



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国法体系における憲法と条約（1） － E C法とドイツ基本法の関係を手がかりとして－
Author(s)	齊藤, 正彰; SAITO, Masaaki
Citation	北大法学論集, 50(4), 1-43
Issue Date	1999-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/14972
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(4)_p1-43.pdf



国法体系における憲法と条約（一）

—— EC法とドイツ基本法の関係を手がかりとして ——

齊藤正彰

（目次）

序章 日本国憲法における「憲法と条約」の問題の諸相

第一節 日本国憲法第九八条第二項の成立

第二節 条約優位説と憲法優位説の対立

第一款 条約優位説の展開

第二款 憲法優位説の台頭

第三節 失われた三つの観点

第一款 金森徳次郎国務大臣答弁

第二款 官沢俊義説

第三款 折衷説ないし間位説

第四節 本稿の対象

第一章 E C法の優位

第二章 ドイツ基本法とE C法の優位

終章 国法体系における条約の分類と憲法の対応

(以上本号)

序 章 日本国憲法における「憲法と条約」の問題の諸相

日本国憲法第九八条第二項は、「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。日本国憲法と国際法⁽¹⁾、とりわけ条約との関係については、同条第一項との関係や第八一条の文言の問題等とも併せて、学説上、今日までほぼ一貫して、条約優位説と憲法優位説の対立という図式で説明されてきた。そして、憲法改正手続に比べて厳格さを欠く条約締結手続によって実質的な憲法改正がなされることは認められない、という憲法優位説の主張が、強い説得力を保持してきた。このことは、憲法規定の差違だけではなく、直面した実践的

課題の相違もあって、欧州における議論の展開とは様相を異にするものであった。

我が国の憲法学が国際人権条約の国内適用という新たな課題への対応を求められるようになったとき、国法秩序の段階構造における国際人権条約の地位の再評価を提唱する見解が散見された。しかし、既に欧州人権条約への対応を迫られていた彼地の憲法学は、このときまでに、国法秩序の段階構造における条約の地位の上昇(2)によらずに、欧州人権条約に対しての憲法と同等の尊重ないし配慮を実現しつつあった。本稿筆者は、通説の見解である憲法優位説に立脚しても十分に国内裁判所における国際人権条約の実効性確保をなしうる手法について考察した。(3)

しかし、我が国の憲法学において、「憲法と条約」という論点には、日本国憲法成立以来の条約優位説と憲法優位説の対立という図式が、その主張を大きく更新することもなく温存されていることに変わりはない。そこで、本稿は、「憲法と条約」という論点の最大の問題領域である、国法秩序の段階構造における条約の地位について論究しようとするものである。

条約が国内法に優位するということは、前提となる国内的効力の獲得に関する問題は措くとして、次のような諸問題を生じさせる。

第一に、条約が国内法に優位する場合には、国内裁判所による司法審査の問題が発生しうる。少なくとも法律には優位するならば、法律の条約適合性審査が問題となる。「違憲審査制と条約適合性審査との擦り合わせ」といったことも問題となってくる。(4) これらのことは、もちろん、立法権が司法権によって掣肘される可能性の増大を意味している。

第二に、条約が憲法にも優位する場合には、その限界が問題となるはずである。憲法の規定が条約の優位を認めているとするならば、その憲法の基本原理までも無条件に条約に劣位させてしまうものかどうかが問題となる。

第三に、条約が憲法に優位する場合、そしてそこに法定立権限を有する国際機構が関わる場合、対外権（外交権）の

統制が問題となってくるであろう。対外権は主に政府の掌中にあり、これが国際機構の立法に関与して国内法に優位する効果を獲得するとすると、そこには議会による統制も裁判所による統制も十分に働かなくなるおそれがある。

第一の点については、既に上述の拙稿において、その一端に論及した。また第三の点は、とりわけマーストリヒト条約前後からドイツ連邦共和国において喧しく議論されていることではあるが、上述のような我が国の憲法学の問題関心に鑑みて、本稿は、第二の点を主に考察することとしたい。

第一節 日本国憲法第九八条第二項の成立

「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」とのみ規定する大日本帝国憲法第一三条について、憲法問題調査委員会、いわゆる松本委員会においては、さまざま改正案が提示されていた。昭和二〇年末から二一年一月にかけて各委員から提出された改正私案において、例えば、宮沢俊義委員は次のような案を示していた。

大日本帝国憲法改正案（宮沢委員）第一三條⁽⁵⁾

天皇ハ諸般ノ条約ヲ締結ス但シ法律ヲ以テ定ムルヲ要スル事項ニ関ル条約及国ニ重大ナル義務ヲ負ハシムル条約ハ
 帝国議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ス

天皇ハ条約ノ公布ヲ命ス

条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス

他の委員から提出された改正私案も、「条約については、すべての案が何らかの範囲で議会の協賛を必要とする方向」をとっていたとされる。⁽⁷⁾この後、憲法問題調査委員会の小委員会の審議のために宮沢委員によって提出された甲・乙の⁽⁸⁾二案のうち、甲案第一二三条は先の宮沢私案とほぼ同一であったが、乙案には次のような規定が見られた。

乙案第一二三条⁽¹⁰⁾

天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス

戦ヲ宣スルニハ敵軍ノ進攻ヲ防ク為ニスル場合ヲ除ク外帝国議會ノ協賛ヲ經ヘシ条約ニ依リ国库ニ負担ヲ生シ又ハ臣民ノ権利義務ヲ定ムル場合ニ於テ其ノ締結ニ付亦同シ

種々の経緯の後、委員会においては、次の二案（小改正案および大改正案）が用意された。

小改正案第一二三条⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

天皇ハ諸般ノ条約ヲ締結ス但シ法律ヲ以テ定ムルヲ要スル事項ニ関ル条約又ハ国库ニ重大ナル負担ヲ生スヘキ条約ヲ締結スルニハ帝国議會ノ協賛ヲ經ヘシ

前項但書ノ場合ニ於テ特ニ緊急ノ必要アルコト前条第二項ト同シキトキハ其ノ条規ニ依ル

大改正案第一二三条⁽¹³⁾

天皇ハ諸般ノ条約ヲ締結ス但シ此ノ憲法ニ於テ法律ヲ以テ定ムヘキモノトシタル事項ニ関ル条約又ハ国ニ重大ナル

義務ヲ負ハシムル条約ノ締結ハ国会ノ協賛ヲ經ルヲ要ス

前項ノ場合ニ於テ国会ノ召集ヲ待ツコト能ハサル緊急ノ必要アルトキハ国会常置委員会ノ諮詢ヲ經ルヲ以テ足ル此ノ場合ニ於テハ次ノ国会ニ報告シ其ノ承諾ヲ求ムルヲ要ス

条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス

こうして、憲法問題調査委員会においては、条約に関する比較的詳細な規定が用意されつつあったのである。

しかし、周知の通り、これらが陽の目を見ることはなかった。この案を葬り去ることとなった、いわゆるマッカーサー草案は、その第九〇条において、アメリカ合衆国憲法をモデルとした最高法規条項の形で条約に言及していた。また、議会の協賛を伴う天皇の権能という形に改められるはずであった条約締結手続は、内閣の行為に対する議会の協賛という形で規定されていた。条約に関する憲法規定をめぐる状況は、マッカーサー草案によって一変したのである。そのマッカーサー草案は次のようであった。

マッカーサー草案第九〇条（外務省訳）⁽¹⁴⁾

此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラルル法律及条約ハ国民ノ至上法ニシテ其ノ規定ニ反スル公ノ法律若ハ命令及詔勅若ハ其ノ他ノ政治上ノ行為又ハ其ノ部分ハ法律上ノ効力ヲ有セサルヘシ

この後に日本側が提出した、いわゆる三月二日案⁽¹⁵⁾、総司令部における逐条審議の後の、いわゆる三月五日案⁽¹⁶⁾を経て発表された憲法改正草案も、やはり最高法規条項の体裁をとるものであった。

憲法改正草案第九四條⁽¹⁷⁾

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。

この最高法規条項は、その連邦制的規定が批判を浴び、憲法のみを最高法規とするように改められることになった。外務省は、「九四條削除により日本が条約・國際法を尊重する旨の規定が欠けることは好ましくない」として、七月二十六日に、萩原条約局長から金森國務大臣に対して次のような試案を示したとされる⁽¹⁸⁾。

外務省試案第九四條第二項

日本の締結又は加入した条約、日本の参加した國際機關の決定及び一般に承認された國際法規はこの憲法と共に尊重されなければならない。

その後、衆議院帝國憲法改正案特別委員会の下に置かれた小委員会において、八月二日に、芦田均小委員長から、第九四條に関する外務省の修正希望として、次のような案文が紹介された⁽¹⁹⁾。

外務省修正希望

日本が締結又は加入した条約、日本の参加した國際機關の決定及び一般に承認せられた國際法規は立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする。

この提案に対しては、「各派の委員の賛成があつて、法制局で条文を調整して第九四条に入れることとなつた⁽²⁰⁾」。こうして、多分に不明確といわれる現在の日本国憲法第九八条第二項の形が仕上がっていったのである⁽²¹⁾。この条文の解釈において、憲法と条約がいかなる関係にあるかという問題は、帝国議会における審議段階でも繰り返し論及された。これらの問いに対して、金森國務大臣は、「抽象的に、一般に条約は憲法を否定し得るか⁽²²⁾」というような形の問題に回答することを避け、大要以下のように答弁していた。

「条約と云うものの持つて居る意義は、必ずしも一義的に、一つの意味に於て、効力の解決をすることが出来ませぬ。其の本質を顧みつつ適當なる国内法的の処置をしなければならぬのであります⁽²³⁾」

「憲法との關係に於きましては、其の條約の性質に照らして如何に扱うかを慎重に考えなければならぬと思うのであります⁽²⁴⁾」

そのうえで金森國務大臣は、

「條約に關しまする部分は學問に依つて發達すべき部分が非常に多いのでありまして、之を法律で、憲法ではつきり書くと云ふことに付きましては尙遠慮して宜い部分がありまして、斯様な規定の下に後は學問で十分一つ内容を示して行きたい⁽²⁵⁾」

