

ドイツ反実証主義者の知的伝統

——祖川武夫国際法学の歴史的位置に関する試論——

西 平 等

目 次

はじめに

- 一、初期書評における法実証主義批判
- 二、シュミットとモーゲンソーの系譜
- 三、冷戦構造の法的表現の探求
- 四、結びにかえて…祖川国際法学の意義

はじめに

祖川武夫は、戦後、緻密な論理と現実の分析によって日米安全保障条約体制を批判する論陣を張ったことで知られている。その祖川の論文集が、最近になって、公刊された⁽¹⁾。そこには、植民地に赴任していたこともあって入手困難となっていた戦時中の論文も収録されており、祖川 of 思想形成を知るための手がかりをみることができるといえる。収録論文

を執筆順に読みついてゆくなら、ドイツ法実証主義の理論的な到達点をなしているケルゼンの純粹法学の批判と克服を、ハンス・モーゲンソーやカール・シュミット等の反実証主義の系譜を参照することによって、展開しようとする若き祖川の意気込みが伝わってくる。それは、「東洋のケルゼン」を自認する師・横田喜三郎への理論的な挑戦でもあった。

(1) 『祖川武夫論文集 国際法と戦争違法化 その論理構造と歴史性』信山社、二〇〇四年。

一、初期書評における法実証主義批判

祖川と親交の深かった石本泰雄は、『祖川武夫論文集』冒頭の「まえがき」においてつぎのように述べている。

「ここに収録された遺作だけを見ても、国際法に対する〔祖川〕先生の該博な知識と鮮明な態度決定をみる事ができる。たとえば先生の書評や学界紹介のいくつかを見るだけでも、このことは肯定されることができよう⁽²⁾」

この言葉に導かれて、祖川の初期の書評を読むなら、たしかに、そこに、明確な「態度決定」をみてとることができきる。たとえば、横田喜三郎『国際裁判の本質』の書評（一九四一年）において、祖川は、問題点として、法的紛争と非法的（政治的）紛争との区別の扱いが不充分であること、とりわけ、法的／非法的決定というものの固有の意義や存在根拠が明らかにされていないことをあげ、そのような問題の根源として、「法的現実のうちから規範ないし法規のみを切り取り、具体的な法存在を抽象的な規範ないし法規のうちに解体する」という純粹法学の「根本的制約」を指摘している⁽³⁾。このような批判は、のちに公表される論文「国際調停の性格について」における論考の端緒となっていると同時に、国際的な規范文書の緻密な論理分析を通じて客観的な国際法体系を構築する作業を続けてきた横田

の方法に対する根本的な不満を表明するものであった。また、一又正雄訳『アンチロッチ・国際法の基礎理論』の書評(一九四二年)においても、その「実定法主義」の「鋭さと緻密さ」を称揚しつつも、その理論的精緻さと表裏をなす「限界」をも指摘している。

「実定法をそれ以外のものから鋭く分離して、もっぱら実定法と観念されるものを厳格な理論的体系に仕上げることを心がける態度は、一方で、多くの異説異論を一括して自然法的、政治—道徳的、または立法論的という名称のもとに斥けて、それらの歴史的根拠や意味を見逃す結果になってゐる。それはまた他方で、その実定法と観念されるもの自体の歴史性や政治的意味もまったく問はないといふことである」⁽⁴⁾

自然法や道徳、政治学などの非法律学的要素を排除しつつ、実定法文書の論理的分析を通じて自己完結的な法解釈体系の構築をめざす法実証主義(「実定法主義」)が、法の現実を全体的に把握する能力を欠いている、という批判は、祖川に特有のものというより、むしろ戦間期においては、広く共有されている問題関心の一つであった。田畑茂二郎や安井郁ら、当時の気鋭の国際法学者達もまた、同様の関心を抱いていた。⁽⁵⁾ またそれと並行する方法的批判は、法実証主義の「本国」であるドイツにおいて、もつとも盛んであった。それは、しばしば、法実証主義を理論的に精緻化したケルゼンの純粹法学に向けられたものであったが、たんにケルゼン個人の方法を批判することだけでなく、法律学的要素を排除して自己完結的な法解釈学を確立することを目指してきた法実証主義の方向性に対する批判を目的としていた。ドイツ法実証主義の流れとその批判理論を紹介することは本稿の課題ではないが、祖川国際法学の理解に役立つ限りにおいて、筆者の理解を簡単に述べておく。

ドイツ公法学における法実証主義 *Rechtspositivismus* は、いわゆるパンデクテン法学の系譜において理解される

ことが通例である。歴史法学は、プフタ Georg F. Puchta (1798-1846) らに継承される過程において、体系性の確立を重視する方向に向かった。その原因を問うことはここでは省くが、⁽⁶⁾ともかく、一九世紀ドイツの私法学において、倫理的・社会的・経済的諸価値や法の形成・変更を支える力などへの考慮を、法律学外部の問題として排斥しつつ、法概念と法命題からなる、欠缺のない自己完結的解釈体系を構築することを目指す法実証主義が現れる。⁽⁷⁾かかる法実証主義が、私法から公法へと転身したゲルバー Carl F. von Gerber (1823-1891) や、その「精神的な遺言執行人」であるラーバント Paul Laband (1838-1918) によって公法学に移入される。⁽⁸⁾そうして、政治・歴史・倫理などの非「法律学」的要素を排除すること、国家を法人格 Juristische Person として、法を国家意思の発現として理解すること、論理的分析を通じて法律学的素材 (制定法) を欠缺のない自己完結的な体系として構成すること、⁽⁹⁾などを特徴とする公法実証主義が形成されたのである。⁽¹⁰⁾

法を国家意思に基礎づけることは、国民の意思でもなく君主の意思でもない国家人格の意思という点において現実の政治的対立から距離を置くことを可能にする⁽¹¹⁾と同時に、「あることを意欲し、かつ、それを意欲しないということとは不可能である es ist unmöglich, Etwas zugleich zu wollen und nicht zu wollen」という命題を前提とすることに よって、法規範の整合的・論理的解釈の理論的支柱となった。すなわち、ひとつの整合的人格の理性的意思によって定立されたものとみなされることにより、政治的妥協の所産である公法規範群は、そもそも統一的・整合的体系をなすものとして構成されることになる。しかし、「法を定立する意思」という概念は、非法律学的要素を排除しようとする法実証主義の弱点でもある。法そのものを定立する意思は、定立された法に含まれる概念ではありえず、それゆえ、法を生み出す現実的諸要因 (非法律学的要素) と法律学的体系が結びつく結節点となりうるからである。法の

