

## 憲法と条約の關係について

——日本国憲法第九十八条の解釈を中心としての再論——

田 畑 忍

### 一 第九十八条第一項と二元論

日本国憲法第九十八条は、「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、詔勅及び国務に關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。(2)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。

すなわち右第九十八条第一項は、「この憲法」、すなわち日本国憲法は、先づ、法律・命令・詔勅及び其の他の国務行為に対して日本国の最高法規であるから、最高法規たる日本国憲法違反の法律・命令・詔勅及び其の他の国務行為は無効である、と定めるのである(佐々木惣一「日本国憲法論」・田畑忍「憲法学原論」等参照)。

日本国憲法序説第一段が、「この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と定めているのも、もちろん右第九十八条第一項の規定と同趣旨に出づるものである。さらに、第八十一条が、違憲の法律・命令・規則又は処分に対する最高裁判所の違憲決定権を定めるのは、すなわちこ

これに応えるものであり、第九十八条の法条を実現せんとする目的をもつのである（佐々木前掲書、田畑前掲書等参照）。日本国憲法が、このように日本国憲法をもって日本国民の最高法規である、とするのは、日本国憲法が、近代的形式憲法であるかぎり、国政の一般的原则を定めるものとして当然のことと言わねばならない（田畑前掲書及び「憲法学の基本問題」参照）。そして、この当然のことを、日本国憲法第九十八条第一項を以て、このように、表現しているのだから、憲法の最高法規性を疑うことは、すくなくとも憲法上はできないわけである。従つて、憲法が、第九十八条のみを以て、或いはまた第九十七・八・九条の三ヶ条（第七章）のみを以て最高法規なりとするものでない、ということも、これを理解しておかなければならないであろう（田畑忍「憲法学原論」参照）。

しかしながら、第九十八条第一項が、日本国憲法を国の最高法規である、と定めるのは、憲法が日本国外の法に対してもまた最高法規である、と言うことを定めているのではない。国外の法には、各国それぞれの国内法（各国の憲法を中心とした）と、複数の国家を主体とする国際法（条約を含む）との二種が大別されるのであるが、両者はいづれも日本国の憲法及びその法体系とは別体系の法であることは、明瞭にして疑いのないところである（田畑忍「憲法学原論」「法学概論」等参照）。この点、各国の憲法及びその法体系と、日本国憲法及び其の法体系とが、相互に異なる法体系であることについては異論のないところであろう。しかし、国際法体系と、日本国憲法及びその法体系との関係については、これを必ずしも別異のものである、と考へない思想が存在している。また、その法体系的の相異を認めつつも、しかも、これを強く意識しない思想もある。すなわち、このような法一元論の立場に立つ法学者は、或いは国際法優位説を取っているか、または反対に憲法優位説を取っているか、の何れかであるが、何故、法一元論が、この問題について、正反対の学説として、対立分岐しているのかということ、一つの問題であろう。

この問題について、私は、国際法優位説は、インターナショナルリズムに立脚して、法段階説的に、各国共通の国際

法を根本の法と見るのに対して、憲法優位説は、国家主権を強く尊重する主権主義又はナショナリズムの立場から、国際法の従位性を確信する、ということの相異に基いているものである、と見る。つまり国際法優位説と、憲法優位説とは、主として、世界観を異にする法一元論の二つの極点だと言うことができるのである。すなわち周知の如く、一方の極点に、ケルゼンやフェルドロスの法段階説的一元論が、国際法優位説として存在するのに対して、他の極点に、ヘーゲルやラーバンドやイエリネックやケルロイターやビュルドウ等の主権論的一元論が、憲法優位説として存在するからである。これに対して、トリールやアンチロッチやワルツは、いわゆる二元論をとり、憲法と国際法とを別体系の法である、と主張するのである（田岡良一「国際法学大綱上巻」・田畑忍「違憲の条約の憲法論的考察」(違憲・合憲の法理所収・アンチロッチ「国際法の基礎理論」等参照)。

しかし、憲法の観点からすれば、憲法優位説及び国際法優位説の一元論と、他の説である二元論は、それぞれの憲法の規定に、どのように採用されているかによって、それぞれに異なってくるのであつて、換言すれば憲法の取っているプリンシプル如何によつて異なるものである、と言わねばならない。すなわちそれは、今日の国際法または憲法一般の原則によつて、一律にきめられているものではなく、従つて、すべての国の憲法または国際法の一般の問題として、これを同じように割り切り、同じように取扱ひ、同じように定義づけることは、できることではなく、また適當であるとも言ひ得ないのである。

