

国際法発展の観念とその文明史観的把握

桜井, 光堂

<https://doi.org/10.15017/1296>

出版情報 : 法政研究. 21 (3/4), pp.95-112, 1954-03-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

国際法発展の觀念とその文明史觀的把握

桜井光堂

- 一 序説——危機意識と克服態度の類型
- 二 国際法発展の觀念
- 三 国際法變動論の立場と法の帰趨

一 序説——危機意識と克服態度の類型

国際法の機能が現在殆ど停止的狀態におかれ、その体系が崩壊の危機にあることは各国法律家の知るところである。このような現象に対して国際法再生の方法と方向づけとを模索する者は極めて少数といつてよいだろう。この点は第一次大戦前後の時期と第二次大戦前後の時期との間にはおどろくべき差異がある。^(一)

(一) 第一次大戦当時、法律家や高級政治家は実に屢々「国際法は破壊された、破棄された、その法規は一片の紙屑と化した」と称えた。 Garner, *Recent Development in International Law*, 1925, p. 773 ; Alberic Rolin, *Les Fossoyeurs du Droit de La Guerre*, 26 Rev. Gén., P. 129.

この変化の真因はどこに潜んでいるかといえ、前大戦と今次大戦を含む半世紀中、一九三九年以前とそれ以後の時期、就中四五年から五三年に至る十年を含む約十五年間に生起せる社会構造の変化があまりにも深刻かつ決定的であつたため、前大戦当時、人類の最初の経験する大戦争として、その原因がしかも外的事情に存するとみなし、国際法の權威回復の可能性を信じた樂觀論が、再び擡頭しえざる打撃を受けた為であるといえよう。^(二)

論説

(二) 前大戦当時この樂觀論は世界に充満した。「破壊」され、「やぶりすて」られた以上国際法は新たな基礎の上に立てられねばならぬとして、おびたゞしい著書が国際法の再建、reconstruction, reconstitution, renovation 又は国際法の将来、新国際法という題目で論ぜられた。Garner, op. cit., p. 773.

かような問題を論じた樂觀論的国際法学者の中主なるものは次のようである。たとえばヂツタ、アルヴァレス、フォシーユ、ド・オリヴェイラ、リマ、コーラー、リスト、ウールジー、ド・ルーテー、ローラン、ガーナー、ニツポルト、チテルマン、等々がそれである。尙、デユーマ、ナイス、アンドレ・ワイス、ミロー、ドイツキンソン、アンウイン、ウイリアムズ、ヨハン・キヤブラル、ハミルトン・ホルト、ハーバート・ヒューストン、ポール・オートレー、チヨウ・ウエイなども著しい人々である。これに反して第二次世界大戦後の特徴はその悲觀論である。国際法の再建をとく人々も決してこれが国際法の権威回復に役立ちうると期待しているものはない。それらの諸説が立脚するものは政策論的仮設であつて、単に国際立法論的構図か、甚しきはユートピア思想であつて、しからざるものは悉く悲觀論である。学者としてはジェサップ、アメリカノ、ミス、シユワルトエンバーガー、ドイツキンソン、ナスバウム、ラウターバハトなどをあげうる。

曾ての、国際性の有効性の確信を根拠とする再建論に代つて、たんに戦時国際性と平時国際法との關係に止まらず、国際法の全体系の根柢に重大な危惧が向けられ、そもそも国際法がいかなるものであり、いかになりゆくべきであり、またいかにあるべきであるかの問題は、国際法の実態的、技術的研究を以てするのみでは到底不可能となつてきたのである。^(三)

(三) H・A・スミスはいう。この近年いやしくも法の現実的適用に積極的に関心を抱いてきた人はみな、この問題について自覚している。かような疑問—国際法はいかに変化し又すべきであるかの問題—に対して国際法の標準的テキストブックは役に立たない。グロチユースとその後継者のみならず現代の権威者の著書も悉くしかりである。これらの著者達は今日の法律家がまさに直面しているところの情勢について何ら深い洞察をなしとげていないのであると。H. A. Smith, *The Crisis in the*

それを可能にするものは明確な文明史的ないしは世界観的認識と評価の尺度による法變動の方向づけである。各国文明の衝突形態である国際法は、こうして今や究極的な、根本的構造を露呈し、その探求は法学的視点を以てしては甚だ限られた一面をしか把握できなくなつたのである。現在われわれが有する幾つかの国際法論の著者達は悉く大なり小なりの文明史的、世界観的、または文明学(culturology)的把握の根本的態度を基礎としないものはないが、それらは概ね未だ理論づけられざる直接的直観的知識の領域にあつて、法学的認識を独自のみにちびいてゆくまでに結びつけられていないうらみがある。今日及び将来の国際法變動の方向が、いかにあるべきであり、同時にそれと合致して「いかにあるに相違ない」かは、国際法の解体と新たな法の定立を求めるものが主として従来国際法の一方的恩恵を享受してきた諸民族であつて、他方、国際法の「根本原則」の遵守を要求するものが、国際法生成時代の如くに新興諸民族である傾向をあわせみると、^(四)「正しき」方向とその変革の態様も自づから暗示されるものがあるといわねばならない。

