

# 法の一般原則の法源性についての法理論的考察(序章)

— 国際司法裁判所規程第三十八条の —

川 上 敬 逸

## は し が き

さいきんわたくしは法の一般原則の法源性について、すこしばかり国際司法裁判所規程第三十八条の内容にそくして考察した（綜合法学―五巻―一号）。それでここでは、主として法理論の立場から問題を掘り下げて考察することにしたかった。ところがそうはできなかった。それは問題がけつしてたやすい性質のものではないので、いわばその前書で予定の紙数がつきてしまったからである。

法の一般原則について、その法的な性格を明らかにするには、法史学や法社会学の見地から探究することももちろん必要であるし、他方、また法哲学の領域においてもつこんで探索することもきわめて必要である。しかし、また法の一般原則を法の理論から研究することおとらず重要なのではないか。それにしても、拙稿はせいぜいひとつのまえがきの域を出ないであろう。池田先生と読者にお詫びしたい。それとおなじくここにしるしておきたいのは、このささやかな研究が恩師大沢章先生と西山重和先生に負うところ、多大であることである。

はじめに国際司法裁判所第三十八条の全文（日本語訳、英・仏正文）をかかげる。

### 国際司法裁判所規程第三十八条

- 一 裁判所は付託される紛争を国際法に従って裁判することを任務として次のものを適用する
    - a 一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの
    - b 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習
    - c 文明国が認めた法の一般原則
    - d 法則決定の補助手段としての裁判上の判決及び諸国の最優秀な国際法学者の学説
- 但し第五十九条の規定に従うことを条件

法の一般原則の法源性についての法理論的考察（序章）

つた。

二 この規定は当事者の合意があるときは裁判所が衡平及び善に基いて裁判をする権限を害するものではない。

Statute of the International Court of Justice

Article 38

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply :

(a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States ;

(b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law ;

(c) the general principles of law recognized by civilized nations ;

(d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

Statut de la Cour Internationale de Justice

Article 38

La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

(a) Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

(b) La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

(c) Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ;

(d) Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. L'apréhensive disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

あらかじめ問題の性格について、あらまし述べておかねばならない。国際司法裁判所規程第三十八条は、全体として裁判の基準についての規定である。同時に、それはまた国際法の淵源の定義についての規定でもある。このように、裁判所規程第三十八条は国際法のこの方面についての法典化の結実されたものであると理解してさしつかえない。<sup>(1)</sup>規程第三十八条が一項の冒頭で、裁判所は付託された紛争を「国際法に従って」裁判することを任務とし、「次のものを適用する」と前置きをしているのは、まさにこのことを明らかに示すものである。それで、つぎに裁判所規程第三十八条の規定の条文にそくして、これをできるだけかんたんに説明してみる。

(一) 構成からみると (1) それ自身で国際法の構成部分であり、国際法の淵源であるもの (二項 a の国際条約、b の国際慣習、c の法の一般原則) (2) 法則決定の補助手段にすぎないもの (二項 d の判決と学説) (3) その適用がただ、当事者の合意のあることを条件に、裁判所の権限として留保されているにすぎないもの (二項の衝平と善)

(二) 適用からみると (1) どのような限定もないもの (二項の a、b、c) (2) いくらか限定のあるもの (二項) (3) 適用にはまったく関係のないもの (二項の d)

(三) 記載の表現様式からみると (1) ほとんど同じもの (二項の a と b) (2) 二項の a と b ともちがっているし、また d ともちがっているし、そうして二項ともちがっているもの (二項の c)。

(四) その性格についてみると (1) どのような限定もないもの (二項の a、b、c) (2) 明らかに限定のあるもの (二項の d) (3) 適用上の限定に基いて性格上の限定を蒙るもの (二項)

このようにみえてくると、以上のうちで、その適用についてもまたその性質についても、どのような限定もないものは、一項の a b c の条約と国際慣習と法の一般原則の三つだけである。したがってこれらのどの点においても、条約と国際慣習と法の一般原則の三つのもののあいだには、どのような区別もなされてはいないのである。

