

実定国際法における「法の一般原則」の役割

福王 守

目次

はじめに

I 裁判不能の克服と本原則の導入

- 1 現代実定国際法学の矛盾と限界
- 2 本原則の導入に至る背景

II 本原則の実践と問題点

- 1 本原則の実践
- 2 理論上および実務上の問題点

III 実務における本原則の今日的展開

- 1 異文明諸国への浸透
- 2 旧文明諸国間における発展的適用

IV 本原則の新たな位置づけの試み

- 1 組織体法としての位置づけ
- 2 実質的法源としての位置づけ

結びにかえて

はじめに

かつて実定国際法の欠缺の問題を克服すべき役割を担って常設国際司法裁判所規程第38条の3（1920）に導入された「法の一般原則」は、今日においてはむしろその機能をほとんど失ったときえ見なされることがある。当時の国際法学の実務と理論の激しい対立の中で、その妥協の産物としてはじめて普遍性を持って明文化された本原則がなぜ数十年のうちに厳しい評価を下されるに至ったのであろうか。そして、本原則は未成熟な国際法が一般国際法へと形成されていく過程にもはや寄与できないのであろうか。

この疑問の検証に際しては、さまざまな角度からの説明が必要とされる。事実多くの諸学者の研究を通じてその導入の背景についてはほぼ明

らかにされてきたが、原則の個々の内容についての統一的な把握は依然として難しい。その一方で、今日では法源自体を従来の実定国際法学の立場よりも広く解釈した上で本概念を積極的に位置づけようとする見解も存在する。したがって本稿では、まず法の一般原則概念自体の本来の意味を確認した上で、わずか数十年の間になぜ本原則への厳しい批判がなされるに至ったかを検証する。次いで、その一方で本原則に対する新たな解釈と今日における国際法実務における適用場面の分析を通じて、改めて実定国際法におけるその役割について若干の検討を試みたい。

I 裁判不能の克服と本原則の導入

従来から実定国際法の立場は国際法を構成する法素材を法の存在形式という意味で形式的法源（淵源）として捉えてきた⁽¹⁾。しかし社会のすべての事象を法で規律することは不可能である上に、とりわけ国際法には統一的な法体系が整っていない。故に今世紀に入る頃には通説的な法実証主義的立場（実定法学派）は、理論的にも実務的にも行きづまってしまった。特に国際裁判においては、当事国間における共通の適用法規の不在の場面が多く生じてしまい、法の欠缺による裁判不能（*non liquet*）のおそれが出てきたのである。ただし19世紀以降の近代国際裁判をめぐる国際法実務を通じて、これまで適用法規の不在による裁判不能は宣言されてこなかった。ここにおいて少なからぬ役割を果たしてきたのが「法の一般原則」概念である。

1 現代実定国際法学の矛盾と限界

法学一般に通じるように、特に19世紀以降の国際法の分野では実定法学派が主流を占めるようになっていった。この立場から国際法を構成する法素材、つまり法源は法定立の方法および手続（国際法の発現の様式）に求められることになる⁽²⁾。さらに具体的にそれらは国家間の明示的な合意としての条約と、国家間の黙示的な長期間の慣行に基づく国際慣習法に求められるとされて来た。

しかし実定法主義の立場を突きつめていくことにより次のような矛盾と限界を呈するに至った。その点を比較的早い段階で指摘したのがローターパクト（H.Lauterpacht）である。彼によれば「最近の定式化に見られるような現代実定法主義は、国際法上の一貫した体系を構築しうる基礎を与えておらず、また、実定法学者自身が国際法の自らの解説にお

いて、その基礎に対して実効性を与えることができない⁽³⁾。まず理論的には、条約を締結する際に無前提的に遵守されるべき“合意は守られなければならない (*pacta sunt servanda*)”原則を十分に説明することができない。なぜならば実定法主義は国家主権を前提としているからである⁽⁴⁾。つまり国家は生まれながらにして対外的には平等かつ独立した関係に置かれる権利を有する。したがって国家を規律するのは当該国家の意思のみであるという結論が導かれる。しかし「合意は守られなければならない」原則は常に締約国家の意思を超えた所与の前提であるとされており、この点を理論的に説明することができない。

次に実定法主義の立場からは国際法の実務においても国家が適用できるのは自らの意思に基づく条約法規と慣習法規だけであるが、国家間のあらゆる関係を未成熟な国際法で規律することは不可能である。故に国家間紛争を対象とする国際裁判では適用法規の欠如（法の欠缺）によって、裁判不能という事態に陥るおそれが常にあった。しかし、ジェイ条約（1794）以来の近代国際裁判の場面において法の欠缺を理由として裁判不能が宣言されたことは一度もなかったのである⁽⁵⁾。なぜならば両当事者に共通な適用法規が存在しない場合でも、裁判所はそれら以外の「正義」や「衡平」といった裁判基準を用いて審理を行ってきたからである。そしてこれらの概念を法実証主義的に証明することはできなかったのだ⁽⁶⁾。

ここにおいて裁判不能を避けるために少なからぬ役割を果たしてきたのが法の一般原則概念である。なぜならば本原則は今世紀の常設国際司法裁判所規程設置（1920）とともに、はじめて普遍性を持った明文上の裁判基準となったからである⁽⁷⁾。

