

条約と日本 — 条約の国内法としての効力を考える —

小寺 初世子

大阪国際大学

広島大学平和科学研究センター客員研究員

**Treaties, which Japan Concluded with  
Foreign States, and Japan  
— Reflecting on the Legal Effects of Those Treaties in  
Japan as Japanese Domestic Laws —**

Sayoko KODERA

Osaka International University

Affiliated Researcher

Institute for Peace Science, Hiroshima University

**SUMMARY**

Since the Japanese Government adopted the so-called “SAKOKU-SEISAKU (Isolation Policy)” for over two centuries (roughly, from 1639 to 1854), closing its door to most foreigners except the Chinese and the Dutch people, it may be said that Japan has come to conclude the treaties in the sense of modern International Public Law formally, only after its “Opening of the country to the World” in the year of 1854 when Japan was forced to conclude The Treaty of Peace and Amity between the United

States of America and The Empire of Japan.

The present article deals with the legal effects of treaties which Japan concluded with foreign countries upon individual Japanese nationals. It divides the paper into three parts; i.e., (1) before the promulgation of the Constitutional Law of the Japanese Empire in 1889, (2) after the promulgation thereof until the promulgation of the Constitution of Japan in 1946, amending the former one, and (3) after the promulgation of the new one. Broadly speaking, treaties in category (1), which were mostly the so-called unequal treaties, had almost no provisions relating to individuals. Under treaties in category (2), dominant academic opinions as to superiority or inferiority between domestic laws and treaties confronted so sharply that it was hard to conclude in one way. Then, due to Japan's surrender in WWII, its constitutional law was amended all of sudden, and entirely new provision was introduced, prescribing the domestic legal effects as well as the superiority, of treaties over domestic laws (Art. 98-2). This is the status of treaties of category (3), presently in force in Japan.

In the last Section, the writer discussed briefly the legal effects of the human rights treaties to which Japan is the contracting party, in this country.

## はじめに

日本が今日の国際法でいう条約と正式な接触をもつのは、鎖国終了以後のことである。小稿では、開国以後、日本の締結した条約（という法）と一般国民（個人）との関係を、大日本帝国憲法制定以前、大日本帝国憲法上、および日本国憲法上のそれにわけ、順次検討することとしたい。

### I 条約締結初体験は不平等条約で

#### 1 強いられた開国

日本にとって1853年は大変な年だった。この年、まず7月8日（嘉永6年6月3日）<sup>1)</sup>にペリー提督が率いる米国の東インド艦隊所属の軍艦(黒船)4隻<sup>2)</sup>が浦賀沖に停泊、日本の開港を要求する大統領親書を幕府に提出し<sup>3)</sup>、条約交渉のための1年後の再来を予告していったん立ち去る。ついで1か月あまり後の日本暦7月18日<sup>4)</sup>、ロシアから極東艦隊司令長官プチャーチンが軍艦4隻を率いて長崎に来航し、国書を手渡して去った後、年末12月5日長崎に再度来航し、12月20日には国境問題や和親条約について協議をしている。このロシアの来航に刺激されたか、年明け早々の1月16日、ペリーが今度は軍艦7隻を率いて浦賀に来航、江戸湾内の小柴沖に停泊した。2月6日、ついに幕府も漂流民の保護と薪・水・食料・石炭の供給を承認するものの、通商条約は拒絶するとの線で米国との交渉妥結を決意し、「日米和親条約（神奈川条約）」締結に踏み切り<sup>5)</sup>、1854年3月31日<sup>6)</sup>（嘉永7年3月3日）、神奈川で条約調印、翌年2月21日（安政2年1月5日）に批准書も交換した。日本は、215年（1639年<sup>7)</sup>～1854年<sup>8)</sup>）の鎖国<sup>9)</sup>を終了、開国したのである。

こうして開国がきまれば、もう一瀉千里。つぎつぎ諸外国と国交が開かれる。手許の年表<sup>10)</sup>に拾えば、当初は幕府が、大政奉還・王政復古後は新政府が、以下の諸条約にたて続けに調印している。すなわち「日米和親条約」を皮切りに、同年10月14日は「日英和親条約」に、翌1955年2月7日には「日露和親条約」に、さらに1856年1月30日、「日蘭和親条約」に調印し、米英露蘭4か国と国交が開かれた。だがこれら諸国の望みは日本とのたんなる国交開始でなく、通商である。当然その

ための圧力をかけられ、まず1857年6月17日「日米条約（日米約定・下田協定）」に、同年10月16日「日蘭追加条約」（事実上最初の通商条約）に、10月24日は「日露追加条約」に調印し、翌年7月29日には「日米修好通商条約・貿易章程」、同年8月18日には「日蘭修好通商航海条約・貿易章程」、翌19日には「日露修好通商条約・貿易章程」に、さらに26日には「日英修好通商条約・貿易章程」にも調印、結局、和親条約を締結した4か国とは、通商条約を締結したのである。

そして新しい国家がそれに加わる。1858年10月9日「日仏修好通商条約・貿易章程」、1860年8月3日「日葡（ポルトガル）修好通商条約・貿易章程」、1861年1月24日「日普（プロシア）修好通商条約・貿易章程」、1864年2月6日は「日瑞（スイス）修好通商条約・貿易章程」、1866年8月1日には「日白（ベルギー）修好通商航海条約・貿易章程」、25日には「日伊修好通商条約」、翌年1月12日には「日典（デンマーク）修好通商航海条約・貿易章程」にも調印、幕府が国交を開いた国家は11か国となった。なお幕府は1866年6月25日、「日：英仏米蘭改税約書（江戸協約）」にも調印、これら4か国との通商関係を一層不平等とした。

