



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	条約の国内適用論の読解
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 71(6), 1-56
Issue Date	2021-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/80732
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_6_01_Saito.pdf



条約の国内適用論の読解

齊 藤 正 彰

目 次

はじめに

I 憲法学説における着眼点

II 各書の概要と検討

1. 山田哲史『グローバル化と憲法』の概要と検討
2. 手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈』の概要と検討
3. 松田浩道『国際法と憲法秩序』の概要と検討

III 論点についての考察

1. 直接適用可能性の消去可能性
2. トランスナショナル人権法源の間接適用
3. 「法律に対する条約の優位」からの逃避

おわりに

はじめに

国法体系における憲法と条約の関係、とりわけ条約の国内への受け入れ構造と国内裁判所における取扱い——あくまで本稿での便宜のために包括的に「国内適用論」と呼ぶことにする——を体系的に論じる業績が、憲法学および国際法学の気鋭の研究者によって公刊されている。すなわち、①山田哲史『グローバル化と憲法——超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂・2017年）、②手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈——「参照」を支える理論とその限界』（法律文化社・2018年）、③松田浩道『国際法と憲法秩序——国際規範の実施権限』（東京大学出版会・2020年）で

ある。

本稿は、これら①山田『グローバル化と憲法』、②手塚『司法権の国際化と憲法解釈』、③松田『国際法と憲法秩序』の概要を本稿の関心と能力の範囲で摘記したうえで、著者の関連する論稿とも合わせて検討し(Ⅱ)、さらに共通する論点について考察するものである(Ⅲ)。

I 憲法学説における着眼点

上記の3冊について検討する前に、有力な憲法学説による問題提起¹を確認しておきたい。そこで論及されたことが、この3冊の思考にも関わっているようにみえるのである。

その問題提起は、必ずしも統合的に行われたものではないが、これまでの議論をまとめると、(a)国際法レベルと国内法レベルの議論の区別、(b)法律に対する条約の優位への疑問、(c)国法秩序の段階構造(委任連関)に属さない国法形式としての「条約」の把握、(d)国内法レベルでの条約の私人間適用を考える際の名宛人の問題、という4点に整理することができる。

(a)「①国際法レベルの国際人権と②国内法化された国際人権の二つの議論レベルを区別」することによって、国家の国際法上の義務とは別の、「国内法化」された国際人権条約の実施を論じることが唱えられる。「高橋の議論の力点は、国内憲法における人権の構造と国家機関の権限分配の関連を剔別」²することにあるとされるところであり、(b)～(d)の議論の前提となる認識でもある。とりわけ、条約の締結によって「国家が、自己の内部のあらゆる関係において国際人権を保障するということが人権条約の意味」であるとする点³は、(d)の発想に大きく影響して

¹ 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリ1244号(2003年)69頁以下、同「現代人権論の基本構造」ジュリ1288号(2005年)110頁以下、同「国際人権論の基本構造——憲法学の視点から」国際人権17号(2006年)51頁以下。

² 穴戸常寿＝曾我部真裕＝山本龍彦編著『憲法学のゆくえ——諸法との対話で切り拓く新たな地平』(日本評論社・2016年)342頁〔穴戸〕。

³ これは、薬師寺公夫ほか『国際人権法』(日本評論社・2006年)9-10頁〔薬師寺〕および27頁〔小畑郁〕と同旨と解される。他方、「条約機関による条約の解

いる。

この(a)についての受けとめの第1は、国際法学の一部にみられたように、国際人権条約の「存在意義を根源から疑わしめる」⁴ような、「古色蒼然たる国家論」⁵とみるものである。しかし、それらの批判がこの学説の論じたこと全体を捉えたうえでのものか疑わしいことは、すでに論じられているとおりと解される⁶。

第2の受けとめは、国際人権条約の「国内法的効力の内容は、一般的に言えば、日本国の負った人権条約上の義務をそれぞれの国内機関（国会、裁判所、行政機関）の権限の範囲内で実現すべき義務の賦課ということになる（これは、権利というよりは、基本的には客観法的な義務である）」とするものである。「客観法的な義務」の具体的な内容は、「多岐に渡り、複合的・動態的なもの」とされる⁷。このような理解は、松田『国

積の法的意義」（江島晶子「権利の多元的・多層的実現プロセス——憲法と国際人権条約の関係からグローバル人権法の可能性を模索する」公法78号（2016年）61-62頁）の問題に直結する議論であるのかは疑問である。

⁴ 申恵丰「国際人権法の国内規範性とその影響——「国際人権の論理と国内人権の論理」批判」大沼保昭先生記念論文集『国際法学の地平——歴史、理論、実証』（東信堂・2008年）411頁。

⁵ 大沼保昭「人権の国内的保障と国際的保障——より普遍的な認識を求めて」国際人権17号（2006年）58頁。

⁶ 大谷美紀子「国際人権の私人間効力をめぐる憲法学者と国際法学者の議論の架橋の試み——国際人権法学会における高橋氏と大沼氏の議論に接して」国際人権17号（2006年）69頁。

⁷ 曾我部真裕「「人権法」という発想」法教482号（2020年）76頁。ただし、この見解は、(c)に関して、「最近では、条約は、憲法・法律・命令といった規範の序列の一要素として整然と収まるものではないという見方が有力化している。人権条約に即して換言すれば、人権条約上の人権が国家を義務付けるその仕方は、憲法上の人権とは異なるというのである」（同論文75頁）、「条約と憲法・法律との関係は、憲法と法律の関係のような単純な序列関係ではないとするのが近年の学説の説くところである」（同頁註16）と指摘するものの、(b)については、「通説たる条約優位説を否定する必要はない」（同頁註16）としている。なお、「条約の国内法的効力は、裁判官の解釈態度を客観法的に義務付けるものだと考えれば、形式的効力の序列とは別に、憲法の人権条約適合的解釈の義務を導けるようにも思われる」（同論文76頁）とする。棟居快行『憲法学の可能性』

「国際法と憲法秩序」の思考に近いものと解される。

第3の受けとめとして、ある種の条約は「国家が条約当事国として当事国間で拘束される規範」(規範 α)と「国内的に妥当するよう期待されている規則群としての規範」(規範 β)を含んでおり、日本の実務は後者の国内における法的妥当を「条約の締結という方式によって実現しうるものとみなしている」、とする国際法学説⁸は、この(a)の問題意識を国際法学の観点から合理的に説明したものと考えられる。

また、(a)のような認識を前提としたときに、締約国としての国際法レベルの法的拘束力が問題とならず、したがって国内適用を論じる前提を欠く条約等について、なお国内裁判所における意義を論じる手がかりを探るのが手塚『司法権の国際化と憲法解釈』であると考えることができよう。

(b) 法律に対する条約の優位への疑問については、「効力関係を手続の厳格度とパラレルに考えるなら、条約が法律に同位あるいは優位という見解は明らかに難点を抱える」⁹と指摘される。必ずしも論拠が明確でないまま通説的見解として扱われてきた「法律に対する条約の優位」に疑念を示したことは、重要である。この点を積極的に問題としたのが、山田『グローバル化と憲法』である。ただし、(b)は、「法の支配の制度化の論理」としての「法の段階構造」についての構想¹⁰との連関があるこ

(信山社・2012年) 199頁、204-205頁参照。

⁸ 小畑郁「コメント：国際人権規約の私人間適用——憲法の基本権規定の場合とどう異なりうるか」国際人権14号(2003年) 52頁。「国内的に妥当している国際法と、国家間関係あるいは国家と条約当事国集団(あるいはその機関)との関係において妥当している国際法の規範内容は、厳密に一致しなくてもよい、というのが、現に行われている日本の実行であると捉えてよい」(同頁)とされる。

⁹ 高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」(註1) 81頁。「憲法と条約の関係につき手続の厳格度を根拠に憲法優位説を唱えるのであれば、条約と法律の関係についても、法律優位か、あるいは、少なくとも参議院の同意を得られなかった条約については、それを国内で適用するには法律の制定を待つべきだということになるのではなからうか。従来の通説を維持するには、この手続的理由を乗り越えうる何らかの実質的理由が必要と思われる」(同頁)。なお、齊藤正彰『憲法と国際規律』(信山社・2012年) 58-59頁。

¹⁰ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』(有斐閣・2020年) 431-432頁。

とに注意が必要である。

この (b) の問題と関連するが、「法形式間に効力の上下関係が設定されて、下位の法形式は上位の法形式に自己の根拠をもたねばならず、……日本国憲法においては、基本的には、「憲法→法律→命令（政令→府・省令、規則）」という段階構造が形成されている」¹¹と考えたときに、(c) 条約をこのような「法の段階構造」に属さない国法形式として捉える可能性が、憲法60条2項を手がかりにして、構想された¹²。そこでは、「条約を予算とのアナロジーで法律とは別形式の法であるとした場合には、条約と国内法の上下関係という発想ではなく、条約の意味を国内法に充填していくという発想になるのではないだろうか」¹³とされる。この思

¹¹ 同書431頁。

¹² 「制定手続の「重さ」から言うと、条約の方が法律より「軽い」手続であるから、条約が法律に優位するとは簡単には言えない。そこで、憲法が81条や特に98条が条約を特別扱いをしていることを根拠に持ち出して、手続の「軽さ」をオーバールールするのが、通説的解釈である。しかし、手続を重視する論旨を一貫させ、手続の違いから法形式の特質を探ろうとするなら、予算との対比があり得るであろう。条約の承認手続きは、予算と同じである（61条は、予算に関する60条2項を準用している）。ところで、予算については、法律とは異なる特別の法形式とするのが通説である。その上で、予算と法律が矛盾する場合、どう解決するかを論じている。そうだとすれば、条約についても、その国内法的性質を法律とは異なる特別の法形式と認めて、条約と法律の関係を検討するというアプローチもありうるのかもしれない。また、予算法律説があるように、条約法律説も考えうるかもしれない」（高橋・前掲「国際人権論の基本構造」（註1）54頁）。この構想の可能性と難点について、齊藤・前掲書（註9）46-50頁参照。なお、山田『グローバル化と憲法』447頁、森肇志＝宍戸常寿ほか「憲法学のゆくえ（6-2）座談会：憲法学と国際法学との対話に向けて（前篇）」法時87巻9号（2015年）93-94頁〔曾我部真裕〕、増井良啓「憲法と租税条約」日税研論集77号（2020年）338頁註14は、条約を「予算とのアナロジー」で考える発想を齊藤・同書のものとしているが——同書の元となる論稿は、高橋・同論文の公刊前に、その元となる学会報告に基づいて執筆されたものであったために、出典の記載がなかったとはいえ——誤認である。後に、宍戸ほか編著・前掲書（註2）371頁〔曾我部〕においては修正されているが、前後の発言がそのままであるため、文意が通じにくくなっているようにみえる。

¹³ 高橋・前掲「国際人権論の基本構造」（註1）54頁。

考は、松田『国際法と憲法秩序』の議論と親和的であるかもしれない¹⁴。

¹⁴ 松田『国際法と憲法秩序』で論じられる日本国憲法における国内適用論を約言した松田浩道「日本国憲法98条2項に基づく国際規範の実施権限——「法律に優位する国内法的効力」から動態的把握へ」神戸法学年報32号（2018年）は、中川丈久「総括コメント——行政法からみた自由権規約の国内実施」国際人権23号（2012年）65頁以下に論及し、同論文が、憲法98条2項は国際法について「国家として、国際関係においてそれを遵守するだけでなく、国内においても、それと矛盾しない行動をとる責務を負うことを宣言する」ものと解されるけれども「それ以上に具体的なこと——国内法における条約の具体的な位置づけ——を、同項の条文から読み取ることは困難」（69頁）とする部分と、「近時の行政法的経験をふまえると、国際法と国内法の関係は、決して、予定調和的に上下関係の秩序（ハコ）のなかに収まっているものではなく、相互にしのぎを削り、ときに破綻したり、ときに時間的ラグを要したりしながら、何かを生みだす動態的なものではないかと感じられる」（同頁）とする部分を参照している。この思考が松田『国際法と憲法秩序』に影響を与えているようにみえる。同論文は、「「条約は法律に「優位」する」という法階層的ないし静的な決着の付け方ではなく、「憲法98条2項のもとで内閣や国会に認められた広汎な裁量権とその説明義務に、裁判所がどう対応するか」という、権力分立的ないし動的な分析ができないかを考えてみたい」（69頁）として、「法律以下の国内法と、条約のような国際約束は、お互いの調整を予定する形で隣り合って存在するというイメージでとらえられる。両者は、法階層としての関係（上下の優劣関係、そして、後法優先などが妥当する同位の関係）にはない」（71頁）との見解を示していた。ただし、同論文は、「国家間の約束である条約に、条約の名宛人ではない国内の私人に対して権利（請求権の根拠）を創設する能力が備わっていると言えるのだろうか」とし、「条約をなんらかの法形式であるかのように説明するよりはむしろ」、「国際約束（条約）をしている事実」（67頁）から、「憲法98条2項または禁反言の要請により、国には、国内の私人に対しても、当該条約に沿った行動を取る義務が生じており」、それゆえに、私人には国に対して請求しうる「地位が法的に生じているという説明をするほうが、正確である」（68頁）とする。しかし、条約が国法形式ではなく「事実」とであるとすると、憲法7条との関係が問題にならないであろうか。また、同論文は、「法律に条約が法形式として「優位」するのであれば、条約に齟齬する国内法は、すべてただちに無効とされるはずである。しかし、このような一刀両断の考え方は、果たして条約と法律の関係をうまく解きほぐせているのだろうか」（69頁）と問題提起する。しかし、このような「優位」と「無効」についての理解は、「憲法と法律、法律と自主条例、法律と委任立法という法形式間」（69頁）においても「同じ意味で」貫徹されて

(d) 条約の私人間適用で、「国内法上の効力をもつにいたった国際人権が、その名宛人を誰とするかという問題」について、「条約を憲法と同様に政府としての国家のみを名宛人とする立場と、法律と同様に私人間にも効力をもつと解する立場の両方が、理論的には可能である」とされる¹⁵。そして、「憲法は私人間を直接カバーしておりませんが、もし……国際人権条約が私人間の問題をカバーしているということになりますと、これは非常に役立つかなと思います」¹⁶として、その「法的性格を憲法に近いものと見るのか、法律に近いものと見るのかによって違ってきます。憲法に近いものと見るならばこれは国家しか統制しないということになるし、法律に近いものだということになると、法律は私人間もカバーするから法律上の権利と同じように国際人権は私人間をカバーするということになる」¹⁷とされるのである¹⁸。この問題については、別稿

いるであろうか。

¹⁵ 高橋・前掲「国際人権論の基本構造」(註1) 55頁。当初から条約の国内的効力が論じられていたのであり(高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」(註1) 81頁)、ここでいう「国内法化」とは、「国内法体系へ組み込む過程」(小畑・前掲論文(註8) 13頁)の問題を指すのであって、「条約が個人の権利を定めうること」(薬師寺公夫「日本における人権条約の解釈適用」ジュリ1387号(2009年) 52頁)を否定する趣旨ではないと解される。

¹⁶ 高橋和之「憲法の観点から：世界人権宣言の法的性格」横田洋三ほか監修『世界人権宣言の今日的意義——世界人権宣言採択70周年記念フォーラムの記録』(国際書院・2019年) 38-39頁。

¹⁷ 同論文39頁。

¹⁸ 「アプリオリに人権条約で規定されている権利は公権であると決めてかかるという態度には、問題がある」とされ、「自由権規約の一般的規定……は、権利侵害に対して効果的な救済措置を確保することを、「公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合でも」求めており(2条3項(a))、私人による「権利」の侵害がありうることを、むしろ当然のこととして予定していると解される」ことも指摘され、「自由権規約委員会が、私人による権利侵害を原則として規約の範囲外と解しているのではないことは明白」であって、「国際的実践を前提とすると、自由権規約がその規範の内容からして私人間に適用できない、という命題には理由がないどころか、むしろ、その反対の結論が導かれうる」とされる(小畑・前掲論文(註8) 53頁)。

