

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その十四〔最終回〕）

広井大三

（訳者はしがき）

本稿は、本誌・前号に掲載した部分の続きであり、ケルゼンの原書・全五章の内の最後の第五章のすべての部分である。したがって、本稿をもって、この翻訳は完了する。

第八節 主権

第九節 二つの一元的解釈の哲学的、法理学的な意義

（本号目次）

第五章 国際法と国内法

第五章 国際法と国内法

A 国際法と国内法の差異

A 国際法と国際法の差異

B 国際法と国内法の関係（一元論と多元論）

第一節 一元的理論と多元的理論

第二節 国内法と国際法の主体的問題

第三節 国内法と国際法の“根源”

第四節 国内法と国際法の効力の根拠

第五節 国内法と国際法の抵触

第六節 法理論の前提条件としての国内法と国際法の統一性

の統一性

第七節 国内法の優越、または国際法の優越

本書の最初のところで見たように、国際法は、国内法と同じ意味で法である。と言うのも、それは、強制的規則であり、違法行為に対する反作用として執行される社会的に組織された制裁を規定する一組の規範だからである。しかし、国際法は、多くの点で国内法とは異なっている。国際法によって確立されている主要な制裁が復讐と戦争であるのに対して、国

内法の制裁は処罰と強制執行 (civil execution) である。処罰と強制執行との間に存在する相違は、刑法と民法との国内法の区分を構成するものであるが、しかし、復仇と戦争との相違は、刑法と民法に類似する二つの分野への国際法の分類を正当化するものではないのである。国際法は—少なくとも、その規範の大部分に関する限り—国内法のきわめて特徴的な二元的な構造を示してはいないが、しかしながら、処罰と強制執行とは、国際法の中で完全に失われてはいないのである。例外的に、処罰と強制執行とを規定する特別国際法と同様に一般国際法上の規範も存在する⁽¹⁾ので、したがって二つの法秩序の間の相違は、それらが規定する制裁に関しては、相対的なものにすぎず、絶対的なものではないのである。

この相違と密接に関連しているのは、国内法においては、単独責任 (individual responsibility) が一般的に行われるのに対して、国際法においては、共同責任 (collective responsibility) が普及していることであり、同様に、国内法上の特別な制裁—処罰と強制執行—によって構成される単独責任が、概して過失に基づく責任であるのに対して、国際法上の特別な制裁—復仇と戦争—によって構成される共同責

任が、責任のある個人に関する限り、絶対責任だということである。しかし、過失に基づく単独責任は国際法から除外されていないし、共同の絶対責任も国内法から排除されていないのであって、この点に関して、国際法と国内法の差異は相対的なものにすぎないのである。

国家の法としての国内法が、或る一定の領域と或る一定の期間においてのみ有効であるのに対して、国際法の効力範囲が、原則として無制限であるということから、顕著な相違が生ずるのであるが、しかし、国内法が、個々の人間にとって有効であるのに対して、国際法は、法人格としての国家に対してのみ有効であるという伝統的見解は、間違いであることが証明されている。二つの法秩序によって設定される義務と権利の主体に関して、国際法と国内法の間には相違は無く、主体は、双方の場合において個々の人間なのである。しかし、国内法秩序が、みずからの行動により、義務を履行し、権利を遂行しなければならぬ個人を、直接に決定するのに対して、国際法秩序は、行動が国際的な義務と権利の中身を形成する個人の決定を国内法秩序に任せているのである。国家が国際法のもとで享有する義務と権利は、個人が、国の機関と

しての資格で享有する義務と権利であって、しかも、こうした個人は、その国の法としての国内法によって決定されるのである。しかし、例外的に、法人格としての国家に対してではなく、直接に個人に対して、義務を課したり、権利を付与する国際法上の規範が存在するのと同様に、法人格に対して、言うことは、個人に対しては間接的にのみ、義務を課し、権利を付与する国内法上の規範が存在するのであって、ここにおいても、この二つの法秩序は、程度においてのみ異なるのであって、その本質においては、異ならないのである。

国際法と国内法との間の最も重要な相違は、前者が比較的に分権化された強制秩序であり、後者は比較的に集権化された強制秩序であるということの中にあるのであって、この相違は、この二つの法秩序の規範が創設され、適用される方法の中に現われている。国際法の主要な“法源”である慣行と条約とは、分権化された方法であり、国内法の主要な法源である法律は、法を創設する集権的な方法である。裁判所に対して、法を適用する権能を与え、特別な機関に、制裁を実施するにあたり、力を行使する排他的な権限を与える国内法とは対照的に、一般国際法のもとでは、法を適用するための特

別の機関は存在せず、とりわけ、制裁を実行するための中核的な機関は存在しないのである。こうした機能は、国際法の主体である国家に委ねられているのであるが、しかし、特別国際法のもとでは、法の適用と同様、法の創設は、集権化され得るし、—また、実際に—集権化されており、しかも、この集権化の行程は、国際裁判所と国際執行機関を設立する国際機構の確立により着実に増加しているのである。

(1) 第二章C・3・cを参照のこと。

B 国際法と国内法の関係（一元論と多元論）

第一節 一元的理論と多元的理論

国際法についての前述の分析は、その規範のほとんどが不完全な規範であり、国内法の規範による完成が必要であることを示している。⁽²⁾ だから、国際法秩序は、あらゆる国内法秩序をも包含する普遍的法秩序の部分としてのみ意味があるのである。更に、その分析は、国内法秩序の属地的、属人的、時間的な効力範囲は、国際法秩序が決定し、それによって多

数の国家の共存を可能にするという結論にも至って⁽³⁾おり、結局、われわれは、国際法秩序が、国内法秩序の実質的効力範囲を、みずからの問題についての或る一定の規律に従わせることにより、規制しているのであって、そうでなければ、それらの問題は、当該国家によって専断的に規制されてしまうことがわかつたのである。⁽⁴⁾

国際法の見地からすれば、国際法と国内法との関係、および、ここにおける普遍的法秩序との関係は、前述の分析で理解されるのであるが、しかしながら、国際法の大方の理論家たちは、それが如何に奇妙に思われようと、この一元論的見解に仲間入りをしないのである。国際法と国内法との間の関係についての彼らの組み立ての中で、彼らは、彼らの出発点としての国際法から前へ進まないのである。国際法と国内法とは、彼らの見解の中では、全く異なる問題を規律し、全く異なる法源をもった二つの別々の相互に独立した法秩序なのである。

この二元論 (dualism)、ないし、一多数の国内法秩序の存在を斟酌して—この多元論 (pluralism) は、既に触れたように、国際法の内容を否認している。何となれば、国際法

自身が、その規範と、さまざまな国内法秩序の規範との間の関係を設定しているからである。多元的理論は、もし、国際法が有効な法秩序であると看做されるのであれば、それは、実定法と矛盾するのであるが、しかし、いまだ、この理論の代表者は、国際法を実定法として受け入れているのである。

しかし、多元論的見解は、論理的立場においても擁護され得ないものであり、国際法と国内法とは、もし、両者の体系上の規範が、同じ空間と同じ時間において有効であると看做されるのであれば、異なる相互に独立した規範体系であり得ず、同時に有効な規範が、異なる相互に独立した体系に属すると想定することは、論理的に不可能である。

多元論者は、国際法の規範と国内法の規範とが同時的に有効であることを否定してはいないが、反対に、両法秩序が同時的に有効であると想定する場合に、彼らは、一方は、他方から独立して有効であると主張しており、それは、有効な二つの規範体系の間には関係は無いのだということを意味しているのである。しかしながら、これは、後述するように、矛盾を内包している。

- (2) 第二章D・第二節を参照。
- (3) 第三章の緒論の部分参照。
- (4) 第三章Cを参照。

第二節 国内法と国際法の主体的問題

国際法と国内法の相互独立性は、二つの体系が別々の主体的問題を規律しているという申し立てによって、しばしば強固なものになっている。言われているように、国内法は、個人の行動を規律し、国際法は、国家の行動を規律するが、既に見てきたように、国家の行動は、国家を代表する個人の行動に還元され得るのであって、したがって、双方が規律する行動の主体の種類の間には相違があり得ないのである。

多元論的解釈もまた、国内法が、国家内部に地位をもつ関係を規律するのに対して、国際法は、一国の範囲を超越する関係を規律するという主張によって支持されているし、また、これも言われているように、国内法が、国家の、いわゆる、“国内問題”である“対内的”(internal)関係に係わっているのに対し、国際法は、“対外的”(external)関係と係わっているのに対して、そこでは、国家は、他の主体に対し内部

構造と外的関係をもつ立体的な空間充足体として具象化されているのであるが、われわれは、メタファー隠喩の背後に思想を見出し、メタファー隠喩を用いることなく、その思想を明確に表現しようとする場合には、その思想が間違いであるという結論に達するのである。

と言うのも、法規則の二つの異なった主体的問題として、“外交問題”から、いわゆる“国内問題”を区別することは不可能だからである。国家の、いわゆる、あらゆる国内問題は、国際的協定の主体的問題にされ得るし、更には外交問題にも変換され得るのであって、例えば、雇用者と被雇用者の関係は、確かに国家内部の“対内的”関係であり、その法規則は典型的な“国内”問題であるが、しかし、国家が、この関係の規則に関して他国と条約を締結するや否や、それは外交問題になるのである。もし、われわれが、空間的な隠喩(spatial metaphor)を捨て去るとするならば、その場合には、われわれは、国内法と国際法の主体的問題の間で試みられる区別が単なる同語反復(tautology)であると思われるのである。国家の、いわゆる“国内問題”は、定義によれば、国内法により規律されるものであり、“外交問題”は、定義

によれば、国際法により規律されるものであるが、国内法が国内問題を規律し、国際法が外交問題を規律するという主張は、国内法は、国内法によって規律されるものを規律し、国際法は国際法によって規律されるものを規律するという自明の理 (truism) を要約するものである。

にも拘わらず、国際法は、国内法が、いわば、一国の法であるのに対して、“国家間の (interstate)” 法であるという説明の中には、或る一定の真理が残っているのであるが、しかし、指摘されるように、⁽⁵⁾この区別は主体的問題には関係しておらず、それは、国際法と国内法の創設に関係しているのである。国内法が、一国だけの行為によって (或るいは、国家の行為ではない行為によって) 創設されるのに対して、国際法は、通常、二国、ないし、複数の国の協力によって創設されるのであって、これは、慣習国際法は勿論、条約国際法についても依然として当てはまるのである。

確かに国際法に特有の或る種の問題があり、その問題は、二、ないし、数か国の協力によって創設される規範によってのみ規律され得るのである。こうした問題は—指摘されるように—国内法秩序の効力の範囲の決定であり、国際法自身を

創設する手続きであるが、しかし、国内法によってのみ規律され得て、国際法によっては規律され得ない主体的問題は存在しないのである。国内法によって規律されるか、或るいは規律され得るあらゆる問題は、国際法による規律に対しても受容的であり、したがって、国際法と国内法の間⁽⁶⁾の主体的問題の差異によって、多元論的見解を実証することは不可能なのである。

(5) 第二章 D・第五節を参照のこと。

(6) 第二章 D・第六節を参照のこと。

第三節 国内法と国際法の “根源”

多元的理論を支持するために、異なる根源から生ずる異なる規範体系が論議されているが、法の “根源” (source) という文言は、これまで見てきたように、⁽⁷⁾少なくとも二つの異なる言外の意味をもつもう一つの隠喩的な表現であって、法の “根源” は、一方では、規範が創設される手続きであり、

他方では、規範が有効である根拠なのである。そこで、そもそも、その文言が、前者の意味で理解されるところの場合、議

論は、どのように展開することになるのかを見てみよう。

法の二つの「根源」をめぐる区別は、慣習と（一切の法令、すなわち、意識的、意図的な法の創設という広い意味での）法律との間の区別に関係しており、⁽⁸⁾慣習を、法の根源と考える場合には、個人は、彼らが習慣的に行動するように行動すべきだという原則を前提としており、（広義における）法律を法の根源と看做す場合には、個人は、彼らの行為により法を創設する権限をもつ特別な機関として行動すべきか、或るいは、個人みずからが行動することに同意するように行動すべきだと想定しており、通常の狭い意味での法律は、法の制定法上の創設の特別な場合、すなわち、特別の機関により一般的規範の創設にすぎないのである。しかし、個々の規範もまた、一慣習法に対比しての一制定法上の法の性格、例えば、裁判上の判決とか、契約や条約により創設される規範のような性格をもち得るのである。

指摘されるように、慣習法と成文法という二つの規範創設の方法は、国際法でも国内法でも生じており、一般国際法が、確かに、近代国家における法創設の二つの非常に重要な方式である司法部による法律や立法を認めてはいないが、しかし、

裁判所と立法機関とは、条約によって創設され得るのであり、条約自身が成文法を創設する方法でもある。国際裁判所の判決は、国際法の規範であり、更にまた、機構の加盟国を拘束し、したがって、国内法の法律に類似している国際連合の総会や安全保障理事会の或る種の決定も、そうである。条約当事国を拘束する過半数の決議を可決する権能をもった団体組織的 (collegiate) 国際機関の条約による創設を妨げるものは何もないのである。もし、条約によって遂行される中央集権が極端に走る場合でも、こうした決定は、依然として（同時に国内法の性格をもつことの無い）国際法の規範になるのである。

