

論 説

国際法における不干渉原則論の構図(5)

——適用問題への一視座——

藤 澤 巖

第4章 学説における国内管轄事項概念の導入

本章では、現代において学説上一般化している、「国内管轄事項」概念について、それがいかなる関心の下で導入されたのかを、戦間期におけるケルゼンおよびフェアドロスの議論を中心に検討したい。フェアドロスは有力な国際法学者として第二次世界大戦後も長らく活動し、弟子シンマ (Bruno Simma) と共に執筆した有名な体系書においても、干渉の禁止される範囲として「国内管轄事項」概念に言及している⁽¹⁾。ケルゼンはフェアドロスの師であり、両者を対比することによって、この概念の理論的意味がより明瞭になると考えられる。

第1節 ケルゼンの理論

第1項 国内法の事項的妥当範囲と国家の権限

ケルゼンの出発点は、国内法の事項的妥当範囲および、そこから派生する国家の権限の観念である。

ケルゼンは、「所与の時点における所与の国家の排他的権限に属する諸事項」とは、「いかなる一般国際法規範によっても、いかなる特別国際法規範によっても、国家が羈束されていない諸事項」を意味すると述べる。彼によれば、「結果として、国家法の事項的妥当範囲についての

(1) Alfred Verdross und Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie u. Praxis*, 3., völlig neubearb. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1984, pp. 300-301.

一国の排他的権限 (la compétence exclusive d'un Etat du domaine de validité matériel du droit étatique) の問題は、一般的な仕方では提起されることはできず、具体的な仕方では提起されることができるだけである。そして、それに一般的な回答を与えることはできず、個別のかつそれぞれの国家にのみ有効な回答を与えることができるだけである」⁽²⁾。排他的権限に属する事項とは、国際法によって羈束されていない事項であり、その範囲は、個別国家について妥当を有する国際法を検討することによって、明らかにされる。

ケルゼンによると、国際法規範には、国際法の本質的機能を果たす一群の規範と、必ずしも国際法に不可欠ではない規範の集合の、二種類が存在する。後者が規律する諸問題に関しては、国際法規範が規律する必然性はなく、「諸国家法が自ら規律することができるであろう」し、「国際法がそれらを押さえていない限りにおいて、実際に規律している」。したがって、国際法は、この第二のカテゴリーの規範を定立することによって、「国家法の事項的妥当範囲に介入する」ことになる。すなわち、国際法は、特定の客体の規律を国家法に禁止したり、自ら国家法に競合する規律を発したり、国家法の規律の内容を定めたりすることによって、国家法の事項的妥当範囲を制限するのである⁽³⁾。裏からいえば、国際法がとくに規律していない事項は、国家法の事項的妥当範囲に属するわけである。

国際法は、特定の客体の規律を国家法に禁止したり、自ら国家法に競合する規律を発したり、国家法の規律の内容を定めたりすることによって、国家法の事項的妥当範囲を制限する⁽⁴⁾。その際、「国際法の下でも、個別の諸国家が、原則としてすべてのことを規律する権限を有しているのは確かである。しかし、それら諸国がこの権限を保持するのは、国際法がある対象を奪い取り、そうして個別国家の法秩序による自由な規律

(2) Hans Kelsen, "Théorie générale du droit international public: problèmes choisis," *RdC*, tome 42 (1932-IV), pp. 300-301.

(3) *Ibid.*, p. 182.

(4) *Ibid.*

から剥奪しない限りにおいてに過ぎない。国際法を超国家秩序として前提するなら、個別国家の法秩序は、もはや何らの権原高権 (Kompetenzhoheit) を有さない。しかし、国際法によってのみ制限される全体性要求 (Totalitätsanspruch) は有する。すなわち、個別国家の法秩序は、他の国際法直接的かつ国際条約によって創設された諸法秩序または諸法共同体のように、あらかじめ特定の対象に限定されているということはない⁽⁵⁾。国際法規範によって、国内法秩序に「全体性要求」が承認され、国際法がとくに規律していない事項は、包括的に国家法の事項的妥当範囲に属することが認められているのである⁽⁶⁾。

国際法が自ら規律していない事項はすべて国家の自由な規律に委ねられるわけだが、ケルゼンによれば、「国際法は、原則として、同一の諸客体の規律を、すべての国家秩序に授權している」のであり、「それゆえ、規律の客体に関しては、言い換えれば事項的観点からは、国際法によってこれらすべての国家の併行的権限 (le compétence parallèle) が存在する」⁽⁷⁾。すなわち、国際法は、原則として、ある客体の規律を特定の一国の国内法だけに授權することはなく、同一の客体の規律をすべての国

(5) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934, pp. 149–150.

(6) この限りでは、国際法に反する内容の国内法を定立する権限は国家に付与されておらず、そのような国内法は無効であるかのごとくであるが、ケルゼンは、国際法違反の国内法を制定する権限も国内法秩序に授權されていると考える。つまり国際法の不法要件事実が、国内法上は義務または権利として有効である可能性が承認されている。Hans Kelsen, “Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht,” *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 12 (1932), p. 501. これを長尾龍一は「裏からの授權」と呼ぶ。長尾龍一『ケルゼン研究 I』信山社、1999年、211–212頁。このような国際法による「裏からの授權」は、例えば、国際法違反の国内法に関して、適当な手続によって「取消」がなされるまでは暫定的に効力を認める場合や、単に責任ある機関の処罰のみを法効果として規定する場合が考えられる。Hans Kelsen, “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public,” *RdC*, tome 14 (1926–IV), pp. 271–274.

(7) Kelsen, *supra* n. 2, p. 298.

に同時に委ねる。

また、この事項的妥当範囲は、法規範の「効果 (le fait conditionné)」ではなく、「要件事実 (le fait-condition)」によって定められる。言い換えれば、ある規範の事項的妥当範囲は、「その規範に関わる客体 (l'objet)」を指す⁽⁸⁾。したがって、「国家法の事項的妥当範囲」とは、国際法によって、国家法による規律に委ねられている客体＝要件事実の範囲を指すと言うことができる。また、この国内法の事項的妥当範囲は、いわゆる諸国の「対内諸事項 (affaires intérieures)」に相当する⁽⁹⁾。

他方、権限の観念は、「妥当範囲の観念のように規範それ自体に関わるものではなく、規範を定立しまたは執行する機関に関わる。規範は妥当範囲を有し、機関は権限を有する。ある機関のこの権限は、当該機関が定立し執行する諸規範の妥当範囲である」。ケルゼンによれば、「国家法秩序の妥当範囲を定め、そのようにして他の諸国家秩序に対して当該国家法秩序の妥当範囲を確定する際に、国際法は、原則として当該秩序の機関にのみ、その諸規範を創設し執行することを許可する。それゆえ、機関の権限が、当該機関が定立し執行しなければならない規範の妥当範囲に関係する限りにおいて、機関の権限の観念は、おおむね派生的観念に過ぎない」⁽¹⁰⁾。すなわち、権限の観念は、規範自体ではなく規範を定立・執行する機関⁽¹¹⁾に着目するものであり、権限の範囲は、その機関が定立できる規範の妥当範囲によって定まる。その意味で権限の概念は妥当範囲の概念から派生するものであり、国家法秩序の機関の権限は、国際法によって付与された国内法の妥当範囲によって確定されることになる。

第2項 国家の排他的権限への干渉の禁止とその意義

「国家法の事項的妥当範囲についての一国の排他的権限」は、国際法

(8) *Ibid.*, p. 186.

(9) *Ibid.*, p. 299.

(10) *Ibid.*, pp. 186-187.

(11) ケルゼンの機関概念については、柳瀬良幹「ケルゼンの機関論—機関学説の系譜(3)」、同『元首と機関』有斐閣、1969年、145-207頁を見よ。

によって国内法の規律に委ねられた客体＝要件事実について規律する国家機関の権限を意味し、事項的妥当範囲は、「対内諸事項」と呼びならわされていた。そしてケルゼンによれば、「干渉の国際的禁止」とは、「国家の対内諸事項の裏返しに過ぎない」。すなわち、「この干渉は、他の当事者に対して負っている国際義務が存在する事項ではない限りにおいてのみ、国際的に禁止される」⁽¹²⁾。干渉の禁止される範囲は、国家の排他的権限事項＝国内管轄事項であると言うことができよう。その結果、例えば、条約によって国家が義務を負った場合、「そのとき、即座にすべての事項は国家の対内諸事項ではなくなり、義務が約束された国家によるその諸事項への干渉は、もはや禁止された干渉と捉えられることはできず、当該国が条約によって自己に与えられた権利を実行する行為とみなされなければならない」⁽¹³⁾。

ここでケルゼンが指摘する、「裏返し」の関係とはいかなるものであろうか、彼は、別の個所で、「我々が既に言及したように、国際法によって授權された国家法の妥当範囲の区画は、例えば他国と締結された条約のような国際法の特別の権原によって許可されることなしに他の法秩序の妥当範囲への干渉 (interviendraient) または干渉を試みる行為を慎むことを、一般国際法の諸規範によって諸国が義務づけられているという事実によって保障されている (garantie)」⁽¹⁴⁾と指摘している。したがってケルゼンは、国際法が規律していないすべての事項について国家は自由に規律できるという、国内法の事項的妥当範囲の包括性を認める国際法規範をまず定置し、当該規範を保障する目的を有する別個の国際法規範として、不干渉原則を導出していると言えよう。

引用部分に明らかなおとおり、ケルゼンにおいて、干渉の禁止の範囲は、排他的権限＝国内管轄事項に限定されており、国際義務違反に対しては強制が認められていると結論づけることができる。

それでは、ケルゼンはこの強制の目的をどのように捉えていたのであ

(12) Kelsen, *supra* n. 2, pp. 301-302.

(13) *Ibid.*, p. 302.

(14) *Ibid.*, p. 192.

ろうか。彼によれば法は「社会的技術 (soziale Technik)」であり、「法は、社会に害をなす要件事実を強制行為に結びつけるという仕方では、社会的に望ましい状態を獲得することを追求する」⁽¹⁵⁾。すなわち、「法秩序は、想定されている制裁を回避する行動を引き起こすことを望んでいる。強制の使用を、自己が明確に規定する社会的に害のある一定の諸行為の制裁に限定することによって、法秩序は、その存続から自己の妥当を引き出している共同体を平定するのである」⁽¹⁶⁾。したがって、ケルゼンにおける強制の目的は、強制回避行動を促すことによる社会全体の利益の実現であると言うことができる⁽¹⁷⁾。

その結果、干渉が国際法上正当化されるのは、国際法違反に対する対処の場合のみということになる。ケルゼンは、その1945年の著書において、オッペンハイムの干渉論を伝統的見解として紹介する際、自己保存のための干渉や、勢力均衡のための干渉といった、相手国の国際法違反を前提としない干渉については、干渉による国際法違反の「道徳的・政治的弁解」に過ぎないとして、その合法性を否定し、オッペンハイムが「権利による干渉」に分類していた事例のみを、「国際法違反に対する反応として行使される場合にのみ干渉は法的に許容される」ことを示すものとして採用している⁽¹⁸⁾。つまり、国内管轄事項概念の導入は、国際法違反の効果としての強制に干渉の正当化事由を限定するという意義を有しているのである。

第3項 権利義務関係の否定

ケルゼンにおいては、まず、国内法秩序の「全体性要求」を認める形で当該法秩序の事項的妥当範囲を授權する国際法規範が存在する。そして、その上で、この国際法規範を前提にそれを「保障」する目的で、不

(15) Kelsen, *supra* n. 6, p. 482. 下線部は原文隔字体。

(16) Kelsen, *supra* n. 2, p. 125. 下線部は、原文イタリック体。

(17) 森川幸一「国際紛争の平和的处理と強制的处理との関係—H. ケルゼンの学説を中心に—」『世界法年報』20号（2000年）、33頁。

(18) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. 333.

干渉原則という別の国際法規範が導入されている。

ここで重要なのは、国内法に授權する国際法規範およびその派生概念としての排他的権限と、干渉を禁止する規範は、あくまで別個のものと観念されている点である。そしてその帰結は、不干渉原則という慣習法規範と、一国の独立権とそれに対応する他国の不干渉義務という権利義務関係を区別し、後者の存在が否定される点に表れる。彼によれば、諸国は、他の国家秩序の妥当範囲に干渉しないことを国際法によって義務づけられており、「この一方の法的義務は、他方の主観法 (*droit subjectif* 権利) を基礎づける。この権利を『独立権』と呼ぶこともできるが、これは、国際法の観念自体から導出されてはならない。これは、慣習によって創設された一般国際法の実定規範の主観的反射 (*réflexe subjectif*) に過ぎないのである」⁽¹⁹⁾。一国が負う不干渉義務には、他国の「独立権」が対応するかのように見えるが、これは国際法の観念とは合致しない。存在するのは、国内法に包括的に授權する国際法規範および、それとは厳に区別される干渉を禁止する国際法規範だけであり、「独立権」は、後者の規範によって保護される国に対するこの規範の反射に過ぎない。

つまり、ケルゼンにおいて、妥当範囲および権限の概念は、権利義務関係の概念を否定する役割を担わされているのである。では、独立権と不干渉義務という権利義務関係を否定する構成の目的はどこにあるのだろうか。この点については、「独立権」を代表とする国家の「基本的諸権利義務」の観念、いわゆる基本権理論に対するケルゼンの批判が手がりとなる。ケルゼンによれば、国際慣習法や条約によって成立するのではなく、「国家の性質や国際社会の性質に起源を有する」権利義務が存在するという主張は、「国家間関係に適用された自然法論」に過ぎない。国家の基本権は「国際法がそもそも可能になる諸条件である諸法原則であり、実定国際法がその上に築かれる諸法原則である」というフェアドロスの主張も、自然法論の一形態である。ケルゼンによれば、法原則としての基本権は実定国際法秩序によってはじめて創設されるのであって、基本権によって実定法秩序が基礎づけられるのではない⁽²⁰⁾。ま

(19) Kelsen, *supra* n. 2, p. 192.

た、国際人格としての国家の性質から基本的権利義務を導出しようとするオープンハイムの議論も、自然法論上の社会契約論を国際法に適用したものに過ぎない。しかし社会契約論は擬制に過ぎず、「諸国が、その意思なしに、そして意思に反してさえも、国際法によって拘束されると捉えられていることは、疑いえない事実である」⁽²⁰⁾。ケルゼンは、独立権と不干渉義務といった基本的権利義務関係を、不干渉原則という国際法規範の前提とし、前者から後者を導出する立場を退けていると言えよう。まさに干渉の禁止規範は一国の独立権から演繹されるものではないことを示すために、国内法の妥当範囲を定める国際法規範やその派生概念としての国家（機関）の権限といった観念を用いたと考えることができる。

そして、フェアドロスやオープンハイムに対するケルゼンの批判からは、権利義務関係からの法規範の導出の拒絶の理由としては、第一にそれらの概念が自然法の存在を前提とすること、第二に、それらが国際法の根拠を国家の意思に求める見方を伴っている点にあることが窺える。これらの点についてより明確な理解を得るため、以下では、これらの論点をケルゼンの法理論の一般的枠組みの中に位置づけてみよう。

第4項 ケルゼン法学の基本的課題

ここまでの検討から、ケルゼンにおける権限概念の導入は、権利義務関係の否定を目的としており、その背景には、基本権理論に代表される、権利義務関係と法規範の関係という問題意識があったのではないかと考えることができる。そして、このことは、ケルゼンの法理論全体の基調をなす問題意識のひとつである、客観法（Das objektive Recht）と主観法（Das subjektive Recht）という法についての二つの概念の関係という議論枠組みの中に位置づけることによって、よりはっきりさせることができる。

(20) Kelsen, Kelsen, *supra* n. 18, p. 248.

(21) *Ibid.*, pp. 249–252.

(1) 客観法と主観法

まずは、客観法と主観法の問題についての法学上の一般的な文脈を確認しておこう。ヘーゲル以降の伝統的な見解では、法 (Recht) の本質は意思 (Wille) であると捉えられ、その上で主観法 = 共同体構成員の個別意思、客観法 = 共同体の一般意思という区分が採用されていた⁽²²⁾。憲法学者石川健治の整理⁽²³⁾に従えば、客観法とは要件と効果から

(22) Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Part III-1, 3. Aufl., Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877, pp. 318-319; Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963, p. 42.

(23) 石川が参照しているのはギールケ (Otto Gierke) の議論である。彼によれば、「我々は、諸法命題の総体だけでなく、諸法関係の総体も『法』と呼ぶ。今日我々は両意義を区別し、したがって『客観』法と『主観』法について語る」。Otto Gierke, *Deutsche Privatrecht*, 1. Bd., München: Duncker & Humblot, 1936, p. 112. したがって主観法は諸法関係の総体であるが、「諸法関係は、諸権能 (Befugnisse) と諸義務 (Pflichten) から成るので、諸権能と諸義務の総体である」。Ibid., p. 251. 権能と義務は、それぞれ「外的な意思力 (Willensmacht) または意思被拘束性 (Willensgebundenheit)」と定義される。Ibid., p. 253. 諸権能と諸義務は、不可分の外的連関において存在する。すなわち、「一者の権能のすべてに、一または複数の他者の諸義務が対応し、またその逆も成り立つ」。Ibid., p. 255. つまり、権利と義務は常に対応する。主観法の主体は、「法命題によって自由意思の担い手として承認された存在」である。Ibid., p. 257. そして、「ひとつの生活関係 (Lebensverhältniss) に対応する、諸権能と諸義務の相互依存的な総体」が法関係である。Ibid., p. 255.