において検討する¹⁹。

Ⅱ 各書の概要と検討

1. 山田哲史『グローバル化と憲法』の概要と検討

(1) 問題意識

山田『グローバル化と憲法』は、「憲法と条約」という伝統的な問題領域に切り込む研究書であり、博士学位論文とその後の論稿に基づくものである（続いて、①「法秩序の多層化・多元化の下での憲法の意義と限界」片桐直人ほか編著『憲法のこれから』（日本評論社・2017年）、②「国内法の国際法適合的解釈の意義」論ジュリ23号（2017年）、③「日本国憲法と国際社会」宍戸常寿＝林知更編『総点検日本国憲法の70年』（岩波書店・2018年）、④「グローバルな法形成への国会の関与」法時90巻5号（2018年）、⑤「グローバル化時代における「憲法」の概念」神戸法学年報32号（2018年）、⑥「憲法規範として国際人権法を取り込むということ——オーストリアの場合」浅野有紀ほか編著『政策実現過程のグローバル化』（弘文堂・2019年）、⑦「人権の国際的保障」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地——判例・学説から探究する現代的論点』（日本評論社・2020年）等が公刊されている）。もちろん、状況の変化と議論の進展による変容を捉えて、著者は、『グローバル化と憲法』という書名を与え、副題を「超国家的法秩序との緊張と調整」としている。しかし、本書は、現代の「グローバル化」に特有の事象として「超国家的法秩序」との関係のみを取り上げるものではない。国際法秩序とは異なる超国家的法秩序の形成や、法秩序の多層化・多元化が問題となるグローバル化時代においても、「外来法」（②21頁参照）が国内法平面へと取り込まれることに焦点を合わせ

¹⁹ 齊藤正彰「私人間の人権保障と国際規律（2・完）」北法72巻1号（2021年）参照。なお、山田『グローバル化と憲法』については、すでに書評として齊藤正彰「山田哲史『グローバル化と憲法——超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂、2017年）」国際人権29号（2018年）112-113頁において論じており、本稿Ⅱ1は、その内容と重なる部分が多いことについて御海容を乞いたい。

て、権力分立構造のなかでの「国内議会と国内裁判所の機能分担、権限配分」を考えるものであり、その意味で「グローバル化時代における法律の留保論」なのである（終章）²⁰。

山田『グローバル化と憲法』は、「経済や警察関係の多数国間条約の締結のほか、国際機構の決議や国際枠組におけるルール設定を通じた国際的な規範形成、さらには（準）司法機関による「判例法」形成など」のような「国際的なフォーラムにおける法形成を民主主義の観点からみた場合」、「他国」の参加の下、しかも国際的フォーラムにおける国家の代表が主に官僚によって担われている状況の下で、従来国民代表たる議会に留保されていたはずの法形成が、他者による決定に服してはいないかという問題」、すなわち「民主主義の赤字」の問題が浮かび上がってくるとする。そして、そうした「国際的フォーラムにおける規範形成は、EUのような特殊な国際機構だけの問題ではない」のであって、「我が国にとってもアクチュアルな問題であり、これについて真剣に考えるべき時

²⁰ 副題の内容には第2部補論で論及されるが、本書全体が伝統的な国際法とは異なる超国家法を定義してその問題を論じるものではない。公法80号（2019年）の「学界展望」欄も、山田『グローバル化と憲法』が「きわめて困難なグローバル化の定義について留保し」ており、「本書では、グローバル化が国際化と互換的な概念となっている」が、「グローバル化の主体が他でもない国際社会であり、著者がいうように「国際的な問題を考える場合も、国家が第一の基準点となっていることは否定し難」く（三頁）、しかもグローバル化の行き着く先が容易に見通せない現状の下では、……国際化時代からの法理論の点検を行うことが先決」（248頁〔村田尚紀〕）とする。なお、山田①は、グローバル化に関する理論的思索を整序するなかで、「国家のプレゼンスが低下したと言っても、とりわけ法の形成という場面では、国家はなお重要なファクターであり続けて」といっているとみている（①136頁）。「現代では、法秩序の多元化と多層化が進展しており、従来の国家を結節点とした、国際法・国内法の二つの法秩序の存在というイメージは、もう成り立たない」のであって、「確かに国家は独占的な法システムの主人ではなくなったかもしれない。しかし、それでもなお重要なアクター、あるいはレイヤーであることに争いはない。……唯一民主的に正統化されたシステムであるという意味でも、重要な意味を持ちうる。そのような重要なシステムのあり方を決定する基本法としての憲法は、なお大きな役割を担う」とするのである（①140頁）。

が来ている」との認識を示す。その問題に対処するために、「国際レベルにおける民主主義の可能性を探ること」の意義は認めながらも(④38頁参照)、「憲法学が取り組むべき問題」として、(i)「国際的な規範を国内へと取り込む場面」と、(ii)「国際的な規範を実際に適用する場面」において、「各国で従来の民主政の枠組を維持・利用しつつ、グローバル化の下で要求される国際的協調の要請との調整を図ることによって、民主的正統性も確保する方策を探ること」を掲げる(序章)。

(2) 概要

第1部では、国際的規範形成への国内議会の関与強化が論じられる。著者は、条約承認手続の対象という「点」の拡大とともに、議会関与の早期化・多様化による「線」あるいは「面」によるコントロールの重要性を説き、アメリカのファスト・トラック(TPA——④42頁)に注目して、その日本への導入を提唱する。また、行政手続等の利用による補充的な民主的正統性確保の可能性も指摘する。議会関与の早期化・継続化については、本書では国際的規範形成一般についての導入可能性が慎重に検討されているが、今後、多様な「在外法秩序」や「対外権」の類型に応じた検討が行われることになるのかもしれない²¹。

第2部で強調されるのは、「国内法平面への国際的法規範の流入による、法の民主的正統性の低下を防ぐため」に、国内裁判所が「民主的正統性を含めた、国内憲法上の要求の充足を審査し、それを満たさないものについては、適用を排除する」こと、また、国内法の解釈における参照によって国際的法規範が「無制限に国内法秩序へと流入する」のを防ぐことは、国内憲法とりわけ権力分立に関わる問題であるということである(第2部第1章)。

山田『グローバル化と憲法』は、自動執行性(ないし直接適用可能性)について、〈民主的正統性の不足する国際的法規範を、「ゲートキーパー」としての国内裁判所が適用の時点で排除して、立法府に十分な統制を要求すべく「差戻す」場面の問題〉と捉える。ここで、国内議会による国内への取り込みの承認が十全に行われていない国際的法規範について、

²¹ なお、齊藤・前掲書(註9)185-191頁参照。

自動執行性を欠くものとして議会に「差戻す」——比喩的にではなく²²——とすれば、その理路と回路が問題となろう。少なくとも前者に関して、著者は、自動執行性の主要な判断基準を「規範の明確性」に求め、「曖昧不明確な法」を国内裁判所限りで適用してしまうことは「立法府の権限を害し、権力分立の枠組に反する」との理解²³に与するが(215頁)、国内裁判所が適用を差し控えることと議会に差戻すことには距離があるとも考えられる。あるいは、「各国の憲法における基本的価値を害するような法が形成されていないか、議会による基本決定が確保されているか」(①136頁)を——自動執行性と「国内効力」の混同の危険を回避しつつ——自動執行性の問題として考えることになるのかもしれない。

山田『グローバル化と憲法』は、自動執行性が否定されたとしても「間接適用」の途が残り、国際的法規範の国内法秩序への流入可能性は残ると考える。そして、そのような国際的法規範の間接適用を、(a) (国家行為統制型の) 国際法適合的解釈と、それとは「やや次元の異なる問題」として、(b) 国際法の私人間適用とに分割する。この整理は明解であるが、問題は簡単ではない。著者は、国際法学において「間接適用の対象は、当該国家にとって法的拘束力を有するものに限定されないとするのが有力」(197頁註14) であることは認識しつつ、権力分立論の観点から「政治部門による受容の決定が存在するかという意味で、法的拘束力の有無は大きな指標として働きうる」(244-245頁) としており、「法的拘束力のある国際法規範が国内法の解釈にどのような影響を及ぼすかという問題の一環としての間接適用ないし国際法適合的解釈の問題」(245頁) とい

²² のちに、「いわば議会に差戻すような役割」(①136頁) と説明されている。

²³ 「国際法が国内で直接適用されるかを決定する中心的な基準は、規範の明確性である。権力分立の原則がその根拠とされる。法の定立は立法府の任務であり、あまりにも不明確な規範を行政府または司法府が適用すると、立法府の権限を侵すことになるからである。国際法は内容が不明確なために直接適用に適さない場合と、執行に必要な機関や手続の定めを欠き不完全なために直接適用に適さない場合とがある」(小寺彰＝岩沢雄司＝森田章夫編『講義国際法〈第2版〉』(有斐閣・2010年) 116頁[岩沢])。なお、岩沢雄司『条約の国内適用可能性——いわゆる "SELF-EXECUTING" な条約に関する一考察』(有斐閣・1985年) 310頁以下も参照。

う捉え方をしているものと解される。そのうえ、(a)については、直接の効果を発揮がなされていると考えられるので「間接適用」という語を与えるべきではないとする(249頁)²⁴。(b)については、憲法規定の私人間効力の場合に倣う限りで「間接適用」と呼びうるとする。いずれにしても、従来の間接適用論から離れて「日本国が締結した条約」の国内適用を論じるものと解され、そうであれば「間接適用」の語を用いないという選択もありうる(②20頁参照。なお、間接適用論は自動執行性が否定された法規範について専ら論じるものではなく、直接適用可能な法規範も間接適用が可能である)。

そして、山田『グローバル化と憲法』は、アメリカの Charming Betsy Canon やドイツにおける「国際法親和性原則」²⁵についての考察を踏まえ、条約を法律(連邦法)と同位とする米独両国における、序列関係によらずに国際法を尊重する「工夫」に日本国憲法98条2項解釈の再構築の手がかりを見出す(第2部第3～5章)。

そうした考察の展開を経て、本書は、「外国法を含む外来法の参照がどうあるべきか」という問題との関連で「国境を越える裁判所の「対話」と民主主義」を論じるなかで(第2部補論)、「憲法を頂点とする国内法秩序と超国家的な多様な法秩序との相互の関係の調整のあり方」(5頁)の問題に到達するのである。

(3) 検討

(i) 国際法親和的解釈

山田『グローバル化と憲法』は、国際法を考慮した国内法解釈を細分化すべきことを唱え、上述の(a)(広義の)国際法適合的解釈を、国法

²⁴ 宍戸ほか編著・前掲書(註2)343頁[宍戸]も、「法律の「条約適合的解釈」は多義的であるが、それがちょうど合憲限定解釈のように、法律が上位の法形式である条約と抵触するがためにその適用範囲を限定する作業を指す場合には、それも本来は、国際法規範の間接適用ではなく、直接適用可能性の問題なのではないか」とする。

²⁵ 訳語の選択について、245頁註222参照。なお、「親和」には、引き合う、結びつく、化合するといった意味合いがある。齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社・2002年)350頁註86も参照。

秩序における序列関係に基づいて、①狭義の国際法適合的解釈と、②国際法親和的解釈とに区分する。①は、国際法規範が上位にある場合に「体系的統一性の観点から積極的な適合が求められる」もので、憲法適合的解釈と同種の体系適合的解釈とされる。それに対して、②は、同位あるいは下位の法としての国際法との抵触を回避するために「国際法を尊重し、一応国際法規範を考慮することは求められる形で行われる」ものとされる（法体系の統一性によって基礎づけられない②こそが、憲法上の「国際法親和性原則」によって基礎づけられる必要があるという）。

日本国憲法についての従来理解では、法律に対する条約の優位に基づき、①の類型として法律の条約適合的解釈が考えられるところである。しかし、山田『グローバル化と憲法』は、「憲法制定時から一貫して条約優位という理解がなされてきた」ことを確認しつつも、国際法規範について「法律に対する類型的な優位」を導く必要はないとする。「国際法規範は法律と同位と考え」、憲法98条2項は、法律と同位である国際法規範を法律の解釈において尊重・考慮することが求められる②の国際法親和的解釈を基礎づける意味をもつものにすぎないとする（458-459頁、②22-23頁および⑥248-249頁も参照）。上位法たる憲法の解釈における国際法の考慮については、「外国法の参照の問題に限りなく接近する」（245頁）が、国際法の「援用・参照」の根拠が憲法に見出せる場合は「法的な拘束力の全くない外国法について参照する比較法とは異なる」（459頁）とされる。しかし、98条2項は、そのような「参照根拠」としての憲法側の「窓口」には数えられていない（404頁、456頁）。

（ii）法律に対する条約の優位

山田『グローバル化と憲法』は、「比較的多くの国際協調に関連する条項をもつ基本法の下で、「書かれざる憲法上の原則」であるところの国際法親和性原則が抽出されているドイツと、条文の少なさゆえに、より一般的な権力分立論をベースとして、対外関係における、対外協調と国内の憲法価値の実現の調整を図ったアメリカという二つのモデル」（445頁）があるとし、日本国憲法は後者に近いとみる。そして、「国際協調の要請を権力分立構造の中で如何に調整するのかという思考枠組」（351頁）によって、国際的法規範ないし外来法について、それが国法体系に取り込まれた場合には国法秩序における序列を重視しながら、各法体系

の基本的価値の維持を確保しつつ法体系相互の尊重を実現する「柔軟かつプラグマティック」な調整が行われる可能性(476頁)を指向する(⑥265-266頁、272-273頁も参照)。

法律に対する条約の優位に十分な根拠があるのか「相当に怪しい」としても、広く共有されてきた理解を否定する積極的な根拠は何か、権力分立論からの根拠づけが必要ではなかろうか。また、憲法98条2項が②の類型を支えるためには、「後法優位原則の例外」(390頁)の根拠となることが求められる可能性がある。それに応えられるならば、98条2項が法律に対する条約の優位の根拠として十分ではないといえるであろうか。この問題は、松田『国際法と憲法秩序』の検討と合わせて後述したい(Ⅲ3)。

(iii) 国際協調主義

本書は「憲法と条約」(この表現自体、「確立された国際法規」の解釈や行政取極の位置づけが看過されがちなこと、種々の「条約」のうち国際人権条約の検討に偏りがちなこと等に関して本書からの注意喚起を受けるものであるが)についての最前線を行く1冊であり、「今後この領域の最も重要なランドマークとなるであろう」²⁶とされるが、国法秩序における序列関係によらずに国際法を尊重する米独両国の「工夫」を参照しつつ、国際的法規範が国法体系に取り込まれた場合の序列を重視しながら、権力分立構造のなかで「柔軟かつプラグマティック」な調整が行われるということをめぐって、山田『グローバル化と憲法』のいう「国際協調主義」²⁷の展開が期待される。

²⁶ 「学界展望」公法80号(2019年)249頁[村田尚紀]。

²⁷ なお、松田『国際法と憲法秩序』164頁註780は、山田『グローバル化と憲法』455頁が「『国際協調主義』という、その内容が必ずしも判然としない、マジック・ワードで問題を処理することには疑問を禁じ得ない」としているとするが、参照指示された当該頁には、そのような記述は見当たらない(元となった論文にもそのような記述はないようである)。他方、山田⑦112頁は、国際協調主義について概説したものとして山田③270-278頁を挙げるが、そこでは、「日本国憲法の前文、98条2項において、国際法の重視、国際協調の立場が鮮明に打ち出され」(③270頁)、「国際協調主義をその基本原則として掲げているともされる日本国憲法である」(③277頁)が、「これまで憲法学は、マクロなレベルでの議

