

# 動態的国際法秩序への解釈論的視座(2)

——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
  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, 65巻3号)
  4. カウフマンによる事情変更原則への着目
    - (1) 私法学における事情変更原則の客観的理解
    - (2) 国際法における事情変更原則
  5. 上下関係秩序と並列関係秩序——国際法の構造について
    - (1) 国家間合意の法的拘束性
      - (i) 背景としての理論的危機
      - (ii) イェリネック
      - (iii) トリーベル
      - (iv) ケルゼン
    - (2) カウフマンにおける条約の法的効力の基礎
      - (i) 他の理論との関係
      - (ii) 共同体によって実現される配分的価値としての法
      - (iii) 最上位規範を頂点とする段階的構造を持つ上下関係法秩序
      - (iv) 並列関係法における合意 (以上, 本号)
  6. 国際秩序における法と力
- 結 論

## 4. カウフマンによる事情変更原則への着目

カウフマンは、1911年に出版された『国際法の本質と事情変更原則』<sup>1)</sup>において、国際法における事情変更原則の固有の意味を検討し、それを通じて、国

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

際法秩序の基本的構造を明らかにしようとした。その際、カウフマンは、私法における事情変更原則と、国際法における事情変更原則の根本的相違を論証している。その論証を理解する前提として、ドイツ私法学における事情変更原則の理解のあり方についてまず説明しておく必要がある。

#### (1) 私法学における事情変更原則の客観的理解

法の一般理論として形成された伝統的な事情変更原則は、法主体（当事者）の意思の解釈として、主観的に理解されてきた。すなわち、当事者が、行為時（例えば契約締結時）にそのような事情の変更が生じることを知らず、かつ、もしそれを知っていたとすれば当該行為を行わなかったと証明される場合に、事情の変更を理由とする義務の廃止や変更が可能となる<sup>2)</sup>、という。このような理論は、私法学や私法実務だけではなく、多様な法分野に受け入れられた。すなわち、当事者の意思を基準とする事情変更原則は、17世紀から18世紀にかけて、自然法に根拠づけられた法の一般原則とみなされており、したがって、国際法論にも受容されたのである<sup>3)</sup>。

その後、取引の安全と合意の拘束性を重視する私法学において、事情変更原則の適用範囲は縮減されてゆく。ローマ法源に依拠するドイツの歴史法学・パンデクテン法学の興隆も、ローマ法に直接の根拠を持たない事情変更原則の信用を失わせる方向に働いたであろう<sup>4)</sup>。18世紀後半から19世紀にかけて、個別的法律関係に関する各論的な解釈において事情変更の要素が考慮されたものの、一般原則としての事情変更原則に対する批判的な見解が強まってゆき、やがて、この原則は、ドイツ私法学においてほとんど顧みられないようになった<sup>5)</sup>。

---

2) *Ibid.*, pp. 70-71. Leopold Pfaff, „Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung“, *Festschrift zum siebenzigsten Geburtstage Sr. Excellenz Dr. Joseph Unger*, J.G. Cotta, 1898, p. 239.

3) Ralf Köbler, *Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 39-41.

4) *Ibid.*, pp. 62-65.

5) 債権債務関係に関する19世紀末の研究書には、次のように記されている。「18」

それに対し、自然法学によって形成された体系や原則が引き続き重用された国際法学においては、19世紀を通じて、事情変更原則が一般原則として承認されていた<sup>6)</sup>。19世紀の代表的な国際法体系書の多くは、事情変更原則に言及している。クリューバー『ヨーロッパ国際法』においては、条約の終了原因として、当事国の合意による終了・条約規定に基づく終了・目的達成による終了・不能 *Unmöglichkeit* による終了・信頼関係の破壊 *Treulosigkeit* による終了などと並べて、事情変更による条約の終了が挙げられる。すなわち、両当事者の意思により条約の有効性にとって不可欠の前提とみなされていた状況について、本質的な変化があった場合には、条約はその法的効力を失う、という<sup>7)</sup>。ヘフター『ヨーロッパ国際法』は、条約の無効・取消原因の一つとして事情変更を挙げる。強制・詐欺・後発的不能の場合と並んで、「条約締結時にすでに存在

6) 世紀末以来、普通法の支配的学説は、次第に、事情変更原則を一般的に採用することには根拠がない、という見解をとるようになった。普通法の実務もそれに続いた。ザクセン民法典 [1863年公布] も同様にこれに従っている。パンデクテン法に関する近年の教科書では、この問題はほとんど言及されていない」(Rudolf Stammer, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Guttentag, 1897, p. 92)。また、Pfaff, *op. cit.* n. 2, p. 275 も参照。邦語文献としては、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』(有斐閣, 1926年) 173-175頁に同趣旨の記述がある。

6) 事情変更原則が、19世紀の国際法学において広く受け入れられていたことは、従来の研究において繰り返し指摘されている。「事情変更の教説は、国際法の文献においては、今日 [19世紀末] においても、より広い承認を受けている」(Pfaff, *op. cit.* n. 2, p. 282)。「19世紀の国際法においては、事情変更原則は、私法上の事情変更原則と同じ運命をたどらなかった。事情変更原則は、一般原則として、すなわち、黙示的条件の形をとる国際法規範として承認され続けた」(Köbler, *op. cit.* n. 3, p. 74)。「ゲンチリ以来……著述家たちはこの問題 [事情変更原則] に取り組んできた。グロティウスとバインケルスフークが熱意のない half-hearted 反論を行ったけれども、事情変更原則は、とりわけ19世紀を通じて、一般的な承認を勝ち取った」(Arthur Nussbaum, *A Concise History of Law of Nations*, revised ed., Macmillan, 1954, p. 203)。

7) Jean Louis Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, t. 1, J. G. Cotta, 1819, pp. 259-263; Johann Ludwig Klüber, *Europäisches Völkerrecht*, 2. Ausgabe, Julius Groos, 1847, pp. 188-191。「不能」とは、条約上の義務が矛盾に陥る状況を指す。例えば、三つの国家が同盟条約を締結しており、そのうちの二国が相互に戦争状態に入った場合、他の一国が置かれた状況のことである。

し、もしくは、予見可能であり、かつ、義務を負う者が条約の黙示的条件とみなしていると認められる状況」が変化した場合に、条約を一方的に取消することができる、という<sup>8)</sup>。このほか、ブルンチュリ<sup>9)</sup> やホール<sup>10)</sup> の体系書においても、条約の終了原因もしくは取消原因の一つとして、事情変更原則が論じられている。

それら19世紀の代表的国際法体系書において、事情変更原則は、強制や不能などと同様、自然法論から引き継がれてきた条約の効力に関する諸規則の一つとして論じられている点に注意しなければならない。すなわち、事情変更原則は、法的拘束力を持つ人格間の合意の効力に関する一般的法原則の一つであり、それゆえ、私人間の合意である契約と同様に、国家間の合意である条約にも適用しうる、という前提の上に議論が構成されている。そこには、歴史的な勢力変動と法との緊張関係の表現として事情変更原則を理解し、そこから国際法固有の秩序構造を分析しようという姿勢はみられない。

19世紀末以降、再び転機が訪れる。厳格な合意の拘束性を緩和する必要から、私法分野においても再び事情変更原則が注目を浴びるようになり（「事情変更原則のルネサンス」<sup>11)</sup>）、その理解・根拠づけについての議論が活性化した。そのなかで、事情変更原則を、当事者の意思の解釈ではなく、各々の法律行為の制度目的を基準として理解する客観的解釈が提唱されるようになる。このよう

8) A.W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 5. Ausgabe, E. H. Schroeder, 1867, pp. 183-185.

9) 「引き受けられた条約上の義務の明示的もしくは黙示的前提・根拠であったところの事実的状态が、時間の経過とともに、その条約上の義務の履行が不自然もしくは無意味となるほどにまで変化した場合、その義務は消滅する」(Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, 2. Auflage, C. H. Beck, 1872, § 456)。

10) 「契約 contract のいずれの当事者も、契約が締結された時点において意図されていた条件以外の条件に基づいて、その契約の効力を恣意的に変更することはできない。他方で、契約締結時にその義務的効力の黙示的条件を構成していた事柄が本質的に変化した場合には、契約は拘束的でなくなる」(William Edward Hall, *International Law*, Clarendon, 1880, p. 295)。

11) Köbler, *op. cit.* n. 3, p. 89.



な私法学における理論発展を受容し、それとの対照において国際法学固有の事情変更原則の意味を分析することによって、カウフマンは国際法批判理論を構成する。したがって、まず、ドイツ私法における事情変更原則の客観的解釈と、そのカウフマンによる受容を簡単に紹介しよう。

1897年に出版されたシュタムラー『債権債務関係法』において、一般原則としての事情変更の根拠として、契約の社会的目的が強調されている。すなわち、契約は「正当な社会的協働を達成するための、条件づけられた手段」であり、それゆえ、その目的を追求するための前提となっていた事実状態が本質的に変更を被った場合には、契約上の権利・義務が限定・修正されなければならない、という<sup>12)</sup>。

このような契約の社会的目的という要素は、20世紀初頭に公表された事情変更に関するレオ・シュタールの著作（『民法典におけるいわゆる事情変更原則』<sup>13)</sup>）において、さらに強調されている。シュタールは、事情変更原則の適用が認められる基準として、「法律行為において追求される目的」<sup>14)</sup>に重きを置く。この「目的」とは、法律行為を通じて当事者が追求する主観的目的（動機）のことではなく、各々の法制度が法秩序全体の中で割り当てられている役割としての、制度内在的・客観的な目的のことである。

「いかなる法制度も、単に、法律的な特殊性 *eine juristische Besonderheit* を実体化するためだけに存在しているわけではない。むしろ、あらゆる法制度には、体系の内部において特定の任務が与えられており、法制度は、法の構成員の間を規制するにあたって、その任務を果たさなければならない」<sup>15)</sup>。

契約もまた、ひとつの法制度として、法秩序全体において割り当てられた役割（「目的」）を有しており、それに基づいて、事情変更原則は理解されなけれ

12) Stammer, *op. cit.* n. 5, pp. 92-93.

13) Leo Stahl, *Die sogenannte clausula rebus sic stantibus im BGB*, Ph. C. W. Schmidt, 1909.

14) *Ibid.*, p. 62.

15) *Ibid.*, p. 63.

ばならない。すなわち、事実状態の変化によって、契約の本質的目的と矛盾する状況が生じたとき、言いかえれば、法体系において割り当てられた役割を当該契約が果たしえなくなるような事情の変化が事後的に生じた場合、事情変更原則が適用され、契約が廃棄もしくは修正される、という<sup>16)</sup>。

シュタールによれば、契約の本質的な目的は、法律学的な観点のみならず、人道的観点や経済的な観点を考慮して確定される。たとえば、事実状態の変化によって、ある雇用契約の遵守が人格的自由の「搾取」を生じせしめるようになったとすれば、人道的観点から事情変更原則が適用され、その契約を取り消す特例的な権利が生じる<sup>17)</sup>。また、経済的取引関係を実現する機能は契約の重要な目的であり、それゆえ、経済的な観点からみてある契約が実行されるべきではない場合には、事情変更原則によって履行不能とされなければならない<sup>18)</sup>。

このように、シュタールにおいて、事情変更原則を根拠づけるのは、契約当事者の意思や主観的動機ではなく、社会的・経済的を考慮して割り当てられた、法秩序全体における契約の客観的目的である。そこでは、当事者の意思を実現することではなく、むしろ、社会的・共同体的必要性から当事者の決定に介入することが想定されている。

カウフマンは、シュタールの所論を重視しつつも、それをそのまま採用するわけではない<sup>19)</sup>。シュタールのように、事情変更原則という法律行為の解釈原則から、意思の要素を完全に排除してしまうことは、カウフマンにとっては受け入れられない。カウフマンにとって、法律行為に関する一般原則である事情変更は、意思を基準として理解されるべきものであり、したがって、事情変更原則を合意の「黙示的前提」とみなす定式は維持されなければならない。しかし、当事者の合意の意味を規範的に解釈することによって、結局のところ、法制度の「目的＝理念（テロス）」<sup>20)</sup>を基準として事情変更原則を理解することになる。

16) *Ibid.*, pp. 62-63.

17) *Ibid.*, p. 63.

18) *Ibid.*

19) Erich Kaufmann, *op. cit.* n. 1, pp. 76-79.

20) 「テロス」という概念は、カウフマンがしばしば引用しているシュタールの

「あらゆる契約の『黙示的前提』としての事情変更原則の意味は、……法律行為によって引き受けられた義務が、『無条件』のものではない、ということ、そして、その義務の『限界』が、特定の契約タイプの『本質的目的』を追求する効果意思に基づいて、義務を負う当事者に『期待』されてよいことがらのうちに見出される、ということである」<sup>21)</sup>。

カウフマンの意思解釈理論<sup>22)</sup>によれば、当事者の意思は、「いかなる一般的・規範的な観点からそれが意欲されたか」を探求することによって理解されなければならない<sup>23)</sup>。たとえばひとつの雇用契約が締結された場合、その合意は、単なる主観的・恣意的な欲求の偶然的な合致ではなく、法秩序全体におい

↘Friedrich Julius Stahlの所論を参考に理解すべきであろう。シュタールによれば、テロスとは、法によって実現される生活関係に内在する理念である。すなわち、法律行為のテロスとは、当事者が法律行為によって実現しようとする主観的な目的のことではなく、法律行為として実現される生活関係に内在する理念であり、言い換えれば、婚姻や売買などの法律行為そのものの制度目的のことである (Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 3. Auflage, 2. Bd., 1. Ableitung, J. C. B. Mohr, 1854, pp. 203-204)。

21) Kaufmann, *op. cit.* n. 1, p. 110.

