

# 条約の本質とその法的性格……(3)

——ケース スタディにみる最近の条約締結理論に関する一考察——

大 西 公 照

- 一 はしがき
- 二 署名と批准の法構造
- 三 条約締結能力と国家の権能
- 四 条約の履行
- 五 条約締結に関する憲法上の制約に関する理論
- 六 国際法上の無関連性の理論(国内法との)
- 七 国際法上の関連性の理論(国内法との)
- 八 むすび

## 一 はしがき

条約については、すでに一九七六年、条約の本質とその法的性格……(1)——ケース スタディにみる統一法への展開<sup>(1)</sup>より始まり、続いて二つの論文を発表し、<sup>(2)</sup>学会の批判を仰いだ。この論文もその一環をなすものであり、古くは、立、美

濃部論争に代表される国際法、憲法（国内法の上位法としての）の両者のいずれが優位するかを論じたものから、現代では再び、またぞろそれが欧米の学会を賑わし始め、その名も国内法との比較において International relevance（国際法上の関連性）と International irrelevance（国際法上の無関連性）間の論争や国際法・国内法単一論（monism）、更に国際法・国内法併立論（dualism）等の論に衣がえし、再提出され華々しく学会誌を飾り始めたものと軌を一にし、この研究もそれらの論争に一枚加わったものである。

論説のたて方は、筆者の Alma Mater ヴァージニア大の同僚、非常勤 Luzium Wildhaber 氏との共同研究に負うものが多い点を付記しておく。

(1) 大西公照 条約の本質とその法的性格：(1)——ケース スタディにみる統一法への展開——

高田源清博士編 武市都立商大学長 古稀論文（産学社）

(2) (a) 大西公照 ケース スタディよりみたる外国裁判所の判決の承認執行と「仲裁判断」のもつ意味：(1) 大東文化大学紀要 一六号

(b) 大西公照 条約の本質とその法的性格：(2) ——ケース スタディにみる超多国間条約への展開——（法政論叢一六号）

## 二 署名と批准の法構造

国家は一たび署名した条約を必ず批准しなければならないものなのであるか。またその周辺の法的性格はどうなっているのか等々について論じることは容易なことではなく、欧米の学会でも今尚拳々諤々の状態下にあると言える。

ブライアリーは、この点についてふれ、現代の国家の殆んどが民主国家であり、どうしても世論（public opinion）に相談する必要があるから、<sup>(3)</sup> 行政府の長の代理として署名する全権大使の署名は、今一度いわゆる世論の代表とみなされる議会の審議を得なければならぬとするのは、当然の帰結であり、その故にこそ現代の国際法が署名と批准の二段構えの方

法をとっているのだとし、更に一旦署名された条約は議会で自動的に承認されなくてはならぬものなのかどうかの点について触れ、単純に

「国家としては、彼等政府自身の全権大使 (plenipotentiaries) によって署名された条約を議会で必ず批准しなければならぬという法的根拠や、ましてや道徳的義務なんぞは全然ありはしない。

この場合の拒否は、そう簡単に行なってはならないものとしても、もしそれを行なった場合でもただその場に厳粛な立場 (serious step) を提供することになるといふことだけだと言えるかも知れない。」<sup>(4)</sup>  
と述べている。

然しコトはそう簡単なものではない。

(3) Brierly, J. L., *The Law of Nations* (1983) p.320.

(4) Brierly, J. L., *op. cit.*, pp.320-321.

### 三 条約締結能力と国家の権能

歴史的発展段階説の立場よりみて、フランス革命(一七八九)やアメリカ革命(一七七六)以前の条約締結能力は、君主に彼の主権行為の出来事の一つとして信託されていた。<sup>(5)</sup> いわゆる以前とは、①古代社会、②封建社会、③絶対主義、④資本主義時代の三段階目以前はという意味にあたる。<sup>(6)</sup>

この時代君主はいわゆる *jus representationis omnimoda* <sup>(7)</sup> (全法律分野代表権) (仮訳) の時代であったと言えよう。

もしも国家の首長が個人で条約を締結できない時は、国王は政府に対し全権委任状 (full powers) を伴う全権大使 (plenipotentiaries) を派遣させ、国王の権限を一部委譲するが、その権限の委譲の中には、全権大使に国王が委譲してい

る権限を超える場合を除き、一般に、その中にはそのあとのいろいろな手続きを経、結局署名して来た条約を批准することの約束をも含まれているものと解釈されていた。

然しながら、最近新しく出現している憲法の中に、立法府が、署名する時に条約順守の義務として、仮定の国内法上の法的性格を負わせる前に、その承認を与えるべきことを義務づけているものがある。

その結果として、批准は自由裁量の (discretionary) ものとなっていた君主、彼の任命した全権大使によって署名されて来た条約を批准するという国家の首長の約束が、近代に至り全く批准する権利が留保されている全権委任状にとって代られることになる。今日では署名された条約を批准する義務はどこにも存在しないという考え方が各国共通に受容されている。然も批准は遡及して (retroactivity) 運用されない。<sup>(8)</sup>

とにかく憲法至上主義 (constitutionalism) と権力の分立 (separation of powers) の結果として、従来の伝統的理論では法律を作ることに関する限り、憲法上の規定と国際条約の履行 (performance) <sup>(9)</sup> について、両者を画然と区別して来ている。両者の問題には条約締結 (Treaty-making) に関するものがかかっている。即ち国権の代理委任機関が直接外交交渉 (negotiating) によって国際条約に署名して、国際的に国家を拘束し、更に国家機構の機関として国家の名称の下に条約締結へと進んでゆく。その意味で国際条約の締結に関するこれらの問題の双方とも、究極的には国際法がそれ等に答えなければならぬところのものである。国内法の上位法である憲法の問題にはならない。

然し国際法は共通して、国家機関や政府外交代表に対し、何が適当であるかということを示さない。この場合むしろ国家機構の機関や外交代表使節 (agents) が、拘束力を持つ国際協定の締結に入ることを決定する権限を国家に残しつつ、国内法への付託 (renvoi) ・移送の役目をするのみである。

問題は、かかる付託・移送が如何なる範囲内で存在するのだろうかと言うことになる。もしも国際条約が国内法を破っ

た場合、直ちに国際法上の拘束力を避けさせ、無効にできる (voidable) ようになるのか、それともあるいはまたそれ以上に国際法上の規制力を持つことができ得るだろうかと言うことになる。

これをまた他の言葉で言えば、国内法上、より適切な要領を得た条件を備える為に、国際法からみて、条約締結能力上どういう制限があるのかと言うことにもなるであろう。

この問題が暗示しているのは、ここに国内法が容易に適用できるように規定されているとしても条約締結に関する法的能力 (competence) についてはある程度の国際法の存在を前提としているということである。

このことは、Challey 以外のあらゆるライター達によって認められている。

シャイユはこの点に関して、国内法を排除する適当な機関の設置を提唱<sup>(10)</sup>している。

……国家の法管轄権の概念にしたがえば法管轄権と訴訟手続きのルールを決定するのは国際法 (人民間の法) ではなく、まさしく憲法である。これらのコロラリーを受け容れることなしに、一つの条約をしてこれを国際法上の効力をもつものとして考えるわけにはゆかない。(仮訳)

(……que, selon la conviction juridique des Etats, ce n'est pas au droit des gens, mais au droit constitutionnel en tant que tel qu'il appartient de déterminer les règles de compétence et de procédure sans l'observation desquelles un traité ne pourra pas être considéré comme internationalement valide.)