1867年、幕府は大政を奉還。以後は新政府が調印することとなる。まず1868年11月11日「日瑞諾（スウェーデン・ノルウェー）修好通商航海条約・貿易章程」、翌12日には「日西（スペイン）修好通商航海条約」、翌年2月20日には「日北ドイツ連邦修好通商航海条約」、同年10月18日には「日奥洪（オーストリア＝ハンガリー）修好通商航海条約」、1871年8月19日には「日布（ハワイ）修好通商条約」に調印。この条約では最恵国待遇を相互に承認した。そして同年9月13日調印の「日清修好条規・通商章程・海関税則」が日本の締結した最初の平等条約となる。なお1876年2月26日は「日朝修好条規」に、8月24日には「日朝修好条規付録・通商章程」に調印したが、これらは日本が外国に押しつけた最初の不平等条約である。

ところで日本は、その地理的な位置のせいで時期は遅れたが、鎖国中はもとよりそれ以前からも、ヨーロッパ諸国が「地理上の大発見」以来始めた「東漸」により、ヨーロッパ人と接触する機会がないわけではなかった。たとえば戦国時代（鎖国以前）1542（天文11）年<sup>11)</sup>にポルトガル船が八重山に漂着、日本に鉄砲を伝え、以後もポルトガル人は豊後・平戸などに来航して貿易を続けている。また1549（天

文18)年にはザビエル神父が伝道に訪れ、戦国時代末期から、大名や農民の間にキリスト教徒が増えてきた。さらに1641(寛永18)年、オランダ人と中国人に限って貿易のため長崎来航を認める体制が整えられ、オランダ商館付の医師から西洋医学を学ぶ日本人も増えた。享保年間(1716~36)には幕府の書物奉行であった青木昆陽が蘭書の翻訳をしたのに始まり、1774(安永3)年に解体新書を刊行した前野良沢や杉田玄白など、蘭学者も輩出した。とくに1823(文政6)年オランダ商館の医員として長崎に着任したドイツ人医学・博物学者シーボルト<sup>12)</sup>は、鳴滝塾を開いて高野長英らに医術を教授している<sup>13)</sup>。

このような接触があったとはいえ、それは正式に条約を締結してのものではなかったから、正規の国交を求めてペリーが来航した時の幕府の困惑は想像できる。そして結局、力づくで開国させられたのである。だからこの時期、日本が欧米諸国と締結した条約は<sup>14)</sup>いずれも不平等条約である<sup>15)</sup>。その意味では不幸な国際社会へのデビューであった。

## 註

- 1) 当時の日本は太陰暦を使用していたので、ここでは太陽暦の年月日の後のカッコ内に太陰暦による年月日をつけた。なお明治5年12月3日から日本も太陽暦に切替え、この日を明治6(1873)年1月1日とした。
- 2) ペリーは、この時アメリカ海軍の主力艦隊を率いて来航したという。正村公宏『世界史のなかの日本近現代史』東洋経済新報社 1996 21頁参照。
- 3) ペリーの来航は幕府の不意を衝くものではなく、すでに1844年、オランダ国王は親書で幕府に清のアヘン戦争の結末を報せ、日本に開国を勧告、1852年にはオランダ商館長も米艦隊の翌年の来航を予告していた。講談社編『日本全史』1991 858頁, 870頁。正村 同上 38頁。
- 4) 太陽暦採用前の日付はとくにことわらない限り、太陰暦による日付である。
- 5) この時幕府はペリーの要求に単独で対処することをせず、朝廷へ「奏聞」したが、適切な指示をうけられず、結局幕府が処理したという。正村 同書 39頁。
- 6) この日を3月30日とする史料もあるが、ここでは、岩波書店編集部『近代日本総合年表第三版』岩波書店 1991の日付に拠った。
- 7) 寛永16年。この年、ポルトガル船の来航が禁止され、これが一般に鎖国の始まりと考えられている。なお、幕府が日本人の外国への渡航を禁止したのは1635(寛永12)年である。いずれの命令も何度か出され、異説もある。
- 8) 安政元年。この年、日米和親条約が締結され、これが一般に鎖国の終了と考えられている。

これにも異説があるが、ここでは多数説に従った。

- 9) 幕府は実際には「鎖国」の語を使ってはいない。前出日本全史関連項目参照。なお正村 前掲書 14頁も参照。
- 10) 前出岩波書店編集部『近代日本総合年表第三版』岩波書店 1991に拠る。
- 11) 正村氏は、これがヨーロッパ人の日本渡来の最初とされる。なお、鉄砲伝来年は史料によって1543年とする例もある。全史 390頁。広辞苑。正村 同書 22頁。
- 12) 彼は1828年帰国の際、荷物の中から国禁の地図を発見され罪を問われた。だが日本の開国後、1859(安政6)年に再来し、幕府の外事顧問となっている。
- 13) 正村氏は「江戸時代の日本は外国に門戸をとぎしていたわけではなかった」と結論されるが、『全史』でも日本の近世を通じ外国との接触は頻繁である。正村 24頁。
- 14) それにしても、随分多くのヨーロッパ諸国が日本との国交を望んだものである。その後、1871(明治4)年の岩倉使節団は、これら諸国の大半を訪問している。
- 15) 筆者はこれらの条約の全部の条文を精査した訳ではないが、1871年調印の「日清修好条規・通商章程・海関税則」を日本が締結した最初の平等条約とされる正村氏の記述を参照させていただいた。

