

Title	法源としての條約
Sub Title	
Author	前原, 光雄(Maehara, Mitsuo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1935
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.14, No.3 (1935. 11) ,p.175- 206
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19351108-0175

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法源としての條約

前原光雄

- 一、はしがき
- 二、條約國數と法源性
- 三、所謂「立法條約」
- 四、反對説
- 五、結論

一、はしがき

こゝで條約と云ふのは、所謂廣義に於ける條約の意味であつて、協約 (convention)、協定 (agreement)、議定書 (protocole)、宣言 (declaration)、取極め (arrangement)、規約 (pact)、等等種々の名稱で稱ばれるものを一括して、苟くも國家間の約束であるならば、總てこれを條約の中に含ませる。又法源と云ふ言葉も實質的な意義には解せず、従つて、國際法を認識すべき材料とが、或は法

法源としての條約

(570)

の效力を有つ淵源とかいふ様な意味の法源ではなく、形式的意義に於ける法源、即ち、法の存在形式、換言すれば、國際法は如何なる形式の法によつて構成せられてゐるかといふ意味に於ける法源であることを斷つて置かねばならない。

次に、條約は國際法の法源を成すと同時に、國內法の法源を成すか否かについても賛否の説が駁れてゐるが、本稿では、條約の國內法の法源を成すか否かの點については一切觸れない。要するに國際法の法源としての條約について論ずるに止まる。

法源の意義を形式的に解釋するときは、條約が、或は或種の條約が國際法の法源を成すことについては大體に於て學說の一致するところであつて、ウェストレークの様には、慣習と理性 (custom and reason) を並べて法源と解し、而も、彼の謂ふ慣習とは、人間の習慣性といふ様な人間の内在的性質を指すのではなくして、該社會に於て強行せられる行爲としての慣習を意味し、これと並んで人間の理性を法源とし、條約を法源より全然除外する見解は極めて稀である (i)。

條約が形式的法源を成すことに關しては、既述の様に、學說の略々一致するところであるが、條約の總てが法源を成すか、或は條約中の或種のもののみが法源を成すに止るかに關しては學說は極めて紛糾してゐる。本稿はこれ等の諸説の當否を研討することを主なる目的とする。

二、締約國數と法源性

條約の法源性をその條約の締約國數、即ちその條約の行はるべき範圍に懸らしめる學説がある。この様な見解は、その根本に於て、國際法の觀方、即ち國際法とは如何なる法であるかに關するものである。この説を採る者には、締約國の數が、或條約が法源を成すや否やについて決定的な役割を演ずることになる。先づフ・シーユの所説を紹介すれば、條約を一般的或は集團的條約 (*traités généraux ou collectifs*) と特別的條約 (*traités spéciaux*) とに分ち、特別的條約といふのは限られた一定數の國家間に締結せられた條約で、この特別條約それ自身は法規を創造するものではない。これに屬するものとしては國境確定條約、關稅同盟條約等の如きものである。尤もこの様な特別的條約でも、文明國間に同様な規定を有つ別個な多數の特別條約が成立するとき、即ち例へば、國際團體に屬する殆んど總ての國家間に同様な内容を有つ二國條約が成立したときは、それは元來特別條約であることに變りはないが、この場合には、この特別條約の内容は法規としての價值を有つといふのである。例へば逃亡犯罪人引渡し條約、領事の特權に關する條約等は之に屬する(2)。

フ・シーユは、一般的或は集團的條約の成立に要する締約國の數については明記してないが、

彼が一般的條約の例として擧げるところのものは、一八九九年及び一九〇七年のヘーグ條約、萬國郵便聯合條約、等々であるから、國際團體に屬する總ての國を網羅する條約であることを要しないことは知り得る。又實際上に於ては、國際團體に屬する總ての國家を締約國とする様な條約は存在しない。そこで、彼の意見を要約すると、多數國間の條約のみが國際法規を定立する」といふことになる。この場合は、その多數國間の條約によつて協定せられる内容如何を問はない。フォッシュは「一般的條約の目的には二種あり、其一は國家の行爲を規律するものであり、其二は、文明國の總てに存在する一定の公役 (service public) を規律し、單純化し、統一化することを目的とするものであることを認めてゐるが、彼は、特別的條約の法的性質を否定するのみであつて、一般的條約についてはそれ等の目的の相違は指摘するが、法源的性質を一方の條約について否定してはゐない。従つて、ヘーグ平和會議に於て成立した條約が國際法であると同様に、第二種の條約として擧げるところの萬國郵便聯合條約、國際無線電信條約等も均しく國際法であると解しなければならぬ。

このフォッシュの見解と同工異曲と觀るべきものにフエンウイック、イーグルトン、ル・フェール等がある。フエンウイックでは、條約が國際法源である爲には、諸國家が一體となつて採用したものである (adapted by the nations as a body) のみである。二國間の條約は、締約國間には法であるが、

