HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランス憲法史における条約と国内法
Author(s)	深瀬, 忠一
Citation	北海道大學 法學會論集, 7(2), 1-80
Issue Date	1956-12
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27755
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	7(2)_P1-80.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

フランス憲法史における条約と国内法

深瀬忠一

本稿は北海道大学法学部助手・東大法学部研究室内地研究員としての約三年間に行なつた研究成果のうちの主要なものである。其の間宮沢俊義教授の研究室に入室を許され、親しく御指導を受けるという学究として此の上ない幸いを与えられた。教授の懇篤なる御指導の数々と、学恩の深きを思うとき、私は全く感謝の言葉を知らない。また、この貴重な内地研究期間を理解と寛容とをもつて与えて下さつた菊井維大教授・松岡修太郎教授はじめ北大法学部諸教授に対し、深甚なる謝意を表したい。本稿は脱稿後徹底的な補正をと考えていたが、結局充分な文献および機会をえずして印刷されることになつた。したがつて考察の未熟な、疑問の点多く、また誤りも少なくないであろう。同学諸氏のきたんのない御批判・御教示を乞う次第である。最後に、私の学究としてのこの処女作品は、たぐいない愛をもつて私を育くみたもうた母上に捧げる。

（一九五六年一〇月一五日）

目次

序　〔一〕――本稿の目的・方法・限界
第一部　古典的近代憲法思想家と条約締結権
第一章　アンシャンレジイムと条約締結権
〔三〕――アンシャンレジイムにおいて国王の条約締結権に対する統制は存在したか

第二章　ロックにおける連合権
【三】――ロックの敍述　【四】――ロックの権力分立論　【五】――連合権の区別、自然法・万民法の観念
【六】――ロックにおける連合権の意義
第三章　モンテスキューにおける万民法に関する事項を執行する権力
【七】――混乱とその原因　【八】――その権力分立論との関連　【九】――その万民法の観念
【一〇】――モンテスキューにおける条約締結権の意義
第四章　ジャン・ジャック・ルソーと条約締結権
【一一】――ルソーにおける立法権と執行権との分離　【一二】――立法府による条約締結権の統制？
第一部の結び　【一三】――古典的近代憲法思想家と条約締結権
第二部　フランス革命後のフランス諸憲法と条約締結権の諸問題
序　【一四】――第二部のプラン
第一章　共和制的類型の条約締結手続を有する諸憲法
第一節　一七九一年憲法　【一五】――その権力分立制　【一六】――その条約締結権　【一七】――一七九一年憲法における条約締結権の意義
第二節　一七九三年憲法
【一八】――その政治制度　【一九】――その条約締結権　【二〇】――憲法制度の現実と条約締結権の実際　【二一】――一七九三年憲法における条約締結権の意義
第三節　共和三年憲法
【二二】――その権力分立制　【二三】――その条約締結権　【二四】――共和三年憲法における条約締結権の意義
第四節　一八四八年憲法
【二五】――その権力分立制　【二六】――その条約締結権　【二七】――憲法慣行と条約締結権の

実際 [二八]——一八四八年憲法における条約締結権の意義
第五節 一八七一年—一八七五年の憲法制度
[二九]——その政治機構 [三〇]——その条約締結権 [三一]——条約締結権の意義（以上本号）
第二章 君主（帝・権威）制的条約締結手続を有する諸憲法（[三二]～[四三]）
第三章 折衷的条約締結手続を有する諸憲法（[四四]～[六〇]）
第三部 条約の国内的効力の諸問題（[六一]～[七六]）
第四部 第四共和制憲法における条約と国内法（[七七]～[八九]）
結 び 連合権の現代的評価（[九〇]）

序

[一]——本稿の目的・方法・限界

本稿は、フランスにおける条約締結権と条約の国内的効力との諸問題に関する歴史的・実証的な研究である。年代的にはアンシャン・レジィムに遡り、現行一九四六年一〇月憲法を含めて、フランス憲法史における各々の憲法制度の全体との関連において、これらの問題を取扱う。

***

現行第四共和制憲法の条約に関する詳細・精確な、そしてまた条約に、国内法律（憲法を含む）に優位する効力を与えた規定は、我国においても、多くの学者に注目されている。しかしその規定は、とりわけ、フランス革命以降一世紀半をこえるあいだの、豊富なこの問題に関する思想的・実定法的経験の歴史をその基礎にもつていることを忘れてはならない。なぜならば、この歴史こそが、その規定の実定的内容と歴史的意義とを、発展の流れのうちに把握せしめ、伝

統的な要素と独創的な発明点とを鮮明にしうるからである。[1] いうまでもなくこの規定に対して学者のいだく関心は、我国の制度との比較法的関心であろうが、それはその規定に先行する歴史によって、深化し堅固にされねばならない。[2]

フランス憲法史には、極めて多彩な諸憲法制度とそれに相交錯する諸々の類型の条約締結手続とが存在し、またそれらの教義的・実際的な成果が既に提示されているので、さながら比較法が諸々の個性的な各国の制度を横に比較してなすところを、縦[3]にしてなしうるの感を与える。勿論、フランスの制度の充全な理解は、比較法的研究をも不可欠としようが、本稿では縦の比較――歴史的方法――に限定[4]して研究を進めようと思う。

(1) 《近世立憲政就中フランス憲法を論ずるに当つては其歴史的背景を知る事が絶対的に必要だ。その制度は一として歴史をはなれて正当に理解しうるものはないから。》宮沢俊義、仏国憲政に於る大統領の地位、法協、四二巻二号（一九二四）一一〇頁。

(2) 科学としての法律学に適用される歴史的方法は、過去の事実の観察と現在の事実の観察とを共に含む。過去の事実を確定した後、それを秩序ある構成に集約し、それらの間を支配する関係を発見して一般的な法則を定立する。かくして《過去は現在を説明し、一方は他方によって堅固となる。》Henry Nézard, 《De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel》 Mélanges Carré de Malberg, 1933, pp. 391-2.

本稿では紙数の都合上、各制度の政治的・社会的機能・評価の問題は相当捨象される。したがって、法技術の歴史の問題を主として取り扱うことになったことを、ことわっておく。

(3) 《それ（法制史）は一種の比較、横の比較に対して縦の比較といえる。縦の比較の尽くる所が即ち横の比較の始まる処、サレイユは比較法を法制史の延長といっている》《比較の対照たる各法に付て縦の比較をなすことは不可欠である。此の意味で法制史は比較法学の延長と見られる》杉山直治郎、比較法学の観念について、法学志林二〇巻九号（一九一八）p. 一〇

(4) 本稿の背後に比較憲法的関心および視野が排除されている訳ではないが、本稿では皮相な比較検討を一切避けることにした。この問題に関する比較憲法史的研究を今後逐一進めることを約したい。

ところでこの問題は、憲法典の条約に関する明文のみでは全く理解できない面のあることに注意しなければならな

い。例えば議院制的慣行[5]や司法判例[6]等が、憲法の明文を補充し、時としてはそれを変更さえもした場合のあることや、憲法典を有せず或は有しても施行が停止せられた時代の不文の憲法制度のもとで、この問題が重要な展開を示したこと[7]が明らかであるとすれば、我々は、憲法典上の制度とともに現実の政治制度を、明文上の条約に関する規定と同時に運用の実際を究明し、関連する実定法的事実の総体の実証によつて、この問題を理解すべく余儀なくされるのである。そのような意味で、この研究は実証的[8]と呼ばれうるものとなるだろう。

(5) 両シャルトのもとで、条約締結権は国王の専権だつたが、議院の財政・立法権に触れる条約の国内的執行には、議院の議決を要することとなる。v. infra, [三七] 2) 3).

(6) 第三共和制憲法により専権とされた大統領の商議・批准権を消滅または修正せしめた国際労働協約の締結手続を認めた一九三四年破棄院判決。v. infra, [六三]

(7) 一七九三年憲法は一切の祕密条約を認めていないが、施行は停止せられ、公安委員会が広汎な祕密条約締結権をコンヴアンシオンから授権せられて大いに行使した。v. infra, [三〇]、[三一]

(8) Marcel Waline(《Positivisme philosophique, juridique et sociologique》, Mélanges Carré de Malberg, 1933, pp. 519-534)は、法学的実証主義は憲法を根本規範とする規範論理的方法であり、社会学的実証主義は有効に社会に妥当している法を探究する方法とし、前者に Kelsen, Carré de Malberg 後者に René Capitant をなぞらえる。Henry Nézard (op. cit., pp. 377-393)は、Duguit (Waline は、自然法を一切認めぬ哲学的実証主義に傾いていたと彼を評している)を含めて、Kelsen, Carré de Malberg の方法を、教義学的若しくはア・プリオリの方法と呼び、経験科学の方法としては、比較的方法と歴史的方法を提唱している。

最後に今一つの困難を指摘しなければならない。それは、条約は国内法の形式であり法源であると同時に、国際法のそれらでもあるということである。[9] それは国内公法学の狭隘な視野には這入つてこない分野をもみなければならないことを示唆する。すなわち、条約がそのような性質のものであるとすれば、それを締結し適用する作用が、立法・執行・司法の三権力の区分のいずれかに吸収されてしまう性質のものであるかどうか、性質上の特性から一個の独自

の作用として区別して理解さるべきではないかという疑問を生ずる。それはいわゆる権力分立理論を、新たに国際的な観点をも加えて、再検討することを要求する。

(9) Pierre Chailley, La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain, Paris, R. Sirey, 1932, pp. 333-334. v. infra, [九〇]

これを要するに本稿では、次の二点に特別な関心が払われるであろう。すなわち、条約の締結及び適用に関する諸問題が、フランスの憲法史上（特に民主的統制という観点から）いかなる進化のあとをたどったか。そして、その作用が国家権力構造上（特に権力分立という観点から）独自の作用として区別されてしかるべき理論的・実定法的根拠を有するか否か。その前提として第一部においては、古典的な近代的憲法思想家の教説が、比較的詳しく分析される。第二部では条約締結権に関する諸問題、第三部では条約の国内的適用に関する諸問題が、夫々革命以降第四共和制以前の諸憲法制度について取扱かわれる。第四部では、現行第四共和制下のこれらの諸問題が綜合的に解明せられる。

***

いうまでもなく本稿は、国際法と国内法との関係に関する国際法学の基礎理論の構成を試みんとするものではない。その対象についても、その方法についても極めて限定されていることは明白である。しかし比較的最近の国際法学の傾向として、この二つの法秩序間の関係についての従来のア・プリオリな観念や既成の体系に依拠することを拒否し、関連する経験的所与の実証的観察に基づいて理論を構成せんとするものがみられる。(11) そして結局、一元論・二元論のいずれかの命題が排他的に妥当するというものではないこと、国際法優位か国内法優位かについての両者の論争も、原則の確認の問題ではありえても、実際の法的現実に到達するものではないことが明らかにされたといえよう。(12)

この問題の具体的な解答は、当該各国憲法の歴史的・実証的な研究にまたねばならなくなつたようにみえる。[13] そのような意味でも、本稿は、ささやかながら意義をもちうるかも知れない。

(10) 一元論・二元論に属する諸学説の分類については、例えば V. R. D. Masters, International law in national courts —— a study of the enforcement of international law in German, Swiss, French and Belgian courts, 1932, pp. 12, 13 note.

(11) Spiropoulos (Théorie générale du droit international, 1930, p. 80) は、一元的構成と二元的構成とを、単なるア・プリオリな観念だとして同時に拒否する。

Mestre (《Les traités et le droit interne》 Rec. Cours. 1931, IV, pp. 237-238) は、《国際法と国内法との関係を抽象的に取扱うこと及びこの問題についての既存の一般理論にくみすること》を意識的に避け、《観察の方法》からのみ鼓吹されて、その研究を進めんとすることを明らかにする。

Mirkine-Guetzévitch 教授 (Droit constitutionnel international, Paris, Sirey, 1933, pp. 23-25, 宮沢・小田訳、国際憲法、pp. 14-16, cf. Droit international et droit constitutionnel, Rec. Cours, 1931, IV, pp. 317 et s.) は、《法的現実は同時に一元的でも二元的でもある……我々は、歴史的現実においては、これら二つの考え方が併存していることを認めねばならぬ》とし、《国際生活を観察する》ことによつて、《論理的真実ではなく、歴史的現実に対する技術的真実》としての《公法統一》の原則を《法の歴史的発展の中》に確認する。この方法を教授は《歴史的・経験的方法》(méthode historico-empirique) と呼ぶ。この方法に対し、一又正雄教授は特別な関心を示し(憲法と条約、公法研究、五号(一九五一)五—六頁)、B. Mirkine-Guetzévitch 教授の歴史的経験主義の《ような立場から、実際的な英米学派の議論を再整理し、再吟味することが、従来あまりに理論的な大陸学派的な方法に偏重した我国の研究にとつて、もつとも妥当と考える》とする。しかし、Mirkine-Guetzévitch 教授の、歴史的・経験的方法の立場は、歴史的・経験主義一般とは異つて、《公法統一》の原則の承認を基礎にもつところの、政治的理念と切り離し難く結びついている点に特色がある。それは、比較憲法史の方法であると同時に政治学の方法に集約される (Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, 1931, pp. 48 et s.; Propos de méthode, Rev. internationale d'histoire politique et constitutionnelle, 1951, no. 1-2, pp. 137-145; Les constitutions européennes, 1951, pp. 3-13; La 《guerre juste》 dans le droit constitutionnel français (1790-1946), Rev. générale de droit international public, t. 54, 1950, pp. 225-227;

長谷川正安助教授は、比較憲法方法論の一考察、法政論集二巻二号（一九五四）五四―五六頁において、戦後の Guetzévitch 教授の《実証的態度の後退》を批判する。ただ教授の方法に一貫した西欧自由主義的デモクラシイの理念に基づく公法統一が、同時に国際連盟、国際連合とともに実現されている歴史的真実であるとする点では前後変りはないというべきであろう）。教授は、法律家が規範論理的方法をもつて、法規を究明することの必要性を認めるが、綜合科学としての政治学は同時に歴史家・社会学者・政治哲学者の協力を必要とすると説く。そこに形式的な優位の問題は重要性を失う。実質的な公法統一の傾向の究明と確認が重要である。A. Decencière-Ferrandière 教授は (Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat, Rev. générale de droit international public, t. 40, 1933, pp. 45 et s.) Mirkine-Guetzévitch 教授の《優雅な歴史的懐疑主義》(l'élégant scepticisme historique) を批判して、優位（形式）の問題の重要性を強調している。この批判は正当であり、Mirkine-Guetzévitch 教授の歴史的・経験的方法の一問題点たるを失なわないだろう。

Chailley, op. cit., nos. 7, 8, 111,

安井郁、国際法優位理論の現代的意義、――A. von Verdross の国際法理論の研究――、国際法外交三〇巻九号（一九三一）五、八六八頁 et s.《国際法と国内法が相互否定の関係に立つものではなく、一定の法律関係に於いて結合されている。この点、国際法優位理論と二元論との間に存する差異は質的でなく量的である。……重要なのは両者が如何なる意味に於いてまた如何なる程度に於いて統一的であり分立的であるかを明らかにすることである》。国際法と国内法との関係の再検討――ヴアルツに依る国際法優位構成の修正――国家、四九巻一二号（一九三五）一六四六頁 et s.《国際法の国内法に対する作用の性質及び程度は……具体的に経験しうる国内法上の確定的な慣行について闡明されねばならぬ》。

(12) Charles Rousseau, Principes généraux du droit international public, t. 1, Paris, A. Pedone, 1944, p. 74. 本稿全体を通じてこの著作に負うところが大きい。同書等の借用その他の御教示につき都立大学・内田助教授に厚く御礼申上げたい。

(13) 横田喜三郎、国際法学（上）、（一九五五）七四―七五頁、七八―九〇頁、国際法の基礎理論、（一九四九）一二五―一九四頁（国際法と国内法との論理的関係）。《両者（国際法と国内法）の間には、相対的な区別があつて、国際法が国内法上でも効力をもつためには、……明示的または黙示的に、そのことが国内法上で認められることが必要である》とし、各国憲法について実証的な考察をすすめる。但し、フランス現行憲法における条約の効力についての同教授の解釈（国際法学（上）、八五頁）に対する疑問について v. infra, [八五]

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、六八巻九・一〇号（一九五五）五五頁《……国際法の国内的効力

をいかに認めるか、或はそれにいかなる国内法的効力を認めるかの問題が、直接には各国の憲法秩序の問題であるということは、とりもなおさず、今日の国際社会の構造が、主権国家を単位としていることの意味である。従って、右のような問題の具体的判断は、直接には当該憲法の解釈の問題でなくてはならない≫。cf. 国際法総論、(一九五三)一一八頁、一二九―一三一頁。

宮沢俊義、日本国憲法、コンメンタール(一九五五)八一一頁、≪……国際法と国内法とのいずれが優先するかについては、きわめて高い程度において(かならずしも、全部的にではない)関係する国内法秩序にその決定が任されてあると見るべきである≫。

cf. Paul de Visscher, Les tendances internationales des constitutions modernes, Recueil des Cours, 1952, I, t. 80, pp. 515-516.

第一部　古典的近代憲法思想家と条約締結権

ここでは、ロック、モンテスキュー、ジャン・ジャック・ルソーの条約締結権についての観念が分析される。その前提として必要な範囲で、彼らの時代的背景について一べつを投じておこう。

第一章　アンシャン・レジイムと条約締結権

[一]――アンシャン・レジイムにおいて国王の条約締結権に対する統制は存在したか

ウエストファリヤ条約以降フランス革命前の国際関係は≪王朝の格闘≫(luttes dynastiques)をもつて特徴づけられる。国王達は、勢力均衡の名のもとに同盟条約の網を張りめぐらすが、それらは相つぐ領土拡張戦争によつて一挙に破棄せられてしまう。(1) 条約の不可侵や神聖性の要請は、学者や哲学者のはかない願望にすぎなかつたのである。(2)

アンシャン・レジイムにおける対外政策は、本質的に国王個人の事柄と考えられ、国際法は国民間の関係を支配するというよりは、むしろ国王間の関係を支配すべきものとされた。国民は王個人の商議の対象を構成する≪物≫にすぎ

なかつたのである。革命に先立つ時期のフランス公法において、国王絶対主義が完全な純粋性において花咲いたのは、正に外交政策においてであつたとされる。(3)

(1) 《条約は殆んどない、約束は一つもない》 Montesquieu, Pensées et Fragments inédits de Montesquieu, 1899-1901. t. II, p. 317. no. 1785.

(2) B. Mirkine-Guetzévitch, L'influence de la révolution française sur le développement du droit international dans l'Europe orientale, Rec. Cours, 1928, II, pp. 305-307. Robert Redslob, Histoire des grands principes du droit des gens, Paris, Rousseau, 1923, p. 223 《……ウエストファリア条約とフランス革命との間には、野獣的な武力とあくことを知らぬ野心と獰猛な利己主義とが猛威を振う広大な戦場がひろがつている。それは王朝の格闘の時代である。……荒廃のこの国土に、法学の記念碑は砂漠の中のピラミッドの荘厳さをもつて孤立していた》。詳しくは、Albert Sorel, L'Europe et la Révolution française, Paris, Plon-Nourrit, 20 e éd., 1926, t. 1 pp. 9-91, 244-336.