としていたのである。

註

- (1) 一般国際法の構成要素である慣習国際法は、日本国憲法前文および第九八条第二項との関わりにおいて、日本国憲法と国際法との関係を考える上で重要な意義を有するが、本稿の考察においては十分に扱うことができない。
- (2) 「形式的効力」における「効力」の語が条約に関する議論における混乱の原因の一端となつてゐるのではないかと解されるので、本稿では、原則として、「国法秩序の段階構造における地位」と称する。
- (3) 拙稿「国法体系における条約の適用——ヨーロッパ人權条約の国内適用を素材として——」(一)(二・完) 北法四六卷三三号(一九九五年)二〇一頁以下/四六卷四号(一九九五年)一四五頁以下。
- (4) 拙稿「国際人權訴訟と違憲審査」北法四七卷五号(一九九七年)一九三頁以下。
- (5) 芦部信喜「高橋和之」高見勝利「日比野勤編著」日本国憲法制定資料全集(二)——憲法問題調査委員会関係資料等(信山社・一九九七年)一六八頁。
- (6) 佐藤達夫『日本国憲法成立史第一卷』(有斐閣・一九六二年)三三二頁。
- (7) 例えば、以下のようである。
 - ・美濃部顧問私案第一三条(芦部ほか・前掲書〔註5〕一六六頁)
 - ・天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス
 - ・戦ヲ宣スルニハ敵軍ノ進攻ヲ防ク為ニスル場合ヲ除クノ外帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシ条約ニ依リ國庫ニ負担ヲ生シ又ハ臣民ノ權利義務ヲ定ムル場合ニ於テ其ノ締結ニ付亦同シ此ノ場合ニ於テ条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス
 - ・大日本帝國憲法改正試案(清宮委員)第一三条(同書一七一頁)
 - ・天皇ハ諸般ノ条約ヲ締結ス但シ法律ヲ以テ定ムルヲ要スル事項ニ關ル条約及重大ナル義務ヲ負ハシムル条約ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ス
 - ・大日本帝國憲法改正試案(河村委員)第一三条(同書一七四頁)

天皇ハ諸般ノ条約ヲ締結ス但シ帝國議會又ハ裁判所ノ權限ニ屬スル事項ヲ定ムル条約ハ当該機關ノ正規ノ決定ヲ俟テ
テソノ効力ヲ発ス

(8) 佐藤達夫『日本國憲法成立史第二卷』(有斐閣・一九六四年)四八七頁以下、芦部ほか・前掲書(註5)二二六九頁以下。

(9) 佐藤・前掲書(註8)四八八頁、芦部ほか・前掲書(註5)二七〇頁。

(10) 佐藤・前掲書(註8)四九五頁、芦部ほか・前掲書(註5)二七四頁。

(11) 佐藤・前掲書(註8)五二二頁、芦部ほか・前掲書(註5)二七六―二七七頁。

(12) この小改正案は、松本委員長が自ら起草した憲法改正試案によるものである。松本試案第一二条は、帝國憲法第一三条のうち、和戦に関する部分を規定するものであり、その文言は次の通りである。

・松本試案第一二条

天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ戰ヲ宣シ和ヲ講ス

前項ノ場合ニ於テ内外ノ情形ニ因リ帝國議會ノ召集ヲ待ツコト能ハサル緊急ノ必要アルトキハ議院法ノ定ムル所ニ依リ帝國議會常置委員ノ諮詢ヲ經ルヲ以テ足ル此ノ場合ニ於テハ次ノ会期ニ於テ帝國議會ニ報告シ其ノ承諾ヲ求ムヘシ

(13) 佐藤・前掲書(註8)五四二頁、芦部ほか・前掲書(註5)二九五頁。

(14) 佐藤達夫(佐藤功補訂)『日本國憲法成立史第三卷』(有斐閣・一九九四年)四三三頁。なお、当初の外務省仮訳では、「政治上ノ行為」の部分が「政府ノ行為」となっていたが、閣議配布案において訂正された(同書一九二〇頁参照)。

(15) 三月二日案第一〇七条(佐藤・前掲書「註14」一〇四頁)

此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラレタル法律及條約ハ國ノ最高ノ法規ニシテ、之ニ反スル法令、詔勅又ハ行政行為ハ其ノ効ナシ。

(16) 三月五日案第九三条(佐藤・前掲書「註14」一七三頁)

此ノ憲法並ニ之ニ基キテ制定セラレタル法律及條約ハ國ノ最高法規トシ其ノ條規ニ矛盾スル法律、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

この後の三月六日に発表された憲法改正草案要綱も、体裁および読点の位置の違いを除いて、内容的には同様である。

(17) 佐藤・前掲書(註14)三四七頁。

- (18) 佐藤達夫(佐藤功補訂)『日本国憲法成立史第四卷』(有斐閣・一九九四年)七四六―七四七頁註三参照。
- (19) 同書七八〇頁。なお、「小委員長は『……この憲法とともに尊重されなければならない。』というのが提案者の第一案であつたことを明らかにした」(同書七八〇―七八一頁)。
- (20) 同書七八一頁。この外務省案は、法制局によつて現行の第九八条第二項とまったく同じ文言に修正されるのであるが、「法制局側ではこの条項を入れることにはかねて反対であつた。その理由は、(イ)形式論として最高法規の規定の中に入るべきことではない。(ロ)むしろ前文で明らかにすべきことである。(ハ)このままの文章では法制的に未熟である」ということであつたとされる(入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題——入江俊郎論集——』(入江俊郎論集刊行会・一九七六年)三八九―三九〇頁)。なお、芦田小委員長から外務省案が紹介された時点では、「立法その他の国政の上で」という文言はなく、小委員会の仮決定案において挿入されたとされている(同書三八九―三九〇頁)。
- (21) 「外務省原案から九八条二項への変化は、国際法の国内法的効力およびその形式的効力を規律する法的意義を担う条文から、国際社会におけるわが国の過去の態度への反省と将来に向けての姿勢を表現する政治的意味合いの条文への変化、を表象するものであつた。そしてこのような変化が、憲法施行後、国際法と国内法との関係をめぐつて様々な見解を生ぜしめる要因ともなつた」(佐藤幸治『国家と人間——憲法の基本問題』(放送大学教育振興会・一九九七年)一八〇頁)という指摘も存在する。日本国憲法第九八条第二項成立の過程について、詳しくは、新正幸「憲法九八条二項立案過程の分析(一)」「(二)」福島一巻三〇四号(一九八九年)一頁以下/二巻二号(一九八九年)一頁以下、加藤英俊「憲法第九八条第二項の成立と解釈」法学五〇巻七号(一九八七年)一―三頁以下、西岡祝「憲法第九八条第二項の成立と解釈(その一)」「(その二・完)」福法一八巻三号(一九七四年)一七一頁以下/二巻一号(一九七六年)一頁以下等参照。
- (22) 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第三巻』(増訂版)(日本世論調査研究所P.R.センター・一九七六年)七八九頁。
- (23) 同書七七九頁。
- (24) 同書七七九頁。
- (25) 同書七八五頁。

第一款 条約優位説の展開

一 条約優位説の論拠

日本国憲法の成立後、当初は、少なからぬ有力な学説が、憲法との関係において条約優位説を採用していた。⁽²⁶⁾これらの学説が着目していたのは、「日本国憲法の条約に対する態度」⁽²⁸⁾、「新憲法の基本観念」⁽²⁹⁾、「新憲法全体の建前」⁽³⁰⁾、「憲法全体の精神」⁽³¹⁾、「憲法のとる基本的な態度」⁽³²⁾といったものであった。⁽³³⁾そして、最終的に条約優位という結論を採用することについての論拠は、「本条の最高法規の立場並びに新憲法全体の精神」⁽³⁴⁾、「日本国憲法の承認している徹底した国際主義の立場」⁽³⁵⁾、「日本国憲法は、国際主義に立脚する」⁽³⁶⁾ということ、「新憲法は、国際性の強い」憲法であるということ、等に鑑みて、「国際協調主義を重視して」⁽³⁸⁾ということにあった。これらの条約優位説において、憲法第九八条第一項や第八一条の文言は、上述の国際主義等から導かれた条約優位の帰結を裏つけるものであるに過ぎず⁽³⁹⁾——その意味で、これらの規定も国際主義の徴憑ではあるが——、必ずしもこれらの規定の文言が条約優位という帰結を採用することの直接の論拠となっていないことに注意しなければならない。そして、これらの条約優位説によれば、条約が憲法に優位しそれゆえ条約によって憲法が実質的に改正される結果になることをも、憲法は自ら認めていると解されるのである。⁽⁴⁰⁾

二 出発点としての過去の反省と論拠としての国際主義

このような条約優位説の代表的見解とされる宮沢説は、公布による条約の国内的効力の承認、および法律に対する条約の優位については従来の帝国憲法下での慣行が継続するものと考え⁽⁴¹⁾、そのうえで、我が国の過去の行為に対する反省を出発点として、日本国憲法の国際主義を論拠に、憲法に対する条約の優位を主張したものと解される。

このような条約優位説は、条約に対する過去の我が国の態度についての反省を出発点としたこともあって、憲法に対する優位が認められる対象をすべての条約と考えることとなり、⁽⁴³⁾国際主義の射程の明確化が不十分なものとなつてしまつたのではないかと考えられる。理論的には優れた点があるにもかかわらず、後日に憲法優位説によつて厳しく批判されることとなつた遠因は、ここにあると考えられるのである。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

第二款 憲法優位説の台頭

一 憲法優位説の多数説化の背景

当初は有力であつた条約優位説に代わつて憲法優位説が通説的地位を占めることとなつた契機として、アメリカ合衆国との間の安全保障条約の問題が指摘される⁽⁴⁶⁾。確かに一九四〇年代から既に憲法優位説は存在していたが、⁽⁴⁷⁾「憲法と条約との効力関係……について多数の学説は条約優位説をとつて」⁽⁴⁸⁾いたといわれる。そのような状況において、後に強力に憲法優位説を展開してゆくこととなるある学説は、次のような危機感を示していた。すなわち、「戦争放棄と安全保