(四) ダンによれば、平和に対する脅威もしくは戦争は法律上の権利の衝突の問題としておこるばあいと、権利以外の要因、即ち権利及び財産の配分関係そのものを変更し、あるいは又配分関係を定める法そのものを変革せんとする要求からおこるばあいとあり、後者の脅威がより大であるため、このような変化する情勢とそれにもとづく要求に答えて法を変革する手続が設けられなければいかなる形態の平和も長くつゞきえないとして、集団的強制の方法を国際法進歩の正しい方向としていない。Dunn: Peaceful Change, 1937, pp. 1—4. かような認識は国際法の現状に対する危機の意識の眞の原因を鋭く観破したものである。別の観点からする危機の分析と克服の方向、国際法再建の方法を考察するものにスミスがある。かれのばあいはもはや文明学 C. Iturology の観点に立つて、人類法規範現象の動向を観察しそのあるべき方向を探る文化政策学の立場に通ず

るものがある。

以下本稿に於ては国際法変動論に関する基本的認識の点に考察を集中し、そこから国際法の帰趨についての若干の見透を試みることにする。そこでこの問題に直ちに進む前に、国際法変動ないし発展等の觀念に密接な関連性をもつところの、国際法危機の意識と、その克服の態度の類型について簡単な説明をほどこしておく必要があると思ふ。^{(五)(六)}

(五) 国際法の基礎構造の分析とその帰趨の見透なり人類の働きかけ、国家的行動様式の範疇論として、欧州大陸諸国民と非欧州大陸、なかんずく米洲大陸国民とでは甚しくその類型を異にする。というよりもむしろ端的に、すべての国際法学説は多少とも自国の国民的利益という立場の投影的性質を免れえないということもできる。英国学者と米国学者は相互に異なる特徴的態度をあらわしているし、大陸諸国、佛白伊、ことに独乙においては既に危機意識の反覆、法秩序の根柢的動搖の再経験から、現象の背後にひそむ永遠なる法の真相の探求に研究態度の重点は移行している。たゞ問題はかようにして見出される国際法的正義の理念が、学説的立場から、「国際法規定立」の国家行動として政治面にあらわれてくるばあいにはどのような力と結びつくかにある。前大戦後においてドイツの自然法的国際法理論は、法の定立行動として、カールシュミット（政治学者たるカールシュミットとは別人）を代表者としつゝヒットラーの権力および世界観とむすびついた。今次大戦後の自然法的国際法理論はその正義の要請をいかなる権力によつて実現するか興味ある問題であろう。Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1950, pp. 278—279.

(六) 危機意識と克服態度の類型については説明の便宜として歴史的瞥見の方法をとることにする。なお危機の觀念の価値的内容についてはスミス、シュワルツエンバーガーなどの英国学者の国際法変動論的態度に依拠して理解することとする。

十九世末を以て頂点に達したごとき観を呈せる国際法体系の充実は、二十世紀に入つて俄かに動搖しはじめたが、かようにグロチユース体制の基礎をゆるがした国際政治的事実を跡づけることによつて、国際法定立主体たる各国家、国民の、それぞれの主観的、客観的諸条件にもとづく行動様式と価値判断の態度が国際社会に妥当する法規範の

体系の存在態様に関してどのように作用するかを容易に見出すことができる。その類型的なあらわれを三つに分ける。その一は国際法の存在を前提として、法規範体系の方向を特定の目標に向つて推しすすめ、新たな法規範を追加せんとする態度である。法存在論的態度と称するもよく、法発展論的態度といふこともできる。世界観的には不透明な、矛盾に陥る態度である。その二は法不存在論的態度である。現実に存在する法規範を容認するばあいには、当該法規範を死滅にみちびかんとする行動様式と価値観とを示す類型である。その三は価値判断を停止せしめる法危機論的態度である。これらの特徴的態度を具体的に表現する国民は一にはアメリカ国民をあげることができ、二はソヴェート国民、三はイギリス国民をあげうる。^(七)

(七) このような類型をもつとも端的に示す著作として H. A. スミスの国際法危機論 Smith, *The Crisis in the Law of Nations*, 1947 参照。そこではかれはソヴェートおよびドイツを以て国際法不存在論者と断定している。その根拠は文明論的考察にもとめられている。そのことから、かれの著作は、かれ自身の第三類型としての中立的、価値判断停止的態度を鮮明に浮び上らせている。いうまでもなくアメリカは国際法発展論的、立法論的態度としてとらえられている。国際法政策論としても、また文明論的ないし文化政策学的観点からする文化の変動の問題としてみても、アメリカ的行動様式には重大な矛盾が含まれている。アメリカ学派の発展観を明示するもつとしては Jessp, *A Modern Law of Nations*, 1950, p. 1.

