

論 說

国際法と調整理論

多 喜 寛

序 論

第一節 問題の提起

第二節 二元論

1 トリーベルの見解

2 アンチロッチの見解

3 田畑教授の見解

第三節 調整理論

1 フィッツモーリスの見解

2 山本教授の見解

3 寺谷教授の見解

第四節 要約的検討

国際法と調整理論（多喜）

近時、国際法と国内法の関係というテーマとの関連で、わが国においては従来の一元論・二元論のほかに、調整理論が語られる傾向にある。最近においても、調整理論について立ち入った考察を行い、従来の一元論・二元論との対比において調整理論の意義を積極的に肯定する論稿が現れるに至っている。寺谷広司教授の『調整理論』再考<sup>(1)</sup>であり、それは調整理論の唱道者達の議論を詳しく分析・検討した上で、独自の調整理論を展開しており、教えられるところが多い。その学問的な刺激の下に、本稿は、調整理論を再検討することを試みる<sup>(2)</sup>。

## 第一節 問題の提起

寺谷教授によれば、「調整理論は諸国による国際法の国内的実現に関して調整義務を問題にする」<sup>(3)</sup>ものであり、しかも法的義務としての調整義務を主張するものである。そして同教授は、法的義務としての調整義務を二元論から導き出せないものとみなす。同教授はつぎのようにのべる。

『調整義務』こそが二元論と区別される新たな要素であり、この議論が理論たり得るための焦点だと考える理解は正当だと思われる。この点、二元論も『衝突』を調整していたとされるが、しかし、山本や村瀬教授が指摘

するように、この場合は調整義務を事実上のものと考えなくてはいけないだろう。もし、それが法的義務なら二つの独立な法体系があるとは言い難いからであり、また、理念的に構成される二元論の立場からすれば、衝突する義務は放置したままで構わない<sup>(4)</sup>。

ここでは、二元論の下では、「調整義務」を考慮することができるとしてもそれは「法的義務」ではなく、「事実上のもの」にすぎない、その結果、「衝突する義務は放置したままで構わない」ことになる、とされている<sup>(5)</sup>。そのような結論を導き出す際の理由としてあげられているのは、二元論は国際法と国内法を「二つの独立な法体系」とみなす、ということであるように思われる。というのは、調整義務が「法的義務なら二つの独立な法体系があるとは言い難い」ことになるので、二元論の下では調整義務が法的義務ではありえない、と論じられているからである。しかし、国際法と国内法を「二つの独立な法体系」とみなす、という見解は、調整理論も認めていたところではなからうか。この点は、寺谷教授の論述からも引き出せる。例えば、山本草二教授が自己の見解を「等位理論」と呼ぶことについて、寺谷教授は「これは適切な呼称・性格付けではなかった」と評するが、その際に、つぎのようにのべる。

「そもそも、二つの体系が独立・無関係であることは、それがそのまま等位であるとなぜ言えるのか疑問が残る。異なる対象について言えるのはただ異なるということのみである<sup>(6)</sup>」。

ここでは、山本教授の見解——寺谷教授によれば山本教授は調整理論の日本での「代表的唱道者」である<sup>(7)</sup>——によ

ると国際法と国内法は「独立・無関係」である、という理解が示されているのではなからうか。というのは、「二つの体系が独立・無関係であること」から直接にそれらが「等位である」という結論は出てこない、という批判が寺谷教授によって山本教授に対してなされているからである。そうとすると、つぎのような問題が提出されよう。つまり、国際法と国内法が「独立・無関係」であるということと、両者が「二つの独立な法体系」であるということは同義と思われるので、寺谷教授の理解する山本教授の見解は二元論の立場と異ならないということになるのではなからうか、と。

さらに、寺谷教授は、「特定内容の義務が国際法と国内法の両方で同時に妥当しうる」と考えることが、調整理論の基礎をなす「国際的場と国内的場が共通する部分をもたない」という命題」と矛盾しない、とみなす際に、その理由をつぎのようにのべる。

「ここで示されているのは両法体系が独立に存立し区別されつつ、それぞれの場でそれぞれに最高であるという説明内での議論だからである」<sup>(8)</sup>。

そこでは、国際法と国内法の「両法体系が独立に存立し区別され」る、という考えが調整理論の基礎をなすものとして考えられているように思われる。しかし、そのような考えは二元論と異ならないのではなからうか。

これまでみてきたところからすると、寺谷教授は、二元論の下では、「調整義務」は「事実上のもの」にすぎず、「衝突する義務は放置したままで構わない」ことになる、という点について明確な根拠を示していない、ということ

になろう。このことは、調整理論と二元論の異同の再検討をうながすものといえよう。

二元論から法的義務としての調整義務が引き出せるか否かという問題は、二元論とはいかなる見解なのか、また、調整義務又は調整理論とはいかなるものであるのか、という問題と関連する。そこで、以下にはそれらの問題を検討してみよう。

## 第二節 二元論

二元論との対比において調整理論の意義を論ずる際に、寺谷教授は、調整理論の唱道者と目される人々の見解を詳細に分析するのであるが、二元論の内容そのものについては立ち入って論ずることが多くないといえよう。しかし、それでは両者の異同を論ずるに不十分であろう。この理由からして、まず、国際法と国内法との関係について古くから独自の存在意義を保持してきた二元論をみてみることにしたい。

二元論の代表的論者としては、これまで一般に、トリーベルとアンチロッチの名があげられてきた。<sup>(9)</sup>そこで、以下には、両者の見解を少し詳しく立ち入ってみよう。なお、わが国では、基本的には二元論を支持しつつも、トリーベルとアンチロッチの見解の一部を訂正しようとする試みが田畑茂二郎教授によってなされている。そこで、田畑教授の二元論にも言及する。

トリーベルは、国際法の支配する「社会関係」と国内法の支配する「社会関係」が異なるので、両者は異なる法の分野又は部門であるとみなす。その際に彼は、国際法は国際法主体たる国家と国家の関係を規律するが国内法は私人間の関係又は私人と国家の関係を規律する、という趣旨を説く。その点の関連で注意されるべきは、彼は国際法と国内法が受命者（名宛人）を異にしている旨を指摘しているにすぎないのであり、それらの法が同一事態（例えば海上捕獲の審検）を規律する可能性は排除していない、ということである。<sup>(10)</sup> トリーベルは、さらに、国際法の淵源（「複数又は多数の国の共同意思」と国内法の淵源（「国家自身の意思」）がまったく異なるので、国際法と国内法は異なる法体系である、と主張する。<sup>(11)</sup>

また、トリーベルは、国内法と国際法は同じ関係を支配しないという理由で、二つの法体系の間に「抵触（conflict）」の可能性を否定するが、同一の事態の規律の際にそれらの法の間「矛盾（contradiction）」が起こりうることを認め、その場合についてつぎのようにのべる。つまり、イギリスの裁判所や臣民は、たとえ「国際法に反するイギリス法」であつても、それをそのまま適用する義務があり、そしてその結果生じうる「国際的な困難」は政府によって対処されるべきものである。<sup>(13)</sup> と。そこでは、国際法に反する国内法をそのまま放置しておくことに制裁としての国家責任（「国際的な困難」）が結びつけられている、換言すれば、国家はそのような国内法を改正する国際法上の義務がある、ということが認められているのである。

さらに、トリーベルは、国際法がそのものの形で国内的に妥当するとは考えない。その点に関すると思われる彼の

論述の一つはこうである。

「確かに、国内法はしばしば国際法規範に依存するが、その場合に国内法はその内容が国際法と同一でないところの法規範を世に出すのである。そのような『取得 (appropriation)』において問題となるのは、『受容』(reception)ではなく『修正された形の下での再生産』である。我々の説の意味するところによれば、更に、国際法の形成は国内法の形成に代わりえないのであり、国内法の淵源は国際法の淵源によってつくられる法をいわば自分のものにするために自分で行動すべきである。それ故に、国際条約はそれ自体国内法の創設の手段ではない。それは国内法創設の勧告を構成しうるにすぎないが、法の形成は常に、国家においては、その国際的法的発展への参加とは別個に、国家の意思の個別の行為に基づく。国家の政府による国際条約の公布は、条約に『国内的妥当性』を付与するという効果をもたない。というのは、国際条約は官報などにおいて公布されても国際条約そのものであり続けるのであり、条約の国際的妥当性についてのみ語られうるからである。条約は国家によって公布されても、それは国家そのものについてのみ拘束的であるのであり、条約の公布は条約を国家の臣民に対して拘束的『ならしめる』とのべることは不正確である。国家の臣民にとって拘束的であるのは、条約ではなく、条約の公布という簡単な手段によっておそらく創設される国家的規範である。つぎのようにのべられるべきである。つまり、国内法の淵源が自分で国際法を創設することができないのと同様に、国際法の淵源は自分で国内法の規範を創設することができない、と<sup>14)</sup>」。

そこにおいては、条約は国家によって公布されても国内では条約そのものとして妥当することはない、という趣旨が説かれている。その根拠としては、公布されて国内において『条約』という名の下で妥当する規範の妥当根拠（効力根拠）が、条約規範そのものの妥当根拠は異なること、しかもそのような『条約』規範の名宛人が条約規範そのものの名宛人とは異なること、が強調されているように思われる。それ故に、国内において国際法規範という名の下に適用されるものは、実は国際法規範そのものではなく、妥当根拠を国際法とは異にし、且つ内容的にも国際法とは受命者を異にする国内法規範——「修正された形での再生産」——である、ということになろう。そのような観点から、条約はその名宛人としての国家のみを拘束するのであり、国家によって公布される場合には、それによって国内法主体（裁判所や個人など）を名宛人とする国内法規範が簡約的に創設されるだけであって、条約そのものの内容は何ら変わらない、という趣旨が説かれているのである。

