

国法としての国際法と憲法*

——公共空間の融合する時代における「法の支配」の実現——

佐藤 義 明

概 要

国際法は、人権の最低基準を、各国の国内で遍く貫徹されるべき普遍国際法と位置づけるようになった。そして、従来、国内体制の性格を問うことなく干渉を禁止してきたのに対して、現在では、国内体制が普遍国際法に系統的に違反し続ける場合には、普遍国際法に適合する体制を構築させることを目的とする介入を許容するようになった。このような国際法の機能の変化は、国内法に対する国際法優位の一元論が事実的な基盤を獲得したことを意味する。憲法秩序は普遍国際法を満たすかぎりで国際的に保障される「開かれた秩序」となり、国法は国際法と憲法以下の国内法とから構成されると理解すべきことになったのである。本稿は、国際法形成過程および国内法形成過程——より正確には、両過程が相互干渉し合う国境横断的の法形成過程という1つの過程——によって形成される国法の全体的な理解を目指す国法学の構築を提唱し、その観点から、日本国憲法の解釈に係わる3つの論点を取りあげる。

キーワード

国法学、コスモポリタン法、国際法、憲法、人道的介入

1. はじめに

2004年の国連総会開会の劈頭、アナン（Kofi Annan）事務総長は、「世界に遍く法の支

* 本論文は掲載に際して査読を受けた。2人の匿名の査読者から貴重なコメントをいただいたことを記し、ここに謝意を表す。

配 (rule of law) を再建し広める」¹⁾べきことを訴えた。このように、「法の支配」は国際社会において頻繁に言及される概念となった。しかし、その精確な意味は明らかではない。「法の支配」はきわめて多義に用いられてきた概念であり、その意味を突き詰めていっても膨大な形而上学的文献の迷宮にはまり込み出口を見失うだけである²⁾。しかし、「法の支配」という用語に接するときには、最低限、大きく2つの意味があることに留意する必要がある。

1つは、「完全に実現することは決してないが、それを真摯に追求し続けることなくしては文明化された政府をもつことができない」³⁾ような「導きの星」——自然法——としての意味である⁴⁾。この意味の「法の支配」は、政策を指導する理念として機能することを期待される。例えば、実証主義的な「法の支配」が「組織的な公権力の支配」と同義になるのに対して、「悪なる法と善なる法とを判別する尺度を意味するイデオロギイ的な法の支配」の理念を構成すべきだと主張されるのは、この意味である⁵⁾。

もう1つは、実定法上の原理 (principle) ——規則 (rule) を分節 (articulate) する規準——としての意味である。例えば、最も頻繁に言及されるダイシイ (Albert V. Dicey) による定義は、19世紀末から20世紀初頭のイングランドにおける制定法とコモン・ローとの関係に関する原理として構成されたものだった⁶⁾。この意味での「法の支配」は、「組織的な公権力の支配」を外在的に批判するイデオロギイではなく、そのような支配を支える論理として機能することを期待される。

国際社会において、「法の支配」が前者の意味で言及されることも少なくない。しかし、アナンは後者の意味でその概念に言及したと考えられる。というのも、国連の運用と国連加盟国の行動との実定的な規準として主張されているからである⁷⁾。「法の支配」は、イ

1) See Kofi Annan, Address to the General Assembly, Sep. 21, 2004.

〈<http://www.un.org/webcast/ga/59/statements/sg-english.pdf>〉.

2) See THURMAN W. ARNOLD, THE SYMBOLS OF GOVERNMENT 216 (1935).

3) Thurman W. Arnold, *Professor Hart's Theology*, 73 HARV. L. REV. 1298, 1311 (1960).

4) 田中英夫『英米法のことば』181, 186頁 (1986) 参照。

5) See W. FRIEDMANN, LAW IN A CHANGING SOCIETY 500, 502 (2d ed. 1972). ただし、フリードマンは、「法の支配」を掲げる論争の多くは「実際には権力を求め合う諸集団の闘争だった」のであり、「法の支配」は政治的な論議を法的構成の背後に押し隠すために言及されるのだと指摘している。See *id.* at 377.

6) See A. V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION chap. 4 (8th ed. 1915) [A・V・ダイシー、伊藤正己、田島裕訳『憲法序説』第4章 (1983)]. ダイシイの定義が強い批判を浴びたのは、それが実定法の原理とされたからこそだった。See, e. g., SIR W. IVOR JENNINGS, THE LAW AND THE CONSTITUTION 42-62 (4th ed. 1952) [W・I・ジェニングス、中山健男、奥原唯弘訳『イギリス憲法』39-58頁 (1970)].

7) 「法の支配」は、力の行使を国際的な統制に服させることという意味で言及されることもある。高柳賢三「法の支配」法と人権創刊号1, 21頁 (1969) 参照。例えば、本稿でいう「法の支配」を実現するためある国に干渉する場合、当該干渉が国際的な統制に服すべきだという主張がそれに当たる。この主張に対する本稿の応答は、後掲註40参照。

ングランド法を超えて、大陸法の実質的法治国 (*materieler Rechtsstaat*) の理念などと結びつき、特定の国の国内においてだけではなく、国際社会のすべての国の国内社会において実現されるべき原理として国際的に追求されなければならないと主張されているのである⁸⁾。

本稿は、この意味の「法の支配」を実現するために、国際法と国内法とがどのような関係を取り結んでいるかを検討する。[Ⅱ]においては、国際法と国内法とに関する一元論 (monism) と二元論 (dualism) との論争を整理し、現状に最も即しているのは国際法優位の一元論だと主張する。[Ⅲ]においては、日本国憲法の解釈に係わる3つの論点を取りあげて、国際法優位の一元論がどのような解釈を基礎づけるか検討する。そして、国際法学と国内法学とを架橋する新しい「国法学」が構築されるべきことを提唱する。

2. 国際法優位の一元論の再構成

(1) 国際法と国内法との関係に関する3つの水準の主張

国際法と国内法との関係に関する論争は3つの水準の問題を含んでいた。それらを混同すると議論がかみ合わなくなるため、それらをまず区別しておかなければならない。

第1は、規範の階層において国際法と国内法いずれを根本的とみなすかを問題とする水準である。例えば、法を1つの根本規範 (*Grundnorm*) から派生する統一的な秩序として理解すべきだとしたうえで、国際法と国内法いずれの根本規範を秩序の始点におくことも可能だが、国内法の妥当範囲が国際法によって画定されることに鑑みて、国際法の根本規範を始点におく理解の説得力が優るという主張がある⁹⁾。しかし、この主張は法秩序を統一的に認識しようとするあまり、実定的な法秩序が実際に統一的か否かの検討を怠っていると批判される¹⁰⁾。また、この主張を採っても具体的な法的構成の指針とはならないため、

8) 本稿でいう「法の支配」は、「政治的または経済的な構造にかかわらず、恣意的な統治を排し個人の尊厳を保障するために必要な、統治者に対する法的制約」と定義できる。世界人権宣言前文は、「専制と圧制とに対する最後の手段として反乱 (rebellion) に訴えざるをえないことがないようにするためには、法の支配によって人権を保護することが肝要である」と宣言している。See U.N.G.A. Res. 217 A (III), Dec. 10, 1948, (<http://www.un.org/Overview/rights.html>)。本稿の定義はこの宣言に対応するものである。同宣言は、国際的な文書としては初めて「法の支配」という概念を取り込んだものと指摘される。高柳賢三「法の支配」法と人権1号1頁(1969)参照。

9) See HANS KELSEN, *REINE RECHTSLEHRE* 328-43 (2d ed. 1960)。この主張は、「国際法根源説」と呼ばれることがある。内野正幸「国際法と国内法(とくに憲法)の関係についての単なるメモ書き」国際人権11号5, 6頁(2000)参照。

10) 祖川武夫『国際法と戦争違法化』322頁(2004)参照。

この水準の問題は仮象問題だと批判することもできる。法実務で用いられる法的構成 (legal construction) の創造と精練という実用法学の課題に寄与しない議論は棄却すべきだと考えるならば¹¹⁾、この水準の問題は問題自体を棄却すべきだと考えられる。

第2は、国際法上の法認定機関と国内法上の法認定機関とが、両法をどう関係づけているかを問題とする水準である¹²⁾。通常、ある国内立法を、国際法廷が国際法違反だと認定し、国内法廷が国内法上合法だと認定する場合、国際法上は国家責任を解除する措置を執ることが要求されるが、当該立法の国内法上の効力は損なわれまいとされる¹³⁾。そのため、法認定機関ごとに法的構成を作成すべきだという主張は通常妥当である。しかし、この立場は、2つの独立の法認定機関が存在するという前提に立った時点で、国際法と国内法とが独立の平面に存在するという結論を先取りし、国際法上の義務と国内法上の義務との調整を法政策の問題に放逐していることに注意する必要がある¹⁴⁾。この立場は、実は、国際法と国内法との法的関係という問題設定自体をもともと成立させえないものなのである。

第3は、国際法と国内法とが統一的に機能する事実的な基盤が存在するとしううえで、そのような統一的な法秩序における優劣を問題とする水準である¹⁵⁾。国内法優位の一元論は外部的国法 (*äusseres Staatsrecht*) と独立に国際法が存在することを否定することに帰着するため支持を失っており¹⁶⁾、この水準での主張は 国際法優位の一元論に収斂する¹⁷⁾。

11) 加藤一郎『民法における論理と利益衡量』43-44頁(1974)参照。

12) *See, e. g., Sir Gerald G. Fitzmaurice, The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law, 92 COLLECTED COURSES HAGUE ACAD. INT'L L. 1, 68-85 (1957-II)*. フィットモリスは、みずからの立場を二元論ではないと位置づけるが、内容的には二元論に他ならないと評される。田中忠「国際法と国内法の関係をめぐる諸学説とその理論的基礎」広部和也、田中忠編『国際法と国内法』31, 40頁(1991)参照。

13) 逆に、国内法上瑕疵ある行為も、国際法上の無効事由が存在しないかぎり、国際法上当然に無効とはならない。松井茂記『日本国憲法』65頁(2版, 2002)参照。国際法上の無効事由として、*see, e.g., Vienna Convention on the Law of Treaties art. 46, para. 1.*

14) 横田洋三『国際関係法』65-72頁(放送大学教材, 2002)参照。いわゆる「等位理論」は国家が国内法と国際法とを調整する義務を主張する。山本草二『国際法』85-86頁(新版, 1994)参照。ただし、後掲註59参照。この主張は、調整義務を国際法と国内法いずれかに基礎づければ一元論に帰着し、それを回避するためには自然法に基礎づけざるをえないため、実定法の理論としては存立しえないと考えられる。多喜寛「国際法と国内法の関係についての等位理論」法学新報105巻6・7号233, 239-40, 276-77頁(1999)参照。