2 本原則の導入に至る背景

現在の国際裁判の原型は一般には19世紀にまで遡るといわれる。というのもアラバマ号事件（the Alabama arbitrator, 1872）に代表されるような当時の仲裁裁判においては適用法規の決定に際して現在の国際司法裁判に通じる判断が下されているからである⁽⁸⁾。特に裁判の過程においては、その後の「法の一般原則」に通じる一種の私法上の概念への言及がすでになされている。後述するように、法の一般原則概念は主に19世紀以降の国際仲裁裁判の歴史を通じて発達してきたということができる。では法の一般原則とはどこから導かれたものであろうか。

この点についてローターパクトは、P C I J 規程第38条の3としての

「文明国が認めた法の一般原則」について分析を行い、結論として本原則の起源を自然法の要素を含んだローマ市民法 (*jus civile*) に求めている⁽⁹⁾。彼はその根拠となる基礎資料を国際法実務と歴史の両側面から呈示している。

例えば実務上の根拠としては「国際仲裁裁判所が『法の一般原則』に依拠する場合にはいつでも、概して私法の一般原則、言い換えれば一国に普及した法体系に属する原則ではなく、すべてのまたは主な私法体系において一律に適用される規則を示した原則を適用する」と指摘する⁽¹⁰⁾。

また歴史的な根拠としてはゲンチリーやグロティウスといった国際法の古典期(創始期)の代表的な学者の見解を挙げている。なぜならば「古典期の学者は、一大帝国の法がその包括性によって、また権利と正義との普遍的に認められた調和性によってどの程度国際法の淵源として依拠されうるかという問題に直面していた」からである。そして、ローマ法全体の中で国際法に類推適用されるものが厳密な私法であり、それらの多くが自然法の影響を受けていたことを挙げている⁽¹¹⁾。

さらに「文明国」概念とは「キリスト教的ヨーロッパ文明国」に起源を持つといえる⁽¹²⁾。国際法は本来ヨーロッパ公法として発達してきた。特に19世紀以降、国際的影響力を持ったヨーロッパ諸国に共通な文化的背景はキリスト教である。そしてローマ法が全体としてキリスト教の普及とともに諸国家に浸透していたことは明らかである。ローターバクトがこの点に触れていないのは、彼自身がすでに大陸法と英米法の文化圏に生きてきたことに起因すると考えられる⁽¹³⁾。

したがってP C I J 規程第38条の3が本来予定していたものは「ヨーロッパキリスト教文明諸国の国内法に共通な一般原則」であると定義することができる。

II 本原則の実践と問題点

1 本原則の実践

今世紀以来の国際仲裁裁判においては、条約と国際習慣法に加えて法の一般原則はかなり頻繁に援用されてきたといわれる。仲裁裁判の性質上、確かにこれらの国際法の淵源のみならず「衡平」・「正義」・「善」といったいわば自然法上の概念も裁判基準として有効である。同様に法の一般原則もかなり柔軟に判決の直接的な淵源として用いられてきたと

される。

しかし今世紀に入り、特に国際司法裁判制度が確立されていくとともに法規の適用基準についてもより厳格性が増していくこととなった。これまでの国際裁判を通じて法の一般原則が判決の直接的な理由として援用されてきたことはない。あくまでも条約と国際慣習法を補完するために、裁判基準として用いられてきた。しかも「法の一般原則」という総称は極めて抽象的であり、個々の具体的な原則の内容は多様である。また法の一般原則とされる法原則についても、それがローマ法（市民法）を背景としていると言及した例は時代と共に減少している。

ここにおいて戦後復興期に数多くの国際裁判例を分析し、個々の具体的な法の一般原則を4つのカテゴリーに分類したのがチェン（B. Cheng）である。彼によればそれらは「自己保全の原則（self-preservation）」、「信義誠実の原則（good faith）」「責任概念（concept of responsibility）に関する原則」および「司法手続き（judicial proceedings）に関する原則」であるとされる⁽¹⁴⁾。ただしこれらの原則について、彼はローターパクトのような理論的な分析を試みてはいない。あくまでも国際裁判における法適用の場面に注目し、条約と国際慣習法の間隙を埋める法原則としての分類を試みている⁽¹⁵⁾。

ここでは今世紀に入ってから国際仲裁裁判および司法裁判における本原則の適用状況について、特に「責任に関する原則」に注目してみたい。チェンによれば「本概念は、その真の意味においては本質的に国内私法における責任と類似している。その本質とは、法違反行為を犯すあらゆる法主体に義務を課している点にある」とされる⁽¹⁶⁾。ローターパクトも同様に「対応する私法上の原則を採用する必要性は、一層大きな明確性をもって国際不法行為に対する国家責任の理論において示される」と述べる⁽¹⁷⁾。

その理由としては、以下の2点を指摘することができるであろう。第1に、近代国際法の形成過程においては家産国家的な観念が支配的であり、現象形態の上で国家相互の関係が私人相互の関係に極めて類似していたこと⁽¹⁸⁾。第2に、これまで国際公益の観念が未熟であり、違法行為による侵害は対等な国家関係の侵害と考えられていたこと、故に違法性の救済は国内法上の私法関係に類似した被害に基づく損害賠償という形でなされることが多かったことである⁽¹⁹⁾。したがって、国家責任をめぐる裁判例からは時代の経過とともに個々の原則の内容がより具体化されていく過程が理解できるといえよう⁽²⁰⁾。