トリーベルは、自己の見解を国際法と国内法の間関係に関する「二元論」とよび、それを支持する学者の一人としてアンチロッチをあげている。<sup>(15)</sup>そこで、つぎにアンチロッチの見解をみてみよう。

## 2 アンチロッチの見解

アンチロッチは、法秩序の淵源とみなす根本規範につき、国際法の場合には、「国家は国家間でされた合意を尊重すべきであるという原則、即ち *pacta sunt servanda* の原則」、<sup>(16)</sup> 国内法の場合には、「立法者の命令に従うよう強制する規範」<sup>(17)</sup>を見出す。このように、国際法と国内法は淵源を異にする「別個の秩序」<sup>(18)</sup>である——一方が他方の創設を規律する（一方が他方の妥当根拠をなす）という関係にない——とみなした上で、彼はそこから演繹的にいくつかの命題

を導き出し、それを敷衍している。以下には、当面の論議との関連で重要と思われるもののみを取り出し、検討してみよう。

まず、アンチロッチが導出した、「国際法と国内法との間には、本来の意味での『抵触』(conflict)はありえない」という命題である。<sup>(19)</sup>この命題は、ときとして誤解されるところがあるので、注意を要する。それに関して重要と思われる論述をつぎに紹介する。

「異なる法秩序に属する規範 (norms) の間には、それ故に特に国際法と国内法の間には、抵触はありえない、ということが上記の同じ原則から出てくる。国際法と国内法の間における抵触について語ることは、異なる国の法律の間における抵触について話すのと同様に、不正確である。実際には、異なる法秩序に属する規範 (normes) の間における抵触は、同時にその双方に無関係な観点、即ち規範科学としての法学の観点でないそれからのみ肯定されうるのである」。<sup>(20)</sup>

「もし国際法と国内法が同一事実を考察し、それに法的効果を結びつける場合には、国内規範がそれに結びつける効果が国家の国際的義務に反するという事情(それは国際法に反する国内法と称されるものである)は、当該事実そのものの評価にはなんらの影響も与えないのである。条約が犯罪人の引渡し義務を明確に課しているときに、所与の場合において犯罪人を逮捕して外国の当局に引き渡すことを禁ずる国内規範に基づいて、犯罪人の引渡しを拒否することは、国内秩序においては合法的行為であるが、国際秩序においては不法な行為である。それはある同一の契約がイタリア法秩序の観点からは有効でありうるが、フランス法秩序の観点からは無効でありう

るとまったく同様である。そこには規範の抵触はなく、ただ単に異なる法秩序における同一の事実の評価の相違があるにすぎない<sup>(21)</sup>。

このアンチロッチの論述の趣旨は、つぎのように理解されるべきであろう。つまり、二つの別個独立の規範秩序がある場合に、そのうちのいずれか一方を選択して、その規範秩序に内在する視点からみれば、たとえ他方がそれと矛盾することを当為として定めていても、そのことを当為として認めることができない<sup>(22)</sup>。その意味で、問題の二つの規範秩序の間には抵触はない、それ故に「国際法と国内法との間には、本来の意味での抵触はありえない」——国際法内在的な観点からみる者にとっては国際法規範のみが妥当し、国内法内在的な観点からみる者にとっては国内法規範のみが妥当する——ということになる、と。ここでは、「経験的な事実の世界に属する」<sup>(23)</sup>、「規範受命者たる個人の心理とか意識といったもの」<sup>(24)</sup>が完全に度外視されている。それは規範論理的な思考であり、アンチロッチのいう「規範科学としての法学の観点」である。これに対して、規範秩序に外在する立場、社会的・心理学的観点からみれば、国家（人）は、事実問題として、ある問題について内心において同時に二つの異なる規範秩序によって二つの逆方向の行為へ動機づけられるということは十分にありうる。国家が関係国内法令のためにそのままでは国際法上の義務を履行できない場合につき、一般に、国際法と国内法の間における規範の抵触又は義務の抵触が語られるのであるが、それはこの観点に基づくものと思われる。これに対して、「異なる法秩序に属する規範の間における抵触は、同時にその双方に無関係な観点、即ち規範科学としての法学の観点でないそれからのみ肯定される」——両者の間には「本来の意味での抵触」はありえない——とのべるときに、アンチロッチは、規範論理的な思考の下に二つの異なる



つぎのような論述も引用に値しよう。

一一一

「国際規範は国際秩序の主体の間の関係においてのみ効力を有し、国内規範はそれが属する国家秩序においてのみ効力を有する。ある国内規範が国家の国際的義務に反する事柄を定める——例えば国家が国際的には裁判権を行使しない義務がある場合においてそれを行使することを命ずる——としても、この事情は国内法における当該法律の拘束的価値には少しも影響を与えない。他方において、国際的義務の履行を免れるために、又はその義務の不履行から生ずる責任を回避するために、国家は国内法の規定又はその欠缺を援用することはできない、というのが普遍的に認められた原則である」<sup>(26)</sup>。

そこでは、国家はその国際法違反を正当化するためにその国内法を援用しえないということが、国際法と国内法は別個の秩序であるという命題から引き出されているが、そこでいう普遍的に認められた原則とは、実定国際法上の原則であるということをも意味するものといえよう。

つぎに、アンチロッチは、普遍的な慣習国際法規範は、それに対応する諸国の国内法規範の存在なくしては国内では遵守されえない——例えば、外交官の裁判権免除の義務を国家に課す国際法規範は、これに対応して裁判官に裁判権の不行使を命じ又は許可するという国内規範を前提とする<sup>(27)</sup>——として、そこに、「国内法における国際規範の受容」という現象を見出す。その点については、最初に彼は、二つの異なる法秩序の間における受容の一般論として、つぎ

のようになる。

「法秩序の分離ということから考えると、すべての受容は『規範定立』行為となる。さらにこの受容は、純然たる形式的価値を越えるところの、被受容規範の変形 (transformation) を必然的に含む。まず、すべての規範は、それが妥当するところの法秩序の主体を名宛人とする。そして、法的主体の性質は、ある実体と、所与の法秩序を構成する規範との間の相関関係であるので、ある規範がある法秩序に受容されるという事実は、それだけでもって、この規範はそれが前の秩序において関係していた主体とは異なる主体に関係する、ということになる。それに加えて、すべての法規範はそれが属する法体系にのみ適応しうるのであり、当該法体系は当該規範の内容に様々な仕方で作成し、あるいはそれを拡張しあるいはそれを限定するのであり、その結果、同一の規範が異なる二つの法秩序に存在するときには異なる意義を有する又は有しうるのである。それ故に、受容の観念そのものなかに、形式的変形のみならず実質的な変形も含まれるのである。そういうわけで、受容の対象をなす規範において不可欠となる変形の程度から、受容の可能性を結論することは、正確ではないように思われる」<sup>(28)</sup>。

そのことを踏まえて、アンチロッチは、国内法における国際法規範の受容について、つぎのように論じる。

「(a) 受容は規範の『形式的価値』を変える。当該規範はそれを受容した秩序において法的なものになり、したがってこの法秩序を構成する他の規範との関係は、この法秩序の固有の原則に従って決定される。(b) 受容は規範

の『名宛人』を変えるのであり、その名宛人は以後当該規範がその一部をなすところの法秩序の主体となる。(c) 受容は、その目的、規範が関係する主体及び規範が一要素となった体系を考慮すると、規範の『内容』を——当該規範が国際秩序において有していたそれと比べて——多少とも変える<sup>(29)</sup>」。

そこにおいては、国際法規範の国内的実施の際には、当該国際法規範をそのまま国内で適用することができないので、当該国際法規範に対応する内容を有し、且つ、国内法主体を名宛人とするところの国内法規範を定立することが不可欠となる、という点が指摘されている。換言すれば、国家が国際法規範を国内で実施するためには、それに対応する特別な国内法規範の創設——受容される規範たる国際法規範の「変形 (transformation)」——を想定せざるをえない旨が説かれているのである。<sup>(30)</sup>

アンチロッチはまた、条約の受容についても、「その各々が自分自身の分野で最高であるところの法秩序の区別に鑑みると、すべての受容は規範定立行為であり、受容されるべき他の規範の多少とも根源的な変形を含むことになる」という考えがあてはまる、とみなす<sup>(31)</sup>。

彼によると、「国際条約は同時に国家の法律である又はそれになるということは、可能ではない」。形式的な観点からすれば、両者はそれぞれ根本規範を異にする。実質的な観点からすれば、条約は国際法主体たる国家に関係づけられうる行動の仕方に関係するが、法律は立法者の権威に服する実体——それには特定の国内法秩序の主体たる国家、それ故に国際法主体たる国家とは別の主体、も含む——の行動の仕方を念頭におく。<sup>(32)</sup>

条約によって負った義務の履行又は条約によって取得した権利の行使のために必要又は有用とみなされる国内規範

につき、アンチロッチは、それが法律や命令という通常の形式でつくられることはあるが、多くの国では別の手続が採用されているとして、それをつぎのように説明する。つまり、実施のための適切な規範を定める代わりに、条約の正文自体を採用し、それを公文書において公表し、そしてそれを遵守し実施する意思を明示的又は黙示的に表明する<sup>(33)</sup>、と。これはトリーベルが言及する条約の公布についての説明と類似するといえよう。

