

動態的国際法秩序への解釈論的視座（1）

——カウフマンによる事情変更原則の分析——

西 平 等

目 次

はじめに

1. 実証主義における問題の回避

(1) ベルクボーム

(2) イェリネック

(3) ニッポルト

2. 法を支える社会的関係への関心——「社会学的」方法の試み

3. 事情変更原則の意味 (以上、本号)

4. カウフマンによる事情変更原則への着目

5. 上下関係秩序と並列関係秩序——国際法の構造について

6. 国際秩序における法と力

結 論

はじめに

本稿は、批判的国際法理論の系譜において、いかにして国際政治学的思考が生成してきたかを明らかにすることを目的とする、一連の研究の一つである。これまで、古典的国際法理論から国際政治学を区別する特質が、法を変動する勢力関係の表現とみなす動的な秩序思考であること、そして、そのような思考が、観念論的立場をとるラッソン Adolf Lasson (1832-1917) の国際法批判論においてすでに提示されていることが示された¹⁾。

ラッソンによれば、国家は、自己利益を追求する打算的存在であり、国際法

1) 西平等「古典的国際法学との対照における国際政治学的思考の特質」(『関西大学法学論集』65巻2号(2015年))、同「国際秩序の動的把握——アドルフ・ラッソンの国際法批判論」(『関西大学法学論集』65巻2号(2015年))。

は、そのような国家の打算的合理性によって生み出される規則である。すなわち、国際法は、各国がそれぞれの力でもって実現し得たかぎりでの利益関係を反映している。

19世紀を通じて自然法論が衰退し、法秩序が人間の営為によって形成された歴史的産物であるという考え方が強まるなかで、国際法もまた、歴史的に存在する利益状況・勢力関係を反映する法制度とみなされるようになる。そのような思考は、ラッソンのような国際法批判理論にとどまらず、国際法理論にも普及してゆく。とはいえ、現実における利益状況が変化した場合に生じる法と利益状況との乖離、および、そこから生じる緊張関係が、19世紀後期以降の国際法理論において必ずしも常に重要視されたわけではない。とりわけドイツにおいて支配的となってゆく実証主義的傾向は、自己利益を追求する主権国家の意思に国際法を基礎づけ、したがって、国際法秩序を歴史的な形成物とみなすものの、その関心は、国家の意思表示として把握された実定法諸規範を素材として、実証的な国際法の体系を法律学的に構成することに向けられており、利益状況の歴史的変化がもたらす、法と現実的諸関係の矛盾についての検討に基づいて批判的理論を構成することはなかった。

しかしながら、法的前提となる勢力関係・利益関係の変動によって生じる法と現実の矛盾という問題が、法解釈論上、全く現れないというわけではない。とりわけ事情変更原則は、この問題と密接にかかわっている。契約締結時において必須の前提とされていた事実状況が本質的に変化した場合には契約は拘束力を失う、ということの意味する事情変更原則は、法規範の基礎となる利益状況と法規範との関係を法解釈との関連のなかで論じるための手掛かりとなるであろう。

国家の自己利益を国際法の究極的な根拠とみなし、かつ、諸国家間の利益関係の歴史的変動を視野に入れる国際秩序構想において、事情変更原則は重要な意味を有する。たとえば、19世紀ドイツの歴史家トライチケ Heinrich von Treitschke (1834-1896) は、その政治 Politik に関する講義の中で、「すべての条約は、事情変更の黙示的留保の下で、締結される」²⁾ と述べている。トラ

2) Herausgegeben von Max Cornicelius, *Politik. Vorlesungen gehalten an der*

イチケは、一方で、国家を裸の実力 *Macht* とみなすマキャベリズムを否定するとともに、他方において、理性的な法規範を学的に構成すれば国家がそれに従うと考える「自由主義理論」を批判する³⁾。国際法は、歴史的現実における国家の活動に即して構想されなければならない。自己の利益を追求する国家からなる国際関係において、利益の相互承認こそが、国家間を結びつける国際法の基礎である⁴⁾。したがって、国家の本質的な利益に反する法規範の妥当は認められないのであり⁵⁾、いったん締結された条約であっても、状況の変化によって、その効力が否定されることは当然だという。もちろんトライチケは歴史家であって、事情変更原則を法理論的に詳細に論じているわけではない。しかし、トライチケと同様の関心をもって、利益状況・勢力関係の変動を視野に入れた国際法理論を構築しようとする法理論家が、事情変更原則の分析をテーマとして選択することには何の不思議もない。

20世紀前半のドイツ公法学を代表する理論家の一人であるエリヒ・カウフマン Erich Kaufmann (1880-1972)⁶⁾ は、事情変更原則において問題となる利益

↘ *Universität zu Berlin von Heinrich von Treitschke*, 4.Aufl., 2. Bd., Hirzel, 1918, p. 551.

3) *Ibid.*, pp. 543-545.

4) *Ibid.*, p. 547.

5) 「国家に自殺を強いるような要求は、理性的ではあり得ない」(*ibid.*, p. 550)。

6) 1880年デミン Demmin に生まれる。ベルリン・ハイデルベルク・ハレ・エアランゲンで法学を学び、1912年にケーニヒスベルク大学教授(1913年に正教授就任)となったのち、ボン大学・ベルリン大学の教授を歴任。ナチスの政権獲得により、「ユダヤ人」として迫害を受けるが、ベルリン郊外(Nikolassee)の自宅で私的にゼミを継続した。1935年に、ハーグ・アカデミーにて「平和の法に関する一般規則」に関する講義を行う。1939年、オランダへの亡命を余儀なくされる。1945年に帰国し、1946年よりミュンヘン大学教授。学問的業績として理論的・哲学的な著作を公刊する一方、政府の法律顧問や国際裁判の代理人として実践的な活動を行ったことでも知られている。ヴァイマル共和国時代には、ドイツと東欧諸国との外交上の法律問題について鑑定人あるいは代理人として関与するなど、条約締結や国際裁判において重要な実践的な役割を果たした。その実績を買われ、戦後のドイツ連邦共和国においても、政府の法律顧問として活躍した(1950-1958年)。略歴については Hans Liermann, "Kaufmann, Erich", *Neue Deutsche Biographie*, Duncker & Humblot, 1977, Bd. 11, pp. 349-350, 外交実践に関わる経歴については, Karl

状況と法規範の緊張関係に着目し、そこから、国際法の秩序構造に対する批判的考察を展開した。本稿では、彼の事情変更原則に関する著作⁷⁾を主要な素材として、カウフマンによって唱えられた国際法理論の意義を明らかにする。そうすることで、変動する利益状況・勢力関係の表現として法を理解する思考が、国際法理論のなかにどのように取り入れられ、そこでいかなる批判的意味を有するに至ったかを知ることができるだろう。しかし、そのまえに、カウフマンの理論との対照のため、当時支配的であった実証主義的国際法理論において、利益状況と法規範の緊張関係がいかに取り扱われていたのかを検討しよう。

1. 実証主義における問題の回避

(1) ベルクボーム

まず、国際法学における実証主義の確立に貢献したベルクボーム Karl Bergbohm (1849-1927)⁸⁾の所論を取り上げる。ベルクボームは、その最初期の著作『国際法源としての条約と法律』(1877年)⁹⁾において、実証主義の立場を鮮明に打ち出している。すなわち、実定法としての国際法は、つまるところ主観的なものにすぎない自然法的思弁ではなく、外的な権威、すなわち、法を定立する権限を持った国家意思によって現実に表明された法である¹⁰⁾。そのよ

↘Josef Partsch, “Der Rechtsberater des Auswärtigen Amtes 1950-1958, Erinnerungsblatt zum 90. Geburtstag von Erich Kaufmann”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 30, 1970, pp. 223-236 および Hermann Mosler, “Erich Kaufmann zum Gedächtnis”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 32, 1972, pp. 235-238 を参照。

7) Erich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, J. C. B. Mohr, 1911.

