

# ハーシュ・ローターパクトの 国際法の完全性論再考

喜 多 康 夫

はじめに

1. 国際裁判官の視点とその最大化
  - 1.1. 国際裁判官の視点
  - 1.2. 英国国際法学の伝統
  - 1.3. 国際共同体の規範的観念
  - 1.4. 司法判断の権威
2. 国際裁判官の法的推論としての国際法の完全性論
  - 2.1. 国際法解釈における司法裁量
  - 2.2. 「唯一正しい答え」の問題
3. 国際裁判官の責任としての裁判不能の宣告禁止
  - 3.1. 勧告的意見における裁判不能の宣告の許容性
  - 3.2. 政治道徳の通約不可能性の問題

むすび

## はじめに

ハーシュ・ローターパクト (Hersch Lauterpacht) は現代国際法学に

もっとも大きな影響を与えた人物の一人であるが<sup>1</sup>、彼の国際法理論で有名なものの一つに、国際法の完全性（the completeness of international law）と裁判不能の宣告禁止（the prohibition of the declaration of *non liquet*）がある。彼の定義に従えば、国際法の完全性論と裁判不能の宣告禁止は同一のものである。すなわち、国際法の完全性論とは「(a) いったん当事国が裁判所に管轄権を委ねたのなら、適用されることで紛争が解決されうるような法的ルールが存在しな

<sup>1</sup> 1897年に当時はハブスブルク帝国領（戦間期ではポーランド領、現在はウクライナ領）のルヴォフ（Lwow）近郊に生まれる。シオニズム運動に関わりつつ、ローターバクトは1916年にルヴォフ大学に入学した。しかし、ハブスブルク帝国解体に伴うポーランド人とウクライナ人との間の武力紛争において、ユダヤ人をウクライナ側の勢力とみなしたポーランド人勢力がルヴォフを占拠し、ルヴォフ大学もその管理下においた。そのため、彼はポーランド人による反ユダヤ主義的な学生数制限を被ることになる。この経験が後に世界ユダヤ人学生連合（The World Union of Jewish Students）を組織し、東ヨーロッパのユダヤ人学生にイタリアなどに単なる留学ではない「学問的移住」をさせる計画を実施する原動力になった模様である。1918年にウィーン大学に移り、そこで当時において国法学教授であったハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）の影響を強く受ける。1921年に法学博士号（Dr. Jure.）を取得、その翌年の1922年に委任統治領に関する論文で政治学博士号（Dr. Sc.Pol.）を取得する。ベルリンに短期間滞在した後、1923年に渡英する。ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス（London School of Economics and Political Sciences）で、後に国際司法裁判所の所長となるアーノルド・ダンカン・マクネア（Arnold Duncan McNair、後に男爵位を授与され、Lord McNair of Glenifferとなる）に師事し、ロンドン大学に提出した博士論文*Private Law Analogies in International Law*（1926）で両法博士号（LL.D.）を授与される。LSEで助教授（Reader）を勤めた後に、1938年にケンブリッジ大学の国際法教授となる。1952年に国連国際法委員会委員に、また1955年に国際司法裁判所裁判官に就任する。しかし、就任してから5年後の1960年に逝去する。著作は複数あるが、代表的なものとして*Private Law Sources and Analogies of International Law* [hereafter *Private Law Sources*] (Longmans, 1927), *The Function of Law in the International Community* [hereafter *Function of Law*] (OUP, 1933), *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice* [hereafter *Development I*] (Longmans, 1934), *Recognition in International Law* (CUP, 1947), *International Law and Human Rights* (Frederick A. Praeger, 1950), *The Development of International Law by the International Court* [hereafter *Development II*] (Stevens & Sons, 1958) などがある。また、*Oppenheim's International Law* [hereafter *Oppenheim's*] の編者としても有名である。

いという意味で、当該紛争が法律的紛争ではないと主張することによつては、当事国はその義務を免れえないということ、(b) 裁判所は適用法規の欠如を理由に判断を下すことを拒絶することはできないこと」を意味する<sup>2</sup>。本稿は、このローターパクトの国際法の完全性論を再考することを目的とする。

ローターパクトの国際法の完全性論を再考する理由は二点ある。一つは、国際法の完全性論が彼の国際法理論全体において重要な地位を占めるからである。ローターパクトが現代国際法学に与えた影響を考察するにあたっては、彼の国際法の完全性論を再考することは避けることはできない。

第二に、この問題を再考するきっかけが生じたためである。国際法の完全性論は国際裁判の歴史において裁判不能が宣告されたことがなかったという事実により補強されていた。たとえば傍論ではあるが、ILO行政裁判所の判決において、「すべての法体系の基本的な諸原則 (tenets) の一つは、法が沈黙しているとか不明瞭であるということ」を理由に、裁判所が判決を下すことは妨げられえないということである<sup>3</sup>と述べられたこともある。しかし、国連総会が諮問して1996年に国際司法裁判所が与えた核兵器の合法性に関する勧告的意見により、この問題が再び注目されるにいたった。その勧告的意見の主文において、国際司法裁判所は以下のように宣言したからである。

---

<sup>2</sup> H. Lauterpacht, 'Some Observations on the Prohibition of "Non Liqueur" and the Completeness of International Law' [hereafter 'Non Liqueur'] in *International Law being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, ed. by E. Lauterpacht, vol.2, (CUP, 1965), p.217. 以下、彼の子息であるエリユ・ローターパクト (Elihu Lauterpacht) が編集した全5巻のハーシュ・ローターパクトの著作集 (*Collected Papers of Hersch Lauterpacht*) をCPと表記し、巻数をローマ数字で表す。したがってCP Iという表記は*Collected Papers*のvolume 1を指し、以下それに順ずる。

<sup>3</sup> *Degranges v. International Labour Organization* (1953) 20 ILR 523 at p.530.

先に述べた要請から、核兵器の威嚇及び使用は武力紛争に適用される国際法規則、特に人道法の原則と規則に一般的に違反しうる。しかしながら、国際法の現状ならびに裁判所が参照する事実の諸要素に照らすと、国家の生存そのものが危機に瀕するような自衛の究極的な状況では、核兵器の威嚇とその使用が合法か違法かを、裁判所は確定的に結論づけることはできない<sup>4</sup>。

この意見主文 2 (E)の後半部分が実際に裁判不能の宣告であるかどうかは現在も争われている<sup>5</sup>。しかし、これが国際法の完全性理論の再検討のきっかけとなったことは否定できない。この点に「*non liquet*を否認する最強の論者」<sup>6</sup>と称されるローターパクトの国際法の完全性論を見直す二つ目の理由がある。

<sup>4</sup> *ICJ Reports 1996 (I)*, p.266, para.105 2 (E).

<sup>5</sup> 国際司法裁判所の裁判官の間でもこの主文 2 (E) 後段が「裁判不能の宣告」に該当するかどうか争われた。この主文 2 (E) 後段が「裁判不能の宣告」にあると理解した当時の裁判官は、賛成反対を問わず、ベジャウイ (Bedjaoui) 裁判所長 (Declaration of President Bedjaoui, *ICJ Reports 1996 (I)*, pp.269-270, paras.9-10.)、フェレシュティン (Vereshchetin) 裁判官 (Declaration of Judge Vereshchetin, *ibid.*, pp.279-281.)、フライシュハウアー (Fleischhauer) 裁判官 (Separate Opinion of Judge Fleischhauer, *ibid.*, p.308, para.4.)、シュウエーベル (Schwebel) 裁判所次長 (Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, *ibid.*, p.322.)、コロマ (Koroma) 裁判官 (Dissenting Opinion of Judge Koroma, *ibid.*, pp.557-558.)、ヒギンズ (Higgins) 裁判官 (Dissenting Opinion of Judge Higgins, *ibid.*, p.584, para.7 and p.590, para.30.) がいる。他方で、包括性論理を適用することで主文 2 (E) 後段を核兵器の合法性を是認したものと解する裁判官にはギョーム (Guillaume) 裁判官がいる (Separate Opinion of Judge Guillaume, *ibid.*, pp.291-292, paras.9-12.)。

本稿はローターパクトの国際法の完全性論を論じることを目的とするため、その限りにおいて本事件を参照するものの、この主文 2 (E) 後段の解釈そのものについては特には触れない。しかし、個々の裁判官や国際法専門家が包括性論理を適用して主文 2 (E) 後段を究極的な状況における核兵器の使用の合法性を暗に認めたものであると二次的に解釈することはできても、ロータス号事件のように裁判所そのものがそのように包括性論理を適用して、核兵器の使用が合法であると宣言したわけではないことは指摘しておきたい。つまり、裁判所は包括性論理を適用した結論を述べずに、核兵器の合法性の判断を保留した定式を採用したのであって、その意味では裁判所の選んだ定式は「裁判不能の宣告」に該当すると思われる。但し後述するように、主文 2 (E) 後段が「裁判不能の宣告」であっても、そのことから国際法の完全性論が否定されるわけではないことに注意しなければならない。

さて本稿では、裁判官の視点 (the judge's viewpoint) に着目してローターバクトの国際法の完全性論を論じるが、簡略にこの「裁判官の視点」について説明しておく。それはもちろん、法の言語的使用に関して「法の内的視点」と「法の外的視点」とを区分したハート (H.L.A. Hart) の研究に基づくものであって<sup>7</sup>、裁判官の視点は法の内的視点の一つである<sup>8</sup>。すなわちそれは、ルールを内面から理解して「行為の指針としてルールを受け入れ用いる集団の一員」<sup>9</sup>としての立場であり、裁判官の視点は、そのルールを受け入れる集団の一員の中でも特に裁判官という役割に着目したものである。簡略に言えば、それは法を行為の指針として内面的に認識する裁判官の立場のことである。

ローターバクトの国際法の完全性論は、この裁判官の視点から構成されており、しかもそれが国際共同体の観念に全体化されていることが理解される必要がある。すなわち、彼にとっては国際法とは、国際裁判官が適用する法規範であって、その観点からは法源論の問題としての国際法の完全性論は、国際裁判官の国際法解釈論に転換する<sup>10</sup>。そのため、彼の国際法の完全性論とは、裁判官の法解釈により国際法体系は完全になりうることを意味する。また、国際法の完

---

<sup>6</sup> 杉原高嶺「国際裁判における *Non Liqueur* の克服」『国際裁判の研究』(有斐閣、1985年)、161頁。

<sup>7</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. [hereafter *Concept of Law*] (OUP, 1997), pp.88-91. 矢崎光圀 (監訳)『法の概念』(みすず書房、1976年)、97-100頁。

<sup>8</sup> R. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986), p.14. 小林公 (訳)『法の帝国』(未来社、1995年)、35頁。

<sup>9</sup> H. L. A. Hart, *Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., pp.89. 矢崎 (監訳)『法の概念』、98頁。

<sup>10</sup> 小森光夫もこの点に気がついた上で、立法と司法との違いが法選択適用の幅にあるとして、ローターバクトは国際法の完結性を実体法の問題として論じるべきであったと指摘する。小森光夫「ハーシュ・ローターバクトが残したもの」『世界法年報』第20号、117-118頁。しかし、動態的段階論により司法と立法との区別を消滅させる規範主義をローターバクトが採用していたことを考えると、彼にはやはり法手続と実体法の区別はできなかったであろうと解される。

全性が裁判官の法解釈により保障されるのであれば、裁判不能の宣告禁止は国際法の完全性の論理的な前提となる。ローターパクトが裁判不能の宣告禁止を国際法の完全性のコララーと理解していたのはこの限りである<sup>11</sup>。

ところで、1920年代後半から1930年半ばまでの著作と、ローターパクトが国際司法裁判所の裁判官に就任してから死去するまでの間の1960年代の著作との間に、国際司法機能（international judicial function）に関する理解に違いがあるかどうかという問題がありうる。したがって、本論に入る前に、その点について一言述べておきたい。

この点につき、彼が好んで論じた分野の変化に着目して時期を区分しておくのが便宜にかなうであろう。1920年代後半から1930年代半ばまでは国際司法機能や国際法の基礎理論に関する著作が多く、これを第1期とする。第2期は1930年代後半から1945年までで、時代の影響により集団安全保障や中立など戦争の問題が多い。第3期は1945年から1950年までで、承認に関する研究の取りまとめや国際人権保障など、「グロチウスの伝統」と彼が称した自由民主主義的国際法理論を展開している。第4期は1950年代前半であるが、ニュルンベルク裁判や、ジュネーブ諸条約の起草委員会に参加した経験を生かして、戦争法の新しい展開について論じたり、国連国際法委員会の特別報告者として条約法の問題に積極的に取り組んでいる。第5期は国際司法裁判所の裁判官だった1955年から1960年までである。この期間には、個別意見を裁判所の司法判断に付したり、1930年代の著作の改訂作業に取り組んでおり、再び国際司法機能の問題を重点的に扱っている。

さて、第1期と第5期の国際司法機能に関するローターパクトの理解の変化については、スピアーマン（Ole Spiermann）が指摘するよ

---

<sup>11</sup> H. Lauterpacht, 'Non Liquef' in *CP II*, p.236.

うに<sup>12</sup>、司法立法 (judicial legislation) や司法的警戒 (judicial caution) に対する力点の変化は見られる。実際、*Development I*の方が、*Development II*よりもケルゼンの影響が明らかである。また、国際法学者から国際裁判官に転身するという立場の変化が影響している可能性は確かに否定できない。第2次世界大戦を経て、国際法学者として20年もの経験を積んだ上で、国際裁判官としての職務を遂行している中で執筆している以上、学術著作においてもその記述がより裁判官の思考に近づくであろうことは十分に考えられうる。

しかしながら、結論としては、第1期における著作と第5期における著作を異なるものとして扱う必要はないと思われる。ローターバクトの国際法理論の基本的枠組みは第二次大戦後においても大きく変わってはいないからである。

まず、ローターバクトの法理論は、国際法の解明というよりは国際法の適用に当初から傾いていたことが挙げられる<sup>13</sup>。すなわち、第1期においても、彼は裁判官の視点から国際法を捉えていた。第5期における学術著作だけでなく、裁判官としての個別意見も検討する限り、スコッピー (Iain Scobie) の指摘のとおり<sup>14</sup>、「ローターバクトは、基本的に、国際司法裁判所の裁判官としてその理論を実践することのできる幸運な地位に自らを見出した理論家だった」と言えよう。

またローターバクトの国際法理論は戦間期に完成していた。したがって第二次大戦後の著作は戦間期における彼の国際法理論の延長として理解できる。ローゼン (Shabtai Rosenne) の指摘するとおり、

---

<sup>12</sup> O. Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice* (CUP, 2005), pp.31-33.

<sup>13</sup> See G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol.2 (Grotius, 1986), pp.638-639.

<sup>14</sup> I. Scobie, 'The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function' (1997) 8 *EJIL* 264.

