

国際法と法社会学⁽¹⁾

——国際法の理解のために——

一 問題の提起——なぜ国際法に法社会学を

国際法は実定法である。法社会学は実定法を理解し、認識するための方法である。実定法は社会的関係の法規範上における表現である。法社会学は実定法を社会および社会的諸案件において理解し、認識する視点であり、発想法である。その意味において、法社会学は具体的にどの分野の社会的関係を法規範で表現するのを任務とするのではなくて、法（実定法および慣習法——「生ける法」）を資料にして法の理解と認識の方法——法の理論を志向する法学理論のための学問である。もつとも、実定法の理解および認識の方法としては、法の実用の必要により、例えば裁判所の法の適用と解釈をめぐって、法社会学より時間的に早い、伝統的な法解釈学があ

何 鳴

る。实际的に国際法の分野でも条約、慣習法の理解と認識のために、法解釈学による理解と認識が多数である。それならば、簡単に疑問が湧いてくるだろう。実定法としての国際法と法の理論を指向する法社会学を一緒にするのは何故であろう。それは単なる研究のためなのであるうか。

身近な例で言う。司法試験のために『○○法』というのだけでなく、『法○○』というのも一つくらいはやっておいた方がいい⁽²⁾というのがある。

実定法は社会的関係の法規範上の表現であるから、社会的関係の明確、問題処理などのように実用性が高い。この意味で、実定法は社会的実用のためのものである。司法試験は実定法の試験である。実定法の実用をよりよく実現させるための手段だと言える。実定法の試験のために実定法だけでなく、『法○○』を「やっておいた方がいい」というのは、実

定法および実定法の意義に關して考えさせられる。

実定法は現代社会の複雑になりつつある社会的關係に対応できるように法發展をしてきた。実定法の本来の内容とされる公法と私法の法發展とともに、実定法自身および個別法の分野の成長と發展のように実定法は大きな法發展をしてきた。実定法の法發展が法の社会的実用性を高めると同時に、ますます複雑で規模の大きい実定法を理解し、認識するため、ますます複雑で規模の大きい実定法を実現させるために、実定法のあるべきものを追求する実定法のための考え方、理論が必要である。逆にいえば、実定法に關する法の理論がなければ、実定法の理解と認識ができない。その必要性は特別に何とか理論上で証明しなくても、身近な経験でも感じられる。例えば、司法試験のような実定法の理解と認識を試験内容にする場合、ある意味では司法試験自身は実定法の実用である、場合には実定法の理解と認識に苦しめられた経験からその必要性は感じられる。

もう一つ身近な例で言う。大学の法学部のような実定法を専門的に勉強し、実定法のプロ (professional)、専職者を育てるところに、実定法の各分野とともに法社会学のような「法〇〇」を「基礎法学」などの専門として設置する。毎年司法試験に大学法学部の学生は現役で合格するのが多数である。法律専門誌は各大学の合格者数を披露する。合格者多

数の大学の法学部には殆ど「基礎法学」のような専門が設置されている。「法〇〇」の「基礎法学」と司法試験合格者数との間には何か關係があるかどうか、についての追究の必要があれば、実定法の再認識になるし、またその追究自身は実定法の分野と「法〇〇」の分野の面白い研究課題になりそうである。

実定法と法の理論を志向する「法〇〇」との間の關係を別に例で言わなくても、実定法自身の特徴からでも説得力のある論ができる。実定法の特徴(一般的に法律の特徴)は独特な発想法、思考というところにある。この独特な発想と思考は切磋琢磨を必要とする。切磋琢磨は経験と抽象的に仕上げられる形式的な一般説——理論を必要とする。もちろん、切磋琢磨自身は形式的な一般説を抽象的に仕上げるのである。この意味では、実定法と「法〇〇」は最初から一体感のあるものだ、と言える。この両者の關係を知らない、実用のために実定法を勉強し、司法試験に参加した学生は直感として司法試験のために「〇〇法」というのだけでなく、「法〇〇」を一つくらいやっておいた方がいい」と感じたのである。素朴な感じであった。

実定法の一分野として国際法がある。国際法の理解と認識のためにやはり「法〇〇」が必要である。「法〇〇」によって国際法自身および国際法の現実問題を理解し認識しよう

するのは、まず国際法自身からその要請があつたからである。

現代国際法には「条約の慣習法化」という法現象がある。

〔法現象〕という言葉は、そもそも法社会学的なニュアンスがある。法が社会で使用されると、社会および社会の諸条件に左右され、制定当初の目標通りに行かない場合がある。または制定当初の目標に予想されないことが生じる。このような法の表現形式は、「法現象」だと言える。〕「条約の慣習法化」という国際法の法現象を理解し認識するために、国際法学者は三つの研究方法を考案している。その中で法社会学に対する要請がある。