障」と題する論稿において「講和後の安全保障方式」について考察したとき、この学説は、「特定国、現実においてはアメリカとの軍事協定という方式」について、「もしも第九条の下において、即ち第九条をそのままにしておいて、この方式を採用するという場合には、それは、この軍事協定が、憲法以上の拘束力を有するとすること、即ちこの軍事協定にいわゆる超憲法的効力を認めるという考え方をとるより他はないのでは⁽⁴⁹⁾か」と指摘したのである。⁽⁵⁰⁾「その後、東西冷戦の進行、サンフランシスコ平和条約および日米安全保障条約を軸とする日本の西側陣営への加入という背景の下で、条約優位説は日米安保条約の日本国憲法に対する優位を意味するようになった⁽⁵¹⁾」のである。

二 憲法優位説の論拠の問題点

憲法優位説の論拠として挙げられる個々の要素、およびその組み合わせ方には、論者によって差違があるが、おおよそ以下の諸点を指摘することができる。⁽⁵²⁾

第一に、条約締結権の憲法による拘束である。これに関しては、条約締結権は憲法によって拘束されているので違憲審査の対象となると論じられる場合と、憲法によって権限を付与され憲法によって拘束されている機関が条約を締結するのであるから条約が憲法に優位することは法論理的に不可能であると論じられる場合とがある。また、憲法第九九条の憲法尊重擁護義務と結びつけて、国家機関が憲法と矛盾する条約を締結することは許されないとされることもある。

第二に、憲法改正手続との対比である。厳格な憲法改正手続と、比較的簡易な条約締結手続との対比から、もし条約が憲法に優位するならば、憲法と矛盾する条約によって容易に実質的な憲法改正が行われうることになり、厳格な憲法改正手続の定めが形骸化するとされる。

第三に、憲法第九八条第二項の射程である。つまり、国際協調主義は、条約優位説がいうような意義は有しておらず、国民主権主義を排除するものではなく、違憲の条約の遵守、そしてそれによる実質的な憲法改正までもを許容するものではないとされる。あるいは、第九八条第二項は、条約の国内的効力を認める規定であつて、国法秩序の段階構造における条約の地位を決定するものではなく、また過去の条約不遵守に対する反省を示すことに重点があるとする見解もある。⁽⁵³⁾

第四に、第八一条および第九八条第一項に「条約」という文言がないことは条約の優位を意味しない、ということである。これに関しては、条約は相手国があることなので明文で規定することを避けたのであるとする見方と、条約はそれぞれ「法律」または「規則又は処分」ないしは「処分」、および「法律」または「国務に関するその他の行為」に含まれるとする見方とがある。前者の見方をする場合、条約には裁判所による審査に適さないものがあるからである、あるいは、明文で規定せず解釈・運用に任せただのである、という説明がなされる。

第五に、憲法は最高法規であるから条約が優位することはない、ということである。

第六に、現在の国際社会および国際法の発展段階は条約優位を実現させる程度には至っていない、ということである。これらのうち、第六の点については、いわゆる国際法優位の一元論に対する誤解と、一元論・二元論の議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解される。さらに、「いわば世界国家・世界連邦的な国際社会が形成された段階においては、まさに条約優位説が妥当することとなるが、今日の段階においてはなお国際社会の構造が国家主権の観念を前提とする国家の集合体たる性質をもつものである限り、条約ないし国際法が憲法に優位する効力を有すると見ることはできないであろう」という批判については、国法秩序の段階構造における条約の地位は、各国の憲法体系が決定しうるものであることが想起されるべきであろう。第五の点につい

ては、「憲法の形式的最高性は、国内法秩序における憲法の効力を示すにとどまり、憲法が国際法（条約）との関係でも優位するか否かとは、直接かかわりないことである⁽⁵⁴⁾」という批判が可能である。第四の点については、事前に憲法優位という「結論をもって探し出された根拠にすぎないとの印象を否定しえず、相手方を納得させえない」、そして、条約が第八一条および第九八条第一項の文言に含まれているという「主張は苦しまざれとも思える」との批判⁽⁵⁵⁾がある。また、一般的な説明においては、しばしば条約優位説との対照的な点として挙げられるが、条約優位説にとつてこれらはさほど重要な論拠ではないことは前述の通りである⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾。

従来、憲法優位説の強固な立脚点として憲法優位説を通説たらしめていたものは、主に上述の第一から第三の点であろう。しかし、これらも、疑問を免れない。

第一の点（条約締結権の憲法による拘束）および第二の点（憲法改正手続との対比）についての憲法優位説の議論は、一見説得的である。しかし、これらの主張についても、憲法優位という結論を前提とした立論であつて論理必然というわけではないとの批判⁽⁵⁸⁾があり、また、憲法優位説独自の論拠であり、かつ憲法優位説のもつとも説得的な論拠ということができる第二の点についてさえ、その貫徹可能性に疑問が投げかけられている⁽⁵⁹⁾。さらに、問題は、ここで憲法優位説によつて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いうことである。我が国が同様の結論に至るべきか否かは別として、論理的に成り立たないわけではないのである。その意味で、これらは、通説たる憲法優位説が主張するほど自明の論拠ではない。本稿の主たる考察の関心はここにある。

第三の点（憲法第九八条第二項の射程）については、憲法優位説が条約優位説に対して、「硬性憲法および国民主権の趣旨から言えば、国際協調主義という不明確な一般原則に大きくよりかかつて条約優位を主張するのは、妥当ではない⁽⁶⁰⁾」、「国際協和主義・平和主義といったような抽象的な大原則から国際法優位を帰結することはやや緻密さを欠くので

はないかという疑問がある、あるいは「国際協調主義という抽象的な大原則から結論を出そうとする性急さがみられ、精密な議論とはいい難い」というような批判を行うとき、それは、条約優位説のいう「国際主義」の意義を見誤っているのではないかとの疑念を払拭できないのである。

註

(26) 宮沢俊義「憲法」(第三版)(有斐閣・一九五一年)、同『法律学体系コンメンタール篇日本国憲法』(日本評論新社・一九五五年)、法学協会『註解日本国憲法下巻』(有斐閣・一九五四年)、田中二郎「新憲法における条約と国内法の関係——国内法的考察——」日本管理法令研究二四号(一九四八年)一七頁以下、蠟山政道「第十二章最高法規」同編『新憲法講座第三卷』(政治教育協会・一九四七年)五二五頁以下、俵静夫「憲法における条約——比較憲法的考察を中心として」公法五号(一九五一年)三四頁以下等。法学協会・同書一四九二頁註四一も蠟山説を条約優位説に分類しているが、蠟山説自体は「国内法」に対する「優越性」しか明言しておらず、この「国内法」に憲法も含まれるのか否かは必ずしも明確ではない。ただし、「従来⁽⁶²⁾の国家主権に対する一つの新しい変革を意味する」という記述がある。

(27) 以下本稿においては、単に「条約優位説」という場合には、憲法に対する意味での条約優位説、つまり条約は憲法に優位すると主張する学説を指す。

(28) 宮沢・前掲『日本国憲法』(註26)八一七頁。

(29) 法学協会・前掲書(註26)一四八四頁。

(30) 田中・前掲論文(註26)二七頁(同『法律による行政の原理』(酒井書店・一九五四年)所収一一二頁)。

(31) 同論文三三二頁(同書一一七頁)。

(32) 俵・前掲論文(註26)三四頁。

(33) なお、後に対外権の概念を基礎として日本国憲法において憲法改正なしに国際機構への主権の移譲が可能であると論じた見解は、「憲法のとっている国際平和と国際協調という国際友好の基本態度にかんがみ」て、その主張を展開している(阿部照哉「日本国憲法と国際社会」公法四三三号(一九八一年)一四頁、なお、同『憲法』(改訂版)(青林書院・一九九

一年)二七五—二七六頁参照。

(34) 蟬山・前掲論文(註26) 五二五頁。

(35) 宮沢・前掲『日本国憲法』(註26) 八一八頁。

(36) 宮沢・前掲『憲法』(註26) 四〇二頁。

(37) 田中・前掲論文(註26) 三五頁(同・前掲書二二〇頁)。

(38) 法学協会・前掲書(註26) 一四八四頁。

(39) 例えば、「憲法九八条一項が……そこに『条約』をあげ「ない」……こともかような解釈を助けるであろう」(宮沢・前掲『憲法』「註26」四〇二—四〇三頁)、「第九八条に、憲法と並べて条約を定めていること、第八一条の違憲法令審査権に關する規定のうちに、条約の違憲審査に關する規定を全く缺いていることは、右のような解釈を裏付ける法的表現の一例といつてよいであろう」(田中・前掲論文「註26」二九頁「同・前掲書一一三頁」)、「国法秩序における条約の最高性を認めるところに、新憲法の特徴があると考へるのであつて、それは、憲法全体の精神から導き出される結論ではあるが、さきにあげられた憲法第八一条及び第九八条第一項に、特に条約の違憲性の問題を意識的に除外していることは、この解釈を裏づける素材となしうるのであろう」(同論文三三—三三三頁「同書一一七—一八頁」)、「憲法の効力を定めた第一項と並記して、第二項でべつに条約の国内法的効力を定めているところからみれば、むしろ憲法は条約との關係において必ずしも最高法規でないことも示していると解せられる。……第八一条の規定が、……条約をあげていないことは、この解釈を助けるものである」(俵・前掲論文「註26」三六頁)等。

(40) 田中・前掲論文(註26) 三五頁(同・前掲書二二〇頁)、俵・前掲論文(註26) 三六頁。

(41) とりわけ法律に対する条約の優位については、「日本国憲法の下では、それが國際主義を高くかかげているとか、条約の誠実な遵守をうたつていたりとかいうことをもち出さずとも、条約の締結は、すべて国会の承認を要することになつてゐるから、明治憲法の下で天皇のみによつて議會の関与なしに締結された条約に対してさえ、法律よりつよい形式的効力がみとめられていたことからいつても、日本国憲法の下で、条約に法律よりつよい形式的効力がみとめられることは、あまりに当然といえる」(宮沢・前掲『日本国憲法』「註26」八一五頁)としてゐる。