このことが、ローターパクトが国際連盟の時代から国際連合の時代への変化に必ずしも対応していたわけではなかったことの原因として考えられよう<sup>15</sup>。その意味で、第5期の著作も第1期の著作の発展として、その延長にあると理解した方がよいと思われる。そのため、国際法の完全性論を再考するという目的からは、第1期の著作と第5期の著作を取り立てて区別せず、むしろそれぞれに補完的なものとして取り扱うことにする。

## 1. 国際裁判官の視点とその最大化

### 1.1. 国際裁判官の視点

ローターパクトの国際法体系が、国際裁判官の視点から構成されたものであることを理解するのは決して難しいことではない。例えば、彼の出世作の*Private Law Sources* では、第一部では私法類推に関する国際法学者の意見をまとめ、第二部で実体法における私法類推の問題を分析した後に、第三部において国際裁判でいかに私法類推によって国際法が発展してきたかということを論じている。その第三部において国際裁判における私法類推が「国際法の発展」であると認識していることから了解できる。実際、彼は以下のようにいう。

この（私法類推の）問題がその重要性を増しており、系統だった取扱を必要としているということについてもっとも説得的な証拠は、国際仲裁裁判の数多くの一連の事件が与えてくれる。国内裁

---

<sup>15</sup> S. Rosenne, 'Sir Hersch Lauterpacht's Concept of the Task of the International Judge' (1961) 55 *AJIL* 825 at p.830.



判所が当事者の主張だけでなく、付随的にも法理論の正しさにも基づいて判断を下しているように、ある法理論や国際法の諸概念の価値を検証するには、そのような諸概念や法理論の援用が有用であった国際仲裁裁判の事件ほどよい機会はない<sup>16</sup>。

また、書名そのものが法と裁判を同一視している *Development I* では、ローターパクトは以下のように述べる。

国際法の諸規則とは何か。それは、考え方が適切で、法を熟知したある国際法専門家 (a sound and learned international lawyer) の意見によれば、裁判所が適用するであろうという諸規則である<sup>17</sup>。

<sup>16</sup> H. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p.38.

<sup>17</sup> H. Lauterpacht, *Development I*, p.10. もっとも、その改訂版である *Development II* では、紛争解決の文脈に限定して次のように書き換えられている。「紛争解決を目的とした国際法の諸規則とはいったいどのようなものか。もちろん他の研究もあるけれども、裁判所の作業の研究に基づいた法的意見に従えば、それは裁判所が適用するであろう諸規則である。」 H. Lauterpacht, *Development II*, p.21.

なお、‘international lawyer’の訳語について説明しておく。International lawyers という言葉は、大学教授などの国際法研究者 (international law scholars) と外務省などの官庁や大手法律事務所に勤務する国際法実務家 (international law practitioners) の双方を含む。そのため、主として研究者を指す「国際法学者」という用語は international lawyers の訳語としては不適切であると考えられることから、研究者と実務家双方を含む用語として「国際法専門家」という用語を使うことにする。確かに国際法における実務家と研究者の垣根は相対的に低くはなっていない。しかし、それでもいわゆる「コミットした内的視点」及び「距離を置いた内的視点」という法認識における視点の問題で距離感があると推定され、両者を一応区分しておくことが適切であろうと考えられるからである。「コミットした内的視点」と「距離を置いた内的視点」については、J. Raz, ‘Legal Validity’ in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* [hereafter *Authority of Law*] (OUP, 1979), pp.146-159. 中山竜一 (訳) 「法的妥当性」深田三徳 (編) 『権威としての法』(勁草書房、1994年)、63-91頁。また、国際法学者と国際裁判官の法的思考の違いを指摘したものとして、Lord McNair, ‘The Development of International Justice’ in *Lord McNair: Selected Papers and Bibliography* (A. W. Sijthoff, 1974), pp.257-258.

こうして彼は、常設国際司法裁判所の司法判断は「裁判所が法と考えるものの証拠であり、実際裁判所が将来においてどのように考えるかということを示しているのであって、それゆえ、きわめて実務的な目的にとっては、国際法とは何かというものを示すものである」という<sup>18</sup>。

国際判例をこのように捉える立場は、ローターパクトが裁判官の視点を採用していることを示すが、彼の国際法理論を内面から理解するには、それに影響を与えたと思われる二つの要因に着目する必要がある。一つは英国国際法学の伝統であり<sup>19</sup>、もう一つはハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の規範主義である<sup>20</sup>。前者はローターパクトに国際法の認識における判例の重要性を教え、後者はあらゆる国際問題をすべて法規範の問題として捉える理解を教えた。この二

<sup>18</sup> H. Lauterpacht, *Development I*, p.11.

<sup>19</sup> 検証は今後の課題であるが、グレート・ブリテン及び北アイルランド連合王国は周知のとおりイングランド法体系とスコットランド法体系に分かれており、法体系の違いがそれぞれの国際法学の特徴に現れている可能性がある。例えば、ジェームズ・ロリマー (James Lorimer) に関して、A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (McMillan, 1947), pp.239-240. また、スコットランドの国際法学史とイングランドの国際法学史をそれぞれ分けた上で論じるものとして、D. H. N. Johnson, 'The English Tradition in International Law' (1962) 11 *ICLQ* 416. したがって、スコットランドの国際法学 (Scottish school of international law) とイングランドの国際法学 (English school of international law) を区別すべきであることは了解している。

しかし、本稿はハーシュ・ローターパクトの国際法の完全性論を検討することを目的としているので、スコットランドの国際法学史については特に触れる必要がないこと、また、スコットランド出身のロバート・フィンレイ (Robert Bannatyne Finlay) が常設国際司法裁判所に英国出身の裁判官として勤めたり、またオックスフォード大学の国際法教授であったジェームズ・ブライアライ (James L. Brierly) が、オックスフォード大学を退官後にエジンバラ大学に国際関係論の教授として勤務するなど、双方の交流があることから、英国 (United Kingdom) においても特に20世紀前半の国際法学を検討するにあたっては、スコットランドの国際法学とイングランドの国際法学を取り立てて区別する必要はないと思われる。したがって、British school of international law という意味で英国国際法学という用語を使うことにする。

つの要素がローターパクトの中で交じり合い、彼独特の国際法の完全性論の形成に影響を与えることになる。まずは英国国際法学の伝統をローターパクトとの関係において論じる。

## 1.2. 英国国際法学の伝統

英国国際法学の伝統はコモン・ロー・アプローチ (common law approach) であるとよくいわれる。しかし、これは歴史的にはあまり正確な表現ではない。なぜなら、英国国際法学は19世紀後半まで common lawyersではなく、civiliansによって担われてきたからである。すなわち、教会関係者並びにオックスフォード大学及びケンブリッジ大学からそれぞれD.C.L.ないしはLL.D.というローマ法の学位を与えられたシヴィル・ロー専門家 (civilians) たちで構成されたドクターズ・コモنز (Doctors' Commons) と呼ばれる教会法・海事法そして万民法を専門とする特殊な法曹集団がその担い手である<sup>21</sup>。彼らは教会法とローマ法を専門としていたことから、海事裁判所の判事を

---

<sup>20</sup> 本稿においてはケルゼンの法理論を表す言葉として規範主義 (normativism) という言葉を使うことにする。これは一つにはローターパクトがケルゼンの純粋法学の純粋性を担保する法道徳分離テーゼに反対しており、その意味でローターパクトは純粋法学者 (Pure Theorist) ではない。にもかかわらず、彼の国際法理論全体はケルゼンの法理論に基づいており、純粋法学という言葉以外にケルゼンの法理論を表す用語が必要なためである。

<sup>21</sup> 正式名称はthe College of Doctors of Laws exercent in the Ecclesiastical and Admiralty Courtsであり、Doctors' CommonsとはCollege of Doctors が入居していた建物の名前から呼ばれた通称である。ドクターズ・コモنز一般に関してはD. R. Coquillette, *The Civilian Writers of Doctors' Commons, London : Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International Law* (Ducker & Humblot, 1988). G. D. Squibb, *Doctors' Commons: A History of the College of Advocates and Doctors of Law* (Oxford University Press, 1977). 国際法の発展におけるドクターズ・コモنزの役割についてはA. D. McNair, 'The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians' in *Lord McNair: Selected Papers and Bibliography* (A. W. Sijthoff, 1974), pp.220-241.

務めるだけでなく、シヴィル・ロー政府顧問（King's/Queen's Advocate-General）という外交における法律問題など英国政府に助言を与える立場にも就いた<sup>22</sup>。実際、19世紀までの英国の代表的な国際法専門家の多くがこのドクターズ・コモンズに所属し、弁護士や海事裁判所の裁判官または政府顧問として活躍している<sup>23</sup>。1782年に独立の官庁として外務省（Foreign Office）が設立されて以降も、ドクターズ・コモンズに執務室を置いたシヴィル・ロー政府顧問が事実上の外務省法律顧問として活躍していた。しかし、ドクターズ・コモンズは1858年に海事裁判所ならびに教会裁判所への出廷資格の独占が廃止されたことから解散し、1872年にトウイスがシヴィル・ロー政府顧問を引退して以降は、同職も任命されなくなる。

もっとも、シヴィル・ロー政府顧問の事実上の廃止以降も、外交において法律顧問が必要であったことには変わりがなかった。そこで、1876年に香港法務総裁（Attorney-General of Hong Kong）であったジュリアン・ポンスフォート（Julian Pauncefort）が法律担当国務次官補（Legal Assistant Under-Secretary of State）に就任し、外務省法律顧問が制度として設立される。その後も外務省法律顧問には国際法専門家としても著名な者も多く<sup>24</sup>、国際法実務家が英国国際法学の形成において、歴史的にもまた現代においても、きわめて影響力があることは否定できない。

---

<sup>22</sup> J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (Sweet & Maxwell, 1964), pp.110-140.

<sup>23</sup> 例えば、リチャード・ズーチ（Richard Zouch）、Lord Stowellことウィリアム・スコット（William Scott）、ロバート・ジョセフ・フィリモア（Robert Joseph Phillimore）、トレーバー・トウイス（Traver Twiss）が挙げられる。

<sup>24</sup> 例えば、国際法学界においても活躍した外務省法律顧問としてセシル・ハースト（Cecil Hurst）、ウィリアム・ベケット（William Beckett）、ジェラルド・フィッツモーリス（Gerald Fitzmaurice）、フランシス・ヴァラット（Francis Vallat）、イアン・シンクレア（Ian Sinclair）、アーサー・ワッツ（Arthur Watts）などがあげられる。

さて、英国国際法学の形成におけるシヴィル・ロー専門家の影響は二点ある。一つは広義での自然法思想である。元来、教会法とローマ法を専門としていたシヴィル・ロー専門家が英国の国際法実務を担っていたわけであるから、英国国際法学の形成において自然法思想の影響があることは、当然のことと言えるかもしれない。この点、一般に法実証主義と考えられがちなフィッツモーリスのような卓越した国際法実務家が、法道徳分離論に強硬に反対する「自然法論者」であるのは興味深い<sup>25</sup>。

二点目は裁判実務に関するもので、法の内的視点から国際法を実務的な法的議論として理解することがあげられる<sup>26</sup>。海事裁判所において、シヴィル・ロー専門家たちは、海上捕獲など国際法に関する法的議論を展開したし、またシヴィル・ロー政府顧問は実際の事件に照らし合わせて、国際法を解釈してきた。そのような国際法の実践者たちにとって、国際法とは議論的实践(argumentative practice)である。「国際法は法であるか否か」という問いに対して、ブライアリイが法実務において国際法の諸問題は法律問題として取り扱われていると答えるとき<sup>27</sup>、彼は国際法を内面的に理解しているといえよう。

この観点からは、国際裁判は国際法の議論的实践の場として理解される。その意味では、国際法学における法的思考の問題として重要なのは、国際裁判制度の存在そのものであって、強制管轄権制度の有無ではない。なぜなら、国際法実務家から見れば、国際裁判が

---

<sup>25</sup> G. Fitzmaurice, 'Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law' in W. J. M. van Eysinga et al (eds.), *Symbolae Verzijl* (Martius Nijhoff, 1958), pp.161-168. See also R. Y. Jennings, 'Gerald Gray Fitzmaurice' in *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, vol.2 (Kluwer Law International, 1998), pp.1349-1350.

<sup>26</sup> 法の内的視点から国際法の法的性質を理解する立場の最近の例として、A. Aust, *Handbook of International Law* (CUP, 2005), pp.3-4.

<sup>27</sup> J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 5<sup>th</sup> ed. (OUP, 1955), p.70.

任意管轄か強制管轄かという問題は、国際裁判という法的議論の展開される場が設定される条件の問題、すなわち先決的抗弁手続の問題にすぎなくなるからである。強制管轄権制度が存在しない状況においても、国際裁判官は「文字通り最後の裁定者であり、何が法であるかを計る最後の基準として、背後に存在する」<sup>28</sup>と認識される。判決であろうと勧告的意見であろうと、司法判断は法的議論の結実であると理解されるのであって、フィッツモーリスが司法判断を「法の準形式的淵源」であるというのはこの意味においてである<sup>29</sup>。

国際法を法の内的視点から捉える英国国際法学の伝統では、国際裁判であるか国内裁判であるかを問わず、法的議論の実践としての判決を分析しかつ整理するのは、国際法専門家の役目のひとつとなる。ネイル・マコーミック (Neil MacCormick) は、社会に散在している資料や情報を一貫したものととして秩序立てる知的活動を「法的資料の合理的再構築」(rational reconstruction of legal materials)と呼ぶが、それは法秩序が決して所与のものとして人間に与えられたものではなく、法的思考という高度な知性が産出したものと彼は理解しているからである<sup>30</sup>。このことが国際法になおいっそう当てはまることを英国の国際法専門家たちはよく理解していた。実際、国際裁判が制度としてまだ国際関係に定着していない時代から、英国においては国際法学においても国際法に関する国内判例や政府法務官の意見を中心に「法的資料の合理的再構築」はなされてきた<sup>31</sup>。

<sup>28</sup> H. Thirlway, 'Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning' (2002) 294 *RdC* 265 at p.306, n.104.

<sup>29</sup> G. Fitzmaurice, 'Formal Sources of International Law' in W. J. M. van Eysinga et al (eds.), *Symbolae Verzijl*, pp.168-173.

<sup>30</sup> N. MacCormick, 'Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS' (1990) 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 539 at pp.556-559.

<sup>31</sup> 例えば、ピット・コッベット (Pitt Cobbett) の *Leading Cases and Opinions on International Law* は主としてイギリスやその他の国内判例を収録したものであるが、常設仲裁裁判所が創設される14年前の1885年に出版されている。

このような裁判実務を重視する英国国際法学の伝統をもっとも意識していたのが、LSE時代にローターバクトの指導教官であったマクネアであった<sup>32</sup>。国際法学者としてのマクネアの関心は生涯を通じて、彼が「ハード・ロー」(hard law)とよぶ「法的なるもの」の探求であった。後に*International Law Reports*となる*Annual Digest of Public International Law Cases*を発案し<sup>33</sup>、国際法に関する政府法務官(the Law Officers of the Crown)の意見を集めた*International Law Opinions*を編集したのも「ハード・ロー」の探求のためである。マクネアは、ローターバクトと共に以下のように述べる。

「この世界が夢見る」よりも国際法がすでに存在し、日常的に集積されているのではないかという疑いによって、またこの世界が望んでいるのはより多くの国際法であるという確信によって、この本がその最初の成果であるところの仕事はなされてきた。作業がすすむにつれて、その疑いは確かなものへと発展した。…。通常は定期刊行物の対象とはならないような、国内および国際を問わず、多くの裁判所(courts)や特別裁判所(tribunals)の判断が、慣れ親しみ利用しやすい典拠に加えられたときに、その結果としての大量の原資料は、質においても種類においても、我々の予想を超えた一群の権威となる<sup>34</sup>。

そして、その晩年には、ニューヨーク大学での講演で、マクネア

<sup>32</sup> 英国国際法学のシヴィル・ロー実務の伝統をマクネアが強調するのは、彼がもともとは契約法の事務弁護士だったという実務経験が反映されているだけでなく、彼自身ローマ法に造詣が深かったためでもある。マクネアは学部時代の指導教官であったシヴィル・ロー欽定講座教授のバックランド(W. W. Buckland)と共に*Roman Law and Common Law* (CUP, 1936)を出版している。

<sup>33</sup> E. Lauterpacht, 'Preface' (1976) 49 *ILR* v.