他國に對しては明かに何等の義務をも創造し得なす。この種の條約は「特殊的國際法 particular international law」と稱ぶのが適當である。この種の條約は、恰も國內法に於て個人間に於ける私的な契約の如きものに過ぎない。然し、この種の條約でも、世界の總ての國が二國づゝ一國となつて同様な兩邊的協定を爲す場合には、事實上に於ては、國際法の法源と同價値を有つと云ふ(5)。イーグルトンも大體に於てフ・シウイックと同様な見解である(6)。たゞこの兩者は、フオーシーユを異り、フ・シウイックに於ては law-making treaty、イーグルトンに於ては legislative treaty なる名稱を用ひてゐるが、先づフ・シウイックは、law-making treaty の説明として、たとへば一八五六年のハリ宣言の如くに、最初は少數の國家團體間に、彼等の重要な利益を規律する爲に條約を締結し、そしてこれを他國の自由なる加盟に開放し、其後他の諸國が加盟することによつて、大多數の國家を包含する條約となるに至つた場合には、この條約は眞に國際法の淵源に成る、と説いてゐる。これによつて觀れば、後述するところの立法條約 (law-making treaty, traité-loi, Rechtsetzende Verträge, Vereinbarung) と然らざる條約とを區別して、立法條約のみを法源と觀る學說とも異り、たとへ立法條約たゞとも、締約國の數が少ない場合には法源とはならないことを明瞭に表したものであつて、この點は注目に價する所說である。ル・フーールの如きも同說である。

(876)

イーグルトンが *Legislative treaties* について述べるところもフニウツクと類似してゐる。彼に
 まれば、法規を設定する目的を以て締結せられた條約であつて、大多數の國家の調印したものは、
 實際上は——理論上はさうでないが——國際法の淵源と認め得ると述べてゐる(875)。

以上述べた様な諸家は、國際法は國際團體に屬する全部の國家、或は大多數の國家に共通に適用
 せられる法規のみであるといふ前提から出發したものでなければならぬ。フニウツクの如きは、
 彼の國際法の定義中に於てこの點を明瞭に傳へてゐる。即ち「國際法とは、一般國際團體が、彼等
 の權利及び權利の保護即ち權利侵害が賠償せらるべき手續方法を定めたる法規の一體であつて、一
 般國際團體によつて認められたものである」(876)としてゐる。然し、イーグルトンやフォーシーユ
 の定義中には、この意味は表はれてはゐない(877)。この兩者は多少用語の相違はあるが、國家間の關
 係を規律する法規を以て國際法とすることは一致してゐる。而も國家間の關係を規律する法規も、
 國際團體に屬する總ての國家或は大多數の國家を規律するものでなければならぬとする故に、少
 なくとも大多數の國家を規律するといふ性質は國際法の本質的要素であるからして、これ等の兩氏
 の定義は、多數といふ數が不定である限り、論理的に不明確であるとの非難は免れないであらう。
 又これ等の定義には、國家間の關係を規律する法規が國際法である旨のみを述べてゐるが、矢張りフ

ミフイクの様に、大多数の國家を規律するといふ言葉を入れた方が定義としては正しい。

以上指摘する様な論理上の缺陷は、直接本稿の推敲すべき目的には屬しないので、これ等の點は暫らく措き、上述の諸説が何れも締約國の數を以て特定の條約が國際法の淵源を成すや否やを決定すべき基準を成してゐることは明瞭な事實であり、又この説についても相當の證據を有つことは明かである。何となれば、**第一に**、條約中で多數の國家を拘束するものは、少數の國家を拘束するものよりも、條約として、國際生活の基準として、重要な役割を有つものであること、**第二に**、法はその行はれる社會の總ての主體に對して一律に適用せられるのが國內法の原則であつて、この事實からして、法は一般性を有つことが法の一特色として一般に思考せられ、その結果、法たる國際法も、苟くも法たる以上は、國際社會の構成員に對して一般的に適用せられるものでなければならぬこと、がそれである。然し、この考へ方に對しては、次の様な異論を挿む餘地がある。即ち、同一の内容を有つ條約ならば、少數國を拘束するものよりも多數國を拘束する條約が、國際生活の基準として重要であるが（この場合には國家の大小・強弱を度外視して）條約の内容を異にする二個の條約を比較する場合には、締約國の數の多少と重要性とは必ずしも正比例しない。又法規の一般性は望ましいことであるが、國際團體としての**一般的立法機關を缺く**現在では、成文的な立法は各國

(77)

間の合意による外はない。而も實際上に於ては、世界の全國家を網羅する様な條約は皆無である。この事實より觀れば、國際條約に關して、國內法に於ける様な一般性を求めることは、少なくとも事實上不能の事柄であるのみならず、國際法規定立の特殊性を無視するものである。そこで、一般性を主張する論者は、一步を譲り、大多數の國家を拘束するもので足りるとするのである。然し、この大多數といふ言葉は甚だ曖昧な表現であると云はねばならない。國際團體に屬する國家を假りに六十ヶ國とし、大多數とは幾國を意味するか。この大多數本身や否やは、或る條約が國際法の法源を成すや否やを決定すべき重要な基準である。而も、この基準が不明確であるとするとすれば、この學説は致命的な缺點を有つものとの非難を免れな(8)。

(c) Fauchille, *Traité de droit international*, T. I. p. 45-46. Amédée Bonde, *Traité élémentaire de D. I. P.* 1926, p. 12
 ノーランドと全く同一の見解である。

(e) Fenwick, *International law*, 1924, p. 63-64. Le Fur, *Precis de droit international public*, 1931, p. 190.

(*) Bagleton, *International Government*, 1932, p. 43-44.

(e) Bagleton, *op. cit.* p. 44.

(e) Fenwick, *op. cit.* p. 34.

