連盟期の国際秩序構想における モーゲンソー政治的紛争論の意義（2）

西　　平　等

目　　次

はじめに
1．連盟期の平和構想における「紛争の裁判可能性」問題の意義
（以上，65巻6号）
2．モーゲンソーの政治的紛争論
⑴　モーゲンソーにおける政治的紛争論
⑵　動態的紛争論の系譜
⑶　モーゲンソーの動態的紛争論の特徴
【補論】　国際調停委員会について
3．法律学的思考の限界としての政治的紛争
⑴　形式的無欠缺性
⑵　実質的無欠缺性
⑶　動態的解釈可能性
⑷　欠缺なき法体系の動態的限界　　（以上，本号）
4．権力と利益の相違
5．国際政治学と左派という問題
結　　論

2．モーゲンソーの政治的紛争論

⑴　モーゲンソーにおける政治的紛争論

モーゲンソーによれば，国家間の「対立 Gegensätze」は二層の構造をもつ。ひとつは，「請求および請求への反論という形式において，正確かつ明晰に定式化された表現をとる対立」であり，これを「紛争 Stretigkeiten（英 disputes）」と呼ぶ。このような対立については，一般的に適用可能な規範に基づいて解決を与えることができ，それゆえ，裁判によって解決可能であ

る[1]。もうひとつは，「当事者の要求の中に法的に把握可能な表現を見出せないような利益相反を内容とする」対立である。そのような利益相反は，目に見える国家間の関係の下層にあって，「通常は潜在的なものとして存在するが，定期的に，間接的だが，それだけに一層強く持続的な影響を国際関係に及ぼす」。このような対立を「緊張 Spannungen（英 tensions）」と呼ぶ[2]。

モーゲンソーは，紛争と緊張という対立の二層構造を，精神分析の概念を用いて説明する。人間は，共同生活において二種類の欲動 Trieb によって支配されている。ひとつは，自己保存への欲動であり，いまひとつは，共同体において重きをなすこと Geltung への欲動である[3]。このような欲動を貫徹しようとして暴力による衝突が生じる。法秩序の目的とは，そのような衝動に駆られて争う者たちに対して，非暴力的な活動の場をあたえること，すなわち，「あらかじめ定められた平和的な方法で力の優越を決定する可能性が与えられている」活動の場を用意することである[4]。その目的で，国家法秩序は，諸個人の力関係を象徴的に表現する価値体系を定め，また，その力関係の変動を適切に表現する柔軟な規範体系を保持している[5]。

ところが，国際法秩序はそうではない。

> 「たしかに，国際法は，現行の法状態を固定するのに適した規範を形成してきた。しかし，現行の法状態を，発展によって不利な地位に置かれた者の意思に反してでも，平和的な方法で変更しうることを根拠づける規範は，国際法にはない」[6]。

1） Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Robert Noske, 1929, p. 73.
2） *Ibid.*
3） *Ibid.*, p. 74. 自己保存以外に，自己が重きをなすことへの欲動を想定している点が，自己保存欲求のみに注目する従来の議論との重要な相違であるが，この点は4.で論じる。
4） *Ibid.*
5） *Ibid.*
6） *Ibid.*, p. 75.

国際法は，「静態的」であって，勢力関係の変動に合わせて法状態を変化させる仕組みを備えていない。したがって，それは，せいぜいのところ「過去の一時点での勢力関係」を表現するものでしかない[7]。それゆえ，勢力関係の変動を通じて，現行法において表現されている勢力関係と，現実の勢力関係との不適合が生じ，それが，新興国家の不満の原因となる。

> 「現行の法状態に較べ，自己に有利な形で勢力関係 Kräfteverhältnis の移動が生じたと考える国家は，現実に存在すると考えるところの勢力関係と，古い勢力関係に対応する法状態のあいだにある不一致を，現実の勢力関係に合わせて解消しようとする。すなわち，現実に存在すると自らが考えるところの勢力関係に，法状態を適合させようとするのである」[8]。

新興国家は，国際社会において，みずからの現在の力に見合う重い地位を得るために，現行法の状態を変更することを望む。この願望が国際関係に緊張を生み出す。すなわち，緊張とは，「ひとつの国家が，他の国家に対して要求するところの，現行の法状態と現実的な勢力関係との間の不一致 Diskrepanz を内容とする国家間対立である」[9]。

ここで，〈現行法と現実勢力関係の乖離から生じる「緊張」が，モーゲンソーの言う政治的紛争だ〉と早合点してはならない。「緊張」は直接には「紛争」を構成しない。なぜなら，ある種の「抑圧」[10] のメカニズムが働いて，緊張は潜在的な層に押しとどめられるからである。勢力関係の変動に応じて法を平和的に変更する仕組みがない以上，新興国家が法変更の願望を直接に充足す

7）*Ibid.*
8）*Ibid.*, p. 76.
9）*Ibid.*, p. 78.
10）モーゲンソー自身が，精神分析からの転用として「抑圧する verdrängen」という語を用いている。「支配的なイデオロギーおよび概念的な思考の未発達状態のゆえに紛争領域への通路を遮断された緊張は，もし現代の心理学から借用された比喩を用いることが許されるとすれば，『抑圧』される。ただ，紛争の介在によって，間接的にのみ，緊張は現象の中に現れるのである……」（*Ibid.*, p. 82. ただし，引用原文中の unmittelbar（直接的に）は mittelbar（間接的に）の誤記とみなして翻訳した）。

るためには，なまの暴力，すなわち戦争に訴えるしかない。しかし，戦争によって法変更を企てることは，すでに国際社会においてタブーとされているverpönt[11]。支配的イデオロギーによれば，国家間の対立は，戦争ではなく，法に基づく平和的解決手続によって解決されなければならない。もし新興国が，その力を誇示して法の変更を直接に要求するなら，世論と外交を支配するイデオロギーに反することとなり，敵意と孤立を招くことになるだろう[12]。「一致した世界世論の力は，最強国にとってもなお，恐るべきものである」[13]。

それゆえ，新興国家の法変更要求は，支配的イデオロギーによって抑圧される。しかし，その要求は，消滅するわけではなく，むしろ自らを抑圧した支配的イデオロギーを利用して，自らを表現する。

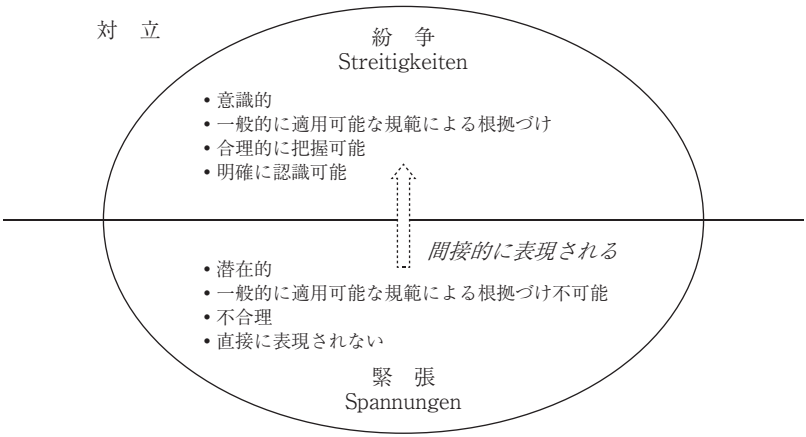
> 「諸国家は，……ただ支配的イデオロギーと，それによって形成された価値・規範体系のみを利用する。すなわち，それら諸国家は，ただ，法規則（あるいはその一般的適用可能性のゆえに法規則でありうるような規範）によって根拠づけることのできる要求のみを定式化するのである」[14]。

自らの勢力に対応する地位を得るために法変更を望む新興国の欲求は，いったんは，武力による現状変更を認めないイデオロギーによって抑圧されるが，そのイデオロギーに即する形で，すなわち，法的に根拠づけられた主張に仮託して顕在化することとなる。そうして，紛争と緊張という「国家間の対立的関係における二つの層」が生じる。

モーゲンソーは，「紛争」の特徴として，① 明確に認識可能であること，② 国家の意識に組み込まれていること，③ 合理的に把握可能であることを挙げ，「緊張」の特徴として，① 合理的な規制に服さないこと，② その存在が，原則として間接的にのみ表現されることを挙げる[15]。勢力に見合う地位の要求か

11） *Ibid.*, p. 77.
12） *Ibid.*, pp. 77–78.
13） *Ibid.*, p. 78.
14） *Ibid.*
15） *Ibid.*, p. 79.

図5



ら生じる「緊張」は，一般的に適用可能な規範による根拠づけが不可能であり，したがって，武力行使によって欲求実現を図る場合を除けば，国際関係においてその直接的な表現を得ることができない。それゆえ，対立の潜在的・無意識的な下層に留まる。国家が国際社会において意識的に行うのは，あくまでも，一般的に適用可能な規範に根拠づけられた合理的な主張であり，そこから生じる紛争は，合理的に定式化された主張の対立であるゆえに，明確に認識可能である。このような二つの層が，上下に積み重なってひとつの対立を構成していると考えるのが，モーゲンソー理論の特徴と言えよう。【図5】参照。

現実の勢力に見合う法的地位の要求によって生じる緊張は，その直接的な表現を阻止され，一般的に適用な可能な規範（とりわけ法規範）によって根拠づけられる主張の対立としての紛争に結びつくことでその表現を見出す。その場合，緊張は，国家の勢力関係に密接にかかわる内容をもつ紛争と結びつくこともあれば，内容的にはおよそ関係のない紛争と結びつくこともある[16)]。内容的には何ら緊張と関わらないように見える紛争であっても，それが，潜在的な緊張を現前させる repräsentieren 機能を持つ場合がある[17)]。言い換えれば，国

16）*Ibid.*, pp. 81–82.
17）*Ibid.*, p. 82.