拘束力の根拠がしばしば理論的・実践的に問題となる国際法学においては、法を定立する意思という法実証主義の理論的弱点が、より鮮明に浮き彫りとなる。

自己拘束という構想によって、国際法を国内公法と同様の基盤（＝国家の理性的意思⁽¹²⁾）のうえに打ちたて、国家間の関係を、ナマの暴力による関係ではなく、法的人格を承認する者同士の関係として構成しようとした⁽¹³⁾——すなわち法治国家 *Rechtsstaat* の構想を国家間関係に拡大しようとした——イエリネックは、意思の継続性という問題に直面し、「形式的法律学的立場」を離れて、「国家目的」という非法律学的要素に依拠せざるを得なかった⁽¹⁴⁾。トリーペルが、法によって効力を与えられる意思（法律行為としての合意＝*Vertrag*）と、国際法を創出する意思（法定立行為としての合意＝*Vereinbarung*）を区別したことは、問題を解決するというより、むしろ、法を定立する意思というものの理論的な危うさを明確化した⁽¹⁵⁾。

法を定立する意思という概念を否定し、すべての意思を法律学上の概念に採りこむことによって、法実証主義の法学的方法を貫徹したのがケルゼンである。彼は、意思や人格を、法規範がある行動をある人間や団体に帰属させる点として構成された概念であると考えた。すなわち、意思とは、すべて法的な構成物であって、法そのものを創出するような実在要因ではありえない⁽¹⁶⁾。彼が、国際法を国家意思に基礎づけることを否定し、根本規範に基づく一元論を唱えたのは周知の事実であろう。ここに至って、*Sollen* という人間の認識カテゴリーに基礎づけられた法律学的な法は、一度も *Sein* の領域と交わることなく根本規範にまで遡る完全に自己完結的な体系を獲得する⁽¹⁷⁾。それゆえにこそ、ケルゼンにおいては政治的・社会的事実からの方法的な乖離が際立つのであり、それに対し、かかる「純粹法学」は、法や国家を支える現実を方法的に無視することになる、という批判が、当然に現れてくる。

戦間期に提起された法実証主義あるいは純粹法学への批判は多種多様であるが、その焦点は、法実証主義が法規範の分析と総合のみを自己の任務としていることに疑義を呈し、そこにおいて非法律学的要素として排除されてしまった政治的・社会的現実を、法学の領域に取り戻そうとすることにあつた。冒頭に紹介した祖川の横田・アンチロッチ批判も、そのような文脈において理解されなければならない。

(2) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕 ii頁。

(3) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕二七八—二七九頁。初出は、『國際法外交雜誌』第五五卷第一二号、一九四一年。

(4) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕二八七頁。初出は、『國際法外交雜誌』第四一卷第八号、一九四二年。

(5) 一九三五(昭和一〇)年に公表された書評において、田畑は、「[ケルゼンの採る] 規範主義そのものは極めて形式的非現実的であるそのことの故に、そこに到達した結論も、不可避的に、具体的なる國際法的現実よりの抽離へと運命づけられている」という見解を明らかにしている。さらに彼は、同時代の思潮について、「ケルゼンの、それとしては意味のあつた、然し、結局は無内容な形式論的把握のみが残された方法的純化作業に対する反省として、十分なる方法的自覚の下に生きた現実の総合的認識を為すべきことが、最近さまざまの形に於いて企てられている」と述べ、「規範主義」の克服の試みを好意的に捉える(田畑茂二郎「書評」「ラカムブラ『純粹法学と社会法の理念』、『法学論叢(京都帝国大学)』第三三卷第四号、一九三五年、一二三—一二四頁)。「規範主義 Normativismus」とは、法実証主義の一側面を表現するものとして、カール・シュミットによって用いられた用語である(Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, 1993; 初版は一九三四年)。規範主義は、抽象的な規範・規則・制定法として法を理解し、秩序をそれら諸規則の総体へと還元する結果、ここでは、規範と具体的現実とのあいだに鋭い乖離が生じる、という。このような「規範主義」と「決断主義」との結合物である法実証主義に対抗するものとして、シュミットは「具体的秩序思想」を提案し、やがてその実践として、広域秩序 *Grossraumordnung* の構想を打ちたてる(*Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, 4. Aufl., Deutscher Rechtsverlag, 1941)。その過程を——アジア・モンロー主義との関連を視野に入れながら——共感を示しつつ紹

- 介したのが、安井郁である(安井郁『欧州広域国際法の基礎理念』有斐閣、一九四二年)。
- (6) あらゆる具体的な問題についての決定を、抽象的な法命題から論理的に導くべく、欠缺のない解釈体系を構築しようとする法学的方法的・論理的合理性を、市場によって合理化された経済やアンシュタルト国家の形成との関連において理解しようとするマックス・ウェーバーの試みは、それを祖川がどのように撰取したかという問題も含めて、非常に興味深い。近代法学の合理的性格については、Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Auflage, Studienausgabe, J. C. B. Mohr, 1972, 三九七頁; 邦訳: マックス・ウェーバー『世良晃志郎訳』『法社会学』創文社、一九七四年、一〇六頁。
- (7) Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. unveränderter Nachdruck der 2. neubearb. Auflage von 1967 13-14. Tausend, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, 四三〇—四三三頁。邦訳: F・ヴィーアッカー〔鈴木祿弥訳〕『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』第三刷、創文社、一九七八年、五一五—五一九頁。ただし、邦訳は、原著初版〔一九五二〕を底本としているため、内容にかなりの相違がある。ここでは、原著第二版に拠った。
- (8) 法実証主義の法律学的方法を簡潔に示すものとして、Gerber, *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1865, 一—一八頁; Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Erster Band, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1876, v-viii 頁を参照。
- (9) 日本の学説にも大きな影響を与えているラウターパクトは、「いわゆる国際法における実証主義学説」が、法の欠缺の存在を前提とし、適用法規の不存在を理由とする non liquet を裁判所に認めるものであると主張している(H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, 1933, 六五—六九頁)。ラウターパクト「国際法における実証主義学説」を、ゲルバー・ラーバントにつながるドイツ(公)法実証主義に短絡してはならない。「ある制定法規、あるいは制定法の総体には欠缺があるだろう。また、慣習法の様々な表現においても欠缺があるだろう。しかし、全体として把握された法体系には欠缺はない」(There may be gaps in a statute or in the statutory law as a whole; there may be gaps in the various manifestations of customary law. There are no gaps in the legal system taken as a whole)〔同六四頁〕というラウターパクトの著名な表現は、じつは、ラーバントに由来している。[Gesetze können lückenhaft sein, die Rechtsordnung selbst aber kann ebenso wenig eine Lücke haben, wie die Ordnung der Natur] (*Das Budgetrecht*, Unveränderter