そこで問題は、この共同体の信念たる客観法と、個別意思の関係たる主観法の間をどのように捉えるかであるが、彼は、客観法とは独立した主観法の存在を否定する。すなわち、「法秩序は、たとえ始源的な意識においては、諸法関係に対峙させられないで、それら法関係の中でそれらと一緒にのみ感受されたに過ぎないとしても、そのときから存在したのである」。Ibid., p. 252, n. 3. しかし同時に彼は、主観法 = 個別意思の相互関係なき客観法の可能性も否定する。ギールケによれば、主観法と客観法は相互補完的であり、同一の全体現象の二つの側面に過ぎない。まず、両者は同じく

成る法規則としての法命題であり⁽²⁴⁾、主観法は権利義務関係＝「法関係 (Rechtsverhältnis)」を構成単位とする。主観法はさらに、「権利 (Be-rechtigung, Befugnis)」と「義務 (Pflicht)」に分解される。主観法上の法関係は、その前提にある特定の生活関係とそれに対応する客観法上の法制度の間の視線の往復のなかから構成される。こうして、法には客観法と主観法という二つの層が存在することになるが、両者の関係は、論

始源的 (gleich ursprünglich) であり、「今日においても、主観法は、……単なる客観法の創造物として捉えられてはならないし、逆に、……法律よりも前にそして上に置かれてもならない」。つまり両概念は同時に成立するのである。また、「主観法と客観法は相関概念 (Korrelatbegriffe) である。いかなる法命題によっても肯定されない諸権利義務は、何ら現実の法ではない。……他方で、諸権能や諸義務を定めない客観法は、空虚な戯れであろう。個々の法規範はたしかにさしあたり他の内容を有することができる。しかし、少なくとも間接的には、常に諸法関係の決定に向けられている」。すなわち、客観法なき主観法は存在しないが、主観法を内容としない客観法もありえない。さらに、「主観法と客観法は、相互依存的である。客観法は、主観法の創設者ではないが、その造形者であるし、たしかに形式的には全能の造形者である。……しかし、実質的には、客観法は、自らが形を与える素材によって拘束されている。客観法は意思の諸内容を発見するのであり、それらの意思内容の中に横たえられていないいかなる法関係も、魔法を用いて作り出すことはできない」。Ibid., pp. 251-152. つまり、客観法は、実質的には、主観法の内容を自由に規律することはできず、素材であるところの事実上存在する生活関係に拘束されるのである。こうしてギルケにおいては、主観法と客観法に対等の地位が与えられていると言いうことができる。一方だけでは法は存在することができず、両概念あいまって、全体現象としての法が把握されるのである。石川健治『自由と特権の距離ーカール・シュミット「制度体保障」論・再考ー』[増補版] 日本評論社、2007年、34-35頁。また同書、37-44頁、80-87頁も見よ。

- (24) ただし、客観法の論理的形式を、法規則ないし法命題と捉えない立場もある。例えばロマーノ (Santi Romano) は、「法関係 (rapporto giuridico)」を意味する主観法に対する客観法を、「制度体 (istituzione)」と定義する。Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2 ed., Firenze: Sansoni, 1962, pp. 66-67. ロマーノについては、仲野武志『公権力の行使概念の研究』有斐閣、2007年、第3章を見よ。

理的には、客観法が主観法に先行する。しかし、歴史的には主観法が先行している可能性はあり、その場合、主観法は客観法の創造物ではなく、客観法は既に存在する主観法を承認し保障するに過ぎないと捉えられる。このような捉え方からは、先に存在する自然権としての「人権」の主観法（自然法）を、客観法としての国家法秩序が承認するという構図が成立する⁽²⁵⁾。

(2) 法の実定性：因果法則および自然法からの自立性

ケルゼン自身の言によれば、彼の研究の目的は、「実定法の理論としての純粋法学」、すなわち、「学の純粋性または、同じことだが、学問的認識の対象としての法の自立性（Selbständigkeit des Rechtes）」の論証にあった⁽²⁶⁾。つまり彼は、道德規範など他の規範からの法の自立性を保証する「法命題特殊の形式を確定すること」⁽²⁷⁾を法学の任務と捉え、「法命題の論理的形式」⁽²⁸⁾ないし「理念的な言語形式（Sprachform）」⁽²⁹⁾の確立を目指していた。ケルゼンの元来の主題は、法の内容や法の拘束力＝妥当の根拠づけではなく⁽³⁰⁾、法が法として認識される限り備えなければならない「形式」の確定にあったと言えよう。

彼によれば、この実定法の自立性は、一方においては「法を、自然的に与えられた現実性の一部のように因果科学手的方法に即して支配しようとするいわゆる『社会学的』観察の要求に対して」、他方においては、「もっぱら実定法においてのみ与えられる関係づけの基礎を無視するが

(25) 石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性—主観憲法と客観憲法の間—」『岩波講座憲法2 人権論の新展開』岩波書店、2007年、6-9頁。また、山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣、2000年、69-71頁。

(26) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze*, 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, p. V. 下線部は原文隔字体。以下においても同じ。

(27) *Ibid.*, p. 70.

(28) *Ibid.*, p. 189.

(29) *Ibid.*, p. 237.

(30) *Ibid.*, pp. 351-353.

ゆえに、実定法命題の領域から倫理的政治的要請へと法理論を引き込む、自然法論に対して」、確保されなければならない⁽³¹⁾。

社会学的法理解から実定法概念を区別するために導入されるのが、実践理性と理論理性を区別したカントに由来する、「当為 (Sollen) と存在 (Sein) の根本的対置」の方法二元論である。すなわち、「『社会学的に』把握できる社会的存在と区別されて、当為は法学により規定される法の固有法則性の表現となる」のであり、「当為の判断 (Urteil) としての規範は自然法則に対峙し、規範として性質決定される法命題は社会学特殊の因果法則に対峙する」のである⁽³²⁾。

他方、自然法論は、法と正義を同一視する「超越的法概念 (einem transzendenten Rechtsbegriff)」を用いて作業し、法に絶対的価値を付与する⁽³³⁾。この絶対的価値の内容は純粹法学によって規定されることはできない。「それどころか、何千年も無益にこの問題の解決に努力している人間精神の歴史が証するように、それは、そもそも理性的な認識によって獲得することができない。というのは、実定法と区別され、実定法に対して高次の秩序として表象されなければならない正義は、現実性の彼岸のプラトンのアイデアや、諸現象の彼岸の超越的な物自体 (Ding an sich) と同様に、あらゆる経験 (Erfahrung) の彼岸にあるその絶対的な妥当に存するのである」⁽³⁴⁾。これに対し実定法の当為は、「経験的素材を把握するための相対的に先験的なカテゴリー」である⁽³⁵⁾。すなわち、自然法は超経験的な法を意味するのに対し、実定法はあくまで経験的存在なのである。

(3) 法の客観性：他律的法と自律的道德の区別

ケルゼンによれば、因果法則と区別される法の固有法則性は、「法の客観性 (die Objektivität des Rechtes)」を要求する。すなわち、「『主要

(31) *Ibid.*, p. V.

(32) *Ibid.*, p. VI.

(33) Kelsen, *supra* n. 5, pp. 19–20.

(34) *Ibid.*, pp. 13–14.

(35) *Ibid.*, p. 23.

問題』において明白に問題となっているのは、妥当の客観性を獲得することである。法則性一般と同じく、法法則性も、それを伴ってのみ現れることができるのである。法法則がなければ、法認識も法学も存在しない。それゆえ、客観的判断であって、主観的命令（Imperativ）ではないのである」。法は客観性を具備しなければならず、そのため、「判断」として定式化される。客観性の意味は、ここで否定されている「命令」としての法の定式化から窺うことができる。命令は「その本質上、主観的な名宛人（subjektive Adressanten）に向けられており、したがってこの名宛人の側の知覚（Empfang）および承認（Anerkennung）を必要とする」⁽³⁶⁾。つまり、法の客観性とは、法が名宛人を有さず、妥当を有するために名宛人による認識や承認を条件としないことを指すと言えよう。

この法の客観性は、直接的には、法規範と道徳・倫理規範を区別するために用いられているように思われる。ケルゼンは、「自律的道徳（eine autonome Moral）」と「他律的法（das heteronome Recht）」の区別を強調する⁽³⁷⁾。彼によれば、「倫理規範は個人にとって、彼が自ら定立し、自ら服し、自ら従うことを、意思する限りにおいてのみ、存在する。しかし、この個人自律的性格を法は決してもたないし、慣習法であっても同様である」⁽³⁸⁾。道徳・倫理規範においては、規律する権威と規律に服する主体が同一であるため、「すべての倫理的義務は自己拘束という仕方においてのみ生じることができ、個人にとっては、自ら服し、自ら自己の意思の内容とする規範だけが妥当を有し、それゆえ彼の当為（Sollen）は自身の意思（Wollen）である」という帰結が生じる。個人の意思は当為ではなく存在に属するので、「この領域では、存在と当為の形式的対置および、同時に説明的観点と規範的観点の区別が、厳密に貫徹されない」ことになる⁽³⁹⁾。

これに対し、「人間の外部そして上部に存在し、その規範が、その内

(36) Kelsen, *supra* n. 26, p. VII.

(37) *Ibid.*, p. 46.

(38) *Ibid.*, p. 35.

(39) *Ibid.*, p. 41.

容については客観的に確定されることができ、その成立については法律の支配下にある個人の内面という主観的諸要因から完全に独立している、法律の存在」において、法命題の他律性が規定される⁽⁴⁰⁾。

「命令理論 (Imperativtheorie)」は、法を「単に他者の行為に向けられた意思」と捉え、法命題は「指示 (Gebot) または禁止 (Verbot)」として現象するとする⁽⁴¹⁾。このような意思を法の本質とする見方は、道德規範の形式をそのまま法に継受するものであるが⁽⁴²⁾、この場合、法規範と道德規範は共に「命令」という形式を有することになり、両者を区別することができなくなってしまう⁽⁴³⁾。

さらに、自律的道德は純粋に主観的な存在であるので、道德的義務は「内的な意思被拘束性という実在心理状態」と定式化できる。命令理論は道德の形式を法に受容するので、法的義務も道德的義務と同様に「内的な意思被拘束性という実在心理状態」と捉える⁽⁴⁴⁾。しかし自己の意思を拘束する道德と異なり、法の場合は他者の意思の拘束、すなわち「法規範による動機づけの実際の実現」が法的義務の存在の条件ということになる。このような拘束が生じるために、命令理論においては、命令だけでなく、「主体が法命題に服する行為」、すなわち「法規範のそれ自体としての承認」がさらなる条件とされている。すなわち、「命令理論は、承認理論 (Anerkennungstheorie) にその必然的補完を見出す」。承認は主体自身が行うものなので、承認による義務づけは、道德と同じく自己拘束と捉えられることになる。こうして命令理論では、法と道德のアナロジーが貫徹しているのである⁽⁴⁵⁾。ケルゼンによれば、結局承認理論は、古来の自然法的契約理論すなわち社会契約論の一種に過ぎないのである⁽⁴⁶⁾。

(40) *Ibid.*, p. 40.

(41) *Ibid.*, p. 190.

(42) *Ibid.*, p. 203.

(43) *Ibid.*, p. 212.

(44) *Ibid.*, p. 346.

(45) *Ibid.*, pp. 350–351.

(4) 主観法概念の問題性

ケルゼンが、主観法＝権利義務関係の概念を否定するのは、この概念において、法の実定性および客観性の確保という、ケルゼンの基本目的が脅かされていたからであると解釈することができる⁽⁴⁷⁾。ケルゼンは、彼の立場を、「客観法と区別され、いわば客観的妥当を有する諸法命題の体系の外部で、この客観法としての法秩序に対峙する、主観法の否定」と表現する。そしてこの「主観法の客観法への還元」は、「統一的な認識体系の内部では許されない二元論の揚棄であり、同時に自然法の領域から実定法の領域に法理論を引き戻すこと」を意味する⁽⁴⁸⁾。

ケルゼンによれば、主観法の概念は自然法論に遡るものであり、当時の絶対主義的な官憲国家に対抗するために、「この、基本的に国家とその法への対抗に向けられた理論は、国家とその法によって脅かされており、これらの要素によって何ら創設されることはできず単に制限されうるだけの、国家以前のまたは国家外の生来の自由を、『権利』または『自

(46) 「自然法を支配する人間の自然的自由の理念は必然的に、すべての義務づけは自己拘束でしかありえないという考えへと導かなければならない」。その結果、支配者の命令が臣民を義務づけるのは、「契約に表明された個人自身の自由な意思行為によって、外部の規範を当該個人にとって義務的であるとし、規範定立権力を法的権威にしたから」であるという、契約理論が生じた。承認理論における、国家意思としての法規範および、臣民の同意としての承認の措置において、契約に相当する要件事実が存在するのである。Ibid., pp. 376-377.

(47) ケルゼンにおける主観法の客観法への還元については、当然、主観法という形式は法の実定性および客観性に必然的に矛盾するものではなく、それらの要請の枠内でも有用であるという批判がある。Stefan Hammer, “Braucht die Rechtstheorie einen Begriff vom subjektiven Recht?: Zur objektivistischen Auflösung des subjektiven Rechts bei Kelsen,” in Stanley L. Paulson und Michael Stolleis hrsg., *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoriker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 176-190. のちにみるフェアドロスは、少なくとも1929年段階では、客観法の枠内で主観法という形式の存在を承認していると捉えることができる。主観法の形式自体を客観法に解消するケルゼンとはこの点で異なる。

(48) Kelsen, *supra* n. 26, pp. VII-VIII.

然権』と名付けた」⁽⁴⁹⁾のである。その後、主観法も客観法から導出されるという実証主義の方法が一般化すると、「二つの規範体系の二元論に代わって、法体系と自然体系の二元論が登場した。規範と当為としての客観法は、实在心理的な願望および意欲の存在としての主観法に対峙することになる」⁽⁵⁰⁾。ケルゼンは、このような従来の主観法概念の背後にある「規範体系」や「自然体系」を問題視していると考えることができる⁽⁵¹⁾。すなわち、主観法概念には、法の実定性を脅かす、自然法の観念または自然法則＝因果法則が包含されているがゆえに、法学から排除されなければならないと解釈することができる。

同時に、ケルゼンは、主観法は、法の客観性の観点からも問題性を有すると捉えている。主観法概念の崩壊を通じて、法理論は、「主観法において現れる意思および利益の契機と一緒に、心理学的・社会学的思考過程によって法学的観察を混乱させる主要なきっかけを排除した」のであり、「これにより、『私の』法であるか否か、どの程度『私の』法であるか、という観点の下、主観的利益当事者の立場からのみ法を観察するローマの弁護人法学の理論から継受した、疑わしい遺産を振り払った。もっとも、このような主観法の立場からは、法体系や法学は構築されない。というのは、法は、その内奥の本質上、客観的で主体とは独立した妥当を有するのである」⁽⁵²⁾。つまり、主観法概念は、個人の意思や利害からのみ法を把握することによって、主体に独立した客観法の存在自体を疑わしくさせ、法体系や法学自体を危険にさらすのである⁽⁵³⁾。

(49) *Ibid.*, p. 569.

(50) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer, 1925, pp. 59-60.

(51) 新正幸『ケルゼンの権利論・基本権論』慈学社、2009年、63-73頁。

(52) Kelsen, *supra* n. 26, p. VIII.

(53) ケルゼンは、公法学と異なり、私法学は主観的法観(Rechtsanschauung)に依拠しており、法命題の分類ではなく主観法の分類に依拠していると指摘している。*Ibid.*, pp. 253-254. また自然法論について、「客観法を単に個人生得の諸主観法の体系として記述する」ものであるとも述べている。*Ibid.*, p. 97. これはまさに、主観法の自立的存在を承認すると、客観法が主観法に還元される危険があることを指摘するものと言えよう。

(5) 主観法の客観法への還元

それでは主観法は、どのようにして客観法＝法命題に還元されるのでしょうか。ケルゼンによれば、主観法とは、「客観的でしかも一般的な規範が、それによって権能を与えられた者の、他者の特定の行為に向けられた意思表示を、意図された行為とりわけ強制行為の実現の義務の条件として定める」ことを意味し、いわゆる主観法とは「客観法の特別の形象に過ぎず、それ自体規範である」⁽⁵⁴⁾。この意思表示は、具体的には、強制行為の発動の条件としての、個人による訴えの提起や、法律行為として表れる。すなわち、主観法とは、法律が「白紙規範 (Blankettnorm)」において、特定の諸条件においては当事者意思が定めるとおりに行為すべきであると規定することにより生じるものであり、その意思は、法律行為または訴えとして表れ、客観法意思の形成におけるさらなる段階を構成する。すなわち、主観法は、法命題において強制という効果と結び付けられている条件の一種で、「具体的な事例のためにのみ、当事者の实在心理的意思行為から、その個別の内容を引きだす客観法規範」である⁽⁵⁵⁾。一言で言えば、主観法とは、「法秩序自体によって、新たな諸規範の妥当の条件として性格づけられた要件事実」である⁽⁵⁶⁾。ケルゼンにおいては、人間の意思表示が法規範の生成の要件事実となっている場合、その意思表示は主観法と呼ばれると言うことができよう⁽⁵⁷⁾。

また、そのように理解されるならば、主観法と権限 (Kompetenz) には本質的な区別はない⁽⁵⁸⁾。すなわち、裁判判決や行政命令による個別規範の生成については、一般に権利ではなく機関作用の観点から権限と呼ばれるが、ここには何らの区別も存在しない。例えば選挙人は、機関としても権利主体としても捉えられており、選挙権による国家意思形成への参加は必然的に機関作用である。また、君主の権限は一般に権利と呼ばれるのである⁽⁵⁹⁾。

(54) Kelsen, *supra* n. 50, p. 58.

