慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「国際法の完全性」(一) : その理論史と概念整理
Sub Title	"The completeness of international law" : its history and current status (1)
Author	明石, 欽司(Akashi, Kinji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.4 (2011. 4) ,p.1- 29
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110428-0001

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

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

「国際法の完全性」㈠

――その理論史と概念整理――*

明石欽司

序論
第一章　「国際法の完全性」を巡る諸理論の前史
㈠　はじめに
㈡　一六世紀から一八世紀前半までの「国際法」理論の傾向と「国際法の完全性」
㈢　一八世紀後半から一九世紀にかけての国際法学と「国際法の完全性」
1　「欧州公法」としての国際法
2　「文明諸国間の法」としての国際法
㈣　一九世紀国際法理論と「国際法の完全性」（以上、本号）
㈤　「国際法の欠缺」論の登場（以下、八四巻五号）
㈥　「国際法の完全性」論の登場に至る経緯
1　実証主義国際法学の完成：オッペンハイムを中心として
2　法律家諮問委員会における「国際法の完全性」に関わる議論
3　戦間期における「国際法の不完全性」論
4　「国際法の完全性」論の登場とその後の理論状況
㈦　本章のまとめ
第二章　「国際法の完全性」の肯定論と否定論の理論的根拠（以下、八四巻七号）
㈠　はじめに
㈡　「国際法の完全性」肯定論の理論的根拠
1　根本規範
2　法の一般原則
3　訴訟における「当事者対抗原則」

4　消極的残余原則（The Residual Negative Principle）
5　主権の残余原則（ローチュス原則）
㈢「国際法の完全性」否定論の理論的根拠：法の不存在領域
1　国際法における欠缺の存在
2「法から自由な領域」（rechtsfreier Raum）
㈣　本章のまとめ
第三章「国際法の完全性」のコロラリーとしての“*non liquet*”宣言の禁止（以下、八四巻八号）
㈠　はじめに
㈡“*non liquet*”宣言の禁止を支持する学説
㈢“*non liquet*”宣言の許容を支持する学説
㈣“*non liquet*”を巡る国際判例の展開
1“*non liquet*”宣言の禁止を支持する論理を内包する国際先例
2“*non liquet*”宣言の許容を支持する論理を内包する国際先例
㈤　本章のまとめ
結論

序論

本稿では、先ず、「国際法の完全性」（the completeness of international law）（国際法の無欠缺性）を巡る理論史の概観が行われ、次に「国際法の完全性」を担保する諸理論やそれに関わる諸観念の整理が試みられる。このような作業を行うことの目的は、「国際法の完全性」を巡る理論的対立に内在すると考えられる（論者により異なる）国際法認識の差異を明らかにし、更に、その差異が意味する事柄を考察することにある。

本稿において主たる検討対象とされる事柄は（既に半世紀以上も以前に、ストーン（Julius Stone）が「“*non liquet*”の禁止」に関して論ずる中で指摘したように）、優れた学術的興味を惹くものでありながら、そのような興味は現実の国際法実務にとっての重要性を反映するものではない[1]。より端的に表現するならば、本稿で論じられる事柄は実務上の価値を持たず、したがって、本稿自体も実務上無価値である。

また、一見したところ、学術上の価値に関しても本稿は無価値なものと思われる。なぜならば、国際法の無欠

缺性やそれにより担保される国際裁判における“*non liquet*”の宣言の禁止といった問題には、第一次大戦後から現在に至るまで、多少の変動を見せながらも、国際法学者が常に一定程度の関心を示し続けてきていると言い得るのであり、その結果として、本稿においてもしばしば言及されるストーンやラウターパクト（Hersch Lauterpacht）等の著作は勿論のこと、日本でも杉原が「国際裁判における *Non Liquet* の克服」[2]を著すなど、内外の優れた先行研究が数多く存在しており、本稿は単に「屋上屋を架す」ことを意味するに過ぎないかもしれないからである。

このように実務上無価値であり、また、学術上も意義が問われかねないような問題を敢えて論じようとする筆者（明石）の問題意識は次の点にある。即ち、「国際法の完全性」の成否を論ずることの背後には、国際法の本質をいかなるものとして理解するかという認識論のレヴェルにおける極めて重要な問題が存在しているように思われるのである。しかも、国際法の本質的理解に際しては、国際法と国内法の本質的相異を明確にする必要があると考えられ、そして、そのことは恐らく「国際法の国内法モデル思考」、或いは「国際法の裁判モデル思考」とも呼ばれるべき現象によって識別が困難とされている事柄を明らかにすることにつながるものと推測されるのである。

以上のような目的及び問題意識の下で、本稿では次のような論述が行われる。先ず、「国際法の完全性」を巡る議論が登場するまでの歴史的背景が示され（第一章）、次に、「国際法の完全性」を支持するための理論的基盤について論じられる（第二章）。更に、「国際法の完全性」と密接に関連する「“*non liquet*”の禁止」についての考察が行われ（第三章）、最後に以上の論述及び考察から得られる事柄が纏められる（結論）。

尚、「国際法の完全性」に関わり得る問題としては、国際裁判における「法律的紛争」と「非法律的（又は政治的）紛争」の区別を巡る理論的対立も挙げられ得る[3]。即ち、国際法が完全であるならば、国家間紛争の全てが

裁判に適合し、解決可能であるとする論理も存在し得るからである。しかし、この理論的対立は、法的に判断可能な問題であっても、裁判に適合的でない事項も存在する（例えば、国家の重大利益に関わる問題は、一見して法的評価が可能であっても、当初から裁判になじまないとされる。）という場合も含むために、必ずしも「国際法の完全性」に直結するものではない。そのため、本稿ではこの問題は考察対象から除外されている。

また、次の二点について予め断っておきたい。第一には、本稿において考察の対象とされる諸文献の表題や記述に関して「国際法」と邦訳されている部分の原語は、“*jus gentium*”の他、“the law of nations”、“international law”（及びこれらに対応する諸欧語）であるが、それらは便宜的に（適宜原語を併記しつつ）「国際法」で統一されている点である。第二には、引用文中には現在の正字法とは異なる綴りがあるが、それらは全て原文のままである点である。

第一章　「国際法の完全性」を巡る諸理論の前史

㈠　はじめに

本章において論述の対象とされるのは、一六世紀後半から二〇世紀前半の戦間期までの国際法理論の展開とその中に明示的又は黙示的に存在する「国際法の完全性」やその対概念としての「国際法の欠缺」（乃至は「国際法の不完全性」）に関連し得る理論である。但し、主要な論述対象は一八世紀後半以降の諸著作となる。

一六世紀を論述の始点とすることの理由は、近代国際法理論の直接的起源がこの時期以降の「国際法」関連著作の中に見出されることにある。また、一八世紀後半以降の諸著作を主たる考察対象とすることの理由は、本稿の主題に関連する次のような筆者（明石）の認識にある。