ところで、すでに見て来たように、日本国憲法の場合、第九十八条第一項の規定が、法一元論によつて解釈できるものでないことは明らかであるが、それは、国際法(条約)優位説に立つて定められているものではなく、また憲法優位説に立つているものでもなく、憲法と国際法とは、二元的な法体系であるとする立前で定められているものだからである。

もつとも、「国の最高法規」である、と定める其の法条は、或る人々には、国内法優位説の主張に役立つかに見えるのであるが、それは前述の如く、明らかに、「一国、すなわち日本国の最高法規」である、と定めているだけであつて、「国々の法の最高法規である」としているものではない。それ故、国際法に対する憲法の優位性を定めているものでないことを疑い得ない、と云うべきであらう。そのみならず、憲法が、国際法・条約に対して優越して最高の法規である、と云う意味の文言は、すくなくとも右の条項中には全然見出されないのであるから、むしろ逆に、国際法の優越を定めているものだ、との解釈に導かれ易い法条とも言えるのである。殊に、第九十八条第二項との關係から言つて、そのような解釈の成立の根拠を求めることができる、とする主張がなされることにもなるのである。しかし、前述の如く、また後に明らかにするごとく、第九十八条第二項も、もちろん二元論的に憲法と国際法とを同位の別体系の法である、とする建前に拠るものであつて、一元論的な国際法の優越を定めているものではないのである。

## 二 第九十八条第二項と二元論

「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」と規定する第九十八条第二項は、同条第一項及び第八十一条と同様、前述のように、条約及び国際法規（すなわち国際法）が、憲法に対して優越するものであることを定めているもののように見える点がある。それは、条約及び国際法規が憲法に矛盾する場合を全然問題とせず、ただその誠実なる遵守を要請している法条だからである。すくなくとも、同条第一項が日本国憲法は「国の最高法規である」と定めているのとは異り、日本国憲法が条約及び国際法規に対して、最高法規ではない、と云うことを明らかにしているのが同条第二項である。このように、すくなくとも、条約及び国際法規に対する日本国憲法の優位を、日本国憲法が定めているものでないことは極めて明らかである。（ここに言う条約が、トリイテイズ 約が、

文書による国家間の約束又は合意であつて、かかるものである限り、条<sup>トリーテイ</sup>約・協約・協定・取極・議定書・宣言・交換公文等如何なる呼称のものも、すべて、その中に含まれる（田畑忍「違憲の条約の憲法論的考察」（違憲・合憲の法理所収）等参照）。

すなわち、そのように憲法第九十八条第二項は、たとえ憲法に矛盾する内容の条約であつても、それが日本国の締結した条約である以上、日本国はこれを誠実に遵守しなければならないのであり、またそのような国際法規であつても、それが「確立された国際法規」である以上、これを誠実に遵守しなければならない、とするのである。それはまた、「われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立とうとする各国の責務であると信ずる」と宣言する憲法序節の同趣旨の法意の存するところでもある。さらに憲法序節は、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理念を深く自覚するものであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した」とも規定しているのである。

このように検討してみると、むしろ、日本国憲法は、憲法に対する国際法の優越を定めているのである、と言う見解を抱く人々が正しいのではないかと言う感じにもなってくるのである。殊に「確立された国際法規」と、憲法との関係については、特にそのように考えられてくるであろう。しかし、「誠実に遵守しなければならない」と定める憲法規範は、憲法に対する国際法の優位を定めている、とは言えないとしなければならぬ。つまり、それは前述の如く、国際法優位的一元論に立脚する趣旨の規定ではなく、第一項と同様に、国際法と国内法とを別体系のものとする二元論に立っている規定である、と考えられるからである。このことは、前示序節中に、「この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等の関係に立とうとする各国の責務である」云々と言い、また「諸国民の公正と信義