## 二

さらに前もって、法源の概念と用語の点から、規程第三十八条に記載されている裁判の基準について、いちおうふれておかなければならない。

（一）規程第三十八条であげられている裁判の基準のうちで、この点でとりわけ問題になるのは一項の a b c の三つについてである。法の淵源の用語は多義でありまたきわめて複雑であるが、ふつうには法の成立をもたらす原因である事実を意味する。このような意味での国際法の淵源には、国家間の取極（または合意）と国家間の仕来りのほかに、主題の法の一般原則とがある。ふつう、国家間の取極は国際条約、またはたんに条約とよばれ、国家間の仕来りは国際慣習とよばれている。そうして、法の一般原則はだいたい従来条理と考えられてきたものにあたる。ところが従来、条約という用語には二つの意味がふくまれているようである。それでも、じっさいには同じ条約ということによって、さきに述べたような国際法の成立をもたらす原因である事実としての条約を意味する場合よりも、その原因である事実にもとづいて成立した法、すなわち国際法としての条約（正確には条約国際法、または国際条約法とよばれる）という意味で用いられる場合の方が、むしろひろく多くである。慣習ということばについても、程度のちがいはあっても条約の場合とやや似たところがある。ただたんに慣習とよばれていて、じっさいには慣習法が意味

されているような場合がしばしばあるからである。かようなわけで、国際法においても、法源の問題はいっそうまぎらわしいものにさえなっている。総じて法の淵源といえは、現代では法の成立原因である事実よりも、むしろそのような事実にもとづいて成立した法の分類形式ないし、法の類型という意味で用いられる場合が、一般的であり支配的である。もともと法の淵源ということはそのものが、いたって多義的であるのに加えて、<sup>(二)</sup> 実際がこのような事情であるので、ことがらはかなり複雑である。そこで、これらを不当に過大視してか、しばしば学者のうちには、法源についての学問的な研究はもはや不合理であるといいきる学者すらある。けれども、問題はそんなにかんたんな性質のものなのであろうか。その反対がむしろ真実なのではあるまいか。法源の問題は、むしろもっとふかくつつこんで探究する必要があるのではないか。

そうとすれば、いまここで、裁判所規程第三十八条の法の一般原則の法源性について論議し詮索するにあたって、そこで考えられている法源の概念をあらかじめ明らかにしておくことは、必要であり意義のあることではないか。わけても、条約ともまた国際慣習ともその表現の様式のまったくちがっている法の一般原則の法的性格を明らかにするうえにおいて、法源の概念を正確に把握することはいっそう重要である。

(二) 規程第三十八条一項は、a において―紛争の当事国が明らかに認めた規則を確立している、一般または特別の国際条約というていて、ただたんに国際条約とは述べていない。b においても法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習と限定を加えていて、「国際慣習」とだけ述べてはいない。また、c においても―文明国が認めた法の一般原則とかいていて、たんに「一般原則」とだけいうてはいない。そうすると、すくなくともaの国際条約は―係争国が明らかに認めた規則を確立しているという限定の文言からみて、国際条約法を指示していると理解してよ

いのではないか。また、bにおいては「法」として認められたという限定によって、けっきょくは国際慣習法、（慣習国際法ともいわれる）が指示されているとみるのが妥当であるのではないか。そのさい、aにおいてもまたbにおいても、そのうちにはそれぞれの成立原因であるところの事実もまた同時に明示されていることも明らかである。以上のことがらは、規程第三十八條の認めている、国際法の測源はどのような性質のものであるかを明らかにするうえで——とくにaとbとに関するかぎり——きわめて重要である。ところが、cの法の一般原則については、わずかに「文明国が認めた」「法の」という限定のあるほかは、まったく無限定である。それには、aの条約（法）やbの国際慣習（法）のように例示的な説明句はなにもついていない。そのうえ、その表現様式も他の両つの法源に比べて、すっかりちがっている。ついでにいうなら、このような事情に仮託して、法の一般原則の法的な性格は、他の二つの条約と国際慣習法とはぜんぜん別異のものであるとして、わざとその法源性を否認しさるうとする主張が執拗に実定法主義の学者によってなされているのである。

