

論 説

日本における行政取極の法的位置づけについて —国際法学徒による公法学への貢献の試み—

水 島 朋 則

序

1 予備的考察

ア 国際法上の条約と国による同意の表明方法

イ アメリカにおける executive agreements

ウ 大日本帝国憲法の下での問題状況

エ 日本国憲法の関連規定と大平答弁

2 日本国憲法の下での行政取極の類型

3 日本国憲法の下での行政取極の効力

4 補論的考察

ア 国会の承認を経ずに締結された条約の効力

イ 条約の「批准書」(日本国憲法 7 条 8 号)

結び

序

紙野先生は、約 40 年前に、「行政権の総体的な権限の拡大および機能の強化〔という〕現代国家における顕著な法現象」の中で、これをどのようにコントロールするかという課題に向けた前提作業として、「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」の問題について考察され、その成果を本誌に公表されている¹⁾。これと同様の課題は、国際法に関わるものとしては、一般に行政府の職務とされる条約の締結の脈絡で提起されてきた

1) 紙野健二「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」法政論集 80 号 166 頁 (1979 年) 特に 168 頁参照。

と言えよう²⁾。そこで主な考察対象とされてきたのが、行政取極（アメリカでいう executive agreements）——憲法が明示的に定める条約締結手続を経ることなく行政府等が締結した国際約束——である。

日本国憲法は、周知のとおり、「条約を締結すること」を内閣の職務の1つとしつつ、「但し、事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ること」を必要としている（73条3号）。ところが、実際には、日本が締結した国際約束（国際法上の条約）のうち、国会の承認を経ずに内閣が締結した行政取極が³⁾、近年では大部分を占めており、「民主的統制の要求とのバランスをいかにとるか」が⁴⁾、その法的位置づけとともに問われている。

本稿は、「元来18世紀末以来のアメリカの実行に由来する」行政取極⁵⁾の日本における法的位置づけについて検討することを目的とする。国際法上の条約やアメリカにおける executive agreements 等に関する予備的考察（1）に続けて、日本国憲法の下で、どのような行政取極が締結され得るのか（2）、また、どのような効力が行政取極に認められるのかを論じ（3）、関連する問題——国会の承認を経ずに締結された条約の効力等——について補論的考察（4）を行った上で、本稿を結ぶこととする。

1 予備的考察

ア 国際法上の条約と国による同意の表明方法

国際法上の「条約」とは、1969年の条約法条約によれば、「国の間において文書の形式により締結され、国際法によって規律される国際的な合意（単一の文書によるものであるか関連する2以上の文書によるものであるかを問わず、また、名称のいかんを問わない。）」と定義される（2条1(a)）。

2) 例えば、松田竹男「条約の締結に対する民主的統制」静岡大学法経研究 38 巻 1・2 号 169 頁（1989 年）参照。

3) 行政取極の一例として、2016 年 10 月 14 日の食糧援助に関する日本とモーリタニアとの間の書簡の交換（交換公文）が挙げられる。官報 2016（平成 28）年 10 月 26 日・外務省告示 413 号。

4) 松井芳郎他『国際法（第 5 版）』（2007 年）37 頁（坂元茂樹）。

5) 藤田久一「外交政策形成における政府と議会——行政取決めの日米比較——」関西大学経済・政治研究所『現代日本の公共政策』422 頁（1988 年）423 頁。

今日においては、国が国際機構と締結する条約や国際機構の間で締結される条約も増えているが、1986年の国際機構条約法条約（未発効）においても、当事者に国際機構が含まれる点を除いて、同じ「条約」の定義が採用されている（2条1（a）^{6）}）。

条約に拘束されることについての国の同意は、署名・交換公文（条約を構成する文書の交換）・批准・受諾・承認・加入等により表明することができる（条約法条約11条）。これらのうち、批准・受諾・承認・加入については、それぞれ批准書・受諾書・承認書・加入書の寄託等によって、国の同意が確定的なものとなる（条約法条約16条）。また、それぞれの国の憲法等が定める条約締結手続に関連して、条約法条約46条1は次のように定めている。

いずれの国も、条約に拘束されることについての同意が条約を締結する権能に関する国内法の規定に違反して表明されたという事実を、当該同意を無効にする根拠として援用することができない。ただし、違反が明白でありかつ基本的な重要性を有する国内法の規則に係るものである場合は、この限りでない。

イ アメリカにおける executive agreements

アメリカ合衆国憲法（以下、アメリカ憲法）は、Treaties（条約）を締結する権限を大統領に与えているが、上院の助言と同意（出席議員の3分の2の賛成）を条件としている^{7）}。ところが、この条件を充たさずに大統領が他国と国際約束を結ぶ例が古くから存在し、それが executive agreements（行政取極）と呼ばれてきた^{8）}。やや古いデータになるが、1990年から1999

6) 2つの条約法条約の「パラレリズム」に関する代表的な日本語文献として、酒井啓巨「条約当事者としての国際機構——2つのウィーン条約の『パラレリズム』からみた法的地位——」法学論叢128巻3号30頁(1990年)・129巻3号85頁(1991年)参照。なお、以下においては、便宜上、条約法条約の規定のみ参照し、国際機構条約法条約の規定への参照は省略する。

7) 「大統領は、上院の助言と同意を得て、条約を締結する権限を有する。ただし、上院の出席議員の3分の2の賛成を要する」（アメリカ憲法2条2）。本稿におけるアメリカ憲法の規定の翻訳は、岩沢雄司編集代表『国際条約集 2017年版』に拠る。

8) アメリカにおける executive agreements に関する日本語文献として、例えば、畝

年の間にアメリカが締結した executive agreements の数は 2,857 であり、同時期に締結した Treaties の数 (249) の 10 倍以上になっている⁹⁾。

これらの executive agreements——アメリカ憲法にいう Treaties ではないとしても国際法上は条約である¹⁰⁾——は、一般に 3 つの型に分けられる¹¹⁾。具体的には、①上院の助言と同意を得て締結された Treaty の委任に基づく、あるいはその実施のためのもの (Treaty 委任・実施型)、②上・下院それぞれの過半数により与えられた事前ないし事後の承認に基づくもの (congressional-executive agreements [議会承認型])¹²⁾、③憲法上の権限に基づいて大統領が単独で締結するもの (sole executive agreements; presidential executive agreements [大統領単独型]) である。②議会承認型については、Treaties の締結の場合と比較して、上・下院の両方が関わること、また、Treaties のように上院の出席議員の (過半数に満たない) 3 分の 1 によって締結が妨げられることがないという意味で、より民主的であるとも言えることを確認しておく必要がある

村繁『英米における国際法と国内法の関係』(1969 年) 特に 252-276 頁参照。なお、混乱を避けるため、本稿においては、アメリカにおける executive agreements という用語を日本語には訳さずに、基本的にはそのまま用いることとする。この点について、小松一郎『実践国際法 (第 2 版)』(2015 年) 272 頁も参照。

- 9) Congressional Research Service, 'Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate', S Prt 106-71, 106th Congress, 2nd Session (2001) < <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CPRT-106SPRT66922/pdf/CPRT-106SPRT66922.pdf> >, 39 (Table II-2: Treaties and Executive Agreements Concluded by the United States, 1930-1999) 参照。ちなみに、*ibid* 39 (Table II-1: Treaties and Executive Agreements Concluded by the United States, 1789-1989) によれば、アメリカが締結した Treaties と Executive Agreements の数は下のよう に推移している。

	Treaties	Executive Agreements
1789 ~ 1839 年	60	27
1839 ~ 1889 年	215	238
1889 ~ 1939 年	524	917
1939 ~ 1989 年	702	11,698

