

近代国際法学形成期末における自然国際法論：「19世紀」国際法学研究序説

小栗，寛史
岡山大学学術研究院社会文化科学学域：准教授

<https://doi.org/10.15017/7162076>

出版情報：法政研究. 90 (3), pp.167-188, 2023-12-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

近代国際法学形成期末における自然国際法論 ——「19世紀」国際法学研究序説——

小 栗 寛 史

はじめに

1 予備的考察

- 1.1 同時代における自然国際法論の展開
- 1.2 自然国際法と意思国際法との関係

2 意思国際法論の展開

- 2.1 「修正された自然国際法」たる実定国際法としての意思国際法
- 2.2 自然国際法としての自由意思国際法
- 2.3 評価

3 自然国際法論の一般的傾向

- 3.1 意思国際法の否定
- 3.2 自然国際法の新類型の出現

おわりに

はじめに

国際法あるいはユース・ゲンティウム (*jus gentium*: 以下、本稿では便宜上「国際法」として統一する。) は、長らくの間自然法と同一視されてきたが、19世紀における一般科学および法学における実証主義的方法論の普及に伴い自然法論が凋落すると、代わりに実証主義国際法学が隆盛を迎えた。このような国際法学の歴史的展開は、国際法史概説書⁽²⁾・国際法概説書⁽³⁾において一般的に受容されているといえよ

* 本稿における引用文献名・引用文には現在の正字法とは異なる綴りが存在するが、それらはすべて原文に依拠するものである。

(1) See e.g., M. García-Salmones Rovira, *The Project of Positivism in International Law: The History and Theory of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp.30-35.

う。実際に、かかる認識の下で、国際法史概説書の中には、過去の著作を自然法論・実証主義のいずれかに分類するという試みがみられる。⁽⁴⁾ また、20世紀初頭を代表する国際法学者オッペンハイム (Lassa Oppenheim) が、その概説書において国際法の歴史を叙述する際に、自然法学派・実証主義学派・グロティウス学派 (折衷学派) の3つに著作を分類したことはよく知られている。⁽⁵⁾

このような伝統的な評価に対する批判的研究として、とりわけ「実証主義」やそれが内包する「実定法」の理解に着目して、国際法学における実証主義の在り方について検討を重ねてきた明石の一連の研究を挙げることができる。かかる研究の端緒となった明石の博士論文は、従来の研究において実証主義学派に属すると評価されてきた18世紀オランダのバインケルスフーク (Cornelius van Bynkershoek) の国際法論に着目し、一方ではバインケルスフークが国際法規則を論証する際に、多数の国家実行を援用しながら慣行を確定するという方法を自覚的に採用し、他方ではかかる国家実行によって導かれる結論を理性によって排除していることを明らかにすることで、「実証主義者バインケルスフーク」という伝統的な評価の修正を迫るものであった。⁽⁶⁾ そして、このバインケルスフークの研究成果を下敷きに、主として18世紀の国際法学における法実証主義的著作を対象として、各論者における実証

-
- (2) See e.g., C. Focarelli, *Introduzione storica al diritto internazionale* (Milano: Giuffrè, 2012), pp.301-302; W. G. Grewe (trans. and rev. by M. Byers), *The Epochs of International Law* (Berlin: De Gruyter, 2000), pp.503-512; S. C. Neff, *Justice among Nations: A History of International Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014), pp.217-219; K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte: ein Studienbuch*, 2. Aufl. (München: C. H. Beck, 2007), S.172.
- (3) See e.g., A. Henriksen, *International Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2021), pp.5-6; M. Shaw, *International Law*, 9th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p.22; 岩沢雄司『国際法〔第2版〕』(東京大学出版会、2023年)10頁。
- (4) See e.g., D. Gaurier, *Histoire du droit international: de l'Antiquité à la création de l'ONU* (Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2014), pp.165-194; A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, rev. ed. (New York: Macmillan, 1954), pp.147-185; A. Turuyol y Serra, *Histoire du droit international public* (Paris: Economica, 1995), pp.82-91.
- (5) L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol.1: Peace (London/New York/Bombay: Longmans, Green and Co., 1905), §§54-57.
- (6) K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law* (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998). 同書の要諦については、次の文献も見よ。明石欽司「バインケルスフークの国際法理論——『ユース・ゲンティウム』概念と方法を中心として」『国際法外交雑誌』第97巻(1998年)475-502頁。

主義や実定法の理解⁽⁷⁾、それらにおける条約の位置づけ⁽⁸⁾が、それぞれ検討されてきた⁽⁹⁾た。

これらの研究はいずれも18世紀を対象とするものだが、そこで得られた結論は、「実証主義を貫徹した学問体系としての国際法学の構築が不可能である」ことを同時代の実証主義的著作が暗示しているというものであった。そして、それにも拘わらず19世紀の国際法学が「国家意思に対して絶対的重要性を付与する」ことによつて実証主義国際法学の確立を目指したことに着目し、このような19世紀の実証主義国際法学の確立・展開過程が次に取り組みられるべき問いであると示唆している⁽¹¹⁾。

筆者（小栗）はこれまで19世紀の実証主義国際法学の確立過程の研究に従事してきたが、本稿では、その前史となる18世紀末から19世紀初頭の自然国際法論に着目し、明石が解明してきた近代国際法学における実証主義の対極に位置づけられ得る自然国際法論の一断面を明らかにすることにしたい。このような問いを設定する背景には、（相互排他的であるか否かは措いても）自然法論と法実証主義が国際法学における2つの学問的潮流を構成してきたにも拘わらず、実証主義については明石の研究にみられるように、これまである程度の研究蓄積が確認されるのに対して、とりわけ18世紀以降の自然国際法論の歴史的研究は僅少であるという筆者の問題意

(7) 明石欽司「国際法学における実証主義の史的系譜——18世紀における『実証主義的』著作の検討を中心として」『世界法年報』第22号（2003年）3-29頁。

(8) 明石欽司「一八世紀中葉の『国際法』学説における『国際法』・『条約』・『国家意思』——一九世紀実証主義国際法学研究序説」慶應義塾大学法学部（編）『慶應の法律学 公法Ⅱ』（慶應義塾大学出版会、2009年）343-372頁。

(9) なお、「国際法否定論者」のホッブズ（Thomas Hobbes）や「実証主義学派」のライブニッツ（Gottfried Wilhelm Leibniz）のような従来の国際法史研究において等閑視されてきた思想家に着目し、彼らを国際法史の中に再定位するという最近の研究においても、国際法学における実証主義とは何かという明石の問題意識を確認することができる。明石欽司『不可視の「国際法」——ホッブズ・ライブニッツ・ルソーの可能性』（慶應義塾大学出版会、2019年）。

(10) 明石「前掲論文」（註7）20頁。

(11) 明石「前掲論文」（註8）371頁。

(12) 拙稿「実証主義国際法学の確立過程における合意主義の系譜——オープンハイムの共通の同意理論を中心に（一）～（三）」『岡山大学法学会雑誌』第71巻（2021年）1-64頁、105-171頁；同第72巻（2022年）171-257頁。

