

條約と憲法との關係-立法一元化の問題-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2011-02-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 安澤, 喜一郎 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/9202

條約と憲法との關係

— 立法一元化の問題 —

安 澤 喜 一 郎

條約を中心として近代各國の憲法を見るならば、近代憲法の特徴は、國際平和の念願乃至條約の尊重といふことである。換言すれば國際法優位の思想である。従つてまたその結果として、條約の國內法規化、即ち條約は單に國と國との契約であるのみならず、それはまた同時に國內法としての效力をも有してゐるといふ考へ方である。わが新憲法もまたこの二つの主義に基いて制定されてゐるものと解すべきであらうが、しかしその結果當然に出てくる問題は、條約と憲法との關係である。國際法優越主義をとり條約を尊重するのあまり、若しその條約は憲法にも勝る權威を有するものと解するならば、換言すれば憲法に牴觸する條約の締結もまた可能であると考へられるならば、その結果必然に生じてくる疑問は、憲法とは一體どういふものであるかということである。従來憲法とは國の統治の根本的原則を規定したものであるとか、基礎法であるとか考へられて居り、また新憲法も憲法は國の最高法規であると規定してゐるが、この國の基本的原則であり、最高法規である憲法が、條約によつて簡單にへこまされてしまふ、これでも差

支ないのかといふことが、第一の疑問であり、次に生じてくる問題は、國の基本的原則といふものは、憲法といふような唯一の法源によつて確立せられることが望ましい。そこに成文憲法の存在する意義があるのであるが、しかるに憲法と條約との二法源、しかも條約は幾つ出來てくるかわからない、その條約がいつれも國の最高法規を形成するといふならば、ここにまた明治憲法にも劣らぬ國政の不統一が生じてくるといふことである。いひ換へれば立法の一元化が破壊されてくるといふことである。

明治憲法の根本的な缺陷は、立法の二元性乃至三元性にあつた。その第五條においては、「天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ」と規定し、一見明治憲法でも立法は一元化されてゐる如き外觀を呈してゐたのであるが、しかるに第七十四條は、「皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セス」と規定して、先づ法律と皇室典範との二元化を確立すると共に、また第八條以下天皇の大權に屬する事項及び第七十條の財政上の處分については、天皇に對し、法律又は豫算に代るべき命令權或は法律とは別箇の命令權を認めて立法の一元化を破壊し、從つてまた行政の部面においても、天皇に對する國務大臣の一元的輔弼の責任が確立せられず、皇室法規については帝國議會は固よりのこと國務大臣といへども何等これに與らず、更に最も重大な問題は、陸海軍の統帥（第十一條）並びに陸海軍の編成及び常備兵額の決定（第十二條）については、専ら軍部の帷幄上奏によつて行はれ、國務大臣は全然これに關與しないか或は國務大臣の輔弼のみによつて行はれないといふ憲法運用上の重大な原則が確立されてしまつたのであつて、これが遂に軍部をして廣義國防の名の下に國政の上に乗出す重要な足場を築かせてしまつたのであるが、かくの如き立法上、行政上の一元化の破壊が遂に國政全般の破壊に導いたものであつて、これが明治憲法の根本的な缺陷であつたのである。しかるにこれに對し新憲法においては、或は憲法と條約との二元性が容認されてゐる如き説をなす者がある。この點に關する疑惑が解決されない限り、新憲法もまた明治憲法と同様、立法その他あらゆる國政の二元化の

ためにその缺陷を曝露してくることになるのではなからうか。しかもこれは單なる杞憂ではない。來るべき講和條約の方式に對するわが國民の論說、政黨の主義綱領も、また外國から入ってくる電報も、わが憲法の存在を無視し、度外視してゐるものが少くない。勿論憲法まで改正してかかるといふならば、それまでであるが、しかしそれ程まで考へてゐる様子にも見えない。要は憲法の存在を忘れてゐるためであらう。

二

新憲法第九十八條第一項は、「この憲法は、國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その效力を有しない」と規定してゐる。いやしくも憲法が國の最高法規である以上は、この最高法規に抵觸する一切の法令が、その效力を有しないことは論ずるまでもないことであらう。またそれと共に、前文においては、この憲法は、主權を有する國民によつて確定せられたものであることを明言すると同時に、またこの憲法は、「國政は國民の嚴肅な信託によるものであつて、その權威は國民に由來し、その權力は國民の代表者がこれを行使し、その福利は國民がこれを享受する」といふ人類普遍の原理に基いてゐるものであることを宣言してゐる。従つてまた「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」と規定してゐる。換言すればこの憲法は、ただに國の最高法規であるにとどまらず、實に人類普遍の原理に基いて制定されたものであるから、この憲法の原理に反するものは、たとへ憲法といへども排除せらるべきものであるといふのである。過去の憲法は固よりのこと、將來といへどもこの憲法の原理に反する憲法は、その成立を許さないといふのである。しからばこの憲法の條規に反し又はその原理に反する條約の存在もまた許され得ないものであらうか。

しかるにこの點に關する第一の問題は、第九十八條第二項の規定である。「日本國が締結した條約及び確立された

國際法規は、これを誠實に遵守することを必要とする」と規定してゐることである。わが國が締結した條約や確立されてゐる國際法規はこれを誠實に遵守することを要するは問題のないところであるが、しかしこれについては、第一項の規定との關聯が問題とならざるを得ない。第一項は、この憲法の條規に反する法律、命令、詔勅などは、その效力を有しないと規定してゐるが、この憲法の條規に反する條約や國際法規については、何等の規定するところがなない。その意味はどこにあるか。先づ條約についていふならば、この憲法の條規に反する條約はこれを締結しても差支ないといふことであるか、或はまた、この憲法に反する條約はこれを締結することができないといふ意味であるか、更にまた、條約はたとへその内容がこの憲法に牴觸するものであつても、一旦締結された以上は誠實にこれを遵守することを必要とするといふ意味であるか。

條約は、この憲法の規定する手續に従つて締結せらるべきものであることはいふまでもない。この憲法は條約締結の手續については、第七十三條によつて、條約は内閣の權限として締結せられることゝ、しかしそれには事前に、時宜によつては事後に、國會の承認を経ることを必要とすること、しかしこの承認は、第六十一條によつて行はれるものであることを規定すると共に、第七條においては、この締結せられた條約の批准書に對しては、天皇がこれに認證を行ふべきこと、しかしこれを公布することを規定してゐる。以上のような手續を経て、わが憲法の下においては條約は、有效に成立するのである。この手續に反する條約が、條約として成立しないこと、換言すれば少くとも國際法上わが國が拘束せられることがあり得ないか又は條約が國內において有効に實施し得られないことはいふまでもない。しからば問題は、條約は以上のような手續によつて締結せられたからには、たとへ憲法の規定に反する如きことがあつても、條約は條約として成立し、わが國は絕對にこの條約に拘束せられると解すべきであらうか。