- 10) 1970 年代に、条約法条約を締結することに上院が助言と同意を与えなかった 1 つの理由は、1 のアで引用した条約法条約 46 条 1 が、executive agreements の形式での国際約束の締結を助長しかねないという懸念にあったとされる。例えば、Curtis A Bradley, *International Law in the US Legal System* (2nd ed, 2015) 77 参照。
- 11) 例えば、*ibid* 76 参照。Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, Vol 1 (1987) 159, § 303 も参照。
- 12) 議会承認型 executive agreements を、事前承認型と事後承認型に区別する論者もいる。例えば、John H Jackson, 'United States' in Francis G Jacobs and Shelley Roberts (eds), *The Effect of Treaties in Domestic Law* 141 (1987) 143 参照。

う¹³⁾。また、③大統領単独型には、外交関係を処理する大統領の権限に基づくものが含まれ¹⁴⁾、具体例として、1817年の5大湖の軍備制限に関するラッシュ・バゴット協定、1899年および1900年に門戸開放に関してジョン・ヘイ国務長官が諸外国と交換公文の形式によって締結した一連の合意文書、1945年のチャプルテペック条約等が挙げられる¹⁵⁾。

なお、ヘンキンは executive agreements を3類型ではなく、議会承認型(②)と大統領単独型(③)の2つに分類し、Treaty 委任・実施型(①)は大統領単独型に含めている¹⁶⁾。確かに、Treaty の委任があると言えるかどうか一義的ではないケースがあり得ること、Treaty の実施のために必要ないし適切かどうかは大統領の判断に委ねられること¹⁷⁾、また、Treaty ではなく議会承認型 executive agreement の委任に基づく、あるいはその実施のための executive agreements もあり得ること（それは、3類型に分けた場合の① Treaty 委任・実施型にも②議会承認型にも属さないと言えよう）に鑑みれば、Treaty 委任・実施型は、議会承認型 executive agreement の委任・実施型と合わせて、Treaties の執行を含む外交関係の処理という大統領の権限に基づくもの(③大統領単独型)に含めるのが、論理的ではあると言えるのかもしれない。

いずれにせよ、アメリカの国内法秩序においては、上院の助言と同意を得て大統領が締結する Treaties は、一般に、連邦憲法より劣位、連邦法と同位、州憲法・州法より優位に位置づけられる¹⁸⁾。これを前提として、executive agreements については、Treaty 委任・実施型のものは、それが

13) Bradley, *supra* n 10), 82 も参照。この点を象徴するものと言えるのが、2012年12月4日に、障害者の権利に関する条約の締結について、上院が賛成61票・反対38票により助言と同意を与えないとしたことである。< <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Treaties.htm#4> > 参照。

14) その他に、例えば、大統領の軍最高司令官としての権限に基づく休戦協定が挙げられる。例えば、Louis Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution* (2nd ed, 1996) 220 参照。

15) 小川芳彦『条約法の理論』（1989年）53頁参照。

16) Henkin, *supra* n 14), 215-224, esp 219-220, n** 参照。

17) *ibid* 参照。

18) 例えば、浅田正彦編『国際法（第3版）』（2016年）29頁の表1-2（浅田）参照。なお、この効力順位の根拠（の1つ）とされるアメリカ憲法6条は、「この憲法及びこの憲法に準拠して制定される合衆国の法律、並びに合衆国の権能に基づいて既に締結された又は将来締結される全ての条約は、国の最高法規である。全ての州の裁判官は、各州の憲法又は法律の中にこれと反対の規定がある場合であっても、これに拘束される」と定めている。

Treaty の委任・実施の範囲内であれば、Treaties と同位とされる¹⁹⁾。また、議会承認型のものも、Treaties と同じ地位をもち、後法優位の原則に従って、それと抵触する既存の Treaties や連邦法に優位するとされる²⁰⁾。他方で、大統領単独型のものは、Treaties や他の種類の executive agreements とは異なり、一般に連邦法より劣位に位置づけられる²¹⁾。

ウ 大日本帝国憲法の下での問題状況

大日本帝国憲法は、「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」と定め（13条）、アメリカのように条約の締結に議会の関与を求める方式は、採っていない。したがって、アメリカ憲法の下における executive agreements のような問題は生ずる余地がなかったと言えよう。もっとも、大日本帝国憲法の下における「条約」の締結をめぐるのは、天皇と議会との間ではなく、枢密院と内閣との間で、関連する問題が生じており、また、後に見るように、当時の問題が日本国憲法の下での問題とまったく無関係とも言い切れないように思われるため、確認しておくこととする。

1889年2月に発布された大日本帝国憲法は、「枢密顧問ハ枢密院官制ノ定ムル所ニ依リ天皇ノ諮詢ニ応ヘ重要ノ國務ヲ審議ス」としているが（56条）、大日本帝国憲法発布以前の1888年4月に公布された枢密院官制において、「列国交渉ノ条約」が枢密院諮詢事項の1つとされていた（6条4号）²²⁾。その後、1890年11月の大日本帝国憲法施行に先立ち、同年10月の枢密院官制の改正で、諮詢事項は「列国交渉ノ条約及約束」とされ（同）²³⁾、さらに、1938年12月の改正で、「国際条約ノ締結」に改められている（6条6号）²⁴⁾。

19) 例えば、Bradley, *supra* n 10), 79 参照。

20) 例えば、*ibid* 83 参照。

21) 例えば、*ibid* 95 参照。ただし、州法には優位するとされる。*United States v Belmont*, 301 US 324 (1937); *United States v Pink*, 315 US 203 (1942) 参照。また、大統領単独型 executive agreements として締結することができる国際約束であっても、議会の承認が得られれば、議会承認型 executive agreements（場合によっては Treaties）としての地位を有することになる。Bradley, *supra* n 10), 96 も参照。

22) 官報 1888（明治 21）年 4 月 30 日・勅令 22 号参照。

23) 官報 1890（明治 23）年 10 月 8 日・勅令 216 号参照（強調は水島）。官報の本改正掲載号の同定にあたっては、法学研究科の増田知子教授にお力添えいただいた。記して感謝申し上げる。

24) 官報 1938（昭和 13）年 12 月 21 日・勅令 774 号参照。

枢密院官制の1890年改正において条約と並べて「約束」を加えた意図や目的については確認し得ていないが、当時の慣行上、例えば条約の委任がある場合や条約の実施に関する場合については、諮詢を要しないとされ、実際にそのように処理されたものがあつたことが指摘されている²⁵⁾。そのこととも関連するように思われるが、1938年改正については、名称や形式によって諮詢の有無が決められると内容上当然諮詢すべき案件が漏れることがあるために、枢密院官制上は「国際条約ノ締結」と簡潔に表現した上で、その解釈については、「改正規定の国際条約は汎く国際間の取極を指称し、条約なる名称を有する[もの]のみならず、協約、協定、議定書等の名称を有するものをも包含する」ことを政府と枢密院との間で文書をもって確認しようとしたものであることを、枢密顧問であつた深井が指摘している²⁶⁾。また、深井は、1938年に枢密顧問に任命される前のことを回想し、「ロンドン国際経済會議に帝国政府の全権委員として参列せるとき、外務省事務当局の希望により、成るべく御諮詢奏請を要せざる形式を以て決議文を作成すべく他国の委員と交渉したることを記憶す」と記していることも注目に値しよう²⁷⁾。

なお、最後の点と関連して、当時の外務省官制・外務省分課規程において、国際約束に関する外務省の職務がどのように規定されていたかについては、概ね次のようにまとめられるようである²⁸⁾。1886年の外務省官制では、「条約ノ施行及注釈ニ関スル事項」が政務課の担当職務とされており（5条2号）²⁹⁾、その後も、条約以外の国際約束を意味するような用語は見られない。そのような用語が現れるのは、外務省内に条約局が設置された1919年のことである。1919年の外務省官制の改正により³⁰⁾、「条約及渉外法規事項ニ関スル事務ヲ掌ル」部局として条約局が設置されたのと合わせて改正された外務省分課規程の中で、例えば、条約局の具体的な職務の1つとして「条約及協定ノ起草及解釈ニ関スル事項」が挙げられるように（11条1号）³¹⁾、「条約及協定」という表現が用いられている。1924年の外

