

国際司法裁判所における強制的管轄権の意義

さ　　とう　　よし　　あき
佐　藤　義　明

目　次

はじめに	256
I 執行力をもたない裁判所	256
II 争訟事件における当事国の同意の意義	257
III 意見手続における関係国の同意の意義	259
IV 執行力をもたない裁判所の機能	260
V 争訟事件における当事国の同意の欠如と判断回避	261
VI 意見手続における関係国の同意の欠如と判断回避	263
おわりに	264

「世界が、世界政府を設ける用意ができていないとしたら、15人の判事による世界政府に対する用意ができていないことは、さらに確かである」⁽¹⁾

はじめに

常設国際司法裁判所 [PCIJ] の発足75周年、国際司法裁判所 [ICJ] の発足50周年にあたる1996年、ICJは、国連総会による「核兵器による威嚇または核兵器の使用が、いかなる状況においても国際法のもとで許容されるか」という問題に関して勧告的意見を与えた⁽²⁾。同意見の要請は、非同盟諸国および「世界法廷計画 (World Court Project)」として要請を働きかけていた非政府組織 [NGO] により推進された。核軍縮が国連総会などの政治的機関において進捗しない現実をうけて、ICJが核軍縮の推進力となることを期待したのである。これに対して、核兵器の保有国は、要請は偏った目的のためになされており、意見はICJの独立した機関としてのイメージを奪う政治的判決になるとして強く反対していた⁽³⁾。要請を決定した決議49/75Kが国連総会で採択された時、フランス、ロシア、イギリス、アメリカは反対し、中国は欠席したのである⁽⁴⁾。

ICJは、同意見を与えるにあたり、過去の2つの「大事件 (The big cases)」, すなわち「政治的主体の間で最重要と見なされる事件」の判決を想起したと思われる⁽⁵⁾。30年前の「南西アフリカ事件」(第2段階)判決⁽⁶⁾と、10年前の「ニカラグア事件」(本案)判決⁽⁷⁾である。前者は、南アフリカによる南西アフリカの委任統治に関して判断を避けたことにより、旧植民地国などのICJに対する信頼を失わせたといわれ⁽⁸⁾、後者は、アメリカによるニカラグアへの干渉に対する判断に踏み込んだことにより、それらの国の信頼を回復したといわれるのである⁽⁹⁾。ICJは、「核実験事件」判決⁽¹⁰⁾において大気圏核実験の合法性をめぐる判断を避け、核兵器をめぐる問題を法の外に放りだした⁽¹¹⁾。これに対して、1996年の意見はそれを法の中に取り戻した。ICJは、意見の回避がICJの威信を損なうとして意見を与えたのである⁽¹²⁾。

現在、ICJは、PCIJとICJの75年をとおして最も利用されている⁽¹³⁾。この活況は、政治的、経済的な弱国による強国に対する訴訟の増加によるものであり、ICJは、それらの事件において、管轄権に対する後者の否認をおして、判決を下している⁽¹⁴⁾。すなわち、政治的平面において達成できない目標を裁判所の判決によってもたらそうとする訴訟の活況なのである⁽¹⁵⁾。しかし、国際社会の現実を直視するなら、このような訴訟は、弱国の期待どおりに権力政治の変革をもたらすであろうか。「核兵器の使用等の合法性」に関する意見は、非同盟諸国やNGOの期待どおり、核軍縮の推進力となるだろうか。同意見の内容に対する評価の前提として、同意見がそもそも核兵器をめぐる問題を実際に解決するために必要な条件を満たしているか、ICJがこのような意見を与えることによって適切な機能を果たしているか、ということの問題にしなければならない。

1 執行力をもたない裁判所

司法の女神 (Justicia) は秤と剣をもつ。秤は公正と絶対を意味し、剣は権力と妥協のない執行を意味する⁽¹⁶⁾。しかし、ICJは剣をもたない。ICJ規程は、判決は「拘束力」を有し (59条)、「終結とし、上訴を許さない」(60条)と規定する。そして、国連憲章は、当事国は「判決に従うことを約束する」とする (94条1項)。しかし、ICJ規程と国連憲章は、判決の執行を保障する実効的制度を設けなかった。そもそも、ICJは、国内裁判所のように、執行の対象となる財産が存在する領域をもたず、判決を自ら執行することができない⁽¹⁷⁾。ICJは、判決の言渡により任務終了 (*functus officio*) となり、判決の履行に関する紛争については、管轄権をもたないのである⁽¹⁸⁾。判決をどのように実現するかは、司法的平面でなく政治的平面の問題とされるのである⁽¹⁹⁾。そこで、判決の執行は国連体制における政治的機関に期待される。

国連憲章は、安全保障理事会 [安保理] は「必要と認めるときは、判決を執行するために勧告をし、又は執るべき措置を決定することができる」

と規定する(94条2項)。しかし、安保理は、「国際連合の迅速且つ有効な行動を確保するために」、「国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任」を負う機関である(国連憲章24条1項)。そのため、安保理がICJの判決に拘束され、「国際の平和及び安全の維持」に必要だと考える措置を執れないとすると、国連憲章の想定する世界秩序が危険に曝されるという皮肉な結果となる⁽²⁰⁾。そこで、国連憲章は、安保理がある事態や紛争を「国際の平和及び安全の維持」に係わると認定した場合、安保理がICJに優越することを認め、判決の執行を義務づけなかったのである⁽²¹⁾。言い換えると、国連憲章は、安保理に世界秩序の観点から判決を修正する「準上訴審権限(quasi review power)」を与えたのである⁽²²⁾。

さらに、国連憲章は、安保理における常任理事国の拒否権行使を判決の執行の問題についても認めることによって、それを限界づけている⁽²³⁾。例えば、アメリカに対する「ニカラグア事件」(本案)判決の履行を要求する安保理決議は、アメリカの拒否権行使により成立しなかった⁽²⁴⁾。同判決については、国連総会も、その履行を要求する決議を4回にわたって採択した⁽²⁵⁾。しかし、総会は判決の執行の問題を扱う権限をもつものの、その決議は拘束力をもたない⁽²⁶⁾。常任理事国による拒否権行使のために、安保理でさえ措置を執りえない場合、ICJが判決を下したとしても、判決は執行されず、却ってICJの基礎を掘り崩すだけなのである⁽²⁷⁾。ICJの判決は、国連体制において、常任理事国の意思に反して執行されることは決してなく、常任理事国の判決の履行の「義務」は無意味なものであるという現実に目を閉じることはできない⁽²⁸⁾。

それでは、第三国は、一般的に判決の執行を義務づけられているか。確かに、第三国は、敗訴国以外の国の権利を害さないかぎり、判決を執行する権限をもつ⁽²⁹⁾。しかし、第三国はその義務を課されてはおらず、第三国によっても判決の執行は保障されていない⁽³⁰⁾。結局、ICJの判決は、その執行の保障を国連体制の中にも外にももたないので

ある。ICJの判決は「その道徳的価値にのみ基礎づけられ」、判決の内容の実現は敗訴国の意思に掛かっている⁽³¹⁾。言い換えると、判決は、何よりも当事国の「信義誠実(good faith)」という内在的要素と世論という外在的圧力によって履行されるしかない⁽³²⁾。勝訴国は、他の国際法規範の執行と区別される手段をもつわけではないのである⁽³³⁾。敗訴国は、判決を下したのはICJであるから「ICJが執行すればよい」と言い放ち、何もしないかもしれないのである⁽³⁴⁾。

判決が形式的には拘束力を認められるのに対して、意見は、「勧告的」という形容どおり形式的にも拘束力を認められない⁽³⁵⁾。そこで、意見が尊重されない場合、その「勧告的」性格を強調し、意見の不履行とICJの威信の問題を切断すべきであるといわれることがある⁽³⁶⁾。しかし、拘束力をもたないとする、意見は要請機関における問題を解決することができず意味をもたない⁽³⁷⁾。さらに、意見が要請機関により自由に取捨されると、有権的な法適用によって紛争を解決する裁判所を不信に陥らせる⁽³⁸⁾。実際に、「経費事件」意見⁽³⁹⁾が関係国によって尊重されなかった経験は、「南西アフリカ事件」(第2段階)判決が南アフリカの不履行を避けるために請求を却下するのに影響があったのである⁽⁴⁰⁾。したがって、判決と意見の実際の効力は変わらず、ともに執行力をもたないがICJによる法宣明としての「権威」をもつといわなければならない⁽⁴¹⁾。

II 争訟事件における当事国の同意の意義

ICJの争訟管轄権は、紛争当事国の同意を要件とする⁽⁴²⁾。当事国の意思に反して判決を執行する制度が欠けている中で判決が紛争を解決するためには、このような要件が必要なのである⁽⁴³⁾。しかし、この当事国の同意要件に対しては、国際社会で「法の支配」を確立しようという願望から反対があり、強制的管轄権を設定するべきであるといわれてきた⁽⁴⁴⁾。とりわけ、「国際法体系は、各国家が何が法であるかを決定する権限を自身に留保するなら確立できない」という原理的立場⁽⁴⁵⁾、国内

社会における中央集権化が立法府ではなく裁判所の設立から進んだことを類推する歴史的立場⁽⁴⁶⁾、さらに強制的管轄権の存在自体が紛争を予防するという実用的立場⁽⁴⁷⁾から、ICJに強制的管轄権を与えようといわれてきたのである。これらの主張は、政治的平面における強国の権力的支配を、ICJを対置することによって緩和しようという意図に支えられてきた⁽⁴⁸⁾。

ICJ規程は、執行の保障の不在という現実と、強制的管轄権に対する願望の妥協として、事前に管轄権を受諾する選択条項の制度を設けた（36条2項）⁽⁴⁹⁾。そして、一方的提訴の場合、当事国ではなくICJが管轄権決定権（*compétence de la compétence*）をもつとした（同6項）⁽⁵⁰⁾。そこで、形式的には事前の同意の範疇に含まれるものの、実際にはその個別的紛争について真の同意が存在しないのに裁判が行なわれるという可能性が生じた。そのような場合、被告国は、判決は自国の同意を欠く権限踰越によるとして無効を主張することになる⁽⁵¹⁾。付託合意を逸脱する決定が無効であるという原則とICJの管轄権決定権という原則が抵触する場合、形式的には当事国はICJ規程36条6項により後者の優越に同意しているといえる⁽⁵²⁾。しかし、問題は、そのような場合に判決が実際に紛争を解決できるかどうかである。

強制的管轄権の主張は、被告国による判決不履行の可能性に鑑みて、政治的要素の優っている紛争について、裁判所が裁判を拒否する権限をもつべきだという主張を伴う⁽⁵³⁾。しかし、司法判断適合性をもつ法律的紛争と、もたない政治的紛争を分類する思考は、判決を執行する政治的機関の設立と独立に強制的管轄権を構築しようという願望から生まれた「学問的空想」である⁽⁵⁴⁾。紛争の内容によってICJの活動領域を同定する試みは、国際法の全体に対応する「国家の管轄権」に関わる領域という無限定な結論に帰結するのである⁽⁵⁵⁾。問題は、紛争が政治的かどうかではなく、その紛争に対してICJが判決や意見を控えるべき実際的理由があるかどうかである⁽⁵⁶⁾。そして、その理由こそ当事国の管轄権に対する同意の欠如であり、

それは国内政治や外交関係など複雑な要素を考慮して当事国のみが決定できることなのである⁽⁵⁷⁾。

選択条項の制度が強制的管轄権への出発点だとすると、被告国の真の同意がない場合に裁判することにこそ意味があることになる。しかし、強制的管轄権に対する単なる願望と、ICJの実際の機能的基礎を混同することはできない。

被告国が事前の形式的な同意にも拘わらず、個別的紛争に関してICJの管轄権を争った場合において、ICJの判決は実際に紛争を解決できたであろうか。ICJが、先決的抗弁の提出や不出廷により被告国の真の同意がないと見なされるにも拘わらず実体判決を下した事件は、50年間で7件である。このうち、判決が紛争を解決できたのは、「アンバティエロス事件」判決⁽⁵⁸⁾と「プレア・ビヘア寺院事件」判決⁽⁵⁹⁾の2件しかない⁽⁶⁰⁾。そして、「インド領通行権事件」判決⁽⁶¹⁾は言渡の直後に通行権の認定された圍繞地をインドが占領し、「漁業管轄権事件」判決⁽⁶²⁾も言渡の1年後にアイスランドが200海里の漁業水域を実施したため、履行は問題とならなくなった。両判決は、非植民地化と漁業管轄権の拡大という法の変動の最中に下されたため、履行は時間の経過により問題とならなくなったのである⁽⁶³⁾。それでは、残る「コルフ海峡事件」判決⁽⁶⁴⁾、「人質事件」判決⁽⁶⁵⁾、「ニカラグア事件」判決はどうだったであろうか。

「コルフ海峡事件」において、アルバニアは、本案管轄権には同意していたものの、賠償算定の問題は付託合意に含まれないとし、その審理に出廷しなかった⁽⁶⁶⁾。ICJは、紛争の終局的解決という見地から、付託合意を有効なものとするために、違法行為の認定に止まらず賠償算定の管轄権を認めなければならないとした⁽⁶⁷⁾。そしてICJ規程53条により、イギリスの請求どおり賠償額を算定した⁽⁶⁸⁾。アルバニアは、訴訟外で賠償に関する交渉に応じたものの、ICJの算定額の20分の1の金額を提示するのみだったため、交渉は妥結しなかった⁽⁶⁹⁾。そして結局、賠償額を決定してもアルバニアにその支払を強制することはできず、判決は履行されなかったのである。

「人質事件」において、イランは、付託された紛争が「問題全体にとって周辺的かつ二義的側面を表すにすぎない」として管轄権を否認し出廷しなかった⁽⁷⁰⁾。しかし、ICJはイランの主張を否定し、仮保全措置を命令し、管轄権を肯定した⁽⁷¹⁾。イランはそれらを「一方的」であるとして判決を履行しなかった。この事件は、安保理において経済制裁の決議案がソ連の拒否権行使によって成立しなかったため、アメリカが提訴したものである⁽⁷²⁾。結局、紛争の解決は、判決の8か月後に、パーレビ元国王の死亡、イラン・イラク戦争の激化、アメリカなどによる経済制裁の効果など状況の変化をうけて、アルジェリアの仲介によって成立した⁽⁷³⁾。紛争の解決は、実際には判決以外の要因によってもたらされたのであり、判決は機能したとしてもきわめて周辺的役割しか果たさなかったのである⁽⁷⁴⁾。

「ニカラグア事件」において、アメリカは、自衛権に係わる問題は安保理の排他的権限に属するなどとして管轄権を否認した⁽⁷⁵⁾。これに対して、管轄権判決は、ICJと安保理は同一の事件について相補的機能を果たすとして管轄権を肯定した⁽⁷⁶⁾。しかし、アメリカは管轄権判決の後、本案の審理に出廷しないことを宣言し⁽⁷⁷⁾、選択条項受諾宣言も撤回した⁽⁷⁸⁾。ICJは、本案判決を下し、さらに賠償の算定手続を開始した。しかし、アメリカはなおも出廷せず、安保理や国連総会における履行の要求にも拘わらず、判決を履行しなかった⁽⁷⁹⁾。結局、ICJも賠償の算定手続を進めることなく、紛争の解決は、サンディニスタ政権が交代するまで待たなければならなかったのである⁽⁸⁰⁾。