22) カウフマンは、表示された意思を規範的に解釈することを主張しているが、その根拠は、例えばハンス・ケルゼンのように、意思を、法規範に基づいて客観的・法律学的に構成された帰属点として理解しているからではない (後述5(1)(iv)参照)。カウフマンにおいて、意思は、あくまでも人間の主観から発せられるものと理解される。主観的・恣意的なものとして発せられる意思が、いかにして、客観的・法的に妥当せられるべき内容を持つものとして解釈されるのか、という問題が、カウフマンの意思理論における中心的課題である。生まれながらにして理性的本性を持つ「抽象的個人」を出発点としていた啓蒙の合理主義の時代の意思理論は、個人意思の理性的・客観的性格を前提とすることができた。それに対し、現代においては、現実の中に生きている個人を出発点として、意思理論を組み立てる必要がある (*ibid.*, pp. 94-95)。個人意思は、それ自体としては理性的なものではないが、完全に主観的・恣意的なものではなく、超個人的な法規と関連性を持つ、というのがカウフマンの議論の核心である。法的な価値を承認し、それを個別的な事例において妥当させようとする法的意思には、現実的に意欲されたところの「断片的で不完全な性質」を拡張し、補完する「規範的合法性」が含まれる、という (*ibid.*, pp. 95-96)。このように、そもそも意思が規範と関連づけられているゆえに、意思の解釈によって、意思内容が規範によって補完され、拡張されるのである。

23) *Ibid.*, pp. 85-86.

て承認された「雇用」という規範的關係を設定するという法的意思の表示である。それゆえ、その意思には、個人の主観を越えた一般的・規範的な内容が含まれている。したがって、その合意は、一般的規範としての雇用契約制度に従って解釈されなければならない。そして、このような合意の規範的解釈に即して、事情変更原則が理解される。すなわち、契約の遵守がその制度目的と矛盾してしまうような事態が生じた場合、その拘束力を維持することは、契約によってその制度目的を追求しているはずの当事者の意思に合致しない、ということになる。このような理解において、事情変更原則は、婚姻・雇用・売買など多様な契約タイプのそれぞれの「本質的目的」を基準として判断される<sup>24)</sup>。

## (2) 国際法における事情変更原則

事情変更原則が、法制度の本質的目的を基準として理解されるべきであるとするれば、次のような問いが直ちに立ち上がる。国際法秩序における条約の本質的目的とは何か？ それは私法秩序における契約の本質的目的とはどのように異なっているのか？

カウフマンにとって、国際法秩序においては、国家を越えるような国際共同体（または世界共同体）的観点は存在しない。したがって、国際法は、個別的国家の利益という観点からのみ設定された法秩序である。そして、もっとも根源的な国家利益とは、国家の「自己保存権」として定式化される。それゆえ、次のように言われる。

「純粋な個体法である国際法において可能な唯一の目的（テロス）は、国家の自己保存によって命じられるところの国家利益である。国際について求められる客観的原理は、ただ国家の自己保存権にのみ見出される。それは、国家主体の固有の性質のゆえに、その客観的価値を自ら担っている」<sup>25)</sup>。

すなわち、客観的法制度として国際法の目的は、個別的法主体である国家の自

---

24) *Ibid.*, pp. 205-206.

25) *Ibid.*, p. 192.

己保存権によって命じられるところの国家利益を実現することだという。国際条約もまた、国家の利益を実現するという目的を持つ。もちろん、ここでいう国家利益とは、短絡的な欲求のことではなく、複雑に折り合わされた諸国家間の利益相互依存を前提としたうえでの、理性的に判断された利益である。それゆえ、諸国家は、短絡的な欲求を実現するために軽々しく条約上の義務を否定するわけではない<sup>26)</sup>。むしろ、諸国家は、国際関係の総体が各国にもたらす共通利益を重んじて、そのときどきの個別的利益を犠牲にする<sup>27)</sup>。

しかしながら、いかに相互依存に基づく利益が重大であったとしても、条約の根拠となっているのは、つまるところ、個別国家の利益である。すなわち、些細な利益を犠牲にして条約を遵守する方が、瑣末な利益のために条約を破るよりも、個別国家の利益に適っているという限りにおいて、条約はその根拠を持つ<sup>28)</sup>。それゆえ、自己保存によって命じられる重大な利益が、条約の遵守によって損なわれるような事態が生じた場合には、条約という法制度の目的に鑑みて、その義務の遵守が否定されることとなる。こうして、国家利益を実現するという条約の法制度を基準として、国際法上の事情変更原則が導かれる。

「条約は、つねに、国家の存立上の必要を満たす目的で、特定の政治的状況から、生み出されるものであるから、自己保存権を条約の有効期間について適用すれば、事情変更条項が必然的に現れる。……条約が拘束すべきであり、また、拘束することを予定しているのは、締結時に存在した勢力状況・利益状況の変

26) 「言うまでもなく、折に触れて生じる共通の利益だけで、それに基づいて締結された条約に確固とした保障を与えることができるわけではないだろう。当然のことながら、むしろ、利益の多数性、それら諸利益の安定性の自覚、個別的な共通性が失われてもまた別の共通性が浮上するという期待などが、対抗的な諸利益を現実に織り合わせ、結び付けていくのである。そして、それゆえに、報復や復仇の見込みの下で、諸国家は、引き継がれてきた拘束から軽率に免れようとはしない」( *ibid.*, pp. 190-191)。

27) 「継続的な共通利益が多数存在しているゆえに、そのときどきの特殊利益は、現実の生存問題にかかわらない限り、その犠牲とされる」( *ibid.*, p. 191)。

28) 「国際条約が成立するのは、その条約合意において諸国家が有する利益が十分に強く、その結果として、その他の利益が、それに較べれば些細な価値しか持たないものとして退けられ、犠牲とされることによってである」( *ibid.*, p. 198)。

化によって条約の本質的な規定が締約国の自己保存権と両立不可能にならない限りにおいてである」<sup>29)</sup>（強調は引用者による）。

カウフマンにおいて、条約当事国である国家の自己保存権によって直接に根拠づけられる国際法上の事情変更原則は、私法上の事情変更原則とまったく異なっている。私法においては、契約当事者の上に立つ共同体的な観点から、婚姻・売買・賃貸・雇用などの契約諸類型にそれぞれ目的が与えられており、そのそれぞれの目的に従って、事情変更原則がそれぞれ適用される<sup>30)</sup>。国際法においては、そのような個別主体を越えた共同体的観点はありえない。

以上のような事情変更原則に直接に関わるカウフマンの説だけをみれば、その内容は、イエリネックの説とそれほど変わらないように見える。すでにみたように、イエリネックもまた、真の国家利益である国家目的に条約の持続性を根拠づけており、国家目的と矛盾する事態が生じた場合には、条約上の義務はその根拠を失うと考えていた。国際法上の事情変更と私法上の事情変更が異なっていることも、彼の主張するところである。

しかし、カウフマンは、イエリネックと異なり、事情変更原則を手掛かりとして、国際法秩序の構造分析にまでその視野を広げ、それによって、国際法構想を批判的に再検討することを試みた。以下では、事情変更原則論の基礎理論でありつつも、それにとどまらない射程を持った、カウフマンの国際法構造論を検討しよう。

## 5. 上下関係秩序と並列関係秩序

### ——国際法の構造について

カウフマンは、法を意思関係の秩序とみなしており、それを分類するための

---

29) *Ibid.*, p. 204.

30) 私法において、法律行為の類型ごとに別様の事情変更が認められてきたのに対し、国際法においては、そのような条約類型別の区別が認められてこなかったことは、カウフマンにとって、国際法と私法の事情変更原則に関する重要な現象的相違である (*ibid.*, pp. 70-71)。



最も基本的なカテゴリーとして、上下関係 Subordination と並列関係 Koordination を挙げる。上下関係法とは、共同体的観点から発せられる上位の意思が、下位の意思を統制している法であり、公共の利益を基準とするゆえに「公益法 Sozialrecht」<sup>31)</sup>とも呼ばれる。並列関係法とは、独立・対等の個別的人格間に成立する意思関係としての法であり、個体の利益を基準とするゆえに「個体法 Individualrecht」<sup>32)</sup>とも呼ばれる<sup>33)</sup>。カウフマンの国際法理論を理解するために最も重要なのは、国際法が並列関係法に分類されるのに対し、私法が上下関係法に分類される、という点である。つまり、上下関係法／並列関係法の区別は、公法／私法の区別に対応していない。国家法は、私法も公法も、原則として、すべて上下関係法であり、並列関係法に分類されるのは、近代法としては、原則として国際法のみである<sup>33)</sup>。

並列関係法という、国際法のみを対象とするカテゴリーがあえて提示される背景には、法律学における合意の拘束性に関する理解の変化、および、そこから生じる国際法学の理論的危機がある。一言でいえば、理性的人格間の合意そのものを法的拘束性の根拠とみなす理性法的理解が自明と考えられなくなったとき、国際法（とりわけ国際条約）の法的性格についての理論的説明が必要とされるようになり、その結果として、イェリネクやトリーペルなどによって、新しい国際法基礎理論が展開された。カウフマンの議論もそのような文脈の下で理解されるべきであろう。

## (1) 国家間合意の法的拘束性

### (i) 背景としての理論的危機

社会契約理論や意思自律論などの啓蒙的自然法論の秩序構想の基礎には、〈合意そのものが法的義務の根拠となる〉という前提が存する。理性的な人格

31) ここでいう「sozial」とは、「一般利益もしくは公共の福祉に資する」という意味である。

32) Erich Kaufmann, *op. cit.* n. 1, p. 128.

33) ただし、上下関係法と並列関係法が混在するものとして、連邦国家が挙げられている (*ibid.*)。

が自らの利益判断に基づいていったん合意した以上、それは法的な効力を持つ、ということである<sup>34)</sup>。このような「合意は拘束する *pacta sunt servanda*」という原則は、法律学の歴史のうえでは決して自明のことではない<sup>35)</sup>。それゆえ、17世紀に理性法的法律学の構築に貢献したグロティウス<sup>36)</sup>は、法が約束に義務的効力を付与するのではなく、人の約束そのものが拘束力の根拠となるということ、その人文主義的知性によって論証しなければならなかった<sup>37)</sup>。

理性的人格間の合意が法的拘束力を持つという理性法的原理は、国際条約の拘束性の根拠ともなる。人の約束そのものが法的拘束性の根拠であるとするれば、君主の約束もまた、拘束力を持つ<sup>38)</sup>。そして、国家を理性的人格とみなすことができるなら、理性的人格間の「合意は拘束する」ゆえに、国家間の合意もまた、法的拘束力を持つこととなる。ヴァッテルは、社会契約論を用いて国家を理性的人格として構成し<sup>39)</sup>、その当然の帰結として、約束の拘束力を認める自

34) 北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」『岩波講座基本法学 4—契約』（岩波書店、1983年）167頁、176-178頁。

35) ローマ法においては、「裸の合意から義務は生じない」のが原則である。意思自律や私的自治の観念に象徴されるように、近代法において、理性的な人格の意思が自己に関わる法的な義務を自由に設定しうるという思考が強い影響力を有したものの、歴史的に見れば、人格間の合意が、それ自体として法的拘束力を有するという考え方は、決して一般的ではない（大沼保昭「合意」大沼編『戦争と平和の法（補正版）』（東信堂、1995）、281頁）。それゆえ、イエリネックは、社会契約説を批判する文脈で次のように言う。「契約が拘束力を有するという命題は、自然法にとっては自明のこととされているようであるが、その命題が一般に受け入れられるまでには、いかに長い時間がかかったことか！しかも、裸の合意が無制約に義務的効力を有する、ということは、今日においてさえ例外なく妥当する命題では決してない」（Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage, Max Gehlen, p. 216 ; G. イェリネック [芦部信喜ほか訳]『一般国家学』（学陽書房、1974年）166頁）。

36) Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967, p. 287.

37) Grotius, *De jure belli ac pacis*, l. 2, c. XI, I. グロティウスにおける約束の拘束力に関する説明として、大沼「前掲論文」（注35）295-200頁、グロティウスが論駁の対象としたコナーヌスの合意論については、同論文288-295頁を参照。

38) *Ibid.*, l. 2, c. XIV, IV.

39) 「国民団体 Nations すなわち国家 Etats は政治体であり、人々が協力してその安全と福祉を得んがために結合した団体である。そのような団体は、自己の関心と

然法規則を国家間の合意に適用した<sup>40)</sup>。理性的人格間において「合意は拘束する」という理性法的原理、およびそこから派生する諸原則は、法の一般理論として、契約と条約のいずれをも根拠づけ、その解釈枠組みを提示したのである<sup>41)</sup>。

しかし、このような、自由主義に親和的な理性法的思考は、19世紀半ばのドイツ法哲学において、とりわけ保守主義の立場から強く批判され、それによって、法秩序構想における合意の意義が変化を被る。今日概念を用いて一言でいえば、人格間の合意を、法的効力そのものの源泉（法規範定立行為）ではなく、法規範によって効力を与えられる法律行為とみなす考え方が強力に主張されたのである。例えば、カウフマンに強い影響を与えた<sup>42)</sup> 法哲学者フリードリヒ・J・シュタール Friedrich Julius Stahl (1802-1861)<sup>43)</sup> は、主観的な意思

---

、利害を有し、みずから熟慮し、みずから決断を下す。そうすることで、その団体は法人格となる。その人格は、理解力と固有の意思を保有し、権利と義務を担う能力を持つ」(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. 1, préliminaires, § 1-2)。「国民団体 Nations は、本性において自由で独立の人間から構成されている。それら人間は、国家 Sociétés Civiles が設立されるより前には、自然状態において共生していた。それゆえ、国民団体 Nations すなわち主権国家 Etats souverains は、相互に自然状態に生きる、それだけの数の自由な人格 personnes libres とみなされなければならない」(*ibid.*, préliminaires, § 4)。

40) *Ibid.*, liv. 2, chap. 12, § 163.