しかし乍ら憲法は國の最高法規である。この最高法規に反する條約の締法が許され得るものであらうか。しかも條

約がこの憲法の規定する手續に従つて締結せられるにもかかはらず、憲法の規定に牴觸する條約を締結し得るものであらうか。

最高法規たる憲法に牴觸する條約の締結が若しも可能であるとするならば、憲法は最高法規たる意義を失つてしまふであらう。最高法規とは、第九十八條第一項に示すように單に國內法規に對してのみ最高であり、條約や國際法規に對しても最高法規であるといふ意味ではないといふならば、それは詭辯である。國の最高法規とは國內においては名實共に唯一なることによつて成立し得るものであつて、最高法規が幾つも存在するならば、それは最高法規たる意義を失つてしまふ。この故に第九十六條も、改正憲法については、天皇は、國民の名で、この憲法と一體を成すものとして、直ちにこれを公布すると規定してゐるのである。しかもこの最高法規たる憲法は、上述のように國民のみづから確定したものであつて、その改正手續については、第九十六條においてこれを規定してゐるのであるが、この手續によらずして憲法が改正せられるとは、新憲法の上では考へ得られない。換言すれば憲法は國の最高法規であり、且つこれは主權を有する日本國民によつて確定されたものである。従つて第九十六條は、この憲法の改正は、國民の承認を経なければならぬと規定してゐる。この憲法が、國民の總意に基かずして變更せられるとは考へ能はぬことである。條約締結のような輕易な手續によつて簡單に憲法が變更せられ得るものとは考へ得られないのである。それでは憲法の最高法規としての意義が失はれてしまふであらう。

新憲法の規定においては、條約締結の手續は、憲法改正の手續に比して、左程重大視してはゐないのである。條約の締結は、前述のように第七十三條の規定するところであるが、條約の締結は、内閣の權限とし、しかし事前又は事後に國會の承認を経ることとしてゐるが、この國會の承認については、第六十一條において、第六十條の豫算の議決に關する規定を準用する旨を規定してゐる。しかしこの議決は、衆議院と參議院との議決が一致すれば問題のな

ころであるが、若し「參議院で衆議院と異なつた議決をした場合に、法律の定めるところにより、兩議院の協議會を開いても意見が一致しないとき、又は參議院が衆議院の可決した『條約』を受け取つた後、國會休會中の期間を除いて三十日以内に、議決しないときは、衆議院の議決を國會の議決とする」と規定して居つて、結局のところ條約の承認は、衆議院のみの過半数の賛成によつて行はれ得るものであることを明かにしてゐる。若ししかりとすれば、條約の承認は、法律案の議決よりも簡易な手續によつて行はれ得るものであるといふことになるのである。かくの如き簡易な手續によつて締結せられる條約が、若しも憲法を變更し得るものと假定するならば、憲法の最高法規性は失はれることになるであらう。

そればかりではない。新憲法では、條約は單に内閣の權限のみによつても有効に成立し得る餘地があるのである。第七十三條は、條約の締結に當つては、事前に、時宜によつては事後に、國會の承認を経ることを必要とするとして規定してゐるが、従つて若し内閣が條約を締結してしまつて、事後に國會の承認を求めた場合には、かりに國會がその承認を拒んだとしても、その時には既に條約は國際法上の效力を發生し、確立されてしまつてゐるのである。しからばこの場合にも、天皇は第七條により、その條約を公布することを要するか。それは要するものと解する。國會が承認を拒んだからとて、既に有効に成立した條約はこれを公布することを拒絶するわけにはゆかぬ。結局條約は、内閣の權限のみによつても有効に成立し得るのである。

しからば次に憲法と條約との双方が共に最高法規であるといふならば、これもまた問題にはならない。互に牴觸する數箇の最高法規が存在するといふことは、最高法規としての意義を生じない。そのいづれかを以て最高法規としなければならぬ。この場合に、一步を護つて、かりに條約を以て憲法を變更し得るとしても、憲法を以て條約は改正し得ないであらう。憲法に牴觸する條約を、その締結前にこれを拒否するならば兎に角、一旦國際法上の效力を發生

した條約は、憲法といへどもこれを廢止し又は變更することはできない。しかるときは結局條約のみが憲法に優先することになり、國の最高法規は憲法にあらずして、條約であるといふことになる。これは明かに第九十八條第一項の否定である。

三

しかし乍ら以上の論旨に對しては反對論がないわけではない。わが憲法によつてゐる基本的原理の一つたる國際主義の見地からして或はまた國際法優位の原則からして、條約は憲法に優先するの效力をもつてゐるものであるから、憲法に牴觸する條約の締結は可能であるといふのである。若しこの説を是認するならば、國の最高法規は憲法にあらずして條約であるといふことになるのみならず、一體國の根本法規はいづこに存在するかといふ疑問にぶつかるのである。條約といふものは一つとは限らない。數多い條約がいつれも憲法に優先するといふならば、國の根本原則或は基礎的法規は何によつて確立せられるかといふことになる。國の基本的原則は、最高法規としてただ一つの法規によつて確立せられることは、近代成文憲法國の原則である。しからざる限り成文憲法主義をとる意義は出てこない。いひ換へれば硬性憲法たるの意義がなくなる。

(註) ○宮澤博士 憲法大意六三頁

最高法規 憲法第九八條第一項は「この憲法は國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅および國務に關するその他行爲の全部又は一部は、その効力を有しない」と定める。この意味は、日本國憲法が日本の成文法のうちで最も強い形式的効力を有し、その規定と矛盾するかぎり、あらゆる成文法は効力をもちない、というにある。そして成文法が憲法の規定と矛盾するかどうかは、最後には、最高裁判所の判決できまる。

國際條約との關係についてはどうかという点、右に引いた憲法第九八條の第二項が「日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定めているところから考へると、日本國憲法は必ずしも、條約より強い形式的効力を有するわけではないと解すべきであらう。

