

Title	「国際法の完全性」(三): その理論史と概念整理
Sub Title	The completeness of international law: its history and current status (3)
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.7 (2011. 7) ,p.1- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110728-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110728-0001</a>

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」(三)

——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

- (一) はじめに
- (二) 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」
- (三) 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
- (四) 一九世紀国際法理論と「国際法の完全性」(以上、八四巻四号)
- (五) 「国際法の欠缺」論の登場
- (六) 「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」に関する議論

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  
(七) 本章のまとめ(以上、八四巻五号)

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、本号)

(一) はじめに

(二) 「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)
  - (三) 「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)
  - (四) 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、八四卷八号)
    - (五) 本章のまとめ
- 結論
- (一) はじめに
  - (二) “non liquet” 宣言の禁止を支持する学説
  - (三) “non liquet” 宣言の許容を支持する学説
  - (四) “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
  - (五) 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

### (一) はじめに

本章では、「国際法の完全性」論を支持又は否定するために援用されてきた諸理論の紹介及び整理が試みられる。

「国際法の完全性」或いは「国際法の無欠缺性」は幾つかの理論的根拠に基づいて主張され、それら根拠の各々は根本的に異なる着眼点や論理構造を有している。本章では、「実定法は何らの欠缺も有しない」(ベルクボーム (Karl Bergbohm)<sup>(161)</sup>) や「普遍的であるということとは法秩序の本質である」(ラートブルフ (Gustav Radbruch)<sup>(162)</sup>) というような先験的命題に基づいて国際法を論ずるような理論は考察の対象から除いた上で、五つの根拠について各々の内容を紹介すると共に、批判的検討を加えることとする。第一に国際法体系の構築の前提乃至は究極的妥当根拠に関するもの(根本規範)、第二に国際法の(存在形式という意味での)法源に着目するもの(法の一般原

則)、第三に国際裁判の構造に由来するもの(訴訟における「当事者対抗原則」)、第四に国際裁判制度の原理的問題に着目するもの(消極的残余原則)、そして、第五に主権の絶対性に基づくもの(主権の残余原則)である。(尚、所謂「司法立法」が許容されるならば、司法裁判において「法の完全性」は保証され得ると考えられるが、本章では「司法立法」が禁止されるとの前提で議論が進められる。)

また、「国際法の完全性」を否定する論拠としては、「国際法の不存在領域」を示す「国際法における欠缺」と「法から自由な領域」(rechtsfreier Raum)についての理論が紹介される。

尚、「国際法の完全性」の肯定論及び否定論の何れであっても、戦間期までのものについては既に前章で或る程度紹介されている。そこで、本章では、前章との重複を避けつつ、戦間期の論考にも言及した上で、第二次大戦後の論考を主たる考察対象とする。

## (二) 「国際法の完全性」肯定論の理論的根拠

### 1 根本規範

理論的には、或る法の体系が無欠缺であるためには、ケルゼン(Hans Kelsen)の所謂「純粋法学」における「根本規範」(Grundnorm: basic norm)のような概念装置を法体系の大前提とするという方法が考えられる。ケルゼンによれば、根本規範は、「法秩序のすべての規範の妥当性が依存する最後の仮定、究極の要請」<sup>(163)</sup>である。これ、「法の」統一の原因<sup>(164)</sup>或いは「法秩序体系を基礎づける「規範」<sup>(164)</sup>とも呼ばれる。そして、彼にとっての法体系はこの根本規範へと上昇する段階構造を構成することになる。

例えば、国際法秩序の根本規範の発見のために(国内法の根本規範が導かれたのと同様の)次のような経路が提示されている。即ち、「国際法内部の最下位の規範、つまり、ある国際裁判所の判決」から出発し、当該判決に

よって創設された規範が妥当する根拠として、「その裁判所が設置された国際条約」、そして当該条約の妥当根拠として、「諸国家をそれらが締結した諸条約に従って行動すべく義務付ける一般的規則」である “*pacta sunt servanda*” という原則が存在し、これは一般国際法上の規範の一つであることから、更に、「一般国際法は諸国家の行為により構成される慣習によって創設される」ゆえに、「国際法の根本規範は、慣習を規範—創設的事実 (norm-creating fact) と認める一つの規範でなければならず、『諸国家はそれらが慣習的に行動してきたことく行動すべきである』というように言い表されるであろう」というのである<sup>(165)</sup>。

このような段階構造としての法の体系は、下位の規範の存在が不明である場合には、より上位の（より一般的な）規範が適用可能となるために、「法の完全性」が究極的には根本規範によって担保されることになるのである。ケルゼンの言葉を借りるならば、「法秩序はなんらの欠缺をもちえない<sup>(166)</sup>」のである。

但し、「純粹法学」においては、根本規範は「一定の人によって一定の手續に従って現実に定立されたものを直ちに法律として妥当させるもの」であり、「したがって、実定法が法律であり、法律として妥当することは、それが正当であるためではない<sup>(167)</sup>」ことになる。このことは、規範体系としての「法の欠缺」とは別の意味での「法の欠缺」を発生させる可能性を含むことを意味する。即ち、裁判において「現実に妥当する法の適用が——裁判官の意見では——法—政策的に不適當 (legally-politically inadequate)」である場合に、「法の欠缺という擬制」(the fiction of “gaps of law”) が用いられることになるのである<sup>(168)</sup>。つまり、根本規範（とそれによる法体系の構築）という観念を承認するならば、理論的には法は完全性を担保されるが、具体的法規範の正当性が問題とされる現実の法適用の場面においては、必ずしもそうではないことになるのである。

また、より根源的な問題として指摘されなければならないのは、「根本規範」という観念自体が仮言的乃至仮定的 (hypothetical) なものであって、その存在自体は実証され得ないという点である。法の中から非法的基盤や

価値観を排除するという「純粹法学」の思考からすれば、このような「実証不能」という批判は正鵠を射たものではないとの反論も可能であろう。なぜならば、国際法学における「実証」という行為が（とりわけ慣習法の存在証明において）非法的要素（国家実行）を援用してなされることを考慮するならば、そもそも「純粹法学」は「実証」を志向していないからである。それでも、このような反論自体が「根本規範」（或いは「純粹法学」）それ自体を承認することがこの観念（或いは理論）の妥当性の前提とされていることを示している点は確かである。つまり、「根本規範」が国際法の完全性を担保するのはこの理論を承認するか否かに掛かっているのであって、その点でそれは「常に」国際法の完全性を担保するものではないのである。<sup>(169)</sup>

## 2 法の一般原則

国際法の完全性を肯定する根拠として次に挙げられるのは、「法の一般原則」である。これは、前章で論じられたように、一九二〇年にPCIJ規程を法律家諮問委員会が起草した際に、新たに設立される国際裁判所が“non liquet”宣言を行うという事態を回避するための方策として、「条約」及び「慣習法」に加えて裁判の基準とされたものである。つまり、起草者達の意図は、法の一般原則が裁判準則として認められることによって、PCIJに付託される国家間のいかなる法的紛争についても、適用規範が見出され得ることが保証される、というものであった。その意味において、「国際法の無欠缺性」という意味での「国際法の完全性」が法の一般原則によって保証されるとの思考がそこには存在したのである。しかし、それは論理必然的に保証されるのであろうか。このことを検討するために、法の一般原則と「国際法の完全性」の理論的連関について論ずることとしたい。

法の一般原則が国際法を完全（無欠缺）なものとするためには理論的に二つの選択肢が考えられる。一つは法の一般原則を或る種の自然法と理解するものであり、他は法の一般原則が（実定法の枠内において）無尽蔵に規