本章においても若干触れられているように、神（の意思）や理性（*ratio*）といった（人為を超えるという意味での）超越的乃至先験的存在によって根拠付けられた法は、当該根拠の完全性ゆえに、完全であることが前提とされることになる。（勿論、それを認識する主体である人間の不完全性ゆえにその法を完全に認識することは不可能であるとも論じられ得る。）この点で、少数の例外[4]を除いて、一六世紀から一八世紀の「国際法」関連文献に示された法理論は、何らかの形式で自然法との論理的連関を有し、その結果として、「完全性」を内包したものであったと評価し得る。それに対して、遅くとも一八世紀後半を迎えると、それまでの（地理的に限定されないという意味での）普遍的国際法理論とは異なる「欧州公法としての国際法」（後には、「文明諸国間の法としての国際法」）という地理的に限定された（但し、この地理的限定は欧州（や文明諸国）の諸君主や諸国民の間の関係を規律するという規律対象の限定として表現される。）国際法理論が提示される。そして、それが「実証主義国際法理論」と呼ばれるに相応しい内実を備えたものへと変化することになる。つまり、一八世紀後半は実証主義国際法理論の始期として捉えられるのである。そして、これまでに明示的に「国際法の完全性」を巡り提起されてきた諸理論は、本来的に実証的な近代国際法理論の枠内での議論であることから、それら諸理論の「前史」として積極的な意味[5]を有するのは一八世紀後半以降のことであるとみなされ得るのである。

また、二〇世紀戦間期を本章における記述の終点とすることの理由は、次章以下で論じられる「国際法の完全性」やそのコロラリーとしての国際裁判における「*"non liquet"*の宣言の禁止」を巡り現在我々が一般的に認識している諸理論の提示の契機となったのが、一九二〇年の常設国際司法裁判所規程（以下、同裁判所を「ＰＣＩＪ」、その設立文書を「ＰＣＩＪ規程」とする。）の起草のための法律家諮問委員会（Comité Consultatif de Juristes）における議論であったことにある。そして、この後者の理由の正当性については、先行研究の記述方法によっても確認される。

例えば、シオラ（Lucien Siorat）は、国際法における欠缺問題を総合的に扱う著作において、国際裁判における“*non liquet*”の宣言を承認する学説を一九二四年の著書[6]から、また否認する学説を一九三三年の論考[7]から各々説き起こしている[8]。また、“*non liquet*”の宣言を許容する論陣を張ったストーンが参照する先行研究も殆ど一九二〇年代以降のものに限定されている[9]。同様の傾向は他の論考においても看取可能である[10]。

但し、以上の先行研究に関して指摘されねばならないことが一点存在する。それは、それらの研究においては、「国際法の完全性」や「“*non liquet*”宣言の禁止」といった問題がまさに一九二〇年以降のみの問題として扱われている点である。そして、このことの背景には、それらの問題と密接に関連する「法の一般原則」の国際法上の地位についての議論がそうであるように、ＰＣＩＪ規程の起草作業以降に“*non liquet*”の宣言の禁止を巡る研究や論争が発生したとする判断が存在するものと推測される。しかし、本章で論じられるように、「国際法の完全性」と表裏一体をなす「国際法の欠缺」や「国際法の不完全性」といった問題を直接に扱う論考は一九世紀後半に登場している（本稿では本章㈤において一八七〇年の著作から論じられる。）のである。

また、「国際法の欠缺」や「国際法の不完全性」を明確に意識した論考が一九世紀後半には登場するという本稿の理解が正しいとするならば、それはそもそもそれ以前には「国際法の完全性」というような観念が研究者によって意識されていなかったという推定を成立させる。そして、この推定を基にするならば、一九世紀中葉以前の国際法関連著作にはそのような観念が存在しなかったと考えるべきであり、その結果、本章で行おうとする考察は無意味であるようにも思われる。

しかしながら、本章で試みられるのは、先ず、一九世紀末以前の国際法関連文献の中に内在する「国際法の完全性」に関連し得る理論を提示した上で、そこから更に、「国際法の完全性」や「国際法の無欠缺」を明示する理論の登場の過程についての概観を加えることなのである。

(二) 一六世紀から一八世紀前半までの「国際法」理論の傾向と「国際法の完全性」

「国際法の完全性」が「国際法の無欠缺」と理解されるならば、国際法の存在形式としての「法源」が考察対象とされるべきであろう。そこで先ずこの点に関して、一六世紀から一八世紀前半までの「国際法」関連文献において提示された理論を略述することとしたい。

「国際法」(*jus gentium*)の「法源」に関して、一六世紀の文献、例えば、一五六三年に上梓されたベリ(Pierino Belli)の『軍事問題及び戦争論』[11]や一五八二年公刊のアヤラ(Balthasar Ayala)の『戦争に関わる法及び責務並びに軍隊の規律についての三巻』[12]においては「法源」に関する理論的叙述は見出されないように思われる。また、バスケス(Fernando Vazquez de Menchaca)は、一五六四年の著作において、国王相互間又は自由な諸国民相互間の関係には「自然法及び国際法」(*ius naturale et gentium*)のみが適用されるとしたという[13]。

一七世紀の文献、例えば、プーフェンドルフ(Samuel Pufendorf)の『自然法及び国際法に関する八巻』では「国際法」(*jus gentium*)とは自然法のみであるとされるだけでなく、「同盟条約(*foedus*)及び講和(*pacificatio*)と通常定義される特別の協定(*conventum*:合意された事柄)」が「国際法」から明示的に排除されている[14]。このプーフェンドルフの所論とは逆に、ラッヘル(Samuel Rachel)は、『自然法及び国際法論』において「国際法」(*jus gentium*)を自然法から区別した上で[15]、「国際法は諸国民の合意により創設される」(*pactis itaque gentium jus gentium est constitutum*)とし、また、私人が合意により結合されるのと同様、自由なる諸国民や諸民族も合意により結合されるのであり、それ以外の方法で「それらの間で共通の拘束力を有する実定法」(*jus positivum, quod pro communi inter illas vinculo obtineat*)は存在することはないとして、国際法を合意に基づく実定法とする[16]。そして、スアレス(Francisco Suarez)は、ラッヘルと同様、自然法と国際法(*jus gentium*)を区別した上で、国際法

は全て又は殆ど全ての諸国民による慣習（*mores*）を通じて形成される不文法であるとする。[17] 更に、ズーチ（Richard Zouche）は、「国際法」（*jus gentium*）が「理性に合致する慣習により諸国民間で一般的に受容された」（*moribus rationi congruis inter gentes plerasque receptum est*）事柄であると同時に、「個別の諸国民が相互間で合意する」（*gentes singulae inter se consentiunt*）事柄であるとしており、[18] 彼の理論では慣習と条約の両者が国際法として観念されているものと解される。

一八世紀前半の文献では、次のような例が挙げられる。先ず、バインケルスフーク（Cornelius van Bynkershoek）は、『公法の諸問題』（一七三七年）において「理性（*ratio*）と慣行（*usus*）がもたらす黙示的且つ推定的合意から生ずる国際法（*jus gentium*）」[19] という表現を使用しており、国際法を基本的に慣習法として理解している。[20] これに対して、ヴォルフ（Christian Wolff）は『科学的方法により考察された国際法』（一七四九年）において「国際法」（*jus gentium*）を「諸国民（*gentes, sive populi*）が相互に有している権利及びそれに対応する諸々の義務に関する知識（*scientia*）」と定義した上で、諸国民を「自然状態に生きている自由な個々の人格の如きもの」とし、そのため諸国民は元来自然法上の権利しか持たないとしている。[21] したがって、彼がいう「国際法」とは、諸国民に適用された自然法に他ならないことになる。

