

「法の一般原則」概念の変遷に関する一考察

— 国内私法の類推から国内公法の類推へ —

福 王 守

問題の所在

第1章 文明国が認めた「法の一般原則」

第1節 近代国際仲裁裁判と私法概念の類推

第2節 常設国際司法裁判所規程第38条の3

第3節 国際司法裁判所規程第38条1項c

第2章 20世紀後半の国際裁判における「法の一般原則」概念の発展

第1節 旧文明国以外への適用範囲の拡大

第2節 旧文明国間における共通原則の多様化

第3章 国際人権保障に向けた「法の一般原則」概念の導入

第1節 国際人権保障と「法の一般原則」

第2節 国際刑事裁判所規程への「法の一般原則」の導入

第3節 EUの基本権保障に向けた「法の一般原則」の導入

第4章 「国内公法の一般原則」の援用をめぐる問題

第1節 人権保障に向けた国内公法概念の援用問題

第2節 国際機構に対する民主的統制と国内法原則の援用問題

小 結

問題の所在

今日の国際社会においては、法実証主義的枠組みを保ちながらも、実定法が国家間の実行を規律しきれないことは明らかとなっている。このことはすでに20世紀初頭の段階でも強く認識されていた。ここにおいて実定国際法を補完する役割を果たしてきたのが「法の一般原則」概念である。本

概念は人類史上初の国際的な司法裁判所である、常設国際司法裁判所の設立条約（PCIJ 規程）第38条の3において初めて名文規定となった。ただし、本原則は実定国際法の妥協の産物であると称せられるように、自然法の要素を含んだ極めて抽象的な概念であり、国内法の共通要素としての私法に起源を有するものであった。このため、柔軟性を有する国際仲裁裁判においては頻繁に依拠されながらも、より厳密な法適用を求められる国際司法裁判では、直接的な判決の淵源とはなりえなかったのである。特に、戦後の国際司法裁判所における本原則（ICJ 規程第38条1項c）の適用場面は、極めて減少していった。ゆえに、本原則のあり方自体を厳密に議論することは有益ではなく、裁判上の独立した国際法の淵源として捉えれば足りるとする見解も示されつつある。

しかし、近年では地域的国際法実務等を含めて、本原則が諸条約中に裁判準則として規定される機会が増えてきている。特に、国際人権保障をめぐる国内公法の類推適用については、その有効性のみならず、主権概念を通じた問題点も指摘されうるであろう。本稿は、哲学的観点から深く法源論を掘り下げたものではない。むしろ、実定国際法学における、国内私法概念を契機とした「法の一般原則」の変遷を整理しつつ、さらに人権保障と国際機構の民主的統制との関わりから国内公法原則の新たな援用問題を検証することに、その主眼を置きたい。

第1章 文明国が認めた「法の一般原則」

第1節 近代国際仲裁裁判と私法概念の類推

(1) 近代実定国際法学の矛盾と限界

今日に至るまで、国際法学の中心を担ってきたのが法実証主義に基づく国際法学である。実定国際法学は、独立した主権国家間の合意を前提とし

て形成されてきたため、国家間を規律する諸規則の総体について、その存在形式としての法源を条約と慣習国際法に限定して把握している¹。特に、19世紀後半期の厳格な法実証主義的見解によれば、形式的法源を通じて実定国際法の体系が完結したものとしてみなされていた。

この点について、20世紀初期の段階から問題点を提起してきたのが、ローターパクト(H. Lauterpacht)である。彼は、1927年の著書において、近代以降の国際仲裁裁判および国際司法裁判例の分析を行いながら、実定国際法学の理論上および実務上の矛盾を指摘した²。すなわち、国際法における実定法学派は「自足性(self-sufficiency)」を主な前提とする³。ここから国家主権原理が生じ、国際法において当該主権原理はおよそ次のような二つの側面をもって現れるのである。第1は、絶対的な法的および道徳的価値の実体としての国家概念の側面である。これによって、国際法が合法的に存在するのは、自国の自己保全や発達に役立つ限りにおいてであることが理由付けられる。ゆえに、第2には、厳格な実定法主義原理として、国際慣習や条約によって認められた諸規則だけが国際法の排他的な淵源であるとする側面が導かれるのである⁴。したがって、国際裁判で用いられるべき法規も、裁判規範(強制規範)であるのみならず、通常の実定法を規律する行為規範(社会規範)としての性質を備える必要があると解されるに至った⁵。

これに対して、ローターパクトは「最近の定式化において見られるような現代法実証主義は、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に関する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」と指摘した⁶。すなわち、理論面において、国際法の唯一の淵源である諸国家の意思という教義は、国際法概念全般および条約の拘束力を一貫して基礎づけることができない。特に、条約を締結する際に締約国の意思を超えて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、法実証主義では十分に説明することができないのである。また、国家実行の

面では近代以降の様々な国際仲裁裁判例からも明らかなように、国際紛争の司法的解決にとって条約および慣習国際法だけでは、もはや不十分なものと諸政府が見なしてきている。特に、1794年の「ジェイ条約（The Jay Treaty）」以来の近代国際裁判の場面において、実定国際法の欠缺を理由として「裁判不能（*non liquet*）」が宣言されたことは一度もなかった。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。

ローターバクトは、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本質的要因として、紛争当事国争国に共通な「国内私法」の援用を指摘している。その指摘によれば、国内私法援用の事実は19世紀以降の近代国際仲裁裁判において顕著である。結果的に、厳格な実定法学派は主権原理に基づく排他的な姿勢によって「形式的には私法への依拠を拒みつつも、実質的にはその受容に同調する」ことを余儀なくされ、現実との矛盾に対処することを迫られることになった。国際仲裁裁判における私法の取扱いの重要性を考える上で重要な先例は、ジェイ条約の下で構成された「英米仲裁委員会（the British-American arbitration commissions）」に始まる。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、国際法上の確立した規則として認められるまで1世紀を要した解決策が受け入れられて」いる。そして、彼はこれ以後の「19世紀における莫大な件数の小規模仲裁裁判が、問題解決に際して私法の適用に依拠していた」と指摘する。例えば、損害賠償、時効、自白などについての問題において、私法への依拠の傾向は著しかった。特に、当時の代表的な仲裁裁判である1871年の「アラバマ号仲裁裁判（the Alabama arbitration）」では、損害賠償の測定及び利害関係の受容性等が中心問題となっている。ゆえに、管轄裁判所である「ジュネーブ(Geneva)」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)』の様々な形態について扱わねばならなかったのである」。このことから、むしろ「仲裁裁判所が私法の適用の問題についての何らかの形式に関与するように要求されなかった事件はほとんどまれであった」と強調されている⁷。

(2) 私法の淵源としてのローマ市民法

その後の国際仲裁裁判の分析を通じて、ローターパクトは国際裁判に援用される国内私法概念の根源を次のように結論づける。すなわち、20世紀初期の段階にいたるまでの国内私法原則は、主にかつてのローマ帝国の国内法としての「ローマ市民法 (*jus civile*)」に起源を求めることができる。そのことは、近代における著名な国際法学者の記述からも裏づけられる。とりわけ「古典期の学者は、一古代帝国の法がその包括性を根拠に、また普遍的に認められた正義との調和性を根拠に、国際法の淵源として依拠できるかという問題に直面していた。しかし、極めて発達し、またそれゆえに、類推を引き出すために極めて多用されたローマ法が厳密に私法の部分であったので、ローマ法の果たした役割について当時の代表的な諸国際法学者の著書において検討することは本論の主題にとって少なからず利益となるであろう」。その分析によれば、近代国際法学の祖であるグロティウスやゲンチリー等を通じて、すでに国際裁判における国内私法援用の必要性和問題点が主張されている。

例えば、ゲンチリーは「市民法は軽率に引用されてはならず、また『ある国家に適用されるものは不条理に国家の枠を超えてはならない』と力説している。また彼の著作においてはローマ法への依拠が顕著になされており、しばしば一般論として『『全ての主権国の君主等は相互間の紛争時に市民法によって規律されることを義務づけられる。いずれの君主も一種の諸国民の法としての市民法に服するのである。』と述べられている」。次に、グロティウスと市民法概念をめぐるのは、彼の著書である「戦争と平和の法 (*De Jure Belli ac Pacis*)」が大きな誤解の源となって来たと言及

されている。なぜならば、「用語の正確さの点では偉大な法律家の業績とは見なし得ないという」事実が存在するからである。例えば、グロティウスは自らの「万民法 (*jus gentium*)」概念に余りにも多くの意味を帰属させており、「彼が理解した市民法とは私法一般又はローマ法ではなく、むしろ諸国間に普及している法とは区別された、私法及び公法も含めた実定的な国内法」である。さらに、彼は「自然法 (*law of nature*)」を「諸国民の法 (*law of nations*)」とは同一視しなかったものの、「前者を『制定された』諸国民の法の欠缺を充足し得るであろう明確な淵源として見なしていたのである」。ゆえに「彼は私法（又はローマ法）自体を国際法上の義務的な強制力をもつものとしては受容しなかった。しかし一定の事例に適用可能な自然法の証拠として見なされる場合には、異なった名称で、私法上の規則及び原則を確かに継承したのである⁸」。

以上の根拠から、ローターパクトが指摘する「私法」とは、かつてのヨーロッパ地域を支配していたローマ市民法に淵源を求めることができるのである。さらに、当時のローマ市民法とは、依然として自然法の要素を強く含んでいたことが窺える⁹。

第2節 常設国際司法裁判所規程第38条の3

(1) 法律家諮問委員会の審議と「法の一般原則」の導入

さて、1920年に設立された国際連盟は、第一次世界大戦の処理と戦後社会の構築を目的とした、世界初の常設的な国際平和機構である。また、連盟規約第14条を通じて理事会の権限下で設立された「常設国際司法裁判所 (*Permanent Court of International Justice; PCIJ*)」はまた、国際法を厳密な適用法規とする世界初の国際的な司法裁判所となった。そして、連盟理事会の任命を受けた10名の「法律家（諮問）委員会 (*the Advisory Committee of Jurists*)」によって、裁判所の設立条約たる裁判諸規程が設置されたのである¹⁰。ここにおいて、これまで曖昧な位置づけをなされ

ていた私法原則は、規程第38条の3において「文明国が認めた法の一般原則」として初めて名文上の規定として認められるに至った。

同委員会の審議の中で、委員長であるベルギーのデカン (Descamps) は、裁判所における適用法規の基準について提案している。条約、国際慣行に続く第3と第4の基準は次のものである。第3は、「文明諸国民の法的良心により認められたものとしての国際法の諸規則 (The rules of international law as recognized by legal conscience of civilized nations)」と提案された。また第4は、「法の適用及び発展のための手段としての国際法学 (International Jurisprudence as a means for the application and development of law)」とされている¹¹。第3について、デカンはおよそ次のように捉えようとしている¹²。本原則は、国家によって捉え方の異なる二次的な重要性をもった「正義の諸原則 (the principle of jusutice)」にとどまらない。これは、「すべての人類の心に深く刻み込まれた正義と不正義に関する根本法であり、それは文明諸国民の法的良心の中に、もっとも崇高な、かつ、もっとも権威的な表現を与えられているものである」。また、本原則は「文明諸国民の法的良心による命令 (the dictates of the legal conscience)」であって、権威ある法律学者の一致した教義と文明諸国民の法的良心によって確認された限りにおける「客観的正義の法 (the Law of objective justice)」ともいうべきものであった¹³。デカンによれば、裁判官が自己の主観的な判断で正義と考えるものによって裁判することには強く反対である。しかし、それを越えた客観的な「法の一般原則」が存在していることは認めなければならず、裁判不能を避けるためには、こうした一般原則を援用することがぜひ必要であって、国際裁判ではこれまで一般に行われてきたのである¹⁴。

この提案に対して、まず疑問を提起したのがアメリカのルート (Root) であった。彼は、「第3項の正しい意味は理解できない。特に第3項と第4項は裁判所の管轄権の拡大を認めることになる。実際に、国家に対し裁判所の強制管轄権を受け入れさせるためには、その管轄権は明らかに限定

されたものでなければならない。そのためには裁判官は条約や実定国際法に含まれている他のルールのみを適用すべきである。大国が認めないルール、特に、自国が反対しているルールによって紛争が解決することは絶対にあり得ない」と述べた。また、この考えに近かったのがイギリスのフィリモア（Phillimore）である。ただし、デカンが「既判力の原則（*res iudicata*）」を「法の一般原則」の一例として挙げていることに関連して、フィリモアは「コモン・ローの原則に従えば、既判力の原則は成文法と同等と考えられ、その適用が認められている。つまり、コモン・ローのすべての原則は、国際紛争に適用できるものであり、それは実際上国際法の一部を構成している」とも述べている。彼によれば、「法の一般原則」とは「手続上の若干の原則、信義の原則、既判力の原則などのように、全ての国家によって『国内裁判上（*in foro domestico*）』認められているもの」とされる。その他の委員は大体において原案に賛成であったが、ノルウェーのハーゲルupp（Hagerup）は中立5カ国（スウェーデン、ノルウェー、デンマーク、オランダ、スイス）の共同提案に倣って、条約や慣習国際法がない場合には「裁判所の意見において、国際法規たるべきもの」に基づいて判決することを認めるのが良いと主張した。

結局、これらの委員会の討議を考慮してルートが修正案を提出することになり、彼がフィリモアと協議して作った修正案が委員会で採択されることになった。その結果、誤解を招くおそれのあった「法的良心」及び「国際法の」という語が省かれ、「文明諸国で認められた法の一般原則（the general principles of law recognized by civilized nations）」という表現に改められたのである。この草案は、法律家委員会によって採択された後に国際連盟の理事会と総会の審議に付されたが、いずれにおいても根本的な修正はなく、そのまま裁判所規程に採用された。ただし、これに続く、連盟総会第3委員会の小委員会において、フランスのフロマジョー（Fromageot）は「法と正義の一般原則」と改めるようにと提案している。いったんこの提案は採択されたものの、その後異論が出た為に修正された

ため「法の一般原則」は以前のままとされた(第38条の3)。そして、第38条後段において「本規定は、当事者の合意がある時は、裁判所が衡平と善に基づいて決定する権能を害しない」という文言を加えることとなったのである¹⁵。

ここにおいて、当時意図されていた「文明国 (Civilized Nations)」とは、「ヨーロッパにおけるキリスト教文明諸国」であるといえよう。なぜならば、近代以降の国際法は主として産業革命を機に国際社会において支配的な地位を占め、互いに緊密化したヨーロッパ諸国に制約された、いわばヨーロッパ公法として発達してきたからである。当時のヨーロッパ諸国に共通した法文化的背景には、かつてキリスト教とともに普及したローマ市民法が存在していた¹⁶。かつての市民法は自然法の要素を備えつつ、今日のキリスト教的ヨーロッパ文明諸国における国内私法原則として、存続し発展していったのである。したがって、PCIJ 規程第38条の3としての「文明国が認めた法の一般原則」の原義とは、ローマ市民法に起源をもつ「ヨーロッパ・キリスト教諸国に共通な国内私法原則」ということができる。