41) 「グロティウスは、その国際法を自然法によって基礎づけ、したがって法の一般原則として定式化した。それゆえ、それは、自然法的私法にとっての範型ともなった」(Wieacker, *op. cit.* n. 36, p. 290)。

42) カウフマンは、その博士論文 (*Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes* [ハレ大学, 1906年]) において、シュタールを大きく取り上げており、その部分は、全集第三巻に収録されている (Erich Kaufmann, “Friedrich Julius Stahl als Rechtsphilosoph des monarchischen Prinzipes”, *Gesammelte Schriften*, 3. Bd., Otto Schwartz, 1960, pp. 1-45)。

43) 19世紀ドイツの代表的な保守主義的法学者。ユダヤ教徒の家庭に生まれるが、のちにプロテスタントに改宗。ヴェルツブルク・ハイデルベルク・エアランゲンで法学を学んだ後、1927年に、ミュンヘンで教授資格取得。エアランゲン・ヴェルツブルクで正教授を務めたのち、1840年、プロイセン王フリードリヒ・ヴィルヘルム4世の希望により、ベルリン大学国家法・教会法・法哲学講座に招聘される (I. 〃

の合致が、それ自体としては、法的拘束力の根拠とならないことを強調している。シュタールによれば、契約が法的拘束力を持つのは、主観的な意思が拘束力を生み出すからではなく、客観的な法が、共同体的な必要性の観点からそれに法的拘束性を認めるからである<sup>44)</sup>。

「もし契約が単に道徳的に拘束性を有すべきだとすれば、それは、倫理的目的もしくは了解可能な *verständlich* 目的に資するものでなければならない。倫理に反する契約や目的のない契約は道徳的な義務を課すものでない。しかし、契約が完全な法的拘束力を持つべきだとすれば、それは、法的な目的に資するものでなければならない。すなわち、それは、共同生活としての法秩序にとって不可欠な要素を構成する内容との関連を持たなければならない」<sup>45)</sup>。

このような秩序構想からすれば、たとえば、財産取引において当事者の合意が法的拘束力を持つのは、当事者の意思に本性的な処分権能が備わっているからではなく、当事者の意思に従って取引が規制されるべきことを、共同生活上の観点から、法秩序が要請するからである<sup>46)</sup>。

---

↘Andres, “Stahl, Friedrich Julius”, *herausgegeben von Michael Stolleis, Juristen, ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, 2001, pp. 596-597)。シュタールは、シェリングやヘーゲルの哲学の影響の下で、社会契約論的国家論を否定し、キリスト教保守主義に基づく君主原理を主張したが、その一方で、当時の自由主義者の基本的主張である基本権保障・法治国家・国民代表の原理を容認した。それゆえ、「保守立憲主義」の先駆者とみなされる（Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 2. Bd, C. H. Beck, 1992, pp. 152-153)。ただし、超越的な権威である神に根拠を持ち、個人に優越する人倫王国として国家を理解するシュタールの法治国家概念は、根源的な価値としての個人の自由に基づき置く自由主義的な法治国家概念とは異質である。シュタールの法治国家概念については、高田 敏「シュタールにおける法治国の概念」『法哲学年報』（1963年）179-190頁を参照。

44) Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 3. Auflage, 2. Bd., 1. Ableitung, J. C. B. Mohr, 1854, p. 416.

45) *Ibid.*, p. 415.

46) ここで述べたことは、契約理論上の「意思主義 *volontarisme*」と「諾成主義 *consensualisme*」の区別に関わる。「諾成主義」とは、法的拘束力を有する契約が、当事者の意思の合致のみによって成立するということであるのに対し、「意思主

カウフマンは、このような秩序構想の変化の意味を鋭敏に捉えている。個人の意思そのものに拘束力を認める理性法的思考においては、そもそも個人が、客観的な価値を判断する理性的本性を備えている完全な存在とみなされていた。しかし、経験的に見出される具体的な個人は、限られた判断力しか持たない不完全な存在である。そのような現実の個人を出発点とする現代的個人主義においては、もはや、個人の主観的判断が客観的規範を生み出すという前提をとることができない。そこでは、共同体的な観点から諸個人の主観的価値判断に適切な位置づけを与える国家が、秩序の根拠とみなされる、という<sup>47)</sup>。

「義」とは、契約の拘束力の根拠を意思自体に求め、それを法律と同平面におくという思想である（北村「前掲論文」(注34) 169-170頁)。例えば、法律の規定に基づいて、当事者の合意のみによって契約が法的効力を有すると考えるのであれば、それは「諾成主義」であって、「意思主義」ではない。契約を規制する法律の存在を前提とする現代の私法においては、両者の相違は、それほど重視されないかもしれない。しかし、国際法学においては、この相違は決定的な意味を有する。理性的人格間の合意が、それ自体として法的拘束力の根拠となると考えるのであれば、国家人格間の合意である条約の法的拘束力はそこから直接に論証される。しかし、自由な合意の法的拘束力が、合意そのものとは別のもの（例えば議会制定法）によって与えられるのであれば、条約に関しては、即座に、容易には答えられないような問いが発せられることとなる。国家間の合意（条約）の法的拘束力を根拠づけるものはいったい何であるか？

- 47) カウフマンは、秩序構想における個人観の変化を、「アウグスティヌスの個人概念」「合理主義の個人概念」「現代的個人主義の個人概念」という三つの類型を用いて説明している。中世に支配的であった「アウグスティヌスの個人概念」において、個人は、肉と欲望にとらわれた罪深い存在であり、自らの力で価値のある生を得る能力を持たない者とみなされる。そこでは、個人は、ただ、神の恩寵によってのみ救済されるのみである。啓蒙期を特徴づける「合理主義の個人概念」においては、個人は、その本性において完全な存在とみなされている。個人は、ただ、不合理な社会的・歴史的現実によって曇らされて、その理性的本性を現すことができていないだけである。それゆえ、人々が、分別と批判的思考を用いるなら、本性の光に照らされて、最良の世界を形成することができる。「現代的個人主義」の観点からすれば、そのような合理主義の個人概念は、現実には生きていない個人を捉えそこなうものとして批判される。すなわち、合理主義は、抽象的な発展の可能性を個人の本質とみなし、現実には生きていない個人のあり方を、偶然的なものとしてみている、という（Erich Kaufmann, *op. cit.* n. 1, pp. 93-94）。合理主義的な個人概念の下では、個人は、生まれながらにして十分な理性を備えた価値の担い手であり、それゆえ、



「合意は拘束する」という命題が、法の一般原理として受け入れられなくなったことは、国際法学に理論的危機をもたらす。条約が国家間の「合意」であることは、もはやその法的性格を保障するものではない。諸国家の上に立って、国際共同体的観点から、その合意に拘束力を付与するような審級（たとえば世界国家）は、すくなくとも19世紀後半から20世紀初頭にかけてのドイツ公法学の支配的見解によれば、存在しない。では条約は、法的拘束力を持たない、ということになるのだろうか。「合意は拘束する」という命題を前提とすることなく、いかにして条約の法的性格を根拠づけられるのだろうか。このような問いが、19世紀後半以降のドイツ公法学における国際法基礎理論の主要な関心となる。

(ii) イェリネック

合意そのものが法的拘束性の根拠とみなされないとすれば、条約は、どこからその客観法的効力を受け取るのか、という問いに取り組んだのが、イェリネックの自己拘束理論である。

「すべての法は、それを測る基準、すなわち、それを検証する規範を前提とする。国際条約が、法的な性質を持ちうるのは、条約の上に立ち、条約がそこから法的効力を受け取るような規範が存在する場合だけである。事実、いかなる国際法の教科書にも、条約の成立・内容・効果・方式・終了を規制すべき法的諸規則の全体が見出される。国家間の条約関係を支配すべき法規則は、いかなる法源から生まれるのであろうか？ その規範の多くが、かつて自然法的私法において定立された諸規定によく似ていることからみて、それは自然法の規定なのであろうか？ それとも、近代の債権法から抽出されたものが、国家間条約に類比的に転用されているのだろうか？ あるいは、その源泉は、国際慣習なのだろうか？ それとも、法律の形式で表示された国家意思に基づいているのだろうか？」<sup>48)</sup>。

---

∟秩序を個人の意思に根拠づけることができた。しかし、不完全で多様な現実の個人を前提とする現代的個人主義においては、もはや個人の意思に秩序を根拠づけることはできない。そこでは、「限りなく多様な諸個人の発展過程を意義あるものとする契機」としての歴史的・具体的共同体、すなわち国家が、秩序の基礎づけにおいて決定的な意味を持つ、という (*Ibid.*, pp. 141-142)。

48) Georg Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Alfred Hödler, 1880, p. 4.



イエリネックによれば、国際法が、法律学の対象としての法としての効力を持つことを論証するためには、国家間関係における規範的秩序の実質的な必要性を論理的に説明するだけでは足りない。何らかの国際的規範秩序が存在するとしても、それが、国内法と同じ意味での法であるとは限らないからである。国際法が、法律学的意味での法であるためには、「疑いなく法である分野を基礎づけているものと同じ法概念が、国際関係に妥当する諸規則の本質を構成する」ことを示さなければならない<sup>49)</sup>。つまり、人類全体の共同性や国際的相互依存の必要性などを根拠として、国際関係において規範的秩序が必然的に存在するということを論じるだけでは、その国際的規範秩序が、国内法と同じ意味での法であることを示すことにはならないのであり、したがって、国際法が、国内法を対象として発展してきた学的方法である法律学の対象であることの論証とはならない。イエリネックの実証主義的法律学の立場からすれば、国内法の基礎は、国民 Volk もしくは国家として存在する共同体の意思である<sup>50)</sup>。それゆえ、国際法が法であるためには、それが、国家的共同体の意思に根拠づけられることが示されなければならない。

このようなイエリネックの議論の意義を理解するためには、その学説史的文脈に触れる必要がある。従来の国際法史学においてはあまり顧みられていないが<sup>51)</sup>、19世紀半ばのドイツ国際法理論においては、国際法を個別国家の意思に

49) *Ibid.*, p. 1.

50) 「法律学は、ただ、一面において、自然的存在としての国民 Volk を、他面において、組織された統一体（すなわち国家）としての国民 Volk を、法を創出する機関として認識する。前者は、慣習という様式において、国民の構成員 Volksgenossen の行動を規制する規範についての意識を有している。後者は、主権的な全体意思として法を定立し、維持する。法規としての妥当を要求するいかなる命題も、国民 Volk もしくは国家という共同体の意思であることが論証されなければならない」(*ibid.*, p. 2)。

51) 例えば、広く普及している国際法史概説である Arthur Nussbaum, *A Concise History of Law of Nation*, *op. cit.* n. 6 には、ここで紹介するカルテンボーン、モール、ブルンチュリらに代表されるところの、19世紀ドイツの自由主義的国際法論に関する記述が欠けている。ただし、近年の研究である Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht, zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und* /

根拠づける「主観主義」的理論を批判する説が有力に主張されていた。人格の意思が規範を創出するという理性法的な原理を批判し、人格の有する自由や権利を共同体によって基礎づける傾向を有する当時の法観念の下で、自由で独立の人格である国家の意思に国際法を根拠づける理論が強く批判されたのである。一方で、「合意は拘束する」という原理への批判に基づいて国家人格の主権的意思の意義を限定し、他方で、国際共同体の法的意識によって国際法を客観的に根拠づけることが、カルテンボーンからブルンチュリに至る、19世紀ドイツの自由主義的国際法学の特徴といえる。

カルテンボーン Carl Kaltenborn von Stachau (1817-1866)<sup>52)</sup> は、1847年に『今日の学問の観点からの国際法批判』<sup>53)</sup> を公表し、「客観主義」的国際法学

---

↘ *seiner Schüler*, Nomos, 2001 では、近代国際法における「客観原理」の提唱者として、カルテンボーンに重要な位置づけが与えられている (pp. 13-14, 16-18)。また、国際法を発展させた自由主義的精神に着目する Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001 においても、そのテーマ設定からみて当然のことだが、それら自由主義的国際法学者への言及がなされている。カルテンボーンとモールについて、自由主義的国際法学の前史において位置が与えられ (pp. 24-27, 32)、ブルンチュリは、その精神を表現する主要なアクターとして扱われる (pp. 42-47)。

52) ハレに生まれ、ハレ大学で、法学・国家学・歴史・文献学・哲学を学ぶ。1846年ハレ大学私講師、1852年ケーニヒスベルク大学員外教授（ドイツ法・公法担当）、1861年同正教授。1864年よりヘッセン選帝侯の下で外務省に勤務。哲学的素養を背景として、国際法に関する学説史研究を行ったほか、海洋法に関する実証的研究においても知られている（例えば、Carl von Kaltenborn, *Grundsätze des praktischen Europäischen Seerechts, besonders im Privatverkehre, mit Rücksicht auf alle wichtigeren Partikularrechte, namentlich der Norddeutschen Seestaaten, besonders Preussens und der Hansestädte, sowie Hollands, Frankreichs, Spaniens, Englands, Nordamerikas, Dänemarks, Schwedens, Russlands etc.*, 2 Bände, Carl Heymann, 1851）。カルテンボーンの生涯と業績については、Teichmann, “Kaltenborn”, *Allgemeine Deutsche Biographie*, 5. Bd., Duncker & Humblot, 1882, pp. 43-45; Roderich von Stintzing und Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abteilung 2. Halbband, R. Oldenbourg, 1910, Text pp. 653-655, Note p. 280 を参照。

53) Carl Kaltenborn von Stachau, *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Gustav Mayer, 1847.