一九一四年の大戦勃発に当つて、国際法が一瞬にして「一片の紙屑」に墮し、まさにカントののべたごとく「国際法は実態なきことばにすぎない」ものであり、クラウゼウイツの考えたごとく「何ら価値なき自己拘束」にすぎないものに転落せしめられたのは、法侵害者たるドイツの責任であると連合諸国民は一般に考えたのである。

(八) Garner, *op. cit.*, pp. 1—2; Von Clausewitz, *Vom Kriege* (Eng. Trans. by Graham), Vol. 1, p. 2.

フリードリッヒ大王以来伝統的に国際法の権威に敵対的態度を持した独乙、なかなしくプロシヤを中心とするこ

るの、ライン及びダニユープにまたがり、曾てローマ、ビザンチン帝国の統治に服せず、西欧的文明に合流したことのない、感覚的に一体観を有しえない地域こそは、過去二世紀に亘つて、ドイツの拡張を妨げるすべてのものに価値と意義とをみとめなかつた法侵犯者であるから、ドイツを打倒することは直ちに国憲法の權威を回復する唯一の方法であると考えられた (Smith, *op cit*, p. 21)^(九)。

(九) もつともドイツ民族をヨーロッパ文明と異なるべつの文明をもつ民族とみなしたのではない。ドイツを一種の異質文明者とみなす考え方にみちびく原因はかれらのローマ法と異なる法意識である。この点、ロシア民族に対するキリスト教的西欧民族の異質文明視とはかなりちがつている。ロシア民族に対する異質文明視はことにソヴェート革命以来決定的となつた。

かくてドイツの挑戦という外在的、臨時的性質の障害の除去によつて国際法の正常な機能を回復し恒久平和を維持しようとなした連合諸国にとつては、維持さるべき正義とは、フランス革命の精華たる「契約自由の尊重と所有権の神聖視」^(一〇)であつた。

(一〇) 西山重和教授・法社会意識の指向性について・法政研究・環曆・二〇八頁。

一九一七年以降のロシアの事態はドイツとは異なる性質の脅威として、即ちより潜在的、より強力かつ持続的な、しかも三十年後に於て、海面上に突出すべき運命を荷いながら水面下に流動する巨大な氷山の一角として、既成国際法の基礎原則に対する挑戦を試みるという前駆的意味をもつて、欧州国際法の根柢をゆるがしつゝあつた。^(一一)

(一一) 一九一八年二月八日布告によるソヴェート政府の外債支払拒否事件はその一例である。事件は政治的には落着をみたが、法律問題としては解決をみていない。仏、米その他の国は事件の落着を以てソ連の伝統国際法に対する屈服と解したがソ連は外債支払を単なる好意より出たもので、それ以外の規範的意味はなく、原則問題としてはソ連は転覆された政府の対外債務を継承しないという立場を堅持してゐる。Ross, *Text Book of Int. Law*; Smith, *op. cit.*, p. 19. なお田村幸策・国

際法上卷一五四頁、パシユカーニス山之内・ソヴェイト国際法概論七八頁—九八頁。事件は一九二二年ゼノア国際會議に持込まれた。

第二次大戦はこの徐々に増大するロシア的思惟形式の脅威を一時的に緩和した如くみえたが、一九四五年の大戦終了とともに再び、しかも今度は決定的に、ローマ的文明様式とロシア的文明様式との接觸がはじまつたのである。十五世紀以降国際法發達の過程、なかならず十六七世紀の發達最盛期に於て、ロシアは最初から無関係な地域であつた。^(二二)

(二二) 一四四〇年から一四九三年に及ぶフレデリック三世の治世の前後は国際法發達の一つの頂点を示すものであるが、中世カノニストはもとより、近世直前に至つても、ロシアはヨーロッパキリスト教文明の圏内に入つてこなかつた。ロシアが國際社会に出現したのは十八世紀初頭ピョートル一世の時代である。それはソヴェイトに及んで始めて國際法そのものと対決した。

ロシアが膨張をつゞけてアジア地域に進出し更にアラスカをこえてアメリカに勢力を布植した一連の國際行為は實は國際法が各国の政治活動の結果取得した領域を法認する先占の規定に「違反しない」行為であり、無主の地域、又は民族国家として國際社会に加入していない地域に対する實力行使を禁止しない國際法がたまたまロシアの行為を取締りえなかつたという事實を意味するにすぎない。それは決してロシアが國際法に「則つて」行動したことを直ちにあらわすことにはならない。ロシアの立場は國際法とは「無関係」に膨張することであつて、國際法が禁止規定を設けているか認容規定を設けているかを問題にする立場にはなかつた。ロシアは國際法不存在の立場で行動したのである。アメリカ合衆国はモンロー主義の宣言によつて、欧州諸国および非米洲諸国のアメリカ大陸干渉を排斥したが、それは先占の規定を侵犯することにはならない点で、ロシアの立場とは（むろん事情を異にするが）何よりも法の實力闘争に委ねている領域——法の空隙 Dickinson, Law and Peace, 1951, pp. 85—87 ——を利した事に於て合致する点がある。^(二三)（國際法上、他国の先占を予防する）第二次大戦後ロシアが米国の勢力に対立するに至つた時、既に一九一

