

違憲の條約の憲法論的考察

田 畑 忍

(一) 條約の定義

日本國憲法は、條約について、次の如き四つの規定を設けている。

- 一、「第七條 天皇は内閣の助言と承認により、國民のために、左の國事に關する行爲を行ふ。一 憲法改正、法律、政令及び條約を公布すること。……批准書……を認證すること。……(以下略)」
- 二、「第七十三條 内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。……三 條約を締結すること、但し、事前に、時宜によつては事後に、國會の承認を経ることを必要とする。……(以下略)」
- 三、「第六十一條 條約の締結に必要な國會の承認については、前條第二項の規定を準用する」「第六十條 豫算について、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、兩議院の協議會を開いても意見が一致しないとき、又は參議院が、衆議院の可決した豫算を受け取つた後、國會休會中の期間を除いて三十日以内に、議決しないときは、衆議院の議決を國會の議決とする」。
- 四、「第九十八條……② 日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠實に遵守することを必要と

する」。

言うまでもなく、右の諸規定のうちで、第七條第一號は、天皇の條約公布權を定めている規定であり、また第十三條第三號は内閣が條約締結權と批准權の主體であることと、國會が其の承認權を有することとを定めている規定であり、また第六十一條は條約の締結に必要な國會の承認について定めている規定であり、更にまた第九十八條は、いつたん締結した條約は、これを誠實に遵守すべしとする國際法規を、特に國內法としても定めている規定である。

この四つの規定のほかには、然し條約にかんする日本國憲法の規定は存在しない。而して、右の三つの規定の中にある「條約」は、英譯の *The Constitution of Japan* を見ると、何れも *treaties* (トリテイス) と英譯されている。日本國憲法の定むるかくの如き條約 (*treaties* トリテイス) とは、言うまでもなく、日本國の内閣 (即ち政府) と外國の政府との文書を以てする國家的約束にほかならない。従つてそれは國家と國家とのかくの如き約束であり、究極的には國民と國民とのかくの如き約束にほかならない。したがつてそれは、狹義のトリテイスにとどまらずして、アグリーメントも、チャーターも、アレンジメントも、コンベンションも、デクレレーションも、アクトも、すべてが其の中に含まれるものである、と解しなければならぬ。^(註二) そうして條約の締結權者は、憲法第七十三條第三號の定めている如く内閣であるから、條約を締結することは、明らかに日本國憲法第四十一條の所謂立法 (狹義) 作用ではない。即ち右第十一條が、「國會は唯一の立法機關であつて……」と定めている如く、憲法は國會の手續による法律の制定のみを立法である、としてゐるからである。^(註三) すなわち憲法によれば、内閣による政令の制定、最高裁判所による規則の制定と同様に、條約の締結制定も亦、この意味では立法 (狹義) ではない。もちろん然し、それが廣義の立法行爲、即ち廣く國家の規則たる法を制定する行爲たることについては、すこしも否定せられ得るところではなす。

狹義の立法も、條約締結行爲も、ともに國の政治行爲であり、國政行爲 (又は國政作用) であつて、それ以上のも

のでもなく、またそれ以外のものでもないことは言うまでもない。而して、締結された條約は、もちろん國際法の淵源を形成するものであつて、すなわち國際法であるから、條約それ自體は決してこれを國內法であるとする^(註四)ことはできない。ただ國際法と同内容の國內法、又は成立した條約に伴つて國內法の制定せられる場合があるにすぎない。憲法と條約との關係は、かくして明らかなるように、憲法と國際法との關係であつて、國內法に於ける級階序列的關係として見られるべき性質のものではない。故に、其の兩者の法的關係は、原則としては對等の關係、即ち相對的の關係であつて、絕對的の關係ではないのである。即ち、かくの如くに考へる見解は、トリーペルやアンチロツチ等によつて唱へられる憲法と國際法とを異れる法體系と見る相對的二元説と稱せられる學説に屬するものである。^(註五)これに對する有力なる異説としては、ケルゼンやラードブルツフの國際法優位説があり、それとは反對にヘーゲルやイエリネツクによつて、またケルロイターなどによつても唱へられた憲法優位説が存しているけれども、ともに今日の國際的政治社會の多元的構造體制を認識せざるものと言ふべく、従つてそれらの學説は採用し難い學説である、と言はねばならない。この點についてはのちに詳説する。

