



Title	国際裁判における Non Lique の克服
Author(s)	杉原, 高嶺
Citation	北大法学論集, 29(2), 1-59
Issue Date	1978-10-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16254
Type	bulletin (article)
File Information	29(2)_p1-59.pdf



[Instructions for use](#)

国際裁判における *Non Liqueur* の克服

杉 原 高 嶺

序 目 次

- 第一章 *non liqueur* をめぐる学説
 - 一 二つの学説
 - 二 *non liqueur* 肯定論
 - 三 *non liqueur* 否定論
 - 四 最近における肯定論の展開
 - 五 学説の対立の背景
- 第二章 条約における *non liqueur* の防止措置
 - 一 国際捕獲審検所の「正義と衡平の一般原則」
 - 二 常設国際司法裁判所の「法の一般原則」
 - 三 国際紛争平和的処理一般議定書の「衡平と善」
 - 四 国内裁判における *non liqueur* の禁止
- 第三章 国際裁判の実践における *non liqueur* の克服

一 証拠の不十分を理由とする *non liquet* の主張について

二 判例における *non liquet* の排斥

三 司法機能と法の発見

第四章 国際裁判における適用法規の発見

一 いわゆる司法立法と法の発見の区分

二 国際法の一般原則の演繹的適用

三 法目的論的アプローチ

四 国内法のアナロジーあるいは法の一般原則の適用

第五章 *non liquet* をめぐる若干の論点

一 包括許容論の妥当性

二 義務的管轄制度との関連

三 法の一般原則の普遍準則性

四 国際法学における実証主義と *non liquet* 論

結

序

国際法は西欧の自然法観念を基盤に形成されたといわれる。このいきさつからも伺えるように、国際法は上位の権力組織によってその生命が担保される法秩序ではない。他方、そういう執行組織や統一的立法機関をもたないため、機能的に様々な不備や制約があるといわれる。国際法規の定立面についてみると、今日では条約の締結によって漸次法の整備がはかられてはいるが、なお国際社会の要請に十分に応える立法や法の改正が弾力的に行われないと指摘される。

このように国際法には法規の不備や欠缺が多々みられるため、これを適用する国際裁判においては、裁判制度上の制約とは別に、適用法規上の限界があるといわれる。すなわち、法規の不存在ないし不明瞭により裁判が不可能になること、つまり *non liquet* の事態が生ずるとされるのである。この見方によれば、国際法においては法規の不存在や不明瞭は避けられないのであるから、その場合、衡平と善 (*ex aequo et bono*) やその他の実定法以外の基準による裁判が特別に認められないときは、国際裁判所は *non liquet* を宣告するしかなく、また宣告しなければならぬといわれる。この見解は一方の学説としてかなり根強くみられる。

判例の指摘をまつまでもなく、国際法は直接的な規則を欠いたり、法内容が不明確であったりすることは確かである⁽¹⁾。これに鑑みれば、この説が依然として根強いのは不思議ではない。しかし、もし特定の法規の不備や不明瞭が *non liquet* の容認に結びつくとするなら、過去一世紀半余にわたる近代国際裁判の歴史において実際には *non liquet* の先例がなかった事実はどうのように説明されるのであろうか。これらの裁判が少なくとも国際法を基準とした法的な決定であるとすれば、右の学説は再検討されなければならないのではなからうか。と同時に、これとは反対の学説 (*non liquet* の否定) が、これまで暗黙に示してきた前提、すなわち直接的な規則が存在しなくとも、なお適用されるべき法は存在し、その法の発見は裁判において可能であるということ、を判例を通して再考察する必要がある。このことが実証的に究明され、かつ国内法と同様に、国際法においても *non liquet* が承認されないとすれば、そのコラリーとして、一部の学者が指摘するように、国際法の適用によって決定されえない法律的紛争はないという意味において「国際法の完全性」を語ることは不可能ではない。

本稿はかかる問題意識において、国際裁判における *non liquet* が認められるか否かを実証的に検討しようとするものである。この問題は裁判の手続的次元の問題ではなく、国際法およびこれを適用する国際裁判の基本認識にかか

説
わる主題である。そこにこの問題の奥行と根の深さがある。

論
（なお、本稿では国際仲裁裁判と司法裁判を特に区別することはしなかった。本稿の主題に関する多くの論者がそうしているように、これを一般的に区別する必要はないと思われるからである。）

(1) 「国際法は、国内法と同様、特定の事件に決定的に適用される明示的規則を含まないことがあり、また一般には含んでいない。」(海底電線切断事件・一九三三年) R. I. A. A., Vol. VI, p. 24. 「国際法は、ある分野においては、特定のケースに適用される特別の規則を定めていないことがある。」(バルセロナ・トラクション事件) I. C. J. Reports 1970, p. 39.

(2) もっとも国際法学者のなかには、仲裁裁判は実質的には裁判といえないとする見方がある。例えば、田岡博士によれば、仲裁裁判は名前は「裁判」であるが、実質は衡平と善による「調停」にすぎないとされる。田岡良一「常設国際司法裁判所規程第三八条三号に就いて」法学論叢第二八巻一号、三二―三三頁。が、この見方はやや極端にすぎないように思われる。一九世紀の仲裁裁判の慣行を一般的に定式化したと思われる一八九九年の国際紛争平和的処理条約は、仲裁裁判所は「法の尊重を基礎として」裁判すべきものとしている。これは厳格な法の適用を求めるものではないが、一般には法を基準とした決定であることを示すものであり、実際の裁判もそうであったと思われる。確かに、コンプロミー(仲裁契約)で国際法のほかに「衡平」や「正義の一般原則」などが基準として追加されることがあるが、その場合でも、裁判所はなお適用されるべき国際法の探究につとめ、衡平や正義の原則は、せいぜい裁判官が法を適用するにあつての一つの考慮要素としてみているのが実体に近いと思われる。司法裁判に比べれば、法の適用の厳格さがやや緩和されているかもしれないが、そのことは仲裁裁判の判決の法的性格を否定する理由にはならないであろう。なお、仲裁裁判の場合には、コンプロミーで裁判準則が限定されればそれだけ *non liquet* の可能性が大きくなるといわれるが、実際には裁判準則の追加・拡大はあっても、縮少・制限はほとんどないので、この議論を一般的に取り上げる必要はないであろう。

第一章 *non liquet* をめぐる学説

一 二つの学説

国際裁判において通用法規の不存在ないし不明瞭を理由に裁判を拒否することが許されるかどうか、過去百年の学

説はいつも対立してきた。一八七五年の國際法学会で採択された「國際仲裁裁判規則案」によれば、「仲裁裁判所は事實または適用すべき法原則が十分に明瞭でないという理由で裁判を拒否することはできない」(第一九条)とされた。⁽¹⁾これは明かに *non liquet* を禁止したものである。ところが、同じ國際法学会で一九二七年にこの規則案が再検討されたとき、右一九条の規定は「嚴格にすぎるとの批判を報告者から受けた。法が不明瞭なときにお判決の付与を強いることは裁判の機能に両立しないというのである。⁽²⁾同じ意見はこの学会の別のテーマに関する報告書にもみられた。一九二二年の紛争の司法的解決に関する報告書によれば、「すべての紛争」は原則として「司法的解決になじむもの」とされたが、その例外の第一として、「事件に適用されうる一般に承認された法の規則が存在しないとき」は別とされた。⁽³⁾これは *non liquet* の可能性を前提とする立場といえる。報告者によれば、適用法規の存否の問題は客観的に確定されうるもので、この点に当事国の意思が介在する余地はないとされた。⁽⁴⁾

二 *non liquet* 肯定論

non liquet の許容性をめぐる意見の対立は、國際法学会のそこにおいても広くみられた。ド・ラプラデーユ(A. de Lapradelle)とポリリーティス(N. Politis)の編集になる「國際仲裁裁判判例集」によれば、國際裁判官は、法の不存在があるときは裁判を拒否しなければならず、さもなければ、その判決は権限踰越となり、執行しえないものと説かれている。⁽⁵⁾ことにポリリーティスは早くからこの見解を堅持していた。彼によれば、国内法では、例えばフランスの民法典のように、裁判官による *non liquet* の宣告が禁止されていても、このことは裁判制度や法状況の異なる國際裁判では無関係のことであって、適用法規が十分でないときは裁判を拒否しなければならないとされる。かくて *non liquet* を禁止した右の一八七五年の國際法学会の決議は、彼によれば、単に「理論的な期待」(*un voeu théorique*)を表明したにすぎないとされる。⁽⁶⁾

ポリーティスの見解は、戦後、シムール (Marcel Sibir) に全面的に引き継がれた。彼はポリーティスの説を用いつつ実定国際法の不存在にもとづく *non liquet* の可能性を認め、もしかかる事態を防止しようとするなら、あらかじめ裁判官に広い権限——例えば法の一般原則や衡平と善の適用など——を付与することが必要であるという。同様に、国際法における法の欠缺を詳細に論じたシオラート (L. Siorat) にも類似の見解がみられる。彼は、裁判官は一般に法の欠缺を補充する機能をもつとするが、欠缺が "insuffisances sociales" の場合には——これは裁判官が友宜的調停者としてでなければ解決できないような法の不存在があるときとされる——裁判官は *non liquet* を宣言するのほかはないという。⁽⁸⁾

non liquet を肯定する立場は、わが国では田岡良一博士にみられる。田岡博士はつぎのように論じられる。いわゆる「法律的紛争」であっても、国際法を適用して解決することが常に可能であるとはいえず、「公平な第三者としてまた国際法の精通者としての裁判官が審査した結果では、双方の主張はともに実定国際法に基礎づけられないと認めねばならぬ場合がしばしば生じる。こういう場合に、もし、コンプロミーが裁判基準として実定国際法だけを指定しておれば、裁判官がこの紛争を解決することは不可能となり、従って *non liquet* を宣言せねばならぬことになる。」かかる場合、当事国が「衡平と善」などにもとづく決定に同意しない限り、裁判所は「*non liquet* (適用法規なきこと) を理由とする裁判の拒否」を宣言して差支えないだけでなく、そうすることは裁判所の義務である」と。⁽⁹⁾

以上の諸見解は、要するに、国際法規範は不完全、不十分であるから、国際裁判が実定国際法を基準とする限り、*non liquet* の事態は避けられないというものである。

三 *non liquet* 否定論

このような学説と併行して、まったく対立する見解がみられる。国際法秩序は十分に体系化されてはいないが、

non lique を招くような法の欠缺はなく、したがって、基本的には国内裁判と同様に、*non lique* は認められないとするものである。

ウィリアムズ (J. Fisher Williams) によれば、発展段階の浅い国際法は、国内法以上に法内容の不明瞭が認められるが、しかしこのことは法が存在しないということとは別であって、ちょうどイギリスのエドワード一世の時代の国内法はきわめて不完全なものであったが、法による裁判がいつもできたように、現在の国際法において裁判の不能をもたらすような法の欠缺はないとされる。⁽¹⁰⁾ ブライアリー (J. L. Briery) も同旨の見解であった。彼は、法の不在にもとづく *non lique* という事態はないとみる。というのは、国内法と同様、国際法は形式的な意味においては『完全な』体系 (a 'perfect' system) をなしているから、裁判所に付託されるどのような紛争でも解決することができるのであって、このことはこれまでの裁判官による法の発見の慣行に照らしてもいえることであるという。⁽¹¹⁾

non lique を否認する最強の論者は、ラウターバクト (Hersch Lauterpacht) 裁判官であろう。彼の死がもたらした偶然であるが、彼の絶筆の論文はこの主題を取扱ったものであった。⁽¹²⁾ ラウターバクトによれば、『*non lique* の禁止』は、『最も明白に確立した実定国際法の原則のひとつ』であるとされ、この原則は「国際法の完全性」(the completeness of international law) の觀念のコロラリーをなすものとされる。つまり、国際法の適用によって決定できない紛争はなく、裁判所も当事国も法の不存在を理由に裁判を拒むことはできないという意味——法が最良の万能薬であるということではない——における完全性であるとされる。⁽¹³⁾ 彼は、実定国際法の内容を事実としてみるならば、数々の「欠缺」が認められるが、このことは、国内法の場合と同様、*non lique* を認めるべき理由とは結びつかないという。法はなお存在するからである。この点で彼はとりわけ国際法の一法源をなすという「法の一般原則」に注目する。*non lique* の禁止、それ自体が法の一般原則を構成するということに加えて、なによりも法の一般原

則は国内法（ことに私法）の分野から主権国家間の紛争の解決に必要な法規範をいくらでも提供するものとみるのである。⁽¹⁴⁾なお、彼の *non liquet* 禁止論は比較的早い時期から主張されていた見解であつて、戦後においては国連国際法委員会の仲裁裁判手続の審議の際にも表明されている。⁽¹⁵⁾

四 最近における肯定論の展開

イギリスの国際法年報の冒頭にラウターバクト裁判官の弔鐘が告げられたその巻（第三五巻・一九五九年）に、ストーン（Julius Stone）の *non liquet* に関する論文が掲載された。⁽¹⁷⁾この論文はまさに右のラウターバクト論文（一九五八年）に対する反論であつて、ほぼ全文がラウターバクト説の引用とその反駁で埋められている。（この時すでにラウターバクトが不帰の客となつていたことは両者にとつて不運なことであつたらう。）⁽¹⁸⁾

ストーンは、*non liquet* が宣告された具体的ケースが殆んど皆無であることは認めるが、この裁判慣行の法的意義づけについてはラウターバクトと意見を異にする。国際裁判の慣行からいえることは、せいぜい適用法規の不存在や不明瞭があるときでも、裁判所は *non liquet* を宣言することが義務づけられていなかったといふことであつて、*non liquet* の禁止の原則が形成されているといふ法的効果を引き出すことはできないといふ。⁽¹⁹⁾彼によれば、*non liquet* の先例が存在しない主な理由は、これまでの国際裁判が主としてアド・ホックな合意付託の形式をとつており、一般的な義務的管轄制度が成立していなかったためであるとし、したがつて従来慣行をもつて *non liquet* 禁止の法原則を語ることはできないとされる（本稿第五章の二参照）。彼はまた法の一般原則のとらえ方についてもラウターバクトと意見を異にし、その法源性を否定する立場から、この原則の意義を小さくとらえる。法の一般原則は条約やコンプロミで特別に認められる限りにおいて裁判準則となりうるにすぎず、しかもその場合でも、激動する今日の国際社会でそれがどれほどの実際の価値を有するものか疑問視する。⁽²⁰⁾結局、ストーンによれば、*non liquet* を法的

に禁止することは——「包括許容論」(これについては第五章の「参照」)を認める立場に立たない限り——必然的に裁判所による法の創造 (Judicial Law-creation) を強いることになり、その結果はラウターパクトの「国際法の完全性」のテーゼは満たすかもしれないが、国際社会の基本的な要請にかなうものかどうか疑問とする。