Nachdruck der 1. Auflage aus dem Jahre 1871, Walter de Gruyter, 1971, 七五頁)。ラウターパクト自身は、法の欠缺の存在を否定するドイツ(公)法実証主義と、法の欠缺の存在を主張する「国際法における実証主義」との相違を明確に意識しており、「国際法における実証主義」と「他の法分野における実証主義」が「名称において類似しているだけ」であることを強調して、両者を同一視することを強く戒める(前掲 *The Function of Law* 六七―六九頁)。日本の国際法学界において、かかる同一視が広くみられることは不幸な現象である。論理に基づいて欠缺のない自己完結的な法体系を構成しようとするゲルバー・ラーバントの法実証主義は、ケルゼンに引き継がれ、ラウターパクトにさえ影響を与えているのであって、その系譜を無視するなら、祖川の学説史的な意義を正確に理解することは覚束ない。

- (10) 公法実証主義については、Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Zweiter Band, Verlag C. H. Beck, 1992, 三三〇―三四八頁; Walter Wilhelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 1958; Peter von Oerzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Suhrkamp Verlag, 1974 を参照。邦語文献としては、栗城壽夫「ゲルバーの国家観」『法学雑誌(大阪市立大学)』第八卷第二号、一九六一年、四九―八〇頁・同「一九世紀ドイツ憲法理論の研究」信山社、一九九七年、とりわけ四六七―五二八頁。日本の公法学説史をみるうえで重要なことは、このようなドイツ公法実証主義の展開が、すでに、一九三四年において丹念に検討され、しかも、方法的な問題点が指摘されていることである(黒田覚「一般国家論の諸性格」『法学論叢(京都帝国大学)』第三二卷第三号、一九三四年、八五―一二八頁)。すなわち、ブルンチュリの関心を継承するかたちでゲルバー・ラーバントによって発展せられた法律学的方法としての実証主義が、その形式的性格や視野の狭さに対する同時代の批判にもかかわらず、大きな影響力を獲得し、やがてはイエリネックやケルゼンに引き継がれてゆくという系譜をたどった上で、黒田は、「政治学、社会学との関係」についてケルゼンに向けられる批判が、単に、ケルゼン自身に対する批判ではなく、一九世紀以来のドイツ一般国家論の流れへの批判となっていることを指摘している。

- (11) Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 7. Aufl., Duncker & Humblot, 2000, 四三頁。

- (12) 「意思 Willie」が、「恣意 Willkür」から区別されねばならないことをイエリネックは強調する。意思は、「移り気な思いつき」でゆなく「理性的な動機」によって決定される (Georg Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Alfred Höl-

der, 1880, 三八頁)。意思は実現可能なもののみを内容とする(四三―四四頁)。意思は自己矛盾し得ない(五七頁)。錯誤や詐欺のない場合にのみ真の同意が存する(六〇頁)。このような意思の合理的性質から、国際法の合理的な諸原則が導かれる。恣意から区別された理性的な意思の概念については、拙稿「ヴァッテルの国際法秩序構想における意思概念の意義」『社会科学研究所(東京大学社会科学研究所)』第五三巻第四号、二〇〇二年、一七一―二二四頁参照。

- (13) 「法律学的には、人間の法主体としての資格は、国家が彼等をそのようなものとして承認することに基づく。国家の意思がそれに服している個人を法的人格へと昇格させ、それによって自らと彼等とのあいだに法を創出することができるのであれば、なぜ国家が自己と対等の人格に対してそうできないのか、理解できない。……二つの個体のあいだの法は、おのおのが他方によって現実に法主体として認められることによって生じる。このことは、すべての理性的な個性相互の関係について妥当するのであり、それゆえ、諸国家にも妥当する」(Jellinek 前掲書、四七―四八頁)。法実証主義における国家意思概念の意義を考える際、我々は、それが主権国家を一つの人格として構成するものであることに注意を向けなければならない。ユダヤ教やキリスト教が、全能の神を人格神とみることによって、神と人間とのあいだに、「我―汝」としての対面的・相互的關係(たとえば全能の神と人間との「契約」!)を置くことを可能としているように、主権を有する国家を法的人格とみなすことで、法実証主義は、法を制定する国家と、それに服する臣民とのあいだに対面的・相互的關係を置くことを可能にする。イエリネックはかかる可能性に着目し、それを国家間関係に拡大したのである。

- (14) Jellinek 前掲書、とりわけ二七頁以下。

- (15) Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899, とりわけ § 2-§ 5。法を前提とし、法律行為としてのみ効力を有するような、異なった内容をもつ複数意思の対面的合致である *Vertag* と、法そのものを定立する、同一内容をもった共同意思である *Vereinbarung* とを区別し、国際法を後者のみに基礎づけたことは、それまで曖昧になっていた、合意の拘束性の根拠という理論的問題を明確にしたけれども、そのためにかえって、「国際法全体が宙吊り」(Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von O. Häring, 1900, 三三九頁) になったという批判を容易にした。

- (16) Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Method*, Verlag von J. C. B. Mohr, 1911; 邦訳「森田寛二訳」『法学的方法と社会学的方法』『法学方法論』木鐸社、一九七七年、三一五―二頁(本稿の採用している訳語に従えば「法律学的方法と社会学的方法」になる)。

(17) ケルゼン国際法学に対するヘラーの批判は、まさに、「法を定立する意思」を否定した点に向けられる。ヘラーは、トリーペルの *Vereinbarung* 論を、事実と規範との架橋をめざす現実的な試みとして高く評価している (Hermann Heller, *Die Souveränität* [1927], in *Gesammelte Schriften*, 2. Band, A. W. Sijhoff, 1971, 一四四—一四五頁; 邦訳 [大野達司・住吉雅美・山崎充彦訳] 『主権論』 風行社、一九九九年、一一〇—一一一頁)。

(18) ケルゼン自身が、政治的・社会的現実から法秩序が乖離することを是認しているという意味ではない。ケルゼンは、むしろ、法秩序の妥当の条件として、その「ある程度の」実効性 (現実性 *Wirksamkeit*) を挙げている (「規範秩序は、それにある程度まで適合するということを決めた現実に対して、その妥当を失わざるをえなく」 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, 1934, 六九頁; [横田喜三郎訳] 『純粹法学』 岩波書店、一九三五年、一一一頁)。しかし、*Sollen* の領域において完結する法秩序の構成という方法に内在する形では、*Sein* としての現実との適合性が問われることはない。

二、シュミットとモーゲンソーの系譜

ドイツの反実証主義的論調のうち、祖川との関係においてとりわけ重要なのはシュミットからモーゲンソーへの系譜である。統一的人格としての国家は法秩序としてのみ認識可能であると考え、国家学を規範科学へと解消したケルゼン⁽¹⁹⁾に対し、シュミットは、規範に還元できない現実が国家を構成していることを強調した。「例外状況」もそのひとつだが、ここで重要なのは、「政治的なものの概念」である。政治的決定を行なう統一体を共に構成する者 (「友」と、その外部にある者 (「敵」) との区別を指標とする「政治的なもの」の概念は、複数の政治的統一体に分かれて生存する人間の存在のあり方に基づくものであって、決して、規範的なものに還元され得ない⁽²⁰⁾。かかる「政治的なもの」の概念を独自のやり方で国際法に適用したのが、若きモーゲンソー (モルゲンタウ) である。規範に拘泥する従来の法実証主義においては国際関係の現実を捉えきれないと考えた彼は、シュミットら反実証主義者達の関心を受け