<sup>34</sup> A. D. McNair and H. Lauterpacht, 'Preface' (1929) 3 *ADPIL* ix.

は「ここ75年ばかりの判例法の集積の結果により、国際法大全 (the international corpus juris) は教科書と外交公文書にかなり大幅に頼っていた体系から、諸君のお国 [合衆国] や私の国のコモン・ローやエクイティによく似た一群のハード・ロー (a body of hard law) に完全に变化した」と評価するのである<sup>35</sup>

ウィーン大学を離れてLSEで国際法学を研究し始めたローターバクトにとって、マクネアを指導教官に得ることができたのは幸いであった。ウィーン大学に提出した政治学の博士論文においても委任統治制度における私法類推の問題をローターバクトは論じたが、その論文ではドイツ・オーストリアの実証主義と私法類推による国際法の発展をいかに両立するかに苦心した<sup>36</sup>。しかし、私法類推の限界を意識しながらも、英国学派におけるシヴィル・ロー実務の伝統を自

<sup>35</sup> Lord McNair, 'The Development of International Justice' in *Lord McNair: Selected Papers and Bibliography* (A. W. Sijthoff, 1974), p.257.

<sup>36</sup> ナチスによる焚書のせいか連合国の空爆のせいかは不明であるが、ウィーン大学にはローターバクトの博士論文が現存しないことはケルゼンが確認している。R. H. Graveson & R. Y. Jennings (eds.) 'Hersch Lauterpacht' (1961) 10 *ICLQ* 1 at p.2. しかし、ローターバクトが保管していた原稿は幸い残っており、その英訳テキストがローターバクトの著作集に掲載されている。

その論文においては、ローターバクトは「私法原則の国際法への適用」という意味での私法類推 (private law analogy) と「私法概念の国際法の適用」という概念の私法的形成 (private law formulation of concepts) とに区別した上で、前者を非実証主義的で国際法の自律性を犯すものであると退けながらも、後者を国際法の実定性と自律性と調和するものとして是認している。しかし、このような区別が非常に微妙なものであることはローターバクトは認識していた。H. Lauterpacht, 'The Mandate under International Law in the Covenant of the League of Nations' in *CP III* (CUP, 1977), pp.52-61.

後日に発表する著作でのドイツ・オーストリアの実証主義に対するローターバクトの執拗な批判を考慮すると奇妙に思えるかもしれないが、当時のウィーン大学法学部の国際法教授はドイツ・オーストリア的法実証主義を信奉するアレクサンダー・フォン・ホルド＝フェネック (Alexander von Hold-Ferneck) であったことから、その博士論文においてはローターバクトはホルド＝フェネックに配慮したことがその理由であろう。なお、後日においてローターバクトはホルド＝フェネックの教科書の書評を行っているが、批判的な立場に立っている。H. Lauterpacht, 'Lehrbuch des Völkerrechts. Erster Teil. By Alexander Hold-Ferneck' (1931) 12 *BYIL* 220.



覚するマクネアの指導の下ではそのような苦労は無用であり、マクネアの指導の下、ローターバクトは積極的に英国国際法学の伝統を吸収する。ローターバクトの国際法理論における自然法的傾向や裁判実務の強調は、英国国際法学の伝統の影響でもあろう<sup>37</sup>。また、マクネアの薦めに従い法廷弁護士 (barrister) 資格も後に取得し<sup>38</sup>、後年にはグレイズ・イン (Gray's Inn) の評議員 (bencher) にも選ばれて、最終的には国際司法裁判所に英国出身の裁判官として就任した。そのため、ローターバクトの国際法理論が他国の国際法学者から英米法系の国際法学の代表と考えられる傾向にあるのは理解できないわけではない<sup>39</sup>。

しかし実際には、ローターバクトは英国国際法学の伝統を体現する国際法専門家とは言い難い。その根本的な理由はやはりケルゼンの規範主義の影響が挙げられる。特に国際関係における国際法と国

<sup>37</sup> ローターバクトは英国国際法学の伝統を非常に意識していた。例えば、英国国際法学に関する彼の論文には以下のものがある。‘Westlake and Present Day International Law’ in *CP II*, pp.385-403; ‘Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law’ in *CP II*, pp.238-268; ‘The So-called Anglo-American and the Continental Schools of Thought in International Law’ in *CP II*, pp.452-483; ‘Is International Law Part of the Law of England?’ in *CP II*, pp.537-569; ‘Brierly’s Contribution to International Law’ in *CP II*, pp.431-451.

<sup>38</sup> その司法試験 (bar examination) のために準備された論稿が ‘Contracts to Break a Contract’ in *CP IV* (CUP, 1978), pp.340-375であり、ここで示された考えが後に条約法条約の特別報告者としてローターバクトが国際法委員会に提出した1953年報告書及び1954年報告書の第16条「従前の条約義務との両立性」(consistency with prior treaty obligations) に結実する。両報告書の第16条のコメントリーは、‘Consistency with Prior Treaty Obligations’ in *CP IV*, pp.301-325.

<sup>39</sup> C. Schmitt, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* (Duncker & Humblot, 1938), ss.23-24. 参照、竹島博之『カール・シュミットの政治：近代への反逆』(風行社、2002年)、166-167頁。また、大沼はローターバクトの立場を「判例法を中心に法学を構成するコモンローの伝統中で国際法を理解しようとする態度」と評する。大沼保昭「国際社会における法と政治 - 国際法学の『実定法主義』と国際政治学の『現実主義』」国際法学会(編)『日本と国際法の100年(第一巻)：国際社会の法と政治』(三省堂、2001年)、28頁、脚注(37)。

際裁判の役割の理解について、ローターパクトに対するケルゼンの影響は非常に大きい。

一般的に言えば、英国の国際法専門家は、法の内的視点から国際裁判と国際法を同一視する傾向はあっても、法と政治の区別を維持して、国際裁判を国際紛争解決の万能薬であるとは考えない。すなわち、一方で裁判所による法の発展を認めながらも、他方で国際関係における法と裁判の限界を意識する。これは戦間期において、ローターパクトと並んで「自然法への回帰」<sup>40</sup>の代表と目される論者でもそうである。例えば、法認識における判例をはじめとする資料の重要性をあれほど強調するマクネアであっても、裁判所の役割は法を述べることにあるが、既存の権利義務の確認が紛争を悪化させることは充分にありえることを認め、国際裁判所の限界を認める<sup>41</sup>。また、ジョン・フィッシャー・ウィリアムズ (John Fischer Williams) も国際法の完全性を認めつつも<sup>42</sup>、紛争解決における国際法の限界を認識する<sup>43</sup>。さらに、ローターパクトと同時代にオックスフォード大学の国際法主任教授であったブライアリィは、国際法の発展という観点から常設裁判所を評価し、国際法の完全性も認める<sup>44</sup>。しかし、それにも関わらず、紛争解決における国際法と国際裁判の役割の限界を認識して、権利義務を変更する「平和的変更」(peaceful change)の重要性を説く<sup>45</sup>。こうして、彼らは国際裁判が国際法の機能する場であると認識しながらも、法と政治の境界線を引くことで、国際関

<sup>40</sup> W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, trans. & revised by M. Byers (Walter de Gruyter, 2000), pp.603-604.

<sup>41</sup> Lord McNair, 'The Place of Law and Tribunals in International Relations' in *Lord McNair: Selected Papers*, pp.301-302.

<sup>42</sup> J. Fischer Williams, *Chapters on Current International Law and the League of Nations* (Longmans, 1929), pp.50-56.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp.32-35.

<sup>44</sup> J. L. Brierly, *The Law of Nations*, pp.68-69.

<sup>45</sup> J. L. Brierly, *The Outlook for International Law* (OUP, 1945), pp.118-142.

係における国際法と国際裁判の役割を限定的に捉える。

しかしながら、ローターパクトは政治的な緊張も国際法規範の問題に転換することで、英国の国際法専門家が「政治」と考える問題をも司法判断に適合するものと解する。いわゆる平和的変更の問題も国際裁判官による勧告によって可能である以上、国際裁判に限界はない。したがって、ローターパクトにとっては国際関係における国際法と国際裁判の限界を認める国際法専門家の立場は反省を求めべきものとなる。

権威ある多くの国際法専門家の側での司法的解決の普遍的な適用に対する反対と、ある種の形での紛争の伝統的な区分の維持の必要性の主張は、あらゆる状況においても平和を維持することができる万能薬 (panacea) としては法は取り扱われてはならないという確信から生じている。…。しかし、法は万能薬ではないという今や多少なりとも古臭くなったけれども、きわめて効果的な議論に対して、批判の姿勢を国際法専門家があきらかにすることが肝要なのである<sup>46</sup>。

ローターパクトにとっては、法の支配 (the reign of law) は平和の基本的条件であり、その意味において、平和とは「法体系の統一性という公理の比喩」(a metaphor for the postulate of the unity of the legal system) だと指摘する<sup>47</sup>。しかし、このような「法による平和」に対するローターパクトの熱意が、当時は外務省第二法律顧問 (the Second Legal Advisor of the Foreign Office) であったウィリアム・ベケットが「法律家としてではなく、市民としての関心である」と批判

---

<sup>46</sup> H. Lauterpacht, *Function of Law*, p.437.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.438.

した国際法学と平和運動の同一視であって、典型的な英国の国際法専門家が違和感を感じるものであったことは否定できない<sup>48</sup>。

このようなローターパクトと英国国際法学の主流派の相違は、ケルゼンの規範主義をローターパクトが採用していることから生じている<sup>49</sup>。すなわち、ローターパクトの国際法の完全性論は、世界国家としての国際共同体の規範的観念 (the normative conception of the international community as *civitas maxima*)<sup>50</sup>を想定し、国家を国際共同体の機関として構成することで、国際共同体の意思である国際法を解釈する権限を有する国際裁判官に国家意思を服させしめることを

<sup>48</sup> W. E. Beckett, 'International Law in England' (1939) 55 *LQR* 257 at pp.265-266.

<sup>49</sup> See B. E. K., 'The Function of Law in the International Community by H. Lauterpacht' (1933) *Journal of Society of Public Teachers of Law* 36; 'International Law by L. Oppenheim, Vol. I *Peace*, Fifth Edition by H. Lauterpacht'. (1936-1938) 6 *Cambridge Law Journal* 453. H. A. S. 'International Law by L. Oppenheim, Vol. I *Peace*, Fifth Edition by H. Lauterpacht' (1938) *Journal of Society of Public Teachers of Law* 51.

<sup>50</sup> 本稿においては、ドゥオーキンの理解に従って、conceptとconceptionを区別し、conceptの訳語を「概念」とし、conceptionのそれを「観念」とする。それは国際共同体の文脈においても、「国際共同体は存在しているのか」という概念レベルでの議論と「(存在していることを前提として) 国際共同体とはどのようなものか」という観念レベルでの議論を区分する必要があるからである。国際共同体の概念レベルでの議論の代表的な例について以下のものを参照されたい。E. H. Carr, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, 2<sup>nd</sup> ed. (Reprinted: Palgrave, 2001), p.147. 井上茂(訳)『危機の二十年』(岩波書店、1996年)、295-297頁。国際共同体の観念レベルでの議論の代表例については以下のものを参照されたい。H. Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 2<sup>nd</sup> ed. (McMillan, 1995), pp.22-50. 白杵英一(訳)『国際社会論』(岩波書店、2000年)、31-62頁。

なお、それぞれの用語の定義としては巻美矢紀の簡略な説明に従って、概念とは「抽象的レベルでの大雑把な合意のことであり、異論の余地なきものとして、あらゆる解釈において土台となるもの」であり、観念とは「概念についての具体的な解釈のことであり、概念の抽象性に潜在する論争についての見解」とする。巻美矢紀「憲法の動態と静態(1) - R. ドゥオーキン法理論の『連続戦略』をてがかりとして - 』『国家学会雑誌』117巻1・2号(2004年)、48頁。

前提とする。このような理論構成はケルゼンの影響であるが、英国の国際法専門家たちがローターバクトを自分たちの例外として考える傾向にあるのは、まさしくそのためである<sup>51</sup>。次節では、ローターバクトの国際共同体の規範主義的観念について検証する。

### 1.3. 国際共同体の規範的観念

ウィーン大学時代にローターバクトがケルゼンの指導を受けたことは有名な話であるが、ローターバクトに対するケルゼンの規範主義の影響を理解する例としては、国際法の完全性論という文脈においても、ローターバクトの国際共同体の観念を検討するのが適切であろう。ローターバクトは国際共同体を国際法を人格化した世界国家 (*civitas maxima*) として理解した。それはケルゼンの主著のひとつである *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* に基づいているが<sup>52</sup>、そのような世界国家としての国際共同体の規範主義的観念は、裁判官の視点を最大化したものである。

裁判官の視点の最大化としての共同体観念については、ラズの言う「法律家のパースペクティブ」(lawyers' perspective) を踏まえて説

<sup>51</sup> C. Warbrick, 'The Theory of International Law: Is There an English Contribution?' in P. Allot et al., *Theory and International Law: An Introduction* (The British Institute of International and Comparative Law, 1991), p.49.

