慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「国際法の完全性」(二) : その理論史と概念整理
Sub Title	"The completeness of international law" : its history and current status (2)
Author	明石, 欽司(Akashi, Kinji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.5 (2011. 5) ,p.81- 108
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110528-0081

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「国際法の完全性」（二）

――その理論史と概念整理――

明石欽司

序論
第一章　「国際法の完全性」を巡る諸理論の前史
㈠　はじめに
㈡　一六世紀から一八世紀前半までの「国際法」理論の傾向と「国際法の完全性」
㈢　一八世紀後半から一九世紀にかけての国際法学と「国際法の完全性」
1　「欧州公法」としての国際法
2　「文明諸国間の法」としての国際法
㈣　一九世紀国際法理論と「国際法の完全性」（以上、八四巻四号）
㈤　「国際法の欠缺」論の登場（以下、本号）
㈥　「国際法の完全性」論の登場に至る経緯
1　実証主義国際法学の完成：オッペンハイムを中心として
2　法律家諮問委員会における「国際法の完全性」に関わる議論
3　戦間期における「国際法の不完全性」論
4　「国際法の完全性」論の登場とその後の理論状況
㈦　本章のまとめ
第二章　「国際法の完全性」の肯定論と否定論の理論的根拠（以下、八四巻七号）
㈠　はじめに
㈡　「国際法の完全性」肯定論の理論的根拠
1　根本規範
2　法の一般原則

3　訴訟における「当事者対抗原則」
4　消極的残余原則（The Residual Negative Principle）
5　主権の残余原則（ローチュス原則）
㈢「国際法の完全性」否定論の理論的根拠：法の不存在領域
1　国際法における欠缺の存在
2　「法から自由な領域」（rechtsfreier Raum）
㈣　本章のまとめ
第三章　「国際法の完全性」のコロラリーとしての“*non liquet*”宣言の禁止（以下、八四巻八号）
㈠　はじめに
㈡　“*non liquet*”宣言の禁止を支持する学説
㈢　“*non liquet*”宣言の許容を支持する学説
㈣　“*non liquet*”を巡る国際判例の展開
1　“*non liquet*”宣言の禁止を支持する論理を内包する国際先例
2　“*non liquet*”宣言の許容を支持する論理を内包する国際先例
㈤　本章のまとめ
結論

第一章　「国際法の完全性」を巡る諸理論の前史（承前）

㈤「国際法の欠缺」論の登場

前節で示されたような一九世紀国際法学の理論状況の中で、「国際法における欠缺」それ自体を論じた諸著作が登場する。そして、その最初期の著作と思われるものが一八七〇年に上梓されたトレンデーレンブルク（Adolf Trendelenburg）の『国際法における欠缺：一八七〇年からの考察と提案』である。[93]

この著作の冒頭には、一九世紀国際法学に関する本稿の評価と軌を一にするものとも言い得る言葉で国際法に関する著者の理解が示されている。即ち、「様々な実定的要素が欠如している国際法は、常にそして法の他の分野よりも頻繁に、理論及び実行において自然法に回帰してきた」[94]というものである。そして、このような国際法認識に立ちながら、トレンデーレンブルクは、実定国際法、特に、交戦及び中立に関する国際法規範について論じている。

六四頁から成る同書の前半部分では、カント（Immanuel Kant）の『永遠平和のために』（*Zum ewigen Frieden* (1795)）の内容が論じられながら、「戦争（それが世界の中で最も不正なものであるにも拘らず）が望まれることを妨げるための十分な道具を国際法は何ら有していない」ということが「国際法における欠缺（Lücke）」であり、国際法はそのような状態に永遠にとどまるであろうとされている。[95]

同書の後半部分では、「戦争の勃発は観察者をさらなる国際法の欠缺に導く」[96]として、先ず、普仏戦争において中立であった英国の通商に関連する中立法の実効性の問題点が指摘される。そして、それらの中立法に関して、「法は不明確」であり、「そうであるとするのならば、そこには国際法の欠陥（Mangel）が存在する」[97]とされる。また、戦時禁制品（Contrebande）に関する問題を巡っても「国際法における欠缺は明らかであると思われる」とされ、[98]更には戦争法全体について「共通する諸条約の若干の規定を除いて、全当事国にとって拘束力のある法規定を戦争について有していないということは、国際法における一つの欠缺である」[99]とも主張されている。

以上の論述内容から理解されるように、トレンデーレンブルクは当時進行中の普仏戦争における国際法（戦争法・中立法）の適用という現実的問題を論じている。そして、そこでは、「[国際法は]法とは称されるものの、それに従って法を宣言する裁判官が何ら存在しないということは、国際法の好ましからざる状態」[100]であるとされ、国際法の構造上の問題点も意識されている。しかし、その「欠缺」とされている事柄は飽くまでも、現実の戦争の中で発生している問題についての具体的な適用規範の有無という観点から評価されているのであり、次章以下で論じられる国際法の観念的・理論的な完全性や国際裁判における裁判規範の存否といった観点から論じられているのではないことは確認されるべきである。

次に注目されるのがウェストレイク（John Westlake）の所論である。彼は一八九四年に上梓された著作において「国際法の諸原則」を論ずる中で、欧州（キリスト教）文明を共有する諸国間における「一般的同意」（gene-

ral *concensus*）こそが（欧州的）国際社会における規則を生み出す唯一の権威であるとの前提に立ちつつ、次のような記述を残している。

「一国内の紐帯（the state tie）を超越する事柄について、そして社会の合意（the consent of a society）に基づく規則が欠如している（wanting）限りにおいて、国家の活動を指導する者たちは彼らの良心（consciences）にのみ従わなければならない。当該活動を許容する規則の欠如は全ての活動を排除するのではない。……［中略］……規則が欠如しているにも拘らず、国家が活動を行わねばならない場合には、当該国家は可能な限り或る規則が先例に基づいて形成され得るように活動しなければならない[101]（it ought as far as possible so to act that a rule might be framed on the precedent）。」

このように、ウェストレイクは、国際法における欠缺の存在を承認し、欠缺の場合には「良心」に従って国家（の指導者）は行動するものとしているのである。また、ここで同時に確認されるべきことは、ウェストレイクが国際法の欠缺を論じている文脈は行為規範の問題の文脈であるということである。

