

ローチュス号事件判決の再検討（二）

——「陸の規則」の視点から——

高 島 忠 義

一 はじめに

二 事件の概要

三 基本的な対立

1 根本的問題

2 両当事国の立場

四 判 決

1 推定の原則

2 国家管轄権の地理的適用範囲

3 国家の刑事管轄権

4 トルコの刑事管轄権の基礎

5 裁判所の結論

五 批 評

1 合法推定説……………（以上本号）

2 国家管轄権の域外適用

3 受動的属人主義

4 客観的属地主義

六 おわりに……………（七十一巻五号）

一 はじめに

国際法の適用規則が欠缺していたり不明確な事項について国家行動の合法性が問題になる場合、果たしてどのような判断を下すべきなのであろうか。かかる問題が司法判断に委ねられた場合には、いわゆるノン・リケットの是非が議論になるであろう。常設国際司法裁判所がローチュス号事件に関して直面したのは、まさにこのような状況であった。本件のように公海上で国籍の異なる船舶が衝突した事件については、国際法上の明確な適用法規が用意されていなかったからである。一九二七年九月七日に下された同裁判所の判断は、「国際法の本質と現状」から国家行動の合法性を推定することができるというものであった。その結果、本件におけるトルコの行動（ローチュス号の責任者の刑事訴追）を禁止した国際法規則の立証責任は、フランス側に課せられることになった。こうした裁判所の基本的立場が判決の帰趨に決定的影響を与えたことは、言うまでもないであろう。

裁判所は、かかる国家行動の自由を指定した上で、本件を二つの側面から具体的に分析している。その一つは、公海上での国籍の異なる船舶間の衝突事件という本件の性質から直接導き出された、国際海事法（droit international maritime）に関する事案としての側面である。そして、もう一つは、公海上の船舶を旗国の「浮かぶ領土」と見なす法的擬制に基づいた「陸（le terrain）の規則」、つまり国家の刑事裁判権の範囲に関する事案としての側面である。公海にいかなる領域主権も存在しないことを含意する公海自由の原則によって、公海上の船舶は旗国の領域と同一に取扱うことができると考えられた。¹⁾そのことは、公海上で国籍の異なる船舶が衝突した海事事件についても、二国間の領域に跨がる陸上犯罪の場合と同一の原則が適用可能であることを意味していた。

先ず、前者の側面について、裁判所は、フランスの援用した学説、国家実行、国内及び国際判例、海上取締に関連した諸条約（奴隷売買、海底電線の損傷並びに漁業）が、同国の主張するような旗国主義の排他性を立証して

ないと断定した。その結果として、本件については、被害船舶の旗国であるトルコが加害船舶の責任者の刑事裁判権を有することが認められたわけである。ところが、こうした判断は、海事法の専門家と、船長及び船員の保護を目指した国際海運業界から「激しい抗議の渦」を巻き起こすことになった。⁽²⁾ そのために、判決の当該部分は、「船舶衝突その他の航海事故の刑事管轄権についてのある規則の統一に関するブラッセル条約」(一九五二年)の第一条とジュネーブ公海条約(一九五八年)の第一条によつて覆されるに至つた。つまり、公海上で国籍の異なる船舶が衝突した事件に関する加害船舶の船長と船員に対する刑事裁判権は、当該船舶の旗国(又はこれらの者の本国)にのみ認められることになつたのである。かかる規定は、一九九四年に発効した国連海洋法条約の第九七条においても、そのまま維持されている。⁽³⁾

次に、後者の側面について見ると、裁判所は、外国人が国外で行つた犯罪であっても、国内における効果の発生に基づいて犯人を国内で刑事訴追することが国際法によつて特に禁止されていないことを明らかにした。判決は、かような離隔犯罪について、いわゆる国家管轄権の域外適用を認めたのである。この点については、上記のような国際海事法に関する判決部分とは対照的に、厳格な属地主義の桎梏から解放し、領域主権と国家管轄権の分離に貢献したという積極的評価がなされている。そして、陸の規則に関する判決部分は、純粹な客観的属地主義だけにとどまらず、広く国家管轄権の域外適用を行うための理論的根拠として援用されるに至っている。⁽⁴⁾ しかしながら、本判決に依拠したとされる米国法の積極的な域外適用は、国家管轄権の適用範囲の問題を「現代国際法の中で最も議論のある分野の一つ」⁽⁵⁾にまで高めることになつた。

以上見たように、判決は、大きく三つの部分に分けることができるであらう。⁽⁶⁾ しかしながら、国際海事法に関連した部分は、もはや歴史的価値しか持たないとされている。そこで、本稿では、それを除いた残り二つのテーマに関する問題を中心に論じることにした。第一は、科学技術が飛躍的に発達し国際交流が緊密化した現状に

においても、判決の言うように、果たして国家行動の合法性が推定されるべきかどうかという一般的且つ原理的な問題である。それは、判決当時の「国際法の本質と現状」に基づいた国家行動の合法推定が、国際社会と国際法の発展にも拘らず、現在でもそのまま妥当するかどうかを問うものである。第二は、かかる国家行動の合法推定に依拠した、具体的な「陸の規則」に関する問題である。米国は、第二次世界大戦後、国家行動の合法推定（国家管轄権の適用範囲に関する国家の自由決定権）を前提とした効果理論に基づいて、競争法、通商法、租税法及び証券取引法などの経済法（環境法を含む）の域外適用を積極的に推進してきた。ところが、国際交流の著しく緊密化した現状（特に企業活動の国際化）における米国のこのような域外管轄権は、他国の強い抗議と対抗措置を招き、周知のように深刻な国際問題を惹起している。⁽⁷⁾そこで、本稿では、かような効果理論が果たして判決の内容に沿ったものであるかどうかについても、国際社会の現状を踏まえながら検討を加えることにしたいと思う。

(1) *La Cour Permanente de Justice Internationale, Série A, N° 10, Affaire du (Lotus), 7 Septembre 1927, pp. 23 et 25.* もっとも「フィンレイ判事は」その反対意見の中で、公海上のボス・クルト号を自国領域の一部と見なすトルコの主張と判決を「新たな驚くべき暗喩」と批判した。その理由は、船舶が法律上の「動産」(*movable chattel*)であって不動産ではないことから、海洋の船舶上で行われた犯罪に対する管轄権はまったく領域性を有しないというものであった。*Ibid.*, pp. 52-53.

(2) P. Demeur, *Vers l'Unité de Compétence Criminelle en matière d'Abordage, Revue de Droit International et de Législation Comparée* (hereinafter *R. D. I. L. C.*), 1931, p. 737.

(3) 公海上での国籍の異なる船舶間の衝突事件について加害船舶の旗国又は船長その他当該船舶の船員の本国にのみ刑事裁判権を認めたブラッセル条約第一条を初めとした諸条約の規定に関しては、「領海での衝突事件に対する沿岸国の管轄権さえ否定しようとした海運業界の露骨な要求に遠慮」したために「船主や船員の保護にのみ厚い」こと、犯罪人に「避難所」を与える可能性をもった「不幸な法典化」であることが指摘されている。佐藤好明「公海における衝突その他の事故に対する刑事管轄権——ローテュス号事件とその後——」一橋論叢第九二巻五号五三—七二頁。

(4) American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States*, 1962, pp. 52-53. さらに、米国の裁判所も、後述のレイカー事件控訴審判決（一九八四年）において、「国家が自国領域内に有害な結果を引き起こす国外行為を規制することができるということは確立された法」であると述べた際に、その国際法上の根拠としてローチュス号事件判決を挙げている。*International Legal Materials* (hereinafter *I. L. M.*), Vol. 23, 1984, p. 528 (footnote 26).

なお、米国の国家管轄権理論と他の諸国のそれとを比較対照する際には、山本草二「国際行政法」雄川一郎他編『現代行政法大系1・現代行政法の課題』三三八―三四八頁が有益である。

(5) O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 178 *Recueil des Cours* (hereinafter *RdC*), 1982-V, p. 240.

(6) さらに、本件の裁判では、トルコと列強間で締結されたローザンヌ協定（一九二三年に締結されたローザンヌ条約の付属協定）第五条の解釈が重要な争点となった。同条項は、トルコにおける領事裁判制度の廃止に伴って同国の裁判管轄権の範囲を定めたもので、第一六条（国際私法関係）を除いた「すべての事項に関するトルコと他の締約列強間の裁判管轄権の問題は、国際法の原則に従って解決される」と規定していた。裁判においては、同条項に言う「国際法の原則」の解釈が問題となり、フランスは、同条項の起草過程において、外国人の国外犯罪に対してまで裁判管轄権の範囲を拡大したトルコの修正案が「明確に否定された」ことを強調した（C. P. J. I. *Série C*, N° 13-II, pp. 88-98 and 180-184）。他方、トルコは、同国の裁判管轄権を国内犯罪に限定した列強の原案が起草過程で否認されたこと、領事裁判制度が行われていた時代においてさえ外国人の国外犯罪に対して保護主義に基づく裁判管轄権を有していたこと、第一五条の文言が「明瞭且つ精確」（*net et précis*）であることなどを指摘して、フランスによる「制限的解釈」を批判した（*Ibid.*, pp. 287-299）。ちなみに、裁判所は、従来の判例に則り、条約文自体が十分に明瞭であればその「準備作業を顧慮する必要はない」として、第一五条に言う「国際法の原則」が広く裁判管轄権に関する一般国際法の原則を指すものと解釈した（C. P. J. I. *Série A*, N° 10, pp. 16-17）。

(7) Karl M. Meessen ed., *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Kluwer Law International, 1996.

二 事件の概要

一九二六年八月二日の二三時四〇分頃、フランスの郵便貨物船ローチュス (Lotus) 号とトルコの石炭運搬船ボス・クルト (Boz-Kourt) 号が、ミティリニ (Mitylene) の北方五乃至六海里的の公海上で衝突した。ボス・クルト号は二つに割れて沈没し、その甲板上にいたトルコ人八名が死亡した。ローチュス号は、ボス・クルト号の残り一〇名を救助した後、通常の航路に戻って翌日にコンスタンチノーブルに到着した。両船舶の衝突時、ローチュス号については当直士官のフランス人ドモン (M. Demons) が、ボス・クルト号に関しては船長のハッサン・ベイ (Hassan Bey) が、それぞれ指揮をとっていた。

トルコの警察は、ローチュス号がコンスタンチノーブルに到着するやいなや、同船上で衝突事件の調査を開始し、八月五日には、ドモンに対して証人調べのために上陸するよう要求した。警察による尋問の結果、同日の十七時三〇分、ドモンとハッサン・ベイが故殺の容疑で逮捕された (ローチュス号の船員二名も同時に逮捕されたが、一日で釈放されている)。そこで、フランスの代理公使は、直ちに、両船の衝突場所がトルコの領海外の公海上であったこと、従ってフランスがドモンの排他的裁判管轄権を有することを指摘して、彼の早期釈放を要求することになった⁽¹⁾。

トルコの外務大臣と司法大臣がドモンの釈放に前向きな姿勢を示したにも拘らず、彼の逮捕継続が予審判事によって認められ、その第一回公判が八月二八日にスタムブルの刑事裁判所で開かれた。同じ頃、フランス国内では海運業界を中心にして「深刻な動揺」が広がり、同政府は、訴えの取り下げと彼の釈放を強く要求した⁽²⁾。その結果、トルコ政府は、フランスの代理公使に宛てた九月二日付け書簡の中で、ドモンが保釈を請求できること

を示唆した。⁽³⁾そして、トルコ政府としては、本件における管轄権の抵触問題を常設国際司法裁判所に付託することに反対しない旨を当該書簡の中で明らかにした。このような決定の背景には、本件に関する同国の法律家委員会の報告書があったと推察される。その報告書には、本件に関する裁判管轄権が、トルコ法の観点からだけでなく国際法の原則に照らしても明らかにトルコに帰属していると結論付けられていた。⁽⁴⁾

他方、フランス政府も、九月六日、トルコ政府が右の書簡の中で「提案した解決策に完全な同意」を与えることを同政府に公式に伝えた。⁽⁵⁾こうして、当該事件の裁判管轄権をめぐる問題は常設国際司法裁判所に付託されることになったのである。そのための特別合意書は、翌月の一二日にジュネーブで両国政府の全権代表によって署名された後、一二月二七日にその批准書が交換された。特別合意書の第一条によると、常設国際司法裁判所に付託される問題は、次のような内容のものであった。

「一、トルコは、一九二六年八月二日に発生したフランスの汽船ローチェス号とトルコの汽船ボス・クルト号との公海上での衝突に起因した、トルコ人八名の船員と乗客の死亡を伴うボス・クルト号の沈没を訴因として、フランス汽船のコンスタンチノーブル到着直後に、トルコ汽船の船長と衝突時のローチェス号の当直士官ドモンに対して、トルコ法に基づく併合刑事訴訟を提起することによって、居住、商業並びに裁判管轄権に関する一九二三年七月二十四日のローザンヌ協定第十五条に背馳し、国際法の原則に違反して行動したのであるか。もしそうだとすると、それらはいかなる原則であるのか。

二、答えが肯定的であった場合、国際法の原則に従って類似の事件において賠償が行われているとすると、ドモンに対してどれだけの金銭賠償が支払われるべきであろうか。」

なお、ドモンは、六千ポンドの保釈金を支払うことで同年九月一三日に釈放され、三九日間に及ぶ勾留から漸く解放されることになった。そして、その二日後に出された刑事裁判所の判決は、ドモンに対して八〇日の禁錮

と二三ポンドの罰金、ハッサン・ベイに関してはそれよりも少し重い四ヶ月の禁錮と二三ポンドの罰金を課するというものであった。当該判決は、同時に、ローチュス号を所有する海運会社 La Compagnie des Messageries Maritimes とボス・クルト号の船主 Ali Ihsan にも、五千ポンドの遺族補償金を支払うように命じている。その後、トルコの検事が当該判決について控訴することを決定したが、このことは、控訴審の決定が下されるまで第一審判決の執行を停止させる効果を持ち、実際上下モンを認めることになった。⁽⁹⁾