然し、この Challey の見解は、究極的には国際法の存在そのものを否定しているが故に支持できない。この論題については、数多くの反論が繰り返されて来ているという事実<sup>(11)</sup>そのもので、Challey の命題を論破するに充分であろうかと考えられる。

もしも国家が国際法の下に条約に対し、相当度の節度を払い順守するとしても、勿論それら条約の中にも、当然現代の

国際法よりみて、正当な手続きを経た外交代表によっても、外交交渉が成立しなかったり署名したのもあったり、また簡単にその場で署名されたりするものがあつたりで特定できず、要するところ問題は条約が議会上の承認や政府の副署の欠如、更にまた憲法違反的内容等で、物理的順守不能事実が、いとも易々と続発してきているという現実を忘れてはなるまいということである。このことは、条約とは例えそれが国内憲法に矛盾するとしても、国際的には拘束力を持つということを示唆していることになる。このことはその故に政府の外交機関とはそれ等国家の国際的発言委託機関だということになる。

ただ此の論文で取り扱う主テーマは、あまり広い分野にわたらず、国際条約を締結せんがための国家機関の法的権能についてのみに搾りたいと思う。

この問題はすでに多くのテキストライター達によって取り上げられているが、その中でも特に国際裁判所、聯盟の判例、外交上の事件、国民憲法、全権委任状、批准証書、国際条約、条約の法文化、政府発行文書の条約に関する基本原則（行政協定など）、更にトランフォーメーションの法理等々にも焦点をあてつつ、その本質に迫ってゆく予定である。今回は紙面の制限上、その前部のみにとどめる。

またここで忘れてはいけないのが、国家が国際的義務から逃避しようとして国内法の適用に訴えることが出来ないために、この際そのための条約の履行（performance）の基本となるルールがあるのかどうかをも一瞥し、更にまた同時に条約を締結するために必要な何等かの背景をも追究してみたいと思う。大体あと三回位で終える予定。

(5) Mirkine-Guetzevitch, B., *Droit Constitutionnel International* 95~110 (1933).

(6) レーニン『一步前進・二歩後退』Шар вперед два шага назад, 1904.

スターリン『レーニン主義の基礎について』Об основах Ленинизма, 1924.

- (7) Chailley, P., *La Nature Juridique des Traités Internationaux selon le Droit contemporain 180-88* (1932).  
de Visscher., *De La Conclusion des Traités Internationaux* 229, 244 (1943).
- (8) Harvard Research in International Law; Draft Convention on the Law of Treaties, with Comment 29, *American J. of I. L.*, 653, 799-812 (1935 Supp).
- (9) *The Locus classicus* 24 Canada の司法長官 V. オンタリオのケース (一九三七) である。
- (10) Chailley, P., *op. cit.*, 180.
- (11) Tezner; *Zur Lehre von der Giltigkeit der Staatsverträge*, 20 *Zeit. Priv. & Öffentliche Recht Gegenwart*.  
W., *Die völkerrechtlichen wirkungen Verfassungswidriger Verträge* 23 (1963).  
Geek, Vitta, *La Validité des Traités Internationaux*, 14 *Biblio*

#### 四 条約の履行

条約の履行に関する論争に傑出した統一意見がある。ハーバード条約法リサーチは、その点について次のように述べている。

「条約自身に別の方法で規定がない場合、国家は、締結された条約の義務の履行に関し、国内法上の如何なる規定や脱落、また政府機構の如何なる特殊事情 (special feature) やその憲法上のシステムを理由として、その不履行を公正化することは出来ない。」<sup>(12)</sup> (仮訳)

たしかにこの分野にこそ、「合意は拘束する (pacta sunt servanda)<sup>(13)</sup>」の原則が厳存するのであり、国際関係の総括構造 (the whole structure) はこのルールの存在の上にも成り立っていると云っても過言ではあるまい。

結果として国家はその外的関係<sup>(14)</sup>で分割できない単体を形成しているとも言えよう。このことは全くの主権概念からの離脱を意味する。国家は例え、国会が条約を外的に適用するための立法を法文化しなくても、あるいは、また立法府がその

契約義務<sup>(15)</sup>を執行するための充當財源を拒絶した時、あるいはまた国内法の適用<sup>(16)</sup>において、その後の法典が前の条約に取って代ろうとも、あるいはまた行政府や裁判所が条約の正当な適用について、例えばそれを憲法違反条約<sup>(17)</sup>だとして揉みつぶそうとしても、条約遵守義務の不履行についての責任をもつものとされている。国家はまた國際的義務から逃れるためにその属する連邦構造を援用して利用することは出来ないのである。まさしく連邦政府は國際法の下に準國家のユニット<sup>(18)</sup>の行為について責任を持つのであり、また同じく國家、郡 (County)、町村 (Canton) 等、それが国内法<sup>(19)</sup>の下で履行能力をもつていようといまいと、本来國際條約の履行についての責任は当然持っているものとすべきものである。

これらの原則については、適當なる判決例が散見する。

まず初期の例が一八三一年の「フランコ アメリカ條約」<sup>(20)</sup>上の論争である。この條約でフランスは革命戦争でアメリカ市民が受けた損失の賠償金としてアメリカ合衆國へ約二千五百万フランを六回払いで、支払うとの約束をした。批准書は一八三二年に交換された。

一八三〇年のフランス憲法の下では、條約に関する立法的同意を要しないことになっていた。然しながらその中で議會のみが、條約でその相応金の支払いをし得るとなっていたので、一八三四年フランス下院は、この條項をタテにとり、必要な財源を費消して支払うことを拒否するに至る。

そこでデュック ド ブロイエ外相は辞任した。これについては、長い間その解釈をめぐり、けわしい論争が勃発した。これに対しアメリカ合衆國が復仇行為 (reprisal) を以って威迫し、外交關係を断絶する迄に發展する。然しながら一八三六年遂に英國の「仲介」を呼び、結局フランスは四回分までの支払いをする。

このケースについて、カルボとノエル<sup>(21)</sup>は國際法上の意見を述べ、ルイー・フィリップ王の批准にも拘らず、條約の國際法上の効果は次に開會された立法院で財源の充當承認がなされることを条件とすると主張している。とにかく受け入れられ



ないと言うのである。署名後取り交わされる批准書の交換を以って、始めて国内法への影響が強まるのであるから、署名書の交換のみでその法的効果を発生させるのは、時期なお尚早という論になる。とにかくこの点で支持できないとするもの。条約は仏国内法の下に法制化されて合憲法となるのである。即ちフランスは国際的義務を執行することを急ぎ、その失敗を免除しようとして国内法上の主張をすべきでないとする意見であった。

Challey は条約当事国として、フランス憲法が条約の国際的合法性を決定しようとする試みには同意すべきであったと主張している。<sup>(22)</sup>

彼によれば、論争点は単に立法上の履行の条件が制限されていても、いなくても、条約を締結しようとする行政府の法的権能には大した変わりはないし独立して行使し得るだろうと言うのである。

然しながら、この点については、決定的な断定を避けている。

当時アメリカ合衆国ではとにかく条約の拘束的性格を主張した。即ち立法院に対し、それ相応の意味での充当権力を与え、憲法上の規定の国際的関連性を論じるようなことをして物ゴトを複雑化させるようなことは決してしなかったのである。勿論これには、背景として連邦の成り立ちの違いのあったことも争えない事実であろう。

一方国際裁判に眼を転じてみると、一八七二年の Alabama Claims 仲裁判断 (Arbitral Award) 及び「英国 (Her Britannic Majesty) 政府は、その国際契約が所有する法的手段の不充分性を口実として、それ自身の正当な解釈 (diligence) を誤らせることを正当化することは出来ない」と宣言している。<sup>(23)</sup>

また「ギリシャとトルコ住民の交換」における勧告的意见……の中で常設国際司法裁判所は「契約された法的性格を伴う国際義務を負わされた国家は、その義務が完全に実行されることを確実にする必要からそれに対する法的修正 (modification) を立法化する義務がある」ことは「自明のこと (self-evident)」と見做した判決をしている。<sup>(24)</sup>

