

アルフレッド・フェルドロツス 一、『國際法々源論』（獨逸國際法學者報告第十號：一九三〇年）
二、『法の一般原則論：實證國際法の根本規範の問題について』（社會・國家及法：一九三一年）

川上，敬逸
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16241>

出版情報：法政研究. 4 (1), pp.261-280, 1933-12. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

アルフレッド・フェルドロツス

一、『國際法々源論』（獨逸國際法學會報告第十號——一九三〇年）

二、『法の一般原則論——實證國際法の根本規範の問題について』

（社會・國家及法——一九三一年）

川 上 敬 逸

は し が き

一般的には—前世紀の自然法論につゞく十九世紀の歴史主義・實證主義の法律理論、特殊的には—心理學的社會學の強い影響の下に集大成されたイェリネックの實證的・經驗的法律理論は、人の知ることく、新理想主義的傾向の下に次の二つの立場から批判される。それは一方に於ては、デュギーによつて當時のフランス哲學及び特にフランス社會學の立場から新自然法論へ展開せられ、他方に於ては、ケルゼンによつてカント的批判主義の立場から規範論理的實證法論へと展開せられる。更にケルゼンの純粹法學は、特にその國際法理論の方面に於ては、フェルドロツス教授によつて、十九世紀の歴史主義や實證主義によつてそれが國際法に對してなした諸々

の功績までも没却せられてゐた自然法論への回顧として現はれ、ルネッサンスとして現はれる¹⁾。果して然らば、フェルドロースに於ける自然法的傾向は、人の言ふごとく、彼の依つて立つ純粹法學の要請とは互に相容れぬ程のものであるか。²⁾ 私は否と答へるのに何の躊躇も出来ない。むしろ、私はこゝに於てこそ、かの純粹法學の地位が最もよく現はされてゐるものと考へさせられる。かくて人は、純粹法學の自然法的思辨への極めて強い反對にもかゝらず、既に其の中に必然的に包藏せられてゐる自然法的な契機のあるものを看取せざるを得ないであらう。蓋、その方法を呼んで自ら批判的實證主義と稱する純粹法學は、法の apriori を Sollen としての實定法の基礎³⁾に探めてこれを根本規範 Grundnorm と呼び、而もこの「根本規範の内容は……實定法として理解せらるべき素材によつて決定される⁴⁾」と説いてゐるからである。他方、特に大戦後の諸種の國際會議や立法事業は、明かにこの間の消息をも語るものとして注意せらるべきであらう。まことに、國際法にも自然法再生の日が來た。舊自然法論によつてその基礎と原則とを興へられた初期の近世國際法が、今又自然法の再生によつて、國際的な諸會議や諸立法事業ととも異常の發展を遂げてゐる事實は、何人もこれを否定することを得ない。

しかし敢てヘーゲル流の表現を以てすれば、正に今日の國際法學は、十八世紀の自然法論、十九世紀の實證法論に對して Synthese の國際法論であると言へるであらう。果して然らば、Synthese としての今日の國際法學は、如何なる明日の國際法學をその中に契機として包藏してゐるのであるか。今日の國際社會は、如何なる明日の國際社會を堯望してゐるのであるか。甚だ興味の多い、しかし切實な問題ではある。

以上の見地から私は、フェルトロス教授の國際法々源論(就中文明國民によりて認められたる法の一般原則論)を、主として前掲フネラートを中心⁵⁾に殆んどその翻譯に近い形式で、適宜前掲論文を照應しながら紹介して見た⁵⁾。

- 1 „Gesellschaft“ (Gesellschaft, Staat und Recht の略、以下に同従々) S. 360. 363-5 尙 „Verfassung“ S. 57 参照。
- 2 例へば横田喜三郎—大澤章「國際法秩序論」(法律時報四ノ四・三八頁)尙、立作太郎「平時國際法論」一一〇頁参照。
- 3 所謂批判的實證主義が「實證主義の固有の基礎に關する省察」にあることは Fritz Schreier, Die Wiener rechtsphilosophische Schule (Logos Bb. XI. 1922/23, Hft., 3. S. 309) 以下同じ亦説かれし如し。
- 4 Kelsen, Naturrechtslehre und Rechtspositivismus S. 65.
- 5 „Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Hft. 10, 1930“ 掲載の如し。
- 6 „Gesellschaft, Staat und Recht. hrsg. v. Alfred Verdross, 1931“ 掲載の如し。