(42) 宮沢・前掲『日本国憲法』(註26) 八一七頁。

(43) 「明治憲法時代、ことにその末期における日本の条約に対してとつた態度をかえりみる必要がある。当時の日本は、多くの条約を破つたと非難された。……。破滅から立ち上がろうとする日本は、何よりも国際信義を重んずる立場を守ろうとしなくてはならない。……日本が外国と結んだ条約は、どこまでも誠実に守らなくてはならない」(宮沢・前掲『日本国憲法』〔註26〕八一七頁)。

(44) ただし、憲法に優位する条約の範囲について、条約優位説がまったく無関心であつたわけではないと考えられる。第九八条第二項の解釈について、「条約が成立した以上、その権限・手続において明白かつ重大な瑕疵があれば格別、条約の効力を憲法に優先せしむべきであろう。特にポツダム宣言や講和条約の場合は勿論、例えば国際連合に日本が加入し、その多数決で憲法と矛盾する条約が採決されたときには、これに拘束されると解すべきである」(法学協会・前掲書〔註26〕一四八四頁)とする見解は示唆的である。この見解は、同時に、「国際協調主義を重視して、条約優位説を採るべきであると……解しても、内閣及び国会は違憲の条約を締結する権限はない」(同書一四八四頁)とし、「条約締結の権限に明白かつ重大な欠缺があれば、本項に所謂『条約』に含まれないから、その効力の優劣は生じない」(同書一四八四頁)としている点が注目される。しかし、憲法に対する優位が認められる条約の範囲に実質的な限定が存するの否かは、必ずしも明らかではない。

(45) 条約優位説は、国際主義をめぐって、日本国の、あるいは日本国憲法の側の事情のみを重点的に考察し、条約の側の問題については、国際社会の発展への信頼があるのみで、実質的には十分に考慮していなかつたと解される。しかし、他方で、憲法優位説も、条約(とりわけ日米安保条約)に関する憂慮が先行し、これも条約についての実質的考慮が不足していたがゆえに、後に国際人権条約をめぐる問題に十分な対処ができなかつたものと考えられる。

(46) 例えば、芦部信喜「国際協調主義を重視し、形式的効力において条約が憲法に優越すると考える学説は、妥当か」芦部信喜・小嶋和司・田口精一「憲法の基礎知識」(有斐閣・一九六六年)二四頁、江橋崇「国際人権規約と日本国憲法」江橋崇・戸松秀典「基礎演習憲法」(有斐閣・一九九二年)二八一―二九頁、浦田賢治「戦後理論史における憲法と条約」全国憲法研究会編『憲法問題2』(三省堂・一九九一年)一二頁等。なお、和田英夫「条約と違憲立法審査権」季刊法律学二八号『憲法と自衛隊』(一九五九年)一三三頁註三参照。ちなみに、和田英夫「憲法略説」(有信堂・一九五七年)二四一頁は、条約については「司法機関(裁判所)がこれを審査する権限はなく、結果的には、条約の効力を憲法に優先せしめるほか

はないであろう。のみならず、右の国際法優位説は、第二次大戦後における諸外国の憲法の一般的傾向にそうものもある」としていた。ただし、和田英夫『新版憲法体系』（勁草書房・一九八二年）三八七頁も、締結手続の違憲審査を認めるにとどまり、内容的に抵触する場合には「その限度において、憲法その他の国法が実質的に修正される結果とならざるをえ」ないとする。

(47) 例えば、河原峻一郎「憲法と条約」法律新報七四四号（一九四八年）一頁以下、藤田嗣雄『新憲法論』（講談社・一九四八年）一三四頁以下等。

(48) 佐藤功『日本国憲法講義案』（学陽書房・一九五四年）三三六頁。

(49) 佐藤功「戦争放棄と安全保障」同『日本国憲法十二講』（学陽書房・一九五一年）一四七頁。

(50) 後に、この点を一般化して、憲法優位説を採用する論拠とする見解が登場した。すなわち、「国際社会の現状においては、条約優位説は、政治的・経済的諸手段によってその意思を小国に強制しうる巨大国にとってははなはだ都合であるが、その反面小国にとってはその独立性を否定する論理として機能することになる」（杉原泰雄「憲法と条約との関係」芦部信喜Ⅱ池田政章Ⅱ杉原泰雄『演習憲法』（青林書院新社・一九七三年）六二〇―六二二頁）として、「日本の現状においては、とりわけ対米関係における日本の従属的性格からして、条約優位説は、アメリカの『国益』のために日本国憲法の平和主義・人権尊重主義・独立等の基本原理を否定する機能を営むおそれが強い」（同論文六二二―六二三頁）とするのである（なお、杉原泰雄「憲法と条約との関係」芦部信喜Ⅱ池田政章Ⅱ杉原泰雄『演習憲法』（新版）（青林書院・一九八四年）六五一頁以下においても基本的に同様である）。

(51) 中村睦男「現代国際社会と条約の国内法的効力」佐藤幸治Ⅱ中村睦男Ⅱ野中俊彦『フアンタメンタル憲法』（有斐閣・一九九四年）三二五頁。なお、江橋崇「占領の憲法学——条約優位説の生成と展開——」志林八三巻四号（一九八六年）五二―五三頁参照。

(52) ここでは個々の学説を摘示することは避けるが、学説の整理として、丸山健「条約の国内法的効力」奥平康弘Ⅱ杉原泰雄編『憲法学6統治機構の基本問題Ⅲ』（有斐閣・一九七七年）一七二―一七八頁が細密である。

(53) 佐藤功「憲法（下）」（新版）（有斐閣・一九八四年）二八七―二九〇頁。

(54) 芦部信喜『憲法学Ⅰ憲法総論』（有斐閣・一九九二年）八四頁。小嶋和司『憲法概説』（良書普及会・一九八七年）一四

一一四二頁、および阪本昌成「憲法理論Ⅰ」(第三版)(成文堂・一九九九年)九七頁も同旨。

(55) 小嶋・前掲書(註54)一四三―一四四頁。

(56) 「結局、条約優位説がその実質的な論拠としてあげる国際主義をどう見るかが、もつとも重要なポイントになる」(芦部・前掲論文「註46」二二二頁)。「条約優位説は、その実質的根拠として、日本国憲法の国際協調主義を援用する」(樋口陽一「憲法」〔改訂版〕(創文社・一九九八年)九九頁)等は、その意味で適切な指摘であろう。なお、「条約優位説を直接の条

文的根拠によつて基礎づけることは困難である」という認識から、消極的ないしは消去法的に、「むしろ日本国憲法の基本構造である国際協調主義によつて支持することが最も有力なものといえるであろう」と評されることもある(伊藤正己「条約の違憲審査」法時臨増「憲法と裁判官」(一九五九年)一三三頁〔同「憲法の研究」(有信堂・一九六五年)所収二二二頁])。ちなみに、この引用部分の直後において、国際主義に依拠する解釈の帰結についての危惧が示されているが、そこでも、後述するような条約の分類の観点、そしてそれに応じた国際主義の射程の検討という思考が決定的に欠けている。

(57) 憲法制定過程の帝国議会における政府見解は、憲法と条約の関係について憲法は規定しておらず、学説の発展に委ねられている、というものだったことを考えると、憲法の規定は憲法優位説・条約優位説双方に対して開かれているはずであり、「憲法の条文を根拠とする形式的な理由としては、条約優位を積極的に裏づけるものはない、また反対に、憲法が優先するということも、はつきりわからない」(芦部・前掲論文「註46」二二二頁)。「条約優位説の言うように、『意識的に』除外されたのだと解することも可能であるが、また同時に憲法優位説の言うように解することも可能である」(大西芳雄「条約と憲法」立命四四号(一九六二年)五頁〔同「憲法の基礎理論」(有斐閣・一九七五年)所収九八頁])ということになるのではないであろうか。

(58) 小嶋・前掲書(註54)一四三頁、阪本・前掲書(註54)九七―九八頁参照。

(59) 川添利幸「第八講国際法の誠実遵守」田口精一||川添利幸編「憲法(重要問題と解説)」〔増訂版〕(法学書院・一九七八年)七五―七六頁参照。

(60) 芦部・前掲書(註54)九三頁。なお、芦部・前掲論文(註46)二二―二四頁参照。

(61) 樋口陽一||佐藤幸治||中村陸男||浦部法穂「注釈日本国憲法下巻」(青林書院・一九八八年)一五〇―一頁〔佐藤執筆〕。

(62) 阪本・前掲書(註54)九八頁。

第三節 失われた三つの観点

「憲法と条約」という論点において条約優位説と憲法優位説との対立図式が定着するなかで、その重要性を看過されている観点があるといえる。

第一款 金森徳次郎国務大臣答弁

一 金森答弁における条約分類論

前述のような学説の展開とは一線を画するかのように、「憲法と条約の効力に関する政府見解は、憲法優位説と条約優位説とを一元的に捉えることなく、条約の内容によって、憲法が優先するものと、条約が優先するものを区別する立場に立っている⁽⁶³⁾」とされる。

このような政府見解は、憲法制定過程における議会での政府答弁に源を発するものであるといえる。これに関する金森国務大臣の答弁の要点は、次のようなものである。

「条約と云うものには、種々なる種類があろうと思うのであります⁽⁶⁴⁾」

「そう考えて来ますと、条約と云うものが直ちに憲法以下のものであると云う結論を下しにくいと思う訳であります⁽⁶⁵⁾」
 「先ず大体は憲法以下、普通の場合に於きましては憲法以下のものであり、けれども稀にそうでない場合

が、国際法的に起り得る。斯う云う風に考えまして、そこで、此の二項に於きましては、其の両方を含めまして、……
 そう云う種々なる関係を命令的に規定すると云うことは、なかなかやりにくいのでありますから、斯様な広い言葉を
 以て遵守すると云うことを書きまして、それから以下は解釈に依つて判断に依つてさせると云う方法に出でたのであ
 ります⁽⁶⁶⁾」