このように、被告国が管轄権を否認し出廷しなかった場合、判決は紛争を解決できなかった⁽⁸¹⁾。ICJが管轄権を肯定しても、被告国は判決の権威を認めなかったのである⁽⁸²⁾。ICJ規程の起草者が選択条項を強制的管轄権に向かう出発点と考えたとしても、現実には、個別的事件において判決に従う当事国の意思がICJの機能的基礎なのである⁽⁸³⁾。すでに、ヴァッテル(Emmerich De Vattel)は、付託合意が一般的なものであると管轄権の範

囲に疑義が生じるため、「紛争の正確な主題を述べ、対立する請求、すなわち一方の要求と他方の抗弁を述べる」具体的合意が必要であると喝破していた⁽⁸⁴⁾。選択条項が理想的規定であるといわれることがある⁽⁸⁵⁾。しかし、現在でも、具体的紛争に関する付託合意(compromis)こそ理想的な付託の形式である⁽⁸⁶⁾。強制的管轄権はもちろん、具体的紛争とその当事国を特定しない選択条項さえも、現実的ではないのである⁽⁸⁷⁾。

III 意見手続における関係国の同意の意義

争訟事件における当事国の同意要件に対して、意見の要請について関係国の同意は要件とされない。国連憲章は、「いかなる法律問題」に関しても意見を要請できると規定し(96条1項)、国家間紛争と国連と加盟国の間の問題いずれについても、関係国の同意を要件としなかったのである⁽⁸⁸⁾。PCIJは、国家間紛争に関する要請の場合、関係国の同意なく意見を与えることはその司法的性格に適合しないとされた⁽⁸⁹⁾。しかし、ICJは、関係国の同意は裁判所の権限ではなく意見の付与の妥当性の問題と位置づけた⁽⁹⁰⁾。連盟規約と独立していたPCIJ規程と異なり、国連憲章と結合されたICJ規程のもとでは、意見は国連の任務遂行を目的とするからである⁽⁹¹⁾。しかし、国家間紛争に関する要請はもちろん、国連と加盟国の間の問題も、実際は国連における多数派と少数派の加盟国の間の問題に他ならない⁽⁹²⁾。さらに、「核兵器の使用等の合法性」に関する意見の要請のように、NGOや世論が特定の国を標的として要請を働きかける場合もある⁽⁹³⁾。

意見の要請は、問題の中心的争点を避けて抽象的なものとするにより、関係国の反対を抑えようとすることもある⁽⁹⁴⁾。その場合、ICJは、「要請をその抽象的形式において直視することは裁判所の義務であり」、意見が直接的にも間接的にも具体的事件や特定の状況に関係しないと断ることがある⁽⁹⁵⁾。そして、ICJは現実に適用される抽象的解答を与える助言者(conseiller)となるため、国家の同意の問題は生じないといわれるのである⁽⁹⁶⁾。

しかし、一方で、問題を解決しうるほど具体的であるならば関係国の反対を抑えることはできず、他方で、問題の解決に結びつかないほど抽象的ならばそもそも意見を要請する意味がない⁽⁹⁷⁾。意見の要請も、現実中存在する特定の問題を解決するために要請されるからには、抽象的なものとしたからといって、関係国の同意の問題を避けて問題を解決できるわけではないのである。

ICJはこれまでに20の意見を与えた。それらは、要請機関の基本文書の解釈、要請機関の活動の指針、行政裁判所の上訴審という機能に分類される⁽⁹⁸⁾。このうち、意見は第3のような機関の内部行政の問題については問題を解決しえた⁽⁹⁹⁾。しかし、関係国による意見の実現が問題の解決にとって決定的である場合はどうだったであろうか。

「平和条約事件」において、ブルガリアなど共産圏の3国は、非難されている大司教に対する人民裁判は国内問題であるとして、国連総会の審議への招請も拒絶し、国連の介入に一貫して反対していた⁽¹⁰⁰⁾。そうした中で、総会は、ソ連などの反対をおして意見を要請した⁽¹⁰¹⁾。意見は3国の平和条約のもとでの仲裁付託義務を肯定した。そして、総会も、意見に従って仲裁委員を任命する義務を履行するよう要請することを決議した⁽¹⁰²⁾。しかし、3国は従わなかった。この事件においては、3国の同意が必要であると抗弁されたにも拘わらず、強制的管轄権を「裏口から」導入したといわれる⁽¹⁰³⁾。しかし、この紛争は冷戦の一環であり、意見は問題を解決できなかったのである⁽¹⁰⁴⁾。

「経費事件」において、ソ連とフランスは、国連総会の平和維持活動の設置とその経費の承認に係わる決議が国連憲章に違反すると争っていた⁽¹⁰⁵⁾。ソ連は、意見の要請は「当該経費の分担に応じえないと考える国に対して圧力をかける方法を探る企てに他ならない」として反対した⁽¹⁰⁶⁾。要請は、関連決議の効力そのものではなく、その経費が国連の「経費」に含まれるかどうか限定した⁽¹⁰⁷⁾。意見は、ICJは問題に関して全ての関連資料を審理するとして関連決議の審査に踏み込み⁽¹⁰⁸⁾、それらを合憲と認定したうえでその経費も

「経費」に含まれるとした⁽¹⁰⁹⁾。国連総会は、この意見を「受諾する」決議を採択したものの⁽¹¹⁰⁾、両国は態度を変えなかった。結局、総会は、両活動の経費については投票権停止（国連憲章19条）の問題を提起しないと決議し、両国の遅滞金の問題を総会の議事から排除した⁽¹¹¹⁾。結局、両国はその立場を維持したのである。

「ナミビア事件」において、南アフリカは、国連総会による南西アフリカ委任統治を終了させる決議の効力を否定し、居座っていた。そして、意見の要請に対しても、国家間紛争に関する問題であるためICJは管轄権を行使できず、管轄権が認められる場合は特任判事が認められるべきであるとした⁽¹¹²⁾。しかし、ICJは、意見は国連の1機関として法的助言をなすにすぎず、南アフリカと国連の見解の相違は国家間紛争ではないとして、これらの主張を却下した⁽¹¹³⁾。この要請も委任統治の終了決議の効力の問題を避け、居座りの効果のみに判断を求めた⁽¹¹⁴⁾。ICJは、決議の合法性を判断するか、その問題を判断せず仮定的に居座りの効果を判断するかという選択を迫られた⁽¹¹⁵⁾。ICJは、終了決議の合憲性を「理由において」審理するとし⁽¹¹⁶⁾、それを肯定した。安保理と総会は意見に同意したが⁽¹¹⁷⁾、常任理事国は意見を実現しようとしなかった⁽¹¹⁸⁾。1988年に南アフリカが南西アフリカの独立移行手続に同意するまで、問題は解決しなかったのである。

結局、紛争に直接関係する形の要請であれ、あるいは争点を直接扱わずに問題を抽象化する要請であれ、問題の解決に協力が不可欠な関係国の強い反対がある場合、意見は要請が解決しようとした問題を有効に解決しなかったのである⁽¹¹⁹⁾。

IV 執行力をもたない裁判所の機能

ICJの任務は、「付託される紛争を国際法に従って裁判すること」（ICJ規程38条1項）である⁽¹²⁰⁾。それは、「当事国間で直接なされる友誼的解決に代わるものである」⁽¹²¹⁾。そのため、裁判所は相手国に友好的解決の機会を与えた後で利用されるべきという交渉の前置も認められるのである⁽¹²²⁾。そし

て、ICJは当事国の取引 (bargaining) において独自の機能を果たす⁽¹²³⁾。判決は、価値多元的な政治的解決に対して、当事国や関係国が同意する場合、交渉の基礎となる中立的価値を提供する⁽¹²⁴⁾。すなわち、国際法は、敗訴国に対する判決の執行という威嚇に基づくのではなく、当事国の利害計算を変えるためにその配点表に投入される価値であり、「調停的機能」を果たすのである⁽¹²⁵⁾。しかし、当事国が他の手段を選ぶ場合は、紛争の平和的解決を目的とする国連体制の一部として、ICJはその意思を尊重しそれを阻害してはならない⁽¹²⁶⁾。

V 争訟事件における当事国の同意の欠如と判断回避

争訟事件において、被告国がICJの管轄権に強く反対し、判決の履行が望めない場合、ICJはどうすべきであろうか。判決の執行の問題を検討せず判決を下すべきであるといわれることもある⁽¹²⁷⁾。しかし、それでは訴訟費用の空費であるだけでなく、判決の権威を損なう。そこで、ICJは、司法自制 (judicial restraint) の法理を採用するべきであると思われる⁽¹²⁸⁾。すなわち、管轄権を否定することなどによって無意味な判決を避けるのである⁽¹²⁹⁾。例えば、「ニカラグア事件」において、アメリカが管轄権を争っている場合、その主張がICJ規程の最も正しい解釈であるかどうかではなく、少しでも妥当しうる余地があるかぎり、アメリカの判断を尊重することが重要なのである⁽¹³⁰⁾。訴訟において当事国は何らかの法的正当化を行うため、裁判官は、程度の差こそあれいずれも法的理由をもつ請求について選択することになる⁽¹³¹⁾。その場合、ICJは被告国の意思を尊重すべきなのである。

ICJは、争訟事件において請求を却下する裁量を制度的には認められていない。しかし、形式的には事前の同意に含まれる場合になお判断を避けるために、請求適格の欠如、請求目的の消滅、請求目的の満足などの判断回避の法理を発展させてきた。ICJは判決を下すことを義務としながら、たとえ請求国の希望であっても司法裁判所として無視しえない「固有の限界 (inherent limitation)」

があるとするのである⁽¹³²⁾。この「固有の限界」は、列挙が困難で頻りに現れるわけでもないが、それでも強行的なものであるといわれる⁽¹³³⁾。ICJは、この司法機能の「固有の限界」という根拠によって、実際は、ICJ規程に基礎づけることができない裁量を行使しているのである⁽¹³⁴⁾。

「南西アフリカ事件」において、南アフリカは一貫してICJの管轄権に反対していた⁽¹³⁵⁾。そこで、ICJは、実体判断を避けるための「法的戦略 (juristic stratagem)」として、請求適格の問題を取り上げた⁽¹³⁶⁾。単なる利益ではなく、権利が侵害されて初めて請求適格が認められることには争いが無い⁽¹³⁷⁾。しかし、請求適格の認定は、関連する実体法が請求の提起をどこまで認めているかという問題であり、一般的に確定することはできない⁽¹³⁸⁾。極論すれば、「合意は拘束する (*pacta sunt servanda*)」という原則について全ての国が法的利益をもつともいえる⁽¹³⁹⁾。そこで、請求適格の認定はICJの広い裁量によることになる。ICJは、この裁量を専ら請求適格の拡大ではなく制限のために用い、判断を避けてきた⁽¹⁴⁰⁾。例えば、ICJは、対世的義務 (*obligation erga omnes*) にしばしば言及するものの、同義務違反に基づく請求適格を具体的に認めたことはないのである⁽¹⁴¹⁾。

確かに、「南西アフリカ事件」(第2段階)判決はスキャンダルといわれた⁽¹⁴²⁾。しかし、その理由は専ら審理手続の瑕疵にあった⁽¹⁴³⁾。第1に、先決的抗弁判決における法的権利利益の肯定は、既判力をもつと期待されていた⁽¹⁴⁴⁾。第2に、ICJは、職権により取り上げた却下の理由を当事国に釈明しなかった⁽¹⁴⁵⁾。ICJが決定に必要な争点を職権提起できるとしても、それに関する弁論の機会を当事国に保障して初めて、当事国に判決を納得させられる⁽¹⁴⁶⁾。釈明の回避は、「裁判所が判決の理由を公開の法廷で弁論されることを欲しなかったことを示す」と見なされたのである⁽¹⁴⁷⁾。第3に、6年間に及んだ訴訟費用が無駄になった⁽¹⁴⁸⁾。このような理由から、ICJが先決的抗弁判決の反対意見に挙げられた理由が却下の真の理由ならば、むしろそれを明示すべきであったといわれる⁽¹⁴⁹⁾。しか

し、「ナミビア事件」意見の結果も示すように、ICJが敢えて判断を避けたのは、判決が履行される見込みのないことが明らかだったためなのである⁽¹⁵⁰⁾。

「北部カメルーン事件」において、イギリスは、救済を請求しない請求は宣言判決の外観のもとに勧告的意見を要請するものであるとして管轄権を争った⁽¹⁵¹⁾。請求は、国連総会の北部カメルーン信託統治協定の終了決議の効力を間接的に問題としていた。そこで、ICJは、紛争の消滅を理由として判断を避けた。第1に、請求目的を賠償ではなく協定解釈の宣明とした⁽¹⁵²⁾。第2に、当該協定の失効により紛争が消滅したとした。ICJは、「当事者間に法的利害関係の衝突を含む現実の係争」について判決を下すのであり、判決は当事国の法律関係から不確実性を取り除くという実際効果をもたなければならない⁽¹⁵³⁾。慣習法の規則や現行の条約の解釈を明らかにする判決と異なり、信託統治協定の失効により判決は継続的適用可能性がなくなった⁽¹⁵⁴⁾。すなわち、請求はムート(moot)となったのである⁽¹⁵⁵⁾。これは、イギリスが強く反対する国連総会決議の有効性の審査を避けたものである⁽¹⁵⁶⁾。

「核実験事件」において、フランスは、核実験は国防に関する選択条項受諾宣言の留保に当たるとして管轄権を否定し、出廷しなかった⁽¹⁵⁷⁾。さらに、仮保全命令の直後に受諾宣言を撤回するとともに、6週間後には核実験も実行した⁽¹⁵⁸⁾。そこで、ICJは、判断回避のために請求目的の満足を理由とした。すなわち、核実験の違法性の宣言と差止という二重の申立のうち、請求目的を後者に限定し前者をその理由とし⁽¹⁵⁹⁾、次に、フランスの実験停止の宣言に拘束力を認め、請求目的が満足されたとしたのである⁽¹⁶⁰⁾。最初の点は、請求目的が法の宣明であるとする、争われている法の失効によるムートが正当化できないため、それを避けるために必要とされた⁽¹⁶¹⁾。次の点は、請求目的が法の宣明の場合、被告が違法性を認めたならば紛争は解決するが⁽¹⁶²⁾、請求目的が実験の中止である場合、法的義務を伴わないならば、宣言が撤回さ

れる可能性があり、請求国は不安定な法的関係に留まるため、必要とされたのである⁽¹⁶³⁾。

確かに、この判断回避にも問題が指摘される⁽¹⁶⁴⁾。第1に、請求目的の解釈が正式な申立の性格と範囲を変えたことである⁽¹⁶⁵⁾。第2に、フランスの宣言の拘束力の認定について、管轄権を認定することなく本案に相当する判断をしたことである⁽¹⁶⁶⁾。第3に、一方的宣言の拘束力の認定そのものも批判される⁽¹⁶⁷⁾。第4に、両当事国の見解を釈明しなかったという「双方聴聞」の原則の違反である⁽¹⁶⁸⁾。しかし、ICJは、実験の中止という請求目的が満たされたにも拘わらず、「問題を抽象的に扱うことは、裁判所の裁判機能に含まれない」としたのである⁽¹⁶⁹⁾。ICJの判断は、自らの任務を個別的紛争の解決に限定し、政治的に不必要な実体法の判断を手続的に避けた賢明なものであった⁽¹⁷⁰⁾。それによって、被告国は核実験の合法性の主張を放棄せず核実験を迅速に終了し、請求国も過去の実験について救済を主張しない代わりに、以後の実験の差止を得て妥協したのである⁽¹⁷¹⁾。