(2) 責任概念に関する「法の一般原則」の形成

PCIJ は、主に1920年代を通じて、第1次世界大戦をめぐる様々な戦後処理裁判に尽力した。また、以前の国際仲裁裁判ほどの直接的な引用を避けつつも、PCIJ において国内私法原則は比較的多く援用されている。ただし、これらの諸原則も明示的に「文明国が認めた法の一般原則」として適用されてはいない。

ここにおいて、当時の国際私法裁判例を詳細に分析したのが、チェン(B. Chen)である。彼はPCIJを引き継いだ国際司法裁判所(ICJ)設立期を含めて、諸国際裁判における国内法の一般原則の適用場面を分析している。多数に及ぶ裁判例の分析によって、法の一般原則は以下の4つに分類されており、これらは「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。チェンの分析手法はあくまで国際裁判における法適用場面に向けられており、ローターパクトのように法源論の観点から法実証主義を批判的に検討しようとするものではない。ただし、法の一般原則の適用が裁判実務の場面に限定されており、これが通常の状態を規律するものではないことから、慣習国際法とは区別して捉えられている¹⁷。

とりわけ、20世紀以降の国際仲裁裁判および司法裁判においては、「責任概念に関する法の一般原則」が多く適用され、個々の原則が具体化されてきている¹⁸。すでに近代国際仲裁裁判例を通じて、ローターパクトは「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」と指摘している¹⁹。また、チェンの指摘によっても「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、法違反行為を侵すあらゆる法主体に義務を課している点にある²⁰」。その理由としては、以下の2点が指摘できよう。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である²¹。第2に、これまで国際公益の観念が未成熟であり、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である。このために、違法性の救済には国内法上の私法関係に類似して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²²。したがって、国家責任をめぐる国際裁判例からは時代の経過とともに個々の「法の一般原則」の内容がより具体化されていく過程が窺えるのである。例えば「相当の注意義務 (due diligence, *diligentia quam in suis rebus*)」違反のような国際法違反行為からはさらに「完全な回復 (integral reparation)」を行う義務が導かれている。それは「正当な補償 (just compensation)」を回復の範囲とし、「原状への回復 (restitution, *restitutio in integrum*)」を目指した「金銭賠償 (monetary compensation)」義務で

あることがほぼ明らかにされてきている²³。

第3節 国際司法裁判所規程第38条1項c

さらに、第二次大戦後に設立された国際連合は、紛争の平和的解決に向けて国際裁判の機能的強化が図られることになった。ここで設立されたのが「国際司法裁判所 (International Court of Justice; ICJ)」である。国連憲章第92条によれば、その設立条約たる国際司法裁判所規程(ICJ規程)はPCIJ規程を基盤とし、ICJが基本的にPCIJの機能を受け継ぐことになった。同条によって、ICJは国連の主要な司法機関として明確に位置づけられており、裁判所の機能はより強められている。裁判の適用法規についてもPCIJ規程が踏襲される一方、ICJ規程第38条は明確に第1項と第2項に分離された。第1項における適用法規とは、a. 条約、b. 慣習国際法、c. 「文明国が認めた法の一般原則」、d. 法則決定の補助手段としての判決および学説、である。そして、PCIJ規程において後段に併記されていた「衡平と善 (*ex aequo et bono*)」は、新設の第2項に規定されたのである²⁴。

しかし、戦後における裁判所への提訴件数の増加にもかかわらず、紛争の司法的解決に向けたICJの実務は必ずしも前進しているとはいえない²⁵。むしろ事件の背景にある複雑な政治的要素に照らして、裁判所の管轄を否定しながら実質的に司法判決を回避する場面も増加してきている。事実、国家責任をめぐる賠償訴訟の割合もPCIJ時代に比べると減少しており、依然として「法の一般原則」は直接の判決の淵源とされてこなかった。国家責任をめぐる若干の裁判例において、国内私法の原則が援用されているにとどまっているのである²⁶。これには次のような内在的な原因が考えられる。第1に、自然法の要素を含んだ本原則が、依然として厳格に実定法上の原則として位置づけられてきたことが挙げられる。法律家諮問委員会の委員長デカンによれば、本原則が「文明諸国民の法的良心により認めら

れたものとしての国際法上の諸規則」であり、これが「客観的正義の法」であるとも説明されている。さらに、本原則の起源であるローマ市民法自体は私法を中心とした未分化の法であり、これには多分に自然法の要素がふくまれていたことも明らかである。第2に、PCIJ 規程設置当時の文明国概念がもはや今日の国際社会の実情には合わないことが挙げられる。同規程設置当時のキリスト教的ヨーロッパ文明国概念は、もはや今日の広い国際社会の文明国圏を網羅することはできない。むしろ、後の国際人権規約にも見られるように、さらに文明国概念は相互の協力と共存を必要とする普遍的な国際社会概念へと普遍化される必要がある。

したがって、この内在的な矛盾に対する対応の遅れは、審理の予測性の欠如をもたらし、裁判自体の信頼性に不安定な要素を提起することとなった。すでに1960年代には、賠償責任を争点とする訴訟につき、途上国が裁判付託を躊躇する傾向にあることが指摘されている²⁷。その理由として、係争国については、主に開発途上国側が自国よりも政治的に優位な先進工業国たる旧文明国で発達した法原則の適用を恐れていることが挙げられている。ゆえにまた、裁判所についても、自らの権威を保つためには裁判の公平性と予測性を確保しなければならず、あえて曖昧な印象を与えかねない「法の一般原則」の適用を避けてきたと考えられる。こうして、戦後のICJの実務において、「文明国が認めた法の一般原則」は次第に裁判準則としての適用場面から次第に遠ざかることになった。

第2章 20世紀後半の国際裁判における

「法の一般原則」概念の発展

しかし、地域的国際法の実務に着目するならば、20世紀半ば以降には「法の一般原則」概念が多様な形態をとりながら国際法と国内法を連結する役割を果たしてきたことが窺える。その一例として、旧文明国の民間企業と

開発途上国の経済開発協定における仲裁条項が挙げられる。これは旧文明国圏からそれ以外の法文化圏に向けた、本原則の適用範囲の拡大場面として把握できよう。また他方には、旧文明国圏を母体とした、旧 EC 法および EU 法における裁判条項を挙げることができる。

第1節 旧文明国以外への適用範囲の拡大

(1) 経済開発協定の特徴と仲裁裁判条項

旧文明国圏からそれ以外の法文化圏に向けて、「法の一般原則」の適用範囲の拡大傾向が顕著に見られるようになったのは、1950年代以降である。これは特に、「経済開発協定 (economic development agreement)」または「コンセッション (Concession)」における裁判仲裁条項に窺うことができる²⁸。本来コンセッションは、国家間関係を規律する国際法ではない。その歴史は、17世紀における国家による貿易会社に対する権利付与にまで遡るとされる。しかし、コンセッションはいわゆる旧文明諸国の海外領土拡張の手段として機能することになる。やがて民間会社は植民地国において政府に準じた地位を獲得し、広大な領域と地域住民に対する主権的権限を取得するに至った。

これに対して、第二次世界大戦後には国連を通じて民族自決権獲得への気運が高まり、過去の植民地支配からの政治的独立が進んだ。従来まで天然資源等の原材料の輸出に頼っていた開発途上国は、それらの国家的な管理統制と自国内の工業の育成に着手したのである²⁹。こうして、国家の主権的権限に基づいて、途上国では外国人(主に多国籍企業)財産の国有化と国家による企業運営の動きが始まった。その結果が1962年の国連総会における「天然資源に対する永久的主権」決議であり、フェアドロス(A. Verdross)やジンマ(B. Simma)は、本決議が「この協定を条約と同等な地位に置いている」と述べている³⁰。ただし、開発途上国による国有化措置は必ずしも先進国の民間企業に対する十分な補償を伴ってこなかった。

ゆえに、国有化措置に伴うコンセッションの一方的破棄が、大きな問題となってきたのである。多くの西欧先進諸国の伝統的見解によれば、外国人財産を公益のために収用する場合は、これに対して「迅速、十分、かつ実効的な補償（prompt, adequate and effective compensation）」を与えなければならない。そのような補償が支払われない場合、収用行為は没収であり国際法に違反するものと見なされてきた³¹。特に、1970年代には国際的な資源危機に伴い、途上国による企業施設の国有化問題が頻発した。その際、問題の司法的解決にあたって当事者間の共通法が少ないために、しばしば「法の一般原則」が適用されてきたのである。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た例も少なくない³²。この点に着目して、当該契約を「準国際法的契約（die quasi - völkerrechtlichen Verträge）」と特徴づける見解も存在する³³。

こうして、適用法規不在による裁判不能を避けるために、国際契約上の仲裁条項にも「法の一般原則」が規定されるに至った。この点について、マクネア（A.D. McNair）は「当該契約の当事者は、彼らの契約条項がいずれの当事者の国内法に規律されることにも満足せず、そして当該協定を作用させる意図で、法の一般原則と呼びうる体系に依拠する必要性を感じていた」と指摘している³⁴。

（2）資源国有化紛争と「賠償責任に関する原則」の具体化

外国企業財産の国有化に伴うコンセッション破棄の仲裁裁判では、これに伴う国家の賠償責任が問われた。そして、多くの裁判例を通じて個々の「法の一般原則」が具体化されることで、PCIJやICJの裁判よりも明確に賠償責任の内容が判示されている。

例えば、リビアを当事国とした1977年のトプコ事件では、リビア法と国際法に共通する原則を根拠に、契約義務の不履行に関する制裁が「原状回復」であると判示されている³⁵。次いで、同じくリビアを当事国とした同

年のリアムコ事件では、正当な補償が払われない国有化措置が違法行為を構成し、その際の原状回復は国家実行が実際上不可能であるという理由から認められていないと判示された。そして原告会社の被った損害については既に生じた「積極的損害 (direct losses)」と「失った利益 (lost profits)」としての消極的損害とに分け、両者を規律する法の性質が異なるとされた。裁判所は、消極的損害であるコンセッション協定の権利の損失について、「衡平 (equity)」の原則に基づいて損害賠償の評価を行っている。よって、本件の判示を通じた正当な補償とは、積極的損害の補償及び消極的損害に対する衡平な補償であると理解できる³⁶。さらに、イランを当事国とした1987年のアモコ事件において、裁判所は収用国によって支払われる「正当な補償 (just compensation)」の基準が「公用収用 (taking)」の法的性質によって区別されなければならないとし、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、違法な収用の場合は原状回復または損害賠償がなされなければならないが、合法な場合には補償基準は収用時点における継続的企業の全額であると判示されたのである。そしてその価値には消極的損害としての失った利益は含まれないとされている³⁷。

これらの判決について、一般国際法上における国家間の賠償責任と比べた場合、例えば損害の賠償に関して、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における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かった「得べかりし利益 (*lucrum cessans, future profits*)」についても、コンセッションの場合には当該利益請求できる場合の基準が判示されるに至っている。

第2節 旧文明国間における共通原則の多様化

他方、旧文明国としてのヨーロッパ・キリスト教諸国においては、さらに発展的な「文明国が認めた法の一般原則」の形態が見出せる。これが、

旧 EC から今日の EU に至る法実務である。国際機構としての共同体と構成国を結びつける複雑な法体系の中においても、裁判不能を回避するための裁判基準として、「法の一般原則」は国内私法原則の範疇を越えて適用の機会を得ている³⁸。

(1) 旧 EC 法および EU 法の特徴と ECJ の役割

ヨーロッパにおいて、対外的な国家主権の独立性を超えて最も法的な統合が進んでいるのが1993年設立の「欧州連合 (European Union; EU)」である。その前身は、58年に設立された旧「欧州共同体 (European Community; EC)」であり、これは欧州の経済統合を目指すものであった。2004年に欧州理事会で採択された「EU 憲法条約」からも明らかとなり、現在の EU は将来の政治的統合をも視野に入れている³⁹。また、主な EU 構成国は「旧文明国」としての法文化圏を形成しているといえる。ヨーロッパ公法を前提とした近代以降の国際法の内容が主に経済的な利益に関わっていたことに照らすならば、EU の法実務は実定国際法の最も進んだ形態として、将来の国際法のあり方に多くの示唆を与えることとなるう。

今日まで EU 法全体は、基本的に旧 EC の法秩序に基づいている。旧 EC 法体系とは、3つの共同体機関を設立するための基礎法（第1次法）と、3機関の派生法としての共同体立法（第2次法）から構成されてきた⁴⁰。EU もこの法体系を踏襲しているが、各共同体機関の基礎法の上にはマーストリヒト条約に始まる「EU 条約 (the Treaty on European Union)」が存在する。これは EU の組織全体を体系づける組織体法であり、いわば国内法上の憲法の役割を果たしてきている。特に、旧 EEC 条約を踏襲した EC（設立）条約は EU 法秩序の核をなしている。さらに、不十分な法体系の隙間を埋める役割を果たしているのが「欧州司法裁判所 (European Court of International Justice; ECJ)」である。その理由としては、旧 EC の設立に際して、立法権限を特定の立法機関に帰着させることができ

なかったことが指摘されている。そのため、特定の実効的な立法統制機関をおかずに裁判所による厳格な事後審査が想定されたと考えられる⁴¹。ECJはその設置当時から単に裁判実務時における適用法規の欠缺を克服するのみならず、裁判を通じた法の形成にも積極的に関わることを使命とされていたのである。裁判所はECの一機関として、この条約の解釈及び適用について法規の遵守を確保することを任務とする(EC条約第220条)。なお、第288条1段を根拠として、契約上共同体の管轄とするという明文のある場合以外は、裁判は国内裁判所の管轄に属する。したがって、裁判所の扱う賠償訴訟の多くは、共同体の契約上の損害賠償責任を追及するものに限定される。

(2) 「法の一般原則」役割の深化と諸原則の細分化

一般国際法と比較して、EUでより重要な役割を担っているのが法の一般原則である。本原則は単なる裁判不能回避のための裁判準則以上の役割を担ってきている。EC条約において、「法の一般原則」は以下の条文に適用の根拠を見出すことができる。まず、共同体の責任につき、第288条2段は共同体の「非契約上の責任に関しては、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」と規定し、明示的に法の一般原則を裁判基準として位置づけている。ECJの管轄権について、第230条は「この条約またはその適用法規違反、または権限濫用を理由として、構成国、理事会または委員会が提起する訴訟に対する管轄権を有する」と定める。法の一般原則は適用法規に含まれると解されている⁴²。さらに裁判所による条約の解釈と適用について、第220条は裁判所が「法規の遵守を確保する」と定める。ここにおける法規については、共同体条約という成文法以上のものを意味するとされるため、法の一般原則も含まれるとされる⁴³。