なお、「静的な視角」ではなく「動的な視角」からは、調整義務が履行されている現実を適確に説明する「等位理論」が妥当だという主張がある。小寺彰『パラダイム国際法』51-54頁(2004)参照。しかし、両者の視角は課題を異にすると考えられる。「動的な視角」は政策的な指針を探究するものだろう。それに対して、「変更のルールによって新たな法の定立が確認されるまでは、法は時間を止めることによって社会を制御する」(奥脇直也「過程としての国際法」世界法年報22号62, 69頁(2002))とすれば、実用法学は悉無的な法的構成を探究しなければならないだろう。「合法性を論ずることが可能なかぎり論じ続ける」のが法曹の責務だろう。最上俊樹「多国間主義と法の支配」世界法年報23号93, 96頁(2003)参照。

15) 小林直樹『憲法講義(下)』521頁(新版, 1981)参照。

16) 藤田久一『国際法講義I』101-02頁(1992)参照。

この主張は、国際法が国家に包括的な権限 (comprehensive power) を国内管轄事項 (domestic jurisdiction) として委任しているとする点では第1の水準の主張と異ならず、当該委任の逸脱に対して国際法が国内法に干渉することは通常ないとする点では第2の水準の主張と異ならない¹⁸⁾。この主張の特徴は、国際法主体が一定の国際法違反に対して違反国の国内法秩序に直接介入し、国際法を強制する仕組が存在すると主張する点である¹⁹⁾。従来、国際法違反の国内法を廃棄する手続は国際法上存在しないために、二元論が妥当すると主張されてきた²⁰⁾。これに対して、そのような手続が生成していると考えれば²¹⁾、「公法の融合 (*l'unité du droit public*)」²²⁾が実際に生じていることになる。第2の水準の主張は各国の国内体制が最低限の国際法適合性を維持している正常な事態をもっぱら想定していたのに対して、第3の水準の主張は、「正常は何ものをも証明せず、例外が一切を証明する」²³⁾という視座に立つということもできる。

(2) 干渉の禁止と普遍国際法に適合した国内体制構築の要求

ウェストファリア条約 (1648年) の締結とともに成立したヨーロッパ公法 (*Jus publicum europaenum*) は、構成国の法秩序を規律する「諸国民の法 (law of nations)」を

- 17) 横田喜三郎『国際法の基礎理論』97-99, 107-11頁 (1949) 参照。二元論は、国内法優位の一元論を批判し国際法の存在を認知させた点で、歴史的な役割を果たした。
- 18) 奥脇直也「『国際法と憲法秩序』試論 (1)」立教法学40号81, 82頁 (1994) 参照。第1の水準の主張も、国際法は実効的な国内法秩序の妥当性を承認し、たとえ国内法秩序が国際法に系統的に違反するものであっても、それを廃棄する手続を備えていないとするため、第2の水準の主張と結果として異ならなかった。See KELSEN, *supra* note 9, at 336-39, 342. 横田喜三郎『国際法』30-33, 73-78, 96頁 (有斐閣全書, 再訂版, 1986) 参照。
- 19) 君塚正臣「憲法と条約の関係・序説」関西大学法学論集51巻2・3号128, 130頁 (2001) (国際法による委任を逸脱した国内法を国際法が破ると一般的にいえるかという問題に、国際法優位の一元論は肯定的に答え、二元論は否定的に答えると整理する) 参照。
- 20) 田畑茂二郎『国際法I』173-75頁 (新版, 1972) 参照。国際法優位の一元論に対しては、「近代的大国が小国を外から解体せしめる試みに国内で内応する」ものだという批判があった。See CARL SCHMITT, *Völkerrechtliche Probleme im Rheingebiet, in POSITIONEN UND BEGRIFFE IM KAMPF MIT WEIMAR-GENÈVE-VERSAILLES 1923-1939*, at 97, 106 (1940) [カール・シュミット, 長尾龍一訳「ライン地域の国際法的諸問題」『現代帝国主義論』24, 40-41頁 (1972)].
- 21) 例えば、国際法に違反する国内状態に対して国家責任の解除が国際的に強制される場合、国内社会に国際法が貫徹することになり、国際法優位の一元論が妥当すると主張される。大内和臣他『国と人の国際法』18頁 (2001) 参照。
- 22) ミルクヌ・ゲツェヴィチは、自由の技術である国内法と平和の技術である国際法とが、自由の保障のための国際法と平和の保障のための国内法との発展によって変容していると指摘した。See BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *DRIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL* 8 (1933) [ミルクヌ・ゲツェヴィチ, 小田滋, 樋口陽一訳「緒言」『憲法の国際化』2頁 (1964)].
- 23) CARL SCHMITT, *POLITISCHE THEOLOGIE* 22 (4th ed. 1985) (1922) [カール・シュミット, 田中浩, 原田武雄訳『政治神学』23頁 (1971) (底本2版)].

棚上げし、構成国の国内体制には立ち入らないという主権の保障のうえに、構成国間の抗争の回避および管理という消極的な目的を追求していた。ヨーロッパ公法の構成国の国内体制は均質的だったため、主権の留保が受け容れられていた。均質性を有しない「非文明国」はその構成国として承認されなかったのである。ヨーロッパ公法は、19世紀半ばに「非文明国」を取り込み世界化した際にも、原則として、新加入国の国内体制の多様性を受け容れ、主権の留保を維持し、国家間の平和の維持をみずからの役割とした。しかし、構成国の最低限の均質性を保障する装置として、宗教的な少数者の保護などの点で国際法の基準を満たさない国に対して、当該基準を強制する人道的干渉 (humanitarian intervention) の制度を創造した²⁴⁾。

このような法的状況は、第1次世界大戦後の2つの緊張関係に立つ変化によって変貌してきた。

1つは武力行使と干渉との規制の強化である。国際連盟——連盟規約はヴェルサイユ条約の第1編と位置づけられていた——は、第1次世界大戦の衝撃への反応として、「戦争に訴える権利 (*jus ad bellum*)」の制限を目的として成立した²⁵⁾。また、戦間期に、不戦条約は「国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争」の放棄を宣言した²⁶⁾。そして、これらにもかかわらず発生した第2次世界大戦の後で、国連憲章は、戦争という制度を廃棄し、第2条4項において武力行使を一般的に制限した。このような戦争制度の廃止と武力行使の規制とを前提として、干渉の規制も強化されてきた²⁷⁾。人道的干渉についても、実際になされた例は人道的な目的ではなく戦略的または経済的な動機によるものだったという批判が高まり、合法的な行為類型だという主張を否認する見解が強くなった²⁸⁾。

もう1つは、主権が自然権ではなく国際法によって構成された管轄権を意味するという認識の転換によって²⁹⁾、国際法が国内体制を関心の射程に入れる「諸国民の法」という性

24) 奥脇直也「国家管轄権概念の形成と変容」村瀬信也、奥脇直也編『国家管轄権』3、6-7頁(1998)参照。

25) 連盟規約は、第10条において、連盟国が「連盟各国ノ領土保全及現在ノ政治的独立ヲ尊重」すべきこと、第11条ないし第17条において、「戦争」、「戦争ノ脅威」および「国際関係ニ影響スル一切ノ事態ニシテ国際ノ平和又ハ其ノ基礎タル各国間ノ良好ナル了解ヲ攪乱セムトスル虞アルモノ」に対処する手続を規定している。ただし、連盟規約は戦争という制度を廃棄したわけではなかった。一般に、立作太郎『国際聯盟規約論』(1932)参照。

26) もっとも、不戦条約は実効性を欠いていた。一般に、田岡良一「不戦条約の意義」東北大学法学1巻2号1頁(1932)参照。

27) 国連憲章第2条7項は国連による国内管轄事項の尊重を宣言し、「友好関係原則宣言」(G.A. Res. 2625 (xxv), U.N. GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, at 121, U.N. Doc. A/8082 (1970)) および「国家の国内事項への干渉と介入の非許容性に関する決議」(G.A. Res. 36/103, U.N. Doc. A/36/103 (1981) (<http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r103.htm>)) は干渉の禁止を確認している。

28) 大沼保昭『人権・国家・文明』78、109頁(1998)参照。ただし、人道的干渉を合法だとする学説も根強い。See, e.g., W. Michael Reisman, *Humanitarian Intervention to Protect Ibos, in HUMANITARIAN INTERVENTION AND THE UNITED NATIONS* 167, 177-78 (R. Lillich ed., 1973). 横田前掲書(註14) 99-100頁参照。

格を再びもち始めたことである。連盟体制は、敗戦国の旧領域における少数者の存在が国際抗争の原因となることを防止するため、少数者保護の制度を創設した。そして、それは、人権という普遍的な価値が、平和の文脈から独立に国際法上の法益として承認される契機となった。そして、人権の保障を目的の1つとして掲げていた第2次世界大戦の後、連合国は、国連憲章の目的条項である第1条3項に人権の保障を盛り込むに至った。

近年では、人権の侵害を広範に伝達しうる情報技術の確立によって情報密度の高い公共空間が拡大し、人権を遍く保障すべきだとする認識が共有されるようになり³⁰⁾、ある国が人権を保障する能力または意思を有しない場合には国際社会が直接保障すべきことを要求する「公衆による強制 (popular sanction)」³¹⁾の実効性が高まってきた³²⁾。そして、国際法上も、人権は「国際社会が関心の対象とすることが正当な事項」だと位置づけられるようになった³³⁾。すなわち、国際法は個人を関心の対象とすることによって、国家という国際社会の部分秩序の構成原理に統制を及ぼす論理を受け容れたのである。現在でも、国際法は、特定の政治的または経済的な構造をもつことを国々に要求するものではない³⁴⁾。しかし、国は「国際法のもとでの義務を遂行する立場にあるという方針で、その制度を組織す

29) 皆川洸, 内田久司編『講義国際法』97頁(1982)(桑原輝路執筆)参照。常設国際司法裁判所(PCIJ)は、国内管轄事項の範囲は国際法の発展しだいで変動すると判示している。See *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 4, at 23-24.

30) See SASKIA SASSEN, *LOSING CONTROL? : SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION* 93 (1996) [サスキア・サッセン, 伊豫谷登士翁訳『グローバル化の時代』165頁(1999)]. 法制度の運用はメディアによって構成される「事実」に依存している。See JOSEPH S. NYE, JR., *UNDERSTANDING INTERNATIONAL CONFLICTS* 232 (4d ed. 2003) [ジョセフ・S・ナイ, 田中明彦, 村田晃嗣訳『国際紛争』255頁(2002)(底本3版)] (1990年のイラクによるクウェートへの侵攻が植民地支配の解消を目的とする行動ではなく侵略として位置づけられた一因は、合衆国の会社による報道の誘導だったと指摘する)。規範や制度そのものよりも、それらを構成し伝達する媒体にいつそう注目すべきだとする学問方法として、メディアロジーが提唱されている。一般に, RÉGIS DEBRAY, *MANIFESTES MÉDIOLOGIQUES* (1994) [嶋崎正樹訳『レジス・ドブレ著作集1:メディアロジー宣言』(1999)].