2. 手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈』の概要と検討

(1) 問題意識

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「「国際化」または「グローバル化」といった現象の中で、国際法規範の国内的活用が迫られる場面も、近年ますます増加してきている」ところ、「国籍法違憲判決」や「非嫡出子相続分違憲決定」等にみられる「裁判所による国内法の解釈における国際法規範の「参照」事例」は、そうした流れの「一つの兆候ともいえる現象」であるとする(1頁)。そして、「こうした「参照」については、「単なる参照にすぎない」ものではないのか、そもそも考慮義務があるのか、また民主的正統性があるのかなどといった問題点が指摘されている」とする(1頁)。

そこで、まず、カナダにおける議論を参考にしながら、国際法規範の「参照」が次のように類型化される。すなわち、①憲法解釈の基準や指針としての「参照」(複数の憲法解釈が可能である場合に、国際法規範に適合的に憲法解釈を行うような「参照」であって、「条約適合的解釈」や「間接適用」はこれに該当する)、②(この①と類似するが)外国法や国際法規範と国内法を明確に区別しつつも、それらを遵守し、忠実にこれらに従うような「参照」(区別を前提とした追従)、③裁判官が結論を導く補強として行う「参照」(このような「結論の補強」としての「参照」が裁判所において最も多用されており、憲法解釈において重要な補強となれば、単なる「参照」にすぎないということには問題がありうるとする)、④国際法規範とのわずかな関連性について単に概説するような「参照」(このような「単なる言及」は「事実問題」としての「参照」であるとする)、⑤国際法規範を明示的かつ堅固に拒絶し、国際法規範を批判的または否定的に国内法と区別するための「参照」(憲法解釈にあたって、裁判所による判断が妥当であり、国際法規範がそれとは異なっていることを示すもので、区別のために①や③の「参照」が行われる場合も考えられると

論にとどまり、国際協調主義の具体的内容を詰めきれなかった嫌いがある」(③277頁)として、「今後は、国際協調主義の具体的な意義を詰めていく一方で、諸外国における議会による外交統制等を参考に、具体的方策を丁寧に検討していくべきである」(③276頁)とされている。

する)、⑥判決文中には国際法規範への明示的な言及はないものの、外国判例や国際機関による見解、判例法理等を黙示的に利用する黙示の「参照」(外国法の「参照」の場面で行われることが多く、肯定・否定の両面において用いられるとする)、といった手法があるとされる(6-8頁)。日本の裁判所でも、これらに該当するような「参照」の例がみられるとし(9-16頁)、「実際のところ最高裁は、国際法規範の積極的な「適用」を行ってはいないものの、国際法規範の「参照」については、消極的であるとまではいえない」(22頁)とする。

そこで、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、国際法規範の「参照」を正当化することによって、従来の憲法解釈における人権保障に対して、より多くの「選択肢」を提供することができるようになり、「裁判官の思考プロセスの「多層化」を図ることができる」として、「選択肢」の「多層化・多様化といった利点」を提唱する(20頁)。

そして、そのためには、「なぜ国際法規範を解釈基準または指針として「参照」できるのか、そもそも国際的義務のない国際法規範の「参照」は正当化されるのか」等について検討する必要があるという(22頁)。

そうした見地から、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「適用」と「参照」を区別したうえで(23-24頁)、「政府が締結したような国際的義務のある国際法規範と、その義務がない国際法規範に分けながら」(26頁)、憲法解釈における国際法規範の「参照」を検討対象とし(25頁)、「参照」の正当化を検討する。

ただ、その際、「二元論に基づく変型理論を採用しつつも」、「国際的義務のない国際法規範を憲法解釈の場面で「参照」しており、それに対する正当化議論」がなされているカナダ最高裁の例が手がかりとされており、「国際法規範の「参照」が実質的かつ対等な「参照」の促進(裁判官による国際法規範との「対話」の機会の提供)につながるという点を前提とし」ていること(28-29頁)等から、本書の主眼が「国際的義務のない国際法規範の「参照」のほうにあることが看取される。

(2) 概要

第1部では、カナダ最高裁の公務員労働関係法照会事件判決(1987年)のディクソン長官の反対意見が、国際法規範の「参照」について詳細に

述べていることを紹介する。このディクソン・ドクトリンは、1982年に制定された「権利および自由に関するカナダ憲章」の解釈において、①国際人権法の法源は憲章に関連し、「説得的な解釈源」であって、その「不明確な概念を明確にする補助」となるものであり、②憲章はカナダが批准した国際人権文書と少なくとも同程度の保護を提供していると推定すべきとする「一致の推定」を行うべきとするものとされる。そして、ディクソン・ドクトリンを国際的義務のない国際法規範の「参照」においても用いるアプローチを示した代表的な事例として、キーンストラ事件最高裁判決（1990年）が紹介される（第1章）。修正されたディクソン・ドクトリンは、批判を受けながらもバーンズ事件最高裁判決（2001年）によって継承され、「その後、最高裁は主に国際的義務のない国際法規範を結論の補強として「参照」してきた」とされる（第2章）。

第2部は、憲法解釈において国際的義務のない国際法規範を「参照」することの正当化根拠として、種々の議論が検討される。そして、1867年憲法のもとで醸成されてきた「生ける樹 (living tree)」理論が、ディクソン・ドクトリンと接合点があり、カナダ最高裁における国際法規範の「参照」を支えてきた要因と考えられるという²⁸。

こうした成果を日本に導入するにあたって、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、民主的正統性を欠く国際法規範の「参照」の正当性と、その手がかりとして「説得的根拠」をめぐる議論とを検討しているが、この点については後述する（Ⅲ2）。

（3）検討

（i）間接適用としての「参照」

カナダ最高裁が、カナダが締約国たりえない欧州人権条約および欧州人権裁判所判例等をしばしば「参照」してきたことは、かねて注目されていたところである²⁹。また、「間接適用」が日本で広く論じられる嚆矢

²⁸ なお、手塚崇聡「カナダ憲法解釈における「生ける樹」理論の意義——その判例上の起源と展開」法研87巻2号（2014年）、同「憲法解釈における「生ける樹」理論と司法積極主義」法研91巻1号（2018年）。

²⁹ 中井伊都子「カナダの裁判所における人権条約の役割——憲法解釈の指針と

の一つとなったとみられる学説³⁰も、カナダを例として挙げていたところである。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、そうしたカナダ最高裁の判例を手がかりに、国際的義務のない国際法規範の「参照」の正当化根拠を探るという課題を設定する。

いわゆる間接適用は、「憲法その他の国内法を解釈、適用する際の指針として、あるいはその解釈・判断を補強するものとして国際人権法を援用する方法」³¹とされ、「当該行為と国際人権法との両立性を直接判断するのではなく、あくまで国内法の解釈、適用に国際人権法の内容を反映させていこうとする、やや迂回した方法ではあるが、逆にそれゆえに、国内法令とは別個に条約を適用することや条約違反の認定をすることに消極的な裁判所にとっては、比較的受け入れやすい方法であるともいえる」³²とされてきた。

してのヨーロッパ人権条約機関の見解の影響力」国際人権11号（2001年）30頁以下による検討がある。「『自由権規約』は『憲章』の選ばれた用語の重要な出典であることが確認され、……また『ヨーロッパ人権条約』の規定は特に権利の制限の可能性を規定した『憲章』第1条の起草に大きな影響を与えたことが指摘されている」が、「実際に両者が引用された事例を検討してみると、いかなる理論的検討が行われることなく[ママ]、時には有用性を理由に、時には文言の類似性を理由に言及されている場合が多い」（同論文30頁）とされる。

³⁰ 「諸外国でも、国際人権法の間接適用に関しては、直接適用に比べて裁判官の抵抗感はい少ないのが普通である」とされ、そのうえで、「条約の国内的効力を認めていないカナダでは、さらに顕著な展開がみられ、1982年に制定されたカナダ人権憲章を裁判所が解釈、適用する際に、国際人権規約やヨーロッパ人権条約がさかんに活用されている。とくにヨーロッパ人権条約については、カナダは締約国たりえないにもかかわらず、人権委員会・裁判所の先例も積極的に参考に行っている」（阿部浩己＝今井直『テキストブック国際人権法』（日本評論社・1996年）36頁）。

³¹ 阿部浩己ほか『テキストブック国際人権法（第3版）』（日本評論社・2009年）38-39頁。

³² 同書45頁。「条約の国内的効力を認めない変型体制をとっている国では、国内裁判で国際人権法に依拠するには間接適用しかない。間接適用の場合、援用される国際人権基準が法的拘束力を有するかどうかということとはそれほど大きな問題ではない。つまり、それ自体としては法的拘束力のない宣言などの文書やその国が批准していない条約であっても、それらが普遍性と具体性をもつ基

したがって、それが国内裁判所において任意・適宜に行われる限りに
 おいて、その正当化根拠は大きな問題とはならないことが間接適用の利
 点のほずである³³。しかも、カナダ最高裁が「二元論を前提とした変型理
 論を採用」(244頁)しているならば、そこでの議論が直ちに日本に応用
 できるのかについては、慎重な検討が必要であろう³⁴。

それでも、カナダでの議論の中心が国際的義務のない国際法規範の「参
 照」の問題であるとするなら、条約の国内的効力の有無の違いは大きな
 問題ではないといえるかもしれない。ただし、その場合は、「日本国が
 締結した条約」の取扱いが主要な問題であるはずのところでは、議論の
 互換性は限定されたものになるであろう。逆に、日本の議論のためには、
 B 規約や拷問等禁止条約といった「国際的義務のある国際法規範」につ

準を含んでいるのであれば、必要に応じて参照されうる。さらに、直接適用可
 能性の論点を回避できるというメリットもある」(同頁)。

³³ ただし、「国際的義務のない国際法規範を解釈指針として「参照」することは、
 本来的に考慮義務のない国際法規範について、国内的効力を認めることにも
 なりかねないため、特にその正当性の議論に関しては問題となる」(216頁)と
 されている。「参照」によって国際法規範が国内的効力を有することになると
 という趣旨の記述は、本書において散見される。手塚『司法権の国際化と憲法解
 釈』は「国内的効力」について、有無ではなく濃度(濃淡)で論ずるとし(104頁
 註175等)、「結論の補強」としての「参照」は、「国際法規範の「適用」とは考え
 にくいものの、国内的効力を全く否定しているということとはできない」(194頁)
 としており、「カナダ最高裁における「参照」の正当化議論を検討する際には、
 その前提として国内的効力がある程度柔軟に捉える必要もある」(216頁)とい
 う見地に立っているようである。なお、その思考は齊藤・前掲書(註9)41頁
 の記述とも「親和的」とされているが(222頁)、しかし、同書39-46頁参照。

³⁴ 日本の最高裁が二元論を採っていることも想定している(22-23頁)が、二元
 論で考えることが他の関連事項に波及する射程は十分に明らかにされていない
 ようにみえる。また、日本国憲法の議論に接続させるために、確立された国際
 法規に未締結の条約を含める可能性を論じている(255頁)が、条約としては未
 締結ながら「確立された国際法規」に含まれるといえるとすれば、それは、極
 めて限られた内容になるであろう。しかも、「確立された国際法規」として法
 的拘束力を承認されるのであるから、通常の「適合的解釈」の問題として論じ
 ることができ、「国際的義務のない国際法規範」の「参照」として論じる必要は
 なくなる。

いての、とりわけ (a) 憲法解釈の基準や指針としての「参照」³⁵が行われる場合の正当化根拠が重要であろう。しかし、彼の国での議論の中心ではないためか、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』では掘り下げた検討は行われていないようである³⁶。

(ii) カナダ最高裁による欧州人権条約の「参照」

カナダ最高裁による「参照」で注目されるのは、欧州人権条約に関するものであろう。問題は、欧州人権条約を単なる「国際的義務のない国際法規範」として扱うのが適切か、ということである。「カナダの人権保障規定が自由権規約やヨーロッパ人権条約等の国際法規範に広く依拠して起草されたことにも大きくかかわってくる。すなわち、人権保障規定の導入が国際法規範によって支えられていることから、少なくともそれらの「参照」を行うことにつながったと考えられる」(110頁)とすれば、「国際的義務のない国際法規範」一般の「参照」と同一には論じられないことにならないであろうか³⁷。

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』によれば、カナダ人権憲章1条の権利制限規定は「ヨーロッパ人権条約および自由権規約の影響を受けたものであると一般に解されている。この点からすれば、人権保障規定の導入と同様に、憲章第1条の導入も国際的義務のない国際法規範の「参照」を行うことの制度的要因と考えられる」(111頁)とされる。しかし、憲章1条の規定する「人権の一般的制限条項は、主に、ヨーロッパ人権保護条約の人権制約原理の影響の下で制定されたと解されている」³⁸のであり、「ヨーロッパ人権保護条約の人権制約原理は、直接的にカナダ

³⁵ 解釈指針としての参照は「国際法適合的解釈」(214頁)とされる。

³⁶ 「国際的義務がある以上は、その国際的義務を正当化根拠の中で用いればよいと考えられる」(218頁)とされるが、少なくとも日本では、「日本国が締結した条約」というだけで憲法の解釈基準となることまでが根拠づけられるとは考えにくいであろう。

³⁷ 「憲章条文がヨーロッパ人権条約の影響を受けていること」と「生ける樹」理論との関係について、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』188-189頁参照。

³⁸ 佐々木雅寿「ヨーロッパ人権保護条約、カナダ人権憲章および日本国憲法における人権制約原理」石部雅亮＝松本博之＝児玉寛編『法の国際化への道——日独シンポジウム』(信山社・1994年) 209頁。

人権憲章に影響を与え、カナダではそれを独自に発展させつつある³⁹と指摘されている。こうしたことが欧州人権条約に特有の事情と解されるならば、「国際的義務のない国際法規範」一般に妥当するものといえるかは疑問である。また、自由権規約はカナダが締結している条約であって「国際的義務のない国際法規範」ではない⁴⁰。

(iii) カナダにおける「参照」と「生ける樹」理論

さらに、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、カナダ最高裁における「外国法および外国判例の「参照」という伝統が、少なからずヨーロッパ人権条約等の「参照」という姿勢につながった可能性もある」(112頁)とする。そこで、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』の注目する「生ける樹」理論の影響(112-113頁)が、①「外国法の参照」の枠組で制定過程に影響のあった文書(欧州人権条約)を「参照」することを基礎づけているのか(112-113頁)、②ディクソン・ドクトリンにいう「国際的義務のある国際法規」の「参照」を「国際的義務のない国際法規範」にまで拡大することに繋がっているのか(225-228頁)、に関心が向かうところである⁴¹。

³⁹ 同論文220頁。

⁴⁰ ただし、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』227-229頁では、2つの見方が示されている。そして、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「憲法起草時の原意」は「参照」の限界を示すものと捉えるようである(245頁)。

⁴¹ 新井誠「日本の国内裁判における国際人権法・比較憲法の参照」公法78号(2016年)217-218頁は、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』に収録された論文に言及しながら、「カナダにおける(外来法としての)「批准をしていない国際人権法」の「参照」の問題を、「国内裁判における(日本が批准・加入した)国際人権法」ではなく、「国内裁判における比較憲法あるいは外国法」の範疇として論じている。そのうえで、同論文は、そのような考え方が「山元一が提案する「トランスナショナル人権法源論」に登場する「影響的権威」論に親和的」であると(219頁)。なお、新井誠「自己統治原理と国際人権をめぐる問題」国際人権30号(2019年)46頁以下。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』と「トランスナショナル人権法源論」の関係については、後述する(Ⅲ2)。他方、根岸陽太「手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈——「参照」を支える理論とその限界』〔法律文化社、2018年〕」国際人権30号(2019年)は、「カナダで発達してきた「生ける樹」理論が日本独自の立憲主義にも馴染むか」(144頁)という点に主要問題を見出

