

Title	「国際法の完全性」(四・完): その理論史と概念整理
Sub Title	The completeness of international law: its history and current status (4)
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.8 (2011. 8) ,p.1- 33
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110828-0001

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」(四・完)

——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」を巡る諸理論の歴史

- (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、八四卷四号)
 - (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、八四卷五号)
- ### 第二章 「国際法の完全性」の肯定論と否定論の理論的根拠
- (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(以上、八四卷七号)
- 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、本号)
 - (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

結論

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

(一) はじめに

本章では、「国際法の完全性」のコロラリーとしての「“non liquet”宣言の禁止」について論じられる。

国内法上、裁判所が“non liquet”を宣言することを禁止される旨の論証の中で頻繁に引用されるのが、スイス民法第一条第二項である。同項は、法の欠缺がある場合には「裁判官は自らが立法者であったならば定められたであろうような法則に従って」裁判するべきものと規定する。(同第四条は、裁判拒否を禁止している。)また、フランス民法典 (Code civile) 第四条は、「法の沈黙、不明確又は不足を理由として判決を拒絶する裁判官は、裁判拒絶の罪で訴追され得る」として、法の欠缺を理由とする“non liquet”の宣言を禁止している。⁽²³⁹⁾

このように国内法上“non liquet”の宣言が禁止されることの背景には、国内法が無欠缺であるという理論的前提、しかもそれが現実に可能であるという認識、更には、近代主権国家における司法制度の維持という政治的意

義等が存在しているものと考えられる。それでは、国際法において“non liquet”の宣言は禁止されているのだろうか。

国際法上、或いは国際裁判において、“non liquet”の宣言が許されるか否かという問題が初めて正面から論じられたのは、一九二〇年に開催された法律家諮問委員会におけるP C I J規程の起草作業においてのことと思われる。同委員会の議事録を見る限り、強制的管轄権の導入の議論から派生したこの問題について、委員会構成員の大半は新たに設立される国際裁判所が“non liquet”を宣言することを認めないという意見を持っていたことが理解される。⁽²⁴⁰⁾ また、“non liquet”の宣言を回避するために「条約」と「慣習」に加えて、「法の一般原則」が裁判の基準として最終的に採用されたという経緯が看取される。⁽²⁴¹⁾

それでは、これらの事実は国際裁判において“non liquet”宣言が禁止されていることを意味しているのだろうか。この点に関して、学説及び国際判例の動向を整理するのが本章の目的である。

尚、本稿において“non liquet”は(フィッツモーリスに従って)「管轄権を有する法廷(an competent tribunal)が受理可能な事件(an admissible case)の本案を判断できないこと」と定義される。⁽²⁴²⁾ また、“non liquet”というラテン語自体が意味することは「明らかではない」であって、このような定義とは異なる。しかし、裁判における適用規範が不明であって、判断不能であるということを含意することから、この定義を用いることとする。⁽²⁴³⁾

(二) “non liquet”宣言の禁止を支持する学説

先ず、本稿第一章(六4)で既に触れられたウィリアムズの主張が、“non liquet”宣言の禁止を支持する学説としてここでも挙げられ得る。彼は、戦間期に「国際法の完全性」論を主張したが、その中で国際法における欠缺の存在を否定した後に、「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⁽²⁴⁾と論じている。これは積極的に“non liquet”宣言の禁止を主張するものではないが、「国際法の完全性」のコロラリーとしての“non liquet”状態の不存在を論じているものと評価されるのである。

また、ウィリアムズと同時期に「国際公法の方法論」を論じたカストゥベリ (Frede Castberg) は、「国際法の実定規則の中に事件について適用可能な何らの規範も見出さない場合には、裁判官は“non liquet”により却下しなければならない」とする学説を誤りであるとし、そのこの理由を二つ挙げている。一つは、付託された全ての法律問題について解決を見出すことに疑念が抱かれてはならないということである。他は、「実定的規範の中で解決が見出されない問題」であっても、当該事件についての「確立された特別規則」(une norme établie ad hoc) によって解決可能であるからである。⁽²⁵⁾ (この見解では、“non liquet”宣言の禁止を支持する他の見解と異なり、「国際法の無欠缺」を前提とはしていないようにも解される点が特徴的である。)

しかし、国際裁判における“non liquet”宣言の禁止を最も強力に主張し、また最も多くの文献で引用又は参照されているものが(「国際法の完全性」の場合と同様) ラウターパクトの論考である。既に前章において触れられたように、一九三三年の著作において、「先験的な (a priori) 法原則としての“non liquet”の禁止」について論じていた。彼は、更に、一九五八年の論考において、次のような議論を展開した。

ラウターパクトは、国際裁判(仲裁を含む。)の判例を通じて、“non liquet”が宣言された実例が見られないこと(しかも、この一貫した実行 (uniform practice) は P C I J 規程作成以前にまで遡るといふ。)を指摘する。その上で彼は、「法の一般原則」が国際法の法源の一つとして認められたことによって、適用規範確保が常に可能とされただけでなく、法秩序の完全性の原則それ自体が本質的に「法の一般原則」であること等を理由として、国際法の完全性の原則とそのコロラリーとしての“non liquet”宣言の禁止が「争いのない最も確立された実定国際法の

規則」であるとまで論ずるのである。⁽²⁴⁶⁾

ラウターパクトの戦間期の著作と同時期に公刊された他の諸論考においても“non liquet”宣言の禁止が主張されている。

先ず、ハビヒト (Max Habicht) は、ラウターパクトが主張するような“non liquet”宣言の禁止」が全ての法体系の基本原則であり、国際仲裁裁判の歴史がそのような禁止の存在を証明しないとしても、“non liquet”宣言の禁止」は「全ての文明国の国内法において認められた原則」であり、この原則はP C I J 規程第三八条によりP C I J における手続に適用があると論じた。⁽²⁴⁷⁾

また、一九三七年に公刊されたヴィテンベルク (Joseph Charles Wienberg) の著作では、一九三三年のラウターパクトの著作の内容が紹介された後に、次のような議論が展開されている。先ず、「国際裁判の裁判官 (Juge international) は、国際法の本質的機能とは戦争を禁止することと平和の支配を実現することであるという根本原則から、出発しなければならない」という前提が提示される。そして、何れの事件においても、裁判官は何が法であるかをその根本原則を基準として決定する権限を有し、且つそのようにする義務を負うとされる。そして、そのような権能や義務はP C I J 規程第三八条によってより一層確かなものとなったとされるのである。⁽²⁴⁸⁾

フライアリーは“non liquet”宣言を巡る問題を次のように論じている。彼は、国際裁判において特定の法規則が存在しない場合に活用され得る諸手段と法の発達についての論述を行った後に「裁判所において事実に基づく当事国の権利を宣言する (declare) かわりに、裁判所が“non liquet”を宣告する (pronounce)、即ち、当該事件について適用のある規則が存在しないために争点は『明らかでない』、そしてそれゆえに決定され得ないと宣言するように義務付けるものと思われる欠缺 (lacunae or ‘gaps’) を国際法が包含するという支持し難い結論を我々が避けようとするならば、司法過程におけるこの要素「即ち、条約や特定の法規則以外の規範で一般原則から導出され

るもの」の容認 (admission) は、全く不可避的である」とする。これに続いて、次のように論じられる。「そのような状況は、国内訴訟において生じないように、国際訴訟 (international litigation) においても実際に生じない。国際法が、他の何れの法体系 (system of law) と同様に、形式的な意味において——勿論他の意味においては——なく——『完全な』体系 (a 'perfect' system) であるゆえに、それ「そのような状況」は生じないのである。それ「国際法」は裁判所に付託されたいかなる事項の解決も提供し得るのであり、そのようになし得るのは、裁判官が彼の前にある事件に対して適用のある法の規則を『発見する』(find) よう要求されているという実行を受け入れているからである。⁽²⁴⁾」