—

彼によれば、「文明國ニ依リ認メラレタル法ノ一般原則」の問題は、實に「實證的國際法の眞の内容が如何なる原則に従つて創られるか」の問題である。これによつて、私がこゝに彼の前掲二者を併せて紹介する所以の決して偶然にあらざることが明かにされるであらう。まことにこの問題は則ち、彼の國際法々源論の出發點たるにも、又その歸着點でもある。彼がヴェーキン學派に屬してゐながら、その地位が餘程特色あるものとされてゐる所以も全くこゝにあると言つてよい。彼の法源論に於けるかくの如き特色は、既に彼の以前の他の二著⁴⁾に於て

も顯著ではあるが、就中その完成せられた姿に於て而も彼の學說のその後の發展とよもに窺ひ得るものとしては、蓋上掲論文⁵⁾に如くものはない。然しこゝで私は、主として上掲レフェラートによつて、彼の國際法々源論一般に於て述べることをする。

Mitteilungen 掲載の Referat は、三段に分つて叙述せられてゐる。そして彼の叙述の全へてを通じて一貫するところのものは、その所謂批判的實證主義の態度である。第一段に於ては、問題の解明がなされ、第二段に於ては、第一段に於て設定せられたる問題の解決は、所詮國內慣習^{シエクトン、ソラクシス}の分析によつてのみ可能であると力説せられ、所謂法の一般原則にまで論及せられる。最後に第三段に於ては、法の一般原則の國際法々源としての性質が極めて高調せられてゐる。前二段は、ともに第三段の結論への言はゞ論證の道行に外ならない。

- 1 „Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées“
- 2 „Gesellschaft“ S. 354. 參照。
- 3 例へば、大澤・野見山共譯「國際法の基本問題」譯者序一〇頁及横田氏「大澤章」國際法秩序論（法律時報四ノ四・三八頁）
- 4 „Die Einheit des rechtlichen Weltbildes“ 1923, S. 120 ff. 及 „Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“ 1926, S. 57 ff.
- 5 „Die allgemeine Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquellen“

(一) 成文憲法を有せざる法律團體に於ては、そこに於て如何なる種類の規範が法として妥當してゐるかについて、これを指示するところの成文法規が存在しない。従つて一般規範の中の如何なるものが法としての拘束力を獲得するやとの問題は、そこに於ては先づ法の適用即ち、法の執行機關の慣習によつて推論される外はない。問題は、法慣習レヒツプラクシスによつて前提された規範群が、法慣習の意味分析によつて明かになるといふことである。一般國際團體も亦成文憲法を有しないから、國際法源の問題は即ち、執行々爲の基礎となる諸規範が、如何にして國內慣習を國家間の交通に關して法律上拘束力を有するものとして創めて解するに至るか、といふことである。¹⁾

然るに通説に於ては、國際法の淵源の定義はその研究の最初におかれる。それはおそらく、諸國家の共通の意思に基ける規則が國際法であると主張せられることによつてなされる。實際これらの定義も亦國內慣習の分析によつて獲られたものである。²⁾ 併しながらそれは、常に法の經驗上に於て測定せられ吟味せられて來たのでなく、却つて除々に學説と化したものである。³⁾ 従つて實證レリアリスティック的な法律觀としては、これらの學説を検討し且上述の如き批判的質問によつて、新しい批判的法源論を打建てなければならぬ。⁴⁾

これに先立つて、就中國際法々源の概念が限定せらるべきである。この點に於て先づ明かにせらるべきは、即ち國家間の交通に於て妥當することを要する規範のすべてが決して國際法規範ではないと言ふことである。特に國際法と道德規範とは區別されねばならない。しかしそれにもかゝらず、嚴密な二元的見解には同意出來ない。法と道德との區別は、決してこれらの規範領域が互に絶對的に分離されたものであることを意味しない。淺薄な

一元論はこれを拒否せねばならないが、法と道德とを識別せる一元論は、兩者を習慣の所産として把握しやうとして來た。國內慣習も亦右の區別をしてゐる。この點については、明瞭に國際法による裁判と衡平によるそれとを區別してゐる常設國際司法裁判所規程第三十八條を指示すれば足りる。更に若干の仲裁々判條約は、國際法による裁判と正法によるそれとを區別してゐる。故に國際法に對しても亦、パウルスの次の格言が妥當する。曰く「認められたるものがすべて正しいのではなし」と。