8) 1849年リガに生まれ、ドルパト Dorpat (現タルトゥ)・ベルリン・ライプツィヒで学ぶ。ドルパト大学・マルブルグ大学で国際法・国家法などを講じたのち、1895年より、ボン大学教授。1885年から97年まで Institut de droit international 準会員。

9) Carl Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, C. Mattiesen, 1877.

10) *Ibid.*, pp. 40-41.

うな国家意思は、慣習や条約、国家制定法に示される¹¹⁾。

- 11) *Ibid.*, pp. 42-43. 国際法源として、条約と慣習のほかに、国家制定法を挙げることは、今日の学説状況から見れば特異に思われるだろう。ベルクボームは、個別国家の制定法が、「国際法的な関係に関わり、……法規範の共通の承認を内容として含む」場合に、それを法源とみなしている (p. 43)。言い換えれば、複数の国家が、共通の内容の国際関係規則を国家法として規定している場合、その国内法は、「その国家によって国際法規則が承認されたことの証拠」とみなされる。したがって、当該諸国家について、その規則が国際法として妥当する、という (pp. 104-105)。国家制定法による国際法規範の生成という問題は、今日の学説においては、慣習国際法論に吸収されている。例えば、ブラウンリーは、慣習の実質的内容を引き出す源泉 *material sources of custom* として、外交書簡や、政策声明、行政機関の決定と実行、国際裁判および国内裁判判決などと並べて、国内立法を挙げる (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 6)。山本草二は、ブラウンリーとほぼ同様の要素を、慣習国際法の成立要件を構成する「国家実行」の具体的内容とみなしている (山本草二『国際法(新版)』(有斐閣, 1994年) 53頁)。慣習国際法の成立要件としての「慣行」とみなされるべき国家行為の性質について検討した田畑茂二郎は、「国内の立法機関……の行態であっても、各国が、国際的に関連した事項に関して、一貫した方針をとっている場合には、それが慣習国際法の形成に導く要素として認められていることは否定されえない」(『国際法 I (新版)』(有斐閣, 1973年) 92頁) と述べる。国内立法を、慣習国際法の成立要件である「慣行」の内容として位置づける考え方は、少なくともオープンハイムにまで遡ることができる。オープンハイムは、国際法の法源を条約と慣習に限定したうえで、外交上の訓令や、国内判決、国内立法などが、それ自体として法的効力を生じせしめる「法源」ではなく、国際法の新規則の成立に影響を及ぼす「諸要因 *factors*」にすぎない、という点を強調する。それら「諸要因」は、やがて慣習 *custom* に結実してゆくような慣行 *usages* を作り出すこと、あるいは、条約の締結の誘因となることによって、国際法上の新規則の形成に影響を与える場合がある、という (Lassa Oppenheim, *International Law*, vol. 1, Longmans, Green, and Co., 1905, p. 24)。なお、複数の国内立法の共通性から、国際法規範を導き出した裁判例は、すでに1871年に存在する (*The Scotia* (1871), *Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, reported by John William Wallace, vol. 14, pp. 170-189)。しかし、このスコチア号事件米国最高裁判決は、必ずしも、共通の国内立法を証拠として、慣習国際法規範の成立を認めたわけではない点に注意しなければならない。判決の論理は次のように要約できる。〈諸国の「共通の同意」に基づいて、国際法規範が成立する。多数の国家において共通の規則を内容とする立法が行われたという事実は、その規則が、諸国の「共通の同意」によって、一般的な義務として承認されたことを示す。それゆえ、その規則は、諸国に一般的に妥当する国際法規範として成立している〉。すなわち

だからといって、ベルクボームの実証主義国際法学が任務として引き受けるのは、単に、国際関係に関する慣習や条約・国家制定法の諸規則を資料集のごとく羅列することではない。一般的に言って、実証主義の重要な方法的原理は、法資料の批判的検討を通じて真に客観的な法命題を確定することである¹²⁾。し

ゝち、判決は、共通の国内立法を、諸国の「共通の同意」の証拠とみなしているのであって、慣習国際法の証拠とみなしているわけではない（そもそも慣習国際法に当たる概念を用いていない）。この判決は、しばしば、共通の立法という事実から国際慣習法規範が導かれた裁判例として紹介される（例：中村道「スコチア号事件」田畑茂二郎・太寿堂鼎編『ケースブック国際法（新版）』（有信堂高文社、1987年）3-5頁）。しかし、このような理解は、国際法の法源を慣習法と条約に限定する20世紀以降の通説的見解に立ち、その理論枠組みを当てはめてこの判決を再解釈するものである。のちの時代の学説発展から距離を置いて判決を読むなら、ベルクボームのような理論枠組みのなかで、スコチア号事件を整合的に解釈することも十分に可能といえよう。

- 12) ラーバントに代表されるドイツ公法学上の実証主義は、実定法素材のみに依拠して論理的に一貫した法体系を構成することを主眼とする方法論である。したがって、そこでは、従来、法規範の要素として扱われてきたもののなかから、真正の実定法素材を選別することが方法論的に重視される。それゆえ、実証主義は、形而上学的思弁や政治的価値判断を法律学の素材から排除する（「すべての歴史的・政治的・哲学的考察は、……具体的な法素材の解釈にとっては、重要性を持たない」（Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Nebearb. Aufl. Bd. I, 1911, IX)）。しかし、真の実定法素材を確定するためには、それにとどまらず、一見実定法と思われる素材の中から、真の実定法素材を弁別すること（法資料の批判的検討）も必要である。ケルゼンはこれを客観的素材と主観的素材の区別と呼んでいる。ある文書資料が、実定法として扱われるべきことを（主観的に）主張していたとしても、それは必ずしも客観的認識において実定法として取り扱われるとは限らない（Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, 1925, § 23, pp. 128-129；ケルゼン [清宮四郎訳]『一般国家学』（岩波書店、1971年）213-214頁）。例えば、国家としての国際法主体性を持たない事実的団体が、「国家」を名乗って他国との間で「条約」を締結したとしても、その「条約」文書は、客観的には国際法規範として認識されない。この問題は、ケルゼン『純粹法学』においては、より一般的に、「行為の主観的意味と客観的意味の区別」として取り扱われている（Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, 1924, § 3, pp. 3-4；ケルゼン [横田喜三郎訳]『純粹法学』（岩波書店、1935年）15-16頁）。法規範を認識するために多様な資料を扱う国際法学において実証主義的方法を遂行する際には、このような法資料の批判的検討が特に重要となる。法源論が、国際法学において特に大きな比重を占めるのはそのためである。近年の国際法学においても、実証的法律学の対象となるべ