くわえて、裁判官による恣意的「参照」(26頁)や選り好みによる「参照」(256頁)を防ぐためにも、「参照」を行うこと／行わないことについての正当化を論じることは有用であるかもしれない(Ⅲ2)。

3. 松田浩道『国際法と憲法秩序』の概要と検討

(1) 問題意識

松田『国際法と憲法秩序』は、それまでの考究⁴²に引き続き、「国際法は憲法秩序においてどのように位置づけられ、私人は国際規範を用いてどのような法的主張を行うことができるか」という問いが、「国際法の実施をめぐる各国憲法上の権限配分と密接に関連することに着目し、アメリカ合衆国・イギリス・フランス・ドイツ・中国・台湾・韓国・日本の憲法秩序における国際規範につき、その実施権限の配分原理と権力分立の諸相を比較法的に探究する」ことによって、「日本においては従来の「直接適用」・「間接適用」二分論ではなく、(1) 狭義の直接効果(direct effect)、(2) 裁判規範としての効力、(3) 説得的権威(persuasive authority)、という3種類の枠組みによって整理すべきことが導かれる」とするものである(1頁)。

松田『国際法と憲法秩序』の問題意識は、「現在の世界において、国際法はその規律対象や規律内容において急速に拡大を続ける一方、国際法や国内法という法制度の枠に収まらない法律家共同体の生成も指摘されつつある」ことから、「国際法と憲法秩序の問題は、国際義務の実施確保という観点からも、各国憲法秩序における正統性の観点からも、改めてその重要性を高めている」との認識を背景としている。そのような国

している。

⁴² 松田浩道「日本の裁判所における国際人権法——国内適用論の再構成」東大ロー5号(2010年)148頁以下、同「「人権条約上の権利」の名宛人関係とその法的効果」国際人権22号(2011年)123頁以下、同・前掲論文(註14)245頁以下、同「人種差別撤廃条約に対する公安条例の適合解釈——ヘイトデモと道路の使用許可」国際人権30号(2019年)99頁以下。なお、同「憲法秩序における裁判規範としての国際法——直接適用可能性と裁判規範性の区別」国際119巻1号(2020年)92頁以下。

際法の変化に鑑みて、「国際法の国内実施をいかに確保するか」という観点と、「国際法が憲法秩序に影響を与えることの正統性をどのように説明するか」という観点の双方から、「国際法と憲法秩序について探究することの重要性が高まっている」とするのである（1頁、6頁）。

国際法の国内実施の確保を考える際には、国内的効力と self-executing の概念が問題となるが、これについて松田『国際法と憲法秩序』は、岩沢雄司『条約の国内適用可能性——いわゆる "SELF-EXECUTING" な条約に関する一考察』（有斐閣・1985年）が説いた「直接適用可能性」の理論に疑念を示す。岩沢『条約の国内適用可能性』は、self-executing という言葉の本来の意味は、「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」ということであって、「国際法が国内で法規範としての地位を認められるか、国内において法として存在するか」という国内的効力の問題と区別する必要があるとしたものであり、「この主張を受けて、現在、憲法秩序における国際規範の法的効力を論ずる際には、国内的効力とは別に直接適用可能性を検討し、「直接適用」・「間接適用」の枠組みによって分析を行うことが、日本の国際法学において一般的となっている」（10頁）とする。それに対して、「直接適用」・「間接適用」の枠組みには、（1）諸国の実行との不一致、（2）「直接適用可能性」の多義性と混乱、（3）国内公法学との不整合といった問題点があるとして、松田『国際法と憲法秩序』は、「国際規範の裁判規範性を論ずるためには、国際規範の実施権限に着目し、各国憲法における権限関係の基本原則や国際約束の締結手続き等を踏まえ、国際法上の実施義務と憲法上の権限配分という双方の視点から、各国ごとに考察することが大切」（21頁）とするのである。

そのような問題提起を行う松田『国際法と憲法秩序』の特色は、「直接適用可能性」の概念を離れて、「国際規範の実施権限という分析視角」（21頁）を提唱するところにあるといえよう。その背景には憲法秩序における権力分立の原則との接合についての意識があり、「国際法学においては、権限関係の視点によって、従来の枠組みをさらに精緻なものへ発展させてゆくことが求められている」とすると同時に、「国内公法学においては、従来の直接適用可能性の枠組みに代わるアプローチとして、権限関係の視点に着目して国内法秩序における国際規範の問題を考えてい

くことが提唱されている」とする(25頁)。

そして、各国憲法秩序における国際規範の「実施権限の配分原理を比較法的に探究」(27頁)したうえで、日本の憲法秩序について「国際規範の実施権限の配分過程をなるべく動態的に把握することを試みる」(188頁)のである。

(2) 概要

上述のような問題提起を承けて、比較法的検討については、繁閑の相違はあるものの、第1部でアメリカ合衆国、第2部はヨーロッパのなかでイギリス・フランス・ドイツの3か国、第3部は東アジアとして中国・台湾・韓国が扱われる。そして、それらの検討に基づいて、第4部が日本について論じるものとなっている。終章では、フィッツモーリスの見解を紹介した調整理論について「憲法多元主義を理解するための理論的視座を提起したもの」として再考する近時の国際法学説と、ミルキヌ＝ゲツェヴィチの「国際憲法」論の可能性を再考する近時の憲法学説に触れながら、簡潔に展望が示される。

このうち、「国際規範とアメリカの憲法秩序」については、「国際規範の実施過程には、連邦と州の権限関係、連邦内部の権限関係、そして、司法府の正統性といった憲法上の権限問題が密接に関わっている」として、日本への示唆を得るに際して、以下の3点が重要とされる(82-83頁)。すなわち、①「アメリカ合衆国憲法上、政治部門は国際義務に違反する権限を持つため、連邦裁判所による国際規範の実施権限は政治部門との関係において制約される」⁴³、②「連邦裁判所による国際規範の実施権限は、州の権限との関係でも限定される」、③「説得的権威として外国法や国際規範を参照することにつき、アメリカ合衆国においては盛んな議論の応酬がなされており、その焦点は民主的正統性や裁判官の裁量拡大という観点である」⁴⁴。

⁴³ それに対して、「日本の政治部門は日本国憲法98条2項のもと、国際義務に違反する権限を持たない」(82頁)とされる。

⁴⁴ 「民主的正統性を持たない裁判官が、民主的正統性を持たない外国法や国際規範を参照することによって憲法の意味を変えることに対する懸念は日本にも

また、イギリス・フランス・ドイツの3か国については、慣習国際法と国際約束(条約)と並んでEU法と欧州人権条約の「実施権限」について検討したうえで、「ヨーロッパ各国における国際規範の実施をめぐる権限配分のあり方は極めて多様であり、各国憲法上の権限配分の問題と密接に関連していることが分かる」(141頁)とされている。

各国に関する具体的な叙述についての検討は本稿の範囲を超えるので、結論としての日本をめぐる叙述とともに、それに関連する限りで、以下に検討する。

(3) 検討

(i) 国際規範の実施権限の「配分原理」

松田『国際法と憲法秩序』は、「国際規範と日本の憲法秩序」についての「分析枠組みの再構成」を唱え、「国際規範の実施権限の配分過程をなるべく動態的に把握することを試みる」(188頁)とする。権限の配分過程の分析枠組みとなる配分原理を動態的に把握するという意味にも読めるが、その趣旨は、必ずしも分明ではないようにみえる。

「国際規範の実施権限の配分」が「国際法の実施をめぐる各国憲法上の権限配分」(1頁)を意味するならば、それは、「各国憲法における権限関係の基本原則や国際約束の締結手続き等を踏まえ」て、「各国ごとに考察する」(21頁)とされるものであろう。それゆえ、松田『国際法と憲法秩序』は、各国憲法秩序における国際規範の実施権限の「配分原理」を比較法的に探究するけれども、「国際規範の実施権限につき、すべての国家に共通する普遍的な仕組みを想定することは難しい」(141頁)とする。

(ii) 国際規範の実施権限の「配分過程」

国際規範の実施権限について、一般的な「配分原理」は得られないとすれば、日本国憲法における「配分過程」を把握することになる。しかし、これまでの学説が理論的に検討してきた「国内的効力・序列・直接適用可能性」といった講学上の概念には何ら憲法上の根拠があるわけではな

同様に当てはまるため、説得的権威に関するアメリカの論争状況を参照する意義は大きい」(83頁)とされる。

い」(167頁)として排除し、「事案ごとに動態的に把握してゆく」(168頁)とする⁴⁵。

ここで、「配分過程」というときの「過程」が何を意味するのが問題である。たとえば、「国際法適合解釈義務に関する実施権限の配分過程」は以下のようにまとめられる。第1に、日本の行政府及び司法府は憲法98条2項を通じ、立法に及ばない範囲で国内法の国際法適合解釈義務を負う。この考え方は、私人間の事案についても同様に当てはまる。第2に、適合解釈が不可能な場合、司法府は不適合状態を明らかにし、立法府が国内法を改正するか、行政府が国際規範を変更する等の方法により、国際義務違反の状態を解消しなければならない」(190-191頁)とされるが、行政府・司法府への国際法適合解釈義務とその実施権限の配分は憲法98条2項から導かれるとすれば、その配分の「過程」とは何を意味するのであろうか。また、「立法府が国内法を改正する」ことや「行政府が国際規範を変更する」ことは、「国際法適合解釈」ではなく、それが不可能な場合に「国際義務違反の状態を解消」する方法であろう。それは「国際法適合解釈義務に関する実施権限の配分過程」として説明されるべきものであろうか。さらに、ここで「実施権限の配分過程」として扱われていることと、「憲法98条2項の誠実遵守義務」の「配分過程」(177-178頁)とされていることは、いかなる関係にあるのであろうか。

「従来の学説が前提としてきた国内的効力・序列・直接適用可能性という枠組み」(166頁)に批判的な見地に立つ松田『国際法と憲法秩序』では、比較法的検討においても、権限配分ないし権限関係についての検討が中心となる。連邦国家における連邦法としての条約と州法の序列関係、変型方式の国と一般的受容方式の国とでの条約の国内的実施の方法の相違、承認法による受容方式であるフランスとドイツにおける承認法の意味の違い⁴⁶といったことには、必ずしも大きな関心は払われていないよ

⁴⁵ 山田『グローバル化と憲法』が、法律に対する条約の優位を否定して、「柔軟かつプラグマティック」な調整に委ねようとする 것과類似するようにみえる。

⁴⁶ 「議会による条約の承認は法律の形式によって与えられる」という「承認法受容の国の中にも、ドイツやイタリアのように、承認法が条約を国内法に変型

うにみえる。

(iii) 動態的把握と機関適性

あるいは、「配分過程」の観念は、「動態的に把握する」という「分析視角」に結びついているのかもしれない。しかし、欧州人権条約の「受容の動態的プロセス」(137頁)といわれたり、「序列から出発するのではなく、遵守義務の配分過程をあくまで動態的に把握する立場によれば、憲法を国際法に対して適合解釈することも直ちに否定されるわけではない」(191頁)とされたりするときに、その「動態的」の語が他とは異なる何を意味しているのかは必ずしも分明ではないように解される。

これが、「動態的な国内法プロセスにおいて、どの機関がいかなる手続で、国際的な人権動向をウォッチし、対応していくのが適切なのかという、機関適性と権力分立をめぐる問い」⁴⁷への解答であるならば、それは「実施権限の配分過程」という問題とは少し違うのではないかと、という疑問が生じよう。「実施権限の配分」を論じれば済むことなく、その権限行使の方法が本来重要であるところで、それを「実施権限」という形で提唱し、「方法の問題は最初からなかったこととして扱うのは問題ではないか」という疑問である⁴⁸。「ここで問われているのは、権力

するという説が有力な国がある。ドイツやイタリアは、条約に国内的効力を認めているにもかかわらず二元論的な国と言われる」とされる(小寺ほか編・前掲書(註23) 112-113頁[岩沢]、岩沢雄司『国際法』(東京大学出版会・2020年) 520-522頁も同旨)。なお、酒井啓亘ほか『国際法』(有斐閣・2011年) 390頁[濱本正太郎]、齊藤・前掲書(註25) 19頁。

⁴⁷ 宍戸ほか編著・前掲書(註2) 344頁[宍戸]。

⁴⁸ 同書379頁[宍戸]。元は、トランスナショナル人権法原論について検討する文脈でのものである。すなわち、「国際人権法や外国の人権裁判例などを日本の法秩序の中で動態的に受け止めることは、国内人権の保障の充実にとって有利ですから、伝統的な憲法学のスタンスにもマッチする方向性であるわけです。他方で、結局のところ、裁判官が外から引っ張ってきた材料をもとに、多数者のつくった法律を削除するというわけですから、裁判所での引用には一定の方法が求められる。憲法学には、司法審査の民主的正統性を議論してきた蓄積があるから、そう簡単に引用すればよいとはいえないはずです。その方法が本来重要であるところで、「トランスナショナル人権法源論」として“法源”という形で提唱し、方法の問題は最初からなかったこととして扱うのは問題ではない

分立のプロセスを国内でどのように組み立てていくかという問題だ⁴⁹としても、それは「権限の配分過程」という論じ方とは距離があるようにみえる⁵⁰。

「日本においては、すべての国家機関が国際義務を遵守することを前提に、機関適性の観点から実施権限行使のあり方を動態的に把握するのが適切なアプローチといえよう」(215頁)とされるが、「素直に憲法98条2項の文理から出発」(167頁)したときに、そのような「前提」が導かれるのかは必ずしも十分には論じられていないようにみえる。さらに、「機関適性の観点」が持ち出されて、「権限行使のあり方を動態的に把握する」とすれば、それは論者の視点からの現状の観察ということにならないか、疑問が残るのである⁵¹。

Ⅲ 論点についての考察

1. 直接適用可能性の消去可能性

(1) 国内適用可能性論の要諦

ここでは、いわゆる条約の self-executing 性に関する岩沢雄司『条約の国内適用可能性——いわゆる "SELF-EXECUTING" な条約に関する一考察』(有斐閣・1985年)の議論が祖上に載せられる。

か。ここで問われているのは、権力分立のプロセスを国内でどのように組み立てていくかという問題だと感じています」(同頁[穴戸])。

⁴⁹ 同頁[穴戸]。

⁵⁰ 「批准した条約については、……、その具体化の主体として、立法府がよいのか、裁判所がよいのかといった権限配分の問題」があるといわれるときも(穴戸ほか編著・前掲書(註2)380頁[山本])、そこで問題とされていることの本身は、権限行使の方法であろう。

⁵¹ 裁判所の「機関適性」という問題は、法システム全体についての「制度的アレンジメントの発想」(穴戸常寿「国家公務員と政治的表現の自由(堀越事件)・コメント——東京高裁2010(平成22)年3月29日判決」国際人権22号(2011年)103-104頁)において扱われるものではなかろうか。「動態的把握」の意味については、再度検討したい(おわりに)。

岩沢『条約の国内適用可能性』が批判の対象とした従来の理解は、一般の条約は〈国内適用を予定せず、したがって国内法的効力もない〉とし、ただ例外的に自動執行可能な条約は〈国内適用を予定しており、それゆえ国内法的効力を有する〉とするものであったと解される。つまり、〈条約は対外的約束であって、通常は国内適用を予定していない。国内適用が想定されないものに、国内法としての効力を考える必要はない〉という思考があったものと考えられる。

それに対して岩沢『条約の国内適用可能性』は、〈国内適用が可能であるから国内的効力がある〉という論理を逆転させ、〈まずはすべての条約に国内的効力が付与され、次にそれが国内適用可能か否かが問題となる〉としたのである。このような岩沢『条約の国内適用可能性』の理解は、憲法研究者の理解とも整合的である。プログラム規定は、裁判規範性が否定されとしても、国家に対する政治的義務を定め、立法の指針や法律解釈の基準といった意味を有する以上、法的効力が全くないとはいわなければならない⁵²。