右の區別に關する問題のすべてが、條約の範圍だけでは取扱はれ得ない。従つて條約については、慣習についてと同様に争はれてゐる問題を摘出することを以て満足しなければならぬ。かゝる見地からは、條約法は條約法としては看過される。蓋、國內慣習の統一的論證によれば、國家間の條約で締結された規範は、條約當事者に對しては原則として法的拘束力を有してゐるからである。そこで問題は慣習法に在ることが明かとなる。國際法上の慣習法が國家を羈束するといふことも亦争はれない。即ち法を適用し、又は、最初の實際事件に於て法を設定せんがための主觀的意識と結びついてゐる慣習法を基礎づけんがために、*opinio necessitatis* によつて、慣習法が單純な慣行と區別されてゐることは議論の餘地なきところである。けれども如何なる前提の下に、一般的慣習法規範が現存するものとして認められ得るかについては、何ら明瞭にされてゐない。進んで國內慣習が、條約法並に慣習法の外に尙諸他の規範群を、法的拘束力を有するものとして觀るか否かを検討せねばならない。

1 故に實定法規範の設定は前提せられたる根本規範に基くとされるならば、この問題は皮相的に解決されたに過ぎない。

何となれば根本規範の内容は、法規の素材が既に知られてゐる場合に初めて定式化されるからである。即ち根本規範は特定の法的所與に關して意義を有するに過ぎない。故に實定法が、根本規範によつてその體系の戴冠式が行はれる前に、諸種の規範の中の如何なる範圍に存するかを知らねばならない。問題は常にこの根本問題に再歸する。他のすべての事柄は其の解決に懸つてゐる。かくて批判的實證主義は、諸國家をその相互關係に於て方向づける規範は何であるかとの問題を單純に提出せねばならぬ。そこで國內慣習上規則的に行はるる諸々の規範は如何にして創られるかを問題とすることによつて、間接にまた實證的國際法源に進むことが出来る。故に實證的國際法源に關するこの問題は、社會學的分析によつて解決され得ることが明になる。けれども實證法的妥當性は價值論的妥當性とは全然異なる。前者は社會學的觀念であり、後者は規範的觀念である。

實定法の最高段階としての憲法の妥當性又は全體としての實定法秩序の妥當性には、二重の意義がある。即ち超實證的(自然法的)秩序による妥當性の委任であるか、然らずんばその現實性即ち事實性であるかの何れかである。前者は價值哲學の問題であり、後者は社會學の問題である。従つて例へば、屢々或秩序の現實性たる社會的事實から、この規範的妥當性が演繹されるかと云ふことは、かくの如き秩序に服従すべしと命ずる規範を前提しない限り無意義となる。こゝに根本規範によつて法實證主義の必然的限界を指示したケルゼンの不朽の功績がある。實證的國際法の規範的妥當性は、一方に於ては、多數の諸國家に分たれてゐる統一的人類の神に基く道德的觀念にその基礎を有してゐるが、他方に於ては、かゝる觀念は諸々の國家の行爲となる場合に於て且その範圍に於て現實化され得るのである。従つて實證的國際法を全體的に把握するには、國際法の事實の基礎たる諸觀念を探究するとともに、これらの觀念を構成する諸々の行爲を探究することが必要である。これらの綜合によつて初めて實證的國際法が出来る („Gesellschaft“ S. 355-8 參照、法的一般の原則と根本規範との關係については尙 „Verfassung“ S. 59 及 S. 33-4 參照)。

2 通説の吟味分析については、*„Gesellschaft“* S. 355-7 参照。彼はそこで特に通説の代表者 Karl Strupp の學説を擧げ、その國家容認説を反駁してゐる。

3 *„Gesellschaft“* S. 356-7 参照)。

4 彼自身の所謂批判的實證主義は、特に彼の所謂經驗的實證主義たる通説の意思説に對立せしめられてゐる (*„Gesellschaft“* S. 356-7 参照)。

5 國家間の行爲の分析によつて、國際法團體に於ては、單に國家の承認を経て作られた規範のみならず、國際法の事實の基礎觀念から導き出された諸々の規範も亦妥當してゐるといふことが解る。そして、これらの觀念に基ける規範の中で、最後に強制的制裁と結合するところの規範と、單に相互の保護の下にある規範とは區別せられねばならない。「實證的國際法」の意味構造をなせるは單に前者のみである (*„Gesellschaft“* S. 358 参照)。