(3) Joseph-Barthélemy, Démocratie et Politique étrangère, Paris, Félix Alcan, 1917, pp. 88-89 《外交はとりもなおさず、諸王にとつて彼らの家族の事柄のやりくりなのである。結婚や持参金の問題が重要な位置を占め、婚約の破棄が戦争の正当な原因と考えられた》。cf. 岡義武、国際政治史、岩波全書（一九五五）一〇—三一頁。

いつたい、一三〇二年にはじめて招集せられてから、国王の課税に協力し又諮問に答える機関として穏和な君主制の下に一個の政治的勢力として存続してきた全身分（会議）(Etats-généraux)は、国内法の分野においては、課税の同意権によつて国王を統制した時代もあつたが、(4)一六世紀後半以降においては、わずか事実上の統制をなしえたにすぎない。(5)そしてやがて招集も稀となり、絶対王制の進展によつて遂にひつそくせしめられ、一六一四年以来一七八九年迄は、正式に招集せられたことは一度もなかつたのである。地方身分（会議）(Etats-provinciaux)(6)は、全身分の地方版といえようが、一四世紀から一五世紀前半にかけてあらゆる州の一般的制度として出発した。一五世紀から一七世紀

にわたつて絶対王制の進出により、中央部の諸州においては大部分廃止され、pays d'élection となり、周辺諸州においては王権と妥協して存続し、pays d'Etat として課税の同意権が認められ、一八世紀末の革命に迄及んだ。(7)

しかしそれらは、事、条約締結権に関する限りにおいては、いかなる法的制限をも王権に課するものではなかつたといえるようである。(8) 人或いは、一三五九年、国王ジャン (Jean) がロンドンで締結した条約に対し全身分が承認を拒否したこと、(9) 一五二七年にカニヤック (Cagnac) に招集されたブルゴオニュの身分 (Etats de Bourgogne, 地方身分の一つ) が、一五二六年フランソワ一世によつて締結せられたマドリイド条約の効力を否定した等の(10)実例を引くかもしれない。しかしそれらは、国王が外国によつて同意を強制せられた領土の割譲の約束の履行から自由になるために、道徳的なよりどころをえんと欲してなされた政治的演出にすぎない。(11) フランス史上、領土を割譲する多くの条約は、国王によつて同意せられ、全身分はただ諮問されたに止まるのである。(12)

また一四九二年一一月三日シャルル八世とイギリスのヘンリイ七世との間に締結せられた条約のように、条項中平和の諸条件を全身分の承認に服せめることを明定している場合にあつても、それは条約の効力発生要件だつた訳ではなく、単に敵国に対する条約の国内的執行の保障としての意義をもつにすぎなかつた。(13)

(4) Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris, R. Sirey, 1925, pp. 493-495.

(5) ibid. 496-497. 野田良之、フランス法概論、上巻 (一) (一九五五) 三三三頁、三三五—六頁。

(6) 《一八世紀に至るまでこの名称は公式には使用されなかつたという》野田、op. cit., p. 339. Etats-particuliers が正式語だとされる。F. Olivier-Martin, Histoire du droit français des origines à la Révolution, 1951, p. 392.

(7) Esmein, op. cit., pp. 578-595. 野田、op. cit., pp. 339-344.

(8) 一八五一年三月一一日の立法議会における Casimir Périer の報告は、領地の分離又は割譲は全身分の協力なくしては諸王もな

しえなかつたとする。(Eugène Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 5 éd. 1919, pp. 625-626. note 1.) しかし、Michon (op. cit., pp. 17, 18, 93-94, 216) はそれは誤りだとする。なお、一四および一五世紀には国王は絶えず身分に英国と戦争すべきや講和すべきやを問い、戦争をなす場合には献納金を要求した、とされる (Olivier-Martin, op. cit., p. 373) が、それは政治的考慮にいずるものと解すべきであろう。

(9) ジャンは Poitiers の戦以来捕虜となつていた。事情は全く異常である。条約は非常に苛酷で、国王ジャンは一二〇〇万フランの外にイギリスに対し Calais から Bayonne に至る全西部諸洲地域の割譲を約した。皇太子は父の捕虜中摂政だつたが、全身分を招集したのは条約の承認をもとめるためでなく、彼らに頼つてそれから自由になる為だつた。J. Barthélemy, Démocratie…, p. 88. Michon, op. cit., p. 19-20; 《皇太子は身分の意見 (l'avis) に依拠して一三六〇年には Brétigny 条約によりやや緩和された条件を獲得した。》Olivier-Martin, Histoire du droit français…, p. 373.

(10) ブルゴオニュの身分は条約を非難し、《それは王国の法律にも、身分のいかなる部分も国王の固有の権威をもつて分離することはできぬという国王の法にも、マドリイドの宣誓より高次の即位の宣誓にも反する》とした。しかしフランソワ一世は自発的にブルゴオニュの身分の決定に任せることにきめたのであるが、それは彼らによつて彼のなした諸々の約束を破棄し免かれんがためであつた。Barthélemy, op. cit., p. 88. また Michon, op. cit., p. 21 はそれは割譲される民衆の代表者にすぎず、したがつて立法権の承認ではないと指摘している。Olivier-Martin (Histoire du droit français…, p. 321) は、ドメエヌの不可譲の国内公法上の原則を、国際条約の有効性に迄拡張することに疑問を感じている。

Contra. Chailley (op. cit., pp. 182-185) は、Declareil の研究 (Le traité de Madrid et le droit public français, Rec. de législation de Toulouse, 2 e série, t. 9, 1913) を引き、フランソワ一世が国内公法上全身分の同意なくして領土を割譲しえぬことが、国際法上もそのような条約を有効に締結しえなかつたことだ、とする。Vattel, Le droit des gens, liv. 1, chap. XXI, § 265

(11) Michon, op. cit., p. 25.

(12) Michon, op. cit., pp. 24-25 に引用する実例。例えば、一四世紀に聖・ルイ (Saint Louis) は Aragon に Barcelone と Roussillon の主権を譲つた。一八世紀にルイ一五世はイギリスにルイジアナ、セネガル、カナダを譲つた。

(13) 一四九五年二月シャルル八世は身分に諮問することに決定したが、約束されたような全身分の代議員を招集する代りに、地方身分及び諸都市にコピーを発送し彼らの同意をもとめるに止めたが、それは単なる通達に変えられてしまつていた。Michon, op.

cit., pp. 21-22, 25. cf.《……一〇〇年戦争の期間中、国王はその対外政策に王国の身分を結合せんと欲した。この慣行は、国際条約中に王国の身分による条約の批准を規定するという相当永く続いた習慣の起源をなす。例えば一四九二年、一五一〇年、一五一四年の条約中ではそのようにされた。国王はしかし、全身分を招集せず、三身分の人達は、その会合が彼らにとつてより負担でないところの地域的会議において彼らの承認を与えたのである。》Olivier-Martin, Histoire du droit français…, p. 374. cf. infra, [三七] 4.

他方、一五世紀初期に Curia regis から恒久的司法裁判所として独立したパリのパルルマン (Parlement de Paris) や、一五世紀から一八世紀にかけて設立せられた地方のパルルマン (Parlements de province) は如何。それらは一六世紀以降次第にその一般的裁判権を判用して公的事項に進出し、特に、登録権、建白権及び法規的判決権等の非司法的権限によつて、重大な政治的勢力となるに至つた。(14) それが絶対制王権との深刻な政治的闘争を惹起するようになつたことは人の知るところである。この登録は法律について要求せられた執行要件であるが、パルルマンはそれを予め検討 (vérifier) して、登録を拒否し、又は部分的にのみそれを行い、或は条項を修正することができたとされる。(15)

(14) Esmein, op. cit., pp. 379-383, 505-507, 507-527. 野田、op. cit., pp. 406-409, 412-422.

(15) Esmein, op. cit., pp. 507-508, 509-514. 野田、op. cit., pp. 414-415, 415-422. 国王はパルルマンを立法権に関与する機関としては決して認めず、単なる意見のみを許した。結局登録の拒否権は認められていた訳ではなかつたが、登録の拒否後建白に対する国王の返答ある迄は登録が延期せられ、困難な時期に屢々行使されると、事実上無視すべからざる困難を生じた。

この登録は、国王が外国との間に締結する条約についても要求せられ、通常パリのパルルマンに登録せられれば全フランスに対してなされたものと認められていたが、(16) その適用が、国内法の変更をもたらす場合には、法律として各パルルマンによつて登録されねばならぬとされたようである。(17) パリのパルルマンが条約の登録を拒否した例がみられるが、(18) それは条約の国内的執行にのみ関連する問題であることはいうまでもない。

一六一四年全身分の機能の停止以来、諸外国は時として彼らの条約がパリのパルルマンによつて登録されることを要求したが、それはその条約の国内的執行の保障として求められたものにすぎなかつたのである――あたかも全身分の同意が条約の規定上要求されていた場合のように。(18)

このパリのパルルマンによる条約の登録の慣行も、一六五九年のピレネェ（Pyrénées）条約の場合を最後として廃止されてしまつた。(19) 革命前における国王の外交大権、(20) そして条約締結に関する権能は、絶対的にして争うべからざるものだつたのである。

(16) Esmein, op. cit., p. 508.

(17) Esmein, op. cit., p. 508, note (174)

(18) パリのパルルマンはフランソワ一世によつて課せられた（一五一六年に法王レオン一〇世との間に締結せられた）Concordat de Bologne の登録を拒否し、一四三八年にシャルル七世により公布された Pragmatique Sanction de Bourges を引続き適用することを宣言した。Olivier-Martin, op. cit., p. 475.

(19) Michon, op. cit., pp. 25-26. 一八三一年三月一一日のカジミイル・ペリエ（Casimir Périer）の報告においても、一六一四年以降は対外的に国王は唯一の機関だつたし、パリのパルルマンに対する登録の様式も失効したことを認めている。Eugène Pierre, Traité de droit politique…, 5 e éd. p. 626. note 1.

(20) それは国王の国内的な立法権、課税権等とは別な、固有の一権力として意識せられていたといつてよかろう。後にみるように、国王の国内的立法権に大きな制約を課そうとするモンテスキューも、この権力はそのまま触れずに国王に委ねた。v. [八] [一〇]

第二章　ロックにおける連合権（federative power）の意義

モンテスキューの萬民法に関する事項を執行する権力は、ロックの連合権の直接的な影響のもとに設定されたものといえる。(1) したがつて、しばらく海峡の彼方に渡つて、ロックを研究することを余儀なくされた訳である。

(1) 《万民法を執行する権力が連合権に対応することは些の疑も容れない。》Dedieu, Montesquieu et la tradition politique anglaise en France, Les sources anglaises de l'《Esprit des lois》, Paris, V. Lecoffre, 1909, p. 177. モンテスキューの《万民法に関する事項を執行する権力はロックの連合権にすぎない》Mirkine-Guetzévitch, Droit constitutionnel international, 1933, p. 99.

[II]——ロックの叙述

ロックは彼の政治二論 (Two treaties of civil government) の第二巻第一二章において、国家権力を、立法権、執行権および連合権の三権に区別した。連合権を区別する根拠について彼はいう：

《それは、人が社会を結成する以前に各人が自然的にもつていた力に相応するものだから、自然的と呼んでもよかろう。なぜなら国家においてはその構成員は……社会の諸法律によつて支配されるが、他の人類に対しては一団体をなし、社会の構成員が以前にそうであつたように、他の人類に対してはなお自然状態にあるのであり、従つて、誰かその社会に属する者とその社会外の者との間に起る紛争は公に処理せられ、その団体の一員に加えられた侵害の報復 (reparation) には共同社会全体があたるからである。故に全共同社会は、その共同体外のすべての他の国家若しくは個人に対しては、自然状態における一団体なのである》(一四五)。

次いで彼は、その内容について説明する：

《戦争と講和、連盟と同盟 (leagues and alliances) そしてその国家以外の一切の個人および共同社会とのあらゆる取引を含む》(一四六)。

そして最後に、執行権との関係について論じ、これらの二権力は《それ自体においては全く別のものだ》(really distinct in themselves) という (一四七、一四八)。その性質上の相違について、執行権は：

《社会の国内法をその社会の内の各部に執行する権力》

であるが、連合権は：

《公衆が利益または損害を受けるであろうあらゆる相手との間に、外において公衆の安全と利害を処理する権力》

とし、その行使の態様の相違について：

《連合権の処理のよしあしは、国家にとつて重大事ではあるが、既定の恒常的な実定法によつて規律されうる程度においては執行権よりもはるかに劣る（is much less capable to be directed by…）[2]。従つて必然的に、その権力を握る人々の慎重と叡知にゆだねられ、公共の利益のために処理せられねばならない。なぜなら、臣民相互間に関係する法律は、彼らの行動を規律するのだから、その行動に先んじて定められるのは結構である。しかし外国人に関して行なわるべきことは、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故、大部分は（must be left in great part…）[3]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つて処理されねばならない》（一四七）

と説く。しかし両権の帰属者について：両権は

《常に殆んど結合され》（一四七）ているのであり、《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。何故なら《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）力を異つた、しかも従属関係に立たない手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）力が別々の統師に服することとなり、いつかは混乱と破滅を招きかねない》（一四八）から。

彼の叙述するところに目を通した我々は、以下、連合権の区別の意義をさらに明らかにしなければならないが、まず彼の権力分立論一般との関連をたどろう。

(2) Everyman's Library, no. 751, 1924, pp. 190-192. 同じく、Londons Appleton-Century Co. 1939, pp. 98-99. cf. 邦訳松浦嘉一、政治論、三六八―三七一頁。叙述の相対的表現について注意。v. [六] note (8).

[四]――ロックの権力分立論一般との関連

ロックの政治二論は、彼の時代のイギリス憲法の概括的ではあるが、正確な描写だと考えられる。[1] すなわちそこに、一六八八年の名誉革命によつて確立された、制限君主制の憲法慣行が表現せられ、また、正当化されているとみてよ

いのである。

(1) J. W. Gough, John Locke's Political Philosophy, Eight studies, Oxford, 1950, p. 102. cf. 酒井吉栄、ロックにおける政治論の特質と背景、愛知大学法経論集第一二集、二〇七―二一七頁。

(2) Gough, op. cit., p. 13. 五十嵐豊作、一八世紀イギリスの政治体制と理論について、法学五巻五号、三三頁。ロックが立法権を最高としながら、すぐその後で執行権に「きわめて恕すべき意味で」最高性を与え、大権を広汎に認めるなど、彼の理論は《それ自体に於いて非論理的で矛盾あるものであるが、これ彼が革命により成立せる制限君主制を忠実に基礎づけんがためであつた》。清宮四郎、権力分立制の研究（一九五〇）三二頁。

ところで、彼が国家権力論において分立を主張するのは、立法権と執行権とについてのみであり、しかも厳格でない仕方[3]においてである。彼は結論的に言う、《かくして、立法権と執行権とは屢々分離されるようになる》（一四四）と。この表現は、例えば、被告人は司法裁判所の既知の手続によつて裁判さるべきで、政策的考慮に支配された立法府の議決によりなさるべきではないという、市民革命当時のレヴェラア（Leveller）の教義に発し、名誉革命において一般的に承認されるに至つた原則[4]の確認であるとともに、なお貴族院が最高法院であり、（裁判的）弾劾や私権剝奪法の制度が庶民院に残存する現実[5]をも無視できぬという、ロックに特徴的な妥協的態度の一端を示すものでもあろうか。そこで注意を引くのは、ロックのシステムにおいて司法権が特別の地位を与えられていないことであるが、それはとりもなおさず、司法権が法の行政に関する執行権にほぼ[6]含まれていたこと、二度の革命の成果として大権（行政）裁判所がチェックされ、通常裁判所の前に行政官庁が市民と同様如何なる特権も有しなくなつた、すなわち普通法から独立した行政法の成立が阻止されたという、英国における近代的な法の支配の成立の制度的背景との関連において理解さるべきではあるまいか[7]。

一七世紀の英国憲政史を一言にして言えば、parliamentarians と common lawers が提携して国王の絶対権力の制限に成功し、名誉革命によつて議会の最高性の原則を一応確立した歴史であるといえよう。(8) ロックはその成果たる制限君主制を忠実に基礎づけたと解しうるのであつて、彼の権力分立論もその一表現に外ならない。(9) そして結局彼の権力分立のシステムは、今日の用語に従えば、立法権に対する執行（大権を含む）・連合・司法の結合権のゆるやかな分立ということになる。(10)

(3) 《権力分立のロックの取扱いについては、彼はその原則が立法権と執行権との関係を決定するのに有益だと、単に示唆していることが観察さるべきだ》Dunning, Political theories from Luther to Montesquieu, Macmillan, 1949, p. 358. 《これらの権力の分立は、それゆえ、単なる便宜事項であつて、ロックにより決定的に重要なりとして強調されたドグマではないと思われる》Gough, op. cit., pp. 96-97.

(4) F. D. Wormuth, The origins of modern constitutionalism, New York, Harper & Br. 1949, pp. 63-72. 権力分立を主張する第二の論拠としては、議会は、行政の監督及び矯正の為の糾問的機関だという考えがあつた。

(5) F. W. Maitland, The Constitutional History of England, Cambridge, 1950, pp. 317-320. 高柳賢三、英国公法の理論、六七頁。

(6) Gough, op. cit., p. 97. Wormuth, op. cit., pp. 61, 193. 但し、《ロックの分類中には、Judicial power が見出されない。けれどもそれは、彼が Executive power の一部として考えたと思うのは早計であろう。むしろ立法権に関連して、ロックは考えていたような形跡がある》。高柳賢三、英国公法の理論（一九五一）六四頁。Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 6 éd. 1914, pp. 454, 455. も同様に、立法権に依拠したものと解する。cf. 酒井、op. cit., pp. 168-170, note (4).

(7) Julius Hatschek, Englisches Staatsrecht, 1906, II. Bd., SS. 656, 658-9 《初期の Stuart においては有名な王国顧問 Francis Bacon は、通常裁判所の前の王の行政の特権、各々の国王行政行為に対する通常裁判所の管轄権の制止を策したが、後にこのことは大陸で追随されるのである。》《革命はこれらの残滓を一掃した。行政官吏は、他の市民達と同じようにその職務の執行においていかなる特権をも享有しないこととなつた》。(cf. 高柳賢三、英国公法の理論、一五頁。伊藤正巳、英米法における「法の支配」、

法の支配所収、二九―三〇頁。）その歴史的発展の意義を無視して、単に中世的な方法による司法行為の優越としてのみ理解することには賛し難い。その例として、E. von Meier, Französische Einflüsse an die Staats- u. Rechtsentwicklung Preussens im XIX Jahrhundert, 1907, S. 64. 但し、裁判官の地位の国王からの独立の保障は、一七〇一年の王位継承法をまたねばならなかつた。

(8) Gough, op. cit., pp. 106-107. 立法権が最高であり、執行権及び同盟権は共に《補助的にして従属的な》権力であるとされる。Locke, Of civil government, chap. XIII, [153]

(9) 《ロックが権力分立の理論を与えた最終的な形態において試みられたのは、国王と対等の地位をえんとしてなされたイギリスの議会の闘争の結果を一般化することだつた。……この闘争の数段階を劃するところの国王的及び議会的絶対主義、クロムウエルの独裁制そして国王絶対主義への復帰という急速な継起が、イギリス人の心に法律を作成する人々とそれを執行する人々との間に或る調和的なバランスが必要だと印象づけた。この調和を一六八八年の名誉革命が達成せんと試み、その時代の流儀でロックのエッセイはそれに一般的にして恒久的な真理という後光を与えたのである。》Carl J. Friedrich, Constitutional government and democracy, New York, Ginn, 1950, pp. 174-175.

(10) cf. Gough, op. cit., p. 97. 国王は法律の制定の同意を与え、立法権にも参与する。Locke, Of civil government, chap. XIII, [151]

[五]――連合権の区別、自然法・万民法の観念

以上にみた立法権と執行権との分立の理論は、当時迄に一般的に承認されるに至つた通説の継承であるにすぎないが、ロックにおける唯一の独創点は連合権の区別に外ならない。しかもそれが、他の著者によつて追随されなかつた唯一の点でもあるといえる。(7)

蠟山氏はこの連合権につき、

《連合権は、明らかにオランダのアルトジウスやグロチウスの影響によつて、当時の国際関係を万民法の支配する社会と見做し、それに対処すべき権能として取出した》

と述べる。[2] いまこの興味深い命題の当否を、ロックに及ぼしたグロチウスの影響の性質および程度の検討を通じて吟味してみよう。

ロックを政治思想史上位置づけるとすれば、ホッブスよりもむしろグロチウスに属するといえよう。[3] そしてグロチウスのロックに及ぼした影響は否定しえないものがある。[4] しかし、ロックが影響を受けた思想家は、極めて多岐にわたつており、[5] グロチウスとロックとの間に類似性ありとすれば、彼らが屢々同種の問題を論じ、そしてそれに解答を与えるのに類似の理性的アプローチのたすけをかりてなしたこと以上のものではないとされることを考えても、[6] 両者を関係づけるには慎重でなければならないことがわかる。

(1) Gough, op. cit., p. 100. Wormuth (op. cit., p. 195) は、この権力を第二次的権力の一つとしている。植民地に課税する権力のように。

(2) 蠟山政道、比較政治機構論（一九五一）五八頁。

(3) Dunning, op. cit., p. 363.

(4) 福田歓一、道徳哲学としての近世自然法（二）、国家、六七巻五・六号（一九五三）一一三頁、note 64.

(5) R. Hooker, R. Cumberland 等の思想家、Whichcote, Barrow, Tillotson 等の僧侶 v. Gough, op. cit., pp. 2-3.