論 說

七年当時に於ても西歐諸国を苦悶させた事実が、再び大きく浮び上つてきた。それは国際法上無主の地を先占することが禁止されず却つて法認されているとみなされているのと同様に、普遍的なる人間の思想を「先占」すること、「思想的影響を及ぼすことによつて、人的に領域を擴張する」こと、宣伝によつて他国人民を支配下におくことは禁止されていないという事実である。このことに関して国際法上の「確立せる法規」を定立することは不可能であるとみてよい。地域的領有権にもとづく配分關係が、動かしがたい権利として西歐諸国によつて防護され、status quo を打破ることが、平和的変更方法に於ても、又非平和的変更方法に於ても許されないとすれば、残る所は人的領域の拡張である。この方法には限界点は存在しない。この方法を禁止する規定がない以上、対外宣伝を侵略と称して不法行為視しても、国際法上何らの効果もない。かくてロシヤの一貫せる膨張（膨張自体には法律上の価値）政策とその行動とは、国際法不存在の立場から、他方、西歐的國際法存在論の觀念に規制せられ、新たな禁止規定を設けんと苦慮する諸国の利益を脅かしつゝある。國際法が事情に適合しなくなつたという觀念や、それが改めらるべきであるという立法政策的國際法論が論ぜられるのは主としてこのような理由からである。國際法及び國際平和の危機はダンが指摘するごとく一九三〇年代に於ては権利及び財産 (Rights and possessions) を保持せんがための争いとして發生するよりもむしろ権利及び財産の配分關係の事実と、その事実を規律する法とを变革せんとする要求から起る可能性が強かつたが、⁽¹¹¹⁾第二次大戦後に於ては「権利及び財産の保持」をより具体化し明確化し、空隙の法領域に新たな禁止規定を埋めんとする要求から發生する可能性が強くなつてきた。

(113) Dunn, *ibid.*, pp. 1-4. なおこのふみでは却つてソ連の國際法不存在論は現実國際法の戰術的擁護論となる。

主権国家の神聖なる領有権を脅かすヒットラーは法の侵犯者とすることが容易であるが、自由なるべき人民の思惟を通じて、忠誠觀念の所在とその帰屬対象を変更せしめることによつて、間接に領有権の基礎を崩壊せしめることは

国際法上違法ではない。国際法が無効にひとしい状態におかれる現状は、むしろ国際法の擁護者であつた西ヨーロッパならびに米大陸の側からして、その機能障害と根本的な欠陥が意識されてきたことに基づく。かくして国際法の存在態様に対する根本的態度は、法不存在的態度と、法制定的態度(法の存在を前提とする態度)に分たれ、共に法変動の目標点は世界国家秩序 (Nippold, Garner, Jessup, Schwarzenberger 其の他) の容認の段階にまでみちびかれるのである。(一四)

(一四) 世界国家とは世界市民社会のことをさすのではなく、世界帝国をこゝではさす。なおカント、シュワルツエンバーガー、スミス、アメリカカーノ、ガーナー、ニツポルトも同じ結論に達する。

これらはいづれも国際法死滅論に外ならない。第三の態度としては、危機的評価に終止する中立的態度がある。この中には更に文明学的評価基準から国際法の変動の方向を決定ないし測定し、あるべき「正しき」普遍的正義の理念に合致すべき法変更手続と国際法発達のパターンをえがき出す立場も含まれるのである。(一五)(一六)

(一五) Jessup, *Americano* などの学者は、ダムの認識を類推適用して批判すれば、平和を脅かす国家的要請を代表する学説ともなるが、Dickinson, Lauterpacht, Nussbaum, Smith, Schwarzenberger の立場は印度の国家的立場は国際法の普遍的正義に合致する方向を示唆するにとり中立的態度をあらわすものといふべきである。Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1950, pp. 1—13; *Americano*, *The New Foundation of Int. Law*, 1947, pp. 21—24, 25; Dickinson, *Law and Peace*, 1951, pp. 79—110; Lauterpacht, *Int. L. and Human Rights*, 1950, pp. 103—111; Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1950, pp. 274—287; Smith, *ibid.*, pp. 97—102; Schwarzenberger, *A Manual of Int. Law*, 1950, pp. 130—152. など。

説 論
(一六) ソヴェートの行動がもたらす国際社会の秩序に対する危機は、国際法の法規にふれるという意味での国際法上の危機、従つてその社会秩序の侵犯の危機とはいえない。国際法上の規定がない。げんみつにいうならば、本文でのべたときダムの戦

