

日本国憲法と条約

——日本国憲法第九八条二項を中心として——

森

省

三

一、序 論

日本国憲法が国際協調主義を採っていることは、前文及び本文の規定からみて極めて明らかところであるが、この極めて明らかなこと故に却って日本国憲法と、条約をも含めた所謂国際法との関係が理解され難いもののように思われるのである。

憲法と条約との問題は、本質的には「国際法と国内法」の問題の中に含まれるものとして、多くの学者により或いは実定法上の問題として、或いは法哲学上の問題として、所謂国内法（憲法）優位論、国際法（条約）優位論、将又二元論と学説が分かれて種々論ぜられているのであるが、未だ統一した解決は見出されて居らず、極めて困難な問題の一つと云い得るであらう。

日本国憲法は第九八条二項に於いて、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定しているが、ここにいう「日本国が締結した条約」とか、「確立された国際法規」とは如何なるものをいうのか、又「これを誠実に遵守する」とはどのように理解せらるべきであるか、更には又日本国憲法と条約とはどのような関係に立つものであるか等、主として日本国憲法と条約との関係を、憲法第九八条二項を中心に実定法上の問題として、紙数の許された範囲内で論じてみようと思うものである。

(一) 条約の意義

条約とは文書による国家間の明示的合意である。従って代表者が文書によらず口頭でなしたような合意は、仮令それが国家間の合意として有効なものであっても条約とは云えない。而して条約締結の衝に当る者は、国家を代表する

その資格を相手国に明示して署名又は署名調印するのが原則である。文書としては、条約の他に、協約、協定、規程、憲章、取極、決定書、議定書、宣言、声明、覚書、交換公文等が挙げられるが、これらはすべて国家間の明示的な合意に基くものであり、広義に於ける条約の概念の中に含まれるものである。勿論これらの条約は、効力の点に於いては等しく締結当事国をば法律的に拘束し、当事国間に法律上の権利義務関係を生ぜしめるものであるが、国家間に合意があり名称が右の如きものであっても、それが国家間に法律上の権利義務関係を生ぜしめないところの、例えば共同声明の如き場合は条約ではないのである。

(二) 条約の成立要件

右に述べた如く条約は国家間の明示的合意であるが、それが有効に成立せんが為には、

- ① 締結国が条約を締結する能力を有し、且つ合意の自由があること。
- ② 締結調印の任に当る者が正式に国家を代表し適当な権限を有すること。
- ③ 条約の締結が真の合意に基くこと。

④ 目的が適法にして可能なること。

⑤ 調印の外必要ある場合には条約の批准があること。

といった条件を必要とする（国際聯盟規約第一八条によれば、更に条約の登録が効力発生要件とされていた）。而して条約がこれらの要件を具備して成立した場合、それは有効なものとして締結当事国を拘束するのである。

条約の締結は国家間の合意によるものであるが、かかる合意を構成するところの一国の条約締結意思は、その国の国内法（憲法）に基いて形成せられるものであり、又その締結手続についてもそれぞれの国家の憲法に規定せられて

いるのであって、国際法はこれに関して所謂戦時規約を除いてはなんらの規定をも設けて居らない。従つて条約は、それぞれの国家の憲法上適法に形成せられた国家の条約締結意思を基礎として成立するものである。それ故国家の条約締結意思がその国家の憲法上適法に形成されないときは、条約そのものが有効に成立し得ないことになるわけである。国際法が当事国の条約締結意思の成立要件についてなんら規定を設けて居らないということは、「国際法が不完全な法」²であることを証明するものであり、畢竟現今国際社会には未だ超国家主権が存在しないということ、それが国際社会の中心をなしているのはやはり独立主権国家そのものであるということに他ならない。

二、日本国憲法に於ける条約締結手続

条約締結手続は、それぞれの国家の憲法に規定せられているのが普通であるが、一般的に、君主国に於いては君主が大権の一として条約締結権を有し、又共和国に於いては大統領がそれを有しているものようである。ただ一七八九年のフランス革命以後は、民主主義の発達、議會制度の確立等により、条約の締結は必ずしも行政府の専屬的権限としないで、立法院の同意の下に行なわれるようになった。但し立法院の同意といつても、例えばアメリカ合衆国憲法では、「大統領は、上院の助言と同意を得て、条約を締結する権限を有する。但し、この場合には、上院の出席議員の三分の二の同意が必要である」(第一条二項)として、上院のみの同意で条約が締結され得るし、又一九四六年のフランス共和国憲法では、「国際組織に関する条約、平和条約、通商条約、国家組織に負担を負わせる条約、外国に於けるフランス人の身分及び財政権に関する条約、及びフランスの国内法を変更し並びにフランス領土の譲渡、交換、添加を内容とする条約は、法律に基いて批准されなければ確定しない」(第二十七条一項)と規定し、更に一九四九年の