継ぎ、規範に還元され得ない「政治的なもの」の概念を導入することで、より現実的な国際法理論を構築してゆくことを試みた。⁽²¹⁾ おりしも、第一次世界大戦以降の国際法学には、仲裁裁判の発展や常設国際裁判所の設立などにより、国際紛争の法的・客観的な解決を通じて、国際社会における法の支配の確立を目指す方向が強く現れていた。そのような方向を、モーゲンソーは、実定法規範の客観的な解釈と適用にのみ目を向ける悪しき法実証主義の現れとみなし、その克服のために、「Streitigkeiten/différends（紛争）」と「Spannungen/tensions（緊張）」の概念を導入する。すなわち、一般的に適用可能な規範に根拠づけられた主張に基づく国家間対立と、現行法の状態と現実の力関係との矛盾が主張された場合に生じる国家間対立⁽²³⁾とを区別するのである。「紛争」と「緊張」とが結びついて現れる「政治的な紛争 politische Streitigkeit/différend politique」⁽²⁴⁾は、現行法の客観的適用によって解決されえず、そのことが、判決の客観性と合理性への信用に基礎づけられた裁判所の能力の限界をなす⁽²⁵⁾、という。国際司法の限界に関するモーゲンソーの論文は、ラウターパクトによって賞賛される⁽²⁶⁾など、学界において高い評価を得た⁽²⁷⁾。

ケルゼニストであった横田の本格的な国際裁判研究を目にしつつ、その現実把握能力に疑問を抱いていた祖川が、モーゲンソーの所論に惹かれるのは、自然な流れである。「紛争」と「緊張」という概念を手がかりに「政治的紛争」の構造を明らかにすることで国際司法の限界を説いたモーゲンソーの問題提起に触発されて、祖川は、「法的紛争」と「政治的紛争」という概念の検討を通じて、国際調停の本質的欠陥の論証を試みる⁽²⁸⁾。

「法的紛争」の概念は、二〇世紀前半の国際法学会において、非常に重要視されたテーマであった。一九〇七年国際紛争平和的処理条約一六条が「締約国ハ、法律問題……ニ関シ、外交上ノ手段ニ依リ解決スルコト能ハサリシ紛争ヲ処理スルニハ、仲裁裁判ヲ以テ最有効ニシテ且最公平ナル方法ナリト認ム」と規定して以降、多くの仲裁裁判条約

や常設国際司法裁判所規程等が、法的紛争／非法的紛争に言及するようになった。それを受けて、学説上も、法的紛争の概念が、紛争の裁判可能性という問題との関係において、活発に論じられた⁽²⁹⁾。国際裁判を専門とする横田喜三郎ももちろんそれを論じているわけだが、彼によれば、法的か否かという国際紛争の性質が問題になるのは、「法的紛争」を国際裁判に付託すべきことが条約に規定されているからであり、それゆえ、法的紛争がそれぞれの条約においてどのように規定されているかを考察することによって、その概念を確定すべきだ⁽³⁰⁾という。実定法文書の規定内容の検討によって法的紛争という概念を確定するという横田のやり方と対照をなすのが、モーゲンソーである。彼は、現実の国際社会の構造的把握を通じて「紛争 Streitigkeiten」と「緊張 Spannungen」という概念を確定し、それによって国際司法の限界を論証した。実定法文書の各規定の検討は、現実の構造から論証された国際司法の限界を、条文規定が正確に反映しているか否か、という角度からなされる⁽³¹⁾。祖川は、法的紛争と非法的紛争との「種別」の標準に関する問題と、各条約規定がそれにいかなる「式述 (Formulierungen)」を与えているかという問題とを、「相互に関連しながらも全く別な問題」だとみなし、ここでは、「雑多な不分明な条約の規定を離れて」、現実の紛争の性質に基づく「種別」の標準を確立することを課題として提示する⁽³²⁾。このような祖川の課題設定は、——明示的には言及されていないけれども——明らかに、横田の方法への批判であり、モーゲンソーのようなやり方を採ることの宣言である。

祖川が概念確定の基盤とする現実の構造は、まず、第一次世界大戦後における「安全保障と国際裁判との内面的連関」として提示される。新たに創設された安全保障体制は、戦争を、違法な侵略戦争と適法な制裁戦争に区別した。そこでは、侵略戦争とは、「国際紛争の平和的処理のための手続に違背して行なはれる戦争」のことである。それゆ

え、侵略戦争の概念の一義的な決定がなされうるためには、「国際紛争の平和的処理手続が一切の国際紛争を包括し、なほそれとして紛争を終結させうるやうなものでなければならぬ」。そのため、一切の紛争に対して、裁判や調停などの平和的紛争手続が準備され、そこへの付託義務が強調されることになる。⁽³³⁾

包括的なものとなった紛争の平和的処理手続の制度は、諸々の紛争を、裁判や調停へと振り分ける。その振り分けの基準として、紛争の性質が問題となる。「法的紛争／非法的紛争」という概念は、裁判可能性との関係において、すなわち裁判所への振り分けの基準として、問題となった。その基準は、紛争当事者がその主張を法的に根拠づけ、それゆえ、法的な決定が可能であるか、あるいは、当事者がその主張を法的に根拠づけず、むしろ、法状態の変更・創設を志向するか、ということに求められる。すなわち、法的紛争とは、当事者が現行法の適用を求める静的紛争であり、非法的紛争とは、当事者が法状態の変更を求める動的紛争である。⁽³⁴⁾そこで、国際紛争のうち、法的（静的）紛争が裁判所に振り分けられ、非法的（動的）紛争が国際調停に振り分けられるかという点、事柄はそう単純ではない。まず、法的紛争と非法的紛争とが、しばしば同一の事項について二重に争われるゆえ、一つの紛争事項について一義的に割り振ることは不可能である。⁽³⁵⁾また、現行法の解釈適用においても、「法の欠缺」という概念により、非法的（動的）な決定が行なわれる余地が与えられている。⁽³⁶⁾さらに、国際裁判にも、当事者の合意に基づき、非法的（動的）決定を行なう権限が認められている（衡平と善に基づく裁判）⁽³⁷⁾。