これとはちがって一項のdの判決と学説については問題の生じる余地はない。それらはただ法則決定の補助手段であるにすぎないからである（もつとも判決によって判例法の形成される場合はここでは別のことがらである）。また、二項の衡平と善についても、法源の用語からは、どのようなまぎらわしさもない。ただそれらの法的な性格が何であるかについては、のちに述べるように研究を必要とするかなり重要な問題がある。それはそうとして、一項cの法の一般原則についてはその表現様式が他のどれともちがっているので、法源としての用語だけからみてもいくらか説明を要するものがある。さきに述べたように一項aの「国際条約」はけっきょく国際条約法であり、bの「国際慣習」もまたけっきょくは国際慣習法の含意であることが明らかなのである。それならば、「法の一般原則」は——このような点から

考えて——一項の a や b と同じような意味において、個々の法の一般原則をふくむ全体としての法の一般原則を指示している(三)と理解してさしつかえないであろう。方向をかえていうならば、裁判所規程第三十八条は、一項 a において——個々の条約ないし個々の条約の規則の帰属するべき座すなわち類型としての国際条約法を指示し、b において——個々の国際慣習法規の帰属するべき座すなわち類型としての国際慣習法を指示している。これを法源の概念からみれば、a または b は、条約または国際慣習にもとづいて成立する国際法を類型的にあげていると理解してよい。それならば、c の法の一般原則については、その点に関するかぎり、どうなのであろうか。すでに述べたところからも、またのちに述べるところによってもわかるように、c の法の一般原則もまた、個々の法の一般原則の帰属するべき座すなわち類型としての法の一般原則を指示しているとみてさしつかえないであろう。ただこの場合、法の一般原則はその固有の特殊性格のゆえに、c においては法の一般原則を成立させるところの原因である事実についてはふれてはいないが、またふれようもない。

以上は、要するに類と種の関係において第三十八条の国際法の淵源の概念を考察したにすぎない。そうではあるが、序をもつていうならば、法の一般原則の法的な性格を明らかにするうえにおいて、類としての国際法の座の一つである法の一般原則のうちに包摂される種としてのひとつひとつの法の原則にはどのような種類のものがあるかを詮索することもきわめて重要なのである。<sup>(補註)</sup>

(三) 第三十八条の法源の概念について以上に述べた一項の a、b、c の三つの法源とはまったくちがっているものに、一項 d の判決と学説のほかに、二項の衡平と善とがある。一項 d の判決と学説は、法源の概念からはさほど問題はない。それらは法の規則決定のための補助手段にすぎないからである。これとはちがって、二項の衡平と善に



についてはかなり重要な問題がある。

さて、二項の衡平と善については、ともかく二つの限定がある。その一つは、裁判官が衡平または善を適用することのできるのは、当事者の合意のある場合に限られていることである。いま一つは、衡平または善の適用が裁判所の権限に委ねられていることである。すなわち、それを適用するかそれとも適用しないかが、裁判所の自由な裁量にまかせられていることである。しかし、そのどちらも、たんに適用についての限定であるにすぎない。そのうちでも、実質的な限定は当事者の合意を必要とする点だけである。けっきょくは、これらはただ適用上の限定にすぎないものであって、何ら衡平と善の性格に対する限定ではない。それにもかかわらず、その適用に対する限定のゆえに、かえってその性格に対してある種の大きな限定をこうむっているのと同じけっかになっている。このかぎりにおいて、衡平と善とは、裁判所が当然かつ直接に適用しなければならない一項の a b c の三つの法源とは、その性格をことにしている。つまり、一項の a、b、c の三つのものは、実定国際法であるので、裁判所はそれらを直接かつ当然に適用しなければならないものであるのと比べて、これとは反対に、衡平と善とは実定法である裁判所規程において規定されているにもかかわらず、その第二項において上のような限定がなされていることによって、かえってその実定的な国際法としての性格が否定されるけっかとなっている。そうかといって、もちろん以上二つの限定はすこしも衡平と善の本質的な固有の性格にまでおよぶような、性質のものではけっしてありえない。くりかえしていうなら、その限定によって奪われているのは、ただその実定的な性格だけであって、けっしてそれ以上のなものでもない。