国際法においては、制定法や司法上の立法は、条約に基づいてのみ可能であり、しかも、条約の拘束力は、慣習国際法の法則に基づいているので、国際法の（立法方式という意味での）第一義的な根源は、慣習と条約であり、それに対して、国内法の第一義的な根源は、慣習と法律なのである。更に、国際法を創設する慣習と条約は、二か国、ないし、数か国の協同を含んでいるのに対して、国内法を創設する慣習と法律は、一国のみの主体、または、機関の機能なのである。した

がって、立法の方式は、この点で、国内法と国際法では違っているのである。しかし、これは、原則の違いではないのである。国内法の根源としての慣習と法律の間の差異は、国際法の条約と国内法の契約との間の差異以上に大きなものである。そして、たとえ、国内法が、国際法が創設される方法とは全く異なった方法で創設されたとしても、こうした根源における差異というものは、違った方法で創設される規範が、異なった相互に独立した体系に属していることを意味することにはならないのである。

(7) 第四章A・第一節を参照のこと。

(8) 第四章A・第三節を参照のこと。

第四節 国内法と国際法の効力の根拠

a. 国際法秩序によって決定される国内法秩序の効力の根拠

法の“根源”という表現は、既に見たように、何故、規範に効力があるのかということの理由を、ただ単に意味するものと、時々、理解されているのであるが、もし、これが、そ

の用語の意味だとすれば、国際法と国内法とは、それらは、別々の“根源”をもっているという理由により別々の体系であるという議論は、国内法の効力の究極の根拠は、国際法の根拠とは違っているという説明に実質的に相当するのである。

この点で、国内法と国際法の間の関係についての問題は、とりわけ、ドイツの文献では、既に公式化されているのであるが、しかし、常に提示される解答—国内法の効力は、一国の“意思”に、その根拠をもつものに対して、国際法の効力は、数か国の“合同意思 (combined wills)”に基づいているというものは、擬人化的隠喩にすぎないので、隠喩が無意味な同語反復を隠しているという批判的分析も現われているのである。

国内法の効力の根源が、国際法のそれと異なるのか、異なるらないのか、また、その結果として、国内法と国際法とは、異なった相互に独立した法秩序であるのか、或るいは、多元論と一元論に決着を加えるために、普遍的な規範的体系を形成するのかがどうか、という問に答えるためには、われわれは、どのようなものが、或る一定の法秩序に属する規範を作り、複数の規範が、一、ないし、それと同じ規範的体系を形成す

る基準は何なのか、という一般的問題について考えてみなくてはならない。⁽⁹⁾

もし、すべてが、同一の基礎的規範から、その効力を派生させているとすれば、複数の規範が、同じ法秩序に属しており、何故、規範が有効なのかという問題は、われわれが問題にしていけない究極の規範の効力にまで、必然的に通ずるのであり、もし、複数の規範のすべてが、同一の基礎的規範から、その効力を引き出すのであれば、その場合には—定義によって—それらのすべてが、同一の体系の部分を形成するわけである。したがって、何故、規範が、アメリカ法の規範なのか、それとも、国際法の規範なのかという問題は、アメリカ法と国際法の基本的規範の問題なのである。国内法と国際法の間関係を決定付けるためには、われわれは、異なる基本的規範から、或るいは、同一の基本的規範から、二つの法秩序の規範が、その効力を派生させるか否かを吟味してみなければならぬ。

基本的規範の性質によって、われわれは、規範的秩序、ないしは、規範的体系の統一性を構成する二つの異なる原則、つまり、静的な原則と動的な原則とを区分することが可能で

あり、静的な原則によって、規範は有効なのであり、そのこととは、個人の行動が規範により規制されて、個人は、規範の内容—その効力を保障する即座に明白な特性によって、規範が命ずるように行動すべきだと推断することを意味している—
と言うか、或るいは、言い換えれば、規範は、その本来固有の懇請アペールにより有効だと言うことである。

規範が、この特性をもっているのは、規範の効力が、特別なものが一般的なものから派生するように、より高度な、すなわち、より一般的な規範から派生するためである。高度の規範の効力は、それ自身が自明であるか、或るいは少なくとも、そうであると推定されるのであって、人は嘘についてはいけないとか、人を騙してはいけないとか、約束は守るべきであるというような規範は、正直を命ずる一般的規範から生ずるものである。人は、その隣人を愛すべきであるという規範から、人は、その隣人を害してはいけないとか、必要な際には隣人を助けるべき、等々の規範が、演繹され得るのである。もし、人は、何故、その隣人を愛さなければならぬのかと問うならば、その答えは、おそらく、何らかの、より一層の一般的な規範、例えば、人は万物と調和して生きるべき

であるという基礎条件 (Postulate) の中に見い出されるであろうし、もし、それが、われわれが確信する規範の効力をもつ最も一般的な規範であるとすれば、われわれは、それを、究極的、または、基本的な規範として看做すことにならうし、その効力が、きわめて明白であるので、人は、その効力の根源を問う必要を、いささかも感じないのである。

このような規範的体系の各種の規範は、特殊なもの、一般的なものの中に包含されるように、基本的な規範の中に包含されており、したがって、すべての特別な規範は、知的な作用によって、すなわち、一般的なものから特殊なものを推論することによって、得られるのである。この規範的な体系の統一^{ユニティ}体を構成する原則は、静的な性質のものであり、それは、規範的体系を形成する規範の、効力のみではなく、内容までもが、自明であることを前提とする基本的規範から知的な作用により派生し得るということにより特徴付けられるのである。

しかしながら、特殊な規範の効力は、別のやり方でも派生し得るのであって、何故、嘘を言っ^てはいけないのかと尋ねる子供は、父親が、彼に、嘘を言うことを禁じたという答え

を与えられようし、更に、その子が、もし、何故、父親に従わねばならないのかと尋ねるのであれば、子供は、その親に従うべきであると神が命じているからだという答えに、おそらく、なるであろう。もし、その子が、何故、神の命令に従わねばならないのかと質問する場合には、これこそが、それ以上に究極的な規範は捜し求められない規範だというのが唯一の答えになり得るのである。その規範が、体系に基盤を提^供する基礎的規範であり、その統一^体は動的性格をもっている。この体系の全規範の効力は、その基礎的規範から派生するのであって、その中味からではない。その様々な規範の意味は、その基礎的規範から知的な作用によっては取得されないものであって、基礎的規範は、或る一定の権威を確立するにすぎず、その権威が、他の何らかの権威の中に、規範創設権を確定するのは言うまでも無い。動的な体系の規範は、規範を創設する高度の規範によって権威付けられた個人による行為を通して創設されねばならず、この権威付与こそ、委任 (delegation) である。規範創設権が、一つの権威から他の権威へと委任されるのであって、前者のほうが高く、後者のほうが低い権威である。動的な体系の基礎的規範が基本的法

則になって、それに従って、その体系の規範が創設されることになる。規範が、もし、基礎的規範による最後の分析の中で決定される方法で創設されているのであれば、それが動的な体系の一部を形成するのである。もし、規範が、神によって創設されるか、或るいは、神から委任された力をもつ權威から生ずるならば、その規範は、まさに、例示の方法により与えられる宗教的な体系に属するものである。動的な型体の基礎的規範が、規範的体系を形成する規範効力を決定するのであって、その内容を決定するのではない。静的な原則に従って、組織の規範の内容と同様に効力も、基礎的規範から派生し得るのに対して、動的な原則に従って、規範の内容ではなく、効力だけが、基礎的規範から知的な作用により派生し得るのである。規範の内容が、権限のある個人の行為により決定されなくてはならないということは、すなわち、規範は、基礎的規範により決定される方式で創設されなくてはならないということであるが、もし、それらが、この方式で創設されるとすれば、換言すれば、その内容が、どのようなものであれ、それらが基礎的規範に従って創設されるのであれば、それらは有効なのである。

静的、かつ、動的な原則は、一つの、しかも同じ組織の中で結合され得るのであって、われわれが、われわれの仲間を愛さなくてはならないという規範の効力の根拠は、もし、われわれは、われわれの仲間を愛さねばならないという規範を、神が実際に設定したとすれば、われわれは神により創設される規範に従わねばならないという規範になり得るのである。しかし、われわれが仲間を愛すべきだという規範からは、多くの特別な規範が、特殊が一般から演繹されるように、単なる精神的過程により抽出され得るのである。

法的秩序は、規範の動的な組織であって、指摘されるように、法は、それ自身の創設物 (creation) を規制するので、規範は、もし、それが、この秩序の別の—上位の (superior) —規範によって決定される方法で創設されるのであれば、一定の国内法秩序に属しているのである。何故、或る一定の強制行為、例えば、一個人が、別の個人を投獄させることにより、その者の自由を奪うということが、何故、合法的行為なのかという問に対して、その答えは、それが、単一の規範である司法上の決定により規定されているからであると。この単一の規範が、何故、或る一定の法秩序の部分と

して有効なのかという問に対しては、その答えは、つまり、それが刑事上の法令に従って考案されているからであるという事になり、結局は、この法令が、憲法の規定する方法で、合法的な機関により制定されているために、この憲法から合法性を授かるのである。

何故、その憲法が有効なのかを、もし、われわれが問うとすれば、おそらく、われわれは、より古い憲法と向き合うことになる。究極的には、われわれは、歴史上、最初のものであったり、単一の権力篡奪者か、何らかの種類の会議体によって規定された幾つかの憲法を取り上げることになるのであるが、この最初の憲法の効力は、われわれの法秩序の全規範の効力が依存している最後の前提条件 (presupposition) であり、最終的な基礎条件 (postulate) である。人は、最初の憲法を規定した個人や人々が規定したように振舞うべきであると要求されるが、これこそが、考慮されている国内法秩序の基本的規範であり、それは、実定法ではなく、われわれが社会関係を法的用語で解釈したり、不法行為や制裁、義務、責任、権利、裁判管轄権等について語る場合に、前提とする規範なのである。基本的規範は、法的思考上の仮説であり、

われわれの法的命題が可能になる基本的な条件なのである。われわれは、この仮説を受け入れてもよいし、受け入れなくてもよいのだが、その理由は、われわれが、人間関係を法的関係として解釈してもよいし、解釈しなくてもよいからである。われわれは、それらを、単なる原因と結果の関係として考えることができるが、しかし、もし、それらを、法的関係として考えるとして、しかも、そのことが、それらを法的秩序によって規律されていると看做すことを意味するとすれば、その場合には、われわれは、この法秩序が設立される歴史的に最初の憲法が拘束力のある規範であり、人々は、その憲法に従って行動しなくてはならないことを前提とするのである。この前提条件 (presupposition)こそ、基本的規範である。憲法が法規範を拘束する規範創設力 (norm-creating power) を授与する人たちの宣言は、この前提にのみ基づいており、われわれに、法的権威者である個人と、われわれが、そういう資格のある者とは看做さない他の個人との間を区別したり、法規範を創設する人間の行為と、そうした効果をもたない行為との間を区別したりすることを、可能にするのが、この前提なのである。こうした法規範のすべてが、一つの、

しかも、同じ法秩序に属しているのであるが、その理由は、それらの効力が―直接、間接に―最初の憲法にまで由来され得るからである。それらは、創設されていけば、有効であり、更に、つまるところ、最初の憲法によって決定される方法で廃止されているならば、それらは有効ではなくなっているのである。これが、合法性の原則であって、最初の憲法が拘束力のある法規範であるということが前提とされて、そして、その前提を公式化したものが、国内法秩序の基本的規範なのである。

しかし、正当性の原理は、われわれが、法規範の合法性に関する問題に答える場合に適用する単なる原則ではない。と
言うのは、もし、われわれが、法規範の合法性に関するわれわれの判断を分析するならば、有効な規範としての最初の憲法を基盤として確立される法秩序は、概して効果的であるということ、すなわち、それが現実に適用され、順守されるという条件のもとでのみ、われわれが、この最初の憲法を前提として、わかるのであって、これが、革命 (Revolution) の際に明白になるのである。これまでの君主制国家における正当政府を除去して、共和制形体の政府を導入す

るために、個人の集団が、力によって権力を獲得しようとすることを想定しよう。新秩序が規律する個人が、その行動において、全般的に新秩序に従って現実に行動するために、もし、その集団が成功したり、古い秩序が終わり、しかも、新しい秩序が有効になり始めるとすれば、その場合には、この秩序は有効な秩序と看做されるのである。そして、今や、この新秩序に従って、個人の現実の行動が、合法か、不法かと解釈されるのである。しかし、これは、新しい基本的な規範が前提とされていることを意味するのであって、それは、最早、古い君主制憲法が有効であったことによる規範ではなく、新しい共和制憲法が有効であることによる規範であり、革命政府に法的権威を授与する規範である。もし、革命が失敗して、彼らが樹立しようとした秩序が、役に立たないままになつているとすれば、その場合には、他方において、彼らの事業は、合法的な法創設行為としてではなく、憲法制定としてでもなく、非合法的行為として、すなわち、反逆の罪として解釈されるのであり、しかも、これは、古い君主制憲法と、その特殊な基本的規範に従って解釈されるのである。

