

実定国際法(条約)の形成過程

—Prof. McDougal の把握の仕方を中心に—

経塚作太郎

—

実定国際法、特に、条約の形成過程についてこれまでの国際法学者の多くは私法原理を類推して説明してきた。確かに、条約は私法の契約に類似しており、契約に附随する原理を類推して条約の形成過程や構造を説明する理由も充分存在する。

例えば、米国のブリッグス教授(Herbert W. Briggs)⁽¹⁾は、条約が条約たるべき実体的な要素(Validity of Treaties)として以下の五要素を指摘している。即ち、(1)実効性ある国際的協定を締結する為の当事国の合法的な当事者能力

- (2) 当該条約を締結する特定機関の当事者資格
- (3) 相互の同意の存在
- (4) 条約の目的の正当性

(5) 条約形式の実効性、である。

要するに、条約の実体的要素として、(1)当事者能力(Capacity)、(2)当事者資格(Competence)、(3)意思の存在(Reciprocal Consent)、(4)目的の正当性(Object)及び(5)形式的実効性(Formal Validity)の必要を明示したわけである。これ等の要素は、私法原理、特に、契約の構成要素と全く同一の内容である。

条約の具体的な形成手続、つまり、条約締結手続についても、国内の契約の形成手続に類似する。勿論、個人

(19) 実定国際法(条約)の形成過程

を単位とする契約と異なり、国家を単位とする条約にあっては、私法原理、特に、契約に附随する原理がそのまま適用されるとは限らないが、条約も契約も根本的には当事者の意思の合致(合意)を要素として成立する点で共通性をもつといえよう。更に、法律行為の中には、その性格から「双方行為」と「合同行為」の区別が導かれるであろうが、条約の中にも、双務的条約(Bilateral Treaty)と多边的条約(Multilateral Treaty)の区別があり、法律行為のそれとほぼ一致する。また、双務的条約の形成過程は、当事国の一方による条約締結の申出で対し、他方当事国の承諾により条約内容の商議に入り、内容の一致があると署名をして条約内容を確定させ、批准の必要な条約では批准という手続を経て成立する。他方、多边的条約は、複数の国家によって、その目的の為に設けられる国際会議又は常設的国際機構内でもたれる会議で作成される。通常、条約起草委員会の作成するもの、または、あらかじめ常設的国際機構が準備する条約草案を審議し採択する。全代表によって署名された条約原文は、その条約の寄託所に指定された国家又は国際機関に保管される。批准を必要とする条約の場合、後に批准書が寄

託所に送付された時、その国についてその条約が発効することになる。申込と承諾の型をとる双務的条約であれば、同一内容についての一致で導かれる多边的条約であるに拘らず、いずれの場合でも、合意を実体的要素として成立する点は共通である。これらの事は、法律行為、特に、契約の成立過程と実体的には異なる。

以上のことから、条約の形成過程において、条約の成立の為めの実体的要素(Validity)及び手続的側面(Procedure)の両面ともに、私法原理の類推が可能であるとされてきた。尤も、国際法と国内法との相違、条約と契約との実体的差違、殊に、直接的な相違として、条約が国家を主体とするのに対し、契約は個人を主体として成立することからくる相違は、当然に考慮されなければならない。就中、表意者の能力や権限、代表権の範囲、意思の瑕疵の効果、表意者個人又は表意者が属する国家自体に加えられる詐欺や強迫の効果、双務的義務の同時履行の問題等について、実際にも、契約と異なった条約独自の問題を生ぜしめてきた。

本稿では、条約形成過程を支配する原理に、契約に附随する私法原理を類推適用することの可否を検討しよう

とするものではない。一応、類推の必要と限界は肯定するものである。本稿で問題としたのは、実定国際法、特に、条約の形成過程について、米国エール大学 (Yale Law School) のマックドローガル教授 (Prof. Myres S. McDougal) の所説を紹介し、従来の学者、特に、私法原理を類推する学者の把握の仕方との異同を明らかにしようとするのが目的である。その理由は、マックドローガル理論は、国際法全体に対する考察の仕方がこれまでの学者と著しく異なっており、且つ、使用される用語 (専門語) も特異であるからである。それにも拘らず、マックドローガル理論は、米国は勿論、国際的にも注目されており、今後問題とされるべき多くの要素をもっているからである。⁽²⁾

- (1) Briggs, *The Law of Nations*, 2nd ed. 1952, p. 345
- (2) マックドローガル理論の我が国での紹介としては、大内和臣「マックドローガルの法政策学説の概要とその批判の妥当性」国際法外交雑誌第六十四巻第六号。

二

国際法を、条約と慣習法、つまり「規範の総体」とし

てではなく、「有権のかつ実効的意思決定過程 (Process of Authoritative and Controlling Decisions)」としてダイナミックに把握するマックドローガル教授は、彼の国際法 (世界共同社会の公秩序 II The Public Order of the World Community) の具体的内容を次の如く構想する。⁽¹⁾

第一篇

序説 (世界権力形成過程における国際法)