### 3 田畑教授の見解

わが国における二元論の代表的論者たる田畑教授は、まず、つぎのようにのべて二元論の基本的命題を支持する。

「これまで、国際法の基礎理論における問題の一つとして、国際法と国内法との関係が論議されてきたのは、主としてこの両者の妥当性の連関についてであった<sup>(34)</sup>。「二元論」は「国際法と国内法とがそれぞれ妥当根拠を異にした別個・独立の法秩序を構成しているとする考え方である<sup>(35)</sup>。「法の妥当根拠をどのようなものとみるかは困難な問題である」。「法を……強制秩序としてみるかぎり、法の妥当を支える重要な契機として権力的な要素を無視することはできないのであって、そうした点を考慮するならば、少なくとも現在の段階においては、国内法は国内法独自の妥当根拠にもとづいて妥当しているとみるべきであって、国内法が妥当するのは国際法を前提しており、国内法は国際法の委任にもとづいて妥当しているということはいえないであろう。国際法違反の国内法も国内関係においては合法性を認められており、しかも、国際法の立場から直接それを無効とすることができないという事実は、この点をはっきり示しているといわなければならない<sup>(36)</sup>。「国際法と国内法の妥当性の連関につ

ては、両者がそれぞれ別個の妥当根拠にもとづいているという二元論の主張を、やはり肯定しなければならないであろう」<sup>(37)</sup>。

このように田畑教授は、トリーペルやアンチロッチと同様に、国際法と国内法は一方が他方の妥当根拠（効力根拠）をなす——一方が他方の創設を規律する——という関係にはない、という二元論の主張を是とする。しかし他方は、同教授は、トリーペルやアンチロッチの見解について主として二つの問題点を指摘する。同教授の指摘する第一の問題点はこうである。

「これまで二元論を主張してきた人びとは、国際法と国内法とが単に妥当根拠を異にするだけでなく、その規律する社会関係も異なっているというのがふつうである。このように、両者の規律する社会関係がまったく異なるならば、両者の規定内容が矛盾・衝突する可能性はまったく存在しないといわなければならないであろう。しかし、実際には、国際法が国内関係について規定している場合は少なくないし、逆に、国内法の中で国際関係にふれることも稀ではない。したがって、国際法と国内法のそれぞれの規定内容が矛盾する場合が当然予想されるわけである」<sup>(38)</sup>。

しかし、その論述は、二元論が説く国際法と国内法とがその規律する社会関係を異にするという命題を、正確には理解していない。当該命題は、妥当根拠を異にする別個の法体系である国際法と国内法はそれぞれまったく異なる名

宛人の関係を規律している、という点に着目しているのであり、田畑教授のように名宛人の問題を抜きにした事項ではないのである。名宛人の問題を抜きにした事項そのもの（例えば犯罪人の引渡し）については、国際法と国内法とがそれぞれの立場から同時に規律することは、二元論者も否定していないのである。したがって、二元論は、田畑教授のいう意味での「国際法と国内法のそれぞれの規定内容が矛盾する場合」を否定するものではない。トリーペルも、「国際法が法律又は判決の効果によってのみ国内法になるならば、いうまでもなく、国際法と国内法の矛盾（contradiction）が可能であるのみならずよく起こることになる」とのべている。<sup>(39)</sup>もつとも、アンチロッチについては少し注意を要する。彼は、「国際法と国内法との間には、本来の意味での『抵触』（conditio）はありえない」・「異なる法秩序に属する規範（norms）の間には、それ故に特に国際法と国内法の間には、抵触がありえない」<sup>(40)</sup>とのべているからである。しかし、その論述は、アンチロッチのいう「規範科学としての法学の視点」即ち規範論理的な視点からのものであり、国際法内在的な観点からみる者にとっては国際法規範のみが妥当し、国内法内在的な観点からみる者にとっては国内法規範のみが妥当する、という趣旨である。そのことは、必ずしも、規範秩序に外在する立場、社会的・心理学的観点からみれば、国家（人）は、事実問題として、ある事項について内心において同時に二つの異なる規範秩序によって二つの逆方向の行為へ動機づけられるということは十分にありうる、ということを否定するものではない。<sup>(42)</sup>実際にもアンチロッチは「異なる法秩序に属する規範（norms）の間における抵触は、同時にその双方に無関係な観点、即ち規範科学としての法学の観点でないそれからのみ肯定されうる」<sup>(43)</sup>とのべるのみならず、「もし国際法と国内法が同一事実を考察し、それに法的効果結びつける場合には、国内規範がそれに結びつける効果が国家の国際的義務とは矛盾しているという事情（それは国際法に反する国内法と称されるものである）は、当該事実そのもの

の評価にはなんらの影響も与えないのである」<sup>(44)</sup>とのべる。

ちなみに、田畑教授は、「国際法と国内法のそれぞれの規定内容が矛盾する場合」の法的処理についてつぎのようにのべる。

「まず、国際関係において国際法と国内法の規定の内容が矛盾する場合であるが、この場合においては、もちろん、国際法の規定が優先する。国家が、国内法の規定を理由として国際法上の義務を回避することができない」<sup>(45)</sup>。「それでは、国内関係において、国際法と国内法の規定内容が矛盾した場合、いずれが優先するか」<sup>(46)</sup>。「国内的に妥当する国際法と国内法との効力関係を決定するものは、結局、それぞれの国家の国内憲法である」<sup>(47)</sup>。「国際法違反の国内法が制定されても、それがそのまま効力を認められるのであって、この場合、国家は対外的に国際法違反の責任を負わなければならないが、しかし、国内的には、とくにそれを無効とする憲法規定がないかぎり、国際法違反の国内法もそのまま有効な国内法として妥当性を認められるのである」<sup>(48)</sup>。

この田畑教授の法的処理の仕方は、トリーベルやアンチロッツの説くところと変わらないといえよう。トリーベルによると、「裁判官や臣民 (citizens) は国際法に反するイギリス法であってもそれを適用し遵守する義務がある。そこから生ずる国際的な困難を案ずることは、彼らの問題ではなく、政府の問題である」<sup>(49)</sup>。アンチロッツは、「国際法に反する国内法と称されるもの」は国内において効力を維持するが、それによって国際法規範の国内の実施が阻害される場合に、国際法秩序における不法行為の成立を認めている」<sup>(50)</sup>。

田畑教授が指摘する第二の問題点は、トリーペルやアンチロッチが国際法の国内的实施のためにはそれに対応する国内法の創設(変形)が不可欠であると説いていたことに関連する。つまり、同教授は、「これまで二元論をとる人がびとが一般に主張していたように、国際法は国際法そのままのかたちでは国内的に妥当しえないという考え方は果たして正しいかどうか<sup>51)</sup>」という問題を提起し、つぎのように論ずる。

「たとえば、外交使節の特権に関する慣習国際法規など、やはりそのまま国内的に適用されることを予定しているといつてよいであろう……。このように、国際法の見地からするならば、国際法は、かならずしも、国内法に変型された上でなければ、国内的に適用されえないということはいえない<sup>52)</sup>」。「憲法や憲法上の慣行によって、慣習国際法や条約が包括的に国内法の一部として認められ、国内的効力を認められている例はかなり多い」。「このような一般的受容」は「国際法を一般的に国内法として、つまり、国内法に変型した上で妥当することを認めたということ」ではなく、「国家が、国際法を、国際法そのものとして国内的に妥当することを認めたものである」とみるのが、すなおな見方であり、「この場合には、国際法は、国際法そのもののかたちで、同時に、国内法としての効力を認められるという二重の性格が認められることになる<sup>53)</sup>といつてよいのであって、この場合には、むしろ、国家が国際法をもって国際法そのままのかたちで国内的に妥当することを認めた<sup>54)</sup>とみるのが適當であろう」。「いわゆる non-self-executing treaty の場合には、国際法を国内的に適用するためには、国際法の要請に合致した国内法をとくに制定しなければならぬが、しかし、国際法の規定内容がそのまま国内的に適用可能なものである場合、つまり、いわゆる self-executing treaty の場合には、そうした手続を経ず、『公布』だけによつ

て条約が国内的に実施されるのがふつうである」<sup>(54)</sup>。

そこでは、田畑教授は、トリーパールやアンチロッチとは異なり、「国際法の規定内容がそのまま国内的に適用可能なものである場合」を認めており、その結果、例えば外交使節の特権に関する慣習国際法規やいわゆる *ser executing treaty* などについて変形の必要性を認めていない。けれども、その際には、変形が不要であると考えるための論拠があげられていない。トリーパールやアンチロッチは変形が不可欠であるとみなすにあたり、妥当根拠や規範の名宛人の観点から精緻な議論を展開していたように思われるが、田畑教授はその議論に対して詳細な批判を展開するわけでもなく、ただ、「国際法の規定内容がそのまま国内的に適用可能なものである場合」があるという結論をのべるにとどまっているように思われる。この問題点は、後にみるように、調整理論を唱える論者たちにそのまま引き継がれていくことになる。

