

# 国際法が拘束力をもつ理由に関する学説の分析と批判

——国際法学の出発点で終着駅——

田 村 幸 策

## 目次

### 序説

#### 第一章 共同合意説

##### 第一節 条約国際法

##### 第二節 慣習国際法

#### 第二章 基本的権利説

##### 第一節 ケルゼンの否定説

##### 第二節 プライアリーの批判

##### 第三節 ウェストレーキの反対論

##### 第四節 条件付肯定説

## 序説

一 世界の平和と秩序を保持する基礎的支柱の一として、国際法の權威を樹立する必要性を、世界的に認識し、これを世界的制度にしたものが国連憲章であつて、その前文に国連創立の目的の一として、「条約その他国際法の源泉から発生する義務を尊重する条件を樹立する」ことをかけ、更に第一三条において「国際法の漸進的発達と、法典

国際法が拘束力をもつ理由に関する学説の分析と批判

化を奨励する」ため、「研究を發議し、その勸告」を行うことを、国連総会そのものの義務と規定している。総会はこの義務を履行するため、世界の權威ある国際法学者をもつて構成する「国際法委員会」を設置し、その委員会における研究の結果として、既に多数当事国条約の形式によつて、「海」に関するもの四、「国籍」に関するもの一、「外交使節」に関するもの二、「領事官」に関するもの二、「特別使節」に関するもの一、「条約」に関するもの一が成立している。しかしこれらの法典化された諸条約には「未調印国」が多く、「未批准国」も少くないため、予期の成果をあげえない不満足な現状にある。

二 国際法はそれが破られた場合にのみその存在が世間の注目を引き、それが各国外務省の外交交渉において、絶えず静かに守られつつある部面が知らされていないため、大衆から法の資格を疑問視され、または否認されること今日なおその跡を断たない。しかし法が破られるため法たる資格を失うものとすれば、毎日いな毎時間、その違反が繰返されつつある刑法すら、法たる資格を奪われなければならない。法にいかなる定義を与えるにせよ、典型的な法たる刑法の法的資格を争うことは不可能である。違反者の出現が頻繁であればあるほど、刑法の存在はますます痛切に要求され、その存在価値が昂揚されねばならないはずである。刑法のごとき強力な執行機関をもつ国内法ですら、なおかつそんな状態だとすると、全然そんな機関をもたない国際法に違反者の出現は不可避と諦めざるをえない。

オースティンが国際法に「法」の名称を拒否し、これを「実定的国際道徳」と呼んだのは一四〇年以前の昔のことである。しかしこれはかれが与えた実定法の定義に国際法が合致しないためであった。昨年他界したケルゼンは「国際法は国内法が法たると同一意味において法である。但しそれには一国の他国に対する武力の行使を、原則として、制裁または不法行為と解釈しうることを条件とする」とある。

現在の国際法は約四百年の歴史をもち、しかもその若干のルールはそれよりも遙か昔に遡っているが、国家がかれら相互の関係において、組織的に順守しなければならないルールを、科学の特殊部門として人類が研究を始め、これを倫理道德のルールでなく、法のルールとして取扱うことになったのは、一六世紀からである。事実、近代国際法の起源は中世と近代との分界線を構成する、ヨーロッパにおける偉大な政治的変革の結果の一であつて、西欧のキリスト教国に生れ、そこに育ち、一八世紀アメリカの独立によつて西半球に拡大され、一九世紀になつて異教徒たるトルコが、一八五六年のパリ条約で「ヨーロッパの公法と協商(コンサート)の有利な地位に参加を許され」、次いで異教徒たる日本が一八九九年「完全な独立の主権国としての地位が確保された」(マッキンレー大統領の教書)。これは日本が不平等条約を改正して、対等条約を結んだ時期を指したものだ。実はそれ以前、日本は普仏戦争に中立宣言を行い、ジュネーブ条約に加盟し、海上法に関するパリ宣言を受諾し、日清戦争当時発布した捕獲審検所法は、主として英独のそれに倣い、ホーランド教授、ラツシングトン卿、国際法学会の決議、フランス海軍の訓令を採用している。ジョン・バセツト・ムーアによると「国家は内部の発達によつて主権を獲得する。かかる発展の顕著な事例は日本のそれだ」と説明している。

しかるに第二次世界大戦の結果、暗黒大陸アフリカには、一挙に四〇カ国の新興国が勃然と簇出し、また古い文化をもつアジア大陸にも、植民地の地位を脱却した、ほぼ同数の独立国が出現し、国際社会は人類がその存在を意識した一六世紀以来、未曾有の盛況と複雑性を迎えるに至っている。

国際法の歴史や性格を真剣に考えたことのない多くの人たちにとつて、国際法は今日なおゴマカシものに見えるかも知れないが、一方には国連憲章のごとく包括的な国際法典をつくれれば、各国は平和に共存できると考える者もある。

る。どちらが冷笑家で、どちらが生嚙りの知識人かは判らないが、両者に共通な誤りは、國際法はそれに関係ある複雑な事実を探究する労を払わなくとも、誰にも直感的に、それに関する意見を立てうる題目だとみなしていることである。必ずしも専門の國際法学者のみが意見をのべうる権利をもつ神秘的な学問という意味ではないが、若干の真剣な思索なくして、國際法の現在の価値や将来の展望に対する合理的な評価は不可能である。

そこで問題はなぜ今更筆者をして、國際法学の出発点たる國際法の拘束力の理由の再探検をさせるに至ったかの動機であるが、それに対する回答は、本年六月二〇日から八月二九日まで一〇週間にわたって、カラカスに開かれた国連第三回海洋法会議の「革命的性格」であり、特にこの会議に対する「中国政府の態度」であった。それは第一次大戦後にソヴィエト政府が現われ、「國際法は階級法」(パシューカニスの説)だとか、「社会主義國際法と資本主義國際法との共存」(コロヴィンの説)だとか、さげばれた當時を想起せしむるものがあつたために外ならない。

地球表面の三分の一を占める陸地は、現在一四四の独立国に分割され、その国境には、東ドイツと西ドイツのごとく、鉄条網を張廻らすのみならず、壁すら造って嚴重に守らねばならないものもある。しかしドイツの例は、人類の恥辱であり、世界歴史の一大汚点である。

しかるに地球表面の七〇パーセント(三分の二)を占める海洋は、國際法の許す各国の領海と大陸棚によって支配される比較的狭い部分を除けば、残りの広大な部分は、公海として三百年この方、人類全体の自由な共同活動の舞台であつた。

しかるに今回のカラカス會議は、その公海を正式に各国の主権または管轄権下に分割せんとする性格をもつ、國際法にとっては真に「革命的」な企てというの外ない。殊に「陸地の分割」は、戦争その他各民族の実力によって行わ

れ、現在の国境を形成するに至っているが、来るべき「海洋の分割」は、「主権平等」なる国連憲章の大筋の下に、強  
大國たると弱小國たることを問わず、一律平等に、合意された一定の原則に従って、平和的に行われざるをえない。  
悲劇は、海洋を効果的に利用しうる技術、設備、能力をもたない、特に新興國が國際社会の「大多数」を占めている  
事実にある。イエーリングが「法の目的は平和だが、その手段は鬭争である」との言葉を想起せざるをえない。

