

〔一九〇五年刊・初版〕『国際法』（その一）

訳者はしがき

序 文

引用文献の表題の省略について

第一章 国際法の基礎

- 一 法としての国際法
- 二 国際法の基礎
- 三 国際法の法源
- 四 国際法と国内法の関係
- 五 国際法の法域
- 六 国際法の法典化

L・オッペンハイム著
広 井 大 三 訳

訳者はしがき

これは、『国際法論』という呼称で、つとに有名なオッペンハイムの『国際法』の初版（一九〇五年刊）の翻訳である。したがって、オッペンハイムとその『国際法論』について、今更、紙幅を費やすことは、まさに蛇足であるが、今世紀の国際法の書物の中で、これほど、洛陽の紙価を高めたものは他に類が無いのではないかと思う。国際法を研究する人であれば、必ずや座右に置くか、或いは、必要な折りに、どこかで必ず披見するという作業を、たいてい、経験している筈である。もっとも、近時、出版されているの

は、ロックスバークやマックネア、ラウターパットという編者の手によって改訂を施されたものである。オッペンハイムの原著とは内容的に異なる部分が随所に窺えるのであるが、しかし、オッペンハイムが本書の執筆を通して確立を意図した彼独自の学問上の体系は、各編者によって尊重され堅持され続けているので、その意味で、今日、「オッペンハイム国際法学」は世界的に確立されたと言っても決して過言ではない。

しかし、この初版の『国際法』について見れば、それが出版された一九〇五年は、日露戦争の終結の年であり、それ以後のロシア革命による社会主義国の出現と二つの世界大戦の悲惨な体験を介して、国際環境の著しい変化に遭遇した国際法は、時代状況に対応するための増幅的変遷を余儀なくされたが、以後の、とりわけ、一九四五年以後の国際法の振幅が大きく急激であるために、この初版の内容にアップトゥデートでない部分がかかなり散見されるのは、けだし止むを得ないわけである。それだけに、刊行以後の歲月の経過を踏まえて、国際法史の文脈を回顧するならば、

この初版も今日では既に「古典」の範疇に含められるのかもしれないのである。

このような、一方では、世界的に高い評価を受けて、わが国でも多くの研究者によって愛読され、他方では、既に古典化しつつある本書を、今更ながら訳出することには、いささか躊躇したのであるが、この初版本は、わが国では、ラウターパット編に比較すると、蔵書として所有されている数が少ないことが予想されるし、更には、授業の一環として、学生たちと読み合っている過程で、本書の全篇にあふれる著者オッペンハイムの実証的な法理の組み立てと真摯な論理追求とが、学生たちに相当の感銘を与えることが、臨場感として如実に痛感されたので、まさに著者が、学生を対象に本書を執筆したのと同様に（著者の序、私も学生のために初版の翻訳を敢えて決意した次第である。）したがって、この翻訳は、国際法を学習する学生諸君に、当世風の新しい理論や知識を提供するためではなく、二〇世紀の初頭から今日に至る迄の国際法理論の発展過程や、いわゆる、「学」としての国際法をアプローチする方

法論について、学問上の示唆を与えることを目的とするものである。著者オッペンハイムが、本書で遺憾なく發揮している思考法は、国際法学における、まさに、リーガル・マインドそのものであるので、本書は、そうしたリーガル・マインドを修得しようとする学生諸君にとって、無類の糧となるにちがいないのである。

なお、訳出にあたり、本書の冒頭を飾る二二頁もの目次については、便宜上、各訳文ごとに区分して掲載することにし、脚注は、訳文の各セクション(節)の末尾に注として付記し、訳注を六ポイントの括弧書きで文中に挿入することにした。また、「国際法」という用語の他、重要な固有名詞や語句を、訳文の中ではコジックで表記してみた。

この翻訳は、全部で十回の連載を予定しているが、ひたすら今は、気長な旅に出る心境である。

(一九八七・四・二〇記)

国際法

論説

ロンドン大学政治経済学部
国際公法担当講師
前スイス・バーゼル大学法学部正教授

法学博士 L・オッペンハイム

第一卷

平時編

初めから終りまで

常に共感と激励とによって

本書の進行を導いてくれた

エドワード・アーサー・ウィトタックに捧ぐ

序 文

国際法に関するこの論文は、二巻になって出版されるが、もともと、国際法の勉強を始めている人たちのための入門書として企てられたものである。それは、一人の教師によって、学生たちのために書かれた本である。ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス・アンド・ポリテイカル・サイエンス（ロンドン大学）における私のクラスから明らかのように、この国で国際法に関心をもっている人たちの大部分は、法律学者ではないし、法的なトレーニングを受けていない人たちである。このために、国際法に関する論文の場合と同様に、その講義においても、わかりきった自明の事柄を、何度も何度も繰り返さなければならぬし、訓練を積んだ法律者にとっては一目瞭然である事柄についても、理解を確実なものにするためには、かなり詳細な指示を与えなければならない場合が多い。

そこで、私の著作では、論題について十分に概観するように努めている。あらゆる重要な点が検討されているし、

脚注において、読者は、論題についてもっと深く追求している他の文献を参照することができる。それに、各題目の初めに掲げた研究論文と同様、体系的論文の目録は、独自の問題点を調べたいと思う人たちから歓迎されることを私は期待している。このような著書目録を提供してくれる英語の論文が存在しないのである。私の目録では、イギリス、フランス、ドイツ、イタリア、ロシア、スイス、ベルギー、ポルトガル、アメリカ、スペイン系アメリカの各著者について紹介してあるが、当然のことながら、それは完全無欠ではない。そして、全般的に私は定期刊行物に掲載されている論文については言及することを控えるようにしたが、しかし、そうしたものについても、他の参考文献と同様、本書で引用した書物の中で読者は見つけてくれるものと思う。いずれにしても、読者が特別の関心を抱いている幾らかの論点について、何を、どこで、見つけるべきかが読者にはわかるだろうと思う。至る所で私がフィリモアやトウイスやホールを引用したということ、それに、多くの論点の細部に関して、読者に国際法学の古典を照会したということは、当然

のことであるが、しかし、特に言っておかなければならぬことは、ホールの論文について、その第五版の編者が、書物の区分けの節印（セクション）をやめてしまったために、第四版（一八九五年刊）を私が引用しなければならなかったことである。

私は、十分な法律上の基礎の上に、と言うことは、実定的と言うことであるが、私の力の及ぶ限り、私自身の体系と学説を確立しようと努力したし、私の定義は、できるだけ明確にしたつもりである。私の書物の中で、多少、曖昧になっている定義については、それらが基盤として現実にしているものが、全くもって明確になっていないがために、わざと曖昧にしてあるということが、読者には得心されるであろうと思う。私の編成方式についても、論題の整理という点で明快であることを私は願っている。序論では、**国際法の基盤**をとりあげて、その発展と学問上の処方について**素描**し、第一部では、**国際法の主体**——すなわち、**国家と、国家群の構成員**そのものから派生する**国家間の関係**とに纏わるあらゆる問題を内容としている。第二部では、**国際法**

の**客体**——すなわち、**国家領域、公海、それに、個人**を扱っているが、**国家は、国際関係のための機関**を所有している。第四部では、**英仏協定 (Anglo-French Agreement)**の**条約原文**を内容とする**付録**の他に、**国際的法律行為**をとりあげ、

それで**第一巻**を締めくくってある。**第二巻**は、**目下、草稿**を準備中であり、それについては、この**第一巻の脚注**の中で、**読者はたびたび参照を指示されることになるが、来年には、お目見えして、そして、国際紛争の解決、戦争、中立**を扱うことになる。

私が用いた方法に関して、至る所で見解の相違というものを、はっきりさせるために努力したことを指摘しておきたい。専門書の中で知識を得ようとする人たちは、手引きとなるような見解を見出すことが必要であり、このために、私は、私が賛成する見解と、私自身の見解とを、できるだけしっかりと設定するように、至る所で努めたが、しかし、他にも見解がある場合には、それについても読者に提示するように常に心懸けた。したがって、**学生諸君にとつ**

て、一冊の書物の中で必要とされる、示唆に富み説得力のある特質のすべてが、本書の全体にわたって含まれていることを、憚りながら切望する次第である。しかし、他方で、私は、確立されるべきものとして公言されている規範であつても、いまだ定着していないものについては避けるように留意したのだが、それと言うのも、本書が紹介しようとするものが、現在ある国際法であつて、今後あるべき国際法ではないからである。

私は多くの友人たちの助言や助力に対して感謝の意を捧げなければならぬが、特に、ホルボーン・エステイト・グラマー・スクールの校長で文学修士のW・J・アデイス氏の言語に対する博学な知識と学問上の識見のおかげを、絶えず私が賜わつたことと、法曹学院イナ・テンブルの法廷弁護士で文学修士のアルフレッド・ブクニル氏から印刷用の原稿作成や校正について非常に貴重な御支援を賜わつたことを披瀝しておかなければならない。

一九〇五年二月二〇日

L・オッペンハイム

引用文献の表題の省略について

参照した文献については、おおむね、その完全な題目と出版時期とを示してあるが、しかし、本書の至る所で頻繁に参照している或る種の文献や定期刊行物については、次のような省略形で示しある。

『年報』『国際法協会年報』(Annuaire de l'Institut de Droit International)

ブルンチュリブルンチュリ著『近代国際法』(Bluntschli,

Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. 第三版・一八七八年刊)

ボンフィスボンフィス著『国際公法概説』(Bonfils, Manuel de Droit International Public. 第四版・フォーシュー編・一九〇四年刊)

ブルメリンク『国際法』(Bulmering, Das Völkerrecht. 一八八七年刊)

カルボーカルボー著『国際法』(Calvo, Le Droit International etc., 第五版・全六卷・一八九六年刊)

デスパグネデスパグネ著『国際公法講義』(Despagnet, Cours de Droit International Public. 第二版・一八九九年刊)

フィールドフィールド著『国際法典概要』(Field, Oute-

lines of an International Code. 一八七二年刊)

フィオレ||フィオレ著『新国際公法』(Fiore, *Nouveau Droit International Public.* 第二版・アントワープに
よるイタリヤ語版からの翻訳・注釈。全三巻・一八八五
年刊)

ガレイス||ガレイス著『国際法の制定』(Gareis, *Institu-
tionen des Völkerrechts.* 第二版・一九〇一年刊)

グロチウス||グロチウス著『戦争と平和の法』(Grotius, *De
Jure Belli ac Pacis.* 一六二五年刊)

ホール||ホール著『国際法論』(Hall, *A Treatise on In-
ternational Law.* 第四版・一八九五年刊)

ハレック||ハレック著『国際法』(Hallak, *International
Law.* シャーleston・ハイカーによる英語版・全二巻・
一八九三年刊)

ハートマン||ハートマン著『平時における実用国際法の制
定』(Hartmann, *Institutionen des praktischen Völ-
kerrecht in Friedenszeiten.* 一八七四年刊)

ヘフター||ヘフター著『現代ヨーロッパの国際法』(Heffter,
Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart. マン
ツケン編・第八版)