判断を全体として避けることが困難である場合、ICJは、違法行為の認定とその救済の決定を分離し、前者に関する「部分判決」を下す⁽¹⁷²⁾。「人質事件」のように、それまでの判例と整合させるため判断の全体を避けることはできなくとも、賠償算定を避けるのである⁽¹⁷³⁾。確かに、賠償算定を留保すると、請求国を満足させられない⁽¹⁷⁴⁾。しかし、最も明確で執行可能なはずの金銭の支払命令が履行されない場合、ICJの威信は損なわれ、国家はそもそも賠償判決を請求すべきか考慮せざるをえなくなる⁽¹⁷⁵⁾。このような回避は、直接には算定の技術的困難を理由とする⁽¹⁷⁶⁾。しかし、賠償の正確な算定が困難な場合、ICJは、正当な賠償を「法の内の衡平(equity *infra legem*)」により算定することができる⁽¹⁷⁷⁾。したがって、部分判決が下されるのは、やはり被告国の賠償判決の履行が見込まれない場合に、賠償手続に要する訴訟費用を節減するためなのである⁽¹⁷⁸⁾。

VI 意見手続における関係国の同意の欠如と判断回避

ICJは、意見手続においても司法機関としての性格に忠実でなければならない⁽¹⁷⁹⁾。そのため、ICJ規程は意見の付与について裁量を認めている(65条)⁽¹⁸⁰⁾。しかし、皮肉にも、ICJは、争訟事件において「固有の限界」による判断回避に積極的であるにも拘らず、意見手続における判断回避には消極的である⁽¹⁸¹⁾。第1に、請求適格は、とりわけ要請が「その活動の範囲内において生ずる法律問題」に関してのみ認められる機関について問題になり⁽¹⁸²⁾、実際にWHOによる「戦時における核兵器の使用の合法性」に関する要請が権限外事項であるとされた⁽¹⁸³⁾。しかし、それが初めての判断回避であった。第2に、意見の対象は現行法である必要がない。「西サハラ事件」意見は、過去の歴史的事実の評価は学問的問題であるとする抗弁に対して、国連総会がその問題について決定を行うという現在の目的をもつとした⁽¹⁸⁴⁾。第3に、将来の行為が問題となる場合にその行為の蓋然性が失われてもムートにならない。「関税同盟事件」において、PCIJは、当事国が予定していた同盟を撤回したにも拘わらず、その後に意見を与えたのである⁽¹⁸⁵⁾。

このように、ICJは意見の回避に消極的である。しかし、意見手続においても、関係国の同意がない場合は問題を解決できる見込みのない意見を避けるべきであると思われる。ICJは要請の決定に参加できないため、そのような要請を避ける責任は何より要請機関にある⁽¹⁸⁶⁾。確かに、要請が「政治的問題」であるかという判断は、それ自体が「政治的決定」であり、ICJがなすべきではないともいわれる⁽¹⁸⁷⁾。しかし、意見が問題の解決に寄与する可能性がない場合、関係国の同意の欠如を理由として意見を避けても、ICJが信頼を失うことはないと思われる⁽¹⁸⁸⁾。PCIJ規則の審議においても、従われる見込みがない意見の付与を拒否する権利を裁判所に留保すべきと提案されていた⁽¹⁸⁹⁾。それは信頼の喪失ではなく、ICJに対する過信を改めさ

せ、長期的には真の信頼を確保することに繋がる。

要請の作成過程に手続的瑕疵が存在する場合も、ICJは要請を拒否することができる⁽¹⁹⁰⁾。例えば、「核兵器の使用等の合法性」に関する要請を決定した決議は、有効投票の3分の2の賛成を得ておらず、国連総会における慣行に反していた⁽¹⁹¹⁾。連盟理事会においては、意見の要請に全会一致が要件とされることが確立していた⁽¹⁹²⁾。しかし、国連ではこの慣行は維持されず、意見に対する尊重が担保されなくなった⁽¹⁹³⁾。要請の手続は容易になったが、その手続により得られる意見は問題を解決できる保障がなくなったのである⁽¹⁹⁴⁾。全会一致どころか、3分の2の賛成もなく要請された意見については、ますますその真がある。少なくとも3分の2の賛成すら得られていない要請に対しては、ICJは意見を避けるべきである⁽¹⁹⁵⁾。

また、抽象的要請については、真の問題に関して意見を与えられないならば、意見を拒否すべきである⁽¹⁹⁶⁾。とりわけ、具体的争点にまったく係わらない一般的で抽象的な質問は政治的争点であり、意見を控えなければならない⁽¹⁹⁷⁾。PCIJはこのような要請を受けたことがなかった⁽¹⁹⁸⁾。ICJも、一般的性格の意見が要請されたのは、「留保事件」だけであり、その場合もジェノサイド条約についての具体的な問題に係わっていた⁽¹⁹⁹⁾。しかし、「核兵器の使用等の合法性」に関する意見の要請は、初めて具体的争点にまったく係わらない要請であった。ICJは具体的問題に直面しなければ明確な法を宣明できない⁽²⁰⁰⁾。同意書の主文2Eは、「自衛の極限状況」における合法性に関して「明確に結論を下すことができなかつた」と「裁判不能 (non liquet)」を宣言せざるをえなかつたのである⁽²⁰¹⁾。

確かに、仲裁裁判から発展し、紛争の解決を目的としている争訟事件に対して、意見は、紛争の解決を目的としないため、仮定的で抽象的な質問についても認められ、国際法の規則が不完全である場合には裁判不能を宣言してもスキャンダルではないといわれる⁽²⁰²⁾。しかし、判決が学説と異なる「準形式的法源 (quasi-formal source)」といわれるのは、争われている問題を直接扱う現実性

と具体的性格のためである⁽²⁰³⁾。将来の全ての事件に拘束力をもつ決定は、司法機能でなく準立法機能といわなければならない⁽²⁰⁴⁾。ICJが一般的質問に対する意見を与えるようになるならば、ICJは、紛争や問題の解決機関という本来の機能が阻害され⁽²⁰⁵⁾、国際機関に対する助言機関という独立の性格ももつ双面神 (Janus) のような存在となる⁽²⁰⁶⁾。ICJの司法的性格と勧告的機能の調和は「永遠の問題」といわれるが⁽²⁰⁷⁾、本来の司法的性格を維持するために、要請も具体的事件に起因するものに限られるべきであろう⁽²⁰⁸⁾。

おわりに

ICJが紛争や問題を解決できるかどうかは、争訟事件と意見手続のいずれにおいても、当事国や関係国の同意に依存する。ICJはもともと「戦争と野蛮な武力を変える」ことを目指して設立された⁽²⁰⁹⁾。しかし、主権国家の分権的構造が維持されるかぎり、司法が平和を創造するのではなく、平和が司法を機能させるのである⁽²¹⁰⁾。裁判所の管轄権を当事者の同意に依存させるこのような法制度は「ジャングルの法」と呼ばれる⁽²¹¹⁾。しかし、それこそが国際社会の現実である。法の支配に対する願望に気を取られて、ICJが実際に紛争を解決するための条件を看過することはできない。主権国家の分権的構造を変えられるのは、主権国家の政治的決定のみである⁽²¹²⁾。それなくして強制的管轄権をもつ裁判所を設立しても、平和を創造することはできないのである⁽²¹³⁾。平和の模索は、「戦争を避けるために世界が取り組むべき決定的問題は、最高裁判所の設立よりも複雑である」という認識から始まるのである⁽²¹⁴⁾。

「南西アフリカ事件」(第2段階)判決は、もし実体判断に踏み込んでいたならば、すぐに履行されることはなくとも、実効的な執行の出発点となり、合衆国最高裁の「ブラウン対教育委員会事件」判決⁽²¹⁵⁾のように、裁判所の政治的関与を判決に象徴することになったはずだといわれる⁽²¹⁶⁾。「核兵器の使用等の合法性」に関する意見についても、同様に、たとえ短期的には影響はなくとも、国際

世論を喚起し軍縮の推進力になるといわれる⁽²¹⁷⁾。しかし、近年、「ブラウン対教育委員会事件」判決は実はアメリカ社会にほとんど実際的影響をもたず、違憲とされた人種別学の解消は10年後の市民的権利獲得運動 (civil rights movement) を待たなければならなかったことが明らかにされた⁽²¹⁸⁾。むしろ、同判決は、裁判所がマジョリティに対抗する価値の担い手であると装うことによって、何の影響力もたない裁判所にマイノリティを依存させ、問題を永続化したとすらいわれる⁽²¹⁹⁾。

ICJの「核兵器の使用等の合法性」に関する意見については、すでに核政策の変更を要求するものではなく、軍縮に向けての政治的困難は何ら容易になっていないといわれている⁽²²⁰⁾。ICJに対する過大な期待とそれに基づく訴訟は、一方で、核軍縮を推進しようとする諸国やNGOの資金や人材を吸い取り、真に必要な政治的活動を妨げる⁽²²¹⁾。要請機関も、意見の要請のために、当該機関の本来の優先的課題についての活動が妨げられる⁽²²²⁾。他方で、国際社会における力の行使を統制するICJの能力に対する世論の信頼を裏切り、ICJ自身に対する失望を生じさせることにも繋がる⁽²²³⁾。合衆国最高裁の時代は「来たり、そして去った」といわれる⁽²²⁴⁾。政治的平面でなされるべき変革をICJが代わって達成できるという幻想もまた消え去るべきであろう。

注

- (1) THOMAS M. FRANCK, *JUDGING THE WORLD COURT* 68 (1986).
- (2) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226 (July 8).
- (3) *See, e.g.*, U.N. GAOR, 49th Sess., 90th mtg. at 25, 28, U.N. Doc. A/49/PV. 90 (1994) (statement of Lades(Fr.)).
- (4) G.A. Res. 49/75K, U.N. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 49, at 71, U.N. Doc. A/49/49 (1994).
- (5) *See* RICHARD A. FALK, *REVISING THE WORLD COURT* at xiii (1986).
- (6) *South West Africa (Eth. & Liber. v. S.*

- Afr.), 1966 I.C.J. 6 (July 18).
- (7) Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14 (June 27).
- (8) See Rosalyn Higgins, *The International Court and South West Africa: The Implications of the Judgment*, 42 INT'L AFF. 573, 591 (1966).
- (9) See Louis Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions*, 216 RECUEIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE [RCADI] 9, 84 (1989-IV).
- (10) Nuclear Tests (Austr. v. Fr.), 1974 I.C.J. 253 (Dec. 20); Nuclear Tests (N.Z. v. Fr.), 1974 I.C.J. 456 (Dec. 20).
- (11) See Pierre Lellouche, *The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts*, 16 HARV. INT'L L.J. 614, 635 (1975).
- (12) See Nuclear Weapons in Armed Conflict, 1996 I.C.J. 164 (July 8) (dissenting opinion of Judge Weeramantry).
- (13) See Ruth Donner, *Recent Developments in the Works of the International Court of Justice*, 2 FINN. Y.B. INT'L L. 355-56 (1991); Gilbert Guillaume, *The Future of International Judicial Institutions*, 44 INT'L & COMP. L.Q. 848-49 (1995).
- (14) See W. Michael Reisman, *The Constitutional Crisis in the United Nations*, 87 AM. J. INT'L L. 83, 85 (1993).
- (15) 国内法においても、「制度改革訴訟 (institutional reform litigation)」は少ない資源で立法府や行政府の実体的な反応を導く世論の圧力をつくりだせるといわれてきた。See Note, *Implementation Problems in Institutional Reform Litigation*, 91 HARV. L. REV. 428, 463 (1977).
- (16) See Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374, 383 (1982). なお、秤は灰色ではなく黒白をつけることを意味するともいわれる。See David Daube, *The Scales of Justice*, 63 JURIDICAL REV. 109 (1951). この側面の問題としては、とりわけ次の2点がある。大陸棚の境界画定における「衡平原則」の適用につき, see, e.g., *Continental Shelf (Tunis. v. Libya)*, 1982 I.C.J. 18, 156 (Feb. 24) (dissenting opinion of Judge Gros). 交渉命令につき, see, e.g., *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Quatar v. Bahr.)*, 1994 I.C.J. 112, 134-35 (July 1) (dissenting opinion of Judge Oda). これらの問題は続稿に譲る。
- (17) See Robert Y. Jennings, *The Judicial Enforcement of International Obligations*, 47 Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [ZAöRV] 3, 8, 16 (1987).
- (18) See, e.g., S.S. "Wimbledon" (U.K., Fr., Italy & Japan v. Pol.), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1, at 32 (June 28).
- (19) See Northern Cameroons (Cameroon v. U. K.), 1963 I.C.J. 15, 37 (Dec. 2).
- (20) See Oscar Schachter, *Disputes Involving the Use of Force, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AT A CROSSROADS* 223, 232 (Lori Fischer Damrosch ed., 1987).
- (21) See Anglo-Iranian Oil Co. (U.K. v. Iran), 1952 I.C.J. 93, 134 (July 22) (dissenting opinion of Judge Alvarez). But see Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U.K.), 1992 I.C.J. 3, 46 (Apr. 14) (dissenting opinion of Judge Bedjaoui). 安保理は、憲章7章のもとで行動する場合、現行の法律関係から逸脱することまで認められる。See Vera Gowlland-Debbas, *The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Lockerbie Case*, 88 AM. J. INT'L L. 643, 662 (1994). ICJは「ロッキンビー事件」において仮保全命令を下した。Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U.K.), 1992 I.C.J. 3; Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U. S.), 1992 I.C.J. 114 (Apr. 14). 安保理は、この命令の実施を妨げるため、犯罪人引渡の拒絶が「国際の平和及び安全に対する脅威」であると決議した。See S.C. Res. 748, U.N. SCOR, 47th Sess., 3063d mtg. at 52-54, U.N. Doc. S/INF/48 (1992). See also Krzysztof Skubiszewski, *The International Court of Justice and the Security*