たがって、もろもろの条約規則や国家制定法の中から、諸国家によって承認された客観的国際法規則を確定する方法を示すことが、彼の理論的著作の主要な課題とされている。

なかでも重要なのは条約の取り扱いであろう。ベルクボームは、条約であればすべて実定国際法の法源であると考えているわけではない。一言でいえば、法律行為としての性格を持った条約と、法制定としての性格を持った条約を区別し、後者のみを法源として認めている。すなわち、領土変更に関する条約のように、各国の個別的な権利内容を変更する条約は、すでに存在する客観的国際法を前提としたうえで、そこで認められた範囲内で取り決められる法律行為にすぎないのであるから、実定国際法の法源とはいえない。そのような条約においては、国家は、単なる法主体 (Rechtssubjekt=法に服する者) である¹³⁾。それに対し、将来の行為に向けられた共通の規範としての条項を含む場合には、条約は法源とみなされる。そのような条約においては、国家は、法に服する者ではなく、法規範に承認を与える法定立者として振る舞っている、

↘き法素材の確定に関わる問題として、例えば、一般的に遵守されるべき規範を定める国連総会決議(「宣言」)が実定法資料としていかなる意義を有するか(篠原梓「慣習国際法の形成における国連総会決議の意義」『国際法外交雑誌』88巻1号(1989年)65-89頁;山本良「国連総会決議の法的効果」同90-121頁)、あるいは、「ソフト・ロー」としての効力を与えることによって、それら規範文書を法律学的認識の中に取り込んでゆくことができるか(村瀬信也「現代国際法における法源論の動揺」『立教法学』25号(1985年)81-111頁;位田隆一「『ソフトロー』とは何か(一)(二)」『法学論争』117巻5号(1985年)1-26頁,6号(1985年)1-21頁)、安全保障理事会決議によって、法的拘束力を持つ個別的措置のみならず、一般的に適用されるべき法規範を定立することは認められるか(浅田正彦「安保理決議1540と国際立法」『国際問題』No.547(2005年)35-64頁)などの問いが論じられてきた。

13) Bergbohm, *op. cit.* n. 9, pp. 79-80. 「国内において私人の法律行為が私法の法源ではないのと同様に、諸国家の義務的諸条約もまた客観的な国際法の法源ではありえない」(p. 80)。ただし、法律行為的諸条約から、客観的国際法規の存在を推論する可能性は排除されていない。そのような法律行為的条約規則が、「すべての条約当事国の法的確信に合致する国際法規則の承認 die Anerkennung eines völkerrechtlichen Satzes..., mit dem die rechtliche Ueberzeugung aller Vertragssubjekte übereinstimmt」を表示するものであることが証明されるなら、その規則を内容とする実定国際法規則の存在が認められる (pp. 80-81)。

という¹⁴⁾。このような区別は、やがて、トリーペルによって精緻化され、「契約的合意 Vertrag」と「共同意思定立 Vereinbarung」との概念的区別へと発展させられてゆく¹⁵⁾。

文明国の大多数によって客観的国際法規として現実に認められているか¹⁶⁾、という基準によって、ベルクボームは、具体的な多数国間条約の諸規定を検討し、そこから一般国際法の法源を選別する。そこにおいて法源性が認められる条約規定は、きわめて限定的である。例えば、1648年のウェストファリア講和は、① その締約国が限られていること、および、② その内容の多くが、領域関係の調整や金銭の支払いなどの個別的権利の処分に関わる法律行為であって、一般国際法規規定を含まないことを理由として、実定国際法源としては無意味 *bedeutungslos* と判定される¹⁷⁾。また、1814年から15年のウィーン会議によって採択された議定書についても、その締約国数と規定内容から見て、ただ、外交使節の序列関係に関する規定だけが、一般国際法源として認められるにすぎない¹⁸⁾。

諸国家が条約を締結する動因は、それぞれの自己利益だと考えられている。

14) *Ibid.*, p. 81.

15) トリーペルの理論については後述。トリーペルは、法律行為としての条約と法定としての条約を区別するベルクボームの理論を肯定的に評価しつつも、その根拠づけが「不十分」である点を批判している (Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, 1899, pp. 47-48)。

16) 現実の国家意思の表明を基準として実定法を判別するベルクボームにとって、すべての国家に一樣に妥当する実定法という意味での一般国際法は存在しえない。したがって、一般国際法とは、「文明国 *die civilisirten Staaten*」の全体に妥当するという意味での、相対的な一般性しか持ちえない (*ibid.* p. 84)。また、「一般条約」と呼ばれる条約は、ほとんどの場合、現実にすべての「文明国」によって同意されているわけではないので、厳密な意味で「一般的」ではなく、ただ、近似的に「一般的」であるにすぎない。ただし、そのような近似的な一般条約が、黙示的受容によって真に一般的な国際法になる可能性は排除されていない (Bergbohm, *op. cit.* n. 9, p. 86)。

17) *Ibid.* pp. 91-92. ベルクボームによれば、ウェストファリア講和に含まれる、ドイツにおける宗教的党派の地位に関する規定、および領邦君主と皇帝・帝国の関係に関する規定は、たしかに法規を定立するものだが、一般国際法を定立するものとは認められない。

18) *Ibid.* pp. 92-93.

すなわち、条約が成立するのは、一国の支配領域を越え出るような性質を持った利益について、他国の同意を得ることによってのみ満足が得られる場合だという¹⁹⁾。このような理解そのものは、実証主義の特質ではない。超越的な価値に基づく世界秩序を否定するところに主権国家秩序が構想されるのであるから、そのような構想の下では、主権国家は、自ら自身にとって善と判断される価値を、すなわち自己の利益を追求するものとされる。したがって、実証主義であれ、自然法思想であれ、おおよそ、主権国家の概念を貫徹する国際秩序構想において、諸国家が合意に至る契機が自己利益に求められるのは、むしろ当然である。自然法思想家ヴァッテルもまた、自由で独立の人格としての主権国家が、自らの利益に基づいて、国際法の基本原則について合意するという理論構成をとる（意思国際法）²⁰⁾。

しかし、超越的な価値ではなく、自己の利益を追求する主権国家が、自らの利益判断に基づいて国際法の定立に合意する、という形式的な構成は同一でも、その意味は、ヴァッテルとベルクボームとは大きく異なっている。ヴァッテルにおいては、国際法の基本原則を定立する国家の合意（意思国際法）は、それら原則の普遍的妥当を正当化するための理論装置であり、したがって、理論的前提である自然状態において、抽象的に考察された理性的人格としての国家が、自らの利益を合理的に判断すれば到達するはずの合意を意味している。それに対し、ベルクボームが国際法の根拠としているのは、現実に存在する国家が、具体的状況のもとにおける利益判断に基づいて行う現実の合意である。もちろん、ベルクボームにおいても、国家は、近視眼的利益欲求ではなく、長期的利益の合理的な判断に基づいて行為するものと考えられている（さもなけれ

19) 「個別的な場合に [条約が] 成立するのは、個別の国家が、国家の個別意思の支配領域と個別国家の権力範囲を越えて他国の権力領域にまで到達するような利益について、ただ、他国がそれを了承し、それを促進するように、あるいは少なくとも拒絶しないように振る舞う場合にのみ、自国の満足を得られる、という状況においてである」(*ibid.*, pp. 77-79)。

20) 「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』（東京大学社会科学研究所）53巻4号（2002年）192-194頁。

ば、自由で独立の人格からなる安定した秩序を構想することは不可能であろう²¹⁾。しかし、いかに国家が理性的であろうとも、その利益判断が現実に行われるものである限り、それは状況によって変更されざるを得ない。ひとつの状況における合理的判断は、他の状況においては必ずしも合理的ではない。それゆえ、条約が、現実の利益判断に基づく、現実の意思の表明である以上、利益状況と条約の矛盾、あるいは国家意思と法の乖離という問題が生じる²²⁾。