31) 公論 (public opinion) は公衆の具体的な行動によって初めて効果を発揮するため、「公衆による強制」という概念を用いる。See JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *A FRAGMENT ON GOVERNMENT AND AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* 113, 148 n.1 (Wilfrid Harrison ed., 1948) [ベンサム, 山下重一訳「道徳および立法の諸原理序説」関嘉彦編『ベンサム, J・S・ミル』69, 110頁註1(1967)(抄訳)].

32) 例えば, 欧州人権裁判所の判決が国際司法裁判所(ICJ)の判決以上に履行される確率が高いのは, 公衆による強制の実効性が高いためである。See ARNOLD D. MCNAIR, *THE EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW* 15 (1962).

33) See Vienna Declaration and Programme of Action para. 4, U. N. Doc. A/CONF. 157/23 (1993) ([http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument)).

34) See *Western Sahara*, 1975 I. C. J. 43-44.

る義務を負う」³⁵⁾と考えられるようになったのである³⁶⁾。

従来、国際法は特別国際法および一般国際法によって構成されていた³⁷⁾。しかし、人権の最低基準は、強行規則 (*jus cogens*)、すなわち、逸脱を禁止された普遍国際法 (*universal international law*) によって保障されるべき国際公序 (*international public order*) の問題と考えられるようになった³⁸⁾。国際法は階層化したのである。人権の最低基準を確定する規則は、普遍国際法としてすべての国の国内で実現されることを要求する。それは、「国際の平和および安全」に係わるという解釈を通して、または、人権そのものとして、国際的に保障されるのである³⁹⁾。普遍国際法に違反しようとする国家は、国際法共同体から「法外放置宣告を受けた者 (*outlaw*)」の地位にみずからを追い込み、国際的な介入の対象となることを受忍しなければならない。

これら2つの変化は、干渉の禁止の原則を維持しつつ、普遍国際法を系統的に侵犯する国内法秩序の変更などを目的とする介入を正統化する新たな法的構成の創造を要求することになった。というのも、先に述べた歴史的な理由から、また、現在の介入形態の多様化から、人道的介入という既存の類型では十分ではなくなっているからである。

35) *The International Law of the Future: Postulates, Principles and Proposals*, Jan. 1, 1944, 38 SUPP. AM. J. INT'L L. 41, 73 (1944).

36) 一定の条約の批准が、新独立国が「国際社会へ参加するためのステップになっている」という指摘として、山下泰子「女性差別撤廃条約とNGOの役割」山下泰子、植野妙実子編『フェミニズム国際法学の構築』109, 112頁(2004)参照。逆に、自決権の侵害などをともなう独立の場合には、国家性の通常の条件が満たされていても、集団的な不承認が国家性の確立を妨げる「逆方向の創設の効果」を發揮する。小寺前掲書(註14)89頁参照。

37) 一般国際法は「反証なきかぎり (*prima facie*)」対世的 (*erga omnes*) な拘束力を有する。しかし、階層上優位の法ではないため、形成過程における「一貫した反対国 (*persistent objector*)」、および、他国との間に当該法を逸脱する特別国際法秩序を形成した国は、その対抗力 (*opposability*) を免れる。「一貫した反対国」について、一般に、大島真木子『「一貫した反対国」理論とその意義』本郷法政紀要5号39頁(1996)参照。

38) See SIR ARTHUR WATTS, *The Law of Treaties: ILC Final Draft Articles and Commentary*, 2 THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1949-1998, at 619, 740-43 (1999) [小川芳彦「国際法委員会条約法草案のコメントリー(4)」関西学院大学法と政治20巻1号101, 145-48頁(1969)]. 普遍国際法の変更は当該法秩序にとって革命に当たる。

39) 川島慶雄「国際社会における法の支配の側面」覚道豊治他編『現代における「法の支配」』319, 324頁(1979)参照。川島は、国際社会における「法の支配」は力を行使する国に対する外部的な統制——「正面攻撃」——のみならず、国内における人権保障という「側面から[の]援助」によって確立されると主張する。同論文320-23頁参照。いわゆる「民主的平和 (*democratic peace*)」の主張である。「民主的平和」について、一般に、BRUCE RUSSETT, *GRASPING THE DEMOCRATIC PEACE* (1993) [ブルース・ラセット、鴨武彦訳『パクス・デモクラティア』(1996)]. もっとも、人権保障が十分である場合にも武力は行使されうるし、むしろ、「公衆による強制」の圧力が高まり権力のいっそう強力な行使を強いることも少なくない。See Michael L. Smidt, *The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?*, 167 MIL. L. REV. 156, 171-73 (2003).

(3) 許容される介入の類型の法的構成

現在許容されると考えられる介入には大きく3つの類型がある⁴⁰⁾。

第1は、内戦などの原因で秩序が崩壊した「破綻国家 (collapsed state)」⁴¹⁾の秩序再建を目的とする介入である。「破綻国家」には政府が実質的に存在せず、国民を正統に代表しうる意思決定機関が存在しないため、憲章第2条4項が保護する国家の「政治的独立」の前提が欠ける。そこで、同条項が保護する「領土的一体性」を損なうことなく、秩序再建後速やかに国民を代表しうる政府を樹立し当該政府に意思決定の独立を保障するかぎり、介入は憲章に違反しないと考えられる。また、「重大でさし迫った危険に対して、本質的な利益を保障する唯一の手段」であり、他国または国際共同体全体の本質的な利益を深刻に侵害するものではない場合、たとえ本来違法な干渉だとしても、緊急状態 (necessity) を理由として違法性が阻却されると考えられる⁴²⁾。この段階の行動は、人権保障を窮極的な目的としつつ、秩序の再建および周辺地域への秩序の紊乱の拡大防止を直接的な目的とする警察的措置である⁴³⁾。

第2は、普遍国際法に系統的に違反していたり、侵略主義的で恒常的に平和に対する脅威になっていたりする国内秩序を廃棄し、国際法の原則に則った国内法秩序を受容させる

40) 干渉は、安保理または総会による授權または許容を得てなされるか、少なくとも集団的になされることが要件だと主張されるかもしれない。しかし、それらは、絶対的な要件ではなく、干渉に国際的な正統性を与え、第三国との関係で発生するその合法性に関する疑義に由来するコストを削減するための手段であり、状況の緊急性、保護される利益の重大性、措置の実効性、決定の経済的または時間的なコストなどと衡量されるべき事由の1つにすぎない。青井千由紀「力と正当性」日本国際連合学会編『国際社会の新たな脅威と国連』85, 92-97頁 (国連研究4号, 2003) 参照。手続が踏まえられるか否かは、それらの「要件」を満たし国際法秩序を維持することがその国益に適うと干渉国を説得できるか否かに依存する。国際法は、国家に優位する規範という地位に安住することはできず、利用者である国にその道具的な有用性を不断に納得させ続けなければならない。

41) 「破綻国家」について、一般に、I. William Zartman, *Introduction to COLLAPSED STATES* 1 (I. W. Zartman ed., 1995)。破綻国家は「禁治産者的存在」とも呼ばれる。大隈宏「破綻国家からの脱却をめざして」成城法学60号192, 180頁 (1999) 参照。

42) 緊急状態について、一般に、see JAMES CRAWFORD, *THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES OF STATE RESPONSIBILITY* 178-86 (2002)。村瀬信也監訳『『国家責任』に関する条文草案注釈 (2・完)』立教法学24号141, 222-30頁 (1985) 参照。

43) 介入の手段は、その目的を達成する利益と、介入にともなう人的なコストなどを衡量して決定されなければならない。篠田英朗『『新介入主義』の正統性』広島市立大学広島平和研究所編『人道危機と国際介入』19, 40-41頁 (2003) 参照。

ことを目的とする干渉である⁴⁴⁾。例えば、人権が大規模に侵害される可能性、テロリストの温床が形成される可能性、大量破壊兵器を開発し保有する「ならず者体制 (rogue regime)」の傘下に入る可能性、対象地域の秩序の紊乱が周辺地域の秩序を崩壊させる可能性などが高い場合、介入が許容されると主張されている⁴⁵⁾。かつては、干渉の禁止は形式的に理解されていたかもしれない。しかし、現在では、民主主義を基礎として人権を保障するという実質を備えて初めて干渉の禁止によって国内体制が保護されると考えられるのである⁴⁶⁾。国際的な介入による体制の変更は、当該国の国民に代位しておこなわれる「誘導された革命 (induced revolution)」⁴⁷⁾である。降伏条約が憲法の「根本規範的部分」を変革する場合、「外的圧力による一種の革命が生じ、もはや条約の主体としての独立国家は[一時的には——筆者補完]存在しない」⁴⁸⁾。

このような介入の1つのモデルは、第2次世界大戦後のわが国である⁴⁹⁾。合衆国は、戦争中から、奴隷制を廃止させるために南北戦争後に北軍が南部を一時的に占領したように、戦争を引き起こした哲学を破壊するために戦後わが国を占領しなければならないとしていた⁵⁰⁾。そこで、降伏文書は、主権の所在を天皇から国民へと変更することを規定し⁵¹⁾、ハ

44) 合衆国は、「体制の変更」を目的とする武力行使を合法だと主張した。see Michael Glennon, *Why the Security Council Failed*, 82-3 FOREIGN AFF., May/June 2003, at 16, 18 (同国のフライシャー (Ari Fleischer) 報道官の発言を紹介する)。このような介入を合法だとする学説として、中俣佳恵「人道的な武力の行使と国際法」中央大学大学院研究年報 28号 13, 20-21頁 (1998) 参照。

45) See Chester A. Crocker, *Engaging Failing States*, 82-5 FOREIGN AFF., Sept./Oct. 2003, at 32, 41.