二〇世紀に入ると、オッペンハイム（Lassa Oppenheim）が、一九〇八年発表の「国際法学：その任務と方法」と題された論文において、国際法における欠缺の存在を前提としたものと解される主張を提起した。この論文において彼は、近代国際法の歴史や様々な国際法の方法論に触れ、「現在では自然法及び『自然』国際法を教授することについて我々は最早正当性を有しない[102]」とし、また、「国際法否定論者」の説も妥当しないとした上で[103]、実証主義について論ずる。そして、「類推による（*par analogiam*）結論がそれを受容することを明白且つ絶対的な必要である」とする場合を除いて、「学者の任務は国際法の現行規則における欠缺（gaps）を補充することで

はない」旨が主張される。更に、「勿論、欠缺は視野に入れられなければならない」という前提で、立法論と実定法論の截然たる区分の必要性が説かれるのである。[104]

また、ツィテルマン（Ernst Zitelmann）は、一九一九年に『国際法の不完全性』[105]と題された著作を公刊している。彼は、一九〇三年に上梓された『法の欠缺』[106]において、法学一般における欠缺を巡る問題を既に論じていた。同書における考察を前提として、一九一九年の著作では国際法における法の欠缺が論じられているのである。それでは、『国際法の不完全性』においてはどのような議論が展開されているのであろうか。

ツィテルマンは積極的に法実証主義の側に立つ。彼は、国際法の法源として条約と慣習法のみを承認するだけに止まらず、第三の法源を「自然」（Natur）に求めるという学説には与しないことを明言しているのである。[107]その上で、彼は国際法の不完全性を次のような幾つかの側面から説明する。

ツィテルマンは先ず、国際法上の諸規定の「法文」としての内容の不十分さを指摘している。即ち、「国際法においては、多くの法文が、特に戦争に関するものについては全てが、明らかに極めて僅かな状況にしか適用されない」とされ、国際法の現実不適合性が論じられている。[108]同様の事柄は、「所謂国際法はその大部分が法文からではなく、道義（Sittlichkeit）、人道（Menschlichkeit）、正義（Gerechtigkeit）等々の考慮を根拠として提起される要求（Anforderungen）から構成されており、そのために人はここで紛争がどれほど容易に発生するかを理解する」[109]という記述からも理解されるのである。

次に問題とされる事柄が、国際法の不確実性である。著者は、外交官が接受国政府に対する反政府活動に関与した実例を挙げ、当該行為が外交官の不可侵権にいかなる法的帰結をもたらすかについて、「これまでの国際法上の実行からは何らの解答も与えられない」[110]とする。

更に、慣習法が内容的に不明確であることや条約の条文が際限ないまでの疑念の余地を内包していることが指

摘されている。条約の条文の不明確性については、（人間が有する言語では完全に疑念の余地のない規定を作成することは不可能であるため）国内法においても同様である。しかし、国内法では、そのような不明確性は学術文献による徹底的検討が行われ、多数説が構成され、また最高裁判所により統一される判決によって法文中の疑念が解消されるのに対して、「国際法には両者とも欠如している」のである。[111]

以上の他にも、（国内法とは異なり）国際法では留保が認められることは国際法の欠点であるとされ、[112] 各条約が「事情変更原則」（die sogenannte Klausel der unveränderten Umstände, clausula rebus sic stantibus）という黙示的条項（die stillschweigende Klausel）を包含することも問題視されるなどしている。[113]

このような議論から理解される事柄は、前述のトレンデーレンブルクにおける「国際法における欠缺」と同様のものである。即ち、国際法が内包する現実的問題点（具体的規範の欠如・不明確性の問題等）の存在を指摘することによって「国際法の不完全性」が論じられている（しかも、その議論は国内法制度を基準としての比較という観点から展開されている。[114]）のであり、国際法の観念的・理論的な完全性や国際裁判における裁判規範の存否といった観点から論じられているのではないのである。

㈥ 「国際法の完全性」論の登場に至る経緯

1 実証主義国際法学の完成：オッペンハイムを中心として

以上のような状況の中で、オッペンハイムの『国際法』第一巻初版が一九〇五年に公刊される。[115]

オッペンハイムは、「国際法（Law of Nations or International Law (Droit des gens, Völkerrecht)）とは、文明諸国によってそれら相互間の関係において法的に拘束力があるとみなされている慣習上及び条約上の諸規則の総体（the body of customary and conventional rules）の名称である」との定義を示す。[116] そして、国際法の基盤（basis）が

諸国の「共通の同意」（common consent）である旨を説明した上で、同意には「明示的同意」と「黙示的同意」のみが存在すること、それゆえ「条約（treaties）と慣習（custom）が排他的に国際法の法源（the sources of the Law of Nations）である」とする。[117]

但し、このオッペンハイムの理論の中で注意を要すると思われる点は、「同意」と「法源」の関係である。彼は、「共通の同意」について、それが当該共同体（community）の個々の構成員の全てによる同意ではなく、「反対する者が、いかなる意義も有さず、また共同体の個々の構成員に対比しての統一体としての共同体（the community as an entity）の意思を探求する視界から完全に消え失せてしまうような、構成員の圧倒的多数の明示的又は黙示的な同意を意味し得るのみである」としている。[118] その上で上述のように、「明示的同意」が「条約」とされ、「黙示的同意」が「慣習」とされていることから、彼がいう「条約」からは少数国間での合意により作成された条約が排除されることになりそうである。

しかし、そのようには条約は観念されていない。なぜならば、彼は、「将来の国際的活動のための新たな規則を規定するか、既存の慣習規則を確認、定義又は廃棄するような条約のみが国際法の法源であることを強調する必要がある」とし、「そのような条約は立法条約（*law-making treaties*）と呼ばれなければならない」とした後に、「多数の立法条約は二・三ヶ国のみによって締結され、それらの条約が創出するものは特別国際法（*particular* International Law）である」としているからである。[119] つまり、彼の国際法観念から排除されているものは所謂「契約条約」なのである。

しかしながら、このことはまた、上述の「条約」が「共同体構成員の圧倒的多数による明示的同意」によるものと解される記述と矛盾を生み出すように思われる。オッペンハイムの論理を矛盾なく説明するためには、少数国間で締結された（立法）条約が直接規律するのは当該条約の当事国のみであるが、当該条約が存在し、法的効

力を有することについての同意が圧倒的多数の国家によりなされているとの理解に立つことが必要となるが、このように理解すべきことについて、オッペンハイムは明示的に論じてはいないように思われる。