に信頼し」云々といっていることによつても、これを知ることができるのであつて、疑い得ないところである。

すなわち、第九十八条二項は、「締結された条約」及び「確立された国際法規」は、憲法と矛盾してはならないが、矛盾する場合に於ても、憲法とは別体系の国際法であるから、これを「誠実に遵守しなければならない」とする。しかし、決してそれ以上のことを定めているものではない。このように解すべきものである。と言うのは、もしもそうでなくて、それが国際法優越主義の一元論を立前とするものであるならば、もっと異つた、そしてもっと積極的な表現がそこには必要な筈だからである。例えば、すくなくともフランス憲法二十六条の如き表現が必要であるであらう。すなわちフランス憲法二十六条には次の如くに規定されている。曰く「正規に批准され、公表された外交条約は、フランス人の国内法に反する場合でも法的効力を有する」。従つてフランスに於ては、条約が国内法（憲法）に優越して行われるべきことになる。それにもかかわらず、条約の憲法違反を問題とする学者もあるのである（フランス憲法については、野村敬造「歐洲防衛共同体条約批准と違憲性」・深瀬忠一「フランス憲法史における条約と国内法」等参照）。また周知のように、西ドイツ国憲法もこれと同趣旨の規定を設けている。すなわち西ドイツ国憲法二十五条は、「国際法の一般的規則は連邦法の一部をなす。国際法の一般規則は法律に優先して連邦住民に対し直接権利義務を生じ」と規定しているのである。東ドイツ憲法の定めるところは、この点必ずしも明確ではない。それは何故かと言えば、「一般に承認された国際法の規則は国家権力及びすべての市民を拘束する」（五条）と規定するにとどまっているからである。いづれにしても、日本国憲法の場合と異なるものと言わねばならない。

### 三 学説と判例に於ける一元論

これを要するに、日本国憲法第九十八条の規定たる、国際法と憲法とを別体系のものとする建前の二元主義は、国

際協調主義の原則に立脚することを明示しているもので、そのことは疑いがない。けれども、それは決して国際法の優位又は条約の優位を定めているものと解することはできない。このような解釈を、佐々木惣一博士（「日本国憲法論」等）・一円一億教授（「条約の違憲審査」等）・覚道豊治教授（「条約と違憲立法審査権」）等とともに、私もとっているわけであるが、しかし宮沢俊義教授（「日本国憲法」）・和田英夫教授（「条約と違憲立法審査権」）・俵静夫教授（憲法に於ける条約」等々は、国際法（条約）優位説をとっている。また判例はこの立場に拠っている。すなわち昭和二十九年四月二十六日の「条約と人身保護法」にかんする最高裁判所の判決、及び昭和三十四年十一月十六日の「安保条約三条に基く行政協定に伴う刑事特別法違反事件」にかんする最高裁判所の判決の如きは、何れもこの立場を取っているものである。ただ昭和二十八年三月二十四日の「安保条約三条に基く行政協定二条一項による協定と日本国民個人の権利義務」にかんする東京地方裁判所の判決、<sup>(註三)</sup>昭和三十四年三月五日の「安保条約三条に基く行政協定に伴う刑事特別法違反事件」にかんする東京地方裁判所の判決は、<sup>(註四)</sup>最高裁判所と異り、この立場を取っていないのである。条約優越主義に対し、故美濃部達吉博士（「日本国憲法原論」）・藤田嗣雄教授・佐藤功教授（憲法」）・田上穰治教授（「憲法概論」）・黒田了一教授（「学習憲法学」）・橋本公巨教授（「条約と違憲立法審査権」）等々は、憲法優越主義をとっているのである。

右のうち、例えば条約優越説の宮沢教授は、「日本国憲法は、本条で条約の誠実な遵守を実効的ならしめるには、条約の実行を妨げる国内法の成立を否定することが必要であり、その意味で、条約に対して、一般の国内法の諸形式よりつよい形式的効力をみとめなくてはならないが、その趣旨を徹底させる態度をとっていると考えられる」、と言い、第九十八条第一項及び第八十一条が、「条約」を除外していることを指摘し、憲法に違反する条約が効力を有することを強調されているのである（宮沢教授「日本国憲法」八一七―八頁）。しかし、その所説には、条約と憲法との関係

を、条約と一般の国内法との関係と混同し、または置きかえている誤りと、憲法の認めている違憲の条約の効力を、直ちに条約の憲法に対する優越であると誤認している誤りがある。そしてそのような誤謬の見解を採用し得ないことは、前述所論の如くである。