ヘイルボーン||ヘイルボーン著『国際法上の概念から見た国
際法の体系』(Heilborn, *Das System des Völkerrechts
entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen.* 一
八九六年刊)

ホーランド||『研究』||ホーランド著『国際法研究』(Holland,
Studies in International Law. 一八九八年刊)

ホーランド||『法学』||『法学原理』(The Elements of Juris-
prudence. 第六版・一八九三年刊)

ホルツェンドルフ||ホルツェンドルフ著『国際法便覧』
(Holtzendorff, *Handbuch des Völkerrechts.* 全四巻
・一八八五年と一八八九年刊)

クリューバー||クリューバー著『ヨーロッパの国際法』(Euro-
päisches Völkerrecht. 第二版・モルシュタット編・一
八五一年刊)

ローレンス||ローレンス著『国際法原理』(Lawrence, *The
Principles of International Law.* 第三版・一九〇〇
年刊)

ローレンス||『小論』||『近代国際法上の論争問題に関する小
論』(Essays on some Disputed Questions of Mod-
ern International Law. 一八八四年刊)

リスト||リスト著『国際法』(Liszt, *Das Völkerrecht.* 第
三版・一九〇四年刊)

ロリマー||ロリマー著『国際法原論』(Lorimer, *The In-
stitutes of International Law.* 全二巻・一八八三年
と一八八四年刊)

メイン||メイン著『国際法』(Maine, *International Law.*
第二版・一八九四年刊)

マニング||マニング著『国際法注解』(Manning, *Commen-*

aries on the Law of Nations. 新版・シェルトン・アモス編・一八七五年刊)

マルテンス＝マルテンス著『国際法』(Martens, *Völkerrecht.* ロシア語原本からのドイツ語訳・全二巻・一八八三年刊)

マルテンス・G・F＝G・F・H・マルテンス著『近代ヨーロッパ国際法概説』(G.F. Martens, *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe.* 新版・ベルジエ編・全二巻・一八五八年刊)

マルテンス・R、マルテンス・N・R、マルテンス・N・S、マルテンス・N・R・G、マルテンス・N・R・G・第二輯＝これらは、マルテンスの『条約集』(*Recueil de Traites.* 本書六〇を参照)のなまなま部分からの引用の省略である。

マルテンス・『有名事件』＝『国際法有名事件』(*Causes Célèbres du Droit des Gens.* 全五巻・第二版・一八五八年～一八六一年刊)

ニユス＝ニユス著『国際法』(*Nys, Le Droit International.* 第一巻・一九〇四年刊)

ペルルス＝ペルルス著『現代国際海上公法』(*Perels. Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart.* 第二版・一九〇三年刊)

フィリモア＝フィリモア著『国際法注釈』(*Phillimore, Commentaries upon International Law.* 全四巻・第三版・

一八七九年～一八八八年刊)

ピエドリエブル＝ピエドリエブル著『国際公法概要』(*Piedelierre, Précis de Droit International Public.* 全二巻・一八九四年～一八九五年刊)

プラディエール＝フォデレ＝プラディエール＝フォデレ著『国際公法概論』(*Pradier-Fodéré, Traité de Droit International Public.* 全七巻・一八八五年～一八九七年刊)

プーフェンドルフ＝プーフェンドルフ著『自然法と万民法論』(*Pufendorf, De Jure Naturae et Gentium.* 一六七二年刊)

リヴィエール＝リヴィエール著『国際法原理』(*Rivier, Principes du Droit des Gens.* 全二巻・一八九六年刊)

『国際法雑誌』＝『国際法及び比較法雑誌』(*Revue de Droit International et de Legislation Comparée*)

『総合雑誌』＝『国際公法総合雑誌』(*Revue Général de Droit International Public*)

テイラー＝テイラー著『国際公法論』(*Taylor, A Treatise on International Public Law.* 一九〇一年刊)

テスタ＝テスタ著『国際海上公法』(*Testa, Le Droit Public International Maritime.* ポルトガル語版からの翻訳・一八八六年刊)

トウイス＝トウイス著『国際法』(*Twiss, The Law of Nations.* 全二巻・第二版・一八八四年～一八八七年刊)

ウルマン＝ウルマン著『国際法』(*Ullmann, Völkerrecht.*

一八九八年刊)

ヴァッテル・ヴァッテル著『国際法』(Vattel, *Le Droit des Gens*. 全二巻四分冊・新版・ヌーシャテル一七七三年刊)

ウォーカー・ウォーカー著『国際公法便覧』(Walker, *A Manual of Public International Law*. 一八九五年刊)

ウォーカー・『歴史』、『国際法の歴史』(*A History of the Law of Nations*. 第一巻・一八九九年刊)

ウォーカー・『法学』、『国際法学』(*The Science of International Law*. 一八九三年刊)

ウェストレイク・ウェストレイク著『国際法』(Westlake, *International Law*. 第一巻・一九〇四年刊)

ウェストレイク・『諸問題』、『国際法の原則に関する諸問題』(*Chapters on the Principles of International Law*. 一八九四年刊)

ウォートン・ウォートン著『合衆国国際法総覧』(Wharton, *A Digest of the International Law of the United States*. 全三巻・一八八六年刊)

フィートン・フィートン著『国際法原理』(Wheaton, *Elements of International Law*. ダナによるアメリカ版・第八版・一八六六年刊)

「一九〇五年刊・初版」『国際法』(その一)(オッペンハイム・広井)

第一章 国際法の基盤

一 法としての国際法

ホール・一四一―一六頁、メイン・五〇―五三頁、ローレンス・一―三、フィリモア・第一巻一―二、トウイス・第一巻一〇四―一〇五、テイラー・二、ウェストレイク・第一巻一―二三頁、ウォーカー・『歴史』第一巻一―八、ハレック・第一巻四六―五五頁、ウルマン・一―二、ヘフター・一―五、ホルツェンドルフ・第一巻一九―二六頁、ニュス・第一巻一三三―一四三頁、リヴィエール・第一巻一、ボンフィス・二六―三一、ブラディエール・フォデレ・第一巻一―二四、マルテンス・第一巻一―五、フィオレ・第一巻一八六―二〇八。

一 国際法概念 国際法 (Law of Nations, International Law, Droit des gens, Völkerrecht) というのは、

文明諸国の相互の通交を法的に拘束すると見なされる慣習上、および、条約上の規範の全体に対する名称である。これらの規範の内、二国、ないし、少数の国家のみを拘束する特別国際法に対して、全文明諸国を例外無く拘束する部分は、普遍的国際法と呼ばれるが、しかし、それは、また、一般国際法とは区別される必要がある。この一般国際法という

名称は、指導的な大国を含む大多数の国家を拘束するような規範の全体に対して与えられなければならない。そして、一般国際法でも、例えば、一八五六年のパリ宣言（海上法ノ要義ヲ確定スル宣言）や、陸戦の法規に関する一八九九年のハーグ規則（ヘーグ規則）のようなものは、普遍的国際法になる趨勢を有している。

近時用いられる意味での国際法は、古代や中世の初期には存在しておらず、その起源は本質的にはキリスト教文明の所産であつて、それは、中世の第二半期から次第に成長し始めたものである。しかし、その体系的な規範体としての存在は、オランダの法律家で政治家のフーゴー・グロチウスに負っており、彼の著書『戦争と平和の法・全三巻』は、一六二五年に刊行され、その後の全体的な発展の基盤となつた。

国際法は、国家相互の通交のための法であつて、個人のための法ではない。しかしながら、単一の主権国家を越える主権的権威は存在し得ないので、国際法は単一の国家の間の法であり、単一国家を越える法ではない。したがつて、ベンサム（一七四八〜一八三二）の哲学者以来、国際法（Law of Nations）

を“International Law”とも呼んだのである。

国際公法と国際私法についてのベンサムの区分が一般に認められているので、国際法（Law of Nations）と全く同じものである、いわゆる、国際公法だけが国際法（International Law）なのであり、それに対して、いわゆる、国際私法は国際法ではないということ強調しておく必要がある。後者は、同時に二、ないし、それ以上の異なる国家の裁判管轄権に属するような問題に関係している。しかも、さまざまな国家の国内法は、このような問題に関して、しばしば、お互いに抵触しているので、各国の法律家たちは、このような抵触を避け得る一群の原則を見出すべく尽力するのである。

二 異論のある国際法の法的効力 国際法学のほとんど

ど初期から、国際法上の規則には法的拘束力が求められ得るか否かが議論されてきている。既にホップズ（一五八八〜一六〇七）の哲学者とプーフENDORF（一六三二〜一六九四）の法学者・歴史家・政治家が、その問題に否定的に答えていたが、更に一九世紀に、それと同じ態度をオースティン（一七九〇〜一八五九）の法学者と彼の後継者たち

が引き継ぐことになった。彼らは、法というものを、人間の行為のために主権的な政治上の権威によって定立され施行される一群の規範として定義しているのであるが、もし、実際に、この定義が正しいとすれば、国際法を法と呼ぶことはできない。と言うのは、国際法は主権国家相互間の関係のための一群の規範だからである。しかも、このような規範を実施できる主権国家を凌ぐ主権的な政治上の権威は存在しないし、存在し得ないのである。しかしながら、この法の定義は正確ではない。それは、立憲国家の議会の法規によるか、或るいは、非立憲国家における何らかの主権的権威によって、明示的につくられる国内法の一部である成文法、ないし、制定法だけに当てはまるにすぎず、それは、不文法、または、慣習法と呼ばれる国内法の分野には該当しないのである。実際のところ、成文法だけでやって行ける社会や国家は、世界には存在しておらず、至る所に、成文法とは別に慣習法が存在しているのである。この慣習法というのは、何らかの立法部によって決して明示的に制定されることの無かったものであり、制定されれば、

それは、単なる慣習法にはならなかったのである。法というものを、主権的な政治上の権威によって定立され施行される規範として定義する人たちは、慣習法の存在を否定はしていないが、しかし、彼らは、裁判所が、慣習を成文法と同じ方法で適用する場合に見られるように、国家の間接的な承認を通してのみ、慣習法は法としての性格を帯びるのであると主張する。しかしながら、これは法の虚構以外の何ものでもない。立法権をもたない裁判所は、不文律的な規範が、裁判所の承認以前に法になっていない場合には、それを法として承認することはできないのであって、国家こそが不文律的な規範を法として承認し、その場合にのみ裁判所も法として承認することになるのである。

三 法規範の特徴 法の正確な定義を見出すためには、道徳と法とを相互に比較してみることが緊要である。と言うのは、両者は人間の行為に対して規範を定め、その規範は、かなりの部分にわたって同一だからである。ところで、道徳規範の特徴は、それらが人間の良心に適用され、しかも、良心にのみ適用されることである。もし、或