註(一) 佐々木惣一「改訂日本國憲法論」二九三頁、「註解日本國憲法」一四八〇頁等參照。

(二) 拙著「戰爭と平和の政治學」一五〇頁以下參照。

(三) 拙著「憲法學原論」及び「憲法學」參照。

(四) 例えば大淵仁右衛門「國際法講義」一七頁及び拙著「憲法學の基本問題」及び「法學概論」等參照。尙おアンチロツチ「國際法の基礎理論」(一又正雄譯)五四頁以下參照。

(五) ケルゼン「一般國家學」(清宮四郎譯)二七四頁以下及び同「純粹法學」(横田喜三郎譯)一九八頁以下、また大澤章「國際法秩序論」一〇九頁以下及びラードブルツフ「法哲學」(田中耕太郎譯)二八六―七頁參照。

(六) ヘーゲル「法の哲學」(速水・岡田譯)三九二頁以下と五一―頁以下參照。また Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, SS. 310-329. Koellreutter, Grundriss der allgemeinen Staatslehre, SS. 225-230.

(一) 憲法第九十八條第二項の規定

我が國で、國際法優位説を採る學者は、前示日本國憲法第九十八條第二項の規定を以て、國際法は憲法に優越する、と定むるものである、と説いている。宮澤俊義教授・依靜夫教授・横田喜三郎教授等は、何れもかくの如き立場に立つものである。

例えば宮澤教授は、「正式に批准され、公布された條約は、國法の權威にまさる權威を有する」と規定するフランス新憲法を引用しつゝ、また日本國憲法序節を援用しつゝ、其の國際主義に立脚することを説き、條約及び國際法規が日本國憲法に優越するものであると説いている。更に第九十八條第一項が「この憲法は、國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その效力を有しない」として、そこに條約を擧げていないのは、憲法は條約に對して最高法規ではないと言ふ趣旨を示しているものであつて、條約又は國際法優越説を傍證するものであり、日本國憲法は國法に對する國際法の優位を原則的に承認したものと^(註二)して、きわめて注目に値いするものである、と主張するのである。

然しながら、先づ第一に、フランス憲法の規定するところを以て、それとは異つた趣旨の日本國憲法の規定の説明をすることは、其の意圖にもかかわらず、許され得るところではなく、また當を得たるものではない。また、日本國憲法序節が國際主義を標榜していることは明らかであるのみならず、其の第九十八條第二項の規定もまた、同様に國際主義に立脚するものであることを明示しているものなることは言うまでもない、が然し國際主義は必ずしも國際法優越主義を意味するものではないことを指摘しなければならぬ。即ち、國際主義と言ふことと、憲法に對する條約又は國際法の優位と言ふこととは、儼に區別すべきものであることを知らなければならぬからである。更にまた、第九十八條第一項の規定が、宮澤教授の主張の如く、條約に對して決して憲法が最高法規でないことを明らかに定め

ているものであることについては私も同意見であるが、然しそれだからと言って逆に條約が憲法に對して優越する、
と言う原理を定めているものと解すべきものではない。それは論理の飛躍であると言はねばならない。即ち條約又は
國際法は、憲法とは其の體系を異にして關係し合う法である、と言うことを示しているものにほかならないからであ
る。換言すれば、それは、憲法は國際法を尊重しなければならず、同時に國際法は各國の主權と憲法を尊重しなけれ
ばならない、と言つた法關係に立つているものなのである。それ故、第九十八條第二項が「日本國が締結した條約及
び確立された國際法規は、これを誠實に尊重する必要がある」と定めているのは、右の法原理を國內法として定めた
ものであり、國際法の國內法化とも言はれているものであるが、然かも憲法が國際法に從屬すべき旨を定めたもの
はないのである。もちろん、憲法は一般的に言つて、右の如き趣旨の規定を設け得ないのではない。現に、かくの如
き旨の規定を定めているものとしては、前示フランス新憲法があり、西ドイツ憲法も亦かくの如き趣旨の規定を設け
ている。^(註二)日本國に於てもまた、かくの如き憲法規定を設けることはできないことではなく、できることである。ただ
然し、現行の日本國憲法第九十八條第二項は、かくの如き趣旨の規定として存在しているものではなく、また他の條
章にもかくの如き規定が設けられてはいないだけのことである。横田教授の國際法優越思想に據る第九十八條第二項
の解釋も、^(註三) 俄教授の條約優先主義の解釋も、^(註四) また「註解日本國憲法」の同趣旨の解釋も、^(註五) ともに前示宮澤説と同様に
誤つている、と言はなければならぬ（その他、國際法學者の多くは條約優位説を取つているが、こゝには觸れない
でおく）。