- (1) Le Chargé d'Affaires de France à S. Exc. Tewfik Rouchdi Bey, Ministre des Affaires Étrangères, 11 Août 1926, Annexe 4 au Mémoire du Gouvernement Français, C. P. J. I., Série C, N° 13-II, pp. 216-217.
- (2) Note du Ministre des Affaires Étrangères (de France) à l'Ambassade de Turquie, 25 Août 1926, Annexe 6, *ibid.*, pp. 218-219.
- (3) Le Sous-Secrétaire d'État des Affaires Étrangères (de Turquie) au Chargé d'Affaires de France, 2 Septembre 1926, Annexe 8, *ibid.*, pp. 220-221.
- (4) *Ibid.*
- (5) Le Chargé d'Affaires de France à S. Exc. Noursret Bey, Délégué du Ministère des Affaires Étrangères, 6 Septembre 1926, Annexe 9, *ibid.*, pp. 221-222.
- (6) フランス政府は、ドモンの帰国を待つて、衝突の状況とその責任問題に関する調査報告書を作成した。一九二六年一〇月四日の当該報告書によると、衝突の際にローチュス号の船長プロシュエ (Placheur) とドモンは「一八九七年二月二七日の海事衝突防止規則」に従った回避行動を取っており、したがって彼らには職務上の過失がなかったとされている。当該報告書の概要は、Le Ministre des Travaux Publics à Monsieur le Directeur de l'Inscription Maritime à Marseille, 21 Octobre 1926, Annexe 3 au Contre-Mémoire du Gouvernement Français, *ibid.*, pp. 285-286 を参照。

三 基本的な対立

ローチュス号事件には、国家と国際法のどちらが先行し優位するかという国際法上の原理的な問題と、それに関連した国家管轄権の地理的適用範囲というより、具体的な争点が含まれていた。ここでは、先ず前者の問題を明確にするために、取りあえず当該事件の具体的事実関係を捨象して、事件の根底にある国際法上の基本的対立点を抽出する。その次に、かかる原理的問題と国家管轄権の地理的適用範囲の問題をめぐる両当事国の具体的な主張を検討することにした。

1 根本的問題

ローチュス号事件の根底には、国際法の本質とその実質的法源にかかわる国際法上の基本的対立が横たわっており、現在でも国家管轄権の適用範囲を初めとした国際法上の論議に大きな影響を与えている。ここでは、かなり抽象的な形であるが、国際法の本質論を中心に据えながら、そのような根本的問題に関する二つの対蹠的立場を紹介することしよう。なお、かかる対立は、裁判における立証責任 (onus probandi) の分配問題にも関連しているので、この点についても言及しておかなければならない。ちなみに、英米法における立証責任 (burden of proof) は、裁判の審理中に各当事者が自己に有利な判決を得るために訴答書面とか証拠を提出することによって法律の要件事実の存否を主張し合う一応の主張責任 (prima facie case) 又は証拠責任 (burden of evidence) と区別されており、裁判所が審理の最終段階に至っても両当事者の主張の真偽を確定できなかった場合に、かかる不明の不利をいずれの当事者に負担させるかの問題として捉えられている⁽¹⁾ (一九五一年の漁業事件に関するイギリスの抗弁書を参照)⁽²⁾。ただし、実際の裁判において両者を厳格に区別することは困難な場合が多く、

その分配方法も原則として両者同一であると理解されている。

さて、ローチュス号事件の根底にある国際法上の基本的対立とは、国家の権利の淵源に関するものである。⁽³⁾この点について、先ず第一の立場は、国家の権利(管轄権を含む)が国際法に基礎を有するという考え方に立脚している。この場合、国際法は、国家に権利を付与する法であり、国家の権利の淵源として捉えられている。こうした立場からすると、国家の行動は、国際法にそれを許容する規則(permissive rule)が存在する場合にのみ「合法」であり(違法性の推定)、裁判に際しては、国際法上の権利を援用して行動した国家が立証責任を負うことになる。

第二の立場は、国際法上の権利が主権国家の意思に由来しているというものである。この場合、国際法は、主権に基づいた国家の権利を尊重する法として、国家の権利行使に一定の限界を設ける機能を持つに過ぎない。そのことは、国家の行動が国際法によって特に禁止されていない限り「合法」と推定されることを意味している。したがって、「禁止規則(prohibitive rule)の不存在は、特別な許容規則の存在に等しい」⁽⁴⁾ということになるであろう。かような国家行動の合法推定は、裁判の際に第一の立場と正反対の効果を生じる。つまり、このような立場からすると、他国の行動に異議を申立てた国家の方が立証責任を負うことになるのである。

右に見た二つの立場の懸隔は、国際法の本質をめぐる論争に由来している。先ず、前者の立場は、国際法の淵源を個別国家の意思ではなく国際社会の必要に求めている。そこでの国際法は、いわゆる「客観的法」(droit objectif)として、国家の権利を配分する機能を果たすと考えられている。これと対蹠的に、後者の立場は、国家の権利をその主権に由来する絶対的性質のものと捉える。そのため、国際法は、国家の意思を基礎にした「主観的法」として、国家の権利行使に一定の「主観的」限界(国家の意思に基づく限界)を設ける機能を持つに過ぎない。

国際法において、「許容されていないことはすべて禁止される」として国家の行動の自由を大幅に制限する第一の立場（以下、違法推定説として参照）と「禁止されていないことはすべて許容される」と措定して国家の行動の自由を原則的に容認する第二の立場（以下、合法推定説として参照⁽⁵⁾）のいずれを採用するかは、理論的にだけでなく、実際的にも極めて重要な意味を持っている⁽⁶⁾。なぜなら、ほとんどすべての分野に直接又は間接に規制の網を掛けている国内法と違って、国際法の場合には、今なお具体的適用法規が欠缺していたり不明確なままの分野が数多く残されているからである。

2 両当事国の立場

右のような基本的対立は、ローチウス号事件の審理過程において、国家管轄権の地理的適用範囲の問題をめぐり、より具体的な形で両当事国から提起されることになった。その主要な争点は、トルコが公海上で自国民と自国船舶に被害を与えたローチウス号の当直士官ドモンに対して刑事裁判権を有するかどうかという問題であった。この問題について、上記の第一の立場に近い所論を展開したのがフランスであり、第二の立場を採用したのがトルコである。ここでは、それぞれの申述書、答弁書、口頭陳述、さらにトルコ側の提出した三人の国際法学者の意見書⁽⁷⁾を参照しながら、この問題をめぐる両当事国の基本的主張を明らかにしようと思う。

ちなみに、ドモンを刑事訴追したトルコ法上の根拠規定は、両当事国とも、同国刑法（一九二六年三月一日の法律第七六五号）の第六条であると考えていたように思われる。当該条項は、イタリア刑法を参考にしたもので、「外国人の国外犯罪」に対するトルコの刑事管轄権を定めている。その前段によると、「外国人が、トルコ国外において、トルコ又はトルコ人に対してトルコ法が一年以上の禁錮刑に処する罪を犯し、トルコ国内で逮捕される場合には、トルコ刑法によりて処罰される」ことになっていた。

(イ) トルコ政府の立場

国家法に基づく刑事管轄権の設定は、国家主権の行使にあたることから、国際法の禁止規則によってのみ制限することができる。したがって、国際法の禁止規則の存在が証明されない限り、国家は「正に国際法の基礎を構成する」国家主権に基づいて自由に刑事管轄権を立法化することが可能である。このような立論は、トルコ側が訴答書面と口頭弁論において一貫して主張してきたものであり、同国の代理人 M・E・ペイ（当時の司法大臣）が「フランス側代理人によって本件に関するトルコの裁判管轄権の行使を禁止する規則の存在が証明されない限り、トルコが行動の自由を有する」と陳述したのは、その代表的な例である。⁽⁸⁾ こうした主張は、以下のような三つの論拠に基づいている。

まず最初に、トルコは、本件に関連して両当事国間で締結された特別合意書（コンプロミ）の文言に注目した。その第一条一項は、裁判所に対して、トルコが「国際法の原則に違反して行動したのであろうか。もしそうだとすると、それらはいかなる原則であるのか」を決定するように求めているからである。同政府の解釈によれば、かかる規定の仕方は、「トルコの行動の違法性に関する立証責任をフランス政府に課す」ものであった。⁽⁹⁾

第二は、国際法を国家主権に基礎付ける考え方である。国家主権は、トルコの立論の根底にある基本的概念であり、国際法の原則の一つというよりは「国際法の基礎」そのものと理解されている。⁽¹⁰⁾ 例えば、同国の申述書において、国際法によって特に禁止されていない限り、国家は国際法の根幹を成す国家主権に基づいて自由に管轄権を立法化できることが強調されていた。⁽¹¹⁾ 特に本件で問題となっている刑事管轄権については、「主権の本質的属性」に基づいた「国家の絶対的権利」であることから、各国の自由な立法政策に委ねられた国内事項と位置付けられるべきであって、その制限を推定することはできない。⁽¹²⁾ かかる自由立法権の制限は、条約又は国際慣習法

によってのみ可能である。しかしながら、そのような制限の存在は、「疑わしきは自由の有利に」(in dubio pro libertate)の法諺に則り、それを援用する国家によって嚴格に証明されなければならないとした。⁽¹³⁾

ここで、国際連盟によって設立された「国際法の漸進的法典化のための専門家委員会」の小委員会が一九二五年に提出した報告書⁽¹⁴⁾(以下のところでは、その報告者の名前に因んで、フライアリー報告として参照)が重要な意味を持っている。国外犯罪に関する国家管轄権の原則を法典化できるかどうかを諮問された同小委員会は、特に外国人の国外犯罪に関する刑事管轄権の存否を問う「非常にデリケートな問題」について、嚴格な属地主義を主張する英米とそれからの逸脱を認めるべきだとする諸国との「克服しがたい確執」に直面したことから、その法典化には重大な政治的困難が伴うという内容の報告書を提出した。かくして、専門家委員会は、一九二六年一月二十九日の会合において、当該事項を法典化事業の暫定リストに掲載することを断念するに至っている。このような事實は、トルコにしてみると、本件に適用可能な国際慣習法が欠缺していることを意味していた。そこで、トルコは、条約によって適用規則が定められるまでの間、国家主権を最大限に尊重して国家立法により自由に刑事管轄権を設定させることが、国家秩序の維持という刑法の使命を最も保障することになると考えたのである。⁽¹⁵⁾

第三の論拠は、フランスのテーゼを採用した場合に生じる「実際上の不便」である。M・E・ペイは、口頭陳述の中で、「国家がその活動を許容規則によって正当化しなければならない」と、ひとびとの生活が不活発で沈滞したものになってしまう⁽¹⁶⁾「危険性を指摘した。彼は、この点について、以下のような例を挙げている。

「旅行者が外国にいたと仮定する。彼は、もちろん同国の法律を遵守し、その法令に従って行動しなければならない。ある日、彼は、ホテルを出て町を散歩したいと思ったが、それは許されないと言われた。彼が理由を尋ねたところ、その答えは、散歩を許容する法規則——『許容』規則——が存在していないからというものであった。このような理由付けは、全く非合理的であり、国家についてはより一層妥当しないのではなからうか。多岐に亘って分化し且つ永続的に

拡大するひとびとの生活のあらゆる場合を規律する積極的又は消極的な原則を国際法の中に見い出すことができるであろうか。」

以上に要約した三つの論拠に基づいて、トルコは、ドモンに対する刑事管轄権を認めるよう主張したのである。もともと、トルコの主張は、次の二点において抑制されたものになっていることに留意すべきであろう。第一に、トルコは、決してドモンに対する排他的管轄権を主張しているわけではない。つまり、同国は、ドモンに対するフランスの刑事管轄権を否定しておらず、トルコも彼に対して競合管轄権を有する旨を主張しているに過ぎないのである。第二に、トルコは、外国人の国外犯罪に対して、その立法管轄権と裁判管轄権を主張するにとどまり、域外における執行管轄権までも要求しているわけではない。トルコの主張は、あくまで国家の命令的権力 (*pouvoir de commandement*) が国内に限定されないということにとどまり、その強制的権力 (*pouvoir de coercion*) を国外で行使できないことについては同国によっても了解されていたと考えて良いであろう (フェドッツィ Fedozzi の意見書⁽¹⁷⁾)。

(ロ) フランス政府の立場

フランス政府の基本的立場は、国家管轄権が国家主権ではなく国際法にその基礎を有しているというものであった。こうした立場からすると、本件に適用されるのはトルコの国内法ではなく国際法であり、国際法が許容する場合にのみ国家は管轄権を享有することができる。しかしながら、本件の場合のように被害者の国籍に基づいた国家管轄権 (受動的属人主義) を許容する国際法規は存在していない⁽¹⁸⁾。したがって、国際法上、ドモンに対するトルコの刑事管轄権は認められないとした。ただ、立証責任 (*la charge de la preuve*) については、裁判官が職権によって主張事実の存否を決定する大陸法系の国らしく「適用法の探知は裁判所の職権に属する」との立場

から、一方の当事国だけにこうした負担を課するのは不適当であるという考えを明らかにしている。⁽¹⁹⁾ 以下のところでは、フランス政府の論拠を三つに分けて敷衍して行くことにしよう。

先ず第一に、国家管轄権は、国家の主権的意思に由来するものではなく「国際法」にその基礎を有している。したがって、国家管轄権は「自立的な存在」としてではなく「法規則によつて付与された場合にのみ存在する法的権能」と捉えられるべきである。⁽²⁰⁾ このことは、トルコがフランスその他の列強と締結したローザンヌ条約（一九三三年）に付属した「居住、商業並びに裁判管轄権に関する協定」⁽²¹⁾（以下、ローザンヌ協定として参照）においても確認されている。その第一五条には、「トルコと他の締約列強間の裁判管轄権の問題は、……国際法の原則に従つて解決される」と規定されていたからである。

したがって、本件にはトルコの国内法ではなく「国際法」が適用されなければならない。ところが、トルコは、前記のブライアリー報告を引用しながら、本件に適用可能な国際法規が存在していないことを強調した。確かに、同報告書は、国家実行の多様性のために外国人の国外犯罪に関する法典化が困難であるとの結論を出している。しかしながら、その内容を注意深く読むと、かかる結論は、国際法の関連規則が欠缺しているために国家に完全な自由立法権が認められるということを必ずしも意味していない。報告書は、当該事項に関する国家実行が多様で統一性のないことを指摘する一方で、その決定が国家の絶対的裁量権に委ねられているわけではないことを強調していたからである。⁽²²⁾ 国家実行に多様性が見られるにしても、属地主義（犯罪地に基づく管轄権）が国家管轄権に関する国際法の一般原則であるという点では諸国家に一致が見られるというのが、その理由である。この点については、報告書に意見を付したド・ヴィシェ（Ch. De Visser）も同様の見解を明らかにしている。かような認識に立つと、真の問題は「国際法が属地主義の例外を許容しているかどうか」⁽²³⁾ であるに過ぎなかった。

第二は、トルコが違法推定説の問題点の一つとして挙げた「実際上の不便」、すなわち国家行動の著しい制約

に伴う国際社会の沈滞に対する反論である。フランスによると、属地主義と属人主義だけでも国家管轄権の適用範囲は「十分に包括的」であり、国家の行動に対して「十分に広汎な枠組」を提供していると言う。その意味で、トルコの指摘した「実際上の不便」は、まったくの「妄想」に過ぎないとした。⁽²⁴⁾