(13) 19世紀の実証主義国際法学の時代においてもなお自然国際法論が妥当していたことを指摘する近年の研究も、同時代の自然国際法論を直接の検討対象とするものではない。See e.g., S. Hall, "The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism", *European Journal of International Law*, vol.12 (2001), pp.269-308; M. Vec, "Sources of International Law in the Nineteenth Century European Tradition: The Myth of Positivism";

識がある。⁽¹³⁾ もちろん、18世紀の国際法学については、同時代を代表するプーフェンドルフ (Samuel Pufendorf)、ヴォルフ (Christian Wolff)、そしてヴァッテル (Emer de Vattel) の国際法論が検討の主たる対象とされてきたため、彼らの自然国際法論については一定の研究蓄積がある。⁽¹⁴⁾ しかしながら、例えば19世紀初頭のライン同盟 (Confédération de Rhin/Rheinbund) の法的性質をめぐる帝国公法学者 (Reichspublizist) の論争にみられたように、⁽¹⁵⁾ これらの「国際法学の創設者たち」⁽¹⁶⁾ 以外によって構想された自然国際法——あるいは「哲学国際法」(philosophisches Völkerrecht) ——論を同時代に見出すことも可能であり、これらの内実を解明することによって、同時代の国際法学の実相により接近することができるように考えられるのである。

換言するならば、これまでの研究は自然法論から実証主義への転換期を見出すべく、近代国際法学形成期から完成期 (「19世紀」) における実証主義的著作を主たる検討対象とし、その中で、例えばコスケニエミ (Martti Koskenniemi) のように、それをマルテンス (Georg Friedrich von Martens) に見出すというような試みがなされてきた。⁽¹⁷⁾ これに対して、自然法論は「19世紀」を通して存続していたにも拘わらず、凋落していく過去の潮流として必ずしも研究の主たる対象とはされてこなかったということは先行研究の状況からも明らかである。

以上の問題意識に基づき、本稿は18世紀末から19世紀初頭のいわゆる「近代国際

in S. Besson/J. d'Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp.121-145. なお、同時代の自然国際法論を直接の検討対象とする研究については次章 (1. 1) を参照。

(14) ここ数年間に限っても、例えば次のような研究が挙げられる。S. Kadelbach *et al.* (eds.), *System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel* (Oxford: Oxford University Press, 2017); S. Zurbuchen (ed.), *The Law of Nations and Natural Law 1625-1800* (Leiden: Brill, 2019).

(15) 拙稿「近代国際法学の形成における『ドイツ国際法』論の位相——ライン同盟期の国家結合論を素材として」明石欽司・韓相熙 (編) 『近代国際秩序形成と法——普遍化と地域化のはざま』(慶應義塾大学出版会、2023年) 179-222頁。

(16) See *e.g.*, A. Pillet *et al.*, *Les fondateurs du droit international* (Paris: V. Giard & E. Brière, 1904).

(17) M. Koskenniemi, "Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and the Origins of Modern International Law"; in Ch. Calliess u. a. (Hrsg.), *Von der Diplomatie zum kodifizierten Völkerrecht. 75 Jahre Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen (1930-2005)* (Köln: Carl Heymanns, 2006), S.13-30.

法学形成期」の末期における自然国際法論を検討することを目的とする。そのため、以下では、まず、この時期の自然国際法論についての先行研究を概観することで、現時点での到達点を確認し、分析の視座を得る（第1章）。その上で、同時代の自然国際法論について、意思国際法の展開に即して分析し（第2章）、その一般的な傾向を検討する（第3章）。このような検討を通して、近代国際法学形成期末における自然国際法論の一断面を明らかにすることとしたい。

1 予備的考察

1.1 同時代における自然国際法論の展開

既に言及したように、本稿の主題である近代国際法学形成期末の自然国際法論を直接の検討対象とした先行研究は管見の限り殆ど確認されない。ここでは、その中から2つの研究を取り上げ、先行研究がこの時代の自然国際法論をどのようなものとして提示してきたのかという点を確認し、分析の視座を得ることで、本稿での検討課題を明らかにしたい。

まず、ヴォルフからラッソン（Adolf Lasson）に至るまでのドイツ自然国際法論を概観する研究としてシュタイガー（Heinhard Steiger）の論考⁽¹⁸⁾が挙げられる。同論考の記述は科学的方法によって極めて体系的な自然国際法論を構想したヴォルフから始まり、ヴォルフに特有な世界国家と意思国際法の構想をヴァッテルが否定し、その結果、「ヴァッテル以降、自然国際法の時代は終焉を迎え、欧州実定国際法の時代へと移行した⁽¹⁹⁾」という見取り図を提示するものである。

このように自然国際法の終焉を説くシュタイガーだが、現実として19世紀以降にも自然国際法論は存続したため、それが意味することは何か、そして18世紀末のカント（Immanuel Kant）が自然法の終焉に関与しているのか、という2つの問いを立てる。その上で、カントの国際法論を検討し、ヴォルフやヴァッテルとは異なるカントの議論の特徴として、抽象的な「完成」（Vervollkommnung）ではなく具体的な永遠平和（der ewige Friede）を国際法の目的に据えた点、そしてその達成

(18) H. Steiger, "Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson"; in D. Klippel (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert: Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung* (Goldbach: Keip, 1997), S.45-74.

(19) Ebd., S.52-53.

のために、世界国家や国際社会といった所与のものではなく、諸国によって現実に結成される国際連盟（Völkerbund）の必要性を説いた点を挙げる。⁽²⁰⁾

次に、カント後の自然国際法論は、版を重ねてもカントに言及しないもの、ヴォルフに追従するもの、カントの議論全体を継承するもの、そしてカントの議論の一部のみを受容するものという4つに分類可能であることが示される。⁽²¹⁾この最後のグループの代表例としてツァハリエ（Karl Salomo Zachariä）を挙げるシュタイガーは、ツァハリエがカントの国際連盟についての議論を忠実に提示しようと試みるが故に、カントが詳細な形で提示しなかった国際法構想を拡大せざるを得ず、その結果として一般国際法たる哲学国際法と実定国際法、自然国際法と国際国家法（Völkerstatenrecht）という国際法に関する独立した2類型を導入することで、彼の国際法構想が体系を欠いた不明瞭なものとなったことを指摘する。⁽²²⁾

最後に、その後の展開として、再びヴォルフやヴァッテルの系統に属する自然国際法論が登場したとして、シュタイガーはペーリッツ（Karl Heinrich Ludwig Politz）とロテック（Karl von Rotteck）の議論に着目し、彼らの議論の体系性を評価するものの、彼らの議論が現代において忘却されていることを、自然国際法の歴史の重視を目標に掲げた研究書においても彼らについての言及がないことを例として挙げながら指摘している。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

以上のように、シュタイガーの研究はヴォルフとカントの国際法構想がどのように受容されたのかという点を中心に検討するものであった。これに対して、辻健児の論考は、ドイツ語圏に限られない19世紀前半の主要な国際法概説書を対象として、各々の国際法の法源論に着目し、それらを自然法一元論・自然法優位論・実定法優位論に分類して論じるものである。⁽²⁵⁾

まず、自然法一元論者として紹介されるのはレーヌヴァル（Joseph-Mathias

(20) Ebd., S.53-55.