○宮澤博士 憲法大意四〇〇頁

形式的効力 條約は、それが國際法の形式であり、國際法の法源であるという特殊な性質にかんがみ、それに対して、一般の國法形式にくらべて、弱い形式的効力をみとめることは、適當でない。近代諸國は、條約に対してつよい形式的効力をみとめている。たとえば、フランスの新憲法（一九四六年）は、「正式に批准され、公布された條約は、國法の權威にまさる權威を有する」としている（二八條・二六條）。

新憲法は、國際主義に立脚する。……したがつて、日本が結んだ條約および確立された國際法規は、日本の國法の定立者の全体を拘束する（憲九八條二項）と考えなくてはならない。そして、その結果として、條約や國際法規は、憲法制定權をも拘束すると解しなくてはならず、言葉をかえていえば、條約（確立された國際法規も同様である）の形式的効力は、憲法のそれよりもつよいと解しなくてはならない。憲法第九八條第一項が「この憲法は國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に関するその他の行爲の全部又は一部は、その効力を有しない」といつつ、そこに「條約」をあげず、憲法が、條約乃至國際法規に対する關係においては、かならずしも、「最高法規」たる性格をもたないという趣旨を示していることも、少よ様な解釋を助けるであらう。憲法が、條約（および確立された國際法規）に対して、かようにつよい形式的効力をみとめていることは、國法に対する國際法の優位を、原理的に、承認したものと見て、きわめて注目に値する。

從來から國の主權と國際法との關係については、國の主權は絶對的なものであつて、條約或は國際法規は、ただ主

權の自由な採擇に基いてのみ履行せられ得るものである。いやしくも主權の意思に反する條約とか國際法規とかの存在は考へ得られない。國の主權は國際法その他何ものによつても制限せられ或は命令せられる餘地はないといふ學說がある。

(註一) ヘーゲルの國際法論

この点においてはヘーゲルの思想は明確である。彼にとつては國際法なるものは存在しない。何となれば國家に適用される法的規制を規定し、これへ國家の服従を強制し得る國家に優越した人間の權力は存在しないからである。従つて國家間には道德的義務(當爲)が存在するのみである。又條約が國家間に介在して、これが國家間のいろいろの關係をその時々支配するのみである。

この點に關するヘーゲルの思想は、次の言葉の中に明確に述べられてある。「普遍的なる法として、即ち即而對自的に國家間に認めらるべき法としての國際法の根據は、実定的條約の特殊的内容とは違つて、條約が國家相互間の拘束を基礎づけるものとしてみなさるべきである」といふことにある」。(Hegel. Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriss, 1817, 3. Aufl., 425.) 従つて國際法なるものは存在せず、國際條約以外には存在することができなうのである。國際法の具體的義務は條約によるそれである。しかしその上には普遍的且つ優越的原理が存在する。即ち國際條約は尊重せらるべきものであるといふ原理である。

若し國家がその署名した條約を尊重する義務があるとすれば、國家の主權はどういふことになるか。ヘーゲルは條約の不可侵原理が論理上それと一致しないといふので、この原理は最後の分析において犠牲にされてゐる。「國際關係は諸國家の主權をその原理とするものであるから、諸國家はその限り自然状態において対立して存在し、國家の權利は超國家的權力として構成された普遍的意思において實現されるのではなくして、むしろ國家の特殊的意思において實現されるのであ

る。従つてかの普遍的規定は當爲たるにとどまり、そして實際の状態は條約に適合した關係と條約の破棄との循環となるのである。(Hegel, a. a. O. S. 427.) 従つて「レガルの言葉から判断すれば、主權的なる國家は、その希望する限りにおいてのみ條約によつて拘束されるといふこと、また國家は、その利益がそれを要求する時には條約を破棄することができるといふことである。

(註二) イェリネクの國際法論

「一般國家學」(Jellinek, allgemeine Staatslehre, 1900.)によつて、イェリネクは廣い觀點から見て、國際法の基礎に関する問題を論じてゐる。イェリネクによつては國際法の基礎を見出す問題は、國內公法の基礎を規定する問題と本質上明らかに向様である。國際法は、他の國家との關係において主權的國家に適用せらるべき法である。そしてそれは同時にこれらの主權的國家の意思からのみ生じ得るのである。

しからば國際法の基礎は何であるか。それは國內公法のそれと等しい、即ち國家の自己制限である。いひ換へれば國家はみづから任意に國際法の規制に服従する、その結果國家はその法に拘束される、しかしそれはかかる服従の範圍に限るのである。しかし乍らそれ以外に他の要素も存在してゐる。國際法は心理學的基礎をも有してゐるといふことである。勿論かかる要素はすべての法において見出される場所であるが、とりわけ國際法に見出されるのである。イェリネクはいふ、「若し國家が自己を拘束するものとして國際法を認めるならば、すべての法の心理學的性質において、國際法の確たる基礎もまた與へられるのである。だがこの承認が國際社會の成員としての側においてのみ存在するといふことは今日ではもはや問題はない」(Jellinek, a. a. O. S. 338.)。國民が國內法の眞の淵源として、またその窮極の基礎として、國內法の規制の存在を信ずるが如く、國際社會を構成する國家の間にも一つの法が存在する。即ちこの社會の成員に適用せられる法的規制が存在するといふ確信があるが、これこそ國際法の眞の基礎である。しかし國際法は國內公法と次の理由から區別

せられる。即ち國內公法は組織と國內的体制の規制とから成るが、國際法はたゞ協力の規制からのみ成るものである。何となればこの法と、これによつて拘束せられる法の主体とを決定す、權威は國家自体であるからである。

更にまた國際法の範圍およびその強制力に関して、その適用上イェリネクによつて設けられてゐる制限を見なければならぬ。しかもこの制限は國際法を無に還元せんとするものであるが、イェリネクは次の如く述べてゐる。「國際法の遵守が國家の存在と牴觸する場合には、法的規制は背後に退く、何となれば國家は、國內法的關係の研究が教へるが如く、すべての個々の法的規制の上に立つからである。即ち國際法は國家のために存在し、國家は國際法のために存在するものではないからである」(Jellinek, a. a. O. S. 340)。

(註三)・ザイデルの國際法論

ザイデルは明らかにいふ、「國家間においては法的命令はあり得ない。何となれば法的命令は法の根原としての最高意思を豫想するからである。若しかかる最高意思が存在するならば、そこに世界國家が存在するであらう。そしてこの中世紀的觀念は、世俗的な世界帝國 (imperium mundi) において又は國家の上に立つ精神的主權において實現されるであらう」(Seydel, Grundzüge, S. 31/32)。³⁾法の唯一の淵源は支配者の權力にあるものであるから、國際法を有するためには超政治的な支配者が必要であらう。しかし何者も存在しない、若し存在するとすれば、それは國家の觀念に反するであらう、何となればその下に立つ國家には實際において、支配者が存在しないといふことになるであらうから。