46) 「世界人権宣言」第21条および「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第25条が選挙および公務に参与する権利を規定しているように、国際法は国民主権という価値を受容している。このような介入は、国際人道法に違反した個人の裁判をとまなうことが少なくない。そのような裁判において、「上官の命令に服従せざるをえなかったため責任を負わない」という抗弁が否定されたことは、国際人道法が国家のヴェイルを剥ぎ取り、個人を直接義務づけていることを意味し、国際公序が国家機関にも貫徹されている表れである。大沼保昭『戦争責任論序説』9, 347-49頁 (1975) 参照。上官命令の抗弁について、一般に、佐藤宏美「上官命令の抗弁：『ニュルンベルク原則』の形成」防衛大学校紀要 (社会科学篇) 82号 119頁 (2001) 参照。

47) Memorandum for the Chief, Government Section: Powers of the Diet with Regard to Constitutional Amendments Under the Meiji Constitution, Aug. 25, 1946, 2 POLITICAL REORIENTATION OF JAPAN, SEPTEMBER 1945 TO SEPTEMBER 1948, at 623 (1949)。わが国も事態を「あたへられた革命」と理解していた。終戦連絡中央事務局各省連絡官「序文」『联合国日本管理政策第1輯』2-3頁 (1946) 参照。

48) 小林前掲書 (註15) 527頁参照。

49) わが国の「管理」以前にも、戦略的に重要な地域、植民地、および、争われている領域が国際管理のもとにおかれることがあった。山田哲也「国際機構による領域管理の法的側面」横田洋三、山村恒雄編『現代国際法と国連・人権・裁判』111, 114頁 (2003) 参照。

50) See, e. g., 875 Press Conference: Joint Conference by the President and the Prime Minister Churchill at Casablanca, Jan. 24, 1943, 12 THE PUBLIC PAPERS AND ADDRESSES OF FRANKLIN D. ROOSEVELT: THE TIDE TURNS 37, 39 (1969)。油井大三郎「米国の戦後世界構想とアジア」油井大三郎他編『占領改革の国際比較』3, 12頁 (1994) 参照。

51) 対日講和条約前文 (Treaty of Peace with Japan, Sep. 8, 1951, preamble, 1951 U. S. T. LEXIS 516, at*2) や、対伊講和条約第15条 (Treaty of Peace with Italy, Feb. 10, 1947, art. 15, 1947 U. S. T. LEXIS 466, at*16) は、敗戦国に基本的人権の保障を義務づけている。

一、陸戦条規の軍事占領に関する規定を修正する特別規則として、わが国を「管理 (control)」の下においた⁵²⁾。国家の主権が他者に「従属 (subject to)」⁵³⁾しているときに当該国における主権の所在の変更を観念することは困難であるかもしれない⁵⁴⁾。しかし、わが国の主権は天皇から国民ではなく連合軍総司令官に当面移ったことを直裁に認めるべきである。国民自身が絶対君主から主権を奪取できない場合、国民の消極的な支持のもとで、国際的な主体が暫定的に主権を行使し、適当な時期に国民に主権を返還することは、合法的な介入の形態なのである⁵⁵⁾。連合軍は「人道的干渉のための軍事同盟」だったと評されることすらある⁵⁶⁾。

かつての戦争は、講和条約の締結によって大国の権力の布置、すなわち、「正統性 (legitimacy)」⁵⁷⁾の所在を変更するものであり、国際法にとって革命に当たる超法的な現象だった。それに対して、1990年代以降の「破綻国家」、テロ支援国家⁵⁸⁾、および、大量破壊兵器を開発し保有する国家などに対する介入は、「正統性」の枠内でおこなわれており、単なる逸脱として法的位置づけを断念したり、一般法を置き換えたか位置づけたりすることなく、違法性阻却事由として法の論理に取り込んで構成されるべきものである⁵⁹⁾。たし

52) 芳賀四郎編『日本管理の機構と政策』31-33, 203頁 (1951) 参照。なお、降伏条約が憲法と抵触するとしても、政府は降伏条約を締結し憲法を一時的に乗り越える権限を緊急状態においては有すると主張される。甲斐素直「憲法における条約の多義性とその法的性格」日本大学司法研究所紀要8号1, 19-20頁 (1997) 参照。

53) 「1945年9月22日『降伏後に於ける米国の初期の対日方針』第二部二[日本国政府との関係]」思想の科学研究会編『共同研究日本占領』524頁 (1972) 参照。

54) 長尾龍一『日本法思想史研究』320頁 (1981) 参照。管理は「ポツダム宣言を憲法とし、マッカーサー[連合軍総司令官]を主権者とする絶対主義的支配体制」だった。同書299-300頁参照。マッカーサー自身、わが国の元首の地位にあったと回顧した。See DOUGLAS MACARTHUR, REMINISCENCES 280-81, 319 (1964) [ダグラス・マッカーサー, 津島一夫訳『マッカーサー回想記(下)』127頁 (1964)]。マッカーサーは、わが国の首相を「大きな強制収容所の囚人代表」に例えている。袖井林二郎「占領という名の政治」袖井林二郎編『世界史のなかの日本占領』128, 135頁 (1985) 参照。

55) 樋口陽一『憲法』63-64頁 (改訂版, 1998) 参照。田中英夫『憲法制定過程覚え書』28, 127-28, 199-202頁 (1979) も参照。

56) 斎藤恵彦「人道的救援と国家主権」国際人権3号5, 6頁 (1992) 参照。

57) HENRY A. KISSINGER, A WORLD RESTORED 1-2 (1957) [ヘンリー・キッシンジャー, 伊藤幸雄訳『回復された世界平和』2頁 (1976)]。See *id.* at 145-46, 160, 180-81, 182, 187 [邦訳268-71, 293, 328-29, 331, 339-40頁]。

58) テロリストとその「支援国家」の政府との関係は個々に検討しなければならない。例えば、国際的なテロリスト・ネットワークとして知られるアルカイダ (Al Qaeda) は、一時期、スーダン政府の庇護を受ける代わりに、その資金をスーダンのインフラ整備のために供出していた。スーダン政府は、その後アルカイダの追放を決定した。宮坂直史「テロリズム対策における国連の役割」日本国際連合学会編『国際社会の新たな脅威と国連』63, 71頁 (国連研究4号, 2003) (政府にテロリストとの関係を切り離させるためには、当該政府に援助をおこなうことが必要になる場合もあると指摘する) 参照。

59) 先に挙げた(註14)「等位理論」も、国際法は「集団安全保障とか統合など、直接の執行機能をもつ規定を除けば、原則として、その規範を各国内で実現するための固有の手段をもたない」として、国際法が「固有の手段」をもつ場合があることを認めている。山本前掲書(註14)91頁参照。

かに、そのような介入の例は散発的であり、その主体、客体および正統化の根拠も個別性が強い。しかし、それは国際社会の構造を反映した1つの制度として正統に位置づけられるべきものなのである。

第3は、国内秩序を再建する段階における統治や選挙の実施などである。国内秩序は国際法適合的なものでなければならず、それによって当該国は国際法共同体の構成員としての資格を再び得る⁶⁰⁾。この介入は武力行使の後に付随的になされるものであるが、必ずしも対象国の国民の同意を基礎とせず、当該国民の消極的な受容のみが問題となる点で、単なる支援というよりも介入という性格が強い⁶¹⁾。国際法主体は、国民が国民主権の理念の教育を十分受け、自己統治する能力を獲得したと考える時点で、国民に主権の行使を返還する⁶²⁾。わが国の場合、日本国憲法は、形式的には、1946年3月6日に「憲法改正草案要綱」を閣議決定し公表したうえで、4月10日に総選挙をおこない憲法に対する事実上の国民投票 (plebiscite) に掛けるという手続を踏み、議会の審議にも掛けられた⁶³⁾。さらに、制定の時点では「押し付け」られたものだったとしても⁶⁴⁾、対日講和条約の締結によって管理が終了した時点までには、わが国の国民は国民主権などの理念に基づく自己統治の能力を獲得し、国際法適合的な国内体制の骨格を規定するものとして憲法を追認したと考えることができる⁶⁵⁾。

- 60) 貴族院帝国憲法改正案特別委員会において、日本国憲法前文第3文の「独立国となるためには、政治道徳の法則を守るのだと云う如き聯関思想」が批判された際に、金森徳次郎国務大臣は、「此の規定は一般国家に対する規定でありまして、『各国の責務』と云う風に云って居りますから、日本だけに其の言葉を取り扱って、何となく不愉快のような感じを起す人もない」と答弁した。清水伸編『逐条日本国憲法審議録第3巻』308-09頁(増訂, 1976)参照。
- 61) 国際的な決定が被統治「国民」を拘束する根拠は説明が困難だと指摘される。山田哲也「国際介入の一形態としての暫定的領域管理」広島市立大学広島平和研究所編『人道危機と国際介入』69, 81頁註31(2003)参照。山田は、抗争当事者の和平協定などによる委任が根拠だと主張する。山田前掲論文(註49)114頁参照。しかし、委任する権限を認められる抗争当事者を特定することは困難であるうえ、国際的な統治が和平協定に先立って開始されることも少なくない。後に述べるように、国法が国内法のみならず国際法をも含んで成立していることを端的に認めることによって説明すべきだろう。後述161-162頁参照。
- 62) 依田博『紛争社会と民主主義』231頁(2000)(前体制の下で政治の経験を積む機会を奪われていた人が多ければ多いほど、政治体制の再建に他人の手を借りざるをえないと指摘する)参照。
- 63) See MACARTHUR, *supra* note 54, at 300-01 [邦訳160-62頁]。国民は「憲法問題よりは衣食住の問題に関心を集中していた」ため、同要綱の公表は名目的だったという指摘もある。橋本公巨『憲法』20頁(現代法律学全集2, 1972)参照。しかし、私擬憲法も作成されていた敗戦直後と現在いずれの国民が「衣食住の問題に関心を集中」しているかは明らかではない。橋本も、国民は憲法を定着させたため、「形式的には、押しつけ憲法であったとしても、実質的には、明治憲法の束縛から国民を解放する憲法であった」と評している。同書22, 24頁参照。
- 64) 吉田茂は、憲法の制定過程は「条約交渉の場合よりも一層『渉外的』ですらあった」と述懐する。吉田茂『回想十年第2巻』30-31頁(1957)参照。憲法は、「村八分」になったわが国が国際社会に復帰する手段だったのである。猪木正道『評伝吉田茂第3巻：雌伏の巻』405-08頁(ちくま学芸文庫, 1995)参照。憲法は対内的な規範であるだけでなく、対外的な政策の声明でもある。日本国憲法第98条2項はまさに後者として盛り込まれた。宮田豊「憲法第98条第2項」法学論叢62巻3号1, 19, 21-22頁(1956)参照。

3. 国際法形成過程と日本国憲法

(1) 国際法の存在形式と日本国憲法第98条2項

日本国憲法第98条2項は、国際法を「誠実に遵守することを必要とする」と規定し、国際法を全体として憲法秩序に編入 (incorporation) している⁶⁵⁾。そして、「条約」と「確立された国際法規」という2つの国際法の存在形式を挙げている。この2つは、編入される国際法の限定的な列挙であり、憲法が国際法の存在形式いずれかの編入を典型的に否定していると考えないかぎり、編入される国際法はこの2つの存在形式にすべて含まれるとされてきた。条約が「文書の形式で締結され、国際法によって規律される国際的な合意」⁶⁷⁾を意味する点についてはおおむね争いが無い⁶⁸⁾。問題は、「確立された国際法規」の概念と、国際法上の国際法の存在形式との対応関係である⁶⁹⁾。

「確立された国際法規」について、政府は、①「国際自然法」⁷⁰⁾だとする。学説は、②「成文・不文を問わず、現に国際社会において一般に承認され、実効性を有する国際法規」とする主張⁷¹⁾、③「国際慣習法のみであり、かつ大多数の国によって承認され、実施され

65) 長尾前掲書 (註 54) 301 頁参照。結局、起源と内容いずれの点でも民主的正統性が十分ではない大日本帝国憲法と、起源の点では民主的正統性が十分ではないが、内容の点で民主的な日本国憲法とのいずれを国民が選択してきたかが問題だろう。

66) 国際法を国内法に編入する根拠については、条約の公布を規定する憲法第7条1項だとする学説もある。小嶋和司『憲法概説』141頁(1987)参照。しかし、この見解は「確立された国際法規」を編入する根拠を説明できないため、憲法第98条2項だとする立場が妥当だと考えられる。林修三『憲法の話』43頁(1973)参照。

67) Vienna Convention on the Law of Treaties art. 2, para. 1 (a).