の体系を構築した<sup>54)</sup>。カルテンボーンの関心は、後のイエリネックと同じく、客観的（共同体的）に根拠づけられた実定法としての国際法を体系的に扱う学的方法の確立であった。しかし、その客観性の概念や実定法の概念は、イエリネックとは大きく異なっている。

カルテンボーンは、国家意思に国際法の根拠を求める「主観主義」的理論を批判し、国際法の根拠を国際共同体に求めている。彼の法秩序構想において、そもそも、主観的な意思の合致のみによって法秩序が創出されることはない。すべての法的関係には、自由な存在として承認された人格という主観的要素と、そのような人格の上に立つ秩序としての共同体という客観的要素が必要である<sup>55)</sup>。そして、自由な人格としての個人が根源的であると同様に、共同体もまた根源的なもの *etwas Ursprungliches* であり<sup>56)</sup>、それゆえ、個人の自由な意思から共同体的秩序を根拠づけることはできない。

自由な人格という主観的要素と、その上に立つ共同体という客観的要素は、すべての法秩序において必要であり、したがって、国際法においても不可欠だとカルテンボーンは考える。すなわち、国際法主体としての国家は、「個別国家の恣意の上に立つ」上位秩序としての国際共同体を承認し、その共同体の構成員として振る舞わなければならない<sup>57)</sup>。国際法における客観的要素としての共同体は、「国家よりも上位の、人類の共同体 *ein höheres menschliches Gemeinwesen als der Staat*」である。この人類の共同体において、国家は、「秩序に服する構成員 *ein untergeordnetes Glied*」としての地位を有している<sup>58)</sup>。すなわち、国家は、すべての法秩序の上に立つという意味における主権を有しているのではない。むしろ、国家の上に立つ共同体に根拠づけられた国際法秩序において、その構成員としての国家に認められた自立性・独立性が主権と呼ばれる、という<sup>59)</sup>。

54) Bernstorff, *op. cit.* n. 51, pp. 13-14.

55) Kaltenborn, *op. cit.* n. 53, pp. 256-257.

56) *Ibid.*, p. 256.

57) *Ibid.*, pp. 262-263.

58) *Ibid.*, p. 260.

59) *Ibid.*, pp. 265-266.

このような秩序構想からすれば、諸国家の主権的意思に国際法を根拠づける理論は受け入れられない。自己の利益を求める独立の国家を出発点とし、その合意によって法規範を基礎づける国際法理論を、カルテンボーンは、「主観的原理」のみに基づく一面的な法構想として一蹴する<sup>60)</sup>。

このような、国際秩序の主観主義的構成と客観主義的構成との対立を、実証主義と自然法論との対立として理解するのは正確ではない。国家を超越する国際共同体に根拠を持つ客観的な法秩序としての国際法構想を、カルテンボーンは、自然法論ではなく、実定法学とみなしている<sup>61)</sup>。彼の構想において、国際法は、理性法的思弁ではなく、諸国家からなる国際的共同体の意識（もしくは共同意思）を源泉とするからである<sup>62)</sup>。その国際共同体の意識は、慣習法や立法的条約を通じて表現され、法律学 *Rechtswissenschaft* によって明確化される<sup>63)</sup>。実定法としての国際法が共同体の法意識を源泉とするゆえに、それは、

60) ヘーゲルの「対外国家法」論について、*ibid.*, p. 151, p. 153, 国際法の本質が国家の自由な意思にあると考えるピュター Johann Stephan Pütter (1725-1807) の国際法論について、*ibid.*, pp. 162-164 を参照。ピュターの生涯や公法理論については、ミヒャエル・シュトライス編 [佐々木有司・柳原正治訳] 『一七・一八世紀の国家思想家たち』(木鐸社, 1995年) 511-548頁。

61) ロバート・フォン・モールの定式化に従うなら、ピュターが実定国際法を国家意思の合致とみなしたのに対し、カルテンボーンは、実定国際法を、慣習や意思表示によって表現されるところの「欧州国際体制を形成する諸国に共通の法意識 *Rechtsbewusstsein*」に根拠づけた (Robert von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. 1, Ferdinand Enke, 1855, p. 381)。すなわち、ここでは、両者の対立は、自然法論と実定法論の対立ではなく、実定法概念をめぐる対立として理解されている。ただし、「法意識」を根拠とする歴史法学的な実定法概念は、後にベルクボームらによって、自然法的な思考として批判されるようになる (Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd. 1, Duncker Humblot, 1892, pp. 492-502)。

62) Kaltenborn, *op. cit.* n. 53, pp. 231-231. カルテンボーンは、ここで、共同的な意識 *Bewusstsein* と共同意思 *Gemeinwille* を互換的に用いている。それに対し純粋に主観的な意思については、一貫して「恣意 *Willkür*」という概念が用いられる。

63) *Ibid.*, p. 232-235. カルテンボーンによれば、共同体の意識は、法の「内的法源」であり、それを表現する慣習や条約は「外的法源」である。それらが「直接的法源」であるのに対し、慣習の認識・条約の解釈・法原則の確立などを任務とする法律学は、派生的な法源とみなされる。

法意識を共有する範囲において、すなわち、キリスト教国家の間にのみ存在する。

「実定国際法をキリスト教的国際法と呼ぶことは正しい。キリスト教徒の諸国民と諸邦だけが、今日までに、その法的・国家的生活を国際法的生活にまで発達させ、真の法原則に従って、ひとつの国際体制 *Staatensystem* における各国の正当な自立性の承認の下で、国際関係を構築しえたからである」<sup>64)</sup>。

国家の主観的意思（恣意）による国際法の基礎づけを批判し、諸国家を構成員とする共同体の法意識に国際法の源泉を求めるカルテンボーンの議論は、その後のドイツの自由主義的な国際法論に受け継がれてゆく<sup>65)</sup>。立憲君主制の確立を目指した自由主義国家学者モール Robert von Mohl (1799-1875)<sup>66)</sup> は、カ

64) *Ibid.*, p. 270.

65) コスケニエミは、「文明世界の法的な意識＝良心 *conscience juridique du monde*」（フランス語の *conscience* は、英語の *conscience* と *consciousness* にあたる語義を併せ持つ）を表現する国際法の探求こそが、19世紀後半の欧州における自由主義的国際法学のプロジェクトであったと考えている（Koskenniemi, *op. cit.* n. 51, pp. 47-51）。このような理解は、ドイツ国際法学にも当てはまる。それゆえ、カルテンボーンの国際法論は、文明国の良心に支えられた法意識に国際法を根拠づける19世紀ドイツ自由主義の国際法理論の先駆とみなされるべきであろう。そのために、カルテンボーン自身の政治的傾向が保守的であったとされているにもかかわらず（Teichmann, *op. cit.* n. 52, p. 44; Stolleis, *op. cit.* n. 43, pp. 327-328），ここでは彼を自由主義的思考の系譜に位置づけている。

66) テュービンゲンおよびハイデルベルクで法学を学ぶ。1824年テュービンゲン大学国家法担当員外教授。1827年同大学国家学部教授。政治活動が原因でヴェルテンベルクの公務員を辞し、1847年ハイデルベルク大学に移る。フランクフルト国民議会（1848年）に参加し、法務大臣を務める。48年の運動の挫折ののちも政治家として活動を続けた。その生涯と業績については、Erich Angermann, “Mohl, Robert v.,” *Neue Deutsche Biographie*, Duncker & Humblot, 1994, Bd. 17, pp. 692-694; Michael Stolleis, “Mohl, Robert von”, *herausgegeben von Michael Stolleis, Juristen, ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, 2001, pp. 447-448 を参照。その公法學史上の位置づけ——とりわけモールの *Polizei* 概念の意義——については、Stolleis, *op. cit.* n. 43, pp. 258-261 に簡潔な叙述がある。国際法學史上の位置づけとしては、コスケニエミが次のような興味深い評価を行っている。「……1848年の自由主義の挫折の結果、ドイツの憲法學者の関心は、国際的な改革に向かう。ハンガリーに対するロシアの干渉をみればわかるように、結



ルテンボーンの説が、「国際法の基礎を、個別国家の主観的意思ではなく、多様な諸国家が共存するための客観的・理性的秩序に求めている」点を高く評価している<sup>67)</sup>。また、自由主義の立場から国際法の体系を著したブルンチュリ Johann Caspar Bluntschli (1808-1881)<sup>68)</sup> は、「諸国民のすべてをひとつの人類に結合させる自然の靱帯」として「人類の共通の本性」<sup>69)</sup> を掲げたうえで、国際法が「人類の法意識」に基づくことを主張する<sup>70)</sup>。そして、人類に共通の法意識を形成してゆく任務を負う「文明的諸国民」が、国際法を代表し、それを整備する役割を果たす<sup>71)</sup>。それゆえ、文明諸国民による承認によって国際法が示される<sup>72)</sup>。そのような承認は、条約の締結や国家法の制定によって行われ<sup>73)</sup>、また、諸国家の慣行から推認される<sup>74)</sup>。このようなブルンチュリの国際法構想からすれば、個別国家の主観的意思に国際法を根拠づける理論は誤りである。

「かりに、国際法が、ただ個別国家の自由な意思の産物であるとすれば、すべての国際法の基礎に合意法 *Vertragesrecht* があるということになる。すなわち、国際法規則が国家間合意 *Statenvertrag* によって承認されていない場合には、国家は他国に対してその規則を尊重する義務を負わない、ということにな

ゝ局のところ、国際的な行動を通じて、反動は進歩を圧殺する。だからこそ、テュービンゲン（のちハイデルベルク）で国家法・行政法を講じる指導的な自由主義的教授であるロバート・フォン・モールは、1850年代に、科学的な基礎、すなわち国際共同体の理論に基づく国際法の再構成を—カルテンボーンを明示的に援用しつつ—提案した」（Koskenniemi, *op. cit.* n. 51, p. 32）。

67) Robert von Mohl, *op. cit.* n. 61, p. 381.

68) チューリヒ出身。ベルリン・ボンで学び、1833年チューリヒ大学ローマ法教授。1848年よりミュンヘン大学教授、1861年よりハイデルベルク大学教授を歴任。明治期に日本語にも翻訳された *Allgemeines Staatsrecht*, 1851/52 など、国法学・国家学に関する書物を多数著す。宮崎茂樹「ブルンチュリ」国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂、1995年）688-689頁に簡潔な紹介がある。

69) Johann Caspar Bluntschli, *op. cit.* n. 9, § 2.

70) *Ibid.*, § 4. 「人類の法意識」に根拠を持つゆえに、その妥当範囲はキリスト教世界に限定されない (§ 6)。

71) *Ibid.*, § 5.

72) *Ibid.*, § 11.

73) *Ibid.*, § 12.

74) *Ibid.*, § 14.



る。そうだとすれば、いったいなぜ、合意の当事国の意思が変化した場合にも、その合意が当事国を拘束するのか、なぜ意思の変化が法の変化を引き起こさないのか、ということが説明できない。国際法の拘束性は、恣意に対抗する国際法の必要性を前提としている」<sup>75)</sup>。

人類的共同体の理念や諸国民の法意識によって国際法を根拠づけるカルテンボーンやブルンチュリの議論の意義を、イエリネックは、全面的に否定するわけではない。むしろ彼は、国家に優越する法秩序の必要性を実質的に根拠づけることが、「法秩序を、その内奥の本質において把握する」ために不可欠と考える<sup>76)</sup>。イエリネック自身、自己拘束に基づく国際法が安定的に存続しうることを示すために、自覚的に法律学の立場を離れて、法秩序の実質的な根拠づけを試みている<sup>77)</sup>。

しかし、このような実質的な国際法の基礎づけによっては、国際法が国内法と同じ意味での法であること、すなわち、国家法を素材として発展してきた法律学の対象としての法であることを論証することはできない、というのがイエリネックの立場である。国家法が国家意思に根拠を持つという理解を前提とするなら、〈国際法は個別的な国家意思によって根拠づけられない〉というカルテンボーンやブルンチュリの主張は、国際法が国内法と同じ意味における法であ

75) *Ibid.*, § 3.

76) Jellinek, *op. cit.* n. 48, p. 1.

77) 「国家はその意思をつねに変更しうる、という単純な事情によって、自己拘束の主張は通用しないのではないか？ 国家は憲法適合的な形式においてあらゆることを意欲することができる、という可能性には、国家が、ありうべきいかなる意思内容からも自己を解放しうる、という可能性もまた含まれるのではないか？ 国家の自己解放こそが、自己拘束を不可能にするのであり、それゆえ、国家権力を主体 Subjekt (法に服する者) として義務づけることは想定しえない、という国家絶対主義の教説が正しいのではないか？ [改行省略] このような問いに答えるためには、われわれは、いったん、形式的・法律学的立場を離れ、法の創出に際して国家の意思を導くのはどのような契機であるか、ということを探求しなければならない。というのも、何が法となるべきか、ということの決定は、必然的に、法と国家の実質的な契機に依存するからである」(*ibid.*, pp. 37-38, 強調は引用者による)。また本稿 1(2) (65巻 3号) 参照。

78) *Ibid.*, p. 3, n. 3.