もし、われわれが、以上の法律上の考察が置かれている前

提条件 (presupposition) を明確にしようとするのであれば、われわれは、古い秩序の規範が、古い憲法と、その古い憲法に基礎付けられた法規範と全体としての古い法秩序が、その効能を喪失したとき、つまり、人間の現実の行動が、この古い法秩序に従わない場合には、有効性を欠いているものとして看做されることに気付くのである。あらゆる個々の規範は、それが所属する全体的な法秩序が、概して、その効能を喪失

する場合には、有効性を喪失するのであって、全体的な法秩序の効能が、あらゆる個々の秩序規範の有効性にとって必要不可欠の条件なのである。"それなくしては在る物が在らざる必然的条件" (conditio sine qua non) ではあるが、"極端な条件" (conditio per quam) ではないのである。全体的な法秩序の効能は、憲法制定権をもつ規範の効能にとっての条件であり、理由ではないのであって、こうした規範は、その全秩序が有効だからというのではなくて、それらが、憲法に従って創設されているから有効なのである。しかし、この憲法は、それに従って確立された全秩序が有効であるという条件に基づいてのみ有効であると想定されるのであって、この秩序の規範は、憲法に従って無効であるという場合だけでは

なく、その憲法が、有効な規範としては看做されなくなって、憲法に従って確立された全秩序が有効ではなくなっている場合には、有効ではないのである。もし、全体的な法秩序の不可欠の部分 (integral part) の規範が、その効能を喪失しているのであれば、法的に、人間は、或る一定の規範に従って行動すべきであると主張され得ないのである。正当性の原理は、有効性の原理によって制約されるのである。

それは、正当性の原理が有効性の原理と同一であることを意味するものではない。"存在" (is) と "当為" (ought) の間、人間が現実に行動する方法と人間が法的に行動すべき方法との間には、やはり、相違があり、個人が法のもとで行動すべきようには実際には行動しない場合や、法に違反して、個人が "法に反して" (contrary to the law) 行動する場合が、やはり存在しているし、—存在していなければならぬ。概して、法秩序が、全体としては有効であるということは、あらゆる個人の行為が、常に、かつ、例外無く法と一致していることを意味するものではないし、この法秩序の規範が全く "侵害され" (violated) ていないことを意味するものでもないのである。

また、別の理由のために、法秩序は、概して全体的には有効である場合にのみ有効であるという仮説は、正当性が有効性と同一であること、“当為”が、“いはば”、“存在”によって吸収されてしまうこと、更には、どのように人間が行動すべきかを問うことは結果的に無意味で、唯一の問は、人間は、どのように行動しているかであることを意味するのでない。概して、法秩序が、全体として見ると、効力があるためには有効でなければならないという原則は、それ自身が規範であり、われわれは、この規範を、次のように明確に表現することができる。すなわち、人間は、概して全体的には有効な強制秩序に従って行動すべきであると。これは、実定国際法上の規範であり、この法の中で有力な有効性 (effectiveness) の原則であり、それは、国際法に従って、有効で独立した政府が国家の正当な政府であるという説明の中で、常に公式化されている法則において示唆されているのである。と言うことは、国際法に従って、現実に確立されている権威こそ、正当な政府であり、この政府により制定される強制秩序こそ、法秩序であり、有効な法秩序であって、しかも、この秩序によって構成される社会こそ、この秩序が全体として

見て有効である限りにおいて、国際法の意味する国家であることを意味するのである。国際法に基づいて、国家の憲法は、この憲法を土台にして確立される法秩序が、全体として有効である場合のみ、有効 (valid) であり、個々の国内法秩序に適用されて、この国内法秩序の基本的な規範を規定するものが、この国際法上の実定的規範である有効性の一般原則である。つまり、さまざまの国内法秩序の基本的な規範自身が、国際法秩序の一般的規範に基礎を置いているのである。もし、われわれが、国際法を、すべての国家（それは併せてすべての国内法秩序を意味している。）が、従属している法秩序としての国際法を想定するのであれば、その場合には、国内法秩序の基本的な規範は、法的思考の単なる前提条件ではなくして、具体的な国家の法秩序に適用される国際法上の規範である実定的法規範である。つまり、有効性の原則によって、国際法秩序が、国内法秩序の効力の範囲だけではなく、効力の論拠をも決定するのである。国内法秩序の基本的な規範が、国際法上の規範によって決定付けられるために、それらは、相対的な意味においてのみ、基本的な規範なのである。だから、それは、国内法秩序の効力の究極の論拠でもある国

際法秩序の基本的な規範なのである。

高位の規範は、下位の規範が創設されるべき機関と手続きだけでなく、或る程度まで、これらの規範の内容をも決定することができるが、しかし、高位の規範は、その随意の判断で下位の規範を創設する権威を与えることを制限することが可能である。国際法が国内法秩序の土台を形成するのは、後者の方式である。独立して、しかも、彼らは、或る一定の領域と、そこに居住する個人のために確立する強制的秩序への恒久的な従順を取得することが可能である個人、または、個人の集団が、この秩序により構成される共同社会の正当政府として看做されるべきであると規定することにより、更には、この共同社会が国際法上の意味での国家であり、それを構成する強制的秩序が国内法であると規定することによって、国際法は、その国内法秩序に、それが決定する効力の範囲を「委任」(delegate)するのである。

1 b. 国際法に基づく法創設的事実としての革命とクーデター

国内法秩序の効力の論拠を決定する場合に、国際法は、国内法の創設を規制するのであって、このことは、繰り返し述

べたように、国家の憲法が、その憲法自身によって規定した方法ではなく、暴力的に、すなわち、憲法への侵害によって変更する場合には、はっきりと説明されている。もし、君主国が、人民の革命により、共和国に、或るいは、共和国が、大統領のクーデターにより君主国に、変質するならば、更に、その新政府が、新憲法を効果的な方式で維持することができるのであれば、その場合には、この政府と、この憲法とが、国際法によれば正当政府であり、国家の有効な憲法であって、これこそが、勝利を収めた革命や成功したクーデターが、国際法に従えば、法創設的事実だということを、他の⁽¹⁰⁾関連で、われわれが述べた理由なのである。国家の同一性^{アイデンティティ}は、革命やクーデターによっては、領域と人口とが全体として見れば同じままである限り影響されないという仮説が、国際法の規範が、勝利を収めた革命や成功したクーデターをもつて、憲法を変更する法的手段としての承認であるということとを前提とする限りにおいてのみ、可能なのである。

国家のアイデンティティは、国内法秩序のアイデンティティを意味しており、しかも、国内法秩序のアイデンティティは、その継続性のことである。国内法秩序の見地からは、そ

の継続性は、革命やクーデターによって破棄されるのに反して、こうした事柄は、国際法の見地からは、国内法秩序の継続性に影響を及ぼさないで、その属地的効力範囲は本質的には変化しないのである。例えば、専制政治の憲法下に存在し、今やボルシェビキの憲法下に存在し、しかも、ソビエト社会主義者共和国連邦という新名称のもとにあるロシア人の国が、同じ国であることは疑いなのである。そして、その国の法は、ボルシェビストの革命の結果として生じた本質的变化にも拘わらず、依然としてロシア人の法であり、それは、フランス人の国と法とが、一七八九年のフランス革命によって基本的な変化を与えられたにも拘わらず、フランス人の国とフランス人の法であることをやめなかったのと同様である。こうした解釈は、もし、われわれが、国際法を無視して、或る一定の時期に存在していたロシアとフランスの憲法を超越しないのであれば、可能ではないし、もし、われわれが、国家とその法を、国際法秩序の見地から考察しないのであれば、ロシア人の国のアイデンティティとフランス人の国のそれ、および、ロシア人の法の継続性とフランス人の法のそれとは、理解できなくなる。もし、状況が、国内法秩序の観点から判

断されるのであれば、国家とその法とは、憲法が不変のままであるか、或るいは、それ自身の規定に従って変更したのである限りにおいてのみ、同じままであり、アリストテレスが「憲法 (πολιτεία) が、その性格を変更して、別のものになった場合には、国家も、最早、同じものではない。」⁽¹¹⁾と教示しているのも、その理由からである。

この見解は、アリストテレスが試みたように、国家の性質を国際法を顧みずに理解しようとすれば不可避であるが、ただ、現代の法律家が―意識的であれ、無意識的であれ―国際法を、有効性の原則に従って、あらゆる点で国家の存在を決定する法秩序として想定するからと言って、彼らは、憲法の暴力的な変更にも拘わらず、国内法の継続性と国家の法的なアイデンティティを信ずるであろうか。

(10) 第三章 D・第三節を参照のこと。

c. 国際法の基礎規範

国内法は、その効力の根拠をもっており、この意味での「淵源」(source)が、国際法の場合であるが、前者の究極の淵源は、後者のそれと同じでなければならぬ。その場合、

多元論的見解は、国内法と国際法とは、異なる相互に独立した“淵源”をもっているという仮説によっては弁護され得ないのであって、国内法の“淵源”は、国際法秩序の“淵源”が、どのようなものであれ、国際法と結合しているのであるが、それでは、どちらが、国際法の、淵源、すなわち、基礎規範なのであろうか。

国際法秩序の淵源を見出すためには、われわれは、国内法規範の基礎規範へと導くのと同じ過程を辿らねばならないし、国際法の下位の規範から、すなわち、国際裁判所の判断から出発しなければならぬ。もし、われわれが、こうした判決によって創設される規範が、何故、有効なのかと問うのであれば、その答えは、裁判所が設立された条約によって提供されるし、更に、もし、われわれが、この条約が、何故、有効なのかと問うのであれば、われわれは、国家が締結した条約と一致した行動を取ることを義務付ける一般的規範で、約束は守られるべき(*pacta sunt servanda*)という言葉によって、通例、表明される規範へと連れ戻されるのである。指摘されるように、これは、一般国際法の規範であって、しかも、一般国際法は、国家の行為によって構成される慣習に

よって創設されるのである。したがって、国際法の基礎規範は、規範創設的事実としての慣習の是認する規範でなければならぬし、更に次のように公式化され得るのである。すなわち、国家は、慣習上、行動したように行動すべきであると。この規範を土台に発達する慣習国際法は、国際法秩序の最初の段階である。その次の段階は、条約によって創設される規範によって形成されるが、これらの規範の効力は、それ自身が、慣習法である一般国際法の最初の段階に属する規範である約束は守られるべき(*pacta sunt servanda*)の規範に依存している。第三の段階は、それ自身が条約によって創設されている機関により創設される、例えば、国際連合の安全保障理事会や、国際司法裁判所や、仲裁裁判所の決定のような規範によって形成されるのである。

(11) アリストテレス *Politics* iii, 1276b.

(12) 第四章、A・第三節・c・(一)を参照のこと。

d・歴史法學上、および、論理法學上の見解

創設される国際法上の慣習は、国家の行為から成り、したがって、何らかの国際法が存在し得る前に国家が存在してい

なければならぬということが指摘し得る。しかし、国内法は、もし、国際法が、国内法の存在を前提とするのであれば、その効力を、どのようにして国際法から抽出し得るのであるか。慣習国際法が存在するという事実は、国家の存在が国際法の存在に先行することとを必ずしも意味するものではなく、原始的な社会集団が、国際法の発達と同時に国家へ発展したということは、全くあり得ることであろうし、種族法⁽¹³⁾が、少なくとも種族間の法よりも後の産物ではないという事実が、こうした推測を与えるのである。しかし、たとえば、国家の存在が国際法の存在に先行したとしても、国内法秩序と国際法秩序との間の歴史的関係は、それらの効力の根拠の間に存在すると言われる論理的関係を排除するものではないのである。

国際法が存在しなかった限りにおいて、国内法の効力の根拠は、国際法によっては決められなかったのであり、もし、国際法が存在しないのであれば、或るいは、もし、国際法が、国家を義務付け、権威付ける法秩序として存在することが想定されないのであれば、有効性の原則は、実定法上の規範ではなく、法的思考上の単なる仮説にしかすぎないのである。

しかしながら、国際法が出現したとき―すなわち、二国、ないし、それ以上の国家の協力によって創設された法規範が生じたとき―と、有効性の原則とが、その一部となったときに、国内法秩序が、一元論的な理論によって主張される国際法との類縁関係に連れ込まれてしまったのである。

(13) 第一章、A・第五節を参照のこと。

第五節 国内法と国際法の抵触

国際法と国内法とは、言われているような一つの規範的体系の部分ではないのであって、その理由は、それらが、実際に、そうであるように相互に矛盾し得るからである。国家が、国際法上の何らかの規範に反する法規 (statute) を制定する場合、この法規は、それにも拘わらず有効と看做され得るのであって、その国内法上の規範と同時に、国際法上の規範は有効のまま残るのである。一元論的な理論への批判者によると、この状況は論理的矛盾を含んでいるのであるが、もし、それらが論理的矛盾であるとすれば、彼らは、国内法と国際法とは、一つの規範的体系を形成しないという彼らの結論に