第三に、現行の国際法において国家管轄権の享有が許容されるのは、属地主義を除くと、能動的属人主義（犯人の国籍に基づく管轄権）と保護主義（犯罪によって損なわれる国家法益に基づく管轄権）を根拠とした場合に限られている。本件における刑事管轄権を直接根拠付けることができるのは、受動的属人主義（被害者の国籍に基づいた管轄権で、本件の審理過程においては、フォーシーユの分類に従って保護主義、特に国民保護主義と呼称されていた⁽²⁵⁾）であるが、このような管轄権の基礎は国際法上認められていない。その理由としては、①フランスにおいて、外国人の国外犯罪に対する刑事管轄権を盛り込んだ政府法案が、一八五二年に上院の反対によって撤回されたこと⁽²⁶⁾と、②一八八三年の万国国際法学会（ミュンヘン）による「刑事管轄権の抵触に関する決議」⁽²⁷⁾の中には、受動的属人主義を認めた規定が見られないこと、③前記のブライアリー報告に付されたド・ビシエの意見では、受動的属人主義が保護主義ほど国家に受け入れられておらず、被害者が公職者である場合と刑法の名に値する法律が犯罪実行地国に存在していない場合に限り、例外的に認められるとされていたこと⁽²⁸⁾、④受動的属人主義を採用している国が、トルコ以外に、ブラジル、イタリア、メキシコ、スウェーデン、ノルウェーなど少数の国に限られているだけでなく、その適用に際しても一定の条件が付されていること、⑤フランスとアメリカの国内判例、カッティング事件⁽³⁰⁾（Cutting Case）などの国際的実行、さらにコスタ・リカ・パケット号（Costa Rica Packet）事件に関する国際仲裁判決⁽³¹⁾（マルテンス仲裁人）がこのような管轄権を否定していること、などが挙げられている。なお、右の論拠は、ドモンの刑事訴追が受動的属人主義を定めたトルコ刑法第六条に基づいて行われたことを前提としたものである。ところが、トルコ政府は、審理過程において、ドモンの訴追が受動的属人主義だけでな

く、属地主義の枠内でも可能であることを強調した⁽³²⁾。この点は、後述するように、裁判所の判決に實際上決定的とも言える影響を及ぼすことになったので、こうしたトルコの主張とそれに対するフランスの反駁を見ておくことにしよう。

トルコが援用した属地主義は、外国で開始され内国で完成した犯罪について後者に管轄権を認めるという考え方で、「客観的属地主義」と呼ばれるものであった。それによると、「離隔犯罪」(un délit à distance) のように犯罪の実行地 (le lieu de l'acte) とその効果発生地 (le lieu du résultat) とが異なる場合、犯人は、犯罪実行地に現実存在している (the corporeal presence) だけでなく、犯罪の効果発生地にも観念的に存在するものと見なすことができる (the constructive presence)。そこで、トルコは、このように犯罪地概念を柔軟化すると同時に公海上のボス・クルト号をトルコの「浮かぶ領土」と見なすという二重の法的擬制を行うことによって、当該犯罪がトルコ領域内で行われたもの (外国人の国内犯罪) と捉え、その結果として属地主義に基づく裁判管轄権が同国にも認められると主張したのである。

他方、フランスは、いわゆるフランコニア号事件に関するイギリスの判決を援用することによって、それに反駁した⁽³³⁾。この事件は、一八七六年二月一七日、ドイツ汽船フランコニア号 (Franconia) が、ドーバー海岸から二・五海里の地点でイギリス船ストラスクライド号 (Strathclyde) と衝突して同船を沈没させ、それに乗船していたイギリス人女性溺死したというものであった。フランコニア号の船長カイン (F. Kain) は、イギリスの中央刑事裁判所において故殺の罪を宣告された。しかし、同被告人が、公海上の外国船舶における外国人の行為であることを理由にイギリスの裁判管轄権の存否を争ったことから、この管轄権問題は刑事留保事項裁判所の判断に委ねられることになった。

同裁判所において主要な争点となった犯罪地決定 (la localisation du délit) の問題に関して、検察側は、犯罪

の直接的效果がイギリス船内で発生したので、犯罪は事実上同船において行われたと見なすことができる旨を主張した。しかし、判決では、次のようなフィリモア (R. Philimore) 判事の意見が多数を占めることになった。同判事によると、「被告人は、ストラスクライド号又はその乗員に損害を与える意図を持っていなかった。彼は、操船技術の未熟又はその不注意によって過失の罪を負うけれども、被害者の女性を死亡させたのは彼の行為ではなかったし、その直接的效果でもなかった」。つまり、過失に起因した船舶衝突事件については、被告人がその効果を意図していなかったために、効果発生地に対する「犯意」が存在したとは言えず、効果発生地を犯罪地と見なすことができないと考えたのである。かくして、「被告人は、自分の船の甲板を一度も離れておらず、また自分の船から他の船に弾丸を発射したわけでもない。意識的にも実際的にも、被告人がイギリス船上にいたと考えることはできない。被告人が、法的にイギリス船上にいたと考えることはできない……。」という同判事の判断が下されることになった。⁽³⁴⁾ フランス政府としては、ローチュス号事件も当該事件と同じく「過失」に起因した船舶衝突事件であるから、ボス・クルト号を犯罪地と見なすことができない旨を指摘したかったのである。

- (1) Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues, A Study on Evidence before International Tribunals*, Kluwer Law International, 1996, pp. 35-42.
- (2) Reply of the United Kingdom, *I. C. J. Pleadings*, Fisheries Case, Part I (cont.), p. 458.
- (3) Sir Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law considered from the standpoint of the Rule of Law*, 92 *RdC*, 1957-II, pp. 48-59.
- (4) *C. P. J. I. Série A*, N° 10, p. 21.
- (5) 本稿で「合法推定説を『フィッツモーリスは残余理論 (residual doctrine)』ストーンは消極的残余推定原則 (supposed residual negative doctrine) と呼ぶ」。
- (6) Sir G. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 50.

- (7) トルコ政府から、万国国際法学会の会員である三人の意見書が裁判所に提出されている。その三人とは、国際連盟における国際法の漸進的法典化のための専門家委員会の副委員長を務めていたパピア大学のディエナ (G. Diena) 教授、ジェノバ大学のフェドッツィ (P. Fedozzi) 教授、ローザンヌ大学のメルシエ (A. Mercier) 教授である。
- (8) C. P. J. I. *Série C, N° 13-II*, pp. 113-114.
- (9) *Ibid.*, p. 313.
- (10) *Ibid.*, p. 242. トルコ政府がこのように国家の主権と独立を強調した背景には、同国が一九二三年に列強七ヶ国との間で締結したローザンヌ条約によって漸く領事裁判制度を廃止すると同時に関税自主権を回復したという歴史的事情があると思われる。このことは、当該条約の締結によって漸く「実現された独立への手放しの愛情に鼓舞されたトルコの裁判権の独立を制限するようなフランス政府の主張」を認めることができないとした同国の申述書の表現に如実に表れている (*Ibid.*, p. 244)。
- (11) *Ibid.*, p. 305 (Contre-Mémoire du Gouvernement Turc), p. 343 (Observations de P. Fedozzi) et p. 400 (Consultation de A. Mercier).
- (12) *Ibid.*, pp. 373 (Consultation de P. Fedozzi) et 400 (Consultation de A. Mercier).
- (13) *Ibid.*, p. 403 (Consultation de A. Mercier).
- (14) League of Nations, *Report of the Sub-Committee in regard to offences committed outside their territories* (hereinafter *Brierly Report*), reprinted at S. Roseane ed., *Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law* [1925-1928], Vol. 1, 1972, pp. 10-12.
- (15) C. P. J. I. *Série C, N° 13-II*, pp. 314-315 (Contre-Mémoire du Gouvernement Turc) and 401 (Consultation de A. Mercier).
- (16) *Ibid.*, p. 113.
- (17) *Ibid.*, p. 373 (Consultation de P. Fedozzi).
- (18) *Ibid.*, pp. 80-88.
- (19) *Ibid.*, p. 148.
- (20) *Ibid.*, p. 149.

- (21) *Ibid.*, pp. 214-216.
- (22) *Brierly Report*, p. 11.
- (23) *Ibid.*, p. 13.
- (24) *C. P. J. I. Série C, N° 13-II*, p. 149.
- (25) フォーシーユは「国家の刑事管轄権の基礎として、属地主義と普遍主義（犯罪の抑圧における人々の普遍的連帯に基づく管轄権）のうちに両者の中間に位置する保護主義を挙げている。最後のものは、国家自身の安全と権益の侵害に対する管轄権（国家の自己保存権に基づく国家保護主義）と自国民の被害に基づく管轄権（国民保護主義）とに分けられてゐる（P. Fauchille, *Traité de Droit International Public*, tome I, 1^{re} partie, p. 962）。同じ様な保護主義の分類は、H. Donnedieu de Vabres, Note sur L'arrêt du "Lotus", *Revue de Droit International Privé*, 1928, p. 381を参照。
- (26) *C. P. J. I. Série C, N° 13-II*, p. 185.
- (27) Institut de Droit International, *Resolution relative to conflicts of penal laws with respect to competences*, Munich, September 7, 1883, reprinted at *Supplement to American Journal of International Law* (hereinafter *A. J. I. L.*), Vol. 29, 1935, pp. 636-638.
- (28) S. Rosenne ed., *op. cit.*, p. 13.
- (29) *C. P. J. I. Série C, N° 13-II*, p. 193.
- (30) 当該事件は「一八八六年六月一日に米国エルパソの新聞紙上で公表されたことによりメキシコ人メディーナ(E. Medina)が被害を受けた事案(文書誹毀罪)について、メキシコ当局がトルコ刑法第六条に類似したメキシコ刑法第一八六条に基づいて加害者の米国人カッティング(Cutting)をメキシコにおいて訴追したことに端を発したものである(J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Vol. II, pp. 228-242)」。米国政府が「刑法の属地主義に違反し同国の管轄権を侵害するとして当該訴追に強く抗議した結果、彼は、同年八月に被害者が訴えを取り下げる形で釈放されるに至った。この事件に関する米国政府の立場は、ベイヤード(Bayard) 国務長官の報告書「域外犯罪とカッティング事件」(Extraterritorial Crime and Cutting Case)の中で明確にされている。その概要は、「外国人の国外犯罪に対する内国裁判所の管轄権を認めた国際法の原則は存在していないので、特定の犯罪についてその

ような管轄権を享有するためには、原則に対する例外として、必然的に諸国家の一般的な意思の合致又は条約に基づかなければならない」というものであった。かかる立場は、一八九九年二月に両国間で締結された犯罪人引渡条約の第三条四項の中に盛り込まれている。同事件に関連して、メキシコの採用した受動的属人主義を批判しているのは、W. E. Beckett, *The Exercise of Criminal Jurisdiction over Foreigners, British Yearbook of International Law* (hereinafter *B. Y. I. L.*), 1925, pp. 44-60 である。

(31) 当該事件は、イギリスの捕鯨船コスタ・リカ・パキット号が、一八八八年、公海上で乗り捨てられた一隻のカヌー(オランダ領東インドの原住民が所有)に残っていたアルコル類を自船に運び込んだことから、一八九一年に同船の船長カーペンター(Carpenter)がオランダ領東インドにおいて窃盗罪で逮捕された事案である。一方で、イギリス政府は、国内法の適用範囲が属地主義によって規律されることから、国内法を外国人の国外行為にまで拡大適用できないとし、他方で、オランダ政府は、カヌーが同国に帰属し、犯罪がそこで実行されたと主張した。マルテンス(M. F. de Martens)判事は、一八九七年、公海上の商船も「浮かぶ領土」と見なされるべきであり、その結果として、そのでの行為は旗国(当該事件に関してはイギリス)の裁判管轄権にのみ服するという内容の仲裁判決を下した。

J. B. Moore, *International Arbitration*, Vol. 5, pp. 4948-4954.

(32) C. P. J. I. *Série C, N° 13-II*, pp. 306-311, 389 et 415-416.

(33) *Ibid.*, pp. 208-209 et 254-255.

(34) *The Queen v. Keyn*, 1876, 2 Ex. D. 66 (Sir R. Phillimore).

四 判 決

本件は、これまで見たように国際法の本質にかかわる問題を包含しており、その意味では「国際法上重要な意味を有する點に於て常設国際司法裁判所開設以来空前の裁判⁽¹⁾」という形容も、あながち誇張というわけではない。裁判所は、このように重要な問題に直面しながら、果たしてどのような判断を下したのであろうか。以下の

ところでは、当該判決の内容に関して、推定に関する国際法の原則、国家管轄権の地理的適用範囲に関する一般原則、国家の刑事管轄権に対する当該原則の妥当性、トルコの刑事管轄権の基礎、そして最後に裁判所の結論という順序で紹介して行くことにする。

1 推定の原則

先ず最初に、国際法の適用法規が欠缺していたり非常に不明確な事案について国家行動の合法又は違法の推定を行うとした場合（推定のは非は別にして）、そのいずれが適当であるのかという基本的問題を取り上げる。特に本件のように国際法の明確な適用法規を欠く場合、そのいずれの推定を行うかは、判決の帰趨を左右するほどの極めて重要な意味を持っている。⁽²⁾ 結論から先に述べると、判決は、基本的にトルコ政府のテーゼすなわち合法推定説を採用したと言って良いであろう。以下のところでは、裁判所がその理由として掲げたものを三つに分けて、逐次紹介することにしたと思う。

第一の理由は、特別合意書の文言にある。その第一条一項を見ると、トルコによるドモンの刑事訴追が上記ローザンヌ協定の第五条（裁判管轄権）に規定されたような「国際法の原則に従って」（conformément aux principes du droit international）いるかどうかではなく、それらの原則に「違反している」（en contradiction）かどうかを裁判所に問う形式になっている。裁判所は、この点を重視して、「トルコの刑事訴追を許容する原則」を明らかにすることではなく、かかる訴追が違反した可能性のある国際法の原則を定式化することが問題になると判断した。⁽³⁾

第二のそれは、トルコ政府の主張の方が「国際法の本質と現状」により、合致しているという点である。裁判所は、先ず国家の主権的意思を基盤とした「国際法の本質」（la nature même du droit international）について、

次のように述べている。⁽⁴⁾

「国際法は、独立国家間の関係を規律する。ゆえに、諸国家を拘束する法規則は、条約において表示されるか、または法原則を定めるものと一般に認められ且つこれらの独立団体の共存を規制し若しくは共同目的を追求するために確立された慣行において表示されるところの諸国家の意思から生じる。したがって、諸国家の独立の制限を推定することはできない。」