法の欠缺に対して、ECJではおよそ二つの異なった理由から本原則の適用を図っているとされる。第1は、立法面で裁判所がEU全体の法秩序

の安定性を確保したいとする理由である⁴⁴。EU法秩序の安定した維持がなくては構成国に対する信頼と権威を確保することができない。第2は、司法面で裁判所の裁量行為自体を正当化したいとする理由である⁴⁵。一見裁判所による明らかな法創造的行為についても、不文の共通法の発見という理由によって個別の問題に対応し、裁判所への信頼を確保したいとする意図が窺える。そして、ECJが強く目指したのは「常に共同体法の実効性を確保することであり」、初期の共同体が強く意識した「国内法に対するEC法の優位性の原理（a doctrine of supremacy of community over national law）」を、「裁判所は確固として支持してきた」とされる。ECJを通じて、法の一般原則は一般国際法上の法原則とは区別して用いられてきており、本原則が直接的な判決の基準として用いられている場合も少なくない⁴⁶。ただし、EU法は特殊な段階構造をもっているため、本原則についても個々に効力の差がある。

一般国際法との比較から、従来までのEUにおける本原則はおおよそ「EU法秩序に内在する原則」、「構成国の特性に由来する原則」、および「一般手続法的な原則」に分類できる。

EU法秩序に内在する原則は「基本法の目的と全体のシステムから演繹される原則である場合が多い」。このため第1次法とのかかわりから導かれる、最も強い効力を認められた法の一般原則であるとされる⁴⁷。「構成国の国内法に共通する原則」は、特に適用法規不在による裁判不能を避けるために援用される、裁判上の原則である。ゆえに、立法上も共同体法秩序自体に内在する法原則ほどは強い効力が認められていない。国内法上の共通性を認定するにあたり、通常は裁判官（及び法務官）により当該事件の争点に照らした「構成国の法律の比較研究」が行われる。仮に同一の法概念が存在しなくても「原則や思考方法が同様であれば『構成国に共通の原則』とみなされることが多い」とされる⁴⁸。また、「一般手続法的な原則」については、代表例として「法的安定性（Legal Certainty（Security）」の原則が挙げられる。ここに分類されるような、比例性・不可抗力・禁反

言・既判力・時効などといった法原則は、従来の一般国際法上の「文明国が認めた法の一般原則」として国家の賠償責任を争う場面で援用されてきた。EUではこれらの法原則がより具体的な実定法上の原則として位置づけられている。特に、「不遡及性、既得権、及び正当な期待の原則」は重視されており、これらはEUの賠償訴訟を通じてそれぞれ密接な関係を持って援用されている⁴⁹。また、概して「法的安定性の原則は個人の法律行為を取消しうる程度まで制約を課す」点に特徴がある⁵⁰。

第3章 国際人権保障に向けた 「法の一般原則」概念の導入

さらに、戦後の国際人権保障意識の高まりを受けて、20世紀後半以降には人権保障の分野においても、法の一般原則概念が援用される場面が増えてきている。ここにおいて注目されるのは、国際法分野における国内公法原則の援用という新たな傾向である⁵¹。

第1節 国際人権保障と法の一般原則

(1) 「人間の尊厳原理」と国際人権章典

近代以降の市民社会は、一般に特定の権力層からの「人間」の自由を確保するために形成されてきたといわれる⁵²。ルネサンス期における個人としての自覚とともに始まった市民の解放こそが、いわば近代以降の市民社会の目標であったといえる。ここにおいて、自己のあり方を自己の責任で決定しうるとする「自律性」に至上の価値を置く考え方を「自由主義原理」という。人間の自由の核をなすものは、個人の人格の自由である。中世から近代への過渡期にあたる絶対主義時代において、市民は人格の自由を確保するために、「人間の尊厳(尊重)」を究極の価値原理として社会改革

を求めていった。そして、人間の尊厳の実現に向けた具体的な権利が「人権」であり、他律支配からの自由は、生まれながらにして与えられるべき権利であると把握されることになる⁵³。この思想は当時の代表的な社会契約論者たちによって具体化され、絶対主義的支配に対する市民革命を促すこととなった⁵⁴。特に、18世紀後半のアメリカ独立宣言やフランス人権宣言においては、個人が人格の担い手として尊重されるべきであり、人間としての自由な権利は国家に優先する自然権であることが示されている⁵⁵。さらに、市民社会は自己決定を旨とする私的自治の原則を基本として、法治国家を形成していく⁵⁶。ここにおいて、治者と被治者が同一であらねばならないとする「民主主義原理」が確立した。これらの普遍的な価値観を前提として、国家を単位とした国内社会の基本的なあり方を定めるために、立憲主義が導かれることとなった。この段階の国家において、人間の尊厳原理はさらに「個人の尊厳（人格の尊重）」原理として捉えられるに至る。ここにおける不可侵の個人の人格とは、道徳上の抽象的な内容にとどまらず、適正な手続きを経て公的に確保すべき具体的な内容を意味する⁵⁷。

しかし、独立した主権国家を前提とした国際社会には、国家を包括的に規律する憲法や、国家に上位する統治機構は存在しない。1933年のモンテビデオ条約で初めて明記されたとおり、一般国際法上、国家を構成する要素としては、領域、永久的住民、政府、および外交能力（国際法を遵守する意思と能力）が挙げられる。特に、永久的住民としての国民は、主権国家の不可欠な構成要素である。ゆえに、人権の扱いについては個別国家の意思を尊重して「国内管轄事項」として扱われてきたのである。ただし、従来から外国人の取扱いに関する慣習国際法として、「どの国も反対しない最低限の保障」も国家には必要とされた。特に自国民の犯す国際法違反行為について、国家はその事前および事後に「相当の注意（due diligence）」義務を国際法上の義務として負っていると理解されてきた。したがって、国内における外国人に対する法令も基本も、現実に取りうる手段として「国内標準主義」を基調としつつ、形式上は「内外国人平等取

扱原則」が貫かれてきたのである⁵⁸。

さらに、20世紀における二つの世界大戦を経て、ようやく国際社会においても人間の尊厳の不可侵性が強く認識されるようになる。今日の国際的な人権の起源は、1941年の米国大統領による「4つの自由」演説に現れており、これらの「自由」概念は国際社会に普遍的な道徳律として、当時の枢軸国と戦う連合国の根拠とされている⁵⁹。こうして、一般市民を戦争の最大の被害者であるという事実が、国際社会でも強く認識されるに至った。したがって、国際連合の目的は、国際の平和と安全の維持に置かれ(国連憲章第1条1項)、その目的の達成と人権の保護は不可分の関係にあると規定されることとなったのである(第1条3項)。そして、「人権委員会(Commission of Human Rights)」を設置し、国連は国際人権章典の制定に着手することになった。従来の形式的な内外国人平等取扱主義の姿勢から、国家の枠組みを超えた実質的な「人間平等取扱主義」への移行が急務とされたのである。その結果、1948年には「世界人権宣言」が人権保障の道義的指針として、さらに1966年には「国際人権規約」がその実施措置として採択された。

(2) 欧州人権条約と国際人権規約における法の一般原則

ここにおいて、共通の法文化的基盤の下でいち早く市民革命を経たヨーロッパは、第二次大戦後の国際人権保障制度の確立に向けて中心的な役割を担うこととなった。そして、人権保障を目的とした国際機構を通じて、国家間の組織化が試みられたのである⁶⁰。

大戦後のヨーロッパ全体の人権保障は、1949年設立の「欧州審議会(欧州評議会、Council of Europe)」に始まる諸制度を通じて徐々に確保されてきた。戦後の国際機構は、冷戦構造の中で多く形成されていったにもかかわらず、欧州審議会は東西ヨーロッパにわたる国家を越えた人権保障制度の構築に寄与している。本審議会の設立条約は欧州審議会規程である。規程前文は、「個人の自由、政治的自由および法の支配」が民主主義の基

礎をなすものであり、人民の「共同の世襲財産」であると規定する。これを受けて第1条第a項は、本審議会の目的がこれらの「擁護と実現」を図りつつ、「加盟国の経済的および社会的進歩を容易にするために加盟国の間に一層大きな一致を達成することにある」と定める⁶¹。また、この目的達成のために、第3条では「法の支配」および「基本的人権の尊重」という法原則の受諾を加盟国の義務としている。次に、欧州審議会を通じてその目的達成に向けた法的指針として作成されたのが、1950年の「人権および基本的自由の保護に関する条約（欧州人権条約）」である。これは国際連合による国際人権章典作成作業の影響を強く受けており、後の国際人権規約に先駆けた具体的な実施措置である点で重要である。同条約前文は、欧州諸国が「政治的伝統、理想、自由および法の支配についての共通の遺産（a common heritage）を有」し、「世界人権宣言中に述べる権利のいくつかについての集団の実施のために最初の措置をとる」とする。そして、同条約は世界人権宣言が予定する市民的および政治的権利及び自由を具体化しようと試みている（第1-12条）⁶²。

また、従来の欧州人権条約の主な国際実施機関としては、欧州人権委員会、欧州人権裁判所、および欧州審議会閣僚委員会が設置され、その実施措置としては国家申立制度と個人申立制度が存在していた⁶³。その後も申立件数の増加と欧州審議会加盟国の増大を受けて改正され、1998年には条約実施措置の抜本的改正となる第11議定書が発効した。これは人権裁判所を常設化し、人権委員会を同裁判所に統合することで効率化を図るものであった。こうして裁判所は、より直接的に個人の出訴権を確保できることになったのである。同様に、締約国側もこの権利の行使を「いかなる方法によっても」妨げてはならない（第34条）。なお、第33条は選択条項として位置づけられているが、全締約国は義務的管轄権を承認している。出訴権者は締約国および個人であり、裁判所は管轄事件の判決に加えて、閣僚委員会の要請に応じて勧告的意見を下すことができる（第47条）⁶⁴。

ここにおいて、「法の一般原則」は人権保障条約上の規定として初めて

明示されるに至った。同条約第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条は「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また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。同条約において、法の一般原則は第7条2項に規定されたに過ぎない。しかし、これは条約の起草者達が「法の一般原則」概念への依拠をむしろ余儀ないものとして理解したために、あえて本原則に関する特定の条項を多く設けなかったからである、とメリルス(J. G. Merrills)は指摘する⁶⁵。そして、人権裁判所が適用してきた法の一般原則のうち、顕著に用いられた例としては「権利放棄(waiver)」、「当事者平等(equality of the parties)」および「禁反言(estoppel)」が挙げられている⁶⁶。

さらに、欧州人権条約の制定から15年以上を経て、国際人権規約が採択された。同B規約第15条には、刑罰法規の不遡及が規定されている。これは世界人権宣言第11条2項の趣旨に基づき、欧州人権条約第7条をほぼ踏襲した規定である。B規約第15条第2項は「この条のいかなる規定も、国際社会が認めた法の一般原則により実行の時に犯罪とされていた作為または不作為を理由として裁判しかつ処罰することを妨げるものではない」と規定する。ここでは本原則について、一歩進んだ記述がなされている。すなわち、従来の「文明国が認めた(recognized by civilized nations)」という表現が、「国際社会が認めた(recognized by the community of nations)」へと改められているのである。本項は、例えば戦争犯罪、人道に対する罪、奴隷や拷問等に関する罪について、締約国に遡及的に国内刑事法で処罰することを許すものと解される⁶⁷。特に、「共同社会(community)」という表現には、国際社会をより普遍的に捉えようとする国連の姿勢が強く顕れている。なお、1981年には「アフリカ統一機構(Organization of African Unity; OAU)」によって「アフリカ人権憲章(African Charter on Human and People's Rights)」が制定されている。第60条は、アフリカ権利委員会は人権侵害の問題を審査するにあたり、

世界人権宣言および国際人権規約をはじめとした、国連を通じてアフリカ諸国が採択した各種文書の規定から示唆を受けると定める。これを受けて第61条は法則決定の補助手段のひとつとしてではあるものの、「アフリカ諸国が認めた (recognized by African States)」法の一般原則を考慮する、と規定した点は意義深い⁶⁸。

第2節 国際刑事裁判所規程への「法の一般原則」の導入

(1) 国際刑事裁判所の意義と適用法規の特色

これに応じて、戦後の実定国際法学も人権保障の実務を補完しようと努めてきている⁶⁹。国際人権章典は人間平等思想に基づき、不平等に対する国家の積極的な是正をも求めている。特に、自由権は国家に優先する自然権であることから、これに関する問題は「国際社会 (community of nations)」の利益または「人類共通の利益 (common interests of mankind)」に関わる問題として把握しうる。ゆえに、こうした問題は戦後の法実証主義的な観点からも「国際関心事項 (matter of international concern)」として把握されるに至ってきたのである。これは国際連合の展開とともに形成されてきた概念であり、当該問題が国際関心事項として把握される場合には、当事国の意思に関わらず国連の介入が正当化される根拠となった。また1990年代以降は、社会主義体制の衰退と独立紛争の激化に伴い、民族浄化の問題等の深刻な人権侵害問題が頻発化する。この情勢変化に伴い、集団的殺害等の深刻な人道的関心事項については、「国際管轄事項 (matter of international jurisdiction)」として強く位置づけられるようになってきている。とりわけ、今日における国際平和、人権と自決権および非差別平等は、一般国際法上の「強行規範 (*jus cogens*)」であるとも主張されている⁷⁰。ただし、従来まで、国際法上は民事と刑事の分化が十分に確立していなかった。このため、国際法に違反する行為はおおよそ国際不法行為と呼ばれ、これまで国際不法行為に基づく国家責任は、対

外的な主権の独立性に配慮して、主に民事法上の原状回復または金銭賠償の形で解除されてきたのである。

しかし、1990年代の旧ユーゴ紛争やルワンダ紛争に関する刑事裁判所の設立を通じて、国際社会は戦争犯罪人を裁く道を開き、被害者の人権救済への道を開いた。特に、国家主権の枠組みを超えた人権保障への取組みは、今日の「国際刑事裁判所(International Criminal Court; ICC)」の発足へと結びついている⁷¹。ICC 規程は、長年にわたる準備過程を経て2002年7月に発効した。ICC は国家主権を超えて、国際社会を通じた人道的観点から刑事犯罪人個人の裁判を行う。同裁判所の設立は、非人道的行為による人権侵害が国際管轄事項として受けとめられるに至ったことを意味する。

ICC 規程前文によれば、本裁判所は「国際連合体制と連携する独立かつ常設の」国際機関である⁷²。第1条に基づき、裁判管轄権は「この規程に定める国際社会の関心事であるもっとも重大な犯罪」に限定される。それらは第5条1項によって、a「集団殺害罪(The Crime of Genocide)」、b「人道に対する罪(Crime against humanity)」、c「戦争犯罪(War Crimes)」、およびd「侵略の罪(The crime of aggression)」に限定されている。また、権限の行使にあたり、裁判所は非締約国についても特別協定を通じて管轄権を行使することができる(第4条)。対象犯罪の管轄については国内裁判が優先し、ICC は当該国内刑事管轄権を補完する役割を果たす(第1条)。これはいわゆる「補完性(subsidiarity)」の原則といわれる。

ここにおいて、裁判上の適用法規に関しては第21条が定めている。第21条1項によれば、裁判所は以下のものを順次適用する。a. 第1に、この規程、犯罪の構成要件並びに手続及び証拠に関する規則。b. 第2に、適当な場合には、適用可能な条約並びに国際法の原則及び規則(武力紛争に関する国際法の確立された原則を含む)。c. これらを適用できない場合には、世界の諸法体系の国内法(適当な場合には、犯罪に対して通常管轄権を行使する国の国内法を含む)から裁判所により導き出された法の一般原則。