例えば国家による「相当の注意義務」違反を契機としてその責任が認められた場合には、加害国側の完全な賠償を支払う義務が導かれている。それは「正当な補償」を賠償の範囲とし、「原状回復」を目指した「金銭賠償」義務であることがほぼ明らかになってきている⁽²¹⁾。しかし、一方でまた本原則自体への言及は時代の経過とともに激減していく。以下その原因について若干の検討を試みたい。

2 理論上および実務上の問題点

ICJ 規程第38条1項(c)には「文明国が認めた法の一般原則」と規定されている。これはPCIJ 規程第38条の3をそのまま受け継いだものである。叙上のとおり、ここにおける「文明国」とは本来キリスト教を背景としたヨーロッパ諸国を意味していることは明らかである。まさにこの点に多くの問題の端緒が見いだせる。

PCIJ 規程設置当時までは確かにローマ法という共通の法基盤に則ったヨーロッパが政治的にも経済的にも圧倒的な優勢を保っていた。事実当該規程の起草者たちの構成もこれらの背景を持ったものが圧倒的に多かった⁽²²⁾。近代国際法がヨーロッパ公法として発達してきたといわれるゆえんである。しかし当然のことながら、今日の文明国をこれらの地域に限定することは誤りである。

こうした理論上の矛盾への対応は、国際裁判の実務においても現れているといえる。特に先進国と途上国間における国際裁判においてはこの傾向は顕著である。なぜならば裁判を付託するにあたり、途上国側からすれば適用法規についての予測がつかず、自国の予定しない法原則が援用されて裁判が不利に展開される可能性が存在するからである。したがって第2次大戦後、賠償責任を争点とする国際司法裁判においては途上国が先進国との裁判を望まない傾向がしばしば見受けられるのだ。

また一方では裁判官の立場からもこうした予測不能な裁判傾向を避けようとしてきたことが窺える。つまり法の一般原則というあいまいな概念の援用を避けることによって、各当事国の裁判付託回避の傾向に歯止めをかけようとしたと考えられるのである⁽²³⁾。本原則自体は実定国際法学の理論と実務との妥協の産物である。現代実定国際法学はそれをあくまでも実定法の枠組みに当てはめようと試みたが、実際、法の一般原則は本質的に自然法の影響を免れることができなかったのだ⁽²⁴⁾。この矛盾した事実自体が、すでに本原則の運命を暗示していたともいえよう。例えば国家責任に基づく損害賠償が争点とされた判例についても、PCI

J時代とICJ時代では大きな差が見いだせる。前者においては依然としてローマ法への言及が若干なされているが、後者においてはほとんどそれを見いだすことができないのだ。

しかしこの状況のみから法の一般原則が裁判上不要な概念となったと判断するのは性急であると思われる。なぜならば、ある原則についてはその歴史的背景をあえて解説しなくとも、過去の国際裁判における適用頻度に照らして当該事件にも採用が可能であると判断されている場面が見受けられるからである。そして、当該原則の適用を前提としてむしろその具体的な内容への言及が一步進んでなされていることがわかる⁽²⁵⁾。したがって以下において本原則が今日においても地域的な国際法実務を通じて採用されていることに触れてみたい。

III 実務における本原則の今日的展開

1 異文明諸国への浸透

ここでは2つの方向から本原則の今日的展開の場面を考察していきたい。

第1に、本原則が旧キリスト教文明圏からそれ以外の文明圏へと適用範囲を拡大していく傾向が見いだせる。例えば戦後のコンセッション (concession) においてこの傾向が現れている⁽²⁶⁾。コンセッション自体は先進国の民間企業と途上国を当事者とした経済開発協定 (economic development agreement) であるため、厳密には国際法の規律対象とはならない⁽²⁷⁾。しかし途上国による企業施設の国有化をめぐる問題の解決にあたっては、両当事者間に共通する適用法規が少ないためにしばしば法の一般原則概念が用いられている。またコンセッションを締結する時点であらかじめ紛争処理手段として本原則を適用すべきことを明記している例も少なくない⁽²⁸⁾。この点に着目して、フェアドロス (A. Verdross) やジンマ (B. Simma) は当該契約を「準国際法的契約 (die quasi-völkerrechtlichen Verträge)」と特徴づける⁽²⁹⁾。そして「当該契約に対する国内法のみ適用を排除するために、当該契約が国際法または個々の法源、とりわけ法の一般原則を程度の如何を問わず適用しうるものとして宣言する場合には、当該契約は国際法へと突き抜けるのである」と指摘する⁽³⁰⁾。

さらに適用される個々の原則の内容に着目すると、国家間での適用と比べてより具体的で詳細な言及がなされていることが窺える⁽³¹⁾。例えば

損害の賠償については、その内容が失われた損害の完全な補償を旨としている点では共通している。しかし、コンセッションの場合は補償の本体が現時点での企業そのものの価値であるとしている点で異なる。さらに国家間の問題では本来補償の対象とならない「得べかりし利益 (*lucrum cessans, future profits*)」については、近年の裁判例になるにつれてそれが請求できる場合とできない場合とが判示から読み取れるのである⁽³²⁾。

こうしてコンセッションをめぐる法的問題は国家間をめぐる法的問題に準じた形で解決されてきていることがわかる。というのも民間企業でありながら、先進国の多国籍企業にはさまざまな点で国家の支援を得ているものが多いからである。この点に着目すると、コンセッションを通じて「文明国が認めた法の一般原則」は徐々に異文化へと適用範囲を拡大してきているといえよう。そして適用の継続または反復を通じて、本原則が一般国際法の形成に向けた何らかの影響を与える可能性も否めないのではないだろうか。

