

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その十一）

広井大三

（はしがき）

本稿は、前号の続きであり、ケルゼンの原書の第四章“国際法の創設と適用”のA・国際法の創設（法源）第一節、法の“法源”の概念、第二節、いわゆる、法の“欠漏”、第三節、慣習、第四節、条約、a、b(1)(2)(3)(4)(5)の部分である。

（本稿部分の目次）

第四章	国際法の創設と適用
第一節	法の“法源”の概念
第二節	いわゆる、法の“欠漏”
第三節	慣習
第四節	条約

第四章 国際法の創設と適用

A 国際法の創設（法源）

第一節 法の“法源”の概念

法の“法源”というのは、比喩的で、きわめて曖昧な表現である。それは、法を創設する様々な方法を指すだけではなく、法の有効性についての理由、とりわけ、究極の理由を特徴付ける場合についても用いられるのである。しかし、広い意味では、あらゆる法規範が、他の規範の根源であって、その創設を、それが規律するのである。法規範が、それ自身の創設を規律するというのが、概して法の特徴的要素であり、したがって、国際法の要素でもある。特に一般的な規範の創

設を規律するのが憲法の機能である。国内法の中での特別な機関による一般的な規範の創設が、立法と呼ばれるのであって、国の憲法が、立法の機関と手続きを決めるのである。一般国際法、ないしは、一般国際法によって構成される共同社会もまた、その「憲法」をもっており、国際的共同社会の憲法は、国際法の創設を規律する、言い換えれば、国際法の「法源」を決定する国際法の一組の法則である。

他の規範の創設を規律する規範は、後者の規範にしたがって創設される規範よりも「優位」しており、他の規範の規定に従って創設される規範は、前者よりも「下位」にある。この意味において、何らかの優位する法規範は、下位にある法規範の根源である。したがって、国の憲法は、その憲法を基礎にして創設される法規(states)の根源であり、法規は、それに基づいた裁判上の判決の根源であり、裁判上の判決は、それが当事者に課す義務の根源になる、という具合である。

伝統的な法学では、法を創設する機能を、法を適用する機能に対立させているが、それは、司法上の機関の機能を、法の適用としてのみ捉え、そして、立法機関の機能を、法の創設としてのみ捉えるのである。しかし、下位にある規範の創

設は、同時に、その下位の規範の創設を決定する優位の規範の適用でもある。憲法を適用する場合には、立法機関は、或る法規に含まれる一般的な規範を創設し、その法規の適用にあつては、司法機関は、その判決に包含される個々の規範を創設するのであつて、法の創設と適用は、相互に相対的に対立するにすぎず、絶対的ではないのである。それ自身の創設を規律する場合には、法は、それ自身の適用をも規律するのであつて、法の「根源」を通して、法を創設する方法だけではなく、法を適用する方法をも理解され得るのである。

最後に、法の「法源」という表現は、全く法的ではない意味でも用いられるのである。その一つは、法創設機関に現実の影響を及ぼすあらゆる観念、例えば、道德規範、政治原理、法学説、法律専門家の見解、等々を意味しており、前述した法の根源に対比して、これらの根源は、それ自体としては、法の性格をもってはおらず、それらは、何らかの拘束力をもつものではないのである。

法の「法源」という用語の曖昧さは、その用語を幾分か無益なものにするように思えるのだが、誤解させるような比喩的表現の代わりに、人が心に留める現象を、明晰、かつ、直

接的に叙述する表現を採り入れるべきであろう。

## 第二節 いわゆる、法の“欠漏”

この論文の中では、国際法の“法源”とは、国際法を創設する方法を意味している。国内法 (municipal law) を創設する二つの主要な方法が慣習と法令 (legislation) であるのに対して、国際法を創設する二つの主要な方法は、慣習と条約である。慣習は、一般国際法と同様、特別国際法の場合でも、国際法の古くからの原初の根源であるが、現代では、条約が、国際法の発達の中で重要な役割を果している。したがって、国際法秩序 (international legal order) は、慣習—慣習国際法—によって創設される規範と、条約—条約国際法—によって創設される規範とによって構成され、一般国際法は慣習法であるが、世界のすべての国が締約当事国になつてゐる条約は存在しないのである。<sup>(1)</sup>

具体的事件に適用する場合に、特別条約 (または、特別慣習) 法は一般慣習法に優先するが、もし、その事件に関係する条約 (または、特別慣習法) が無い場合には、一般慣習法上の法則を適用する。条約国際法も慣習国際法も具体的事件

に適用できないということは、論理的には在り得ないことで、実定国際法は、常に、具体的事件に、すなわち、国家 (或るいは、国際法上の他の主体) が或る一定の方式で行動する義務があるか無いかという問題に、適用され得るのである。国家 (或るいは、国際法上の他の主体) に、或る一定の方式で行動する義務を課す条約国際法、ないし、慣習国際法の規範が、もし、存在しないのであれば、その主体は、国際法のもとでは、思うがままに行動することが法的に自由である。しかも、こうした実行に基づく判断により、実定国際法が、事件に適用されるのである。しかし、この判断は、論理的には可能ではあつても、道徳的、または、政治的には満足の行くものではないかもしれないのであつて、この意味においてのみ、“欠漏”は、一切の法秩序におけると同様、国際法秩序においても存在するのである。

法適用機関は、特殊な事例に、実定国際法や慣習国際法の規範以外の規範を適用することによって、こうした欠漏を充足する権限をもっているという仮説は、その法適用機関が実定法の適用を不満足なものと看做す場合には、具体的事例のための新法を創設する権限をもつことを意味するのであるが、

法実証主義 (legal positivism) の見地からすれば、こうした法創設権は、実定国際法上の法則に基づいていなければならない。一般国際法上、こうした法則が存在するか否かは疑わしいけれども、多くの学者が、実定国際法には欠漏があり、しかも、国家や、国際法を適用する機能をもつ国際機関には、こうした欠漏を充足する権限があることを当然のこととして<sup>(2)</sup> いるのである。しかし、彼らは、こうした欠漏が、関連する実定国際法上の法則が存在しないことを理由に、実定法を論理的に適用できない事例があることを想定しているのであるが、事例に関連する法則が存在しないということは、この事例において或る一定の方式で行動する義務を、国家（または、その他の国際法主体）に賦課する法則が存在しないということだけを意味し得るにすぎないのである。こうした事例において、実定法が、適用できないということを想定する人は、法の主体に対し法的に禁じられていないことは、彼らにとつて法的に認められていることだとする基本原理を無視するものである。法適用機関に、実定法の適用が論理的に可能ではあっても、道徳的、ないしは、政治的には満足できない場合に、実定法を適用するのではなく、新法を創設する権能を認

可する法則が、法適用機関に対して特別の立法権限を授与するのであって、「国際法における欠漏」という伝統的学説に固執する学者たちが、その欠漏を充足する権限を、国際法を適用する権能をもつ国家や機関に、一般国際法上の法則の存在が授与していると主張する場合に、彼らが、この学説の影響に気付いているのかどうか疑わしいのである。こうした権限が、条約によって、法適用機関に与えられ得ることは疑えないことであり、国際司法裁判所規程の第三八条の条項が、裁判所は、「付託される紛争を国際法に従って裁判すること」を任務とし、「条約国際法、または、慣習国際法のみならず、「文明国が認めた法の一般原則」を適用する」というのは、この見地から理解されるべきで、この場合の法の一般原則とは、多分、他の二つ——つまり、条約と慣習——が適用され得ない場合に適用されるべき国際法上の補足的な法源のことであろうと想定されるのである。<sup>(3)</sup>

(1) 世界のすべての国が締約当事国ではない条約である国際連合憲章が、一般国際法としての性格を有するか否かという問題に関しては、第三章・Cを参照。

(2) アメリカ合衆国とノルウェー間の紛争で仲裁裁判所(一九二二年)(アメリカ国際法雑誌・第一七号「一九二三年三八四頁)は、H・ラムマッシュの『国際仲裁裁定の既判力』(一九一三年)三七頁に関して、「仲裁人は、実定法規範が欠如している場合には、公平と『正と善なるもの』(ex aequo et bono)とに従って決定しなければならぬ。』と述べており、大英帝国(イースタン・エクステンション電信会社請求事件)対・アメリカ合衆国(合衆国・イギリス、損害賠償仲裁裁判、一九二三年・ニールセン報告、七三頁)において、裁判所は、「たとえ、事件を管轄する普遍的に認知された規範表現として公式化された条約や国際法上の特別規範が存在しないと仮定しても…適用できる国際法上の原則は存在しないとは言えないのであって、国内法同様、国際法も、特殊事例についての決定的で明白な規範を、内包しえないし、一般的に内包していないのであるが、しかし、法学の機能は、対立する権利や利益を、法の特殊な規定が一切欠如している場合に、一般原則の当然の帰結を適用して、その紛争を解決して、—数学的正確さをもって—その問題の解答を見出すことにある。これが、法学の方法であり、それこそが、私的個人間同様、国家間においても、法的関係の定義や解決を生じさせながらあらゆる国家において、法が漸進的に展開される方式なのである。」もし、裁判所が、実定国際法上の規範を適用せず、「一般原則の当然の帰結」<sup>コホラリ</sup>を適用するのであれば、裁判所は、身近かな事件のための新法を創造することになるが、「原則」が、存在する国際法上の規範の普遍化として、