また憲法優越説の橋本教授は、憲法優越説を正当なりとする理由に、(イ)条約締結権が憲法に基いていること、(ロ)条約の締結によって憲法の修正ができるものではないこと、(ハ)第九十八条は一項で憲法の最高法規性を定め、二項で条約の国内法化を定めたものであること、(ニ)第八十一条は条約が国家間の合意であることより裁判所の審査を排しているにすぎないこと、(ホ)国際協調主義と条約優越主義の異なること、(ヘ)国際関係の現状より見ても、条約優越主義を取り得ないことを挙げている(橋本教授「条約と違憲立法審査権」参照)。しかし、右のような主張は、既述の如く条約優越主義を否定する根拠としては同感であるが、憲法優越説の根拠としては不十分である、と言わねばならない。ただ、右の理由中、橋本教授の憲法優越説の根拠としていちおう認められるところは、第九十八条第二項が、条約の国内法化を定めたものとするところにあるのであるが、第九十八条第二項を以て条約の国内法化の規定なりとする其の見解が実は誤っているのである。つまり、この誤謬が橋本説を破綻せしめているものである、と言うことができよう。

しかし、この問題についての恒藤恭博士の所説は最も示唆に富んでいる。曰く「世界各国の法実践に即して考察するときには——国際法と国内法とは十分に単一の法体系の内面に包容されているものとは言い得ない。しかしながら、国際法の体系的独立性と国内法のそれとは決して絶対のものではなく、二者のあいだには法的連関が見出される。すなわち国際法および国内法は、より包括的な世界的法体系の内面に存立しつつ、しかもそれぞれ相対的独立性をもっている。国際法が国内法に対して、全面的に優位に立つものではないと同時に、国内法が国際法に対して優越するわけのものでもなく、ある限度において、国際法が国内法に優越することにより、二者を包容する世界的法体系の存立



が可能とされているのである」(恒藤恭「憲法と条約」(法学セミナー))。すなわち恒藤博士の見解は、二元論と国際法優位説的一元論との、後者へ傾いた折衷説であつて、傾聴すべきところが多いのであるが、現に存在しない世界法を前提とされている点で、そのままでは、首肯することができないものである。

(註一) 「平和条約第十一条および昭和二十七年法律第一〇三号を違憲とする主張を前提として戦犯の人身保護法による釈放を請求することは許されない。」この判旨に対しては西尾昭助教授の批評がある。(田畑忍編「判例憲法学」五〇四―五頁参照)。

(註二) この事件にかんし、最高裁判所は、刑事特別法二条の違憲性を主張する原判決は憲法九条第二項の戦力の解釈を誤るものであり、且つ安保条約の違憲なりや否やの判断は司法審査権を越えるものである、と主張して、原判決を否定したものであり、条約優越説に基調することが明らかである。補足意見中には、とくに其の点を強調しているものがある(田畑忍「最高裁判所の砂川判決について」(同志社法学)参照)。

尚お本件について飛躍上告をした東京地検の上告趣意書が明白に条約優越主義をとっていることは言うまでもない(田畑忍「砂川事件に対する上告趣意の検討」(綜合法学)参照)。

(註三) 「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定第二条第一項により、合同委員会の議を経て、日本国に於てアメリカ合衆国に対し、特定の物件を提供することを協定しても、それだけでは、日本国がアメリカ合衆国に対し国際法上その物件を使用に供すべき義務を負うに止まり、直接日本国民個人の権利義務に消長を来すものではなく、日本国が右義務を果すためには、右協定とは別に、国内法令により、適法に当該物件を使用し得る措置を講ずることを必要とする。」(前掲書五〇五頁参照)。

(註四) 註三の事件、すなわち砂川事件(刑事特別法違反事件)にかんしてなした東京地裁の被告を無罪とする判決は、刑事特別法が憲法(三十一条)に違反するものとの理由によるのであるが、その前提として、アメリカ軍の駐留と、そのことを取りきめている安保条約が憲法九条二項後段の規定する戦力に該当するから違憲性ありと判断するものであり、従つてそれは、註一・二・三の判決と異りて、条約優越説を斥けていることが知られるわけであり、判例中の例外であつて、正しいと言ふことができるのである。