裁判可能性という観点から論じられた「法的／非法的紛争」という概念は、国際調停に振り分けられるべき紛争の基準を積極的に提示するものではない。では、国際調停はいかなる性質の紛争を引き受ける手続であるのか？⁽³⁸⁾ここで、祖川は、国際調停の「政治的」性格に注目する。政治的であるということは、非法的であることと同じではない。

政治的であるという性格を積極的に概念化するためには、一旦、法的な観点（法の変更の求められる紛争であるか否か、というような観点）が放棄されなければならない。⁽³⁹⁾ここに至って、政治的紛争の政治的性質を、「非法的」というのではなく、⁽⁴⁰⁾現実の構造的把握を通じて積極的に規定したモーゲンソーの所論が参照されることとなる。一般的に適用可能な規範に根拠づけられた主張に基づく「紛争 Streitigkeiten」と異なり、現状を超えて勢力を伸張しようとする国家の権力意思に基づく「緊張 Spannungen」は、その性質上、合理化され得ない。にもかかわらず、「緊張」がある特定の「紛争」のなかに合理的表現を見出して、「政治的紛争」として争われるなら、当該「紛争」は、限定された対象についての争いを規範適用によって解決するという合理的性格を失い、「国家の対外関係の全体」にかかわる対立へと容易に拡大してしまう。その結果、問題は、単に法に拘束されない自由な決定が認められるというようなことにとどまるのではなく、「国家存在の全体的可能性への主体的決断」が求められることになる。⁽⁴¹⁾すなわち、国際調停は、合理的外観をまとして提起された紛争が、主体的政治的決断によってのみ解決されるような国家間の全面的対決にまで拡大してしまう、という事態に対応することを求められている点で、政治的なのである。

つづく問題は、果たして、国際調停という制度が、「紛争」と「緊張」とが結びついた政治的紛争を解決する能力を持っているか、ということである。この点を、祖川は明確に否定する。全面的な国家間の利害対立を内包する政治的紛争に対して、何らかの解決を与えうるのは、国家間関係の全体に対して責任を持った政治的決断を行なえる主体だけである。仲介における第三国としての世界強国や、国際紛争処理手続における連盟理事会は、そのような政治決断をなしうるとしても、国家から独立した個人からなる調停委員会には、そのような能力はない。⁽⁴²⁾仲介や連盟理事会の紛争処理手続の持つ政治的性格への「抗議的意味」を持ち、より中立的で非政治的な紛争処理手続として発展して

(43) きた国際調停制度は、まさにその非政治性のゆえに、政治的紛争を解決する能力を持ち得ない。このような祖川の所論の背後に、シュミットの影響を推測するのは、決して穿った見方ではないだろう。すなわち、国際調停手続が、おおよそ機能しないままに、むなしく条約数のみを増やしてきたという事実は、非政治化の方向で発展してきた大戦後の国際秩序が、その結果として政治的決断能力を失い、機能不全に陥るといふ事態の一例なのである。

(19) 国家を統一的人格として認識しうるのは、その全構成員が現実的に統一的な全体意思を持ちうるほどの共通性を有しているからではなく、法規範が、特定の諸事実を、国家機関の行動として、単一の国家人格に帰属させるからである。すなわち、統一体としての国家人格とは、統一的な法秩序のことに他ならない (Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Method* [前掲註16] とりわけ二四—三〇/四八—五八頁; 邦訳二二—二七/三九—四七頁)。実は、ケルゼンは、国家が、Seinのカテゴリーにおいてもなお統一体 Einheitとして認識しうるかどうか、すなわち、社会学的統一体として認識しうるか、という問題については断定を避けている (同右二七頁; 邦訳二二—二四頁)。しかし、彼の眼目が、国家を、統一的な法規範秩序として認識することには間違いない。

(20) Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* [前掲註11] とりわけ、二六—二九頁。

(21) モーゲンソーの研究の出発点としての公法実証主義批判については、Christoph Frei, Hans J. Morgenthau, *An Intellectual Biography*, Louisiana State University Press, 2001, 一一四—一二〇頁を参照。Hans Morgenthau [トウ], *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, Recueil Sirey, 1933, 四四—六四頁で、モーゲンソーは、シュミットの友—敵という標識を、政治的なものの概念の内容をあらわすためには不十分であると批判し、それにかえて、「固有の意味での政治的なものは、国家の権力意思が、その対象と国家との間につくりだす関係の特別の強度にある」(六四頁)という命題を導いた。Frei 前掲書一一三—一二三頁には、フロイトやニーチェの影響の下で、政治的なものの根源を心理学的要素に見出すモーゲンソーの思考の展開が、簡潔に叙述されている。モーゲンソーは、政治が社会的な現象であることを確認しつつも、その根源が個人の精神のなかにあると考えた。つまり、「自己を保存する生の衝動」と並んで人間の内的な動因である「自己を実現する生の衝動 *Implus des Lebens, sich zu erhalten*」こそが、政治的なものの根源をなしており、そ

こから、他者に優越する権力への渴望が生じて、権力をめぐる闘争としての政治が現出する、という。さらにモーゲンソーは、政治的な活動を、権力の維持・増大・誇示という三つの類型に整理し、それを国家間関係にも拡張してゆく。なお祖川は、モーゲンソーの「政治的紛争」概念に依拠しつつも、それが「社会学的・心理学的立場からの分析に偏して、政治的なものにおける政治的決断の主体性の問題を捉へてゐない」ことを批判しており、心理学的要素を「政治的なもの」の根源に置くという主張には同調せず、むしろモーゲンソーがシュミットの「政治的なもの」の概念を正当に評価していないと考えている（『国際調停の性格について』「祖川武夫論文集」〔前掲註1〕九五頁）。

(22) Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Universitätsverlag von Robert Noske, 1929, 七三頁。

(23) 同上、七八頁。

(24) 同上、八七—九〇頁。Hans Morgenthau, *La notion du "politique"*〔前掲註21〕七九—八五頁。

(25) Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege*〔前掲註22〕八四—九〇頁。「緊張」と結びついた「紛争」が裁判所に持ちこまれた場合、裁判所が、「紛争」を強度のものとしてゐる根本原因である「緊張」を考慮して判決を下すなら、それは、裁判所の実効性の基盤である客観性と合理性をみずから掘り崩すことになる。逆に、「緊張」に考慮を払うことなく、現行法の適用によってのみ判決を下すなら、それは、当該国家間対立になら現実的解決をもたらず、裁判所は信用を失う、といふ。

(26) The British Yearbook of International Law 1931に掲載された *Die internationale Rechtspflege*〔前掲註22〕についての書評において、ラウターパクトは、「今日の国際組織の状態においての義務的司法解決に批判的であるところの、正統的な見解 orthodox view を説明するものとしては、モーゲンソーの著作は、この問題に関する、もっとも秀でた貢献である」（二三〇頁）と評している。また、ラウターパクトの *The Function of Law in the International Community*〔前掲註9〕にも、モーゲンソーの著作は頻繁に引用されている。もちろん、付託された紛争のすべてについて裁判による決定が可能であると考へるラウターパクトが、国際司法の限界に関するモーゲンソーの所説を受け入れることはない。