### 第三節 調整理論

寺谷教授が調整理論の主たる唱道者の一人としてフィッツモーリスをあげる。国際法と国内法の関係に関するフィッツモーリスの見解は、わが国における調整理論の「代表的唱道者」である山本教授に決定的な影響を与えているようである。そこで、まず、フィッツモーリスの見解を検討してみよう。なお、彼の見解——彼によるとそれは「二元論でも一元論でもない」<sup>(55)</sup>——を分析する際には、必要な限りにおいて山本教授の見解にも言及する。ついで、山本教

授の見解における調整義務の観念を検討する。その上で、寺谷教授の見解を吟味することになる。

## 1 フィッツモーリスの見解

彼の見解の要旨はこうである。

(1) 「国際的分野」は国家間の関係とかかわりあいの分野である。「国内的分野」は、所与の国家の内部における、私人や国家を構成する諸実体の間の関係、又はそれらと国家自身又はその政府との関係の分野である。<sup>(56)</sup> これら二種類の分野は「否定されえない客観的事実」として存在する。二つの異なる関係が問題となるので、国際法と国内法には「共通の分野」はない。それは、例えば、国際法と国内法が同じ事柄に適用され、それ故に「共通の分野」をもつかのように見える外国人の待遇のような問題についても、同じである。それらが共通の分野をもたないのは、問題となる関係がまったく異なっているからである。国内的平面では、外国人の待遇は特定の国家の、外国人個人との関係の問題である。そして国内法が適用されるのはこの関係である。国際的平面では、外国人の待遇はまったく異なる問題を提起するのであり、その問題は、国家の、外国人個人とではなく彼の政府との関係を含む。そして国際法が適用されるのはこの関係である。<sup>(57)</sup>

(2) 一元論者と二元論者の論争のすべては非現実的で、不自然で、まったく的外れである、なぜならそれは、そもそも論争があるためには存在しなければならぬもの——そしてそれは実際には存在しないのであるが——即ち問題の二つの法秩序双方がそこに同時に活動範囲をもつところの共通の分野、を想定しているからである。二つの秩序の関係が独立した秩序の間の対等 (co-ordination) の関係であるか、又は一方の他方への服従 (subordination) の関係

であるかどうか——さらにまた、それらは同一秩序の一部であるが上位の秩序に従属するのかどうか——、について論争がありうるためには、それらはいずれも同一分野、即ち同一の關係やかかわりあい適用可能であると称していること、そして実際にそうであることが必要である。同様に、イギリス法体系はフランス法体系よりも優位にあるかどうか、又はその逆だとか、に関する論争を始めることは、むだであろう。というのはこれらの体系はあえて同一の適用分野をもとうとはしないからである。<sup>(58)</sup>

(3) 国際的分野における国際法の優位は、一つの範疇としての国際法の一つの範疇としての国内法に対する本来固有の優位さによるのではなく、他の理由による。それは、フランスにおけるフランス法の優位、そしてイギリスにおけるイギリス法の優位と同じ種類の優位——即ち内容から生ずる優位ではなく作用分野から生ずる優位——である。当該法がフランスの法だからではなく当該場所、分野がフランスだからである。ここで提案された見解は二元論でも一元論でもない。<sup>(59)</sup>

(4) 国際法と国内法は共通の分野をもたないので、それらの關係は対等 (coordination) のそれか、又は一方の他方への従属 (subordination) の關係か、又は共通の上位の秩序への相互の従属のそれであるのかを議論するの必要はないし、それをしてもむだであろう。これら二つの法秩序に関して優位性という抽象的な問題を議論しても、すでにみたようにイギリス法又はフランス法に関して抽象的な優越性を議論するのと同様に、むだである。そのような質問は必然的に意味がない。「各々はそれ自身の分野で最高である」、そしてこの目的にとって重要なことはすべて、国際法はその国際的分野において最高であるということである。国内法秩序と国際法秩序の間においては優越性の問題は無關係であり、優越性を与える上位の規範又は秩序の存在如何という問題も同様である。国内法は国際的分野では国際

法のライバルではなく、ライバルたりえない、そうでないとそれは国内的なものであることをやめて、国際的なものになろう。国内法は、定義上、他の諸国の行為又は他の諸国との関係を支配しえない。国内法はそれ自身の国家の行為を、当該国家はその国際的義務を履行しえないという仕方でもコントロールすることがあるかもしれないが、それは、定義上、国内的レベルにおいてのみであり、それを越えた法的効果や作用をもつものではない。それ故に、正式には、国際法と国内法は『体系』としては決して抵触しない（これはアンチロッチによってなされる暗示である）。起こりうるのは、厳密には異なるところのもの、即ち『義務』の抵触、つまり国家は国際法によって要求される仕方で行うことができるが『国内的平面では』できないこと、である。国際的分野での国際法の優位は、こういう状況では、当該国家の国内裁判所の裁判官は国内法を破棄して国際法を適用しなければならないということを含意するものではない。当該裁判官がこのことを行う又は行いうるかどうかは当該国内法自身に、そしてその問題を処理するためにどのようにな立法的又は行政的措置が講じられるのか又はなされるのかに、かかっているのである。国際的分野における国際法の優越は、単に、何事もなされえない又はなされないならば、国家は国際的平面ではその国際法上の義務の違反——それについて国家が国際的に責任を負わなければならない、責任免除の目的でその国内法の条件を援用することができない——を犯すことになる、ということの意味するにすぎない。<sup>(60)</sup>

以上のようなフィッツモーリスの議論のなかに、山本教授は、「国際法と国内法を等位の関係におき、相互間に生ずる『義務の抵触』については、調整による解決に委ねようとする立場」を見出し、それを従来の一元論や二元論とは異なるものとみなし、「等位理論」と呼ぶ。<sup>(61)</sup>同教授はそれをつぎのように要約する。

「国際法と国内法が同時に作動する共通分野は実在せず、それぞれは別個の固有の分野で最高であって、法規範体系そのものとしての抵触も優劣関係も生じない。しかし、国家が国内で国際法上の義務に適合する行動をとれないなど、『義務の抵触』は生じうる。その結果として、少なくとも国際面では、国際違法行為に対する国家責任の追及という形で国際法上の調整 (coordination) が行われるにとどまり、国際法上の義務と抵触する国内法令を当然に無効にしたり廃棄しうるものではない」<sup>(62)</sup>。

しかし、それは、国際法と国内法は一方が他方の妥当根拠 (効力根拠) をなす——一方が他方の創設を規律する——という関係にはない、且つ、両者は規範の名宛人をまったく異にする、と考える点で二元論とは異なるのである。はなからうか。確かに、フィッツモーリスは彼の見解を「二元論でも一元論でもない」<sup>(63)</sup>とのべてはいる。そして彼は、自己の見解がまさにつきのようなアンチロッチの論述のなかに示されている、と考えるのである。

「その同じ原則から判断すると、異なる法秩序に属するルールの間には、特に国際法と国内法の間には抵触はありえない、ということになる。国際法と国内法との間における抵触について語ることは、異なる国の法の間における抵触について話すことと同様に、不正確である。現実には、異なる法秩序に属する規範の間の抵触の存在は、双方の外の観点からみる場合を除いて、容認されえない」<sup>(64)</sup>。

しかし、アンチロッチは代表的な二元論者であり、先に言及したようにトリーベルも彼を二元論者とみなしてい

る。そして、引用されたアンチロッチの論述も、まさしく二元論の基本的命題——彼の言葉を借りると「国際法と国内法は自主独立の根本規範から生ずるので、別個の秩序である」<sup>(65)</sup>という命題——から引き出される帰結の一つとして彼がのべているところのものである。もつとも、フィッツモーリスは、「アンチロッチはしばしば二元論者と誤って呼ばれている」<sup>(66)</sup>とのべている。それでは、フィッツモーリスはアンチロッチの見解が異なる点において二元論と異なると考えているのであろうか。残念ながら、この点についての説明がフィッツモーリスによつて行われていない。

そもそも、フィッツモーリスが二元論について説明するところは極めて少ない。二元論の内容に関する彼の論述の主なものはこちらである。つまり、二元論とは、国際法と国内法は二つの別個の法秩序であり、相互に独立して存在すると考えるものであり、その考えでは、いずれか一方が他方に優位するというようなことはいえない<sup>(67)</sup>、と。このように説明される二元論は、はたして彼の見解と異なる点において異なるのであろうか。先にもみたように、フィッツモーリスは、一元論者と二元論者の論争は国際法と国内法が同時に作動する共通分野を想定しているので、非現実的で、不自然で、まったく的外れである、とのべている。しかし、一元論はともかくとして、二元論はそのような共通分野の存在を想定して構築されているのではなからう。彼自身もそのことを認めているように思われる。というのは、彼はつぎのようにのべるからである。つまり、一元論者は必要な共通分野を創作するように努めるが、二元論者は、二つの秩序が別個独立の分野で作用するという条件で、二つの法秩序の存在で満足し<sup>(68)</sup>う、と。そこで言及されている二元論の考えは、彼の見解と実質的には異なるのではなからうか。

要するに、フィッツモーリスは、自己の見解とアンチロッチの見解が二元論と異なる旨を十分に説明していないといえよう。

それでは、フィッツモーリスの見解を「等位理論」と呼び、積極的に評価する山本教授は、それが二元論とはいかなる点において異なる、と考えているのであろうか。まず同教授が二元論についてのべているところをみてみよう。