これに對して、美濃部達吉博士、藤田嗣雄博士、田上穰治教授、佐藤功教授等は、條約に對する憲法の優越を主張
するものであるが、かくの如き憲法優越主義的解釋も亦、第九十八條第一項及び第二項を正しく説明し得ざるもので
あることは、既述の如き所論によつてすでに明白である、と言へよう。例へば美濃部博士は、第九十八條第一項の
「この憲法は、國の最高法規である」とする規定に基づいて、條約に對する憲法の優越を主張するのであり、「他の

總ての國家の意思表示は、法律・條約・命令・處分等如何なる形式に依るものでも、常に憲法に従はねばならぬとする拘束を受くるものであると言ふのであるが、^(註六)これは、第九十八條第一項の「この憲法は、國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その効力を有しない」とする法條の中に、條約も含められているものとする明らかに誤解に出づる解釋であり、條約が國法でなくて國際法であることを看過したるがために陥つた誤れる解釋である、と言はなければならぬ。

また田上教授は、官澤教授等の條約優越主義に對立して、「國內法に對する國際法の優位は、國際法社會が國家に對して立法權・司法權・行政權を行う組織と實力をもち、國家との關係が恰かも政府と地方公共團體の關係に比較できることを前提とする。現代では關係當事國の承認によつて條約の拘束力が生ずるものと解すべく、從つて憲法が條約にまさる効力あるものと解する^(註七)」と主張するのであるが、國際法が憲法に優越しないとすゝる其の法論は正しいとしても、それを論據として、憲法が國際法に優越すると主張することは誤りである、と言はねばならぬ。即ち教授が、條約は關係當事國の承認によつて拘束力を生ずるから憲法が優越する、と説く其論理は、國際法が關係各國を主體とする法であり、從つて憲法とは體系を異にする法である、と言ふことを看過したものであるからである。

また佐藤教授は、條約の締結は國會の承認により内閣の締結するものなるに對して、憲法の改正には國民投票を必要とするものなるが故に、制定の困難なる憲法が制定の容易なる條約に優越するのは當然である、たゞ戰勝國の意思の反映する講和條約は絶對であつて、戰敗國の憲法に優先するものである、と説いて^(註八)いる。然し、同教授の主張の前半は憲法優越説で、後半はまた條約優越説であつて、首尾一貫しない感があり、何れも結局は、國際法と憲法と言う別箇の法體系の相互關係と言うものを見忘れた議論であつて、田上教授の所説と同様に誤りであるのみならず、これによつて第九十八條第二項を説明することはできないものではない、と言はねばならぬ。

また藤田博士は米國の法原理を援用して、憲法は條約に優越すると説きながら、憲法に對するポツダム宣言と平和

條約の優越を論じ、更に一般の條約が憲法の下位にあることを主張されながら、「條約を憲法に一致せしめるために憲法改正をなさなければならぬ」^(註九)と言つてゐる。即ち其の所論に論理の一貫性がないのみならず、結局に於て、それは條約優越論になつてゐる觀がある。其の意味に於て、同教授の見解も、第九十八條第二項の解釋として妥當を缺いてゐるものと斷じなければならぬ(右に述べた諸學者以外にも、憲法優位説を取る者に黒田覺教授、河村又介判事などがある)。

然るに、私見によれば、第九十八條は、第一項に於て、日本國憲法は日本國の最高法規であつて、日本國の法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行爲は日本國憲法に反しては効力を有し得ないと定めてゐるけれども、然し日本國憲法が諸國家の法であるところの條約等の國際法に對して最高法規であるなどと定めてゐるものではない。故に日本國憲法に關するかぎり、即ちこの條項の解釋として憲法優越説の成立することはできるものではない。然し、その反對に、條約が憲法に對して優越すると規定してゐるものと解することもできるものではない。ただ條約の締結と云う國務行爲に對しては、日本國憲法は最高法規であることを認めねばならない。とすれば、この憲法に反する内容をもつた條約を締結することは違憲行爲として許されない筈であり、またかくの如き違憲の條約の締結と云う國務行爲は効力を有し得ない、と云ふことにならざるを得ないのである(このことについては後に詳述する)。

