

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

広井大三

（訳者はしがき）

本稿は、『大東法学』第一二巻第二号に掲載された部分の続きであり、内容としては、二部構成の内の第一部の終りまでである。

総目次

第一部 国際紛争の強制的な裁定により保障される平和

（章節）

- 一 力による平和か、法による平和か
- 二 世界国家か、国家連合か
- 三 国際司法制度
- 四 経済的、ないしは法律的解決法
- 五 中枢的執行権と立法の無い司法制度
- 六 法律的、政治的紛争
- 七 調停
- 八 平和維持のための国際機構の基盤としての国家の主権平等
- 九 国際連盟の経験

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

- 一〇 平和維持のための常設連盟
- 第二部 国際法の侵害に対する個人の責任によって保障される平和

（章節）

- 一一 戦争創始者の個人的責任
- 一二 一般国際法によって設定される個人の責任
- 一三 特別国際法によって設定される個人の責任
- 一四 国家の行為に対する個人の責任
- 一五 第一次、および、第二次の世界大戦における戦争有罪の問題
- 一六 戦争犯罪の処罰
- 一七 国際法、または、国内法の侵害としての戦争犯罪
- 一八 上位の指揮権による抗弁
- 一九 戦争犯罪人に対する裁判管轄権
- 二〇 国際犯罪裁判管轄権

付録一 常設平和維持連盟規約

付録二 国際法侵害に対する個人的責任を設定する

(国際犯罪裁判管轄権) 規定条約

## 第一部 国際紛争の強制的な裁定により

### 保障される平和

#### (章節) 七 調停

国際裁判所の強制管轄権は調停の手続きを除外してはいない。当事国が合意する場合には、紛争は、まずもって調停委員会に委ねられ得るのである。その場合、裁判所は、調停が失敗の場合にのみ、権能をもつことになり、このことは、一九二八年の国際紛争の平和的処理一般議定書(国際紛争の平和的解決手段として)の第二〇条に規定されている。

その一般議定書もまた、政治的紛争を司法的決定に委ねるのであるが(第二一―二八条)、しかし、この解決の成り行きは、第三九条の規定によって完全に無力化されているのであるが、その規定は、国家に対して一般議定書の受け入れを留保の条件にすることを認めているのである。一般議定書によって認められている留保の中で、非常に問題を孕んでい

るのは、「紛争カ国際法上専ラ該当事国ノ管轄ニ属スル事項ニ付生シタルモノ」に言及していることである。これは、国際連盟規約・第一五条八項の有名な決まり文句であり、非常に議論的になっている公式である。本質そのものにより、国家の「専ラ管轄ニ属スル」事項というものは存在しておらず、いっさいの問題が国際条約の対象になり得るし、それにより、専ら締約国の国内管轄権に属することを止められ得るのである。問題は、それが、慣習的、ないし慣例的な国際法上の規範に属していない限りにおいてのみ、「専ら」(solely) 国家の国内管轄権の範囲内にあるのである。しかし、このことは、こうした問題が国際紛争の原因にはなり得ないとか、或るいは、国際法は、こうした紛争には適用され得ないとか、というようなことを意味するものではないのである。と言うのは、「国際法により」専ら当事国の一か国の国内管轄権の範囲内にあるとされている問題から発生する国家間の紛争は、国際法が、その当事国に、他の当事国によって要求される方式で行動するように義務付けておらず、その結果として、前者は、国際法に従って、後者の要求を拒否する権利をもっていることを意味するに他ならないからである。国際

紛争が発生してきている。問題は、専ら当事国の一か国の国内管轄権の範囲内にあるという供述は、この事例への国際法の適用を意味するものであって、その理由は、一般議定書の第三九条と同様、国際連盟規約・第一五八項に従って、その問題が、専ら紛争当事国の国内管轄権の範囲内にあるということは、“国際法による”からである。よって、こうした紛争の国際裁判所からの免除を正当化できるものは、その事例の性質には関係が無いのである。

#### 八 平和維持のための国際機構の基盤としての国家の主権平等

今次の戦争後に樹立されるべき国際組織の基盤として“主権平等”の原則を、モスクワ会議が宣言したので、上述した意味での強制管轄権をもつ国際裁判所が、この原則と両立できるか如何かという問題を吟味する必要がある。

“主権平等”(sovereign equality)という用語は、多分、主権と平等という国際法の主体としての国家の一般に認められた二つの特性を意味しており、主権平等について語ることは、二つの特質が、通常、相互に関連していると看做される

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その二)

限りにおいて正当化されるのであって、国家の平等は、しばしば、国家の主権の結果として、或るいは、それが意味の中に含んでいるものとして説明されている。

では、四か国宣言に使われているような“主権”という非常に不明確な用語の意味は、何であろうか。われわれは、この宣言の中の、通常、最高の権威として定義される“主権”という用語が、国家に、義務を課し、権利を付与する国際法の存在と矛盾しない意味を有するものと推察し得るのであるが、それと言うのも、“法と秩序の再建と全般的な安全保障体制の発足”が、同宣言によれば、四か国の戦争目的だからである。全般的な安全保障体制を発足させる効果を伴って再建される“法と秩序”は、結局は、国家を拘束する一組の規範としての国際的法秩序である国際法になり得るのであり、もし、国家が義務を課せられていて、その結果として、権利が国家に付与されると推察するならば、彼らは国際法に従属するものと看做されなければならない。“従属する”という象徴的表現によって意味されるのは、義務を課し、権利を付与する法秩序との主体の関係以外の何ものでもないのである。国際法の主体としての国家の主権は、国際法の権威の

もとにある国家の法的権威であり、もし、主権が、“最高の”(supreme) 権威を意味するものであれば、国際法の主体としての国家の主権は、絶対的な最高を意味することはできず、単に相対的に最高の権威のみを意味することができるのであって、国家の法的権威は、それが、他のいっさいの国家の法的権威に従属していない限り、“最高”なのである。国家が“主権者”(sovereign) であるのは、それが国際法にのみ従属するのであって、他のいっさいの国家の国内法に従属するのではないからである。国際法のもとにある国家の主権は、他の国家からの国家の法的独立であり、これが、国際法に関する著者たちにより、“主権”という用語に帰属させられている通常の意義なのである。

主権は、時々、至上の“権力”(power) として定義されているが、この観点では、権力は、権威と同じもの、すなわち、義務を課し、権利を付与する資格である法的権力を意味している。もし、“権力”が、規範や価値の範疇に関係する、この意味ではなく、むしろ、“効果を産み出す能力”と言うか、因果律(law of causality) により決定される現実性の範疇に関係する意味をもつのであれば、その場合には、この

後者の意味での最高の権力としての主権は、法的実態(legal entity) としての国家の特質にはなり得ないのである。国家の現実の権力に関して、さまざまな国家は、相互に非常に異なっており、リヒテンシュタインのような国家は、いわゆる、大国と比較し、また、大国との関連では、まったく権力をもってはいないのであるが、外交上の言い回しでは、それでも、国家(Power) と呼ばれるのである。もし、“パワー”が、実際の権力、例えば、効果を生じさせる能力を意味するのであれば、“最高の権力”(supreme power) は、造物主(prima causa) を意味することになる。この意味では、世界の創造者としての神のみが主権者であって、この主権概念は、形而上学的であり、科学的なものではない。しかし、国家を神格化する傾向は、結局、政治理論を、国家学と言うよりは、むしろ、神学にする結果になっており、しかも、この政治神学においては、主権概念が形而上学的な意味を帯びているのである。国際法上の意味での主権は、国際法に限定され、かつ、国際法によってのみ限定され得る国家の法的権威、ないし、権能(competence) を意味しているのであって、他の国の国内法によって限定されはしないのである。