<sup>52</sup> H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und Die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 2 Auflage (J.C.B. Mohr, 1928), ss. 241-274. 参照、大澤章「国際法理論」横田喜三郎(編)『ケルゼンの純粋法学』(大畑書店、1932年)、228-241頁。

もともと、カーネギー財団から出版された *Classics of International Law* で出版されたヴォルフの著作の書評においては、ローターバクトはヴォルフの国際法理論における *civitas maxima* の観念を高く評価している。H. Lauterpacht, 'Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum by Christian Wolf' (1935) *Society of Public Teachers of Law* 69. なお、ヴォルフの世界国家の概念については、柳原正治『ヴォルフの国際法理論』(有斐閣、1998年)、114-130頁。

明したほうがわかりやすいかもしれない。ラズの説明によると、「法律家のパースペクティブ」(lawyers' perspective)とは「『法は、司法判断を正当化するにあたって裁判所が依拠するのに適切な考慮に関係する』という基本的直感を受け入れる法律家の無意識な姿勢」であるが<sup>53</sup>、その核心は法理論と裁判理論の同一化である。ラズによれば、ケルゼンとドゥオーキンはこの「法律家のパースペクティブ」の代表的な論者である。

ケルゼンは「法律家的なパースペクティブ」を無意識的に受け入れた法学者であるとラズは言う。それはケルゼンの法概念の分析が経済的側面や道徳的側面を排除して、純粹に「法的なるもの」に基づいているためである。すなわち、ケルゼンの純粹法学の純粹性は二重の意味を含んでおり、一つは社会的事実からの純粹性であり、もう一つは道徳的議論からの純粹性であると指摘する。そして、ケルゼンの純粹法学における社会的事実からの法の純粹性に関しては、ラズは以下のように述べる。

純粹法学の方法論で提示される法の姿は、法学書における法のそれである。すなわち、判決集や制定法集といった生の資料を用いた法分析なのである。現在、法の背後にある社会的現実を法律学が無視できることに関して唯一できる正当化とは、法律家のパースペクティブに集中した法と法律学の考え方を取ることなのである<sup>54</sup>。

<sup>53</sup> J. Raz, 'The Problem about the Nature of Law' in G. Fløistad (ed.), *Contemporary Philosophy: A New Survey*, vol.3 (Martinus Nijhoff, 1982), pp.111-113. 山崎康仕(訳)「法の性質に関する問題」深田(編)『権威としての法』、38-41頁。

<sup>54</sup> J. Raz, 'Nature of Law' in G. Fløistad (ed.), *Contemporary Philosophy*, vol.3, p.114. 山崎(訳)「法の性質に関する問題」深田(編)『権威としての法』、42-43頁。

こうしてラズの見解では、ケルゼンの純粋法学における法のイメージとは、「『制裁』を適用する際に裁判所を導くすべての考慮」となる。しかし、道徳議論からの法の純粋性に関しては、純粋法学のテーゼに関わらず、そのような裁判所を導く考慮に道徳的考慮が含まれていても、ケルゼンにはその道徳的考慮と法的考慮を峻別できなかったとラズは指摘する<sup>55</sup>。

他方で、「裁判所が使用しうる考慮はすべて法的なものであるという結論に飛躍した」アメリカの法理論の最も洗練され完成された論者として、ドゥオーキンをラズは挙げる<sup>56</sup>。実際のところ、ドゥオーキン自身が「我々は裁判官の視点から形式的な法議論を分析するが、それは…法実務の中心にある命題的な側面を明らかにするためには、法の請求に関わる司法的議論が役に立つパラダイムだからである」と述べており<sup>57</sup>、自分の法理論が裁判官の視点により構成されていることを自覚している。したがって、ドゥオーキンの立場は「裁判所が正当に使用するあらゆる考慮は法的考慮であると、なんら問題にすることなく推定する」というラズの指摘は的を射ていると思われる<sup>58</sup>。

さて、以上の議論を踏まえた上で、ローターバクトの場合はどうか。国際法には関心のないラズはもちろんローターバクトについてはなんら触れていない。しかし、ケルゼンに関するラズの説明はローターバクトによりいっそう当てはまる。彼にとっては、国際法とは国際裁判所の使用するすべての考慮だからである。

<sup>55</sup> *Ibid.*, p.115. 同上、45頁。

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp.115-116. 同上、45頁。

<sup>57</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, p.14. 小林（訳）『法の帝国』、35頁。

<sup>58</sup> J. Raz, 'Nature of Law' in G. Fløistad (ed.), *Contemporary Philosophy*, vol.3, p.116. 山崎（訳）「法の性質」深田（編）『権威としての法』、46頁。

この点につき注目すべきなのは、「法律家のパースペクティブ」という平面においては、法と道徳の区別を消去することにより、ローターパクトはケルゼンよりもドゥオーキンに近づくということである。実際、ローターパクトは以下のように述べる。

…自然法の名前で呼ぶのがまったく適切と認めうる法以外の諸規則 (extra-legal rules) を、実定法は様々な形で言及し、編入してきた。適用可能な当該法規が存在しない状況において、自然的正義や信義誠実の原則や法の一般原則などを参照するように裁判官に明白に求める多くの国の法典にこの委任過程は見られるであろう。…裁判所の日常的な活動において、法は社会的に獲得できる正義、すなわち社会的に獲得可能な自然法の実現化であるという事実に敬意が払われているのである<sup>59</sup>。

こうして、ローターパクトは「法律家のパースペクティブ」という平面において、ケルゼンやドゥオーキンのいわば中間に立つことになる。ここで中間に位置するとは、一方でローターパクトはウィーン大学においてケルゼンの規範主義の圧倒的な影響を受けながら、他方でケルゼンの純粹法学の中核である法道徳分離論には反対して、法的推論における裁判官による道徳的考慮を積極的に認めていたという意味である。実際、ローターパクトは「実定法は常に自然法や正義の概念を編入してきたし、また実際に編入している」ことをケルゼンは認めるべきだと主張する<sup>60</sup>。その限りにおいて、コスケンニエミ (Martti Koskeniemi) が指摘するように<sup>61</sup>、ローターパクトの国際裁判官像はドゥオーキンの裁判理論におけるハーキュリーズに確

<sup>59</sup> H. Lauterpacht, 'Kelsen's Pure Science of Law' in *CP II*, p.425.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.429.



かに類似する<sup>62</sup>。

ところで、ラズの議論には続きがある。ラズによれば、このような「法律家のパースペクティブ」が抱える問題は、裁判だけに注目をしすぎするために、裁判制度を社会の政治的制度としてうまく位置づけられないことにある。つまり、裁判が法制度であるのは当然のことであり、裁判における法的議論を分析するのは法律家としては適切なことではあるものの、法制度を裁判だけに限定するのは恣意的な選択であって、立法府や行政府といったその他の社会制度との関係で司法府も位置づけるべきであると主張する。彼はそのような視点を「制度的アプローチ」(the institutional approach)と呼び、ハートが取っていた立場であるという。したがって、この立場からだと、裁判所は紛争解決を権威的に解決するための機関であり、そのために権威を有するルールを適用しなければならず、その権威的なルールは源泉テーゼによって確認される実定法に限定されるべきだというのである<sup>63</sup>。

確かに「法律家のパースペクティブ」は裁判だけに注目しすぎて、他の社会制度との関係において裁判所の位置づけを考慮しない。むしろ、裁判官の視点を法の基礎となる共同体全体にまで拡大してい

---

<sup>61</sup> M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Finish Lawyers' Publishing Company, 1989), pp.35-36; *Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (CUP, 2001), p.369.

<sup>62</sup> 本稿においてはローターバクトの国際法の完全性論を理解するために、ドゥオーキンの法理論と比較をするけれども、実際のところは、ローターバクトの国際法理論とドゥオーキンの法理論との類似性を過度に強調するべきではないであろう。そもそも、ドゥオーキンの法理論は権利基底論であるのに対し、ローターバクトの国際法理論は、ドゥオーキンが否定する義務基底論である。また、後述するように、司法裁量 (judicial discretion) 及び司法立法 (judicial legislation) という用語の理解に関しても相当に隔りがある。つまりは、ローターバクトの国際法理論にドゥオーキンの法理論との共通点はあるものの、その理論的基盤はまったく異なるわけであるから、両者を同一視するのは誤読のおそれがあると思われる。

るのは、ケルゼンにもローターパクトにもドゥオーキンにも当てはまることである。ドゥオーキンにとってはそれは「法の帝国」としての解釈共同体<sup>64</sup>であり、ケルゼンとローターパクトにとっては国際法の人格化としての国際共同体の観念である。この裁判官の視点を最大化した国際共同体観念においては、国際共同体こそが主権を有し、国家は単なる国際共同体の機関である。そして、この国際共同体の中心に存在しているのが国際裁判官なのである。このような国際共同体観念が現実の国際関係を果たして適切に説明できているのかどうかという問題は今は省くとしても、そのモデルの現代国際法学に与えた影響が甚大であることはやはり否定できない以上、国際法の完全性論という文脈においてであっても、その規範主義的な国際共同体観念を分析する必要がある。

国際紛争の司法判断適合性の問題を主題として論じている *Function of Law* が、最終的には、「世界国家」としての国際共同体における法の支配の問題に移るのは興味深い。政治的紛争の司法判断適合性を肯定できたのは、裁判官の視点からあらゆる国際問題を国際法上の法律関係に転換するという規範主義のためである<sup>65</sup>。その意味で、世

<sup>63</sup> J. Raz, 'Nature of Law' in G. Fløistad (ed.), *Contemporary Philosophy*, vol.3, pp.116-119. 参照、山崎（訳）「法の性質」深田（編）『権威としての法』、47-51頁。

<sup>64</sup> ドゥオーキンの Law as Integrity 論が裁判官の内的視点を全体化したものであることはよく指摘される。たとえば、田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）、412頁。中山竜一は、解釈学的循環によって法の内的視点に歴史的連続性が持ち込まれたために制度内在的な政治が道徳的想定にまで拡張されたという意味で「解釈学の接合による『内的視点』の全体化」と評する。中山竜一『二十世紀の法思想』、100頁。

<sup>65</sup> 戦争違法化についても規範主義的な立場を徹底させることで、あらゆる紛争の司法判断適合性を認める議論として、山形英郎「伝統的な政治的紛争理論と戦争違法化－国際法の構造転換に対する一視座－」山手治之・香西茂（編代）『国際社会の法構造：その歴史と現状』（東信堂、2003年）、117-151頁。

界国家としての国際共同体は裁判官の視点の全体化そのものである。なお、晩年においてもローターバクトは*Oppenheim's International Law*の第9版の準備稿<sup>66</sup>において、*civitas maxima*という言葉は使っていないが、国際法の究極の根拠は国際共同体の意思であるという基本的な考え方は維持している<sup>67</sup>。

*Function of Law* において、ケルゼンが根本規範であると主張する *puncta sunt servanda* が国家間の合意のみに触れているという誤解を招くと批判したうえで、ローターバクトは世界国家としての国際共同体の意思こそが国際法の拘束力の根拠であるという仮説 (*voluntas civitatis maximae est servanda*) を提唱する。この国際法の拘束力の根拠の定式化そのものがケルゼンの動態的法段階論によったものであるが、*civitas maxima* としての国際共同体も規範化されている。ローターバクトは以下のように言う。

国際共同体の意思は従われなければならないということを国際法の原初的仮定としてはならないという理由はどこにもない。さらに説明を加えれば以下のように言いえるであろう。すなわち、多くの場合は国際共同体の意思はその存在という単なる事実、たとえば「事物の本性」から導き出されなければならないが、国際共

---

<sup>66</sup> オッペンハイムの実証主義とローターバクトの規範主義は相容れないものであるため、晩年はローターバクトは自分の教科書を執筆することを考えていた。しかし、*Oppenheim's*の需要の高さを考えて、*Oppenheim=Lauterpacht*という形で、大幅に*Oppenheim's*を改定することにしたようである。それが*CP I*に掲載されている‘International Law-General Part’ [hereafter ‘General Part’]である。E. Lauterpacht, ‘Editor’s Note’ in *CP I*, pp.2-4. しかし、そのテキストは*Oppenheim's*のテキストではなく、むしろハーグ・サマー・セミナーの一般講義である‘Règles générales du droit de la paix’ (1937-IV) 62 *RdC* 99のオリジナルの英語原稿である‘General Rules of the Law of Peace’ [hereafter ‘Law of Peace’] in *CP I*, pp.179-444に基づいている。

<sup>67</sup> H. Lauterpacht ‘General Part’ in *CP I*, pp.89-94.

同体の意思を形成する諸機関は、国際立法府が存在しない状況では、諸国そのものであって、慣習や条約によって与えられ、また国際裁判所によってなされる中立的な確定と解釈がなされる諸国の同意なのである。「世界国家の意思は拘束する」(*voluntas civitatis maximae est servanda*) という用語で表現される第一の仮説は、その構成員間の契約的な合意や、慣習やどの文明社会も無視しえない法の一般原則に自己実現する国際社会の意思を、法の源泉として指し示すだろう。また、法としての国際法の拘束力を承認することを通じて諸国が国内主権者の上に存在するとすでに認識しているところの法の超国家を意味するものとしての「世界国家」(*civitas maxima*) に関連するであろう<sup>68</sup>。

そして上記の一節をより説明するために、その脚注において以下のように述べるが、この点はまさしくケルゼンによる国家の法規範化そのものである。

おそらくは法律学を目的としたものであるが、法と国家を基本的に同一のものとして認識することは国際国家 (the international State) が国際法の規則を受諾することによってすでに成立しているという見解を受け入れるのに役に立つであろう。法創設機関や法執行機関の発展に不備があるということは、そのように認識されるところの国際国家と国民国家との間においては程度の違いをなすだけであって、質的なものではない<sup>69</sup>。

さて、国際共同体が法規範化されるのであれば、その解釈と適用

<sup>68</sup> H. Lauterpacht, *Function of Law*, pp.421-422.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p.422, n. 1.

を司る国際裁判官が国際共同体の中心に位置づけられるのは、ある意味当然とも言える。実際、世界国家としての国際共同体の説明箇所から直ちに続けて、法制度における裁判所の地位を彼は語る。

そのような規則の性質がどのようなものであろうと、規則の作用を審理する中立の裁判所が存在しないという事実そのものが、規則の法規としての性質を深刻に毀損するのである。明確な行為規則が十分に一群として存在するということは法の存在にとって欠かせないということはなく、むしろ、争われている権利に関して判断を下し、平和を命じる権限を有する裁判官が存在するかどうか、決定的な試金石であるという見解にこそ意義がある<sup>70</sup>。

このような立場からは、平和的変更の機能も裁判官の職務とされる。平和的変更に関して裁判所の下す判断は、拘束力のある判決ではなく、勧告であるとするが、平和的変更も裁判所の職務として認めること自体、国際共同体における裁判所の中心性を物語であろう。これは一つには、そもそも法創設を機軸とする規範主義では司法と立法が区別がつかないことに加え、国際立法府が存在しない状況においては、司法と立法の区別自体が無意味だと考えられるからである。結果として、ローターバクトは立法機関が存在しない国際社会において国際裁判所による法形成を積極的に是認できることとなった<sup>71</sup>。まさしく、ラズが指摘する「法律家のパースペクティブ」の問題がここに見られる。

この国際裁判官の支配する国際共同体の規範的観念を支えている政治的価値感が、「法の支配」が唯一の正統な統治であるとする合法

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.424.

<sup>71</sup> H. Lauterpacht, 'The Absence of an International Legislature and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals' in *CP V*, pp.201-223.

性信仰 (belief in legality or legalism)<sup>72</sup>である。合法性信仰は、法律家一般のエートスとして国際法専門家が陥りやすい問題であるけれども<sup>73</sup>、裁判官の視点を最大化した国際共同体の観念を構築する規範主義によりいっそう強く表れるのは否定できない。規範主義における合法性信仰は次の二つの特徴を有する。

第一に、国際共同体を裁判官の視点から規範論的に構築することで、国際共同体における価値が合法性のみとなる。すなわち、裁判官にとっては合法性のみが関心事であることから、裁判官の視点を最大化した国際共同体観念においては、合法性の遵守こそが国際関係における最大の道義となる。国際関係における合法性信仰の問題としてよく指摘されるのはこの点についてである。その弊害の一つは、合法性の主張が外交の柔軟性を奪うということである。たとえば、ハロルド・ニコルソン (Harold Nicolson) は外交官の最悪の部類として宣教師や狂信家と共に法律家を含めたが<sup>74</sup>、その指摘は規範主

---

<sup>72</sup> 本稿では、belief in legality と legalism は同義のものと理解する。また訳語としてはマックス・ウェーバーの有名な正統性の三類型 (伝統、カリスマ、合法性) における合法性の定義に鑑みて、合法性信仰という訳語を当てる。なお、合法性信仰は多義的な概念であり、複数の定義がありえるが、ウェーバーの本来の定義に従い、合法性を唯一の政治的正当性と考える政治的信念と定義しておく。また、合法性信仰に関しては以下の著作が参考になる。J. Shklar, *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics* (Harvard University Press, 1964)。田中成明 (訳) 『リーガリズム』(岩波書店、1981年)。N. MacCormick, 'The Ethics of Legalism' in M. D. A. Freeman (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6<sup>th</sup> ed. (Sweet & Maxwell, 1994), pp.500-507.