このような矛盾の解消の問題は残るものの、オッペンハイムの国際法観念の特色として挙げられ得るのは、彼が一般国際法（*general* International Law）を重視する点である。それは、彼の「同意」を巡る記述に現れているだけではない。「圧倒的多数の国家による黙示的同意」の表出としての「慣習」という理解、更には、慣習こそが国際法の元来の法源（the original source of International Law）であり、条約の法源としての地位は慣習に基づいている旨が強調されている箇所[120]からも窺われるのである。

以上のようなオッペンハイムによる国際法の定義と法源の定式化には、それ以前に存在していた法源を巡る国際法理論を継受している側面と、新たな側面が混在している。前者の側面は、一般国際法の重視（少数国間での条約の軽視）という点に示されており、後者の側面は、法源における非実定法的要素を完全に払拭している点に示されている。そして、この二つの側面は、その後一九二〇年代に至るまで国際法概説書の中に看取可能である。

例えば、フライシュマン（Max Fleischmann）の手による改訂を経て一九二五年に公刊されたリスト（Franz von Liszt）の概説書第一二版における「国際法の法源」（Quellen des Völkerrechts）に関する記述がそれに該当する。同書において国際法の法源は「一般的法的信念の表明としての現実の慣行（Übung）を通じて発生する慣習法」と「制定法」（gesetztes Recht）（「条約」（Vereinbarungen）と紛争となっている事柄についての合意を示すことになるという意味での裁判の判決からなる）とされる。非実定的要素がここでは排除されているが、それに加えて注目されるのは、ここで挙げられている「合意」の例である。即ち、一八一五年のヴィーン会議議定書や一八五六年の「海上法ノ要義ヲ確定スル宣言」といった多数国による意思が表明されたもののみが挙げられており、（全ての国家を拘束するという意味で）一般的適用のある国際法規範のみが問題とされている。[121] つまり、同書では、個

別の二国間乃至少数国間の条約は（それが一般的規範と関連しない限り）国際法の法源とはみなされないと考えられているものと解されるのである。

また、一九二四年にヒギンズ（Alexander Pearce Higgins）により改訂されたホール（William Edward Hall）の概説書（第八版）では、「実際に使用されている具体的規則」が着目され、そのいわば証拠として慣行（usage）と条約が挙げられている。[122] このことから、この概説書では（「慣習」という言葉が使用されないままに）国際法が慣習として存在する規則としてのみ論じられているものと解されるが、ここにも非実定的要素の排除と一般性志向が存在していると言えよう。

更に、一九二七年に公刊されたハーシー（Amos S. Hershey）の概説書では、「実定国際法の主要な法源は、(1)黙示的同意（tacit consent）と模倣（imitation）に基づく慣習、及び(2)多数国間条約（convention）または条約（treaties）による明示的合意（express agreement）である」[123] とされ、オッペンハイムに見られたと同様の二つの側面が明確に現れている。この時期のその他の国際法概説書に同様の傾向を見出すことは容易である。[124]

国際法の「法源」を巡る理論状況がこのようなものであった時期に、国際法の法源や完全性に関する議論に最重要と思われる影響を与えることとなったＰＣＩＪ規程起草のための法律家諮問委員会（Comité Consultatif de Juristes）が開催されるのである。

２　法律家諮問委員会における「国際法の完全性」に関わる議論

以下では、ＰＣＩＪ規程起草作業に従事した法律家諮問委員会における議論を紹介するが、同委員会における同規程起草経緯については、多数の先行研究において論じられているため、同委員会の議論の中で本稿の主題に関連すると思われる点を略述するにとどめることとする。[125]

法律家諮問委員会は、その第一三回会合（一九二〇年七月一日）・第一四回会合（同二日）及び第一五回会合（同三日）において、設立予定の国際裁判所における裁判準則に関する討議を進めた。[126] その中で、第一三回会合において議長デカン（Baron Descamps）が次のような条文案を提示した。

「以下の規則が国際紛争の解決において裁判官により適用される。それらは裁判官により以下に示された順で検討される。

1. 一般又は特別条約で、諸国により明示的に採択された規則としての条約国際法
2. 諸国により法として認められた諸国間の慣行としての国際慣習
3. 文明諸国民の法的良心が認めた国際法の規則
4. 法の適用及び発達のための手段としての国際法学説」[127]

この議長提案の中で、本稿の主題との関連で最も重要となるものが第三項である。同委員会の議事録からは、この提案、そして最終的にＰＣＩＪの裁判準則に「法の一般原則」が含まれることになったのは、強制的管轄権（compulsory jurisdiction）との関連という文脈においてのことであったことが看取可能である。[128] 即ち、強制管轄権がＰＣＩＪに認められるとするならば、適用規範の不存在による裁判不能（*"non liquet"*）という事態は回避されなければならず、そのための方策として「法の一般原則」が含まれることとなったのである。[129]

委員の中には、「異なる国々において異なる理解が与えられる諸原則を適用する裁判所」の強制的管轄権を世界は認めないであろうとして、議長提案に挙げられた「文明国の法的良心が認めた国際法の規則」のような規範を裁判所が適用することに反対する意見もあった。[130] しかし、委員会の大勢は、*"non liquet"* の宣言は許されない

とする意見であった。[131] そのために、最終的に議長提案に対する修正案が採択され、その中で「文明国が認めた法の一般原則」が盛り込まれた。[132] つまり、「法の一般原則」はＰＣＩＪが“*non liquet*”の宣言を回避するために登場したのである。[133]

以上の経過の中で留意されるべきことは、「法の一般原則」を必要とするような事態が発生し得るという認識が法律家諮問委員会の構成員の間で共有されていたということである。つまり、条約と慣習法のみでは法の欠缺が生ずるであろうことが、「法の一般原則」導入の前提にあったのである。例えば、或る委員は次のような見解を示している。

「条約法上の又は一般法上の何れの規則も適用可能ではない場合があるであろう。適用可能な規則の欠如によって裁判所が自らの無能力、即ち、“*non liquet*”、を宣言する可能性を回避するために、この事態に対処するための規則が確立されねばならない。[134]」

更に、「法の一般原則」の採用はもう一つの側面からも意味があるものと解される。即ち、司法立法との関係である。法律家諮問委員会の大勢を占めた見解は、国際裁判所の“*non liquet*”宣言の禁止であったと同時に、司法立法もまた許されないというものであった。これは大陸法系の諸国の裁判官に比して裁量の幅が広いと考えられる英米法系の諸国出身の委員にも共通するものであった。[135] そして、この二つの事柄は場合によって（その一つの場合が、国際法の欠缺が存在する場合となる。）相互に矛盾することとなる。[136] つまり、「法の一般原則」が採用されたことにより、司法立法も回避されるものと考えられたのである。