山本教授は、トリーペルやアンチロッチの文献を援用しつつ、二元論を、「国内法と国際法は、その法主体（私人—国家・国家組織……の点で全く異なり、相互に平等・独立・無関係の法体系をなす、という立場<sup>(69)</sup>）とみなしている。しかし、そのように定義される立場は、「国際法と国内法が同時に作動する共通分野は実在せず、それぞれは別個の固有の分野で最高であつて、法規範体系そのものとしての抵触も優劣関係も生じない」と考える立場——同教授によれば「等位理論」——と異なるところがないのではなからうか。

このようにして、フィッツモーリスと山本教授が国際法と国内法の関係について採用している基本的立場は二元論のそれと異ならないように思われる。しかし、山本教授は二元論について若干の問題点を見出しているようにみえる。例えば、二元論に関する山本教授のつぎのような説明がそのことを示す。

「国際法と国内法は、相互に相手の法秩序を直接に適用すべき義務を負わない。たとえば国家は、国内法の制定にさいしてその内容が国際約束に適合するようはかるが、たとえそれに違反する国内法であっても、国内的には有効に適用され、これを当然に無効とし排除すべしとする国際法規範はなく……、国際義務の違反・不履行について国家責任を問われるだけである。相互間で実際に生ずるこのような抵触については、単に事実上の調整が行われ、自然法または国際礼讓に基づいて、国際法の優位が確保されるにとどまる。また、国際法が国内法上有効なものとして適用されるためには、形式的にも、あらかじめ国内法秩序への編入・変型手続がとられ国内法に

なっていることを条件とする（国内裁判所も、すでに国内法として変型されている国際法規に限り、これを援用する）。したがって、国際法と国内法との間では、法規範としての抵触関係は生じえない（補完のため相互間の送致 renvoi が行われても、それは当然に相手の法で有効なものとして受容されたことにはならない、という<sup>(70)</sup>）。

その論述においては、二元論の下では国際約束に違反するような内容の国内法——「抵触」——により国際義務が履行されなかった場合には当該国家の「国家責任」が発生する、とされている。そのことは、国内法を国際約束に適合するようなものにするという行為が国際法上国家に命じられている、ということを示すものであろう。そうとすれば、二元論の下では「このような抵触については、単に事実上の調整が行われ、自然法または国際礼讓に基づいて、国際法の優位が確保されるにとどまる」、という結論は出てこないのではなからうか。ちなみに、山本教授は「等位理論」の下では「各国は、『義務の抵触』を調整すべき『法的義務』を負い」、「その国内法を国際法に適合させるよう義務づけられ<sup>(71)</sup>る」とする。二元論と等位理論に関する同教授の上記の説明を考慮に入れると、どのようにして「義務の抵触」の場合についてそのような相違——「事実上の調整」なのか、それとも「国際法上の調整」なのか——が出てくるのか、理解が容易ではないように思われる。

山本教授が二元論の問題点として言及しているもう一つの点は、すでにのべたものと密接に絡んでいるのであるが、二元論の下では「国際法と国内法との間では、法規範としての抵触関係は生じえない」が、等位理論の下では「義務の抵触」は生じうる」ということである。この点についても、二元論に関する同教授の上記の説明からなぜそのような相違が出てくるのか、十分には説明がなされていないように思われる。ちなみに、「国際法と国内法が……

法規範体系そのものとしての抵觸も優劣関係も生じない。しかし、……『義務の抵觸』は生じうる<sup>(72)</sup>』という山本教授の言い回しは、フィッツモーリスのそれとほとんど同じである。国際法と国内法の間には体系としての抵觸はないが義務の抵觸はある、という一風変わった表現は何を意味するのであろうか。杉原高嶺教授も『義務の抵觸』を積極的に認めたこと<sup>(73)</sup>と『体系』としての抵觸の否定との法的整合性の問題が残る』と指摘する。また、フィッツモーリスが自己の見解と同じものとして引用していたアンチロッツの論述は、先にもみたように、規範論理的な観点からして国際法と国内法との間における規範の抵觸を認めていない。しかし、フィッツモーリスが認めている「義務の抵觸」とは、アンチロッツなどが語る、本来の意味での規範の抵觸ではなく、「国家は国際法によつて要求される仕方で行為することが国内的平面ではできないこと<sup>(74)</sup>」であるにすぎない。このことは山本教授の、「国家が国内で国際法上の義務に適合する行動をとれないなど、『義務の抵觸』は生じうる<sup>(75)</sup>』という論述の場合にもひとしくあてはまる。そのような意味での「義務の抵觸」であるならば、それを否定するものはないのではなからうか。それを「義務の抵觸」と呼ぶことが適切か否かは別として、国家が国内法上の理由からして国内において国際法上の義務を履行できないという場合は、二元論の下でも当然に視野に入れられてきたように思われる<sup>(76)</sup>。

要するに、山本教授がその等位理論と二元論との間に見出す若干の相違点も、分析すれば、解消する性質のものなのである。

ところで、フィッツモーリスの見解についてはもう少し言及しなければならぬ点がある。それは彼が自然法論的な一元論に言及していることである。彼は、先にもみたように、国際法と国内法が対等の関係にあるか従属の関係にあるかを問うるためには、両者に共通の分野がある必要があるが、そのような分野はない、という前提に立つ。し

かし、「検討の目的のために、分野が共通のものであると仮定すると」という条件の下に、およそつぎのような趣旨をのべる。つまり、「国内法と国際法は対等の又は同格の (coordinate or co-equal) 体系である」といえるためには、それらを対等にするもの、即ち「国内法も国際法もそれに従属するところの第三の上位の秩序——それはめいめいの範囲を定め、それらの活動を規律する——」が存在しなければならぬ。「自然法論者の一元論者は、国内法と国際法の双方に上位し、それらを対等にする (co-ordinating) のに必要な、第三の秩序の存在を認めるのに困らない」。<sup>(77)</sup>「国内法と国際法に優位する第三の秩序 (自然法又は『法の一般原則』) の存在を証明する試みは必要ではない又はここではなされない」、<sup>(78)</sup>と。このように「自然法論者の一元論者」<sup>(79)</sup>の観点から「国内法と国際法の双方に優位する第三の秩序の可能性」<sup>(80)</sup>を認めるかのような論述は、あくまでも、国際法と国内法に共通の分野が存在すると仮定した上でのものであり、彼自身は、結局において、そのような共通分野は存在しないとみなしていることに注意すべきであろう。

それでは、上記のようなフィッツモーリスの見解が何故に調整理論のなかに入れられるのであろうか。フィッツモーリスが国際的平面では国家は国内法を盾にして国際義務を免れない旨をのべていることに言及しつつ、寺谷教授は、更につきのようになる。

「一層重要だと思われるのは国内法を国際義務に調和させる (harmonize) 一般的義務の指摘であり、国際義務違反となる状況について解説する」<sup>(81)</sup>。

確かに、フィッツモーリスは「国家の国内法をその国際的義務と調和させる一般的義務」という表題の下に、国家

はその国際的義務を回避するためにその国内法又は憲法上の欠陥を利用することができないのと同様に、その法律や憲法を、その条約的又は一般的義務に一致させる「一般的義務」がある旨を説いている。<sup>(82)</sup>

## 2 山本教授の見解

寺谷教授は国家による国際法の国内的実現との関連における調整義務について「そもそも、調整義務の法的性質はどのようなものか、更に法的義務だとしてその淵源は国際法上のものなのか、国内法上のそれなのか、あるいはそれ以外の回答が必要なのか」<sup>(83)</sup>を問う。その問題に関しては、同教授は「有力な回答」として「調整義務を国際法上のものと考える立場」をあげ、山本教授の「……調整すべき国際法上の義務」という記述に注目する<sup>(84)</sup>か、それについてはつぎのように指摘する。

「しかし、この立場は国際法優位の一元論と変わりがなくなると思われ」る。「確かに、国際法優位の一元論と調整理論との親近性は高いように思われる。他方、山本自身は国際法優位の一元論の問題点を指摘し、克服されるべき立場と捉えているように思われる」<sup>(85)</sup>。

そこでは、寺谷教授が山本教授の記述から引き出した「調整義務を国際法上のものと考える立場」は国際法優位の一元論とあまり変わりがなく、という理解が示されている。その上で、寺谷教授は、そのことと、山本教授が国際法優位の一元論に批判的な立場を示していることとを、どのように整合性ある形で説明すべきなのか、という点で若干

の戸惑いを示しているように見受けられる。ちなみに、寺谷教授自身は、「『調整義務（調和の一般的義務）』は……そもそも何らかの一元秩序観なしに想定できないものである」<sup>(86)</sup>・「『調整義務』の観念は単純な二元論による把握よりもむしろ、一元論的な把握になじむ」<sup>(87)</sup>と考える。

そのような主張との関連では、ここでは、二つの問題が検討されるべきことになる。第一に、調整義務を国際法上のものとする山本教授の立場は、具体的にはどのような内容のものであるのか、第二に、国際法優位の一元論という言葉の下にどのような内容が理解されるべきなのかである。以下にはこの二つの問題を検討してみよう。

(一) 山本教授における調整義務

山本教授は、その体系書『国際法』において、寺谷教授のいう調整理論（山本教授の言葉によれば等位理論）をわが国においてはじめて紹介し展開した。その書物の中から、調整義務に関連すると思われる箇所を取り出してみよう。

「国際法と国内法が同時に作動する共通分野は実在せず、それぞれは別個の固有の分野で最高であって、法規範体系そのものとしての抵触も優劣関係も生じない。しかし、国家が国内で国際法上の義務に適合する行動をとれないなど、『義務の抵触』は生じうる。その結果として、少なくとも国際面では、国際法違法行為に対する国家責任の追及という形で国際法上の調整（coordination）が行われるにとどまり、国際法上の義務と抵触する国内法令を当然に無効にしたり廃棄しうるものではない」<sup>(88)</sup>。