〔「条約の慣習法化」に対して、「次の三つの分析レヴェルが区別されるであろう。第一には、……規範理論の観点から、実定法上のレヴェルで、条約内容が慣習法化することにより第三国（条約非当事国）の権利義務関係に及ぼす効力を論じる場合で、従来、いわゆる対物的条約などにつき、*Pacta tertiis* 原則の関連でその効力が論じられたのは、主としてこのような観点においてであった。これに対して第二の場合は、手続法的なレヴェルにおいて、かつ、国際司法過程論的な観点から、条約を慣習法存在の証拠として……援用できるか否かを論じる場合である。さらに第三の分析レヴェルは、条約の慣習法化に関する法社会学的説明を行なう場合で

あり、条約内容が慣習法規に転化する態様、慣習法成立の条件・時期などを科学的に明らかにすることがその目的となる。〕

このように、実定法としての国際法に対して法社会学による研究の要請を国際法学者が提起している。国際法学者からのこの提起には二つの意義が考えられる。一つは、実定法としての国際法の理解と認識のために、法の理論を志向する「法〇〇」から理解と認識の目（視点、考え方など）を取り入れる必要を感じたのである。もう一つは、実定法の専門家が法社会学を見る目である。この例のように、国際法の法現象に対する「法社会学的説明」は「科学的」な説明（理解と認識）として国際法学者に期待される。実定法と違う「法〇〇」類の法社会学は実定法を実際にどのように動かすか、どのように実現されるかに関して実証研究をもつて因果関係的に説明するから、国際法学者は法社会学を「科学的」である、と思つたのであろう。実定法（この例では国際法）の専門家が法社会学を「科学的」なものとして見る目は非常に有意義である。この有意義なところをこのように考えている。

法学研究には、法解釈学的な研究方法または問題視点と法社会学的な研究方法または問題視点がある。どちらでも国内法の理解と認識のため有用で、生産的な方法である。だから

ら、法解釈学と法社会学の研究方法または問題視点、問題意識に関して比較研究はできるが、法解釈学と法社会学のどちらが優越で、どちらが排斥されるべきかというのは、この二つの研究方法の共存とこの二つの方法の普遍的な応用という事実の前で無用なものとなる。この二つの方法の共存は、実定法の理解と認識のために時間的に先に発展した、伝統的な法解釈学だけでは物足りない、というのを立証している。つまり、実定法の理解と認識のために法解釈学的な研究方法または問題視点のほかに、法社会学的な研究方法または問題視点も必要である。

法解釈学はいうまでもなく、国内法を対象にして発展してきたのである。法社会学も国内法を対象にして発展してきたのである。法の妥当性に関する説明、ある行為が（必要のあるときに）法に基づいて正当かどうかの根拠の援用と推論を内容とする法解釈学に比べれば、法社会学は目的と任務において、法解釈学とこのように違う。

法社会学の目的からいえば、「法社会学は、法に関する経験科学である。」⁷⁾

この意味において、法社会学の任務からいえば、「法社会学は、法体制の外部に視点を置いて、実定法の個別的価値判断からひとまず離れて、法が実際にどのように働き、どのような結果をもたらすかを、経験的事実に即して探求しよう」と

する。法社会学は、法の領域を、政治、経済、宗教、教育等々と並んで社会を構成する機能領域の一つとして眺め、人間の社会生活に対するその寄与という観点から、法と法をめぐる社会過程を研究するのである。⁸⁾

だから、法の実用をめぐる法の解釈学と違う法社会学は、その任務を完成する段階における意義を、さらにいえば、「社会のなかで法が具体的にどのように働くのか、その理論的な認識を目指す」⁹⁾、「何よりも法の理論を志向する」学問なのである。（その意味において、法社会学は実定法の各分野および「法〇〇」類の法哲学、法史学とともに法学分野のなかの独立した一員である。「法〇〇」は「〇〇法」を理解し、認識するために存在しているのである。）

このような目的と任務を持つている法社会学をもって国際法を理解し、認識する場合には、国際法学者の期待は、国際法の法現象および国際法の法としての性質に対して「科学的」な説明を与えることである。実定法に対する「科学的」な説明は何であろう。

実定法（法現象、法の本質、法のあるべき姿およびあるべき働きなど）に関して「科学的」な説明を期待される法社会学は、ミクロ的に「法システムを構成する個々の法規範ないし法機構の在り方およびその作動過程について、社会ないし社会的諸因子との関連で経験科学的に研究し、それを通し

て、法システムの性質および社会的意義に関する理解を進めようとする学問である。⁽¹⁾ 実定法の解釈を頼らない、実定法の動きを「社会ないし社会的諸因子との関連」を資料にして客観的に分析し説明する作業は「科学的」である。

マクロ的に、実定法に関して客観的に分析し説明しようとする法社会学は、「法の理論を志向する」。法社会学は、その分析と説明の終極において、系統的に法の理論を探索するのである。理論の探求の作業は「科学的」である。「科学としての法律学」⁽²⁾の提唱のように、法律学は科学であり、人間行為の科学である。この意味で、恣意的な「法」の制定と法の恣意的な「解釈」を許さないのである。これは人間社会の理念であり、共通の価値観だと言える。この理念と共通の価値観の実現のために、法自身に「科学的」な法律学と法律学の「科学的」な理論を構築しなければならない。法社会学はその構築の作業を担当することができる。