第一章 有権的意思決定過程としての国際法

第二章 世界社会形成過程との文脈^{コンテクスト}

第三章 有効的権力の世界的形成過程

第四章 世界権力形成過程における先例^{オリジナリ}法の役割

第五章 先例^{オリジナリ}法によって保証された世界権力形成過程の諸特徴

第六章 世界権力形成過程と国内権力形成過程との相

互関係

第七章 人格尊厳の国際法の為めの眺^{パースペクティブ}望

第二篇

第一節 世界権力形成過程における参加主体 (participants) としての領域的共同社会

序説

第一章 その実体 (Entity) の創設に関連する諸請求
(Claims)

- A. 対内的エリートによる創設に関連する諸請求
- B. 対外的エリートによる新しい実体創設に関連する諸請求、

第二章 形式的権威者による場裡 (arena) の創設並びに場裡への接近に関連する諸請求

- A. 未組織の場裡
- B. 組織された場裡

第二節 民族国家の権力の諸基礎 (Bases of Power) (er)

序説

第一章 権力の基礎としての資源の包括的且つ継続的

支配に関連する諸請求

第二章 権力の基礎としての人民の包括的且つ継続的

支配に関連する諸請求

第三章 権力の基礎としての制度 (Institution) に関連する諸請求

第三節 国家が権力及びその他の価値を形成及び分配する戦略 (Strategies)

序説

第一章 国家間の諸協定の法的規律

- A. 参加主体
- B. 相互作用の状況

C. 基礎的価値

D. 公約表明における諸様相

E. 分配された期待についての成果

F. 価値形成過程に対する影響

G. 条件形成諸要素との文脈

第四節 国家によって、特定の事件に対してその管轄権内で得られた成果 (Outcomes)

序説

第一章 権限に対する第一次的主張

A. 規定を設ける権能

(i) 国家の領域内で生じた事件

(ii) 分配された領地内で生じた事件

(iii) 非接統の大洋場裡で生じた事件

(iv) 他国の領域で生じた事件

B. 提訴の権能

(i) 提訴の権能を主張する為めの基礎

- (ii) 国家領域内での提訴の権能
 - (iii) 提訴国の領域外での提訴の権能
 - (iv) 適用からの免除
- 第二章 権限に対する第二次的主張

A. 規定を設ける権能

- (i) 立法的及び司法的規定
- (ii) 行政的規定

B. 提訴の権能

- (i) 立法的諸適用
- (ii) 行政的諸適用

C. 司法的適用

D. 亡命政府 (Governments-in-exile)

第五節 エリート及び政治体 (国家) の相続における相互関係の総合的影響 (Effects)

第一章 国家相続の理論と実行

以上

以上で知れるように、マックドローガル教授の国際法体系は二篇に分かれ、第一篇では「世界権力形成過程における国際法 (International Law in the World Power Process)」として、国際法の意義、機能等を論じている。

7)

1)

1)

この第一篇は、従来の学者のテキストでは、国際法の総論の部分に当たるもので、内容の把握の仕方が非常に異なっているが、内容自身は国際法の構造及び国際社会の構造にあたるものである。第二篇は各論に相当する部分であるが、マックドローガル教授はこの内容を更に五節に分けて論じておられる。即ち、第一節は「参加主体 (Participants)」を取扱っている。従来のテキストでは、国際法各論中の「法主体」に相当する部分で、これに関連する諸規則 (国家承認や国家の消滅) 及び「国際法上の国家機関 (外交使節及び領事)」について説明される。勿論、国家及び国際団体以外の「国際法上の個人」、例えば、Political Parties, Pressure Groups 並びに Private Associations をも「参加主体」と考えるマックドローガル教授は、従来の学者の扱い方と著しく異なる事は勿論である。第二節は「権力の諸基礎 (Bases of Power)」を取扱い、ここでは主として「国家領域—領土、領水及び領空」の範囲やその得喪原因を詳細に扱っている。ここでは「資源 (resources)」や「人民 (people)」の支配を Bases of Power として把握する処に特色があろう。第三節は、「戦略 (Strategies)」と題してゐるが、その

(23) 実定国際法(条約)の形成過程

内容は従来の「条約論」である。この節については、本稿の主題でもあるので後に詳細に検討する。第四節は「Outcomes」(成果) achieved by State in Jurisdiction over Particular Events として、国家の管轄権(領土、領水、領空における管轄権並びに公海に対する管轄権)及び自国人及び外国人に対する国家の管轄権を包括的に取扱っている。マックドローガル教授は、国際社会と国内社会を不可分の一体として捉え、「有権的かつ実効的意思決定過程(国際法)」の形成の「場」として区別なく理解する点が特色であろう。第五節は、Aggregate「Effects」(影響) of Interactions in Succession of States and Bodies Politic として、国家相続に関する学説と実行を論じている。尚、通常の教科書で述べられる「国際不法行為」や「紛争の解決方法」は、マックドローガル理論では、各々の節に含まれる「Claims relating to……」として個別の実効的に取扱われているのである。マックドローガル教授の国際法体系をごく簡単な図式で述べれば、(1)誰れが(participants)。(2)何を(Base Values)。(3)ふかにして(Strategies)。(4)ふかに直接的効果をともなう(Outcomes)。(5)どう影響す