るということを否定するものにほかならない<sup>78)</sup>。

一方において、人格間の合意はそれ自体として法的拘束力の根拠とはならず、他方において、国際法が法律学の対象としての法であるためには、それが国家意思に基づくものでなければならない、という理論的前提の下で案出されたのが、自己拘束理論である。すでにみたように、イエリネックによれば、共同体意思の担い手として法を設定しうる唯一の機関である国家は、国家と個人、あるいは、国家と他国との間に客観的法関係を設定する能力を有している、という<sup>79)</sup>。それゆえ、国際法は、国家間の合意によって、国家相互間に法的関係が設定されることによって成立する。

結論から見れば、自己拘束理論は、国際法を国家間の合意に基礎づけている。しかし、それは、決して、「合意は拘束する」という理性法的命題を前提としているわけではないことに注意しなければならない。むしろ、人格間の主観的合意が法的拘束力の根拠となるという原則が受け入れられないことを前提としたうえで、国家の共同体的意思が、国家自身を主体 *Subjekt*（法に服する者）とする客観的法規範の源泉となることを論じた点に、自己拘束理論の意義がある。そう理解して初めて、「合意は拘束する」という理性法的・主観主義的原理に対して批判的な19世紀後半以降のドイツ法学において、合意を基礎とするイエリネックの国際法理論がなぜ支配的となったのかを説明することができる。

(iii) トリーペル

トリーペル Heinrich Triepel (1868-1946) が、『国際法と国家法』(1899年)<sup>80)</sup>において展開した「共同意思定立 *Vereinbarung*」<sup>81)</sup>理論は、イエリネックの

79) 本稿 1(2) (65巻 3号) 参照。

80) Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, 1899.

81) 純粋に概念上の問題であるが、訳語について説明しておく。ここで「共同意思定立」という訳語を当てた *Vereinbarung* は、しばしば、「合同行為」と訳されてきた。しかし、トリーペル自身が、*Vereinbarung* と *Gesamtakt* とを概念的に区別すべきことを主張している (*ibid.*, p. 59) 以上、*Gesamtakt* の訳語と考えられる「合同行為」を *Vereinbarung* に当てはめることは適切ではない。トリーペルにおいて、*Vereinbarung* とは、複数の人格によって共通の内容の意思が定立されること自体を指す（詳細は後述）。そのように定立された共同意思が、他者との関係におい

自己拘束理論と並んで、国際法学における実証主義（意思主義）理論の代表と考えられている<sup>82)</sup>。トリーペルが国際法を国家間の合意に基礎づけているというかぎりにおいては、その位置づけは間違っていない。しかし、トリーペルの国際法理論において、契約 *Vertrag* の形式をとる人格間の合意は法源ではない、ということが前提とされている点を見誤ってはならない。同時代のほかの法学者と同様、トリーペルにとっても、契約は、法ではなく、法律行為なのである。すなわち、契約が法的効力を有するのは、法規範によって法的効力を付与されるからであって、それ自体が法を定立するからではない<sup>83)</sup>。その意味では、人格間の合意そのものを法的拘束力の源泉とみなす「合意は拘束する *pacta sunt servanda*」原則の妥当は、否定されている。

よって、複数人格の共同の行為として表示される場合にのみ、それは *Gesamtakt* と呼ばれる。例えば、団体の構成員が、団体の取引行為について共同で意思決定を行うことが *Vereinbarung* であり、その意思決定に基づいて、複数の構成員が共同して他者との取引を行うことが *Gesamtakt* である（一人の者が団体を代表して取引を行う場合はそうではない）。別の例を挙げれば、団体の設立の複数の人格が合意することが *Vereinbarung* であり、その合意を実現する形で、団体設立のために行われる共同行為が *Gesamtakt* である (*ibid.*, p. 59)。「*Vereinbarung* が、共通意思・共同意思を形成することに限定されるのに対し、*Gesamtakt* は、形成された共通意思・共同意思を第三者に対して表示することである」(*ibid.*, p. 60)。したがって、第三者に対して共同で意思を表示することではなく、当事国間に効力を持つ規範を設定することを目的とする行為である条約締結を「合同行為 *Gesamtakt*」と呼ぶことは、おそらくトリーペルの議論の趣旨に反している。国際法のみ視野を限定する場合には、*Vereinbarung* を「法定立的合意」と訳すこともできるが、一般的法概念としての *Vereinbarung* は、法律行為としての性質を持つ場合もあるので、ここでは、法定立的性格を強調することは避けるべきであろう。したがって、意思の合致を意味する *vereinbaren* の一般的語義からやや離れるが、トリーペルの理論の趣旨に即して「共同意思定立」という訳語を採用する。

82) Nussbaum, *op. cit.* n. 6, p. 235; 藤田久一『国際法講義』第1巻 [第2版] (東京大学出版会, 2010年) 16, 30-31頁。ただし、公法学においては、トリーペルは、実定法にとどまらない法的理念の重要性を主張する点において、むしろ実証主義批判者として理解されている (Klaus Rennert, *Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Duncker & Humblot, 1987, pp. 58-59; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3. Bd, C. H. Beck, 1999, p. 172)。

83) Triepel, *op. cit.* n. 80, p. 61.

したがって、条約もしくは国際法一般が国家人格間の合意である、というだけではその法的性質を根拠づけることにはならない、という前提の上に、いかに国際法の基礎理論を提示するか、ということがトリーペルの課題である。国際法を国家法と同様の性質のものとみなし、それらとともに自己拘束に根拠づけようとしたイエリネックとは対照的に、トリーペルは、国際法が国家法と異なった性質を持つ、ということを強調している<sup>84)</sup>。国家法によって規制される生活関係が、その管轄に服する者の相互間関係（私法的関係）と、国家と国家に服する者との関係（公法的関係）であるのに対し<sup>85)</sup>、国際法が規制するのは、国家相互間の関係である<sup>86)</sup>。

諸国家間の関係を規律する法は、いかなるものであるか。トリーペルにおいて、法とは、「論理的意味における判断」や「存在する法の宣言」ではなく、「人間の意思の領域を限界づけるために表示される意思の内容」として、言い換えれば「個別の意思に優越する意思の内容」として、定義される<sup>87)</sup>。すなわち、個別意思の活動領域を拘束的に決定しうるような、上位の意思決定が法なのである。それゆえ、国際法の法源は、個別国家の意思ではありえず、個別国家の意思に優越し、その活動領域を拘束的に画定しうるような意思でなければならない。そのような個別国家意思に優越する意思は、個別国家意思の結合によって作り出される共同意思 *Gemeinwille* のみである。

「意思の合致を通じて統一意思にまで一体化した、複数国・多数国間の共同意思のみが、国際法の法源となりうる」<sup>88)</sup>。

トリーペルは、法を「共同体の生活秩序」とみなしており、したがって、構

---

84) *Ibid.*, p. 7.

85) *Ibid.*, p. 12.

86) *Ibid.*, pp. 18-20.

87) *Ibid.*, pp. 28-29.

88) “Nur ein zu einer Willenseinheit durch Willenseinigung zusammengeflossener *Gemeinwille* mehrerer oder vieler Staaten kann die Quelle von Völkerrecht sein” (*ibid.*, p. 32).

成員の間に共同性が存することが法の前提であると考え。すなわち、多数の主体のあいだに重要な生活利益の共同性が存すること、および、この共同性が、共同体の構成員によって意識されていることが、法の成立にとって「本質的な前提」とされる<sup>89)</sup>。しかしながら、ブルンチュリと異なり、共同体の「法意識」や「法的確信」を国際法の法源とみなすことは、トリーペルには受け入れられない。それは、「とうに克服された自然法理論」に近い考え方だということである<sup>90)</sup>。

では、いかにして、主権国家間関係において、個別国家の意思に優越するような共同意思が形成されるのだろうか。その説明のために用いられるのが、法律学一般に適用されるべき概念としての「契約的合意 Vertrag」と「共同意思定立 Vereinbarung」の区別である。

契約的合意においては、当事者として相対する複数の人格の意思は、同一の内容を持たない<sup>91)</sup>。例えば、売買契約において、売り手は、商品を引き渡し、代金を受け取ることに利益を見出し、それを欲するのに対して、買い手は、商品を受け取り、代金を支払うことに利益を見出し、それを欲する<sup>92)</sup>。すなわち、そこにおいては、相互補完的だが、異なる内容の意思を当事者は有している<sup>93)</sup>。そのような異なった内容の意思の相互補完的な一致によっては、法規を定立する統一的な共同意思を生み出すことはできない<sup>94)</sup>。契約的合意が法的拘束力を持つのは、法律行為としてのみ、すなわち、法規範から法的効力を付与されることによつてのみである。

89) *Ibid.*, p. 27.

90) *Ibid.*, pp. 30-31.

91) *Ibid.*, p. 37.

92) 当該商品の所有を移転するという点においては、売り手と買い手は、同じ内容の事象を望んでいると言えるが、自己の行為として何を意欲しているか (sich Verhaltenwollen) という観点から見た場合には、両者の意思は正反対の内容を有する (*ibid.*, p. 40)。

93) 「正反対ではあるが相互に対応するところの、異なった利益を充足するための手段であるということが、契約の特質である」 (*ibid.*, p. 43)。

94) *Ibid.*, p. 45.

それに対し、「共同意思定立 *Vereinbarung*」とは、当事者が同一の利益に基づいて同一内容の意思を持つ合意のことである。例えば、団体の構成員が、当該団体の財産の売却について、全会一致で合意した場合<sup>95)</sup>、それら構成員は、団体財産の売却という行為について、共通の利益を見出し、それに基づいて同一内容の意思を有している。このように複数の人格の有する同一内容の意思が合わせられて設定される共同意思は、すべての法分野においてみられる現象である（合議体の意思決定や、子の教育方針についての両親の合意<sup>96)</sup>、団体設立についての合意<sup>97)</sup>など）。トリーペルの国際法理論にとって決定的に重要な点は、このような共同意思定立行為が、単に法律行為として法的拘束力を受け取るだけでなく、法規そのものを設定することができるということである。すなわち、私法における団体設立の合意のように、法律行為として共同意思定立が行われることもあるが、共同意思定立の役割はそれに留まらない。例えば、有権的機関が既存の法律を詳細に実施するための決議として、共同意思定立が行われる。また、憲法の存在を前提として、議会在法律を制定することもまた、共同意思定立による。さらには、既存の法を前提とせずに、共同意思定立そのものによって法規が生み出されることも考えられる、という<sup>98)</sup>。

したがって、共同意思定立としての国家間合意のみが、国際法における法源となる、とトリーペルは考える。

「契約的合意 *Vertrag* は、法規を創出することはできない。なぜなら、それは、その性質上、共同意思を生み出しえないからである。しかし、契約的合意には決してできないことが、共同意思定立 *Vereinbarung* にはできる。諸国家は、その将来の振る舞いを持続的に規定する規則について合意するならば、客観法を創出する。その場合にも、共同意思定立は、その[合意としての]性質を失わない。共同意思定立は、内容的に同じ複数の意思の表示からなる。いずれの

95) 多数決による意思決定手続が定められている場合、少数派については、同一内容の意思が見出されないため、多数派のみによる「共同意思定立」となる (*Ibid.*, p. 57)。

96) *Ibid.*, p. 53.

97) *Ibid.*, p. 56.

98) *Ibid.*, pp. 61-62.



意思も同一であり、将来にわたってすべて [の意思] を同様に規定する客観的規範の生成を意欲する。すべての意思は、対抗的な利益を調整することではなく、将来の相互関係が（のちに利益の衝突が生じて調整が必要となった場合であっても）準拠すべき規則を確定する、という共通の利益を満足させることを望む<sup>99)</sup>。

諸国家は、将来の相互関係を規制すべき規範の設定という同一の内容の意思を合わせることによって、個別意思に優越する共同意思を設定することができる。このような共同意思定立は、法律行為としての合意ではなく、法規そのものを定立する合意である。

ただし、すべての国際条約 *Vertrag* が、法を定立する共同意思定立 *Vereinbarung* を根拠とするわけではない。条約 *Vertrag* のなかには、契約的合意 *Vertrag* としての性質を持つものと、共同意思定立 *Vereinbarung* としての性質を持つものがある。例えば、河川通航の自由や外交使節の序列に関するウィーン条約の規則が典型的な共同意思定立である<sup>100)</sup> のに対し、領域の譲渡のような事実状態の変更を目的とする条約は、むしろ契約的合意であって、法律行為としてのみ法的効力を持ちうる<sup>101)</sup>。とはいえ、この契約的合意として条約と共同意思定立としての条約の区別は、意思の内容を基準とするものであり、二国間条約／多数国間条約の区別には対応していないことには注意しなければならない。当然のことながら、二国間条約であっても、将来の二国間関係を規制する規則の設定について共同意思を定立することができる。例えば、特定の刑事犯罪人が他国に逃亡した事件に際して、その引渡について個別の取り決めがなされた場合には、それは、契約的合意にすぎない。しかし、二国間における犯罪人引渡の条件や手続を一般的に規定する条約が二国間において締結された場合、その条約は、共同意思定立とみなされる<sup>102)</sup>。

99) *Ibid.*, p. 70.

100) *Ibid.*, pp. 70-71.

101) *Ibid.*, p. 71.

102) *Ibid.*, pp. 71-72.