更に、（一八世紀後半になってしまうが）一七五八年に公刊されたヴァッテル（Emer (Emmerich) de Vattel）の『国際法、或いは諸国民及び諸主権者の統治及び諸問題に適用される自然法の諸原則』（以下『国際法』とする。）では、「国際法」が「必要的国際法」（le droit des gens nécessaire）・「意思国際法」（le droit des gens volontaire）・「協定国際法」（le droit des gens conventionnel）・「慣習国際法」（le droit des gens coûtumier）の四つに分類されている。「必要的国際法」とは「自然法の諸国民への適用に存する」ものであり、「諸国民がそれを遵守するよう絶対的に義務付けられているゆえに必要的」であって、しかもそれは「不変である」とされる。[22]「意思国際法」とは、

諸国民の平等と自由に基づく諸国民からなる社会を維持するために、諸国民間で確立されたものである。[23]（「必要的国際法」と「意思国際法」の本質的相異は、前者が諸国家の内部的なものであって常に諸国家の意識において義務的なものであるのに対して、後者は外部的なものであって或る国家が他の国家に何かを要求する場合に参照されるものである点にある。[24]）また、「協定国際法」は、「条約法」（le droit des traités）とも呼ばれ、明示的合意に基づくものであり、合意した当事国のみを拘束する。「慣習国際法」は、黙示的合意により諸国民を拘束するが、（現在この言葉が有する意味とは異なり）当該慣習を採用した国家のみを拘束するとされ、したがって、拘束力の一般性を有しないとされる。[25]

以上に挙げられた事例からだけでも容易に理解されるように、この時期の「国際法」関連文献において、国際法の存在形式という意味における「法源」の観念は論者によって異なる。（また、そうであるからこそ、国際法史概説書において通常一八世紀までの国際法学者を、自然法論学派、（初期）実証主義学派、更には、グロティウス（折衷）学派等に区分するという試みが行われてきたのである。[26]）しかし、それらの中で、共通した事柄が存在する。それは、自然法を援用するにしろ、実定法である慣習を援用するにしろ、それらの理論は、規律の対象となる法主体の一般性、そしてその結果としての国際法の普遍的適用の可能性を内包するものであったということである。また、国際法を自然法として理解する場合には、自然法が具有する「完全性」ゆえに国際法にも「完全性」が保証される可能性が存在することになる。尚、この点に関しては、バインケルスフークやズーチにおけるように、「慣習」を主要な法源として、一見したところ、非実定的要素を含まない理論が展開されている場合であっても、「理性」や「自然的理性」（*naturalis ratio*）[27]といった先験的・非実定的要素が「慣習」を構成するとされている点も注意を要する。

更に、本節で考察対象とした時期の「国際法」関連文献においては、ローマ法を論証過程で援用するものが多

い。（例えば、グロティウスの『戦争と平和の法』の場合おいては『学説彙纂』（*Digesta*）をはじめとする『ローマ法大全』（*Corpus Juris Civilis*）が頻繁に援用されており[28]、同様の傾向はバインケルスフークの著作においても明瞭に現れている[29]。）ローマ法が「書かれた理性」（*ratio scripta*）として「自然法に極めて近似するもの[30]」と認識されていたとするならば、そこに「完全性」の根拠を見出すことも可能であろう。

尚、この時期の「国際法」理論の中には、「完全性」を意識した著作が存在する。例えば、ヴォルフの著作を巡り、「自然法論および国際法論――さらには実践哲学全体――の基礎となっているのが、『完全性（Vollkommenheit, perfectio）の原理』である」ことが指摘されている[31]。しかし、そこで問題とされているのは、「国際法の無欠缺性」ではなく、哲学的な完全性[32]や方法論的又は認識論的な完全性や明証性[33]であったものと解されるのである。

㈢　一八世紀後半から一九世紀にかけての国際法学と「国際法の完全性」

1　「欧州公法」としての国際法

前節において確認されたように、一六世紀から一八世紀前半における「国際法」関連文献においては、各々の著者が主張する「国際法」の適用範囲が、（各々の理論の内実は各著者が欧州で観察していた事柄に限定されたものであったとしても）理論的には地理的に限定されたものではなかった。それに対して変更を加え、国際法を欧州諸国間にのみ妥当する法規範であるとしたものが「欧州公法」（*jus publicum Europaeum*: droit public de l'Europe）の観念である。

「欧州公法としての国際法」或いは「欧州国際法」という観念が妥当した時期については論者により差異が見られる[34]。また、この観念を使用しないで国際法の通史を叙述している著作も存在する[35]。このような見解の相異は存

在するものの、「欧州公法」や「欧州国際法」という名称を含む表題を実際に付せられた著作であって、一八世紀中に上梓されたものは少なくない。

先ず、一七四七年にマブリー（l'Abbé de Mably (Gabriel Bonnot de Mably)）が『条約により基礎付けられた欧州公法』[36]を公刊している。モーザー（Johan Jacob Moser）は、一七五〇年に『現行平時欧州国際法要理』（以下、『要理』とする。）[37]を、一七七〇年代後半には大部の『平時及び戦時最新欧州国際法試論』[38]や『平時及び戦時現代欧州国際法基礎理論』[39]を、各々発表している。マルテンス（Georg Friedlich von Martens）は一七八五年に『欧州国際法要論』[40]を、更に、ギュンター（Carl Gottlob Günther）は一七八七年から九二年にかけて『ドイツ帝国等族への適用を含む、理性・条約・慣習に基づく平時欧州国際法』[41]を上梓している。このように一八世紀後半には「欧州国際法」や「欧州公法」を書名に含む著作が登場していることから、この時期には欧州社会に適用対象を限定した国際法の観念が或る程度受容されていたとすることが可能である。

これらの中で、例えば、モーザーは「国際法」の定義に関して、『要理』の中で次のように述べている。即ち、「その根拠が主権者及び諸国民間の条約又は慣行（Gebrauch）にある法の一種」であるか、或いは、「それはまた主権者及び諸国民が、自らの行為をそれに適合させるよう拘束され、それに従って責任を負うと判断すべき法」[42]である。[43]つまり、「法主体」として想定されているのは「主権者及び諸国民」のみである。マルテンスも同様に、「諸国民及び諸国家」のみを法主体として想定した国際法理論を展開している。[44]このように「国際法主体」を限定した上で、欧州の諸国家に適用があるとされるのが欧州国際法であるということになる。

更に、欧州国際法理論を特徴付けるものが、その実定性である。モーザーは、国家間関係一般に対して直接的効力を有するような「神法」（Göttliches Recht）や「自然法」（Recht der Natur）の存在を否定し、[45]同時に「国家間の法律」（Völcker-Gesetz）[46]、「一般国際条約」（allgemeiner Völcker-Vertrag）[47]、「一般国際慣習」（allgemeines

Völcker-Herkommen）[48]といった一般的国際法規範が存在することをも否定する。このように欧州以外の諸国をも含めた世界に適用される国際法の存在を否定した上で、更に、「欧州の全ての諸国民間で単一の条約が存在したことは一度もない」[49]し、また、「欧州諸国家間の個々の条約から、欧州の全主権者が同一の見解を有するような原則は何ら提示され得ない」[50]とする。そうでありながらも、「同一形式の多くの特別条約に依拠」して欧州諸国家間には共通の法（「欧州一般に現実に妥当している国際法」）の存在を主張する[51]。つまり、モーザーが構想する「欧州国際法」とは実定法のみであることになるのである。