以上のことから、「法の一般原則」の導入により、“*non liquet*”という事態も司法立法もＰＣＩＪにおいては発

生しないことになり、その意味において「国際法の完全性」が成立するものとPCIJ規程の起草者により認識されていたことが理解されるのである。そして、これに加えて、次の事柄も理解されなければならない。

前述のように、当初「法の一般原則」が議論の俎上に登ったのはPCIJの強制管轄権との関連においてであったにも拘らず、結果的には後者は採用されることのないままに前者のみがPCIJ規程中に盛り込まれた。このような経過は何を示唆するのであろうか。ここでは次の二点が挙げられ得る。先ず、合意規範としての国際法の下で設立される国際裁判所が合意管轄を越える管轄権を有することを認めることには、起草者たちの間に依然として抵抗があったことである。次に、実定国際法規範を「条約」と「慣習法」に限定することがもたらし得る「国際法の欠缺」それ自体に対する抵抗感の存在である。この段階では、管轄権が強制的なものであっても、非強制的なものであっても、付託された紛争に関して裁判不能となるような状況を回避することに重きが置かれていたものと推測されるのである。（但し、既に確認されたように、当時の学説においては「条約」と「慣習」のみを「国際法の法源」とする説が支配的であったことを勘案するならば、「法の一般原則」を加えることに法律家諮問委員会の構成員がどのような見解を抱いていたのかは依然として問われねばならない問題である。[137]）

尚、「衡平及び善」（*aequum et bonum*）による裁判の可否については、法律家諮問委員会により作成されたPCIJ規程草案には含まれなかったが、最終案を採択した国際連盟第一回総会（特に、第三委員会内に設置された小委員会）における討議の過程で挿入されたものである。[138]「衡平及び善」が裁判規範としての国際法の「完全性」を担保するという評価を下すことは可能である。しかしながら、実定法としての国際法の完全性を問題とする場合には、「衡平及び善」は考察の対象外に置かれなければならない。本稿においては、次章以下での考察が実定法及び実証主義の範囲内に限定されており、「衡平及び善」と「国際法の完全性」の関係についての考察は（参照文献中で紹介されている場合を除いて）行われない。

3　戦間期における「国際法の不完全性」論

さて、このような法律家諮問委員会における議論とＰＣＩＪ規程の採択によって、「国際法の完全性」理論が直ちに優勢になることが予想される。しかし、国際法学の専門文献の中ではそのような状況は発生せず、「国際法の不完全性」や「国際法の欠缺」を肯定する論調が戦間期にも依然として強かったように思われるのである。（実際に、この問題を扱う論考の多くが言及しているラウターパクトの著作が登場するのは一九三三年のことであり、以下に挙げられる論考はほぼそれ以前のものである。）以下では、戦間期において「国際法の不完全性」を論じた論考を紹介することとする。

先ず、専門研究書として最も早期に「国際法の完全性」を問題としたものが、ブルクハルト（Walther Burckhardt）の『国際法の不完全性』（一九二三年）である。この著作では、その冒頭で「今次の戦争の間にそしてそれ以降に、国際法の不完全性について多くの議論が存在した」[139]と述べられ、この問題を巡る学問状況が示されている。（ここには、前節で確認された戦争の発生という現実に由来する国際法の不完全性という認識が示されているものと解される。）そして、ブルクハルトは、国際法が不完全であることの根拠として三つの「欠陥」（Mänge）を挙げ、各々についての説明を加えている。即ち、第一に「国際法は何らの強制力も有さない」こと[140]、第二に「国際法が抽象的（即ち、非組織的（organisationlos））法秩序であるという事実から、国際法は諸国家からなる組織（die Organisation der Staaten）に指示を与えることはできない」こと[141]、第三に「何が現行法であるのかを決定することの困難性」[142]である。これらの「欠陥」は国際法の構造的な問題であり、前節で挙げられた「国際法の欠缺」を論ずる諸論考と同様の視点からの「国際法の不完全性」の説明であることが理解される。また、新たな組織である国際連盟への言及は見られるものの、ＰＣＩＪ規程への言及はない。このことも、国際法の「法源」に

おける欠缺という観点からの議論ではないことの表れと理解されるのである。

また、ポリティス（Nicolas Politis）は『国際裁判』と題された著書におけるＰＣＩＪ規程第三八条に関する論述の中で次のような議論を展開している。

ポリティスは先ず、「裁判所［ＰＣＩＪ］は、当事国の正式な合意による場合を除く他は、衡平（équité）に従って判断することはできない」ことを確認する。その上で彼は、「実定規則又は文明国が認めた法の原則が欠乏（faute）している時には、それ［ＰＣＩＪ］は自らが裁判をすることが不可能であると認め得る」とし、そのような裁判不能（それをポリティスは「期待外れの光景」（le décevant spectacle）であるとする。）を回避するためには、「衡平に基づく判断の承認を当事国に要請することが唯一の手段となる」とする。この要請を当事国が拒絶することは殆どあり得ないと彼は判断している。なぜならば、そのような要請を拒絶する場合には、「それら［当事国］は、“*non liquet*”を宣言する必要に裁判所を追い込むという重大な責任を負うことになる」からである。それでも、彼は、「法の不足（insuffisance）を理由として判決を下すことができない」という状況にＰＣＩＪが陥るという危険は残るのであり、また、「国際法の欠缺（lacunes）がその［ＰＣＩＪの］義務的管轄権の拡大にとっての障害とならないかという恐れがある」との懸念を表明している。[143]

以上の論述からは、ポリティスが、国際法に欠缺が存在することを前提として、ＰＣＩＪ規程において「衡平及び善」に基づく裁判の可能性が認められていると考えていることが理解される。しかし、彼は「衡平及び善」を積極的に活用するという見解を示すのではなく、むしろ、彼の原則的立場は「国際法の不明確（obscurité）又は不足（insuffisance）の場合には、それ［ＰＣＩＪ］は判断を下すことを拒絶できるし、そうしなければならない」[144]というものなのである。尚、この論考ではＰＣＩＪ規程第三八条について具体的言及が行われているが、この点がこの論考以前の「国際法の不完全性」や「国際法の欠缺」を扱った諸論考とは異なるという点も指摘され