第二項の衡平と善は以上に述べたように、実定国際法でないならば法的にそれではどのような性格のものなのであろうか。実定国際法でないことによって、もはや法源とはまったくなんの関係もないものになってしまっているのでは

ろうか。それともなおなんらかの意味において国際法の法源としての性格をもっているのであるか。こうなると、問題はけっきょくその限定が衡平と善のもっている固有の法的な性格までも変化させるような性質のものであるのかどうかということにかかってくる。つまり、衡平と善の本質論が問題として浮び上ってくるわけである。

いくたびも述べたように、衡平または善が――裁判所が直接そのままで当然に適用しなければならないところの一項 a b c の三つの法源とのあいだに差別されるのは、当事者の合意を必要とする条件のゆえにそれが実定的な国際法ではないことだけによるものなのである。裏返えしていうならば、衡平または善は、もし仮りに当事者の合意のあることを条件としないならば、そのまま適用されねばならない性質の法源なのである。このように考えてみると、「国際法に従って」裁判するにあたって裁判所は「次のものを適用する」という一項冒頭の句が、第三十八条全体に浸透しているとする体系的な考察が光りをあびてくる。ひと口でいうなれば、衡平と善は実定的な国際法ではない、というだけのことであって、当事者の合意さえあれば、裁判所がそのまま直接に適用することのできる性質の法源であるということなのである。ただ実定法とよばれる顕在的な性質の法源ではないというだけである。したがって問題は、顕在的な性質の法源でないならば、どのような性質の法源であるのかということになる。答えはかんたんで明瞭である。裁判所規程第三十八条二項の衡平と善とは、どちらも適用上の限定ゆえに顕在的なものではありえないところの、いわば潜在的な国際法であり、国際法の潜在的な法源であるということにつきる。以上が二項の限定の真意であり、また第三十八条全体の体系的考察の法規範論理的な帰結でもある。このように考えることによって、衡平と善が第三十八条のうちで占めている本来の体系的地位はもっともよく合理的に理解できるのではあるまいか。またしても「潜在的な法の規則」“latent rules of law”<sup>(1)</sup>、<sup>(1)</sup>と<sup>(1)</sup>いうことを想い起させられるのである。いうまでもないが、衡

平と善の問題は、第三十八条の解釈の問題としても、けっしてこれにつくまるものではない。それはとくに合意との関係において、ふかく掘りさげて考察することの必要のある課題なのである。<sup>(四)</sup>これについてはのちに要論するところにゆずる。

（四）以上裁判所規程第三十八条と法源の概念について述べたところをつぎに要約してみよう。

法源の概念からは、第三十八条の規定の内容はつぎの三つの部類に分けることができるようにおもわれる。その一は、一項の  $a b c$  であり、その二は、一項の  $d$  であって、その三は、二項である。第一の一項は—すでにかなりわしく説明したように— $a$  において国際条約法、 $b$  においては国際慣習法、そうして  $c$  において法の一般原則が指示されている。第二の二項の  $d$  においては、判決と学説があげられていて、それには「法の規則決定のための補助手段」として、と限定されている。第三の二項においては衡平と善があげられていて、その適用には当事者の合意を必要とする限定されている。そうすると、第一類のうちで、一項の  $a$  と  $b$  はけっきょくどちらも国際法を指示しているので、これらは形式的な意味での法源をあげているとみてよい。あとの  $c$  の法の一般原則については—なおのちに説明するはずではあるが—ここでは上に説明したように、いちおうその法源性を肯定しておいて、すぐ前の国際条約法と国際慣習法の二つと同じように、法の一般原則は形式的な意味での法源であると理解しておくことにする。