こうした意見の対立をふまえて、その後、フィッツモーリス (G. Fitzmaurice) も問題を論理的に整理する形でこのテーマをとり上げているが、全体として、ストーンの側に傾いている。彼によれば、国際法規の「実質的欠缺」(material gaps) は否定できず、その場合、包括許容論に依拠すれば形式的・表面的な決定はなお可能であるとしても、それは真の法的決定とはいえないから、よって依然として「実質的 *non liquet*」の法状況が存在することにかわりはないとされる。それ故、もし法の実質的な不存在を補充しようとすれば、「司法立法」(Judicial legislation) に訴える以外にないことになり、もしそれが承認されないとすれば、法秩序の完全性を前提とする *non liquet* の禁止のドグマは正当ではありえないことを示唆する。⁸¹⁾

五 学説の対立の背景

non liquet の許容性をめぐる学説の対立は、決して国際裁判の技術的・手続的側面から生ずるものではない。国際法とそれを適用する国際裁判の基本認識にかかわる問題である。一般に、*non liquet* を肯定する論者は、国際法と国際裁判の機能を小さくとらえる。その一人のシベールは、国際裁判(仲裁裁判)では特別の合意がある場合を除いては、条約と慣習法の「国際法の実定規則」だけが適用できるが、その実定国際法は「不完全」(Deficiency)で「欠缺」(des lacunes)を含むとみる。⁸²⁾ そのうえ、これを適用する国際裁判は「法をつくる」のではなく、単に「法をのべる」(dire le droit) だけであるとして、⁸³⁾ 裁判の創造的な機能を消極的にとらえている。このような立場は、さらにストーンをはじめ、*non liquet* を肯定する論者に共通しているといえる。(その基本的立場は国際法学にお

説
る実証学派を想起せしめるものがある。)

論

これに対し、*non liquet* を否認する論者は、国際法の規範領域と裁判機能を広くとらえる。ラウターバクトはもとより、国内法はいつも国際法の諸原則を引き出す「貯蔵庫」であるとみるブライアリーは、常設国際司法裁判所規程および国際司法裁判所規程に法の一般原則が正式に採用されたことは、「実証学派の理論」(the positivist doctrine)を排斥するものであると同時に、「国際法に「ダイナミックな要素」を導入し、その国際法を司る裁判所の「創造的機能」(creative function)を正規に承認するものとみる⁽⁴⁾。

このように「*non liquet*」をめぐる学説の対立は、国際法の基本的なアプローチと密接に関連している。この点はこのちに再度論及することにした。(第五章の四)。

- (1) Annuaire de L' Institut de Droit International, vol. 1 (1877), p. 131.
- (2) Procédure Arbitrale (Rapport présenté par F. L. de la Barra et A. Mercier), Annuaire de L' Institut de Droit International, vol. 33 (1927, II), p. 582.
- (3) La Classification des Conflits comportant un Règlement Judiciaire (Projet de Resolution par Rapporteur, Ph. Marshall Brown et Co-Rapporteur, N. Politis), Annuaire de L' Institut de Droit International, vol. 29 (1922), p. 40.
- (4) Ibid., p. 34.
- (5) A. de Lapradelle et N. Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux II (1856—1872), 1932, p. 913.
- (6) N. Politis, La Justice Internationale, 1924, p. 84—85.
- (7) M. Sibert, Traité de Droit International Public, tome II (1951), p. 431.
- (8) L. Siorat, Le Problème des Lacunes en Droit International, 1959, p. 186—189, p. 251—252.
- (9) 田岡良一、国際法Ⅲ「新版」(法律学全集)一九五頁、二四二頁。田岡博士は「さらに裁判所がこの義務に背馳するときは裁判官の「権限踰越」を構成するとされる。田岡良一「国際裁判官の権限踰越」法学第六卷第七号、一三二—一六頁。

- (10) J. F. Williams, Chapters on Current International Law and the League of Nations, 1929, pp. 50—53.
- (11) J. L. Briery, The Law of Nations, 6th ed. (1963), p. 68.
- (12) H. Lauterpacht, Some Observations on the Prohibition of 'Non Lique' and the Completeness of the Law, *Symbolae Verzijl*, 1958, pp. 196—221.
- (13) *Ibid.*, pp. 199—200.
- (14) *Ibid.*, p. 205.
- (15) H. Lauterpacht, The Function of Law in the International Community, 1933, pp. 51—135.
- (16) I. L. C. Yearbook 1952, vol. 1, p. 58.
- (17) J. Stone, *Non Lique* and the Function of Law in the International Community, B. Y. I. L., vol. 35 (1959), pp. 124—161.
- (18) ただし、ラウターパクトは '*non lique* 問題について' ストーンが彼とは対立する見解をもっていることを一九五八年論文では知っていた。ストーンがその著書 '*Legal Controls of International Conflict*' (1954) の一九三三年(著書)のラウターパクト説に批判的意見を述べていたことがわかる。
- (19) J. Stone, *op. cit.*, pp. 138—140.
- (20) *Ibid.*, pp. 145—147.
- (21) G. Fitzmaurice, The Problem of Non-Lique: Prolegomena to a Restatement, (*Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974), pp. 89—112.
- (22) M. Sibert, *op. cit.*, tome II, p. 431—435.
- (23) *Ibid.*, p. 436—437; p. 492.
- (24) J. L. Briery, *op. cit.*, p. 62—63.

第二章 条約における *Non Lique* の防止措置

およそ国際裁判所を創設するときに、創設者がいつも直面する難問のひとつに、裁判準則(適用法規)の問題があ

論 説
る。当該裁判所が適用すべき規則はなにか、それらの規則は十分に存在するかどうか、十分でないと思される場合にどのような措置が講じられるべきか、などである。ここでは、国際捕獲審検所（不成立）の準則、常設国際司法裁判所の準則およびジュネーヴ一般議定書の仲裁裁判準則、の三つの場合を中心にこの問題を考察することにする。

一 国際捕獲審検所の「正義と衡平の一般原則」

第二回ハーグ平和会議（一九〇七年）で設置が予定された国際捕獲審検所の裁判準則の問題は、アメリカ代表の一人であるスコット (J. B. Scott) が伝えるように、「重大な問題」であった。海上捕獲に関する国際法規は殆んど成文化されておらず、実体法は不明瞭のままだったからである。⁽¹⁾しかし審議の結果、審検所が適用すべき準則として、まず当事国間に適用可能な「条約」があるときはそれを適用し、条約がないときは一般に承認された「国際法の諸規則」(慣習国際法)を適用し、さらにそのような規則が存在しないときは、「正義と衡平の一般原則」(General principles of justice and equity)を適用すべきものとされた(国際捕獲審検所設置条約案第七条)。

会議で採択された公式解釈 (Louis Renault 作成)によれば、最後の正義と衡平の一般原則は実定法の「沈黙」に対処したものであって、審検所はこの規定によって「法をつくることが要請されている」のである。つまり審検所の裁判官には「実定法の欠缺を補充する任務」が託されているとされる。かくて裁判官は、法を適用しつつ、同時に、法をつくることによって捕獲法体系の整備をはかることが意図されているのである。⁽²⁾このように右の正義・衡平条項は、第一次的には、明らかに *non liquet* の事態に対処するための措置であったといえる。それは右の公式解釈がいうように「大胆な」解決法であったかもしれないが、審検所創設者が実定法の不存在を理由とする *non liquet* を認めようとする用意がなかったことを示す点で重要な意義をもつといえよう。

二 常設国際司法裁判所の「法的一般原則」

適用法規の不存在から予想される裁判不能の問題は、常設国際司法裁判所の設立のときにもあった。この裁判所規程の作成にあたったハーグ法律家諮問委員会（一九二〇年）は、法律的紛争について一般的な義務的管轄制度の導入を決めていたので（のち連盟理事会で否決）、それに見合う裁判準則の問題は重視せざるをえなかった。「法の一般原則」裁判所規程第三八条C）が主としてその観点から導入されたことは周知のとおりである。⁽³⁾

議論の発端をつくったデカン（Descamps）の裁判準則に関する提案は、条約と慣習国際法のほかに「文明国の法的良心によって承認された国際法の規則」と国際判例を加えたが、これは前二者のみでは *non lique* の可能性が生じることを恐れたためであった。⁽⁴⁾ おそらく、*non lique* を排除しなければならぬという点では、どの委員にも異論はなかったと思われる。ヘゲルupp（Hagerup）は、条約や慣習法規がない場合でも *non lique* を排除するための原則を確立すべきであるとし、⁽⁵⁾ またローデル（Loder）およびド・ラブラデー（De Labradelle）は、⁽⁶⁾ 裁判所による *non lique* の宣告は国内法で禁止されているのと同様に国際裁判でも承認されえないという意見であった。⁽⁶⁾ デカン提案の第三準則に強い難色を示したルート（Roos）も、この点で基本的に意見を異にしていたわけではない。確かに彼は「法的良心」というような主観的基準を導入することに反対し、それによるくらいであるなら *non lique* もやむなしという意見であったが、これは積極的に *non lique* を肯定したものでなく、かような主観を含めた裁判を許すことになれば、各国の政府はこの裁判所（とくにその義務的管轄制度）を受け容れないであろうという大局的な政治的配慮にもとづくものである。⁽⁷⁾ ルートが積極的に *non lique* を肯定したのでないことは、彼が義務的管轄以外の裁判にはデカン提案を認めようとしたこと、⁽⁸⁾ わけても彼がデカンの第三準則の代案として、フィリモア（Phillimore）の協力をえて、「法の一般原則」を提示した事実からも明らかである。

かくて、法の一般原則の採用経過から明らかかなことは、第一に、委員会は条約と慣習国際法だけでは裁判準則とし

て十分ではないと予想したこと、第二に、にもかかわらず委員会は *non liquet* を認めようとしなかったこと、を指摘できる。その結果が法の一般原則の採用になるのであるから、このことは、デカンがこれで「*non liquet* の袋小路」に陥ることが避けられると述べているように、*non liquet* を法的に排除する効果をもつものとみなしてはならない。少なくとも、それは承認されえないという創設者の態度を表明したものであることは否定できない。

なお、付言するならば、法の不存在や不明瞭にどのように対応すべきか、ことに裁判所による法創造の機能について、各委員のあいだには若干の意見の相違がみられた。一方の立場はハゲールuppやローデルにみられるもので、裁判所に比較的自由な法定立の権限を認めようとするものである。他方はルートやフィリモアのように、裁判所が実定法の枠を越えて行動することに消極的な立場である。もっとも両者の相違は程度の差でしかなかったともいえる。というのは、最終的に採用された法の一般原則は両者の共通分母であったからである。フィリモアが指摘するように、「すべての委員の意見は原則において一致していたのであって、ただその形式について批判があつたにすぎない」といえる。(ただ委員会は、裁判所に明白な立法的権限——スイス民法方式のような——を認めることには、政策的な観点から消極的であつたようである。)⁽¹¹⁾

三 国際紛争平和的処理一般議定書の「衡平と善」

ところで、法の一般原則を含む常設国際司法裁判所規程第三八条一項の準則をもってしてもなお国際裁判における *non liquet* の可能性は排除されないとする見方がある。ポリティスや田岡良一博士にそれがみられる。一九二八年の「国際紛争平和的処理に関する一般議定書」(一九四九年改正)も、そのような見解に立脚していると思われる。この議定書によれば、「当事国が互に権利を争う」紛争は原則として常設国際司法裁判所(改正議定書では「国際司法裁判所」)に付託されるべきものとされ(第一七条)、それ以外の紛争は「調停」に成功しなかったときは、すべ

て仲裁裁判に付託されなければならないとされた(第二一条)。この場合の仲裁裁判は権利を争うもの以外の紛争を審理するのであるが、議定書はその裁判準則について、「仲裁契約のなかに規定がないとき、または仲裁契約が存在しないときは、仲裁裁判所は常設國際司法裁判所規程第三八条に列挙された実質規則を適用する。紛争に適用されるべき右のような規則が存在しない場合には、仲裁裁判所は衡平および善にもとづいて裁判を行う」(第二八条、傍点筆者)としてゐる。

この方式の当否は別として、二八条の最後の規定(衡平と善)は、常設國際司法裁判所規程第三八条一項の裁判準則をもつてしてもなお十分でない場合のあることを前提としてゐる。これは起草にあつた連盟総会の小委員会の説明に照して疑いない。委員のひとりポリーティスは、右の「衡平と善」は適用法規が存在しない場合に——またその場合にのみ——適用されるとし、スウェーデンのウンデン(Unden)も、「この規定(衡平と善)はとりわけ付託された問題の解決に現行國際法が何ら規則を提供しない場合をカヴァーしようとする趣旨である」と述べてゐる。同様に、ドイツのシムソン(Simson)は、「小委員会は、たとえ非法律的紛争でも仲裁裁判所は規程第三八条に示された実質規則を適用するものとし、その紛争に適用すべきそのような規則が存在しないときに限つて、衡平と善による決定ができるという理解で第二八条をまとめたものである」と解説してゐる。かくて第二八条の衡平と善の条項は——その前提は「権利」を争わない紛争であるが——適用法規の不存在による *non lique* を防ぐ目的であつたとみななければならぬ。

なお仲裁裁判においては、これに類似する条項が個別的な裁判条約に採用されることが少なくない。例えば、一九二一年のドイツとスイスの裁判条約によれば、この条約にもとづいて設置される仲裁裁判所は、条約、慣習國際法、法の一般原則を適用するものとし、もし特定の事件で右に掲げた法的基礎が不十分であるときは、仲裁裁判所は、自

己の意見によって国際法を規律すると思われる法の原則にしたがって判決を与えなければならぬ⁽¹⁹⁾とされた。一九二九年のドイツ・ルクセンブルクの裁判条約にも、まったく同一の規定がみられる。これは次に言及するスイス民法型の *non liquet* 防止方法の国際版といえよう。その他、特定の事件に関するコンプロミー（仲裁契約）で、衡平や正義の原則を裁判準則としてとり入れることも少なくない⁽²⁰⁾。（もっとも、それらのすべてが *non liquet* に対処するためのものではない。）

四 国内裁判における *non liquet* の禁止

適用法規の不存在を理由とする裁判拒否を防止しようとする試みは、国内裁判において広くみられる。著名なスイス民法（一九〇七年）の第一条二項は、成文の法律や慣習法がないときは、裁判官は「自らが立法者であるならば制定するであろう規則」にしたがって裁判すべきものとしている。イタリア民法（一九四二年）の第一二条は、同様の場合には「法秩序の一般原則」によるべきものとしている。わが国の太政官布告一〇三号裁判事務心得（明治八年）の第三条は、民事裁判において「成文ノ法律」と「習慣」がないときは「条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」としている⁽²¹⁾。これらはいずれも *non liquet* の防止を目的としたものであることは疑いない。フランス民法（一八〇四年）の第四条は、法の沈黙、不明瞭ないし不十分を理由に裁判を拒むときは「裁判拒否」の罪に問われることを定めている。イギリスではこの種の制定法の規則はないが、ポロック（Frederick Pollock）によれば、裁判官はたとえ先例がない場合でも、すべての事件について法を発見することが義務づけられており、「おそらく、このことはわが国慣習法の第一にして最高の規則（the first and greatest rule）である⁽²²⁾」とされる。