6 *„non omne quod licet, honestum est“*

(二) 國際法上の慣習法に關する學説の根柢的な分裂は、意思説と法律確信説との對立になつて現はれてゐる。¹⁾ 慣習法的規範は、多分グロチユースに遡るであらう意思説に従へば、問題となれるその規範の慣行に參與した國家によつて「意欲」されたが故に、これらの國家に對してのみ拘束力を有し得ることとなる。しかしながらその場合に、協約による規範の如きも亦拘束力あるものと觀することは、諸國家の一般的意思をも亦認め得ることとなるから、右の見解に對しては異論なきを得ない。同様に法律確信説に於ても亦、次のやうに互に異なる二個の主張が可能であり得る。即ち、かゝる内容の法律確信がそこに於て作り上げられた²⁾ 國家のみが慣習法の規範によ

つて拘束せられるといふことも主張され得るし、之と反對に優勢な *überwiegende* 法律確信に基ける慣行が、一切の國家を拘束してゐるといふことも主張され得る。従つてこの問題については、右の何づれによつても解決され得ない。かくて問題の解決は、次の批判的實證的な疑問の提出によつてなされる國內慣習の分析によつてのみ企てられ得る。即ちそれは、國內慣習は、すべての國家が遵守してゐるところの慣習法規範のみを法律上の拘束力を有するものとしてゐるか、或は其他の規範にも亦一般的な拘束力を附與してゐるか、といふ疑問である。

けれども右のやうな検討をなすに先立つて、國內慣習の把握は如何なる *Urkunden* から演繹せられるかについて説明されねばならない。この點については、先づ第一に國家の對外保護の衝に當れる官廳の職權上の解釋、次に國內裁判所の判決、最後に國際法上の仲裁並に司法兩裁判所の判決が問題とせらるべきである。國內裁判所は、原則として國內法のみを適用せねばならない。しかし國內法は屢々國際法を指示してゐるために、國際法も亦先決問題となり得る。それ故國內裁判所は、國際法上の問題に關してその態度を決定してその國の法律確信を表示する機會を有つてゐる。國際法上の兩裁判所の判決は、もとより係争當事者並に當該事件のみを羈束する。しかし諸國が、これらの判決中に述べられた法律上の見解に違背しないならば、その見解は他の諸判決文によつても受繼がれ、又その間に於て國家の一般法律意識にまで徹底することが期待される。かくて國內慣習上の見解は、對外關係に於て發表された國家の聲明によつて明示的となるのみならず、亦協約によつて新に一般成文國際法規範を制定する外交機關が裁判官の法律上の見解に服することによつて默示的にも推論され得る。

外交文書に關する範圍では、ヨハン・ヤコブ・モーゼルは暗示して曰ふ、即ち問題とされてゐる態容が「他の數多の歐洲諸國に於て慣行されてゐる」場合には、諸國は慣例（ハブスブルグ）に基ける國際法規に對して一般的拘束性を認められてゐるのであると。一般慣習法規の證明に關しては、外交機關は屢々他の諸國に於て發生した諸先例を引合に出してゐる。およそ國家間の紛争事件はすべて、それについて證明してゐる。これらの事件に對する判決によつて認められた學説は、次の如く制限されることを要する。即ち「或國が、かくの如き規則が形成せられるに當つて反對の意見を述べた場合には、たとへ優勢な慣行と雖直ちに一般國際法を作り得ない」と。この點に關しては、國內法上の明文規定に反する國際法規は、何ら一般に認められたものでないとの注目せらるべき見解がある。⁵⁵⁾

國際法上の司法・仲裁兩裁判所の判決を分析することによつて、以上の如き國內判決の結果が同様に認められてゐることが判る。即ち一方に於ては、或一國の反對によつて一般慣習法規はその形成を阻止せられる。⁶⁾ 他方に於ては、かゝる規範の證明にはそれが係争當事國によつても亦行はれたことを必要としなす。⁷⁾

叙上によつて、或大きな國家團體間の協約によつて締結された規範が、同時に爾餘の國々に對しても亦法的拘束力を有し得ることが同様に明にされる。⁸⁾ こゝで問題となる規範は、他の諸國の、矛盾せる法律上の見解がそれに對立せざる限りに於て、それが發展せしめられた原則に基いて一般拘束性を有する場合に、或有力な法的確信によつて支持せられてゐるところの規範である。従つて協約上の規範は非協約國を、その協約上の確證に基いてはしないが、しかしこれと同様に拘束してゐる。⁹⁾