(21) Ebd., S.56-57.

(22) Ebd., S.58-59.

(23) E. Reibstein, *Völkerrecht: eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, Bd.2: die letzten zweihundert Jahre (Freiburg: K. Alber, 1963).

(24) Ebd., S.60-64.

(25) 辻健児「19世紀前半期における国際法の法源論（2）——自然法」『佐賀大学経済論集』第27巻2号（1994年）1-21頁。

Gérard de Rayneval) であり、彼は諸個人の間に妥当する自然法を諸国家の関係に適用したもとの自然国際法ではなく、自然理性が諸国家に命令する共通の規則として国際法を捉え、それ故に国際法は不変かつ普遍的であるため、この特徴を欠く条約も慣習法も国際法の法源ではないと論じた⁽²⁶⁾と紹介する。次に自然法優位論者として挙げられるのはマニング (William Oake Manning) である。マニングは国際法の法源として自然法と実定国際法 (慣習国際法・協定国際法) を挙げ、自然法を究極的には神法と捉え、キリスト教的自然法論を展開したこと、そして第 1 の法源として神の啓示を挙げ、協定国際法の遵守は自然法に基礎づけられ、慣習国際法の内容は自然法に反するものであってはならないとして、自然法優位の⁽²⁷⁾見解を採用したと纏められる。そして最後に、自然法と実定国際法の両者を法源として挙げながらも、実定国際法を優位させ、実定国際法に欠缺がある場合の補充的⁽²⁷⁾法源として自然国際法を構想する実定国際法優位論者として、クリューバー (Johann Ludwig Klüber)、ケント (James Kent)、そしてザールフェルト (Friedrich Saalfeld) について言及する。

以上の 2 つの先行研究から、同時代の自然国際法論について既に解明されている点は次のように纏められ得る。第 1 に、この時代において、ヴォルフ (とヴァッテル) およびカントが自然国際法論に与えた影響が非常に大きかったという点である。シュタイガーはカント以後の自然国際法論を 4 つに分類し、幾つかの代表的な著作に言及しているが、次章でその他の著作を検討する際にはこれらの継受の視点が求められるといえよう。第 2 に、自然国際法のみを国際法の法源とするという考えは当時において必ずしも支配的ではなかったという点である。辻の研究が着目するように、当時の国際法概説書に限って言えば、自然国際法と実定国際法は両者とも法源として認められ、その関係については多様な構想があり得た。シュタイガーの研究はその検討対象における国際法の法源論を扱っていないため、彼の言及した当時のドイツ語圏の議論を検討する際には、自然国際法と実定国際法との関係についても注目する必要があるだろう。

(26) 同上、24頁。

(27) 同上、47頁。

1.2 自然国際法と意思国際法との関係

辻の研究が着目したように、当時の自然国際法論には、自然国際法のみを法源として構想するものもあれば、実定国際法も法源として承認した上で国際法の体系を構想するものもあった。そのため、各論者における自然国際法と実定国際法との関係を検討する必要があるが、これと同時に、自然国際法論を理解するために重要になるのが、シュタイガーがヴォルフとヴァッテルについて論じる際に着目した意思国際法 (*jus gentium voluntarium*) である。意思国際法という概念はグロティウス (Hugo Grotius) によって初めて提示されたものといわれるが、この概念に関しては様々な論点が存在する⁽²⁸⁾。本節では先行研究に依拠しつつ、国際法構想における規範の重層性に着目して、この時代に至るまでに展開された自然国際法と意思国際法との関係についての議論を確認することとしたい。

まず、グロティウスの諸著作において、意思国際法と自然国際法との関係が体系的かつ纏まった形で提示されている部分は確認されないが、例えば『戦争と平和の法』(1625年)においては、意思国際法は「諸国民の(共通の)合意」であって、その拘束力は「すべての、または大多数の国民の意思」から得られるものと説明されている。先行研究が明らかにしてきたところによれば、彼の構想する自然法は許容の領域と禁止・命令の領域とに分類され、原則として神意法・人為法は前者の領域においてのみ定立されるという。意思国際法も人為法に含まれるためこの原則が適用されるが、グロティウスによれば、後者の領域においても意思国際法は妥当し、自然法上禁止されている内容が意思国際法によって「許容」されるという⁽³⁰⁾。

このようなグロティウスの意思国際法をどのように評価するかという点で、後世の思想家達の意見は二分され、プーフENDORFがこれを自然国際法と同一視し、かかる評価がトマジウス (Christian Thomasius) やバルベイラク (Jean Barbeyrac) のようないわゆる「自然法学派」によって受け継がれることになる⁽³¹⁾。

(28) 田中忠「法の概念」大沼保昭(編)『戦争と平和の法——フーゴー・グロティウスにおける戦争、平和、正義』(東信堂、1987年)77-112頁；柳原正治『ヴォルフの国際法理論』(有斐閣、1998年)26-34頁。

(29) H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625); reprinted in, *The Classics of International Law* (Washington: Carnegie Institution of Washington, 1913), Prolegomena, §§1, 17, 26; Libri I, Caput i, §14 (1); Libri II, Caput xviii, §4 (2); Libri III, Caput xiii, §2; Libri III, Caput xiv, §7.

(30) 柳原『前掲書』(註28)32-34頁；田中「前掲論文」(註28)105-106頁。

そして、彼らとは異なり、意思国際法に特別な意味を与えようとしたのがヴォルフであり、その構想を（不完全な形で）引き継いだヴァッテルであった。

1749年の著作において、ヴォルフはグロティウスの議論の批判的な検討を通して、自然国際法・意思国際法・協定国際法・慣習国際法という4類型を提示した⁽³²⁾。ヴォルフの意思国際法について詳細な分析を加えた先行研究によれば、グロティウスの意思国際法に包摂されていた、自然法の無知故に野蛮な諸国で行われている禁止された慣習を意思国際法から切り離し、それらを特別国際法たる慣習国際法として類型化した点にヴォルフの意思国際法論の特徴がみられるという。それと同時に、意思国際法は、厳格な自然国際法と異なる形で存在する諸国の慣行を理論化し、正当化するもの——自然国際法の厳格性を緩和するもの——としても援用された。つまり、ヴォルフの意思国際法は、現実に存在する国家実行を意思国際法・慣習国際法に振り分ける「フィルター」として働いたのであり、そこには現実の正当化と批判という2つの機能が備えられていたのである。さらに、ヴォルフは、「世界国家」(*civitas maxima*)という擬制を構想し、これを媒介させることで、意思国際法を諸国の想定された同意 (*consensus praesumptus*) に基礎づけ、その結果として諸国の「実質的合意」を欠いた一般実定国際法として意思国際法を提示した。

