

国内法と国際法との関係についての若干の考察

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学短期大学 公開日: 2011-04-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中原, 精一 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/10753

国内法と国際法との関係について の若干の考察

中 原 精 一

1. はしがき——二つの基本理論
2. 二元論——精密な論理と現実不適應性との矛盾——
3. 一元論——雑多な理論の集合——
4. あとがき

1. はしがき——二つの基本理論

国内法と国際法との関係に関する理論には、現在基本的に二つの全く対象な理論が対立している。国内法と国際法とは、それぞれ異なる社会の法秩序であるから、互いに別個独立の法であるとする二元論と、そうではなく、両者は法として同一の秩序を形成しているのであって、問題は両者のいずれが優位して存在しうるかにあるという一元論とが、それである。この二つの理論は、国際法が国内法的妥当性を有するかという問題の基本理論となり、前者からは、いわゆる変型の理論が生れ、後者からは優位の理論が生れた。

国際法の国内法妥当性に関する問題には、条約の国内法化または、条約の国内法への変型 (Transform) の理論¹⁾が古くから、そして今日でも有力に主張されている。変型の理論、それはつまり、国際法が国内法として妥当するためには、国際法 (条約) が国内法に変型される必要がある。なぜなら国際法は国際法そのものとして、国内法として妥当しえないからであ

るという主張にもとづく。したがって、この理論の背景には、国際法と国内法とはまったく別個の法秩序を構成するものであり、両者は相互に妥当しうるものではないという国際法と国内法との二元構成の理論——いわゆる二元論の主張があるのである。

このような二元論の主張は、国際法と国内法との関係に関する理論として、歴史的にも主流をなすものであり、現在でもそれは維持されているということができよう。

- 1) わが国に、変型理論を紹介したすぐれた論文として、田畑茂二郎「国際法の国内法への『変型』理論批判」がある。恒藤博士還暦記念「法理学および国際法論集」所収。

しかし、二十世紀に入って、第一次大戦以後の国際政治の変化、とくにそれまでの国際社会にみられなかった、大規模な国際組織としての国際連盟が設立されたことによって、国際法の地位を法的に確認しようとした動きとあいまって、国際法も、単に主権国家間の契約という考え方にとどまらず、たとえば個人の国際社会における地位を高めること²⁾、国際組織の権限を強化させることなどによって、国際法の主体ならびに客体を国家だけに限定せず、個人および国際組織をこれに参加させ、国際法優位の立場から国際法と国内法との関係を一元的構成のもとに理論づける主張が抬頭した。いま一つは国内法と国際法との関係の理論展開において、歴史的には国際法の法的性質の否認の主張を母体として、漸次体系づけられた、国際法に対する国内法優位の理論がある。この二つの内容的には異なる理論を合わせて、国際法と国内法とに関する一元的構成の理論——つまり一元論と呼ぶ。だから、この理論は当然、二つの全く異った目的を同一基盤の上に構成した。つまり、国際法と国内法とは一元的法秩序を構成するものであるが、両者はその効力関係で上下関係を構成して、その結果一方が他方に優位して妥当するという論理である。かくして、今日一元論のもとでは、一般に国内法優位（憲法優位）の理論構成と、国際法優位（条約優位）の理論構成とに分けて考察されている。

2) ケルゼン「法と国家」鶴飼信成訳 P.107.

二元論は、その理論上、国際法が直接に国内法として妥当するものではない。したがって、現実に国内法として適用されている国際法・条約は、理論的には国際法・条約そのものではなく、国家行為によるなんらかの国内法への変型行為がなされた結果、国内的に妥当する性質を有するに至ったと主張したのである。二元論が両者をあくまで異質の法秩序とみなす結果、変型行為そのものを、条約の国内執行の段階の一手段としている点で、二元論の主張には、条約の国内法としての妥当性と執行性とを未分化のまま論理構成しているともいえよう。

これに対して、一元論のもとでは、国際法は直ちに国内法として妥当するのであるが、前述した両者の上下構成によって、その妥当する根拠はさまざまに異っている。国家の国際社会での主権的現象、憲法規範の解釈、自然法を基礎とする見解、そしていわゆる根本規範を設定する純粋法学の立場など、それぞれ異った妥当根拠を見いだすことができる。また、イギリスの Common law の原則として確立された「国際法は国内法の一部である」(International law is a part of land law) が、近代憲法に採用され、また、アメリカ合衆国憲法をはじめとする諸憲法にみられる、条約の最高法規条項の規定をもって、ヴァルツは、これを国際法・条約が国内法となるための憲法的認容の現象としてとらえた³⁾。ヴァルツのいうようにこれらの憲法規定が、国際法・条約を国内法として、認容する創設の規定であることには、批判もあるが⁴⁾、これら憲法規定の性質については、あらためて別の角度から検討しなければならない。

3) G.A. Warz, *Völkerrecht und Staatsliches Recht*, 1933.