範を提供できるものと理解するものである。

法の一般原則を或る種の自然法として理解するものについては、次のような説明が可能である。先ず、自然法を中世的な「神法」やその他の先験的規範に基づくものとする場合には、それらの完全性ゆえに、法の体系それ自体も完全なものとするのが可能になる。例えば、クリューバーは、「欧州の諸国家の国際法の法源」としてまで「自然国際法」を挙げた上で、次のような説明を加えている。

「独立の諸国家の法的関係についての規則を条約も類推も十分に提供しないという状況が極めて頻繁に発生するため、自然国際法からそれ自体「即ち、規則」が得られなければならない。<sup>(17)</sup>」

つまり、国際法の無欠缺性が自然法によって担保されているものとクリューバーは理解しているのであり、このような理解に立つならば、「法の一般原則」を自然法とすることによって、法の無欠缺が論証可能となるのである。(但し、一八世紀末や一九世紀の国際法概説書の中では、自然法を国際法の法源として承認するものであっても、むしろ自然法の不完全性を指摘するものがあるという事実は留意されねばならない。<sup>(17)</sup>)

次に、法の一般原則を(実定法の枠内において)無尽蔵に規範を提供できるものとみなし、それにより国際法の完全性が担保されるとする理論を展開した論者の代表例として、ラウターパクトが挙げられる。彼は、(次章で紹介される“non-liquet”宣言の禁止を巡る議論の中で)PCIJ規程に「法の一般原則」が加えられたことについて、「そのこと自体はそれ以前の実行の宣言及び確認以上のものではあり得ない」とした上で、“non liquet”宣言の禁止のための明白な改良(innovation)であるとの評価を加えてから、次のように続ける。

「第一に、文明化された人類の法的経験に具現化された実体法の淵源——国内法の全ての分野の、特に私法の、類推(analogy)——を、制限を伴うことなく、援用可能とすることによって、主権国家を当事国とするいかなる紛争の法的解決のためにも、必要であれば、法的な規則及び原則(a legal rule and principle)が常に存在することが確実なものとなった。第二に、法秩序の完全性の原則は、それ自身が法の一般原則であるのであるから、そのことによって今後裁判所「即ち、PCIJ」により適用される法の一部となった。」<sup>(172)</sup>

以上のような論理によつて、法の一般原則が国際法を完全なものとする主張されるのである。<sup>(173)</sup>しかし、法の一般原則が必然的にいかなる(条約及び慣習法の)欠缺も補充し得るということは論理的には保証されていない。<sup>(174)</sup>(この点については、PCIJ規程の起草時にも指摘されていた。)<sup>(175)</sup>また、このことが論理的には保証されないにしても、少なくとも国内裁判所においては経験的に保証されると感得され得るであろう。しかし、国内法上の経験則を国際法上の論理に導入することにより、国際法学上の正しい結論が導出されることは何ら保証されていないのである。

更に、法の一般原則が実定法の枠内で完全に欠缺を補充するというラウターパクトの論理が提示された時点で、それが実証的な裏付けを有する論理であったのかという点においても疑問が存在する。なぜならば、彼が最初に「国際法の完全性」を法の一般原則の援用により支持することを主張した著作が公刊された一九三三年において、法の一般原則が実定国際法の「法源」として一般的に受容されていなかったのではないものと判断される、次のような事情が存在するからである。

「法の一般原則」が、国際法概説書において「法源」として扱われるようになるのはPCIJ規程第三八条に含まれて以降のことであり、しかも、それが国際法の法源として一般的に受容される過程はかなり緩慢なものであったと考えられる。



即ち、P C I J 規程が起草された一九二〇年よりも前に上梓されている国際法概説書においては、フィオレの国際法概説書のように、法源の中に「普遍的道德の諸原則」(Les principes de moralité universelle)を挙げ、それを「法学にとつての無尽蔵の淵源」<sup>(176)</sup>とするものも存在したが、「法の一般原則」それ自体を国際法の法源として論じているものは見出されないのである。また、一九二〇年以降の国際法概説書において、「法の一般原則」が「国際法の法源」として挙げられるまでにかんがりの年月を要している。例えば、一九二二年に上梓された国際法概説書において、ハイド (Charles Cheney Hyde) は国際法の法源として「条約」と「慣習法」のみを挙げている<sup>(177)</sup>。前章でも触れられたハーシーの一九二七年の概説書 (改訂版) では、現代国際法理論におけるものとは若干相異なるものの、慣習法と条約を実定国際法の法源としており、法の一般原則への言及は見られない<sup>(178)</sup>。更に、一九二二年に上梓されたフォーシュー (Paul Fauchille) の概説書 (但し、これは形式的にはフォーシューにより改訂されたボンフィスの概説書 (*Manuel de droit international public*) の第八版とされる。) 第一部第一巻では、「実定国際法の法源は慣習と条約」であるとされ、それに加えて、一九一九年の講和条約に含まれる連盟規約により「第三の法源が存在する」とされているが、それは「法の一般原則」ではなく「国際連盟の理事会及び総会の決議」なのである。(フォーシューはこの第三の法源を実定国際法の「特殊な法源」(une source particulière) としてはいるものの、それについての説明は「慣習」と「条約」に付せられた説明に比して極めて簡略化されている<sup>(179)</sup>)。この他にも、一九二四年公刊のフェンウィック (Charles G. Fenwick) の概説書においては、「慣習法」と「条約」が国際法の法源とされるが、法の一般原則への言及も行われている。しかしながら、法の一般原則は、慣習法に含まれるものとされており、法源としての独自の地位は与えられていないのである<sup>(180)</sup>。

法の一般原則を国際法の法源とするような理解が示される最初期の例は、フェアドロス (Alfred Verdross) の一九二六年の著作である。同書第二部「国際法秩序の構成」の最初の章(「狭義の国際法規範」)においては、「国

際法上の条約法」(Das völkerrechtliche Vertragsrecht)、「国際法上の慣習法」(Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht)、「法の一般原則」(Die allgemeinen Rechtsgrundsätze)、「法の一般原則の条約法及び慣習法に対する関係」、「法源としての判例及び国際法学説」、そして最後に「国際法における欠缺」について各々論じられている。<sup>(181)</sup>つまり、概ねP C I J規程第三八条に準拠して「国際法の法源」を解説するという姿勢が明白に現れているのである。また、セル (Georges Scelle) の一九三〇年代前半に公刊された概説書では、その第一卷 (一九三二年刊) で国際法主体が遵守する規範として「慣習」と「条約」が挙げられた後に、P C I J規程第三八条への言及が「法の一般原則」と共に行われ、<sup>(182)</sup>第二卷 (一九三四年刊) では「実定国際法」に関する記述の中で、かなり詳細に法の一般原則について論じられている。<sup>(183)</sup>更に、オッペンハイムの概説書に関しては、マクネア (Arnold D. McNair) による改訂が加えられた一九二八年の第四版では (初版と同様に) 「条約」と「慣習」のみが「法源」とされていたが、<sup>(184)</sup>ラウターパクトによる一九三七年の第五版では「法の一般原則」が加えられている。<sup>(185)</sup>