以上のように、第三十八条のいう国際法の淵源の概念が、右に述べたような性質のものであると理解することがゆるされるならば、類型的にみて、第三十八条が考えている裁判の基準の中にはつぎのような三つの部類があるといえないであろうか。（一）その成立の原因である事実にもとづいて形成される国際法を意味するもの—一項の  $a$ 、 $b$ 、 $c$ （二）法の内容を認識するための材料を意味するもの—二項の  $d$ （三）顕在的な、つまり実定的な性質のもの

ではないという意味において——いわば潜在的な国際法を意味しているもの——二項　もっとも第三十八条一項はさきにも述べたように、aとbの法源について、それぞれの説明句のなかで条約国際法の成立原因である事実（国際条約）と国際慣習法の成立原因である事実（国際慣習）とを同時に指示している。もちろん第三十八条は、これら両つの事実、そのものを国際法の淵源であるとは考えていないことは、裁判所は「国際法に従って」裁判するという第一項の冒頭の文言からみて明らかである。このように考えてくると、国際法の淵源として第三十八条が認めているのは、国際条約法と、国際慣習法と、そうして法の一般原則の三つの種類だけであるという結論に達するのではないか。要するに、裁判所が適用しなければならない法源として規程第三十八条が認めているのは、これら三つの国際法だけであって、その他の判決と学説や衡平と善については、いわばひろい意味での法源でもあるのでこれらを裁判の基準であるとしてあげているのだと理解しなければならないであろう。

### 三

一　裁判所規程第三十八条一項cの法の一般原則の無限定性とその意味について考察する。すでに述べたように、一項cの法の一般原則は無限定である点において、aの国際条約（法）とbの国際慣習（法）とのあいだには、どんな差別もない。あるのは、ただ「文明国が認めた」という主體的な限定があるだけである。このような限定を除けば、それはただ「法の一般原則」であるだけである。だからまた、それは「法」の一般原則なのである。そうして、その法は、法でありさえすればよいはずである。強いてその法を国内法であるとか国際法であるとか、また私法であるとか公法であるとか、<sup>(六)</sup>あるいは国内法のうちでも私法であって、国内裁判において *in foro domestico* 適用されてき

たものであるとか、とくにせまく限定することはゆるされない。さらにまた、実定法であるとか自然法であるとか、などことさら限定することも妥当ではない。このように、規程第三十八条一項cは、ただ法の一般原則といっているだけなのであるから、法の一般原則でありさえすればよいので、その法がどのような法であるかも、条文は限定してはいない。それを国際法であるとか、国内法であるとか学者の解釈によって限定するのは、どんな法的根拠によってなされるのであるか。条約の規程第三十八条の法文そのものが限定を許していないのに、解釈する者の主観的な主張によってそれを限定するのは、法的には不可能なことを敢えてするものである。そうではなくて、法の一般原則はある特定の国家の法や法のある形式の枠の中にとじこめられていなこと自体によって法源としてはもっとも根源的な性格をもっているのであると考えられるのである。それからまた、法の一般原則が存在するということは、いろいろちがった法の中において、あることがらにとっては同じ内容の法命題がとり入れられていることと、あたかもおなじことなのであろうか。それとも法の一般原則とは法の理念が具体化したことの別名なのであろうか。そうであるとするれば、そのような法の一般原則は、あるいは条約または国際慣習として、またあるいは判決または学説として表現されると断定できるであらうか。真実は、むしろそれらの表現形式のいずれにもよらないで、法諺のような形式で表現されて、その妥当性が普遍的に承認されることの方がより多いのではなからうか。そうではなくて、もしも、上に述べたような発現形式のどれか一つの中においてのみ法の一般原則が具体化するのだと仮定すれば、どのような結果をまねかねばなくなるであらうか。おそらくそれは、法の一般原則にたいして新しい独立の法源としての性質を否認することになるのであろう。その結果は、法の体系においてべつにあたらしい独立の法源の概念を導入することではないとの主張によって、国際法の法源を実証的な法事実と条文の規定とを無視して、いつまでも条約