ベルクボームは、当事国の一方的な意思の変更によって条約が効力を失うことを認めている。特定の国家が判断を変更して、条約から離脱する意思を表明した場合、条約は当該国家について失効する²³⁾。このことは、統一的な権威によって定立されるのではなく、「個別の主権的意思の複合体 *ein Aggregat souverainer Einzelwillen*」としての集合的な権威によって定立される国際法の宿命である²⁴⁾。ベルクボームは、このように、一当事者の一方的な意思による法の廃棄または修正が可能であるという点が、国際法に固有であることを明言しているのだが²⁵⁾、それ以上に、法の基盤となる現実的利益状況と、定立された国際法規範との間の緊張関係に対する理論的検討を深めてゆくことはない。

21) 「[諸国家の] 行為原理は、もはや、粗暴で傍若無人の利己主義から発せられるのではない。そして、他国に対する行為は、もはや、一見したところ望ましく思われる利益を獲得することや、近視眼的願望によってもたらされるような短絡的な目的に達することをひたすらに渴望するわけではない。政治的に未発達な国民がやみくもに衝動に身をゆだねるのが習いであるのに対し、ヨーロッパ文明の諸国家は、優れた洞察力によって導かれており、たしかにその利益を追求するものの、その利益とは、適切に理解された利益であり、国家の存在が保障され、国力のすべてが自由に発展するために必要な条件をもたらし、それを継続的に確保するものであって、単に、一時的で価値のない利益をもたらすものではない」(Bergbohm, *op. cit.* n. 9, pp. 2-3)。

22) ただし、普遍主義的に構成された自然法論においても、緊急状態の下では、国家の死活的利益との矛盾を根拠とする法からの逸脱が許容される（ヴァッテルの緊急状態論について、西平等「古典的国際法学との対照における国際政治学的思考の特質」(前掲注1) 1. を参照)。とはいえ、緊急状態は、静態的な法思考においても想定可能な一時的例外状態であり、利益状況の歴史的変動から生じる法と利益の緊張関係とは区別されるべきだろう。

23) Bergbohm, *op. cit.* n. 9, pp. 88-89.

24) *Ibid.*, p. 89.

25) *Ibid.*, p. 88.

彼にとっては、国際法を、他の法分野と同様の実証主義的方法によって構成することこそが喫緊の課題なのであって、国際法固有の問題を手掛かりとして批判的理論を構成することには、さしたる意義が見出されなかった。

(2) イェリネック

その後の実証主義国際法学に大きな影響を与えたイェリネック Georg Jellinek の理論についても検討する必要があるだろう。国際法を主権国家の自己拘束に根拠づける彼の理論は、あたかも国際法諸規則を「対外国家法 äusseres Staatsrecht」に還元する国際法否定論であるかのような印象を与える。しかしながら、その著作『国際条約の法的性質』(1880年)²⁶⁾は、国際法を対外国家法に還元する議論に反駁し、実定法としての一般国際法の存在を論証することを意図するものである²⁷⁾。実定的国際法の存在を論証するために、イェリネックは、国際法と国内法が共通の法律学的基礎を有していることを示し、それによって、国際法もまた国内法と同じ意味において実定法であることを確認する、という論証方法を採用する²⁸⁾。その際、共通の基礎として提示されるのが、国家の自己拘束なのである。

実証主義の流れをくむイェリネックにとって、法律学の対象となるのは、実際に妥当する法であり、すなわち、法を創出する機関として唯一認められる国家の意思に根拠づけられる実定法のみである²⁹⁾。したがって、国家を義務づける国際法の存在を示すためには、主権者として法を創出する国家が、自らの行為を拘束するような法規を定立する、ということが可能であり、現実的であるか、という問いが検討されなければならない³⁰⁾。

26) Georg Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Alfred Hodler, 1880.

27) *Ibid.*, III-IV.

28) *Ibid.*, pp. 1-2, pp. 6-7.

29) *Ibid.*, p. 2.

30) 「すべての法は、国家という共同体の意思であり、それは、制定法または法慣習という形式において現れる。それゆえ、国家自身に対する法が創出されるのは、ただ、国家が、自らが服従しなければならない規則を、自己自身に与えることができる場合だけである」(*ibid.*, p. 5)。

この問題に対するイエリネックの答えは明快である。国家の自己拘束 *Selbstverpflichtung* は、すべての実定法に共通する本質的要素であり、したがって、自己拘束に基づく国際法は、国内法と共通の本質を持つ実定法である、という。近代国家において、すべての実定法は、国家の支配に服する者だけではなく、国家自身をも拘束する、というのが、その理由である。この議論は、(国内) 公法については理解しやすいだろう。法を定立する国家権力自身がその法に拘束される、ということを否定するなら、そもそも国家権力の法的制約を意味する法治国家という観念は成り立たない³¹⁾。イエリネックは、それにとどまらず、私法も含めたあらゆる実定法が自己拘束であると主張する。なぜなら、あらゆる法規則は国家権力の行使を法的に確定する性質を持っているからである。たとえば、私的關係に関する法規であっても、その法規に該当する事象は、その法規にしたがって判断される、という意味での国家権力の制約を含んでいる³²⁾。あらゆる実定法規則は、国家権力の行使のあり方を法的に確定するものであり、つまり、国家自身の行為を制約する国家意思なのであって、それゆえ、国家自己拘束によって成り立っている。したがって、国家制定法と国家の自己拘束は相反するものではなく、むしろ、「相関的な概念」なのである³³⁾。

疑いなく実定法と考えられる国内法が、法律学上、国家の自己拘束によって根拠づけられているのであれば、国際法を国家の自己拘束によって根拠づけられた実定法と考えることには何の問題もない。すなわち、国際法は、法律学的観点からみれば、国内法と同じ意味において実定法であり、ただその遵守を支える倫理的な意識の強度という非法律学的な要素において、異なっているにすぎない、ということになる³⁴⁾。

31) 「法治国家理念の全体は、国家権力の行使には法的な限界が存在する、という命題に要約される。ところが、少なくとも近代国家については、公法の領域において、国家権力だけが、法の排他的な創出者であるから、そのような制限は、ただ自己制限 *Selbstbeschränkung* の結果としてのみ理解されうる」(*ibid.*, pp. 19-20)。

32) *Ibid.*, pp. 26-27.

33) *Ibid.*, p. 27.