しかし、一九三〇年代においても「法の一般原則」は国際法の法源として一般的に受容されたものとは言い難い。一九三七年にフィンチ (George A. Finch) が国際法の法源を主題とする研究書を公刊しているが、その中で「法の一般原則」は、P C I J規程と共に紹介されてはいるものの、僅か半頁の中でその導入の目的 (“*non liquet*” 宣言の回避と “*non liquet*” の際に裁判官が善悪を巡る個人的見解に基づいて判断を下すことを抑止すること) や「法の一般原則」の具体例が挙げられているに過ぎない。<sup>(186)</sup>また、日本においても、横田喜三郎が一九三三年公刊の概説書において、「国際法の淵源」の説明の中で、「国際法は国際慣習か条約に基づいて現実に国際法として成立する」とした上で、各々について説明を加えているが、<sup>(187)</sup>そこでは法の一般原則に関する議論は見られないのである。<sup>(188)</sup>

このような状況の中で、前章で挙げられたラウターパクトの一九三三年の著作において、法の一般原則の存在

を根拠として「国際法の完全性」が主張されたのである。つまり、法の一般原則が国際法の法源であることについての学説上の対立が存在する状況において、ラウターパクトはこれを積極的に肯定するのみならず、これを「国際法の無欠缺性」を支持する根拠としても援用し、更に「法の支配の完全性」を可能とする根拠とするといふところまで議論を進展させたのである。

尚、「法の一般原則」と並んで「国際法の一般原則」(general principles of international law: allgemeine Grundsätze des Völkerrechts)についても触れられねばならない。両者は区別して論じられ得るし、また理論的にも区別される必要があるものと思われる。<sup>(189)</sup>それは次のような理由による。「法の一般原則」の内容についての理解には、実定法か自然法か、国内法上の一般原則か国際法上の一般原則か、といった根本的な論点が当初から提起されてきた。<sup>(190)</sup>それに対して、「国際法の一般原則」については、体系的には慣習国際法に分類される点で、それが実定法であることは疑い得ない。しかも、「国家平等原則」が「国際法の一般原則」として例示されることからも理解されるように、それらは国際関係それ自体に直接的に起源を有するものであり、個々の条約や国際慣習法に内在し、共通に認められる規範である。<sup>(192)</sup>この点で、「国際法の一般原則」は実定国際法の個別的規則とは異なる「原則性」を帯びている規範であると言えよう。<sup>(193)</sup>

### 3 訴訟における「当事者対抗原則」

国家間の紛争の解決のための裁判は、国内裁判所における民事訴訟と類似した方式のもとで行われる。即ち、紛争当事者による対抗的な手続が基本となる。そのために、判決が下されないということはあり得ないこととなる。なぜならば、適用法が欠缺し又は不明確である場合には、それは原告が自らの訴を法的に構成できないことを意味するのであり、結果的に裁判所は被告側に有利な判決を下すことになるからである。<sup>(194)</sup>

「当事者対抗原則」により「国際法の完全性」を支持するという論理は、「根本規範」のような形而上学的前提の承認如何に結論が左右されない点で優れており、また「法の一般原則」が論理的には「完全性」を完全に保証するものではない点と比較しても優れているように思われる。しかし、この原則にもまた次のような疑念が存在する。

第一に、何れかの当事者の勝訴とする二分法的発想に対する疑念がある。この論理では、第三の可能性としての“*non liquet*”宣言が当然のように排除されている。これは、“*non liquet*”宣言の禁止が「国際法の完全性」のコロラリーであることからそのような前提に立つものと理解されるが、その場合、論理は循環論法に陥っていることになるのであり、この三分法が否定される積極的な根拠が示されることが必要となるのである。第二に、(これがより深刻な問題であると思われるが)当事者対抗的ではない手続(例えば、特定の行為の合法性についての勧告的意見の要請や当事国が特定の境界線を主張しないままでの国境線画定の請求)の場合には、この論理が適用できないことになるのである。<sup>(195)</sup>(もっとも、当事者対抗的ではない手続であっても、例えば、特定の境界線を主張しないままでの国境線画定を請求するという場合には、裁判所は何らかの方法——それが何らかの法規則に基づくものであるか否かは裁判所の裁量により決定される——で画定し得るのであって、紛争それ自体は解決される。ただ、その解決の際に「当事者対抗原則」は援用不能であるという点で、「国際法の完全性」を担保する根拠として一般的妥当性を有しないのである。)

尚、訴訟における「当事者対抗原則」を次に検討する消極的残余原則と結び付けて論ずる者もいる。<sup>(196)</sup>その理由は、前者の論理構造が後者と類似するもの(一方当事者(原告)が自己の援用規範の存在を積極的に証明できなければ、他方当事者(被告)に有利な判断が下される)である点に求められるものと解される。

確かに、裁判の場においては、訴訟の「当事者対抗原則」に基づく論理と消極的残余原則は同一の結果をもた



らずであろう。しかし、法が規律する範囲という点では、両者には次のような本質的な相異が存在するため、やはり両者は区別されるべきである。即ち、前者は法が規律対象としていない「法から自由な領域」が存在することを認め得る（そして、そのような領域に関する紛争が裁判所に提起された場合には、裁判所は原告の訴が法に基づかないものとして、結果的に被告の勝訴となる。）のに対して、後者は原理的に規律対象とされない事項は存在しない（禁止（又は許容）されていない）との前提に立つからである。<sup>(197)</sup>

#### 4 消極的残余原則 (The Residual Negative Principle)

「消極的残余原則」とは（恐らく、ストーンがそのように名付けたものであり<sup>(198)</sup>）、「積極的」に法によって禁止（又は許容）されていない行為は、「消極的」に許容（又は禁止）されているものとみなす、という原則である。「法の完全性」を担保する論理としては、「禁止規則」(prohibitive rule) が存在しない限り合法性が推定される（包括許容論・合法推定説）とするか、これとは逆に「許容規則」(permissible rule) が存在する場合にのみ合法とする（包括禁止論・違法推定説）の何れかが存在する。しかし、「一般的許容の原則」<sup>(199)</sup> 或いは「一般的許容性の推定の原則」<sup>(200)</sup>として、包括許容論のみが論じられる傾向にある。<sup>(201)</sup>これは、国家主権乃至国家意思を中心に構成された近代国際法理論の枠組みを勘案するならば、国家主権の自由に有利な推定を下す包括許容論の方がその逆の論理である包括禁止論よりも説得力があるものと判断されることに由来するものと考えられる。（結果的に、「禁止されざることは許容される」という（次に挙げられる）「主権の残余理論」と同一の効果をもたらされることとなる。）

実際に、この原則に依拠した最初期の事例と考えられる一九一一年二月二十四日に常設仲裁裁判所により下された英仏間の「サヴァルカル」(Arrest and Return of Savarkar) 事件に対する判決<sup>(202)</sup>では、包括許容論が採用されている。



「サヴァルカル」事件は、インド出身で英国籍を有する犯罪容疑者サヴァルカルが、英国からインドへの護送中に護送船が寄港したフランスのマルセイユ港において脱走した際に、仏官憲がサヴァルカルを捕え、その身柄を英官憲に引渡したが、事後に仏政府がサヴァルカルの身柄引渡しを英国政府に請求したというものである。判決は、仏の請求を斥けたが、その際に次のような理由が挙げられた。

「国際法において、上述のような「本件の」状況において、国家が、自らが留置する者を、その者を自らに引渡した外国官憲によりなされた過誤を理由として、返還しなければならぬという義務を課する何らの国際法の規則も存在しない。<sup>(203)</sup>」

つまり、本件のような状況において身柄引渡義務を課するような国際法規範の不存在ゆえに英国の勝訴とされた(しかも、それが主権に由来するものとはされなかったために、次に論ずる「主権の残余原則」が採用されたのではない)ため、「禁止されざることは許容される」という包括許容論が採用されていることが理解されるのである。