るか(Effects)ということをも根本に想定されているようであり、従来の実体法と手続法に代って、「Authoritative Decision」と「Claims」とふたつ型で「Public Order」の確保を考えておられると思う。マックドローガル教授は、「吾々は、世界共同社会全体の規模、又は相互作用の各種構成文脈の規模で、社会形成過程を特色づける基本的図式を次のように云うことができる。即ち、人(行為者や参加主体)は、資源に影響を与えながら諸制度を通じて、諸価値(優先的事件)を最適条件にする為に行動するものである⁽²⁾」とも述べられている。

そこで、このようなマックドローガル国際法の中で、「国家が、権力及びその他の価値を形成及び分配する戦略」として把握されたマックドローガルの条約論を、従来、吾々が分類し考察してきた視角と対比して、その異同を明らかにすると共に、若干の註釈をほどこして見ようと思うのが本稿の目的である。

(1) マックドローガル教授は、これまでに多くの著書、論文を単独又は同僚と出版されたが、未だ「国際法」の体系書と見られるものは無い。ここで使用したのは、エル大学で使用している彼の Mimeographed Material で「The

Public Order of the World Community: A Contemporary International Law)と題され、一九六四年に印刷された。今日まだ未公開である。共著者は、prof. Harold D. Lasswell (Yale) と prof. William T. Burke である。
(c) prof. McDougal, Lasswell & Reisman: The World Constitutive Process of Authoritative Decision, Journal of Legal Education, vol. 19, No. 3, p. 259.

三

マックドゥーガル教授は、実定国際法の形成過程、つまり、条約法又は条約理論について、前述の彼の未刊本である「The Public Order of the World Community」の第二篇、第三節「国家が、権力及びその他の価値を形成及び分配する戦略——国家間の諸協定の法的規律」で詳細に論ぜられ、本稿はそれを基礎に紹介するわけであるが、更に、一九六七年、prof. McDougal, Lasswell & Miller の共著である「The Interpretation of Agreements and World Public Order」が公刊された。その第一章の中に、「The Process of Agreement (一三頁以下)」及び「The Process of Claims (二二頁以下)」が要約明示されており、これをも加味することにした。

以下、マックドゥーガル教授の条約法(理論)の全貌を見るに、概要次の如くである。

条約の形成過程及び先例^{プレセデント}法たるべき祈願として起される諸請求

(一) 参加主体(要求、同一認識及び期待を含む)

a. 参加主体に関する諸請求

(i) 政治体(国家)の資格

(ii) 官吏の資格

(二) 目的

a. 或る条約の目的が、一般共同社会によって条約の範囲として、制限された政策内で結ばれたか否かの主張に対する諸請求

(三) 状況

a. 或る状況(例えば、独占的支配)の特殊な標準化された特色のために、当事国の期待が標準化されたものと考えられなければならないことに対する諸請求

(四) 基礎的価値

a. 基礎的価値における不平等に関する諸請求
(五) 公^{コミットメント}約表示における諸様相ないしは戦略

(25) 実定国際法(条約)の形成過程

- a. 説得戦略の真正さに関する諸請求
 - (i) 強迫
 - (ii) 錯誤
 - (iii) 詐欺
- (六) 分配された期待についての諸成果
 - a. 公約^{コミットメント}についての成果に関する諸請求
 - (i) 公約^{コミットメント}の表示——批准
 - (ii) 形式的諸行為
 - (iii) 義務が実効性をもつ時期
 - (iv) 公約^{コミットメント}に対する除外
 - (v) 条約の解釈
- (七) 価値形成過程に対する影響
 - a. 公約^{コミットメント}が当事国によって充分履行されたか否かについての諸請求
 - b. 提供された履行が、その条約の規定に一致してなされたか否かについての諸請求
 - c. 条約の反射的利益が予定されていたか否かに関する諸請求
 - d. 条約の当事国が、非当事国との対比において、

- e. 条約の享有を保護されたか否かについての諸請求
 - 当事国がその公約^{コミットメント}を適当に修正又は終了せしめたか否かに関する諸請求
 - (八) 条件との文脈^{コンテキスト}
 - a. 条約の履行が不可能になったか、又は履行不能に陥ったか否かに関する諸請求
 - b. 条件との文脈^{コンテキスト}において、或る種の変化の理由で、一般共同社会が公約^{コミットメント}の終了を正当化し得るかに
についての諸請求
- 以上
- 以上で知れるように、「条約の形成過程」についても、マックドローガル教授は、(1)参加主体 (participants)、(2)目的 (objectives)、(3)状況 (situations)、(4)基礎的価値 (base values)、(5)戦略 (strategies)、(6)成果 (outcomes)、(7)影響 (effects)、並びに、(8)条件 (conditions) を支柱にして構想されていることが知られるのである。処で、従来の学者が通常用いる「条約の形成過程(条約法)」の全貌は、(1)条約の実体的構成要素(当事者能力、意思の存在、目的の正当性)、(2)条約の具体的形成手続(条約締結手続)(全権代表の選任、商議、署名、批准、更に、