34) 「国家法と国際法との間の大きな違いは、……国家法の倫理的な保障が国際法のそれより強いということであり、自ら定立した法に義務づけられるという国家権力

以上のようなイエリネックの立論は、次のように言い換えることもできるだろう。法治国家において、国家と国家の支配に服する者（国家の支配に服する者は必ずしも個人に限らないが、以下では簡略化のためこれを「個人」と呼びかえる）との関係は、法律によって規律される。すなわち、国家は、個人を法的人格として承認し、自己と個人との間に、法的関係を設定する。そのことを通じて、国家と個人との関係は法によって規制され、個人に対する国家権力の行使が、法的権利（権限）・義務として定式化された根拠を必要とするようになる。私人間関係についても、国家は、それを法的人格間関係とみなし、法の適用によってそれを評価・判断する。仮に、個々の事例において、法の適用によって国家の側に不都合が生じるとしても、国家が、法によって規制されている問題を恣意的に処理することは、原則として許されない。このように、国家が、自己と個人との間に法的な関係を設定し、自らその法に服従するのであれば、同様に、国家は、他国との間で、法的な関係を設定できるはずである³⁵⁾。すなわち、国家が、他国を法的人格として承認し、自国と他国との関係を、法によって規制される権利・義務関係として設定すること、そして、自らその法に服することは十分に現実的だということになる。イエリネックにとって、法的関係の基礎は人格の相互承認であり、そのような人格の相互承認が国家によって保障されているなら、国際法であれ、国内法であれ、そこに実定法が存在するのである³⁶⁾。

力の意識が、外国に対する国家の任務についてよりも、国民に対する国家の任務について強力だということである。諸国民の倫理的意識が、国際的な義務を無条件に尊重するという水準にまで高まるなら、今日の文明諸国民の国家法が保持しているのと同じ保障を、国際法も持つことになるだろう。」

35) 「国家の意思が、自らに服する個人を法的人格にまで持ちあげ、そのことによって、自己と個人の間人格との間に法をもたらすことができるのであれば、自らと同等の人格に対してもそうすることができないのはなぜなのか、理解でない」(ibid., p. 47)。

36) 「二つの個人の間法は、おのおのが他方によって権利の担い手として現実に承認されることによって生じる。このことは、すべての理性的個体の相互関係に当てはまり、すなわち、諸国家にも当てはまる」(ibid., p. 49)。例えば私法的関係において、各個人が互いに法人格として承認すること、すなわち、「自己の意思が他ノ

国家自身の意思に依拠して安定した国際関係秩序を構想するためには、国家意思が理性的なものであることが前提とされなければならない。したがって、イエリネックの自己拘束理論においても、国家意思の理性的性格が強調される。イエリネックによれば、国家意思は恣意 *Willkür* ではない。国家意思は、理性的に決定されるのであって、気まぐれに変更されるような性質のものではない³⁷⁾。したがって、実定法は、法律学的・形式的観点から見れば、国家の自由意思に基づくとはいえ、実質的・内容的な観点から見れば、国家が何にもとらわれずに決めうるものではない。国家は、その目的に従い、共同体の存立条件を満たすように、法秩序を制定し維持しなければならず、その点で、実質的な制約の下にある³⁸⁾。国際関係に関して言えば、国家は、完全に自足的な存在ではなく、他国との関係なくしては存立しえないゆえに、他国を法的に承認し、他国との間で通商・通交を維持していかななければならない。そのような相互依存状況に由来する必要性によって、諸国家は、相互に法人格性を承認し、相互の間に法的な関係を構築する³⁹⁾。このように、自らが置かれた現実的・客観的状況の下で、何が自己の目的に資するか、すなわち、何が真の自己利益となるか⁴⁰⁾を国家が理性的に判断し、そのような判断に基づいて、国家意思が決定されている以上、国家意思に基づく国際法が、些細な事情や気まぐれによって恣意的に廃棄・変更されることはない、ということになる⁴¹⁾。

「者の意思によって制限されうること」(*ibid.*, p. 48)を承認しあうことによって、契約をはじめとする法的な諸関係が可能となる。私法において、このような私人間の人格の相互承認を国家が命じ、保障している(*ibid.*)。このことは、国家間にも同様に当てはまる。国家は、他国を人格として承認し、国内法と同様に、国家意思が、その相互承認を保障している。

37) *Ibid.*, p. 38.

38) *Ibid.*, pp. 38-39.

39) *Ibid.*, pp. 42-43.

40) イェリネックによれば、国家の利益とは、国家の理性的目的と同一である(*ibid.*, p. 41)。

41) 言い換えれば、国家は、自らが身を置く国際関係の客観的性質に即して、国家間関係を法的に規律せざるをない。それゆえ、国家意思に基づく国際法は、一国の恣意的な決定（「対外国家法」）ではなく、国家関係の本質に理性的に適合する客観的

しかしながら、法の制定と存続を実質的に支える国家の理性が、同時に、法の実質的な限界ともなる。自己拘束に基づく法の持続性が、国家目的に関する理性的な判断によって保障されている以上、そのような理性判断が根拠を失うところで、法の持続性も失われざるをえない⁴²⁾。すなわち、ある法規が、国家目的を満たさなくなったとき、その法を遵守する実質的根拠は失われる⁴³⁾。つまり、ある歴史的状況において国家目的に資すると理性的に判断された法規が、状況の変化によって、国家目的を深刻に害するようになった場合、もはや、国家がそのような法規を遵守する理性的な根拠はない、ということになる。それゆえ、イエリネックの理論において、事情変更原則 *clausula rebus sic stantibus* は、国家の意思行為に内在する原理であり⁴⁴⁾、したがって、国際条約を終了させる一般的根拠とみなされる⁴⁵⁾。

このように、イエリネックは、状況の変化によってもたらされる国家目的判断・利益判断の変更が、国際法上の義務を廃棄する根拠となることを認めているものの、国際関係における法と利益の緊張関係についての検討を深め、国際法への批判的理論を構成しようとはしない。イエリネックの自己拘束理論が、国際法が他の法分野と同じ意味における実定法として存在することを示し、実証的法律学としての国際法学を根拠づけようとするものである以上、国際法に

法的な内容を持った法規とみなされる。「国家間の潜在的な関係は、個人間の関係と同様に、固有の客観的性質を有する。この国家間の生活関係の性質は、国家の性質および目的に根拠づけられている。ある国家が、他国とのそのような生活関係の中に、自由な意思によって入ることにより、その国家は、当該生活関係を規制する客観的要素を自らの意思の中に取り込み、その要素が、自己の意思を自己の意思によって拘束する規範となる」(*ibid.*, p. 49)。

42) 「期間についても、妥当領域についても、国家の自己拘束は、絶対的なものではあり得ない。国家の義務は、すべて、その実質的な側面からみれば、国家目的の充足であるゆえに、それが国家目的を充足させる限りにおいて存続する」(*Ibid.*, p. 40.)。

43) *Ibid.*, p. 39.

44) 「当該法律が規律するように定められているところの客観的諸関係が、変わることなく同じものにとどまっている期間においてのみ、国家の自己拘束は、その国家について、絶対的な拘束力を持つ」(*ibid.*, pp. 40-41)。

45) *Ibid.*, pp. 62-64.

固有の問題を探求して批判理論を構成することは、重視されなかったのである。

(3) ニッポルト

実証主義を自覚的に採用して国際条約の理論を体系的に検討したニッポルト Otfried Nippold (1864-1938)⁴⁶⁾ の著作『国際条約：その法体系における位置づけと国際法に関する意義』(1894年)⁴⁷⁾ についても、同じことが言える。ニッポルトは、1890年前後の日本において国際法を講じた経験から、国際法への関心を深めた。彼は、この本の序文において、従来の通説的な国際法の体系を日本人に対して正当化することが難しいと感じられたこと、そして、日本にとっての喫緊の課題として条約改正問題に取り組んだことを、研究の動機として挙げている。研究の結果、ニッポルトは、従来の国際法、とりわけ条約法が、「幾重にもまったく誤った基礎の上に構築されている」という確信を得たという⁴⁸⁾。

ニッポルトは、自らの学問的立場として、「新しい実証的学派の立場」を採用する。すなわち、新興の学問的方法である実証主義に依拠して、一方において、政治学や自然法学から独立した国際法学を確立し、他方において、国際法否定論に対して反駁することを目的とする⁴⁹⁾。

ニッポルトは、国家意思を基準とする典型的な実証主義の理論を採用している。彼の言う実定法とは、「妥当している法」であり、すなわち、「法を作り出す権威によって表示された意思であるゆえに、現実に妥当している規範の総

46) 1864年にヴィースバーデンで生まれ、ベルン・ハレ・チュービンゲン・イエナで法律学を学ぶ。1889年より3年間、東京大学において「お雇い外国人」として国際法を担当。その後、スイスやドイツにおいて、平和的紛争解決手続の発展や国際社会の組織化を積極的に推進する立場から学問的活動を行った。1920年より34年まで、国際連盟管理下のザール地域において最高裁判所長官を務める。1927年よりベルン大学教授(国際法)。Andreas Thier, "Nippold, Otfried", *Neue Deutsche Biographie*, Duncker & Humblot, 1999, Bd. 19, p. 284.