なければならない。

次に、一九二六年のミュルデ（Arnold Mulder）の論考が挙げられる。彼によれば、「法の『無欠缺性』（Lücken-losigkeit）というドグマは政治的三位一体論（la théorie de la trinité politique）の産物」であり、「革命が管轄権の統一をもたらした国家においては、このドグマは地域的慣習（それはこの新たに獲得された統一にとって重大な危険と思われた）の抑圧のよき手段として現れた」という。[145] この論述からは、ミュルデが中央集権的な統治形態を有する国家や組織化された社会においてのみ「法の無欠缺」が可能であるとみなしていることが理解される。実際に、彼は先ず、「成文法の無欠缺」について、成文法が或る程度発展した社会においてでなければ維持され得ないのであって、その点で慣習法が重要な部分を構成すると考えられてきた国際法においては、成文法の無欠缺という論理は支持され得ないとする。[146] 更に、彼は、法規則が過度に制限的である場合と過度に拡張された場合に各々欠缺が発生するとし、この二つの欠缺は国際法にも妥当するものとする。[147] つまり、国際法は、それが妥当する社会の構造と国際法規範それ自体の性質という両面において、無欠缺ではあり得ない旨が主張されているのである。

先述のポリティスの論考と同様にこのミュルデの論考は、ＰＣＩＪ規程第三八条の評価も行っている。そして、同条において「法の一般原則」による判決が認められたことによって裁判官の裁量が十分に大きなものとなったとされつつも、それにより欠缺が補充されると考えることは必ずしも正当ではないとされている。更に、法の欠缺が発生している場合にはＰＣＩＪは“*non liquet*”を宣言しなければならないとされているのである。[148]

以上の他にも、後述（第三章㈢）の「“*non liquet*”宣言の許容を支持する学説」の中で挙げられるシュトルップ（Karl Strupp）も国際法における欠缺の存在を前提して“*non liquet*”の可否について論じており、[149] これもまた戦間期における「国際法の不完全性」論に属するのである。[150]

4 「国際法の完全性」論の登場とその後の理論状況

前節及び本節における記述から理解されるように、「国際法の欠缺」の存在や「国際法の不完全性」を承認する論考は一九世紀後半（本稿で確認された限りでは一八七〇年）以降或る程度継続的に公刊されてきたのであり、そのような現象はＰＣＩＪ規程の起草作業後も続いた。これに対して、「国際法の完全性」を支持する議論が提起されたのは同規程の作成後若干の時間が経過してからのことであった。即ち、一九二九年に上梓された著作において展開されたウィリアムズ（John Fischer Williams）の次のような議論が「国際法の完全性」を肯定（しようと）する最初期のものと考えられるのである。

ウィリアムズは、先ず、国際社会における「法の支配」の貫徹の重要性を提起した後に、「自らの権利についての判決を望む諸国が当該事件について適用可能な法が存在しないと宣告されるというような性質を有する国際法の『欠缺』（“gaps”, “*lacunae*”）は存在するのであろうか」と自問し、「私はそのような欠缺が何ら存在しないと信ずる」と自答する。そして、「判決のために付託されたならば、自らが決定不能であることを宣言することを常設国際司法裁判所が強要されることになるような権利に関する国際紛争は何ら存在しないことを私は信ずる」と述べられているのである。[151]

また、同じく一九二九年、そして三三年に『外国公法・国際法雑誌』に分載された「法秩序としての国際法（Ⅰ）・（Ⅱ）」の中で、ブルンス（Viktor Bruns）は、ウィリアムズよりも詳細に「国際法の完全性」を論じている。

ブルンスは、（次章で論じられる「法から自由な領域」（rechtsfreier Raum）論に反論する中で）或る社会において明示的法規定が存在しない場合には、当該社会の法原則の具体化というかたちで法を宣言することが裁判官の使命であるとする。（それは「司法立法」ではないと考えられている。）そして、国際裁判の裁判官もまた、個々の事

件について社会の裁判規範（Entscheidungsnorm）を法秩序から明らかにするという使命と義務を負うことを指摘し、次のように述べる。「殆どの事件において明示的な条約規定が存在せず、また所謂慣習法が僅かな役割しか演じないのであるから、彼［国際裁判の裁判官］は、一般的法原則から具体的規範を導き出すという状況に、国内裁判の裁判官に比してずっと頻繁に直面するであろう。」(152)

また、ブルンスは、或る社会が当該社会の一般的法原則からの完全な具体化が行われた法秩序を有するという段階には何れの社会も達していないことを認めた上で、次のように主張する。

「しかし、このことから法の不存在領域（rechtsleerer Raum）という結論が導き出され得るのではない。法文として妥当な具体化が依然として行われていない領域のために社会が自らの憲法（Verfassung）の中に個々の場合に裁判規範の確定のための手続と機関を定めているならば完全に十分である。確かに現在は不完全な方法においてではあるが、この前提条件を国際法秩序も充足している。国際法秩序には当該社会の裁判官が欠如し、それ［国際法秩序］は裁判官を個別の条約共同体の中で知るのみである。［原文改行］法秩序の普遍性又は完結性（Geschlossenheit）は……［中略］……法律問題についての“*non liquet*”を認めない法秩序の実定法的特質であるだけでなく、むしろ各々の法的整序（rechtliches Ordnen）の先験的必然（apriorische Notwendigkeit）なのである。」(153)

ブルンスは、更に、「法秩序の完結性」（die Geschlossenheit der Rechtsordnung）に次のような定義を与える。即ち、「法秩序の完結性は、それ［法秩序］が法共同体の構成員の全ての関係についての法原則を含むこと、したがって、或る国家の他の国家に対する個々の行動がその合法性について審査されることを意味する」というものである。そして、彼は「法秩序としての国際法はそれ自体で完結した規則の体系（Regelsystem）である」と

して、「国際法の完結性」（本稿における「国際法の完全性」）を支持するのである。[154]

このように、ブルンスは国際法や国際社会の現状が（恐らくは比較の対象として国内司法制度を念頭に置いて）不完全であるとしつつも、国際法それ自体は自己完結的な制度を構成しているとし、裁判規範（「或る国家の他の国家に対する個々の行動がその合法性について審査される」）としての国際法が完全であるとするのである。

以上の二者に比して、より強力に「国際法の完全性」を論じたのがラウターパクトである。彼は一九三三年公刊の著書『国際共同体における法の機能』において、「国際法の完全性」について次のような議論を展開している。