このように *non liquet* の禁止は各国の国内法の共通の原則となっている。かくて、*non liquet* の禁止という概念と自体が国際裁判にも適用される「法の一般原則」であるというラウターパクトの指摘⁽²³⁾は一概に否定しえないとこ

ろがある。⁽²⁾ただ、以上みた *non lique* の禁止規定は、国内裁判と国際裁判とではその法的背景を異にする面があることは否定できない。国内法では裁判権が国家に独占され、かつ憲法ですべての国民に裁判を受ける権利が保障されるにいたると、裁判不能の防止は国家的要請となる。国際裁判では、これと同じ意味での法制度的要請は現時点では認められないのである。しかしそうした背景の相違は認められるにしても、国内裁判と同様に、様々な条約において *non lique* を排除する規定が設けられている事實は、法の不存在を理由とする裁判の拒否は認められないとする諸国家の意思が表明されたものとみなしてはならない。国際法には法規の欠缺が多いといわれるなかで、このような意思が終始表明されてきたことは注目される。

- (1) J. B. Scott, *The Hague Conferences of 1899 and 1907*, vol. 1, pp. 489—490.
- (2) *Ibid.*, p. 491—493.
- (3) 法の一般原則の採用の経緯については、横田喜三郎、*国際法の基礎理論*、昭和二四年、一九九—二二三頁、川上敬逸「法の一般原則の意義および性質」(現代国際法の課題)九六一—〇八頁、田畑茂二郎、*国際法—法律学全集、新版*一一一九—一三五頁、住吉良人「文明国が認めた法の一般原則—法律論叢第四八卷四・五・六合併号、二六四—二六八頁。
- (4) *Procs-Verbaux of the Proceeding of the Advisory Committee of Jurists*, 1920, pp. 318—319, p. 320.
- (5) *Ibid.*, p. 296, p. 317.
- (6) *Ibid.*, p. 312.
- (7) *Ibid.*, pp. 293—294, pp. 308—310. 田畑、前掲書、一一三三頁。
- (8) *Ibid.*, p. 310.
- (9) *Ibid.*, p. 332.
- (10) *Ibid.*, p. 338.
- (11) このことは委員会に提出されていた「中立五カ国案」(デンマーク、オランダ、ノルウェー、スウェーデン、スイス)が、討議

の過程であまり大きな比重を占めなかったことによく示されている。この案によれば、裁判所は条約や一般国際法の規則がないときは、「自己の意見において国際法の規則をなしていると思われるところにしたがって裁判しなければならぬ」とされる。これは明らかにスイス民法典の方式に範をとったものと思われる。

- (12) N. Politis, *La Justice Internationale*, 1924, p. 170.
- (13) 田岡良一、*国際法Ⅲ*〔新版〕(法律学全集)、二二三—二三三頁。
- (14) 紛争をこのように「権利」を争うものと、そうでないものとに区別すること(一般にこれは法律的紛争と非法律的紛争の区別に対応するとされている)が、可能かどうか、あるいは現実的か否か、およそ国際裁判で権利を争わない紛争がありうるのかどうか、さびにかかる区別を設けながら、裁判基準については常設国際司法裁判所規程第三八条の「実質的規則」を適用することの意味など、本議定書の方式にはいくつかの理論的問題があるように思われる。
- (15) J. L. Briery, *The General Act of Geneva*, 1928, B. Y. I. L., vol. 11 (1930), p. 125.
- (16) *Ibid.*, p. 126.
- (17) *Ibid.*, p. 126.
- (18) フライアリーは本条について次のような批判的意見をのべている。第二八条は適用法規の不存在による裁判不能を予見しているが、かかる事態は「純粋な実証学派の立場」(a purely positivist view)のみが直面することである。裁判所による法の適用は常に可能であって、よって本条の最後の規定(衡平と善)が実際に適用されなければならない事態は決して生じないであろう。
Id., pp. 128—129.
- (19) Max Habicht, *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes*, 1931, pp. 23—24.
- (20) 三好正弘「領域および国境紛争に関する仲裁裁判条項における衡平についての一考察」愛知大学三十周年記念論文集(法政篇)二二—一四〇頁、同「国際仲裁裁判における衡平」国際法外交雑誌第七七卷一号、一一三九頁参照。
- (21) 本条の研究については、杉山直次郎「明治八年布告百参号裁判事務心得と私法法源」法学協会雑誌第四九卷九・一〇・一一・一二号、第五〇巻一号、石田穰「スイス民法一条の法源イデオロギー」法学協会雑誌第八九卷第六号参照。
- (22) Henry S. Maine, *Ancient Law*, (Note by F. Pollock), 1924 (edition), p. 46.
- (23) H. Lauterpacht, *op. cit.*, *Symbolae Verziji*, p. 205.

(24) 田岡良一博士は、*non lique* の禁止そのものが「法の一般原則」であるという主張に対して、裁判所規程第三八条一項は紛争に適用される「実体法規」を定めたものであって、「裁判所自身の権限または義務」がこれらの諸法規によって決定されることをいったものではない、としてこれを批判されている。田岡、前掲書、二四三頁。

第三章 国際裁判の実践における *Non Lique* の克服

non lique 肯定論者が強調するように、現代国際法の体系は決して満足すべき状態にはないが、国際裁判の実行は、仲裁裁判、司法裁判を問わず、終始 *non lique* を排斥してきた。近代国際裁判は法の発見を追求し、*non lique* を克服する歴史であったといえる。確かに、いくつかの裁判条約や仲裁契約のなかには、衡平や正義の原則を認めたものがある。あるいはまた、アラバマ号事件の場合のように、当事国によって適用法規（ワシントン三原則）が指示されたケースもある。このように裁判を円滑化する試みは様々みられるが、一般的にみれば、近代国際裁判は国際法を基準とした法的決定であるといえる。国際法は特定の主題に対応する直接的規則をもたない場合が少なくないだけに、その法の探究は困難な道程であった。そうした状況においても一貫して *non lique* が排除されてきたことは注目に値する。本章では、こうした国際裁判所の側の対応を判例をふまえて考察することにする。

一 証拠の不十分を理由とする *non lique* の主張について

国際裁判における *non lique* の可能性を肯定する際にしばしば言及されるケースに一八三一年の北東部国境事件がある。（本件は裁判官の権限踰越の問題としても言及される。）一七八三年条約でアメリカとイギリス（カナダ）の北東部に設定された境界を確定するための裁判で、オランダの国王を仲裁裁判官としたものである。判決によれば、両当事国が提出した陳述書ならびに資料は、主張される二つの国境線のいずれが正しいかを定めるのに十分ではな

く、またこの紛争の性格ならびに一七八三年条約の曖昧な規定は、法と衡平の原則に抵触することなしに、いずれかの線を決めることを許さず、最新の地形学的方法によっても状況は明確化されえないものである、とされた。にもかかわらず裁判官は判決を拒まず、本文では、「兩國の境界として次の線……〔略〕……を採用するのが適當である、(二) *convendra*……)と判断する」(傍点筆者)として具体的な境界線を決定した。

この判決には裁判官の権限踰越があるとして一方の当事国(アメリカ)から抗議が⁽³⁾出されたほか、さらに何人かの論者は、本件は *non liquet* に関連する事例であるとしている。アセル (T. M. C. Asser) によれば、もし証拠資料にてらして裁判官がいずれかの境界線を決定することができないなら、「裁判官はただ *non liquet* を宣告すること、つまり裁判の不能を宣言すべきであった」⁽⁴⁾とされる。彼は、コンプロミーにのみ拘束される国際裁判では *non liquet* を宣言することは差しつかえないのであって、本件ではその方が実際面からも好ましいことであったという。⁽⁵⁾ 同様に、カールストン (K. S. Carlsson) は、本件の裁判官がなすべきことはコンプロミーの第六条にもとづいて新たな証拠の提出を求めることであり、「それでもなお法的な決定が不可能なときは、裁判官に課せられた義務は慣習法にしたがって *non liquet* を宣告することである」⁽⁶⁾という。

しかしながら、本件は *non liquet* を宣言すべき事例であったかどうか。確かに、本件では証拠が十分ではなく、そのため判決の文面には誤解を招きやすい表現がみられる。しかし判決理由全体を注意深く検討すると、判決は提出された証拠資料と条約規定を入念に検討しており、法的決定としての実質をそなえたものといえる。

一般に、領土紛争では証拠が不十分なことが少なくない。決定的な証拠の不存在が紛争の原因となっているからである。したがって、証拠資料が不十分であることを理由とする *non liquet* の主張は根拠があるとはいえない。かかる場合には、最大限に求められうる証拠の範囲内において、それらの相対的価値にもとづく決定が許されるのであ

る。パルマス島事件(一九二八年)の仲裁判決によれば、たとえ証拠が不十分であっても *non liquet* の宣告は当事国の意思であると考えるべきではなく、その場合には両当事国が主張する「権利の相対的強さ」(the relative strength of the titles) にもとづく決定が認められるとされた。⁽⁷⁾ また、マンキエ・エクルオ島事件(一九五三年)で、国際司法裁判所は、提出された資料にてらしてエクルオ島に対する「相対立する請求の相対的強さ」(the relative strength of the opposing claims) を評価して、⁽⁸⁾ この島がイギリスに属すると認定した。常設国際司法裁判所が指摘するとおり、「これまで国際裁判に付託された領土主権をめぐる請求の大部分のケースは、主権に対する競合的請求のものである。裁判所はいずれの側がより有力 (stronger) であるかを決定しなければならなかった」⁽⁹⁾ のである。かくて領土紛争については、証拠の不十分ということ自体は裁判を拒否する理由とはなりえないといわなければならない。⁽¹⁰⁾

二 判例における *non liquet* の排斥

国際裁判とくに司法裁判では、いわゆる管轄権 (jurisdiction) の不存在や請求の受理可能性 (admissibility) の欠如などによって裁判が行われなくなることがある。が、それらは本稿にいう *non liquet* すなわち法の不存在ないし不明瞭による裁判の不能とは別である。⁽¹¹⁾ 筆者が知る限りでは、後者の事例はない。国際法では特定の紛争主題に対応する直接的規則が存在しないのが原則であるともいわれる。このような場合には、*non liquet* を宣言すべしとするのが肯定派の立場であるが、国際裁判の実践ではどうであったか。

国連の賠償請求事件(一九四九年・勧告的意見)で国際司法裁判所は、国連職員に蒙った被害の補償請求について、職員の本国がもつ外交保護権と国連がもつ機能的保護権が競合するとき、いずれが優先するかという抽象的質問(諮問Ⅱ)を受けた。裁判所は「両者の優先関係を定めた法の規則はない」とし、問題は関係者の「善意と常識」によって処理されえないものではないと回答した。⁽¹²⁾ ここでは一般的法規の存在が否定されている。問題はかかる法規の不在

在が、この種の優先関係の法的判断を一切不可能にするものかどうかである。一般にそのように思われがちであるが、具体的な訴訟では争点の法的フォーミュレーションは抽象的形式の法の存否という形をとらないので、個別的な法判断はなお可能であることが多い。裁判所は一般の規則はないとしつつも「このことは被請求国がその侵害について二重の補償支払いを強いられることを意味しない。国際裁判所はすでに複数の国が利害をもつ請求の問題を取扱ってきており、その場合、どのようにして被請求国を保護するかを知っている」として、この点を示唆しているように思える。常設仲裁裁判所のカサブランカ事件（一九〇九年）は、そのような場合の一例といえよう。モロッコ駐屯のフランス外人義勇兵部隊に属する脱走兵（ドイツ人）に対するフランスの管轄権と在モロッコのドイツ領事の管轄権の競合が争われた事例で、裁判所は「二つの競合する管轄権の優先関係を一般的に定めた絶対的な規則」は存在しないとしつつ、他方、具体的状況においてはその決定は可能であるとし、本件の場合、対象となる者（脱走兵）が「その属する軍隊の実効的な支配下にある領域内に留まっているときは、軍隊の側の管轄権が優先する」と判示した。¹⁶⁾

このように、一般的な法規の不存在は直ちに法的な決定を不能にするものではない。同様に、国際慣行が多岐にわたり、統一的規則が欠如していると思われるときでも、国家の行為の合法性を判定することは不可能ではない。ノルウェー漁業事件（一九五一年）で、イギリスは領海の直線基線の長さは最大一〇カイリの原則が国際法上確立していると主張したが、裁判所は国家の慣行は分かれており、一〇カイリ・ルールは「国際法の一般原則」として確立していないとし、また「国家の慣行は他のなんらかの一般的な法規則の形成を正当としていない」とした。¹⁷⁾ にもかかわらず、裁判所はノルウェーの領海画定方式が国際法上有効であるか否かの判断は可能であって、「イギリスが主張するような技術的に精確な規則が存在しなくとも」、「国際法上の有効性についての判断を可能ならしめるいくつかの原則」に服さなければならぬとした。¹⁸⁾ そして、この場合「領海の性格に固有ないくつかの基本的要素」が判断の基礎とし

ての基準——「それらはすべてからく精確なものとはいえないが」——を提供するとし、そのような基準として三つの基本的要素を提示し、これに照してノルウェーの画定行為の有効性を審査した。⁽¹⁸⁾

国際慣行が多岐にわたることを理由とする法の不在の主張は、漁業管轄権事件（一九七四年）の際にアイスランドによって主張された。この時期、確かに各国の慣行は広く分かれており、漁業水域の限界を定める国際法の規則が不明瞭であったことはどの裁判官も否定しなかった。しかし、ディラード (Dillard) 裁判官によれば、このことは直ちに「法的空白」(a legal vacuum) をもたらすものではないとされ、⁽¹⁹⁾ またド・カストロ (De Castro) 裁判官も、本件に「法的空白」(vacuum juris) があるとみるのは正しくないとし、およそ法の有する柔軟性に鑑みれば、統一的規則はなくとも『なお適用されるべき法の規則と原則はある』(北海大陸棚事件判決の引用) という。⁽²⁰⁾ 同様に、五人の裁判官の共同意見 (フォースター、ベングゾン、アレチャガ、シン、ルーダ) は、漁業水域に関する確立した慣習法の規則は存在しないが、「このことは、いかなる主張も許されるとか、あるいは具体的紛争の決定を不可能にするような法の完全な『欠缺』("lacuna") があるということの意味するものではない」としている。⁽²¹⁾

直接的規則の不在が *non liquez* に直結しないことを端的に示した判例として、海底電線切断事件（一九二三年）を挙げなければならない。本件は戦時における交戦国による海底電線の切断に関する賠償請求事件であるが、本件に適用されるべき特別の国際法規は存在しないことが両当事国（イギリス、アメリカ）によって認められたものである。裁判所は適用法規についてつぎのように判示した。「裁判所の意見では、たとえ一八九八年の時点（スペインⅡアメリカ戦争のとき、アメリカ軍がイギリス会社の海底電線を切断したとき・筆者注）で、交戦国による海底電線の切断に関する条約ないし一般に承認された規則を表明する国際法の特別の規則が存在しないとしても、適用されるべき国際法の原則が存在しないということとはできない。国内法と同様に、国際法は特定の事項を決定的に規律する明示