47) Otfried Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht*, K. J. Wyss, 1894.

48) *Ibid.*, III.

49) *Ibid.*, III-IV.

体」のことを指す。したがって、実定法としての国際法は、複数の国家が共同して作り出す法のことであり、「複数国家の一致した意思表示によってのみ成立する」規範から構成される⁵⁰⁾。主権国家は、優越する権力の下に置かれていないのであるから、ただ自らの意思のみに服するのであり、自らが望むことだけを行う。国家は、自らにとって有用であり、利益となると考えることを望むのだが、利益を考慮した結果、国際法を望むようになる、という⁵¹⁾。何者にも服さない主権国家が、独立で自由な意思によって国際法を定立する、という、このような理解の前提には、国家意思が理性的であることへの信頼が不可欠である。すなわち、「諸国家の意思は、理性的な意思として考えられなければならない。そして、そのようなものとして、意思は、国際法規則を定立することの利益と必要性を認識するのである」⁵²⁾。

しかし、いかに国家意思が自らの利益の理性的判断に基づいて表明されるものであったとしても、それが現実に行われた具体的な意思表示である限り、利益状況の変化によって、法と利益状況との矛盾が生じることは避けられない。国際法が、主権国家による利益判断に基づいている以上、その矛盾は、すでにラッソンが指摘したように、法にとって重大な意味を持つはずである。にもかかわらず、ニッポルトは、この矛盾についてさしたる関心を示さない。国際法規範が各主権国家の利益判断に根拠を持つことから、ラッソンは、それら規範を「打算的合理性の規則 Klugheitsregeln」にすぎないとみなした⁵³⁾。ところが、ニッポルトは、そのようなラッソンの問題提起を一蹴する。ニッポルトによれば、国際法が打算的合理性の規則であるからといって、その法的性質は否定されない。法を作り出す際の動機が何であれ、それは、法律学的考察には何

50) *Ibid.*, p. 24.

51) 「諸国家は、その望む *wollen* ことだけを行う。諸国家は、自らにとって有用であるように見えるものごと、自らの利益に資すると考えるものごとによってその意思を決する。しかし、このような目的適合的な考慮によって、諸国家は、国際法を望む *wollen* ようになる」(*Ibid.*, p. 25)。

52) *Ibid.*

53) 西平等「国際秩序の動態的把握——アドルフ・ラッソンの国際法批判論」(前掲注1)(2)。

の影響も及ぼさない、というのである⁵⁴⁾。ニッポルトの関心は、実定法としての国際法の存在を確証し、他の法分野と同様の実証的な学問的方法を確立することであって、国際法に固有の問題の検討を通じて、その限界を批判的に分析することではなかった。

2. 法を支える社会的関係への関心

——「社会学的」方法の試み

国際法が、普遍的な人類の利益や、仮構された自然状態における「推定された合意」によってではなく、個別的な状況において利益を理性的に判断する具体的な国家意思に根拠づけられているとすれば、利益状況の歴史的变化は、国際法を根本的に変更させる可能性を有しているはずである。しかしながら、実定国際法規範の存在証明と、それを取り扱う体系的・学的方法の確立を目標としていた実証主義の諸理論は、法とそれを支える利益との根源的な緊張関係について、端々で言及しつつも、それを出発点として批判的な検討を深めてゆくことはなかった。

方法論的にいえば、実証主義理論における法律学の課題とは、実定法の解釈

54) Nippold, *op. cit.* n. 47, p. 27. 実証主義公法学の原則的な立場として、形式的な意思定立（立法）の際に法定立者が心理的に抱いていた動機などの実質的な諸要因を、法律学の対象としない（たとえば、法律制定の際に、各議員が何を実質的な動機として賛成投票を投じたかは、法律学の対象とはならない）。イエリネックが、国際法定立の実質的要因について論じる際には、この問題がすでに法律学の射程を越えるものであることが確認されている（Jellinek, *op. cit.* n. 26, p. 38）。このような原則は、表示された規範的意思のみを法律学の対象とみなし、その意思の実質的な根拠・要因を度外視する実証主義的方法論（*ibid.*, pp. 16-17）から派生する。ここでニッポルトが述べている心理的動機と法律学的意思の区別は、やがて、ケルゼンによって、存在 *Sein* の領域に属する心理学的意思と、当為 *Sollen* の領域に属する法律学的意思の峻別として理論的に精緻化されることとなる。「心理学における意思とは、自己観察を通じて確定されるべき経験的事実であり、存在の世界に属する。倫理および法律学における意思とは、規範すなわち当為の観点の下で行われる構成であり、人間の現実の精神生活には、それに対応する具体的な事象がなんら存在しない」（Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, J. C. B. Mohr, 1911, p. 146）。

体系を構成することであり、その観点から見れば、実体法秩序の存在を支える社会的な基礎の探求は、「非法律学的」な問題にとどまる。実定国際法の存在を論証するために、法の社会学的・現実的基礎に言及することはあっても⁵⁵⁾、それは、法律学の主要な関心とはなりえない。

他方で、法が、歴史的に形成された利益状況の表現であるという考え方は、その利益状況そのものの探求を主要な関心とする方法論を生み出す。20世紀初めにおいて着手された国際法の「社会学的」考察は、〈国際法は現実の国際的
社会関係における利益状況を表現している〉という考え方を前提とし、国際法を支える社会的・現実的基礎の探求を正面から引き受けようとするものである。例えば、マックス・フーバー Max Huber (1874-1960)⁵⁶⁾ は、1910年に「国際法および国際社会の社会学的基礎の認識」⁵⁷⁾ と題する論文を公表し、国際法の存立基盤である社会の利益状況を考察した。フーバーによれば、そもそも法一般が、社会における集団間の支配関係・利益関係を表現するものだが⁵⁸⁾、とりわけ国際法は、法主体に優位する審級を持たず、法主体の意思に直接的に根拠づけられる秩序であるゆえに、他の法に較べて一層、「社会的下部構造」に密接に結びついている⁵⁹⁾。

55) Jellinek, *op. cit.* n. 26, pp. 38-45.

56) 1874年チューリヒに生まれる。ローザンヌ大学・チューリヒ大学・ベルリン大学で法学を学び、1902年より1921年までチューリヒ大学教授（国際法・憲法・教会法担当）。1907年ハーグ平和会議にスイス代表として参加したほか、1914年以降、スイスの軍および外務省顧問を務める。1921年より1930年まで常設国際司法裁判所裁判官（1925-1927年所長）。1928年から1946年まで、国際赤十字委員会委員長。パルマス島事件（仲裁裁判）において裁判官を務めたことで、その名をよく知られる。Dietrich Schindler, “Max Huber-His Life”, *The European Journal of International Law*, vol. 18 no. 1 (2007), pp. 81-95 に略歴。

57) Max Huber, “Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Bd. 4, 1910, pp. 56-134.