このようなヴォルフの意思国際法は、その後ヴァッテルによって換骨奪胎されることになる。即ち、ヴァッテルはヴォルフの示した国際法の4類型を継受したものの、意思国際法の基礎として構想された世界国家を否定し、独立した自由な諸国から構成される国際社会に意思国際法を基礎づけることで、ヴァッテルの意思国際法は諸国の「実質的合意」を反映するものとなった。そしてこの結果として、諸国の現実の一般慣行がそのまま意思国際法として理論化され、現実批判としての意思国際法の機能が希薄化したのである⁽³⁴⁾。

以上から明らかなように、意思国際法については、その外延やグロティウス以後

(31) 柳原『前掲書』(註28) 34-48頁。

(32) Ch. Wolf, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764); reprinted in, *The Classics of International Law* (Oxford/London: Clarendon Press/Humphrey Milford, 1934), §§22-25.

(33) 柳原『前掲書』(註28) 131-166頁。

(34) 同上、225-263頁。もともと、シュタイガーは柳原とは異なり、ヴァッテルの意思国際法を一般実定国際法の構想として積極的に評価する。Steiger, a.a.O. (Anm. (18)), S.49-50.

の継受をめぐって多岐に亘る論点が存在する。その中でも、一般法たる実定国際法としての意思国際法の構想は、一般法の法源を自然法のみと捉える自然国際法論とは理論上の緊張関係に立つことになり、かかる意思国際法を自然国際法論の中でいかに位置づけるのかという点が問題となる。そこで、本稿は先行研究によって提示された現実批判としての意思国際法の機能も念頭に置きながら、ヴォルフの意思国際法のその後の自然国際法論における位置づけについて検討することにした。

2 意思国際法論の展開

2.1 「修正された自然国際法」たる実定国際法としての意思国際法

シュタイガーは、この時代の自然国際法論に対するヴォルフの影響を論じる中で、オムプテータ(Dietrich Heinrich Ludwig von Ompteda)とギュンター(Karl Gottlob Günther)がヴォルフと同様に自然国際法と協定・慣習国際法とは異なる国際法の第3類型を構想したと指摘する。⁽³⁵⁾シュタイガーは彼らの著作の詳細な検討を試みていないが、この2人が構想した国際法の第3類型こそが意思国際法であり、例えばシュロート(Joseph Franciscus Lothar Schrodt)のような、ヴォルフの世界国家および意思国際法をそのままの形で紹介した著作とは異なり、彼らは独自の議論を展開していたことが確認される。⁽³⁶⁾

まず、オムプテータは1785年に公開された著作において、人間相互の社会的関係の中に法的権利義務が生じるのと同様に、諸民族・諸国間にも権利義務関係が生じ、それが国際法と呼ばれる法であるという。そして、このような国際法を①単なる自然国際法(bloß natürliches Völkerrecht/*ius gentium naturale*)、②修正された自然国際法(modificirtes natürliches Völkerrecht/*ius gentium voluntarium*)、③慣習国際法(Gewohnheitsvölkerrecht/*ius gentium consuetudinarium*)、④協定国際法(Vertragsvölkerrecht/*ius gentium pactitium*)の4つに分類する。彼によれば、①のみが理性の光に照らすことで確認される自然国際法であり、②・③・④はそれぞれ諸国の推定・黙示・明示の同意に基礎を置く実定国際法である。⁽³⁷⁾この類型が

(35) Ebd., S.49.

(36) J. F. L. Schrodt, *Systema iuris gentium* (Bambergae: Dederich, 1768), Prolegomena, §§v-x.

(37) D. H. L. von Ompteda, *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven*

ヴォルフおよびヴァッテルのものと同一であることは明らかである。

これら4つの国際法の中で彼が目するものは、②「修正された自然国際法」と呼称される意思国際法であり、これが国際法の作家の間で論争的となってきたことに言及しながらも、その存在を支持する。また、自然国際法が国際法の最も一般的な淵源であり、諸国民が人類大社会の成員である以上、相互の関係において自然国際法が適用されることを認める彼は、その例として、自由と独立、平等、名誉の保持、ものの処分と所有、条約締結、武力による武力の排除などの諸権利を挙げ⁽³⁸⁾る。

もっとも彼によれば、これらの自然国際法は諸国の関係すべてを満足のいくように処理することができるものではなく、諸国民の幸福（Glückseligkeit）の促進のためには、自然国際法を修正（拡大と制約）によって緩和させる（gemildert）ことが必要であるという。この自然国際法の修正あるいは緩和によって、諸国間の平和友好関係の強化、戦争の低減、そして人類の公共の福祉の促進が達成されるのである。このような意思国際法として例示されるのは戦時における毒性兵器の不使用や外交使節に対する特権免除の付与であり、これらはすべての文明諸国の推定される同意に基礎づけられるものであって、その拘束力は、仮に意思国際法が存在しないならば文明諸国の間に相互の福祉は存在し得ないという一般的な認識に求められる⁽³⁹⁾という。

また、彼によれば、すべての諸国の間で適用される（その意味で普遍的な）自然国際法とは異なり、意思国際法は文明諸国の間でのみ適用され、文明諸国間の黙示の同意に基づく慣習国際法とは異なり、意思国際法はすべての文明諸国の間に存在すると考えられるような同意を推定することによって導出されるものと説明される。とりわけ慣習国際法との異同について、彼は新しく主権国家となった実体の例を挙げ、かかる新国家は慣習国際法には拘束されないが意思国際法には拘束される⁽⁴⁰⁾と説明することで、意思国際法の自立性を論じている。

Völkerrechts, 1. Theil (Regensburg: Montag, 1785), §§1-7.

(38) Ebd., §2.

(39) Ebd., §3.

(40) Ebd., §5.

さらに注目すべきは、彼が、修正された自然国際法たる意思国際法を提示することが自身の国際法構想における特徴であると認めている点である。すなわち、彼が目指しているのは、ひとつの学問 (eine Wissenschaft) としての国際法の提示であり、それは自然国際法上確立された諸規則のみならず、諸国間の交流において自然国際法が拡張・説明・決定されたもの——意思国際法——、そして文明諸国間における慣習と条約から構成される法体系の提示である、というのである。⁽⁴¹⁾このことから明らかのように、オムプテータは自身の国際法体系において意思国際法が重要な地位を占めていることを自覚して、その構想を比較的詳細に提示していたのであった。

