

違憲条約の効力

——条約締結手続の法理から——

は し が き

- 一、違憲条約の効力にかんする学説
- 二、条約承認権の歴史的展開
- 三、違憲手続による条約の効力
- 四、憲法を変更する条約の締結手続とその効力
- 五、違憲条約を無効とすることの国際法的意味

は し が き

憲法と条約が相互に抵触した場合、何れの効力が優先すべきであるかという問題は、国内法の国際法との交叉点 meeting point における問題の中心である。この問題は、時には国際法と国内法との関係をめぐる法理論的ないし法概念的な問題として、すなわち国内法優位か国際法優位か、あるいは二元的併列かという観点から烈しい論議の対象となってきた。また時には、各国の憲法規定の解釈をめぐる法技術的な問題として、従来からしばしば論ぜられてきた。こうしたさまざまな観点から、少なからぬ論争が発生したし、しかも今日なお学説上の対立が解消していない。

杉 江 栄 一

しかし、ここでこれらの学説を細かく観察することは避けたい。というのは、これらの学説の観点が極めて多岐にわたっており、したがって基本的な視点を定めずに無原則的に網羅してみても無意味だと思うからである。また一定の視点を設定することは必要であるが、その場合、この問題を国際法と国内法との関係をめぐる法概念的な側面からだけ論ずることは、かえって無用な混乱をまねく場合が少なくなく、問題の解決に必らずしも有益であると思われる。むしろ憲法と条約との効力関係は、現実には実定法上の問題である。だから、実定法に先行して、国内法なり国際法なりの法概念を通して論理的に帰納される順位（国際法優位か国内法優位か）から問題を決定しようとする態度は避けるべきではないか。やはりこの問題は、実定法上の問題として、特にその歴史的な発展にそくして検討することが必要だと思う。そしてそこから、現在の国際法秩序と国内法秩序をつらぬく一般的原则を探り出すべきである。この問題については、既に多く論じられていることではあるが、右の視点から、小稿では、従来の議論を概括的に整理しつつ、若干の疑問を提出したい。

一、違憲条約の効力にかんする学説

違憲条約には、その違憲の性質について、二つの異った場合があることがひろく認められている。第一は、条約の締結形式が憲法の規定する条約締結手続に違反する場合である。それは、条約の形式的合憲性 *constitutionality ext-rinseque* が問題となっている場合であって、いわば手続的違憲条約である。第二は、条約の内容が憲法の規定内容に抵触する場合である。それは、条約の内容的合憲性 *constitutionality intrinseque* が問題となっている場合で、内容的違憲条約である（*シャイエによる区別*⁽¹⁾）。このように二つの場合が区別されるが、何れの場合にも、条約が憲法に違反すること、あるいは二つの法規範が相抵触することには変りはない。特に国家の主體的な立場からみれば、かか

る条約は何れも違憲の条約であつて、違憲性の相異ということで区別すべき理由はない。ただ、従来からこうした区別の立てられてきたことを考慮するなら、論証の順序として、一応論理的な区別をしておくことが便利であろう。次に、違憲条約の効力についても、二つの場合が考えられる。一つは、違憲条約が国際関係において有効であるか、つまり国際法として国家を拘束する効力をもつか否かという問題である。今一つは、国内法秩序において効力をもつか否かという問題である。前者を違憲条約の国際法的効力、後者をその国内法的効力の問題といえよう。条約の効力を国際的・国内的に区別することには難点がある。しかし問題の整理に便利であることを考慮して、一応一般的な区別にしたがっておくことにする。

1. P. Chailley, *la Nature Juridique des Traités Internationaux selon le Droit Contemporain*, 1932, p. 240.

ところで、二つの異つた違憲条約の効力については、学説はかならずしも一致していない。またその違憲性が手続に関するものと内容に関するもの、その国際法的効力と国内法的効力について学説は多岐にわたっている。特に手続的違憲条約の国際法上の効力については、有効説と無効説が対立する。以下これらの点を一通りみておきたい。

まず、条約の規定が憲法の内容に反する場合、その国際法上の効力を否定する説は絶無といつてよいであろう。すなわち、国際法学の領域では、条約義務を免れるために、国家は憲法上の条項を援用しえないという原則がひろく認められている。「国家は現行の国際法または条約によつて課せられた義務を回避する目的をもつて、他国に対しその憲法を援用することができない」とする常設国際司法裁判所の判例^(二)、あるいは、国際条約が手続上の要件を充足して（手続上の要件が何であるかについては後述する）正式に成立した以上、それが一方の締結国にとって「明白に違憲」であることが判明しても、直ちに無効とならず、他の締結国の同意がないかぎり国家は条約上の拘束を免がれ、またその条項を変更しえないとする「条約の効力に関するロンドン宣言」などがしばしば援用されている^(三)。また、この原

則とはやや異なるが、条約がひとたび有効に締結された場合には、その履行を確保するために必要な変更を国内法に加えるべきことは自明の原則であるとして、一そう強く違憲条約の効力を主張する見解もある（違憲条約にもとづく国内法変更義務^(四)）。何れにしても内容的違憲条約の国際法的有効性は、学説・判例共にひろく承認されているとみてよいであろう。この領域では「国際法は国内法を破る」というのが一般的原則である。

右の原則が全く論争の余地のないものであるかという点については、私はかなり疑問に思う。しかしこの点は、後に詳論したい。次に、内容的違憲条約の国際法的有効性が仮に争えないとしても、その国内法秩序における効果については学説上の対立がある。条約の効力を国際的な側面と国内的な側面に分ける考え方を承認するならば、国際法上有効に成立している違憲条約の国内法的効力が、国際法的効力とは別個の問題として争われるのは、論理上やむをえない。もっとも私は、条約の国際法的効力と国内法的効力との分離を認めることに賛成しないが、この点について小稿では必要なぎりぎりであらうと思う。ただここでは、次のことだけを指摘しておきたい。違憲条約の国際法上の有効性を承認しながらその国内法的効力を否認することは、単に条約処理の上で実際上の困難が避けられないだけでなく、国家は条約義務を履行するために国内憲法を援用しえないとする先の原則に、論理的にも衝突する。この場合国内法的効力否認の根拠となっているものは、正に憲法であると同時に、国家機関に条約締結を授權するのをもまた憲法だからである。

二、 Publication of P. C. I. J. series, A/B, No. 44, p. 24.

三、例えば、田畑茂二郎「違憲条約の国際法的効力」（『国際法・国際政治の諸問題』、昭三〇所収）、一又正雄「憲法と条約」公法研究第五号など。なお、「条約法」に関するハーヴァード草案第二三条も、次のように規定する。「条約自身の中に別段の規定ある場合をのぞき、国家は、国内法のなんらかの規定あるいは規定の欠除を理由として、条約上の義務の不履行を正当づけることとすべきなら」 Harvard Research in international law, Draft Convention on the law of Treaties, A. J. Supp. 1935, p.

1029.

四、常設国際司法裁判所、一九二五年二月二十一日の意見、一又前掲論文。

次に手続上の違憲条約についてである。順序として、手続的違憲条約の概念を明らかにしておこう。

条約が成立するためには、国家間の合意が必要である。この合意を確保するための手続として、全権委員による署名、条約締結権者による批准書の交換・寄託等の方法がある。また特殊な条約には、特殊な条約締結手続を定めることもできる（例えばILO条約）。これらの手続に、画一的な方式があるわけではないが、そのいずれか、またはいずれかの組み合わせによつて、国際法上条約が成立する。これは、国際法上の条約締結手続である。条約が合意にもとずくものである以上、合意の確定手続である国際法上の手続要件を満たさなければ、条約は有効に成立しえない。しかして、ある条約が署名だけで成立するのか、それとも署名および批准を必要とするのかということ、すなわちある条約を締結するに必要な国際法上の手続要件が何であるかということは、条約それ自体によつて定まるのが原則である（批准条項）。だから右の手続要件は、国際法上の問題であつて、国内憲法の規定と直接の関係はない。ところが今日では、条約の締結に関して、国際法上の手続のほかに、通常国内的な手続が課せられている。特に執行府の条約締結権の行使に対して議会の承認を条件とする方式が一般的である（スイスの場合のように、連邦議会が締結権をもつなどの例外もある）。これは、アンシャン・レジーム下において、条約締結が元首（君主）の専権的事項であつたものが、市民的政治体制の下で、次第に条約締結に対する議会の統制という手続上の制限を課するようになった結果である。もとよりこの手続の内容は、各国において一様ではない。^(五)しかし何らかの形で、各国が条約締結のための国内的手続を憲法上規定している点に変わりはない。しかもその中心は、執行府の条約に対して議会の承認を条件とする方式である。以上条約締結においては、国際法上の手続と国際的手続とが二重に存在する。そして手続的違憲条約と

は、国内憲法の要求する手続に反して締結された条約、特に議会の承認を欠いて締結された条約である。

さて、手続的違憲条約、特に議会の承認を欠く条約の効力については、古くは国際法上有効だと主張されていた。

例えば、絶対主義の時代から条約は君主 \parallel 元首（したがって執行府）の意思だけで締結されてきたのであつて、条約締結に対する国内的承認の制度が付加されたとしても、このことは右の慣行を変更する証明にはならないとするアンチロッチの見解は、その代表的なものである。^(六) アンシャン・レジームの時代には、条約は執行府の首長たる元首 \parallel 君主の権限においてのみ締結されていた。その後市民的政治体制の確立とともに、条約締結に対する議会の承認の制度