## 2 不平等の内容とその是正——日米和親・通商条約を例に

日本を最初に開国させた1854年の「日米和親条約」は、英名を“Treaty of Peace and Amity between The United States of America and The Empire of Japan”という。つまり、この条約は講和条約(平和条約)である。たしかに日本はペリーの艦隊と戦火を交えてはいない<sup>1)</sup>。しかし相手方軍事力の圧倒的な優勢を見て<sup>2)</sup>、日本は戦闘行為に及ばずに屈伏したと考えれば、これは十分に講和条約でありうる。もちろんこの条約は両国の友好関係も規定し、日本は下田・箱館2港を開いて、米船による薪・水・食料・石炭の調達を認めた(2条)。中で目を惹くのは9条の「…日本政府外国人へ當節亜墨利加人へ不差許候廉相許し候節は亜墨利加人へも同様差許可申右に付談判猶予不致候事」との規定である。つまりここに定める最恵国待遇は、アメリカに対してのみ与えられ、その逆のない片務的なもので、まさに不平等そのものであった<sup>3)</sup>。

つぎの1857年「日米条約」は開港港の増加(1条)ほかを定めるが、注目すべきは4条「日本人亜米利加人に對し法を犯す時は日本の法度を以て日本司人罰し亜米利加人日本人へ對し法を犯す時は亜米利加の法度を以てコンシュル・ゼネラル或はコンシュル罰すへし」とする治外法権規定の追加である。これで両国間の不平

等は一層強化された。なお興味あるのは8条「下田奉行はイギリス語を知らず合衆国のエキセルレンシー・コンシユル・ゼネラールは日本語を知らず故に真義は條々の蘭訳文を用ふ可し」の規定で、第三国であるオランダ語版が正文扱いをうけている<sup>9)</sup>。それにしても、鎖国中に蘭語を解する日本人が育っていたのは、この時期の日本にとって幸運であった<sup>9)</sup>。

そして本命の1858年「日米修好通商条約」では、さらに多くの都市、港が開かれた(3条)ほか、輸出入物品にかけられる関税(運上)が条約付属の文書で決められる旨も規定され(関税自主権の否認:4条)、6条の治外法権規定には刑事のみならず民事事件も追加されるなど、ますます不平等性が強化された。なおこの条約でもその14条で、「日本語英語蘭語にて本書寫共に四通を書し其譯文は何れも同義なりと雖蘭語譯文を以て證據と為すへし」とオランダ語版を正文扱いしている<sup>9)</sup>。その後、攘夷を旗印とした1863年の「薩英戦争(英艦隊対薩摩藩)」や1864年の「馬関戦争=下関戦争(英仏米蘭連合艦隊対長州藩)」に惨敗した日本は、1866年6月、意気あがる戦勝4か国との間に「改税約書」を調印させられ、日本にとってはさらに不利な、輸出入税とも従量5%を基本とする原則を飲まされ、不平等は頂点に達した<sup>7)</sup>。この段階で政権交代した新政府は、条約改正の長い努力の結果、日米条約・協定を修正して日本に関税自主権を認める(1条)1878年7月25日の「仮称日米通商増進約書」にワシントンで調印した<sup>9)</sup>。しかし他国との同様な条約改正を実施条件とし、英独仏の諸国が反対したので、この約書は発効しなかった。結局、英国より後<sup>9)</sup>になって、1911年2月21日、米国とも完全平等な「通商航海条約」の調印にこぎつけたのである<sup>10)</sup>。1854年の和親条約締結以来、57年ぶりのことであった<sup>11)</sup>。

以上の諸条約のうち、最後の条約を除けば、日本の人民に関わりのある条項はあまりない<sup>12)</sup>が、ひとつ目立つのは、1858年条約の3条の末文「在留の亜米利加人日本の賤民を雇ひ且諸用事に充る事を許すへし“Americans, residing in Japan, shall have the right to employ Japanese as servants or in any other capacity.”」の規定である。日本人使用人を雇う在留米人の権利が条約上の権利で、そのもめ事に治外法権規定が適用されるとしても、この雇用契約にどちらの法が適用されるか規定はない。

## 註

- 1) だから、この条約は講和条約ではないと正村氏は説かれる。前掲書 41頁。
- 2) 当初和親条約を締結した国でいえば、ロシアは極東艦隊司令長官が軍艦4隻を率いて来航し、イギリスも東インド艦隊司令長官が交渉にあっている。
- 3) この条約の和英条文については、鹿島守之助『日米外交史付録その二』鹿島研究所 1958 2～11頁参照。なお、筆者の手許にある「日英条約(日英約定)」も「日露条約(日露通好条約)」も、この段階では片務的最恵国条項を含むだけである(日英:5条,日露:9条)。
- 4) この条約の和英条文については、鹿島守之助 前掲書 12～17頁参照。
- 5) 司馬氏によれば、ベリー・ショックの幕末当時はオランダ語が幕府のいわば公用外国語で、何国人とも、日本は蘭語一本やりで交渉したという。「司馬遼太郎が語る日本 第57回 オランダの刺激」週間朝日 97年7月18日号 59頁。
- 6) この条約の和英条文については、鹿島守之助 前掲書 18～37頁参照。
- 7) それでも、日本が植民地化されなかったのは幸運であった。なお、この条約の和英条文については、鹿島守之助 前掲書 38～53頁参照。
- 8) この条約の和英条文については、鹿島守之助 前掲書 54～63頁参照。
- 9) 先鞭をつけたのは英国で、1894年、日英通商航海条約から治外法権を削除して相互主義最恵国待遇を導入した後、1911年同条約の更新を機に完全平等を実現した。同年の日米通商航海条約はこれをうけたものといえよう。
- 10) この条約の和英条文については、鹿島守之助 前掲書 70～93頁参照。1911年7月17日に発効したこの条約は、1940年1月25日に廃棄されている。
- 11) この間、日本は政変ともいえる政権交代を経験しながら、社会の西洋化に努め、対外的には近隣諸国の侵略・植民地化を図り、1910年、大韓帝国を併合している。
- 12) もっとも、和親条約では私的取引を禁じていた(8条)が、58年条約では、双方の国人の自由な売買を認め(3条)、民事事件の治外法権も追加した。

