別問題であり、理論面で国内法優位の一元論を招来するするのは誤解であろう。この結論が国際法の解釈に委ねられることは、寧ろ理論上二元論故の帰結なのである。なお、理論上優位理論に立つことになれば、多くの国際法学者の意図とは逆に、憲法違反の条約が国内法上無効となる方向のみが残ることとなろう。逆はあり得ないのである。⁽²⁰⁾ よって、二元論を優位理論で置換しても結果は変わらないであろうと思われる。

三 憲法解釈論としての各論的解答

以上の議論の展開は、条約の違憲審査及び条約の国会承認についての議論にも影響を与えよう。⁽¹³⁴⁾ これらは内閣やとくに地方公共団体の活動などにも影響を及ぼそうが、以下、議論の多いこの二点に絞って検討することにする。

(一) 条約の違憲審査

仮に理論上国際法優位説に立つならば条約の違憲審査というものはあり得ないと思われる。あるとすれば憲法の条約適合性審査が憲法上可能かという奇妙な論点だけであろう。また、理論上の二元論に立つても条約優位説によるならば、条約の違憲審査というものは同様にあり得ない。理論上の二元論に立ち、憲法解釈論としても二元説によれば条約と憲法の優劣の問題は生じない。よって、憲法解釈として一元説・憲法優位説に立ち、変型手続を経ず条約が自動執行力を有する国においてのみ、条約の違憲審査の限界という命題は成立すると解される。⁽¹³⁶⁾ 圧倒的通説は日本でもこの立場であるので、この命題は検討に値するのである。

しかし憲法優位説に立つ説でも、条約は違憲審査の対象ではないという否定説もある程度有力である。憲法八一条が「条約」という文言を有さないこと、国家間の合意という性格を有すること、極めて政治的な内容を含むものが多⁽¹³⁷⁾いことなどがその理由とされる。だが、国家間の合意という性格が一切の違憲審査を排除すべきほどの理由かは疑問である。国内裁判所が国内法との抵触を理由に条約の国内適用を拒否したとしても、生じるのは当該締約国の国際法上の義務違反の問題であって、国際法規範の否定までは言及していないのが通常である。⁽¹³⁸⁾ 政治的内容を含む条約が違

憲審査の対象か否かは別途統治行為論の問題として検討すれば十分であるので、条約の違憲審査不可能性の一般的理由にはならないと思われる⁽¹³⁹⁾。特に、人権保障の観点からすれば、このような議論の帰結は重大な結果を招くと言わざるを得ない⁽¹⁴⁰⁾などとして批判は多いのである。

やはり憲法優位説に立つ以上、下位法令となる条約の違憲審査は原則として可能と考えるのが妥当であるように思われ⁽¹⁴¹⁾、憲法学説としては、今日、肯定説が相当優勢になるに至っているのである。上位法は下位法を破るという法原則を守るならば、裁判所は一般的には、「条約の内容がはっきりと憲法の規定にふれそれ以外に解しようがないときは」「条約を憲法と矛盾する範囲で国内的に無効と判断しなければならぬ⁽¹⁴²⁾」と思われる。憲法優位・条約違憲審査権否定説の中でも、条約自体の違憲判断はできないが、法令等の審査の前提問題としての条約の違憲審査は可能だとするものがあるが、条約を一般的に、対外的効力まで違憲無効と判断できるとする学説がない以上、肯定説とほぼ同旨と解される。一般的には条約を実施する国内法が制定改廃されることが普通であり、寧ろその合憲性が問われる中で、間接的に条約も違憲審査される場合が多いとも言える⁽¹⁴³⁾。法令の違憲審査が可能なのは自明であるから、必ずしも常に無効を導けるかは兎も角、条約の司法審査は可能と解すべきように思われる⁽¹⁴⁵⁾。

学説の中には、条約は八一条の「法律」や「規則又は処分」に含まれるとする説があるが、第一にそれは文言上無理である。第二に主権国家間の合意で成立する条約と、一国の単独意思で成立するこれら列挙されたものとは性質が異なり、類推解釈としても難しい。第三に、条約が「規則又は処分」だとすれば、「条約は、憲法はもとより法律、命令の下位に立つことになり、憲法、法律、命令の下で違憲審査、法令審査にも服することになる」などの問題も大きい⁽¹⁴⁷⁾。加えて第四に、憲法八一条などが「条約」を記さないといういわゆる「憲法の沈黙⁽¹⁴⁸⁾」は、それが違憲審査の対

象でない決め手とはなり得まい。更に第五に、列挙されているものに「条例」はないが、これが違憲審査の対象であることは憲法の下位法令であるが故に当然と考えられるのであり、文言に過度に拘ることはこのこととのバランスから考えてもおかしいと言える。この説には以上様々な批判が可能であり、採り得ないように思われる。

思うに、司法の概念からして、憲法七六条から法令審査権は発生し、八一条はその確認規定に過ぎないとするのであれば、国内法上下位法令である条約の違憲審査は、少なくともその国内法的効力については可能だとするのが論の帰結であり、⁽¹⁵⁰⁾ 加えて法律以下の条約適合性をも司法権は審査できて然るべきである。⁽¹⁵¹⁾ 肯定説は、決して条約の国際法的効力を否定する権限を国内の裁判所に付与するものではなく、⁽¹⁵²⁾ 条約の国内法的効力に限定した審査肯定説に過ぎない。⁽¹⁵³⁾ このことは、条約の違憲審査が国際協調主義を揺るがすようなものだとする否定説への反論となり、⁽¹⁵⁴⁾ 条約の違憲審査を否定する説の杞憂を打ち消すものであろう。また肯定・否定両説の乖離が、現実の判断の場面を想定すれば、さほど大きくはないことを示すものである。⁽¹⁵⁵⁾ 加えてこのことは、理論上の二元論を補強するものとなる。⁽¹⁵⁶⁾ 結果、もし憲法解釈上の憲法優位説に従うのであれば、そのことをもって条約の国内法的効力に関する違憲審査は理論的に可能だとすることが当然のようにも思われ、別の様々な理由から条約が司法審査の対象でないケースが多いという性質を有するに過ぎないように思われるのである。⁽¹⁵⁷⁾ 確かに条約の違憲判断は政府を困難な状況に追いやるので慎重にすべきであるという見解もあるが、⁽¹⁵⁸⁾ この観点は統治行為論などに集約できよう。⁽¹⁵⁹⁾

なお、憲法九八条が「確立された国際法規」の遵守を謳うが、そのことは違憲審査の点で解釈を導くものとは必ずしも言えないと思われる。国際法的にはそうでないものとの違いはなく、何をもって「確立された国際法規」と解すべきかは自明ではないばかりか、結局のところ日本国憲法の解釈問題となるので、特に最初からこれを違憲審査の対

象外と考へる必要はないと思われるからである。

(二) 条約の国会承認

頻出の論点として、条約の国会承認の問題もある。⁽¹⁰⁾ 条約の違憲審査の問題が条約の実体的違憲無効の可能性の問題であるならば、これは条約の手続的違憲無効の可能性の問題である。⁽¹⁰⁾ そして事前承認のある条約締結は勿論有効であり、事前に承認されなかった(否決された)条約を締結することはさすがに違憲であり、締結した条約を事後承認すれば有効であることは間違いないところなので、問題は内閣が締結した条約を国会が事後に承認しなかったときの有効性に問題は限定されるのである。