25) 佐藤功『憲法解釈の諸問題（第1巻）』（1953年）221-222頁参照。

26) 深井栄五『枢密院重要議事覚書』（1953年）17頁参照。

27) 同上・17-18頁。

28) 外務省100年史編纂委員会編『外務省の100年（上巻・下巻）』（1969年）参照。

29) 官報（号外）1886（明治19）年2月27日・勅令2号。

30) 官報1919（大正8）年7月2日・勅令319号。

31) 官報1919（大正8）年7月3日・外務省分課規程改正（強調は水島）。

務省分課規程の改正では、「条約其ノ他ノ国際約定ノ起草及解釈ニ関スル事項」や「条約其ノ他ノ国際約定ノ確定文審査、批准、公布……ニ関スル事項」のように（13条）³²⁾、「条約其ノ他ノ国際約定」という表現に変わっている。それが、「条約ノ締結、批准、公布、解釈、廃棄及編纂ニ関スル事務」というように、「条約」のみに言及するようになった（言わば、振り出しに戻った）のは、1938年の外務省分課規程の改正によってであり（15条）³³⁾、上で見た枢密院官制の改正と時期を同じくしている³⁴⁾。

これらをまとめると、脚注³⁵⁾の表ようになる。なお、枢密院官制や外務省官制・外務省分課規程における国際約束の表現の変遷に何らかの影響を及ぼしたのかどうかについては調べ得ていないが、この間の1922年に、日華郵便約定について、署名調印により発効した後で枢密院への諮詢奏請がなされたことが、枢密院と内閣との間の衝突を招き、以後は国家間の約束はすべて諮詢することが確認されたという経緯がある³⁶⁾。

32) 官報1924（大正13）年12月23日・外務省分課規程改正（強調は水島）。

33) 官報1938（昭和13）年12月17日・外務省分課規程改正。

34) 官報への掲載は、外務省分課規程の改正（官報1938（昭和13）年12月17日）が、枢密院官制の改正（官報1938（昭和13）年12月21日）よりも前であるが、枢密院官制の改正が同年12月14日の枢密院本会議で可決されていたことについては、深井・前掲注26）・17頁参照。

35) 表

	枢密院官制	外務省官制・外務省分課規程
1886年2月		条約
1888年4月	条約	
1889年2月 大日本帝国憲法発布		
1890年10月	条約及約束	
1890年11月 大日本帝国憲法施行		
1919年7月		条約及協定
1922年12月 日華郵便約定問題		
1924年12月		条約其ノ他ノ国際約定
1938年12月	国際条約	条約

36) 日華郵便約定問題については、増田知子『天皇制と国家 近代日本の立憲君主制』（1999年）110-111頁参照。なお、日華郵便約定とは、日本帝国及支那共和国間ノ郵便物交換ニ関スル約定を含む4約定の総称であるが、1922年12月8日付けで翌9日に署名調印された後、官報（号外）1923（大正12）年1月1日で告示され（外務省告示1号）、同日より実施された（同2号）。

エ 日本国憲法の関連規定と大平答弁

「序」でも確認したように、日本国憲法の下では、「条約を締結すること」は内閣の職務とされているが、「但し、事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経ること」が求められている（73条3号）。条約の締結は、同じく内閣の職務とされている「外交関係を処理すること」（73条2号）の一環と言えるが、外交関係の処理一般とは区別して³⁷⁾、国会の承認が必要というわけである。条約の締結に必要な国会の承認については、61条において、60条2の規定（予算の議決に関する衆議院の優越）を準用することが定められている。

条約を締結する過程において必要となり得る「批准書」については、内閣の助言と承認により、天皇が国事行為として認証することになっており（7条8号）、「条約を公布すること」も、同様に天皇の国事行為とされている（7条1号）。その上で、98条2は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定めている。

日本国憲法73条3号にいう条約として、国会の承認を経ることを必要とするもの（国会承認条約）の範囲については、1974年に衆議院外務委員会での答弁の中で大平外務大臣が、①法律事項を含む国際約束、②財政事項を含む国際約束、③「政治的に重要な国際約束であって、それゆえに、発効のために批准が要件とされているもの」という3カテゴリーを示した³⁸⁾。他方で、大平答弁によれば、「すでに国会の承認を経た条約や国内法あるいは国会の議決を経た予算の範囲内で実施し得る国際約束」については、行政取極として、外交関係の処理（日本国憲法73条2号）の一環として行政府限りで締結できることになる³⁹⁾。

このような原則に従って行われている近年の実務においては、日本国憲法73条3号にいう条約として国会の承認が求められたものの数は、非常に限られており、国際約束の多くは、国会の承認を経ずに行政取極として

37) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第3版）』（1979年）324頁によれば、これは、条約の締結の「重要性にかんがみて」のことである。

38) 第72回国会衆議院外務委員会議録5号（1974（昭和49）年2月20日）2頁参照。

39) 同上参照。

締結されてきている⁴⁰⁾。この点に関連して、長年、外交実務に携わり、その後、内閣法制局長官を務めた小松の説明を、少々長くなるが引用しておく⁴¹⁾。

ある国際約束が国会承認事項を含んでいるかどうかは憲法上の判断の問題である……が、実務処理の実態としては、外務省の政策的な考慮がこれに大きく影響する。誤解のないように……強調しておく必要があるが、ある国際約束が国会承認事項を含むかどうかは法的な判断の問題であるから、この判断自体に政策的な考慮が影響を与えることはあり得ない。そういうことなく、たとえば、交渉中の国際約束の内容が比較的技術的であり、かつ、迅速に締結することに特に重要性があると判断されるような場合に、既存の法律や予算が行政府に付与している権限の範囲内でできることに内容を絞るよう案文交渉の過程で工夫することは可能であるし、そのようなことが締結担当者の「腕の見せどころ」になるという面もあるということを述べているのである。もちろん、全く逆に、これとは別の国際約束について、理論的には行政取極として処理することも不可能ではないかもしれないが、その本質的内容に照らせば、民主的統制という観点から、時間がかかっても国会承認条約として処理することが筋であると政策的に判断することもある。

この説明の趣旨は、次のようにまとめることができよう。法律事項ないし財政事項を含む国際約束（①②）であるかどうか——含むのであれば国会の承認が必要——は、法的判断の問題であるが、これらの事項が含まれていない国際約束について、国会の承認を求める（条約として締結する）か、あるいは、国会の承認を求めずに行政取極として締結するかは、政策判断の問題である。

後者の問題は、大平答弁にいう国会承認条約の③「政治的に重要な国際

40) 水島が確認した限りでは、2015年および2016年に国会が締結を承認した条約はそれぞれ12であるのに対し、これらの年に締結された行政取極は、官報に外務省告示の形式で掲載されたもの（注59）の本文参照）を数えると、それぞれ300程度である。