(77) ノーランドは「國際法とは、國家間の法律關係を取扱ふ法である」(前掲、四一—四二頁)といひ、ノーランドが「國際法とは、國家の相互關係に於て、その權利義務を定める規定の全體である」(前掲、四頁)と定義してゐる。

(8) フレニウィックが二國間の條約を指して、particular international lawであると云ひながら、——これは恐らくオッセンハイムの用語によつたものと思はれる——多數國が一體となつて締結した條約のみが國際法であると観るのは理解し難い。彼の nations as a body という言葉も具體的には把握することが困難な表現である。

三、所謂「立法條約」

締約國の數を標準として條約の法源性を決定せんとする學說の外に、條約の内容・性質等に基いて法源を成す條約と然らざるものとを區別せんとする學說は、一般に極めて汎く行はれてゐる。殊にドイツに於ては、この説が歴史的な勢力を有つてゐる。ドイツでは、從來、國家間の約束は一般に條約 (Vertrag) なる語を以て表示せられてゐて、條約の中にその性質を異にする二種のものがあることは、一八七七年のベルクボーム (Bergbohm) の著 Staatsverträge und Gesetz als Quellen des Völkerrecht 及びイェリネック (Jellinek) の一八八〇年の著 Die rechtliche Natur der Staatsverträge によつて指摘せられたのによるのであるとせられる。其後一八九九年に出版せられたトットペルの名著 Völkerrecht und Landesrecht が最も明確に條約に二種の區別を立て、これに影響せられて英米其他の多數の學者がこの説を採り、ドイツに於ては殆んど全く他説を掃蕩して通説化せられるに至つたものである。條約中に二種の區別があるとは、通常立法條約 (traités-lois, Rechtsetzende

(578)
 Verträge, Vereinbarung, declaratory treaties, law-making treaties, と稱ばれるところの「國際法を定立する條約」の、他の條約 (Vertrag, traités-contracts, non-declaratory treaties) とである。前者は内容と同じくする當事者の意思の合同であり、後者は内容を異にする當事者の意思の合致である(9)。この説は外國に導入せられて後に、外國殊に英米の學者間には、この考へ方を基礎として多少の加工を試みてゐることが見受けられる。従つて、英米の學者のこの點に關する見解と、ドイツ學者のそれとは根源に於ては一致するが末葉に至つては多少の相違はある。

(9) 國內法に於ては、法律行爲中の多方行爲を分つて契約と合同行爲 (Gesamakt) とするのが普通である。契約も合同行爲も法律上の効果を發生すべき原因たる事實、即ち法律要件であつて、法規の存在を前提として、その法規が一定の事實に對して法律上の効果を附屬せしめるのである。従つて、國內法に於ては國際法上の立法條約に類似する合同行爲を以て法規を定立する行爲であるとは解しない。然し、國際法では、所謂立法條約と稱されるもの、即ち Vereinbarung は法規を定立すべき行爲であつて、國內法の法律行爲とは非常に趣向を異にすることを認めねばならない。

既述の著書に於て、ベレンクロー は條約には其内容に二種あること、そして、其一は法律行爲を内容とし、其二は法規を内容とすること、従つて、後者は實は條約ではないのであつて、條約は關する理論は適用し得ないことを指摘した。この理論、即ち從來契約 (條約 Vertrag) と稱されてゐたもの、内容を二種に分つことは、爾來公私法の兩方に採用せられて、現在では私法上契約と並

べて合同行爲（單獨行爲の一種と觀る者もある）を認めることは法律常識に化してしまつた。

さて、國際法上に於ても、條約を當事國の意思を基點として觀るならば、二種に分つことは正し
い。即ち、**法條約**に於ては、各當事國の意思は全部同一の内容のもので、同一の目的に向けられ、
法が當事者に與へる効果は同一であるに反し、**他の條約**に於ては、當事國の意思は其内容を異にし、
異つた目的を有し、相交又し、法が當事者に與へる効果は相異なる。前者の例として一般に擧げられ
るものは、聯邦或は合衆國を形成する爲に結ばれる條約、其他一八五六年のバリ宣言とか、一九〇
七年の陸戰の法規慣例に關するヘーグ條約、又は國際聯盟規約等の如きものであり、後者の例は、
領土割讓條約、國境確定條約、一般の平和條約等の如く當事國が條約により享有し或は負擔する權
利義務が夫々内容を異にするものである。即ち、前者が總ての當事國は共同の或は同一の利益を充
足することを目的とするは對し、後者は、各當事國に異つた權利義務を發生せしめるのである。ド
イツの學者は通常前者を「**Vereinbarung**」と稱ひ、後者は法律行爲として**條約**（Vertrag als Rechtsg-
eschäfte）と解するのが一般である。その理由は、所謂「**法條約**」は國際法規と當事國間に定立す
るものであるが、**他種の條約**（法律行爲條約）は、國際法規を定立するものでなく、條約所定の事
實を基點として、締約國が國際法により一定の權利・義務を享有することになるに過ぎないからである。

(680)

恰も、國內法に於て、當事者間に有效なる契約が成立すれば、その契約に對して國內法が一定の效果を與へ、從つて當事者は所定の權利・義務を享有することになるが、この場合に契約は國內法上の效果を發生すべき法律要件に過ぎない。即ち、個々の事實或は法律關係を規律するに止り、法規を定立すべき行爲ではない。この理由によつて、立法條約に屬しない條約を「法律行爲條約」と稱ぶのである(9)。

以上の様に、庶法條約と法律行爲條約とは、その構成、目的、内容を異にするのみならず、更に又重要な相違點を有することが兩者の區別の必要を力説する論者によつて認められる。それによれば、Vereinbarung は複數國の意思の合致によつて構成せられるもので、從つて各個々の國家の意思に優越する意思であるからして、この意思の構成に參加した當事國は、他の當事國の同意を得ずして、任意に一方的にその拘束より免れ得ないものとす。

- (9) Halborn, Grundbegriffe des Völkerrechts, 1912, s. 40-41. Liezt-Fleischmann, Völkerrecht, 12 Aufl. s. 17, 248. Strupp, Grundzüge des positiven Völkerrechts, 1926, S. 11. Ullmann, Völkerrecht, 1908, S. 45-46. Hasehak, Völkerrecht, 1923, S. 9-10. Triepel, Droit interne et droit international (コーン講義集) 第一卷(八三頁) A. Rapsardt-Mirabelli, Théorie générale des Unions internationales (コーン講義集) 第七卷(三四七頁以下)

(11) Halborn, op. cit. S. 42.