一般に条約優位説によるならば、条約の国会承認についても、もしそれが国際法上有効に成立しているのであれば議論は無意味だということになろう。条約の成立はあくまでも国際法の問題だとして有効説を唱える学説もある。⁽¹⁰⁾ 憲法学説の中にはこれは「日本国憲法ではなく国際法規が決定すべきところ」⁽¹⁰⁾とする説もあるが、定め方は国際法の自由という趣旨であるならば、この立場と同じであろう。しかしこれらの立場に従えば、事前承認が否決された場合でも条約締結は有効であると言わざるを得ず、⁽¹⁰⁾ 疑問も多い。そして単純な有効説に対しては、条約の国内的効力まで承認するのかという疑問がある。⁽¹⁰⁾ もしそうならば、憲法が条約に関していかなる手続的規定を設けようと無意味だということになり、他方そうでないならば後述の国際法上有効・国内法上無効説と全く同じことになりはしないか、との疑問があるからである。なお、一般的には憲法優位説に立ちながら、事後承認なき条約も、締結当事者の信頼や国際法の安定性を重視すべきなどの理由から、有効とする説もある。⁽¹⁰⁾

逆に憲法優位説を徹底して貫けば、国会承認のないものは条約でなく、無効にならう⁽¹⁰⁾。憲法学界ではこれが従來の多数説と言つてよい。この説は國際法的・国内法的効力とも無効と考へており、またそうでなければ憲法優位説を自称する説は後述の國際法上有効・国内法上無効説と區別がつかない。事前・事後の場合で有効性が異なることを根拠に、以上の学説、特に無効説が一貫性が強く説得的であるという主張もあろうが、何れも極端に条約または憲法の優位性を貫くものであり、条約の事後承認の問題の結論を理論的な一元・二元の問題にまで及ぼそうとしている点で特に問題がある。國際法にも国内法上の手續が条約の成立要件であるとするルールがなく、国内法にも國際法上有効なものは国内法上も有効だとする規範がないのであれば、何れの立場も成立し難いように思われるのである。

これに対して、事後承認なき条約は國際法上有効・国内法上無効という有力説がある⁽¹⁰⁾。理論上二元論に立つならば、その帰結として採りやすい考へ方である。そして更に近時有力に唱へられてきているのが、国内法の定めた手續が諸外国にも周知であれば、それに従つた以上、条約は國際法上無効となるという折衷説である。日本の場合、手續は憲法条文の問題であるので、現状では無効説と結論は基本的には同じとならう⁽¹⁰⁾。この折衷説は、ウィーン条約法条約四六条の立場でもあるとされている。しかし個別具体的な場合にこの原則だけで相手国に無効を宣言できるかは難しい⁽¹²⁾点は留意すべきように思われる。

この問題も理論的な二元論から、國際法上の有効性と国内法上の有効性は分けて考へられるべきであり、前者は憲法が要件を定めるべき問題ではなく専ら國際法の問題であり、後者に関しては、日本国憲法が、その場合の特例的な有効性等を定めていない以上、憲法優位の原則に戻つて国内法上無効と解すべきように思える。また、前者は國際法の解釈問題であるが、もともと批准書の交換により条約が成立し、また批准の際には留保が付せる（これは新たな条約

の申込と解せる」という国際法学説が有力であったことからして、常に有効と考える必要もなく、特に今日、ウィーン条約法条約四六条の下では日本の国会承認なき場合については原則無効と解せられると思われ⁽¹⁶⁾。仮定の話であるが、憲法上問題ないが国会法や議院規則に反した手続で成立した条約があったとすれば、その国際法上の有効性は動かないと思われ⁽¹⁷⁾。結論としては、特段の取決めがない段階では原則として国際法上有効・国内法上無効が原則と解せるが、ウィーン条約法条約を批准した日本は、同条約批准国に対しては、憲法規定を根拠に条約の無効を国際法上も主張できるようにした、と解すべきと思われる。

おわりに

以上は、基本的には理論上の二元論を踏まえている。混同されがちであったが、二元論だからこそ、憲法解釈論としての憲法優位説、及び法律に対する条約の優位が国内法的効力として導き出せる。これはだからこそ「従来の憲法優位説と条約優位説の対立図式のように、どちらか一方が常に全面的に優越するという問題ではない⁽¹⁷⁾」のではなく、やはり憲法解釈としては国内法上は憲法優位となると考えられる。国家意思の分裂を回避するため、「国権の最高機關⁽¹⁸⁾」である国会は条約の承認権、ときには憲法改正の発議権を行使して、条約と憲法の間の矛盾抵触を解決しようと努め、或いは裁判所が解釈により解決を図るものではなからうか。そして、それだからこそ、その前段階として、条約の国内法的効力に限って違憲審査は可能であり、国会の事後承認なき条約は国内法的には有効とはならないのである。また、以上を承認した上で、法律の条約適合性審査も可能となるし、条約の国会承認についての他のケースも説明できるのである。法的解決と政治的解決は、取り敢えず分けて議論を始める必要があることは指摘しておきたい

と思う。補足すれば、実体や手続が憲法に抵触する条約を国際法上有効とすべきかどうかは専ら国際法の問題である。理論上法は多元的であり、現実にも少なくとも国際法と国内法は二元的なまま残存しており、解釈はそのことを踏まえるべきように思われる。理念としての世界法のようなものはなお架空の世界のものとどまるからである。

確かに「国際社会の安定化をすすめる」という観点からみれば、将来的には、原理論としては、国際法（とくに、国連法）優位の下に一元化することが望ましい⁽¹⁷⁹⁾という提言もある。また、過去には「公法秩序が世界的に統一されるのは、二つの法の」「民主的な同化作用の深まり⁽¹⁸⁰⁾」であることが真摯に語られたこともあった。確かにEU統合や多国間条約の発達により、「国家主権の絶対性がゆらぎはじめている⁽¹⁸¹⁾」と言えなくもない⁽¹⁸²⁾。何れにせよ、これらが妥当するとき、それはまさに世界連邦への方向に法の世界が僅かでも向かうことを意味している。だが、仮にそれが成就したとしても、世界連邦が世界「連邦」であるならば、即ちそれがあくまでも連邦制であるならば、そこには連邦派と州権派のような解釈対立が残ることを忘れるわけにはいかない。法律と条約で立法府の関わり方が形式上同じになれば国際法と国内法の抵触の問題はなくなるという評価もあるが、この言には憲法が視野に入っていない⁽¹⁸³⁾と思える。世界連邦と各国憲法の関係が直ちに一元化するとは言えなからう。かといって世界統一政府が望ましい⁽¹⁸⁴⁾と思う人はそう多くはないのではなからうか⁽¹⁸⁵⁾。やはり理論上、法は多元的であることを確認した上で、その相互間の齟齬を解消する営為は継続するのである⁽¹⁸⁶⁾。ドイツ憲法裁判所やドイツの学説がEC法優位を承認しつつ、その場合でさえ、その優位の限界として「憲法秩序のアイデンティティ⁽¹⁸⁷⁾」保護という定式を示したことは注目に値しよう⁽¹⁸⁸⁾。そして制度的に矛盾対立を排除する工夫は現在もなされているのである。日本国憲法が「国際法にむけられた国内法の顔⁽¹⁸⁹⁾」として国際協調主義を定め、他方ウィーン条約法条約が国内の民主的手続に配慮していることはその例と考えられよう。「国

際法と国内法の抵触から生ずる緊張関係に対し法的な安全弁 (safeguard) を整える⁽¹⁸⁾ことが、専攻や専門を超えて法律家・法学者の努めであることは、将来も相当程度長期にわたり不変であるように思われるのである。⁽¹⁹⁾

