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

Title	一八世紀中葉の「国際法」学説における「国際法」・「条約」・「国家意思」：一九世紀実証主義国際法学研究序説
Sub Title	
Author	明石, 欽司(Akashi, Kinji)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法II : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.343- 372
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0343

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.

一八世紀中葉の「国際法」学説における「国際法」・「条約」・「国家意思」

――一九世紀実証主義国際法学研究序説――

明石欽司

一　はじめに――問題の所在――
二　バインケルスフークの「国際法」観念と条約の地位
三　ヴァッテルの「国際法」観念と条約の地位
四　ヒュブナーの「国際法」観念と条約の地位
五　まとめ

一　はじめに——問題の所在——

「条約は何故に当事国を拘束するのか?」これは、国際法の法的拘束力、そして法としての性質を考察する際に避けて通ることのできない問題であり、それはまた「法とは何か」という法学上の根本的問題へもつながる問題である。

国家に上位する機関が存在しない国際社会において、国家間の関係を規律する法規範と観念される国際法が国家を拘束するのはなぜか。この問題は、とりわけ、「合理主義の時代」の産物としての国際法体系を支えた自然法という基盤が突き崩され、「実証主義」が学問全般における支配的思想となった一九世紀に、重大な問題として扱われ、諸説が展開された。

例えば、ベルクボーム（C. Bergbohm）は、「実定国際法の最も否定できない証明は、法創造能力を有する権威、即ち、諸国民の意思表明（Willenserklärungen）の存在にある」とした上で、その存在形態として慣習法と「明示的に定立された法」（das ausdrücklich gesetzte Recht）としての条約を挙げている。[1] ここには、国際法の存在を諸国民の意思に基づかせることが明示されており、意思主義的国際法理論が展開されているものと解される。これに対して、イェリネク（G. Jellinek）は、ベルクボームのように単なる国家意思に国際法を基礎付けることだけでは不充分であると考えた。[2] そして、彼は国際法の法的拘束力を根拠付けるために、いわゆる「自己拘束説」（Selbstverpflichtunglehre）を次のように展開した。即ち、国際法の法的拘束力を論ずる際には、「国家が自らの諸規範を通じて自己を拘束し得るのか」、そして「拘束する者と拘束される者が同一の人格の中に存在し得るのか」[3]といった事柄が問題となるとした上で、独立且つ最高の権力である主権を有する国家は上位権力に服さないことから、国家を超越する存在に国際法の妥当根拠を求めることはできないが、国家は、対外関係について自らの意

思により自己に課した拘束に従って、国際法に拘束されるのである。[4]（これに対しては、国際法規範の本質的内容の共通性や拘束力の継続性等の説明について理論的限界が指摘される。）また、トリーペル（H. Triepel）は、「一国家により自己の他国家に対する関係のために一方的に設定された法は国際法ではなく、『対外公法』（äusseres Staatsrecht）またはその他の名称で呼び得るものである」とし、「国際法規範」（Völkerrechtssätze）を「他の国家意思との協働（Zusammenwirken）を通じて生ずる、共同意思（Gemeinwille）」に根拠付けたのである。[5]

これらの理論は、国際法の法的拘束力を、自然法論的な基礎付け（神（の意思）、理性（の命令）等々の先験的或いは超越的存在）ではなく、国家の意思により説明しようとする点で共通する。このことは、それらの理論が、人為に基づく検証可能な国家意思により国際法を基礎付けるという点で、国際法を実証的に理解すること、即ち、実証主義国際法学の確立を志向していることを意味する。また、それらは、国際法の法的性質を否定する一九世紀の実証主義法学者に対して、「実定国際法」の存在を証明しようとする国際法学者による「実証的な」国際法擁護論であったとも言えよう。

しかし、以上のような国家意思を究極的基礎とする理論においては、最終的に合意に至った国家意思を撤回不可能とする根拠が存在しない限り、国際法の継続的拘束力は説明され得ない。まさに、アンツィロッチ（D. Anzilotti）が述べたように、「合意は守られるべし」（*pacta sunt servanda*）という法諺こそが、国際法が依拠する「事後的な証明に服することのない」「絶対的な客観的価値」（une valeur objective absolue）、或いは「第一のそして証明不能な仮説」（l'hypothèse première et indémontrable）なのである。[6] そして、この「仮説」を基底に据えて成立した現在の実証主義国際法学（より正確には、実証主義的条約法理論）は、結局のところ、近代国際法理論が、主権的な国家意思を絶対とする「意思主義」（voluntarism）に基づくとしながら、実は国家意思の合致を拘束力の淵源とする「合意（諾成）主義」（consensualism）を援用しなければ成立し得ないことを意味している。そして、それ

はさらに、何故に国際法学において「合意主義」が妥当するのかという点についての説明を必要とすることになる。[7] しかし、そのような説明は果たして、言葉の真の意味における「実証主義」に適合するものであろうか。

以上のような疑問についての包括的な解答を示すことは、本稿で与えられた紙幅の中では不可能である。そのため、本稿では、現在の条約法理論の基本的思考、そして国際法の法源論の基盤が形成されたと考えられる一九世紀国際法学の諸問題を考察するための予備的考察として、一八世紀中葉の若干の「国際法」学説における「条約」の位置付けについて、特に、国家意思がどのような評価を受けているかという観点を交えつつ、考察を行うにとどめることとする。

具体的に考察対象とされるのは、バインケルスフーク（Cornelius van Bynkershoek（1673-1743））、ヴァッテル（Emer（Emmerich）de Vattel（1714-67））、ヒュプナー（Martin Hübner（1723-95））の「国際法」関連著作であり、それらの中で、「国際法」がどのように定義され、また「条約」に対してどのような地位が与えられていたかという点を中心に検証が行われる。これら三者を選択した理由は、次のことにある。

これら三者は、グレーヴェ（W. Grewe）によって示されているように、「法的地位としての中立」という近代的観念を初めて展開した学者であると評価される。[8]（政治的観念としての中立の登場は彼らに先行する。[9]）この近代的中立法を形成するためには、「正戦理論」のような何らかの国家の意思を超越した判断基準を設定することなく、国家意思（に基づく判断）を戦争の正当性に優越させるという思考が必要となる。その点において、意思主義的国際法という発想をこれら三者が有したものと考えられる。そこで、彼らがどのように「国際法」及び「条約」を観念したのかを検証することにより、国家意思の絶対性を前提とすることに内在する固有の限界やアポリアの存否を考える契機を得ることが期待されるのである。[10]

尚、本稿で検討対象とする著作は、ラテン語（バインケルスフーク）とフランス語（ヴァッテル・ヒュプナー）

で公刊されており、「国際法」については各々“*jus gentium*”、“droit des gens”の語が使用されている。それぞれの内実が近代的意味での「国際法」に相当するかという点に疑義は残るものの、本稿では便宜的にそれらの総称として「国際法」を用いることとする。また、本稿で考察対象とする著作において、抽象的な「国家」の法人格と実際に存在した「主権者」の法人格との関係は依然として整理されておらず、「国家意思」という言葉は誤解を与える可能性がある。本稿ではこの言葉は、「条約の締結権者の意思」という意味で使用されている。

（1）C. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts* (Dorpat (Tartu), 1877), S. 42-43.