(27) Christoph Frei, *Hans J. Morgenthau*〔前掲註21〕二九—四〇頁。

(28) 「国際調停の性格について」『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕五一—一〇〇頁。初出は、『京城帝国大学法学会論集』第一五

冊一号および三/四号、いずれも一九四四年。

- (29) 日本でも、後述の横田のほか、田畑茂二郎「国際裁判に於ける政治的紛争の除外について」『法学論争(京都帝国大学)』第三三卷第五号、一九三五年、八九—一二五頁・田岡良一「法律紛争と非法律紛争との区別(一) / (二)」『法学(東北帝国大学)』第七卷第六号、一一三〇頁/第七号、四八—七三頁、いずれも一九三八年、などがある。田畑の論文は、モーゲンソーに部分的に依拠しており、祖川と、その関心を共有している。

- (30) 横田の明晰な論証を引用しておく。「国際法上で国際紛争の性質又は概念が問題になるのは、条約で一定の性質の紛争を、特に法的紛争を国際裁判に付託すべきことが規定されてゐるからであり、この規定の解釈としてである。そうしてみれば、法的紛争の概念を確定することがまさに国際法上での問題でなくてはならぬ。この概念が確定されれば、非法的紛争のそれもおのづから確定される。ここで法的紛争の概念を確定しようとするのもまさにそのためにほかならぬ。「改行」この考察は、いふまでもなく、実定国際法上の考察である。実定国際法において、法的紛争とはいかなるものであるか、その概念はいかに規定されべきかといふことの考察である。ところで、法的紛争に関する実定国際法は条約である。この点に関して、国際慣習法で規定されたところはなく、もっぱら条約で規定されてゐる。そこで、条約上で、右のことがいかに規定されてゐるかといふことを考察すべきことになる」(横田喜三郎「法的紛争の概念(一)」『国際法外交雑誌』第三八卷第一号、一九三九年、二八頁)。

- (31) Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege* [前掲註22] とりわけ、九八—一三〇頁。

- (32) 『祖川武夫論文集』[前掲註1] 六六頁。確定された「種別」が、条約規定の「式述」と一致しない場合には、「式述」のほうが不適切とみなされることもありうる(同六七頁)。

- (33) 『祖川武夫論文集』[前掲註1] 六〇—六三頁。なお、このような現実把握について、シュミットの所論が大きな影響を与えていることは、祖川の引用文献をみれば明らかである。

- (34) 『祖川武夫論文集』[前掲註1] 七一—七二頁。

- (35) 紛争の区別が当事者の志向に依拠しているかぎり、一方が法的(静的)決定を求め、他方が非法的(動的)決定を求める場合に、紛争が二重化することは避けられない。(『祖川武夫論文集』[前掲註1] 七七—七八頁)。

- (36) 『祖川武夫論文集』[前掲註1] 八〇—八二頁。裁判手続において、法が存在しない場合には、当事者の請求が根拠づけら

れないだけであって、法的決定が不可能になるわけではない。「法の欠缺」とは法の不存在を指すのではなく、法適用者が正しいと考える規範と、実定法規範とのあいだに差異がある場合に、適用過程において、実定法規範を新たな規範と置きかえることである (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* [前掲18] 一〇〇—一〇二頁; 邦訳一五六—一五九頁)。このようなケルゼンの論証に依拠して、仲裁裁判の準則を定めた国際紛争平和的処理に関する一般議定書二八条の規定(まず、国際条約・国際慣習法・法の一般原則、それが無い場合には、衡平及び善)を、「疑ひもなく法の欠缺論に基く規定である」(『祖川武夫論文集』八〇頁)と性格づける祖川の思考は見事である。この点において、祖川は、横田よりも一層、ケルゼニストであった。

(37) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕八五頁。

(38) このような設問自体が、横田喜三郎の方法との対抗関係を成している。横田の紛争処理手続の体系は、たとえば、『国際法(下巻)』(有斐閣、一九三四年)や『国際法(有斐閣全書)』(有斐閣、一九四八年)における項目配列に如実に現れているように、「主観的検証手続」から「客観的検証手続」への発展という原理に基づいている。すなわち、外交交渉から裁判に至る発展の系列の一段階に、国際調停もまた位置づけられる。ここでは、国際調停は、国家から独立した専門機関としての調停委員会を持つ点において周旋や仲介よりも客観的であるが、法的な決定を行わないことや決定が拘束力を持たない点において裁判よりも主観的である、と性格づけられる(横田『国際法(下巻)』一三六—一四七—一四八頁)。このように国際調停を裁判の拘束力欠如態とみなすことを、祖川は批判し、現実の国際社会の構造のなかで果たすべき役割を提示することによって、国際調停の性格づけを行なうのである(参照:『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕五二—五七—五九—八五頁)。祖川自身の「国際紛争の平和的処理方法の体系」は、祖川『国際法IV』(法政大学通信教育部、一九五〇年)に展開されている。そこにおいて祖川は、中立的な委員会による国際(事実)審査や国際調停、国際仲裁裁判、国際法司法裁判という系列(静的解決の系列)と、仲介から連盟理事会の処理、国連安全保障理事会の処理などに発展してゆく系列(動的解決の系列)とを区別した(同二三—二三二頁。国際調停が静的解決の系列に入れられていることに留意せよ)。このような横田と祖川の異なった体系を、高野雄一は、それぞれ、「単線構造論」と「複線構造論」と名づけた(高野「外交関係条約と司法的紛争解決条項」森川俊孝編集代表『紛争の平和的解決と国際法』北樹出版、一九八一年、三三九—三四二頁)。高野の区分は、のちの学説にも影響を与えている。ただし、当事者がその主張を法によって根拠づけ、法の適用による解決を求め

る紛争は裁判に、当事者がその主張を法によって根拠づけず、法の変更による解決を求める紛争は調停に割り振られる、というような議論として、「複線構造論」が理解されるとすれば、それは、祖川の説の理解としては誤りである。すくなくとも祖川に由来するものとして「複線構造論」を語る場合には、以下の点に留意しなければならない。①法の変更による解決を求める紛争であっても、「法の欠缺」や「衡平と善」などによって、裁判所はそれに動的な解決を与える場合がある。②当事者がその主張を法によって根拠づけている紛争であっても、国家の権力意思と強度に結びついた政治的対立（「緊張」）がそこに合理的な表現を見出しているのであれば、政治的紛争と性格づけられるのであり、裁判ではなく、「動的解決の系列」に割り振られるべきである（後述）。③国際調停は、政治的紛争の動的解決という役割を期待されているにもかかわらず、制度としては、静的解決の系列において設計されており、それが、国際調停制度の根本的な矛盾となっている（後述。また、祖川前掲書、二五五—二五六頁参照）。三番目の点が、「国際調停の性格について」の主題である。