が次第にゆきわたつたとしても、先の国際的慣行に変化はなく、条約はやはり執行府かぎりで有効に締結されるものとすれば、国内的承認という議会の行為は、条約の成立に無関係な行為ということになる。これは、右の見解からくる論理的な結果である。国内的承認は、国際法的な意義をもつ行為ではない。とすれば、それは国内的な意義しかもちえないであろう。ところがこうした見解は次第に認められなくなつてきているように思われる。国内的承認は、国内的な意義をもつと同時に、国際法的な意義をもつ行為ではないのか。すなわち、条約締結に対する国内的承認の手続は、条約が国際法上有効に成立するために必要にして不可欠な手続であるとするのが最近の趨勢である。換言すればこの問題は、条約が有効に成立するために、前述した国際的・国内的の二重の条約締結手続を同時に充足する必要があるのか否かという問題である。条約は、国際法上の手続だけで成立するのか、それともそれだけでは有効に成立しえず、国内的な手続要件をも充足しななければならぬか。この設問に対して、最近の傾向は後者を選択する。そしてこの立場に立つならば、条約成立のために充分ではないが不可欠な手続要件を充たしていない手続的違憲条約は、国際法上当然に無効であるといわざるをえない。現在では、手続的違憲条約の無効性は、かなり広く認められているといつてよいであろう。^(七)

しからば、条約締結のための国内的手続が条約の成立にとって不可欠な要素であるということの根拠は何であるか。今もし国内的手続が、条約を国内的に実施するための手続にすぎないならば、それが条約成立要件にならぬことは明白である。すなわち、一たん条約が締結されたならば、その条約の内容によっては、国家は条約上の義務を履行するために、条約を国内的に執行する必要の生ずる場合がある（条約の国内的執行または国内法化）。議会の承認という国内憲法上の要件が、こうした条約の国内的執行のために課せられているものならば、それは国際法とは無関係であるだけでなく、条約の国際的な成立要件とも無関係である。だが果してそうであるか。そうだとすれば、手続的違憲条約、特に議会の承認を欠く条約は、国際法上の手続要件を充たすかぎり有効に成立しており、ただその国内的執行が妨げられるにすぎない。さらにこの場合、国家は国際法上有効な条約から発生する義務を事実上履行できないという結果を招くことになる。このような困難は別としても、この考え方には現実の法感情からも承認できない面が少なくない。条約が締結されるためには、国家の条約締結意思が正式に成立していなければならぬ。国家意思のないところに条約の締結される余地はない。議会の条約承認手続は、そうした国家意思形成のために必要な手続だといふべきではないか。そうであるならば、議会の承認権は、条約締結そのものに対する議会の参加を意味する。条約締結の国内的手続は、単に国内的承認だけを意味するのではなく、同時ににあるいは本来的に、条約締結のための国家意思形成手続である。このことが証明されるならば、手続的違憲条約の無効性が証明されるわけである。

右の点に関する証明は、二つの方向からなさるべきであると思う。一つは、各国憲法の歴史的な発展の中で、条約承認権が果して国家意思形成手続たる性質をもってきたかという方向から。今一つは、国際法の理論の側面から同じことがいえるかという方向から。まず次節で、前者の問題から検討しよう。

五、例えば Visscher は、条約締結方式に関する憲法の規定を次のように分類している。

- (1) 条約締結を執行府の排他的権限とするもの、——日本旧憲法、ドイツ第三帝制、エチオピア、サン・マリノ、サウジアラビア、イエーメン、ヴァチカン。
- (2) 執行府の権限とするも、一定の条約について、その国内実施に国会の同意を要し、その面からコントロールを加えるもの、——イギリス、ベルギー一八三一年憲法。
- (3) 一定の条約を、執行府が立法機関の同意の下に締結するもの、——フランス、その他この例は非常に多い。
- (4) すべての条約を、執行府が上院の同意の下に締結するもの、——アメリカ（但し、大統領かぎりで締結される executive agreement が広く認められる）。
- (5) すべての条約を立法機関全部の同意の下に締結するもの、——一九二二年オランダ、日本国憲法。
- (6) 立法機関そのものに条約締結権を認めるもの、——スイス、ソヴェト（Paul de Visser, *Dela Conclusion des Traités Internationaux*, 1943. pp. 23~130）また B. Mirkin-Guetzevitch も、条約締結に対する議会の参加のシステムによつて、六つのグループに分類してゐる。Droit constitutionnel International 邦訳「国際憲法」九七〇頁。
- 六、D. Anzilotti, *Cour de Droit International*, I. なお田畑前掲論文参照。
- 七、原則的無効論については、主としてアンチロッチの無効論を批判した田畑前掲論文に、Triepel, P. Visser, W. Schuking, A. D. McNair, 立作太郎などについて系統的に述べられている。最近のわが国では、田畑教授のほか、田岡良一「国際法」二七七頁、高野雄一「条約と憲法」中、国家学会雑誌第七二巻・第八号などがある。

二、条約承認権の歴史的展開

条約締結に対する議会の承認権の性質の国内憲法における発展は、論理的には三つの段階に分けうらと思う。

a、承認権そのものの存在しない段階

前述のように、アンシャン・レジームにおいて、条約締結は、排他的かつ専権的に君主＝執行権に属していた。それは、立法・司法・行政を含む一切の権能が君主に帰属することの表現であると同時に、君主すなわち国家であることとの政治的帰結でもあった。だからこの体制では、議会の承認権そのものが存在しない。条約は本質的に国家＝君主

間の政治的契約である。君主の意思は国家の意思であり、条約は、他に何の制約もなく君主かぎりで締結された。また君主のみが条約に利害を有し、それは国民の利害とは無関係であった。したがって条約は、国家＝君主のみを拘束した（国際法的効力）。そして君主は、条約義務を履行するため国内法を変更する自由を、完全にその手中に保持していた。かくて条約の効力が国内法秩序において問題となる余地はなかった。^(一)ただ国際慣習法は別である。イギリスでは、「国際法は英国法の一部である International law is part of the law of the land」という原則が古くから確立していた。^(二)しかし条約について承認の不存在は、国際的にも国内的にも君主の専制を許していたのである。

市民的革命を迎えんとする時期においても、条約締結を執行府の排他的権限とし、それへの国民の関与を拒否する思惟はなくならなかった。ロックは、連合権 federative power を、執行権から内容的には区別しながらも、それを執行府に付与した。かくて条約締結は、立法権の法的支配からのがれ、執行府＝君主の自由にゆだねられた。^(三)モンテスキューも、この点ではロックと軌を一にする。^(四)ルソーによれば、条約の締結は「主権の行為ではなく、政府の行為である」。^(五)それは、政府の権限に属する。近代革命期の思想家のこうした思惟の根拠や意義についてはふれない。^(六)しかし、条約締結権を執行府のみに帰属せしめる体制は、その後次第に克服されていくであろう。

一、ミルキーン・ゲツェヴィッチは、「国家と市民との間の分離」が存在していたアンシャン・レジームにおいては、「君主の意思が絶対的であったので、憲法違反の条約もなければ、又国際法と矛盾する可能性のある憲法的規律というものもない。君主は常に条約を優位におくことができたので、条約の国内的効力は決して問題とされない」と指摘する。前掲「国際憲法」八九頁。

二、この法諺は、W. Blakston が、その著 Commentaries of the law of England (1765) で述べたものといわれる。その意味は、「イギリスの認める国際慣習法が、イギリス国内において、当然 common law としての効力をもつことを認めたもの」であるといわれている。

三、Lock, J, Two treaties of civil government. § 145～§ 148. 国家の「外において公衆の安全と利害を処理する権力」たる連合権は、「社会の国内憲法をその社会の内の各部に執行する権力」たる執行権と、「それ自体においては全く別のもの」である。

その根拠を、ロックは、国際社会が自然状態にあり、国家（共同社会）は「自然状態における一団体」（一四五）であることに求める。そうした自然状態に対処する連合権の関する事項は、「……外国人の諸々の行動と諸々の計画や利害の変化に左右されるところが大きいゆえ、大部分は、この権力を委任された人々の思慮に委ねられ、彼らの最善の手腕をもって処理されねばならない」（一四七）。しかして連合権と執行権は、「常に殆んど結合され」（一四七）、「分離して同時に異なる人々の手中に委ねることは殆んど不可能」（一四八）である。何となれば「両権ともその実行のためには社会の（武）力を必要とするが、国家の（武）力を、異ったしかも従属関係に立たないものの中に委ねることは殆んど実行不可能であり、執行権と連合権とが別々に行動する人々に委ねられ、そのために公の（武）力が別々の統帥に服することとなり、いつかは混乱と破壊を招きかねない」（一四八）からである。ロックは、名誉革命によって出現した制限君主制に理論的基礎を与えとともに、国際社会を自然状態になぞらえることによって、英国憲政史上確立した議会の最高性から、君主の外交大権を防衛したものと考えられる。なお深瀬忠一「フランス憲法史における条約と国内法」法学会論集、第七巻第二号、参照。