- (1) 学説史は、山本草二「国際法の国内的妥当性をめぐる論理と法制度化」国際法外交雑誌九六巻四〇五号一八頁、二四頁以下(一九九七)〔以下、山本草前掲註(一)I論文、と引用〕が詳しい。以下に挙げるもの以外では、宮崎繁樹「国際人権規約と国内法」法学セミナー四〇六号二八頁(一九八八)、向井久了「憲法と条約の効力関係」受験新報三八巻六号一二頁(一九八八)、大村泰寿「条約と憲法」法学セミナー四三七号五一頁(一九九二)、綿引光義「条約と国内法」法の支配八四号七二頁(一九九二)、青柳幸一「憲法と条約」法学教室一四一四号四六頁(一九九二)、小林節「憲法と国際法」受験新報四三巻二一七号(一九九三)、斉藤正彰「国法体系における条約の適用(二・完)」北大法学論集四六巻四号二四五頁(一九九五)、山本草二「現代の国際紛争と国内法」成蹊法学四三三二八三頁(一九九六)、高野幹久「アメリカ合衆国国法体系における国際法の地位」関東学院法学六巻一号二五頁(一九九六)、江島晶子「国際人権保障における個人の申立制度の憲法上・国際法上の意義」法律時報六八巻四号八三頁(一九九六)、同「国際人権条約の実効性を確保する国内法上の手段」宮崎繁樹古稀『現代国際社会と人権の諸相』二九頁(一九九六)、保坂洋彦「条約と国内法」法の支配一〇七号五頁(一九九七)、高桑昭「外国仲裁判断の承認・執行に関するわが国の国内法、二国間条約及び多数国間条約の適用」法学論叢一四二巻五〇六号一頁(一九九八)などがある。このほか、国際法と法律との関係等を論じたものには、池田宏子「通訳費用をめぐる国際法と国内法の関係」西南学院法学研究論集二二号一頁(一九九四)、ディーター・ライボルト「出口雅久Ⅱ水野五郎訳」『民事訴訟における国内法と国際法の相互作用』立命館法学二五五号二九六頁(一九九八)、「特集・国際法と国際民事訴訟法の交錯」法律時報七一巻三号四頁(二〇〇〇)などがある。

(2) 高野雄一「憲法と条約」一二頁(一九六〇)。

- (3) 君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論再考——その論点の再整理をきっかけに」東海大学文明研究所紀要一七号一一頁(一九九七)、同「民法学における『公序良俗』論の憲法学的検討」行動科学研究五〇号六三頁(一九九八)、同「法例(国際私法学)における『公序』論の憲法学的検討——法例三三条と憲法学の交点について」東海大学文明研究所紀要一九号三九頁(一九九九)、同「私立『大学の自治』の再検討——第三者効力と制度保障の交点?」大阪国際公共政策研究四巻一

号一二九頁（一九九九）、同「伝統的第三者効力論・再考（一、二・完）——日本の憲法学は憲法の私人間効力をどう考えてきたのか」関大法学論集四九巻五号一一三頁（一九九九）、六号四五頁（二〇〇〇）、同「第三者効力論の新世紀（一、二・完）——日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えているのか」関大法学論集五〇巻五号一二四頁（二〇〇〇）、六号一〇五頁（二〇〇一）。

(4) 関連して、条約同士の抵触の問題も国際法の解釈問題として指摘し得る。小島千枝「条約の抵触」中大院研究年報二八号八五頁（一九九九）など参照。

(5) 但し、「実際問題の解決には有効でない場合も少なくない」という指摘もある。山本草前掲註(1) I 論文一九頁。奥脇直也「国際法と憲法秩序」試論（一）立教法学四〇号八一頁、八二頁（一九九四）も、「二元論をとるか三元論をとるかによって、国際法を国内的に実施する際の実際上の措置に重要な違いは生じない」とする。

(6) 石本泰雄「国際法と国内法の関係」寺沢一「内田久司編『国際法の基本問題』一三頁、一五頁（一九八六）。

(7) 森英樹「憲法と条約」法学セミナー三八九号四八頁、四九頁（一九八七）は、より直截に、「条約と憲法のどちらが優位かを抽象的に論じてあまり意味のないことがわかる。議論の深層には安保条約に対する評価如何が関わっているからである」と述べている。斉藤正彰「国法体系における憲法と条約（一）」北大法学論集五〇巻二号一頁、四二頁（一九九九）はこのような傾向を纏めて、「我が国の憲法学は、憲法と条約の関係について、戦後の一時期を除けば、近年まで実質的に日米安保条約のみを背景として議論を展開してきたきらいがある」と、批判的に考察している。

(8) 長谷部恭男「憲法」（第二版）四三七頁（二〇〇一）。国際法学の分野でも同様の記述は見られる。高野雄一「新版国際法概論上」七三頁（一九八五）。

(9) 佐藤幸治「憲法」（第三版）三〇頁（一九九五）。

(10) 田畑茂二郎「国際法講義上」（新版）四八頁（一九八二）。

(11) 同右四七—四八頁参照。

(12) 樋口陽一「栗城寿夫『憲法と裁判』二七二頁（一九八八）」。田畑前掲註(10)書四九頁も参照。

(13) 石本前掲註(6)論文一六頁。但し同論文はその直前で、一般に「国際法は国内法が自己と合致することを要求している」であり、その点からいえば国際法と国内法との関係は、国際法の優位の関係として把握されるのが自然のなりゆきとでもい

うべきもの」とも述べている。

- (14) 中原精一『国際条約と憲法の課題』三二頁(一九六九)は、「個別国家の利益擁護を前面におしだして、他国の国民の人權を侵害したり、憲法の基本原理を破壊するような条約」についても条約優位説を貫徹する「ことは、正義の実現を使命とする法理念とは矛盾をきたす」とまで述べている。

- (15) 斉藤前掲註(7)論文一五頁は、これを主張する学説の多くが「いわゆる国際法優位の一元論に対する誤解と、一元論・二元論と国法秩序の段階構造における地位の議論との混同との上に成り立っている面があるのではないか」と指摘している。

- (16) 特に、高野前掲註(2)書一八頁以下参照。

- (17) 樋口陽一『憲法Ⅰ』四〇八頁(一九九八)。

- (18) 同右同頁。

- (19) 和田進「憲法と条約」阿部照哉∥松井幸夫編『HAND BOOK 憲法』三一九頁、三三〇頁(一九九〇)。伊志嶺恵徹「憲法と条約」芦部信喜編『憲法の基本問題』一四一頁、一四四頁(一九八八)も参照。

- (20) 佐藤幸前掲註(9)書三〇頁。

- (21) 上田章∥浅野一郎『憲法』二四頁(一九九三)「上田」。

- (22) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ』(新版)三九〇頁(一九九七)「野中」。辻村みよ子『憲法』六〇頁(二〇〇〇)、伊志嶺前掲註(19)論文一四一頁(一九八八)も参照。