国際法の場合では、法社会学のアプローチで国際法を理解し認識するのは、ミクロ的に国際社会ないし国際社会の諸条件との関連で国際法の性質および国際社会における意義を理解し、認識するのを目的とする。マクロ的に、国際法の理論を志向する。そして、実定法の分野において国際法は特異な存在である。(特異な存在というと、非常に誤解を招きやすい。だから、国際法は法の世界のメンバーになれるかどうか

に関してよく疑われ、議論される。こういう懷疑および議論には客観性とか、寛容などが足りないというのは別の話であるが、厳格にいえば、国際法は国家間の法、国際社会の法として法の制定および法の執行上で同一の国境内で個人間の法、個人と社会の法としての国内法とは違う。しかし、国際法は法である、ということとは否定できない。) 国家間の法、国際社会の法という実定法の分野のなかの特異な法に関する法の理論は実定法全般に、法学一般に貢献ができる。つまり、(同質の場合で) 全体対個別、個別対全体のように個別が全体に影響を与える、全体が個別を反映する。法社会学によつて構築された国際法の理論は実定法の理論の探求に貢献ができる。

「なぜ国際法に法社会学を」という自問自答の最後に、もう一点を加えたい。国際法はその法的性質⁽³⁾からいえば、法社会学的な発想により近い。国際法の法制定(条約の締結と慣習法の形成)は諸国の合意によるものである。国際社会には従来、法制定の独立な権威機関が存在していない。諸国の合意による国際法の形成というと、この法自身は生来「社会ないし社会的諸因子」に左右されるのである。もちろん、他の国内法も「社会ないし社会的諸因子」と関連して存在しているのであるが、国際法のように法形成の最初から直接に「社会ないし社会的諸因子」に規定されるのではない。そして、

国際法の法執行は諸国の国家実行を主とする。国際司法裁判所および国連のような国際社会の公的機関の法使用はますます権威的になりつつあるが、諸国の国家実行を命令したり、監督したりするのを内容としない。そして、国際社会には、諸国からの訴訟を受理した場合でも、国際司法裁判所だけによる紛争解決、つまり、純粹に第三者の独立の法使用と法判断による司法制度が完備しているとは言えない。これらは国際法の法解釈を充分に展開させることができない。

「国際法の場合には、より確立していると思われる概念（たとえば民族自決権）ですら、誰がどこにその権利を訴えることができるか、といった法技術のないし訴訟手続的な面で不十分な規定が多く、必ずしも法解釈学が最適の方法ではない。これは、法と政治が不断に交錯し、その相互関連によって法の確定も政治的判断も行われるという国際社会の本質に由来する問題である。このような社会での法現象の分析を法解釈学的方法にのみ依存したのでは、法現象の内の本質的な部分が認識の対象から脱落してしまう恐れがある。」¹⁵⁾

国際法自身のより法社会学的な法的性質を考慮して、先天的に法社会学の発想に近い国際法を理解し認識するためには、法社会学的なアプローチはより有効で、生産的に国際法の本質に接近することができるのである。

二 国際法の法社会学的分析は具体的に何ができ るか

それでは、具体的に国際法の法社会学的分析は何ができるのであろうか。この具体的な分析を例で説明する前に、まず「国際法社会学」に対して評価したい。

1 「国際法社会学」の意義

「国際法社会学」は国際法の法社会学的分析の具体的な例であり、優れた先行業績である。「国際法社会学」は廣瀬和子教授の『紛争と法——システム分析による国際法社会学の試み』¹⁶⁾を始めとする、国際法の法社会学的研究である。『紛争と法』から「国際社会と法」、「国際社会の変動と国際法の一般化——一九世紀広範における東洋諸国の国際社会への加入過程の法社会学的分析」¹⁷⁾を経て、最近の「国際社会の構造と平和秩序形成のメカニズム——強制措置の実効性を中心」¹⁸⁾まで廣瀬教授がここ二十数年来国際法を資料にして「国際法社会学」の多数の研究業績をなさってきた。『紛争と法』と「国際社会と法」は、法社会学の領域のなかでも当時先進的な構造・機能の理論をもって国際法を説明し、国際法の理論探求の重要な研究である。「国際社会の構造と平和秩序形成のメカニズム」において、法社会学の観点から「ソマリヤ内戦」に対する国連憲章および国連憲章に基づく国連の活動

の問題点は何か、いままで冷戦時代の国際法の理念と現実との衝突についての指摘と分析は、国際法の分野で示唆を富んだ問題提起である。国際法と法社会学の学際的な研究を「国際法社会学」として仕上げた廣瀬教授の、この独自で貴重な研究作業と優れた研究業績に対してあらためて尊敬の意を表したい。