ラウターパクトは、先ず、一九二〇年の法律家諮問委員会における討議とその結果としての「法の一般原則」の導入によって国際法は無欠缺となった旨を主張する。[155] また、国内法において学説上は欠缺の存在と裁判の限界が論じられるが、実際にはそのようなことは容易に想像できないとの主張が展開される。[156] その上で、彼は次のように断ずる。

「基本的法原則の問題として、裁判官に対して、彼の前に提起された全ての事件において、原告に有利であれ不利であれ、判決を下す責務（duty）を課すために何らの実定法の明示的規定も必要ではない。制定法又は慣習法の個別分野の完全性とは区別される法の支配の完全性（the completeness of the rule of law）は、全ての法体系の先験的前提（an *a priori* assumption）であって、実定法の命令（prescription）ではない。先験的前提の問題として、訴に対する宣言の拒絶の結果として法の支配が崩壊することが法の意思であると理解することは不可能である。一つの制定法又は制定法の総体において欠缺は存在し得よう。慣習法の様々な発現（manifestations）において欠缺は存在し得よう。［しかし、］全体として捉えられた法体系には何らの欠缺も存在しないのである。[157]」

ここでは、何れの法体系についても（即ち、国内法体系であるか国際法体系であるかを問わず）無欠缺であるとされている。つまり、ラウターパクトにとって、国内法であるか国際法であるかを問わず、個別の実定法規範における欠缺の存在の有無は本質的問題ではなく、「法の支配」という法の存在意義を支える前提として法は完全でなければならないのである。

ラウターパクトはその後、オッペンハイムの概説書の第五版の編者となるが、その第二巻（「紛争、戦争及び中立」）の冒頭で論じられる「法律的紛争」と「政治的紛争」の区別についてやや詳細な註を付している。[158] そこでは、そのような区別が主張される際の基準として次の三つが考えられてきたとされる。即ち、国際法の発展の不十分さに由来する実定法の存否、国家の重大利益、そして当事国の意思である。ラウターパクトは、これら三つの基準について何れも反論を加えているが、特に第一の基準について、「非科学的（unscientific）であるとする傾向」が強まっていること、法の不存在を理由とする裁判拒否の禁止という「基本的法原則」に反すること、ＰＣＩＪ規程第三八条の実際上の無制約性に合致しないこと、そして国際裁判の先例において援用可能な規範がないことを理由としての裁判拒否は存在しないことを挙げて強く反対している。これらは基本的に一九三三年の著書における論述の繰り返しであると共に、次々章で論じられる“*non liquet*”宣言の禁止の主張に連なるものであって、何れにしろ「国際法の完全性」の主張であったのである。[159]

㈦　本章のまとめ

本章において以上に論じられてきた事柄から、次の四点を指摘することが許されよう。

第一に、本章で考察の対象とされた諸文献の中で「国際法の完全性」を積極的に提示するような理論は戦間期

に至るまで見出されない。理論的には自然法（更には、「書かれた理性」（*ratio scripta*）としてのローマ法）を媒介させることによって「国際法の完全性」が担保されるとの立論は可能であり、また、一九世紀末に至るまで（程度の差や盛衰はあるものの）自然法を国際法の定義や法源の中に含む理論は常に存在していた。しかし、それらの理論は「国際法の完全性」を自覚的に論じたものではなかったと判断されるのである。

第二に、一九世紀末に至るまで、規律主体（国家や君主）の一般性という意味における国際法の一般性が重視される傾向にあり、一般性を有しない条約を法源から排除するという理論（ホィートンやウールズィーの例）も存在したことも確認されるべきである。（そして、この国際法の規律主体の一般性の確保は、二〇世紀に入り国際法の実証主義化が徹底すると、慣習法によって担われることになったものと理解される。[160]）そして、このような事実は次のようなことを意味するであろう。即ち、国際法理論を実定法に限定して構築するならば、一般的適用のある国際法規範のみでは欠缺の発生が容易に予想されるのであるから、実証主義国際法学の枠組みの中で国際法の一般性を重視する傾向が存在したということは、「国際法の完全性」という問題には考慮が払われていなかったことを示唆するものと解されるのである。

第三に、「国際法の不完全性」について明確に論ずる著作が登場する時期は、「国際法の完全性」を積極的に提示する論考の登場する時期に先行する。その登場の時期は、国際法学において実定法（その具体的存在形式は論者により異なるものの）のみを認識対象とする傾向が強まる一九世紀後半（それも、本章で確認された限りでは一八七〇年）のことである。これは実定国際法（特に、条約と慣習法）に着目した場合に、露になる（と感得される）国際法規範の不完全性の表明であったと考えられる。（特に、トレンデーレンブルク及びツィテルマンの著作が各著者の母国が交戦当事国である戦争の進行中や終戦直後に公刊されたという事実は、戦争という国家にとっての、そして国際法学にとっての最重要問題において、国際法が（十分に）機能しないという経験に由来する認識に基づいて、それらの著

作が公刊されたものと解される。）その際に問題とされた「国際法の不完全性」とは、（次章で論じられる「国際法の完全性」が法認識や裁判所の存在意義といった抽象的議論という側面の問題であるのに対して）国際法の具体的規範における欠缺の有無という側面や国際法の有権的解釈機関の不存在といった側面を捉えた上での事実問題としての「不完全性」なのであった。

最後に、「*"non liquet"*宣言の禁止」と「国際法の完全性」理論の確立（それらに対する異論は存在し続けたのであるが）に決定的な影響を及ぼしたのがＰＣＩＪ規程の起草作業であったと考えられる点（そして、この起草作業が、オッペンハイムの条約と慣習のみを法源とする国際法理論が強い影響力を有した時代に行われたものである点）も確認されるべきである。

（93）ファステンラート（Ulrich Fastenrath）によれば、この著作は「『国際法における欠缺』（Lücken im Völkerrecht）という表題が与えられた恐らく最初の著作」であるという。U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht: Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrecht* (Berlin, 1991), S.24.

（94）A. Trendelenburg, *Lücken im Völkerrecht: Betrachtungen und Vorschläge aus dem Jahre 1870* (Leipzig, 1870), S.3.

（95）Ebd., S.27.

（96）Ebd., S.34.

（97）Ebd., S.36.

（98）Ebd., S.40.

（99）Ebd., S.57.

（100）Ebd., S.49. また、当時既に存在した国際法に関連するかのように思われる紛争処理機関である捕獲審検所についてはそれが「国内法に従って判断するのであって、国際法に従うのではない」と述べられ、国際法を裁判準則とする裁判機関の不存在が強調されている。Ebd.