2.2 自然国際法としての自由意思国際法

以上で確認されたオムプテータとはやや異なる意思国際法論を提示するのがギュンターの著作 (1787年) である。オムプテータと同様に、ギュンターも諸国家の間の自然状態に妥当する法として自然国際法 (または哲学国際法) を構想するが、かかる自然国際法を必要国際法 (nothwendiges Völkerrecht) と自由意思国際法 (freiwilliges Völkerrecht) とに分類する。⁽⁴²⁾必要国際法は、諸国民を結合させる力を有しており、自然の諸法則が無媒介に確立する法であることから、「必要」(necessarium) あるいは「固有」(primarium) なものと呼称され、自然状態に諸国が存在することから享有する諸権利——自然的自由・平等の権利、取得の権利、条約締結権など——がこれに属する。しかしながら、自国を成長させ、完全な幸福を追求するために諸国は結合し、社会を形成するが、かかる社会においては単なる自然法では十分ではなく、その社会的結合 (gesellschaftliche Verbindungen) の

(41) Ebd., §9. この点に関連して、彼が参照に値する研究として挙げているのは、ヴォルフとヴァッテルに加えて、イクシュタット (Johann Adam von Ickstadt) とシュロートの著作である (Ebd., §8)。しかしながら、イクシュタットの国際法論は彼らのように体系化されたものではなく、意思国際法の言及も欠いている。J. A. von Ickstadt, *Elementa iuris gentium* (Wirceburgi: Kleyer, 1740), Libri I, Caput ii, §§1-7.

(42) Ebd., §12.

(43) 「任意国際法」と訳出されることもあるが、彼の体系の中には実定国際法たる“wilkührliches Völkerrecht/ius gentium arbitrarium”が観念されているため、こちらに「任意国際法」という訳語を充て、“freiwilliges Völkerrecht”には「自由意思国際法」という訳語を充てることにする。

ために自然法は拡張されねばならない。このように自然状態とそこにおける社会的結合とを区別し、後者において妥当するのが自由意思国際法であり、彼はこれを「第2の国際法」(*ius gentium secundarium*)、「諸国民間の自然社会の法」(*das natürliche Gesellschaftsrecht der Völker*)、「諸国民間の社会に適用される自然法」(*auf die Völkergesellschaft angewandte Naturrecht/jus sociale naturale gentium/jus naturale societatis gentium/jus naturale ad societatem gentium applicatum*)とも呼んでいる。⁽⁴⁴⁾

この自由意思国際法について論じる中で、ギュンターは自身の構想がグロティウス、ヴォルフ、ヴァッテル、そしてオムプテータとは異なるとして、次のように論じる。すなわち、第1に、その基礎づけについて、彼は世界国家のような垂直的な共同体ではなく、諸国が自由意思に基づいて構成員となる平等な社会を構想するため、諸国の同意を推定することによってかかる社会やそこに妥当する国際法を導く必要はなく、実際にかかる社会を構成する諸国の黙示の同意によって社会的結合と自由意思国際法が説明可能であるという⁽⁴⁵⁾。そして第2に、その妥当範囲について、意思国際法は一般法として構想されてきたが、自由意思国際法の妥当する社会関係は諸国が自由に加入できるものであるため、かかる社会関係にある諸国のみを拘束するという点である⁽⁴⁶⁾。なお、自由意思国際法の例として挙げられているのは戦時における毒性兵器の不使用や外交使節に対する特権免除の付与であり、この点はオムプテータの修正された自然法の例と同様である。

以上の自然国際法に加えて、諸国がその任意 (*die Willkür*) によって、不十分な自然国際法の内容を拡張あるいは制約することがあるとして、このような国際法を任意または実定国際法 (*wilkürliches oder positives Völkerrecht/ius gentium arbitrarium*) と呼ぶ。かかる実定国際法たる任意国際法の法源は、諸国の明示の同意たる条約と黙示の同意たる慣習、そして類推の3つである。⁽⁴⁷⁾このように国際

(44) K. G. Günther, *Europäisches Völkerrecht in Friedenszeiten nach Vernunft, Verträgen und Herkommen, mit Anwendung auf die deutschen Reichsstände*, 1. Theil (Altenburg: Richter, 1787), §§3-4.

(45) Ebd., §4, Anm.II.

(46) Ebd., §4, Anm.III und §5.

(47) Ebd., §§7-10. このような自然国際法と実定国際法との関係は、マルテンスの著作においても確認できる。但し、マルテンスは意思国際法の妥当を否定していた。G. F. von Martens,

法の淵源を説明した上で、諸国民の間に法的問題が生じた場合には、まずはこの実定国際法が考慮され、それで十分でない場合にはその他の欧州諸国の一般慣習を考慮し、それでも解決が望まれない場合に、最終的に、自由意思国際法、必要国際法の順番で自然国際法に訴えることになる⁽⁴⁸⁾と論じている。さらに、神聖ローマ帝国⁽⁴⁹⁾の諸侯の間で適用される国際法を「ドイツ国際法」(deutsches Völkerrecht)と構想する点も、彼の特徴のひとつとして挙げられる。

2.3 評価

以上の検討結果から、オムプテータとギュンターは、意思国際法の妥当範囲の一般性を否定している点で共通しており、この共通点はそのままヴォルフとの相違点といえる。さらに、両者ともに国際法の類型を論じる中で意思国際法に言及するのみで、具体的な諸権利との関係で意思国際法を論じていない点も共通しており、それ故に意思国際法の具体的な機能について、ヴォルフとの異同を確認することはできない。両者間の異同としては、オムプテータがヴォルフと同様に意思国際法を実定国際法として位置づけたのに対し、ギュンターはこれを自然国際法の一部として位置づけた点を指摘できる。特にギュンターは、国際法が妥当する場に着目することで、自然国際法を自然状態に固有の法たる必要国際法と一定の社会的関係にある諸国に適用される法たる自由意思国際法とに区別したのであった。このような自然状態を二分する構想は、原初的自然状態 (*status naturalis originarius*) と後天的自然状態 (*status naturalis adventitius*) というヴォルフ独自のものと評価されてきた自然状態論⁽⁵⁰⁾と一見したところ類似している。ヴォルフは後天的自然状態における社会の成立の根拠を合意 (*pactum*) と準合意 (*quasi pactum*) に求め、後者を世界国家の基礎として据えたが、かかる世界国家を否定したギュンターはヴォルフのいう合意に基づく後天的自然状態に妥当する法として自由意思国際法を構想した

Einleitung in das positive europäische Völkerrecht auf Verträge und Herkommen gegründet (Göttingen: Dieterich, 1796), §2.

(48) Ebd., §22.