家間の勢力関係にはおよそ関わらないような周辺的・技術的な問題に関する紛争であったとしても，その紛争が，国際社会における地位をめぐる緊張と結びつき，その象徴としての意味を持たされるとすれば，その紛争は，地位をめぐる強度の対立関係を担うこととなる。そのように，勢力関係をめぐる緊張と結びついているゆえに，緊張としての対立の強度を伴っている紛争こそが，モーゲンソーの言う「政治的紛争」である[18]。

政治的紛争も「紛争」である限り，法的な根拠に基づいて解決を与えることができる。すなわち，政治的紛争もまた，少なくとも現象面においては，一般的に適用な規範に基づいて合理的に構成された主張の対立である以上，裁判による解決が可能である。しかし，裁判所は，果たして，緊張を象徴するものとして争われている政治的紛争に対し，解決を与えるべきだろうか？

モーゲンソーは，政治的紛争に直面した国際司法機関のとりうる態度について，二つの選択肢を挙げる。ひとつは，紛争のみならず，その背後にある緊張についても判断を下すことによって，国家間対立の全体について解決を与えることである。ところが，そうするならば，裁判所の判断に，非合理的な要因が入り込んでしまうだろう。なぜなら，あるべき勢力関係を合理的に論証することはできないからである。裁判官の政治的嗜好や偏見が入り込んだ非合理的な判断は，裁判所に対する信頼を失わしめ，その結果，国際司法の実効性の基礎を掘り崩してしまう[19]。

もうひとつは，緊張を一切考慮することなく，純粋な法的思考に閉じ籠って判断することである。こうすることで，裁判所は，現行法に準拠した法的な解

18） *Ibid.*, p. 83.

19） *Ibid.*, pp. 87–88. モーゲンソーによれば，「司法機関の実効性は，……法に服する者 die Rechtsunterworfenen がその機関に対して抱く信頼に依存する」（p. 84）。「そして，このような司法に対する信頼は，法に服する者が，判決の客観性について確信していることに基礎をもつ。この客観性は，一方で，裁量の範囲において裁判官が不偏不党であることにより，他方で，裁判官の裁量が客観的規範によって限定されていることによって保証される」（pp. 84–85）。このような裁判官の判断の客観性が，勢力関係に関する政治的な判断については保証され得ない，というのである。

決を「紛争」に与えることができる。しかし，法的な「紛争」解決に局限された判断であっても，国家間の「緊張」関係に影響を与えざるを得ない。「なぜなら，全体の一部を変更または安定化させることによって，同時に全体について影響を及ぼすからであり，すなわち，事物を象徴するものに関わることによって，事物自体にも関わるからである」[20]。場合によっては，現行法に準拠する判断によって，法状態と勢力関係の懸隔がさらに広がってしまい，そのために，「緊張」が増す結果となることもあるだろう。すなわち，平和をもたらすべき司法が，国家間の対立関係をかえって激化させてしまう。それは，司法の任務ではないはずである[21]。また，当事国は，対立関係を規定している緊張関係を考慮せずに下された決定が，緊張関係に影響を及ぼすことを「不当」と感じ，国際司法に対する信頼を失うだろう[22]。

いずれにせよ，国際司法機関は，政治的紛争について判断すべきではない，ということになる。

⑵　動態的紛争論の系譜

新たに形成された勢力関係と，現行の法状態との乖離から生じる国家間の対立は，国際司法機関によっては解決され得ない，という主張は，決して新しいものではない。別稿において明らかにしたように，1870年代には，すでにアドルフ・ラッソンによって，国際法を勢力関係の表現とみなす理論が主張されており，さらに，新しい勢力関係に対応して国際法の status quo を変更することを要求する新興勢力によって，国家間の対立が引き起こされることが指摘されている[23]。国際法が時代の勢力状況に対応して変動してゆくべきものであるとすれば，〈法の変更要求から生じる国家間対立は，現行法の適用による紛争解決を任務とする司法機関によっては解決され得ない〉という動態的紛争論が

20）　*Ibid.*, p. 89.
21）　*Ibid.*
22）　*Ibid.*, p. 90.
23）　西平等「国際秩序の動態的把握――アドルフ・ラッソンの国際法批判論」『関西大学法学論集』第65巻2号（2015年）74-75頁。

打ち出されるのは自然である。

事実，1870年に出版されたトレンデレンブルク『国際法における欠缺』には，つぎのような記述がある。

> 「仲裁裁判所は，その事物の本性として，せいぜい条約の違反が問題となる場合に，つまり，決定の準則が条約に存する場合に，そのしかるべき所を得る。状況の展開により，国家間において新しい法的関係が生み出されなければならない場合には，そうではない。国際紛争のうち，法律的性質を持つものだけが，仲裁判決に委ねられてよい」（強調は引用者）[24]。

つまり，現行法を準則として解決可能な国家間紛争のみが裁判可能なのであって，法的関係の変更が問題となる紛争を仲裁裁判に委ねることはできない，という。

「法律的紛争」概念について，1919年の著作において先駆的に主観的基準説を唱えた[25] シュトリソヴェア Leo Strisower（1857–1931）[26] も，また，法変更をめぐる動態的紛争による裁判の限界を主張している。彼によれば，あらゆる国家間対立について，それを法的に評価することが可能である[27]。すなわち，法の欠缺によって紛争が裁判不可能になることはない。

24） Adolf Trendelenburg, *Lücken im Völkerrecht*, Hirzel, 1870, p. 21.

25） 本稿 1.（2）（『関西大学法学論集』第65巻 6 号）参照。

26） ガリチア地方のブロディ Brody に生まれる。1908年ウィーン大学私講師。1924年同教授。反ユダヤ主義の影響で教授就任は遅れたが，その優れた学識のゆえに尊敬され，学生時代のハンス・ケルゼンにも影響を与えたという（ルドルフ・アラダール・メタル［井口大介・原秀男訳］『ハンス・ケルゼン』（成文堂）1971年，10–11頁）。ケルゼンはウィーン大学での学生時代を振り返って，「当時私が唯一きちんと出席した授業はレオ・シュトリゾヴァー教授の法哲学史講義であった」と述べている（ハンス・ケルゼン［長尾龍一訳］『ハンス・ケルゼン自伝』（慈学社）2007年，13頁）。また，ストリゾヴェアは，ウィーン大学に提出されたラウターパクトの博士論文の審査員を務めた（Elihu Lauterpacht, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge University Press, 2010, p. 27）。

27） Leo Strisower, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, Manzsche Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1919, p. 62.

「現代の国際法は，……法のない空間を残さない。国際法の諸規定が残す欠缺は，何らかの諸原則に従って補完される。それらの諸原則については国際法において論争がありうるとはいえ，すべて国家間紛争が，その諸原則に基づいて，仲裁裁判における判断の対象となりうる」[28]。

しかし，現行国際法に欠缺がないとしても，現行法の変更の是非をめぐる紛争を，現行法に基づいて判断することが適切とはかぎらない。シュトリソヴェアによれば，「政治的諸条約に基づいて生じる対立は，たいてい，その規定の解釈ではなく，むしろ，その変更に関わる」。かかる対立を，国家は，現行条約の規定に準拠して判断する司法機関に委ねようとは思わない。「そのような問題において，ただ主権的権力だけが，裁判官たりうる」[29] という。

しかしながら，以上のような古いタイプの動態的紛争論は，武力による紛争解決との境界として，裁判による国際紛争解決の限界を唱えている点で，1920年代の動態的紛争論とは，その秩序構想における意義を異にしていることに注意が必要である。第三者的機関による平和的紛争解決手続として仲裁裁判のみを想定していた19世紀後半の平和構想においては，仲裁裁判によって解決できない紛争は，当事者によって，場合によっては実力を用いて，解決されざるを得ない。したがって，裁判によって解決できない性質の紛争を解決する手段として，最終的には，強制的な解決手続としての戦争が想定されていた。上に引用した1919年のシュトリゾヴェアの著作『戦争と国際法秩序 *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*』においても，裁判の限界に関する主張は，戦争の正当化根拠を論じるという文脈において展開されている。

それに対し，すでに述べたように，1920年代には，すべての紛争をその性質に応じてさまざまの手続に割り当てる仕組みを整備することによって平和を実現しようとする構想が，連盟の下で有力に唱えられていた。このような平和構想の下では，裁判による紛争解決の限界を指摘することは，裁判になじまない

28）*Ibid.*, pp. 62-63. 法の欠缺を補完する「原則」の例として，「類推」や「正義と衡平の一般原則」を挙げている（p. 63, n. 14）。

29）*Ibid.*, p. 61.

性質の紛争を解決するに相応しい手続を整備すべきだという主張につながる[30]のであって，平和的紛争解決手続自体の限界を意味するわけではない。すなわち，1920年代という文脈の下での裁判の限界論は，平和的紛争解決手続の限界論ではなく，包括的な平和的紛争解決手続の推進論という性格を有する。

その代表例として，大陸ヨーロッパにおける動態的紛争論の主唱者であったシントラー Dietrich Schindler（1890–1948）[31]の所説を概観しよう。シントラーにとって，法律的紛争から区別されるところの利益紛争 Interessenstreitigkeiten（政治的紛争）とは，法の変更要求によって生じる紛争である。社会における利益状況の変動によって，現実の利益状況と法秩序との間に乖離が生じ，その乖離を埋めるために新しい法的関係の創出が求められる[32]。すなわち，利益紛争においては，「ぶつかり合う諸利益が，従来は存在しなかった法的関係を作り出すことによって，確固とした勢力均衡状態に至ることを求めている」[33]。法の創出をめぐる利益紛争を，法の適用によって解決することはできないゆえに，その解決のためには，法の創出・変更を視野に入れた手続が必要となる，という[34]。

30） ラウターパクトは，1930年に公表した論文において，法変更をめぐる紛争の裁判可能性を否定する論者が，「国際会議や調停，国際的立法 international legislature といった，より適切な政治的手続を通じて紛争を解決する，いわゆる代替的方法 alternative methods を発展させること」を主張している，と述べている（Hersch Lauterpacht, “The absence of an international legislature and the compulsory jurisdiction of international tribunals”, *Hersch Lauterpacht Collected Papers*, vol. 5, Cambridge University Press, 2009, p. 202）。

31） 1890年，チューリヒに生まれる。チューリヒ・ライプツィヒ・ベルリンで法学を学び，チューリヒにて教授資格を取得したのち，米国およびフランスに留学。1927年，チューリヒ大学にて員外教授，1936年以降，国家法・行政法・国際法・法哲学の正教授を務める（Daniel-Erasmus Khan, “Schindler, Dietrich”, *Neue deutsche Biographie*, Bd. 22, pp. 789–790）。

32） Dietrich Schindler, “Werdende Rechte : Betrachtungen über Streitigkeiten und Streiterledigung im Völkerrecht und Arbeitsrecht”, *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, J. C. B. Mohl, 1927, pp. 403–404.

33） *Ibid.*, p. 406.

34） *Ibid.*, pp. 430–431.