このような理解において、岩沢『条約の国内適用可能性』は、条約の self-executing 性を直接適用可能性の問題と捉え、それは換言すれば、「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」⁵³という意味であるとする⁵⁴。

⁵² 「他の国法形式の場合には、その規定の態様が法的効力を左右することはないであろう。条約についてのみ、裁判所において直接適用できないものは無効であると解さなければならない理由は見出しがたい」(齊藤・前掲書(註25) 15頁)。したがって、「国際法が直接適用可能でなくても、裁判所は、国際法に照らして国内法の司法審査をすることができると考えるべきである。一般的な原則しか決めておらず具体化を要する国際法も、一定の枠は定めている」(岩沢・前掲書(註46) 530頁)と考えられることになる。

⁵³ 岩沢・前掲書(註23) 16頁。

⁵⁴ 近時の国際法の教科書でも、「条約がそのままの形で(何らの国内的な措置なしで)……国内において適用される(＝直接適用される)」(浅田正彦編著『国際法(第4版)』(東信堂・2019年) 28頁[浅田]とか、「間に介在するものなしに適用がなされるという意味で、……「直接適用」と訳される」(酒井ほか・前掲書(註46) 387頁[濱本])と説明されている。なお、「司法機関が国際法規範を適用する場合には、国内における立法権を通常独占する立法機関との権限関

岩沢『条約の国内適用可能性』が「直接適用可能性」を「国内適用可能性」と言い換えようとしたのも、誤解の生じやすい「直接適用」の語を避けようとしたためかもしれない⁵⁵。「直接適用」あるいは「直接適用可能性」という概念で論じられる事象は、国際法でも国内法でも存在するはずであるが、国内法について self-executing の語を使わないなら条約にも使わないほうが混乱は少ないように解される⁵⁶。

そのように理解される条約の self-executing 性すなわち直接適用可能性について、岩沢『条約の国内適用可能性』は、「条約が国内で直接適用される態様は様々」⁵⁷であって、直接適用可能性は「それぞれの適用形態ごとに判断される必要がある」⁵⁸とする。そして、国内での条約の「適用形態」としては、(a)「条約が個人の国家に対する請求の根拠とされる場合」と、(b)「条約が国家の行為を違法と認定する根拠とされる場合」とがあるとされる⁵⁹。

このような岩沢『条約の国内適用可能性』の基本的なスタンスは、条約が国内裁判所で用いられる場面を、国内法の自律性を重視しつつ、できるだけ拡大しようというものであると解される⁶⁰。

係が問題となる。すなわち、国内裁判所における国際法規範の適用の条件は、国内における権力分立のあり方と密接に関連しており、国際法によってではなく各国国内法によって決定される」(同書400頁[濱本])。

⁵⁵ 「国内適用可能性とは、「国内における直接適用可能性」の意味である」(岩沢・前掲書(註23) 9頁註13)、「国内適用可能性、すなわち国内における直接適用可能性」(小寺ほか編・前掲書(註23) 114頁[岩沢])、「国際法の国内適用可能性(国際法は国内で直接適用され得るか)」(岩沢・前掲書(註46) 518頁)。

⁵⁶ 山田『グローバル化と憲法』218頁からの指摘には、そのように解答したい。

⁵⁷ 岩沢・前掲書(註23) 330頁。

⁵⁸ 同頁。

⁵⁹ 岩沢・前掲書(註23) 331頁、齊藤・前掲書(註9) 108頁参照。これとは別に、条約が直接適用可能でなくても有しうる効果として、①当該条約を具体化する法律について、立法裁量の逸脱・濫用の審査基準となる、②当該条約の国内実施法の解釈基準となる、③当該条約とは独立に制定された法律についても解釈基準となる、④国内法における一般概念(公序、良俗、信義誠実等)の解釈基準となる、といった点が指摘されている(岩沢・同書331-334頁)。

⁶⁰ 多くの学説がB規約の間接適用の例と捉えた二風谷ダム判決(札幌地判平

(2) 「ゲートキーパー」論

さて、このような岩沢『条約の国内適用可能性』の理解に対して、見直しを提起するのが山田『グローバル化と憲法』と松田『国際法と憲法秩序』である⁶¹。

まず、山田『グローバル化と憲法』は、条約の self-executing 性を直接適用可能性と解する岩沢『条約の国内適用可能性』の理論と基準は受け入れているようにみえるが、直接適用可能性を国内法秩序の民主的正統性の「番人」としての国内裁判所の「武器」と位置づけ、〈民主的正統性の不足する国際的法規範を、「ゲートキーパー」としての国内裁判所が適用の時点で排除して、立法府に十分な統制を要求すべく「差戻す」場面の問題〉と捉えている。おそらくアメリカ合衆国の議論の影響を受けたこの捉え方は、岩沢『条約の国内適用可能性』が峻別・整理しようとした条約の国内的効力と国内適用可能性とを再び混淆させる危険を孕んでいると懸念される。

「ゲートキーパー」としての国内裁判所という議論に関しては、「日本の裁判所が、法律に比べて民主的正統性の希薄な「条約」について、その直接適用に消極的なのは、議会に代わるゲートキーパーとしての役割を過剰に意識しているからではなかろうか」⁶²との指摘が知られている。

9・3・27判時1598号33頁)について、「本件事業認定が違法とされたのは、国が自由権規約27条に規定された少数民族の文化享有権を十分に尊重しなかったからである。つまり実際には、規約は本件判断の中心的な根拠とされているのである。従って裁判所は、本件では自由権規約の国内適用可能性を明示的に認めてはいないが、同規約を直接適用したといってよいであろう」(岩沢雄司「二風谷ダム判決の国際法上の意義」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法(2) 国際人権法の国内的実施』(信山社・2011年) 367頁)としている。つまり、国の行為を違法とする裁判所の「判断の中心的な根拠」となっていることが「直接適用」と評価されているのである。

⁶¹ なお、両者は、アメリカ合衆国最高裁のメデイン (Medellín) 判決による self-executing 理解の変化を重視するものと解されるが、同判決の理解については、なお議論があるようである(酒井ほか・前掲書(註46) 389-390頁[濱本]、小林友彦「判批」薬師寺公夫ほか編集代表『判例国際法〈第3版〉』(東信堂・2019年) 33頁)。

⁶² 石川健治「『国際憲法』再論——憲法の国際化と国際法の憲法化の間」ジュリ

裁判所がそのようなスタンスであるとするならば、そのようにして条約の適用を排除する箱根の関となることが山田『グローバル化と憲法』の諒解と合致するのであろうか。

他方で、「国会は抽象的・一般的に法律を制定改廃し条約を批准するが、それらが運用の中でいかなる不都合を生じさせるかについて感知しにくい立場にある。こうした問題に精通しているのは具体的な紛争に近い裁判所であり、とりわけ時間の経過とともに生じる、法を支える事実の微妙な変化を、裁判所は現実の法適用を通じて知覚することができる。この意味で裁判所とりわけ下級審は、国内法システムを取り巻く環境変化——外国法や国際法の発展もその一つである——のレセプターとしての役割を果たしており、司法が立法に警告を発信して国内法システムの発展を促すということが、適切な立法と司法の役割分担であろう」⁶³という指摘もある。この「レセプターとしての役割」が山田『グローバル化と憲法』にいう〈立法府に「差戻す」場面〉に含まれるのであれば、それは「ゲートキーパー」よりは国際法に調和的なスタンスであるし、必ずしも直接適用可能性の問題として論じるべきことでもないように考えられる。

1387号(2009年)28頁註17。松田『国際法と憲法秩序』8頁も、この指摘に注目する。なお、続けて、「現行憲法は、前文や憲法98条2項により、議会による変型方式ではなく、より国際主義的ともいえる一般的受容方式を採ったものと解されているが、条約が議会による変型手続を経るスタイルであったならば、裁判所の対応は大きく変わっていた可能性はあろう」(石川・同頁註17)とされるが、「議会による変型手続」をどのように解するか、承認法による受容方式をも含むか、といったことによって、裁判所の対応にも相応の分岐が考えられるであろう。

⁶³ 穴戸・前掲論文(註51)103-104頁。なお、「裁判所の「機関適性」は、一般的抽象的な条約を締結する国会の役割を解釈の名で篡奪することにはなく——そのことはかえって「国民の法意識」に悪影響をもたらしかねない——、むしろ個別の事件に応じて国際的な法意識の変化を斟酌して事案を適切に解決し、そのことを通じて「世界標準」に対応した法意識の成熟を促すことにあると考えられる」(同論文104頁)。

(3) 「裁判規範性」論

岩沢『条約の国内適用可能性』を強く批判するのが松田『国際法と憲法秩序』であり、岩沢『条約の国内適用可能性』の問題点として次の3つを挙げている。すなわち、第1に、「直接適用可能性」の理論は、必ずしも国内外における現在の実行と一致しない部分が生じている。第2に、「直接適用可能性」という概念は現在でも多義的であり、実務と学説の双方において混乱を招いている。第3に、国際法学の「直接適用可能性」は、憲法学でいう「裁判規範性」と整合しない。すなわち、国際規範を根拠とする司法審査は「直接適用」の射程外とされている。

このうち、岩沢『条約の国内適用可能性』の論理に内在的な問題としては、第3が枢要と解される。そこで問題となる「直接適用可能性」をめぐる岩沢『条約の国内適用可能性』の内容を分類整理すると、《表1》のようになると考えられる⁶⁴。

《表1》

国内的効力	直接適用可能性	適用形態
あり	あり→ (a) or (b)	(a) 個人の国家に対する請求の根拠となる
		(b) 国家の行為を違法と認定する根拠となる
	なし→ ①～④	①法律の条約適合性を審査する根拠となる
なし	(当然に) なし→ ②～④(間接適用)	②当該条約の国内実施法の解釈基準となる
		③当該条約とは独立に制定された法律の解釈基準となる
		④国内法の一般概念の解釈基準となる

上記第3の批判は、結局のところ、《表1》の①が直接適用可能性の議論に関係しないことを問題とするものと解される。ここで留意すべきは、松田『国際法と憲法秩序』が提示する(1)狭義の直接効果、(2)裁判規範としての効力、(3)説得的権威、という3分類の枠組みには、次の《表2》のような変遷があることである。当初の2010年論文の分類⁶⁵は、国際「人権」法の国内「適用」を対象としたもので、そうすると、

⁶⁴ 前掲註59参照。なお、松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」(註42) 97頁図表1 参照。

⁶⁵ 松田・前掲「日本の裁判所における国際人権法」(註42) 167頁。

《表1》の適用形態(a) = 《表2》の①は稀であり、《表1》の(b)と①に区別の実益を認めずに併せて《表2》の②とし、いわゆる間接適用を《表2》の③としたのも自然であったであろう。

《表2》

松田・国内適用論の再構成(2010年)	松田・憲法秩序における国際規範(2016-17年)
①狭義の直接適用	(1) 個人の請求権を基礎づける効力
②司法審査	(2) 司法審査の根拠たる裁判規範としての効力
③裁量的な適合解釈	(3) 説得的根拠としての効力

しかし、2016-17年論文⁶⁶は、2010年論文の分類の枠組み(《表2》の①～③)を引き継ぎながらも、国際人権条約から国際規範一般に対象を拡張、かつ、裁判所での適用の場面だけでなく、国内実施一般を問題とした。そこで、3分類に変質あるいは軋みが生じているようにみえる。また、2016-17年論文が《表2》の(1)～(3)を「法的効力」として論じていることに疑問がある。それは、岩沢『条約の国内適用可能性』が整理した国内的効力と国内適用可能性の区別を曖昧にするおそれがある⁶⁷。そのような《表2》の(1)～(3)は、松田『国際法と憲法秩序』

⁶⁶ 松田浩道「憲法秩序における国際規範：実施権限の比較法的考察(5)」国家130巻7=8号(2017年)155頁以下((1)は2016年)。なお、江島晶子「「グローバル人権法」の可能性——2019年1月23日最高裁判決補足意見を契機として」辻村みよ子先生古稀記念論集『憲法の普遍性と歴史性』(日本評論社・2019年)891頁註21は、「松田浩道は、憲法秩序における国際規範の法的効力を、従来の「直接適用」・「間接適用」の二分論ではなく、(1)狭義の直接適用の根拠としての効力、(2)司法審査の根拠たる裁判規範としての効力、(3)説得的根拠(persuasive authority)としての効力という3種類に整理すべきことを提唱する。この主張は、憲法秩序における国際規範につき、実施権限の配分原理という観点からアプローチしようとする点で、人権規範の中身というよりも、人権規範を実施する機関の権限分配という点から規範のグローバル性を追求する筆者のアプローチと共通する」としている。

⁶⁷ 松田『国際法と憲法秩序』は、なんらかの影響力をも含む広汎な「効力」概念を提唱する小林友彦「「国際法と国内法の関係」を論じる意義——日本の学説の展開過程に照らして」東社54巻5号(2003年)等の影響を受けているのかもしれない(松田・前掲論文(註14)246頁以下参照)。また、(3)の説得的根拠

において、(1) 狭義の直接効果、(2) 裁判規範としての効力、(3) 説得的権威として再整理されていると解される⁶⁸。

このようにして《表1》と《表2》を見比べてみると、第1に、国際人権条約以外も対象に含めたとき、《表1》の(b)と①の区別は意味を有してくる。国際人権条約を憲法に類比してみるなら、《表1》の(b)は処分違憲に相当するものであり、《表1》の①に吸収するのも穏当であろう。しかし、国際人権条約以外の、法律に類する、具体的な規律を内容とする条約の場合、《表1》の(b)が直接適用可能であることは重要であり、他方、法律を条約違反とするときに直接適用可能性を要求しないことも重要である。

《表1》の(a)すなわち《表2》の①は裁判規範性の特別の形態と考えられるから、結局のところ、岩沢『条約の国内適用可能性』にいう直接適用可能性とは、裁判規範性の問題と考えてよいものといえる。2016-17年論文は3分類の(1)個人の請求権を基礎づける効力だけを「直接適用可能性」の問題としているが、岩沢『条約の国内適用可能性』は《表1》の適用形態(a)「条約が個人の国家に対する請求の根拠とされる場合」のみを直接適用可能性の問題としているわけではない。

松田『国際法と憲法秩序』は、直接適用可能性の主観的要件・客観的要件(とくに前者)の弊害を難じて、直接適用可能性を問題にする領域を《表2》の(1)に限局して囲い込む戦略を採用するものと解される。これに対して、岩沢『条約の国内適用可能性』は、主観的基準および客

の場合を「法的効力」と捉えることにも、「トランスナショナル人権法源論」が「影響的権威」を「法源」と位置づけたことに対するのと同様の批判が向けられるのではなかろうか。なお、江島・前掲論文(註66)891頁註22は、「山元の「影響的権威」と松田の「説得的権威」との異同について検討が必要だが、次稿の課題とし、本稿では、両者のフォーカスが異なること(前者は法源、後者は実施権限の配分原理)のみを指摘する(よって、場合によっては両者は重なりうる)」としていた。

⁶⁸ 松田『国際法と憲法秩序』184頁以下。2016-17年論文では「個人の請求権を基礎づける効力すなわち「狭義の直接適用」の根拠としての効力」とされていたものが、「狭義の直接効果」という表現になっている。なお、松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」(註42)111頁図表3参照。

観的基準（とりわけ「事項」）を直接適用可能性を「排除する基準」と解すること⁶⁹によっていわば解毒を図ったものと解することができる。それでもなお解消されない問題があるのかについて、松田『国際法と憲法秩序』の説明は必ずしも明解ではないようにみえる。