(101) J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* (Cambridge, 1894), p.79. ウェストレイクが行動指針として「良心」を挙げていることは、本稿で既に挙げられた彼の一九〇四年に公刊された別の概説書の第一巻において、「法源」が「慣習と理性」（custom and reason）とされており（前註(86)を見よ。）、自然法論的要素が感じられることにも通底するものと解される。

(102) L. Oppenheim, "The Science of International Law: Its Task and Method", *American Journal of International Law*, vol.2 (1908), p.328.

(103) *Ibid.*, pp.330-333.

(104) *Ibid.*, p.335.

(105) E. Zitelmann, *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts* (München/Leipzig, 1919).

(106) E. Zitelmann, *Lücken im Recht: Rede gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 18. Oktober 1902* (Leipzig, 1903).

(107) 自然法を承認する学説は飽くまでも学説であり（学説が現実的な影響力を有し得る場合があることは認められるものの）、ツィテルマンは「法学が法をも作成する能力を有することを私は否定したい」とする。そこには「生成した法と単に望ましい法とを区別する義務はここでも完全な効力を有しており、その境界を曖昧にすることは大いなる危険を構成する」との思考が存在している。Zitelmann, *Unvollkommenheit*, a.a.O., S.25-26.

(108) Ebd., S.27.

(109) Ebd.

(110) Ebd., S.30.

(111) Ebd., S.33.

(112) Ebd., S.34.

(113) Ebd., S.34-35.

(114) ツィテルマンは、「緊急事態」（Notstand）の援用について、これも国内法と国際法で共に援用可能であるが、国際法の方がより危険性が高く、その理由を国内法では裁判所による事後の慎重な審査が行われるが国際法ではそう

ではないことに求めている。（Ebd., S.36-39.）ここにも彼の「国内法制度基準思考」が典型的に現れていると言えよう。

(115) L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. I (Peace) (London/New York/Bombay, 1905) (hereafter referred to as "*International Law*"). オッペンハイムの概説書に対する評価は極めて高い。ヌスバオムは、二〇世紀初頭以降、特に第一次世界大戦後に、国際法学において「専門化」と「量的増大」という特徴が顕著となる中にあって、代表的概説書については増加が見られないとした上で、オッペンハイムの概説書が「ますます支配的になった」、としている。Nussbaum, *op. cit.*, pp.281-282. See further, M. Wight, "Balance of Power"; in H. Butterfield/M. Wight, (eds.), *Diplomatic Investigation* (London, 1966), p.172: M. Schmoeckel, "The Story of Success: Lassa Oppenheim and his 'International Law"; in M. Stolleis/M. Yanagihara, (eds.), *East Asian and European Perspectives on International Law* (Baden-Baden, 2004), pp.57-138: Y. Onuma, "When Was the Law of International Society Born?", *Journal of the History of International Law*, vol.2 (2000), p.4.

(116) Oppenheim, *International Law*, p.2.

(117) *Ibid.*, pp.16-22.

(118) *Ibid.*, p.15.

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

(120) *Ibid.*, p.24.

(121) Fr. von Liszt (bearbeitet von M. Fleischmann), *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 12. Aufl. (Berlin, 1925), S.15-18.

(122) W. E. Hall (A. P. Higgins (ed.)), *A Treatise on International Law*, 8th ed. (Oxford, 1924), pp.1-12.

(123) A. S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, rev. ed. (New York, 1927), pp.24-25. 尚、「主要ではない法源」についての言及はなく、慣習と条約に関する記述に続いて「国際法の証拠」が論じられている。

(124) 若干の例として、次の文献を見よ。P. Fauchille, *Traité de droit international public*, tome I, première partie (paix) (Paris, 1922), pp.40-47: C. Hyde, *International Law-Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*

(Boston, 1922), pp.6-7: J. Hatschek, *Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte* (1923), S.8-10. ここに挙げられたハチェクの概説書では、国際法の法源を「慣習」（Gewohnheitsrecht）と「条約」（Vereinbarung：合意）とした上で、後者については契約条約的なものを「国際条約」（völkerrechtlicher Vertrag）とし、諸国の共通の意思を表明する「条約」（Vereinbarung）と区別している。

(125) 「法の一般原則」を巡る法律家諮問委員会における議論については、次の文献も見よ。Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, 1953), pp.1-26: 田畑茂二郎『国際法Ⅰ（新版）』（有斐閣、一九七三年）一二二―一二七頁。

(126) Cour Permanente de Justice Internationale, Comité Consultatif de Juristes, *Procès-Verbaux des séances du comité* (La Haye, 1920) (par la suite "*Procès-Verbaux*"), p.281 *et seq.*

(127) "The following rules are to be applied by the judge in the solution of international disputes; they will be considered by him in the undermentioned order:

1. conventional international law, whether general or special, being rules expressly adopted by the States;
2. international custom, being practice between nations accepted by them as law;
3. the rules of international law as recognised by the legal conscience of civilised nations;
4. international jurisprudence as a means for the application and development of law." *Ibid.*, p.306.

尚、第四項中の"international jurisprudence"を「国際法学説」と訳出したが、委員会での議論では国際判例及び国際法学説の両者を意識して"international jurisprudence"という文言が使用されている。（See *e.g.*, *ibid.*, pp.331-332.）

更に、第三項についても説明が必要である。この条項の提案者である議長（Descamps）の発言（「適用される法規則に関するデカン男爵の発言」と題された添付書（*Ibid.*, pp.322-325.））における同項の説明では、同項が頻繁に「客観的正義」（objective justice）という言葉に置き換えられている。また、彼は「客観的正義」を「衡平」（equity）ともしている。（*Ibid.*, p.324.）これらのことから、第三項の内容が裁判官の主観によって決定されるものではなく、かなり客観的なものであると彼が認識していたことが窺われる。このことは英仏両語における「良心」（conscience）の意味の相異に由来するものとも思われる。そして、このことは彼が"la loi du juste et l'unjuste"

（*Ibid.*, p.325.）としている部分の英訳が“the conception of justice and unjustice”（*Ibid.*, p.324.）とされていることに象徴的に現れていると言えるであろう。（これに関連して、次のような指摘がある。即ち、英語において“conscience”は道徳的善悪という意味での主として道徳的・内省的意味を有するのに対して、仏語では必ずしもそのような意味を持たず、その結果として、デカンが仏語で“la conscience juridique des peuples civilisés”としている部分は“the sense common to all civilised peoples of what is juridically right or wrong”又は“the opinio juris communis of civilised mankind”とされ得るというのである。Bin Cheng, *op. cit.*, pp.7-9.）

(128) このことは一面において、「管轄権」と裁判準則としての「法源」という二つの問題が密接に関連していることを示している。このことを論ずる例としてルート（Elihu Root）委員の意見（*Procès-Verbaux, e.g.*, pp.286 *et* 293.）を見よ。

(129) デカンは、確定された条約や慣習が存在しないことを理由として「裁判拒否」（déni de justice）という結果とするようにと裁判官に論ずることは「この上もなく忌まわしい」（souverainement odieux）としている。*Procès-Verbaux*, p.323.