「トルコフ (Chorzów) 工場 (メリット) に関するケース」で常設国際司法裁判所は、「国際司法裁判所の判決を無効にするため間接的に国内司法裁判所の判断で判決させる<sup>(25)</sup>」ことに対し、最終的に不可能 (impossible) であると判決している。

また「ダンチヒ裁判所の法管権問題 (jurisdiction)」の勧告的意見では、「ポーランドは異議 (objection) そのものを利用することは出来ない。それは……国際契約によってその国に課された義務の不履行をあてにすると同じになる<sup>(26)</sup>」と指摘している。

「上部サボイの自由地帯とジュックス地区」のケースではこのことに関し、「フランスは国際的義務に関する見方を制限するような本国自身の立法をあてにすることは出来ない<sup>(27)</sup>」と強調している。

「グレコブルガリアン コミュニティ (Greco-Bulgarian "Communities)」のケースで裁判所は、「お互いに契約当事国となっている列強間の関係 (relations between powers) で共通に受容されている国際法の原則とは、国内法の規定をして、これらの条約をめぐる問題を越えてまで援用させることが出来ないということである<sup>(28)</sup>」とし、その最後の「ダンチヒにおけるポーランド国民の取扱い (Treatment of Polish Nationals in Danzig)」をめぐる勧告的意見の中で「国家は国際法やすでに発効している条約の下で、自国家にすでに課されている義務を避けんがための見解で、自国憲法を他国家に対し引用することをあらしめてはならない<sup>(29)</sup>」と陳述している。

また国際司法裁判所でマックネア判事は、「漁業紛争 (Fisheries)」ケースに言及して、「国家は国際法を破ったために他国より受ける非難から守る目的で国内法の法規の、あるいは国内法の規定の欠陥や行政権の規定及び脱落等を当然の主張として援用することが出来ないということは、よく確立されたルールである<sup>(30)</sup>」と述べている。

たしかに一度当事国間に国際的義務 (international obligation) が存在することになると、それら国家は、国際法によっ

て拘束され、国際法の下に責任を持つことになり、もともとその締結した条約の遵守義務から逃れんとして、その国内法に訴えることは出来ないのである。

モンティホー (Montijo) やジョージ・ピンソン (George Pinson) 更にシュフェルト (Shufeldt) の仲裁<sup>(31)</sup>でも、まさしく指摘されたように、これらは明らかに国内法に対する国際法の優越性の結果であると言えよう。問題は国内法の義務が如何なる方法で、いつ頃から存在するようになったのだろうかということに尽きる。このことはもはや、条約履行の問題ではなく、条約締結の一つに近づいたと言えようかと思う。国際法がある程度国内法に優先するとの考え方は、その意味での機能面での追究を必要とするのは当然の帰結であり、その働く場によっての上、下関係であってはいけないことになる。優劣という問題ではなく、より機能する場が違うという問題なのではないだろうか。

(31) de Visser, P., *Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution des conventions. internationales*, I Rev. Belge Droit international 125-40 (1965).

Waldock, *General Course on Public International Law* (1962II) 106 *Recueil I*, 123-28.  
Hackworth, G., *Digest of International Law* 194, 324-6 (1943).

(31) *International Law Comm'n Report*, 21 U. N. GAOR U. N. Doc A/6309 (1966). Article 23, p. 75

(31) Kaufmann, *Traité International et Loi Interne*, 41 *Riv. Diritto Int.*, 369, 374, 383-4 (1958)  
de Visser, C., *La Responsabilité des Etats*, 2. *Biblio. Visser*. 87, 94-106 (1924).

(51) Rosseau, C., *Principes Generaux du Droit International Public* 405-8 (1944);  
Scelle, G., *Precis de droit des Gens* 454 (1934).

(91) *Taylor v. Morton*, 23 F. Cas. 784, 785 (No. 13, 799).

*Tinoco Claims (Great Britain v. Costa Rica)* I. U. N. R. I. A. A. 369 (1923), 18 *Am. J. INT'L L.* 147 160 (1924).

- (7) Bishop, *The Structure of Federal Power over Foreign Affairs*, 36 *Minn. L. Rev.* 299, 318 (1952).
- (8) Barthélemy, *L'exclusion des élèves aponais des écoles publiques ordinaires de San Francisco*, 14 *Rev. Gen. Droit Int'l Pub.* 636, 675-80 (1907).
- Bishop, *supra* 註 12, p.319-20.
- Dahm, G., *Völkerrecht*, S. 204-5 (1961).
- (9) Ghosh, R., *Treaties and Federal constitutions* 235-48 (1961);  
Hackworth, G., *Digest of International Law* 815-17 (1943).  
Barthélemy *supra* 註 13 p.664-75.
- (10) Mirkine-Guetzevitch, B., *Droit constitutionnel international* 105-6 (1933).
- Noel, M., *De L'autorite des Traités Comparee a Celle des Lois* 69-70 (1921).
- Wohlmann, L., *Die Kompetenz zum Abschlusse von Staatsvertragen* S. 83-5 (1931).
- (11) Geck., *op. cit.*, S. 283-87,  
de Visscher, P., *op. cit.*, pp.155-7.
- (12) Chailley 註 225. 参考 Geck 註 285-87 參照。
- (13) Moore, J., *International Arbitrations* 4109 (1898).  
*Alabama Claims (United States v. Great Britain)* 4 *Papers relating to the Treaty of Washington* 49 (1872).
- (14) 1925, P. C. I. J., B, No. 10, p.20.
- (15) 1928, P. C. I. J., A, No. 17, p.33.
- (16) 1928, P. C. I. J., B, No. 15, pp.26-7.
- (17) 1930, P. C. I. J., A, No. 24, p.12.
- (18) 1930, P. C. I. J., B, No. 17, p.32.
- (19) 1932, P. C. I. J., A/B, N.44, p.22.
- (20) *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, (1951), I. C. J. p.181
- (21) *The Montijo (United States v. Colombia)* (1871).

Moore, J., *International Arbitration* 1439 (1875).

George Pinson Case, 39 Rev. Gen. Droit Int'l Pub. 432-33 (1932).

Shufeldt Arbitration, 2 U. N. R. I. A. A. 1079-80.

## 五 条約締結に関する憲法上の制約に関する理論

外づらの(外的)、内づらの(内的)憲法性

条約の締結に関し、国内法上の手続きが国際的効果を持つかどうかについては、テキストライター達に、いろいろ意見があるのも事実であるが、しかしその中にもいくつかの共通のグラウンドが表われ始めている。

例えば、シャイユ(Chailley)、ポール デュ ラ プラデル(Paul de La Pradelle)等のごく一部の学者や、また一八八八年のクリーブランド仲裁(Cleveland Award)での付言(obiter dictum)<sup>(33)</sup>等はこの点についてふれ、「国際条約の法的有効性(Validity)は憲法全文と完全に一致することを前提条件とする」との立場をとっている。

これらの意見と反対に殆んどのいわゆるテキストライター達は、契約当事国が契約相手国(partner)<sup>(34)</sup>の国内法を鋭敏に感知して相手国で何か疑問を感じているような契約を発効させようとするようなやり方を事前に調査して極力これを避けるようにすべきであるとしている。

更にまた国際法上の無関連性(international irrelevance)理論を弁護する人としてアンチロッチやフィッツモーリス<sup>(35)</sup>等が居り、国際法の下では、「国内法上の制限等は、何の意味合いも持つものでない」と主張している。

トリーパーは「法的権限のノルム(norms of competence)」のみが国際法上の関連性を持つべきだと主張する。<sup>(36)</sup>  
ジョーンズとノーシィは「手続き法に関する制限」は国際法上の関連性を持つが、一方「条約の内容に関する」ものは、

条約の本質とその法的性格…(3) (大西)