41) 小松・前掲注8）・284頁。

約束であって、それゆえに、発効のために批准が要件とされているもの」かどうかと言い換えることができよう。これには2つの要素が含まれているが、一方の「政治的に重要な国際約束」かどうかについては、その「意味の不明瞭さに加えて、その判断はもっぱら行政府によって行われ、国会にはまったくその余地が認められていない」ことが指摘される⁴²⁾。他方の発効要件（批准）についても、「条約の発効要件は交渉者が自由に決定しうるから、とくに二国間条約の場合は国会の承認を避ける目的で〔批准を不要とする〕簡略形式を選ぶことは十分に可能」である⁴³⁾。実際、上で引用した小松は、「日本の実務の観点からいえば、日本国憲法制定以降に日本が締結した国際約束において、国会承認条約には当たらないものに批准条項……が置かれた例はない」と指摘するが⁴⁴⁾、これは、日本の外交実務は、国会承認の手続を避けようとする場合には、批准条項を置かずに行行政取極として国際約束を締結する方法を選んできたということの裏返しと言える。したがって、法律事項ないし財政事項を含まない国際約束については、ほとんど専ら内閣の（政策）判断に基づいて、条約あるいは行政取極のいずれの形式で締結するかが決定されている状況にある⁴⁵⁾。

このような状況に鑑みれば、日本国憲法73条3号にいう「条約」——締結に国会の承認が求められる「条約」——とは、国際法上の条約のうち、法律事項ないし財政事項を含むものと、それらに加え、トートロジーのようではあるが、「事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を経る」と内閣が判断したものということになる。逆に、行政取極とは、国際法上の条約のうち、法律事項も財政事項も含まず、かつ、国会の承認を求めないと内閣が判断したものということになる。植木が指摘するように、「国会に対して承認を求める必要があるか否かの判断を第一次的には内閣自身が行う場合には、日本国が締結する『国会承認条約』の範囲が慣行上狭められていく可能性は否定できない」であろう⁴⁶⁾。

42) 藤田・前掲注5)・448-449頁。

43) 松井芳郎「現代日本法と国際経済関係——1976～1985年——」渡辺洋三編『現代日本の法構造』101頁（1989年）116頁。

44) 小松・前掲注8)・296頁。

45) 小川・前掲注15)・66頁も参照（「条約締結における便宜性と民主的コントロールとの間のジレンマは、少なくとも第一次的には条約締結の衝に当たる行政府（とくに外務大臣）の判断に委ねるという方法によって解決するのほかはない」）。

46) 植木俊哉「日米『密約』問題をめぐる国際法規範と憲法規範」ジュリスト

2 日本国憲法の下での行政取極の類型

行政取極という形で、国会の承認を経ることなく内閣が国際約束を締結できるということ自体については、日本国憲法の起草過程においても了解されていたことではある⁴⁷⁾。そのような行政取極の類型については、日本ではあまり意識されることがないが、上で概観したアメリカにおける executive agreements の類型を参考にした場合、日本における行政取極の類型については、次のようなことを指摘できる。

まず、アメリカでいう① Treaty 委任・実施型 executive agreements に相当する条約委任・実施型の行政取極が日本国憲法の下で認められることについては、基本的には争いがない。すぐ後で確認するように内閣単独型の行政取極を否定する松田竹男も⁴⁸⁾、条約委任・実施型は肯定する⁴⁹⁾。条約委任・実施型の行政取極が認められる根拠は、国会が締結を承認した条約の委任あるいはその実施のための必要性ということになろう。もちろん、条約の委任の範囲内あるいは条約の実施のために必要であると言えるかどうかは問題となり得る。

次に、②議会承認型 executive agreements は、Treaties の締結に上院の出席議員の3分の2の賛成を求めるアメリカ憲法を前提として認められてきたものであり、議会の両院それぞれの過半数によって承認される国際約束は、日本で言えば「条約」（日本国憲法73条3号）にほぼ相当するため、「国会承認型の行政取極」のようなものを想定する必要はないであろう。アメリカの議会承認型 executive agreements のうち、議会が事前に承認するものの場合、国際約束の内容が議会に示された上で承認するわけではないという点で⁵⁰⁾、日本の国会承認条約とは性格が異なると言えるかもしれない

1418号62頁（2011年）66頁

47) 例えば、大石眞「憲法と条約締結承認問題」法学論叢144巻4・5号96頁（1999年）100-102頁参照。

48) 注52)の本文参照。

49) 松田竹男・前掲注2)・184頁参照（「議会主義の観点からすれば、憲法第73条3項にいう国会の承認は、内閣による条約締結事務そのものに対する監督・統制であり、したがって、国内^{ママ}の承認を受けた別の条約の実施細目やその委任に基づくもの、法律を執行するためのごく技術的手続的な取り決を除いて、条約の締結には原則として常に国会の承認が必要であると解される」（強調は水島））。

50) この点について、例えば、松田浩道「憲法秩序における国際規範：実施権限の比較法的考察（2）」国家学会雑誌129巻7・8号114頁（2016年）104頁参照。

が、仮にそうであるとしても、日本では、そのように内容が示されていない国際約束の締結を国会が承認するというような実行は見られないため、「国会承認型の行政取極」を想定する必要があることには変わりない。

争いがあるのは、③大統領単独型 *executive agreements* に相当する内閣単独型の行政取極についてである。日本国憲法の下でこの種類の行政取極が認められる法的根拠については、必ずしも十分な説明はなされてこなかったように思われる。逆に、例えば佐藤功は次のように論じ、日本国憲法の下での内閣単独型の行政取極を否定する⁵¹⁾。

米国の場合をそのまま〔議院内閣制をとる〕我が国に移すことはできない。〔日本国憲法〕第73条2号の「外交関係を処理する」という内閣の権能を以て、内閣に米国大統領と同じく広い外交関係処理権を与えている規定であると解することはできないであろう。つまり国会のコントロールを離れて、いかなることをも行政取極で定め得るとすることはできない。従って、わが憲法の下においては、制度的にみれば、内閣の行政取極締結権は、国会の授権という方法をとる他はない。

松田竹男も、同様に次のように述べる⁵²⁾。

条約の締結に対する国会の承認が、内閣に対する国会の監督・統制であるとすれば、およそ条約〔国際約束〕の締結には国会の承認が必要であるというのが原則であり、出発点であるべきであろう。言い換えれば、国会承認条約の範囲は、政府見解〔大平答弁〕のように、承認を要する条約を特定することによってではなく、承認を要しない条約をこそ特定し、除外することによって画定されるべきである。さらに、ここでは国会の監督・統制を受けない内閣固有の行政権というものは存在しないから、アメリカで行われているような意味での行政取極は存在する余地がない。

51) 佐藤功・前掲注25)・247頁（原文では「行政協定」）。

52) 松田竹男・前掲注2)・176-177頁（原文では「行政協定」）。

もちろん、アメリカ憲法を前提として認められてきたものを、前提が異なる日本国憲法の下で認めることには、慎重でなければならない⁵³⁾。また、およそ行政取極も国際法上の条約であることに変わりはなく、日本国憲法 73 条 3 号は、その文言上、国会の承認を必要とする「条約」を何ら限定していないことに鑑みれば、国会の承認を経ない行政取極を条約締結以外の内閣の権限（「外交関係进行处理すること」（日本国憲法 73 条 2 号））に基礎づけることを否定する解釈——したがって、内閣単独型の行政取極を否定する解釈——は、憲法の文言に適合的であるとも言えるかもしれない⁵⁴⁾。

しかしながら、内閣による外交関係の処理に対する国会の監督・統制ないしコントロールの必要性自体はもちろん否定しないにせよ、そのようなコントロールとしては、条約の締結に対する承認（日本国憲法 73 条 3 号・61 条）とは異なるものがあり得るはずである。したがって、日本国憲法 61 条に定めるような国会の承認という特定のタイプのコントロールを受けないことをもって国会のコントロールを受けないことと同視し、それを理由に内閣単独型の行政取極を否定するのは、根拠が不十分と言わざるを得ないように思われる。