2 旧文明諸国間における発展的適用

第2に、旧キリスト教文明諸国間においては、法の一般原則のより発展的な適用場面が見受けられる。ここでは特にEC裁判所とヨーロッパ人権裁判所の実務に着目してみたい。

(1) ヨーロッパ連合(EU)はその前身であるEC時代より、関税同盟を目指した経済的な共同体ではあるが、1993年に市場統合が実現して今日の形態となってからは、将来の政治的な統合をも目指しているといわれる⁽³³⁾。EU法とは、主に当該共同体を設立するための基礎法(第1次法)、およびその諸機関によって作られた派生法としての共同体立法(第2次法)からなる⁽³⁴⁾。したがってここにおける法の一般原則とは、「共同体法秩序自体に内在する法の一般原則と同様に、構成国に共通する法の一般原則も意味している」といわれる⁽³⁵⁾。

まずEUの設立条約であるEC条約第215条は、「非契約上の責任に關しては、共同体は、構成国の法に共通な一般原則に従って、その機関またはその職員が任務の遂行に際して与えた損害を賠償しなければならない」と規定する。また第173条においては、適用法規に対する違反には司法裁判所(EC裁判所)の司法審査権が及ぶとしている⁽³⁶⁾。これらの規定からは、EU法上の法の一般原則にはICJ規程と比較してより積極的な意味づけがなされていることが窺える。その理由としては、

「詳細な取り決めが必要な経済、税制（関税および間接税）や農業・商業政策の分野に関しては、EC基本条約に適応条項が不在の場合が多い」ことが挙げられている⁽³⁷⁾。

さらに個々の原則の内容についても、ローマ法にその起源を求められない新しいものがEC裁判所の実務を通じて見いだすことができる。特に「企業秘密保持」原則などは、明らかに従来型の法の一般原則概念が予定していなかったものであるといえよう⁽³⁸⁾。このようにさまざまな法の一般原則が裁判を通じて明らかになっていく理由には、やはりEUの構成国自体が共通の法文化的背景を持っていることが考えられる。確かにEUは経済を中心とした地域的な国際機構に過ぎないが、旧キリスト教文明諸国の法実務を通じた個々の法の一般原則が将来的に一般国際法の形成に与える影響は少なくないと思われる。

(2) また、基本的人権に関わる分野についてもヨーロッパではヨーロッパ人権条約（1953年発効）において法の一般原則概念を採用している。本条約は世界人権宣言が定める市民的・政治的権利と自由を国連に先駆けて保障している点で重要である⁽³⁹⁾。また条約を実施するためにヨーロッパ人権委員会が設置され、締約国による苦情申立て、自然人・非政府団体または個人の集団から請願を受理する権限が認められている。さらにヨーロッパ人権裁判所が設置され、人権委員会と締約国に出訴権が認められている。

ここにおいて法の一般原則を採用しているのが第7条2項である。第7条1項は刑法の遡及的適用を禁止している。これを受けて第2項は「本条は、犯行の当時文明国の認める法の一般原則に従って犯罪であった作為又は不作為を理由とする人の裁判及び処罰を妨げるものではない」と定めている。EC裁判所とは異なり、基本的人権を争点とする裁判に本原則の適用が可能である点が注目される。当該裁判所ではこれまで「権利放棄」、「当事者平等」、「禁反言」などが適用されている⁽⁴⁰⁾。いわば国家主権にまで踏み込みかねない人権分野にすら、法の一般原則が用いられているのである。

以上のように、ローマ法を背景としたキリスト教ヨーロッパ諸国では、一般国際法における以上に法の一般原則概念が大きな役割を果たしているといえよう。

IV 本原則の新たな位置づけの試み

前記のような法実務に対応するように、理論的な側面からも法の一般原則の従来とは異なる解釈による位置づけが試みられつつある。ここでは特に大陸法系・英米法系の2つの観点からの位置づけを指摘しておくたい⁽⁴¹⁾。

1 組織体法としての位置づけ

一般に国内法体系においては、憲法を頂点とした統一的な法体系が築かれているといえる。一方国際法にはそのような一貫性が備わっておらず、その意味で立法過程においても執行過程においても分権的な性格が備わっているとされる⁽⁴²⁾。

確かに実定国際法学は社会的事実に応じて客観的に認識しうる法素材に着目するため、国際法の淵源（法源）も条約と国際慣習法に限定されてしまう。しかしすでに述べたとおり、例えば条約に関して締約国を規律する「合意は守られなければならない」原則を実定国際法学から理論的に証明することはできない。また実定法主義の前提である「国家の主権平等の原則」や、海洋法規の前提である「海洋自由の原則」などもいわば国家の意思を越えて無前提的に与えられた根本原理である。

この点に着目して、大陸法系の学者の中には国内法の法段階構造を参考に法の一般原則を国際法秩序の組織体法として把握しようとする見解が見受けられる。例えばガイガー（R. Geiger）は国家の主権平等の原則を「国際法秩序が構成され、故に国際法の『組織体法』が帰属する最高原則」として捉える。また海洋自由の原則は「演繹によって個々の具体的な国際法規則を生み出す原則」として把握されている⁽⁴³⁾。