加入、留保、登録等)、(3)条約の効力(発効の時期、当事国に対する効力、第三国に対する効力)(4)条約の解釈、運用、(5)条約の消滅(当事者の合意を基礎とする消滅、それ以外の消滅)目的物の消失による履行不能、事情変更の原則、当事国間の戦争)を骨子とする考察であった。マックドローガル教授の前述の「条約の形成過程」は、用語の使用法が特異であることは勿論であるが、実体的にも従来の学者の取扱いとどのように相違するかその異同をもう少し掘り下げて考察して見たい。

(1) 参加主体 (participants)

ここでは当然、条約締結の為めの当事者能力を考察せんとしている。マックドローガル教授は、この問題 (claims concerning participants) を二側面から考察する。即ち、締結資格者に関する国際的規定 (International prescriptions relating to competency) と国内的 (憲法的) 規定 (National prescriptions relating to competency) である。前者については、更に、当事者能力に関連する規定 (prescriptions relating to the competency of bodies politic) と当事者資格に関連する規定 (prescriptions relating to the competency of official

persons) に区別する。いずれについても、ハヴァード条約法草案⁽¹⁾及びウィーン条約法 (マックドローガル教授は I・L・C 草案を使用されている)⁽²⁾の関連条項を基礎に実体的内容を説明されている。この限りでは、従来の学者が、条約の当事者能力として説明する内容と実質的には異なる。但し、一般的に、「参加主体」について、国家 (Nation States) 及び国際政府団体 (International Governmental Organizations) の他に、Political Parties, pressure Groups, Private Associations をも包含して考えようとするマックドローガル教授の立場からは、「国家」及び「国際団体」に当事者能力を限定することに疑問を提示し、「条約法草案もその註釈でも、従属国又はその他の諸実体の問題について直接ふれようとはしなかった。特別報告者によってなされた初期の研究では、色々なグループの条約締結能力の問題を取扱わんとしたように思われる」と注意を喚起されている。⁽³⁾

条約締結資格者に関する国内的規定については、ソ連圏諸国は別として、最近は、多くの国について共通的規定が増大してきたことを指摘した上で、アメリカの条約締結権者に加えられる憲法上の制限を一つの事例として

判例をともなつて詳細に論述されてゐる。既に、McDougal and Lans, *Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy* 及び McDougal and Leighon, *The Right of Man in the World Community: Constitutional Illusions versus Rational Action* (両論文共、McDougal and Associates, *Studies in World Public Order*, 1960 に掲載) で米國憲法の制限条項についての研究が別に発表されている。問題は、条約締結資格に関する國際的規定と国内的(憲法的)規定が矛盾する場合、現行國際法上どちらを優先させるのか(手続的違憲条約の効力問題)の点であるが、マックドローガル教授はここでは直接解答を与えてはいない。恐らく、彼の論法からは、「國際共同社会の期待(expectation)」と「反応(response)」がこれを決定することになるとされることであろう。

(2) 目的 (objectives)

ここでは、条約目的の正当性を論じている。従来の学者も、条約はいかなる内容をも対象にして締結できるが、可能、適法及び確定の要件が充たされることを要求して

きた。マックドローガル教授は、①一般共同社会の政策 (general community policies) に合致しなければならぬとする要求、従つて、強行法 (jus cogens) に違反する条約は、不法 (unlawful) として無効 (void) であるとされる。②条約の当事国以外に義務を負課してはならないとする要求、従つて、それに違反する条約は、違法であり、最初から無効 (illegal and invalid ab initio) とされる。③不道德な義務 (immoral obligations) の実現を要求してはならないこと、従つて、奴隸売買、売春、その他、人權違反を内容とする不道德な条約は実施不能 (unenforceable) である。及び、④同一当事国の間でそれ以前に引受けた義務に違反する内容の条約は効力をもち得ない (invalidate) と述べられている。マックドローガル教授は、必ずしも「強行法」なる概念を認めているとは思われない。ただ「最底辺の秩序 (minimum order)」に外れることは「General Community Policy」に外れることで「違法」であることは認めるのである。かくして、条約法草案中の「強行法」違反についての関連条項⁴⁾をここで指摘したに過ぎない。また、「不道德な義務」を内容とする条約について、「Hu-

man Dignity」の実践昂揚を窮極目的と考えるマックド
ーガル理論からは、絶対に排除されなければならないも
のであり、この一面から、マックドーガル理論を「自然
法的」と考えることは早計である。その他の要求は、実
定国際法の当然の規則（要求）であって別段の特色はな
い。

(3) 状況 (Situations)

マックドーガル理論でいう Situations とは、『何処で、
またどのような条件の下で、参加主体が相互作用を果す
のか』という「場裡 (arenas)」と「条件 (conditions)」
を意味する。従来 of 学者は、条約は当然国家間で結ばれ
るものであり、各当事国は各々の国内的要請（憲法的制
限をも含めて）に基づいて締結されるものと考え、特に、
後者の国内的要請については、手続的又は実体的違憲条
約とされる場合にのみ、形式的、制度的に国内的要請Ⅱ
というよりもその国の条約締結権限に加えられる憲法的
制限を問題とするに過ぎなかった。