国際法の主体としての国家の本質的特質を示す“平等”という用語は、一見して、すべての国家が同じ義務と同じ権利を享有することを表わすように見えるが、しかし、こうした説明は、明きらかに事実ではない。何故ならば、国際条約によって設定される義務と権利には、国家間で非常に大きな相違があるからである。その結果として、その説明は、一般慣習国際法に限定されねばならないのであるが、しかし、一般慣習国際法に従う場合でさえも、すべての国家が同じ義務と権利を享有するわけではないのである。沿岸国 (littoral state) は内陸国 (inland state) とは異なる義務と権利をもっているのであって、当該説明は、次のように修正されるのであれば、当を得たものになるのである。すなわち、一般国際法によって、すべての国家は、義務を課せられ、権利を取得する同じ能力をもち、平等は、義務と権利の平等ではなく、むしろ、義務と権利の能力の平等を意味するのである。平等とは、無条件の義務と権利の平等ではなく、それは、同じ条件のもとでは、国家は、同じ義務、同じ権利を享有するという原則なのである。しかしながら、これでは、空虚で無意味な公式化である。何となれば、それは、過激な不平等の場合

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その二)

にさえも適用できるからである。大国に特権を付与する一般国際法上の法則は、平等の原則と一致しているかのよう解釈され得るのであるが、それは、その法則が、次のように主張され得るからである。すなわち、どの国家も、もし、大国であるという条件であれば、関係する特権を享有するのである。このように公式化される平等の原則は、適法の原則、すなわち、法の一般法則は、あらゆる場合に適用されるべきであり、しかも、その内容に応じて、適用されるべきであるという原則の同語反復的な表現にしかすぎず、これこそが、法的平等の原則が、無意味な適法の原則以外の何ものでもないとしても、如何なる現実の不平等とも両立することの理由である。

したがって、国際法に関する大概の著者たちが、平等の概念に、より実質的な意味を帰属させようとするのは、全く理解できることである。国家を平等として特徴付ける場合、一般国際法によれば、国家は、その意思が無く、或るいは、その意思に反して、法的に拘束され得ないということ、そして、その結果として、国際条約は、締約国だけを拘束しているということ、国際機関の決定は、その機関に代表を派遣してい

ない国家、或るいは、代表が、その決定に反対投票をした国家を拘束していないということ、多数決の原則 (majority vote principle) は、国際法の範疇からは除外されているということ、を、それらは意味しているのである。この平等の原則の、また別の適用は、国家には他国に対して (しかも、それは、他国の行為について意味しているのであるが) 裁判管轄権を後者の同意無しには有しないという原則——対等なる者は対等なる者に対して支配権を持たず (par in parem non habet imperium) ——と、そして、更に、一国の裁判所は、他国の行為の有効性 (validity) を問題にする権能 (competent) を、それらの行為が後者の国内法秩序の効力の範囲内で、発効することを意図する限りにおいては、有していないという法則であるが、このように理解される平等の原則は、国際法の主体としての国家の自治 (autonomy) の原則でもある。

伝統的な学説によれば、自治の意味での国家の平等は、国家の主権から派生するものであるが、しかしながら、国家の主権から——すなわち、国家は、国際法にのみ従属するのであって、他国の国内法に従属するのではないという原則から

演繹的に推論することは可能ではないのであって——その法則は、国家は、その意思無く、または、その意思に反して、法的には拘束され得ないということ、国際条約は、締約国に対してのみ拘束力があるということ、国家は、国際機関の決定によっては、もし、その国が、この立法組織体に代表を派遣していないか、或るいは、国家の代表者が、その決定に反対する投票をしている場合には、法的に拘束され得ないということ、国家は、他国の行為に対して裁判管轄権を有しないということ、等々に及んでいる。こうした法則は、実定国際法上の法則になり得るか、なり得ないかのいずれかであり、しかも、国家の主権は、こうした法則の結果になり得るが、法則は、主権の結果にはなり得ないのである。

法の法則が、主権のような概念や他の何らかの法概念から演繹され得ると信ずるのは、幻影であって、法の法則は、それらが、立法、慣習、または、条約によって創設されるならば、その場合にのみ有効であり、しかも、いわゆる、国家の平等を構成する法の法則は、国家が最高だからではなく、これらの法則が実定国際法上の規範だからこそ、有効なのである。それに、実際のところ、それらは実定国際法上の規範で

はあるが、しかし、これらの規範には、同じ国際法によれば、重要な例外があるのである。一般国際法に従って、第三国に義務を課す、例えば、いわゆる、国際地役 (international servitude) を設定する条約や、新しい国家を樹立して、同時に、この国家に義務を課す条約のような国際条約が存在するし (ダンツィヒ、ヴァチカン市国)、国家が他国の行為に對して、後者の同意無しに裁判管轄権をもっている場合がある。条約によっては、国際機関が、締約国の一部のみが代表を派遣しているだけで設立され得るし、しかも、この機関は、過半数の投票により、全締約国を拘束する規範を採択する権限を、条約によって付与されることもあり得るのであるが、こうした条約は、国際法の概念や、国際法の主体としての国家の概念とは矛盾してはいないのである。それに、こうした条約は、国家は、それ自身の意思が無く、または、それ自身の意思に反して、法的に拘束され得ないという法則に對する紛れ無い例外なのである。だから、国際条約により設立される機関のすべての決定が、その条約の全締約国の同意をもって採択され、しかも、その結果として、決定は、その決定によって拘束される国家の幾つかの国の意思が無いか、それら

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その二)

の意思に反しては、採択されないのだとは、正確には言えないことであり、それが通例なのである。これは、その機関に代表を派遣していない国家は、その決定に關して、その意思を決して表明し得ないということと、代表を派遣する国家は、その決定に反對して投票し得るし、しかも、その反対意思を明白に宣言し得るといふことと明きらかに矛盾している<sup>フレイ</sup>擬制である。

条約を締結することによって、国家が、その条約により設立される機関の権能について同意を与えたということは、その国家が、意向を変更できるといふことと全く矛盾するものではないが、しかしながら、この意向の変更は法的には無関係のことであり、その締約国は、たとえもし、その条約を締結した時点で意図すると宣言したことを意図しなくなるとしても、法的には、その条約により拘束されたままである。その時点においてのみ締約国の意向の一致が、その条約により設定される義務と権利を創り出すために必要なのである。締約国が、意向の一方的変更に關係なく、その条約により法的に拘束されたままであるといふことは、国家が、その意向に反する場合でさえも拘束され得ることを、はっきり証明して

いるし、更に、国際法のもとでの国家の自治権オートノミーは、無制限ではないし、また、無制限ではあり得ないことを証明しているのである。表明することが条約締結の本質的要素であるその意向は、国家が、その条約により設立される機関によって採択される決定に関して、その国家がもつ、或るいは、もたない意向と、必ずしも同じものではないのである。

こうした条約が、一般国際法に基づいて、主権国家によって締結され得るということは、確かにあり得ることであるので、立法組織で代表されたり、代表されなかったりする国家を、過半数の投票によって拘束する権能を授与された機関を設立することは、国際法の主体としての国家の主権とは相容れないのだと主張することは、主権概念の乱用である。これは、主観概念に土台を置く人たちによって想定されているように、論理的に不可能なことではないのだが、しかし、論理的に可能なことは、政治的には望ましくないのかもしれないのであって、立法組織では代表されない締約国、或るいは、決定に反対投票をした締約国を拘束する決定を行う権能をもつ機関を設立する条約によって、締約国の行動の自由は確かに他の一切の条約によるよりも多くの規制を受けるのである

が、しかし、その相違は量的なものにすぎず、質的なものではないのである。法秩序のもとでは、無制限の行動の自由は不可能だからである。正当な立法権を授与されている機関の設立によって、国際共同体は、その中央集権化の程度において、他の一切の国際共同体とは異なるものとして組織されているのであるが、これもまた、相対的相違であるにすぎず、絶対的なものではないのである。その理由は、この中央集権化された共同体でさえも、国際条約を土台にしており、その結果として国際的な性格をもっているからである。こうした共同体を、その中央集権化を理由にして、それが国家でありしたがって、それは国際共同体ではなくなるのであると言うのは、決して適切ではなく、こうした二種類の共同体の間には絶対的な境界線は存在しておらず、一つは国内法によって組織されていて、他方は国際法によって組織されているのであって、国内法の法域と国際法の法域の間には絶対的な境界線が無いわけである。国内法は、例えば、国際条約によって制定される連邦国家の憲法のように、国際法から成立することができるが、こうした憲法は、それが国家の法を土台にしていることを理由に国内法であるし、また同時に国際条約を