ただしこの解釈は文明国の国内法に共通する一般原則という、本来的な意味からは飛躍している。また現時点の国際法秩序をいわば統一された国内社会における段階的な法構造に類似させて捉えることには問題がある⁽⁴⁴⁾。やはり国際社会は依然として合意を前提とした社会である。しかし法実証主義的観点からは厳格に証明できない事実を率直に把握しようとしている点では、この見解は評価されうるであろう。

2 実質的法源としての位置づけ

従来から実定国際法学では、法の欠缺をいかに克服するかという大きな問題を抱え続けてきている。一般に法規範とは法社会における行動指

針である行為規範性と、その違反に対する制裁を強制するための裁判規範性を備えているものとされる。ここで法規範を法を構成する素材としての形式的法源と解釈するならば、実定国際法学において行為規範性と裁判規範性を備えたものは条約と国際慣習法に限定されることになる。そして法の一般原則に関しては、裁判規範ではあっても行為規範ではないというのが従来からの通説であった⁽⁴⁵⁾。つまり国内社会における行為規範ではあっても、国家間での通常の実行に欠けており、国際社会における行為を日常的に規律するものではないとされてきたのである。

しかしもともと統一組織の基本法を持たない国際法において、厳格に行為規範と裁判規範とを区別することは極めて難しく、またそれを判断する普遍的な国際機関や基準は存在しない。この点に着目して、特に戦後においては法源自体の解釈を変えようとする立場がしばしば英米法系の考え方に見受けられる。

例えばブラウンリーは、従来の形式的な法源 (formal sources) という用語に加えて「個々の規則または実行に関する国家間合意のあらゆる重要な存在証拠」として実質的法源 (material sources) という言葉を用いている。従来実質的法源とは哲学的法源とも呼ばれ、法が導かれる根拠が理性や正義といったいわば自然法学的な視点にまで遡って把握されるものである。彼がどの程度自然法の要素を取り入れているかは明らかではないが、法源の根拠を裁判実行にまで拡大して求めている点は注目される。こうして彼は国際仲裁裁判例の歴史に照らして、法の一般原則を「歴史的論理的に国内法に影響された内容を持つ、国際法の新しい要素が導かれる」存在として理解する⁽⁴⁶⁾。そして本原則を「おそらく形式的な淵源」であると解釈するのである⁽⁴⁷⁾。

またわが国においても同様な根拠から法の一般原則に法源性を認める見解が最近では見受けられる。特に国際裁判における裁判準則とされていること自体に法源としての根拠を求めようとしている点が特徴的である⁽⁴⁸⁾。ただし、本原則に関する歴史および法律家諮問委員会の審議に照らして検証するならば、多くの学者が認めるように、少なくとも条約と国際慣習法と同じ従来からの形式的法源のカテゴリーに当てはめて解釈することは妥当でない。

さらに戦後のアメリカの学者であるマクドゥーガル (M. S. McDougal) は社会学的な観点を加味して、「法を『規範』として捉えず、人間の尊厳を究極目的に、国際共同社会の需要とこれに対応する『有権的な意思決定過程 (process of authoritative decisions)』として、これを国際

法の拘束力の基礎と主張する⁽⁴⁹⁾。故に彼に代表される学説は法政策学説 (Policy-Oriented Jurisprudence) と呼ばれる⁽⁵⁰⁾。

この考え方によれば比較法的研究が重視され、「包括的で全世界的な有権的意思決定過程、実効的な権力、および公秩序の概念を、全世界的共同社会の形成過程、実効的な権力の超国家的な形成過程、または包括的な法形成過程に関連させようとする意識」が必要とされる。そして「比較法的な研究から I C J 規程第38条で扱われる法の一般原則が導かれ、それがローマ法に起源を持つ「比較契約法 (comparative contract Law)」であるとする⁽⁵¹⁾。したがって、この理論によれば国際共同社会が要求する有権的意思決定過程は国際法として把握されるため、適用順位は別としてもやはり法の一般原則も国際法として解釈されることになるであろう。

これまで紹介してきたいくつかの学説にも共通であるように、確かに第2次大戦後の国際社会は国連などを中心として共通の価値を求め続けてきている。それ故に今日の国際法自体の捉え方も修正されていくことが必要であろう。しかし、現段階では国際社会の共通利益という概念が十分成熟しているとはいえない⁽⁵²⁾。故に国際社会の世論をどのような基準で普遍的に捉えるかが依然として明確ではない。ただし法源を従来の実定法主義のように単に演繹的な抽象理論に求めるのではなく、実務の現実から把握することを通じていわば帰納的にその矛盾を克服しようと試みている点では有効であるといえよう。

つまりこれらの新しい解釈の試みからは、今日のような「国際法が変革過程にあるような時期には、法源論の本来の関心事項である立法的側面、すなわち国際法がいかにか形成されるかという能動的契機の究明にその重点が移行」しつつあるとも理解できるのだ⁽⁵³⁾。

結びにかえて

実定国際法の欠缺の問題を克服するためにこれまでも多くの試みがなされてきた。法の一般原則は従来の実定法主義の法源論に基づいて、旧文明諸国の立場から条約と国際慣習法を補充する裁判準則として用いられてきた。この意味で本原則は実定法主義に基づく国際法秩序を維持するとともに、また一方では裁判不能を回避する役割を通じて、当事者の訴えの利益を保障するものであったといえよう。一般に法には法的安定性と具体的妥当性という、それぞれの実現過程で時に矛盾・対立する目