(55) *Ibid.*, p. 59.

(56) *Ibid.*, p. 151.

(57) 新、前掲書 (註51)、224-248頁。山本、前掲書 (註25)、130-133頁。

(58) 新、前掲書 (註51)、248-249頁。

既に本章の冒頭で、国際法上の「権限」とは、国際法によって定められた国内法の妥当範囲の枠内で、国家機関が規範を定立し執行する能力を指すことを確認した。ここでのケルゼンの議論からは、国際法上の国家の権限が、客観法に還元された主観法としての、法規範の効力発生の要件事実であることがわかる⁽⁶⁰⁾。

ケルゼンにおいては、主観法が否定される結果、主体間の権利義務関係としての「法関係」の観念も否定される⁽⁶¹⁾。すなわち、従来の理解においては、「既に法秩序よりも前に、また法秩序なしに与えられた、人間の間に存在する『自然的』すなわち経済的または政治的な、法秩序によっては単に規律されるだけの関係が、諸法関係として説明された」⁽⁶²⁾。しかし、「法関係は、二主体間の関係ではなく、単に法秩序への関係である」⁽⁶³⁾。すなわち、「主観法保持者と、その義務に主観法が向けられる者の間には、法的には何らの直接関係も存在しえない。というのは、両者の間には法秩序、正確には共通の法命題が存在し、この法命題が、一方との関係ではその義務として、他方との関係ではその権利として現象するのであり、したがって両者の連関を媒介するのである」⁽⁶⁴⁾。ケルゼンによれば、存在するのは法命題だけであり、主体間の直接的な関係というものは存在しないのである。法関係とは、正確には、「法命題によって作り出された、諸要件事実 (Tatbeständen) の連関」⁽⁶⁵⁾として規定されなければならない。例えば、債権者と債務者に法関係が存在することは、債権者の特定の行為と債務者の特定の行為が、ある法命

(59) Kelsen, *supra* n. 50, pp. 152–153.

(60) コンフォルティは、国際法と国内法の一元論において「権限 (competence)」と呼ばれるものが、二元論においては「主観法 (subjective right)」に置き換わることを指摘している。Benedetto Conforti, “The Theory of Competence in Verdross,” *European Journal of International Law*, vol. 6 (1995), p. 74.

(61) 石川、前掲書 (註25)、213–215頁。

(62) Kelsen, *supra* n. 26, p. 705.

(63) *Ibid.*

(64) *Ibid.*, p. 706.

(65) Kelsen, *supra* n. 50, p. 83.

題において、特定の仕方では結び付けられているということを意味するに過ぎない⁽⁶⁶⁾。

このように主観法が客観法に還元される結果、「法主体 (Rechtssubjekt)」の概念も否定され客観法に解消されることになる。ケルゼンによれば、「主観法の概念に対応するのが、法主体または法・人 (Rechts-Person) の概念である。諸主観法、すなわち諸権利および諸法的義務の『担い手』が表象される必要性が、この概念を形成する。諸主観法を『もつ』なにものが存在しなければならない」。しかしこれは、言語において諸述語の主語として機能する実体的対象が、本来はこれら述語ないし内面的性質の統一関係の記号に過ぎないにも拘らず、「これら諸特性の総体から、それらの名詞的二重化になる」ことによって、これら述語に対し自立的な存在として擬制されるのと同様に、「真実においては、法主体は主観法の二重化に過ぎず、主観法が客観法に還元される限りにおいて、客観法の名詞的再現である」⁽⁶⁷⁾。すなわち。そもそも法主体は主観法を名詞化し主観法と自立的な存在であるかのように擬人化したものである。その主観法が客観法に還元される以上、法主体も同じく客観法に解消されるのである。したがって、「自然人は法規範の複合体である」⁽⁶⁸⁾に過ぎず、「いわゆる『法』人の基体も、法認識の対象としては何らかの法命題であり、共通の目的へと調整された複数の人間の行動が規律される法規範の複合体である」⁽⁶⁹⁾。すなわち、法人という共同体は、「法秩序に『対』峙するのではなく、自然人と同様に、部分秩序として、法秩序の中にある」⁽⁷⁰⁾。国家もこの命題の例外ではない。ケルゼンによれば、国家を、人間たちの心理的相互作用、心理過程の平行性、動機づけ関係または有機体のような、社会的実在と捉える立場は、存在の世界でそのような国家が統一体として存在することを証明できず、むしろ、法の世界における国家の統一性を前提としている⁽⁷¹⁾。「国家学は、

(66) *Ibid.*

(67) *Ibid.*, p. 62.

(68) *Ibid.*, p. 63.

(69) *Ibid.*, p. 66.

(70) *Ibid.*, p. 68.

国家行為として性質決定される人間の諸行動の統一として自己に表される国家を、しかし最終的には、何らかの仕方での法的存在として把握せざるを得ない」⁽⁷²⁾のである。したがって、「人として、国家は法秩序の人格化でしかありえない」⁽⁷³⁾のであり、国際法上位論の立場からは、国家は全体秩序としての国際法秩序の内部の部分秩序となる⁽⁷⁴⁾。

以上から、ケルゼンは、主観法の概念に、客観法秩序の外部に自立的に存在⁽⁷⁵⁾し、客観法秩序の支配に抵抗する側面を見出したがゆえに、主観法＝権利や権利義務関係を排除したと言えよう。本研究との関係でいえば、不干渉義務に独立権が対応するといった、主観法や権利義務関係の用語で国際社会における強制の問題を記述することは、「独立権」や「自救権」、「自衛権」等々の強制についての権利義務関係および、それら権利義務関係を擬人化した法主体としての国家が、客観法としての国際法秩序の支配の外に、場合によっては国際法秩序に反抗する形で存在することを認めることになる危険があると、ケルゼンは考えたのではないだろうか。干渉論への「国家権限＝国内管轄事項」概念の導入の決定的な意義は、この客観法の外部にある主観法および法主体の否認にあったと考えることが可能なのである⁽⁷⁶⁾。本研究の関心からは、「国内管轄事項」の導入は、国家およびその諸権利を、国際法の外部にある存在ではなく国際法内部の制度として法化する試みであったとも、表現できるだろう。

(6) 合法性と正統性⁽⁷⁷⁾

ケルゼンの法理論は、「存在 (Sein)」や自然法、主観的意思を法学か

(71) *Ibid.*, pp. 7-13.

(72) *Ibid.*, p. 74.

(73) *Ibid.*, p. 75.

(74) *Ibid.*, pp. 123-124.

(75) 私人間の契約は前国家的な拘束力を有し、国家はそれを尊重しなければならないという、フランス民法学上の「意思自治の原則」については、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座 基本法学 4—契約』(1983年)、10-15頁を見よ。

ら排除することによって、法の自立性を確立するものであった。ケルゼンによれば、この法の自立性は、法の妥当性の根拠づけ、すなわち法の正統性の問題の排除を意味する。すなわち、「自然法理論は、法として主張される規範の妥当性を、理性、自然、道徳またはその他の『より高次の』原理との当該規範の合致によってのみ正統化する (legitimiert)。これに対し実証主義は、法の妥当性をさらに正当化すること (weiter zu rechtfertigen) を、または言い換えれば、それに対して法が何らかの仕方 で性質づけられた部分秩序として現れるより高次の秩序から導出することを、否定することによって、理性、自然または道徳に反する法規範も有効なものと認識する」⁽⁷⁶⁾。

このケルゼンにおける法規範の正統性問題の排除について、シュミット (Carl Schmitt) は、「戦後期の最初の十年は、国際法上、条約実証主

(76) 国家の独立については、ケルゼンにより否定された権利義務関係として捉える見方と、ケルゼンが採用した国家機関の裁量権限として定式化する考えのほかに、第三の立場として、国際人格の性質として捉える立場がある。ケルゼンの同時代人では、例えばロマーノは、国際法の主体 (soggetto) ないし人格 (personalità) を、「国際共同体の秩序から派生した諸権力、諸権利、諸義務の名義人 (titolari) として当該共同体に受け入れられた諸団体 (enti)」と定義し、国際共同体内部での位置づけを表す概念と捉えている。Santi Romano, *Corso di diritto internazionale*, 2 ed., CEDAM: Padova, 1929, p. 55. そのうえで、この主体＝人格の性質 (qualità) の一種である、地位 (posizione) として、国家の独立を位置づける。Ibid., pp. 93-96, 107-108, そしてこの独立という地位の発現として、独立権および対応する不干渉義務という権利義務関係が派生すると考えている。Ibid., pp. 131-138, 144-145. 国際共同体における地位として人格を理解し、その性質として独立を捉える見方を本格的に導入したのは、管見の限り、前章で既に検討した、オッペンハイムの議論であるように思われる。本文で述べたように、この人格からの主観法の導出というオッペンハイムの立場も、ケルゼンは自然法論の一種に過ぎないとして退けている。

(77) 正統性の概念については、さしあたり、Rüdiger Wolfrum, "Legitimacy of International Law from Legal Perspective: Some Introductory Considerations," in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben eds., *Legitimacy in International Law* (2008), pp. 1-24.

義 (Vertragspositivismus) によって支配されていた。その姿勢と成果は、全体として、諸条約の神聖性および合意は拘束するという命題に依拠して、パリ郊外の諸条約の現状を合法化 (legalisieren) することにあり、またこの条約実証主義の上を、不可欠ではあるが学問的には完全に納得させるものではない洗練として、一方には平和主義の諸イデオロギーが、他方には、『純粹法学』の空虚かつすべてを含みかつなにも含まない表意文字および『論理的還元』が、浮動していた⁽⁷⁹⁾と述べる。彼は、この「ウィーンに生まれた規範主義」⁽⁸⁰⁾の政治的機能が、ヴェルサイユ体制の合法性の論証にあったと捉えていると言えよう⁽⁸¹⁾。

当のシュミットは、国家の生存の「基本権 (Grundrecht)」、「諸国民の自決権 (Selbstbestimmungsrecht der Völker)」という「正統性原理 (Legitimitätsprinzip)」に基づいて、「ヴェルサイユの現状の合法性体制 (Legalitätssystem)」の法的性格を否定した⁽⁸²⁾。シュミットは、合法性と正統性という観点から、戦間期の実定的な国際秩序および国内秩序を背景に、正義や「存在領域」によるその正統性の問題を排除し、合法性のみによって両秩序を正当化するという政治的機能を、ケルゼンの法理論に見出していると言えよう。

逆にケルゼンは、まさにこのような主観法の形式をまとった「正統性」による、戦間期の実定国際法秩序への攻撃をあらかじめ封じるために、主観法を概念を排除したと解釈することが可能であろう。

(78) Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1928, p. 87. また、Kelsen, *supra* n. 5, p. 14; Hans Kelsen, “Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles,” in Hans Kelsen, *Auseinandersetzungen zur reinen Rechtslehre: Kritische Bemerkungen zur Georges Scelle und Michel Virally*, Wien: Springer-Verlag, 1987, pp. 20–21. も見よ。

(79) Carl Schmitt, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1988, pp. 3–4.

(80) *Ibid.*, p. 6.

第5項 強制秩序としての法

(1) 法命題の概念

ケルゼンは、以上のような検討に基づき、実定性と客観性を同時に具備する法概念を、法命題 (Rechtssatz)⁽⁸³⁾ないし法規則 (rule of law) として定式化する⁽⁸⁴⁾。彼は当初、客観法＝狭義の法命題を、「条件づけられた国家意思についての仮言判断」として、「特定の諸状況（すなわち人間の特定の行為）において、国家が、一定の諸行為すなわち諸不法効果を定立する（すなわち処罰または執行する）ことを意思する」⁽⁸⁵⁾と定式化し、従来の通説に従い法＝国家意思としていた⁽⁸⁶⁾が、後にはこの観点

(81) フェーゲリン (Erich Voegelin) は、純粋法学においては「法現象は原理的に規範現象に限定され、国家の秩序化および国家の基礎づけという規範化されない法理論的な諸行為は、原則としてその法現象としての性格を剥奪される」点に、外部権力により設立され、国家の存在について決断する対内政治権力が存在しなかったオーストリア共和国において純粋法学が強い影響力を有した理由を見出している。Erich Voegelin, *Der autoritäre Staat: Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem*, Wien: Springer, 1997, pp. 5, 102. シュミットも彼を参照している。Schmitt, *supra* n. 79, p. 6, n. 8. フェーゲリンによると、ケルゼン理論においては、憲法は法学者の仮設である根本規範により委任されるとされる結果、「憲法は、人間の存在領域の (ein menschlichen Seinbereiches) 秩序化という倫理的業績からその正統化 (Legitimation) を獲得するということを、顧慮することが許されない」のであり、「なぜ憲法規範は従われなければならないのか」という問いに対する回答は与えられない。Voegelin, *supra* n. 81, p. 152. このようにして、「規範の正統性がもはや検証されない」結果、「実体なき形式化された合法性信仰 (Legalitätsglaube)」が生じる。*Ibid.*, p. 153. フェーゲリンは、純粋法学が、「なぜ法規範に従わなければならないのか」という正統性の問題を排除し議論を合法性に限定することにより、オーストリア共和国を擁護する役割を有したことを示唆しているのである。

(82) Carl Schmitt, *Nationalsozialismus und Völkerrecht*, Berlin: Junker und Dünhaupt Verlag, 1934, pp. 18-19.

(83) Kelsen, *supra* n. 50, p. 54.

(84) Kelsen, *supra* n. 18, p. 45. ケルゼンの法命題論の展開については、新正幸『純粋法学と憲法理論』日本評論社、1992年、第1章をみよ。

(85) Kelsen, *supra* n. 26, p. 212.

を離れた⁽⁸⁷⁾。その結果、法とは「強制秩序 (Zwangsordnung)」であり、法規範は強制を指示する規範として、「特定の条件に、強制が効果として結び付けられている命題」に表現される⁽⁸⁸⁾とされた。この法における条件と効果の結びつきの固有法則性は、a ならば b 「である (ist)」という自然法則ではなく、a ならば b で「あるべし (soll)」と表現される⁽⁸⁹⁾。これは文法的には命題であり、論理的には法の固有法則性についての「判断」であって、他者の諸行為に向けられた意思＝「命令」ではない⁽⁹⁰⁾。またケルゼンによれば、「実定法は、その本質上、強制秩序であり、まさに自然法と反対に、強制秩序でなければならない。というのは、その諸規範は、人的権威の恣意に由来し、既に実定法を自然法から本質的に区別するこの淵源のために、直接的明証性 (Evidenz) を有することができない」。実定法は人間が定立するものであるがゆえに、自然法のような明証性を欠くので、「実定法の諸規則が指示するのとは別様に人間が行動する可能性が予期されねばならない」ので、その場合のための強制を必要とするのである⁽⁹¹⁾。

義務の概念は、この客観法＝法命題の条件節の部分から導出される。ケルゼンは、「ある行為は、その行為の矛盾対当 (kontradiktorisches Gegenteil) が強制制裁の下に置かれている限りにおいてのみ、すなわち、強制行為の条件である限りにおいてのみ、法義務の内容である」⁽⁹²⁾と述べる。既に見たように、ケルゼンの法命題は、条件(a)と効果(b)から構成され、効果は常に強制である。単純な例としては、「ある者が窃盗を行うならば(a)、その者は処罰されるべし(b)」という命題を考えることがで

(86) *Ibid.*, p. X.

(87) 新、前掲書 (註84)、42頁。

(88) Kelsen, *supra* n. 50, p. 47.

(89) *Ibid.*, pp. 47-48.

(90) *Ibid.*, p. 54.

(91) Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg: Pan= Verlag Rolf Heise, 1928, p. 9.

(92) Kelsen, *supra* n. 50, p. 51.

きる。ここで強制の条件＝「不法要件事実 (Unrechtstatbestand)」⁽⁹³⁾になっているのは窃盗行為であるから、法義務の内容はその「矛盾対当」すなわち、「窃盗を行わないこと」ということになる。この法義務は、条件に強制という効果を結びつける法命題＝一次規範に対して、「強制行為を基礎づける行為は避けられるべきである」という補助仮説＝二次規範を設定することによって得ることができる⁽⁹⁴⁾。

このような、強制を効果とする仮言判断としての法概念が適切なものであるか否かについては、もちろん議論の余地があるだろう⁽⁹⁵⁾。しかし、本研究の観点から注目すべきは、ケルゼンにおいて、強制の規制が、法概念の本質をなすとみなされるほどに重要なものであったという点である。つまり、強制は法の外に放置されてはならず、余すところなく法によって規律されなければならないというケルゼンの理解を、この法概念に見て取ることができる。

(2) 強制の客観法による留保

ケルゼンは、干渉の禁止を、国家の排他的権限に基礎づけた。その意義は、国際法違反への反応としての干渉を除き、干渉が禁止されることにあった。ここで注目すべきは、ケルゼンにおける、干渉についての議論の理論的文脈である。彼において、干渉の問題は、国際社会における強制を国際法によって完全に規律するという理論的課題との関連で意識されていたのである。

ケルゼンは次のように言う。「『法』と呼ばれる秩序の本質には、当該秩序によって社会的に害あると前提されたまったく特定の要件事実**に強制行為を効果として定めることだけでなく、この強制行為を効果としてのみ、不法要件事実への反応としてのみ許容することも属する。**すなわ

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, p. 52.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*, p. 51.