その後、「消極的残余原則」は、P C I J 規程起草過程における法律家諮問委員会内の討議の中にも登場する。即ち、リッチー・ブサッティ委員が“*non liquet*”回避のための可能な解決方法として「禁止されざることは許容される」という原則を挙げているのである。<sup>(204)</sup>(この見解が包括許容論と主権の残余原則の何れを提示したものであるのかは必ずしも明らかではないが、主権との関わりにおいて論じられていないために、論理的には前者であるものと推定される。)

更に、二〇一〇年に出された「 Kosovo に関する一方的独立宣言の国際法との合致」<sup>(205)</sup> についての国際司法裁判所(以下「ICJ」とする。)の勧告的意見においても、包括許容論に立つ消極的残余原則が裁判所の論理を支え

ていることが確認される。即ち、ICJは、コソヴォによる一方的独立宣言の「国際法との合致」について問われ、「当該宣言の採択は国際法の適用のあるいかなる規則にも違反(violate)しない」との結論に至ったのであるが、それら適用のある規則の中で、とりわけ関連する安保理決議について次のように判示しているのである。

「安全保障理事会決議一二四四(一九九九年)は、セルビア共和国からの独立宣言を発することを二〇〇八年二月一七日の宣言の起草者たちに禁じていなかった。したがって、当該独立宣言は安全保障理事会決議一二四四(一九九九年)に違反していない。<sup>(206)</sup>」

以上のように、本稿で挙げられた前例は少数ではあるが、それらからは包括許容論に立つ消極的残余原則が現在に至るまで否定されることなく援用されているものと思われる。但し、既に言及されたように、この原則は次に論じられる「主権の残余原則」と同一の結果をもたらすために、混同されることが頻繁にあることは再度確認されなければならない。(実際に、前述の二〇一〇年のICJの勧告的意見に付されたズインマ(Bruno Simma)判事の宣言においても、この勧告的意見が「ローチュス号」事件判決と結び付けられて批判されている。<sup>(207)</sup>)

## 5 主権の残余原則(ローチュス原則)

「主権の残余原則」とは、国際法(による制約)を国家主権に由来するものとして、主権(的意思)に有利な推定を下しつつ、「法的に禁止されていないことは、法的に許容されている」と解するものである。「主権の残余原則」は「消極的残余原則」における包括許容論と同一の結果をもたらす。しかし、前者が主権を根拠とするのに対して、後者は主権とは無関係である点で、両者は原理的に区別されねばならない。

「主権の残余原則」を援用したものと解され得るのは、一九二三年のP C I J「ウインブルドン号」事件において、アンツイロツティ (Dionisio Anzilotti) 及びフーバー (Max Huber) 両判事による共同反対意見である。同意見においては、条約規定が不明確である場合に、国家の安全保障や領土保全に関わる政策決定権を制約するよう(208)に当該規定は解釈され得ない旨が主張されている。

しかしながら、最も明確に「主権の残余原則」が採用された事例は、一九二七年のP C I J「ローチュス号」事件判決である。P C I Jは次のように判示している。

「国際法は独立の諸国家間の関係を規律する。それゆえ、諸国家を拘束する法規則は、条約の中に、又は法の原則を表明するものとして一般的に受容され、そしてこれらの並存する独立の諸共同体間の関係を規律するため若しくは共通の諸目的の達成のために確立された慣行により、示される諸国家の自由な意思に由来する。それゆえ、国家の独立に対する制限は推定され得ない。」(209)

ここでは、「諸国家の自由な意思」、即ち、「主権的意思」を直接的根拠としていることから「主権の残余原則」に基づくものと判断されるのである。そして、この著名な判決に因み、この原則は一般的に「ローチュス原則」と呼ばれることになる。(但し、前述のようにこの原則は「消極的残余原則」の中に含まれる包括許容論と同一の結果をもたらすことから、両者を一括して「ローチュス原則」とする論者も存在する。(210) しかし、本稿では「主権の残余原則」のみを「ローチュス原則」とする。

「主権の残余原則」はI C Jの判例においても維持されているものとも思われる。即ち、一九八六年「ニカラグア」事件本案判決において、「過剰であり、「ニカラグアの」侵略的意図を証明するものである」と「アメリカ」合

衆国がみなすニカラグアの軍備」について、ICJは「条約その他によって関係国に受容され得るような規則を除いて、主権国家の軍備の程度が制約されるという規則は国際法には存在しない」として、米国の主張を斥けたからである。<sup>(21)</sup>

但し、一九九六年の「核兵器使用の合法性」を巡る勧告的意見では、ICJが、核兵器の使用やそれによる威嚇を「武力紛争に適用可能な国際法の諸規則、とりわけ人道法の諸原則や諸規則に一般的に違反している」としながら、次のように述べたことよって「主権の残余原則」の妥当性に疑念が生ずることとなった。

「しかしながら、国際法の現状及び裁判所が把握できる事実の要素に照らすと、国家の存亡そのものが危機に瀕しているような自衛の極限的状况 (an extreme circumstance of self-defence) において、核兵器使用・威嚇が合法であるか違法であるかについて、裁判所は最終的な結論を出すことができない。<sup>(22)</sup>」

この一文においてICJは、国家の存亡に関わる極限的状况における核兵器の使用やそれによる威嚇の「許容」か「禁止」かについての判断を回避している。仮に、「主権の残余原則」がこのような状況においても維持されるとするならば、解答は「許容」となる筈である。ところが、ICJはそのような判断を下していないため、同原則自体の妥当性も疑われることになるのである。更に、この勧告的意見では、一九〇七年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」前文中に示された「マルテンス条項」(the Martens Clause) に<sup>(23)</sup>ついて、「同条項の」継続的な存在及び適用可能性は疑い得ない」とされている。これが、同条項の実定法としての地位の認定であるとするならば、ここにも「主権の残余原則」の妥当性に対する論駁の根拠が存在することになる。更にまた、所謂「予防原則」も、確認されていない「危険の蓋然性」を理由として国家に一定の活動を禁止するという点で、「主権の残

余原則」(或いは「包括許容論」)に対する例外を構成し得る。そして、以上のような理論的な問題点に加えて、「主権の残余原則」の実際的妥当性に対する疑問も提示され得る。即ち、次章(四)2(i)で論じられるように、同原則の適用をICJが回避する傾向にあることが指摘され得るのである。

以上のような事柄を勘案するならば、現在ではローチユス原則の実定法としての地位は、争われざるものとは言えない状況にあることは確かである。一九八二年のハーグにおける講義の中でシャクター(Oscar Schachter)は、「ローチユス原則」に内在するような国家行動の自由が「しばしば暗黙裡にはあるが、諸々の政府及び国際法学者によつて、おそらく広範な支持を得てきた」と指摘した<sup>(24)</sup>。しかし、そのような指摘は、その後の国際実  
行や理論の展開の中で、修正を求められるものとなっているのである。

### (三) 「国際法の完全性」否定論の理論的根拠…法の不存在領域

以上に紹介してきた「国際法の完全性」を肯定する論拠に対して、それを否定する主張も提示されている。その主張の論拠は国際法規則の不存在領域が存在するという点にある<sup>(25)</sup>。そして、そのような領域は二つに区分可能であると考えられる。即ち、一つは、国際法に欠缺が存在するというものであり、他は、「法から自由な領域」(rechtsfreier Raum)が国際法にも存在するというものである<sup>(26)</sup>。両者の相異は、前者が事実の問題として国際法の規律が及んでいない事項が存在しており、「法の支配」の貫徹のためには当該欠缺が補充されなければならないという認識が内在するのに対して、後者は法的規制が不必要な(或いは、望ましくない)領域が存在している(そのため、欠缺の補充は不必要乃至望ましくない)という点にある<sup>(27)</sup>。