68) 山内一夫編『政府の憲法解釈』231頁(1965)参照。国際法上、口頭の約束も拘束力をもつ場合がある。一般に、中谷和弘「言葉による一方的行為の国際法上の評価(1)」国家学会雑誌105巻1・2号1頁(1992)参照。口頭の約束の「締結」は外交関係を処理する権限に含まれる。外務省設置法第4条(4)および同条(5)参照。口頭の約束の内容は重要な場合も少なくないため、その「締結」には憲法第73条を準用し条約と同じ条件で国会の承認に服させるべきだろう。また、憲法第98条2項の射程は口頭の約束にも及ぶと考えられる。甲斐前掲論文(註52)7-8, 12頁参照。

69) 国際法上、国際法の存在形式は、ICJ規程第38条1項が裁判準則として挙げる条約、慣習国際法、および、「法の一般原則」だと考えられている。ただし、同条項は国際法の存在形式の限定的な列挙ではなく、一方的措置などさらに多くの存在形式があるとする学説も有力である。See MARC PERRIN DE BRICHAMBAUT ET AL., LEÇONS DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 151-55 (2002)。小寺前掲書(註14)26頁参照。

70) 参議院第33会期予算委員会会議録第4号16-17頁(1959年11月17日)(林修三政府委員発言)。

71) 芦部信喜『憲法』285頁註* (高橋和之補訂, 3版, 2002) 参照。

ているもの」とする主張⁷²⁾、および、④単に慣習国際法だとする主張⁷³⁾がある。

しかし、これらはいずれも疑義がある。①はその内包と外延とが不明確である。そして、例えば、普遍国際法を意味するとすれば、大部分の慣習国際法を含まない点で過小包摂になる。②は「条約」である成文の国際法を挙げる点で過大包摂である。また、「一般に承認され」という基準も、わが国に拘束力が及ばない一般国際法の規則を含む点で過大包摂であり⁷⁴⁾、わが国が拘束される特別慣習国際法や「法の一般原則」を含まない点で過小包摂である。「確立された」という限定は、国際礼讓と国際法との区別を意味するか、「国際法規」が法として確立していることは自明だと考えるならば冗語であり⁷⁵⁾、妥当範囲の一般性を意味するわけではないと考えられる⁷⁶⁾。③は不文の国際法に限定する点は妥当だとしても、包摂の範囲について②に対するのと同じ批判が当てはまる。④は特別慣習国際法を含む点は③より妥当だが、わが国に拘束力が及ぶ慣習国際法に限定していない点で過大包摂であり、かつ、「法の一般原則」を含まない点で過小包摂である。

したがって、①ないし④はいずれも妥当ではなく、条約以外の国際法の存在形式でわが国への拘束力が「確立された」すべての国際法を含むと考えるべきである⁷⁷⁾。

(2) 国際法の形成と日本国憲法第 99 条

国家行為は、慣習国際法認定の証拠となったり、「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」⁷⁸⁾として条約解釈の考慮事由となったりする。そのため、国家行為は、国内的効果に加えて国際法の淵源となる効果をも勘案し、「国際立法政策」⁷⁹⁾の一環として決定されなければならない。例えば、連合王

72) 佐藤功『憲法(下)』1287頁(新版, 1984)(大多数の国家が承認した慣習国際法ならば、わが国も「当然に」承認するはずだと指摘する)参照。わが国は、わが国の利害を計算し、主体的に一般国際法を形成したりその対抗力を免れる手段を講じたりすべきであり、いずれかの規則を「当然に」承認する追従に陥るべきではない。

73) 横田喜三郎「国際法と国内法」国際法学会編『国際法講座第1巻』17, 31頁(1953)参照。

74) わが国の裁判所が慣習国際法を適用する際には、わが国による受諾を条件とすべきだと主張される。村瀬信也「現代国際法の動態」村瀬信也他『現代国際法の指標』42, 56頁(1994)参照。この主張は、わが国が拘束される慣習国際法に限定されるべきだとする点では妥当であるが、受諾を明示的な合意だとするならば、わが国の裁判所が適用すべき慣習国際法を狭く捉えすぎるきらいがある。

75) 田村幸策「日本憲法と国際法との矛盾を論ず」法学新報61巻2号1, 8頁(1954)参照。

76) 宮沢俊義『全訂日本国憲法』808頁(芦部信喜補訂, 1978)参照。憲法第98条2項の「英訳」は、“the treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be observed”であり、条約の「締結」と国際法の「確立」とが対称的に規定されており、後者に妥当範囲の一般性の意味は認められない。

77) 「確立された国際法規」の残余説と呼べる。「確立された国際法規」は「法の一般原則」を含まないとする学説がある。宮田前掲論文(註64)25頁参照。しかし、「法の一般原則」が国際法上の国際法の存在形式だとすれば、それを類型的に国法から排除する理由は存在しない。

78) Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31.

国においては、対外関係に係わる与野党の論戦は、国益の確保を共通の目的として、国外に見せるために演じられているといわれる⁸⁰⁾。行政部はもちろん、立法部も司法部も国家機関として国益の確保に向けて協働しなければならないのである⁸¹⁾。

憲法第99条は公務員に「この憲法を尊重し擁護する義務」を課している⁸²⁾。この義務は、国民主権や国際協調などの憲法の原理を衡量して国家行為を決定すべきことを意味する⁸³⁾。その際、憲法の受容した価値を基準として主体的に国内法秩序を形成するという国民主権が、原則として最も重要だと考えられる⁸⁴⁾。例えば、「人類普遍の原理」(憲法前文)である人権の規準は、一次的には「国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓」ったわが国民によって「厳粛な信託」を与えられた「国民の代表者」が決定すべきものである。しかし、先に述べたように、窮極的には国際的に確定されることにもまた留意しておかなければならない。

国際法形成機能がとりわけ問題となる行為は、条約の締結、外交関係の処理、および、国際法の司法的適用である⁸⁵⁾。このうち、憲法第73条は、条約の締結を内閣の職務とし

79) 柳井俊二「国際法規の形成過程と国内法」広部和也、田中忠編『国際法と国内法』83, 86頁(1991)。柳井は、従来の国家行為は慣習国際法形成効果に無意識だったが、近年では意識的になってきたと指摘する。同論文89-90頁参照。

80) 松本俊一「外交と国会」中央公論814号52, 53頁(1956)参照。わが国においても、1880年代から1890年代前半にかけての「条約改正」交渉の時期には、与野党の間で当該問題を政争の外に置くという黙示の合意が成立していた。小宮一夫『条約改正と国内政治』82, 120-22頁(2001)参照。国家とNGOとの関係についても、連合王国のNGOは国家と異なる主張を喧伝するようにみえる場合にも、「どちらも『イギリス』をあらわす…あえてたがえて見せて、その実、気脈を通じる老獪さを日本のNGOも学ぶべきだろう」と指摘される。稲田十一他『紛争から平和構築へ』70頁(2003)(吉田鈴香執筆)参照。

81) 「英人は自から法を作りて自から之を行ふ。故に英人は遵法性を有する」といわれる。『穂積陳重遺文集第2巻』586頁(1932)。イングランドにおいて国際法が“Law of the land”だとされるのは、みずからの利益に適合するようにみずから形成したものだったためなのである。アメリカについての同旨の指摘として、河東哲夫『意味が解体する世界へ』159-60頁(2004)参照。なお、西崎文子『アメリカ外交とは何か』224頁(岩波新書, 2004)（「国際社会の一時的な『亀裂』を賭してでも自律的な外交を追求しようとする国があったこそ、それへの対応や対峙を通じて真の国際協調が生まれうる」）参照。

82) 法律が違反の効果を規定しないかぎり、この義務は政治的なものに止まる。法学協会『註解日本国憲法下巻(2)』1497頁(1953)参照。

83) 法学協会前掲書(註82)1483-84頁参照。

84) 「討議報告：第一部会『憲法と条約』」公法研究5号79, 82頁(1951)(佐藤[功]発言, 河村発言)参照。

85) 国際法秩序において、国内法は事実と位置づけられる。See Upper Silesia, 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7, at 19.

つつ、国会の「承認」手続を規定している⁸⁶⁾。国会による統制は、内閣の行為を国際協調に適うものとする事、および、わが国の官庁と外国の官庁との結託によって国益が損なわれないよう国民主権を防衛することを目的とする⁸⁷⁾。国会による承認の拒否は、条約発効以前ならば条約を修正するか批准を差し控えるかする義務を、条約発効後ならば承認が拒否された部分について条約を修正するか条約全体を失効させるかする義務を内閣に課す⁸⁸⁾。また、同条は、外交関係の処理を内閣の職務とする。例えば、外交関係の処理に含まれる国際会議の決議などへの投票は、慣習国際法の淵源となりうるため、憲法尊重擁護義務に従うことがとりわけ重要となる⁸⁹⁾。

憲法第76条3項は、裁判官が「この憲法及び法律」のみに拘束されると規定する。しかし、この規定は裁判官の独立を保障するにすぎず、国際法を準則とすることを否定するものではない。裁判所は国際法と国内法とを調整する有権的な機関である⁹⁰⁾。ただし、最高裁判所は、判断を下す要件である「憲法の違背」⁹¹⁾の主張に国際法の違背の主張は含ま

86) 外交関係の処理と条約の締結とは、内閣の専権分野と国会の関与を要求する分野との「二元化された条約締結権」であり、「対外関係の安定・促進と[条約]の実施についての国内法制との適合性の確保」との調和をはかっているという説明がある。山本草二「条約と法律の関係」ジュリスト805号182, 183頁(1984)参照。しかし、内閣も国内法を考慮する義務を負い、国会も外交に関して政治的な統制を及ぼす義務を負う。政治的重要性のみを理由として国会の承認手続に掛けられる条約の類型が存在するのは、そのためである。第72回国会衆議院外務委員会会議録第5号2頁(1974年2月20日)(大平国務大臣答弁)参照。執行部と立法部とは協働して対外関係を処理するのである。芦部信喜『憲法と議会制』205-09頁(1971)参照。

87) Cf. Michel Mouskhély, *Le Traité et la Loi dans le Système Constitutionnel Français de 1946*, 13 ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄND UND ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT 102, 109 (1950)。国会の承認を必要としない条約は、講学上、行政取極と呼ばれる。なお、内閣の締結する行政取極に加えて、省庁が締結する「国際約束」が存在する。

88) 山内前掲書(註68)242-32頁参照。義務履行の手段の選択は内閣の裁量に委ねられる。これに対して、国会が修正を要求する場合、内閣は条約の修正を相手国に要求する義務を課されるとする見解(杉原泰雄『憲法Ⅱ』238-40頁(1989))や、内閣の責任を「政治的義務」とする見解(星野安三郎「条約」清宮四郎、佐藤功編『憲法講座第4巻』178, 190頁(1964))も存在する。なお、国会の承認を事前に求めるか事後に求めるかも内閣の裁量に委ねられる。林前掲書(註66)220頁参照。