(6) John Locke, Essays on the Law of nature, ed. by W. von Leyden, Oxford, 1954, pp. 36-37.

ところでロックは、既にみたように、国際社会を《自然状態》とみているが、彼の自然状態・自然法・万民法の観念をグロチウスのそれと比較するときはいかなる相異を見出しうるだろうか。

a. ロックの自然法研究の関心は主として認識論にあり、形而上学的基礎を有していたのに対し、グロチウス等大陸法学者の方法は、主として法学的或は歴史的であり、より科学的より非宗教的であつた。[7]

b. ロックはグロチウスより更に明確に万民法と自然法とを区別する。ロックにとつて、万民法は契約に基礎を有

する人々の間の種々の明示または默示の一般的合意であつて、それは自然法によつて課せられたものではなく、共通の便宜によつて人々に示唆されたものにすぎない。[8] グロチウスが自然法と万民法とを区別し、法妥当の二元性を認めたことはその特徴とせられねばならないが、[9] 万民法の究極の妥当根拠は自然法に仰いでおり、[10] 万民法を体系づける自然法は、それ自体法的性質を有し、自からの資格においても妥当すると考えていたといつてよかろう。[11]

C. ロックも正戦について論じはするが、その圧倒的関心は国内公法にあつたといつてよいのに対し、グロチウスの主要な関心の対象は、いうまでもなく国際戦争にあつたのであり、[12] しかも私法的題材[13]が相当広汎に取扱われているが、国内公法にはむしろ第二次的に論及するに止まつた。[14]

(7) John Locke, Essays on the Law of nature, pp. 36-37, 60.

(8) John Locke, Essays on the Law of nature, pp. 48, 161-163. 彼は默示的な例として、使節の自由通過、自由貿易……明示的な例として、隣国との国境劃定、特定物資の通商および輸入の禁止をあげる。

(9) 田畑茂二郎、国家平等観念の転換（一九四六）一〇八―一一〇頁。立作太郎、グロチュース及び其名著「戦争及び平和法概論」の国際法上の地位、国際法外交、二四巻五号（一九二五）七一頁。

(10) 田畑、op. cit., p. 111. 横田喜三郎、グロチウスに於ける国際法と自然法との関係、国際法外交、二四巻五号（一九二五）一四六頁。《国際法の拘束力を自然法から伝来せしめていることは疑を容れない。》

(11) 横田教授 (op. cit., pp. 158-162) は消極的抵触について《形式的には、厳密に解すれば両者の補充関係は成立しない――すなわち、みずから自己の資格に於いて完全に妥当しうるから――ものと見なければならぬようである》とする。田畑、op. cit., pp. 95, 103, 111-112, cf. W. Schiffer, The legal community of mankind, 1954, pp. 31-47. 立、op. cit., pp. 70-72.

(12) 市村光恵、フーゴー、グロチウス（三・完）、法学論叢、一四巻六号（一九〇八）八八頁。W. Schiffer, op. cit., p. 47. 《彼の主要目的は国家の支配者達に彼らの行為が、特に戦争の理解及びその指導に関するかぎりにおいて、法的な規則の下にあることを証明することにあつた。》

(13) ロックも、ローマ市民法 (Jus civile) を文明国民間の事件や交渉に有用なものと考えていたが。E. Nys, Etudes de droit international et de droit politique, t. I. Paris, Fontemoing, 1896, p. 327. note (1).

(14) 立、op. cit., p. 56.《グロチウスの所謂戦争は単に国家間の戦争に止らずして、其の所謂私的戦争及び混合戦争をも含み、又グロチウスの所謂自然法は、国際関係と国内関係とに通じて存するものなるにより国内法の或問題にも論及したのである。》

そもそもロックの自然法を全体として考察するときは、それは一七世紀のプロテスタント・クリスチャンから通常期待されるような道徳的義務と同視してよいとされる。(15) すなわちそれは本質的には道徳的準則である。したがつて彼が正戦を論じ、反征服を提唱する場合にも、それは諸々の政府にとつて道徳的な基礎が必要であることを強調することを目的とした。(16)

彼はその領土内における外人に対する政治権力は自然法にのみ立脚するとし、法律の効力は外人に迄及ばないとする。(17) また征服者は戦争に参加しなかつた者の生命財産に触れえないし、参加者であつてもその所有物には触れえないとする。(18) 彼は現実が正にその逆であることを知つていたし、(19) それは交戦国の一体性に対する我慢のならない制約を置くことではあるが、それによつてロックにおける《合意の原則》に対する信念の真剣さを見うるであろう。(20)

(15) Gough, op. cit., p. 21. 広範囲にわたりロックの自然法についてのインスピレーションの源泉はバイブルであり、彼は自由にそれを引用する。

(16) Arthur Nussbaum, A concise history of the law of nations, revised ed. New York, Macmillan, 1954, p. 164. ロックはトミストの正戦論に執著し、正戦の場合に於いてのみ勝利者は被征服者の上に権利を取得すると確言している (II, chap. XVI, 176)。

(17) Of civil government, II, chap. I, [9]

(18) Of civil government, II, chap. XVI, [178, 182-183]

(19) Of civil government, II, chap. XVI, [180]

(20) Gough, op. cit., p. 68. Of civil government, II, chap. XVI, [175]《……征服といえども国民の同意がない限り新国家を建設しえない。》

それらは、彼の国内公法の理論体系にマッチするものではある。しかし国際法の問題について彼が試みた正戦論の法律的或は政治的根拠に基づく合理的説明に至つては、その必死の試みにもかかわらず、結局宗教的超越的思惟に逃避してしまい、彼の思想体系に適合しないものになつていることを認めない訳にはゆかない。[21] これは上述した自然法の観念の一般的性格、圧倒的な関心が国内公法に存したことから充分首肯しうることだろう。

(21) Nussbaum, op. cit., p. 164.

[六]——ロックにおける連合権の意義

以上の考察を綜合して、ロックにおける同盟権の区別の意義を確定しよう。

ロックの権力分立のシステムは結局、今日の用語で、立法権と、執行（大権を含む）・同盟・司法の結合権との厳格でない分立ということになることは既にみた。彼の三権の区別、したがつて同盟権の区別は純然たる理論的意義を有するに止まるようにみえる。[1]

ここで我々は、ロックが単なる政治評論家ではなく、本職の哲学者だつたことを想起する必要がある。彼は一六八八年のホイッグ革命の憲法原則の弁証を目的として出発したが、そのために彼はただ周囲の状況からそれが便宜だということを力説するだけに止まらず、その原則が純粋理性の帰結と一致することを示すことによつて、なしたのである。[2]

(1) O. W. Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes——Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte und Verfassungslehre, Zurich, 1937. S. 47. cf. H. Laski (Political thought in England from Locke to Bentham, New York, Henry Holt, 1920, p. 40) は、この区別に特別な価値を認めない。

(2) Gough, op. cit., p. 128.

彼が国際社会を自然状態とみ、それに対処する権力としての連合権を、国内法秩序の執行権と作用的に区別した後機関的に結合したことは、彼の哲学者、理論家としての洞察とテクニックを、そして同時に本質的には実際家であつた彼の他の面を、端的に示すものと私は解する。

当時の慣行において、外交関係が議会において議論せられ、政治的統制が試みられたのは一六二一年にはじまるとされる。[3] しかしながらそれに、法的な制限を課そうと試みられたことは未だ嘗てなかつた。[3] Ship-Money case においては、裁判所は議会制定法が国王の外交大権迄も制限しえぬことを自明の理としている。[4]

(3) Gough, op. cit., p. 135.

(4) F. E. Maitland, The constitutional history of England, Cambridge, 1950, pp. 298-300, 308. 同判決は一六三七年、同判旨について比較的詳しくは V. D. L. Keir & F. H. Lawson, Cases in Constitutional Law, 4th ed., Oxford, 1954, pp. 50-66 特に p. 65.

ロックはこの憲法慣行を、制限君主制を安固ならしめるような仕方で説明する必要に迫られた。何故ならば、その最高性を確立するに至つた議会は、その余勢をかつて一六二一年以来の傾向を増大し、国王の外交大権に重大な侵害を惹起するに至るかも知れないからである。そこで彼は、連合権が執行権と性質上〈それ自体においては全く別〉だとすることによつて、執行権が論理的に従属を不可避ならしめられている最高機関たる立法権の法規の支配から、連合権を解放する。そして連合権を、個人が自然状態において自然的に保持していた力になぞらえるという、国際社会に対する現実的な解釈を提示することによつて、統帥権の保持者たる国王に切り離しがたくそれを帰属せしめるのである。連合権をめぐるロックの推論の背後に、私はそのような彼の実際的意図――少なくともその理論の果す役割――を読みうると思う。[5]

国際社会を自然状態としたロックは、そこに自然法の支配を当然認めている訳である。(6) しかしこの国際社会を支配する自然法はグロチウスのそれと同じ性質のものではない。それは単なる道徳的準則たるに止る。そこでは万民法との関係は切断されている。(7) 自然法の支配する自然状態に留まる国際社会は、必らずしも《万民法の支配する社会》だとはいえない。むしろロックは、《侵害の報復》《武力》を重視する現実主義者であり、当時の《王朝の格闘》において、いかに万民法が尊重されていないかを直視していたような印象を受ける。複雑微妙、変転極りない万民法上の取引を、彼は、自然状態における力の自然的な行使になぞらえ、法律のき束から全く解放して(8)制限君主の裁量にゆだねた。留保されているのは自然法、すなわち道徳的な拘束にすぎない——これが連合権の理論の機能だといえよう。

したがつて蠟山氏の命題を変更して《当時の国際関係を自然状態と見做し、それに対処すべき権能として》連合権を取出したとする方が、ロックの思想により忠実なのではなかろうか。

連合権の含む理論的価値については、後にふれようと思う。(9)

(5) 和田小次郎、近代自然法学の発展、二二八—二二九頁《自然状態論に出発する限り、国家相互の関係はなお自然状態にあると見ざるを得ず、この関係を処理する権能を対内的権能と区別せざるをえなかつたのであろう》。私は本文のように、区別の実質的歴史的意義を臆測してみた。

(6) **Of civil government II, [6, 7, 8, 19]** 《自然状態はそれを支配する自然法を有する。それは凡ての者を義務づけ……また全人類の平和と保存とを命ずる。》

(7) **v. supra, [五]**

(8) 立法府の政治的統制を必らずしも排除してはいない。彼の連合権の敍述の相対的表現に注意されたい。**v. supra, [三]**

第三章　モンテスキューにおける万民法に関する事項を執行する権力

[七]——混乱とその原因

モンテスキューは、その著《法の精神》中の最も有名な章、第一一篇第六章《英国憲法について》の冒頭において述べている：《すべての国家には三種の権力がある。立法権、万民法に関する事項を執行する権及び市民法に関する事項を執行する権》と。そしてこの《第二の権力により彼は講和又は戦争をなし、大使を派遣接受し、治安を保持し、侵入に備える(1)》のである。

それは、ロックの連合権に殆んど正確に対応しているようにみえる。事実、それは既にみたようにロックの連合権の直接的な影響のもとに設定されたと考えてよい。そうだとすれば、第三の市民法に関する事項を執行する権力は、今日言うところの執行権から渉外権を除いた権力プラス司法権を意味すると解さるべきである。

しかし、この《第二の権力》に《治安保持》という国内事項が加えられている点は、ロックの連合権と本質的に相矛盾する。しかも彼は、この第二の権力を直ちに《国家の執行権》と言い換えており、第三の権力をもつて端的に《裁判する権力》と呼びなおす。モンテスキューはロックを出発点とはしたが、それから逸脱し、彼独自の内容を与えるに至るのである(2)。結局、この第二の権力は今日通常言われている用法で、執行権に該当し、第三の権力が司法権にあたると解してよかろう(3)。

(1) 宮沢俊義訳、モンテスキュー、法の精神（上）、岩波文庫、二二七頁、以下引用は同訳による。

(2) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1921, S. 603.

(3) O. W. Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des gewaltenteilungsprinzipes, 1937, SS. 56-57.; E. Kaufmann, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1908, S. 34.; O. Weidner, Der Grundsatz der Gewaltenteilung und die Weimarer Verfassung, 1932, S. 20. 宮沢俊義、モンテスキューの法の精神、一五七頁。清宮、op. cit., p. 51.

しからば彼のこの混乱は何故に起つたか。この点に関して色々の説明がある。まず、この第二の権力について、《彼は、秩序と法の執行とを確保するための国内における公の武力と政府の行為の使用が、外交行為および国際関係における武力の行使と性質上の類似性を提示していることを明確にみていた(4)》といわれる。

また彼はこの《万民法に関する事項を執行する権力》という定式によつて、いわゆる《法適用》(magistrature)に対立する《統治》(gouvernement)を示さんとしたこと疑を容れぬとされる。(5) すなわちそれは、予め国の立法者によつて定立せられた規定にその行為を従わしめる義務のないことを示す。彼が国内公法に関する事項の執行に触れなかつたのは、当時は今日と異なつて未だに行政という観念が充分に発達せず、それは司法的要素をもたない統治と同義語だつた。そしてこの統治を、短かく明確完全に定義する必要に迫られたが、結局術語に窮して、そのように曖昧な表現で満足する他はなかつたのだとされる。(6)

(4) Esmein の言葉。Michon, op. cit., p. 475 の引用による。

(5) Barckhausen, Montesquieu, 1907, p. 93.

(6) Barckhausen, op. cit., p. 94.

また、ロックは実際上立法権と連合・執行の結合権を分立したのみであつたが、モンテスキューもそのままその連合・執行両権の混同を継承したにすぎないのだ、ともされる。(7)

結局モンテスキューのこの部分の曖昧さは、ロックの同盟権の直接的影響のもとに国王の権力を、その最も固有的な部分である恐らくは外交大権に著目して、(8)《万民法に関する事項を執行する権力》として取り出したこと、しかも当時は未だに明確な行政という観念が成立するに至つていなかつたため(9)、彼の注意は執行権の明確な定義をとびこして、司法権を特別な権力として独立せしめること(10)に向けられた、と説明できようか。

(7) Dedieu, Montesquieu et la tradition politique anglaise en France, Paris, 1909, p. 179.

(8) v. infra, [一〇]

(9) このことはフランスにおいて当時強力な中央集権的行政が整備されていたことと必らずしも矛盾する訳ではない。今日いうところの行政 (administration) は警察 (police) という言葉 (観念) で表明されていた。Olivier-Martin, Précis d'Histoire du droit français, 2 éd., Paris, Dalloz, 1934, pp. 326. et s. Esmein, Cours élémentaire d'Histoire du droit français, 15 éd., Paris, Sirey, 1925, pp. 577, 578. cf. Barckhausen, op. cit., p. 94.《警察という一般的な名称が、司法的なものをもたない公役務の一群を我々が指定するところのそれと混同されていた。》

(10) 司法権を独立な一権力として取り出したことの理由は色々推測されている。Otto Mayer, Justiz und Verwaltung, Strassburg, Heitz, 1902, SS. 10-11《パルルマンは、一この政治的勢力となる。司法のみでなく立法をも支配する。モンテスキュー自身パルルマンの院長であるが、パルルマンの中に、彼の観念規定によれば、専政制からそれによつて区別されるところの君主制にとつて必須のものたる中間勢力を見出した》。五十嵐豊作、モンテスキューのイギリス憲法論の一解釈、法学六巻三号、七三頁。《モンテスキューが現実に欲したのは、専制主義を隠和にすること、しかも高等法院の政治権力を昔のようにして隠和にすることである》。同著者、法学六巻五号、六二頁。《モンテスキューがパルルマンの独立を論じたのは、当時のパルルマンの見解と同様に今や王権の lettre de cachet によりたたきつけられたパルルマンの復興、しかも極めて隷逐した範囲での独立の維持を求めんとするためで、機能的存在は表面にすぎず、他の二権力と同様にやはり実体的権力だつたことを知る》。Herman Finer, The theory and practice of modern government, London, Methuen, 1956, pp. 97-98. 但し、清宮教授（権力分立制の研究、六〇頁）が指摘するように、モンテスキューは腐敗したパルルマンをみて、イギリスの陪審制に心惹かれたのだと解しうるとするならば、単純な推

断はできなくなる。なお、イギリスにおいては一七世紀を通じて立法権と執行権のみならず司法権の区別も明瞭（に意識されていた）であったと Gough (op. cit., p. 99) は言っているが、モンテスキューがイギリスに遊学した（一七二九―一七三一）のは一七〇一年の王位継承法の成立によって裁判官の地位の国王からの独立が確保された後であったことが、注目されてよいと思う。cf. E. Kaufmann, Auswärtige…, S. 32; Kägi, Entstehung…, S. 47.; なお、モンテスキューの司法権には今日で執行権と呼ばれるであろうところのものが、ロックと同じようにして、混同されているともされる。Gough, op. cit., p. 98.

[八]――その権力分立論との関連

モンテスキューの権力分立論は(1)、通説によれば、機能的にも人的にもまた実質的にも、可能なかぎり立法権と執行権と司法権とを分離することを主眼とすると解されている(2)。したがって、執行権の首長が拒否権によって立法を阻止する権能を有することや、立法府が法律の執行について、その執行方法を監督する権能を有することは、モンテスキュー自身の権力分立の原則に対する明白な変則だとされる(3)。

(1) P. Janet, Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, t. 2, 5 éd. p. 371,《モンテスキューの理論において争うことのできぬように思われるのは、権力分立の原則である。》

(2) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1921, SS. 604-605.《彼と彼のすべての先人達との間の意義深い相違は次の点に存する。すなわち、彼の国家の理想型においては、主観的（形式的）な区別と客観的（実質的）な区別とが全く一致すべきものとされるに対し、アリストテレスからモンテスキューに至る迄の間、客観的な区別の認識は主体の区別に基づいていながら、その同一人格がより多くの又は全部の作用にあずからしめられるということは些かの障害とも考えられなかったのである。ロックによれば国王はあらゆる国家行為に関与する。》Carré de Malberg, (Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, R. Sirey, t. II, 1922, pp. (5, 8, 31, 35, 43, 110, 131.) はモンテスキューは三つの国家作用を絶対的に区別し独立する機関に分配したと解している。清宮、op. cit., p. 47.《……一般に認められるように、かれの主張の重点は、国家の権力を学問的に区分するよりは、むしろ実質的権力と形式的権力とをできるだけ一致させ、しかも抑制と均衡の作用によって、各権力を分立させようという政治的な要請を展開することにあったものと解せられる。》

(3) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 604, note 1.《ここに権力分立の原則についての疑のない変則が横たわる。拒否権の行使はその性質において決して執行行為ではなく、それは……立法の手続における一つの Anteil である。あたかも他院で決定せられた決議に対抗する立法がなされるように。》cf. J. J. Chevallier, De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher, dans Mélanges Maurice Hauriou, Paris, Sirey, 1929, pp. 139-158.

この通説に対しては、シャルル、エゼンマン（Charles Eisenmann）教授の反対論が注目される。教授によれば、モンテスキューが《法の精神》において叙述した憲法思想の根本原理を、権力分立だと考えるのは誤りだという。(4) そもそも機能的な特殊化、したがつて機能の分離の観念と、《相互に阻止する》(5)という観念とは、論理的に絶対に両立しえない。(6) 彼が提唱した方式は、より限定された非累積、すなわち三作用中の三又は二作用を同一機関が持つてはならないというそれである。(7) しかし、そのように理解された権力分立の原則ならば、総ての非絶対主義的憲法に見出されるもので、(8) 決してモンテスキューを特徴づけるものではない。彼にとつて政治的重要性ありと判断される本質的な原則は、立法府と政府との相互の法律的独立性である。すなわち、彼が実現を欲したところの理念（idée）は、国家の最高権を共同的に二機関（立法府と政府、立法府二院を分けて考えれば三機関）に与え、それらの協働を必要的且つ自由なものとし、相互の抑制を決定的にかかわりあうようにすることによつて、中庸をえた立法を期待し、その理想とする緩和された政体を実現せんとするところにある、とされる。(9)

(4) Charles Eisenmann, L'《Esprit des lois》et la séparation des pouvoirs, dans Mélanges Carré de Malberg, R. Sirey, 1933, pp. 166 et s.《三権のうちどの権力も同時に一作用の完全な帰属者でもなく、その唯一の作用において専門化された主人でもない。立法府は立法権力に単に関与するにすぎず、反対に法律の執行を統制する。政府はたしかに執行作用を完全に行使はするが、しかし最高的行使ではない。政府は更に拒否権によつて立法権に関与する。裁判所は司法作用において専門化されてはいるだろうが、しかしそれは完全に与えられてはいない。なぜなら、立法府が或場合にはそれを行使するから》(pp. 171-172); La pensée

constitutionnelle de Montesquieu, dans La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, 1952, pp. 133 et s.