おいて、疑い無く間違つてはいないことになるのである。しかも、その矛盾は外見上にすぎないのである。

国際法上の確立された規範と国内法上のきわめて近年の法規との間の抵触の場合に、国家の機関は、その法規を有効な規範と看做す必要は必ずしも無いのであって、裁判所は、憲法違反の法規を適用することを拒否する権能を有することが、時にはあるように、こうした法規を適用することを拒否する権限を与えられていることも、まったくあり得るのである。しかも、同じことが、法規とその後の条約との間の抵触の場合にも当てはまるのである。当該国家の憲法のもとで、条約は適用されなくてはならないが、法規は、そうではない。⁽¹⁴⁾ 国内法と国際法の抵触の場合に、どちらが有効であるかどうかという問題は、当該国内法を基礎にしてのみ決定され得るのであって、その答えは、国際法と国内法の間には存在すると推定される関係からは演繹され得ないのである。実定国内法によれば、この法と国際法との間の抵触の場合には、前者は有効と看做される筈であるので、われわれは、国家機関は、たとえもし、国内法が国際法に反しているとしても、その国内法を適用せざるを得ないのである。⁽¹⁵⁾

国際法上の確立された規範と国内法上の規範の一つとの間の抵触は、上位と下位の規範との間の抵触であり、こうした抵触は、国内法秩序の内部で、それにより危険に晒されるこの秩序の統合無しに生ずるのであって、いわゆる、「違憲法規」(unconstitutional statute)が典型的な例である。法規が「違憲」であるということは、それが最初から無効であることを意味するものではなく、それは、もし、管轄権のある裁判所が、法規が憲法の或る種の規定と一致していないことを確認するとすれば、それはその法規が、裁判所における具体的事件に対してのみ無効とされ得るということだけを意味するのであるが、後者は、この事件や、あらゆる可能性のある事件に、その法規を適用しない権限を授与されているので、当該裁判所、ないし、特別裁判所は、その法規を無効にする権限を授与されているのである。しかし、法規は無効にされない限り、有効のままであり、立法機関により制定される法規は、それが憲法によって規定されている立法で無効とされない限り有効であると看做されるべきものと、憲法は規定していると解釈されなければならない。このことから、それが無効とされない限り、憲法と、いわゆる、憲法の法規との間

に論理的な矛盾は存在しないのである。下位の規範が、「上位の規範に一致していない」と言われることがあるが、それは、実際には、下位の規範が、そのような方法でもって創設されるか、或るいは、そうした内容をもっているということの意味していたり、上位の規範に従って、通常の方法とは違ったやり方で廃止され得ることを意味しているのであるが、しかし、下位の規範は廃止されない限り、それは有効なままであり、しかも、上位の規範次第であることを意味するのであるが、後者の意味は、この廃止を可能にするということである。

しかしながら、上位の規範が下位の規範の創設や内容を決定するという事実は、上位規範と「一致しない」(not corresponding) 下位規範を創設した機関は、個人的な制裁を免れないということだけを意味し得るのであって、その場合、責任のある機関によって創設される規範は廃止されはしないであろう。両者の場合、上位規範と、前者と「一致しない」下位規範との間には論理的な矛盾は存在しておらず、規範の違法性は、規範を廃止する可能性か、規範創設機関に制裁を課す可能性を意味しているのである。

上位規範を侵害する規範を組み立てるということは、法秩序が制裁を与える違法行為になり得るのであって、われわれの考察の初めから、事実の発生が、それをもって違法行為とする規範とは論理的に矛盾しないことは明らかである。違法行為は法とは矛盾しておらず、それは法の否定ではなく、それは、法によって決定される条件なのである。⁽¹⁶⁾ だから、有効な法規範が違法行為を生じさせ得ることを容認することに、論理的な困難は存在しないのであって、権利は違法行為から生じない(ex injuria jus non oritur) 原則は、或る一定の実定法秩序に属し得るが、しかし、必ずしも、その必要はないのである。その一般的形体としては、それは、論理的ではない政治的な基礎条件なのである。革命やクーデターによる有効な憲法の創設は、このことの明確な証明であり、或る一定の規範の形成は—上位規範に従えば—違法行為になり得るし、その作成者と制裁にさらすことになり得るのであるが、しかし、その規範自身は—再び上位規範に従えば—有効になり得るのであって、その有効さは、それが廃止されない限り有効のままであり得るといふ意味においてではなく、それは、その発生の違法性だけでは無効にはでき得ないという

意味においても、有効だということである。

これは、確かに国際法と国内法との間の類縁関係における場合である。国際法は、常に、その規範に、もし、国家が、それとは別の内容の規範を制定するのであれば、その場合には、その国家は、国際的制裁を免れないという意味において、或る種の内容を与えることを国家に義務付けるのであるが、⁽¹⁷⁾一般国際法に“違反”(violation)して制定される規範は、一般国際法に従ってさえも有効のままとされ、一般国際法は、(国際法の立場からは)“違法”(illegal)である国内法上の規範が廃止され得る手続きについては、一切、規定しておらず、そうした手続きは、特別国際法か、国内法によって、制定され得るのである。

もし、国内法秩序の規範の内容が、国際法によって決定されるのであれば、それは二者択一的な意味においてのみである。こうして規定されたものとは違った内容をもつ規範の効力は否定されないものであって、そうした規範は、それらを制定する行為が国際的違法行為とされる限りにおいてのみ差別されているのである。しかし、規範の制定の際に存在する国際的違法行為も、その規範それ自身も、国際法とは論理的に

矛盾しておらず、それは、いわゆる、違憲の法規が憲法とは論理的に矛盾していないのと同様である。したがって、“違憲”の法規の効力が、国内法秩序の統合には影響を及ぼさないのと同様に、国際法に“違反する”国内法規の効力は、両方から成り立っている法体系の統合には影響を及ぼさないのであって、多元論の擁護者たちは、彼らが、国内法と国際法の統合につき、両者間の起こり得る矛盾を指摘することによって、反証を挙げることを可能と考える場合には、思い違いをしていることになるのである。

(14) フランス憲法(一九四六年一〇月二八日 Journal Officiel)は次の規定を含んでいる。すなわち、「第二六条、正式に批准されて交付される外交条約は、フランス国内法令に反する場合であっても、法の効力を有しななければならない、それらは、その適用のために批准を保障するに必要なもの以外の立法的行為を、必要としてはならない。第二七条、国際機構、講和条約、通商条約に関する条約、国家財政、海外のフランス市民の一身上の地位と財産権に関する条約、および、領土の割譲、交換、ないし、添付を含む条約と同様、フランス国内法令を修正する条約は、立法部の行為により批准されるまでは終了してはならない。第二八条、正式に批准されて交付される外交条約は、フランス国

内法令よりも優越する権威を有するので、それらの規定は、先行する外交上の筋道を通した正式な廃棄通告が無いままに廃止され、修正され、中止されてはならない。第二七条に言及されるような条約に関する場合、こうした廃棄通告は、通商条約の場合を除き、フランス下院により承認されねばならない。」なお、第二章、D・第三節・注(67)で引用したドイツ連邦共和国憲法・第二五条も参照のこと。

(15) モーテンセン・対・ピーターズ事件(イギリス・スコットランド高等司法裁判所、一九〇六年、第八会期判例九三)において、裁判所は、「この裁判所において、われわれは、立法部が、外国が侵奪だと看做し得ることをしたかどうかという問題には関係してないし、われわれは、立法部の法律が国際法上の一般に認められた原則に違反しているほど越権的であるかどうかを決定するために裁判所を開廷しているのでもない。と言うのは、貴族院と下院において正式に可決され、国王によって裁可を受けた議会法(Act of Parliament)は最高のものであり、したがって、われわれには、その条項を実施する義務があるのである。」と述べた。

ザモーラ事件(第三章、第三節・注(24))においては、枢密院司法委員会は、「他の一切の裁判所同様に、戦時捕虜審判所が、それ自身の主権国家の立法部の制定法により拘束されるということが疑問視され得ることは、勿論のことである。イギリス戦時捕虜裁判所は、帝国立法部の法律により確かに拘束されることになっている。しかし、もし、帝国立法部が、国際法と両立しない条項のある法律を可決

した場合には、こうした条項を実施する捕虜審判所は、最早、国際法を執行していることにはならない。こうした条項によって包含される分野においては、捕虜審判所としての固有の機能を奪われることになり、たとえ、その法律の条項が、単なる国際法の宣言だとしても、国際法の解釈者としての裁判所の権威は、それにより、実質上、弱められることになり、その判決が、国際的な義務についての然るべき考慮に基づいていたかどうか、或るいは、その法律自身拘束性に基づいていたかどうか、について、何人も云々することはできない。しかしながら、この国における捕虜審判所が帝国立法部の法律により拘束されているという事実は、それらが、枢密院に諮問して行動する国王の執行命令により拘束されているということを議論する論拠を与えるものではない。」と宣告した。

ジョージ・ピンソン事件(年次法律総覧一九二七年―一九二八年、事件番号四)において、フランス・メキシコ混合損害賠償請求委員会(一九二八年)は次のような判決を下した。すなわち、国の裁判所は、各々の特殊な国の主権の発露であるので、国内法を、国際法と衝突すると看做す場合でさえも、実際に実施し、適用するように義務付けられ得る(必ず義務付けられなくてはならない、というのではない)が、これは、当該国家の国内公法によって捧げられる原則に依存するものである。しかしながら、国際仲裁裁判所は、国際法上の機関として、国際法の利益のために国家の憲法さえも無視しなければならぬ。イギリシア・ブルガリア「共同体」(Communities)事件において、常

設国際司法裁判所（一九三〇年）は、勧告的意見の中で、「或る条約の締約当事国である国家間の関係においては、国内法上の条項は、条約上の条項に優位することはできない。」と判決している。（常設国際司法裁判所出版物、Bシリーズ、第一七号、三二頁）。

オーバー・ザ・トップ事件（第一五連邦報告書・第二シリーズ・八四二号）において、合衆国地方裁判所・コネチカット地方部会（一九二五年）は、「連邦裁判所が議会の法律の施行を拒否できる根拠には一つだけあり、それは、その法律が違憲であるとの判決が出ている場合である。その法律が、承認された国際礼譲の原則を無視できるが、しかし、それは、行政上の無視の基盤と同様、司法上の無視の基盤を与えるものではないのである。」と述べている。なお、チュング・チ・チェング・対・イギリス国王事件・第三章・B・第二節の注(21)と本章・第七節・d・注(23)を参照のこと。

トチュ、他・対・合衆国・他・事件（年次総覧一九四一―一九四二年、判例・第一号）において、合衆国地方裁判所、ワシントン東部地区は、一九四一年、合衆国とインディアンのヤキマ族との間で一八五五年六月九日に締結された条約は、議会の法律（一九四〇年の義務兵役法）により廃止されたと判定し、「議会が、条約やその何らかの条項を無効にする権利と権能を有していることは、長く認められてきていることであり、…その法則は、トーマス・対・ゲイ事件（一六九・合衆国・二六四、一八S・Ct・三四〇、四二L・Ed・七四〇）で、次のように述べられてい

る。『条約の効果と議会の法律とは、抵触の際には、憲法によつては解決されない。しかし、問題は、その適切な解決に関する何らかの疑問の中には含まれてはいない。条約は、優越的な議会法にとつて代わることができるし、議会法も、優越的な条約にとつて代わることができる。』その法則が、インディアン条約やその他の場合に適用されることは、チェロキー・トバコー事件（一一ウオーレイス・六二一、二〇L・Ed・二二七）で、明確に決定されていた。」と裁判所は述べているのである。

しかしながら、フランス固有鉄道会社・対・シャヴァンヌ事件（年次総覧一九四三―一九四五年、判例・第八七号）においては、フランス・エクス地方控訴裁判所（一九四三年）は、一九四〇年七月二七日のフランス法が抵触していた一九三三年一月二三日のローマ協定に関して、次のように判決した。「ローマ協定は、国際条約であり、その当事国を、彼らが、その条約から脱退する迄、形式的には拘束する。」なお、レ・リエラ、他・事件（コロンビア最高裁判所、一九四四年、年次総覧一九四三年―一九四五年、判例・第七三号）をも参照のこと。

(16) 第一章・A・第四節を参照のこと。

(17) これは、国際法の違反を正当化するために国内法を援用することはできないという説明の中で、通常、公式化されている原則の意味である。なお、第二章・D・第三節・注(66)のポーランド国民の扱いに関する事例を参照のこと。

第六節 法理論の前提条件としての国内法と国際法

a. 二つの規範体系間の蓋然的な関連性

国内法と国際法の統一は、認識論上の基礎条件であって、両者を有効な規範の組み合わせとして容認する法学者は、それらを、一つの調和した体系の部分として理解するように試みなければならぬ。これは、二つの異なった方式のどちらにもある優先的な蓋然性であり、二つの規範の組み合わせは、一つの規範的体系の部分になり得るものであり、その理由は、下位の秩序である一方は、他方の上位の秩序から、その効力を引き出すからである。下位の秩序は、相対的な基礎規範を有しており、それは、—もし、それが活動的な体系であれば—上位の秩序におけるその創設の基礎的な決定を意味している。また、或るいは、二つの規範の組み合わせは、一つの規範的体系を形成しており、その理由は、両者が二つの同格の秩序であるので、それらの効力を全く同一の第三の秩序から引き出しており、上位の秩序である第三の秩序が、それらの効力の範囲だけではなく、効力の論拠をも決めていて、しかも、それは—もし、それが活動的な体系であれば—二つの下位の秩序の創設を意味するのである。