- Council, in FIFTY YEARS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: ESSAYS IN HONOUR OF SIR ROBERT JENNINGS* 606, 617 (Vaughan Lowe & Malgosia Fitzmaurice eds., 1996). このような場合, ICJは判決によって安保理の機能を妨げることはできないといわれる。See U.N. SCOR, 47th Sess., 3063d mtg. at 68, U.N. Doc. S/PV. 3063 (1992) (Statement of Sir David Hannay (U.K.)). なお, このような場合, ICJは当事国の権利義務の宣言に止め, 「執行判決」を避ければよいといわれることがある。See Anthony D'Amato, *The United States Should Accept, by a New Declaration, the General Compulsory Jurisdiction of the World Court*, 80 AM. J. INT'L L. 331, 335 (1986). しかし, 安保理はまさにその当事国の権利義務の尊重を義務づけられないのである。
- (22) See HANS KELSEN, *THE LAW OF UNITED NATIONS* 539-541 (1951); W. MICHAEL REISMAN, *NULLITY AND REVISION: THE REVIEW AND ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL JUDGMENTS AND AWARDS* 241-42 (1971). 判決の終結性は, 政治秩序の安定性という目的の前に自己目的となりえない。See W. Michael Reisman, *The Enforcement of International Judgments*, 62 PROC. AM. SOC. INT'L L. 13, 15 (1968). そこで, 安保理が「破棄院 (cour de cassation)」となる危険が散えて認められたのである。See Constantin Vulcan, *L'Exécution des Décisions de la Cour Internationale de Justice d'après la Charte des Nations Unies*, 51 REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC [RGDIP] 187, 197 (1947).
- (23) See Oscar Schachter, *The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions*, 54 AM. J. INT'L L. 1, 23 (1960); *THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY* 457 (Bruno Simma ed., 1994).
- (24) U.N. SCOR, 42d Sess., 2704th mtg. at 54-55, U.N. Doc. S/PV. 2704 (1986); U.N. SCOR, 42d Sess., 2718th mtg. at 51, U.N. Doc. S/PV. 2718 (1986).
- (25) E.g., G.A. Res. 41/31, U.N. GAOR, 41st Sess., Supp. No. 53, at 23-24, U.N. Doc. A/41/53 (1986).
- (26) See OSCAR SCHACHTER, *INTERNATIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE* 235 (1991).
- (27) See Lloyd N. Cutler, *Some Reflections on the Adjudication of the Iranian and Nicaraguan Cases*, 25 VA. J. INT'L L. 437, 445 (1985). ICJは, 安保理が行動しない場合, 代わりに「国際の平和及び安全の維持」という任務を担うことはできない。See Eugene V. Rostow, *Disputes Involving the Inherent Right of Self-Defence*, in *THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AT A CROSSROADS*, *supra* note 20, at 264, 275-77.
- (28) See Rostow, *supra* note 27, at 271.
- (29) See Oral Argument of Sir Gerald Fitzmaurice (Italy v. Fr., U.K. & U.S.), 1954 I.C.J. Pleadings (Monetary Gold) 126 (May 11, 1954). See also Schachter, *supra* note 23, at 11-12.
- (30) See Schachter, *supra* note 23, at 13-14. ICJの金銭の支払命令の執行手続を国内法に設けるべきといわれることがある。See Ernest L. Kerley, *Ensuring Compliance with Judgments of the International Court of Justice*, in 2 *THE FUTURE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE* 276, 284 (Leo Gross ed., 1976). しかし, 実現していない。But cf. F.A. MANN, *FOREIGN AFFAIRS IN ENGLISH COURTS* 157-58 (1986).
- (31) See *The Corfu Channel (U.K. v. Alb.)*, 1949 I.C.J. 4, 97 (Apr. 9) (dissenting opinion of Judge Azevedo); Wolfgang Friedmann, *General Course in Public International Law*, 127 RCADI 39, 166-67 (1969-II). Cf. Gerald G. Fitzmaurice, *The United Nations and the Rule of Law*, 38 *TRANSACTIONS OF GROTIUS SOC.* 135, 143-44 (1952). 裁判所は法の一般原則に基づいて「宣言判決 (jugement déclaratoire)」を下す権限をもつといわれることがある。See Discours prononcé par M.

- le Dr Kaufmann (Germ.), *Factory of Chorzów* (Germ. v. Pol.), P.C.I.J. (ser. C) No. 15-II, at 30 (June 21, 1928).しかし、国際法においては「執行判決」も執行されえない。See Edwin M. Borchard, *Declaratory Judgments in International Law*, 29 AM. J. INTL L. 488, 489 (1935); GEORG SCHWARZENBERGER, 4 INTERNATIONAL LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 694 (1986).国際判決には執行力と既判力の区別がなく、国内法における判決を類推できない。See Géza de Magyary, *La Jurisdiction de la Cour Permanente de Justice Internationale*, 6 REVUE DE DROIT INTERNATIONAL 381, 451-52 (1930).「宣言判決」の問題は、結局、請求の司法判断適合性の問題である。See Ian Brownlie, *Remedies in the International Court of Justice*, in FIFTY YEARS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 21, at 557, 560, 566.
- (32) See James B. Scott, *The Evolution of a Permanent International Judiciary*, 6 AM. J. INTL L. 316, 319 (1912).
- (33) See PAUL GUGGENHEIM, 2 TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 162-63 (1954).判決の執行の場合にも、国連憲章2条4項は適用される。See Alfred Verdross, *Idées Directrices de L'Organisation des Nations Unies*, 83 RCADI 1, 50 (1953-II).例外は、それ自体自衛権の行使である、判決が認定した領土の回復のみである。See Derek W. Bowett, *Contemporary Development in Legal Techniques in the Settlement of Disputes*, 180 RCADI 169, 214 (1983-II).
- (34) 合衆国第7代大統領ジャクソン (Andrew Jackson) は、ある判決について、「ジョン・マーシャル (John Marshall) [合衆国最高裁長官] が判決を下したのだから、彼が執行すればよい」と言ったという。See HORACE GREELEY, 1 THE AMERICAN CONFLICT: A HISTORY OF THE GREAT REBELLION IN THE UNITED STATES OF AMERICA: 1860-'64, at 106 (1865).この判決は「ウスタ対ジョージア事件」判決である。Worcester v. Georgia, 31 U.S. (6 Peters) 515 (1832).
- (35) See, e.g., *Peace Treaties*, 1950 I.C.J. 65, 71 (Mar. 30).
- (36) See D.W. Greig, *The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes Between States*, 15 INTL & COMP. L.Q. 325, 367 (1966).
- (37) See A. Donat Pharand, *Analysis of the Opinion of the International Court of Justice on Certain Expenses of the United Nations*, 1 CAN. Y.B. INTL L. 272, 297 (1963).
- (38) See Memorandum by Judge Moore, P.C.I.J. (ser. D) No. 2, at 398 (Feb. 18, 1922); Note, *Trends in the Work of the International Court of Justice*, 65 HARV. L. REV. 660, 666 (1952).効力が事後の承認に依存する判決を下すことは、司法裁判所としての地位と抵触するといわれる。See *Free Zones (Fr. v. Swiz.)*, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 46, at 161 (June 7).意見の要請が国際機関に認められ個別の国に認められないのは、前者は意見に従う見込みがあるのに対して、後者はその保障がないためなのである。See HERSCH LAUTERPACHT, THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT 250 (1958).なお、ICJ自身も先行する意見を尊重しない場合、悪評に陥る。See *South West Africa*, 1966 I.C.J. 338 (dissenting opinion of Judge Jessup).
- (39) *Certain Expenses*, 1962 I.C.J. 151 (July 29).
- (40) See Richard A. Falk, *The South West Africa Cases: An Appraisal*, 21 INTL ORG. 1, 20 (1967); Higgins, *supra* note 8, at 589.
- (41) See André Gros, *Concerning the Advisory Role of the ICJ*, in TRANSNATIONAL LAW IN A CHANGING SOCIETY: ESSAYS IN HONOR OF PHILLIP C. JESSUP 313, 315 (Wolfgang Friedmann et al. eds., 1972). See also Leland M. Goodrich, *The Nature of the Advisory Opinions of the Permanent Court of International Justice*, 21 AM. J. INTL L. 738, 756 (1938).意見は「執行されえない判決」といわれることがある。See *Peace Treaties*, 1950 I.C.J. 101 (dissenting opinion of Judge Zoričić).しかし、判

- 決も執行されえない現実からは、判決が意見と効力を同じくするというべきである。See Pieter van Dijk, *For Better or for Worse? -Comments, in FORTY YEARS INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: JURISDICTION, EQUITY AND EQUALITY* 27, 32 (Arie Bloed & Pieter van Dijk eds., 1988).
- (42) See, e.g., *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, 1924 P.C.I.J. (ser. A) No. 2, at 16 (Aug. 30). 第三国の権利が「決定の主題」である場合、ICJはその国の同意なく判決を下さない。See *Monetary Gold (Italy v. Fr., U.K. & U.S.)*, 1954 I.C.J. 19, 32 (June 15). ICJ規程59条にも拘わらず、ICJは実際の考慮から判断を避けるのである。See *Certain Phosphates (Nauru v. Austr.)*, 1992 I.C.J. 240, 331, 342 (June 26) (dissenting opinion of Judge Schwebel). See also Benedetto Conforti, *L'Arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'Affaire de Certains Terres à Phosphates à Nauru (Exception Préliminaires)*, 38 ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL [AFDI] 460, 466-67 (1992). なお、このような判断回避は「双方聴聞 (*audiatur et altera pars*)」の原則に理由づけられることもある。See Rosalyn Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, 17 INTL & COMP. L.Q. 58, 75 (1968).
- (43) See Rostow, *supra* note 27, at 271. かつて国際判決がほとんど履行されたのは、当事国がその特定の裁判に同意していたためである。See Scott, *supra* note 32, at 319; MANLEY O. HUDSON, *THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE: 1920-1942*, at 596 (1943).
- (44) 強制的管轄権の存在は「裁判所」の根本的条件であり、ICJはそれを満たしていないといわれる。See Robert Y. Jennings, *The Progress of International Law*, 34 BRIT. Y.B. INTL L. 334, 340 (1958).
- (45) See *Interhandel (Swiz. v. U.S.)*, 1959 I.C.J. 6, 25 (Mar. 21) (dissenting opinion of Judge Guerrero). 「何人も自らの裁判官たりえず (*nemo iudex in re sua*)」の原理である。See Henri Rolin, *Les Principes de Droit International Public*, 77 RCADI 304, 471-72 (1950-II). Compare 83 PROC. AM. SOC. INTL L. 584 (1989) (Statement of Wani), *with id.* at 577 (Statement of Morrison).
- (46) See Hans Kelsen, *Compulsory Adjudication of International Dispute*, 37 AM. J. INTL L. 397, 400 (1943).
- (47) See D'Amato, *supra* note 21, at 332. 一方的提訴は、被告国に対して提訴の無視がICJの侮辱になるという圧力をかけるといわれるのである。See Note, *The Corfu Channel Case: The International Court of Justice Bids for Expanded Jurisdiction*, 58 YALE L.J. 187, 194 (1948). 最近の「国境および越境武力行使事件」などにおける取り下げの増加は、一方的提訴の「抑止」効果の増大を示すといわれる。See Philippe Couvreur, *The Effectiveness of the International Court of Justice in the Peaceful Settlement of International Disputes*, in *THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: ITS FUTURE ROLE AFTER FIFTY YEARS* 83, 99 n. 38 (A.S. Muller et al. eds., 1997).
- (48) See Helmut Steinberger, *The International Court of Justice*, in *JUDICIAL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES* 193, 196 (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law ed., 1974). 強国は政治的圧力を用いることができるのに対して、弱国は法の前の平等が保障され力の要素を最小化できる裁判を必要とするといわれるのである。See Louis B. Sohn, *Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties*, 150 RCADI 194, 205 (1976-II).
- (49) See Hermann Mosler, *Political and Justiciable Legal Disputes: Revival of an Old Controversy?*, in *CONTEMPORARY PROBLEMS OF INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF GEORG SCHWARZENBERGER ON HIS EIGHTIETH BIRTHDAY* 216, 223 (Bin Cheng & E. D. Brown eds., 1988).
- (50) See, e.g., *Polish Postal Service in Danzig*, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 11, at 19, 30 (May

- 16).
- (51) 杉原高嶺「国際裁判における管轄権踰越論と判決の効力」『法学』52巻5号38頁(1988)。管轄権の事前の受諾に基づく一方的提訴が増加すると、判決の不履行も増加することになる。See Schachter, *supra* note 23, at 5.
- (52) See HANS Kelsen, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW 546 (Robert W. Tucker ed., 2d ed. 1966). 両原則の抵触を解決する一般国際法はない。See L. OPPENHEIM, 2 INTERNATIONAL LAW: DISPUTES, WAR AND NEUTRALITY 28 (Hersch Lauterpacht ed., 8th ed. 1952). 当事国のICJ規程の受諾によって後者が優越するのである。しかし、同規程の受諾も事前になされるため、個別的事件における管轄権の否認に対する実際的解決ではない。ICJの「管轄権決定権」のもとで選択条項を受諾することは、「一方的な法的武装放棄」と見なされるのである。See Samuel A. Bleicher, *ICJ Jurisdiction: Some New Considerations and a Proposed American Declaration*, 6 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 61, 79 (1967).
- (53) See, e.g., ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS, DOCUMENTS PRESENTED TO THE COMMITTEE RELATING TO EXISTING PLANS FOR THE ESTABLISHMENT OF A PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE 119 (1920).
- (54) See Robert Y. Jennings, *The Proper Work and Purposes of the International Court of Justice*, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 47, at 33, 43. 法律的紛争の概念は、むしろ、政治的紛争と区別されるそれらを国際裁判に適するとし、付託を主張するという機能を果たした。See HERSCH LAUTERPACHT, THE FUNCTION OF LAW IN INTERNATIONAL COMMUNITY 5 (1933).
- 法律的紛争の意味は、紛争を対審制の裁判で審理しうる形式に変えることにある。See Sir Robert Jennings, *Reflections on the Term 'Dispute'*, in ESSAYS IN HONOR OF WANG TIEYA 401, 405 (Ronard St. J. MacDonald ed., 1994). 法律的紛争と政治的紛争の相違は、適用される規範が実定法か「衡平と善 (*ex aequo et bono*)」かの相違にあるといわれることがある。See Kelsen, *supra* note 52, at 526. その場合、適用される規範を指定するのは当事国であり、紛争の分類は司法判断適合性の問題ではない。
- (55) See Michel Virally, *Le Champ Opératoire du Règlement Judiciaire International*, 87 RGDIP 281, 307-08 (1983). See also Couvreur, *supra* note 47, at 95 n. 29.
- (56) See Michla Pomerance, *The Advisory Role of the International Court of Justice and Its 'Judicial' Character: Past and Future Prisms*, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 47, at 271, 309.
- (57) See William D. Coplin & J. Martin Rochester, *The Permanent Court of Justice, the International Court of Justice, the League of Nations and United Nations: A Comparative Empirical Survey*, 66 AM. POL. SCI. REV. 529, 541 (1972). 国際裁判は技術的性格の些細な紛争の解決に適するといわれることがある。See JOHN KING GAMBLE, JR. & DANA D. FISCHER, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: AN ANALYSIS OF A FAILURE 60, 72-73 (1976). しかし、紛争の性格は純粋に主観的なものである。
- (58) *Ambatielos Case (Greece v. U.K.)*, 1953 I.C.J. 10 (May 19).
- (59) *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thai)*, 1962 I.C.J. 6 (June 15).
- (60) 前者において、イギリスは認定された仲裁付託義務を履行した。See William W. Bishop, Jr. & Oliver Lissitzyn, *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, 50 AM. J. INT'L L. 674 (1956). 後者において、タイは主権を留保するとしながらも、ICJがその主権を否定した寺院から撤退した。ただし、その後、選択条項受諾宣言を更新しなかった。See Shabtai Rosenne, *La Cour Internationale de Justice en 1962*, 67 RGDIP 737, 776-77 (1963).
- (61) *Right of Passage (Port. v. India)*, 1960 I.C.J. 6 (Apr. 12).
- (62) *Fisheries Jurisdiction (U.K. v. Iceland)*, 1974