マックドーガル教授は、Situations として、条約締結
に関する国内的な諸過程を一層深く問題とされる。即ち、
条約は、①他国との商議の開始に先立つ国内政策の形成、

②他国の代表との条約内容の商議行為、③その条約が国
内的適用を予定している場合、その条約が国内実施の為
めの承認（例えば、予算措置の必要な条約は、米国では
下院の承認が必要である）、④国家の対外的公約として
の条約の承認（署名行為）、及び、⑤他国に対して、国
家の対外的公約としての条約への最終的態度表明（批准
行為）の過程を経て形成されるが、これ等の諸過程で国
内の諸機関、特に、立法府、行政府及び司法府が各々ど
のような異なった機能を果し、これらの過程の形成に貢
献するかの分析が大切であるとする。所謂、「Decision-
Making Process」の考察である。このような国内的意
思の形成（消極的には、条約締結権限に加えられる憲法
上の制限）については、(1)参加主体 (participants) の
中の National Prescriptions relating to Competency
と深く関連するし、同時に、条約形成の最終過程として、
(2)目的 (objectives) で考察したような「条約目的」の
正当性のスクリーンが要求され、これ等の Conditions
を経過してのみ条約が成立するわけである。従って、既
に述べた objectives にも深く関連するわけである。

(4) 基礎的価値 (Base Values)

マックドローガル教授の「基礎的価値」とは、『各参加主体が彼等の目的を達成する為めに用いる実効的な手段(effective means)』をいふ。権力(power)、富(wealth)、啓発(enlightenment)、技能(skill)、愛着(affect)、公正(rectitude)、厚生(well-being)、尊敬(respect)の八つに集約される。

「本来的に、一切の価値は基礎的価値として条約商議の過程で採用することができよう。また、特定の基礎的価値を制禦する当事国の立場は、彼等の公約の強弱と内容の双方に相対的な影響を与えよう。権力(power)に基づく地位の隔差の重要性は一般に衆知の事実である。これに劣らぬ問題は、富(商品の生産とサービスの為めの能力)、啓発(科学的進歩、知的サービス)、技能(役人、商議者の能力)、愛着(共同社会における連帯意識、同盟国への忠節)、公正(権利意識、道義的世界公秩序の承認)その他についての隔差の問題である」と説明する。

基礎的価値の不平等に関する請求(Claims concerning disparity in base values)として、マックドローガル教授は不平等条約の問題を取上げている。即ち、Soviet

Academy of Sciences, International Law (n. d.) を引用して、「平等条約とは、当事国の平等の基礎に基づいて結ばれる条約を意味し、不平等条約とは、この基本的な要求を充さない条約をいう。不平等条約は法的拘束力をもたない(not legally binding)」とされている。然らば、戦後の講和条約の如きをどう考えるのか。また、今日程に、Base Values 殊に、富や技術の隔差の大きい時期はなからう。それを「不平等の基礎」として把握するならば、今日の大半の条約はその存立の基礎を失うのではないか。「平等」を単に「主権平等、ないしは法の前における平等」としてしか把握しないのか。そうであればやや形式的であろう。マックドローガル理論で、このBase Values の隔差と Authority の関連をどう把握するかが一つの問題であろう。単に「国際共同社会の期待」と「反応」だけでは把握できかねる問題を含むものではなからうか?

(5) 戦略 (Strategies)

戦略とは、『目的達成の為に用いる実効的手段又は基礎的価値を操作する手法(manner)』を意味する。条約についてこれを置き代えれば「戦略とは、当事国が分

配された公約 (Shared commitment) の中で、直接的成果を獲得せんとして、彼等の主観性 (要求、同一認識、期待) を調停する商議やその他の活動の連続⁽⁸⁾をいう。従って、条約締結に当たり Base Values は、簡単にいえば「国力 (National Powers)」と置き代えが可能ないように、参加主体 (国家) が条約締結に当たり背後にもつ実体的要素 (実効的手段) であるのに対し、Strategies は、それらの Base Values を基礎に直接相手国と交渉する場合の手法を指すわけである。

マクドローガル教授は、Claims concerning Strategies として、①強迫 (Duress) が用いられた場合の請求、②詐欺 (Fraud) を根拠にする請求、③錯誤 (Error) を根拠にする請求に区別して論述する。①強迫については、条約法に関する I・L・C 草案第三五条の「全権代表個人に加えられる強迫」に基づく条約を「いかなる法的効果ももたない (without any legal effect)」とした条項、及び第三六条「武力の威脅又は使用により国家自体に加えられる強迫」に基づく条約を「無効 (void)」であるとなした条項を引用されている (I・L・C 草案第三五条及び第三六条は、現ウィーン条約法第五一条及