1 彼は意思説を「一切の法を人間の恣意に還元せんとする形而上學的實證主義に陥る」として警戒してゐる (“Gesellschaft” S. 356)。尙法的確信説も十九世紀の經驗的實證主義の所産であるが、意思説が特に其の後の心理學的社會學の影響を強く受けてゐるのに對して、これは歴史法派固有の十八世紀思想への反動としての特徴を有してゐる(法律哲學書一般參照)。

2 原註 「この點については、ハイルボロン」一九二五年のハーグの講演集參照。

3 彼は、上述の國家間の紛争事件の實例として、次の如きものを擧げてゐる。

a 一九二八・七・七獨逸國事裁判所判決(趣旨——當事者間の交通上の慣行は單に當該國家間に於てのみ法として妥當するといふにある)。

b 一九二七・六・一八同裁判所判決(趣旨——つまり、國際法上の一般則の證明については、一切の國家がかゝる規則を慣行せることを求めないで、却るかゝる問題について態度を鮮明せる數ヶ國がかくの如き規範を承認せる事によつて有效となつたといふ證明である)。

c 右(c)によつて採用せられたる一九〇〇年 The Paquete Habana and the Lola 號事件に關する合衆國大審院の見解(即ち、文明諸國の優勢な慣行によつて支持せられた一般慣習法規範を所與のものとして認める)。

d 一九〇五 The Central Gold Mining Company of the King 事件の英國最高司法裁判所意見(國際法規範は、條約上の規定がないために類似の事件に於ける諸國家の態容によつて證明され得る)。これによつて、この規則が當然に大ブリテンによつても亦適用されなければならなかつたのではなくて、却つて爾餘の諸國に於けるかゝる優勢な慣習は、かゝる規則を或文明國によつて否定されるであらうとは認め得ないといふことで足りるといふことが明となる。

e 一九二七・一一・三〇内國商船の治外法權問題に關する上海クル・プロヴィゾワールの見解(一般的國際法規範の内容

は他の諸國の先例によつて推論され得る）。

4 彼は Calvo, Despagnet, Holzendorf, Westlake 及 Oppenheim 等の名を擧げてゐる。

5 a 彼は、ワイマール獨逸憲法委員會の見解及 Charles Fryatt 大尉の戦時裁判上の銃殺事件に關し、獨逸側の指擧のため訴訟研究委員會の見解を擧げ、Vgl. „Einheit“ S. 113 と附記してゐる。

b 尙一九二八・七・六ローマ裁判所の判決を掲げてゐる。

6 原註「參照 Créole 號事件」。

7 彼は、この點について常設國際司法裁判所規程第三十八條並に同裁判所判決（Lotus 號事件——横田教授「國際判例研究」八二頁以下にも詳し—川上）も亦同様に明かに區別してゐることを述べてゐる。尙 „Gesellschaft“ S. 359 及 „Verfassung“ S. 95 參照。 („Gesellschaft“ S. 359 に於て彼が引用してゐる、ハーグ法典會議エキブト代表 Abd el Hamid Badaoui Pascha 氏の l'idée de la coutume に關する意見は甚だ示唆に富んでゐる。又 Verdross はこの見解は委員會に於ても貫徹されたと述べてゐる）。

8 彼は明かに、協約そのものゝ霸料力が、協約の當事國のみに限ることを述べてゐる。

9 彼は、「故に諸國は、それを批准しなかつた國家に對しても亦繰返して協約を證據として擧げてゐる」と述べてゐる。

(三) 通説によれば、條約法並に慣習法の兩規範群は國際法を論じ竭してゐるとせられる¹⁾。しかし批判的實證主義的法律觀に於ては、諸國家は即ち、文明諸國によつてその國內法上共通に認められてゐるところの他の種類の規範によつても亦拘束されると考へられる²⁾。そしてこの見解は、十九世紀初頭來の仲裁々判所の裁判によつても一貫して行はれて來た³⁾。國際聯盟も亦、國家間の交通に關して國內法上共通に認められたかゝる諸原則を反覆適

用した⁴⁾。従つてこの原則は古代の萬民法を回想させる⁵⁾。常設國際司法裁判所規程第三十八條三は、裁判所は「文明國により認められたる法の一般原則」を適用すべしと規定した⁶⁾。そしてこの規定は又、多くの仲裁々判所條約の中にも現はれてゐる。