また、マルテンスは、『実定欧州国際法序説』の「序論」において、「自然国際法」（natürliches Völkerrecht）・「個別諸国民間の実定国際法」（positives Völkerrecht einzelner Völker）・「一般実定国際法」（allgemeines positives Völkerrecht）・「欧州実定国際法」（positives europäisches Völkerrecht）について論じている。彼は、「国際法は自然法か実定法である」として、一般的且つ必要的国際法としての「自然国際法」の存在を承認する[52]一方で、「一般実定国際法」の存在を否定する[53]。その上で彼は、欧州においてのみ諸国家間一般について妥当する「実定欧州国際法」の存在を主張するのである[54]。

以上のことから理解されるように、「欧州公法」或いは「欧州国際法」は欧州の諸国家間の関係を規律する実定法（実定法のみであるか、自然法も妥当するのかについての見解は分かれるが）として構想されているのである。（また、モーザーのような国際法の普遍的妥当性を否定する理論が登場していることも注目されるべきであろう。）

2 「文明諸国間の法」としての国際法

「欧州国際法」を表題に含む国際法概説書は一九世紀においても、多数著されている。即ち、ザールフェルト（Friedrich Saalfeld）[55]・シュマルツ（Theodor Schmalz）[56]・クリューバー（Johann Ludwig Klüber）[57]等々の著作である。

しかし、一九世紀中葉になると変化が現れる。即ち、「文明諸国間の法」として国際法を説明する国際法理論の登場である。この理論は、元来欧州の諸国家間にのみ妥当するとされていた「欧州公法」或いは「欧州国際法」が、欧州諸国家の活動範囲の拡大や新大陸への欧州からの移民活動等を通じて、地理的妥当範囲を拡大したために、提示されたものである。その好例が、一九世紀中葉のホィートン（Henry Wheaton）の著作であり、彼は次のように論じている。

「統一的な国際法（law of nations）は存在するのであろうか。世界中の全ての諸民族及び諸国家にとって同一のものは確かにない。公法（public law）［の妥当範囲］は、僅かな例外を伴いつつ、欧州の文明化されたキリスト教人民（people）又は欧州に起源を有する人民に常に限定されてきたし、［現在も］限定されている。」[58]（［　］内は筆者（明石）による。以下、同様。）

同時期に、ヘフター（August Wilhelm Heffter）は（著作の表題は『現代欧州国際法』であるが）「地球上の全ての国家（Staaten）又は国民（Völker）にとっての」「対外公法（äusseres Staatenrecht）」の存在を否定し、そのような法は「常に一定の範囲（Kreise）でのみ成長を続けた」のであって、それは「キリスト教的欧州とそこから設立された諸国家において」であるとした。[59]

このように、遅くとも一九世紀中葉までには、欧州的な「文明諸国」間にのみ妥当する法の観念、即ち「文明諸国間の法としての国際法」が提示されている。そして、こうした国際法の観念は一九世紀末に至るまで維持されている。例えば、一八九五年に公刊された国際法概説書の中でローレンス（Thomas Lawrence）は、国際法を文明諸国間の法として理解し、「いかなる規則も、文明諸国により一般的に受容されない限り法としての権威を

有し得ない」ことを強調しており、実質的に文明諸国間の「慣習」（custom）のみを法源としているのである。[60]（尚、ローレンスは、「法源」として「偉大なる国際法学者の著作」や「条約」等五つを挙げているが、そこには「慣習」は挙げられておらず、それらはむしろ「慣習法の存在証拠」としての地位を与えられている。[61]）

しかし、注意を要するのは、このような理論が国際法学全般を覆い尽くしたのではないという事実である。一九世紀後半にブルンチュリ（Johann Caspar Bluntschli）は『文明諸国の現代国際法』を公刊しており、この表題からは「文明諸国間の法としての国際法」が提示されているようにも理解されよう。しかし、実際には、「国際法は欧州の同族的な国際社会（die europäische Völkerfamilie）に限定されない」のであり、国際法の「支配領域」は、「地球表面の全体である」し「人類の法が到達するところまで、国際法は到達する」[62]とされており、国際法は世界全体に適用のあるものとされているのである。

このブルンチュリのような著作とも異なり、そもそも「欧州国際法」や「文明諸国間の法としての国際法」という観念から距離を置き、飽くまでも全ての国家に妥当するという意味での一般国際法理論を論ずる著作も一九世紀を通じて存在した。次節では、そのような著作を含めて、一九世紀における国際法学理論の状況について述べることとしたい。

㈣　一九世紀国際法理論と「国際法の完全性」

一九世紀の国際法学は一般に「実証主義国際法学」として理解されてきている。[63]（そして、そのような理解の中で、先述の「欧州国際法」や「文明諸国間の法としての国際法」も実証主義に基づくものと評価することも可能ではある。）しかし、この評価は誤解を招き易いものである。「実証主義国際法学」が実定法のみを国際法学の認識対象とするということを意味するならば、それは一九世紀中の国際法学の実態とは乖離するものであるからである。

それでは、当時の国際法学の理論状況とはどのようなものであったのであろうか。

一方では、確かに「実証主義国際法学」と評価され得る理論が提示されている。特に、国際法の基底に国家意思を据えるという意味での意思主義に徹した国際法理論の展開を試みたイエリネック（Georg Jellinek）[64]やトリーペル（Heinrich Triepel）[65]の理論は、（それらに対する批判は可能であるとしても）実証主義国際法学の構築にとって重要な意味を有したことは疑い得ないであろう。また、国際法概説書においても非実定的要素を国際法の「法源」から排除したものが一九世紀には登場している。例えば、ホルツェンドルフ（Franz von Holtzendorff）は国際法の「法源」を次のように定義している。

「真の意味における国際法の法源とは、支配権を有するものとして国家により又は国家の中で（vom oder im Staat）承認された権力（Macht）の行為であって、一定の作為又は不作為に対して継続的に義務付ける、そして可能な方法で強制できる、一般的に承認された行為である。[66]」

ここでは、国家意思によって承認された規範のみを国際法として認識するという意思主義的国際法理論が展開されていることが理解される。[67]

また、一九世紀の国際法概説書として極めて高い評価[68]を与えられている『現代欧州国際法』を著したヘフターは、「自由な諸国家にとって、有効な法は共通な意思を通じて（durch gemeinsamen Willen (consensu)）のみ存在し、その有効性は条約における（in Verträgen）明示的承認か慣習を通じての（durch Gewohnheit）確認の何れかを必要とする」のであり、これが「国際法の形式的表現」であるとして、国家の意思に由来する国際法の法源を提示している。[69]更に、ウールズィー（Theodore Dwight Woolsey）は、「国際法（a law of nations）はそれの当事者によ

る合意（consent）によってのみ生成し得る」[70]とし、また「国際法（international law）を自然法（*natural law*）と混同しないことは重要である」[71]との指摘を行っている。

以上の他、ワイルドマン（Richard Wildman）は、「国際法（internaional law）は慣習法である」[72]として条約でさえも国際法の範疇から排除し[73]、更に「自然法（the law of nature）は国際法のいかなる部分も構成しない」[74]と断じている[75]。