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

或るいは、国際司法裁判所規程・第三八条(c)の意味における法の一般原則として、呈示されるかどうか。しかし、裁判所は、「当該裁判所の職務は…新法をつくることではない。こうした規範は、遡及効果をもち得ないし、二つの政府だけから権威が派生する特殊な裁判所の構成員による意見の個人的表明以外の何ものとも看做され得ないのである。」

(3) 本章のB3c(2)(b)を参照のこと。

### 第三節 慣習

#### a. 慣習法と成文法

慣習法(customary law)は、慣習(custom)により創設される法であり、慣習は、行為(action)の、通常、ないし、習慣上の、過程(course)であり、長期に確立された慣行(practice)であって、国際関係においては、国家の長期に確立された慣行である。しかし、行為の頻発、つまり、或る行為や行為の棄否が、或る一定の時期に繰り返し返されて遂行されているという事実は、慣習と呼ばれる法創造的事実の一つの要素にすぎない。二つ目の要素は、慣習を構成する個人の行為が、個人の行為や棄否によって義務を充足したり、個

人が権利を行使するということが確信されねばならないという事実である。彼らは、彼らが規範を適用するということを信じなければならぬが、しかし、それが、彼らが適用する法規範だということを信ずる必要はないのである。彼らは、彼らの行為を、義務的なもの (obligatory)、ないしは、権利として看做さねばならず、もし、国家の行為が、この行為が義務的なもの、または、権利であるという見解によって伴われなければ、法創造的慣習ではない、いわゆる「慣例」(usage) が樹立されるのである。

慣習法の基盤は、われわれの仲間たちが、通常、行動し、かつ、或る一定期間、行動するようにしていた方式で、われわれが行動すべきだとする一般原理であり、もし、この原理が規範としての性格を帯びるとすれば、慣習は法創造的事実となる。ここにおいて、慣習、すなわち、国家の長期確立慣行が法を創造するのである。慣習が、立法 (legislation) が行うのと同様に、法を創設するのである。しかし、立法と慣習の間には、二つの相違がある。つまり、(1) 立法は、意識的で熟考した法律制定であり—立法を行う者が、彼らが法律を作っていることを知っており、しかも、法律を作ることを意

図して行動しているのであるが、慣習は、無意識的で偶然的な法律制定である。慣習を確立する場合、人々は、自分たちが、彼らの行為を通して法原則を創設するのだということを必ずしも知っているわけではないし、彼らが法律を創設することを必ずしも意図しているわけではないのである。法原則は、彼らの活動の結果であつて、目的ではないのである。(2) 立法は、この目的のために組織された特別の機関による法律制定であり、分業の原理に従つて、この機関は、その機関により創設される法律に従属する諸個人とは違うものであり、しかも、そうした諸個人からは、多少、独立したものである。慣習は、諸個人の行動から創設される法に従属している諸個人自身による法律制定である。法を創設している諸個人と、その法に従属している諸個人とは、少くとも部分的には同じものであり、慣習は、分権的な—立法は中央集権的だが—法の創設である。立法により創設される法は、通常、成文法 (statutory law) と呼ばれる。

立法が、特別の機関による唯一の種類の意味的に入念な法律制定ではなく、特別な機関による別の種類の意味的に入念な法律制定は、裁判所の判決による法の創設である。条約 (国内

法における契約)もまた、意図的で入念な法制定であるが、しかし、それは、特別の機関によるのではない法制定である。条約(或るいは、契約)をつくる個人、すなわち、締約当事者は、原則として、その条約(或るいは契約)によって創設される規範に従う個人と同一であって、この点で、慣習と条約との間には、或る一定の類似性が存在しているし、違ひは、後者が意図的で入念であるのに対し—前者は、無自覚的で無意識的な—法制定だということである。

#### b. 法創設の事実としての慣習

しかしながら、慣習が法創設的な事実であるという見解は、一般には受け入れられてはおらず、何人かの学者は、慣習が法規範を創設することができないと主張している。つまり、それは、法規範の存在の証拠にすぎないのだと。この理論によれば、慣習は、宣言的(declaratory)な性格のものにすぎないのであって、制定力のある性格のものではないのである。この理論は、明らかに常設国際司法裁判所規程に影響を与えており、この規程の第三八条は、国際司法裁判所規程の第三八条と同一であって、国際法の淵源(sources)が、裁

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

判所によって適用されるべきことを規定しているのである。それは、次のように書かれている。すなわち、「裁判所は：次のものを適用する。a 一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認められた規則を確立しているもの b 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習…」

慣習は法を創設せず、単なる法規範の存在の証拠にすぎないという教義は、この規範が慣習以外の別の事実によって創設されるということ、つまり、法の本当の創設者は—いわば—慣習の背後にあることを、予想するものであるが、しかし、この法の本当の創設者とは誰なのか。この問に対しては、さまざまな解答が寄せられるが、一九世紀にドイツで非常に影響力のあった歴史的な学派の教義によれば、国内法は、国民精神(Volksgeist)によって創設されるものであって、慣習は、人々が、或る一定の法則に従って、通常、行動するという事実であり、既に国民精神の肉眼では見えない不思議な活動の所産としての一般的な法規範が存在することを示すにすぎない。この学派の最も顕著な代表者であるF・K・フォン・サヴィニー(Friedrich Karl von Savigny)は、終始一貫して国家の法律制定の機能を一切否定した。<sup>(4)</sup> フランスで有

力であった社会法学の学派によると、「真の法」とか、「客観的な」法 (droit objectif) というものは、この学派が「社会的連帯」(solidarite sociale) と呼ぶ事実によって創設される。結果として、例えば、この学派の典型的な代表者レオン・デュギ (Leon Duguit, 1859~1928) (フランスの法学者) のように、法律制定であれ、慣習であれ、実定法を創設するように見える一切の行為や事実は、法の真の創設にはならず、あらかじめ社会的連帯により創設される法規範の宣言的な供述 (constatation) であると主張するので、<sup>(5)</sup> 社会的連帯の所産である「客観的な」法とは一致しない実定法は、有効的になる機会をもたないものである。

国民精神の存在も社会的連帯の存在も、科学的方法では証明され得ないものであって、両者は、社会的形而上学上の仮説であり、その目的は、客観的な正当原理としての主観的な価値判断に基づいた道德政治的仮説を呈示することにある。この点で、法の真の創設者としてのドイツの国民精神の教義とフランスの社会的連帯の教義は、自然法学説に非常に類似しているのであるが、自然法学説は、一七世紀と一八世紀における支配的な法哲学であって、現代の法思想にも、いまだ

幾らかの影響力をもっているのである。この学説によれば、<sup>(6)</sup> 実定法の背後や上位に、慣習的、ないし、制定的な、自然—人間の自然、社会の自然、事物の自然—から引き出され得る絶対的な正当法 (just law) が存在するのであって、最高の立法者として、真の「自然」法を創設するのは自然であり、しかも、この自然法から、すべての実定法が、その有効性を引き出すわけである。したがって、慣習、法令、条約という実定法の淵源は、真正なる法を作り出すことはできず、それは、自分たちの産物が拘束力をもつ場合に法を再生させるだけである。こうした法の淵源の本質に関して、慣習や法令や条約を法創設的事実と看做す法実証主義に、自然法学説は反対しているのである。<sup>(7)</sup>

自然法学説は、それが、現実に、われわれの洞察で取得可能である、すなわち、事実についてのわれわれの知識、何が正しく、何が間違いであるかについての知識、を通して取得可能であるという幻影に基づいており、<sup>(8)</sup> どれが、あるべきかということを推論するのは、論理的詭弁である。したがって、ここにおいて、非常に矛盾対立する原理が、「自然法」の法則として自然から抽出されているのであるが、それらは、実



際のところ、著者の道徳政治上の信条に基づく様々の格言(maxim)以外の何ものでもないのである。幾人かの立法家が、こうした格言によって行動を決定するというのは、道理に合っているので、したがって、グロチウス、プーフエンドルフ、ヴァッテル等の著者たちによって呈示されている原理こそが、いわゆる、国家や国際共同社会の本質から引き出される自然法として、慣習国際法が発達して来ている国家の慣行の上に決定的な影響を及ぼしたということが、全く理解できるのである。

(4) フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー『立法並に法律学に関する現代の任務』(Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 一八一五年刊。

(5) レオン・デュギ(Leon Duguit)『国家、客観法、実定法』(L'Etat, le droit objectif, et la loi positive) 一九〇一年刊。

(6) 第二章C・第五節aおよび第三章C・第一節を参照。

(7) 国際法の分野における自然法学説と法実証主義の反目は、海上における奴隷貿易が一般国際法により禁止されているか否かに関して与えられたアメリカの二つの裁判所の判決の中に現われている。一つは、アメリカ合衆国・対・スク