このように、ブライアリーは国際法が形式的完全性を備えているとし、それにより“non liquet”が回避され得るとしている。但し、彼がこの議論を展開しているのは「近代システムにおける『理性』(reason) の位置」と題された節においてのことである点には留意されねばならない。つまり、彼がここで念頭に置いている事柄は、非実定的な要素であるとも理解されるのである。

更に、シュワルツェンバーガー (Georg Schwarzenberger) は、或る国際紛争が法的紛争であるのか政治的紛争であるのかの決定は紛争当事国の意思に掛かっているとの主張を提示した後、次のように論ずる。

「この主張には、「常設国際司法」裁判所規程第三八条中に列挙された三つの法生成過程 (law-creating processes) によって創出されたように、国際法には何らの欠缺 (gaps or lacunae) も存在しないということが含意されている。国際裁判所 (the World Court) の実行は、国際法における所謂“non liquet”問題、即ち、現存する法の不充足さ又は不明確さを理由として法に基づく決定が可能ではないということ、は本当の問題ではない (a sham problem) ことを証明した。他の適用可能な規範が存在しない場合には被告の有利に、つまり国際法の下での国家の自由に有利な推定に基づ

いて、事件を判断することは常に可能なのである。⁽²⁵⁰⁾

このシュワルツエンバーガーの見解とほぼ同様の見解を、ケンツ (Josef L. Kunz) も展開した⁽²⁵¹⁾。また、杉原は「これまでの国際裁判の判例をふまえて考察するなら、国内法の場合と同様に、国際法においても法的決定としての裁判を不可能にするような法の不存在はないこと、すなわち、国際法の適用によって決定されえない紛争はないということである」と論じている。⁽²⁵²⁾

以上の他、司法裁判の場合と同列に論ずることは許されないが、仲裁裁判に関しても「*non liquet*」宣言の禁止は妥当するものと思われる。即ち、国際法委員会 (I L C) により作成され、一九五八年に国連総会決議として採択された「仲裁裁判モデル規則」(Model Rules on Arbitral Procedure)⁽²⁵³⁾の第二一条には、「仲裁裁判所は適用法の沈黙又は不明瞭を理由に“*non liquet*”を宣言することができない」と「“*non liquet*”宣言の禁止」が明示的に規定されており、これについて「実定国際法の規則を述べたもの」と評価されているのである。⁽²⁵⁴⁾

(三) “*non liquet*”宣言の許容を支持する学説

国際裁判における“*non liquet*”宣言の許容を支持する学説は、P C I J 設立後間もない時点で提起されている。一九二八年のハーグ国際法講義においてシントラー (Dietrich Schindler) は仲裁に関して論じたが、その中で P C I J 規程第三八条にも次のように言及した。即ち、同条の「法則決定の補助手段」としての判例や学説に着目し、「この規定によれば、裁判所の権限は現存する規則の確認 (constatation) に限定されている」のであって、同条全体をもってしても、「一定の場合には何らの法規則も適用可能ではなく、裁判官が“*non liquet*”を宣言するということがあり得る」のである。⁽²⁵⁵⁾

また、シントラーの講義の二年後に同じくハーグ国際法講義においてシュトルップは、国際法における欠缺 (*lacune*) の存在を承認した上で、次のように論じた。

「先行する条約 (コンプロミ、仲裁裁判条約又は司法裁判条約) が沈黙している場合には、裁判官は独立した衡平 (*l'équité indépendante*) に従って判決を下すことの権限は決して与えられていないのであって、同様に裁判官は判決を正義 (自然法) に基づかせることができない。そのような場合、裁判官は請求を却下しなければならないのである。」⁽²⁵⁷⁾

このように、PCIJ 規程起草者達の意図にも拘らず、同規程第三八条に依拠してもなお“*non liquet*”という事態が発生し得ることが主張されたのである。そして、そのような主張は戦間期以降も継続する。

第二次世界大戦後の一九五四年には、ストーンが、主として前述のラウターパクトにより展開された“*non liquet*”宣言の禁止を支持する学説に論駁を加えるかたちで、“*non liquet*”宣言の許容を主張する記述を含む著作を公刊している。彼は、実定国内法において一般的に“*non liquet*”宣言が拒絶されていることを承認しつつも、⁽²⁵⁸⁾ 次のような論拠によって国際法における“*non liquet*”宣言の禁止の実定法規則としての地位を否定する。先ず、「法の一般原則」の援用によって国際法の欠缺の可能性がなくなる (したがって、“*non liquet*”の可能性もなくなる) という議論については、「法の一般原則」に関する形而上学的問題であるとする。裁判所の機能として“*non liquet*”宣言が許されないとする点については、それは望ましいことであるとしても、実定法上の問題ではないとする。更に、国際裁判における当事者対抗原則に由来する“*non liquet*”宣言の禁止という主張については、それが形而上学的な論理構成ではない点は評価するものの、三つの疑問点を掲げる。第一に、この主張が前提とする「禁止されざることは合法とされる」という原理 (「消極的残余原則」における「包括許容論」と解される。) に対す

る疑念である。第二に、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(即ち、何故に“non liquet”の可能性も含めた三分法が否定されるのか)である。第三に、(これが最も深刻なものであるとされる)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のではないかとの疑念である。⁽²⁵⁹⁾

このようにストーンが抱懐する“non liquet”宣言の禁止に対する疑念の根本には、国際的立法機関が存在しない状況において、国際法秩序の完全性に依拠して下される判決は「人間の倫理的及び理性的判断への固有の訴え」(the inherent appeal to men's ethical and rational judgment)を満たさないのである⁽²⁶⁰⁾し、その結果として国際平和の手段としての国際裁判の目的にそぐわないであろうとの憂慮が存在している。⁽²⁶⁰⁾この点で、彼の“non liquet”宣言許容論は、“non liquet”宣言禁止論に対する、単なる論理的な論駁のみならず、国際法や国際社会を巡る彼の認識の展開でもある。(尚、ストーンは更に、前述のラウターパクトの一九五八年の論考に應ずるかたちで、『英国国際法年鑑』の一九五九年号において、“non liquet”宣言を禁止する一般的規則は存在しない旨を論じている。)⁽²⁶¹⁾

シオラは、国際法の欠缺について論じた一九五九年の著書において、一定の場合(前章(三)で挙げられた「法の社会的欠陥」(insuffisances sociales)、即ち、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)には、国際裁判所は“non liquet”を宣言する以外の解決はないとまで述べている。⁽²⁶²⁾(そのような場合には“non liquet”の宣言を義務付けられるとも解される。)

また、同じく一九五九年に発表されたタンメロ(Umar Tammele)の論考においては、論理的に国際法が閉鎖的(完全な)体系であるのか開放的(不完全であり得る)体系であるのかが問題とされ、それに付随するかたちで“non liquet”問題も扱われている。そこでは、“non liquet”の宣言も或る種の判決なのであるから「“non liquet”は判決の不存在を意味し得ない」との立場が示された上で、「国際法が論理的に完全であることを直接的に確立す

る一般国際法の規範「の存在」についての決定的な証拠は何ら存在しない」こと及び「実定法における“non liquet”の論理的可能性 (a logical space) が存在する」ことが指摘されている。⁽²⁶³⁾