かくして、既存の管轄権の空白 (lacunes, lacunae) を埋めたり各国による管轄権の抵触をなくすための多数国間努力が十分に実を結ばず、国家に広汎な自由を委ねている「国際法の現状」(les conditions actuelles du droit international) において国家に要求されるのは、国際法の設けた限界を越えないことだけである。国家は、その限界内であれば、主権に基づいて自由に管轄権を行使することができる。⁽⁵⁾

第三は、フランス政府の主張するテーゼを採用することによって裁判に生じる「実際上の不便」である。つまり、判決は、国家が管轄権を行使する度毎にそれを許容する国際法規則を援用しなければならないとするフランス政府の主張に依拠した場合、「裁判管轄権の行使を支持する普遍的に承認された規則を援用できないために、多数の事件において裁判所の活動を麻痺させることになってしまう」危険性を指摘したのである。⁽⁶⁾

2 国家管轄権の地理的適用範囲

裁判所は、右のような理由で合法推定説を採用することになった。しかし、判決文をよく読むと、あらゆる国家管轄権の享有とその行使について合法性を推定しているわけではないことに気付く。判決は、国家が他国の領域内で権力を行使する場合には、合法推定説が妥当しないことを認めているからである。すなわち、国家が自国領域外でその権力を行使するためには「慣習国際法又は条約から生じる許容規則によらなければならない」ので

あり、その意味で、国家管轄権は確かに「属地的」(territoriale, territorial) なのである。⁽⁷⁾ このことは、国家が域外で権力を行使する場合には、国際法によって特に許容されていない限り禁止される、いわゆる違法推定説が妥当することを意味している。しかしながら、それは、国家が自国領域内で国外行為に対して管轄権を行使する場合にまで当てはまるわけではない。判決は、この点について、次のように述べている。⁽⁸⁾

「そのことから、国際法が、国外行為に関係した事件で、国際法の許容規則に依拠することのできないものについて自国領域内で管轄権を行使することを国家に禁止していることにはならない。かかる主張は、国際法が国家に対して自国の法律の適用と裁判所の管轄権をその領域外の人、財産及び行為に拡大することを一般的に禁止し、国際法がこのような一般的禁止規則の例外として特定の場合にそうすることを国家に許容している場合にのみ支持することができよう。しかし、このことが国際法の現状に当てはまらないことは明白である。現行の国際法は、国家が自国の法律の適用と裁判所の管轄権をその領域外の人、財産及び行為に拡大できない旨の一般的禁止を定めるところか、この点に関しては国家に広汎な自由を委ねており、一定の場合に禁止規則に基づいた制限を課すにとどまっている。それ以外の場合、各国は、依然として自ら最善且つ最適と考える原則を自由に採択することができる。」

右の判決部分を要約すると、国外行為に関連した事件については、国家が実際に国外で「権力」を行使する場合には違法推定説が適用されるものの、それ以外の管轄権行使については合法推定説が妥当するということになるであろう。しかし、領域外での強制的な執行管轄権の行使が一般に禁止されることは国際法の基本原則であり、前述したようにトルコも認めていた点である。したがって、裁判所は、国家管轄権の地理的適用範囲に関するトルコのテーゼをほぼ全面的に受け入れたと言って良いであろう。

3 国家の刑事管轄権

右に見たような国家管轄権の地理的適用範囲に関する国際法の一般原則は、果たして刑事管轄権についても、そのまま妥当するのだろうか。換言すると、トルコが主張したように、刑事管轄権に関しては、そのような至高の管轄権と国家概念との長期に亘る密接な関連性及び個人にとってそれが有する特別な重要性に照らして、一般的な国家管轄権の場合とは異なる原則が適用されることになるのであろうか。

この問題については、一方で、一般的な国家管轄権の場合と同様に、刑事管轄権に関しても原則として国家の自由立法権を認めようとする立場と、他方で、刑法の絶対的属地性に鑑みて、国家は明示的に定められた例外を除いて刑事管轄権の域外適用を行う権能を事実上 (*in fact*) 有しないとする立場とが対立している。前者は、各国が国際法の課す制限に抵触しない限り立法を通じて刑事管轄権の範囲を自由に決定することができるという立場であり、後者は、国際法の「特別な許容規則」が存在する場合にのみ属地主義の例外 (自国民の国外犯罪とか国家の安全を害する犯罪に関する域外管轄権など) が認められるとする立場である。

判決は、以下に掲げる二つの理由によって、基本的に前者の立場を採用することになった。⁽⁹⁾ 第一は、ほとんどの国家の刑法が属地主義を基礎としながらも多種多様な方法で国外犯罪を考慮に入れているという事実である。したがって、刑事管轄権に関する属地主義は、「国際法の絶対的な原則ではなく、決して領域主権と一致しない」ということになるであろう。第二は、たとえ違法推定説を採用したとしても、実際の裁判においては国家の刑事立法権を制限する国際法規則の存在を証明しなければならず、その意味ではいずれの立場を取っても同じ結果になるというものであった。

以上から、判決は、刑事管轄権の地理的適用範囲についても、やはり国家管轄権に関する国際法の一般原則が妥当すると結論付けている。その結果、「トルコ国外で行われた犯罪について外国人を訴追することをトルコに

許容する国際法の明示的規則が存在するかどうか」ではなく、「トルコによるドモンの刑事訴追を禁止した国際法の原則が存在するかどうか」が問題にされることになった。このことは、トルコによるドモンの刑事訴追を禁止した国際法規則の存在の立証責任がフランス政府に課せられることを意味していた。

4 トルコの刑事管轄権の基礎

フランスの援用した論拠の一つは、トルコによるドモンの刑事訴追が国際法上許容されていない受動的属人主義（トルコ刑法の第六条）に基づいていた点にあった。ところが、裁判所は、この受動的属人主義の国際的合法性について、明確な判断を示そうとはしなかった。判決は、たとえこのようなフランスの主張が一般的に「正確」(exact, correct)であるとしても、その国際的合法性に関する裁判所の判断を「留保」する旨を明らかにしたのである。⁽¹⁰⁾被害者の国籍が刑事管轄権の唯一の基準というわけではなく、本件に他の基準を適用することが可能であれば、敢えて批判の多い受動的属人主義の合法性審査にまで踏み込む必要はないというのが、裁判所の考えであった。

そこで、裁判所が注目したのは、ローチュス号における犯罪の効果 (effects) が公海のトルコ船上つまり「トルコ領域と同じに扱われる場所」で発生したという点である。かかる法的擬制を行うことにより、本件は、あたかも国境を跨いだ離隔犯罪の様相を呈することになる。裁判所は、こうした犯罪類型について、「犯人が犯行時に他国の領域内にいても、犯罪構成要件の一つ特にその効果が自国領域内で発生した場合には、自国内で犯罪が行われたものと見なされるべきである」と述べた。⁽¹¹⁾

裁判所がこのような客観的属地主義を認めたのは、次のような四つの理由による。先ず第一に、犯罪実行地だけの考慮を義務付ける強制的な国際法規則が存在していないだけでなく、犯罪実行地とその効果発生地が異なる

という事実を考慮することを国家に禁止した国際法規則も存在していないことがある。第二に、フランスを初めとした多くの国の国内裁判所(厳格な属地主義を堅持する国のそれを含む)において、右のような擬制的解釈が採用されている。第三に、特定国の刑法がこうした趣旨の規定を設けたり、国内裁判所が自国刑法をこのように解釈したことに対して他国政府の抗議した実例を見出すことができない。そして、最後に、いずれか一方の国家だけに排他的管轄権を認めたり又は各国の管轄権をそれぞれの国内で発生した事実だけに限定してしまうと、「正義の要件を充たし、二国の利益を有効に保護すること」ができなくなるので、犯罪実行地とその効果発生地の各国が犯罪事実全体に及ぶ競合管轄権(juridictions concurrentes, concurrent jurisdiction)を享有していると考えるのが「自然」であるとした。⁽¹²⁾

裁判所は、以上のような理由で、「犯罪の効果がトルコ船上に発生した以上、犯人がフランス船上にいたという事実を根拠として、トルコによるドモンの訴追を禁止する国際法規則が存在していると判示することはできない」と述べた。⁽¹³⁾ただし、判決が、このような客観的属地主義を無条件に認めたわけではなく、一つの重要な条件を付していることに留意しなければならない。その条件とは、犯罪行為とその効果という二つの要素の間に「いったん分離するとはや犯罪が成立しない」ほどの「絶対的な法律上の不可分性」(une indivisibilité juridique absolue)が存在しなければならないというものであった。⁽¹⁴⁾

5 裁判所の結論

裁判所は、これまでに見たような経緯でもって、フランスの援用した論拠がトルコによるドモンの刑事訴追を禁止する国際法原則の存在を立証できなかったと判断した。そして、かかる分析は、裁判所の職権による審査によっても変わらないことが強調された。かくして、トルコによるドモンの刑事訴追は「国際法がすべての主権国

家に委ねている自由」に基づくものであり、トルコは「国際法の原則に違反して行動しなかった」という結論が出されることになった。⁽¹⁵⁾ そのことは、裁判所に付託された二番目の問題、すなわちドモンに対して支払われるべき金銭賠償の問題について判断を下す必要性がなくなったことを意味している。

もっとも、右のような結論は、賛成六（フーバー、ブスタマンテ、織田萬、アンチロッチ、ベッソア、トルコの特任裁判官 F・D・ベイ）、反対六（ローダー、ヴェイス、フィンレイ、ナイホルム、ムーア、アルタミラ）で可否同数となったために、裁判所長フーバーの決定投票によって漸く採択されたものである。その点で、本判決は、裁判官の圧倒的多数によって採択されたものとは言えず、裁判所内部でかなり激しい議論の応酬があったことを窺わせる。ただ、ムーア判事が反対した理由は、トルコ刑法第六条に定める受動的属人主義の国際的違法性にあった。したがって、それ以外の争点については、賛成した判事が七人で反対した判事が五人ということになるであろう。

(1) 山田良三「ロートス號事件 (Affaire du "Lotus") に就て (一)」法学協会雑誌第四六卷四号三頁。なお、同氏は、本判決に関する評釈を同号以降の六号及び七号にも連載している。また、本判決を詳細に分析した欧文の評釈として J. H. W. Verzijl, L'Affaire du "Lotus" devant la Cour Permanente de Justice Internationale, R. D. I. L. C., 1928, pp. 1-32 があつて。

(2) 既に仲裁においては、いわゆるサバルカル事件 (Savankar Case) において、適用法規の欠缺、すなわち外国官憲（本件においてはフランス人）の錯誤によって刑事被告人を引き渡された国（本件ではイギリス）が彼を外国政府に戻す国際法上の義務が存在していないことを理由に請求を棄却した事例があった（一九一一年二月二十四日の判決）° Reports of International Arbitral Awards (hereinafter R. I. A. A.), Vol. XI, pp. 252-255.

(3) C. P. J. I. Série A, N° 10, p. 18.

(4) Ibid.

(5) Ibid., p. 19.

- (6) *Ibid.*, p. 20.
 - (7) *Ibid.*, p. 18.
 - (8) *Ibid.*, p. 19.
 - (9) *Ibid.*, pp. 20-21.
 - (10) *Ibid.*, pp. 22-23.
 - (11) *Ibid.*, p. 23.
 - (12) *Ibid.*, pp. 30-31. トルコ政府によると、本件におけるトルコ人とフランス人の犯罪は、牽連性 (la connexité) 又は不可分性 (la indivisibilité) を有していた。かかる事件においては、一方の犯人だけを訴追し裁判所が彼の罪状だけを確定することになると、彼を殺人罪に問うことができない。したがって、このような牽連犯罪 (délit connexe) の場合には、それぞれの事実関係を分離せずに事件全体を同一の裁判所で審理することが適当である、とした (C. P. J. I. *Série C, N° 13-II*, pp. 311, 365 et 412)。他方、フランス政府は、両船舶の責任者の犯罪が全く異なる性質のもので相互に「独立」していること、国内法における牽連犯罪は同一国内での裁判管轄権の調整による便宜の問題に過ぎないが、国際法におけるそれは裁判管轄権の移転を意味していること、さらに牽連性に基づく管轄権を認めた国際法規則が存在していないことなどを挙げて反論した (*Ibid.*, pp. 98-100 et 252-253)。
- ところが、裁判所は、国際法の規則がトルコによるドモンの刑事訴追を禁止していない以上、トルコの主張するような牽連性に基づく管轄権の問題を検討する必要がないとして、その判断を回避した (C. P. J. I. *Série A, N° 10*, p. 31)。ただ、ローダーとヴェイスの両判事は、それぞれの反対意見の中で、犯罪の同時性とその牽連性とは異なること、両船舶が独立した行動をしており、そこにはいかなる牽連性も存在していないこと、牽連性に基づく裁判の併合は裁判管轄権の享有を前提としており、それを創設するものではないことを指摘し、牽連性に基づく管轄権に否定的な立場を取っている (*Ibid.*, pp. 37-38 et 48)。
- (13) *Ibid.*, p. 23.
 - (14) *Ibid.*, p. 30.
 - (15) *Ibid.*, p. 31.