（2）G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge* (Wien, 1880), S. 5-6.

（3）Ebd. S. 7.

（4）Ebd., S. 45 ff.

（5）H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, 1899), S. 32, 79.

（6）D. Anzilotti, *Cours de droit international* (traduction par G. Gidel) (Paris, 1929), p. 44.

（7）合意の拘束力を巡る問題については、ローマ法における「裸の合意」（「単なる無方式合意」）（*nudum pactum*）が市民法上の訴権を生じさせないとする原則との関連性が指摘され得る。（合意の拘束力を巡る観念の歴史については、大沼保昭「合意」『戦争と平和の法』同（編）（東信堂、一九八七年）二八〇―二九〇頁を見よ。また、“*pacta sunt servanda*”原則については次の文献を見よ。J. Barmann, “Pacta sunt servanda; considérations sur l'histoire du contrat consensuel”, *Revue internationale de droit comparé*, t. 13 (1961), pp. 18-53.）

（8）W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Baden-Baden, 1984), S. 433-441.

（9）極めて単純化して説明するならば、欧州社会において「正戦理論」はキリスト教共同体（*Respublica Christiana*）の動揺と崩壊と共にその機能の基盤を喪失する。理論的に近代的主権国家の観念を提示したマキャベリ（N. Machiavelli）やボダン（J. Bodin）の著作には政治的中立の観念が登場するということも時代的には符合する。また、実際に公文書中に「中立」という言

葉が登場するのが、一五世紀初頭以降のことであることも、同様に理解される。Ebd., S. 433-434.

(10) また、従来の国際法学説史における一般的理解として、バインケルスフーク及びヒュブナーは「実証主義」の系譜に、ヴァッテルは「折衷（グロティウス）派」の系譜に、それぞれ属するものとされてきた。逆に言うならば、彼らは「自然法学派」には属するものではないとみなされてきている。そのような「非自然法学派」における「条約」の位置付けを巡る考察が、実証主義国際法の限界の考察に役立つものとも考えられるのである。

二　バインケルスフークの「国際法」観念と条約の地位

1　「国際法」の定義

バインケルスフークの「国際法」（*jus gentium*）観念（及び方法論）については、筆者は既に別稿において詳細に論じたため、ここでは「国際法」の定義についてその中核部分のみに触れることとしたい。(11)

バインケルスフークの国際法関連著作においては、抽象的な国際法観念に関する体系的叙述は見出されない。それでも、特に、『使節裁判権論』(12)及び『公法の諸問題』(13)の中には国際法観念に関わる記述が、断片的にではあるが、数多く存在している。例えば、『使節裁判権論』中の「国際法とは、自由意思を有する者の間で黙示の合意に基づいて存在するもの以外のなにものでもない」(14)とする記述や「国際法とは慣習（*consuetudo*）に従った推定（*praesumptio*）以外のなにものでもない」(15)とする記述、また、『公法の諸問題』中の「理性と慣行がもたらす黙示的且つ推定的合意から生ずる国際法」(16)という表現等々である。(17)

これらの記述を総合すれば、バインケルスフークは「国際法」を、慣習（*consuetudo*）に表わされた黙示的合意であって、慣習は諸国民の慣行（*usus*）と理性（*ratio*）とによって成立すると理解していることになる。そして、

この理解は、本稿の主題との関連において、興味深い問題を提起する。即ち、この国際法理解によれば、「明示的合意」が国際法の範疇から排除されることになり、仮に、条約を「明示的合意」の典型例として捉えるならば、条約は国際法の直接的な法源とはならないこととなるのである。それでは、彼は、条約を彼の国際法理論の中でどのように位置付けていたのであろうか。

2　条約の地位

バインケルスフークの理論における条約の地位について論ずる際に、先ず問題とされねばならない事柄は、条約は当事国間の合意という事実自体によって法的拘束力を付与されるのか否かという問題である。この問題に関連すると思われる言及として、次のものが挙げられる。

「自権者（*sui juris*）である様々な諸国民の間で、法により強制される事柄は何もない。何故ならば、諸国民間の事柄に法は適用されず、強制力はただ法にのみ由来するからである。しかし、信義及び公共の便宜（*bona fides et utilitas publica*）は、諸国民の間での約束（*inter gentes promissum*）が守られること、そして、それらの約束には最高の有効性を伴う義務が付与されねばならないことを、要求する。実際に、いかなる義務も精神の偉大さ（*animi magnitudo*）にのみ基づく義務より強力であることはない。全ての君主にとってのこの徳が、彼等を第一に飾り立て、賞賛する。仮にこれが消滅するならば、［国家］全体が根底から混乱するのである。」[18]（［］内は明石による。）

つまり、バインケルスフークは、一方で法の本質を強制力と捉えた上で、諸国民間の関係における法の存在を否定しつつも、他方で、「信義及び公共の便宜」や「精神の偉大さ」を媒介させて、結果的に諸国民間の合意に

も拘束力を認めている。換言すれば、条約（「諸国民の間での約束」[19]）の拘束力を条約（合意）それ自体に無条件で認めるのではなく、条約に拘束力を認めるための別個の規範（意識）を媒介させることにより、間接的に「合意は拘束する」ことを承認するという方法が採られているのである。このような方法は、「私法は私人間の合意（*pacta*）を律し、信義が君主間の合意を律する」[20]、或いは「国際法とは、全てではないにしろ多くのより高次の徳性を有する（*moratiores*）諸国家間で指導的理性に基づき遵守されている事柄（*quod ratione præeunte inter Gentes servatur*）であると主張する者は誤ることはないであろう」[21]と述べられている箇所にも現われている。このように、間接的な方式によって彼が条約の拘束力を承認しようとする方向で理論を展開し、また当事者（国）間に限定された条約の間接的拘束力を前提として議論を進めていたことが確認されるのである。