四、Montesquieu, *L'Esprit des lois*, livre XI, chapitre 6. 「モンテスキューにおける条約締結作用は、結局、王国固有の専権に属し、立法府の法律的・政治的統制から全体に独立している。すなわち、立法作用におけるがごとき事実上の協働の必要すら排除されていると解すべきであろう。それは法律の執行 *magistrature* の作用ではなく、法律のき束から自由な統治 *Gouvernement* の作用である。」深瀬前掲論文。

五、Rousseau, J. J. *Lettres écrites de la Montagne*, part. II, lettre VII. 条約締結に関して彼の見解を示すこの手紙は、しばしば引用される。「社会契約において確立された原理によれば、通説にもかかわらず、国家間の同盟、宣戦および平和条約は、主権の行為ではなく、政府の行為であるとみられている。この感情は、政治的権利の真の諸原理をもっともよく知っている諸国民の慣行にふさわしい。権力の対外的行使は国民に認められない。国家の重大方針は国民の能力の外にある。そこでは、この点について国民より通曉していて、祖国に対して不利な条約を結ぶべくもない元首に信頼しなければならぬ。秩序は、国民が対外的な輝きをすべて元首にゆだねて、専ら実地的なものに結びつくことを要求している。市民にとって本質的に重要なのは、内における法律の遵守、財産の所有、個人の安全である。これらの三点についてすべてがうまくいくかぎり、外国と商議し契約することは、内閣 *conseils* に任せなさい。もっとも恐るべき危険がやってくるのは、そんなところからではない」。ルソーは、ロックやモンテスキューと異って、その国民主権主義的傾向が一そう強力である。彼においては、立法権は主権とほぼ同義語であり、執行権は、立法権の強い管理的統制の下に立つ。したがって、外交権についての右の態度は、この傾向と矛盾する。ミルキ

イヌ・ゲツエヴィッチは、その理由を、ルソーが「対外政策と市民の自由」との密接な関係を理解しなかったためであるとしている（前掲「国際憲法」九〇頁）。しかしなお問題は残るであろう。

六、彼らがこうした思惟に達した理由は、彼らが条約を元首間の政治契約と解していたこと、また国内的にも当時国王の外交大権が疑いえぬものとされていたことによるという指摘もある。くわしくは、深瀬前掲論文参照。

b、承認が国内立法的意味をもつ段階

近代立憲制の成立にともない、条約締結権に対する議会の参与が次第に行われるようになるが、まずそれは、三権分立原理にもとずきつつ、国民代表たる立法権保護の意味をもつ。すなわちここでは、締結権はなお執行府にあるも、国際条約が単なる国家間の契約であるような状態から、次第に国内生活における国民の権利義務や国民の政治的利害に直接的に関係してくるようになると、そうした性質や内容をもつ、いわゆる立法的条約^(七)について、ひろく立法府の関与を認めるようになる。この立法府の関与は、条約の締結それ自体に対するものではない。条約締結にともなう国内法の創設や変更、あるいは国民の権利義務の変更をもたらす場合、その条約を国内的に執行するための立法的行為（すなわち条約の国内法的效果を宣言する行為または条約を国内法に変型する行為）たる意味をもつ。条約が国内立法的意味ないし性質をもつ場合、三権分立の見地から立法府の参与が必要とされる。そうした意味あいからの条約締結権（執行府の）に対する統制であるといえる。もつとも、条約の締結は本質的に、国内的には一つの立法と考えるべきであるから、この意味での立法権の参与は当然であるといえよう。いずれにせよ、ある種の条約の国内的実施に対する立法的統制ということとは、いくつかの国の憲法規律や憲法慣習に見出されるところである。

イギリスでは、議会の承認が「条約の国内実施のための要請であって、条約締結に対する議会の参加ではない」とするマクネアの説がほぼ通説である^(八)。また、判例は「条約の締結は行政行為 an executive act であるが、しかし条約の履行については、それが現存の国内法の変更をともなう場合、立法的行為 a legislative act を必要とするとい

うことは確立した原則である」としている。^(九)もとより一切の条約がこの原則の適用を受けるのではない。^(一〇)ただイギリスでは、一定の条約について、*Act of Parliament* としてなされる議会の同意が要求されるのである。国際慣習法をそのまま英国法 *common law* として認める前述の原則に対して、この原則は、条約の国内法化については議会の承認を要求するものであると解される。

成文憲法典をもつ国において、議会の承認を条約国内法化の要件とする典型的な例は、ベルギーに見出される。一八三一年のベルギー王国憲法第六八条二項は「通商条約、及び国に負担を課し、又はベルギー国民を個人的に拘束すべき条約は、両議院の同意をえなければその効力を有しない」と規定する。「その効力を有しない」とは、学説上の争いはあるにしても少くとも慣行上は、条約が国際法上有効に成立しないという意味でなく、国内法上有効に成立しないという意味に解されている。すなわち議会の承認は、「国王の国際的事項に関する権限を制限するものではなく、ただ条約を国内に合法的に執行するため必要な同意 (*approbation*) だとみなされている」。さらに判例はもう一歩進んで、承認が条約の国内的執行を国王に許容するだけでなく、「条約を法律に変型する」、したがって「条約をベルギーの法律の数に加える」効力をもつとしていることも報告されている。^(一一)

議会の承認が条約に（それが国内法に変型するの可否かは別としても、少くとも）国内的執行力を付与する条件だとされる例は、イギリス、ベルギー型の憲法以外では、かならずしも明白でない。ただ、議会の承認が、後述するような執行府に批准を授権する性質をもつと同時に、その国内的執行力を付与する条件ともなる例は、ワイマール憲法、ボン憲法、スイス憲法などにもみられるところである。^(一二)また、最近の多くの憲法にみられるように、条約の国内での実施が別段他の立法を要しないで行われる旨のいわゆる条約の *self executing* な効力を明文上規定した場合どうなるのか。この場合、*self executing treaties* の範囲および *not self executing treaties* との間の国内法的な効力関

係の問題が、それぞれの国において問題となる。ただ条約の self executory な性質を承認した以上、議会の承認は条約の国際法上の成立要件にのみ関係してくるのではないか。例えばフランスの場合、かなり明らかに認められる(後述)。もつともこの場合、議会の承認と条約の国内的執行が一致したのだとする見解も生ずるであろう。(二三)

以上、主としてイギリス、ベルギー等にみられる慣行は、条約が国内法的効力をもつためには立法機関たる議会の承認を必要とするという意味での承認権である。したがってここでは、条約はそれ自体としては国家を拘束するにすぎず、国民ないし国内裁判所に対する拘束は条約本来のものでないという考え方がかくされている。いずれにせよ、国内的に執行さるべき内容をもつある種の条約は、国内的には一つの立法行為(条約が国内法に変型されるか否かは別としても)なのである。立法権保護ということは、国民主権の原理からも、政府の(条約締結)行為に、国民が直接的に拘束されないということである。

七、「立法的条約」という用語は、国際法的、国内法的二様の意味に用いられているようである。国際法的には、多数間条約であつて、いわゆる国際立法たる意義をもつものを指す。国内法的には、一国の国内立法に関係してくる条約を指す。ここでは、もちろん後者である。しかし、国内的な立法条約といつても、その内容は各国で一致していない。大凡のところ次のようなものが含まれるであろう。(1)個人の権利・義務に直接関係する条約、(2)国内法を変更する条約、(3)国家が財政的負担を受ける条約、(4)領域の割譲を含む条約。しかし、承認を要する条約の範囲を憲法上明記する場合(フランス)、こうした類別は必要でなくなる。

八、McNair, *The Law of Treaties*, p. 13. 経塚作太郎「条約の国内実施および適用をめぐる若干の問題」国際法外交雑誌第五巻一号

九、Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario case, *British Empire, Juridical Committee of Privy Council*. 1937.

一〇、McNair によれば、承認を要する条約の範囲は、(1)英国内で実施および適用されるために裁判所で施行されている法律に変更または追加を要する条約、(2)英国内に適用されるために、国王が以前有していなかった新しい権能を得ることを必要とする条約(3)(4)英国に直接又は継続的な財政的負担を及ぼす条約、である。The law of Treaties pp. 13~22.

一一、芦部信喜「条約の締結と国会の承認権」(現代国際法の課題)四八七～八頁。

一二、例えば、*Lepeschkin v. Upper Court of Zurich and Gosweiler & Co.* に関するスイス連邦裁判所判決(一九二二)は、次の如く述べる。「連那議會における条約の承認は、法的に二つの意味をもつ。一方でそれは、国際法上条約がスイスに拘束力を生ずるに必要な同意を与え連那議會(政府)に批准手続の実行を許可する。他方でそれは、条約の内容に法律の効力を与え、国家機関と市民に対する拘束力を宣言することを意味する」。William G. Rice, *The Position of International Treaties in Swiss Law*, A. J. I. L., October 1952, p. 657.