條約に立法條約と然らざるものとの區別を認める英米其他の國の學者間に於て、その立法條約と稱すべき條約の種類、或は分類の方法は必ずしもドイツ式の分類方法と一致するものではない。以下に於て主要なる學者の見解を述べてドイツ式な見解と比較したい。

ウォーカー(Walker)は條約を「宣言的條約(declaratory treaty)と「契約的條約(stipulatory treaty)との二種に區別し、前者は立法條約に該當するものであつて、後者が法律行為條約を指すことは、その説明によつて明かであるから、この區別はドイツ流の分類と合致するものである(12)。フエントも同様である(13)。

ハーゼリ(Hershey)はウォーカーと同様な文字を使用しながら全く異つた意味を包含せしめてゐる。彼は「國際法源としての條約を取扱ふには、國家間の取引或は契約、即ち、國際的行為に對し何等の規律ともならなすものと、國際法を宣言し或は規定する條約(treaties that are declaratory or stipulatory of International Law)を區別せねばならなすと述べて、均しく stipulatory treaty としふ文字もこの兩者の間では全く異つた意味に使用せられてゐることを注意せねばならぬ(14)。

ビークンヘッド(Birkenhead)は Declaratory Treaty と Non-Declaratory との二種に區別し、既に存の法を宣言するか、或は新しい法を定立する條約が declaratory treaty であるが、新法規を定立す

る條約は便宜上立法條約 (law-making treaty) と名付け得ると述べてゐる (16)。この説明によれば、既存の法を宣言した條約、即ち國際法として既に存在した法を條約の形に改めた場合は law-making treaty ではないのであるから、たとへ、それが Vereinbarung であつても law-making treaty ではない。従つて、彼の law-making treaty という言葉は、Vereinbarung よりも狭く意味しか有たないことが解る。

オッペンハイム (Oppenheim) はバークンヘッドと異り、將來の國際的な行爲の爲に新法規を定立するか、或は現存する慣習法を確認し、限定し又は廢棄するところの條約を總括して law-making treaty と稱してゐる (16)。それ故に、彼の見解はドイツ流のものとして觀て大過なきことと信ずるが、バークンヘッドとの間には law-making treaty なる言葉に與へる内容に於て非常な相違がある。

ホール (Hall) は條約を分つて三種としてゐる。

- (1) 締約國によつて法の宣言と解せられるもの、
- (2) 締約國が法の中に加せしめんと欲するが未だ現實法と成らざる慣行を規定するもの、
- (3) 事實上單なる取引に過ぎず、法律的考察には何等の關係もなく、當事國の一方が相當の代價を他方に支拂つて或物を買ふが如きもの (17)。

この分類は、既述の條約の分類とは甚だ趣きを異にしてゐる。第一の種類の屬する條約として例示せられてゐるのは「一八七年のロンドン會議に於て調印せられた議定書である。即ち、この議定書に於ては、既存の法の原則（條約の不可侵）を宣言したものであるから、ホールの見解では法源を成すべき條約で、declaratory treatyである。第二種に屬する條約として擧げるものは、戰時禁制品の品目、捕獲の形式、奴隸賣買の禁止等であつて、これ等は國際法の法源を成さない。第三種の條約はドイツ流の名稱では法律行爲條約に該當するもので、これは勿論法源ではない。これによつて觀れば、ホールの declaratory treaty に含まれる條約の範圍は極めて狹隘で、もとより Vereinbarung とは合致しない。ルーター (Louter) はホールと同説である。

以上述べた數例で知る様に、英米の學者はその用語が全く不統一で、同一の言葉に異つた意味を盛つてゐるので、ドイツ學者の様な劃然たる理論的區別を殆んど發見し得ない。又上述の諸家に於ては、説明も甚だ不充分であるが、所謂「宣言的條約」は國際法を宣言する條約であるから、大體に於て declaratory treaties がドイツの Vereinbarung に相當するものと推斷し得る。何と云へば、宣言に於ては、當事國の意思は同一の方向を指して平行的に存在し、従つて、宣言によつて當事國の負擔する國際上の効果は同一だからである。然し、均しく「宣言的條約なる名稱を使用しても、

(184) 學者によつてその内容に異同のあることは既述の通りであるし、又オッペンハイムの様に立法條約と云ふ言葉を用ひる者もある。

- (17) Walker, A History of the Law of Nations, 1899, Bd. I, p. 27-28.
- (18) Puente, International Law, 1923, p. 7.
- (19) Herhey, The Essentials of international public law, 1927, p. 24.
- (20) Birkenhead (MacLyn-Hughes), International Law, 1927, p. 25.
- (21) Oppenheim, International law, 4th ed. p. 26.
- (22) Hall, A treatise on international law, 8th ed. 1924, p. 7-10. Louter, Le droit international positif, 1920, T. I, p. 52-53.