⁽⁹⁵⁾ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 1997, Chap. 3. また、菅野喜八郎「ケルゼンの強制秩序概念と授權規範論」同『続・国権の限界問題—純粋法学と憲法学—』木鐸社、1988年、105-124頁。

ち、当該秩序が、自らによって指示された不法効果として現れない強制行為を、当該強制行為に対してその特殊な不法効果を導入することによって、それ自体不法と性質決定することも、その本質に属するのである。死刑として現れない殺人は、不法行為 (Delikt) である。よって、法の意義は、人間から人間への強制を廃棄することではなく、強制を制限し、いわば独占する (monopolisieren) ことである。強制を完全に排除する秩序は、もはや何ら法—秩序ではないであろう。まさにこの機能によって、法秩序は、自らによって構成される共同体を平和にする (befrieden) ののである」⁽⁹⁶⁾。ケルゼンにおいて、法とは強制を独占する秩序であり、強制は、法命題の不法効果であるか、それ自体不法効果を生じさせる不法要件事実であるかの、いずれか⁽⁹⁷⁾でなければならない⁽⁹⁸⁾。

⁽⁹⁶⁾ Kelsen, *supra* n. 6, p. 484.

⁽⁹⁷⁾ ただし厳密に言うと、ケルゼンは、不法効果すなわち制裁としての戦争や復仇に対する相手国の反撃としての対抗戦争や対抗復仇は、不法効果でもないが、かといって不法要件事実でもない、第三の範疇に属するとしている。その根拠は、対抗復仇や対抗戦争を不法要件事実としても、その不法効果はまたもや復仇と戦争であるに過ぎず、實際上無意味であるので、これらを不法要件事実にする理論的必然性はなく、また実際そのような実定国際法の存在は証明されないことに求められる。*Ibid.*, pp. 575–577, 591–593.

したがって、ケルゼンにおいては、攻撃と反撃が存在する場合、一方は不法効果＝制裁として適法な行為であり、他方は不法要件事実でも不法効果でもない事実上の自由に属する行為ということになる。その限りで、「一つの戦争において不法の側と制裁の側とを区別することができるのか、そのように区別して、なお両者を合せて一つの戦争という Tatbestand に構成することができるかどうか」という問題をケルゼンは考察していないという祖川の批判は、そもそもケルゼンにおいて戦争は双方的行為ではなく一方的行為である (*Ibid.*, pp. 589–591) ので攻撃と反撃はひとつの要件事実ではないことを措くとしても、必ずしも適切ではないのではなからうか。ケルゼンは、制裁に対する反撃を「不法」と性格づけていないのである。祖川武夫「カール・シュミットにおける『戦争観念の転換』について(1)」、同『国際法と戦争違法化—その論理構造と歴史性』信山社、2004年、121–122頁、註3。

(3) 戦争の問題

国際法と呼ばれる規範秩序に関して言えば、国際法が法秩序であるか否かは、この秩序が、上述の意味で強制を独占しているか否かにかかってくる。既に多くの研究⁽⁹⁹⁾によって指摘されてきたとおり、ケルゼンの国際法理論における、この問題の主戦場は、戦争の位置づけである⁽¹⁰⁰⁾。従前の有力な見解では、あるいは戦争は国際法によって許容も禁止もされていないので「法から自由な空間 (rechtsfreien Raum)」に属すると主張され、あるいは戦争は国際法によって直接許容されていると述べられてきた。後者の見解は、そもそも無制限の戦争の自由と論理的に両立しない。というのは、無制限の戦争の「法的許容 (rechtlichen Erlaubtsein)」が、単に「禁止されていないこと (Nichtverbotensein)」ではなく、他国によるその妨害が禁止されるという仕方で国際法によって保護されることを意味する場合、A国によるB国への戦争行為をB国は妨害してはならないことになるが、同時にそれに反撃するB国によるA国への戦争行為もA国は妨害してはならないことになり、結果として、無制限の戦争が許容されているとは言えないことになるのである。他方、前者の見解を採用する場合、「それにより、いわゆる国際法の法的性格は廃棄される」⁽¹⁰¹⁾。というのは、法秩序が「その本質上、強制秩序であるとするなら、それは、当該秩序が強制の秩序化であるからである。すなわち、当該秩序が、主体間の強制または武力 (Gewalt) の行使を余すところなく (erschöpfend)、すなわち、そこにおいてのみ主体から主体への強制および場合によっては武力の行使がなされうる諸条件を規定するという仕方で、規律しているからである。我々が、ある秩序によって構成された共同体を法共同体と呼ぶことができるのは、当該共同体におい

(98) 森川、前掲論文 (註17)、34頁。

(99) 同論文、33-36頁。長尾、前掲書 (註6)、256-260頁。

(100) 森川、前掲論文 (註17)、33-36頁、祖川、前掲書 (註97)、116-121頁、石本泰雄「いわゆる『事実上の戦争』について」高野雄一編『横田先生還暦祝賀 現代国際法の課題』有斐閣、1958年、298-301頁、西平等「戦争概念の転換とは何か」『国際法外交雑誌』、104巻4号 (2006年)、68-73頁。

(101) Kelsen, *supra* n. 6, pp. 586-587.

て強制が排除されていないのは確かではあるが、まったく特定の諸条件に結び付けられている場合だけであり、強制行為が、秩序侵害に対する反応としてのみ許容されているという仕方では制限されている場合だけである」⁽¹⁰²⁾。国際法によって規律されていない戦争が存在する場合、「いわゆる国際法をそれでもなお規範秩序 (normative Ordnung) として妥当させることは可能」だが、「法秩序として把握することは不可能である」⁽¹⁰³⁾。戦争が国際法によって完全に規律されておらず、不法要件事実でも不法効果でもない戦争の余地が残る場合には、ケルゼンの法理解の下では、国際法は何らかの規範秩序ではあるかもしれないが、もはや法秩序ではないことになるのである⁽¹⁰⁴⁾。

(4) 戦争の客観国際法による規律の根拠としての干渉の禁止

ケルゼンの議論において、国際法による干渉の禁止は、この戦争という強制の主要問題に付随して、戦争が国際法によって網羅的に規律されていることの根拠という形で、登場する。ケルゼンによれば、一般に、「不法事実の制裁である強制行為は、諸個人の利益領域への通常は禁じられている干渉 (intervention) に存し、財の強制的剥奪に存する」⁽¹⁰⁵⁾。そして、国際法に関して、次のように述べられている。「諸不法行為の制裁としての戦争というこの解釈は、法秩序として考察され、そのこと自体によって諸国の相互関係を規律する平和組織である、国際法の理念の不可避の帰結である。というのは、戦争は本質的に、国際法によって保護された国家の領域への干渉 (intervention dans la sphère de l'Etat, protégée par le droit international) であり、原則としてそのすべての権利に抵触するのである。それゆえ、当該国の諸権利を保障し当該領域を保護する秩序の観点からは、戦争は、法の違反として、そして結果とし

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, p. 583.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁴⁾ これに対し西平等は、ケルゼンの法認識においても、一定の暴力を禁止も授權もせず放任する法秩序は十分可能であるとする。西、前掲論文（註100）、70頁、註24。

⁽¹⁰⁵⁾ Kelsen, *supra* n. 2, p. 125.

て禁止されるものとして、立ち現れる」⁽¹⁰⁶⁾。ここで戦争は、国際法によって保護された国家の領域への干渉であるがゆえに、原則として禁止されると主張されている。言い換えれば国際法上の干渉の禁止が、戦争の禁止の根拠とされている⁽¹⁰⁷⁾。

第6項 不干渉原則の実定性

(1) 国家実行による実証の欠如

ケルゼンにおいて、国際法による干渉の原則的禁止は、戦争の国際法による規制を弁証する足掛かりとして要求されたと言うことができるだろう。国際法が強制を包括的に規律していると論じる際の最大の障害である戦争の問題を処理するためには、その前提として、平時国際法における強制であるところの干渉は原則として禁止されていることが、ケルゼンにとって必要だったと解釈できるのである。

結局、以上の検討から明らかなように、国内管轄事項に対する干渉の

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 134.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, p. 135. 戦争の自由の否定との関連において、干渉の禁止が導入されていることは、1945年の著書においては一層明白である。同じく戦争の法的地位を論じる際において、ケルゼンは次のように指摘する。「干渉が国際法によって原則として禁止されていることは、一般に認められている。干渉は、一国による他国の諸事項への命令的介入である。命令的介入とは、武力または武力の行使を含意する介入を意味する。他国の対外および対内諸事項への不干渉義務は、国際法は諸国の対内的および対外的独立を保護するという事実の帰結と捉えられている。この原則は、主権の効果として一般国際法に違反することなく国家はどんな理由でも他国に対して戦争に訴えることができるという学説と、両立しない。戦争は、他国の諸事項への武力行使を含意する無制限の介入である。戦争は、他国の対外的および対内的独立の完全な破壊に導く可能性がある干渉である。一般に受容された不干渉原則は、正戦論を前提とするのである。伝統的学説において一国が例外的に干渉権を有するとされる諸事情の分析は、干渉が行われる国家の側の国際法違反への反応としてのみ、他国の諸事項への命令的介入が許容されることを示している」。Kelsen, *supra* n. 18, pp. 332-333. ここでは明示的に、国際法違反への対処を唯一の例外とする不干渉原則の存在が、戦争の自由の否定の根拠として引き合いに出されている。

禁止という国際法命題は、客観法と主観法という法についての二つの概念の関係というケルゼンの理論的関心および、客観法一元論の帰結としての強制規範としての法命題の概念からの理論的帰結であると言える。

実際ケルゼンは、このような干渉の禁止規範に関する、国家実行上の根拠を示していない。確かにケルゼンは、あらゆる事項を規律することを国内法に授権する包括的委任規範の存在について、「排他的権限」の概念が連盟理事会の紛争処理権限の制限として国際連盟規約15条8項⁽¹⁰⁸⁾に規定されたことによって、この概念が重要性を帯びることになったことを指摘し、この規定についての常設国際司法裁判所(PCIJ)のチュニス・モロッコ国籍法事件の判断を、「この国家の排他的権限の観念を、考慮される時点において国際法規律の客体となっていないか、または今のところとなっていない事項を包摂する解釈」したものとして、肯定的に引用している⁽¹⁰⁹⁾。したがって、不干渉原則の前提としての国内法への包括的授権については、15条8項およびそのPCIJによる解釈が、実定的な証拠として提示されていると考えることはできる。

しかしケルゼンにおいては、この授権規範の存在は、不干渉原則の存在の必要条件であるが、十分条件ではない。不干渉原則は、この授権規範を「保障」する目的で存在する点で、授権規範を前提とするが、授権規範そのものではなく、あくまで別個の国際法規範である。したがって、不干渉原則自体の存在については別途証明されなければならない。ケルゼンはこの点について、何ら実証を行っていないのである。単に、「干渉が国際法によって原則として禁止されていることは、一般に認められている」と指摘するのみである。しかも彼がこうに述べる際に「伝統的見解」として参照しているのはオッペンハイムである⁽¹¹⁰⁾。しかし、オッペンハイムの学説こそは、自然法に基づく基本権理論として

(108) 「紛争当事国ノ一方ニ於イテ、紛争カ国際法上専ラ該当事国ノ管轄ニ属スル事項ニ付生シタルモノナルコトヲ主張シ、連盟理事会之ヲ是認シタルトキハ、連盟理事会ハ、其ノ旨ヲ報告シ、且之カ解決ニ関シ何等ノ勧告ヲモ為ササルモノトス」。CTS, vol. 225, pp. 200, 401.

(109) Kelsen, *supra* n. 2, pp. 304-306.

(110) Kelsen, *supra* n. 18, pp. 332-333.

ケルゼンが批判した当の学説のひとつであり、本来ケルゼンが肯定的に参照できない見解のはずである。結局ケルゼンは、不干渉原則の存在自体は実証していないと考えざるを得ない。

(2) 法学的構成という法学の機能

ケルゼンにおいては、このような国家実行に直接依拠しない理論的導出は、法の基本概念の定立およびそれに基づく法の体系化という、法学の「法学的構成」機能によって正当化されていたように思われる。

ケルゼンは、主観法＝権利の概念について、「主観法は法概念であり、それを形成するのは『立法者』や法律ではなく、理論である」⁽¹¹¹⁾、「立法者が『権利』と呼び、何者かが『授権されている』と宣言しているものは、主観法についての純粋に理論的な問題にとっては、決定的ではありえない。……諸理論を定立し、法の根本諸概念を構成することは、法秩序の能力または権限には属さない」⁽¹¹²⁾と述べている。ケルゼンによれば、「……非論理的な法的素材に向けられた観察が法学であり、法学は、この素材を、認識する意識に昇らせることによって、総合判断のひとつの体系、法命題の体系を創出する」⁽¹¹³⁾のであり、「法学が構成する (konstituieren) ことを主張しているのは、まさに諸法命題の法である」⁽¹¹⁴⁾。

法学においては「個別の構成の価値と正しさは、そこにおいて明らかになる構成原則 (Konstruktionsprinzip) が他でも有益に用いられうるか否か、全体系の統一的かつ簡潔な構造を保証する一般的な構成公理 (Konstruktionsmaxime) に昇華されうるか否かに、もっぱらかかっている」。そしてケルゼンにおいて、「基礎をなす体系は、法命題が法学的構成の中心概念 (Zentralbegriff juristischer Konstruktion) として認識されることにより生じる。この法命題の特殊な定式化に、一連の個別の諸問

(111) Kelsen, *supra* n. 26, p. 576.

(112) *Ibid.*, p. 600.

(113) Hans Kelsen, "Rechtswissenschaft und Recht: Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der "Rechtsdogmatik", " *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 3. Bd. (1922), p. 194.

(114) *Ibid.*, p. 196.

題の解決が条件づけられているのである」⁽¹¹⁵⁾。すなわち、ケルゼンは、法命題という「法学的根本概念の構成」⁽¹¹⁶⁾によって、「内的矛盾から自由な体系」⁽¹¹⁷⁾を確立しようと考えていたとすることができる。

ケルゼンにおいて、「法学的構成」の下に法の統一体系化が理解されていたとすることができるであろう。彼における体系化の手順は、法命題という「根本概念」を定式化し、そこから個別の問題を説明するという方法でなされる。そしてこの「法学的構成」は、現実の立法者の権限ではなく、法学によって遂行されるものなのである。

第7項 強制主体の特定化の問題

(1) 集権化への展望

ケルゼンは、客観法から自立化する危険性ゆえに、主観法概念を彼の法理論から放逐したと考えられる。

しかし、主観法を排し、強制を法効果として規定する仮言判断としての法命題＝客観法によって国際法を構成することには、それ以上の積極的意義もあったように思われる。しばしば指摘されるように、ケルゼンの国際法理論は、単なる規範論理に還元されるものではなく、分権的な社会から集権的な法適用・執行機関を備えた社会への進化という、国際社会の統合過程をもその内容とするものである⁽¹¹⁸⁾。国際社会の集権化という彼の展望を支えるひとつの論拠が、客観法としての国際法であったことが、彼の議論から窺える。ケルゼンによれば、「実定法は、強制を指示する秩序の意味における強制秩序であるので、発展は必然的に、強制行為の実現のために、原始的法の状態ではなおそうであるようにそ

⁽¹¹⁵⁾ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre von Rechtssatze*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, p. III.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, p. VII.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, p. VIII.

⁽¹¹⁸⁾ Voegelin, *supra* n. 81, pp. 126-127; Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht: Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 80; 西、前掲論文(註⁽¹⁰⁰⁾)、72-73頁。

の諸利益が害された者ではなく、特別の分業的に機能する、言葉の狭い意味における『機関』である『裁判官』や『官吏』が定められることを導く。そのような分業的に機能する機関の形成においてはじめて、言葉の狭くかつ技術的な意味における『組織』を見出すとするなら、そのとき、正当性の明証性の欠如によりその諸規範が強制規範にならざるを得ない人間的・恣意的な定立という自らの性質および、それと結合した強制行為を実現する機関の必然性に基づいて、実定法は、強制秩序から特殊な強制『組織』になる内発的傾向を有する⁽¹¹⁹⁾。ケルゼンにおいては、客観法・実定法秩序として国際法を認識することによって、将来的に強制が集権化されるという見通しが得られるのである⁽¹²⁰⁾。このような見方が、国際連盟に代表される戦間期の国際秩序を正当化する機能を有することは、戦争を不法に対する法の反応と捉えることにより、「戦争の中に、戦争を自救の手段から集権的かつ分業的に機能する諸法的保護機関の強制行為へと次第に変化させる発展、その最初のもちろんなお控え目な形跡を国際連盟規約の中に見出すことができる法技術的發展の、出発点を認識することができる」という彼の言明に明らかであろう⁽¹²¹⁾。

(2) 強制者の不特定性

ケルゼンにおいては、客観法秩序として国際法を認識することによっ

⁽¹¹⁹⁾ Kelsen, *supra* n. 91, p. 9.

⁽¹²⁰⁾ Hans Kelsen, “Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens,” *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 14 (1934), pp. 240–255; Kelsen, *supra* n. 2, p. 130; Kelsen, *supra* n. 6, pp. 607–608.