4) 前掲、田畑論文参照。

そもそも、国際法・条約の国内的妥当の仕方およびその根拠の究明は、それを超歴史的、観念的に理解しただけでは意味がない。むしろ、国際社会および国内社会の歴史的発展過程の中でとらえられる国際法史、および憲法史的考察を基礎とした経験的方法によらなければならない。このよう

な見地から両者の妥当性を検討するとすれば、おおよそ次の三つの重要な視角が考えられる。

第一には、これがもっとも基本的と思われるが、国際法と国内法の間には歴史的に法的同質性が漸次拡大強化されてきているという認識にもとづいて、両者の妥当性を検討しなければならないことである。この認識は19世紀よりも20世紀において、また第一次大戦後よりも第二次大戦後において顕著であり、両者の法的妥当性の検討に十分耐えうる根拠となってきた。

第二に、前述した Common law の原則から照射される視角である。ヴァルツは、この原則による憲法規定を国際法を国内法化する認容規定として、創設的にこれを理解したが、第一の視角である国際法と国内法の歴史的な同質化は、これらの規定を新たな宣言的性格の規定とした。このことは、従来の国際法優位の立場からの経験論理的な原則である「合体の原則」をも修正するものである。

第三に、国際法とくに条約の締結手続きが憲法によって規定されていることである。この点は一元論における国内法優位論のもっとも有力な手掛りとなっているのであるが、これについても新たな角度からの検討が必要とされよう。

これらの視角の一つ一つが相互に関連しあって、正確に国際法・条約の国内法的妥当性が何に根拠をもつか明らかにされよう。かくして、二元論が、国際法を国内法へ妥当せしめるための変型理論の背景的役割を演ずると同様に、一元論もまた、歴史的・経験的な両法の妥当性理論の背景的役割を演ずるものということができよう。本稿は、このような国際法・条約の国内法的妥当性の根拠の背景的役割を演じ、しかも古くして新しい問題である国際法と国内法との関係に関する、二元論と一元論の理論の、一応の再検討を試みるものである。

2. 二元論——精密な論理と現実不適應性の矛盾——

国内法と国際法との関係についての問題は、たとえば、ヘーゲルのように法律哲学的に国家の最高性を承認する結果として、国家間には本来の法律状態は存在せず、自然状態が存在するのみであり、国家は単に功利的動機から法律状態に類似する状態を国際社会で設定しているに過ぎない、というような、国際法の法規性を否定する立場においては生じ得ない事柄である¹⁾。しかし、今は、国際社会が、慣習法、条約等による国際法を国際社会の秩序法として形成せしめているということは一般的に承認されている²⁾から、このような考え方は妥当でない。

- 1) ヘーゲル「法の哲学」速水・岡田訳, P. 392, 511.
- 2) ヘーゲルと同様に、国家の最高性を承認しながらも、国際社会規範の法規性を肯定し、その根拠を国家の自己拘束 (Selbstbindung, Selbstverpflichtung, antolimitation) による法的義務づけにおく理論がある。この理論は、ベルグボームからイェリネックにうけつがれた、いわゆる国家の自己拘束の理論である。Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1877, s. 19, 41; G. Jellinek, *Die rechtliche Nature der Staatenverträge*, 1880, ss 5 ff. この理論についてはのちにあらためてのべるが、この理論は国際法と国内法との関係について、二元論的観点からみるよりも、むしろ一元論的であり、しかも国内法優位説の原始的理論として指摘されると思われるのである。

国際法が法的性質を否定される理由に、国内法とちがって、強制力を伴わないことが指摘される。このことは、国際社会の組織が今日国内社会のごとく権力構造をもたないことによるのであるが、国際社会のこのような脆弱部分によって、国際法の法規性が国内法に比して微弱ではあっても、なお法規性を有する多くの立証は存するが、ここではその問題に立ちいらないで論をすすめることとする。