他方で、一九世紀においても実定国際法のみを認識対象としたのではない国際法理論も存在した。例えば、クリューバーは一八二一年に上梓した概説書の中で、先ず、国際法の「定義」について次のように論じている。

「独立の諸国家（Staaten）は、倫理的人格として、諸国家の相互的関係において、自由なる諸国民（freie *Völker*）の名を帯びている。それらの相互的で完全な諸権利、即ち、諸国家の相互の関係における諸国家の法（Recht）の総体は、国際法（*Völkerrecht* (jus gentium, droit des gens, Staatenrecht, jus civitatum inter se)）と呼ばれる。これらの諸権利が諸国家の相互関係の本性（Natur）から流れ出てくる限り、国際法は自然的又は一般的（*natürliches* oder allgemeines (jus gentium naturale s. universale)）である[76]。」

この記述の後に、明示又は黙示の合意に基づく実定国際法（*jus gentium positivum*）についても論じられているが、一般国際法に関する議論では再度自然国際法を含めた議論が展開されている[77]。更に、「法源」についてクリューバーは「欧州の諸国家の国際法の法源」に限定して論じているが、そこでは「条約」（Verträge）[78]、「類推」（Analogie）[79]と並んで「自然国際法」[80]が挙げられているのである。

また、ロリマー（James Lorimer）は一八八三年に公刊した『国際法原論』において、「国際法」と「自然法」

の関係について論じ、「自然法は普遍的効力を有する」ことを理由として、「我々が国際法（the law of nations）と称する実定法」は自然法から逸脱しないとした上で、「国際法は、別個の諸々の政治共同体（separate political communities）の関係において実現される自然法である」としている。[81] つまり、彼にとって国際法とは自然法そのものなのである。そして、その前提に基づいた国際法理論が展開されることになる。その典型が慣習法に関する理論であり、そこでは「国際関係における自然法の無意識的解釈者としての国際慣習（international customs）」という説明が示されているのである。[82]

以上の他にも、フィオレ（Pasquale Fiore）は「諸国家間の自然法（le droit naturel des États）は必要であり、不変である」[83]とし、また、ボンフィス（Henry Bonfils）は「全ての国家、全ての人民（peuples）に適用される」法である「自然的又は理性的国際法」（le droit international naturel ou rationnel）[84]について論じ、更に、マニング（William Oke Manning）は自然法と実定国際法が国際法を構成するとする等々、[85] 非実定的（自然法的）要素を含んだ国際法理論を展開する一九世紀の論者が存在する。[86]

また、一般に実定法として論じられる傾向にある「文明諸国間の法としての国際法」であっても、ホィートンは、「文明諸国間で理解されている国際法（international law）」を「正義（justice）に合致するものとして、独立の諸国（independent nations）間に存在する社会の本性（the nature of the society）から理性（reason）が導出する行動の諸規則からなるものであり、一般的同意（general consent）により確立され得る定義と変更を伴う」[87]と定義しており、この国際法観念には「一般的同意」という実定法的要素と「正義」や「社会の本性」、更には「理性」という非実定的要素が混在しているのである。

以上のことから、一九世紀を「実証主義国際法学の世紀」であるとすることに単純に与することは適切ではないことが理解される。一九世紀国際法学に関する最も正当と思われる評価は、次のようなものである。即ち、一

九世紀の国際法学においては、前世紀までの国際法学関連著作の中で「実証主義的」とされた諸著作が依然として内包していた非実証主義的要素を徹底的に排除した国際法理論が登場し、そのような理論が漸次受容されるようになったが、自然法的又は非実定的観念を援用する理論は常に存在し続けたのである。

尚、一八世紀の国際法理論に共通して存在した、自然法や慣習法を援用することにより国際法の（規律対象とされる主体という点での、そして結果的に地理的な点での）一般的妥当性を確保しようとする傾向は、一九世紀に至っても明らかに存在していることも指摘されなければならない。[88] 例えば、ウールズィーは、次のような論理を展開している。

ウールズィーは先ず、国家間関係を規律する法が「現在では広く国際法（*international* law）と呼ばれている」とした上で、「国際法」を三つの意味で提示するが、その最狭義の「国際法」を「キリスト教諸国が相互間の関係及び他国民（other's subjects）に対する関係において義務的であると承認する規則の集合（aggregate）」とする。[89] つまり、この最狭義の国際法は「文明諸国間の法としての国際法」の観念に合致するのであるが、この意味での国際法についての四点の注記が加えられる中で、第三点として次のような見解が示されている。

「二又はそれ以上の、しかし全てのではない、キリスト教諸国により合意された行為規範（the rules of action）は国際法のいかなる部分も構成しない。但し、それらはそれ[即ち、国際法]をしばしば例証する（illustrate）し、その[即ち、国際法の]新たな修正の容認（admission）への道をしばしば拓く。」[90]

つまり、ウールズィーは、国際法自体の一般性を理論的前提とし、「特別条約」を国際法から排除しているのである。また、ホィートンは、国際法の法源として六つの類型を列挙し、その第二のものとして「条約」を挙げ

ているが、それを「先行して存在している国際法を宣言し、修正し、又は定義する、講和・同盟・通商に関する条約」[91]に限定しており、既存の一般国際法規範に関わらないような個別的条約は国際法の法源に含まれないことになるのである。同様に、ワイルドマンは、(既に触れられたように「国際法」を慣習法のみに限定しているが)「共通の国際法(the common law of nations)[即ち、慣習法]は理性(reason)と慣行(usage)からのみ演繹され得る」とした上で、慣行が一貫した判決及び条約から導出されるとし、また「慣習から逸脱する条約は国際法(the law of nations)を変更しない」[92]とする。つまり、ワイルドマンは慣習法を構成する慣行の存在証拠としてのみ条約が援用されるとするのである。また、彼のこのような論理の基底には、一般的妥当性を有する規範のみを国際法とする認識が存在しているものと解されるのである。

それでは、以上のような国際法学の理論状況の中で、「国際法の完全性」はどのように扱われ得たのであろうか。

何らかの方法で自然法を援用する国際法理論においては、自然法が無欠缺であるとの論理を採用するならば、その自然法の無欠缺性ゆえに国際法も無欠缺であると主張することは可能であろう。では、国際法を実定法としてのみ理解する理論においても、国際法の無欠缺性を主張することは可能なのであろうか。

国際法を実定法のみに限定するような一九世紀国際法理論においては、当該実定法が妥当する地理的範囲は「欧州」又は「文明諸国」に限定される傾向にある。そして、そのように地理的に限定された中で、それらの理論は慣習又は/及び条約を当該地域に妥当する国際法であるとしている。(本節で確認された限りでは、次章で検討される「法の一般原則」は「法源」として挙げられていないことは注意されなければならない。)直感的には、慣習や条約のみによって国際法を無欠缺とすることはできないように思われる。そして、歴史的事実はこのような直感的理解に合致するものと思われる。即ち、以上で確認されたような実定法により構成される「欧州国際法」又

は「文明諸国間の法としての国際法」という観念が盛期を迎えると判断される一九世紀後半になって、「国際法の欠缺」を正面から扱う論考が登場し始めるのである。

＊　本稿には既発表の拙稿（「国際法の妥当範囲―『国際法の完全性』の歴史的素描―」『国際法外交雑誌』第一〇九巻（二〇一〇年）一―二六頁）と重複する内容が含まれる。

（1）　J. Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamism of Disputes- and War-Law* (London, 1954) (hereafter referred to as "*Legal Controls*"), p.153.