シントラーの議論においてとくに指摘すべき点は，彼が，このような利益紛争を国際法に固有の問題と考えていないことである。近代国家においても，労使紛争の解決に関する国内法は，既存の法的権利・義務を紛争に適用するのではなく，既存の権利・義務関係を変更し，新しい権利・義務関係を労使間に設定することによって，紛争を解決する手続を発展させてきた。それゆえ，シントラーは，労働法における労使紛争解決と，国際法における国家間紛争解決の類似性を強調する。

第一に，労使紛争においても，国家間紛争と同様に，実力による闘争が許容されている。国家間関係における戦争と同じく，労使間のストライキやロックアウトなどの実力行使も，新しい法的関係を創出するために行われる闘争手段である[35)]。第二に，労使紛争は，国家間紛争と同じく，集団間の紛争である。そこでは，個別的な労働契約に関する義務違反・権利侵害をめぐって個人どうしが争うのではなく，既存の労働条件を変更し，新たな労使関係を設定するために，集団どうしが争っている。すなわち，集団間の動態的紛争という意味において，労使紛争は，国家間の政治的紛争と共通の性質を持つ[36)]。第三に，労使関係においても，国家間関係と同様に，当事者の合意によって客観的法規が定立される。労使間において締結された労働協約は，個別的な労働契約を規制する客観的法規としての効力を有している[37)]。第四に，労使紛争においても，国家間紛争と同様に，原則として当事者間の合意によって法的関係の変更・設定が図られ，調停手続によって当事者間の合意が促進される[38)]。

このようなシントラーの労働法類比論は，20世紀初頭からヴァイマール共和国初期にかけてのドイツにおいて飛躍的に発展した集団労働法 kollektives Arbeitsrecht の理論を背景としている。集団労働法の体系は，労働協約の法理を中心に発展した。ジンツハイマー Hugo Sinzheimer（1875-1945）[39)] をは

35）*Ibid.*, p. 402.
36）*Ibid.*, pp. 406-407, pp. 413-414.
37）*Ibid.*, pp. 420-421.
38）*Ibid.*, pp. 423-425.
39）1875年ヴォルムスに生まれる。ミュンヘン・ベルリン・フライブルク・マール↗

じめとする草創期の労働法学者たちは，個別的な労働契約によって構成されてきた労働者と使用者の法的関係の内容が，事実上，使用者によって決定されていることを問題とし，その状況を改善するために，労働組合と使用者団体による労働協約に法的効力を認めることによって，労使の法的関係の再構成を目指したのである[40]。

ヴァイマール共和国の成立に伴い，集団労働法の構想は公認される。1918年労働協約令 Verordnung über Tarifverträge は，労働協約に不可変的効力[41]を認め，また一般的拘束力宣言[42]の制度を制定することで，労働協約に強い法的効力を付与した。そして，ヴァイマール憲法は，「労働条件および経済的条件を維持し促進するために団体を結成する自由」を保障し（159条），かつ，「[労使] 双方の組織およびその協定は，これを承認する」（165条）と規定することで，労働協約の憲法的保障を宣言した[43]。

ストライキやロックアウトなどの実力を行使する能力を有する集団のあいだに，あるべき法的関係をめぐる紛争が生じるなかで，労働協約という集団間の合意の締結によって，既存の法的関係を変更する形で，その紛争を解決する，というのが集団労働法の基本的な枠組みである。そのような紛争に対して，国家当局は，既存の法的権利・義務規定を適用する司法手続ではなく，秩序維持

↘ブルク・ハレにて，法律学・経済学を学ぶ。社会民主党党員としての政治活動のほか，労働学院 Akademie der Arbeit における労働者教育や，労働法に関する研究を行う。フランクフルト大学客員教授。1933年，ナチスの政権獲得により，オランダに亡命。アムステルダム大学・ライデン大学で員外教授（法社会学担当）。その生涯については，久保敬治『ある法学者の人生：フーゴ・ジンツハイマー』（三省堂，1986年）を参照。

40） 西谷敏『ドイツ労働法思想史論』（日本評論社，1987年）214-220頁。

41） 労働契約のうち，労働協約よりも労働者に不利な労働条件を定める部分を無効とすること。日本の労働基準法16条に当たる。

42） 労働協約の「一般的拘束力」とは，労働組合の構成員でない労働者にも労働協約が適用されることを指す。日本では労働組合法17条に規定されている。ただし，1918年労働協約令には，労働省が，特定の労働協約について，その一般的拘束力を宣言できることが規定されている。

43） 西谷『前掲書』（注40）278-279頁。

に軸足を置いた中立的な立場から集団間の和解と合意締結を促進する形で，すなわち，調停を中心とする手続によって関与する。ジンツハイマーは労使紛争の調停について次のように述べている。

> 「調停の任務は，集団間合意……を締結するための助力を行うことにある。それは，集団間紛争を前提としている。集団間紛争は，共同性の担い手のあいだの紛争であり，集団間合意の締結を目指すものである。そのような集団間紛争が，調停手続の対象となる」[44]。

> 「調停は，司法裁判ではなく，また非訟事件手続 freiwillige Gerichtsbarkeit でもない。調停は司法裁判ではない。調停することと判決を下すことは異なる。調停は権利侵害を前提としない。それは，現行法を適用するのではなく，新しい法を創出する。調停は非訟事件手続ではない。調停の任務は，法を解明することではなく，利益を調整することである」[45]。

シントラーの行った労働法と国際法の類似性の指摘は，単なる学問的興味のみからなされたものではない。労働協定の締結を目的とする調停制度の導入によって労使間の秩序形成にある程度成功した労働法に言及することは，裁判モデルに対抗する調停モデルの意義を根拠づけるという含意を持つ。国内法においてさえ，紛争は，司法裁判によってのみ解決されているわけではない。労使紛争のような実力を有する集団間の紛争については，紛争当事者間の合意形成の促進によって安定的な法的関係を構築することを目指す調停手続を通じて，その解決が試みられている。そうであるならば，国際法もまた，裁判モデルに固執するのではなく，集団間の動態的紛争の解決に適した調停モデルを積極的に導入し，法変更も視野に入れた包括的な国際紛争解決手続を整備してゆくべきだということになるだろう。

シントラーの指摘した労使紛争の類比は，国際紛争解決手続における裁判中

44）Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2.Auflage, Gustav Fischer, 1927, p. 299.

45）*Ibid.*, pp. 299–300.

心主義を批判する論者に共有されている。イギリスの国際法学者ブライアリ James Leslie Brierly（1881–1955）は，すでに1925年，国際紛争の司法的解決の限界を指摘する文脈において，労使紛争に言及している。国内においてさえ，集団間の紛争は，しばしば，法的権利ではなく，利益獲得をめぐって生じるため，司法的解決にはなじまない。例えば，労使紛争 industrial disputes は，労働契約上の権利の確保ではなく，むしろ，労働契約に定められた条件（賃金・労働時間など）の変更をめぐる争いである[46]。

> 「われわれは，……労使紛争を司法的に解決しようとはしない。なぜなら，一方当事者が要求しているものが，一般に，その法的な権利ではなく，別の何かだからである。……われわれは，ときに労使紛争をストライキやロックアウトによって戦いぬく。とはいえ，労使紛争を解決するためのもっとも望ましい方法は，双方が産業全体の利益を広い視野から考慮し，相互の譲歩によって断絶を治癒することである。その点は，広く認められるべきだと私は思う」[47]。

国内秩序においては，権利をめぐる紛争を法の適用によって解決する司法制度が十分に発達しているが，そこにおいてさえ，権利の変更を含む利益関係をめぐる集団間の争いについては，司法ではなく，和解による解決が図られる。いわんや，国際秩序において，強力な集団である国家間の紛争をすべて司法手続によって解決しうるなどと考えるべきではない。「国内領域において司法的方法に期待していることより多くのものを，国際領域において司法に求めるのは間違っている」[48]。

カーもまた，法の平和的変更の必要性を説く文脈において，労使紛争の意義を強調している。中央集権的立法機関によらずに法を変更する仕組みを考えるにあたって，国内における労使紛争が参照されるべきだというのである[49]。

46） James Leslie Brierly, “The judicial settlement of international disputes”, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford University Press, 1958 [reprinted 1959], p. 100.［初出は1925年］。

47） *Ibid.*, p. 101.

48） *Ibid.*

49） Edward Hallett Carr, *The Twenty Years' Crisis 1919–1939*, second edtition,↗

カーによれば，資本側と労働側の対立は，「持てる者」と「持たざる者」，「満足する者」と「満足せざる者」の対立である。その対立すべてを裁判によって解決することは不可能であり，また，立法によって（例えばストライキを全面的に禁止することによって）権力的に解決しようとする近代国家の企ては失敗に終わった。19世紀後半から20世紀初頭にかけて，労働者は，ストライキなどの実力行使と交渉を通じてその地位を改善する。内戦と革命を引き起こしかねない労働者の実力を背景として，資本家も態度を軟化せざるを得ない。そのような過程を経て，労働者と資本家は，調停と仲裁によってその関係を平和的に変更するシステムを作り出してきた，という[50)]。

国際政治における「現状満足国」と「現状不満足国」のあいだの闘争に最も近い国内アナロジーを，カーは労使紛争に求める[51)]。そして，労使紛争を，立法や司法ではなく，法変更を視野に入れた調停的手続によって平和的に解決する仕組みを作り出した国内の経験を，国際関係にも反映させるべきことを主張しているのである。

> 「仮にこのアナロジーを国際関係に適用することができるなら，われわれは次のことを期待してもよい。ひとたび不満足国家が平和的交渉（武力による威嚇が間違いなくまず先に行われるのだが）によってその不満を救済する可能性を理解するなら，なんらかの『平和的変更』の手続が徐々に打ち立てられ，それが不満足国家の信頼を勝ち得てゆくだろう。そして，そのようなシステムがひとたび承認されるなら，調停が通常のやり方とみなされるようになり，武力による威嚇は，形式的には決して放棄されないけれども，ずっと後景に退くであ

↘MacMillan, 1946, p. 212；原彬久訳『危機の二十年』（岩波書店，2011年）401-402頁。

50）*Ibid.*, pp. 212-214［邦訳 402-405頁］.