## 1 国際法における欠缺の存在

国際法における「欠缺」の存在は「国際法の完全性」を否定することを意味する。そのため、「国際法の完全性」を巡る議論において、「欠缺」をどのようなものとして理解するかは、議論の展開にとって決定的な重要性を有することとなる。ところが、以下に示されるように、「欠缺」の意味について、論者間で必ずしも統一された理解が存在するとは思われない状況が出来しているのである。以下では、まず「法の欠缺」一般について論じた後に、「国際法の欠缺」について考察することとする。

一般的には、「法の欠缺」は、「所与の事件を規律するための規範の不存在<sup>(218)</sup>」とされる場合もあれば、「原則的には法に規律される分野において個別の規範が欠如している」<sup>(219)</sup>状態ともされるが、これらの間には法に対する認識における相異が存在する。即ち、前者は「法から自由な領域」との関係（「法から自由な領域」の存在を認めるか否か）が不明確であるのに対して、後者は「法から自由な領域」についての認識をも含んでいるからである。

国内法に関して欠缺が論じられる場合には、先ず成文法の欠缺に限定して説明され、次いでその補充手段についての説明が加えられることが多い。<sup>(220)</sup>しかし、法の欠缺に関する考察は成文法のみが対象とされるべきではない。或る論者は多様な法の欠缺の態様を論ずる際に、「法律の欠缺」(Gesetzeslücken) と「法の欠缺」(Rechtslücken) を区別して説明を加え、後者を「純粹且つ眞の欠缺」(echte, wirkliche Lücken) であるとしている。<sup>(221)</sup>このような成文法の欠缺（法律の欠缺）とその他の法の存在形式をも含めた法規範の欠缺（法の欠缺）という区分が国際法における欠缺を考察する際に有効であることは、国際法の存在形式を勘案するならば、明白である。<sup>(222)</sup>

どのような状態を「法の欠缺」と理解すべきかについても、単純には論じられ得ない。それは、「欠缺」の有無の前提には、何らかの体系の存在が必要とされ、当該体系の中に含まれる要素やその対象によって、何が欠缺しているのが決定されることになるからである。<sup>(223)</sup>そして、結果的には、論者により異なる「法の欠缺」が提示

されることになる。以下に、国際法における欠缺を扱った二つの専門研究書における「法の欠缺」を示しておくたい。

先ず、『国際法における欠缺問題』と題された著作を一九五八年に上梓したシオラは、法の欠缺と思われる状態として次の五つを挙げる。即ち、(1)法の不明確性 (obscurities)、(2)法の論理的欠陥 (insuffisances logiques)、(3)法の沈黙 (silences)、(4)法の社会的欠陥 (insuffisances sociales)、(5)法の不足 (carences) である。(そして、結論的には、法の欠缺に厳格に対応するのは法規則の沈黙のみであるとしている。)<sup>(24)</sup>

また、ファステンラート (Ulrich Fastenrath) の一九九一年の著作『国際法における欠缺』では、シオラの著作への言及が行われつつ、法の空白乃至欠缺について一〇の態様が挙げられている。即ち、(1)「法から自由な領域」(後述)、(2)「法律の欠缺」(Gesetzeslücken)、(3)「法の欠缺」(Rechtslücken)、(4)「技術的欠缺」(Technische Lücken) (法規範は存在するが、当該法規範が不完全であるため、それ自体では適用不能な場合)、(5)「明確性の欠缺」(Deutlichkeitslücken)、(6)「抵触的欠缺」(Kollisionslücken) (一つの事態について複数の法規範が相互に合致しない法的結論を命ずる場合)、(7)「実効性の欠缺」(Effektivitätslücken) (法が要求する状態と現実との乖離が存在する場合)、(8)「不真正欠缺」(Unechte Lücken)、(9)「分裂的欠缺」(Spaltungslücken) (国際法に固有の問題として捉えられ、一般国際法と二国間又は地域的に有効な国際法との分裂、さらにはイデオロギー的・文化的分裂が提示されている。)、(10)「その他の欠缺観念」(例えば、「意識的欠缺」(Gewollte, absichtliche, bewusste Lücken) と「無意識的欠缺」(Ungewollte, unabsichtliche, unbewusste Lücken) )<sup>(25)</sup> である。

更に注意を要することは、実際に「法の欠缺」が問題となる場合に、この言葉の本来の意味とは異なる意味で使用されることがあるという事実である。

例えば、ブライアリー (James Leslie Briery) は「偏向的比喩」(a tendentious metaphor) という表現を用いて、

国際法においても国内法においても「欠缺」として論じられ得る状況を挙げている。それは、実定法によれば原告の申立が訴因を構成しないということが唯一の裁判所の結論であるだろうことを我々が認識しているような状況である。ブライアリーは、このような状況についても「欠缺」が論じられるものの、それは当該事件に対して規則が存在しないのではなく、当該規則を裁判所が適用することを我々が好まないということに過ぎない、とするのである。<sup>(226)</sup> このような状況は、別の論者が「認識論的 (epistemological) non liquet」<sup>(227)</sup> とするものと同様であると考えられる。

これに類似した、しかし、より国際法学に直結した論理をラウターパクトが展開している。彼は、「現存する国際法の明確な規則が何ら存在しない場合」と「現存する法が明白ではあるが、平和の要件 (requirements) や道徳的正しさの感覚 (the sense of moral propriety) に反する結果に導く状態」を挙げ、前者について「正しく欠缺 (lacuna) と呼ばれるもの」とし、後者について「ときとして政治的意味において欠缺 (lacuna) と記述されるもの、即ち不適切に欠缺 (gap) と呼ばれるもの」としているのである。<sup>(228)</sup>

このような、価値判断や状況認識に基づく「欠缺」の認定と類似するものが、サルモン (Jean Salmon) が提起する「立法論的欠缺」(lacune du système de lege ferenda)<sup>(229)</sup> の観念である。これは、その存在が望まれるような内容を有する法が存在していないという状況において認識される「欠缺」であるとされる。

以上の「(国際)法の欠缺」を巡る議論が実定法の存在を前提としているのに対して、「法」の認識に関わる方法論的観点から国際法の欠缺が論じられる場合がある。ヒギンズ (Rosalyn Higgins) は、国際法を「プロセス」として理解し、国際法学の理論構築を試みているが、その中で次のように論じている。彼女は先ず、実定法論と立法論という二分法が法をプロセスと考える場合には妥当しないことを指摘した後、「これに緊密に関連する事柄が、欠缺 (lacunae) の問題である」とする。そして、次のように続ける。

「国際法の個別の規則 (specific rules) が存在しない事項 (topics) が存在するであろう。例えば、自らが加盟する国際機関の負債についての国家の賠償責任 (liability) や実質的な損害を何らもたらさない手続上の不法行為 (procedural delict) が賠償支払いを要するか否かという問題である。規則に基礎を置く法律家 (the rule based lawyer) は、当該事項について国際法は何も述べていないとのみ言い得る。しかし、国際法をプロセスと見る者にとっては、適用されねばならない正確な規則の不在にも拘らず、当該問題に対する権威ある意思決定 (authoritative decision-making) のための道具 (tools) (類推の使用、文脈の参照、他の結果の分析) は依然として存在するのである。」<sup>(230)</sup>

即ち、ヒギンズは、実定国際法における欠缺を承認した上で、国際法をプロセスと理解する立場から法実証主義の立場に立つ国際法学におけるよりも、より大きな欠缺補充の可能性が存在するとしているのである。<sup>(231)</sup>