ここでは、「義務の抵触」の場合に国家は「国際法上」「調整」をなすことが——「国際法違法行為に対する国家責

任の追及」という制裁としての強制を介して——命じられている旨が、のべられている。したがって、国際法上の調整義務が説かれているのである。このことは、山本教授のつぎの論述によっても確認される。

「国際法と国内法は、二元論のいうように全く無関係の独立の法体系ではなく、相互に依存・補完しあう関係にあり、したがって各国は、『義務の抵触』を調整すべき『法的義務』を負い、その履行は憲法の判断に委ねられていることに注意しなければならない。各国はその国内法を国際法に適合させるよう義務づけられ、他方、国際法が国内で実施されるには、国内法に編入されるなど、国内法と国家機関の介入を条件とするからである」<sup>(89)</sup>。

その引用文における二つの文章では、「各国は、『義務の抵触』を調整すべき『法的義務』を負」うという箇所が、「各国はその国内法を国際法に適合させるよう義務づけられ」という箇所に対応し、「その履行は憲法の判断に委ねられている」という箇所が、「国際法が国内で実施されるには、国内法に編入されるなど、国内法と国家機関の介入を条件とする」という箇所に対応するように思われる。そうすると、「『義務の抵触』を調整すべき『法的義務』」というのは、義務の抵触の場合に国家が「その国内法を国際法に適合させる……義務」ということになろう。

それでは、国際法の国内的実施にあたり「国内法を国際法に適合させる……義務」というものは、いったいどこに定めてあるのだろうか、という問題が生じる。その点について考えるに、そのような義務は国内的実施が予定されている国際法規範そのものから生じる要請の一つなのではなからうか。換言すれば、一般に、国内的実施を予定している国際法規範は、国家はその国内法を国際義務の履行に適合的な形に整えるべきである、という要請を含蓄してい

るように思われる。そのような要請を含まない国際法規範は、国内的实施を予定していないものということになるのではなからうか。そのことを考慮に入れると、国家が有する「義務の抵触」を調整すべき『法的義務』とは、国家はその国内法を国際義務の履行にふさわしい形に適合させるべきであるという、国内的实施を予定している国際法規範の要請の一部にはかならない——当該国際法規範とは別個の独自の自主な範疇をなす国際法規範ではない——、ということになるのではなからうか。この点は、山本教授のつぎのような論述からも確認できよう。

山本教授は、「国際義務の履行確保の責任」<sup>(90)</sup>という項目について、それをつぎのように敷衍している。

「国家は、国際法上の義務を直接に負うとともに、その機関、行政区画または公務員（国の注意義務を欠く特定の場合には私人も含む）の作為・不作為による義務違反についても国際法上の責任を負う。したがって国家は、その政府機関と国内法令を介して国際法上の義務の履行を確保する責任を負う。たとえば締約国は、条約により少数民族の移動の自由を保障した以上、別段の国内法令があってもこの自由に制限を課さないこと、むしろ条約の執行を確保するために必要な限り関係の国内法令を改正することを約束しているのであって（国際関係における国際法の優越）、これを放置すれば国家責任を免れない」<sup>(91)</sup>。

そこでは、国際法上の義務の履行を確保する責任との関連で、国家は、例えば少数民族の移動の自由の保障に関する条約の締結によって、必要とあればその国内法令を国際義務と一致させることを約束した、とみなされている。つまり、国内的实施を予定している国際法規範（例えば条約規範）は国家に、国内的实施のために必要とあればその国内

法令を改正することを命じている——ある行為の国内的实施の約束はその国内的实施の障害となる国内法を改正する旨の約束を含む——、という考えが示されているのである。また、山本教授のつぎのような論述も参考になる。

「国際裁判所の判決をはじめ国際実行は、一致して、国際関係においては国際法が国内法に優越すること、したがって国内法の内容が国際法上の義務に適合しない場合には、国際法上の国家責任が追及されることをみとめて<sup>(92)</sup>いる」。

その論述における「国内法の内容が国際法上の義務に適合しない場合には、国際法上の国家責任が追及される」という命題は、国家は「国内法の内容」を「国際法上の義務に適合」させるべきである——そうしないと国家責任（サクション）が発生する——という命題<sup>(93)</sup>を意味するのではなからうか。例えば国家が国内において少数民族の移動の自由を保障すべきであるという国際法上の義務を有している場合には、その義務は、この自由に制限を課す国内法令があるときには国家はそれを改正して当該自由の保障に適合する形にすべきである——そうしないと国家責任（サンクション）が発生する——ということをも意味するのではなからうか。「国際面では、国際法違法行為に対する国家責任の追及という形で国際法上の調整（coordination）が行われる<sup>(94)</sup>」という論述もそのことを指しているように思われる。

このようにみてくるならば、山本教授が主張する『義務の抵触』を調整すべき『法的義務』なるものは、国家は国内法令を国際義務と一致させるべきであるという命令そのものであり、国内的实施を予定する国際法規範（例えば少数民族の移動の自由を保障する条約上の義務）の内容を構成するにすぎない、という結論になるのではなからうか。

「義務の抵触」を調整すべき「法的義務」という言葉の意味がそのようなものであるとするならば、二元論はそれを認めないはずがなかろうか。というのは、ここで問題になっているのは、実定国際法規範（例えば国内的实施を予定する条約規範）の内容の解釈にすぎないのであり、国際法と国内法の創設関係如何という従来の一元論・二元論の問題とは異なるからである。これは後に二元論の内容との関係で検証する。

## (2) 山本教授における国際法優位の一元論

先にもみたように、寺谷教授は山本教授の説く国際法上の調整義務につき「国際法優位の一元論と調整理論との親近性は高い」と指摘し、「『調整義務』の観念は単純な二元論による把握よりもむしろ、一元論的な把握になじむ」とのべていた。その際には、「国際法優位の一元論」という言葉の下に、おそらく、山本教授が理解するところのものが念頭におかれていたように思われる。というのは、山本教授が説く調整義務と同教授が示す国際法優位の一元論に対する批判的な立場との間にはたして整合性があるかどうかを、寺谷教授は問題にしていたからである。国際法優位の一元論という言葉の下に山本教授が理解しているところのものを簡潔に要約するとつぎのようになる。つまり、同理論は、「国内法は国際法から派生しその委任を受けたもの」と考え、「国際法違反の国内法は法的に存在しえず、各国の国内法上も当然に無効となる」と説く<sup>95</sup>。と。ちなみに、「国際法優位の一元論」の代表的論者たるケルゼンは「国際法に基づいて国内法が妥当する——国際法が国内法の創設を規律する——と考えるが、「国際法違反の国内法は法的に存在しえず、各国の国内法上も当然に無効となる」とは説いていない<sup>96</sup>。その点は度外におくとして、山本教授が理解する上記のような内容の国際法優位の一元論と同教授が説く国際法上の調整義務とは、寺谷教授が指摘されるような関係にあるようにはみえない。問題の調整義務なるものは、先にも指摘したように、国内的实施を予定する国

際法規範の内容の一つにすぎないのであり、それとの関係で国際法優位の一元論という発想が出てくる余地はないのではなからうか。

### 3 寺谷教授の見解

それでは、寺谷教授は調整義務をどのように捉えているのであろうか。同教授は、山本教授の「……調整すべき国際法上の義務」という記述によって示されている「調整義務を国際法上のものと考える立場」が国際法優位の一元論と親近性が高いと指摘したのちに、更に続けてつぎのようになる。

「この点、調整理論の基礎はより複雑だと思われ、調整義務の登場の仕方から国際法優位の一元論的理解を出发点とするとしても、この理解をそのまま徹底できるわけではない。調整理論の命じるところが国際法と国内法の合致、少なくとも両立可能性を確保することだとすれば、その実現方式は国内法の側に引き寄せるのでも構わない。一般に、国内法の国際法適合的解釈（間接適用）の重要性が指摘されるが、調整理論は国際法の国内法適合的解釈も許容できる議論である」<sup>97</sup>。「実際に注目すべきことは、国際法がそのものの形で国内的に妥当する国際法の『二重の性格』、両平面で共存することだろう。……特定内容の義務が国際法と国内法の両方で同時に妥当しうる。このことは国際的場と国内的場が共通する部分をもたないという命題とも矛盾しない。というのは、ここで示されているのは両法体系が独立に存立し区別されつつ、それぞれの場でそれぞれに最高であるという説明内での議論だからである。調整の結果たる個別規範を抽象的・一般的に支えるのは、特定の国際条約義務の遵守

について条約法条約第二六条に表現される *pacta sunt servanda* 原則であり、同時に、例えば日本国法秩序にあっては憲法九八条二項の国際法遵守規定である。調整義務は国際平面に視座を置けば国際の、国内平面に視座を置けば国内の義務であり、国際義務であると同時に国内義務でもあると性格づけられ、双方の平面に共通して存在しうる。つまり、同じ内容の、しかし別の基礎をもつ法的義務と理解することができ、調整理論は調整義務を統一的な法秩序において基礎づけられると考えない点で二元論とは異なり、二つの基礎をもつにしても、それぞれの法秩序から内在的に根拠づけられる法的義務と理解する点で二元論とも異なると説明できる<sup>(98)</sup>。