また、このような条約の位置付けは、バインケルスフークの論証方法にも表れている。即ち、条約（*foedera*）は、国際法の直接的法源として扱われることはないままに、君主間の合意の事例（*exemplum*）として扱われる場合が実際上殆どであって、せいぜい慣行の存在証拠にとどまるものと判断される。つまり、条約と国際法は、後者の存在の証明のための前者の援用という形式でのみ結び付けられているのみであって、国際法の独立した法源としての条約という観念はそこには存在していない。そして、この点は、前節で示された彼の国際法の定義と合致するのである。

3　条約と国家意思の関係

さて、以上に確認された事柄は、条約と国家意思の関係という観点からはどのように評価されるのであろうか。このことを考察するための起点として、『使節裁判権論』中の次の一節が挙げられる。

「理性（*ratio*）が諸国民に命じた事柄、そしてまた諸国民の間で頻繁に繰り返し生ずる事実の類似性に基づき、それらの諸国民が遵守する事柄こそが、それ以外では法により律せられることのない者達にとっての唯一の法となる。[22]」

ここでは、諸国民（即ち、「それ以外では法により律せられることのない者達」である国家）の意思の絶対性を前提としつつも、理性と慣行によって成立する国際法にのみ諸国民（国家）が服するとの理解が示されている。しかし、このような論理を採用するためには、自発的に諸国民（国家）が慣行に従うことが保証されなければならない。そのようなことはどうして生ずるのであろうか。その点の解明については次の一節が参考となる。

「全ての人間が人間、即ち理性により統治される者であるならば、……［中略］……理性がそれらの者に説きまた命ずる事柄は変更され得ない。そして、後に慣行に収斂するこれらの事柄は、諸国民相互間で拘束力を有し、その法なくして戦争（*bellum*）も、平和（*pax*）も、同盟条約（*foedera*）も、外交使節（*legationes*）も、通商も考えられない。[23]」

ここでは、先述のバインケルスフークの国際法観念に合致する論理として、原理的に理性と慣行は抵触しないとされている。つまり、人間が理性に従う存在であるゆえに、諸国民（国家）は、自己の意思の絶対性を前提としつつも、理性の命令に従って自発的に国際法を遵守するのである。このことから、[24]彼の「国際法」の定義にも拘らず、実際には慣行よりも理性が重視されていることが理解されるのである。

ところで、この一節では国際法と国家意思の関係に関しても論じられている。即ち、理性が命じ、慣行として現われる諸国民相互間で拘束力のある法（即ち、国際法）が同盟条約[25]や外交使節等を規律することが論じられている。つまり、国家意思が具体的に表明されると考えられる同盟条約の拘束力は、彼が言う国際法によって支持

されているのであって、国家意思自体は拘束力の淵源とされていないのである。

このように理性が慣行や国家意思に優位するという現象は、バインケルスフークの論述方法にも反映されている。即ち、彼の通常の論述方法は、先ず、著作中の各章の冒頭で具体的論点を提示し、続いてそれに関する国家実行及び学説を挙げ、最後に自己の見解を展開する、というものであるが、特に、最後の見解を展開する過程では、理性が具体的法規範を確定し、或いは結論に至るための決定的役割を演じているのである。

この理性の決定的な役割は、特に、国家実行が不統一である場合に明らかとなる。それを示しているのが、船舶の建造及び艤装のための資材（以下、一括して「造船資材」とする。）を戦時禁制品に含めるべきか否かについての議論（『公法の諸問題』第一巻第一〇章）である。バインケルスフークは、先ず、グロティウスが行ったような戦争に役立ち得るものか否かといった基準[26]では、結局全ての物資がそれに該当し得るため、全ての物資を戦時禁制品とせざるを得なくなり、実際上基準とはなり得ないとし、「この問題における共通の国際法を識別し得るのは、理性及び慣行に従う場合以外にはない[27]」とする。その上で、彼は、造船資材を巡る国家実行の列挙に進み、それらを戦時禁制品に含めていない諸条約を提示し、続いて逆にそれらを戦時禁制品とするオランダ連邦議会の諸々の布告をも列挙する。つまり、国家実行はこの問題を巡って対立しているのであるが、その直後に彼は、それらの布告を「原則を確認する例外[28]」であるとして議論を打ち切る。つまり、国際法上の規則は造船資材を禁制品には含めないということが、理性に従った彼の結論であるとされていると推定されるのである。勿論、ここでは、実態としては国家実行が不統一であるにも拘らず、彼は「原則」即ち慣行が存在しているからこそ「例外」も存在するとしており、やはり理性と慣行は抵触しないという建前は守られてはいるが、その「原則」を確認する「理性」が慣行に優位していることは看取されるのである。

同様に、中立通商に関するいわゆる「敵船、敵貨」原則を巡る議論において、彼は先ず、この原則を採用して

いる諸条約を列挙した後に、「このような法（*jus*）を擁護することは、理性によれば、絶対に不可能である」[29]とする。これらの他にも、同様の議論の展開は随所で見られる[30]。

このような一連の論証方法は、慣行や条約といったものに示されると考えられる国家意思を理性によって否定するものであると言わざるを得ない。バインケルスフークの国際法理論は、国家意思とは別次元において、理性を中心に構築されているのである。それでは、「理性」とは何なのであろうか。これに対する解答は、彼の論述からは見出され得ないのである[31]。

以上、バインケルスフークの国際法観念の特質を、特に条約の位置付けとの関連において論じてきたが、次に、彼に僅かに遅れた、しかしほぼ同時期に国際法に関連する著作を上梓したヴァッテル及びヒュプナーの国際法理論における「国際法」概念及び条約の地位についての考察に移りたい。

（11）バインケルスフークの「国際法」観念及び方法の詳細については次の拙著を見よ。K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Contribution to the History of International Law* (The Hague/London/Boston, 1998).

（12）*De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali, liber singularis* (1721). （以下、註で引用する場合には“*DFL*”と略記する。）但し、本稿執筆に際して参照した版は、「国際法古典叢書」（The Classics of International Law (Oxford/London, 1946)）所収の一七四四年版である。

（13）*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)). （以下、註で引用する場合には“*QJP*”と略記する。）

（14）*DFL*, p. 540.