一方中國政府は機關雜誌「北京周報」（英語、仏語、日本語版が日本で発売）において、一〇週間の全期間を通じ  
毎週欠かさず、論文、解説または資料としてカラカス會議の記事を掲載している。そのテーマは一貫して現在の海洋  
國際法は強大國の「覇權主義」擁護の手段だといふにあって、過去の第一回海洋法會議では「帝國主義大國は理不  
尽にも發展途上國の海洋權を制限侵犯せんと百方手を尽し、できうる限り他國の海洋權を狭い範圍に押えようとした。  
當時アジア、アフリカ、ラテンアメリカ諸國は約半数しか占めていなかったため、かれらの多くの合理的主張は採  
られなかった。第二回海洋法會議では超大國は侵略と略奪を容易にするため、領海と漁業水域を一二海里を超えてな  
らないと頑迷に固持した」と説明し、今回の第三回會議では「領海と漁業水域を制限せんとする超大國の陰謀は實現  
されなかった」と聲明している。

最後にカラカス會議で中國代表團長柴樹藩が七月二日行つた演説には「本會議の諸問題を一点に集約すると、強大  
國の海洋に対する支配と独占を打破する必要があるか否か、広範な中小諸國の主權と利益を守る必要があるか否かに  
ある。海洋法自体についても植民地主義、帝國主義、覇權主義を土台にした『旧海洋法制度を完全に改め』、各國の主  
權を尊重し、各國の經濟的權益を守る公平で合理的な『新海洋法制度』をもつて、これに代置する必要があるか否か  
である。超大國は永年『公海の自由』を鼓吹し、各國の領海と管轄範圍を一二海里以内に制限し、これを越ゆること

を誰にも許さないと頑強に主張してきた。事実、公海の自由とは超大国による『公海の独占』に外ならなかった。超大国はかれらの軍艦が世界の各海洋を航行するのは剝奪できない合法的権利だとわめきたて、二百海里海洋権を堅持する『第三世界の諸国』を一方的行動をとる過激なものだと攻撃した。超大国はまた沿岸国の漁業区域に一二海里を超越することを主張する発展途上国を、『技術が立ち遅れ、自国の領海内の資源さえ十分開発できず、海岸から比較的離れた区域内の資源についてはなおさらだ』と皮肉を浴せ、かかる国は『遠洋漁業国』の合法的權益を全く無視している」と非難し、発展途上国の海洋権擁護に反対しながら、突然態度を改め、『二百海里の經濟水域』を承認するポーズをとったが、それには制約条件があつて、沿岸国には『漁獲優先権』しか与えないとの昔の言い草を繰返している。歴史は発展し、人民は前進する。いかなる力も阻みえない。第三世界諸国が提出した二百海里海洋権の正義の主張は、旧海洋法制度の束縛を突破し、超大国の覇権主義の氣勢を殺ぎ、各国の正当な權益を守り超大国の覇権主義と強権政治に反対する輝しい旗印を打立てた』とのべ、『中国は發展途上の社会主義国で第三世界に属している』のだから、『あくまで發展途上国と同じ立場をもち、各国の主権と民族的經濟利益を守る公平で合理的な『新海洋法』制定のためにも努力を払う』と結んでいる。なお超大国とは米ソ兩國を指すものと理解されるが、『北京周報』は會議中特に「ソ連社会帝国主義の欺瞞的海口」とか、『海洋問題でもソ修社会帝国主義は第三世界の敵』だと題する二つの論文をかかげ、ソ連のみを攻撃している。

# 第一章 共同合意説

## 第一節 条約国際法

国際法は慣習国際法と条約国際法との二種から成っているが、地球上のあらゆる国家を拘束するいわゆる「一般的国際法」は慣習国際法のみであって、条約国際法としては国際連合憲章がその一般的国際法に最も近接している。理由は憲章第二条第六項に「非加盟国」も国際の平和と安全の維持に必要な範囲において、国連憲章の原則に従う行動を「確保」する義務を総会そのものに課しているからである。これら兩種の国際法を通じ、それが法としての拘束力をもつ理由に関しては、伝統的に二つの対立する学説がある。その一は国家の「基本的権利理論」(theory of fundamental rights)であつて、その二は「共同合意理論」(theory of common consent)である。

そこでこの共同合意説に最もふさわしい条約国際法の説明から出発すると、条約には二国間の条約と多数国間の条約との二種あるが、いずれも国家間の「意思の合致」すなわち「合意」を文字に表現したもので、当事者に条約所定の権利を与え義務を課す約束を内容とする。しかし合意なるものは、法の有効性に関する法的説明というよりも、むしろ社会学的な説明であつて、何故、そんな合意が、当事者を法的に拘束する力をもつか、の理由を探求する問題が残されている。

ケルゼンによると条約が法的拘束力をもつ理由は、「約束は守らねばならない」(pacta sunt servanda)との「慣習国際法上のルール」にある。国家は条約を結ぶことによって、慣習国際法上の規範たる「条約は守らねばならない」

国際法が拘束力をもつ理由に関する学説の分析と批判

とのルールを適用するのみならず、同時に条約上の権利義務なる国際法上の規範をも創造するのである。「規範」(norm)とはその主観的反射作用が、義務であり権利であるとの、客観的現象をいう。条約が拘束力をもつということは、その条約が当事者に義務と権利を樹立する規範であるということか、または、規範を創造することに外ならぬと説いている。

ブライアリーによると条約上の義務が合意によって発生することは明かだが、その義務が法律上の効力をもちうることは、「約束は守らねばならない」との「法的一般的ルール」が根底に存在するがためのみによるとのべ、グローティウスが単なる合意は法的義務の最終的源泉になりえないと主張した真理の重要性を無視すべきでないといっている。なおブライアリーは一般的な法の場合と同様に国際法の場合も、われわれは国際法のルールが拘束力をもつ法的説明が不可能になる一点に到達するため、その説明はこれを法の外に求めざるをえないが、それはおそらく道徳の分野であって、道徳と法との間には無視できない連繋があると付言している。

アンジロティは国際社会の存立に不可欠な最重要な特殊カテゴリーの「規範」は、国家相互間における暗黙または明示の「合意」(accords)によって樹立されたもので、国家はこれらの合意に従って一定の方法で行動することに同意したものだと前提し、何故国際条約は守らねばならないかの回答は、「約束は守らねばならない」との「原則」(principle)によって与えられている。すなわち当事者たる国家は約束した方法で相互に行動しなければならぬ。この原則はそれ以上にはその法的性格を説明しうる他の規範を発見しえない第一次的規範 (norme première) である。従って法学はこの原則を一つの「仮説」(hypothèse)、または証明しえない「公理」(postula)とみなさなければならぬと主張している。なおアンジロティは条約順守の理由には、「社会学のおよび政治的見地から、時間と空間とを異



にするに従つて、複雑な利益と要請」との存在することをあげている。

クッツによるとすべての条約は「約束は守らねばならない」との「慣習的ルール」に密着している。国際条約の拘束力は国内法における契約の拘束力もそうだが、支配的な理論が教えているとはちがつて、その有効性の理由は当事者の「一致した意思」(coinciding will of the parties)にあるのではなく、その一致した意思が法的拘束力をもたねばならないと規定する「一般的国際法の客観的規範」にあるとの主張である。

オッペンハイムによると条約がなぜ法的拘束力をもつかの理由に関しては今日なお争われている。多くの学者はその拘束力を自然法に発見するが、これを宗教的および道徳的原則に発見する者、更にこれを条約当事国の自己制限に発見する者もある。若干の学者は拘束力を与えるものは当事者の「意思」だとする。しかし正しい回答はおそらく条約が法的に拘束するわけは条約は拘束するとの「慣習国際法上のルール」があるからであつて、そのルールの拘束力は最終的には「合意的」なものでもなければ、また必ずしも法的なものでもなく、国際法の「客観的拘束力」という基本的な「仮定」(assumption)だとする。この説に対しラウターパハトが加えた註釈によると、その「仮定」はしばしば「約束は守らねばならない」との原則の形式で表現されているけれども、それが最善の公式化であるか否かは確實でないと評している。