具体的に「国際法社会学」は、「国際法社会学一般理論」であり、「広義の法社会学に」属する、といわれている。「国際法社会学一般理論は、国家、国際社会、国際法という国際法学における基本的概念を、国家の行動を出発点として、そこにみられる経験的に検証可能な事実関係に基づいて再構成しようとする。」²¹⁾

「科学としての国際法学は、対象の一般性と方法の一般性を追求する。まず、当為と存在とを峻別した上で両者を架橋し、さらにその相互連関関係を説明する一般理論を構築する。このような一般理論によって一般的に設定された対象に対してさらに、一般的な方法が準備される。それが、理論、操作化、実証という三段階の現実認識を経て組織的に行われる科学的方法である。では、このように抽象的一般的理論を構築し、これを実証するのに科学的方法をもってすることの意義は何か、これらについての若干の考察を通じて明らかにしておきたい。」²²⁾

廣瀬教授自身が「国際法社会学」に関する説明から、「国際法社会学」の意義がよく分かる。私からの余分の評価はもう無用であるが、二点を強調したい。一つは、「国際法社会学」は「科学としての国際法学の再構築」として、国際法の分野で意義がある。少なくとも、国際法に関する議論、研究などをより高いレベルで展開させることができる。こうすれば、成熟した、系統的にハイ・レベルの国内法の研究に「匹敵」することができる。この「匹敵」には競争の意味がない。国際法と国内法が同じ法としてもつと対話が欲しい。「国際法学の国内モデル思考」の提唱のように、なぜ「国際法学の国内モデル思考」が必要なのかを考える必要がある。もう一つは、「国際法社会学」は「科学としての法律学」を国際法の分野で実践してみた挑戦と業績は、法学一般にとっても意義が大きい。

2 「国際法社会学」以外の国際法の法社会学的分析の可
能性

国際法の法社会学的分析は、「国際法社会学」を唯一な分析方法としない。法社会学の一般理論でも国際法の分析はできる。上述した国際法学者が考案した法社会学による「条約の慣習法化」の研究は、法社会学の一般理論による国際法の研究である。法社会学の一般理論で国際法を理解し、認識する場合、国際法の問題を分析する場合には、このようなテ

「ママまたは問題意識で進めることができるかと思われる。

例えば・

※現代国際法秩序

現代国際法秩序を理解し認識するためには、法社会学の「法過程」の考えを取り入れてみたい。現代国際法の働きを現代国際法秩序の「法過程」として捉える。現代国際法秩序はどんな、どのように「法過程」によって展開されるのかを考察する。

※「条約の慣習法化」と「実質的・合理的」な法

現代国際法の法現象としての「条約の慣習法化」を「実質的・合理的」な法の効用として捉える。同じ問題意識で、「法典化」を国際法の「形式的・合理的」な法への法発展として理解し認識する。国際法の「形式的・合理的」な法への法発展はもちろん評価されるべきであるが、国際法上「実質的・合理的」な法の効用をいかにすのをもっと評価すべきである。国際法にとって、「形式的・合理的」な法を目標にする法発展はまだまだの課題であるが、克服されるべきだと思われた「実質的・合理的」な法を依然として必要としている。その理由は主権国家を社会成員とする国際社会の特殊な法需要であるから。いや、それだけではない。かつてヴェーバーが「反形式的な法」（「実質的・合理的」な法）の合理性の再認識を提唱した。今日の国際法はヴェーバーのこのテーゼを

実験し実践し実証している。これは、国際法上「実質的・合理的」な法の存在およびその効用のもっとも意義のあることである。

さらに、現代国際法秩序における「実質的・合理的」な法の意義を検討すれば、現代国際法秩序の理解と認識ができる。

※国際法のソフト・ローと「法化」

国際法にはソフト・ローがある。ソフト・ローは法と「非法」との間の法の一形態である。具体的にいえば、ソフト・ローは、「(1)具体的な権利義務関係の画定に関するものではなく、むしろ、一般的・抽象的な原則・指針を内容とする、(2)法規範としては未成熟で規範内容の明確性に欠ける、(3)法的拘束力をもたないか希薄であり、緩やかな行動規範にとどまるとして、その履行は当事者の善意に依拠する部分が多い」という特徴のある法である。現在、国際法学界では、ソフト・ローに対して「国際法の規範体系総体を脆弱化させてしまう」という消極的な評価がある。この評価は国際法には依然としてソフト・ローが必要とされている現実との間でギャップがある。ソフト・ローのこの問題の解明には法社会学の「法化」の考えを取り入れてみる。

まず、「法化」とは何か。「法化」は法と社会との関係に関する表現である。「法化」という表現は二つの側面から社会

における法の意義を強調している(「法化」の両義性)。

法の絶対性——「現代社会・現代国家のもとで法の担う役割が増大し、強化される。」⁽²⁵⁾

「社会構造に内在する秩序措置が力を失って当事者を直接に取り巻く人々からなる紛争準拠手段の機能が低下し、国家の法システムの規範や手続きや制裁力によらなければ、紛争の解決が困難となる傾向を社会秩序の『法化』と呼ぶ。」⁽²⁶⁾