また、内閣単独型の行政取極を否定する考え方は、国会が制定した法律の文言とも整合的ではない。具体的には、外務省設置法が、「条約その他の国際約束の締結に関すること」や「条約その他の国際約束及び確立された国際法規の解釈及び実施に関すること」を、外務省の所掌事務として定めている点である（4 条 1 項 4 号・5 号。強調は水島）。上で見たように⁵⁵⁾、1938 年の外務省分課規程の改正によって、それまで用いられていた「条約其ノ他ノ国際約定」という文言から「其ノ他ノ国際約定」の部分が削除され、「条約」とのみ表現されるようになっていたが、その改正前の

53) この点について、やや脈絡は異なるが、高野雄一『憲法と条約』（1960 年）54 頁も参照。

54) もっとも、その場合、膨大な数となる「条約」をどのようにして国会が適切な形で承認することができるかを示す責任があろう。また、仮にすべての国際約束（国際法上の条約）について、国会の承認が必要だとすると、今度は、例えば、この約束は「国の間において文書の形式により締結され……る国際的な合意」ではあるが、「国際法によって規律される」もの（条約法条約 2 条 1(a)）ではないと内閣が判断することで、「条約」を締結する場合には必要となる国会の承認手続を回避するという（結局のところ同じ性質の）問題が生ずる可能性も否定できないように思われる。

55) 注 33)・34) の本文および注 35) の表参照。

文言が、日本国憲法の下でいわば復活したと見ることもできる。いずれにせよ、特に争いなく認められている条約委任・実施型の行政取極は「条約」の「実施に関すること」に含まれると考えられるため、国会制定法で用いられている「その他の国際約束」という用語が——それに内閣単独型の行政取極（あるいは、それ以外の何か）が含まれないとすると——意味のないものになってしまうのである。

したがって、日本国憲法の下で、内閣は、条約委任・実施型だけでなく、内閣単独型の行政取極も、外交関係の処理の一環として締結することができる——国会もそれを認めている——と言えよう。これらの2つの種類の行政取極を区別する必要性や意義については、アメリカの *executive agreements* に関して上で指摘したことや⁵⁶⁾、「行政取極が条約の委任の範囲をこえるものでないかどうかは、大いに問題となる」⁵⁷⁾ ことに鑑みれば、否定的に解するのが妥当であるように思われるが、この点は、行政取極の締結に対してどのようなコントロールを及ぼすかにも関わる問題である。

3 日本国憲法の下での行政取極の効力

それでは、日本国憲法の下で、行政取極にはどのような効力が認められるのであろうか。日本では、条約は一般に公布により当然に国内的効力をもつとされるが⁵⁸⁾、公布の対象となる「条約」（日本国憲法7条1号）は、国会承認条約（73条3号）を指すものと解されており、行政取極の場合は、公布は行われず、外務省告示の形式で官報に掲載される⁵⁹⁾。条約とは異なり公布は行われなくても、「行政取極は、国会承認条約の委任により細目を決めたり、政府に与えられた権限に基づく外交上の処理として締結されるものである以上、かかる〔行政〕取極の国内的効力を特別に否定すべき根拠は見出しがた」⁶⁰⁾、国際法上は条約としての効力を有している

56) 注16)・17)の本文参照。

57) 伊藤正己他『注釈憲法（第3版）』（1995年）172-173頁（樋口陽一）（原文では「行政協定」）。

58) 例えば、東京地判1998（平成10）年11月30日・訟月46巻2号774頁（オランダ人元捕虜戦後賠償事件）810頁参照。

59) 例えば、国際法事例研究会『日本の国際法事例研究（5）条約法』（2001年）45頁（芹田健太郎）、小松・前掲注8）・273頁の注3参照。

60) 谷内正太郎「国際法規の国内的実施」広部和也・田中忠編集代表『山本草二先

行政取極は、告示によって国内的効力をもつことになると解されよう。

より重要な問題は、行政取極の国内的な効力順位、とりわけ法律との優劣関係である。条約の場合は、一般に、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定める日本国憲法 98 条 2 を根拠として、法律に優位するとされる⁶¹⁾。他方で、98 条 2 にいう「条約」とは、国会承認条約（73 条 3 号にいう「条約」）に限らず、行政取極を含む（日本が締結した）すべての国際約束をいうと、国会答弁等をふまえて説明されることがある⁶²⁾。そうだとすれば、98 条 2 を根拠として、行政取極も（国会承認条約と同様に）法律に優位するということになりそうである。上で見たように内閣単独型の行政取極を否定する松田竹男も、次のように行政取極優位説を前提としている⁶³⁾。

国内法上条約が連邦法と同位とされ、完全な後法優先の原則が適用されるアメリカでは、たとえ行政取極が正規の条約と同一の効力をもつとしても、それによって議会の立法権が拘束されることはない。ところが日本では、憲法第 98 条 2 項によって条約は法律よりも優位にある（ここに言う条約には、行政取極……も含まれる）と解されているから、行政取極を締結した後、それと矛盾する法律が制定された場合には、法律の方が無効とされてしまうのである。つまり、日本の場合には、国内法の範囲内で実施しう国際約束といっても、それと矛盾する法律の制定を不可能にするという意味では、国会の立法権を拘束するのである[る]。

生還暦記念 国際法と国内法——国際公益の展開——』109 頁（1991 年）113 頁。

61) 例えば、徳島地判 1996（平成 8）年 3 月 15 日・判時 1597 号 115 頁（受刑者接見妨害国家賠償請求事件）123 頁、松江地浜田支判 1997（平成 9）年 8 月 15 日・刑集 53 卷 8 号 1101 頁（韓国漁船拿捕事件（テドン号事件）第 1 審判決）1104 頁参照。ただし、日本国憲法 98 条 2 を根拠として憲法・国際法（条約）・法律の効力順位を説くことに対する批判として、松田浩道「憲法秩序における国際規範：実施権限の比較法的考察（4）」国家学会雑誌 130 卷 1・2 号 122 頁（2017 年）99-94 頁参照

62) 例えば、国際法事例研究会・前掲注 59）・6-7 頁・10-11 頁（川島慶雄）参照。

63) 松田竹男・前掲注 2）・182-183 頁（原文では「行政協定」。強調は水島）。藤田・前掲注 5）・436 頁も、日本国憲法 98 条 2 の「『日本〔国〕が締結した条約』には行政取極をも含むことは異論なく、従って 73 条 3 号にいう『条約』は 98 条の『条約』よりも狭い概念であるとも考えられよう」と述べる（原文では「行政取決め」）。

しかし、日本国憲法 98 条 2 にいう「条約」には行政取極が含まれるという説明の根拠と思われる国会答弁は⁶⁴⁾、次のように、条約委任・実施型の行政取極に関するものであり、内閣単独型の行政取極を念頭に置いたものではない。

郵便関係の条約などには、当該官憲がその協定をきめるということを書いております。その当該官憲が数百条に上るような協定をきめております。それについてはもちろん国会の御承認はいらないという点においては今の行政協定の関係と同様であり、しかも憲法 98 条の建前としてはどうなるかという、今の郵便条約に基く当該官憲の結んだ協定は、われわれとして遵守する義務はないと言い切れるかどうか、これは言えない。

また、小松も、98 条 2 にいう「条約」には行政取極が含まれるとし、その点については「憲法学者の間でも基本的に異論はない」と述べるが⁶⁵⁾、そこで小松が参照する芦部が念頭に置いているのは、次に引用するように⁶⁶⁾、やはり条約委任・実施型の行政取極であり、内閣単独型の行政取極ではない。

憲法 73 条 3 号により国会の承認に付される条約は、条約という名称の有無にかかわらずいわゆる実質的意味の条約をすべて含むが……、それらの条約を執行するために必要な技術的・細目的な協定や、条約の具体的な委任に基づいて定められる政府間取極め（行政取極と通常言われるもの）は、原則として含まれない。憲法 98 条 2 項の「条約」はそれらを含む広義の概念である。