下位の秩序の創設の手續きと、それによる下位の秩序の効力の論拠とは、直接、間接に上位の秩序によって決定されるのであり、上位の秩序は、下位の秩序の規範が創設されるべき手續きを、みずから決定するか、或るいは、それ自身の自由裁量で或る一定の範囲で規範を創設する権能を与えるにすぎないかのいずれかである。高位の規範は、低位の規範を“委任する”と言われるが、下位の秩序の相対的な基礎規範は、上位の秩序の部分であるからには、下位の秩序自身は、全体的秩序としての上位の中での部分的秩序として理解され得るのであって、上位の秩序の基礎規範は、下位の秩序の基礎規範を含んだ全規範のための効力の究極的な論拠なのである。

国際法と国内法の関連性は、これらの二型式の一つと調和しなければならぬのであって、国際法は国内法に対して上位になり得るし、その逆もまた同様であるが、また、国際法は、国内法と同格にもなり得るのである。対等の関係は、両者に対して上位の第三の秩序を前提条件として必要とするが、両者にとって上位の第三の秩序は存在しないために、それら自身が、上位と下位の関連性の中にあらねばならないのであ

る。だが、それらが、上位の秩序により同格にされるのではなく、一方が他方から独立して、併行して存在する可能性が、全面的に排除されているのである。

多元論は、これが実情であると主張するのであるが、この主張を擁護して法と道徳間の関連性を引合いにしており、こうした二つの規範体系が、お互いが、それ自身の基礎規範をもっている限りにおいて、相互に独立していることは確かである。しかし、道と道徳間の関連性そのものは、二つの規範体系が、単一の体系の部分として考えられていない限り、同時的に有効としては看做され得ないのである。

b. 実定法と道徳との間の関連性

実定法規範と道徳規範との間の抵触の場合について考えてみよう。例えば、実定法は、兵役を果たす義務を規定することが可能であるが、それは、戦争の場合、殺す義務を意味しているのに対して、道徳、すなわち、或る一定の道徳秩序は、無条件に殺人を禁止している。こうした事情のもとでは、法学者は、「道徳的に殺すことは禁じられ得るが、しかし、法的には、それは法的はずれである。」と言いたいであろうが、有効的な規範の体系としての実定法の見地からは、道徳は、

そのようなものとして存在していないか、或るいは、言い換えれば、道徳は、もし、実定法が、こうした体系として看做されるのであれば、有効な規範の体系としては全くもって考えられないのである。⁽¹⁸⁾この観点から、兵役を果たす義務は存在するが、その逆の義務は存在しないのである。同様に、倫理学者は、「法的には、人は、兵役に就いて、戦争で人を殺す義務のもとに置かれ得るが、しかし、それは、道徳的には不適切である。」と言うことになるであろう。すなわち、もし、われわれが、道徳に基づいて、われわれの規範的考慮をするのであれば、法は、有効な規範体系としては、全く現われてこないのである。この観点からは、兵役を拒否する義務は存在するが、その反対の義務は存在しておらず、法学者も倫理学者も、両方の規範体系が同時に有効とは主張してないのであって、法学者は、道徳を、有効な規範の体系としては無視しており、同様に倫理学者は、実定法を、そうした体系としては無視しているのである。一方の観点からも、他方の観点からも、互いに矛盾する二つの義務は、同時的には存在しないのである。

全く同一の観点から、法と道徳を、同時的に有効な秩序と

して考えることは、一方が他方に、「委任している」と考えられる場合にのみ可能である。実定法は、しばしば、或る一定の道德の体系に關係して、少くとも、或る種の特別な人間關係を規制し、そして、多くの道德の体系は—多少、広範囲の留保を伴ないながら—實在する実定法を認めているのである。道德の委任されている部分は、実定法の部分であり、法の委任された部分は、道德の部分であつて、全く同一の観点から、法と道德を、有効な秩序として看做したり、或るいは、結局は、同じことではあるが、法と道德を、同時に有効な体系として受け入れることは、両者を包含する単一の体系の存在を受け入れることを意味するのである。

科学知識に対するあらゆる探求は、現象の明白な多様性の中に統合を見出す努力によって動機付けられており、したがつて、その対象を首尾一貫した説明、すなわち、相互に矛盾しない説明の体系の中に引き出すことが、科学の仕事になるのである。そのことは、法と道德の科学、対象が規範である科学にとつても当てはまるのである。「Aである。」と「Aではない。」との両方を主張することが、論理的に不可能であるのと同様、「Aであるべき」と「Aであるべきではない」

の両方を主張することは論理的に不可能である。根拠の確實なものも、「あなたは…すべきである」のような表現の中だけで記述され得るのであつて、法学者が、想定上の有効な法規範の体系を記述し、倫理学者が想定上の有効な道德規範を記述するのも、そうした条件においてである。規範の意味により矛盾し、それによって相互に排除する二つの規範は、同時に有効であるとは規定され得ないのであつて、法学者が扱う資料について矛盾の無い提示をするのが、彼の主要な仕事の一つであり、資料が、言語表現で提示されるので、それが矛盾を内包し得るといふことが、第一義的に可能なのである。法学的解釈の特殊な機能は、こうした矛盾を、それらが単にでっちあげの矛盾であることを示しながら排除することであり、法的な資料が法的体系へと変質されるのは、法学的解釈によつてである。

(18) かもしか号事件(第四章、第三節b・注(7)を参照)において、合衆国最高裁判所は、奴隸船が「國際法に違反している」ことを認めた後、奴隸船が違法であるか否かについての問題の審理において、「この問題に対する倫理学者の答えが、どのようなものであれ、法学者は、彼みずから

が部分として看做している世界の部分についての慣例や国民的行為や一般的同意によって認められている行動原則の中に、法的解決を探索しなければならない。もし、われわれが、国際法の分析としてのこの基準に依存するのであれば、既に省察されたような問題は、通商の適法性によって解決されるのである。ヨーロッパとアメリカの両方が、その中に引き入れられて、ほぼ二世紀の間、それは、反対も非難も無しに実行されたが、法学者は、このように支持された慣行は不法であり、そこに従事した人たちは、個人的にも、財産の没収によっても処罰され得るのであるとは言えなかつたのである。」と宣告した。

c. 義務の衝突

二つの矛盾する規範は、共に有効ではあり得ないというわれわれの命題 (thesis) に対しては、結局は、義務の衝突のようなことがあり得るといふ主張が行われるが、われわれの答えは、「規範」と「義務」という用語は、曖昧であるというものである。それらは、一方においては、当為的言い方 (第一義的意味) によつてのみ表現され得る意味をもっており、他方においては、存在的言い方 (第二義的意味) によつて述べられ得る事柄、つまり、個人が規範の観念をもつていて、彼自身が (第一義的意味における) 義務によつて拘束さ

れていると信じていて、しかも、この観念、ないし、信念 (第二義的意味における規範、ないし、義務) が、彼に或る一定の行動の指針に従うように命ずるといふこと、を意味するためにも用いられるのである。おそらく、同じ個人が、同時に二つの規範意識をもつといふことは、あり得ることで、個人みずからが、矛盾し、そのために論理的には相互に排斥し合う二つの義務によつて拘束されていると信じてしまふ。例えば、兵役に就くことを彼に義務付ける実定法上の観念と、兵役に就くことも拒否するように彼を義務付ける道徳規範上の観念である。しかしながら、この心理的な事象を記述する説明は、例えば、二つの対立する力が同一点で作用するといふ証明以上には矛盾してないのである。倫理的な矛盾は常に判断と説明の意味の関係であつて、決して事実間の関係ではないのである。いわゆる、規範の抵触 (conflict)、ないし、義務の衝突 (collision) の概念は、人を反対の方向に誘導する二つの観念の影響下にある人間個人の存在の心理的事実を意味していて、お互いに矛盾する二つの規範の同時的な効力を意味するものではないのである。

d. 規範性と事実性

“規範”と“義務”のような二つの語句の意味を区別することに失敗するのは、二組の有効な規範が常に単一の体系の部分でなければならぬということに、何故か気が付かないというのが主な理由である。もし、“規範”という語が、諸個人は規範の観念をもっているという事実を表現するために、(第二義的な意味で)使われるとするならば、それは、諸個人みずからが、規範によって拘束されていると信じて、そうした観念で動機付けられていることになり、もし、その“規範”という用語が、“しすべき(当為)”ではなく、“しである(存在)”ということの意味するのであれば、その場合には、相互に矛盾する規範が存在すると主張することは可能であり、更に、全く同一の規範体系の部分ではない規範の複合体が並行して、“存在”するということを主張することが可能である。しかし、これらの説明が語っている規範は、心理学と社会学の対象であって、法理学の対象ではないのであって、後者は、例えば、兵役に関して、人々が、どのような観念や信念を実際にもっているかには関係しておらず、人々が、—果たすことを義務付けられている—兵役を法的に果たすべきであるか否かという問題、すなわち、第一義の意味におけ

る規範と関係しているのである。社会学者や心理学者は、何人かの人たちは義務付けられていると信じ、他の人たちは、その反対のことを信じており、そして更に何人かは、二つの所見の間を行き来している、ということを観察するかもしれないが、社会学者や心理学者は、法と道德の事実に局面だけを見るのであって、規範的局面を見るのではない。彼は、事実の複合体としての法と道德を心に描くのであって、有効を規範の体系としての法と道德を心に描くのではないのである。したがって、彼は、人は兵役を勤めるべきであるかどうかという問題に対する何らかの解答を提供することはできず、その問題は、法や道德を有効な規範の体系として看做している法学者や倫理学者によってのみ解答され得るのである。つまり、彼は、人々は何をすべきかについての命題によって記述するのであって、人々は、実際に何をし、或るいは、彼らがすべきことを、どう信じているかということについての説明によって記述するのではない。それは、規範性についての見解の論点であって、事実性についてのそれではないのである。

第七節 国内法の優越、または、国際法の優越

a. 国家の国内的、国際的人格

国内法と国際法を一つの普遍的体系の要素として理解することの必要性について、ここで述べられていることのすべてに関係させられねばならないのは、事実の複合体としての法ではなくて、有効な規範の体系としての法である。複数の法規範の統一を確立する方向へのこの傾向は、すべての法的思考に内在するのであって、しかも、この傾向は、多元的な構造を主張する人たちの理論の中でさえ有力なのである。通常、彼らは、国家が、それ自身の国内法と同様、国際法の主体であるということを否定しておらず、法人格は、法秩序によって構成され、それは、法秩序によって構成されるものとしてのみ存在する。その場合、もし、国際法と国内法の間には統一的关系が無かったとするならば、国家は、国際法上の人格としての資格においては、国内法上の人格としての資格における国家とは全く切り離された実体 (entity) であらねばならない。法的見地からは、その場合、同じ名前のもとに二つの異なる国家、二つのフランス、二つのアメリカ合衆国、等々―国内法上のフランスと国際法のフランス、等々が存在す

ることになり、この不条理な結果は、多元論者によっては受容されないのである。

時折り、多元論者が、国家のもつ国際法上と国内法上の法人格は別々であると主張するのは確かであるが、その場合、⁽¹⁹⁾ 彼らは、人間が道徳的と法的の両方の人格をもつと同様に、全く同一の国家が、国際法上と国内法上の両方の法人格をもつということだけを意図しているのである。国際法の分野で条約を他国と締結し、そして、この条約を国内法の分野で実施するのは、同じメキシコであるということは、決して問題にされてはいないのである。例えば、或る国が、他の国の市民を、その他国により国籍を離脱させられるという条件のみ、帰化させる義務を負っているという条約を取り上げてみよう。その場合、国際法の主体として、その条約を締結して、そして、国内法の主体として、国籍の取得と喪失が、その条約により規制されるという法令を制定するのが、同一の国であることは明瞭である。人間が、法的と道徳的な両方の人格をもっており、しかも、これらの人格は、同じ人間の二つの異なる特質であるので、同一のものではない。と言うのも、人間は、生物生理学上の単位であり、しかも、それが、こう

した二つの異なる人格の基礎になっているからである。同一の人間が、「法的と道徳的との両方の人格をもっている」というのは、同一人間の行為―或る一定の生物生理学上の単位として―が、法規範と道徳規範の両方の主体であるということとの隠喩的 (metaphorical) な表現方法なのである。

