



Title	サヴィニーの国際私法理論（3） - 殊にその国際法的共同体の観念について -
Author(s)	櫻田, 嘉章
Citation	北大法学論集, 33(6), 1-32
Issue Date	1983-03-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16420">http://hdl.handle.net/2115/16420</a>
Type	bulletin (article)
File Information	33(6)_p1-32.pdf



[Instructions for use](#)

# サヴィニーの国際私法理論（三）

——殊にその国際法的共同体の観念について——

櫻 田 嘉 章

はじめに

- 一 近時の国際私法をめぐるサヴィニー論と国際法的共同体の観念
- 二 サヴィニーの一般法理論（以上三三三卷三号）
- 三 サヴィニーの国際私法理論（以上三三三卷四号）
- 四 国際法的共同体の観念（以上 本号）
- 五 総括

## 四 国際法的共同体の観念

(1) 国際法的共同体の検討を始めるに当り、まずその概念の要約として、ノイハウスの叙述を引用しておこう。

「この国際私法の『未熟な(unfertige)』状態だけではしかしながら、サヴィニーの特別な問題の立て方、即ち特にヒューバーとストーリーによって頂点におかれた主権原則に代えて、法律関係の性質からする彼の出發を恐らく正当化しえないであろう。むしろ実定制定法の欠缺に更に他のものが加わるのである。即ち、相互に交流する諸国民(Nationen)の『国際法による共同体(=eine völkerrechtliche Gemeinschaft)』の立場であり、それは、時代の進展につれて一層より一般的な承認を見出したのであり、独立諸国家のずっと以前から常に進展をみてきた、最も自由で真の、近時常に増大する『法共同体(Rechtsgemeinschaft)』であり、その促進を最近の立法と実務が志向するのであり、この共同体の表現であるという多数の条約がそれを常により完全な承認へと導こうと努めているのである。この国際法的共同体が、サヴィニーにとっては、『我々の全学理(Lehre)の基礎であり、かつ最終目標』なのである、と。ノイハウスは更に詳細にその必要性、内外人平等・主権国家間の友好的許容・学問・キリスト教との関係等にふれ、更にこの共同体の観念を含めたサヴィニー抵触法理論の基礎を「事物の性質」に求めている。後にこれらの諸点にはふれるとして、この観念自体についてはその当初において最も争われたにもかかわらず国際私法の国内法説の浸透と共に余り顧みられることがなくなつた。サヴィニーの抵触法のその余の部分、殊に法律関係の「本拠」説、内外法平等、判決調和等の観念の現代国際私法の形成に果たしてきた、また果たしている役割を思えば、この対照はむしろ奇異でさえある。勿論一方ではノイハウスのように、この観念とその帰結としての国際的判決調和の機能を高く評価し次のように述べる者がいないわけではな

い。「たしかにこの共同体は今日もはや單純に全諸國の立法の實際上の傾向から基礎付けられうるものではない。」サヴィニーの主張した法の發展による國際私法の統一はもはや期待できず、現実には各國が独自の立法を行ったのであるが、今日尚彼の確証した実定國際私法の未完成な状態が存在する以上、「サヴィニーがほぼ確實とみなした例の國際的法共同体 (Jene internationale Rechtsgemeinschaft) を求めて、<sup>(5)</sup> 抵觸法の形式上の國家的 (個別國家的) 性格の承認の下に努力する可能性と任務が我々に委ねられているのである」と。しかしノイハウスは、サヴィニーが、外國法適用をこの觀念によつて法的義務にまで昂めたとは考へては<sup>(4)</sup> いない。またシュミットホフは、國際機關によるモデル法作成について、キリスト教との關係は切断するものの國際法的共同体の觀念を採用する。<sup>(6)</sup> しかしながら、國際私法の危機、即ちサヴィニーの學説を基礎とする古典的抵觸法体系の動搖という現状の中で再び比較的注目をあびるに至つたサヴィニーの抵觸法理論の内に於て、むしろこの觀念は否定的評價を受けることの方が多<sup>(7)</sup>い。既に紹介したエゴン・ローレンツは、「現実には、彼〔サヴィニー、筆者注〕の國際法的主張と「本拠」という彼の主要命題の導入は並行するものであり、何らの法的構成によつて結合されては<sup>(8)</sup> いない。サヴィニーは、その國際法的基礎から考へられる多くの帰結のうち<sup>(9)</sup>の唯一つをも引き出して<sup>(10)</sup> いない。殊に彼はそこから彼自らの主要命題を決して帰結しては<sup>(11)</sup> いないのである」と述べている。また、双方的抵觸規定は一九世紀の國際法的共同体に依存することなく既に存在したものであり、この觀念は、単にその國際化的機能の故にサヴィニーにとつて必要とされたにすぎず、しかも結局は期待はずれに終つたのである。サヴィニーの構想は、それにもかかわらず存在しえ、またその國際化的の試みも失敗したのである、<sup>(6)</sup> という。サヴィニーを、それ自体において理解しようとしたブーフアームも、國際法的共同体の觀念自体についてふれるところは多いとはいえない。<sup>(7)</sup> 我國においても、外國法適用が、サヴィニーにおいて法的義務とされたか否かについて、必ずしも明らかとはいえない状態が続いている。<sup>(8)</sup>

かくて国際法的共同体の評価をめぐる議論の中で、本稿の主たる目的たるサヴィニー自体に則したその抵触法理論の理解を可能とする為には、まず何よりもサヴィニーの体系自体の中で、今日無用とされ、あるいは十分な注目を浴びることのない、しかし当時その抵触法理論の国際化を支える重要な機能を果たしたと思われる国際法的共同体の觀念が、なぜ要請され、いかにして可能となったのか、更にこの觀念の具体的内容、効果がいかなるものであったのか、を問わねばならない。ここにこの觀念をとりあげる実質的根拠が存在するといつてよい。

ところで、既に紹介したサヴィニー学説に対する諸批判を想い返してみれば、ここでは抵触法の法的根拠、即ち外国法適用の根拠（主権理論、非政治化、国際化）、抵触法の理想・内容（内外法平等、判決調和、双方的抵触規定）、抵触法の方法（法律関係からの出発、ナシヨナリズムの行き詰まり、法目的を顧慮する例外の意義）との関係で国際法的共同体の意義・機能が論じられていた。今ここに国際法的共同体の觀念を検討するに際しては、これらの諸点を極力ふまえることによって、一方ではこの觀念のサヴィニーにおける意義の一端を明らかにすると共に、他方では将来に向つて国際私法の危機打開への一つの展望を切り拓くことが可能であるように思われる。従つて以下においては、サヴィニーにおける国際私法の法的基礎との関係において、まず国際法的共同体をサヴィニーはいかなるものとして提示しているのかという問題、国際法的共同体なる觀念の必要性と可能性という基本的問題に即しながら、以上の諸点にふれ、最終的に国際法的共同体の有しうる意義について考察することとしたい。なお、それに先立ち、その術語上既に前提とされ、しかも当時の状況の中でサヴィニーの国際私法理論の形成にも少なからず影響を与えたと思われる、「国際法」の概念と原理の概況にふれるのが、今後の叙述の便宜の為に要請される。

(2) (i) 一六二五年のグロチウスの「戦争と平和の法」と、一六四八年の、三十年戦争の終結をもたらしたウエストファリアの和約が、いわゆる古典的国際法の基礎であったことは周知の事実である。特に後者において中世以来発展してきた

主権概念の基礎が確立されたことは特筆すべきであらう。即ち領土主権を基礎とする近代國家概念と結合することによつて、本来條約當事者においてカトリックとプロテスタントの対等性と、ライヒ貴族の内外への獨立性を承認し、「*Publicum Corpus Germanici*」たるべきものが、その當事者の枠をこえて一般化し、キリスト教ヨーロッパ諸國の全体を規定する法としての性格を帯びるに至つたのである。ここに、いわゆるヨーロッパ公法の基礎が成立する。<sup>(10)</sup>そして時代の進展にもかかわらず、またフランス革命の成立にもかかわらず、その基本的構造は換骨奪胎されつつも維持され、領土の主権に代えて内的には民族主権が、外部に向つては國家主権が主張されるに至つたのである。<sup>(11)</sup>勿論その内的な変遷は國際法の歴史をみる場合には看過しえない重要な影響を有しうるのであるが、サヴィニーの眼にしえた一八世紀末から一九世紀末の國際法の狀況を概観すべき目下の課題においては、以上に述べた主権理論に基づくその時代のヨーロッパ、特にドイツ國際法の若干の特徴をより具体的に叙述すれば足るであらう。第一に國際法の法的基礎、ヨーロッパ法学性、第二にそれと関わりながらも問題となる実定的國際法と自然法の關係、第三に國際法と牴觸法の關係である。

前述の政治的バランスを基礎とする主権理論の上に樹立されたヨーロッパ公法としてのヨーロッパ國際法はその法学の中立性の確立と共に、その後の政治的变化にもかかわらず一九世紀をも支配するのであるが、一八世紀末に始まるプロセスをマルテンス以降、一九世紀前半のクリューバー、その後半を支配したヘフターの著書を中心に、概観しよう。蓋し、これらにおいて当時のドイツ國際法の特徴が最も端的にみとめられるからである。まずマルテンスは次のように述べる。<sup>(14)</sup>「多數の自由な人間及び家族がその安全と繁栄の促進という継続的目的の為に社會を成すならば民族となり、その意圖において共通の最高の支配に服するのであれば國家を成す。兩者の場合においては、彼等にとつては、その内的關係と外的關係において二種の権利と義務が生ずる(S.1)」「諸民族及び諸國家の外部(*Auswärtige*)に対する権利と義務は、一般に國際法という名稱に含まれる。これは自然的法か、あるいは実定的法である。諸民族と諸國家は、他に対する関