る行為が、自由意志や誠実さから行なわれたのではなく、何らかの外的な力によって強要されたり、或るいは、良心の範疇には属さないような考えによって行なわれた場合には、

それは道德の裁きの前では一切の価値を喪失するのである。したがって、名前が有名になることを目的にして病院にお金を寄付する人は、道德的に振る舞っているのではなく、彼の行為は、外観上は道德的な行為のように見えるけれども、決して道德的なものではない。他方において、法規範の特徴は、それらが結局は外的な力によって施行されるということにある。⁽¹⁾ 勿論、法規範も道德規範と全く同様に良心に適用するものであるが、しかし、後者が良心のみの内的な力によって実行されるのに対して、前者は、若干の外的な力によって施行される必要がある。わかりやすい例をあげるならば、道德が諸君に対して諸君の借金を払うように命令する場合、それは、諸君の良心が諸君にその借金を払わせることを希望しているのである。他方で、もし、法が同じ命令をする場合には、それは、もし、良心が諸君に借金を払わせるだけの充分な力をもって

いなくて、諸君が払わないときには、執行官が諸君の家にやって来るといふ事実が、結局は借金を払わせることになるものと希望しているのである。

(1) ウェストレイクも“Chapters on the Principles of International Law”の一二頁で、法規範と道德規範とを、これと同じように区別しているように思える。なお、トウイスは“The Law of Nations”の第一卷一〇五で、同じ区別をはっきりと用いている。

四 立法的權威は本質的なものではない もし、以上のことが道德と法の特徴的な徴表であるとすれば、その原理を次のように述べる事が許されるであろう。すなわち、共同社会の一般的同意によって、或る規範が良心に適用され、しかも、良心のみに適用されるならば、その規範は道德規範であり、それに対して他方において、もし、共同社会の一般的同意によって、或る規範が究極的には外的な力によって施行されるとするならば、その規範は法規範である、と。道德と法の両方の内、どのような種類のものも無いままに共同社会が存在したことは、かつて無かつたし、おそらく、存在することは不可能であろう。しかし、

立法的権威は、共同社会の内部に必要なし、少なくとも原始社会では、そのような権威は存在しないのである。道徳規範が、多くのさまざまな要素の影響を受けて発達して行くのと全く同様に、法も、立法的権威によって規定されたり、定立されたりすることが無くても発生し得るのであって、原始的社会を観察する機会があるたびに、われわれは、人間の行為のための若干の規範が、良心のみに適用されるのに対して、その他の規範が、共同社会の一般的同意によって施行されることに気付くのであるが、この場合、前者がもっぱら道徳規範であるのに対し、後者は法規範である。

法の存在にとって、立法的権威も裁判所も必ずしも本質的なものではなく、原始的社会において、法についての問題が発生した場合、それを解決するのは、共同社会自身であって、裁判所ではないのである。勿論、共同社会が、原始的な存在状況から脱皮して益々と拡大し、そして、言葉の本来の意味での国家へと変化して行く場合には、その共同社会それ自身が、何かやったり、何もかもやってしまうということとは、最早、生活上の必要性や修正された存在状

況とが、それを許しはしないのである。そして、事例から事例へと徐々に法を発達させるさまざまな要素に、法を全面的に託したままに置くことは、最早、できなくなり、今や、立法的権威よりも、まさに支配的権威のようなものが望まれるようになるのである。あらゆる国家に政府が存在するのは、このためであり、政府こそが法を制定し、法を施行するのであって、裁判所は、その法を管理するのである。

しかしながら、法を制定し、施行する政府の力は、どこに由来するかと問うならば、“共同社会の一般的同意から”という、この解答以外に答えは無い。したがって、イギリスでは、一般的同意により、議会在立法府である。議会の法律が法であるということの理由は、その背後にイギリスの一般的同意があるからである。議会在立法的権威を享有するということ、それ自体が法であるが、しかし、それは、不文律の慣習法である。したがって、成文法を制定する議会の権限が、不文法によって与えられている限りにおいて、すべての制定法、ないし、成文法は、不文法に基礎

付けられているという実に重大な事実が明らかになるのである。外的な力によって施行される規範を制定する権限を議会が享有するということが、イギリスの国民の一般的同意であるが、しかし、議会によって制定される成文法以外の法である不文法や慣習法が存在し、たえず発達して、それらが、日々、裁判所によって承認されているのである。

五 法の定義と三つの本質的条件 以上の前提的考察の結果に基いて、ここで法の定義をすることが可能である。すなわち、「法は、共同社会内部の人間の行為のために、その共同社会の一般的同意に基づき、外的な力によって施行される規範の一群である」と言うことができるであろう。

したがって、法が存在する本質的条件として、三つの条件が重なり合っている。まず第一に共同社会がなければならぬ。第二に、その共同社会内部における人間の行為のための規範の一群があらねばならない。そして、第三に、これらの規範が外的な力によって施行されるという、その共同社会の一般的同意がなければならぬ。各々の行為の

規範が成文の規範でなければならぬとか、各々の共同社会の内部に立法的権威や法を管理する裁判所があるべきだというようなことは、どちらも本質的な条件ではない。そして、この法の定義を正しいものとして、われわれが、以上の三つの法の本質的条件を容認するとすれば、法の存在は、国家という共同社会のみに限定されるものではなく、それは、共同社会の存在するところであれば、どこにでも見い出される筈であるということが明白になる。国家以外に法が存在する最も好い例は、ローマ・カトリック教会の法である、いわゆる、**キャノン法** (Canon Law) である。このカトリック教会は、その構成員が地球上の全地域に分布している組織的な共同社会であって、その構成員たちは、みずからがキャノン法の規範によって拘束されるものと見なしているが、それらの規範を定立し施行する主権的な政治上の権威は存在しておらず、ローマ法王や司教や牧師は、宗教上の権威者であるにすぎないのである。しかし、対外的な力は存在しており、その力を通して、キャノン法上の規範——すなわち、破門や洗礼拒否などのキャノ

ン法上の懲罰が施行されるのである。このように、キャノン法上の規範は、全ローマ・カトリック教徒の共同社会の一般的同意に基づいて施行されるわけである。

六 法を国内法と同一視すべきではない　しかし、もし、法があらゆる共同社会に存在して見出し出されるところでも、この意味の法を、国家の法である、いわゆる、**国内法** (Municipal Law)⁽¹⁾と同一視すべきではない。それは、

国家の概念が共同社会の概念と同一視されてはならないと同様である。共同社会の概念は、国家のそれよりも広いものであり、国家は共同社会であるが、しかし、あらゆる共同社会が、国家ではない。同様に、純粹、かつ、單純な法の概念は、国内法の概念よりも広いものである。国内法は法であるが、しかし、例えば、キャノン法が国内法ではないように、必ずしも、すべての法が国内法ではないのである。国内法は、純粹、かつ、單純な法よりも狭い概念のものである。したがって、**国際法**と呼ばれる規範群は、言葉の厳格な意味で法であり得るが、しかし、それは国内法の特徴をもつものではない。そこで、**国際法**が法であるか

否かを確かめるために、法の存在についての三つの本質的条件が、**国際法**の中に見出し出されるかどうかを詮索してみなければならない。

(1) 本書の全体を通して、「国内法 (Municipal Law)」という用語は、**国際法**に対比した国家の法 (National or State Law) という意味で用いられる。

七 “**国家群**” は**共同社会**　第一の条件が、共同社会の存在であるので、その法が**国際法**になり得るような**国際的な共同社会**が存在するかという問題が生じよう。そこで、この間に答える前に、共同社会の概念が明確にされねばならない。さて、共同社会とは、単一の個人間に継続的に多種多様な**通交** (intercourse) を産み出すような**共通の利益**を通して、多少なりとも共に結合した多数個人の**団体**であると言うことができようが、この共同社会の定義は、**個々の人間の共同社会のみならず、国家のような個々の共同社会からなる共同社会にも当てはまるものである**。例えば、**国家連合** (Confederation of States) は**国家の共同社会**である。しかし、存在する個々のすべての**国家**からなる**普通**

的な国際共同社会があるであろうか。この間については、文明世界の国家に関する限り、はっきりと肯定的に答えられる筈である。個々のすべての文明諸国を共に結合させ、これらの国家間に、その国民の間と同様の継続的な通交を産み出す利害は無数にあり、しかも、若干の例外を除いて、その文明諸国というのはキリスト教国であるので、これらの周辺に帯を巻きつける宗教上の觀念が既に存在しているのである。更に、科学と芸術とがあつて、それらは、本来的に相当の程度、国際的であり、さまざまな国家の国民の間に思想や意見の交換をつくり出すのである。しかしながら、最も重要なのは、農業と工業と貿易である。如何に最大の帝国でさえも、その国民が必要とするものをすべて生産することは全く不可能であるので、したがって、種の国家の農産物や工業製品が、互いに交換されなければならぬのである。そして、国際貿易が、あらゆる文明諸国の福祉にとって比肩するものない最高の要素であるのは、この理由に基づくのである。あらゆる国家が、本来的に一つの世界たるべく努力していた古代においてさえも、

或る種の国際貿易が無かつたならば、国家は存在しなかつたし、存在することは出来なかつたのである。公海や、さまざまな国を貫流する河川での、航海というものを産み出したのは、国際貿易であり、更には、大陸をおおう鉄道網や国際的な郵便電信設備、大西洋横断電信ケーブルなどを産み出したのも国際貿易なのである。

すべての文明諸国を共に結合させ、相互の間に継続的な通交を産み出すような多数の利害関係が、これらの国々は海外に居住する一名、ないし、それ以上の公式の代表をもつべきだという、その必要性を、かなり昔からもたらし、そのために、われわれは、至る所に外国の大使や領事を見い出すのであるが、かれらは各国の政府間取引の現下の流れを促進する代理人である。多くの国際的官職、国際的事務局、国際的委員会が、国際的な業務を執行するために永続的に任命されてきており、また、時折り、各国派遣団の特別国際会議が、国際問題を討議し解決するために召集されたりもしている。個々の国家は主権を有しており、互いに独立し、その国の政府を超越する国際的な政府は存

在しておらず、また、各国が従属するような中核的な政治上の権威も存在しないが、しかし、あらゆる有力な分離的要素よりも力強い何か、すなわち、共通の利益というものがあるのである。そして、これらの共通の利益と、これらの利益に貢献するために必要不可欠な通交とが、分離している国々を一つの不可分の共同社会へと統合するのである。この共同社会は、数百年来、「**国家群**」(Family of Nations)とか「**国家社会**」(Society of Nations)とか呼ばれてきている。

八 **行為規範をもつ共同社会としての「国家群」** か
くして、法の存在のための第一の本質的条件は、現実の实在そのものであり、要するに単一の国家が諸国家の団体である個々の国家の共同社会をつくるのである。しかし、第二の条件も否定することはできない。数百年来、国家相互の間の行動のために、規範は、どんどん成長してきており、これらの規範は大部分が慣習規範ではあるが、しかし、これらの慣習、かつ、不文の規範と相並んで、益々、成文規範が、国際的な取極によって日毎につくり出されて