つまり、性質上一様ではない条約を一律に憲法に劣位するとすることは困難であり、第九八条第二項は、条約が憲法
 に劣位する場合とそうではない場合の両方を含める意味で、「遵守する」と規定しているといふのである。そして、こ
 の、一様ではない「遵守」の射程について、解釈によつて明らかにすることが期待されているのである。

二 憲法施行後の政府見解の展開

憲法施行後の政府見解は、憲法第九九条の憲法尊重擁護義務の存在にも鑑み憲法と矛盾する条約を締結することは考
 えられないことの指摘⁽⁶⁷⁾、あるいは、憲法改正手続と条約締結手続との対比⁽⁶⁸⁾によつて、基本的には、「条約は憲法に優先
 することはない⁽⁶⁹⁾」という立場を維持している⁽⁷⁰⁾。

ただし、金森國務大臣答弁の流れを汲む「条約分類論」は維持されており、それは次のように整理されている⁽⁷¹⁾。

「憲法と条約の関係につきましては、学説上、憲法優位説、条約優位説が両方あるわけでございます……が、従来の
 われわれの考え方といたしましては、これを必ずしも一元的に考えておりません。いわゆる条約と申しましても、い

ろいろなものがあるわけでありませう」

「国際自然法と申しますか、要するに確立された国際法規」

「二国間の政治的、経済的な条約」

「たとえば降伏文書あるいは平和条約というような一国の安危にかかわるような問題に関する件」

「こういう三点に分けて、大体、従来言っておるわけでありませう」⁽⁷²⁾

そして、憲法との関係については、「確立された国際法規」は、「これは当然に憲法がその秩序の中に受け入れておるものである」、「国際法秩序がそこは優先して働くものである」とされ、「逆に二国間の政治的、経済的な条約、こういうものがあつたから、直ちにそれによつて憲法が改正されるかということになりますと、これはやはりそう簡単には言ふことができない。やはりそういう場合においては、憲法を優先して考える。憲法違反のような、そういう二国間条約を結ぶべきではない」とされる。また、「降伏文書あるいは平和条約というような一国の安危にかかわるような問題に関する件におきましては、これは必ずしも、憲法と条約とを比較してみた場合には、やはり条約が優先するとう場合はある」とされているのである。

このようにして政府見解は条約分類論を展開したのであるが、ここで留意しておくべきことは、憲法施行後の政府見解の分類の内容である。多国間条約も国際人権条約も言及されていないし、国際機構に関する問題にも触れていない。つまり、政府見解は、金森國務大臣の答弁の段階でも十分予測され得た程度のものであり、金森答弁が学説および実務

に対して期待した発展の要請を満たしているとは評しがたいのである。

三 条件つき憲法優位説の登場

学説の発展に俟つとした金森國務大臣の期待に反して、条約優位説も憲法優位説も、「条約」を一元的に捉えて議論を展開した。日米安保条約の問題についても、学説は、個別具体的な事例あるいは特定の種類の条約に関する事例としてではなく、一般的に「憲法と条約」の問題として対処した。しかし、通説的地位を確保した憲法優位説においても、憲法優位の例外を認める見解が提唱されるようになっていく。

まず、第九八条第二項が、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規」と規定していることに注目し、前文第三段の文言にも鑑みて、「確立された国際法規」を「日本国が締結した条約」とは別異に扱うべきであるとし、「確立された国際法規」には憲法に対する優位を認める見解が現れた。⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾

さらに、政府見解に近く、あるいはそれ以上に、「確立された国際法規」にとどまらず、一定の条約にも優位を認める説が登場した。

ある見解は、「国際的のみ定められ、一国の意思のみでは定めえない事項についての条約」、および「⁽⁷⁵⁾確立された国際法規」を内容とする条約⁽⁷⁶⁾については、通常の憲法と条約との優劣関係の論議⁽⁷⁶⁾からは除外しておくべきであるとす⁽⁷⁷⁾る。

別の見解は、「憲法優位があらゆる国際法について妥当するかも問題で、『確立された国際法規』(国際社会で一般に承認・実行⁽⁷⁸⁾されている慣習国際法)を成文化した条約や、あるいは領土や降伏などに関する条約は憲法に優位する⁽⁷⁸⁾べきであろう」とする。

このようにして、戦後の憲法学説は、金森國務大臣の期待に応えることのないまま、逆に、憲法優位説の一部が、憲法施行後に確立された、しかし金森國務大臣の期待に十分応えてはいないと解される政府見解に追隨する形となっているのである。⁽⁷⁹⁾ 条約の分類の必要性が憲法学において一般的に指摘されるようになったのは、そう古いことではない。⁽⁸⁰⁾

第二款 宮沢俊義説

一 宮沢説の前提

ここで、日本国憲法制定までの過程に深く関与しており、そして「国際主義」に立脚する解釈を強力に展開した宮沢説の意味を再確認しておくことは、本稿の考察にとって有益であろう。宮沢説においても、「条約優位説」として整理されるときに見失われてしまった点があるといえるのである。

まず、「国際法と国内法との関係については、これまでいろいろな考え方が行われているが、それらは、大きく分けると、だいたい次の二つになるとおもふ⁽⁸¹⁾」として、二元論は、「国際法と国内法とを、それぞれまったく違った次元のものとする。国際法は、国家を義務づけるものであるが、それは直接に国内法に影響をおよぼすものではない」とするものと説明され、対して、一元論は、「国際法も国内法も同じ法秩序に属するものと見る⁽⁸²⁾」ものとされる。

ここで適切に指摘されているように、トリーパーが主唱したところの二元論は、国際法と国内法を異なる次元のものとして捉え、国際法は国家と国家の関係を規律するものであって個人を規律対象とはしないものと解する。そこで、「国内法とは別の淵源をもつ国際法が存在するなら、それは対等の国家の相互関係を規律する法以外の何物でもなく、国内法

が規律する関係は国際法の規律対象たり得ず、両者が異なる淵源から出る以上異なる内容をもつものでなければならぬ」という「トートロジー……」を受入れるか否かが彼の二元論に与するか否かの分岐点である⁽⁸⁴⁾とされる。現在の我が国の憲法学説において、なお二元論的立場に好意を寄せる見解が存在するが、そうした見解が個人は国際法——たとえそれが国際人権条約であっても——の規律対象にはならないという二元論の淵源に遡っても同意を維持するものであるのか否かは、必ずしも詳らかではない。

一方、ケルゼンの提唱した一元論については、従来、一元論のいう法秩序の統一性の下における国際法優位(の一元論)／国内法優位(の二元論)という問題と、国法秩序の段階構造における地位の問題とが混同されることが少なくなかった。しかし、ケルゼン自身は、「もし国法と国際法とが互いに『矛盾する』なら、いずれの規範を適用すべきかという問題が生ずる。この問いは、もっぱら実定法によってのみ答えられる⁽⁸⁵⁾」としている。抵触が生じた場合に国法と国際法のいずれが適用されるかは、「もっぱら問題の実定法秩序の解釈によってのみ決定される。同様に、国際法の国法への変型が必要かどうか、もっぱら実定法によってのみ答えることができ、国際法や国法の性質、もしくは両者の関係の性質についての学説によって答えることはできない⁽⁸⁶⁾」のである。「国際法の優位の仮設を受け容れる人達も、国際法は国法にうち勝つとか、国法の規範は、もし国際法の規範に矛盾すれば無効であるとか主張する場合、同じように間違っている。このようなことは、国際法の規範との矛盾を理由として国法の規範を無効化する手段を定める実定法の規範があつて初めて言えることである。とにかく、一般国際法はこのような規範を包含していない⁽⁸⁷⁾」。理論上いわゆる国際法優位の一元論の見地に立つとしても、現実の国法秩序の段階構造における地位について条約優位説が貫徹されることに直結はしないのである。したがつて、理論と現実との齟齬に直面しても、「法的現実と同時に一元的でもありかつ二元的である⁽⁸⁸⁾」という言明に依存する⁽⁸⁹⁾必要も、「規範命題として、実証的⁽⁹⁰⁾」であることを求めて、「国家責任の法現象

を重要な支えとする国際法の国内法に対する優位、両者の一元性は、国内法内部にみられるそれに比べて、実効性が弱く不完全……な形ではあるが、それによって、国際法と国内法の一元性と国際法の国内法に対する優位は、独特なものとして認めなくてはならないであろう⁽⁹¹⁾」として一元論の維持をはかる必要もないであろう。

ところで、一元論という考え方は、ケルゼンの法理論を前提とした説明である。ケルゼンの所説をすべて受け容れるのではないならば、条約の問題を一元論から説きおこす必要もないであろう。また、一元論というモデルを現実に適合するように修正ないし緩和することは、憲法学が条約の問題を考えるために意味のある作業であるとは考えがたい。さらに、今日の我が国の学説が、トリールルの思惟にも完全には従いえないであろうこと、そして、一元論と二元論のいずれを採るかについて旗幟鮮明にしなければならぬと考えているわけではない場合が少なくないであろうこと⁽⁹²⁾、もまた否定できないであろう⁽⁹³⁾。

ただ、「一元論と二元論のいずれが諸問題を矛盾なく、整合的に説明する前提であるか」という問題も存在するが、双方が共に成立するとされる限り、憲法の諸条項の解釈とより整合する方が理論前提と考えられなければならないであろう⁽⁹⁴⁾」というのも一つの見識かもしれない。宮沢説も、日本国憲法第九八条第二項および第七条から、一元論を採用する⁽⁹⁵⁾。

この後の叙述において、宮沢説は、「国際法と国内法との関係について一元説をとるとして、そこで、国際法と国内法とのいずれが優位をみとめられるべきか⁽⁹⁶⁾」という問題を設定し、「ここで、いわゆる国際法優位説と国内法優位説との対立がある⁽⁹⁷⁾」としている。ここにいう「国際法優位説」および「国内法優位説」を、「国際法優位の一元論」および「国内法優位の一元論」と解するのは誤りであろう。ここで扱われているのは、国法秩序の段階構造における地位の問題であると解される。なぜなら、この直後に、「国際法のある具体的な規定と国内法のある具体的な規定とがある具体的な場合においてたがいに抵触するときに、そのいずれが優先するかについては、もちろん超実定法的に決定すること