58) 「国家法は、……国家において主導的に決定する力を持った集団の権力地位を定式化するものである」(*ibid.*, p. 63)。

59) 「すべての法のなかで、[国際法が] 社会的下部構造に最も密接に結びついており、また結びついていなければならない、ということには、ほとんど疑いがない。↯

フーバーは、国家間合意として成立する国際法規範を、それが体现するところの利益の性質に従って、契約的性質の規範と、法定立的な性質の規範に分類する。国家が相互の利益を補いあうために合意される国際法規範は、契約的な規範である。かかる規範は、複数国家が、それぞれ補完的な（それゆえ異なった）利益に基づき、並行的に法を創出すること *parallele Rechtsschöpfungen* によって成立する⁶⁰⁾。たとえば、領土割譲を伴う講和条約において、戦勝国は、〈敗戦国の存立を保障する代わりに、その領土の一部を受け取る〉という利益に基づいて法を定立し、敗戦国は、〈その領土の一部を譲り渡す代わりに、その存立を保障してもらう〉という利益に基づいて法を定立する。つまり、両国は、補完的な利益に基づいて、異なった内容の法を並行的に定立し、それが国家間条約という形式において表示されるのである。それに対し、国際関係の発展の中で、「同様の関係の下で、同様のやり方で、すべての当事国に権利を与え、義務を課す」一般的な規則を定立する合意が登場する⁶¹⁾。このような合意は、当事国すべてが、共通の利益目的に基づいて、同一内容の規範を設定するものであり、それゆえ法定立的である。にもかかわらず、やはりそのような規範も、並行的な法創出行為によって形成される。国家間関係には、統一的な意思決定を行う優越的審級が存在しない以上、国家間合意は並行的な意思行為でしかありえない、というのである⁶²⁾。たとえば、最恵国待遇条項は、各国が、貿易の拡大・自由化という共通の利益目的のために、〈すべての条約加盟国に最恵国待遇を与える〉という同一の内容の法を並行的に定立することによって成立する。このような法定立的規範は、確かに並行的な意思行為にすぎないとはいえず、「統一的・共同的意思」であるゆえに、法共同体の基礎となる⁶³⁾。

↘というのも、国際法においては、客観的な法秩序が直接に法主体の意思に基づいており、個々の法主体の意思から独立に客観的法秩序を現実化することのできるような組織が欠けているからである」(*ibid.*, p. 62)。

60) *Ibid.*, pp. 69-70.

61) *Ibid.*, p. 71.

62) *Ibid.*

63) 「意思形成が純粹に平行的な過程であったとしても、その産物は、統一的で共同的意思である。それゆえ、法共同体が生成する」(*ibid.*)。

フーバーによれば、国際法は、契約的性質を持った規範から、法定立的な性質を持った規範へと発展してきた。そもそも、契約的な性質を持った条約であっても、その締結の前提として、当事国間の法主体性の相互承認が必要である以上、それは、最小限の法共同体的観念を伴うはずである⁶⁴⁾。そして、国際的な社会関係が増大してゆくにつれて、多数の国家の間で契約的な諸関係が継続的に維持されるようになり、そこから、「共同体的・一般的法規範の存在という観念」が生み出されてゆく⁶⁵⁾。

このことを歴史的過程として言い換えれば、次のようになる。資本主義の世界的な発展に伴い、19世紀半ば以降、「人・商品・資本の国際的交換」が、かつてないほどに重要な意義を持つようになった。国家間のみならず、私人間の国際的関係も緊密化し、人々は、国家を介在させずに直接に相互依存関係に組み込まれている。このような中では、一国の経済は、世界経済と分けがたく結びついており、たとえ国家が、自足的・閉鎖的な経済を望んだとしても、世界経済の全体から離脱することは、もはや不可能である⁶⁶⁾。

「国際的関係の経済的基礎がこのように拡張することによって、継続的な法共同体の存在が確かなものとなる。場合によっては非常に緊密ではあるものの、政治情勢に変動に左右されやすい個別の関係とは別に、全体として廃止することは決してできない、すべての国家の一般的な関係が存在する。そのような一般的な関係は、諸国家の経済的・文化的相互依存の帰結である。各国が他国との間で取り結ぶ、均質的な個別的法関係の総合の中から、共通の国際法が生まれるのである」⁶⁷⁾。

このように、フーバーは、経済的相互依存の進展の中で、膨大な数の相互的取引関係が積み重なってゆくという事実的状况を基盤として、諸国家間に共通する国際法規範が観念されるようになり、そのような規範に基づく法共同体が生成してきたと考えている。

64) *Ibid.*, p. 70.

65) *Ibid.*, p. 71.

66) *Ibid.*, pp. 82-83.

67) *Ibid.*, p. 83.

フーバーが主張している国際法規範の区別、すなわち、契約的性質の規範と法定立的性質の規範という概念は、トリーペルによって主張された「契約的合意 Vertrag」と「共同意思定立 Vereinbarung」という区別を、「社会学的」に再構成するものと理解できる。法律学的な法源論の枠内で立論するトリーペルが、国家間の Vereinbarung によって、国家意思に優越する共同意思が成立すると主張した（後述）のに対し、国際法の「社会学的」基礎を探求するフーバーは、そのような優越的共同意思の存在を否定しながらも、その意思が実現する利益内容の共通性に基づいて、並行的な意思行為が、法共同体を基礎づける一般的法規範を定立すると考えたのである。

国際法を基礎づける社会的利益関係に着目して、国際法の「社会学的」基礎づけを試みたフーバーの理論には、しかしながら、社会変動によって生じる、社会的諸関係と法の緊張に対する視座は含まれていない。フーバーは、相互依存状況の進展をはじめとする国際社会の利益状況によって、国際法の基本原理の歴史的発展を根拠づけている。その意味では、社会的な諸関係という下部構造と国際法という上部構造の関連を探求したと言える。しかし、歴史的に変転する下部構造が、比較的静態的な（それゆえ古い下部構造に基づく）上部構造と矛盾するという事態に陥った場合に、国際法学は、いかなる対応をとるべきか、という視点が、そこには欠けている。

3. 事情変更原則の意味

法が、当事者の利益を実現するための理性的な判断を基礎としているとすれば、事情変更原則 *clausula rebus sic stantibus* は、法解釈上、非常に重要な意味を持つ。特定の状況において当事者の利益に資すると考えられる法規定であっても、その状況に重大な変更が生じた場合には、もはや当事者の利益を害するものとなる場合が、当然にありうるからである。法が、当事者の利益に根拠づけられるのであれば、その利益に関わる根本的な事情変更は、法の根拠を失わしめるであろう。

事情変更原則は、国際法においても古くから議論されてきた古典的な原則で

ある。イエリネック⁶⁸⁾ やトリール⁶⁹⁾ 等の実証主義的国際法理論家だけではなく、グロティウス⁷⁰⁾ やヴァッテル等の自然法論者も、それを論じている。しかし、普遍的に妥当する価値や利益の合理的推論によって国際法を基礎づける理性的自然法思想と、具体的な状況における利益判断としての国家意思に国際法を基礎づける実証主義的思想とでは、その体系において事情変更原則の持つ意味は大きく異なる。国際法の基本原則を普遍主義的に基礎づける体系の下では、具体的な利益状況の変化は、個別的な規範を解釈する際のひとつの要素でしかない。それに対し、基本原則も含めたすべての国際法規範を、歴史的な利益状況における国家の判断に根拠づける場合には、利益状況の変化は、国際法の体系全体に関わる根源的な意味を持つこととなる。