- I.C.J. 3 (July 25); Fisheries Jurisdiction (F.R.G. v. Iceland), 1974 I.C.J. 175 (July 25).
- (63) いずれの判決も、被告国が死活的利益と見なす問題であったため、判決にも拘わらず実力が行使され、請求国も法の変動としてそれを受け入れたのである。なお、国際裁判における執行制度の欠如が、法違反を通して国際法の変更に資するといわれることがある。See SCHACHTER, *supra* note 26, at 228-29.しかし、法の変更は違反という消極的過程とともに、他国がその権原の喪失を許容するか懈怠により喪失し、慣行が形成されるという積極的過程によって実現する。See Gerald G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 RCADI 1, 121-22 (1957-II).
- (64) Corfu Channel, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9); Corfu Channel (U.K. v. Alb.), 1949 I.C.J. 244 (Dec. 15).
- (65) Diplomatic and Consular Staff (U.S. v. Iran), 1980 I.C.J. 3 (May 24).
- (66) See Lettre de l'agent albanais au Greffier de la Cour, 1949 I.C.J. Pleadings (2 Corfu Channel) 400 (June 29, 1949). ICJは安保理の決議22に依拠する。See S.C. Res. 22, U.N. SCOR, 2d Sess., 127th mtg. at 3, Doc. S/324 (1947).しかし、同決議は紛争の付託を求めるのみであり、付託合意も賠償算定に触れていなかったため、管轄権には疑義があった。See Leo Gross, *The International Court of Justice and the United Nations*, 120 RCADI 312, 354-55 (1967-I).
- (67) See Corfu Channel, 1949 I.C.J. 23-26.
- (68) See Corfu Channel, 1949 I.C.J. 244, 248, 250.
- (69) See SHABTAI ROSENNE, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE 98 (1957).イギリスは、後に「貨幣用金事件」でこの判決の執行を試みることになる。
- (70) See Communication from the Government of Iran, 1980 I.C.J. Pleadings (Diplomatic and Consular Staff) 18-19 (Dec. 9, 1979).紛争の特定の側面だけを取りだして判決を下しても、紛争は解決しないのである。See Edwin Borchard, *Place of Law and Courts in International Relations*, 37 AM. J. INTL L. 46, 55 (1943); Hans J. Morgenthau, *Diplomacy*, 55 YALE L.J. 1067, 1078-79 (1946).
- (71) See Diplomatic and Consular Staff, 1980 I.C.J. 20.
- (72) アメリカは人質救出のために軍事作戦も行った。仮保全命令が実効的でない場合、侵害の受忍義務はないからである。See Ted L. Stein, *Contempt, Crisis, and the Court: The World Court and the Hostage Rescue Attempt*, 76 AM. J. INTL L. 516-17 (1980). But see Diplomatic and Consular Staff, 1980 I.C.J. 20 (dissenting opinion of Judge Morozov).
- (73) See *Department of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria*, 20 INTL LEGAL MATERIALS 224 (1981).例えば、アメリカによる経済制裁は実効的だったといわれる。See Robert Carswell, Jr., *Economic Sanctions and the Iran Experience*, 60 FOREIGN AFF. 247, 260 (1981-1982).
- (74) ただし、この判決はアメリカの交渉での「取引材料」となったといわれることがある。See Leo Gross, *Underutilization of the International Court of Justice*, HARV. INTL L.J. 571, 589-591 (1986).
- (75) See Military and Paramilitary Activities, 1986 I.C.J. 26-27.
- (76) See Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1984 I.C.J. 215, 435 (Nov. 26).
- (77) See *Statement of the U.S. Withdrawal from the Proceedings Initiated by Nicaragua in the International Court of Justice*, 24 INTL LEGAL MATERIALS 246 (1985).管轄権には次のような疑義があった。第1に、アメリカの「ヴァンデンバーグ留保 (Vandenberg Reservation)」の適用により、ICJ規程36条2項による管轄権は成立しない。See Military and Paramilitary Activities, 1986 I.C.J.

218-229 (dissenting opinion of Judge Oda). 第2に、友好通商条約については請求書面に含まれていなかった。See *id.* at 229-230 (dissenting opinion of Judge Schwebel). 第3に、前置されるべき交渉が尽くされていない。See *Military and Paramilitary Activities*, 1984 I.C.J. 454 (separate opinion of judge Ruda). 第4に、形式的には条約の付託条項に該当するとしても、「実際は条約の規定の外にある事項」であり、当事国は付託の意思をもっていなかった。See *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 539 (dissenting opinion of Judge Jennings). See also W. Michael Reisman, *The Other Shoe Falls: The Future of Article 36 (1) Jurisdiction in the Light of Nicaragua*, 81 AM. J. INT'L L. 166, 169-171 (1987).

(78) *Department of State Letter and Statement Concerning Termination of Acceptance of I.C.J. Compulsory Jurisdiction*, 24 INT'L LEGAL MATERIALS 1742 (1985).

(79) アメリカの一貫した管轄権の否定から、判決の不履行は予想されていた。See *Address by President Bedjaoui to the Asian-African Legal Consultative Committee*, 49 I.C.J. Y.B. 234 (1994-1995).

(80) 提訴から本案判決まで2年2か月であったのに対して、本案判決から賠償手続を続けて取り下げまで5年2か月であった。

(81) 被告国の不出廷を管轄権の存在の自白と見なし、仮保全措置の基礎となる管轄権の「一応の (*prima facie*)」認定ができるといわれることがある。See Gerald Fitzmaurice, *The Problem of 'Non-Appearing' Defendant Government*, 51 BRIT. Y. B. INT'L L. 89, 93 (1980). しかし、そのような認定は、不出廷国のICJに対する不信を悪化させるだけである。不出廷国に対する裁判は最も急進的な新機軸であり、慎重になされなければならない。See Moore, *supra* note 38, at 214.

(82) See J.G. MERRILLS, *INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT* 295 (3d ed. 1998).

(83) See Shigeru Oda, *Reservations in the Declara-*

tions of Acceptance of the Optional Clause and the Period of Validity of Those Declarations: The Effect of the Shultz Letter, 59 BRIT. Y. B. INT'L L. 1, 21-23 (1988). 小田判事のこのような見解は「19世紀的」と評される。See EDWARD McWHINNEY, *JUDGE SHIGERU ODA AND THE PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW* 94 (1993). しかし、「19世紀的」なのは小田判事の見解というより、国際社会の現実である。

(84) See EMMERICH DE Vattel, *Le Droit des Gens* 306 (M.P. Pradier-Fodéré ed., nouvelle ed. 1863).

(85) See Couvreur, *supra* note 47, 83, 90-91.

(86) See Leo Gross, *Compulsory Jurisdiction Under the Optional Clause: History and Practice*, in *THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AT A CROSSROADS*, *supra* note 20, at 19, 45-46; Shigeru Oda, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*, 244 RCADI 9, 33, 44 (1993-VII).

(87) See Gary L. Scott & Craig L. Carr, *The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause*, 81 AM. J. INT'L L. 57, 74 (1987); Mark Weston Janis, *Somber Reflections on the Compulsory Jurisdiction of the International Court*, 81 AM. J. INT'L L. 144, 146 (1987). なお、環境法において「誓約と審査 (pledge and review)」方式が用いられるのは、各国が個別的事情を考慮して比較的短期の誓約をなすことにより遵守が期待されるためである。

(88) See, e.g., Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1989 I.C.J. 177, 189 (Dec. 15).

(89) See *Eastern Carelia*, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 5, at 27 (July 23). アメリカの州における勧告的意見が立法の事前審査なのに対して、PCIJの意見が現実の紛争についてであることが批判されていた。See ARTHUR L. BROWN, *THE WORLD COURT MYTH* 105 (1926). ただし、連盟理事会はその任務を果たすために紛争当事国の同意なく意見を要請す

- るしうるとした。See 4 LEAGUE OF NATIONS O.J. 1501-02 (1923) (Statement of Titulesco (Rom.)). See also Manley O. Hudson, *The Twenty-Ninth Year of the World Court*, 45 AM. J. INT'L L. 1, 6 (1951).
- (90) Western Sahara, 1975 I.C.J. 12, 25 (Oct. 16). See also Namibia, 1971 I.C.J. 16, 156 (June 21) (separate opinion of Judge Dillard); Sir Humphrey Waldock, *General Course on Public International Law*, 106 RCADI 1, 117-18 (1962-II); Pomerance, *supra* note 56, at 307.
- (91) See Statement by Mr. Fitzmaurice (U.K.), 1950 I.C.J. Pleadings (Peace Treaties) 305-06 (Mar. 2, 1950). See also Statement by Mr. Benjamin V. Cohen (U.S.), *id.* at 272-76 (Mar. 1, 1950); Gross, *supra* note 66, at 320-21.
- (92) See Peace Treaties, 1950 I.C.J. 97 (dissenting opinion of Judge Winiarski).このような場合、意見は前者の行為を確認し後者の行為を違法と認定するために要請されることになる。See Denise Bindschedler, *Le Règlement des Différends Relatif au Statut d'un Organisme International*, 124 RCADI 452, 471-72 (1968-II).例えば、「国連加盟承認に関する総会権限事件」においても、要請はソ連の拒否権行使を直接の対象としており、その同意が問題になるはずだったといわれる。See Wienczyslaw Wagner, *Is a Compulsory Jurisdiction Possible?*, 47 NW. U.L. REV. 21, 42 (1953).なお、意見手続において国際機関が措置の対象としようとする国家を当事者と認めないのは正義に反する。See Sir Gerald Fitzmaurice, *The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today*, in LIVRE DU CENTENAIRE: 1873-1973: EVOLUTION ET PERSPECTIVES DU DROIT INTERNATIONAL 196, 296 (Institut de Droit International ed., 1973).
- (93) 「核兵器の使用等の合法性」に関する意見の要請のように、NGOが進めた要請は受理可能性の問題を提起するため、「政府や国際組織が、報道機関の支持を得て彼らを責めたてる強力な圧力団体に対抗し、決定の十分な独立を維持するべき」といわれる。See Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 287-88 (dissenting opinion of Judge Guillaume). See also Michael J. Matheson, *The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 91 AM. J. INT'L L. 417, 420 (1997).
- (94) See DHARMA PRATAP, THE ADVISORY JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT 93 (1972).争訟事件についても、特定の国を提訴しない先決的決定を認めることにより、対決性を消し紛争を脱政治化できるといわれることがある。See Leo Gross, *The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order*, 65 AM. J. INT'L L. 253, 311 (1971).
- (95) See Conditions of Admission, 1947-1948 I.C.J. 57, 61 (May 28).ただし、この判示は要請が政治的問題に係わるという異議に対するものであり、要請がなされた状況を考慮しないという意味ではないといわれる。See GERALD G. FITZMAURICE, 2 THE LAW AND PROCEDURE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE 655 (1986).
- (96) See Conditions of Admission, 1947-1948 I.C.J. 74 (dissenting opinion of Judge Azevedo).これにより、当事国の同意原則という裁判所制度の基礎を失わせる「勧告的仲裁裁判 (arbitrage consultatif)」は否定されたといわれる。See *id.* at 73.
- (97) See PRATAP, *supra* note 94, at 93. PCIJの設立に関する法律家委員会は、抽象的な質問に関する意見は少数の裁判官により下すべきであり、後訴における裁判所の自由を制限してはならないとした。See ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS, PROCES-VERBAUX OF THE PROCEEDINGS OF THE COMMITTEE 730 (1920).抽象的な法宣明は、特定の事実に係わる紛争が生じたときに有用な解釈を引き出せないのである。See Paul Guggenheim, *Les Principes de Droit International Public*, 80 RCADI 1, 164 (1952-I); KENNETH JAMES KEITH, THE EXTENT OF

THE ADVISORY JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE 21 (1971).

- (98) See D.W. BOWETT, *THE LAW OF INTERNATIONAL INSTITUTIONS* 280-81 (4th ed. 1982).
- (99) See Gross, *supra* note 66, at 411-12. 「留保事件」における要請の直接の目的は、条約寄託者としての事務総長の任務の遂行にあった。See Reservations, 1951 I.C.J. 15, 19 (May 28). 意見は留保を条約目的との適合性により審査すべきであるとしたが、実際は無審査で寄託を受けることで解決した。意見に述べられた基準は具体的適用が未定だったため、却って法的状況の確実性を損なったのである。See Hersch Lauterpacht, *Codification and Development of International Law*, 49 AM. J. INTL L. 16, 21 (1955).
- (100) See U.N. GAOR, 3d Sess., pt. 2, Ad Hoc Pol. Comm., Summ. Rec., 39th mtg. at 139, U.N. Doc. A/AC. 24/SR. 34 (1949) (statement of Malik (U.S.S.R.)). See also Yuen-Li Liang, *Notes on Legal Questions Concerning the United Nations: Observance of Human Rights in Bulgaria, Hungary and Rumania*, 44 AM. J. INTL L. 100, 113 (1950).
- (101) G.A. Res. 294 (IV), U.N. GAOR, 4th Sess., at 16-17, U.N. Doc. A/1251 (1949).
- (102) G.A. Res. 385 (V), U.N. GAOR, 5th Sess., Supp. No. 20, at 16, U.N. Doc. A/1775 (1950).
- (103) ICJは、「東部カレリア事件」とこの事件を区別して、前者においては、意見が紛争の実質的な決定に相当し、事実の評価のために当事国の陳述を要したのに対して、後者においては、紛争の解決手続に関する問題であり紛争の本案にふれず、当事国の陳述を必要とする事実の問題も含まれないとした。See Peace Treaties, 1950 I.C.J. 72. Cf. Eastern Carelia, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 5, at 27-29 (July 23). But see Peace Treaties, 1950 I.C.J. 82-83 (dissenting opinion of Judge Azevedo); Wagner, *supra* note 92, at 44; William Schwartz, *The International Court's Role as an Adviser to*

the United Nations-A Study in Retrogressive Development, 37 B.U.L. REV. 404, 415 (1957).