ラウターパハト自身の見解によると「約束は守らねばならない」とのルールは、客観的原則として国家の意思とは独立して国家に直面する。かかる見地からすると、フェアドロスとケルゼンが提唱し、アンジロティが採用した見解たる「約束は守らねばならない」とのルールは、原始的な仮設であつて、法律的には立証できないとか、またはカヴァリエリーのごとく右のルールに慣習国際法のルールを発見するということは、重要性のないことである。理由はそ

のいずれの場合も、このルールが現実の作用において國家の意思とは獨立して、國家に直面するからである。またこのルールが法的なものたると、法以前のものたると、それが法的構造の問題か、國家の現実の慣行と法的確信によって、法則化されたものかは問題でない。その結果は同じであるからとの主張である。

カヴァリエリーは「約束は守らねばならない」とのルールそのものの拘束力も、國際慣習法によるものだ、とラウターパハトとちがってケルゼンと同一見解をとっている。しかしド・フイツシエルはカヴァリエリーとシュツルツプが「約束は守らねばならない」との規範を、國際法の拘束力の基礎としながら、これを「國際慣習法の一部」とすることは誤りだと反對し、法に固有な規範の見地は、これを説明的な見地から區別するよう注意すべきだとのべ、後者は社會學および政治學の立場だと付言している。シャイエーによるとこの「約束は守らねばならない」とのルールは「ローマ私法」に起原をもち、それが國際法に輸入され、國際條約に適用されるに至つたものと教えている。

## 第二節 慣習國際法

第二種の國際法たる慣習國際法に関しては、先づ「慣習」の定義を与える必要がある。慣習の成立には二つの条件が要求される。第一は一定の行為が相當の期間（必ずしも長期たることを要しない）國家間の關係に繰返されることであつて、それだけの段階においては「慣行」または「慣例」(practice, usage)にすぎないので、それが慣習に進行するためには、第二の条件としてその行為が權利の行使または義務の履行たる「確信」の下に繰返されることが要求される。若干の學者は、慣習が法的規範を「創造」しうることを否定し、慣習は法的規範の「存在の証拠」にすぎないとの見解をもっている。この說によると慣習は宣言的性格のもので、建設的性格をもたないとの解釈である。國

際司法裁判所規程第三八条に「法として受諾された一般的慣行 (Practice) の証拠としての國際慣習法」とあるのは、かかる学説に支配された結果たることは明白である。

ケルゼンの分析によると慣習は法を創造するものではなく、法的規範の「存在の証拠」にすぎないとの國際司法裁判所規程の理論は、この規範が慣習以外の事実によって創造され、法の眞の創造者は慣習の背後に立っていることを予想されるが、しからばその眞の創造者は誰人なるか。この問題に対しては二つの回答が与えられている。第一の回答は一九世紀のドイツにおいて極めて有力であった歴史学派の理論であつて、国法は「國民精神」(Volksgeist)によつて創造されるとの主張である。慣習とは人間が通常一定のルールに従つて行動する事實を指すのであるが、そこには國民精神という眼に見えない神秘的な活動の産物としての一般的な法規範が既に存在するとの主張である。そのためこの学派の最も顯著な代表者フォン・ザヴィニーは、終始一貫、國家の立法的機能を否定していた。

第二の回答はフランスに行なわれた社会学的法理學派の与えたもので、「眞の法」すなわち「客觀的な法」(l'ult objective)は「社会連帯」(solidarité sociale)とよぶ事實によつて創造されるとの主張である。この学派の典型的代表者レオン・デュギーによると実定法を創造するかに見える、いかなる行動または事實も、それが立法であれ慣習であれ、法の眞の創造者ではなく、事前に社会連帯によつて創造された法規範の宣言的陳述にすぎない。従つて社会連帯の産物たる「客觀的な法」に合致しない実定法は、有効なものになるチャンスをもたないものである。

しかし「國民精神」の存在も「社会連帯」の存在も、科学的方法では立証することはできない。両者とも社会形而上学の仮定論であつて、その目的は主觀的価値判断に基く道德的政治的仮定を、客觀的に有効な原則として提唱したものである。この点において、法の眞の創造者としての「國民精神」に関するドイツの理論も、「社会連帯」に関するフ

ランスの理論も、一七、一八世紀を通じ支配的法哲学であり、また現代の法思想に対しても、なお、若干の影響力をもつ「自然法理論」(ケルゼンの最も排斥する思想)に極めて類似しているこの自然法理論によると、実定法(慣習と制定法)の背後または上部に、「自然」(人間の性質、社会の性質、事物の性質すら)から推理されうる絶対に正義になつた法が存在する。この自然こそ最高の立法者として、眞実にしてかつ自然的な法を創造する。この自然法こそそこからすべての実定法がその有効性を引出すのである。故に実定法の源泉たる「慣習、立法、条約」は眞の法を生産することはできず、ただこれら三者の生産物が拘束力をもつ場合に法を「再生産」しうるのみである。自然法理論が法実定主義と対立する点は、これらの法の源泉の性格に関するものであつて、法的実定主義(ケルゼンの採用する主義)としては、慣習、立法、条約の三者のみを法の創造者と主張するのである。

筆者註。ケルゼンは一九四九年出版の「法と國家の一般理論」と題する著書の付録として、「自然法理論と法的実定主義」なる、一四五ページの哲学的大論文を發表している。

ここでケルゼンは自然法理論に対する荒唐的否定論を展開するのであるが、それによると自然法理論は自然に対する人間の洞察力、すなわち事実に関する人間の知識から、なにか正、なにか邪かに関する知識を獲得しうるとの「幻想」に基いている。しかしなにか「ある」(is)ということから、なにか「あるべきか」(ought)を推論することは論理的誤りである。それがため極めて矛盾する諸原則が自然法のルールとして自然から推論されている。そのルールなるものは実はその主張者たちの道德的政治的信条にしたがつた、それぞれ異なつた格言(maxim)以外のなものでもない。だからいかなる立法者もかれらの活動にかかると格言に従うことを決意するのは理の当然である。故にグローテ、プーフ、フェンドルフ、ヴァッテルなどの学者たちによつて、國家または國際社会の性格から推論した

といわれる自然法として提唱された諸原則が、「諸国家の慣行」に「決定的影響」を与え、それによって「慣習国際法」が発達したことは全く理解できることである。

慣習国際法が創造される「事実」に関する問題に答えるに当り、換言すれば一般的国際法それは慣習国際法だが、その基礎を構成する「事実」を示すに当たり、近代の学者は自然法理論とほとんど異なる見解を主張している。すなわちかれらは慣習国際法は諸国家の「共同合意」によって創造されると主張し、その合意に関し「明白な表示」(manifest expression)がないので「暗黙の合意」(tacit consent)があつたと仮定 (assume) するのである。しかし「かかる合意が現実に、すべての国家によって与えられたとの仮定は、政治的な作り話」であることは、国民精神や社会連帯が法を創造するとの仮定と全く同一性格のものである。そのわけは慣習国際法が、国家の合意によって創造されると解釈しうるがためには、問題の「慣習」がすべての国家の行為によって形成されたことを立証しうるか、または問題の慣習の樹立に、ある国家がそれ自身の行為によって、参加したことを立証しうる場合においてのみ許されることだからである。