内容にしていることを理由に、それは国際法でもあるのである。国内法と国際法の間関係についての二元論的解釈の独断的な偏見だけが、この事実の承認を防止できるのであって、立法機関を設立する条約が締約国の行動の自由を制限する事実も、こうした条約により組織される共同体が、それ以外の国際共同体よりも中央集権化されている事実も、立法機関の設立が国際法の性質と両立していないという議論や、或るいは、同じことではあるが、国家の主権と両立していないという議論を正当化するものではないのである。しかし、政府が比較的中央集権化されている国際機構によって、その行動の自由を規制されることを望まない国で、したがって、中央集権的な共同体を組織する条約を締結することを拒否する国の利益とは矛盾することがあるかもしれないのである。

勿論、われわれは、主権について、われわれの意に叶うように定義できるし、したがって、立法権を授与されている何らかの機関への従属は主権と矛盾するというように、それを定義できるのであるが、しかしながら、主権の概念から、われわれは、その定義の中に意図的に挿入したものの以外のものは引き出すことのできないのである。結果として、われわれ

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

の定義から派生する不一致は、本質的には、何か、われわれの願望とは両立していないことを意味しているのである。それは、或る種の利益とは異なるために、実際には政治的にのみ望まれないものを、論理的に不可能であるとして提示するための、疑わしいものでありながら、法律家たちの間では愛好される方式の癖である。これは、フランスの著述家ジャン・ボードン (Jean Bodin) が、彼の国の君主の権力が、まさに本質的に最高であり、しかも、"国内における絶対、かつ、永久の権力"を意味するがために、制限され"得ない" (cannot) ことを証明するため、国家論の中に、その概念を導入した時以来、主権概念の最も重要な機能の一つになっているのであって、彼の主権の定義から、彼は、"主権という権利" (right of sovereignty) を推論し、そして更に主権の理論に途轍もない成功をもたらしたのであった。

"すべての平和愛好国の主権平等"の原則に基づいた国際組織の設立を目的とするモスクワ会議の大国たちの宣言は、これらの大国たちが、通常、存在するような共同社会以上に中央集権的な国際共同社会を設立する条約を快く締結しようとしているのではないということを、多分に意味しているの

であり、それは、確実には、当該政府たちが、立法、ないし、行政上の権限を授与された国際機関、純粹に政府の性格をもつ機関の設立を目論んではないことを意味するものである。

“一般的な安全保障体制”を維持しなければならないのは、誰の職務なのかという、将来の国際共同社会の政治上の機能に関する限り、われわれは、国際連盟規約が、理事会と総会とに与えた以上に満足の行く権能を、ほとんど期待することはできないのであって、この両者共に、連盟規約によって慎重に維持された主権平等の原則、つまり、国家は、その意思無くして、または、その意思に反して束縛され得ないという原則、によって身動きが取りにくかったのである。その結果として、両方の機関は、全会一致の投票と、概して、その決議により利害が影響される加盟国の同意とによってのみ、決議を採択できたのである。

本書の中で既に言及したように、国家は、その意思無くして、または、その意思に反して法的に拘束され得ないという法則に、手続き上、実際に従う必要の無い唯一の国際機関が国際裁判所であることは事実である。これらの機関は、過半数の投票により決議を採択する権能を有しており、しかも、

その決議は、国際条約により裁判所を設立した国を拘束しているのである。しかし、締約国は、その裁判所に“代表を派遣”してはいないのである。人が法的に別の人によって“代表される”場合には、後者は前者の指示に束縛されているのであるが、しかしながら、国際裁判は、用語の真の意味において、少くとも原則として、独立であり—とりわけ、彼を任命した国家から、独立しているのである。或る權威筋から任命されることは、必ずしも、その權威筋に従属することを意味するものではなく、用語の真の意味において、国際“裁判”は、“彼の”国—すなわち、彼を任命したり、派遣したりする国—を、彼が、彼の国から与えられた訓令を履行しなければならぬがために、代表することになる国際的な政府の構成員とは対照的に、彼を任命している国を“代表する”ことがないのである。人は、もし、彼が、彼を任命した政府の訓令により、法的に束縛されていない場合にのみ、“裁判官”の資格をもつのである。裁判所の構成員が、その裁判所の判決によって拘束され得る国家からは、任命されていないか、或るいは、少くとも部分的には任命されていない国際裁判所が存在しており、例えば、常設国際司法裁判所は、その

構成員が、国際連盟の理事会と総会によって選ばれているのであつて、拮抗する国家によるのではないし、また、仲裁裁判所は、拮抗する国家によって任命され、共同して議長や仲裁人を選出する権限を授与された同数の裁判官から構成されているのである。

係争国の代表ではなく、係争国を拘束する過半数の投票による決定に従つて動く裁判官から構成される国際裁判所の設立は、国家の主権と平等と両立するものと一般に看做されており、これは、国際裁判所は、解決すべき紛争に実定国際法を適用する権限だけは有するが、その判決によって、係争国に対して新しい義務を課したり、新しい権利を賦与することはできないという考え方に基づいているのであるが、主権平等の原則は、不本意の国家に新しい義務を賦課することの可能性を回避するために、第一義的には保持されているようである。

結果として、強制的裁判管轄権をもつ裁判所の設立は、裁判所が実定国際法を、その判決に委ねられる紛争に適用する限りにおいて、この原則とは矛盾しないのであるが、このことは、政治的紛争の決定に關してもまた妥当するのである。

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

と言うのは、前述したように、いわゆる、政治的紛争に実定国際法を適用することが可能だからである。もし、国家が、武力の行使によって紛争（いわゆる、政治的紛争を含む）を解決することが是認されておらず、また、もし、各国が、他の当事者が裁判所に訴える場合には、どのようなものであれ、一切の紛争を司法的な決定に従わせるべく義務付けられているのであれば、その場合には、国家は、彼らのすべての紛争を法的紛争として取り扱うように義務付けられているのである。ブリアン・ケロッグ協定によって、国家は、政治的紛争を含む紛争の解決に武力を行使しないように義務付けられており、更に一歩進めて、強制的裁判管轄権の確立は、用語が一般に理解されている意味において、国家の主権平等に終止符を打つものではないのである。それは、少しも解決され得ない論争の可能性に終止符を打つだけであり、したがって、ブリアン・ケロッグ協定にも拘わらず、平和に対する永久的危険を、そのまま存続させるのであるが、それも、この紛争に適用されるべき法が、紛争の各々の側により、その権益にとって不満足なものと看做されているという理由だけによるのである。国際紛争の強制的な裁定を確立することが、おそ

らく、最も効果的な手段としての実定国際法を維持する手段なのである。

強制管轄権を授与される裁判所は、たとえもし、その裁判所が、他の規範の適用を、その法規により明示的に授權されていないとしても、その裁決に委ねられる紛争に、専ら実定国際法だけは適用しないのではないだろうか。前に指摘したように、すべての紛争を、何の例外も無しに解決する権限を有する裁判所であれば、実定法の厳格な適用が裁判官にとつて不満足に思える場合には、正義と公平に対する彼らの考え方に、おそらく、実定法を適合させることになるであろう。その場合には、係争国には、新しい義務が課せられ、新しい権利が付与されるかもしれないし、それによって、強制管轄権をもった裁判所の設立は、少くとも裁判所それ自体が、専ら実定国際法だけは適用しないという限りにおいて、国家の主権平等とは両立できないものとして考慮され得るのであつて、したがつて、強制管轄権をもった国際裁判所が、実定国際法上の規範よりも、もっと違った規範を適用することを阻止することは困難である。