- (23) 松井茂記『日本国憲法』六一頁(一九九九)。国際法学の分野でも同様の記述は見られる。藤田久一『国際法講義』一〇三頁(一九九三)。

- (24) 松井茂同右六一―六二頁。

- (25) 松井芳郎ほか『国際法』(第三版)二〇頁(一九九七)「松井芳」ほか参照。

- (26) 山本草前掲註(1)Ⅰ論文二〇頁。

- (27) 松井芳ほか前掲註(25)書六二頁「松井芳」。

- (28) 中原前掲註(14)書三三―三四頁。

- (29) 内野正幸『憲法解釈の論点』(第三版)一九七頁(二〇〇〇)。同書は続けて、「なお、国際法の国際法的効力の方は、

もつぱら国際法によって決められる」と述べている。この点はさらに進んで、憲法の国内法的効力が専ら憲法によって決められることも確認しておきたい。

- (30) 岩沢雄司「条約の国内適用可能性」三一六頁（一九八五）参照。
- (31) 小林直樹「憲法と国際法秩序」佐藤功古稀「日本国憲法の理論」三四頁、六一頁（一九八六）。
- (32) 樋口＝栗城前掲註(12)書二七一頁「栗城」。
- (33) 佐藤功「日本国憲法概説」(全訂第五版)五七九頁（一九九六）。
- (34) 戸波江二「憲法」(新版)五〇八頁（一九九八）。
- (35) 阿部照哉「憲法」(改訂)二七六頁（一九九二）。
- (36) 小林直前掲註(31)論文四六頁。
- (37) 阪本昌成「憲法理論Ⅰ」(第三版)九二―九三頁（二〇〇〇）。
- (38) 山本草二「条約と法律の関係」ジュリスト八〇五号一八二頁、一八七頁（一九八四）ほか。
- (39) 田畑前掲註(10)書四六頁。中原前掲註(14)書二二頁以下も参照。
- (40) 藤井俊夫「憲法と国際社会」一七八―一七九頁（二〇〇〇）。
- (41) 同右一七九頁は「究極的には、何らかの形で一元的な調整がなされることが望ましい」とする。田畑前掲註(10)書五〇頁も参照。
- (42) この周辺を論じたものとして、田村鋭一「EC裁判所における基本権の保障」日本EC学会年報五号二三頁（一九八五）、同「国際社会と公法の統合」公法研究五五号一九頁（一九九三）、同「欧州同盟（EU）の『憲法裁判』」覚道豊治古稀「現代憲法審査論」二三七頁（一九九六）、庄司克宏「EC人権共同宣言の成立過程とその意義」慶大法学研究六二巻九号八七頁（一九八九）、同「国連人権システムの現状と役割に関する一考察——ECおよび欧州人権条約との関連において」国際政治一〇三号一二九頁（一九九三）、同「EC裁判所における基本権（人権）保護の展開」国際法外交雑誌九二巻三号三三頁（一九九四）、山根裕子「ECの人権保護」ジュリスト九六一号一二六頁（一九九〇）、大橋洋一「国際ルールの形成と国内公法の変容」公法研究五五号五二頁（一九九三）、多賀谷一照「国家間法の国内法秩序への組み込み——EC法からの示唆」千葉大法学論集八巻一―二号四五頁（一九九三）、大河原良夫「フランス憲法院と条約」都立大法学会雑誌三四巻一号

二二二頁(一九九三)、建石真公子「法律に対する条約優位原則」の裁判的保障(二)——フランス一九五八年憲法第五五條の提起する問題」明大法政論集一五二号二九頁(一九九三)、ジェラルド・コナック「辻村みよ子訳」「マーストリヒト条約とフランス憲法(上、下)」ジュリスト一〇四五号九三頁、一〇四七号五九頁(一九九四)、滝沢正「フランスにおける国際法と国内法」上智法学論集四二巻一三三頁(一九九八)、江藤英樹「フランス憲法院判決と『法律に対する条約優位の原則』」明大法律論叢七二巻二二三号一五一頁(一九九九)などがある。

(43) 藤井俊夫「違憲審査の対象」樋口陽一編「講座憲法学6・権力の分立」[2]九五頁、一〇四頁(一九九五)、樋口前掲註(17)書四一四頁など参照。藤田前掲註(23)書一〇八一—〇九頁、岩沢前掲註(30)書二一九頁以下も参照。

(44) そのような基本条約が締結されれば、EC法は各国憲法の定める締結手続により国内的効力を獲得し、または国内法に変形されるという段階がなくなる。各国にはEC法の国内法への受容を阻む機会がなくなることになる。斉藤正彰「国法体系における憲法と条約(二)」北大法学論集五一巻三九七頁、九九頁(二〇〇〇)。

(45) 数少ない例として、伊志嶺前掲註(19)論文一四一頁。

(46) 中原前掲註(14)書六四頁は、条約は「国際法と国内法との同化作用を推進する民主主義原理に則して、憲法と対置すべきもの」と考える。そして、両者いづれが有効かの具体的判断は、その判断を下す人または機関の民主主義原理の理解への実践的な理性の問題であろうから、たとえば、非民主的な国際機構に対して国家が主権制限を拒否すると同様に非民主的な内容をもつ条約が、憲法によって排除されることも当然ありうると結論するほかはない」と述べているが、このような一般原則に過度にもたれた特殊な等位理論は極少数説である。

(47) 多喜寛「国際法と国内法の関係についてのおぼえがき」法学五一巻五号一九九頁、二〇七頁(一九八七)によれば、それは「抵触」ではないという。

(48) 三浦武範「法体系の調整に関する一考察(一)」法学論叢一四二巻二七六頁、七九頁注16(一九九七)によれば、これの一つの理論として最初に日本で紹介したのは山本章二「国際法」(新版)八五頁(一九九四)であるという。なお、初版では五八一—五九頁(一九八五)である。

(49) 三浦同右八一頁、奥脇前掲註(5)論文九九頁。

(50) 奥脇同右八三頁。

- (51) 三浦前掲註(48)論文八二頁より引用。
- (52) 奥脇前掲註(5)論文八六頁。
- (53) 三浦前掲註(48)論文八一頁。
- (54) 同右八二頁。
- (55) 横山真紀「日本国憲法九八条二項の規範的意義」中大院研究年報二八号七三頁(一九九九)。
- (56) 多喜寛「国際法と国内法の関係についての等位理論」中大法学新報一〇五卷六〇七号三三三頁、二七五頁(一九九二)。
- (57) 多喜前掲註(47)論文二〇〇頁。田中忠「国際法と国内法の関係をめぐる諸学説とその理論的基礎」山本草二還暦『国際法と国内法』三一頁、四〇頁(一九九一)も同旨か。
- (58) 多喜同右二〇八頁。同前掲註(56)論文二三七頁(一九九二)も参照。
- (59) 三浦武範「法体系の調整に関する一考察(二・完)」法学論叢一四三巻五号三四頁、三九頁(一九九八)。
- (60) 同右五三頁。小寺彰「国際法と国内法」法学教室二五〇号一二五頁、一二二頁(二〇〇一)同旨。
- (61) 奥脇前掲註(5)論文一〇一頁。同論文は、人権条約を効力させるための立法措置、行政措置について言及している。但し措置の国内法上の手段については国家の裁量に委ねられている場合も多い。同論文一〇三頁。
- (62) 多喜前掲註(56)論文二五〇頁。
- (63) 例えは明らかに理論上三元論に立つ松井茂前掲註(23)書六三三頁も、国内法上無効の条約については「内閣にはそれを修正・廃止する義務が生じることなろう」としている。
- (64) 三浦前掲註(59)論文四七―四八頁は、イスラム国際法を素材に、国際法の唯一性を確認する。このことと国内法・国際法の二元性は矛盾しない。
- (65) 佐藤幸前掲註(9)書二六六―二六七頁。
- (66) 松井茂前掲註(23)書二八一頁。
- (67) なお、この種の「頭の体操」的应用は法解釈学においてもっと必要と思われる。この点、条約の国内的直接適用可能性の問題を解くに当たり、憲法二五条の権利性の論争に注目した岩沢前掲註(30)書三五頁以下は興味深い。この論争については、藤井樹也「権利」の発想転換』三三七頁以下(一九九八)参照。

(68) 日本国憲法も完全に一元化することには躊躇があったようである。内閣の職務を定めた七三条は、その六号で「法律の規定を実施するために、政令を制定すること」を定めるが、地方公共団体の権能を定めた九四条は「地方公共団体は」、「法律の範囲内で条例を制定することができる」と定め、地方の自律性に配慮した表現となっている。

(69) 田畑前掲註(10)書四五頁。

(70) 小林直前掲註(31)論文五〇頁同旨。

(71) 同右五七頁同旨。

(72) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』八五頁(一九九二)、斉藤前掲註(7)論文一五頁など参照。国際法学説としても、松井芳ほか前掲註(25)書一九頁「松井芳」、山本草前掲註(38)論文一八六―一八七頁は、このことに注意を喚起している。