説的規則をもたないことがあり、一般にもっていない。しかし、そのような特別の法規則が存在しないときは、一般的原則から導びかれるところのものを適用して権利・利益の対立を解き……問題の解決を見出すのが裁判の役割である。」⁽²²⁾ここでは *non liquet* の可能性はまったく考慮されていない。同時に、判決は、最終的には司法立法に訴えるべきであるとするイギリスの主張もはっきりとこれを退けている。⁽²³⁾

以上のように、国際裁判所は *non liquet* にはきわめて消極的であって、むしろ否定的な態度を保持してきたといえる。おそらく、つぎの ILO 行政裁判所の判決は、これまでの判例の態度を集約的に判示したものであることができよう。「あらゆる法体系に基本的な原則の一つは、いかなる裁判所も法の沈黙ないし不明瞭を理由に判決の付与を控えることはできないということである。」⁽²⁴⁾かくて一九五八年の国際法委員会の「仲裁裁判モデル規則」第一条は、この問題に関する慣習国際法を述べたものとみることが出来る。それは次のようにいう。「仲裁裁判所は適用される法の沈黙ないし不明瞭を理由に *non liquet* を宣告することはできない。」⁽²⁵⁾

三 司法機能と法の発見

学説の支持論にもかかわらず、国際裁判の判例がなぜ *non liquet* に否定的であるのか、なによりの理由は、司法的決定を不可能にするような法の不存在はないということであろう。それは国際裁判官の単なる主観的認識ではない。国際裁判の実践によって裏づけられ、かつ個々のケースによって確認される真正な認識であって、それが裁判官の職務の本質と結びつくことによって深化されている。国際裁判官は国際法の適用者として、自らを国際法の機関とみなし、適用されるべき国際法が何であるかを知らなければならぬ。⁽²⁶⁾ 裁判官がこの基本的使命を怠るときは、その地位と容易には両立しないことになる。⁽²⁷⁾

ところで裁判における適用法規の発見は、裁判官の法の解釈によって実現される。いかなる判決もこのプロセスを

逃れることはできない。法の解釈は裁判官の存在理由である。それ故に、法の解釈行為には必然的にある程度の法創造的機能 (Law-creative function) が伴う。それは司法に固有の内在的機能であって、司法の本質を踏みはずすものではない。なぜなら、田中耕太郎裁判官が指摘するように、裁判官の法の発見のプロセスは決して機械的・自動的になしえないからである。それは法の一般的・抽象的性格と個々の事件の無限定的多様性に鑑みていえることである。その場合、法の不明瞭や抵触があるときは、裁判官の法解釈にそれだけ濃く創造的役割が認められるとしても決して不合理ではない。カルドーン (Benjamin N. Cardozo) は「そのような場合、裁判官は「機能においてまさしく立法的な権限」を行使して法を宣言しなければならないという。⁽²⁹⁾ ハドソン (Manley O. Hudson) も、常設国際司法裁判所にはスイス民法型の司法立法権は認められないが、このようなときは、法を「創る」(create) 限定的な権限を行使しなければならず、その意味で、「立法は司法機能の一要素である」とする。⁽³⁰⁾

社会に機能する法は、多かれ少なかれ、このような裁判所による創造的活動を否定しては考えられない。⁽³¹⁾ このことは裁判所に立法府と同じ無制限の法定立権を認めることではない。国際社会には三権分立の制約はないとしても、司法の一般観念に照して、このような権限は認められない。が、国際裁判の歴史は、かような立法に訴えることなく、すなわち、裁判官の法の解釈という司法の枠内において法の発見がいつも可能であることを示してきたといえる。

(1) 例えば、田岡良一「国際裁判官の権限越え」法学第八巻第七号、二二—四頁。

(2) J. B. Moore, *International Arbitration*, vol. 1, p. 125.

(3) この判決に対して、当時ハーグ駐在のアメリカ公使は、判決の境界線は一七八三年条約を離れて提示されたものであるとみなし、裁判官の権限越えがあるとの抗議を行った。この抗議は本国政府の指示なしに行われたもので、ジャクソン大統領はむしろ判決を受諾する意向であったといわれるが、上院はこの判決がメイン州とマサチューセッツ州に必ずしも有利でないこともあり、判決を受諾しないことを決議した。そのため境界問題は改めて英米で交渉を行うことになり、一八四二年の条約によって最終的

に確定された。

- (4) T. M. C. Asser, *Affaire de la Frontière Nord-Est*, (A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, vol. 1), p. 398.
- (5) *Ibid.*, pp. 398—399.
- (6) K. S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, 1946, p. 90.
- (7) R. I. A. A., vol. II, p. 869.
- (8) I. C. J. Reports 1953, p. 67. 皆川、判例集、三一九頁。
- (9) P. C. I. J. Series A/B, No. 53, p. 46. 横田喜三郎、*国際判例研究*Ⅱ、四三頁。
- (10) 一九三三年のグアテマラ・ホンジュラスの国境画定特別仲裁裁判所は次のように述べた。「条約に表明された目的にてらして、裁判所は紛争地域全体について一九二一年の *uti possidetis* の境界を画定するための十分な証拠が存在しないということその他の全域にわたって明確な境界を決定すべき義務から解放されると結論することはできない。」R. I. A. A., vol. II, p. 1352.
- (11) G. Fitzmaurice, *op. cit.*, pp. 93—98.
- (12) I. C. J. Reports 1949, pp. 185—188. 皆川、*国際法判例集*、一三七頁。
- (13) *Ibid.*, p. 186. 皆川、*判例集*、一三八頁。
- (14) J. B. Scott, *The Hague Court Reports*, 1916, p. 114.
- (15) I. C. J. Reports 1951, p. 131. 皆川、*判例集*、三六二頁。
- (16) *Ibid.*, p. 132. 皆川、*判例集*、三六三頁。
- (17) *Ibid.*, p. 133. 皆川、*判例集*、三六三頁。
- (18) See, H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, pp. 192—196. 中村洸「イギリス・ノルウェー漁業事件の国際法的意義」*国際法外交雑誌*第五六卷三号、二六一—六〇頁、山本章「『漁業事件』(高野雄一、判例研究・国際司法裁判所)四二—四六頁、小川芳彦「国際司法裁判所と法の創造」法と政治、第一六卷三号、五五—六六頁。
- (19) *Separate Opinion of Judge Dillard*, I. C. J. Reports 1974, p. 60 (footnote 1).
- (20) *Separate Opinion of Judge De Castro*, *ibid.*, pp. 95—96.

- (21) Joint Separate Opinion, *ibid.*, p. 52.
- (22) R. I. A. A., vol. VI, pp. 114—115; F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, 1926, pp. 75—76.
- (23) R. I. A. A., *op. cit.*, p. 118.
- (24) *International Law Reports* 1953, p. 530.
- (25) 委員会の審議において、本条の「明白な」(self-evident) 原則を明示する必要はないとする意見もあつたが (H. Lauterpacht)、『従来の深い学説の対立に鑑みて、本条は削除すべきではない』(特別報告者 G. Scelle) とされた。I. L. C. Yearbook 1952, vol. 1, p. 58.
- (26) 常設国際司法裁判所は、「本裁判所は国際法の裁判所 (a tribunal of international law) であり、その資格においてこの法〔国際法〕が何であるかを知っているものとみなされなければならない」と述べた。P. C. I. J. Series A, Nos. 20/21, p. 124.
- (27) 国連国際法委員会の「仲裁裁判モデル規則」の特別報告者セルは、*non liquet* を否認する理由のひとつとして「裁判所が法の不在や不明瞭を理由に裁判を拒否することは、「その義務の不履行となる」と述べた。I. L. C. Yearbook 1952, p. 56.
- (28) I. C. J. Reports 1966, p. 277.
- (29) B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, (Yale Univ. Press, 1964), p. 128.
- (30) M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice* (1920—1942), 1943, p. 605.
- (31) 裁判における法の創造については、やはり Cardozo, *op. cit.*, pp. 98—141. W. Friedmann, *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking*, Col. L. Rev., vol. 61 (1961), pp. 821—845. H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, pp. 155—223. 小川芳彦「国際司法裁判所と法の創造」法と政治、第一五巻四号(一一三〇頁)第一六巻三号(三九—八四頁)。

小川芳彦教授は、ここに掲げた論文において、国際司法裁判所の法創造を「外見上の法創造」と「真正の法創造」とに分かれ、いくつかの判例を検討されて、そのうちのあるケースは前者に、他のものは後者に属するとされている。これは教授が深く慎重に検討された結果としての見方であると思われる。ただ、理論的にはかかる区別は考えられても、具体的ケースにおいてこれをあてはめるためには、裁判所がその事件で述べた法が、現行法でなかったかどうかを判断者の側で認定することが前提となるが、それは通常、相当に困難な作業であるといえる。

第四章 国際裁判における適用法規の発見

一 いわゆる司法立法と法の発見の区分

再三ふれていることで改めて国際司法裁判所の指摘をまつまでもないが、「国際法は、いろいろの領域において、特定の事件に適用される特別の規則を有さないことがある。」⁽¹⁾法は実体的には完全ではありえないから、この現象はすべての法秩序にいえることであるが、統一的な立法機関をもたない国際法の場合にはとくにそれがいえる。そのようなとき裁判の不能という事態はどのようにして克服されるのであろうか。

一方の見方として、*non liquet* が許されないならば、この場合、司法立法に訴える以外にないとする意見がある。ストーンによれば、*non liquet* が許されないなら、裁判官は結局スイス民法型の「司法立法」(judicial law-creation)の道を選ぶのほかはないとされる。彼が *non liquet* を肯定するのは、この方法が現在の国際社会ではきわめて問題であるという認識を一つの背景としている。フィッツモーリスも、「終局の問題はよって、われわれが実質的 *non liquet* を回避する代償として、最終的に司法立法 (judicial legislation) を受け容れる用意があるかどうかということである」⁽²⁾という。もっとも、直ちにそこまで行かずとも、彼は、例えば類推的解釈、適切な国内法規則や法の一般原則の適用、といった法規決定の補助的手段を認めないわけではない。が、フィッツモーリスは、このような法技術には限界があり、またこれは一見、司法的行為とみえても、往々にして擬装的な立法行為に等しいことがあるとして、このような方法をあまり重視しない。⁽³⁾したがって、前述のように、彼は *non liquet* 問題の終局的きめては「司法立法」が許されるか否かにあるとみる。

この問題は「司法立法」とは何かという言葉の理解の仕方にもなるかもしれない。しかし、直接的な規則がない場

合における国際裁判の判例を吟味すると、適切な法理論と解釈の展開（司法過程）のなかに法を発見しているといえる。この場合、直接的規則のないところに具体的な法を宣言するわけであるから、そこに創造的効果を伴うことは否定できない。そのため、一見すると、裁判官による「立法」があると思われるが、それは法の解釈によって適用される法が明らかにされたものとみななければならない。かかる意味での法創造的効果は、前述のように、司法機能に固有の現象である。したがって、宣言された法が司法的論理と思惟の所産であるときは、はじめからそれが存在していたとみななければならない。裁判官はその法を「発見」したのである。

具体的にどのような解釈方法によって——直接的規則がない場合に——法の発見がなされるのか、その発見過程は実際には様々な方法が複雑に交錯している。その全貌を解明することは困難であるが、本稿では典型的にみられる次の三つの方法について先例をみることにする。すなわち、(一)国際法の一般原則の演繹的適用、(二)法目的論的アプローチ、(三)国内法のアナロジーあるいは法の一般原則の適用、である。これらの方法は例示的なものであつて、取りあげた先例もあくまで例証的なものにすぎない。(なお本稿では、それらの先例の評価や判例評釈を試みるものではない。)

二 国際法の一般原則の演繹的適用

先に言及した海底電線切断事件（一九二三年）は、戦時（アメリカ対スペイン戦争）における海底電線の切断につき、イギリスが損害賠償を求めたものである。両当事国によれば、戦時の切断行為に直接適用される国際法の規則はないとされ、イギリスはよつて衡平ないし最終的には司法的立法に訴えるべきであるとし、アメリカは戦時の切断を否とする国際法がない以上はイギリスの請求を棄却すべきであるとした。これについて仲裁裁判所は、たとえ本件に適用されるべき「国際法の特別の規則」が存在しないとしても、「適用されるべき国際法の原則が存在しないとはいえない」とし、かかる場合には国際法の「一般原則のコロラリー」(the corollaries of general principles)が適用され

るとした。⁽⁶⁾ 本件の場合には海戦に関する国際法の一般原則である。判決によれば、海戦法規上、中立国人が所有する交通・通信手段でも、それが敵国側の利用・管理に供されるときは、他方の交戦国はその通信手段を奪うことが許され、アメリカの行為はこれに該当し、よって「一八九八年に存在していた海戦に適用される国際法の原則は、本件を決定するのに十分なものである」とした。

常設仲裁裁判所のロシア賠償事件（一九一二年）は、一八七九年のロシア・トルコの平和条約でトルコが負った賠償の支払いが延滞したため、ロシアが遅延利子を請求したものである。トルコ政府はいわゆる賠償利子については争わなかったが、遅延利子の支払義務は国際法上その特別の責任は認められないとして、これを拒否した。⁽⁸⁾ 裁判所はたとえ遅延利子の支払について特別の規則がないとしても、その不払は債権国が被る不利益に変わりなく、どのような利子侵害でも補償の責任を伴うものと考えなければならず、よって「反対の国際慣習の存在が証明されないときは、国家責任の一般原則（the general principle of the responsibility of States）が金銭債務の支払遅滞に関する特別の責任を包含する」とした。⁽⁹⁾（なお本件では、後述のように、特別の事情によりさらに国内法が適用されて、この義務は実際には消滅したとされた。）

国際法の一般的原則を適用する方法は、さらに、特定の条約が存在するときでも、(一)その条約にある種の事項について明示規定がない場合や、(二)あっても条約規定が不明瞭である場合、などにそれを明確化するために実質的に用いられることがある。前者の例はナミビア事件に、後者はオーデル河事件にみることができる。

ナミビア事件⁽¹⁰⁾（一九七一年）では、周知のように、国連総会が南ア共和国の委任統治を終了する権限（一九六六年に終了決定）があったかどうかが一つの争点となった。南アは、連盟規約および南西アフリカ委任状では受任国の義務の不履行（misconduct）の故に委任統治を終了させる権限は国際連盟に（よって国際連合に）認められていないと

主張した。國際司法裁判所は、この抗弁が有効であるためには、一方の側の重大な条約違反に対しては他方はその条約を終了できるという条約法の一般原則が、委任統治の場合には排除されることを立証することが必要であつて、「条約におけるそのような権利の沈黙は、その条約とは別の、つまり一般國際法 (General international law) に根拠を有する権利を排除するものと解することはできない」とした。⁽¹¹⁾