89) 国連総会決議が慣習国際法の淵源となるにもかかわらず批准を要求されないことは問題だと指摘される。See Christian Tomuschat, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der Internationalen Beziehungen: Bericht*, 36 VERÖFFENTLICHUNGEN DER VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER 7, 168 (1978)。村瀬信也『国際立法』27頁註84(2002)参照。なお、条約の作成過程に対する民主的な統制を強化するため、条約締結会議への代表団に国会議員を含める必要があると主張されている。江橋崇「主権理論の変容」公法研究55号1, 15-16頁(1993)参照。条約は起草されてしまうと、当該条文を受諾するか、当該条約体制に参加することを断念するか——それは政治的に困難な場合が少なくない——しかできなくなることが少くないため、条文の起草段階で国会議員や専門家の集団であるNGOなどによる統制を及ぼさなければならないのである。

90) 清水前掲書(註60)794頁参照。そのため、裁判官の慣習国際法認定能力の確保が課題だと指摘されている。村瀬前掲書(註89)153-54, 180-01頁参照。例えば、わが国の最高裁判所には、国際法を専門とする調査官は置かれておらず、新設すべきだと考えられる。園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」国際人権11号2, 4頁(2000)参照。なお、わが国における国際人権規約などを援用した裁判はこれまで「敗北の歴史」だった。山下潔「国際人権法(国際人権規約)と司法改革」宮澤節生他編『21世紀司法への提言』102, 107頁(1998)参照。

れないとして、法令の国際法適合性に関する司法審査を独立におこなう権限を認めていない⁹²⁾。このような解釈に対しては、国際法を「誠実に遵守する」という憲法第98条2項を「尊重し擁護する義務」に合致しているか疑義があると批判されている⁹³⁾。国際法の違背を上告理由として認め、国内法を国際法適合的に調整する誘引を期待すべきだと主張されるのである⁹⁴⁾。

国内法を国際法適合的に解釈できる場合には、国内法と国際法との抵触は問題とならない。国は国際法を遵守する意思を推定されるため、国際法と抵触する立法をおこなう意思が明確でないかぎり、国内法は国際法適合的に解釈されなければならないといわれてきた⁹⁵⁾。憲法第98条2項は、一般に国際法を憲法解釈の考慮事由として参照することを許容し、普遍国際法にはそれに適合的な憲法解釈を義務づけていると考えられる⁹⁶⁾。ただし、普遍国際法以外については、国内法に抵触しない国際法解釈をできるかぎり選択すべきだという逆の「推定の原則」もあるといわれる⁹⁷⁾。先に述べたように、わが国の裁判所は国民主権の原則を最大限尊重しなければならないからである⁹⁸⁾。最高裁判所は、憲法と人権条約との同じ権利に関する規定について、憲法に適合する行政処分は条約の対応規定にも

91) 最高裁は、特別上告（民事訴訟法第327条）など、制定法上の要件を満たすものに限って判断を下す。

92) 最判1981年10月22日，刑集35巻7号696，701頁。

93) 伊藤正己「国際人権法と裁判所」国際人権1号7，10-11頁（1990）参照。「国際法の違背」を理由とする上告などを認めるためには、訴訟法の改正が必要だという立場（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』7，19頁（1991））と，訴訟法を改正する必要はなく，憲法第98条2項の違背の主張とみなせば足りるという主張（齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』406-08頁（2002））とがある。

94) 樋口陽一『国法学』246頁（2004）参照。

95) 「適合性の推定」と呼ばれる。皆川，内田前掲書（註29）26頁（皆川執筆）参照。同原則は広く認められている。See, e. g., *Trans World Airlines v. Franklin Mint Co.*, 466 U.S. 243, 252 (1984). 「推定の原則」を通して，国内法は国際法の制約を受容しているのである。伊藤正己『イギリス法研究』150頁註3（1978）参照。なお，わが国における条約の解釈は，わが国が当事国である条約法条約の規定に依ることが義務づけられている。武村二三夫「弁護実務の立場から」国際人権11号43，45頁（2000）参照。

96) 齊藤前掲書（註93）は，国際人権法の履行確保にとって肝要なことは「国法秩序の段階構造における地位やself-executing性…ではなく…国際人権条約に憲法に対するのと同等の尊重ないし配慮がなされること」（同書367頁）だとして，条約を憲法解釈の考慮事由とすることが憲法第97条，同第98条2項，および，同第99条によって義務づけられると主張する（同書261-62，358，402，437-39頁）。

97) 中原精一『国際条約と憲法の課題』135頁（1969）参照。国際法と国内法との調整は，国内法の「国際法適合的解釈」である以上に，国際法の「憲法適合的解釈」でなければならないのである。奥脇前掲論文（註18）99頁参照。

98) 万国国際法学会（Institute of International Law）は，国内裁判所が国際法を解釈する際に「あたかも国際法廷によって解釈されているかのように解釈し，国益の影響を受ける解釈を回避することを最大限試みるべき」だと決議している。See *L'Activité du Juge Interne et les Relations Internationales de l'État* art. 5, para. 3, 65-II Y.B. INST. INT'L L. 322 (1993). 国内裁判所と国際法廷との協調により，国家を遍く「法の支配」に服させようとするのである。しかし，そのような裁判官の国際的な共同体は現実には存在しない。裁判官は国家の機関であり，国家に対して一次的な義務を負っているのである。

適合するという解釈手法を採っている⁹⁹⁾。この解釈に対しては批判も強いが、国際法の憲法適合的な形成という観点からは理解することができる¹⁰⁰⁾。結局、国際法と国内法との調整について、一方を他方に適合的に調整すべきだという一般論を構築することはできない¹⁰¹⁾。国際法上の規則が確立しており当該規則が強制される確率が高い場合には憲法を国際法適合的に解釈し、それが低いか憲法の基本的な価値に触れる程度が高いかの場合には国際法を憲法適合的に解釈すべきだと考えられる。

国内法を国際法適合的に解釈することができない場合、国内法と国際法との優劣が問題となる。国際法が一般に法令に優位するという点にはほぼ争いがない¹⁰²⁾。例外は、法令または予算を根拠として内閣が締結する行政取極や省庁が締結する国際約束が政令や省令と同位だと考えられることだけである¹⁰³⁾。問題は国際法と憲法との国法体系における優劣であり、3つの見解が存在する。

第1に、憲法は独善主義を排しているため、国際法の優位を認めているという見解がある¹⁰⁴⁾。この見解は「確立された国際法規」が憲法に優位する点を自明視しており、もっぱら、条約が憲法に優位することを主張する。例えば、憲法は「民主主義を成立させるための国際主義」を国民主権に優先させているとして条約優位説を採ったり¹⁰⁵⁾、極端な場合には、「国際連合…の多数決で憲法と矛盾する条約が採択されたときには、これに拘束される」として、わが国が批准していない条約すら憲法に優位すると主張したりする¹⁰⁶⁾。この見解に対しては、国民主権の原理を十分尊重していないこと、条約は強大国によって弱小国へと押しつけられる場合があること¹⁰⁷⁾；および、条約は憲法の改正や法律の制定よりも簡易な手続で締結されうるため、条約の締結による「裏からの憲法改正」を認めるべきではないことが批判される¹⁰⁸⁾。とりわけ、たとえ国連で条約が採択されても、署名

99) 園部前掲論文(註90)3頁参照。

100) 例えば、伊藤前掲論文(註93)11頁参照。なお、条約機関の意見を条約の有権的な解釈だとして、わが国の裁判所による「無視ないし安易な取扱い」を憲法第98条2項の違反だとする主張がある。齊藤前掲書(註93)428-33頁参照。しかし、条約機関の意見に拘束力が認められていないのは、条約の解釈権が当該機関に独占されるべきだと考えられていない証拠であり、わが国の裁判所が独自の基準を採用することは条約の趣旨と抵触しない。問題は、各解釈が条約当事国全体に受け容れられるか否かである。

101) ゲオルグ・レス、栗田陸雄訳「条約における国際法と憲法との相互作用(2)」慶應義塾大学法学研究56巻5号71,80頁(1983)参照。

102) 中村睦男「条約の国内法的効力」法学教室146号34,37頁(1992)参照。例外的に、条約と法律とが等位だとする見解も存在する。関道雄「日本の国内法としての条約」自治研究44巻7号37,42頁(1968)参照。

103) 小寺彰他編『講義国際法』117頁(2004)(岩沢雄司執筆)参照。

104) 小嶋前掲書(註66)139頁参照。

105) 「討議報告：第一部会『憲法と条約』」公法研究5号79,82-83頁(1951)(宮沢[俊義]発言)参照。

106) 法学協会前掲書(註82)1484頁。

107) 橋本公亘『日本国憲法』683頁(改訂,1988)参照。

や批准などの手続を経ていない国に拘束力を及ぼすことがないことは確立している。

第2に、条約は憲法に劣位し、「確立された国際法規」は優位とする見解がある¹⁰⁹⁾。この見解は、論理を逆転し、国際法のうち憲法に優位するものだけを「確立された国際法規」と呼ぶことが少なくない¹¹⁰⁾。しかし、先に述べたように、そうすると「確立された国際法規」の概念が過小包摂となり妥当ではない。また、国際法上、慣習国際法と条約との効力に類型的な優劣はなく¹¹¹⁾。憲法の文言が「条約」と「確立された国際法規」とで効力を区別していないことも、この理解の障害となる¹¹²⁾。これらの批判に対して、この見解は、条約は政治的な力関係を反映するが、慣習国際法は普遍性を有すること¹¹³⁾、条約の改正が憲法改正よりも簡易な手続によるのに対して、慣習国際法の形成過程はそのような簡易なものではなく¹¹⁴⁾、そもそもわが国の関与なしに成立しうること¹¹⁵⁾を論拠とする。しかし、これらの論拠も十分説得的ではない¹¹⁶⁾。

まず、多数国間条約の締結会議では、弱小国が投票数の圧力を用いて会議内覇権を掌握することができるのに対して¹¹⁷⁾、慣習国際法の形成は現実の力関係を露骨に反映する。慣習国際法が「自生的な (*spontanées*)」法であり、特定の法定立行為によって形成された法よりも自発的に遵守されうると分析されることがある¹¹⁸⁾。しかし、実際には、国際的

108) 樋口前掲書(註55)427頁参照。国会による条約の承認は、速やかにおこなうべきであるため、予算の場合と同じく衆議院の優越が強化されており、法律に比べて審議の期間が短い。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24号17, 21頁(1948)参照。

109) 佐藤幸治『憲法』32頁(3版, 1995)参照。政府は、一般国際法は憲法に優位し、条約などの個別国際法は憲法に優位しないと答弁したことがある。第34回国会衆議院予算委員会議事録第15号2頁(1960年2月23日)(高橋通敏政府委員答弁)参照。しかし、任意規則(*jus dispositivum*)である一般国際法は憲法に優位せず、降伏条約などは特別国際法であっても憲法に優位する。