このことは、強制的裁判管轄権をもつ裁判所 (court) と

主権平等の原則との両立性に対する決定的な反対議論ではない。裁判所の決定による新しい義務の創設に関して、こうした裁判所と、実定法の適用に限られる他の国際的な裁判所 (tribunal) との間には、基本的な相違は存在していないが、こうした裁判所 (tribunal) の決定が、その決定により拘束される国家の必ずしも正確な代表ではない裁判官による過半数の投票の原理に従つて採択されるにしても、国家の主権と平等と両立できるといふ見解は、裁判上の判決による実定法の適用が、立憲的ではなく、単なる宣言的な性格をもち、更に法の適用は、本質的に法の創設とは異なっているといふ考え方に基づいている。伝統的な学説によると、裁判上の判決により適用されるべき法は、その判決に先立って存在しており、この既存法 (pre-existing law) は、紛争の当事者間の関係において問題にされるにすぎない。その論争は、事実 (審問事実 *quaestio facti*) に関するものか、或るいは、法 (審問法 *quaestio juris*) に関するもの、すなわち、法の一般原則 (general rule) の存在か、或るいは、その解釈に関するものとなり得るが、しかしながら、根本的には、単なる事実を争う論争でさえも、法的な問題については堂々巡りを

するものである。論争されるのは、法の一般原則の存在や解釈ではないし、一方の当事者が要求し、他方の当事者が拒絶するのは、具体的事例におけるこの原則の適用の可能性である。と言うことは、それは、具体的な義務や権利の個々の規範が、議論されて、そして、事実が存在するか、しないかに従って、一般原則から引き出され得るのか、引き出され得ないのか、ということの意味しているのであるが、伝統的学説では、実定法を適用する司法上の決定は、法を創造するのではなく、単に、それは、権威的なやり方でもって身近かな事件にとって有効な法を確証することにより、議論を終わらせるだけであると主張されている。いわば、それは、議論の余地のある法を、議論の余地の無い法へと、そして、最後には明々白々な法へと、客観的に存在しながらも、当事者たちによって主観的に議論される一般的、ないし、個別的規範を確かめることにより、変質させるものであるが、この教義の誤まりは、議論される法の原則と同様、議論される事実についての権威的な設立が、ただ単に宣言的であるだけではなく、高度に構成要素的な行為でもあるということである。事実が議論される場合には、その事実が本当に起こったことを確認

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

する司法上の決定が、法的に事実を“つくり出し”(creates)、結果として、事実に関する法の一般原則の適用性を成立させるのである。たとえば、自然の範疇において、事実が起こってはいないとしても、法の範疇においては、事実には“存在する”(exists)のである。もし、終審の裁判所が、或る個人が別の個人と契約を結び、それを履行しなかったと判決するのであれば、或るいは、或る個人が殺人を犯したと判決するとは、たとえもし、実際には、その被告人が契約を犯したことは、ないとしても、法的事実なのである。“法的”(legal)“事実、すなわち、法が或る種の結果(義務、権利、制裁)を付与する事実として、その事実とその付随的な結果とは、司法上の決定により“つくり出される”(created)のであるし、しかも、それは、司法上の決定が看做すところの法的事実にすぎないのである。法の原則についての原則(rule)の存在や意味が疑わしいために、法の一般原則が議論される場合には、法秩序やその秩序の特別な原則を解釈する裁判所の判決は、一般的な法原則を適用する本質的な条件

としての事実についての根拠のある決定的な確認以上に創造的なものである。法の適用と創造の間には絶対的な対立は存在しておらず、それと言うのも、そもそも、法適用行為 (law-applying act) は、同時に法創造行為 (law-creating act) だからである。

確かに、論争に、議論の余地の無い先在的 (pre-existing) な実定法上の法則を適用する裁判上の決定と、新しい、と言うことは、すなわち、先在的ではない、法則を適用して、それにより、現存する法を改造して、それを変化する事態に適用させて行く裁判上の決定との間には、或る一定の相違が存在しているが、しかし、この相違は、そう思われるほど強烈に明白だと言うわけではない。何となれば、法を適用する何らかの行為と必然的に結合している実定法の解釈は、常に多かれ少なかれ法の変更を意味するからである。通常の家裁判断所は、法を解釈する権限を授与されているのであって、それを変更することではないのであるが、それにも拘わらず、法を漸進的に発展させる方向で常に仕事をしており、その結果として、強制的な裁判管轄権を授与されていて、したがって、他の国際的な裁判所よりも、変化する状況に現存する法

を適合させて行く傾向のある国際裁判所と、そうではない他の国際裁判所との間の相違は、あまり大きなものではないので、前者への付託は国家の主権平等の原則と両立できないことを理由に拒否され得るのである。この原則に関して、強制的管轄権をもった裁判所と、もたない裁判所との間の相違は、決定的なものではなく、司法上の決定による緩慢で、ほとんど感知できないほどの法の進展と、立法機関、すなわち、古法の代わりに新しい法を用いることを唯一の目的として創設された機関、を通しての法の、多少、徹底的な変化との間に存在するのは、本質的な相違であって、この相違が、裁判所への付託ではなく、立法機関への付託が、何故、主権平等の原則と両立できないと考えられるのかを説明しており、この原則は、他の敏速で比較的に重要な変化に対する防衛として作用しており、あらゆる変化に対するためではないが、それは、法が、その本性そのものによって、弾力的な組織であり、決して静的な組織ではないからである。

国際的な裁判所の決定への付託は、主権平等の原則と矛盾することは無いという一般に受け入れられる見解の本当の理由として、そうした裁判所は係争国に新しい義務を課すこと

ができないという考察は、そう多くはないのであって、このことの影響は、ほとんど回避することができない。こうした見解についての論拠は、司法上の決定こそ、客観的で公平であり、それに、しかも、法の否定である、その原則に従って布告される政治的な命令ではなくて、正当に行われ得るということに在る。たとえもし、国際裁判所の決定が、先在的な法の法則の厳格な適用を構成しないとしても、それは、少くとも法の概念に基づいているものと想定される——つまり、まだ実定法ではないが、独立した裁判官の確信に従って、法になるべきであり、更に、特別の司法上の決定によって解決される事件のために、実際に実定法になるべきである法則に基づいていると想定されるのである。主権平等の原則と矛盾していないのは、法への付託、つまり、不易の価値の体系としてではなく、緩慢、かつ、着実に変化する規範の組織体としての、法への付託なのである。と言うのも、主権を有する平等の共同社会としての国家の共存を保障するのは、この法<sup>(1)</sup>だけだからである。

(1) 強制管轄権をもった裁判所が、一九〇七年一〇月二〇日

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その二)

にワシントンで、コスタ・リカ、グアテマラ、ホンデュラス、ニカラグア、サルヴァドルの各共和国政府により署名された中米司法裁判所の設立協定の目的であった。その協定の第一条の文言は次の通りである。"…そして、彼らは、彼ら間に発生し得るあらゆる論争や問題が、どのような性格のものであれ、また、その原因が、どのようなものであれ、各々の外務省が理解に達することができないでいる場合に、それらを寄託させるための、中米司法裁判所と呼ばれるであろう常設裁判所を維持する"。その前文によると、協定は、締約国により、"どのような場合でも武力の行使に訴えることを余儀なくされずに、彼らの権利を効果的に保障して、彼らの関係において平和と調和を変わること無く維持することを目的として"締結されたのである。裁判所の強制管轄権への付託は、締約国の主権と平等に矛盾しないと考えられただけではなく、国際法上の主権のある平等の主体としての権利を保障する手段としても考えられたのである。その協定は、一〇年間だけ締結されていて、その裁判所は一九一八年に終了した。

## 九 国際連盟の経験

国際平和の方向への次の非常に重要な手段<sup>ステップ</sup>は、強制管轄権をもった国際裁判所の創設であるという提言が、結局のところ、国際連盟の体験によって強いものになっている。この国