説 係においては、道徳的な、自然状態で相互に生存する人として扱えられる。自然国際法は、従って、個々人の自然権を目的に即して諸民族に適用するものに他ならない。しかしこの適用から生ずる多様性は、国際法を固有の、個々人の自然権から区別すべき学に高める。これが、全ての民族を拘束するが故に普遍的な、またその意思によらずに諸民族を拘束するが故に必然的な国際法である。そして、自然法において強制法が道徳と異なるように、外的な、完全な、或いは強制的国際法は、諸民族の道徳とは区別されている(S.2)。「二民族が相互に交流を始めると、自然国際法のみでは

もはやその権利を定めるに充分ではない。多くの点で自然強行法の厳格さをいささか緩め、自然法が定めることのなかつた事を定め、平等の自然権とは異なる其他人から再び与えられることのない権利を他人に認める必要が生ずる。これらの規定の総体から、自然的・普遍的・必然的国际法とは反対に、この両民族の実定的・特別・任意の国際法が成立する。これは更に明示又は黙示の契約による契約法と、慣行及び慣習に基づく慣習法に分かれる。この意味で各民族法は、交流を有する他の諸民族のいずれとの関係においても固有の国際法(外事国際法)を有している(S.3)」「これらの大ていの、特に最も大きいヨーロッパ諸国の間で最も一般的なものの総体から、それが多数の相互に一致する特別の又は明示、黙示の契約によるものであれ、伝統により形成された諸点であれ、普遍的・実定的な、あるいは實際的な(Diakritisches)ヨーロッパ国際法が形成される。この学を国家学<sup>(15)</sup>のその余の分野全体から、より狭義の国家法から、私的貴族法(Privat Fürstenrechte)から、個別国際法(das particular Völkerrecht)あるいは外事国家法から、国家……、統計等々から容易に区別しうるのである(S.6)。「ヨーロッパの諸国は血なまぐさい宗教戦争にもかかわらず、宗教に依存することのない結びつきを失わなかった。「従って、これらの諸国の各々と多数のその余の諸国のこの無数の結合、この習俗、関心の類似性が存在したのであり、それらの故にキリスト教ヨーロッパを、単に地理的のみならず、政治的・法的関係において、地球上のその他の諸民族と相異なる一つの全体、いわば、諸国から結び合わされた自らに固有の法律、慣習、

原則を有する一民族とみなしうるのである。……一民族のうちに若干の部族や共通性がより密接に結合し、他が遠く結合しか有しえないように、ヨーロッパ諸国の間でも若干のものは相互により密接な關係に立っている(S. 26 ff.)」そして実定的國際法上の義務の根拠は、「諸国民の意思」であり、従って「明示の契約」「黙示の契約」、更に将来の意思の推定としての「伝統又は慣習」がその法源となる(S. 51, vgl. S. 3)。マルテンスが、ヨーロッパの形成の原動力の一つとしてキリスト教を挙げる点も注目に値するであらう。<sup>(16)</sup>

このようなマルテンスの立場についてクリューバーは次のように述べる。<sup>(17)</sup>「より完全かつ体系的な全國際法を形成する道が拓かれた。自然的國際法にとっては、これは輝かしく、有名なクリステイアン・フライヘルン・フォン・ヴォルフ(一七四九年及び一七五〇年)の整序する研究精神の一部となった。彼は、諸国民の推定的同意(Vermuthete Einwilligung)、従ってしかも普遍的又はより大きな世界又は民族國家の擬制、自由な諸民族の強制權に基礎をおこうとしていたので、彼が自らの著作活動を実定的國際法にもささげなかつたのではないかという疑念は、弱められる。自然的それとは別の、この「実定的國際法」にそれだけ熱心に携わつたのが、勤勉かつ率直なヨハン・ヤコブ・モーザーの彼の長い著述の間にもされた(一七三二—一七八一)多くの著作である。体系的というよりはより單純かつ明瞭に、哲學的よりはより歴史的に、しかし遠慮なく、彼は、公法のこの部分にも貢献しようと望んだのであった。彼と並んでかつその後、なかでも、特に明敏なカントによつて、説得的に、自然國際法の不完全である場合においても、実定的國際法がいかによく諸國家の利害に合致するかが示された。

モーザーの後には、一七八五年以来実定的ヨーロッパ國際法をめぐるすぐれた業績を示したのが、ゲオルグ・フリードリッヒ・フォン・マルテンスである。それは、教科書及びその余の著作、条約及び國家基本法の集成、更に講義によつたのである(S. 37 ff.)」ここに当時における、モーザー、マルテンスの一般的评价が典型的に示されている。<sup>(18)</sup>ところ



説  
でクリューバー自身は、国際法について次のように述べる。

「独立諸国家は、道徳的人としてその相互の關係において、自由な諸民族 (Völker) の名称を有する。その交互の完全な権利の総体、相互關係における諸国家の権利が国際法 (Jus gentium, droit des gens, Staatenrecht, jus eivitarum inter se) である。これらの権利がその相互關係の性質から生ずる限りにおいては、国際法は、自然的、又は普遍的であり (Jus gentium naturale s. universale) 明示又は黙示の合意 (Uebereinkunft) に基づく限りは実定的である (Jus gentium positivum)。<sup>(20)</sup> 学問的には実定国際法が、それが個々の国家のそれであれ、多数諸国殊にヨーロッパ諸国共通のそれであれ、取り扱われうる。全ての諸民族が一つの普遍的な世界国家をも、またヨーロッパの、特に唯一の諸民族の共和国をも形成していかないにもかかわらず、後者が相互にある権利の総体を認め、この点において特定の法共同体 (Rechtsgemeinschaft) にあることはたしかである。それ故、ヨーロッパ国際法の存在は、その学問的取り扱いの必然性と効用同様に明らかである (S. 15f.)」

マルテンスとクリューバーの主張をみれば、既に当時の国際法学の関心事がかなり顯著に認められる。即ち、国際法の法的性質をめぐる争いであり、その拘束力の根拠である。<sup>(22)</sup> それは従来からの自然的国際法という、「諸国民の性質」<sup>(23)</sup> から直接に導き出される法に対して、そのみでは規律できない現象を包括しうるより一般的国際法理論の構成の必要性に直面して、いわゆる必然的国際法に対する任意的国際法 (Freiwiliges Völkerrecht) の主張とその基礎としての諸国民の意思の性格をめぐる争いが生じたのである。これが後にもふれる実定的国際法、あるいは実際のヨーロッパ国際法の問題である。<sup>(24)</sup> いずれにしろ一八世紀末から一九世紀にかけて、国際法学は、実定国際法の基礎付けに腐心せねばならないのであるが、マルテンスは自然国際法を補いながら、ヨーロッパ諸国民の意思 (将来の行為規範への推定的意思をも含めて) に、クリューバーは、自然国際法と並んでヨーロッパ諸国民の合意を実定国際法の基礎としたのである。ク

リューパーにおいては、体系上は、実定國際法の範圍が狭く自然法が広く採用された結果、実定國際法の基礎付けとしてはむしろ弱くなるのであるが、ヨーロッパ國際法に一種の法共同体を構想する点が注目に値する。但しその法的意義は充分に説明されておらず、実定國際法の法的基礎にまでは高められていない。

國際法の定義に関していえば、マルテンスにおいては、原則としてヨーロッパ諸民族・国家間の關係を規律する法であるが、そののみにとどまらず、昔の機能も保持されている。<sup>(26)</sup>従つて主権の外国人への行使、主権の外部に対する効力も國際法の分野に含まれるのであつて、後述する牴觸法が体系上実定國際法に取り入れられることとなつたのである。

以上の実定國際法確立を志向しながらも未だ自然法性の強い國際法に対して、国家間の実行をより重視して、國際法の実定性を更に推進する者としてヘフターがあげられる。彼の「現代ヨーロッパ國際法(一八四四年)」<sup>(27)</sup>は一九世紀半ばのドイツ國際法を支配した書であるが、その序文は次のように述べている。<sup>(28)</sup>「次に國際法をいかなる観点から取り扱うべきかは、私にとってははずつと以前から確固として定まつている。私は國際法を、單なる国家道德、あるいはまたその為に未だ何らの貫徹の強制の形式が見出されていなが故に法の性格が否定さるべき政治的公理の総体とみるものではない。また任意の慣習、あるいは条約にのみ立脚する断片的な任意の法でもない。それはその実現の為の手段、しかも、人がそれをえようとだけし、何らの秘密で包み込まないのであれば、不偏不党の判決をうる為の手段さえ決して欠いていないのであるから、前者ではない。正にある国の裁判所がそれを下しうるようにより不偏不党でありかつより正しい判決を得るのである。——それに何らのより高次の莊嚴が助けを与えるのでなければ、單に外的な恣意は何らの法原理をも生み出しえないのであるから、後者でもない。單に個別国家のうちで規約として実施を求め、その法律を自らの下僕とする、実に自らをもつて法律に代えないというだけではなく、相互に交流し、社会的關係に入る諸国の間においても、同様にその条件として生じる、共通の意識をもつに至ると同時に、理性的な、即ち思考の必然性に基づく人間の意思のうちに、私はよ