<sup>73</sup> 合法性信仰の核心は、「政治に対する法の優位」という政治的イデオロギーであって、大抵の法理論と両立しうる。その意味では、国際法学における合法性信仰という問題に関しては、国際法理論の相違はあまり問題ではない。より重要なのは、国際政治に対する国際法の規制をどのように評価するかという点であって、それを過大に評価する主張は、仮にいわゆる「法の裁判モデル」を採用していなかったとしても、合法性信仰といえる。

<sup>74</sup> H. Nicolson, *Diplomacy*, 2<sup>nd</sup> ed. (OUP, 1950), p.50. 斎藤眞・深谷満雄 (訳) 『外交』(東京大学出版会、1968年)、43頁。

義的国际法学を信奉する国際法学者になおいっそう当てはまる。

第二に、国際法学における合法性信仰は、国際法を解釈する権威を諸国ではなく、国際裁判所に最終的にゆだねる。すなわち、国家の自己解釈権が否定されるだけでなく、「国際共同体全体にとっての合法性の守護者」(the guardian of legality for the international community as a whole)<sup>75</sup>として国際裁判所が認識されることになる。国際裁判官を中心として形成された国際共同体観念においては、国際裁判官の集合体としての国際裁判所は各国政府を完全に従わせる正統な権威を獲得したかのように想定されるわけである。

このような国際共同体観念の問題を論者によっては「国内類推」の問題と捉えるものもいる<sup>76</sup>。しかし、裁判官の視点の最大化の問題は、国際社会と国内社会の相違を無視するという意味での国内類推の不適切性というよりは、規範主義そのものが内在的に抱える問題であろう。この問題は裁判官の視点を社会そのものに全体化し、裁判所の正統性を他の政治機関との関係で考慮しないことから生じるからである。国際共同体には立法府と行政府が存在しないことから、よりいっそう「法律家のパースペクティブ」の不適切性が明確になるだけのことであって、憲法学においても同様の問題は存在する<sup>77</sup>。

<sup>75</sup> これはロッカビー事件（仮保全措置）におけるラックス裁判官の個別意見で使われた表現であるが、これほど国際法の合法性信仰を端的に表している表現はない。Separate Opinion of Judge Lachs, *ICJ Reports 1992*, p.26.

<sup>76</sup> H. Suganami, 'The Peace through Law' Approach: A Critical Examination of its Ideas' in T. Taylor (ed.), *Approaches and Theory in International Relations* (Longman, 1978), p.114. pp.110-116; *The Domestic Analogy and World Order Proposal* (CUP, 1989), pp.17-19. 白杵英一（訳）『国際社会論：国内類推と世界秩序構想』（信山社、1994年）、19-22頁。

<sup>77</sup> ワイマール憲法の守護者は誰かという問題に関するカール・シュミット、ハンス・ケルゼン、ヘルマン・ヘラーの論争が特にこの点を示す。See D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (OUP, 1997).

#### 1.4. 司法判断の権威

さて、裁判官の視点を最大化した規範主義的国際共同体の観点からは、拘束力を有する判決はもちろんのこと、拘束力のない勧告的意見であっても、国際裁判所の司法判断の遵守は当然のことと考えられるようになる。それはあきらかに判決の既判力 (*res judicata*) では説明できない現象であって、ローターパクトをはじめとする多くの論者が、「司法判断の権威」 (*authority of judicial decision*) と呼ぶ問題につながる。

司法判断の権威は「法の宣言」としての司法判断の質と性質の問題であり、より具体的に言えば、国際裁判所の正統性 (*legitimacy of the Court*) と理由付けとしての法的推論 (*legal reasoning*) の問題である。この点、拘束力を有しない勧告的意見の法的価値が「権威」の問題として、論じられていることは興味深い<sup>78</sup>。国際裁判所の司法判断の先例としての価値は、英国法の先例拘束原則における説得的権威 (*persuasive authority*) として理解されるべきであろうが<sup>79</sup>、それは明らかに判決の既判力とは別種の法的価値である。

国際法の完全性論と裁判不能の宣告の問題はこの司法判断の権威に関わる。それは第一に、国際法の完全性論は、国際法の宣言機関としての国際裁判所の正統性を前提としているからである。そして、第二に、それは国際裁判官の法的推論の問題だからである。

この点、裁判不能の宣告を認める国際法専門家によるローターパクトの国際法の完全性論への批判が、司法立法に関する国際裁判所

---

<sup>78</sup> E. Hambro, 'The Authority of the Advisory Opinion of the International Court of Justice' (1954) 3 *ICLQ* 2. S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol.3 (Kluwer Law International, 1997), pp.1754-1759. 杉原高嶺『国際司法裁判制度』(有斐閣、1996年)、426-428頁。

<sup>79</sup> A. Aust, *Handbook of International Law*, p.10.



の権限または正統性の問題に収斂するということは指摘しておきたい<sup>80</sup>。裁判不能の宣告の問題を、最終的には裁判所の権限の問題として理解する場合には、田岡良一の主張するように、権限踰越の問題に発展するであろう<sup>81</sup>。他方で、それを司法立法に関する裁判所の正統性の問題として理解するのなら、国際法の完全性論は、関係当事国による司法判断の遵守という国際裁判所の紛争解決能力の問題に転換する。そして、権限踰越の問題も当事国による当該判決の不遵守の理由とされる<sup>82</sup>ことを考慮すれば、それも国際裁判所の紛争解決能力の問題とも言える。その意味では、ローターバクトの批判者たちは、杉原高嶺の指摘する「紛争処理説」の立場<sup>83</sup>にあるといえよう。

ところで、紛争処理の可能性が国際法の完全性論に関わりがあるのではないかという指摘はローターバクトも理解していた。だからこそ、国際法の完全性の問題と紛争解決の可能性とをあえて彼は切り離れた。ローターバクトは以下のように述べる

たとえあっても少ない見解ではあるが、諸国間の紛争はすべて裁判所によって解決されるべきだというものがある。そのような見解は法の完全性の概念を諸国間の政治的「緊張」を取り除くその能力 (capacity) によって判断しがちである。…。しかし、紛争当事国間の摩擦の特定のある原因を除去することは裁判所の機能ではない。…。正義や理性に従って政治的または経済的利益に

<sup>80</sup> 例えば、田岡良一「法律紛争と非法律紛争との区別－ラウターバクト説と其批判－(1)」『法学』第7巻、713頁。J. Stone, 'Non Liqueur and the Function of Law in the International Community' (1959) 35 *BYIL* 124 at p.125; G. Fitzmaurice, 'The Problem of Non-Liqueur' in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, pp.111-112.

<sup>81</sup> 田岡良一『国際法III (新版)』(有斐閣、1973年)、242-245頁。

<sup>82</sup> 杉原高嶺「国際裁判における管轄権踰越論と判決の効力」『法学』第52巻、737頁。

<sup>83</sup> 杉原高嶺「国際裁判の機能的制約論の展開－政治的紛争論の検証－」『国際法外交雑誌』第96巻、718頁。

考慮を払うという観点から、既存の法が満足 of いくものかどうかという問題は、その完全性とは関係がない<sup>84</sup>。

すなわち、国際法の完全性を論じるにあたっては、ローターパクトは「司法の役割は、適用されるべき法を解明し宣言することである、その先の問題（判決の実際上の効果）は司法機関の埒外の問題であると見る」という「法宣言説」<sup>85</sup>の立場にあるといえる。

そのように考えた場合、ローターパクトとその批判者たちは、それぞれ異なるレベルで議論を行っていたことになる。ローターパクト自身は国際裁判所の正統性を前提として、裁判官による法的推論の問題として国際法の完全性論を展開していた。これは、上述のとおり、裁判官の視点を最大化した国際共同体の規範的概念を想定している彼にとっては、当然のことであった。これに対し、ローターパクトを批判する国際法専門家たちは、司法立法に関する国際裁判所の正統性そのものを疑っているわけである。したがって、両者の議論は平行線に終わらざるを得ない。

その原因の一つに、「司法立法」の概念と定義の混乱がかかわる。したがって、「司法立法」の概念を二つに分類しておくことが便宜にかなう。第一の意味での「司法立法」は、立法府が行う意味での立法を裁判所が行う場合で、これを「真正の司法立法」(the genuine legislation by judiciary) と呼ぶことにする<sup>86</sup>。すなわち、既存法の存在に関係なくなされる法の制定である。田岡良一が当事国の授権がなければ、裁判所は裁判不能を宣告するほかはない<sup>87</sup>という場合の司法

---

<sup>84</sup> H. Lauterpacht, 'Non Liquef' in CP II, p.217.

<sup>85</sup> 杉原「国際裁判の機能的制約論の展開」『国際法外交雑誌』第96巻、717-718頁。

<sup>86</sup> これは「真正の法創造」と「外見上の法創造」という小川芳彦の用語法を参照した。小川芳彦「国際司法裁判所と法の創造 (1)」『法と政治』第15巻、626-627頁。

立法は「真正の司法立法」に該当する。第二のものは、実定法の解釈における法原則の選択という司法裁量の行使の結果により新たな法が制定されるという意味での「司法立法」であり、これを「外見上の司法立法」(the quasi-legislation by judiciary)と呼ぶことにする。これはあくまでも法解釈の問題として理解される。

国際裁判所が、「真正の司法立法」をなす権限を有しているかどうかは問題ではない。なぜなら、「衡平と善」の決定を別にすれば、判決や勧告的意見で国際裁判所が「真正の司法立法」をなす権限がないのは明白だからである。

むしろ、国際法の完全性論の問題として検討されるべき対象は、司法判断における法的推論が適切に行われているか、または逸脱しているのかという司法判断の推論過程としての「外見上の司法立法」である。実定国際法に欠缺があるのは当然のことであるが、問題はその欠缺を埋めるような法的推論が国際裁判所の正当な活動と認識されるかどうかという点にある。

これは次の3点を意味する。第一に、国際法の完全性論は、司法立法に関する国際裁判所の正統性が問題なのではなく、司法判断における法的推論だけが問題だということになる。第二に、国際法の完全性論は、裁判所が司法立法を行ったのか否かという二分法的な議論ではなく、あくまで法的推論の質に関する問題となる。第三に、国際法の完全性は法源論の問題として取り扱われる傾向にあるが、それはあくまで裁判官の法的推論の文脈でのみ意味を持つてくるということである。

次に、規範主義的な国際共同体観念の中心にいる国際裁判官がどのように国際法を解釈し、法の欠缺を埋め、国際法を発展させるべきかという法的推論としての国際法の完全性論を取り扱うことにする。

---

<sup>87</sup> 田岡良一「法律紛争と非法律紛争との区別 (1)」『法学』第7巻、713頁。

## 2. 国際裁判官の法的推論としての国際法の完全性論

### 2.1. 国際法解釈における司法裁量

まず指摘しておかなければならないのは、「訴訟原因の新規性」(the novelty of cause of action) と呼ぶ現象が、国際裁判においては通常であるとローターパクトは認識していたということである。ローターパクトは「大多数の事件においては、国際法があらかじめ解決をまったく用意してはいない新しい状況に国際裁判所は直面してきた」と述べる<sup>88</sup>。いかえれば、国際法が規律していない状況があることはローターパクトは否定してはいない。そのような状況においては、ローターパクトの見解では、国際法解釈における国際裁判官の裁量は全面的に認められる。

この「訴訟原因の新規性」という現象や実定法の欠缺は、慣習法が不明確で争いが少ない場合が少ないために、慣習法においては当然に起こりうる。したがって、慣習法の解釈においてローターパクトは解釈の幅と柔軟性を当然のように認める。それは継続的統一的慣行と法的必要信念の解釈でもそうで、裁判官による慣習法の認定の柔軟性を特に強調している<sup>89</sup>。

また、条約解釈においても、適用すべき規則と原則を取捨選択する司法裁量を認めることはローターパクトにとっては当然となる。彼にとっては、条約の解釈とは「当事国の共通の意思」を解明すること<sup>90</sup>であって、条約の文言の明確化ではない<sup>91</sup>。当事国の意

---

<sup>88</sup> H. Lauterpacht, *Function of Law*,

<sup>89</sup> H. Lauterpacht, 'General Part' in *CP I*, pp.61-68

<sup>90</sup> H. Lauterpacht, 'Preparatory Work in the Interpretation of Treaties' in *CP IV*, pp.504-505.

思を明確にするために、ローターパクトは条約の文言からかなり自由に離れた条約解釈論を展開する。すなわち、「明確な文言」アプローチ批判や条約の準備作業（preparatory work）の重視である<sup>92</sup>。このような彼の持論は、当事国の意思を明らかにするという目的のための条約解釈における司法裁量の一例に当たる。国際紛争とは、条約当事国の共通の意図が存在しない場合において生じるものであるという彼の理解から言えば、条約解釈における司法裁量はむしろ当然とも言える。

ところで、当事国自身よりも当該当事国の意図を裁判所が理解していると考えるのはおかしいという批判はありうる。しかし、ローターパクトにとっては、当事国の意思をあらわすところの条約とは、規範的な国際共同体の意思の表れとしての国際法の一部を構成するので、その意思が問題となっている当事国政府が実際にどのように考えていたかはあまり問題ではない。むしろ当該条約の解釈は他の法規則や法原則に照らしあわせて導き出されるものとなる。彼は以下のように述べる。

---

<sup>91</sup> この点については、*Institut de droit international*に提出したローターパクトの条約解釈に関する報告書に対して、英国外務省法律顧問であったウィリアム・ベケットがローターパクトを批判している。H. Lauterpacht, 'De l'interprétation des traités: Rapport et projet de Résolutions' (1950) 43-I *ADI ibid* 366. E. Beckett, 'Comments' (1950) 43-I *ADI ibid* 435. なお、この論争の要約については、以下のものを参照されたい。G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol.1 (Grotius, 1986), pp.42-47. G. G. Fitzmaurice and F. A. Vallat, 'Sir (William) Eric Beckett, K.C.M.G., Q.C.' (1968) 17 *ICLQ* 267 at pp.302-313. 邦語文献での簡潔な要約は、松井芳郎「国際法解釈論批判」天野和夫・他（編）『マルクス主義法学講座 第7巻：現代法学批判』（日本評論社、1977年）、210-221頁及び坂元茂樹『条約法の理論と実際』（東信堂、2004年）、122-124頁。

<sup>92</sup> H. Lauterpacht, 'Preparatory Work in the Interpretation of Treaties (1934)' in *CP IV*, pp.449-527; 'Preparatory Work in the Interpretation of Treaties (1950)' in *CP IV*, pp.528-535.

条約は全体としてその個別規定や規定の単純な合計を超えたものである。なぜなら、条約は、いったん署名され批准されたのなら、当事国の意図を表現した以上のものだからである。条約は国際法の一部であって、規則や原則といった一般的な枠組みに照らして解釈されなければならない。それは法体系の一部であって、当事国の明白な意思の欠如とは反対に、適切な司法判断を不可能にする欠陥は認められないのである<sup>93</sup>。

このように条約を国際法体系の文脈に位置づけることで、条約当事国の共通の意思が存在しない場合<sup>94</sup>であっても、ローターパクトの見解では国際裁判官は条約全体の目的やその他の関連考慮を思料することで、当事国共通の意思を明らかにすることができることになる。つまり、条約全体の目的や関連考慮を思慮に入れることで、そのような曖昧な規定に効果を与えることが裁判官の義務であるとローターパクトは考える<sup>95</sup>。彼は次のように述べる。

…条約は法である。国際法の一部なのである。それ自身として、

---

<sup>93</sup> H. Lauterpacht, 'Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties' in *CP IV*, p.436.