110) 村上謙「日本における条約および慣習国際法の国内的効力」時の法令688号18, 27頁(1969)参照。

111) 慣習が条約の規定を事実上覆すこともある。例えば、国連憲章第27条3項は、常任理事国の「同意投票」を安保理の決定の要件と規定しているが、常任理事国の棄権が決定の障害にならないという慣習によって事実上覆された。See Bruno Simma & Stefan Brunner, *Article 27, in 1 THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY* 476, 493-98 (Bruno Simma ed., 2d ed. 2002)(ただし、ICJの「ナミビア事件」勧告的意見は、同条項の解釈として当該慣習に従うと構成したと指摘する)。

112) 高野雄一『憲法と条約』195頁(1960)参照。

113) 樋口陽一『憲法I』412頁(1998)参照。樋口は「確立された国際法規」を憲法が「人類普遍の原理」(前文)として受け容れた国際法に限定している。樋口前掲書(註55)103頁参照。

114) 長谷部恭男『憲法』438頁(2版, 2001)参照。

115) 阿部照哉「日本国憲法と国際社会」公法研究43号1, 8頁(1981)参照。

116) 一般に、山本草二「国際法の国内的妥当性をめぐる論理と法制度化」国際法外交雑誌96巻4・5号18, 46-47頁(1997)参照。

117) 国連憲章が総会の投票制度を一国一票としたため、総会は現実政治における強大国の覇権に対して弱小国が「機構内ヘゲモニー」を握る場になったという指摘として、最上敏樹『国際機構論』103-04頁(1996)参照。

118) See Roberto Ago, *Droit Positif et Droit International*, 3 ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL 14, 62 (1957). なお、植木俊哉他『ブリッジブック国際法』6頁(2003)(山本良執筆)(慣習国際法の「成立のプロセスはたいへん民主的である」とする)参照。

な主体の意思的な行為を認定者が意思的に選択し抽出するという、二重に意思的な法である。そこでは、強大国は、慣行および法的確信が問題となる「特別利害関係国」として重視される¹¹⁹⁾。たしかに、ヨーロッパ公法以来の「穏当な慣習 (*coutumes sages*)」に基づく法に対して、新独立国などが国連総会決議などを利用して旧来の規則の是正を試みる「無作法な慣習 (*coutumes sauvages*)」に基づく法が主張されている¹²⁰⁾。弱小国は、慣習国際法の形成に会議内覇権と同じ利点をもち込もうとしたのである。しかし、新国際経済秩序 (NIEO) に象徴されるように、強大国による支持の欠如から、実定性を備えた法としては確立しえなかった。

つぎに、慣習国際法の形成過程は条約の締結手続よりも、民主的な統制から隔てられている。慣習国際法の淵源となる外交関係の処理は、国会の個別的な承認を必要とせず行政部の権限とされているのである¹²¹⁾。とりわけ、慣習国際法を認定する権限を国際司法裁判所 (ICJ) などの国際機関に委任する場合、裁判権の受諾に国会の承認が要求されないこと——わが国において、ICJ の義務的裁判権受諾宣言は国会の承認手続に掛けられなかった¹²²⁾——、法の認定についての委任が過度に一般的なものとされかねないこと¹²³⁾、および、認定された法に関する国会の審議の手続が用意されていないことなどの問題がある¹²⁴⁾。認定された法を判決の理由づけという地位を超えて有権的に託宣された法とみなすことは、慣習国際法の形成に対する民主的な手続を空洞化させるのである。慣習国際法にわが国の承認なく成立しうるものが含まれることは、普遍国際法以外については、民主性の欠如を理由としてそれを憲法の劣位におく理由にこそなれ、逆の結論を導く理由には

119) See MOHAMMED BEDJAOU, TOWARD A NEW INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER 135-36 (1979).

120) 「穏当な慣習」と「無作法な慣習」との対比として、一般に、see RÉNE-JEAN DUPUY, *Coutume Sage et Coutume Sauvage*, in DIALECTIQUES DU DROIT INTERNATIONAL 97 (1999).

121) See Discussion of Foreign Relations Law of the United States (Revised), Tentative Draft No. 1, 57 A. L.I. PROC. 68 (1980) (statement of Mr. Feldman). 先述註 89 参照。

122) 松田竹男「条約の締結に対する民主的統制」静岡大学法経研究 38 卷 1・2 号 169, 178 頁 (1989) 参照。連合王国においても、ICJ の義務的裁判権の受諾については、議会で審議の猶予を与える「ポンソンビー規則 (The Ponsonby Rule)」の対象とされなかった。See E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law: Survey and Comment*, V, 7 INT'L & COMP. L. Q. 92, 121 (1958)。これに対して、合衆国が義務的裁判権受諾宣言をおこなった際には、上院の承認を受けた。See O. Wilcox, *The United States Accepts Compulsory Jurisdiction*, 40 AM. J. INT'L L. 699 (1946)。経塚作太郎『条約法の研究』474 頁 (1967) 参照。

123) 国家が国法の形成を他者に委譲すると、憲法上保護される国民の権利が侵害される可能性が生じる。例えば、徴収すべき租税を決定する権限を委譲する租税執行条約は、憲法の租税法律主義と抵触すると指摘される。石黒一憲『国際摩擦と法』100-05 頁 (ちくま新書, 1994) (租税の徴収共助には刑事法における双方可罰性 (dual criminality) と同じ要件を課すべきだと主張する) 参照。

124) PCIJ 規程起草の際には、PCIJ 規程当事国が PCIJ による法の認定に抗議する権利を規定すべきだと提案されていた。山田三良「常設国際司法裁判所に就て」横田喜三郎編『立教授還暦祝賀国際法論文集』1, 39-40 頁 (1934) 参照。

ならない。

第3に、憲法第98条の文言に対応する第1および第2の類型的な主張の限界に照らして、国際法の存在形式と憲法との優劣が対応するわけではなく、国際法の内容に応じて優劣を決定すべきだという見解がある¹²⁵⁾。政府は、憲法に対して、「二国間の政治的、経済的な条約」は劣位し¹²⁶⁾、「一国の安危にかかわるような問題に関する」条約、例えば、降伏文書や平和条約は優位し¹²⁷⁾、「確立された国際法規」のうち外交官の特権免除に関する慣習国際法なども優位するとする。通説も、憲法が国際法に一般に優位し、例外的に国際法が憲法に優位する場合があるとする¹²⁸⁾。例外としては、降伏文書や平和条約に加えて、領域の画定に係わる条約¹²⁹⁾、ならびに、「確立された国際法規」のうち「世界の人類がひとしく遵守すべき普遍的な原則を内容とする国際法規（[憲法]前文にいう『人類普遍の原理』に該当する国際法規）」を挙げる学説¹³⁰⁾がある。

政府の挙げる「二国間の政治的、経済的な条約」は例示であり、降伏条約など以外の条約は原則としてすべて憲法に劣位すると考えられる。降伏条約などは、戦勝国の実力を背景として新たな秩序を確立する機能を有するため、憲法に優位する。実際、最高裁判所は、降伏文書を根拠とする管理法令は「超憲法的性格」を有し、その違憲審査権が及ばないと

125) 例外なく憲法が優位だとする判決や学説もないわけではない。例えば、東京地判1959年3月25日、判例時報180号9、13-14頁(1959)参照。杉原前掲書(註88)522-27頁参照。

126) 山内前掲書(註68)241-42、247頁参照。2国間の条約のみならず、少数特定国との間の条約に対しては憲法が優位するという学説も存在する。丸山健「条約の国内法的効力」奥平康弘、杉原泰雄編『憲法学6』169、178頁(1977)参照。しかし、多数の国との間の「政治的、経済的な条約」も存在するように、問題は締約国の数ではなく条約の内容である。

127) 清水前掲書(註60)779頁参照。最高裁は、上記の政府見解が表明された直後に「砂川事件」判決を言い渡した。最大判1959年12月16日、刑集13巻13号3225頁。そのなかで、日米安全保障条約について、「高度の政治性を有する」ため「一見明白に違憲無効だと認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外」にあるとし、「一見明白に違憲無効」とは認められないと認定した。同書3234-35頁参照。日米安全保障条約が「一国の安危にかかわるような問題に関する」条約だとするならば、それが「一見明白に違憲」だと認められる場合には、憲法の無効が宣言されることになる。

128) ヨーロッパにおいては、条約を批准するか否かの手続を憲法改正と同等の手続とし、条約締結による憲法の逸脱を許容する国々や、逆に、そのような条約を批准する前に憲法を改正すべきだと規定する国々が存在する。山本前掲論文(註86)186頁参照。この場合、国は、条約の批准と憲法の改正とをいわば**転轍(aiguilleur)**のように切り替えることになる。

129) 「公法学」は、国境画定条約などの基本的な条約が憲法に優位することを認めるべきだとする主張として、江橋崇「主権理論の変容」公法研究55号1、4頁(1993)参照。なお、憲法が自国の領域だと規定する領域を、当該領域を平和的に占有している国に対する武力行使によって回復しようと試することは、普遍国際法の違反になる。See D. W. Bowett, *Contemporary Development in Legal Techniques in the Settlement of Disputes*, 180 COLLECTED COURSES HAGUE ACAD. INT'L L. 169, 214 (1983-II)。憲法の貫徹が、国法上——普遍国際法という憲法に優位する規範によって——阻まれるのである。

130) 佐藤前掲書(註72)1292-93頁参照。

した¹³¹⁾。この点については、降伏文書上の義務の履行は憲法に違反しないという見解¹³²⁾と、管理法令体系は憲法秩序と並立していたとする主張とがある¹³³⁾。管理法令が憲法と適合していたと説明しようとする、憲法上の権利などを「ルーズに考える結果を馴致し……憲法を破るに至る」おそれがあるため、それを憲法秩序の外に位置づけ、国内法は憲法に厳格に従って形成されなければならないと考えるべきだろう¹³⁴⁾。憲法秩序と、憲法に妥当根拠を有しない国法の存在形式である国際法とを区別し、両者がわが国の国法を構成すると考えるのである。

(3) 普遍国際法と日本国憲法改正の限界

憲法の改正には限界があるとする主張が根強く存在する。この主張は、自然法¹³⁵⁾、「制憲権の所在（国民主権）を変更することは、いわば自殺行為」¹³⁶⁾だとする論理的な理由、または、憲法制定の際に決断された政策的な自己拘束¹³⁷⁾に基礎づけられてきた。しかし、これらの憲法内在的な基礎づけの場合、限界を超える改正の禁止を担保する実定的な制度は問題とされえなかった。そのため、これらの主張は、特定の「改正」を「成規のもの」とみるか革命とみるかという「観念上の遊戯」にすぎないと批判されてきた¹³⁸⁾。