然るに第九十八條第一項は、右の如き法理を示してゐるにもかかわらず、同條第二項の定めてゐるところは、日本國が締結した條約(及び確立された國際法規)は、それが合憲の場合はもちろん、學理的に考へて違憲の内容のものであつても、これを誠實に遵守しなければならない、とするのである。また第八十一條は、條約を最高裁判所による憲法裁判の對象以外のものとしてゐるのである。然かもそれにもかかわらず、これらの規定は、條約が憲法にまさる、と定めてゐるものと解すべきものではない。従つて、違憲の内容をもつた條約が締結されて、これを遵守すべしとするとしても、憲法を違憲の條約に合うように改悪する必要は毛頭ないわけである。むしろ後述の如く、違憲の條

約を合憲的な内容のものに改訂するための努力を、國家機關も、また國民もが、なすべきである。もちろん、條約が憲法よりも進歩した内容のものである場合には、憲法違反の問題は通常には生ずべくもない。この點については、異論もあるであろうが、かかる場合には、憲法は進歩的な内容の條約に合うように改正さるべき必要の時期に到達したものと解すべきである。而して、この何れの場合に於ても、條約が憲法に優越すると言うことが意味されているのではなく、またそのような第九十八條第二項の法意ではないのである。それは、たゞ、より進んだものが、より進んでいないものを高める、と言う社會法則が行はれざるを得ない、と言うことを意味するものであると言はねばならぬ、と思うのである。

註(一) 宮澤俊義「憲法」四〇〇頁。

(二) 即ちドイツ連邦共和國基本法第二十五條は次の如き規定を設けている。「一般に國際法の諸規定は、連邦法の構成部分とする。それは法律に優先する効力を有し、連邦領土の住民に對して、直接に權利と義務を發生する」。

(三) 横田喜三郎「新憲法に於ける條約と國內法の關係」(日本管理法研究二四號一四頁) 参照。

(四) 俵靜夫「逐條憲法要義」三七四頁。然し同教授の「憲法に於ける條約」(公法研究第五號)では、必ずしも條約優越説を取られているとは見えない。

(五) 「註解日本國憲法」一四八四頁。

(六) 美濃部達吉「日本國憲法原論」参照。

(七) 田上穰治「憲法原論」七五頁。

(八) 佐藤功「講和をめぐる憲法諸問題」参照。

(九) 藤田嗣雄「條約の國內法化について」参照。

(三) 違憲の條約の効力

さきに述べた如く、第九十八條第二項は、締結された條約は、合意であると違憲であるとを問はず、否そのような

事には關りなく遵守すべきものと定めているものであるが、其の第一項もまた特に違憲の條約を無効なりと定めているものではない。と言うよりも、違憲の條約なるものを想定していないのであると言うことができる。従つてまた、この第九十八條第一項との關連に於て、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である」とする第八十一條は、當然のことながら、それ自身國內法ではない法的性格を持つているところの締結された條約を、憲法裁判の對象に置いていものではない、と言うことが明らかである。故に、日本國の締結した條約が違憲のものなりや否やを決定する權限は、最高裁判所には附與されていないのである、と解しなければならぬ。換言すれば、かくの如き條約は最高裁判所の憲法裁判の對象にはならないと言ふことになるのである。これを要するに、かくの如き憲法條文の解釋として、締結された條約は合憲違憲を超越してすべて有効なりとするのであつて、學理上考へられる違憲の條約もまた従つて日本國の締結したるものである以上は有効である、と言うことになるのである。