ドイツ民主主義共和国憲法に於いては、「州は州立法の権限に属する事項に関して、外国と条約を締結することを得る。右の条約は、人民議会の同意を必要とする」(第一七条)と規定しているように、各国で必ずしも同じではない。日本国憲法が規定している条約締結手続は、(一)内閣の締結(第七三条三号)、(二)国会の承認(第七三条三号但書、第六一条)であるが、次にこれについて眺めてみよう。

(一) 内閣の締結

条約は外国との合意によって成立するものであるが、日本国憲法の下に於いて条約締結の権限を有するのは内閣である(第七三条三号)。勿論その権限は無条件的なものではなく、次に述べる如く国会の承認を必要とするものであるが、条約締結権が内閣に属しているということは、条約締結行為が外交関係処理(第七三条二号)などと表裏一体をなす関係にある国家行為の一つであることから考えて当然の事と云わざるを得ない。

内閣が条約を締結するについては、通常内閣の委任に基く全権委員が調印(又は署名)し、それを内閣が批准することによって確定し、批准書の交換(又は寄託)によって国際的な効力を生ずる。批准とは一応成立したところの条約を更に審査確認し、同意を与えその効力を確定させる行為である。この場合批准は文書によってなされるが、その文書が批准書であり天皇によって認証されなければならない(第七條八号)。勿論条約の締結にあたって例外的に批准を留保することなく、全権委員の調印(又は署名)のみによって直ちに条約が確定する場合もある。

(二) 国会の承認

帝国憲法の下に於いては「諸般の条約を締結す」る権限は、無条件に天皇の専権とされ帝国議会の承認はなんら必要としなかった(帝国憲法第一三条)。換言するならば当時においては外交関係の処理や条約の締結は天皇の専権事

項として認められ、従つて議會をしてならん参与せしめる必要のないものとされてきた。しかるに日本国憲法の下に於いては天皇は統治権の総攬者ではなくなり、且又國政に関する一切の行為を行なわせられないことになり（第四条後段）、条約締結権は内閣に属することになったのである。ただ日本国憲法の下に於いて内閣が有する条約締結権は、帝国憲法の下に於いて天皇が有せられたような絶対的なものではなくなり、民主化せられて国会との共同の責任に基づく意思の合致によらしめられることとなった。すなわち日本国憲法は、条約の締結については内閣の意思だけでなく、締結することを認めず、「事前に時宜によつては事後に国会の承認を経ることを必要とする」（第七三条三号但書）と規定して、国会の意思の参与を要求しているのである。このことは行政機関に対する立法機関の干渉、ひいては権力分立主義に反するものだというように解すべきことではなく、条約というものが単に国家間に権利義務關係を生ぜしめるだけに止まらず、往々にして国民の權益にも重大な影響を与えるという性質から、人權思想の特に發達した近代民主國家に於いて、当然の成行として生じたところのものなりと云わざるを得ないのである。

かくの如く内閣が締結する条約については、条約の成立の時が基準となるが故に、全権委員の調印のみで成立する場合はその調印の時が基準となり、又内閣の批准によつて成立する場合には批准の時が基準となつて、事前に時宜によつては事後に国会の承認を経ることを必要とするのであるが、この場合の国会の承認は、予備費の支出に対する国会の承認（第八七条二項）が事柄の性質上当然に事後になされるものであるのに対し、原則として事前になされるべきものであり、特別な事情の存する場合（例えば緊急を要する場合）に限つて事後に内閣が国会の承認を求めうるものと解されている。

而してかかる条約の締結に対する国会の承認については、「參議院で衆議院と異つた議決をした場合に、法律の定

めるところにより両議院の協議会を開いても意見が一致しないとき、又は参議院が衆議院の可決した予算を受け取つた後、国会休会中の期間を除いて三十日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする」という憲法第六〇条二項の規定が準用せられ（第六一条、第六〇条及び国会法第八五条）、衆議院の優越が認められている。

次に国会が条約の締結を承認する場合に於いて修正変更が許されるか否かが問題となり得るが、日本国憲法の下では条約は内閣の締結と国会の承認とによって成立するものであり、従つて内閣が条約締結前に国会の承認を求めた場合に於いては、内閣の了解がある限り修正変更は許され得るものと解されるが、少くとも事後に於いては条約の内容に修正を加えたり、又は変更したりすることは相手国との関係もあり許され得ないものと解すべきである。それ故事後の承認に於いて国会が修正変更をなした場合は、それはとりもなおさずその限りに於いて、不承認という意味表示がなされたものと解すべきである。更にこれと関連して国会が部分的な承認を与え得るや否やということが考えられるが、条約が可分性をもつたもので、国会が承認を与えた範囲内に於いて条約が締結され得る場合に於いては、勿論その条約は問題なく効力を有するものである。これに反して条約が不可分性のものである場合に国会が殊更限定承認をするということは、当然国会の不承認を意味するものと云わざるを得ないであろう。従つて可分性をもつた条約が限定承認せられた場合、内閣はそれが事前の承認であるならば、その承認の行なわれた部分についてのみ調印又は批准をなし得る権限を有する訳で問題はないが、それが事後の承認であるならば条約は国会の承認を与えられた部分についてのみ効力をもち得る、と解すべきである。