(39) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕八五—八六頁。

(40) 「政治的」であることと「法的」でないことは別の事柄である、というのがモーゲンソーの提示した重要なテーゼの一つである (Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege*〔前掲註22〕六二頁。)

(41) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕八六—八八頁。引用箇所の傍点は省略した。

(42) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕九七頁。

(43) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕九一—九四頁。

三、冷戦構造の法的表現の探求

「国際調停の性格について」によって、祖川は、横田喜三郎の方法に対する明確な批判と対抗的方法の提示を行い、ドイツ公法学におけるような方法論争を提起しようとしたものと推察される。しかし、そのような論争は、結局、生じなかった。一九四四年という時期に、京城大学という場所でこの論文が発表されたことは、戦争末期および直後の混乱を考慮するなら、その影響力を著しく減殺させたであろう。しかし、より本質的な原因は、反実証主義という潮

流そのものが、戦後の国際法学の関心をひかなかったことだと思われる。法実証主義への批判は、status quoを支える現行法秩序への批判と結びつくことで、強い求心力をもつ。現行実定法を支える歴史的現実を把握しようとする試みは、現行法を歴史的に相対化する傾向と表裏の関係にあり、それ自体として現行法への批判を内包する。しばしば連盟体制への批判を動因として国際法理論が発展せられた戦前・戦中⁽⁴⁴⁾と異なり、国際連合体制への寄与をめざす方向が主流となった戦後においては、反実証主義が強い関心をひきつけることはなかった。祖川自身、戦後の国際法学説状況において、法実証主義・純粹法学への方法的批判を展開する必要を感じなかったようである。

「いったい、近代国際法は近代諸国家の不均等発展にもとづく不断の闘争の妥協として発展してきたのであるが、そのために国際法学はその妥協の結果と立場との矛盾をそのつど調和するために本能的に法論理を操作する解釈法学として一般に働いてきた。これに対して一つの方法的自覚に立ちつつ規範論理の限界をまもり一切のいわゆる解釈を断念することによって、国家権力への奉仕を拒否しながら、その反面、実はみずからは民主主義の政治的理念のために規範論理的可能性の広範な範囲を開放してきたものが純粹法学であった。ところが、戦後国際的民主主義勢力の圧倒的な勝利はもはや解釈法学の存立余地を完全におし潰すと同時に従来の純粹法学的体制の態勢の現実的理由をもかき消してしまつたかにみえる。結果は、一種の解説法学の空前の繁栄である……」⁽⁴⁵⁾

ちなみに、このような祖川の「⁽⁴⁶⁾解釈法学」と「純粹法学」の歴史的位置づけは、ドイツ法実証主義の歴史的位置づけの類比である。すなわち、君主主義原理と民主主義原理の対立と妥協のなかで公法が形づくられていた時代に、政治的文脈などの非法律学的要素をあえて方法的に度外視し、規範論理に自己を限定することによって、一方において、政治的妥協の産物である実定法を論理的体系に包摂し客観化してゆくとともに、他方においては、法学を自立させて、

君主権力の制限と法治国家の確立に寄与する方向にも発展した、というドイツ公法実証主義の歴史的位置づけとの類比において、祖川は国際法学説の歴史的意義を思考している。

ともあれ、戦後民主主義の「勝利」に法学が同調してゆくなかで、法実証主義は廃れ、したがって、それに対する方法的批判も意味を失ったというのが、すくなくとも一九四八年における、祖川の現状分析であった。しかし、その結果である「解説法学」の繁栄に、祖川は満足したわけでは決してない。⁽⁴⁷⁾ しかも、「真の意味の終戦政権の樹立もなされえないままおわり、長期占領→サン・フランシスコ体制の成立へとつながっていく」⁽⁴⁸⁾ なかで、それにもかかわらず、国連憲章を中心とする国際条約の解説に専心する国際法学は、やがて、現実において確立されてゆく冷戦構造と乖離せざるをえない。そこで、「解説法学」においては捉えきれない冷戦の法構造を把握することが、戦後の祖川の課題となった。

未完に終わった「カール・シュミットにおける「戦争観念の転換」について」には、連盟以後の国際秩序の構造的把握を、シュミットの『大地のノモス』に求めようとした形跡がみられる。⁽⁴⁹⁾ それがなぜ未完に終わったのか、明確な理由は定かではない。おそらく、それは、第二次大戦後の国際秩序や日本の法的地位の動向と無関係ではあるまい。無差別戦争から差別的戦争への転換というシュミットの議論は、戦争の「犯罪化」を伴う普遍的集団安全保障体制を批判するものであった。⁽⁵⁰⁾ しかし、戦後、実現するかにみえた集団安全保障体制は、批判を待つまでもなく、冷戦によって「骨抜き」にされる。一九五〇年代以降、国連集団安全保障体制を周辺化してゆくかたちで確立されてゆく冷戦構造や、それに伴う日米安全保障条約体制への批判的姿勢を強く打ち出していった祖川にとって、シュミットの転換論に依拠した論稿を公表することは、政治的実践としては、おそらく得策ではなかったであろう。

祖川のその後の関心は、日米安全保障条約や国連憲章五一条などの検討を通じて、米国の世界政策をはじめとする冷戦構造の法的表現を明らかにすることに向けられる。日米安全保障条約は、推進派がしばしばそれを集団安全保障の系列に置くことによって正当化するにもかかわらず、現実には、日本を「前進基地」として位置づける米国の世界戦略の一環として把握されなければならない、ということをも日米安全保障条約や関連法文書の規定の検討によって明らかにした「日米安全保障条約体制の特質」⁽⁵¹⁾…六〇年新安保条約において実現された「片務性は正」や「事前協議手続」が、安全保障条約における日本の地位（「全土基地化」）を何ら修正するものでなく、むしろ従前の方向の強化であることを論じた「新・安保条約の検討」⁽⁵²⁾…集団安全保障の補完を目的とする「地域的取極」に関する議論が、「集団的自衛権」の議論に転移せられ、冷戦対立を想定した敵対的同盟政策を根拠づけてゆくこととなる過程を論理分析によって示した「集団的自衛権——いわゆる US Formula の論理的構造と現実的機能」⁽⁵³⁾…これらの論考は、いずれも、集団安全保障—地域的取極—（地域的集団安全保障の一形式と位置づけられる）日米安全保障条約という系列ではなく、集団的自衛権—軍事同盟—（対ソ戦略にもとづく従属化としての）日米安全保障条約という系列こそが、冷戦期の国際法構造であることを明らかにしようとするものである。