しかし国際法はかかる「証拠」を要求していない。そんな証拠は一般的国際法が、かつて法を創造する慣習の樹立に参加する機会をもたなかった国家に、適用される場合には、すべての場合排除されている。海岸をもたない内陸国が新たに領土をえて海洋国になった場合、それまで海洋に関する慣習国際法を適用する機会をもたず、また海洋に関する慣習の形成に参加する機会をもたなかった国家が、海洋国になった瞬間から海洋国際法に拘束されるとみなされていることは、慣習国際法の規範がこれに拘束されるすべての国家によって創造されたものでないことを立証する。更に顕著な事例は新興国であつて、新興国が一般的国際法のすべての規範を創造する「慣習」の樹立に参加する機会をも

たなかつたことは明白である。故にもし新興国が建国の瞬間から一般的慣習国際法の規範に服従するものとすれば、これらの規範は「すべての国家の共同合意」によって創造されたものとはいえないのである。一般的慣習国際法の規範を創造する「慣習」は必ずしも「すべての国家」の「長期」にわたる「慣行」たることを要しない。「多数の国家」（それには権力、文化その他の点において重要性ある国家を含む）の長期にわたる慣行で十分である。故に慣習法は国際社会のすべての構成員の共同合意によって創造されたものとは解釈されえない。しかし国際法はその創造に参加しない新興国が、建国以前から存在する慣習国際法に拘束されることを「承認」した場合のみ拘束されるものと仮定しうる。国際法は新興国が国際法上の意味における国家たるがためには、古い国家によって「承認」されることを要求しているが、国際法が新興国を拘束するためには、新興国による国際法の「承認」を必要としない。故に国際法は新興国がこれに拘束されることを承認しない場合においてすら新興国に適用される。国際法がある国家に適用されるのは、その国家が「国際法を承認」した場合に限るとの説明は、国際法の規範に基礎をもたない。それは「国際法も国内法との関係」に関する一定の見解を基礎とする「仮定」である。その見解によると国際法は「国内法の一部」としてのみ拘束力をもつとの主張だが、この見解はアングロ・サクソンの法哲学に行なわれている理論であって、法の有効性の基礎は「国家の意思」にあるとの主張であるが、不可能なことではない。しかし国際法が現実によって国家によって承認されているとの仮定は、作り話である。もし国際法はこれを承認した国家のみを拘束すると仮定すれば、かかる「承認の証拠」のない国家に国際法を適用することと両立しない。それはまた国家は国際法の「不承認」または承認の「取消」によって、国際法の適用を阻止しうることを認めることになる。

しからば慣習国際法の有効性の理由はなにか。なぜ慣習国際法のルールは拘束力をもつのか。二つの理論がある。

第一の理論は慣習国際法の拘束力は最終的には「国際的慣習は法を創造する事実」であるとの「仮設」(hypothesis)または「基本的仮定」(fundamental assumption)にあるといふのであつて、この仮設は「基礎的規範」ともよびうる。これは実定法上の規範ではない。人間の意思による行為で創造されたものではない。それは国家の行動を法的に解釈する法学者によつて仮定されたものである。第二の理論は慣習国際法が有効な理由は、その規範に拘束される諸国家によつて「承認」または「合意」されているからといふにある。しかし、この理論によると有効性の理由に関する限り、慣習国際法と条約国際法との本質的差異がなくなる。条約は当事者の一致によつて創造された規範に合意したために拘束力をもつのであるが、しからばなぜ「共同合意」とか「合意」のみが当事者を拘束するのか。この理論の基礎を成す基本的原則は個人間の関係においては「自由」の原則、国家間の関係においては「主権」とよばれる原則にある。この原則は通常「自然法」のルールとして提示され、それによると「個人」はかれ自身の「意思」のみに拘束されるのであつて、その理由は個人はかれの性格そのものによつて「自由」だから、かれ自身の意思に反して個人を義務づけることはできないからといふにある。故に個人が他の個人と共同生活をし、相互間の行動を規整する必要がある場合、社会秩序を樹立しうる唯一の途は、自由な個人間に結ばれる「契約」である。かれらがこの契約に拘束される理由は、この契約がかれらの「共同合意」に基いているからである。これが個人的自由の思想から推論された「社会契約」の理論である。これは自然法理論の本質的要素であつて、フランスの哲学者ジャン・ジャック・ルソーによつて古典的な形式で提示されている。

この理論はこれを国家と国家相互間の関係に適用する場合、国家はその性格そのものによつて「主権者」であるから、国家が「合意」した規範にのみ拘束されうるとのドグマとして提示される。それは国家相互の行動が問題になつ

国際法が拘束力をもつ理由に関する学説の分析と批判

九六

た場合には、「条約」によってのみ拘束されることを意味する。

この理論と慣習国際法の存在とを調和し、国家の主権なる思想を維持せんがためには、慣習国際法は国家が直接または間接に「承認」した場合にのみ拘束力をもつとの仮定が必要になる。換言すれば一般的慣習法の拘束力は国際社会の「全構成員」の共同合意か、または全構成員が「暗黙」に加盟した条約に基礎をもつとの主張と同じことになる。自然法理論が国内社会たる国家は、個人が自発的に加入した社会契約に基くと主張すると全く同様に、国際法学者の大多数は「国際社会」は契約、すなわち国家の共同合意に基くと主張する。この理論によると慣習国際法の基礎的規範は、条約国際法の基礎的規範と同じものになる。換言すれば、自然法のルールとしての「約束は守らねばならない」との原則が、国際法とよばれる全法的制度の基礎的規範として役立つのである。この理論の本質的機能は、国家はかれ自身の意思によってのみ、法的に拘束されうるとの原則を主張するものである。かくしてこの理論は国家の「主権」なるドグマを主張する。

この理論は社会契約なる古い自然法理論の変種にすぎないので、「国内法」の分野においては遠うの昔に放棄されているが、「国際法」の分野においては依然として適用され多くの著名な国際法学者によって主張されている。この理論がその基本的仮定とする「国際社会の全構成員たる国家の共同合意」は、自然法理論の「社会契約」と全く同じ作り話である。「国際法に服従する国家が、国家それ自身の性格によって、『主権者』でないことは、国内的法秩序に服従する個人が、かれら自身の性格によって、『自由』でない」と同じである。

国家の共同合意を国際法の基礎だとする理論を主張する若干の学者たちも、一般的国際法がかつて明示的にも暗黙的にも、それに合意していない多くの国を拘束しつつある事実気付いた結果、かれらの理論を「修正」して、「共同



合意」とは国際社会の圧倒的多数の「暗黙の合意」を意味するにすぎないとし、「不同意」な少数国はなら重要性のないもので、全体としての国際社会の意思を求める者の見解からは消え去るものだというのである。この説はルソーが「一般的意思」(volonté générale)と、「全員の意思」(volonté de tous)とを区別し、「多数の決定」をもって「全社会」の意思と解釈せんとしたことを想起させる。ルソーはこれによって個人は「一般的意思」に服従するけれども、かれが多数に反対して投票した場合でも依然として「自由」だとの「幻想」を維持せんとしたのである。しかし社会のただ一員といえども、合意しなければ、そこには共同合意はありえない。だからすべての個人は「自由」だと主張することは作り話である。実際には不同意の者は「消え去って」はいないのである。圧倒的多数が合意したのみで、共同合意があるとの説明も、すべての国家は「主権者」だとの仮定も、作り話的である。

国家は国際法が自国を拘束するものとして、これを承認した場合にのみ、これに拘束されるとの仮定は、確かに可能である。それは恰も個人がかれを拘束するものと承認した場合にのみ国内法に拘束されるとの仮定が可能であると同様である。換言すれば「国家が『主権者』、すなわち『最高の法的権威者』だ、との仮定から出発することが可能なこと」は、個人が『自由』だから、かれ自身の意思によってのみ拘束されうる、との仮定から出発しうると同様である。」