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

ナー船「ラ・ジュエヌ・ユージェニ」号事件(一八二二年、第二メイスン報告四〇九頁)における合衆国巡回裁判所の判決であり、もう一つは、かもしか号事件(一八二五年、第一〇フィートン・六六)における合衆国最高裁判所の判決である。第一の事件では、裁判所は、奴隷貿易のような交易は、「不必要で、不正で、非人間的であり」、国際法を依らしめる永久の自然法によっては是認され得ないものであり、「正と不正の間の基本的区別を抹消できる慣行は無く、しかも、あらゆる国家は、他国に対し正しい原理を自由に適用するのであると述べた。裁判所は「貿易は、社会の普遍法に対する犯罪であると看做す」べきだと宣告したのであるが、それは、おそらく、自然法を意味しているのである。かもしか号事件では、裁判所は、奴隷貿易は「自然法に反するけれども」国際法のもとでは違法ではないと宣告している。

(8) 第一章B・第五節a、第三章A・第三節e、および、fを参照。

(9) サミュエル・プーフエンドルフ著『自然法的国際法』(De jure naturae et gentium. libri octo) 一六八八年刊。

(10) 第一章B・第六節a(1)を参照のこと。

(11) ヘンリー・フィートン(Henry Wheaton)『国際法の原理』(Elements of International Law) 一八六六年刊(国際法古典全集・第一九卷「一九三六年刊」)は、国際法を、「独立国家間に存在する社会の自然性から、一般的同意により確立され得るような定義と修正を伴ない、正義への協和音として、理性が引き出す行為の法則」として定義して

いる。

c・国際法の基盤としての共通の同意

国際法上の慣習法則が創設される事実に関する問題に答えるに当って、或るいは—同じことではあるが—慣習法である一般国際法が基盤としてゐる事実を指摘する際に、近代の学者たちは、自然法学説からは、ほとんど変わっていない見解を主唱しており、彼らは、慣習国際法が諸国家の共通の同意によって創設されると主張してゐるのであるが、この同意について明示の表現は存在しないのであるから、黙示的同意と推断される。

(一) 法創設的慣習の確立に参画しないでゐる国家をも拘束する慣習法

こうした同意が、現実には、すべての国家によって与えられてゐるといふ仮説は、厳密には、“国民精神”が現実には法を創設するといふドイツの歴史学派の仮説や、“社会的連帯”が法を創設するといふフランス社会学派の仮説と同じ性質の政治的虚構である。国際慣習法は、もし、国際法の規範の存在を証明する慣習が、慣習法上の規範により束縛される全国

家の行為によって構成されるということ、或るいは、慣習法の規範が、問題になる慣習の確立に、国家が、それ自身の行為によって参画した場合にのみ、その国家を拘束してゐるといふこと、が証明可能な場合にのみ、諸国家の同意によって創設されるものと解釈され得るのである。一般国際法は慣習法であり、それは国際共同社会のすべての国々を拘束するので、—慣習は黙示の同意であるという理論によれば—国際共同社会のすべての国々が、彼らの現実の行為により、法を証明する慣習の確立への参画により、一般国際法上のあらゆる規範に同意したということを証明することが必要になる。だが、こうした証明は、国際法によっては必要とされていないし、法創設的慣習の確立へ参画する機会を全くもっていない国々に、一般国際法が適用されるあらゆる場合に排除されてゐるのである。

海への出入口をもたず、その旧来の領域と海との間にある領域を取得する条約によって、こうした出入口をもったことのない国を想起してみよう。現在は、その国は、海洋（沿岸）国になつていて、港湾と—商船や軍艦のような—船舶を所有し、更に、こうした船舶が航行する場合の海洋旗を所有

している。新領土の取得以前には、海洋法の規範、すなわち、海上における国家の行為を規制する慣習国際法上の規範、を適用する機会が無かったし、国際法上の規範が創設される慣習に対し、或るいは―問題にしている理論によると―その規範の存在が証明される慣習に対して、その行動を通して貢献することが無かったのだが、もし、こうした国際法の規範が、その国が海洋国家になった当初から、当該国家に適用できると看做されるのであれば、こうした慣習国際法の規範は、それらが拘束しているすべての国家によって創設されることはあり得なかったのである。

もう一つの顕著な例は、新国家の誕生である。一般国際法のあらゆる規範を創設して来ている慣習や、その新国家の成立する以前に長らく存在していた規範の確立に、その新国家が参画する機会は、明きらかに無かったのだが、もし、その新国家が、その成立の当初から一般慣習国際法上の規範に服すると看做されるのであれば、その場合には、これらの規範が、あらゆる国家の共同の同意によって創設されることはあり得ないのである。

最後に、一般国際法上の規範を創設する慣習で、国際共同

社会のあらゆる国家を拘束している規範は、必ずしも、あらゆる国家の長期に確立された慣行ではないのである。国家の権力や文化等に関して、或る程度の重要性をもつ国家を含む大多数の国家の長期に確立された慣行は、十分にあるので、したがって、慣習法は、国際共同社会の構成員の共同の同意によって創設されるとは解釈され得ないのである。

しかしながら、国際法は、その創造に参加していない新家を、この国が、みずからを拘束するものとしての先在する慣習国際法を承認している場合にのみ、拘束しているものと推断され得るのであり、国際法は、確かに、その新国家が、国際法上の意味での国家であるため、旧国家によって承認されていることが必要である。<sup>(12)</sup>しかし、指摘されるように、国際法は、その新国家を拘束するために、その新国家により承認されていることを必要とはしないのである。したがって、国際法は、たとえば、その新国家が、みずからを拘束するものとして、国際法を承認していないとしても、その新国家に適用され得るのであって、国際法は、それが、もし、国家によって承認されている場合にのみ、その国家に適用され得るという説明は、国際法上の規範に基づくものではなく、それは、

国際法と国内法の間関係についての明確な見解で、国際法が国内法の一部としてのみ拘束しているということに従った見解を、基礎にして作られた仮説である。この見解は、後で見られるように、<sup>(13)</sup>決して考えられないわけではないが、しかし、国際法が、あらゆる国によって実際に承認されていると推断することは虚構である。もし、国際法が、国家を拘束しているのは、国際法が、この国により承認されている場合のみであると推断されるのであれば、こうした承認を証明しないで、国家に国際法を適用し、かつ、国際法の不承認や、承認の撤回により、国家は、この法の適用を妨げることはできないと認めることは矛盾である。

(12) 第三章D・第四節を参照。

(13) 第五章B・第七節を参照。

## (二) 条約国際法の基盤としての慣習国際法

条約は国際法の第二の淵源であるが、この国際法の創設の方式については、次節で考察することにしよう。<sup>(14)</sup>よって、ここでは、条約が、二、ないし、それ以上の国家間の、彼ら相互の行動に関する共通の同意の表明が設定されたことの協定

であるということだけを指摘することになろう。この協定により、締約当事国が同意する相互の行動に関し、彼ら当事国に対し、義務を課し、権利を賦与する規範が創設されるので、したがって、原則として、条約が、締約当事国のためだけの法を創設するのである。条約が法創設的事実であるということ、つまり、条約により義務と権利が設定されるということ、もっと言い換えれば、条約が拘束力をもっているということ、は、約束は守られるべきであるという公式の中に常に表明されている慣習国際法上の法則ルールによるものであり、この法則こそ、条約の効力のための理由であり、したがって、条約、いわゆる、慣習国際法と対比しての条約国際法、により創設されるあらゆる法の“淵源”である。その効力についての理由に関しては、条約国際法は慣習国際法に劣っており、後者は、国際法秩序の階級的構造の中では、前者よりも、より高い位置を示しているのである。

しかしながら、慣習国際法の効力の根拠は何だろうか。何故、慣習国際法上の法則は、拘束力をもつのだろうか。結局、慣習国際法の拘束力は、基本的な仮説、すなわち、国際慣習は法創設的事実であるという仮説に依拠するものであるが、

この仮説が根本規範 (basic norm) と呼ばれ得るものである。それは実定法上の規範ではないし、人間の意思行為によって創造されるものでもない。つまり、それは、法的に諸国家の行為を解釈する法律家たちによって想定されるものなのである。

(14) 本章 A・第四節を参照のこと。

(15) 第五章 B・第四節を参照のこと。

### (三) 国際法における社会契約説

しかしながら、前に述べたように、別の理論もあり、それによれば、慣習国際法が効力をもつのは、それが、その規範によって束縛される諸国家の承認と、更には同意に基づいているからだとされるのである。このことから、この説に従えば、慣習国際法と、条約国際法、すなわち、条約により設定される法、との間には、それらの基盤としての効力の根拠に関する限り、本質的な差異は無いことになる。条約は、締約当事国を拘束しているが、その理由は、当事国双方が、彼らの協定によって創造される規範に同意したからである。条約の基盤、すなわち、条約規範の効力の根拠は、締約当事国の