この時期には更に、ICJの英国・ノルウェー間漁業事件判決（一九五一年二月一八日）を題材にして、国際法規則が存在しない領域が存在することの論証を試みた論考も登場している。⁽²⁶⁴⁾

このように、“non liquet”許容論は一九五〇年代に集中的に展開されているが、その後は“non liquet”を巡る論争自体が一旦終息し、“non liquet”の可否を主題とする論考は散見されるにとどまる状態となる。⁽²⁶⁵⁾しかし、一九九六年の「核兵器使用の合法性」を巡るICJの勧告的意見を契機として、“non liquet”（或いは、その前提としての「国際法の欠缺」）を巡る問題は議論の対象として再度注目を浴びることになる。これは、同勧告的意見において、「国家の存亡そのものが危機に瀕しているような、自衛の極限的状況において、核兵器による威嚇又はその使用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」とされたことを、“non liquet”の宣言であるとする見解が（本章でも後に触れられる）複数のICJ判事により提示されたためである。このような状況の中で、具体的には、次のような論考が著されている。

先ず、フォーク (Richard Falk) は、一九九六年の勧告的意見それ自体については好意的評価を下す論文を発表している。即ち、「政治的に微妙で地政学的に危険な要請」を審査しようとしたことが長期的にはICJの評価を高めるであろうことや「この画期的判決」(this milestone decision) が核軍縮を推進するであろうことを彼は述べているのである。それと同時にこの論文では、この勧告的意見がその解釈を巡り学界を「状況派」(the contextualists)（戦争法の規則及び原則に合致した使用ならば合法）と「禁止派」(the prohibitionists)（いかなる状況においても違法）に分断したこと、また、国家間における国際法の役割を強化するために方法との関連で“non liquet”問題が生じていることなども指摘されている。フォーク自身はこの勧告的意見が“non liquet”の宣言を含むもの

か否かは明言していないが、国際法の現状において核兵器の使用及びそれによる威嚇に関して多くのなされるべき事柄があることを指摘していることから、少なくともこの問題に関する国際法には欠缺が存在することを承認しているものと解されるのである。⁽²⁶⁷⁾

また、マローマック (Timothy L. H. McCormack) は、一九九六年の勧告的意見が“non liquet”を宣言するものであるという判断の下で、自衛行為において核兵器が使用され得るかについての国際法が不明確であるとする⁽²⁶⁸⁾ことは、實際上、核兵器保有国を利用する結果になるだけであるとの批判を行っている。

勿論、以上の諸論考は積極的に“non liquet”宣言の許容を論ずるものではなく、一九九六年の勧告的意見“non liquet”の宣言であると判断した上で、各々の主張を展開するものである。しかし、“non liquet”の宣言という事実そのものを受け入れている点で、その許容を黙示的に承認しているものと解されるのである。

(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

前述(本章(一))のように、ラウターパクトは国際裁判(仲裁を含む。)の判例を通じて、“non liquet”が宣言された実例が見られないことを指摘しており、そのことが国際法の完全性の原則とそのコロラリーとしての“non liquet”の宣言の禁止が実定法であるとする⁽²⁶⁹⁾ことの彼の主要な論拠の一つとなっている。確かに、国際裁判において“non liquet”が明示的に宣言されたことはないものと思われる。

また、実際に、国際裁判において下された判決又は勧告的意見を巡り、それらが“non liquet”の宣言か否かについて学界において争われた例も極めて僅かである。⁽²⁷⁰⁾しかも、国際裁判における“non liquet”の宣言の禁止を肯定する論理は、次のような国際判例を通じて、一定の説得力を有するものと言える。

“non liquet”の宣言の禁止を肯定する論拠となる最初期の判例が、前章で挙げられた一九一一年に常設仲裁裁判所により下された英仏間「サヴァルカル」事件判決である。同事件では、英国が外国に自らが留置する者を「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⁽²⁷⁾とした上で、英国勝訴の判決が下されている。つまり、規範の不存在が裁判所を“non liquet”の宣言へと導くのではなく、前章において論じられた「消極的残余原則」によって判断が下されたのである。そして、この論理がより明確に展開され、且つこれまで頻繁に引用されてきた先例が、これも前章で論じられた一九二七年のP C I J「ローチュス号」事件判決である。この事件では、フランスとトルコの特別合意により、トルコにおける外国人の地位を定める一九二三年のローザンヌ条約第一五条（司法管轄権に関する全ての問題は、「国際法の諸原則」に従い決定される旨を規定）に反してトルコの管轄権が行使されたのか、仮にそうであるとするのならば、それはいかなる原則であるのかについての判断がP C I Jに付託された。これに対して、判決では、トルコによる訴追を許容する原則があるかではなく、トルコが訴追を行うことよって違反した原則があるかが問題とされた。そしてP C I Jは、「国家に要求されていることは、せいぜい国際法が国家の管轄権に課している制限を踏み越えないことである⁽²⁷⁾」として適用規範が必ずしも明確でないことを承認したまま、「主権の残余原則」に従ってトルコの勝訴という判断を下したのである。

これと同様の思考は、その後のI C Jの判例においても維持されているものと思われる。即ち、一九八六年の「ニカラグア」事件本案判決において、ニカラグアの軍備が過剰であり侵略的意図を証明するものであるとの米国の主張に対して、I C Jは次のような理由により（恐らく「主権の残余原則」に従って）斥けたからである。

「条約その他によって関係諸国により受容された諸規則を除いて、国際法には主権国家の軍備の程度が制約される規

則は何ら存在しないのであり、この原則は例外なく全ての国家に妥当する。⁽²⁷³⁾」

このように「消極的残余原則」(「包括許容論」)や「主権の残余原則」が採用されるならば、前章で確認されたような意味において「国際法の完全性」は担保されることとなり、したがって、「*non liquet*」の宣言を禁止することも可能となる。そして、このような国際判例の流れは、後述の一九九六年の「核兵器使用の合法性」勧告的意見を巡り、それらが「*non liquet*」の宣言ではないかとの見解が提示されるまでは、維持されていたように思われるのである。

2 “*non liquet*”宣言の許容を支持する論理を内包する国際先例

既に本章において確認されたように、国際法上の“*non liquet*”宣言の禁止を支持する学説は、これまでの国際判例において“*non liquet*”の宣言が行われたことはないとしている。

しかしながら、“*non liquet*”宣言許容論との若干の関連性を有し得る国際先例は存在する。即ち、オランダ国王を仲裁裁判官とした一八三一年の英米間の「北東部国境画定」(the North Eastern Boundary)事件仲裁判決では、利用可能な証拠に基づく限りでは、法に従った国境の画定は不可能であるとされた。(但し、そこで仲裁裁判官は、“*non liquet*”を宣言するのではなく、彼にとって最も適切であると思われる方法での国境画定を行った。⁽²⁷⁴⁾)また、一九二八年のP C I J「ポーランド領上部シレジアのドイツ人の利益(少数者学校)」事件判決に対する反対意見の中で、フーバー判事は「国際裁判所の管轄権は殆ど常に当該国の意図を明示的に宣言する条約やその他の文書に由来する」のであり、「本法廷の管轄権は当該管轄権を設定する条約又は特別協定によって決定される」と論じた。⁽²⁷⁵⁾これは、国際裁判における紛争当事国の主権的意思の絶対性を承認すると同時に、当該意思によって付与さ