## II 大日本帝国憲法上の条約

欧米諸国と対等な国際関係を実現するには日本の近代国家化が必須である。それには憲法を制定し、国会を開かなければならない。すでに1876年の「国憲草案起創の勅書」が出る前から、公私憲法草案が作られているが、その多くは、和戦と条約締結を天皇の専権事項としながら、後者については元老院や国会の承認を必要としたり<sup>1)</sup>、正当の公布がないと臣民に対して無効としたりしていた<sup>2)</sup>が、1889(明治22)年に発布された大日本帝国憲法は1章13条で「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般



ノ条約ヲ締結ス<sup>9)</sup>と規定しただけで、他に条約関連の規定を設けなかった<sup>4)</sup>。

規定が簡単なだけに、法としての条約が国民におよぼす効果については、学説にまつこととなる。当時の代表的憲法学者の美濃部博士は、「条約は本来国家と国家との関係を定めることを目的とし、国際法の法源であることをその主要な性質とする」が、同時に「条約が国内法に関する事項を定める場合<sup>5)</sup>も少なくなく」、その場合は、「国家は外国に対して条約にしたがう義務を負うだけでなく、同時にその条約が国内法規としての効力をもつ」こととなり、その限度で「条約の締結も、立法行為としての性質をもつ<sup>6)</sup>と一元論を主張される。そしてその理由として、「条約が有効に成立したのにそれと矛盾する国内法規が有効に存続できるとする説は、(本来分割できない) 国家の意思を分割して、国際法上と国内法上と矛盾した意思がもてるとすることとなるから、到底支持できない<sup>7)</sup>と批判された。またこの説は、日本国政府の見解とも一致していた<sup>8)</sup>。なお博士は、条約と憲法、条約と法令とが抵触する場合の優劣関係に触れられていないが、条約締結が大権事項であることから、通常は憲法が条約に優先し、法令には条約が優先すると考えられていたものと思われる。

これに対して当時のもう1人の代表的憲法学者、佐々木博士は、「条約が締結された時は、それを締結した国家はその相互関係で一定の権利・義務を発生するが、国家の機関や国民は、直接条約によって拘束されることはなく、権利も義務も発生しない」とされ<sup>9)</sup>、領土変更や攻守同盟条約などでは、その内容を実現するために国内法令を制定する必要はないが、たとえば一定の出版(国民の行為)を禁止したり、帰化の許可(国家行為)条件を定める条約では、国はその施行に必要な国内法令を制定しなければならないとして、決して「条約によって、直接に、国民の出版行為が禁止されたり、国家の帰化許可の条件が決まるのではない」旨を強調<sup>10)</sup>、二元論を採られる。なお博士は、条約関連の法律案に対する「議会の協賛拒否の自由」も認められる<sup>11)</sup>ので、条約と法律が抵触したままという事態が生じることになるが、こうした場合についての言及はなかった。

他にも、国際法(条約)と国内法との関係についてさまざまな学説が対立していたが、美濃部説に拠り、一般国民の権利義務が、直接条約によって規定されるとはいつでも、そのような事例はまだまだ限られていた<sup>12)</sup>。しかもそうした権利を侵害

された個人が直接国際機関に救済を求める途は、通常開かれていなかった。ところがここに思いがけぬ事態が生じた。日本の敗戦とそれに続く占領、そして大日本帝国憲法の抜本的改正である<sup>13)</sup>。

## 註

- 1) 元老院第1次案7条，同第2次案7条，同第3次案7条，嚶鳴社案23条，交詢社案6条，五日市案1篇3章中の条項，植木枝盛案80条，立志社案66条，井上毅私案20条，西周案2篇6章中の条項，井上毅試案甲21条等参照。松本昌悦編『原典日本憲法資料集』創成社 1988 所収の各草案参照。
- 2) 青木周蔵案33条，ロessler案11条，夏島8月草案17条，同10月草案17条等参照。松本 前掲書 所収の各草案参照。
- 3) 佐々木博士は，これらを外交大権（和戦大権と条約大権）と命名される。佐々木惣一『日本憲法要論』金刺芳流堂 1931 689頁参照。
- 4) 外交につき天皇大権を最大限に規定したこれと類似の条項は，山田顕義案20条，井上毅試案乙4条，夏島2月案13条，大日本帝国憲法上奏案13条である。松本 前掲書所収の各草案参照。なおこのように天皇の権限を大きくしたのは，1873年訪欧した岩倉使節団にビスマルクが与えたアドバイスによることを正村氏は示唆される。正村 前掲書 80頁。日本が悲願とする不平等条約の改正には，強力な政府が必要であつたらうから，その意味では評価できよう。
- 5) この種の条約として，博士は，阿片輸出禁止条約，領土に関する条約，通商航海条約，関税条約，万国著作権条約，万国工業所有権条約，海難の救援救助統一条約，万国郵便条約，万国電信条約，改定電信一保護万国連合条約，国際無線電信条約，航空に関する条約等を列挙される。美濃部達吉『憲法撮要』有斐閣 1932 550頁。博士によれば，こうした条約は漸増傾向にあるが，実数としては多くなく（549頁），その大半は締約国の立法義務を規定するに止まるが，その立法義務は議会の同意を条件とするから議会が立法を拒んでも条約違反とならないともいわれる（550～551頁）。
- 6) 美濃部博士の以上の所論については，美濃部 前掲書 545～554頁。
- 7) 美濃部 同書 547頁。
- 8) 法学協会『注解日本国憲法』有斐閣 1955 1472-3頁参照。小稿V註1）参照。
- 9) この方式は，現在でも，イギリスが採用している。
- 10) 佐々木 前掲書 690～94頁。日本の通説はこれに近い。イギリスはこの方式を採用している。
- 11) 同上書 693頁。実際に協賛が求められた事例はないという。
- 12) 上出註5）参照。
- 13) 日本国憲法が大日本帝国憲法の改正憲法であるか否か，見解の相違はあろうが，ここでは，現憲法公布文の文言を尊重しておく。