家の連合は、國際平和を確保するために設立された最大の國際的共同社会であるが、完全に失敗してしまつた。その破綻は、さまざまな原因に帰せられ得るが、その最も重要な原因の一つは、それが決定的ではないとしても、その構造上の致命的欠陥であつて、連盟規約の起草者たちが、この國際組織の中枢を常設國際司法裁判所に置かないで、一種の國際的政府である連盟理事会に置いたことである。理事会とは別に置かれた他の機関である連盟の総会は、國際的な立法機関の印象を与えており、創設者たちが、連盟の二つの主要機関を案出したとき、彼らの心の中に、おそらく、政府と議會の二元性 (dualism) が、多少とも、はっきりした形で存在していたのだと思う。

世界政府は、その決定が、加盟国を、その意に反しては拘束しないということが、もし、全会一致で受け入れられなくてはならないということであれば、また更に、もし、その決定を実行するための中核的な権力が存在しないのであれば、成功はしないだろうと、当初から予見されていたかもしれないのであつて、世界議會と言うか、國際連盟の総会が、どう呼ばれようと、過半数の原則が、その手続きからほとんど完

全に排除されているのであれば、それが、有名無実の価値しかないものになり得るといふことは、疑う余地の無いことであるが、しかし、概して、理事会や總會の手続きから排除されている過半数の原則が、常設國際司法裁判所の設立規定の中では、何の苦も無く導入されているのである。

連盟規約についての批判的分析や連盟の活動についての偏見の無い考察とが、國際的行政機関よりも、むしろ、國際的な裁判所のほうを主要機関とすることが、正鵠を得ていたことを示しており、連盟の設立規定によって連盟に託された政治的なすべての任務の中でも、紛争の解決に関して規定されている機能だけは、或る程度の成功をもって達成されているが、しかしながら、この分野で得られる結果は、その広範囲に及ぶ機構やその官僚的な仕組みに比例するものではなかつた。その理由は、國際連盟理事会のような國際的な行政機関も、總會のような見せかけ (sham) の議會も、この仕事には適していないということであり、それを満足の行くように成し遂げることができるのは、その本質上、國際裁判所だけなのである。

連盟規約は、その國際機構の中枢を、常設裁判所にはな

く、理事会に置いたのであるが、その理由は、紛争を解決することに、更に、加盟国の軍備を制限することにより、共同社会内部で平和を維持する任務だけではなく、連盟の非加盟国側からの侵略に対して加盟国を保護する義務をも、連盟に与えたからであった。この外部からの侵略に対して加盟国を保護することは、ますます重要なことであり、それと言うのも、軍縮が連盟の主要な目的として据えられたからである。国際的共同社会の設立規定は、加盟国に対し、その共同社会に属しておらず、したがって軍備を縮小すべく義務付けられていない他の国から攻撃される場合に、せめて、その共同社会から効果的な支援を当てにすることができると相当する程度にまで、その軍備を制限するように義務付けることが可能であるが、これは、加盟国の軍縮が、その共同社会の、たとえ中枢機関の意向で軍隊が組織されているとしても、その共同社会の軍備を伴う場合にのみ可能なのである。こうした執行的権力の中央集権は、共同社会の機構が通常の中央集権の程度を越えておらず、したがって、それが、連盟規約によっても規定されていない国際的な法共同社会の内部においては可能ではないし、もし、諸国家の共同社会のための軍隊

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

を設立することが不可能であるならば——換言すると、もし、連邦国家を設立することが可能でないのであれば——その場合には、その共同社会により、外部からの侵略の犠牲国に与えられる援助は、もっぱら、被攻撃国を防衛するための他の加盟国の義務を構成し得るのであって、このような状況下においては、軍縮の義務は、侵略に対抗する防衛の必要性と矛盾することになってしまう。それにも拘わらず、連盟規約は、軍縮の義務を最も目立つ位置に置いており、軍縮は、連盟の組織で対応するため、第一条から第七条のすぐ後に置かれて、連盟加盟国の第一の義務を形成することになっているのである。

全世界的な国際共同社会の加盟国が非加盟国による攻撃から他の加盟国を防衛するためにもつ国家義務は、非常に疑わしいものであり、とりわけ、もし、国際機構が、共通の国境をもたない多くの国々を抱え込んでいたり、これらの国々が相互の間で平和を維持する目的を第一にして結合していたり、それに更に、この目的を除くと、彼らには、侵略国に対して彼らを結束させ得る共通の政治的関心が無いという場合が非常に問題である。加盟国を防衛するために、政府にとっては、

政治的、経済的に仲の良い国に対して、とりわけ、援軍を送るべく義務付けられている国の世論によって、その侵略が必ずしも全面的には非難されない根拠に基づいている場合であれば、参戦する義務を履行することは非常に困難になり得るのであって、チェコスロヴァキアとドイツ間の紛争におけるイギリスとフランスの事態で、ミュンヘン条約(一九三八年、イギリスとフランスがドイツに大幅に譲歩した協定)を導いた状況は、まさに典型的な例である。

第三国に対抗する連帯戦争 (joint war) へ締約国を強制する条約は、可能な限り普遍的になるような趨勢にある国際的共同社会の基盤を形成する利害関係以上に、多くの共通の利害関係や重要な利害関係をもつ諸国間で締結される場合においてのみ、効果的であつて、したがつて、軍縮に関する連盟規約の規定だけではなく、非加盟国側からの侵略に対する相互防衛に関する規定 (第一〇条) もが、完全に失敗であつたといふことは意外なことではないのである。加盟国の領土保全 (territorial integrity) への明らかかな侵害は、非加盟国による侵略の結果としての加盟国の政治的独立の全面的な破滅でさえも、連盟内部の討議の主題テーマにさえなっていなかつたし、しかも、それは、第一〇条の文言と精神にも拘わらずである。(一)

国際連盟規約のこの条項は、連盟加盟国に外部の侵略に対して、たとえもし、その侵略国が連盟加盟国ではないとしても、全加盟国の領土保全と政治的独立を保護することを義務付けるものであり、理事会は、この義務が履行されるような手段について勧告をすることになるし、理事会は、侵略国に対して戦争に訴えるように勧告することが可能である。軍事的行動に参加する義務は、国際共同社会の構成国に課せられ得るものであるが、それは、非加盟国による侵略に対して加盟国を防衛するためではなくて、連盟の設立規約に違反して加盟国によつて着手される侵略に対抗して反発するためのものである。設立規約に反して連盟の他の加盟国を攻撃した加盟国に対抗する軍事的行動は、連盟の観念形態イデオロギイの見地からは、侵略的な非加盟国に対する軍事的行動と同じ意味における“戦争”ではなくて、法の違反に対して犯罪的加盟国に向けられる制裁 (sanction)、すなわち、反作用なのである。こうした制裁を規定する趣旨は、連盟内部で戦争を防止して平和を維持するためである。

もし、国際的な連盟の設立規約が、その構成国に対して、彼らのすべての紛争を裁判所の決定に委ねるように義務付け、

その結果として、如何なる事態にあつても、他の加盟国に対抗して、自ら進んで戦争や報復行為に訴えてはならないと規定するのであれば、その設立規約は、裁判所の命令や決定を実行することを、構成国が、その義務を無視して、拒否できることを規定しなければならず、この場合においても、犯罪的加盟国に対する軍事的行動は必要であり得るし、この場合においてもまた、行動は制裁の性格をもち、こうした制裁を規定する目的も、連盟の内部で平和を維持するためなのである。

確かに、国際連盟規約は、加盟国に、彼らのすべての紛争を、裁判所の強制的管轄権に委ねるようには義務付けてはいないし、また、加盟国間の関係で戦争や報復を完全には排除してはいないのであるが、しかし、連盟規約は、少くとも或種の状況下においては、加盟国間の戦争を禁止し、そして、第一六条において、加盟国の義務を無視して、他の加盟国に対して戦争に訴える連盟加盟国に対する経済的、かつ、軍事的制裁を規定しているのである。侵略的な加盟国に対する制裁に関する第一六条の規定が、非加盟国に対する処置を規定する第一〇条の規定よりも、ずっと効果的であることを証明