的があるといわれる。故に「この両者の妥協点または調和点を発見すること」が法の責務であるとされる⁽⁵⁴⁾。この法の責務に鑑みるならば、ある意味で法の一般原則は実定国際法秩序における法的安定性と具体的妥当性を調整する役割を担ってきたともいえよう⁽⁵⁵⁾。

そして本原則をめぐる実務が行きづまりを見せた主な原因は、自然法の要素を含んだこの曖昧な法概念が限定的な文明圏からあくまでも実定法上の原則として位置づけられようとしてきたことに求められる。P C I J 規程設置時点での定義に厳格に則るならば、本原則が将来的にも普遍性を持って I C J の法実務に寄与するとは極めて難しい。

しかし、これまでのささやかな検討を通じて窺えるのは、本原則の存在意義がまだ完全には失われていないということである。現段階ではいかに法源を従来とは異なった角度から捉えようとも、条約と国際慣習法が国際法の主要な法源であるという事実は揺らいでいない。まずはその事実が改めて認識されるべきである。そして「文明国」の定義を今日的な観点から改めて確認すべきであろう。その上でさらに実定国際法の枠組みにおける法の一般原則の実効性を確保し続けるためには、今後は個々の原則の具体的な分析がなされていく必要があると思われる。

註

※本稿は1997年6月11日、敬和学園大学における研究報告（第1回敬和フォーラム：「実定国際法の法源と『法の一般原則』」）に基づいて、論文に改めたものである。

- (1) 法源には哲学的法源・歴史的法源・形式的法源の3種類があり、相互に関連性を持っているといわれる。ここにおいて「哲学的意味の法源は法の効力ないし拘束性の根源であり」、自然法はこれに含まれるとされる。また「法の解釈に法の本質に遡って考察する必要があるとすれば、哲学的法源と形式的法源とは切り離すことができない」といわれる（団藤重光『法学の基礎』有斐閣、1996年、162-163頁）。
- (2) 經塚作太郎『国際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、70-71頁。
- (3) Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p. 298, I.16-22.
- (4) 国際法における実定法学派は「自足性（Self-Sufficiency）」を最前提とし、これに基づいて国家主権概念が導かれるとされる（*Ibid.*, p.7）。次に「私法拒絶の原因は実定法主義の主権原理の二つの主な側面に由来するだろう」と述べる。一方は、「国際法が合法的に存在するためには、唯一それが自国の自己保全や発展に役立つ限りにおいてであるということを理由づけるための、ある絶対的な法的・道徳的価値の実体としての国家概念の側面」である。他方は、「国際習慣や条約によって明確に認められた諸規則だけが国際法の排他的淵源であるということによる、厳格な実定法主義原理としての側面」である（*Ibid.*, p.43）。
したがって「まさに主権原理の所産である実定法主義の見解は、国家の意思から直接由来しない概念や原則が、国際法上拘束力を持つ規則の分野に侵入することを許せなかったのである（*Ibid.*, p.ix., I.23-27）。なおローターパクトによる「法の一般原則」の分析と理論的位置づけについては、拙稿（「法の一般原則」の今日的意義と問題点『法学新報第103巻 第9号、10号』、1997年）参照。
- (5) 本条約に基づいて英米仲裁委員会（the British-American arbitration commissions）が設けられた。ここでは「損害賠償の測定方法や裁判所の自己管轄の決定権といった当該委員会の審議の中心問題に対して、国際法上確立した規則として認められるまで一世紀を要した解決策が受入れられて」いる。そしてそれ以降の「19世紀における莫大な件数の小規模仲裁裁判は、問題解決に際して私法の適用に依拠していた」とされる（*Ibid.*, pp.38-39）。
- (6) *Ibid.*, pp.298(I.22)-299, (I.3)。したがって厳格な実定法主義者ですら「形式的には私法への依拠を拒みつつ、実質的にはその受容に同調する」ことを余儀なくされたのである（*Ibid.*, p.13）。
- (7) 「熱心でかつ長期に及ぶ議論の結果、法律家諮問委員会（the

Advisory Committee of Juris, 1920)の委員は大陸法学および英米法学の双方の代表にとって等しく名誉となる妥協に達した。そして常設国際司法裁判所の司法的機能を厳格に基礎づけたのである (*Ibid.*, p. ix., I. 3-7)。なお当該委員会の審議過程については、*Comité Consultatif de Juristes, Procès-verbaux de Séances du Comité*, 1920, を参照のこと。