このように、内閣単独型のものを含む行政取極が、98 条 2 の「条約」に

64) 第 13 回国会衆議院法務委員会議録 30 号（1952（昭和 27）年 4 月 11 日）14 頁。これは、旧日米安全保障条約 3 条に基づく行政協定（Administrative Agreement）に伴う民事特別法案の審議に際して、佐藤達夫法制意見長官（政府委員）が述べたものである。

65) 小松一郎『国際法実践論集』（2015 年）43 頁の注 13。

66) 芦部信喜『憲法（新版・補訂版）』（1999 年）279 頁（原文では「行政協定」）。

含まれる——したがって法律に優位する——ことが、十分な根拠をもって説かれているとは評価できないように思われる。

そもそも、日本国憲法 98 条 2 にいう「条約」に行政取極が含まれるという解釈は、決して自明なものとは思われない。日本国憲法の他の条文で用いられている「条約」(7 条 1 号・61 条・73 条 3 号)は、国会承認条約のみを指し、行政取極を含まないにもかかわらず、98 条 2 にいう「条約」(だけ)は行政取極を含むという解釈は、一貫性に欠け、それなりの正当化が必要とされるはずである。しかしながら、行政取極が、日本国憲法の他の条文にいう「条約」には含まれないにもかかわらず、98 条 2 にいう「条約」には含まれるとする根拠は、これまで示されていないように思われる。

例えば、宮澤(芦部補訂)も、「[第 98] 条にいう『条約』は、第 73 条にいう『条約』よりもさらにひろく、その締結に国会の承認を得たかどうかにかかわらない。国会の承認なしに結ばれたいわゆる行政取極であっても、それが外国と日本との合意の性質を有するかぎり、ここにいう『条約』である」⁶⁷⁾と述べるのみで、その根拠を示してはいない。それどころか、この記述の後でなされている次の説明は⁶⁸⁾、日本国憲法 98 条 2 (「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」)にいう「条約」に行政取極が含まれるという立場の自己矛盾を露呈しているときえ言えよう。

「誠実に遵守することを必要とする」は、当然のことともいえる。日本が正式に結んだ条約や、確立された国際法規は、法的に日本国家を拘束するものであるから、それらを遵守しなくてはならないことは、いうをまたない当然の事理である。ただ、過去の日本に条約の誠実な遵守につき遺憾な点があったことにかんがみ、ここに特に条約および国際法規を「誠実に遵守」すべきことを強調したのであろう。……憲法第 7 条が、条約についても、……天皇が公布すべきものとしているのも、この趣旨を示すとおもわれる。そうすることが、条約や国際法規を「誠実に遵守」するためには、必要だからである。

67) 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂 日本国憲法』(1978 年)808 頁(原文では「政府間の協定」)。

68) 同上。

上で確認したように⁶⁹⁾、行政取極は、それを「誠実に遵守」するために必要だとされる「公布」の対象とはされていないのである。

そうだとすれば、「学説で、さらに 73 条の場合より広く、国会の承認を必要としない行政取極をも〔日本国憲法 98 条 2 の『条約』に〕含むと解するものがあるが、……法律、さらには憲法との効力上の優劣関係すら問題となる『条約』をそこまで広く解することには、疑問がある」という立場⁷⁰⁾——逆に言えば、98 条 2 は「公布手続を経た国会承認条約の国内法としての効力を認めたものであるとの解釈」⁷¹⁾——が支持されるように思われる。これによって、日本国憲法にいう「条約」がすべて同じ意味（国会承認条約）に解されることになるだけでなく、「国際法的に言えば、『日本国が締結した条約』……を遵守すべき義務を負っていることは当然のことであって、〔98 条 2〕の趣旨は、そういう当然の事理を越えて、そうした『条約』……は、国の機関および国民が遵守すべき国内法上の義務を負うことを定めたものである」⁷²⁾という説明に対しても、その実質的な根拠——「国権の最高機関である国会が承認しているから」——を与えることができよう。

条約が法律に優位する根拠とされる日本国憲法 98 条 2 にいう「条約」には行政取極は含まれないと解釈する場合の帰結として、行政取極の「形式的効力としては当然条約や法律の下位規範として位置づけられるべきであろう」⁷³⁾ということになる。上で確認したように、アメリカでは、議会が締結に関与しない大統領単独型 executive agreements は連邦法に劣位するものと一般に理解されているが⁷⁴⁾、それと同様の位置づけである。上で指摘したように、条約委任・実施型と内閣単独型の行政取極の区別（あるいは、Treaty 委任・実施型と大統領単独型 executive agreements の区別）については疑問も残るが、その点を別とすれば、岩沢も次のように述べる⁷⁵⁾。

69) 注 59) の本文参照。

70) 伊藤他・前掲注 57)・238 頁（樋口陽一）（原文では「行政協定」）。

71) 谷内・前掲注 60)・112 頁（強調は水島）。

72) 樋口陽一他『注解法律学全集（4）憲法Ⅳ〔第 76 条～第 103 条〕』（2004 年）343 頁（佐藤幸治）（強調は原文）。

73) 谷内・前掲注 60)・113 頁。

74) 注 21) の本文参照。

75) 小寺彰他編『講義国際法（第 2 版）』（2010 年）125 頁（岩沢雄司）。

行政取極も国会承認条約と同じ（法律に優先する）序列をもつことが当然と考えられることが多い。国会承認条約の授權に基づいて政府が締結する行政取極は、その基礎をなす条約と同じ力（すなわち法律に優先する力）をもつと考えて差し支えないだろう。しかし、現行の法令の範囲内で政府が締結する行政取極や予算の範囲内で政府が締結する行政取極は、政府が発する命令と同列のものとみなされるべきと思われる。

もちろん、このことは、行政取極は法律に劣位するというにすぎず、行政取極は遵守する必要がないということを意味するわけではない。行政取極も、国会承認条約と同じように、国際法上は条約であることに変わりはなく、国際法上の義務として、「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない」のである（条約法条約 26 条）。締結する国際約束を誠実に履行するためにそれが法律に優位する効力を有することが必要ないし望ましいと内閣が判断するのであれば、法律事項や財政事項が含まれていなくとも、国会の承認を求めるべしということになる。その意味で、この解釈は、国際約束の締結における民主的統制を高める機能をもつとも言えよう。

4 補論的考察

ア 国会の承認を経ずに締結された条約の効力

行政取極に関する本稿の考察は、国会の承認を経ずに締結された条約（未承認条約）の効力の問題についても、一定の示唆を与えるように思われる。ある条約に拘束されることについての同意を、内閣が国会の承認を経ることなく表明し、国際法上は効力を生じている（生ずることになる）条約の締結について、国会の事後承認が求められた案件は、これまで、1951 年から 1961 年にかけて、11 件あるとされる⁷⁶⁾。いずれについても国会は事

76) 中内康夫「条約の国会承認に関する制度・運用と国会における議論——条約締結に対する民主的統制の在り方とは——」立法と調査 330 号 3 頁（2012 年）8 頁参照。

後承認を与えており、未承認条約の効力が実際上の問題になったことはないが、例えば、日本国における国際連合の軍隊に対する刑事裁判権の行使に関する議定書の場合、1953年10月26日に署名され、10月28日付けの官報において「条約」として公布され、議定書の規定に従って10月29日に発効した後、11月7日に国会承認がなされている⁷⁷⁾。

日本が締結した条約が、上で見たように、一般に公布により国内的効力をもつのだとすれば、条約として公布され、かつ、国際法上その条約が発効した時点で、国会承認の有無にかかわらず——したがって国会の承認を経ていなくても——国内法上も効力を有することになる。仮にその後で国会がその条約締結の承認案件を否決した場合でも、その後のさまざまな状況の変化等をふまえて内閣が議案を再提出する（将来において国会が承認する）可能性があることに鑑みれば、法的には、その条約の締結について「まだ国会の（事後）承認を経ていない」状態が続いていると解することができる。したがって、国会による承認の否決それ自体は、既に締結され、公布されている条約の国際的効力にも国内的効力にも影響を及ぼさないと言えよう。