したのは事実であり、国際的共同社会の機能を理解するに当って、それは重要なことではあるが、過大視することは、ほとんど不可能である。実際問題として、国際連盟は、非加盟国による侵略をめぐって完全に失敗したにも拘わらず、加盟国によって他の加盟国に対して企てられた不法な侵略の場合には、少くとも、その義務を果たす或る種の努力を尽くしたのである。これは、満州国とアビシニア(エチオピアの旧称)とフィンランドの場合である。

国際連盟の経験は、連盟が、すべての国々、或るいは、少くとも、すべての大国を、包含しない限り、加盟国間での平和の維持と、外部から来る侵略に対する防衛との間を明確に区別することが必要であることを示しているし、更には、後者の任務を、異なる多くの国々をかかえ込む国際組織の裁量での特別な手段で果たすことは、ほとんど不可能であることを示しているのである。国際的裁判所は、することが何も無いということが、その果たすべき任務であり、それは、国際的裁判所の可能な活動を越え、更には、通常を程度を越えない中央集権組織をもつ諸国家の国際的な連合体の力を越えて存在する機能であるが、こうした連邦国家としての諸国家の

この連合体を成立させることが不可能である限り、その任務を、内部的な平和の維持に限定し、そして、構成国間の政治的同盟に対外的な侵略に対する防衛を任かせることが、より当を得たことのように思えるのである。こうした同盟は、常設的な連合体の性格さえもち得るのであって、こうした密接な連合体は、特にアメリカ合衆国やイギリス帝国とによって樹立され得るし、また、こうした国々が、被征服国の政治的管理への責任を引き受けられるように設立されねばならないのであって、このような密接な連合体は、アメリカ半球のすべての国々により樹立され得るものであり、しかも、チャーチル首相(第二次大戦時のイギリスの首相)が一九四三年三月二一日に下院における演説でヒントを示したように、幾つかの理由により、今後の戦争の結果が、ヨーロッパ大陸や太平洋地域の経済的、政治的統合になるように、樹立されねばならないのである。<sup>(2)</sup>

(1) 国際連盟規約の第一〇条は、次のように規定している。

「連盟国ハ、連盟各国ノ領土保全及現在ノ政治的独立ヲ尊重シ、且外部ノ侵略ニ対シ之ヲ擁護スルコトヲ約ス。右侵略ノ場合又ハ其ノ脅威若ハ危険アル場合ニ於テハ、連盟理事會ハ、本条ノ義務ヲ履行スヘキ手段ヲ具申スヘシ。」非

加盟国による侵略と加盟国による侵略は、この条文では明瞭には区別されてはおらず、「外部の」侵略という用語によって、国家みずからの内部そのものから生ずる加盟国の領土保全と政治的独立に対する或る種の計画—すなわち、革命的な活動—は、第一〇条の保証からは除外されることになる。 (ハンス・ケルゼン著『国際法の法的技術—連盟規約の条文批判』一九三九年版を参照。 Hans Kelsen, *Legal Technique in International Law, A Textual Critique of the League Covenant, 1939, pp. 66 ff.*) この条文が、一般的な外部の侵略には言及して、加盟国による侵略には言及していないために、それは、加盟国ではない国による侵略に対して、連盟の全加盟国の領土保全と政治的独立を擁護する義務を特別に設定するものとして解釈されているのである。或る加盟国による他の加盟国に対する侵略は、犯罪的な加盟国に対する経済的、軍事的制裁を規定している第一六の特定の主題であるが、この主題に関しては、第一〇条と第一六条とが重複している。

(2) 『ニューヨーク・タイムズ』一九四三年三月二一日号。

一〇 平和維持のための常設連盟

外部からの侵略に対する擁護を地域的な組織に託する広範囲な連盟の設定規約は、連盟内部で平和を維持するための最大限に可能な保障を設定すること、すなわち、国際的裁判所

の強制的管轄権に、加盟国のすべての紛争を例外無く付託する義務を設定する、ということを試みるべきである。

もし、平和維持のための国際的な連盟の主要な機関が、強制的管轄権をもつ国際的裁判所であるならば、その連盟の設立規約は、この裁判所に対して、可能な限り最高度の独立と公平とを保障しなければならず、その裁判所の組織こそが、平和の組織の中心的な問題になるのである。国際連盟規約に従って、一九二〇年に設立された常設国際司法裁判所規程は、有益な出発点を提供してくれる。この旧式の裁判所は強制的裁判管轄権を保有してはならず、規程の第三六条に規定されている、いわゆる「選択的強制」裁判管轄権は、用語の本当の意味では強制的なものではない。と言うのは、連盟の加盟国は、或る一定の期間と或る種の紛争に関してのみ、この裁判管轄権を付託することが自由だからである。裁判官が彼ら自身の政府から独立であることと、関係する国家についての司法上の決定の公正さとは、常設国際司法裁判所規程によって保証された以上に効果的な方法で、保証され得るし、また、保証されねばならないのであって、それが、裁判官の選択に関して、非常に大きな影響力を政府に容認するわけである。

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

もし、当該国家における世論が、その独立と公正とについて信頼しているようなやり方でもって、新しい裁判所を組織することが可能であるならば、われわれは、当該政府が、こうした裁判所を設立する条約を批准するであろうと、かなり期待できるのである。

この期待は、前述したチャーチル首相の演説によって支持されており、彼は、われわれが、目下の戦争の後に設立されるべき国際的組織を「その織物に織り込まれる関係のあらゆる最強の力もち、紛争を調整する高度の裁判所をもち、こうした判決を実施して、再発する侵略や未来の戦争の準備を防止することができるように身構えるための、国内的、または、国際的、或るいは、その双方の、武力と軍隊を備えた実際に効果的な連盟に」するように努力しなければならないと述べたのである。チャーチル氏は、確かに、右の文脈の中でヨーロッパの連盟についてのみ語ったのであるが、しかし、われわれは、イギリス政府が、単なる地域的集団になるようなヨーロッパの連盟に、全世界的な共同社会のための同じ原理を受け入れてくれるものと推察できるのである。このように、その中枢に強制裁判管轄権のある国際的裁判所をもった

国際的組織への期待は、世界国家 (World State) の夢よりも、もっと堅実な根拠に基づいているのである。

付録一に提示してある常設平和維持連盟規約は、前述の文章の中で示した原則に従って起草されており、国際連盟規約と常設国際司法裁判所規程の幾つかの条項が引き継がれている。しかし、本質的な点では、この草案は、両方のやり方は異なっているのである。

常設平和維持連盟規約は、規約によって設定される義務を自発的に引き受ける国であれば、どの国にも開放されているので、この点において、連盟への加入を希望する国による一方的な宣言で足りるのであって (第一条)、連盟加盟国の過半数の投票による明示的承認は必要ではない (国際連盟規約・第一条二項)。

常設平和維持連盟の機関は、総会、裁判所、理事会、事務局であり、裁判所が主要機関であり (第二条)、総会 (第三条) と理事会 (第二七条) とは、国際連盟の総会と理事会と同じ方式で組織されるが、しかし、その決定については、規約の、例えば、第三八条と三九条のように、別途、明示的に規定している場合を除いて、単純多数投票を必要とする。草

案では、加盟国を拘束する総会の決定と法的効力をもたない決議との区別は行われており、そうした決議は、国際状況に影響する問題についての討議の結果であり、連盟内部の有力な意見を発表する目的をもった決議であり得る。理事会は、裁判所の付属機関にすぎず、その権能は、第三〇条、第三五条、第三六条によって決定される。理事会の常任と非常任の加盟国の差別は継続的に維持されるが、どの国が理事会の常任加盟国になるのかという問題は、政治的な問題である。草案で提案するのは、アメリカ合衆国、イギリス、ソビエト社会主義共和国連邦、中国、である。