一般に国会の承認と条約の効力関係については国会の承認がなければその条約は無効なものと考えられている。それ故に事前に於いて承認を与えられなかった条約については、内閣は批准することが出来ないが故に効力を有し得ない。

これに対して事後に於いて承認が与えられなかった条約については、効力を有し得ないとする説と、而かつ効力を有し得るもので、単に内閣の政治的責任を残すだけにすぎないとする説⁵とがあるが、前者が正しいと考えられる。何となれば後者の云う如く国際間の信義誠実の原則からみれば、国会の承認がなくても条約は効力を有し、内閣の政治的責任のみが残るだけにすぎないと考えられぬこともないが、仮にその事を認めるならば、極端に云って内閣は政治的責任さえとれば国会の意思を無視してでも条約を締結することが可能なこととなるであらうし、又そのようなことは、日本国憲法が第七三条三号但書に於いて、「事前に時宜によっては事後に、国会の承認を経ることを必要とする」と規定していることからみて到底賛成し難い。しかもこの規定の文言からみても、「事前に」ということと、「事後に」ということとの間に法の効力の有無に関する差異があるとは考えられない。従って「事前に」承認がなければ当然に無効である筈の条約が、「事後に」承認がない場合に於いて効力を有すると解することは論理が矛盾しているものと云わざるを得ない。すなわち「事後に」国会の承認がなくても有効であるとすれば、「事前に」承認が得られなかった場合でも内閣は有効な条約を政治的責任の上で締結することが出来ることとなり、第七三条三号但書の規定のもつ意味が失われることになるからである。

三、日本国憲法第九八条二項の解釈

日本国憲法は第九八条二項に於いて、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定しているが、次にこの規定の意味について考察してみよう。

(一) 「日本国が締結した条約の意味

日本国憲法と条約

日本国憲法の第七三条三号にいう条約及び特に第九八条二項にいう日本国が締結した条約とは一体如何なる条約を意味するものであろうか。

そもそも条約については前に述べた如く、「条約」という名称をもった狭義の条約の他に、「協定」、「協約」、「議定書」、「規約」、「宣言」、「取極」、「憲章」等種々な名称をもったものが存在するのであるが、日本国憲法にいうところの条約は、実質的に条約であるものを指すと解されている。⁶

条約の締結については憲法第七三条三号に基き内閣が国会の承認を経て行なうのであるが、この場合内閣は如何なる内容をもった条約までも締結しうるのか、同様に又国会は如何なる内容をもった条約をも承認しうるのかが問題となる。有力な学説によれば、「日本国が締結した条約」は右に述べたような憲法上の手続でもって締結された条約を意味するものであるが故に、かかる憲法上の手続でもって締結された条約は、仮にその内容が違憲の場合でも無効とはならず、かかる憲法上の手続に反して締結せられた条約のみ無効であつてなんら遵守することを必要としないとする。⁷この説によれば、日本国憲法により他の国家と条約を締結し得るのは内閣であり、しかもかかる条約の締結に対しては国民の代表機関たる国会が、事前に時宜によつては事後に承認を与えるが故に、内閣が締結する条約の合憲か違憲かの判断は、条約を締結する内閣とそれに対して承認を与えるところの国会がなすもの⁸、従つてかかる手続を経て締結せられた条約は、仮令それが内容に於いて違憲のものであつたとしても、憲法自体そのことを容認しているものであり、それ故かかる条約は有効なものなりとみているものである。併しながらこれは国際協調主義を尊重するの余り手続面のみを重視し過ぎた見解として賛成し難い。即ち権限を有する機関が行うところの行為が、如何に手続の面に誤りがないとしても、内容の面に於いては必らずしもすべて合憲なものであるとは限らない。しかも日本国憲法はそ

のような違憲な条約の成立をば容認し、更にそれをば有効なものとして認めているとは到底考えられないことである。このことは憲法第九八条一項、及び第九九条等の規定からも極めて明らかである。それ故「日本国が締結した条約」というのは、その成立手続が合憲なものであることは勿論のこと、その内容に於いても憲法に違反しない条約をいうものと解さざるを得ない。

(二) 「確立された国際法規」の意味

元来人類社会は不完全な人間の集団である。それ故に理性的動物としての人間はその不完全性を自覚せる結果、強力な組織をもつところの国家という共同社会を構成したのである。而して現代人類社会に於いて中心をなしているのは国家社会であり、国家は人間の営む社会生活の中もつとも組織的なものである。かかる国家はその秩序を維持せんが為に法をば有し、その固有な社会力をもってその遵守を強要しているのである。勿論国家以外にも種々様な社会があり、その各々にもなんらかの法が存在し、その法によって社会秩序が維持せられているのであるが、それらが国家が有するところの法と同じものでないことは極めて明らかである。