「条約の形式的な法的有効性の意味づけを持たぬが故に無関連性をもつ」<sup>(37)</sup>としている。

ドウスとポール ド ヴィッシャーは内づらの憲法性<sup>(38)</sup> (Constitutionnalité intrinsèque) と外づらの憲法性 (constitutionnalité extrinsèque) とを区別しているし、セルは憲法上の内容にそぐわぬ法管轄権 (“incompétence constitutionnelle matérielle”) と憲法上の形式にそぐわぬ法管轄権 (“incompétence constitutionnelle formelle”) との間の差異を説いている。<sup>(39)</sup> バラドール・パリエーリは、基本的な憲法の各条 (dispositions constitutionnelles de fond) と条約締結の法管轄権 (compétence à conclure des traités)<sup>(40)</sup> との間の差異を指摘している。

これらのライター達のすべては、「いわゆる条約の内づらの且形式的な憲法第一主義に関する規定のみが国際的に関連性を持ち得る」と主張するのである。

かくして条約を締結する憲法上の制限の国際的関連性を主張する多くの学者は、条約を締結する権能に直接関係する規定のみが国際的に関連性を持つとする。

これらの規定には、当然のこととして、例えば立法院の同意、参議院 (フランス等の場合)、閣僚会議、行政府の長又は大臣による副署、人民投票による承認等の項目が含まれよう。とにかく条約の内容に関する国内法の全規定は、それがどんな規定でも、国際的に関連性を持つものは、全く何もないと考えられていた。

これらの規定には、例えば連邦国家における権力の分立、州の国境、人権宣言<sup>(41)</sup>、主権の制限、ヨーロッパ防衛共同条約 (European Defense Community Treaties)<sup>(42)</sup> へのドイツ連邦共和国の義務、日本における砂川ケース等との関連において論じられている軍備の制限等のテーマも含まれるべきである。

これらの問題では国際協定が明らかに国内法を乗り越えていると言えようかと思う。これらの規定がもしも国際法を侵害し始めた時は、その法的有効性 (Validity) は消滅するだけのものと考えられる。

また国内法廷はいつも、条約を憲法と一致させよう<sup>(45)</sup>として解釈し、つとめて条約と憲法間の論争を避けようとしているかにみえる。何れにしても、この種の裁判所の判決は何も日本に限ったことではない。国内法廷は時として、憲法を条約と一致して解釈させよう<sup>(46)</sup>とすらして来ている。

いづれにしても、これらの見解は、いくつかのケースで憲法を超えて<sup>(47)</sup>条約の履行に対する優先権 (Preference) を与えると言う憲法上すでに確立されている司法上の基本的見解をもいくらか逸脱しているものと言うべきである。これらの法的手段が、もしも国際契約の法的有効性で、国家の憲法のすべてと現実に完全に一致しているのなら、不必要であったかもしれないところのものである。

その内容で多分に憲法違反であると考えられていた条約の例、それにも拘らず、国際的には法的有効性を持つと考えられていた条約の例として一九二二年コロンビアとペルーの間に<sup>(48)</sup>結ばれたサロモン・ロザノ (Salomon-Lozano) 条約をあげることが出来る。

この条約の下で、ペルーはレティシア (Leticia) 領域をコロンビアへ割譲した。この場合、ペルビアン大統領リギア (Ligia) は、自国の外務省に相談することなく、自分一人で条約を直接交渉した。

果たして議会外交委員会が、この領域の割譲を承認することを決めた時、リギア大統領は彼と一緒にこの条約の直接交渉にあたった大臣サロモン氏を、上述の外交委員会の長として任命した。ここで立法院は遂にその条約に同意を与え、一九二八年には批准書の一切を交換している。

この大統領のとった手続きについて、いく人かのラテンアメリカ出のテキストライター達は、この条約は、国民主権に影響力を持つ一切の条約の締結を禁止するという憲法の規定を真正面から侵害していると申し立てて、立法院自身が政治的圧力に組みし自らの手で権力分立の原則を侵害したと主張した。

しかしペルビアン政府はこの見解について何もコメントせず、行政と立法との関係それ自身は従来のまま持続した。そしてレティシア紛争が結着した一九三四年の平和条約では、レティシア紛争は結着したとし、明白にサロモン・ロザーノ条約<sup>(49)</sup>の法的有効性を承認している。これ程に行政は条約締結とその批准について優越性を持っているのが、現実の姿であるが、そのあたりの分析を次章より進めてみる。

- (32) Chailley, op. cit., 180, 215, 286-88.  
de La Praedelle, P., Examen de la validité internationale du traité Salomon-Lozano, 11 Rev. Droit Int'l 185, 189-209 (1933).
- (33) op. cit., 129.
- (34) Dehousse, F., La ratification des Traités 143-44 (1935).  
Geck, op. cit., 32-38, 215-32, 315-16.  
Basdevant, La conclusion et la Rédaction des Traités et des Instruments Diplomatiques autres que les Traités, [1926 V].
- (35) Antlotti, D., Cours de Droit International 256-63, 359-67 (Gidel trans). (1929).  
Fitzmaurice, supra note 29.
- (36) Triepel, H., Völkerrecht und Landesrecht, S. 238-40 (1899).
- (37) Jones, op. cit., 151.  
Northey, Constitutional Limitations as Affecting the Validity of Treaties, 11 Univ. of Tront L. J. 175-201(1956).
- (38) Dehousse, F., op. cit., p. 58, 142-50. note 29  
de Visser, P., op. cit., 267-70. Les Tendances internationales des constitutions modernes, (1952). 80 Recuil 511, 545.
- (39) Scelle, G., Précis de droit des gens 440 (1934). De la prétendue inconstitutionnalité interne des Traités, 68 Rev. Droit Pub. 1012-24 (1952).



- (40) Balladore Pallieri, *La Formation des Traités dans la Pratique Internationale Contemporaine*, (1949 I) 74 *Recueil* 469, 479-80.
- Pinto, *La "Constitutionnalité" des dispositions de fond des Traités devant la Cour Suprême des Etats-Unis*, 1 *Etudes Scelle* 439-57 (1950).
- (41) Mosler, *Die völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassung*, S. 129, 136-45, 163 (1950).
- (42) *United States v. Pink*, 315 US 203 (1942).
- (43) Löwenstein, *The Bonn Constitution and the European Defense Community Treaties*, 64 *Yale L. J.* 805-39. (1955).
- (44) 砂川事件、*国際法外交雑誌*一九六〇年別冊参照。
- (45) Rosseau, *op. cit.*, 242-43 (1944).
- Saar Decision (1944) *砂川事件の例や参照*。
- (46) Hauri, K., *Die Verfassungsmässigkeit der Staatsverträge* 58 (1962).
- (47) Deener, *Treaties, Constitutions and judicial Review*, 4 *Va. J. Int'l L.* 7, 31 (1964).
- Gibson, *International Law and Colombian Constitutionalism*, 36 *Am. J. Int'l.* 614-20 (1942).
- (48) Rosseau, *op. cit.*, note 10, p. 246.
- Pradelle *は* *op. cit.*, 185-209 *は* *反対の意見を持つところ*。
- (49) *op. cit.*, *Droit Int'l* 581-87 (1934).