51）「……もしわれわれが，国際社会において変更の問題を喫緊のものとしている荒々しい関係について，それに最も近いアナロジーを国内社会に探し求めるなら，いかなる立法過程によっても解決されてこず，いまなおその大部分が解決されていない対立を伴う国家内の諸集団の関係を見出すだろう。それらの諸集団のうち，ずば抜けて重要であり，ずば抜けてわれわれの目的にとって有用なのは，資本と労働をそれぞれ代表する集団である」（*Ibid.*, p. 212［邦訳 401-402頁］）。

ろう」[52]。

このように，戦間期の国際法論・国際秩序構想においては，労使紛争解決の仕組みを作り出した国内法の経験を参照しつつ，動態的紛争にも対応しうるような，すなわち法変更をも可能とするような平和的紛争解決手続の構築が志向されていた。戦間期に広く提唱され，国際政治学的思考の形成にも大きく影響した動態的紛争論は，そのような文脈において理解されるべきである。

さらに付言するなら，ハンス・モーゲンソーは，1928年から1931年まで，先に引用した集団労働法理論の主唱者であるジンツハイマーの法律事務所に勤務し，後にはフランクフルト大学で彼の助手を務めた[53]（この点は後に検討する）。戦間期には，理論的にも，人的関係としても，労働法学と国際法学とを貫くかたちで，動態的紛争という共通の思考のフォルムが存在し，それが国際政治学的思考の形成に寄与したのである。

(3) モーゲンソーの動態的紛争論の特徴

上に述べたような動態的紛争論の系譜において，モーゲンソーの国際司法限界論も位置づけられる。モーゲンソーの議論の特徴としては以下の点があげられるだろう。

まず，モーゲンソーの議論において，動態的紛争を実質とする政治的紛争は，表面的には法の変更をめぐる紛争として争われない，という点である。政治的紛争は，法の status quo の変更と維持をめぐる緊張をその対立の実質としているにもかかわらず，その当事者の主張において，明示的に法の変更が要求されるわけではない。紛争当事国は，あくまでも合理的に定式化された主張を行うのだが，その主張の対立によって生じる紛争に，緊張が結びつくことによって，政治的紛争が成立する[54]。例えば，紛争当事国の双方が，現行国際法に

52） *Ibid.*, p. 214［邦訳 404-405頁］.
53） 久保『前掲書』（注39）203-204頁；Christoph Frei, *Hans J. Morgenthau : An Intellectual Biography*, Lousiana State University Press, 2001, pp. 35-36.
54） 本稿2.(1)参照。

よって認められる領域権原に自己の主張を根拠づけている場合であっても，その対立の実質が，両国の勢力関係をめぐる争いであるならば，それは，法の適用によって解決され得ない政治的紛争となる。紛争種別に関する素朴な主観主義基準[55]を斥け，当事国が権利を争う紛争もまた動態的紛争としての政治的紛争でありうるという経験的な直観を，理論的に根拠づけた点にモーゲンソーの政治的紛争論の独自性があると言ってよい。

このモーゲンソー独自の政治的紛争論は，国家間対立を，その表層における「紛争」と深層における「緊張」に区別することによって根拠づけられている。そのような国家間対立の二重性の指摘自体は，必ずしも彼に独特のものではなく，例えばブライアリの論稿にも見出される。ブライアリは，1930年公表の論文「国際紛争の本質的性質」において，戦争の真の原因 cause と表層的な原因を区別している。第一次世界大戦の直接のきっかけとなったサラエボ事件の責任の問題は，表層的な原因にすぎない。国家間対立を戦争に至らしめた真の原因は，「集合的な力・集合的な感情」である。「紛争 dispute」とは，せいぜい，戦争の表層的な原因となる国家間の事件にすぎず，また，裁判手続による解決の可能性があるのは，「紛争」に限られる。それゆえ，国際裁判によって戦争の真の原因を取り除くことはできない，という[56]。

ところで，ブライアリは，このような戦争の真の原因と表層的な原因の区別を，「よく知られた区別 familiar distinction」と呼んでいる[57]。これは，おそらく，トゥキディデスの『歴史』の叙述を指していると考えられる。ペロポネソス戦争の真の原因をアテナイの強大化に伴う勢力関係の変化とみなし，戦争の直接きっかけとなったケルキュラ・コリントス間の紛争とは区別するトゥキディデスの分析枠組み[58]は，古典教育を受けた人々にとってはなじみ深いも

55）　本稿１.(2)（『関西大学法学論集』第65巻６号）参照。

56）　J. L. Brierly, “The essential nature of international disputes”, Brierly, *op. cit.* n. 46, pp. 181-188.

57）　*Ibid.*, p. 181.

58）　トゥキディデス［藤縄謙三訳］『歴史１』（京都大学学術出版会，2000年）25-26頁。

のだったのであろう。

とはいえ，モーゲンソーは，古典古代に由来する国家間対立の二層制という枠組みを，当時の最新の思想であったフロイトの抑圧理論を用いて構成している。古い枠組みを最新の理論によって根拠づけることによって，当時の喫緊の課題であった紛争の裁判可能性問題への解答を導いたところにも，モーゲンソー理論の独自性が見出される。

【補論】国際調停委員会について

モーゲンソーの国際司法限界論は，政治的紛争について，国際裁判による解決が不可能であることを論証するものであった。では，政治的紛争は，どのような紛争解決手続に付されるべきであろうか。政治的紛争を解決すべき手続としては，国際裁判の外にも，国際調停委員会による手続や連盟理事会による政治的調停などが考えられる。それらの手続は，政治的紛争の解決を担うに相応しいものなのだろうか。

モーゲンソーは，国際裁判について論じた限界が，国際調停委員会にも当てはまると考えている[59]。独立・中立の国際機関として設立される国際調停委員会は，それ自体として政治権力を伴わず，国際裁判と同様に，当事者の信頼を基盤として紛争に対する影響力を行使することができる。それゆえ，国際調停委員会は，信頼に足るような「公正」の原則に従って判断しなければならない。つまり，一般的に適用可能な規範に基づいて，調停勧告をなさざるを得ないのである[60]。したがって，国際調停委員会は，一般的に適用可能な規範に基づいて判決を下す国際裁判と同様に[61]，合理的に定式化された紛争についてのみ，解決能力を有している。もちろん，国際調停委員会には，法の適用によって解決できない紛争の解決が期待されている。しかし，それは，国家間対立の強度を高めている「緊張」を解決することはできないのであるから，「緊張」と結

59） Morgenthau, *op. cit.* n. 1, pp. 140-141.
60） *Ibid.*, p. 140.
61） 本稿 2.(1)参照。

びついた「紛争」としての政治的紛争の解決には適さない。つまり，モーゲンソーの理解によれば，国際調停委員会は，「純粋な紛争だが，法律的紛争ではないもの」を対象とする紛争解決手続なのである[62]。

このようなモーゲンソーの議論を掘り下げる形で，祖川武夫「国際調停の性格について」(1944年)[63] が書かれた。祖川によれば，国際調停委員会という手続は，「純粋な委員会の形式をもつてその政治性を中和しつつ，連盟理事会の紛争処理機能を国際調停に引移さうとする要求」に基づいて作り出された[64]。「連盟理事会の紛争処理機能」とは連盟規約15条に規定された理事会の審査手続のことである。この手続は，政治的紛争をも対象とする包括的な紛争解決手続としての性質を持っているが，その政治的性格のゆえに，中立性と独立性を欠くという批判を受けた[65]。その批判に応える形で，中立的な委員からなる独立の国際調停委員会による包括的な紛争解決手続が構想された，という。

このような非政治的な委員会が政治的紛争を解決する能力を有するか，という問いについて，祖川は明確にそれを否定している。祖川の政治的紛争概念はモーゲンソーに由来する。すなわち，合理的に表現された主張の対立としての「紛争」と，合理化を拒むような国家間対立としての「緊張」を区別し，「緊張」と結びついた「紛争」として政治的紛争を定義するのである[66]。「緊張」とは，「国家の個性的存在としての全体的可能性を包蔵するところのもの」であるゆえ，その対象の限定を行うことが不可能となり，「事情によつてそれは国家の対外関係の全体へと拡延するであらう」[67]。したがって，「緊張」と結び

62）　*Ibid.*, p. 141.

63）　祖川武夫「国際調停の性質について」『国際法と戦争違法化：その論理構造と歴史性（祖川武夫論文集）』（信山社，2004年）51-100頁。祖川は，モーゲンソーによる政治的紛争の構造に関する考察が，モーゲンソー自身の国際調停に関する議論に「十分に生かされてゐない」（95頁）と考えており，それが，この論文の執筆動機であると推測される。

64）　同上94頁。

65）　同上92-93頁。

66）　同上86-87頁。

67）　同上88頁。

ついている政治的紛争もまた，「国家の個性的存在の全体的可能性の問題を含むもの」であるゆえに，その解決は，「国家の対外的全体状況のうちから主体的な政治的な決断によって形成されなければならない」[68]。このような国際政治に関わる主体的な決断を，「個人的資格において就任する委員をもつて構成され，まったく政治的責任の立場から遊離したところの中立的・独立的な調停委員会」が行うことはできない，という[69]。

言い換えてみよう。「緊張」とは，国際的な勢力配分をめぐる争い，すなわち権力闘争から生じる不合理な国家間対立であり，それゆえ，「紛争」として構成され得ない。国際社会において，それぞれの国家が，いかなる地位と勢力を占めるべきであるかは，各国が，具体的な国際情勢の下で，政治的な決断としてそれぞれに決定すべき問題と言わざるを得ない。このような政治的な問題についての決断は，政治的に責任を持つ者のみがなしうるのであって，非政治的であるという意味において中立的な委員会がなしうることではない。祖川によれば，そもそも政治的紛争について解決すべき非政治的な機関という，矛盾した性格を国際調停は持っており，それがこの制度の失敗の内在的原因なのである[70]。

ただし，祖川は，政治的紛争を解決に導く国際手続の可能性を否定しているわけではない。「国際政治関係の全体形成に（ことになんらかの程度において世界政策を担当する強国として）主体的決断をもつて参与しうる立場にあり，従ってまた，その紛争処理の結果をみづから保証しうるやうな政治的責任の立場にある」国家であれば，政治的紛争の当事国に対してであっても，政治的責任をもって調停案を提示することができる，という[71]。そうであるなら，国際関係の全体に対して参与しうる強国からなる連盟理事会のような機関ならば，政治的紛争についても，勢力配分を含む国際関係のあり方を将来にわたって考

68） 同上97頁。
69） 同上。
70） 同上98頁。
71） 同上97頁。

慮し，その結果を政治的決断として提案することができるであろう。つまり，祖川の国際調停委員会批判論は，戦間期の平和構想という文脈においては，紛争解決における連盟理事会主導の政治的調停を重視するコンウェル・エヴァンズの主張[72]と共鳴しているのであり，政治的機関による政治的調停の意義を根拠づけるという含意を有している。