以上に見てきたように、「国際法の欠缺」は様々な側面から論じられている。しかし、何れの理論であっても、実定国際法の欠缺の存在を承認するという点において、「国際法の完全性」は否定されるのである。

## 2 「法から自由な領域」 (rechtsfreier Raum)

「法から自由な領域」に関する理論は、一九世紀末のベルクボーム (Karl Bergbohm) の著作において詳細に展開されている。彼はこの領域について次のような説明を加えている。

法は行為、状態、その他の人間の特定の「外面的」関係を規律の対象とし、そのような法に直接に関わらない「法の不存在領域」 (rechtsleerer Raum) が存在する。そこは「個人的領域である分野」 (persönlich-räumliches Gebiet) であって、その規律のために必要であり、合目的であるとみなされるような法は何もない。法は特定の



関係を規律するのであって、他の事柄に関しては、法的に規制されないものと法は暗黙裡に判断している。「ここでは、法的意味における恣意 (Willkür) や純粋な嗜好 (Belieben) が支配する。」そして、この領域については、法の欠缺は何ら存在しないのである。<sup>(232)</sup>

また、カナリス (Claus-Wilhelm Canaris) は、「法から自由な領域」についてより具体的に次のように論じている。「法は社会生活の極めて大きな部分を支配するが、それでも、法が全面的又は部分的に規律を放棄する (verzichten) 多くの分野 (Gebiete) が人間の活動分野には存在する。それには、宗教・情愛・友情或いは社会生活といった分野が該当する。」そして、彼はこのような分野で生じている問題は「法から自由な領域」に属するとするるのである。<sup>(233)</sup>

更に別の論者は、「法的に許容されている」(legally permitted) か「法的に禁止されている」(legally prohibited) という二分法を巡り、「中間地帯」(middle ground) が存在することに注意をむけるべきであるとしている。<sup>(234)</sup>そして、この「中間地帯」とは「法から自由な領域」と同一のものであると判断されるのである。

このように、「法から自由な領域」の存在を主張する論者は少なくない。それでは、そのような領域は国際法においてどのように存在し得るのであるのか。それは、恐らく「国際礼讓」(comity) が妥当するとされてきた事項である。<sup>(235)</sup>

ところで、ベルクボームは一般的な法(哲)学上の理論として「法から自由な領域」を提示したのであるが、国際法学者の立場からブルンスは次のような批判を加えている。「法から自由な領域」の存在を認めるとするならば、生活関係には法に規律される領域とそうではない領域の二つが存在することになる。後者については恣意や嗜好により支配されることになるが、そのような領域は「或る種の自然状態」(eine Art Naturzustand) を構成することになり、そこでは、何らかのかたちでの暴力が横行することになるであろうとする。そして、ブルンス



は、このような帰結をもたらす論理を支持し難いとするのである。<sup>(236)</sup>

#### (四) 本章のまとめ

以上、本章では「国際法の完全性」を支持又は否定する論理を紹介してきたが、ここでそれらの論理の問題点を指摘することによって、本章のまとめとしたい。

先ず、これまで本稿において意識的に回避されてきた「国際法の完全性」の意味について論ずることとしたい。前章で触れられたように、ラウターパクトは、一九三三年の著作において、「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、実定法の規定 (prescription) ではない」とした上で、「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味であると理解することは不可能である」とした。<sup>(237)</sup> 同様に、ブルンスは「法秩序の完結性」(die Geschlossenheit der Rechtsordnung) について「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」に着目した。<sup>(238)</sup>

このように、「国際法の完全性」を支持する論者は「国際法の完全性」を抽象的理念として把握し、それを法体系の前提としている。逆に言うならば、具体的規範に着目する場合には、「国際法の完全性」論を維持することには大きな困難が伴うことが予想されるのである。そのような現実的問題点のみならず、本章において挙げられた「国際法の完全性」を支持する理論を巡っては、更に理論的妥当性についても吟味されなければならない。

先ず、「根本規範」により「国際法の完全性」を担保することの前提には、「根本規範」の存在を承認するといふ、認識論上の決断が必要とされる。或る規範の妥当性の根拠が上位規範に求められるという法体系の構造が果たして国際法に一般的に妥当するのかは(ケルゼンの論証にも拘らず)依然として疑問である。次に、「法の一般

原則」は、これにより条約及び慣習法のみを法源とする場合に発生する欠缺を補充することは可能であろうが、それが完全に可能であるか否かは論理的には保証されていない。「訴訟における『当事者対抗原則』」は、当事者が対抗的でない事件（特定の行為の合法性についての勧告的意見の要請や当事者が自己の主張を行わないままに裁判所に解決を求めるような事件）において、紛争解決のための原則として援用することはできず、その意味において「国際法の完全性」を担保し得ない。「消極的残余原則」及び「主権の残余原則」（ローチュス原則）は、裁判規範として国際法を理解する場合には、「国際法の完全性」を保証し得るようにも思われる。ところが、例えば、紛争当事国が自己の主張を提示することなく国境画定を裁判所に求めるような場合には、これらの原則であっても援用不可能であることになる。（この場合、裁判所は裁量により国境画定を行うであろう。）結果的には、何れの論拠をもってしても、全ての紛争について援用可能であるとは言えないのであるが、相対的には「消極的残余原則」及び「主権の残余原則」が援用可能性という点では優れていることになる。（但し、「主権の残余原則」については、一九九六年の ICJ の勧告的意見を契機として、その妥当性に疑念が抱かれる事態を迎えていることは、本章において示された通りである。）

それでは、「国際法の完全性」否定論の理論的根拠は、「国際法の完全性」肯定論の理論的根拠とどのような関係にあるのであろうか。

「根本規範」による法体系の完全性の担保は、「法の欠缺」の存在により否定される。両者は相容れない理論であり、その意味で「法の欠缺」の存在が実証されるならば、法体系の完全性を否定する論理は成立する。同様に、「法の一般原則」による「国際法の完全性」の担保も、「国際法の欠缺」により無効とされる。

ところが、「訴訟における当事者対抗原則」は、「法の欠缺」が存在する場合、そもそも原告が自己の主張を法に基づいて主張し得ないことから、被告勝訴となるとする。つまり、「国際法の欠缺」をどのように実証しよう

とも、この原則に基づく「国際法の完全性」は否定され得ないことになる。同様に「消極的残余原則」は「包括許容論」と「包括禁止論」の何れであっても、「国際法の欠缺」が実証されても、欠缺が存在する部分について「許容されている」又は「禁止されている」と結論付けられることになり、「国際法の欠缺」は「国際法の完全性」を有効に否定し得ない。「主権の残余原則」についても同様である。

「法から自由な領域」も、その存在が承認されるならば、「法の欠缺」と同様の効果を有する。即ち、「根本規範」と「法の一般原則」による「国際法の完全性」肯定論に対する否定としては有効に成立するが、他の三つの肯定論の論拠に対しては無効である。

以上より、「国際法の欠缺」と「法から自由な領域」の存在を根拠として、「国際法の完全性」を全面的に否定することはできないことになるのである。

(161) K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd.I (Leipzig, 1892), S.373.