れた管轄権の範囲内で適切な裁判準則が見出されない場合には、“non liquet”宣言が許容される旨が含意されているものとも解されるのである。

それでも、“non liquet”宣言の許容を唱える論者、とりわけ、その中心的存在とも評価され得るストーンであつてすら、実際の“non liquet”宣言の「国家実行及び仲裁判例の欠乏」(the dearth of State practice and arbitral jurisprudence)とつう状況の存在を承認している。⁽²⁷⁶⁾

それでは、本当に“non liquet”宣言の禁止は国際先例に存在しないのであろうか。この問題について、以下では、“non liquet”宣言の禁止に対する反証となる、或いは少なくともその前提となる「国際法の完全性」に対して疑問を投げ掛ける先例についての考察を行うこととしたい。そして、疑問を投げ掛ける対象は、国際判例の中で「国際法の完全性」を担保する論理として最も顕著に機能していると判断される「包括許容論」に立つ「消極的残余原則」と「主権の残余原則」である。

(i) 「包括許容論」及び「主権の残余原則」に対する疑念⁽²⁷⁷⁾

先ず、ICJの一九四九年の「国連の職務中に被った損害の賠償」を巡る勧告的意見が問題とされ得る。同勧告的意見において、ICJは、「国際法の下で、当該機関「国際連合」は、憲章において明示的に規定されていないが、その責務の履行にとって本質的であるとして、必要的推論によって (par une conséquence nécessaire: by necessary implication) それらの「自己の代理人の保護やその者に対してなされた損害についての賠償請求といった」権能を有するものとみなされなければならない⁽²⁷⁸⁾」として、「必要的推論」の法理を用いて国連自体に国際法上の請求権を認めた。更に、ICJは「国際共同体構成員の大多数である五〇カ国は、国際法に合致して、客観的国際人格を有する或る実体を生じさせる能力を有した⁽²⁷⁹⁾」として、国連加盟国のみならず非加盟国によっても認めら

れる国際法人格を国連に認めたのである。

以上の事柄は、前章で触れられた一九二七年の「ローチュス号」事件においてP C I Jが示した判断を支える前提とは異なる内容(勿論、I C Jはローチュス原則を正面から論じているのではない。)を含んでいる。即ち、「国際法は独立の諸国家間の関係を規律する」という前提は、国連の国際法人格が認められたことによつて覆されたことになる。また、「諸国家を拘束する法規則は、条約または一般的に受容された慣行に示される諸国家の自由な意思に由来している⁽²⁸⁰⁾」という前提は、「必要的推論」の法理の採用によつて「諸国家の自由な意思」に由来しない法規則により国家が拘束される状況(国連による賠償請求の対象とされたイスラエルは当時国連非加盟国であったが、客観的国際法人格が国連に認められたことから、イスラエルは自己の意思に由来しない国連という組織による制約を受けることになる)を生じさせ得ることから、やはり覆されたことになる。(この前提が覆されたのではないと説明するためには、全ての国家が事前に当該法理を承認し、後発的に生ずる事態に対応するために必要とされる活動を行うための権能を国連に付与することを事前に合意していたとしなければならない。しかし、そのような論証はI C Jにより行われていないのである。)⁽²⁸¹⁾

また、一九五〇年にI C Jに付託されたコロンビア・ペルー間の「庇護」事件⁽²⁸²⁾において、外交的庇護の付与を決定する権利が自己にあることをコロンビアが主張したのに対して、I C Jはそれを否定し、領域主権との関係において次のように判示した。

「外交的庇護を付与するという決定は、当該「領域」国の主権からの逸脱(derogation)を意味する。それ「そのよ
うな決定」は、犯罪者を領域国の管轄権から免れさせる(withdraw)のであり、当該国の権能に排他的に属する事項
への干渉を構成する。領域主権からのそのような逸脱は、個別の事件においてその法的根拠が確立されない限り、承認

され得ない。」⁽²⁸³⁾

この他にも、一九二八年の庇護に関するハヴァナ条約 (the Havana Convention on Asylum of 1928) や一九三三年の政治亡命に関するモンテヴェイデオ条約 (the Montevideo Convention on Political Asylum of 1933)⁽²⁸⁴⁾、更には「米州国際法一般」(American international law in general) といったコロンビアが援用する根拠が I C J により否定され、同時にペルー側の主張の論拠も否定されている⁽²⁸⁵⁾。

このような状況は、「裁判所「I C J」が、ローチユス号事件におけると概ね同様に、法の欠缺、或いは少なくとも法の不明確性に直面した」⁽²⁸⁶⁾ことを示している。仮に、「包括許容論」又は「主権の残余原則」に依拠するのであれば、禁止規範が存在しない (又は不明確である) 場合には、コロンビアの外交的庇護の付与は許容されることになる筈である。ところが、I C J はそのような判断を下さなかったのみならず、そもそもコロンビアに対して自己の行為が国際法の下で許容されているかの挙証を要求したのである。これは「包括許容論」や「主権の残余原則」とは反対の考え方 (包括禁止論) に基づくものであったと解されるのである。

これらの他に、英・ノルウェー間「漁業」事件⁽²⁸⁷⁾においても「主権の残余原則」の適用を回避するという I C J の姿勢は看取可能である。同事件において、ノルウェーが「ローチユス号」事件判決を援用しつつ、或る国家の行為について、その違法性を問う側が当該行為の違法性を立証しなければならぬこと、そして、「主権に対する制約は推定されないとこの法理が頻繁に主張された」ことを論じたの⁽²⁸⁸⁾に対して、I C J は結果的にはノルウェーに有利な判決を下したものの、それはローチユス原則を支持した論理に基づくものではなかった。また、同事件判決に付されたアルヴァレス (Alvarez) 判事の個別意見では、次のようにローチユス原則が明確に否定されている。

「多くのことが論じられてきた他の原則、即ち、国際法により明示的に禁止されていないことの全てを行うという国家の権利、に考慮が払われることも必要である。この原則は、絶対的主権という時代においては正しかったが、今日では最早正しくはない。」⁽²⁸⁹⁾

更に、二〇〇二年の「逮捕状」事件本案判決⁽²⁹⁰⁾においても、三判事 (Higgins, Koijmans, Buergenthal) の共同個別意見の中で、「ローチュス原則が」国際関係における自由放任 (*laissez-faire*) の最高潮 (*high water mark*) を示しており、その「自由放任の」時代は他の諸傾向により顕著なまでに廃れたものとされてしまったのである⁽²⁹¹⁾と論じられた。この個別意見における「主権の残余原則」の実定性に対する否定的評価は明白である⁽²⁹²⁾。

このように、「包括許容論」や「主権の残余原則」の適用を回避する傾向がICJには存在し、或いは批判する個別意見も表明されていた。そのことの原因には、「包括許容論」や「主権の残余原則」が、仮にそれらが法原則であるとしても、国際社会における「法の支配」の観念からはかなり距離がある(との印象を与える)原則であり、それらの原則の援用に積極的態度を示すことは好ましくないとの判断があるものと推測される。

何れにしろ、このような傾向は、前章で確認されたように裁判規範としての国際法の完全性を担保する論理である「包括許容論」と「主権の残余原則」の適用に対する疑念を示すものであり、それはまた「国際法の完全性」を否定する論拠となり得るものである。それゆえに、以上に挙げられた判例や個別意見は“*non liquet*”宣言をICJが行う場合があり得ることを間接的に示していると解されるのである。

これに対して、ICJがより明確に(殆ど直接的に)“*non liquet*”に直面するという状況を出来させたのが、前章でも触れられた一九九六年の「核兵器使用の合法性」を巡る勧告的意見であった。