3. 法律学的思考の限界としての政治的紛争

前節までの叙述において，モーゲンソーの政治的紛争論が，同時代の平和構想において持つ意味を検討してきた。そこでは，すべての紛争を実効的に解決する平和的解決手続を模索する平和構想において，紛争をその性質に応じた解決手続へと割り振ることが重視され，その文脈において，司法的解決の性質と限界が問題となったのである。

本節では，視点を変え，モーゲンソーの政治的紛争論が持つ法理論的意味について検討する。政治的紛争論は，法の適用による紛争解決の限界を指し示すものであった。これは，紛争の側から見れば，いかなる性質の紛争が，司法手続によって解決可能であるか，という問題に関わる。他方で，法規範の側から見れば，国際法規範体系が，国際的な諸関係をどこまで規制しており，その諸関係から生じる諸紛争について，どの範囲で解決を与えることができるのか，という問題として現れる。もし，すべての国家間紛争に対して，国際法規範体系が，その体系に内在する論理によって適切な解決を与えることができるとすれば，国際法は欠缺のない体系を構成しているということとなる。したがって，法の適用による国際紛争解決の可能性をめぐる実践的な議論と密接にかかわる理論的問題として，国際法の欠缺の有無が論じられたのである。

法の無欠缺性の概念は，多様な意味を持つ。ここでは，① あらゆる法的請求に対して法的評価を行う可能性としての形式的無欠缺性，② あらゆる紛争に対して法的な解決を与えるような解釈論的判断の可能性としての実質的無欠缺性，③ 法の実質的無欠缺性を動態的紛争に対して拡張する可能性，すなわ

72)　本稿1.(1)(iv)参照（『関西大学法学論集』第65巻6号）。

ち，状況に応じて実定法を修正する解釈によって，法変更をめぐる紛争に対してさえも，妥当な法的解決を与える可能性としての動態的解釈可能性について論じる。

(1) 形式的無欠缺性

法の無欠缺性は，もっとも単純かつ形式的な形で主張されることがある。ここではケルゼンのよく知られた議論を紹介しよう。紛争は，一方当事者による他方への請求によって構成される。ある当事者の請求について，それが法律に基づいているか否かを，法解釈を通じて決定することは常に可能である。請求が，実体法に根拠を有しているならばその請求は是認され，有しないならば斥けられる。「請求を斥ける決定においても現行法秩序が適用されている。なぜなら，法秩序は，ある特定の振る舞いを人間に義務づけることによって，この法的義務の外側における自由を保障しているからである」。したがって，すべての紛争について，法解釈・適用による判断が可能であり，その意味において，法秩序は無欠缺である，という[73]。

このような考え方はケルゼンに特有というわけではない[74]。例えば，エリヒ・カウフマンは，すでに1911年の著作において，次のように述べている。

> 「ある法体系が，その下で提起された問題について何の解答も与えることができない，という意味での，真の欠缺は想定しえない。なぜなら，生活事実は，現存する法規則に包摂されるか，包摂されないかの，いずれかであり，それぞれに応じて，所与の事実が法概念に内包されるか，内包されないか，当該の法概念に定められた法的帰結が生じるか，生じないか［ということになる］」[75]。

73） Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, 1934, p. 100；ケルゼン［横田喜三郎訳］『純粋法学』（岩波書店，1935年）156-157頁。

74） 田畑茂二郎「国際裁判に於ける政治的紛争の除外について――その現実的意味の考察」『法学論叢』第33巻5号（1935年）97-98頁および横田喜三郎「法的紛争の概念(1)」『国際法外交雑誌』第38巻1号（1939年）34-35頁・38-46頁には，このような形式的な意味における国際法の無欠缺性を主張する多くの論者が挙げられている。

75） Erich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic*↗

裁判によってすべての国際紛争を解決することを主張していたラウターパクトも，国際法の無欠缺性の根拠との一つして，その「形式的完全性 formal completeness」を挙げている。国際裁判所は，提起された請求について，実定法上の根拠を見出せない場合，「明示的に禁止されてない事柄は許容されている」という命題を指導原理とすることによってその請求を斥けることができる。すなわち，紛争の対象となる事実関係について，法的な規制が見出せない場合にも，法的な判断は常に可能なのである[76)]。

⑵　実質的無欠缺性

たしかに，あらゆる請求について，それが法的根拠を有するか否かを判断することは可能であろう。とはいえ，それだけは，すべての紛争について法の解釈・適用によって解決を与えることができる，という意味での実質的な無欠缺性は保証され得ない。法的な規制を受けていない事実関係について，なんらかの請求が出された場合，その請求について法的に評価することは，その関係の適切なあり方を法解釈によって提示することを必ずしも意味しないからである。例えば，大陸棚の境界画定に関する法規則が定まっていない状態において，ある国家Ｘが，等距離原則に基づく大陸棚境界線を主張し，その内側における外国Ｙの海底資源採掘活動を停止するよう求めた場合を考えてみよう。大陸棚境界画定に関する等距離原則が実定法上の規則と言えない以上，その請求が，実定法に根拠づけられていないという法的評価は容易である。しかし，そのような評価は，両国間の大陸棚境界線の適切なあり方について，国際法の解釈・適用に基づいて判断を下すものではない。国家Ｘの主張する境界に法的な根拠がないという評価は，国家Ｙの主張する境界（および，その境界主張に基づく国家Ｙの採掘活動）が法的に正しいことを意味しない。したがって，この評価そのものは，大陸棚境界画定をめぐる両国の紛争の実質を何ら解決するものでは

↘*stantibus*, J. C. B. Mohl, 1911, p. 49.

76）H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, The Clarendon Press, 1933, p. 77, p. 85.

ない[77]。

ある事実関係に関して紛争が生じている場合，その紛争に法的な解決を与えるためには，単にそれに関して提出された請求を法的に評価するだけでは必ずしも十分ではなく，当該関係の適切なあり方を示す規範を解釈論的に導き出す必要がある[78]。それが，実質的な無欠缺性の問題である。

ラウターパクトは，これを国際法体系の「実質的完全性 material completeness」と呼ぶ。その要点は次の言葉に要約される。

> 「ひとつの制定法規則あるいは全体としての制定法規には，欠缺があるだろう。また，慣習法を示す様々な規則にも，欠缺があるだろう。しかし，全体として把握された法体系には欠缺はない」[79]。

国際法においては，他の法分野に較べて明確に定められた法規則の数が少なく，したがって，明確な法規則によって規制されていない諸関係が多く存在する。そのような諸関係に関して提起された請求について法的に評価することは可能（形式的無欠缺性）だが，それだけでは，必ずしも，国家間に対立を生じせしめている問題を実質的に解決することはできず，平和を維持するという法の任務を果たしえない[80]。法は，紛争に実質的な解決を与えなければならない。そのため，法律家は，一般的な法原則や類推等の解釈技術を用いて実質的に欠缺のない法規範体系を構成しなければならない。そのような体系的な解釈を用い

77） 領海幅員に関する国際法規が定まっていない場合について，田岡が同様の事例を挙げている（田岡良一「法律紛争と非法律紛争との区別――ラウターパクト説と其批判」『法学』第7巻5号（1938年）23-24頁）。

78） 実定法規則による制約が根拠づけられない行為は，法によって許容されている，という原則を前提とするなら，他国の行為を制約しようとする請求が実定法によって根拠づけられないという判断自体が，法的にみて適切な関係についての判断（当該他国の自由に委ねるべきである，という判断）を示すことになるだろう。しかし，単に法が，当該行為を何らかの理由で規制できていないだけであって，許容しているわけではない，という場合には，請求に関する法的評価は，適切な関係を法的に示すものではない（参照：田岡「前掲論文」22-23頁）。

79） Lauterpacht, *op. cit.* n. 76, p. 64.

80） *Ibid.*, pp. 86-88.

るなら，個別的な法規則が規制することを予定していない事実関係についても，それを実質的に規制すべき適切な法規範を見出すことができる，という[81]。

(3) 動態的解釈可能性

たとえ，一般原則や類推に依拠して現行法諸規範からなる欠缺なき体系を構成しうるとしても，その体系が，動態的紛争に対しても適切な解決を根拠づけるとは限らない。国際法を勢力関係の表現とみなす思考の下では，勢力関係の変動により，法の status quo の維持を要求する国家と，変動した現実に対応する法の変更を求める国家との間に対立が生じると考えられる。その対立を基礎として生まれる動態的紛争は，法的に解決可能であるか。言い換えれば，動態的紛争についても，裁判官は，法に基づいて，にもかかわらず場合によって

81）「欠缺は，問題となっている事件について法的な解答が存在しない，という事実に存するのではない。そのような意味での欠缺は存在しない。欠缺は，直接に適用な可能な規則に依拠することで得られた法的な解答が，法的に不十分だと考えられる場合に存する。法が，不十分な帰結を求めていると推定してはならないのであるから，そのような事件においては，一見，適用可能にみえた規則がじつは適用できないものとみなされ，この事件そのものが，その規則との関係においては，想定されていないものとして現れる。このような事件において，裁判官は，明確で見誤りようのない実定法規則によって制約されていない場合には，法的に満足度の高い帰結を得るために，より一般的な，しかしながら疑いなく承認されている法規則に依拠しなければならないと感じる」（*Ibid.*, p. 101）。また，pp. 134-135 も参照。横田喜三郎は，法の実質的な無欠缺性（「法秩序の実質的完結性」）について，次のように説明している。「一般に法秩序がそうであるように，国際法も一切の国際紛争についてそれに関する法を常になにかの形で含んでをり，なにかの方法でそれを求めることができるから，一切の紛争が法によつて決定されるといふのである。かりにその紛争の実体に関して直接に定められた具体的な規則がないとしても，他の規則から間接に類推したり，国際法の全体からその精神ともいふべきものを求めたり，法の一般原則によつたりすることができるから，一切の紛争について常になにかの法を求めることができ，従つてそれを法によって決定することができるとされる」（横田「前掲論文」（注74）35頁）。このような法体系の実質的無欠缺性の主張が，19世紀ドイツの実証主義公法理論に由来するものであることについて，西平等「実証主義者ラウターパクト――国際法学説における実証主義の意義の適切な理解のために」坂元茂樹編『国際立法の最前線（藤田久一先生古希記念）』（有信堂，2009年）84-90頁を参照。