ザイデルは更に一層明白に彼の觀念を述べてゐる。「國家間には法は存在しない、そこにはただ權力のみが行はれる、故に國際法は存在しない。支配者は彼等相互間に或る規制を規定し確立することを彼等の利益のために有利であると認めることができる、しかし各支配者がこれらの規制によつて拘束されるのは、彼等がそれを欲する場合のみである。かかる規制は明らかに法ではない。國家間には何等の法も存在しないと同じく、その間には何等の裁判權も存在しない。利益の鬭争は、

戰爭に於いて最後の解決を見出すのである……」(Seydel, a. a. O. S. 32.)。

これに反して國際法優位の學説は、國際法の國內法に對する優位を主張するものであるが、その理由は主として國際主義或は平和主義の政治的思想にこれを求めるものであつて、専ら政治的要求に基いて興つた思想である。この思想は第一次世界大戦を動機として現はれ、更に今回の第二次大戦によつて一層迫車をかけられたものであるが、何故國際法が國內法に優位するか、その理論的な根據としては未だ十二分な説明を聞いてゐない。しかし乍ら強いてその法理的根據を求めらば、デュギイ、コラールなど主としてフランス法學者の理論の中にこれを求めることができらう。

(註一) 安井郁氏國際法学講義要綱八頁

國際法優位構成は國際法と國內法との結合を國內法優位構成よりも正しく認識してゐる。國際法と國內法との結合に於て國際法が優位にあることは疑を容れぬ。問題は其の意味及び限度である。此の點に於て國際法優位構成は明かに誤謬を犯してゐる。國際法優位構成を提昌する學者の主張するやうに、各國家の國內法が國際法より妥當性を附與されるものと認められ、各國家が國際法團體よりの委任に基いて行動するものと考へられるのは、國際法が超國家的の法團體の法としての世界法にまで発達したときに始めて可能である。國際法優位構成は政治的には國際主義及平和主義と結合してゐる。國際法の國內法に對する優位に基いて各國家の行動の範圍を客觀的に確定することは之等の政治的要求に一致する。世界大戦後に國際法優位構成の強調されたのは此の理由に因るところが少なくない。

國際法の發達の現段階に就て實証的に考察するとき、國際法及び國內法は何れも相異なる妥當性の基礎を有し、其の限りに於て獨立の法としての存在を認められる。同時に、國際法が國內法を部分的に制約することも否定され得ない。國際法は、或ひは國內法の妥當する範圍を劃定し、或ひは國內法に一定の事項を命令又は禁止する。其の限りに於ては國際法と國內法

との結合及び國際法の國內法に對する優位が認められるわけである。

(註二) デュギイの政治的權力の理論

デュギイは、國の主權は單なる事實に過ぎない、従つて主權の行動はそれが主權なるが故に正當化されるものではなくして、主權の行動が正當化されるのは、それが法の規制に従つて行はれるがために外ならないといふのである。従つてこの理論からするならば國の主權が國際法に基いて行動するといふことは、當然の問題であるといふことになるのである。デュギイはいふ、「政治的權力は事實であるといふことである。かかる權力は實際にそれを所有する者、即ち支配者にのみ賦與されてゐる。……さて支配者は、實際に於て、權力を有する、だがこの權力はその起原に依つて適法的となるものではなく、従つてそれ自体で法を構成するものではない。個人は支配者に対して何等の權利をも有しない、又他方、彼等もまた個人に対して何等の權利をも有しない。……支配する者の權力は、それが法的規制に一致して施行されるならば、適法的に強制される、従つてこの法的規制の基礎が必然的に規定されねばならぬ。服従は法に一致する支配者の總ての行爲に對してなされる。そしてかかる服従がなされるのは、それが權威者の行爲であるが故ではなく、かかる行爲が法と一致するが故である。即ちかかる行爲が法に一致する場合をしてその範圍に於てのみ、それがなされるのである」(Leon Duguit, *The Law and the State*.)

しかし乍ら國に主權の存在を確認する以上は、この主權が、主權の意思に叛いて國際法によつて一方的に制限せられ得るものとは考へられない。しかしまた一方從來のような主權の絶對論の下においては、國際法の存在を無視せられることになり、かくては過去における極端なる國家主義の擡頭となり、世界の平和は何時になつても確立せられない。ここにおいて第二次世界大戰後新たに制定せられた憲法の主義は、一方には主權の存在を憲法みづから確認すると共に、一方にはこの主權の制限を、主權の意思に基いて國際平和のためにこれを同意するといふことであ

る。フランス共和國憲法（一九四六年十月制定）は、その前文におし（加）相互主義の留保のもとにフランスは、平和の組織と防衛に必要な主權の制限を承諾する」と規定してゐる。又イタリア共和國憲法（一九四七年十二月制定）は、第十一條において、「他國との相互條件の下に、國際間の平和と正義とを保障する秩序に必要な主權の制限に同意する。——この目的を有する國際組織を援助し、助長する」と規定してゐる。更にドイツ連邦共和國基本法（一九四九年五月成立）第二十四條も、「連邦は、法律によりその主權を國際機關に移讓することができる。連邦は、平和維持のため相互集團安全保障制度に加入することができる。この場合には、連邦は、平和的にして永續的な秩序をヨーロッパ並びに世界の諸國民にもたらし且つこれを確保するような主權の制限に同意する。國際的紛争處理のため、連邦は一般的包括的義務的國際仲裁裁判に加盟する」と規定してゐる。これに對しわが憲法は、主權の制限或は移讓などについては何等規定するところがない。たゞ第九十八條第二項において、「日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠實に遵守することを必要とする」と規定し、又第九條第一項においては、「日本國民は、正義と秩序を基調とする國際平和を誠實に希求」と規定してゐる外、その前文においては、日本國民は國際平和を念願するの趣旨を繰返して宣言してゐるに過ぎない。この點からするならば、わが憲法は、條約或は國際法規に對しても、わが國の意思に反して一方的に拘束せられるといふことを規定してゐるものではない。たゞでき得る限りこれを尊重し、これを遵守しようといふ意味であると解さなければならぬ。即ち國際法優位の原則はそのままに受け入れてゐるものではない。たゞその趣旨を尊重してゐる程度のものであるといふべきである。