131) わが国の裁判所は、管理法令を「日本国憲法の枠外」に存在し拘束力を有する法だと位置づけた。祖川武夫、小田滋『日本の裁判所による国際法判例』592-93, 603-04, 617-18, 621-23, 625-26, 628頁（1991）参照。ワイマール憲法第178条は、「1919年6月28日にヴェルサイユで署名された講和条約の諸規定は、この憲法によって影響を受けない」と規定し、平和条約と憲法との抵触を形式的に回避している。高田敏、初宿正典編訳『ドイツ憲法集』151頁（3版、2001）参照。

132) 1948年6月23日最大判，刑集2巻7号722, 725頁参照。

133) 橋本前掲書（註63）29頁参照。

134) 田中二郎「ポツダム緊急勅令をめぐる違憲論」公法研究1号68, 84頁（1949）参照。

135) 阪本昌成『憲法理論』61頁（3版補訂，2000）参照。阪本が憲法制定権を横から制約するとする「自由の法」に対して、誰が「自由の法」を決めるのかという課題が残るとする批判として、佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』23-24頁（2002）参照。本稿は、この問いに、普遍国際法の認定権者だと答えることになる。例えば、最高裁は、尊属殺などに通常殺よりも重罰が科せられることは「人類普遍の道德原理に基づくもので、不合理な差別ではない」と判示したことがある。最大判1950年10月11日，刑集4巻10号2037, 2039頁。この判例は後に変更された。最大判1973年4月4日，刑集27巻3号265, 271頁。判例変更以前に国際法主体が、1950年判決と異なる「人類普遍の道德原理」を認定し、わが国の最高裁判例を変更させるために介入することも可能だったかもしれないと考えられる。

136) 芦部前掲書（註71）366頁。

137) 佐藤前掲書（註135）28, 113-14頁参照。樋口陽一他『注解法律学全集1：憲法I』26頁（1994）（樋口陽一執筆）も参照。憲法は、前文第4文で「人類普遍の原理」に「反する一切の憲法…を排除する」としたり、第9条1項で侵略戦争を「永久に」放棄するとしたり、第11条で基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」だとしたりして、そのような法に違反する憲法改正を将来にわたって認めないことを宣言している。

138) 林前掲書（註66）47頁参照。もっとも、改正と革命との区別は、各憲法の自己同定性（identity）を明らかにし思考の整理に寄与する点では有用である。樋口前掲書（註55）78頁参照。

この批判に応えるためには、憲法制定権力に対する外部的な制約を主張しなければならない。その制約は、憲法が普遍国際法などと抵触する場合には国際的な強制措置が執られるという法的可能性である¹³⁹⁾。改正の限界を示唆する憲法の規定は、普遍国際法の規準を満たさず国際的な介入を呼び起こしうる改正を排除しようとする政策の表明だと捉えられるのである。憲法は自然法思想の影響を受けている¹⁴⁰⁾。すなわち、わが国の「管理」の指針が「联合国憲章[ママ]の理想と原則とに示された联合国の世界理想にはめ込むこと」にあるとされたように¹⁴¹⁾、国連憲章の原則を介して自然法思想が織り込まれたのである¹⁴²⁾。現在では、国連憲章を基礎として発達してきた普遍国際法がそのような自然法思想の実定化された規範だとえるだろう。

4. むすびに

国際法は普遍国際法を系統的に逸脱する国内法秩序を干渉によって破棄する仕組を備えるに至り、国際法優位の一元論は事実的な裏づけを得た¹⁴³⁾。そこで、国法は、国内的法形成過程 (internal legal process)¹⁴⁴⁾の産物である国内法と、国際的法形成過程 (internation-

139) 芦部信喜『憲法制定権力』159頁(1983)参照。なお、わが国の場合、平和条約の締結によってポツダム宣言が失効しない限り、ポツダム宣言が現在も有効な国との関係では、同宣言に違反する憲法改正をおこないえないといわれる。法学協会前掲書(註82)1425頁参照。なお、同書は憲法に対する国際法全体の優位を主張している。同書1482-84頁参照。前掲註106参照。

140) 前文第1文の「人類普遍の原理」の受容も自然法思想への立脚を表している。樋口他前掲書(註137)24-26頁(樋口陽一執筆)参照。

141) 終戦連絡中央事務局各省連絡官前掲書(註47)8-16, 21-23頁参照。この指針に則っているかぎり、「日本は日本らしい形式をとる余地は[ママ]残されて居る」。同書12, 16頁参照。もっとも実際には、被占領国の編成は占領国の社会体制によるという「イタリア方式」の占領統治が採用された。豊下楯彦『イタリア占領史序説』9-10, 56-58, 160, 324頁(1984)参照。

142) 高柳賢三他編『日本国憲法制定の過程Ⅱ』109頁(1972)参照。例えば、憲法前文第3文は、東京裁判や国連の成立を念頭に起草された。同書116頁参照。前文第3文は、マッカーサー草案起草過程における、国連憲章などの「高次の法」の存在を主張する立場と、それを「実用主義的考察ではなくイデオロギーに基づくもの」だとして否定する立場との妥協の産物だったのである。高柳賢三他編『日本国憲法制定の過程Ⅰ』248-51頁(1972)参照。衆議院帝国憲法改正案委員会においても、芦田均委員長が「[憲法改正案]の理想は国際聯合の究極の理想と合致する……我が国の憲法改正は日本が国際連合に加盟し……国際社会に名誉ある地位を占める先決条件を成す」と主張し、金森徳次郎国務大臣が賛意を表明している。清水伸『逐条日本国憲法審議録第1巻』298-99頁(増訂, 1976)参照。

143) 国際人権法の発展を受けて条約優位説の見なおしが始まっているといわれる。佐藤幸治他『ファンダメンタル憲法』325頁(1994)(中村陸男執筆)参照。

144) “Legal process”は、「立法とその解釈、判例、慣習さらに行政機関および私人の活動などによって法が形成される過程」を意味する。田中英夫編『英米法辞典』509頁(1991)参照。田中英夫『英米法研究1:法形成過程』iv-vii頁(1987)も参照。

al legal process) の産物である国際法とを構成要素とすることになった¹⁴⁵⁾。いっそう正確には、「国際統治作用 (international governance) のプロセスにおける国際管轄権の国内管轄権への侵入」¹⁴⁶⁾によって、2つの法過程は相互に干渉しあう国境横断的の法過程 (transnational legal process) へと融合したといえる¹⁴⁷⁾。国境横断的の法過程は、国際法学に国際法形成における国内的過程を意識させると同時に、憲法学にも国法形成過程における国際的過程を意識させるのである。

国境横断的の法過程において形成される統一的公法——「コスモポリタン法」¹⁴⁸⁾と呼ばれる——は、新たな「国法学」の対象とすべきである。わが国における国法学は、従来、憲法学の一部とされてきた¹⁴⁹⁾。それは「国内公法ノ全部ニ付テ其ノ基礎タル法則ヲ与ヘ之ニ統一的ノ説明ヲ加フル」¹⁵⁰⁾ものであり、その方法は比較憲法学だったのである¹⁵¹⁾。ここでは、国際法を国家間の法と定義し国法を国家内部の法と定義した結果、国法の定義から国際法を最初に排除していた¹⁵²⁾。しかし、これまでも、「外圧が国の憲法史に重要な影響を及ぼすということは、むしろ普通のできごと」だった¹⁵³⁾。そして、外圧が国境に浸透し日常的に遍在し、国家と国際社会という公共空間が融合しつつある現在、国法が国際

145) 国内法はわが国がぎりで形成された法である。国際法は「国法秩序の外部から国法秩序内に入ってそこに地位を占めるものとしての外来的法源」と呼ばれることがある。齊藤前掲書 (註 93) 237 頁参照。本稿は、国際法形成過程も国法形成過程の一部であり、国際法をわが国の国法にとって「外来的」と位置づけるべきではないと主張する。

146) 小和田恒「国際機構の規範定立行為と国内法制」村瀬，奥脇編前掲書 (註 24) 683, 698 頁。

147) 国境横断的の法過程について、一般に、Harold Hongyu Koh, *Transnational Legal Process*, 75 NEB. L. REV. 181 (1996)。例えば、人権法の基準は国際法と国内法とが相互に干渉しあうことによって高められてきた。大内他前掲書 (註 21) 106-08, 115-16, 119, 122, 124, 127-28 頁参照。

148) 一般に、see MARY KALDOR, *NEW AND OLD WARS* (2001) [メアリー・カルドー，山本武彦，渡辺正樹訳『新戦争論』(2003)]。

149) 宮田豊『日本国法学』2-15 頁 (1981) 参照。

150) 美濃部達吉『日本国法学第 1 卷 (上)』194 頁 (1907)。

151) 有賀長雄『国法学』1 頁 (n. d.) 参照。ただし、同書 32 頁 (「国法学は必ず或一国の歴史と俱に終始するの学問にして世に万国普通の国法学なるものあることを得ず」) も参照。なお、現在では、比較という方法を探らない憲法学は存在しないだろう。田上穰治「改訂新版はしがき」『憲法原論』1 頁 (改訂新版, 1958) は、わが国の法は外国法の継受によって発展してきたため、わが国の法学は外国の法制を参照せざるをえないとする。

152) 末岡精一「付録」『比較国法学』1 頁 (1899) 参照。現在も、例えば、野中俊彦他『憲法Ⅱ』第 20 章 (3 版, 2001) (野中執筆) は、「国法の諸形式」と題しながら「憲法の定める成文法の形式」のみを列挙する。同書 383 頁参照。

153) 樋口陽一，大須賀明「憲法入門：歴史との出逢い」法学セミナー 35 号 78, 89 頁 (1984) (樋口発言) (続けて、「問題なのは、それからいかなる教訓を前向きに取り出していくか」だと指摘する) 参照。田中英夫は、「敗戦後の被占領期に憲法改正が行なわれるということは、もとより稀な例であろう」という。田中前掲書 (註 55) 227 頁参照。しかし、かれも認めるように、憲法改正は「大変革の時期に行われるのがむしろ通例であり」(同書 25 頁)、被占領期にもおこなわれるのである。なお、岩崎正洋「民主化支援と国際関係」国際政治 125 号 131, 142 頁 (2000) (「民主化の『第三の波』期においては、外部アクターによる民主化支援が常態となった」) 参照。

法を含んで成立しているものとして捉えなおす必要性が高まったのである。国内法と国際法とを統一的に理解する概念として、新しい「国法学」に独自の存在意義が見いだされるのはそのためである¹⁵⁴⁾。

154) 1993年の公法学会では、「国際社会と公法」に関して「まだまだ公法学会の会員全体として関心が薄いのではないかと指摘された。「第一部会：討論要旨」公法研究55号95, 108頁(1993)(成田頼明発言)参照。横田耕一「『国際人権』と日本国憲法」国際人権5号7頁(1994)（「憲法学者の多くは国際人権法学の成果や人権諸条約に表面的敬意を払いつつ丁重に無視している」）も参照。なお、合衆国においても、合衆国憲法が無意識に前提としてきた連邦と州の他にも、国家の主権の範囲に係わる先住民、連邦直轄地住民および外国人などの問題を取り上げるべきだという主張が現れている。See, e.g., T. ALEXANDER ALEINIKOFF, *SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY* (2002).