「法に何ができるのか」——「人々の生活の基礎を支えその自由な活動を保障する法が、彼らの生活過程そのものに深く介入してこれを『法化』することから、かえって当事者の自律的な決定能力を剝奪してしまう。」⁽²⁶⁾

ここが「法化」の最も重要な意義があるところである。当事者の自律的な決定能力を尊重して社会秩序を維持するのは現代社会と現代の法制度の課題である。實際上、国内法の分野で調停制度の再認識および再評価は当事者の自律的な決定能力の必要性を意識したのであろう。

国内法を対象にして生じた「法化」の問題意識は実在国内法より国際社会における国際法の表現に最適である、と強調したい。つまり、国際社会は法による制御(社会の法的制御)⁽²⁷⁾を必要とする一方で、主権国家の自主性と自律性を發揮してそれらを国際社会の法的制御に参加させるの必要とする。だから、国際法には条約、慣習法のような hard-law と

ともに諸国の自律的な決定能力を發揮するソフト・ローがあればならない。「法化」の問題意識で国際法のソフト・ローを見る場合には、「国際法の規範体系総体を脆弱化させてしまう」というソフト・ローの評価と反対な理解と認識が出る。この反対な理解と認識は国際法のソフト・ローの理解と認識に貢献ができればよい。

※クルド避難民問題、旧ユーゴの民族抗争とソマリア内戦に介入した国際法

クルド避難民問題、旧ユーゴの民族抗争とソマリア内戦のような一国内の問題は従来国内問題としてその国の国内法に任せたのである。しかし、最近の旧ユーゴとソマリアの場合に、国際法が介入した。これを国際法の働き(機能)の拡大として理解すべきなのか、その拡大はどうやってできるのかについての追究、国際法のこの新しい法現象と従来の国際法の構造と機能との関係は何かについての思考、この三つのケースの際に国連決議がなした一国内の問題が「国際平和と安全の脅威」になり、「国際関心事項」となるという国内問題に介入する国際法の正当性の解釈は、従来国際法の原則としての「内政不干涉」原則とは衝突があるかどうか、この解釈は従来の国際法の構造と機能にどんな影響があるか、これからの国際法をこの解釈のように再構築すべきか、などなど、この三つのケースは国際法に関する沢山の問題を

提起している。これらの国際法上の問題を解明するために、国際社会にあるべき国際法を中心にして国際法の目的と任務、国際法の法発展および国際法の限界について「法〇〇」が構築した法の理論で考えなければならぬ。上述した問題設定のように、法社会学的なアプローチはこれらの問題解明に有効な意見が出せる。

なお、法の理論でこれらの問題を解明する場合に、社会の現実を客観的に見る目をつねに持つ必要がある。例えば、国際法の法発展および国際社会に対する国際法の制御——上述した三つのケースのように国際法が従来国内問題だった領域への介入——と、従来の国際法の法原則としての「内政不干涉」、「国家主権」との関係を議論する際に、もちろん冷戦後の国際法および国際法秩序と関連を付ける必要がある。しかし、流行語のようになっている「ポスト・モダン」の法のテーゼのように近代法の法原則、例えば国家主権の法原則に対して「懐疑」し、ないし否定するならば、この議論は国際社会の現実を客観的に見ているとは言えない。こうすれば、有効で、建設的な意見が期待されえない。理論、新しい理論の使い方と社会の現実との離脱は最も危険である。法社会学という学問は法と社会を視点にして法と法制度を考える、現実性の高い知識であるということをつねに念頭におくべきであろう。

※国際社会における国連、安全保障理事会

国連が誕生以来もう五十年になった。国際社会の統合と国際社会のリーダーとして国際社会の社会的関係の調達および問題処理に国連が欠けてはならない存在となっている。湾岸戦争をはじめとする近年来の国際紛争に積極的に介入した国連の役割に対して大いに評価すべきと同時に、国際法と国連の関係、国際社会を国連の指導の下におくべきか、国際法によって制御すべきか、について国際社会における国際法、国際社会における国連のように、国際法と法社会学の視点、と社会学および政治学の視点で検討する必要がある。この問題に対して、安全保障理事会の民主化のような呼びかけ⁽²¹⁾と「現在の国連の改革の課題は、国連・安保理の大国による支配からの解放をこそ志向すべきである」との考えがある。これらの考えを国際社会におけるべき国際法の問題として、安全保障理事会の民主化は何を求めめるのか、実効はどんなものか、国際法は国際社会の法として何の役割を果たすか、どんな「国際社会の国際法」になるか、について検討すべきである。そして、「安保理の大国による支配からの解放」は何を求めめるのか、実効はどんなものか、合理性は何か、そうすれば普遍的・形式的な国際法社会の構築ができるか、この呼びかけと考えを国際法の実現の問題提起とすることができる。さらにこの呼びかけと考えを一步深めて、国際社会—国際法