#### 四 条約の国内法化と、憲法・条約の矛盾の問題

(一) 憲法と条約の問題を正しく二元論的に考えない一元論者は、国際法優越主義を取る者も、憲法優越主義を取る者も、ともに、異った立場からではあるが、当然に、また二元論者のうちの若干の者も、条約は、国内法の一部になる、とする見解を取っている。そして、そのような見解は、憲法第九十八条第二項は、締結された条約の国内法化の規定をしているものである、とする見解に連るのであるが、これらの見解が、憲法と条約・国際法の関係について誤解と混同に陥っているものであることは注意しなければならない。例えば前記の橋本教授も、この誤った見解をとっている一人である。すなわち同教授は、「これは、本来国際法の形式としての条約を国内法の形式としても認めるものであ」る、と説いていることによつて、そのことを示しているのである。

このような解釈が、然らば、何故まちがっているのかと言え、右条文には、そのどこにも、条約を国内法とするとか、または看做すとか、と言うような文言は含まれていないのであり、従つてそのことは、条約を国内法として認めないとする趣旨だと解すべきだからである、と思う。そののみならず、一般に条約が、国際法源であることに異論はなく、従つてまた条約は憲法ではなく、その他の国内法でもないことが明らかだからである。ただ、条約を締結した国家は、その締結された条約を誠実に遵守するためには、これを誠実に遵守するための手段として、国内法を別に設定しなければならぬわけである(註)。その場合、内容如何によつて、或いは法律をつくることの必要な事もあるであろう。また政令・規則等の法規の制定で充分なこともあるであろう。その何れの場合にしても、それらのものは、条約実施のために設けられた国内法であつて、決して条約または国際法ではないのである。従つて、日本国憲法第九十八条第二項は、条約そのものを国内法とする規定ではなく、従つて、そのような解釈をすべきものではないの

である。そうだとすると、例えば、憲法で特に右のような規定を設けているのは、条約が国内法上の効力を有すること、すなわち条約を国内法の一形式として認められたものであると解し、また「条約について国会の承認を必要とする」という制度から考えて、これは通常法律制定手続に代るものと考えられると見てよい」とするが如き橋本教授の解釈は、どうして成立することを得ないもの、と言わなければならないのである。何故かと言うと、橋本教授の右の如き見解は、国会が法律を制定するということと、国会が条約の締結を承認するということとが、全く異った法的性質のものであると言うことの認識を欠缺しているように見えるからである（橋本教授「条約と違憲立法審査権」参照。他の同様の学説についての批判は、ここでは省略する）。

右のことと関連して、国際法的効力に並んで、条約の国内法的効力が存在するかの如くに主張することもまた明らかに不当である、と言わねばならない。何となれば、条約（又は国際法）の効力は、憲法に格別の規定のないかぎり、単に国際法的効力としてある以外にはない、また国内法となることもあり得ないからである。従ってフランス憲法や西ドイツ国憲法の如くに、条約を国内法の一部なりと規定するものは、其の規定の如くに、国内法としての効力を有することになるが、しかし日本国憲法には、そのような規定はないのであるから、わが国の場合、条約及び国際法規は、国内法的効力としてあることはできない、と言うことになるのである。と言うことはすなわち、条約遵守の義務は、国際法的に国家と政府に課せられている、と言うことである。憲法第九十八条第二項の法条は、すなわち国際法の原則を憲法としても宜べているのであって、それは国際法と同内容の憲法規範たるものであって、国際法ではない。而して、この憲法規範は、条約又は国際法規が個々の国民を拘束すると言うことを定めているものではないのである。もちろん国家は、条約を実施するために、国内法を制定しなければならず、かくして制定された国内法が国民を拘束することになるのであるが、しかしそれは、国際法の国内法化という現象ではない。このように、この二つの法関係

は全く別のことである、と考へなければならぬ。(大西芳雄「条約審査権」・覚道豊治「条約と違憲立法審査権」等参照)。而してこのように、法関係を区別して考へることは、条約が憲法に矛盾して存在している場合に於ける問題の理解と解決について、後にすこしくふれるように、特に実益をもっていると言ふことができるのであるが、ここには詳論を省かねばならぬ。

(註) これを変型理論であるとして、それは実定法的現象を如実に映したものでなく、一定の観点を前提としたイデオロギー的性質をもつものであるとする説(田畑茂二郎「国際法の国内法への「変型」理論批判」)があるが、国際法が変型によって国内法になるとする説も、変型によらずして国内法になるのだとする説も、ともに誤りであつて、国際法はあくまでも国際法であり、またそれを実施するための国内法は国際法ではなくて国内法である、と考へなければならぬ、と思ふ。