び第五二条となった)。②詐欺についても、I・L・C 草案第三三条 (ウィーン条約法第四九条) を引用し、詐欺に基づく条約は、被害国がその条約に与えた同意を無効にするための根拠として引用できる (it may invoke the Fraud as invalidating its consent……) 趣旨を一応は肯定しつつも、これまで条約の商議の過程で、実際には詐欺が行われたと主張された事例が無いこと、及び国内裁判所でも、国際的裁判所でもこの問題についての判例が無いことから、純理論的な問題であることも指摘されている。最後の③錯誤についても、I・L・C 草案第三四条 (ウィーン条約法第四八条) を引用し、錯誤に基づく条約は、それが条約の実体に影響する部分について生じた場合には、その条約に与えた同意を無効にするために引用できる (may invoke an Error……as invalidating its consent) 旨を肯定されている。

この点は、これまでの学者では、条約の実体的要素の中の意思の存在の処で説明する。つまり、当事国は条約締結に当たり、強制されたり、瑕疵ある意思ではなく、自由に表明された意思をもって締結しなければならぬとする要求の処で、その逆の事例として、強迫、詐欺及

び錯誤に基づく条約の無効を説明する。最後に、マックドローガル教授による戦略(Strategies)の内容は、外交(Diplomacy)イデオロギー(Ideological strategy)、軍事(military strategy)及び経済的戦略(economic strategy)を指すのである。

(6) 成果＝発効 (Outcomes)

『条約の形成過程における Outcomes という用語は、或る完結しつつある事件又は諸事件の連続をいう。即ち過去の諸相違が調和させられた後で、かつ、将来の諸相違が現れる以前の、当事国が或る将来の政策に対する彼等の共通の公約の分配された期待を統合し、かつ表明する瞬間又は諸瞬間のことである』と説明される。簡単に条約形成過程にこれを求めるならば、条約の「発効」に相当するものと思う。

マックドローガル教授は、分配された期待についての諸成果の内容を、公約についての成果に関する諸請求(Claims concerning outcomes in commitment)とわれ更に、(i)公約の表示—批准、(ii)形式的諸行為、(iii)義務が実効性をもつ時期、(iv)公約に対する除外、(v)条約の解釈の五つに分けて論述される。

(i) 公約の表示—批准 (Expression of Commitment = Ratification) の中では、批准を含めて条約への国家の最終的参加態度の諸型態を説明される。即ち、(ii) The necessity for Ratification = マックドローガル教授は「批准 (Ratification)」という用語を必ずしも従来の学者と同一には使用されず、批准は、国家 (body-politic) の義務として或る協定に対する最終的態度 (final utterance) 及び、他の機関によって商議された協定に対する憲法上の最高機関による承認 (approval) の双方を意味する用語として使用されると定義される。そして、批准を「最終的態度」として使用する限り、批准は常に必要であるとされる。(iii) Commitment without approval of higher authorities = (iv) では、I・L・C草案第一〇条及び第一一条、つまり条約の署名、仮署名及び署名の法的効果を引用され説明されている。(v) (ウィーン条約法第一二条)。

(v) Commitment with approval of higher authority = I・L・C草案第一二条「批准」及び第一七条「条約発効前における国家の権利義務」(ウィーン条約法第一四条及び第一八条)を引用されている。(ii) Procedure

of approval」については、I・L・C草案第一五条「批准、加入、受諾及び承認の手續」(ウィーン条約法第一四条及び一六条)を引用されている。(b) Commitment without having participated in negotiationsつまり「原当事国ではなく、後に参加する加入についての説明である。I・L・C草案第一三条(ウィーン条約法第一五条)を引用され、特に、加入は、以前には当該条約の発効前には起らなかったが、I・L・C草案は条約発効以前における加入を認めている点を特色として指摘されている。

(ii) 形式的諸行為 (Formalities) の中では、条約の定義、認証及び条約の登録について説明される。即ち、(i) Forms in which agreement may be embodied II・L・C草案第一条「定義」、第二条「条約法適用の範囲」(ウィーン条約法第一条、第二条)及び、Eastern Greenland Case 及び South West Africa Case のウィーン判事の個別意見を掲げて説明される。(c) Authentication II・L・C草案第七条(ウィーン条約法第一〇条)「条約原文の認証」を引用されている。(d) Registration II 国連憲章第一〇二条、I・L・C草案第二五条(ウィ

ーン条約法第八〇条)を引用されて説明される。

(iii) 義務が実効性をもつ時期 (Time when obligation become effective)、従来、条約中に明文の無い場合、条約の発効は署名時か批准時かについて争いがあった。併し、近時の傾向は批准時を通説となしている。マックドール教授も、批准説を根拠にしたI・L・C草案第二三条、及び「暫定的発効」に関する第二四条を引用されるが、更に、条約義務の拘束力「becomes effective "binding"」と実施力「becomes operative」を区別すべきことを示唆されている。この点、I・L・C草案は、単に「entry into force」とのみ規定してあって不明確であるとされている。一九六九年のウィーン条約法では、第二四一条において、「条約は、条約中に規定されるか、商議国の合意に基づく方法及び指定日に発効する」とのみ規定した。