(5) 《一言にして言えば権力が権力を抑制する、これが自由な憲法の秘密である》P. Janet, op. cit., p. 368.

(6) Charles Eisenmann, L'《Esprit des lois》…, p. 175.

(7) cf.《彼は決して諸権力を完全に分離することを考えたのではなく、むしろ諸権力の集中を修正することを考えた……》Herman Finer, The theory and practice of modern government, London, Methuen, 1956, p. 98.

(8) この意味でならば、ジャン・ジャック・ルソーも権力を分立した、立法権（人民）とそれに従属する執行権とに。Eisenmann, L'《esprit des lois》… p. 180, note 1.

(9) Eisenmann, ibid. pp. 182-190. cf. 小島和司、権力分立と司法権の独立、季刊法律学、一八号（一九五四）二頁。

ここでモンテスキューの権力分立理論に深く立ち入つて考察することは任務ではない。(10) ただ次の点を指摘するに止める。すなわち、彼の理想は、彼が実際に観察した一七三〇年前後の英国の政治制度の強い影響(11)のもとに構想せられた制限君主制の理想であり、(12) 立法府と執行府との法律的な相互の独立・平等が保障せられると同時に、事実上の協働が必須とされることは、立法作用については明らかである。然らばそれは、条約締結作用についてはどうであろうか。この問題の結論を急ぐに先立つて、モンテスキューの万民法に対する一般的な思想について、一べつを投じておこう。

(10) cf. Mirkine-Guetzévitch, La séparation des pouvoirs, dans La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Paris, Sirey, 1952, pp. 161 et s.

(11) Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2 éd., Paris, R. Sirey, 1929, p. 355.

(12) それは《二頭政体》(gouvernement à deux têtes) である。《このレジームは制限君主制に外ならない……それは、議会と国王との相互の独立性によつて特色づけられる。……そこでは国家的諸決定は、各々相手を自己の意見に服せしめるための強制力を持たないところの対立する二機関の一致から生じなければならない。我々はそこに特に獲得された平等を見るのである。それは政府の大権を奪取するための長い闘争において議会が勝利した最初の段階であつた。》René Capitant, Régimes parlementaires,

dans Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 35; cf. Hans Kelsen, General theory of law and state, Harvard U. P., 1949, pp. 281-282; Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1925, SS. 258-259. 清宮訳、一般国家学、五七四―五七五頁。

[九]――その万民法の観念

モンテスキューにおいては、自然法は自然状態における人間の本性から生ずる必然的な関係であり、ロックにおいてのような道徳的準則[1]としての性質を有するものではない。

彼は実定法を、万民法、政法、市民法に分類するが、万民法とは地球上の異なる人民相互の関係を律する法である。そして万民法はその性質上次の原理に立つとされる。すなわち、各国民は相互に平時に於いては出来るだけ多くの善を、又戦時においては出来るだけ少しの害をなすべし、彼らの真の利益を害することのないかぎりにおいて。[2]

彼は国内社会における市民を規律する市民法とのアナロジーにおいて、国際社会における各人民を律する万民法を考えている。[2] 彼は各国家の特別法が個人や個人の集団の保存の任務を有するのと全く同様に、万民法の目的は諸国家の保存にあると考えた。[3] 万民法は、事物及び人間の性質に起源を有するが、[4] それはまた諸国間の協約によつて補完もされる。

(1) v. supra, [十]

(2) (1) l'Espris des lois, XXVI, 1 (1). 宮沢訳（下）、二〇三頁。

(3) Barckhausen, Montesquieu, 1907, ch. X, du droit international, p. 131.

(4) l'Esprit des lois, I, 3. cf. Nussbaum, Concise history…, p. 1.

しかし彼は外交活動及びその成果たる条約に対して過少評価しか与えない。政治条約についてのみならず[5]、通商条

約ですら彼にとつては好ましいものではないのである。[6] 彼は万民法特に条約が甚だ不完全なものであり、結局、盲目的で野蛮な武力が、諸王や諸人民の運命を決定する事実を認める。[7] 彼はサン・ピエール (Saint-Pierre) の平和思想に一方ならぬ敬意を表しはするが、彼自身は決して永久平和の可能性を信じない。[8] 彼は常に現実の世界に身を置いているのである。[9]

(5) 《Richelieu 枢機卿の常時商議するという格律は諸国王間の不信を増大するに相応しい格律であるが、それは次第に確立した。それらから結果する条約や、決して起りもしないことを規定し、起るだろうことは決して規定しない諸条項は、丁度夥しい法律が市民間に訴訟を増大せしめるように、いたずらに廃棄の機会を増大せしめるのみである》Pensées et Fragements de Montesquieu, 1899-1901, t. II, p. 318.

(6) イギリスが他国民との間を規整する関税を殆んどもつていないことを賞揚する。l'Esprit des lois, XX, 7 (1).

(7) l'Esprit des lois, XXVI, 20 (2).

(8) J. Dedieu, Montesquieu, Paris, Felix Alcan, 1913, p. 210.

(9) E. Nys, Etudes de droit international et de droit politique, t. I, 1896, p. 331.; 《モンテスキューは決して諦めてしまわない。彼は救済手段を悪の性質自体のうちに探究する。彼は現実的な世界の外に決して身を置かない。彼はそこに這入り込み、それと混ざりあい、それを観る、この世界があるべきようにではなく、この世界がありまた行動しているように。》Albert Sorel, Montesquieu, Paris, Hachette, 1921, p. 121.

結局彼の万民法論において特徴的なのは次の二点にあるといえようか。その一つは、正当戦争を厳格に防衛戦争に限定しようとしたこと、[10] 他は、征服者が被征服者を殺戮・破壊する権利をもたないことを主張した点、である。しかし、彼のこの主張はたしかに、正義と公正の理念に発する国際法に関する道徳的に高く評価さるべきものではあるが、[11] それは国王に対してなんら法的制約を課するものではなかつたといえる。その拘束力は専ら国王の良心と顧問官達の慎重とにのみ及んだ。[12]

(10) 彼は国家の防衛戦争の正当性を個人の正当防衛のそれと同様に信じている。そして先制攻撃をなしうるのは、ペルシャ人の手紙(XCVI)では、攻撃された同盟国を救援する戦争を数えていたが、法の精神では自己の破滅を謀策し準備する国民に対してにかぎった(L'Esprit des lois, X, 2, (1-3))。その他、彼は政府の形態を決定するところの領土の大きさが抵抗力の様式をも決定するとしているが、それは、デカルト的方法をもって、君主に対し、征服の精神が迷妄のそれであることを教えんとしたのだとされる。Dedieu, op. cit., p. 218.

(11) グロチウスやプフェンドルフ等が征服者には殺戮や奴隷にする権利ありとしたのに対する果敢な反対だとされ、それは当時の国際法にもたらした本質的な変更であり、道徳の分野における輝かしい獲得だとされる。Dedieu, op cit., p. 213-215.

(12) v. L'Esprit des lois, X, 2.

[10]——モンテスキューにおける条約締結権の意義

モンテスキューにおける条約締結作用は、結局、国王固有の専権に属し、立法府の法律的・政治的統制から完全に独立している。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。彼における万民法に関する事項を執行する権力は、今日でいう執行権とみてよいだろうが、それは単に法律を抽象から具体に機械的に転換する作用のみに局限されることなく、上述のように法律のき束から自由な裁量行為を含む(1)、むしろこの権力の最も固有の領域がそのような性質を有するものとして表明されたのだと解すべきだろう。このことは《法の精神》第一一篇第六章二段のこの権力の内容として例示された事項の性質からみても明らかである。彼は制限君主制の国王の固有の権力を、議院から完全に独立なものとして礎定する。条約締結権は正にそのような性質の作用なのである。

(1) O. W. Kägi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes, Zürich, 1937. S. 57. 《…… 彼

(Montesquieu) がこの自働機械的な法律の適用を要請したのは専ら司法権に関してのみである（一一篇六章一七、四九項）という事実から、彼は執行権の活動的決定 (résolutions actives) のうちに、なかんずく大権の基礎にもとづく行為のうちに、抽象的なものから具体的なものへの単なる機械的な転換行為をこえて《自由裁量》すなわち政治的決断及び創造的形成行為に至るところの一要素を認めていると解することが許される。このことはまた執行行為の列挙（一一篇六章二項）からも明らかである。》; Carl J. Friedrich, Constitutional government and democracy, New York, Ginn, 1950, p. 177 は、この執行権はまた《イギリスの法律家が常に注意深く特別な目的のためにとっておいた大権 (prerogative) を含んでいた。》; Charles Rousseau, Principes généraux du droit international public, t. 1, Paris, Pedone, 1944, p. 202 in fine, も彼が条約締結権を国王の排他的・絶対的特権と解したことを示している。cf. Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin, Humblot, 1928, Neudruck 1954, S. 185, は、執行権は《単なる法律の適用では決してなく、国家の固有の活動である》とする。

Contra.——清宮教授（権力分立制の研究、五〇頁）は《かれにおいては、法律の執行でない「政治的決定行為」いわゆる「政治行為」は介入する余地がない。ロックのいう Prerogative にも特別の地位は与えられず、また federative power は「万民法に関する事項を執行する権」のうちに吸収されている》とする。しかし万民法に関する事項の執行権の固有的部分が実は「政治行為」そのものだとすれば、《「政治行為」は介入する余地がない》のではなく、《改めて記述する必要の余地がない》わけにすぎない。この点同教授の解釈には根本的に疑問をいだく。O. Weidner, Der Grundsatz der Gewaltenteilung und die Weimarer Verfassung, 1932. SS. 20, 23 《Regierung という表現の下に把握されている《政治的決断》の特質にふさわしい場所はモンテスキューのシステムにおいては全く存しない》《対外政策の分野をモンテスキューは法律に従属すると考えていたか明らかでないが、それが法律に従属する権力という意味での執行権でないと考えることはできない》とする。

彼は王朝の格斗としての征服戦争相つぐ国際社会の現実を観察して、それを抑制しその野蛮を緩和するために、ロックが自然法によつてなしたところを、正義と公正の理念から、また歴史的・経験的事例を引証し、時としてデカルト的方法を交えて、万民法を説くことによつてなした。しかしそれは国王の良心に対する道徳的教訓を提示するに止まり、なんら法律的に拘束力ある——或は法律的に他の権力と関係する——条約締結権の制約ではない。

ナポレオン・ボナパルトがモンテスキューを師としたといわれるのは、(2) 法律上無制約な外交（和戦）権力の独占者

が、有益な諸々の道徳的教訓を摂取しえたからでもあろうか。

(2) Challine, Le droit international public dans la jurisprudence française de 1789 à 1848, Paris, F. Loviton, 1934, p. 11.

第四章　ジャン・ジャック・ルソーと条約締結権

[一]——ルソーにおける立法権と執行権

ルソーにおいては主権は一般意志に存する。この一般意志の表現が法律であり、主権の行使は立法権と混同される。[1] そのようにして立法権は主権的権力と同義語となるのである。彼における政府はまた執行権と同義だといってよい。[2]

衆知のごとく彼はこの主権すなわち立法権を人民自身に帰属せしめ、直接民主制を主張し、代表民主制を強く排斥する。[3] 彼の社会契約論 (Contrat social) の原理によれば、人民は代議士を指名しうるが、後者は些かも立法権を有するものではなく、単に法律を準備し編纂しうるに止まり、人民が常に投票によってそれを承認し又は拒否する決定権を保持しているのである。[4]

(1) 《ルソーの用語において、主権者 (souverain) は立法権 (pouvoir législatif) と同義語であり、政府 (gouvernement) は執行権 (pouvoir exécutif) と同義語である。》Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 6 éd, 1914, p. 98.

(2) 《君主制においては、執行権は主権の行使と合一され、政府は主権者自身以外の何者でもない……共和国とりわけ民主国においては、政府は……執行権にすぎない、そして主権とは絶対的に区別されている》Lettres écrites de la Montagne, V. cf. Robert Derathé, Jean-Jacques Rousseau et la Science politique de son temps, Paris, P. U. F., 1950, pp. 330-336.

(3) Contrat social, liv. II, chap. I, liv. III, chap. XV, Derathé, op. cit., pp. 268-277.

(4) Contrat social, liv. II, chap. VII, liv. III, chap. XV. しかし、一七六二年の Contrat social で採用された厳格主義は、一七七二年の Gouvernement de Pologne における、より妥協的・現実的な態度に席をゆずる。彼は強制委任の組織が代議政治の

わく内で人民の主権の真実の維持を満足せしめねばならないと考える。Dérathé, op. cit., pp. 277-280.

そして彼は立法権と政府すなわち執行権とを区別する。立法権は人民の一般性のうちにのみ存し、法律は一般的目的のみを目的とするのであるから、[5] それを個別的な場合に適用する執行とは区別されねばならぬ。そして両権は夫々異なつた機関に委任されねばならない。[6] 彼がこのように両権を区別し分離したのは、立法権すなわち一般意志を腐敗から守ろうという目的に出ていると解される。[7] このように分離された執行権は公的な実力であり、[8] それが立法権を簒奪する脅威は絶えず存在するが、[9] その悪は執行権を立法権に累積することによつて立法権自体が腐敗する悪よりもより小さいと考えたようである。[10]

(5) 彼は法律の内容と形式とを区別はするが結局混同して一つのものとしている。Dérathé op. cit. p. 296.
(6) Contrat social, liv. III, chap. XVI; liv. III, chap. I; P. Janet, op. cit., p. 442.
(7) 《その一般的な考慮に対する注意を個別的な対象にむけかえる》にちがいないから。Contrat social, liv. III, chap. IV.
(8) Lettres écrites de la Montagne, VII. 《執行権力は実力にすぎない、そして実力のみが支配するところに国家は解体する。》
(9) Contrat social, liv. III, chap. X.
(10) Derathé, op. cit., p. 307.

ルソーのこの権力の分離をもつて、彼が権力分立論者であり、モンテスキューの弟子だとする者もいるようであるが、[11] それが異なつた作用は区別された機関によつて行使されねばならぬという意味ではそうだとしても、[12] 次の本質的な相違をみるときは正当でないことは明瞭である。すなわちモンテスキューは両権を法律的に相互に独立ならしめ、《権力が権力を抑制する》ように仕組んだのに対し、ルソーにとつては立法権のみが主権的権力であつて、執行権は立法権に完全に従属しなければならないのだから。[13]

ルソーにとつては執行権は主権の派生物（émanation）に過ぎないのであり、それは主権自体ではないから、代表されることができる。そして人民は自から法律を執行することを放棄し、執行権をその代表者または委員会をして行使せしめるのである。しかし人民は執行権に対して厳格に統制をなしえ、欲するならば執行権を取戻す権利すなわち罷免権を保持しなければならない。そして彼はこの権利を人民集会のみでなく人民個人にも与え、[11] 立法権が執行権に対し有効な統制をなしうるために、人民集会の会期を増大すべきことを説く。[12]

(11) Emile Faguet. Derathé op. cit., p. 300 の指摘による。

(12) Charles Eisenmann, L'《Esprit des lois》et la séparation des pouvoirs, dans Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 181 note. 1.

(13) Contrat social, liv. II, chap. II.

(14) Dérathé, op. cit., p. 302-303.　(15) Contrat social, liv. III, chap. XIII.

〔二二〕——立法府による条約締結権の統制

条約締結についての彼の見解を示す、屢々引用される手紙[1]に彼は書いている。

《社会契約において確立された諸原理によれば、通説とは逆に、国家と国家との同盟、宣戦および平和条約は主権の行為ではなく政府の行為だと見られています。この感覚は政治的権利の真の諸原理を最もよく認識している諸国民の慣行に適合しています。権力の対外的行使は人民に似つかわしいものではなく、国家の重大方針は人民の能力の外の問題です。そこでは、この点について人民よりも常により通暁していて、祖国に対して不利な条約を外部で結ぶべくもない人民の元首達に信頼しなければなりません。秩序が要求するところは、人民が対外的な輝きをすべて元首達に委ねて、専ら確実なものに専念することです。各々の市民にとつ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、個人の安全です。これらの三点についてすべてがうまくゆくかぎり、外国と商議し談判することは顧問官達（conseils）に任せなさい。あなたの最も恐るべき危険がやつてくるのはそんなところからじやないのです》。

ここで彼は渉外権が《主権の行為ではなく政府の行為だ》としていることが注目される。社会契約すなわち理論的

見地から、立法権を構成する人民自身の直接的な関与が排除せられ、政府すなわち執行権の権限とされたことは明瞭である。それはまた慣行という見地からも是認されている。(2)

(1) Lettres écrites de la Montagne, part. II, lettre 7, Oeuvres complètes, 1823, t. VI, pp. 369-370.

(2) Julien Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 1947, p. 1046 note (1).

しかしながら、ルソーが立法権と執行権との関係について示した一般的原理がここにも妥当するとするならば、立法府すなわち人民集会や人民個人でさえもが厳格に執行権を監視し統制し、欲するならば罷免権を行使しうる筈である。

ところでルソーの手紙は、条約締結に関してこの人民の民主的統制の原理の放棄をすすめていると考えざるをえないだろう。

この矛盾は恐らく次のように理解しうるのではあるまいか。

彼は《権力の対外的行使》が人民個人の権利と自由とに関係するに至り、条約が国内法律と抵触するに至る場合のあることに考えも及ばなかったものらしい。(3) だから法律が遵守される限り、人民は政府に自由に外国と交渉するのを放任することができるのである。そのことは当時の条約の大部分が政治的または政治的色彩をおびた元首間の契約だったこと、(4) 彼自身《同盟・宣戦および平和条約》のみを語っており、そのような種類の条約は今日の条約のように直接国民生活を規律しまた国内法律事項と広範囲に触れあうような内容をもたなかっただろう事情、またルソー自身戦争は国家間の関係であり個人は直接的には無関係だと考えていたこと(5)等は、彼が条約と国内法との関係に無理解だった原因をほぼ首肯せしめるに足るだろう。(6)

(3) Mirkine-Guetzévitch, Droit constitutionnel international, pp. 98-99. cf. George Scelle, Precis de droit des gens, t. 2, Paris, R. Sirey, 1934, p. 453 note 1.

(4) Louis Michon, Les traités internationaux devant les chambres, 1901. pp. 477-478.

(5) Le Contrat social, liv. I, chap. IV.《戦争は人間と人間との間の関係ではない、国家と国家との関係で、その中では個人は偶然的にのみ、人間としてでなく兵士として、特定の共同体のメンバーとしてでなくその防衛者として、敵である。》cf. A. Nussbaum, a concise history…, p. 139.