はできない。もつぱら実定法的にきめなくてはならない⁽⁹⁸⁾とされているからであり、これは、一元論の理解についての上述のケルゼンの言明とも合致するのである。そして、「国際法と国内法のいずれが優先するかについては、きわめて高い程度において(……)関係する国内法秩序にその決定がまかされてあると見るべきである⁽⁹⁹⁾」とされる。そして、「国内法にまかされてあるといつても、国内法に対する意味の国際法によって国内法秩序にまかされてあるのではない。国内法と国際法とのいずれでもなく、そのいずれをも超えた法秩序——世界法秩序または人類法秩序——によってまかされてある、というのである⁽¹⁰⁰⁾」とされるのである。

二 宮沢説による解釈

そこで、宮沢説は、「具体的な場合に、国際法と国内法とが抵触したときに、そのいずれが優先するかは、もつぱらその国内法秩序の内容の問題だということになる⁽¹⁰¹⁾」として、日本国憲法が国際法と国内法のいずれに優位を認めるものであるかを考察する。そして、第九八条第二項は、「特に憲法の国際法に対する態度を明らかに定めたものとはいえない⁽¹⁰²⁾」が、前文、第九条、第九八条第一項等を背景として見ると、「その精神が、確立された国際法規の遵守を妨げるような国内立法を否認し、したがって、そうした国際法規の国内法に対する優位をみとめることは、明らかかなようにお⁽¹⁰³⁾もう」とする。これを承けて、以下で、条約と法律、条約と憲法の「形式的効力」の関係が検討される。

条約と国内法の関係については、条約の国内的効力は、第九八条第二項の「趣旨から明らか⁽¹⁰⁴⁾」であり、条約の公布を定める第七条からも「推測される⁽¹⁰⁵⁾」とする。一方、条約と法律との「形式的効力」の関係については、前文や第九八条第二項を持ち出さなくとも、条約の締結には国会の承認が必要と規定する第六一条と大日本帝国憲法下の慣行との比較

から、「日本国憲法のもとで、条約に法律より強い形式的効力がみとめられることは、あまりに当然といえる⁽¹⁰⁶⁾」とする。条約と憲法との「形式的効力」の関係については、条約優位説は、「国際法と国内法との関係で、前者に優位をみとめる説のコロラリーである⁽¹⁰⁷⁾」とされ、「条約の誠実な遵守を実効的ならしめる」ために、「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⁽¹⁰⁸⁾」るといふ趣旨を徹底させるために、条約に憲法より強い「形式的効力」を認めるものと説明される。「日本国憲法は、まさにそこまで徹底させる態度をとっていると考えられる⁽¹⁰⁹⁾」のである。条約の「内容が憲法に違反する場合でも、それによってその効力は少しも妨げられない、と見るべきである⁽¹¹⁰⁾」。そして、条約優位説と憲法優位説とは「どちらにも一長一短がある⁽¹¹¹⁾」が、「日本国憲法の承認している徹底した国際主義の立場から、乙説（条約優位説）をとることがおそらく正当とされよう⁽¹¹²⁾」と結論づけるのである。

三 宮沢説の要諦

ここで、宮沢説にいう「国際主義」と日本国憲法第九八条第二項の解釈の関係について、少しく検討しておきたい。宮沢説において、第九八条第二項は、国際法の「形式的効力」を規定するものとは解されていない。それは、法律との関係においても、憲法との関係においても、同様である。第九八条第二項は、国際法が優位するか否かについて、「特に憲法の国際法に対する態度を明らかに定めたものとはいえない⁽¹¹³⁾」。前文、第九条、第九八条第一項等と相俟ってはじめて、その「精神」が国際法の優位を「みとめる」ものであることが明らかになるとされるのである。

そして、憲法に対する条約の優位は、第九八条第二項が条約優位を規定していると理解することによるのではなくて、次のような解釈によって導かれるのである。

まず、日本国憲法は、第九八条第二項において、「条約の誠実な遵守を言明している」⁽¹¹⁴⁾。さらに、第九八条第一項における「国内法の諸形式の列記から条約は除かれている」⁽¹¹⁵⁾。また、第八一条においても「条約が国内法の諸形式から除かれている」⁽¹¹⁶⁾。これが、日本国憲法の規定である。

次に、「日本国憲法の条約に対する態度」⁽¹¹⁷⁾を考へるに、過去の行為の反省から、「日本は、なによりも国際信義を重んずる立場を守ろうとしなくてはならぬ」⁽¹¹⁸⁾と、「この立場からは、日本が外国と結んだ条約は、どこまでも誠実に守らなくてはならない」⁽¹¹⁹⁾ことになる。この立場を徹底させれば、条約の「形式的効力は、すべての国内法形式（憲法をも含む）に優先するものであり、その内容が憲法に違反する場合でも、それによってその効力は少しも妨げられない」⁽¹²⁰⁾ことになる。

そこで、日本国憲法の規定を検討すると、第九八条第二項にいう「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強い形式的効力をみとめなくてはならない」⁽¹²¹⁾。さらに、「その趣旨を徹底させるためには、憲法よりも強い形式的効力を条約にみとめることが必要となる」⁽¹²²⁾。そして、「日本国憲法は、まさにそこまで徹底させる態度をとっていると考えられる」⁽¹²³⁾。それは、「日本国憲法の承認している徹底した国際主義の立場」⁽¹²⁴⁾から論証されるのである。

このように、宮沢説は、憲法に対する条約の優位を認めるに際して、条約の優位を許容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と考えられる。そして、宮沢説においては、「国際主義」が、条約の遵守を確保することを目的として憲法に対する条約の優位を導き出す基盤となるような、日本国憲法の基本的態度として論じられていると解されるのである。

条約優位説は抽象的で緻密さを欠くという、従来の憲法優位説の側からの批判の多くは、日本国憲法の諸条項から看

取されるところの、また第九八条第二項の「精神」ともいわれる「国際主義」に立脚する宮沢説の論理を、十分に評価しないままに、曖昧であると難じていたのではないであろうか。憲法優位説が、法律に対する条約の優位を論証するに際して、第九八条第二項ないし「国際協調主義」を安易に援用しているとすれば、自らもまた、宮沢説に浴びせられたのと同様の批判にさらされなければならぬであろう。

もちろん、宮沢説も、条約を分類する観点の欠落もあって、「国際主義」の射程の検討が不十分なものとなっている観を否めない。宮沢説においては、第九八条第二項が国法秩序の段階構造における条約の地位を確定していないことから、「国際主義」の要請によって、国法秩序が国際法に対して最高度に開放されることになるかと理解されているものと考えられる。しかし、それだけでは、第九八条第一項および第八一条の文言についての言及と合わせても、必ずしも説得的ではないであろう。少なくとも、憲法優位説の側からの憲法改正手続との対比に基づく論難に、有効に反駁することができないと考えられる。

ただ、注目すべきは、宮沢説が「憲法よりも強い形式的効力を条約にみとめる」というとき、「みとめる」主体は日本国憲法であると考えられるということである。つまり、日本国憲法が条約に優越的地位を付与していると考えるのである。また、条約の「内容が憲法に違反する場合でも、それによってその効力は少しも妨げられない」というとき、それは、憲法が優越的地位にある条約に違反していると考えられるのではなく、憲法と条約が衝突している場合、憲法が条約の優先的適用を認めていると考えるところを意味していると解される。

ここで、宮沢説の構成に金森国務大臣の条約分類論の観点を加味して考察を展開するならば、日本国憲法の基本的態度を背景として導かれる、場合によっては条約の優越的地位を許容ないし承認することとなる「条約を誠実に遵守すること」の射程を、当該条約の性質に応じて明らかにする方向に進むこととなるであろう。

第三款 折衷説ないし間位説

従来の条約優位説と憲法優位説の論争に新たな視点を導入する見解として、政府見解が条約の分類を試みたこととは対照的に、憲法規範の分類を試みるものがある。これらの見解は、本稿において検討するドイツ連邦共和国の学説の展開と軌を一にする面を有するのであるが、しかし、「折衷説」あるいは「間位説」等と称されるそれらの学説は、我が国においては、適切な考慮を払われておらず、条約優位説と憲法優位説との対立図式に変化をもたらすことに成功しているとはいえない。

この見解に立つ代表的な学説は、「条約が独立主権国家間の合意にもとづく以上、それを国際主義の見地からどれほど重んずるにしても、条約による根本規範の変革まで認めることは、最大のパラドックスといふべきである。したがって、憲法に対する・いわゆる条約優位説は、この根本的背理に目を閉ざしたものと評されよう」とする一方、「憲法典規定を一律かつアプリアリに条約の上に置くことの再検討が必要となろう。……国際法Ⅱ条約を最高度に尊重する建前と憲法の基本性および最高性とを調和的に考慮すれば、憲法の根本規範を最上位に置き、条約には法律に優位する位置のみならず、根本規範以外の憲法律と同様以上の効力を認めてもよいのではないか」と述べている。⁽¹²⁸⁾

これに対しては、次のような批判がなされている。いわく、「根本規範と条約との関係については異論がないが、条約と憲法律との関係については、憲法の国際協調主義から直ちに憲法律に対する条約の同位もしくは優位をみちびきたすことには無理があるようであるし、条約との関係において、根本規範と憲法律とに所説のような差異があるものとも思われない」⁽¹²⁹⁾、また「わく、「根本規範」と『憲法律』の各領域を客観的に明確化することが困難であることに加えて」、条約優位説に対する疑問がこれにもまた当てはまるので、「『憲法律』の部分について条約の優位を認めることも困難で

ある⁽¹³⁰⁾」、またいわく、「注目に値するが、根本規範について憲法優位を主張しながら、根本規範以外の通常の憲法規範について、憲法優位説の最も重要な論拠である国民主権（具体的には国民意思による憲法改正の決定）の原理をはずすだけの実質的意味があるのかどうか、疑問に思われる⁽¹³¹⁾」。