(iv) 公約に対する除外 (Exception of Commitment)、ここでは、従来の学者の分類では、「条約の留保 (reservation)」に相当する内容である。従って、マックドール教授も、ハヴァード条約法草案第一三条と一六条(留保に関する規定)、「ジュノサイド条約に対する留

保」に関する国際司法裁判所の勧告的意見(一九五一年) I・L・C草案第一八条(第二二条)(ウィーン条約法第一九条(二三条)の留保に関する条項を引用し説明されている。

(A)条約の解釈(Claims that the content of a commitment outcome is of a certain described meaning: Claims relating to Interpretation)。このでは、後段に要約されるように、「条約の解釈(Interpretation)」を取扱っている。マックドローガル教授は、「条約解釈の意義について、「基礎的な最終的価値の一つと仮定される共同社会形成へ向けての条約解釈の重要性は、強圧(coercion)ではなく、あらゆる型の説得(persuasion)によって一切の価値の最大限の形成と分配が必要であるという以外には何等つけ加えることはない」といい、結局、「当事者の分配された期待(shared expectation of parties)」と「共同社会の政策(Community policies)」の調和が条約解釈の目的であると考えられている。従って、条約解釈に当たり、「有権的意思決定権者(authoritative decision-makers)」の最も一般的目的は、以下の二つであるということになる。即ち、①当事国の真正な配

分的期待を明白にすること、若し、そのような期待について疑義がある場合には、基本的な共同社会の政策に照して、一切の矛盾、ギャップ及び不明確を解消すること、②そのようにして得られた配分的期待を、解釈の問題が生じている特定の問題の解決に当たり、一切の関連ある共同社会の政策と共に適用することである。更に、マックドローガル教授は、「条約解釈にまつわる諸問題として、(i)条約の解釈権者の問題(The appropriate decision-makers for Interpretation)と(ii)条約解釈の過程に関連する問題(Claims relating to the Process of Interpretation)に区分し、(i)の中では、「条約解釈権者として、条約当事国及びその他の関係国、並びに国際的裁判所にふれ、(ii)の中では、条約解釈の目的について、従来の学説、特に、「当事者意思の発見」説に反対して、マックドローガル教授は「優越する共同社会の諸政策によって確立された諸制限の枠内で、当事国の真正な分配された期待に対し、最も密着した可能な範囲の近似を獲得すること」⁽¹³⁾であると主張される。更に、従来の判例を中心に、これまでの条約解釈原理を次ぎの如く要約されている。即ち、(1)文脈的解釈原理、(2)客観的眞正期待解釈原

理、(実効性確保解釈原理、制限的解釈原理、ジュネノサイド条約に対する留保原理)、(3)価値評価解釈原理、(4)表現優先型解釈原理、(5)最大分配的聴衆解釈原理の五種類である。⁽¹⁴⁾尚、条約の解釈と国際公秩序については、前述の McDougal, Interpretation of Agreement and World Public Order, 1967 の中でより一層詳細に論述されている。以上のように、マックドローガル教授の Outcomes は、条約の締結手続、発効の時期及び条約の解釈を实体とする内容である。

(7) 影響 || 効力 (Effects)

価値形成過程に対する影響 (Effects) とは、「条約の当事国、及び当事国が相互に活動する種々の共同社会の両方に影響を与える公約^{コミットメント}についての直接的成果の長期的価値の結果⁽¹⁵⁾」をいうのである。ここでは、従来の学者が、「条約の効力」及び「条約の終了」として取扱う内容とはほぼ一致する。即ち、(1)当事国に対する効力と(2)第三国に対する効力、並びに、(3)条約の効力の終了がその内容である。マックドローガル教授も、影響に関する諸請求 (Claims concerning Effects) の内容として、a. 公約が当事者によって充分履行されたか否かについての諸請

求、b. 提供された履行がその条約の規定に一致してなされたか否かについての諸請求 (以上、当事国に対する効力に関する問題)、c. 条約の反射的利益が予定されていたか否かに関する諸請求、d. 条約の当事国が、非当事国との対比において、条約の享有を保護されたか否かについての諸請求 (以上、第三国に対する効力に関連する問題)、及び、e. 当事国が、その公約^{コミットメント}を適当に修正又は終了せしめたか否かに関する諸請求 (条約の終了に関する問題) について論述されている。これ等のいずれの説に当たっても、ハヴァード条約法草案、I・L・C 草案を引用して説明され、これまでに到達した通説と殆んど異なる結論を支持されているのである。勿論、国際社会と国内社会を不可分の一体として把えるマックドローガル理論からは、「条約は、その条項によっては、国家と国家の間の義務を創り出す丈ではなく、国家内部でその条約によって規定された政策の遵守の為に個人及び官吏を拘束し、国内の官吏にそれとの一致の確保を要求する国内的政策をも創り出すことになる⁽¹⁶⁾」とする結論ができるのは寧ろ当然のことといわなければならない。また、条約の終了に関しては、「共同社会の眺^{パースペクティブ}望から考えら