## 六 国際法上の無関連性の理論

国際契約の外的あるいは形式的合憲性に関する限り、<sup>(50)</sup> 国際的な関連性を持つ条約を締結するための法的権能について、憲法上の制限があるのかどうかに関しては、テキストライター達の考え方も一致していない。

この種の考え方を一般化してゆくと、適合性の理論とは、歴史的には、前述のように国家の首長としての理論、*jus*

representacionis omnimodae (全法律分野代表権)の考え方に立っているものとみてよいと思う。国際法としては、グロチウス以来今も尚、国際関係で国家を代表する権利を国家の首長に帰しており、条約が批准され首長によって宣言されれば、たとえ国家の首長あるいは首長の外交上の使節が首長付託の法的権能を超えていても、また議会の承認を得ることを脱落していたり、憲法の本質的規定を侵害していても、法的有効性(Validity)を持つものとされている。

国家の首長理論の現代化された解釈とは、表向き、外見の整った官庁の概念であり、Sir Gerald Fitzmaurice や Sir Hamphrey Waldock 等の力強い理論によって支えられており、一九六三年の国際法委員会の承認を得たところのもの。これらについて別のライター達の間には外交官僚先き走りの理論との分析もあるようである。

しかしこれらの理論に対し、次の三つに分けられる異論がある。

- (a) これはアンチロッツ<sup>(52)</sup>の初期の理論で、国際的責任なる考え方が、国家をして憲法違反条約を無効とする訴えから防禦しているのだとするもので、この見解は、カバリエリ(Cavaglieri)やサルビオラ<sup>(53)</sup>によっても支持されていたものであるが、晩年のアンチロッツが破棄したものであり、今では誰れもがあまり注目しない考え方の一つとなっている。
- (b) ゲック<sup>(54)</sup>(Geck)の理論で、彼は表向き外見の整った官庁の概念をまさしく拒否している。彼は外的関係で国家の意志を宣言する法的権能(Willens-Erklärungsbefugnis)とこの意志の純粋な内的成立(Willens-Bildung)との間の区別をしている。

国家の意志の成立、例えば立法院の同意の要請や行政府の代表の副署、更には実質的憲法上の禁止規定などは、所詮国内法上の利害関係だけの事項に過ぎない。然しながら、意志の宣言は国際法がこの事象に関してはルールがないことを知っており、その故に国内法へ移送(renvoi)することを熟知しているため、不可避免的に国際的関連性において行なうところのものである。一方意志の成立と宣言の二分法は非常に類似<sup>(55)</sup>しており、フェアドロスとアゴーは国家の意志の宣言は国内

法によってでなく、国際法<sup>(56)</sup>によって正当に制御されるべきことを指摘して来ている。

(c) 最後の分類に属するのが一九六三年と一九六六年に国際法委員会<sup>(57)</sup>によって採択された考え方である。

ハンフリーウォルドック卿 (Sir Humphrey Waldock) の指<sup>(58)</sup>示で、国際法委員会は、もし国内法の侵害が証明された時には、その時こそ憲法上の制限をして国際法上の意味を持たすべき時であるという意味深な決定をしている。

この委員会の数人の委員、とりわけアゴーやグロスはあらゆる妥協案に対して、力を込めて主張し、完璧な客体概念を導入し、とりわけ妥協案的考え方が必要とする立場にたつ他国の憲法論争<sup>(59)</sup>に水をさすような考えを示している。

(50) 国内法上の制限が国際法上の関連を持たないと主張する学者を分類してみると、  
オランダでは

Francois, J., *Grondlijnen van het Volkenrecht*, 326 (2nd. 1957).

Verzijl, I. J., *The Jurisprudence of the World Court*, 360-69 (1965).

独・奥では

Gneist, *Gutachten über die Auslegung des Art.*

Maunz, T., und Durig, G., *Kommentar zum Grundgesetz Art. 59. 28-33, 36* (1961).

Menzel, E., *Völkerrecht*, 255-6 (1962).

Seidl-Hohenveldern, *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, 12 *Int'l and Comp L. Q.* 88, 102-3 (1963).

Meier, E., *Über den Abschluss von Staatsverträgen* 339-68 (1874).

Verdross, (1963) 1 *Y. B. of Int'l L.* 3, 8-9, 288-9.

Bittner, *Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden*, 81-100 (1924).

Szászy, (von)., *Die Parlamentarische Mitwirkung beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge*, 14 *Zeit. Recht* 459-86 (1934).

英国・カナダでは

条約の本質とその法的性格…(3) (大西)

- Waldock, Second Report on the Law of Treaties (1963) 2 Y. B. Int'l L., Comm'n 41-46.
- Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54, 33 Br. Y. B. Int'l L. 203, 267-69 (1957).
- Schwarzenberger, G., International Law 429-30, (1957).
- シブर्टノケツヂ  
Sibert, M., Traite de droit international public 217-22 (1951).
- グロス (1963) I. Y. B. Int'l L. Comm'n 9-10.
- アントコロエツヂ  
Antokoletz, D., Tratado de derecho internacional publico 75-6 (1944).
- ハクスノケツヂ  
Hudson, (1951), I. Y. B. of Int'l L., comm'n 143, 154.
- ビショップ (1965) General Course of Public International Law, Recueil 151, 340-43.
- コストラノケツヂ  
Blix 392-97 ; Costrén (1963) I. Y. B. Int'l L. comm'n 5, 19.
- クヰノケツヂ  
Trinkler, B., Der Abschluss von Staatsvertragen in der Schweiz 4-11, 30-33 (1954).
- ピカード, C., Der Abschluss Internationaler verträge durch den schweizerischen Bundesrat 78-98 (1938).
- ブルクハルト, W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 673 (1931).
- オーベール, L'autorité, en droit interne, des traités internationaux, 81 1 Zeit.
- ヴィタリノケツヂ  
Stioto-Pintor, Traités internationaux et droit interne, 42 Rev. p. 521, 540 (1935).
- Vita, op. cit., foot note 6, p. 68-80.
- モナコ, R., Manuale di Diritto internazionale pubblico 72-3 (1960).
- ネリ, Sulla ratifica dei trattati in diritto internazionale, 29 Riv. Studi Politici Int 63, 97-106 (1962).

- Siotto-Pintor, *Traitées internationax et droit interne*, 42 *Rev. Gen. Droit Int'l Pub.* 521-40 (1935).
- Anzilotti, D., *Cours de Droit International* 259-63, 359-67 (*Gidel Trans.* 1929)  
 日本では 轉國十條の二の三の條を採らぬ。
- (15) *International Law Comm'n*, Report, 18 U. N. GAOR, U. N. Doc. A/6309, art. 43, 148-54 (1966).
- (32) Anzilotti, *Volontà e Responsabilità nella Stipulazione dei Trattati Internazionali*, 5 *Riv. Diritto Int.* 3-46 (1910).
- (33) Cavaglieri, *Règles générales du droit de la paix*, [1929 I] 26 *Recueil* 315, 500-01.  
 Salvioi, *Les règles générales de la paix*. [1933 IV]
- (16) Geck 25-32, 77-92, 232-34.
- (55) Anzilotti, op. cit., 32-41.  
 Bitner, op. cit., 39-58.  
 Vitta, op. cit., 48-54, 61-64.
- (99) Verdross, *ibid.*, 8.
- (76) I. L. C., Report, U. N. Doc. A/5509, art 31 (1963). U. N. Doc. A/6309 art 43 (1966).
- (88) Waldock, *Second Report on the Law of Treaties*, U. N. Doc. A/CN. 4/156, art 5 p. 4, 15 (1963).
- (95) Jacovides, 18 U. N. GAOR 14, U. N. Doc. A/C. 6/SR. 783 (1963).  
 de Aréchaga, *ibid.*, 18, 205.  
 Briggs, *ibid.*, 9.  
 Waldock, *ibid.*, 20-21.  
 de Luna, U. N. GAOR, 56, U. N. Doc. A/c. 6/SR. 792 (1963).