国内的効力について言えば、3において、日本国憲法98条2を根拠として法律に優位する「条約」は国会承認条約に限られ、国会の承認を経ていない行政取極は（国際法上は条約であるが）法律に優位しないと述べたことと関わるが、このような解釈を前提とすれば、未承認条約は、公布によって国内的効力は有しているとしても、法律に優位する効果は（まだ）有していないということになる。したがって、後の法律が未承認条約に優位し、その法律の効果として（締結承認否決の効果としてではなく）、未承認条約の国内的効力が否定されることになるのである。

なお、清宮は、条約の締結を内閣と国会との「共同責任」と捉え、国会の承認は条約が国内的効力をもつための要件とみなされるとして、未承認条約の国内的効力を否定する⁷⁸⁾。これは、公布されている未承認条約の国内的効力の発生を、国会の承認にかからしめるものと言えるが、未承認条約が法律に優位することを否定する考え方であるという点では、本稿の立場と共通する。公布されている未承認条約が国内的効力をもつのかどうか

77) 同上参照。

78) 清宮・前掲注37)・445-447頁参照。

という論点について、詳しくは立ち入らないが、未承認条約には（これまで実例はなく、おそらく今後もないであろう極端なケースではあるが）事前の承認を国会がかつて否決したにもかかわらず、その後、内閣が今度は事後に国会の承認を求めることにして締結した条約が含まれると考えられる。そのような条約についてまで（国際的効力はともかく）国内的効力を認める理由はないとすれば、一般的に未承認条約の国内的効力を否定するのが妥当であるのかもしれない。

ある未承認条約について、仮に国会が事後の承認を否決した場合に、それを受けて、その条約から離脱するということになれば、もちろん国際的効力は失われ、したがって国内的効力も失われる（考え方によっては、国内的効力が生じないことが確定する）。他方で、離脱が認められない場合や、離脱しないと内閣が判断する場合には、国際的効力は存続するため、状況によっては、条約の不履行という違法行為から生ずる国際法上の国家責任を負うことになる⁷⁹⁾。なお、締結済みの条約（に対する国会の事後承認）の問題ではないが、締結について国会が事前の承認を否決した「条約」を、それにもかかわらず内閣が「行政取極」として締結し、告示することが、理論的には考えられる。その場合は、本稿で考察してきたところによれば、国際的効力だけでなく国内的効力も有するが、国内的には法律に劣位する（後の法律が優位する）ということになる。

「序」でも確認したように、国際法上、「条約に拘束されることについての同意が条約を締結する権能に関する国内法の規定に違反して表明されたという事実」は、「違反が明白でありかつ基本的な重要性を有する国内法の規則に係るものである場合」には、当該同意を無効にする根拠として援用することができることになっている（条約法条約46条1）。しかしながら、日本国憲法上、条約を締結する権能を与えられている内閣が、国会の承認を条約締結の後に求めることは——例外的でなければならぬとして

79) 例えば、安藤仁介「国際法における国家の責任」芦部信喜他編『岩波講座 基本法学 5 責任』107頁（1984年）117頁参照（「国際法上の違法行為に対する国内法上の評価——国内法上、適法であるか違法であるか——は、問題とならない。たとえば、租税条約に違反する国内法令を税関吏が適用する行為は、国内法上は適法行為であるかも知れないが、国際法上は違法行為とされる。それは、『国家は、国際的な義務を免れる手段として、国内法の規定を援用することはできない』とする国際法の原則が、確立しているからである」）。

も⁸⁰⁾——日本国憲法73条3号で明示的に想定されている事態であり、また、言うまでもないことであるが、国会は事前であれ事後であれ条約の締結を承認しなければならないわけではない。したがって、既に締結した条約について内閣が事後に求めた国会承認が与えられないという事態が生じたとしても、日本国憲法の想定内のものであり、「条約を締結する権能に関する国内法の規定」には何ら違反しておらず、「違反が明白」であるかどうかや、「基本的な重要性を有する国内法の規則に係る」かどうかを検討するまでもなく、その事実を、条約に拘束されることについての同意を無効にする根拠として援用することはできないはずである。

イ 条約の「批准書」（日本国憲法7条8号）

上で見たように、大平答弁では、国会承認条約の1カテゴリーとして、「政治的に重要な国際約束であって、それゆえに、発効のために批准が要件とされているもの」を挙げている。そこでの「批准」という発効要件が何と対比されているのか（他のどのような発効要件と対比して、「批准」を発効要件とする国際約束を国会承認条約としているのか）については、次の答弁に示されている⁸¹⁾。

特定の国際約束に拘束される旨の国家の意思表示の形式としては、批准、受諾、承認、署名等がありますが、これらの諸形式のうち、批准は最も重い形式とされており、一般に、……当事国により政治的重要性を有すると認められた国際約束は、批准を発効要件とすることが国際的な慣行になっております。このように批准条約は、国際的に条約として典型的なものでありますので、わが国の憲法上も、かかる国際約束の締結については国会の承認を経るべきものと考えます。

すなわち、大平答弁では、「受諾、承認、署名等」と対比される「批准」を問題にしているのである。これらのうち、「受諾」(acceptance)や「承認」(approval)という国の同意の表明方法は、比較的近年になって取り入れら

80) 例えば、伊藤他・前掲注57)・173頁（樋口陽一）参照。

81) 第72回国会衆議院外務委員会議録5号（1974（昭和49）年2月20日）2頁。

れたものであり⁸²⁾、「批准」(ratification)のほうが「政治的重みと格式」はあるとしても、国際法の観点からは受諾や承認と批准との間に本質的な差異はない⁸³⁾。条約法条約 14 条 2 は、「条約に拘束されることについての国の同意は、批准により表明される場合の条件と同様の条件で、受諾又は承認により表明される」と定めるのみであり、それぞれ批准書・受諾書・承認書と呼ばれる文書を寄託すること等によって国の同意が確定的なものとなる点(条約法条約 16 条)についても、同様である。

この点に関して、例えば 2004 年の国連主権免除条約は、「この条約は、批准され、受諾され、又は承認されなければならない」とし(29 条 1)、「批准書、受諾書、承認書……は、国際連合事務総長に寄託する」と定めている(同条 3)。この条約の締結にあたり、2009 年の国会承認を経て、2010 年に日本が寄託したのは、批准書ではなく受諾書であった⁸⁴⁾。その背景には、日本国憲法が「批准書」の認証を天皇の国事行為の 1 つとしているため(7 条 8 号)、「国内手続として、『批准』の場合は、条約の本体を添付した批准書が作成され、閣議決定により天皇の認証の下に批准が行われる」のに対し、「『受諾』は、……外務大臣によって閣議に請議されるが、天皇の名の下に行われるのではなく、外務大臣の署名のみで行われる」⁸⁵⁾という事情があるようである。一方で、日本国憲法にいう「条約」は形式的な意味ではなく実質的な意味に解し、「条約」という名称のものに限らない——したがって、例えば「協定」という名称の国際約束であっても国会承認の対象となり得る——のに対し、他方で、「批准書」は形式的な意味

82) 例えば、1935 年の条約法に関するハーバード草案には、「批准」(ratification)と区別される「受諾」や「承認」という国の同意の表明方法は規定されていない。
'Draft Convention on the Law of Treaties' (1935) 29 AJIL, Supplement, 657 参照。