ラウターパハトによるとなぜ「合意」が拘束力をもつかの問題があるが、法の最初の源泉の有効性に関する問題に対する回答は、おそらくそれ自体、法的なものではありえない。その有効性は法的提案としては立証できない。それは「最初の仮説」(initial hypothesis)とよばれる非法的考慮を基礎として採用されたものと関連して仮定しなければならぬ。この最初の仮説なる理論は、ウィーン学派の創立者ケルゼンによって国際法の基盤として明瞭に定式化された

ものである。

ラウターパハトはまたウエストレーキが國際法の基礎を「人間の社会的性格と人間の物質的および精神的環境」においたことは、セルが「法的秩序の上部には、その順守を絶対的必要事として立法者に押付ける、生物学的法則の総和と考えられる自然の秩序が存在し、立法者の任務はこの法則を法的ルールに移すことにある。この生物学的法則と法的ルールとの一致が法の有効性の本質的基礎」だとの主張と比較することは興味あることだとのべている。

ケルゼンの弟子で友人たるウィーン学派の同人クンツは、慣習を「暗黙の約束」(tacitum factum)と解釈することとは、グローティウスからヴァツテルに至る初期の國際法学者が提唱し、二元論者(國際法と国内法とは別個の法だとの主張者)が復活した理論であるが、これは全く作り話的性格の解釈であつて、諸国の慣行とも公然と矛盾し、圧倒的多数の國際法学者によつて拒否され、支持できないと強く主張している。

ブライアリーは「合意」が法的義務の基礎でありうるとの理論は、遠くローマ法に發見できるが、グローティウスが單なる「合意」は法的義務の終局的源泉になりえないと主張した真実の重要性を無視することは許されないと、ソームンドが國際法は主権国がかれら相互間の取引において順守することに「合意」したルールから成つてゐとの定義をかかげ、イギリスの著名な四人の裁判官が「合意説」の判決を下していることを援用している。

ブライアリーによると合意理論を最高度に体系化した形態は、國家の「自己制限」に関するヘーゲル理論を近代の學者、特にイェリネックが展開したものだとし、それによると國家の特殊機能は「自己決定」(Selbstimmung)を行はうることであつて、この機能は「自己制限」(Selbstbeschränkung)なる他の機能をも含んでゐる。この自己制限機能によつて國家は對内的と對外的との双方の問題に對し自己のために法を創造することができる。國家はこの機

能によって自己自身を自己自身のつくった私法に服従せしめうることもできれば、国際社会に加入することによって自己自身の意思を拘束することもできる。かくして国家は精神的な力から物理的な力に変質せしめられ、その意思は無制限な権力から法的な制限された権力に変質せしめられるとある。この見解をとる多くの学者は「自己制限は制限にあらざ」とみなしているので、国際法は外部から国家に押付けられた、なにもものかではなく（押付けは国家の性格と両立しない）、それは国内法の一部門であつて、ツォルンのいう「対外的公法」(äusseres Staatsrecht) にすぎないとし、国際法が国家を拘束する理由はこれのみだとの主張である。

トリールがかれの名著「国際法と国内法」に展開する理論によると、国際法のすべてのルールは条約的ルールだと慣習的ルールたるとを問わず、その源泉は諸国家の「共同意思」(Gemeinwille)にあるとし、その共同意思は協定 (Verainbarung) の形式で表現される。トリールというフェラインバールングなる思想はこれと混同されやすい「契約」(Vertrag) と厳に区別しなければならぬ。前者は「同一内容をもつ異なった意思の融合」(たとえば会社設立の協定) であるが、後者は「利益を異にする者の一致であるが、相反する内容をもちながら対外的目的を一つある意思の表現」(たとえば売買契約) である。しかしそのフェラインバールングがいかにして拘束力をもつかの問題に対しては法的回答を与えていない。トリール自身も「人間は常に到るとして、法そのものの拘束的性格を、法的に説明しえない一点に到達せざるをえない。法の有効性の基盤は法の外にある」と考えていた。ブライアリーはトリールのこの言葉は嘉言だが、トリール自身が与えた「すべての法は優越的意思 (volonté supérieure) の声明」だとの定義と両立しないとしている。しかしトリールは国際法がその拘束力を共同意思 (Gemeinwille) から推論しうるわけは、その意思が国家自身の意思ではあるが、その国家自身の意思のみでないからというのである。しからばそ

のフェラインパールングに参加した国家が、そこから脱退できるかと問えばその回答は困難であつて、「もし国際法のすべてのルールが、それを一方的に否認する国家にとつて効力を失うものとすれば、国際法はもはや存在しなくなる」。しかしトリーパールも現存のすべての国がフェラインパールングの当事者たることの立証は不可能なことを認め、若干の国家を拘束する特定の国際法（条約国際法）のみとしている。ケルゼンが「トリーパールの理論は国家の『自己制限理論』の敷衍にすぎない」と批判したことは注目に値する。ブライアリーはトリーパールが「法の有効性の基礎は法以外にある」との言葉は深遠な真理だとし、もしわれわれの直面する問題に対する説明が「法的」でないとすれば、それはどんな性格のものかと問ひかけ、その回答はウィーン学派の学者たちが鮮かに取扱つてゐるとし、それによると法のいかなるルールの有効性も、そのルールの創造を支配する他のルールに依存し、最後はに不可避的にすべての「下級な規範」の有効性が、推論されうる「最高または基本的な規範」に到達するというのである。いわば法的大建造物の「頂点」を構成する規範の性格いかんと質問しなければならなくなる（筆者註。クントツはこれを「法のピラミッド」(Stufenbaudes Rechts)とよんでゐる)。その基本的規範はケルゼンにとつては「仮設」にすぎないが、同じウィーン学派の一人フェアドロスはこれに反対し、「仮設」とは言葉の厳格な意味では「経験」によつて立証されるべきであり、また立証されるものだが、「基本的規範」はいかなる場合も実在によつて立証されえないとし、それがためかれは「その真実性が経験の科学に用いられる他の方法によつて立証されねばならない原理」と呼ぶべきだと主張している。ブライアリーは最後に法学は必然的に法と道徳との区別を主張するが、それは法と道徳との「関連性」こそ、両者の「区別」より遙かに重要性をもつことを忘れがちだからである。法を守る義務の最終的基盤は道徳以外のなものでもありえない。マツキーヴァーが「われわれが法を守るのは必ずしも法そのものが正しいと考えたからではなく、

法を守ることそのものが正しいと考えたからだ」といったのは、法の内容を構成するものが道德のルールだからであるとし、ブライアリー自身は「私自身にとつては、自然法理論の近代的復興が、法学のために希望に充ちた景観を開いたかに見えることを告白する」と結んでいる。

シャルル・ルソーによると国際的秩序においては、国内的秩序におけるごとく、法の基礎または法的規則の起原に関する問題は、二つの思想を生んだ。すなわち意思主義 (voluntarisme) と客観主義 (objectivisme) とがそれであつて、第一の意思主義よると、法的ルールを人間の意思の産物とみなすのである。この意思主義的構造によると、国内法は市民の同意におかれているので、国際法は国家の合意を基礎としている。この主義は学術的には二つの方向に発展している。一つの方向はイエリネックの「自己制限説」であり、他の一つはアンジロティとトリペルの集团的意説または協定説 (Vereinbarung) であつて、国際法は国家意思の複数が、一つの共同意思に融合して生れると、主張するのである。