常設國際司法裁判所のオーデル河國際委員会事件⁽¹²⁾ (一九二九年) は、条約規定が一般國際法の原則によつて明らかになされたケースであるといえる。⁽¹³⁾ オーデル河はヴェルサイユ条約によつて國際河川委員会の管理の下に置かれることになつたが、問題はポーランド領にある二つの支流がこれに該当するか否かであつた。裁判所は、一方の当事国 (六カ国) が主張する単純な語句の解釈は条約内容を確定するのに十分ではなく、またポーランドのいろいろの制限的解釈論も、この場合直ちに採用すべきではないとした。本件の場合なによりも「条約に規定された事項の基礎にある原則」に依拠しなければならず、「よつて、裁判所は一般に國際河川法を規律する原則 (the principles governing international fluvial law) に立ち返り、ヴェルサイユ条約がこれらの原則にどのような地位を占めるかを考察しなければならぬ」とした。⁽¹⁴⁾ 裁判所の見解によれば、國際河川は「上流国のための通航権の觀念」というよりは、むしろ「すべての沿岸国の利益の共同 (a community of interest) という觀念」に支えられ、そこに「共通の法的権利の基礎」が形成されてきたとされる。そうであるとすれば、この共通の権利は沿岸国の最後の国境で消滅することはなく、航行可能な全水域に及ぶことは明白であつて、問題のヴェルサイユ条約の規定 (第三三一条) も、他の関連条文との考慮において、これと同一の態度をとつて認めることが認められ、「よつて第三三一条はこれらの原則にてらして解釈されなければならない」と判示した。⁽¹⁵⁾

このように、國際法の一般原則を演繹的あるいは類推的に適用して法の決定がなされることは國際裁判では広くみ

られることであつて、これらの法原則の一般的性格に鑑みて決して不当なことではない。わが国の原爆訴訟（昭和三八年）で、新兵器である原爆の投下について現行戦時法規には規定はなく、よつて、実定国際法違反の問題は起りえないとする国側の主張に対して、東京地裁は「そこ「国際法」にいう禁止とは、直接禁止する旨の明文のある場合だけ」を指すものではなく、既存の国際法（慣習国際法と条約）の解釈及び類推適用からして、当然禁止されているとみられる場合を含むと考えられる。さらに、それらの実定国際法規の基礎となつている国際法の諸原則に照してみて、これに反するものと認められる場合を含むと解さなければならぬ。ただし、国際法の解釈も、国内法におけると同様に、単に文理解釈だけに限定されるいわれはないからである」と述べた。

もっとも、国際法の一般的原则が適用されるためには、その法と当該主題との間に合理的な関連性がなければならぬ⁽¹⁸⁾。その意味での限界があることは当然である。ところがこれとは別に、国際法の場合には、国内法とちがつて「国家主権」の原則に立脚するが故に法のアナロジーは、ごく制限的であればならず、一般的な方法として認められないという意見がある（例えば、バダウィ・パッサン裁判官⁽¹⁹⁾）。この見解の根本は、先のオーデル河事件でポーランドが主張した制限的解釈論（条約条文が疑しいときは、なるべく国家の自由を制限しないように解釈しなければならぬとする立場）と基本思想を同じくする⁽²⁰⁾。これらは結局、主権の無制約性をできるかぎり広く確保し、国際社会における法の支配の領域を縮小しようとする主張とみななければならぬ。

三 法目的論的アプローチ

裁判官による法の解釈は、国内裁判の場合には、高度に複雑化した法規の迷路を解きほぐして適用法規を発見することに主眼がおかれるのに対して、国際裁判の場合には、むしろ限られた国際慣行や条約規定から適用されるべき特定の法を採求することに向けられる。例えば、限られた国際慣行のなかに慣習法規が成立しているか否か、インド通

行権事件（一九六〇年）のように、一定の地域的慣習法が認められることもあり、庇護権事件（一九五〇年）や合衆国民の権利に関する事件²³（一九五二年）のように、それが否定されることもある。いずれにしても、——その存否は裁判官の意思とは独立しているが——裁判官の「解釈」というプリズムを通して確認されるのである。

このことは条約の解釈についてもいえる。いかなる条約もその条文は完璧ではありえないから、ある特定の主題について条約の沈黙がみられることが多々ある。その場合、裁判官は条約の趣旨・目的等を勘案して、立法者の意図を探究しつつその沈黙に適用されるべき法を宣言しなければならぬ。それが条約の解釈である。ここでは、このような目的論的アプローチで法の決定がなされた事例を二、三考察することにする。

国連賠償請求権事件（一九四九年）で問題となった国連の国際的請求権の有無は、結局、国連が「国際的人格」（*International Personality*）を有するか否かにかかるとされた。が、裁判所はこの点は「憲章の条文では解決されていない」ので、憲章の解釈を通して創設者の意図を考察しなければならないとした。²⁴ 裁判所によれば、国連憲章に規定された目的や原則は国際社会の必要性を反映したもので、国連が「これらの目的を達成するためには国際的人格の帰属は不可欠である」とされる。実際、国連には様々な機能を遂行するのに必要な権利・権限が付与されており、それらはこの機構が「広範な国際的人格」を保持しているという基礎においてはじめて説明されうるもので、「もし国際的人格がないとしたら、創設者の意図は達成されえないものである。」²⁵ よってこの機構は“an international person”²⁶ とみなされなければならないとした。

このような理由により裁判所は国連の国際法人格を承認した。裁判所のこのアプローチは機能的・目的論的である。裁判所はさらに国連職員の犠牲者個人に対する損害の請求権についても（本件質問1(b)、同様のアプローチによりこれを肯定した。「国際法上、この機構は、憲章に明示的に規定されていなくとも、その必然的な意味として (by

necessary implication)」、その義務の遂行に本質的なものとみられる権限は保有しているとみなされなければならぬ⁽²⁶⁾」からである。

まったく同様のアプローチは国連行政裁判所事件（一九五四年）にもみられた。本件では、国連総会が行政裁判所のような司法機関を設置する法的権限を有するか否かが一つの争点となったが、国際司法裁判所は憲章に「明示規定」がないので、右の事件と同様に、憲章自体の意図を審査しなければならぬとした⁽²⁷⁾。裁判所によれば、国連と事務局職員の権利・義務をめぐる対立は避け難いこと、その紛争は他の裁判所の審査になじまないこと、にもかかわらず、そのための司法機関を設置しないとすれば憲章の目的と両立し難いこと、ならびに、かかる司法機関は事務局の最高水準の効率と統一性を確保するのに不可欠であること、などを勘案すると、国連がこのような裁判所を設置する権限は憲章の「必然的な意図として」(by necessary intentment) 認められるとした⁽²⁸⁾。

このような目的論的アプローチは、そのほか、南西アフリカの国際的地位に関する事件⁽²⁹⁾（一九五〇年）や常設国際司法裁判所の国際労働機関の権限に関する事件⁽³⁰⁾（一九二六年）、あるいは上部シレジア少数者学校の仲裁裁判⁽³¹⁾（一九二五年）などに広くみられ、主として国際機構や条約上の法制度における具体的法の決定に用いられている。もっとも、こうしたアプローチには批判的な裁判官も少なくない。右の国連賠償請求権事件で反対意見を表明したハックワース (G. H. Hackworth) 裁判官は、「憲章上の『特定の権限の欠如』は憲章の『necessary implication』によって自由」に「補充」されるものではなく、「明示されない権限は自由に推定されてはならない」とする。したがって、「黙示的に認められる権限」(implied powers) は、あくまで「明示的に付与された権限の行使に『必要な』(“necessary”)」ものに限定される⁽³²⁾とする。同様に、裁判所の役割はただ現行国際法を解釈することだけであるとするクリロフ (S. Krylov) 裁判官も、本件の多数意見 (質問一(b)) は「新しい事態」に関する“*de lege ferenda*”ともいえないもので、

「国際法の新しい規則の創造」であると批判している³³。このようなアプローチの相違は、時として、裁判に決定的な影響を及ぼすことがある。これは南西アフリカ事件でよく示された。原告側の法的利益（訴えの利益）を肯定した一九六二年判決（管轄権）は、一九六六年判決の新しい多数派によって完全にくつがえされた。そこには条約解釈をめぐる——田中裁判官の指摘によれば——「目的論的・社会学的解釈」と「概念的・形式的解釈」の深い対立があったのである³⁴。

しかしながら、国際司法裁判所に限ってみると、多かれ少なかれ、裁判所はこれまで目的論的アプローチを採用してきたといえる。フィッツモーリスは条約の解釈に関する裁判所の判例を分析し、裁判所は「圧倒的に目的論的解釈要素」を考慮してきたと述べている³⁵。しかし彼自身は、その後、右の南西アフリカ事件では最も強固なアンチ・目的論主義をとった裁判官のひとりであった³⁶。おそらく、条約の目的・意図あるいは法制度の存在理由から論理的に演繹されうるものを法として宣言することは、裁判官に認められた権限であるとみななければならないであろう。ただ、その行為は無制限的な裁量行為ではない。そこにこのアプローチの限界がある。裁判所がしばしば指摘するように、条約における沈黙を補充するという口実のもとに、条約の明確な目的と枠を越えて実質的な条約の変更をもたらすときは、司法機能の枠を逸脱するものといわなければならない³⁶。

四 国内法のアナロジーあるいは法の一般原則の適用

ラウターバクトの著書“Private Law Sources and Analogies of International Law”（一九二七年）が証明しているように、国際裁判においては国内法の諸原則がしばしば適用されてきている。その意味で、国内法の一般原則を裁判準則として正式に認めた常設国際司法裁判所規程の「法の一般原則」の規定（第三八条C項）は、「長期にわたる国際紛争の司法的解決の慣行の結果³⁷」であったといえる。しかし他方において、国内法を適用することは「国際

法の独立性と科学的性格を脅かし、すでに廃棄された自然法を側面的に導入すること」に等しいとみる学派（主として実証学派）がなお根強い状況においては、法の一般原則の導入は単なる過去の国際裁判の慣行の確認にとどまらぬ。それ以上の意義をもつものである。すなわち、決してレポリューションナリーな意義をもつものではないとしても、国際法と国内法の融合をはかり、国際法の充実と発展をもたらすものとしてエポック・メイキングなものといえよう。ハドソンによれば、法の一般原則は国家の同意によって形成された法とは別の法領域に裁判の基準を定めることを認めるもので、「それは裁判所が『国際法』(droit des gens)の限界を確定する前に『ユス・ゲンティウム』(ius gentium)に参照を命ずるものである」とする。

もっとも、国内法の原則が適用されたケースでも、判決全体の構成からすれば、それが占める比重はむしろ補助的なものにすぎないことが多い。本稿はそれらの適用の実体を体系的に検討しようとするものではない。国際法の直接的な規則が存在しないため国内法が適用され、かつそれが判決に大きな比重を占めたと思われる事例を二、三考察するにとどめる。

常設仲裁裁判所のロシア賠償事件では、先にみたように、トルコの遅延利子の支払義務が確認されたが、裁判所はさらにこの義務の消滅原因が本件に認められるかどうか、「この問題に関する公法・私法の一般原則」のアナロジーを検討する必要があるとした。⁽⁴⁾ 裁判所の意見によれば、「国際公法の一般原則と慣行にしたがい、契約上の金銭債務者として、国家の場合と個人の状況に類似性が認められるときは、私法原則を類推して、「債権者の」金銭支払請求権が排除される……場合に共通の諸原則を「国家間の約定に」適用することは正当であって、法的にも認められることである」とされた。裁判所はフランス、ドイツの私法文献を引用して、私法上、債権者が主債務に付随する権利（遅延利子の請求権）を何ら留保することなしに主債務の履行の延期を認めるときは、その権利は消滅するとし、本件の場合

債権国であるロシアはこの私法原則が適用されるべき行動を繰り返しているため、遅延利子の請求権は消滅したとみななければならない⁽⁴²⁾、とした。このように、本件では一般国際法上の義務が私法の原則の適用によって排除されたケースといえる。

環境問題の国際法のリーディング・ケースとなったトレイル・ルイジック事件（一九四一年）も、国内法が重要な役割を演じたケースである。事件の内容は、カナダの熔鉱所のはき出す煤煙（亜硫酸ガス）がアメリカに被害を与えたというもので、裁判所によれば、これまで大気汚染を取扱った国際裁判の判例も、またこれに最も近い水汚染の先例もなく、適用される直接的な国際法の規則はないとされた。しかしながら裁判所は「大気汚染と水汚染の両方についてアメリカ合衆国最高裁判所にいくつかの判決があり、それらは国際法の分野においてまさしく指標としてとられうるものである」とした。（なお、合衆国の判例を適用することは両国の仲裁契約で認められていた⁽⁴³⁾）この点につき裁判所は「国際裁判の事件において、連邦の構成国間の紛争ないしそれらの国の準主権的権利に関するその他の紛争について、この裁判所〔合衆国最高裁〕によって確立された先例を類推的に適用することは——国際法に反対の規則がなく、かかる先例を排除すべき理由が合衆国憲法に固有な主権の制限という点から引き出されない場合には——合理的である⁽⁴⁴⁾」と述べた。裁判所は合衆国最高裁の判例を検討し、その結果、いかなる国も他国に害を与える仕方では自国の領土を使用してはならないという、著名な結論に到っている⁽⁴⁵⁾。

本件で適用された法原則の性格については、善隣関係の原則、ニューサンスの法理、あるいは権利乱用禁止の原則等、見方の相違はあるが⁽⁴⁶⁾、いずれにせよ、本件では国内法が重要な役割を担っており、かつその後この判決が汚染問題や国家責任に関する国際法の発展・形成に及ぼした意義を考えると、とりわけ注目されるものがある。

最後に、国際司法裁判所の判決で国内法との関連でとりあえず注目される事例を挙げるならば、ブレア・ビヘア

院事件（一九六二年）、北海大陸棚事件（一九六九年）およびバルセロナ・トラクシオン事件（一九七〇年）を指摘できよう。

最初の事件は、ブレア・ビヘア寺院地区の領有をめぐるタイとカンボジアの紛争である。この事件で裁判所がタイの請求を退けるにあたって適用した法原則は、しばしばエストoppel（禁反言）の原則であるといわれる⁽⁴⁷⁾。もっともこれについては裁判官のあいだにも意見の相違があった。フィッツモーリス裁判官は、国際法においてコモンローのエストoppelの原則に最も近いのは「preclusionの原則」であるとされ、本件ではほぼこのpreclusionないしestoppelの原則が適用されたという⁽⁴⁸⁾。他方、アルファロ（R. J. Alfaro）裁判官によれば、本件で適用されたのは、英法のエストoppel原則に基礎をもつものではあるが、それとは別の国際法独自の法原則——それはいくつかの国際判例で適用・形成されてきた——であるとされる⁽⁴⁹⁾。本件の原則が純粹に英法のエストoppelと断定するのは困難であるかもしれないが、それに類する、あるいはそれに起源をもつ法原則であることは疑いなかろう。

北海大陸棚事件はequityの適用という点から注目される。フィッツモーリス裁判官が後日述べるところでは、本件は「潜在的non liquetの事態に直面していた」⁽⁵⁰⁾ものである。それは、裁判所がいわゆる等距離線方式の適用を排除しつつ、しかもこれに代る「他の単一の規則」が存在するわけでもない⁽⁵¹⁾と判断したためである。しかし裁判所は、このことは裁判の不能をもたらすものではなく、「なお適用される法の規則および原則がある」とした⁽⁵²⁾。つまりequityである。equityは多義的概念であるが、裁判所によれば、「単に抽象的な正義の問題としてのequity」ではなく、「それ自身が衡平の原則（equitable principles）の適用を求める法の規則」としてのequityであるとされた⁽⁵³⁾。