(6) この点は結局私の臆測にすぎない。ルソーは、小国の連合による安全保障についての著作を志していたらしい (cf. Contrat social, liv. IV, chap. IX; Emile III; C. L. Lange, Histoire de la doctrine pacifique et de son influence sur le développement du droit international. Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, 1926, III, t. 13, p. 314)、またサン・ピエールの平和計画の紹介 (Extrait du projet de paix perpetuelle de M. l'Abbé de Saint-Pierre, 1761) および簡単な批判 (J. J. Rousseau, translated by Vaughan, A lasting peace through the federation of Europe and the State of war, London, Constable, 1917 に集収) があるが、結局国際的理論に対する体系的な著作はないといってよかろう。Lassudrie-Duchêne, Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens, thèse, 1906 が入手出来れば、本章の内容を補充或は修正できるかもしれない。

彼が、条約締結権を政府に白紙委任せしめたことは、事柄自体の複雑性困難性によるとともに、結局彼が条約の政治的重要性およびその法律的性格を充分に認識していなかつたからだといえよう。しかし彼においては、ロックやモンテスキューにおけるがごとく、国王権力を温存しようという意図は全くないのであるから、条約の重要性の認識は直ちに立法権の統制を要求せしめるに至るという論理を内包する。それを認識しかつなしたのは一七八九年のフランス革命の人々だつたのだが。

〔1 III〕——第一部の要約

野蛮な領土拡張戦争がヨーロッパをせつけんし、荒廃の国土に国際法学の記念碑が、砂漠の中のピラミットの荘厳さをもつて孤立していた時代、(1) 外交はとりもなおさず王の家族の問題であり、婚約の破棄が戦争の正当な原因と考え

られた時代[1]――ウエストファリヤ条約からフランス革命の前夜に至る《王朝の格斗》の時代に、わが古典的近代憲法思想家達は、条約締結権の問題をいかに観念したか。

(1) **supra**, [二]

モンテスキューは、国王の条約締結権を、万民法を執行する権力の最も固有な部分として、立法権・司法権から法律的にも事実的にも独立した権力として把握した[2]。彼は、国王のこの国家権力構造上無制約な権力に対して、課するに単なる道徳的教説をもつてし、正義の理念と侵略戦争の非を強調するに止める。

(2) **supra**, [一〇]

ロックは、立法権の最高性を原則として承認したがゆえに、その法的支配から自由な国王の条約締結権を弁証するためには、同盟権を法律(立法権の作品)を執行する権力と区別して、その特性を明らかにすることが、論理の要求するところとなつた。執行権と連合権とが性質上全く別なものであることを論証した彼は、それによつて連合権が法律のき束から自由な権力たるべきことを証明し、主として統帥権の分割すべからざることを理由に、哲人の説得力を加えて、再び執行権の首長にその権力を帰属せしめる。かくして彼は見事、国王の条約締結権を立法権から法的に解放した。これに課せられる唯一の拘束は、彼のいう自然法であり、道徳的準則であるにすぎない。[3]

(3) **supra**, [五] [六]

人民主権のシャンピオン・ルソーは如何。彼は、政府の行為をなす執行権を、主権の行為をなす立法権すなわち人民自体に完全に従属せしめる。しかしながら彼も、条約締結は政府の行為すなわち執行権の行為だとして、理論的見地(社会契約の原理)から人民の条約締結権に対する直接的参加を否定する。更に実際的見地(慣行)から、条約締結

について、執行府に対して立法府の統制を及ぼすことは不適当不必要だとして、執行府への白紙委任をすすめる。かくして彼は、人民の直接的・間接的統制から、条約締結権を解放した。彼にとつて、条約は、人民と直接的には無関係である。戦争は国家間の関係であつて、人民個人は偶然的に兵士としてのみ敵であるにすぎない。戦争そのものの廃止は、ヨーロッパ連邦の設立によつてなさるべきである。(4)

(4) supra, [一一] [一二]

彼らが念頭においたのは、ひとしく当時の同盟・平和条約、政治的条約であり、国の元首間の契約条約に外ならない。彼らはそこに最も立法府の管轄に親しまない執行府に固有な或は固有なるべき領域を見出した。その理論的に最も明快な説明を、ロックの連合権のうちにみ出しうるであろう。故に彼らは、条約締結権を一様に立法府から法的に自由ならしめる。ロックおよびモンテスキュー(5)においては議院の統制から、ルソーにおいては人民自身の統制から。

(5) 彼の権力分立の体系において明確に区別された司法権の統制も勿論排除される。

条約締結権を執行府の専権に属せしめた古典的近代憲法思想家達のこの解決は、当時国王の外交大権が疑いえぬものとして是認されていたという、国内的な実定的制度の或程度の反映とみうる。しかし、フランス革命後百数十年間のフランス憲法史の民主的進化、すなわち議院の権威の上昇にもかかわらず、そこには本質的に変更されていない面があることに注意しなければならない。第三共和制憲法は、否第四共和制憲法でさえ、政治的な元首の締結する契約条約は議院の直接的統制からはずされる。また議院の直接的な統制の有無にもかかわらず、一切の条約の商議・調印・批准すなわちその作成と完成との権能は、法律上元首の専権に属せしめられる。此の共通面の謎を解く鍵は国際面にあるのであつて、条約そのものの性質、国際社会の状態に外ならないだろう。国際社会が《王朝の格斗》の時代にひ

としい自然状態に留るかぎり、すなわち主権国家の勢（武）力均衡による平和維持が国家の存続のために必要不可欠のものとして留まるかぎり、或種類の条約の締結を議院の統制から或程度解放する現実的必要は依然として消滅しないと考えられるだろう。(6)

(6) cf. infra, [六〇]

第二部　フランス革命後のフランス諸憲法と条約締結権の諸問題

[一四]——第二部のプラン

一七八九年以降現行一九四六年一〇月憲法に至る迄の変転極りない広大な憲法史の領域において、条約締結権の複雑な諸問題を一挙に取扱うことは、極めて困難である。そこで、第二部では、憲法史を通ずる縦の比較に便利なように、条約締結手続について相類似する型の諸憲法を集め、その各類型に属する各憲法下の条約締結手続がいかなる共通性と特性とをもつたか、その法律技術と歴史的な意義はいかなるものであつたかを明らかにし、しかる後、各類別を通じて、条約締結手続きがその民主的統制という観点から、いかなる進化のあとを辿つてきたか、また権力分立制という観点から、いかなる特性を認めうるか、を鮮明にしたいと思う。そのような観点から必要な限度で、政治制度、議院の民主的基盤、議院が政府に対して及ぼしうる民主的統制手段の有無・その態様が、各憲法について先ず簡単に検討されるであろう。

そのような類別は多くの学者の既に試みているところであるが(1)、私は次のように分類して分析を進めようと思う。

一、共和制的条約締結手続を有する諸憲法(総ての条約の批准について立法権の承認を要する憲法——一七九一年・一七九三年・共和三年・一八四八年各憲法、一八七一年以降第三共和制憲法の成立迄の時期の制度)。

二、君主制――帝制もしくは権威制――的条約締結手続を有する諸憲法（条約締結を執行権の専権とする憲法――共和一〇年および共和一二年元老院令、一八一四年および一八三〇年のシャルト、一八五二年憲法、一九四〇年憲法律）。

三、折衷的条約締結手続を有する諸憲法（一定の条約締結についてのみ立法権の承認を要するとする憲法――共和八年憲法、一八七五年七月十六日憲法法律）。

(1)

(a) Masters, International law in national courts, New York, Columbia U. P., 1932, pp. 128-129. (略)。

(b) Paul de Visscher, De la conclusion des traités internationaux, Etudes de droit constitutionnel comparé et de droit international, 1943, pp. 54-56. (略)。

(c) Barthélemy et Duez, Traité de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1933, p. 886. (略)。

(d) Louis Michon (Les traités internationaux devant les chambres, Paris, Chevalier-Marescq, 1901, pp. 12-15) は最も詳細に次の四種に分類する。

一、条約締結権を執行権が独占している――共和一〇年、共和一二年憲法、一八一五年附加憲法、一八一四年上院の憲法、一八一四年及び一八三〇年のシャルト、一八五二年憲法、一八六九年九月八日の元老院令、一八七〇年憲法。

二、一定の条約の批准について議会の承認を要する――共和八年憲法、一八一五年代議院の憲法原案、一八七五年憲法法律。

三、総ての条約が決定的となる為に議会の承認を要する――一七九一年、一七九三年、共和三年、一八四八年各憲法、一八七一年の国民議会の下に於いて、一八七三年の Dufaure の憲法原案。

四、総ての条約の批准につき一院のみの同意を要する――一八七四年の Mac-Mahon 元帥の政府の草案。

(e) 但し最後の(d)四類型は効力を発生するに至つた例ではないから無視してよい。とすれば諸学者の分類するところは三種に帰し、しかもその分類された内容はほぼ同様である。しかし、細かい点で相矛盾する点がある。Masters がその第一類型で引く一八七〇年憲法というのは不正確であり、P. de Visscher の第一類型や Michon の第三類型がなしたように一八七一年以降の国民議会の下においての憲法制度とすべきであろうし、又 Masters の云う一八七五年二月二五日憲法法律は七月一六日憲法法律の誤りであろう。共和八年憲法を無視している分類もあるが（(b),(c),）この問題については歴史的に重要な憲法であるから、取り扱わ

ねばならない。

藤田嗣雄氏（条約の国内法化について、法律新報、七五八、一三頁）はフランス類型として本文の一の類型を挙げるが、後にみるように（infra. [六〇]）三の類型をもつてフランス型とする方が、今日においては妥当であろう。cf. Mirkine-Guetzévitch, Droit constitutionnel international, 1933, p. 109. 宮沢、小田訳、国際憲法、九八頁。

なおこの点についての歴史的進化の概観は Charles Rousseaux, Principes généraux du droit international public, Paris, 1944, tom. 1, pp. 217-218 にもある。

第一章　共和制的類型の条約締結手続を有する諸憲法

第一節　一七九一年九月三日憲法

[一五]——その権力分立制

この憲法の基本原理が国民主権・代表制・権力分立制にあるとすることは、多くの学者の認めるところである。(1) それが革命の成果として、アンシャン・レジームにおける君主主権の原則を否定し、国民主権の原則を宣言したことは（人権宣言三条、憲法三篇一条）、むしろ当然のことであつた。君主制は存続するけれども（四条）、国王は、主権者にして諸権力の源泉たる国民の委任にもとづいてその地位を維持し、権力を行使するにすぎない。

(1) Marcel Prélot, Précis de droit constitutionnel, 2e éd, Paris, Dalloz, 1953, pp. 63-68; Julien Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 2e éd., Paris, Ed. Domat Montchrestien, 1947, pp. 58-66; Vedel, Cours de droit constitutionnel, Paris, Les Cours de droit, 1952-1953, pp. 179-190; Roger Pinto, Eléments de droit constitutionnel, 2e éd, Lille, Morel & Corduant, 1952, pp. 223-226; 憲法の正文は L. Duguit, H. Monnier, R. Bonnard, Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, 7e éd. par G. Berlia,Paris, L. G. D. J, 1952 による。

しかしながら、この国民主権の宣言にもかかわらず、現実の憲法制度においては、人民の広汎な政治的参与が注意深く排除されたことが注目される。(2) 代表制の原則を採用し（三篇二条）、立法行為に対しては勿論、憲法制定および改

正行為に対しても人民の直接的参与を否定し、強制委任を禁じ（三篇一章三節七条）、選挙資格を著しく限定する制限・間接選挙制[3]を採用した。

権力分立制の原則は人権宣言一六条に対応して、憲法の条項中に明確に規定せられ（三篇前文三・四条、三章一節一条、四章一条、五章一条）、立法・執行・司法の三権は、区別された三機関によつて夫々排他的に行使さるべきものとされる。国王は執行権につき議会が立法権におけると同じ資格でフランスの代表者とされる。国王が停止的拒否権を有する（三篇三章三節一―五項）ことと、国民議会が若干の行政的・裁判的権限を有する（三篇三章一節）ことは権力分立制の例外とみうるが、法律の最高性の宣言（三篇二章一節三条）とも相俟つて、その権限分配は立法府に有利に執行府に不利になされた[4]といえよう。

(2) 《制憲議会は事実において国民主権を単なる選挙権に制限した。……彼女は事実においては民主制を恐れているということを示す》 Jacques Godechot, Les institutions de la France sous la Revolution et l'Empire, Paris, P. U. F., 1951, p. 73; Vedel 教授 (op. cit., pp. 184-185) は主権的人民が消滅したという。人権宣言六条と代表制特に制限選挙制との矛盾が指摘される。清宮、op. cit., p. 217; J. Laferrière, op. cit., p. 62.

(3) 能動市民と受動市民に分け、前者のみが選挙人を選ぶ。三日労働日の税金を払つていなければならない。七〇〇万の成年（二五才）男子が四三〇万に減ぜられる。この選挙人となるための財産資格は極めて厳重であり、一〇〇乃至四〇〇仕事日の評価額を要する。全フランスを通じて選挙人数は約五万。一八一四年シャルトの下における選挙人でさえ七万二千であつた／のと比べて、国民主権の現実を知るべきだ。 Georges Lefebvre, La Révolution française, Paris P. U. F., 1951, p. 164 《……この君主制は有産者の共和国だつた。》

(4) Pinto, Eléments, pp. 224-226. J. Laferrière, Manuel, pp. 80-81. Vedel, Cours, p. 190. この憲法が作用した数箇月において行なわれたことは《実際には国王の若干の抵抗の試みを伴つた議会統治制 (gouvernement d'assemblée) であつた。》

立法権と執行権との関係について、権力分立制の原則の故に議院制が否定されたことは重要である。憲法は明文をもつて、国王のみが大臣の任免権を有し（三篇二章四節一条）、大臣は立法府の議員中から選定されてはならないと規定する（同二条）。また大臣は国王に対し責任を免れえぬ（同六条）が、立法府に対しては刑事責任を負うことのみを規定し（同五条）、それに対する政治責任については何ら規定しなかつた。[5] 国王はいうまでもなく、議会を停会したり解散したりする権利を有せず、法律の発案権を有せず、立法を勧告しうるにすぎない（三章一節一条）。

ミラボー（Mirabeau）は、制憲議会においてこれらの規定に反対し、議員が大臣となりうべきこと、大臣の政治責任を追求しうべきことの必要性を強調したのだつたが、[6] 多数の議員はその必要性を理解せず、採用されるには至らなかつた。一七八九年から九〇年にかけて、大臣に対する不信任決議に類する提案または決議がなされ、《議会は議会主義に極めて近づいたけれども、結局離れてしまつた》。[7] 一七九一年四月二七日―五月二五日の大臣の構成についてのデクレは《立法府は王に対し大臣の行為について適当と判断する勧告をなすこと、また彼に大臣は国民の信任を失つてしまつたことを宣言することもできる》[8]とするが、それは大臣の政治責任を認めたものではなく、いたずらに彼らの躊躇を示したにすぎなかつた。[9]

(5) 《法律問題（Rechtsfrage）でなくして実力の問題（Machtfrage）として問題の解決を放棄した》Redslob, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, Leipzig, Veit, 1912, S. 270. 清宮, op. cit., p. 241.

(6) B. Mirkine-Guetzévitch, 《De la séparation des pourvoirs》, dans La pensée politique et constitutionnel de Montesquieu, 1952, pp.164-165. Godechot, op. cit., pp. 80-81.

(7) Deslandres, Histoire constitutionnelle de la France, I, 1933, p. 119.

(8) 法律として効力を存続した。この規定から議院制が出発するか興味ある問題だが、憲法の失効が先に起つたとされる。J. Lafer-

rière, op. cit., p. 82. cf. Gabriel Lepointe, Histoire des institutions du droit public français en XIXe siècle, 1953, p. 47.

(9) Esmein, Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Paris, R. Sirey, 1911, p. 41.《制憲議会は（厳格な権力分立制の適用と議会制）いずれをも裁然と採用することなく、不可能なことだが、同時にいずれの利点をもえようと欲した》

〔一六〕――その条約締結権

憲法は条約締結について《すべての平和、同盟および通商条約および国王が国家の福利の為に必要と判断する他の協約を一切の外国との間に取りきめ（arrêter）調印することは国王の権限である、但し立法府が批准する[1]》（三篇四章三節三条）と規定した。また平和条約の締結については別に、戦争のあらゆる経過中、立法府は国王に講和の商議を要求することができる。国王はこの要求に従わねばならぬ》（三篇三章一節二条五項）と規定した。

この条約締結についての問題が制憲議会で討論されるに至つたのは、第一次的には戦争遂行の権利についてであつたが、それは当然平和条約締結の権利に結びついている訳であり、議会は更に条約一般の締結の問題についても討論し決議するに至つたのである[2]。

(1) 三篇三章一節三条には、立法府の権限として《平和・同盟・通商条約》を例示的に列挙し、《いかなる条約もこの（立法府の）批准なくしては効力を有しない》と規定する。清宮教授（op. cit., p. 233）の引用では、立法府の批准を要する種類の条約が、制限的に列挙されているという誤解を招くおそれがある。

(2) Michon, op. cit, p. 28.

戦争遂行の権利について強く国王の特権を主張した議員達も、平和条約の締結のみを国王の専権に委ぬべきだと主張したに止まり、通商条約や同盟条約に対してはそれを要求しなかつた[3]。また一定の条約の効力発生についてのみ立

法府の干渉を認めようとする提案がなされ、[4] 或は戦争をなす権利および一切の条約締結の権限を国王の専権とはするが、国民議会中から一種の監視委員会を設立して国王を囲繞せしむべしという妥協的な意見もあつた。[5] しかし結局、一切の条約について立法府の干渉を要するとする意見が圧倒的であつた。ペシオン (Petion) は言う、《若し執行権が最も単純な法律を制定する権利さえ有しないとするならば、結果がそのように重大な条約を締結する権利がどうして執行権に与えられていようか》。[6] そして最後の問題点は、ミラボーが立法府は条約を批准するに止まり（それは端的に立法府の承認と同義語だとされる）、[7] 外国と直接的な関係に立つのは国王である趣旨を含む提案をしたのに対し、バルナアヴ (Barnave) が人民主権の見地から、外国と直接関係を結ぶのは立法府であり、条約は立法府が締結するという修正案を提出したところに存した。[8] しかし結局ミラボーの提案が満場一致をもつて賛成され、[9] 憲法の正文となるに至つた。

(3) ドウ・セラン (de Serent) は云つた。《平和条約について困惑や希望は偽装しなければならず、また有利な瞬間を把握しなければならないのは、戦争の終結においてである。立法府の作業の緩慢さや公開性はひとしくそれと相反する。であるから国家の利益の為に、君主に平和条約を規整する権利を委ぬべきである》 Moniteur universel du 17 mai 1790, p. 554. cit., Michon, op. cit., p. 30. またモンテスキウ師 (l'abbé de Montesquiou) は云う《同盟および通商条約を考えるならば、全く別である。そうなれば、公開で論議されうる継続的状態に関することである》 Moniteur universel du 20 mai 1790, pp. 567-568, cit., Michon, op. cit., p. 30.

(4) クレルモン・トネエル (Clermont-Tonnerre) は次のようなデクレ草案を提出した。《……五、平和条約締結は排他的に国王の権限である。六、献納金を供給する約束或は国王の領土の若干部分の割譲を含む平和条約は立法府に服せしめた後でなければ義務的とならない》 Moniteur universel du 19 mai 1790, p. 562, cit., Michon, op. cit., p. 32.

(5) アランビュウル (Haramburе) は云つた《国王が戦争を企だて、同盟条約を結び或は講和をなすべきであると判断した場合はいつでも、彼の大臣会議 (Conseil) に五人の国民議会議員を加える。彼らはこの大臣会議では議決権は有しないが、あらゆる

行動についての情報を知り国民議会にそれを通報する。》Moniteur universel du 19 mai 1790, p. 561, cit., Michon op. cit., p. 30.

(6) Montteur universel du 18 mai 1790, pp. 557-558, cit., Michon op. cit., p. 34. Miirkine-Guetzévitch, Droit constitutionnel international, Paris, R. Sirey, 1933, p. 100 もこれを引用する。宮沢・小田訳、国際憲法、九一頁。

(7) Michon, op. cit., pp. 39, 41.《批准する(ratifier)という動詞は、代表者の関与を定義するために、彼の演説中で使用された、承認する(approuver)という動詞と端的に同義語である》。Esmein, Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Paris R. Sirey, 1911, p. 39.《彼(国王)はそれ(諸条約)を立法府が承認した場合にのみ批准しえた。……》但し、当時の批准概念が、国内法的にも国際法的にも——不明確だったことを忘れてはならぬ。この点につき、v.〔一七〕〔一九〕〔二三〕〔二六〕

(8) Moniteur universel du 23 mai 1790, p. 579, cit., Michon, op. cit., p. 39.《立法府は排他的に宣戦および講和および条約を締結する権利を行使する。》

(9) Moniteur universel du 25 mai 1790, p. 589. cit., Michon, op. cit., p. 41.

更に注目を要するのは、一切の条約が立法府の承認に服せしめられることとなつた結果、秘密条約の締結が認められていない点である。制憲議会の議員達にとつて《フランス国民の政策は、秘密の中に存在すべきではなく、正義のうちに存在すべきである》[10]とされ、《秘密的(mysterieux)であることを要するのは不正ならんと欲する場合のみ》[11]と考えられた。抽象的且つ絶対的な原則に魅せられていた革命の議員達は、《よく統治された人民のうちには秘密なものは何もある筈がない》[12]という理念を、その最後の帰結たる外交関係にまで適用したのである。

条約の修正権を立法府に与えようとする提案がなされたが[13]、採用されるには至らなかつた。

(10) バルナアヴ一七九〇年五月一七日の発言。cit., Jean Sapira, Le rôle des chambres au point de vue diplomatique dans un régime parlementaire, Paris· R. Sirey, 1920, p. 86.

(11) ペシオンの発言、Michon, op. cit., p. 35. Sapira, op. cit., pp. 86-87.