この論述は、筆者には多少難解と思われる点もなきはないが、おそらくはつぎのようにまとめることができるであろう。つまり、調整理論は「国際法と国内法の合致、少なくとも両立可能性を確保すること」を命ずる。同理論の下では、調整義務は「国際義務であると同時に国内義務でもある」。それは、国際的場においては「*pacta sunt servanda* 原則」に基づく「特定の国際条約義務の遵守」に由来するが、国内的場においては「例えば日本国法秩序にあっては憲法九八条二項の国際法遵守規定」に由来する、「同じ内容の、しかし別の基礎をもつ法的義務」である、と。そうすると、結局、国際的平面における調整義務なるものは、特定の国際条約義務の内容を指し、国内的平面における調整義務なるものは、国際法の取り扱いに関する国内憲法の規定の内容を指す、ということになるのではなからうか。その結果、調整義務という言葉の下に、妥当根拠を異にする——「別の基礎をもつ」——別個独立の二つの法規範が考えられていることにならう。その意味で、「国際義務であると同時に国内義務でもある」という表現は、別個独立の二つの法秩序に妥当根拠をもつ一つの法規範なるものを認めるかのような印象を与えるので、適切ではないよ

うに思われる。このようにみてくると、「調整理論は……それぞれの法秩序から内在的に根拠づけられる法的義務と理解する点で二元論とも異なる」という論述は、問題を含むということになる。というのは、二元論は、国内的実施を予定する条約の締結により締約国は「条約の執行を確保するために必要な限り関係の国内法令を改正することを約束している」<sup>(99)</sup>という考えを否定するものでもないし、国内的平面において国際法の取り扱いに関する国内憲法の規定（例えば国際法遵守規定）を無視すべきであると説くものでもないからである。

ちなみに、寺谷教授は「国内平面」における「国内の義務」としての調整義務についても語る。その点で山本教授の見解と異なるようにみえる。けれども、国内法上の調整義務という言葉を使用するか否かは別として、そこで説かれていることは実質的には山本教授の見解とは異ならないように思われる。山本教授は、先に引用した論述において、「国際法は……原則として、その規範を各国内で実現するための固有の手段をもたない」ので、「国際法の国内的実現」の「ための手続と条件については、一般国際法上の原則はなく、各国の憲法（憲法慣行を含む）の定めに委ねられている」<sup>(100)</sup>、と論じるからである。そこにおける「各国の憲法（憲法慣行を含む）の定め」とは、例えば日本との関係では憲法九八条二項の国際法遵守規定であり、その命ずる範囲と限度で、わが国は「国際法と国内法の合致」に努める国内法上の義務があることになる。先にも述べたように、国内的義務としての調整義務なるものは、国内憲法における国際法遵守規定の内容を構成するものにはかならないことに注意すべきであろう。そうとすると、寺谷教授が上記の引用文において「国際法がそのものの形で国内的に妥当する国際法の『二重の性格』」とか「特定内容の義務が国際法と国内法の両方で同時に妥当しうる」という命題にあえて言及することは、必要ではないのみならず、つぎのような誤解を誘発する可能性があるということになる。つまり、国内の実施を予定する国際法規範の内容の一

つである国際的調整義務はそのまま国内憲法における国際法遵守規定の内容の一部として国内においても妥当する、と。もつとも、この問題は「国際法がそのものの形で国内的に妥当する国際法の『二重の性格』——これは二元論者たる田畑教授が説かれるところのものである——というものを認めるか否かという問題にも関わるので、後に少し踏み込んで検討される。

これまで検討してきたところをわが国との関係で要約するとつぎのようになる。つまり、わが国が国内的実施を予定する特定の条約を締結した場合には、国際上わが国は、当該条約の内容に従い必要があれば国内法の改正をすべきことになる（「国際平面」における「調整義務」）。わが国の国家機関（特に裁判所）は当該条約の国内的実施にあたり憲法九八条二項の国際法遵守規定にしたがうべきことになる（「国内平面」における「調整義務」）、と。これは——調整義務という言葉を使用するかどうかという問題を別にすれば——特に新しい主張を含むものではなく、従来二元論などにおいて条約の解釈や憲法の解釈の下に一般に考えられてきたところと異ならないのではなからうか。

#### 第四節 要約的検討

国際法と国内法に関する二元論の代表的論者と目されてきたのは、トリールとアンチロッチである。彼らの主張の骨子はこうである。つまり、国際法と国内法は一方が他方の妥当根拠（効力根拠）をなす——一方が他方の創設を規律する——という関係にはない、即ち両者は妥当根拠を異にする別個の法体系であり、名宛人を異にし、異なる社会関係を規律している、と。それは、国際法と国内法は「その各々が自分自身の分野で最高である」というアンチロ

ツチの文章によって凝縮されていともいえよう。そしてこの点との関連では、フィッツモーリスも国際法と国内法につき「各々はそれ自身の分野で最高である」<sup>(103)</sup>とのべ、山本教授も「それぞれは別個の固有の分野で最高であ」<sup>(104)</sup>るとのべていること、更に寺谷教授も「両法体系が独立に存立し区別されつつ、それぞれの場でそれぞれに最高であるという説明」を肯定していることが、指摘されるべきであろう。このことは、フィッツモーリス、山本教授及び寺谷教授の見解はいずれも、実質的には、二元論と異ならないということを示すものであろう。

それにもかかわらず、寺谷教授及び同教授によって調整理論の唱道者とみなされているフィッツモーリスや山本教授は、彼らの見解が二元論と異なると考えている。しかし、彼らはその相違点を具体的に論証することには成功していない。例えば山本教授がその相違点の一つとして義務の抵触の問題を考えているようである。寺谷教授も、端的に、「義務の衝突があることが……調整理論を提唱しなくてはいけない問題意識の出発点だと思われる」<sup>(105)</sup>とし、義務の衝突は「調整理論に特徴的な内容を構成していると考えられる」<sup>(107)</sup>とのべる。その問題について考えると、義務の抵触の場合を、山本教授のように、国家が国内法上の理由からして国内において国際法上の義務を履行できない場合とみなすならば、二元論はその場合を認めないはずがないし、また、その場合について「単に事実上の調整が行われ、自然法または国際礼讓に基づいて、国際法の優位が確保されるにとどまる」<sup>(108)</sup>——「調整義務を事実上のものと考えなくてはいけない」<sup>(109)</sup>——ということを主張しているわけではない。国家はその国内法を理由に国際法の国内的実施を怠ると、国家責任を問われるということは、二元論者を含めて多くの人によって認められている。<sup>(110)</sup> その場合には、国際法は、国家責任という制裁の可能性を定めることによって、国家——いうまでもなく国際法主体としての国家——にその国内法令を国際義務の履行にふさわしい形にすべきことを命じていることになる。山本教授が説く「『義務の抵

「触」を調整すべき『法的義務』はそのことを指しているように思われる。そのような国際法上の調整義務は、国内の実施を予定する実定国際法規範の内容をなすものにほかならない。山本教授も、「たとえば締約国は、条約により……条約の執行を確保するために必要な限り関係の国内法令を改正することを約束しているのである」<sup>(ii)</sup>と、このことを考えれば、二元論が上記の意味での「法的義務」を否定するはずがない、ということになるのではなからうか。換言すれば、二元論は、国内の実施を予定する実定国際法規範について、そこから、国家はその国内法を国際義務の履行にふさわしい形に適合させるべきである、という要請を引き出すことができないと解釈するものではないのである。また、寺谷教授が指摘する「国内平面」における「国内義務」としての「調整義務」については、それは国際法の国内的取り扱いに関する国内憲法規定（例えば日本国憲法九八条二項の国際法遵守規定）から生ずるものであることからして、二元論はそれを認めないものではないことはいままでもなからう。<sup>(ii)</sup>換言すれば、二元論は実定国際法規範や実定国内法規範の存在を改変しようとするものではないことは、従来の二元論者の議論の仕方からして明らかであると思われる。

トリールやアンチロッチの二元論は、国際法の国内的実施のためにはそれに対応する国内法規範の創設——いわゆる変形——が必要である、とみなしていた。これは上記のような二元論の趣旨からすれば当然の帰結であろう。国内法と妥当根拠を異にし、国際法主体を名宛人とする国際法の内容を国内において実施するためには、それにふさわしい内容の、国内法主体を名宛人とする国内法の創設が、不可欠となるからである。その際には、名宛人を国内法主体とするが、内容的には国際法に対応するという、特殊な国内法が創設される——それは必ずしも通常の法令という形式をとる必要ではない——というプロセスが展開されるのである。けれども、そのような国内法の創設の必要性を