国際裁判におけるequityの地位については必ずしも一致した意見はみられない⁽⁵⁴⁾。常設国際司法裁判所の設立の際、ハーグ法律家諮問委員会はこれを裁判準則として採用しなかつた⁽⁵⁵⁾。が、この事実は今日法規範として

の equity——規程第三八条二項の “ex aequo et bono” とは別——の適用を一般的に排除するものとみるのは適當ではなからう。⁶⁵⁾ 一九三七年の國際法学会の決議によれば、equity (equite) は、通常、法の健全な適用に内在的なものであって、国内裁判と同様、法の尊重と両立する限り、これを考慮しなければならぬ、とされた。⁶⁶⁾ 右の北海大陸棚事件の西ドイツ側の弁護士小田滋教授(現國際司法裁判所裁判官)は、口頭弁論において、これを規程第三八条一項Cの「法の一般原則」として位置づけられ、ミューズ河事件におけるヘドソン裁判官の同旨の見解などを引用されている。⁶⁷⁾ なお、漁業管轄権事件(一九七四年)でも、北海大陸棚事件におけるのと同じ理解で equity が適用されている。⁶⁸⁾

最後のバルセロナ・トラクシオン事件⁶⁹⁾(一九七〇年)であるが、本件は形式的には国内法が適用された事例ではなく、紛争主題の出発点となる問題(会社と株主の法的地位の關係)について國際法に規定がないために、国内法の関連規則に送致されたケースといえる。裁判所によれば、「もし裁判所が国内法の関連制度を無視して本件を決定するならば、重大な法的困難をまねき、正当とはいえない。裁判所は現実との接觸を失うことになる。というのは、これに対応するもので裁判所が依拠できる國際法上の制度が存在しないからである。よって、上述のように、裁判所は単に国内法を考慮するだけでなく、それに依拠しなければならぬ。⁷⁰⁾」かくて裁判所は、会社と株主の法的區別に関する国内法制度にしばしば言及している。これは前述のように、問題が国内法に送致されているのであるが、この法現象は、換言すれば、国内法が裁判の法規範としてではなく、裁判における「事実」として位置づけられている場合といえよう。⁷¹⁾ 常設國際司法裁判所は、かつて「國際法およびその機関である本裁判所の観点からすれば、国内法は國家の意思を表明し、活動を構成するところの單なる事實 (facts) である」と述べたことがある。⁷²⁾ 本件はこの場合とみることできよう。しかし、このことは国内法の役割を過小評價すべき理由とはならない。本件では、この「事実」認識が決

説 定的な意味をもっていたといっても過言ではないからである。

論

以上、本章では国際裁判における法の発見・適用——とりわけ直接的・明示的規則がない場合における——をみてきた。国際法の一般原則の演繹的適用、法目的論的アプローチ、あるいは国内法のアナロジー・法の一般原則の適用などによって、適用法規を発見することは可能であるといえる。したがって、直接的規則の不存在がそのまま *non liquet* に結びつくとみるのは正しくないといわなければならない。本稿でみたのは法発見のプロセスの一部にすぎないが、裁判の実体はこのような方法が様々な法理論と複合的に関連しあいながら、司法的決定がなされているのである。⁽⁶⁴⁾ (国際裁判ではこのプロセスが国内裁判以上に多様化することがある。国際裁判の判決が予見性に乏しいといわれるのは主としてこのためである。)

- (1) I. C. J. Reports 1970, p. 38.
- (2) J. Stone, *op. cit.*, (B. Y. I. L., vol. 35), p. 137.
- (3) G. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 111.
- (4) *Ibid.*, pp. 110—111.
- (5) R. I. A. A., vol. VI, p. 114.
- (6) *Ibid.*, p. 115.
- (7) *Ibid.*, p. 118.
- (8) A. J. I. L., vol. 7 (1913), pp. 190—191.
- (9) *Ibid.*, p. 191.
- (10) 皆川洗『国際法判例集』一九七—二二六頁。
- (11) I. C. J. Reports 1971, p. 47. 皆川『判例集』二二六頁。
- (12) 横田喜三郎『国際判例研究』一六二—一七三頁。皆川洗『国際法判例集』八三—九三頁。

- (13) 村瀬信也、「条約規定の慣習法的効力」(高野雄一先生還暦記念、国際法学の再構築・上)、二二頁参照。
- (14) P. C. I. J. Series A, No. 23, p. 26. 皆川、判例集、九〇頁。
- (15) *Ibid.*, pp. 27—28. 皆川、判例集、九〇頁。
- (16) *Ibid.*, p. 29. 皆川、判例集、九一頁。
- (17) 祖川武夫・小田滋編著、「わが国裁判所の国際法判例」、昭和五三年、二四三頁。
- (18) 例えは、国連職員個人が受けた損害について、国連がその職員に代って国際的請求権を行使できるか否か、国連賠償請求事件で国際司法裁判所は、この場合は国家が自国民に対しても「外交保護の伝統的な規則の類推」からは直ちに結論は導きえないとした。国家と国民のあいだにある忠誠関係は、国連とその職員の法的連結と同一化できないからである。裁判所は、この問題は国連憲章の解釈によって解決されるべきものとした。I. C. J. Reports 1949, p. 182.
- (19) I. C. J. Reports 1949, p. 211.
- (20) 制限的解釈論について、常設国際司法裁判所は、この議論そのものは「正当」(sound)であるが「最大の注意」を払わなければならないという。条約には様々の解釈方法があり、あらゆる関連事項を考慮してもなお当事国の意思が疑わしいときにはじめて採用されるものであると述べた。P. C. I. J. Series A, No. 23, p. 26.
- (21) I. C. J. Reports 1960, pp. 40—43.
- (22) I. C. J. Reports 1950, pp. 276—278. 皆川、判例集、六頁。
- (23) I. C. J. Reports 1952, pp. 199—201. 皆川、判例集、二八一—二九頁。
- (24) I. C. J. Reports 1949, p. 178. 皆川、判例集、一三三頁。
- (25) *Ibid.*, pp. 178—179. 皆川、判例集、一三三頁。
- (26) *Ibid.*, p. 182. 本件については、筒井若水、「国際連合の役務中にこうむった傷害に対する補償」(高野雄一、国際司法裁判所)二八—二九頁参照。皆川洗、国際法判例集、一三二—一三九頁。
- (27) I. C. J. Reports 1954, p. 56. 皆川、判例集、一五〇頁。
- (28) *Ibid.*, p. 57. 本件については、筒井若水、「国際連合行政裁判所によって下された補償裁決の効果」(高野雄一、国際司法裁判所)三五—三六〇頁。皆川洗、国際法判例集、一四五—一五五頁。

- (29) I. C. J. Reports 1950, pp. 131—138. 皆川「判例集、一八六一—一九七頁。
- (30) P. C. I. J. Series B, No. 13, p. 18.
- (31) Annual Digest of Public International Law Case, 1925—1926, pp. 311—312.
- (32) Dissenting Opinion by Judge Hackworth, I. C. J. Reports 1949, p. 195.
- (33) Dissenting Opinion by Judge Krylov, *ibid.*, pp. 217—219.
- (34) この問題については、拙稿「一般利益にもとづく國家の訴訟権」、『國際法外交雜誌』第七四卷三號（八三—八八頁）、四號（一〇—一四頁）參照。
- (35) G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1951—54, B. Y. I. L., vol. 23 (1957) p. 210.
- (36) I. C. J. Reports 1950, p. 229; I. C. J. Reports 1952, p. 196.
- (37) H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p. 67.
- (38) *Ibid.*, p. 297.
- (39) M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920—1942*, 1943, p. 611.
- (40) A. J. I. L., vol. 7 (1913), p. 193.
- (41) *Ibid.*, p. 199.
- (42) *Ibid.*, pp. 199—200.
- (43) 本件の仲裁契約第四条によれば、裁判所は國際法のほかに、「アメリカ合衆國における関連問題を取扱う際に適用された法と慣行」を適用すべきものとされた。アメリカ法を適用するとされた理由は、本件に関する國際法の規則がほとんど存在せず、*non liquet* を回避しようとする趣旨であったといわれる。佐伯富樹「トレイル熔鋳所事件に関する一考察」、『中京法字第九卷一・二（合併号）五〇頁參照。
- (44) R. I. A. A., vol. 3, p. 1964.
- (45) *Ibid.*, p. 1965. 太寿堂鼎「トレイル熔鋳所事件」、『田畑茂二郎、ケースブック國際法』、一三三三頁。
- (46) この点については、佐伯「前掲論文、五六—五九頁參照。

- (47) 東寿太郎、「フレーナ寺院事件」(高野雄一、国際司法裁判所) 一三八頁参照。
- (48) Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, I. C. J. Reports 1962, pp. 62—65.
- (49) Separate Opinion of Vice-President Alvaro, I. C. J. Reports 1962, pp. 39—40.
- (50) G. Fitzmaurice, The Problem of Non-Lique, op. cit., p. 107.
- (51) 本件については、高林秀雄、「大陸棚制度と慣習国際法」(海洋開発の国際法(昭和五二年)所収) 一三二—一六三頁、皆川洗、国際法判例集、三七一—四〇一頁。
- (52) I. C. J. Reports 1969, p. 46. 皆川、判例集、三九四頁。
- (53) *Ibid.*, pp. 46—47. 皆川、判例集、三九四頁。
- (54) この点については、「三好正弘、「国際仲裁裁判における衡平」、国際法外交雑誌第七七卷一号、一—三九頁参照。
- (55) Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, 1920, pp. 332—335.
- (56) W. C. Jenks, Prospects of International Adjudication, 1964, p. 320.
- (57) Annuaire de l'Institut de Droit International, 1937, vol. 40, p. 271.
- (58) I. C. J. Pleadings, North Sea Continental Shelf Cases, vol. 2, pp. 199—201. 小田滋、「隣接国の大陸棚境界線について——北海大陸棚事件の口頭弁論——」(海の資源と国際法Ⅱ、昭和四七年、所収) 三四四—三四六頁、三六〇—三六二頁。
- (59) I. C. J. Reports 1974, p. 33. 皆川、判例集、四二七頁。
- (60) 本件については、皆川洗、国際法判例集、五一〇—五二九頁、広瀬善男、「会社の外交的保護——Barcelona Traction 事件に關する一九七〇年の国際司法裁判所の判決——」法学研究一〇号(明治学院院論叢) 一—三六頁参照。
- (61) I. C. J. Reports 1970, p. 37. 皆川、判例集、五一七頁。
- (62) このことは、「裁判所が国内法上の会社と株主の区別を法的な前提として審理をすすめ、「そのような〔国内法の〕規則に依拠するにあたって、裁判所はそれらに修正を加えたり、変更したりすることはできない」(*ibid.*, p. 37) と述べていることからうかがえる。
- (63) P. C. I. J. Series A, No. 7, p. 19.
- (64) ハドソンは、たとえ現行条約に規定がなくても、これまでの国際立法の内容、国際裁判の判例、諸国家の慣行、あるいは国内

法の共通原則や法の一般原則、さらには国際法文献の参照など、法を探究する道は広く認められ、「適用されるべき国際法の発見のプロセスは、こうした一般的方法にそって行われる」という。ただ、その発見は決して裁判所の「無拘束的な自由」や「裁量的プロセス」でなされるものではないとする。M. O. Hudson, *International Tribunals*, 1944, pp. 107-108.

第五章 Non Liquez をめぐる若干の論点

本章では、*non liquez* をめぐる比較的重要な論点で、これまで十分にふれなかった問題について二、三の考察を試みることにする。

一 包括許容論の妥当性

国際法上、特別の規定が存在しない場合、あるいは特別の禁止規定がない場合には、「国家の自由」:(*freedom of States*) に有利な推定がはたらくといわれる。したがって、「明示的に禁止されていないことは法的に許される」 (“*what is not expressly prohibited is legally permitted*”) という原則が妥当するといわれる。本稿では、これを「包括許容論」と呼ぶことにする。

この理論によれば、すべての国家の行為は法的に基礎づけられるか否かという形で決定できるので、したがって *non liquez* という事態は実際にはありえないとされる。シュバルツェンバーガー (G. Schwarzenberger) は、「適用法規がないときは、国際法における国家の自由⁽¹⁾に有利な推定がはたらき、被告側に有利な決定がいつでもできる」から、*non liquez* 問題は「みせかけの問題」(*a sham problem*) にすぎないという。同様に、ケルゼン (H. Kelsen) も、禁止されていないことは法的に許容されるというこの「基本原則」が作用するので、実際には国際法の欠缺は存在しないとみる。⁽²⁾ 同じ主張は常設国際司法裁判所規程の起草 (ハーグ法律家諮問委員会) の際にも、イタリアのリッチ・ブサッティ (Ricci-Busatti) が取りあげ、彼は「これは裁判所が適用しなければならぬ法の一般的原则であ

る」とした。フィリモア (Lord Phillimore) もこれを示唆し、よって「裁判拒否」の問題は生じないであろうと述べている。⁽⁶⁾

この包括許容論の妥当性を考察する前に、これが適用された——少なくとも結果的に——とみられる判例に言及する必要がある。ここでは二件とりあげるが、その一つは常設仲裁裁判所のサバルカール事件 (一九一一年) である。本件は、船舶からの逃亡者が政治犯と知らずにイギリス側に引渡されたことにつき、フランスが再び身柄の返還を求めたものである。判決はフランスの請求を退けたが、その理由は簡潔であつて、本件のような場合、逃亡者を再引渡ししなければならないという「義務」を課す「國際法の規則」はないというものであつた。⁽⁶⁾

いま一つは常設國際司法裁判所のローチュス号事件⁽⁷⁾である。周知のように、本件は公海上の船舶衝突について、被害側のトルコが刑事裁判権を行使できるか否かという問題である。判決はまず「諸国家を拘束する法規則」は國家の「自由な意思」にもとづくものであるから、「國家の獨立に対する制限は、それ故、前提とされてはならない」とし、したがつて、特別の「禁止規則」(prohibitive rules) によつて制限されている場合を除いて、國家は「主權」に由来する「広範な裁量權」をもつとした。⁽⁸⁾ しかして本件の場合をみると、トルコの刑事裁判権の行使を禁止する國際法の規則はないから、よつてその行為は違法ではないとしたのである。⁽⁹⁾ 本件判決の分量や論旨の展開姿勢からみて、これを單純に包括許容論の適用とみなすことは當を得た見方ではないかもしれない。が、判決の基本構造はこの理論にそつちかたちで構成されていることは疑いない。⁽¹⁰⁾

ところで、包括許容論はどこまで有効であろうか。その妥当性を全面的に否定することは困難であろう。法の沈黙が明示的許可と同じ程度の意味を有する場合は考えられなくはないし、また手続法の分野では、これを基礎に有益な法原則が判例上形成されることがある (例えば、判例によつて形成された國際司法裁判所の *forum prorogatum* の