(二) 次に、憲法と条約とは、別体系の法であるから、上下の關係に立つものではないとする二元主義または二元論について、それは憲法と条約は、常に矛盾するとか、常に矛盾しないとかがとする誤謬をおかしているものである、という誤解が、ないわけではなく(例えば、経塚作太郎「憲法と条約」参照)、これに触れてをくことが必要であらう。

すなわち右の如き誤解にもかかわらず、憲法と条約とは矛盾していることもあり、矛盾していないこともあり、しかも常に矛盾しているわけではなく、また常に矛盾していないわけはないからである。二元主義は、従つてまたこの現実を、説明し得ないものではない。すなわち、憲法と条約とが別体系の法であつて、上下關係に立っているものではない、と言ふことと、両者が矛盾するとか矛盾しないとかが、と言ふこととは、全く別のことであつて、二元主義は、この現実を充分に見極めることを得るものであり、また現に見極めているものである。事実、この別の事を、別の事として見極めて理解すると言ふことは、たいせつなことである、と言わねばならない。其の理由は、両者は憲法上別体系の法であるけれども、また別体系の法であるが故にこそ、矛盾しない場合と同様に、矛盾する場合があります。

るのであり、また現に矛盾することがあつて、問題を生じているのであるが、二つの一元主義は一元的に割り切ろうとするために、何れもこの事実を適確に認め得ない。しかるに、二元主義の強味は、この事実を的確に認めるところに存しているのである。

現に日本国憲法第九十八条第二項の規定は、このことを明白に区別しながら、締結された条約と、確立された国際法規とは、憲法に対する矛盾のある場合に於ても誠実に遵守すべきである、と言う趣旨に立っているのであるが、恒藤博士は、この点について、すこしく異つた見解を展開されている。すなわち「国家の憲法が拒否的態度をとつていない限り、確立された国際法規およびその国家の締結した条約は国内関係においても妥当するということの反面には、これらのものが国家の憲法に違反する内容をもっていないことが要請されるはずである。だから、我国が締結した条約は、憲法に違反するような内容をもっていない限り、国内関係においても妥当するのであるが、「我国の締結した条約が憲法のいずれかの規定と矛盾するような内容をもっている場合には、その条約は国際法上は有効であるにもかかわらず、国内関係については妥当し得ない」、(恒藤「憲法と条約」参照)とせられるのである。「しかしながら、かようなことがらを有機的に確認するための制度を憲法は設けていない。」(同上)とも言われているのである。従つて、恒藤博士も認められているように、結局、憲法(第九十八条二項)は、憲法に矛盾する条約も、締結された以上は、誠実に遵守すべしとする趣旨である、と言わねばならないことになる。すなわち憲法に矛盾する条約を誠実に遵守するためには、その実施を要する法令の制定を必要とするのである。況んやこの事を憲法は禁ずるのではない。しかし憲法は、憲法に矛盾する条約の締結を欲するものではなく、かくの如き条約と条約の締結を、その根本に於て否定するのであつて、恒藤博士が、「これらのものが国家の憲法に違反する内容をもっていないことが要請されるはずである」と、説述されているとおりである。

## 五 違憲の条約及びその効力と、違憲的条約の締結行為及び

### その効力との峻別

憲法に矛盾する条約は、言い換えれば違憲の条約である。前述の如く、憲法も認める国際法の鉄則として、違憲の条約もまた効力を有しなければならぬが、必ずしもしかし、このことは、憲法に対する条約の優越を意味するものではない。それは全く別の事でこれまた前述の如くである。従って、日本国憲法第九十八条第二項は、このような意味に於て、違憲の条約もまた行われねばならない、とする趣旨を定めるにすぎないものである。すなわち、このことと関連して、同条第一項は、憲法違反の国内法等の無効を定めるにもかかわらず、憲法違反の条約の無効の場合を定めていないのである。また日本国憲法第八十一条は、国内法等を最高裁判所の違憲・合憲決定の対象として定めるにもかかわらず、条約を違憲・合憲決定の対象として定めることをしないのである。日本国憲法が条約を最高裁判所の違憲・合憲決定権の対象としているものでないことは、かくの如くであり、最高裁判所は、条約に対する違憲・合憲決定権を有しないものである、と解しなければならないのである（佐々木惣一「憲法論文選一」・田畑忍「憲法学原論」及び「違憲の条約の憲法論的考察」「刑特法の違憲性について」（法律時報）「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」「条約についての審査権と違憲・合憲決定権の差異と関係について」（綜合法学）等参照）。