- (8) 管轄裁判所たるジュネーブ裁判所は「諸国家に適用されるものとしての相当の注意 (due diligence) の意味と範囲についてだけでなく、ローマ法において知られる過失 (*culpa*) のさまざまな形態について扱われなければならない」といわれる (*Ibid.*, p. 39)。
- (9) 彼の見解によれば、「今や、国際法が保護する利益で根本的に国内法および私法が保護する利益と異なるものはあり得ない、ということが徐々に認められてきて」いる。なぜならば「原則として国際関係の分野での国家の政治的活動は、主に経済上の集团的利益を保護するために向けられている」からである (*Ibid.*, p. 73)。つまり国際法における私法の混在が認められている。
- (10) *Ibid.*, p. 69。
- (11) *Ibid.*, p. 11。なお本原則の根拠については、拙稿 前掲論文 第103巻 第10号、130-133頁参照。
- (12) 筒井若水「現代国際法における文明の地位」『国際法外交雑誌 第66巻第6号』、1986年、41頁。
- (13) 彼の学問的背景については、C. Wilfred Jenks, Hersch Lauterpacht—The Scholar as Prophet, *British Yearbook of International Law (B. Y. I. L.)*, vol. 36, 1960, p. 1。
- (14) Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 29。
- (15) チェンの分析によれば「ICJ規程第38条1項(c)の採用は、国内法体系のように、国際法が多くの定式化されていない諸原則を含んでいるとする見解を支持するものである」。しかし「文明諸国側の承認という要素は存在しつつも、通常の慣行の必要性は欠けている」とされる (*Ibid.*, pp. 23-24)。
- (16) *Ibid.*, p. 389。
- (17) H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 134。
- (18) 田畑茂二郎『国際法 I』有斐閣、1973年、126-127頁。
- (19) 栗林忠男『国際法』日本放送出版協会、1990年、120頁。
- (20) 拙稿「裁判準則としての「法の一般原則」の法源性」『中央大学大学院研究年報 第25号 法学研究科篇』、1996年、17-18頁参照。
- (21) 同論文20-21頁。ただし「原状回復は損害を被った当事者が再び『もとのままの状態』になるための完全な賠償であって、この範囲を決して超えるものではなく、特に懲罰的損害賠償 (punitive damages) の考えに対しては論駁するものである」とされる (B. Cheng, *op. cit.*, p. 234)。また裁判所は、実際に被った損害についての賠償が本質であるとして「得べかりし利益」の賠償についてはかなり慎重な態度を示し

ている。

- (22) 当該法律家諮問委員会の構成員は10名であり、出身国はアメリカ合衆国、イギリス、フランス、イタリア、ベルギー、ノルウェー、スペイン、ブラジル、日本であった。牧田幸人『国際司法裁判所の組織原理』有信堂高文社、1986年、113頁。
- (23) 小川芳彦「国際司法裁判所と法の創造(1)」『法と政治 第15巻第4号』、1964年、637頁。
- (24) 本原則に関する法律家諮問委員会の審議過程においても、最初の提案（委員長デカン）の時点ですでにこれが「文明諸国民の法的良心による命令」であるという説明がなされている（田畑茂二郎 前掲書 122頁）。この時点の議論については、住吉良人「文明国が認めた法の一般原則」『法律論叢 第48巻第4・5・6号』、1976年、264-267頁参照。
- (25) 拙稿 前掲論文 18頁。
- (26) この問題を研究したものとしては、森川俊孝「仲裁と法の一般原則」（『皆川汎先生還暦記念論文集、紛争の平和的解決と国際法』所収、1981年）がある。
- (27) コンセッションの形態は多岐にわたっているが、マクネア（A. D. McNair）はその法的性質について以下のように定義している。「政府を一方当事者とし、またその法的存在が外国法に由来し、かつその資本が主に当該国民に由来する外国企業を他方当事者として締結される。したがってそれらは『外国の要素』、つまり国際的な要素を含んでいるが、ただし『国際的』という用語は『国際公法』上の表現での『国家相互間』という意味ではなく、異なった2国に当事者が属する協定を意味するものとして用いられている（Lord McMillan, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, B. Y. I. L. vol. 33, 1957, p.3)」。
- (28) 例えばイランおよびアングロ・イラニアン石油会社間の石油コンセッション協定（1933）第22条F項では「裁定は、常設国際司法裁判所規程第38条に含まれる司法的諸原則に基づいてなされる。裁定は終局的なものとする」と規定する（McNair, *op. cit.*, p.24）。その他の契約条項例については、落合淳隆『石油と国際法』敬文堂、1997年、98-102頁参照。
- (29) Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 3. Aufl., 1984, S.260. そして準国際法的な当該契約が「（広義の）国際法と考えられているので、国家でない側の当事者の国際法的性質をも根拠づける」と解釈している。その理由としては1965年の投資紛争解決条約第42条が挙げられている。すなわち当事者間の合意に基づいて設置される仲裁裁判所は、「締約国の国内法『または国際法上の関連規定』を適用しなければならず、それ故に少なくとも部分的には当該契約の国際法的性質が承認されるのだ」とされる（a. a. 0., S.5）。
- (30) Verdross/Simma, a. a. 0., S.6.
- (31) 拙稿「「法の一般原則」の発展とコンセッション」『中央大学大学院研究年報 第26号 法学研究科篇』、1997年、31-32頁参照。