(iv) ケルゼン

19世紀ドイツの実証主義的法理論は、理性的人格の意思を法的効力の源泉とみなす（「合意は拘束する」）理性法的思考を批判し、個別的人格を拘束する共同体の意思に法を根拠づけた。その結果、実証主義的思考においては、国際法の法的根拠について困難な課題に直面することとなった。国家人格間の対等な合意そのものから直接に法的効力を引き出すことができない以上、国際法主体である国家に対して拘束的な共同（体）意思によって国際法を根拠づける必要がある。そのために考案されたのが、自己拘束 *Selbstverpflichtung* や共同意思定立 *Vereinbarung* という、極めて技巧的な概念であった。

ケルゼンは、このような実証主義の批判的思考を継承し、それを突き詰めることによって、実証主義的意思理論を乗り越えてゆく。法律行為において、人格の意思が法を生み出すのではなく、法律が意思に法的効力を付与している。法的効力は客観的な法規範に根拠づけられるべきなのであって、人格の意思は法の源泉ではない。そうだとすれば、国家意思は、なぜ法を定立できるのだろうか。国家意思もまた、客観的な法規範によって効力を付与されなければ、法的効力を持たないのではないか。国家の意思によって国際法が定立されるためには、国家意思に国際法上の効力を与える客観的な法規範が前提とされるはずではないか。

ケルゼンの意思概念批判は、彼の方法論的核心である *Sein/Sollen* 峻別論に基づく<sup>103)</sup>。人間の心理における事実的な現象としての意思は、法規範を根拠づけるものではない。心理的な意欲としての意思が、法を根拠づけるという考え方は、それゆえ、決定的に間違っている。法律学的において規範定立の要素とされる意思は、心理的現象としての意思ではなく、法規範に基づいて構成される概念に他ならない、という。

私法学上の意思理論 *Willensdogma* において、法律行為は、当事者の意思によってその法的効果を生じると言われる。しかし、法律行為において、法的効

103) ケルゼンの意思概念批判については、長尾龍一『ケルゼン研究 I』（信山社、1999年）180-184頁に簡潔にして要を得た説明がある。

果を生じせしめる意思表示とは、心理学的な意味において現実に意欲された内容を表現するものではない<sup>104)</sup>。ある意思表示が、法的な帰結を有効に生じせしめる意思を伴うものであるか、あるいは、錯誤や脅迫等のゆえに有効な意思を欠いたものとみなされるかは、それが現実に当事者の心理的な意欲の内容であるかどうかを基準とするのではなく、倫理的・政策的な観点から見て、その意思表示に即した法的効果を生じせしめることが適切であるかどうかを基準として判断されている。すなわち、法律行為において、心理的な意思が法的効果を生じせしめるのではなく、法的効果が生じせしめるものが、法律学的に、「意思」という概念として構成されている、というべきなのである<sup>105)</sup>。

「意思理論については、心理学的な意味は当てはまらない。この原理が述べるところの意思は、心理学者の用いる意思とは別物である。すなわち、現実の心理的な事実や、精神生活上の現実の事象ではなく、特殊法律学的な思考の形成物であり、法律学的に構成されたものなのである」<sup>106)</sup>。

一般に、法律学上の意思理論は、特定の事態を特定の法主体に結びつけるために、現実の心理的意思とは全く異なる「意思」という概念を使用する。ある物の所有権の移転を特定の法主体に結びつけるために、当事者の意思（合意）という概念が用いられ、あるいは、ある被害の責任を特定の法主体の責任に帰すために行為者の意思（故意）という概念が用いられる。すなわち、ケルゼンの理解において、法律学的な意思とは、法規範に基づいて、外的な事実を主体に帰属させるために法律学に構成された概念に他ならない<sup>107)</sup>。

意思が法律学的構成物である、という理解は、そのまま国家意思にも当ては

104) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911)*, Hans Kelsen Werke, Bd. 2 (1), Mohr Siebeck, pp. 224-225.

105) ケルゼンによれば、法律学的には、「(心理学的に)意欲されているゆえに、その範囲において、法律行為が効力を有する」のではなく、「行為が効力を持つゆえに、その範囲において、行為は意欲されている」と考えられる (*ibid.*, p. 235)。

106) *Ibid.*, p. 234.

107) *Ibid.*, p. 250.

まる。

「国家意思の概念は、心理学的な事実としての意思とは何ら関係がない。それは、純粹に法律学的な構成 *juristische Konstruktion* の産物、すなわち、帰属を目的として行われる構成の産物とみなされるべきである」<sup>108)</sup>。

一般に国家の行為とは、現象面から見れば、個々の生身の人間の振る舞いに他ならない。議会の決議や裁判所の判決、外交使節による条約締結などの行為は、当然のことながら、いずれも、個々の人間によって担われる。しかし、それらの人間の振る舞いが、法律に基づいて、国家機関の行為とみなされ、国家に帰属せしめられるゆえに、それらの振る舞いは、国家意思に基づく行為として法律学的に構成されることとなる<sup>109)</sup>。国家意思とは、特定の振る舞いを国家に帰属せしめるための概念なのである<sup>110)</sup>。さらに言えば、国家意思という法律学的構成を通じて、議会・行政・司法・外交等の様々な分野における限りなく多様な行為がひとつの人格に帰属せしめられ、多種多様な国家行為の担い手としての国家人格が観念される<sup>111)</sup>。すなわち、国家が人格として実在し、その意思によって法秩序が定立されるというのではなく、まったく逆に、法規

---

108) *Ibid.*, p. 296.

109) 念のために補足するが、ここで言おうとしているのは単純明快である。例えば、ひとりの私人が、外国の友人とのあいだで、両国の友好関係を約する文書を作ってそこに署名することと、両国の全権大使が、友好条約案について合意して署名をすることとの間に、現象としての差異は存在しない（いずれにおいても、人間が、約束して、紙に名前を書いている）。もちろん、法的にはその意味はまったく異なる。私人とは異なり、全権大使は両国を拘束する条約に署名する法的権限を有しているからである。ところが、その権限は、法によって規定されており、法規範に基づいてのみ認識しうる。したがって、法に基づいてのみ、国家間の合意としての条約を認識することができる。すなわち、法に基づいて、特定の人間の行為が、国家間の合意として構成されるのである。

110) *Ibid.*, p. 294.

111) Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebek), 1911, pp. 55-58. (ハンス・ケルゼン [森田寛二訳]「法学的方法と社会学的方法の差異について」『ハンス・ケルゼン著作集Ⅳ』(慈学社出版, 2009年) 44-45頁。)

範によって特定の振る舞いが国家に帰属させられることによって、意思を持って行為する国家人格が法律学的に構成される、というのである<sup>112)</sup>。

国家意思も含めて、おおよそ意思というものが、法律学的には、法規に基づいて構成されたものであるとすれば、意思が法を作り出すのではなく、法に基づいて意思が作り出される、ということになる。すなわち、法律行為における意思が、法規を根拠づけるのではなく、逆に法規によって根拠づけられるのと同様に、国家意思もまた、法を生み出すのではなく、法によって生み出される。ケルゼンにおいては、法律行為における意思も、法律制定における立法者意思も、条約締結における国家意思も、いずれも、特定の事態を法規に基づいて特定の主体に帰属せしめるために法的構成された概念であるという点において、まったく同質である。いずれも、法を生み出すものではなく、法を前提として初めて観念しうるものにすぎない。

したがって、法秩序において、すべての意思行為は、法規を前提としている。例えば、ある契約において、私人の作成した文書が法的効力を持つのは、それが契約法（民法）に基づいて有効な意思の表示とみなされるからである。ところが、その契約法（民法典）を制定した議会決議も、現象面だけをとらえれば、一定の場所に集まった人々がつくった文書にすぎない。それが、法律として効力を有する立法者意思とみなされるのは、憲法が、その人々に法律制定権限を与えているからである。さらにいえば、憲法文書もまた、現象的には、いずれかの人間がどこかで作成したものにほかならず、それが一国の憲法とし

112) ケルゼンによれば、権利および義務を規定する一群の法規を統一的に把握するために、法律学的な「人格」の概念が構成される。国家人格もまた、そのような統一的に把握された法規体系を人格化したものでしかない。権利を主張し、義務を履行する「行為」という観点から人格を認識するとき、具体的な人間の振る舞いを人格に帰属せしめる「意思」の概念が用いられる。例えば、ひとつの人間の振る舞いを内容とする一群の規範が、「自然人格」として法律学的に把握され、その人間の振る舞いが、法規にしたがって、その自然人格の意思行為とみなされる。法人格・国家人格についても、このような規範群の人格化と人格への行為の帰属が行われる（参照：Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Österreichische Staatsdruckerei Wien, 1993 [Nachdruck der Auflage von 1925], pp. 62-73)。

て効力を持つためには、特定の人間の振る舞いに憲法制定行為としての効力を与える規範の存在が認められなければならない。例えば、憲法制定議会が国民の意思を代表して憲法を制定した、という認識が成り立つためには、その前提として、国民を代表して憲法を制定する権限をその会議体に与える規範（「法論理的意味の憲法」<sup>113)</sup>）が、認識者によって受け入れられていなければならない。この法論理的意味における一国の憲法を、終局的な法的効力の源泉（「根本規範」）とみなすならば、それは、国内法優位の一元論となる。それに対し、国際法優位の一元論に与するなら、一国の憲法は国際法において授権された管轄権の範囲において効力を有するものであり、それゆえに、法論理的意味の憲法はその効力を国際法規範から受け取っていると考えられる。すなわち、その場合、「国際法の妥当根拠」は、「国際法共同体の意思」に存するとみなされるのである<sup>114)</sup>。

国際法においても、意思は、法規範を前提とする。国家間の合意が法を定立するゆえに条約が法的効果を有するのではなく、客観的国際法規範によって、国家が、条約 Vertrag という形式において拘束的な規範を定立する権限を与えられているゆえに、国家間の合意による規範定立という法律学的な認識が構成される。国際法において、条約形式による規範定立を国家に授権する一般慣習法規範が存在し、さらには、慣習法という形式による法創造を定める根本規範が最上位にある<sup>115)</sup>。

ケルゼンの国際法理論の最大の特徴は、意思概念への徹底的な批判を通じて、法律学における国家意思の特権的性格を完全に否定したところにある。ケルゼ

113) 「法論理的意味の憲法」とは、「法 das Recht を創出する機関を定立する」規範をさす。すなわち、それは、実定憲法を含むあらゆる実定法に先立って、実定法を創出する機関を定立する (*ibid.*, p. 249)。

114) *Ibid.*, p. 126. ケルゼンは、国際法優位の一元論と国内法優位の一元論を、認識論上は対等な仮説と考えているが、政策的判断として前者を明白に選好している (*ibid.*, pp. 130-132)。二元論については、複数の独立した実定法秩序を認めないゆえに、その可能性を否定する (*ibid.*, p. 130)。

115) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Franz Deuticke, 1960, 324-325. (ケルゼン [長尾龍一訳]『純粹法学 (第二版)』(岩波書店, 2014年) 311-312頁。)



ンの段階的秩序の構想において、条約締結<sup>116)</sup> や立法<sup>117)</sup> などの法制定行為や、裁判<sup>118)</sup> ・行政<sup>119)</sup> 等のその他の国家行為、あるいは、私人による契約締結などの法律行為<sup>120)</sup> は、いずれも、上位規範による授権に基づいて、定められた裁量の範囲内でそれを具体化することによって、下位規範を定める行為として理解される（もちろん、裁量の幅には大きな差異がある<sup>121)</sup>）。すなわち、それらはいずれも、根本規範を頂点とする階梯的な法秩序の一段階における法創造行為なのである。民法に基づいて契約を締結する行為も、憲法に基づいて法律を制定する行為も、上位規範による授権に基づく規範の具体化という点では変わらない。そして、契約における当事者の意思も、立法における国家意思も、それぞれの段階における法の具体化を特定の主体に結びつけることによって、法学的に構成されたもの<sup>122)</sup> であって、いずれについても、無から法を定立す

116) 「慣習によって創造された一般国際法規範の一つは、各国に条約締結によって相互関係を規律することを授権している。慣習法として創造されたこの規範に、条約として創造される国際法規範の妥当根拠が存する」( *ibid.*, pp. 222-223 (邦訳, 209頁))。

117) 「実質的意味の憲法によって規律される一般法規範の創造は、近代国家法秩序においては『立法』という性格を持つ。憲法は、それを規律するに当り、一般法規範(法律・命令)の創造を授権された単数または複数の機関を定める」( *ibid.*, p. 229 (邦訳, 215頁))。

118) ケルゼンは、立法機関による法制定・司法機関による法適用・行政機関による法執行という伝統的な三分論を否定する。いずれの国家機関が行うことも、上位法規範を適用してその内容を下位法規範として具体化するという意味での、法適用＝法創造である。「裁判所は、その内容が一般的規範によって定められた個別的規範を定立する、というやり方で、一般法規範を適用する。その個別規範には、具体的な制裁(民事的強制執行や刑罰)が規定されている」( *ibid.*, p. 242 (邦訳, 228-229頁))。

119) 「国家行政と呼ばれる活動の大きな部分は、立法や司法と同様の、法規範の創造＝適用であって、狭義の法機能である」( *ibid.*, p. 267 (邦訳, 253頁))。

120) 「法秩序は、その支配下にある諸個人に対し、法律行為を法創造要件として定めることによって、立法または慣習によって創造された一般法規範の枠内で、法律行為という仕方で創造される法規範による相互関係の規律を授権する」( *ibid.*, p. 261-262 (邦訳, 247頁))。

121) *Ibid.*, pp. 239-242. (邦訳, 225-228頁。)

122) 法律行為においては、権限ある者として活動した人間にその行為が帰属せしめら

る特権的な力をみとめることはできない。

## (2) カウフマンにおける条約の法的効力の基礎

### (i) 他の理論との関係

「上下関係 Subordination」と「並列関係 Koordination」もまた、国際法の法的拘束力を説明するために唱えられた概念である。カウフマンは、イエリネックの「自己拘束 Selbstverpflichtung」や、トリーペルの「共同意思定立 Vereinbarung」に代わるものとして、「並列関係法」という概念を導入した。

カウフマンは、イエリネックを、主権国家という独立の人格が併存する関係において、いかにして法が成立するのか、という問題に取り組んだ理論家として高く評価する。かかる関係においては、義務づける者と義務づけられる者がひとつの人格に存在する場合にのみ、すなわち、国家が自らを拘束しうる場合にのみ国際法が可能となるというイエリネックの考察にカウフマンは同意する<sup>123)</sup>。しかし、カウフマンによれば、イエリネックは、なぜ国家の意思だけが自己拘束を行うことができるのかを十分に説明していない。自らを律する個人の意思もまた自己を義務づけるはずであるにもかかわらず、なぜ、個人の意思は法を定立しえず、国家の意思のみが法を定立するのだろうか。逆にいえば、個人について、自然法的な意思の自律による法規範の定立の可能性を否定しておきながら、なぜ、国家意思については、自己拘束の能力を認めるのだら

---

られることによって、「当事者の意思」が構成され、立法においては、権限ある者として活動した人間ではなく、国家にその行為が帰属せしめられることによって、「国家意思」が構成される。すなわち、法律行為における「自律的人格」の意思や、立法における「主権的国家人格」の意思は、そのイデオロギー的要素を取り除くなら、客観的法規範に基づいて法律学によって構成された概念である。言い換えれば、人格の概念は、多様な法規範が規定する複雑な権利・義務関係を理解しやすくするために用いられる「法学的認識の補助観念」ということになる（Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, 1934, p. 54（ケルゼン [横田喜三郎訳]『純粋法学』（岩波書店、1935年）89頁）。人格概念を客観的法規範から区別し、それを実体化する思考に対するケルゼンのイデオロギー批判については、*ibid.*, § 20-21（邦訳、72-75頁）を参照。

123) Kaufmann, *op. cit.* n. 1, p. 62.