四、反 對 説

條約を二種に分つこの見解に對して、最初に反對論を述べたのはカウマン(Kaufmann)が其著「國際法の本质と事情變更の原則 Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911」に於てであることは一般に知られるところである。彼の反對説の根據は、これを次の三個に要約することが出来る。以下に於て、その要旨を記述して當否を批判する。

(1) Vertrag 或 Vereinbarung などを區別することは正當でなからず。用語上からしても、例へばドイツ民法第十五四條は、この二個の用語の間に、ローヘムの區別する様な差別を設けてゐないの

みならず、所謂 *Vertrag* の場合に於ては、一當事者の意思は相手方の意思と一體となつて始めて有效な *Vertrag* の成立を見るのであつて、この場合に當事者の意思は不可分の一體を成すことは事實である。各當事者は、例へば賣買契約の場合に於て、賣手は賣買の目的物の所有權を相手方に移轉すること、及び相手方より特定の代金を受けること意欲し、又買手の方にも同様な意思があるので、即ち當事者の意思の合致があることは *Vereinbarung* の場合と同様であらう。この點に於て *Vertrag* と *Vereinbarung* とを區別することは當らなう (註)。

(2) トーラーマンは *Vertrag* の場合に於ける意思表示に二種の區別、即ち、*Sichverhaltenswollen* (行爲意思) と *Geschehnswillenswollen* (實現意思) を認め、この二個の意思の中で實現意思は契約の外部的な眞の目的 (*der aussere reale Zweck*) であつて、契約の結果なのであるから、兩當事者とも同一であるが *Sichverhaltenswollen* は契約に於ては、兩當事者間に於て心理的に全く相反するものであると説明するが、意思表示に於けるこれ等の二個の意思は、相互に同位的に存在するのではなく、*Sichverhaltenswollen* は實現意思の一部に過ぎないものであつて、この兩者は不可分の一體を成すものである。もし、締約者の心理状態を問題として論ずるならば、所謂 *Vereinbarung* の場合に於ても、當事者の心理的目的は各々異なるものと云はねばならない。例へば、個々の國家が

(續)

相合して一聯邦を形成する際に於ても、各組成國が聯邦を組織せんとする目的は全く同一ではあり得ない(19)。

(3) 條約を二種に區別することは從屬關係法 (Subordinationrecht) に於てのみ云ひ得る。何となれば、從屬關係法に於ては意思の段階性が存するからである——國內法は憲法を最高の法として、順次は法律、命令といふ様は、法に上位と下位の效力に於ける優劣がある。従つて或意思は、その意思に優越する上位の法(意思)によつて、もしそれが法定の要件を具備した場合に效力が認められる。それ故に、そこには意思の階級、即ち優劣が存することはなる——然るに、國際法はこれに反して、國內法の如くに從屬關係法ではなく同位關係法 (Kordinationsrecht)であつて、立法條約と稱ばれる場合の國家の意思も、法律行爲條約の場合の國家の意思も、同様に國家の意思である。國際法の拘束力の根源が、もし各國家が自己固有の意思によつてその法規は參加したといふ點にあるとするならば、兩者に區別を設けるべき謂れはない。國內法上契約が效力を有つのは、契約に效力を附與すべき法の存在することを前提としなければならぬ。この法によつてのみ契約の效力は決定せられるのである。然るに、國際法に於ては、立法條約の意思も法律行爲條約の場合の意思も均しく國家の意思であつて、所謂立法條約の結果たる法規は、何時でも法律行爲條約によつてその效力

を停止變更或は廢棄することが出来る。この點から觀るならば、國際法上はこの兩者の區別はなく、立法條約も法律行爲條約も法律秩序の最高の段階に屬するものと云はねばならないと述べてゐる(20)。

(1) に述べたカウフマンの批評は正しいが、而もこれを以て Vertrag 及 Vereinbarung の區別を否定し去る充分な根據にはならない。國內法に於ても、契約は、客觀的に觀る場合には、當事者の意思の合致であることは何人も認めるところであつて、國內法上も契約と合同行爲——合同行爲を認めずして、單獨行爲と觀る學者もある——との區別があることは何人も疑はないところである。契約の場合の各當事者の意思と、合同行爲の場合の各當事者の意思とに區別あることを認めないわけには行かぬ。即ち、契約の場合に於ては、當事者の意思は、主觀的には、相反し、契約を通じて兩當事者の意思内容が實現せられ、各當事者が契約によつて充たさんとする目的は各々内容を異にするが、合同行爲の場合には、各當事者の意思は同一の内容の目的に向けられ、互ひに並行するのであつて、各當事者は、全く同様な内容を有つ權利・義務を與へられることになる。この點については、詳説するの必要なきまでに明白なことであつて、國際法に於ても、この理論は矢張り妥當する。従つて、國際法上條約に二種の區別を設け得ることは否定出來ない。

次に(2)の非難も、當事者の意思の主觀に基いて觀察するか、或は客觀的に一體として觀察するかによる相違であつて、各締約國の主觀的な立場から考察するならば、矢張り締約國の *Schwertha-*
kenwollen は相反するものと云はねばならない。

(3) の批判は、前二者に反し、最も核心に觸れたものと云ひ得る。總て條約なり或は契約なりが法律上の效力を有つ爲には、それ等に效力を附與すべき法を前提とするとのカウフマンの説は正當である。例へば、國內法上買賣契約が有効に法律上の效力を與へられる爲には、賣買に關して定められた國內法の所定の要件を具備することを要し、この法の定めた要件を完備した場合に於て、始めて賣買としての法律上の効果が附着せしめられる。従つて、この場合には、賣買を行ふ當事者は法の命ずる要件を履行することを要し、當事者がその要件を充さない場合には、法は當事者の行爲に對して賣買の効果を認めない。換言すれば、當事者の意思の自由は法によつて制約せられることになる。この故に、法は當事者の意思に優越するものと観ねばならない。この理論を敷衍して國際法に轉ずるならば、國際法上條約が當事國を拘束する爲には、條約に效力を附與すべき何物かの存在を前提としなければならぬ。ウィーン學派がこの點を説明する爲に *pacta sunt servanda* を援用することは周知の事實である。カウフマンの主張を反駁するハイルポルンによれば、條約に效力