（2）　『北大法学論集』第二九巻（一九七八年）一三三―一九一頁に初出。その後、若干の修正が加えられて、杉原高嶺『国際裁判の研究』（有斐閣、一九八五年）一五七―二一〇頁所収。（以下、本稿では『国際裁判の研究』を出典とする。）

（3）　国際裁判における「法律的紛争」と「非法律的紛争」の区別を巡る論考は多数存在するが、本稿で重視される戦間期の代表的先行研究として、次の論考を挙げておきたい。田岡良一「法律紛争と非法律紛争の区別―ラウターパハト説と其批判―（一）」・「同（二・完）」『法学』（東北大学）第七巻（一九三八年）六八七―七一六頁及び八六六―八九一頁。

（4）　例えば、スアレス（Francisco Suarez）は、『法律及び立法者たる神について』（*De legibus ac Deo legislatore* (1612) (The Classics of International Law (Oxford/London, 1944)）（以下、"*LDL*"とする。）において、自然法と国際法（*jus gentium*）の関係について、次のような説明を行っている。

自然法が自然の原則から必然的に導き出されるのに対して、「国際法の規則は、人間の自由意思と合意によりもたらされるのであって」「自然の創造主により人間の心に刻まれたものではない」。したがって、国際法は「人定法に属するのであって、自然法に属するものではない」（*sunt juris humani, et non naturalis*）のである。（*LDL*, II, c.17, sec.8.）

このように、スアレスは、（自然法と国際法（*jus gentium*）の共通点も存在することを認めていると解される部分（*LDL*, II, c.19, sec.1.）もあるが）自然の原則から必然的に出来するか否かという点に自然法と国際法の本質的相異が

存在するとして、両者を別個のものとするのである。

(5) ここで「積極的な意味」とされているのは、一八世紀前半以前の「国際法」関連文献において実証主義国際法理論の枠内での「国際法の完全性」は示されていないという点で、それらの文献からは「消極的な意味」しか見出されないという理解に由来する。

(6) N. Politis, *La justice internationale* (Paris, 1924).

(7) F. Castberg, "La méthodologie du droit international public", *Recueil des cours* (1933-I), pp.309-383.

(8) L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international: Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (Paris, 1958), pp.200-202.

(9) See, Stone, *Legal Controls*, pp.153-164. See further, J. Stone, "Non Liquet and the Function of Law in the International Community", *The British Yearbook of International Law*, vol.35 (1959) (hereafter referred to as "Non Liquet"), pp.124-161.

(10) See *e.g.*, H. Lauterpacht, "Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law", *Symbolae Verzijl* (La Haye, 1958) (hereafter referred to as "Some Observations"), pp.196-221: G. Fitzmaurice, "The Problems of Non-Liquet: Prolegomena to a Restatement"; in *Mélanges offerts à Charles Rousseau: La communauté internationale* (Paris, 1974), pp.89-112.

(11) P. Belli, *De re militari et bello tractatus* (1563) (The Classics of International Law (Oxford/London, 1936)).

(12) B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri III* (1582) (The Classics of International Law (Washington, D.C., 1912)).

(13) 本稿執筆に際して、筆者（明石）はバスケスの著作（*Illustrium controversiarum aliorumque usu frequentium libri tres* (1564)）に実際に接することができなかった。本論の記述は次の文献に依拠している。Th. A. Walker, *A History of the Law of Nations*, vol.1 (Cambridge, 1899), p.245: K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*, 2. Aufl. (München, 2007), S.133-134. 尚、彼が論じた「国際法」（*jus gentium*）は自然法であったとも評されている。Th. E. Holland (Th. A. Walker/W. L. Walker (eds.)), *Lectures on International Law* (London, 1933), p.20: 伊藤不二男『スアレスの国際法理

論』（有斐閣、一九五七年）三四頁。

(14) S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), II, iii, 23. 尚、この著作の全面改訂版が一六八八年に公刊され、同版が The Classics of International Law (Oxford/London, 1934)に収められている。

(15) S. Rachel, *De jure naturae et gentium dissertationes* (1676) (The Classics of International Law (Washington, D.C., 1916)). この著作は、「第一論文」(*Dissertatio prima*) と「第二論文」(*Dissertatio altera*) から成るが、前者では「自然法論」(*De jure naturae*)、「道徳論」(*De virtute morali*) 及び「善性論」(*De bona indole*) が扱われ、後者では「国際法論」(*De jure gentium*) が扱われている。

(16) *Ibid.* (*De jure gentium*), II *et* III, pp.233-235.

(17) Suarez, *LDL*, II, c.19, sec.6.

(18) R. Zouche, *Iuris et Iudicii fecialis, sive Iuris inter Gentes, et Quaestionum de eodem explicatio* (1650) (The Classics of International Law (Washington, D.C., 1911)), pars I, sec.1, 1.

(19) C. van Bynkershoek, *Quaestionum juris publici libri duo, quorum primus est de rebus bellicis, secundus de rebus varii argumenti* (1737) (The Classics of International Law (Oxford/London, 1930)), p.251.

(20) 『使節裁判権論』(C. van Bynkershoek, *De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali, liber singularis* (1st ed., 1721, 2nd ed., 1744)) (The Classics of International Law (Oxford/London, 1946) reproduces the 1744 edition.) においてバインケルスフークは「国際法」(*jus gentium*) の定義に関わる記述を断片的に行っているが、それらを纏めるならば、次の二点に集約され得る。即ち、第一に、ユース・ゲンティウムは慣習に示された黙示的合意であり、第二に、慣習は理性と慣行によって成立する。以上のバインケルスフークの国際法観念に関しては、次の拙著を見よ。K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law* (The Hague/London/Boston, 1998), pp.19-33.

(21) Ch. Wolff, *Ius gentium methodo scientifica pertractatum* (1749), *Prolegomena*, §§1-3. (The Classics of International Law (London, 1934) reproduces the 1764 edition.)

(22) E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et*

des souverains (1758) (The Classics of International Law (Washington, 1916)), Préliminaires, §§7-8.

(23) *Ibid.*, §§18-21.

(24) *Ibid.*, §28.

(25) *Ibid.*, §§24-25.

(26) See *e.g.*, A. Truyol y Serra, *Histoire du droit international public* (Paris, 1995), pp.82-91: D. Gaurier, *Histoire du droit international* (Rennes, 2005), pp.167-194. またヌスバオムはグロティウスの理論の折衷的性格を認めつつ、自然法論者と実証主義者（及び国際法否定論者）に区分する。A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, revised ed. (New York, 1958), pp.135-185. 但し、これらの三（乃至は二）分法の有効性に関して、特に、「実証主義者」とされてきたバインケルスフークの方法論的問題性を中心に、筆者（明石）は疑問を投げ掛けてきた。この点については、次の文献を見よ。Akashi, *op. cit.*, pp.174-179.