ただし、法の一般原則は、「この規程、国際法並びに国際的に承認された規範及び基準と矛盾しないこと（not inconsistent with…international law and internationally recognized norms and standards）」を条件とする⁷³。

ICC 規程には、適用法規の法段階構造についての独自性が指摘されている⁷⁴。とりわけ、法規の適用基準を定めた第21条3項によれば、法の適用および解釈は、国際的に認められた人権と両立しなければならない、かつ第7条3項に定義された「性、年齢、人種、皮膚の色、言語、宗教若しくは信仰、政治的その他の意見、国民的、民族的若しくは社会的出身、財産、出生その他の地位のような理由に基づく、不利な区別」があってはならない。すなわち、第21条1項で明確な法段階構造を示しつつ、さらに上位の判断基準としての「国際的な人権概念」との両立性を求めることによって、適用法規に制限を加えているのである。この「両立性の基準」を備えた法段階構造は、形式的段階（適用可能な法淵源間の優位性）と実質的段階（内容または真の实体）から成立つと指摘される。つまり、同規程は第21条3項により従来型の法段階構造に加えて、一般的な国際人権保障のためにある種の国際的な「超合法性（super-legality）」基準を生み出しているとされるのである。

(2) ICC 規程第21条1項cについて

さらに、ICC 規程第21条1項cにおける「法の一般原則」は世界中の諸国内法体系から裁判所が導き出すものであるため、本原則を適用する場合には複数の段階的な検証が必要となる。犯罪人個人を対象とする国際刑事裁判では、本原則の適用に際してより細心の注意が払われるべきであるとの指摘されており、1994年に設置された「旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所（the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; ICTY）」の実践を通じて議論がなされている。

例えば、1997年のエルデモビッチ事件控訴審判決において、カッセゼ(A. Cassese) 裁判官は反対意見として「どの程度まで国際刑事裁判所が国内

法概念を引用したり、またはこれらの概念を国際刑事手続に変形したりすることが可能または必要か」という点について詳述している。本件は、旧ユーゴスラヴィア領域内における1995年の集団殺害事件をめぐる裁判であり、人道に対するユーゴ国内法の欠缺がひとつの重要な論点となっていた。第1審では、人道的犯罪に関する国内法の欠缺は率直に認められたが、同国内刑事法は国際裁判における積極的な参照事項として捉えられていなかった⁷⁵。これに対し、カセーゼは「国内法上支持される法構造および条文の文言は、自動的に国際標準に適用されるべきではない。それらを機械的に国際刑事手続に持ち込むではない」と述べる。この慎重な意見には3つの根本的な理由が存在する。「第1に、国内法概念に対する国際裁判所の伝統的な立場からは、国内法を参照する以前の国際的な段階で、あらゆる有効な手段を講じなければならないことが示唆されている。」第2に、国際刑事法は「大陸法(civil law)」と「英米法(common law)」体系の結合の結果から生じている。「この結合および異種混合は独特のものであり、また生み出される法的な論理性は、双方いずれの国内刑法体系上の論理性とも質的に異なる。すなわち、国際裁判の背景にある哲学は、双方いずれの国内法体系を基定する哲学とも著しく異なるのである。」そして第3に、「国際裁判が示す多くの特徴は、国内刑事手続とは異なっている⁷⁶」。ゆえに、第21条への言及部分は、すでに示された個別の国内法原則ではなく、それらから導かれ、世界規模で構想された法の一般原則という意味で正当化されることになる。

これらの理由に照らして、「世界の諸法体系の国内法」という表現からは、当該規範があらゆる法体系の体系的な比較に基づく必要はなく、実効的に「世界の主要な法体系に」見出されることが「調査(polling)」によって確保されることで十分である、と指摘される⁷⁷。すなわち、法の一般原則を適用する際に重要なのは、個々の原則の根拠を特定国に限定することではない。むしろ、刑事法の特徴および罪刑法定主義原則の普遍的必要性に照らした結果、裁判所による適用の指示が正当化されるのである。そ

の際に、まずは被告人にとって関係の深い法体系が優先的に考慮される必要がある。

第3節 EUの基本権保障に向けた「法の一般原則」の導入

(1) 旧 ECの基本権保障に向けた本原則導入の背景

さらに、1990年代のヨーロッパにおける新たな人権保障の試みは、国際機構による人権保障に向けた大きな示唆を与えることとなった。これがEUの発足と、「法の一般原則」概念を通じた人権保障の試みである⁷⁸。

既述のとおり、旧 EC 設立当初より共同体が構成国に対して確保しようとしてきたのが、「国内法に対する EC 法の優位性の原理」であった。これを受けて初期の ECJ 判決も、構成国の国内法に対する共同体法の優位性を明確に示してきたのである。「国内法に対する共同体法の優位性の原理」は、1964年の「コスタ対 ENEL」事件で初めて判示された⁷⁹。しかし、共同体設立当初から裁判所に提訴されてきた事件には、共同体法の適用の是非とともに基本的人権の保障を求めるものが少なくなかった。さらに、共同体における人権保障問題は主権委譲の問題に深く関わっており、解決に一層の困難が伴った。共同体は構成国の国家主権の一部的委譲に基づいて成り立っており、主権委譲の拡大が深刻な基本権侵害問題に通じていたのである⁸⁰。これに対して「その遵守を確保する EC 法の一般原則には、人の基本権が含まれる」と初めて判示したのは、1969年の Stauder 事件の傍論においてにすぎない⁸¹。また、1974年に ECJ は人権保護の淵源を「加盟国に共通の憲法的伝統」のみならず、「加盟国が共同で作成し、または署名国となっている国際人権保護条約」にも求めるに至った⁸²。これは明らかに「欧州人権条約」を意味していたものの、共同体自身の具体的な対応を促すまでには至らなかったのである。

しかし、構成国の国内裁判を通じて共同体法への不信感が明確に示されることになる。これが「ドイツ連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungs-

gericht)」における、1974年5月29日決定(solange I Beschluß)である。本件では旧 EC 法による貿易統制の違憲性が争われている。連邦憲法裁判所は、共同体法に基本権規定が含まれていないことを理由として、それができるまでの間は当裁判所が違憲審査権をもつことができると判示したのである⁸³。共同体の主要国ドイツが、連邦憲法裁判所を通じて基本権分野における共同体法の優位性を明確に否定した点は、きわめて重要であった。同判決を受け、翌75年に ECJ は欧州人権条約を EC の基本的人権保護の根拠として、初めて明示的に言及する⁸⁴。これを受けた旧共同体の主要機関は、77年に基本的人権を尊重する旨の共同宣言を行った⁸⁵。79年に ECJ は、欧州人権条約が共同体の人権保護の淵源であり、このことが共同宣言を通じてすでに証明されていると見なすに至る⁸⁶。さらに、同裁判所は91年に人権条約が共同体の基本権保障の主要な淵源であるのみならず、同人権尊重原理に矛盾する措置を受け入れることはできないと判示する⁸⁷。この見解は構成国内における共同体の評価を高めるとともに、EU 設立に向けた国内法制度の整備をも促すこととなった⁸⁸。

こうして、EU は「マーストリヒト条約 (the Maastricht Treaty)」に基づいて1993年に設立された。同条約に始まる「EU 条約 (the Treaty on European Union)」前文は、機構設立の前提として「自由、民主主義、ならびに人権および基本的自由の尊重、および法の支配の諸原則への愛着を確認」と述べている⁸⁹。同条約第 F 条は民主主義に基づく構成国の主体性を明らかにするとともに(第1項)、基本的人権を「共同体法の一般原則として尊重する」という規定を設けた(第2項)。97年には、第1回改正条約たる「アムステルダム条約 (the Amsterdam Treaty)」の採択を通じて機構の基本権保障機能は強化されることとなり、旧 F 条は第6条に改正された。第6条1項によれば、「連合は、自由、民主主義、人権および基本的自由の尊重の諸原則、および法の支配、構成国に共通な諸原則を基礎とする。」また、同条第2項は「欧州人権条約によって保障され、各構成国に共通な憲法上の伝統に基づく基本権を共同体の法の一般原則と

して尊重する」と規定する。同改正では第7条が新設され、共同体の人権保障機能の制度的な強化を試みている。同条第1項では、欧州理事会に「第6条1項に掲げる諸原則に対する重大かつ継続的違反の存在を認定すること」を認める。そして、違反国に対して一定の権利の停止という法的制裁が加えられるに至った（第7条2項）。

(2) EU 憲法条約への本原則の導入

その後も、EUは「EU市民 (Citizens of the Union)」を対象とした人権章典の策定に取り組んできた。その具体案が明確に示されたのが、1999年のケルン欧州理事会である⁹⁰。同会議は、EUレベルで適用される基本権が憲章形式で明示的に固定されるべきだとする見解を示した。これを受けて、同年12月には元ドイツ連邦憲法裁判所裁判官であり、かつ元ドイツ連邦大統領であったヘルツォーク (R. Herzog) を議長とした組織として、「欧州諮問会議 (the European Convention)」が設置された。その結果、2000年のニース欧州理事会において「EU基本権憲章 (Charter of Fundamental Rights of the European Union)」が宣言されるに至った。これはECの主要3機関である、欧州議会、欧州委員会、および閣僚理事会によって行われ、将来の基本権保障条約に向けた重要な道義的指針を示している⁹¹。さらに、2001年の第2回改正条約たる「ニース条約 (the Nice Treaty)」採択を契機として、EUは複雑化した法秩序の整理と基本権保障に向けた抜本的改革を決断する。その象徴となったのが、EU憲法条約の策定である。特に、ニース条約における「連合の将来に関する宣言 (Declaration on the Future of the Union)」の23では、基本権憲章の地位問題がEUの将来に関する議論で採りあげられることが明示されている⁹²。その結果、最終の「EU憲法条約草案 (Draft Treaty establishing a Constitution for Europe)」が2003年7月に同諮問会議で採択されるに至った⁹³。同憲法条約草案は全体で4部からなる規定、5つの議定書、および3つの宣言から構成される。第I部は前文およびEUの構造を示す中

核的な規定からなり、その第I章ではEUの定義と目的が規定されている。

ここにおいて、同憲法草案における具体的な基本権保障規定は、第I部「基本権と連合の市民権(Fundamental Rights and Citizenship of the Union)」を通じて規定されている(第7条および第8条)。特に、基本的人権の保障に関しては、EU条約第6条2項を踏襲しつつも、基本的人権がもはや従来の「尊重される」段階にとどまらず、「連合法の一般原則を構成する(shall constitute general principles of the Union's law)」ものとして、明確に第7条3項で規定されることとなったのである⁹⁴。そして、第II部では「欧州基本権憲章」が若干の修正を経ながらも、EU法上初の具体的な基本権保障規定として編入されるに至った。ただし、2003年10月以降の「憲法制定」に向けた政府間合会では04年5月からの25カ国体制を見越して意見対立が続いたため、草案承認に向けた各国の合意形成は難航し草案は修正を余儀なくされた⁹⁵。その結果、ようやく欧州理事会は04年6月18日に、EU憲法条約を全会一致で採択したのである。

第4章 「国内公法の一般原則」の援用をめぐる問題

第1節 人権保障に向けた国内公法概念の援用問題

(1) EUにおける「法の一般原則」と国内法の衝突

EUにおける実践は、国際人権保障に向けた国内公法原則の積極的な援用の道を開いた。しかし、このようなEUの急速な権限の拡大に伴い、基本権を法の一般原則として位置づけることは国内法とEU法の新たな問題をも提起することとなった。それは厳密にはEUの実定法とはいえない、「法の一般原則」と構成国の国内法規範との衝突の問題である⁹⁶。EUの場合は各構成国が独立権の一部を委譲しているため、国家主権をより厳密に委譲可能な「高権的主権(Hoheitsrechte)」と、不可譲な「絶対的主権

（Souveränität）」に分けて把握する必要がある⁹⁷。構成国の高権的主権の拡大に伴い、本来不可譲な絶対的主権の範囲が制限されつつあることが問題とされているのである。

1980年代においては、係争国の国家主権よりも共同体や構成国全体の利益を優先させたため、構成国に有利な「法の一般原則」の適用が制限的に解された判決例がある。例えば、共同体全体の利益を優先させたため、基本的人権に関する法の一般原則の適用が制限された事例として、1989年の“Wachauf v Germany 事件”が挙げられる。本件は借地の立退きに伴う権利補償をめぐる争われた。ここでは借地での乳製品の製造によって発生したとされた「所有権（property right）」を基本的人権としていかに位置づけるべきかが問題とされた⁹⁸。ECJは「構成国は基本的人権が共同体規則を満たす限りはそれを尊重しなければならない」と判示する。ただし、「当裁判所によって認められた基本的人権は絶対的なものではなく、その社会的機能との関連性において考慮されるべきである。ゆえに、共同市場の組織にあってはその制限が課されることもありうる。」すなわち、裁判所は所有権を自由な職業活動の実現のために必要な権利と捉え、所有権に関する原則をEU法の一般原則として認める。しかし、この権利は絶対的なものではなく、その制限がEU全体の公共利益にとって不可避な場合には、権利への介入内容をEU全体の目的と照らして審査しなくてはならない。よって、本件に関しては当該制限措置が過度のものとはいえない。したがって、基本権尊重原則は共同体諸機関の立法および行政行為を制約するだけではない。同原則は加盟国が共同体法の範囲内で行為を行っていると時の国内機関の立法および行政行為をも制約することになるのである⁹⁹。

さらに、EU時代に入ってから、共同体または構成国全体の利益を優先させるために構成国に不利益な「法の一般原則」の適用がなされるに至っている。1994年の“X v Commission 事件”は、条約や慣習国際法によらずに、法の一般原則によって直接的に構成国の主権が制限された事例

といえる¹⁰⁰。本件では、ECの職員の採用に関して、応募者の「プライバシー権」保護と健康診断実施による「共同体の一般的利益」が衝突した。ECJは、欧州人権条約第8条および共同体加盟国共通の憲法の伝統に照らして、「プライバシー (privacy) 権」を共同体の法秩序が保護すべき基本権のひとつであると認めた。しかし、共同体の「一般的な公益 (general public interest)」という目的に合致し、保護されている権利の本質を侵害しない限り、基本的な権利に制限を設けてもよいと判断した。判示によれば、基本的人権に対する制限は保護されるべき権利の本質部分に調和している限り、また著しい介入とならない限りは許容される。裁判所は、「比例性 (proportionality)」原則に基づいてプライバシーの制限が共同体の目的にかなった手段であることを認めたのである¹⁰¹。ここではいわば法の一般原則同士の衝突問題を、さらに上位と見なした法の一般原則を通じて解決しているといえよう。結果的に、本件では共同体の行為が目的を逸脱した過度のプライバシー権の侵害であると認められた。しかし、本来国家概念に優先して明文で保障されるべき基本的人権について、共同体の曖昧な一般的公益性を理由に制限の許容性を認めた点には問題が残された¹⁰²。