- (104) 冷戦の反映であることは、ポーランドが問題の政治的犯罪はアメリカの共謀によるとしたことに象徴されている。See U.N. GAOR, 3d Sess., pt. 2, Ad Hoc Pol. Comm., Summ. Rec., 35th mtg. at 86, U.N. Doc. A/AC. 24/SR. 35 (1949) (Statement of Drohojowski (Pol.)). 同様に、冷戦に係わる加盟承認事件の2意見も問題を解決できず、16国が形式的には意見に従って個別的に審査されたものの、事実上は一括承認 (package deal) されることになった。
- (105) See Lettre du gouvernement de la Republique française au greffier, 1962 I.C.J. Pleadings (Certain Expences) 131-34 (Feb. 15, 1962); Oral Statement of Mr. Tunkin (U.S.S.R.), *id.* at 402 (May 21, 1962).
- (106) See U.N. GAOR, 16th Sess., 1086th mtg. at 1151-52, U.N. Doc., A/PV. 1986 (1961) (statement of Roshchin (U.S.S.R.)).
- (107) 総会が決議の合憲性の審査に消極的であるのは、審査が総会の活動を遅滞させる虞からといわれる。See LELAND M. GOODRICH ET AL., *CHARTER OF THE UNITED NATIONS COMMENTARY AND DOCUMENTS* 565 (3d & rev. ed. 1969).
- (108) See Certain Expences, 1962 I.C.J. 157. ICJは、関連決議を審査しなくとも意見の基礎として十分であるとしながら、「提出されている他の議論に入るのが適当」として審査した。See *id.* at 170. しかし、要請の審議で決議の合憲性を要請に含めようというフランスの修正案が否決されたため、その問題に関しては判断すべきでなかったといわれる。See, e.g., *id.* at 180-81 (declaration of Judge Spiropoulos). また、要請は問題の全体に関する審理を妨げるため意見を下すべきではないともいわれる。See, e.g., *id.* at 235 (dissenting opinion of Judge Basdevant).
- (109) See *id.* at 168. See also *id.* at 117 (separate opinion of Judge Fitzmaurice). この理由づけは、イギリスやアメリカの主張を容れたものである。

- See Oral Statement of Sir Reginald Manningham-Buller (U.K.), 1962 I.C.J. Pleadings (Certain Expenses) 336-37 (May 17, 1962); Oral Statement of Mr. Chayes (U.S.), *id.* at 415-16 (May 21, 1962).
- (110) G.A. Res. 1854 (XVII), U.N. GAOR, 17th Sess., Supp. No. 17, at 54-55, U.N. Doc. A/5217 (1962).
- (111) See U.N. GAOR, 19th Sess., 1331st mtg. at 1, UN. Doc. A/PV. 1331 (1965). See also LA CHARTE DES NATIONS UNIES 396-97, 399 (Jean-Pierre Cot & Allain Pellet eds., 2d ed. 1991). 総会がICJの意見に従って投票権停止の措置を執っていたら、フランスとソ連は国連を脱退し、国連は大国を加盟国にもたなかった連盟の二の舞になったといわれる。See David P. Forsythe, *The International Court of Justice at Fifty*, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 47, at 385, 392. 意見の要請は、政治的妥協を破壊する誤りだったのである。See Richard A. Falk, *Realistic Horizons for International Adjudication*, 11 VA. J. INT'L L. 314, 316 (1971). 合衆国の南北戦争の契機の1つに、合衆国最高裁の「ドレッド・スコット事件」判決がある。Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393. この判決は、裁判所の判決さえ下されれば戦争は生じないとする思考の反証である。See Jennings, *The Proper Work and Process*, *supra* note 54, at 44.
- (112) この事件においては、南アフリカだけではなくフランスなども決議の効力を認めず、南アフリカの居座りの違法性を否定していた。See Exposé écrit du gouvernement français, 1971 I.C.J. Pleadings (1 Namibia) 362, 365-67.
- (113) See Namibia, 1971 I.C.J. 12-14, 24-25. ナミビアの問題は、安保理の議事日程においても「紛争」ではなく「事態」とされており、国連憲章32条の適用はないというのである。See *id.* at 22-23.
- (114) See S.C. Res. 284, SCOR, 25th Sess., 1550th mtg. at 12, U.N. Doc., S/INF/25 (1970).
- (115) See Brigitte Bollecker, *L'Avis Consultatif du 21 Juin 1971 dans L'Affaire de la Namibie (Sud-Ouest Africain)*, 17 AFDI 281, 298 (1971). フランスは、決議の合憲性の問題を前提とすることなく居座りの効果に関して意見を下すことはできないとしていた。See *supra* note 112, at 365. See also Namibia, 1971 I.C.J. 144 (separate opinion of Judge Onyeama); *id.* at 302 (dissenting opinion of Judge Fitzmaurice).
- (116) See Namibia, 1971 I.C.J. 45. ICJは、規則に従ってなされた国連機関の決議は「反証なきかぎり (prima facie)」合憲性が推定され、ICJは司法審査や上訴審の権限をもたないという。See *id.* at 22.
- (117) S.C. Res. 301, U.N. SCOR, 26th Sess., 1598th mtg. at 7-8, U.N. Doc. S/INF/27 (1971); G.A. Res. 2871 (XXIV), U.N. GAOR, 26th Sess., Supp. No. 29, at 105-06, U.N. Doc. A/8429 (1971).
- (118) アメリカ、イギリス、フランスは、安保理における南アフリカの除名決議案に繰り返し三重拒否権 (triple veto) を行使している。See, e.g., U.N. SCOR, 29th Sess., 1808th mtg., at 18, U.N. Doc. S/PV. 1808 (1974).
- (119) See Gross, *supra* note 66, at 411-12; LA CHARTE DES NATIONS UNIES, *supra* note 111, at 1301-02.
- (120) ICJの任務は、紛争の直接的解決ではなく、国際法の宣明と発展を通しての平和の間接的創設であるといわれることがある。See Gross, *supra* note 94, at 258-59. ICJの「目的の変容」が起こったというのである。See LAUTERPACHT, *supra* note 38, at 5. しかし、ICJの本質的機能は紛争の解決であり、法の宣明と発展はいくら重要であっても「副産物」にすぎない。See Shabtai Rosenne, *The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principles of Equity in International Law*, in AN INTERNATIONAL LAW MISCELLANY 201, 202 (1993). See also Robert Y. Jennings, *The Judicial Function and the Rule of Law in International Relations*, in 3 LE DROIT INTERNATIONAL A L'HEURE DE SA CODIFICATION: ETUDES EN L'HONNEUR DE

ROBERTO AGO 139, 141 (1987). 国連総会決議に一定の権威が認められる場合、それは総会の「準立法権限」ではなく国家の共有される信念に依存する。See Frederic L. Kirgis, Jr., *Standing to Challenge Human Endeavors That Could Change the Climate*, 84 AM. J. INTL L. 525, 527 (1990). 同様に、ICJの判決や意見も、当事国や関係国の履行によって実際に紛争を解決して初めて権威をもつと思われる。See Forsythe, *supra* note 111, at 396.

(120) Free Zones (Fr. v. Swiz.) 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 22, at 13. *Accord North Sea Continental Shelf* (F.R.G. v. Den. & Neth.), 1969 I.C.J. 3, 47 (Feb. 20). そして、訴訟手続の弁論も、判事の心証形成より相手国の説得を目的とする面がある。河西直也「国際法における『合法性』の観念(一)―国際法『適用』論への覚え書き―」『国際法外交雑誌』80巻1号16頁(1981)。

(121) See Antonio Cassese, *The Concept of "Legal Dispute" in the Jurisprudence of the International Court*, 14 COMUNICAZIONI E STUDI 173, 177-78, 181-82 (1975). 紛争の平和的解決の手段のなかで、司法的解決は優先権をもたないのである。See Hermann Mosler, *Problems and Tasks of International Judicial and Arbitral Settlement of Disputes Fifty Years After the Founding of the World Court*, in JUDICIAL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES, *supra* note 48, at 3, 4. なお、紛争の解決の「単線構造論」に対置される「複線構造論」は、法変更の機能によって調停に独自の価値を認める。高野雄一「外交関係条約と司法的紛争解決条項」『紛争の平和的解決と国際法(皆川洸先生還暦記念)』北樹出版346-47頁(1981)。しかし、立法論を措いた現実の認識としては、国際裁判が交渉と対置しうる独自の手段であるかどうかこそが問題である。むしろ、結局は交渉による解決を必要とするという意味で、逆の「単線構造」だと思われる。

(122) See Dana D. Fischer, *Decisions to Use the International Court of Justice: Four Recent Cases*, 26 INTL STUD. Q. 251, 274-75 (1982).

(123) See Manfred Lachs, *The Development and*

General Trends of International Law in Our Time, 169 RCADI 9, 229 (1980-IV); Michael Glennon, *Protecting the Court's Institutional Interests: Why Not the Marbury Approach?*, 81 AM. J. INTL L. 121, 126 (1987). See also Couvreur, *supra* note 47, at 112. 当事国は、紛争の終局的解決ではなく、法的争点の解明に止めることを有用と見なすこともある。See JUDICIAL SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES, *supra* note 48, at 69 (statement of Janicke). 例えば、評議の結果を判決言渡前に命令の中で示し交渉の期間を与えるという「調停裁判所 (court of conciliation)」の機能も、付託自由の制度のもとでは認められるのである。See Arthur K. Kuhn, *The Conciliatory Powers of the World Court: The Case of the Free Zones of Upper Savoy*, 24 AM. J. INTL L. 350, 352-53 (1930). But see W. Burckhardt, *L'Affaire des Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 57 REVUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE LEGISLATION COMPARÉE 90, 107 (1930).

(124) 河西直也「国際紛争の平和的解決と国際法―国際法『適用』論への覚え書き―」寺沢一他編『国際法学の再構築下』105頁(1978)。調停は、法の適用による解決を避けて妥協を試みるにとどまるため、国際社会における法の支配による終局的解決を阻害するといわれることがある。See LAUTERPACHT, *supra* note 54, at 267. しかし、実際は調停においても法が考慮されている。See Bowett, *supra* note 33, at 189-190. さらに、集権的立法の制度がない中で、当事国が既存法の適用に適しないと見なす紛争は、「衡平と善」によって事後の立法を伴って解決されるべきなのである。See Alfred von Verdross, *Règles Générales du Droit International de la Paix*, 30 RCADI 271, 474 (1929-V). ただし、「強行規範 (jus cogens)」に反する事後法は認められない。See Bowett, *supra* note 33, at 182. なお、「衡平と善」による判決は「形成判決 (jugement formateur)」と呼ばれることがある。See GUGGENHEIM, *supra* note 33, at 166.

(125) See SCHACHTER, *supra* note 26, at 223. ICJにつ

- いては、国内法における紛争の一回的解決の要請による執行判決の請求の優先もない。See Hermann Mosler, *Judgments of International Courts and Tribunals*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 111, 114 (Rudolf Bernhardt ed., 1981).
- (127) See Malcolm N. Shaw, *The Security Council and the International Court of Justice: Judicial Drift and Judicial Function*, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 47, at 219, 248-49.
- (128) See Janis, *supra* note 87, at 146. ICJは、「真の同意」の存在を当事国のあらゆる態度によって確認しなければならない。例えば、意見の要請の例で「国連本部協定事件」がある。Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement, 1988 I.C.J. 12 (Apr. 26). この事件で、アメリカの国務省は、争われている国内法の実施が協定違反に当たることを一貫して認め、意見の要請にも棄権するなど、強く反対しなかった。さらに、ICJの手續においても陳述書を提出した。問題は司法省が争われている法の適用に積極的だったことである。See 82 PROC. AM. SOC. INTL L. 535-37 (1988) (Statement of Cooper). そこで、意見は国務省が司法省を説得するためにむしろ利用されたのである。結局、国内裁判所は争われていた法がパレスチナ解放機構代表部には適用されないと判決した。United States v. Palestine Liberation Org., 695 F.Supp. 1456 (S. D.N.Y. 1988). そして司法省は上訴しなかった。See 42 I.C.J. Y.B. 154-57 (1987-1988); 43 I.C.J. Y.B. 168-69 (1989-1990). このような場合、ICJは、当事国の態度から判断を避ける必要がないことを認識できるのである。
- (129) See FITZMAURICE, *supra* note 95, at 438.
- (130) See Military and Paramilitary Activities, 1986 I.C.J. 236-240 (dissenting opinion of Judge Oda). なお、PCIJに関する法律家委員会は、管轄権の事前の合意に留保が付されている場合、当事国が留保該当性を決定する権限をもつべきとしていた。See Moore, *supra* note 38, at 389.
- (131) See LAUTERPACHT, *supra* note 38, at 399; Higgins, *supra* note 42, at 61-62.
- (132) See Northern Cameroons, 1963 I.C.J. 29. Accord Nuclear Tests (Austr. v. Fr.), 1974 I.C.J. 259-260; Nuclear Tests (N.Z. v. Fr.), 1974 I.C.J. 463.
- (133) See Northern Cameroons, 1963 I.C.J. 30.
- (134) See Edward Gordon, *Discretion to Decline to Exercise Jurisdiction*, 81 AM. J. INTL L. 129, 134 (1987). See also José Juste Ruiz, *Mootness in International Adjudication: The Nuclear Cases*, 20 GERMAN Y.B. INTL L. 358, 362-63 (1977). But see D.H.N. Johnson, *The Case Concerning the Northern Cameroons*, 13 INTL & COMP. L.Q. 1143, 1175 (1964).
- (135) ICJは、南アフリカのみならず第三国も判決を望まないという「狼煙」をあげていたことを知っていた。See Higgins, *supra* note 8, at 289-290.
- (136) See South West Africa, 1966 I.C.J. 34; J.H. W. Verzijl, *The South West Africa Cases (Second Phase)*, 3 INTL REL. 95 (1966).
- (137) See, e.g., Barcelona Traction (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3, 36 (Feb. 5). See also Gabriele Salvio, *Problèmes de Procédure dans la Jurisprudence Internationale*, 91 RCADI 553, 559-561 (1957-I); Robert Y. Jennings, *General Course on Principles of International Law*, 121 RCADI 323, 507 (1967-II).
- (138) See Franz Matscher, *Standing Before International Courts and Tribunals*, in ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *supra* note 126, at 191, 192.
- (139) See PHILIP C. JESSUP, A MODERN LAW OF NATIONS 154 (1948).
- (140) 「南西アフリカ事件」(先決的抗弁)判決は、ICJがそれまで意見手續だけで用いてきた「動態的、目的的、制度的な手法」を初めて争訟事件で用いた。See Gross, *supra* note 66, at 378.
- (141) Compare Leo Gross, *Conclusions*, in THE FUTURE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE,

supra note 30, at 727, 748-750, with Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AM. J. INT'L L. 413, 442 (1983). See also Nuclear Tests (Austr. v. Fr.), 1974 I. C.J. 385-87 (dissenting opinion of Judge De Castro). なお、一般利益に基づく提訴においては、請求国が適切代表かどうか問題となる。例えば、「南西アフリカ事件」の請求国は、1960年のアフリカ諸国会議においてアフリカ諸国のために提訴するよう委ねられていた。See U.N. GAOR, 21st Sess., 1429th mtg. at 13, U.N. Doc. A/PV. 1429 (Statement of Bouteflika (Alg.)). 「東ティモール事件」においては請求国が東ティモール人民を代表しているという証拠がないといわれた。See East Timor (Port. v. Austr.), 1995 I.C.J. 90, 135-38 (June 30) (separate opinion of Judge Vereshchetin). 「核実験事件」については、請求国は過去20年間イギリスとアメリカの当該海域における核実験を支持しており適切代表か疑問とされる。See Edward McWhinney, *International law-Making and the Judicial Process: The World Court and the French Nuclear Tests case*, 3 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 9, 42-43 (1975). 諸国は、事実や法が明らかでICJの管轄権が争えない場合も、自国の利益にならないかぎり、他国における人権侵害を提訴することはないのである。See Lori Fischer Damrosch, *Genocide and Ethnic Conflict*, in INTERNATIONAL LAW AND ETHNIC CONFLICT 256, 274-75 (David Wippman ed., 1998).