（15）*DFL*, p. 540.

（16）*QJP*, p. 251.

（17）バインケルスフークは、「我々が国際法と呼ぶところの慣習である永続的慣行（*perpetuus usus*）」（*DFL*, p. 428）とも論じている。ここでは、国際法、慣習及び永続的慣行の三者は同一視されているものと考えられる。また後述する、*DFL*, p. 442 における記述も見よ。

（18）*QJP*, pp. 253-254.

（19）「諸国民の間での約束」は、理論的には「黙示の合意（約束）」としての慣習（つまり、バインケルスフークにとっての「国際法」（*jus gentium*））をも含み得る。しかし、ここでは「明示の合意（約束）」としての「条約」のみを論ずることとする。

（20）*QJP*, p. 251.

（21）*DFL*, p. 442.

（22）*DFL*, p. 442.

（23）*DFL*, pp. 442-443.

（24）ライプシュタインも、バインケルスフークが慣行を理性に従属させているとする。E. Reibstein, "Von Grotius zu Bynkershoek", *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 4 (1953), S. 16.

（25）ラテン語の "*foedus*"（*foedera*）は多義的な言葉であり、「同盟」・「条約」・「誓約」等の意味を有する。これは、同盟という行為自体を指す場合もあれば、同盟のための条約や誓約を指す場合もあることを理由とするものと理解される。本稿では一応「同盟条約」とするが、何れにしろ、同盟関係を構築する主体の意思（本稿における「国家意思」）が問題である点は同一である。

（26）H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), III, i, 5. 但し、本稿執筆に際して参照した版は、「国際法古典叢書」（The Classics of International Law（Oxford/London, 1925））所収の一六四六年版である。

（27）*QJP*, p. 77.

（28）*QJP*, p. 80.

（29）*QJP*, p. 102.

（30）例えば、中立通商に関する「自由船、自由貨」原則（『公法の諸問題』第一巻第一三及び一四章における、戦争中捕獲された敵船上で発見される中立貨物と中立船上で発見される敵性貨物の捕獲に関する法原則）についての議論が挙げられる。そこ

では、先ず、一六五〇年代以降にオランダが他国と締結した諸条約が挙げられ、それら諸条約が「中立船上で発見された敵の貨物は自由であること、即ち『自由船、自由貨』に、単純に同意した」（*QJP*, pp. 106-107.）として、いわゆる「自由船、自由貨」原則が一般的に採用されていることが認められながら、結論部分では、「条約よりも理性に基づき考察されるべきである」（*QJP*, p. 107.）として、結局別の原則（コンソラート・デル・マーレ（Consolato del mare）に含まれる原則）が妥当なものであるとされている。

（31）バインケルスフークにおける理性の慣行及び条約に対する優位のみならず、彼が引用する国家実行自体が有する問題点、即ち、実行の選択性により当時の実態が正確に反映されていないという問題も提起し得るが、この点については、前掲拙著（Akashi（note 11）, pp. 88-129.）を参照されたい。

三　ヴァッテルの「国際法」観念と条約の地位

1　「国際法」の定義と分類

ヴァッテルは、彼の主著『国際法或いは諸国民及び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。）[32]において、「国際法」（le droit des gens）に関する議論を詳細に展開している。

「国際法」の定義と分類に関して、ヴァッテルは、先ず国家が「自然的に自由且つ独立の人間から構成されたものであり、それ以前に人間は自然状態の中で共に暮らしていた」とした上で、主権国家は「それらの間の自然状態の中に生きる自由なる人格」とみなされねばならないと述べる。また、「同意による場合を除く他は失われることのない自由及び独立を自然により全ての人間が有する」ことを自然法の中に見出し、その自発的な権利の委譲を国家の基礎としている[33]。このような契約論的国家観に立ち、ヴァッテルは、「国際法」を「諸国民又は諸国家間で生ずる権利と当該権利に対応する義務に関する科学（la science）」であるとすると同時に[34]、「諸国民に適

用される自然法に他ならない」[35]と定義している。

このように「国際法」の一般的定義を行った上で、ヴァッテルは「国際法」を、「必要的国際法」(le droit des gens necessaire)・「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 coutumier)の四つに大別する。必要的国際法とは「自然法の諸国民への適用に存する」[36]もの（それゆえに、「自然国際法」(le droit des gens naturel)とも呼ばれる）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」[37]であって、しかもそれは「不変である」[38]とする。必要的国際法はまた「諸国民にとって絶対的に必要であり、諸国民の完成と共通の幸福に導く」[39]ものとされている。意思国際法とは、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。[40]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。[41]協定国際法は、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とされている。[42]慣習国際法は黙示的合意により諸国民を拘束するが、その近代的意味とは異なり、当該慣習を採用した国家のみを拘束するとされ、したがって一般的拘束力を有しないものである。[43]

ヴァッテルはこれら四つの「国際法」の中で、前二者を「普遍国際法」(le droit universel)、後二者を「特別国際法」(le droit particulier)として区別する。[44]また、後三者は、それらが諸国家の意思に由来するゆえに、「実定国際法」(le droit des gens positif)とされる。[45]そして、これら四つの観念は相互に調和するものとの前提に立って、ヴァッテルの議論は展開されているようにも思われる。[46]しかし、実際にはこれらの間で抵触がある場合の議論も行われているため、以上に述べた四つの区分を前提として、抵触する事象を考察することによって、それらの間の関係を考察することとしたい。

先ず、必要的国際法と意思国際法の関係については、結果的に後者の規範内容が前者のそれに優先するという論理的帰結をもたらす議論が頻繁に登場する。例えば、国家間の紛争の解決方法に関する議論において、ヴァッテルは、自然国際法（即ち、必要的国際法）により勧奨された幾つかの解決手段を列挙した[47]直後に、国家は自らの自然的自由のために適切であると判断する事柄は正当とみなされるべきである旨、そして、必要的国際法が勧奨する平和的手段を用いることのないまま敵に対して強制的手段を行使することを意思国際法は正当と認めている旨を述べている。[48]

さらに、必要的国際法と協定国際法または慣習国際法の間に抵触がある場合、必要的国際法は常に他の二者に優先する旨の議論が展開されている。[49]また、協定国際法と慣習国際法は軽視されており、「諸々の条約や様々な慣習の詳細は歴史に属する事柄であって、国際法の体系的論文にはふさわしくない」[50]とまで述べられている。[51]