そして、松田『国際法と憲法秩序』は、2016-17年論文における《表2》の枠組みを引き継ぎ、(2) 裁判規範としての効力において、「直接適用可能性」概念の難点を克服するために「裁判規範性」を論ずることを提唱する⁷⁰。それは、憲法学説との通有性を重視した選択とされるが、「裁判規範性」を論じることの意味が共有されているかには疑問が残る。憲法学説は、最高裁の塩見訴訟判決について、「社会権規約の裁判規範としての効力を一律に否定的に解した」⁷¹として批判することがあり、これに関連して、「社会権規約に基づく義務は、裁判規範性はないにしても、法的な義務である」⁷²ということもある。つまり、憲法学は、法的効力を有する規定が裁判規範となりうることを前提にして、その規定がいかなる場合に裁判規範性を認められるかということを論じてきたのであり、法的効力を有する規定が常に裁判規範性を具備すると考えているわけではない。《表2》の(2)は、「つまづきの石」の場所を変えたにとどまるかもしれない⁷³。

⁶⁹ 岩沢・前掲書（註46）527-530頁参照。

⁷⁰ 松田『国際法と憲法秩序』18-21頁。

⁷¹ 中村睦男「判批」佐藤進＝西原道雄＝西村健一郎編『社会保障判例百選〈第2版〉』（有斐閣・1991年）10頁。

⁷² 曾我部・前掲論文（註7）77頁註25。

⁷³ 裁判規範性の問題については、松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」（註42）92頁以下も参照。「つまづきの石」について、同論文114頁参照。さらに、阿部浩己「国際人権法と日本の国内法制——国際人権訴訟の再構成」国際法学会編『日本と国際法の100年(4)人権』（三省堂・2001年）271頁註13、「導きの糸」と「つまづきの石」について、樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす——下級審判決からのアプローチ(新版)』（日本評論社・2011年）13頁〔樋口〕参照。「直接適用可能性」概念が議論に混乱をもたらしていると批判しながら、「直接効果 (direct effect)」という EU 法類似の概念を新規に導入することにも疑問がある。また、松田『国際法と憲法秩序』および関連する論稿では、〈岩沢説における直接適用可能性と、憲法学における裁判規範性とはまったく別の

2. トランスナショナル人権法源の間接適用

(1) 「参照」と間接適用

self-executing 概念に結びつく条約の「直接適用」と、国際法適合的解釈としての「間接適用」とが対概念ではないことは、松田『国際法と憲法秩序』が強調したところである。山田『グローバル化と憲法』は、国内的効力を有する条約に関する限り、国内法の条約適合的解釈は「間接適用」と呼ぶべきではなく、その本質は直接適用であると論じた。そうであるとする、少なくとも日本国憲法に関しては、国際法学にいう「間接適用」論が固有の意義を有する場面は、「国内的効力がない国際法規範」にあることになりそうである。手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、その点について論じたものということになる⁷⁴。しかし、条約の国内的効力を承認している日本国憲法においては、「国内的効力がない国際法規範」を国内法解釈において「参照」する場面は限定されており、とくに大きな憲法上の問題を伴うものでもないはずである⁷⁵。

概念である」ことが強調される。しかし、それ自体は大きな問題ではなからう。憲法規定が裁判規範性を有する場合でも、当該規定が〈それ以上の措置の必要なしに適用されう〉ときと、〈具体化する法律の存在を前提にして裁判規範としての効力が認められる〉ときがあると考えられる。この区別を捨象する必要があるのか疑問である。逆に、従来、憲法学において「裁判規範性」が論じられたのは、多くは、それを具備するか否かに疑義がある場合である。そのような概念に殊更に国際人権条約を結びつけることに弊害はないであろうか。

⁷⁴ 手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「参照」の意義をめぐっては、……「国際法適合的解釈」をも含む概念であると考えられるが、「適用」とは異なるものである」として、松田『国際法と憲法秩序』や山田『グローバル化と憲法』が指摘するような点に触れながら、「間接適用」と「参照」については、その内容においては関連するものの、用語の意味においては異なる」とする(23頁)。これは、「参照」と「適用」の峻別を意識した記述であって、同頁で言及されている「間接適用」の一般的な定義は、「参照」の要素を含んでいる。

⁷⁵ なお、国際法学における「間接適用」概念の明確化を試みるものとして、寺谷広司「間接適用」論再考——日本における国際人権法「適用」の一断面」藤田久一先生古稀記念『国際立法の最前線』(有信堂高文社・2009年)165頁以下。なお、齊藤・前掲書(註9)80頁註28参照。さらに、寺谷広司「私人間効力論

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』は、「国内的効力がない国際法規範」の参照の正当性を問題とする。しかし、「ある国内法規範を解釈する際にその手がかりとして国際法規範を参照することは自由である。したがって、国際法規範が国内法上法規範としての地位を持たない場合であっても、そもそも国際法上の規範的地位が不明確なものについても、国際法規範（あるいはそれに準ずるもの）を参照して国内法を解釈することは可能である」。そこで、「問題は、国際法適合解釈が禁止されるのはどのような場合か、および、国際法適合解釈が義務づけられるのはどのような場合か、である」とされる⁷⁶。憲法に焦点を合わせれば、「憲法解釈の際、必要に応じて人権条約を参照することが許されることには異論はない。問題は、条約適合的解釈の義務があるかどうか」⁷⁷である。

「国内的効力がない国際法規範」を国内法解釈において「参照」するカナダ最高裁が手がかりに、国際法適合的解釈が行われる場合とその正当性を論証する試みが、手塚『司法権の国際化と憲法解釈』である。そこでは、「変型の体制を採用するカナダにとって、カナダが国際的に義務を負っている条約か否かの区別よりも、その人権条約が具体的にどの程度の人権保障基準を設定しているかの方がより重要であり、その意味でたとえ当事国ではなくても「ヨーロッパ人権条約」の解釈はカナダの裁判所の判断に重要な指針を提供している」⁷⁸とされる。つまり、カナダにおける欧州人権条約等の「参照」が任意ないし適宜に行われるものであれば、その正当性は大きな問題とならないのではなかろうか。

（２）トランスナショナル人権法源論

ところで、「近年、最高裁が新たな傾向を示している。すなわち、まず、

と「国際法」の思考様式——憲法学と国際法学の同床異夢」国際人権23号（2012年）14-15頁註25参照。

⁷⁶ 酒井ほか・前掲書（註46）404頁〔瀧本〕。「カナダ連邦最高裁は、カナダ憲法第1章の人権憲章の解釈にあたって国際法を参考にすることができると述べたが、これは、同人権憲章が国際法を反映する形で制定されたものであるとの前提に立った上での判示である」（同頁）。

⁷⁷ 曾我部・前掲論文（註7）76-77頁註22。

⁷⁸ 中井・前掲論文（註29）32頁。

国籍法違憲判決が自由権規約や子どもの権利条約を参照し、その後、非嫡出子相続分違憲決定も両条約に言及したほか、自由権規約委員会や子どもの権利委員会の勧告や見解にも触れている。そして、これらを違憲判断の根拠の1つとしていることから、憲法学説においても人権条約に対する注目が近年高まっている⁷⁹といわれる。これらの最高裁判例は、諸国が合意した法規範としての国際人権法から（条約機関によって更新されうる）「国際標準」を比較法的に検出するという手法を用いたとみることができるかもしれない⁸⁰。

しかし、その後、「再婚禁止期間一部違憲判決及び夫婦同氏制合憲判決においては、法廷意見では人権条約への言及がなかった。いずれにおいても、条約機関による複数の勧告が存在し、個別意見では言及があるにもかかわらず、である。そのことについて特に説明もない」という問題が生じている。このような「近年の最高裁による人権条約や条約機関の見解の参照については、人権条約が単なる事実として扱われているように見えること、その参照の有無が恣意的であることから、問題を指摘せざるを得ない」とされる⁸¹。

こうした判例の手法を、積極的に捉えて説明しうる見解の一つとみられているのが、トランスナショナル人権法源論⁸²である。

⁷⁹ 曾我部・前掲論文（註7）78頁。「しかし、これらの判例において人権条約や条約機関の勧告等が参照されているのは、主として立法事実の変化を基礎付ける事情としてであって、立法府や裁判所を拘束する法規範としてではない。国際人権法が法規範ではなく、立法事実として扱われているのである」（同頁）。

⁸⁰ 齊藤・前掲書（註9）94-96頁、111-113頁。

⁸¹ 曾我部・前掲論文（註7）78頁。

⁸² 山元「憲法解釈と比較法」公法66号（2004年）105頁以下、同「憲法解釈における国際人権規範の役割——国際人権法を通して見た日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望」国際人権22号（2011年）35頁以下、同「グローバル化世界と人権法源論の展開」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法——理論的対話の試み』（尚学社・2013年）344頁以下、同「『グローバル化世界における公法学の再構築』に向けての覚書」季刊企業と法創造9巻3号（2013年）3頁以下、「山元一報告をめぐる質疑応答」同173頁以下、同「『憲法的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』」法時87巻4号（2015年）74頁以下、同「『国憲的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』」ジェンダーと法13号（2016年）23頁以下、

トランスナショナル人権法源論は、「国内裁判所が人権問題を解決するために依拠する法的規準」が「国境を超えたトランスナショナルな存在を包含」することによって、「憲法と国際人権規範や外国人権判例が重層化する」という観点から展開されている⁸³。トランスナショナル人権法源論の方向性には賛同する見解もあり、「法源」という言葉の使い方には批判がみられるものの、トランスナショナル人権法源論の「方向性」は、これまで国際人権法学においてしばしば提唱されてきた「間接適用」論と類似するものであると解される。

トランスナショナル人権法源論の要諦は、「拘束的根拠」と「説得的根拠」の2分論を相対化して、人権先進各国の憲法判例や国際人権規範を一括的に観念し、人権法解釈のための法的基準と把握することである。そのようにして、戦略として、国内裁判所において国際法（国際人権法）と外国法（比較法）の区別を相対化し、「考慮すべき法素材ないし法源」であるトランスナショナル法源として同列に扱うのである⁸⁴。

同「[国憲的思惟] vs. [トランスナショナル人権法源論]」山元一＝横山美夏＝高山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』（日本評論社・2016年）3頁以下等を参照。

⁸³ トランスナショナル人権法源論は、日本の憲法学における比較対象国の少なさや、特定の準拠国を定めることへの批判も含んでいる。

⁸⁴ 山本龍彦「憲法訴訟における外国法参照の作法——外国法の「普段づかい」？」小谷はか編・前掲書（註82）316頁以下は、「憲法訴訟における外国法参照の作法」として、外国法を裁判所における憲法判断のなかに日常的に取り込むような“外国法の普段づかい”を提唱している。すなわち、「外国法や国際的動向を超国家的規範とみて、それからの逸脱・乖離を直ちに違憲判断と結び付け」るのではなく、「人権制約手段の目的適合性（効果）や必要性等を査定する際の事實的・経験的情報としてプラグマティックに用い」ることが主張され、国籍法を違憲とした最高裁判平成20年判決も、そのようなスタンスのものと評価される。この「普段づかい」論の対象は、「外国法（比較法）であり、国際人権規範は議論の対象とはされていない」（山元・前掲「グローバル化世界と人権法源論の展開」（註82）348頁）ので、比較法と国際法を融合させるトランスナショナル人権法源論とは距離を置くもののようにもみえる。しかし、多数国間の立法条約が条約解釈を行う条約機関を伴う場合、多数国間の合意で作られた条約条文を、締約国の国内法との調整を考えながら解釈することには、比較法と類

そして、「法律家は国際的な存在であり、裁判官こそが国際的な存在でなければならない、という認識」を前提に、国内裁判所は「国際社会に対して法的な応答責任を引き受けており」、「国際人権法の示唆する解決方法がある場合」に「それに反する判決を下そうとする場合には、なぜそのような解決方法を採用しないのかについて説得力のある説明を行わなければならない」とする。ここで求められる「対話」とは、「応答的な態度で法的議論を行うという意味」であるとされる。

このように、トランスナショナル人権法源論は、対話的プロセスを重視するものとされ、その点で国際人権法と憲法の「共生」論を説き、「対話」を強調する見解への共感が示される⁸⁵。

似するものがある。最高裁の平成20年判決や平成25年決定はそうにして示された「国際的動向」としての国際人権法に論及していると解される。最高裁が「多くの国」の法実践を参照しているならば、そこで国際法が多くの国の法実践の最大公約数的なものともいふべき意義を有するとみることでもあるであろう。ところで、外国法の「普段づかい」論は、裁判所に求められるのは「民主的正統性をもった立法者が外国法を真剣に考慮することを求める」ことであるとする「二次的論証モデル」を提唱している。そこでは、裁判所は、外国の法実践について検討する十分な能力を有しないとされる一方、多数の外国の法実践は国会の立法についての判断過程審査における要考慮事項となるとされている。しかし、立法者が「多数派国家の法実践」に従わない場合に「立法者に対してその逸脱・乖離に関する強度の説明責任を求める」（山本・同論文340頁）ことや、裁判所がそれを要考慮事項として判断過程審査を行うというのは、「普段づかい」の域を超えるようにも解されるが、外国法についてそこまで求めるとすれば、国内で法的効力を有し、裁判官がその実践について検討する十分な能力がないということは許されないはずの（条約機関から裁判官の研修を求められている）国際人権条約については、より重い扱いが求められることになるのではなかろうか。これまでも普段から使われていたとされる外国法の普段づかいよりも、「よそ行き」として仕舞い込まれている条約の普段づかいこそ、考えてみる意味があるはずである。このように考えれば、憲法解釈における国際人権条約の扱いに関する限り、トランスナショナル人権法源論と外国法の「普段づかい」論における径庭は小さいとみることができそうである。

⁸⁵ ただし、両者は、民法900条4号に関する最高裁平成25年決定の背後にある国際人権法と比較法の融合あるいは循環についての認識は共有しているとしても、比較法と国際法の関係および「対話」の位置づけにおいては相違があると

ただし、トランスナショナル人権法源論の見地からは、今後、条約機関の意見・見解に「反する解釈を施そうとする場合には、それを論証すべき責任を裁判所は負っている」とされることになる。この点が、最高裁の平成27年の2つの判決を考えるうえでのポイントになる。

(3) トランスナショナル人権法源論への疑問

トランスナショナル人権法源論は、国際法と外国法の区別を相対化し、両者を「影響的権威」として同等に扱うのであるから、その意味では、国際人権条約の厳密な意味での法源性を否定していることになる。

それでも、最高裁の平成20年判決や平成25年決定のような国際人権条約を外国法とともに「国際的動向」として扱うことを正当化する理論としては、魅力的であるかもしれない。問題は、「応答的対話的態度で法的議論を行うこと」の実効性である。

考えられる。「対話」で国際実施機関と国内人権保障の接合が強化された多層的な「共生」システムを説くこの見解は、「国際人権機関も、諸外国の立法動向を参考にする。……ヨーロッパ社会のコンセンサスが見出しがたい新しい人権問題を取り扱う際には、[欧州] 人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約だけでなく、関連する国際法規および比較法的考察（ヨーロッパに限定されない）を熱心に行う。比較憲法と国際人権法の取り合わせは、偶然の産物ではない」（江島晶子「憲法の未来像（開放型と閉鎖型）——比較憲法と国際人権法の接点」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂・2015年）412頁）としており、国際人権機関における比較法と国際法の融合には好意的である。しかし、そのようにして解釈が形成された国際人権条約が国内裁判所で援用される場面では、戦略的に、国際法と外国法は峻別されるべきであるとする（前掲「山元一報告をめぐる質疑応答」（註82）173頁〔江島晶子〕）。そして、条約機関と国内裁判所の間の「対話」は、個人申立のような制度の存在を背景とした「事実」の問題として捉えられている。制度上で、条約機関や国内裁判所がキャッチボールにもならないかもしれない「言い合い」をするのが、そこでいう「対話」であるかもしれない。なお、手塚崇聡「比較憲法学における相互「参照」の意義——カナダにおける一方的「開放型」の変容と「法的成熟」」比較憲法学研究31号（2019年）は、カナダ最高裁の動向として、「一方的な「参照」という「開放型」から、相互「参照」という双方向性のある「対話型」へと変容したと考えられる」（124頁）とする。