## 七 国際法上の関連性の理論

国際法上の関連性<sup>(60)</sup>を主張する理論に賛成する少数のテキスト・ライターとしては、トリープル (Triepel) ショッキング

条約の本質とその法的性格…(3) (大西)

(Schükking)、ウイルロックス (Wilcox)、フェアマン (Fairman) 等が居り、留保条件なしに、「外的形式的な取り扱いに關する」全国内法が國際的に関連性を持つとするものである。

彼等の主張するところは、国家とはもともと自国が欲するところのものを自由に組織化するものである。だから条約締結機關の法的権能は憲法によってのみ決定される。即ち國際法はこのことを国内訴訟法で国内裁判所へ移行 (renvoi) という法的取り扱いを行なうことにより一切を国内法手続きにまかすことを承認している。とにかく国家は、もし自国がある条約の直接外交交渉を欲する時には、相手国家の条約締結機關の憲法上の法的機能をよく調べてから交渉に入らなくてはならない。もともと憲法違反の条約とは、如何にその国家のことに触れていても、もともと国家の眞の意志を述べたものではなく、国内法上も國際法上も拘束力のあり得る筈がないとするものである。

そもそも現代の代議制政府と民主主義の下では、国家は *ultra vires* (権限外の) を行使する使節により作られた条約により拘束される必要はどこにもない筈のもの。

人民によって選ばれた議員で構成する立法院が、人民の意志に反する条約を結ばせる道理がないとするもので、古くはルソーより今に至るまで國際法学会にも根深くある理論である。

いずれにしても、国家は憲法違反条約が執行されることを最も好ましくない事象と考えていることだけはたしかである。これら憲法優先主義をとる人の意見を分類すると、

(1) アンガー (Unger) とイエリネック<sup>(62)</sup> (Jellinek) は条約の法的効力と効果は、立法院の同意によって左右されるとの考え方。

立法院の承認をとりつけていない条約は、非合法であるが、批准後でもその次に開かれる国会の承認を取りつけければ、法的効果が発生するとされるとするものである。

この理論は国際法上の関連性の原則に対する軽い修正を付加するだけの考えであるとして、今ではこの説を踏襲する学者は全く姿を消しているようである。

(2) 同様にケルゼン (Kelsen) や シューエン (Shoen) の見解で、国際法関連主義 (theory of relevance) と大きく一致するところの考え方。彼等この説の学者達は、もしも憲法が国家の意志の形成上必要欠くべからざる要素として、議会の承認を得させようと意図しているとしたならば、国家の意志の成立が必要欠くべからざるものとなるであろうし、更にまたもしも行政府に属する官僚機構が立法府の見解と一致した場合にのみ、その条約の署名を執行するものとする、条約とはそもそも立法府の同意なしにはその法的効力を持ち得ないということになるとする考え方。

ここでは国内法は、国際法上の使節を任命し、それによってのみ、その条約を締結するのだと言う理論が成り立つことになる。

一方、またもしも国家の首長の個人的使命だけで、議会の承認を得ようとする場合、議会への、その要請は条約の法的効力に関しては全く以って何んの影響力も持たぬということになるのである。<sup>(63)</sup>

(3) 憲法に書かれた規定のみが国際法上有効であるとするもので、フェアドロス (Verdross)、グンゲンハイム (Guggenheim)、ヴェングラー (Wengler)、モレリ (Morelli)、カドリ<sup>(64)</sup> (Quadri)、ブラドール<sup>(65)</sup> (Balladore Pallieri) 等の意見がこれに属し、あらゆる憲法違反条約も国内法の手続きを経て、それ相応の行政機関によって締結された事実があれば、法的に有効であるとし、書かれた成文法には少々違反していてもよいことを上手に指摘。つまるところ効果的憲法を暗示すということは、憲法上に明文規定はないが、非効果的憲法の制限が国際的に関連性を持つと言うことと同じだとする考え方か、または書かれた成文憲法が新しく生まれる慣習法に着実にとって代られるという判例でのカバーをめざす理論かの二者択一に従うということになる。

もし最初の見解が正しければ、国際法上の無関連性の考え方と同じだということにもなる。

第二の見解が正しければ、これらの慣習法は憲法違反だということにもなる。

アメリカ合衆国における行政協定 (Executive agreements) も生きた効果的憲法の自然的発展とみることが出来よう。これは憲法の下に合法的<sup>(66)</sup>であり、且拘束力を持つものと考えられるべきであり、国際法の下<sup>(67)</sup>においても、そうあるべきものでなければならぬということにもなる。

(4) バアデヴァン (Basdevant)、マックネア (McNair)、シャルル (Charles) とパウ (Paul) の両ド、ヴィッシャー (de Vischer)、ロス (Ross) とソレンセン<sup>(68)</sup> (Sorensen) 等は、明白な (manifest) 悪名高い憲法規定のみが国際法と関連性を持っているとしている。

バアデヴァンは、契約当事国双方共、相手方国側内に明白に憲法違反の事実があるということを知っていて、尚且条約を結ぼうなんて国は存在しない筈であると述べている。

この見解はまた、まだ一度も国際司裁の判例で支持されたことはないが、それも条約に対してこの考え方もってしても悪名高い自国憲法の条項<sup>(69)</sup>と他国の憲法規定のそれとの間にラインを引くことが非常に難しいことを物語っている証左ともなっているものとみてよい。

この理論の適用の結果は、一九六三年国際委員会によって承認された国際法上の無関連性の理論と類似していると言えなくもない。

(5) バラドール パリエーリ (Balladore Pallieri) の進める論で、bona fides (善意) を前面に出すもの。

この考え方でゆくと、条約というものは、締結相手政府機関に法的能力があつてその善意を信じた時には、国際法的に法的権能を持つとする。とにかく相手国の善意が主目的なのであり憲法上の有効性や悪名高い条文等も条約の効力につい



ては、ただその決定要件を決めているに過ぎないということになる。然し彼等のこの原則論も国際司法裁判所で公に判決として採択されたことはない。ただ禁反言 (estoppel) のケースで一部引用された<sup>(71)</sup>だけである。然しこの善意の考え方で以って、国際規定にも安全保障の考え方を導入すべきであるとした点では意味があったかも知れぬが問題はその安全保障が自国のみの側からみたもので、殆んどの場合、相手国はむしろその立場を利用して、自国に有利に展開させようとするし、それを推し進めてゆくと条約の法的有効性そのものの欠陥を呼ぶことになるとの方向に傾いてゆくため、その点での理論構成が必要と思われるもの<sup>(72)</sup>。

(6) ラウターパハト (Lauterpacht) が条約法第一報告書 (First Report on the Law of Treaties) に言及しているもの<sup>(73)</sup>。「国家がその条約を長い間憲法違反の条約だとして訴え続け、その無効性を主張していたり、その条約から得る利益如何を問題視し始めているような場合には、条約無効の確認をもって次の段階で、その条約を破棄できるようにすべきであるとする。」

としている。

(7) ハーバード研究とラウターパハトが述べるもので、

「国家は条約を締結する資格のある所管機関、官庁の陳述をある程度信用して、他国にかけた不法行為には、かなりの責任を持つべきである。」<sup>(74)</sup>

としている。

然しこの考え方も、国際判例に採択された例はない。その主たる理由としては、条約非遵守から結果する損害額を算定することが不可能のためであるとみられている。

(60) 憲法上の制限が国際法上の関連性を持つと主張する学者を列挙してみる。(国内法上の比較優位を主張)

条約の本質とその法的性格…(3) (大西)

- ① ヴンキークービツ  
de Visscher, P., De la Conclusion des Traites Internationaux 251-87 (1943).  
Wagnon, H., Concordats et droit international 116-40 (1935).  
Marcus-Helmons, Les accords en forme simplifiée et le droit constitutionnel, 21 Ann. Droit & Sciences Pol. 293, 308-12(1961).  
de Visscher, C., Theories et Realites en Droit International Public 315-16 (1960).  
② ヤマコービツ  
Sereni, A., Diritto internazionale 467 (1958).  
Sperduti, Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e suoi limiti 301-33 (1957).  
Quadri, R., Diritto internazionale pubblico 110-13 (1964).  
③ 類・繁ビツ  
Berber, F., Lehrbuch des Völkerrechts 435-36 (1960).  
Meier, E., Über den Abschluss von Staatsverträgen vii-ix, 100, 103-14 (1874).  
Strupp, K., Les règles générales du droit de la paix [1934] 47 Recueil 259, 357-61.  
Meyer-Lindenberg, Book Review, 24 Zeit, Offen., Recht & Volk. 320-24 (1964).  
Triepel, H., Völkerrecht und Landesrecht 235-43 (1899).  
Wengler, W., Völkerrecht, S. 204, 271, 316 (1964)  
④ キコントビツ  
Spiropoulos, Theorie generale de droit international 85-88 (1930).  
⑤ ノントビツ  
Devaux, La conclusion des traités internationaux en forme s'écartant des règles constitutionnelles, et dite "conclusion en forme simplifiée" 299, 306-9 (1936).  
Scelle, G., op. cit., 73.