⁽¹²¹⁾ Kelsen, *supra* n. 6, p. 586; von Bernstorff, *supra* n. 118, pp. 78–79. もちろんケルゼンの法概念は、国際社会および国際法だけを念頭に構成されたものではない。例えばフェーゲリンが、強制規範としての法概念によって、「民事法および刑事法の構造が憲法へと拡張されること」が要請され、この要請を「ケルゼンは、憲法政策家としても、オーストリア憲法裁判所の設立への影響力を通じて部分的に実行した」という見方を提示していることにも注目すべきであろう。Voegelin, *supra* n. 81, pp. 125–126. ケルゼンは、戦間期秩序における国内のおよび国際的な集権化という文脈において、その理論的正当化を行ったという見方が成り立ちうるのである。

て、将来的に強制が集権化されるという見通しが得られる。しかし、その見解の裏返しとして、国際社会の分権的な現状においては、強制行為は、「原始法と同様に、法に反してその諸利益を害された国家の、当該国が個人的に不法を認定したあとの、仕事である」⁽¹²²⁾ ことになる。ここで強制権限を付与される、「諸利益を害された国家」とは、どのようにして特定されるのであろうか。

この点、ケルゼンの説明は必ずしも明確ではない。ケルゼンは、「一般慣習国際法の枠組みにおいては、帰結した法違反を確認しそこから法違反者に対して違法効果を差し向けなければならないのは、常に、不法要件事実によってその利益を侵害された国家だけである。『合意は拘束する』という規範の違反であるところの条約違反ではなく、その他の国際法規範の違反に存する不法要件事実の場合には、この違法性によってその利益を直接侵害されたすべての国が、法違反者に対する国際法の反抗を遂行する権能を与えられている」と述べ、他方、「条約違反がある場合には、少なくとも、侵害されたとして妥当する国家の範囲は客観的に決定される。それは、他国によって違反された条約が締結された国家でしかありえない」としている⁽¹²³⁾。

ここでは、一般慣習国際法上、条約違反の場合には、強制の主体は他の条約締約国として客観的に特定されるが、それ以外の国際法違反については、必ずしも客観的に特定されないことが示唆されている。もちろん、条約違反以外の国際法違反についても、強制権能が認められる国家は、「その利益を直接侵害された」国家であるという基準が一応示されている。しかし、ケルゼンは「法秩序が誰を保護しようとしているか、またはしかし誰をとくに直接保護しようとしているかは、法秩序が違法効果を誰の裁量に委ねているかに表れる」⁽¹²⁴⁾と述べており、誰の利益が直接に保護されているか自体が、誰に違法効果＝強制権能が認められているかによって定義されており、「直接利益を侵害された国」の定義と

⁽¹²²⁾ Kelsen, *supra* n. 2, p. 130.

⁽¹²³⁾ Kelsen, *supra* n. 6, pp. 521-522.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, p. 521.

「強制権能が認められる国」の定義の間で、議論が循環しているように思われる。

よってこの、「その利益を直接侵害された」国家という強制主体の基準は、客観的なものではなく、彼自身が述べるように「自らが侵害されたと感じる国家」⁽¹²⁵⁾という主観的な基準としての意味しかもたないと考えられる。したがって、ケルゼンにおいては、強制の主体は、条約違反以外については、客観的に特定されず、国際法違反によって自国の利益が侵害されたと主観的に判断するすべての国家に、強制権能が承認されていると結論づけられよう⁽¹²⁶⁾。言い換えれば、事実上すべての国家に、強制権能が認められていると考えることができる⁽¹²⁷⁾。

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, p. 522.

⁽¹²⁶⁾ ケルゼンは、国際法違反によって「その権利を侵害された国の同意 (Zustimmung)」に基づく場合、違反国に対する第三国による戦争も合法となると述べている。*Ibid.*, p. 606. しかし、本文で検討したとおり、条約違反を除けば、そもそも国際法違反によってどの国が権利を侵害されたかが特定されないので、この同意要件は實際上意味がないように思われる。

⁽¹²⁷⁾ この点は、同じ時期に、「権限が組織され、付与され、規律される目的は、保護されている利益が個人的に見える場合でさえ、常に社会的目的である。能力 (capacité) 自体、主観法 (droit subjectif) ではなく、客観的権能 (pouvoir objectif) である。個人の利益が承認されているとき、すなわち、社会的実現の手段を与えられているとき、それは、その追及が社会的利益の追求に一致するとみなされているということである」と述べ、ケルゼンと同様に主観法の否定と権限の概念に基づいて干渉論を構成したセル (Georges Scelle) の議論において、より明瞭である。Georges Scelle, “Règles générales du droit de la paix,” *RdC*, tome 46 (1933-IV), p. 369. 彼は、干渉は国際法に合致する法状態を実現することを目的とすると指摘し (*Ibid.*, p. 669.)、「法の実現を確保できる共通機関が存在しない未進化の国家間社会においては、すべての国家統治者に、この目的のための平等かつ競合的な干渉権限をとにかく承認しなければならない」(*Ibid.*, pp. 664-665.)と主張する。そして、このような国際法の執行のための一般的な干渉権限が制限されるのは、国家の権限行使に対して法的義務が課されていない場合、すなわち国家の裁量権限が存在する場合のみである。すなわちセルによれば、「干渉権限の真正の科学的な限界は、裁量権限の観念に求め

第2節 フェアドロスの理論

干渉の適法性判断基準としての国内管轄（＝国家権限）事項概念は、ケルゼンに前後して、その弟子フェアドロスによっても主張されている。そこで、以下ではケルゼンとの対比を念頭に置きつつ、フェアドロスの議論を検討したい。両者の比較対照によって、国内管轄事項概念が干渉の国際法規制に導入された理由およびその帰結を、一層はつきりさせることができるだろう。

第1項 国内管轄事項への干渉の禁止

(1) 権限秩序（Zuständigkeitsordnung）としての国際法

フェアドロスの干渉論の出発点は、権限秩序として国際法を構成する

られねばならない。干渉するということは、権限の行使を統制することである。したがって、干渉が適法であるためには、この権限が羈束されたものでなければならない」。Ibid., p. 667.

以上の議論に基づいて、セルは、「したがって我々は干渉を、『すべての国際的な統治者が、他の統治者を羈束権限に従わせ、それによって法を実現させるために当該他の統治者に圧力をかけることができる一般的権限の行使』と定義するであろう」と結論づけている。Ibid., p. 669.

セルにおいては、干渉権の主体について、「すべての国家統治者に」、「平等かつ競合的な干渉権限」が承認されている。この点では、セルの議論はケルゼンとは対照的に、まったく明瞭である。そして、彼は、その帰結についてもまた明瞭である。すなわち、セルは、執行機能一般について、国際社会には諸国の統治者を従属させる集権的制度がまだ完成していないので、諸国は諸権限の階層性に抵抗しており、「このことは実際には、国家間社会では、統治機能の欠如ではなく、統治機能の無秩序に至る。この機能は、一方的立法と同様に、個々の国家統治者の集団によって一方的に、しかし調整されていない競合的な仕方、かつしばしば執行機能の社会目的に反する方向で、実現されている。諸執行行為を調整する機関も、適法性を判断するために組織された司法機関も存在しない」と述べている。Ibid., pp. 624-625. ここでは、主観法を否定し客観法のみを法と捉える見解においては、客観法違反に対する強制の主体の範囲を特定し限定する契機が法内在的には存在しないので、その結果は「無秩序」であるがことが、明らかにされていると言えるだろう。

点にある。彼における権限の第一の分類は、事項的権限 (sachliche Zuständigkeit) と空間的権限 (räumliche Zuständigkeit) である。彼によれば、事項的権限は国内法秩序の事項的な規律範囲を意味し、空間的権限は国家機関の現実の行動がなされう空間を意味する⁽¹²⁸⁾。

事項的権限の内部にも区分が存在する。まず、フェアドロスによれば、「さらに、国家が国際法秩序の委任において特定の仕方では規律することを義務づけられている問題（委任された国家の妥当範囲 (Wirkungskreis)）と、国家が国際法秩序の授權において自由裁量によって規律できる問題（自律的妥当範囲）が、区別されねばならない。前者は、特定の対象が国際法諸規範によって規律されており、諸国にはこれらの規範の実施と実現のみが委ねられている限りにおいて存在する。これに対して後者は、国際法によって国家に自由な規律が任されている問題において存在する。したがって後者では国際法上の自由が支配し、前者では国際法上の拘束が支配する」⁽¹²⁹⁾。すなわち、国家の権限には、裁量権限と羈束権限が存在するのである。

その上、裁量権限内にも競合権限と排他的権限の区分が存在する⁽¹³⁰⁾。これについてフェアドロスは、「しかし自律的妥当範囲はさらに、諸国の競合権限と、排他的権限に分かれる。前者は、ある問題の規律は確かに個々の国家の裁量内に置かれているが、まさに特定の国家や特定の国際共同体に留保されていない場合に存在する。……これに対して、ただ特定の国家や特定の国際共同体だけが権限を有する場合に、排他的権限が存在する」と述べる。競合権限の例としてフェアドロスは、一国の国家領域において外国人が犯した行為を処罰する権限は、当該領域国だけでなく、当該外国人の本国と、当該行為によって侵害された国家にも帰

(128) 「事項的権限が、我々に、誰が特定の問題を規律する権限を有するかを言明するのに対して、どの空間でこの機関行為が定立されうかを決定するのが、空間的権限秩序の任務である」。Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien und Berlin: Springer, 1926, p. 177.

(129) *Ibid.*, p. 165. 下線部は原文隔字体。以下同じ。

(130) 羈束権限内には競合権限と排他的権限の区別は存在しないのかどうかについては、フェアドロスは何も述べていない。

属することを挙げている。また、1929年のハーグ講義においては、ローチュス号事件判決を、競合権限の事例と捉えている⁽¹³¹⁾。他方、排他的権限としては、自国の国家形態を決定する権限が挙げられている⁽¹³²⁾。

彼によると、「諸国の競合権限は、諸国の自由を制約する国際法諸規範が何も存在しない限り、諸国は国際法上自由(frei)であるという、国際法の基本原則に基礎づけられている。……これに対して、排他的な国家権限はこの諸国の国際法上の自由からは生じない。逆に排他的権限は国際法による制約を必要とする。すなわち、自由を制約する国際法諸規則が介入しない限り諸国が国際法上自由なら、そのとき特定国や特定の国際共同体の排他的権限は、当該国・国際共同体のために、国際法諸規範によってその他の諸国の自由が制約されることによってのみ獲得されうる。それゆえ、一国の排他的権限は、当該国の特定の分野を侵害しないことが他の諸国に要請されることによってはじめて生じる」⁽¹³³⁾。すなわち、競合権限は個別に規定されていない事項一般についての自由であり、排他的権限は、他国に対して義務を課すことによって個別に規定され保護された自由である。

(2) 干渉の禁止と排他的権限の同一視

この、排他的な裁量権と競合的な裁量権の区別の基準として、フェアドロスは干渉の禁止を導入する。彼は、「ある対象が一方あるいは他方の権限領域に帰属することについて決定的な、対象に内在するメルクマールは何ら存在しない」のであり、「事項の種類から権限領域を推論することはできず、逆に権限領域が事項の性質を規定する」のであって、「国家の排他的権限は、その領域へのほかの諸国の介入(Eingriff)が禁じられているということに基づいている」と述べる⁽¹³⁴⁾。フェアドロスによれば、「したがって、いかなる問題が国家の排他的権限の中にある

(131) Alfred Verdross, "Règles générales du droit international de la paix," *RdC*, tome 30 (1929-V), pp. 357-358.

(132) Verdross, *supra* n. 128, p. 165.

(133) *Ibid.*, pp. 165-166.

(134) *Ibid.*, pp. 169-170.

かは、ただ、その国のどの問題に他国は介入してはならないかということだけにかかっている。こうして、排他的権限は、まさに干渉の禁止 (Verbot der Intervention) によって保護されている対象を包摂する」⁽¹³⁵⁾のである。そしてまた、国際連盟規約15条8項の「国際法上専ら該当事国ノ管轄ニ属スル事項」とは、ここで導き出された排他的裁量権限に属する事項を意味する。すなわち、同条項は単なる権限ではなく、「排他的」権限を要求しているのであり、一国の権限は、対象事項についての他国の干渉が禁止される限りにおいてのみ、排他的でありうる。「したがって、国際連盟の権限の欠如は、……国際法上の干渉の禁止によって保護されている諸事項においてのみ、存在する」⁽¹³⁶⁾。

こうしてフェアドロスは、権限の概念に基づいて国際法秩序を構成した結果、干渉＝強制の禁止の範囲を国家の排他的裁量権限＝国内管轄事項の範囲に完全に一致させている。それでは、このような干渉論への国内管轄事項概念の導入は、それ以前の干渉論と比較して、どのような意義を有しているであろうか。ケルゼン同様、フェアドロスの干渉論においては、排他的裁量権限に属するか否かが、最終的な干渉の適法性判断基準であると主張されている。ここに従来の干渉論からの大きな転換が存在する。このような理解が従来の干渉論の枠組みと異なることは、フェアドロス自身が自覚している。彼は、「しかしこの法規則の中心思想は明瞭でも、その境界はまったく確かでない。残念ながらこの問題の探求はこれまでなおざりにされてきた。というのは、干渉問題についての書籍は、第一に、干渉の禁止の基本問題自体ではなく、干渉権、すなわち、激しく異議を唱えられている (überaus bestrittenen) その侵害に焦点を合わせているのである」⁽¹³⁷⁾と述べているのである。

すなわちフェアドロスの観点からすると、従来の議論は、排他的裁量権限に優位しその侵害(＝干渉)を正当化する干渉国の権利という、存在の疑わしい例外にのみ議論を集中してきた点で非難されるべきであ

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹³⁶⁾ *Ibid.*, p. 176.

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*, p. 171.

り、「他国の留保領域の尊重義務は絶対的 (absolu)」⁽¹³⁸⁾なのである。オッペンハイムなどで承認されていた、権利ではないが国際法によって赦免される自己保存や勢力均衡のための干渉などがここで念頭に置かれていると考えることができよう。

国内管轄事項概念の導入の結果、フェアドロスにおいては、国際法上許容されるのは、客観国際法の違反に対する法実現としての強制ということになっている。なぜなら、裁量権限とは対照的に、国家の羈束権限においては、国家は国際法の実施を委任されているだけであり、実施を怠る国家に対しては、まさに国際法の尊重を強制する必要があると考えることができるからである。すなわち、「すべての法と同様に、国際法もまたサンクション、すなわち尊重されるための強制の行使権能 (faculté) に伴われている」のであり、「強制の使用を正当化する理由は、実際のところ、常に同一である。その理由は、不正な行為に対抗し、そうして法 (le droit) を勝利させるためには、強制措置が必要でありうるという理念に基づいている」⁽¹³⁹⁾。

第2項 客観法秩序としての国際法

フェアドロスにおける排他的権限＝国内管轄事項概念の導入およびその意義は、以上で明らかになったと思われる。それでは、フェアドロスの干渉論の基礎となっている、権限概念自体はどこから導き出されたのであろうか。以下では、この点を検討しよう。

(1) 客観法と主観法

元来、ケルゼンと同様、フェアドロスも、客観法と主観法の関係についての問題関心から、国際法を客観法の統一的な秩序として構成しようと試みていた。

⁽¹³⁸⁾ Verdross, *supra* n. 131, p. 419. 大澤章「国際法に於ける集合的干渉の意義」神川彦松編『山田教授還暦記念祝賀論文集』有斐閣、1930年、433-434頁、註7。

⁽¹³⁹⁾ Verdross, *supra* n. 131, p. 479-480.

1910年代⁽¹⁴⁰⁾から1920年代におけるフェアドロスの主要な問題関心のひとつは、国際法を統一的な秩序として構成することにあった⁽¹⁴¹⁾。彼は、1926年の著書、『国際法共同体の憲法（Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft）』の序文においても、この書名が、「国際法もまた、何らの内的関係も示さない個々の断片の単なる集合ではまったくなく、ひとつの統一的な根本秩序（*einer einheitlichen Grundordnung*）に基礎づけられた諸規範の調和的な秩序を形作る」ことを表現するものであると述べている⁽¹⁴²⁾。

この秩序の体系化の出発点の設定において、従来の法理論と現代の法理論の決定的な差異が存在する。すなわち、「旧来の法学は主観法から出発し、現代の法理論は客観法から出発する。……したがって、旧来の学にとっては、主観法が始源的であり、客観法は、諸法主体によって初めて創設される何か二義的なものに過ぎない。これに対して現代の法理論にとっては、正反対の順序が妥当する。出発点はもはや主観法ではなく、客観法、法秩序であり、そこから初めて主観法が導出されるのである」⁽¹⁴³⁾。この客観法と主観法の対立は、普遍主義と個人主義の対立とし

⁽¹⁴⁰⁾ Alfred Verdross, “Zur Konstruktion des Völkerrechts,” *Zeitschrift für Völkerrecht*, Bd. 8 (1914), p. 339.

⁽¹⁴¹⁾ 1923年の著書、『国際法憲法に基づく法的世界像の統一（Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung）』は、題名からも明らかなおと、すべての法を国際法に基づいて統一的に把握することを目的とするものであった。フェアドロスによれば、この書の任務は、「法素材（Rechtsmaterial）は、ばらばらで無関連の諸部分から成るのか、あるいはしかし体系的統一（systematischen Einheit）に結び付けられているのか」を論証することであり、「経験によって存在する法は、カオスカコスモスカ」を明らかにすることである。そして、「ここでは国際法と国内法の関係が探求の中心点にあるであろう。というのは、この関係において初めて、すべての法を統一に結び付ける糸が法圏（Rechtskreis）から法圏に紡がれているか否かが、明らかにされうるのである」。Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, p. IX.

⁽¹⁴²⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. V.