争又は平和の脅威の要因をなすものの二つの類型の外に第三の類型を設ける必要がある。即ち法規の欠缺のために、法律上の権利又は財産を守ることが不可能となつたばあいには法規を新たに作るが、それができないときには事実的に守る以外に方法はない。この時法体系そのものは放棄されたにひとしい。ドイツ、日本の行動を国際法上の違法行為とするならば、ソヴェートの行動—その対外宣伝、革命運動の推進は、国際法外的行動であつて、不法行為にはならない。単に国際的友道又は友好的感情を損う意味に於て非難されるのみである。このように非法律的自由行動に於ける対立意識が決定的であるばあい、国際法はもはや働く余地がない。今日の危機はこのような危機であつて、国際法が存在するか又は存在しないかを決定する段階である。しかし国際法不存在的立場からの行動が不正で存在擁護的立場が正当であるということにはならない。たまたま法規の不存在的領域における事実上の対立であるから国際法上の価値判断および倫理的価値判断を、両者の立場からはなれて下すことは不可能である。このようにして戦争の危機は、国際法上の既得の権利と財産を一方的に守ろうとする側から強く発生するが、守る目的が法律上の権利・財産であることを相手方に認めしめることができないから、この斗争は結局二つの文明体系の衝突としてのみみるほかはない。事実上の闘争に委ねらるればあいには戦争の危機が特につよくあらわれてくる。コロイヴィン・米村・過渡期国際法六二頁。尙、戦争の危機は直ちに国際法の危機とはならない。

二 国際法発展の観念

二つ以上の文明体系の衝突（註十六参照のこと）が行われるばあいに、右の衝突が国際法的価値判断の対象となしえない法の不存在的領域における二国又は数国家群の衝突行為としてあらわれるならば、国際法全体系の中心的機能は、その事実だけからして直ちに否定され又は停止されるとみなければならない。（一個の文明の中心的契機は、その文段的構）
 成である）
 いうまでもなくこのような国際法の介入又は拘束する余地のない衝突に伴う残虐、憎悪、徹底的抗争の果たす惨害（異質文明をもつ民族間の闘争のはげしさと残虐さに）と無秩序に人類は長く耐え得ないであろうという「仮定」
 （ついでには、未開民族間の例を想起するのみでたりる）

を基礎として、国際法を、二つ以上の異質文明の対立にも適用せられうるごとく変更せしめる必要があるという当然の要請から国際法変動論は生れてくる。^(一七)特に法変更論は戦時法規について強く要求されるのである。

(一七) 国際法変動論 *Change of International Law* は、文明学 *Culturology* 的考察からする国際法ないし法的規範文化系列一般の歴史的推移現象に対する認識・価値判断における固有の変動論と、国際法規範の体系内部の問題としての法規変更の連続的な問題の考察との二つの部分からなり立っている。前者は国際法発達論・死滅論、ないし変形論として、後者は法改正論、例えば *Dunn, Peaceful Change*; *Smith, ibid, Problems of Change*, pp. 1—16. としてあらわれる。それは常に国際法全体の見透を必要とするため、国際法のあるべき姿に関する模型を示すことを要求し、そこから第一次大戦当時の集団的強制による平和なる国際社会像の空想画、たとえば前出・註二のかゝぐる諸家のごとき楽観的学説が生れ、ついで一九三〇年代のイギリスの諸学者のごとき妥協的、模索的、希望的観測図としての国際強制論や集合的安全保障論が生れる。例えば *The Royal Institute of Int. Affairs, Int'l Sanctions*, 1938. など、*Quincy Wright, else, Neutrality And Collective Security*, 1936 参照。第二次大戦後にあらわれた国際法改造論や国際連合論はいまや国際法の右のごとき致命的欠陥と、法の拘束を受けざるに至った事実的斗争に対し何人も希望的観測を下しえず、権力政治の実態を客観的に認定し、国際団体としての国際連合の法の機能も全く制限的効果しか有しないことをみとめざるをえないとなしている。しかもその改造論や国際平和計画案は悉く確信なき解釈論的方法論の域を多く出でず、多くは絶望的放棄の結果に陥っている。Schwarzenberger, *Power Politics*, 1951; *Kelsen, Law of the United Nations*, 1950 等。文明学的方法を以てする考察態度はわづかに *Lauterpacht, Int'l Law and Human Rights*, 1950 にみられるにすぎない。国際法が二つ以上の文明体系を、形式的にあらずして実質的に有効に包攝すべきであるとするならば国際法の法規定立の方向も、普遍的正義に合致する方向に改造する努力に向けられなければならない。いかなる文明もかような正義の法に反対するものはないから、国際法がその改正の方向を右のような努力の集中に立向かはしめるならば、国際法は衝突を緩和する機能を發揮するであろうし、もし然らざるばあいには単