かくの如く學理的に考へて違憲性をもつていとせられる條約には、種々のものが區別せられるが、大別すれば内容に於て違憲性をもつていとせられるものと、手續に於て違憲のものが存在する。田畑茂二郎教授は、この二つの場合の中、前者は一般に國際法的効力を有するけれども、後者は條約締結權者の有權的解釋如何によつて効力のある場合とない場合とが有るとせられているようであるが、^{註(二)}後の場合についての判斷は正確とは言へない。更に一又正雄教授は、内容・手續ともに違憲のもの（眞正違憲條約）と、内容は違憲で手續は合憲・内容は合憲で手續は違憲と言ふような場合（準違憲條約）が區別せられ得るとして、準違憲條約中の後者は締結し得られないものである、と規定せられている。^{註(三)}然し、そのように分類して、^{註(三)}のちの場合についてなされているところの其の判斷はやはり正確とは言へない。それはのちに明らかとなる如く、内容に於て違憲のものも、手續に於て違憲のものも、ただ何れも違憲の點で變りはなく、同様に違憲と言うことでの共通點が其の場合には問題だと考へるべきだからである。

ところで日本國憲法の場合、手續の點で違憲のものには、日本國憲法第七條第一號に従つて公布されない條約であるとか、同第七十三條第二號によつて處理された條約であるとか、同第七十三條第三號に従つて事後に於て國會の承認を経ることができなかつた條約であるとか、が數へられる。然し事前に於て國會の承認を経ることができなかつた條約は、條約として締結され得ざるものであるから問題は自ら別であつて、それは遵守される對象になり得ないものである。即ちそれは手續上違憲の締結された條約ではなくて、未だ締結せられざる條約、即ち條約としては未だ成立していないものであるからである。故に、それは峻別して別のものと考へなければならぬ。即ち、それとは異り、不完全な手續の上で締結された違憲の條約は、國際法上の法理によつて、日本國と諸國家との間で締結されたものである以上、すべて有効であると言はなければならぬ。即ちそれは、その點で内容に於ける違憲の條約の効力の問題と何等異るところはない。要するに、國會の事後承認を得なかつた條約が、すでに締結されて存在しているとか、或いはまた締結された條約が公布されないであるとかと言ふことは、すでに述べた如く憲法的に見てそれらの條約に假疵のあること、即ち條約として不完全であることを示すもので、言い換えればそれらのものは手續の點で違憲性をもつた條約である、と言ふことになるわけである。故に手續の點で違憲性をもつた條約は、内容に於て違憲の性質をもつた條約と、ただ違憲性形成の點で異なるものであると言ふことが明らかである。けれども違憲の條約であると言ふことそのことに於ては前述の如く二者同じである、と言はねばならない。然かも、これらの違憲の内容を含む條約も、違憲の手續による條約も、すべて國際法上の法理と手續とに従つて有効に日本國が締結したものなる以上、日本國憲法の定むるところにより有効である、とするのが、日本國憲法第九十八條第一項及び第二項の定むるところであつて、前述の如く第八十一條はそれを傍證することにもなつてゐる規定である、と言ふことができるのである。しかのみならず、かくの如き提説が法の一般論としてもまたすでになされてゐるのである。註(三)

左に、近時締結された條約の中、違憲の内容を有するものと言はれてゐる條約の主なるものについて概観すること

にする。先づ一九五一年（昭和二十六年）に締結された「日本國との平和條約」（平和條約）と「日本國とアメリカ合衆國との間の安全保障條約」（安保條約）について、これを違憲の條約であると見る見解がある。それは日本國憲法第九條に違反して再軍備を日本に要請するものだからと言う理由に據るのである。然しこの二條約は、いづれも日本の再軍備を義務づけているものではない。ことに平和條約第一條B項は、日本國及び其の領水に對する日本國民の完全なる主權を承認すると規定し、また第五條に於ては日本の再軍備の權利を認めていないにすぎない。また安保條約も、第二條でアメリカの基地設定權を定め、また第一條でアメリカ軍の駐留權を設定し、其の前文で防衛力の漸増を期待すると言う一節を設けているけれども、未だ日本再軍備の義務を課しているものではない。故に、この二條約が直接に日本國憲法に違反しているものと斷ずることはできない。^{註(四)}

ただこれらの條約の右の規定の行間に滲み出ているものは、日本再軍備の強き要請であつて、其の意味では、間接に日本國憲法に對する違反性を内在している條約である、と言はねばならない。要言すれば、この二條約は間接的違憲の條約である、と言うことができよう。然かも條約の有効性は、この間接的違憲性によつて阻害されるものではない。即ち日本國憲法第九十八條第二項が其の無効性を阻却しているのである。