一三、芦部前掲論文四九一頁参照。

c、承認が批准の授權および条約自体の効力発生要件とみなされる段階

この段階では、国民主権にもとづく立法権保護の要請のほかに、対外作用の民主的統制の政治的要請が付加される。すなわち、秘密条約の廃止、外交の民主化等に見られる対外作用の民主的統制の中でも、そのもっとも重要なものとして、条約の締結に対する国民的統制の要請が強まる。その原因は、国際条約が国家だけでなく、国家と不可分にある国民の直接的利害に関係してくること、このことから派生して、条約は国家を拘束するだけでなく、国民をも拘束せざるをえないことにある。条約は、国際法的な効果をもつだけでなく、それ自体国内法的效果をもつことが必然的に認識される。このようにして、一面では条約締結の民主的統制という政治的要請と、他面で条約が国家の内外で効力を発揮せざるをえないという法律的要請とが加重される。これらの条件の下で、執行府の条約締結権に対する議会の承認権は、条約の国内の実施のための承認(国内立法的意思をもつ)を意味するだけでなく、さらに条約締結そのものへの参与という意義をもつにいたる。この過程でまず、議会の条約承認権は、執行府に対する条約締結の許可である。法的には、それは執行府に対する批准の授權である。条約承認は元首に批准を授權する行為であり、そのことによって条約締結への国民的統制は一そう高められる。次いで、右の結果として、それは国際法上の国家の条約締結

意思形成（後述）への参加という意義をもつにいたる。条約締結のための国家意思形成過程の一部を議会が積極的になうことによつて、条約締結への管督的統制たる機能をも果しうるであらう。^(一四)かくてそれはまた、条約自体の効力発生要件とする法意識にまで高められる。何となれば、承認を欠く条約（違憲条約）は、国家の正当な締結意思なくして締結された条約だからである。以上のことは、現実の憲法規定の中で検証されるであらうか。

フランス一八七五年憲法^(一五)の下で通説は、承認が「条約を……国内法秩序に適用させるという意味をもつ同意 approbation ではなく、条約の批准を元首に授權する autoriser 行為」であると解した。^(一六)第四共和制憲法は、「外交条約にして適法に批准され且つ公表 Publication されたものは、フランス国内法に反する場合でも、法律的効力を有する。その適用を保障するための立法措置は、その批准を確保する立法以外にこれが必要としない」（第二六条）として、一切の条約（承認を要しない条約も含む）の self executory な効力を定めるとともに、国際組織に関する条約、フランス国内法を変更する条約など一定の条約について、「法律によつて批准された後でなければ確定しない」（第二七条）とする批准条項を含んでいた。一切の条約が、承認の有無にかかわらず国内法的効力をもつので、承認は、条約の国内的執行の条件ではない。それはやはり、「大統領に批准を授權する habilitier 行為」である。^(一七)一八一五年オランダ王国憲法は、前述ベルギー憲法の系列に属するが、なお「条約は、国会の承認を得ないうちは、批准されず、かつ、効力を生じない」（第六〇条三項）と規定して、承認を批准ならびに効力発生の本質的な条件としている。^(一八)承認が批准への授權を意味するのか、それとも国内的執行のための条件にすぎないのかということは、これらの国以外において、憲法規定の上からだけでは必らずしも明白でない場合が多い。前述のワイマール憲法、ボン憲法の場合は、明文規定の上からというより、慣行上右の二つの性質をもっていると解されていたにすぎない。しかし、フランス憲法をはじめ最近の多くの憲法のように「正規に批准された条約の国内法秩序における直接的適用の明文をおき、もしくはその

思想に立脚する国においては、条約の承認は、まず条約の批准を元首（政府）に授權する性質をもつ（二九）
論理的に首肯しうるところである。

そこで議会の条約承認行為の有無が条約の効力発生要件であるかということは、各国憲法典の分析からは直ちに決定されない。というのは、条約の効力の問題は、本質的には国際法上の問題だからである。しかし国内憲法の立場から、承認を欠く条約の効力を拒否する法意識をくみとることはできるであろう。アメリカ合衆国憲法は、「大統領は、上院の助言に従い、その承認をえて、条約を締結する権限を有する」（第二条第二節第二項）と規定する。上院が承認を拒否すれば、大統領はその条約を批准できない。しかし、上院の拒否により直ちに条約が成立しないのではなく、大統領がその条約を批准できない旨通告することによって条約に不成立になる。大統領が条約締結権者であることは明文上に明らかである。しかしこのことは解釈上の論理的操作であつて、上院が拒否した以上、大統領は条約を批准できない。したがつて条約は成立しない点にかわりはない。その政治的效果は、議会の承認を条約の締結行為の一環とみることに変りはない。ニールソンは、アメリカのヴェルサイユ条約否認について、次のように指摘する。この否認は「ヨーロッパに大きな効果をもたらすこととなつた。このために講和の取決めは混乱したが、このおかげで、他の諸国では、批准という形式の中に、（外交の）民主的統制の解決のあることを明確に認識したのである（二〇）」。ヴェルサイユ条約締結の否認は、上院の拒否行為が条約を有効に成立せしめないとする法意識に裏付けられていたことは明白であろう。

各国憲法規定や憲法慣習から、議会の条約承認権をして条約締結意思形成の要件（したがつて条約の効力発生要件）だとする原則をひきだすことは、多少の困難をともなう。しかしそれへの歴史的発展の方向を指摘することはできるのである。

一四、本文で述べたことは、論理的な発展として認められるにすぎないのであって、現実には、この論理にしたがってスムーズに発展してきたわけではない。「外交の民主的統制はデモクラシー理論の当然の要請である」(岡義武、「国際政治史」三三一頁)。しかし、内政における議会制度の発展に比較して、外交に対する議会の民主的統制は、いちぢるしく立ちおくられている。少くともヨーロッパでは、その主張なり運動は存在したにしても、制度としては、二十世紀にいたるまで、殆んど見るべきものがなかったといつてよい。ただアメリカ憲法(第二条)、画期的なものであり、その下で上院のヴェルサイユ条約の拒否は、この問題に一つのエポックを与えたものと考えられる(後述)。しかし、ヴィッシェも指摘するように、議会の統制を受けない行政協定 executive agreement の制度を発展させることによって、憲法の条文は条約の形成をほとんど完全に民主化したのに、事實はそれと反する傾向を現出させたことは見逃せない。P. de Visser, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, Recueil des Cours, t. 80, 1950, pp. 536~37.

一五、Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des Pouvoirs publics, § 8. 「共和国大統領は、条約を商議し批准する。大統領は、国家の利益と安全の許すかぎり、すみやかに両院にこれを報告する。講和条約・通商条約・国の財政に負担をもたらす条約・在外フランス人の身分および財産に関する条約は、両院の議決を経た後でなければ確定しない。領土の割譲、交換および取得は、法律によらなければなされない」。

一六、芦部前掲論文四九〇頁。しかし実際には、一八七八年のベルリン条約、一八九三年の露仏同盟条約など、いずれも議会には報告されず、実際には秘密条約であった。

一七、芦部前掲論文、四九〇頁。

一八、P. de Visser, op. cit., p. 101.

一九、芦部前掲論文、四九二頁。

二〇、Harold Nicolson, *Diplomacy*, 2nd ed. 1950, p. 88.

三、違憲手続による条約の効力

国内的手続に反する条約の国際法的効力の問題は、「本来国際法上の問題であり、実定国際法の解釈の問題として取上げらるべき問題」^(一)である。しかし条約が国家間の合意にもとづくものである以上、この問題は、各国の国内憲法

における条約締結手続と無関係ではない。前節でみたように、条約承認権は、単に条約の国内的執行の条件たる性質をもつのではなく、条約締結行為への議会の関与たる性質をもつ。条約の締結はもはや元首＝執行府の専権的行為ではなく、執行府＝政府と議会の共同行為である。かくて条約締結の民主的統制を実現する方向へ発展しつつあることが看取された。このことは、実定国際法の解釈とどう関連するのか。以下その点をみておきたい。

前述のように、条約は国家間の合意にもとづく。ゆえに、この合意の背後には、国家の条約締結意思の存在が前提されていなければならぬ。国家意思が存在しない以上、合意自体が無意味となるであろう。すなわち、合意が成立するためには、個々の国で条約締結意思が有効に成立していなければならぬ。ところで（一定の内容で）条約を締結するか否かは、国家の自由である。この自由がたとえ形式的であつても、この自由を否定する国際法は、明らかに存在しない。^(二) 条約の締結自体が自由であるならば、当然に条約締結意思の形成も自由であり、またそのための手続も国家が自由に定めうる筈である。条約締結のための国家意思を如何にして決定するかは、明らかに国家自身の問題であつて、国際法の関与する問題ではない。各国家は、その国内法（憲法）において、国家の条約締結意思の形成手続（方式）を自由に定めうる。その手続にしたがつて形成された国家意思を基盤にして、はじめて国際的合意が可能であり、条約が成立する。そうでなければ、元来主権国家の存在を前提し、そうした国家相互間の合意にもとづいて妥当しているという近代国際法の基本的性格とも矛盾せざるをえない。何れにせよ、条約締結の国内的手続をその国家意思形成手続だとみるかぎり、国内的手続は、条約成立の必要にして不可欠な要件であるといわなければならない。かくて「……とくに、それ（国家の意思形成方式の自由——引用者）を否定する、国際法規の存在が証明されなければ、国際法は国家に対し条約締結のための国家意思の形成方式一般を委任したとみるべきであつて、条約締結権者が条約締結のため憲法上要求されている手続をふまなかつたならば、条約締結のための国家意思が十分に形成されなかつたもの