(73) 芹沢齊「憲法と条約」法学教室一七三号七三頁、七六頁(一九九五)。斉藤正彰「国法体系における条約の適用(一)」北大法学論集四六卷三号二〇一頁以下(一九九五)は、憲法優位説に立ちながら国際人権条約の実効性確保が可能であることなどを述べる。関連して、皆川洸『国際法研究』三頁(一九八五)は、「イタリヤ学説は一般に、各国家を管理者とする国内秩序が、国際法に対し、それに依存し、そこから派生した秩序としての地位をしめるようなぐあいには、国際法と直接的に關係付けられているとはみない」のであり、「一般に、国家の国内秩序は、それも等しく本源的な秩序である国際法に対して、本源的かつ独立の秩序であることを確認する」と解説している。

(74) 岩沢前掲註(30)書一八六頁。

(75) 斉藤正彰「国法体系における憲法と条約(五・完)」北大法学論集五一卷五号一七九頁、一八三頁(二〇〇一)参照。

(76) 高野前掲註(2)書九三頁。同書九四頁は「国際条約及びすべての外交政策は市民を拘束するので、単に統治者の問題なのではなく、また被治者のそれである」と述べている。

(77) 反対するものとして、山本浩三「憲法」二八七―二八八頁(一九七三)、河野弘幸「憲法略説」二四九―二五〇頁(一九八二)。この点特に、村上謙「わが国における条約および慣習国際法の国内的効力」時の法令六八八号一八頁(一九六九)参照。

(78) 阿部照哉ほか編『憲法(一)』(第三版)一三三頁(一九九五)「芹沢齊」。吉川和宏「条約の国内的効力」『憲法の争点』(第三版)二九六頁(一九九九)も参照。山本草前掲註(1)「論文二二頁もこれを確認する。

(79) 内野正幸「憲法と条約」法学セミナー四一七号一八頁(一九八九)同旨。

(80) この語の用法については、「議会による立法の必要なしに履行される」「何らの立法の必要なしに国内で効力をもつ」「国家による受容の必要なしに国内で効力をもつ」など、様々な意味で使われることも多いが、「それ以上の措置なしに適用される」という意味で用いられるのが本来である。岩沢前掲註(30)書二八一―二八四頁。なお、自動執行条約が否かは客観的基準で定まるものではなく、国家が条約を受諾するにあたっての決断が決定的重要性を持つと言うべきだとする指摘もある。奥脇前掲註(5)論文一一―一二二頁。この問題については、小寺彰「条約の自動執行性」法学教室二五二号一三四頁(二〇〇一)も参照。

(81) 田畑前掲註(10)書五一頁。また、条約の自動執行性の有無も最終的には基本的に当該国裁判所に解釈される。浅田正彦「条約の自動執行性」『国際法判例百選』一二二頁、一三三頁(二〇〇一)。岩沢前掲註(30)書三一―二頁も、「条約が国内において直接適用可能かを決定するのは国内法である」という節を立てている。

(82) 多喜前掲註(56)論文二七七頁。受容された条約とは「妥当根拠を当該国家の憲法にもち、しかも受命者を当該国家の国家机关や国民という国内法主体とする特殊な国内法なのである。」同論文同頁。

(83) 小寺前掲註(60)論文一二二頁。各国事情は、水上千之「条約の国内的編入と国内的効力」広島法学一六巻四号二六七頁、二八二頁以下(一九九三)、高野前掲註(2)書一七四頁以下、松井芳ほか前掲註(25)書二二頁表一・一「松井芳」など参照。「場合によっては憲法より上位」、「憲法より下位であるが法律より上位」「法律と同等」に三分されるといふ。西井正弘編「図説国際法」一九頁表一―七(一九九九)「楢林健司」も参照。なお、イギリスは変型を必要とする国の典型であるが、EC加盟にあたり、EC加盟法を制定して、EC法の直接効果や優位性など、EC裁判所が確立してきた原則を承認する旨を規定することによって問題を立法的に解決している。田畑茂二郎「竹本正幸ほか編『判例国際法』三九頁(二〇〇〇)「山手治之」より引用。

(84) 芹田健太郎「憲法と国際環境」〔補訂版〕三一六頁(一九九二)。

(85) 齊藤前掲註(75)論文一八三頁はこの点を強調する。

(86) 芦部前掲註(72)書八九頁。

(87) 齊藤前掲註(75)論文一八五頁参照。

憲法と条約の関係・序説

(88) 齊藤前掲註(7)論文四頁以下は、日本国憲法九八条二項の制定過程を考察する。また同論文二二頁以下政府見解の展開等も紹介する。

(89) 多くの学説は憲法九八条一項の規定からこれを導いている。齊藤前掲註(7)論文一八五頁参照。同論文一八七頁は更に、憲法九八条二項の「誠実に遵守すること」の意味が条約の国内法的効力の承認であるだけでなくにとどめることは、あまりに弱いとも指摘する。憲法制定当初からの学説は、憲法優位説も条約優位説もこの条文を、法律に対する条約の優位を根拠づけるものとして考えていないのである。同論文一八八―一八九頁参照。また、高野前掲註(2)書一七〇―一七一頁は、このことにより、国内法の改正により条約の効力が不安定になることを回避できる旨を述べている。付言すれば、通説のいう憲法優位説は、憲法が硬性憲法であつて改正が頻繁でないことを前提に、この立場が国際的に多大な影響を与えないことも裏打ちとなっているようにも思われる。またこのことからすれば、各国内法分野の法源として条約が認められるべきことも公理であろう。例えば、国際私法の分野でも、条約は法源とされねばなるまい。岩沢前掲註(30)書六九頁以下参照。法例などは憲法と条約に反しないことが求められる。これは他の法分野でも同様である。

(90) 岩沢前掲註(30)書三頁。

(91) もし政府行為が憲法にも条約にも違反しなければそれは許容される。憲法や条約の命じる幅が広ければ許容される範囲は広がるし、ときとしては両者が矛盾しないよう解釈することが求められることであろう。法律以下との関係も同様である。

(92) 「人種差別撤廃条約の差別的表現規制規定のように(日本は留保)、たとえ平等権をいっそう保護するためであっても」、「日本国憲法」二二条の表現の自由に反するような措置は認められない。」松井茂前掲註(23)書六四頁。なおこの点に異論を呈するとして、内野正幸『差別的表現』(一九九〇)も参照。

(93) 法学協編『註解日本国憲法下巻』一四八四頁(一九五四)。

(94) 田中二郎「新憲法における条約と国内法の関係」日本管理法令研究二四号一七頁、二七頁(一九四八)。

(95) ほかに、宮沢俊義『憲法』(第三版)八一七頁(一九五一)、俵静夫「憲法における条約」公法研究五号三四頁(一九五二)など。なお、齊藤前掲註(7)論文三〇―三三頁が、その嚆矢たる宮沢説はその根拠に憲法九八条二項の文言を挙げておらず、「条約の優位を許容しないしは承認する憲法規定の構造と、そうした解釈を基礎づける憲法の基本的態度」を問題にしていること、慎重に指摘していることは注目に値する。

(96) 小嶋和司『憲法概説』一三九頁(一九八七)。同書はさらに、「契約当事者は、事前に相手団体の憲法を検討して契約が有効であるかどうかを予め判断すべきであるという主張があるが、それは、代表者の越権としてA団体内で処理すべき問題を、相手国の責任で解消しようとするもので、団体憲法あるを知って、団体を拘束する外部社会に法あるを知らない『井の中の蛙』的エゴイズム法律論である」と述べている。同書二一九—二四〇頁。同様の記述は、ハンス・ケルゼン『尾吹善人訳』『法と国家の一般理論』五六—五六二頁(一九九一)にも見られる。

(97) 齊藤前掲註(7)論文二三一—四頁参照。佐藤幸治ほか『ファンゲメンタル憲法』三三五頁(一九九四)「中村睦男」は、「日本が国際人権規約を批准し、国際人権法が發展しつつある今日、改めて条約優位説の見直しが始まっている」とも述べている。