### III 大日本帝国憲法の改正——日本国憲法上の条約

第2次世界大戦に敗れた日本は、当初帝国憲法の改正を必要とは考えていなかった（ようである）が、占領軍最高司令官マッカーサーの示唆をうけ、憲法改正を考え始めた。いくつかの公私改正案が発表されているが、初期の案は和戦・条約締結を天皇の権限事項としながら議会（国会）の協賛を必要とする旨の修正に止まるものが多かった<sup>1)</sup>。しかしこれでは帝国憲法制定時の草案の一種に回帰したに過ぎない<sup>2)</sup>。一方、この時期発表された憲法改正案のなかにはかなり思い切ったものもあった。たとえば社会党案は、天皇の統治権規定のなかで「条約締結は議会の権能に属し、天皇之に署名す、但し天皇之を拒否するを得ず」と定め、また日本を大統領を元首とする共和国とすることを提案した高野岩三郎案では、「条約の締結は議会の議決を経て大統領之に当る」と規定した<sup>3)</sup>。

ところでこうした日本側作成の憲法改正案、とくに政府案（松本案）に飽きたらなかつたマッカーサーは、総司令部側で独自の改正草案の作成を決意し、いわゆる「マッカーサー草案」を作る<sup>4)</sup>。この草案はしかしながら、日本の独自作成案の体裁をとることとし、公表されないままに現行の「日本国憲法」にほぼそのまま取り入れられた。以下、マ草案と現行憲法に見られる外交および条約関連の条項を対照しながら、帝国憲法（以下、旧憲法とも略称）上の制度にどのような変更が加えられたかを検証し、かつ現行憲法（以下、新憲法とも略称）における法としての条約の地位を考えたい。

(表1)

マッカーサー草案 <sup>5)</sup>	日本国憲法
<p>第1章 天皇</p> <p>6条：天皇は……左の国の職務を行なう。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・……条約その他すべての国際協定に天皇の公印を捺し、これを公布すること。</li> </ul>	<p>第1章 天皇</p> <p>7条：天皇は……左の国事に関する行為を行ふ。</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1 ……条約を公布すること。</li> <li>5 ……全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること。</li> </ol>

- ・……大使……の任命または委嘱および辞任または解任を認証すること。
- ・外国からの大公使を接受すること。

#### 第4章 国会

(該当条項なし)

#### 第5章 内閣

(該当条項なし)

65条：内閣は……次のことを行なう。

- ・外交関係を処理すること。
- ・条約、国際協約および国際協定を、内閣が公の利益に合すると信ずるところに従い事前の授権または事後の承認により国会の同意をえて、締結すること。

#### 第6章 司法

73条：最高裁判所は、終審裁判所である。法律、命令、規則または処分の場合に、最高裁判所の判決……は最終的である。

74条：外国の大使、公使および領事を当事者とする訴訟においては、最高裁判所は、専属的第一審管轄権をもつ。

#### 第10章 最高法規

90条：この憲法並びに憲法に従って作られた法律および条約は、国の最高法規であって、その条規に反する法律ま

8 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること。

9 外国の大使及び公使を接受すること。

#### 第4章 国会

60条：条約の締結に必要な国会の承認については、前条第2項の規定を準用する。

(衆議院議決の優越)

#### 第5章 内閣

72条：(首相の対国会外交関係報告義務)

73条：内閣は……左の事務を行ふ。

- 2 外交関係を処理すること。
- 3 条約を締結すること。但し、事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ることを必要とする。

#### 第6章 司法

81条：最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

(該当条項なし)

#### 第10章 最高法規

98条：この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為

たは命令および詔勅または国務に関するその他の行為の全部または一部は、その効力を有しない。

の全部又は一部は、その効力を有しない。

日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。

#### 参照条文

大日本帝国憲法13条：天皇は戦を宣し和を講し及諸般の条約を締結す

アメリカ合衆国憲法2条2節2項：大統領は、上院の助言と同意によって、条約を締結する権限を有する。……大統領は、大使、その他の外交使節および領事、……を指名し、かつ、上院の助言と同意により任命する。

同上3条2節1項：司法権は左の事件または争訟に及ぶ。〔1〕……すでに締結され、または将来締結される条約の下で発生する……すべての事件。〔2〕大使、その他の外交使節、および領事に関係するすべての事件。