に一方的権力政治の具として、顧られなくなるほかはない。

国際法の変更、改正、ないし改造又は発展というごとき一連の問題は常に法秩序の基礎構造の論理的分析と、法秩序が属するところの文明体系における文化現象の一つとしての法規範文化現象の文化諸系列との間の関係的地位の位置付けとを必要とし、かような二つの局面における考察を更に文明学ないしは文化政策学的評価基準によつて方向付け、その実現すべき正義又は価値の所在の確定と、それに至る方法とを法学上の課題として探求するのでなくては、到底今日の法学の直面する困難就中国際法学の難点をとり除くことはできない。けだし国際法学の難点は決してその方法論上のものではなくして、対象たる法——国際法なる法規範現象そのものの実体が具有する欠陥であるからである。(一八)

(一八) 文明学および文化政策学の成立根拠とその方法論、対象領域の限定、およびそれと国際法学との関係についてのべること
は他の機会にゆづる。文明学については、Leslie White, *The Science of Culture*, 1949; Kroeber, *White's View of Culture*, 1948, A. A., 50, pp. 405—415; Bidney, *On the Concept of Culture and Some Cultural Fallacies*, AA 46: 30—44, 1944; Giddings, *Civilization and Society*, 1932; Goldenweiser, *History, Psychology and Culture*, 1933; Hewett, *From Culture to Civilization*, (El Palacio, 49: pp. 133—142); 1942; Hobbouse, *Social Development*, 1924; Malinowski, *Culture*, ESS, 1931; Wissler, *Man and Culture*, 1923. 文化政策学については小著(未刊)文化政策学昭二六年脱稿参照のこと。近く刊行の機をえたい。数個の文明の概触規定たる国際法は国内法と異り、その学問的認識はこれら文明学および文化政策学の設定する価値の実現にむかつてみちびかれなければ、停止する外ない。

国際法の学説が法の将来及び法の歴史的経過に対して発展的、進歩的意味契機をもつて把握している一般的傾向にあることは、ゲーテと共に歴史、社会、さらに広く文明ならびに文化全体系の存在とその推移に進歩の価値判断を下す

立場から科学的研究を行う『矛盾と曖昧にみちた近代科学』の特徴をあらわすものとしてあえておどろくに当らない。
 (文化と文明の概念の區別) 問題を国際法に限定してみて、およそ国際法が進歩するか、発展もしくは発達するか、或いは衰滅、退歩、後退、死滅するかの問題は検討を要する法社会学的文明学的国際法学の重要問題である。進歩又は発展の観念が何であるかの解明は先決問題であるが、規範文化のすべてを含む文化的所造の一系列たる法規範文化の体系が進歩の意味契機を帯びて歴史的に存在するものなるや否やは、一に文化創造主体たる人間そのものが進歩、発達又は進化するか否かにかゝり、社会、文明、法の進化又は退化、発達と後退もこゝに依存する。技術的な改良、発達が「文明」の発達であるかは大きな疑問である。動物と區別せられたる、法制定者としての人間の観念の中心的徴標は、人格観念、人格価値意識であり、この意識を前提としてのみ、文化概念もなり立ち、文化創造者としての人間の観念も可能となる。^(二〇)

(二〇) 規範文化を通して文明を認識するとき、造られたるものとしての文化を観察する文化人類学的文明学の方法論を以て国際法の文明学的角度よりする研究方法論とすることはできない。一般に動物学的、生物学的ないし他の自然科学的方法論の観点より法と文明を認識するとき、例えば法は単に力の表示にすぎなくなる。価値観念もまた本能的、感官的機能に局限せられたる低度のものに止まり、高度の美的、宗教的、法的ないし経済的規範の系列には及びえない。自然科学的心理学的美学が美的価値を快感と合一せしめると同様の立場から、法を以て力の表示となすとき、自由、平等の要請は説明できない。

人格価値意識を第一前提として文化概念が成立し、文化現象の一系列として、他の美的、宗教的、経済的諸規範と相ならんで存在する法規範の歴史的存在に対して、進歩、進化、発展、発達の概念を適用するためには、右の所造文化を支配統制する人間自体即ち人格価値意識そのものに何らかの変動が生じることを要件とする。個人又は特殊の民族が一定の自覚的向上を行うことは人間の存在の人格価値意識自体の進化と、それに伴う文明の進化が行はれたこと

にはならない。人間が人格觀念を放棄するとき変化が生ずれば、文明に根本的變動が生じたことになるが、それが退化であるか進化であるかは別の立場から分析されねばならぬ。一面的な技術的改良も人間及び文明を發達の観点でとらえる論拠とはなしえない。この立場をとるホワイトの把握は文明及び人間の概念自体の決定に関し重大な誤謬を犯すものといわざるをえない。又文化蓄積量の増大も、ホワイトの見地とは反対に進化とは無関係であり、生産量の増大も進歩又は發達の觀念には直接には結びつかない。自然科学的方法論の立場からは發達をかような技術的意味にのみ限定しなければならぬ。^(一一)

