

## 国際法律家連絡協会の要請に答

えた「憲法と条約」の関係をめぐる諸問題にかんする私見

田 畑 忍

はしがき

この資料は、第二砂川判決にかんし、国際連絡協会が、弁論研究の必要上、私見を求められたので、その要請に基いて早急にまとめた私見の控書であつて、回答には、この私見に、別紙として、拙稿「憲法第三十九条前段後句の研究」(同志社法学五十二号所載)別刷一部を添付した。学友のすすめにより、時局的に本誌の読者にも、右私見を提供して参考に供したく、この資料欄をかりることにした。

最初に、国際法律家協会の要請書と、砂川弁護団世話人会の用意された弁論の論点を示すことにする。

「前 省

同封ニュースでお知らせしましたように、協会は砂川弁護団に参加することになりました。

過日の砂川弁護団世話人会で弁論の論点について討議した結果、左のような論点が出されましたが、その内、憲法と条約の

部分は当協会を担当することになりました。

ついでには会員各位に弁論の論旨あるいは着眼点等についての御意見をおよせいただきたいと存じます。

弁論の準備は急を要しますので極く簡単でも結構ですから是非至急(でき得れば今月一杯)御意見を頂けるようお願い致します。

協会としては今回の御意見にもとづいて在京会員の参加を頂き討議に付した上、協会としての弁論を作成したいと考えます。

一九五九年五月二十日

国際法律家連絡協会

(弁論の論点)

一、第一審判決における憲法第三十一条違反の論旨の検討

二、在日米軍は国連軍に準ずるといふ説の批判

三、自衛戦力の保持は憲法第九条違反である。

—新憲法制定議会における政府当局者の見解の検討—

四、日本に直接関係のない戦争のための武力保持は第九条違反か。

反か。

—極東の平和と安全の維持のための武力行使は第九条第一

一項の違反である—

五、在日米軍はその実態において日本の戦力そのものである。

—自衛隊との密着—

六、条約と憲法 (a)条約審査権 (b)条約は憲法に優先する

か (c)違憲の内容をもつ条約に根拠をおく法律の国内憲法秩序のもとでの効力 (d)その他

## 回答

(弁論の論点)

一問。「第一審判決に於ける憲法第三十一条違反の論旨の検討」。

答。刑特法が憲法第三十一条に違反するとする判決の論旨は弱く且つ無理な点がある。(この点については、「法律時報」五月号臨時増刊所収の木村亀二「砂川判決の法律的意義」・恒藤恭「純粹で誠実な判決」・田畑忍「刑特法の違憲性について」を参照のこと)。

右に関する私見は、刑特法は、憲法三十一条に対してと言うよりも、憲法序節及び九条に違反する安保条約及び行政協定実施のために制定されたものであるから、その点に於て全面的に違憲の法律なりとなすべきであり、しかも国会がこれを制定している以上、いちおう有効であり、従って刑特法違反の行為については、其の他の刑罰法に違反するものは、併せて強く罰せられるが、他の刑罰法に違反しないものであるかぎり、違法性を阻却さるべきであり、また憲法の定める義務履行のためのみの行為については罪を論じ得ない、と言わねばならない。

それ故、窃盗等のために基地に立ち入った行為は刑特法二条で罰せられるが、基地反対等、憲法十二条前段の抵抗義務

遂行のために、極めて正当の理由により基地に止むなく立入った行為は、刑特法二条の処罰対象にはなり得ない。従って、砂川判決の被告の行為は無罪を相当とする。地裁の判旨が、この立入行為を正当ならざる理由によるものと認めている点も、それ故、誤りをおかしているものと言ふべきである。

二問。「在日米軍は国連軍に準ずるといふ説の批判」。

答。在日米軍は、ソ連・中国等を仮想敵国として駐留する外国軍であるから、憲法序節(「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすること」と第九条一項に明らか違反する戦力であつて、国連軍とは全く性質を異にするものであり、また国連軍に準ずるものとは言ひ得ない。