は現行法を修正することを通じて，適切な解決を与えることができるのか。それが，法の動態的解釈可能性の問題である。

別稿[82]で検討したエリヒ・カウフマンによる事情変更原則の分析は，そのような法の status quo と勢力関係との乖離という状況における，動態的解釈の提言であった。すなわち，各国家が自己保存を中核とする自己利益と追求することを通じて，並列関係秩序としての国際法が成立するのであるから，基礎となる事実状態の変動によって，ある法規則と中核的自己利益との矛盾が生じた場合には，当該法規則の効力が否定される，というのである。このような事情変更原則は，裁判所においても適用されるべき，法の解釈原則として理解されている[83]。

また，ケルゼンの理解するところの「法の欠缺」も，動態的解釈としての機能を果たす。すでにみたように，ケルゼンは，形式的意味において，「法の欠缺」が論理的にあり得ないものと考えている。にもかかわらず，「法の欠缺」が主張されるのは，実定法に基づいて法的請求を評価した場合に，その帰結が著しく不当であると法適用者が感じるからである[84]。すなわち，現行法を現実に適用した場合に不当な結果が生じることを避けるために，「法の欠缺」が主張され，現行法が変更されるというのである。

> 「それゆえ，いわゆる『欠缺』とは，実定法と，より良い・より正当な・より正しいと考えられる秩序との差異にほかならない。そのような秩序を実定法秩序と照らし合わせて，実定法に欠けるところがあると確かめることによってのみ，欠缺なるものを主張することができる。そのような欠缺を解釈によって充填することができないのは，その欠缺の本質をみるならば，自明である。ここでは，解釈は，解釈されるべき規範を適用するという機能ではなく，むしろ反対に，その規範を排除し，より良い・より正当な・より正しい規範，要するに法適用者にとって望ましい規範をそれと置き換えるという機能を果たす」[85]。

82） 西平等「動態的国際法秩序への解釈論的視座（1）～（3・完）」『関西大学法学論集』第65巻3号112-137頁・4号60-108頁・5号178-193頁。
83） 西「前掲論文（3・完）」185頁参照。
84） Kelsen, *op. cit. n.* 73, p. 101.［邦訳 157-158頁。］
85） *Ibid.*［邦訳 158-159頁。］

このようなケルゼンの「法の欠缺」論が，イデオロギー批判として論じられていることには注意が必要である。法適用者は，実定法の適用によって著しく不当な帰結が生じる場合に，自らが適切と考える規範（価値原理と呼んでもよい）に照らしてそれを修正する。それは，法適用者の裁量における価値判断・政策判断に基づく行為である。にもかかわらず，それを「欠缺」の補充とみなすことで，あたかも論理的必要であるかのような偽装が施される，という。

ここで，ケルゼンは，イデオロギー的偽装を批判しているのであって，法適用者の裁量によって現行法を修正すること自体を批判しているのではない。むしろ，ケルゼンにおいて，法規範を個別化・具体化してゆく段階構造の一段階として把握された裁判は，その授権された裁量の範囲において法創造を当然に行うべきものとみなされる。上位規範によって授権された裁量の範囲内において下位規範を創出するという点において，立法と司法との間に質的な差異はない。そうであれば，立法府が，憲法から授権された権能に基づいて，社会状況の変化に応じた適切な法創出を行うのと同じように，裁判所もまた，社会状況の変化に応じて，その裁量の範囲内で，適切な法創出を行うこととなる。それゆえ，裁判官に認められた裁量の範囲内で，実定法規を補充・修正することは可能であり，日々の実務において現に行われていることでもある[86]。

ケルゼンの理論において，裁判官に認められた裁量には，現行法規に適合しない判決を下す権限さえも含まれる。法規に反する判決という問題は，ケルゼンの段階的構造論において，上位規範と下位規範の矛盾という一般的問題に解消される[87]。時として憲法に違反する法律が有効に存在しうるように，内容的あるいは手続的に上位規範に違反する下位規範が妥当することもありうる[88]。

86）　*Ibid.*, pp. 82-83［邦訳 130-131頁］; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.Auflage, Franz Deuticke, 1960, pp. 247-251［邦訳 234-237頁］; 西平等「動態的国際法秩序への解釈論的視座――カウフマンによる事情変更原則の分析」『関西大学法学論集』第65巻4号5.(1)(iv)。

87）　Kelsen, *op. cit. n.* 73, pp. 84-89.［邦訳 132-140頁。］

88）　ケルゼン『純粋法学』によれば，上位規範に抵触する下位規範は三つの種類に分けられる。まず，そのような下位規範は，はじめから無効であるか，それとも，いったんは有効な規範として成立するかによって区別される。「いわゆる『規範↗

その場合，上位規範は，それに適合する下位規範のみならず，それに違反する下位規範を定立することを機関に授権しているのである[89]。通常，法律に違反する判決もまた，それが上級審や再審によって覆されるなど，法的な手続によってその効力を否定されるまでの間，有効なものとみなされるであろう。その場合，法律は，裁判所に，法律違反の判決を下す権限を付与していると言える。さらに，法に定められた手続が尽くされたのちも，法律規定に抵触する判決の効力が否定さないならば，その判決は，法律に反する内容を持つにもかかわらず，有効であり続ける[90]。その結果，法律の側が，判決の内容に合わせて改正されることによって，その抵触が取り除かれることもある。すなわち，裁判官の裁量による法の動態的解釈を通じて，法状態が確定的に変更されてゆく可能性もありうる，ということとなる。

国際裁判の万能性を主張したラウターパクトも，法秩序の段階構造を根拠として司法による法定立の可能性を強調する。経験の教えるところでは，裁判所は，「形式的に現行法の圏内にとどまること，あるいは，法の一般原則・衡平・公序を適用して現行法を度外視すること」によって，目立たない仕方で，

↘に違反する規範』は，単に無効にされうるものにすぎないか，そうでなければ，はじめから無効なものである。前の場合には，無効にされるまでは有効な規範であり，従って，規範適合的規範である。後の場合には，実は規範ではない」（*ibid.*, p. 89［邦訳 139頁］）。上位規範に抵触する下位規範は，いったん有効に成立した場合，法の定める手続によって無効とされるまで，有効に妥当する。しかし，場合によっては，その手続によって無効とされないままに妥当し続ける。「［上位規範に抵触する下位規範を無効とする］手続が用いつくされるか，かような手続きが全く設けられていないときには，下位規範は，その『法的効力 Rechtskraft』に関し，上位規範と肩を並べることとなる。すなわち，その下位規範は，上位規範に矛盾する内容にもかかわらず，妥当し続けるのである」（*ibid.*, pp. 87-88［邦訳 137頁］）。以上の二つの区別をまとめると，上位規範に抵触する下位規範には，① はじめから無効であり，そもそも規範として妥当しないもの，② 上位規範によって定められた手続によって無効とされうる規範であり，その手続によって無効とされるまでの間，有効な規範として妥当するもの，③ 上位規範が定めた手続によって無効とされず，妥当し続けるものがある。

89）「憲法は，憲法に適合する法律の妥当のみならず，何らかの意味において，『憲法に違反する』法律の妥当をも欲する」（*ibid.*, p. 85［邦訳 134頁］）。

90） 注88）参照。

しばしば法を実質的に変更している[91]。そのような裁判による法定立 judicial law-making は，むしろ，一般的な現象といえる。なぜなら，裁判所は，単に法を事実に適用する機関ではなく，個別的な事件に対して法規を創出する機関だからである。

> 「必然的に抽象的であらざるをえない法規則を具体的な事件に適用する際，［裁判所は］自らが受け持つ個別的な事件に対して現実的 actual な法規則を創造する。社会において法を現実に運用するということは，抽象的な法規を段階的に具象化してゆく過程 a process of gradual crystallization である。その過程は，最も基本的で抽象的な規則群としての憲法に始まり，裁判所の判決や行政当局の裁決・決定，利害関係者の合意による個別的な法的関係の具体的な形成に終わる。司法と立法のあいだの権力分離は，それら両機関と行政権力とのあいだの分離と同様，伝説的なものにすぎない」[92]。

このように，ウィーン学派に共有された法秩序の段階的構造論は，立法と司法の相違を相対化することで，裁判による法創造・法変更を正当化する機能を果たしたのである[93]。

国際裁判所が，その裁量の範囲内において法定立を行うことができる，という場合，その裁量的判断は自由な決定であるのかが問題となる。言い換えるな

91） Hersch Lauterpacht, *op. cit.* n. 30, p. 209.［初出：1930年］

92） *Ibid.*, p. 211.

93） ただし，ケルゼンに関しては，段階的構造論を明確に採用する以前から，実定法によって設定された枠内における裁量的判断が，純然たる「倫理的・政策的問題」であることを彼が主張していた点を確認しておく。ケルゼンは，1911年の著作において次のように述べる。「自由裁量の限界に関して言えば，それは，法規範によって確固として与えられており，その内容は，実定法規から，あらゆる可能な解釈手段によって取り出される。国家機関の行為を，それが法規範に服さない限りにおいて，倫理規範や政策規範のような，他の規範による制約のもとに置くことが可能であることは疑いない。しかし，法規範から自由な裁量 von Rechtsnormen freie Ermessen が，どのように規制されるか，という問いは，その問題設定そのものにおいてすでに十分に表現されている通り，法律学的な問題ではなく，倫理的・政策的問題である」（Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, p. 508）。

ら，裁判官の裁量的判断において「正解」は存在するのか，という問題である。ケルゼンによれば，裁判における法の解釈において唯一の「正解」を導くような法律学的な基準は存在しない。上位規範によって授権された機関が下位規範を定立する場合，その機関は，上位規範によって示された枠内において判断しなければならず，かつ，法秩序全体との関係において整合性を有する解釈を行うことが求められる。しかし，複数の解釈が法律学的に可能と考えられる場合，いずれを選ぶかは，法律学の問題ではなく，価値判断の問題である[94]。つまり，裁判官が正しいと信じる価値原理（社会や解釈共同体において共有されていると裁判官が信じる価値原理と言い換えてもよい）に基づいて判断がなされるのである。

ケルゼンは，授権連関を通じて抽象的規範が具体化される段階構造のひとつの段階として裁判を把握しているのであるから，ただ裁判においてのみ，特殊な法律学的・客観的判断がなされるとは考えない。憲法によって授権された立法府が，法政策的な判断に基づいて法律を定立するのと同様に，裁判所もまた，法政策的判断に基づいて解釈を選び取る。確かに裁量の幅に差はあるが，その差は相対的なものでしかない。