結局、ヴァッテルは実際上四つの「国際法」の範疇の間に階層秩序を設けており、それは意思国際法が必要的国際法に優越し、両者の下に協定国際法及び慣習国際法が置かれているというものである。

2　条約の地位

以上に瞥見してきたヴァッテルの国際法理論体系の中では、条約（協定国際法）は慣習国際法とともに最下層に位置付けられている。しかしながら、「国際法の体系的論文にはふさわしくない」とされた条約が実際にはいかなる扱いを受けているのかについて検討する余地は依然として存在する。

先ず、条約の法的拘束力について触れられている次の一節が問題となる。

「他の者に約束する者は、約束された事柄を要求する真の権利をその者に対して与えること、そして、その結果、完

全な約束の不遵守が他方の権利の侵害であること、また、それは或る者からその財産を奪う不正と同様に明白な不正であることが、自然法の中に示されている。……［中略］……もし人間が誓約（foi）を遵守し、約束を守るよう義務付けられていると思わないならば、人間の間で安全も通商も存在しないであろう。この義務は、共に自然状態の中で存在し、地上における上位者を認めない諸国民（les Nations）間において、それらの社会における秩序と平和を維持するために自然的且つ疑念の余地のない程、必然的なものである。したがって、諸国民及びその指導者たちは、彼らの約束と条約（leurs promesses & leurs Traités）を不可侵のものとして遵守しなければならない。この偉大なる真実は、現実には余りに頻繁に無視されはするものの、全ての国家によって承認されているのである。(52)」

このように、ヴァッテルは約束（条約）の履行を強制する上位者が国家間の関係においては存在しないことや条約がしばしば遵守されないという現実を認めつつも、国家により構成される社会における秩序及び平和の維持のためには条約の遵守が必然的義務となることを強調している。そして、それは自然法上の義務としての条約遵守義務である。したがって、現実がいかなるものであれ、規範論としては条約は自然法上の義務に支持された法的拘束力（その意味では間接的な拘束力）を有することが承認されていることが理解されるのである。

更に、ヴァッテルは次のようにも論じている。

「人及び国家は、自然が不完全にしか義務付けていない事柄について、約束（promesses）によって相互に義務を負わせ得る。国家は他国家との通商を行う完全な権利を自然的には決して有しておらず、それを合意または条約によって獲得し得る。したがって、この権利は条約によってのみ取得されるのである。(53)」

この一節から、条約により不完全な権利が完全なものとされるとヴァッテルが考えていることが理解される。換言するならば、条約は完全な権利義務を規定することになり、したがって、少なくとも自然法上不完全または不明確な事柄に関しては、条約の締結は望ましいものと考えられていることになる。（実際に、条約締結を積極的に勧める議論も展開されている。[54]）それに止まらず、自然国際法上は不法な協定国際法及び慣習国際法であっても、「外的法」（droit externe）（意思国際法）によれば、諸国家の自由独立という観点から、完全な権利を侵害しない限り、不法で非難すべきことでも他の諸国家により「耐忍」（souffrir）されなければならず、しばしば有効となるとも論じられている。[55]（また、既に触れられたように、意思国際法が実定国際法であるとされながら、次に確認されるように、意思国際法が名目的な「推定された合意」に基づくものでしかないとすれば、より明確な内容を有する（完全な権利義務を規定する）条約の実際上の重要性はより一層高まるものと言えよう。）

以上のことから、ヴァッテルは、彼の国際法体系に関する一般論において条約（協定国際法）の地位を慣習国際法と同様最下層に位置付けており、さらに、国際法の体系的叙述から条約を排除するような論述を行ってはいるものの、実際には、（その拘束力の淵源を自然法上の義務に求めつつ）条約に重要な機能を担わせていることが理解されるのである。

3　条約と国家意思の関係

ヴァッテルは、意思国際法の下に国際法を整序した。その整序された体系の中での条約と国家意思の関係についての考察を、先ず、この意思国際法における「意思」の意味を明らかにすることから始めたい。そして、その意味の解明の端緒は、意思国際法がいかなる合意に基づくのかについての考察にある。

ヴァッテルはこれに関して次のように述べている。「意思国際法は行動の規則或いは外部的な法規則に存し、

その規則に合意するよう自然法が諸国家に対して義務付けるのであり、そのために我々は世界中の記録を渉猟することなくそれら諸国家の合意を正しく推定する。」[56] それゆえ、この合意は「推定された合意」なのである。

結局、この「推定された合意」は自然法により根拠付けられる合意であって、この点において、意思国際法は国家の意思に基づく実定国際法とされながらも、実際にはその実定性は擬制的なものでしかないことになる。換言すれば、彼の「推定された合意」は名目的な合意に過ぎず、合意（意思）を基礎として自然法を説明するという機能を担わされているのである。[57] そうであるとすれば、この意思はいわば「擬制としての意思」であって、実体は伴わないものとなる。

これに対して、前述の意思国際法と必要的国際法の関係を巡る議論の中で触れられたように、国家が自らの自然的自由のために適切であると判断する事柄は正当とみなされ、また、必要的国際法が勧奨する平和的手段を用いることのないまま敵に対して強制的手段を行使することを意思国際法は正当と認めているとの議論[58]からは、国家意思の自然法に対する優越を読み取ることも可能なようにも思われる。しかし、この議論における「意思」は意思国際法における「意思」であるために、「擬制としての意思」に過ぎないとも解される。

それでも、協定国際法に対してヴァッテルが与えた実質的な重要性を勘案すれば、彼が国家意思を重視していたことは確かであろう。しかも、協定国際法を作成する「意思」は意思国際法における「擬制としての意思」ではなく、実際に当事者（国）の意思が反映されたものであると考えられるため、ヴァッテルが実質的に意思主義に立っていたものとも言い得るのである（但し、条約の拘束力は自然法的観念に支えられているために、合意主義的理論ではない。）。

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

(Londre, 1758) (The Classics of International Law (Washington, D.C., 1916)). (以下、註で引用する場合には '*DG*' と略記する。)

(33) *DG*, Preliminaires, §4.

(34) *DG*, Preliminaires, §3.

(35) *DG*, Preliminaires, §6.

(36) *DG*, Preliminaires, §7.

(37) *Ibid.*

(38) *DG*, Preliminaires, §8.

(39) *DG*, III, §192.

(40) *DG*, Preliminaires, §§18-21.

(41) *DG*, Preliminaires, §28.