(ii) 「核兵器使用の合法性」 勧告的意見：「ローチュス原則」の否定と“non liquet”の可能性

前章において既に紹介された通り、「核兵器使用の合法性」を巡る勧告的意見において、ICJは「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狀況において、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⁽²⁹³⁾」と判示した。これに対して、複数の判事からこれが「ローチュス原則」の否定であることが指摘され、また“non liquet”の宣言であるとする見解が表明された。

先ず、ベジャウイ (Bedjaoui) 判事は、「裁判所「ICJ」は核兵器による威嚇又はその使用が合法であるか違法であるかについて判示していない」ことを指摘し、「国際法により明示的に禁止されていない活動」について「常設裁判所「PCIJ」が許可 (authorization) という青信号を与えたのに対して、禁止という赤信号を与えることについての何らの理由も国際法の中に見出さなかった本裁判所は、何れの信号も出し得ないと感じるのである⁽²⁹⁴⁾」とした。つまり、同判事は、この勧告的意見が“non liquet”の宣言であることを示唆し、「ローチュス原則」の援用については回避乃至否定されていることを指摘しているのである。

また、ヴェレシチエティン (Vereshchetin) 判事の (三頁にわたる) 宣言は、この勧告的意見を巡り、「裁判所「ICJ」は、裁判所が宣言することを要求されている法それ自体が未確定 (inconclusive) である場合に、決断力のないこと (indecisiveness) や捉えどころのないこと (evasiveness) ⁽²⁹⁵⁾ について非難され得ない」と裁判所の態度を擁護するものである。その中で特に興味深い点は、その論述の全体を通じて“non liquet”宣言の許容が強く示唆されていることである。ヴェレシチエティンは、一方で「国際法の完全性」との関連において“non liquet”の宣言が禁止されるとの論者が存在し、他方で、本稿でも既に紹介されたストーンやシオラの所論を紹介しつつ、“non liquet”の宣言を許容する学説も存在するとしている。しかも、これらの学説の対立が、仲裁裁判や司法裁

判を巡るものであるのに対して、「本件においては、裁判所は勧告的意見の手続 (advisory procedure) に従事している」⁽²⁹⁶⁾として、本件が“non liquet”の宣言の可否とは別のものであることを示唆しながらも、依然として、ヴェレシチエティンは (“non liquet”宣言の禁止を強く主張した) ラウターパクトであつてすら、一定の場合においては「法の発達の問題として及び行動の指針として」ICJの明白な不決断 (apparent indecision) の方が欺瞞的明確性 (a deceptive clarity) よりも好ましいと論じていることを紹介しているのである。⁽²⁹⁷⁾

このようにヴェレシチエティンはこの勧告的意見 (para.105 (2)(E)) が“non liquet”の宣言であることを示唆しつつも、裁判所の態度を擁護した。それに対して、ヒギンズ (Higgins) 判事は同勧告的意見に対して反対意見を付し、当該部分について、「その意味が不明確」であり、「[この]」選択された定式化が“non liquet”であることは疑い得ない⁽²⁹⁸⁾と断じている。

更に、シュヴェーベル (Schwebel) 判事も反対意見を展開した。彼は、「『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況において』裁判所「ICJ」は、国際法が、またそれゆえに裁判所が、述べるべき何ものも有さないと判示している」として、これが“non liquet”の宣言であるとする。その上で、同判事は「裁判所の未確定性 (inconclusiveness) を正当化することとは全く異なり、むしろ現代の出来事は極限的状況における核兵器による威嚇やその使用の合法性を示している」との結論を導いているのである。⁽³⁰⁰⁾

以上に見てきたように、一九九六年の勧告的意見はICJの判事によつても“non liquet”の宣言に該当する部分が存在するとされたのであり、その意味においてICJ自らが“non liquet”宣言許容論を認めたものとも言える。

但し、実際には裁判所はそのような宣言を明示的にしているのではなく、このような見解は「宣言」や「反対意見」という形式で判事の個別的意見として提示されたに過ぎない。また、これを“non liquet”の宣言ではない

とする解釈 (ICJ は、「国際法の現在の状況」のみならず、「裁判所にとって」利用可能な事実」にも照らして明らかではないとしているために、裁判所が利用できていない事実も存在することを含意しているとも解される。) も可能である。⁽³⁰⁾ 更に、この事例は飽くまでも勧告的意見であって、「non liquet」が問題とされるのは、国家間で実際に生ずる事件においてのみであると主張することも可能である。

それでも、この事例は、少なくとも、国際裁判における「non liquet」宣言の禁止が ICJ 判事の共通認識として存在しているのではないことを示すものと評価することは許されるのである。

(五) 本章のまとめ

本章では、国際法における「non liquet」宣言の禁止について、学説及び国際判例の動向の整理が試みられた。その結果として、次の諸点が指摘され得る。

先ず、国際裁判における「non liquet」宣言の禁止を巡る議論は、戦間期における「国際法の完全性」の主張に付随するものとして登場したものと判断される。

次に、一九九六年の「核兵器使用の合法性」を巡る ICJ 勧告的意見までは、「non liquet」を宣言する国際判例が欠如していたという理由から、実証的には「non liquet」宣言禁止論が許容論よりも大きな妥当性を有していたものと思われる。しかしながら、禁止論者が挙げたその他の論拠（法の一般原則」の存在、国際法の本質的機能等々）は禁止論の妥当性を論理的には完全に保証するものではなかった。

更に、「non liquet」宣言禁止論を論理的に最大限完全なものに近づけるのは「消極的残余原則」と「主権の残余原則」である。しかしながら、国際先例の中にはそれらの適用を回避する傾向を看取することも可能であって、それらの原則が実定法として確立されたものであることは実証的には確認され得ない。

最後に、一九九六年の勧告的意見によって、当時のICJ判事間においても“non liquet”宣言の是非に関する認識が共通ではないことが示された。そして、この勧告的意見を契機として、国際裁判における“non liquet”宣言を巡る議論は新たな段階に突入したのである。

さて、“non liquet”宣言の禁止は、その前提として何らかの方途により「法の完全性」が保証されなければ論理的には成立し得ない。つまり、“non liquet”宣言の禁止は「法の完全性」のコロラリーである。

また、“non liquet”の宣言を巡る問題は、紛争解決を委ねられた機関、とりわけ、司法裁判所にとって、その社会的存在意義と職責との間で根本的矛盾を孕む問題である。一方で、紛争解決機関は付託された紛争を解決できなければその存在意義を喪失するのであり、その点で、裁判所が“non liquet”の宣言を行うことは、裁判所自らによる存在意義の否定を意味する。他方で、裁判所が(立法機関ではないという前提のもとで)司法立法を行うことは禁止されているとするならば、裁判規範としての法の完全性が保証されない限り、“non liquet”の宣言を行わざるを得ない事態が理論的には発生することになるのである。

裁判所の社会的存在意義を論ずるならば、それは結局裁判所の機能からの要請として“non liquet”宣言の禁止が求められるのであって、その意味において、それは立法論に関わるものであって、実定法を論ずるのではないこととなる。⁽³⁰²⁾そして、実際に“non liquet”宣言の禁止を定めるとされる(本章の「はじめに」に挙げられた)スイス民法第一条第二項は、裁判官に実質的には立法権に該当する権限を付与することによって、当該禁止を実現しているのである。そして、その前提には「法の完全性」が必ずしも常に保証されるものではない旨の認識が存在していると考えられる。

このように、“non liquet”宣言が惹起する裁判所の社会的存在意義と職責を巡る根本的矛盾は、その二つの何れか(又は両者)を修正しない限り、解消不能である。そして、前者の修正(付託された紛争を必ずしも解決し得