五 批評

ローチュス号事件に内包された国際法上の重要な問題について裁判所の示した判断は、その判決自体が裁判所長の決定投票によって漸く採択されたという事実からも推断できるように、数多くの国際法学者から厳しい批判を受けることになった。それらは、海運業界と国際海事法からだけにとどまらず、国家行動の合法推定及び国家管轄権の地理的適用範囲という一般国際法の観点からも行われた。ただ、本稿は、後二者の観点から判決を分析することに限定してあるので、以下のところでは、合法推定説、国家管轄権の地理的適用範囲、受動的属人主義並びに客観的属地主義の順序で検討する。

1 合法推定説

裁判所は、国家管轄権の淵源（権原）という国際法の本質にかかわる原理的問題に直面したわけであるが、基本的にトルコの主張した国家主権に基づく合法推定説を採用したと言って良いであろう。確かに、国家行動の自由がこれまで諸国家と多くの国際法学者によって広く支持されてきたことは、明らかな事実である。¹⁾しかし、判決以降の国際社会と国際法の重大な変化に照らす時、かかる合法推定説が今日でもそのまま妥当するかどうか問われなければならない。そこで、先ず最初に、合法推定説をめぐる国際法学者の賛否両論を比較検討し、その意義と問題点を浮き彫りにしたい。次に、国際司法裁判所が最近出した「核兵器による威嚇又はその使用の合法性」に関する勧告的意見の中で推定の問題が取り上げられているので、その関連部分を分析する。そして最後にこれらの検討と分析を踏まえながら、推定の問題に関する一応の私見を明らかにしようと思う。なお、以下のと

ここでは、常設国際司法裁判所だけでなく国際司法裁判所についても、単に裁判所として表記する。

(イ) 賛成論

合法推定説は、少数ではあるが、これまで何人かの国際法学者によって強い支持を受けてきた。例えば、バージ (G. W. Berge) は、本判決に対する評釈の中で当該理論を擁護する姿勢を明確にしている。⁽²⁾ その根拠は、厳格な実証主義と意思主義の立場から見た国際法の原始性にあった。つまり、国際関係のほとんどは、国際法によって規制された「法律領域」ではなく、その規制の埒外に置かれた各国の「政策領域」によって占められており、そこでは、国家行動の自由とその合法性が推定されると言うのである。他方、フランスの主張した違法推定説については、現実の国際法から遊離した「ユートピア的世界秩序」であって、そのようなものを「受け入れるべきではない」と強く批判している。以上から、彼は、判決に対して、「国際社会における裁判所の立場を強化する」という非常に高い評価を与えることになった。

合法推定説の支持者には、国際法の形式的完全性 (formal completeness) の原則とそのコローリーとしてのノン・リケット (Non Liquet) の禁止を主張する国際法学者の一部も含まれている。⁽³⁾ 裁判所が適用法規の不存在又は不明確性を理由に決定を下すことを拒絶する、いわゆるノン・リケットを禁止するためには、国際法が形式的に完全であることが必要である。ところが、現実の国際法規則には数多くの欠缺が存在している。そこで、ノン・リケットの禁止を主張する学者の一部は、合法推定説に依拠することによってかかる欠缺を補充し、国際法の形式的完全性の仮設を打ち立てようとしたのである。

右のような立場の国際法学者として先ず最初に頭に浮かぶのは、ケルゼン (H. Kelsen) である。彼の提唱したいわゆる法段階説は、国内法だけでなく国際法についても妥当し、そのピラミッド型の規範階層秩序の底面に

条約、その上位に国際慣習法、そして頂上に根本規範としての「国家は慣習的に行動してきたように行動しなければならぬ」という仮設規範が位置している。⁽⁴⁾ ここでは「法の欠缺」が論理的に存在せず、国際法は形式的に完全性を有している。このような国際法の形式的完全性という仮設の下では、国際法に基づいた裁判所の決定が「常に可能」であり、ノン・リケットの問題は発生する余地がない。実際に、ケルゼンによると、適用法規の欠缺のために法に基づいた裁判所の決定ができないという意味での「真正な欠缺」はあり得ないと言う。⁽⁵⁾ たゞ現実に具体的な適用法規が存在しなくても、「法的に禁止されていないことは法的に許容される」という「消極的規範」が存在しているからである。彼は、この点について、『国際法の原則(第二版)』(一九六六年)の中で次のように述べている。⁽⁶⁾

「法は、ある事項に関して一定の態様で行動する義務を規定することによって積極的に当該事項を規制するだけでなく、かような義務の規定を控えることによって消極的に規制することもできる。その場合、法に服する人は、当該事項に関して法的に自由に行動することが可能である。法的に禁止されていないことは、法的に許容される。この意味で、法(それが国内法であるか国際法であるかを問わない)によって「規制」されていない事項は存在しない。ある事項に関して国家に義務を課す国際法の規範が全く存在しない場合、国際法上、国家は自由に行動することができる。国際的義務が存在しない場合、当該事項は、国家の国内管轄権に属している。」

上位から根本原則、原則さらに底面の規則へと至る規範階層秩序(前二者は、法的拘束力を有しない)を想定するシュワルツェンバーガー(G. Schwarzenberger)も、ケルゼンと同じように、消極的規範に依拠した国際法の形式的完全性を指定している。その結果、ノン・リケットの問題は、事案に適用可能な国際法規が存在しなくても、「国際法が国家の自由の有利な推定を行うことによって被告に有利な決定を行うことが常に可能である」ことから、単なる「見せかけの問題」(sham problem)に過ぎなかった。⁽⁷⁾ ただ、彼が規範階層秩序の頂点に設定し

た、主権、承認（広義）、同意、信義誠実、海洋自由、国際責任並びに自衛という七つの根本原則（fundamental principles）の中には意思主義を反映したものが数多く含まれており、そこに、意思主義の理論的克服に努めたケルゼンとの相違点が見い出される。

（ロ） 反対論

右の合法推定説に関しては、本件にかかわった多くの判事が批判的な態度を明らかにしている。もっとも、判決に反対した六人の判事のうち、ムーアは、特別合意書の文言、主権と独立に基づいた国家の自国領域内での絶対的、排他的管轄権を制限するには当該国家の同意を必要とするという国際法の本質に照らして、合法推定説を支持する旨を明らかにしている。したがって、判決の採用した合法推定説に対して異議を唱えた判事は、次の五人ということになるであろう。

先ず、ローダー（Loder）判事は、合法推定説によって、「条約又は慣習によって閉ざされていない限り、国際法上すべての門戸が開かれている」ことになり、かような立場が一般的なコンセンサスを基礎とした「国際法の精神と合致しない」ことは明らかである、とした。⁽⁸⁾

次に、フィンレイ（Finlay）判事は、特別合意書に関する判決の解釈を疑問視した。同判事の立場から特別合意書の文言を「公正」に読むと、「それが尋ねているのは、単純にトルコの裁判所がドモンを審理し処罰する管轄権を有しているかどうか」であるから、「国際法がトルコの刑事管轄権を許容しているかどうか」こそが問題にされなければならないかった。その意味で、特別合意書がフランスに立証責任を課しているかのような判決の解釈は、「誤謬」に基づいた「曲解」にほかならないと言う。⁽⁹⁾

また、ヴェイス（Weiss）判事は、一九二三年のローザンヌ条約と同付属協定によって「長年にわたる国際的

な辛苦から漸く解放された」若いトルコ共和国が主権と独立に固執する歴史的事情に同情を示しながらも、同国の依拠した合法推定説の基底にある「無制限の国家主権」観に批判の目を向けている。つまり、彼も、国際法の淵源を国家主権ではなくすべての国家のコンセンサスに求める点でローダー判事とほぼ同じ立場にあったのである。かかる立場から見ると、トルコの依拠した国家主権は明らかにその適切な限界を越えるものと考えられた。⁽¹⁰⁾

ナイホルム (Nyholm) 判事は、「実定法規の存在しない場合、国際関係が絶対的自由 (une liberté absolue) によって規律される」という裁判所の立場が、実定国際法の枠外にある「国際関係の事実状態が本質的に公法の原則を表しているという漠然とした感情」に基づいていることを問題にした。同判事によると、そこには「思考の混同」があり、単なる事実状態と諸国家の共同意思を通じて創設される国際法の規則とは明確に区別されなければならなかった。⁽¹¹⁾

最後に、アルタミラ (Altamira) 判事は、合法推定説に含意されている国家行動自由の原則、取り分け国家管轄権の内容とその適用範囲に関する国家の自由立法権に疑問を投げ掛けている。もともと、同判事は、このような国家の自由立法権の存在自体を否定しているわけではなく、それが社会的な「一定の制限」に服することを強調したかったに過ぎない。かかる制限とは、絶対的な自由立法権が国際紛争を多発する危険性を内在しているために、国家立法には関係国の明示的又は黙示的同意を必要とするというものであった。⁽¹²⁾

以上のように、五人の判事は、判決に示された特別合意書の解釈方法と合法推定説の基底にある絶対的な国家主権観を問題にしたのである。判決に対する国際法学者の批判には、この後者の点を指摘したものが多い。それは、国家主権を単なる国際法の一原則としてではなく、国際法の「基礎」そのものと捉えようとする考え方に對する客觀主義の立場からの批判であった。そこで、以下のところでは、合法推定説のかかる側面に言及した代表的な国際法学者の見解をいくつか取り上げてみることにしよう。

まず、ブルカン (M. Bourquin) は、ハーグ国際法アカデミーでの講演「平時国際法の一般規則」(一九三一年)の中でローチュス号事件について詳しく述べている。⁽¹³⁾ 彼によれば、国家主権はヘーゲルとかイエリネクの言うような「超法的権力」ではなく、法秩序に由来するものであるから、国家主権に基づく管轄権も国際法によって付与されたものと考えられなければならないかった。そこでの国際法は、単に国家管轄権の行使を制限するだけにとどまらず、まさにその「権原」を構成している。こうした立場からすると、判決が領域内における国家管轄権行使の自由とその合法推定を認めたことは、かような国家管轄権の授権性 (un caractère attributif) を否定するものであり、当然受け入れられないことになるであろう。

次に、判決に対して非常に厳しい批判を加えたことで有名なブライアリー (J. L. Briery) は、⁽¹⁴⁾ 判決の採用した合法推定説とそれに付随した立証責任の分配方法について、それぞれ以下のように非難している。まず、国際法の淵源を主権独立国家の自由意思に求めて「国家の独立に対する制限は推定できない」とする合法推定説については、それが「非常に議論のある極端な実証主義学派の形而上学的命題 (metaphysical proposition)」を理論的基盤にしている点を鋭く指摘した。そして、彼は、国家の権利が国際法に由来するという立場から、「主権又は独立という単なる事実から特定の事案に適用可能な法を演繹する」ことはできない旨を強調した。また、判決が立証責任を一方的にフランスに課した点に関しては、その背景にある裁判所の認識に疑問を呈している。かかる認識とは、国家管轄権の歴史的形成過程に対するものである。つまり、本来的に無制限な国家の権利に一定の制限を加えるという形で国家管轄権に関する原則が形成されてきたという裁判所の認識には、「明白な歴史的誤謬がある」と言うのである。

彼の見解によれば、むしろ「当初の法概念は人的 (Personal) であり、たまたま領域内にいる外国人までも領域国の法律に従わせるようになったのは、現代領域国家が誕生してからのことに過ぎない。国際法は、それぞれ

が包括的管轄権 (omnicompetent jurisdiction) を有する諸国家から構成される社会の法としてではなく、自国民に対して人的管轄権を有する諸国家から成る社会の法としてスタートした。国家が自国領域内の外国人に対する領域管轄権を獲得したのは、それ以降のことである。したがって、現在、国家が国外の外国人に対して一定の管轄権を獲得したと主張する場合、かような主張を行う国家が、そのような国際慣習法の有効性を立証しなければならぬ」のであった。

さて、合法推定説をめぐる論議が国際法の形式的完全性とそのコロラリーとしてのノン・リケット禁止の問題に関連していることは、前述した通りである。このノン・リケットの是非をめぐるのは、一九五〇年代末の H・ラウターパクト (Hersch Lauterpacht) とストーン (Julius Stone) の論争が有名であるが、ただ両者とも合法推定説の「理論的価値が争われており、その実際的使用性も限られている」という点では共通していたことが注目されよう。⁽¹⁶⁾ つまり、両者は、仮に法の欠缺部分に許容規則が存在していると見なすことによって国際法の完全性を確保することができても、そのような形でのノン・リケットの回避はただ形式的に実現されたに過ぎないという認識で一致していたのである。特に H・ラウターパクトは、「知的怠慢又は近視眼的」であり「法の目的をそのような可能性をもった偏狭で非科学的な方法」である合法推定説によって国際法の形式的完全性が確保されても、裁判所が当事者から付託された紛争の主題に何ら積極的に答えていない点を批判した。⁽¹⁷⁾ そして、彼は、国際法の未発展な状況において安易に合法推定説に依拠した場合に生じる危険性について、次のように述べている。⁽¹⁸⁾

「法哲学の観点から見ると、自由は、ヘーゲル学派の言うように、法（広義）の究極目標と見なされるかも知れない。しかし、それは、法の基礎でも本質でもない。法は人間の行動の規制を目的としているので、實際上、行動の自由を制限することになる。国際法における国家主権は、国際法によって付与された属性 (quality) である。したがって、それは、国際法の基礎にも淵源にもなることができない。このように自由と独立を実質的法源とすることは、かなり危険

である。その理由としては、行動の自由を制限する明示的規則の数が限定されているだけでなく、それらの確認に困難を伴うという国際法に特有の事情を挙げることができよう。したがって、厳格な国際法の形式的完全性の理論（それは、通常の司法活動を通じて行動の自由の制限を困難にする）と立法原則としての国家主権の強調との結合は、いとも簡単に法の目的をそこなう可能性がある」。

(イ) 核兵器利用の合法性に関する勧告的意見

右のように、反対意見を付した五人の判事を初めとする多くの国際法学者が、判決の採用した合法推定説とその基底にある絶対的な国家主権観に対して厳しい批判の目を向けている。そこで、かかる合法推定説が、判決から七〇年以上経過した現在でも果たして妥当するのかが問題にされなければならないであろう。それは、合法推定説の主要な根拠とされた「国際法の本質と現状」が今日でも継続しているかどうかという評価の問題でもある。ここにおいて、判決後の七〇年以上の歳月が国際社会と国際法にもたらした変化をどう捉えるかという、極めて困難な問題に逢着することになる。

この点に関連して、一九九四年一月一日の国連総会決議四九・七五Kにより裁判所に諮問された事案をめぐって推定問題が正面から議論されているので、私見を披瀝する前に、その勧告的意見を取り上げておく必要がある。右の決議が裁判所に諮問したのは、「核兵器による威嚇又はその使用は、いかなる状況においても国際法上許容されている (permitted under international law) のか」という問題であった。このような諮問の仕方は、特に適用可能な国際法規が欠缺している場合、裁判所の結論に決定的な影響を与えるほどの重要な意味を持っている。なぜなら、「許容されている」かどうかという諮問によって、裁判所は核兵器による威嚇又はその使用を許容した規則を探究することになるからである。そして、国際法の適用法規が欠缺している場合、かかる許容規

則が存在していないために、国家の当該行動は「許容されていない」、従って「違法」とされる可能性が高くなる。つまり、かかる諮問の仕方では、「許容されていないことは禁止される」という違法推定が行われやすくなるのである。⁽¹⁹⁾

この点を審理過程において厳しく指摘したのが核保有国であったことは、言うまでもないであろう。中国を除く四大核保有国が裁判所に陳述書を提出しているが、それらすべてが国連総会による諮問の仕方を強く批判している。⁽²⁰⁾ これら諸国によると、裁判所が解答すべき問題は、核兵器による威嚇又はその使用が国際法上「許容」されているかどうかではなく、むしろ「禁止」されているかどうかでなければならなかった。その理由は、次の二つの点に求められている。先ず第一に、国際法の基礎は「国家の明示的又は黙示的な同意」にあることから、国家主権の制限は「推定されない」(ローチュス号事件判決)。このような国際法の「公理」(axiom)に従うならば、禁止規則が存在しない限り国家の行動は許容されなければならないであろう。取り分け主権と独立に由来する国家の防衛体制と防衛方法の決定は、国際法によって特に禁止されていない限り国家の自由選択に委ねられている(対ニカラグア軍事的活動事件の本案判決)⁽²¹⁾。第二は、推定に付随した立証責任の分配方法に関するものである。イギリスは、諮問の文言が黙示的に「違法推定」を通じた立証責任の転換をもたらす可能性を鋭く指摘した。通常の「受諾された国際法の原則」によると、国家行動の違法性が問題となる場合には、かかる違法性を主張する側が当該行動を禁止した国際法規則の存在を立証しなければならない。ところが、諮問の文言に従うと、反対に行為側が国際法の許容規則の存在を証明しなければならなくなってしまう。そこで、同国としては、この点において不当な「目に見えない立証責任の転換」が行われていることを強調したのである。⁽²²⁾