> 「解釈によって憲法から正しい法律を得ることができないのと同様に，解釈によって法律から正しい判決を得ることはできない」[95]。

自由法運動を経験している戦間期の公法学・国際法学において，裁判における「法適用」を，規範を事実に当てはめる客観的・機械的作業とみなす素朴な観念はもはや受け入れられない。しかし，だからと言って，ケルゼンのごとき，裁判の極端な相対的把握が抵抗なく受け入れられるわけではない。実定法規そのものから具体的な事件に関する判決を論理的・演繹的に導出することはできないとしても，判決は，裁判官の純然たる恣意の産物ではないはずである。だとすれば，裁判官の裁量の範囲において下された決定にも，正しいものと正し

94） Kelsen, *op. cit.* n. 73, pp. 96–99.［邦訳 150–155頁］
95） *Ibid.*, p. 98.［邦訳153頁］

くないものがあるだろう。では，判決の「正しさ」の基準は何であろうか。

カール・シュミットが1912年に公表した著作『法律と判決』は，この問題に関する優れた論考である。経験に従えば，実定法規のみを基準として判決が下されるわけではない。むしろ，実定法の規定を度外視して，あるいはその規定に反して，判決が下されることもしばしばである。しかし，だからといって，判決の「正しさ」についての客観的な基準がない，というわけではない，とシュミットは主張する。

> 「決定の『法律適合性 Gesetzmäßigkeit』がもはや，その決定の正しさと一致しない，ということは，客観的な規準を断念し，すべてを裁判官の主観に委ねてしまう，ということを意味しない」[96]。

ここにいう判決の「正しさ」とは，法実践における「正しさ」であって，その基準は，法律学において現行法規範を認識する基準とは明確に異なっている[97]。矛盾のない実定法規範の客観的体系を構成する法律学と，具体的事案における適切な決定を求める法実践とは，そもそも異なる営為だからである。

> 「複雑に考えなくとも，法実践は，その概念において，法（科）学 Rechtswissenschaft とは異なる何かである。法学は，矛盾のない自己完結的な規範体系を追究するのに対し，法適用においては，（論理的・心理的に）すべての関心が具体的な個別事件に集中され，そのための正しい決定が見出されなければならない。法規範に関する学問的探究の結果は，法適用にとっては，単なる手段でしかない」[98]。

法実践における固有の正しさの基準は，法的確定性 Rechtsbestimmtheit に求められる[99]。紛争について，予測可能な形で決定を下すことこそが，法実践に求められる本質的な役割であり，それゆえに，法的確定性は，法実践におい

96） Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil : Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Otto Liebmann, 1912, p. 72.
97） *Ibid.*, p. 4.
98） *Ibid.*, p. 58.
99） *Ibid.*, p. 59.

て「公理 Postulat」なのである。法的確定性から導かれる判決の正しさの基準は，次のように定式化される。

> 「ある裁判官の決定は，その時点において，他の裁判官であっても同様に決定したであろうと認められる場合に，正しい。ここにいう『他の裁判官』とは，現在の法学教育を受けた法曹として経験的に見出されるタイプ Typus を指す」[100]。

すなわち，法学専門教育を受けた法曹集団としての裁判官において，法的判断の作法（どのような根拠づけによって何を決定するか）が共有されていることを前提として，その共有された作法に則っていることこそが，正しい判決の基準であるというのである。

これは非常に巧みな基準の設定といえる。なぜ，裁判判決が，先例拘束性のない裁判例における判決文をしばしば引用するのか，ということが，この基準を用いてうまく説明できる。それら裁判例は，拘束力のある先例としてではなく，他の裁判官であっても同様に判断するであろうということの論拠として挙げられるのである[101]。また，このような基準には，それが価値的内容とは独

100） *Ibid.*, p. 71.

101）「裁判所の裁判は，当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する」（国際司法裁判所規程59条）という規定によって先例拘束性が明示的に否定されているにもかかわらず，国際司法裁判所の判決は，多くの場合，以前に下された判決を引用する。また投資仲裁においても，先行する他の仲裁決定の先例拘束性はないにもかかわらず，それら先例が引用されることが常態とされている（Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, second edition, Oxford, 2012, p. 33）。判決の主要任務は，実定法規範からなる矛盾なき学的体系の構成に貢献することではなく，個別の事件に対して有効かつ適切な解決を与えることである。それゆえ，判決における先例への言及は，法の学的体系への貢献ではなく，判決それ自体についての必要性から根拠づけられなければならない。例えば，「一貫した判例法は，決定の予見可能性を強化し，その権威を高める」（*ibid.*）というように。国際司法裁判所判事であった田中耕太郎は，先例の尊重が，「法の確定性 the certainty of law の観点から極めて望ましい」ものであり，「このような限定は，純粋な学問的活動とは区別されるところの，司法活動に内在する inherent ものである」と述べる（Barcelona Traction 事件，1964↗

立しているという利点もある。裁判において，裁量的判断において考慮されるべき諸原理・諸価値との適合性という観点から，複数の決定が等しく論証可能であるとしても，なお，法実践独自の「正しさ」の基準によって，「正解」が導かれる。また，裁判官諸個人が，その良心において異なる価値原理を信奉していたとしても，それとは独立に，判決としての「正解」が根拠づけられる。

そして，この基準は，実定法規則を逸脱する判決の「正しさ」の根拠ともなる。すなわち，法規の文言に明白に反する判決であっても，当該具体的事案において「他の裁判官であっても同様に判決を下したであろう」と考えられる場合には，それは判決としては正しいのである[102)]。したがって，具体的事件の適切な解決のために現行法上の status quo を変更するような判決であっても，法実践においてその時点で共有されている作法に基づいて下されたものであれば，それは正しいということになるだろう。

もちろん，「他の裁判官であっても同様の判断を下したであろう」という判断は，無条件に可能であるわけではない。法実践において各人がまったく異なる判断を行ってきた場合（例えば出身地や身分によって明らかに判断に偏向が見られる場合）には，他の裁判官も同じように判断するか，という基準は機能しない。法実践が，全体として，法的判断の作法を共有している場合にのみ，他の実践者（裁判官）であっても同じよう判断にしたであろう，という判断が可能になる。そのような条件が国際裁判所に備わっているのか，という点が，国際法学において問題とされるべきであろう。とりわけ動態的解釈との関係では，当事国の合意として存在する条約規則を変更する形で判決を下しうるほどに確固とした法的判断の作法が，法曹集団に共有されているか，という困難な問題が提起される。しかし，戦間期の国際法学において，そこまで徹底して問

↘年7月24日判決，田中裁判官個別意見：International Court of Justice, *Reports of Judgements, Advisory Opinions ans Orders*, 1964, p. 65）。ここで言われている「法の確定性」とは，実定法規範から学的に導かれる推論の客観的確定性とは異なるものであり，司法的実践において「公理」として要請される予測可能性・一貫性とみなされるべきだろう。

102）　Carl Schmitt, *op. cit.* n. 96, p. 112.

題を考え抜いた形跡は見当たらない。国際裁判によるすべての国際紛争解決の可能性を主張したラウターパクトでさえ，判決の「正しさ」の根拠と基準を綿密に論証しようとはしなかった。

法適用と法制定の相違の相対性を根拠として裁判における自由な（政策的判断による）法創造を主張したケルゼンや，法適用の独自性（「法適用は，法制定とも解釈とも同じではない」[103]）を強調して，裁判実践に即して生じる「正しい」判決の基準を提示しようとしたシュミットに較べれば，ラウターパクトの立場は徹底性を欠く。上に述べたように，一方において，ラウターパクトは，法秩序の段階的構造（法制定と法適用の相対化）を根拠として裁判による法創造を主張する。しかし，他方において，司法裁量を，立法府における政治的判断とは根本的に異なる法的判断だと考えている[104]。

ケルゼンによれば，上位法による授権の範囲内で行使される司法裁量は，客観的法律学の外部にある，価値判断・政策的判断の問題である。すなわち，体系的に解釈された実定法規範の枠内において複数の内容の判決が可能である場合，いずれを選択するかは，機関としての裁判官の政策的な判断に基づく。法律学がなしうるのは，整合的な解釈の可能性（選択肢）とその帰結を客観的に示すことのみだという[105]。

このような，法（もしくは法律学的思考）の役割を限定するケルゼンの思考は，ラウターパクトには受け入れられない。ラウターパクトにとって，裁判に

103） *Ibid.*, p. 57.

104） ラウターパクト理論における司法裁量の意味については，すでに喜多康夫「ハーシュ・ローターパクトの国際法の完全性再考」『帝京法学』第24巻2号（2006年）100-111頁が優れた検討を行っている。

105） 「学問的なコメンタリーの任務は，まず何よりも，批判的分析によって，解釈の対象となる法規範の可能な意味 meanings を明らかにすることであり，そして，その帰結を示すことである。さまざまな可能な解釈の中から，政策的理由によって好ましいと考えられるひとつの解釈を選ぶことは，有権的法解釈機関 competent legal authority に委ねられる。それら有権的機関だけがそれを選択する権限を有している」（Hans Kelsen, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of Its Fundamental Problem*, Frederick A. Praeger, 1950, reprinted by the Law Book Exchange, 2005, p. xvi）。

おける法創造とは，「複数の異なる解釈可能性に直面したとき，司法判断は究極的には政治的行為である」ということを意味しているのではない[106]。このことは，彼の平和構想と関係している。

ラウターパクトは，すべての国際紛争について裁判所が拘束的な解決を与える体制を作り出すことを，「平和の不可欠の条件」とし，その実現に貢献することを国際法学者の主要任務とみなす[107]。つまり，彼によれば，裁判官こそが，すべての国際紛争について，国家に対して拘束的な決定を下すべきなのである。もし国際裁判における判決が，裁判官による政策的・価値的判断に基づいているとすれば，司法判断の固有の意義は失われるのであり，ひいては，それが固有の意義を持つ判断として各主権国家を拘束すべき根拠も薄弱とならざるを得ない。裁判官の政策的・価値的判断が，国家の政策的・価値的判断よりも優越し，その意に反してでも国家を拘束すべき確固たる理由はないからである。もちろん当事者の利己的価値判断に対する第三者的な価値判断の優越を主張することはできるだろう。しかし，それに対抗して，第三者の干渉に対する当事者の政治的判断（自己決定）の優越を主張することも同じく可能である。

すべての国際紛争について裁判官の判断が国家を拘束すべきであり，そのような国際裁判制度（義務的国際裁判制度）を構築すべきであるというために，ラウターパクトの国際法構想においては，裁判官が国際法に基づく最も適切な（すなわち「正しい」）判断を行う，ということが前提とされる。裁判官が国際法に基づいて「正しい」判断を行うとするならば，国際法が国家を拘束している以上，裁判官の判断は，国家を拘束すべきだということになるだろう。

それゆえ，ラウターパクトは，裁判による法創造を正当化する文脈において裁判と立法の区別の相対性を主張しているにも関わらず，法解釈基準に関する

106）Hersch Lauterpacht, “Restrictive interpretation and the principle of effectiveness in the interpretation of treaties”, *Hersch Lauterpacht Collected Papers*, vol. 4, Cambridge University Press, 2009, p. 443.［初出：*British Yearbook of International Law*, vol. 26 (1949)］。ラウターパクトは，ここで明示的にケルゼンの所論に言及して批判している。

107）*Lauterpacht, op. cit.* n. 76, pp. 434–438.