然し、これに反し、このような仮想敵国を有せざる永世中立国(例えばスウェーデン、スイス、オーストリア等)の軍隊が国連の承認に基いて、日本に駐留する場合には、これを国連軍に準ずるものと看做すことができるであろう。それ故、国連軍に準ずる外国軍と、国連軍に準じない外国軍とは明らかに異なるものである。即ち、在日米軍を以て国連軍に準ずるものと見る宮沢俊義教授等の見解は、その間の相異を峻別ししていない謬説と言ふはかはない。

三問。「自衛戦力の保持は憲法第九条違反である」。

答。憲法九条の禁止せる戦力(陸海空軍またはその他の戦力)は、自国主体的なあらゆる戦力を指している。このような戦力には、自衛戦力と侵略戦力との区別を立てることのできるものではない。従って、自衛戦力保持もまた明らかに憲法九

条二項の違反になる。即ち自衛隊は憲法九条違反の戦力（戦争目的をもった武力）にはかならない。警察等の武力を戦力にする場合にも第九条一項後段及び二項の違反になる。もちろん、憲法第九条（二項）は、武力（戦争目的を有しない警察等の武力）それ自体を禁止しないが、これを戦力化すること、及び国際紛争解決の手段として行使、若しくは威嚇に用いることを許さないのである。しかし、かくの如き戦力及び武力によらざる自衛権を憲法九条が保留していることは言うまでもない。即ち憲法九条は、戦争的自衛権と平和主義的自衛権とを明確に区別しているからである。

四問。「日本に直接関係のない戦争のための武力保持は第九条違反か。——極東の平和と安全の維持のための武力行使は第九条第一項の違反である——」。

答。日本に直接関係のない戦争のための武力または戦力でも、これを日本に於て保持することになれば、憲法序節に違反することになり、従ってまた憲法九条第一項に違反することにならざるを得ない。すなわち、「安保条約」所定の、極東の平和と安全の維持のための武力行使は、当然に憲法の序節と第九条第一項の違反になるわけである。それが、第九条第二項の違反でなく、憲法序節との関連に於て第九条第一項の違反である、と言う点に、解釈上の注意を要するものがある、と考える。

五問。「在日米軍はその実態における日本の戦力そのものである。——自衛隊との密着」。

答。在日米軍と自衛隊との密着の事実より言って、在日米軍が、日本の戦力としての側面を有している、と言うことを否定することは、おそらく困難であろう。この点よりして、実態的に在日米軍の憲法九条第二項に対する違反性を衝くことの法論上の可能性が認められよう。——と言うことは、在日米軍があつて自衛隊等の日本軍がない場合を考えれば、その場合には、在日米軍の九条第二項違反はなく、ただ九条第一項の違反のみを論じ得る、と言うことを意味するわけである。

六問。「条約と憲法 (a)条約審査権 (b)条約は憲法に優先するか (c)違憲の内容をもつ条約に根拠をおく法律の国内憲法秩序のもとの効力 (d)その他」。

答。先ず私は、条約と憲法は、体系を異にする同位同格の法である、と考えるべきだとする。

(a) (条約審査権)。憲法第九十八条及び第八十一条の規定によると、条約の違憲・合憲決定権は、最高裁判所もこれを有してはいない。従って、下級裁判所がこれを有していないことは、もちろんである。かくの如く憲法は、裁判所が、条約を無効にし得ないことを定めているのである。

しかし、最高裁判所も、また下級裁判所も、裁判権行使の職責上、当然に、且つ必要に応じて、条約についての違憲・合憲を審査する法令審査権は有しているのである。かくの如き或る条約を違憲なりとする法令審査によりては、もちろん条約を無効とはなし得ない。しかし、最高裁判所の審査によ