(2) EUにおける国内公法原則の援用をめぐる問題点

EU構成国の基本権保障に関わる上記の判決例は、人権の普遍性や国際公益等を理由として、「法の一般原則」概念による国家主権の制限を行っている。しかし国家主権を法の一般原則で規律することには、以下のような内在的矛盾が存在している¹⁰³。

第1に、法の一般原則概念はEUにおいても依然として自然法の要素を残した原則である。共同体法は基本権規定のみならず、共同体の行政に関する法体系も極めて不十分であった。そのため行政法分野における法の一般原則への依拠も、共同体の設立当初から積極的になされていたのである。ここには当然に成文法として高度に発達した、フランス法やドイツ法における行政法の原則も含まれている。しかしその一方では、イギリスで発達

した「自然的正義 (natural justice)」の原則等も採用されている¹⁰⁴。本来は厳密に実定法で規律されるべき公法分野においてさえ、EU法の未整備を補完する目的で、自然法の要素を残した法の一般原則概念が積極的に用いられてきたのである。

第2に、国内社会の集権的な法構造と、国際社会の分権的な法構造は依然として残されたままである。EUと構成国の関係は共通の法文化的背景をもった地域的国際社会を構成するものの、それを現時点の統合段階で合意社会から必然社会の枠組みへと拡大して捉えることは尚早である。EUと構成国の関係も、やはり条約を通じた合意に基づいている。すでに述べたとおり、本来、国家間関係は平等な私人間の契約関係に類似したものである。国家間関係を規律する国内私法原則の類推として捉えられてきたのである。

第3に、一般国際法上の「法の一般原則」は、本来「裁判不能」を回避するための裁判規範に過ぎなかった。さらに、個々の原則について通常の国家実行により行為規範としての性格が備わるならば、当該原則は新たな慣習国際法として把握されるべきである。これに対して、少なくとも自由権的基本権は国家以前の権利であって、厳密に実定法が規律すべき公法分野に属する。この点に照らせば、本来的に「人権の分野は極めて抽象的な法の一般原則のカテゴリーには含まれない」とさえ指摘されている¹⁰⁵。事実、基本権保障に向けたEU法と構成国の国内法との急速な接近の傾向は、90年代においてEUと構成国の双方からの新たな牽制を招くこととなっている。

第2節 国際機構に対する民主的統制と国内法原則の援用問題

(1) 国際公益の未成熟性と主権委譲の限界

a. 国際公益としての「個人の尊厳」の未成熟性

さらに、国際法分野への国内公法原則の援用は、国際機構に対する民主的統制の問題に通じる。一般国際法を通じた人権保障をめぐることは、「個人の尊厳」という概念自体が国内社会の基本原則ほどには成熟していない点が基本的問題として挙げられる¹⁰⁶。ゆえに、法の一般原則をめぐる規範の衝突問題は、国際公益概念の未成熟性の問題に通じる要素を含むことになる¹⁰⁷。市民社会を母体とした国内社会において、立憲主義は個人の尊厳原理の確保に向けた幾つかの派生原理を導いた。これらの代表例としては、「人権保障」、「権力分立」、および「国民の国政参加への保障」等が挙げられる¹⁰⁸。このうち、国民の国政参加への保障原理は、特権階級による制限選挙を否定することを契機として、全国民を通じた民主政治の貫徹を求めるものであった。したがって、現代の立憲民主主義国家は、個人の尊厳の具体的な内容である「基本的人権」を保障する手段として、国家の権力行使に関する最終意思決定権を国民に与えている。これが「国民主権」であり、個人の尊厳原理に基づく派生原理である。それは、二つの要素を含む。第1は、全国民が憲法を承認するという「正当性の契機」であり、第2は憲法制定後の権力行使の最終意思決定権を有権者が掌握するという、「権力性の契機」である¹⁰⁹。ここにおいて、現代の立憲民主主義の観点からは、統治権の抑制と均衡を旨とする権力分立の貫徹に向けて国民主権を捉える必要がある。

他方、従来国際社会は、独立した主権国家が合意した範囲で成立してきたに過ぎない。よって、現時点で国内社会と同水準の「個人の尊厳」原理を国際社会の総意として受容し、さらにここから国際法を統一的に把握することはきわめて難しい。外国人の人権保障に向けた「相当の注意義務」の標準をめぐる対立のように、現在もなお、国家間関係における政治的および経済的格差は厳然として存在する。その限りでは、人権保障を国際法上の国家の基本的義務として画一的な条約にまとめることは極めて困難である。人権保障は現在でも基本的には各国憲法の中心課題であり、国家が国際法上負っている実定法上の義務というよりも、や

や立法論的な要求であると指摘される。事実、国際人権規約の實踐においても、現状では自由権的基本権の保障はほぼ確立しているのに対して、社会権的基本権の実現は国家の立法措置による「漸進的達成」を要求されるにとどまっているのである¹¹⁰。

これは、人道的介入を契機とした戦争犯罪処理の問題にも深くかかわる。1990年代以降、人道的観点に基づく国連の問題解決策の多くは、結果として武力介入を伴わざるを得なかった。国連の承認に基づく「人道的介入 (humanitarian intervention)」に際しても、依然として国際的な政治力や経済力をもつ超大国主導の判断に従わざるをえなかったのである。この超大国中心の人道的介入を、被介入国の多くは違法な「干渉 (intervention)」として捉え、主権の侵害を理由に拒みつけてきた。これらは、結果的に強国の意思を国際社会の総意としかねない、国連の意思決定過程に対する抗議として受け取ることができよう。依然として、国際社会は法の実効性を確保するための構造基盤が未成熟である。したがって、国際公益または「人類の共通の利益 (common interests of mankind)」概念も、依然としてそこから演繹的な価値体系を構築するまでには至っていないと指摘される¹¹¹。

b. 絶対的主権の本質的要素

それでは、国際機構に対して不可譲な絶対的主権の要素とは何を意味するのか。かつてはEUに委譲できないとされていた基本権についても、段階的にドイツ連邦憲法裁判所は委譲可能な範囲を広げてきた。その結果、マーストリヒト条約の発効に先立ち、1992年にドイツでは基本法第23条 [欧州連合のための諸原則] が新設されている。ここにおいて、EUが「民主的、法治国家的、社会のおよび連邦的な諸原則ならびに補完性の原則に義務づけられており、本質的にドイツ基本法に匹敵する基本権保障を有していること」が、国内憲法水準ではじめて認められたのである。したがって、「このために、連邦は、連邦参議院の同意を得て、法

律により主権(Hoheitsrechte)を委譲することができる」こととなった。しかし、同憲法裁判所は、無制限な基本権委譲を認めたわけではない¹¹²。翌93年、欧州連合設立条約の合法性をめぐる「マーストリヒト判決」において、同裁判所はEUが民主主義原理に基づく機関であることを認めながらも、ドイツの高権的主権の限界を越えたEU機関の権力濫用行為に対しては、依然として同裁判所の審査が及ぶと判示したのである¹¹³。判示によれば、EUへの加盟が民主主義原理とは矛盾しないものの、その前提として「国民に由来する正統性と影響力の行使が当該国家連合の内部においても確保されていなければならない」。すなわち、民主主義の原理は主権委譲を妨げないものの、「国家結合(Staatenverbund)」としてのEU自体が民主的なものでなければならない。そして、EUが「高権的任務を遂行し、そのために高権的機能を行行使するとすれば、これを各国の議会を通じて『民主的に正統化(demokratische Legitimation)』しなければならないのは、まず何よりも加盟国の国民である。」

この判決を通じて改めて確認されたのは、ドイツ基本法第23条の主たる目的が国際機構による国家の基本原理の侵害防止であるということである。この点につき、次の指摘が重要である。例えば、「人権」や「民主主義」は、欧州統合に向けていずれの加盟国に向けても本質的に要請される普遍的原理であるため、これらの問題はその普遍性について到達レベルが問題とされるに過ぎない。しかし、「連邦主義」原理はドイツ等の限定された国家固有の存立に関わる。したがって、連邦制を維持したいとする加盟国の要求は前二者とは質の異なる問題であり、この意味での国家の固有性は不可譲なものとして尊重されねばならない¹¹⁴。すなわち、憲法条約制定を通じた地域統合の加速化は、高権的主権の範囲拡大による法の「普遍化」に向けた要請として捉えることができる。人間の尊厳の普遍性に照らすならば、「共同体の共通利益と人権保障」を軸とした法的統合は、EUの将来的発展に向けた有効手段であるといえよ

う。しかしまた、国内社会の基本的人権を支えているのは、各国家に固有な存在の形式である。ゆえに、「連邦制」のような当該国家の絶対的主権を構成する本質的要素は、不可譲の要素として尊重されなければならない。

こうした問題に対処するために、欧州理事会は EC が欧州人権条約に加盟する際の法的問題への意見を ECJ に求めている。裁判所は1996年に次の勧告的意見を述べた。判示によれば、基本的人権の尊重は EU 構成国共通の一般原則であり、共同体の行為の合法性を審査する根拠となる。ただし、EC が欧州人権条約に加盟するには二つの法的問題が存在する。第1に、本条約締結の前提となる EC 自身の権限が欠如している。EC には基本的人権についての立法権限が一般に欠如しており、この分野での対外的権限も存在しない。第2に、EC の基本条約と欧州人権条約は根本的に立法趣旨が異なっている。よって、例えば ECJ と欧州人権裁判所の管轄権の問題については、具体的な提案と十分な情報が得られない限り、回答ができない¹¹⁵。

(2) 締約国における「権力性」の要請と「補完性原則」

では、国際法と国内法の衝突問題を止揚し、国際機構と個別国家の関係をより民主的なものにするためには何が必要とされるのか。本稿において EU と ICC を通じて示唆しうるのが、「補完性 (subsidiarity) の原則」を通じた関係国の権力性である。これまで国際法上の民主主義については、従来から独立した主権国家間の平等という観点から、主に国連等の国際機構内部における構成国の平等が論じられてきたにすぎなかった¹¹⁶。しかし、マーストリヒト判決が示唆しているように、国際機構の民主性を支える上で、「権力性の契機」は国内社会のみならず EU と構成国の関係にも必要な要素として捉えることができる。

この点において、中心機関たる EC における民主主義のあり方をめぐっては、従来から「民主主義の赤字 (democratic deficit)」と呼ばれる現象

が指摘されてきた¹¹⁷。民主主義の赤字概念は一義的でないものの、普通選挙によって選出された議会が行政政府を統制することが民主主義の制度的保障であるにもかかわらず、ECの政策決定に欧州議会や加盟国(構成国)議会が十分に統制できていないことが、民主主義の赤字とされている。それゆえに、結果的には説明責任を負わない理事会に立法権が委ねられ、加えて提案権を独占する委員会が過大な政治的権力を有することになった、と批判される。ゆえに、この問題の解決には国内における民主主義を対外的関係においても貫徹させるか、またはそれが困難な場合には、国家を超えた場における国際的決定に何らかの民主的コントロールを及ぼす手段を確保することが必要であると指摘される。ここにおいて、民主的統制の根拠として重視されたのが、本機構を貫く「補完性原則」の遵守である(EU条約第2条、EC条約第5条)。また、これを裏づけるものとして、「加盟国の国家的一体性の尊重」を明記したEU条約第6条3項が挙げられる。EC条約第5条によれば、共同体自らの専属的管轄事項を除けば、その目的達成は構成国主導で行われる。共同体はあくまでも自らに与えられた権限と目的の範囲内でのみ行動しなければならない。そして「行動の目的が構成国によっては十分に達成されえず」、かつその行動の規模または効果に照らして共同体がよりよく達成できる場合に限り、共同体が補完的に行動するのである¹¹⁸。さらに、補完性原則はEU憲法条約第1部第3章(連合の権限)においても踏襲され、第9条1項、3項および「補完性原則及び比例性原則の適用に関する議定書」に規定されている¹¹⁹。

また、ICCの場合にも、独自の「補完性原則」が貫かれている。裁判所の権限行使にあたり、裁判所は非締約国についても特別協定を通じて管轄権を行使することができる(第4条)。しかし、対象犯罪の管轄については国内裁判が優先し、ICCは当該国内刑事管轄権を補完する役割を果たすにすぎない(第1条)。もっとも多くの場合には、ICC付託の前提として国内裁判が機能不全であることが想定されるので、実質的にはICC主導の裁判となる可能性は高い。事実、旧ユーゴ法廷やルワンダ法廷ではすで

に当事国の司法機関が機能不全であったため、あらかじめ国家の裁判権に対する国際法廷の優越性が認められていた。これに対し、ICCの場合は加盟国への参加を促すためにも、補完性原則を十分に確保して国内裁判所の管轄を優先させることが必要とされている。また、1994年のILC草案第35条は、ICCによる「事件の許容性 (Issues of admissibility)」問題に関して、国内管轄権を補完する趣旨で具体的な要件が示されている¹²⁰。

(3) 「補完性原則」の貫徹に向けた法的調整の必要性

さらに、それぞれの「補完性原則」を具体的に実践するためには、少なくとも以下のような法的理解と対応が必要とされてくるといえる。

a. EU 憲法条約の特殊性

EU 憲法条約には、複雑化した基本法と派生法の統合、EU 法と国内法の融合過程が強く窺える。ただし、同機構における「憲法」概念の特殊性には留意する必要がある。EU は依然として主権の一部的な委譲を前提としており、当該憲法条約を通じて「欧州超国家 (ein europäischer Superstaat)」を目指すものではない¹²¹。この点で本機構は「国家横断的 (transnational)」、または貫国家的な国際機構である。本来、法概念としての「憲法 (constitution, Verfassung)」とは、国家の基本法を意味するとともに、より一般化された「組織法」または組織体法という意味も兼ね備えている。組織体法の場合は、基礎法の側面をもちつつも、各組織団体の内部構造や対外関係を緩やかに基礎づける。また、憲法は領域と住民を有する政治的実体としての国家を基礎づけるのに対し、国際組織はいずれをも欠く機能的存在に過ぎない。その上で、国際組織の「設立文書 (constituent instrument)」たる設立条約は、当該組織の構造と活動の枠組みを法的に構成しているのである¹²²。ゆえに、EU 憲法条約は、後者の意味で捉える方が現実に適っている。

EU は憲法条約に基づく抜本的な機構改革を進めることにより、機構内における民主主義の赤字解消を目指しており、基本権保障制度の強化

はこれと深く関わる。憲法条約第I部7条1項によれば、「連合は、本憲法第2部を構成する基本権憲章に述べられた、権利、自由および諸原則を認める」。これを受けた第2項前段は、「連合は欧州人権条約への加入を求める。この加入は本憲法に定義された連合の権限に影響を与えない」と定める。これは、EUが欧州人権条約に加入する意思を明記するものである¹²³。EU憲法が発効すれば、欧州人権条約への加入をめぐるECJの勧告的意見の内、第1の「条約締結権問題」は解決に向けて大きく進展することになろう。ただし、第2の「管轄権問題」は根本的な立法趣旨に関する相違点であり、憲法条約を含めたEU基本条約と欧州人権条約を同一水準で論じることには依然として無理がある。したがって、今後ともECJと欧州人権裁判所をめぐる管轄権の競合問題は避けられないであろう。