また、この見解に立つ別の学説は、おそらくドイツ連邦共和国の学説の影響を受けながら、「日本国憲法の意図するところは、条約に対して、理論上許される最高の国内法上の地位を与えることにある」という見地から、「憲法を、基本原理とそれ以外の規定とに二分し、条約を、その中間に位置づけること」を提唱している⁽¹³²⁾。この学説によれば、「法論理上の自殺を避けるためには、憲法の同質性を維持するのに必要な基本原理だけを守れば十分であり、なにも憲法の一〇三ヶ条すべてを条約に優先させる必要はない。かくて、憲法が法論理上の矛盾をおかすことなく決定しうる条約の最高の地位は、憲法の基本原理と他の規定との中間ということになる⁽¹³⁴⁾」とされる。この帰結は、換言すれば「違憲条約は有効であるが、憲法の基本原理に反する場合は例外とする⁽¹³⁵⁾」ということである。

これらの学説と類似の立場をとる裁判例も存在する。いわゆる朝連事件に係る東京地裁昭和三四年三月二五日判決は、「日本国憲法はその第九八条第二項に於て日本国が締結した条約及び確立された国際法規が憲法の上に位することを宣言し、憲法を含めて全ての国内法に対する国際法の優位を承認した。このことは日本国憲法が国際協調主義、恒久平和主義をその基本原則の一として採用したこと、……等により明らかである⁽¹³⁷⁾」としうえで、「国際法の憲法に対する優位はそれが国家主権の制限と云う一点に集約されることに注意しなければならない。国家は仮令条約によつても国民の享有する基本的人権を制限し又は剝奪することは出来ない⁽¹³⁸⁾」と判示している。

註

- (63) 中村・前掲論文(註51)三三七頁。
- (64) 清水・前掲書(註22)七八三頁。
- (65) 同書七八三頁。
- (66) 同書七八三頁。第九八条第二項起草のきっかけとなった外務省試案を金森國務大臣にもたらした萩原条約局長も、後に、「憲法第九八条第二項成立の経過に付て」という文書において、「遵守することを必要とする」という文言について同旨の見解を示している。それは、「形式的効力について、國際法の性質ないし内容に即して區別して考えてゆかねばならない」という立場がとられている」ものと評されている(新・前掲論文(一)「註21」二三、二五頁)。
- (67) 第二回国会衆議院平和条約及び日米安全保障条約特別委員会(昭和二六年一〇月二三日)における大橋武夫法務総裁の答弁(山内一夫Ⅱ浅野一郎編集代表『国会の憲法論議第二卷』(ぎょうせい・一九八四年)四六二〇頁)、第一五回国会衆議院予算委員会(昭和二七年二月二二日)における佐藤達夫法制局長官の答弁(同書四六二〇―四六二二頁)。なお、第九回国会衆議院外務委員会(昭和二五年一月二五日)における西村熊雄外務省条約局長の答弁(同書四六四九―四六五一頁)、および第三四回国会衆議院予算委員会(昭和三五年二月二三日)における高橋通敏外務省条約局長の答弁(同書四六四六頁)も参照。
- (68) 第一二回国会参議院平和条約及び日米安全保障条約特別委員会(昭和二六年一月九日)における大橋武夫法務総裁の答弁(山内Ⅱ浅野・前掲書「註67」四六二二頁、四六二二頁)、第一九回国会参議院外務委員会(昭和二九年四月一六日)における佐藤達夫法制局長官の答弁(同書四六四三頁)、第一六回国会衆議院外務委員会(昭和二八年八月五日)における高辻正巳法制局第一部長の答弁(同書四六四七頁)。
- (69) 第一五回国会衆議院予算委員会(昭和二七年二月二二日)における佐藤達夫法制局長官の答弁(山内Ⅱ浅野・前掲書「註67」四六二二頁)。
- (70) 「条約は憲法には優先し得ないものである、憲法に違反する条約ができた場合には少くとも国内法的には、これは無効である」というような考え方を、ずっと堅持して参つておるわけであります」とする、第一九回国会参議院外務委員会(昭和二九年四月一六日)における佐藤達夫法制局長官の答弁がある。山内Ⅱ浅野・前掲書(註67)四六四三頁参照。

(71) 第三回国会参議院予算委員会(昭和三四年一月一七日)における林修三法制局長官の答弁(山内Ⅱ浅野・前掲書〔註67〕四六四五頁)。

(72) なお、既に、第一六回国会衆議院外務委員会(昭和二八年八月五日)における高辻正巳法制局第一部長の答弁(山内Ⅱ浅野・前掲書〔註67〕四六四七頁)において、『確立された国際法規』というようなものを内容をなすものが、たまたま条約の内容に入っておったというような場合については、あるいは条約優先だということも言えないではないかと思えます。……それは憲法に抵触するということはあり得ないと思えますけれども、……そういうものが条約に入っておる場合には多少問題は違うと思えますけれども、そうではなくて、普通の一国対一国の間で結んだ『確立された国際法規』と言われぬようなことで二国間の権利義務を定めたものがありといたしまして、……それは明らかに憲法が優先すると言つていいと思います」とされている。また、第三四回国会衆議院予算委員会(昭和三五年二月二三日)における藤山愛一郎外務大臣および高橋通敏外務省条約局長の答弁(山内Ⅱ浅野・前掲書〔註67〕四六四六頁)においては、『一般的な国際法規』・『一般国際法』と、『二国間で締結いたしますような』条約・『個別国際法』との間で区別がなされている。

(73) 橋本公巨『憲法原論』(有斐閣・一九五九年)四二二―四二四頁、および和田英夫『憲法体系』(弘文堂・一九五九年)三〇二頁が、すでに「確立された国際法規」の優位を認める見解を採用している。とくに前者は、『確立された国際法規』が条約に基づいているときは、それは憲法に優先する(同書四二〇頁)としている。なお、近時の学説として、樋口・前掲書(註56)一〇〇―一〇一頁。

(74) 「確立された国際法規」の優位に対する批判として、高野雄一『憲法と条約』(東大出版会・一九六〇年)一九四―一九五頁。なお、小林直樹『憲法講義下』(新版)(東大出版会・一九八一年)五二三、五二七―五二八頁参照。

(75) この論議に関しては、『憲法典はなんら明示しない。……かくて公権的決断が重要な意味をもつ』(小嶋・前掲書〔註54〕一四四―一四五頁)とされる。

(76) 小嶋・前掲書(註54)一四四頁。なお、すでに、『領土・降伏等、本質的に国際法事項に属する条約や、『確立された国際法規』を成文化したにすぎない条約(例、外交関係に関するウィーン条約)のごときは、国権に対する優越的拘束規範をなすと考えなければならぬ』(小嶋和司『憲法概観』(有斐閣・一九六八年)五六頁)という指摘がなされていた。

(77) なお、「前者は国家の能力の問題として、いわゆる『条約優位説』の立場で考えらるべきものであります」とされ、「後

者については憲法第九八条第二項の指示がある」とし、「国際社会における独善主義をとらないかぎり、『確立された国際法規』は、国権に対し規制の効力をもつべきものと考えられる。この憲法の前文は明示的に独善主義を排しているから、憲法典に抵触する『国際法規』もまた、誠実に遵守するを要すると考える以外にない」とされる(小嶋・前掲書〔註54〕一四四頁、一三九頁)。

(78) 佐藤幸治『憲法』(第三版)(青林書院・一九九五年)三三二頁。なお、これらの条件つき憲法優位説は、「条約の憲法への『影響』を認めた政府の答弁と似ているが、明白に効力の上下関係の問題として論じている点で政府の見解と全く性格を異にしている」(加藤・前掲論文〔註21〕一二二頁)という理解もある。なお、芦部・前掲書(註54)九六―九七頁註二三参照。

(79) 「硬い憲法優位説の遵守」に疑問を呈し、国際人権規約等に「憲法なみ、ないしそれ以上の効力を認めること」を主張する見解(江橋崇「日本の裁判所と人権条約」国際人権二号(一九九一年)一二二頁)も、「ボツダム宣言、サンフランシスコ条約などの効力が日本国憲法よりも上位にあることは否定されていない」として、「国際人権規約をこのような国家形成的な基本条約と考える」(江橋・前掲論文〔註46〕三〇―三二頁)ことに立脚している。

(80) 例えば、伊藤正己『憲法入門』(第三版)(有斐閣・一九九三年)二五六頁において、「条約を一律に扱うのではなく、たとえば国際人権規約のような普遍性をもつ多国間の条約は、国内法としても憲法にはほほいしい効力をもつと考えてよいであろう」という言及がなされるようになっていく(なお、同書・第四版も同様である)。また、芹澤齊「憲法と条約」法教一七三号(一九九五年)七六一―七九頁も、金森国務大臣の答弁を引用しながら、「国際協調主義を加味すれば、一律に条約や憲法の優位を導くことには慎重でなければならない」(同論文七八頁)と説いている。近時、条約の分類の必要性を強調しに主張するものとして、甲斐素直「憲法における条約の多義性とその法的性格」司法研究所紀要八巻(一九九六年)一頁以下がある。ただし、この見解において、「超憲法的な条約が、憲法に違反して制定されることがないようにするには、原則的には、条約の締結に先行して、憲法そのものの改正を行うほかはない」(同論文一八頁)として、「その手続を行うことなく締結された超憲法的な条約は、原則として、憲法の文言に抵触する限りで無効のものというべきである」(同論文一九頁)とする理解には、疑問が残る。