りて違憲なりとせられた条約については、政府は直ちに、これを廃棄にいたらしめるよう、相手国と交渉を開始しなければならぬ。即ち、右の審査は、違憲なりとする審査を受けられた条約を締結した国務行為（処分）の違憲決定を伴うものであるからである。即ち、違憲・合憲決定権は、言うまでもなく第八十一条によりて最高裁判所のみを与えられている権限であり、従って、ひとたび違憲決定がなされた「法律、命令規則又は処分」が、直ちに無効となることは、憲法第九十八条所定の如くである。

およそ法令審査と、法令及び国務行為違憲決定とは、これを叙上の如くに峻別して概念しないかぎり、条約と憲法との関係についての憲法規範を正しく解釈することはできないのである（佐々木惣一「日本国憲法論」及び田畑忍「憲法学原論」参照）。

(b) 「条約は憲法に優先するか」。

条約と憲法は、一つは国際法の法源であり、他は国内法の最高法であって、体系を異にする法であるから、これを同位同格のものと見るべきである。従って、条約優位説も成立せず、また憲法優位説も成立しない。憲法第九十八条第二項は、未だ決して条約優位説を成立せしめ得るものではない。それは序節とともに国際協調主義の原則に拠ることを示しているものにすぎない。すなわち憲法は、同位同格の建前に立つ条約を締結した以上、合憲・違憲の別なく、違憲性をもつものと雖、これを誠実に遵守しなければならない、とするの

である。そこで、第九十八条第一項及び第八十一条の規定は、最高裁判所の違憲・合憲決定の対象から、条約のみを除外しているのであるが、しかも他面に於て、合憲法的にこのような条約を改廃することを許容しないものとは解し得ないのである。のみならず、第十二条前段は、かくの如き努力をなすべきことを国民の抵抗義務としているのであり、それはまた公務員義務としても定められているのである（第九十九条）。それ故、条約優位説は、憲法の正しい解釈によるものとは言えないのである（田畑忍「憲法学原論」及び「砂川判決を中心に」（綜合法学34年六月号）参照）。

(c) 「違憲の内容をもつ条約に根拠をおく法律の国内憲法秩序のもとでの効力」。

違憲の内容をもつ条約に根拠する法律も、それが制定されているものである以上、その違憲性にもかかわらず、いちおうの効力を有するものと言わねばならない。「いちおうの効力」と言うのは、第一には、最高裁判所によりて違憲の決定を受けて効力を失うまでは効力を有すると言うことであり、第二には、下級裁判所によりて違憲の審査を受けて、その事件にかんしては適用せられ得ないと言う弱さを以て効力を有していると言うことである。とにかく、そのような法律は、違憲性を有しない法律とは異りて、正々堂々たる強さをもっていないのであって、法的安定のために、内在的に違憲の決定を受ける必要性を有しているものと言うことができよう。

（田畑忍「違憲・合憲の法理」参照）。

七問。「統治行為論」。

答。日本国憲法（九十八条I・八十一条）は、違憲裁判の対象となり得ざるが如き、いわゆる「統治行為」なるものを許さない。条約について、一見この例外規定の如くに見える第九十八条第一項及び第八十一条中に「条約」の文字を省いていることも、決して、かくの如き反民主主義的な「統治行為」制度を定めたものではない。すなわち該条規は、違憲の条約でも、これを違憲なりと決定することができないと定めるものではあるが、このような違憲の条約を違憲なりと審査する

こと、及びこのような違憲の条約を締結した政治行為（国務行為・統治行為）を違憲なりと決定することを認めているものであるからである。然らずとする「統治行為論」は、日本国憲法の定める憲法裁判権制度を、その根本に於て誤解するものであり、進んだデモクラシー制度を解し得ざる専制主義的謬想に立つものと断じなければならぬのである。

（この回答を送つてのちに、「統治行為論」を否定する趣旨の磯崎辰五郎教授の「いわゆる統治行為とわが憲法」を一読した。卓れた論文であることを附記してをく。）