第二の客観主義理論はこれに反し、法的ルールの起原を人間の意思以外におかんとするもので、たとえばケルゼンやフェアドロスのごときオーストリア学派は、「規範主義理論」を唱え、すべての法のルールがそこから流出する「基本的規範」におくか、またはセルとポリティスの主張するごとく「社会的事実」、すなわち個人それ自身に課する「強制」におくかである。

実際のところ、法の基礎を探求する問題は、本質そのものによつて「法以外の問題」である。なぜならその基礎は、法の外に位置を占め、それがため法学者の調査の手が届かないからである。法の拘束的性格の基礎は、実定法とは関係のない法、道德と、社会学の考慮によつてのみ論証されりるのである。

なお、国際法と国内法との関係、という極めて重要な問題に関し、ルソーがここにいう「意思主義」の思想が、いわゆる二元主義（国際法と国内法は二つの異なった法体系との主張）に赴き、「客観主義」の思想が、一元主義（国際法と国内法は一つの法体系との主張）に走る、と付言しているのは興味深いことである。

## 第二章 基本的権利説

### 第一節 ケルゼンの否定説

一八、一九世紀に広く行われ今日もなお若干の学者によって支持されている見解によると、すべての国家は国際社会の構成員たる資格において若干の基本的権利をもっている。これらの権利は他の国家の権利のごとく一般的慣習国際法または国際条約によって規定されたものではなく、国家の性格または国際社会の性格に起原をもっている。しかもこれらの基本的権利を構成する規範は、実定国際法の終局的基礎または源泉を構成するものと想像され、慣習や条約によって創造された実定国際法のルールよりもより大きな拘束力をもつというのである。国家の基本的権利なる思想は、「自然法の理論」を国家間の関係に適用したものである。自然法の理論によると個人は実定的法秩序とは独立して、若干の権利を一般的な自然、特に神の創造した自然（筆者註。アメリカの独立宣言には「自然の法と自然の神の法」とある）から、直接推論できるというにある。だから問題の権利は神の意思によって規定されたごとく見える。しかしこれらの権利が推論される「自然」とは、主として「人間自身の性格、特に人間の理性」と考えられ、そのためにこれらの権

利は、実定的法秩序が人間に与えた権利と対比して、「生得の権利」とか、「固有の権利」とよばれている。時として人間の基本的権利の眞の源泉は「人間と人間との関係の性格、社会の性格」だとも考えられている。大多数の自然法学者によると、これらの権利は「自由、平等、財産、自己保存」だとある。

しかし自然法理論の偏見なき分析によると、自然から権利を推論することは不可能である。理由はある個人の権利は他の個人の義務を前提とするが、自然（それは因果法によって決定された事実の複合）は義務を課しえないので、人間に権利を与えることはできない。「自然の認識は因果関係における事実の認識を意味する。因果関係の原則によれば、必然的にそうでなければならぬか、または多分そうであるだろうことだが、なにごとかが『ある』(is)ということから、決してなにごとかが『あるべき』(ought)こと、すなわち一定の方法において行動する義務または権利は伴わない」のである。「ある」の世界から「あるべき」の世界に進むことは、論理的結論の途においては不可能である。義務と権利とは規範的秩序の存在を前提とする。この規範的秩序は「人間の行為」によってのみ樹立できる。人間のみが規範すなわち人間を義務づけ権限づけるルールを創造できる。人間の行動が「意思」とよばれる精神現象によって引起されるものと想像される限り、規範は意思という行為によって創造されるとみなされる。規範を創造する人間の意思は、意識的に規範の創造に向けられた行為に自己を表現する。自然は「意思」をもたない。自然は意思を賦与されているとの思想、すなわち自然が義務を課し権利を与えうるとの思想は、事実に関する科学的解釈というよりも、動物生活の根源は靈魂にあるとの神話である。超人間の意思の行為を説くことは人間の科学、特に法的科学を超越する。

権利は常に人間の行為によって樹立された規範的秩序によって規定される。すなわち道德に関する実定的制度によ

るか、または実定法によつたものである。故にもし「自然権」なるものを主張せんとすれば、これらの権利が本当に実定的秩序によつて規定されているものか、規定されていないものかの二つの可能性を区別する必要がある。もし前者であればこれらの権利を自然から推論した「自然権」とか、「基本的権利」ということ自体が、科学的に正しくもなければ意味もない。もし後者とすればそんな権利を規定せよという立法者に宛てた「公理」(postulate)たる性格をもち、その公理は法の分野においては、憲法の改正か、革命かによつて実現されうる。なおケルゼンは別の個所において、「革命とクーデターは、國際法によると、法を創造する事実」だとし、国内法秩序の有効性の理由を決定するに当つては、「國際法が、国内法の創造を規整する」との主張を展開している。

かくのごとくいわゆる國家の基本的権利は、それが慣習法の性格をもつ一般的國際法によつて規定される限りにおいてのみ、國家の權利であつて、これが法的実定主義の見地から支持できる唯一の理論である。しかるに主義としてこの見解をとる學者すら、國家の基本的權利を「國際的人格」(international personality)としての國家の性格から推論せんと試みるが、これは自然法理論に後退することである。國家の國際的人格とは、一般的國際法が國家(實は國家の機關としての個人を意味する)に義務を課し權利を与えることを意味するにすぎない。國家はそれが國際的義務と權利との「主体」であるがために國際的人格である。しかしそのことはこれらの義務や權利の「内容」には触れていない。法的人格なる思想は全然形式的思想であるから、國家が國際的人格たる事實から、一定の權利を推論することは不可能である。その權利とは國家の法的平等權、尊敬(威嚴)權、獨立權(主權)(筆者註、マックス・フーバーは國際司法裁判所の判決において「主權は國際關係においては獨立を意味する。獨立とは地球表面の一部において他國を排除して國家の機能を行う權利」だといふ)、存立權(自己保存權)、他國からの不干渉權、管轄權などであつて、通常國家の「基本的權利」といわれている。



る。

そんな権利を国家の國際的人格から推論せんとする思想は、国家は人格すなわち「権利の主体」として、國際社会に加入する以前から存在し、自発的に國際社会に加入するが、これらの權利特に「平等權」と「獨立權」（主權）は、これを「保留」する条件の下においてのみ加入するとの仮説を前提とする。しかし國際社会に加入することは國際法に服従することを意味し、それはまた自然的自由すなわち国家の主權に若干の制限の加えられることを意味するが、国家が國際社会に加入して「主權の制限」に同意することは、他の国家もかれらの主權に同一の制限を受諾する条件の下においてのみと想像される。この見解の本質的要素は國際社会は国家の「共同合意」に基づくとの思想すなわち國際社会の全構成員の「契約」に基づくとの理論である。この理論は國際法学者の間に広く行われ、国家の基礎に関する自然法理論と全く同一性格のものである。この理論によると人間は「自然の状態」(state of nature)においては「自由で平等である。この自由で平等な個人がかれら相互の行動を規整する社会的秩序に関する協定に「同意」した事実によって国家が発生する。各個人は他のすべての個人のために、自発的にかれの「自由」を制限する。但しそれは他のすべての個人も同様にかれらの「自由」を制限することを条件とする。これがいわゆる「社会契約」(social contract)であるが、そんな事件は歴史上かつて行われていない。社会的秩序はそんな契約の結果ではなく、それは「権力と慣習」の結果である。個人が社会的秩序に拘束されるのは、かれがその社会的秩序に「合意」したからではなく、かれの合意なくとも、否かれの意思に反しても拘束される。個人は社会に生れ、出生の瞬間からその社会を構成する社会的秩序に服従させられる。故に社会契約理論は作り話であって、その目的は国家の起原を説明するがためではなく、個人がかれらに義務を課し權利を与える法秩序に拘束される事実を正当化せんがためである。この正当化は「平