(49) Ebd., §24. この点については次の文献も見よ。柳原正治「いわゆる『ドイツ国際法』論をめぐる一考察」同(編)『国際社会の組織化と法——内田久司先生古稀記念論文集』(信山社、1996年) 81-115頁。

(50) 柳原『前掲書』(註28) 96-106頁。

と評価できる。

なお、同時代の文献の中で、少なくとも管見の限りでは、意思国際法論をある程度纏まった形で提示しているのはオムプテータとギュンターのみである。この他にも、意思国際法に言及するものとして、例えばホフバウアー（Johann Christoph Hoffbauer）が1793年に上梓した著作が挙げられる。同著作においてホフバウアーは、グロティウス、ヴォルフ、オムプテータを参照しながら、自然国際法から区別される実定国際法として、協定国際法・慣習国際法・意思国際法を挙げ、意思国際法に「修正された国際法」（*modificiertes Völkerrecht*）⁽⁵¹⁾を併記している。同註釈においてオムプテータの上記著作が引用されているため、ホフバウアーはオムプテータの意思国際法論を受容したものと推察されるが、ホフバウアーは意思国際法に関する議論をこれ以上展開していない。

なお、ヴォルフ学派に属すると評価されてきた諸著作⁽⁵²⁾において、肝心の意思国際法論がみられないという点も指摘できる。そして、次章で確認されるように、やがて意思国際法は明示的に否定されるようになり、当時の自然国際法論の中から姿を消すようになるのであった。

3 自然国際法論の一般的傾向

3.1 意思国際法の否定

前章で確認されたオムプテータの修正された自然国際法たる意思国際法については、ホフバウアー以外にも同時代人による言及がみられる。その一例が、1790年のフーフェラント（Gottlieb Hufeland）の著作であり、国際法が自然国際法と実定国際法（条約・慣習法）とに分類され、後者は一般国際法に関する学問体系には属さないことが説明される際に、註釈においてオムプテータの著作を引用しつつ、自然

(51) J. C. Hoffbauer, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt* (Halle: Hemmerde und Schwetschke, 1793), §582, Anm.2.

(52) 例えばシュタイガーは次の著作に言及している（Steiger, a.a.O. (Anm. (18)), S.57, Anm.46）。K. Th. Gutjahr, *Entwurf des Naturrechts* (Leipzig: G. Martini, 1799), §§232, 233, 240; F. S. Karpe, *Darstellung der Philosophie ohne Beynahmen, in einem Lehrbegriffe, als Leitfaden bey der Anleitung zum liberalen Philosophieren. Des Lehrbegriffs der praktischen Philosophie*, 3. Theil: philosophische Rechtslehre (Wien: Wappler und Beck, 1803), §§123-125; J. G. E. Maaß, *Grundriß des Naturrechts* (Leipzig: Ambrosius Barth, 1808), §§407-410; G. W. Gerlach, *Grundriß der philosophischen Rechtslehre* (Halle: Gebauer, 1824), §§282-284.

国際法の分類の1つとして修正された自然法に言及している⁽⁵³⁾。但し、フーフェラントもホフパウアーと同様に、これ以上に詳細な議論を提示していない。

これ以外にもオムプテダの意思国際法論に言及する著作はあるが、以下で確認される通り、それらはオムプテダの意思国際法を否定する文脈に位置づけられるものであった。そのような著作の1つであるグロス (Karl Heinrich von Gros) の著作 (1802年) は、自然国際法と実定国際法という分類を提示し、次のように整理している。まず前者については、国家間関係に適用される自然私法が自然国際法であり、このような自然国際法の支配に服するのが実定国際法であり、これらは諸国の明示または黙示の条約として構想される⁽⁵⁴⁾。さらに、オムプテダの著作を引用しながら、彼のいう修正された自然国際法について、これが明示または黙示の条約である場合もあれば単なる諸国の慣行 (Völkergebrauch) に過ぎない場合もあると指摘し、その独立した法源性を否定し、彼の国際法体系から除外している⁽⁵⁵⁾。このような否定的な言及は、1808年に上梓されたパウアー (Anton Bauer) の著作においても確認される。自然国際法の淵源について論じる節の註釈の中で、パウアーはオムプテダの著作を参照しながら、諸国の推定された同意に基づく修正された自然法は現実性を欠いているとして、かかる自然国際法の類型を否定している⁽⁵⁶⁾。

以上で確認されたように、遅くとも19世紀初頭には、ヴォルフが現実批判の機能を付与し、オムプテダが修正された自然国際法として体系化しようと試みた意思国際法の構想は自然国際法論の中から消え去ってしまった。そして、この消失の過程において一貫していたのは、自然状態とは区別される諸国の自由意思に基づく社会関係を想定したギュンターの自然国際法としての自由意思国際法に対する検討の不在である⁽⁵⁷⁾。ギュンターの意思国際法論についての直接的な批判が展開されていない

(53) G. Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften* (Jena: Cuno, 1790), §424.

(54) K. H. von Gros, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts* (Tübingen: J. G. Cotta, 1802), §§434-435.

(55) Ebd., §435, Anm.2.

(56) A. Bauer, *Lehrbuch des Naturrechts* (Marburg: Die neue akademische Buchhandlung, 1808), §290, Anm. (a).

(57) 但し、自然国際法の類型論の1つとしてギュンターの類型を紹介する著作はあるが、詳細な検討や批判は提示されていない。J. L. Klüber, *Droit des gens moderne d'Europe*, t.1 (Stuttgart: J. G. Cotta, 1819), §1, n. (c).

いため、彼の議論が知られていなかったのか、あるいは等閑視されるほど説得的なものではなかったと評価されていたのか、その真相は不明である。たしかに、ヴォルフとオムプテータのような一般実定国際法を諸国の推定された同意に基礎づける議論の方が、自然国際法のみが一般法であるという自然国際法論の立場からは容易に批判の対象となり得たと考えられる。しかしながら、ギユンターの自然状態論はヴォルフのそれを基礎としながらも彼独自の構想として練り上げられたものであった点は評価に値するものであり、これが議論の対象とされなかった背景には、シュタイガーも論じたような世紀末以降のカントの自然法論の影響（とそれに伴うヴォルフの影響の相対的な低下）が指摘され得るのである。

3.2 自然国際法の新類型の出現

さらに、当時の自然国際法論を概観すると、このように意思国際法の構想が自然国際法論の中で消失していく過程において、自然国際法に関する異なる類型の出現とその広がりを見出すことができる。

既に確認した3名の著作を改めて確認すると、まず、ホフバウアーによれば、諸国の法的関係を扱う一般国際法たる自然国際法はその対象によって無条件的国際法（*das unbedingte Völkerrecht*）と条件付国際法（*das bedingte Völkerrecht*）とに分類されるという。前者は絶対または抽象的国際法（*jus gentium absolutum s. theticum*）とも呼ばれるもので、ある国の他国との関係一般を規律する法であるのに対し、後者は条件づけられた仮言的国際法（*jus gentium hypotheticum conditionatum*）とも呼ばれるもので、諸国間で偶発的に生じる出来事を規律する法である。ここで前者の例として挙げられるのは、独立権、自己保存権、これらの権利を侵害しないように行動する権利であり、後者の例としては、所有・領有権、条約締結権、外交使節の接受に関する権利、（とりわけ戦時における）違反者に対する権利が挙げられる。同様の類型は、絶対的または無条件的国際法（*das absolute oder unbedingte Völkerrecht/jus gentium absolutum s. theticum*）と仮言的または条件付国際法（*das hypothetische oder bedingte Völkerrecht/jus*

(58) Hoffbauer, a.a.O. (Anm. (51)), §583.