右規程の意味は、その體系中に於ける位置からも、亦その發生の由來からも全く明白である⁷⁾。即ち裁判所は、一定の場合に條約法又は慣習法に於けとは異なる法原則を適用すべきものとせられ、他方又裁判所を或客觀的に確定せる法源によつて強制せんがために、裁判所は文明國の國內法上共通に認められたる法源則を適用すべしと指示せられた(規程原案作成に關する法律委員會の記録)。而して規程第三十八條一及二は、各々條約法並に慣習法によつて規定してゐるから、これら兩法源の外に存する法の諸原則が問題でなければならぬ(體系的地位)。これによつて、本來國際法の中で出來た法源則と、初めは國內法の中で現はれ、而もたゞ、それより後に國際法へ轉化せられたそれとは充分區別せられることが必要である⁸⁾。

故に同條三の規定は個々の新たな國際法を創るのではなく、單に現存せる一般的國際法を法典化したに過ぎざることは⁹⁾、常設司法裁判所以外に、其後の裁判所も亦これを證明してゐる¹⁰⁾。同様に委員會も亦國家の責任について、國際法の淵源として同條の諸法源が妥當してゐると述べてゐる¹¹⁾。従つて國際法の内容を専ら條約法と慣習法とに依つて認定せんとする「法源淨化」論は、國內慣習の經驗上斷然否定されることとなる¹²⁾。この國內慣習論は、たとへ充分に實證主義を主張し得ないとしても、國內慣習上の最も永き反覆によつて一度建られた獨斷説の上に、

特別の基礎を有たざるを得ざるに至つた。更に詳細に検討すれば、この憶説の正當性が論證される。同條三が本來意味せるものを問題にすることによつて、こゝでは問題が法的類推の手續以外の何ものでもないことが明かとなる。⁽¹³⁾ 即ち第三十八條の意味は、條約法並に慣習法の所謂欠缺の場合に、他の諸法律秩序の中に現存してゐる法原則を適用せねばならないといふことである。従つて先づ第一に、國內交通上妥當せる法原則が類推によつて國家間の關係にも移されねばならない。條約法並に慣習法のかゝる一般的永續的な補充は、共通の國內法によつて次の場合に於てのみ可能である。それは國際法と國內法とが完全に分離されてゐる場合に於てはなく、そのあらゆる差異にもかゝらず意味聯關を有する場合、換言すれば確にその避け難き相違にもかゝらず統一的體系の中へ互に織り込まれてゐる場合にのみ可能なのである。蓋これは、一切の類推がよつて基く前提たるが故である。そこで通説の二元的法律論は、國際法と國內法とが完全絶對に分離してゐるとの思想に基いてゐるから、二元的な根本學說と一致し難い右三十八條三の規定を、その前提を放棄してはならないやうに新解釋を加へんとてゐることは明白である。（Gesellschaft, S. 365 参照）。しかしかゝる見解を反駁することは極めて容易である。

就中「不明瞭」„non liquet“の場合⁽¹⁴⁾は極めて稀である。故に、眞に法が欠缺せる場合にのみ不明瞭となる。しかしこれは適用せられ得るために、従て所謂不明瞭の際に適用すべき法規が疑はしき場合にのみ可能なのである。しかし判決は通常、常に可能である。不斷に主張せられた訴訟請求權は、國際法に根據を有するものとして認められるか、然らずんば國際法の中に根據を有せざるものとして却下され得るからである。⁽¹⁵⁾ かくの如き判決は勿論、

條約法並に慣習法とは異なる第三法源の存在が否定せられるやうな場合には可能となるであらう。蓋この場合に於ては、右の兩法源の何れの規定にも基いてゐない權利の主張は、すべて却下されねばならないであらうからである。従てそれは、極めて稀な場合であるとは決して言ひ得ない。かくて第三十八條は専ら、極めて稀な、不明瞭な場合について先慮をなさうとしてゐるといふことは實際あり得べからざることである。¹⁶⁾ 加之右の學説からは次の結論に達することになる。即ち司法裁判所は事件を、起訴以前に支配したとは異なる他の原則によつて判決せねばならないこととなるであらう。従て亦仲裁々判所は、紛争を司法裁判所がなせるものとは異なる原則によつて判決せねばならないであらう。實際或仲裁々判條約に於て、常設國際司法裁判所が上訴審級として指定されると假定するならば、司法裁判所は仲裁條約が第三十八條の法源をも亦適用する權利を附與しない限り、初審級とは異なる法原則によつて紛争を判決しなければならぬことであらう。かくも不合理な、通説による第三十八條の解釋は、強制的な根據なくしては行はれ得るところではない。¹⁷⁾