次に一九五三年（昭和二十八年）、條約第二十二號として發効した「日本國とアメリカ合衆國との間の安全保障條約第三條に基づく行政協定」も、其の内容に於て、また成立にいたる手續について違憲の條約であるとせられてゐる。殊に其の成立にいたる手續について違憲性が存すると言うのは、右條約の行政協定が日本國憲法第七十三條三號に從つて、國會の承認を經ていないからである。即ち右條約（行政協定）は本來ならば批准されることのできない未成立の假條約に終るべきものである。然るに、政府は、これを安保條約の「執行命令」の如きものと考へ、日本國憲法第七十三條第二號の「外交關係處理」の一つに過ぎざるものとして、國會とは無關係のものと看做し、國會に承認を經る手續を取ることなくして締結されたものである。故に、かくの如くにして決定されたこの行政協定が違憲性を

もつことは極めて明らかである。また其の規定内容も、積極的軍事協定としての疑いが濃厚にある以上、日本國憲法第九條に對する違憲の條約たる性質のあることを看過し得ないのである。^(註五)然しながら同第九十八條第二項によれば、かくの如き行政協定も、締結された條約として、其の有効性を保障されているものと見るほかはないのである。

次に、一九五四年（昭和二十九年）條約第六號として發效した「日本國とアメリカ合衆國との間の相互防衛援助協定」については、前述した平和條約及び安保條約とは異り、其の違憲性が極めて明白である、と言はねばならない。

即ちこのM S A防衛協定は、明らかに日本國憲法第九條に反し、日本國に對して、再軍備の義務づけをしているからである。同協定第八條には次の如くにしてされている。曰く「日本國政府は、國際の理解及び善意の増進並びに世界平和維持に協同すること、國際緊張の原因を除去するため相互間で合意することがある措置を執ること並びに自國政府が日本國とアメリカ合衆國との間の安全保障條約に基いて負つてゐる軍事的義務を履行することの決意を再確認するとともに、自國の政治及び經濟の安定と矛盾しない範圍でその人力、資源、施設及び一般的經濟條件の許す限り自國の防衛力及び自由世界の防衛力の發展及び維持に寄與し、自國の防衛能力の増強に必要となることがあるすべての合理的な措置を執り、かつ、アメリカ合衆國政府が提供するすべての援助の效果的な利用を確保するための適當な措置を執るものとする」。然るに同協定第八條第二項には、「この協定は、各政府がそれぞれ自國の憲法上の規定に従つて實施するものとする」とあつて、如何にも日本國憲法をも尊重しているかのように見へるけれども、同協定第九條の存在を決して否定しているものではなく、それと相併行している規定であり、従つて日本國憲法第九條を無視しながら、日本國憲法をも尊重すると言ふ意味のものでしかないわけである。然ればM S A防衛協定は、日本國憲法第九條平和主義の規定に矛盾せざるものではあり得ない。故に、同協定が違憲の條約であることは明白疑いなしと言はねばならない。^(註六)けれども同協定が締結せられたものである以上、有効性をもつことは、日本國憲法第九十八條第二項によつて、これまた明白である、と言はねばならない。

然しながら、違憲の條約の有効であると言うことと、違憲の條約を締結した政府の行爲に責任があり、またその行爲が有効であるかどうか、と言うこととは、およそ區別すべきであり、別に考察の必要がある、と考へなければならぬ。

註(一) 田畑茂二郎「違憲條約の國際法的效力」(法學論叢六〇卷四號) 参照。

(二) 一又正雄「憲法と條約」(公法研究五號) 参照。

(三) ケルゼン「純粹法學」(横田喜三郎譯) 二一九頁以下参照。

(四) 拙著「憲法改正論」四〇頁以下参照。

(五) 拙著「戰爭と平和の政治學」一五三頁以下参照。

(六) 拙著「憲法改正論」四九頁以下参照。

四 違憲の條約の締結行爲の無効性

學理上違憲なりと考へられる條約が、憲法上有効のものであると解すべきことについては、既述の如く日本國憲法第九十八條第二項及び第八十一條に徴して明らかであるが、然しかくの如き違憲の條約を締結した政府の行爲は、條約それ自體とはこれを區別すべきものであつて、従つて其の効力の問題については、ここに更めて考察しておかなければならぬ。