(98) 田畑川竹本ほか編前掲註(83)書三〇頁「岩沢雄司」。

(99) 皆川前掲註(73)書四三頁。同書は直前に、憲法起草者は「国内秩序において憲法と国際法の調和を予定し」たと述べ、本引用の直後には、「国家機関は」「憲法を遵奉して行動すべき第一次的義務をひきださう」とも述べており、結論としては、国際法と調和した憲法解釈が法律以下の国内法を指導する結果とならう。憲法解釈を軸とした条約締結の在り方は論じておらず、条約優位説的な言質である。

(100) 小嶋前掲註(96)書一四三—一四四頁は、これすらも、憲法優位という結論先でありきのものであると批判する。

(101) 齊藤前掲註(7)論文一七頁は、このような批判は「条約優位説という『国際主義』の意義を見誤っているのではないかとする。なお、横山前掲註(55)論文七九頁は、「結果として、国際法『適合的』(あるいは『親和的』)などという表現も可能かもしれない)に解釈することが求められるということは、国内においても、国際法が優位する、すなわち、国際法優位の一元論が妥当していることになる」と述べているが、論理の飛躍であらう。

(102) 阿部ほか編前掲註(78)書二九頁「芹沢」。

(103) 中谷実編『ハイブリッド憲法』二二三頁(一九九五)「南利明」、松井茂前掲註(23)書六三頁。

(104) 高野前掲註(2)書一一頁、芹田前掲註(84)書三一八頁など。

(105) もし理論上国内法一元論に立てば、国際法上も憲法優位となるが、前述のようにこのような学説はほぼ皆無である。

(106) 伊藤正己『憲法』(第三版)六八八頁(一九九五)。藤井俊前掲註(40)書一八一頁も参照。

- (107) 高野前掲註(2)書一九八頁、戸波前掲註(34)書五一六頁、芦部前掲註(72)書九二一九三頁など参照。齊藤前掲註(7)論文二頁は、憲法優位説の主たる説得的な論拠が、憲法改正手続に対する条約締結手続の厳格さの欠如にあった、と指摘している。加えて、杉原泰雄『憲法II』五二五頁(一九八九)は、条約優位説が平和主義や「歴史の進歩」と直結しないことなども批判している。杉原説は、他の論点での立場と合わせ読めば、法理論としての国内法優位説に到達するもののように読める。後註(157)も参照。
- (108) 松井芳はか前掲註(25)書二二頁表一・一「松井芳」。齊藤同右一六頁は、「憲法優位説」に「背理であり不可能である」とされる状況が、いくつかの国においては既に現実化している」とし、E.U法がそうである現実を論拠とする点は確かにその通りであるが、始源的に条約の締結のみでそうなるのかは検討を要する。条約締結に対して憲法改正かそれに匹敵する手続を要求する点は、齊藤前掲註(75)論文二〇六頁も言及している。
- (109) 田畑前掲註(10)書五四頁、藤田前掲註(23)書一〇七頁。
- (110) 清宮四郎『憲法I』(第三版)四五二頁(一九七九)。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』二八二―二八三頁(二〇〇一)、佐藤幸前掲註(9)書三二頁同旨。また、橋本公亘『日本国憲法』六六六頁(一九八〇)は、内閣と国会の憲法尊重擁護義務から違憲の条約を締結・承認できないと述べる。
- (111) 樋口陽一編『ホーンブック憲法』一〇〇―一〇一頁(一九九三)「長谷部恭男」。
- (112) 同右一〇一頁「長谷部」。
- (113) 高野前掲註(8)書八四頁は、そのような「考え方はノンセンスである」とする。
- (114) 宮沢前掲註(95)書八一六―一八頁。齊藤前掲註(7)論文三二頁の指摘による。
- (115) 田畑前掲註(10)書四八頁。
- (116) 中原前掲註(14)書四一頁。
- (117) 齊藤前掲註(75)論文一八六頁。同論文二〇五頁でこの主張は繰り返される。このほか、甲斐素直「憲法における条約の多義性とその法的性格」日大司法研究所紀要八巻一頁(一九九六)も参照。
- (118) 齊藤同右二〇九頁注58。同論文二〇一頁は、「国際人権法の分野において、将来、このような優位要求を有する条約が出現するか否かは未解決である」とも述べている。

(119) 同右二〇一頁。

(120) また同右二〇二頁は、「憲法が一定の制限の下で条約の優先的適用を認め、しかも優先的適用の限界からの逸脱の有無を違憲審査制によって監視するのであれば」、「憲法を根拠するか憲法の許容を起点とする議論からの「批判は、正鵠を射たものとはいえなくなる」とする。しかし、これは憲法が禁止していない限り条約は有効であるという主張に過ぎない。この点もまた、より具体的な規定を有する法律と憲法の関係で類推可能である。仮に憲法が一定の条約の優位性を認めたことを起点に立論するにせよ、一定の条約が憲法より優先される場合があることを述べなければ、同論文の主張は証明できないと思われる。

(121) 同右同頁。

(122) 佐藤幸前掲註(9)書三二頁、阪本前掲註(37)書九八頁など。伊志嶺前掲註(19)論文一四四頁は、その実証例として日本の独立回復後から一九七二年本土復帰までの沖繩を挙げる。

(123) 江橋崇「主権理論の変容」公法研究五五号一頁、四頁(一九九三)も、「国家の領域の設定は、国際的な取り決めを基礎に成立して」おり、「国域は」「通常の国家では、多国間条約、または二国間条約で決定され」るほか、「国境線を確定する」ような基本的な条約には憲法にも優越する効力を認めることができる」としている。

(124) 齊藤前掲註(75)論文一八九頁。

(125) 樋口前掲註(17)書四一一頁。

(126) 小林直樹「憲法講義下」八三六―八三八頁(一九八一)。但し、同前掲註(31)論文六四頁は「確立された国際法規」などは「憲法と同等の位置を与えられて当然」と説明している。また、伊藤公一「憲法概要」(改訂版)一九〇頁(一九八三)も、条約の違憲審査を論点として同様のことを述べる。これらについては批判も多い。芦部前掲註(72)書九五頁、杉原前掲註(107)書五二六―五二七頁など参照。

(127) 芦部前掲註(72)書九四頁。

(128) この点は憲法改正の限界に関する議論にも見られる問題である。同右七三頁以下など参照。

(129) 芹沢前掲註(73)論文七八―七九頁。齊藤前掲註(75)論文二〇一頁はこの点にも言及し、「二国間条約には、優位要求を認めることは難しい」としている。また、同論文二〇三―二〇四頁は、優位要求はおろか、国内的効力の付与すら明確にされ

ていない現行の様々な国際人権条約に憲法に対する優位性は認められないとする。これに対して、江橋前掲註(123)論文七頁以下は、国籍による憲法上の基本的人権差別を問題を、国境を越える移動の自由と関連づけ、その期待を寄せて論じる。同論文一四頁は「主権国家という概念」の「機能障害」に言及するのである。

(130) 戸波江二「条約の修正」法学セミナー四七号七〇頁、七四頁(一九九四)同旨。

(131) 米沢広一「国際社会と人権」樋口陽一編『講座憲法学2・主権と国際社会』一七一頁、一八七頁(一九九四)参照。

(132) 江橋前掲註(123)論文七頁以下の指摘する問題は憲法解釈や現在法制度の改正により解決された問題も多い。外国人の参政権問題について、もし憲法がその付与を禁じたものと解し、日本がそれを認めねばならない条約を批准すれば同論文の指摘する問題も発生しようが、憲法解釈としては争いがあるところであるし、そのような条約は批准していない。またそのような事態が発生すれば当該条約は国内法上無効であり、それを免れるためには憲法改正が必要となるだけである。なお筆者はかつて、「知らないものへの恐怖——外国人差別の根源」野田進||松井茂記編『シネマで法学』九六頁、一〇七頁(二〇〇〇)で、将来に向けての主権国家・国境・国籍の存在価値についても論じたことがあるが、このことと現行法解釈とは別である。