(162) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. (Leipzig, 1932), S.191-198. (引用部分は一九二頁。)但し、ラートブルフは、国際法における欠缺の補充についても論じているため、欠缺の存在を認めているものと解される。彼はむしろ、「この法〔国際法〕を求める共同意思には、何らの欠缺あるいは法的に全然空虚な空間をも許容しないところの……〔中略〕……普遍的完結性の傾向 (universale Geschlossenheitstendenz) が、内在している」(S.198.) ことを強調していると言えよう。(尚、この引用文及び本文中の引用文は田中耕太郎(ラートブルフ著作集第一巻『法哲学』(東京大学出版会、一九六一年)三八五、三九三―三九四頁)に従った。)

(163) H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Massachusetts, 1949) (hereafter referred to as "General Theory"), p.115. (尚、引用文中の訳語は次の邦訳書に依拠する。H・ケルゼン(尾吹善人(訳))『法と国家の一般理論』(木鐸社、一九九一年)(以下、『一般理論』とする。)五三九頁。)

(164) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, 1925), S.84-85, 98-99. (尚、引用文中の訳語は次の邦訳書に依拠する。)

- H・ケルゼン (清宮四郎 (訳)) 『一般国家学』(岩波書店、一九七一年) 一四三及び一六四頁。)
- (165) Kelsen, *General Theory*, pp.369-370. (ケルゼン『一般理論』、五三九頁。)
- (166) Kelsen, *General Theory*, p.147. (ケルゼン『一般理論』二四五頁。)
- (167) 横田喜三郎『純粹法学論集Ⅱ』(有斐閣、一九七七年) 一〇〇—一〇二頁。
- (168) Kelsen, *General Theory*, pp.147-148. (ケルゼン『一般理論』二四五—二四六頁。)
- (169) 「根本規範」を扱った論考は無数に存在するが、本稿執筆に際してはケルゼン自身の著作の他に、特に次の文献を参照した。横田喜三郎『純粹法学論集Ⅰ』(有斐閣、一九七六年): J. Raz, "Kelsen's Theory of the Basic Norm"; in S. L. Paulson/B. L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspective on Kelsenian Themes* (Oxford, 1998), pp. 47-67; J. von Bernstorff, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Behaving in Universal Law* (Cambridge, 2010).
- (170) Klüber, a.o., S.22.
- (171) 例えば、マルテンスは、二つの国家 (Nation) が交際し、継続的に通商を行おうとするならば、自然法の簡単な規定だけでは国家間の関係を規律するには不十分であること、そして諸国家は多くの動機から「対外的公法、即ち、実定的な、適切な、特殊な国際法」が形成されるとの記述を残している。(Martens, *Einleitung*, S.3.) また、フィオレは、「自然法は共存から由来し得る全ての関係を規律するのではなく、また「自然法は実際の且つ具体的規則から構成されているのではない」としている。(Fiore, *op. cit.*, p.149.) つまり、マルテンス及びフィオレは、自然法は実際の・具体的な規則ではなく、簡単な或いは一般的な内容しか有しておらず、自然法が全ての事項を規律し得るのではないとしていたのである。(それでも、彼らのこのような理解は、直ちに国際法の欠缺を認めることには繋がらない。なぜならば、彼らの理論では、自然国際法の不十分さゆえに、実定国際法が形成されるとされており、それによって自然国際法の欠缺が補われて、国際法総体としては無欠缺となる可能性があるからである。)
- (172) Lauterpacht, *Some Observations*, p.205.
- (173) 但し、ラウターパクトは、元来(一九三三年公刊の著書において)「法の発達の強力且つ不可欠な因子」として法の形式的欠缺 (formal gaps) の存在を認め、国際法における欠缺の存在を承認していたことから、法の理念とし



ての欠缺の不存在を主張していたものと解される。(See, Lauterpacht, *The Function of Law*, pp.86-87. 尚、前章(六)4も見よ。)その点で、一九五八年の論文では、彼の「国際法の完全性」の主張のために「法の一般原則」援用の比重(とそれによる実証主義的外装の程度)が高まったと言えよう。

(174) 次の文献も同様の見解を示している。Stone, *Legal Controls*, pp.156-161.

(175) 法律家諮問委員会におけるリッチー・ブサッティ委員の意見を見よ。 *Procès-Verbaux*, p.338.

(176) Fiore, *op. cit.*, p.211. 尚、フィオレは、前章(四)で挙げられた「諸国家間の自然法は必要であり、不変である」(*Ibid.*, p.149.) という表現に加えて、次のように論ずることによって「自然法」を国際法の法源としている。「自然法は共存から由来し得る全ての関係を規律するのではない。自然法は実際の且つ具体的規則から構成されているのではない。自然法は理性 (*la raison*) の助力によって、諸国家の本性とそれらの共存のために必要な条件に関する研究の結果として生ずる一般的規則 (*formules générales*) として、演繹される。」(*Ibid.*) 自然法が完全であるとするならば、この点でもフィオレの国際法理論は「国際法の完全性」を承認していることになる。

(177) C. C. Hyde, *International Law — Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* (Boston, 1922), p.6.

(178) Hershey, *op. cit.*, pp.24-25.

(179) P. Fauchille, *Traité de droit international public* (Paris, 1922), pp.40-48.

(180) C. G. Fenwick, *International Law* (New York/London, 1924), pp.61-63.

(181) A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (Wien/Berlin, 1926), S.47-75.

(182) G. Scelle, *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, 1<sup>e</sup> partie (Paris, 1932), pp.51-54.

(183) G. Scelle, *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, 2<sup>e</sup> partie (Paris, 1934), pp.312-315.

(184) L. F. L. Oppenheim (A. D. McNair (ed.)), *International Law: A treatise*, vol.1 (Peace), 4th ed. (London, 1928), pp.23-28.

(185) L. F. L. Oppenheim (H. Lauterpacht (ed.)), *International Law*, vol.1 (Peace), 5th ed. (London, 1937), p.22 *et seq.* (第五版の第二巻 (Disputes, War and Neutrality) は第一巻に先立ち一九三五年に公刊。)

(186) G. A. Finch, *The Sources of Modern International Law* (Washington, 1937), p.97.

(187) 横田喜三郎『国際法』(岩波書店、一九三三年) 三一八頁。



- (188) また、一九二七年の「ローチュス号」事件判決において、PCIJ 自身が「法の一般原則」を国際法とみなしていないかのような態度をとった (*The Case of the S.S. "Lotus"*, France v. Turkey, 7 September 1927, PCIJ, Sér. A, No.10, 1927, p.18.) ことも当時から指摘されていた。一例として、次の文献を見よ。立作太郎『現実国際法諸問題』(岩波書店、一九三二年) 一三八頁。
- (189) See e.g., I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (Oxford, 1998), pp.15-19.
- (190) 「法の一般原則」が実定法であるのか自然法であるのかという問題について、若干付言しておきたい。この問題に関しては、様々な議論がなされてきた (See e.g., Bin Cheng, *op. cit.*, pp.3-4.) が、法律家諮問委員会では、必ずしも実定法に限定されないという理解が強かったように思われる。特に、議長(デカン)には、その傾向が見られ、彼が前述の提案を行った際の説明の中で、「客観的正義」(objective justice) や「文明諸国の法的良心」(the legal conscience of civilised nations) (*Proces-Verbaux*, p.323.) といった観念の重要性が論じられているのである。また、リッチ・ブサッティ委員は、「法の一般原則」について「必ずしも法とは同一ではない衡平の原則 (the principle of equity)」が言及されていないことを遺憾に思う旨を表明している。(*Ibid.*, p.332.)
- (191) K. Ipsen, *Völkerrecht*, 5. vollig neu bearbeitete Aufl. (München, 2004), S.227.
- (192) 山本草二『国際法(新版)』(有斐閣、一九九四年) 六〇頁。
- (193) 「国際法の一般原則」とは別に、「国際法の原則」(principles of international law) が論じられる場合もある。(例えば、朴培根「国際法規の不存在と国際法上の合法性の判断」『法政研究』(九州大学) 第六三卷(一九九六年)、三六六—三六八頁を見よ。) しかし、両者を区別することに、特段の理由はなく、実際に、両者が同一のものとして扱われる場合もある。(例えば、山本、前掲書、六〇頁を見よ。)
- (194) A. Decencière-Ferrandière, "Essai critique sur la justice internationale", *Revue générale de droit international public*, t.41 (1934), p.159.
- (195) Stone, *Legal Controls*, pp.156-161.
- (196) E.g., *ibid.*, pp.159-160.
- (197) 更に、当事者対抗原則は、「主権の残余原則」と並立的に(又は混同されて)言及されることがある。その一例