説  
り深い全ての国際法の根拠をみるのである。社会があるところにはまた法もある。国家自体が類たる理性的人間である。いくつかの孤立した諸国が一緒になれば、この基礎のうえに立ってのみ相互に存在しうる。……しかし最後の不断に求めらるべき規範は、我々が、人間の自由の内容として相互の間で、我々の性質とその国家における発展に応じて認識しなければならぬもの、なのである (Vorrede, S. V f.)。かくて、ヘフターは国家の実行の正当性の基準を求めたのであつて、「人間の性的性格を有する真の法、即ち外飾のない厳格な真理 (S. III)」を目標とする。その具体的な「国際法の意義と存在」は、次のように述べられるのである。「国際法は、ユース・ゲンティウム、そのローマ法学が固定した古代及びその最も広い意義において、全ての共通の民族習俗に基づく法であり、単に諸民族 (Nationen) 間相互の交流自体に

おいて妥当するのみならず、個々人のいづれの法律関係をも含むのであり、全面的な了解によりいづこにおいても同一の意義と同一の性格を有し、個々の国家の諸制度の中にその固有の根拠又はその固有の形象を有するものではない。従つて二つの構成部分、即ち、I、諸国家が、自らに所屬しない個人に対しても承認する個人の一般的人権と私的關係、II、その相互接触における諸国家相互の關係、を含む。後者の構成部分が、新しい世界において、国際法 *droit des gens, jus gentium* の名称を専ら主張している。より正しくは、個別国家の内部的國家法と反対に外部的國家法 (*äußeres Staatenrecht*) と呼んで、*jus inter gentes, droit international* と称する。前者の古代國際法の構成部分は、それに対して、その独自性を主張しうることなく個別國家の内的法体系の中に消滅し、又はそれに吸収された。現代國際法においては、それは若干の人権及び私的關係が、諸民族の後見或いは保護の下にも同時に服する限りでのみ顧慮される<sup>(30)</sup>。

それでは、そのような外部的國家法がそもそも、かついづこにおいても存在するのであるうか。現実にはたしかに地球の全ての諸國家又は諸民族に対してではない。常にその一部だけがカバーされていたのである。即ち、ヨーロッパにおいてのみ、又ここから創建された諸國家のみにおいて、それは一般的意識にのぼったのであり、それ故それにヨーロッパ

ッパ国際法の名称を与え、正当にもいまだに与えてよいのである。国家自体及びその帰属者自身が、そこでは人又は権利主体なのである (S. 14)。」

(ii) 以上の、当時における代表的著作を素材に、冒頭に掲げた諸点に留意しながら、サヴィニーが念頭においたと思われる国際法の特徴を垣間みることにしよう。

第一に、一七世紀における古典的国際法の基礎の成立にもかかわらず、その後の政治的な変化を背景にした国際法理論の変遷も当然に注目されなければならない。殊に中世の統一的國家観の崩壊、各主權國家の獨立性の強化、政治的な權力争いは、ウェストファリアの和約の契約性や哲學的思想的背景の下に、自然法理論に基づき國際法の實定法性、法規範性を否定する主張をも生みだしたのであった。<sup>(31)</sup> しかしながら、モーズーに始まりマルテンスの國際法實証主義の確立に認められるように、自然法的要素は一八世紀末から次第に後退し、實定的國際法を基礎付ける試みが支配的となる。そしてこの國際法の實定性とその法的性格を根拠付けるものとして、ヨーロッパ諸國家の形成する法的共同体が措定される。ヘルシュナーは、<sup>(32)</sup>「相異なる諸民族と諸國家が、絶対に獨立の (selbständige) 權力としてではなく、必然的に法的な共同体 (in rechtlicher Gemeinschaft) に位置するものと看做さるべきこと、これがグロチウスがそこから出發した原則であり、従って唯一正當な基礎なのであった (S. 32f.)」と指摘しながら、その後この基礎がないがしろにされた経緯を述べた後に、國際法の學問性の確立には、まずこの基礎の確認を要するものとして、次のように述べる。「……近時の最も重要な公法學者たるクリューバーにおいても、半世紀以上も前に行なわれていたように法哲學的見解がみとめられる、彼も尚自然法を直接的源と看做しているのである (S. 45)。」歴史的な學問的根拠付けを今尚欠いている國際法において、同一の血統に属するヨーロッパ諸國が、同一のキリスト教的意識と共通の中世に発し、各民族の固有性を維持しながらも形成した「一つの諸國家の体系 (ein Staatensystem)」がヨーロッパ國際法の基礎であること、即

ち共通の利益とその精神的全体性が立法的権能を与え、「その命令が、実定国際法の制定法なのである (S. 56)」とも述べている。ヘルシュナーは、このような見解をヘーゲル哲学と、法の歴史的發展によって基礎付けようとするのであるが、国際法の基礎として客観的な共同体を要求する考え方は、他にも一般的に認められるのであり、前述の諸著作にも反映するように少くとも一八四〇年代の国際法の基本的構成となりえたのであった。ヘフターは、国際法規範の当初の発生根拠として外的必然性と効用をあげながらも、「実際にはそれは、従って、全ての当事者の明示又は、やはり明らかに前提されるべき合意 (Einverständnis (consensus))」、各自が同一の状況の下では、その動機が外的なものであれ、道徳的なものであれ、同一の必要性をそのように感じ、他の行動をとるべきではないと感じるといふ確信に基づいている。それに対して国際法にはより高度の権力から発する立法的な構成はない。諸国家がその独立性において、何らの共通の世俗的権威に服していないからである。それは存在する最も自由な法であり、<sup>39)</sup>有機的な裁判権の適用をも欠いている。しかし、その機関と調整装置は、公衆の意見であり、最終の裁判所は、ディーケー (Dike) としてその法を保証しかつネメシス (Nemesis) として不法を処罰する歴史である。国家を創造する一方で、しかし個別国家に人間的自由を封じ込め、それで完結することなく人類に全地球を開いた世界秩序がそのサンクションである。その規定とは、即ち人類の、諸民族及び国家の交流における全面的発展により確実な基礎を与え、その為に大きな全体からはずれることを許されない単なる梃子にすぎない、ということである (S. 3) 与国际法の法規性を根拠付けようとするのである。そしてその歴史は、ヨーロッパの相互の共通性を生みだすキリスト教とローマ法に規定されたものであった。<sup>34)</sup>従って、「相互の承認に依拠する法は、適用の相互性 (Reciprociat) が確保され、従って交互の交流が同一の原則に従って存在するか、あるいはそれを前提しうる諸国家間でのみ妥当しうる。その為には、必ずしも明示の契約による取り決める必要ではなく、個別国家の性格、利益、ならびに既存の交流からその条件として生じる特定の原則による取扱いの

相互性、あるいは、その侵害に際しては、他の者との共同体からの排除又は闘いが期待されるべきという確実さで充分である。従つてヨーロッパ國際法もその歴史的根源によれば、本質的に、その倫理性が最高の人間性の法則と、それと一致する国家権力の性格における伝統により保証されているキリスト教諸國の間でのみ妥当するのである(S.II)として、國際法の基礎たるヨーロッパ諸國の共同体の存在を肯定している。

ところで以上のような叙述については、二つの問題を区別して論じておかねばならない。第一に、マルテンスのヨーロッパ(實際的)國際法という名称が示すようなヨーロッパ公法、即ち国内における公法に対応すべき、ヨーロッパ諸國間の公法としての國際法は、ウィーン會議以降「ヨーロッパ國際法」として承認され、ヨーロッパにおける一定の文化的共通性を基礎に、更にその存在を確固としたものとした点である。即ち、シュメルチンクが詳細に論じるように、当初指定されたヨーロッパ公法の存在、「一般的、実定的、實際的國際法の實在」の否定が、当時の政治状況に規定されて強力に主張され、一時その存在が疑問視されたのであるが、ウィーン体制の成立と共に再びヨーロッパを支配する國際法の存在が肯定されるに至つたのである。従つて、当時の國際法は何よりもヨーロッパ法學性、或いはヨーロッパ文化の優越性を含めたイデオロギー的主張を濃厚に内包するものであったといえることである。<sup>(38)</sup>しかしこれは直ちに、法的構成としての法共同体を國際法の基礎として採用することにはならない。蓋し、前述のヘルシャーも、ヘフターも、共に一八四四年に至つて明確に彼等の主張を述べるに至つたからである。サヴィニーが現代ローマ法体系第一巻を發表した当時においては、これらの主張は未だ發表されていなかったものであり、むしろ、サヴィニーの國際法に関する叙述がこれらに影響を与えたとも考えられるからである。<sup>(39)</sup>しかしながら共同体を法的構成にとり入れるべき方向は夙に進行中であつた。ギュンターは「平和時におけるヨーロッパ國際法(一七八七年)」において自然國際法と区別される「任意國際法」の拘束力の根拠を、その基礎たる社会の性質に求め、諸民族が國際的社会に(少くとも默示の同意により)