うか。理性法論のように人格の意思そのものを法規範の根拠とみなすことができないう以上、国際法を国家意思によって根拠づけるためには、規範を定立しよう意思としての国家意思の特殊な性質を論証しなければならないのではないか<sup>124)</sup>。

イエリネックが、自己拘束という概念により、国家法（国内法）と国際法を同一の基礎の上に根拠づけようとしたのに対し、カウフマンは、国家法と国際法を、それぞれ異なったカテゴリー（上下関係法／並列関係法）に分類する。そうすることで、後述のように、国家法における個人意思の性質と、国際法における国家意思の性質が全く異なったものであることを際立たせるのである。

国際法と国家法との差異を強調するという点では、カウフマンの国際法理論は、トリーペルと共通している。しかし、契約的合意 *Vertrag* と共同意思定立 *Vereinbarung* という区別は、カウフマンには適切とみなされない。前述の通り、トリーペルによれば、法律行為としての契約的合意が、異なった利益に基づく対照的な内容の意思からなる合意であるのに対し、国際法を根拠づける共同意思定立においては、すべての当事者が共通の利益に基づいて共通の内容の意思を有している。しかし、一方で、契約的合意においても、権利関係を変更させるという点については同一の内容の意思の合致があり<sup>125)</sup>、他方で、内面的・心理的目的という観点から見れば、共同意思定立についても、その内容は当事者ごとにさまざまに異なっているであろう<sup>126)</sup>。条約は、さまざまな対立的利害の妥協として締結されるのであるから、たとえ法定立的な条約であったとしても、それによってすべての当事者が同一内容の利益を追求していると考えるのは適当ではない。

「法定立的条約であれ、法律行為的条約であれ、およそあらゆる条約において、意思の合致は、〈その条約の実現全体について当事者が有する利益が、当事者がそこで犠牲にする利益よりも大きい〉ということに基づいている。条約締結

124) *Ibid.*, p. 63.

125) *Ibid.*, pp. 161-162.

126) *Ibid.*, p. 163.

において利益が果たす役割について言えるのは、これだけである」<sup>127)</sup>。

条約は、諸国家が、さまざまな思惑のもとで、条約を締結したほうが自国の利益に適うと判断する場合に締結されるのであって、すべての条約当事国がただひとつの共通利益の実現を意欲していると考えるのは素朴にすぎる。それゆえ、利益と意思内容の共通性を基準として、特別の「共同意思定立」のカテゴリーを立てることは、カウフマンにとっては、説得的とは考えられない。

トリーペルが、個別意思に優越する意思に国際法を基礎づけ、その限りでは、国際法と国内法を等質のものとして構成しようとしたのに対し、カウフマンは、個別国家の意思に優越する意思の存在を否定する。国際法を、個別国家の利益と意思によってのみ根拠づけられる純粹の個体法 *Individualrecht* とみなすカウフマンにとって、「共同意思定立」概念によってそこに共同性・公益性を導入しようとするトリーペルのような思考は、根本的に誤った思考なのである。

ケルゼンとカウフマンの関係は、予想を裏切る点において興味深い。観念論的傾向を有するカウフマンは、その方法論において、実証主義的法律学を批判的に純化したケルゼンと深く対立している。カウフマンを、ケルゼン批判の代表的論客とみなすのは、ドイツ公法学史における「常識」に属するであろう<sup>128)</sup>。しかし、その法秩序構想を比較すれば、思いのほか、両者には共通点が多いことに気がつく。後述するように、ケルゼンの「動態的」法秩序論の特徴と考えられる「段階的構造」や、その秩序の頂点にある「根本規範」の概念について、類似した見解がカウフマンにもみられるのである。だからと言って、カウフマンがケルゼンの影響下にあったとは考えにくい。1911年に出版されたカウフマンの『国際法の本質と事情変更原則』において参照された可能性のあ

---

127) *Ibid.*

128) カウフマンは、ケルゼン批判の書 *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1921 を著し、論争を引き起こした。Axel-Johannes Korb, *Kelsens Kritiker*, Mohr Siebeck, 2010 は、ケルゼンと同時代の代表的なケルゼン批判論者7名のうちのひとりに E. カウフマンの名を挙げる。また、Michael Stolleis, *op. cit.* n. 82, pp. 169-170, p. 176 も参照。

るケルゼンの著作は、『国法学の主要問題』（1911年）だが、カウフマン自身がそれを参照しえなかったことを明記している<sup>129)</sup>。しかも、仮にカウフマンが『国法学の主要問題』をひそかに参照していたとしても、そこにおいて、ケルゼンは、いまだ、段階的秩序の構想や根本規範の概念を提唱していない<sup>130)</sup>。ケルゼンとカウフマンの共通性は、相互の直接の影響の結果というより、むしろ、階梯的組織を備えた国家法を基準として批判的な法理論を展開するという、両者の理論的特性に由来するように思われる。

(ii) 共同体によって実現される配分的価値としての法

「上下関係法」の説明に入る前に、その前提となる法概念を理解しておく必要がある。カウフマンにとって、法とは、諸価値を配分する基準となる価値である。真・善・美・神聖といった独立の価値領域においては、それ自体として価値を内包するものが産出される（学問業績・倫理的行為・芸術作品・宗教的感情や宗教的象徴）。しかし、法は、他の諸価値から独立した価値、あるいは、それ自体としての価値ではなく、「関係的価値・基準的価値・配分的価値」である<sup>131)</sup>。

「何事かが『法的に正しい *berechtigt*』、ということは、それが他のものとの関係において正しいこと、それと他のものとのあいだに正しい配分があったこと、他のものに対する観点から見てその範囲が正しく画定されていることを意味する」<sup>132)</sup>。

独立の諸価値を正しく配分するためには、それらの価値をそのまま受け入れるのではなく、それらの価値から距離を保った超越的な観点に立つことが必要で

129) Kaufmann, *op. cit.* n. 1, p. VII.

130) ウィーン学派における段階的秩序構想や根本規範概念の生成の経緯については、『国法学の主要問題』第二版 (Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923) の序文を参照 (『ハンス・ケルゼン著作集Ⅳ』(慈学社, 2009) 121-143頁に長尾龍一によるこの序文の翻訳が収められている)。

131) Kaufmann, *op. cit.* n. 1, pp. 129-130.

132) *Ibid.*, p. 130.

ある。それぞれに主張される価値自体には、それらの諸価値を適切に配分するための基準は含まれていない。美の観点に立てば、何物にも優先して美が追求されるのであって、美と善とあいだの適切な配分が実現されることはない。したがって、さまざまな諸価値を内包する個物を適切に配分するためには、それら諸価値自体ではなく、それらを超越した全体の観点に立たねばならない、という。

「配分の正しさ、法の正しさ、各々の一方的価値の関係の正しさは、必然的に、秩序づけられるべき各々の内容が存するところの、個物を超越する全体の特性に依存する。おのおのについて法的に正しい事柄は、全体に依存しているのであり、その全体を秩序づけること、すなわち、その構成要素を正しい関係に置くことが問題なのである」<sup>133)</sup>。

そのような配分的な価値としての法を「全体」の観点から実現する共同体が、国家である。「人間の文化生活の総体を包括的に秩序づける共同体」である国家は、最終的に基準を設定する共同体であり、その法秩序のみが真の意味における法でありうる、という<sup>134)</sup>。

このようなカウフマンの立場からは、個体の主観的な意思や権利に基づいて、それらの個体を包括する客観的な秩序を構想することは不可能である。個体の主観的な要求は、客観的な法秩序の根拠とはなりえない。

「個体 Individuum から法の概念を決定することはできない。個体の本性そのものから導かれるのは、ただ、個体が世界に対して提起する要請だけであり、すなわち、ただ利己的な衝動と要求だけであって、客観的な秩序は決して導かれない。客観的秩序においては、個体には、ただ、特定の、確固とした輪郭を持った領域のみが帰属するのであり、その領域は、他の個体の領域に対して正しい関係に立つ」<sup>135)</sup>。

---

133) *Ibid.*, p. 131.

134) *Ibid.*, p. 134.

135) *Ibid.*, p. 131.



例えば、正しい信仰や人間の自由に基づく個人の主張は、それが価値に基づいているとしても、ただ、世界に対する主観的な要請にすぎないのであって、信仰や自由などの諸価値を配分する超越的基準としての法の根拠とはならない。啓蒙的自然法（自然権）思想において、たとえば社会契約論のように、個人を根拠とする客観的秩序が主張されえたのは、個人が、普遍的・客観的理性を有する者とみなされたからである<sup>136)</sup>。そのような「合理主義的個人概念」<sup>137)</sup>は、もはや採用しえない。

(iii) 最上位規範を頂点とする段階的構造を持つ上下関係法秩序

カウフマンにおいて、全体の観点から諸価値を配分する国家法秩序は、授権の連鎖としての段階的構造を持つと考えられている。

「おおよそ法の領域には、特定の範囲において基準を設定する諸々の意思からなるヒエラルキーが存在する。これらの意思は、それに優位する意思から、この基準設定を授権されている。」<sup>138)</sup>

法秩序における意思は、その上位の意思から、特定の裁量の範囲内において基準を設定する権限を与えられており、さらにその下位の意思に基準設定を授権する。このような授権を介する意思のヒエラルキーにおいて、「法規と法律行為の関係は相対的なものである」<sup>139)</sup>。私法上の法律行為に基準を与えるのは民法であるが、民法の制定もまた、国家法の観点から見れば、憲法によって与えられた基準の下で行われる「法律行為」の一種ということもできる<sup>140)</sup>。私法当事者が、民法上の権限に基づいて契約を締結することと、議会が、憲法上

---

136) *Ibid.*

137) 脚注47参照。

138) *Ibid.*, p. 168. なお原文は“Es besteht eben überall auf dem Rechtsgebiet eine Hierarchie von in bestimmtem Umfange maßgebendem Willen, die immer zu dieser ihrer Maßgeblichkeit von dem ihnen übergeordneten Willen ermächtigt sind.”であるが、“maßgebendem”を誤字と解し、“maßgebenden”と修正して翻訳した。

139) *Ibid.*, p. 167.

140) *Ibid.*, pp. 167-168.

の権限に基づいて民法典を制定することは、いずれも、上位の意思による授權に基づいて規範的な基準を定立することであって、両者の間には相対的な違いしかない。

そして、この段階的構造の頂点には、それ以上授權の連関を遡及できない最上位の意思が存在する。それは、授權による連関の始点としての「自己授權を行う意思」<sup>141)</sup>とも呼びうるし、また、国家法全体の基礎となる「最終的・定言的義務 die letzten kategorischen Pflichten」<sup>142)</sup>ということもできる。

このような段階的構造において、最上位意思以外の意思は、すべて上位の意思の授權に基づき、その裁量の範囲内で、客観的法秩序を実現する。その意味で、それら意思は、客観的法秩序を実現する機関とみなされる。すなわち、憲法上の権限に基づいて法律を制定する議会の意思と同様に、民法上の権限に基づいて契約を締結する私人の意思もまた、客観的な法秩序の機関なのである。

「[私法上の法律行為が] 個人の意思の自由に委ねられるのは、この個人意思が、客観的・超個人的秩序の機関に留まっているという保障が存する限りにおいてである」<sup>143)</sup>。

国家法が、共同体的（「超個人的」）観点から、特定の法的関係の設定・実現について、当事者たる個人の自発性に委ねることが望ましいと判断する場合に、法が定める範囲において、個人の意思は裁量的な権限を持つ。その意味では、個人が、自己の権利を実現するために法的請求を行うことは、客観的法によって望まれた秩序を実現する行為にはかならない。

「それゆえ、私的請求権を主張し、『みずからの』権利のために闘争する個人は、客観的法秩序の機関である。つまり、私的請求権を主張する個人の利益が、客観的法秩序の実現に資するために用いられている」<sup>144)</sup>。

---

141) *Ibid.*, p. 168.

142) *Ibid.*, pp. 139-140.

143) *Ibid.*, p. 175.

144) *Ibid.*, p. 177.