— 国連の問題に関して検討する必要がある。

※法創造の機能をもつ慣習法の合意と法形成の「予期」説（国際法の）慣習法の要件として「法的信念」がある。この「法的信念」が「慣習法規範の法創造の機能がある。」「予期」は法規範形成に関するルーマンの説である。法創造の機能をもつ（国際法の）慣習法の合意がいかに法創造をするのかの解明に関して、ルーマンの「予期」説で試みることができ（自分の修士論文では慣習法の合意の法創造に対してルーマンの法形成のための「予期」説で説明を試みたが、未熟であった。しかし、この両者を法創造の意義において探求するのは有意義な研究になると思う。特に、最近イギリスの国際法学誌で掲載されている国際法の法創造における慣習法の合意の役割についての論文³⁴を勉強して、修士論文でやっていたルーマンの「予期」説で法創造における慣習法の合意の役割についての研究は、有意義な研究だと、つくづく思っている。）

このように、国際法の法社会学的な分析を具体的な例で説明すればきりがなほど研究すべきものが多い。ここで列挙している具体的な例はこの論文ではただ問題提起にとどまっているが、自分の博士論文の中でこれらの具体的な例の分析と考察を現代国際法秩序の理解と認識の作業としてやっている。そして、国際法の論文を読み、国際社会における国際法

の問題を考え、この問題に対して法社会学のアプローチなら恐らくこのような理解と認識ができるというのは殆ど毎日の「新発見」と言えるくらいである。法現象および法の問題に対して「○○法」と「法○○」との対話、または共同作業が必要である。

三 法社会学に対する国際法の貢献

—— 法社会学の志向する法理論は法文化的な理論か、法過程的な法理論か ——

法社会学に対して、国際法は貢献ができる。国際法の法社会学的な分析を通して法の理論を志向する法社会学に対して、法社会学の目的と任務の再認識、法社会学の方法などの面で国際法が貢献できるというのが分かる。

法社会学は国内法を対象にして発展してきたのである。例えば、西洋の社会と法の問題意識から生まれたヴェーバーの『経済と社会・法社会学』と、東洋の社会と法の問題意識から生まれた川島武宜教授の『日本人の法意識』、『所有権法の理論』³⁵などが法社会学の代表作として知られている。これらの研究のいずれも国内法を見つめ、国内の社会と法を視点にした法社会学の先行研究である。そして、これらの研究は法

社会学の研究として西洋の社会と法、東洋の社会と法というように研究対象の地域が違うだけで、いずれも法文化のアプローチの法社会学の研究である。これらの法社会学の研究の先行性（法文化のアプローチ）と、伝統的な法解釈学と違う研究方法、問題意識の新鮮さなどで、法文化のアプローチは法社会学の主題とでもされていた。法や法制度を社会で定着させ、実現させる（東洋社会にとつて、この定着と実現は西洋の近代法と近代的な法制度の受容として考えられる）際に、社会がどのように西洋からの法と法制度を受け入れたのか、このような法と法制度は社会においてどんな影響があり、どのように変容されてきたのか、という法に関する社会的文化的要素の視点は、いわゆる法文化の視点であり、法文化そのものである。

法文化を視点にして法の実現を考えるのは、有効な方法である。『日本人の法意識』は日本の文化と法の視点でなされた日本の社会における法の実現に関する、優れた典型的な法文化のアプローチの法社会学の研究である。『日本人の法意識』は、西洋の近代法に対する東洋の社会、東洋の価値観による受容およびどのように受容すべきかについての考察をもつて法文化的な法社会学の理論を發展させた。

しかし、法文化の視点は法社会学の唯一の視点ではない。法文化的な法理論は法社会学が志向する唯一の理論ではな

い。法文化の視点のほかに法過程の視点もある。現代法社会学はこの法過程的な法理論の探求を目的としている。

法過程という視点は法文化の視点と同様に法の実現を問題意識とする。法過程の視点は、法規範が社会的関係を権利・義務的に規定する場合に、まずこの法規範がどのようなどんな過程を経て社会でどのように機能するかを問う。そして、法規範が制定される当初の目的通りに一定の秩序ある社会状態の実現を促進すると予想される。しかし、予想はあくまで予想であり、社会の中で秩序ある状態の実現およびその予想の実現を左右する要素が多数ある。だから、法規範がどのように促進されるか、促進の過程がどのように展開されるかを問わなければならない。法過程はそれを問題意識にして問う。法過程の捉え方はこのように法規範の機能の過程および使用の過程を追究するのだから、法規範の効用——社会制御の方向を分析し把握することができる。

法過程のアプローチは社会における法規範および法規範の機能の究明を通して法の実現を考える。だから、法の受容者および法の使用者の価値観および行動様式と関連づけて法の実現を考えるとこの法文化のアプローチとは違う。この違いにより、法文化的な法理論と法過程的な法理論の強調したいところは違う。法文化のアプローチは法規範の外部から法規範の使用者および使用条件から法の実現を考えるから、法文