(一一) 二辺的、多边的國際協定は現在に於ても一万以上に達しており、國際行政同盟のごとき機構による國際規律もますます増加し、一八〇四—六四年までは九年に一つの國際行政同盟ができ、一八六四年—九〇年までの間に二十九月に一つ、一八九〇—一九一五年までには十三カ月に一つの同盟ができてくる。P. Witt, *The Conduct of Foreign relations under Modern democratic Conditions*, 1924; Liszt-Freischmann, p. 36, 1925. これを直ちに國際法の發達に結び付けることはできぬ。

文明及び社会變動の一表現としての法變動に関して社会變動論上の循環概念を適用し、歴史的にも、國際法の領域に於て中世的法類型の再現を推知することは不可能でない。^(一二)

(一二) 發達とは同一の事物の時間的推移過程に於て内的生命の活動の結果あらわれる変形に人類が下す価値判断であり、変形の態様についてスペンサー、モルガンの進化論は別としても、ウィツスラー、クローパー、チャピンの循環概念を適用し、更に狭い意味での發達論的把握は可能であるが、その變動論は常に文化均衡論に制約せられねばならぬ。Gray, *The Developing Study of Culture*, *Trends in A. Sociology*, pp. 175—195.

いやしくも發展的意味契機においてとらえられた國際法、國際社会秩序に危機がおとづれうるということは、形式論理的には説明できず、社会機能に根拠を求めざるをえない。^(一三)

(二三) スミス、シユワルツエンバーガーのごとく機能説をとる立場はこの点で一応の解決をみるも、価値判断問題で直ちに難点に達着し、ラウターバートの自然法的国際法観に及ばない。Lauterpacht, *Int. L. and H. R.*; Opp-Laut., *Int. L.* vol. 1., 1952, pp. 68—84.

いうまでもなくボエスの指摘のごとく、社会的存在としての人類を認識対象とする文化人類学 (Boas, *Anthropology*, *The Encyclopaedia of the Social Science*, vol. 2, p. 73-) や文化社会学のごとく、人間存在および文化の所造に社会的契機を特に重視することは全面的に誤れるものではなく、生物学的人間観とならんで、人間及び社会の全面的構造契機の総合的ないし調和的把握——文化均衡論の立場からする社会変動論はかような認識にもとづく——に貢献するのであるが、人間は直ちに以て社会的存在として、社会関係及び蓄積文化によつて規制せられるもののみ解してはならず、本能的存在たると共に他方倫理的存在であり、かつ一切の外在的要素に一方に規制せられつゝも、他方にこれを支配し克服する倫理的要請をもつてその行動をみちびいてゆくものである。(技術目的的要請は常に倫理的要請の下位に立つものである。) この故に何人も普遍的正義の観念を否定しえない。他の動物と異り、又いかなる社会形態、社会関係においても、いかなる文化的蓄積物に規制せられても、かような普遍的正義の理念を人類が有する限り、一定の技術目的の発達が行はれ他方においてその発達に対応する不合理が社会的、技術的に発生し一定段階に到達するや右の発達と目される人間所造が、人間の倫理的正義の要請に甚しく違背するに及んで、該文化的所造又は社会形態は廃棄せられ、新たな手段が選ばれざるをえない。このような人間の自主的行動が一定の循環的類型的変動を社会にもたらすこと自体が、人間、文化、文明、社会および法において技術的意味における改良、発達、進歩向上をつとけながら同時に他方にはそれに伴う害悪を常に用意しかつそれをも成長せしめ全体として人間そのものの進化は存在しないこと、従つて文明、文化を発達の意味契機においてとらえることの困難なるを示しているのである。(二四)

論 説

(二四) 人間が本能の一部を失うか理性の構成に特異の兆候があらわれたとき、進化は可能となり、文明・法の発達も正しいみで可能となる。

(二五) チャピン・クローバー、およびある点ではオグバーンすらも、循環概念に進化概念を曖昧に妥協的に結びつけている。

Chapin, Cultural Change, 1928; Ogburn, Social Change, 1922.

三 国際法変動論の立場と法の帰趨

主として動物学的基本観念にみちびかれながら文化発達測定公式を提示したアメリカのレスリー・ホワイト(これをト方程式とよぶ。)の文化観、文明観は法ないし道徳の分野に適用の不可能な方式であることが明らかである。(二六)

(二六) ホワイトによれば文化発達の基礎公式は $E \times T \rightarrow C$ であらわされる。Eはエネルギー、Tは使用する道具の効率である。技術的目的に奉仕する技術規範系列の生産量とその質の測定から文明度を認定できるとするのである。他方に於て右の文化所造のもたらす害悪の測定はなされない。故にこの公式に於て吾々が得る所のものは、もしこれを国際法に適用すれば、年々おびたしく作られる国際約定は悉く国際法の発達である。条約という特定形式に於て、一定の規範的目的的行動を実現するばあいとその結果を発達とみなすことは不可能である。又、例えば、刑法に於て責任無能力がみとめられたことが文化の偉大な進歩であるとされがちであるが、かような進歩のかけに、民事法に於て無過失責任のもたらす巨大な惨害が放置されその弊害は年々大となる。文明学的には法の進歩は存在しない。かような社会規範的文化系列に関してはレスリーは何らの考察を加えないにひとしい。White, *ibid.*, p. 368.