(81) 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)八〇九頁。

- (82) 同書八〇九頁。
- (83) 同書八〇九頁。
- (84) 田中忠「國際法と国内法の關係をめぐる諸學說とその理論的基盤」山本草二先生還曆記念『國際法と国内法——國際公益の展開——』（勁草書房・一九九一年）三四頁。
- (85) ハンス・ケルゼン（尾吹善人訳）『法と国家の一般理論』（木鐸社・一九九一年）五五一頁。
- (86) 同書五五二頁。
- (87) 同書五六二—五六三頁。つまり、「國際法優位の一元論は、法相互の授權關係における國際法の上位性を主張するものであって、両者が内容において衝突する場合、効力においてつねに國際法が優ると主張するものではない。國際法が国内法秩序の妥当性を支えている場合、つまり國際法が国内法への授權を行っている場合も、かならずしも國際法の効力が国内法の効力に優るわけではない」（長谷部恭男『憲法』（新世社・一九九六年）四二二頁）といふことができるのである。
- (88) ミルキヌ・ゲツェヴィチ（宮沢俊義・小田滋訳）『國際憲法』（岩波書店・一九五二年）一五頁、および同（小田滋・樋口陽一訳）『憲法の國際化——國際憲法の比較法的考察』（有信堂・一九六四年）一三頁。
- (89) 小林直樹「憲法と國際法秩序」佐藤功先生古稀記念『日本國憲法の理論』（有斐閣・一九八六年）五〇頁以下（同『憲法秩序の理論』（東京大学出版会・一九八六年）所収三八九頁以下）。「國際社会の現実に照らしてみれば、二元論も一元論も、純粹な形で維持することはできない」こと、および、「兩法体系の關連の仕方は歴史的に変化しており、全体としては歴史的發展に応じて把握する必要がある」ことが、その論拠とされる（同論文五〇—五一頁〔同書三八九頁〕）。しかし、ゲツェヴィチの所説とは、そもそも出発点を異にしているのではないかという疑問が存する。
- (90) 高野雄一『國際法概論（上）』（全訂新版）（弘文堂・一九八五年）一〇三頁。
- (91) 同書一〇五頁。なお、ここでも、ゲツェヴィチの結論が、異なる意図で引用されている。
- (92) 我が國の學說が、この論点において、ゲツェヴィチの所説を好んで引用するのは、そうした考慮の現れではないであろうか。國際法學においても、國際法と国内法の關係については、実証的な検討の必要性が説かれることが少なくない。
- (93) なお、一元論と二元論の「論争の歴史的使命は終わったのかも知れない」（田中・前掲論文〔註84〕〔四九頁〕）との指摘がある。

- (94) 加藤英俊「憲法第九八条第二項——解釈と理論」小嶋和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』(良書普及会・一九八七年)一九五頁。
- (95) 宮沢・前掲書(註81) 八二二頁。
- (96) 同書八一〇頁。
- (97) 同書八一〇頁。
- (98) 同書八一〇頁。
- (99) 同書八一〇―八一二頁。
- (100) 同書八一〇頁。
- (101) 同書八一〇頁。
- (102) 同書八一〇頁。
- (103) 同書八一〇頁。
- (104) 同書八一〇頁。
- (105) 同書八一〇頁。
- (106) 同書八一〇頁。なお、政府見解も同様である。第一〇回国会参議院外務委員会(昭和二六年六月一日)における西村熊雄外務省条約局長の答弁(山内Ⅱ浅野・前掲書〔註67〕四六四―四六八頁)。
- (107) 宮沢・前掲書(註81) 八二六頁。
- (108) 同書八一六頁。
- (109) 同書八一六頁。
- (110) 同書八一七頁。
- (111) 同書八一七頁。
- (112) 同書八一八頁。
- (113) 同書八一八頁。
- (114) 同書八一六頁。

- (115) 同書八一六頁。
 (116) 同書八一六頁。
 (117) 同書八一七頁。
 (118) 同書八一七頁。
 (119) 同書八一七頁。
 (120) 同書八一七頁。
 (121) 同書八一六頁。
 (122) 同書八一六頁。
 (123) 同書八一六頁。
 (124) 同書八一八頁。
 (125) 同書八一六頁。
 (126) 同書八一八頁。
 (127) 小林直樹『憲法の構成原理』(東京大学出版会・一九六二年) 四九頁。
 (128) 小林・前掲論文(註89) 六四頁(同・前掲書四〇三頁)。なお、同・前掲書(註74) 五二七―五二八頁参照。
 (129) 清宮四郎『憲法I』(第三版)(有斐閣・一九七九年) 四五―四五二頁。
 (130) 杉原泰雄『憲法II統治の機構』(有斐閣・一九八九年) 五二―六頁。
 (131) 芦部・前掲書(註54) 九四頁。なお、同旨の批判として、阿部照哉『池田政章』初宿正典『戸松秀典』憲法(1)総論(第三版)(有斐閣・一九九五年) 一三六―一三七頁(芹澤齊執筆)。
 (132) 「西ドイツの学説の中に、結論はかならずしも同じではないが、考え方として、同種のものがみられる」(川添利幸『憲法概論』(文久書林・一九六二年) 九九頁)。
 (133) 川添・前掲論文(註59) 七七頁。また、川添・前掲書(註132) 九七―九九頁も同旨。なお、小貫幸浩「第四章人權の前提——国際法の誠実遵守——」川添利幸『山下威士編』憲法詳論(改訂版)(尚学社・一九九〇年) 九九、一〇八頁。
 (134) 川添・前掲論文(註59) 七八頁。

(135) 同論文七八頁。なお、小貫・前掲論文(註133)九九頁は、ここでいう「憲法の基本原理」を、「実定憲法の根本規範部分、より特定化すれば人権規範」であるとす。ただし、「人権の優位性」(同論文一〇八頁)という以上の論証は見出されない。

(136) 判時一八〇号九頁以下。

(137) 判時一八〇号一三一―一四頁。

(138) 判時一八〇号一四頁。これに對して、「かかる考え方は事案の内容からは理解できるとはいえ国家主権の制限は人権に及ばぬというのは、きめの粗い、論理の運び方と思われる」(清水睦「条約の国内法上の効力」綜合法学五卷五号(一九六二年)五二頁)という批判もある。

第四節 本稿の対象

本稿が主に扱う問題領域は、従来、「憲法優位説」対「条約優位説」という図式で捉えられてきたものである。憲法優位説と条約優位説の対立という図式に関しては、「近年の国際協力の実態からしても憲法優位説を再検討すべきだとの説は傾聴に値する」⁽¹³⁹⁾とされる一方、「憲法優位説は理論構成として説得力が強く、憲法学界から内在的に再検討の声は上がりにくい状況がある」⁽¹⁴⁰⁾ともいわれる。

しかし、前述のように、現在の憲法優位説の確立の背景には日米安保条約の存在があるということが指摘される。前述の金森國務大臣の答弁を敷衍するならば、日米安保条約の問題は、憲法と条約の関係についての一般的問題ではなく、古典的な二国間条約に関わるものでしかないということができ。かりに現在の憲法優位説の構成が適切であるとしても、その射程は自ずと限定されてくるはずである。

前節で瞥見したように、この問題領域においては、条約を一律に扱うのではなく、問題とされる「条約の性質に照ら

して如何に扱うか」を考へることが必要であり、その際にはそうした「種々なる種類」の条約に対応すべく規定された日本国憲法第九八条第二項の「誠実に遵守すること」という文言の射程を、日本国憲法の基本的態度としての国際主義を基調として検討することが求められるのであり、そして、場合によっては従来の条約優位説・憲法優位説以外の解答の可能性をも視野に入れる、という前提において、本稿の考察は展開される。

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、近年まで実質的には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。前述の三つの点が見失われた一因も、そこに帰することができるであろう。そこで、我が国が経験してこなかつた種類の状況への憲法学としての対応を、この問題領域での議論を積み重ねてきたドイツ連邦共和国の判例・学説を手がかりとして、いわば「追体験」することは有益であろう。本稿は、E.C法とドイツ連邦共和国基本法（以下においては、「ドイツ基本法」または単に「基本法」という）の関係を手がかりとして、従来我が国において十分考察がなされていなかつたと考えられる、「条約の性質」に応じた憲法の側の対応のあり方を探るものである。

ドイツ基本法第二四条第一項は、「連邦は、法律により、高権を国際機構に移譲することができる」と規定する。ここで、いわゆる主権の移譲を明文で規定する基本法第二四条第一項と日本国憲法第九八条第二項との間の懸隔が問題とされるかもしれない。しかし、後述するように、基本法第二四条第一項にいう「高権移譲」は、その文言に反して、主権（の一部）を国際機構に譲り渡すことを意味しない、というのが現在の彼地の通説である。基本法第二四条第一項は、国際機構の下に創設された公権力（その意味で、各国からの移転・譲渡によるものではない）がドイツ連邦共和国の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されているのである。さらに、基本法第二四条第一項の解釈においては、この高権移譲についての憲法上の限界の問題と、高権移譲が行われた後に当該国際機構によって定立された法

の、ドイツ連邦共和国の国法体系内部での適用についての憲法上の限界の問題とが、区別されなければならないことが指摘されている。いわゆる国際統合ないしは主権移譲等に関する議論に属する前者の論点からは一定程度独立して後者の論点が存在しうるのであれば、この後者の論点についての議論は、本稿の考察にまさに適合的な素材を提供するものと考えられる。⁽¹⁴⁾

ここで、憲法と条約という問題を考えるに際してEC法を手がかりとすることの適切さが問題とされるかもしれない。詳しくは後述するが、少なくとも、国法体系の外部で定立された法規範が国法体系の内部においていかなる地位を有しうるか、という点では、憲法学にとって共通の問題を提起しているものと解してよいのではなからうか。

註

(139) 横田耕一「人権の国際的保障と国際人権の国内的保障」ジュリー一〇二二号(一九九三年)二七頁。

(140) 横田耕一「『国際人権』と日本国憲法——国際人権法学と憲法学の架橋——」国際人権五号(一九九四年)九頁。

(141) 前者の国際統合ないしは主権の移譲等についてのドイツ連邦共和国の議論を整理・紹介する先駆的業績として、阿部照哉「主権移譲の憲法的考察」論叢八一巻六号(一九六七年)一頁以下(樋口陽一||針生誠吉編『文献選集日本国憲法15各
国憲法論』(三省堂・一九七七年)所収一六七頁以下)。同じ視点から近年の状況を取り込んで、同「欧州連合と憲法」宮田豊先生古稀記念『国法学の諸問題』(嵯峨野書院・一九九六年)三頁以下。日本国憲法との関係において、同・前掲論文(註33)一二頁以下。

* 本稿は、平成七年度～九年度の文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果に基づき、北海道大学審査博士(法学)学位論文(一九九八年三月二五日学位授与)に補筆したものである。