EU憲法条約は従来のEU法を整理統合しながら、欧州25カ国の構成国民を欧州市民として規律しようと試みている。同条約が発効すれば、連合法の一般原則たる「基本的人権」は、法実務を通じて国際法と国内法を一元的に結びつける役割を果たすことになる¹²⁴。しかし、第I部第7条3項における基本的人権は、欧州人権条約で保障され、かつ「構成国の共通の憲法的伝統」に由来するものでなければならない。今後のEU拡大にあたり、例えばイスラム法文化に基づくトルコのように、従来の定義には当てはまらない諸国家も新たな加盟が検討されている。その際には、全構成国に共通な憲法的伝統の意味が深く問われることとなろう。EU憲法条約第I部第IX章は、本機構への加盟資格について規定している。第59条1項は、構成国が国内憲法上の要請に基づいて、自らの意思で連合から脱退する権利を認める¹²⁵。憲法上の要請とは、多くの場合、当該国家における不可譲の主権的要素が損なわれるおそれが生じた際に生じうるものとなろう。本機構に対する民主的統制に関して、連合からの脱退とは構成国のとりうる最終的な措置を意味することとなる。さらに、2005年5月にはフランスで、また6月にはオランダで、それぞれEU

憲法条約の批准が国民投票によって否決されている。これは、現時点の本機構と憲法条約が抱える不安定な要素に対する、構成国の厳しい評価の表れである。

b. ICCにおける「国際人権との両立性」基準

また、ICCの実践と「個人の尊厳原理」の国際的普遍性との関わりからは、適用法規決定に際する「国際人権との両立性」の基準が特に問題となろう。そこには国際社会が共通に認める具体的な人権保障規程の程度とともに、人権保障に向けた国際的管轄に対する民主的統制のあり方が問われることとなる。

ICC規程第21条3項をめぐる具体的な問題としては、すでいくつかの点が指摘されている¹²⁶。特に、第3項の形式については「国際的に認められた人権 (internationally recognized human rights)」の定義と検証の問題が挙げられる。同項が定義する「人権」は形式的な法源ではなく、また明確に記された具体的内容をもたない。結局は、裁判所自身が個々の人権内容を定義しなくてはならないであろう¹²⁷。異なった法文化と国籍を背景とする各裁判官が、利害対立を超えていかに公正に当該人権を国際的に認定するのかが、今後の裁判の鍵を握ることとなる。もっとも、すでにICTYの幾つかの事例においても、国際人権規約、拷問禁止条約（1984）、さらには欧州人権条約を含めた「国際的に認められた人権保障手段に (with internationally recognized human rights instruments)」適用法規を一致させる道を探求してきた、と指摘されている。例えば、同裁判所は *Furundžija* 事件（1998）において、「人間の尊厳を尊重するための一般原則 (the general principle of respect for human dignity)」が国際法全体に浸透するほどの深い重要性をもつに至ったと宣言している。

また、第21条3項は規程の適用上最も強い効力を有するにもかかわらず、「国際的に認められた人権」の「強行規範 (*jus cogens*)」性への明確な言及がなされていない¹²⁸。しかし、国際公益の未成熟性と強行規範

性に関する明文の欠如を理由として、裁判所が普遍的な人権概念の検証を回避することは許されないといえる。例えば、ICTYは1998年の *Furundžija* 事件において、「拷問の禁止 (prohibition of tortures)」原則が「万人に対する (*regā omnes*)」義務を国家に課すのみならず、保護される価値の重要性に照らして強行規範にまで進化したものであり、国際法の段階構造において条約および通常の慣習法規よりも上位を占める規範である、と判示する。その上で「国内的には立法または司法部によって、拷問の禁止原則に対する違反が公認される可能性があるにもかかわらず、これまで個別国家は本原則を遵守し続けている」として、本件に普遍的な管轄権の原則を適用している¹²⁹。同様に、2000年の *Kupreskić* 事件においても、「ほとんどの国際人道法上の規範について、特に戦争犯罪、人道に対する犯罪及び集団殺害の禁止を定めているものは、同様に国際法の強行規範またはユス・コーゲンスでもあり、換言するならば、逸脱が許されないとともにこれに対する上位規範を認めない性格を有している」と判示されている¹³⁰。

さらに、補完性原則と民主的統制という観点からは次の点が指摘できよう。同規程第6条、7条および8条2項については、当該裁判所の管轄を受ける犯罪の定義が、「本規程の適用上 (for the purpose of this Statute)」という枠組みに限定されている。また、第10条、22条3項、および80条は、法発展の可能性を裁判所規程の外に委ねている。人権保障を通じた国際公益概念が未成熟な段階の国際社会において、むしろ二つの国際刑事法体系の存在は、現存しまたは形成過程にある慣習国際刑事法のためには有効であるといえる。なぜならば、ICC規程に国際刑事法体系を限定するならば、現行法規よりもすでに部分的に遅れつつある本規程の条文へとこれを後退させたり、限定したりする事態を招く可能性があるからである¹³¹。ICCが国際世論の支持を得るためにも、その補完的な役割を踏まえた上で、国際刑事法に関する異なった法発展の機会が必要である。二つの法体系を通じて、国際社会には裁判所の設置後も

そのあり方を決定する権力性の要素と、一般国際法の適正な発展の機会が与えられるといえよう¹³²。

小 結

国際機構の公正な民主的統制を実施するための課題について、国内公法原則の援用問題との関わりからは次の点が改めて指摘されうるであろう。国際機構と締約国の関係においては、常に政治的および経済的に優位に立つ超大国、または覇権国が実質的に当該機構の主導権を握ってきた。国内公法の「法の一般原則」概念が過度に依拠されることには、同様の問題点が指摘されうる。これは一部の締約国にとって有利な国内法原則が、他の締約国の合意を経ずに援用される可能性を開くことであり、行過ぎた権力性もまた国際社会の民主的統制を損ねる要因となる。事実、ICCにおいては、アメリカ合衆国がその批准を拒んでおり、近年における国連の安全保障政策への参加に際しても、自国軍隊の行動に関するICCの管轄を拒否する態度を表明している¹³³。同様に、EUではフランスの国民投票の結果を契機として、2006年現在でも憲法条約の批准が進んでおらず、また、1年以上の具体的議論を経ても、イスラム法文化圏の大国たるトルコの加盟に向けた目処は立っていない。

本来、実定国際法学への「法の一般原則」概念の導入は、適用法規不在による裁判不能を回避することが目的であった。これは、対外的な国家主権の独立性を前提とする国際法秩序の安定性を確保する一方で、裁判官の自由裁量行為による適用法規の発見という、一種の法創造的行為を正当化するものでもあったといえる。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。ゆえに「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てきた¹³⁴。この点に照らすならば、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ひとつの役割を担ってきたともいえよう。また、法の一般原則概念の発展は国際法と国内法の二元的な対立問題を止揚し、これらの統合を進めながら国際法優位の一元的な把握を可能にさせるであろう。しかし、合意に基づかない法概念への過大な依拠は、国家主権の独立性という自らの理論的前提に矛盾するとともに、これまで以上に国家間の力関係を法秩序の関係へと反映させることにも通じることになる。その点で、国家主権概念の在り方が改めて問われることとなるであろう。かつて、ローターパクトは「未組織の共同社会(an unorganized community)」である国際社会においては、「あらゆる優勢な利害関係それ自体が法として主張される。本論文は、私法がかつてこれらの要因のひとつであり、また現在においてもそうであることを示すものである」と述べた。そして、私法類推の問題に関する「経験主義的かつ社会学的な取扱い(empirical and sociological treatment)」の必要性を指摘している¹³⁵。この指摘は現在でも示唆に富むものである。

戦後の国際法実務を通じたその適用範囲の拡大に伴い、「法の一般原則」概念についても新たな理論的位置づけが試みられてきている¹³⁶。しかし、「法の一般原則」が国際裁判にのみ適用場面を限定された、条約と慣習国際法に次ぐ二次的な判断基準であるという一貫した事実は存在しつづけている。この点において1950年代におけるローターパクトの指摘はさらに重要となろう。すなわち、法の一般原則の「主な機能は、頻繁に適用される法の淵源としてよりも、むしろ残しておくべき『安全弁(safety-valve)』という点にある¹³⁷」。冷戦期における彼の指摘は、依然として大国主導の国際社会の現在においても有効である。ただし、今日においては、裁判不能の禁止がそのまま国際法の完全性を意味するという見解もとりえないであろう¹³⁸。今後はさらに、未成熟な国際社会における一般国際法の形成という観点から、国際立法過程における個々の国内法原則の役割について検証する必要があるといえる。

脚注

- 1 ここでは国際法の法源を、従来の実定国際法学の立場から法の発現様式または法定立の方法および手続きという意味で、形式的法源として捉えることとする（經塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、71頁）。
- 2 拙稿「[法の一般原則]の今日的意義と問題点(一)」『法学新報103巻9号』、1997年、114頁以下。
- 3 Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p.7.
- 4 *Ibid.*, pp.43 f., 298.
- 5 国内社会において、国民の行為は一般に憲法によって規律されている。よって、国内法上は行為規範のうち裁判を通じてその利益を実現できるものを裁判規範として把握できる。このように、形式的法源としての国内法規範とは基本的に双方の規範が一体となったものとして理解されている（国内法の集権的性質）。一方、今日までの国際社会は主権国家間の合意を前提としているため、国際社会の上位に立つ憲法は存在せず、統一的な権力機関は存在しない（国際法の分権的性質）。ゆえに、実定国際法学においては裁判規範が必ずしも行為規範とはいえないため、厳密に両者の性質を備えた規範は条約と慣習国際法に限定されてきたのである（田畑茂二郎『国際法新講（上）』東信堂、1990年、26頁以下）。
- 6 Lauterpacht, *op. cit.*, pp.60 ff., 298.
- 7 *Ibid.*, pp.38 ff.
- 8 *Ibid.*, pp.9 ff., 14 f.
- 9 ただし、ローマ法には公法及び私法の区分があるが、現代的な見地から見て当然公法に属する法分野が、ほとんど私法によって取り扱われている。この意味では、ローマ法学がほとんど私法を取り扱うものであり、公法にはあまり関心を寄せなかったことに注意しなければならない（碧海純一他著『法学史』東京大学出版会、1976年、31頁以下）。
- 10 牧田幸人『国際司法裁判所の組織原理』有信堂、1986年、49頁以下； See, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 1920.
- 11 住吉良人「文明国が認めた法の一般原則」『法律論叢48巻 4・5・6号』、1976年、264頁以下； *Procès-Verbaux.*, p.306.
- 12 田畑茂二郎『国際法 I』有斐閣、1973年、122頁。
- 13 *Procès-Verbaux.*, pp.310 f., 318, 324.
- 14 デカンは、本原則を提案する根拠として、当時の条約規定に言及している。例えば、交戦国の捕獲審検所の上訴審検所に関する、1907年の「国際捕獲審検所（International Prize Court）」設立条約は結果的に必要な批准を得られなかったものの、常設的な国際裁判所設立に向けた最も初期の試みとして重要と

される。同条約第7条は、条約および国際慣習法が不存在の時には「正義と衡平の一般原則 (general principles of justice and equity)」を適用すべきとした (*Ibid.*, p.323; 杉原高嶺著『国際裁判の研究』有斐閣、1985年、166頁; 国際法学会編『国際関係法辞典辞典(第2版)』三省堂、2005年、320頁)。

さらに、デカンは1899年および1907年の「陸戦の法規慣例に関する条約 (Convention relative to the Laws and Customs of War on Land)」前文を挙げている。これはいわゆる「マルテンス条項 (Martens' Clause)」と呼ばれるものである。すなわち、条約上の規定が欠如した事項についても、「文明諸国間で確立された慣行、人道の諸法則および公共良心の要求より生ずる国際法の諸原則」の適用を受ける。本条項は大国主導で進められる法典化に対する、中小国の不満を緩和する目的で挿入されたとされる。マルテンスは法実証主義的立場に基づきつつも、歴史研究によって法規の発展法則を発見する必要性を説いた。すなわち、個人の権利の発展という点において国家生活と国際生活は目的を共有する。この前提に立脚し、文明国の国際法はより高度の発展段階にあるとみる一方、文明国と非文明国の関係は自然法の規則により処理されることになる (江藤淳一「国際法における欠缺補充の法理」『世界法年報25号』、2006年、68頁以下、; 国際法学会編、前掲書、821頁)。

- 15 *PCIJ series D (No.1)*, 1931, p.22.
- 16 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66巻6号』、1968年、38頁以下。
- 17 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 (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, pp.23 f., 29)。
- 18 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25号法学研究科篇』、1996年、17頁以下。
- 19 Lauterpacht, *op. cit.*, p.134.
- 20 Cheng, *op. cit.*, p.389.
- 21 田畑茂二郎、前掲国際法 I、126頁以下。
- 22 栗林忠男『国際法』日本放送出版協会、1990年、120頁。
- 23 ただし、「法違反行為とは、損害を被った当事者が再び『欠けるところのない状態になる (made whole)』になるための完全な回復を行う義務を含むものである」。すなわち、ここにおける回復とは「懲罰的損害賠償 (punitive damages)」を意味するものではない。ゆえに、実際に被った損害についての賠償を超えた「得べかりし利益 (*lucrum cessans*)」の賠償については、諸判決において慎重な態度が示されている (B. Cheng, *op. cit.*, p.234)。

- 24 *ICJ Selected Documents Relating to the Drafting of the Statute*, 1946, p.22.
- 25 拙稿「“*Non Liquer*” 対策における国連の課題と EU の先駆性」『国連の紛争解決機能とその限界』中央大学出版部、2002年、292頁以下。
- 26 例えば「コルフ海峡事件 (Corfu Channel Case)」において、裁判所はアルバニア当局に対して、国際海峡に通じる領海内に機雷が敷設されている「急迫した危険 (imminent danger)」を航行船舶に警告する義務があるとする。これを怠ったことは「重大な不作為 (grave omission)」であり、一般私法上の不法行為要件としての「過失 (negligence, fault)」を構成する、と判示している (*ICJ Reports 1948*, pp.4 ff.; *ICJ Reports 1949*, pp.4 ff., 244 ff.; 皆川洗編著『国際法判例集』有信堂、1975年、431頁以下、529頁以下)。
- 27 小川芳彦「国際裁判所と法の創造」『法と政治15巻4号』、1964年、19頁。
- 28 森川俊孝「仲裁と法の一般原則」『紛争の平和的解決と国際法』北樹出版、1981年；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26号法学研究科篇』、1996年、27頁以下。
- 29 川岸繁雄「コンセッションと国有化(1)」『神戸学院法学8巻2・3号』、1977年、62頁以下。
- 30 Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 3. Aufl., 1984, S.811 f.
- 31 川岸繁雄「コンセッションと国有化(2)」『神戸学院法学9巻1号』、1978年、67頁以下。
- 32 例えば、1933年のイランとアングロ・イラニアン石油会社間の石油コンセッション協定第22条F項は「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」と規定する（落合淳隆『石油と国際法』敬文堂、1977年、98頁以下）。
- 33 その根拠としては、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、それゆえ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である」。特に、「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いかん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 (Verdross / Simma, aa.O., S.5 f., S.260)」。
- 34 A. D. McNair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *B Y I L* vol.33, pp.8 ff.
- 35 トプコ=カルアジアティック事件 (1977年1月19日判決, *Texaco Overseas Petroleum Company & California Asiatic Oil Company v. Libya*) ; 森川俊孝、前掲論文、195頁以下；田畑茂二郎・太寿堂鼎編『ケースブック国際法』新