として、条約は有効に成立しえない^(三)という主張が可能なのである。国家の条約締結意思形成方式の自由を否定する国際法規については、その存在が証明されないというより、むしろその不存在が論証されることは前述のとおりである。

以上のように、国家の条約締結意思形成方式が原則として国内法の問題であることが承認されるならば、国内憲法における承認権の国際法上の意義は一そう明白となるであろう。国内的承認が条約締結手続への積極的参加という発展の方向を着実にたどるならば、国際法の側からも、この事実を受容しなければならない。国連憲章第一一〇条一項は、「この憲章は署名国によってそれぞれの憲法上の手続に従って批准されなければならない」と規定する。これと同旨の規定は、今日他の多くの条約にもみられるところである。これらの規定は、条約成立要件として国内的手続を要求したものと解される。それは署名された条約の批准義務を課したものではない^(四)。批准という行為は、元来締結権者たる元首が自ら条約に署名することのまれであつた時代に、元首の代理たる全権委員が署名した条約を、元首が事後に確認する行為であつた。だから全権委員の行為が政府の訓令の範囲を逸脱しないかぎり、その署名した条約を、元首は批准しなればならなかつた。しかるに議会の承認権にもとづく条約承認権への民主的統制が発展するにつれて、従来のこうした慣行は意義を失つた^(五)。批准と議会の承認との関係は、現代国際法のもとでは統一的に理解されなければならない。承認を欠く批准は、無効な意思表示であつて、条約を有効に成立させない。かくて、条約締結のための国内的手続は、条約成立のための、充分ではないが必要な要件である。これを欠いては、条約は有効に成立しえない。「元首またはその全権委員が、憲法上の制限をこえて締結した条約は、真の条約 real treaties ではない。なぜなら、全権はその権限を逸脱して条約を締結するからである。」^(六)こうした見解は、現在ではむしろ通説であるといえよう^(七)。

一、田畑茂二郎、前掲論文、二六六頁、

二、周知のように、国際法においては、全権委員など個人に対する強制は、条約を有効に成立させないが、国家そのものに対する強制は、条約を有効に成立させる。このことが国内法において、個人間の契約に強制の認められないのと同じく比較される。しかし、事実上の強制が認められても、法律的には、条約を締結しない自由の存在は否定されないであろう。また、一般に強制による条約が有効だとしても、一方の国の国内的手続に反して強制された条約の効力までを肯定する論拠とはならないだろう。そのうえ国際法で、強制による条約の有効性の認められるのは、戦争が一般的に強制の合法的手段と認められていたからである。しかし、国際連盟規約、戦争放棄に関する条約、国連憲章などによって、一定の戦争が禁止されるようになると、強制の効果を否認することが次第に認められるようになる。L. Oppenheim, *International Law*, 7th ed. by, H. Lauterpacht, 1948, Vol. I, pp. 802-3.

三、田畑前掲論文、二七九—八〇頁。

四、だから、その条約の執行を確保するためにもうけられた規定ではない。しかし、国内的手続を条約の成立要件にすると同時に、国家をして条約義務を履行せしむるため、条約の国内的執行を可能ならしめる規定だと解することを妨げるものではない。Copernicus, L は、国連憲章第一一〇条一項について、「条約の国内的施行は、ある意味で、自動的に批准手続の要素となるであろう。……その結果、諸国家の法において単一の批准手続が同時に条約の締結とその実施に役立っている。また、なお二つの問題（条約の締結とその国内実施）の間に区別を設けている国家の法は、次第にその区別をすてつつある」と指摘する。L'Organization des Nations Unies, I, 1947, p. 109,

五、こうした慣行は、「過去からの反響として、消えずにいるにすぎない」。常設国際司法裁判決集、第二号、五七頁。

六、L. Oppenheim, op. cit. p. 799.

七、第一節、註七参照。See, Oppenheim, op. cit. p. 799. comment 4. なお手続的違憲条約の効力について、学説上、いわゆる「周知の制限」の理論が問題となる。この理論は、実際問題として、ある意味で、より重要性をもつともいえよう。それによれば、憲法上の条約締結手続が、常に明白であるというわけではなく、その解釈が争われる場合も少なくない。特に相手国にとって、憲法規定を常に明確に知りうるとはいえない。そこで、手続的違憲条約が無効だとしても、それは違憲性が明白な（相手国にとっても）場合に限られる。すなわち憲法の規定上、周知の制限に反して締結された場合にだけ、条約の無効性が認められる。そうした制限とは、「国際法の規定に反しないかたちで国家が利用することのできる調査方法によって一般に知られたる制限」（P.

de Vischer, op. cit. pp. 271~2)をいう。だから、憲法上の条約締結手続が「周知の notoire」ものでない場合、たとえ、憲法規定に反して締結されても条約は有効である。この場合、「周知の」程度以上に相手国の憲法を調査し、その違憲性を確めるならば、国際法上内政干渉の問題をひきおこす。これが「周知の制限」の理論である。しかし、何が「周知の」ものであるかに客観的な基準はなく、この問題をもちこむことは、かえって混乱をひきおこすことになりかねないと思う。ただ、この理論を主張する学者は、原則的に手続的違憲条約を無効としながら、例外的に有効な場合のあることを認めるのである。

四、憲法を変更する条約の締結手続とその効力

国内憲法上の手続をへて国家の条約締結意思が正式に決定され、この国家意思を基盤にして、国際法上の合意確定手続が完全に充足されるならば、条約は有効に成立する。この場合、その条約の内容が何であるかということは、問題にならない。したがって、条約が憲法の規定内容と抵触しても、条約は条約として有効に成立している。内容的違憲条約は、国際法上有効である。これが前述したように、今日国際法上確立した原則である。たしかに内容的違憲条約については、学説として積極的な無効論がほとんど存在しない^(一)。もつとも広い意味では国内法優位説は別であるが、これは今日おそろしく流行らない議論である^(二)。また国内裁判所では条約と憲法との抵触問題を、act of state (イギリス) political questions (アメリカ) acte de gouvernement (フランス) として裁判所の管轄権から除外し、問題を回避する傾向にあるので(後述、第五節の註三参照)、判例もあまりない。ただアメリカの判例では、違憲条約を無効とする付随意見はしばしば示されたが、実際に条約が違憲であるとされた例は存在しない^(三)。

さて、右の点からみて、内容的違憲条約の国際法的有效性は全く争えないものであろうか。以下若干の疑問を提出してみたい。

まず、手続的違憲条約も内容的違憲条約も、共に違憲条約であることに変わりはない。しかるに、その国際法的効力

が、前者については否定されるのに、後者については肯定されるという区別を立てることが妥当であるだろうか。區別されなければならないとしたら、更にその理由が積極的に提示される必要があるのではないか。そして積極的理由が発見されないとしたら、區別すること自体が妥当といえないのではないか。「通説が内容的違憲条約の効力を認めつつ、手続的違憲条約の効力を否認するのは、法的に何ら根拠がない^(四)」とする主張は、丁度逆の関係であるが、論理としては首肯されてよいと思う。条約義務不履行の援用を禁止する先の原則を認めるなら、実質的に両者共その不履行の理由に国内法を援用する点にかわりはない。そして今日、手続的違憲条約の効力を否認する説の方が、むしろ通説といえることは前述した。

一、この点で、Chailley, op. cit. は、ほとんど唯一の例外といってよいであろう。彼は、条約の効力が、国際法より、国内法によって決定されるという立場にたつ。

二、国内法優位説としては、国家権力に上位する法としての国際法の存在そのものを否認する説、(G. Burdeau, *Traité de Science Politique*)と、条約の効力の根拠が国家の自己拘束の意思(イエリネク)、または条約締結国の憲法(の条約締結に対する授權規定)にある(ヴェンツェル)として、条約が憲法に優先しないことを主張する説、(G. Jellinek, *Die rechtlich Nature der Staaten verträge*, M. Wenzel, *Juristische Grundprobleme*)がある。後者、特にヴェンツェルの説に従えば、条約＝国際法はその効力において国内法と異なるところがなく、国家の数だけ国際法が存在することとなる。それ自体としては法概念的な理論にすぎないといえよう。渡辺宗太郎「憲法と条約との効力関係」(「統憲法の基本問題」所収)参照。

三、Terlinden v. Ames, 184 U. S. 270 (1901) でチェイス判事は、条約の違憲が非常に明白な場合 a very clear case 無効だとした。その他 *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416 (1920), *Asakura v. Seattle*, 265 U. S. 322 (1924) *Ware v. Hilton*, 1796, U. S. v. Pink, (1952) も同様。また、ブリッカー修正 Bricker Amendment の名で知られる、一九五三～四年の上院における憲法修正案は、憲法に抵触する条約の効力を否認する条項を、現行憲法に加えようとするものであった。その提案者の意図は、「憲法が条約に優先することを明らかにすることであったといわれている。この修正は遂に実現しなかった。ただ、憲法と条約との効力関係についてだけいえば、この修正条項を入れなくても、裁判所は違憲条約の無効は、アメリカでは前述の如く少なからぬ判例が存在するのである。ただ Political questions の理論で、実際に無効を宣言したことがないというにすぎ

ない。久保田きぬ子「ブリッカー修正」国家学会雑誌第六八卷十一・十二号参照。

四、Hendry, *Treaties and Federal Constitution* 1955, p. 148, p. 154.