等」と「自由」とが最高の価値たることを前提としている。人間がかれらの性格そのものによって、平等で自由であればこそ、かれらはかれらの合意に基く社会的秩序によつてのみ、拘束されうるといのである。

しかし人間はかれらの性格そのものによつて、自由でもなければ平等でもない。たとえそうであつたとしても、人間は法によつて、かれらの合意なく、一定の方法の下に行動するよう拘束されている。

國際社会に自発的に加入する國家の「共同合意」を、その社會の基盤またはその社會を構成する國際法の基盤とする理論も同じ作り話によつてゐる。國家はその合意なく、否その意思に反しても一般的國際法に拘束される。國家は自発的に國際法に服従するのではなく、國家が國際法を承認すると否とに關係なく國際法に拘束される。いかなる國家も國際社会または國際社会を構成する國際法から脱退することはできない。國家が國際社会の構成員でない限り、換言すれば國際法がその國家に適用されない限り、それは「國家」ではなく、法的には不存在なものである。いわゆる國家の基本的權利なるものを、國際社会の性格または國家の人格とか性格から推論されたものとする場合、その權利なるものは國家が國際社会に加入する以前の「自然の状態」にあつた當時、一種の自然的國際法によつて与えられたものとの仮定である。しかしこの「自然の状態」によるとの国内法の理論は、作り話として遠い昔に放棄されたにかかわらず、國際法の理論にはなお意識的または無意識的に維持され、特に最も重要な基本的權利たる「平等權」と「主權」とに關して維持されている。

しかし平等權も主權も國家が國際社会に加入する際賦与される權利ではない。國家は一般的國際法がすべての國家に同じ義務を課し、同じ權利を与えた限りにおいてのみ法的に平等である。だがそんなことは事實ありえないこと明白である。「國家が法的に不平等なことは、國家間の關係を法的に規整することと、兩立しないことはない」。現に縮

約国の若干の国に特権を与え、他の国には与えない条約が存在するが、かかる不平等な待遇をうけても、国家たる性格を失わない。国連憲章は五大国に拒否権なる特権を与えているが、一般的国際法によって樹立されているといわれる平等の原則を破っていない。憲章はかかる法的不平等を規定するにかかわらず、第二条一項において「すべての加盟国の主権平等」(筆者註。加盟国は主権と平等権をもつ意味)を宣言している。これは明かに「法のうちにおける平等」(equality in the law)ではなく、「法の前ににおける平等」(equality before the law)であつて、現実に平等でないにかかわらず、法理学が属性として国家または個人に帰する「平等権」を意味する。法の前の平等とは法を適用する機関が法の認めていない差別を行つてならないことであつて、法の適用をうける対象の「権利」ではない。時として実定国際法の若干の原則、たとえば「全員一致」の原則(多数決に対し)、一国は他国に対し「管轄権」をもたない原則、特に条約は「締約国のみ」を拘束する原則を、「平等権の結果」だとすることがある。これらの諸原則が行われている限り、「法のうちにおける平等」が仮定できる。しかしこれらの諸原則は重要な制限の下においてのみ有効である。

國家の「主権」なる基本的権利は、もし主権なる言葉をその本来の意味たる「最高の権威」(supreme authority)と解釈すれば、「そんなものはありませんなければ、ありえないのである。」國家は國際的権利の主体として、國際法に服従させられている。たとえ國際法が「国内法の一部」とみなされてはいる場合ですら、服従させられている。故に「権利の主体としての國家」は、個人が国内法の下において主権者でないごとく、國家も「主権者」ではない。國際法の権威(それは國際社会の権威といつても同じだが)が、國家の「上部」に樹立されている。それは恰も国内社会(國家)の権威が、個人の上部に樹立されていると同様である。もしいわゆる國家の主権を、國際法と両立するものとみなさんとすれば、「それはただ國家が、國際法にのみ法的に服従させられ、他國の国内法に服従させられない」ことを意味しうるのみであ

る。もしそうだとすれば、主権を國家の本質的性格とみなすことができる。

もし主権が無制限な權力を意味するならば、國家に義務を負わせてその權力を制限する國際法と兩立しない。かかる制限の程度は關係國が結ぶ條約によつて千差万別である。しからばどの程度まで權力の制限をうければ、國家たる資格を失うかの問題に關しては、信賴すべき唯一の基準はその國家が「他國の國內法に服従しない」ことである。かかる服従のないことがいわゆる國家の「獨立」を構成する。しかし國際法には服従するのであるが、國際法にのみ服従することを主権ということは正しくない。この意味における主権は國家の權利ではなく、それは國際法の下において國家が權利をもつ條件だからである。また主権は國家の權利であるとの思想は、この權利と「兩立しない」國際機關の設立を阻止するために乱用されうるし、現実に乱用されている。たとえば人權保護に關する事件を管轄するとか、または條約當事國間の一切の紛争を管轄しうる國際裁判所の設立を妨げているがごときそれである。國家はかかる條約の締結を拒否しうるけども、そんな態度を主権によつて正当化することはできない。また國際社會を構成する條約は、國家が一方的行為によつて、國際社會から脱退する權利を与えていないにかかわらず、かかる法的權力を「主権」から推論する者があるが、かかる權力は主権といわれるものからは推論できない。

國際法は國家に対し他國の一定の利益を尊重する義務を課している。國家の一定の利益は國際法によつて保護されている。特に「領土的保全」の侵害は普通に「主権の侵害」といわれているが、この領土に対する侵害と、他の法的に保護された分野における利益に対する不法干渉との間には、「なんら本質的な差異はない」。かかる國際的不法行為は「主権」という誤解を招く言葉を使用せずとも説明できる。

平等權と主権の外に、どんないわゆる基本的權利が存在するのか。たとえば存立權、尊敬權、他國からの不干渉の

権、管轄権などが存在するか否かに関し、国家は国際社会に加入するに当り、これらの諸権利を保留している、との作り話的仮定によっては回答できない。それはただ実定国際法の分析によってのみ可能である。

## 第二節 ブライアリーの批判

基本的権利なる理論は人間がいまだ政治的社會または國家を形成しない以前に生活していたであろうと想像される「自然の状態」(state of nature)に関する理論を出発点とするもので、この理論の目的は政治的社會または國家の成立を説明せんがためであつて、人間は自然の状態における無政府状態から脱却して法と秩序をもつ制度を樹立することに合意したとの哲學である。「自然の状態」なる思想に國家および法の性格に関する全哲學が包括されている。

この理論を國家間に適用すると、國家は個人が國家を造つて秩序ある生活をえたごとく、いまだ「超國家」を造つて國際間の秩序をうるに至っていない「自然の状態」にあるが故に、個人が自然の状態において若干の生得または固有の權利を賦与されているごとく、國家も國家たる理由のみによつて、若干の基本的權利を賦与されていなければならないとの推論である。學者はそれらの權利がどんなものかに関し見解を異にしているが、一般的には自己保存權、獨立權、平等權、尊敬權、交通權の五種をあげている。

この理論は歴史上極めて重大な役割を演じている。ジョン・ロックはこの理論によつてイギリスの「名譽革命」の正当性を主張し、またロックのこの理論はアメリカに引継がれアメリカ獨立宣言の哲學的基礎にされている。やがて海を越えて再びヨーロッパに帰つてフランス革命の指導的の理念になつてゐる。だが今日ではどんな政治學者もこの理論を政治關係の眞の哲學とみなす者は殆んどなく、況んやこの理論を國際關係に適用することにはより大きな抵抗があ