さういうことになれば、第九十八條第二項の規定は、單に國の機關又は國民に對する訓示的な規定に過ぎない、換言すれば單にこれらの者に對する拘束的規定であるといふことになり、國そのものに對しては必ずしも絶對的意義を有するものとはいへないことになる。しかしてそれと共に第一項の規定とも均衡がとれることになるのである。第一

項にこの憲法は國の最高法規であると規定して居り乍ら、若しもこの最高法規に牴觸する條約或は國際法規が、憲法制定者たる國民の意思にかかはらず、その存在が許されるとするならば、憲法は最高法規たる意思を失ふに至るからである。なほこの點については、諸外國の立法の實際について具體的にこれを検討して見たい。

アメリカ合衆國の憲法においては、直接にこの點を明かにする規定は存在してゐないが、後に述べるようにアメリカでは條約は大體において合衆國法律と同様の取扱を受けるものと考へてよい。アメリカ合衆國憲法第六條第二項は、「この憲法及び憲法に従ひ制定せられる合衆國法律及び合衆國の權能により締結し又は將來締結せらるべきすべての條約は、國の最高法規であつて、各州の裁判官はいづれの州の憲法又は法律に反對の定をなしてゐるものがあつても、それにかかはらずこれにより拘束せられる」と規定してゐるが、この規定の趣旨は、合衆國の憲法や法律や條約はいづれも合衆國の法規であるといふことと、今一つはこれらの法規は各州憲法や法律に優先して適用せらるべきものであるといふ二つの意味を持つてゐるものである。従つて合衆國の憲法、法律、條約の相互間において、そのいづれが最高法規たるべきものであるかを定めたものもなく、また反對に合衆國の憲法や法律や條約が必ずしも同等の價值において各州の憲法や法律に對して最高法規たるべきものであると規定したるものでもない。又それと共に合衆國憲法第一條第十項の第一號は、「いづれの州といへども條約、同盟又は聯合を締結」することを禁止して居り、條約の締結は専ら合衆國の權能として行はれるものであることも併せて考慮すべきものである。

(註) 藤田博士 新憲法論一三六頁

日本國が締結した條約は、國家の最高法規である憲法及び法律に對してどんな關係に立つてであらうか。憲法第九八條第一項においては、條約と憲法の關係に關してはとくに規定されてはいない。合衆國憲法の下においては條約が大統領によつて署名され且つ上院によつて批准されたときは、聯邦法律の地位をうる。條約は聯邦法律以上の効力を有せず、兩者が互に牴

觸するときは、時間において遅れているものが優先する。條約と州法が抵觸するときは前者が優先し、二條約が相互に抵觸するときは最近のものが優先する。條約は法律と同様に違憲たり得る。

フランス第四共和國憲法は、條約は國法に勝る權威を有することを明定してゐる。即ちその第二十六條は、「正式に批准され、且つ公布された條約は、フランスの國內的法律に反するときといへども、法律の效力を有する。この場合において、その適用を確保するためには、その批准を確保するために必要とされた法律規定以外の法律規定を必要としない」と規定して、條約は法律に反する場合でも法律を廢止、變更又は停止して法律と同等の效力を以て國內的に適用せられるものであつて、條約を適用するために他に何等の法律をも必要とすることなく、條約は條約としてそのまま適用せられるものであることを規定してゐるのである。しからば條約と法律とは全く同等の效力を持つてゐるものであるか。そうではない。條約を以て法律を廢止、變更又は停止することはできるが、反對に法律を以て條約を廢止、變更又は停止することはできない。換言すれば條約は法律に勝る權威を有するものである。即ち第二十八條はいはく、「正式に批准され且つ公布された外交條約は、國內法律の權威に勝る權威を有するが故に、その規定は外交的手續によつて通達された正式の布告を経なければ、これを廢止、變更若しくは停止することができない」と。要するに法律を以てしては簡単に條約を廢止し、變更し又は停止することができないといふのである。條約を以ては法律を左右し得るといふのに、逆に法律を以ては條約を動かし得ないといふのは、第二十八條の明文の示す如く、條約は法律の權威に勝る權威を有するといふことがいへよう。しかしこういふことになると、ひとり法律ばかりではない、憲法もまた條約によつて動かされるといふはなければならぬ。條約を以ては直ちに憲法の規定は動かし得ないとしても、憲法の規定に基いて制定された法律が、條約によつて動かされるといふことになれば、結局憲法そのものがその效力を停止されることになるのであつて、かりに根本的ではないとしても憲法そのものもその權威を條約に讓ること

になるのではあるまいか。

四

しかし乍ら以上は、條約はわが國の自由な意思に基いて締結せられるものであるといふことを前提としてゐるのであつて、若しもわが國が條約締結に關する自由な意思をもたずして締結せしめられるような條約の場合においては別箇の問題を生ずる。講和條約のようなものであるが、一般に講和條約が國際法上どんな性格をもつてゐるかは別の問題として、來るべき時期にわが國が締結しなければならぬ講和條約は、固よりポツダム宣言の受諾を前提とするものであるが、かくの如き條約が必ずしもわが國の自由な意思決定に基いて締結せられるものでないことは、豫想し得られるところである。元來講和條約は、戰勝國としてはみづからの自由な意思によつて作成するものであらうが、戰敗國によつては單に與へられるだけのものであり、しかもこれを受諾するか否かの選擇權すら、あるとか無いとか現に問題とされてゐる有様である。従つてこのような條約にあつては、それが憲法に牴觸することがあり得ることは當然に豫測せられるところである。故にこのような場合には、憲法みづから條約の優越性を承認する方法もある。ワイマール憲法の如きはこの例に屬する。即ち第一七八條第二項のうち、「一九一九年六月二十八日にヴェルサイユにおいて調印した講和條約の規定は、憲法によつてその效力を妨げられることはない」と規定してゐる。かような場合には條約と憲法との關係も法理的には何等問題は起らない。

しかし乍ら右のような特別の憲法の規定がないときはどう解釋するか。即ち一方には條約の締結は決定的であり、しかもそれが憲法に牴觸するような場合に、憲法はその條約によつて當然に變更せられるか。

右のような場合において、條約の締結については條約締結の手續により、更にこれが國內的關係については別に憲

法改正の手續によるといふような議論は一應ここでは問題にならぬ。何となれば理論的にいふならば憲法第九十六條の規定により、この條約を實行するために必要な憲法改正につき國民の承認を求めたときに、國民がこれを否認したならばどうするかといふことになるが、しかもそのときには條約は既に國際法上の効力が發生してしまつてゐるからである。