二元論の主張を明確に理論づけた、もっとも著名な、そして最初の論文は 1899 年に出版されたトリーペル (H. Triepel) の「国際法と国内法 (Völkerrecht und Landesrecht)」であるというのが一般に承認されている。

トリーペルのいうところによると、国際法と国内法との二元的構成は、概略次のように理解されている。すなわち彼によれば、国際法は、国家相

互の関係を規律の対象としているのに対して、国内法は個人相互の関係、あるいは個人と国家との関係を規律の対象としているから、両者はそれぞれ規律の対象を異にしていると考えられる。次に、国内法が国家の単独意思を根拠として妥当しているのに対して、国際法は合同行為において示される諸国家の、共同意思を妥当根拠としている点で異った法秩序である。このようにトリーペルは、国際法と国内法とが、それぞれその規律の対象と、妥当根拠を異にしているという二つの点から、両者は全く異った法体系に区別されているとみるべきであると主張している³⁾。

3) H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, s. 111.

彼の理論は、国際法と国内法との関係をどのようにみるかについて、多くの人々に大きな関心をいだかせたが、その中で、最も理論的展開の上で活躍したのは、純粋法学を基礎としたウィーン学派の人々であった。ウィーン学派の抬頭は、歴史的にみて第一次大戦後の国際連盟の成立という、それまでにみられなかった、大規模かつ強大な国際組織の出現によって、国際法と国内法の公法統一への理論的展開を試みようとする機運に影響されたものであった。したがって、その理論はケルゼンの諸論文を代表として、国際法優位の一元的構成の理論であった。しかし、啓蒙期のウィーン学派には、純粋法学の洗礼をうけた二元論の新たな理論展開が試みられているのである。その代表的な人として、アンチロッチ (D. Antilotti) やバルツ (G.A. Walz) などをあげることができる。

代表的見解として、アンチロッチの主張をみると、彼は、法の妥当根拠を根本規範 (Grundnorm) にもとずいて説明した。根本規範の設定は、ケルゼンが純粋法学の立場から、認識論的仮説として提案したものであるが、ケルゼンの場合は、根本規範を国際法と国内法とに共通する規範としてとらえ、この根本規範を頂点に、国際法と国内法とは統一的法秩序を構成するとした⁴⁾。ところが、アンチロッチは、国際法と国内法とには、それぞれ異った根本規範が存在すると説明した。つまり彼は国内法が立法者の命令に従わなければならないという内容の根本規範を妥当根拠としてい

るのに対して、国際法は「契約は遵守されなければならない (pacta sunt servanda)」といった根本規範にもとづいていると説明した⁵⁾。このような前提にたつて彼は「国内規範の形態において生ずるような国際規範は存在しえない。また、国際秩序の根本規範によって、強制力を取得するような国内規範も存在しえない⁶⁾、として次のような例をあげて、二元論の立場を立証する。

「たとえば、立法者は自国が他国に対して許容すべき義務を固有の措置により、すなわち国内法令によって定めることができる。一・二の例をあげれば、裁判官に対して外国の外交使節に利害関係ある訴訟を審理することを禁じ、あるいは他の国家に対する犯罪を行った個人の逮捕を命ずる等のごときことがそうである。しかしながら、……これらの規範は、たとえばそれらが国際的關係に関係があっても、他のすべてのものと同様に国内規範である。‘それらは、国家間約定の方法によって、同一事項について定立されるものとは全く相違しているのである。したがって、二国家が合意によって外国の外交使節を各自の裁判管轄権から除外せしめ、あるいはある種の罪人を相互的に逮捕、引渡すべきことを同意したる場合、この合意（国際規範）は、外交使節に対して裁判管轄権を行使せざることを裁判官に命ずる命令、またある犯罪を犯したる者を逮捕してこれを外国官憲に引渡すべき命令（国内規範）とは全く異なるものである。前者は‘契約は遵守されなければならない’の原則によって強制力を有し、したがって国際法によって確立されたる方法に従うにあらざれば廃止され得ざるものであるが、後者すなわち国内規範はこれに反して、立法者の命令を遵守すべきことを強制する根本規範によって強制力を有し、かつそれらは当該社会の国内公法によって確立されたる方法にしたがって廃止され得る⁷⁾。

4) D. Anzilotti, Cours de Droit International, vol I, 1929, p.p. 50~52;—又正雄訳, アンチロッチ「国際法の基礎理論」p.p. 57—58.