説くことがトリーパーやアンチロッチの二元論の問題点である、と考える論者が少なくない。例えば、山本教授は「国内裁判所も国内法としての受容・変型の手続を経ていない国際法規を適用」することがあると説き、寺谷教授も「国際法がそのものの形で国内的に妥当する国際法の『二重の性格』」を指摘する。さらには、二元論を標榜する田畑教授自身も、「国際法の見地からするならば、国際法は、かならずしも、国内法に変型された上でなければ、国内的に適用されえないということはいえない<sup>(14)</sup>」とのべる。けれども、その際に国内裁判所によって適用される「国際法」という名の法規範の名宛人はいかなるものとなっているのであろうか。問題の法規範は、国内裁判所によって適用されるべきものという形をとっているからには、裁判規範として国内裁判所——それに限るかどろかとは別として——を名宛人としていなければならないであろう。また、当該法規範の妥当根拠は——国際法優位の一元論を採用しない限り——国内憲法であるはずである。そのように国内憲法に妥当根拠をおき、名宛人を国内裁判所とするような法規範は、たとえ内容的には国際法規範に対応するものではあっても、一般には、国際法規範とはいわないのではなからうか。ここでは、妥当根拠と名宛人の欠く実定法規範なるものは存在しない、という点に注意すべきであろう<sup>(15)</sup>。確かに、国際法優位の一元論を拒否して、国際法と国内法が別個の法体系であると考える立場にありながら、国際法はそのままの形で国内的に適用されると説く論者はいる。しかし、そのように説く際に彼らは、残念ながら、妥当根拠と名宛人も視野に入れた上で、上記の説明に反論をするというようなことがこれまでにはなかったように思われる。なお、いうまでもないことだが、ここでは、国際法がそのままの形で国内裁判所によって適用される、という表現を使用すること自体に異が唱えられているのではない。そのような表現を比喻として用いることはわかりやすく便宜であるということとは十分考えられる。問題は、国内裁判所によってそのままの形で適用される「国際法」というもの

は、厳密に言えば、国際法そのものではなく、内容的には国際法に対応するが、名宛人を国内裁判所とする、という特殊な国内法であることを理解しているかどうかである。それが正確に理解されておれば、二元論のもとでの変形の説明を理論的観点から批判するということがないはずである。

(1) 寺谷広司「『調整理論』再考」江藤淳一編『国際法学の諸相…到達点と展望…村瀬信也先生古稀記念』(二〇一五年)一〇五頁以下所収。

(2) 筆者はかつて本稿のテーマについて簡単に言及したことがある。拙稿「国際法と国内法の関係——等位理論(調整理論)を中心に——」法学新報一二〇巻一・二号(二〇一三年)六七頁以下を参照。ここでは、等位理論と二元論の相違を中心に検討がなされているが、調整義務の内容や性質に立ち入った検討がなされていない。これに対して、その後に見れた寺谷論文は、調整義務の性質と内容に深く立ち入って論じている。本稿は、それを参考にしつつ、調整理論をもう一度吟味することを目的とする。

(3) 寺谷・前掲一〇九頁。

(4) 寺谷・前掲一三五頁。

(5) 調整義務が法的義務であることに対する長谷部恭男教授の疑問について、寺谷教授は、「もし、この疑問の通りだとすると、『調整義務』と呼ばれるものは事実上の義務に止まるのであり、調整理論は二元論と変わらないことになる」(同一三五頁)とのべる。ここでも、二元論は調整義務を「事実上の義務」にすぎないとみなす立場として特徴づけられている。

(6) 同一三四頁。

(7) 同一〇五頁。

(8) 同一三七頁。

(9) 例えば、田畑茂二郎『国際法Ⅰ(新版)』(一九七三年)一五五—一五六頁を参照。

(10) H. Triepel, Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours, 1923, I, pp. 80-81.

- (11) Ibid., pp. 82-83.
- (12) Ibid., p. 83.
- (13) Ibid., p. 90.
- (14) Ibid., p. 84.
- (15) Ibid., p. 84.
- (16) D. Anzilotti, Cours de droit international Vol. I, 1929, p. 44.
- (17) Ibid., p. 53.
- (18) Ibid., p. 51.
- (19) Ibid., p. 52.
- (20) Ibid., p. 57.
- (21) Ibid., p. 59.
- (22) 菅野喜八郎『国権の限界問題』（一九七八年）三〇一頁。
- (23) 同二九八頁。
- (24) 同二〇八頁。
- (25) Anzilotti, op. cit., p. 59.
- (26) Ibid., pp. 55-56.
- (27) Ibid., p. 64.
- (28) Ibid., pp. 62-63.
- (29) Ibid., p. 63.
- (30) ちなみに、二元論者である田畑教授は、「外交使節の特権に関する慣習国際法など、やはりそのまま国内的に適用されることを予定しているところによってよいであろう」（田畑・前掲一六七頁）と考える。
- (31) Anzilotti, op. cit., p. 407.
- (32) Ibid., pp. 404-405.

- (33) *Ibid.*, p. 406.
- (34) 田畑・前掲一五一頁。
- (35) 同一五三頁。
- (36) 同一六四頁。
- (37) 同一六四頁。
- (38) 同一六五頁。
- (39) *Triepel, op. cit.*, p. 90.
- (40) *Anzilotti, op. cit.*, p. 52.
- (41) *Ibid.*, p. 57.
- (42) この点については、前掲拙稿六九九—七〇〇及び七〇六頁を参照。
- (43) *Anzilotti, op.cit.*, p. 57.
- (44) *Ibid.*, p. 59.
- (45) 田畑・前掲一六五頁。
- (46) 同一六六頁。
- (47) 同一七三—一七四頁
- (48) 同一七四頁。
- (49) *Triepel, op. cit.*, p. 90.
- (50) *Anzilotti, op. cit.*, p. 59.
- (51) 田畑・前掲一六六頁。
- (52) 同一六七頁。
- (53) 同一六九頁。
- (54) 同一七〇頁。
- (55) G. Fitzmaurice, *General Principles of International Law*, *Recueil des Cours*, Vol. 92, 1957-II, p. 72.

- (56) Ibid., pp. 69-70.
- (57) Ibid., p. 70.
- (58) Ibid., p. 71.
- (59) Ibid., p. 72.
- (60) Ibid., pp. 79-80.
- (61) 山本草二『国際法（新版）』（一九九四年）八五頁。
- (62) 同八六頁。
- (63) Fitzmaurice, op. cit., p. 72.
- (64) Ibid., p. 72.
- (65) Ibid., p. 51.
- (66) Ibid., p. 72.
- (67) Ibid., p. 70.
- (68) Ibid., pp. 73-74.
- (69) 山本・前掲八三頁。
- (70) 同八三―八四頁。
- (71) 同八六頁。
- (72) 同八六頁。
- (73) 杉原高嶺『国際法学講義』（二〇一一年）一〇六頁。
- (74) Fitzmaurice, op. cit., p. 79.
- (75) 山本・前掲八六頁。
- (76) 同八三頁と九一頁もそのことを事実上認めているように思われる。
- (77) Fitzmaurice, op. cit., p. 81.
- (78) Ibid., pp. 81-82.

- (79) Ibid., p. 81.
- (80) Ibid., p. 82.
- (81) 寺谷・前掲一二二頁。
- (82) Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 89.
- (83) 寺谷・前掲一三五頁。
- (84) 同一三六頁。
- (85) 同一三六頁。
- (86) 同一一四頁。
- (87) 同一四五頁。
- (88) 山本・前掲八六頁。
- (89) 同八六頁。
- (90) 同八七頁。
- (91) 同八七頁。
- (92) 同八六頁。
- (93) この点との関連では、法規範によって、法服従者である個人は特定の行動をとる義務を負わされ、それに反した行動には強制行為が結びつけられる(長尾龍一訳・ハンス・ケルゼン『純粹法学(第二版)』二〇一四年、二八五頁)、ということが参考になる。
- (94) 山本・前掲八六頁。
- (95) 山本・前掲八五頁。
- (96) 前掲拙稿六七七頁を参照。
- (97) 寺谷・前掲一三六頁。
- (98) 同一三七頁。
- (99) 山本・前掲八七頁。

- (100) 同九一頁。
- (101) この点は寺谷教授のつぎのような論述においても認められている。つまり、「国内的場についてより一般的に言えば、ある国の一般受容方式と変型方式の選択や当該国内法秩序における国際法の効力順位等の問題は当該国内法及びその解釈によって決せられることであって、この点で国際法が関与することがない」(寺谷・前掲、二二八頁)、と。それによれば、国内法上の調整義務を認めるか否か、認めるとしてもどの範囲でどの程度においてか、という問題それ自体が当該国内法に委ねられている、ということになろう。
- (102) Anzlotti, op. cit. p. 407.
- (103) Fitzmaurice, op. cit. p. 79.
- (104) 山本・前掲八六頁。
- (105) 寺谷・前掲一三七頁を参照。
- (106) 同一二三頁。
- (107) 同一二三頁。
- (108) 山本・前掲八三頁。
- (109) 寺谷・前掲一三五頁。
- (110) このことは山本教授によっても実質的には認められているとみなしうる。「国際法と国内法の間についてどの学説上の立場をとっても、国際法上の義務と抵触する国内法については国家責任を生ずるとする点では一致しており……」(山本・前掲九一頁)という同教授の論述がそのことを示す。
- (111) 山本・前掲八七頁。
- (112) 寺谷教授の説く「国内義務」としての調整義務は、国内裁判所などが国際法の国内的实施に適合しない国内法にどのように対処すればよいのかという問題に関係する。先にもみた二元論の基本的立場からすれば、当該問題は国内憲法(例えば日本国憲法九八条二項)などの国内法の定めるところによる——山本教授の言葉を借りれば『義務の抵触』を調整すべき『法的義務』の「履行は憲法の判断に委ねられている」(同八六頁)——ということになろう。
- (113) 山本・前掲八四頁。

(114) 寺谷・前掲一三七頁。

(115) 田畑・前掲一六七頁。

(116) 拙稿「国際法と国内法の関係についての等位理論」法学新報一〇五卷六・七号（一九九九年）二七七頁も参照。

（本学法学部教授）