(42) *DG*, Preliminaires, §24.

(43) *DG*, Preliminaires, §25.

(44) *DG*, Preliminaires, §24.

(45) *DG*, Preliminaires, §27.

(46) 例えば、*DG*, II, §§140-51 における取得時効 ("*usucapio*" または "*praescriptio*") に関する議論を見よ。

(47) *DG*, II, §§326-34.

(48) *DG*, II, §335.

(49) 例えば、*DG*, II, §§160, 161, 170, 293, 及び 311 における議論を見よ。

(50) *DG*, Preliminaires, §24.

(51) 周知のように、ヴァッテルはヴォルフの理論の継承者と言われる。この理論的継承は、ヴァッテルの「条約の国際法体系からの放逐」とも言うべき理解にも示されているものと思われる。ヴォルフの場合、少なくとも彼の『科学的方法によって考察された国際法論』(Ch. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1749) (本稿執筆に際しては「国際法古典叢書」(The

Classics of International Law (Oxford/London, 1934)）所収の一七六四年版を参照した。）においては、条約に関する一般理論を扱うことはあっても、個別具体的な条約や条文を自己の理論の正当性を補強するための慣行の存在証拠として引用することはない。彼は、条約及び慣習といった「諸々の特別国際法」(*jura particularia gentium*) を扱わないとし、その理由をそれらが「科学」(*scientia*) になじまないことを挙げ (*Prolegomena*, §26.)、実際の記述においてこれを実行しているのである。

また、ヴォルフと同様に「自然法学派」に属するとみなされてきたプーフェンドルフ (S. Pufendorf) は一六七二年に上梓された『自然法及び国際法論』(*De jure naturae et gentium libri octo*) (本稿執筆に際して参照した版は、「国際法古典叢書」(the Classics of International Law (Oxford/London, 1934)) 所収の一六八八年版であり、以下の引用・参照箇所（篇 (*Liber*)、章 (*Caput*)、節 (§) の順である。）も同版に依拠している。）において、次のような議論を展開している。

プーフェンドルフは、「国際法」(*jus gentium*) とは専ら自然法であり、自然法として以外に国際法は存在しないという前提に立つため、自然法に抵触する国際法は存在しないこととなり、国際法についての独自の議論は不要であるとする。(*Ibid.*, II, iii, 23.) そして、(同盟) 条約 (*foedus*) や講和 (*pacificatio*) と呼ばれるような個別の協定 (*peculiaria conventa*) については、それらを法 (*jus*) 或いは法律 (*lex*) と呼ぶことは正しくないとされる。「それらはむしろ歴史が自己に属するものと主張する」(*cum potius historia sibi eadem vindicet*) 事項なのである。(*Ibid.*, II, iii, 23.) つまり、個別の条約（さらには慣習（慣習についても自然法に基づくものとされている。*Ibid.*, II, iii, 23.)) は、歴史的事実の問題であるがゆえに歴史学の対象であって、彼の国際法の体系に関する考察の対象とはされないのである。

(52) *DG*, II, §163.

(53) *DG*, I, §93.

(54) *DG*, I, §266; III, §113. ヴァッテルが条約締結を積極的に勧めている点に関しては、柳原正治『ヴォルフの国際法理論』(有斐閣、一九九八年) 二六二頁も見よ。

(55) *DG*, Preliminaires, §§9 *et* 26.

(56) *DG*, III, §192.

(57) この点については、次の文献において同旨の議論が展開されている。F. S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment* (New

York, 1975), p. 76.

(58) *DG*, II, §335.

四　ヒュプナーの「国際法」観念と条約の地位

1　「国際法」の定義と分類

ドイツに生まれ、後にデンマーク王国のために活躍したマルティン＝ヒュプナーは、『中立船舶捕獲論』[59]を一七五九年に公刊している。この著作は、捕獲法に関して詳細に論じたものであり、多数の国家実行の列挙と共に議論が展開されていることから、実証的著作として評価されている。[60] バインケルスフークの著作と同様、国際法の一般理論について体系的叙述は行われていないが、随所でそれに関わる議論が展開されており、特に、第一巻第一部第五章（交戦国の中立船舶捕獲権の起源及び基礎について論じられている）及び第二巻第二部第一章（「協定国際法に従った中立船舶捕獲一般」に関して論じられている）では、ヒュプナーの国際法体系について比較的纏まった論述が展開されている。

ヒュプナーは、「国際法」(le droit des gens) 自体の定義を与えることのないままに、国際法の分類を試みている。このことから、彼は国際法の存在を所与のものとしていると解されるが、それでは、彼の国際法の分類とはどのようなものであろうか。

彼は先ず、国際法を「普遍国際法」(le Droit des Gens Universel) と「協定国際法」(le Droit des Gens Conventionnel) に区分し、これら二種の国際法を次のように説明する。

先ず、第一巻第一部第五章において、普遍国際法とは、「地上の全ての諸人民 (Peuples) に対して、国家 (États)

間の平和を保つためになされるべきことを命ずる」ものであるとされる。[61] そしてそれは、例えば中立法について見れば、全ての中立国の義務を規定するとされており、[62] このような一般的妥当性ゆえに「普遍的」であるものと構想されているのである。それに対して、第二巻第二部第一章で触れられている協定国際法とは、実定国際法（le Droit des Gens Positif）であり、また特別国際法（le Droit des Gens Particulier）であるとされている。[63] そして、それは「主権国家またはその元首により結ばれた約束（engagements）に基づき、締約当事国相互の行為を律するために作成された義務的規則の集合体」[64]であるとされている。より具体的にそれは、条約（Traités）、協定（Conventions）及び協約（Capitulations）といった形式で実現されることも説明されている。[65]

さらに、ヒュプナーは普遍国際法と協定国際法の相異にも言及する。先ず、両者の妥当範囲の問題について、「団体としての諸人民（Peuples）または自由且つ独立な諸国民（Nations）の相互的権利及び義務は、普遍的なものと特別なものがある」[66]とされていることからも理解されるとおり、協定国際法は合意を行った諸国民のみを義務付けるのに対して、普遍国際法は世界中の主権的国家（既知のものも未知のものも）に関わるとされるのである（尚、その際に、普遍国際法は文明社会の観念が及ぶ範囲まで及ぶとも述べられている点は注意を要する。）。