5) Ibid, p.p.50~52; 前掲訳書 p. 57.

6) Ibid, p.p. 50~52; 前掲訳書 p. 58.

7) Ibid, p.p. 50~52; 前掲訳書 p. 58.

他の二元論も、ほとんどトリーパーペルやアンチロッチ等の主張を踏襲するものである⁸⁾。つまり一つには法の妥当根拠が異なるということ、いま一つは、法の対象が異なるということによって、両者は国際社会と国内社会の法規範として、まったく別個の法体系として存在するものであるということである。そして、「両者の規律する社会関係が、全く違っている点も強調するのであって、それを理由として、あたかも、二元論から、当然導かれるコララーであるかのように、国際法が直接国内的に妥当することを否定し、国際法が国内法に妥当するためには、かならず、国内法に作りかえられる必要があることとその意味において、国際法の国内法への変型が行なわれなければならないと主張する」⁹⁾のである。

8) 二元論を主張すと人々して次の論文をあげることができる。

D.A. Walz, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, 1933, s. 165-265; Ross, *A Textbook of International Law*, 1947, p. 59-63; L. Cavaré, *Le Droit International Public Positif*, tome I, p. 134-140. わが国の文献では、佐々木惣一、「日本国行政一般法論」p. 37 以下。田畑忍「違憲合憲の法理」p. 43, 大淵仁右衛門「国際法講義」p. 17, 田畑茂二郎「国際法。I」, 法律学全集 55 巻, p. 136-7.

9) 田畑茂二郎, 前掲書 p. 129.

以上のように、二元論者は現実に行なわれている条約の国内的な直接執行の状態を定義づけるのに変型の理論をもってし、具体的には「公布」行為を充当する。しかし公布行為が実際にはきわめて形式的な行為であることを考えれば、変型理論の実質的效果はあまりあるまい。だからアメリカ合衆国の判例で条約はそれを国内で執行するには、契約に従って、ある場合には新たな国内法によって執行される場合と、ある場合は条約自身が直接執行されるときがある (*Self-executive agreement*) とする考え方、また、一般に慣習国際法もしくは確立された国際法規は国の法とするという *Common law* の下での承認、そして、国内裁判所が、直接に条約を適用していることなどを考えると、二元論はこれらの問題にはあまり貢献することはないといわなければなるまい。

3. 一元論——雑多な理論の集合——

20世紀に入るまで、国際法と国内法との関係は、二元論によってほぼ支配されていた。もっとも、国際法の法的性質の否認の主張を母体として、漸次体系づけられていた、国際社会の規範に対する国内法優位——いってみれば国家主権の絶対性——の理論が、一元論の芽ばえとして存在してはいたが、二元論と均衡するものではなかった。第一次大戦が終了し、国際連盟が成立するや、ケルゼンを中心に、ウィーン学派の国際法学者等が主唱した、根本規範の設定による国際法優位の一元論は、当時の国際社会の政治的統一の高まりと相俟って、二元論と正面から対立し、今日、非常ないきおいで一元論者を増大せしめるきっかけとなったのである。

しかし、このような一元論の勃興にもかかわらず、国際社会と国内社会の本質および国家主権に対する認識のちがいがから、一元論は、宿命的に二つの理論に内部分裂をきたさざるを得なかったのである。以下一元論とされている国内法優位の理論と、国際法優位の理論を分けて紹介することとする。

a. 国内法優位説

国際法と国内法との妥当関係における一元論的構成の理論の中で、両者の効力の優劣または上下構造を、国内法が国際法より優位乃至上部構造をなすとする主張を一般に国内法優位説と呼ぶ。

国内法優位説の主張の母体は、ヘーゲルの国際法否認説まで遡ることができる。ヘーゲルは、法哲学的に国家の最高性を承認する結果として、国家と超国家的な国際法とは矛盾するとして、明瞭に国際法の法規性を否定した。したがって、このような考えから、国家間には、本来の法律状態は存在せず、自然状態が存するのみであり、国家は単に功利的動機から法律状態に類似する状態を国際社会で設定するにすぎないとのべている¹⁾。

ラッソン(A. Lasson)は、ヘーゲル哲学の流れを継ぐ人であるが、彼もまた、法の安定性、強制力が国際法に欠如しているところから、国際法の

存在を否定した。すなわち、彼によると国際社会は国家をこえた権力が存在していないこと、したがって、国際法の遵守を強制することができないこと、また、十分な権威をもって決定する裁判所がなく、かりに裁判所が設けられた場合にも、その判決を尊重し、それを受諾するかどうかは国家の任意にまかされているというものであった²⁾。

1) 田中耕太郎「世界法の理論」第3巻 p.671, なお本稿 p.5 参照。

2) A. Lasslon, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, 1871, s. 45.