(12) Mably, Traité des droits et devoirs du citoyen, éd, 1789, liv, VII, p. 126. cit., Sapira, op. cit. p. 86.

(13) ペシオンの提案したデクレ草案《執行権は条約および同盟の草案と同様、講和の条件を提案する。立法府は修正をなし承認し或は拒否しうる。》Moniteur universel du 18 mai 1790, p. 557-558, cit. Michon, op. cit., p. 36.

〔イ七〕——一七九一年憲法における条約締結手続の意義

〔一五〕において述べたごとく、この憲法は議院制を排斥したために、立法府が国王の政府を、したがつてその条約締結を含めた外交政策を一般的に統制することは殆んど不可能だといわねばならない。しかしながら憲法は、権力分立の原則に固執しつつも立法府に有利な権限分配をなすという方途によつてこの問題を解決した。すなわち条約締結について、上述のような立法府の関与を認める規定を置いたことは、一切の条約締結について立法府の決定的な干渉を認めたことを意味する。すなわち立法府の承認を欠く条約は無効である。これを因みに国際法的観点よりするときは、次のことが指摘されうるだろう。当時、一般に認められていた国際的慣行・学説において占める条約の批准の役割は、今日において認められているように重要なものではなかつた。すなわち、調印によつて既に効力を発生した既成の（批准を留保する場合は明示しなければならぬ）条約を追認する意義を有するに過ぎなかつた。(1) そして、全権が委任の範囲を逸脱した場合にのみ、批准が拒否されうるにすぎず、原則としてそれは義務的だつたといえるようである。(2) しかし批准の前提としての立法府の承認が効力発生要件であり、批准が法的に自由な裁量行為だと認める国際法的確信の一般化の一九世紀の進化は、その先駆的役割を、アメリカ連邦憲法とともに、この憲法に負うていること(3)は否定できないだろう。

(1) F. Dehousse, La ratification des traités, Essai sur les rapports des traités et du droit interne, Paris, R. Sirey, 1935, pp. 88-90.

(2) Michon, op. cit., pp. 41-42. J. Mervyn Jones, Full powers aud ratification — a study on the development of treaty-makivg procedure, Cambridge, 1946, p. 160《ともかく次の点は明らかである。私法のアナロジーが一七世紀および一八世紀の大部分にあつては、この限度において有効であつた。すなわち批准すること——換言すれば、調印された条約の拘束力を公に認めること——の義務は、代理人が彼の訓令を逸脱した場合には適用されないと考えられた。これが一般に認められた唯一の批准の拒否の根拠であつた。》

(3) J. Mervyn Jones, op. cit., p. 160,《フランスおよびアメリカ革命はこの総てを変革した。彼らは公法から絶対権力の観念を追放した。この討論的要素が批准の手続に導入された場合、批准はもはや義務的とはみなされないことは明らかとなつた。しかしながら伝統的な規則を支持することが、その様に強靱であつたので一九世紀のよほど進んだ時期になる迄それは合衆国によつて明確には放棄されなかつた。他の諸国によるその放棄はより緩慢であつた。それが完結したのは一九世紀末に於いてであつた。》Dehousse, op. cit., pp. 113-114.

憲法は条約の取りきめと調印とを（平和条約の場合を除いては）国王の専権とすることによつて、そのイニシャチヴの権限を認め、立法府には事後的な統制の権限を認めるに止めた。しかし立法府は更に、条約締結の承認のために常設の外交委員会を設立し、それは議会の決議の準備を任務とするに止まることなく、一般的に外交政策の指導にまで乗り出す慣行を生むに至つたようである。《かくして、国王の外務省に対抗して議会の一種の外務省の出現するのが見られる》[4]とされる。

(4) J. Barthélemy, Rôle du pouvoir exécutif, p. 459, cit. Sapira, op. cit., pp. 87-88.

我々は以上によつて条約締結手続に対する立法府の関与は、一七九一年憲法において極めて強い程度においてであつたことを知ることができる。この憲法における条約締結に対する民主的統制の限界は、立法府の関与の不徹底さにあるというよりも、むしろ立法府自体の民主的基盤の狭隘さによつて劃されていたのだというべきだろう。

この条約締結に対する立法府による民主的統制について、ネッケル（Necker）の強い非難がある。彼は特に政治（平

和）条約の締結について、憲法に規定する手続が商議権力の有利にして迅速な裁量権の行使を阻害することを強調する。(5)

この憲法はわずか一年ならずして廃止される。(6) そしてこの憲法の規定する条約締結手続が適用されたのは、わずかに一回にすぎなかつた。(7) したがつてこの条約締結手続の実効性は殆んど証明されるに至らなかつたというべきであり、その意義は専ら憲法思想上のものであつたといつてよい。

(5) Necker, Du pouvoir exécutif dans les grands etats,1792, 2 vol. in-8, t. 1, pp. 284-287 cit., Michon, op. cit., pp. 46-47. 立法府による批准につき、《締約国は一般に最後的な譲歩の代償に結末をつけることが確実となる瞬間まではその譲歩を知らせようとは決意しないものだ。それ迄は相手国に自国の地位や利害が余儀なくせしめられている犠牲を知らせることによつて相手を有利ならしめることを恐れる。もし商議権力の憲法的な弱体が、条約の批准の権限を有する政治機関の承認の道徳的な保障を何ら提供するものでないならば、彼の控え目は増大》せざるをえない。更に立法権が執行権に対し平和条約の商議迄も要求するに至るならば、立法府は商議の経過について情報を要求するだろうが、それが多数の議場において討議されるとなると、相手国は立法府の動向について熟知し、《自らの意図は前もつて決して発見せしめられることなく、魔術の力によつて売手や買手の最後的な意図を知つている商人に似た利益を享有することとなろう》と述べている。また極めて微妙な情況に依拠する相手方の合意を獲得して政治的商議を適切に完結するのは、しばしば一瞬にすぎないが、それが多数者の議場において議論されるならば、《その予備的討論の必要性のみによつて、戦争の終結は恐らく一年は遅らされるであろう》と極言する。

(6) 一七九二年八月一〇日のデクレはコンヴァンションの設立、王の権能停止を宣言し、仮政府をつくる。《第二の革命》といわれる。一七九一年憲法は予測しなかつた仕方で憲法外的方策によつて終焉せしめられた。Prélot, Précis., pp. 81-82, Laferrière, Manuel, p. 84.

(7) Michon, op. cit., p. 45. 一七九二年八月一三―一四日の議会のデクレは国王と Mulhouse 小共和国との間に結ばれた通商条約の批准を延期した。

第二節　一七九三年六月二十四日憲法（山岳党憲法）[1]における条約締結権と制度の現実

〔一八〕――その政治制度

フランスが嘗て有した最も民主的な憲法の一つに数えられるこの憲法は、普通選挙によって召集せられたコンヴァンシォン（Convention）によって採択せられ、国民投票によって承認された。その基本原理としては、共和制（一条）、人民主権（la souveraineté du penple, 七条）[2]、準直接民主制（la démocratie sémi-directe）[3]、執行部の従属性（六五条）[4]が数えられる。

(1) 《彼女（憲法）が表わした諸理念はたしかにその時期におけるコンヴァンシォンの多数のそれであつた。その証拠は諸憲法が適用した手続については、多くの相違があつたのだが、本質的な諸理念はジロンド憲法草案においてもジャコバン憲法においても同じであることである。主眼とされた目的は、当時において考えられたような極端な民主制であつた。》Esmein, Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Paris, R. Sirey, 1911, p. 45.

(2) 国民主権 la souveraineté nationale が抽象的集団性、超越的人格である la nation を、人民主権は個人の具体的な総体である人民を前提とする。実際上の決定的な相違は前者が純粋に代表的であるのに対して、後者はルソーの採用した直接民主制に導く。しかし憲法はそこまで徹底しなかつた。Prélot, Précis., pp. 89-90.

(3) Prélot, Précis., p. 90. Vedel, Cours., pp. 197-198.

(4) Prélot (loc. cit., pp. 90-91) は議会統治制だとする。Vedel (loc. cit., p. 198) は諸権力のピラミイド（人民―議会―執行府）と呼ぶ。Laferrière (op. cit. pp. 94) によれば、《執行府は議会の決定を執行する agent にすぎない》。

ジャン・ジャック・ルソーの教義の強い影響の下に、この憲法は一七九一年憲法の基本原理たる、純代表性と権力分立制とを共に否定した。すなわち、二一歳以上のすべての男子によつて構成される人民集会（les assemblées primaires）

（二三条）は、立法府の代議員を（普通）直接選挙する選挙集会（les assemblées électorales）である（三七条、三八条）のみならず、立法府によつて提案された法律を承認し或は拒否する（五九条、六〇条）国民投票の機関でもある。立法府は一年毎に改選される（四〇条）常設の一院（三九条）であるが、法律については人民すなわち第一次集会に単に提案しうるに止まり、デクレを制定しうるのみである（五三条）。この両者の区分および所轄事項は憲法自からが規定する（五四条、五五条）。[5] したがつて立法府の立法権は、人民の直接参政の権限によつて制約されている訳であり、また人民は直接に憲法改正手続にも関与（一一五条）するという意味で、準直接民主制と呼ばれる。更に憲法は、執行部を二四人の集団とし、その構成員は各県の選挙人団の提出する名簿の中から、立法府が選任する（六三条）[6]こととし、また執行部の側には立法府に対する何らの働きかけ（解散権、法律の発議権、拒否権等）の手段も認めず、逆に立法府の側では、罷免権こそもたないにせよ、適当と認める場合は大臣を召換する権利を保持し（七七条）弾劾権をもつ（五五条）ことによつて、執行部を完全に従属せしめ、もはやそれは執行権と呼ぶに相応しからぬ、立法府の法律とデクレを執行する単なる使用人（agent）たらしめた。議会統治制（gouvernement d'assemblée）と呼ばれる所以[7]である。

(5) 法律事項：私法および刑法の制定、共和国の収入および通常支出の一般的管理、……《区別はただ事項の重要性と緊急性とによつて設定された。それは性質の相違に対応するものではない。法律は必ずしも一般的な処置ではない（宣戦、偉人に対する栄典）。》Laferrière, Manuel, p. 93.

(6) ジロンド憲法では執行部（le conseil exécutif）は人民全体から選挙されることとなつていた（一〇篇二節一条）が、この憲法はそれによつて執行部が強大になることをおそれた結果、立法府が選任することとした。

(7) Prélot, Précis, p. 90.

憲法は「執行部は条約を商議する」[1]（七〇条）、「条約の批准に関する立法府の行為はデクレという特別の名の下に包含される」（五五条）と規定した。

まず条約の商議権が執行部の権能とされていることは確かである。しかしそれが執行部に商議の運行のみならず、それを開始するイニシヤチヴの権限までも認めたのであるか、憲法制度全体との関連において考察されねばならない。既にみたように、執行部は立法府に従属する単なる使用人にすぎない。とすればこの二四人の集団制の執行部の商議権に、法律上はともかく、少なくも事実上は充全な自由と権威とを憲法が認めたとはいえないだろう。[2]

次に、条約の批准[3]を立法府の行為とし、デクレの分類中に属せしめたことは何を意味するか。それは条約の批准が立法府の決議のみによつて完結的となること、すなわち法律の場合とちがつて、人民の直接的な干渉を排除したことを意味する。公安委員会が提案した憲法草案においては、同盟条約の批准のみは法律事項とし[4]、或は、総ての条約の批准を法律事項とすべしという若干の意見もあつた。[5]しかし、フランス憲法史上最も広く直接民主制を採用したこの憲法も、結局、すべての条約の批准について、人民の直接的統制の道をとざし、立法府の権限とするに止めたことは、注目すべき点だといわねばならない。

(1) ジロンド憲法（コンドルセ (Condorcet) が起草者として有名。一七九三年二月一五・一六日に提案されたが、ジロンド党の敗退と共に草案のままで採択されるに至らず）は総ての条約について立法府が二度関与すべきものと規定した。まず商議を授権し、次に条約を承認するために（七篇二節六条、一三篇八条九条）。但し司令官により一時的に同意された降伏と休戦とは例外とされる（一三篇一〇条）。

(2) Michon, op. cit., pp. 53-54.

(3) ここで批准といわれるのは今日用いられる厳格な意味においてではなく、承認と同義と解すべきだろう。v. [一六] 註(7), [一七]

(4) Moniteur universel du 18 juin 1793, p. 728. cit. Michon, op. cit., p. 52.

(5) Moniteur universel du 18 juin 1793, pp. 728, 729, cit., Michon, op. cit., p. 53, Duvergier de Hauranne, Histoire du gouvernement parlementaire en France, Paris, Michel Lévy, 1870, Introduction, t. 1, p. 305. 《制憲議会を非常に悩ましたところの一問題、宣戦と平和条約のそれが再び現われてくるのがみられる。ただ一段階降下したのであって、一七九〇年には国王と立法府との間に関係していたのだが、一七九三年にあっては立法府と人民集会との間に関するものであった》。

[110]—— 憲法制度の現実と条約締結権の実際

憲法の審議の経過中に、フランスは、外においては革命干渉の連合軍に敗れ、国境は侵され、内においては各地に内乱が発生するという、重大な事態が継起した。この極端な共和国の危殆に頻して要求される強力な政府は、この憲法の設定したあまりにも弱い執行部によつて満足せしめらるべくもなかつた。コンヴァンシオンは、一七九三年一〇月一〇日、憲法は施行を停止し、平和回復迄は革命政体 (gouvernement révolutionnaire) であると決定した。そしてこの憲法は遂に適用されるには至らなかつたのである。したがつて一七九一年憲法が廃止された一七九二年九月以来、一七九五年一〇月に共和三年の憲法が成立するに至る迄、フランスは成文憲法によらずして、いわばコンヴァンシオンの制度の下に生活したわけである。この復雑且激越な変化に富む憲法典によらぬ革命の憲法制度の現実をいかに把握するかは、憲法史家のつとに頭を悩ます、困難な(1)、またそれ故に興味深い領域である。ここでは立ち入つて考察する余猶はないが、条約締結権の実際を説明するに必要な範囲で触れてみようと思う。

(1) cf. Mirkine-Guetzévitch, 《L'étude du contentieux administratif du gouvernement révolutionnaire》 dans Le Conseil d'Etat, Paris, R. Sirey, 1949, p. 74.

コンヴァンシオンはその成立以来、国王のいない執行府たる臨時執行評議会 (Conseil exécutif provisoire) を、あたかも道具のごとくに考え、諸委員会を通じて、その権限に介入した。一七九三年四月、公安委員会 (Comité de salut

public) が設立されて以来、臨時執行評議会の権能が諸委員会、更に公安委員会に吸収される傾向は愈々増大し、ダントンは一七九三年七月の粛正の時迄は真の外務大臣だつたとされる。(2) 一七九四年四月には臨時執行評議会は消滅し、ここにコンヴァンシオンに法律上緊密に従属する強力な政府委員会 (comités de gouvernement) が完全な姿で現われる。(3) それは現実には公安委員会への諸権力の集中であり、結局はロベスピエールの独裁的権力の保持に極まるといえようか。この公安委員会とコンヴァンシオンとの関係は、或は革命的独裁制と規定せられ、(4) 或は sui generis の議院制 (régime parlementaire) であるとされ、(5) 或は議会統治制またはコンヴァンシオンの制度 (régime conventionnel) だと主張される。(6) しかし、この政府委員会に対するコンヴァンシオンの統制は、法律的には完全に可能であるにもかかわらず、少なくとも憲法が施行を停止せられた時から、ロベスピエールの失脚迄は事実上不可能にちかく、それは粛正という実力行使によつてのみ可能だつたとほぼいえようか。

(2) Laferrière, Manuel, p. 101; Prélot, Précis, p. 95.　(3) Godechot, op. cit. pp. 261, 276-277.

(4) Pinto (op. cit., pp. 232-234) は一七九三年四月六日公安委員会の設立以降一七九四年七月二七日のロベスピエールの失脚迄を、革命的独裁制 (la dictature revolutionnaire) とし、その前後を議会統治制と規定する。テルミドオル九日は《議院の多数の変動》であるというテーゼは、《議院制》の弾力性がいかなるものであるにせよ行きすぎである。第一に、信任を与え或は拒否する議会へは、権力者の行為に好都合な議員のみしか敢てあらわれようとはしなかつた。他の者達は地下にもぐり、逮捕されるかギョチンにかけられる。コンヴァンシオンは当時正に《公安委員会の登録院のようなもの》であつた。次にパリ市会の役割、クラブの活動は何等甚だ議院的なものではない。《我々は革命の政体に対峙しているのである》。

M. Deslandres (Histoire constitutionnlle de la France de 1789 à 1870, t. 1, 1933, pp. 191-255) は、コンヴァンシオンの制度を革命独裁制をもつて規定し、立法議会の・コンヴァンシオンの・テロリストコンヴァンシオンの・委員会政府のテロリストの・個人的テロリストの・テルミドリヤンの・各独裁制に区分する。

(5) 《コンヴァンシオン・ナシオナアルは……sui generis の議院制を実行した。そこでは公安委員会はコンヴァンシオンの前に責任内閣の役割を演じたのである。》Mirkine-Guetzévitch,《De la séparation des pouvoirs》, La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Paris, 1952, pp. 172-173. cf.《Le gouvernement parlementaire sous la Convention》, Cahier de la Révolution française, VI, 1937, pp. 47 et s.《Parlementarisme sous la Convention nationale》, Revue de droit public, 1935, pp. 671 et s.

《第一次公安委員会はダントン内閣であつた。第二次は或いはむしろよりおくれて且つ少しづつロベスピエール内閣となつた》A. Aulard, Histoire politique de la Révolution frauçaise, 5e éd., Paris, Arman Colin, 1921, p. 335.《これを要するに委員会の各メンバーは彼の所管官庁を有した。そこで彼は殆んど主人であり、そこで事実上の一種の独立性と個人的責任とをもつた。そして一般的政策は総会で決定され、またそれについて委員会は全体として責任を負つた》(三四一頁)。この説に賛成者 Slobodam Iovanovitch《Les origines du régime parlementaire》Rev. d'histoire politique et constitutionnelle, 1937, pp. 152 et s. Léon Cohen, Gaston-Martin, cit. Mirkine-Getzévitch, De la séparation des pouvoir, p. 173 note. 4.

(6) 《この註解の巧妙さとその注目の適切性とは認めるとしても、我々にとつては、古典的な憲法学とともに、コンヴァンシオンの制度を議会と政府との間の関係の固有の形態であると考える方が好ましいように思われる》Prélot, Précis, p. 96.

宮沢俊義教授(議院内閣制のイギリス型とフランス型、比較法雑誌一巻一号(一九五一)一〇八頁)は《此の見解は少なからぬ程度に於いて、議院内閣制の定義に関する問題であるが——やはり賛成しがたい。コンヴァンシオン時代の政治の色合そのものからいつても本当の議院内閣制が生まれるための地盤がそこで熟していたとは考えられない》と感想を述べる。

《要するに公安委員会は一般的および国内的警察を、一般安全委員会(Comité de sureté générale)と分割していたことを除けば、政府の権威の一切を現実的に行使した。恐らくは彼に報告を義務づけており、また法的には最後的決定権限を有するものは、議会という機関のみだつたのだが、しかしもはや議院制的な不可侵性で保護されてもいない議員達は逮捕の脅威の前に慄え、コンヴァンシオンは提案されたところのもの、すなわち現実には公安委員会によつて決定されたところのものすべてを黙つて承認するのみであつた。》Laferrière, Manuel, p. 103. また Aulard や Mirkine-Guetzévitch の説を批判して《責任内閣および議会主義という言葉が、コンヴァンシオンに適用されうるのは、その制度が議院制と正反対のものであると特に述べられた場合においてのみである》p. 102 note (1).