手続的違憲条約と内容的違憲条約の効力については論理的一貫性がなければならないとしても、後者を前者と同様に無効だと考えることができるであろうか。

国家がいかなる内容で条約を定めるかについて制限はない。国際法的には、いずれかの国の憲法と違うことを定めてはならないという制約は存在しないし、また国内的にも、違憲の条約を締結すべきか否かは、窮極的には政治問題であつて、法律問題ではない。つまり、国家が違憲の条約を締結することは自由である。しかし、その際注意すべきことは、違憲の条約を締結することが、事実上憲法の変更をもたらすということである。もし国家が条約上の義務を免れるために憲法の条項を援用しえないという先の原則を承認するならば、国家は、憲法を破らないかぎり、条約上の義務不履行の国家責任を免かれることはできない。逆にいえば、条約義務を履行するためには、憲法を破るかまたは変更するほかない。この場合、憲法破壊が許されないものとすれば、憲法を変更するほかない。もつともこのことから、前述の常設国際司法裁判決のように、国家の憲法変更義務が生ずるとするのは、論理の飛躍である。憲法を変更するほかないといつても、変更義務が国際法上国家に課せられるというためには、そのこと自体が別に証明されなければならない。その証明は不可能であろう。かくて直ちに変更義務が生じないにしても、違憲条約の締結によつて、事実上憲法の条項の変更が生じてくることは避けられない。ところで、憲法の変更は原則として憲法改正手続による憲法の改正によつてなされる。もつとも各国の憲法秩序は、固定的な成文憲法規定によつてのみ定まるのではない。それは一つの「生ける秩序」である。だから、慣習憲法はもとよりのこと、成文憲法典においても例えば憲法解釈の問題をめぐつて、憲法改正によらない憲法の変遷の認められなければならないこともあろう。しかしこの問題は極め

て厳格に解さるべきであつて、憲法の変遷の理論を違憲条約の問題にまで拡大することは妥当ではない。そうするとこの場合、憲法の変更は憲法の改正によらなければならない。憲法の改正は、憲法制定権力における国家意思の変更、つまり国家の主権的意思の変更である。国家が違憲条約を締結することは自由であるとしても、それが結果的に国家の主権的意思を変更するものならば、このことから直接的に、次の問題が派生する。すなわち、憲法の内容を変更する条約を締結するためには、通常の条約締結手続で足りるのか、それともそれだけでは充分でなく、さらに憲法改正を必要とするのではないか。つまり、憲法改正という主権的意思が正式に成立しなければ、内容的違憲条約は締結さるべきではないのではないかということである。この問題について興味があるのは、第四共和制憲法下で、EDC条約批准をめぐるフランスの公法学者の間に起つた論争である。^(五)

この論争の前提は、EDC条約がフランスの主権を制限し、共和国憲法を変更するか否かということにあつた。論争の口火を切つたパリ大学六人の公法学者^(六)は、多くの点から検証しつつ、「欧州防衛共同体(CED)を創設する条約の主要な規定は、フランスの憲法秩序 *le statut constitutionnel* とともに、一九四六年十月二七日の憲法の多数の規定を変更するものであり、またその意味でそれらはフランス憲法に反するものである」とする。ところでこれらの学者の見解によれば、「憲法の改正をもたらす *porte*、或は含む *implique*、或は前提する *suppose* すべての法律」は、憲法第十一章の憲法改正手続によらなければならない。この点で通常の法律の制定改廃とは異なる。「これらの案件の下で、もし外交上の条約によつて通常の法律を修正するためには、第二七条(条約締結手続を定めた条項、一定の条約について法律 *loi* による批准を要求する)に基いて、共和国大統領に右条約の批准の権限を認める通常の法律 *les lois ordinaires* で充分だとすれば、同様な手段で憲法を変更するためには、その批准の承認に憲法的法律 *les lois constitutionnelles* を必要としないであろうか。修正せられる法律のもつ性質と地位の二重性に対しては、条約による修

正をゆるす法律についても同様なその性質と地位の二重性が、必然的に照応しなくてはならない」。ちなみに、第二七条は法律による批准を要求するけれども、その法律が *les lois ordinaires* であるべきか *les lois constitutionnelles* であるべきかについて定めていない。したがって、それを *les lois ordinaires* と読まなければならない根拠はないのである。このように EDC 条約はフランス憲法の条項を変更するが、それを「正規に採択することを許す手続」は存在する。この手続は、「憲法自身がその本来の修正のために予定している手続、すなわち憲法改正の手続」である。憲法制定権力のみが、憲法を改正し、またその改正を認めることができる。「パリ条約の批准が正規に有効なものであるためには、憲法的法律によって、それが承認されなくてはならない。その他の方法でこの条約の採択を主張することは、憲法違反となる^(七)」。以上が超憲法的条約の批准に憲法の改正を要求する主張の概要である。この主張に反対する学者は、まず EDC 条約が特殊な場合でないことを指摘する。近年多くの条約が、多かれ少なかれ国内憲法を変更し、特に国家主権を制限する内容を含んでいる。国際連盟規約しかり、国連憲章しかり、NATO 条約しかりである。^(九)ところで、フランス憲法は、「これらすべての条約に対して一つの批准手続を用意している。それは共和国大統領の手にある」。ある場合大統領は批准を行うために、承認を得なくてはならないが、この承認を与える法律は通常 *la loi ordinaire* 以外のものではない。つまり憲法的法律を必要としない。次に、「条約はそれ自体として法的効力をもっている。その規範は条約が支配する国際社会の個人に直接に適用される。条約はそれと矛盾するすべてのものを自動的に排除 *abroge* し、国内法秩序に受容される *introduit* 必要はない」と主張する。この見解が一般的な国際法優位説に基礎されていることはいうまでもない。また憲法第二六条、二八条が、国際法優位を定めたか否かは別としても、条約に *self-executory* な効力を認めた点は前述のとおりであって、この見解とも一致する。しかしこの論争には、奇妙なくいちがいがあるように思われる。この論争の紹介者の一人である高野教授は、「ここにまさに条約の締結手

続と条約の国内的効力というものが、ダイレクトに対決して論ぜられている」と指摘される。果してそうであろうか。

違憲条約の承認に憲法改正の必要性を認めない一群の学者が、国際法優位の立場に立つことは前述した。「条約の違憲性」というような観念はおよそ考えられないものである」(Georges Scelle)、「国際法の国内法に対する優位は争われざる原理である」(Louis Delbez)。だから、条約は「……それと矛盾するすべての国内的規定を、それが憲法的規定であつても自動的に排除する。しかもいかなる方法にせよ条文を一致させる必要はない」。ここで論ぜられていることは、確かに条約の国内的効力である。条約が一たん有効に成立したならば、それに矛盾する国内法にかわつて、自動的に国内的に執行される。これはフランス憲法の明文上からも正当である。また条約が「国内法に受容される必要はない」という主張も首肯される。しかしこれはあくまで条約成立後の問題である。批准に憲法改正を要求する一連の学者は、そのことを論じているのだろうか。むしろ、憲法改正手続をへなければ、違憲条約は国際法上も有効に成的しないということをいつていのではないか。このことは主張の中に明言されてはいない。しかし次の諸点に注意する必要がある。まずE D C条約は、次のような批准条項を含んでいた。「各加盟国の憲法上の規定にしたがつて、この条約は批准され且つその規定は実施される」(二三一条)、また将来の修正に関しては、「全加盟国がそれぞれ憲法上の規定にしたがつて批准を行つた後に実施せられる」(二六条)。これらの学者は、この条項による批准を確保するためには、フランス憲法上いかなる手続が必要かということを論じているのである。だから、批准に必要な憲法上の手続要件を、国際法上条約の成立要件とみていると推定するに充分な根拠があるといえよう。次に、第四共和制憲法の解釈として、条約の批准に必要な議会の承認が、条約の国内的執行の要件ではなく、条約の効力発生要件とすべきことは既にみた(第二節)。だから、その承認の形式が何であるべきかは、条約成立以前の問題である。条約が成立した以上、承認の有無にかかわりなく(フランス憲法上承認を要する条約と要しない条約の区別がある)国内法的効

力をもつ(第二六、二八条、この点反対派の説に異論はない)。だから、成立した条約の国内法的効力の問題と条約締結手続の問題とは別個のものである。憲法改正要求派は後者を問題としているのに対して、反対派は前者を問題としている。反対派は、条約が成立した以上、たとえ違憲の条約であってもフランスとフランス国民をそのまま拘束するという。このことから逆に推論して、条約を成立させるために、通常法律で充分だと主張する。それに対して憲法改正要求派は、そもそも違憲の条約を成立させるためには憲法改正手続による批准が必要だというのである。成立した条約がフランス国民を拘束しないといっているのではない。