いるのである。したがって、いわゆる、**国際法**は、個々の国家の相互の行動を規律する慣習規範と条約規範の全体以外の何ものでもないのである。

九 **国際的な行為規範を実施するための対外的な力**
しかし、法の存在のための第三の本質的条件に関して、目の事態は、どのようになっているのだろうか。国際的な行為規範は、対外的な力によって実施されるべきだとする共通の合意が、諸国家の共同社会にあるのだろうか。そうした規範を実施するための中核的な権威は存在しないけれども、この問題に対しては肯定的に答えるべきだという点で、いささかの疑念もあり得ない筈である。国際的な道徳規範や礼讓規範が、国民の良心的な配慮に委ねられるのに対比し、**国際法**と呼ばれる一群の国際的な行為規範は、対外的な力によって実施されるべきだということについては、文明諸国の元首も政府も議会も、それに、全文明人の世論も同意し賛成しているのである。だから、**国際法**上の規範を実施する中核的な権威が止むを得ず欠如している場合には、国家は、みずからの手で処理しなければならず、

自助、および、被害国に同情する他国の援助は、国際法上の規範が実施され得る手段であり、また、現実に規範を実施する手段でもある。これらの手段が多く、障害を伴うことは事実であるが、それらは対外的な力としての性格を帯びた手段である。国際法を国内法や国内法を自由に実施する手段と比較するならば、国際法は確かに劣っている。法と**いうものは、強力であればある程、それが実施され得ると**いう保証と実施される保証とが与えられるのであって、したがって、墮落していない政府や腐敗していない裁判所によって統治される国の法は、墮落した政府や腐敗した裁判官をもつ国の法よりも強力である。国内法上の規範を或る国の政府が実施するのと同じ方法でもって、**国際法の規範を実施できるような国際的な政府が、国家の政府を超越して存在してはいないし、また、存在しえない以上、国際法が国内法よりも軟弱な法であることは当然である。**しかし、それにも拘わらず、軟弱な法でも依然として法であり、しかも、**国際法は、それが時折り思われている程には、決して軟弱な法ではないのである。**

一〇 慣行は国際法を法として承認している 真正な法としての**国際法の性格**に関して、理論家だけが分裂しているのが実情であって、**国際法は、実際上は絶えず法として認められているのである。**さまざまな国の政府や議会は、かれらが**国際法を侵害したとして告発されている場合でも、裁判所へ出廷することを強いられることはあり得ないけれども、かれらは、道徳的のみならず法的にも国際法によって拘束されているという見解を抱いているのである。**同様に、全文明諸国の世論も、あらゆる国家は法的に**国際法の規範に必ず従わなければならないと**考えており、**国際法は真正な法としての性格を有しないと主張する理論家たちの意見には目もくれないのである。**また、さまざまな国家も、**国際法の規範が無数の条約を法的に拘束していると認めているだけではなく、国家間に法が存在する事実を、日々、強調している。**かれらは、更に、**国際法によって、その主権者に課せられている義務と一致するような態度をとることを、かれらの官吏や民事・刑事の裁判所や国民に命じている自分たちの国内法によって、この国際法を**

承認しているのである。もし、**国際法の侵害**が、或る国家によって行なわれるならば、他国の政府と同様に文明世界の世論が、そのような侵害を法の完全な侵害として非難するし、また、貿易、航海、郵便、電話、著作権、犯罪人引渡、その他、多くの目的に関連する無数の条約が文明諸国の間に存在するが、全体的にみて、それらの条約は、諸国家間の法の存在に依存し、そのような国家間の法を予想し、それを通して、そのような法の発達と増大に貢献するのである。

この法の侵害は、確かに頻繁に起きている。しかし、侵害者は、自分たちの行為が侵害には該当せず、**国際法に従って**、そのように行動する権利があること、或るいは、少なくとも**国際法の規範**は自分たちの行動と対立しないということとを証明しようとするのが常である。自分たちは**国際法**を破ろうとしていたとか、破ってしまったということを、かつて告白した国があるだろうか。国家が**国際法**を侵害した場合、決して**国際法**の存在は否定せず、自分たちの行動に都合の好いように**国際法**を解釈しようとするを通して

国際法の存在を認めるのが実情なのである。

二 国際法の基礎

一一 法の基礎としての**共通の同意** 前記五で定義したように、もし、法が**共同社会**内部の人間の行為規範の集合体であつて、この**共同社会**の**共通の同意**によって、対外的な力を通して実施されなければならないものであるならば、**共通の同意こそ、すべての法の基礎**である。それは、**“共通の同意”(common consent)**という言葉は何を意味するのだろうか。もし、それが、**共同社会**の**構成員**であるすべての個人は、生存しているあらゆる時点で、法のすべての箇所に明白に同意しなければならないということの意味するのであれば、そのような**共通の合意**は、実際にはあり得ないであろう。**共同社会**の**構成員**である個人は、その**社会**の中で相次いで生まれ、その中で、**青年期**の**知力**の発達を伴なって成長し、そして、他人に席をあけるために相次いで死んで行くのであるが、**共同社会**のほうは、**構成員**に絶えず変化が起ころうとしても、**不変のまま**存続するのであ

る。したがって、「共通の同意」というのは、構成員の圧倒的大多数の明示的、もしくは、黙示的な同意を専ら意味し得るので、それと意見を異にする人たちは全然重要でない人たちということになって、単一の構成員と対比しての共同社会全体の意思を求める視野からは全く消えてなくなるのである。このような共通の同意は、どこで決められるのかという問題は、理論の問題ではなく、専ら事実の問題である。それは例の、穀物の粒が一山に何粒あるかという問題のように、論理的で数学的な判断の問題ではなく、観察と認識の問題である。祖先から子孫へと伝承するそうした法規範は、その子孫の共通の同意によって支持される限りにおいてのみ法として存続するのであり、また、新しい規範は、その時点で共同社会を構成する人たちの側に共通の同意を見い出す場合にのみ法とすることができるのである。成文と不文のいずれを問わず、すべての法の背後に慣習が存在するのは、そのためである。

一二 国際法の基礎としての国家群の共通の同意 純

然たる法に関して言われていることは、国際法についても

当てはまるが、しかしながら、この国際法が権威を有している共同社会は、個々の人間からではなく、個々の国家から構成されるのである。しかも、個々の人間から構成される社会には、構成員の誕生や死亡、移住、来住を通して継続的、かつ、漸進的な変化があるのに対して、国家群というのは、時折、一構成員が消滅したり、新構成員が入って来たりはするが、そうした継続的な変化は起こらない共同社会である。したがって、国家群の構成国は、その共同社会の中で誕生するのではないし、また、その共同社会の中で成長するのではない。新構成員は、明示的、または、黙示的な承認を通して、共同社会へ単純に受け入れられるのであって、したがって、国際法の基礎である諸国家の共通の同意については、もっと綿密に吟味してみる必要があるのである。

この法の慣習規範は、諸国家の共通の同意によって発達する——すなわち、さまざまな国家は、そうした規範に対する黙示的な同意を含むような方式で行動しているのである、慣例の発達とそれが慣習へ変質する過程を遡れるだけ

辿ってみる限りにおいて、**国際法上の慣習規範**は、次のようにして成立したのである。すなわち、**国家相互の** 通信は何らかの**国際的な行為規範**を必要としたので、そこで、次に**単純な慣例**が発達し、さまざまな**国家は、機会が生ずる度毎に、同一、または類似の方式でもって行動するようになった**。中世の末から幾つかの**国際的**の行為規範が切望されたので**国際法**の理論は、**宗教的、道徳的、理性的、歴史的**な考察を踏まえた或る一定の規範を構築することによつて、その発達のための**基盤**を用意したし、**フーゴー・グロチウス** (Hugo Grotius) の著書『**戦争と平和の法・三巻**』(De jure belli ac pacis libri III. 一六二五年刊)は一群の系統立てられた規範を提示したが、それは、それ以降の発展の**基盤**となった時代の必要と要望に、きわめて即応したものであった。だが、一方において、**国際的な行動**のために**法的に拘束力のある規範**がなければならぬとする政府や**文明諸国**の世論の確信というものが存在せず、他方において、**利害関係**のために**国家に及ぼされる** 圧力や、**法的に拘束力のある規範**が発達する必要性というものが無かった

ならば、そうした規範は決して発展することはなかったであろう。やがて、**慣習と慣例**だけでは、**不十分**であったり、必ずしも十分に**明確**ではないことがはっきりするようになって、**新しい規範**が、**将来の国際的な行為**のために締結されて**規範**を定めた**条約**を通してつくり出され、こうして、**協定規範** (conventional rules) が**慣習規範**と並んで次に発達したのであった。

国家として成立し、そのために**明示的**、または、**黙示的**承認を通して、**国家群**の中に受け入れられた**新国家**は、その受け入れの時点で存在する**一群の国際的な行為規範**に同意を示したことになり、したがって、**国家群**のあらゆる単一の**構成員**が、それに同意を示したということを、**国際法**のあらゆる**単一の規範**について**実証**することは必ずしも必要なことではない。一つ一つの**国家**は**国家群**へ受け入れられる際に、**国際法**のしかじかの**規範**には従うが、他の**規範**には従いたくないというようなことは言えないのであって、例えば、**ジュネーブ条約** (一八六三年の赤十字条約) の規則のように、さまざまな**規範**を内容とする**国際条約**を締結した**国**や、そ

ならば、そうした規範は決して発展することはなかったであろう。やがて、**慣習と慣例**だけでは、**不十分**であったり、必ずしも十分に**明確**ではないことがはっきりするようになって、**新しい規範**が、**将来の国際的な行為**のために締結されて**規範**を定めた**条約**を通してつくり出され、こうして、**協定規範** (conventional rules) が**慣習規範**と並んで次に発達したのであった。

の条約に後になって同意した国だけのために、特に約定したとしていた場合のような僅かな例外はあるが、国家群への受け入れは、すべての存在する規範に従う義務を含んでいるのである。

他方において、国家群の構成員である国家は、**国際法上**の或る承認された規範に、今後、最早、従わないということとを宣言することはできないのであって、この法の一群の規範は、国家の側の一方的な宣言によっては改めることはできず、共通の同意によってのみ変更することができ。

このことは、慣習規範に当てはまるだけではなく、将来の国際的行為の態様として、脱退を通告する権利を署名国が持たないような永続的な態様をつくり出すための条約を通して成立した条約規範にも妥当するのである。したがって例えば、一八五六年の**パリ宣言**(クリミア戦争の講和会議で採択された海上法ノ要義ヲ確定スル宣言のこと)の署名国が条約当事国であることを辞退する旨を宣言することは、**国際法違反**になるわけである。しかし、脱退を通告する権利を署名国に特に留保することを条約で規定しているような条約規範には、以上のことは当てはまらないと