- Rousseau, op. cit., 235-48.
- Challey, op. cit., 180, 185, 188, 203, 225, 227, 230' 234.
- Mirkin-Guetzevitch, Droit Constitutionnel International, 95, 194-66 (1933).
- ⑨ *ルヤスドヤ'*
- Wohlmann, L., Die Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen, S. 56-63 (1931).
- Guggenheim, P., Traite de droit international public 63-64, (1953).
- de Vattel, E., Le droit des gens ou principes de la loi naturelle livre 11, ch. XII, § 156-7.
- Freymond, P., La ratification des traites et le probleme des rapports entre le droit international et le droit interne 89-107 (1947).
- ⑩ *ラナムナムニヤドヤ'*
- Camara, op. cit., 112-15.
- Alfaro, (1950) Y. B. I. L. Comm'n 89.
- Cordova, (1950) Y. B. I. L. Comm'n 88.
- Velazquez, La invalidez de los tratados inconstitucionales, 42-43 (1959).
- ⑪ *英・濠洲条約ヤ'*
- Westlake, de La Pradelle & N. Politics, Recueil des arbitrages internationaux 700-5 (1923).
- Briery, First Report on the Law of Treaties (1950).
- O'Connell, D., International Law p.240-41 (1965).
- Jones, op. cit., 154-55.
- McNair, A., Law of Treaties 60-62 (1961).
- ⑫ *ナムリヤドヤ'*
- Hyde, C., International Law, 1383-5 (1945).
- Wilcox, F., The Ratification of international Conventions 41-6 (1935).
- Fairman, Competence to Bind the State to an International engagement, 439, 443-4.

- (15) de Vissscher, C., op. cit., 55 (2).
- (16) Jellineck, G., Gesetz und Verordnung, S. 354-59 (1887).
- (17) Unger, Über die Gültigkeit von Staatsverträgen, S. 349-56 (1879).
- (18) Schoen, Die völkerrechtliche Bedeutung staatsrechtlicher Beschränkungen der Vertretungsbefugnis der Staatsoberhäupter beim Abschlusse von Staatsverträgen, 400-31 (1911). (Zeit. Volk & Bund)
- Kelsen, La transformation du droit international en droit interne, 23-34 (1936).
- (19) Guggenheim, P., Traite de Droit International Public 63 (1953).
- Morelli, G., Nozioni di Diritto internazionale 198-99 (1963).
- Quadri, op. cit., 55 (3).
- Verdross, A., a a O., Völkerrecht, 159-60, 161-2 (1964).
- (20) Balladore Pallieri, op. cit., 480-82.
- (21) Watts v. United States, Wash, Terr. 288 (1870).
- United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U. S. 304 (1936).
- (22) Hackworth, G., Digest of International Law, op. cit., 393.
- McDougal & Lans, op. cit., 422-25.
- Lissitzyn, Duration of Executive Agreements, 54 American J. I. L. 869-73 (1960).
- (23) de Vissscher, C., op. cit., 315.
- de Vissscher, P., op. cit., 266-76.
- Sorensen, op. cit., 68.
- McNair, A., Treaty-making procedure 6 (1933).
- Basdevant, op. cit., 581.
- (24) Jones, op. cit., 154-5.
- Fitzmaurice Do Treaties Need Ratification ? B. Y. I. L., 113, 131-32 (1934).
- (25) Wengler, W., Völkerrecht, S. 206-7 (1964).

(71) Geck, op. cit., 292-96.

(72) Beckett, Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, (1934) 50 Recueil 189, 263.

(73) Lauterpacht, op. cit., 55 (8).

(74) Harvard Research. op. cit., 992, 1008-9.

## 八 む す び

この論文のむすびらしきものについては、すでにトランスフォーメーションの法理や行政協定も含め断片的に発表している。とにかく現代で国際法上いわゆる国家と呼ばれるに値するものは百九十位あると言われる。一方、国連に加盟している国は、一九八三年四月一日現在で、百五十六<sup>(75)</sup>。

然しこの場合、国連はかなり政治的、宗教的団体であるので、南鮮、北鮮を始め、十ヶ国程度確実に国家と呼ばれなければいけない国家の加盟を拒否しており、これを国家の算定の基準とするわけにはゆかないであろう。

むしろ多超国間条約としての性格を持つ、憲章五十七条規定の専門機関加盟数の方が、より客観性を持つとされるのはその為である。

条約とは、これら国家間の合意であることに変わりはない筈である。ところが国際法で規定する条約そのものが、二国間条約から多国間条約、更に百ヶ国以上を当事国とする超多国間条約へと展開してくると、国によってはそれらの署名、受容した条約のすべてを必ずしも国内法へ転化する必要のないものも出てくるのは当然の帰結である。

更にまたこの問題を一層複雑化させているものとして、根底から国家の枠を取り外しつつある、超多国籍企業の出現がある<sup>(76)</sup>。いわゆる第三法世界の出現である。

また一面、条約を締結する国家がすべて署名と批准の二段構えをとるかという点、必ずしもそうでもない国々も存在する。世界は、いわゆる民主国のみではないということになる。

とにかく二十ヶ国程の君主国、更にその中には君主制民主国なのか、民主制君主国なのか、依然としてハッキリしていない国も存在する。

然しその大勢は大体民主的なシステムを採用する方向にあるものとみてよいであろう。然しこの部面での詳細な分析と研究は、国家論を含め、本論文の趣旨と外れるので、平和条約、行政協定の研究も一緒に、別論文に譲る。<sup>(77)</sup>

何れにしても、国家はその本質論よりして、国家間の合意を条約として、自由に締結できる筈である。然しその合意は当事国国家の人民の行政政府への内的要請か、又はその行政政府の国民への少なくとも近未来でみた利害計算の上に立ったものでなければならぬ。

ということとは、その国家間契約を国内法(トランスフォーメイト)化する場合<sup>(78)</sup>、行政政府が究極的に国民の納得を十二分に得られるとの前提にたったものでなければならぬ。

この考え方に立つと、国家は国際条約を締結する十二分の自由権を保持している(国家の基本権よりする)としても、それは国家の機関を通して(民主的手続きで、国内法上選ばれた政府による)との前提条件があり、もともと全権大使<sup>(79)</sup>だけでなく、彼を指命する行政政府の長にも一見自由にみえる条約締結権の中に眼にみえざる枠組みが嵌められていることになる。とにかくこの問題はその本質を法律締結に関する法的能力について、憲法上の制限と国際法がどう衝突するかという問題におきかえることが可能であろう。

セルは自信をもって「国内法手続きへのあらゆる侵害は条約無効<sup>(80)</sup>につながる」と警告している。

「もしも政府機関が権限外の(Ultra vires)行為をすることが出来るなら、それはただちに独裁主義、圧制、無法律主義

者に手を籍すことになる」と言うのである。

セルは更に「無鉄砲な行政府が立法院の意志に対抗して強引に条約を批准することのないよう保証すること」がまず先決であると述べている。

これらへの努力の為に、セルは第一次大戦と第二次大戦の間で単一理論に走ったと言われる民主—平和主義哲学を受け売りした事になっていたのである。

とにかくセルは、国際条約がその締結に際し、立法院の同意さえあれば憲法上の制限は受けるとしても、国家間の約束である限り、その場では、国際法が優先するのは当然のことだとしている。