(133) 後述するように、確かに条約が憲法に反して国内法上無効となることは実際上殆どない。まず、内閣の締結した条約が憲法に抵触すると国会が考えることは、議院内閣制であるからあまりない。裁判所が、憲法の抽象的な文言に抵触すると考えるケースも特定の場合だけと言ってよいからである。これに対して、法律や命令が条約に反するとされ、無効にされることは比較的予想しておかねばならないことであろう。その限りにおいては、国際法に従って国内法が是正される義務があるとする見解は妥当なことになると思われる。

(134) 山本草前掲註(1)I論文四七頁は、「現行憲法規定の範囲内で」、「憲法優位の下、違憲審査と国会承認要件の加重という方式により、解釈テクニクを用いて」国際法規の国内的妥当性「の問題を達成できるかどうか、これから実証的に検討すべき」だとしている。

(135) 例えば、過去の内閣が締結し過去の国会が承認した条約を違憲と考えた内閣が当該条約を執行すべきか、であるとか、地方公共団体が日本国が国家承認していない地域を国家と見做して「自治体外交」ができるか、などに問題は発展する。

(136) 長谷部前掲註(8)書四三八頁。但し、変型手続が必要ならば、結局それは法律となり、その法律の違憲審査は当然可能と

解されるだけである。なお繰り返し返しになるが、理論上二元論だから条約の違憲審査はできないとはならない。また、仮に理論上国内法優位の二元論が妥当だとしても違憲審査は可能となる。

(137) 覚道豊治『憲法』(改訂版) 一七六頁(一九七六)、清宮前掲註(110)書三七五頁、橋本前掲註(110)書六三二頁など。

(138) 齊藤前掲註(44)論文一〇三頁。

(139) 岸部前掲註(72)書九四―九五頁。

(140) 佐藤幸前掲註(9)書三四五頁。

(141) 樋口Ⅱ栗城前掲註(12)書一七三頁「栗城」、戸波前掲註(34)書四四四頁、阪本前掲註(37)書四二四―四二五頁など。理論的には一元論・条約優位説に立つ佐藤功前掲註(33)書五八三頁もこのように述べる。

(142) 高野前掲註(2)書一六八頁。

(143) 橋本前掲註(110)書六三二頁。また、榎原猛『憲法』三七五頁(一九八六)は条約優位説に立ちながらこのことを主張する。

(144) 藤井俊前掲註(40)書一八八頁、同前掲註(43)論文九八頁。長岡徹「違憲判決の効力」法学教室一二二号五一頁、五四頁(一九九〇)、浦部法穂『全訂憲法教室』三六二頁(二〇〇〇)同旨。

(145) なお念のため、条約を条約集から削除できない以上、結論的には違憲審査ができなかったも同然ではないかという批判に回答しておく。日本国憲法上の裁判所の判決は一般的効力は有さず、個別的効力であるというのが通説である。このため、法令違憲の判決が下されてもその法令は法令集から削除されることはなく、国会や内閣がそれへ向けての一定の義務を負うに留まるとされている。このことをもって法令の違憲審査ができないと言えないように、条約の違憲審査ができないとは言えない。

(146) 例えば、鶴飼信成『新版憲法』二二〇頁(一九六八)、藤井俊前掲註(43)論文一〇五頁。

(147) 高野前掲註(2)書二〇一頁。「法律」と同位であっても、事後立法により条約は無効と判断されねばならなくなろう。関連して、横山前掲註(55)論文七四―七五頁は、条約違反を理由とする上告が、刑事訴訟法四〇五条や民事訴訟法三二二条の文理解釈では不可能ではあるが、憲法九八条二項を通じて可能となると論じている。しかしこの点の扱いも国内法の問題であるとするれば、同論文の立論は自明ではない。

(148) 伊志嶺前掲註(19)論文一四六頁。

(149) 特に、佐藤幸治『現代国家と司法権』二〇九頁以下(一九八八)参照。同前掲註(9)書三四六頁の、これを積極に解する結論は、よって首肯できる。

(150) 樋口前掲註(17)書五二〇頁、芹沢前掲註(73)論文八〇頁参照。理論上、砂川事件(最大判昭和三四年二月一六日刑集一三卷一三号三二五頁)でも条約は違憲審査の対象と認められ、その上で「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外」と判示されたのである。このほか、条約が国内法的効力をもつことを確認した上で、その国内適用可能性を検討することなしに直ちに条約を適用することが多い。岩沢前掲註(30)書三二頁以下参照。

(151) 岩沢同右三三三頁同旨。条約は憲法以外の国内法の解釈基準となり、国家賠償の根拠となることがある。同書三三三頁。また同書三三四頁は「公序」解釈に条約が影響を与える余地についても論じている。横山前掲註(55)論文七四頁も参照。但し横山論文同頁は、条約の援用が原告有利に必ずしも働かないことも指摘する。また、芹沢前掲註(73)論文七六頁は、日本の裁判所が人権条約の活用に消極的であることを指摘する。奥脇前掲註(5)論文一〇〇頁も参照。もしそうだとすれば、国際法の受容、条約の法律に対する優位は論じる現実的意味は希薄となろう。なお、法律以下の条約適合性を審査する際の審査基準を、法律以下の日本国憲法適合性審査の場合と同様に考えてよいかは一応別の問題であろう。しかしその基準が乖離する場合は、司法権行使の在り方が違憲と評価されることもあるなど、憲法解釈の問題と絡み合うことも無視できない。

(152) 条約の国会承認に関しては、ウィーン条約法条約が国際法的効力について一定の決定を行っているが、国内裁判所の条約違憲判決の国際法上の効力については国際法は何も語っていないように思われる。とすれば、原則に戻るべきであろう。

(153) 佐藤幸前掲註(9)書三四五頁、戸波前掲註(34)書四四五頁など。高野前掲註(2)書二二〇頁も同旨。

(154) 浦部前掲註(14)書三六二頁は同旨か。

(155) 阿部照哉ほか編『憲法(4)』(第三版)二二二頁(一九九六)〔野坂泰司〕参照。

(156) 小林直前掲註(31)論文六〇頁も、条約優位説は、両法体系の抵触の問題は最終的には国内法の問題とする点で「実質上は二元論に帰着するという自家撞着(或いは少なくとも不徹底)を冒している」と述べる。

(157) 上田Ⅱ浅野前掲註(21)書二七三頁など多数。この点、大沢秀介『憲法入門』二九六頁(一九九八)はこの問題について、「人権を侵害するような内容を有する条約を対象を絞ろうとする見解も有力である」とまとめている。しかし、杉原前掲註(107)書四一〇―四二一頁は、「統治行為」「政治問題」の法理は日本国憲法下では成立しないとす。