しかし、国家は、生物生理学上の単位ではないし、社会学上の単位でさえもない。⁽²⁰⁾ 国家と法との関係は、もし、国家を社会秩序として考えとしても、個人と法との間の関係とは根本的に相違している。もし、国家が、行動する人格として、或るいは、義務、責任、それに権利の、主体として考えられるとしても、法が国家の行動を規制するという説明は、法が、個人の行動を、法の機関として、或るいは、同じことではあるが、法によって構成される共同社会の機関としての資格において規制することを意味している。しかしながら、もし、国家が、社会秩序として考えられるとしても、それは、人間個人のように、法的規制の対象ではなく、それ自身が法的規制であり、特別の法秩序なのである。国家は、この秩序の神人同形論的擬人化 (anthropomorphic personification) が、国家を、まずもって人間個人に譬えて、それから、超人的個

人と間違える原因となっているという理由のためだけで、規制の対象であると信じられているのである。

この認めがたい観念実体化 (hypostatization) が、個人同様、国家が二つの法人格をもち得るという信念の根源であり、もし、国家が―人間のように―法的規制の対象ではなく、この規制それ自身である法秩序であるとすれば、その場合には、国家の同一性は、法秩序の同一性である。多元論者は、国内法同様、国際法上の法人格の共通の土台としての国家の同一性を否定はしないのである。彼らは、例えば、他国に対して敵対行為の開始の前に宣戦布告をするように国際法によって義務付けられているのと、更に、その国の憲法によって、実際に宣戦布告を発するのとが、同一の国家であることが否定できないのであるが、もし、彼らが、神人同形論的擬人化の援助無しに法的現実を記述しなければならないのであれば、彼らは、国家の同一性が、それを規制する秩序とは異なる土台の同一性ではなく、むしろ、この秩序の機関としての資格における個人の行動を規制する秩序の同一性であるということを確認しなければならない。国際法の主体としての国家の同一性と国内法の主体としての国家の同一性は、結局、

国家を義務付け、権威付ける国際法秩序と、国家の機関として、同一の普遍的法秩序から、国際法義務を遂行し、また、国際法権利を行使する個人を決定する国内法秩序とを意味しているのである。

(19) デイオニジオ・アンツィロッティ著『国際法講義』(一九二九年)五四、四〇五頁。この著者は、多元的理論の首尾一貫した主唱者であり、したがって、彼は、「国家」という用語を語りながら、『国内法秩序の主体を…意味する「国家」という用語は、国際法の主体としての国家とは完全に異なる主体を決定するものである。』と述べている。
(Dionisio Anzilotti, Cours de droit international, 1929, pp. 54, 405)

(20) 本書、第二章C、第二節を参照。

b. 国際法の国内法への変質

もし、国内法と国際法とが分離した規範の体系であると仮定するならば、その場合には、国際法上の規範は、国家機関により直接は適用され得ず、しかも、後者、とりわけ、裁判所は、国内法上の規範のみを直接適用できるのであるということもまた仮定しなければならない。もし、国際法上の規範—例えば、国際条約—が、国家の裁判所によって適用される

べきであるとするれば、この見解によれば、その規範は、まず最初に、その条約と同じ内容をもつ法令や布告を創設する立法行為によって、国内法へと変質されねばならない⁽²¹⁾。この多元的理論の結果は、実定法の実際の中身とは一致しておらず、指摘されるように、国際法は、国家の憲法が、こうした変質を規定している場合にのみ、国内法への変質が必要となるのである。

ここにおいて、国際法への国内法の変質が必要かという問題は、国際法や国内法の性質についての学理や、それら相互の関係についての学理によって答えられ得るものではなく、実定国内法の分析によってのみ答えられ得るのであって、主張されるような国内法の国際法からの独立による変質の一般的必要性を演繹することによって、多元的理論は、実定法と抵触するようになり、それによって、その不充分さを証明しているのである。

(21) 一般的な変質に関しては、本書、第二章D・第三節を参照のこと。条約国際法の国内法への変質に関しては、本書、第四章A・第四節・c・(3)を参照のこと。

c. 有効な規範体系としての唯一の国内法秩序

もし、多元論者に矛盾が無く、彼らが、法と道德のように、国内法と国際法とを、実際に二つの異なった相互に独立した秩序として考えたのであれば、彼らは、国際法と国内法の両方を同時に有効な規範の体系と看做すことをやめざるを得なかったであろう。法学者が道德を無視し⁽²²⁾、倫理学者が法を無視すると同様、国際法学者は国内法を無視しなければならなくなり、また、国内法学者は国際法を無視しなければならなくなってしまう。国際法の理論家は、有効な規範の体系としてではなく、事実としてのみ、国内法を受容しなければならなくなり、その逆に国内法の理論家は国際法を受容しなければならなくなる。しかしながら、多元的理論の解説者たちは、国内法と国際法とを、同時に有効な二つの規範の体系と看做しており、しかも、彼らは、国際法秩序が、国内法秩序無しには無意味であり、また、国家の法的存在は、この存在を決定する国際法を斟酌すること無しには理解できないために、そうしなければならないわけである。

もし、国内法だけを有効と看做すことを決めなければならぬとすれば、一つの国内秩序だけを唯一の有効な規範

体系として選択しなければならなくなるであろうし、国際法と国内法との間の関連性について言われて来ていることは、様々の国内法秩序の間の関連性に関してもまた、当てはまるのである。妥当性は、もし、それらが一つの単一の体系を形成するものと考えられる場合にのみ、同時に二つの国内法秩序について断定され得るのである。国際法は、それらの間のこうした連結を確立できる唯一の法秩序であり、したがって、もし、国内法と国際法とに連結が無いのであれば、様々の国内法秩序もまた無連結でなければならない。こうした多元的見解に執着する理論家は、一つの国内法秩序を—例えば彼自身の国の国内法秩序を—唯一の有効な法秩序として判断を下さねばならなくなるであろう。

自分自身の集団の社会秩序を唯一の真の“法”であるとして認めることは、自分自身の集団の構成員だけが真の人間であるという意見に匹敵する典型的に原始的な意見であり、何らかの原始的な種族の言語の中では、“人間”を示す用語は、種族の構成員たちが、他種族と区別して自分たちを示す用語と同じなのである。元来、古代ギリシア人たちは、すべての外国人を法外放置の野蛮人として退去させ、自分たち自身の

都市国家 (polis) だけを、一つの法的共同社会と看做していたが、今日の社会でさえも、他の共同社会の社会秩序を、とりわけ、その秩序が自分たち自身のものとは違った政治原則を具現する場合に、言葉の完全な意味での“法”としては受け入れないことがありがちである。

(22) 本書、第五章、B・第六節・aとbを参照のこと。

d・国際法の承認

一方において、国内法の妥当性は当然のことと看做され、他方において、国際法の妥当性を全面的に否定することは、ほとんど不可能であるため、多元論者は、彼らが、擁護したいと望む国内法と国際法の相互の独立を—無意識に—取り消すという仮説を用いている。この仮説により、彼らもまた、さまざまな国内法秩序の間に規範的な関係を確立し、それにより、国際法秩序とすべての国内法秩序の両方を有効な規範体系として看做す可能な手段を再開するのである。われわれが、国際法が、国家によって“承認”されている場合にのみ、それは、国家にとって有効であるという周知の証明に係わるのも、そのためである。⁽²³⁾

指摘されるように⁽²⁴⁾、これは、決して実定国際法上の法則ではない。実定国際法は、その妥当性を、この国家による承認に依存している国家のために仕立てるのではなく、新国家が誕生する場合、国家が国際法を承認しているか否かに関係なく、国際法に従って、この国家は、この法秩序により、国家に課せられるすべての義務と、国家に授与されるすべての権利とを直ちに受け入れるのであるが、国際法自身によれば、具体的事件において、当該問題にされている規範によって規定されている義務に違反したとか、他国が前者の権利を侵害したということを主張できるようにするために、一般国際法上の規範に同意したということを証明する必要は無いのである。国家による承認に依存する国家のために、それ自身の妥当性を仕立てあげる国際法上の規範は論理的に不可能なのである。と言うのは、こうした規範の妥当性は、その承認に關係無く国際法の妥当性を前提とするからである。

国家の法的存在が、他国による承認に依存しているか否かは、別の問題であって、この問題は、既に前のほうの章において肯定的に答えられている。⁽²⁵⁾ 何人かの著者は、承認されるべき国による国際法の承認は、国家としての承認の本質的条

件であると称しているが、しかしながら、指摘されるように、国際法自身は、国家への妥当性の条件としての国家によるその承認を命ずることはしないし、また、できないことである。国際法だけが、その適用を、国家として相互に承認するといふことに依存している二つの共同社会間の関係に行うのであって、他国による一国の承認に、その特徴的な法的効果を与えるのは、実定国際法それ自身なのである。つまり、国家としての共同社会の相互の承認は、国際法の妥当性を前提としているのである。

国家としての共同社会の承認は、実定国際法により規定されている行為であるが、国家による国際法の承認―その国家への妥当性の承認として―は、国際法により規定されていないし、また、規定され得ないことである。しかし、もし、社会関係の法的解釈が、或る一定の国内法秩序から出発するのであれば、国際法は、もし、この解釈の出発点である国内法秩序が国際法に権限を委任し、そのために国際法が、この国内法の一部になるのであれば、その場合にのみ、有効な法規範の体系として考えられ得るのである。それは、道德規範が、或る一定の国内法秩序の観点から、もし、道德規範が、

この法により権限を委任されていて、それにより、この法の一部を形成するのであれば、その場合にだけ、有効と看做され得ると同様であるが、しかし、道德秩序は、その妥当性を法秩序による委任に依存してはいないのである。これは、多元論的学説の後継者たちにより主唱されている論題…つまり、国際法は、それが国家により承認されている場合にのみ、国家に対して有効であるということの本当の意味である。

“国家による国際法の承認”は、“国内法による国際法の委任”の転意的表現であり、こうした承認―多元論者の学説によれば―は、黙示的、ないし、明示的になされ得るのである。国家による国際法の黙示的承認は、もし、それが、外交使節を派遣・接受したり、国際協定を締結したり等々の国家による確証的な行為により立証されるのであれば、推定されるし、もし、国家の法が、国際法は当該国内法の一部と看做されるべきとの効果についての規定を内包していたり、或るいは、また、法適用機関、とりわけ、裁判所が、国際法を、その固有の意味に基づいて適用すべく拘束されているのであれば、国家による国際法の明示的承認が存在しているのである。実際問題としては、かなりの国家の法が、この種の規定を含ん

でいるのである。⁽²⁶⁾

(23) オーバー・ザ・トップ事件（前掲、本章、第五節・注

(15)を参照）において、裁判所は、「国際慣行は、われわれが、それを適用する限りにおいてのみ、法であり、かつすべてのコモン・ローや制定法と同様、それが、議会の意思に従う限りにおいてのみ、法である。」と述べたが、チユング・チ・チェング・対・イギリス国王事件（前掲・第三章・第二節c(21)）においては、枢密院司法委員会（一九三九年）は、「少くとも、この国の裁判所に関する限り、国際法は、その原則が、われわれ自身の国内法により受け入れられ、採択されている場合を除いては妥当性を有しないということが常に銘記されねばならない。われわれ自身の実体法上の規定や手続きに、その法則を押しつける体外的権力は存在しないのであって、裁判所は、国家が、みずからの間で受け入れる一群の法則の存在は認めているが、一切の法的问题に際して、裁判所は、何が適切な法であるかの確認をし、それが見い出された場合には、それが、法令により施行されている法則や、結局は裁判所により宣言されている法則と矛盾していない限り、国内法に編入されたものとして、それを扱うのである。」と述べている。

(24) 第二章C・第五節・dを参照のこと。

(25) 第三章D・第四節を参照のこと。

(26) ドイツ連邦共和国憲法・第二五条（本書、第二章・第三節・注(67)）を参照のこと。時々、条約国際法、すなわち、

国家が締約当事国である条約により創設される法だけが、その国の法により委任を受ける。例えば、既に第四章A・第四節c(3)で引用したアメリカ合衆国憲法・第六条とか、本章B第五節注(14)のフランス憲法・第二六―二八条の規定を参照のこと。

e・国内法の優越、ないし、国際法の優越

国際法は、もし、それが国家によって承認されているのであれば、その場合にのみ有効であるという仮説は、それが実際に存在しているものとしての国際法に関係している。国際法は、それが、もし、国家により承認されている場合にのみ、国家にとって有効であるという仮説は、国際法の妥当性の理由に関係している。この仮説の意味は、国際法が、国家の国内法が有効であるということ、すなわち、国際法の妥当性の理由が、国家の法の基礎的規範、すなわち、国内法秩序の基礎的規範であるのと同じ理由で有効であるということである。擬人法の通常の用語で表現すると、国家の“意思”が、その国内法の妥当性の根源であるが、それがまた、国際法の妥当性の根源でもある。もし、国際法が、国家にとって有効であれば、それは、有効であって、その理由は、その国家が、そういう意思をもつからであり、しかも、国家のこの意思が、

国際法のその黙示的、明示的承認の中で明らかにされているからである。こうした承認によって、国家は、国際法を、それ自身の法の一部とするのであり、この学説が、アングロ・サクソン法学で有力なのである。⁽²⁷⁾