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

共同の同意である。しかし、何故、共同の同意という単なる同意が、締約国を拘束するのだろうか。この理論の基礎にある基本原理は、個人的自由の原理であって、それは、国家間の関係においては、主権と呼ばれるものである。それは、通常、自然法上の法則として提示され、それによると、個人は、彼自身の意思によってのみ拘束され得るのであり、それは、個人が、まさに、彼の本性により自由だからである。個人が、他の個人と共に生活する場合と、その個人個人の相互の行動を規律することが必要である場合、社会秩序が設定され得る唯一の方法は、その自由な個人間で結ばれる契約なのである。彼らは契約によって拘束されるのであるが、それは、この契約が彼らの共同の同意に基づいているからである。これが、個人的自由の理念から生ずる社会契約説である。それは、自然法理論の本質的要素であり、フランスの哲学者ジャン・ジャック・ルソーによって古典的な形体で提示されているのである。<sup>(16)</sup>

この教理<sup>ドクトリン</sup>が、国家やその相互関係に適用される場合、国家が、まさに、その本性により、最高であり、結果として、その行動を規律する規範で、国家が、この規範に同意してい

る場合にのみ、その規範により、ということとは、国家の相互的行動が問題になるならば、条約によってのみ、拘束され得るといふ定理として現われるのである。

慣習国際法の存在と、この教理とを調和させ、国家主権の概念を維持するためには、国際慣習法が、国家により、直接、間接に承認されている場合にのみ、その国家を拘束するものとして想定し、或るいは、同じことではあるが、一般慣習国際法の拘束力が、国際共同社会の構成員の共同の同意に、或るいはまた、構成員が黙示的に加入している条約に、基づいていると主張することが必要である。ちょうど、自然法学説が、国民的共同社会である国家が、その国家に所属する個人が自発的に参加する社会契約に基礎付けられていると主張するように、国際法の著者の多くが、国際共同社会が、契約、すなわち、この共同社会に所属する国家の共同の同意に、基礎付けられていると主張しているのである。この教理によれば、慣習国際法の基本的規範は条約国際法の基本的規範と全く同一である。だからこそ、自然法上の法則としての「約束は守られるべき」(pacta sunt servanda)の原理が、われわれが国際法と呼ぶ全法体系の基本的規範として役立つことに

なる。この理論の本質的機能は、国家が、法的には、その意思によってのみ拘束され得る、ということとは、この行動を規律する規範に対する国家の同意により拘束され得るといふ原則を主張することにある。この点で、その理論は、国家主権の定理を主張しているのである。

この理論は、自然法の分野では、かなり前に無用とされている社会契約についての昔の自然法学説の変種以外の何ものでもないけれども、それが、依然として国際法の分野では適用され、しかも、多くの著名な国際法学者により主唱されているのである。その基本的な仮説である「国際的共同社会の構成員である諸国家の共同の同意」は、自然法学説上の社会契約と全く同一の虚構であり、国際法に従属する諸国家は、国内法秩序に従属する諸個人が、まさにその本性により「自由」ではないのと同様に、まさに、その本性により、「最高」(sovereign)ではないのである。

国際法の基盤として諸国家の共同の同意の教理を主唱する何人かの著者は、一般国際法に対し決して明示的にも黙示的にも同意を示していない多くの諸国を、その一般国際法が拘束している事実気付くようになったので、その結果として、

彼らは、「共同の同意」とは、国際的共同社会の構成員の圧倒的多数の黙示的同意のみを意味するのであり、「異議を唱える人たちは、全く重要性の無い人たちであって、本質としての共同社会の意思を、その単一の構成員の意思と対比して期待する者の視界からは消えているのである」と主張することにより、その教理を修正したのである。これが、共同社会全体の意思として大多数の投票決定を解釈することの効果をあげるために作られた区別である。「一般意思」(volonté generale)と「全体意思」(volonté de tous)の間のジャン・ジャック・ルソーの旧式な仮説的な区別であることに注目すると、非常に興味深い。そう区別することにより、ルソーは、個人は、「一般意思」に従属するけれども、彼が、大多数に反対する投票をした場合であっても、彼は依然として「自由」のままであるという幻想を主張しようとしているのであるが、しかし、まさに、共同社会の単一の構成員が同意を示さないのであれば、共同の同意は存在しないのであって、その場合に、全個人は自由であると主張することは虚構である。実際には、異議を唱える構成員は「消える」ことはないのであって、もし、圧倒的多数の諸国家だけが同意するの

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

であれば、共同の同意が存在し、すべての国家が最高であるとの推定が存在するという説明は虚構になる。

国家は、国際法を、みずからを拘束するものとして承認する場合にのみ、その国家は、国際法により拘束されるものとして想定することは確かに可能であるが、それは、個人が、国内法を、自分を拘束するものとして承認している場合にのみ、国内法により束縛されると想定することが可能であるのと同様である。換言すれば、国家が、主権者、すなわち、最高の法的権威者であるという仮定に起因させることが可能であり、それは、個人が、自由であるがために、彼自身の意思によってのみ拘束され得るという仮定に起因させることが可能であるのと同様である。しかし、このような仮定のすべての結果を受け入れることができる著者は、ほとんど存在しないのである。

(16) ジャン・ジャック・ルソー、『社会契約論』(一七六二年刊)。

(17) 西ランド中央金鉱採掘会社・対・国王事件(一九〇五年『裁判所報告』二、『裁判所部門』三九一)において、裁判所は、「国内法と国際的行為に関する法則の体系、ないし、

法則の一団との間には、確実性と明確性に関して本質的な相違があり、いやしくも、国際的行為が存在する限り（しかも、その存在が、「国際法」という語句により想定され）それは、文明諸国の合意の上に依存していながら、その合意は、何らかの法典や協定の中で表明されていないし、紛争の場合に、何らかの権限を授けられたか、厳然とした解釈人も有しないし、実際に何らかの明確な国際協定が欠如している場合に、国家の歴史過程における類似の事例での国家の行動から取得されるべき慣例上の証拠によってのみ証明可能なものである。生じ得る多くの問題に関して、こうした合意が存在することが提示され得るか否かについての意見の中で相違の余地があることは明きらかである。」と述べている。

(18) オッペンハイム、前掲書・第一章・第一節。

#### 第四節 条約

##### a. 一般論

##### (1) 条約の概念

条約は、一般国際法のもとで、通常、二国、ないし、それ以上の国により導入される合意である。もし、二国だけが締約国の場合には、それは、双務条約 (bilateral treaty) と呼ばれ、それ以上の国が締約国であれば、多辺条約 (multilat-

eral treaty) と呼ばれる。合意は、一致する行為であるか、或るいは、一致している状態であり—それは、意見か意思の一致であるが、条約は意思の一致である。一致は、署名、口頭、ないし、文書により、明示されねばならないので、条約は、二国、ないし、それ以上の国の意思の表明された一致である。国家の「意思」は、国家の機関としての立場での個人の行為により表明され、国内法秩序同様、国際法秩序は、二、ないし、それ以上の人物の意思の表明された一致に対し法的効果を付加するのである。それが、この法的一致を有効なものにする国内法秩序である場合、われわれは契約と呼び、それが国際法秩序である場合に条約と呼ぶのである。<sup>(19)</sup> 条約は、時には、国際協定 (international agreement)、協約 (convention)、議定書 (protocol)、決議 (act)、宣言 (declaration) 等と呼ばれるが、しかし、名称は重要ではない。<sup>(20)</sup>

契約と同様、条約は、それによって、締約当事国が相互の義務と権利を設定しようと意図する法的処置であって、法が、この法的処置に付加する法的効果は、締約当事国が、行動するであろうということ、すなわち、契約や条約が、締約当事国の意図する義務や権利を創設するということを宣言したよ



うに、彼らが行動することを、法的に義務付けられ、相応じて権利を付与されるということである。これが、法的処置と同じように法的効果を有しながら、それが違法行為者により意図されたものではない違法行為との間の違いである。締約当事国が契約や条約に従って行動することを法的に義務付けられているということは、もし、このように振るまわらないのであれば、彼らは制裁を受けるということであり、契約や条約を結ぶことにより、締約当事国は法的に彼らの相互の関係を調整するのである。国家は、条約を締結する権能を有しているが、それは、一般国際法が、国家に対して、彼らの相互関係を調整するために条約を締結することを是認しているからであり、国家が、条約により、相互の義務と権利を創設する権能を有しているのは、一般国際法が、国家に対して、彼らが締結した条約を尊重し、その条約によって設定した義務を履行するように義務付けているからであり、また、それは、義務付けている限度においてである。