る。この理論は個人でも國家でも、かれらが社會の構成員たることから推論された若干の原始的權利を、その社會に持込むことになつてゐるが、それはこれらの權利から社會の「法的制度」が形成されることを意味する。しかしそれは逆であつて「法的權利」が効力を取得するわけは、「法的制度」の存在が前提でなければならぬ。法的制度あつての法的權利でなければならぬ。

この理論は個人の場合には「人間の自由」の發展に大きな役割を果してゐるが、國際社會において要求されることは、個々の國家のより大なる「自由」ではなく、國家間の社會的紐帶の強化であつて、國家相互間における「權利」の主張ではなく、「義務」の喚起でなければならぬ。この理論はまた國際關係の發達の可能性を否定することになる。そのわけは獨立權とか平等權を國家の性格そのものに固有するとの主張は、國家がかかる權利をもつに至つたのは、歴史の過程における一段階にすぎない事實を看過してゐるからである。誰も知ることく國家は近代まで獨立とも平等ともみなされてゐなかつた。われわれはかかる發達の過程が止まつたと假定する權利をもたない。國家は一つの「制度」(institution)であつて、國家の形態を固定した不變のものと考えるのは非歴史的であるのみならず、實際的の理由からも不幸なことである。

フライアラーは基本的權利の理論は「自然法理論」に基づくとの理由からケルゼンの荒廢的否定説をうけてゐるが、基本的權利理論の批判には二つの條件あることを指摘してゐる。第一の條件は「基本的權利」または自然的權利の理論と、自然法そのものの理論とを同一視することを警戒しなければならぬとし、前者は脱線行為(aberration)にすぎないが、後者すなわち自然法またはその名稱のいかんにかかわらず自然法のごとき原則は、法學者がいかんにか決然とかれの信條から追放しえても「法の理論または法の執行」から、これを事實においても主義においても、排除するこ

とはできない。自然法理論は「法の發達に不可欠」なものである。「自然法主義」〔筆者註。プーフエンドルフが定式化した主義であつて、ジェンティリーとズーチが定式化した「実定法主義」と対立しているが、更に兩派を併合したグローディウスの「折衷主義」との三派に分れている〕がその機能を放棄して、「自然法はすべての時代の、すべての法における創造的要素」ではなく、個人や国家の「反社会的権利」の不変な体系とみなされるに至つて、初めて自然法理論は法哲学から追放されると声明し、更に國家の基本的権利の理論は、個人の自然権のごとく、法の歴史におけるある段階において、有益な影響力を揮つてゐることを忘れてならないと主張してゐる。

### 第三節 ウェストレーキの「反對論

國家の基本的権利に関する理論の元祖はクリスティアン・ヴォルフ（一六七六—一七五六年）といわれ、ウェストレーキによると國際法は他の何人よりもこの理論に關してはヴォルフから多くの恩をうけてゐるとし、ヴォルフは國家は自己の破滅をさけうる、手段になるものに対し權利をもち、またその手段がなければ自己を完成しえないか、またはその不完成に使用されるものを、さける權利があると教えてゐる。しかし二つの國家がかれらの破滅をされるためか、またはかれらの完成を促進するため必要とみなすものが両立しない場合、この理論は平等の權利の衝突を來すのみである。それに対しヴォルフはすべての國家は自由であり、その自然的自由によつて、自身の行動の判定者たること許されなければならない。それだから一國の權利にして他の諸國が當然返還すべきものは、後者の意思に反して強制してならないと教えてゐるが、この見解は消極的義務のみが正義にかなひ、積極的義務は道德の分野に追放されることになる。國家の絶対的權利（筆者註。基本的權利の意味）を認める大多数の學者は、ヴォルフの消極的結論を採用せず、か

れら自身の主張を、権利衝突の場合には権利の階級制度を設けて調和させんとしている。この制度はリヴィエールとボンフィスが行ったごとく、「自己保存権」をして他のすべての権利を吸収せしめるに至つて頂点に達する。リヴィエールは「自己保存権は主要な権利の首位にあり、それはすべての権利を要約したものだ」とのべ、「自己保存権と他国の権利を尊重する義務とが衝突した場合、前者が後者に優先する。個人はかれ自身を犠牲にする自由をもつが、政府は自己に運命を信託された国家を犠牲にすることは許されない。その場合政府は自分自身の安全のため他国の権利を侵害することが許されるのみならず、侵害せざるをえないのである。これは緊急事態による免除であつて、「国家理性」(reason of state)の適用であり、合法的な免除である」と説明し、ボンフィスは「実際のところ、国家にとつては単一な原始的権利、単一な基本的権利たる自己存立権があるのみ一だと主張している。

基本的権利理論に關しウエストレーキは「分配的正義」、それは哲学のある学派のいう自然法と、実際には同意義のものだが、それが個人または国家に対し、法的権利以外の権利を推論しうる唯一の源泉である。「ヨーロッパ文明の標準と形態に達した国家においては、個人の性格は正義に關するある法則に固定化されている」。たとえば「奴隸」は刑罰としての外は排除されるごときそれである。故に個人的自由に対するごとき固有の権利がありうるのである。しかし「国家の性格は歴史の時代によつて變化されて來たし、將來も變化する。社会の進化は人間の進化よりも遙かに早く進行する」。故に国家固有の権利もそれが認められたとしても、比較的な定着程度をもつにすぎない。現に昔の自然法学者はかれらの原則が「あらゆる独立の人間集団」に適用あるものと考へていたが、今日(筆者註。一九〇年)の傾向は、國際法を「近代国家」とよばれるものに関係すると取扱つている。おそらく国家はそれに固有な権利を賦与されることを、賢明とみなしうるほど、定着していないので、國家に關係ある各個の問題は、それぞれの特殊価値に基いて解決



すべきものと結んでゐる。

#### 第四節 条件付肯定説

オッペンハイムによると一九世紀の最後の二〇年まで、国際社会の構成員は、いわゆる国家の基本的権利を賦与されていることに、一般的な合意があつた。かかる権利は、主として存立権、自己保存権、平等権、独立権、領土的最高権、領土を保有取得の権、善い評判の権がそれである。これらの権利は、国際社会が主権国をもつて構成されているのだから当然のこと、自明のことと主張されていた。しかしこれらいわゆる基本的権利の數、名稱、内容に関しては全員の一致はない。かかる事態が、この問題全体に対する厳しい批判を招き、多くの学者たちは、基本的権利なる思想は国際法の説明から全部消滅すべきものと主張しているが、それは正しいことと信じられてゐる。しかし基本的権利なる誤つた表題の下に、多くの善い正しい説明が、過去數百年間行われ、現実に多くの権利と義務が、慣習的に承認され、国際社会の構成員たることそれ自体から推論されている。これらの権利義務は、國家間の条約から發生したものでなく、國家が慣習的に享有し、ただ単に「國際的人格」としてこれに服従し、國際社会の構成員として、相互に与えたり受けたりするものだとおぼえてゐる。

ラウターパハトによると基本的権利なる思想そのものは、それがもし國際法を破るとか、または純然たる政治的主張とかの、掩護物として乱用されない限り、國際的人格の基本的権利を尊重し、これに対応する義務を顯著なものにすることを意味する。この理論がそんな役目を演ずる限り、基本的権利なる思想は有益であつて、全然同じ意味の言葉の重複にはならないとある。

国際法が拘束力をもつ理由に関する学説の分析と批判

一一四

主要参考文献

- Kelsen, *Principles of International Law* (1952).  
Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and other Papers* (1958).  
Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*.  
Oppenheim, *International Law* 8th edition, vol. I (Peace).  
Weslake, *International Law, Part I (Peace)*