次に、より重要な問題として、両者の内容上の抵触に関する問題が存在する。ヒュプナーは、普遍国際法と協定国際法の内容が頻繁に相異しているという事実が容易に見出されることを指摘しており、両者が抵触する場合があることを認めているものと理解される。[67] その場合に、協定国際法としての条約は締約国により遵守される範囲においてのみ有効であるのに対して、普遍国際法の命ずる事柄は常に効力を有するとされていること、[68] また、協定国際法は普遍国際法に直接的には何ら関係せず、共通の利益に何らの直接的効果も有しないため、協定国際法を「第二次的国際法」（le Droit des Gens Secondaire）であるとしていることから、[69] 普遍国際法を「第一次的国際法」としているものと解される。このことから、ヒュプナーが普遍国際法を協定国際法（条約）に優位させてい

ることが理解されるのである。

2　条約の地位

次に、この協定国際法としての条約の地位についての考察を進めることとしたい。ここで重要と思われることが、ヒュプナーの「法」概念である。彼は、真の法（Loi）を「義務的規則であって正統な主権者（un Souverain légitime）によって公布され、適切な制裁を伴う」ものであるとしている。[70] そして、彼は自由な諸国家の間にはそのような意味での法を実現する制度や機関が存在していないことを認識している。[71] さらに、協定国際法の規則を法とみなし得るものとする唯一の考慮は、最終的にはその約束に対する信義を命ずる自然法（Loi naturelle）によって支えられているとも述べている。[72] つまり、彼は、協定国際法、そしてそれを具現化する条約について、一方では、既述のように、それを実定法であるとしながら、他方で、究極的にはそれを真の法とはみなしていないことになる。彼は、この矛盾を意識してか、合意され、批准された条約内容については、「人道の普遍的立法」（la Législation universelle de l'Humanité）がそれらを細心の注意をもって遵守することを命ずるゆえに、協定国際法が完全に義務的なものではないということにはならないとも述べる。[73] つまり、彼は、条約の法的拘束力が「人道の普遍的立法」の存在によって担保されるとしており、条約の法的拘束力は全否定されるのではない、という中間的な場所に条約を置こうとしているようである（但し、この「人道の普遍的立法」についての説明は見出されない。）。

このように、ヒュプナーの条約の法的拘束力に関する説明は、不充分であると言わざるを得ない。しかし、彼が、諸国家間での立法機関や強制機関の欠如という状況を認めつつも、何らかの拘束力を条約に付与するための理論構築を試みていることは理解されよう。

ところで、ヒュプナーが条約の法的拘束力を認めるか否かという問題と、彼が条約を論証の過程でどのように

扱うかということは、別の問題である。彼は多くの頁を先例や個別の条約規定の説明に当てており、特に、『中立船舶捕獲論』第二巻の後半を占める第四部では個別の条約規定の引用や解釈が議論の中心とされている。この点で、彼の論証にとって協定国際法は重要な地位を占めているようにも思われる。ところが、そのような論証方法においても、彼が普遍国際法に大幅に依拠していることは明白である。なぜならば、ヒュプナーは、慣習を構成する筈の条約規定から適切な規則や原則を導出するのではなく、「正しき理性の恒常的命令」（les Arrêts constans de la droite Raison）[74]、「普遍的衡平の不変の原則」（les principes invariable de l'Equité universelle）[75]等々の観念を頻繁に活用しつつ、規則を確定しており、そこでは、彼が条約それ自体の価値を無視することに躊躇していないという態度が看取されるからである[76]（この点は、バインケルスフークが、究極的には理性を重視したにしろ、条約の存在に対して法則確定に際して、幾らかでも重要性を付していたことと比較されるべきである。）。ヒュプナーにとっては、普遍国際法の内容こそが最重要な問題なのであって、条約の内容そのものは全く便宜的に活用されているに過ぎない。条約については、彼はただ、問題となった条約が、衡平及び理性による規律対象とされてこなかった内容を規定するものか、または、自然法の命ずる事柄に合致するものかについてだけ関心を払っている。そして、前者について単純義務（obligation simple）を含意するもの、後者について二重義務（obligation double）を含意するものとしている[77]。何れにしろ、理性的な自然法に基づく規則に適合するか否かだけがヒュプナーの関心事となっているのであって、先述の個別的効力以上の条約の意義は、国際法の一般理論の中では論じられていないのである[78]。

3　条約と国家意思の関係

ヒュプナーの論述中には条約や先例が多く援用されており、一見したところ、彼の論証方法は実証的であるようにも思われる。しかし、条約の拘束力は（信義を命ずる）自然法に基づくのであり、国家意思は条約の拘束力

の淵源ではない。さらに、彼の議論は究極的に自然法を重視するものであって、条約は、それが頻繁に援用されるにも拘らず、結局のところ軽視されている。これらのことを考慮するならば、ヒュブナーの国際法理論においては、国家意思は実質的な意義を有していないものと判断されるのである。

(59) M. Hübner, *De la saisie des bâtiments neutres, ou du droit qu'ont les nations belligerantes d'arreter les navires des peuples amis*, 2 tomes (La Haye, 1759), xl + 311 pp.（以下、註においては"*SBN*"とし、巻・頁数を記す。）

(60) See, *e.g.*, A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, revised ed. (New York, 1954), p. 140.

(61) *SBN*, I, pp. 84-85.

(62) *SBN*, I, p. 85.

(63) *SBN*, II, pp. 134-136.

(64) *SBN*, II, p. 131.

(65) *SBN*, II, pp. 132-133.

(66) *SBN*, II, pp. 125-126.

(67) *SBN*, II, p. 136.

(68) *SBN*, II, p. 137.

(69) *SBN*, II, p. 133.

(70) *SBN*, II, p. 132.

(71) *SBN*, II, p. 132.

(72) *SBN*, II, p. 132.

(73) *SBN*, II, p. 134.

(74) *SBN*, I, p. 105. また、「正しい理性」(la droite Raison) という文言が次の箇所に登場する。*SBN*, I, pp. 140 *et* 172. さらに、「健

全なる理性」（la saine Raison）も次の箇所に登場する。*SBN*, I, pp. 142 *et* 207.

（75） *SBN*, I, p. 105. さらに、次の箇所を見よ。*SBN*, I, pp. 119, 203, *et* 214.