同上3条2節2項：大使その他の外交使節および領事に関係するすべての事件、……においては、最高裁判所が第一審管轄権を有する。

同上6条2項：この憲法、この憲法に準拠して制定される合衆国の法律、および合衆国の権限に基づいてすでに締結され、または将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。各州の裁判官は、州の憲法または法律の中にこれと矛盾する規定のある場合といえども、これに拘束される<sup>9)</sup>。

新旧両憲法間でまず注目すべき変更は、条約締結権が天皇（旧13条）から内閣（マ65条、新73条）に移ったことである。しかも内閣が条約を締結するに際し、国会による事前もしくは事後の承認（同意）が必要となった（マ65条、新73条）<sup>7)</sup>。帝国憲法起草当時から、一部の起草者が採用していた議会の協賛制度がここになって復活したとも考えられるが、アメリカ合衆国憲法をモデルとすることの多かったと思われるマ草案起草者が、同憲法の2条2節2項にいう「上院の助言と同意」により条約を締結する大統領の権限規定を模倣した結果とも思える<sup>8)</sup>。連邦制をとらない日本が、米国の方式を模倣するのは筋違いではあるが、主権者たる国民が直接

選挙する国会（国権の最高機関：新41条）の承認を必要としたことは評価できる<sup>9)</sup>。しかも条約承認に際しての国会の議決について、衆議院の優越をはっきり規定したことにも注目したい（マなし、新60条）。

なお、旧憲法の下では和戦大権・条約大権として外交事項を一手に掌握していた（外交大権）天皇は、新憲法の下では、条約の公布（マ6条・新7条1号）、全権委任状・大公使信任状の認証（マ6条・新7条5号）、批准書、その他の外交文書の認証（マなし、新7条8号）、外国の大公使の接受（マ6条・新7条9号）といった形式的・儀礼的なものだけを、内閣の助言と承認により<sup>10)</sup>、国事行為として行なうこととなった。

## 註

- 1) 近衛草案第2の2のハ、佐々木惣一草案7章15条、松本甲案1章6、松本乙案13条、日本進歩党案第2-4など参照。以上の草案については、松本 前掲書所収の該当資料参照。
- 2) II註1) 参照。
- 3) 松本 前掲書所収の該当史料参照。
- 4) 日本の敗戦にともない、大日本帝国憲法の改正としての現行日本国憲法起草の経過については、近年、いろんな出版物が出ているが、ここでは、鈴木昭典『日本国憲法を生んだ密室の九日間』創元社 1995を参照した。
- 5) この草案の日本語訳は、鈴木 同上書の末尾資料を参照したが、もともこの翻訳をされたのは、田中秀夫元東大教授と思われる。高柳・大友・田中編著『日本国憲法制定の過程-I-原文と翻訳——連合国総司令部側の記録による——』有斐閣 1984 267頁以下の和英対照条文参照。
- 6) 米連邦憲法のこの訳文は、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』有信堂 1991 所載のものによった。
- 7) マ草案では明確ではないが、新憲法では、事前に国会の承認を得ることが原則となっている。
- 8) 米連邦憲法におけるこの「上院の助言・同意」規定は、アメリカ合衆国が採る連邦制という特性に由来すると通常考えられている。
- 9) この時、内閣の締結しようとする条約に国会が承認を与えなかったらどうなるか。法学協会の『註解日本国憲法』では、国会の承認がえられない条約は有効には成立しえず、内閣は「相手国に対して、そのことを理由として条約の締結を取消さなければならない」とするのを通説とする。法学協会 前出書・下巻 1086頁と註11)。
- 10) 新憲法3条、7条本文参照。なお4条1項では、天皇が国事行為をする以外に「国政に関する権能を有しない」とも規定する。

#### IV 日本国憲法上の法としての条約

帝国憲法と日本国憲法との相違——おそらく最大の——は、その最高法規規定にある。すなわちマ草案90条をうけた新憲法98条は、この憲法が国の最高法規であって、その条規に反する法令等は無効となる旨を規定したうえ、最高裁判所がこうした法令の違憲無効判決を下す権限についても規定する（マ73条、新81条）のに対し、旧憲法にはこれらに該当する規定がない。ただ、旧憲法76条1項の規定を反対解釈すれば、「この憲法に矛盾する現行の法令等は遵由の効力をもたない」となるから、憲法が法令等に優越すると読めないこともないが、違憲法令等の無効を確定する制度に関する規定もない。新憲法は、こうした事項を明確に規定した点で旧憲法とまず異なっている。

また、この最高法規を定めるマ草案の規定と新憲法の規定との間にも相違がある。それは、とくに条約に関してのもので、マ草案90条では、国の最高法規は「憲法ならびに憲法にしたがって作られた法律および条約」であって、これらの条規に反する法令等の無効を規定したのに対し、新憲法98条では、1項で「この憲法」だけを国の最高法規とし、その条規に反する法令等の無効を規定した後、2項を追加して「日本の締結した条約と確立された国際法規との誠実な遵守」を規定したことである。

両文書間の第1の相違は最高法規の範囲であるが、マ草案をみて想起されるのが参照条文に引用したアメリカ合衆国憲法の6条2項である。それはこの憲法改正草案を審議した当時の帝国議会でも指摘され、たとえば衆議院帝国憲法改正案委員会小委員会で芦田委員長が、「第94条<sup>1)</sup>（現98条）は、私は余り『アメリカ』の憲法のことは知りませぬけれども、合衆国の憲法の第6条2項をそっくり其の儘此処に書いてあるので、『アメリカ』合衆国の如き国に於ては、州の法律、命令と、連邦の法律、命令との間に優劣を決めて置く必要があるのです、けれどもわが国に於ては、法律は法律で均等の地位を持って居る、斯う云ふ建前であるのだから、後から出来た法律を最高法規として、其の以前の法規は最高法規でないと云ふやうな差別を設くべき根拠はない<sup>2)</sup>と削除を示唆し、それをうけた佐藤（達）政府委員も、原案者の立場にありながら、虚心坦懐にいて、この最高法規の範囲については、