他方、ニュージーランドは、核実験と核拡散に強く反対し核軍縮を推進するという見地から、諮問の文言に沿った裁判所の解答を求めた。その根拠とされたのは、「国際法に明確な禁止規則が存在しなくても交戦者が使用

できる害敵手段は無制限ではない」という原則である。この原則は、提案者の名前に因んで一般にマルテンス条項 (the Martens Clause) と呼ばれており、陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約 (一九〇七年) の前文に挿入された「一層完備シタル戦争法規ニ関スル法典ノ制定セラルルニ至ル迄ハ、締約国ハ、其ノ採用シタル条規ニ含マレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ原則ノ保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スルヲ以テ適當ト認ム」という条項を指している。それは、害敵手段規制条約の残したギャップを埋めることを企図したもので、国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書 (第一議定書) の第一条二項と非国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書 (第二議定書) の前文に挿入されるなど、「軍事技術の急速な進歩に対処するための有効な手段」として位置付けられてきた。ニュージャージー・ンドは、当該原則によって、少なくとも国際人道法の分野においては違法推定説が妥当することを強調したのである。⁽²³⁾

このような推定問題をめぐる激しい論争に直面した裁判所は、一九九六年七月八日に出した勧告的意見の中で、果たしてどのような判断を下したのであるか。⁽²⁴⁾ 裁判所が注目したのは、四大核保有国が陳述書を提出した他の諸国と同様に、国際法取り分け「国際人道法の原則及び規則」によって国家の行動が制限されることを認めたか又はそのこと自体を争わなかったという点である。このような事実から、裁判所は、「許容されている」かどうかという文言に基づく推定とそれに付随した立証責任の問題が「裁判所に付託された問題の処理にあたって特別な重要性を持たない」旨を判示したのである。⁽²⁵⁾ そのことは、裁判所が、「許容されている」かどうかという諮問の文言に沿った違法推定説と国家主権の原理に基づいた合法推定説のいずれが妥当であるかについて、その明確な判断を回避したことを意味している。

もっとも、推定の問題は、当該事案の中心的な適用法規である国際人道法を分析した箇所において、再び取り

上げられることになった。裁判所は、この箇所においては、「核兵器その他の兵器による威嚇又はその使用の合法性を明確な許可 (authorization) にかからしめるいかなる国際法の原則又は規則も存在していない。国家実行は、一定兵器の使用の違法性自体が許可の欠缺から生じるのではなく、反対に禁止 (prohibition) によって定式化されることを示している。したがって、裁判所は、以下のところで、核兵器の利用の禁止自体が存在しているかどうかを検討しなければならない」と明瞭に述べている。⁽²⁶⁾ このことは、核兵器による威嚇又はその使用を「禁止」した条約と慣習法が存在するかどうかが問題になることを意味していた。これは、一見したところ、裁判所が諮問の仕方の是非に言及した部分で採用しなかった合法推定説をここでは認めたと受け取られるかも知れない。しかし、それは、核保有国の援用した国家主権の原理に依拠したもの (ローチュス号事件判決及び対ニカラグア軍事的活動事件の本案判決) ではなく、害敵手段の規制に関する従来の国家実行を尊重したものであったことに留意すべきであろう。かかる「国家実行」とは、毒性兵器、生物・化学兵器、特定通常兵器などに関する諸条約に見られるように、「禁止」によって害敵手段の規制を行うという交戦法規上の慣行を指している (ギョーム判事の個別意見⁽²⁷⁾)。つまり、害敵手段の規制という特殊な分野 (いわゆるヘーグ法) においては、その主題の性質上、許可 (許容) の方式ではなく主に禁止の方式が機能してきたのである。その結果、当該分野における法規のほとんどは禁止規則で占められることになった。そこで、裁判所は、このような分野においては必然的に「禁止されていないことは許容される」という合法推定説が妥当すると考えたのであろう。したがって、裁判所がこの勧告的意見において単純な国家主権の原理に依拠した合法推定説 (R・A・フォークは“hard Lotus” view と呼⁽²⁸⁾) を採用したと言うことはできないように思われる。

（二）私見

裁判所がローチウス号事件において合法推定説を採用した主要な根拠の一つは、「国際法の本質と現状」にあった。そのために、当該判決以降における国際社会の与件の根本的变化と国際法の質的転換に鑑みて、合法推定説が既にその妥当基盤を失ったと主張される場合がある。これは、「核兵器による威嚇又はその使用の合法性」に関する勧告的意見に付されたベジャウイ (M. Bedjaoui) 裁判所長 (当時) の宣言とシャハブディーン (Shahabuddeen) 判事の反対意見の中で明らかにされた立場である。⁽²⁹⁾ 両判事の指摘した国際社会の構造変化の一つは、その統合と制度化の進展である。ローチウス号事件判決は、国家の主権意識が強過ぎるために国際社会の制度化がほとんど進まず、国際法が厳格な「共存の国際法」にとどまっていた当時の状況を反映したものであった。ところが、現代の国際社会においては、その統合と制度化の進展により、「国際共同体」概念が生成されると同時に国家主権の相対化が顕著になってきた。それに付随して、国際法も、対世的 (erga omnes) 義務、強行規範 (ius cogens)、人類の共同遺産といった概念が登場するなど、「協力の国際法」に向けて漸進的発展を遂げていることを指摘した。

両判事が挙げた国際社会のもう一つの変化は、「人類を一瞬にして全滅させるほどの科学技術の進歩」である。本件事案では、このような科学技術を利用する国家の権利が問題となっており、それと比較すると、ローチウス号事件は「さほど重要な問題ではなかった」と言えよう。特にシャハブディーン判事はこの点を重視し、本件事案のように「文明を破壊し、人類を滅亡させることによって国際社会の枠組自体を破壊する」可能性を伴った国家の権利行使が問題になる場合には、違法推定説を採用すべきであったと述べている。

なるほど、ローチウス号事件判決以降の国際社会と国際法にかなりの変化が見られることは事実である。取り分け科学技術が著しく発達し国家主権のかなり相対化した現状において合法推定説をそのまま維持することは、

ほとんど不可能であろう。しかし、同時に、違法推定説を支持できるほどの根本的变化を現在の国際社会と国際法に見出すこともできない。違法推定説を採用するためには、国家の主権と独立を前提とした国際社会から統合と共通利益を基盤とした国際共同体への移行が必要不可欠である。ところが、現在のところ、こうした移行が十分に行われたとはとても言えない状況にあるからである。それは、上記のような対世的義務、強行規範、人類の共同遺産といった共同体的法概念が今なお生成途上にあり、まだ実定法として十分に定着していない状況にあることから見ても明らかであろう。

ローチュス号事件の審理過程と判決において明らかにされた合法推定説のもう一つの根拠は、違法推定説を採用した場合に生じる「実際上の不便」であった。それは、現実の法規則の欠缺に起因したもので、トルコ政府によれば「日常生活上の不便」を、また判決によれば「裁判上の不便」を指していた。確かに、近年は、特に条約数の飛躍的増大によって国際法規則が充実に充てられている。それにも拘らず、個別国家の同意に基づいた条約が、交渉から署名さらに批准を経て効力を発生するまでには、かなりの時間と困難を伴うであろう。その意味では、現在でも国際法が国際社会の需要に十分対応しているとは決して言えない状況にある。それは、国際法の静態的局面だけでなく、その動態的局面において取り分け顕著に見い出すことができる。

専門的な立法機関を持たない国際社会においては、従来から条約及び慣習法を通じて国際法を定立してきた。しかしながら、これらの伝統的法源では、条約に関していわゆる署名発効条約とか枠組条約⁽³⁰⁾の増加、慣習法については時間の要素の相対化（北海大陸棚事件判決）などを通じて立法に要する時間を短縮しようとする動きが見られるものの、基本的に国際社会の動態的变化に迅速に対応することができない。こうした「時間のずれ」は、相当期間に亘って国際法の関連規則の欠缺又は不明確性をもたらすことになる。そのような経過期間中に違法推定説を採用すれば、トルコの指摘したように国家の行動をいたずらに制約することになり、引いては国際社会の

発展を阻害する恐れも出てこよう。こうした「時間のずれ」に伴う問題は、合法推定説にも同じように当てはまる。国際社会の動態の変化に対応した国際法規則を迅速に定立できない状況において安易に合法推定説を採用すると、国家の行動に対する「手綱を過度に緩め過ぎる」⁽³¹⁾ ことになって、国際社会の安定をそこなう危険性があるからである。

以上から、現在では、国家行動の合法性と違法性のいずれの推定を行うことも適当とは言えないであろう。むしろ、それら以外の「第三の可能性」⁽³²⁾（フィッツモリス）を探究すべきではなからうか。それは、事案に直接適用可能な国際法の具体的規則が存在しない場合、安易に国際社会と国際法の本質論に基づいた推定に依拠するよりも、より実質的且つより積極的な方法で実定法規の欠缺を補充することによって国家行動の合法性を判断しようとする試みである。かような試みとしては、以下に見るような三つの方法を挙げることができよう。

① 国際法の類似規則からの類推

その第一の試みは、緊密な類似性を有する他の国際法規則からの「類推」(analogy)を行うという方法である。事案に直接適用可能な国際法の具体的規則が発見できなくても、類似の状況を規律する国際法の規則が存在していることがある。そのような場合、かかる密接関連規則 (germane rules) を当該事案に適用するというものである。⁽³³⁾ この方法を採用した判例として、国際仲裁裁判では、Coenca Brothers v. Germany Case に関するギリシャ・ドイツ混合仲裁裁判所の判決（一九二七年二月一日）を挙げることができよう。⁽³⁴⁾ これは、一九一六年のドイツ空軍によるサラニカ爆撃の被害者がその補償請求を行った事件である。原告は、ドイツ空軍による警告なしの夜間爆撃が国際法に違反していると主張したが、空爆に関して相手方への事前通告を義務付けた交戦法規は存在していなかった。ところが、裁判所は、陸戦の砲撃に関して事前通告を義務付けた交戦法規（陸戦ノ法規慣

例二関スル規則の第二六条）が存在することに着目し、それが空爆にも類推適用できると判示したのであった。

空戦法規の欠缺を陸戦法規からの類推によって補充するという考え方は、一般的に原爆判決又は下田（隆一）判決と呼称される昭和三八年一月七日の東京地方裁判所判決にも見出すことができる。⁽³⁵⁾ 原爆投下当時、それに直接関連した交戦法規は存在していなかった。しかしながら、裁判所は、既存の国際法規則の「類推」適用が可能である旨を指摘し、「陸戦、海戦、空戦の区別は、戦闘の行われる場所とその目的によってなされるのであるから、地上都市に対する爆撃については、それが陸上であるということから、陸戦に関する法規が類推適用される」という議論も、十分に成立し得る」ことを明らかにした。

常設国際司法裁判所について見ると、ウィンブルドン号事件判決（一九二三年）は、スエズ運河とパナマ運河に関して確立された規則、すなわち交戦国の軍艦や戦時禁制品を積んだ交戦国又は中立国の商船による国際運河の通行が沿河国の中立義務を害さないという規則がキール運河にも類推できる、とした。⁽³⁶⁾ また、ポーランドにおけるドイツ系農民事件に関する勧告的意見（同年）においては、ドイツからポーランドに割譲された地域においてドイツ人がそれ以前にドイツ政府と締結した土地売買契約の有効性に関連して、アルザス・ロレーヌ住民とドイツ政府の契約が同地域割譲後も有効であることを認めたヴェルサイユ条約の第七五条が重視された。⁽³⁷⁾ さらに、オーデル河国際委員会事件に関する判決（一九二九年）では、同委員会の管轄権の及ぶ地理的範囲を定めたヴェルサイユ条約第三三一条の解釈に際して、それに類似したウィーン議定書（二八一五年）の規定が参照されている。⁽³⁸⁾

国際司法裁判所の判例を見ても、例えばノッテボーム事件本案判決（一九五五年）は、明白な類推を行っている。グアテマラを常居地並びに営業活動の本拠地としていたドイツ国籍のノッテボームは、一九三九年に第二次世界大戦が勃発してドイツがグアテマラの交戦国となったことから、営業を継続する必要上、多額の納税によつ

で中立国のリヒテンシュタインに急遽帰化するに至った。そこで、当該事件においては、かかる帰化を通じて彼が取得したリヒテンシュタインの国籍が果たしてグアテマラに対抗性を有するかどうかが争点となったものの、帰化に直接適用可能な国際法規則は存在していなかった。⁽³⁹⁾ しかしながら、裁判所は、本件の事情が二重国籍の場合に類似していることに着目し、「二重国籍に適用される原則と基準」すなわち「実効的な国籍 (a nationalité effective)」(個人と国籍付与国との実効的な結合) の原則と基準を本件に類推適用したのである。⁽⁴⁰⁾

このように、国際法に関連したいくつかの裁判においては、實際上、具体的な適用規則の欠缺を補充するために緊密な類似性を有する他の国際法規則からの類推が行われている。ただ、こうした類推は、あくまで「類による推論」であり、それが許容されるためにはすべての重要な点で合理的な類似性が存在しなければならない。しかし、実際の類推の作業に当たって、裁判官の主観的判断の混入する余地が大きいことは否定できず、その意味で、「安易な類推は許されない」(いわゆる原爆判決) と言うべきであろう。現に、裁判所は、「核兵器による威嚇又はその使用の合法性」に関する勧告的意見において、毒性兵器と生物・化学兵器の禁止から核兵器利用の禁止を類推適用すべきであるとしたニュージーランドとかソロモン諸島などの主張⁽⁴¹⁾を認めていない。

② 法的一般原則

第二は、国際司法裁判所規程の第三八条一項cに謳われた「法的一般原則」を援用することによって国家行動の合法性を判断するという方法である。この「文明国が認めた法の一般原則」(the general principles of law recognized by civilised nations) とは、「世界の主要法系に属する諸国の国内法に共通した原則のうち、国際法に移換可能なものを言う。一般的に、その役割は、適用法規の欠缺に起因したノン・リケットを回避すると同時に、「文明国が(既に)認めた」原則という表現によっていわゆる司法立法を阻止することにあると考えられてきた。⁽⁴²⁾