化的な法理論は法の外部条件をより強調する。社会の文化、価値観、歴史および経済までを動員して法文化的な法理論を構築する。国内法を対象にして発展してきた従来の法社会学には、法の受容という東洋的な発想と背景および西洋の法が異文化の東洋社会でどのように受容されたのかという西洋的な発想と背景があり、法の外部にある法の実現を影響する要因を注目がちである、という客観的な原因があるかもしれない。法過程的な法理論は法の内部を見つめて法の機能と法の実現の間のメカニズムを考えるから、法の内部条件をより強調する。法過程という点、それは法の正当性を動揺することのない絶対条件として法の実現をいかに可能にさせるかを探求する。つまり、法は受け身のものではない。法自身には法の制定、法使用、法の役割という活動的なメカニズムがある。このメカニズムの活動が法の実現を可能にさせる。法の実現が妨げられるときは、このメカニズムのどこかの過程に問題があり、その活動が阻止されたのである。この法過程の視点は、法制度が普遍的になっている現代社会および現代社会の法の現実に相応する視点だと、言える。

国際法の法社会学的分析の場合には、国内法から生じた法文化的な問題意識は国際法からは生じにくい。法過程の視点で試みるしかない。そして、法過程を視点にする法社会学の研究には国際法からの実証研究がまだない。法文化のアプロ

ーチが難しい国際法が法過程のアプローチを依頼するしかない場合には、法過程を視点にする法社会学の研究がストレートにできる。国際法のこの研究は法過程を視点にする法社会学のために国際法からの資料提供が期待されうる。法過程を視点にする国際法の法社会学的研究は、実例研究をもって法の理論を志向する法社会学にこのように提示する。つまり、法社会学は法文化的な法理論を志向する意義があったが、法過程的な法理論を志向するのは法社会学のもう一つの方法、または任務である。

結 語

1 「○○法」の実定法の発展とともに「○○法」の理解と認識は複雑になっている。この場合に、「法○○」は実定法の理解と認識に役に立つ。法社会学は「法○○」の一員として実定法の理解と認識に役に立った。例えば、法社会学の法文化の視点は多めに役に立った。今日、実定法の複雑な理解と認識のために法社会学は依然として役割を期待される。

2 実定法としての国際法の理解と認識のために、法社会学は「国際法社会学」のように役に立った。今日、国際法は変動期を迎えている。冷戦後の国際法秩序の構築、国際法の新しい法現象および問題の把握に、国際法（条約、慣習法）

自身の解釈が物足りないように見える。例えば、旧ユーゴ、ソマリアなどの一国内の問題に介入した国際法と従来の国際法の法原則としての「内政不干涉」原則、国家主権との間の関係は国連憲章の解釈だけではおそらく足りない。国際社会と国際法の法社会学の知識をかりて国際法全体からこれらの問題に対処するのは別の角度からこれらの問題に接近することができる。

3 法社会学は国内法を対象にして発展してきたのである。法社会学が系統的に独立的に法学研究を担当することのできる学問になったのは、国内法を資源としてこれらの資源を使用したから発展してきたのである。法社会学にとつて、国内法（実定法）は研究の資源である。しかし、法社会学の分野で国際法に関する研究が少ない。法社会学は実定法の資源の利用と開発が足りないと言える。法社会学の専門者は国際法には目を向いたが²⁸⁾、法社会学の専門者からの国際法の研究は少なかつた。これは、従来国際法の法としての「資格」が懷疑されたのもあるし、法社会学の専門者は国際法にそれほど馴染まなかつたのも原因だつたであらう。

4 法社会学は実定法を理解し認識するとともに、法理論を志向するといわれる。法社会学には法文化を視点にする方法がある。法文化的な法理論の構築は評価されるべきである。法社会学には法の活動を見つめて法の現実を探索する法

過程の方法もある。国際法の法社会学の理解と認識のためには法文化の視点より法過程の視点が適當である。そして、法過程の視点による国際法の法社会学の研究は法社会学の法過程の研究に資料の提供ができ、貢献ができる。

5 「法による社会制御」は法の理念であり、法に対する人間社会の期待である。しかし、法は社会のことを何でもできるものではないということ、法律家と法学者はつねに謙虚な態度を持つべきのと同様に、法社会学は法を理解し認識するための一つの方法にすぎないということを認識しなければならぬ。