法とは「社会生活に於ける人間相互の活動の限界を定める行為規範であって、社会殊に権力的意思の主体がその遵守を強要するもの」であるが、国家に於ける法にはかかる強行性が存在するのである。然るに他の社会に於ける法は(国際法をも含めて)、当然のこととはしてかかる強行性が一般に国家法の如く絶対的なものとして認められないのである。今ここで問題としている国際法規(慣習国際法)についてであるが、国家法は少くともその国家にあっては一般に強力にその遵守が強要せられるにも拘らず、国際法は単にそれが存在するというだけですべての国家に遵守を強要するという訳にはいかないのである。勿論このことは国際法の法規性を否定するものではない。確かに国際法は

「不完全な法」であるには違ひはないけれども、やはり法としての性質を有し、実際に於いても明らかにその独特の強制力を有するものである。ただその強制力が国家に於ける法の場合とは違ふということである。今日国際社会に於いては、国家と国家との結びつきは益々緊密の度を加え、或いは政治関係、或いは経済文化関係等種々の面に於いて、密接な交流を営んで居ることは顕著な事実である。併しながらかかる国家を成員とする国際社会は、一国家のよ^{うな}組織化がなされて居らず、それ故にそこに存在する法（国際法）はその実効性に於いて自ら国家に於ける法（国家法）と違ふのである。すなわち国家には固有な社会力（国家権力）というものが^{あり}、この固有な社会力が法の遵守を強要するの^に対し、国際社会に於ける法（国際法）には国家に於ける法ほど強力な強制力が存在しない。従つて国家が条約をも含めて国際法に拘束せられるのは、当該国家がかかる国際法の拘束を受けることを自らの意思に基いて容認し、国際法を遵守するからであり、国家の意思が国際法の遵守を否定する場合には、国家が国民に国内法の遵守を強要するような訳にはいかないのである。

日本国憲法はその第九八条二項に於いて、「……確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定しているが、これは日本国がその一般的態度として国際協調主義をとるといふ丈のことであつて、このことは直ちに国際法が日本国憲法に優るものであるといふことを意味するものでないことは極めて明らかである。しかも国際法であれば如何なる国際法でもすべて誠実に遵守するといふのではなく、一般的態度として「確立された国際法規」のみを誠実に遵守しようといふのである。さればこの場合に於ける「確立された国際法規」の意味が問題になるのである。

「確立された国際法規」とは、法の成立形式の如何を問わず現代社会に於いて一般に承認せられ有効に行われてい

る国際法規、特に慣習国際法を指しているものと解せられる。¹¹ 横田最高裁長官によれば、国際法は「大多数の国によって承認された場合、特にすべての大国が承認している場合には『確立された』とみるべきで、かような場合には必ずしもわが国が承認することを要しないと解すべきであろう¹²」と説かれているが、これについては佐藤教授も述べて居られるように、「確立された国際法規」というのは、日本国が承認したものであることを要しないが、¹³ 少くとも日本国憲法が容認し得る国際法規でなければならぬものと思われる。

「確立された国際法規」とは慣習国際法を意味するが故に、それは慣習法たる限りに於いて公の秩序とか善良の風俗に反してはならないし、法令の規定によって認められたもの及び法令に規定なき事項に関するものに限って効力が認められる（法例第二条参照）のである。それ故日本国憲法第九八条二項にいう「確立された国際法規」は、単に一般に承認され実行されている、換言すれば大多数の国によって承認され、実行されているという文で、必ずしもすべての国によって承認され、実行されていることを要しないばかりか、「わが国が承認することを要しない」¹⁴ ものであると考えるには少しく疑問に思われるのである。もし仮にそう考えることが許されるとするならば、大国をも含めて大多数の国家に於いて一般に承認され実行されている慣習国際法が、わが日本国憲法の根本原則（例えば民主々義）に反するようなものである場合、日本国は最高法規たる憲法に反してまでそれを誠実に遵守しなければならぬことになるし、又慣習法の成立要件からみても納得出来難いものと云わざるを得ないであろう。少くとも最高法規たる日本国憲法が、自らの根本原則に反するような国際法規の存在をも予測しかかる国際法規の遵守を憲法上の義務として強要するであろうか。もしそうであるとするとするならば日本国憲法に反する国際法規が将来発生した場合、特に憲法第九九条に規定せられている特殊な地位にある者——天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公

務員——はもとより、日本国民のすべてが日本国憲法とそれに反する国際法規の双方を憲法上の義務として同時に遵守しなければならぬという矛盾に陥ることになるであろう。

されば「確立された国際法規」も、「日本国が締結した条約」と同様に当然日本国憲法が容認し得るものであると解されなければならぬのであって、¹⁵又かく解することによって日本国憲法と、「日本国が締結した条約」も、「確立された国際法規」も共に誠実に遵守することが出来るのである。