五

次に確立された國際法規である。條約はとにかく一應締結といふ行爲によつてその諾否が決定せられるものであるが、條約の締結によらない國際法規、しかもそれは國際間においては確立せられて居り、各國は當然遵守しなければならぬものであつたとしたならば、しかもそれが憲法の條規に抵觸するものであつたならば、このときにもまた憲法は當然變更せられなければならないかが問題である。

しかしそれよりも前に問題となるのは、確立された國際法規といつても、それが確立された國際法規であること、この憲法の上において一體誰がこれを確認するのか、またそれをどういふ手續によつて確認するのかといふことである。國際間に確認された國際法規であるといつても、わが國の意思を無視して一方的にこれを強制せられるものであるか。いかに國際法優位の原則を認めるとしても、わが國の意思を無視して一方的に國際法規をわが國に強要せられるとは考へられない。たゞその場合にわが國がその國際法規の遵守を全く自由な立場において決定し得るか、或は半ばその受諾が不可避的なものであるかといふことである。

この點に關してもワイマール憲法においては第四條において、「一般に承認された國際法規は、ドイツ國法の一部としての効力を有する」と規定して、國際法規なるものは當然にドイツ國法の一部をなすものであることを認め、以

て國際法優位の原則を受け入れてゐる。しかし乍らこれも恐らく憲法に優位するといふ意味ではないと解すべきであらう。

六

結局憲法に牴觸する條約を締結せんとするならば、先づ憲法を改正し、しかる後に條約を締結しなければならぬことになるのである。條約の締結を先に行ひ、しかる後に憲法の改正を行ふならば、憲法改正の國民の承認が條約と同一の步調をとるならば兎に角、萬一國民の特別投票において憲法改正を否定するようなことがあるならば、條約は既に國際法上の效力を發生して居り、しかもこれを實施する方途に迷ふのである。

しかし乍らこの問題も、實際問題としては極めて六ヶ敷いことになつてくるのであつて、憲法に牴觸するとかしないとかいつて見ても、その判定は一體誰が行ふか、又牴觸する場合においても、條文の正面から牴觸するならば問題のないところであるが、單に憲法の精神に反するといふのでは、これは冷靜な審判機關のない限り、水掛け論に終つてしまふ可能性が多分にあるのである。

要するに憲法は國の最高法規であつて、この憲法の條規に反する條約や國際法規はその存在を認められない。いひ換へれば國の最高法規たる憲法にして嚴然として存在してゐる以上、この憲法に牴觸し、この憲法をゆがめてしまふような新たな條約を締結し又は國際法規の確認をなすが如きことはできない。しかし乍ら一旦成立した條約や、一旦確認した國際法規は、その後に至つては憲法といへども自由にこれを廢止し或は變更することはできない。この點において第九十八條第二項の規定の存在理由が出てくるものではなからうか。即ち「日本國が締結した條約及び確立された國際法規は、これを誠實に遵守する」意思が十二分に現はれてくるものではなからうか。しかしてまたこの點

が、ソヴィエト社會主義共和國連邦憲法（一九三六年十二月制定）とわが新憲法とは、その性格を異にしてゐるところであつて、同法は、第十四條においては、國家權力の最高機關および國家行政の機關によつて代表せられるソヴィエト社會主義共和國連邦の管掌に屬する事項の中に、「他國どの條約の批准および廢棄」を規定して居り、また第四十九條においては、その最高會議幹部會の權限の中にも、「ソ連邦の國際條約を批准し且つこれを廢棄する」ことを規定して居つて、ソヴィエト連邦の憲法は、條約の廢棄といふことを公然と認めてゐるが、わが憲法の第九十八條第二項の規定からするならば、このような條約の廢棄は認められないものであらう。

七

しかし乍ら新憲法においては、憲法に牴觸する條約の存在も、事實問題としては可能であることを指摘して置かなければならない。法理論としては憲法の條規に反する條約の締結は不可能であるとしても、若し内閣と國會が一致して（しかもわが内閣は議院内閣制によつてゐるため、この兩者の一致、常に當然である）憲法に反する條約を締結したならば、その條約は有効に存在し得るのである。これが國內的實施の問題として別に國內法規を制定する必要があるか無いかは別の問題として、とにかく憲法に反する條約も、若し内閣と國會、國會も衆議院のみの過半数の一致が見るならば、これを無効の條約として取扱ふ方法がないのである。更にそれ以上に條約を内閣のみの權限によつて締結し、國會が事後にその承認を拒んだとしてもまた同様である。何となれば第八十一條は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である」と規定してゐるが、條約又は國際法規については何等規定するところがない。換言すれば條約や國際法規は、かりに憲法の條規に反する場合でも有効に適用せられることになるのである。

條約が國內法としての效力をもつことは近代の各國憲法の一般的原则である。従つて條約の締結手續についても、各國の憲法は單に行政府のみの權限とすることなく、これを國內立法と同一の手續或はこれと類似の方法を採用してゐるのであつて（たゞひとり明治憲法だけはこの主義によつてゐない）、要するに條約は一旦締結せられた以上は、國內法としての效力をもつものとすることが、近代憲法の認める一般的原则であるといつてよい。従つてこの點からするならば條約を國內に實施するためには、改めて國內法たる法律を制定することなく、條約は條約としてそのまま適用せらるべきものであるといはなければならない。この點に關する各國の制度について次に述べる。

アメリカ合衆國憲法第二條第二項の第二號は、「大統領は、元老院の助言及び承認を得て條約を締結する。但し出席の元老院議員の三分の二以上の同意あることを要する」と規定してゐるが、その助言及び承認について單に元老院のみのそれを以て足れりとする點において若干の相違はあるが、しかも條約が締結せられたときは、これを公布し、條約が法律と同等の取扱を受けることは、一般に承認されてゐるところであるが、その條約が國內法規としての性格をもつ憲法上の根據としては、第六條第二項において、「……合衆國の權能により締結し又は將來締結せらるべきすべての條約は、國の最高法規であつて、各州の裁判官はいづれの州の憲法又は法律に反對の定をしてゐるものがあつてもそれにかかはらずこれにより拘束せられる」と規定してゐる中に示されてゐる。たゞこの場合にも條約を實施するためには新たに法律を制定せられることがないといふ意味ではなくして、條約に基いて一般の國內法規が存在し得ることは、第三條第二項の第一號にも、「司法權はこの憲法、合衆國の法律及び合衆國の權能により締結せられ又は