て国際関係においても見出される。すなわち、「一方は国家から出発し、国家に始源的な所与をみる一方で、他の諸国との共同体は、何か二義的なもの、派生的なもの、偶然的なものとしてのみ捉えられる。これと反対に他方は人類から出発し、人類に始源的な全体を見出すが、これに対して諸国にはこの統一の構成員しか見出さない」⁽¹⁴⁴⁾。

フェアドロスによれば、ヨーロッパ中世以来発達した近代国際法の特徴は、普遍主義であり、「普遍主義的概念は、大体19世紀のはじめまで優位にあった」⁽¹⁴⁵⁾。しかし、19世紀以降の実証主義国際法学は、これとまったく対立する個人主義的理解から、国際法を構成しようとした。すなわち彼によれば、「新しい理論の第一の基礎は、孤立した国家である。したがって、我々がみるであろうように、この理論は極端に個人主義的な理論である」⁽¹⁴⁶⁾。

この実証主義は、自然法を否定することにより、従来の国際法を基礎づけていた普遍的正義の概念をも廃棄した。そしてその代わりに、「確実で議論の余地のないこの基礎を、実証主義学説は個別国家、孤立した国家の中に見出したと信じた」⁽¹⁴⁷⁾。この問題設定、すなわち、上位の權威を認めない個別国家の併存という個人主義的国际社会と、国際法の存在の両立可能性という枠組みから、国家の自己拘束理論と国内法優位論が生じたのである。

フェアドロスによれば、「自己拘束理論は、国家意思がすべての法の基礎であり担い手であるという、非常に広範に普及し大抵は無批判に受け取られた学説の不可避の帰結である」⁽¹⁴⁸⁾。しかし、「現代的な自己拘

⁽¹⁴³⁾ Alfred Verdross, “Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie,” *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 18 (1924/1925), p. 413.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 416.

⁽¹⁴⁵⁾ Alfred Verdross, “Le fondement du droit international,” *RdC*, tome 16 (1927-I), p. 256.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 261. 下線部は原文イタリック体。

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibid.* 下線部は原文イタリック体。

⁽¹⁴⁸⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. 14.

東理論は、国際法はその基礎を孤立した国家の意思に見出すが、国家は自ら拘束されることが可能なので、それにも拘らず義務的であるという理論を支持する。したがってこの理論は、スピノザやヘーゲルと同一の出発点を採用しながらも、そこから、国家の意思だけにに基づく国際法はこの意思の単なる変化によって拘束的でなくなるという論理的な帰結を引き出す勇気を欠いている。このように、この理論は、調和できない二つの理論を調和させようとする。すなわち、一方における国家の絶対主権と、他方における国際法による国家の義務づけとを。しかしこれらの努力は不毛である。というのは、意思に対するあらゆる義務づけは、我々が後で詳しく説明するように、この意思に優越する規則の存在を前提とするのである⁽¹⁴⁹⁾。すなわち、自己拘束理論は、国際法は主観法＝国家意思であると主張しつつ、国家がこの自己の国家意思に拘束されることができるという主張であり、論理的に破綻している。

他方、「国家の自己拘束説の最終段階が、国家法優位の理論である」⁽¹⁵⁰⁾。彼によれば、「実際のところ、この理論は、国際法の基礎を国家元首に条約締結を認める国家の憲法規定に求める」⁽¹⁵¹⁾ものであり、一見したところ、国際法の基礎づけに成功している⁽¹⁵²⁾。しかし詳細に検討すれば、この議論も誤りである。すなわち、「国際法の権威は国家の憲法の革命による変更の場合に損なわれないという規則が、国家法優位理論によって基礎づけられえないことは明白」⁽¹⁵³⁾なのである。

このように、国際法を個別国家に基礎づける試み、国際法と無制約の国家主権を両立させる試みは失敗に終わった。したがって、国際法は「国家の上にある (überstaatlich)」ことが承認されねばならない⁽¹⁵⁴⁾。フェアドロスによれば、「国際法の根拠としての諸国の共同意思というトリーペルの学説は、国家法優位論と国際法優位論の間の移行部、橋渡し

⁽¹⁴⁹⁾ Verdross, *supra* n. 145, p. 266.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 268.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵²⁾ *Ibid.*, p. 269.

⁽¹⁵³⁾ *Ibid.*, p. 271.

⁽¹⁵⁴⁾ Verdross, *supra* n. 128, pp. 20–21, 33–34.

を構成する」⁽¹⁵⁵⁾。トリーベルの学説を貫徹すれば、国際法優位論を導くことになる。すなわち、第一に、諸国の共同意思自体は国際法の最高規範ではありえず、諸国の共同意思を法として承認する最高規範を前提とする。第二に、国際法の超国家性は、諸国の国際法秩序への組み込みをそのうちに含んでいるのである⁽¹⁵⁶⁾。こうしてフェアドロスは、「合意は拘束する (*pacta sunt servanda*)」⁽¹⁵⁷⁾という内容の根本規範⁽¹⁵⁸⁾を頂点とする、国内法に優位する国際法秩序の構成に到達したのである。

(2) 国際法によって付与された権限としての主権

フェアドロスは、この国内法・国家に対する国際法の優位から、権限としての主権概念を導き出している⁽¹⁵⁹⁾。フェアドロスにおいて、根本規範を頂点とする国際法の委任連関は、対象の規律についての委任関係をも意味する⁽¹⁶⁰⁾。したがって、妥当関係において国際法の根本規範を頂点とし国内法に優位する国際法秩序は、同時に、権限の委任関係においても国際法優位の秩序を意味する。フェアドロスによれば、まず根本規範は直接に、国家間の明示・黙示の合意たる条約と慣習法に規律を委任している⁽¹⁶¹⁾。しかし、条約と慣習法は法的階層の終点ではなく、これらの規範はさらなる法的行為によって実施されなければならない。彼

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibid.*, p. 34.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibid.*, pp. 28-32.

⁽¹⁵⁸⁾ フェアドロスは、当初、根本規範を仮説としていたが、『国際法共同体の憲法』以降においては、「客観的な妥当を有し、価値の宇宙に基礎づけられた規範」だとする。*Ibid.*, p. 31. これは実定法規範ではない。「定立されない根本規範という前提がはじめて、実定的に定立された諸規範を可能にする」。 *Ibid.*, p. 21. フェアドロスにおける実証主義から自然法論への展開については、さしあたり、Antonio Truyol y Serra, “Verdross et théorie du droit,” *European Journal of International Law*, vol. 6 (1995), pp. 55-69. を見よ。

⁽¹⁵⁹⁾ Conforti, *supra* n. 60, p. 70.

⁽¹⁶⁰⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. 43.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*, pp. 43-46.

は、「この条約と慣習法の実施は、通常は国家の法的行為によってなされる」⁽¹⁶²⁾と述べる。このようにしてフェアドロスは、委任連関に基づく国際法秩序から、権限秩序としての国際法と、この秩序内で条約と国際法に劣位する国家の権限を導き出している。そしてその結果、国内法⁽¹⁶³⁾や国家主権の概念は、この国家の権限として再構成されている。

彼によれば、「国際法だけに従属させられている諸国を、慣習的に『主権』国家と呼ぶ。したがって『主権』は、排他的な国際法直接性の別の表現に過ぎない。しかしこのことは、国家の権限（Zuständigkeit）が直接国際法に基づくことを意味するので、『主権』は、完全に国際法直接的な諸国の国際法上の権限の名称である。しかし国際法上の主権が特定の国際法上の権限の呼称に過ぎないなら、そのときこの主権は決して国際法と対立するに至ることはできない。というのは、この権限は国際法から導き出されており、したがって国際法によって確定された範囲においてのみ正当に存在し、それゆえ国際法の内容とともに変化する」⁽¹⁶⁴⁾のである。

第3項 強制の「自由」の残存

(1) 競合的裁量権限と強制

国内管轄事項の範囲について、フェアドロスは国際法によって個別に排他的裁量権限と認められた事項に限定していた。このことは、「競合的」裁量権限については干渉が禁止されないことを示唆している。

既に検討したように、「諸国の競合権限は、諸国の自由を制約する国際法諸規範が何も存在しない限り、諸国は国際法上自由であるという、国際法の基本原則に基礎づけられている」⁽¹⁶⁵⁾とされている。ここから、競合的権限が、国際法の規律が存在しない事項すべてをカバーするものであることがわかる。

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, p. 46.

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, p. 35.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 118.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 165.

さらに、フェアドロスによれば、「排他的権限は、国際法上保護された、国際法上の禁止により画定された権限である」のに対し、「競合的権限は国際法によって保護されていない。というのは、一国の自由は他国の自由を除外しないのである」⁽¹⁶⁶⁾。すなわち、国際法の規律が存在しないことから生じる「自由」とは、その自由の行使を妨げることが他国に禁じられるという意味で国際法によって保護されたものではない。この禁止が干渉の禁止を意味することは既に見たとおりである。したがって、競合権限における「自由」は単なる事実上の自由に過ぎない。

さらに、フェアドロスは、排他的裁量権限の具体的認定について、「国家の自由の制約は、一般原則によれば制限的に解釈されねばならないので、疑わしい場合には、推定は諸国の自由に有利に、したがって排他的権限範囲に不利に働く」という一般原則を提示している⁽¹⁶⁷⁾。これらを考え合わせれば、フェアドロスにおいては、ある行為が干渉に当たると判断される場合も、それが排他的裁量権限に触れることが証明されない限り違法ではないと推定されることになる⁽¹⁶⁸⁾。

ただし「しかしそこから、ある問題の規律に参与する請求を、場合によっては即座に (ohne weiteres) 力 (Gewalt) で貫徹する諸国の権能が帰結するわけでは決してない。というのは、国際法上の紛争処理手続の諸一般原則が、それゆえ連盟規約12条から15条も、妥当しているからである」⁽¹⁶⁹⁾と指摘されてはいる。しかし、引用部分に示されているように、これはあくまで手続的な制限に過ぎない。

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 166.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, p. 172.

⁽¹⁶⁸⁾ 同じように、森川幸一は、一般国際法上の不干渉義務の対象事項としての国内管轄事項の範囲は、単に国際法によって規律されていない事項ではなく、「国家間関係に係わる国連憲章の規定、国際慣習法、関係条約等に基づいて、特定の干渉方法から積極的に保護されている事項の範囲」であり、さらにその挙証責任は、「保護を主張する側にある」と述べる。森川幸一「国内管轄事項とその国際標準化」村瀬・奥脇編『山本草二先生古希記念 国家管轄権—国際法と国内法—』勁草書房、1998年、133頁。

⁽¹⁶⁹⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. 172.

フェアドロスは、干渉が禁止される範囲を排他的裁量権限に限定した。ここにおいて、既に検討したケルゼンの議論とフェアドロスの見解には相違が存在すると言えよう。ケルゼンは、国際法によって規律されていない事項はすべて国内法に授權されていると述べていた。この点はフェアドロスも変わらない。しかしケルゼンは、フェアドロスの「競合権限」に当たる「併行的権限」についても、不干渉原則の保護を排除していないと考えられた。

競合的権限について干渉の禁止を除外する結果、フェアドロスにおいては、国際法によって干渉が禁止されず、かといって国際法の執行として国際法規範により許容されているわけでもない強制の自由の領域が残存することが暗示されている⁽¹⁷⁰⁾。このような強制の自由も、彼のいう「競合的権限」の一種と捉えることが可能であろう。すると、彼は、国家による強制の事例の相当部分を、「競合的権限」として形式的には法化してはいるが、実質的には、ケルゼンの批判した「法から自由な空間」に位置づけているとみることができる。言い換えれば、フェアドロスにおいて、国家の主権は、形式上は国際法上の制度として法化されているが、「競合的権限」の概念を通じて、その相当部分が国際法の外部にあるのと同じ結果になっている。このような強制に関する「法から自由な空間」の放逐こそが、まさにケルゼンの主要目的であったことを想起すれば、ここでの両者の立場の違いは決定的とも言うるのである。

(2) 国家の法化の限定性

そしてこのように、国家が国際法から自由な空間で行動することが実質的に認められていることは、フェアドロスにおいて、国家自体が国際法により完全に法化されておらず、依然として国際法の外部に存在することを示唆している。なぜなら、国際法内部の制度体に過ぎない国家が、国際法の外部に出て行動することは論理的に不可能なはずだからで

⁽¹⁷⁰⁾ ロマーノは、これを「法的関連性のない干渉 (interventi giuridicamente irrilevanti)」呼ぶが、彼自身は、干渉は合法か違法かのいずれであるとして、そのような類型の存在を否定する。Romano, *supra* n. 76, p. 144.

ある。

実際彼は、歴史的には国家が実定国際法に先行して存在したことを認め、「国家法に対する国際法の上位性は、歴史の中で諸国家が国際法秩序から発生したことを意味しないのであって、国際法と諸国家の間に、上位下位の法・論理的関係が存在することを言っているのである」と自己の主張を整理している⁽¹⁷¹⁾。彼によれば、国際社会の胚細胞であり国際法の始源である「合意は拘束する」という根本規範は国家に先行して潜在的に妥当しているが、「実定国際法は国家間の合意によって形成されるのであるから、当該法は、少なくとも最初の諸国家よりも後に発生したことは確かである。しかしながら、諸国家間に国際法上の交通（Verkehr）が発達した瞬間から、実定国際法は国際法共同体の諸国家に上位するのである」⁽¹⁷²⁾。そして、この国際交通の発達による国家の実定国際法への服属とは、「諸国家が、実定・法的にも無制限に自律的な諸法共同体としては消滅し（untergehen）、国際法秩序に編入され、相対的に自律的な国際法上の諸部分秩序として当該法秩序から再び分岐する」⁽¹⁷³⁾ことを指す。

このようにフェアドロスは、実定国際法に先行して存在した国家が、実定国際法秩序に編入されることによって、それまでの無制限の自律性を喪失し、実定国際法内部の部分秩序に転化するとの見解を明らかにしている。その際、実定国際法編入以前の国家は「消滅」とされているが、この「消滅」が、以前の国家と実定国際法編入後の国家はまったく別個の存在であり、両者の間に同一性が存在しないという趣旨なのか、実定国際法編入の前後で国家の同一性は維持されており、その自律性の範囲が実定国際法により制限されたに過ぎないという意味なのか、やや曖昧である。しかし、国家が合意によって実定国際法を創設するというフェアドロスの立場を前提とするなら、「合意は拘束する」という根本規範の下で最初に合意を形成する諸国家は、いまだ存在しない実定

⁽¹⁷¹⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. 40.

⁽¹⁷²⁾ *Ibid.*, p. 40.

⁽¹⁷³⁾ *Ibid.*, p. 40. 下線部は原文隔字体。

国際法には服していないはずであり、合意後に当該合意という実定国際法に拘束される国家はその合意を結んだ国家とは連続性をもたない別の国家であるとする、この後者の国家は、自己は合意していないのに合意内容に拘束されることになり、「合意は拘束する」の原理と矛盾することになるように思われる。したがってフェアドロスは、実定国際法編入の前後で、国家の同一性は維持されていると捉えていると結論づけられるだろう。しかしこれは、実定国際法秩序への編入後も、編入前に実定国際法とは無関係に存在した国家が、依然として存続していることにはかならない。言い換えれば、実定国際法秩序に服属する国家には、実定国際法内部の部分秩序の側面の他に、実定国際法の外部に存在する共同体という側面が、なおも見出されることになる。国家は、実定国際法の内部秩序として完全に法化されてはいないのである。

(3) 国家実行における干渉・国家の法化の限定性

こうしてフェアドロスにおいては、ケルゼンとは逆に、国家権限＝国内管轄事項概念の導入によって、国際法による強制および国家自体の規律が限定される結果となっている。しかし、なぜフェアドロスはそのような立場をとるのであろうか。

ケルゼンの見解の論理を想起してみよう。彼はまず、国内法に包括的に授權する実定国際法規範を措定する。その上で、そのような授權規範を保障する別個の実定国際法規範として、不干渉原則を位置づけていた。フェアドロスにおいては、国家権限の排他性とは、権限が存在するだけでなく、さらに当該権限事項に対する他国の強制が禁止されることを意味する。その結果、排他的権限の範囲を確定するためには、実定国際法による干渉の禁止の範囲を検討する必要がある。したがって、彼においても、授權規範と干渉の禁止規範は別個の規範であると解釈することができる。ケルゼンと同様フェアドロスも、国際法により国内法に包括的な授權がなされていることは承認している。しかしケルゼンと異なり、フェアドロスは、国際法により授權された事項（競合権限および排他的権限）のうち、干渉の禁止が実定国際法上存在する事項（排他的権限）はごく一部に過ぎないと捉えていると言えよう。

彼によれば、干渉が禁止されている事項としては、まずヴァッテルが定立し、その後国家実行に受容され19世紀後半以降実定法命題として確立した、「国家の憲法および統治形態 (die Verfassung und die Regierungsform eines Staates)」を挙げることができるが、「しかしこの法命題の中心思想は明瞭でも、その境界はまったく確かでない」⁽¹⁷⁴⁾。つまり、フェアドロスのみるところ、実定国際法上干渉の禁止が明確に確立しているのは、国内政体の選択権のみであり、それ以外にどのような事項について干渉が禁止されるのかは不明確なのである。既に検討したように、ケルゼンは客観国際法上の不干渉原則の存在について何ら国家実行上の証拠を示していなかった。フェアドロスの議論は、この点を衝いたものと言えよう。

さらに言えば、既に検討したように、干渉に関する19世紀の国家実行は、国際社会を連邦と捉えこの連邦の構成単位としての国家の政治体制をも国際法により規律することを主張する大陸諸国の立場が否定されることを通じて、最終的には、国家自体の法化の限定性を確認するものと解釈することができた。フェアドロスの議論は、この国家実行を反映していると捉える余地もあるように思われる。

(4) 背景としての連盟規約15条8項

さらに、フェアドロスの見解の背景には、国際連盟規約15条8項の解釈もあるように思われる。彼によれば、一般に国内管轄事項に関する指導的判例とされるチュニス・モロッコ国籍法事件におけるPCIJの勧告的意見は、「国際法によって確定された範囲内における国家権限と排他的権限を区別し」、「特定の事項が、いかに複数国の利益にも抵触しようとしても、原則として国際法によって規律されていない場合に」、排他的権限を認めた⁽¹⁷⁵⁾。つまり、PCIJは、排他的権限の範囲を、国際法による規律が原則として存在しない事項と捉えている。しかし、フェアド

⁽¹⁷⁴⁾ Verdross, *supra* n. 128, pp. 170–171. また, Verdross, *supra* n. 131, p. 360.