説  
加入した後は、その個別的意に國際法の拘束力を依存せしめることを否定し、同時にその社会の特定性、即ちこの場合にヨロロッパの諸民族の社会と規定したのであって (S. 105)、<sup>(40)</sup> 共同体という表現はないものの、当事国の任意の意思の力を極度に形式化した、ヨロロッパ社会を実定國際法の基礎として措定したのである。マルテンスとは慣習法の

取り扱いを異にするものの、基本的には、キリスト教ヨロロッパ諸国の団体法として、立法機関等の装置を欠きながらも一定の実定國際法の存在を承認しようとしていたのである。<sup>(41)</sup> 更に、諸国民が相互に規則として承認するという意味での慣習法 (「黙示の制定法」) に実定國際法の基礎をみるシュマルツは、この方向を一步進めるものであったが、法に対する文化の重要性を説く立場から、殊にキリスト教・ヨロロッパ社会を前提としていたのである。<sup>(42)</sup> 法としての強制装置・立法機関を有しない國際法を前提として、その法としての実定性を自然法とは独立に基礎付けようとするれば、当事者の意思を重視しながらも、その歴史と当時の一般的需要に適した、その法主体を超えそれとは独立の客観的基礎の措定が要請されたのであり、法の社会性から一定の共同体への構想の發展は当然の成り行きであったであろう。しかし歴史的に形成された個別原則の単なる集合を脱するために必要とされたこの構想についても一八四〇年代においても尚、ヘルシュナーとヘフターの見解の対照で明らかのように、國際法を支える法的構成としての共同体の効果、意義について必ずしも一致した見解は未だ成立していなかったのである。

次に主権理論と共同体の關係に今一度ふれておこう。ヨロロッパ國際法の主体は主権国家であり、歴史の示すごとくこの独立の主権国家性の確立・併存が、近代の國際法の何よりの前提をなしたのであるが、<sup>(43)</sup> 主権国家の独立性と平等性は、自然法思想による実質化をくぐりぬけて実定國際法の下では形式化され、<sup>(44)</sup> 国家の対内的な主権行使の自由と、外部に対する法の前の平等としての相互性原則がもたらされるのである。即ち、主権が完全に独立であり絶対である限りにおいて、その抵触に際しては力の原理は成立しえても法的原理は語りえないのであって、前述のように、国内法の有し

うる規範性確保の多くの手段を欠く國際法においては、問題は深刻たらざるをえなかったのである。ここに時代の進展と共に、当事者の意思を超える法の成立と、その共通の基盤としての法的構成が措定されなければならなかったのは前述の通りであるが、法の理解については必ずしも一致が認められないものの、その前提としての団体構成員全体としての存在の精神的紐帯が想定されるに至る。換言すれば、完全な恣意の横行しうる集団から、その相互のスムーズな交際の必要上認められる共通の基盤に立つ集団へと発展し、従つて法的には相互主義原理をその基本原理とすると共に、その法を支える構成の基礎が文化に求められたのである。これが、共通の文化、殊にヨーロッパ社会の歴史的発展とその共通の文化的核としてのキリスト教、更に法の共通性を支えたローマ法の存在に、その実質的根拠を見出したのである。即ち、自然法のごとく普遍的であるが、必ずしも現実の主権国家の併存とその独立性を法的に強く反映しない構成ではなく、主体の独自性を保持しながら形式的に全てをその相互関係の中で包摂しうる構成が、内容的にも規定された。共同体の構成は、形式的主権の独立・平等と、自然法による内容的規定を、法的に止揚する構成として登場したのである。しかし、現代に至る法的現実の推移は、その構成をその内容的規定と主権の強調の下に無価値なものとしたことも、また周知のところである。<sup>(44)</sup>ここに、共同体の觀念が、そもそも經驗的現実の存在としてよりも、むしろ拘束力ある法の存在を基礎付ける構成であつたこと、即ち、*Sein*よりも*Sollen*、あるいは定言的命題に属すべきものであつたという性格があらわにされるのである。共同体の觀念の意義を今一度大まかに要約してみよう。

ヨーロッパを包括する法的基礎としての共同体の觀念は、中世的構造の消失後も、殊に一八世紀末から國際法において強く意識されるのであるが、それは二つの機能をもちえたのであつた。即ち、第一に、主権理論を前提とする國際法において、自然法的基礎を脱却することは何よりもその実定性の基礎を必要とする、即ち、国家の独立人格性を前提とする限りにおいて、その国家を法的に拘束しうるのは原理的にはその自発的意思による他ないのであるが、その意思を



説  
嚴格に解する限り条約以外に国際法のめぼしき法源は認めえないこととなる。ところがヨーロッパの地域的・文化的国家集団の相互交流の必要性は、少くとも形式的にはそれを越えた法規範の存在をも承認せざるをえなかったのであり、ここに慣習や、黙示あるいは擬制された意思の措置がもたらされることとなったのである。そしてこの形式化された意思は、その制度的表現を要求するに至ったのであって、ここにヨーロッパ諸国家間の、しかもその構成員を超えた共通

の法的存在、即ち何らかの共同体を模索せざるをえないこととなった。それをもってはじめて独立の国家集団の中に一定の拘束力を有しうる法規範の存在を基礎付けることが可能となったのである。その法的力の弱さの故に、力の支配を脱し、その学問性を確立する唯一の希望として共同体の觀念が強調されるに至ったのである。そこに自然法を克服するにつれてこの共同体の觀念が法的構成として重要な意味を担うに至った根拠がある。と共に、また一九世紀前半のヨーロッパの状況がそのような構成を決して非現実的なものと思わせない外的基礎を提供していたのである。従って、この共同体の下に立つ法原理は、主権国家の相互関係を反映して相互主義を採用せざるをえないのであり、そこにこの法原理としての相互主義の内容的実質的規定の根拠が認められるのである。相互主義はその意味で、逆に法的構成としての共同体を維持する為に、或いはその形成発展上必要不可欠の法原理であり、その崩壊は、裸の力の支配、即ち、法規範の存在根拠の崩壊を国際法においてはもたらしたものである。共同体が *Sollen* であれば、相互主義もその意味で定言命題たらざるをえなかったのである。但し、国際法に現実的な強制手段を欠くのであるから、共同体觀念と法の実定性の結合は、論者により意義を異にしたのも当然であったし、法的構成をどのように体系上位置付けるかによってもその扱え方は異りえたのである。サヴィニーの実定法概念の革新については既にふれたところである。第二に、(伝統的国際法の諸原則を承継し、尚かつ当時の国家実行を(従って自然法のみではもはや充分な説明を与ええなくなった現実を)国際法学のうちにとりこみ、しかも単なる規範の集合を超えて、時代の要求としての体系的構成を与えようとする

ば「共同体」を規定する諸要因を無視することは許されず、従つてここに國際法の妥当領域を規定し、かつ内容的に特徴付けるものとしてのヨーロッパ文化、殊にキリスト教とヨーロッパの歴史の重要性が浮び上る。法と道徳の分離が認められるに至つても、ヨーロッパ諸國を説得力をもつて服せしめらるる規範は、最低の基準としてこのような紐帯を必要としたのであり、共通文化の支配は容易に否定しえなかつたのである。ここに「共同体」が単に地域的に規定されるにとどまらず、共通の文化的（時に政治的）内容を基礎とせざるをえなかつた根拠が存在する。同時にこの文化内容の承継を通じて、構成として否定された自然法がその普遍的要素として内容的に更に生き延びる基礎も与えられたのである。ここに後の形式と実質のかつとうをもたらず原因を認めらるるであろう。

ところで、次に以上のような國際法と國際私法はいかなる關係に立ちえたのであろうか。近代國際法は、主權國家間の關係の規律を本義とするのであるから、今日の發想からいへば本来個人の關係を規律すべき國際私法は直接的对象となり難いはずである。しかし既にマルテンスの例にみるように、伝統的な取り扱い、即ち、純公法上の問題のみならず、主權による外国人・外國事案の取り扱い、主權行為の對外的効力という發想から、條理理論の妥当範圍をも國際法の対象にとり込むのが當時の常態であつた。従つて、マルテンスが、各國の主權の獨立性を原則として、各國にその内の全ての人（内外人を問はず）、全ての物を規律しうる排他的高權を承認し、かつその高權を國境外に及ぼしえない原則を認めながら、その例外として、<sup>(45)</sup>従つて主權の及びうる範圍・効力の問題としていわゆる國際私法の問題を取り扱つたのも決して奇異ではない。即ち、個人の地位についても、「最高の監督權は、國內に存在する全ての人及び財貨に及ぶので、全ての異邦人も、その國の内地人と全く同様に、原則に従つてその權利の全ての効果に服する（*ad o. s.*）」<sup>(46)</sup>としながら、例外を認めるのである。「嚴格にいへば、ある國で制定された法律は、他國及びその住人へは何らの効力をも有しない。しかしながらこの一般的原则は、一部は事物の本性により、一部は実定的規定により若干の例外を