<sup>94</sup> ローターパクトは当事国共通の意思が存在しない五つの状況を指摘する。第一の場合は、同じ言葉を使っているが、当事国が同じ結果を意図していないために条約当事国間に共通の意図がない場合。第二の場合は、条約当事国はわざと曖昧な規定にすることで同一表現に別の意味を与えている場合。第三の場合は、一致した結論に至らなかったため、将来的に協定を結ぶことで解決されることを期待して、曖昧な表現にしたり、意見の相違を放置したりする場合。第四の場合は、当事国の共通の意思は条約全体の解釈にとって意義のある基盤にはなりうるものの、条約を締結したときには予見もしていなかった問題に対して指針を与えない場合。第5の場合は同一の条約において相矛盾する規定がある場合である。H. Lauterpacht, 'Restrictive Interpretation' in *CP IV*, pp.436-442.

<sup>95</sup> *Ibid.*, pp.439-440 and p.442.

条約も欠缺を知らない。司法裁判所によって適用がなされている場合、法の完結性は慣習法だけでなく、条約国際法 (conventional international law) に関しても、基本的な規則の一つ、いや最も基本的な規則なのである<sup>96</sup>。

こうしてローターパクトの理解では、司法裁量は常に国際法解釈につきまとうものとなる。それはたとえ法がある程度明確で、争いの余地が無い場合であっても、司法裁量は狭く限定的になることはあっても決してなくなることはない<sup>97</sup>。

しかしながら、ローターパクトの理解では国際法解釈における司法裁量は常に法の枠内にある。それは実効性の原則や主権原則といったローターパクトが慣習法の原則とみなしているものだけではなく、もっと広範に法の一般原則の枠内のものなのである。そして、ローターパクトにとっての法の一般原則とは「より広い意味での現代的な万民法」(the modern *jus gentium* in its wider sense)<sup>98</sup>であって、衡平や信義則や道徳原則をも含む非常に幅の広いものだけということである。これは法を「社会的に実現可能な最小限の道徳」(the minimum of socially obtainable morality)<sup>99</sup>と捉えるローターパクトならではの理解であるが、そのように法を捉えた場合には、法と道徳の境界線はそもそも存在しないために、司法裁量を規制するいわゆる「法解釈の枠」も存在しない。すなわち、国際法解釈における裁判官の司法裁量の行使は常に法的なものであるということになる。

その意味では、ローターパクトが司法裁量と呼ぶ法原則の選択は、法が尽きるところに行行使される立法府が行う意味での「立法」であ

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p.439.

<sup>97</sup> H. Lauterpacht, *Development II*, p.394.

<sup>98</sup> H. Lauterpacht, 'Law of Peace' in *CP I*, p.246; 'General Part' in *CP I*, p.74.

<sup>99</sup> H. Lauterpacht, 'Law of Peace' in *CP I*, p.205.

る司法裁量ではない。ローターパクトが「司法裁量」と呼ぶ解釈が複数ありえる状況での裁判官の法解釈の選択は、ドゥオーキンが後に自ら否定する「裁定者が適用すべき基準が何らかの理由で機械的には適用され得ず、裁定者の判断の行使が必要とされる」という「弱い意味での『裁量』」(‘discretion’ in a weak sense)<sup>100</sup>に類似する。ローターパクトにとっては、司法裁量はいくまでも法の解釈と適用であって、常に司法活動として適切なものである。

ローターパクトにとって、司法立法とは「外見上の司法立法」である。彼は「明らかな刷新はいかなるものも、法の一般原則や一般的な法格言を大胆に適用した結果に他ならない」という<sup>101</sup>。その意味で、「司法立法というものは、既存の法規を意図的に無視する形態であると想定されない限りは、健全でかつ避けられない現象である」と彼は指摘する<sup>102</sup>。

このことは規程第38条2項の「衡平と善」の適用も同様である。ローターパクトの理解では、「衡平と善」ですら、当事国の同意という授權を通じて法的なものである。

裁判所が自ら「衡平と善」の決定を行う権利を自らのものとして不当に行使せず、当事国の明白な意思に基づいてこの権限を行使する限り、そのような機能は、「一般または特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの」を適用することを裁判所に認めた規程第38条の最初のパラグラフで想定されたものと根本的には変わらない。そのような協定が与えられる場合、率直に言うが、下された判断は厳格に法的なものであるだろう。

<sup>100</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), p. 31. 木下毅・小林公・野坂泰司(訳)『権利論』(木鐸社、1986年)、27頁。

<sup>101</sup> H. Lauterpacht, *Development II*, p.155

<sup>102</sup> *Ibid.*, p.156.



それは当事国の同意に基づいた規則に従って下された判断であろう。そのような諸規則は一般的な委任の性質を有するのであって、裁判官たちが埋めることができる白紙の親切手なのである<sup>103</sup>。

すなわち、「衡平と善」の決定に関しても、裁判所は当事国間の新しい権利義務を作成するのではない。むしろ「衡平と善」の決定を認める協定の中にそれが潜んでいるのであって、裁判所はその協定に実体を与えるのだとローターバクトはいう。そして、「衡平と善」の場合はさまざまな要素を考慮に入れなければいけないが、それは通常の法解釈と比べても、程度の問題であるという。

たとえ、具体的な法規則を解釈し適用する場合でも、国際共同体の社会的かつ政治的実態から完全に切り離された形での自動的なスロットマシンとして裁判所は活動するわけではない。国際法全体や国際共同体の必要性をその背景としながら、裁判所は創造的な活動をそれぞれの事例において行っているのである。裁判官による法創造と立法府によるそれとの区別は、分析すれば、程度の問題である<sup>104</sup>。

このような法解釈や「衡平と善」の理解は、立法すらも上位法の適用と理解する規範主義の典型例といえよう。

さて、ローターバクトの理解では、国際法解釈には司法裁量が常につきまとい、しかも法が道徳に開放されているのであれば、裁判官が考慮するもの一切が法的なものとして認識される。この国際裁判官の法的考慮を端的に表現したのが、ローターバクトにとっては

---

<sup>103</sup> H. Lauterpacht, *Function of Law*, p.317.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p.319,

私法類推 (private law analogy) という言葉であり、または「文明国によって認められた法の一般原則」(the general principles of law as recognized by civilized nations) というものになる<sup>105</sup>。よく誤解されるが、私法類推という概念は国内法類推と同義ではない。実際、ローターパクトは、ドイツ法やイギリス法など特定の国内法を国際的分野に類推適用することに警戒を発していた<sup>106</sup>。彼にとっては私法類推はむしろもっと漠然としたものであって、法律家諮問委員会でのデカン男爵の言葉を借りれば、「文明的な人々の法意識」(la conscience juridique des peuples civilises)<sup>107</sup>ともいうべき、「書かれた理性」としてのローマ法や自然法思想を中心とした法的思考そのものである<sup>108</sup>。もっと端的に言えば、ローターパクトにとっては法の一般原則とは、実定法の原則だけでなく、道徳も含まれる。

このように司法裁量が常に法的なものであり、しかもその限界がないのであれば、裁判官は常に法の一般原則を適用することで、国際法は常に完全な体系になりうる。このようなローターパクトの理解での国際法の完全性は決して「立証されないことは合法である」という対審性原則や「禁止されていないことは合法である」という

---

<sup>105</sup> ローターパクトにとっては、私法類推と法の一般原則は同じものである。そのことは、*Private Law Sources* の序言において「この本は、ある意味、常設国際司法裁判所規程第38条3項のコメンタリーであり、1920年にハーグで召集された法律家委員会がなした国際法の理想のために偉大な業績に対して敬意を表したものである」と述べていることから了解される。H. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p.viii-ix. なお、ローターパクトの「法の一般原則」の概念について、福王守「『法の一般原則』概念の今日的意義と問題点 (1)」『法学新報』103号9号 (1997年)、113-134頁; 「『法の一般原則』概念の今日的意義と問題点 (2)」『法学新報』103巻10号 (1997年)、113-130頁。

<sup>106</sup> H. Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp.84-85.

<sup>107</sup> Advisory Committee of Jurists, *Procés-verabaux of the Proceedings of the Committee* (Van Langenhuisen Brothers, 1920), p.319.

<sup>108</sup> See R. Lesafer, 'Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription' (2005) 16 *EJIL* 25 at pp.28-31.

包括性原則を適用することで完成される形式的完全性ではない。むしろ、国際法の発展という目的を持った実質的完全性ということになる。実際、*Function of Law*で彼は、形式的原則を適用することは法の目的を阻害することを指摘している<sup>109</sup>。

この国際法の実質的完全性において、上位法の適用としての下位法の立法というケルゼンの動態的法段階論と道徳の実定法化という自然法論が結びつく。すなわち、たとえ実定法がある問題を規律していなくても、裁判官は信義則や道徳原則など法の一般原則を適用することによって新たな実定法を定立することが可能であるし、それは通常であるということになる。これはたとえ実際の国際裁判で「法の一般原則」が援用されることがなく、原則として「法の一般原則」の役割が安全弁のそれであったとしてもである<sup>110</sup>。究極的な場合においても、なお裁判官には適用できる法原則が存在するという信念が、国際法の実質的完全性を保障する。このように理解すると、ローターバクトの国際法の完全性論の核心は、裁判官による道徳原則（自然法原則）の実定法化ということになる。

もちろん、このような司法裁量の行使に対しては異論がある。代表的なのは法道徳分離論から形式的完全性を唱える説と、司法裁量の法的性質を否定する見解がある。第一の説は例えば、ケルゼンのものである。法道徳分離論を純粹法学の純粹性のメルクマールにするケルゼンは国際法の実質的完全性ではなく、「違法でないものは合法である」という包括性原則を適用した形式的完全性を唱える<sup>111</sup>。しかし、法の形式的完全性は、実質的には何も答えていないとして批判する見解が、田岡<sup>112</sup>やフィッツモーリス<sup>113</sup>から提示されており、

---

<sup>109</sup> H. Lauterpacht, *Function of Law*, pp.85-88.

<sup>110</sup> H. Lauterpacht, *Development II*, p.166.

<sup>111</sup> H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed. by R. W. Tucker (Holt, Rinehart and Winston, 1966), pp.438-440.

彼らの見解は十分に説得的であろう。第二の司法裁量の法的性質を否定する立場については、ストーンの批判が興味深い。すなわち、原則の選択そのものが政治的決定なのか司法的決定なのかというある意味古典的な問題であるが、この点について次に説明する。

## 2.2. 「唯一正しい答え」の問題

ストーンが指摘した問題の一つは、仮に規則ではなく、原則の適用を認めたとしても、その原則の選択そのものが、基準の無いものであるがゆえに政治的判断であって、それゆえ司法活動としては不当なものではないかというものである<sup>114</sup>。ローターパクトは条約解釈の文脈においてこの問題を考察している。

ローターパクトは解釈原則の選択が裁量事項であることを認めるが<sup>115</sup>、そのような裁量は決して政治的な判断ではないと考える。なぜなら、彼の見解では、たとえ理論的であっても常に唯一正しい法解釈があるからである<sup>116</sup>。もちろんそのような判断の正しさというのは微妙であり、また他の解釈も同様に説得力がある場合も彼は認めている。しかし、常に等しく正しい法解釈が複数存在すると考えるのは、「法の支配」の下にある社会の司法機能のまさしく本質を否定することになると彼は考える。彼は以下のように続ける。

疑いもなく、解釈基準の司法的選択は、一見したところ条文とは

<sup>112</sup> 田岡良一「法律紛争と非法律紛争との区別（1）」『法学』第7巻、705-716頁；『国際法Ⅲ（新版）』、190-192頁。

<sup>113</sup> G. Fitzmaurice, 'The Problem of Non-Liquet: Prolegomena to a Restatement' in *Mélanges offerts à Charles Rousseau* (A. Pedone, 1974), pp.108-110.

<sup>114</sup> J. Stone, 'Non Liqueur and the Function of Law' (1959) 35 *BYIL* 124 at p. 133.

<sup>115</sup> H. Lauterpacht, 'Restrictive Interpretation' in *CP IV*, p.411.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p.443.

無関係な様々な要素に影響を受けるかもしれない。しかし、正義の考慮、公正と信義誠実の原則、ならびに適切な場合には、問題となっている利益の衡平な調整といった要素は、正当に法に関連するものなのである。解釈基準の選択に影響を与えるそのような諸要素は、裁判官の機能と立法者の権限との区別を曖昧にすることはしない<sup>117</sup>。

このような彼の見解は、ケルゼンの憲章コメンタリーに対するアンチ・テーゼとして提出されたものであることを踏まえる必要がある。周知のとおり、ケルゼンは*The Law of the United Nations*において複数の法解釈の可能性を指摘し、唯一正しい答えはありえないという<sup>118</sup>。このようなケルゼンの主張に対してローターパクトは以下のように述べる。

科学的かつ批判的な仕事として理解される解釈の概念そのものは、可能な法解釈が複数あったとしても、法的関連性に関して、そのうちのいくつかは他の解釈よりも適切であり、裁判官の仕事はすべての解釈の中でもっとも適切なものを選ぶことであるという推定に基づいている。このことは、すべての関連する法的考慮に関してもっとも正確な解釈が一つだけありえるという可能性、そして必然性を暗に意味しているのである<sup>119</sup>。

こうしてローターパクトの「唯一正しい答え」のテーゼは、法解釈の整合性としての国際裁判官の責任論へと発展していく。つまり、

---

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (F. A. Praeger, 1950: Reprinted by Lawbook Exchange, 2000), pp.xiii-xvi.

<sup>119</sup> H. Lauterpacht, 'Restrictive Interpretation' in *CP IV*, p.443, footnote (1).

複数のありえる法解釈において、その問題に関連する法的考慮を思料することで、もっとも正しい答えを導くことが国際裁判官の仕事であり、義務であるということになる。事実、*Development II*の最終章で、実効性の原則と制限解釈の原則といった互いに対立しあう正当な解釈原則のどちらを裁判官は選択すべきかという問題に関して、彼は次のように述べる。

…裁判官が最終的に対立しあう原則の間でなしうる選択は簡単な予断を許さない。そのような選択は意識的で徹底的な調査のあとではじめてなしえるものだからである。…自信を持って言い得る唯一の感想は、義務が果たされたという意識がそのような決定に伴うということである<sup>120</sup>。

このように法的に関連する考慮を思慮に入れて正しい答えを発見する責任が国際裁判官にはあるとローターバクトは主張する。そのような原則の選択は、法的なものか政治的なものかという二分法の問題ではない。むしろ原則の選択が法的推論の質の問題であることを国際裁判官の責任論は指摘している。つまり、司法判断が当事国に対してどこまで説得的に説明されているかという説明責任 (accountability) の問題であり、その文脈において道徳にも開かれた国際法体系においてどこまで法規則の解釈と諸原則を調和させるかという一貫性 (coherency) の問題として「唯一正しい答え」のテーゼが提起されているのである。こうして、国際法の実質的完全性論は、国際法を解釈する際に裁量を行使する場合においても、国際法体系において他の諸原則との調和と一貫性を保つことで、国際法体系の枠内における正しい答えを常に導き出すことが裁判官の責任で

---

<sup>120</sup> I H. Lauterpacht, *Development II*, p.396.