を附與するのは國際慣習法であるとす。彼の所謂國際慣習法とはウィーン學派と同様に *pacta sunt servanda* であるが、ウィーン學派がこれを根本規範と説明するに反し、彼は慣習法であるといふ(21)。

然し、ハイルボルのこの様な説明方法は、理論的に窮地に陥ることになる。この慣習法は何によつて拘束力を有つか?といふ問題が未だ解決せられないのみならず、前述の如く、條約に效力を附與する慣習法であれば、理論上、この慣習法は條約よりも優位に在らねばならぬ。然らば、凡ゆる慣習的國際法は條約法より優位に在るか?。若し凡ゆる慣習法が條約法より優位にあるとすれば、條約によつて慣習法を改廢することは不能であるから、この解釋は國際社會の實際と相容れない。そこで、*pacta sunt servanda* なる慣習法のみ優位に在る慣習法と解する外はないことになる。従つて、國際法のみに關する限り、ハイルボルの説はウィーン學派と類似の見解と觀ねばならないことになる。然し、彼の其後の講演に於ては、彼はこの點に關し次の様に述べてゐる。即ち「契約締結の場合に於ては、それより前に有效になつてゐる一法規は、その拘束力に基いて遵守せられるが、それは *Verbarung* の内容と同様な内容を有つ新しい意思の發現としてではない。法規はそれだけで存在し得、又效力を有ち得るが、契約は、實際に於ては法規の存在を豫想し、その法規に

(590)

よつて效力を評價する。然し、この法規は優越なる意思の發現であること、或は契約締結以前に於て拘束力を有つことは必要ではない。それで充分なのである(22)。と。ハイルポルンのこの説明は非常に不明確である。法規——この場合には立法條約——は、それが立法條約、即ち法規であることによつて效力を有つといふのは、條約は二種に分れ、その中の立法條約は法規を定立する條約であるとの前提に立つ言葉であつて、カウフマンの提出した疑問は、矢張り解消されない。尙又、法律行爲條約は、その條約の締結時期に先行する法規の存在を豫想し、その法規によつて效力が評價せられると云ひながら、この法規は締結國の意思に優越することを要しないといふのは、尙更不可解である。或事實又は行爲が法律上の效力を有つに至るには、常にその事實或は行爲に法的效力を附與する法の存在を前提とするのである。この場合に、法は、或は法によつて具現せられる意思は、その法に服する者の意思よりも優越であると解せねば、この現象は理解出來ない。尤もデュギイの様に、意思に優劣の存することを否定する論者もあるが、彼の法律體系とハイルポルンのそれは全く相異なるものである。ハイルポルンは彼のこの主張に對し精細な論據を示さない故に、全く曖昧模糊としてゐる。のみならず、一九一二年の前掲書中には、既述の様に、條約の效力を慣習法に求めてわたに拘らず、後に爲した講演では、立法條約はそれ自身、立法條約であることだけで法として

效力を有つと述べてゐるのは、改論したものであらうか？。

ともあれ、ハイルボルのカウフマンに對する反駁は、(3)の點に關する限りに於て、その論鋒は劣弱であつて、カウフマンの所説を擊滅し得たものとは信ぜられなす。

(21) Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts, 1911, s. 161, 162.

(61) Kaufmann, a. a. O. S. 162-63.

(22) Kaufmann, a. a. O. S. 168-170.

(12) Heilborn, a. a. O. S. 42-45.

(23) Heilborn, Les sources du droit international (ユーグ講演集、第十一卷、二六一—二七頁)

次に、ウィーン學派、殊にその代表者として、ケルゼン、及びフテドッロスのこの點に關する考へ方を一瞥したす。

先づケルゼンによれば「*Vertrag* と *Vereinbarung* との間には何等實際上は本質的な區別は存しなす。若し、この二個のもの同一性を否定する人がありとすれば、それは、條約の中に於ける法の適用作用と法の定立作用とを觀察しない結果である。従つて、特別な「*カオコリ*」の中に法を定立する條約を列しなければならぬことはなるのである。法の定立と適用との間に存する對立は、本質的には相對的なものであつて、總ての法律行爲、よしそれが私法上の單なる契約であるにもせ

よ、上級の法に對する關係に於ては、それは法の適用であるが、その行爲を爲す當事者の關係に於ては、それは同時に、法を定立する行爲である。これに對し、*Vereinbarung* はそれに拘束せられる國家の關係に於ては法を定立するばかりでなく、*pacta sunt servanda* なる唯一の、一般的な法則に對する關係に於ては法の適用である。それ故に、*Vereinbarung* も *Vertrag* も單一の同様なものである」と述べてゐる(23)。