国際法の具体的規則が欠缺した事件に法の一般原則を適用した事例として、常設国際司法裁判所については、ホルジョウ工場事件に関する本案判決（一九二八年）、国際司法裁判所に関しては、バルセロナ・トラクション事件本案判決（第二段階、一九七〇年）などを挙げることができよう。前者に関しては、約定の違反に損害賠償の義務を伴うことが「法の一般概念」から導き出されている。⁽⁴³⁾次に、後者については、国際法における会社と株主の關係が主要な争点となった。裁判所は、国際法に両者の關係を定めた「固有の規則」が存在していないことを認めた上で、株式会社の制度が国内法によって創設されたことに着目した。そして、本件には「株式会社を認めている国内法制度によって一般的に受諾された規則」が類推適用されるべきであるとしたのである。ちなみに、かかる「国内法の関連規則」とは、「会社と株主の区別の原則」に従って株主が会社の権利とは区別された「固有の権利」を有するというものであった⁽⁴⁴⁾（ただし、判決は、かような会社法人格に関する独立性の「ヴェール」が例外的に引き上げられる場合のあることを認めている）。

法の一般原則は、實際上、世界の主要法系に属する諸国に共通していると同時に国際法に「移換可能な」(trans-possible) 国内法の原則から類推されることになる。その意味で、法の一般原則を使用する方法にも、第一の方法と同じ問題すなわちその選別と適用に際していかに客観性と公平性を確保するかという問題が内在していると言える。取り分け国内法の一般原則を国際法に類推適用する際には、両者の構造が本質的に異なっていることから、かなりの慎重さが要求される。現在に至っても当該原則の具体的な内容とその選別・適用方法がまだ明確に確立されていないという事実、かかる類推適用の困難さを示すものであろう。

③ 国際法の原則

第三は、関係分野の国際法原則、それが存在しない場合には国際法の一般原則に従って国家行動の合法性を判

断するという方法である。かかる「国際法の原則 (principles)」とは、「すべての国家に平等に適用される」普遍的な原則であり、慣習法と条約の精神から演繹されたものとして捉えられている。⁽⁴⁵⁾ メイン湾海域画定事件判決(一九八四年)では、国際法の原則を、「国際法の規則 (rule) を含む」が、それよりも「より一般的且つより基本的な性質」を有し、「本質的目的を達成するために従われるべきガイドラインを定めた少数の基本的な法原則」と定義している。⁽⁴⁶⁾ その意味で、当該原則は、主に慣習法から構成されていると考えることができる。⁽⁴⁷⁾ (核兵器による威嚇又はその使用の合法性に関する勧告的意見)。なお、原則と規則は、それらを具体的事案に適用するために使用される「基準」(criteria) 及び「方法」(methods) とは区別されている。⁽⁴⁸⁾ (メイン湾海域画定事件判決)。

国際法学者の中では、フィッツモーリスが、国際法の具体的適用規則が存在しない場合、推定よりもより積極的な基礎に立つて国家行動の合法性を判断することを可能にする国際法の「根本原則 (または根本原理)」(ultimate principles) が存在していることを指摘した。⁽⁴⁹⁾ また、判例上でも、いわゆる海底電線切断事件 (Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co. Case) に関する英米仲裁裁判所の判決 (一九三三年) が、事件に適用可能な国際法規則が欠缺している場合であっても、国際法の原則に基づいて紛争を解決することが司法の役割であることを強調している。判決の中でその点に言及しているのは、以下の部分である。⁽⁵⁰⁾

「国際法も、国内法と同様、特定の事件を解決するために必要な明示的規則を持たないことがあり、むしろ一般的には有していない。しかしながら、明確な法規則が欠缺していても、一般原則 (general principles) のコロラリーを適用することによって権利と利益の対立を解消し、それによって——まさに数学におけるように——問題の解決を見い出すことが裁判所の役割である。……それは、あらゆる国家において法が漸進的に発達し、私人間及び国家間に法的関係を設定し確立してきた方法である。」

このように国際法の具体的適用規則が欠缺している場合に、その関係分野又は国際法全体の基礎を成す「原

則」を適用することによって紛争を解決しようとする姿勢は、常設国際司法裁判所の判例の中にも見出すことができる。例えば、上記のポーランドにおけるドイツ系農民事件に関する勧告的意見においては、領土取得国（この場合は、讓受国）による私権の尊重という国家承継の原則が適用された。⁽⁵¹⁾ 同じく、上記のオーデル河国際委員会事件に関する判決も、同委員会の管轄権がポーランド領域内のオーデル河支流にまで及ぶかどうかの問題を、「上流国の通航権という考え方ではなく、沿河諸国の共同利益 (a community of interests) というそれ」に依拠した国際河川法の原則に基づいて解決すべきであるとした。⁽⁵²⁾

また、国際司法裁判所に関しては、イギリス・ノルウェー漁業事件の判決（一九五一年）を挙げることができる。当該判決は、事件に適用可能な国際法規則が欠缺しているにも拘らず、国際法の原則を適用することによってノルウェーの行為（一九三五年七月一二日の勅令に基づく直線基線の設定）の有効性を評価することができる旨を明らかにした。判決は、この点について、次のように述べている。⁽⁵³⁾

「イギリスによって主張された技術的精密性を有する規則が存在しないことから、一九三五年にノルウェー政府の行った境界画定が、国際法上、その有効性の評価を可能にする一定の原則 (certain principles) に服さないということには決してならない。海域の境界画定は、常に国際的側面を有している。それは、国内法に表明されるような沿岸国の意思だけで決められるものではない。なるほど、境界画定行為は、沿岸国だけがそれを行う権限を持っていることから必然的に一方的行為であるとしても、第三国に対する境界画定の有効性は、国際法によって決定される。」

同判決によると、事件に適用可能な原則は、領土に対する領海の密接な依存性、つまり領海に対する沿岸国の権利の淵源が領土にあるという原則であった。そして、かかる「領海の性質に固有の基本的考慮」から、「厳密に精確でなくとも、多様な事実状態に適応可能な決定を行うための十分な基礎を提供することができる一定の基準 (certain criteria)」を演繹している。ちなみに、そのような基準として掲げられたのは、基線が「海岸の一般

的な方向」から著しく離れて引かれてはならないこと、基線の内側水域が内水として扱われるのに値するほど陸地と十分に密接な関連を有すること、その沿岸地域に特有な一定の経済的利益を考慮することの三つであった。⁽⁵⁴⁾

国際司法裁判所は、他の事件においても、二重国籍及び帰化の国際的對抗性に関する「実効性の原則」(ノッテボーム事件本案判決)、大陸棚の境界画定に適用される「衡平の原則」(北海大陸棚事件判決など)、留保の範囲に関する「相互主義の原則」(一九五七年のノルウェー公債事件判決)、外交的保護に関連した国家裁量権の行使における「合理性の原則」(バルセロナ・トラクション事件第二段階本案判決)などを援用している。上記の「核兵器による威嚇又はその使用の合法性」に関する勧告的意見においても、裁判所は、合法推定説を採用する一方で、核兵器の利用を禁止した国際人道法の「基本原則」(cardinal principles)が存在することを認めている。⁽⁵⁵⁾ そのような基本原則とは、無差別攻撃禁止の原則と交戦者に不必要な苦痛を与える害敵手段の使用禁止の原則であった⁽⁵⁶⁾ (裁判所は、いわゆるマルテンス条項についても言及している)。

ただ、右のような国際法の原則についても、重要な問題点⁽⁵⁷⁾が内在していることに留意しなければならない。先ず最初は、当該原則の形式的法源に関する問題である。国際法の原則は、前述のように、そのほとんどが慣習法と考えられる。しかしながら、裁判所は、これらの原則を援用する際に、慣習法の成立に必要な主観的要件と客観的要件の厳格な認定作業を行うことなく、国際法の全体又はその関係分野の本質からア・プリオリな演繹を行っているに過ぎない。そのために、裁判所があまり安易にこれらの原則に依拠し過ぎると、証明不能の仮説に基⁽⁵⁷⁾づくものとして司法立法の批判を受ける恐れが出てこよう。

次は、それらの内容があまりに抽象的過ぎるという問題である。この点についても、司法立法の批判を受ける可能性がある。確かに、具体的な事案に当該原則を適用する際には、メイン湾海域画定事件判決において指摘されたように、いわゆる「関連事情」などの形で比較衡量されるべき具体的基準が個別の事件毎に提示されるのが

通例である。その意味で、国際法の原則は「一種のガイドライン」として機能するにとどまり、それを受けた具體的基準によって一定の客観性を確保することができるであろう。ただ、そのような具體的基準をもってしても、原則の適用に際して、なおかなりの曖昧さが残ることは否定できない(例えば、イギリス・ノルウェー漁業事件に關するマクネア判事の反対意見を参照⁽⁵⁸⁾)。したがって、それらが法規則に必要な「一貫性と一定の予見可能性」⁽⁵⁹⁾(一九八五年のリビア・マルタ大陸棚事件判決)を持つためには、かなりの国家実行と判例の集積を待たなければならないであろう。

最後の問題は、国際法の原則の下位に、より具体的な内容を持った「規則」、「基準」並びに「方法」が存在しているという点である。そこには、ケルゼンとかシュワルツェンバーガーの提唱した法段階説を彷彿させるものがある。実際に、メイン湾海域画定事件判決においては、衡平原則が「すべての海域画定に適用可能な一般国際法の根本規範(fundamental norm)」と位置付けられている⁽⁶⁰⁾。しかしながら、伝統的な国際法において否定されてきた規範階層秩序が現時点で果たして認められるかどうかについては、慎重な議論を必要とするであろう。

さて、これまでに見てきた三つの方法は、国際社会と国際法の本質論に基づいて国家行動の合法又は違法を推定するよりも、類推とか演繹を通じてより実質的且つより積極的に国家行動の合法性を判断しようとするものであった⁽⁶¹⁾(もつとも、合理性の原則とか衡平原則のように必ずしも類推と演繹に明確に峻別できない場合もある)。ただ、これらの方法は、それぞれに前述したような問題点を有しているために、あくまで条約又は慣習法を通じて具體的な国際法規則が創設されるまでの暫定的装置と考えられるべきであろう。法の安定性と予見可能性を確保するという観点から言うと、類推とか演繹によるよりも明確な国際法規則に基づいて国家行動の合法性を判断する方が、明らかに望ましいからである。

- (1) O. Schachter, *op. cit.*, p. 242.
- (2) G. W. Berge, *The Case of the S. S. "Lotus"*, *Michigan Law Review*, 1928, pp. 375-377.
- (3) ノン・リケットとは、管轄権を有する裁判所が、適用可能な実体法の不存在又はその不明確性を根拠にして決定を下すことを拒否する状況を言う (Sir H. Lauterpacht, *Some Observations on the Prohibition of "Non Liquet" and the Completeness of the Law*, *Symbolae Verzijl*, p. 199)。そもそもノン・リケットの本来の意味は "it is not clear" であるが、法律的にはローマ法以来 "Non-licet" ("it is prohibited") を含むものと考えられてきた。
- (4) Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed., 1966, p. 564.
- (5) ケルゼンによれば、法の欠缺には次の三種類のものが存在している。第一は、事件に適用可能な法規範が存在しないために、訴訟を現行法規に基づいて決定できない場合である。しかし、強制的な法規範の存在しない場合には、行動の自由を推定することによって消極的規範が存在すると見なすことができる。したがって、かかる「真正の欠缺」は理論的に存在する余地がない。第二は、立法者が必ず規定しておかなければならなかった事項を実際には規定していなかった場合である。このような「技術的欠缺」については、解釈によって補充することが許される。第三は、立法者が間違えて欠缺の存在を措定し、法適用者にその決定を委任した場合である。こうした「立法者の欠缺」は、有名なスイス民法第一条（「法律から規定が得られない時には、裁判官は慣習法に従って、また慣習法もない時には、みずから立法者として定立すべき準則に従って裁判すべきである」）などに見られる。このような場合には、司法立法の危険性があることなどに留意しなければならない」とした。ケルゼン・横田喜三郎譯『純粋法学』岩波書店（一九三五年）一五六—一六六頁を参照。
- (6) Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 291-292.
- (7) G. Schwarzenberger and E. D. Brown, *A Manual of International Law*, 6th ed., 1976, p. 198.
- (8) C. P. J. L. Série A, N° 10, p. 34.
- (9) *Ibid.*, p. 52.
- (10) *Ibid.*, pp. 43-44.
- (11) *Ibid.*, pp. 60-61.
- (12) *Ibid.*, pp. 102-104.

(13) M. Bourquin, *Règles Générales du Droit de la Paix*, 35 *RdC*, 1931-1, pp. 101-107.

(14) J. L. Brierly, 'The *'Lotus' Case*, *Law Quarterly Review*, 1928, pp. 155-156. ほぼ同じような理由で、国外の外国人に対する立法管轄権については違法推定説が妥当し、従ってトルコ側に立証責任があることを指摘した論文としては、G. Siesse, *L'arrêt du Lotus en Droit International*, *Revue de Droit Maritime Comparé*, (hereinafter *R. D. M. C.*), 1928, pp. 9-10 がある。

(15) H・ラウターバクトは、「国際裁判の判例(仲裁を含む)を通じてノン・リケットを宣言した実例が見られないこと」と、「法の一般原則」が国際法の法源の一つとして認められたことによつて、国内法特にその私法からの類推を通じて適用法が常に確保できるようになつただけでなく(法の無尽蔵の潜在的宝庫)、法秩序の完全性の原則が本質的に「法の一般原則」であるという理由で、国際法の完全性の原則とそのコロラリーとしてのノン・リケットの禁止が「争いのない最も確立された実定国際法の規則」とであると説いた(H. Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 198-208)。その意味で、「仲裁裁判所は適用法の沈黙又は不明瞭を理由にノン・リケットを宣言することができない」とした国際法委員会の「仲裁裁判モデル規則」(一九五三年)第一条は「実定国際法の規則を述べたもの」と見るべきであろう(杉原高嶺『国際裁判の研究』有斐閣(一九八五年)二〇八—二〇九頁)。

他方、ストーンは、国際裁判でノン・リケットが宣言されていないという事実が、ノン・リケットを強制する規則が存在していないことを示すにとどまり、それを許容する規則が存在することまで否定していないと反論した。さらに、「法の一般原則」についても、国際司法裁判所規程がその当事国だけを拘束することと定めること、同裁判所に付託される事案が限られていること、国内法からの類推が現代の急激な変化に適合しないことを指摘した。そして、ノン・リケットの宣言を禁止すれば、一方の当事国に時期尚早な既得権を与える結果となり、当事国の対立が尖鋭化する可能性があること、現代の急激な変化の中で裁判所に国際法再編の負担を課するのは酷であることを強調した。Julius Stone, *Non Liquet and the Function of Law in the International Community*, *B. Y. I. L.*, 1959, pp. 124-161.