「委員長の御批判のやうに『アメリカ』の真似そこないと云ふやうな面が目立つので、なくてもいいという趣旨の発言をしている<sup>3)</sup>。結局衆議院からは、原案の最高法規の範囲から法律・条約を削除して「憲法」に絞った案<sup>4)</sup>が貴族院に送られた。そしてそこでの帝国憲法改正案特別委員会でも、芦田委員長が94条を修正した理由として再び米連邦憲法6条2項に言及。しかし「最高法規」の文字を削ろうという提案は、「是が一番この章の眼目である」からと退けている<sup>5)</sup>。

ところが国の最高法規の範囲をこのように憲法だけに絞ると、この規定から「条約」の文字がなくなり、それもまた好ましくないという意見がでてきた。再度芦田委員長の言葉をかりれば、「94条（現98条）の中に日本国民が条約を尊重すると云ふ字が一つも現はれていないのは、今後の日本の立場を考へて見て、或いは余計な疑いを懐かせるやうなことになるかも知れないから、日本国民は条約を尊重するのだと云ふ趣旨のことを残して置きたい」というので2項を追加したとある<sup>6)</sup>。なお、この関連では、北委員<sup>7)</sup>も、日本の過去の行状に照らして「どうも国際条約を尊重する精神が足らぬやうであるから、何とか国際条約尊重の精神を此処で何らかの形で現はす、さうすれば将来国際連合に入る準備をする上に於ても非常に便宜がある」と2項追加を支持し、「憲法と殆ど同様に（条約を）尊重する意味のことを入れること」も希望した<sup>8)</sup>。

それにしても、人権の国際的保障の本格化<sup>9)</sup>と時期を同じくして、この憲法改正で、条約尊重を謳う98条2項が入ったことは、われわれ一般国民にとってじつに重要である。

## 註

- 1) これは日本政府により最終的にまとめられた「帝国憲法改正草案」として、1946（昭和21）年4月17日に発表された時の条文番号である。なお、この4月17日草案の条文は、松本 前出資料集 267～74頁所載のものを参照。
- 2) 衆議院帝国憲法改正案委員会小委員会速記録 179～180頁参照。
- 3) 同上 180頁。
- 4) なお、この審議の過程で、憲法が最高法規であるということは、常識として分かりきったことなので、最高法規の語自体を削除してはという案（新政会）もあったが、これは通らず、最



高法規条項自体は残された。同上 179頁参照。

- 5) 第90回帝国議会貴族院委員会議事速記録・帝国憲法改正案特別委員会議事速記録8号, 11頁参照。
- 6) 衆議院帝国憲法改正案委員会小委員会速記録 227頁参照。
- 7) 北れい吉。1936年衆議院議員当選。民政党に所属。敗戦後は日本自由党の結成に尽力。追放解除後, 日本民主党, 自由民主党の議員として活躍した。
- 8) 同上 228頁。
- 9) 国連憲章人権関連諸規定, それを具体化する人権章典・諸人権条約の採択等。

## V 法としての条約と憲法および法律との法的効力関係

従来, 条約の多くは同盟条約のように, たとえ国が公布しても国と国との関係を規律するだけであったが, 条約のなかには国と国との関係を規律すると同時に国と国民との間の関係を規律するものもあり, 日本政府の公式の解釈は, 後者, すなわち「国内法としての内容をもつ条約は, 之を公布すれば直ちに国内法としての効力をもつ (つまり法律と同じ効力を持つ)」と認めることが, 帝国憲法の改正案審議の過程で金森徳次郎国務大臣によって明確に述べられていた<sup>1)</sup>。しかも同大臣は「今後と雖も其の解釈は変える所はないと信じて居る」とさえ付言しておられる。

そこで問題になるのが, 憲法に違反する内容の条約の効力である。金森大臣によれば, 「一国が憲法を本にして一切の国内秩序を整えている限り, 国内法的には憲法に違反する条約的法律が行われる筈はないというのが原則」であるとまずいわれる。しかしさらに続けて, その原則にもかかわらず, 「条約には種々の種類があり, 特殊な条約の場合, たとえばポツダム宣言などの場合は, 大日本帝国憲法の重要な原則に, 進駐しているところの力で制約を加える<sup>2)</sup>ことを認めなければならない。その意味で, 条約が直ちに憲法以下のものであるという結論は下しにくいと思う」とも付け加えられるのである<sup>3)</sup>。そういう点では, 現憲法81条が裁判所による違憲・合憲判断の対象列挙のなかに「条約」を入れていないこともとも整合するといえよう。

要するに, 例外的な場合を除けば, 憲法が条約に優越するのが原則だということである<sup>4)</sup>が, それでは国内法的効力をもつ条約と法律との優劣関係はどうか。再度金森国務大臣の答弁によれば, 従来の扱いでは両者 (法律と条約と) は同列にあ

り、したがって「後法は前法を廃する」の原則に従って、公布された条約による既存の法律の改正が認められた例<sup>6)</sup>を挙げられる。しかしまた、過去にはこの原則通りには行かないとの議論がでて、学問的に未解決になっているもの<sup>7)</sup>もある事実を指摘したうえ、今後は98条の2項の「誠実に遵守する」という表現の含蓄のなかに、条約があとからできた法律にも優越するという意味をくみ取ることができるとも指摘されるのである<sup>7)</sup>。