このような国際法否定の主張は、19世紀から20世紀頭初にかけて、かなり支配的な役割を演じた³⁾。とくに、ヘーゲル学派の主張は、彼の戦争観の基礎づけとしてなされたものである。つまり、ヴィトリヤ (F. Victoria), スアレス (F. Suárez), グロチウス (H. Grotius) と続く、国際法創始者達の国際法理論当時の正戦理論の展開や、カント「永久平和のために」に情熱的に表明された戦争否定の哲学的論理などに対する、国家の戦争権肯定のヘーゲル哲学は、国際社会における主権国家の意思を、絶対・至高のものとして理解せざるをえなかったのである。このような背景のもとで、国際法の法規性が否定されるのは当然であった。

第一次大戦後、国際連盟の成立、不戦条約の締結などの経験を経て、国際法否定の理論は、かなり後退したが、現在でもまだかなり強く主張される場合がある。例えば、ビュルドー (G. Burdeau) は、次のようにのべている。すなわち、「およそ、国内法に優越する国際法の存在は、国際社会を構成する全人類を拘束する、超国家的な法秩序の存在を前提しなければならぬ。……にもかかわらず国内法を法たらしめていると同性質の基礎と表明方法とをもつ程度に発達した国際法なるものは、現実にはなお存在しない。国際法の存在は理論においては、国際社会の人類の共同の利益の信念と全人類を支配する最高権力との上に、立脚するものであるとしても、現実においては、その存在は、単に各国の政策の手段であるにすぎない」⁴⁾

3) 同じような理論を展開するものとして、P. Zorn, Das Staatsrecht des Deuts-

- chen Reiches, 1895, Bd. I, s. 497-499; A. Zorn, Grundzüge des Völkerrechts, 1903, s. 36-8; J. Lorimer, The Institutes of the Law of Nations, 1884, Vol. II, p.p. 186-189; A. Austin, Lectures on Jurisprudence, Vol. I, 1911, p. 226.
- 4) G. Burdeau, Traité de Science politique, I; 渡辺宗太郎「統憲法の基本問題」 p. 69-70.

しかし、今日では、国際法否定説が指摘する、いくつかの法規範としての脆弱部分が、国際法に存在することは認められても、一般には、国際法を国際社会の法として実定的に肯定するのが通説となってきたのである。したがって、法は国内法のみであるという考え方は薄らいできている。

しかし、現在主張される国内法優位論の原型とみられるイエリネックの理論は、ヘーゲルとはまたちがった意味で、国際法をそれほど承認しているわけではなかった。イエリネックは、法実証主義の立場から、国際法と国内法との関係について国家自己拘束 (*Eine Selbstverpflichtung des Staates*) の理論を展開した。彼は一般に国際法の妥当の根拠を個別国家の意思にもとずいて説明した。つまり「国際条約は、国家が自己の意思によって自己の行動に課した *Selbstverpflichtung* に外ならないから、国際法の拘束力は国家意思に従属するものであり、したがって、その効力は、同様に国家の自己拘束を意味する国内法に優越するべきものではない」と主張した⁵⁾。

イエリネックのいう「国家自己拘束」を、さらに具体的に憲法の条約締結権の規定にもとめて、国内法優位論を展開したのが、ヴェンツェル (M. Wenzel) である。彼によると、「国際条約の締結権限が直接には国内憲法に由来していること、したがって、国際条約は国内憲法によって、条約締結権の権限を与えられた国家機関の手によって締結された場合にのみ、有効に成立するとされていることを、とくに重視するのであって、この前提からするならば、国際条約の成立根拠は、究極においては、条約締結権限を与えている国内憲法にあるとみるべきであって、したがって、国際法の妥当根拠は、結局、国内法そのものの中に求められなければならない」というものである⁶⁾。