原則はその例である。¹¹⁾しかし包括許容論が本案決定の唯一の基準として適用されるときは、多くの場合、相当問題があるといえる。さし当りその理由として次の三点を指摘できよう。

第一に、この理論が被告側によって援用されると、ローチュス号事件でそれに近かったように、一切の举证責任はすべて原告側にかかることになる。もし原告側が具体的な禁止規定を立証しえないときは、自動的に被告側の行為は合法化されることになる。両当事国の共同作業を通して正しい法の発見を追求するという裁判の使命にかなうものか否か問われよう。¹²⁾第二に、この包括許容論は、ローチュス号判決でも明らかのように、國家の主権ないし独立を基調としている。しかるに裁判に付託された紛争（右の事件ではトルコの刑事裁判権の行使）は、まさにその主権の行使の結果として生じたものであるから、本来、その紛争の解決の基準として主権が法的基礎とはなりえないはずである。ブライアリーは、本件について「主権とか独立という単なる事実から特定の事実状態に適用される法を引き出すことはできない」と批判している。¹³⁾第三に、これと関連して、包括許容論のみに依拠する決定は、およそ法的決定といえるか否かということである。なぜなら禁止規定が存在しないというだけでは、必ずしも権利の存在を積極的に証明するものではないからである。問題は白紙の状態ではない。¹⁴⁾

このようにみると、この包括許容論に安易に訴えることは、田岡博士やフィッツモーリスが指摘するように、それ自体が実質的な *non liquet* を意味する場合すらありえよう。少なくとも、そのような決定はきわめて形式的であって、判決に不可欠な実体的価値を欠くため、紛争の実質的な解決を保証するものとはいえず、国際法の発展に寄与するものともいえない。(ローチュス号事件判決が、戦後、船舶衝突の刑事裁判権に関するブリュッセル条約や公海条約で完全にくつがえされたのは、単なる歴史の流れであったのであろうか。)おそらく、この理論は国際法学における國家主権主義の表徴ともいえる。アルヴァレス(A. Alvarez)裁判官が指摘するように、「この原則〔包括許容論〕は、

以前の絶対主権の時代には正当であつたが、今日ではもはやそうではない」とみなくてはならない。

しかしながら、この理論に依拠しようとする傾向は今日でも決して少なくない。漁業管轄権事件におけるアイスランドの主張は、ディラード裁判官の要約によれば、五〇カイリの拡大を禁ずる特別の規則がない以上、この「許容原則」が作用するといふものであつた。⁽¹⁸⁾ また核実験事件（一九七四年）においても、若干の裁判官はフランスの大気圏実験を禁ずる条約も慣習國際法もない以上、かかる主権的、政治的行為が妨げられることはないことを強調している。⁽¹⁹⁾（もっとも、これらの裁判官の意見が單純に包括許容論に立脚するものとは断定しえないが、その基本的な立場はこれを想起せしめるものがある。）改めて指摘するまでもなく、國際裁判における法の探求は單に禁止規定の有無の問題ではなく、國際法が命ずるものを究明することである。

以上のように考察すると、包括許容論を理由とした *non liqueur* の否定（あるいはこれを根拠とする國際法の完全性の理論）は、一般論としては、その妥当性は疑しいものとみなくてはならない。

二 義務的管轄制度との関連

すでに指摘のとおり、ラウターバクトは、*non liqueur* の禁止はこれまでの國際裁判の一貫した慣行（*non liqueur* の具体的判決の不存在）によって証明された実定國際法の規則である、⁽²⁰⁾とした。が他方、これまでの國際裁判の慣行はこの問題を論ずるうえで重要な意義をもたないとする見方がある。ストーンによれば、これまでの *non liqueur* の不存在は、主として義務的管轄制度が欠如していたという理由によるとされる。つまり、裁判の付託がアド・ホックの合意によってきたため、両当事国は裁判付託の前に事実や法状況を十分に勘案することができたとされる。したがって、将来もし義務的管轄制度の普及にもなつて紛争の一方的付託が増大するときは、*non liqueur* の可能性はなお考えられるのであるから、よつて以前の慣行から國際法の原則を導くことは正しくないといふ。⁽²¹⁾

しかし、この主張に十分な理由があるかどうかは疑しい。現代国際裁判はそのあらゆる形態を含めれば、ストーン自身が認めるように、過去一世紀半余にわたって数千の事件を取扱つてきており、しかもそのなかに *non liquet* の先例がみられないのである。彼の所論はこの事実を軽視ないし等閑視するもののように思われる。これらの判例は国際法のほとんど全分野におよんでいる。それらが義務的付託ではなく、アド・ホックの合意付託であるという理由で、この歴史的・法的事実の重みを無視することは正しくないであろう。たしかに、アド・ホックの合意による場合には、両当事国は事前に法状況を勘案して、裁判の円滑のための必要な措置を施すことができる。例えば、裁判準則を積極的に指示したり拡大するなどであつて、アラバマ事件やトレイル溶鉱所事件はその顕著な例といえよう。しかし裁判準則の指示があるときはいつでも、それらによつてはじめて裁判の不能が回避されうるとみるのは正しくない。それはあくまで当事国が提示した裁判円滑化の一方法にすぎないのである。

ところで、ストーンがいうように、義務的管轄制度が普及し、事件の付託が増大すると、法の発見・適用が困難になると思われるかもしれない。たしかに、一見そのようにみえる。しかしながら、これまでの国際裁判の判例をみてもその大多数は、ラウターバクトが指摘するように、それに関する先例や既成の法的解答のない場合の裁判で、いわゆる新奇の事例 (*novelty of action*) に属するものである。²²⁾ にもかかわらず、それらの法的決定が可能であつたことに注目しなければならぬ。さらに、やや逆説的になるが、義務的管轄制度の発展による裁判の増加は、長期的には裁判(法の適用)をより円滑化させるものである。一般に、個々の判決はその特定の事件を越えて、より広い適用可能性をもつ。そのような判決の集積は、*non liquet* の方向ではなく、むしろ裁判を促進させることになるといえよう。

なお、右のストーンの所論については、さらにハーグ法律家諮問委員会のとらえ方を想起することは無意味ではな

いと思われる。周知のように、委員会は法律的紛争について常設國際司法裁判所の一般的義務的管轄権を導入することに決定した（しかし、のちに連盟理事会で否決）。委員会は当初は *non liquet* の可能性を懸念したが、これを許容する立場をとらず（「法の一般原則」の導入）、規程第三八条一項の裁判準則でこの点は克服されると考えたのである。

三 法の一般原則の普遍準則性

一九世紀以来の國際裁判で、国内法の一般的原则あるいは共通の国内法規則がしばしば適用されてきている。常設國際司法裁判所規程第三八条Cの「法の一般原則」は、この慣行を踏まえていることは疑いない。⁽²⁶⁾ しかしながら、その法の一般原則の法的性格あるいは法源上の位置づけなどの理論的問題については、学説上、深い不一致がみられる。⁽²⁶⁾ 本稿では論点を限定し、さし当り、法の一般原則が國際裁判一般の裁判準則として、つまり國際仲裁裁判の準則としても——コンプロミーで積極的に指示されるか否かに関係なく——一般的に認められるかどうか、について検討することにする。この点は、これまでの学説をみても、*non liquet* 論に関連する主題である。

右の問題は、法の一般原則の法源性とも関連する。学説上、法の一般原則はあくまで国内法の原則であるから、裁判条約とか当事国間のコンプロミー（仲裁契約）で特にそれが裁判準則として認められるのでなければ、適用することはできないとする見解がある。例えば、既述のように、シベールがこれであり、またストーン⁽²⁷⁾の立場もこれに類すると思われる。いづれにしても、法の一般原則の國際法の法源性を認めない立場においては、理論的には、法の一般原則は当然には適用されえないことになる。

しかし、國際慣行をみると、一九二〇年の常設國際司法裁判所規程の成立以来、多くの個別仲裁裁判条約では、この規程の第三八条一項をそのまま仲裁裁判の基準として導入している。⁽²⁸⁾ 主要な条約として、一九二八年の國際紛争平

和的処理に關する一般議定書は仲裁契約中に特別の規定がないときは、「常設國際司法裁判所規程第三八条に列挙された實質的規則」を適用すべきものとしている(第二八条、第一八条)。ここにいう「實質的規則」とは、規程第三八条一項の諸規則のことである。²⁹⁾このことは、特別の合意がない限り、右規程の第一項の基準(したがって法の一般原則を含む)が仲裁裁判一般の準則であることを広く承認したものである(一九四九年の改正議定書でも同じ)。この傾向は、その後、一層定着していったと思われる。一九五八年の「仲裁裁判モデル規則」は、適用法規について当事國間に特別の合意がある場合を除いて、仲裁裁判所は國際司法裁判所規程第三八条一項と同じ準則を適用すべきものとしている(第一〇条)。³⁰⁾

かくて、法の一般原則は、その法源上のアカデミックな論争に關係なく、國際裁判一般の裁判準則として普遍的な適用可能性をもつていとみななくてはならない。その点は國際法上確立しているといえる。したがって、この見方が正しいとすれば、たとえ仲裁契約中に明示的に認められていなくとも、法の一般原則の適用は裁判官の權限踰越(excès de pouvoir)を構成することはないとみななければならない。田畑教授は、法の一般原則は「条約や慣習國際法と別個独立の國際法として、國際法の法源とみることはできない」とされつつも、これを適用することは、「このこと自体がすでに慣習國際法になっていたとみることができ」、「したがって、國際司法裁判所以外の國際裁判の場合において、当事國がとくにそれを拒否しない限り、適用すべき実定國際法規が存在しない場合、国内法上の共通原則を適用することは認められるであろう」とされる。³¹⁾皆川教授は、「法の一般原則が國際法秩序の中に本源的かつ潜在的に存在するというふうには考えない」が、国内法を手がかりに、「本質上國際法的に意味づけられる『原則』として再構成し、必要のさいに、それを補充的に適用する」ものとして、今や國際法上、この「補完過程は定まった場席をえられるにいたった」とされる。³²⁾

ところで、法の一般原則を適用する場合、規程上、法の種類や法領域に制限はない。私法や手続法はもとより、公法やあるいは刑事法の分野に属する法原則も排除されない。唯一の要件は、各国の国内法に広く共通性を有する「一般的」な法原則でなければならないということである。田中耕太郎博士が指摘されるように、それは「きわめて広汎、無制限なもの」であって、例えば訴訟法といった特定の領域だけでなく、「民法、商法、行政法、訴訟法、裁判所構成法、破産法、税法等」における共通の諸概念や諸規則はこの中に包含されよう。³³⁾もとより、具体的裁判においては、これらの国内法の原則が「いっさいがっさいに」(“lock, stock and barrel”・マックネア裁判官³⁴⁾)に適用されるのではない。国際関係の基本構造あるいは関連国際法の基本理念や目的と調和するものでなければならないからである。

このように、法の一般原則の実際上の適用は、事件の性格に応じて自ずと制約があるが、裁判官は必要な場合には、とにかくここに法の照会を求めることができる。ラウターバクトによれば、法の一般原則は主権国家間の紛争の法的解決に必要な規則や法原則をいつも提供するものであるとされる。³⁵⁾他方、これに対してストーンは、法の一般原則の機能は実際にはごく限られたものであり、ことに国際社会の「経済的、社会的、政治的変動の激しいこの時代」³⁶⁾には、かかる国内法の諸原則に「そのような信頼」を寄せることはできないという。つまり、法の一般原則が十分に適切な法を提供するということが、³⁷⁾「とりわけダイナミックに変化してやまない時代には」、まさに問われるべき論点の一つであって、それを是とすべき理由も証拠もないとみる。

すでに示唆したように、法の一般原則の適用にあたっては、国際社会と国内社会の政治的・社会的諸要因や両者の特殊性を考慮しないで無造作に適用することは危険であり、正しくない。その意味でストーンの所論は理由がないわけではない。しかし彼が指摘する論拠は、裁判所が法の一般原則を適用する際に検討すべき一つの考慮要素にすぎないのであって、一般的な障害を証明するものではない。とくに注意すべきことは、裁判所が国内法の適用にあたって

考慮するのは、付託された紛争のままの政治的・経済的側面ではなく、それらを濾過して一般的形式に純化した法的側面とそれに対応する国内法の一般原則であるということである。そこでは、依然として、法の一般原則のもつ普遍的性格は広範な適用可能性をもつといえる。

四 国際法学における実証主義と *non liquet* 論

国際裁判における法の適用が常に可能であるとすれば、*non liquet* 論は、*パーリー* (Clive Parry) がいうように、もはや「アカデミックな問題」とすらならなくなるといえるかもしれない³⁸⁾。しかしながら、依然として、深い学説の対立がみられるのは、前述のように、この問題が単なる訴訟の手続的問題ではなく、国際法および国際裁判の基本認識にかかわる主題だからであろう。*non liquet* を認める立場は、一般に国際法の規範領域を狭くとらえ、これを適用する国際裁判の機能を限定的にとらえている。この立場は、国家主権尊重の立場から国際法の領域を縮少してとらえる実証学派 (*positivist school*) の国際法学に通じるものがある。

一般に実証学派は、国家が直接・間接に同意したものを除いては実定国際法の規則とは認めない。主権に由来する国家の行動の自由は、実定国際法以外のものによつては制限されないとみる³⁹⁾。すなわち条約と慣習法規以外のものは非実定的・自然法的規則として退け、法の一般原則も国家の同意がある場合のほかは適用されないとする。さらに、この学派は国際法を適用する国際裁判の機能を限定的にとらえる。裁判所はあるがままの法を宣言するに過ぎないとし、裁判所の創造的な活動を否定する。すでに考察した点から明らかのように、*non liquet* を肯定する論者の立場は、この実証学派の国際法認識にきわめて近いといえる。それ故にまた、この問題の根の深さがあるといえよう。

ところで、国際法は単に条約規定や慣習法規の寄せ集めではない。それらの規則は、一般的な法原則や法理論を媒介に相互補充関係にあり、さらに個々の法はその精神や目的にそつて、解釈者 (裁判官) の論理的思惟と社会的考慮

を通して、不断に成長するものである。国際法はそういう生きた有機的組織体をなしている。そのなかで条約規定や慣習法規が基盤的細胞をなしていることは疑いないが、それだけを国際法の構成要素とみるのは狭きに失すると思われる。このような狭い見方からすれば、ストーンが述べるように、*non lique* を禁止することは必然的に裁判官に法創造の負担 (a burden of law-creation) —— スイス民法型の —— を課すことになるのである。⁽¹⁰⁾ 彼は、変化してやまないこの時代に、かつ判決(誤判)を修正する機関の欠如した状況で、これを認めることが政策的な観点からも賢明かどうか慎重な判断を要するといふ。⁽¹¹⁾ いうまでもなく、この意見は国際法を狭くとらえる前提から出発している点に基本的問題がある。

non lique 論は、このように法と裁判の基本的なとらえ方と深く関連している。実証学派や *non lique* の肯定論者は、裁判官はあるがままの法を宣言するだけであるとするが、この点については、すでに繰り返し述べた。「裁判官による政治」(government by judges) が認められない以上、裁判官は現行法から自由ではありえない。そういう意味での裁判官による法の創造はここでは論外である。ただ前述のように、裁判官の事実認識と法解釈は決して機械的な作業ではありえない。したがって、すべての裁判はつねにある程度の法創造的效果を伴うことは否定できない。フリードマン (W. Friedmann) によれば、裁判官の「法創造機能」(law making function) は、大陸法諸国の制定法の解釈の場合とコモン・ローの先例の適用の場合とで本質的な差異はないとされるが、⁽¹²⁾ これは国際裁判の場合も同様である。むしろ統一的な立法機関が欠如していることを考えると、国際裁判では旧い法を機械的に適用するのではなく、国際社会の状況や要請に正しく調和する生きた法を建設的に宣言することが期待されているといえる。⁽¹³⁾

(一) この主張の内容として、単に「規則がない場合」と「禁止規定がない場合」とを分けて、それぞれに若干異なる効果を認めようとする意見もあるが (G. Fitzmaurice, *The Problem of Non-Lique*, op. cit., p. 108.)、その実際的区別は困難であるばかり

でなく、国家の主権と独立をその根拠とする点で同じ次元のものであるから、両者をとくに区別しなければならない理由は乏しく思われる。

- (2) G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 5th ed., 1967, p. 245.
- (3) H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, pp. 305—306.
- (4) *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 1920, p. 314.
- (5) *Ibid.*, p. 316.
- (6) J. B. Scott, *The Hague Court Reports, 1916*, pp. 275—280; H. Lauterpacht, *The Function of Law*, op. cit., pp. 88—90.