⁽¹⁷⁵⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. 174.

ロスは、「より明確には (Deutlicher)」、シュトリゾヴァーが、国際法によって規律されていないすべての行動ではなく、「当該行動の法的規律を国際法が一般的に単に請求国の権限領域に属するとみなす行動のみ」が、排他的権限に属するとしていることを指摘する⁽¹⁷⁶⁾。つまり、単に国際法が規律していない事項は排他的権限には属さず、国際法によって権限が規定されている事項のみが、排他的権限に属するのである。

フェアドロスは、もし15条8項の「排他的権限」が、紛争の相手国によって主張されている義務からの「自由」と同義であるなら、15条8項の異議が提起された場合、常に連盟はそのような「自由」が存在するか否かを検証しなければならないことになることに注意を促す。その場合、紛争は国際法によって判断されてしまうことになる。しかし15条4項で規定されているように、15条における連盟の紛争審査は、本来国際法に基づく判断ではなく「公正且適当ト認ムル勧告」をなすことである。したがって、15条8項の「排他的権限」に、国際法の規律が存在しないという意味における「自由」を含めることは、15条全体の趣旨に反すると、フェアドロスは主張する⁽¹⁷⁷⁾。

彼の議論の展開は必ずしも明瞭ではないが、要するに、規約15条における理事会の紛争処理は司法判断ではなく、「調停的活動 (l'activité conciliatrice)」⁽¹⁷⁸⁾であるので、例外として国際法に基づく司法的判断が必要となる15条8項の範囲は、できるだけ限定的に解すべきであるということであろう。そしてその限定のためには、「排他的権限」に、国際法によって規律されていない事項一般を含めるという立場は否定されなければならないのである。

15条8項の文言解釈に従っても同じ結論に達すると、フェアドロスは言う。彼によれば、15条8項は単なる権限ではなく、「排他的」権限を要求しているのであり、一国の権限は、対象事項についての他国の干渉を禁止される限りにおいてのみ、排他的でありうる。「したがって、国

⁽¹⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. 175.

⁽¹⁷⁷⁾ *Ibid.*, pp. 175-176. また、Verdross, *supra* n. 131, pp. 358-360.

⁽¹⁷⁸⁾ *Ibid.*, p. 359.

際連盟の権限の欠如は、……国際法上の干渉の禁止によって保護されている諸事項においてのみ、存在する」⁽¹⁷⁹⁾。

かくして、フェアドロスにおいて国際法によって規律されていない事項が排他的権限の概念から排除され、その結果、ケルゼンが努めて放逐を試みた強制の「自由」が残存することとなっていた理由は、フェアドロスが、規約15条における連盟理事会の紛争処理権限をできるだけ拡大的に解釈しようと試みたこともあると解釈することができよう⁽¹⁸⁰⁾。フェアドロスにとっては、強制を完全に国際法によって規制することよりも、国際共同体＝国際連盟の権限を拡大することの方が優先されたのではないだろうか⁽¹⁸¹⁾。

第4項 国際法学の構成機能

以上の検討から、干渉の適法性判断基準としての排他的裁量権限概念は、国際法を客観法の統一的秩序として構成することの直接的な帰結と

⁽¹⁷⁹⁾ Verdross, *supra* n. 128, p. 176.

⁽¹⁸⁰⁾ 戦間期において、「排他的権限」の解釈が實際上問題となったのは、干渉の適法性との関係ではなく、連盟規約15条8項に関してであった。このことは、万国国際法学会が1930年代初頭に、この問題に取り組んでいることから窺える。Institut de Droit International, “Rconnaissance, détermination et signification en Droit international du Domaine laissé par ce dernier à la compétence exclusive de l’Etat,” *Annuaire*, tome 36 (1931), pp. 25–56, 213–220, tome 37 (1932), pp. 159–185, 367–424, 565–567. この議題の報告者ルフェール (Louis LeFur) の報告においては、「国際共同体 (communauté internationale)」の「具体的実現 (réalisation concrète)」としての国際連盟と国家の間の権限配分という視点から、「排他的権限」の範囲が検討されている。 *Ibid.*, vol. 37, p. 170. そしてこの万国国際法学会での議論においても、フェアドロスは、あるいは「15条8項に限定的な解釈を与えるのがより重要である」(*Ibid.*, tome 36, p. 218.) と述べ、あるいは「『排他的権限』と『自由』の概念は、決して同義ではない」(*Ibid.*, tome 37, p. 369.) と主張し、あるいは「もし『排他的権限』の語を国際法によって引かれた枠内における自由の意味で捉えるならば、15条8項の例外は理事会に持ち込まれる紛争の大部分において提起されうることになるだろう」(*Ibid.*, tome 37, p. 382.) と警告している。

して導入されたとすることが許されるであろう。フェアドロスにおいても主観法に対する客観法の優位という理論的立場の帰結として、権限概念が演繹され、干渉の法規制に関連づけられていたのである。

そして、ケルゼンと同様フェアドロスも、このような国際法を構成する権能、すなわち国際法を体系化する権能は、国際法学に帰属すると考えていた。すなわち1923年の著書において、PCIJ規程38条3項の法の一般原則の認定権は同条4項の判例と学説に帰属し、その限りにおいて国際法学者（Völkerrechtsgelahrten）は「解答権（*Responsenrecht*）」が帰属する「補助的な立法者（*subsidiären Gesetzgebern*）」であり、「国際法機関（*Völkerrechtsorganen*）」であるとの見解を示した上で、国際法学の役割について、彼は次のように結論づけている。「したがって我々は、国際法研究の中に、方法的に厳格に分離されるべき二つの集団を区別しなければならない。すなわち、一方における、国際法科学（*Völkerrechtswissenschaft*）、国際法の諸命題の経験を再構成する（*rekonstruierende*）分野と、他方における、国際法学説（*Völkerrechtsdoktrin*）、すなわち、国際正義の一般的な諸根本思想から新たな法命題を定式化し、その適用に備える分野とを」⁽¹⁸²⁾。

ここでの関心は、前者の国際法の再構成という役割であるが、フェアドロスは、PCIJ規程に示される補助法源としての役割とは別の、国際法を（再）構成する権能を、国際法学に明示的に承認しているのであ

(181) ケルゼンも15条8項について検討しているが、彼の関心は、15条8項に基づいて、紛争が一方当事者の排他的権限に属する事項に関するものであると理事会が認め、15条の手続が終了した場合、紛争の相手側は、戦争に訴える権利を回復するののかという問題であった。ケルゼンは、15条に関しても、強制の制限を弁証することに全力を注ぎ、連盟理事会の権限の範囲の広狭にはまったく頓着していないのである。フェアドロスとは対照的に、ケルゼンにとっては、国際共同体ないし国際連盟の権限の拡大よりも、強制の規制の方が優先されていることが窺える。Kelsen, *supra* n. 2, pp. 304–311.

(182) Verdross, *supra* n. 141, pp. 125–126. また、Verdross, *supra* n. 128, pp. 67–69. も見よ。

る⁽¹⁸³⁾。したがって、フェアドロスは、国際法学の権能としての国際法の構成＝体系化を実行し、その結果として、干渉論に国内管轄事項概念を導入したと考えることができよう。

第3節 フェアドロスにおける主観法の回帰

第1項 主観法の承認

(1) 主観法概念

フェアドロスは、1926年の『国際法共同体の憲法』の中で既に、海洋の自由の性格について検討する際、一方においてはケルゼンに依拠して「主観法」は「客観法秩序の主観化である」と述べているが、同時に、「対応する国際法上の諸義務が対峙する」、「諸国の真正の請求権」が存在することも承認し、「すべての国は、一般国際慣習法上、公海自由を妨害しないことを、他の諸国に対して義務づけられている」と述べている⁽¹⁸⁴⁾。すなわち、ここでは、ケルゼンのように単に客観法命題の中における要件事実間の結びつきとしてだけでなく、主体間の直接の権利義務関係としての法関係が存在することが示唆されている。

1929年のハーグ講義ではより明瞭に、「客観的意味に理解された法と、主観的意味に理解された法の間の原理的区別は、一般に認められてい

(183) 1929年のハーグ講義においては、力点に変化する。同講義においては、補助的法源としての役割については従来の見解と変わらない。Verdross, *supra* n. 131, pp. 305-306. 他方で、国際法科学 (science du droit des gens) の役割は、さらに二つに区分されている。すなわち、「ひとつは、言うなれば創設的なものである。というのは、それは、国際関係を規律できる諸理念を発見しようと探求するのである。逆に他方は、むしろ再構成的 (reconstructive)」である。というのは、それは既に国際実行を前提とし、実行によって適用されている諸規則を分析する以外の目的をもたないのである」。Ibid., pp. 276-277. この発展は、1926年以降、フェアドロスが、根本規範は実定国際法の前提となっている単なる仮説ではなく、絶対的価値に基礎づけられているとの見解を示すようになったことに対応している。すなわち彼は、この絶対的価値の認定権を、国家ではなく国際法学者に与えたと考えられるのである。

(184) Verdross, *supra* n. 128, p. 217.

る。前の場合には、法という語は『法秩序』の語に相当し、二つ目の場合には逆に、法秩序から生じる人格の法的能力を指す」と述べた上で、「『法』という語は、ある人格が他の人格から、当該他の人格が何らかのことは行うかまたは行わないことを、法的に要求できることを意味する。したがって、これらの人格の一方の権利には、他方の人格の法的義務が対応する。これが本来の意味の主観法である」と主観法を定義している。彼によれば、この定義は国際法にも妥当し、とくに国家の基本的権利義務については、「結果として、真の基本権の問題は、本来の意味の主観法、すなわち、権利保持国に対して特定の仕方で行動する義務を他国に課すことによって、自己の自由を制限する他国の側の義務が対応する法の場合においてのみ、存在しうる。したがって、すべての基本権は、このようにして、反対側に基本的義務を想定している」⁽¹⁸⁵⁾。ここでは、主観法とは、主体間の権利義務関係であることが明示的に承認されている。客観法と主観法の二元的構成が、受け入れられていると考えられる。

フェアドロスによれば、国家の権限と国家間の権利義務関係の相違は、国際法を静態的に観察するか動態的に観察するかの視点の相違に過ぎない。国家の権限とは、「孤立して捉えられた諸国の法的状態」を記述するものであり、権利義務関係とは、「国際関係そのもの」を捉えるものである⁽¹⁸⁶⁾。すなわち、国際法上の国家の権限は、国家間関係においては、国家間の権利義務関係として発現するのである。

(2) 主観化の態様

国際法の規律が存在しないことを意味するに過ぎない競合権限は、国家間関係においても真正の主観法ではなく、「単なる自由」⁽¹⁸⁷⁾として把握される。他方、排他的裁量権限については、とくに実定国際法が、「国際共同体の構成員である諸国の存在自体に直接結び付ける諸法効

⁽¹⁸⁵⁾ Verdross, *supra* n. 131, pp. 412-413. 下線部は原文イタリック体。

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibid.*, pp. 411-412.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibid.*, p. 413.

果」⁽¹⁸⁸⁾を意味する基本的権利としての「任意の形態の下で自ら統治する権利」⁽¹⁸⁹⁾を含めて、「諸国の排他的な事項的権限の尊重」⁽¹⁹⁰⁾の義務が他国に課される。すなわち、「他のすべての真正の主観法と同様、この権利の基礎は、他の諸国の相関する責務、すなわち国際法によって課された諸外国の当該領域を尊重する義務に、見出される」こととなる。そしてその結果、「留保領域に対するすべての介入は、当該介入が力または力の威嚇によってなされる場合、原則として国際法によって否定される。このような介入は、禁止された干渉を構成する」⁽¹⁹¹⁾のである。

また、既に検討したように、フェアドロスは、国際法を実現するための強制は合法であるとしていたが、「現在における国際社会の組織化をまだ欠いていた近代の最初の数世紀の国際法においては、侵害された国家は自救権（droit de se faire justice lui-même）を有していた。国際的な司法・執行当局の欠如においては、すべての国家がしたがって、同時に訴訟当事者かつ自己自身の請求原因の裁判官であり、同様に、自己によって下された判決の執行者であった」⁽¹⁹²⁾と述べ、この法実現のための強制も、「自救権」として主観法化されている。

ケルゼンにおいては、干渉の禁止はあくまで客観法の問題であり、干渉されない権利を意味する「独立権」は客観法の反射に過ぎないとして退けられていた。フェアドロスはここで、不干渉義務と国家の自己統治権を対応させることによって、まさにケルゼンが批判した主観法による構成を採用していると言えよう。

(3) 国際法上の義務の相対性

フェアドロスは、1929年の段階で、客観法＝法秩序の枠内においてははあるが、主観法＝法関係の段階を承認していた。干渉との関係で言えば、一国の不干渉義務に対応する他国の自己統治権が定立され、国際法

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 414. 下線部は原文イタリック体。

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 417.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 418. 下線部は原文イタリック体。

⁽¹⁹²⁾ *Ibid.*, pp. 479–480.

実現のための強制は自救権として主観化されている。

問題は、なぜフェアドロスは、客観法一元論＝権限一元論を貫徹せず、主観法概念を導入しているのかである。これについては、ケルゼンの議論との比較から、ひとつ推測できることがある。既に検討したように、ケルゼンにおいては、客観法による強制の規律を貫徹した結果、国際法違反に対する強制の主体が、特定されないという問題が生じていた。これに対して、主観法、すなわち主体間の直接の法関係の余地を認めることにより、フェアドロスにおいては、強制の主体は、その主観法を侵害された国家に限定され、特定化の困難は回避されている。

フェアドロスは1937年の『国際法』の中で、次のように述べている。「すべての法は実現されることに向けられているので、自己の諸義務を自発的に履行しない法共同体員に対しても法を実現する(durchzusetzen)可能性が存在しなければならない。国内法においては、この法の実現は原則として共同体諸機関(Gemeinschaftsorgane)によって行われる。これに対して、そのような諸機関は、一般国際共同体には本質的になじみのないものである。したがって、法実現は、自己の諸権利(Rechten)を侵害された諸国自身に委ねられなければならない。この権利を自救権と呼ぶ」⁽¹⁹³⁾。ここでは、強制の目的はあくまで客観法の実現であり、強制は共同体の機関作用であるとされつつ、国際共同体では、強制の主体は権利を侵害された国のみに限定されているのである。

客観法による国際法構成を標榜しつつ、主観法の余地を認めるという立場をフェアドロスは、第二次世界大戦後は、「国際法上の諸義務の相対性」⁽¹⁹⁴⁾と呼んでいる。フェアドロスによれば、「国際共同体の相対的な弱体性は、一般国際法上、原則として、個別国家間の義務しか存在しないことにも示される。このことは、諸国は、特定の行為そのもの(schlechthin)に義務づけられるのではなく、個別の国家に対して特定の行為を遵守する義務しか有しないということである。それゆえ、国際

⁽¹⁹³⁾ Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Berlin: J. Springer, 1937, p. 205.

⁽¹⁹⁴⁾ Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Wien: Springer, 1950, p. 70; Verdross und Simma, *supra* n. 1, p. 40.

法の違反に対しては、国際共同体の集権的機関も、任意のすべての国家も、請求を提起することはできず、侵害された国家だけが請求を提起することができる。……このことは、国際法上の諸義務は原則として、関係国間の関係においてしか存在しないことを示す」⁽¹⁹⁵⁾。すなわち、原則として、客観国際法は、主体の主観法およびその相互関係＝権利義務関係のみを内容とし、違反に対して請求を提起できるのは、権利を侵害された主体だけである。この結論がここで「国際共同体の相対的な弱体性」として認識されている点には注意する必要がある。フェアドロスは、客観法に基づく国際法構成を前提としつつ、ここではその構成が貫徹できないことに、自覚的であったのである。

しかし他方において、主観法の導入は、強制の主体が拡散することによる無秩序を回避するという利点も有しており、フェアドロスは、強制主体を客観的に特定するために、あえて客観法に基づく構成を途中で断念したと推測することも不可能ではない。

第2項 実定国際法に自立的な基本的権利義務関係の承認

(1) 干渉の禁止

フェアドロスは、1937年の体系書において、干渉の禁止について、「革命細胞の形成や密偵の派遣などによって国家秩序がその機能において直接妨害されるか、または国家が、国際法上独占的な規律（排他的権限）に留保されている事項を特定の仕方では規律することを拒否した場合の害悪によって脅迫されるときに、他国の対内秩序への禁止された介入（干渉）が存在する」とされ、「それゆえ、干渉は、国家形態を変更するかまたは変更しないよう国家を動かすために、当該国家が軍事的措置や経済的圧力手段によって脅される場合に、通常存在する」と述べられている⁽¹⁹⁶⁾。

その際、「干渉は、国際法上基礎づけられた請求を充足するよう国家を動かすために使用されまたは脅迫される圧力手段とは、区別されなけ

⁽¹⁹⁵⁾ Verdross, *supra* n. 194, p. 70. 下線部は原文隔字体。

⁽¹⁹⁶⁾ Verdross, *supra* n. 193, pp. 202-203.