(三) 「誠実に遵守する」の意味

そこで次に日本国憲法第九八条二項に於ける「……これを誠実に遵守することを必要とする」の意味であるが、日本国憲法が仮に違憲な条約及び国際法規までをも国際協調主義の旗印の下に遵守を強要するものであるとするならば、なにも「誠実に」と修飾することなしに単に「遵守することを必要とする」とだけ規定すればよいのである。しかもなお一項の「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部はその効力を有しない」というような規定と共にそのような規定(二項)を設ける必要はなかったのである。

元来日本国憲法第九八条は、最初憲法改正草案要綱第九三に於いて、「此ノ憲法並ニ之ニ基キテ制定セラレタル法律及び条約ハ國ノ最高法規トシ、其ノ条規ニ矛盾スル法律、命令、詔勅及其ノ他ノ政府ノ行為ノ全部又ハ一部ハ其ノ効力ヲ失フコト」とあり、更に国会に提出された憲法改正草案、即ち原案第九四条に於いても、「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」とされていたものである。しかるにこれが、日本国憲法制定時

に於ける国会（衆議院委員会七・二二）での金森徳次郎國務大臣とか 芦田均委員長の答弁からみても分かるように、政府の原案第九四条の規定は文字の使い方が不完全であり、従って同原文中より「並びにこれに基いて制定された法律及び条約」の文字が削除せられ、現行憲法第九八条となったのは、日本国憲法のみが最高法規であり、これに基いて制定せられた法律とか条約はそうではないということである。只諸外国との条約は、芦田氏が云われる如く「今後誠実にこれを履行して、日本国民が国際生活に於ける法則と約定とを遵守する精神は、憲法の何れかの箇所に表示することが当然であるとの意向を以て、これを第九十四条の二項」¹⁶（第九八条二項）に新たに挿入せられたのである。而してこの規定の趣旨は、「日本が締結した条約及び確立された国際法規について、国家として対外的にこれを誠実に遵守する義務を負うのみならず、国法的事項を定めた条約、国際法規については対内的にも国法上政府諸機関及び個人がこれを誠実に遵守する憲法上の義務を負うことが明らかにされた」¹⁷からに外ならない。この「誠実に遵守する」の意味であるが、これは日本国が締結した条約及び確立された国際法規が合憲なものである限り、誠意をもつてそれを遵守することは勿論、それらが日本国憲法に矛盾抵触する場合でも出来る限り国際協調主義の精神に随つて誠実に善処しようという意味をも含むものと解すべきであろう。有力な学説によれば、内容に於いて憲法違反の条約や、国際法規でも、それが成立又は確立されている限り有効なものとして遵守しなければならないとするものであるが、かかる学説には賛成し兼るものである。このことは右に述べたことからからも云い得るが今一つ付け加えるならば、条約の成立要件からも云い得るのではないかと思われる。すなわち前に挙げた条約の成立要件の④に、「目的が適法にして可能なること」とあるが、この適法にしてというのは、条約の締結に関しては、国際法が自ら規律づけることなくすべてそれぞれの国の憲法に委ねることからみても、国家法——憲法——に適用、反しないということに他

ならないと思われる。従って憲法に反する違法な条約は、条約の成立要件を欠くものであり、条約として有効に成立し得ないものであること明らかであると考えられるからである。

四、日本国憲法と条約との関係

(一) 国内法（憲法）と国際法（条約）との効力関係についての学説

A 国際法（条約）優位論

この学説はケルゼン (Kelsen) やクンツ (Kunz) を代表者とするものであって、彼らによれば、国際法と国内法とは元来一個の統一的な法秩序を構成するものであり、この統一的な法秩序の中で国際法は国内法より上位を占めるものである。それ故国内法の妥当性は上位の国際法に由来するものであると考えるのである。なる程この学説が述べらる如く国際法を頂点とした一つのピラミッド型法体系が存在し、国際法の下に国内法が位置づけられるものとするならば、法秩序は両者によって円満に維持されるものと云い得るであろう。併しながらそれでは何が故に国際法秩序は国内法秩序より上位であると云い得るのかが問題となる。国内法が一国家の法であるのに対し、国際法は複数国家間の法なる故適用領域に於いて優るとして上位にあるというのでは法学的解決にはならない。国際法が国内法（憲法）より上位にあると考えるか、或いは国内法（憲法）が国際法より上位にあるとみるかについて、ケルゼンは「結局二つの根本規範——国際法規範と国内法規範——の選択の問題である。而して我々はこの選択をば法学的に決定するのではなくて、倫理的にないしは政策的に決定するものである。従って政策的態度が国家主義的な人とか帝国主義的な人は、国内法優位論を主張するであろうし、又国際主義的な人とか平和主義的な人は国際法優位論を主張するであらう

う。このような政策的な選択は法学的見地からは正鵠を欠くものと云い得るが、主権観念と結びつくが故に重要なものと云い得よう¹⁸と述べているが、ケルゼンがこのように唱えているのは、結局国際法優位論がなら法学的に実証された根拠に基いて唱えられた理論ではなくて、単に政策として国際法をば国内法の上位にもって来た理論にすぎないことを、代表者自らが表明したものととして興味深く感じられるものである。