（76） ヒュプナーは、バインケルスフークと同様、理性を援用することによって慣習を確定するという方法を採っているかのようにも思われるが、その際に条約に与えられる価値は全く異なる。但し、その相異は飽くまでも表面的なものでしかないとも言える。即ち、ヒュプナーは理性を慣習に直接結び付ける（同時に条約の法的価値を否定する）という単線的なアプローチを採用しており、バインケルスフークは、理性と実行の両者を援用するという複線的なアプローチを採用しているのであって、ヒュプナーは条約の効力それ自体は否定しないものの、バインケルスフークの方法をさらに極端に押し進めたかたちで、条約に対して個別的効力以上のなにものをも認めていないのである。

（77） *SBN*, II, pp. 126-7.

（78） ペイレスは、ヒュプナーが所与の条約が（普遍）国際法からの逸脱であるか或いはその例示なのかという点にはさしたる関心を有していないと、指摘している。R. Pares, *Colonial Blockade and Neutral Rights 1739-1763* (Oxford, 1938), p. 159.

五　まとめ

以上に論じられてきた事柄は、次の諸点に纏められるであろう。

第一に、本稿で考察の対象とされた三者の国際法理論においては、「条約」（明示的合意）が国際法体系の中で触れられてはいるものの、条約を国際法の直接的法源とするか否かという点では一致が見られない。即ち、バインケルスフークは条約を直接的法源としないという立場に立ち、ヴァッテルは「協定国際法」としての条約を国際法の体系の中に包摂しながら、それを「国際法の体系的論文にはふさわしくない」という両義的立場を採用し、ヒュプナーは条約を一応は法源として認めているものの、「第二次的国際法」としての地位にとどめているので

ある。

第二に、論証過程に見られる条約の実際上の地位についても、三者の理解は一致しない。即ち、バインケルスフークは条約を理性のもたらす結論に従属させるのに対して、ヴァッテルはむしろ条約を実質的に重視しており、また、ヒュプナーは「普遍国際法」や「正しき理性」を条約に完全に優越させているのである。

第三に、第一・二点に見られるような三者間の相異にも拘らず、条約の拘束力が何らかの論理によって承認されている点では、三者は一致している点が挙げられる。しかも、三者ともに、合意それ自体に拘束力を認めるのではなく、別個の観念や規範（「信義及び公共の便宜」、「社会における秩序及び平和の維持」、「人道の普遍的立法」等）を媒介させることによって、いわば「間接的」にその拘束力を承認するという理解に立っている点は注意を要する。

第四に、第三点からの帰結として、三者は何れも条約の拘束力の淵源を国家意思やその合致（合意）という事実それ自体に求めていない。

最後に、「条約」（明示的合意）が国際法理論の中心的問題とは位置付けられていない点においても、三者の理論は一致していることが指摘される。

以上のように、三者における「条約」の「国際法」理論上の扱いは多様であるが、それらが彼らの国際法理論における主要な考察対象とされないままに、間接的に条約の拘束力が認められるという点では一致している。このことの原因は、彼らが「国際法」として理論構築しようと試みた事柄が、普遍的拘束力を有する法規範であったことにあると推測される。即ち、当時の条約は二国間条約が基本であり、その普遍的拘束性の欠如が明白であったがゆえに、条約は彼らの考察の中心的対象とはなり得なかったと考えられるのである。

ところが、条約には国家意思が最も単純に示されているという事実は確かである。そして、そのようなものと

しての条約を主要な考察対象としないことは、国家意思を主要な考察対象としないことを意味する。[79] そのような情況において、条約の拘束力を国家意思に基づかせるということは理論的に不可能であったのであり、それゆえに別個の（或いは、別次元の）観念や規範を援用せざるを得なかったと考えられるのである。

結局、一八世紀における「国際法」学説において、国家意思は国際法学の主たる考察対象ではなく、ましてや国際法の拘束力の淵源と位置付けられることはなかった。[80] これら一八世紀の諸理論に依拠する限り、どのように「実証主義的」と思われるような外装を整えようとも、国際法理論が一九世紀の実証主義法学者からの批判を回避することは不可能であった。そのため、一九世紀の国際法学者は、国家意思に対して絶対的重要性を付与したのであり、それにより真の意思主義的或いは合意主義的国際理論が展開されることになる。そして、それこそが実証主義国際法学の確立の基礎となるのである。

しかし、一九世紀国際法学の諸理論が国家意思を基礎とする実定国際法の存在証明に努力を傾注したことの結果はいかなるものであったのであろうか。仮にそれが国際法（学）の国家意思への従属化であったとするならば、「国家間関係を規律する」ことを目的とする国際法の存在意義が問われることとなろう。国家意思や主権といった概念を基底に据えた「実証主義国際法学」の確立が国際法（学）の存在自体を脅かすことになるという或る種の矛盾を孕みながら一九世紀国際法学は展開した。そして、この矛盾が解消されることのないままに、条約の拘束力の淵源を巡る問題は国際法学の主たる考察対象の一覧表から徐々に消去されることになるのである。

（79） 仮に、国家意思を問題とするならば、「国際法」の一般性を担保するために、ヴァッテルが主張したような「実定国際法」としての「意思国際法」が国家の「推定された合意」に基づくというような、何らかの擬制を使用せざるを得ないことになるのである。そのような擬制が、国家意思の実体を伴わないことは本論において指摘した通りである。

(80)　一八世紀において、本稿の考察対象とされた三者とは異なる論証方法を採用しようとしたのがモーザー（J. J. Moser）であった。彼は、「前世紀の初め以来……［中略］……国際法に関して多くのことが、そして極めて美しい事柄が描かれてきたにせよ」これまで国際法の著作者達によって行われてきた事柄について、そこに書かれた諸原則が諸国家の「思考方法（Denkensart）と現実の行動に」対応しておらず、著作者の個人的見解に基づいているとして批判し、自らは「『真の欧州国際法』の諸原則を一つの学問の形式においてもたらすこと」を目的として、国家意思（国家実行）を最大限にまで重視し、いわば国家実行をして国際法を語らしめようとしたのであった。（J. J. Moser, *Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens- und Kriegszeiten, vornehmlich aus denen Staatshandlungen derer europäischen Mächten, auch anderen Begebenheiten, so sich seit dem Tode Kaiser Karls VI im Jahre 1740 zugetragen haben* (Stuttgart/Frankfurt a. M., 1777-1780), Bd. II, §2, S. 11.）しかし、彼の試みも成功したとは思われないのである。（モーザーの方法とその問題点については、拙稿「国際法学における『実証主義』の史的系譜」『世界法年報』第二二巻（二〇〇三年）九―一四頁を見よ。）