従来の国際法学における条約の「間接適用」論の代表的学説は、「裁判所による解釈の妥当性を担保するものとして、解釈共同体」⁸⁶の存在を前提としていた。これに倣っていうと、トランスナショナル人権法源論は、解釈共同体によって妥当性を担保された解釈であるから、国内裁判所がそれを採用することは許されるとし、採用しない場合には国内裁判所は合理的な説明をしなければならないというものである。したがって、従来の国際人権法学説への批判を出発点としながら、その本質に大きな相違はないといえる。

そして、最高裁が、自らの法解釈に〈妥当性の担保〉を必要とした場合には外国法や国際人権条約を援用し、〈妥当性の担保〉を求めない場合にはそれらを援用しないという選択を許すならば、トランスナショナル人権法源たる外国法や条約は結論の確認あるいは装飾にすぎないこととなる。裁判官がトランスナショナル人権法源に「応答的な態度で法的議論を行う対話的プロセスの重要性」⁸⁷を説くだけなら、裁判官が任意に外国法や国際人権条約を参照することとの相違は、分かりにくくなる⁸⁸。

このように、トランスナショナル人権法源論からは国際人権条約の法的拘束力（法源性）を根拠に最高裁の恣意的な条約の取扱いを規律することはできないのではないかと懸念されるところである。これに対して、トランスナショナル人権法源論は、「裁判官こそが国境を越えたプロフェッションの連帯意識を背景とした国際的対話の担い手」であり、「裁判官の国際社会へのコミットメントが決定的に重要」とし、「外国法における特定の論点に関する一定のコンセンサスへの収斂傾向についての真剣な考慮は、単なる外国法に関する「情報」という事実の次元に対する応答というよりも、国際社会から日本に差し向けられる規範的要請に対する応答と考えた方が妥当なのではないか」として、「外国法参照は単なる「判断過程統制における考慮不尽」ではなく、国際社会の法的判断が憲法解釈を決定的に方向づけると考えることができる場合も

⁸⁶ 阿部浩己『人権の国際化——国際人権法の挑戦』（現代人文社・1998年）302頁。

⁸⁷ 山元・前掲「憲法解釈における国際人権規範の役割」（註82）38頁。

⁸⁸ 山本・前掲論文（註84）342頁註71。

あるのではないか」とする⁸⁹。しかし、「国際社会の法的判断が憲法解釈を決定的に方向づける」とまでいうとすると、それはトランスナショナル人権法源論によって説明可能なのか、懸念される⁹⁰。

他方で、人権裁判所や個人通報制度はなくても、「日本の裁判所が委員会の「見解」や「一般的意見」と異なる解釈を採用した場合には、国家報告制度の場で取り上げられることになり、日本はそこで自国の裁判所の解釈の妥当性の立証を迫られることになる」⁹¹とされ、政府報告書審査のルートを通じて国内裁判所がトランスナショナル人権法源論に對峙させられる可能性はある。しかし、最高裁の平成27年の2判決は、そうした影響から最高裁はなお自由であることを示したといえそうである。

それでも、トランスナショナル人権法源論が期待するように、裁判官が「国境を越えたプロフェッションの連帯意識を背景とした国際的対話」に有効に参加することになったとして、国際法と外国法の区別なく、「国内人権法源」に対して「トランスナショナル人権法源」が優越するわけではなく「国内法人権解釈の問題を両法源の競演によって解決させようとする」⁹²ものであるときに、解釈をめぐる制度間競合⁹³や、解釈主体の多元化がもたらす法の混迷状態⁹⁴の問題が指摘されている。

たしかに、最高裁の平成20年判決や平成25年決定のような国際人権条約を外国法とともに「国際的動向」として扱うこと、場合によってはそれを「トランスナショナル人権法源」といった考え方で説明することは、

⁸⁹ 山元・前掲「グローバル化世界と人権法源論の展開」(註82) 358-359頁。

⁹⁰ 裁判官はグローバル化の最前線に身をさらしているとされることが、グローバル化を背景に「事実上無視できない」ものとしてトランスナショナル人権法源論の存在を説くものであるとすれば、そこには、一方で、「国内／国際裁判官の正統性」の議論が関わってくるのかもしれない(齊藤・前掲書(註9) 111頁参照)。

⁹¹ 芹田健太郎＝薬師寺公夫＝坂元茂樹『ブリッジブック国際人権法〈第2版〉』(信山社・2017年) 224頁[坂元]。

⁹² 山元・前掲「グローバル化世界と人権法源論の展開」(註82) 363頁註43。

⁹³ 西原博史「「人権」規範の構造と国際人権の憲法学的レヴェアンス」国際人権22号(2011年) 51頁以下。

⁹⁴ 松本和彦「憲法上の権利と国際人権」国際人権22号(2011年) 60頁。

それはそれとして許されるであろう。比較法的に「国際標準」を検出する場合には、理論上は、条約の適用という形をとらず、国内法の解釈として「国際レベルでの水準を充たす措置をとることも十分可能」⁹⁵とされるところである。

しかし、国際人権条約の遵守を確保するためには、それで十分とはいえないのではなかろうか。

比較法的検討の枠内で、国際標準を検出するために国際人権条約を参照するという最高裁の枠組では、比較法的検討が行われなければ国際人権条約が援用されることもなく、その比較法的検討も現状では違憲の判断を補強ないし装飾するために行われ、つまり、最高裁の選択に依存しているのではないかと解される。最高裁のそうした恣意的な選択を統制するために、国際人権条約の国内的効力を前提として、憲法98条2項に基づき、その国内的実施を担保する2段構えの枠組みをとることも有用であろう。

国際人権条約の性質上、締約国の区々な解釈を許しては意味がなく、第1次的には条約機関が示した解釈に従うことが求められる。そうした性質の条約を締結した以上、条約を「誠実に遵守すること」とは、条約機関の解釈を可能な限り顧慮することであると考えられる。もちろん、明らかに憲法と矛盾するときは、条約機関の解釈に従うことはできない。その場合は、国内裁判所は、条約機関に対して異なる解釈を採用する理由を説明することになる。

「いわゆる主権者というものを何とかして法的に拘束しようとする企図が憲法と国際法が共通して持っている課題であって、憲法と国際法は共通のパラダイムに立っている」であり、「両者はまさに協働する必要がある」とされること⁹⁶には共感するが、それをトランスナショナル人権法源が生成しているという事実において(だけ)ではなく、日本国憲法の解釈として説明する必要があると解される⁹⁷。

⁹⁵ 高橋・前掲「国際人権論の基本構造」(註1)55頁。

⁹⁶ 山元・前掲「「グローバル化世界における公法学の再構築」に向けての覚書」(註82)10頁。

⁹⁷ 「山元教授の議論は、グローバル社会のさらなる進展を展望したよりスケー

つまり、トランスナショナル人権法源論の本質は「間接適用」論であり、そこで説明しうるのは「参照」にすぎない。説得的根拠といっても、参照すべき国際文書の価値が高いということだけでは「適合的解釈」を義務づける根拠にはならない。「国際規範のある種の考慮義務がある……となれば大激震が起きる……。他方、考慮義務がないことになれば、援用したいときだけ援用されることとなり、結論がまず先にあった上でその補強、箔づけとして使われる。国籍法判決や相続分差別の判決はそういった色彩が強い」のであって、「外国法をアドホックに参照するのと同じ程度の話になってしまい、この方向を突き詰めてもあまり先がない感じ」とされるのである⁹⁸。

手塚『司法権の国際化と憲法解釈』が考察したカナダ最高裁による参照は、それがカナダ人権憲章の起草時における欧州人権条約のつながりという事情に基づくのであるならば、日本国憲法の解釈には直結しないことになる。それでも、カナダ最高裁による参照が、国際人権法に固有の事情が濃いものではなく、外国法の参照と基本的な性質を通有するものと理解されるならば⁹⁹、日本国憲法の解釈における国際人権法の参照について、トランスナショナル人権法源論と内実を共有しつつ、それを超える何かを提供するものであるかが注視されることになろう¹⁰⁰。

ルの大きな構想であって、それに依拠して、今日の日本法の解釈論として展開することは難しいように思われる」(曾我部・前掲論文(註7)78頁)。

⁹⁸ 穴戸ほか編著・前掲書(註2)379頁[曾我部]。なお、松田『国際法と憲法秩序』209-210頁も参照。

⁹⁹ 手塚・前掲論文(註85)128-129頁では、カナダ最高裁による参照を特徴づける3つの背景的要素に、制定時の経緯が含まれていない。

¹⁰⁰ 手塚崇聡「気まぐれの「参照」——どのような場合にいかなる意味で外国法や条約を「参照」するのか?」大林啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』(成文堂・2018年)、同「グローバル化社会における司法権の役割——国際法規範との「対話」の要因と要請」坂元茂樹・薬師寺公夫両先生古稀記念論集『現代国際法の潮流Ⅰ』(東信堂・2020年)は、この方向に進んでいるようにも解される。

3. 「法律に対する条約の優位」からの逃避

(1) 否定の道塗

山田『グローバル化と憲法』および松田『国際法と憲法秩序』の共通点として、従来の一般的な理解であった「法律に対する条約の優位」に対して疑念を示していることがある。たしかに、この問題は、前述のように有力な憲法学説もすでに指摘していたところである。しかし、「法律に対する条約の優位」の根拠が脆弱だとして、根拠の補完を図ることを考えるか、根拠薄弱を理由に従来定着した理解を否定するかは、別問題である¹⁰¹。山田『グローバル化と憲法』と松田『国際法と憲法秩序』は、後者のスタンスである。

山田『グローバル化と憲法』は、憲法98条2項からは条約の優位は導かれず、条約と法律は同位であるとする¹⁰²。それに対して、松田『国際

¹⁰¹ 齊藤・前掲書(註9)74頁参照。なお、松田『国際法と憲法秩序』は、「国際約束を締結する際も、……原則として事後的に法規範の優劣の問題を論じなくともよい状態が目指される」という「実務慣行」の存在を指摘するが(179頁)、それが「法的安定性の観点からは積極的に評価すべき」(177頁)のものであるとしても、そのことから直ちに「法律に対する条約の優位」の意味が失われるわけではないであろう。

¹⁰² 山田『グローバル化と憲法』が「法律に対する条約の優位」に疑問を示す近時の見解として挙げて支持する2つの学説のうち、高橋・前掲「国際人権の論理と国内人権の論理」(註1)69頁以下、同・前掲「現代人権論の基本構造」(註1)110頁以下、同・前掲「国際人権論の基本構造」(註1)51頁以下は、「法律に対する条約の優位」そのものを排除する趣旨かは必ずしも明らかではなく、「授權関係」を通じた「法の支配の制度化の論理」としての「法の段階構造」の構想を貫徹する可能性を論じたものとも解される。また、「国内法的効力をもつ場合」には条約と法律は同位とする見解(松井茂記『日本国憲法〈第3版〉』(有斐閣・2007年)64-65頁)は、(山田『グローバル化と憲法』も指摘するように)理由づけは明確でないが、日本国憲法について学説は「基本的に二元論になっている」が「実質的に一元論だということもできる」(松井・同書63-64頁)とするものであることに注意が必要かもしれない。なお、手塚崇聡「憲法訴訟と法律に基づく国際人権訴訟」憲法研究7号(2020年)139頁は、「アメリカと同様に条約と法律は同等の効力であるとも考えられ」、「条約の法律に対する優位性については、再考の必要がある」とするが、そこでいう「法律に基づく国際人

法と憲法秩序』は、98条2項は「序列」の問題を規定していないと解する¹⁰³。このように、論理に相違はあるものの、いずれも、憲法98条2項から一般的に「法律に対する条約の優位」を導くことを否定するのである。

従来の通説的見解が「98条2項(条約の誠実遵守義務)を根拠として(法律に対する)条約優位説をとる」ことについては「便宜的な理由付けであるとして批判も強い」ということを認識する学説も、「もっとも、法律優位説(あるいは条約法律同位説)をとっても、条約が法律に違反することを理由に国際法上の義務を免れることはできず、条約と矛盾する法律を改廃しない限り国際法違反の状態が続くことになるが、これは条約を「誠実に遵守する」ものとは言えない」という問題を指摘している¹⁰⁴。

これについては、山田『グローバル化と憲法』も松田『国際法と憲法秩序』も、憲法98条2項の「誠実に遵守することを必要とする」という規定に基づいて、適切な調整が行われると想定しているようである。しかし、「法律に対する条約の優位」は、「誠実に遵守することを必要とする」という規定の解釈として導かれたものである。「法律に対する条約の優位」を前提としなければ、「立法者のサボタージュ」¹⁰⁵を観念するこ

権訴訟」との関係が前提になっているようであり、先行する山田『グローバル化と憲法』や松田『国際法と憲法秩序』の議論との異同には言及されておらず、指斥の趣旨は必ずしも分明ではないようにみえる。

¹⁰³ 松田『国際法と憲法秩序』164頁は、条約と法律を「同位」とする山田『グローバル化と憲法』に対して同意していない。他方、松田『国際法と憲法秩序』165頁は、98条2項の文言は、「[「国内的効力」や「序列」を読み取ろうとするなら極めて不明確であるが、「誠実に遵守する」という内容については十分に明確である]」、「98条2項は国際法の序列には一切触れず、単に「誠実に遵守」することを定める」とするが、条文の文言にないということだけから従来の解釈の営為を等閑視することには疑問がある。なお、加藤隆之「国際法と国内法の効力関係——国民主権・国家主権との関係を基軸として」亜大48巻1号(2013年)33頁以下参照。

¹⁰⁴ 曾我部・前掲論文(註7)75頁註16。

¹⁰⁵ 松田『国際法と憲法秩序』166頁。なお、棟居快行「国内裁判所における国際人権の適用をめぐる」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法(3) 国際人権法の国内実施』(信山社・2011年)36頁[同・前掲書(註7)195頁]からの引用

ともできないし、国会の作為ないし不作為が遵守義務違反であると裁判所が判断する根拠も不確かなものとなるのではなかろうか。

(2) 喪失の意味

(i) 裁判的保障

種々の条約を「誠実に遵守すること」が具体的に何を意味するかは、常に分明であるとは限らないはずである。国会は「憲法98条2項の誠実遵守義務」に反していないと解している場合でも、裁判所がそれに疑念を抱く可能性はある。日本の「対話」理論の先駆的学説は、三権が「自分の権限に関しては自分の解釈が優先するのだ」として「それぞれがぶつかってもしょうがない」という考え方は採らないとして、法の支配を実現するための「対話」には、その前提として、「三権がばらばらの憲法解釈をした際には最高裁の憲法解釈に従って」行われるというしくみがあると¹⁰⁶。つまり、国会と裁判所の対等な対話に結論を委ねるのではなく、対話による解決が成立しない場合が存在することを当然に想定して、最終的には裁判所の判断が優位するという枠組みを前提に対話を行うというものである。こうした見地に学ぶとき、「法律に対する条約の優位」という規律を外して、条約と法律を同位においたうえで個々の場合の調整に委ねることには疑問がある。