我が国に於いてもかかる国際法優位論を唱える学者は数多いが、これらの学者が日本国憲法と条約、或いは国際法との関係について国際法（条約）優位論を唱えられる理由としては、大体次の如きものが挙げられよう。

①日本国憲法に於いて、前文並びに本文に於いて宣言している国際協調主義及び恒久平和主義の精神からみて、条約なり国際法なりが憲法その他の法律と矛盾抵触した場合には、条約なり国際法なりが優越しているように強く感じられること。

②日本国憲法は第九八条一項に於いて、それが「最高法規」であることを宣言し、「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部」は憲法に違反することを得ず、違反した場合は効力を有しないことを明らかにしているが、条約はこの中に含まれていないこと。

③更に憲法第八一条に於いて違憲立法審査権の対象として、「一切の法律、命令、規則又は処分」を挙げているにもかかわらず、条約は意識的に除外されていること。

④憲法第九八条二項及び第九九条からみれば、日本国が締結した条約とか或いは確立された国際法規というものは、すべての国家機関を拘束するものと判断せられるが故に、憲法制定権者は勿論のこと、憲法改正論者をも拘束するものと解せられること。それ故に当然日本国が締結した条約とか確立された国際法規は日本国憲法より優位である

こと。

⑤憲法第九九条をみれば、一度び適法な手続で締結された条約は、仮令それが憲法に反するような場合でも誠実に遵守しなければならず、従つてその限りに於いて憲法より条約が優先するものであるということ。

B 国内法（憲法）優位論

この学説の代表者はイェリネック(G. Jellinek)であるが、彼はその著(“Die rechtliche Natur der Staatenverträge”, 1880)の中で、条約は国家が自らの意思によつて自己の行動に課したところの自己拘束(Selbstverpflichtung)に他ならないが故に、国際法の拘束力は国家意思に従属するものである。従つてその効力は同じように国家の自己拘束(Selbstverpflichtung)を意味するところの国内法に優越すべきものではないと説いている。その後かかる学説を支持したところのヴェンツェル(M. Wenzel)に至つては一層徹底して、国際法団体そのものの存在を否定し、更に国際法は統一した法にあらずとして、その非統一性を根拠に国際法の存在をも否定しているのである。¹⁹ 何はともあれこの説によれば、法とは憲法を頂点とするところの国内法のみ限定されるものであり、国際法の主たる淵源をなしている条約をして、国家の自己拘束、国内法の延長なりとみるのである。

我が国に於いて国内法（憲法）優位論を唱えられる学者も又数多いのであるが、この学説を唱えられる理由としては大体次の如きものが挙げられよう。

○憲法は一国の根本法であり、国内の最高法規なる故かかる憲法によつて認められる条約は、憲法によつて法律に優る形式的効力は認められると云つても、その憲法に優る効力をもち得るものではない。条約とか国際法規はなる程国際協調主義の精神からみて誠実に遵守されるべきものであつても、憲法に反する限り、それは効力を有し得る

ものではない。

◎日本国憲法第九八条二項にいう「日本国が締結した条約」は、前述の如くその内容及び締結手続に於いて合憲性のみを対象としているものであり、憲法が違憲の条約の締結を容認しているものとは到底考えられない。このことは憲法第九八条一項及び第九九条の規定からも容易に肯定され得るところである。

◎日本国憲法の改正手続と条約の締結手続とを比較してみた場合、何れが重要視されているかが分る。すなわち条約の締結は、一国家機関たる内閣が、国会の事前の又は時宜によつては事後の承認の下に締結し得るのであるが、この場合の国会の承認については、予算の議決などと同様に衆議院の優越が認められて居り（憲法第六一条）、必らずしも両院一致の議決を必要としない。しかるに憲法の改正については、その發議ですら衆参両院の一致の議決を必要としているし、又發議されたならば国民の承認を得なければならぬ。更に両院の議決についても、条約の締結に対する承認の場合に於ける議決は、通常議員定足数を充たした出席議員の過半数（第五六条）、衆議院の再議決の場合で出席議員の三分の二以上の多数（第五九条二項）であるのに対し、憲法改正の發議の場合に於いては、各議院とも総議員の三分の二以上の賛成が必要である（第九六条）。このように手続面からみても憲法の方が条約よりも上位のものとして観念されているものと云い得る。

◎日本国憲法は締結した条約及び確立された国際法規の遵守義務を規定しているにしても、積極的にその優位を認める条規はどこにも見出し得ない。更に明文の規定を以つて違憲の条約の無効を端的に規定していないのは、もともと日本国憲法はそのような違憲の条約の存在を予測、期待してはいないからであり、更に国際協調主義からでた政治的配慮もあると察せられるからである。