Robert Villers, La convention pratiqua-t-elle le gouvernement parlementaire? Rev. de droit public, 1951, avril-juin, pp. 387-9 は《主権的議会たるコンヴァンシオンの制度を定義するために我々は結局議会統治制という表現を採用しうる。コンヴァンシオンは三年の任期の間議会統治制を実行した。》公安委員会は法律上はコンヴァンシオンの諸委員会中の第一のものにすぎなかつたこと、またそれは一箇月毎に改選されたこと、ダントンやロベスピェールは内閣の連帯責任を負つて倒れたというのとはおよそ遠く、彼らは粛清されたにすぎないこと、それが古典的な議院制において、執行府が特徴的に有する議会の召集権や解散権を有しなかつたこと、公安委員会が議会に及ぼした権力の大きさは、全く別な理由、議院制的不可侵性が廃止され、革命裁判所の権限を握つたことが、ロベスピェールの所謂独裁を惹起したのだということ、しかしそれを授権したデクレはコンヴァンシオン自体の作品だつたこと等を指摘する (ibid. pp. 385-7)。

Godechot, Les institutions, p. 261.《かくして執行権はコンヴァンシオンにより選挙されその前に責任を負う若干数の議員の手中にあつた。そこに議院制の特徴の一つがあるのではないか? しかしこの委員会を構成した山岳党員達がコンヴァンシオンにおける多数を保持したのは、パリ市会やジャコバン党員達の圧力および暴動の脅威のお蔭によつてであつた》。

さて我々に必要な設問を発しよう。立法府たるコンヴァンシオンは執行府たる政府委員会を有効にコントロールしえたか。ここで我々は先ず立法府が執行府を完全に従属せしめる議会統治制というテーゼと、執行府が立法府を自由に支配する革命独裁制という極端に相反する両極のテーゼが共に真実らしいという逆理に直面せざるをえない。(議院制のテーゼは、議会における多数の支配という点に著目しているが。)この謎を解く便法は少くとも二つあると思われる。一は法律論と政治論を一応分けて考えることであり、他はパントオ (Pinto) がなしたように、時期的に区分して考えることである。そしてこの二つの方法を併用するならば、コンヴァンシオンの時代は、法律論としては議会統治制と規定せられる、しかし少なくも憲法の施行停止、革命の政体を宣言した時からロベスピェールの失脚に至るまでは、法律的には議会統治制の枠内にありながら、コンヴァンシオンが自ら行つた、或は行わしめられた譲歩によつて、公安委員会が政治的な現実においては、独裁的権力を掌握した。そしてこの法律論と政治論がみちびく明白な背理は、革命の現実自体に内在した建前と必要との背理に他ならないと。したがつて我々の設問に対する答はほぼ次のごときものとなろう。コンヴァンシオンは法律的には常に意のままに執行府たる政府委員会をコントロールしえた。しかし少くも一七九三年一〇月から一七九四年七月に至る間は事実上はそのコントロールは不可能にちかかつた。

これを条約締結権についてみるならば、共和二年霜月 (frimaire) 一四日(一七九三年一二月四日)のデクレは《公安

委員会は特に外交における重大な行為に対する任務を負う、また同様の行為に関する事項を直接に処理する》と規定している。それは一七九三年憲法が執行部に属せしめた権限に等しいわけであり、商議されたすべての条約は立法府の、すなわちコンヴァンシオンの承認に服せしめねばならないと解される。しかしながらコンヴァンシオンは共和三年風月（ventôse）二七日（一七九四年二月一七日）のデクレによつて、(7)公安委員会に、即時に執行力を発生する秘密条約を単独で締結する権限を与えた。この権能は一七九一年憲法が認めた国王の権能をはるかにこえる広汎なものであるが、公安委員会はこの権利によつてはじめて、ヨーロッパの旧制度大国の大部分との有利な条約締結を可能ならしめえたといわれる。(8)すなわち戦斗行為の終結と商議とを欲した革命干渉の連合軍諸国も、表向きに交渉することには躊躇したため、共和国に有利な平和条約締結は、秘密条約の方式によつてのみ可能だつたからである。(9)《したがつてコンヴァンシオンは、単純にイデオロギー的な教義主義には鼓舞されることなく、政治的な必要性に従うことによつて、フランスの偉大さに有利な手段を創造したのである》。(10)

(7) Michon, op. cit. p. 54.

一条《公安委員会は実月（fructidor）七月の法律により、対外関係の指導に任じ、共和国の名において平和・休戦・同盟・中立・通商条約の商議をなす。彼はそれにつき条件を取りきめる。》

三条《彼は秘密協約を締結することを授権される。》

四条《外国政府と契約された秘密的約束は共和国の防衛を確保するかその繁栄の手段を増大することのみを目的としうる。》

五条《条約が秘密条項を含む場合においては、その条項の規定は、明文の条項に反する事も緩和することもできない。》

七条《条約は公安委員会の報告にもとづきコンヴァンシオン・ナシオナルにより審議され批准されそして確認された後でなければ有効とはならない。》

八条《しかし秘密条約において取りきめられた条件は、あたかもそれが批准されたごとくその執行を受ける。》

この秘密条項の決定についてはコンヴァンシオンにおいて論争があつた。カンバセレ(Combacérès)は秘密条約締結権について、公安委員会に法制委員会(comité de législation)を合体し、その賛成を要するものとしようとしたが、多数の議員はそれが秘密を害するおそれありとして反対した。Michon, op. cit. pp. 55-58. Sapira (op. cit. p. 91.) はこのデクレの《唯一且明白な目的》は秘密条約締結の《重大且決定的な例外》を認めることにあつたとする。

(8) Michon, op. cit. p. 59.

(9) Sapira, op. cit. p. 90. 共和国の軍は勝ち進んだ。《勝利の成果をかりとるために一こまずつ敗北した君主国と条約を結ばねばならなかつた。彼女(コンヴァンシオン)は、愛国主義の充分昂揚した意識でもつて、外交取引においては、軍によつてもたらされた利益を危殆に頻せしめないために、外におけるフランスの代表者たる公安委員会は、その手中にこの不毛の土地で諸君主国と平等の機会において戦う為に必要な武器をもたねばならないことを理解したのである。》《この策の妥当性は間もなく事実によつて証明された。公安委員会は行動の自由のお蔭で、連合国の拮抗を利用する事ができた。すなわちプロシャ・オランダ・イスパニャは連合から脱退した。公安委員会は、これらの諸国のオースタリとイギリスに対するねたみをかつてバアル(Bâle)の有利な条約を締結しえたのである。》loc. cit., p. 92.

(10) Barthélemy の言葉 cit. par Sapira, op. cit, p. 92.

[二]——意義の総括

条約締結手続そのものに関する限りでは一七九三年憲法は一七九一年憲法の規定するところになんら変更を加えるものではなかつた。商議は執行部の権能であり、条約締結に対する人民の直接的干渉は認められず(重要な立法には認められたのに)、立法府のみがすべての条約締結に対する承認という手段によつて決定的に関与する。秘密条約は認められない。ただこれを憲法の設定する制度全体との関連においてみれば、執行部の商議権も立法府の指導に服することが予想され、また許容されていると解すべきだろう。また条約締結手続そのものは、一七九一年憲法の規定するところと変らないにしても、立法府の選挙民との関連の頻繁性、その選挙の民主的基盤の拡大そのものによつて、

一七九一年憲法の有した民主的統制の限界が克服せられているといえる。但し、この憲法は既に述べた様に遂に施行されるに至らず、その意義は専ら教義的なものに止まつた。

一方現実においては、この極めて民主的な教義の要求するところとは無関係に、コンヴァンシオンは、昂揚した愛国心をもつて、その統制から全く自由な秘密条約締結権を、一公安委員会の専権に属せしめた。そして多くの平和条約はその手続の故に締結が可能となつたのである。革命政体が国際的現実に対処する必要から認めざるをえなかつたこの重大な例外は、無傷のまま施行を停止された憲法的条約締結手続の非適格性を実証しつつ、フランス公法の伝統的な教義に迄生長するのである。(1)

(1) cf. Sapira, op. cit., p. 92. 一八四八年憲法、一八七一―一八七五年の国民議会の下における制度における短かい期間にのみ秘密条約は認められなかつた。

第三節　共和三年実月 (fructidor) 五日（一七九五年八月二二日）憲法と条約締結権

[三一]――その権力分立制

共和三年憲法は、恐怖政治から生き残つた所謂テルミドリヤンによつて起草せられ、コンヴァンシオンを通過、国民投票によつて承認された。それは革命の独裁制に対する反動或は《恐怖の作品》(l'oeuvre de la peur)(1)をもつて屢々特徴づけられている。先行する二つの革命の憲法のうち、山岳党憲法を放棄して一七九一年憲法の原則に帰つたともいわれる。(2)

その基本原則としては、共和制（一条）、市民主権 (la souveraineté des citoyens)(3)代表制、厳格な権力分立制を挙

げうるであろう。

この憲法は一七九一年憲法を若干緩和した制限・間接選挙[4][5]による代表制を採用した。強制委任は禁ぜられ（五二条）、市民の立法権に対する直接的関与は全く排除されるが、一七九一年憲法と違つて、市民は憲法制定および改正手続に対してのみ関与する。この人民の参政権に課した制約は、社会主義的民主主義を恐れたためだといわれる。[6]立法府は革命以来はじめて二院（Conseil des cianq cents, conseil des anciens）によつて構成されるが、それは議会的独裁（la dictature conventionnelle）を避けんがためである。

(1) 《テルミドリヤンの総ての政策のように、共和三年の憲法は恐怖の作品である。社会民主主義に対する恐怖によつて、二段の制限選挙が設定せられた。コンヴァンシオンの独裁に対する恐怖によつて、毎年改選される二院に権力が分割された。君主制に対する恐怖によつて執行権は五人の会議体、立法府によつて選ばれ五分の一ずつ毎年改選される執政（directoire）に委任された》Vedel, cours, p. 211.

(2) Prélot, Précis, pp. 97-99；《共和三年の憲法は、訂正し改良され、そして君主制から共和制となつた一七九一年憲法である》Esmein, Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, 1911, p. 50.

(3) 二条は《フランス市民の普遍性は主権者である》と規定する。フランス市民という概念は一七九一年憲法の la nation というそれと異つて具体的且つ個人主義的である。その意味では山岳党憲法の peuple という概念と性質を等しくする。そのような理由でPrélot (op. cit. p. 99) はこれを人民的主権（la souveraineté populaire）の原則とする。但し、主権はこの憲法の規定（八条）する限定された意味での市民にのみ属するのであり、人民総てに属する訳ではないから、筆者は特に市民主権と名ずけた。この表現の方が此の憲法を流れる《より良き者》（meilleurs）による政治という思想、制限選挙制のシステム等とよりよくマッチすると思う。cf. Godechot, op. cit. p. 396.

(4) 二一才以上のフランスに生れ一年以上共和国の領域で居住し不動産的また人頭的直接税を納めその郡の市民簿に記入された者をフランス市民とし、それのみが選挙権を有する。《かくして言葉こそ用いないが共和三年憲法は能動市民と受動市民との区別を再び設立した。選挙人の数は七〇〇万からそのようにして減少され五〇〇万となつた》Laferrière, Manuel, p. 107. 但し直接税の

最低額が特定せられず租税を課するに相応しいような財産を所有する必要もない。共和三年の選挙制は一七九一年のそれより少しく広汎である (p. 108)。

(5) 人民集会 (assemblées primaires) は二〇〇人に一人の選挙人を選出し、それが選挙人団 (assemblées électorales) を構成する。この選挙人となるためには一〇〇—二〇〇仕事日に相当する納税者でなければならぬ。

(6) Vedel, Cours, p. 211.

コンヴァンシオンの制度に対する反動は、フランス憲法史上最も厳格なその権力分立制にみられる。[7] それはモンテスキューの教説に似て、[8] かえつて非なるものであり、むしろ諸権力の専門化による権力孤立制を設定した。モンテスキューの説いた権力相互の対立抑制の契機が消滅しているからである。[9] 両権の人的・作用的な重複は否定せられ、また相互の働きかけの手段も全くないといつてよい。立法府は常設であり（五九条）、立法権を独占し、立法の委任は許されず（四五条）、常任委員会は禁ぜられ（六七条）、いかなる執行権の行使も認められない（四六条）。また議員や前議員も一年を経なければ執政 (directoire) または大臣となることが禁ぜられる（一三六条）。[10] 立法府は執政や大臣に対し、立法府に出席を要求する権利なく、[11] 勿論政治責任を問うことは認められず、[12] ただ刑事責任を問いうる（二六五・二六七・二七一条）のみである。他方執政は法律の発案権を有せず（一六三条）、如何なる拒否権も持たず、勿論立法府を解散する権利も認められない。かくして立法府による執行府の一般的統制は全く不可能だといつてよい。

(7) 二二条《社会的な保障は権力の区分 (division des pouvoirs) が確立されず彼らの限界が確定されていなければ存在しえない》。

(8) 《モンテスキューから多かれ少なかれ正しく借用された執行権、立法権及び司法権の三区分が再びみられる》 Prélot, Précis., p. 101;《フランスのあらゆる憲法のうちで共和三年の憲法は法の精神に由来する教説を確然たる仕方で適用した》 Mirkine-Guetzévitch, De la séparation des pouvoirs. op. cit. p. 174.

(6) Charles Eisenmann,《La pensée constitutionnelle de Montesquieu》 dans La pensée politique et constitutionnelle

de Montesquieu, Paris, R. Sirey, 1952, pp. 158-160；清宮教授 (*cf. cit.* pp. 263-264) も此の点の相違に注目する。Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., 1929, pp. 353-355 は、モンテスキューの所説における立法、執行両権の協働の契機を重視し、一七九一年、共和三年憲法は、むしろアメリカの（厳格な権力分立）観念に影響されたのだとする。

(10) 両者の関係は書面によって（一六〇―一六三条）、messagers d'etat の名をもつて呼ばれる特別の仲介者によって専ら行なわれる（一七〇条）。

(11) 但し事実上は一七九九年六月一八日立法府は二人の執政の辞職を余儀なくせしめたとされる。Godechot, *Les institution*, p. 404.

(12) Conseil des cinq cents に対し、或対象に対し審議するよう書面で希望をのべうるに止まる。

[III]――その条約締結権

憲法は商議権を執政の専権とする：「執政のみが外における政治関係を維持し商議を指導……することができる」（三二九条）。「執行執政 (directoire exécutif) は、総ての平和・同盟・休戦・中立・通商条約および彼が国家の福利のために必要と判断する他の協約を外国と取りきめ、調印しまたは調印をなさしめる。これらの条約および協約は、フランス共和国の名において、執行執政により任命されその訓令を課せられた外交官によつて商議される」（三三一条）。「彼(directoire)は、休戦や局外中立宣言に類する事項の予備的規定をなすことが許される……」（三三〇条前段）。

しかしながら原則として一切の条約に対し、立法府の決定的な干渉が要求される：「条約は立法府により審議され批准[1]された後でなければ有効とはならない」（三三三条前段）。しかし重大な例外として、執政の秘密条約締結権が認められる：「彼はまた秘密協約を取りきめうる」（三三〇条後段）。そして「秘密的条件は、それが執政によつて取りきめられたその時から、暫定的に執行されうる」（三三三条後段）。但しこの秘密条約締結権またはその効力にも限界が存する：「条約が秘密条項を包含する場合において、これらの条項は明示的条項を破壊するものでもありえなければ、共和国

のいかなる領土の分離をも含みえない」（三三二条）。

一読して明らかなように、それは、一七九四年二月一七日（共和三年風月）のデクレによって設定された、公安委員会（その独裁の絶頂における！）の条約締結権を殆んどそのまま執政が継承し、コンヴァシオンの権能を、二院で構成された立法府が受け継いだものであることがわかる。(2) 附加された唯一の点は、秘密条項が共和国の領土の分離を含みえないという秘密条約締結権の制限のみに存する。国内政治制度特にその権力分配の原則において、そのように根本的な変革を企だてたこの憲法が、条約締結権に関しては本質的に何ら変更を加えることなく、前轍を踏襲したということは、特に注目してよい点である。この憲法の制憲議員は公安委員会の有した権力が条約締結権に関する限りでは、極めて適切なものだつたことを認めた。(3) それは、国内的な権力構造の激変にもかかわらず、共和国の国際社会に対する態度に何ら変更の必要を認めなかつたことに対応するといえようか。

(1) メェストル (A. Mestre,《Les traités et le droit interne》, Rec. des Cours, 1931, IV, p. 253 note (2)) は、この《立法府により審議され批准され》という文字のみを引用して、この憲法は、その作成の見地からすれば《法律と条約との完全な同化を実現した》としているが果してそう断じうるであろうか。上にみたように法律の作成は立法府の専権に属するものであつて、執政は法律の発案権を有しない。しかるに条約の発議権（商議と条約案の作成）は逆に執政の専権に属する。そして、この立法府の批准の意義は既に一七九一年憲法およびコンヴァシオンの慣行についてみたように（v. supra [一六] note7）承認と同義であり、立法府が直接外国との関係に立つのではないと解すべきだとすれば、立法府が条約案を審議しうるにしても、条約案の修正権まで認めたものであるとは恐らく解しえないであろう。したがつてその作成の見地から、両者は同一視しえない。メェストルの指摘は不正確である。

(2) v. supra, [一〇] Michon, op. cit. p. 61.

(3) ダヌウ (Danou) は云つた、《考えてもごらんなさい。若しあなた方がそのように大きな自由を与えていなかつたとしたら、公安委員会は共和国にとつてそのように有利な平和条約を締結しえたでしようか》Moniteur universel du 18 thermidor an III, p.

1281, cit., Michon, op. cit., p. 61.

かくして、憲法の採用する厳格な（或は真正の）権力分立制にもかかわらず、執行府の作品たる商議された条約に対し、立法府の決定的な干渉、すなわち統制が原則として可能な訳である。立法府たる二院の承認を欠く条約は無効である。立法手続において排除された立法・執行両権の作用的な重複・競合が、条約締結手続においては正面から認められているという、顕著な対称が注目される。それは作用上の見地からする権力分立制の例外以外の何ものでもない。

〔二四〕——この条約締結手続の意義

この憲法はその機能において、その四年の生涯を通じて甚だしい弱体を示し、無政府状態を惹起して、遂に霧月(brumaire)一八日のナポレオンのクーデターによってその終焉を招くに至ったことは人の知るところである。

しかし条約締結手続においては、そこに若干の逸脱は行なわれたけれども、(1)一七九一年憲法の場合とは異なって、多くの条約が憲法的手続にしたがって締結された。(2)その意味では、この憲法の下において、一切の条約の締結に対し立法府の決定的な関与を認めるという憲法制度が、はじめて実効性を発揮するに至ったといえる——但し秘密条約の除外という重大な例外つきでのみ。しかし、一七九一年憲法における場合と同様に、制限・間接選挙によって選挙される立法府自体の民主的基礎の限界が、条約締結手続に対する民主的統制の限界を、その前段階において劃していることを想起しておこう。

(1) ナポレオン・ボナパルトはカンポ・フォルミオ(Campo-Formio)条約を執政の訓令に全く違反する条件において調印した。

(2) ヴュルテンベルグ侯との共和四年熱月二〇日の平和条約に対する熱月二八日の批准の法律、その他 Michon, op. cit., p. 63. note 1.

にその多くの例が挙げられている。ドゥウス (F. Dehousse, La ratification des traités, Essai sur les rapports des traités et du droit interne, Paris, R. Sirey, 1935, pp. 90-91) は、批准を条約の効力発生要件とする《黙示の批准の学説》が実定法上初めて認められたのは、一七九七年八月一〇日、執政とポルトガル女王との間に取り交わされた条約によって確認されたように思われるとする。

第四節　一八四八年一一月四日憲法と条約締結権

[二]――その権力分立制

我々は一挙に半世紀を跳び越えて、一八四八年憲法を検討する。この憲法は二月革命の成功による新しいレジームを設立するものであるが、それは穏和な共和主義者を主人とするといわれ[1]、また一七九一年憲法以降のフランスにおけるあらゆる憲法原則と経験とを混ぜ込んだという意味で《カクテル憲法》(constitution cocktail) とも呼びえよう[2]。

その基本原則としては共和制、人民的主権 (la souveraineté populaire)、純代表制、権力分立制（大統領制）が挙げられる。普通直接選挙が憲法手続によって実施されたのはこの憲法下においてはじめてである（但し婦人は除外[3]）。しかしながら、人民の直接的な参政は、立法手続については勿論憲法手続についても認められず、その点では、共和三年憲法とは異なり、一七九一年憲法に等しく純代表制といえよう。但し最早や公権力の世襲制は認められないのであり（一八条）、執行権の首長は人民から直接に選挙されることとなつた。

(1) Prélot, Précis, p. 179.