## 註

- 1) 貴族院委員会における質問に対する金森國務大臣の答弁より。清水伸編著『逐条日本国憲法審議録〔増訂版〕第三卷〕原書房 1976 782-3頁参照。政府のこの見解は、前出『註解日本国憲法下巻〕にも紹介されている。II註8) 参照。
- 2) 金森國務大臣のこの発言では、ポツダム宣言が旧憲法のどの原則の変更を迫るのか明確ではないが、領土の変更や、元首・国体に関する旧憲法1～3条にかかわる部分を中心かと思われる。この関連で、戦犯問題を指摘する人もある。正村 前掲書 230頁等参照。
- 3) 清水 前掲書 738頁参照。なお、条約が直接憲法を「変更」することになるかどうかについては、「それから先に発展する問題で、その解釈は学理的（学問的）に決まる」との見解も付け加えられる。同書 775-86頁参照。そこで憲法と条約の優劣に関し、以後の学説がどう展開したかを概観すれば、阿部氏は憲法優位説を多数説とされ：阿部照哉『憲法〕青林書院新社 1982 279頁、杉原氏は学説の対立拮抗をいいつつ憲法優位説に傾く記述あり：芦部・池田・杉原泰雄共編『演習憲法〕青林書院 1984 653-6頁、田上氏も憲法優位を原則と説かれる：田上穰治『入門憲法〕有斐閣 1982 260-1頁と、憲法優位説が多いが、法学協会の前出『註解〕1469-70頁では、条約優位の主旨とも読める。
- 4) それがどのような場合に該当するかについては、学説等で明確にしていくのが今後課題とされる。
- 5) 海難の救援・救助や、船舶衝突時の損害補填に関する条約が、当時の海商法の関連条項を変更したとされた例をあげられる。清水 前掲書 784頁。
- 6) 未成年者の就業時間等に関する制限を定める条約をめぐる議論を例にあげられる。清水 同書 784頁参照。
- 7) 清水 同書 784頁。今日、法令に対する条約の優位は一般に承認されている。上記註3) 引用の諸憲法参考書参照。

## VI おわりに——人権条約の法的効力

帝国憲法改正案の審議に際して、当時の国務大臣がその答弁のなかで98条2項の「これを誠実に遵守する」ことの「含蓄」のなかに、「条約が後から出来た法律にも勝って儼然として動かない」という意味を汲み取ることができると明言したことは、意義深い。特にこの当時は、すでに発効した国連憲章が人権の国際的保障を規定していることを知識として承知していたとしても、今日20以上ある人権条約<sup>1)</sup>は当時まだ作成されておらず、その後、個人の権利を直接保障する条約がつつぎつつぎ採択され、しかもその人権を侵害された被害者個人が、自ら直接に、国際的な機関（条約機関）に対して救済を求めうるような制度が導入されるようになるなどとは、ほとんど実感されていなかった。

しかしこれら「人権条約」こそ、まさに「条約が国内法に関する事項を定める場合」に該当し、従来いわれたどの条約<sup>2)</sup>にも優って「国内法規としての効力をもつ条約」と考えてよいと思われる<sup>3)</sup>。もちろん、そうした人権条約が、国内法規としてどのような効力をもつかについては、各人権条約のそれぞれの条文の規定の仕方によって、一概にいえることではないが<sup>3)</sup>、かりに日本が締約国となっている人権条約自体が、国民の権利・自由を直接保障し、それを侵害された個人が自ら国際的救済を求めると解釈できる場合で、その条約が保障する権利・自由と、日本の国内法が保障する人権とが齟齬する場合、いいかえれば、国内法が条約の保障する権利・自由を制限したり、相違している場合は、条約に抵触する国内法として、憲法98条2項に基づき、前法後法の関係とは関わりなく、効力を有しえないと主張したい。つまり、条約の優先が認められるべきなのである。

国連発足後すでに半世紀をこえ、日本が国連に加盟してからでも45年の歳月が流れている。その間、主要な人権条約のいくつかには日本も締約国となった。だが、それら人権条約の内容が、国民に知悉されているとはいえないのが現状であり、国内裁判でも条約に依拠して権利が主張され、判決が下される例は多くない。もとよりそのためには、条約の保障する人権の具体的内容が明確でなければならず、また、それと国内法規定との抵触を主張するには綿密な検証が必要である。しかしそうした作業をするには、すでに紙数も尽きたので、別の機会にゆずり、小文では、

憲法98条2項に基づき、条約に反する国内法規がその効力を否定されうることを再度指摘して稿を閉じることとしたい。これは、人権条約によって直接人権を保障されうるわれわれにとって、じつに重要なことである。

## 註

- 1) 今日、両国際人権規約、人種／女性差別撤廃条約、拷問等禁止条約、子供の権利条約等々、すでに20を越える人権条約が採択されている他、地域人権条約もある。
- 2) 18世紀後半期以降（近代国際法の下で）は、個人は国際法の客体に過ぎないとされてきたが、今日では、個人にも国際法主体性を認めうる場合ができてきているといえよう。山本草二『国際法【新版】』有斐閣 1995 122-164頁参照。
- 3) 一般に、憲法98条2項の趣旨は条約が国内法としての効力をもつことを定めるが、その条約規定を裁判で適用できるかどうか（適用可能性・自動的執行性の有無）については、別段の吟味が必要というのが政府の考え方である。自由権規約40条1bに基づく第4回報告（仮訳）2頁参照。