第三法源は、國家間の交通に於ては單に補助的、妥當してゐるのである。故にそれは、前兩法源によつて明白に否定もされず又保護されもしない事件にのみ適用される。¹⁸⁾ 即ちこの場合に於ては、裁判所は尙法の一般原則を紛争事件の解決に適用せねばならない。

第三十八條は完全に、その第四點に於て、「裁判上の判決及最優秀の公法學者の學説」を法の一般原則とは區別してゐる。¹⁹⁾ 蓋これらは、前三個の法源群の中の疑問のある法規を定義するために適用されるであらうからであ

る。從て判決は單に條約法か、慣習法か又は法の一般原則のみを基礎としてゐるが、決して單に裁判上の判決又は學說のみを基礎としてゐない。故に第四點の淵源は、前述の淵源群の獨立せる法規との對立に於ては、單なる補助法規を形成する。それ故裁判所は、その主張が上記三個の淵源の中の何の支持をも有しないことを發見したならば、其請求を却下すべきである。かくてたゞ原則としては、文明國によつて一般に認められた法原則は、條約法並に慣習法の補充のために適用され得る。しかしこれらの法原則は、條約法又は慣習法の規定がこれに對立してゐない時には何時でも現はれる。即ちこの場合には右の法の一般原則は、國際法秩序がそれによつて一貫して照され、從て又常に發展させられるやうに國際法秩序の全氣孔にまで徹底するのである。

1 通説については „Gesellschaft“ S. 355 ff. 參照。

2 a „Gesellschaft“ S. 355 ff., besonders S. 359; „Einheit“ S. 120 ff., „Verfassung“ S. 57 ff. 參照。

b 彼は以上(1及2a)に於て、國家容認説を完膚なき迄に排除してゐる。容認説について、我國の立博士の見解は異色あるものではあるが、不徹底の嫌がある(立作太郎「平時國際法論」三五頁參照)。

3 a 彼は、かくの如き諸原則として認められ來つた例として次のものを擧げてゐる。法律上の效力・損害賠償義務・利息支拂等の原則、共有・辨濟の遅延・遅延利息等に關する原則、不可抗力の原則及其他等々。

b 尙、近世國際法の史的發展とこの原則との關係については „Gesellschaft“ S. 360—3 參照。

4 彼は Wimbledon 號事件に於ける獨逸當事國裁判官 Schücking 教授が國際地役の問題に „civiliter uti“ の原則を移したことを述べてゐる(同事件については、横田氏前掲にも詳し)。

- 5 a 彼は、この „*jus gentium*“ と法の一般原則との關係について後者を Anzilotti が「宛も萬民がその法を遵奉するが如くに」といふ古典的意味に於ける萬民法の一種」と述べてゐるのに同意を表し、今日の國際法が「古代に於て萬民法の一部門として觀られた國際法 *das „jus inter gentes“* は又、今日も尙それから完全には分離してゐない」と言つてゐる („*Gesellschaft*“ S. 364 ff. 參照)。
- b かゝる諸判決を總覽するては „*Einheit*“ S. 120 ff. 及 „*Verfassung*“ S. 57 ff. u. S. 223 ff. 參照。尙 „*Gesellschaft*“ S. 355 參照。
- 6 „*La Cour applique:.....*“ Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées“
- 7 由來並に位置をいつては „*Verfassung*“ S. 60—63. 條約法並に慣習法に對する法の一般原則の關係をいつては S. 63—67. 及第三八條四に所謂判決並に學說に關しては S. 67—69 に詳し。
- 8 此點に關して「文明國ニ依り認メタル法ノ一般原則」を分つて二種とせられる立博士の見解は、フェルドロツスの論證と照應して甚だ疑を存する。博士に従へば、所謂第一種は「初より國家間に限りて行はるゝものとして認められたる原則」であり、所謂第二種は國際法と國內法とが「等しく法の一部を組織すると考へ、而して或點に於て是等の法に共通する法理及原則の有し得べきを認めて、初めて實際に於て認め得べき所」のものであるとせられる。更に博士は後者を以て、第三八條四に所謂「學說と同じく國際法の法則決定の補助手段と思惟する」とせられてゐるのは一層疑問である。(「國際聯盟規約論」二〇六頁參照)。
- 9 „*Gesellschaft*“ S. 361 及 „*Verfassung*“ S. 59 參照。
- 10 彼は例として獨葡仲裁々判所の最近の判決を擧げてゐる。
- 11 „auf der Haager Kodifikationskonferenz im März 1930“