文化社会学に於ても文化人類学に於ても社会変動論が甚だ不充分であるごとく、法社会学的国际法学の領域に於ても、法変動論の考察は更に薄弱であり、多くの学者がとる国際法発達論(例えば Jessup, *Development of Int'l*

Law by the United Nations, 39 Am. J. Int. L. 1915, P. 754) の發展觀の基礎付けも、危機説 (Smith, *ibid.*; Bidney, *The*

Concept of Cultural Crisis, 1946,) の法の帰趨や文化の帰趨の根拠付けも決して学問的な検討をへたものでなく、ひとり技術論のみについて精緻である。^(二七)

(二七) デイツキンソンにおける法の成長、ラウターパハトの進歩、シユワルツエンバーガーの發達、オツペンハイムの發達、ナ
スバウムの成長と發達、ジェサップにおける進歩と發達、第二次大戰以前の歐洲諸学者の定型的發達觀、これらはすべてその用
語も、觀念自体も検討されることなく、任意、選択的に使用されたにすぎない。スミスに於て慎重な分析、法の変化と再建の觀
念が文明的基礎考察から打出されているのみをみるだけである。ラードブルフ、コロヴィンもやゝ注目に値するであろう。

しかしながら、米國文明学者ホワイトの定式が社会規範文化系列に適用できないとすれば代つて何らかの定式によつて法變動の——従つて文明の中心をなす人間價值觀念にもとづく普遍的正義と個別的具體的正義との結合及び背離關係の状況を測定すべき方法はないであろうか。われわれはホワイト方程式を去つてわが西山方程式をとりあげることができる。^(二八)

(二八) 本邦西山重和教授の方程式は文化人類学的方法論の一面性に対し、文化の中核的要素たる法規範ないし道德規範に向つて試みられた法社会学的國際法学上の方程式として特記すべきものといわねばならない。教授によれば、規範の実施力の強度を E、制裁又は強制回数を P、違反回数を C とすれば、 $E \parallel \frac{P}{C}$ 又はそれに類する函數關係が、法社会意識による法規の合、正義性に対する監視の下に、法規の改変、法の變動關係を決定する基準として定式的にあらわされるのである。(西山重和教授・法社会意識の指向性について、法政研究・還曆・二〇卷二、四合併号、二〇〇頁参照)

論 說
人間の規範意識に関する文化所造たる法規變動の右のような測定段階から出發して、變動の方向を見定めんとするばあい、すべての学説がひとしく社会正義とよばれる倫理的要請——普遍安当性をもつ正義の要請に向つて、現

存の法規を変形せしめんとする特徴を示しているのであるが、しかしながら、国際法秩序はその「基礎構造」において、かような要請が法の原則として中心的地位を占めるごとき構成を示さない。国際法の基礎構造は個別的正義の要請と普遍的正義の要請との二つの要請を以て構成される二重構造を示し、基本的には普遍的正義を実現する唯一の方法として個別的、国民的正義が法の実現せんとする正義であるときとみとめられ、それが変革せしめられる可能性は殆どないといふことができる。この故に国際法の変革、改良、再建論は、思惟過程の如何をとはせず世界国家論に帰着する結果を来さざるをえないのである。^(二九)

(二九) 諸家の改造論ならびに国際法の基礎構造についての説明は別の機会にゆづることにする。

一九五〇年代の新事態——二カ国以上の国々の原爆所有——は法の変動を新しい希望的方向に指向せしめる可能性をもたらした。けだし、事、実、的、抗、争としての戦争の困難性が法改変の方向を国内事項の国際化えという方向にみちびかざるを得ないからである。^(三〇)

(三〇) 異質文明の対立が原子兵器の使用によつて、人類文明そのものの崩壊と滅亡の危機に直面するに至つたことをスマスは指摘し、信義誠実と法の正義に希望をつなぐ外ないとするに對し、ナスバウムはかような異質文明に對しても妥当するのではなくして同質の、共通の文明的基盤——思想連帯——の上に立つ諸国民間の法として、一種の広域的国際法圏の成立を示唆する。そのばあいかれはソヴェート法の柔軟性に着目し、かような国際法圏が力によつて維持されるならば、時間的経過と共に二つの国際法圏は確定するであろうとなす点に於て、コロヴィンの見解にある共通性をもつている。しかし国際法の変更の方向はこれだけでは明らかでない。ラードブルフはこの点については、国際法が等分的正義から配分的正義に向つて移行する歴史的動向をもつことを指摘することによつて、国際社会の法についても、その社会化の方向を推定する。それは端的に国際法に於ける国内事項の国際事項への転化によるところの国際社会の不平等是正の方向をいみすることになるのである。Radbruch,

R. ph. pp. 87—88, Smith, *ibid.*, 97—102.

(一)