(19) セルビア借款事件において、常設国際司法裁判所は、一

九二九年(常設国際司法裁判所出版、Aシリーズ・二〇

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

(二一四一頁)、「国際法の主体としての資格をもつ国家間の契約ではない一切の契約は、何らかの国家の国内法に基礎を置くものである。」と述べている。

(20) アメリカの法体系においては、憲法に従って上院の勧告と同意に基づき大統領によって締結されるべき国際協定としての「条約」と、いわゆる、「行政協定」という、つまり、上院の勧告と同意無しに、大統領によるか、或るいは、大統領の権限で、締結される条約とは、区別されるのが普通である(後掲b(2)を参照)。カット・ダイアモンド社・対・アメリカ合衆国の四梱包事件において(二五六・連邦報告書(一九一九年)三〇五)、大統領の勧告と同意に基づき、郵政長官により締結される外国との郵便協定は、「条約ではない。何となれば、上院の勧告に伴って作られてはいないからであり、更には、それらは法律でもないのである。何故ならば、議会により制定されていないからである。」と判定された。しかし、以前の、B・アルトマン会社・対・合衆国事件(二二四・合衆国・五八三)では、最高裁判所(一九二二年)は、「二つの主権国家の代表の間で交渉され、締約国の名前と利益に基づいて作られ、その二国家間の重要な通商関係を処理し、…大統領により布告される国際協約は、国際的にも、憲法上も条約であり、「行政協定」でもある。」と判定しているのである。

## (2) 条約遵守の法則

条約の締結により、その締約国は、慣習国際法上の規範―

条約遵守の法則——を適用し、同時に、国際法上の規範で、締約国の一、ないし、そのすべての条約上の義務と、更には、他の締約国の条約上の権利とを呈示する規範を創設する。法的義務と法的権利とは、常に個人の行為を決定する法規範の機能であり、“規範”(norm)という用語は、主観的反映が義務と権利であるという客観的現象を表示しているのであるが、条約が“拘束力”をもつという記述は、条約が、締約国の義務と権利を設定する規範であるということと、そういう規範を創設するということだけを、専ら意味するものである。したがって、条約は、法適用性と、同時に法創設性をもつものである。それが法適用性をもつというのは、条約の締結は、すべて、条約は守られるべきであるという一般国際法上の法則の適用だからであり、それが法創設性をもつというのは、あらゆる条約が義務と権利を設定するからであり、その義務と権利は、条約締結以前には、まだ存在しておらず、条約によって存在するようになったものである。

(3) いわゆる、“立法”条約

立法条約 (Law-making treaty) と、法律の制定にはならない他の条約とを区別するのが通例であり、この区別は、条

約の中には、国家間の行為の法則を策定する目的、すなわち、立法を目的にして締結される条約があるのに対して、他の条約は他の目的で締結されるという見解に基づいている。しかしながら、この区別は、間違っている。と言うのは、一般的な法と特別な条約法は、目的に達する手段であって、それ自身が目的ではないからである。どのような条約でも、その機能は、法をつくること、すなわち、一般的な規範であると、個別的な規範であるかを問わず、法規範を創設することであり、国家の一切の目的——政治的であれ経済的であれ——は、条約によって追求される場合には、法の形で実現され、しかも、いわゆる、立法条約は、どのようなものでも、政治的か経済的な目的をもっているものである。したがって、条約の論理的に正確な分類、すなわち、国際法の見地からの区分は、個々の立法条約の間で区別されねばならないのであって、立法のための条約と他の目的の条約との間で区別してはならないのである。実際、多数の国によって締結される条約——多辺条約 (multilateral treaty) ——と僅か二国間で締結される条約——二元条約 (bilateral treaty) ——との間には、顕著な相違があり、国際連盟規約や国際連合憲章のような多元条約によつ

ては、締約当事国相互の行動を規律する一般的規範が創設されるが、二元条約によっては、例えば、割譲条約のように、一国の義務と一国の権利だけを設定するだけである。いわゆる、立法条約は、一般的な規範を創設する条約であるのに対して、他の条約は個別的な規範を創設する条約であるが、しかしながら、その二つの型体の立法条約の中には、多くの媒介的な段階があり、しかも、“立法条約”という用語は、どうも、冗長表現である。

#### (4) 法的条約と政治的条約

立法条約と他の条約をめぐる論理的に間違つた分類と密接に関係しているのは、法的条約と政治的条約との間の区分であつて、それは、条約には、法的手段である条約と政治的手段である条約とがあり、しかも、政治的手段は、法的手段とは対照的に、法的原則によるのではなく、政治的原則に従つて解釈されるべきであるとの見解に基づいている。条約は、たとえもし、政治的目的で締結されるとしても、常に法的手段であり、法的原則に従つてのみ解釈され得るものである。政治的原則に従つて条約を解釈するということは、政治的に従つて、すなわち、締約国の意図に従つて、それを解釈

することを意味するのであるが、しかし、これこそ、法解釈であり——法的手段を解釈する法的方法の一つである。

#### (5) 条約の解釈

法的手段についての起草者の意図を確かめるためには、その手段が設定された歴史的、すなわち、政治的、経済的な状況が考慮され得るが、法律 (statute) の場合には、それに先立つ議会の審議が手段として用いられ、条約の場合には、それを締結に導くのは交渉である。一般的な法的手段と特別な意味での条約を解釈するもう一つの方法は、その語法——いわゆる、論理文法学的解釈に従つた解釈である。法的手段の語法は、その起草者の正確な意図と一致していないことがあり得るのであつて、語法が、彼らの意図を逸脱したり、充足していないかもしれないのである。その場合、その起草者の意図に従つた解釈は、語法に関して言えば、前者の場合には限定的になり、後者の場合には拡大的になるが、こうした解釈の方法は、他の解釈を少しも除外するものではないのである。したがつて、規定される法を法的手段に適用する権能をもつ主体、ないし、機関は、その法的手段の規範自体や法的手段が属する法秩序の他の規範が、明確な解釈の方法を指定

しない限り—その手段が法律であるか、条約であるか、更に、その条約が政治的目的で締結されているか、或るいは、それ以外の目的で締結されているか否かについて—それらの解釈の中での選択権をもっているのである。一般国際法は、こうした規範を内包していないが、しかし、条約は、その解釈に関する法則を規定することは可能である。特に、それは、国際機関に対して、例えば国際司法裁判所に対して、締約国を拘束する条約解释权を付与することができる。時には、法律や条約が、それ以前の法律や条約を解釈する目的だけをもつ場合があるが、もし、その解釈が拘束力をもつのであれば、それは認証解釈 (authentic interpretation) である。

一般的な法解釈に関する原則が、条約の解釈にも適用されるが、他の法的手段の解釈に関して、こうした解釈とは違った条約の解釈に関する原則は存在していない。

#### (6) 国際的立法

国際法の著者の中に“国際立法”(international legislation)を取りあげる人がいるが、この用語は、締約国の行動を規制する一般的規範が創設される多辺条約 (multilateral treaty) の設立を意味するものであるが、この術語は必ず

しも適切なものではない。と言うのは、それは、法律の制定と契約、または、条約の締結との間に存在する本質的差異を無視しているからである。

“条約”(treaty)という用語は、それが、法創設行為 (law-creating act)、すなわち、合憲がもたらされる行為だけではなく、この行為の結果、すなわち、この行為により創設される法規範で、締約当事国の義務と権利を構成する協定規範をも意味する限りにおいては曖昧である。われわれが法の淵源としての条約について語る場合、われわれは、法創設行為、つまり、協定規範が創設される手続きを考慮に置いており、条約が締結されているとか、条約に基づいて、国家には、これこれのことをする義務があるとか、これこれのことをする権利があるなどと言う場合には、“条約”という用語は、手続き、すなわち、意思の一致をたらす本質的要素で、同じように“条約”(契約 contract)と名付けられている法創設手続きによって創設される規範、を指しているのである。したがって、規範創設 (norm-creating)としての条約と、或る特別の行為により創設される規範としての条約とを明確に区別することが必要なのである。“条約”という用語につ

いての、この二つの異なった意味の混乱が、条約をめぐる伝統的理論の多くの誤解と間違いの根源なのである。

b・法創設手続きとしての条約

(1) 締約当事国

概して国際的取決めの締約当事者は国家である。しかし、例外的には、国際法上の意味での国家の性格をもたない共同社会もまた、条約への締約当事者になり得る。われわれは、いわゆる、協約 (concordats) の締約当事者であるローマ・カトリック協会や、<sup>(21)</sup> 国際的人格を授与される国際組織、<sup>(22)</sup> それに、連邦制国家の構成国としての何らかの国家的共同社会<sup>(23)</sup> と国際的取決めの潜在的当事者としての保護下にある国家<sup>(24)</sup>、<sup>(24)</sup> については既に述べたが、私的個人は、実定国際法のもとにある条約を締結することはできない。

一般国際法のもとで条約を締結する国家の権能は、原則的には無制限であり、国家は、どのような問題であれ、その好む問題について条約を結ぶ権限を有している。しかし、条約の内容が、強行法 (ius cogens) に性格をもち、柔軟法 (ius dispositivum) の性格をもたない一般国際法の規範とは抵触

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

してはならないのであるが、<sup>(25)</sup> 条約を締結する国家の権限は、特別国際法によっても制限され得るのである。したがって、例えば、国際連盟の加盟国は、国際連盟規約と相反する条約を締結しない義務を負っている(連盟規約・第二十条一項)。