松田『国際法と憲法秩序』は、「憲法98条2項の文理からは、国際法の誠実遵守を憲法上要求し、国際法に違反することを承知のうえでなされる国家の作為・不作為等を憲法上禁止する、という規範的内容が導かれる」とし、「立法府も含め、すべての国家機関は国際規範に対する誠実遵守義務を負っている」のであって、「日本における国際義務の実施は、……権限協働の仕組みによって把握することができる」とする。そのような権限協働においては、「ある機関が誠実遵守に失敗した場合、別の機関が実施に向けて権限を行使する」として、「一の矢が的を外したとしても、続いて二の矢、三の矢が用意されている」という書評の言葉を

である。

¹⁰⁶ 佐々木雅寿＝長谷部恭男ほか「座談会：対話的違憲審査」論ジュリ12号（2015年）234頁〔佐々木〕。

引用する¹⁰⁷。しかし、そのとき、法律の条約違反を撃つはずの裁判所は、「法律に対する条約の優位」という矢を失っている。

(ii) 権限配分

法形式の序列（効力順位、形式的効力）の問題ではなく統治機構の権力分立あるいは権限配分の問題として論じるべきとする見解において、そこで構想されている議論は、「法律に対する条約の優位」を一般的に排除しても成り立つものであるのか疑問が残る。他方、「法律に対する条約の優位」には、条約を「誠実に遵守すること」という要請を権力分立構造においてどう実現するのかという思考が含まれていたはずである。それは、ひとり静態的な法秩序論ではなく、議会の立法権を裁判所が掣肘するという意味を含んでいるのである¹⁰⁸。

「権利自由を制約する法律等が条約の規定に違反すれば、条約の優位性により、当該法律等による制約は効力を有しないということになるのであるから、条約の違反も民訴法三一二条一項の「憲法の違反」に準じるものとして上告の理由に含めるべきである」¹⁰⁹とする見解が示されているが、条約違反を理由とする最高裁への上訴の問題は、「法律に対する条約の優位」を勘案することなく、権力分立あるいは権限配分の観点から、どのように論じられることになるであろうか¹¹⁰。

¹⁰⁷ 松田『国際法と憲法秩序』165-168頁。増井良啓「松田浩道『憲法秩序における国際規範——実施権限の比較法的考察』を読む」中里実ほか『金融取引と課税(5)』（トラスト未来フォーラム・2018年）26頁。

¹⁰⁸ 齊藤・前掲書（註25）8頁、同・前掲書（註9）61-63頁。

¹⁰⁹ 泉徳治「最高裁の「総合的衡量による合理性判断の枠組み」の問題点」石川健治＝山本龍彦＝泉徳治編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』（弘文堂・2019年）384頁。

¹¹⁰ ドイツでも、連邦憲法裁判所が欧州人権条約違反の主張を扱えるかが大きな問題となったところであり（齊藤・前掲書（註25）293頁以下、381頁以下）、これも松田『国際法と憲法秩序』のいう実施権限配分の動態的把握の問題であろう。もちろん、「法律に対する条約の優位」の承認が、条約違反を理由とする最高裁への上訴に直結するわけではない。なお、元最高裁判事による前掲論文（註109）は、「条約適合性の審査」について「条約は法律に優位するものであることが明らかである」（382頁）というのみで、「条約適合性の審査の現状」（383-384頁）が不十分なものであることは認識し、「条約適合性の審査の必要性」

逆に、松田『国際法と憲法秩序』は、「日本のすべての国家機関は適合解釈義務を負い、適合解釈ができない場合、国内法令や国家行為等は国際法に照らし違法となりうる」とするが、「裁判規範としての効力」については「国際法適合的解釈義務」の考察に重点が置かれており、裁判所による法律の条約適合性審査には総じて消極的であるようにみえる¹¹¹。

この点に関しては、後に、「裁判所が国際法に基づいて国内法令を無効とすることは、機関適性や法的安定性の観点から見て、かなり慎重に行わなければならないだろう。裁判所は、法令が無効となる事態を避けるために適合解釈を試み、どうしても適合解釈による解決ができない場合には国際法と国内法令とが不適合 (incompatible) であることを明らかにし、立法府・行政府に対応を求めるのが機関適性からみた望ましい権限配分のあり方と考えられる」¹¹²と説明されている。司法審査の結果、法律が条約違反と判断されたとしても、裁判所は当該法律の規定を当該事案において〈適用しない〉だけである。「裁判所が国際法に基づいて国内法令を無効とすること」を重くみて、裁判所の「機関適性」から考えると望ましい権限行使ではないとするのは、司法審査についての異なる理解を前提とするものと疑われる。そのような理解に基づいて論じられた「法律に対する条約の優位」の否定という実施権限の再配分は適切であるのか、再検討の必要があろう。

さらに、山田『グローバル化と憲法』も松田『国際法と憲法秩序』も、アメリカ合衆国やドイツ連邦共和国を比較対象として、両国では条約と法律は同位とされていても問題はないとするが、両国が連邦国家であって、条約が同位とされるのは連邦法律であり、州法に対しては優位することを考慮してもなお同じ議論ができるのかは、必ずしも明らかにされていないようにみえる。

(384-387頁)は唱えるものの、そのような現状を生む要因や、必要性を充足する方法についての分析はみられない。

¹¹¹ 松田『国際法と憲法秩序』186頁以下。なお、「法律に対する条約の優位」を否定する以上、ある意味では当然のことかもしれない。

¹¹² 松田・前掲「憲法秩序における裁判規範としての国際法」(註42) 113頁。

(iii) 思考実験

憲法の最高法規性は、憲法98条1項で確認されるとともに、違憲審査権についての81条がある。これに対して、条約の遵守は、98条2項で規定されているのみで、81条に相当する規定はない。そこで、98条2項の解釈によって「法律に対する条約の優位」が導出され、裁判所による担保が期待されているものと解される。それを外した場合に、どのような事態が想定されるであろうか。

法律と条約を同位とする山田『グローバル化と憲法』の立場に関しては、別の論稿(山田②22-23頁)において、法律との関係では「立法者に前法後法の間を背景に国際法をあえて破る権限を認めつつ、それが明確な形で行われなければならない限りは、国際協調を根拠に、国際法との抵触を回避できる国内法解釈を求める」とされ、「限られた場合に、立法府が自らの責任において熟議の結果あえて国際法を破る決定を行い、国際法上の責任を受け入れることは、国際責任を果たす限りにおいて、「誠実」な国際法遵守といっても良いのではないだろうか」とされている。

しかし、二国間条約にしても多国間の立法条約にしても、現実の困難を考えたときに、「熟議の結果あえて国際法を破る決定を行う」ことは、ごく「限られた場合」であろう。多くの問題は、既存の法律と条約の間で生じるのではなかろうか。

憲法98条2項は「序列」の問題を規定していないとする松田『国際法と憲法秩序』においては、国会が明示的に条約上の義務に反する立法を行うことは禁じられている。かりに一見明白に条約と衝突する法律が制定されたなら、裁判所は「憲法98条2項の誠実遵守義務」違反と判断するかもしれない。

しかし、条約と抵触するとの批判がある法律を国会が「条約に違反しない」として制定した場合、当該法律を裁判所が「憲法98条2項の誠実遵守義務」違反とすることができるかは不分明のように解される。「法律に対する条約の優位」という前提がなくても、裁判所は当該法律と条約との「不整合」を「条約違反」といえるであろうか。さらに、訴訟において既存の法律と条約に矛盾があると主張される場合、つまり、〈ある機関(国会)が誠実遵守に失敗した場合、別の機関(裁判所)が実施に向けて権限を行使する〉ことが期待される場面で、裁判所が「憲法98条2

項の誠実遵守義務」を根拠に具体的事案における法律の適用を排除するとき(178頁)の根拠も、必ずしも確実ではないようにみえる。

法律の改廃に不備があったこと(国会の過失)について、裁判所が「憲法98条2項の誠実遵守義務」と判断できるであろうか。それとも、裁判所自身の憲法98条2項違反を避けるために法律を適用しない、という説明が可能であろうか。①裁判所が法律と条約の「不整合」を認定したときには「憲法98条2項の誠実遵守義務」を根拠に条約を優先適用するものとするならば、「法律に対する条約の優位」を承認することと変わらないのではなかろうか。②裁判所が法律と条約の「不整合」を認定したとしても常に「憲法98条2項の誠実遵守義務」違反とするわけではない、あるいは、裁判所は「不整合」を宣言するだけとするならば、それは、裁判所が国際法違反を容認・放置する余地を認めることにならないであろうか。

(3) 再起可能性

山田『グローバル化と憲法』も松田『国際法と憲法秩序』も、個別の事案において条約が法律に優先して適用される可能性は認めている。そして、その根拠は憲法98条2項と解される¹¹³。法律に対する条約の優先適用を承認するには、場合によっては後法優越という一般原則を排除する必要がある、個別の事案において98条2項がその根拠になるのならば、あらかじめ98条2項によって後法優越の原則を一般的に排除することも可能ではないかと考えられる。「法律に対する条約の優位」が実質的に問題となるのは、後法たる法律との関係においてであろう。前法たる条約と抵触する後法たる法律を排除することが常に98条2項によって正当化されるならば、そのことと、98条2項から一般的に「法律に対する条

¹¹³ 一般に、「条約が法律と同等の地位に置かれる場合には、基本的に後法優位の原則が適用され、後の条約または法律が優位する」(浅田編著・前掲書(註54)29頁[浅田])とされる。山田『グローバル化と憲法』の見地からは、「国際協調を背景として、同位法への抵触回避要請の議論を展開する道」がありうるとされる(山田②22頁)。松田『国際法と憲法秩序』においても、裁判所が「誠実遵守義務」を果たすために法律の適用を排除するとされる(178頁)。

約の優位」を導き出すこととの間に懸隔はないと解されるのである¹¹⁴。

「法律に対する条約の優位」に疑問を呈する見解に対しては、「法律と条約との抵触を明確にし、政治部門の対応を促すために、裁判所による審査を認めることにも意味があるだろう。これらに加え、法律と条約それぞれの制定手続の厳格度の差異が（憲法・条約間の場合に比して）それほど大きくないことも考えれば、通説たる条約優位説を否定する必要はない」¹¹⁵との反論がなされている。たしかに、近時の学説は、条約承認手続が法律よりも「軽い」という点に注目して、その差異の大小に注意を払っていなかったのではないかと懸念される。

ただ、条約と法律は同位とはいえない（条約のほうが下位である）という議論に対してなら、手続の厳格度の相違は小さい（したがって同位でもよい）という批判も有効であろう。しかし、手続の厳格度が法律と「同等以下」である場合でも法律に優位して構わないというのには、やや根拠が不足している感があるろう。「法律に対する条約の優位」は、憲法98条2項のみに根拠を求めるものではなく、98条2項と他の憲法原則との調整から導かれる、それらを調和的に並存させる解釈の結果と解されるのである¹¹⁶。

おわりに

松田『国際法と憲法秩序』が「権限配分のあり方を動態的に把握するという観点」¹¹⁷を主張するのと重なるように、国際法学からは、憲法学や行政法学においても「条約と国内法との関係について、単に上下関係の秩序の中で整理するだけでなく、動態的に把握することの必要性を指

¹¹⁴ 齊藤・前掲書（註9）60頁参照。なお、後法優越の原則を排除しても、特別法優先の原則が残ると指摘されるかもしれない。しかし、それが前法であれ後法であれ条約規定に対して「特別法」といいうる法律の制定・維持を要請する特段の事情があるなら、「法律に対する条約の優位」を前提としても条約違反とされない可能性があろう。

¹¹⁵ 曾我部・前掲論文（註7）75頁註16。

¹¹⁶ 齊藤・前掲書（註25）245-246頁。

¹¹⁷ 松田『国際法と憲法秩序』27頁。

摘するものがあるが、国際法と国内法との関係における調整理論を実質化するものとして重要な視点であろう」¹¹⁸との指摘もなされている。

しかし、松田『国際法と憲法秩序』が「動的視点の重要性を強調する」ものとして引用する国際法学説は、「憲法なり国際法なりは存在しているが、それらを基礎としつつ、解釈実践を含めた新たな「法」を導く」ものとして、「判例の相互参照のみならず、事実として裁判官の交流をも含み、法共同体を構成することになる」ような「対話的過程」について、「時間軸を考慮する動態論」による分析を論じ、「国際法と国内法の関係について、いわば静態的妥当論、実務的調整論、動態的過程論へと、それ以前の問題意識と思考様式を包含しつつ、力点を変化させていっている」とする¹¹⁹。そこでは、「動態的」の語は「過程」論に係っている。

「憲法解釈は複数の統治機構の活動を通じて時間軸の中で形成されていくと捉えられる「ママ」憲法解釈の動態的視座を重視する考え方」は、「憲法を一定の範囲において開かれた構造を有するものとして捉えた上で、憲法解釈のプロセスを構造化し、その過程において用いられるべき基準ないしは準則の確定を重要な課題であると理解する」ものであるとされる¹²⁰。ここでも、動態的視座とは、「プロセス」や「過程」を注視するものと解される。

「実際の憲法秩序は、複数の国家機関の示した憲法解釈の集積と相互作用の上に成立している」¹²¹とすれば、「相互作用のプロセス」が注目され、そうした相互作用は「対話」と呼ばれることがある¹²²。そのような考

¹¹⁸ 穴戸はか編著・前掲書（註2）354頁〔森肇志〕。ただし、そこでは、「ソフト・ロー」と総称されるものが、「条約ではないため国会承認の対象とならないが、外交の民主的統制という観点からは大きな問題を孕む」ということに主たる関心が向けられていた。なお、国際法学における「動的視角」への関心について、小寺彰『パラダイム国際法——国際法の基本構成』（有斐閣・2004年）45-54頁、寺谷・前掲「「間接適用」論再考」（註75）203-204頁。

¹¹⁹ 寺谷・前掲「私人間効力論と「国際法」の思考様式」（註75）11頁。

¹²⁰ 土井真一「憲法判例と憲法学説」公法66号（2004年）131頁。

¹²¹ 同論文137頁。

¹²² 佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門との対話——対話的違憲審査の理論」論ジュリ12号（2015年）206頁。

察を行う対話的違憲審査理論は、従来の議論が「最高裁の違憲審査の時点で撮られた「静止画」によって憲法保障をとらえる方法」といえるのに対して、「時間の流れを止めずに「動画」として憲法保障の流れをとらえる」という説明で知られる。しかし、「静止画」と「動画」という分かりやすい対比から、「動態的」という語に得心するのは危険かもしれない¹²³。

対話的違憲審査理論は、たとえば、次のように論じている。すなわち、「動態的な三権分立論の可能性」として、「三権の適正なバランスの内実は、対話過程の具体的内容に応じて、相関的に変化しうるのであり」、そのように考えると、「最高裁から法改正の必要性を継続的に指摘されても、国会が長期間何も対応をしなかった場合等には、最高裁が、権利救済や違憲判決の後始末に関し、かなり大胆な判断をすることも憲法上許容される場合があると解される」とするのである¹²⁴。

条約の国内適用論の動態的な考察の可能性も、そのような取り組みのなかに見出されるものではなかろうか¹²⁵。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

*本研究はJSPS 科研費 JP20K01287の助成を受けたものである。

¹²³ 憲法や条約の規定は本質的に「静態的」であり、国家機関や条約機関の活動は事柄の性質として「動態的」である。法学は、この動態を、法という静態的なもので切り取って評価し、あるいはその枠組みに収めて統制するという企てを扱うものである。「立体的なもの、動いているものを認識すること、文字で表現することは難しい。法の段階構造という約束事に依拠して立体図を平面図に置換し、一時点を切り出して静的記述を施し、議論するしかない」（江島・前掲論文（註3）65頁）のである。

¹²⁴ 佐々木・前掲論文（註122）217頁。もちろん、対話的違憲審査理論の思考がこの類型にとどまるわけではない。

¹²⁵ 「その一端を見る」ものとして、曾我部・前掲論文（註7）76-79頁。