なお、フィッツモーリスは、ノン・リケットをめぐる両者の論争についてコメントした論文の中で、H・ラウターバクトが国際法の完全性からノン・リケットの禁止を導き出している点に触れ、それがア・プリオリな仮設に基づいているために「循環論」に陥る危険性を指摘している(Sir G. Fitzmaurice, *The Problem of Non-liquet: Prolegom-*

- ena to a Restatement, en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, pp. 102 and 109-110)。田岡博士も、
 ・ラウターパクトの依拠している国際法の完全性の仮設を「將に証明せらるべき問題を、既定の事實として前提の中に含む *petitio principii* [不当前提] の明瞭な一例である」と批判している。田岡良一「法律紛争と非法律紛争との區別 (一) ——ラウターパクト説と其批判——」法学 (東北帝國大學法學會) 第七卷六号二八—二九頁を参照。
- (16) H. Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 207-208.; Julius Stone, *op. cit.*, p. 129.
- (17) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, pp. 85-88.
- (18) *Ibid.*, pp. 95-96.
- (19) ちなみに、世界保健機構 WHO からの諮問は、「健康及び環境に対する核兵器の影響に照らして、戦争その他の武力紛争における国家の核兵器使用は、WHO 憲章を含む国際法上の義務の違反となるか」(一九九三年の WHO 総会決議第四六・四〇号) というものであり、国連総会のそれよりも諮問の範囲がかなり限定されていた。
- (20) Written statement (originals) of the Government of the Russian Federation (pp. 4-5), the United Kingdom (pp. 21-22), the United States of America (p. 8) and la République Française (pp. 22-23).
- (21) 対ニカラグア軍事的活動事件の本案判決 (*I. C. J. Reports*, 1986) の中で核兵器保有国が引用したのは、外交政策の定式化は国家主権の原則に基づいて各国が自由に決定できるとした第二〇五節と、「国際法において主権国家の軍備水準を制限できる規則は、条約その他を通じて関係国により受諾された規則以外に全く存在していない」という第二六九節であった。
- (22) Written statement of the Government of the United Kingdom, p. 22.
- (23) Written statement of the Government of New Zealand, p. 16.
- (24) 日本でも「いわゆる原爆判決に関連して、高野雄一鑑定人が戦争の本質から戦闘行為の合法性を広く推定し、原爆の使用を一般的に違法とするためには「特別の禁止協定」が存在しなければならなかった(『原爆判決とその問題点——広島、長崎の原爆攻撃に関する国際法と被害者の請求権——』ジュリスト第二九三号三一—三三頁)のに対して、最近では、害敵手段の選択につき無制限の権利を有しないという原則の趣旨と今日のますます非人道的・無差別的な兵器の開発状況から「特定の、とくに許容された兵器以外の兵器の使用は、禁止されるものとみなすべき時期に差ししかかっていると思われる」という逆のテーゼが提示されている(藤田久一『新版・国際人道法』有信堂高文

社九八頁)。

- (25) I. C. J. Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Request by the General Assembly of the United Nations), paras. 20-22, reprinted at *I. L. M.*, Vol. 35, 1996, pp. 814-938.
- (26) *Ibid.*, para. 52. 勧告的意見のなかに当該部分の説明を Anne-Sophie Millet, *Les Avis Consultatifs de la Cour Internationale de Justice du 8 juillet 1996, Revue Générale de Droit International Public* (hereinafter *R. G. D. I. P.*), Tome CI, 1997, pp. 162-164 を参照。
- (27) Opinion individuelle de G. Guillaume, para. 11.
- (28) フォークは「本事業について「特に明示的に禁止されていないことはすべて許容される」という「hard Lotus」viewではなく、「国家の行動の自由に対する制限が、世界秩序の価値 (world order values) からは推定又は演繹できず、国家の同意若しくは実際的使用の文脈への法の規則及び原則の適用に依拠しなければならない」というソフト・ローチュス・アプローチが多数意見を占めたと述べている。Richard A. Falk, *Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter*, *A. J. L. L.*, Vol. 91, 1997, pp. 66 and 70.
- (29) Déclaration de M. Bedjaoui, paras. 12-16; Dissenting opinion of Shahabuddeen, *op. cit.*, pp. 866-869.
アルバレス (Alvarez) 判事も「漁業事件判決に対する個別意見において「合法推定説が「絶対主義の時代には形式的に正しかったが、今日ではもはやそうではない」ことを強調している (I. C. J. Reports, 1951, p. 152)」。また「杉原高嶺教授は「合法推定説 (「包括的許容説」と呼称) について、「法の沈黙が明示的許可と同じ程度の意味を有する場合を考えられないし、また手続法の分野では、これを基礎に有益な法原則が判例上形成されることがある」ために、その「妥当性を全面的に否定することはできない」としつつも、それが事件の唯一の基準として適用される時には一般的に「相当な問題性を含む」ことを指摘している (『前掲書』一九六—一九九頁)。
- (30) 枠組条約については、山本草二「国際環境協力の法的枠組の特質」ジュリスト第二〇一五号一四五—一四八頁、拙著『開発の国際法』慶應義塾大学出版会 (一九九五年) 四三九—四四一頁を参照。
- (31) Sir G. Fitzmaurice, *op. cit.* (92 *RdC*), p. 52.
- (32) *Ibid.*, p. 51.
- (33) H. Lauterpacht, *op. cit.* (note 17), pp. 111-115.

- (34) *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, VII, 683.
- (35) 原爆裁判の判決文は「資料」広島・長崎原爆判決」シュリスト第二九三号及び祖川武夫・小田滋編『日本の裁判所による国際法判例』有斐閣(一九九一年)五二六―五三三頁(抄)に掲載されている。
- (36) *C. P. J. I. Série A*, N° 1, p. 25.
- (37) *C. P. J. I. Série B*, N° 6, p. 37.
- (38) *C. P. J. I. Série A*, N° 23, p. 29.
- (39) *I. C. J. Pleadings*, Nottebohm Case, pp. 32-40, 188-190 and 381-383.
- (40) *I. C. J. Reports*, 1955, pp. 21-22.
- (41) Written statement of the Government of New Zealand (p. 20) and Solomon Islands (pp. 60-63). 裁判官の中では「ウイスマントリーとコロマが」毒ガス等の禁止がそれよりもはるかに影響の大きい核兵器にも類推適用されるべきであると主張している(*I. L. M.*, *op. cit.*, pp. 900 and 930)。
- (42) N. Q. Dihn, P. Daillier, A. Pellet, *Droit International Public*, 5^e éd., L. G. D. J., 1984, p. 341.
- (43) *C. P. J. I. Série A*, N° 17, p. 29.
- (44) *I. C. J. Reports*, 1970, paras. 38-50. なお「シシリー電子工業事件(一九八九年)では「米国・イタリア間の通商航海条約(一九四八年)及びその補足協定(一九五一年)に定める株主の保護がバルセロナ・トラクション事件判決に言う株主の「固有の権利」以上のものを付与しているかどうかが問題になったが、裁判所は「その点に関する明確な判断を示さなかった」。
- (45) N. Q. Dihn et al, *op. cit.*, p. 341.
- (46) *I. C. J. Reports*, Case concerning delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States), 1984, para. 81.
- (47) 核兵器による威嚇又はその使用の合法性に関する勧告的意見は「国際人道法に関する二つの原則を「国際慣習法の不可侵の原則 (intransgressible principles)」と位置付けよう(*I. C. J. Reports*, 1996, para. 79)。
- (48) *I. C. J. Reports*, 1984, paras. 81-82.
- (49) Sir G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1951-1954: General Prin-

ciples and Sources of Law, B. Y. I. L., 1953, p. 11 (footnote 1).

(50) R. I. A. A., Vol. VI, p. 114. 原爆判決におおむね「国際法が禁止していないかぎり、新兵器の使用が合法であることは当然である。しかしながら、そこにいう禁止とは、直接禁止する旨の明文のある場合だけを指すものではなく、……実定国際法規の基礎となつている国際法の諸原則に照らしてみても、これに反するものと認められる場合をも含むと解さなければならぬ」ことが指摘されている(上記「資料、広島・長崎原爆判決」四〇頁)。

(51) C. P. J. I. Série B, N° 6, p. 36.

(52) C. P. J. I. Série A, N° 23, pp. 26-27.

(53) I. C. J. Reports, 1951, p. 132. ちなみに、漁業事件においては、ノルウェーが、「国家の独立に対する制限は推定できない」というローチウス号事件判決を援用しながら、国家が自国領域内でその主権の権限に基づいて行った行為については国際法上の合法性が推定される旨を主張した(I. C. J. Pleadings, pp. 417-422)。他方、イギリスは、直線基線が幅員測定の基線を低潮線とする「十分に確立された国際法の主要規則」に対する「例外」に相当すること、ローチウス号事件判決によると国家行動の合法性が推定される区域は「国際法によって原則として国家の裁量に委ねられた国家活動区域」に限られるが、本件では「当該区域がノルウェーの管轄権内にあるかどうか」自体が争点となっており、むしろ係争水域が本来ノルウェーの領海外の公海であったことに照らして、ノルウェーに国際法の明確な許可規則を立証する責任があると主張した(Ibid., pp. 457-464)。

裁判所は、本件のように国際法の明確な適用規則が存在していない状況においては、沿岸国が「実際的必要及び地方的要請」に適應させるための裁量権を有することを認めつつも、問題が沿岸国の完全な自由裁量に基づいて決定されるわけではないとした。そして、判決は、このような事案についても、安易に合法推定説に依るのではなく、あくまで国際法の原則(フィッツモーリスは「法律の背後の法 law behind the law」と呼称)を適用することによって解決されなければならないことを指摘したのである(同旨、北海大陸棚事件判決の第三節)。

ただ、判決の結論部分で、ノルウェーの採用した直線基線の方法と実際の線引きが「国際法に違反しない」(not contrary to international law)という、ローチウス号事件判決と類似した表現が使用されていることから推測されるように、総体的(例えば、歴史的権原に関する「公然性」の認定とか一般国際法の「例外」ではなく特別な事例に対するその「適応」としての直線基線の位置付け)に見て、ノルウェーに有利な推定が行われた感是否めな

い (山本草二「漁業事件」高野雄一編著『判例研究・国際司法裁判所』東京大学出版会八―四九頁)。

(54) *I. C. J. Reports*, 1951, p. 133.

(55) *I. C. J. Reports*, 1996, para. 78.

(56) 核兵器による威嚇又はその使用の合法性に関する勧告的意見は、それが国際人道法の原則と規則に「一般的に」抵触すると認定した(結論の二E前段)後、「国際法の現状と裁判所の入手可能な事実の裏付けに照らすと、国家の存亡が危機に晒される自衛の極限状況において核兵器による威嚇又はその使用が合法であるか違法であるかについて明確な結論に到達することができない」(同二E後段)とした。そのために、当該勧告的意見は、実質上、国際司法裁判史上前例のないノン・リケットの宣言を行ったに等しいという批判が、反対意見を付した判事の中で、核兵器の一般的合法性を主張するシュウェーベル (*I. L. M., op. cit.*, p. 840) 及びヒギンズ (*Ibid.*, p. 934) の両判事とその絶対的違法性を主張するコロマ判事 (*Ibid.*, pp. 931-932) の双方から提起されている。

(57) 裁判所が、核兵器による威嚇又はその使用の合法性に関する勧告的意見において、国際人道法の二つの基本原則を援用した際に、その内容と適用可能性について十分な説明をしていない点を批判したものとしては、*M. J. Matheson, The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons, A. J. L. L.*, Vol. 91, 1997, p. 427 があげられる。

(58) マックネア判事は、領海の境界画定方法が「客観的」なものでなければならぬとして、判決の提示した上記三基準の「主観性」を批判している (*I. C. J. Reports*, 1951, p. 161)。同様の指摘は、中村洸「イギリス・ノルウェー漁業事件の国際法的意義」国際法外交雑誌第五六巻三号五五―五七頁を参照。

(59) *I. C. J. Reports*, 1985, para. 45.

(60) *I. C. J. Reports*, 1984, para. 112.

(61) 国際法が変更過程にある場合には、これら三つの方法以外に時際法的対応が考えられる。例えば、一九七三年に第三次国連海洋法会議が開催されてからいわゆる国連海洋法条約(一九八二年に採択)が一九九四年に発効するまでの間、海洋法は大きな変革期を迎えていた。したがって、そのような期間中に裁判所に付託された海洋法関係の諸事件については、その適用法が極めて不明確な状態にあったと言えよう。裁判所は、このような海洋法の動態面において、果たしてどのような法的判断を下したのであるうか。

先ず、一九七四年の漁業管轄権事件においては、「法の裁判所として、あるべき法の形態の下に (sub specie legis ferendae) 判決を下したり、立法者が法を定立しないうちにそれを予想することはできない」とする一方で、一九六〇年の第二次国連海洋法会議で表出した一般的コンセンサスを基礎に近年慣習法として「結晶化」するに至った二つの概念、すなわち一二海里の排他的漁業水域とそれを越えた隣接水域における沿岸国の優先的漁業権を「現行」国際法と認定した (J. C. J. Reports, 1974, pp. 23-24)。そして、判決は、一二海里から五〇海里にまで一方的に排他的漁業水域を拡大したアイスランドの一九七二年七月一四日規則が右記のような「現行」の慣習法などに違背していると判断して、イギリスに「対抗できない」と結論付けた (*Ibid.*, p. 29)。ここで、アイスランドの規則が国際法に違反しているために「一般的無効」(invalid erga omnes) であると言わず、単にイギリスに対抗できないと判示するにとどめた点が注目される。そこには、海洋法が変更過程にあることに配慮して違法性＝一般的無効の宣告を避け、当事国間の妥当性に限定した相対的評価にとどめたいという裁判所の慎重な姿勢を看取することができる。

次に、一九八〇年以降に下された海域画定事件の諸判決は、第三次国連海洋法会議の進展と国連海洋法条約の採択に照応した形で、同条約の関連規定の法的価値を積極的に評価している。一九八二年のチュニジア・リビア大陸棚事件判決(条約採択の二ヶ月前)は、第三次国連海洋法会議における法形成過程が漁業管轄権事件当時よりも「はるかに前進していることに留意」して、同会議において「容認された新しい傾向」(the new accepted trends)を考慮に入れている。さらに、一九八四年のメイン湾海域画定事件、一九八五年のリビア・マルタ大陸棚事件並びに一九九三年のグリーンランド(デンマーク)とヤンマイエン島(ノルウェー)の海域画定事件に関する諸判決は、それぞれの事件に関連した国連海洋法条約の規定を慣習法と認定している。