国際法が国内法の一部として有効であるという学説は、前述のアメリカ合衆国やドイツとフランスの憲法のように、国家の管轄権をもつ機関によって、国際法が適用されるといふ趣旨の明示の規定を、国内法が内包している場合には、もつともであるように思える。しかし、これは実際とは違っている。もし、社会関係についての法的解釈が、或る一定の国内法から生ずるのではなく、国際法から始まるのであれば、国際法秩序は、国内法秩序による委任がある場合にのみ有効であるという仮説（実定国際法上の規定に基づいておらず、しかも、基づき得ない仮説）は、不必要である。その場合、国家の機関が、国際法を適用できるかどうかが問題になるのは、国際法が国内法に変質しているか、或るいは、また、こうした変質が無い場合だけであるが、この問題に対する解答は、指摘されるように、⁽²⁸⁾国内法秩序の内容如何にかかっているのである。もし、後者が、前述のアメリカ、フランス、それに

ドイツの憲法の規定のように、国際法が国家の権限のある機関によって適用されなければならないという趣旨の規定を含んでいるのであれば、この規定は、国家による国際法の承認（或るいは、国内法による国際法の委任）としてではなく、変質、つまり、国際法の国内法への変質として解釈されねばならない。こうした変質は、指摘されるように、もし、憲法が国家の機関に国内法のみを適用する権限を授与するのならば、必要である。しかし、国際法の妥当性は、もし、法の解釈が、国内法からではなく、国際法から始まるのであれば、国家の機関による適用性とは無関係である。もし、国家機関が、国内法により適用の権限を授与されていないために、それを適用しないのであれば、その国は、有効な国際法のもとで、そうした法の侵害に対して責任があるのである。もし、法的解釈の出発点が或る一定の国内法秩序―或るいは、通常、言われるように、或る一定の国の法―であり、しかも、国際法が、その国の法の一部としてのみ有効であるとすれば、その場合、その国による国際法の侵害は、その国が国際法を承認している場合にのみ、あり得るのである。しかし、この点で、実際には、国際法から出発する人々たちによる解釈と、国

内法から開始する人々たちによる解釈との間には違いはないのである。と言うのは、現実には、後者は、すべての国家が—少なくとも黙示的に国際関係に入ることにより—国際法を承認しているものと推察されるからである。

本稿におけるように、もし、法の解釈が、有効な法秩序としての国際法から始まるのであれば、国際法の妥当性の論拠は、国際法に対し有効であることを要求する国家の“意思”の中には見出し得ない。国際法の妥当性の論拠は、前の文脈において明確に表現したように、それ自身の基礎的規範であるが、他方において、国内法秩序の妥当性のための論拠は、国際法秩序の中に見出し得るのである。⁽²⁹⁾ こうした法と取り進む二つの違ったやり方に—国内法のみならず、国際法にも—従えば、二つの違った見解は受け入れられねばならない。もし、われわれが、国際法秩序から始めるのであれば、その場合には、国内法秩序は、国内法秩序よりも上位のものとして看做され、国内法秩序と共に一つの普遍的な法体系を形成する国際法秩序により委任されるのであって、この意味においては、国内法秩序のほうが下位にあるわけである。もし、われわれが、或る一定の国内法秩序から始めるのであれば、

国際法は、有効な法秩序として看做されるために国内法により委任されなければならないのであるが、その場合には、国際法は、国内法よりも上位にあるとは看做されず、国内法の一部を形成するものとして看做されるのである。もし、国際法が、国内法の一部と看做される場合には、指摘されるように、⁽³⁰⁾用語の広い意味における国内法—その一部として国際法を包含している—と、狭い意味における国内法—その固有の意味においては、国際法を包含していない—との間を区別することが必要である。国内法と国際法の間を区別しない国内法優越性説の後継者は存在していないのであるが、そうした者は、国際法を国内法の一部として宣言し、結果として、国内法だと宣言するのである。国際法が国内法の一部としてのみ有効であると看做されるといふことは、二つの統合が、こうした取り組みによってもまた、確立されていることを意味するのである。実際、この統合を保障することが、国際法が、国家によって承認されている場合にのみ、その国にとって有効であると看做すが、しかし、同時に、すべての国家は、少なくとも黙示的に国際法を承認しているものと想定する学説の本質的なのである。二つの取り組み方の違いは、一つ

が、国内法に対する国際法の優越を前提とし、他方は、国際法に対する国内法の優越を前提とするという点にだけあるのであるが、しかし、両者は一元論的な性格をもっており、しかも、国際法の内容に関しては相違はないのである。彼らが相違を示すのは、国際法と国内法の妥当性の論拠に関してだけなのである。

(27) パケテ・ハバナ事件（合衆国、最高裁判所、一九〇〇年、一七五U・S六七七）において、裁判所は、「国際法は、われわれの法の一部であり、それに依存する権利の問題が、裁判所の決定のために正式に提出されるたびに、固有の裁判管轄権をもつ裁判所により、確認され、執行されねばならない。」と述べている。西高地中央金鉱会社・対・イギリス国王事件（本書・第四章A・第三節c(3)を参照のこと）において、裁判所は、この原則に関して、次のように宣告した。「文明諸国の共通の同意が、どのように受け取られたにしても、わが国の同意を受けていなければならず、われわれが、一般に他の諸国と共に同意したものが、正確には国際法と呼ばれ得るものである。それ自体、われわれの国内裁判所により認められ、適用されることになるが、それは、国際法の学説に係り得る問題を解決するために、こうした国内裁判所に正当な理由が生ずる場合である。しかし、援用される学説は、実際に国家間を拘束するものと

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その十四〔最終回〕）

して容認されたものでなければならず、更に、適用されるべく要求される国際法が、満足の行く証拠により証明されねばならないのは、他の場合と同様であって、その証拠は、提示される特別の主張が、われわれ自身の国により承認されて実行されているかどうか、或るいは、それ自体が本質的なものであるかどうか、更には、きわめて広汎、かつ、一般的に受容されているため、何らかの文明国が、それを否認することは、ほとんど想像できないことなのかどうかを示すものでなければならぬ。：そして、国際法がイギリス法の一部を形成するということについて、かつて、大英帝国が同意した証拠が存在しない問題についての論文執筆者の意見が、イギリス法の一部として含まれるような解釈が行われるべきではないし、謂わんや、それらの意見がイギリスの裁判所により宣言されたイギリス法の原則に反している場合には、なお更である。」

(28) 本書・第二章D・第三節を参照のこと。

(29) 本書・第五章B・第四節を参照のこと。

(30) 本書・第三章の緒言を参照のこと。

第八節 主権⁽³¹⁾

a. 規範的秩序の特性としての主権

国内法の優越を想定する理論の最も重要な帰結は、全構造(whole construction)の出発点である国内法秩序が、最高

の權威であるとして看做され、それにより、“主權 (sovereignty)” という用語の本来的な意味で絶対的なものと看做され得るのである。と言うのも、国内法秩序は、絶対的な秩序であつて、その上には他の法秩序は存在しないものと推定されるからである。これもまた、國際法と国内法とは、相互

に獨立して有効であるとは主張できないために、一元論説に変質してしまふ多元論的理論の究極的な結果である。その後継者たちは、國際法を、国内法秩序の上にある法秩序と看做すことを拒んでいたので、したがつて、國際法を有効な法秩序として扱う場合には、彼らは、國際法が、国家にとって有効なのは、この国家によつて承認されているか、或るいは、同じことではあるが、この国の国内法の中で創設されている場合だけであると推定しなければならない。つまり、それは、彼らが、國際法に対する国内法の優越説を受け入れることを意味しており、國際法に対する国内法の優越を推定することによつて、或るいは、同じことではあるが、國際法が国内法の一部としてのみ有効であると推定することにより、彼らは、国内法と國際法の二元論を放棄し、ここにおいて、法理学者的な多元論を放棄するのである。したがつて、われわれには、

多元論説の眞の目的は、国内法と國際法の相互の獨立を主張することではなくて、むしろ、或る一定の国内法秩序を意味する国内法が、國際法には從屬しておらず、それにより、最高の法的權威であると看做され得ると言う概念を主張することであると推察できるのである。

“國家” という用語により、社会秩序、とりわけ、国内法秩序が理解される限り、国内法秩序こそが最高の法的權威であるという概念が、國家こそ絶対的であるという説明の中で表示され得る。これは、主權について語る場合のありふれたやり方であるが、しかし、もし、法人格としての國家—国内的、または、國際的な義務や責任、それに権利の主体としての國家—が論議されるのであれば、その場合には、國家は、最高の權威という意味での絶対的なものとしては看做されることはできない。何となれば、義務や責任、それに権利の主体としての國家は、常に、國家に対して、当該の義務や責任や權利を賦課したり、授与したりする、と言うことは、法的共同社会の機関、または、構成員としての資格の個人に対して賦課し授与することを意味するのであるが、—国内的、ないし、國際的な—法秩序に從屬するものと看做されなければ

ならないからである。みずからの法秩序、すなわち、国内法秩序にさえも従属するからには、国家は、最高の法的権威と看做され得ないのであって、国家は、常に、それ自身の法を変更し、そのために、その法の「上位に」位置するというありふれた議論は、全く間違っている。国家が、その法を変更できるという説明は、その法によって決定される個人が、その法によって、同様に決定される手続きでもって、その法を変更できるということだけを意味するのであって、こうした法を変更する場合の個人は、完全に、法に従属して、決して、その上に位置してはいないのである。国際法が、国内法よりも上位にあらうと、国内法の一部であらうと、法人格としての国家は、絶対的なものとしては看做され得ないのであって、法の主体として、国家―それは、法的共同社会の機関としての資格で行為する個人を意味するのであるが―は、いささかも「権威」が無いからには、最高の権威とはなり得ないのである。

「権威」は、通常、強制的な命令を発する権利、ないし、権能として定義されるが、他人に対し、或る一定の行動を強制する現実の権力は、権威を設立するだけでは十分ではない

のである。権威者であるか、それとも、権威をもっている個人は、強制的な命令を発する権利、ないし、権能を享受していなければならない。だからこそ、他の個人は従うべく義務付けられるのである。こうした権利や権能は、規範的秩序によってのみ個人に対して授与され得るのであって、したがって、権威は本来的に規範的秩序の特質をもっているのである。前の文脈の中で指摘したように、⁽³²⁾規範的秩序のみが「絶対的」に、すなわち、最高の権威になり得るのであって、それこそが、或る個人が「命令 (commands)」を発する権限をもち、他の個人が従うべく義務付けられている規範の妥当性の究極の論拠である。単なる自然現象である物理的な力は、言葉の固有の意味での「絶対的」にはなり得ず、物理的な力への属性としての、「主権」は、第一原因 (prima causa) である性質のような何かを意味するにすぎない。しかし、第一原因の概念は、名辞矛盾 (contradiction in terms) である。因果律に従って、もし、すべての現象が、原因があらう結果であると看做されるのであれば、結果についての原因であると看做されるすべての現象は、同時に他の原因からの結果であると看做されなければならない。原因と結果という

無限の連鎖の中では、すなわち、自然の現実の中では、第一原因は存在し得ず、したがって、主権も無いわけである。

法的権威者としての資格における国家は、国内法秩序と同一であらねばならず、国家が絶対的であるということは、国内法秩序が、より上位の秩序は存在しないという秩序の上位にある秩序であることを意味している。国内法秩序よりも優越すると推定され得る唯一の秩序は、国際法秩序であって、国家が絶対的であるかないかという問題は、したがって、国際法が国内法に優越する秩序であると想定されるか否かという問題と一致するのである。

或る秩序が、他の秩序よりも、⁽³³⁾「優越する」ということは、既に指摘したように、⁽³³⁾比喩的な表現であって、それは、或る一つの秩序の妥当性の論拠を、他の秩序から、と言うことは、優越する秩序であると想定される秩序から導き出すことを意味しており、或る秩序が最高の秩序であるということは、われわれが、その妥当性の論拠を、優越する秩序としての他の秩序からは引き出さないことを意味するのである。国家の主権についての問題は、自然の物体が、或る一定の性質をもつか否かという問題ではなく、それは、例えば、特別に重量の

ある金属に関する問題、すなわち、自然の現実についての観察による問題と同じようには答えられないのである。法秩序としての国家が絶対的、すなわち、最高の法的権威であるか否かに関する問題に対する解答は、或る事実についての説明ではなく、それは、法的現象を解釈する者によって行われる憶測なのである。われわれの分析結果は、国際法が、その有効性の原則を通して、国内法の妥当性の領域と論拠とを決めるといふものであったので、したがって、国内法に対する国際法の優越性は、法みずからの内容によって課せられるように思われるのである。しかし、国際法が有効であると想定される場合にのみ、国内法の妥当性の領域と論拠とを、国際法が決定するので、われわれの分析は、国際法が有効な法秩序であるという憶測から始まったのである。しかしながら、有効な法秩序としての国内法から始まるという承認理論の見地からは、国際法は、国家によって承認されている場合か、或るいは、同じことではあるが、国際法が、その国の法、すなわち、国内法秩序によって委任されている場合にのみ、有効なのである。国家が国際法を承認して、それにより、国際法が国内法の一部になると、その後、国際法は、まさに、そ