- (32) 例えば、アモコインターナショナル・ファイナンス事件（1987）において、裁判所は違法性の有無による賠償内容の相違点にまで言及した。すなわち、違法な取用の場合には得べかりし利益を含めて原状回復または損害賠償がなされなければならない。しかしそれが合法的な場合には、補償基準は取用時点における継続的企業の全額であり、当該企業の価値には消極的損害としての逸失利益は含まれないと判示されている（川岸繁雄「開発協定と仲裁裁判」『国際法外交雑誌 第92巻第2号』、1993年、27-38頁。拙稿 前掲論文 33頁）。
- (33) 吉野正三郎編著『E Cの法と裁判』成文堂、1992年、296頁。
- (34) 同書 299頁。
- (35) Michael Schweitzer, *Europarecht*, 1993, S. 16.
- (36) 『解説条約集（第7版）』三省堂、1997年、参照。
- (37) 山根裕子『EU/E C法』有信堂高文社、1996年、73頁。
- (38) E C裁判所が適用する法の一般原則としては大きく分けて以下の例が挙げられている。「商法あるいは行政法適用上の原則」…比例性、不可抗力、禁反言、既判力などが含まれる。「構成国に共通な法の一般原則」…企業秘密保持、租税（税金）と公共サービスの違いなどが含まれる。「欧州共同体の性格に由来する法原則」…自由移動の原則、加盟国間での国籍による無差別の原則などが含まれる（同書 74-79頁）。
- (39) 前掲『解説条約集』123頁。
- (40) この点については、大森正仁「法の一般原則と国家責任に関する一考察」『慶応義塾大学法学部開設百周年記念論文集』、1990年、528頁参照。
- (41) この点については、拙稿『法学新報 第103巻 第10号』掲載論文、121頁以下参照。
- (42) 松井芳郎他著『国際法〔新版〕』有斐閣、1993年、16-17頁。
- (43) Rudolf Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1994, S.83. ガイガーによれば本原則は「文明諸国の法の一般原則であることを条件として、諸国家の国内法から引用され、国際的な事実関係に適用される一致した原則」として定義される。
- (44) R. Geiger, a. a. O., S.8, 19f.. 例えば国際機構の設立条約などの例をとって、国際関係を法的に把握する前提として「いずれの法秩序におけるのと同様に、国際法秩序においてもまた実質的な意味での組織体法は確認されうる」と述べられている。
- (45) 経塚作太郎 前掲書 84頁。なお「形式論として、法の一般原則が国際司法裁判所の裁判基準とされるのは、その基準を認める条約（規程）があるからであり、その意味でこの場合の法源は、先行する規程（条約）そのものであり、法の一般原則ではないとも考えられる（同書 85頁）。
- (46) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, pp.1-2。本書によれば「形式的淵源と実質的淵源との区別を維持することは難しい。」しかし「ある意味で『形式的な淵源』は国際法上は存在しない。」なぜならば「国内で法を創造する憲法上の機構に相当するものが、国際法上の規則の創造のためには存在しない」からである。それ故に「形式的な淵源の代用語およびおそらくは同義語として、

一般適用される規則は諸国家の一般的合意によって創造される、という原則が存在する」のだ。

- (47) *Ibid.*, p.4.
- (48) 例えば本原則に条約と国際慣習法が規律していない分野を補完する独自の法源性を認める見解がある。「国際裁判所は、法の一般原則を適用するにあたっては、各国内裁判所で集積された法的推論と司法類推の中から、国家間関係に関連があり適当と判断する原則を選別するのであって、素材としての各国内法規を機械的に適用するのではない。このように国際裁判所が国際関係に適用可能な原則の選別・援用の権限を行使することによって、法の一般原則は、国際法の独自の法源となり、一般的な拘束性をもつのである（山本草二『国際法（新版）』有斐閣、1994年、58頁）」。
- さらにこの点をICJの審理手続から次のように根拠づける。「（国際司法）裁判所は、国際法の欠缺と当事国の権利義務関係の不明白性に基づく『裁判不能』の事態を回避するため、しばしば、一般国際法の解釈として、国家の主権・独立に与えられる「有利な推定」を援用しがちであるのに対して、『法の一般原則』は、このような一般的推定に先行し、むしろその濫用を防ぐものとして、国際法上、独自の機能を持つのである（同頁）」。
- (49) 経塚作太郎 同書 106頁。またマクドゥーガルは「国際社会は単一の公秩序ではなく、複数の地域的公秩序制度が分化されている」と捉える（大内和臣「マクドゥーガルの法政策学説—Policy-Oriented Jurisprudence—の概要とその諸批判の妥当性」『国際法外交雑誌 第64巻第6号』、1966年、125頁）。
- (50) 「創造的な法学とは実効的なものであり、また今日ではそのことが根本的志向性に関して、法政策的検討の広範な概略から示唆されるのである（H. D. Lasswell/M. S. McDougal, *Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective*, *University of Florida Law Review*, 1966-67. p.491）」。
- (51) M. S. McDougal, *International Law Education*, *Harvard International Law Journal*, vol.29, 1988, p.268.
- (52) 例えば「現在においても、なお、特別国際法に対応する少数の国家間の共通利益は存在し、これらの共通利益の実現については、依然として、主権国家間相互の双務的な関係を自律的に調整する従来の合意原則が適用されることになる」との指摘がなされている（大谷良雄『共通利益概念と国際法』国際書院、1993年、23頁）。
- (53) 村瀬信也他著『現代国際法の指標』有斐閣、1994年、18頁。なお本書において実質的法源は、国際法の形成過程としての「国際立法」として理解されている。
- (54) 川添利幸『法学概論』文久書林、1983年、29、36頁。
- (55) ローターパクトは「国際共同会社のようなこの未組織の共同社会においては」、「あらゆる変化は法規則となる傾向にあり、国際生活のあらゆる側面は法的な基準を決めることを主張し、またあらゆる優勢な利害

関係はそれ自体が法として主張されるのである」。そして「私法はかつてこれらの要因であり、また現在においてもそうである」と述べる (H. Lauterpacht, *op. cit.*, p.305.)。