- 版』有信堂、1987年、254頁以下；See, *I L R* vol.53, 1979)。
- 36 リアムコ事件(1977年4月12日判決、Libyan American Oil Company v. Libya)；See, *I L R* vol.62, 1982)。
- 37 アモコ・インターナショナル・ファイナンス事件(1987年7月14日判決、Amoco International Finance Corp. v. Iran；川岸繁雄「開発協定と仲裁裁判」『国際法外交雑誌92巻2号』、1993年、7頁以下、37頁以下；See, *I L R* vol.83, 1990)。
- 38 拙稿「EUにおける「法の一般原則」と一般国際法の形成」『敬和学園大学研究紀要8号』、1999年、51頁以下。
- 39 欧州の経済統合に向けて最初に設立したのが、1951年のパリ条約による「ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体(European Coal and Steel Community, ECSC)」である。57年にはローマ条約に基づいて「ヨーロッパ経済共同体(European Economic Community, EEC)」および「欧州原子力共同体(European Atomic Energy Community, EURATOM)」が設立する。これらの3機関に基づいて、67年には旧欧州共同体(旧EC)が6カ国で正式に発足した(国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、1995年、76頁以下、88頁)。
- 40 「第1次法(Primary Sources)」は、各共同体の設立条約及び後発加盟国の加盟条約等を指す。「第2次法(Secondary Sources)」は、第1次法に基づく機関が制定する派生法であり、閣僚理事会及びEC委員会が制定する、規則・指令・決定等に当たる(吉野正三郎編著『ECの法と裁判』成文堂、1992年、296頁以下)。
- 41 Micael Schweitzer, *Europarecht*, 1993, S.104.
- 42 大森正仁「法の一般原則と国家責任に関する一考察」『慶應義塾大学法学部開設百周年記念論文集』1990年、527頁以下。
- 43 デイビッド・A オエドワード&ロバート・クレイン(庄司克弘訳)『EU法の手引き』国際書院、1988年、78頁。
- 44 EU法の内容の中心は行政法であるにもかかわらず、特に第1次法には行政手続に関する規定が欠缺しており、ECJは「特に一般行政法や基礎法の領域で、不文の共同体法を定式化してきた」。また、法の一般原則を確認する方法は一概には法則化できず、概して法の比較を通じて発見しているため、「構成国の法秩序に共通な法の一般原則は『比較ヨーロッパ法(vergleichenden europäische Recht)』と呼ばれる(Schweitzer, aa.O., S.104)」。
- 45 「それは、ある判断が共通の同意に値するほど十分な一般性を備えた原則から導かれると証明される場合には、厳密な法的根拠が当該判決に与えられるであろうとする理念である。ECJは、共同体法が条約や立法のみならず法の一般原則からも派生するという原理を発展させてきた(T. C. Hartley, *The Foundation of European Community Law*, 1994, p.137)」。

- 46 山根裕子『ケースブック EC 法』東京大学出版会、1996年、82頁。
- 47 例えば、「自由移動の原則・構成国間での国籍による無差別の原則・目的と手段の整合性・EC 法の優先」に加え、「一般的差別禁止規定（EC 条約第12条）」等が挙げられている（山根裕子『新版・EC/EU 法』有信堂高文社、1995年、79頁；Schweitzer, a.a.O., S.101 ff.）。
- 48 例えば、「すべての行政行為が司法審査の対象となるべき原則・一事不再理・被行政者の平等・租税（税金）と公共サービス料金との違い・不当利得の禁止・企業秘密保護」などが挙げられている（山根裕子、前掲 EC/EU 法、77頁以下。）
- 49 「既得権（vested rights）」の起源はローマ市民法上の「獲得された権利（*jura quaesita*）」に求められ、より具体的にはフランス法の（*droit acquis*）に見出せる（W. Cairns, *Introduction to European Union Law*, 1997, p.75）。
- 「不遡及性（non retroactivity）」はおよそ二つの側面をもつとされる。第1は、「真の遡及性（true retroactivity）」であり、新立法施行以前に完了した法律行為に適用される場合である。過去の適用例としては「輸入品に対する関税法」の原則が挙げられる。第2は、「準遡及性（quasi-retroactivity）」であり、新立法が成立する過程における法律行為に適用される場合である。過去の適用例としては「公権力が私人に対して認許を与える場合」が挙げられる（Hartley, *op. cit.*, pp.149 f.）。
- 「正当な期待（legitimate expectation）」の国内法上の根拠はドイツ行政法上の「信頼保護の原則（Vertrauensschutzprinzip）」に求められるとされる。ここにおける信頼（正当な期待）とは、当事者が規定に則った行動を条件に、一定の結果を達成しようとする場合に認められる意思として理解される。過去の適用例としては、遡及効が例外的に認められる根拠として本原則が引用されたことがある（Cairns, *op. cit.*, pp.75 f.）。
- 50 Hartley, *op. cit.*, p.155.
- 51 拙稿「人権保障の基本原則に関する比較法的考察」『法学新報109巻5・6号』、2003年、297頁以下。
- 52 本稿では通常の概念規定に従って、近代以降の市民社会の出発点を資本主義社会に求め、また近代法を近代市民法として理解する。また、法の区別の標準としては修正法律関係説に基づいて、国家統治権の発動に関する法を公法とし、それ以外の法を私法として区別する（伊藤正巳・加藤一郎編『現代法学入門（第4版）』有斐閣、2005年、85頁、210頁以下）。
- 53 自由の理念については、自由の羅針盤としての各個人の「利己的悟性」が据えられることによってさらに「自律（autonomy）」の行動原理が導かれ、これにより個人は独立人として自らの意思で行動を律することができる、とされる。利己的悟性とは、もっぱら自己の利益に動機づけられた合理性を意味する（手

- 鳥孝「公法における人間」『基本法学1—人』岩波書店、1983年、90頁以下。
- 54 真田芳憲『法学入門』中央大学出版部、1996年、130頁以下。
- 55 フランス人権宣言では、人権が単なる自然権としてのみならず、行政権の恣意性を抑制する権利としても抽象化されている(芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法(第3版)』岩波書店、1999年、74頁以下；佐藤幸治『憲法(第3版)』青林書院、1995年、383頁以下)。
- 56 これは、資本主義社会において個人が自由に法律関係を結ぶことができるとする、私法の基本原理の具体的な内容として捉えることができる(田中英夫編『実定法学入門』東京大学出版会、1991年、187頁)。
- 57 例えば、日本国憲法第13条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であって、これは「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を表している。第14条は「人格の平等」原理を規定しており、13条と14条は相まって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らかにしている。人格の尊厳原理は、公的判断が個人の人格を適正に配慮して判断するとともに、これを確保するための適正な手続の確立を要求するものである。また、今日の憲法学上において、「人間の尊厳」は具体的な生命権との関連から、生殖技術や生命操作等の生命倫理問題の法的規律に関するキーワードとして用いられてきている(佐藤幸治、前掲書、444頁；根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』尚学社、2002年、38頁以下；嶋崎健太郎「生命の権利と人間の尊厳」『日独憲法学の創造力(上巻)』信山社、2003年、311頁以下；光田督良「人クローン産生研究規制への途」『駒沢女子大学研究紀要8号』2001年、260頁以下)。
- 58 第一次大戦後の諸条約の中にも「少数民族の保護」を目的としたものが存在する。また、国際連盟期においても委任統治制度や国際労働基準の設置等の人権保障規定は設けられた。しかし、一般的な人権保護規定の定立までには至らなかった(トーマス・バーゲンソル著(小寺初世子訳)『国際人権法入門』東新堂、1999年、6頁以下)。
- 59 フランクリン・D・ルーズベルト大統領による4つの自由とは「言論と表現の自由」、「信仰の自由」、「欠乏からの自由」および「恐怖からの自由」である(畑博行・水上千之『国際人権法概論(第4版)』有信堂、2006年、17頁)。
- 60 拙稿「欧州の基本権保障と「法の一般原則」」『敬和学園大学研究紀要9号』、2000年、157頁以下。
- 61 香西茂・安藤仁介編集代表『国際機構条約・資料集』東信堂、1986年、232頁。
- 62 F. Ermacora, M. Nowak, H. Tretter (eds.), *International Human Rights*, 1993, pp.195 ff.
- 63 人権委員会は、個人もしくは国家の人権救済の訴えを最初に審査する機関で

あった。委員会は当該申立についての受理可能性を審査した上で、受理する場合には事実認定と友好的解決作業を行なった。ここで委員会の友好的解決が失敗した場合には、事件は人権裁判所に付託された。また裁判に付託されない事件は最高意思決定機関たる閣僚委員会に付託され、拘束力のある決定が下された（畑博行・水上千之、『国際人権法概論（初版）』有信堂、1997年、225頁）。

64 See, *Yearbook of the European Convention on human rights*, vol.41 A, 1998.

65 例えば、1975年の *Golder Case* において、「欧州審議会総会の司法委員会は1950年8月の段階で、任務の遂行上『人権委員会および人権裁判所は必然的にそうした諸原則を適用しなくてはならない』と予見し、よってこの趣旨で本原則について当条約に特定の条項を挿入することは『必要でない』と見なした」と欧州人権裁判所は判示する（J. G. Merrills, *The development of international law by the court of human rights*, 1988, pp.160 ff.; See, *Series A of the European Court of human rights*, No.18 (*Golder Case*))。

66 「権利放棄 (waiver)」について、欧州人権条約には個人が自己の権利を放棄したり、他者であればおよそ許さない取扱いに同意したりすることを許す条項はない。しかし一方で、放棄されるべき権利の可能性、および権利放棄の概念は国内法において普及している。「人権条約が保障する権利行使の放棄は明白な方法で立証されなければならない」。これは審理の際に一方の当事者が不在の場合に、これが権利放棄を意味するものではないと判示したことに関連する。すなわち「権利放棄の推定 (presumed waiver)」の概念は、条約の基礎を脅かすことを意味するものである (See, *Series A*, No.89 (*Colozza Case*))。

「当事者の平等 (equality of the parties)」は、人権委員会の活動とともに発達してきた概念である。裁判所はこれまで二つの明確な法学的要素を通じて本原則を用いてきている。第1は、人権条約第6条に規定されているとおり、公正な裁判が行われなければならないことである。第2は、同原則によって裁判所自体の手続上の主要な発達が導かれていることである (See, *Series A*, No.99 (*Feldbrugge Case*))。

「禁反言 (estoppel)」とは本来、英米法上において表示した事実と反する主張を禁止する原則と解される。これは、一定の表示行為に対して、それを信じて自己の利害関係を変更したものを保護する目的で用いられている。本原則も人権委員会との関わりから裁判所によって多く援用されてきたとされる。これまで裁判所は、状況に応じて受理可能性の問題に関する人権委員会決定を再審査する権限をもってきた。ただし、原則として管轄権および受理可能性に対する異議は、はじめに委員会に申立てなくてはならなかった。この要請に反したため、裁判所は禁反言によって裁判所への問題の申立てを却下した例がある (See, *Series A*, No.12 (*Vagrancy Cases*))。

67 宮崎繁樹編集『解説・国際人権規約』日本評論社、1996年、195頁。

- 68 Ermacora, Nowak, Tretter (eds.), *op. cit.*, pp.27, 199, 281.
- 69 北村泰三『国際人権と刑事拘禁』日本評論社、1996年、7頁以下；Robert Jennings & Authur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol.1, 1992, p.1000.
- 70 この問題点については、内ヶ崎善英「法原則としての人民自決」『国連の紛争予防・解決機能』中央大学出版部、2002年、209頁以下参照。
- 71 拙稿「国際刑事裁判所規程と国内公法概念の類推」『敬和学園大学研究紀要13号』、2004年、67頁以下。
- 72 Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones (ed.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, 2002, Materials, pp.3 f., Volume I, pp.667 ff. (Chap.18).
- 73 同条項は、1994年のILC草案第33条を基本的に継承している。同第33条における適用可能な法規としては、a.この規定、b.適用可能な条約並びに一般国際法上の原則及び規則、およびc.「適用可能な範囲での、あらゆる国内法規則 (To the extent applicable, any rule of national law)」が列挙されている (Y I L C 1994, *op. cit.*, p.51 f.)。
- 74 Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Materials, pp.14 f., Volume II, pp.1070 ff. (Chap.25).
- 75 *Ibid.*, Volume I, pp.760 f. (Chap.19; *Erdemović case*, Trial Chamber, 29 November 1996, IT-96-22, para.35 at <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-tsj961129e.pdf>).
- 76 *Erdemović case*, Appeals Chamber, 7 October 1997, IT-96-22-A, para. 2 ff. at <http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-adojcas971007e.htm>.
- なお、控訴審判決では被告人に対する上官の命令の妥当性をめぐって、強制力と正当防衛の関係について複数の個別意見がなされている (*Ibid.*, Volume I, pp.964 f. (Chap.24.2))。
- 77 フランス語訳の条文によれば、ここでいう国内法とは「世界の異なった諸法体系を代表する諸国内法 (*le lois nationales représentant les différents systèmes du monde*)」となっており、むしろ国内的な法 (*national law*) の要素が強調されている (*Ibid.*, Volume II, p.1073.; Statute de Rome de la Cour penale internationale, 1998 at [http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome_statute\(f\).](http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome_statute(f).))。
- 78 拙稿「EUの基本権保障に向けた国内公法原則の類推適用」『敬和学園大学研究紀要14号』、2005年、105頁以下。
- 79 本件はイタリアにおける電力事業の国有化に伴い、被国有化企業の元株主 (Costa) が電力公社 (ENEL) による電力料金の請求に対して異議を唱えた

ものである。ここではEEC条約第189条を根拠に、国内法に対する共同体法の優位性が確認されている（See, Case 6/64 [1964] ECR 585；田畑茂二郎・太寿堂鼎編、前掲書、25頁以下）。

- 80 拙稿「欧州の基本権保障と「法の一般原則」」『敬和学園大学研究紀要9号』、2000年、165頁以下。
- 81 伊藤洋一「EC法の国内法に対する優越(3)」『法学教室No266』、2002年、121頁；See, Case 29/69 Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt [1969] ECR 419 (para.7).
- 82 Lammy Betten & Nicolas Grief, *EU Law and Human Rights*, 1988, p.59；エドワード&レイン（庄司克弘訳）、前掲書、79頁；See, Case 4/73 Nold v Commission [1974] ECR 491.
- 83 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 22, S.293 ff.
- 84 See, Case 36/75 Rutili v Minister of the Interior [1975] ECR 1219.
- 85 See, *Official Journal of the European Community (OJ)* 1977, C 103/1.
- 86 Betten/Grief, *op. cit.*, p.60；See, Case 44/79 Hauer v Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727.
- 87 Cains, *op. cit.*, p.78；See, Case 260/89 [1991], ECR, I-2925, 2963-64.
- 88 ドイツ連邦憲法裁判所は、その後の国内裁判を通じて段階的にEU法に対する評価を高める判断を示していくことになる（石川敏行「ドイツ法」『比較法研究54巻』、1992年、34頁以下；Vgl. BVerfGE 52, 187；BVerfGE 73, 339）。
- 89 Frank Emmert (ed.), *European Union Law Documents*, 1999, p.3. at http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/C_2002325EN.000501.html.
- 90 中西優美子「欧州憲法条約草案におけるEU基本権憲章」『海外事情平成15年10月号』、2003年、38頁以下。
- 91 同宣言は前文と54か条からなる（O J 2000, C 364/01 at http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/c_364/c_36420001218en00010022.pdf；Jürgen Meyer (Hrgs.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, S.45 ff.）。
- 92 O J 2001, C 80/85 at http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/nice_treaty_en.pdf.
- 93 庄司克弘「欧州憲法条約草案の概要と評価」『海外事情平成15年10月号』、2003年、14頁以下；CONV 850/03, at <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>.
- 94 Art. 7-3 (I-7-3): Fundamental Rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and as they result from the constitutional traditions common to the Member States shall constitute general principles of the Union's

law.