(21) 第二章・C・6・a(1)を参照のこと。

(22) 第二章・C・6・cを参照のこと。

(23) 第二章・C・6・b(1)を参照のこと。

(24) 第二章・C・6・a・(2)・(6)を参照のこと。

(25) 第一章・B・8・jを参照のこと。

(2) 条約を締結する権限を有する国家機関

概して、一般国際法は、国家に代わって条約を締結する権限を有する国家機関を、直接には決定してはおらず、国際法は、この機関の決定を国内法秩序に委ねている。通常、国家元首が、単独の場合であろうと、議会や閣僚、或るいは内閣全体のような他の機関と協同の場合であろうと、条約を締結する権限を憲法によって授与されているが、時には、憲法が、条約の種々の範疇<sup>カテゴリー</sup>の間、とりわけ、講和条約や政治的・経済的に重要な条約を一方に、その他の条約を他方に、区別しており、前者を議会の承認に付託し、それに対し、後者は、

国家元首により、或るいは、内閣や閣僚（外務大臣）により、議会の協力無しに締結され得るとする場合があります、こうした限定は、たいていの国の憲法の中で優越的な役割を果たしている。

国際法が、条約を締結する権限をもつ機関、または、諸機関の決定を、国の憲法に委ねるとする原則は、国際法が、条約を締結する権限をもつ機関の決定を、その国の実効的な憲法に委ねているということを意味するものと解釈されなければならぬ。国家の実効的憲法は、必ずしも成文憲法と全く同じということにはなり得ないし、また、条約締結権に関する国家の慣行が、成文憲法上の規範とは異なるということは、全くあり得ることであるし、—しばしば起こっていることである。特徴的な例は、アメリカ合衆国大統領によって締結される、いわゆる、行政協定（executive agreement）である。その憲法の第二条・第二節・第二項は、大統領に「上院の勧告と同意によって」のみ条約を締結する権能を明確に与えているけれども、多数の政治的に高度に重要な条約が、「行政協定」の名のもとで、上院の勧告と同意も無しに大統領によって締結されているのである。

### (3) 条約の合憲性

条約が締約国の憲法に従って締結されたか否かという問題に対する答えは、その憲法の解釈にかかっている。しかも、自国の憲法を、他国との関係において解釈することは、政府の権能の範囲内にあるわけである。<sup>(26)</sup>したがって、国家が、その政府を通して、他国と条約を締結する場合、後者のほうの政府には、前者の行為の合憲性を質疑する根拠<sup>リズン</sup>は無いし、権利も無いのである。しかし、このことは、他国と条約を結んだ後で、その国の政府が、自国の憲法に違反して結ばれたことを理由に、その条約を無効（null and void）と宣言することを妨げるものではない。<sup>(27)</sup>しかしながら、何人かの著者は、条約が、もし、締約国の憲法に違反して、通常、条約を締結する権能をもつ機関によって、すなわち、国家元首によって締結される場合、その条約は国際法のもとでは有効ではあるが、当該の国内法のもとでは、憲法に違反していること、個人的責任が制裁を受けることはあり得ることであると主張している。だが、もし、これが実定国際法上の法則であるとすれば—それは疑わしいのであるが—国際関係において国家を代表する権能を有する機関を決定することを、国際法が、そ

の国の国内法秩序に委ねているという原理は、条約の締結に  
関する法則によって制約されるものと考えられなければならない。<sup>(28)</sup>

こうした制約を構成すると思える別の事柄は、憲法により  
明示的に授權されていない或る種の役職者が、彼らの権限内  
にある単なる行政的、ないしは、技術的な性格の問題に関し  
て、実際に国家のために条約を締結する場合である。例えば、  
通常、郵政問題の管理を任されている閣僚が、そうした問題  
に関する条約を締結するとか、戦時に軍の指揮官が、一時的  
停戦や防衛陣地の明渡しに関する条約を締結する等である。  
もし、これらの条約の効力が、当該国家の成文憲法上の規範  
に基礎付けられ得ないのであれば、それは、以上に述べた国  
際法上の法則にのみ基礎付けられ得るのである。<sup>(29)</sup>

(26) 国際関係において国家の国内法の解釈が問題になる場合  
に、受け入れられるべきは、当該国家の権限を有する機関  
による国内法の現実的解釈である。セルビア借款事件〔注  
（19）を参照〕では、常設国際司法裁判所は、フランス法が、  
この事件では適用されるべきだと決定した後、「以上の状  
況のもとで、国内法の意味と範囲を決定しなければならな

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その十一）

かったため、裁判所は、次のように判断する。すなわち、  
裁判所自身が、現行の司法的判断を一方に委ねながら、国  
内の最高の裁判所により、こうした法に対して行われ、か  
つ、その結果として、裁判所には合理的と思える解釈に反  
対することによる危険を伴いながら、国内法について独  
自の解釈を行うことは、裁判所が設立された任務に順応し  
ないし、その構成国の選出に適用される原則とも両立でき  
なくなろう。とりわけ、公共政策に関する場合―その定義  
は、特定の国家においては、そのような国家で一定の時に  
有力になって見解に大幅に依存している概念―におい  
てや、関連性のある規定が係争中の問題に直接に関係しな  
い場合においては非常に微妙な問題になるであろう。フラ  
ンス法を真に構成するものは、フランスで適用されるよう  
なフランスの制定法である。」と述べた。

(27) ルーマニアとオーストリアの間で一九二〇年八月一四日  
に締結された通商条約は、ルーマニアにより、憲法に基づ  
いて議会により承認されなかったことを理由に無効だと宣  
言された。

(28) 一九〇六年一〇月二〇日にベルンで調印された通商協定、  
及び議事録の規定の解釈について、スイスとフランスの間  
の紛争において、仲裁裁判所（一九一二年）は、「通商条  
約とその規定とは、全権委員によって代表される締約当事  
国が、それに対して与えた裁可により規律される国際協定  
であることに鑑み、裁判所は、その規定が立法府の裁可に  
付託されなければならないか否かを考慮することを求めら  
れるものではない。つまり、それは、国内法に關係する問

題である。」と述べた（アメリカ国際法雑誌「一九二二年」一〇〇〇号）。

上部サポイとジェー（フランス東部でスイス国境に近い。ジュクスGexとも呼ぶ）地方の自由地帯の事件において、常設国際司法裁判所（一九三二年）は、聴問会の中でスイスの代理人によって行われた宣言に関して、「最近の聴問会の中で、フランスの代理人が、スイスの申立人について受け入れ難いと宣言したことは事実であるが、彼が、それをもって特別協定の締結の申し入れと看做したことも事実であり、この形式の申し入れにおいては、彼は、それを受け入れる権限を有しなかった。しかも、フランスの代理人が、憲法上の見地から、スイス宣言の拘束的性格について、或る種の疑念を表明したこともまた事実であるが、しかしながら、裁判所は、それが宣言された状況を顧慮して、それはスイスにおいては拘束力を有するものと看做さなければならぬ。」と述べた（常設国際司法裁判所出版物。シリーズA/B・第四六号一七〇頁）。

(29) 東部グリーンランドの法的地位に関する事件（常設国際司法裁判所出版物。シリーズA/B・第五三号七一頁）において、常設国際司法裁判所（一九三三年）は、デンマークの外交代表に対してノルウェーの外務大臣によって行われた宣言に関して、「すべての紛争を越えて、裁判所は、外国の外交代表による要請に対する回答の中で、政府に代わって職務の範囲内で外務大臣によって与えられた回答は、性格上、その大臣が所属する国を拘束しているものと看做す。」と陳述した。

#### (4) 威嚇と武力行使の条約上の効果

条約とは、指摘されるように、意思の一致である。この意思の一致に対して、国際法は、条約のもつ特別な法的効力を付加するのである。この意思の一致、もしくは、相互の同意は、締約当事国の行為、つまり、一方は、申し入れ（*proposai*）、ないし、提案（*offer*）をし、他方は、この申し入れ、ないし、提案を受け入れること、によってもたらされるのであるが、一方の当事国の申し入れ、ないし、提案が、他方の当事国によって受け入れられなかったり、受け入れが前者側に知らされない限り、条約は存在しないのである。

文明的な諸国民の国内法上の最も重要な原則の一つは、条約の締結が、両者側の自発的行為でなければならぬということである。不法な威嚇や武力行使によって押しつけられる契約は、無効か廃棄が可能なのである。しかしながら、この原則は、条約に適用できる実定国際法上の法則として必ずしも一般的に求められているわけではない。最も重要な条約の中に講和条約があるが、講和条約は、概して、戦勝国による敗戦国に対する威嚇や武力の行使により強要されるものである。しかし、これを理由に、講和条約は、無効か廃棄可能と



は看做されないのである。この点で、一般国際法は、原始法の性格をもっているように思える。つまり、それは、意思表示明が、もし、強制されるのであれば、法的効力もち得ないし、更に一方の締約当事国に対して行使される強制の結果としてもたらされる条約は、無効であるという原則を認めていないのである。ローマ法においても、強要によってもたらされる法的業務は、無効ではなかったが、ただ、廃棄は可能であった。威嚇や武力の行使が、国際協定の無効、ないし、廃棄のための理由としては認められていないということは、一般国際法のもとでは、威嚇や武力の行使（戦争）が国家間の関係においては違法ではないということが、教理の結果として考慮され得るからである。しかしながら、国連憲章のもとにおいては、国際関係における威嚇や武力の行使が違法である以上、国連の機関は、武力により強要される条約を、無効か廃棄可能として看做し得るのである。