將來締結せらるべき條約に基いて生ずべき普通法及び衡平法上のすべての事件……に及ぶものとする」と規定して居つて、條約に基いて普通法及び衡平法が存在することは明文の示す如くである。

(註) 美濃部博士 米國憲法概論(二)六頁

……元老院の承認を得た條約は大統領が之を批准し、締約國との間に批准交換の有つた後之を公布する。公布せられた條約は國內法として法律と同一の效力を有する。時としては條約を執行する爲に法律の制定を必要とすることが有り、此の場合には必要な法律が制定せられねばならぬが、議會は必ずしも之を議決すべき義務が有るのではないから、必要な法律の制定せられないことも有り得べく此の場合には國際的に有效に成立した條約が、國內法としては執行不能となるの外は無し。

フランス共和國憲法第二十七條第一項は、「國際的組織に關する條約、平和條約、通商條約、國の財政に負擔をもたらす條約、外國におけるフランス人の身分および所有權に關する條約、フランスの國內的法律を變更する條約並に領土の割讓、交換、添加を内容とする條約は、法律に基いて批准されなければ、確定的とならない」と規定して、條約の批准そのものが法律によるべきものとしてゐる。

又イタリア共和國憲法第八十條は、「兩院は、國際條約にして政治的性質を有するもの、仲裁裁判および司法的規則を定めるもの、領土の變更、國にたいする財政的負擔または法律の變更をもたらすものの批准に關しては、法律によりこれを承認する」と規定して、大體同様の定をなしてゐる。更にワイマール憲法の第四十五條第二項においても、「外國との同盟および條約で國の立法の範圍に屬する事項に關するものは、國の議會の同意を得なければならぬ」と規定してゐて、いづれも條約の締結は立法と同様の方法によるべきことを明かにしてゐるのである。

九

條約を國內に實施するためには、新たに法律を制定しなければならないか、或はまた條約は條約としてそのまま國內に適用せられるものであるか。この點が明治憲法の下における條約と新憲法の下におけるそれとは性格を異にするところである。明治憲法においては、條約は第十三條によつて、即ち天皇の大權として締結せられるに止まり、これが國內法規たる性格は全然出てこない。即ち立法權の行使として帝國議會の協賛を経るわけでもなく、又これを國民に公布せられるものでもない（但し事實上は常に公布せられてゐた）。かようなものが國內法規としての性格を有するものとは考へられない。これに反し新憲法の下における條約は、それは條約であると共に、また國內法規としての性質を有するものと解すべきである。その理由は、第七十三條及び第七條に求むべきものであつて、第一に條約の締結はその性質上行政權の行使として、第七十三條第三號において内閣の權限として認めてゐるところであるが、それと共に、但書において、この條約の締結は、事前に、時宜によつては事後に、國會の承認を経ることを必要とする規定してゐるものであるが、その意義は、いかなるところに存するか。この點に關する解釋としては、或は條約の締結は本來行政行爲である。しかし乍ら條約は事柄が極めて重要であるため、これを單に内閣のみの權限とすることなく、國權の最高機關たる國會の承認を経ることを條件としてゐるものであるといふ考もあるが、これはむしろ妥當な考へ方ではない。條約の締結が國會の承認を要するとしてゐるのは、條約の締結はその本來の性質としては行政行爲に屬するものであるが、しかし乍ら條約は一旦締結せられた以上は、これが實施せられなければならない性質のものである。殊に近來の條約は直接に國民の權利義務を左右するものが多く、いづれにしても條約は國民全體によつて

支持せられ、國民全體によつて履行せられなければならない性質のものであつて、この點からするならば、條約は單に國と國との契約たるに止まらず、それは同時に國內法的性格をも有するものといはなければならない。條約が行政權の行使によつて成立するといふのは、それは單に條約の締結のみを指してゐるのであつて、條約がこの締結行為によつて一旦成立した以上は、それは法として、即ち國際法並びに國內法としての性格を有するものである。従つて憲法はこの點に鑑みて條約の締結には、國會の承認を経ることを要するとしてゐるのである。それと共に條約は天皇がこれを公布することを定めてゐるのである。

條約の締結について、國會の承認を経るを要するとは、國會が内閣の行政權の行使について干渉するがためのものではない。第六十六條第三項において、「内閣は、行政權の行使について、國會に對し連帶して責任を負ふ」と規定してゐるといつても、憲法は、國會に對し、内閣の行政權の行使について干渉權を認めてゐるわけではない。第六十五條によつて、「行政權は、内閣に屬する」ところであつて、行政權の行使は内閣の全責任である。これについて何者の干渉も受けない。たゞ憲法は内閣の行政權の行使について、一方では國會殊に衆議院に對してその責任を負ふものであること（第六十六條、第六十九條）、また他面では内閣の發する命令、規則又は處分が、憲法に適合するかしないかを決定する最終の權限を最高裁判所に與へてゐること（第八十一條）を規定してゐるのみである。しかしこれは國會や最高裁判所に對し、内閣の行政權の行使について、干渉を容認するの趣旨をもつて規定してゐるわけではない。新憲法はどこまでも三權分立の立前は貫いてゐる。この點からして第七十三條第三號も、國會が内閣の條約締結について干渉することを認める趣旨をもつて、その承認を経ることを要すると定めてゐるのではない。條約の締結を除いた一般外交關係については、同條第二號の規定においてこれを全面的に内閣の權限としてゐるが、その中特に條約の締結についてのみ國會の承認を経ることを要するといふのは、條約が國內法規たるの性格をも併せて有するがた

めに外ならない。要するに條約といふものは締結そのものは、主として一般外交關係に異ならないが、これが締結後は、法規としての性格を生じて來るものであつて、條約の締結は行政權と立法權との兩作用に屬する行爲であると解すべきものである。