れる問題は、条約の当事国の合理的な期待の尊重(世界権力形成過程における参加者間の関係における合理的安定の確保)と、それらを当事国の変化する眺望^{パースペクティブ}及び諸条件と一致せしめるため、諸政策の不断の前進的な改革を承認又は奨励することとの適当なバランスを維持することである⁽¹⁷⁾と述べ、「条約の当事国の合理的な期待の尊重(安定)」と「変化に則応する不断の前進的な改革の承認又は奨励(変化)」のバランスの必要性を説いておられる。

(8) 条件 (Conditions)

マックドローガル教授は、条件との文脈 (Context of Conditions) の内容を、a. 条約の履行が不可能になったか、又は履行不能に陥いたか否かに関する諸請求、b. 条件との文脈^{コンテキスト}において、或る種の変化の理由で、一般共同社会が公約^{コミットメント}の終了を正当化し得るかにについての諸請求に分けて論じられている。前者は、一般にいわれる「条約の履行不能」に基づく終了の問題であり、後者は、「事情変更」の原則で、いづれも条約当事国が予測しなかつた事態の発生による条約の終了についてである。教授は、事情変更の原則 (rebus sic stantibus) の必要性

については積極的にこれを肯定し、重要なのはこれに関して、変化の種類、条約の分類及び条約の期間等に関して、共通的政策を確立することであるとされ、条約の効力に影響する事情の変化について次のものを示唆される。即ち、①外交関係の断絶、②領域の範囲の変動、③一当事国内における政府機構の変化、④条約の一方の当事国の消滅、⑤相手当事国による条約不履行及び条約違反、⑥戦争の効果である。更に、集团的条約改訂手続 (collective procedures for revision) として、国連憲章第一四条(いわゆる平和的変更)の必要をも強調される。これ等は、従来の学者が、条約の特殊な消滅として論述する内容とそれ程の相違はない。

(1) ここで云うハザード条約法案とは、ハザード大学が中心に作成され、一九三五年に公表された Draft Convention on the Law of Treaties を指している。尚、拙著「条約法の研究」昭和四十二年、中央大学出版部、五七七頁参照。

(2) ここで云う I.L.C 草案とは、国連、国際法委員会 (International Law Commission) が、一九六二年(第一一〇号)第廿九条(一九六三年(第三〇号)第五四条)に公表した旧条約法草案 (Draft Articles on the Law of Treaties)

- 案をうら、マクドナルドは英国のロンドン公卿 (Sir Humphrey Waldock) の名で。
- (8) The Public Order of the World Community (Miscellaneous Material), 1964, p. 250.
 - (4) I・J・O第37条は「十分な変更を認められず、同一種類のその後の一般国際法規範によつてのみ変更可能な一般国際法の絶対的規範に違反する条約は無効である」(強行法規)と規定している。
 - (5) The Public Order of the World Community, p. 255.
 - (6) McDougal, Lasswell & Miller, The Interpretation of Agreements and World Public Order (『イ・J・O』McDougal, Interpretation, 1967, p. 18.
 - (7) The Public Order of the World Community, p. 290.
 - (8) McDougal, Interpretation, p. 18.
 - (9) McDougal, Lasswell & Reisman, The World Constitutive Process of Authoritative Decision, Journal of Legal Education, vol. 19, No. 4, p. 403.
 - (9) McDougal, Interpretation, p. 19.
 - (11) The Public Order of the World Community, pp. 313—314.
 - (12) op. cit., p. 315.
 - (13) op. cit., p. 317.

- (17) op. cit., pp. 320—324.
- (18) McDougal, Interpretation, p. 20.
- (19) The Public Order of the World Community, p. 332.
- (21) op. cit., p. 338.

四

以上で考察したように、マクドナルド教授の実定国際法の形成過程(条約法)に対する考察方法は、用語使用の相違はあつても、本質的には従来の学者のアプローチと内容的にはそれ程の差異のないことも発見するのである。即ち、教授は、①当事者能力及び当事者資格の問題(participants) ②目的の正当性の問題(Objectives) ③条約締結過程における国内的諸制約の問題(Situations) ④当事国の力関係、つまり平等性の問題(Base Values) ⑤締結方法の限界、つまり意思の存在の問題(Strategies) ⑥条約締結手続、発効の時期及び条約解釈の問題(Outcomes) ⑦条約の効力の問題(Effects) 並びに ⑧条約の消滅、特に当事国の合意に基づかざる終了の問題(Conditions)である。この内容は、従来の

学者の採用する内容と実体的に一致する。即ち、(1)条約の実体的構成要素(① Participants、② Objectives、④ Base Values、⑤ Strategies)、(2)条約締結手続及び発効の時期(③ Situations、⑥ Outcomes)、(3)条約の効力、(⑦ Effects)、(4)条約の解釈、運用(⑧ Outcomes)、(5)条約の消滅(⑨ Conditions)に分類できるからである。問題なのは、どちらの方法論が事実を最も包括的且つ

精確に説明でき、しかも科学的に体系化できるかの比較考量の問題になろう。従来の方法論が不充分であり、従来の用語法が不正確であるとして新しい方法論と新しい用語法を国際法研究に導入したマックドローガル教授の功績を高く評価したい。

(一九六九・一〇・一〇・完)(中央大学教授)