あるということになる。

### 3. 国際裁判官の責任としての裁判不能の宣告禁止

さて、こうしてローターパクトの国際法理論において、国際法の実質的完全性の問題が、国際法解釈における裁量の行使においても「唯一正しい答え」を見出すべきであるという国際裁判官の責任論になるのであれば、裁判不能の宣告の禁止もやはり国際裁判官の責任の問題となる。なぜなら、法的問題を問うものに対して答えを与えるのが裁判官の存在理由だからである。その場合において実定法が存在しないということで、裁判不能を宣告するのは裁判官の責任に反するとローターパクトは考える。

もちろん、実定法が存在しない場合において、当事国から裁判所の権限の拡張が認められない限り、裁判不能を宣告することこそが裁判官の義務だという意見もある<sup>121</sup>。しかし、法的議論が条理や道徳といったいわば非法的規範に踏み込んで展開することが常であり、また常に「唯一正しい答え」が存在しているという仮定が成立するのなら、あくまで法律問題に対して法的解答を与えるのが裁判官の責務ではないかということになる。ローターパクトの主張の要点はここにある。

しかし、核兵器の合法性の勧告的意見で浮かび上がったのは、実際に「唯一正しい答え」が常に存在しうるのか、また訴訟手続はともかく、勧告的意見においても国際裁判官は法的回答を提出すべき義務を課せられているのかという問題である。その意味では核兵器の合法性の勧告的意見はローターパクトの国際法の完全性論に対す

---

<sup>121</sup> 田岡『国際法III（新版）』、242頁。

る疑問を投げかけているとあってよい。

ここでは、ローターパクトが十分には検討しなかった二つの新しい問題を考察することにする。第一の問題は、勧告的意見における裁判不能の宣告の許容性の問題である。第二の問題は、裁判官の間における政治道徳の通約不可能性の問題である。この二つの問題はローターパクトの国際法完全性論を再考するに当たって、新しい視点を導くのである。

### 3.1. 勧告的意見における裁判不能の宣告の許容性

勧告的意見手続きにおいては、裁判不能の宣告問題も訴訟手続きとは多少異なる配慮が求められることを、ローターパクトも認めていた。しかし、その問題を十分に検討しないままに、「原則的には、勧告的意見要請の主題を定式化する問題はどれも宣言的判決の手続での請求の形として表されるという意味において、『裁判不能』の禁止は勧告的意見手続にも完全に当てはまる」<sup>122</sup>と述べるにとどまっていた。

勧告的意見における裁判不能の宣告が問題となったのは、核兵器の合法性に関する勧告的意見である。この勧告的意見の主文 2 (E) 後段の解釈において、勧告的意見の場合においては、裁判不能の宣告が認められるという見解が付された。例えば、フェレシュティン裁判官は、裁判不能の宣告問題はいままで訴訟事件手続において問題とされたのであって、勧告的意見手続においては議論されなかったという。そして、少なくとも勧告的意見手続においては裁判不能の宣告は認められるという。その理由としては、第一に、勧告的意見手続の目的は「国際法の発展の現段階において、裁判所がそう認

---

<sup>122</sup> H. Lauterpacht, '*Non Liquet*' in *CP II*, p.216, n.2.



識した法をそのまま述べる」<sup>123</sup>ことであることであって、仮に法の欠缺を見つけた場合、裁判所はその欠缺を埋めずにそのまま述べるべきであるという<sup>124</sup>。第二に、勧告的意見には拘束力がないので、「諸国が極めて根本的な点で分かれている問題に関して『演繹推論された』一般規則の権威と実効性に裁判所は気を使わなければならない」という<sup>125</sup>。また後に発表した論文においては、それに加えて、規程第65条1項に定める勧告的意見における裁判所の裁量を理由に挙げる<sup>126</sup>。このフェレシュティン裁判官の見解を支持する学者も多いので、そのような学者の見解も踏まえながら検討してみよう。

第一に、勧告的意見の目的からして裁判所は法をそのまま述べるべきであるとする見解に関して、ヴェイユ (Prosper Weil) は全面的にフェレシュティン裁判官の見解を支持する。

確かに国際司法裁判所は勧告的意見手続において「法」を発展させることを禁じられていない。…しかし、裁判所は勧告的意見においては法をそのままとして、指示規則、禁止規則または許容規則としてだけでなく、その欠缺や不完全なものとしても、述べることを選ぶことができる。訴訟事件手続では裁判不能はスキャンダルだが、勧告的意見手続ではそうではない<sup>127</sup>。

また、ローゼンも勧告的意見を他の機関に示された指針 (guidance)

<sup>123</sup> Declaration of Judge Vereshchetin, *ICJ Reports 1996 (I)*, p.279.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p.280.

<sup>125</sup> *Ibid.*, pp.280-281.

<sup>126</sup> V. S. Vereshchetin, 'Is "Deceptive Clarity" Better than "Apparent Indecision" in an Advisory Opinion?' in E. Yakpo and T. Boumedra (eds.) *Liber Amicorum: Mohammed Bedjaoui* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), p.541.

<sup>127</sup> P. Weil, ' "The Court Cannot Conclude Definitively..." Non Liquet Revisited' (1997) 36 *CJTL* 109 at p.117.

であって、フェレシュテイン裁判官の手法は適切であると評価する<sup>128</sup>。しかし、このような勧告的意見に関する見解は、紛争解決のために訴訟事件では裁判所は立法機能を紛争当事国から付与されているという理解の裏返しである。実際、ヴェイユは以下のように述べる。

特別協定や、裁判付託条項やその他のものによって、紛争の司法的解決を求めることを諸国が決定したときはいつでも、裁判官や仲裁裁判官には紛争を解決すべき義務が課せられる。したがって、『法的に当然に』諸国はそのような結果を生じさせるために規範的かつ準立法的な権限 (the normative and quasi-legislative power) を裁判所に与えるのである<sup>129</sup>。

この「規範的かつ準立法的な権限」が何を意味しているかは不明確なところがあるが、もし「真正の司法立法」を行う権限を意味しているのであれば、そのような見解は国際裁判の歴史において国際裁判官が繰り返し否定してきた見解であることが指摘されなければならない。たとえば、1923年の海底ケーブル切断事件では以下のよう

に述べられている。  
我々の見解では、当法廷の義務は、特別協定第7条に定められているとおり、新しい規則を制定することではない。そのような規則は遡及効を持ち得ないであろうし、また二国の政府のみからその権威を導き出しているこの特定の法廷の構成員による個人的な意見表明としか考えられえないであろう<sup>130</sup>。

---

<sup>128</sup> Sh. Rosenne, 'The Nuclear Weapons Advisory Opinions of 8 July 1996' (1998) 27 *Israel Yearbook on Human Rights* 263 at p.304.

<sup>129</sup> P. Weil, 'Non Liqueur Revisited' (1997) 36 *CJTL* 109 at p.115.

国際司法裁判所も、南西アフリカ事件（第二段階）<sup>131</sup>や漁業管轄権事件<sup>132</sup>などで、そのような見解を繰り返し否定している。

他方で、仮にヴェイユのいう「規範的かつ準立法的な権限」が「外見上の司法立法」をなす権限を意味するのであれば、漁業事件<sup>133</sup>や北海大陸棚事件<sup>134</sup>で裁判所が述べたように、それは正当な司法活動であって、当事国による授権で与えられるものではない。杉原高嶺が指摘するように、それは「司法作用に固有の内在的機能」<sup>135</sup>なのである。

また勧告的意見手続を「法の宣告」を目的としたもので、訴訟事件手続を「紛争解決」を目的としたものとする理解も、その点から裁判不能の宣告の是非を直ちに導き出せるかどうかは疑問が残る。勧告的意見手続は、かつては国家間の紛争解決に用いられたこともあったし<sup>136</sup>、また国際組織と国家の紛争解決<sup>137</sup>にも用いられたことも

<sup>130</sup> *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Limited (Great Britain) v. United States*, RIAA vol.6, p.118.

<sup>131</sup> 「規程第38条1項の最初の文言によって暗に示唆されているように、裁判所は立法機関ではない。その職務は、発見した法を適用することであって、作ることではない。」 *ICJ Reports 1966*, p.48, para.89.

<sup>132</sup> 「そのような状況においては、裁判所は、司法裁判所として (as a court of law)、『立法論に基づいて』 (*sub specie legis ferendae*) 判決を下すことはできないし、立法者が制定する前にその法を予想することもできない。」 *ICJ Reports 1974*, pp.23-24.

<sup>133</sup> 「英国政府が主張する技術的に精密な性格を有する規則が存在しない状況であっても、ノルウェー政府が1935年になした境界画定が、国際法上の請求の有効性について判断することを可能とする疑いのない諸原則に従わなくてもよいということにはならない。」 *ICJ Reports 1951*, p.132.

<sup>134</sup> 「法的状況は…、西ドイツに対抗できない1958年条約も、実際にはそうではないけれども慣習法の義務的な規則としての等距離原則も、そのどちらも適用する義務が当事国にはないというものである。しかし、隣接する大陸棚の水平的な境界画定に関する問題に直面する諸国間であっても、それでもなお適用されるべき法的な規則も原則も存在する。本件においては、規則が欠けているとか、当事国の束縛されない評価が求められている状況であるというのは、事実ではない。」 *ICJ Reports 1969*, p.46, para.83.

<sup>135</sup> 杉原「*Non Liquet*の克服」『国際裁判の研究』、178頁。

ある。他方で訴訟事件手続であっても紛争解決というよりは、もっぱら「法の宣告」を重視した判例もある<sup>138</sup>。また、請求の抽象性を理由にしばしば問題視される宣告的判決も、判例において認められていることも指摘されなければならない<sup>139</sup>。もし問題の抽象性や法の一般的宣言であることを理由に、勧告的意見での裁判不能の宣告が認められるのであれば<sup>140</sup>、それは宣言的判決でも認められるべきであるということになろう。目的による両手続の単純な区分と裁判不能の宣告の許容性を結びつける議論は、両手続に共通する裁判所の司法的機能の理解を妨げる恐れがある。

第二に、勧告的意見が拘束力を有さないという理由で、裁判所が自ら宣言した勧告的意見の権威と実効性に注意を払わないといけないう見解については、執行力 (enforceability) が著しく制限されている判決でもそのことは変わらないことが指摘されなければなら

<sup>136</sup> いわゆる意見裁判 (arbitrage consultatif) である。但し、現行の裁判所規程では認められないとする見解が有力である。杉原『国際司法裁判制度』、410-412頁。

<sup>137</sup> 本部協定事件において、裁判所はアメリカと国連との間に法的紛争があることを認めている。ICJ Reports 1988, pp.27-30, paras.34-44。本部協定事件については、邦語文献では以下のものが詳しい。酒井啓亘「国際連合を当事者とする紛争の法的構造 (1)」『法学論叢』131巻1号、28-48頁；「国際連合を当事者とする紛争の法的構造 (2) 完」『法学論叢』131巻4号、42-67頁

<sup>138</sup> 例えば、杉原によれば、漁業管轄権事件や在テヘラン大使館員人質事件やニカラグア事件においては、裁判所は「国際裁判では法の宣告をもって *functus officio* (職務完了) とする理解が強く、「下された判決がどのような実際の効果をもつかは、もはや裁判所が関与すべき問題ではない」とする態度を貫いているという。杉原高嶺「国際司法裁判所と政治問題の法理」京都大学法学部創立百周年記念論文集刊行委員会 (編)『京都大学法学部創立百周年記念論文集 (第2巻) 公法・国際法・刑事法』(有斐閣、1999年)、359頁。

<sup>139</sup> 宣言的判決の分析については、玉田大「国際裁判における宣言的判決 (1)」『法学論叢』第153巻2号、23-42頁；「国際裁判における宣言的判決 (2) ・完」『法学論叢』第153巻3号、69-86頁。

<sup>140</sup> 主文2(E) 後段における裁判不能の宣告について「法の一般的な内容の宣言を求められたこと」を理由とする見解について、小寺彰『パラダイム国際法：国際法の基本構成』(有斐閣、2004年)、16頁。

ない<sup>141</sup>。勧告的意見であろうと判決であろうと、裁判所が司法判断の権威に注意を払うのは確かに必要なことである。しかし、勧告的意見に拘束力がないことが、訴訟手続きでは認められない裁判不能の宣告が勧告的意見では許容されるという主張の根拠にはならない。勧告的意見の権威が問題となるのであれば、それは判決でも同様である。勧告的意見であっても判決であっても、質の高い法的推論が、国際法の宣言としての司法判断の権威の基礎であることが理解されなければならない。

また、国際組織や諸国が勧告的意見をどのように扱うかという勧告的意見が出された後の問題は、その判断に影響をおよぼさないという態度を裁判所は取っていることも考慮する必要がある。核兵器の合法性に関する勧告的意見でも、「この意見の効果は評価の問題 (a matter of appreciation) である」と述べていることが留意されるべきである<sup>142</sup>。

第三に、規程第65条1項に定める勧告的意見を与える裁量により、主文2 (E) 後段が正当化されるのかという問題がある。サールウェイ (Hugh Thirlway) はこの点に関して、フェレシュティン裁判官の支持する<sup>143</sup>。しかし、これもまた二点において疑問が残る。

まず、規程第65条1項に定める勧告的意見の裁量に関しては、裁判所は問題に対して答えるのを拒絶するには「決定的な理由」が必要であるが、規程第65条1項の裁量で主文2 (E) 後段を正当化するのであれば、この場合「決定的な理由」とは「法の欠缺」そのものになる。もしそうだとすれば、このことが意味するのは、「法の欠缺を理

---

<sup>141</sup> D. Pratap, *The Advisory Jurisdiction of the International Court* (OUP, 1972), p.233.

<sup>142</sup> *ICJ Reports 1996 (I)*, p.237, para.17.

<sup>143</sup> H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Eleven' (2000) 71 *BYIL* 71 at p.108.

由に裁判所は裁判不能を宣告することができるのか」という裁判不能の宣告問題の振り出しに戻るということである。仮に「勧告的意見手続きの場合において」という条件を加えたとしても、勧告的意見においては裁判不能の宣告が許容されるとの見解に問題があることはすでに指摘した。

また、その勧告的意見において、裁判所は規程第65条1項による裁量の行使を理由付けで否定していること<sup>144</sup>、さらには主文 2 (E) 後段に関係する理由付けでは、規程第65条1項について何ら触れていないこと<sup>145</sup>があげられる。言い換えれば、裁判所は規定第65条1項における勧告的意見を拒否する裁量によって主文 2 (E) 後段を正当化しているわけではない。

ところで、裁判不能の宣告の許容性そのものに関連して、フェレシュティン裁判官はローターパクトを引用して正当化を試みているので、この点も確認しておこう。フェレシュティン裁判官が引用する箇所は以下のとおりである。

ある特定の状況において意見を求めた機関の側に裁量の余地を残すように、決定をあきらかに避けること (apparent indecision) は、法の発展の問題としてもまた活動の指針としても、問題に内在する複雑さを指摘できていない虚偽の明白さ (deceptive clarity) よりも好ましいのかもしれない。裁判所の判断が、慣習法であれ条約であれ、既存の国際法の表現である限り、その判断は欠陥のある法制度のしばしば生じる曖昧さや不完全さ (inconclusiveness) をあらわさざるを得ないのである<sup>146</sup>。

---

<sup>144</sup> *ICJ Reports 1996 (I)*, pp.234-238, paras.14-19.

<sup>145</sup> *Ibid.* pp.261-263, paras.90-97.