説蒙る。(1)その国で他人を訴えた外国人(*ein Ausländer*)は、その国の制定法によるべきこと、(2)他国で行われた行為、契約等の有効性は、いずこにおいてもその行為が行なわれたところの制定法により判断されねばならない、ということとは、事物の本性によるのである。更に、(3)私人が、その締結された契約については、他国の制定法の決定に服すること、あるいはまた、(4)付随的権利の効力が形式上他国の制定法に委ねられることも可能である、(5)外国の住人に、特権、条約又は慣習により、その本国の制定法によらしめうる権利が認められ、また(6)一般的慣習に従って自国臣民の位階その他の人的特権を定める制定法に外国においても常に効力を認めるといふ例に事欠かない」のである(S.1021<sup>(47)</sup>)。このような事情は、クリューバーにおいても同様であり、独立の主権国家間の法としての国際法においては、内国に居住する外国人、その行為、財産については内国法の適用をみるのである。しかし条約による例外を認めると共に、「しかし内国臣民との関係において、たとえ破産、相続等について不平等な不利な(*Beschwerende*)取り扱いは、他国の例におけるこの取り扱いの報復(*die Retorsion*)を根拠付けるのである(S.96)」としている。更に「外国領域においてさ

え、特定の条件の下では、国家法が効力を有しうる。外国国家の禁止と制定法にふれない限りは、これがあてはまるのは、(1)この国家領域内で行われた法律行為、たとえば遺言、契約、それに行為の効力が依存し従って外国領域においてもそれが効力を有すべき限りにおいては裁判上の弁論の方式に関する制定法についてであり、(2)その臣民の法律行為に関する身分及び能力あるいは無能力に関する制定法たとえばその成年、契約・遺言能力、宣誓能力、貴族身分等で、行為者が外国人とみなさるべき場所においてもその行為能力、あるいは身分を規定する法律についてである。(3)契約、制定法あるいは特権によって外国臣民に、その国においてもその者あるいは他国の制定法によるべき権利が与えられる場合、(4)その自治の限界を超えることなく利害関係者が、明示又は黙示の契約により外国国家法に自ら服し、その場合にその契約法の性質がこれを許す場合、(5)一般的慣習に従い本国の制定法によりその裁判義務者に対して裁判権の行使が

認められる外国海域における軍艦について、(6)その国家領域内でおかされた犯罪について、外国国家の申請により自国民臣民をその国家が処罰する場合である (S. 97 f.)。更に、裁判権の行使、外国判決の効力も論じられている。<sup>(48)</sup>

ヘフターは、人間の人權についてふれ、奴隷の禁止を主張し、移住の自由、所有の自由、思想・信教の自由を人間の保護さるべき私権として宣明する。国家は私権を創造するのではなくこれを所与のものとして受容するのであって、これに秩序と正当な限界を設定し、<sup>(49)</sup>その実現の為の手段を与えうるにすぎないのである (S. 29)。国際法の性質からみて相互に各国が精神的・物質的な手段を、人間の性質がその展開に要する限りで交換すべきであるにしろ、「その交流の自由の原則は、しかしながら何ら絶対的なものではない。その最も近い限界を、平等と、異種のものとの正当な調和に基づく正義が設定するのである。従ってそれは、自国が不利となり他国のみが有利となる場合にまでも他国との交流をいかなる国にも義務付けるものではない (S. 55)。」それは各国の独立と自由に基づくのであって、高権の国外への拡張をいとめないと共に (S. 58)、国内では主権を自由に行使しうるのである (S. 45)。<sup>(49)</sup> I、いずれの国家も、その国民に、國家に脈うつ人的自由の概念のみがそれを許す限りにおいては、内国とともに外国においても、その行動規程を、拘束力をもって定める権能を有している。その国家領域内に滞在中の外国人についても同様である。II、いずれの国家も、その領域内で効力を有すべき法律関係について、その国内自体で、あるいは外国において自国民間で成立する限りにおいては、その効力の条件を定める権能を有する。しかしその領域外で成立したものについては、その効力を認めないか、あるいは特別の付加的条件に依拠せしめることもできる。しかし、自らに属さない人又は物については、それが続く限り制定法を定めることはできない。III、いずれの国家も、それが物に対してであれ人に対してであれその領域で請求された係争法律関係について、単独で決定し、その訴訟規則を定める権能を有する。IV、いかなる国家も、他国に対してその司法の行使を容易にし、あるいはその国を支援すべき本来の法的義務は負わない。しかしながら、この場合には全ての者の利益

が、相互の讓歩(Entgegenkommen)と、それにより一般的慣習の成立をもたらず(S.S. 30)。「小国家といえども大国家と平等の權利を有するのであって、その人格と独立性から」自らの裁量により一般的國際法上の枠内においては「全ての主權を行使しうるのである。」しかしながら個々の主權上の權利の行使に際しては、その為は何ら特定の法權原がえられない限りは、自らが外的關係において従う体系を遵守すべきことを他国に要求しえない。従つて、自国臣民を外国人より優遇し、特に兩者の抵觸の場合に特定の權利を与えることを妨げられないのである。その点には何ら違法性(Illegalitas)はなく、報復を正当化する Iniquitas(差別)が存するにすぎない(S.S. 31)。「しかし、これについては、疑問が残される。即ち、「現代の個別國家の閉鎖性と私法の各國への從屬に際しては、少くとも各法律關係は、一見して、單に相對的のみにそれぞれについて成立し、あるいは完成するにすぎないように思われる。従つて、そのことによつて、各國が他國の私法法律關係を、刑法におけると同様に、自らとは全く異なるものとして取り扱い無視してよいかのような見解が生じうる。しかしながら、そのことによつて各國はその領域外の全ての私法を、従つて人間の自由を全く無視することにならうが、それは人類の個別の担い手としては、いかなる國家もなしえないことである。私權を有することは、一般的人權であり、その取得と保護にいずれの國家も寄与しなければならないのである。しかしながらそのより詳しい發展が國家權力のサンクションに依存している限りにおいては、たしかに各國もまた、かのサンクションを内包する他國の同胞性を、平等と相互尊重の原則に従い承認しなければならない。困難は、もっぱら管轄を定める点にあるのであって、後述の試みはこの点に関わっている。しかしながら、所轄の國家のサンクションの下に生じたいずれの法律關係も、本来全ての者にとつて完成された事實であるが、それでも、そのことによつては、かの事實にいかんかを認めべきかについて同一の効果を認めるべき義務をまた何らの國家にも課しえないのである。むしろ各自が個別法律關係の効果を自らの裁量に従い法定しうるか、あるいは、附加的条件に依存せしめうるのである。しかも自らの領域における全ての効力を否定

さえしうるのである。そのような制定法による定めがなされない場合には外地で成立した法律關係にその本来の効力を  
 みとめるものと考えべきである。しかしながら決して他国へは自らが否定する法律關係が押しつけられるものではな  
 い。自らの法体系と矛盾する効果は、決してその国において要求されえない。あるいは、国家がその内国法律關係にのみ許  
 すような効果についても同様である。ある国家の単に制定法による擬制もそれを有しない他国にとっては、そのような擬  
 制に基づいて外国で既に発生したそれに続く法律關係が、その存在を否定されえないとしても決して拘束力を有しない。  
 しかしながら、管轄を有する外国国家において生じたある法律關係の存在と条件さえが、その効力を請求されている他国  
 によつて、その国の法律に従つて判断さるべきであるといふ体系も決して存在しえないのである。そうすることは自国制  
 定法に超領域的かつ遡及的効力を与えることにならう (S. 66 ff.)。かくて、ヘフターも、法規の管轄に関する原則とし  
 て、人、物、法律行為の効力、更に、準契約、不法行為債務、裁判管轄權等を論じる<sup>(50)</sup>。また外国人の取り扱いについては、  
 国内に所在する土地及び国内での滞在によりその國家の規制に服するとしながらも、「しかしながら、ある國家が一度  
 外國國家 (Nationen) と交流を開けば、その國民に私權の享受が (第一四節)、その關係が完全な同一性をもつ場合に  
 は自國臣民と同一の基準に従つて拒まれるべきではなく、<sup>(51)</sup> その者を内國市民に對して差別することは、その外國自  
 身が、不平等の體系に従っている場合にのみみとめられるのである (S. 108) として、原則的な内外人平等を主張し  
 ている。この外國人の私權の否定に反對する立場は、ヘフターによれば既に以前から認められていたのであるが、注目  
 すべきは、これが完全な國際法上の義務規範とはされていない点である。これは私法の牴觸についても相互の平等と主  
 權の尊重の枠内で私權の尊重を主張しているにすぎない。但し、一般的人權に反する取引と交通の禁止 (たとえば奴隸制)<sup>(52)</sup>  
 のような規範の存在も認めている限りでは、牴觸法に一般に國際法上の義務としての法的基礎を与えていないと同時  
 に、若干の点において、ヨーロッパ、殊にキリスト教倫理による絶対的基準の形成をも促しているといえよう。<sup>(53)</sup>

かように以上の極めて大ざっぱな諸見解の概観によっても認められるごとく、独立の主権国家相互間の法的規律を目的とする国際法においても、その主権行使の限界が個人及び物の国境を超えた移動の存在を前提として原理的にも實際的にも問題になりえたのであって、厳格な主権原則の緩和ないしは例外として取り扱われたのである<sup>(54)</sup>。個人について主権の対外的範囲又は効力を問題とする点からは、国際刑法と同列であり<sup>(55)</sup>、民刑事責任の完全な分離へと進展しながらも、往々公法上両者が同様の視点から取り扱われたのであった。内容的に私法と考える立場の登場に際しても国際私法は厳密には体系上公法に属する問題と考えられ、そこに主権理論がその重要な出発点となっていたのである<sup>(57)</sup>。即ち、抵触法が国際法において取り扱われたのは、単にその形式的意味において、法分野の未分化によるのみならず、内容的に主権理論を問題とする実質的意義をも有していたのであって、ここに国家形態や一般国際法原則と並んで、裁判権、国際刑法が取り扱われる根拠もみとめられていたのである。