- (158) 伊藤正前掲註(106)書六二八頁。
- (159) 長岡前掲註(144)論文五四頁は、内閣・国会の自律性の尊重にも言及する。
- (160) 高野前掲註(2)書五三―五四頁が、日本国憲法について、締結に国会の承認を必要とする一定の重要な条約を列挙してない特徴があり、上院の三分の二の賛成という特殊な要件があるために、上院の同意なしに大統領が行政協定を結んでいるアメリカの例も参考にならない、と述べているのが注目される。なお、領土割譲条約のようなものでも国会の承認は必要とされる。芹田前掲註(84)書三〇五頁。
- (161) よってこの手続の瑕疵について司法審査が及ぶとは単純には言えない。阪本前掲註(37)書四二四頁。上村貞美「条約締結についての国会の権能」『憲法の争点』(第三版)一七四頁(一九九九)も参照。長岡前掲註(144)論文五四頁は、手続的違憲の判決がウィーン条約法条約違反・国際法的効力無効を帰結すると述べるが、議院の自律性などの観点からそのような事態が生じることは極めて稀もしくは皆無と言わざるを得ない。
- (162) 佐藤功前掲註(33)書四四三頁。
- (163) 小嶋前掲註(96)書二七八頁。
- (164) 野中ほか前掲註(22)書一八三頁「高橋和之」参照。
- (165) 伊志嶺前掲註(19)論文一四二頁は、当然に国内法的効力を否定する。
- (166) 最も徹底すれば、内閣は条約の国会承認を求めなくても、国内法的効力に影響しないという結論になってしまう。なお、実際に多くの行政取極が、条約の実質を備えるにも拘わらず国会の承認なしに成立している。松井芳ほか前掲註(25)書三七頁表二・二「佐分晴夫」によれば、日本の二国間条約に占める国会承認条約の割合は長く一〇%を割り込み、限りなく〇に近くなっている。佐藤幸前掲註(9)書一七五頁も、行政取極の範囲につき「適正な範囲にとどまる必要がある」と警告している。
- (167) 橋本前掲註(110)書五三〇頁。
- (168) 戸波前掲註(34)書五二二頁、杉原前掲註(10)書二四一頁など多数。
- (169) 上田∥浅野前掲註(21)書一四三頁、阪本前掲註(37)書一九二―一九三頁。
- (170) 浦田一郎「予算と法律」と『条約と法律』「法学教室」一七号五七頁、六〇頁(一九九〇)、松井幸夫「国会の国政監督」

樋口陽一編『講座憲法学5・権力の分立【1】』一八三頁、二二六頁（一九九四）、野中ほか前掲註（22）書一八三頁「高橋和之、辻村前掲註（22）書四六四頁、浦部前掲註（14）書五四一頁、阿部ほか編前掲註（15）書七〇頁〔右間昭道〕。清宮前掲註（110）書四四七頁は無効説を唱えるが、その根拠をみれば寧ろ折衷説と言える。榎原前掲註（143）書一九三頁も参照。但し、中原前掲註（14）書一四四頁は、手続の瑕疵の有無についての周知の程度は相対的なものであり、事実問題としては無理であり、無効説を貫く。これに対して伊志嶺前掲註（19）論文一四三頁は、「条約の相手国に、こちら側の憲法の条約締結手続を十分知るべきであると要求することは、いささか酷にすぎ」と述べている。このような立場に立てば、各国憲法はその限りに於いて国際法の法源となり得るようにも思われる。関連して、ゲオルグ・レス「栗田陸雄訳」『条約の解釈における国際法と憲法との相互作用（一）、二・完』慶大法学研究五六巻四号七二頁、五号七二頁（一九八三）も参照。

(171) 芹田前掲註（84）書三一一—三一二頁は、この条約が、審議途中、特別報告者が替わる度に説が変わり、妥協的立場に漂着したことを指摘する。同書三一二頁は、無効説や折衷説は「あまりにも憲法主義的アプローチ」だと批判する。

(172) 高野前掲註（2）書六一頁。同書は、七八頁で条約締結形式は国内法が定めるべき問題としているが、結論的には国会の事後承認なき条約については有効説に立つ。同書六一頁。しかし、同書八一頁は、あくまでも一般的には国会承認なき条約は国際法上も無効と述べており、微妙である。

(173) 同右一五頁。

(174) 田畑前掲註（10）書三一九—三二〇頁参照。高野同右一七頁は、「条約の締結は多くの場合に代表の署名だけで完結せず、その後には元首（条約締結権者）の批准（これに国会の承認が先行することが多い）を経て完結する」と述べる。なお同書三三頁は「元首たる地位は法律上実質的には内閣におかれている」とあり、天皇の国事行為なくしても条約の有効性に影響しない旨を述べる。憲法学の通説も同旨。但し、松井芳ほか前掲註（25）書三六頁「佐分晴夫」は、条約は署名のみで成立するか批准を必要とするかは対立があったとする。条約法条約は批准の必要性について当事国に委ねている。なお、留保の問題については、田畑Ⅱ竹本ほか編前掲註（83）書三四三—三四四頁「坂元茂樹」なども参照。

(175) 松井茂前掲註（23）書一八二頁同旨か。

(176) 統治行為論や議院の自律性の議論を経て、当該条約が国内法上も有効と解される余地も十分ある。

(177) 齊藤前掲註（75）論文二〇〇頁。

(178) これについては、土井真一「『国権の最高機関』論の再検討」法学論叢一四八卷五〇六号二八三頁(二〇〇一)及び同論文引用の文献参照。

(179) 藤井俊前掲註(40)書一九一頁。

(180) 中原前掲註(14)書四〇頁。

(181) 芹沢前掲註(73)論文七三頁。

(182) 齊藤前掲註(7)論文四二頁は、ドイツ基本法二四條一項における「高権委譲」が「主権(の一部)を国際機構に譲り渡すことを意味」せず、「国際機構の下に創設された公權力」がドイツ「国法体系内部で行使されることを容認する規定である」と解釈されていることを紹介する。詳細は同前掲註(44)論文一〇〇頁以下、同「同(四)」同四号二二三頁、一三二頁以下(二〇〇〇)参照。

(183) 高野前掲註(8)書七八頁。連邦制のアメリカにはなお州「憲法」が厳然とある。

(184) サミュエル・ハンチントン「鈴木主税訳」『文明の衝突』(一九九八)、同「同訳」『文明の衝突と二世紀の日本』(二〇〇〇)もそのような方向を否定している。小林直前掲註(31)論文三六頁も、「国際関係における一元的な共通法の支配への要望は、単なるユートピア論として笑殺されなくてはならない」と痛罵する。

(185) 齊藤前掲註(44)論文一三六頁以下が、EC法と国内法の抵触解決のための諸理論を紹介している。

(186) 齊藤前掲註(75)論文一八二—一八三頁。ドイツでの議論は同「同(三)」同三号一〇九頁(二〇〇〇)及び同前掲註(182)論文参照。またドイツ判例については、川添利幸「独判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』三二五頁(一九九六)、西原博史「独判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』三三二頁(一九九九)、奥山亜喜子「独判批」自治研究七六卷八号一二九頁(二〇〇〇)など参照。

(187) 高野前掲註(2)書一〇九頁。同前掲註(8)書八八頁は「国際法と国内法は三元構造を脱していない」が、「国家責任という独自の形で結ばれる国際法と国内法の抵触・調整の法関係のなかに、国際法の国内法に対する優位と両者の一元性を認めないわけにはいかない。各国の国内法体系にみられる国際法の国内的効力の側面からも、この優位と一元性をより確実に支える方向への動きがくみとれる」とする。しかし以上のことから法理論的に国際法優位の一元論を妥当とすることは疑問がある。また、小寺前掲註(60)論文二二頁は、「等位理論」、「国際法優位の一元論」、「三元論」は、「すべて国際法秩序

と国内法秩序を一応別個の秩序と考えた上で、国際法と国内法の関係に関する理論的な分析を行つたものであり、「法秩序の妥当根拠」、「対象とする法関係」、「法秩序相互の義務の抵触の処理」の何れを重視するかの違い、この問題を「動的な過程」と捉えるか「静的に」問題にするかの違いであるなどとする。なお、皆川前掲註(73)書一一二二頁は、イタリヤの学説が両「法秩序がたがいに他の秩序を《無視する》を意味するものではない」と述べている。

(188) 石本前掲註(6)論文一三頁。

(189) 山本卓前掲註(1)I論文四九頁。

(190) 矢崎光圀『法哲学』二八五―二八八頁(二〇〇〇)参照。