いうことが強調されなければならない。

一三 **国際法の主体としての国家** 国際法が、個々の人間ではなく、個々の国家の、共通の同意の上に基礎付けられているからには、国家だけが専ら**国際法の主体**である。このことは、**国際法**が、諸国家の国際的な行為のための法であって、その市民の法ではないことを意味している。**国際法**から生ずる権利義務の主体は、専ら国家だけであって、例えば、国王や大使のような単一の間人は、決して**国際法**の直接の主体ではない。したがって、**国際法**に従って単一の個人に必然的に授与されるように見えるすべての権利は、実は国際的な権利ではなく、それは、**国際法**によって各々の国家に課せられる義務に応じて国内法によって授与される権利なのである。同様に、**国際法**に従って、個々の人間に必然的に課せられるように見えるすべての義務は、国際的な義務ではなく、それは、**国際法**によって個々の国家に授与される権利や課せられる義務に応じて、国内法によって課せられる義務なのである。したがって、大使の特権は、彼の信任状を受理する国の国内法によって、彼

に与えられるのであるが、そのような国家は、国際法に従って、こうした特権を授与する義務を負っているのである。更に例えば、戦時における中立国の公務員や国民が負う義務は、彼らの本国の国内法によって課せられるのであるが、これらの国家は、国際法に従って、かれらの公務員と国民に対して、各々の義務を課す国際法上の義務を負っているわけである。⁽¹⁾

(1) 国際法の主体は専ら国家であるということの重要性は、きわめて大であるので、私は、その点を本書を通して、再三、強調することが必要だと思っている。したがって、例えば、二八九、三四四、三八四を参照されたい。しかしながら、この所説は、今日においてさえも、まだ時折り否認されているということを、ここでも、言うておくべきであろう。例えば、カウフマン (Kaufmann) の『国際法の法的効力』(Die Rechtskraft des Internationalen Rechts. 一八九九年刊) の随所を参照されたい。

一四 国際法の基礎からの推論としての平等性 国際

法は主権的な共同社会としての諸国家の共通の同意に基礎を置くので、国家群の構成国は、国際法の主体としては、お互いに対等である。本来、国家は、その国力、領土の広

さ、組織等に関して、必ずしも対等ではないが、その他の点でも、どのような差異があるとしても、諸国家の共同社会の構成員としては、かれらは平等なのである。これは、かれらの国家主権の結果であり、国際法が、諸国家間の法であって、諸国家を越えた法ではないということの帰結である。⁽¹⁾

(1) 一一五―一一六を参照されたい。そこでは、国家の政治的不平等と対比して、その法的平等について検討しており、また、不完全な主権国家が完全な主権国家と対等ではないということについても触れるつもりである。

三 国際法の法源

ホール・五―一四頁、メイン・一―二五頁、ローレンス・六一―六六、フィリモア・第一卷一七―三三、トウイス・第一卷八二―一〇三、テイラー・三〇―三六、ウエストレイク・第一卷一四―一九頁、フィートン、一五、ハレック・第一卷五五―六四頁、ウルマン・七、ヘフター・三、ホルツェンドルフ・第一卷七九―一五八頁、リヴィエール・第一卷、二、ニユス・第一卷一四四―一六五頁、ボンフィス・四五―六三、プラディエール・フォデレ・第一卷二四―三五、マルテンス・第一卷四三、フィオレ・第一卷二二四―二三八、カルボー・第一卷二七―三八、ベルクボーム (Bergbohm) ・『国際法の

法源としての条約と法律』(Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. 一八七七年刊)、『イェリネック (Jellinek) 『条約の法的性格』(Die rechtliche Natur der Staatsverträge. 一八八〇年刊)

一五 原因と対比しての源泉 国際法の法源の種類や

数に関しては、国際法のさまざまな著者たちの間で意見が甚しく違っている。実際、「法源」(source of law)という用語が、国際法のさまざまな著者たちによって、さまざまな意味合いで使われているが、私には、多くの著者が、「源泉」(source)の概念と「原因」(cause)の概念とを混同し、その間違いのために、国際法の発達に影響する或る種の要素が、国際法規範の源泉として明白になるという見解に達しているように思える。だが、この間違いは、「源泉」という言葉の一般的な意味を辿ることによって避け得るのである。すなわち、源泉(source)は、泉や井戸を意味しており、地面から水の流れが湧出することとして、それは定義されなければならない。われわれが水の流れを見て、それが何処から来るのかを知りたい場合、われわれは、その上流を水の流れが地面から自然に湧いて出る地点にまで辿っ

て行くが、その地点にこそ、われわれが言う水の流れの源泉がある。われわれには、この源泉が、水の流れが存在することの原因ではないということが、十分にわかっている。この水の湧出について、どのような自然の原因があるにしても、源泉というものは、地面の或る一定の地点から自然に水が発生することだけを意味するのである。もし、われわれが、源泉の概念をこの意味で「法源」という用語に当てはめるのであれば、源泉と原因との混同は生じない筈である。われわれは、地表にあふれ出る水の流れを見るのと全く同様に、言わば、法域にあふれ出る規範の流れを見るのであって、これらの規範が何処から来るのか、もし、われわれが知りたいのであれば、これらの規範が始まるところまで、その流れを上流へと辿って行かなければならぬ。そして、そうした規範が生まれるのを見つける場所こそ、規範の源泉が存在するのである。勿論、法規範は、水とは違って、地面の或る地点から発生するのではなく、共同社会の歴史的発展の中の諸事実から生ずるのであって、例えば、この国(イギリス)では、毎年、実に多くの法規範が、議

会の法律から生じているのである。したがって、「法源」というのは、歴史的事実に対する名称であつて、その事実から、行為規範が生まれ、そして法的効力を生じさせるのである。

一六 国際法の二つの法源 国際法の基盤は、国家群の構成国の共通の同意であるので、存在する国際法上の多くの法源と同様に、このような共通の同意が成立することが、おそらく可能になる事実というものが存在しなければならぬし、また、存在し得るといふことだけは明白である。つまり、こうした事実としては、二つだけが存在している。個人の場合と同様に、国家は、その同意を、明示的な宣言によつて直接に、或るいは、同意しなかつた場合には行なわれることのない行為によつて黙示的に、与えることが可能であるので、したがつて、国際法の法源は、二つである——すなわち、(一)明示的同意で、それは、当事国の将来の国際的行為のための或る種の規範を約定する条約を国家で締結する場合に与えられる。(二)黙示的同意で、それは、或る種の国際的な行為規範に従うための慣習を、国家

が採択することを通して与えられる。だから、条約と慣習が、専ら国際法の法源なのである。

一七 慣習と慣例の比較 一般に法の場合に言えることではあるが、慣習は、特に国際法の古くからの本来的な法源であるが、慣習 (custom) と慣例 (usage) を混同してはならない。日常生活や日常用語の中で、この二つの言葉は同意語として使われるが、法学者の用語としては、それらは、二つのはっきりと異なる意味をもっているのである。法学者が、慣習について語るのは、或る種の行為が法的に必要であるか、または、法的に正しい、という確信の援護のもとに、そうした行為をすることの明白で継続的な習慣が生まれている場合である。他方で、法学者が慣例について語るのは、或る種の行為をする習慣が、その法的性格についての確信も無しに生まれている場合である。したがつて、或る一定の行為が、通常、慣習的になつていないこともあり得るので、「慣習」という言葉は、法律用語としては、「慣例」という言葉よりも狭義の概念である。だから、国際関係における国家の或る一定の行為が、常に慣

習国際法の結果ではあり得ないのである。

慣例は慣習となる傾向をもっているので、どういふ場合に慣例が慣習に変わるのかが問題になるが、これは事実の問題であつて、理論のそれではない。せいぜい、理論的に指摘できることは、次のようなことである。つまり、どのような場合であれ、国家の国際的な行為の中で、頻繁に採択される或る行為が、法的に必要であるか、或いは、法的に正しい、と見なされるやいなや、そのような行為から抽出される規範が、慣習国際法上の規範になるのである。

一八 国際法の法源としての条約 条約は国際法の第二の法源であり、しかも、近年、最も重要な法源となるに至っている。条約は、多くのさまざまな目的で締結されるので、そうした条約だけが、将来の国際的行為のための新規範を規定するか、或るいは、実在する慣習規範を確認したり、明確にしたり、廃止したりする国際法の法源なのである。このような条約は立法条約(Law-making treaty)と呼ばれるべきものであるが、国家群というの組織的な団体ではないので、議会が国内法令に基づいて立法を行なう

ような、その団体のために立法を行なう中樞的な権威が存在しないわけである。国際法が、慣習と対比しての、或る入念な法規として制定され得る唯一の方法は、国家群の構成国が、将来の行為のための或る規範を規定する条約を締結することであるが、勿論、そうした立法条約は、専ら締約国のための法をつくり出すのである。そして、国家群の全構成国が、その条約の当事国である場合においてのみ、そのような法は普遍的(universal)国際法である。多くの立法条約は僅かな国だけで締結されているため、そのような条約がつくり出す法は、特別(particular)国際法である。他方で、多くの立法条約が結ばれていて、その中には、一般(general)国際法が入っているが、それは、指導的な大國を含む大多数の国家が、その条約当事国だからである。一般国際法は、これまで、それに対して同意を示さなかつたような国々も、やがて明示的に同意を与えるか、慣習を通して默示的に各々の規範を承認するかのいずれかであるので、普遍的なものになる傾向をもっているわけであるが、⁽¹⁾しかし、強調されなければならないことは、慣習が国際法

の固有の法源であるのに対して、条約は、その効力が慣習から派生する法源だということである。と言うのも、条約が大体において国際的な行為規範を規定することができ、しかも、条約は締約国を拘束するという事実それ自体が、**国際法の慣習規範に基づいているからである。**⁽²⁾

(1) 世界的規模の重要性をもった立法条約については、五五六～五六八に列挙してある。

(2) 四九三を参照のこと。

一九 **国際法の発達に影響を及ぼす諸要素** このように、慣習と条約とが、**国際法の二つの独占的な法源である。** 国際法の著者たちが、しばしば、**慣習と条約以外の他の法源を列挙する場合には、彼らは、“源泉”と“原因”との用語を混同して、国際法の新しい規範の漸進的な発達に影響を及ぼす諸要素を、国際法の法源と呼んでいるのであるが、しかし、そこには、そうした規範が法的効力を取得する歴史的事実の存在が欠如しているのである。** この種の重要な要素としては、次のようなものがある。すなわち、**国際法の有名な著者の見解、捕獲物検審所 (prize courts)**

の判決、仲裁裁定、国の外交機関や他の国家機関を指導するため諸国家が出す訓令、外交政策に関する公文書、或る種の国内法、国内裁判所の判決、である。こうしたさまざまな要素のすべてが、徐々に慣習へと変化するような慣例をつくり出したり、将来の国際的な行為のための法規範を規定するような条約を、国際群の構成国に締結させることによつて、**国際法の発達に影響を及ぼし得るのである。**

国際法の発達に影響するもう一つの特種な要素は、いわゆる、礼讓 (Comity, Comitas Gentium, Convenance et Courtoisie Internationale, Statengunst) である。 国家相互の通交において、法的な拘束力がある規範や慣例としての性格をもつ規範の他にも、**礼儀正しさ (politeness)、便利さ (convenience)、誠意 (goodwill) という規範を、国家は順守するが、このような国際的な行為規範は、法規範ではなく、礼讓である。** 諸国家の礼讓は、**国際法とは著しく違うことは明白であるので、必ずしも国際法の法源ではないが、しかし、かつては専ら国際礼讓規範であったものの多くが、今日、国際法上の規範であることは疑い得ないのである。** そ