と慣習の二つだけにかぎろうとする独断に道を拓くことにならないであろうか。

このように考えてくると、いままで述べてきたようにそれを国内法だけに限定することは、まったく理由のないことである。また、国内法のうちでも、とくに私法の原則だけに限らねばならない妥当な根拠もない。さらに、国内裁判で適用されてきた私法の原則であることとせまく限定することも、けっして正しくはない。

国際関係に適用される法の原則は、裁判所規程第三十八条にあっては国際法なのであるが、それにしても条文の記載からみれば、その性格は「法」の一般原則である以上、その法を強いて特殊の法だけに限定しようすることは、法の論理に適う妥当な考え方ではないであろう。「法は国内法よりも内包するところが広く、国際法以外にも限定されない拡がりをもっているからである。法の一般原則の概念を定義するにあたって、法の事実的な考察と規範論理的な認識とを混同することは、方法論として許されないのではないか。」<sup>(10)</sup>

二 他方で法の一般原則は条約のように成文化され、定式化 *formulate* されていない。それにはふかい根拠のあることであり、そうしてそれはまた意味の深いことなのである。

このように、法の一般原則の発現様式はもちろん制定された法の規則とはちがう別のものである。したがって、それは成文の法でもない。そうかといって、慣習法の規則でもない。不文のままで妥当している法の原則なのである。それゆえ、法の一般原則は成文法となった法の原則とはその範囲を同じくするものではない。法の原則の多くは、むしろ不文法としてその普遍性をみとめられて、ひろく妥当しているのである。そうであるので、裁判にあたって援用ができる、また援用しなければならぬ法の原則は、あることがらについて正しい客観的な基準と概念とを提示しているか、とみとめるべきではないか。そうだとすれば成文法としての形をとっているか、それとも不文法として妥当して

いるかは、法の原則としてはなんら決定的なことがらではない。不文法として妥当していても、ある法の原則は成文法として制定された法の規則よりも、人間共同の社会を規制する規範原則としては、より高い価値をもっていると考へても誤りではないであらう。眞の法の創造者は法の制定の形式そのものではけつてありえないからである。<sup>(一)</sup>

#### 四

法の一般原則をみとめる主体は、「文明国」「civilized nations」である。なにが文明国であるかについては、規程はなにも書いていない。「文明国がみとめた」「recognized by civilized nations」という限定は、裁判官の主観性 subjectivity と専断 arbitrariness とを防ぐ意図のものであったといわれている。けれども、注意しなければならぬのは、nation ということは、もとは「State」という意味よりも「people」という意味で用いられたということなのである。だから「civilized」という形容辞は、いまだに文明化されていない原始的な社会の法体系を考慮に容れないでおくために必要とされたものであった。とはいへ、後の段階では、このことは States という意味で理解されることがしばしばあったようにおもわれる。その場合には「civilized」ということは、ただ余けいなものすぎぬと考えられねばならない。というのは、国際社会の一員であるどの国家 State も文明化されていると考えねばならないからである。この考え方によれば、国際社会の一員であるのかどうかということは、その国家が文明国であるのかどうかということによって判断されている。同じようなことはたとえば、主権国であるとか独立国であるとかいうことが国際法団体の一員であることの要件とされている場合についてもいえるであらう。<sup>(二)</sup>