次にフテドッロスに於ても、大體に於てケルゼンと全く同様な考へ方であつて、彼によれば、*コペルクボーム* は條約の内容を二種に區別する、即ち立法條約と法律行爲條約とするが、然し、先づ確められなければならないことは、同一の條約が立法的规定と法律行爲的规定とを重複して有ち得ることである。それ故に、この區別は、全體としての條約の區別ではなく、たゞ條約中の規定に對してのみ適用され得るのである。然し、この様な區別は是正されることを必要とする。法律行爲も特別法 (*lex specialis*) としては法規は外ならない。……この様な見解に基く意味では、法規と法律行爲との區別は相對的なものである。各々の法律的な行爲 (*der rechtliche Akt*) はより高級の法律的行爲 (*Rechtsakt*) によつて置られ、それから法律的力を導くのである。法律行爲も、それより下位のものに對しては法規である」と述べて實例を示して説明してゐる。そして更に語を次いで曰

く「各法律的行爲は上級のものに對しては法律行爲で、即ちその行爲を規律する上級の法規との關係に於ては一個の法律事實で、下位の、つまり其法律行爲に規律せられる法律事實の關係に於ては法規である。それ自身法規であつたり、或は法律行爲であるものは存しない。兩者は單に相互的な關係に在るので、法律行爲或は其他の法律事實に對する法規、法規に對する法律行爲が在るだけである。この點からして、法規と法律行爲とを内容的に對立するものとして置くわけにはゆかない。」
 ・J(27)。

(23) Kelsen, Les rapports de système droit interne et droit international (ノック講演集、第十四卷、二八—五八頁参照)
 (24) Strupp, Worterbuch des Völkerrechts 第二卷、六五—六頁に於けるフエアドッロスの記述参照。

この問題に對するウィーン學派の見解は、以上二大家の述べるところによつて明瞭であると思はれる。そして兩者の見解は全然異なるところがないことも明かである。法規と法律行爲とが本質的な區別の無いとの主張には相當の理由がある。従つて、立法條約も法律行爲條約も、それ等が何れも相對的な名稱であることも一面の眞理を含むものと思はれる。又一個の條約中でも、立法條約的な規定と法律行爲的な規定とを包含し得る場合があることも事實である。ヴェルサイユ條約の如きはその適例であらう。従つて、立法條約と法律行爲條約との區別を認めるとするも、それは條約の全規定

が立法的な場合にのみ、その條約が立法條約と稱するべきであつて、法律行爲の規定を含んでゐる場合には立法的規定の點からは立法條約であるが、法律行爲の規定から觀れば、法律行爲條約とも云ひ得ることになる。つまり、條約全體の區別ではなく、條約の規定に基く區別であることを指摘した點も正當であると信ずる。又一概に條約と云つても、それには種々の法的段階があることをウィーン學派は主張する。例へば講和條約の規定に戰敗國の一地方を、二個の戰勝國に分割すべき旨を規定したとする。而して後に至つて、更にその講和條約の規定に従ひ、二個の戰勝國が分割の方法を定める條約を締結した場合には、後の條約は前の平和條約より其の效力が傳來するものと觀ねばならない結果として、前の條約に對する關係に於ては法律行爲的條約と觀ねばならないことになる。言葉を換へて言へば、前の條約は後の條約よりも上位にある條約である。この意味に於て條約を立法條約と法律行爲條約とに區別することは不當であることになる。即ち、ウィーン學派は國際法は同位關係法 (Koordinationsrecht) でなくして、國內法と同様に從屬關係法 (Subordinationsrecht) と觀るのである。この見解の當否を茲で論斷することは避けねばならないが、前掲のケルゼンの言葉の様に、法律行爲條約でもその法律行爲を爲す當事者間の關係に於ては法を定立する行爲であり、又立法條約は、それに拘束せられる國家の關係に於ては法を定立する行爲であるからして、この説

は兩條約の效力の區別を全く否認したものであると評せねばならない。

更に他の見地から立法條約と法律行爲條約とを否定する學説がある。レグラード (Reglaed) 教授の如きがそれである。それによれば、「人々が立法條約 (traités-lois) といふ性質付けをするものは、單なる條約に外ならないのである。實際に於て、立法條約から生ずる状態は法律行爲條約から生ずる状態と全然同様な權源に従ふのである。これ等二個の場合に於て、何れも一定の給付を完了することに懸つてゐるので、即ち、例へば、法律行爲條約の例としての同盟條約の場合には、もし同盟條約に豫定した事項が實現したならば被攻撃國を救助しなければならない特定の具體的な義務が存在する。所謂立法條約の場合には、條約の定めた國內法を發布する特殊な且つ具體的な義務が存在し、或は時には、條約が一般的な意味を持ってゐて、條約の存續中は條約の定めた條件に悖る様な如何なる國內法をも發布しない義務を負ふのである。所謂立法條約の場合には、それ故に、行爲の目的それ自身は、多數國に適用せられる法規を設定するのではない。國內法の必要に基いて、一定の法規を作るといふ主觀的な義務に過ぎず、又主觀的な義務であり得るのみである」(25)。同氏はレオン・デュギイの學説を採る學者であるから、國家の人格を否定し、國家なる觀念は治者と被治者との間の區別を表現するに過ぎないと觀、その結果として、國際法も國內法と同様に、國家の意思、

(396)

即ち治者の意思とは獨立して存在すると解する。この様な解釋を採る結果として、國際法は國家を對象とする法ではなくなるから、國際法は常に國內法に還元せねば實效を表はし得ないことになる。何となれば、デュギイは國際法を以て異なる政治團體（國家）に屬する個人、殊に治者に向けられる法規であつて、國際法の主體は個人であると解するから（26）、條約を締結した場合には、治者は該條約の内容を國內法化して個人を服従せしめる義務を負擔することになるだけであつて、立法條約と雖も、その條約が直ちに國際法の主體たる個人を拘束する効果は持たないので、つまり、立法條約は國內立法を目的とする條約といふことになる。この議論の當否を検討する爲には、デュギイの學說を點檢すところから始めなければならぬので、この小稿で盡し得るところでない。たゞ、立法條約に對する從來の觀方よりも甚だしく異つた角度から觀察した學說として興味あることを指摘するに止める。