(7) 本件については、横田喜三郎、国際判例研究一、昭和八年、八二—一〇〇頁、高林秀雄、「ローチャヌス号事件」(田畑茂二郎編、ケース・ブック国際法)、一一五—一二八頁参照。

(8) P. C. I. J. Series A, No. 10, pp. 18—19. 皆川、判例集、二五五—二五六頁。

(9) *Ibid.*, p. 31. 皆川、判例集、二六三頁。

(10) 反対意見を表わしたローデル裁判官は、本判決は「国際法においては禁止されていないことはすべて許される」というトルコの主張を容認したものであるという。*Ibid.*, p. 34. ニホルム裁判官も、「もし本判決の論理がとられるなら、特別の規則が存在しないときは、「国家の」絶対的自由が存在しなければならないという国際公法の原則が設定されることになる」が、それは「觀念の混同」であると批判している。*Ibid.*, p. 60.

(11) *forum prorogatum* の原則は、「裁判所規程や規則で禁止されていない手続をとることは違法ではない」という論理を前提に判例によって形成されたものである。この原則については、拙稿「国際司法裁判所における *forum prorogatum* の原則」(法学(東北大学)第三卷三号、四号参照)。

またこれとは別に、常設国際司法裁判所は、初期の判決で、先決的抗弁に関する規定が裁判所規程にも裁判所規則にもなかったため、かかる抗弁を処理するにあたって「よって裁判所は、司法行政を確保するのに最善のもので、国際裁判の手続に最もふさわしく、かつ国際法の基本原則に最もよく調和する原則を自由に採用することができる」と述べている。P. C. I. J. Series A, No. 2, p. 16.

- (12) フィッツモーリスによれば、このような場合、いずれの国が原告、被告になるかという「偶然」によって事件の結果が左右されることになるという。ノルウェー漁業事件で、「イギリスがいずれの側も無制限的な举证責任を負うべきではないこと、および実定規則・原則によって自己の立場を正当化し、それらの存在を立証する責任はそれぞれの側になければならぬ」と主張した」のは、このような理由からであったと云う。G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1951—54, B. Y. I. L., vol. 30 (1953), pp. 12—13 (footnote 2).
- (13) J. L. Briery, *The 'Lotus' case*, *Law Q. Rev.*, vol. 44 (1928), pp. 155—156. またこの点について、ラウターバットも次のようにいふ。「国際法における国家の主権は、国際法によって付与された quality である。したがって、それは国際法の基礎にも、また法源にもなりえない。」H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, pp. 95—96. ローチュス号事件判決の基本前提に関する横田喜三郎博士の批判については、横田、*国際判例研究*一、九四—九五頁参照。
- (14) バルセロナ・トラクシオン事件で、会社に加えられた侵害について株主の本国の外交保護権を否定する国際法の規則はないというメルギーの主張について、裁判所は「権利が明示的に否定されていないことを強調するこの主張は、逆に、株主の本国にそのような権利を明確に付与する国際法の規則が存在しないことを示すものである」として退けた。I. C. J. Reports 1970, p. 37.
- (15) 田岡良一、前掲書、一七三頁。
- (16) G. Fitzmaurice, *The Problem of Non-Liquet*, op. cit., p. 105.
- (17) *Individual Opinion of Judge Alvarez*, I. C. J. Reports 1951, p. 152.
- (18) *Separate Opinion of Judge Dillard*, I. C. J. Reports 1974, pp. 58—59. See also I. C. J. Pleadings, *Fisheries Jurisdiction Cases*, vol. 2, p. 230.
- (19) このような意見はソロ裁判官、マントン裁判官とみられる。Separate Opinion of Judge Gros, I. C. J. Reports 1974, pp. 277—289. Separate Opinion of Judge Petren, *ibid.*, pp. 298—307.
- (20) H. Lauterpacht, *Some Observations on the Prohibition of 'Non Lique'*, op. cit., p. 200.
- (21) J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1959 revised, p. 163; J. Stone, *Non Lique*, op. cit., B. Y. I. L., 1959, pp. 138—139.

- (22) J. Stone, *Legal Controls*, op. cit., p. 162.
- (23) H. Lauterpacht, *The Function of Law*, op. cit., p. 105.
- (24) 例えは法律家諮問委員会におけるデカンの発言参照。Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, 1920, p. 310.
- (25) これらの理論的諸問題に関する学説については、横田喜三郎、*国際法の基礎理論*、昭和二四年、二二二—二五三頁参照。
- (26) M. Sibert, *Traité de Droit International Public*, 1951, Tome 2, p. 433.
- (27) J. Stone, *Non Liquet*, op. cit., (B. Y. I. L., 1959), pp. 145—147.
- (28) 例えは、ドイツスイス裁判条約(一九二一年)第五条、チェコリポーランド裁判条約(一九二五年)第一九条、その他、コンローギーでそれが指定されたケース(例えは R. I. A. A., vol. III, p. 1704)や仲裁判決で「法の一般原則」が明確に言及された事例も少なくなく。(例えは Annual Digest of Public Int. Law Cases, vol. 2, Case No. 205; Annual Digest, vol. 4, Case No. 369; Annual Digest, vol. 4, Case No. 317; Int. Law Reports, vol. 35, pp. 175—176.)
- (29) 横田喜三郎、*国際裁判の準則*、法学協会雑誌第五二卷一〇号、二九頁、三一一—三三頁。
- (30) このモデル規則について田岡博士は次のように批判されている。当事国が補充的に「衡平と善」による裁判を認めないときは、規程第三八条一項の(a)(b)(c)によっても解決されない紛争はあるのであるから、モデル規則が一方でこの基準によるべしとし(第一〇条)、他方で *non liquet* を禁止しているのは(第一一条)、「矛盾しているといわねばならぬ」と。国際法Ⅲ(法律学全集)二四四頁。
- (31) 田畑茂二郎、*国際法Ⅰ*〔新版〕(法律学全集)一三四頁。
- (32) 皆川洗、*法の一般原則*(皆川、山本編、*演習国際法*)四五頁。
- (33) 田中耕太郎、*国際司法裁判所の世界的性格*(*統 世界法の理論・上*)、二九七頁。
- (34) *Separate Opinion by Sir Arnold MacNair*, I. C. J. Reports 1950, p. 148.
- (35) H. Lauterpacht, *Non Liquet*, op. cit., (Symbolae Verzijl, 1958), p. 205.
- (36) J. Stone, *Non Liquet*, op. cit., p. 147.
- (37) *Ibid.*, p. 160.
- (38) C. Parry, *The Function of Law in the International Community*, (M. Sørensen, *Manual of Public International Law*,

1968), p. 47.

(39) 常設国際司法裁判所のローチエス号事件で、多数意見(判決)はこの基本的立場を明らかにし、国際法の規則は国家の「自由な意思」にもとづくものであるから、「国家の独立に対する制限は、したがって前提とされるはならぬ」とした。P. C. I. J. Series A, No. 10, p. 18. ブライアリーは「この判決は「極端な実証学派」(the extreme positivist school)に立脚している」と指摘している。J. L. Brierty, 'The Lotus' case, Law Quarterly Review, vol. 44 (1928), p. 155.

(40) J. Stone, *Non Liquez*, op. cit., B. Y. I. L., 1959, p. 132, p. 137.

(41) *Ibid.*, p. 152, p. 159.

(42) W. Friedmann, *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking*, Col. L. Rev., vol. 61 (1961), pp. 830—834.

(43) これは国際司法裁判所の法の適用に最も重要な点であると同時に、最もむづかしい点でもある。近い例では、一九七四年の漁業管轄権事件で裁判所はまさにこのような事態に直面していた。大幅な変革を受けている現行海洋法をどのように適用すべきか、裁判官のあいだにその基本姿勢をめぐって微妙な意見の相違があった。裁判と法の根本にふれる問題が本件にはからんでいいたといえる。

結

本稿では、国際裁判において法の不存在ないし不明瞭を理由とする *non liquez* が認められるか否かを検討した。学説ではこの問題をめぐって過去一世紀にわたって対立がみられる。国際法の基本認識にかかわる問題であるため、この対立は現在でも根強いものがある。しかし学説の対立にもかかわらず、国際裁判の実行では *non liquez* の具体的先例は存在しない。これは単なる偶然ではなく、判例を分析すると、国際裁判所は積極的にこれを排除していることが認められる。こうした判例の姿勢は、直接的・明示的な法規則が存在しなくとも、なお様々な司法的方法(法解釈)により適用法規の発見が可能であるという法認識によって裏打ちされている。したがって、近代国際裁判が一貫

して *non liquet* を排除してきた事實は、この問題の実定国際法を語るときの法的な証明とみななければならない。ラウターパクトによれば、「国際裁判の歴史は、よく指摘される法規の不存在ということが実際には国際紛争の司法的解決に障害をなすものではないということを証明するものである⁽¹⁾」とされ、ハドソンも「過去一五〇年の国際裁判の判例は、国際法典と呼ばれるものが存在しなくとも、国家間の紛争に国際法の適用が可能であることを証明した⁽²⁾」としている。

このように近代国際裁判の歴史は、国際法の適用による裁判はつねに可能であることを証明したとみるべきであろう。換言すれば、法の不存在し不明瞭を理由とする *non liquet* は認められないとする実定国際法の原則が成立しているということができる。前述の国際法委員会の「仲裁裁判モデル規則」第一条（仲裁裁判所は適用される法の沈黙ないし不明瞭を理由に *non liquet* を宣言することはできない⁽³⁾）は、実定国際法の規則を述べたものとみなく

てはならない。法は容易に見えないことがある。とくに国際法の場合にはそれが多い。が、そのことと法の不存在とを混同すべきではない。それは、ちょうど闇夜で野原の小道が見えないのと同じである。明示的・直接的規則はなくとも、本稿でみたように、司法的探求によって適用すべき法は発見できる。闇夜でみえなくても、人が行動するところには道があるからである。国際司法裁判所は先につきのように述べたことがある（バルセロナ・トラクション事件）。現実の活動が先行し、「一見すると」（at first sight）法の発展がそこまで進んでいないと思われるときでも、「事態をより綿密に検討すると」（a more thorough examination of the facts）、当該事項の制度や利害について対立がみられるときに、すでにその主題の法が形成されており、生じた諸困難はその法の発展のなかに反映されていることがわかる、⁽³⁾と。暗闇のなかをよく照してみると、小道を発見するのと同じである。

ところで、国際法上 *non liquet* が認められないとすれば、そのコロシアムとして、国際法の適用によって決定されない法律的紛争——その主題が法的にフォーミュレートされている紛争——はないことになる。したがって、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意味において、国際法秩序の完全性を語ることは不可能ではない。国際法ではいかに限定された意味でもその「完全性」は語れないというのが今日の支配的な見方かもしれない。国際法の権威者ド・ヴィンシェール (Ch. De Visser) は、国内法で *non liquet* が禁止され、法の完全性が語られるにしても、これは法の適用が不明確な国際法の分野にはなんら関係がなく、「国際法の完全性のテーゼ」 (*la thèse de la plénitude de droit international*) は、国際法の性格や役割を *métajuridique* な見方で構成した「教義的概念」であって、国際関係の現実から遊離したものであると論じている。改めて指摘するまでもなく、本稿という国際法の完全性とは、現行国際法が満足な状態にあるとか、国際法による解決が常に最高のものであるとか、まして国際法が万能薬である、ということではない。(法がそういう状態にいたることはありえない。) ただ、これまでの国際裁判の判例を踏まえて考察すると、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欠缺はないこと、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。

- (1) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 105.
- (2) M. O. Hudson, *International Tribunals*, 1944, p. 108.
- (3) I. C. J. Reports 1970, p. 47. 皆川、判例集、五二四—五二五頁。
- (4) Ch. De Visser, *Théories et Réalité en Droit International Public* (Quatrième édition), 1970, p. 389.

Some Observations on the *Non Liquet*
Problem in International Adjudication

Takane SUGIHARA

The question of whether an international court or tribunal can pronounce a decision of *non liquet* on the grounds of silence or obscurity of international law has been a controversial subject in the field of international adjudication. There is no doubt that international law often does not provide specific rules in particular cases. Thus, it has been asserted by a number of international lawyers that the power of an international court, whose function is to decide disputes in accordance with international law, is necessarily limited by the existence of inadequacies in international law. Therefore, they contend that though in national fields judges are not at liberty to refuse to give a decision on the basis of an alleged absence of a rule of law, in the international field, the possibility of *non liquet* must be recognized.

However, the history of modern international arbitral and judicial practice shows no instance of a *non liquet*. This fact suggests that even when there exists no specific rule in a particular case, there are still rules of law that can be applied. In fact, an examination of judicial precedents showed that international courts and tribunals have always been able to find appropriate rules through an interpretation of the law. They have continuously rejected the position that the alleged absence of legal rules constitutes an obstacle to judicial settlements of international disputes. Therefore, it is not impossible to say that the refusal to apply *non liquet* has been established as a positive rule of international law by the international arbitral and judicial practice. In other words, long judicial practice has formed a principle which prohibits international courts from refusing to give a decision on the grounds of the absence of a rule. This means that an international court can, and must always be, in a position to make

the final decision as to whether a claim is justified in law. Consequently, it also means that there is no international dispute that can not be decided by the application of international law.

The *non liquet* problem does not pertain to a mere matter of international adjudication procedure. It is basic to international law and the scope of international judicial function. This explains why there has been such a division of opinions on the subject for nearly a century. In the present article, the author has tried to show that the notion of *non liquet* should not be recognized because it is not justified in the light of his analysis of international judicial precedents.