しかし国際法においては、ヴェヒターに至るまでは伝統的条例理論の範囲を大きく出ることではなく、抵触法の法的根拠、基礎付けの仕方も論者により一致をみていなかった。たとえばシュマルツは、以上の諸学者と論調を異にして次のように述べている。「民事裁判権に関しては、外国人が単に友好的恩恵 (gastfreundschattliche Großmuth) からではなく、相互の正義から、従って我市民と全く平等に保護されるといのがヨーロッパ国際法の特徴である。同じ正義が、不在の外国人が我国に有し、あるいは取得する権利及び財貨についても、彼に我国民に等しい安全と裁判官による保護を与えるべきである。文化がこの一般的結合をヨーロッパ諸民族に結びつけて以来、主権者が承認するこの義務の相互性が、勿論その臣民自身に対してのみ彼等に与えられた権力を、外国人に対しても行使することをも正当化するものである (S. 181C)。」シュマルツにあつては、従つて外国人は保護を受ける以上は、内国人と同様に国内法に服する義務はあるが、国家は、国内法の範囲では国際法上の義務として内外人を平等に取り扱わざるをえず (この意味では形式

的であり、實質的平等とはいえない)、ここから國際私法上の諸原則が引き出されている。しかしながら、このような自然法的に明確な主張は稀であり、むしろ伝統に基づく条理その他の根拠(自然法におけるそれとはその意義を異にするが)により、一定範囲の外国法による法的判断の追認を行ったにすぎない。

いずれにしろ國際法において抵觸法の問題が取り扱われたという伝統は、抵觸法の性格を考える上で若干の注目すべき観点を示している。第一に、既述のように主権理論がその中心の問題であったということ、ここから、現代國際私法の国内法的性格にもかかわらず、英語からの翻訳としての内容上誤解を招く「國際私法」という名称の普及がもたらされたのであった。<sup>(58)</sup> また形式的にはその公法的構成からの出発が可能となったのである。<sup>(59)</sup> 第二に、國際法の法的構成の起源と同様に、國際私法もヨーロッパ各国の必然的相互交流に基礎を有するのであって、その歴史的に規定された相互關係を母体とする。即ち純原理的には抵觸法の否定を帰結しうるにもかかわらず、現実には、その法的基礎を異にするというものの中世以来の伝統と新たな需要に支えられて、抵觸法を何らかの形で独立主権を基礎とする國際關係の中で認めさせざるをえず、従って相互主義を何らかの形で法的原理として取り入れざるをえなかったのである。第三に、以上の諸事情から、國際法の基礎たる社会についてふれたのと同様に、國際私法も必然的にキリスト教ヨーロッパ社会の伝統と文化(ローマ法を含む)、必要性に規定されざるをえなかった。従ってその妥当性及び内容についてもヨーロッパ文化の共通性が出発点とされ、当時の内外人平等をはじめとする価値観が濃厚に反映する。各国の留保はヨーロッパ内においては主権理論により、ヨーロッパ外に対してはそのキリスト教的倫理、ヨーロッパの伝統に基づき認められたのであった。

しかしながら、一八四〇年のヴェヒター論文にみられるように、國際私法を純実証主義的に検討する限りでは、条理論を中心として発展してきた抵觸法の基本的諸原則を除いては、現実にはヨーロッパ社会の中における共通抵觸法の实在性は極めて疑わしく、ここに各国の独立主権性を承認しながらも、当時の實際的需要と、ヨーロッパ的価値観を充



説 足しうる、全体的な説明原理の模索が開始されねばならなかった。一方では進展する現実と直面して伝統的理論は実用に適さなくなっており、他方では、それに代り主権原則の相克の中で従来の共通の遺産を承継しながら新たな基礎を提供しうる原理が未だ成立しておらず、事例の増加と公私法の分離、国際法と私法のはざままで中心を欠いた混乱がもたらわれはじめたのであった。

- (1) ここでは本文のようにとりあえず訳出したが、以下では「国際法的共同体」とはこのようなニュアンスをもつものとして用いる。
- (2) Neuhaus, Savigny, S. 367 ff.
- (3) Vgl. Gutzwiller, Savignys Einfluß, S. 44, 60—78.
- (4) A. a. O. S. 380, 368.
- (5) Vgl. Schmitz, RabelsZ 28 (1964), 74 ff.
- (6) E. Lorenz, Zur Struktur, S. 49 f., 54.
- (7) A. Bucher, Grundfragen, S. 13. 尚、ノーマンも法的義務としての外国法適用は、サウイニーについて否定する。
- (8) なお、多喜・前掲書五八頁に参照。我国では田中耕太郎「サウイニーの国際主義と自然法思想」(前掲)四九二頁をはじめとして、義務説が強かったが、前述のようにドイツにおいては今日ノイハウスをはじめとしてそれを否定するのが普通である。多喜説は必ずしも明らかではないが、法的な諸国の相互協力義務として我国一般の考え方に同調するもののようにである。この両者の考え方の相違は、その重要性に鑑みれば、あきらかに前者のほうにある。
- (9) Vgl. Otto Kimmich, Einführung in das Völkerrecht, Pullach bei München 1975, S. 57 ff.; J. L. Kunz, Völkerrecht, Allgemein, in: Strupp/Schlochauer (Hrsg.), WBVR, 2. Aufl. Bd. III (1962), S. 611 ff.
- (10) Vgl. Ernst Reibstein, „Zeit des Europäischen Völkerrechts (1648—1815)“, in: WBVR III S. 703 ff.
- (11) Vgl. Ernst Reibstein, Das „Europäische Öffentliche Recht“ 1648—1815, Ein institutionengeschichtlicher Überblick, AVR 8 (1959/60) S. 385—420 (in folgenden als Reibstein, AVR 8 (1959/60) zitiert). なお、モーロー、ドギエ、ト・ト・

八世紀の公法一般の成立については、vgl. H. Mohnhaupt, „Europa“ und „ius publicum“ im 17. und 18. Jahrhundert, in: Aspekte europäischer Rechtsgeschichte Festgabe f. H. Coing (1982) S. 207—232. 「ヨーロッパ公法」が各国の國家形式をも取り扱うのは当然であった。

(12) Vgl. Kimminich, a. a. O. S. 60; WBVR III S. 707.

(13) Vgl. Hermann Meyer-Lindenberg, Völkerrecht, Europäisches WBVR III S. 635; Stinzinger/Landsberg, III 1 S. 487—496, III 2 S. 165—178, 647—655; N. Falck, Juristische Encyclopädie, 3. Ausgabe, Kiel 1830, S. 288 ff.; Hans U. Scupin, Völkerrechtsgeschichte III Erweiterung des Europäischen Völkerrechts (1815—1914), in: WBVR III S. 721 ff.

(14) Georg Friedrich von Martens, Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht auf Verträge und Herkommen gegründet, Göttingen 1796 (以下本文では Martens, S. ……として引用。誤解が生じない場合には頁数のみ示す)。

(15) マルテンスは、ここで註を付し、二つの概念について述べる。第一に、実定国際法を外事国法 (das auswärtige Staatsrecht) と称する立場について、これが基本制定法、基本慣行に基づくのではなく国際法自体の法源に基づくことから批判を加え、また、第二に実定民事法上の慣習と慣行 (Gewohnheit u. Herkommen) の区別を採用せず、両者を同一のものとして扱うが、単なる慣行・慣習と黙示の契約の本質的相違を説いている。

(16) Vgl. S. 7f., 26f. 他の著者におけると同様に、キリスト教は重要な内的なヨーロッパ形成の原動力であったのである。

(17) Johann Ludwig Klüber, Europäisches Völkerrecht, I. Bd. Stuttgart 1821. (以後誤解を招かない限り Klüber, S. ……又は、単に頁数のみで表示する)

(18) マルテンスの業績の評価については、注 (13) 並びに Schmalz, Das europäische Völker=Recht in acht Büchern, Berlin 1817, S. 29; A. W. Heffter, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart, Berlin 1844, S. 21; Julius Schmelzing, Systematischer Grundriß des praktischen Europäischen Völker=Rechtes, Rudolfstadt 1818, S. V u. 3. 等の当時の学者達の見解をも参照されたい。更に、マルテンスと実証的法学の関係については、J. Schröder, Wissenschaftstheorie (1979) S. 213, 223 Fr. 20, 269 参照。彼の実際の国際法の時代的意義も明らかとならう。

(19) この点の注において彼は次のように述べる。「民族 (Volk (國民 (Nation))) の名称は、三義に用いられる。即ち××政治的に、国法学、かつ国際法上の意味においてである。後述二〇節及び、J. Th. Roth's Archiv für das Völkerrecht, Heft I, S. 1—