叙述においては，裁判上の判断の特殊性を強調する。

> 「たしかに，裁判における解釈基準の選択は，条文の外部にあるように思われるさまざまな要素によって影響されるであろう。しかし，それらの要素，すなわち正義の考慮，公正と信義誠実の原則，場合によっては，争われている諸利益の衡平な調整などの諸要素は，正当に法に関連している of legitimate legal relevance。それらの要素は，裁判の機能と，立法者の権力との区別を消し去るものではない」[108]。

ラウターパクトによれば，裁判所は，必要とあれば正義や公正・衡平の基準を援用するもかかわらず，「最も正確な the most accurate」法解釈を示すべき存在である。学問的・批判的任務 a scientific and critical task としての解釈の概念は，可能な法解釈の選択肢の中から「最も正確なものを選ぶ」ことが裁判官の業務であることを前提としている。つまり，必要な法的考慮をすべて加味すれば，裁判官は，ただ一つの正しい解釈に到達しうる，ということである[109]。

つまり，ラウターパクトは，一方で，段階的な法秩序における立法と司法の差異の相対性を根拠として，裁判所による法創造の必然を認めつつ，他方では，裁判所が，立法機関とは異なり，唯一の「正しい」法解釈を行うことを任務とすることを強調する。言い換えれば，裁判官は，付託された紛争に関し，法規が明確でない場合にも，唯一の「正しい」法解釈を法創造として行う，ということである。裁判所が法創造を行うにもかかわらず，それが唯一「正しい」解釈を導くと言いうるためには，裁判所に固有の「正しい」法創造＝法解釈の基準が示されなければならない。

しかしながら，ラウターパクトは，裁判官の判断が「正しい」とみなされるべき根拠や基準を明らかにしていない。本当に裁判官の判断は「正しい」のだろうか。ときに現行法規の修正をも含む国際裁判所裁判官の「法解釈」を，国家の政策担当者はなぜ「正しい」ものとして受け入れるべきなのだろうか。単

108） *Ibid.*
109） *Ibid.*, footnote 1.

に裁判官が法律家であることは，その解釈の「正しさ」を保障するものではない。国家にもまた，法律顧問や国内裁判所裁判官らの優れた法律家があって，別様の解釈をなすかもしれないからである。〈国際裁判所が有権的に関連国際法規を解釈しうるから〉という回答は，問いに対する答えとなっていない。裁判官が「正しい」判断に至るというとき，ラウターパクトは，〈裁判官の裁量的判断は，その事件について判断する権限を持つゆえに，法的効力のある（その意味で「正しい」）判断として妥当する〉ということを主張しているわけではない。すなわち，裁判官に委ねられた任務において判断されたことが法的に「正しい」，というのではなく，裁判官は法的に「正しい」判断をなすことを任務とする（したがって紛争を裁判所に付託すべし），というのである。そうである以上，裁判官の判断の「正しさ」がその有権性によって根拠づけられることはない。

ラウターパクトの所論に向けられたストーンの批判は，裁判所による唯一「正しい」判断の可能性に対する疑義に基づいている。たしかに，裁判所は，法規則が明確でない場合でも，一般的法原則などに依拠して，法的根拠を持ったなんらかの決定を下すことはできる。しかし，一般的法原則に依拠して，同様に法的根拠を持った別の決定を下すことも可能であろう。そうである以上，裁判所がここで下した決定が，一般的法原則から客観的に導かれる唯一「正しい」解釈とは言い得ない。したがって，一般的法原則に依拠する決定は，法定立的選択である[110)]。そうであるなら，国際的紛争の主題となるあらゆる国際法上の問題について，裁判所に法定立を委ねるべきなのか，という問いがただちに立ち上がる。

> 「今日の変動に富む世界において，法を定立する law-creating 責任を，どれほどまでに裁判所に委ねることが賢明なのであろうか？」[111)]

110）　Julius Stone, “*Non liquet* and the function of law in the international community”, *British Yearbook of International Law*, vol. 35 (1959), p. 133.

111）　*Ibid.*, p. 152.

⑷ 欠缺なき法体系の動態的限界

ラウターパクトもまた，法定立・法変更を伴うべき紛争解決について裁判所が万能であると考えていたわけではない。言い換えれば，裁判所による法適用＝法創造によっては，倫理的・政治的観点から見て正当に解決され得ない動態的紛争が存在することを認めていたのである。すでにみたように，ラウターパクトによれば，裁判所は，必要に応じて一般的法原則や衡平の原理に依拠する体系的な解釈を通じて，すべての国際紛争について，法的に適切な解決を与えることができる。このような体系的解釈は，ときに，目立たないやり方で現行法規を変更するものでさえありうる。とはいえ，法的安定性への配慮が必要とされる以上，具体的適用における法の修正・変更には限界がある。それゆえ，裁判所が国際法の適用によって導く解決が，倫理的もしくは政治的観点からみて受け入れがたい場合があることは否定できない。

> 「一般的法原則の適用により，あるいはより一般的に，司法上の法創造 judicial law-making により，裁判官の裁量は広い射程を有するのだが，だからと言って，裁判官が，その司法的義務によってやむを得ず，（法的には非難されるべきではないものの）倫理的・政治的にみて異論の余地があり，正義（裁判）justiceを通じて平和を達成するという法の究極的な目的を達成しえない判決を下す可能性がすべて排除されるわけではない」[112]。

法的にみて「正しい」判決が倫理的・政治的に極めて不当とならざるを得ない場合，法が変更されるべきこととなるのだが，ラウターパクトの所論においては，そのような法変更が必要な紛争の解決についても，裁判への付託が否定されるのではなく，むしろ裁判所が重要な役割を果たすことが期待される。

第一に，通常の裁判官による法適用＝法創造の限界を越えて法が変更されるべき場合であっても，当事国は，望ましい形で法を変更するために裁判所を利用することができる。例えば，紛争当事国は，紛争事項を規制すべき新たな望ましい法規範を提案する権限を裁判所に与えるよう，合意することができる。

112） Lauterpacht, *op. cit.* n. 30, p. 213.

また，望ましい法規範を定立する交渉の基礎として，現行法に基づく判決を利用するよう，当事国が合意することも可能である。さらには，当事国間の合意によって裁判準則自体を拡張し，「衡平と善」に基づく立法的判断を行うことを裁判所に授権してもよい[113)]。

第二に，裁判所を利用する法変更について紛争当事国が合意していない場合であっても，裁判所の職権により，法の変更を勧告できるよう裁判所規程を改正することをラウターパクトは提案する。連盟規約19条は，法変更を勧奨する権限を総会に認めているが，この制度は，十分に機能していない。国際平和の維持という観点から，連盟理事会を中心とする政治的機関が，裁判所の勧告に基づいて，現行法を変更もしくは停止する手続を構築すべきだという[114)]。

このように，ラウターパクトは，法変更によって解決されるべき動態的紛争について，法の実質無欠缺性（実質的完全性）が限界を有することを認めつつ，その場合においてもなお，法の変更手続の中に裁判所を介在させることを主張しているのである。

国際司法に関する対極的な主張からは意外に思われるであろうが，法体系が実質的な意味において無欠缺であると論じている点，および，法変更を伴うべき動態的紛争解決についてその無欠缺性の（政治的）限界が存すると考えている点において，モーゲンソーとラウターパクトは一致している。すでにみたように，モーゲンソーは，あらゆる紛争について，裁判所が，「一般的に適用可能な規範」に基づいて実質的な解決を与えることができると考えている。事件に適用可能な法規則が存在しなくとも，法原則や公正の原理に基づいて，適切な解決を導きうる。一般原則や公正の原理に基づく判断であっても，それは，裁判官の主観的・政策的判断ではない。裁判官は，現行法の採用する原則や価値基準に基づいて規則を定立し，それを具体的事件に適用するからである。すなわち，裁判官は，あらゆる国家間紛争について，実質的な解決を現行法に依

113）　*Ibid.*, pp. 213-220.
114）　*Ibid.*, pp. 221-222.

拠して決定することができる，という[115]。

ラウターパクトとモーゲンソーの理論的対立を決定づけるのは，現行法に基づく紛争解決が政治的にみて不当な帰結をもたらす場合における裁判所の役割についての見解の相違である。ラウターパクトが，その場合に要請される法変更についても裁判所が重要な役割を果たし得ると考えるのに対して，モーゲンソーは，法変更欲求をめぐる緊張と結びついた政治的紛争については，裁判所は判断を下すべきではない主張する。政治的紛争について，その対立の根源である緊張を度外視して，合理的に構成された主張の対立としての「紛争」のみについて解決を与えるなら，かえって国家間の対立を悪化させてしまう。だからといって，あるべき勢力関係について判断することは，「一般的に適用可能な規範」に基づく判断を越え出てしまい，結果として裁判所に対する信頼を損なうことになる[116]。

連盟期の国際法理論という文脈からみれば，モーゲンソーの政治的紛争論は，法体系の実質的無欠缺性をいったん承認したうえで，法変更を伴うべき動態的紛争解決における法体系への依拠の限界を指摘することによって国際司法の限界を主張する議論として位置づけることができる。このような思考自体は，結論を異にするとはいえ，ラウターパクトの理論と同じ土俵のうえで展開されているのである。

115） 本稿1.(2)（『関西大学法学論集』第65巻6号）参照。
116） 本稿2.(2) 参照。