その法則について、何人かの著者は、威嚇や武力の行使が条約の無効や廃棄可能のための理由ではないと解釈しており、この教理によれば、もし、その威嚇や武力の行使が、条約を締結する国の代表のような個人に対して仕向けられるならば

（例えば、彼を殺害するとか、捕虜にすると脅迫する）、条約は無効か廃棄可能であるが、しかし、国家それ自体に対して仕向けられる威嚇や武力の行使（例えば、武力により、その国の領域を占領するという脅迫）は、このようにして強制される条約の無効や廃棄可能の理由ではないのである。

#### (5) 条約の方式（署名と批准）

一般国際法は、条約の締結について一定の形式を定めてはいない。したがって、締約当事国は、成文、または、口語の言葉でもって、更には、例えば白い旗のような表徴<sup>シンボル</sup>や、身振りによってさえも、彼らの同意を表明することができる。

実際問題として、多くの条約が、二段階によって特徴付けられる手続きで締結されている。第一は、先行した交渉の結果として、条約の原文を含む文書の署名であり、第二は、署名された原文への締約国の権能を有する機関による批准である。この手続きは、国家元首や議会組織のように、特に、憲法のもとで条約を締結する権能をもつ国家機関が、条約の原文についての交渉に参加することができない場合、とりわけ、彼らが、条約締結権を他の機関に委任することができない場合に行われるのである。その場合、特別な機関である、いわ

ゆる、全権委員 (plenipotentiary) が、条約原文についての交渉の遂行と署名と、批准に付託するまでの責任を負うのであるが、しかし、その条約は、締約国の憲法上、権能を有する機関を通して行われる批准の前までは無効になるのではないし、また、国家には、その全権委員により署名される条約を批准する義務は無いのである。

伝統的理論によると、条約は、その原文が全権委員によって署名されるとすぐに締結されるのであるが、しかしながら、その拘束力は、批准が与えられるまで停止されるのである。つまり、この説によれば、批准の機能は、条約に拘束力をつけることにあり、批准が与えられない限り、その条約は、締結されているけれども、いまだ拘束力が無いままとなる。しかし、この批准行為の解釈は、当を得たものでない。もし、条約が批准が無くして拘束力を有しておらず、しかも、拘束力がある法律行為は、条約だけという場合、条約を締結するのは批准行為である。この見解に対して、次のような議論が提起される。すなわち、締約国は、全権委員により署名されたときに条約は締結され、かつ、締約国の同意は彼らの全権委員の署名によって与えられたものと、常に想定している。何

故なら、条約は、全権委員の署名により締結されているのであるから、部分的な批准はあり得ないし、条約の修正も批准行為を通しては可能ではない。つまり、条約は、その執行により黙示的に批准され得るのであり、しかも、特別のものを除いては存続するのであって、条約は、常に全権委員によって署名された日から起算されるのであり、批准の日からではないのである。

しかしながら、こうした論議には説得力が無い。それは、政府が、条約は全権委員の署名によって締結され、その批准によってのみ発効するという間違った見解を共有しているということと、更に、この誤まった説が、条約を、批准の日からではなく、全権委員により署名された日から起算する慣行の原因になっていることを証明している。この日付け、それ自体は、あまり法的重要性は無いが、条約が、部分的には批准ができず、条約の修正は批准行為を通しては不可能であるという点については、もし、一締約国が、条約の一部のみを批准したり、或るいは、その原文を修正したりする場合、条約は既に全権委員の署名により締結されているということによるのではなく、同意は存在しなくなるということにより

説明されねばならない。条約が、その施行により黙示的に批准され得るということは、国際法が一切の公式の批准について定めておらず、批准が締約国によって要求される場合にのみ、必要であるということから、あり得ることである。

何人かの著者は、条約署名国の政府は、それを批准する義務を負わないけれども、未決定の批准について、その完了に反対することは許されず、その条件について違反することとは何もしないように義務付けられていると主張しているのだが、<sup>(30)</sup>こうした義務は、ほとんど性格的に道徳以上のものではない。それに、代表により署名される条約の条件に違反して、政府には、批准を未決のままにするようなことは何もしない法的義務が存在するということが、もし仮に認められたとしても、こうした義務は、条約が、署名行為によってではなく、批准行為によって締結されるという教義と全く両立することになる。と言うのも、政府に、この義務を課するのは条約ではなく、署名行為に、この結果を付与するのは、約束は守られるべき (pacta sunt servanda) の法則とは異なる一般国際法上の規範なのである。条約の条件に違反することは何もしないという義務は、条約を履行する義務とは違つて

いて、それは、批准の効果なのである。

全権委員により署名される条約原文は、条約が発効するためには批准が必要なのか、必要ではないかという効果についての条項を内容とすることができるが、これは、拘束力のあつた条約の規定ではなくて、各々の署名の意味に関する署名者側の宣言であつて、もし、条約が、批准を必要とする条項を内包しているとすれば、それは、批准が与えられねばならない期限か、或るいは、明白に拒否されねばならない期限に関する規定を内包しているのかもしれないのである。もし、こうした規定が明記されていない場合には、法的には、批准が、いつでも与えられ得るのであるが、しかし、実際に、もし、批准が或る一定の期間内に与えられないのであれば、批准は拒否されたものと想定されるのである。

時々、代表により署名される原文が、特別の署名者により批准される場合にのみ、有効な条約の一部となる規定を含むことがあるが、しかし、この署名者が批准を拒否する場合には、その条約は、他の当事国にとっては、彼らの批准後には発効するのであるが、原文は、法的現実とは符合しないのである。したがつて、例えば、国際連盟規約の第一条は、『本

規約附屬書列記ノ署名国：ヲ以テ、國際連盟ノ原連盟国トス。』とあり、更に、第四条では、『連盟理事会ハ、主タル同盟及連合國ノ代表者並他ノ四連盟國ノ代表者ヲ以テ之ヲ組織ス。』と規定していた。アメリカ合衆國は、附屬書列記の署名國であつて、條約前文によつて、主たる同盟、および、連合國の一つであつた。したがつて、アメリカは—第一条の文言により—連盟の原連盟國であり、しかも—第四条の文言により—常任代表國であつた。しかしながら、アメリカは、その條約を批准せず、その結果、署名國でありながら締約當事國にはならなかつたがために、アメリカは、連盟の構成國にも、理事會の構成國でもなかつたのである。原文の不十分さは、署名者と締約當事國との區別が行われていないことから来ており、それが、批准を必要とする條約は、全權委員の署名によつて締結されるという間違つた考え方の結果なのである。

多國間條約の場合には、全署名者が批准をする前に條約が發効することがあり得るが、それは、條約に、そうした規定が含まれている場合である。この規定もまた、批准によつてのみ發効するのであつて、したがつて、例えば、國連憲章の

第一一〇條は、『1、この憲章は、署名國によつて各自の憲法上の手段に従つて批准されなければならない。2、批准書は、アメリカ合衆國政府に寄託される。同政府は、すべての署名國及び、この機構の事務總長が任命された場合には、事務總長に対して各寄託を通告する。3、この憲章は、中華民國、フランス、ソビエト社會主義共和國連邦、グレート・ブリテン及び北部アイルランド連合王國、アメリカ合衆國及びその他の署名國の過半数が批准書を寄託した時に効力を生ずる。批准書寄託調査は、その時にアメリカ合衆國政府が作成し、その謄本はすべての署名國に送付する。4、この憲章の署名國で憲章が効力を生じた後に批准するものは、各自の批准書の寄託の日に國際連合の原加盟國となる。』と規定している。

條約の締結についての或る一定の形式を規定する一般國際法上の法則が、もし、存在しないのであれば、批准が必要か否かという問題は、締約當事國の意圖に応じて答えられるべきものである。この意圖は、條約が批准後にのみ發効するという條約原文の中での規定によつて説明され得るのであつて、たとえもし、全權委員により署名される原文が、このような

条項を含んでいないとしても、署名の意味は、法的に拘束力のある署名者の意思の宣言を意味するということにはなり得ず、全権委員は、こうした行為を遂行する権限を授与されてはいないのである。そこで、この場合においても、条約は批准により締結されるのである。一九世紀と二〇世紀の間の国家の慣行の中で、多くの条約、とりわけ、多国間条約は、批准が必要であると明確に規定していたことに鑑みて、多数の著者と裁判所が―法の推定 (presumption of law) として―

もし、条約が、その反対の規定を含んでいないのであれば、批准は必要であるとの立場を採用しているのである。<sup>(31)</sup>しかし、この慣行は―立証され得るように―国家が批准を義務付ける明示の条項を必要なものと見做していたことだけを示すものであって、その場合、それとは逆の推論は排除されていないのである。時々、その憲法に従って、条約の締結について権能を有する国家機関、例えば、他の機関の協力を必要としない条約の場合には、国家元首によって、また、国の他の機関が、単なる行政上、ないし、技術上の性格をもった問題に関して締結権を有している条約の場合には、その機関により、署名されることがないか、或るいは、別途、同意されること