12 参照。」(S. 16 Fn. (a)) 尚、シュメルチンクは、「ナチオンは、それがその文化、習俗、生活方法、身体的特性、精神的教養等により他から区別される限りは、一民族 (ein Volk) を指す。それ故、次の名称が生ずる。即ち、ナチオナリテート——民族性 (Völkshmlichkeit) である。国家と云ふ名称により、通常は、既に組織された (constituirt) 共同体 (Gemeinwesen) が示される。民族は、国家首長により代表されるとしても、道德的な人としてふれられる。

ナチオナリテートと政治的構成 (Constitution) という両概念は、民族という名称のうちに統合されている。但しこの言葉は、もっぱらいわゆる民族性の名称のためだけ多用されるべきいがあるものであるが。

ヨーロッパ国際法学は、民族 (フォルク) という用語の下で、そのナチオナリテートを無視して、常に我地球上のその他の諸国との法的関係及び態度との関係で、個別的な独立の (selbstständigen) (主権的 (soverainen)) 国家団体 (Staats = Verein) を理解して居る (Schmelzing, a. a. O. S. 4 f.)』と述べて居る。当時の民族、ナチオンをめぐる議論が想起されるであらう。

(20) S. 16 Fn. (C) とおつては、'当時の国際法に関する三つの主張が論じられる。第一に、自然国際法と実定国際法 (更に、任意的 (Willkürliches d. h. freiwilliges (voluntarium))、協定による (Conventionelles (pactium))、及び慣習国際法 (Gewohnheits Völkerrecht) (consuetudinarium)) を区分する立場であるが、'慣習国際法は、単なる慣行 (Völkergebrauch) ではなく、'黙示の契約に基づいて居る場合のみ国際法であり、'任意国際法は、強制法の性格を欠いている。第二の主張は、'単純自然国際法、修正自然国際法 (諸民族の推定の合意に基づく)、'慣習国際法、'条約国際法を区分する (v. Ompteda, v. Kamptz)。第三の立場は、'自然又は哲学的国際法 (更に必然的又は本来的 (necessarium s. primarium) 及び任意的 (voluntarium s. secundarium)) と任意的あるいは実定的国際法を区別する (Günther)。その他については、'二二頁以下参照とする。ここに本文にふれるように、'自然国際法から実定国際法への移行時の種々の理論的形態が看取しうるであらう。

(21) Vgl. S. 17 Fn. (d): 「ヨーロッパ諸国の実定国際法を若干の者は、'実定的 (practisches) ヨーロッパ国際法と呼ぶ (Jus gentium europaeum practicum)」。オスマン國はそれを必ずしも認めていない。しかしヨーロッパ外では、その明示の宣言により北アメリカ合衆國'ならびに、'ブラジルの君主で、'現在ではポルトガル・ブラジル連合王国の國王、また両アルガルビアは認めて居る。……」

(22) K. Th. Putzer, Beiträge zur Völkerrechts = Geschichte und Wissenschaft, Leipzig 1843, S. 3 ff. は、'国際法を「その下に服する個別権利主体即ち主権ある諸民族と主権者達の随意を排し、'その決定と行為を常に規準 (Richtschnur) に服せしめる」

き、諸民族の相互の行動に対する、真の、あるいは強制法及び制定法の総体」としながらも、国際法規の法的拘束力が、過去に於て各国の承認にかけられていた矛盾を言っている。

(32) Vgl. K. G. Günther, *Europäisches Völkerrecht in Friedenszeiten nach Vernunft, Verträgen und Herkommen*, 1. Theil, Altenburg 1787, S. 3f.

(24) Vgl. Martens, a. a. O. S. 6 Fn. (a); Klüber, a. a. O. S. 17 Fn. (d).

(25) Klüber, a. a. O. Vorrede S. 6 f., 22 f. Vgl. E. Reibstein, AVR 8 (1959/60) S. 420; Stinzing/Landsberg, a. a. O. S. 173 f.

(26) Vgl. WBVR III S. 716.

(27) A. W. Heffter, a. a. O. (注 (81)) (以下紛らわしくならぬ限り Heffter, S. ……又は単に頁数のみで引用する。)

(28) S. V. Fn. (1) では「ピニッターの前掲書」並びにヘルシュナーの後掲論文を参考にした旨を記している。同時に本文において「クリューバー以来ドイツの国際法學上」「何も重要なことがなされなかった」と指摘しているが、これは後のランツベルクの評価と一致している (Stinzing/Landsberg, a. a. O. S. 648 u. Anm. (1), Vgl. Falk, a. a. O. S. 288 ff.)。メンテンス「クリューバー」コーナーを本文で重点的に取り上げたのは、このような評価も勘案を要している。

(29) Vgl. noch Vorrede S. VII f.

(30) なお序文五頁では次のように述べている。「まず第一に、若干の者が外国語で呼びはじめたように *internationales Recht* ではなく、いまだにその昔の名称のままに *das Völkerrecht* と称する。私は、前者の呼称では精確に合致しないが、*Völkerrecht* という昔の技術概念の下では、即ち昔の *jus gentium* の下では合致する実質をそれに求めるのであり、また、その承認をいかなる民族も拒否しえない一般の人権、即ち、各個人が、その国の外に住む者も、人間の社会においては要求しうる権利をそれに求めるのである。」これによれば、国際法の範囲も、後の抵觸法との関係ではやや明らかとなる。またヨーロッパ公法の名称が示すように「一般に、国家の形態等、いわゆる国法学に属すべき事項が国際法に含まれていた。

(31) Vgl. Heffter, S. 19 ff.

(32) H. Hälschner, *Zur wissenschaftlichen Begründung des Völkerrechts*, G. Eberth's Z. f. volkstümliches Recht u. nationale Gesetzgebung, I. Bd. (1844) S. 26—66 (本文では紛らわしくならぬ限りページ数のみで引用)。

(33) 「コーナーの自由な法 (ein freies Recht)」とは、「個人が各々自分を維持し保護すべき法であり、権力による保護・強制

の下にある保証された法 (ein garantiertes Recht) に対置される (S. 2)。

(34) キリスト教は、その Weltliebe, Gebot: thue auch deinen Feinden Gutes, により、ヨーロッパ諸国の友好的な相互接近と承認をもたらした。更だ、統一的教会、騎士制度と十字軍、全キリスト者の法としてのローマ法の普及もこれに寄与した。ヨーロッパ一般国際法の実定的基礎は、「キリスト教の諸原則と、教会が認める限りでローマ法であった。自然的かつ神的な故に不可侵とされた私法の規則が、今や諸民族の關係へも転用され、改革諸説もそれを固持したが故に、一六世紀の信仰の分裂さえも、その新たに結ばれたきづなを再び解くことはできなかつたのである (S. 7)。

(35) Vgl. Reibstein, AVR 8 (1959/60) S. 420; Mohaupt, a. a. O. S. 211. 従つて国内公法同様に、各国の国家形態等をも取り扱うのである。私法との分離の關係に注意。

(36) 後に (一八四三年) ピュッターは、国際法の「ヨーロッパ」性について論じ、正確にはキリスト教的国際法であると述べている。これは、単に地域としてのヨーロッパとしてみならず、その国際法の内容を問題とするもので、後述のようにヨーロッパ文化におけるキリスト教の重視を裏付けるものである (Putzer, Beiträge S. 15)。

(37) Schmeling, a. a. O. S. 8. Vgl. Reibstein, AVR 8 (1959/60) S. 385 ff.

(38) Schmeling, a. a. O. S. 5. 「ヨーロッパは成程、五大陸のうちで最小のものではある。蓋し、地表の三〇九六〇〇〇平方マイルの陸地のうちで、一七二〇〇〇平方マイル (長さ八〇〇マイル、幅五五〇マイル) であるにすぎないのである。しかしながら、その住民の高度の教養の故に最も重要なものであり、その余の地球上の最大部分の支配者とみなしうる (……中略……)。地理的・統計的事情、より高度の、より種類を同じくする身体的・知性的文化、相互に接触する政治的關係、通商・交通の多方面の關心等が、まずは、ヨーロッパ諸国、諸民族の不断の結合の増大の原因である。」オスマン帝国も、ヨーロッパ諸国に倣わざるをえないのである (S. 51.)。

更に、ギェンターも外国法の適用上その外国がヨーロッパか否かが重要であるとして次のように述べている。「特定の諸国間に、より密接な結合が存在し、それ自体によつても、またそれらの間にありうる明示の条約を全く度外視しても、この結合に属する他の全ての諸国においてそのうちの一国の制定法や制度が一層顧みられるというのが、つまり否定しえない事実である。そのような結合は、大西洋岸のいずれであるかを問わずキリスト教ヨーロッパ文化 (Bildung) の全ての諸国間に存在する。しかし、それは、これらの諸国とキリスト教・ヨーロッパ文化を有しないその余の諸国又は民族 (Völkerschaften) との間には存し

ないのである。(簡略の為に、前者を文明諸國とよび、後者を野蛮國 (die barbarischen Staaten) とよぶ。但し、「野蛮」という表現によつては、後者の諸國の市民又は住民の教養が、キリスト教・ヨーロッパ的でないといふこと以外には理解さるべきではない。) 文明諸國外、即ち野蛮國又はいづれかの國家の領域外の自由空間において生ずる全てことは、キリスト教・ヨーロッパ文化諸國の權力領域内にその起源を有する諸關係とは別の原則により判断されねばならない。(Gunther, „Gesetz“ in: Weiskes Rechtslexikon Bd. IV (1843) S. 723 ff.)。極めて慎重な表現の中にも、一八四〇年代に尚強く残存する國際法のヨーロッパ法學性が看取しうるであらう。これが後に直接的に抵觸法にも影響を与えざるをえないのである。