以上EDC論争について、私なりの問題点を提出してみた。EDC条約は、結局国民議会の討議打切りでほうむられたが、この論争は、憲法と条約の関係について、かなり複雑な問題を提示している。手元の資料がないので不明であるが、第五共和制憲法が、次の規定をもうけたことは、結果的にはこの論争が何程か影響し、その中心問題がある程度実定的に解決したものといえよう。その第五四条によれば、「……国際的なとりきめが憲法に反する条項を含むと憲法議会が宣言した場合、その批准または承認は、憲法を改正したあとでなければ許されない」。ここでは、少なくとも、憲法を変更する条約を締結するためには通常の条約締結手続のほかに、憲法を改正する手続が要求されている。このことはさらに、一般的に認められるであろうか。もちろんフランスの一例だけから一般的な原則をひき出すことは危険である。しかし論理的な問題として、ある種の結論をひき出すことは可能であろう。

すでに述べたように、当事国の条約締結意思がキズなく形成せられ、その意思にもとづいて、国際的合意が成立した場合に、条約は効力を生ずる。その意味では、内容上の違憲は問題とならないかのようである。しかし、その内容が憲法に抵触するような条約が締結されるためには、憲法をその条約の内容に合致するように変更する国家意思が正式に成立していなければならぬ。この国家意思の決定は、正規の憲法改正手続による憲法の改正によってのみないう

る。かくて、憲法が改正されないかぎり、違憲条約が締結されてはならない。憲法改正は、内容的違憲条約を締結するため、必要にして不可欠な国家意思形成手続である。かくてそれはまた条約締結手続でもある。もとよりこの論理は、一般的に承認されてはいない。また憲法改正手続そのものないイギリスでは、この論理は通用しえない。しかし、成文憲法典において厳格な改正手続を定める日本国憲法のような場合、条約締結手続をもって実質上の憲法改正をもたらすおそれのある時、締結権者たる内閣は、条約締結について慎重であるべきはもちろんのこと、その手続においても一そう厳格な手続が課せらるべきではないか。国民主権の法律的原理ならびに外交の民主的統制の要請からも、認めらるべきである。立法論的には、違憲条約の締結手続を明文上規定することが望ましい。しかし、フランス憲法のような明文規定を欠く場合にも、右の法理を認めてよいのではないか。少くとも、この法理の入りこむ余地はあると思う。もつともそのためには、条約締結行為（通常は批准）の完了前に、条約の違憲性を審査し、決定することが必要である。裁判所の違憲審査制度のないフランス（条約の違憲性決定権は憲法議会にある）と異って、日本国憲法の場合、最高裁判所は、憲法の擁護者として、憲法の有権的解釈権ならびに違憲性の実体的審査権を有していると解されるであろう。^(一一)ただ、条約に対する違憲性の実体的解釈権を国家のどの機関が有し、かつその内容が如何なるものであるかという問題と、違憲であると決定された条約の締結手続の問題とは、それ自体としては別個の問題である。実際問題としては、後者は前者を前提するが、条約締結手続の問題だけを、論理的に切り離して扱うことは許されるであろう。

違憲条約の締結について、右の点が承認されるなら、その効力についても、一つの論理的な結論を導くことが可能となる。内容的違憲条約は、その実質において手続的違憲条約とかわるところがない。両者とも条約の締結手続の問題である。それは結局手続的違憲条約に帰着される。手続的違憲条約が無効であるならば、同じ理由で内容的違憲条

約も無効である。すなわち、憲法改正手続による国家の主権的意思の変更が決定されないかぎり、その内容が憲法の条項に抵触する条約を締結するための国家意思が十分に形成されないのであって、条約は有効に成立しないというべきである。

五、この論争は、*Le Monde* 紙上において行われた。論争の内容については、野村敬造「欧州防衛共同体条約批准と違憲性」ジュリスト、六九号、高野雄一「超憲法的条約をめぐるフランス公法学者の論争」国家学会雑誌第六八巻・九・十号を参照にした。以下引用についてことわらないかぎり主として高野教授の訳にしたがった。

六、その氏名は次のとおりである。Suzanne Bastid, Georges Burdeau, René Capitant, Charles Eisenmann, Pierre Lampue, Marcel Sibert,

七、さらに彼らは、他の署名国もまたこの原理にしたがい、同様に課せられたこの問題を解決したことを指摘して、その結論の正当性を主張する。

八、その氏名は、Georges Scelle, Louis Delbez, André Philip である。

九、最近の条約が現実に憲法を変更しているかという問題は、本稿に直接関係はないので議論は避ける。しかし条約の内容が憲法を変更するということ、主権を制限するということは別の問題であろう。条約が主権を制限する場合があっても、それが直ちに憲法を変更することにはならない。主権の制限は、国際協調の進んだ最近の国際組織においては、ひろくみられる現象である。国家主権は、常に唯一、最高、絶対のものではない。特に第四憲法のように主権の制限を憲法自身認めている場合（前文）そうである。だからといって違憲条約の締結が自由だということではないだろう。

一〇、高野雄一、「憲法と条約」国家学会雑誌第七一卷十二号。

一一、日本国憲法第八一条の解釈については、学説の分れるところである。私は、最高裁判所が具体的事件をとおして個別的審査権だけしかもたないとする説には賛成しがたい。この意味での審査権は、裁判の属性であり、下級裁判所ももっている。また違憲審査制度の沿革からいっても、それは一般的審査権を意味するのではないか。最高裁判所は第八一条によって、憲法裁判所たる権限を与えられているものと考ええる。また、条約に対しても実体的審査権をもつと考える。これらの点については、もちろん別に論じなければならない。

五、違憲条約を無効とすることの国際法的意味

以上私は、条約の効力に関して通説に対する疑問を提してきた。最後に、この疑問が現代国際法秩序においていかなる意味をもつかという点にふれておきたい。

技術的な側面からみると、問題は条約ならびに憲法の解釈に関連してくる。憲法改正の手續をとってからでなければ締結できないとしても、このことからダイレクトに違憲条約の効力を否認することは、論理的には兎に角として、實際上可能なのか。何となれば、現実には条約の違憲性が争われるのは、明らかに牴触する場合ではなく、むしろ両者の解釈に疑義がある場合だからである。結局それは、憲法または条約の解釈問題に帰着することとなる。この場合、条約締結権者がある条約を違憲と知りつつ締結することはありえないと考えるべきである。なぜなら、締結権者自身当然に憲法に拘束されているからである。したがって、それが締結されたことは、条約と憲法との間に牴触のないことが有権的に決定されていることを意味する。特に条約締結に国内的承認の制度のある場合、国家の承認によつて条約の違憲性は否定されたと推定されるであらう。^(一)これは単なる推定にすぎない。しかし、この推定がたとえ法的事実に反するものであつても、条約と憲法との関係で解釈が争われている場合、裁判所をも含めて各級の国家機関は、かかる推定に拘束されるという議論の成立する余地はある。だから、締結前に、ある条約を違憲だと主張してその締結に憲法改正を要求することは意味があるが、締結後については、条約の違憲性は問題とならない。締結後は、右の推定の下に憲法と条約とを一体的に解釈するほかない。これは、条約解釈の法則 *rule of contraction* といわれているものである。「議会の法律は、他の解釈が許されるかぎり、国際法に違反するものと解釈されてはならない」(Marschall^(二))。この法則は、右の推定を承認するかぎり、議会の法律だけでなく憲法にも適用される。この原則が承認され

れば、たとえ裁判所に条約の解释权や違憲審査権があると主張されたとしても、事実上ないに等しいこととなる。またこの原則は、*political questions* の理論の根拠の一つともなるが、^(三)この両者が組み合わされると、實際上、条約の違憲性の問題は裁判所の管轄から外され、違憲条約の有効性を認めなければならなくなる。だから、条約の違憲性、したがって違憲条約の効力の問題は、理論上の興味の問題にすぎないとされる。^(四)果してそうであるか。

もつともこの問題に入る前に、次の点に注意する必要がある。内容的違憲条約が有効であるといつても、それは条約の国際法上の効力についていっているのであつて、必らずしも条約の国内法的効力の問題ではない。条約の国内法的効力に目を向けるならば、違憲条約についてそれを否認する学説は少くない。^(五)私は、条約の国内法的効力の問題を、その国際法的効力の問題と切り離して別個に取り扱うことが妥当かどうか疑問をもつ。^(六)しかし、一応違憲の条約が国内法的には無効だとするならば、国家は条約内容を国内的に執行することも、また条約義務を履行するために国内法律を制定することもできない。このため相手国に対して条約義務を事実上履行できないから、実質的に条約違反を構成する。条約に国際法的・国内法的な効力の分離を認める以上、当然の結果であるといえよう。^(七)しかしこの場合であつても、解決の方法がないというわけではない。国家が条約義務を履行しない場合、相手国はその条約を一方的に破棄しうる。これは国際法上債務不履行に対して一般に認められた救済手段である。しかもそれは、条約の国際法上の有効性を前提にしているのである。では逆に、国際法上の有効性そのものは否認できないことであるのか。理論上違憲条約の国際法上の無効は主張しえても、実際上は前述の解釈の問題から、それは主張できないことであるのか。

一、周知のように第二砂川事件に関する最高裁判決は、暗にこの論理を援用している。日米安保条約は、「その成立に当っては、時の内閣は憲法の条項に基き、米国と数次に亘る交渉の末、わが国の重大政策として適式に締結し、その後、それが憲法に適合するか否かの討議をも含めて衆参両議院において慎重に審議せられた上、適法妥当なものとして国会の承認を経たものである」とも公知の事実である。」昭和三四年二月一六日、最高裁大法院判決、(あ)第七一〇号。

11¹ Murry c. Schooner Charming Betsy (1804), 2 Cranch 64, 118, 21. Ed. 208; Talbot c. Seeman, 1 Cranch 1, 21. Ed. 15.