(27) ズーチは「法学者ガイウスが述べているように、自然的理性が全ての人間の間に創設した事柄は全ての者により同様に尊重され、それが国際法（*jus gentium*）と呼ばれるものであり、全ての諸国民（*omnes gentes*）が法として承認するものである」（Zouche, *op. cit.*, pars I, sec.1, 1.）とも述べており、国際法と自然法を区別しつつも、国際法が「自然的理性」により創設されているとしている。

(28) グロティウスが『戦争と平和の法』の中で援用する典拠については、差し当たり、田中忠「グロティウスの方法」大沼保昭（編）『戦争と平和の法』（東信堂、一九八七年）五九―六二頁を見よ。

(29) バインケルスフークのローマ法への依拠については、次の文献を見よ。Akashi, *op. cit.*, pp.19-33.

(30) H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)* (London, 1927), p.21. また、トリーペルは、近代国際法の形成期において、「国際法理論におけるローマ法の受容は自然法の所産である」（H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, 1899), S.214.）として、「書かれた理性」としてのローマ法と自然法との近接性を主張している。

(31) 柳原正治『ヴォルフの国際法理論』（有斐閣、一九九八年）七九頁。

(32) 例えば、前註で挙げた柳原の著作においては、本文中の引用に続いて、次のように論じられている。「それは、

自己および自己の状態――著作によっては、他人および他人の状態をも含む――を一層完全なものにすることを行うべきであり、それらを一層不完全なものにすることを行うべきではない、という原則である。ただ、最大の完全性は神に固有なので、人間が達成し得る最大の善、つまり『至福（Seligkeit, beatitude）』は、一層大きな完全性へ向けて妨害されることなく前進していくということである。すべての法、さらには国家も、人間の社会的欲求や社会性という人間本性ではなく、この完全性の原理から演繹される。」同前。

(33) 数学者でもあったヴォルフは自らの自然法・国際法理論が（前註(21)に掲げた著作の表題にも示されているように）「科学的方法」（*methodus scientifica*）、即ち、幾何学的方法や数学的方法によるべきことを自覚していた。例えば、カッシーラー（Ernst Cassirer）は「ライプニッツの弟子であるクリスティアン＝ヴォルフは、師の例に倣い、厳密な数学的方法に従って自然法に関する教科書を書いた最初の人物であった」（E. Cassirer, *The Myth of the State* (New Heaven/London, 1946), p.166.）としている。

(34) グレーヴェは“droit public de l'Europe”の時代を一六四八年から一八一五年とする。（W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Baden-Baden, 1984), S.323-498.）カール・シュミットは“*jus publicum Europaeum*”が（必ずしも明示的ではないが）一六世紀から一九世紀末までと考えている。（C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 2. Aufl. (Berlin, 1974), S.111-185.）また、トルヨル＝イ＝セラはウェストファリア条約を「欧州公法の基礎」としていることから、一六四八年以降に欧州公法の観念が妥当するとしているものと解されるが、終期については明示されていない。（Truyol y Serra, *op. cit.*, pp.66-68.）

(35) A. C. G. M. Eyffinger (red.) *Compendium Volkenrechtsgeschiedenis*, 2e druk, (Deventer, 1991).

(36) l'Abbé de Mably, *Le droit public de l'Europe, fondé sur les traités* (1747).

(37) J. J. Moser, *Grundsätze des jetzt üblichen europäischen Völkerrechts in Friedens-Zeiten* (1750)（以下、註においては“*Grundsätze*”とする。）.

(38) J. J. Moser, *Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens- und Kriegs-Zeiten* (Buch 1-22 in 12 Bd.) (1777-1780)（以下、註においては“*Versuch*”とする。）.

(39) J. J. Moser, *Erste Grundlehren des jetzigen Europäischen Völkerrechts in Friedens- und Kriegs-Zeiten* (1778).

(40) G. Fr. von Martens, *Primae lineae juris gentium Europaearum practici in usum auditorum adumbratae. Accedit praecipuorum quorundam foederum ab anno 1748 inde percussorum index et repertorium* (1785).マルテンス自身の手による国際法概説書には、このラテン語版の他、仏語版（*Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage* (1789)）と独語版（*Einleitung in das positive europäische Völkerrecht auf Verträge und Herkommen* (1796)（以下、註においては"Einleitung"とする。））がある。これらの版の間の関係については、拙稿「国際法学における『実証主義』の史的系譜」『世界法年報』第二二号（二〇〇三年）二六頁（註(66)）を見よ。

(41) C. G. Günther, *Europäisches Völkerrecht in Friedenszeiten nach Vernunft, Verträgen und Herkommen, mit Anwendung auf die teutschen Reichsstände*, Erster Theil (Altenburg, 1787), Zweiter Theil (Altenburg, 1792).

(42) Moser, *Grundsätze*, S.2.

(43) *Versuch* においてモーザーの「国際法」の定義に当たると思われるのは、執筆意図に関する記述の中にある次の一文である。「私が唯一記述することは現実の欧州国際法のみであり、それは、主権的（又は事柄の性質によっては半主権的）な欧州の元首及び国家が、平時及び戦時に相互間において何か交渉をしなければならない場合に、通常とる態度といったものである。」（Moser, *Versuch*, S.18.）したがって、*Grundsätze* に比較して *Versuch* では、国際法の存在形式についての分類が削除されていることから（しかし、その存在形式は実質的に維持されていると見ることも可能である）、現実に妥当している「欧州国際法」こそが彼にとっての「国際法」であるという点がより明確にされていると言えよう。

(44) 例えば、前掲（註(40)）独語版概説書において、次のように述べられている。「諸国民及び諸国家は他者に対する関係において、自然状態の中で相互に生存する倫理的人格（moralische Personen）であるとみなされ得る。そのことから自然国際法とは、諸国民に適切に応用された諸個人の自然法以外のなにものでもないこととなる。しかし、この応用に由来する相異は、諸個人の自然法とは区別されるべき一つの固有の学問へと国際法を高める。自然国際法は一般的（何故ならば全諸国民を拘束するから）で必要的（何故ならば全諸国民をそれらの意思がなくとも拘束するから）であるとされる。」（Martens, *Einleitung*, S.2.）

(45) Moser, *Versuch*, S.21-26.

(46) Moser, *Grundsätze*, S.2.
(47) Ebd.
(48) Ebd., S.3. 更に続けて、次のように述べられている。「それに関して他の諸国民が知らないか、或いは彼らのもとではその逆のことが慣習であるような何らかの慣習が、複数の諸国民間に存在し得る。」
(49) Ebd., S.2.
(50) Ebd.
(51) Ebd., S.3.
(52) Martens, *Einleitung*, S.1-2.
(53) Ebd., S.6-7.
(54) Ebd., S.3-6.
(55) Fr. Saalfeld, *Grundriß eines Systems des europäischen Völkerrechts* (Göttingen, 1809).
(56) Th. Schmalz, *Das europäische Völkerrecht* (Berlin, 1817).
(57) J. L. Klüber, *Europäisches Völkerrecht* (Stuttgart, 1821).
(58) H. Wheaton, *Elements of International Law*, 6th ed. (Boston, 1855), p.16. (1st ed, London, 1836)
(59) A. W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart* (Berlin, 1844), S.1-2.
(60) Th. Lawrence, *The Principles of International Law* (London/New York, 1895), p.91.
(61) *Ibid.*, pp.91-106.
(62) J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, 3., mit Rucksicht auf die neueren Ereignisse bis 1877 erg. Aufl. (Nördlingen, 1878), S.62-63. (1. Aufl., Nördlingen, 1868)
(63) 例えば、ヌスバオムは、「国際法学において一九世紀は実証主義の偉大なる時代である」としている。Nussbaum, *op. cit.*, p.232.
(64) G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge* (Wien, 1880).
(65) Triepel, a.a.O.