gentium hypotheticum) として、グロスによっても提示されている⁽⁵⁹⁾。

そして、19世紀初頭になると、かかる絶対的／仮言的、無条件／条件付という類型に関連させる形で、自然国際法上の諸国の権利を生得的権利 (*ursprüngliche Rechte*) と取得の権利 (*erwerbliche Rechte*) とに分類する議論が多くみられるようになる。このような権利類型を提示するパウアーは、前者は絶対的国際法上の、後者は仮言的国際法上の権利であるという⁽⁶⁰⁾。これらの例として挙げられているのは、前者については(倫理的)人格としての独立権および外交使節の接受に関する権利、後者については所有権および条約締結権であり、権利内容としては同時代の他の著作で挙げられているものと変わらない。

このような生得的権利・取得の権利という類型は、国家という倫理的人格と関連づけられており、かかる構想を提示する著作家が先行研究において「カント派」と分類されてきたことから示唆されるように、カントの法論の影響を受けたものであるといえる⁽⁶²⁾。もっとも、「ヴォルフ派」として評価されてきた者も、これらと同様に、自然・哲学国際法を絶対的・無条件的／仮言的・条件付国際法に分類し、前者を諸国の生得的権利、後者を取得の権利の淵源として提示し、それぞれの権利内容について説明していることが確認される。そのため、国際連盟構想と永遠平和と

(59) von Gros, a.a.O. (Anm. (54)), §435. かかる類型は、他にも次の著作で確認される。Hufeland, a.a.O. (Anm. (53)), §434: C. G. Rössig, *Die Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, des allgemeinen Staats- und allgemeinen bürgerlichen Rechts*, 2. Theil: welcher das Natur- und Völkerrecht enthält (Leipzig: Georg Emanuel Beer, 1794), §6: L. H. von Jakob, *Philosophische Rechtslehre* (Halle: Renger, 1795), §798: C. A. von Droste-Hülshoff, *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie* (Bonn: A. Marcus, 1823), §166.

(60) Bauer, a.a.O. (Anm. (56)), §289.

(61) C. von Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkt der Wissenschaft* (Leipzig: G. Mayer, 1847), S.280-282: A. Rivier, "Esquisse d'une histoire littéraire des systèmes et méthodes du droit des gens depuis Grotius jusqu'à nos jours"; in F. von Holtzendorff/A. Rivier, *Introduction au droit des gens: recherches philosophiques, historiques et bibliographiques* (Hambourg: Verlagsanstalt und Druckerei, 1889), pp.428-431.

(62) 例えばパウアーも、自然法論の現代的展開を説明する中で、カントの果たした役割を高く評価している。Bauer, a.a.O. (Anm. (56)), §26. See also, D. Klippel, "Naturrecht und Rechtsphilosophie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Kontinuität und Diskontinuität"; in O. Dann/D. Klippel (Hrsg.), *Naturrecht - Spätaufklärung - Revolution. Das europäische Naturrecht im ausgehenden 18. Jahrhundert* (Hamburg: Felix Meiner, 1995), S.284.

(63) 註 (52) に挙げた文献を見よ。

(64) See e.g., K. S. Zachariä, *Vierzig Bücher vom Staate*, Umarbeitung Aufl., Bd.5 (Heidelberg: C.

いう目的を基底とするカントの自然国際法論の系譜に属する者に限らず、当時においてかかる類型は自然国際法論の中で一般的に受容されていたといえる。但し、ドイツ語圏以外の著作においては、上記の権利類型を採用するものもあれば、そうでないものもみられ、ドイツ語圏における上記の一般的な傾向は確認されないという点には注意を払う必要がある。

おわりに

「はじめに」でも述べたように、「19世紀」国際法学についての従来の研究は、自然法論から実証主義への転換の世紀という伝統的な評価に基づき、その転換点の探求を主要な研究対象としてきた。その中で殆ど着目されてこなかったのが、本稿が検討対象とした自然国際法論であり、以上の検討の結果から、近代国際法学形成期末の自然国際法論の一般的傾向として次の点を指摘することができるだろう。すなわち、第1に、一般実定国際法としての意思国際法の妥当がこの時代において完全に否定されたということであり、その帰結として実定国際法が一般法であることも否定されたということである。第2に、自然国際法論の体系として、自然・哲学国際法を絶対的・無条件的／仮言的・条件付国際法に分類し、前者を諸国の生得的権利、後者を取得の権利の淵源として提示し、それぞれの権利内容について説明するという様式が少なくともドイツ語圏の著作において一般的なものとなったとい

F. Winter, 1841).

(65) イタリア語文献においては“diritti originari/assoluti, diritti acquisiti/ipotetico”と言及されている。P. Baroli, *Diritto naturale privato e pubblico*, vol.V: Diritto naturale pubblico esterno (Cremona: G. Feraboli, 1837), §§23-34; G. Tolomei, *Corso elementare di diritto naturale o razionale*, 2. ed. vol.II: Diritto pubblico (Padova: A. Bianchi, 1848), §738. なお、これらの著作に対する評価については次の文献も参照。R. von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd.1 (Erlangen: F. Enke, 1855), S.388-390.

(66) 例えば、ピンheiro＝フェレイラ (Silvestre Pinheiro-Ferreira) においては自然国際法の分類もそれに対応する権利類型もみられない。S. Pinheiro-Ferreira, *Cours de droit public interne et externe*, t2 (Paris: J. P. Aillaud, 1830), §1. また、カント派に分類されるデストリヴォー (Pierre Joseph Destriveaux) は、(明示的な参照はないものの) グロティウスが『捕獲法論』で示したような形で、自然法たる「第1の国際法」(droit des gens primaire) と実定法たる「第2の国際法」(droit des gens secondaire) という区分を採用している。P. J. Destriveaux, *Traité de droit public*, t.1 (Bruxelles: J. B. Tircher, 1849), pp.263-264, 360. なお、これらの著作に対する評価については次の文献も参照。von Kaltenborn, a.a.O. (Anm. (61)), S.148-149; von Mohl, a.a.O. (Anm. (65)), S.390-391.