規約の最も重要な部分は、裁判所の組織に関する条項である。

草案の第四条は、裁判官によって果たされるべき一般的条件に関して、対応する常設国際司法裁判所規程の、次のように規定している第二条とは異なっているのである。

「常設国際司法裁判所ハ徳望高ク且各其ノ国ニ於テ最高ノ司法官ニ任セラルルニ必要ナル資格ヲ有スル者又ハ国際法ニ堪能ノ名アル法律家ノ中ヨリ其ノ国籍ノ如何ヲ問ハス選挙セラレタル独立ノ裁判官ノ一団ヲ以テ之ヲ構成ス」

すなわち、草案の第四条は、裁判官の独立については言及しておらず、この裁判所の構成員の性格については、別の条項（第一三条）で規定している。

また、草案の第四条では、裁判所の構成員が、「彼らの国籍に関係無く」選出されなければならないとは規定しておらず、こうした表現は、法技術の観点からは、もし、裁判官を實際に選出する手続きにおいて、裁判官の国籍に関心が払われていないのであれば、不必要なものであるが、しかしながら、裁判官の国籍は、常設国際司法裁判所規程の中では、かなり重要な役割を果たしているのである。したがって、その第九条は、

「各選挙ニ於テ選挙人ハ裁判所ノ裁判官トシテ指定セラ  
ルル一切ノ者カ必要ナル資格ヲ各自具備スヘキノミナラス  
総体トシテ重ナル文明ノ形態及世界ノ主タル法律ノ系統ヲ  
代表スヘキコトニ留意スヘシ」と規定している。

第一〇条は、

「連盟総会及連盟理事会ニ於テ投票ノ絶対多数ヲ得タル  
候補者ハ之ヲ当選シタルモノトス  
連盟総会及連盟理事会双方ノ投票ニ依リ同一連盟国ノ国民

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その二）

二名以上当選シタル場合ニ於テハ最年長者ノミ当選シタル  
モノトス」

そして、第三一条は、いわゆる、国籍裁判官 (national judges) について規定している。すなわち、

「各係争当事国ノ国籍ヲ有スル裁判官ハ裁判所ニ繫属  
スル事件ニ付出席スルノ権ヲ保有ス

裁判所カ其ノ裁判官席ニ当事国ノ単ニ一方ノ国籍ヲ有スル  
裁判官ヲ有スル場合ニ於テハ当事国ノ他方ハ予備裁判官中  
ヨリ若シ其ノ中ニ自国ノ国籍ヲ有スル者アルトキハ自国ノ  
国籍ヲ有スル裁判官ヲ選定スルコトヲ得若シ其ノ中ニ自国  
ノ国籍ヲ有スル者ナキトキハ当事国ハ成ルヘク第四条及第  
五条ニ依リ候補者トシテ指名セラレタル者ノ中ヨリ一名ノ  
裁判官ヲ選出スルコトヲ得

裁判所カ裁判官席ニ係争当事国ノ国籍ヲ有セサル場合ニ於  
テハ各当事国ハ前項ニ依リ裁判官ノ選定又ハ選出ヲ為スコ  
トヲ得」

だが、草案は、こうした規定を採択してはいないのである。  
結局、草案の第四条は、「最高の司法職務への任命資格」  
である選択的要件が欠落しているという点が、常設国際司法

裁判所規程とは異なるのである。それは、常設国際司法裁判所が一五名から構成されるのに対して、裁判所は一七名から構成されることを示唆しており（第四条）、裁判官の多人数については、第一六条二項によって、係争当事国の国籍をもつ裁判官は、彼らの本国が係争当事国の一つである何らかの事件の判決からは除外されているということにより正当化されている。しかしながら、一七名という数の裁判官でさえも、裁判所によって決定されるべき事件の数が、その裁判管轄権の強制的な性格を理由に増加する場合には、十分ではなくなることは、すこぶる起り得ることである。結果として、第三九条二項は、裁判官の数のみに関する改正が、総会による単純過半数の投票で決定される場合に行われることが規定されているのであるが、五名、ないし、七名の裁判官の特別法で事件を決定することの可能性を規定しているのは当を得たことである（第二四条二項）。

常設国際司法裁判所規程によると、裁判官は、九年毎に任命されている。すなわち、彼らは、国際連盟の総会と理事会とによって、いわゆる、「国別裁判官団」(national groups) により指名される候補者名簿から選出されている。

一つの「国別裁判官団」は、各国政府により任命される、せいぜいのところ、四名の集団であり、各々の国別裁判官団は、二名を越えては指名せず、同じ国籍の者は二名を越えては指名しないのである。常設国際司法裁判所規程の第六条は、

「国別団ハ右指名ヲ為スニ先チ自国ノ最高司法裁判所、自国ノ法律大学及法律学校並法律研究ニ従事スル自国ノ学士院及国際学士院ノ自国ノ部ノ意見ヲ徴スルコトヲ懲憑セラル」と規定している。

国際連盟事務総長は、国別裁判官団によって、このようにして指名されるすべての人物のアルファベット順の名簿を準備しており、常設国際司法裁判所の構成員が、国際連盟の総会と理事会とによって選出されているのは、この名簿からである。理事会におけると同様、総会においても、国家は、彼らの政府の構成員が、或るいは、彼らの政府によって任命される派遣委員により代表されるので、したがって、裁判官の選出における政府の影響は決定的である。裁判官は、彼の任期中は、彼の本国の市民のままであり、その結果として、彼の政府への忠誠の義務を保持している

のであるが、このことが、裁判官の再選を可能にし、しかも、裁判所のために彼の貴重な経験を保持することが望ましくもあるため、ますますもって批判されることになるのである。

追加草案は、次の方策によって、裁判官の彼らの政府からの独立を強化しようとしている。すなわち、(1)裁判官は終身で任命されるが、しかし、肉体的、または、精神的に、その職務の遂行が不可能になった場合には、裁判所により退職させることが可能である(第一七条二項)。しかしながら、その草案には、裁判官が七〇歳を越えた場合には退職も義務付けられるという二者択一的な規定が含まれており、第一七条三項の規定は、常設国際司法裁判所規程の第一八条に相応するものである。(2)草案は、国別の集団を排除して、加盟諸国における法の管理(administration)と教育に關係する制度—すなわち、彼らの国の最高裁判所や大学の法学部など、多少、政府から独立しているもの—に対して、裁判官の選挙への直接的な影響力を与えている。裁判官の任命は、裁判所の第一回目の開廷と、その後の欠員の補充に関して、異なっており、裁判所の第一回の開廷

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その二)

は、二つの異なる手続きから構成されて、九人の裁判官が加盟諸国の前記の制度により直接に選出され(第一〇条)、これらの裁判官は、候補者が国民ではない国の制度によって指名されているが、これは、候補者名簿の最初の部分は、候補者の国籍のものではない制度により指名される人物の名前を含まねばならないということと、更に、名簿のこの部分に登録されている最初の九名は、裁判所の裁判官に任命されているものと看做されなければならないということの規定する第八条の影響を受けているのである。一人の者が、この九名の裁判官の一人になる機会チャンスは、まず第一に、その人物を指名した制度をもつ国の数によって決まり、第二には、その人物を指名した制度の数により決められるのであって、八名の裁判官は、彼ら自身の国の制度によって指名される人物の名前を含む候補者名簿の中から、総会によって選出される(第九条)。後の欠員の補充は、裁判所による互選(co-optation)の原則に従って行われ、総会による選挙と連動している。(3)草案の第一四条は、裁判官の市民資格(citizenship)と彼らの政府への忠誠義務とが、彼らの任務の期間中は停止されることを規定しており、一

時的な無国籍の不利益を償うために、裁判所における構成員資格を証明する文書が外交旅券として承認されるべきことが規定されている。

最高度に可能な公平さを保障するために、草案は、常設国際司法裁判所規程とは本質的に異なっており、(既に引用した)その規程の、国別の裁判官について規定している第三一条は、裁判官の公平性が、係争当事国の一つが彼自身の国籍の国である場合には損われることを明きらかに予想しており、規程は、その裁判官の不公平性を、他方の当事国の国籍であり得る別の裁判官の不公平性によって中和しようとしているのであるが、これは、問題の理想的な解決ではない。むしろ正反対の解決のほうが、司法上の公平さの次善の保障 (better guarantee) になるように思える。つまり、裁判官は、彼の本国が係争当事国の一つである事件の判決に参加することは、いっさい許されるべきではない。彼の市民資格は、この期間中だけ停止しているの、彼の本国と言うのは、彼が裁判所の構成員として任命される前まで市民であった国であり、彼が裁判所の構成員であることを辞めた後に再び市民となる国なのである。これが、