して、この発展は、将来においても続けられ、それによつて、現在の国際礼讓規範の多くが、やがて、**国際法上の規範**になることが確実に期待されるのである。

四 国際法と国内法の関係

ホルツェンドルフ・四九七五三頁、ニユス・第一卷一八五―一八九頁、テイラー・一〇三、ホーランド『**国際法研究**』一七六―二〇〇頁、カーフマン (Kaufmann) 『**国際法の法的動力**』 (Die Rechtskraft des internationalen Rechts. 一八九九年刊)、『**トリペル**』 (Triepel)、『**国際法と国内法**』 (Völkerrecht und Landesrecht) (一八九九年刊)

二〇 国際法と国内法の本質的な相違 国際法と単一

国家の国内法とは、お互いに本質的に相違している。それらは、まず第一に、その法源に関して異っている。国内法の法源は、各々の国家の国境の内部で発達した慣習と、立法的権威によつて制定された法令であるが、**国際法の法源**は、国家群の中で発達した慣習と、国家群の構成国によつて締結された立法条約である。

第二に、**国際法と国内法**とは、その規律する関係につい

て異っている。国内法は、各々の国家の支配下にある個人間の関係と、この国家と各々の個人との間の関係を規律するが、他方の**国際法**は、国家群の構成国間の関係を規律するものである。

第三に、**国際法と国内法**とは、その法の実体 (substance) に関して異っている。すなわち、国内法が、主権者に従属する個人に対する主権者の法であるのに対して、**国際法**は、超越するものの無い主権国家間の法であり、したがつて、それは軟弱な法である⁽¹⁾。

(1) 九を参照のこと。

二一 本来、国際法は国内法に成り得ない 国際法と

国内法とが、右に示したように相違するとすれば、**国際法**は、全体としてではなく、部分的においても、それ自体として国内法の一部には成り得ないのである。国内法が**国際法上の規範**を改めたり、つくり出したりする権限を欠いているのと同様に、後者も、国内法上の規範を改めたり、つくり出したりする権限を絶対的に欠いているのである。もし、**国際法**が個々の国家の国内法に従つて、全体的

に、或るいは部分的に、その土地の法と見なされる場合には、それは、国内慣習か、法令のいずれかによって、専ら、そう見なされ得るのであって、その場合には、その国際法の各々の規範は、採用 (adoption)⁽¹⁾ によって、同時に、その国の国内法上の規範になったのである。このような全面的、ないし、部分的な採用が行われないのであれば、いづつ如何なる場合であっても、国内裁判所は、国際法によって拘束されると見なすことはできない。何故ならば、それは国内裁判所に対する権限を本質的に享有しないからである。また、国内法上の規範が、たまたま、国際法上の規範と明確に抵触するという場合には、国内裁判所は、前者を適用しなければならぬ。他方で、もし、国際法上の規範が、国内法とは抵触しない事項ではあるが、国内法によって明示的、黙示的に採用されていない事項について規律している場合には、国内裁判所は、そうした国際法上の規範を適用することはできないのである。

(1) これはアメリカ合衆国によって行なわれている。海の精号事件・九、クランチ事件・三八八、アメリカ合衆

国・対・スミス事件・五、フィートン事件・一五三、スコティア事件・一四、ウォルレイス事件・一七〇、パケット・ハバナ事件・一七五、合衆国事件・六七七を参照のこと。なおまた、テイラー・一〇三を参照されたい。

二二 国内法の必要とされる規範と禁止される規範

もし、国内裁判所が、自国の採用しない国際法上の規範を適用できず、国際法と抵触するような国内法上の規範を適用しなければならぬとすれば、さまざまな国家は、その国際的な義務を履行するために、国内法の一部として、或る種の規範はもたなければならぬが、別の或る種の規範はもってはならないということが、明白になる。だが、ここでは、国家が所有しなければならぬ国内法上の規範と所有してはならない規範のすべてを列挙する必要は無く、その若干の例示を挙げれば十分であろう。そこで、一方において、あらゆる国の国内法は、例えば、外国の外交使節に必要な特権を授与したり、その領域内に居住する外国市民の生命や自由を保護したり、外国を侵略して領土を侵害するような行為に対しては懲罰でおびやかしたりするための規範を所有しなければならぬが、他方では、あらゆる国の国

内法は、例えば、公海の自由と抵触したり、その海帯を通過する外国商船の無害通航を禁止したり、外国人居住者の生命、自由、財産に対して、自国市民により領域内で行われた損害行為に関して裁判を拒絶したりするような規範を所有することは、**国際法**によって禁止されているのである。それにも拘わらず、**国際法**によって所有を禁じられているような国内法上の規範を、国家が所有する場合とか、或るいは、**国際法**に従って所有しなければならないような国内規範を、国家が所有しない場合には、その国家は国際的な法的義務に違反しているのである。しかし、そのような場合でも、その国の裁判所は、**国際法**上の必要条件に適合するように国内法を単独で変更することはできないのである。

二三 国際法と国内法の抵触に対する仮説　しかしながら、たとえ、**国際法**と抵触する場合でも、国内裁判所は国内法を適用しなければならぬけれども、その場合には、このような抵触の存在に対する一つの仮説があるのである。つまり、**国際法**は、さまざまな国家の共通の同意に基礎付けられているので、文明国で、**国際法**と抵触する規範

を故意に制定するということは、あり得ないのであって、したがって、国内法の一部が、表面上、**国際法**と抵触するように見える場合には、それは、もし可能であれば、このような抵触を本来的に含まないものとして常に解釈されなければならない、という仮説である。

二四 或る必要な国内法の存在についての仮説　**国際法**によって必要とされる或る規範に関して、文明国の法令が欠けている場合には、その国の裁判所は、そのような規範は、国内法によって暗黙裡に採用されているものと推定すべきである。国家群の構成国である国家が、自国の国内法に、このような規範が欠けていることを、意図的に望んだりほしくないということは勿論のことと考えられ得るので、もし、例えば、或る国の国内法が、外交使節にとって必要とされる特権を、法令によって認めていない場合には、その国の裁判所は、そのような特権が暗黙裡に認められるものと推定すべきである。

二五 国際法によって授与される権利と一致する或る国内的規範の存在についての仮説　国家は、**国際法**によっ

て享有するすべての権利を必ずしも利用する必要は無く、その結果として、あらゆる国家は、このような権利の全部、または、一部を国際法に基づいて明示的に放棄することができるということは、疑いないが、それは、このような権利に関係する義務が、もし、あるとして、あくまでも、その義務を履行する用意があるという条件付きである。しかしながら、そうした放棄が行われていない場合には、国内裁判所は、司法上の利益が要求する事件において、かれらの主権者は、このような権利の利用に黙示的に同意しているものと推定しなくてはならない。例えば、或る国の国内法の裁判管轄権が法令によって、その海帯にまで及んでいない場合には、その国の裁判所は、国際法に基づいて国家の裁判管轄権は、その海帯にまで及ぶことを理由に、主権者は広い範囲の裁判管轄権に黙示的に同意しているという推定をしなくてはならない。

これを例証する注目すべき事件が、この国(リスギ)で一八七六年に起こっている。ドローヴァー海峡の三マイル以内のイギリス海帯を通過中のドイツ船「フランコニア号」が、過

失によりイギリス船「ストラッククライド号」と衝突して沈没させたのである。それによって、後者の乗客たちが溺死したため、フランコニア号の船長のドイツ人ケインは、中央刑事裁判所(Central Criminal Court)へ起訴され、過失致死罪(manlaughter)を宣告された。しかしながら、中央刑事裁判所が裁判管轄権の問題を刑事留保事項裁判所(Court for Crown Cases Reserved)に委託したので、その裁判所は、土地法に従いイギリスの裁判所はイギリス海帯で行われた犯罪に対する裁判管轄権を有しないという判決を一裁判官の評決の差で行なったのである。そのため、ケインは罰せられなかったのであるが、この種の将来の事件に備えるため、イギリス議会は、一八七八年に「領海裁判管轄法」⁽²⁾(Territorial Waters Jurisdiction Act)を可決したのである。

(1) Law Report の二、財務裁判所判決集六三。なお、フリモア・第一巻一九八のB、メイン・三九〇四五頁を参照。更に本書一八九で、沿岸国は、その海帯を単純に通過する外国船舶に対して、裁判管轄権をもつか否かという議論について検討しているので参照されたい。

(2) ビクトリア女王時代法令集四一・四二合併号第三章

五 国際法の法域の法域

ローレンス・四四、フィリモア・第一巻二七〇三三、ト
 ウイス・第一巻六二、テイラー・六一の四、ウエストレ
 イク・第一巻四〇頁、ブルンチュリ・一〇一六、ヘフタ
 一、七、ホルツェンドルフ・一三〇一八頁、ニユス・第
 一卷一一六〇一三二頁、リヴィエール・第一巻一、ボン
 フィス・四〇〇四五、マルテンス・第一巻四一。

二六 国際法の法域論争 国際法の法域とは、国際法

が適用できる範囲——すなわち、国際法が国家間で有効性を認められる、そうした国家に対して与えられる名称である。国際法の影響力の範囲については議論的になっており、この法域に関して両極端な意見が対立している。何人かの国際法学者は、⁽¹⁾ 国際法の影響力は人間それ自身にまで及ぶので、キリスト教国であろうと非キリスト教国であろうと、また、文明国であろうと非文明国であろうと、あらゆる国家が国際法の主体であると主張している。他方で、数人の法律学者は、⁽²⁾ 国際法の影響力はキリスト教文明にまで及ぶにすぎず、したがって、キリスト教国のみが国際法の

主体であると教えている。だが、これらの見解が、現在の国際的な生活の実態や国際法の基盤と、到底、一致しているとは思えないのである。国際法がキリスト教文明の所産であることは疑いが無く、それは、もともとキリスト教国の間においてのみ発生し、何百年間というもの、キリスト教国のみに限られていた。キリスト教の民族とマホメット教の民族との間には、前世紀まで永続的な敵対状態が広まっていたし、更に、キリスト教国と仏教国との間には、恒常的な通交が存在してはいなかった。しかし、一九世紀の初めから、事態が徐々に変化して行ったのである。民族のあらゆる集団間の永続的な敵対状態は、理論的にも実際的にも、最早、存在してはおらず、しかも、キリスト教文明と他の文明との間には、依然として広くて深い隔りがあるけれども、多くの利害関係が、キリスト教国と一緒に結びつけるのと同様に、非キリスト教国とキリスト教国をも結合させているのである。