ない。)を選択するならば、“*non liquet*”宣言が許容されるべきことになり、後者の修正を選択するならば、裁判官に(実質的な)立法権限を認めるべきことになるのである。

結論

以上の各章において論じられた事柄を基にして、二つの問題について考察することをもって、本稿の「結論」としたい。二つの問題とは、第一に、国際法における行為規範と裁判規範の相異を巡る問題であり、第二に、「国際法の完全性」の観念の内実と現実的妥当性を巡る問題である。

先ず、国際法における行為規範と裁判規範の相異の発生過程から論ずることとしたい。

本稿第一章で確認されたように、「国際法の完全性」という観念が、「国際法の無欠缺」と関連付けられて、明示的に論じられるようになったのは、戦間期以降のことである。そしてそれは、一九世紀後半以降に「国際法における欠缺」の存在を主張する論考が先行して提起された後のことであった。欠缺の存在を積極的に主張したトレンデーレンブルクやツイテルマンに見られるように、当初問題とされた「欠缺」は具体的規範の欠缺であり、しかもそれは裁判規範性を問題とするものではなかった。(同時期に抽象的乃至観念的な「国際法における欠缺」の存在を肯定したウエストレイクやオツペンハイムの議論は「欠缺」自体を正面から論ずるものではなかった。)それに対して、「国際法の完全性」を論証しようとした論者たちが念頭に置いたものと推測されるのは、観念的な問題(「法の支配」の理念や「根本規範」に基づく法認識)であるか裁判規範としての国際法に関わる問題であった。この点で、「国際法の完全性」の存否を巡る論争は、その始点において認識対象についての相異が存在したままで展開されたと言える。そして、そのような相異をもたらした決定的要因がPCIJ規程の起草であったと考えら

れるのである。

二〇世紀初頭に至るまでの国際法理論において、国際法の「定義」や「法源」が提示される場合には、それらは国家間紛争についての裁判規範としてではなく、国家の行為規範として提示されていた。(勿論、全ての論者の間でそれらの相異が自覚されていたとは言いがたい。) そもそも、国際司法裁判制度自体が現実には存在せず、裁判制度が存在するとしても、その中心が(一八世紀末になって「復活」したとされる) 国際仲裁裁判であった時代に、国際法の法源を裁判規範として観念する必然性は殆どなかったであろう。それに対して、PCIJ規程の起草作業の中で論じられた「裁判の基準」は、当然のことながら裁判規範そのものであった。そして、この行為規範と裁判規範の相異が明確に認識されないうまに、⁽³⁰³⁾「国際法の完全性」を巡る論争が展開されたと考えられるのである。

法を行為規範と裁判規範に区分するという認識は遅くとも、二〇世紀初頭には登場している。即ち、一九一三年に公開された著作において、エールリッヒ(Eugen Ehrlich)は、法が裁判官にとつての訴訟事件の判断の規則であると同時に、「人間の行為の規則」(eine Regel des menschlichen Handelns)であって、両者は場合により全く異なることを指摘している⁽³⁰⁴⁾のである。そして、この区分は本稿で紹介された理論の解釈や論争の理解にとっても有益である⁽³⁰⁵⁾。

第二章で挙げられた「国際法の完全性」の理論的根拠の中で、国際法の無欠缺性を担保する点で相対的に優れたものは、「消極的残余原則」及び「主権の残余原則」であった。それらは、国際法の欠缺や「法から自由な領域」が存在しようとも、「国際法の完全性」を担保し得る論理であった。(紛争当事国が自己の主張を提示せずに紛争解決を裁判所に求める場合以外は、これら二つの原則は、全ての紛争を解決可能である。) しかしながら、そこには一つの限定が必要である。即ち、それらがそのような機能するのは、国際法が裁判規範として認識される限りに

おいてのことなのである。⁽³⁰⁶⁾ (当然のことながら、「訴訟における『当事者対抗原則』」は行為規範ではない。) そして、このことは、「国際法の完全性」の観念の内実と現実的妥当性の問題へとつながる。

裁判規範としてのみならず、行為規範としても論理的に「国際法の完全性」を担保し得るものも「消極的残余原則」と「主権の残余原則」である。(むしろ、行為規範としての国際法を問題とするのであれば、「紛争当事国が自己の主張を提示せずに紛争解決を裁判所に求める場合」は想定され得ないゆえに、「消極的残余原則」と「主権の残余原則」は常に行為規範としての「国際法の完全性」を担保し得ることになる。) 前者については、理論的には「包括許容論」と「包括禁止論」が存在し得るが、本稿第二章で確認されたように、学説上「包括許容論」のみが論じられる傾向が看取されると共に、先例においても「包括許容論」が採用されていることが確認される。それはまた、国家が国際法を形成するという近代国際法理論の前提の下で「包括許容論」と「包括禁止論」とを比較した場合に、自己の活動に対する制約を可能な限り排除することを望むという国家の傾向からすれば、前者を国家が選択する方がより自然な帰結であろう。⁽³⁰⁷⁾ そして、両者は国家主権や国家意思の自由に有利な推定を下すものであることで共通しているのであって、それは次のことを意味することになる。

明示的且つ具体的な禁止規範が十分に存在しない国際法の体系において、「国際法の完全性」を論証するため「包括許容論」又は「主権の残余原則」を援用することは、結果的に国家意思の自由を最大限に保証する論理を提供することになる。しかもそれは、ラウターパクトの理論に典型的に現れていたように、国際社会における「法の支配」を確立乃至貫徹するという、一見したところ、「正義」や「法の理念」に立脚した動機に基づくものなのである。ところが、それは、「法の支配」の名の下に、国家意思の自由を最大限に保証し、禁止規範に少しも不明な点があるならば、国家の自由を許容する。果たして、それが「法の支配」に値するものなのであるか。

ここにおいて、「国際法の完全性」の存否を論ずることには、次のような極めて重要な問題が含意されていることが理解される。即ち、その存在を主張することは、国家意思の自由を最大限に尊重することを通じて、結果的に国際法を「脆弱な法体系」としてしまい、その不存在を主張することは、国際社会における「法の支配」の貫徹を否定する結果を招いてしまうのである。

更に、「国際法の完全性」の内実を巡る問題点は「法の支配」のみならず、法それ自体の発展との関連も有する。本稿でも紹介されたように、ラウターバクトは「国際法の完全性」肯定論を最も先鋭に説き続けた学者であった。だが、彼は、一九三三年の著作において、「法の一般的目的という観点から判断されるような、そして、法体系の連続性の断絶と同一のものである形式的欠缺 (formal gaps) からは区別されるような、目的論的意味における実質的欠缺 (material gaps) は、法の中に存在する」という思考が「諸々の時代を通じて法の発展における強力で不可欠な要素であり続けている」と論じていた。つまり、彼は、このような実質的欠缺 (ここで使用されている「実質的欠缺」とは、具体的事態に対して適用可能な個別的で具体的な規範の不存在を指すものと解される) の存在を認めるといふ思考が法の発展の不可欠な要素であるとして、実定法における欠缺の存在を肯定的に評価している。(これは、国連憲章における「法の漸進的発達」の観念も「国際法の不完全性」を前提とするものと理解することに繋がるであろう。)

このように、具体的規範のレベルにおける「欠缺」が法それ自体の発展を可能とするという理解も可能である。つまり、具体的欠缺の存在を承認する方が、それを否定するよりも法を進展させ得るとも言えるのである。そして、それは更に、“non liquet”の宣言の可否、そして、「司法立法」の可否という問題へと繋がる。