(39) 一八八四年にブルメリンクは、國際法の基礎としての國際的共同體について論じているが、その中でサヴィニーの与えた影響に於て August Bulmering, *Völkerrecht oder internationales Recht*, in: *Handbuch des Oeffentlichen Rechts*, Bd. I, 2. Hb. (1884)。尚サヴィニーの実定法論の基礎としての民族精神・共同體の觀念が、國際法といかなる關係に立つのかは、今後の検討課題であり本稿の対象とならない。法の基礎として一定の共同體を想定する考え方自体は中世以來存在しており、それ自体決して新しいものではない。むしろそれが自然法を構成上克服したサヴィニーに體系上重要な意味を持ちえた点が興味をひくのであるが、國際法に強い影響を与えたヘーゲルにおいても主張されたのであるから、更に當時の多くの文獻の中に同様の思想を認めうるのであるから(殊にシュタール)、ここで断定的にそれら相互の關係を論じうるほど事は單純ではない。従つて本文に述べたように、殊に自然法説の克服の過程で実定法理論の興隆と共に、國際法においても新たなヨーロッパ法學の共通の基礎として一定の文化共同體が重要な意味を持ちうるに至つた点のみを指摘するにとどめたのである。尚、「制定法の共同體」の觀念が、ヨーロッパの公法においてももたらした意義については、Vgl. Mohaupt, a. a. O. S. 210 ff. ヨロッパにおける文化共同體を基礎に、法の共同體の存在も指摘されていたのであり、政治的分裂にもかかわらず、學問及びキリスト教の共通性に規定された「ヨーロッパ」の模索は、ドイツにとどまらず當時の時代思潮であつたといえるであらう。

(40) 但し、当然のことながらギュンターの主張は、著しく自然法に傾いていたのであつて、法の実用性から學問性へ、自然法から実定法へ、歴史主義の抬頭等々の時代の流れの中でみれば極めて不十分なものであつた。しかし代表的なマルテンスに限らず、當時のドイツの指導的國際法學者の一人であるギュンターの見解を紹介することの意義は小さくないものと思われる。

(41) Schmalz, a. a. O. S. 48 (ein stillschweigendes Gesetz), S. 11 f. (文化の同一性が相互關係を和らげるとし、文化の要素として、言語・宗教・學問・芸術・習俗・産業をあげる) S. 14, S. 17 (宗教と法がヨーロッパキリスト教の紐帯であつたとする)。

- (42) Vgl. Putzer, Beiträge S. 17 ff.; Kimmich, a. a. O. S. 58.
- (43) 主権平等の概念については、とりあえず田畑茂二郎「国家平等思想の史的系譜」(昭和三五年)を参照されたい。近世の自然国際法の概観は、Vgl. G. Stadtmüller, Die Anfänge der neuzeitlichen Natur- u. Völkerrechtswissenschaft, JR 1951, S. 100 ff. 尚、相互性原則は近代国際法の基本原理であるが(Vgl. Kimmich, a. a. O. S. 35 ff.)、ビュッターは次のように述べる。各国は主権者として内国の関係及び他国との関係を自由にて定めうるが、他国の中に一般的倫理的イデーを再認識することが自らに要請され、かつ、自らの承認と名譽の為に他国によつても要求されるので、「主権ある諸民族としての国家のこの相互の認識と承認に、全実際の国際法と特に平和時国際法は基ついている。即ち、その相互の交流において、最高の当然帰せられる尊敬を示し、その利害がみとめられ、又は交る場合には、その相互関係を条約及び調停により確定し、従つて、全てのその余の点でも、相互性の権利を承認し遵守することである(a. a. O. S. 16)」。共同体理論と主権原則を正に相互性原則が法的に架橋していることが分るのである。
- (44) 国際法の原始性という用語の示すように、構成員たる国家以外にその法規範性を担保するものはない。しかし同時に今日尚法的構成として共同体を構想することも捨てられていない消息は(Kimmich, a. a. O. S. 36 ff.)、国際法の法規範性を理論的に証明することの困難を示すものである。
- (45) マルテンスによれば、主権原則の例外は、条約及び伝習(Herkommen)に基づくものは認められていない(a. a. O. S. 93)。
- (46) 従つて立法権についても同旨のことがいえる(a. a. O. S. 101)。但し、異邦人は、債務を負わず、犯罪を犯さない限りは出国の自由を原則として有してゐる。
- (47) 更に外人所有財産没収権について(S. 112 ff.)、遺産(S. 114) 裁判権(S. 115 ff.)、非訟事件(S. 121) 遺言等を取り扱っている。
- (48) Vgl. S. 101 ff.
- (49) 国家の主権平等(S. 43 ff.)と共に人權の尊重(S. 69)をも主張する。本文後述参照。
- (50) 抵触法上の結論を導くに当つては、プロイセン法、フランス法を参照すると共に、アイヒホルン等も顧慮されているが、圧倒的にヴェヒター、フェリックスが影響を与えている。ヴェヒター論文の当時の地位をここにおいてもみる事ができるであらう。
- (51) Vgl. S. 108 Fn. 3: 「その原則についてはたしかに以前から一般的に了解がみとめられる。v. Martens, Völkerr. § 79, 93. Schmeling, § 132, 146 参照。憲法上特定権利の取得が、特定の国家市民的資格と結びつけられている場合を除き、ローマ人の ius civile u. ius gentium による、国民的私権と一般的私権の区別は、もはや今日の状況においてもなされえない。最近の立

法は、一般にこの方向を示し、個々の点においてのみ問題があるにすぎない。異邦人が原告として担保を提供すべきことは、諸關係の自然の相異により正当化される原則である。それ故、そのような一般の実務もみとめられる。Felix p. 169 S. 参照。それに対して、相続、遺言が異邦人に対して全く認められないか、控除金に服する (Jus detractus, fraite foraine) 場合には、これはなお以前の過去の遺物であり、その維持は諸国民の自由な交通の原則にもはや合致せず、それ故、その習俗の未だ一般的ではないにして、頻繁な明示の条約によって廃止となるのである。」

(52) Vgl. S. 28 Fn. 1, 148, 183.

(53) 尚、内外人平等を中心とする法発展、殊にキリスト教国との關係等については Vgl. Dierrich Schindler Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts, Zurich 1957, S. 10—38.

(54) 前述のシュマッターに限らず、國際法についても活躍したツマッホも抵觸法についても見解を發表しているが、このでも出发点は対人主権、領土主権であった。衡平を基本原則として、実定法的構成に及ぶ (vgl. Zacharia, Über die Rechtsregel: Locus regit actum, in Elvers Themis II. Bd. (1829) S. 97 ff.; ders. Rechtsgutachten über die Ansprüche August's von Este, Heidelberg 1834)。

(55) 従つて、前述の國際法に関する諸著書は、ほぼ例外なく國際刑法の問題にもふれている。

(56) Vgl. Pütter, Das praktische europäische Fremdenrecht, Leipzig 1845, S. 1 ff. 彼は、専ら法廷地法によらしめる実務の傾向を指摘し、これが國際法に基礎を有する点を指摘している。「外人法はその本質的内容に従えば私法である」が、國際法を基礎に彼の体系は構成されるのである。ヴェヒター論文の冒頭に収録された関連文献をみても、私法を中心とし多くの公法上の文献が認められる。このような便宜的取り扱ひの横行の中で体系に忠実なプファが、当初抵觸法を公法の問題として、彼のバンドクタンに収録しなかつた事実が注目されるべきであらう。

(57) 既得権理論との關係については Vgl. Horst Müller, Der Grundsatz des wohlverworbenen Rechts im internationalen Privatrecht-Geschichte und Kritik, Hamburg 1935. そのなかのローマーの出发点が国法學上の原理であったことは既に明らかであるが、その伝統の中で既得権理論が國際私法の基礎として現われると共に、公法から私法への移行が認められる旨を、ミュラーは指摘している (S. 176 ff.)。同時に時際法と國際私法の同質性も述べられている。

(58) シュッペナー並びにヴェヒターの著作を参照されたい。



(59) 注(57)参照。前述のヘフターも国際私法上の問題を、必ずしも国際法から解決しようるものでないことを認めている。私法の分野で主に取り扱われるまでは、国際私法の「本拠」は公法に認められていた。ヨーロッパにおける公法と私法の関係、国際法(ヨーロッパ公法)への私法の流用等については、vgl. Mohaupt, a. a. O.

《Summaries of Contents》

Zur IPR-Theorie von Savigny(3)

—Insbesondere über seinen Gedanken  
der völkerrechtlichen Gemeinschaft—

Yoshiaki SAKURADA\*

Einleitung

- I Die neuere Entwicklung des Streits um Savignys IPR-Theorie
- II Savignys allgemeines Rechtsverständnis
- III Savignys IPR-Theorie
- IV Der Gedanke der völkerrechtlichen Gemeinschaft
- V Fazit

---

\*Ordentlicher Professor an der Universität Hokkaido