うことである。そして第3に、シュタイガーや19世紀中葉の文献史研究が指摘するように、ヴォルフやカントの自然法論がこの時代の研究に与えた影響はたしかに確認されるものの、意思国際法の構想や機能といったヴォルフの理論の要諦をそのままのかたちで受容した研究も、永遠平和の達成のために国際連盟を設立するというカントの理論を国際法論として展開した研究も、極めて限られていたということである。1点目および3点目の指摘はドイツ語圏の著作のみならず、他国で刊行された同時代の著作（国際法概説書を含む。）についても妥当するものであった。⁽⁶⁷⁾

この時代の多くの自然国際法論において、欧州国際法とも呼称された実定国際法はその国際法体系の一部を構成していたが、諸国の明示・黙示の合意であるが故に一般的妥当性を欠き、それ故に、すべての諸国に妥当する一般法としての自然・哲学国際法が重視された。この自然国際法の一般的妥当性との関係において、グロティウスから連綿と受け継がれてきた意思国際法が、ヴォルフのように諸国の推定された同意に基礎づけられる一般実定国際法として構想されたことで理論上の緊張関係を生じさせ、その結果として意思国際法が自然国際法論の中から排除されていったのがこの時代であった。ヴォルフの意思国際法は、厳格な自然国際法と合致しない国家実行を理論化するという正当化機能（自然国際法の厳格性の緩和）に加え、悪しき慣習を排除するという現実批判の機能を備えるものであったが、意思国際法の妥当性が否定されることで、前者の正当化機能は実定国際法に担わされることになる。しかしながら、意思国際法の機能を実定国際法が担うということは、ヴォルフのグロティウス批判にみられたように、悪しき慣習までも慣習国際法（黙示の条約）として包摂することに他ならない。このように、ヴォルフが意思国際法に負わせた2つの機能のうち、現実批判としての機能は失われ、現実の理論化＝正当化という側面のみが維持されることで、実定国際法は国家意思に従属する法として構想されるようになっていったのである。

ちょうど国内社会において、18世紀末から19世紀初頭にかけて実定法が整備さ

(67) なお、辻が自然法一元論者として提示するレーヌヴァル、自然法優位論者として提示するマニングにおいても、本稿で指摘したような特徴を有する自然国際法論はみられない。J.-M. G. de Rayneval, *Institutions du droit de la nature et des gens*, 2e éd. (Paris: Leblanc, 1803); W. O. Manning, *Commentaries on the Law of Nations* (London: S. Sweet, 1839).

れ、その結果として自然法から法的規律を演繹する必要性が低減したように、国際社会においても、当時のキリスト教文明諸国＝欧州諸国（論者によっては米州も含まれる。）の間で実定国際法が増加することになる。このような中で、シュタイガーも着目したペーリッツが1823年に上梓した著作において、哲学国際法と実践欧州国際法（das praktische europäische Völkerrecht）という分類⁽⁶⁸⁾の下で、当時の一般的傾向に違わず、哲学国際法上の権利が生得的権利として的人格権とそこから派生する取得権⁽⁶⁹⁾とに区別され、かかる取得権が、実際には諸国間の条約（同盟条約、通商航海条約、講和条約など）に基づく真正かつ実定的な権利（wirkliches und positives Recht）であると指摘⁽⁷⁰⁾されている。すなわち、ペーリッツが示しているのは、哲学国際法上の諸国の取得権の淵源が実定国際法にも求められるということであり、哲学国際法は主として生得的権利の淵源としての役割を果たすということである。さらに、ペーリッツは、実践欧州国際法の内容が不明確あるいは疑わしい場合、またはその法源たる条約・慣習・類推から何らの規則も導かれぬ場合には哲学国際法が法源となる⁽⁷¹⁾という。以上の議論を総合するならば、彼の国際法体系において、自然国際法は実定国際法の補充的⁽⁷²⁾法源として位置づけられており、これはギュンターやマルテンスにみられたような「実定国際法＝自然国際法の補充的⁽⁷³⁾法源」という従来の構図とは正反対の構想であるといえる。そして、かかる構想は辻が検討したクリューバーやザールフェルトらによる同時期の構想とも重なるも

(68) K. H. L. Pölit, *Die Staatswissenschaften im Lichte unsrer Zeit*, 1. Theil: das Natur- und Völkerrecht, das Staats- und Staatenrecht, und die Staatskunst (Leipzig: Hinrich, 1823), §42. 実践欧州国際法は諸国の間で締結される条約、諸国間の礼讓（Völkersitte）、慣習、慣行によって黙示的に同意されたもの、そして類推によって基礎づけられるものであるという。

(69) Ebd., §§44-45. ここでは明示されていないが、実定法としての実践欧州国際法を主題とする第5巻（1824年）において、無条件的・条件付国際法という類型が、生得的権利と取得権に対応するものであることが明示されている。K. H. L. Pölit, *Die Staatswissenschaften im Lichte unsrer Zeit*, 5. Theil: practisches (europäisches) Völkerrecht, Diplomatie, und Staatspraxis (Leipzig: Hinrich, 1824), §29.

(70) Pölit, a.a.O. (Anm. (68)), §47.

(71) Pölit, a.a.O. (Anm. (69)), §7.

(72) なお、このような考え方がこの時代の自然法論の1つの特徴であると指摘するものとして次を見よ。ミヒャエル・シュトライス（編）／佐々木有司・柳原正治（訳）『17・18世紀の国家思想家たち——帝国公（国）法論・政治学・自然法論』（木鐸社、1995年）518-519頁。

(73) Klüber, *supra* note (57), §5; F. Saalfeld, *Handbuch des positiven Völkerrecht* (Tübingen: C. F. Oslander, 1833), §2. See also, J. Kent, *Commentaries on American Law*, vol. I (New York: O. Halsted, 1826), p.2. なお、マルテンスも、1821年に上梓した仏語版国際法概説書の第3版（G.

のであり、「実定国際法優位」の自然国際法論とも呼び得るものであった。

それでは、このような自然国際法論における実定国際法の位置づけの変容——とりわけペーリッツが提示した実定国際法優位の自然国際法論——を19世紀中葉以後の国際法学者はどのように理解し、その上で実証主義国際法学の確立へと歩み出したのだろうか。この過程こそが「19世紀」国際法学研究におけるもう1つの「失われた環」⁽⁷⁴⁾であり、このような19世紀後半における国家意思実証主義 (Staatswillenspositivismus)⁽⁷⁵⁾に基づく国際法学の誕生に至るまでの過程の解明は今後の課題として別稿に期したい。

【付記】本研究はJSPS科研費19K01315、20K13332の助成を受けたものである。

F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, 3e éd. (Gottingue: Dieterich, 1821.) においては、ペーリッツのような実定国際法優位の自然国際法論を展開していた。第3版に依拠してマルテンスの国際法論を検討するものとして次の文献も参照せよ。辻健児「マルテンスの国際法理論」『国際法外交雑誌』第85巻(1986年)413-446頁。

(74) コスケニエミは「自然法の終焉」として、自然法がドイツにおいて経験的政治学、経済学、哲学、そして外交(の復権)という4つに変形されていく様子を描き、その上で、前著 (M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).) において示された「1873年の男たち」

による国際法学の誕生へと物語を繋いだ。彼の描いた「寄せ集め」^{プリコラージュ}による法的想像力の歴史においても、依然としてこの点は「失われた環」として残されている。Idem, *To the Uttermost Parts of the World: Legal Imagination and International Power 1300-1870* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp.949-951, 959-967.

(75) この点についての現時点での到達点として次の文献を見よ。J. von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler* (Baden-Baden: Nomos, 2001), S.15-43; Idem, "German Intellectual Historical Origins of International Legal Positivism"; in J. Kammerhofer/J. d'Aspremont (eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp.50-80.