そうとすれば、国際司法裁判所規程第三十八条一項cで「文明国」となっていることは、裁判の行なわれるときの国連の成員の平均的な文化水準が考えられているとみてよいのではないか。このことは―国連憲章第二章第二項で規定されているように成員であることの地位から生じる権利と義務とを成員のすべてに対して保障するために、憲章にしたがって負っている義務を誠実に履行しなければならないことが、成員であるための条件とされていることを考えると―すくなくとも国連の成員にかんするかぎり、文明国が何であるかは明らかであるように思われる。このようにみてくると、さきにもいわれているように、文明国という限定は必要であるとの主張も成り立つことができる。憲章の規定する義務を誠実に履行する能力と意思のあることが客観的にみとめられて、はじめて加入が許されたはずであるからである。

世界の文明標準は、その時代とその社会において、いとおうの意味と内容とをもっていると考えられてよいのではないか。社会は生きているし、それに伴ってその文明もまた流動し推移するのが自然である。いつの時代、いつの社会においても易ることのない、一貫していつ、どこでも通用するようなものとして、文明の概念を求めようとするならば、それはひとつの時代錯誤にはかならないのではないか。裁判所規程がみずからその第三十八条の法の一般原則について、文明国がみとめたという限定をおこなっていることからみて、そこに記載されているような文明が包摂されているところの時代と社会とは、すでに法的には特定されているのではないか。いうまでもなく、それらは、現代とよばれ、国際連合とよばれている時代と国際社会（より正確には国際法団体）とである。そうとすれば、規程第三十八条一項cに記載されている文明国の意味と性格とは、いっそう明らかである。つまり、それは、ある特定の具体的な事案が提訴された場合に、国際司法裁判所が規程第三十八条一項c所定の法源すなわち法の一般原則をその事件



に対して援用する際においての国連の組成国家と、そうして一般にこれに準じると考えられている国家とであるといつてよいからである。問題とされているところのものは、どこまでも、国際連合とよばれている法律共同体の主要機関の一つであるところの国際司法裁判所の附属の規程の中で示されているところの文明国であるということである。

一般的にいうならば、国内裁判所の裁判において、またはその裁判について、しばしば用いられる技術的な用語の一つに「社会通念」ということがある。国際社会においてであるならば、国際社会の通念とでもよばれてよいような法意識ないし法観念の存在していることは疑いえない事実である。文明国という概念はあたかもかような性格の存在なのではあるまいか。

以上いままで述べたところは、はしがきでもことわっておいたように、主題からみるならばあたかもその序章にあたる部分にすぎない。はじめには本論についてもある程度述べておきたいつもりであつたが、紙幅の都合もあって、問題の法理論からの考察にまでは入ることができなかった。

(一) 国際法のこの方面に関する法農化は国際司法裁判所規程第三十八条において述べられているように、国際法の淵源の定義によつて巧に成就されている。その定義は国際仲裁裁判所によつて、いくたびも權威のあるものとして考えられてきた。

(U. N. Survey of International Law in relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Memorandum submitted by the Secretary General, 1949, A/CN.4/11Rev.1, p. 22)

(二) 法源 SOURCES of law, sources du droit, Rechtsquellen の意義について、あましかかざるならば、それは (a) もともと、法の存立をもたらす原因である事実を意味する。たとえば、立法作用や慣習のほか、判例や条理など (b) 法の妥当根拠を意味する。たとえば、社会的な法意識、立法者の意思など (c) 法の内容を識るための素材を意味する。たとえば、法典、立法理由書（ないし議事録）、判決例や学説など。なお以上のなかに、法源の語義を法の規範論理的な妥当根拠の意味におき、第三十八条一項は、法の一般的な諸原則 General Principles of Law となつて、すでに複数の形で、総称としてか