(1) 拙稿は私の博士論文「現代国際法秩序——法社会学的理解」の中の一節を整理し、独立の一論文にしたものである。

(2) 「社会的関係」という言葉の中の「社会的」という言葉の説明を富永健一の「日本の近代化と社会変動」講談社、一九九〇年、四〇〜四一頁を参照

(3) 棚瀬孝雄、同編「現代法社会学入門」序言「法律文化社、一九九五年

(4) 六本佳平「法社会学入門」テュトリアル18講「有斐閣、一九九一年、一頁

(5) 村瀬信也「条約規定の慣習法的効力」寺沢一、山本草二、波多野里望編「国際法学の再構築」上「東京大学出版会、一九七八年、四頁

- (6) 例えば、渡辺洋三『法社会学と法解釈学』岩波書店、一九五九年
- (7) 六本佳平『法社会学』、『法学教室増刊』、一九八五年、一五九頁
- (8) 六本佳平、前掲論文(注7)
- (9) 棚瀬孝雄、前掲論文(注3)
- (10) 棚瀬孝雄、前掲論文(注3)
- (11) 六本佳平『法社会学』有斐閣、一九八六年、『序言』二頁
- (12) 川島武宣『科学としての法律学』川島武宣著作集第二巻『岩波書店』、一九八二年
- (13) 国際法の法的性質に関して以下の論文を参照すればよい…
横田喜三郎『国際法の法的性質』、『国際法論集』有斐閣、一九七六年
尾崎重義『国際法の法的性質に関する覚え書き』、『国際法外交雑誌』、一九八四年六月
- 廣瀬和子『国際法の法的性質』、『法学教室』No.54
- (14) 『法使用』の定義を六本佳平前掲書(注11)一九七頁参照
- (15) 廣瀬和子『核兵器と平和的生存権——国家の論理と人類の論理の相克』大沼保昭編『国際法、国際連合と日本』弘文堂、一九八六年、二五二頁
- (16) 廣瀬和子『紛争と法——システム分析による国際法社会学の試み』勁草書房、一九七一年
- (17) 廣瀬和子『国際社会の変動と国際法の一般化——一九世紀後半における東洋諸国の国際社会への加入過程の法社会学的分析』寺沢一編前掲書(注5)
- 廣瀬和子『国際社会と法』武者小路公秀、蠟山道雄編『国際学——理論と展望』東京大学出版会、一九七六年
- (18) 廣瀬和子『国際社会の構造と平和秩序形成のメカニズム——強
- 制措置の実効性を中心に』廣瀬和子・綿貫讓治編『新国際学——変容と秩序』東京大学出版会、一九九五年
- (19) 自分の経験からいえば、廣瀬教授の『国際法社会学』の研究のように国際法と法社会学をつながるのは、どのように研究を進めるかについて多くの啓示を与えてくれた。啓示というのは研究の分野で大事なことである。
- (20) 廣瀬和子、前掲書『紛争と法』(注16)
- (21) 廣瀬和子、前掲書『紛争と法』
- (22) 廣瀬和子、前掲書『紛争と法』
- (23) 大沼保昭『国際法学の国内モデル思考』大沼保昭編前掲書(注15)
- (24) 『形式的・合理的』な法と『実質的・合理的』な法というのは、ヴェーバーのテーゼである。ヴェーバー『法社会学』創文社、なお、詳細な紹介は以下の文献を参照すればよい…
六本佳平前掲書(注11)『法社会学』、六五頁〜七九頁
石村善助『法社会学序説』岩波書店、一九八三年、一七九〜二〇二頁
- (25) 村瀬信也『現代国際法における法源論の動揺——国際立法論の前掲的考察』、『立教法学』二五号、一九八五年、九八〜九九頁
- (26) 同氏の意見、村瀬信也の前掲論文(注25)一〇四頁を参照
- (27) 馬場健一『法化と自律領域』棚瀬孝雄編前掲書(注3)、七三頁
- (28) 六本佳平、前掲書(注11)、二五〇頁
- (29) 中野敏男『制度としての法』と討議の系統——『法化』問題とハーバースマス法——社会理論の可能性、『法社会学』第四十四号、四九頁

- (30) 「法的制御」という言葉は川島武宜教授の法社会学の用語として使われている。例えば、『紛争と法・法社会学講座』5、岩波書店、一九七二年(二頁)をはじめとして「法的制御」という用語は使われている。同じ意味で、「法的統制」の言葉もある。例えば、碧海純一『法と社会』中公新書、一九六七年、六六頁。一般的に言っている「法の支配」と同じ目的がある。
- (31) 尾崎重義教授が筑波大学大学院国際法のゼミで安全保障理事会の民主化の必要を強調した。
- (32) 田中剛夫『国連の理念と現実——冷戦後の国連を考える——』大阪経済法科大学『法学研究所紀要』一九九年九月、一二五頁
- (33) ルーマン『法社会学』(村上淳一、六本佳平訳)岩波書店、一九七七年
- (34) "The Nature of the Subjective Element in Customary International Law", Othfemi Elias, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 44 (1995) "The Role of State Consent in the Customary Process", I. M. Lobo de Sousa, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 44 (1995)
- (35) 川島武宜『日本人の法意識』川島武宜著作第二巻、岩波書店、一九八二年
- 『所有権法の理論』川島武宜著作集第四巻、岩波書店、一九八二年
- (36) 川島武宜『法の社会学理論の基礎づけ——法の社会制御を中心として』川島武宜著作集第二巻、岩波書店、一九八二年、二九〇頁
- 『法の科学理論』川島武宜著作集第二巻、岩波書店、一九八二年、三四六〜三四七頁

(大学院博士課程)