C 二元論

以上挙げた国際法（条約）優位論と国内法（憲法）優位論の他に更に二元論がある。これは国際法と国内法とは各々その適用領域を異にする全く別個な二つの法体系を形成していると考えられるものである。この学説は最初トリール（Triebel）によって説かれたものであるが、以後多くの学者によって支持されている。この説によれば、国際法と国内法とは次元を異にする二つの法であるが故に比較されるべきものではないし、従って又両者の間には積極的な矛盾衝突は起らないとするものである。例えばアンチロッチは、国際法も国内法も共に互に他の効力を左右し得るものではないとし、憲法と条約との関係については、「その各々が自己の領域に於いて最高であるから、一切の受容は規定立の行為であり、且受容すべき他の規範の多少とも根底的な変型を意味するのである。……国内法に於ける条約の明白なる受容は、事實は条約規定に相当する国内規範の制定であるが、又同時にこれらの条約の規定とは必然的に異なるものである²⁰」と説いている。それ故この説によれば、憲法的制約（国内規範）は、条約規定に相当する国内規範に対しては効力をもつが、条約規定（国際規範）の効力は左右し得ないということになる。勿論この場合でも国内規範が国際規範を左右し得ないのであるから、条約規定（国際規範）の効力は否定されないのである²¹。

(二) 日本国憲法と条約との関係

最後に日本国憲法と条約との関係について眺めてみるに、日本国憲法によって我々が誠実に遵守することを義務づけられているのは、日本国憲法に基いて締結せられた合憲な条約であり、それ故にこそ我々は日本国憲法とそれに基づいて締結せられた条約の両者を共に遵守することが出来るのである。すなわち日本国憲法を遵守することは条約を遵守することであり、又条約を遵守することは日本国憲法を遵守することになるのである。

そもそも条約を締結する内閣は日本国の国家機関であり、日本国憲法の下に於いて、日本国憲法に基いて条約を締結するものであるが故に、如何にそれが「高度の政治的行為」であっても日本国憲法に反するようなことが許されないのは当然のことである。又国会が事前に時宜によっては事後に承認を与える場合でも、同様に日本国の国家機関として日本国憲法の拘束を受けるものであるが故に、条約が日本国憲法に反すると考えられる場合かかる条約の締結を承認すべきではない。このことは極めて自明のことである。而して国会の承認を経て内閣が条約を締結する場合、当該条約が合憲であるか否かの判断は、「主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。」²²と、最高裁判所は判示しているが、これに対して少しく卑見を述べてみよう。

元来条約は前に述べた如く、一国家の条約締結意思と他の国家の条約締結意思の合致によって成立するものである。而してその条約締結意思はその国家の根本規範たる憲法に基いて形成せられるものであるが故に、条約は憲法上有効に成立しなければならぬこと論を俟たない。しかも有効にというのであるから当然適法にでなければならず、従って単に締結手続だけが適法であって良いというのではなくて、当然内容に於いても適法（合憲）でなければならぬ。このことは国会が適法な立法手続に従って法律を制定しても、それが違憲なものとして無効なものとなる場合があることを考えてみてもわかることである。されば我が国に於いては内閣が国会の承認を経て条約を締結するのであるが、このことと合憲性とは明確に区別されなければならない。最高裁判所や一部の学者によれば、条約の合憲性の判断は制度上は条約を締結する内閣と、それに対して承認を与える国会によってなされるとするが、内閣は行政機関であり、国会は立法機関である。従ってこれらの機関は少くとも最終的に合憲性を決定する権限も能力もないも

のと考えざるを得ないのであって、何によらず憲法に適合するか否かを最終的に審査決定するのは最高裁判所でなければならぬ筈である（憲法第八一条参照）。いわんや我が国の如くあらゆる国家活動が法治主義に基いて行なわれ、従って凡ての違法な国権の行使に対して出訴の途が開かれている（憲法第三二条）場合に於いては、如何なる行政行為と雖も苟しくもそれが法の規定に準拠して行なわれている限り司法審査の対象になるものと云わざるを得ない。²³それ故行政行為が対内的なものであろうと対外的なものであろうとを問わず、司法審査の対象から除外せられ得るものである訳はないのである。只これに関して、条約は憲法第八一条の列記の中に含まれていないが、条約は国際法形式であり複数国家間の合意に基くものであるが故に、それ自体は一国の裁判所の審査権になじまないものである。併しそれだからと云って内閣は如何なる条約をも、換言すれば憲法違反の条約をも締結し得ると考えることは許されない。すなわち内閣としても右に述べた如く他の国家機関と同様に日本国憲法の拘束を受けるものである。従って内閣の条約締結行為が、仮令「高度の政治的行為」であつてもそれは憲法第九八条にいう「国務に関するその他の行為」に含まれるものであるが故に、当然日本国憲法に反してはならないし、最高裁判所の有する審査権の対象になるものと考えられなければならない。しかるに最高裁判所は砂川事件の判決の中でも、安保条約の締結は所謂統治行為であるが故に司法審査権が及ばない。但しそれは絶対的に及ばないのではなくて、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」に於いて審査権が及ばないと述べている。この「一見極めて明白に違憲無効」というのは誰がみても極めて簡単に違憲であり従つて無効であると判り得るものと考えられる訳であるが、一体このような誰がみても極めて簡単に違憲だと判り得るような条約を内閣が締結し、国会がそれを承認するかということである。恐らく如何なる内閣であつても、又国会にしても「一見極めて明白に違憲無効」な条約を締結したり又承認したりすることは常識的にみ