(142) See U.N. GAOR, 21st Sess., 1429th mtg. at 16, U.N. Doc. A/PV. 1429 (Statement of Ake (Ivory Coast)). See also JOSEPH-MARIE BIPOUN WOUN, LE DROIT INTERNATIONAL AFRICAÏN: PROBLÈMES GÉNÉRAUX-RÈGLEMENT DES CONFLITS 196 (1970).

(143) 訴訟手続の尊重は当事国を恣意的扱いから保護する。See Manfred Lachs, *The Revised Procedure of the International Court of Justice*, in ESSAYS ON THE DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL LEGAL

ORDER: IN MEMORY OF HARO F. VAN PANHUYS 21, 24-25 (Frits Kalshoven et al. eds., 1980). そのため、ICJの信頼は法適用の安定性よりもむしろ当事国に対する手続的権利の保障に依存する。See 47 ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL 265 (1957-I) (statement of Dickinson); Northern Cameroons, 1963 I.C.J. 40 (declaration of judge Koretsky). 一般に、政治的主体の信頼は裁判所が政治的平面において影響をもつための条件なのである。See Colin S. Diver, *The Judges as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions*, 65 VA. L. REV. 43, 103 (1979).

(144) See, e.g., South West Africa, 1966 I.C.J. 240-41 (dissenting opinion of Judge Koretsky); Higgins, *supra* note 8, at 580-82.

(145) Compare South west Africa, 1966 I.C.J. 19, with *id.* at 343 (dissenting opinion of Judge Jessup).

(146) See Gerald G. Fitzmaurice, *Judicial Innovation -Its Uses and Its Perils-As Exemplified in Some of the Work of the International Court of Justice During Lord McNair's Period of Office*, in CAMBRIDGE ESSAYS IN INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF LORD MCNAIR 24, 26 (1965); ELIHU LAUTERPACHT, ASPECTS OF THE ADMINISTRATION OF INTERNATIONAL JUSTICE 147, 151-52 (1991); SHABTAI ROSENNE, 2 THE LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL COURT: 1920-1996, at 931 (3d ed. 1997). See also Radio Cooperation of America v. National Government of Republic of China, 3 R. I.A.A. 1621, 1634-36. PCIJは、当事国による申立の修正の場合、他方当事国が修正に関して弁論の機会をもたなければならないとした。See Factory of Chorzów (Germ. v. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No.17, at 4,7 (Sept. 13). 「双方聴聞」は法の一般原則なのである。See BIN CHENG, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 290 (1987). 当事国の十分な弁論がない場合、判決の理由づけも十分なものと

- りえない。
- (147) See John Dugard, *The Nuclear Tests Cases and the South West Africa Cases: Some Realism About the International Court of Justice*, 16 VA. J. INTL L. 463, 492 (1976).
- (148) See Bin Cheng, *The 1966 South-West Africa Judgement of the World Court*, 20 CURRENT LEGAL PROBS. 181, 212 (1967); William P. Rogers, *The Rule of Law and the Settlement of International Disputes*, 64 PROC. AM. SOC. INTL L. 285, 288 (1970).
- (149) See Bin Cheng, *supra* note 148, at 212. 先決的抗弁判決に対する反対意見は、争われている「領域の住民の物質的・精神的福祉および社会的発展をできるかぎり促進する」という規定は、司法的決定を下す客観的基準を欠き、技術的または政治的な場で評価すべきであるとしていた。See *South West Africa (Eth. & Liber. v. S. Afr.)*, 1962 I.C.J. 466-67 (Dec. 21) (joint dissenting opinion of Judges Spender & Fitzmaurice). See also John Dugard, *South West Africa and the "Terrorist Trial"*, 64 AM. J. INTL L. 19, 39 (1970).
- (150) ただし、南アフリカは、判決の翌年、国連に対して初めて南西アフリカに関する報告を提出した。See Brian Flemming, *South West Africa Cases: Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa: Second Phase*, 5 CAN. Y.B. INTL L. 241, 252 (1967).
- (151) See Johnson, *supra* note 134, at 1168; Higgins, *supra* note 42, at 73.
- (152) See *Northern Cameroons*, 1963 I.C.J. 32-34. そのため請求の補正の問題は生じない。See *id.* at 98 n. 1 (separate opinion of Judge Fitzmaurice).
- (153) See *id.* at 33-34. ICJは、判決は継続的適用可能性がなければならないという。See also *id.* at 64 (separate opinion of Judge Wellington Koo); *id.* at 98-99 (separate opinion of Judge Fitzmaurice).
- (154) See *id.* at 27, 37-38. 係争の行為が終了し停止すべき継続的違反がなく、判決は信託統治協定を復活できないため、本件は本案審理を待たず司法機能に

係わらないことが明らかだとした。See *id.* at 31-33. ICJは、決議の合法性を認める場合は審理するが、そうでない場合は否定せずに判断を避けるという傾向に従うといわれる。古川照美「国際組織に対する国際司法裁判所のコントロール—国際組織の権限踰越 (ultra vires) —」『国際法外交雑誌』78巻3号118—19頁 (1979)。

なお、違法行為の認定は当事国の威信の侵害など精神的損害の救済として認められるという反対があった。See *Northern Cameroons*, 1963 I.C.J. 172 (dissenting opinion of Judge Bustamante). 確かに、違法行為の認定は国家の尊厳に対する精神的損害の救済としても認められることがある。See Luigi Migliorino, *Sur la Declaration D'Illicite Comme Forme de Satisfaction: À Propos de la Sentence Arbitrale du 30 Avril 1990 dans L'Affaire du Rainbow Warrior*, 96 RGDIP 69 (1992). しかし、例えば「コルフ海峡事件」において、アルバニアが主権侵害という国家の確立した法益の侵害を主張していたのに対して、「北部カメルーン事件」において、カメルーンはそうした個別の利益を主張していない。

- (155) See *Northern Cameroons*, 1963 I.C.J. 97 n. 1. (separate opinion of Judge Fitzmaurice). ICJにおいて最初にムートという用語が用いられたのは、「インターハンデル事件」において、アメリカが国内救済未了の抗弁により請求が却下されうる場合、自己判断留保による抗弁はムートであると主張したときである。See *Interhandel*, 1959 I.C.J. 26.
- (156) But see Leo Gross, *Limitation upon the Judicial Function*, 58 AM. J. INTL L. 415, 422 (1964).
- (157) See *L'Ambassadeur de France aux Pays-Bas au Greffier (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. Pleadings (2 Nuclear Tests) 347-48 (May 16, 1973).
- (158) ICJの仮保全命令は、フランスの実験に何ら影響がなかった。But see William K. Ris, Jr., *French Nuclear Testing: A Crisis for International Law*, DENV. J. INTL L. & POLY 111, 132 (1974); MARCEL MERLE, *SOCIOLOGIE DES RELATIONS INTERNATIONALES* 423, 426 (3d ed. 1982). 判決により間接的影響を受

- ける中国も、仮保全措置の5日後、実験を行った。
- (159) ICJは、真の目的は文言の通常の意味のみに基づけることはできないとして、請求の本来の究極の目的は実験の中止であり、違法性の宣言はその理由にすぎないとした。See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 263.
- (160) See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 270-71. PCIJは「上部シレジア事件」において、争われていた取用の撤回は確立した事実であるとした。See also *Upper Silesia (Germ. v. Pol.)*, 1926 P.C.I.J. (ser. A) No.7, at 58 (May 25).
- (161) See Ronald St. John MacDonald & B. Hough, *The Nuclear Tests Case Revised*, 20 GERMAN Y. B. INT'L L. 337, 351 (1977). See also *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 320-21 (joint dissenting opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga, Waldock); *id.* at 453 (dissenting opinion of Judge Barwick).
- (162) See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 398 (dissenting opinion of Judge Barwick).
- (163) 例えば、アメリカ法においては、被告が自発的に係争行為を停止しても行為の再発の可能性がないことを立証しないかぎり、差止請求はムートと認められない。See, e.g., *United States v. W.T. Grant Co.*, 345 U.S. 629, 632-33 (1953). ICJは、フランスが実験を再開したならば、あらたな管轄権の根拠なく本訴訟の継続が認められるとした。See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 272; *Nuclear Tests (N.Z. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 477. See also Thomas M. Franck, *Word Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases*, 69 AM. J. INT'L L. 612, 618-19 (1975). ニュー・ジーランドは、1995年にフランスの地下核実験について訴訟の再開を要請したが、ICJは再開の射程に含まれないとした。See Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the *Nuclear Tests (N.Z. v. Fr.)*, 1995 I.C.J. 288, 303-04, 306-07 (Sept. 22). なお、フランスのような、潜在的被告による提訴も認められるべきといわれる。See Andre N. Mandelstam, *La Protection des Minorites*, 1 RCADI 367, 496-97 (1923). 予防的に行為の合法性を確認するこのような判決は「消極的宣言判決 (negative declaratory judgment)」と呼ばれる。See Borchard, *supra* note 31, at 489-490.
- (164) 「フランスの核実験による放射能汚染よりも危険」とさえいわれる。See Lellouche, *supra* note 11, at 616, 637.
- (165) See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 312 (joint dissenting opinion of Judges Onyeama et al.). ICJは、申立や要請において真に争われている法律問題は何かを確かめなければならない。See, e.g., *Hearings of Petitioners*, 1956 I.C.J. 26, 37 (June 1). しかし、同時に、ICJが新たな申立を作成しえないことも確かである。See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 262. 「WHO協定事件」においても、ICJによる請求の解釈が過度にわたったといわれる。See *Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt*, 1980 I.C.J. 73, 192 (Dec. 20) (dissenting opinion of Judge Morozov). See also Jean Combacau, *La Question du Transfert du Bureau Regional de L'OMS Devant la Cour Internationale de Justice (Avis Consllatif du 20 Décembre 1980)*, 26 AFDI 225, 247 (1980).
- (166) See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 325 (joint dissenting opinion of Judges Onyeama et al.). See also MacDonald & Hough, *supra* note 161, at 356.
- (167) See *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 374-75 (dissenting opinion of Judge De Castro). See also MacDonald & Hough, *supra* note 161, at 353. But see McWhinney, *supra* note 141, at 24, 46.
- (168) オーストラリアは、「現時点において」救済を求める意図はないとしており、請求後に2回の実験がなされた事実はそれだけで請求の根拠になる。しかし、ICJは請求目的を釈明しなかった。Compare *Nuclear Tests (Austr. v. Fr.)*, 1974 I.C.J. 261-62, with *id.* at 318-19, 322-23 (joint dissent-

- ing opinion of Judges Onyeama et al.); *id.* at 391, 411-12, 440-42, 444 (dissenting opinion of Judge Barwick). See also MacDonald & Hough, *supra* note 161, at 347-48; Jean-Pierre Ritter, *L'Affaire des Essais Nucléaires et la Notion de Jugement Declaratoire*, 21 AFDI 273, 287 (1975). さらに、判決が根拠とした宣言が1つを除いて口頭弁論の終了後になされたものであったことも「双方聴聞」の原則に反する。Compare Nuclear tests (Austr. v. Fr.), 1974 I.C.J. 265, with *id.* at 323 (joint dissenting opinion of Judges Onyeama, et al.). ICJが釈明を避けたのは、フランスの一方的宣言の拘束力を両当事国が否定すると予想したからである。See Serge Suy, *Les Affaires des Essais Nucléaires*, 79 RGDIP 972, 998 (1975).
- (166) See Nuclear Tests (Austr. v. Fr.), 1974 I.C.J. 272. 「司法的解決は紛争状況において国際的調和を導くことができるが、必要のない状況ではそのような調和の障害となる」というのである。 *Id.* at 253, 271-72.
- (167) See Edward McWhinney, *Acceptance, and Withdrawal or Denial, of World Court Jurisdiction: Some Recent Trends as to Jurisdiction*, 20 ISR. L. REV. 148, 152 (1985).
- (168) 訴訟遅延がこのような妥協を可能にした。See Richard B. Bilder, *Some Limitations of Adjudication as an International Dispute Settlement Technique*, 23 VA. J. INTL L. 1, 8 (1982). But cf. James Leslie Brierly, *The Advisory Opinion of the Permanent Court on the Customs Régime Between Germany and Austria*, in THE BASIS OF OBLIGATION IN INTERNATIONAL LAW AND OTHER PAPERS 249 (Sir Hersch Lauterpacht & C.H.M. Waldock eds., 1977). ニュー・ジーランドは満足を表明し、判決の解釈要請や再審請求をしなかった。See Kenneth James Keith, *The Nuclear Tests Cases After Ten Years*, 14 VICT. U. WELLINGTON L. REV. 355 n. 43 (1984); Don MacKay, *Nuclear Testing: New Zealand and France in the International Court of Justice*, 19 FORDHAM INTL L.J. 1857, 1872 (1996). But see Fischer, *supra* note 123, at 266.
- (169) See, e.g., Corfu Channel, 1949 I.C.J. 26, 36; Diplomatic and Consular Staff, 1980 I.C.J. 42, 45; Military and Paramilitary Activities, 1986 I.C.J. 142-43, 149. See also J.E.S. Fawcett, *General Course on Public International Law*, 132 RCADI 363, 534 (1971-I). 「部分判決」は、ICJの規則制定権 (ICJ規程30条) または規程から黙示的権限として導かれる「固有の管轄権」によるといわれる。See Elihu Lauterpacht, *'Partial' Judgments and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice*, in FIFTY YEARS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 21, at 465, 476-78. なお、ニカラグアは、同「国民殺害の賠償金を除き、国際法違反から生ずる直接損害の最低価額として」一定の金額の支払義務の宣言を請求していたが、ICJは、「両国の交渉による解決を妨げる虞のある不必要な行動を慎む」として請求を棄却した。See Military and Paramilitary Activities, 1986 I.C.J. 134.
- (170) 部分判決は、判断の全体的回避の基準の同定が難しく、「南西アフリカ事件」(第2段階)判決による回避が「ナミビア事件」意見の不遵守よりもICJの威信を害したという認識から、評価される。See Mary Ellen O'Connell, *The Prospects for Enforcing Monetary Judgments of the International Court of Justice: A Study of Nicaragua's Judgment Against the United States*, 30 VA. J. INTL L. 890, 902-03 (1990).
- (171) See *id.* at 903-05. See also Factory of Chorzów, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9, at 25 (July 26).
- (172) See O'Connell, *supra* note 173, at 892.
- (173) See, e.g., Diplomatic and Consular Staff, 1980 I.C.J. 26, 36.
- (174) See Michael Akehurst, *Equity and General Principles of Law*, 25 INTL & COMP. L.Q. 801, 802-03 (1976). ただし、賠償の算定は事実の詳細な評価を要し、事実に精通する当事国間の交渉にな