私見によれば、かくの如き政府の違憲の條約の締結行爲は、其の結果として制定された條約が、合憲違憲を問はずして有効であるのかかわらず、憲法の條規に反する國務に關する行爲として其効力を有しない、と考へねばならない。このことは日本國憲法第九十八條第一項及び第九十九條の規定に徴して明らかである。もちろん條約締結の國務行爲が違憲なりや否やについては、國民による違憲訴訟の提起により、最高裁判所の判定に俟たねばならない。而して、かくの如き判定の權限を有するものが最高裁判所であることは、日本國憲法第八十一條が、「最高裁判所は、一

切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する……」と定めていることによりて明らかである。と言うのは、條約締結の「國務行爲」は、最高裁判所の憲法裁判の對象たる「處分」に該當するものだからである。従つて、最高裁判所の判定によりて、違憲の條約の締結行爲のあつたことが明らかとなつた場合は、直ちに其の國務行爲は無効となり、政府に責任が生じる。この場合、政府に責任が生じるのは、政府の違憲行爲自身のためと、其の違憲行爲が日本國憲法第九十八條第一項によりて効力を有しないためとであることは言うまでもない。即ち違憲性をもつた内容の條約を締結した政府の行爲が、最高裁判所によりて違憲の判決を受けた場合、當該政府の國務行爲は當然に無効となり、其の結果政府は其の責任を負うことにならざるを得ないのである。

もちろんそのままでは、政府の違憲の國務行爲が無効となり、また政府にそのための責任が生じても、政府の違憲の條約締結行爲の結果としての條約の効力には何等の變化の生じないことは、既述の法理により明らかである。然し右の場合に政府が責任を負うと言うことは、政府は、違憲條約締結行爲の無効となるにいたつても其の効力を失うことなき該違憲の條約を廢棄し、かくすることによつてのみ其の存在的効力に變化を生ぜしめるべき努力をする義務を持つ、と言うことであらねばならない。而して、この義務を履行し得ないならば、政府は直ちに引責辭職をすべきものであり、更に其の場合には後繼内閣が該違憲條約廢棄のために努力すべき義務を繼承することにならざるを得ないものと言ふべきである。違憲の條約の締結行爲はかくの如くに重大なものであることを知らねばならない。然し、かくの如き手順によつて遂に廢棄せられるにいたらざるかぎり、違憲性をもつた條約が尙おその間に於て効力を持續するものなることは、日本國憲法第九十八條第二項によつて極めて明白である、と言はねばならない。故に、この二つの事理を混同すべきではない。

違憲の條約の締結行爲が、最高裁判所によりて違憲であるとの判決を受けた場合、政府に責任を生じ、政府はこれを廢棄すべき努力をしなければならぬことはすでに述べた如くである。が、かくの如き判決を受けないならば、政

府はもちろんそれを廢棄すべき義務を負うことはない。然し、政府に關しては右の如くであつても、國民のこれに對する關係は異ると言はねばならない。即ち或る條約について、それを違憲の條約であると見る國民は、最高裁判所の判決如何にかかわらず、繰返し政府に對して其の締結行爲の非を責むるだけに止らず、更に違憲と考へられる條約そのものの廢棄の運動を起すことができるわけである。即ちこの運動として、國民は、日本國憲法第十六條所定の請願權に據ることも可能であり、また第二十一條所定の表現の自由權に據ることも、また其の何れに據ることも可能である。むしろ、國民は、其の基本的人權を守り憲法を尊重擁護するために、違憲の法令に對して法的闘争を行うのと同様に、違憲の條約に對して其の廢棄の運動を喚起しなければならないものである。このことは、日本國が締結した條約を誠實に遵守すること(第九十八條第二項)と矛盾するかの如くに見えて、然かも決して矛盾するものではない。換言すれば、それは皮相に於ての矛盾であつても、本質に於ての矛盾ではないのである。即ち日本國が締結した條約は、合憲たると、違憲たると、違憲と考へられるものたるを問はず、誠實にこれを遵守しながら、然かもそれが違憲性を内在したものであるか、或いは憲法に従つて國民の欲せざるものである場合には、これを廢棄にいたらしめる努力を怠らざることが、日本國憲法の定めてゐる規定に従うことであるからであり、且つは法治主義又は憲法主義又は民主主義の要請に叶う所以のものであるからである。

(註) 拙稿「最高裁判所による憲法第八十一條の違憲的解釋」