日米安全保障条約や集団的自衛権についての論考においては、「国際調停の性格について」のように、現実の構造的把握そのものを行なって、そのうえで規範との関係を考察するというのではなく、条約規定や起草過程に関する法文書に緻密な論理的分析を加えることで、その背後にある冷戦構造を析出するという方法が採られる。しかし、いずれにせよ、規範文書の背後にある現実の構造に肉薄しようとする志向は、当初より、一貫して保持されているのである。

なお、集団的自衛条約の軍事同盟的性格や日米安全保障条約体制への厳しい批判にもかかわらず、祖川は、紛争の客観的・平和的解決手続の充実や、真の集団安全保障体制確立への期待を正面からは語らなかつた。その理由は、彼の思想的系譜を追った本稿の叙述から明らかであろう。

(44) 松田竹男「祖川国際法学の課題と方法」『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕三六二—三六三頁。初出は、『法の科学』第二六号、一九九七年。

(45) 「概観と動向・国際法」『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕三〇九頁。初出は、『科学年鑑第二集・一九四七／四八年版』、一九四八年。

(46) ここで祖川のいう「解釈法学」とは、おそらく Dogmatik の翻訳であり、ラーバントにつながる実証主義的方法を指すものと思われる。君主主義原理と民主主義原理との政治的対立の表現であったプロイセン憲法争議について、『予算法論』(Das Budgetrecht〔前掲註6〕)を著し、法律学的な思考によってそれを論理的に解決しようとしたラーバントが、みずからの方法を Dogmatik と呼んでいる(たとえば、Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 第二版「一八八八年」の「まえがき」参照)ことが、ここで想起されるべきであろう。

(47) たとえば、横田喜三郎の手による国際貿易機関の「解説」について、「国際貿易機関は、」単に国際的商品交換の過程の規制ばかりでなく、世界経済の構造的矛盾の調整をも企てるものであるために、もはや法的規制の形式をとり扱うのみでは法学的認識もほんとうには不可能であるとのべて、批判している(祖川「概観・国際法」『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕三一六頁、初出は、『科学年鑑』第三集・一九四九年版、一九四九年)。

(48) 祖川武夫・松田竹男「戦間期における国際法学」『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕三五七頁(祖川執筆部分。初出は、『法律時報臨時増刊五〇巻二三号』、一九七八年)。

(49) 「カール・シュミットにおける「戦争観念の転換」について(二)」は、つぎのような叙述で終わっている。「国際法上、戦争の観念は、単に規範論理の立場において、いくらかの実証をつけ加えながら考察されたのでは、正しく把握されるものではない。また、国際法上、戦争の禁止は、単に戦争の法的性質づけ(qualification)の問題として、条約規定の明文の範囲で解釈されたのでは、正しく理解されるものでない。戦争の観念は、戦争観念の歴史的な構造において理解されなければ

ならず、戦争の禁止は、非差別的戦争から差別的戦争への、戦争観念の構造的転換の問題として捉えられなければならない。ところで、シュミットにおいては、戦争の構造は、さらに、国際社会ないし国際法秩序の構造に直接につながる問題として考えられなければならないものなのである」(傍点引用者。『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕一三六―一三七頁。初出は、『法学(東北大学)』第一七巻第二号、一九五二年)。

- (50) Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, 4. Auflage, Duncker & Humblot, 1997, 133―135頁。初版は、一九五〇年。
- (51) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕一九一―二〇四頁。初出は、『法律時報別冊』、一九五七年。
- (52) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕二二五―二三八頁。初出は、『法律時報』第三二巻第四号、一九六〇年。
- (53) 『祖川武夫論文集』〔前掲註1〕一三九―一八七頁。初出は、祖川武夫編『国際政治思想と対外意識』創文社、一九七七年。

四、結びにかえて…祖川国際法学の意義

祖川は、具体的な状況に対して議論を構築する学者であるから、その意義もまた、具体的な状況によって制約を受けざるをえない。政治的性格をもった国家間紛争は国際調停手続によって原理的に解決され得ない、という「国際調停の性格について」における議論がもっとも衝撃力を持つのは、あらゆる国家間紛争について客観的な手続による解決可能性を与えようとする志向が、学説においても実務においても、支配的となっている状況においてである。体制選択という根本的対立に根拠づけられていた冷戦期や、軍事的解決という政策オプションが多用される冷戦後の世界において、裁判所や独立的委員会によってすべての国家間紛争を客観的に解決できる、ということを真剣に唱える議論は、すくなくとも支配的ではない。日米安全保障条約や集団的自衛概念に関する研究も、冷戦後の世界には、そのまま当てはまるものではないだろう。

にもかかわらず、祖川が今日においてもなお参照されなければならないのは、方法的に独自の意義を持つからであ

る。祖川は、一貫して、規範文書の論理的検討に留まるのではなく、それを現実の構造と関連づけることで、その真の意味を探索しようとしてきた。二〇世紀後半の日本では、規範主義や法実証主義への批判は、米国のリアリズムの潮流——そこでもモーゲンソーが現れる⁽⁵⁴⁾——において提起されたリーガリズム批判・フォーマリズム批判の影響下に展開されてきたように思われる。しかし、規範の論理と、規範を支える現実の構造を架橋しようとするドイツ反実証主義者の知的遺産は、また独自の意義を持つのであり、それを継承し発展させようとした祖川を読むことの意味もそこにある。

祖川は、規範を支える現実把握を中心的な目標としていたが、規範の論理的検討を決して軽んじたわけではない。ましてや法規範を、日々の政治過程において参照される文書として、政治的文脈のなかに解消してしまっただけではない。むしろ規範の論理的な意味を明らかにすることを、そこに表現された現実に迫るための過程として重視している。また祖川の明らかにしようとした政治的現実とは、日々変転するあれやこれやの現象としての政治的出来事ではなく、把握可能なものとして構造化された現実(すなわち概念)である。日々作成される膨大な規範文書の洪水や、めまぐるしく変動する政治的現象の流れのなかにあって、それらマテリアルの後追いに消耗しきってしまわないためには、マテリアルに形を与え、構造として把握しようとする祖川の試みは、学問の力を信じる者にとっては、なお参照するに値するであろう。

(54) ドイツの反実証主義者として出発したモーゲンソーが、米国への亡命後、その学問状況に適應して、リーガリズムやフォーマリズムなどへの批判を展開するに至る経緯は、Christoph Frei, Hans J. Morgenthau [前掲註21] 一七八—二〇一頁を参照。その過程を、米国リアリズムによる、欧州の反実証主義的思考の受容という文脈でとらえるのが、Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press, 2002, 第六章(四一三—五〇九頁)である。

〔謝辞〕 草稿段階で目を通してくださった松井芳郎立命館大学教授と小畑郁名古屋大学教授から、有益なご指摘とご助言を戴いたことに感謝する。