最高裁判所が、条約に対して違憲・合憲決定権を有していないということは、しかし刑事特別法違反事件にかんする東京地裁の砂川判決に対して、最高裁判所が、従来の態度を改めて其の一部を採用し、また公安条例事件に対しては最近更に積極的に採用したいわゆる「統治行為説」の主張の如き理由によって、そうであるのではない。すなわち

政府の条約締結行為は、高度の政治性を有しているが故に、違憲・合憲決定権の対象になり得ない、と言うような学説主観的な理由によって、そうであるのではない。それは、条約の固有的に有している国際法としての法体系上の性質により、従つてまた第九十八条及び第八十一条が、条約のこのような法体系上の性質に即して、そのように定めているところによつて、違憲・合憲決定権の対象になり得ないのである。このことは、「統治行為説」などという専制主義的乃至官僚主義的怪物万能の思想は、日本国憲法の断じて許容せざるところである、ということの意味するものだ、とすることができるのである（磯崎辰五郎「いわゆる統治行為とわが憲法」及び田畑忍「国際法律家連絡協会の要請に就いて」「憲法と条約」の関係をめぐる諸問題にかんする私見」等参照）。

最高裁判所が、違憲の条約を、違憲であると決定し、また合憲の条約を合憲の条約である、と決定し得ないものであることは上述の如くである。が、最高裁判所及びすべての下級裁判所は、しかし裁判権（民事・刑事・行政事及び憲法事（違憲・合憲事）の司法権）を行使するため、既定の事実に対して、諸々の国内法を宣言適用する場合に、その国内法の審査（すなわちいわゆる法令審査）をしなければならぬことはもちろんである。この法令審査権は、すなわち司法権行使の手段としての裁判所の副次的の権限であつて、違憲・合憲決定権が司法権そのものであることと、権限の性質に於て明白に相異なる。のみならずまた、違憲・合憲決定（司法審査）の効力と法令審査の効力との間にも大異があるのである。すなわち前者は、当該法令等の無効を結果するが、後者は当該法令の無効を結果せず、単にこれをその事件に適用し得ないことになるだけである。ところが、このような性質の国内法令の審査にかんして、当該国内法成立の基底に条約が存在する場合には、またその条約を審査することが当然に必要とせられるのであり、従つて、すべての裁判所は、条約についての法令審査権をも当然に有することにならざるを得ないのである（田畑忍「刑特法の違憲性について」「条約についての審査権と違憲決定権の差異と関係について」・上田勝美「憲法と条約」等参照）。しかし、違憲

なりとの法令審査を受けた条約は、ただそれだけでは無効になるものではなく、依然として効力を有するものである。さらにまた、このことに基調して、最高裁判所は、違憲性ありと審査した条約の締結行為について、第八十一条に従つて、違憲なりとの決定を同時にしなければならぬことになる。すなわち、条約締結行為は、第九十八条第一項のいわゆる国務行為であり、また第八十一条のいわゆる処分であるからである。このような場合、すなわち違憲の決定を受けた条約締結行為は無効となる。従つて政府は、これについての責任上、かくの如き締結によりて存在する条約を解消するため、条約締結相手国と直ちにその交渉を開始して、該条約を廃棄にいたらしめなければならぬ義務を負うものである（今井威「日本国憲法98条二項」は、条約と条約締結行為とを十分に峻別せず、後者に対する最高裁の違憲決定権を認めない点に誤りがある）。

もちろん、このような場合に於ても、すでに締結された条約は、その解消又は廃棄されるにいたるまでは、依然として効力を失わない。しかし違憲の法であると審査された条約に基いて制定された法令は、同時に違憲の決定を当然に受けるべきであり、従つて無効にいたらしめられるべきものである。かくして、其のような破目になつた条約は尚お有効であり乍ら、しかも實際上政治的に十分に行われ得ざることになり、必ず権威を失墜する。すなわち憲法第九十八条第二項は政治的事実として必然に破られることにならざるを得ないものである。而して、その原因は、言うまでもなく政府が最初に憲法違反の条約を締結した違憲の政治行為にある。違憲の政治行為はかくの如くに違憲の政治的事実によりて復讐されることになる。恰かもそれは天に向つて唾するが如くである。而して其の責任が政府と国会にあることは言うまでもない。政府と国会は、国民と条約締結相手国に対して、平身低頭、罪を謝して尚お足れりとならない。従つてまた、このことは、政府が決して違憲の国務行為をなしてはならないことを教訓する。すなわち違憲の条約締結行為は、国民を無視し、且又条約締結相手国をあざむき、信を外国に失うことにならざるを得ないもので