- 95 その最大の理由としては、EU の意思決定方式をめぐる議論が挙げられている(山口昌子「欧州統合の理念とは」『外交フォーラム2004年8月号』、2004年、26頁以下)。
- 96 拙稿「[法の一般原則]と国内法の衝突に関する一考察」『敬和学園大学研究紀要10号』2001年、183頁以下。
- 97 Thomas Flint, *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, a. a. O., S.89 ff. (96); 例えば、ドイツ連邦共和国基本法第24条1項は「連邦は、法律により、主権を国際機関に委譲することができる」と規定する。ここにおける主権とは委譲可能な高権的主権(Hoheitsrechte)を意味している(Vgl. H. D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz Kommentar* (7. Aufl.), 2004, S.637 ff. zu Art.24; 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集第4版』三省堂、2001年、200頁)。
- 98 See, Case 5/88 Wachauf v Germany [1989] ECR 2609.
- 99 エドワード&レイン(庄司克弘訳)、前掲書、79頁。
- 100 原告はEU職員採用試験に際して本人の同意なくエイズ検査を受けさせられた結果、陽性であることを理由に採用を拒否された。第1審裁判所の判決では、健康上の秘密を守る権利がエイズ検査にのみあてはまるとして、プライバシー権を限定的に解した。結果として、裁判所は採用にあたる原告の非協力的な態度などを理由として訴えをすべて却下し、委員会の採用拒否決定を有効とした。控訴審では法的争点のみが審査され、本件では検査に至った過程が原告のプライバシー侵害にあたるのかが争われた(山根裕子、前掲ケースブック EC 法、92頁以下; Betten/Grief, *op. cit.*, p.63; See, Case C-404/92 P X v Commission [1994] ECR I-4737)。
- 101 EC 条約第5条は「共同体によるいかなる行動も、この条約の目的を達成するのに必要な範囲を超えてはならない」と規定する。よって、各構成国の合法的な経済活動の制限が正当化されるのは、採られる措置が正当に追求されるEU全体の公共目的を達成するために適切かつ必要である場合に限られる(エドワード&レイン(庄司克弘訳)、前掲書、81頁以下、See, Evelyn Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, pp.1 ff.)。
- 102 ECJ は第1審判決に対して、プライバシーの権利が本人の拒否するすべてを尊重することにある、とより広義に解した。そして、本人の同意に基づかない委員会の検査の実施とこれに基づく採用の拒否がプライバシー権の侵害であって、目的に比例しない過度の手段であるとして第一審判決の破棄を言い渡した。
- 103 拙稿「実定国際法における国内公法概念の類推」『敬和学園大学研究紀要12号』2003年、115頁以下。
- 104 エドワード&レイン(庄司克弘訳)、前掲書、78頁。

- 105 ゆえに、これまで本原則は、権利濫用の禁止や法的安定性といった統治権の発動のための行為基準としての役割にとどまってきたのである（Betten/Grief, *op. cit.*, p.57）。
- 106 なお、戦後のアメリカにおいては、より社会学的な視点を踏まえながら法の運用に着目する立場が注目されてきた。これは法政策学説（Policy-Oriented Jurisprudence）と呼ばれている。本学説によれば、人間の尊厳（human dignity）の確立が国際社会の究極の目的であり、国際法秩序はその目的の達成に向けて形成されるべきであるとされる（大内和臣「H. Lasswell & M. S. McDougal, Jurisprudence for a Free Society, Nijhoff, 1992（紹介）」『国際法外交雑誌95巻1号』、1996年、122頁以下）。
- 107 拙稿「国際機構を通じた「法の一般原則」概念の受容と限界」『ドイツ公法理論の受容と展開—山下威士先生還暦記念論文集—』尚学社、2004年、269頁以下。
- 108 佐藤幸治、前掲書、6頁；芦部信喜、前掲書、15頁以下。
- 109 なお、国民主権原理における権力性の契機を強調する考えは、ルソー（J. J. Rousseau）の人民主権論に始まるとされる。彼は社会契約説に立脚しつつも、それを国家統治の正当性の根拠にとどめなかった。主権とは、国家の構成員たる市民全体としての「人民（peuple）」の共同利益に向けられた一般意思を意味する。ゆえに、個々の具体的な市民すべてが主権者となることで、直接民主主義がより徹底されることになる（山下威士編『法学（増訂版）』尚学社、1992年、68頁以下）。
- 110 経塚作太郎、前掲書、183頁。
- 111 また、人類の共通利益自体が広範で曖昧な性格を含んでいる。さらに一方では「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」するため、これらの実現のためには「依然として、主権国家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」と指摘される（大谷良雄『共通利益概念と国際法』国際書院、1993年、23頁）。
- 112 拙稿「欧州人権条約の国内受容に関する基礎的考察」『敬和学園大学研究紀要11号』2002年、192頁以下。
- 113 ドイツ憲法裁判研究会編、『ドイツの憲法判例』信山社、1996年、325頁以下；Vgl. BVerfGE, 89, 155, Urteil v.12. 10. 1993.
- 114 川添利幸「欧州統合とドイツ憲法」『国際社会における法の普遍性と固有性』、中央大学出版部、1995年、184頁。
- 115 Betten/Grief, *op. cit.*, p.111 ff.; 山根裕子、前掲ケースブック EC 法、96頁以下；See, Opinion 2/94 Accession by the Community to the EHCR [1996] ECR I-1759.
- 116 ただし、すでに戦後復興期の段階において、国際社会の組織化に伴って民

- 民主主義の精神や原則が国際人権保障の分野で相当程度に実現されてきている、との指摘がなされている(横田喜三郎「民主主義と国際法」『民主主義の法律原理(SE版)』有斐閣、1985年(1952年初版)、178頁以下、193頁以下、211頁)。
- 117 庄司克弘『国際機構』岩波書店、2006年、208頁以下；須網隆夫、「超国家機関における民主主義」『法律時報74巻4号』、2002年、29頁以下。
- 118 中原喜一郎「欧州連合と補完性の原則に関する一考察」『法学新報102巻3・4号』、1995年、376頁以下。
- 119 第9条1項によれば、「連合の権限行使は補完性及び比例性の原則によって規律される」。また第3項によれば、「補完性原則に基づき、自らの排他的権限に属しない分野において、連合が唯一行使できるのは、その意図した行為が構成国の中央若しくは地域的水準では十分に達成し得ないか、又は提案された行為の規模若しくは効果を理由として連合水準における方がよりよく達成しうる場合に限られる」。ただし、第10条1項によれば、「本憲法及び連合機関がその権限内で採択した法は、構成国の国内法に対して優越する」とし、EU法が構成国の国内法に優越することが規定されている。
- 120 *Y I L C* 1994, *op. cit.*, p.52; 長嶺安政、「国際犯罪と国際刑事裁判所」『国際問題450号』、1997年、23頁以下；松田誠「国際刑事裁判所の管轄権とその行使の条件」『ジュリスト1146号』、1998年、45頁以下。
- 121 バルテルス石川・アンナ「いわゆる「欧州憲法草案」について」『ジュリスト No.1252』、2003年、160頁以下、165頁。
- 122 国際組織の設立文書は、形式上は他の一般の条約と区別されないが、実質的には設立される国際組織を規律する「組織法 (constitution)」としての特徴を有する。すなわち、設立文書は、国際組織の目的、任務、権限、組織構造、活動形態等を規定することによって当該組織を法的に基礎付け、その構造と活動の法的枠組みとなるのであり、国家における憲法と類似の機能を果たすと考えられる。近年において、一般国際法の分野では、国際連合憲章を国際社会の憲法として解釈しようとする試みがなされつつある。しかし、これら二つについては概念の意味と背景が基本的に異なっており、両者を区別して理解する必要がある(佐藤哲夫『国際組織法』有斐閣、2005年、104頁以下；同「国際社会における“constitution”の概念」『変動期における法と国際関係』、有斐閣、2001年、503頁以下；山田晟『ドイツ法律用語辞典(改訂増補版)』大学書林、1994年、661頁)。
- 123 Art. 7-1 (I-7-1): The Union shall recognize the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights which constitutes Part II of the Constitution.
- Art. 7-2 (I-7-2): The Union shall seek accession to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental

Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Constitution.

- 124 一般国際法の分野では、従来から国際法優位の一元論が主張されてきた。例えば、いわゆる「ウィーン学派の見解によれば、国家法に対しては国際法上の規定に優位性が帰属する。個々の国家の法秩序は国際法秩序の中で基礎づけられる。つまり、自らの成立と消滅の法的な前提を規律し、また自らの権限を空間的、人的および実態的な観点から決定する国家を、国際法は定義づけるのである。」特に、ケルゼン（H. Kelsen）による国際法の捉え方の基礎には「全ての法をひとつの統一的な法体系として把握しようとする」点で、認識上の立脚点の統一を前提とする新カント派の影響が見られる。ケルゼンはボダン（J. Bodin）の理論にまで遡って、現段階の国際社会では国家がその本質において主権を有するため、国家自体が最高の秩序であるとする国家主権理論が先行している事実を認める。しかし、一方では徐々に「個々の国家をそれらの権力領域において相反して限定したり、また法主体を互いに調和させる法秩序として」、「権利の享有主体として考えられていた国家を越えて、当該国を他国に対して義務づけたり権限を付与したりする国際法が存在する」。なぜならば、主権概念は時代と共に徐々に変遷するため、「絶えず増大する世界規模の組織が国際法の成立および漸進的な強化に伴って、超国家的な法的共同体として存在してきている」からである。したがって、「主権理論は超国家的権力に対してその観念体系を委ねなければならない」。

もっとも、この国際法優位論は必ずしも法学的な観点からではなく、むしろ倫理的または政策的な取舍を通じて導かれたものといえる。いわば、その政策的態度が国際主義的および平和主義的であるかぎりにおいて、仮説として国際法の根本規範の優位性が認められるに過ぎない、とも指摘される（Rudolf Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 4. Aufl., 1994, S.16.; Hans Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes* (1931), *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, 1970, S.165 ff.; 経塚作太郎、前掲書、120頁以下）。

- 125 Art. 59-1 (II-59-1): Any Member State may decide to withdraw from the European Union in accordance with its own constitutional requirements.
- 126 Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Volume II, p.1080 f.
- 127 *Ibid.*, p.1080; *Furundžija* Case, Trial Chamber, 10 December 1998, IT-95-17/1-T, para.183 at <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/fur-tj981210e.pdf>.
- 128 Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Volume II., p.1082.
- 129 *Furundžija* Case, *op. cit.*, Trial Chamber, paras. 153, 155, and 156.
- 130 *Kupreskić* Case, Trial Chamber, 14 January 2000, IT-95-16 T, para. 520 at <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>.

- 131 将来的な二つの国際刑事法の存在を前提としている点については、ICTY でもすでに確認されている。例えば、*Kupreškić* 事件において、人道に反する罪としての迫害(persecution)の関するICC規程第7条1項が、慣習国際法とは一致しないと判示されている(Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Volume II, p.1083, note 180)。
- 132 2003年12月にウガンダの「事態(situation)」が最初に付託されて以降、これまでICCの検察官には4件の問題が付託されている(2006年9月1日現在)。管轄権および適格性を検討した後、ウガンダ、コンゴ民主共和国、およびスーダン(ダルフル地方)の3件については、検察官による調査が始まっている。2005年7月には、裁判所はウガンダの事態に関して初めての逮捕状を発した。これに基づいて、本件の審理が最初に始まる予定とされている(at <http://www.icc-cpi.int/about/atag glance/today.html>, 2006/09/01)。
- 133 2003年8月に国連安全保障理事会は、内戦の続くリベリアに対して国連憲章第7章に基づく多国籍軍派遣と、これを引き継ぐ国連平和維持軍(PKF)の派遣に関する決議案を採択した(賛成12、反対3)。しかしその提案国でありながら、ICC規程の未批准国であるアメリカは、派遣部隊の要員の犯罪に関して非締約国に対する訴追免責条項を盛り込んだため(第7条項)、フランス、ドイツ、およびメキシコは決議を棄権している(U.N. Security Council, Res/1497 (2003) at <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/449/48/PDF/N0344948.pdf?OpenElement>)。
- 134 川添利幸『法学概論』文久書林、1983年、29、36頁。
- 135 Lauterpacht, *op. cit.*, p.305.
- 136 例えば、ブラウンリー(I. Brownlie)は、法の一般原則を実質的な淵源との対比から「おそらく形式的な淵源」であると把握している(Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, pp.1 ff., 4.; 拙稿、前掲法学新報103巻10号掲載論文、121頁以下)。
- 137 Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p.166
- 138 ローターパクトによれば、「(a)いったん当事者が仲裁法廷に管轄権を委ねたならば、当該紛争を解決に導く参照法規の不存在を理由に、それが法的紛争ではないと主張して自らの義務を逃れることはできない。(b)仲裁法廷は適用可能な法規の欠缺を理由として判決を拒むことは許されない。この意味で述べられた国際法の完全性—すなわち裁判不能の禁止—は、国際仲裁裁判及び司法裁判の実行が絶え間なく継続されることによって証明された、実定国際法上最も異議なく確立された一規則となるのである(Hersch Lauterpacht, *Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law*, "Symbolae Verjil", 1958, p.200)」。

これに対して、ストーン（J. Stone）は「国際立法が欠缺している場合に国際法秩序の完全性の理論に依拠してなされる判決は、『人間の倫理的及び合理的判断に内在的に訴えること』を果たせず」、「国際平和の手段としての自己目的において挫折する」と主張した（Juris Stone, *Non Lique*t and the Function of Law in the International Community, *B Y I L* vol.35, 1959, pp.158 f.）。すなわち、裁判不能の禁止は、必然的に裁判に司法立法の負担を課すことになる。常に変化する時代において、誤判を修正する機関が欠如した状況においては、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のである（杉原高嶺、前掲書、204頁）。