一九七四年に公表された論文の中で、フィッツモーリスは次のような指摘を行っていた。

「法秩序又は法体系は次の何れかの場合にのみ完全であると言われ得る（そして、それは法秩序又は法体系が完全であると述べることに含意せねばならない事柄である）。(i)最終的には、形式的のみの完全性であり、しかも重要な種類の事例にそれを拡張しないことに我々が満足する場合、又は(ii)最終的には、法の実体的な内容における具体的欠缺(material gap)を補充するために司法立法又はそれと同等のものを我々が許容する場合。³¹⁰⁾」

この「重要な種類の事例」の除外という限定を付するとの発想は、一八九九年の「国際紛争平和的処理条約」の第一六条において「法律問題」(les questions d'ordre juridique) に関して「仲裁裁判ヲ以テ最モ有効ニシテ且最モ公平ナル方法」と認めるとされて以来、国際紛争を「法律的紛争」と「非法律的紛争」(政治的紛争)に区分すべきとの主張が展開されたこと、そして国家の重大な利益に関わる紛争が仲裁裁判の対象から除かれるという事例を経験したことなどから生まれたものであると推測される。そして、一九九六年の「核兵器の合法性」勧告的意見においてICJが直面した事態は、フィッツモーリスがその発生を予見していたようにも思われる事態なのであった。

フィッツモーリスのこの限定を肯定的に評価した上で、「核兵器の合法性」勧告的意見について考察するならば、「国家の存亡の危機」というまさに「重要な種類の事例」についてまでも“non liquet”の宣言を拒絶し、更に、実質的な司法立法を行うならば、それはかえってICJに対する諸国の信頼を損なうと同時に、国際法の現実的妥当性をも損なうことになるのではないか、とも考えられる。つまり、「国際法の完全性」や国際社会における「法の支配」の貫徹を自ら否定しかねない結果をもたらすような(実質的な)“non liquet”の宣言であったとしても、同勧告的意見は「限定的な国際法の完全性」を選択したことにより、国際法やICJ自体の現実的妥当性を確保するものであったとも評価できるのである。

「国際法の完全性」やそれにより担保される国際裁判における“*non liquet*”宣言の禁止を唱導することは、国際社会における「法の支配」の貫徹という一見望ましい世界像を提示する行為でもある。しかし、国際法が「限定的完全性」にとどまり、国際裁判における“*non liquet*”宣言が許容されることにより、国際法や国際裁判の現実的妥当性が確保されるという世界像もまた、これまでの国際法学説を追うことにより提示可能となる。後者の世界像が前者の世界像に比して、理念的に劣位に置かれねばならない必然性は何ら存在しないのである。

「国際法の完全性」を巡る論争は、それに参加する者の「国際法観」を巡る論争であると共に、主権国家から構成される国際社会を国家間の合意に基づいて規律する国際法という存在が内包する法としての原理的矛盾を露呈する論争でもある。この点において、この論争は究極的には解決不能なものとも思われる。しかし、この原理的矛盾の解消こそが近代国際法創成期以来の国際法学者が挑戦し続けた最大の課題であり、それは依然として現代の国際法学者にも課されている筈である。

(239) 日本においても明治八年太政官布告第一〇三号裁判事務心得第三条(「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」)により“*non liquet*”の宣言が禁止されるものと解される。

(240) スピロプーロス (Jean Spiropoulos) は、法律家諮問委員会において「裁判所「PCIJ」は、いかなる場合も、“*non liquet*”を宣言してはならぬ」という点について「意見の全員一致」があったとする。J. Spiropoulos, *Die allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht* (Kiel, 1928), S.16.

(241) 特に、法律家諮問委員会第九回会合(一九二〇年六月二五日)から第一五回会合(同年七月三日)の討議(*Procès-Verbaux*, pp.203-351.)を見よ。

(242) Fitzmaurice, *op. cit.*, p.93.

(243) 尚“*non liquet*”を巡る問題を扱う際の留意点をストーンが次のように述べている。「“*non liquet*”問題はときとし

て司法判断不適合性 (non-justiciability) の大幅に拡張された観念の中に置かれる」が、両者は別個に検討されねばならない。「両者は一定の国際紛争が法による解決——広義の『法の支配』——になじまないという仮定 (the supposed insusceptibility) に関係する一方で、両者は異なる立場からそのようにしているのである。より正確な意味における司法判断不適合性は、一定の国益についての最優先の主張 (その国益が法に反するか少なくとも法の外に (contra or at least extra legem) あり得るとしても) と関係する。“non liquet”は、どちらかといえば、利益の個別の衝突を調整するための適切な内容と明確さを有する適用可能な規則が、単純に利用できないという場合に議論となす。」 Stone, *Non Liquet*, p.124.

(244) Williams, *op. cit.*, p.50.

(245) Castberg, *op. cit.*, p.342.

(246) Lauterpacht, *Some Observations*, pp.198-208. (引用部分は、二〇〇頁。)

(247) M. Habicht, *The Power of the International Judge to Give a Decision "ex aequo et bono"* (London, 1935), pp.9-10 et 68.

(248) J. C. Witenberg (en collaboration avec J. Desriou), *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales : Traité pratique* (Paris, 1937), p.313.

(249) J. L. Brierly, *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*, 5th ed. (Oxford, 1955), p.68. 尚、ここに引用した文献はブライアリー自身による最後の改訂版であるが、その後改訂を引継いだウォルドックによる変更はこの部分には加えられていない。See, J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. (revised by C. H. M. Waldock) (Oxford, 1963), pp.67-68.

(250) G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 5th ed. (London, 1967), p.245. 尚、このシュワルツェンberger の見解においては、前章で紹介された「当事者対抗原則」と「主権の残余原則」が並存 (又は混在) していることが理解される。

(251) クンツは、国際紛争を「法的紛争」と「政治的紛争」に区分する学説を批判する中で、次のように論じた。「いかなる性質の紛争も全て実定国際法の下で司法的に決定され得る。『国際法によって規律されない』紛争は何ら存在せず、いかなる事件においても『国際』裁判所が、*non liquet* を宣言しなければならないことはない。少なくとも、

国際法に基づかない当事者の主張は裁判所により拒絶され得る。全ての紛争は司法的に決定され (decided) 得るもの、全ての紛争が司法的に解決され (settled) 得るとする事は正しくない。」[尚、引用文中の傍点部分は原文では強調斜字体である。] J. L. Kunz, *The Changing Law of Nations* (Columbus, 1968), p.684.