(66) F. von Holtzendorff, *Einleitung in das Völkerrecht* (*Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 1) (Berlin, 1885), S.79.

(67) ホルツェンドルフは、「直接的法源」として、「承認」(Anerkennung) と「慣習」(Gewohnheit) を、「間接的法源」として「国内法」(Landesgesetze) と「条約」(Staatsverträge) を挙げている (Ebd., S.83 ff.) が、何れも国家意思を中心としたものと理解され得る。

(68) See *e. g.*, Nussbaum, *op. cit.*, p.243: Ziegler, a.a.O., S.190.

(69) Heffter, a.a.O., S.4.ヘフターの概説書の評価に関しては、次の文献を見よ。I. J. Hueck, "Pragmatism, Positivism and Hegelianism in the Nineteenth Century: August Wilhelm Heffter's Notion of Public International Law"; in M. Stolleis/M. Yanagihara (eds.), *East Asian and European Perspectives on International Law* (Baden-Baden, 2004), pp.41-55.

(70) Th. D. Woolsey, *Introduction to the Study of International Law*, 6th ed. (New York, 1895), p.5.

(71) *Ibid.*, p.11.(引用文中の強調斜字体は原文のままである。) 但し、ウールズィーの社会や法に関する認識は、彼の概説書の本論冒頭の次の一文が示すように、自然法的色彩を帯びている。「人間社会の個々の構成員を各々から保護するために、そして、正しい社会を可能とするために、人間の創造者は人間の本性の中に、いかなる場合にも義務 (obligations) が対応し、我々が権利 (rights) と呼ぶ一定の諸観念を埋め込んだ。」*Ibid.*, p.1.

(72) R. Wildman, *Institutes of International Law*, vol.I (London, 1849), p.1.

(73) しかし、条約の国際法上の存在価値そのものが否定されるわけではない。本節において後に触れられるように、ワイルドマンは、慣習法を構成する慣行の存在証拠としては条約を援用するのである。

(74) Wildman, *op. cit.*, p.2.

(75) 尚、以上のワイルドマンの国際法理論はバインケルスフークの国際法理論に大きな影響を受けていると解される。See, Akashi, *op. cit.*, p.156.

(76) Klüber, a.a.O., S.15. 尚、引用文中の強調斜字体やラテン語等の記述の仕方は原文のままである。

(77) Ebd., S.17-18.

(78) クリューバーは、「条約」を「諸国家の明示的並びに黙示的条約」とするが、「黙示的条約」(stillschweigende

Verträge）については「諸国民の慣習（Herkommen oder Gewohnheitsrecht der Völker (jus gentium consuetudinarium)）」とも呼ばれるとしている。Ebd., S.19-20.

(79) 実定国際法の規則からの類推であり、「疑念のない条約の規定が欠如している場合に、補完的にのみ（nur subsidiarisch）適用可能」であるとされる。Ebd., S.22.

(80) 自然国際法についてクリューバーは次のような説明を加えている。「独立の諸国家の法的関係のために条約も類推も十分な規則を提供しないことが極めて頻繁にあるため、自然国際法からそれ自体[即ち、規則]が得られなければならない。それ[即ち、自然国際法]はまた、実定国際法の理論及び講義（Lehrvortrag）にとって、そしてそれ[即ち、実定国際法]の適用に際して、重要な補助手段である。」（Ebd., S.22-23.）

(81) J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, in 2 vols (Edinburgh/London, 1883) (Reprint, Aalen, 1980), vol.1, p.19.

(82) *Ibid.*, pp.27-37. また、現代の国際法学における「国家実行」と「学説」に該当する事柄に関して、「国際関係に関する自然法（the natural laws）の科学的又は意識的（conscious）解釈」とされ、具体的には「行政府の顧問（the advisers of the executive）として活動する主権者及びその大臣、そして立憲国家における立法府（the legislative assemblies）」の見解と「学術的法律家」（scientific jurists）の学説が挙げられている。*Ibid.*, pp.54-86.

(83) P. Fiore (traduction par Ch. Antoine), *Nouveau droit international public*, 2e éd. tome 1 (Paris, 1885), p.149. 尚、仏語初版は一八六八年にパリで公刊されている。

(84) H. Bonfils, *Manuel de droit international public* (Paris, 1894), p.20.

(85) W. O. Manning, *Commentaries on the Law of Nations* (London, 1839), p.67.

(86) また、ウェストレイク（John Westlake）の国際法概説書（その公刊は二〇世紀初頭のことであるが）では、「慣習と理性（custom and reason）が国際法の二つの淵源である」とされている。（J. Westlake, *International Law*, in 2 vols. (Cambridge, 1904/1907), vol.1, p.14.）更に、カルヴォー（Carlos Calvo）の著作を基にしたとされるベルナール（Mathieu A. Bernard）の概説書（この概説書の公刊も二〇世紀初頭のことであるが）において、「国際法」（le droit des gens）は「諸国家の相互的義務の総体であり、言わば、諸国家の一方が他方に対して履行すべき義務と擁護すべ

き権利である（*jus inter gentes*）」と定義されているが、注目すべきはそこで提示されている「国際法」の分類である。即ち、国際法は、先ず「自然法」と「実定法」に区分される。「自然法」は「神法」（le droit divin）における自然法と「実定法」（le droit positif）における自然法に区分される。前者は神の命令であり、理性の光と聖書を通じて明らかにされる。後者は「神法」が「諸々の独立した共同体[即ち、国家]の行動に適用された時に修正された」ものであり"*jus naturale inter gentes*"であるとされる。「実定国際法」（le droit des gens positif）は、「諸国家により相互的に承認された義務及び権利の総体」であるとされ、協定国際法（le droit des gens conventionnel）と慣習国際法（le droit des gens coutumier）に区分される。（M. A. Bernard, *Manuel de droit international, public et privé: Ouvrage basé sur le droit international de Charles Calvo et contenant les dispositions du Code civil de la province de Québec et des statuts impériaux et fédéraux applicables à la matière* (Montréal, 1901), pp.25-26.）このように、ベルナールは国際法を自然法と実定法の両者として説明し、しかも自然国際法の説明においては「神法」という観念すらも援用しているのである。

(87) Wheaton, *op. cit.* (6th ed.), p.22.

(88) 国際法の一般的妥当性を確保するという傾向に関して、国際法の適用の非欧州世界への拡大を論じた著作の中で、フィッシュ（Jörg Fisch）は次のように論じている。「神学者と法律家の見解がいかに異なるものであっても、そして、両者がどれほど相互に対立するものであっても、中世から現代に至るまで、一点において同意が支配している。即ち、その都度仮定された国際法の普遍性（Universalität）という点においてである。」J. Fisch, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht: Die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen Gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart* (Stuttgart, 1984), S.154.

(89) Woolsey, *op. cit.*, pp.2-3. 尚、引用文中の強調斜字体は原文のままである。

(90) *Ibid.*, p.4.

(91) Wheaton, *op. cit.* (6th ed.), pp.22-26.

(92) Wildman, *op. cit.*, p.2.