- 12 „Gesellschaft“ S. 355 参照。
- 13 „Gesellschaft“ S. 360 参照。
- 14 „Gesellschaft“ S. 362 参照。但 „Verfassung“ S. 69—75 に詳し。
- 15 „Gesellschaft“ S. 362 参照。
- 16 „Gesellschaft“ S. 363 参照。
- 17 „Gesellschaft“ S. 365 及 „Verfassung“ S. 61 参照。
- 18 „Gesellschaft“ S. 363 及 „Verfassung“ S. 57 参照。
- 19 „Verfassung“ S. 62 参照。
- 20 判決並に學說のいふ所は „Verfassung“ S. 67—9 に詳し。

お ち び

以上によつても窺ひ得るが如く、法源の用語は彼に於ては所詮通説たる「法規形成の形式」の意味に於て用ひられてゐる。ケルゼンに於るが如く「根本規範」の意味に於てはでない。しかし彼も亦法の一般原則の妥當性は、慣習法も亦由つて生ずるところの根本規範に直接に由來してゐると述べ、條約法は之に反して一部はそれが限界とにも法の一般原則に、一部は國際法上の慣習法に由來するやうであると述べてゐる(前出(一)註1及 „Gesellschaft“ S. 362 参照)。従つて根本規範の内容はおそらく次の如くであるであらうと論じて、法の一般原則が有效な特

別法 *lex specialis* (條約法又は慣習法) によりて制限されぬ限りその範圍で適用せらるべき一般法 *lex generalis* となると言つてゐる。即ちそれは「主權的及一部主權的法律團體はその相互關係に於ては、國際交通に於て特別な、即ち法の一般原則に反するやうな有效な規範が作り出されない範圍に於て、法の一般原則に従つて行動すべし」との内容である (*Gesellschaft*“ S. 362 参照)。まことに示唆に富むものと評さねばならない。問題はたゞ彼が今も尙 *„pacta sunt servanda“* の原則を以て國際法の根本規範と解してゐるか否かである。少くとも上掲に於ては明かでない。果してなほ從來の如くならば (*Verfassung*“ S. 32—33)、その如何なる論證にかかはらず私には深い疑を有たすにはゐられない。蓋彼が根本規範を假設として解するケルゼンの見解を採る以上は、如何にして右の原則は實證的國際法秩序の假設としての機能を適當且充分に果し得るか。卒直に言ふならば右の原則を實證的國際法秩序の根本規範として導入することは、畢竟一方に於ては意思説の變形となり、他方に於ては實證法秩序を不當に他の規範と混同せしめることゝなつて、却て純粹法學の要請に悖るとの批難を免れ難いのではないからうか。かゝる批難は、ひとり彼に對してのみ言はれ得るのではない。我國に於ても、横田教授の最近の快著「國際法上卷」は、右の原則に基いて國際法の立法形式を條約法及慣習法のみに掲きるとさるゝ點に於て、一貫して難色を藏してゐるやうに思はれる (此點については大澤博士の批評—國家學會雜誌四七ノ八・一五三頁参照)。

いづれにしても彼が國際法源の問題の核心を法の一般原則に置き、これと直接に關聯して常設國際司法裁判所規程第三十八條を以て、キリスト教的社會から發展せるところの乃至はこれが指導的法律思想を繼受せるところ

の近代諸國が原則的な法規に於ては一致してゐると、の思想に基礎を有すると論じてゐるところに、今日に於ける彼の地位が最もよく示されてゐると評することは不當ではないであらう。のみならずこのことは、大戦後に於て洪水のやうにしてなされた國際諸會議並に國際諸立法と照應して、その學說史的意義を一層鮮明ならしめるものとして強く私の注意を惹く。(せせり)

註。 Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale

(visé par l'Article 14 du Pacte de la Société des Nations, approuvé par la Cour le 13 décembre 1920)

Art. 38. La Cour applique:

- I Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;
- II La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- III Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- IV Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Art. 59. La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.