83) 小松・前掲注 8)・295 頁参照。

84) 紙野先生が退職された 2017 年 3 月末日の時点で、国連主権免除条約の締約国は 21 国であったが、そのうち批准を行ったのは 11 国、受諾を行ったのは 2 国(日本とフィンランド)、承認を行ったのは 1 国(フランス)であり、残りの 7 国は、同条約 29 条 2 が定める「加入」(accession)によっている。< https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en > なお、「加入」とは、「条約の交渉に参加しなかった国および条約に署名しなかった国が、その後も署名を行うことなく当該条約の当事国となるための方法である」。国際法事例研究会・前掲注 59)・63 頁(栗林忠男)。また、国連主権免除条約は、30 番目の批准書等が寄託された日の 30 日後に発効することになっているため(30 条 1)、未発効である。そのため、日本は既に同条約を受諾しているが、まだ公布はされておらず、国内的効力も有していない。

85) 同上・42-43 頁(芹田健太郎)。

に解し、「批准書」という名称のものに限る——したがって「受諾書」の場合は天皇の認証は不要である——というのは⁸⁶⁾、些か一貫性に欠け、便宜的に過ぎるようにも思われる。

結び

日本国憲法上、「条約」を締結する場合には必要となる国会の承認を経ることなく内閣が締結した国際約束——行政取極——について、ここまで考察を行ってきた。内閣が、「外交関係を処理する」権限（日本国憲法 73 条 2 号）に基づいて、条約委任・実施型ではない（あるいは、条約委任・実施型を含む）内閣単独型の行政取極を（国会の承認を経ることなく）締結することが認められる——しかも、行政取極とは、法律事項も財政事項も含まない国際約束のうち、その締結に際して国会の承認を求めないと内閣が判断したものである——という本稿の結論（の一部）は、その点だけをとれば、「行政権の総体的な権限の拡大および機能の強化[という]現代国家における顕著な法現象」を⁸⁷⁾、そのまま認めただけのことであり、それをどのようにコントロールするかという課題に取り組む姿勢が微塵も感じられないと評価されるかもしれない。

しかしながら、本稿が——名古屋大学の公法研究会等を通して紙野先生から受けてきた学恩の大きさは比べようもないほどの小稿ではあるが——、ささやかながらも何らかの学問的貢献をなし得ているとすれば、それは別の点に求められよう。すなわち、行政取極は、日本国憲法 98 条 2 にいう「条約」には含まれず、国内的には法律に劣位する効力しかもないこと——したがって、そのような法的位置づけに内閣が満足しないのであれば、その国際約束の締結に際して国会の承認を求める必要があること——の指摘である。この点は、行政権の拡大に対する民主的コントロールの要請に些かなりとも応えているものと評価されることを期待したい。

もちろん、それによって問題がすべて解決されるわけではない。上院の助言と同意を得て締結された Treaties 以外の国際約束（executive agreements）

86) この点は、行政府の対応として、深井の回想（注 27）の本文参照）と重なるところがあるように思われる。

87) 紙野・前掲注 1)・168 頁。

について、国務長官が議会に報告することを求める 1972 年のアメリカの法律⁸⁸⁾と同様の制度的保障が、1 つには求められよう。大平答弁において、国会への資料提出について次のように一定の言質は与えられている⁸⁹⁾。

行政取極であっても、国会承認条約を締結するに際して補足的に合意された当該条約の実施、運用あるいは細目に関する取極については、政府は、……従来から、国会に参考としてこれを提出してきております。政府としては、今後は、この趣旨を一そう徹底させ、条約自体について国会の承認が得られた後に結ばれた同種の行政取極についても、当該条約を承認した国会として、その条約がどのように実施あるいは運用されているかを把握しておく上で必要と思われる重要なものは、締結後できる限りすみやかに外務委員会に資料を提出することといたしたいと存じます。

しかしながら、条約の実施・運用を把握しておく上で「必要と思われる重要なもの」に限定されている点⁹⁰⁾、また、条約委任・実施型以外にあり得る内閣単独型の行政取極が対象となっていない点において、アメリカの法律と比べても、決して十分とは言えないのである。そのための日本国憲法上の基礎は、「内閣総理大臣は、内閣を代表して……外交関係について国会に報告……する」と定める 72 条に見出せるはずである⁹¹⁾。この点に関連して、次のような藤田の指摘は⁹²⁾、今日もなお傾聴に値する。

近年における行政取極の急激な増加は国際関係の緊密化を反映した不可避の現象であるが、そのことはかならずしも必然的に行政政府の権限強化と議会の無力化をもたらすわけではなく、議会の態度如何によってい

88) Case-Zablocki Act, 1 USC § 112b. この法律については、例えば、Bradley, *supra* n 10), 77-78; 日本語文献としては、藤田・前掲注 5)・427-435 頁・457-466 頁参照。

89) 第 72 回国会衆議院外務委員会議録 5 号 (1974 (昭和 49) 年 2 月 20 日) 2 頁 (原文では「行政取りきめ」)。

90) ここには、「政治的に重要な国際約束」かどうかの判断について注 42) の本文で指摘したのと同様の問題があると言えよう。

91) 植木俊哉他「座談会：憲法と条約」ジュリスト 1418 号 77 頁 (2011 年) 97 頁 (穴戸常寿) も参照。

92) 藤田・前掲注 5)・450 頁 (原文では「行政取決め」)。

いわゆる民主的コントロールの実をあげることは十分に可能である……。しかし、そのためには「知る権利」に基づいた国民の根気強い公開要求が、つねに政府や議会に向けられていなければならない。つまり、その国の中にデモクラシーが根づいていなければならないのである。

日本国憲法の下で行政取極の位置づけが最初に争われたのは、旧日米安全保障条約締結の際の行政協定（Administrative Agreement）をめぐることであったが⁹³⁾、この行政協定および現行の日米安全保障条約の下でこれを受け継ぐ日米地位協定は⁹⁴⁾、主権免除の国際法とも関わりをもつものであり⁹⁵⁾、その意味で、本稿は、これまでの私の国際法研究の（1つの）延長線上にある。名古屋大学で紙野先生と同じフロアの研究室で研究に取り組んできた10年間、毎朝ほぼ同じ時間に（概ね私の研究室よりも早く）つけられる紙野先生の研究室の灯りは、私の研究を導く光でもあった。これからもその光を思い起こしつつ、グローバル化の下での民主主義について紙野先生が近年提起された問題等も意識しながら⁹⁶⁾、国際法・公法の研究を進めていくこととしたい。

（付記）

本稿は、2016年度三菱財団人文科学研究助成および2016-2017年度科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）（基盤研究（C）課題番号16K03320）による成果の一部を含む。

93) 注64)、藤田・前掲注5)・436頁も参照。最高裁は、「行政協定は、既に国会の承認を経た安全保障条約3条の委任の範囲内のものであると認められ、これにつき特に国会の承認を経なかったからといって、違憲無効であるとは認められない」としている。最大判1959(昭和34)年12月16日・刑集13巻13号3225頁(砂川事件)3236頁。

94) 日米地位協定は、行政協定とは異なり、国会承認条約である。日米地位協定26条1参照。なお、2017年1月16日に署名され、発効した日米地位協定の軍属に関する補足協定は、行政取極である。官報2017(平成29)年1月26日・外務省告示29号。同補足協定締結のきっかけとなった事件にも言及している水島朋則「在日米軍には日本の法律は及ばない?——外国軍の駐留に関する地位協定」森川幸一編『国際法で世界がわかる——ニュースを読み解く32講』100頁(2016年)も参照。

95) 例えば、最2小判2002(平成14)年4月12日・民集56巻4号729頁(横田基地事件)に関する水島朋則『主権免除の国際法』(2012年)34-39頁参照。

96) 紙野健二「市場のグローバル化と国家の変動」公法研究74号22頁(2012年)37頁参照。