ある（田畑忍「違憲の条約の憲法論的考察」参照）。

## 六 違憲の条約廃棄のための努力の合憲性

違憲の条約の効力、及びそれと憲法裁判との関係等についてはおよそ前述の如くであるが、国際法の原則と憲法の保障規定にもかかわらず、違憲の条約は、実は締結の最初から、十分に権威を有するものではない。それは蝕ばまれている樹木の如きものであり、また身体に病傷をもった動物の如きものであって、すっきりとした生命力に缺けていることを如何ともし難い。それは締結すべからざるに締結された無理を、その存在するかぎり内包しているものであって、締結者たる内閣又は承認した国会の多数党が、如何に其の合憲性を強調して見ても、その無理と違憲性とは、条約が有効であるかぎり存在するのである。この無理と違憲性は有効の故に消滅することはあり得ないのである。

条約の違憲性と、この違憲性から来ている無理は、当然に国民を苦しめることにより、必ずかような条約に対する反対運動を伴う。例えば、昭和二十六年締結の旧安保条約・その翌年締結の行政協定・昭和二十九年締結のMSA軍事協定の実施の跡をみるだけでも、このことは明瞭である、と言えよう。また、昭和三十五年七月に旧安保条約を改悪して締結された新安保条約（註）に対する反対運動はすでに展開されているのであり、その反対運動が更に強化されてゆくであろうことも、まさに必然のことと言うことができよう。

違憲の条約に対する反対運動は、政治的に必然であるだけでなく、この政治的必然を憲法は法的に許容していることが指摘されなければならない。すでに見た如く、憲法（第九十八条二項）は、違憲の条約といえどもこれを禁じないだけでなく、その実施を保障する。しかも憲法は、本来的に合憲の条約の締結を予定するものであって、違憲の条約を予定しない。そのみならず憲法は、違憲の条約の違憲性を本来的に否定するものである。すなわち憲法は、違憲

の条約の違憲性を無くすることを所期しているものと考えなければ、法理の筋が通らないのである。

従つて憲法は、一方、違憲の条約に対する裁判所の法令審査と、その締結行為とを違憲なりとする最高裁判所の決定を認めるだけでなく、他方、主権者たる国民の違憲の条約に対する反対運動を許容し、かつ欲するものである、と考へなければならぬ。このことは、憲法全体の精神から言つて言へることであり、また憲法序節の強調する国際主義から言つて言へることであり、さらにまた憲法第十二条前段所定の抵抗主義から言つて言へることである。否、右第十二条前段の法条は、違憲の条約についても、その締結行為に対する反対運動を中心的に含めてこれに反対し、以て憲法と条約との間の矛盾をなくすることを、国民に義務づけているものである、と見るべきである。しかもまた、おおよそ日本国が主権平等の国家であるかぎり、違憲の条約に合致するように憲法を変えることによって、憲法と条約との間に横わる矛盾を解決せんとすることが、学理に反して低劣であり、かつ亡国的行為に属するものであると考へるべき所以は、事々しく論ずるまでもなく自明のことと言えよう（田畑忍「違憲の条約の憲法論的考察」参照）。それは憲法の見地に於ても、また国際法の主権尊重の原則から言つても異論なかるべきところであるが、ただ低俗的政治家とそれに追隨するものだけは、残念ながら其の例外をなすものであらうと思う。

(註) 新安保条約は、消極的な軍事同盟条約であつた旧安保条約を、日本政府の積極的な自主的姿勢により、また内容的にも積極的な軍事同盟条約にした点で、改悪されたものである。すなわち、新安保条約は、旧安保条約が基地貸与と米軍の駐留とを約束した内容と同じ内容（6条）に、さらに、日本の軍備等の維持発展（3条）と、日米両軍の共同作戦（4条）及び日本軍の米国の行方戦争に参加すべき義務（5条）とを加えたこと、及び旧安保条約第四条所定の暫定性を十一年の期限のものとし、永世中立等の措置による廃棄を容認していた点を削除したこととに於て、違憲性の濃度を強めることとなり、改悪されたものである、と言ふことができるのである。