ヴェンツェルの、このような見解は、今日国内法優位論の立場を支持する多くの憲法学者の採用するところである。しかしこの理論では、慣習国際法について、その妥当性の説明をすることができないという欠陥がある。さらにまた、もし国際法が国内法のなかに妥当根拠をもつということになれば、論理的には、国際法は国内法の一つのエレメントにすぎないということになる。もしそうだとすれば、それは「ヘーゲルのいわゆる『外部的国家法(Das ausseres Staatsrecht)』としてしか認められないことになり⁷⁾」、結局は、条約の国際法としての独立した法的存在性を否定することになり、国際法否定論と実質的には変りがないということになってしまう。

しかし、憲法が条約の締結権の所在を規定することは、条約の国内法的妥当性の根拠としては、十分に理由のあるエレメントの一つであるということではできよう。しかも現代憲法が民主制憲法へ移行するとともに、条約締結が単に執行府の専権となることなく、立法府をも参加せしめるようになってきていることは、ますます、この問題を重視する必要が増大しているといえよう。がしかし、ヴェンツェルのように、このことを、条約と憲法との上下構成の根拠として単純にとらえることには、問題があるといわなければならないまい。

5) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905, s. 461.

6) M. Wenzel, Juristische Grundprobleme, 1920, s. 386-7.

7) 田畑茂二郎「国際法」I. 法律学全集 55 卷, p. 131.

b. 国際法優位説

国際法が国内法に対し、上位法として、法効力的に優位するという、国際法優位説は、ウィーン学派の人々の、純粋法学の立場から主張されたことにはじまる。ウィーン学派というのは、ウィーン大学のケルゼン(H. Keisen)を中心とし、彼の純理論を重ずる純粋法学の立場を支持する諸学者達のことである。彼らは、第一次大戦後の国際連盟の成立に刺激されて、純理論的に国際法と国内法との公法統一の理論を展開した。しかも国際法学者達として当時の国際情勢を反映しながらの理論形成が、国際法優位論

に帰着することとなったのは、至極当然のことでもあった。

この学派における、国際法優位説の最初の研究は、フェアドロッス (Verdross) の“Zur Konstruktion des Völkerrechts”の中で述べられたことにはじまるといわれる。そして、さらにこれに暗示されながら、これをはるかにしのいで、ケルゼンが、この問題に的確、精微な考察を加えた。彼の“Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920)”は、この問題に関するもっとも重要な文献の一つとなった。このケルゼンの研究に啓発されフェアドロッスやクンツなどがそれぞれの立場からさらに研究をすすめた⁸⁾。

- 8) ケルゼン、フェアドロッス、クンツ等の著作として、次のものがあげられる。Allgemeine Staatslehre, 1925, s. 119-132; Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, 1926, p. 231-326; Principles of International Law, 1952, pp. 401-447; 鶴飼信成訳、ケルゼン「法と国家」。

Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; Kunz, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, 1923; La primauté du droit des gens, Revue de droit international et de législation comparée, 1925, p 556 ff; ; Landesrecht und Völkerrechts und der Diplomatie, I, 1924, s. 787-796.

わが国では、ケルゼンの純粋法学紹介の第一人者横田喜三郎博士の文献にすぐれたものがある。例えば「国際法と国内法」国際法講座第一巻を参照のこと。

ケルゼンによると、国際法と国内法とは、通常ともに、法として同一認識の対象とされているが、このことは、両者が同一法秩序の中にあることを当然の前提としている。そして、この両者が同一の法秩序の中にあるためには、純粋に法律学的認識から、両者は共通の根本規範 (Grundnorm) によって導かれるものであると説明した⁹⁾。そしてこの根本規範のもとに、国際法は、法段階的に国内法の上に位置し、したがって国際法は、国内法に優位して妥当する形で、一元的構造を有するという理論を展開した。

フェアドロッスは、ケルゼンのこの根本規範を頂点とした法段階論に刺

激され、1923年に「国際憲法を基礎とする法的世界像の統一」(Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung)をあらわし、国際法優位論を強く前面におしだした一元論を展開した。彼はここで、ケルゼンが根本規範を認識論的な仮説としたのに対して批判を加え、「法律学的仮説の成否は、経験的に与えられたすべての法規範を矛盾なく把えるか否かによって、客観的に決定される」と主張し、多くの事例をあげて、根本規範が科学的に実証可能なことを強調した¹⁰⁾。

ケルゼンの先験論理的な認識であれ、フェアドロッスの経験科学的な認識であれ、いずれであっても、純粋法学の立場からの国際法優位説は、国際法と国内法とに共通の根本規範の存在を認め、そのもとで法段階的に国際法が、国内法に優位する形で一元的構造をもつとするものであった¹¹⁾。

9) H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, p.p. 401-447.