として、次章(二)及び後註(250)で挙げられているシュワルツェンバーガーの見解を見よ。

- (198) Stone, *Non Liquet*, p.135.
- (199) 朴、前掲論文、三五八—三六五頁。
- (200) 村瀬信也・奥脇直也他『現代国際法の指標』(有斐閣、一九九四年) 八三頁。
- (201) 尚、「純粹法学」を唱導したケルゼンも、国際法の欠缺に関する議論の中で、「法主体に対して法的に禁止されて (legally forbidden) いない事柄はそれらに対して法的に許容されて (legally permitted) いる」という基本原則 (the fundamental principle) を援用している。H. Kelsen, *Principles of International Law* (New York, 1952), pp.305-307.
- (202) Permanent Court of Arbitration, “Arrest and Return of Savarkar”, *France v. Great Britain*, The Hague, 24 February 1911; in J. B. Scott, *The Hague Court Reports* (Oxford, 1916), pp.275-280.
- (203) *Ibid.*, p.280.
- (204) *Procès-Verbaux*, pp.314-315.
- (205) *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2010*, para.122.
- (206) *Ibid.*, para.119.
- (207) *Ibid.*, Declaration of Judge Simma. スイムマは「ローチュス号」事件判決を「国際法秩序の合意的性質」(the consensual nature of the international legal order) に依拠するものとしており、その中に内在する「主権」には焦点を当てていない。この点について、本稿における同判決の理解とは異なる。
- (208) *The Case of the S.S. “Wimbledon”*, Great Britain, France, Italy, Japan and Poland v. Germany, 17 August 1923, *PCIJ, Sér. A*, No.1, 1923, p.36.
- (209) “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot

therefore be presumed." *The Case of the S.S. "Lotus"*, France v. Turkey, 7 September 1927, *PCIJ, Sér. A, No.10*, 1927, p.18.

(210) 例えば、村瀬・奥脇他、前掲書、六八頁では、「ローチュス原則」を「主権の残余理論あるいは一般的許容原則」としている。この点については、朴、前掲論文、三五八―三五九頁も見よ。また、「ローチュス原則」を「国家主権に基づく合法推定説」として議論を展開するものもある。高島忠義「ローチュス号判決の再検討―陸の規則の視点から―」『法学研究』（慶應義塾大学）第七一卷（一九九八年）四号五四頁以下。

(211) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para.269.

(212) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para.105 ((2)E).

(213) *Ibid.*, para.87.

(214) O. Schachter, "International Law in Theory and Practice", *Recueil des Cours* (1982-V), p.242.

(215) ゴルデイーは、「法の不存在領域」(realms of "no law") の事例として、第一次国連海洋法会議の時点における領海幅員を挙げている。I.F.E. Goldie, "Legal Pluralism and 'No-Law' Sectors", *The Australian Law Journal*, vol.32 (1958), pp.220-221. しかしながら、彼のいう「法の不存在領域」が本稿で扱う「欠缺」と「法から自由な領域」の何れであるのかは問われる必要がある。

(216) ファステンラートは、「空白の恐怖」(*horror vacui*) に逆らうものとしての「欠缺」(Lücke)と「(法から)自由な領域」((rechts-)freier Raum) が存在する点を指摘する。Fastenrath, a.a.O., S.15-18.

(217) ファステンラートは、「欠缺」を「原則的に法により規律される分野 (Bereich) において個別の規範が欠如している」状態であり、「法から自由な領域」を「或る分野が法的に全く規律されていない」状態であるとす。Ebd., S.213. しかし、後者についての筆者及びベルクボームの理解(後述)はより積極的である。

(218) *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles, 2001), p.637.

(219) Fastenrath, a.a.O., S.213.

(220) 若干の例として、次の文献を見よ。C.-W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische*

- Studie über Voraussetzungen und Grenzen der rechtlichen Rechtsfortbildung praeter legem* (Berlin, 1964): 『新法律学辞典 (第三版)』(有斐閣、一九八九年) 一三〇一頁。
- (221) Fastenrath, a.a.O., S.217-223.
- (222) *Dictionnaire de droit international public* (*supra* n.218), p.637 においては「規範の不存在」(absence de norme) は「国際法の個別の法源 (例えば、条約、或いは条約と慣習を通じて設定される規則の集合体 (l'ensemble)) の枠組みの中での所与の事件を規律するための規範の不存在」とされる。
- (223) この点については、次の文献も見よ。J. J. A. Salmon, “Quelques observations sur les lacunes du droit international public”, *Revue belge de droit international*, t.3 (1967), pp.445-449.
- (224) Siorat, *op. cit.*, pp.61-190 et 439-440. 尚「法の不足」は、法が存在し、紛争の解決は提供され得るが、当該解決が満足なものではないと紛争当事国により判断される状態であり、「国家の決定による欠缺」であると説明されている。*Ibid.*, pp.87-88. また「法の社会的欠陥」は、当該事件の解決を条約や慣習が予定しておらず、解決が紛争当事国間の友好的妥協 (une amiable composition) によつてのみ可能となる場合に、存在するとされる。*Ibid.*, p.157.
- (225) Fastenrath, a.a.O., S.213-235. 尚、前述のように「法律の欠缺」は真の欠缺ではないとされる。
- (226) J. L. Brierly, “The General Act of Geneva, 1928”, *British Yearbook of International Law*, vol.11 (1930), p.128.
- (227) D. Bodansky, “Non Liqueur and the Incompleteness of International Law”, in L. B. De Chazournes/Ph. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge, 1999), p.154.
- (228) Lauterpacht, *Some Observations*, p.198.
- (229) Salmon, *op. cit.*, pp.449-451. 当然のことながら、この「立法論的欠缺」に対するものとしては、「実定法論的欠缺」(lacune du système de lege lata) としつゝ觀念が用いられる。*Ibid.*
- (230) R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use it* (Oxford, 1994), p.10.
- (231) ヒギンズはまた「実定国際法規範の欠缺 (lacunae) の存在を前提として、その補充のために衡平 (equity) を適用する。*Ibid.*, p.220.
- (232) Bergbohm, a.a.O., S.375-379.

- (233) Canaris, a.a.O., S.40. 尚、引用文中の傍点部分は原文では強調斜字体である。
- (234) Goldie, *op. cit.*, p.225.
- (235) 朴は次のように論じている。「義務論」の領域内には「法によって禁止も許容もされない領域」(法から自由な領域)が存在し、そのような領域においては排中律が妥当しないために消極的残余原則(一般的許容原則)が妥当しいとする考え方がある。例えば、「『国際礼让』に任せられている国際関係、国際法による規律ではなく国際政治による交渉と調整の対象になる国際関係等は『国際法から自由の領域』であるとされる。朴、前掲論文、三六二—三六三頁。
- (236) Bruns, a.a.O. (I), S.26.
- (237) Lauterpacht, *The Function of Law*, pp.63-64.
- (238) Bruns, a.a.O. (II), S.459.