(1) 例えば、ブルンチュリ・八を参照。

(2) 例えば、マルテンス・四一を参照されたい。

二七 国家群の構成員の三つの条件

したがって、国家群の構成員は、最近になって当然に増加しており、国際法の影響力の範囲は、その当初の限界を越えてしまっているが、こうした拡大は、国際法の基盤と一致して起こっている。この基盤というのは、文明諸国の共通の同意であるので、国家群の世界へ新構成国が入会するについては、三つの条件がある。まず第一に、入会を認められる国は、国家群の構成国と絶えず恒常的な通交をしている文明国でなくてはならない。第二に、そのような国は、将来の国際的行為を国際法上の規範によって拘束されることに、明示的、または、黙示的に同意しなければならない。そして、第三に、これまで国家群を形成してきた諸国家は、その新構成国を受け入れることに明示的、ないし、黙示的に同意を与えなければならない。

この内の後の二つの条件は、きわめて明瞭であるので、注釈を加える必要は無いが、しかし、第一の条件に関しては、必ずしも特にキリスト教文明というのではないが、各々の国家とその国民に対して、**国際法上の諸原則を理解さ**

せ、その諸原則に従って行動することを可能にさせるという条件を備えた種類の文明だけに限られるということが強調されなければならない。これらの諸原則は、他の国に対して、みずから、その諸原則を適用できないような国に対しては適用され得ないのであるが、他方で、他の国と自国との間で恒常的な通交が盛んになっている場合に、その諸原則を他の国に適用できるだけでなく、適用することをいとわない国に対しては、それらは十分に適用され得るのである。実際に、キリスト教諸国は、**国際法の主体である**諸国家の共同社会の中に、いくつかの非キリスト教諸国を受け入れる状況を推進すべき義務を、最近、担っているのである。

二八 現在の国際法の法域

各時代の歴史的発展は、国家群へのさまざまな国家の相次ぐ入会によって特徴付けられるので、各時代は区分が可能であるが、国際法の現在の法域は、そうした時代毎の歴史的発展の所産である。

(一) ヨーロッパの古いキリスト教諸国は、国家群本来の構成国である。何故ならば、**国際法は、かれらの間で**

慣習と条約を通して徐々に発達したからである。国際法が、かつて、しばしば、「ヨーロッパ国際法」と呼ばれたのは、このためである。しかし、この名称は、単純な「国際法」という名称に変更されているので、今日では、それは歴史的な価値しかもってはいない。

(二) 国家群に入った次の国家集団は、ヨーロッパ外で発達したキリスト教国の一団である。ヨーロッパ諸国の植民地から生じたアメリカ諸国のすべてが、この集団に属しており、しかも、アメリカ合衆国は、国際法の発達に大いに貢献したということが強調されねばならない。また、西アフリカのリベリアとサン・ドミンゴ島のハイチの両キリスト教黒人共和国も、この集団に所属している。

(三) 国家群へのトルコ帝国の受け入れをもって、国際法は、専らキリスト教国の法であるということを終息させたのであるが、この受け入れは、一八五六年のパリ講和条約第七条に基づいて明示的に行なわれ、そこでは、当時のヨーロッパ五大国、すなわち、フランス、

オーストリア、イギリス、プロシア、ロシアと、その他に、後代の大国イタリアの核心となったサルジニアが、明示的に「トルコ政府 (le Sublime Porte) が、ヨーロッパ公法の利益とヨーロッパ協調に参加することを認められたことを宣言」しているのである。その時以来、トルコは、平時、および、戦時において、概して国際法上の規範に従って行動するように努力しており、また他方で、トルコはキリスト教諸国によって、それなりの待遇を受けているのである。したがって、一八五六年以来、トルコが代表団を派遣するように招聘されないような一般会議は行なわれていないのである。

(四) 国家群のもう一つの非キリスト教国は、日本である。何年か前まで、日本が、国家群の真正、かつ、十分な構成国であるか否かについて疑念が無いわけではなかったが、一九世紀末以来、その疑念は、最早、いささかも正当化されるものではない。驚くべき努力を通して、日本は、近代国家になっただけではなく、有

力な大国になったのであって、一八九五年の中国との戦争以来、日本は、国家群を指導する大国の一つと見なされなくてはならないのである。

(四) ペルシア、シャム、中国、朝鮮、アビシニア(エチオピアの別名)

などのような国々の地位は不明確である。これらの国は確かに文明国ではあるし、アビシニアに至っては、キリスト教国でさえある。しかしながら、かれらの文明は、あらゆる点で、その政府と住民に、**国際法上の規範の命令を理解させ実行させることを必然的に可能にするような状態に、まだ到達していないのである。**

他方で、これらの国々と、いわゆる、西欧文明諸国との間の国際的通信は、大幅に生じており、かれらとの多くの条約が結ばれているし、かれらと西欧諸国の十分な国交も存在している。かれらのすべてが、その住民を教育し、近代的制度を導入し、それによって、かれらの文明を西欧文明の水準にまで高めようと努力しているし、この点に関して、かれらは近い将来において必ずや成功することであろう。しかし、今までのと

ころでは、かれらは、この課業を達成してはおられないし、その結果として、かれらは、まだ、国家群の十分な構成国として受け入れられることはできないのである。(一〇三)で示すように、かれらは、或る面では、国家群の世界の中にいるわけであるが、別の面では、その外に留まっているのである。しかし、日本という模範は、かれらが国家群の十分な構成員として受け入れられるか否かが、全面的に、かれら自身の努力いかに懸っていることを教示できるのである。

(六) きわめて独特(ユニーク)な特徴をもつ国家である**コンゴ自由国**(Congo Free State)⁽¹⁾が、一八八四年のベルリン会議以降、国家群の一員であることを挙げておかねばならぬ。

(1) 一〇一を参照のこと。

二九 国家群外の国家の扱い 国家群の構成員の共通の同意に基礎を置き、諸国家間の法である**国際法**は、国家群の枠外にある国家との通信や処遇に関する何らかの規範を、必ずしも含むものではない。この通信と処遇とが、キ

リスト教道徳の原理によつて規律されなければならないということは、明白であるが、しかし、現実には、キリスト教道徳に反するだけではなく、専断的で野蛮でもある慣行が、しばしば、一般に行なわれている。いずれにしても、国家群の構成国が、その群外に留まっている国家を処遇するのは、**国際法ではなく、自由裁量によるものである。**

六 国際法の法典化

ホルツェンドルフ・一三六―一五二頁、ウルマン・九、デスパグネ・六七―六八、ニユス・第一卷一六六―一八三頁、リヴィエール・第一卷二、フィオレ・一二四―一二七、マルテンス・第一卷四四、ホーランド、『国際法の研究』七八―九五頁、ベルクホーム (Berghahn) 『国際法の法源としての条約と法律』(Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. 一八七七年刊) 四四―七七頁、ブルメリンク (Bulmering) 『国際法の実際と理論と法典化』(Praxis, Theorie, und Codification des Völkerrechts. 一八七四年刊)、ロスツコウスキー (Roszkowski) 『国際法比較法雑誌』二二卷(一八八九年) 五二〇頁。

三〇 法典化のための動き 緩慢で漸進的な発達のた

めに**国際法**の大部分の規範にとつては当然である**正確性**の欠如というものが、**国際法の法典化の動き**を産み出してい

る。**国際法の法典化**の全体的な考え方は、一八世紀の末に生まれれており、最初に、このような**法典化**を提議したのは、ベンサムであった。しかしながら、彼は、成文の**実定国際法の法典化**を提案したのではなく、文明諸国間の永久平和の基礎になり得る**理想的な国際法**のことを考えていたのである。⁽¹⁾

もう一つの**理想的な計画**は、フランスの国民公会によるもので、その国民公会は、一七八九年の人権宣言の付録として諸国民の**権利宣言**を出すことを一七九二年に決議している。そこで、このために、グレゴアール神父 (Abbe Gregoire) が、そのような**宣言の起草**を引き受け、一七九五年に、二一カ条から成る草案をつくつたのであるが、しかし、それは国民公会で**否決**され、結局、その問題は中止になつてしまつた。⁽²⁾

法典化の可能性を示す本当の試みが行なわれたのは、やつと一八六一年になつてからであつて、これはオーストリアの法律学者アルフォンス・フォン・ドミニーペトルシエヴェクツ (Alfons von Domin-Petruchévecz) によつて行なわ

れたわけであるが、彼は、その年にライプチヒで『国際法
法典概要』(Précis d'un Code de Droit International)を出版
したのである。

一八六二年には、ロシア人の教授カッシェノウスキー
(Katschenowsky)が、**国際法の法典化の必要性**を論じた評
論を、ロンドン法律協会(Juridical Society of London)に寄
稿した(文書、第二巻、一八六三年刊)。

一八六三年には、ニューヨークのコロンビア大学教授フ
ランシス・リーバー(Francis Lieber)は、アメリカ合衆国が
軍隊用の手引きとして南北戦争の間に出版した一群の規範
から、『戦争法』(Laws of War)を抜粋した⁽³⁾。

一八六八年には、スイスの有名な**国際法解説者ブルンチ
ユリ**(Bluntschli)が『文明諸国の近代国際法』(Das moderne
Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt)
を出版したが、この法典草稿は、フランス語、ギリシア
語、スペイン語、ロシア語に翻訳され、中国政府は中国の
役人用の指針として公式の中国語訳を作成した。

一八七二年には、イタリアの大政治家で法律家のマンチ

ニ(Mancini)が、彼の優秀な評論『国際法の改革と法典化
のための現代の趨勢』(Vocazione del nostro secolo per la
riforma e codificazione del diritto delle genti)の中で、
国際法の法典化のための彼の反対意見を提起した。

同じく一八七二年に、デイヴィッド・ダッドレイ・フィー
ルド(David Dudley Field)の『国際法典草案要綱』(Draft
Outlines of an International Code)がニューヨークで出版さ
れた。

一八七三年には、**国際法学会**(Institute of International
Law)がオランダ(ベルギー)のゲント(Ghent)に設立された
が、このあらゆる国の法律家の学会は、定期的に会合をも
ち、**国際法のあらゆる分野について多数の草案**、とりわ
け『陸戦法規草案法典』(Draft Code of the Law of War
on Land. 一八八〇年刊)を作成した。

また、同じ一八七三年に、**国際法改革法典編纂協会**
(Association for the Reform and Codification of the Law of
Nations)が設立され、定期的に会合しているが、それは今
は**国際法協会**(The International Law Association)という名

称になつてゐる。

一八七四年には、ロシア皇帝アレクサンドル二世が、陸戦に関する**国際法の法典草案**を討議するため、ブリュッセルにおける国際會議を率先して召集したが、この會議で、法律家、外交官、軍人たちは、招聘を受けた国の代表として團結し、そして、ブリュッセル宣言(Declaration of Brussels)という名称で知られる六十カ条に同意した。しかし、諸大国が、それらの条項を批准はしなかつた。

一八八〇年に、前記、**国際法学会**(Institute of International Law)は、『陸戦法規概論』(Manuel de Lois de la Guerre sur Terre)を出版した。

一八九〇年には、イタリアの法律学者フィオーレ(Fiore)が『国際法の法典化と司法上の認可について』(Il diritto internazionale codificato e sua sanzione giuridica)を上梓し、その二版は一八九八年に出版された。