ヴァッテルは、「条約の解釈」に当てられた章のひとつの節のなかで、事情変更原則について検討している。その説くところによれば、条約にとって本質的な意味を持つ事情の変更は、条約終了の原因となる。

「もし、その時に存する物事の状態についての考慮が、約束が生じた根拠 *la raison qui a donné lieu à promesse* のなかに入っており、そのような物事の状態を考慮し、その結果として約束が行われたのであれば、そのような状態に物事が留まっているかどうか、約束は左右される」⁷¹⁾。

たとえば、さして強大ではない国家に対して、その同盟諸国が、誠実で継続的な支援を約束したとしても、その国家が強大化し、「ヨーロッパ全体の自由を脅かすに至ったとみなされる時点において」は、同盟諸国は、約束していた支援を拒絶し、その国家に対抗する同盟を締結してよい⁷²⁾。この事情変更原則は、条約だけではなく、法一般に妥当する、という⁷³⁾。

68) 後述。

69) Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, 1899, p. 89 n. 2.

70) Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, lib. 2, cap. 16, XXV.

71) Emer 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, liv. 2, chap. 17, § 296.

72) *Ibid.*

73) 「約束について述べたこと [事情変更原則] は、諸法規 *loix* にも拡張される。↗

一見したところ、ヴァattelは、重要かつ広範な意義を事情変更原則に与えているように見える。もちろん、同盟体制を一方的に変更する根拠として事情変更原則を挙げていることから見ても分かるように、この原則が国際秩序において重大な役割を果たすことをヴァattelは認めている。しかし、ヴァattelの国際法体系における事情変更原則の意義については、二つの点で留保が必要である。

第一に、ヴァattelの体系において、主権や不干渉義務、交戦者間の平等などの基本原則を規定する意思国際法は、公理として措定された自然状態における理性的人格としての国家間の「推定された同意」として定立されるものであり、したがって、特定の時点での「事物の状態」の存在を前提としていない。すなわち、ヴァattelの体系の下では、国際法の基本的諸規範は、理性的推論によって導き出されるものであるゆえ、事情変更原則による廃棄の対象にはなりえない。事情変更原理に依拠して終了しうるのは、特定の歴史的状況を考慮して締結された個別の条約のみである。そのような歴史的文脈に基づいて成立する国際法規範の内容は、ヴァattelの理性的自然法体系の下では、周辺的な意義しか持たない⁷⁴⁾。

第二に、ヴァattelが行っているのは、「約束」や「法規」一般における事情変更原則に関する検討であり、国際法に固有の意義や役割を分析するものではない。ヴァattelは、事情変更原則が、約束や法規に一般的に妥当するゆえに、国際条約にも妥当すると論じている。すなわち、ヴァattelにおいて、この原則は、国際法秩序の固有の構造やそこに固有の限界を示すものではない。

それに対し、国際法の全体を、具体的な状況の下で、自己利益の理性的な判断によって国家が定立する規範の体系とみなす実証主義においては、法の根拠

↘事物の特定の状態に結び付けられている法規は、そのような状態においてのみ、実施されうる」(ibid.)。

74) 「諸国民のさまざまな条約・慣習の詳細は歴史に属するのであって、国際法の体系には属さない」(ibid., Préface, xxii)。

となる利益状況の変動は、国際法体系全体に関わる根源的な意義を持ちうる。たとえば、イエリネックの自己拘束理論においては、国家意思によって定立される国際法の持続性を根拠づけるのは、真の国家利益としての国家目的であった。相互依存状況において国家目的の実現を理性的に追求するからこそ、国家は、安定的な国際法関係を維持するのであり、逆に、国家目的に適合しなくなった法規範は、その理性的な根拠を失う⁷⁵⁾。それゆえ、国家の自己保存のような最高度に重要な国家目的が、条約の遵守と抵触するという事態は、条約の終了原因となる⁷⁶⁾。このような理解の下では当然に、利益状況の変動によって国家目的と条約が矛盾するようになった場合には、事情変更原則による条約の終了が肯定される。変動する歴史的状況の中で自己の目的を実現してゆく国家の発展を、静態的な国際法規範が妨げることは、許されないからである⁷⁷⁾。このように、イエリネックは、ヴァッテルと同様に、事情変更原則を条約終了原因として認めているのだが、ヴァッテルとは異なり、国家目的と国際法の矛盾という、体系全体を貫く根源的な緊張関係から派生する原則としてそれを論じている。

さらに、イエリネックは、事情変更原則について私法からの類推を行うことを強く批判している。国際法は国際関係の客観的性質に即したものでなければならない、と考えるイエリネックは、そもそも条約に関する法規範を私法の類推によって導き出すことに懐疑的である⁷⁸⁾。事情変更原則に関しても、個人とは異なった国家の固有の性質を考慮しなければならず、私法における議論をそのまま類推してはならない。「したがって、約束の履行が、履行者の利益を害するかどうかという事情に左右されない場合にのみ、条約の法的性質について

75) 前述 1 (2)。

76) Jellinek, *op. cit.* n. 26, p. 62.

77) 「過去の国家が、国家の現在と将来を支配する力を持つべきだろうか？ もし諸国家が硬直化すれば、その帰結は世界史の死であろう。解消できない拘束性を国家に課そうとする理論があるとすれば、それは、ただ、法の目的と歴史的機能を忘れた理論にすぎない」 (*ibid.* p. 63.)

78) *Ibid.* pp. 50-51.

語ることができる、というのは、私法的な先入見である」⁷⁹⁾。

このように、イエリネックは、国家目的を追求する国家間合意としての法という、国際法の固有の性質と密接に結びついたものとして、事情変更原則を捉えていた。イエリネック自身は、国際法学の実証主義的な基礎づけを目指していたゆえに、この原則をそれ以上深く追求しようとはしなかった。しかし、古典的な解釈原則である事情変更は、実証主義的な国際法思考において、法の基礎となる利益状況と法規範との矛盾という原理的な問題を表現するものとなった。実定法を定立する唯一の権威である国家が、具体的な状況の下で、自らの利益を理性的に判断した結果としての合意が国際法であるとすれば、国際法定立の前提となった利益状況の根本的変更は、法の効力にとって重大な意義を持つであろう。したがって、国際法における事情変更原則は、国家法に服する私人間の契約に関する事情変更原則の単なる類推ではあり得ず、国際法に固有の法構造と密接に結びついた、国際法に固有の解釈原則として理解されるはずである。それゆえにこそ、観念論的傾向⁸⁰⁾を持った公法・国際法学者エリヒ・カウフマン Erich Kaufmann (1880-1972) は、事情変更原則の検討を通じて、「国際法の本質」を把握しようと考えたのである。

79) *Ibid.* p. 63.

80) 20世紀初旬の公法学における観念論的傾向とは、一方において、経験素材を用いた事物の描写に留まらず、事物の本質そのものを把握して、そこに秩序の基礎を求め、他方において、事物の本質を、普遍の本性に求めず、歴史的に形成された制度の中に見出そうとする思想傾向である。とりわけ、歴史的形物としての国家の制度的本質を把握し、それを存在的・規範的基礎として秩序理論を構築することを目指した（参照：Klaus Rennert, *Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Duncker & Humblot, 1987, pp. 62-63, pp. 98-99）。