(26) Francesco Raffini, La protection internationale des droits sur oeuvre littéraire et artistiques (17) 講演集、第十二卷、四七五頁參照。

(27) Dugui, Traité de droit constitutionnel 第一卷、三版、一九二七年、七二五頁參照。

五、結 論

條約の構成に二種あること、即ち所謂「立法條約と法律行爲條約との相違があることは、既述の

様な反對騰があるにも拘らず、認めねばならない。これは動かすべからざる事實であると信ずる。然し、要はこの區別を認めることが如何なる法律上の效果の相違を齎すかに在る。若しこの二種の條約が國際法上悉く同一に取扱はれ、均しく廣義の條約として、全くその國際法上の待遇に於て異るところなしとするならば、この區別は實益なきものと云はねばならない。翻つて、現實の國際社會の實行を觀るに、これ等二種の條約は差別的に取扱はれてはゐない。法律行爲條約が、現實に具體的な關係を處理することを目的とし、當事國間に將來の爲めに法規を設定するものではないと説明せられるが、然し、條約に定められた具體的な關係が實現せられる迄は、その條約は、當然有效は締約國を拘束し、締約國として條約の内容を實現する義務を負担せしめる。たゞ一般的にこの種の條約は、その存續期間が比較的短かく、短命であるといふに過ぎないのであるが、立法條約に於ても國際社會の事情の變更により短期間の效力しか有たないものもあるし、又理論上「法律行爲條約」中に入れらるべきもの、例へば永世中立條約及び國際地役設定は關する條約の如きものは、その存續期間に於ては「立法條約」と區別し得ない。これ等の條約は、當事國をして條約により異つた權利・義務を享有せしめ、當事國の意思は異つた目的に向けられ、相交又するものであるからして、當然「法律行爲條約」中に分類しなければならぬものである。

更に又常設國際司法裁判所規程第三八條に於ても、裁判所が紛争解決の爲に適用すべき規準として第一に擧げられるものは「紛争國ニヨリ明ニ認メテセザル規則ヲ確立スルノ般又ハ特別ノ國際條約 Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales」であつて、この場合の國際條約とは立法條約のみを指すか、或は總ての條約を一般的に含むかについては議論はあるが(27)、苟くも國際紛争問題につき、該問題解決の基準となるべき條約が紛争當事國間に存する場合には、該條約が立法條約であるか、法律行爲條約であるかを區別すべき理由は無い。總ての條約は當事國にとつては法であることはウィーン學派の解説を俟つまでもなく、既にフランス民法第一一三四條に於ても、「合法ニ成立シタル契約ハ當事者間ニ於テハ法律ト同様ノ效力ヲ有ス」る旨を示してゐることを以てしても知り得る。實際に於ても、常設國際司法裁判所は、所謂立法條約のみを適用してはゐない。例へば、一九二九年七月十二日に興へられたフランスとセルビヤ間の國債事件に對する判決の如きはそれである。この事件の法律上の性質は金銭の貸借である。この貸借關係を規定する條約は、云ふまでもなく法律行爲條約である。而も裁判所はこれを適用してゐる。又同日に判決せられたフランスとブラジル間の國債事件についても、全く同様なことが云ひ得られる。

兩條約に區別の實益を認めんとする論者は、立法條約は締約國の共同意思を成立せしめるので、

この意思によつて當事國は拘束せられ、任意に該條約より脱退し得ない、といふが、正當な理由もなき限り、條約より任意に脱退し得ないことは法律行爲條約は於ても全く同じである。

次に、立法條約と法律行爲條約との區別は條約全體の區別としては常に必ずしも正當ではない。條約中に於ても或規定、或は或集團の規定は立法を目的とし、又は法律行爲を目的とするかも知れないが、條約の全規定が何れかの一方の目的に集結せられてゐることは限らない。一般に本和條約は法律行爲條約中は分類せられるが、ヴェルサイユ本和條約の如きは多數の立法規定を包含することは説明を要しないことであつて、従つて、この區別を個々の條約の區別と観ることも妥當でない。むしろ、これは條約中の個々の規定の區別であると云はねばならないことは、ウィーン學派によつて指摘せられた通りである。

要するに、條約又は條約の規定に於て、その構成上二種の區別があることは認められるが、然し、この區別は何等實益を伴はない區別であつて、學問上の分類はいの形式的な價值はあるが、その實質的な價值については多大の疑問がある(28)。従つて、立法條約のみが國際法の淵源を成すとの説には賛意を表し得ない。總ての條約は、何れも締約國に關する限り、國際法規である。たゞそれ等の中で國際生活に重大な關係を有つものが國際法學者によつて實際上研究せられる。條約の中

(800)

如何なるものが重要であるかは、その條約の締約國數、即ち、條約の效力範圍がその重要性を決定する要件を成すのであるが、然しそのみではなく、條約の内容も亦考慮に容れなければならぬことは勿論である。

(7) 横濱説 Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law*, 1927, p. 151. 横濱説 Strupp, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 1928, S. 9. 横濱説 conventions internationales et Völkerrechtliche Vereinbarung 4 節 2 項 2 号。

Lauterpacht, *op. cit.* 1 頁 4 頁以下參照。

(8) A. Rapsardi-Mirabelli, *Théorie générale des unions internationales* (ローマ講演集 第七卷 三五—一五二頁參照)