三、周知のように、political questions の理論は、アメリカにおいて、「国際関係についての政治的部門（立法部と行政部）の決定をば裁判所で問題とすることが許されないことから発生した」といわれている（高柳賢三「司法権の優位」二〇二頁）。「わが政府の外交関係の処理は、連邦憲法上行政府と立法府すなわち政治部門にまかせられる。この政治的な権能の行使の妥当であるかどうかは、司法的審査または判決の客体とはならぬ」（Clarke, J. in Oetjen v. Central Leather Co, 1917.）国際関係以外の面では、何が political questions であるかに確立された基準はない。しかし、条約に関する問題がこれに属し、裁判所の審査から外されることは確立している。そして本文で述べたように、条約の解釈は、「大統領と上院（政治部門）の決定すべき問題」として、その解釈に従ってきているのである。だから前述（第四節）のように、裁判所は結果的にも条約の実体的審査を回避するわけである。なおイギリスにおける act of state（裁判所は、ある行為が act of state であるか否かの決定権だけをもち、それが act of state だと決定されれば、それについて行政府の解釈にしたがう）や、フランスの act de gouvernement の理論も、本質的に同じであるといえよう。

四、栗山茂「憲法における条約の地位」ジュリスト一九五九・十一・一、一八九号。

五、例えば、田畑茂二郎「国際法」I（法律学全集55）一四五頁、清宮四郎「憲法」I（法律学全集3）三五七頁以下、鈴木安蔵「憲法」（新法律学全集）一〇一頁、鵜飼信成「憲法」岩波全書、二〇八頁など。

六、この場合、そもそも条約の国内法的効力とは何かという問題がある。条約はそれ自体として国内法的効力をもつのか、それとも国内法に変型されるのか。前者の場合、さらに、国際法的効力と別個に国内法的効力が存在するのか。私は、少くともこの見解は妥当でないと思う。条約の国際法的効力を離れて別個に国内法的効力が存在するわけではない。国際法的効力が、条約本来の機能にもとづく不可欠の要素であるなら、国内法的効力は、その不可分な構成分部である。有効に成立した条約は、国家を拘束する。だからその国民をも拘束する。このことは、「国家とその市民の分離は許しがたい」という認識に裏付けられている。アンシャン・レジームと異って、この分離の存在しないのが、少くとも近代市民国家の姿であろう。なお、B. Mirkin-Guetzevitch, Droit Constitutionnel International. 宮沢・小田訳「国際憲法」八九頁以下参照。また「国家がひきうけた権利義務は、実は国家を構成する国民の権民義務にすぎない」Westlake, Chapters on the principles of International Law, 1894. p. 74. 七、次の判例は、条約の二つの効力の分離が事実上困難なことを示すものといえよう。「もし裁判所が条約の明白な条件を無効かつ実施不能と宣言する権能を有するならば、国家をしてその約束した言葉の違反を教唆し、相手国に戦争の原因 Causus belli

を与えるのではないかが疑問である」。United State V. Reid. Circuit Court of Appeals, 1934.

条約締結にあつて、国際法上の手続要件を満たせば、国際的合意そのものは成立する。違憲条約とは、この合意の前段階として要求される国内的手続を満たしていない条約である。その点手続的違憲と内容的違憲との間に相異なることは既に述べた。ところで、条約締結後、一方の国（の憲法裁判所）が条約の違憲性を決定した場合、やはりさかのぼつて国際的合意の前提として必要な手続（国内的手続）にキズがあつたと解されなければならぬ。締結手続上のキズが発見された場合、理論上その条約は無効である。ただ一たん締結された条約を無条件に無効にすることは、国際法秩序の面から、實際上の困難が避けられない。しかし、少くとも、条約が違憲である理由ならびにそうした条約締結に必要な国内手続を欠いていた理由を相手国に証明し、その廃止を求めることは、当然に必要なといえよう。違憲条約を締結した政府は、そうすることが、国民に対しても義務であるといえはしないか。また相手国がこれに應じない場合、違憲条約を無効なものとして、その一方的破棄も考えられる。また相手国としても、一国において違憲と決定された条約に対して、ひき続いてその遵守を強要することは許されないであろう。^(八)このことは一見「条約義務を免れるために国内法の条項を援用することはできない」という原則に衝突するようである。この原則は、一切の場合に例外なく適用さるべきであるという程強い合理的な理由があるだろうか。

第一に、この原則の背後には、国内法の条項を条約義務不履行の理由として認めれば、国際法秩序そのものが破壊されるという見解がひそめられて^(九)いる。しかし、近代国際法そのものが、主権国家の併存という事実を離れて存在しない。国際法は、国家をこえた超越的権力によつて国家に課せられたものではなく、複数の国家権力を媒介として成立する「分権化された法」である。国際法秩序は国家主権を無視しえない。この面を無視して、国際的合意という側面からだけで、違憲条約の有効性が避けがたいことであると論証しえるかどうかは疑問である。換言すれば、国際法

秩序が国際法の右のような性質に基礎されている以上、憲法を頂点とする国家の主権的秩序を常に破りうるかどうかは、やはり問題とされなければならない。この点は、現代国際法秩序の構造の問題として基本的に論じなければならない。

第二に、違憲の国際条約の成立する可能性は、現実には確かに存在する。だからこそ、憲法と条約との矛盾を解釈上の操作によって解決しようとする前述の条約解釈の法則ないし、またこの問題を回避するための *political questions* の理論の生ずる余地があるのである。特に、個人間の契約と異って、国際法上条約には、強制による条約が認められている。それは往々にして不平等条約として現われるであろう。また不平等条約が、一方の国の憲法の条項と両立しない形で強制されることも十分に予想される。こうして違憲の条約や不平等条約が、国際法上有効に成立している場合も決して少なくない。しかし、こうしたことが国際法上何の疑念もないといえるだろうか。むしろ現実には、特に不平等条約について、その一方的破棄は、しばしば行われている。第二次大戦後、一九五一年のイラン石油国有化宣言、英・エジプト条約破棄、一九五六年のエジプトのスエズ運河国有化宣言など、その典型的な事例である。これらは必ずしも、条約の違憲性が直接に問題となった事例ではない。しかし、国内的事情にもとづく条約の一方的破棄であったことは明らかである。だから、一方的破棄が国際法秩序を破壊するという主張は、相互の主権と憲法の条項を尊重して締結された対等の条約についてのみいえるのではないか。少くとも法意識の側面からみるならば、一国の憲法の条項に反する条約を無条件に維持しなければならないということは納得しがたいところである。かりに違憲条約の一方的破棄が国際法秩序を不安定にするとしても、一国の主権を無視し、憲法に反する条約の締結を強要し、その維持を強制することは、それ以上に国際法秩序を破ることになりはしないか。特に、国際関係の緊密度が薄く、各国の憲法の発展がばらばらであった時代と異って、今日では、憲法の国際化の傾向として指摘されているように、

各国憲法の中に共通の原則ないし思想にもとづく規定がふえてきている（その事例は特に戦争に関する規定に見出される）。そうであればある程、条約締結における憲法の尊重が一そう必要とされるのではないか。この問題は独立した重要なテーマであるので、別に論ぜられる必要があるだろう。それは別としても、国民の主権と利益を無視し、憲法に反して締結された条約を無効とする法意識は、現代国際法学の領域において、重要な研究テーマとなるであろう。

八、入江啓四郎「国際法の視野より」ジュリスト、一九六〇、一、「砂川事件上告審判決特集」号。ここで入江教授は、違憲条約が国内的に無効であつて、対内的にもこれを実施しえず、これを維持できないという見地から、本文で述べたようなことを指摘される。しかし、この問題は、本来的に国際法上の無効性から構成さるべきであると思う。

九、例えば、田畑茂二郎前掲論文、「もし、合意をとげた条約の効力が、合意の内容となっていない当事国の一方的な国内事情によつて左右せられるということになれば、国際合意を前提して条約の内容が決定されるという（近代国際法の）一般的な建前そのものが崩れてしまう」。

一〇、B. Mirkine-Guetzevitch, des nouvelles tendances du droit constitutionnel, 1931. pp. 48 ff.

付記、本稿は、前稿「違憲条約の効力にかんする覚書」（「三重法経」第九号）および、憲法・政治学研究会における報告を基礎にして手を加えたものである。特に前稿では、執筆中丁度伊勢湾台風におそわれたため、必要な論証を一切はぶいて、骨子だけを述べた。それをおぎなう意味も含まれていることをことわっておきたい。