<sup>146</sup> H. Lauterpacht, *Development II*, p.152.

そして、フェレシュティン裁判官は、核兵器の合法性事件はまさしくそのような場合であると指摘する<sup>147</sup>。

確かにローターバクトは*Development II*ではそのように述べている。しかし、注意をしなければならないのはこの一説の前後関係である。この一節は第二部Judicial Cautionに収められた第8章の「司法的不決断の様態」(Appearance of Judicial Indecision)におけるSection 47にある。このSection 47は「問題の政治的背景」(The Political Background of the Issue)と題され、加盟承認の条件事件を論じたものである。ここでローターバクトは、国連の政治機関の政治的考慮が司法判断の対象になるかという点を論じて、裁判所も反対意見に回った少数派も国連機関の政治的裁量を国連憲章の目的や諸原則に従って誠実に行使されなければならないという見解を打ち出したことに評価を与えている。つまりは国連の政治機関の裁量を法的な枠組みに収めたうえで、その裁量の柔軟性を認めたことを論じているのである。事実、フェレシュティン裁判官が引用した一説の直前で、ローターバクトは以下のように述べる。

双方の意見とも [多数派の意見と少数派の意見 (筆者)]、勧告的意見の要請の主題の性質のために、柔軟性が、ある程度までは不確実性がかなりの程度ありえることを示している。そのような柔軟性や不確実性を優柔不断や責任回避に帰するのは、度を越えた批判であろう。逆に、本件における裁判所の多数派と少数派双方の意見とも、政治的背景から一般的に適用可能な法原則に基づく決定ができるレベルにまで問題を引き上げようとする決意を明らかにしているのである<sup>148</sup>。

---

<sup>147</sup> Declaration of Judge Vereshchetin, *ICJ Reports 1996 (I)*, p.281.

<sup>148</sup> *Ibid.*, pp.151-152.

このようにフェレシュティン裁判官が引用した一説の前後関係を踏まえると、「明らかな決定回避」や「虚偽の明白さ」というものが国際法の完全性や裁判不能の宣告禁止とは関係がないことが理解される。むしろ、フェレシュティン裁判官が引用した箇所は、明らかな決定を回避したことで、裁判所が国連の政治的裁量に法的な柔軟性を与えたことを評価しているのである。

以上見てきたように、勧告的意見における裁判不能の宣告問題も訴訟手続きの場合と異なることが理解される。その意味では、勧告的意見における裁判不能の宣告問題はローターバクトの国際法の完全性論に影響を及ぼすものではないといえよう。

### 3.2. 政治道德の通約不可能性の問題

裁判不能の宣告の問題に関して、核兵器の合法性に関する勧告的意見が提起した二つ目の問題は「唯一正しい答え」のテーゼにかかわり、勧告的意見における裁判不能の問題よりも根本的なものである。すなわち、裁判官たちが裁判所の意見をどうしてもまとめることができない場合には、裁判不能の宣告は認められるのかという問題である。この点につき、核兵器の合法性に関する勧告的意見の主文2(E)の投票状況について説明しよう。

主文2(E)は7対7の同数で、ベジャウイ裁判所長のキャスティング・ヴォートで決定された。しかし、主文2(E)に賛成した裁判官であっても、積極的に後半部分を裁判不能の宣告として支持しているのは、ベジャウイ裁判所長<sup>149</sup>、フェレシュティン裁判官<sup>150</sup>、フライシュハウアー裁判官<sup>151</sup>の3人だけである。

---

<sup>149</sup> Declaration of President Bedjaoui, *ibid.*, pp.269-270, paras.9-10.

<sup>150</sup> Declaration of Judge Vereshchetin, *ibid.*, pp.279-281.

<sup>151</sup> Separate Opinion of Judge Fleischhauer, *ibid.*, p.308, para.4.



主文 2 (E) を支持した他の4人の裁判官はそれぞれ別の理由による。シ裁判官は核抑止政策は法の問題ではなく、政治の問題と理解している<sup>152</sup>。他の3人の裁判官、すなわち、ヘルツェグ (Herczegh) 裁判官<sup>153</sup>、フェラリ・ブラボ (Ferrari Bravo) 裁判官<sup>154</sup>、ランジェヴァ (Ranjeva) 裁判官<sup>155</sup>は主文 2 (E) 後段に明らかに反対している。この3人に共通している態度は、ヘルツェグ裁判官が述べるように、「このパラグラフに反対票を投じることは、この意見において宣言され、またパラグラフ 2 (E) で間接的に述べられた、特定の基本的な結論に対して否定的な立場をとることを意味したであろう」<sup>156</sup>というものである。その意味では、サールウェイが指摘するように、主文 2 (E) 後段の理由付けは多数派によっても実際にはまったく支持されていないということになる<sup>157</sup>。

さらには、複数の裁判官が、「国家の生存そのものが危機に瀕するような自衛の極限的な状況」における核兵器の合法性の問題に、法的回答を与えているということに注意が払われなければならない。すなわち、違法であるか合法であるかは別にして、法的回答が見出されるということは「国家の生存そのものが危機に瀕するような自衛の極限的な状況」でも適用法規は存在しうることを意味する。その意味では主文 2 (E) 後段が想定する状況は、国際法の欠缺には該当しない。ピエール・マリイ・デュピュイ (Pierre-Marie Dupuy) が指摘するように<sup>158</sup>、むしろ問題はお互いに相対立するような適用法規

<sup>152</sup> Declaration of Judge Shi, *ibid.*, p.277.

<sup>153</sup> Declaration of Judge Herczegh, *ibid.*, p.276.

<sup>154</sup> Declaration of Judge Ferrari Bravo, *ibid.*, pp.283-284.

<sup>155</sup> Separate Opinion of Judge Ranjeva, *ibid.*, p.294 and p.300.

<sup>156</sup> Declaration of Judge Herczegh, *ibid.*, p.276.

<sup>157</sup> H. Thirlway, 'The Nuclear Weapons Advisory Opinions: the Declarations and Separate and Dissenting Opinions' in L. Boisson de Chazournes and P. Sands (eds.) *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, p.397.

<sup>158</sup> P.-M. Dupuy, 'Between the Individual and the State: International Law at a Crossroads?', *ibid.*, p.459.

が多すぎるということであって、そのような相対立する法原則のなかで、裁判所は自衛か人道性が優先的に適用されるべき法原則を選ぶことができなかつた、ないしはわざと選ばなかつた、またはそのような法原則の対立を調和することも放棄したという結果が主文 2 (E) 後段といえよう。

したがって、主文 2 (E) 後段の文言定式は裁判不能の宣告であっても、法の欠缺のために生じたのではなく、むしろ裁判官同士の法的見解の不一致のせいで生じたといえる。これが意味するのは、国際法の完全性論と裁判不能の宣告の許容性の問題は切り離されるということである。言い換えれば、主文 2 (E) 後段が裁判不能の宣告であっても、このことをもって直ちにローターパクトの国際法の完全性論が否定されたわけではないということになる。

このような結果が引き起こされた理由について、ヘルツェグ裁判官が法律論的に次のように述べる。

「いかなる場合にもおける」核兵器の威嚇と使用の合法性について総会が提起した高度に複雑な問題に関する勧告的意見の準備は、裁判所内で国際法の概念が異なることを浮かび上がらせた。このような概念の相違のために、裁判所はより完璧な解決方法を、したがってより満足のいく結果を見出せなかつた。勧告的意見の理由と結論の文言は、このような国際法の概念の相違を反映している<sup>159</sup>。

しかし、裁判官同士の国際法概念の相違というのは、結局はベジャウイ裁判所長がいうように「個人の良心に立ちはだかる道徳的なジレンマはこの勧告的意見においてさまざまな意見を見出している」

<sup>159</sup> Declaration of Judge Herczegh, *ICJ Reports 1996 (I)*, p.276.

ためということになるだろう<sup>160</sup>。これは「もし困難な事例 (a hard case) において正しい答えが存在しないのであれば、それはより深刻な問題である道徳理論における不確定性 (indeterminacy) や通約不可能性<sup>161</sup> (incommensurability) のためであるに違いない」というドゥオーキンの指摘が、そのまま主文 2 (E) 後段の問題の核心であるということになる。

こうして、そのような「国際法の概念の相違」や「道徳のジレンマ」といった政治道徳の通約不可能性 (incommensurability of political morals) が、国際裁判官たちに裁判不能を宣告することを許すのかということが問題となる。この政治道徳の通約不可能性を「法の沈黙」として正当化するコスケンニエミは以下のように述べる。

無実な人々の大量殺害という事態を決めるのには、法も自身の権威も不十分だと裁判所は感じた。そうすることにより、一般 (法) 規則と原則の単一で完璧な制度と一般法規則と原則に効果を与える公の手続きというリベラル・ユートピアを裁判所は完全に停止した。しかし、これは、道徳規範の有効性が誰もが道徳について同一の結論に達しようということに基づいていると想定した場合での悲劇である。もしこのような (カント的) 前提が無視され、諸状況の特異性とそういった状況において問題となっている価値の通約不可能性に焦点が当てられるのなら、不安を感じる必要はまったくない<sup>162</sup>。

<sup>160</sup> Declaration of President Bedjaoui, *ibid.*, p.270, par.9.

<sup>161</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1985), p.144.

<sup>162</sup> M. Koskeniemi, 'The Silence of Law/the Voice of Justice' in L. Boisson de Chazournes and P. Sands (eds.), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp.508-509.

この問題は、ローターバクトが想定していなかったものだった。なぜなら、ローターバクトは道徳の普遍性を信じていたからである。たとえ、裁判官の間でも議論が分かれたとしても、最終的な答えは存在しうるし、これを出すのが裁判所の役割であると彼は確信していた。もちろん、裁判所内で見解が分かれることは彼も理解しており、そのため、個別意見制度を「制度としての裁判所の統一性と裁判官の個人的責任のセーフガード」とみなしていた<sup>163</sup>。しかし、裁判官同士の意見の不一致で、裁判所がその見解を形成できなくなることは、彼は考えていなかった。言い換えれば、ローターバクトは政治道徳を異にする国際裁判官の集合体としての裁判所を想定していなかったわけである。

さて、この裁判所内における価値または政治道徳の通約不可能性の問題は、単独の裁判官では起こりえない問題であって、複数の国際裁判官の集合体としての裁判所に特有な問題であることは指摘されなければならない。すなわち、どの裁判官も法的回答を見出せないという国際法の欠缺という法源論の問題ではない。むしろ、意見を異にする裁判官が見解を統一できないという裁判官の合意能力の問題である。

このような政治道徳の通約不可能性という問題は、裁判官の間で本当に克服できないものであろうか。いやそれよりも、裁判官の間でそれぞれの政治道徳が通約不可能のために裁判所としての意見が形成されないことを法的に正当化することが、司法政策の問題として適切なものであろうか。政治道徳の通約不可能性を文字通り理解すれば、政治道徳が異なるもの同士では、お互いに同意できる結論には理性では決して到達できないということである<sup>164</sup>。これは、それ

<sup>163</sup> H. Lauterpacht, *Development II*, pp.68-69.

<sup>164</sup> See A. MacIntyer, *After Virtue*, 2<sup>nd</sup> ed. (University of Notre Dame Press, 1984), p.8. 篠崎栄 (訳) 『美徳なき時代』(みすず書房、1993年)、9-10頁。

ぞれに文化や政治道徳や法的思考が自然と異なる複数の裁判官によって構成されている国際裁判所にとっては致命的な考え方ではないのか。最終的には、政治道徳の通約不可能性を法的に許容することは、裁判官の集合体としての国際裁判所の存在価値を否定することになるのではないか。

政治道徳の通約不可能性がはたして真理であるかどうかという問題は哲学者たちに任せるにしても、それを裁判不能の宣告として法的に正当化されうると肯定することはおそらく適切ではなかろう。むしろ、国際裁判官がしなければならないのは、困難な法律問題に対して、お互いの政治道徳の相違やそれに基づく国際法概念の違いを乗り越えて、裁判所としての統一的な見解を生み出すことではないのか。法的思考が決して自動的で受身のものではなく、むしろ積極的に構築していかなければならないものであるのなら、「脱構築のあとの再構築」というマコーミックのスローガンは、国際裁判にこそ当てはまる。問われているのは、国際裁判官の集団としての国際裁判所の統一性 (integrity) なのである。そして、もし国際裁判官がお互いの政治道徳の相違や国際法概念の違いを乗り越えて提出した裁判所としての統一的な見解が、国際共同体の現状に不適切であったとしても、それは法的推論としての国際法の完全性の問題ではない。むしろ国際裁判所の正統性の問題として、別個に考慮されるべき問題である。

したがって、裁判官同士の政治的価値観の通約不可能性を理由とした裁判不能の宣告を認めることは適切ではない。その意味では、政治道徳の通約不可能性を理由とした裁判不能の宣告を回避する義務を、国際裁判官はその職務として当然に負っているということになるだろう。それはあえて言えば、裁判官の職業倫理であろうし、ローターバクトの言葉にしたがえば、それこそ「法の一般原則」というしかないものだと思う。

## むすび

以上、ローターパクトの国際法の完全性論について論じてきた。第一に、ローターパクトの国際法の完全性論は国際裁判官の視点から、国際共同体観念にまで拡大されて構成されたものであり、それはイギリスの国際法学の伝統とケルゼンの規範主義をうまく融合されたものであることを説明した。その国際共同体の規範主義的概念においては裁判所が中心であって、その権威を前提として、裁判所の国際法解釈が国際法そのものであることを想定していることを指摘した。その意味で司法判断の権威が、国際法の完全性論の問題となることを述べた。

第二に、ローターパクトの国際法解釈における原則選択に関する司法裁量の重要性と、司法立法の概念について説明した。司法立法はあくまでローターパクトにとっては原則の適用の結果であり、その意味で「外見上の司法立法」である。この点、原則の選択という裁量に関しても、ローターパクトは「唯一正しい答え」が存在するという。そしてこれは国際裁判官の責任の問題であると彼は指摘する。

第三に、裁判不能の宣告に関して核兵器の合法性に関する勧告的意見の主文 2 (E) 後段が提起した二つの問題、すなわち勧告的意見手続きにおける裁判不能の宣告の許容性と裁判官の間にある政治道德の通約不可能性の問題を検討した。裁判不能の宣告問題は勧告的意見手続きであっても訴訟事件手続きにおけるそれと問題は異なることを指摘した。また、政治道德の通約不可能性を理由とした裁判不能の宣告も、裁判所として統一的に活動すべき裁判官の職業倫理を考慮すれば、認められないことを述べた。

さて最後に、今後検討すべき残された問題について一言触れておきたい。まず第一に、国際法学の発展におけるハーシュ・ローター

バクトの国際法理論全体の位置づけの問題である。彼の国際法理論はいわゆる国際法の構造転換の問題に関わる。19世紀末以降の国際法学の発展を踏まえた上で、国際法の完全性論や裁判管轄権などの国際裁判論だけでなく、戦争違法化の法的影響の問題や、新グロチウス学派 (Neo-Grotian school) としての彼の理論など包括的に研究する必要がある。第二に、司法判断の権威や国際裁判所の正統性の問題である。これには国際法学における合法性信仰や、国際法議論 (international legal argument) の問題も含まれる。国際司法裁判所の手続とも関係させながら、論じる必要があるであろう。この点、ローターバクトの研究は、国際裁判所の正統性の問題を検討するのに役に立つであろうと思われる。