以上のように第七十三條第三號の但書における條約に對する國會の承認は、條約を立法化せしむる作用であると解すべきものであつて、これを觀念論的に條約は條約である、法律はまた法律であるといふように解すべきものではない。若しこのような議論に従つて、國會が條約の承認を行つた後に、今一度その條約と全く同じ内容の法律を制定しなければならぬとしたならば、これでは無益な行爲を繰返してゐることになるのみならず、場合によつては國會が條約に對してはその承認を與へながら、これと同一内容の法律案に對しては立法を拒否するといふような矛盾も生じないとはいへない。たゞわが新憲法においても條約の承認と法律案の議決とが、その手續において異なつてゐるところは、法律案の議決は第五十九條により、「衆議院で可決し、參議院でこれと異なつた議決をした法律案は、衆議院で出席議員の三分の二以上の多數で再び可決したときは、法律となる。……」。參議院が、衆議院の可決した法律案を受け取つた後、國會休會中の期間を除いて六十日以内に議決しないときは、衆議院は、參議院がその法律案を否決したものとみなすことができる」と規定して居つて、前述の第六十一條の條約の承認手續とは、若干の慎重味が存することと、今一つは條約の承認は、第七十三條第三號但書に明示してゐるようによつては事後に求められることがあり得るといふだけの問題であるが、しかし乍らこれだけの手續上の相違を以て條約の立法化を否定する根據とはならないであらう。

この點はアメリカ合衆國憲法のように條約の締結について單に元老院一院のみの關與する制度と、わが國のように國會の兩院が關與するものとは、その性格に若干の相違あるものようであるが、しかもアメリカでも條約は、憲

法や法律と共に國の最高法規であると規定してゐることは上述の通りである。

(註) 藤田博士 新憲法論一三六頁

憲法第七三條により、内閣は條約を締結するにあつて事前又は事後に國會の承認を経なければならぬ。この承認が條約の成立要件の一たることは明白であるが、條約の國內法的拘束力を發生せしめるにあつてこの承認が條約に対してどんな性格を與えるかに関しては必ずしも明瞭ではない。

政府はこの點に関して、「この憲法は、條約の方が法律よりも上にあると解釋してゐる」と答辯してゐる。條約が法律よりも上位にあるとの解釋を容るるためには、憲法中において何等かの規定を要すべきであろう

10

第七條は、天皇は條約を公布する旨規定してゐる。公布とは一體どういふ意義を持つてゐるか。公布といふことは、單に國民に對して公表するといふだけの意味ではない。國民は公布によつてその法令に拘束せられることになるのである。公布は法令を成立せしめる行爲ではない。法令は公布以前において既に法令として成立してゐるのである。しかし乍らこれを國民の側から見れば、國民は未だ公布せられない法令に決して拘束せられるものではない。法令に何と規定してゐようと、國民は決してこれに服従の義務はないのである。わが憲法は「民をして知らしめない、ただ民をしてよらしめるのみ」といふ古來の諺は採用してゐないのである。即ち民をして知らしめて、しかる後これによらしめるのである。換言すれば法令は公布によつて現實の執行力を發生するのである。この原理からするならば條約を公布する意義はおのづから明かにせられるであらう。條約が若しそのまま國民に適用せられないものならば、何もかかる公布といふ憲法上の行爲は必要としないのである。單に事實上の内閣の公表を以て足るのである。例へば

第九十一條の財政狀況の報告の如く、内閣は條約が締結せられた事實を國民に對して報告すれば十二分である。しかるにそれが單に國民に對する報告にあらずして、特に法令と同様の公布といふ行爲によつてゐるのは、國民がその條約によつて拘束せられる、即ち條約は國內法規たる性質をも併有し、これが國民に對しても適用せられるものであるといふことを前提としてゐるのである。換言すれば條約はただに國と國との契約たるにとどまらず、それが同時に國內法規としての效力をも有するものであるといふことを明かにしてゐるのである。この點が明治憲法の下における條約の締結とその性格を異にしてゐるところである。明治憲法においては條約の公布は規定してゐない。しかし事實問題としては、明治憲法においても條約は常に公布せられてゐた。しかしそれは憲法上の要件でないことはいふまでもない。

— 1 —

以上のように條約は單に國と國との契約たるのみならず、それはまた同時に國內法規としての效力をも有するものといはなければならない。しからば條約は條約としてそのまま國民に適用せられるものであつて、條約を履行するたために、別に國內法規たる法律を制定する必要はないものといはなければならない。しかし乍らこのことはまた上述のように條約はかりに憲法に適合しない場合においてもそのまま有効に適用せられ得る餘地を與へるものであることを指摘して置かなければならない。従つてこの點に對する根本的對策は、憲法に適合しない條約はこれを締結しないといふことである。

第八十一條は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である」と規定してゐるが、條約の憲法適合性については何等規定するところがない。この點から

するならば、憲法に適合しない條約を締結し得るか否かの問題は別として、條約は一旦締結せられた以上は、かりに憲法に牴觸する場合といへども、これが實施せられることになる。しかるにこの場合に若し條約は國內法規としての效力を有しない、従つてこれを國內に實施するためには別に法律を制定しなければならぬとするならば、固よりかような法律の制定が必要であらうが、しかるにこのような法律が憲法に適合しないことは當然のことである。この場合にはこの法律は二つの規定について問題となつてくる。その一つは第九十八條第二項の規定であつて、「この憲法は國の最高法規であつて、その條規に反する法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行爲の全部又は一部は、その效力を有しない」と規定してゐるが、いかに條約を履行するための法律であつても、憲法の條規に反する以上は、法律としての效力を有しないものといはなければならぬ。その二は第八十一條であつて、條約を履行するための法律であつても憲法に適合しない以上は、最高裁判所は、その法律の無効を宣言せざるを得ないであらう。以上の點から考へても、憲法に適合しない法律の存在は考へ得られないのであつて、それが條約を履行するためのものであるといふ如きことは、その有効性を主張する根據とはなり得ないのである。従つてこの點からしても條約は條約としてそのまま國內にも實施せられなければ、條約の實施が宙に迷ふとがあり得る。

二二

新憲法は、主權は國民に存するものであること、しかして國の最高法規たる憲法はこの主權を有する國民によつて確定せられたものであることを強調し、従つてこの憲法の條規に反するすべての法令はその存在を許さないことを宣言し、以て憲法の基本性や不動性を繰返して強辯してゐるにもかかはらず、條約に對しては全く門戸を開放してゐることがその特徴である。條約や國際法規は憲法に牴觸してもかまはぬといふのかさうでないのか何等のいふところがない

いのみならず、反對に條約や國際法規は誠實に遵守しなければならぬことを強調してゐるのである。しかも條約締結の手續は甚だしく輕易であり、一旦締結した條約についてはそれが憲法に適合するか否かの審査權も最高裁判所には與へられてゐない。要するに憲法も條約に對しては筒抜けの形である。これが新憲法の平和主義の本質とでもいふべきものであらう。たゞ憂ふるは立法一元化の破壊に至ることなきやといふことである。

(昭和二十五年一月二十一日稿)