のない条約である限り、批准は必要であるという一般慣習国際法上の法則が存在するとさえ主張されるのであるが、もし、このような一般国際法上の法則が存在するのであれば、国際法が、条約の締結について或る一定の形式を規定していないと主張することは、ほとんど不可能であり、更にまた、批准を必要とする条項を条約に挿入することは不必要なことになろう。しかしながら、広く普及している慣行は、この見解を確実なものとして認めてはいないのである。

一般国際法は、批准行為についての或る一定の形式を規定してはいないけれども、各々の国家元首や外務大臣により署名される条約の当事国の数だけの正式文書が作成され、そして、関係諸国間で、これらの文書を交換するのが普通である。時々、批准書が交換されずに、その条約を批准する国の政府の一つに、既に引用した憲章の第一一〇条に依りて寄託されることがある。

条件付きも部分的な批准も、留保付きの批准も認められないのであるが、しかし、多国間条約の場合には、一国は、その全権委員を通して、全権委員以外の署名者の同意を伴って、或る種の留保付きの条約原文に署名することができるか、

或るいは、条約を批准する場合に、政府が行う留保を、条約原文で規定することが可能である。その場合、こうした留保付きで行われる批准は、その留保により修正される条約の原文と係わっており、しかも、その場合、締約当事国は、一つの条約や同一の条約のもとで、違った義務と違った権利とを享有し得るのである。これがあり得ることだというのは、条約が、全締約当事国に対して、同じ義務と同じ権利を課すことが、必ずしも必要ではないからである。必要なことは、すべての締約当事国が条約の中味に同意しているということだけである。条約原文で認められる留保、或るいは、他の署名者の同意のもとに全権委員によって行われる留保は、条約原文の一部として看做されるべきもので、同じ原則は、批准の場合にだけ行われ、その後は、他の締約当事国により承諾される場合にだけ適用されるのである。<sup>(33)</sup>何人かの著者により提唱される見解によれば、こうした留保への全締約国の同意は必要ではなく、その条約は、留保をする国と、それに同意を与える国との間でのみ発効するのである。<sup>(34)</sup>

(30) 一九〇三年一月二二日にパナマ運河に関する条約の原文

が合衆国とコロンビアによって署名されたが、その条約は、合衆国によっては批准されたが、コロンビアの上院は批准を拒否した。合衆国への文書の中で、コロンビア政府は、一九〇三年一月二二日に、「コロンビア議会は、我が国の法に従って、政府により締結される条約を承認、ないし、不承認にする権能を授与されており、その：協定を不承認にしたときには、完全な権利を遂行した。」と宣告した。一九〇四年一月五日に、その回答の中で、合衆国の國務長官は、「國務省は、条約が批准されるまでは確固たる拘束力を有していないという原則を否定するつもりはないが、しかし、条約が、私人の権利を扱う場合を除いては、それとは異なる規定が無い限り、署名の日付けから締約当事国を拘束しており、しかも、このような場合、批准書の交換が、その日から条約を追認するということも、よく知られている法則である。この法則は、二国政府が、十分な権能を有する代表を通して、条約に同意する場合において、みずからを拘束するものであり、その批准を未決定のままにするのは、その成立に反することではなく、その条項に違反するものでもないということを必然的に意味するものである。」と述べた。(合衆国対外関係文書、第五八回議會・第二期・下院記録文書、第一号二八五、二九九頁)。

ヴェルサイユ平和条約の第二五六条は、「ドイツ領が割讓される諸国は、ドイツ帝国、または、ドイツ各州に所屬して、そこに所在する全財産と所有権とを取得しなければならぬ。」と規定していたが、ポーランド上部シレジアにおける或る種のドイツの利害に係わる事件において

(常設国際司法裁判所出版物・シリーズA・第七号)、ポーランド政府は、一九一九年六月二八日に署名された右条約は、批准される以前においてさえも、ドイツ人に対して、ドイツ帝国からポーランドに譲渡されるべき領域に所在するドイツ帝国、または、ドイツ各州の財産と所有権の処分を差し控える義務を課していると主張した。常設国際司法裁判所(一九二六年)は、領域が割譲される諸国に、条約は、主権の移転の前に割譲国により実施される処分を無効と看做す権利を与えてはいないし、更に、ドイツは、公共的財産の通常の管理の中において、みずからの財産を処理する権利を保有していることを宣告したが、しかし、裁判所は、この権利の乱用の可能性を認めたのである。すなわち、「こうした乱用は、想定され得ないのであって、それは、当事者の供述を証明するような乱用があったと述べる当事者次第である。」(三〇頁)。

メガリデイス・対・トルコ事件(年次法律総覧一九二七年一―一九二八年、事件番号、第二七三号)において、トルコ・ギリシア混合仲裁裁判所(一九二八年)は、一九二三年七月二四日にトルコによって署名されたローザンヌ条約に関して、条約署名の時以降、および、その発効以前、締約当事国は、その条項の実施を損なうようなことをしない義務のもとにあると判決した。

(31) エリザ・アン事件(第一章・B・五・a注(2)を参照)において、裁判所は、「…その後の国家の慣行は、条約が全権委員により署名されていても、批准を必要としてきている。現在、一般的になつていゝる慣行によれば、後の批准

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その十一)

は本質的に欠かすことのできないものであり、しかも、そのことを明白に規定しない条約は、現代の条約では、ほとんど存在しないのである。したがって、全権委員の権能は、その後の批准が条件であることにより限定されているものと、今は推定されるべきである。批准は、形式ではあるが、それは本質的な形式である。と言うのも、法的効力という点で、それが無ければ、その法的文書は不完全になるからである。」と宣告した。

(32) オーデル河国際委員会の領域管轄に関する事件(常設国際司法裁判所出版物、シリーズA・第二三三二〇頁)において、常設国際司法裁判所(一九二九年)は、「或る種の例外的事件を除いては、協定は、その批准によつてのみ拘束力を有するという法則が、国際法の通常法則である」ことに言及した。

(33) 国際法漸進的法典化専門委員会は、連盟理事会への報告において、「条約の条項に関して、どのような留保が行われようとも、この留保は、それが、交渉の過程で促進されたのであれば、何でもないこととして、全締約当事国により受け入れられるのが本質であるが、そうでなければ、それと結び付く署名と同様、無効である。」(連盟公報「一九二七年」八八一頁)多国間条約への留保に関する国連事務総長報告(国連文書A/一三七二、一九五〇年九月二〇日、一九頁)は、次のような言明を含んでいる。すなわち、「事務総長により厳守される法則は…次のように述べられる。国家は、協定に署名し、批准をし、それに参加した場合に、その発効の日までに、それを批准し、それに参加

を表明した全国家の同意を得てのみ、発効に先立つ留保を行うことができるし、また、発効の日以降においても、それを批准し、それに加盟した全国家の同意を得てのみ、それが可能である。」

(34) これは、汎アメリカ同盟により厳守されている慣行であり、一九三二年五月四日に管理委員会で採択された決議において、次のような声明が、留保付きで批准される条約に關して行われた。すなわち、一、条約は、それが署名された形で、留保しないで、それを批准する国の間で、当初に起草され、署名された用語でもって実施されなければならない。二、それは、留保しないで、それを批准する国と、条約が修正され得る形での留保を受け入れる署名国との間で実施されなければならない。三、それは、留保付きで批准している政府と、既に批准して、そうした留保は受け入れない他の政府との間では実施されてはならない。(ウィリアム・サンダーズ『批准、ないし、厳守に係かわる行為で行われる多国間条約への留保』33 *American Journal of International Law* [一九三六年]四九〇号からの引用) 国連文書、A/一三七二、一九五〇年九月二〇日、一一頁を参照のこと。— 集団殺害に関する条約への留保に關して、国連総会の要請により、一九五一年五月二八日に与えられた勧告的意见で、国際司法裁判所は、一、「条約に対し、当事国の一、ないし、それ以上により反対されたが、それ以外からは反対されなかつた留保を行い、かつ、主張した国は、その留保が条約の目的と両立する場合には、条約の当事国であるものと看做され得る。さもな

ければ、その国は、条約の当事国とは看做され得ない。二、「(a)条約当事国が、条約の目的と両立しないものと看做される留保に異議を唱える場合には、事実上、その留保国は、条約の当事国ではないと看做され得る。(b)他方において、当事国が、条約の目的と両立し得るものとして、留保を受け入れるとするならば、実際には、留保国は条約の当事国であると看做すことができる。」三、「(a)条約を、いまだ批准していない署名国によって行われる留保への異議申し立ては、批准に關して問題Iへの回答の中で示される法的効果だけをもつことができる。それは、その時まで、単に署名国の、その後の結果に付随する態度についての他の国への警告として役立つにすぎない。(b)署名、ないし、加盟をする権限はあるが、しかし、まだ、それを行っていない国による留保への異議申し立ては、法的効果が無い。」(国際司法裁判所、報告、一九五一年、一五頁)。裁判所の見解は、注33で引用した総会により支持されている法則とは異なるものである。