の内容によって、国内法秩序の妥当性の領域を決定するのである。しかし、この結果は、国家による国際法の承認によってのみたらされるので、国際法は、広い意味での国内法の部分として、用語の狭く特別な意味での国内法の妥当性の領域だけを決定するのである。すなわち、国内法は、狭い意味での国内法を形成する規範上のそうした法の妥当性の領域を決定、ないし、限定するのである。国際法は、国内法の部分としてののみ有効であると想定されるので、それは、その妥当性の論拠を国内法の中にもっており、ここにおいて、この見解によれば、国内法秩序の基礎的規範が、あらゆる法の妥当性の絶対最高の根源であり、そのため、法秩序としての国家は、絶対的なものとして、すなわち、最高の法的権威として、理解され得るのである。

もし、国家の主権が、法秩序としての国家が最高の法的権威であることだけを意味しているということが認められるのならば、その場合には、主権は、観察ができるとか、できないとか、確認ができるとか、できないとかという事柄ではない。国家は、身体が他人よりも太り気味で“ある”とか、“ではない”という意味では、絶対的“である”のでも、“で

はない”のでもない。国家は、絶対的であるとか、絶対的ではないという前もっての推定だけはされ得るが、この前もっての推定は、法的現象へのわれわれの研究如何にかかっているのである。もし、法の構造が—本稿におけるように—国内法に対する優越を意味している有効な秩序としての国際法から始まるのであれば、その場合には、国内法秩序としての国家は、最高の法的権威であるという意味での絶対的“ではない”。その場合、国内法秩序としての国家は、国際法秩序以外の他の秩序が、国内法秩序に対して上位ではないという相対的意味でのみ、絶対的であり得るのであって、したがって、国内法秩序としての国家は、国際法秩序のみに直接に従属しているのである⁽³⁴⁾。他方において、もし、法構造が、国内法の優越を意味する国内法秩序から始まるのであれば、その場合には、国内法秩序としての国家は、用語の固有で無条件的な意味において絶対的“である”わけで、それは、委任により国内法の部分となる国際法を含む他の一切の法秩序よりも優越しているのである。

(31) 本稿、第二章・第五節e、第三章A・第三節f、第四

章・第三節c(3)、および、同四章・第四節c(2)(a)を参照のこと。

(32) 本稿・第二章・第二節eを参照のこと。

(33) 本稿・第二章・第二節bと第五章・第六節を参照のこと。

(34) 本稿・第二章・第二節fとgを参照のこと。

b. 一つの法秩序のみの排他的属性としての主権

法現象が、もし、国内法の優越の観点から解釈されるのであれば、一つの国内法秩序だけが絶対的なものとして考えられ得るのであって、その国内法秩序だけが、全構造の出発点である絶対的なものであると推定され得るのである。この秩序と他の国内法秩序との間の必然的な関係は、国際法によってのみ樹立され得るのであるし、更に、それが認められるのであれば、その場合にだけ、国際法が国内法秩序の妥当性の範囲を決めるのである。しかしながら、この見解によると、国際法は、国内法によって委任される場合にのみ、有効であるか、或るいは、同じことではあるが、国際法秩序が国内法秩序の一部と看做されるために絶対的である国家により承認される場合のみ、有効なのである。その他の国内法秩序は、国際法から、その妥当性を引き出すので、それらは、第一位であり、したがって、それだけが絶対的であると推定され得

る国内法秩序よりは下位にあるものと看做されねばならないのであるが、この国内法秩序は、国際法秩序により「委任されている」そのすべての他の国内法秩序を、その一部である国際法の媒介で、包含するのである。(国際法秩序を含まない)用語の狭義の意味における国内法秩序は、この構造の出発点であり、しかも、そのすべての他の国内法秩序が、国際法秩序による各々の妥当性の範囲に制限されているのであるが、そうしたことが、その構造の出発点である国内法秩序の部分であると想定されるのである。それらは、それら自身の構造に従ってのみ、創設され、修正され得るのであるが、しかし、一つの国内法秩序の一部として、他の国内法秩序に、この相対的な主権を保障する国際法は―この解釈の観点から―その解釈が生ずる国内法秩序の中に、妥当性の論拠をもっているのである。他の国内法秩序の内容に関してではなく、妥当性の論拠に関して、みずからを普遍的な法秩序として示すこの国内法秩序だけが無条件に絶対的であり、これは、この国内法秩序だけが、用語の固有の意味における主権であることを意味しており、もし、われわれが、国の法秩序としての国内法秩序について語るのであれば、その場合には、一国

の主権は、あらゆる他の国の主権を排除しているのである。

これは、国内法の優越という仮説に基づく承認理論の必然の結果である。しかしながら、この理論のたいていの解説者は、その最後の結果については考えていないのである。彼らは、法の世界を多数の分離した国内法秩序として考えており、その各々の国内法秩序は、絶対的であり、しかも、その各々は、国際法を、その一部として含んでいるのである。これは、法多元論の別の型体であり、それは、国際法と国内法とは相互に独立して有効であると主張することが不可能であり、しかも、国際法は国内法の一部として有効であると看做されているために、各々の国内法秩序の妥当性は、その他のすべての国内法秩序の妥当性から独立していると主張されるのであるが、既に説明してきた理由によって、この型体の法多元論もまた論理的に不可能なのである。ちなみに、この見解には、国家や国内法秩序のように多数の数的に異なる国際法秩序が存在することになるのであるが、しかしながら、さまざまな理論家たちが、さまざまな国内法秩序の優越や、それと同じことであるが、さまざまな国の主権から取りかかることによって、法の世界を解釈するということは論理的に可能である。

各法理論家が、彼自身の国内法の優越から、すなわち、彼が所属する国の主権から、始めることは可能であるが、その場合には、彼は、国際法を、彼自身の国内法とその他の国内法秩序との間の関係を確立するものと看做さなければならない。これは、法の世界の映像が、国内法が何を解釈の基盤にしているかによって変化するものであることを意味しているのであって、以上のような国内法の優越という仮説に基づいて確立される各々の体系の中にあっては、一つの国内法だけが、或るいは、一つの国内法秩序としての或る国だけが、絶対的なのである。但し、この場合、その体系の内の二つが、同じ国内法とか、同じ国ということには決してならないのである。

第九節 二つの二元論の哲学的、法学的意義

a. 主観主義と客観主義

国内法優越の仮説は、世界を理解するために、哲学者自身の自我 (ego) から取りかかり、それによって、世界を主体の意思と観念として解釈する主観主義の哲学に類似している。自我の主権を宣言するこの哲学では、非我 (non-ego) や、対等の存在としての自我であることも主張する汝 (tu) のよ

うな別の主体を理解することはできず、自我の主権は、汝の主権とは両立せず、こうした主観主義的哲学の究極の帰結は、唯我論 (solipsism) である。

国内法優越の仮説は国家主観主義であり、それが、国家、すなわち、構造の出発点である国内法、と言うことは、理論家自身の国内法秩序であり、彼が帰属し、法の世界の絶対的中心である国家をつくるのである。しかし、この法の哲学では、他の国家、すなわち、哲学者自身の国家と対等なものとしての他の国内法秩序、と言うことは、それもまた絶対的である法的な存在であることを意味するのであるが、そうした他の国内法秩序を理解することはできないのである。自我国家 (state-ego) の主権は、汝国家 (state-tu) の主権とは矛盾するのであって、国内法優越の究極的帰結は国家唯我論である。

自我と汝とは、われわれの哲学が、自我と汝の双方が共に部分として存在し、そのいずれも全体の絶対的中心ではない客観的世界から取りかかる場合にのみ、対等な存在と想定され得るのであって、同様に、すべての国家の平等の観念は、われわれが、法現象についての解釈を国際法の優越に基礎付

ける場合にのみ主張され得るのである。法秩序としての国家は、絶対的であることを前提とされない限りにおいてのみ、対等として看做され得るのであるが、その理由は、国家が、一つの、しかも、同じ国際法秩序に平等に従属している限りにおいてのみ、平等であるからである。

国際法の優越と国内法の優越とは、二つの法秩序の妥当性の論拠に関する問題に対する二つの相異なる答えであり、法によるそれらの内容の記述は、国内法の妥当性が国際法に基礎を置いているかどうか、或るいは、国際法の妥当性が国内法に基礎を置いているかどうか、によっては影響されてはおらず、国家の国際的な義務と権利は、二つの解釈のどちらが受け入れられているかどうかについては、全く同じであり、或る一定の国の実定法が、国際法秩序を、その国内法秩序の一部として宣言しているということは、法理論が、国際法の妥当性は国家による承認に依存していないと推定すること、すなわち、国際法の優越を受け入れること、を妨げるものではないのである。実定国際法が、国内法秩序の妥当性の範囲と論拠とを決定するということは、国際法が、或る国にとつて有効なのは、この国によって承認されている場合だけであ

るといふ仮設を妨げるものではないのであって、その仮説こそ、国内法優越の仮説を意味するものである。

b. 二つの仮説の誤った用法

二つの解釈―すべての法現象を単一の体系の一部として理解することの単なる二つの異なる方法―は、確かに、実定法の中身についての主張の基盤として、時々、誤用されているのである。国内法の仮定的な優越、ないしは、国際法の仮定的優越から、人は、実定法の実際の中身とは対立する結論を抜き出そうと試みるので、したがって、国内法の優越を前提とする人たちによると、国家の主権は、国家が他国と締結した条約により必ずしも拘束されてはいないということや、或るいは、国家が国際裁判所の強制管轄権に従属され得ないことや、国家は、その意思に反して、団体組織的国際機関の過半数決議によっては義務付けられ得ないということや、更に、国内法は国際法の発展過程に起源をもつことはできないということや、更にはまた、とりわけ、国家の主権は、その憲法が国際条約により創設されているという認識とは相反するものであるということ、等々、を意味するのである。これらは、すべて、実定法の分析によってのみ答えられ得るので

あって、主権の概念からの演繹によっては答えられ得ない問題であり、しかも、実定法は、ここに引用した主張のすべてが間違っていることを示しているのである。しかしながら、国際法の優越の仮説を受け入れる人たちは、彼らが、国際法は国内法に優越する、と言うことは、つまり、国内法上の規範は、もし、それが国際法と一致していないのであれば無効であると主張する場合には、同様に間違っているのである。何となれば、この主張は、国内法の規範が、国際法との不一致を理由に無効となる手段を規定する実定的規範が存在している場合のみに当てはまる事例であって、いずれにしても、一般国際法は、そうした規範を一切含んではないのである。二つの一元論的解釈のそれぞれは、実定国内法や実定国際法の経験的に与えられた何らかの規定にも拘わらず―単に、それらが、その点での何らかの密接な関係をもっていないという理由で―受け入れられるかもしれないし、拒否もされ得るのである。

c. 二つの仮説の間の選択

二つの仮説間の選択において、われわれは、主観主義的哲学と客観主義的哲学間の選択におけると同様に自由である。

後者間の選択は、自然科学によっては決定され得ず、自然科学には影響を及ぼさないと同様に、前者間の選択も、法学によって、われわれのためには行われ得ないし、法学に影響を及ぼさないのである。国際法の優越と国内法の優越との間の選択は、要するに二つの基礎的規範、つまり、国際法秩序の基礎的規範と国内法秩序の基礎的規範との間の選択である。指摘されるように、⁽³⁵⁾法秩序の基礎的規範は、法学的思考上の仮説であって、実定法上の規範ではない。そうした仮説は、受け入れられるかもしれないし、受け入れられ得ないかもしれないのであるが、社会関係を法的関係として解釈しようと望む場合、その場合だけは、その仮説は受け入れられなければならない。しかし、そうした解釈は、あり得るということにはかすぎず、必然的なものではない。基礎的規範についての仮説を受け入れるか、受け入れないかは、われわれの自由であるので、法の世界についてのわれわれの解釈の基本的根拠として、国際法の基礎的規範と国内法の基礎的規範との間の選択も自由である。

われわれの選択は、法学によっては決定されないのだが、倫理的、ないしは、政治的な嗜好によって導かれるというこ

とは、あり得ることであって、政治的姿勢が、民族主義と帝国主義である人は、彼自身の国内法秩序の基礎的規範を仮説として受け入れる傾向があるかもしれない。と言うことは、言い換えれば、その人は、国内法の優越から取りかかるかもしれないのである。国際主義と平和主義に共鳴する人は、国際法上の基礎的規範を仮説として受け入れる傾向があり、したがって、国際法の優越から始めるかもしれないのである。法学の立場からは、どの仮説を選択するかは関係無いのであるが、しかし、政治学の立場からは、その選択は、重要かもしれない。何となれば、それは、主権の観念と結び付いているからである。

二つの仮説間の決定が、たとえもし、科学の理解を越えているとしても、科学は、それらと、倫理的、ないし、政治的性格をもつ或る種の価値体系との間の関係を示す仕事を、依然として持っているのであって、科学は、法律専門家に対して、彼の選択の論拠を彼が選択した仮説の性質について気付かせることができ、しかも、それによって、経験で示されているように実定法が認めることのない結論を彼に引き出させないように行うことができるのである。

(35) 第四章・A・第三節c(2)、および、第五章・B・第四節
aを参照のこと。

(完了)