第一六条二項によって提示されている解決方法である。

裁判所の強制管轄権 (compulsory jurisdiction) は、第三一条―三七条により規定されているが、草案では規定していないのである。しかし、草案は、調停手続きを排除してはいないのである。第三一条によって、紛争は、司法上の採決によって解決されねばならず、一方の当事者が、それを裁判所に提訴するのであれば、その結果として調停手続きが、両当事者が調停 (conciliation) に同意する場合においてのみ可能になる。こうした同意は連盟規約と両立するものであって、当事者が、調停を依頼することに同意する場合には、連盟規約の第三一条は、調停が成功しない場合にのみ適用され得る。

草案の第三八条は、国際連盟規約の第一九条の改正を企図するものであるが、後者の条文は、次のようになってい

「連盟総会ハ、適用不能ト為リタル条約ノ再審議又ハ継続ノ結果世界ノ平和ヲ危殆ナラシムヘキ国際状態ノ審議ヲ隨時連盟国ニ懇懇スルコトヲ得。」

この条項が適用されることが無かった理由を理解するのは容易である。そもそも、それは、当初から適用不能だったのであり、その理由は、総会の決定が、全会一致の投票によってのみ達成されられ得て、しかも、それが達成されたとしても、法的効果を全くもつことにはならなかったからである。

それは、加盟国に拘束力の無い勧告をするだけの効果を除いては、総会の全会一致の決定を達成させるに値いするものではなかったのである。草案の第三八条は一種の消極的立法(negative legislation)を設定しようと試みるものであって、総会は、加盟国を拘束する積極的規範(positive norms)を制定する権限を与えられておらず、それは、平和を危殆する国際条約を失効させることだけができるのである。しかし、この条項は、全くもって本質的なものではない。

草案の第三九条一項は、規約の改正(amendments)に関するもので、原則的に国際連盟規約の第二六条に相当しており、一九二一年に投票が行われたこの条項に対する改正を斟酌するものである。しかしながら、草案の第三九条によれば、総会の決定についての批准(ratification)が、政治の側で

は必要とされていないという点と、更に、改正に反対投票をした連盟加盟国は、国際連盟規約の第二六条二項の明示規定(express provisions)により規定されているように、脱退によって、その拘束力を免れることができないという点において、顕著な相違が存在するのである。

“付録”の中で起草してあるように、常設平和維持連盟規約は、国際連盟規約が、その第一条三項と第二六条二項で与えているような脱退の権利を構成国に与えてはいないし、常設平和維持連盟規約は、国際連盟規約が第一六条四項で規定するような規約違反に対する制裁としての構成国の除名(expulsion)も規定してはいない。連盟からの脱退の可能性というのは、実際には、連盟加盟国に対しては戦争に訴えなという義務からの免除の可能性に他ならないのであって、この点における国際連盟と常設平和維持連盟との相違は、事實上、侵略に対する反応の性格の中にのみ存在するのである。したがって、もし、国際連盟加盟国が、規約に違反すること無しに連盟加盟国を攻撃するという状況にあるために脱退した場合には、国際連盟規約の第一〇条が適用されねばならないのであるが、これは、侵略国に対する連盟の反応が、戦争、

ないし、復仇 (reprisal) の性格をもっていることを意味するのである。常設平和維持連盟の草案規約によると、侵略は、常に規約の侵害であり、しかも、常設平和維持連盟の反応は、常に規約の侵害者に対して向けられる制裁である。諸国家の国際的な連合体で、その加盟国に脱退の権利が無いというのは、先例が無いわけではなく、ブリアン・ケロッグ協定は重要な実例を提供している。つまり、それは、その規約によって構成される法的共同体から一方的な宣言により構成国を脱退するのと同じことになる条約の一方的な廃案を通告する法的可能性を、締約当事国に与えてはいないのである。

国際連盟と常設平和維持連盟のもう一つの本質的な相違は、後者の機能が、構成国間のすべての紛争を、裁判上の決定を通じた解決による共同体内部の平和の維持に限定されることに示されているのである。したがって、外部からの侵略に対する相互防衛の義務 (国際連盟規約では第一〇条) は、構成国には課せられてはおらず、また、その結果として構成国の軍備縮小の義務 (国際連盟規約では第八条、および、第九条) も規定されていない。被征服国の軍縮は、講和条約によって規定されることになり、常設平和維持連盟規約とは切り

離されねばならない。国際連盟規約を一九二〇年の講和条約の一部とすることによって犯された大きな誤まりは、これ回避される筈である<sup>(1)</sup>。常設平和維持連盟は、法的共同体でなければならず、政治的共同体になつてはならないのである。

\* \* \*

提示したような条約のために、合衆国、大英帝国、中国、それにソビエト連邦の批准が得られるのであれば、こうした大国が、条約の規定を真摯に尊重し、更には、規約を敢えて侵害しようとしたり、特に裁判所への服従を拒否しようとしたりするいっさいの連盟構成国に対して、裁判所、または、理事会により命令された場合には、裁判上の決定を執行するようになるであろうということは、ほとんど確実であろう。四大国が規約の保障者と看做されることになっていたこと自体が、まさに規約への何らかの重大な侵害など起こり得ないものにしてしまふのである。

このように、規約が、連盟の他の構成国に対して四つの保証国の覇権<sup>ヘゲモニー</sup>を確立することになるといふ反論は、全くもつて当を得ていないのであつて、保障国みずからが規約を尊重する限り、彼らの「覇権<sup>ヘゲモニー</sup>」は、法の強制以外の何ものでも

ないのである。彼らは、法を単に支配力のイデオロギーと考  
える現実主義者たちであれば追求するかもしれない。法の背  
後にある (behind the law) “権力 (power)” である。こう  
した現実的観点から、規約の真の機能は、必然的に優勢な大  
国によって、法以外の目的のためではなく、また、法以外の  
形式においてではなく、その履行を保障されることになり得  
るのであって、保障国みずからが、その法に従うことを止め  
得るといふ可能性を規定することは、法秩序が “誰が監視人  
自身を監視するか” (quis custodiet ipso custodes) という問  
題を解決できない以上、提唱された条約に関してのみならず、  
いっさいの法秩序に関して不可能なことである。

チャーチル首相は、一九四四年五月二四日の下院における  
演説で、「われわれは、未来の戦争や、そわそわと落ち着か  
ない野心的な国々による先行的なそうした計画を防止するた  
めに、必要なすべての力の属性を備えた世界秩序と機構を設  
立するつもりである。」と語ったが、彼の提示した “世界機  
構” (world organization) は、国際連盟のほとんどの構造  
を具現化するものではあったが、しかし、今回は、それは、  
「圧倒的な軍事力」でもって満たされねばならない、と彼は

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その二)

述べている。<sup>(2)</sup> 国際機構に与えられる力が、効果的であればあ  
るほど、この力が法の維持のためにのみ行使されるという保  
障が、その組織体によって、より多く与えられねばならぬ  
し、しかも、力の法的な行使のための唯一の重大な保障は、  
連盟の裁量による軍隊—真の国際警察軍か、或るいは、一か  
国、ないし、数か国の構成国の軍隊のいずれか—が、或る政  
治体の命令ではなくて、裁判所の判決の執行において用いら  
れることになるという規定である。

(1) ハンス・ケルゼン『国際連盟規約と講和条約からの分  
離』ジュネーブ・第一〇回国際研究学会記念シンポジウム、  
世界の危機研究出版(一九三八年)一一三三頁—一五九頁  
を参照。

(2) ニューヨーク・タイムズ、一九四四年五月二五日号。

(続く)