てあり得ないことと云わねばならない。而も問題はこのような条約のことではなくて、一見した丈では明白に違憲無効とは判り難い条約の締結である。つまり「一見極めて明白に」違憲でなくても、違憲な条約は違憲なのであって違憲という点に於いては同じなのである。それを最高裁判所は、「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のものであって、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきであると解するを相当とする」と判示しているが、「一見極めて明白に違憲無効」な条約に対して司法審査権が及ぶとするならば、当然「一見極めて明白に」ではないが、とに角違憲の疑いのある条約に対しても司法審査権が及ばなければならぬ道理である。

勿論一国の裁判所の司法審査権でもって国際法の淵源としての、成立確定した条約そのものを審査し無効にすることが許されるかどうかは極めて難しい問題であり、否定的に考えられるべきかも知れない。併しながら少くとも条約を締結したのは内閣であり、内閣の条約締結行為は「国務に関するその他の行為」であるが故に、右にも述べた如くそれは日本国憲法に反してはならないし、又当然司法審査権の対象たり得る訳である。

要するに日本国憲法の下に於いて、日本国憲法に基いて条約を締結するところの内閣は、日本国憲法の拘束を受けている国家机关であるが故に、日本国憲法に反するような条約を締結しないように常に努力を払わねばならないし、同様の意味に於いて国会もそうである。日本国憲法第九八条二項に於ける条約は、正にこのようにして「日本国が締結した条約」であり、その故にこそ両者——日本国憲法と条約——が共に誠実に遵守され得るのである。

- 註(1) 高野雄一「条約と憲法」(国家学会雑誌第七二巻第八号、五二頁)。
 (2) ヴィノグラドフ「法における常識」末延三次、伊藤正己訳、三〇頁。
 (3) 宮沢俊義「日本国憲法」コンメンタール編、五六一頁。
 (4) 清宮四郎「憲法」三五六―七頁。鶴飼信成「憲法」二〇八頁。その他。
 (5) 一又正雄「憲法と条約」(公法雑誌第五号、一一頁)。田上穰治「憲法原論」一七三頁。その他。
 (6) 佐藤功「憲法解釈の諸問題」二二〇頁。(7) 宮沢俊義「憲法」四一三頁以下。俵静夫「逐条憲法要義」三七四頁。「註解日本国憲法」(法学協会)下巻(2)一四八四頁。
 (8) 渡辺宗太郎博士は「条約との関係における違憲性の審査は、我が国の制度においては内閣による条約の締結に対する国会の権限に属するものとみなければならない」と説かれている。(統「憲法の基本問題」八九頁)。同頁、註解日本国憲法(法学協会)、下巻(2)二二一八頁。
 (9) 中谷敬寿「改訂法学概論」六〇頁。
 (10) 同頁、田畑忍「違憲・合憲の法理」二六頁。
 (11) 宮沢俊義・前掲書、コンメンタール編八〇八頁。法学協会・前掲書、一四八〇頁。吉岡紹直「憲法第九八条第一項についての一考察」(法政論叢、三三頁)。
 (12) 横田喜二郎「国際法の基礎理論」二四二頁以下。
 (13) 佐藤功「憲法」(ホケット注釈全書)五九七頁。
 (14) 法学協会・前掲書、一四八一頁。
 (15) ワイマール憲法に於いても同様に解されている。Anschütz, Kommentar, S. 64f.
 (16) 清水伸編著「逐条日本国憲法審議録」第三巻、七六六頁。
 (17) 法学協会・前掲書、一四七〇頁。
 (18) Hans Kelsen, "Principles of International Law," 1952, p. 446~7.
 (19) Max Wenzel, "Juristische Grundprobleme," 1920, S. 397ff.
 (20) アンチロッチ、一又正雄訳「国際法の基礎理論」四三〇頁―四三二頁。
 (21) 経塚作太郎「国際法と国内法の効力関係」(綜合法学一九五九年一月号)五三頁参照。
 (22) 最高裁判所、昭和三五年六月八日、大法院判決(民集第一四巻第七号二二〇九頁)。

- ③ ベターマンも、ボン基本法第一九条四項の解釈として最早司法審査を受けない行為なるものはドイツに存在しないと述べている。(Bettmann, "Deutsche Verwaltung, 1950, S. 396)
- ④ 当時の国務大臣金森氏も国会でこのように答弁している。清水伸編著前掲書、第三卷七七四頁―七七五頁。
- ⑤ 最高裁判所、昭和三四年二月一六日、大法院判決(刑集第一三卷一三三三―一三五頁)。
- 而、本稿は、拙稿「日本国憲法と条約の効力関係」(法政論叢第十二号)に多少筆を加えたもので、以上の他に多数の書物、文献を参照したが紙数の関係で割愛する。