10) A. Verdross, *Die Eenheit*, O. ss. 76-86.

11) なお、国際法優位論について詳しく紹介した文献として、G. A. Walz, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, 1933. 国内文献として、安井郁「国際法と国内法との関係の再検討」*国家学会雑誌* 48 卷8-10号, 49 卷12号. 同, 「国際法優位論の現代的意義」*国際法外交雑誌* 30 卷7,9号, 横田喜三郎「国際法の基礎理論」等参照.

国際法優位論のいま一つの理論は、自然法理論を基礎としたものである。この理論によると、国際法は自然法の範疇に属するものであるから、国際法は単に国家に、すなわち国家の最高機関に向けられるべきではなくして、直接に国際社会を構成する国家機関や、人民にもむけられるべきものであり、また国際法と国内法との間には、その効力の根拠において、何らの二元性も認められ得ないのである。したがって、両者の効力の間には、法的に止揚せられえない衝突なるものは発生し得ない。それは要するに、両者は一にして同一の本源である人の理性から発するものであり、異った法体系として、相対立するものではないからである。したがって、国際法とみられる部分と国内法とみられる部分との間に、内容上の矛盾を生ずるときには、上位法としての国際法が効力を有することは当然である。したがっ

て、もしも条約をもってかかる自然法の表現であると考えるときは、それがその効力において、憲法に上位するということは、自明のことであるとせられねばならない、ということである¹²⁾。

：国際法優位論の共通するところは、以上のように、根本規範や、自然法という国際法や国内法の上位規範を設定して、その下で、より普遍的、指導的法規として国際法を評価し、国内法を地方法的性格としてとらえることによって、上下構造を考えるのであるが、国際法の中でも、二国間の条約のごとき、きわめて国家主権の主張のつよい国際法規まで、この考え方でとらえることは、現実的に困難である。したがって、ケルゼンはのちに、両者のうち、いずれが効力的に優位するかという点については、選択可能性を認めて、いずれを選択するかは世界観の問題であるとして、相互優位の見解を示すに至っている¹³⁾。

12) 渡辺宗太郎, 前掲, p. 62-64. 自然法を基礎とした主張は, Gareis, Institutionen des Völkerrecht; Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht; Cathrein, Die Grundlage des Völkerrechts. 前掲フェアドロスも 1926 年の Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft や 1927 年の Le Fondement du Droit International になると, 根本規範を正義価値, 公理とみる見方に漸次転じており, 自然法思想への接近を示しているとみられる. 田畑前掲全集 p. 134. なおわが国では, この理論は法哲学, 国際私法の分野からの研究ではあるが, その著「世界法の理論」の中で田中耕太郎博士が強く主張している.

13) 田畑茂二郎, 前掲全集. p. 133.

以上のごとく一元論は、大きくは国際法と国内法との上下構成によって二分されるが、それぞれにいくつかの理論的根拠をもった、いろいろの理論の集合体であって、一元論と対象的であるといえる。

4. あとがき

以上みてきたように、国際法と国内法との関係論には、今日確定的な説はない。しかし、すくなくとも、国際法そのものを否定する説はほとんど後退をよぎなくされているとみてよい。とすれば、この関係論の展開は、

国際法が今後現実社会の中でどれほどの法的安定性、実定性、強制力を有するようになるかにかかってくるように思われる。そして、そのためには、国際社会の組織化の問題が重要な課題とならざるをえない。しかしこのことは同時に国際社会のみの問題ではなく、国際社会の変貌は究極には、それを構成する国家の国内社会における民主化におうところが多いのである。例えば、条約手続が民主化されればされるほど、条約の内容もまた民主化されるのであり、そのことは、国内法と国際法との法的統一の最大の要件となろうからである。そしてこのような状況が、国内の基本法である憲法の規定の民主化・国際化にかかっているのである。