(1) ボウリング(Bowring)編の『ベンサム全集』(Bentham's Works)八卷五三七頁、ニュースの『Law Quarterly Review』一一号(一八八五年刊)における論文を参照のこと。

(2) リヴィエールの第一卷四〇頁を参照のこと。そこに、この二一カ条の全文が出てゐるが、それらは本當の法典と言うよりも、むしろ或る種の原則だけを内容とするものであつた。

(3) 本書、第二卷六八を参照のこと。

三一 **ハーグ平和會議の業績** 一九世紀の終りに、いわゆる、ハーグ平和會議がロシア皇帝ニコライ二世の個人的發案で召集され、**国際法の若干の部分**が十分に法典化され得る可能性を實現することになつた。海戦にジュネーブ條約を應用するための條約についての宣言や、あまり重要でない宣言などの三つの宣言の他に、この會議は、十分に法典の名に値いし得る二つの重要な條約、すなわち、第一に『**國際紛争平和的處理條約**』(Convention for the Pacific Settlement of International Disputes)、第二に『**陸戦ノ法規慣例ニ關スル條約**』(Convention with respect to the Laws and Customs of War on Land)を作成することに成功したのであるが、第一に挙げた條約が實際にきわめて重要なものであるか否かは、やはり、今後において立証されなければならぬことであろうが、他方の第二の條約がもつ實際上の大き

な価値は、現在でも否定され得ないのである。後者には、多くの欠陥があり、それは国際慣習法によって補充されなければならぬし、決して法典編纂の傑作とは言えないけれども、それは、もし、諸大国が、真剣に意思疎通をする気になるのであれば、**国際法の部分的な法典化が実施可能であることを教示する一つの模範**であり、**実体そのものであることを表現しているのである**。したがって、ハーグ平和会議は、**国際法の歴史の中に新紀元を画したのである**。

三二 **アメリカ海軍軍律**　ハーグ平和会議から間もなく、アメリカ合衆国は、陸戦に関して一八六三年に行なつたと同様の処置を海戦に関しても遂行した。すなわち、一九〇〇年六月二七日、アメリカは海軍が使用する『海戦の法規と慣例』(*The Law and Usages of War at Sea*)という表題の一群の規範——いわゆる、『合衆国海戦規則』(*United States Naval War Code*)を出版したが、この規則集は、合衆国海軍の艦長チャールズ・H・ストックトンによって起草されたもので、五五カ条から成り、それらは次の表題の九節に分けられている——“敵対行為” “交戦国” “交戦

国、および、中立国の船舶” “病院船—難破者、病人、負傷者” “搜索権の行使” “戦時禁制品” “封鎖” “拿捕船の送還” “休戦、停戦、降伏文書、戦争法規違反”。私は、このアメリカの規則集が、陸戦に関するハーグ規則同様に、海戦法典への動向が諸大国によって一般に認められる出発点になるものと信じて疑わない。

三三 **国際法の法典化の価値**　**国際法の法典化への趨勢にも拘わらず、このような法典化に反対する多くのすぐれた法律家たちが存在している**。かれらは、法典化は、言語や専門的な法律用語の違いによって不可能であると説き、それは、**国際法の系統的な成長と将来の発展とを妨害すると主張している**。かれらは、不可欠の条件として、判決を執行する権限をもった常設の国際裁判所の存在を仮想し、そのような裁判所が無ければ、法典上の論争の的になる部分の統一的な解釈が不可能になると推考しているのであるが、結局のところ、かれらは、現段階では法典化の機は熟していないが、間もなく、その時期は到来するであろうと言っているのである。他方で、法典化に賛同している法律

学者たちは、慣習国際法は広範囲にわたって正確性と確實性を欠いており、しかも、国際法の著者たちが、慣習国際法に関して多くの点で意見を異にしているので、結果として、国家が堅持すべき慣行にとって明白で確実な基盤が存在していないのである、と説くわけである。

三四 法典化の一般的な利点 私自身が、法典化の一般論に対して、決して盲目的で熱狂的な賛美者でないことは、はっきりしている。法典化が、あらゆる場所で、いつでも、しかも、どのような状況下においても好都合であるとは、決して主張できるものではないし、法典化は、慣例から慣習に至る、いわゆる、法の有機的な発達を、確かに阻害するのである。法が、一たび法典化されると、法の影響下にある個々の事件の特質がもつ理非に、そう簡単には法を順応させることができないことは事実であり、更には、法典化と共に、小事にこだわる性癖とか、法の本質や原則よりも法の文字や言葉に、むやみに執着する法の解釈というものが、頻繁と裁判所や法律上の文献の中に入り込むことは、否定できないことである。しかも、法典化が論

争を全く無くしてしまうということは決して事実ではなく、確かに、法典化は、これまで論争の余地があった多くの法の問題点を解決してはくれるが、しかし、同時に、それは新しい論争をも産み出すのである。そして、結局、すべての法律学者は、立法の技術が依然として揺籃期にあり、決して高度に発達した段階にはないことを、十分よく知っているのである。立法家の技量は、たいていの場合、不器用なものであり、立法が、しばしば、美德であるよりも、むしろ、有害であったりするのである。しかし、他方で、歴史というものが法典化にとって好意的な判断を下しているという事実は認められなければならない。国内法が、かなりの範囲にわたって法典化されていたり、逆に法典化の範囲が非常に狭かったりするような文明諸国は存在しておらず、慣行から法への発達は、非常に緩慢、かつ、漸進的にしか進行せず、たいていの場合、あまりにも緩慢すぎて、利益が危険に頻しているときの要求をも満足させることができない程である。新しい利益や新しい発明というものは、慣習法が扱うことのできないものを、しばしば、

出現させるし、環境や状況の変化は、頻繁に突如として起こるために、司法上の目的が、国家の実存する慣習法によつては満たされないのである。したがって、当然、常に部分的な法典化である立法というものは、あらゆる躊躇や遠慮が消滅してしまわなければならない局面で必要になるのである。法典化の不利益がどのようなものであれ、あらゆる文明諸国の発展過程において、最早、法典化が避けられない時期がやってくるのであり、しかも、法典化の利益は、とりわけ、その法典化が、法の大部分を内包する場合に大きいわけである。つまり、多くの論争が処理され、

法律学は新鮮な刺激を受け、これ迄以上に不変の精神が国の法律の要素となり、生活の新しい状況と環境とが法的に認められるようになり、屈辱的な原則や部門は、一挙に切り落とされて、大量の新鮮で健康な血液が、法というからだ全体の動脈に注入される。もし、法典化が綿密に計画され、準備されるならば、また、真正正銘の健全な保守主義が、その法典化に浸透しているのであれば、多くの不利益は排除され得るのである。そして、すぐれた裁判官によ

る解釈が、法典化のつくり出す多くの欠点を処理することができ、もし、万一の場合には、議会や他の立法的な国の権威が常に存在していて、前の法典化の欠陥を新しい立法を通して修正することができるのである。

三五 国際法の法典化の利点　しかし、以上のような法典化のための一般論が、国際法の法典化にも妥当するものであろうか。この点、多少は妥当するであろうことは疑いが無いと思う。もし、仮に、以上の論法の幾つかが、国際法の存在する特殊な環境や国家群の特性という観点で説得力をもたない場合には、それに代わる別の論法が存在するのである。

私は、反対論者が、法典化は言葉や専門的な法律用語の違いのために実行不可能であろうと主張する場合には、そのような議論は、法典化に関しても、国際条約を締結することに関しても、同じように言えることであつて、ただそれだけのことにすぎないのだと応答したい。日々、締結される条約は、言葉や専門的な法律用語の違いから生ずる困難が、決して克服できないものではないことを教えている

のである。

このことは、反対論者の次の論法、すなわち、国際法の法典化は、その有機的な生長と将来の発展とを停止させるという議論についても、同じように考察されるのである。

法典化が、常に慣習法の発達を阻害するという点は否定できないけれども、法典化が、そうした発達を停止させるといふ主張は正当化されるものではない。この法典化の不利な点は、法典の定期的な改訂によって、更には、将来の不足と必要とに応じた法令の追加や規範の改正を通して、法典を徐々にふやしたり改善することによって、処理され得るのである。

法典化の必要不可欠の条件として、反対論者が、判決を執行する権限をもった国際裁判所を要求する場合には、私は、そうした裁判所の不在を説くことは、法典化に反対するといふよりも、むしろ、国際法の存在を否定すると全く同じ議論であると答えたい。国際法の実現を保障する国際裁判所が不在であるにも拘わらず、国際法が実在している場合に、何故、そうした裁判所の不在が、国際法そのもの

を法典化するときの障害になるのか、その理由が私には理解できない。むしろ、そのような国際裁判所が存在しないのであれば、なお更、法典化は必要であると主張し得るのである。と言うのも、国際法の法典化と、普遍的な国際立法条約による法典の厳粛な承認とは、国際法上の規範に対して、それらが不文律の状態でもっている以上の正確性、確実性、重要性を与えることになるからである。それに、ハーグ平和会議で常設の仲裁裁判所が設立されたために、法典の統一的な解釈は、今は以前よりも、ずっと実行可能になっているのである。もつとも、その仲裁裁判所は判決を執行する権限を現在もたないし、また、将来も決してつことはないと思われる。

しかし、国際法の法典化の機は熟しているのであろうか。

法典化には非常な困難が生ずるために、むしろ、今のところ、手付かずのままに置かれている国際法の分野があることは、私も容易に認めるわけであるが、しかし、そうでない分野もあって、しかも、その分野が国際法の大部分を

構成しており、私は、そうした分野では確実に法典化の機が熟していると思うのである。国際法全体の法典化に対して、どのようなことが言われ得るとしても、部分的な法典化は可能であり、比較的に簡単であることには疑いが無いのである。国際法学会 (Institute of International Law) によって行われた業績である『国際法学会年報』(Annuaire de l'Institut de Droit International) は、こうした部分的な法典化に対して、余すところのない確証を提供し、そのための踏み石を与えてくれているのである。

三六 法典化はどのようにして実現され得るか この国際法学会の業績を踏まえて、国際法の部分的法典化は実行可能と見なされなければならない。それにも拘わらず、法典化は、すぐには、ほとんど実現され得ないのである。その困難は、克服できないものではないが、きわめて大きなものであるために、法典化の機が熟していると考えられる国際法の各々の分野についての法典草案を準備することが、おそらく、或る世代の有能な法律学者たちの仕事になってくるのである。このような法典草案が準備され得る

唯一の実行可能な方法は、草案の準備を仕事とする有能な法律学者たちの十分な人数から成る国際的な委員会を、諸大国が設置することであり、必ずや、全文明世界の世論は、こうした人たちの仕事を非常に切望して見守るであろうし、また、文明諸国の議会は、その仕事の経費として必要な比較的少額のお金について、喜んで賛成投票することであろう。もし、影響力のある高邁な君主が、この問題に個人的関心を寄せるのであれば、さまざまな国の政府も、その法典草案を準備する国際的な委員会を設置するための方針や手段を討議する目的の国際会議へ代表を派遣することを、ほとんど拒みはしないであろう。