勿論ここで国際法が国家間のみを規律する法律であるとするのも、行き過ぎであり、そこには、トリーペル (Triepel) やアンチロッチ<sup>(81)</sup> (Anzilotti) の言うように一面国内法や、個人をも規律するものが至当ではある。

然し、国際法としても、法律と名の限り、究極的には個人を規律するものであり、この点、私法、公法、国際法の間には差のあろう筈はない。

ただその働く場が違うだけのことだとは言えないだろうか。

例えば、国際法が個人を究極の取り扱い対象とするとしても、それは国家というメディアムを通して規律するというところに外ならぬであろう。

国際法が国家間の関係を規律するとしてもそのノルムはどうしても国際法的意味で実定法としての条約に頼らざるを得なくなる。

国家間の関係を条約で規律し、そこに始めて合意は拘束するの原則の下に当事国間に順守義務を生じさせるのである。その意味で国際法的であると云われ、その拘束規準となる条約も、実は国民の要請という内的な要請か、又は一方で行

政府の終局的に国民のためになるとする卓見によって結ばれるものが多く、条約の締結動機にも、その奥には国民の姿が映し出されているということになる。その故にこそトランスフォーメーションという憲法上の行為を通じ、署名されて来た条約を国内法にするための批准をするのであり、批准とは、実は国家間の合意を国民間の市民法とするための憲法上の一つの行事だということが出来よう。

その意味で、国際法が国内法に優位するという考えそのものの根底に実は、とり違えがあり、もともと国際法と国内法は働く場所が違うのであって、例えば、これを身体における胃と腸の関係で言えば、どちらが上位という関係にはなく、両方共身体を支えてゆくに必須不可欠のものであり、ただ食物が胃から腸に移る時、ある種のフィルターが具備されているのであって、その働きを、フランスの国際法学者は、*venvor*、英独法学者は *transformation* と呼んでいるのだとみて、さし支えないのではなからうか。

(75) 桑原輝路 国際連合

(76) 大西公照 ケース スタディにみる多国籍企業の法的性格と国際法上の位置づけ(一)：(四) (大東法学二号一五号)

(77) 大西公照 ケース スタディよりみたる国家の基本権の成立と国際法上の位置づけ(一) (帝京法学十三卷一号)

(78) 大西公照 条約の本質とその法的性格：(一) 武市都立商大学長古希論文、高田源清編(産学社)「東南アジア法の研究」所載

大西公照 同：(二) (法政論叢一四号)

(79) 大西公照 国際法と自然地理学(筑波大史境二号)

(80) Scelle, G., *Precis de Droit des Gens* 438-43, 450-59 (1934).

Scelle, *De la prétendue incostitutionnalité interne des Traités*, 1012-28 (1952).

(81) Triepel, H., *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 235-43 (1899).

Anzilotti, *Volontà e Responsabilità nella Stipulazione dei Trattati Internazionali*, 3, 42 (1910).



付記 クライヴ パリー教授を悼む

(To Commemorate the Memory of the Late Professor of International Law at Cambridge, Clive Parry)

大 西 公 照

昨年、九月十日のこと。

ここ数年来、大西ゼミ、時には村田ゼミとの共同ゼミにも顔を出し、大東新聞にもたびたび報じられているデイビッド

ッド パリー君（ジャパン タイムズ記者、独身 二十九歳

国際法）の叔父、クライヴ パリー（Clive Parry）氏が、ケインブリッジ ダウニング カレッジ国際法教授在職のまま慌ただしくこの世を去って行かれた。青天の霹靂とはまさ

派遣短期留学（筆者のアルマ マータ ヴァージニア大）の帰途再会を期待していただけに、その悲しみもひとしおである。亡くなられたのは、昨年九月十日、寒さいよいよ増さんとするケインブリッジの自邸で、六十五歳の若さであった。彼は国際法の分野で、稀にみる傑出した人物であり、また数多くの影響力ある著作者（Influential writer）としても知られている。

氏はデイビッド君の父、アントニー パリー氏（パブリック スクール教授）の弟にあたる。

筆者もデイビッド君の紹介で、二回程ケインブリッジにクライヴ教授を訪ね、親しく教えを請うており、今夏の大東

一九一七年七月十三日 スタフォードシャイアのアッシュユレに生まれ、ストラップフォード アポンのグラマースクールを卒業するや、異例の若さでバーミンガム大学に入学し、一九三六年トップ クラスで同校を卒業、LLBを

取得する。直ちにケインブリジ ダウニング カレッジに進学、一九三八年には、成績優秀の故を持って、ヴェーベル スカラーシップを授与さる。

一九三八年より三九年まで、マックス プランク研究所に勤務し、ここで始めて、「平和封鎖 (pacific blockade)」の著作を世に問う。

一九三九年に、彼は、戦争の重要な局面を担った中近東に勤務。一九四四年にはアンカラ大学の公法教授に就任した。一九四五年、すでに一九三九年に任命されていたけれども、戦時中の故を持って就任出来ずにいたロンドン スクール オブ エコノミクスの講師に復職。

続いて、一九四六年に有名な 그레이ズ法曹学院の講師に依嘱されるが、その年の暮、念願のケインブリジ上位講師 (Reader) に転任、一九六九年遂に国際法の正教授となる。

一九六八年から九年にかけては、その行政手腕を買われ、同学法学部長に就任。

また母校に復帰したのだからとの全学の所望もあり、死の直前まで、ダウニング カレッジの評議員 (fellowship)

も勤めていたという (デイビッド パリー君談)。

とにかく、彼はケインブリジ在職中、学部生き字引きとして、チューター、学部長、図書委員、会計委員、学部副学長等、ありとあらゆる要職を歴任、あの短気な人としては、まあよく辛抱し、献身的に奉公していたらしい (デイビット君談)。

彼の信念は、道德第一を信条とし、常に幅広い心の持主になろうとつとめ、彼に相談を持ち込む人士には、それが学部生、大学院生、研究生、助手、貧乏学生の別を問わず、とことんまで相談に乗ってくれてやるタチで、時々家庭ジヨークを飛ばし、相談者の心情を和らげていたとのこと。世に学問の出来る人は多いがこれが程までに全身を教育に打ち込んでいた人も稀である。

国際法学者としての彼の著作で、筆者の手許にあるものを拾ってみると、British Nationality Law (1950), Nationality and Citizenship Laws of the Commonwealth and the Republic of Ireland (1957, 1960), The Source and Evidence of International Law (1965) の三巻がある。

然し、彼が晩年めざしたライフワークとは、「もっと敏速且手軽に、利用されることをねらった国際法のテキストを作る (designed to make international law more readily available)」と題するシリーズものの完成であった筈。

また彼は、British Digest of International Law の主任編集者としても知られ、筆者のヴァージニアの恩師、のも同僚 Moore 氏や Hackworth, Whiteman 氏等のアメリカ学者にまで、その投稿の機会を与えた人としても著名。

彼の編集方針として、アメリカの同僚紙と比較しイラストが多いのも特色となっていた。アメリカのそれを、より法律的、州国家的とするならば、British Digest のそれは、より文学的、より外務省的に近かったと言えよう。とにかく老大な外交史料が程よく整理され、発表されている。

これら五冊の大作が、彼の死去と同時に出版されたのも皮肉。

彼はまた一六四八年から一九一八年までに締結された英政府との間の全条約を二三一巻にまとめ、全部注をつけ、

Consolidated Treaty Series として編集している。

まだこの本を整理し終っていないが、とにかくこの二三一巻が、彼のエネルギーのモニュメントとなったことも残念という外はない。

彼がやり残した仕事として、British International Law Cases 九巻と、Commonwealth International Law Cases 十巻、Index of British Treaties があり、Halsbury's Laws of England の第四版に Foreign Relations Law として、その全部を取扱うとの報告を受けていた矢先に、この死去である。

心からそのご冥福をお祈りする。