いて用いられる場合がある。これには、純粋法学における根本規範 Grundnorm がある。

- (四) 裁判所規程第三十八条の規定に関するかぎり、衡平または善が裁判所によって適用されるためには当事者の合意を必要とすることは、すでに述べたところによつて明らかであるといわねばならぬ。しかしながら、衡平や善は、当事者の合意がなければ裁判所がこれらを適用することのできないような法的性質のものであろうか。もつとつこんでいうならば、裁判官は紛争を法に従つて裁判するにあたって、まったく衡平や善を度外視して、もつと端的にいうならば、人間としての裁判官が衡平や善をまったくかれの念頭におくことなしに、裁判をするということとは、かれにとって可能なことであるのか、どうか。真実はまったく否定的のではないか。これらの点については、のちにふかく考究することにした。

- (五) 第三十八条一項cの法の一般原則は、国内法上の一般原則であると主張する学者の代表的なものはストルツである。Strupp, "Le droit du jnge international de statuer selon l'equité," Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye 1930, p.357.

これとは反対に、それは成長しつつある国際法である認める学者がある。Ascher, Wersn und Grenzen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1929, S.26—27. 他方で、それは直接に一般的な法観念に基づくもの、国から国への交通に移すことのできる法原則であると認めるものがある。Verdross, Völkerrecht, 1950, S.113—114. フェルドロスは他のところでは、法の一般原則は国際法の最高原則—憲法—の具体化されたものであると主張する。"Les principes généraux dans la jurisprudence internationale" (Recueil des Cours de la Haye, 1935, p.191.)

- (六) 第三十八条の法の一般原則は、もっぱら国内私法上の原則であるとする学者にたとえばローターバクトがある。Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law, 1927, p.71. しかし、かれはまた法の一般原則には、公法上の一般原則や世間一般の格言、法学上の原則なども含まれると考へてゐる。The Function of Law in the International Community, 1933, p.115

- (七) フィリモアは第三十八条cの法の一般原則は、すべての国家によつて、国内裁判において認められた原則であると説明している。Philimore は裁判の基準として法の一般原則について、法律家諮問委員会に提出されたデカンの提案に対してなされた起草者の意見参照 (Procès-verbaux, p.335)

- (八) 第三十八条cの法の一般原則は自然法上の原則であると主張する学者には、フェルドロス、アッセル、スピロプロスらがある。Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S.57; Ascher, op. cit., S.26—27; Spiropoulos, Die

法の一般原則の法源性についての法理論的考察序章

allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, 1928, S.26—27. 反対に、それは文明諸國家の国内実定法上の一般原則であるとする学者には、ストルツをなじみ、クルレ、ローターバントが有る。Strupp, op.cit., p.452—72; Härtle, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1931, S.214, 215.

- (九) 法の一般原則は、ひろい意味での慣習法であると主張する学者がある。例えば、(Philimore, Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings, pp. 295—311—Bin Cheng, op. cit., p. 23—24 foot-note 参照) ; Kopelmanas, Custom as a means of the Creation of international Law, British Year Book of International Law (1937) p. 127)

- (一〇) フーリギーンは法の一般原則という定式にちがつて自分な Maxim of law を考へてゐるに於てだ。(Procès-verbaux, p. 335—Bin Cheng, op. cit., p. 24 foot-note 参照)

- (一一) 以上大章沢博士「法源論よりみた法の一般原則」覚書参照

- (一二) 同上

- (一三) Bin Cheng, General Principles of Law, as applied by International Courts and Tribunals, 1953, p.9 (Texte adopté en lère Lecture, Art. 35, Procès-verbaux, p. 659, pp. 665—6)

- (補註) ビン・チェンは、裁判所規程第三十八条一項とし記載の法の一般原則の意義と関連して、同条の法案作成書に引用されている「文明諸國が認めた法の一般原則」の実例をあげている。Bin Cheng, op. cit., pp. 25—26 など、拙稿「法の一般原則の意義および性質」—横田先生還暦祝賀「現代国際法の課題」—三六頁参照