- (252) 杉原、前掲書、二一〇頁。
- (253) Model Rules on Arbitral Procedure, A/RFS/1262(XIII), 14 November 1958.
- (254) “The tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of the silence or obscurity of the law to be applied.”
- (255) 杉原、前掲書、二〇八—二〇九頁。次の文献も同旨である。Lauterpacht, *Some Observations*, p.198.
- (256) Schindler, *op. cit.*, p.331.
- (257) Strupp, *op. cit.*, p.469. したがって、シュトルップは“*equity praeter legem*”を許容しなうことになる。
- (258) Stone, *Legal Controls*, p.154.
- (259) *Ibid.*, pp.156-161.
- (260) *Ibid.*, p.164.
- (261) Stone, *Non Liqueur*, pp.124-161.
- (262) Siorat, *op. cit.*, p.189.
- (263) I. Tammelo, “On the Logical Openness of Legal Orders—A Model Analysis of the Law with Special Reference to the Logical Status of *Non Liqueur* in International Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol.8 (1959), pp.187-203. (引用部分は、一九〇、二〇一及び二〇二頁。)尚、タンメロは、問題解決のための法規則の不存在が認定された場合に、裁判所が“*non liquet*”を宣言する次の三つの状況を挙げている。(1)付託合意その他の裁判所の管轄権を決定する文書の中に、適用可能な法の不存在が認定された場合には裁判所は“*non liquet*”を宣言しなければならない旨が規定されているならば、当該裁判所にとって“*non liquet*”の宣言は義務的なものとなる。(2)付託合意文書が当該文書に規定された条件の下で裁判所が“*non liquet*”を宣言し得る旨を定めているならば、当該裁判所にとって“*non liquet*”の宣言は許的なもの (licensory)、即ち、そうすることが許容されているが、義務的ではない。(3)付託合意文書が“*non*

- liquef*」に関して沈黙している場合には、裁判所は“*non liquef*”を宣言する義務を負わない。(Ibid., p.202.)
- (264) Goldie, *op. cit.*, pp.220-227.
- (265) 一九七〇年代以降に「国際法における欠缺」を正面から扱った論考として次のものが挙げられる。Fastenrath, a.O.: 杉原、前掲書、一五七—二一〇頁。
- (266) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (supra n.212), para.105(2)E.
- (267) R. Falk, “Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter”, *American Journal of International Law*, vol.91 (1997), pp.64-75.
- (268) T. L. H. McCormack, “A non liquef on Nuclear Weapons — The ICJ Avoids the Application of General Principles of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, no.316 (28/02/1997), pp.88-89.
- (269) タンメロは「“*non liquef*”を回避するところ、国際裁判所の一貫した実行は、国際裁判所が何れの事件においても適用可能な国際法規範に基づいていない主張を拒絶する権利を有するという慣習規則を確立したように思われる」(Tammelo, *op. cit.*, p.202.) という。
- (270) 国際裁判において、当該裁判所による判決が“*non liquef*”の宣言であるか否かの論争の対象とされた事例については、本章④を見よ。
- (271) *Arrest and Return of Savarkar*, supra (n.202), pp.275-280.
- (272) *The Case of the S.S. “Lotus”*, supra (n.209), p.19.
- (273) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, supra (n.211), para.269.
- (274) Lauterpacht, Some Observations, p.202.
- (275) Dissenting Opinion by M. Huber, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Minority Schools)*, 26 April 1928, *PCIJ, sér. A*, no.15, pp.53-54.
- (276) Stone, *Legal Controls*, p.156.
- (277) 以下に挙げられる先例の選択については、次の文献に多くを負っている。H. Handeyside, “The Lotus Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat?”, *Michigan Journal of International Law*, vol.29 (2007), pp.71-94.

- (278) *Reparation for Injuries Suffered in Service of United Nations*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1949*, p.182.
- (279) *Ibid.*, p.185.
- (280) *The Case of the S.S. "Lotus" supra* (n.209), p.18.
- (281) 尚「ローチュス号」事件判決における「国際法は独立の諸国家間の関係を規律する」という部分について、この一九四九年の勧告的意見においてICJは、国連の国際法人格を承認したことによって、「ローチュス原則」を(全面的ではないにしろ)部分的に否定したと解する論者もある。See, Handeyside, *op. cit.*, pp.81-82.
- (282) *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th 1950, *I.C.J. Reports 1950*, p.266.
- (283) *Ibid.*, pp.274-275.
- (284) *Ibid.*, pp.275-278.
- (285) *Ibid.*, pp.279-288.
- (286) Handeyside, *op. cit.*, p.83.
- (287) *Fisheries case*, U.K. v. Norway, Judgment of 18 December 1951, *I.C.J. Reports 1951*, p.116.
- (288) Counter-Memorial of Norway, *Fisheries Case*, U.K. v. Norway, 1951, ICJ. Pleadings, p.418 (31 July 1950).
- (289) *Fisheries case, supra* (n.257), p.152.
- (290) *Arrest Warrant of 11 April 2000*, Democratic Republic of Congo v. Belgium, Judgment of 14 February 2002, *I.C.J. Reports 2002*, p.3.
- (291) *Ibid.*, p.78.
- (292) ハンデイサイドは、次のように論じている。「そのような迂回[即ち、ローチュス原則やそれに類似したものを適用可能な場合であっても、同原則の援用を不要とするような筋道を選択すること]がより一層困難である場合——「核兵器」事件におけるような場合——裁判所「ICJ」の理由付けは同原則を役に立たない又は古臭くなった(un-helpful or out dated)と裁判所が見てくることを示唆している。」Handeyside, *op. cit.*, p.93.
- (293) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, supra* (n.212), para.105 ((2)E).
- (294) *Ibid.*, p.271.

- (295) *Ibid.*, p.280.
- (296) *Ibid.*, p.279.
- (297) *Ibid.*, p.281.
- (298) *Ibid.*, p.584.
- (299) *Ibid.*, p.590.
- (300) *Ibid.*, pp.322-323.
- (301) See, Bodansky, *op. cit.*, p.153.
- (302) ストーンは、“non liquet”宣言の禁止は“desideratum”なのであるから、“lex ferenda”の問題であって、“lex lata”の問題ではなるとする。Stone, *Legal Controls*, pp.157-160.
- (303) とりわけ、“non liquet”宣言の禁止は国際裁判の文脈そのものの中で論じられていることは自明であるし、「国際法の完全性」を支持する諸理論も同様である。そして、このことは、国際裁判とは無縁であるかのように思われる「根本規範」についても妥当する。既に触れられた(第二章(一))ようにケルゼンは、国際法秩序の根本規範を発見するために国内法の根本規範に導いたのと同様の論理を構築しているが、その出発点には「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」が置かれているのである。Kelsen, *General Theory*, pp.369-370.
- (304) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München/Leipzig, 1913), S.6-7.
- (305) 最上は、行為規範と裁判規範の区分が、そのような用語自体が殆ど使われないにも拘らず、「実は国際法の世界に今なお隠然たる影響を及ぼし続けているのではないか」とする。最上敏樹「国際法における行為規範と裁判規範」国際法学会(編)『国際社会の法と政治』(三省堂、二〇〇一年)九一頁。
- (306) 「法から自由な領域」は、行為規範を問題とする場合に妥当する理論であり、裁判規範としては十全には機能しない。即ち、「法から自由な領域」に属する問題に関して訴が提起された場合に、裁判所は、“non liquet”を宣言するか、当事者対抗的な訴訟である場合に限って、原告の訴が法に基づかないために原告敗訴とすることとなるからである。
- (307) 既に触れられた(第二章(一)5)ように、所謂「予防原則」は「包括許容論」又は「主権の残余原則」を否定する

ことに繋がり得るものであり、それは国家の「自然な」選択とは思われない。この点で「予防原則」はこれまでの「国家理性」を覆す性質を内包するものであるとも評価可能である。そして、そのような性質こそが、(或る国際法規範の実定法としての確立を「実証」する際の具体的方法を勘案するならば) 同原則の実定法化を実証することを困難とする最大の要因であろう。

(308) Lauterpacht, *The Function of Law*, pp.86-87.

(309) そして、このような「実質的欠缺」が存在しても、当該事態に適用可能なより抽象的な規範が見出されるならば、当該事態にも法的規律が及んでいるとすることは可能である。(次の文献も同旨である。A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford, 2008), p.13.) このような思考に基づくならば、「法の一般原則」という、より抽象度が高い規範によって「国際法の完全性」を担保しようとすることは自然な帰結であろうし、実際にラウターパクトはそのように論じたのである。

(310) Fitzmaurice, *op. cit.*, p.112.