(2) J. Barthélemy がワイマアル憲法など第一次大戦後の諸憲法を指して云つた言葉 (Prélot, op. cit. p. 176)。一七九三年の共和制および普通選挙の理念、共和三年憲法における三年の任期、一七九一年および一七九三年の一院制、執政制・帝制の国務院および強力な執行権、個人的な権力の理念、王政復古および七月王制の大臣責任および執行・立法両権の協働を借りて来た。

(3) 但し、一八五〇年五月三一日法律は、選挙人名簿に登録されるために三年間の定住を要求し、憲法の普選の原則を実質的に（特

に労働者に不利に）変更した。選挙人総数は三〇％減少した。

憲法は明確に権力分立制の原則を採用した（一九条）[4]。すなわち、立法府（任期三年）も執行府（任期四年）も直接に人民から選ばれ、両権は独立してそれぞれ固有の権力を行使する。国民議会は、常設（三二条）であり、国務院（Conseil d' Etat）のたすけをかりて立法権を行う。大統領は、法律の発案権を有し（四九条）、一回に限り再審を要求することができ（五八条）、また法律成立後の公布の権限を有する（五六条）。しかし彼はいかなる拒否権も解散権も有せず（六八条）、国民議会に対する働きかけの手段はない[5]。ところで一方議院制への道が拓かれているようでもある。なぜなら議員中から大臣が任命されることが可能であり、大臣は議会に出席し発言する権利を有し、また大統領と大臣は責任を持つ（六八条）としたが故に。しかしこの点は甚だ曖昧であり、大統領が大臣の任免権を独占し、大臣の責任を廃止し、大統領の責任に吸収するときは、議会は大臣の変動にあらずして、国民が直接選出した大統領を倒すという重大事に直面するに至る[6]。

(4) 《権力の分立（La séparation des pouvoirs）は自由な政体の第一の条件である》。

(5) 議院制においては立法府の執行府に対する統制は通常大臣に対してのみであり大統領は無責任である。ところがこの六八条は大統領の責任を規定したが故に《責任を発展させるようにみえてそれを無力化する。》《一八四八年憲法の諸権力の協働と相互のコントロールは議会主義の通常の制度に近付いたと同時にはなれた》といえよう。Deslandres, op. cit. pp. 354-355.

(6) 《かくして一八四八年憲法は第一回の革命議会の誤まりに再び陥った。憲法はお互の正面に、絶対的に平等で、独立で、お互に働きかけるいかなる手段ももたぬ二権力を設定した。若し此の二権力の間にあつれきが生じたとしても、憲法は平和的な規整のいかなる方式をも規定してはいない。唯一の可能な解決はクーデターであつた》Laferrière, Manuel., pp. 208-209.

[二六]——その条約締結権

憲法五三条は規定する：「彼（共和国大統領）は条約を商議し批准する。いかなる条約も国民議会によつて承認（approuver）された後でなければ決定的（définitif）とはならない」。

まず商議権を大統領の専権とするとともに、批准の権限は明確に大統領に属せしめられる（革命の諸憲法は立法府が批准すると規定したが、それは明確な規定の仕方とはいえなかつた）[1]。次いで、一切の条約がその効力を発生するには、立法府の承認による直接的な干渉を要するとされる。両シャトルの下に発達した議院制の慣行においては、後にみるように[2]、立法府が一定の条約の国内的執行について干渉することにより、間接的に条約締結権に対する統制を行なつた。憲法制定過程において、或意見は、内閣が議会の多数を在職の要件とする議院制においては、立法府の条約締結手続に対する直接的な干渉の規定は最早や無用となつてたと主張した[3]。しかし、憲法の規定は、一定の条約についてではなくすべての条約について、また条約の国内的執行力についてではなく条約の効力そのものについて、立法府の干渉の意義を明確にした点で重要である。ましてや、この憲法は、政治制度として議院制を否定はしないまでも、むしろ大統領制を採用したのであつて、立法府の執行府に対する有効な統制は困難だと考うべきだから、この規定の意義は大きいといわねばならない。それは憲法の設定する相当厳しい権力分立制の、作用上の重要な例外であり[4]、執行府に対する立法府に有利な制約なのである[5]。

(1) supra, [一六]、[一三]　(2) infra, [三七] 2)

(3) カンヴァレル・ドゥ・レイヴァル (Comvarel de Leyval), cit. Michon, op. cit. p. 122.

(4) Deslandres (op. cit. t. 2, p. 354) は執行作用の明示的な協同の重要なものとしてあげる。Prélot, Précis, pp. 175-176. 国民から直接に選挙される強力な執行権力を制限するために、制憲議員は大統領の任期を四年とし、拒否権を否定し、議会に宣戦の権限、条約の承認を留保し、恩赦権を保持せしめた。

(5) Michon, op. cit. p. 128.

更に注目を要するのは、この規定によつて、大統領による秘密条約の締結が一切否定されることとなつたことである。この憲法的要求については、それが特に平和条約の締結について政府の共和国に有利な商議活動を阻害するという意味で、危険且致命的な条項であるという主張が制憲議会においてなされたのであつたが。(6)

(6) Combarel de Leyval, séance de l'assemblée nationale du 12 oct. 1848, moniteur universel du 13 oct. pp. 2816, 2817 cit. Michon, op. cit. p. 124.

[二十]——憲法慣行の実際と条約締結権の意義（特に条約の修正権について）

憲法の規定上全く明確を欠いた立法府と執行府との関係、とくに大臣の政治責任の問題については慣行はどのような展開を示したか。ポール・バスティド (Paul Bastid) は議院制的政体 (le gouvernement parlementaire) の段階に個人的（大統領の）政体 (le gouvernement personnel) の段階が継続したと解しているようであるが、(1) プレロー (Prélot) は最初から個人的制度 (régime personnel) だつたと解している。(2) 慣行は極めて混沌としていたのだが、(3) 結局は大統領制が議院制を圧倒したのであり、時々、政策的な理由から議院制に対する譲歩がなされたと解すべきもののようである。(4) 条約締結の手続については、一切の条約につき大統領の批准に先立つて、それを授権 (l'autorisation de ratifier) する法律案の審議および議決という形式で、国民議会が干渉を行うという慣行が確立した。(5)

(1) cit. Prélot, Précis., p. 178. cf. Paul Bastid, Doctrines et institutions politiques de la seconde République, Paris, 1945.

(2) Prélot, Précis., p. 178.《特に、我々が興味をもつ観点から決定的であるのは、メルヴィル (Merville) とビクシオ (Bixio) が大統領の不興を買つたが故に辞職せねばならず、一方やや遅く、国民議会で少数となつた彼らの同僚が、一八四九年二月二七日職に留ることになることである。》

(3) Deslandres, Histoire const., t. 2, pp. 399-401, 427-429.

(4) Vedel, Cours, p. 255.　(5) Michon, op. cit., pp. 123-125. それは第三共和制下の慣行が継承した。

条約締結手続の慣行上、更に注目すべきは、条約の修正権に関し、興味深い議論が行なわれ、その方式が確定したということである。一八五〇月一二月三〇日、国民議会は、一八五〇年一一月五日に結ばれたフランス、サルジニヤ間の航海通商条約を大統領が批准することを授権する法律案の議決にあたつて、多数の議員は、その条約の一〇及び一二条の修正を提案した。そして条約の一部は認めうるが他の部分は承認しえないという場合、批准を承認する法律案の規定中に修正案を挿入しうべきである。勿論それによつて相手国たるサルジニヤに必要な条項の修正を義務づける訳でわないが、フランス政府に対しどのような基礎に基づいては商議(traiter)しうるが、その他に基づいては商議しえないということを示すのだと主張した。(6) これに対し国民議会議長、および外務大臣カジミール・ペリエ(Casimir Périer)が反対し、議員がなしうるのは批准を授権する法律案を一括して採択するか拒否するかのみである。勿論その投票に先立つて各条項について討議することはできるが、それを修正し或は各条項毎に議決にふすることはできないのだ。ただ、それを全体として拒否する場合においても、討議による拒否の理由を示した単なる延期(ajournement)を意味するにすぎない場合がありうるが、条項の修正の形式をとり、強制委任によつて政府の商議の自由を阻害することは許されないと主張した。結局議会は後者を執り、条約の修正権を自からに否認する議決をなす。そしてこの方式は一八五一年三月二〇日の規則として国民議会により議決せられたのである。規則はいう、条約の諸条項に対する議決、およびテキストに対する修正案の提出はできない。また、国民議会は批准の授権の法律案の、採用か、拒否か、若しくは延期かのみを決定する。延期は次の術語において理由づけられる：≪議会は、新たに条約の某条文に政府の

注意を喚起し（延期の原因となつた条文の全部について述べ）、批准の承認を与えることを延期する》と。(7)(8)

(6) Combarel de Leyval, Lestiboudois の意見、Moniteur universel du 31 decembre 1850, pp. 3761-71 cit. Michon, op. cit, pp. 127-128. Cavaignac 将軍もこの意見を支持した。

(7) Michon, op. cit., p. 127-131.

(8) この解決は、《議会の権利の自由な行使を確保する》ことを、条約の商議における《緊急且微妙な必要性》に和解せしめたものとされる。すなわち、条約は単独行為たる通常の法律とは違つて、《双務契約》(contrat synallagmatigue) であり、それは総ての契約のように《かけひき》(transation) 譲歩の交換であつて、そこでは《各部分は結び合い、連鎖をなし、均衡をとりあつて完全かつ不可分の全体を形成している》とされ、この全体としての有利な取引をなすためには、執行権が一定の自由 (une certaine latitude) を留保することが不可欠である。しかし、議会は常に批准を承認するか拒否するか延期するかをなしうるという最後的決定権を握つているのだから、理由をふした延期は単純な拒否よりも政府が従うべき進路を、その行為の自由を完全に阻害することなしに、よりよく示すものとされるのである。カジミイル・ペリエの一八五一年三月一一日議会における報告、cit. Michon, op. cit., pp. 130-135.

[三八]——一八四八年憲法における条約締結権の意義

一八四八年憲法に先行する二つのジャルトの下に確立した議院制の慣行は、後に説明するように(1)、議院の財政および立法権限にふれる条約の国内的執行に議院が干渉する慣行を確立せしめたが、この憲法は、一切の条約の締結そのものに議会を決定的に関与せしめる。ところでこの憲法下で実際に機能した政治制度は、議院制を圧倒した個人的な大統領制である。したがつて若し憲法が大統領の条約締結権に対する議会の干渉を認める規定をおいていなかつたとしたならば、議会の統制は、殆んど不可能だつた訳である。権力分立制の作用上の例外であり、制憲議員の意図としては大統領の権力をせいちゆうするためのこの規定は、実際上においても充分にその意義をもつたといわねばならない。

(1) infra, [三六] [三七] [三八]

この憲法は大統領の批准権を明確に認めたが、慣行はまた、議会の干渉は批准の授権法の議決によつてなされるという方式を確立し、また条約修正権をめぐる問題を解決した。そこに、条約締結の通常立法と異なつた特殊性に対応し、政府と議会との権限を調和する法技術がみられる。この憲法の生命は短かかつたが、その下で条約締結手続に関する法技術の実際問題について、共和的な伝統的方式が確定せられたといえる。秘密条約を一切認めなかつたことは、フランス憲法史上の短い例外的時期を画するのだが。

第五節　一八七一年以降一八七五年憲法成立迄の国民議会の下の憲法制度と条約締結権

[二九]——その政治機構

セダンの敗北直後一八七〇年九月四日、共和制が宣言せられ、第二帝制は終焉を告げ、国民防衛政府が樹立せられた。一八七一年二月八日普通選挙による国民議会がボルドーに招集せられ、これが国民防衛政府に代つたが、それ以降の四年間は、フランスは正式の成文憲法を持たずして、コンヴァンシオンの時代におけるがごとく、国民議会の制度の下に生活した。但しコンヴァンシオンの時代のような、《政府委員会》による統治ではなく、[1] 国民議会は一八七一年二月一七日の決議によつてテイエール (Thiers) をして、執行権の首長たらしめ、[1] ドイツとの講和の問題を課したのである。この制度は、法律的には、国民議会の下に常に罷免可能な執行府を従属せしめるものであつて、後者は前者の受任者 (commis) にすぎず、したがつて執行府は議会の招集や停会や解散をなす権限は勿論有しない。[2] すなわち議会統治制をもつて規定されよう。

(1) 《議会を構成する人々にとつて、立法権と執行権との分離はそのように伝統的且確実な政治的所与だつたので、議会は本能的に

それを適用した》A. Esmein, Éléments de droit constitutionnel, cit, Michon, op. cit. pp. 170-171. 但しティエールは国民議会の議員でありつづけた。Laferrière, Manuel., p. 241.

(2)《一八七一年二月一七日の決議の文字においてはティエールに与えられたのは言葉の最も狭い意味での《委任》――常に罷免しえ、その運命は議会のそれと結びつけられている――である。議会の使用人たるティエールはそれより生きのびることはできないし、彼はあらゆる瞬間において罷免されうる。決議はティエールの権能を明確にはきめなかつたが、それは彼にそのようにして委任されたのは、議会の主権と両立しうるという留保の下における執行権の伝統的な特権のすべてであつた。かくしてティエールは議会を召集し、停会し、解散する権能は有しないだろう》J. Barthélemy et P. Duez, Traité de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1933, p. 14. cf. Laferrière, Manuel., p. 240.

ところで、事実においては、このティエールの政府は《説得の独裁制》[3]とまで呼ばれるように極めて権威的、個人的な政府であつたとされる。すなわち法律上は、議会は政府を意のままに統制できる筈ではあつたが、実際においては、逆に政府が議会を支配するという状態であつた。一八七一年八月三一日の法律（所謂リヴエ（Rivet）憲法）は、彼に共和国大統領の称号を与え（一条）、その行為には大臣の副署を要することとし、大臣の連帯および個人的な議会に対する政治責任を規定し、また大統領の発言を制限することによつてティエールの支配力を減殺せんとしたが、大臣や内閣の政治責任も、依然として残つていた大統領の政治責任のうちに吸収され無効とされ終つた。一八七三年三月一三日の法律（所謂ブロイ（Broglie）の憲法）は、大統領の発言の機会を著しく制限し[4]、大統領は原則として対外政策の討議にのみ関与しえ、国内政策に関する代表質問（interpellation）には大臣のみが答弁しうるとする（四条）ことによつて、その影響力を制限しようとした。それは議院制的政府に向う重要な措置ではあつたが、ティエールはなおもその政治的責任を負うことをやめなかつたので、結局一八七三年五月二四日マク・マオン（Mac-Mahon）と更迭

せしめられるに至る。そして一八七三年一一月三〇日法律が大統領の任期を七年としたことにより、議会の前に政治的に無責任な大統領と責任を負う大臣という議院制的制度が設立されたとされる。(5)

(3) Barthélemy et Duez, Traité, p. 14.

(4) 議会には君主制主義者が多数であつたのに対し、ティエールの共和制的傾向が次第に顕著になつてきたため、議会の多数はそれをチェックせんとした。大統領は教書で議会と連絡する。法律についての討論に大統領が参加せんとする場合は教書を発し、それが受諾された翌日発表する。その後その会期は終了し次の会議でなければ議論はつづけえない（一条）。ティエールはこれをもつて《支那の儀式》と評した。《法律はそれ（彼の雄弁）を独り言にしてしまつた。いかなる反論も彼にはなされえない。彼は沈黙のうちに発言する。会期は終る……》Laferrière, Manuel, p. 245.

(5) Laferrière. Manuel., p. 247.

[II]O]——その条約締結権

国民議会は、招集直後の一八七一年二月一三日、一八五一年の議院規則を暫定的に採用した。(1) したがつてそれはまた同時に一八四八年憲法の条約締結手続を前提として採用した訳でもある。(1) 商議権は執行府の専権に、すべての条約は議会による批准の承認を要する。(2)

(1) Michon, op. cit.pp. 171-172. Eugène Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 5e éd., Paris p. 627. note 2. 但しこの点は明確に意識されてはいなかつた様でありティエールの渉外権限も曖昧だつた。Michon, op. cit. p. 180.

(2) Michon, op. cit. p. 182.

ところで国民議会は、上述のごとくティエールを執行権の首長として、対独講和の衝にあたらしめたのであるが、彼の政府は自発的に議会に対し、商議者を補佐し商議の情報をえて意見を与え、またそれを議会に報告することを任務とする一五人からなる委員会の設立を求めた。(2) その設立目的は商議者の権威を重からしめ、また商議を緊密に議会の

統制に服せしめることにあつた。それは執行府の商議権に対する立法府の干渉ではないか。政府は敢えて立法府からの独立性を充分には主張はしなかつたが、実際には、委員会は賢明且つ愛国的にもその商議権の独立を尊重し、自から道徳的な支柱を商議者に与えるに止めたとされる。(3) かくて調印せられた二月二六日の予備平和条約一〇条によれば、ドイツ皇帝と同じ資格において、国民議会が本来の意味での批准を与えるべきものとされていたが、(4) 二月二八日議会に提出せられた法律案は《国民議会は……予備平和条約を承認 (approuve)(5) し、執行権の首長および外務大臣が批准を交換することを授権する》と規定し可決された。この場合、執行権の首長には批准でなくその交換のみが授権されているに止まる。しかしながら、五月一〇日フランクフルトで調印された最終平和条約一八条においては《一方、国民議会によるおよびフランス共和国執行権の首長による、他方ドイツ皇帝による本条約の批准は……フランクフルトにおいて交換される》(6) と規定し、予備条約と違つて執行権の首長による批准が認められている。(7)

(3) Michon, op. cit. pp. 185-186.

(4) Journal officiel du 3 mars 1871, p. 131. cit Michon, op. cit. p. 186.

(5) この《承認》という言葉は《批准》の書きちがいだと説明される。Victor Lebranc の報告、Journal off. du 4 mars 1871, p. 136 cit. Michon, op. cit. p. 187.

(6) Journal officiel du 19 mai 1871, p. 1056 cit. Michon, op. cit. p. 190.

(7) またこれと同じ時期にティエールはロンドン条約に対し議会にはかることなく個人的に批准を与えている。

なお一八七一年九月一六日の法律は、予め基礎を特定して、共和国大統領がドイツ帝国との間に条約を締結しまた批准することを授権し、これにより一〇月一二日のドイツとの協約が締結された。これは占領軍の撤退、賠償金の支払および通商関係を規律する条約の執行を遅延せしめないことに大きな利益があつたため、予め議会が承認を与えた例外的な措置とみるべきもののようである。Michon, op. cit., p. 173-174.

講和および終戦処理の条約締結手続においては、議会は執行府の商議権に介入しえ、また議会自から批准するとい

う手続がとられるが、次第に執行府に完全な商議権を与え、批准の権限をも認める傾向が強くなつてきたことを看取しうる。学説上国民議会の下の条約締結手続について一般的に執行権の首長の商議および批准の権利は、議会の承認なくしてはありえなかつたのだと解する[8]説と、それは初期にとられた手続には正に対応はするが、それはむしろ例外的情況に対する特殊な理由から説明せらるべきで（その手続は後の如何なる条約についても繰り返されていない）、一般論としては、商議および批准の権利は専ら執行権に属し、ただ総ての条約の批准の承認についてのみ議会の議決を要したと解すべきだ[9]とする説に分れている。この時代の慣行は必ずしも明瞭ではないが、恐らくは後者をもつてより適切な解釈とすべきだろうか。そしていずれの解釈をとるにしても、議会の承認を欠いた条約が無効とさるべきこと、それが単なる国内的執行力の問題ではないことに変りはなく、したがつて一切秘密条約締結は認められなかつたと解すべきことになる。

(8) Edoward Clunet, De défaut de validité de plusieurs traités diplomatiques, Paris, Marchal Billard, 1880, 1 broch in 8e, p. 20, cit, Michon, op. cit. pp. 169-170.

(9) Michon, op. cit. pp. 170, 171, 172, 175-177, 180.

[III]——この制度における条約締結権の意義

議会統治制に出発し議院制に傾いた制度の推移と殆んど併行して、条約締結権限の分配が、過去の共和制的憲法に伝統的な方式（商議・批准は執行府の専権であり、一切の条約の批准に立法府の承認を要する）に定着してゆくのをみた我々は、この制度の下における条約締結権について次のようにいうことができるだろう。

一七九一年および共和三年憲法のそれよりは立法府自体の民主的基礎において、コンヴァンシオンの制度や共和三年憲法のそれよりは秘密条約を認めない点において、一八四八年憲法のそれよりは議院制の諸技術によつて議会が政

府をより有効に統制し得る点において、この制度は、既にみた共和制的憲法のうちで（一七九三年憲法は遂に実施されなかつたから）、条約締結手続に対する民主的統制を、最も強い程度において実行しうる制度であつたと。