(130) ルート委員の意見。*Procès-Verbaux*, p.308.

(131) 委員会における“*non liquet*”の宣言を許さないとする意見の典型例が次のドゥ・ラプラデル（De Lapradelle）委員の発言である。「国際裁判所による“*non liquet*”の宣言を許容することは不可能である。国内裁判所からと同様に国際裁判所からも裁判拒否は排除されなければならない。」*Ibid.*, p.312.

(132) ルート委員により提出された修正案であり、その全文は次の通りである。

“The following rules are to be applied by the Court within the limits of its competence, as described above, for the settlement of international disputes; they will be considered in the undermentioned order:

1. conventional international law, whether general or special, being rules expressly adopted by the States which are parties to a dispute;
2. international custom, being recognised practice between nations accepted by them as law;
3. the general principles of law recognised by civilised nations;

4. the authority of judicial decisions and the opinions of writers as a means for the application and development of law." *Ibid.*, p.344.

但し、この修正案は、ルート委員とフィリモア（Lord W. G. F. Phillimore）委員の協力によって作成されたため、一般に"the Root-Phillimore amendment"と呼ばれる。両者の協力関係については、法律家諮問委員会議事録の次の箇所を見よ。*Ibid.*, p.333.

(133) 実際に、例えば、委員会の議長は、「法の一般原則」を含んだルート委員の修正案について、「全委員を満足させ」、「指摘されてきた諸困難、特に、"*non liquet*"という袋小路（blind alley）を回避する」と評価している。*Ibid.*, p.332. 尚、ＰＣＩＪ規程の起草過程における「法の一般原則」を巡る議論については、次の文献も見よ。Bin Cheng, *op. cit.*, pp.6-19.

(134) ハーゲルプ（George Francis Hagerup）委員の発言。*Procès-Verbaux*, p.296.

(135) 例えば、英国出身のフィリモア委員は、イタリア出身のリッチ＝ブサッティ（Arturo Ricci-Busatti）委員の見解が「国内裁判所の裁判官よりも大きな権限を国際裁判所の裁判官に付与することを望まない」ものであると解したのちに、次のような発言を行っている。「彼［即ち、フィリモア自身］はいかなる場合においても、国際裁判所の裁判官に立法権限を付与することを望まない。」（*Procès-Verbaux*, p.316.）この発言は、それ以前に示された彼の「国際法における立法は全国家の普遍的合意によってのみ実施され得る」（*Ibid.*, p.295.）とする理解と通底するものと言えよう。

(136) この点については次の文献も見よ。C. G. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Deventer/Antwerp/Boston/Frankfurt/London, 1983), pp.136-137.

(137) このような問題に対して、次のような見解が一つの解答となり得る。「諮問委員会の構成員は国際法の範囲（scope）を知るための淵源（sources）を必要としなかった。……［中略］……彼らは『実定規則』に包含されるものより以上のものが国際法には存在することを知っていた。」O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary* (Cambridge, 2005), p.61.

(138) Institut für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht, *Statut et règlement de la Cour permanente de*

justice internationale: Eléments d'interprétation (Berlin, 1934), pp.274-280.

(139) W. Burckhardt, *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts* (Bern, 1923), S.3.

(140) Ebd., S.4-11.

(141) Ebd., S.11-15.

(142) Ebd., S.15-23.

(143) N. Politis, *La justice internationale* (Paris, 1924), pp.170-171.

(144) *Ibid.*, p.170.

(145) A. Mulder, "Les lacunes du droit international public", *Revue de droit international et de législation comparée*, sér. 3, t.7 (1926), p.556.

(146) *Ibid.*

(147) *Ibid.*, pp.560-561.

(148) *Ibid.*, p.574.

(149) K. Strupp, "Le droit de juge international de statuer selon l'équité", *Recueil des cours* (1930-III), p.469.

(150) 同じく次々章㈢で挙げられるシントラーも、ＰＣＩＪ規程第三八条に限定してではあるが、それが"*non liquet*"という状態を生じさせ得る（即ち、不完全性を承認し、結果的に「衡平及び善」に基づく判断を必要とする。）と解している。D. Schindler, "Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la société des nations", *Recueil des cours* (1928-V), pp.331-339.

(151) J. F. Williams, *Chapters on Current International Law and the League of Nations* (London, 1929), pp.49-50.

(152) V. Bruns, "Völkerrecht als Rechtsordnung I", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. 1 (1929), S.27-29.

(153) Ebd., S.31.

(154) V. Bruns, "Völkerrecht als Rechtsordnung II", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. 3 (1933), S.459-465.（本文中の引用箇所は何れも四五九頁。）

(155) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford, 1933) (hereafter referred to as "*The Function of Law*"), pp.52-54.

(156) *Ibid.*, pp.60-63.

(157) *Ibid.*, pp.63-64.

(158) L. Oppenheim (H. Lauterpacht (ed.)), *International Law: A Treatise*, vol.II, 5th ed. (London/New York/Toronto 1935), pp.4-5 (n.1). この註は、第四版（編者はマクネア。後註(184)を見よ。）では存在しない。

(159) 但し、ラウターパクトのこのような「（国際）法の完全性」についての確信に対しては、次章や次々章における考察の中で紹介される諸学者（特に、ストーン）を待つまでもなく、既に戦間期に批判論が登場していた。例えば、田岡は端的に「法の完全性はラウターパハト[ママ]の信ずるが如く最近の国際法学界に於て優勢ではなく……［中略］……国際法規の欠缺は明か[ママ]に認めて居るものがある」としている。田岡、前掲論文㈠、六九九頁。

(160) 尚、普遍的法乃至一般法としての慣習法の位置付け（とその問題性）については、小森光夫「国際法の学説における慣習法概念の位置づけの変遷」『千葉大学法学論集』第五巻（一九九〇年）一―八二頁を見よ。