私人の法律行為さえも客観的法秩序の機関とみなす段階的構造は、ケルゼンの動態的理論として良く知られている<sup>145)</sup>が、同様の構想が、代表的なケルゼン批判者のひとりであるカウフマンによって、ケルゼンに先んじて提唱されていることは、意外な事実である。ただし、カウフマンの理論が、段階的構造という点においてケルゼンの理論と類似しているのは、「上下関係法」としての国家法に限られる。ケルゼンの段階的構造が、いとも簡単に国家法の審級を越えて国際法へと延長されるのに対し、カウフマンの段階的構造は、国家法の枠組みにとどめられる。前述のように、ケルゼンの法理論において、国際法優位の一元論の立場をとる限り、授権の連関は、国家法の最上位規範を越えて、一国の管轄権の範囲を定める国際法規範へと遡及し、国際法における最上位規範としての根本規範に至る。それに対し、カウフマンにおいて、段階的構造をとる上下関係秩序は、「国家的共同体 *eine staatliche Gemeinschaft* が可能なところではどこでも、そして、国家的共同体が可能である限りにおいて、可能である」<sup>146)</sup>。超越的な観点から諸価値を配分する基準を設定することのできる包括的共同体は、国家を措いて存在しないゆえに、国家のみが、基準設定の権限を授権する連関の頂点に立ちうる。

(iv) 並列関係法における合意

段階的構造をとる上下関係法秩序に国際法を位置づけようとするれば、国家法

145) Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Rolf Heise, 1928, pp. 18-19 (ケルゼン [黒田覚訳]「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ』(慈学社, 2010年) 50-52頁); Hans Kelsen, *General Theor of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pp. 122-123 (ケルゼン [尾吹善人訳]『法と国家の一般理論』(木鐸社, 1991年) 210-212頁; 長尾龍一『前掲書』(注103) 208頁; 高橋広次『ケルゼン法学の方法と構造 (新装版)』(九州大学出版会, 1996年) 221-226頁。なお、念のため付言しておくが、ケルゼンの「動態的」理論と、本稿の主題である「動態的」国際法秩序構想とは、全く異なっている。前者は、一般的・抽象的規範が、有権的機関による適用を通じて、個別化・具体化される過程を「動態」的に認識する理論であるのに対し、後者は、勢力関係の変動に伴う法変動の可能性に注目する点で「動態的」な構想である。

146) Kaufmann, *op. cit.* n. 1, p. 145.

の最上位規範を頂点とする授権連関の下に国際法を置く（国内法優位の一元論）か、あるいは、国際法の最上位規範を頂点とする授権連関の下に国際法を置く（国際法優位の一元論）ほかない。たとえば、憲法によって国際法定立権限（条約締結権など）を与えられた国家機関が国際法規範を創出する、という授権関係を構成するならば、それは国内法優位の一元論であり、国際法によって授与された管轄権の範囲において国家法が定立されると考えるなら、国際法優位の一元論となる。それに対して、カウフマンは、国際法について、上下関係法とは異なるカテゴリーを当てはめる。それゆえ、上下関係法／並列関係法というカテゴリー区別をとるカウフマンの理論を、国際法・国内法二元論とみなすこともできる。しかし、カウフマンによって提唱される並列関係法のカテゴリーは、国際法と国内法の間を分析するための概念ではなく、国内法と異なる国際法秩序の性質を説明するための概念である。したがって、カウフマンの所論を、トリーベルが『国際法と国内法』において提示した二元論と同列に扱うべきではない。

カウフマンにおいて、国際法は国家間の合意として定立される。しかし、この合意の意味は、私法における合意とは根本的に異なっている。上下関係法としての私法においては、共同体的な観点から定められた法規に基づき、その範囲内において、私人の意思に裁量的な権限が認められている。それに対し、国家は、諸価値の配分のための基準を提示する共同体そのものである。それゆえ、カウフマンにおいて、国家意思は、より包括的な観点から定められた基準を具体化する裁量的権限を行使するものではあり得ない。自らに依って立つ共同体としての国家相互の関係には、「上下関係秩序」ではなく、「並列関係秩序

147) 国家は包括的な共同体だが、同時に、他の国家との共存関係を必要とする。それゆえ、並列関係秩序が成立する。「[並列関係秩序]は、ただ、主権的な、自らに依って立つ、権力を有する歴史的共同体であり、かつ、共存を必要とするようなもの間においてのみ、可能である」(ibid., p. 150)。自らに依って立つ理性的存在としての個人を想定する合理主義的な自然権思想においては、自由・独立の個人からなる並立関係秩序を構想することができたが、今日では、国家と国家の関係、もしくは、教会と国家の関係においてのみ、並列関係秩序が可能である、という(ibid., pp. 150-151)。

Koordinationsordnung」が成立する<sup>147)</sup>。それは、包括的な共同体の下に含まれない独立の個体が併存する秩序であり、そこにおいて、それぞれの個体の観点から価値の配分が行われるゆえに、「個体法秩序 Individualrechtsordnung」とも呼ばれる。

「生活利益の公正な配分は、上下関係秩序においては、共同体が、その目的に即して行うのだが、個体法秩序としての国際法においては、ただ並立する個別国家自身によってのみ行われうる。つまり、法構成員の競争によって行われるのである。その決定および執行については、単に裁判官や執行吏が欠けているだけではなく、なによりも、要求の正当性を判断するための基準となるところの積極的な観点が存しない」<sup>148)</sup>。

個体の並立的関係において果たして法が成立するのかは、もちろん問題となりうる。ただし、カウフマンにとって、国際法規範に「強制」が伴わないことはそれほど本質的な問題ではない。国家法においても、最上位においては、強制を伴わない「定言的規則」が存するからである<sup>149)</sup>。例えば、議会や最高裁判所が、憲法上の権限に準拠して活動するのは、その違反に対して強制的制裁が科されるからではない。つまり、国家法においても、法の最終的な保障は、強制ではない<sup>150)</sup>。

むしろ、問題なのは、国際社会には国家を包括する共同体的観点が存在しないことである。個体を超越する共同体的観点から諸価値を配分する基準となる価値であるはずの法が、なぜ、そのような共同体的観点のない国際関係において成立するのだろうか。この問いに対して、カウフマンは次のように答える。

148) *Ibid.*, p. 151.

149) 「ここに述べた、具体的な配分の観点を欠く、という国際法の可能性に対する異議は、正義の秩序 *Gerechtigkeitsordnung* としての法の概念に由来しており、国際法には強制の可能性がない、という、よくありがちな異議とは比べものにならないほど重大である。後者については、国家法における最上位の定言的規則もまた強制不可能であるということを示すことで、簡単に論駁しうる」(*ibid.*, p. 151)。

150) *Ibid.*, pp. 139-140. 単純化して言えば、最終的な強制権限を持つ者を義務づける規範は、強制され得ない。

「法的な価値は、たしかに超個体的な価値であり……、現実的な全体なくして考えられない。しかし、法秩序は、つねにひとつの現実的な全体の意思であり、したがって上下関係法とならねばならない、というわけではない。法秩序はひとつの現実的な全体の内部にある秩序である。とはいえ、この秩序は、つねに中央から考案され、現実化されなければならないわけではなく、特定の……条件の下では、構成員の意思に基づくこともありうる」<sup>151)</sup>。

国家は、国際関係において確かに個体として現れるけれども、同時に、人間の文化生活を包括する共同体としての全体性を担っている。それゆえ、共同体の法から権限を受け取る個人の意思とは異なり、国家意思は、自己の対外的関係を自律的に規制する法的能力を有する<sup>152)</sup>。言い換えれば、国家は、全体的な観点から国内の法秩序を基礎づけるだけでなく、他の国家との合意によって、国際関係に妥当する法秩序を基礎づけることができるのである。このように、カウフマンの並列関係法は、イエリネックの自己拘束理論と同じく、国家の自律的能力にその基礎を有している。

並列関係秩序においては、国家の法主体性は、相互承認に基礎づけられる。すなわち、諸国家は、相互に交流を必要とし、相互に共通の利益を有していることを認めることを通じて、相互に対等な「法構成員 *Rechtsgenossen*」であることを承認しあう<sup>153)</sup>。このような承認が、条約の存立基盤である<sup>154)</sup>。諸国家相互の共通利益が、国家間の具体的な意思の合致（条約）として定立されることによって、並列関係法としての国際法が定立される<sup>155)</sup>。

---

151) *Ibid.*, p. 189.

152) 「自らを束縛する能力は個人の特質でもある。しかし、個人は、私的契約のために、自らに権能と保護を与える上位法を必要とする。個体法としての国際法を可能とするのは、自己を義務づける主体としての国家の特殊な性質でしかありえない」(*ibid.*, p. 63)。

153) 「すべての個体法が依拠する根本カテゴリーは、並列的な法構成員としての承認である」(*ibid.*, p. 159)。

154) *Ibid.*, p. 160. 言うまでもないことだが、法主体間にのみ、法的に効力のある合意が成立する。

155) 「共通の利益は、具体的な意思の合致としての条約に凝縮されなければならない。国際法は並列関係秩序の法であるから、すべての制定された国際法 *alles gesetzte*」



独立で自律的な個体が合意に至るのは、その利益が一致する場合のみである。したがって、並列関係法秩序においては、自己の利益を追求する複数の個体が、その利益の一致に基づいて合意する範囲において法が定立される。それゆえ、既に述べたとおり、カウフマンは、国際法を、自己保存を追求する国家が、その時々々の政治状況に応じて取り結ぶ合意とみなしている<sup>156)</sup>。並列関係秩序である国際法秩序においては、中核的な国益としての自己保存こそが、諸価値を配分する根源的基準とみなされるのであり、それゆえ、自己保存への権利は、すべての実定国際法に先立つ「基本権」とみなされる。かつて自然法思想において、個人の基本権（自然権）が、憲法変更や革命の根拠とされたのと同様に、国際法において、国家の基本権たる自己保存権は、法変更要求の根拠となる<sup>157)</sup>。

カウフマンは、国際社会における相互依存状況によって、諸国家の利害関係が複雑に絡み合わせられていることを認めているが、しかし、そこから「人類の利益」や「国際社会の利益」を引き出すことは否定する。国際社会において諸国家を越えた共同体的観点が存在しない以上、利害関係は、すべて、自己保存を追求する個別国家の利害関係に還元されざるをえないからである<sup>158)</sup>。

仮に自由主義思想に立てば、〈他者の基本権を侵害しない範囲で自己の基本

---

↘Völkerrecht は、条約法として、すなわち、すべての当事国の意思に基づく法としてのみ、考えられうる」(ibid.)。

156) 前述4(2)。

157) カウフマンは、すべての実定法に先立つ基本権の存在を認める自然法（権）思想に言及したうえで次のように述べる。「自己保存に対する国家の基本権もまた、すべての実定的な国際条約に先立つ。それは、個別国家に固有の権利のうち、条約によって譲渡できない残余部分であり、また、すべての条約による国際法規定の目的および根拠であり、さらには、現行の条約を時代に合わせて変更する各国の要求を表現するものである」(ibid., pp. 193-194)。

158) 「国家が補完を必要とすることが、国際法の根拠であり前提であることには、もちろん、争う余地はない。しかし、そこから、主権原理とは別に、客観的な共同体の原理を打ち立てることはできない。というのも、補完の必要性は、個別国家の必要のことだからである。諸国家は、その必要性から、他国との関係に入り、それによって他国と共通の利益を生み出すけれども、そこで満たされるのは、諸国家自身の生存目的であって、そのような人類全体の生存目的ではない」(ibid., p. 187)。

権を行使してよい」という命題を介在させることによって、国家の基本権としての自己保存権から客観的な国際法秩序の構想を導き出すことができるかもしれない。しかし、そのような構想は、カウフマンの受け入れるところではない。基本権を主張するそれぞれの個体に対して、その権利の範囲を割り当てる共同体的視点が存在しない以上、基本権の抵触を調整する客観的国際法は存在しえないからである。カウフマンの構想において、自己保存権は、「並列関係秩序の主体としての国家に、並列関係にある他の構成員を考慮することなく、帰属する」権利であり、その意味において、国家それ自身の基本権なのである<sup>159)</sup>。国家の基本権に対応する義務は、他国がその基本権を尊重する義務ではなく、その基本権の担い手である国家がその権利を主張する義務だと考えられている<sup>160)</sup>。したがって、カウフマンの言う自己保存権とは、他者の同様の権利を顧みることなく、ただ自己という観点からのみ主張されるべき自己中心的権利である。

以上に述べてきたとおり、カウフマンによれば、並列関係法である国際法における合意は、上下関係法である私法における合意とはその性質を全く異にしている。前者が、専ら個体の自己利益を実現するものであるのに対し、後者は、超個体的・共同体的観点から定立された客観法を実現するものである。また、前者の法的効力が専ら個体の意思に由来するのに対し、後者は、上位意思によって付与された裁量的権限として法的効力を有する。

国際法と私法とでは、そこにおける合意の性質が異なる以上、合意を修正する原則としての事情変更の性質もまた、当然に異なってくる。私法における事情変更が、共同体的観点から各契約類型に割り当てられた目的という観点から、合意の内容を修正するための原則であるのに対し、国際法における事情変更は、個体の自己保存を根拠とする法の修正要求である。この節の結論として、カウフマンの簡潔な叙述をいま一度引用しておこう。

---

159) *Ibid.*, p. 197.

160) *Ibid.*, p. 198.

「条約は、つねに、国家の存立上の必要を満たす目的で、特定の政治的状況から、生み出されるものであるから、自己保存権を条約の有効期間について適用すれば、事情変更条項が必然的に現れる。すべての国家間条約 *Staatenvertrag* は、並列関係法上の約定 *Vertrag* として、内在的な限界を持つ。条約が拘束すべきであり、また、拘束することを予定しているのは、締結時に存在した勢力状況・利益状況の変化によって条約の本質的な規定が締約国の自己保存権と両立不可能にならない限りにおいてである」<sup>161)</sup>。

---

161) *Ibid.*, p. 204.