なければならない」⁽¹⁹⁷⁾として、国際法の実現のための強制は干渉の禁止から除外される。

(2) 基本的権利義務概念の導入

この強制権能は、「自救の基本権」として主観法化されるが、ここで注目すべきは、その性質についてフェアドロスが、「自救権は、国際法の本質に所与の、その本質と不可分の基本権なのである」⁽¹⁹⁸⁾と述べていることである。自救権は、「国際法の本質」に由来するものであり、国際法が国際法である限り、実定法命題によって廃絶することはできないのである。

実は、この著書でフェアドロスは、自救だけでなく、不干渉原則を意味する「諸国の対内秩序の尊重」をも、「国際法上の諸基本権」と位置づけている⁽¹⁹⁹⁾。それに対応して、「排他的権限」も実定国際法から自立化し、ケルゼンの相対説は否定される⁽²⁰⁰⁾。

⁽¹⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 203.

⁽¹⁹⁸⁾ *Ibid.*, p. 205.

⁽¹⁹⁹⁾ *Ibid.*, pp. 200–201.

⁽²⁰⁰⁾ フェアドロスは、1929年の段階では、排他的裁量権限の範囲は相対的であり、国際関係の発展に依存すると述べていた。Verdross, *supra* n. 131, p. 364. したがって、この段階では、彼も、ケルゼンと同様に、国際法によって規律できない事項はないと捉えていた。その結果、その主観化である国家の自己統治権と不干渉義務という法関係の範囲も、国際法の規律の展開に即して変化するものと考えられる。

ところが、1930年代以降フェアドロスは、一定の事項はその性質上必然的に国家の排他的裁量権限に属すると主張するようになる。その結果、国家の自己統治権と不干渉義務を始めとする基本的権利義務も、実定国際法に対抗する自立的な地位を獲得することとなっている。フェアドロスは、国際法の事項的妥当範囲について、国際法はあらゆる事項を規律できるので当該妥当範囲に限界はないとするケルゼンの立場と、「諸国際法主体の家庭的（対内的）諸事項は、原則として国際法による規律から取り上げられている（*entzogen*）」という見解を対置し、一見したところ、前者の見解が事実 に即しているかのごとくであるが、「しかし、国際法の構造分析は、この学説が維持されえないことを我々に示す」として、後者の立場を採用す

る。彼は、「すなわち、国際法秩序は、自ら統治する諸法共同体の存続を前提としていることを考慮すれば、これら共同体一般の存続を廃しまたはその固有の生活を否認するいかなる規範も国際法が含むことができないことは明白であろう。それゆえ、もし国家の自己統治が不可能なほどに国家生活に一般的に介入する諸国際法規範が存在するなら、それによって国際法自体が廃棄されるであろう」と指摘する。Verdross, *supra* n. 193, p. 70. ここにおいてフェアドロスは、国際法の本質上、国家の自己統治に関しては、原則として国際法は規律することができないという立場を明らかにしている。

この立場は、法一般の本質の帰結でもある。フェアドロスによれば、「ここでは、国内法におけるのと事情は異ならない。国内法は、法団体の生活を原則的に否認しまたは不可能にするいかなる規範も含むことができないのである。たしかに法秩序は、共同体生活を救うために個々の構成員を犠牲にすることはできる。しかし、法秩序は、共同体における構成員の理性的な共同生活以外のものを目的とすることは、決してできない。この法の本質を、いかなる実定法命題も何ら変更することができない。というのは、個々の規範のすべては、それらが一般に法の本質に参与する限りにおいて法規範であるに過ぎないのである。それゆえ、法は任意の内容を有することができるという『実証主義』学説は、法の本質の前に碎け散らなければならないことが示される」。Ibid., pp. 70. 国内法において個人の自律・自由を廃棄することができないのと同様に、国際法においても、国家の自己統治権限は廃止できない。そしてこのことは、実定法に優位しその内容を制限する「法の本質」の帰結である。

このように、法の本質上国際法が規律できない事項が存在することに対応して、「諸国内問題 (domestic questions)」、「留保領域」、または「国際法が諸国の排他的権限に委ねた諸事項」と一般に呼ばれるような、「国際法が妥当している限り常に諸国に留保された妥当範囲が存在する」。Ibid., p. 140. すなわち、「国際法共同体は、必然的かつ本質的に、自己統治を具備する諸法共同体に分枝する (gliedert)」のであり、「それゆえ、それなしには諸国の自己統治が不可能になる諸事項は、すべて排他的かつ留保された諸国の妥当範囲に属する」。具体的には、国内憲法、国家構造、官僚組織、自国民の法的地位などが、国家の排他的権限に属する。フェアドロスによれば、「もっとも、諸国のこれらの妥当範囲も、諸条約によって制限されることはできるが、挙げられた諸理由から、国際法による制限は、それによって義務づけられた諸法共同体の自己統治一般が廃されるところまで進展することは決してできない」。Ibid., pp. 140-141.

彼によれば、共同体よりも前にあらかじめ存在し共同体に持ち込まれる権利は存在しないので、個人主義的な自然法論の基本権理論は誤りである。しかし同時に、あらゆる権利は実定国際法から導出されると主張する教条的な法実証主義も誤りである。というのは、「そこにおいてはすなわち、個々の実定法命題は特定の法秩序の分枝に過ぎず、それゆえ、考慮される法秩序を構成する諸原理を前提としてしていることが、看過される。したがって、すべての法秩序において、実定法によって定立される諸権利は、実定法によって既に前提とされている諸法原理と区別されなければならない。しかしそこからは、諸実定国際法命題のあらゆる意味分析に、国際法の本質分析一般が先行しなければならないということが帰結として生じる。それによってのみ、実定国際法が依拠する諸原則が確定されることができるのである」。つまり、実定国際法命題に先行しその前提となっている国際法の諸原則が存在し、その内容は国際法の本質の分析によって明らかになる。この「国際法の本質」が、「主権的な諸法共同体の共同生活の規律」⁽²⁰¹⁾である。

この言明からは、さらに、「主権的な諸法共同体」すなわち国家自体が、実定国際法の前提としてそれに先行して存在することがわかる。フエアドロスによれば、私法が人間の概念を前提とするように、国際法は主権的法共同体の概念を前提とするのであり、『主権的法共同体』の概念は、国際法の内容とは独立に既に原理的に確定」していなければならない⁽²⁰²⁾。すなわち、「国際法は主権国家の存続を前提としている」⁽²⁰³⁾のである。

こうして、「国際法は諸主権的法共同体の共同生活の規律をその必然的な内容とすると考えるなら、そのときそこから、それなしには諸法共同体の共同生活が不可能な諸権利はその国際法の本質と不可分に結びついているということが結果として生じる。したがって、これらの、国際法の本質と結びついており、その意味で必然的な諸権利は、単に実定国

⁽²⁰¹⁾ *Ibid.*, p. 199.

⁽²⁰²⁾ *Ibid.*, p. 45.

⁽²⁰³⁾ *Ibid.*, p. 140.

際法に基づいて存在する諸権利から区別されなければならない。これらの諸権利は実定法自体によって再び廃止されたり変更されたりされうる。これに対して国際法上の諸基本権は確かに制限されたり一時的に停止されたりすることはできるが、国際法自体を否定することなしには完全に廃止されることはできない」のである⁽²⁰⁴⁾。フェアドロスは、不干渉原則や自救権を、国際法の本質自体から生じ、実定国際法の前提をなす、基本権の一種と捉えているのである。

そして、「諸基本権には、諸基本義務が並置される。というのは、すべての真正の権利は、他のある人格が、権利保持者に対して作為、不作為または受忍を義務づけられているという仕方で、義務と結合させられているのである」⁽²⁰⁵⁾とされ、国家間に、主観法水準の権利義務関係＝法関係が直接成立することが明言されている。

(3) 主観法の自立化の理由

1937年のフェアドロスにおいては、実定国際法によっても廃棄することができない排他的裁量権限が、「法の本質」に依拠して定式化され、その結果、干渉の禁止や国際法実現のための強制は、実定国際法に先行する国家間の基本的権利義務関係として主観法化されている。すなわち、ここにおいては、単に客観法の水準と区別される主観法の水準が認められ客観法と主観法の二元的構成が回帰しているだけでなく、法の本質に基づく諸原則を経由して、実定法命題＝客観法に対して自立的な主観法が承認されているのである。国家権限＝国内管轄事項についての相對説の否定⁽²⁰⁶⁾と、国際法の本質に直接基礎づけられる基本的権利義務という理解⁽²⁰⁷⁾は、第二次世界大戦後も、彼が関わった体系書において一貫して維持されている。したがって、1930年代に主張されるように

⁽²⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 200.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibid.*

⁽²⁰⁶⁾ Verdross, *supra* n. 194, pp. 149–152; Verdross und Simma, *supra* n. 1, pp. 163–164.

⁽²⁰⁷⁾ Verdross, *supra* n. 194, pp. 256–257; Verdross und Simma, *supra* n. 1, pp. 59–61.

なった主観法の客観法からの自律性は、当時の政治情勢などの外在的要因に由来するものではないと考えられる。

フェアドロスは、既に1926年以降、根本規範は仮説ではなく、客観的に実在する価値に基礎づけられるとしていた⁽²⁰⁸⁾ので、ここで実定法に優位する「法の本質」が承認されていること自体は、フェアドロスが実証主義を離れ自然法論の立場を採用したことにより説明することができる⁽²⁰⁹⁾。ここでの問題は、そのような一般理論上の説明ではなく、ここでフェアドロスが、そのような実定国際法に優位する「法」の具体的内容として不干涉義務や自救権を含めた理由であり、またその際に、客観自然法という形式ではなく主観法＝法関係という形式を採用している理由⁽²¹⁰⁾である。この点について彼は何も述べていないので、その理由については推測するしかない。しかし以上の検討から、理由として考えるのは、1926年の段階で彼において残存していた強制の「自由」の問題である。既に検討したように、フェアドロスは、国際法上の国家の事項的権限は包括的ではあるが、他国による干渉が国際法上禁止された排他的権限に属する事項は、国内政体の選択以外のはっきりしないと述べて

(208) ケルゼンとフェアドロスの根本規範把握の相違については、例えば菅野喜八郎『国権の限界問題』木鐸社、1978年、132-141頁、上村忠男「ケルゼンとフェアドロス—『根本規範』の概念をめぐる—」『東京外国語大学論集』33号（1983年）、231-242頁、吉田脩「ハンス・ケルゼンの根本規範論再考—国際法における『根本規範』概念の変遷過程の精察を中心に—」『筑波法政』44号（2008年）、103-125頁、を見よ。

(209) 合法性と正統性の観点から捉えれば、合法性に議論を限定したケルゼンと異なり、フェアドロスは法の正統性すなわち法の妥当性のさらなる根拠づけの問題に踏み込んだと言える。既にみたように、ケルゼンは法の論理的形式の問題から出発し、その帰結として法の妥当性根拠＝正統性の問題を法学から除外していた。これに対し、ここでフェアドロスは、法の正統性問題に取り組み、その帰結として、客観法と区別される主観法という法の論理的形式の存在を承認するに至っていると考えられることができる。

(210) この点、フェアドロスに先立ちシュミットが、国際法の正統性原理を、国家の基本権という主観法の形式で提示していた事実の影響を考慮する必要があるかもしれない。Schmitt, *supra* n. 79, pp. 399-404.

いた。それ以外の事項は競合権限に属するに過ぎず、当該事項については、強制が国際法上禁止されないことが示唆されていた。すなわち、客観国際法の規律のみを念頭に置く場合、強制は完全には規制されていないのである。強制が国家主権の発動であるなら、このことは、国家とその主権が、実質的には客観国際法の外部に存在することを示唆する。

このままであれば、広範な事項について国家間の強制が放置される結果になる。そこで彼は、客観法を補完するものとして、客観国際法とは自立的な、主観法の次元を導入したとは考えられないであろうか。既に検討したように、フェアドロスは、1920年代においては、形式的には国家およびその主権を法化しつつ、実質的にはそれらを「法から自由な空間」に位置づけていた。これに対して1937年の段階では、国家とその主権が客観実定国際法の外部に存在することを正面から認めることによって、独立権＝不干渉義務を含む基本的権利義務関係は実定国際法の前提であるとして、当該権利義務関係が慣習法や条約の成立要件を満たしているか否かについての証明を省略することが可能になっているとは言えないだろうか。

実際、基本的権利義務概念の導入と軌を一にして、かつては競合権限とされていた事項まで排他的権限に包摂されている。不干渉原則の保護範囲である排他的権限の範囲について、1937年のフェアドロスは、「原則として、国際法による（内容上特定の）事項的規律から除外されている」事項であるとし、「それゆえ、チュニス・モロッコ国籍法勧告的意見において、PCIJが、原則として一般国際法によって規律されていない諸事項だけが、諸国の排他的妥当範囲に属すると指摘するのは正当である」と述べている⁽²¹¹⁾。ここでは、1926年の著書とは異なり、PCIJの意見が無条件に支持されており、国際法によって個別に規律されていない事項はすべて「排他的権限」に属することが承認されていると考えることができる。1926年において強調されていた排他的権限と競合的権限の区別が、ここでは後景に退いている。すなわち、競合的権限は、もはや国際法と国内法の権限配分の問題としては議論されず、諸国家の排

(211) Verdross, *supra* n. 193, p. 141. 下線部は原文イタリック体。

他の権限に委ねられた事項の規律についての、国内法秩序間の抵触の問題へと限定されているように思われるのである⁽²¹²⁾。

1950年の『国際法』第2版においては、「諸国の政治的独立はその対内政策および対外政策を包摂する。それゆえ諸国は、国際法によって両領域を尊重するよう義務づけられる」として、干渉の禁止は、「政治的独立」の基本権に基礎づけられている。この段階では、対内および対外政策一般について包括的に干渉が禁止されることが示唆される一方で、もはや「排他的権限」への言及はなされない⁽²¹³⁾。

このようなフェアドロスの議論からは、基本的権利義務関係を客観法の前提と位置づけることにより、国家実行による実証を必要としない国際法として定置するという効果を想定することができる。ケルゼンが危惧したように、「客観的意味の法」と「主観的意味の法」の二元論においては、客観法の支配を主観法が阻害する可能性がある。しかし他方で、客観法による規律が完全でない場合には、主観法と客観法が二段構えで強制を規制することによって、主観法が客観法の欠缺を補うという見方も成立するよう思われるのである。フェアドロスにおける主観法＝法関係の自立化は、国際法による国家の法化の限定性を逆手に取った、そのような強制の二重の国際「法」規制の余地を残すための工夫であると解釈する余地があるのである。

第4節 小括

国内管轄事項概念の直接の前提は、客観法に基づく国際法構成であった。伝統的に客観法＝法は主観法＝権利との対照において理解されてきたものであり、基本的な問題関心は、法＝一般意思と権利義務＝個別意思の関係をどう捉えるかというものであった。客観法による法の構成は、主観法およびその擬人化としての法主体が、客観法の外部で自立的に作用する可能性を否定することに主眼があった。国内管轄事項概念の導入の意義は、国家とその主権が国際法の外部にある主観法＝権利義務

⁽²¹²⁾ *Ibid.*, pp. 141-144.

⁽²¹³⁾ Verdross, *supra* n. 194, p. 260. 下線部は原文隔字体。

関係として把握されることの否定にあったと考えることができる。

一般国際法上の干渉の禁止の保護範囲としての国内管轄事項概念の導入は、この客観法と主観法の関係という理論的関心から演繹されていたものであり、国家実行上の直接の根拠づけはなされていなかった。むしろ学説による「法学的構成」機能の帰結として正当化されていたように思われる。

干渉の法規制における国内管轄事項概念の法的意味は、国際法上正当化される干渉を、国際法違反への対抗としての制裁または法実現のための強制に限定することにあったと考えられる。ここに、様々な正当化理由を承認していたオッペンハイムの議論からの決定的な転換がある。

しかしこの立場を一貫させる場合、強制は客観法の実現という目的を負うことになるが、この強制の主体の範囲については内在的な限定を設けることができず、潜在的にはすべての者に強制権能が認められ、無秩序をもたらす危険がある。ケルゼンの議論に示されるように、客観法構成を貫徹すれば、すべての主体に強制権能が承認されることになりうるのである。フェアドロスはこの危険を意識して、一方で客観法構成から国内管轄事項概念を導入しつつ、他方で主観法の独自の地位を認めることによって、強制主体を限定し、結局は客観法と主観法の二元論構成を維持していたと解釈できた。

他方で、客観法＝実定国際法だけに基づいて、国際社会における強制の規制を検討する場合、国家実行の限定性から、国際法の現実においては、国家およびその主権は客観国際法によって余すところなく規律されてはおらず、その結果、干渉の禁止される範囲は国内政体の選択等に過ぎず、多くの事項については国家間の強制の自由の余地が残される可能性が、フェアドロスによって示唆されていた。フェアドロスによる、自然法としての主観法＝基本的権利義務の再導入は、実定国際法の不完全性を主観法の次元により補完する目的があったと解釈することが不可能ではなかった。その意味で、フェアドロスにおける主観法の次元は、オッペンハイムにおける国家利益の次元と同じ役割を果たしていると思われることができるだろう。