- じみ、長期で高額となる裁判所手続になじまない。
- (176) *But see* Lauterpacht, *supra* note 172, at 482. ICJは、本案判決において、賠償算定の手続は「当事国の合意が成立しない場合」再開するという。See *Diplomatic and Consular Staff*, 1980 I.C.J. 42, 45; *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 142-42. 「ニカラグア事件」判決は当事国がコンタドーラの交渉に協力する必要にも言及している。See *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 145, 149. なお、経済的要求などから、遅延を避けるために交渉の指針となる部分判決が下される場合もある。See Lachs, *supra* note 143, at 36.
- (177) See, e.g., *Peace Treaties*, 1950 I.C.J. 71-72.
- (180) 意見は、国連の機関であるICJの国連活動への参加を意味するため、原則として拒否すべきでない。See, e.g., *id.* at 71-72. しかし、「やむにやまれぬ理由 (compelling reason)」がある場合、拒否の余地がなければならないのである。See, e.g., *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation*, 1956 I.C.J. 77, 86 (Oct. 23). See also *Danzig Legislative Decrees*, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 65, at 61 (Dec. 4) (separate opinion of Judge Anzilotti); Åke Hammarskjöld, *La Cour Permanente de Justice Internationale*, in *JURIDICTION INTERNATIONALE* 285 (1938).
- (181) See Pomerance, *supra* note 56, at 297 n. 79.
- (182) 国連憲章が「いかなる法律問題についても」要請する権限を認めた国連総会と安保理も、それ自体の権限を超えることはできない。See Kelsen, *supra* note 22, at 546. 例えば、「平和条約事件」におけるように、国連憲章2条7項の国内管轄事項の留保などが問題になる。
- (183) See *Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 1996 I.C.J. 84.
- (184) See *Western Sahara*, 1975 ICJ 37. ICJは、意見に関係国の権利義務の変動に直接係わる場合に限るのは、その範囲をあまりに限定する見解であるという。See *id.* at 20. 意見をうけて、総会は西サハラ
- ラの住民の自決権を確認することを決議した。G. A. Res. 3458 (XXX), U.N. GAOR, 30th Sess., Supp. No. 34, at 23-24, U.N. Doc. A/10034 (1975).
- (185) See HUDSON, *supra* note 43, at 497; Shabtai Rosenne, *The Changing Role of the International Court*, 20 ISR. L. REV. 182, 185 (1985).
- (186) パレスチナ問題に関して意見の要請が繰り返され提案されたにも拘わらず決議が成立しなかったのはこうした考慮に基づいている。See GOODRICH ET AL., *supra* note 107, at 564.
- (187) See Mosler, *supra* note 49, at 229. 司法自制は現状(status quo)から利益を得ている諸国の利益になるといわれるのである。See Forsythe, *supra* note 111, at 389.
- (188) See Mosler, *supra* note 49, at 224. *But see* *Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 1996 I.C.J. 164 (dissenting opinion of Judge Weeramantry). 「政治的紛争」という用語は、紛争が国家の死活的利益に係わる場合、客観的な司法的決定が不可能な場合、提訴の動機に疑問がある場合、判決の履行に疑問がある場合に用いられる。See Higgins, *supra* note 151, at 65.
- (189) 1926 PCIJ (ser. D) No. 2 (Add.), at 291 (Statement of Yovanovitch).
- (190) See *Certain Expenses*, 1962 I.C.J. 22-23; *Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, 1982 I.C.J. 325, 346 (July 20).
- (191) 国連総会は意見の要請が特定多数を要するか決定していない。1946年の南アフリカのインド系住民に関する審理において、要請は3分の2の多数を要するという提案が単純多数により採択されたが、先例と見なされない決定とされた。See U.N. GAOR, 1st Sess., pt. 2, Plen. mtg., 52d mtg. at 1960 (1946). See also GOODRICH ET AL., *supra* note 107, at 566. 内容に拘わらず要請自体が「重要」事項かという問題と、要請の内容が「重要」事項かという問題があり、個々の要請が「重要」かどうか衡量するのが実際の解決であるといわれる。See F. Blaine Sloan, *Advisory Jurisdiction of the International*

Court of Justice, 38 CAL. L. REV. 830, 838 (1950).
ただし、これまで要請は3分の2の賛成を得てなされてきたため、実際の困難は生じなかった。See SIMMA, *supra* note 23, at 1011.最も賛成率の低い決議は、「国連加盟承認に関する総会権限事件」における決議296J (VI) の82.4% (賛成42反対9棄権6) であった。G.A. Res. 296J (VI), U.N. GAOR, 4th Sess., 252d mtg. at 21, U.N. Doc. A/1251 (1949).「核兵器の使用等の合法性」に関する要請は賛成が64.5% (賛成78反対43棄権38) である。

(192) 全会一致で要請がなされない場合、意見が実効性をもたないと恐れられたのである。See, e.g., 8 LEAGUE OF NATIONS O.J. 1474 (1927) (Statement of Titulesco (Rom.)).そのような場合、法律問題の明確化は法律家委員会に委ねられた。See HUDSON, *supra* note 43, at 490; Pomerance, *supra* note 56, at 277-78.

(193) See ROSENNE, *supra* note 146, at 1058.

(194) See Gross, *supra* note 66, at 369.意見は、要請が3分の2の特定多数によらないかぎり、国連法としての権威をもちえないといわれる。See *id.* at 428.

(195) 3分の2の賛成があれば問題が解決するわけではなく、3分の2の賛成も得られない要請を避けるべきということである。なお、国連の政治的機関で要請が合意できない場合、個別の国が一般利益に基づいて提訴することを認めるべきといわれることがある。See Northern Cameroons, 1963 I.C.J. 45 (separate Opinion of Judge Wellington Koo).しかし、このような要請に強い反対がある場合、提訴によって問題が解決できるという根拠はない。

(196) See Gross, *supra* note 66, at 398.

(197) See *Report of the Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice*, February 10, 1944, 39 SUPP. AM. J. INT'L L. 22-23 (1945). PCIJ規則の審議においても、理論的事件に関する意見の付与を避ける権利を留保すべきであると提案されていた。See 1922 P. C.I.J. (ser. D) No. 2, at 308.

(198) See Schwartz, *supra* note 103, at 405; PRATAP,

supra note 94, at 91-92, 169-170.

(199) See Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 371 (dissenting opinion of Judge Oda).意見は、同条約の寄託者である事務総長が留保の効果に関心をもつことに言及した。See Reservation, 1951 I.C.J. 19.特定の留保の効力を問題にしないという意味で抽象的だったものの、特定の条約に係わるという意味で抽象的でないのである。See FITZMAURICE, *supra* note 95, at 574.

(200) See Matheson, *supra* note 93, at 420-21; KEITH, *supra* note 97, at 20-21. ICJも繰り返し意見を与えるためには関連事実を考慮する必要があるとする。See, e.g., Agreement of 25 March 1951 Between The WHO and Egypt, 1980 I.C.J. 76.例えば、「適正手続 (due process)」の侵害を特定の事件について決定することはできるとしても、一般的定義を与えることはできない。See Herbert W. Briggs, *Confidence, Apprehension and the International Court of Justice*, 54 PROC. AM. SOC. INT'L L. 25, 34 (1960).同様に、核兵器の使用はさまざまな潜在的状況があるため、特定の状況に関する決定のみ可能であり、ICJはそれを仮定できないのである。See Finland's Written Statement, *cited in* Nuclear Weapons in Armed Conflict, 1996 I.C.J. 161 (dissenting opinion of Judge Weeramantry).このような要請を容れてしまうと、「慣習法とは何か」という要請さえ可能となるのである。See Submission by Australia, *cited in id.* at 163.抽象的な質問に対する意見は、「真空で (*in vacuo*) 考察された立法の残骸をまき散らす」ことになる。See Felix Frankfurter, *A Note on Advisory Opinion*, 37 HARV. L. REV. 1002, 1003 (1923-1924).「事実、事実こそが決定的である」。*Id.* at 1005. See also 1947-1948 I.C.J. 96 (dissenting opinion of Judge Zoričić).

争訟事件において、抽象的で一般的な請求が判決されたのは、具体的事件の解決のためであった。See Northern Cameroons, 1963 I.C.J. 63-64 (separate opinion of Judge Wellington Koo); Brownlie, *supra* note 31, at 563-64.請求は特定の救済で

ある必要はないが、当事国間の現実の紛争に関連がなければならないのである。See IBRAHIM F. I. SHIHATA, *THE POWER OF THE INTERNATIONAL COURT TO DETERMINE ITS OWN JURISDICTION* 218 (1965). なお、争訟事件における「宣言判決」の請求についても、宣言すべき原則が多く例外を伴う場合、ICJは裁量により却下すべきであるといわれる。See GEORG SCHWARZENBERGER, *1 INTERNATIONAL LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* 447-48 (2d ed. 1949). See also Sir Francis Vallat, *Declaratory Judgments*, 17 *CURRENT LEGAL PROBS.* 1, 12 (1964).

主文2Eは、可否同数のため、所長の決定票により決定された。そして、PCIJとICJで初めて全判事が宣言または意見を付した。評決が二分されている意見は、説得的権威をもたない。See Moore, *supra* note 38, at 392; Jennings, *supra* note 120, at 142. しかも、意見に賛成した判事も正反対の理由を宣言や意見において述べているのである。Compare *Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 270-72 (declaration of Judge Bedjaoui), *with id.* at 290, 292-93 (separate opinion of Judge Guillaume). 「国連加盟条件事件」における個別意見もこのような問題を生じていた。See Gross, *supra* note 66, at 406. 判決は、理由づけに関して合意がなくとも、判事の意見の「共通分母」として主文を形成することができる。See *South West Africa*, 1966 I.C.J. 260 (dissenting opinion of Judge Tanaka). それは、事件の解決に必要なかぎりで法的議論がなされるためである。See Guillaume, *supra* note 13, at 854. See also Paul A. Freund, *A Supreme Court in a Federation: Some Lessons from Legal History*, 53 *COLUM. L. REV.* 605, 613-14 (1953).

(20) See *Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 36. See also *id.* at 583-84, 590-92 (dissenting opinion of Judge Higgins). 裁判不能の禁止ほど正当性をもつ国際法の原則はないといわれる。See Hersch Lauterpacht, *Some Observations on the Prohibition of 'Non Liqueur' and the Completeness of the Law*, in *SYMBOLAE VERZIJL* 196, 206 (1958). See

also 1 *OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW: PEACE* 13 (Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts eds., 9th ed. 1992). それは、要請が請求と同じ形式を伴うべきことから、意見手続にも当たるといわれる。See Lauterpacht, *id.* at 199 n. 2. See also ROSALYN HIGGINS, *PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT* 10 (1994).

(20) See Prosper Weil, "*The Court Cannot Conclude Definitively...*": *Non Liqueur Revisited*, 36 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 109, 117 (1997). 争訟事件と異なり、明確な意見が「ごまかし」となるよりも、「決定の明白な回避 (apparent indecision)」を行動の指針とする方がよいといわれる。See *Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 281 (declaration of Judge Vereshchetin).

かつての国際仲裁裁判以来、争訟事件において「裁判不能」は宣言されてこなかった。See C. WILFRED JENKS, *THE PROSPECTS OF INTERNATIONAL ADJUDICATION* 13 (1964). それは、「在る法 (*lex lata*)」と「在るべき法 (*lex ferenda*)」の区別の上に法の欠缺を認める「規則指向」でなく、「過程としての法」を認めれば、類推などによって有権的決定ができるためである。See HIGGINS, *supra* note 201, at 10. See also *South West Africa*, 1966 I.C.J. 275 (dissenting opinion of Judge Tanaka). なお、裁判を規則の機械的適用ではないと認めた上でも、判事の指向は裁量を狭く限定する「規則 (rule)」指向と広く認める「準則 (standard)」指向の対立がある。See Kathleen M. Sullivan, *The Justices of Rules and Standards*, 106 *HARV. L. REV.* 22, 57-59 (1992).

例えば、ICJは、ICJ規程38条2項により「衡平と善」による解決を排除されているため公式には認めないものの、大陸棚の境界画定において実際はそれを行っている。See Letter of Sir Gerald Fitzmaurice, *cited in* LAUTERPACHT, *supra* note 146, 125 n. 19. そのような場合は、具体的画定の請求とそれについての議論によって「衡平と善」の授權がなされる「応訴管轄権 (*forum prorogatum*)」の特殊な場合と見なされる。See *Jan Mayen (Den. v. Nor.)*,

- 1993 I.C.J. 38, 113-14 (June 14) (separate Opinion of Judge Oda).
- (203) See Gerald G. Fitzmaurice, *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, in SYMBOLAE VERZIJL, *supra* note 201, at 153, 172. 「判例法 (case law)」の説得力は、先験的に想定されたものには生じないのである。See Jennings, *supra* note 120, at 141.
- (204) See Conditions of Admission, 1947-1948 ICJ 108-09 (dissenting opinion of Judge Krylov); Written Statement of the Government of the Republic of the Philippines, 1951 I.C.J. Pleadings (Reservations) 297-98 (Jan 17, 1951); Ritter, *supra* note 168, at 288. このような立法機能の行使は権限愈越となる。See Dual Nationality, 14 R.I.A.A. 27, 34-35 (1954). 判決は、国際法を一般的規範でなく特定の事実に適用される個別法とするべきなのである。See Guggenheim, *supra* note 97, at 126.
- (205) Nuclear Weapons in Armed Conflict, 1996 I.C.J. 89 (separate opinion of Judge Oda); Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 373 (dissenting opinion of Judge Oda).
- (206) 双面神は対立的でありながら同時に相補的でもある二元性を象徴する。Cf. MAURICE DUVERGER, JANUS: LES DEUX FACES DE L'OCCIDENT at xii (1972).
- (207) See CHARLES DE VISSCHER, ASPECTS RÉCENTS DU DROIT PROCÉDURAL DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE 198 (1966).
- (208) See 5 REPORTORY OF PRACTICE OF UNITED NATIONS ORGANS: ARTICLES 92-111 OF THE CHARTER 52 (1955).
- (209) See Doc. 913, IV/1/74(1), 13 U.N.C.I.O. DOCS. 393 (1946). See also HANS Kelsen, PEACE THROUGH LAW 13 (1944); James Leslie Brierly, *The Judicial Settlement of International Disputes*, in THE BASIS OF OBLIGATION IN INTERNATIONAL LAW AND OTHER PAPERS, *supra* note 171, at 94.
- (210) See CHARLES DE VISSCHER, THÉORIE ET RÉALITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 383-84 (4th ed. 1970). See also Charles De Visscher, *Reflections on the Present Prospects of International Adjudication*, 50 AM. J. INT'L L. 467, 474 (1956). この意味で、ICJがどのような判決を下すかよりも、いかにして付託合意を結ぶかの方が重要である。See NICOLAS POLITIS, LA JUSTICE INTERNATIONALE 49 (1928). 国家がICJの管轄権を認め、判決が紛争を解決しうるのは、解決そのものが目的物の分配より重要と見なされる場合である。See JENKS, *supra* note 202, at 105; William D. Coplin, *The World Court in the International Bargaining Process*, in THE UNITED NATIONS SYSTEM AND ITS FUNCTIONS: SELECTED READINGS 317, 329 (Robert W. Gregg & Michael Barkun eds., 1968). 逆に、目的物の分配が解決より重要である場合、国家は解決におけるコントロールを失うことを拒む。See Fitzmaurice, *supra* note 92, at 279.
- (211) See D'Amato, *supra* note 21, at 331. 国際法の存在の決定的基準は、「争われている権利について決定し、平和を命じる権限をもつ裁判官の存在」にあるといわれることがある。See LAUTERPACHT, *supra* note 48, at 424. See also Gerald G. Fitzmaurice, *The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement*, 19 MOD. L. REV. 1, 6-7 (1965); Heribert Golsong, *Role and Functioning of the International Court of Justice: Proposals Recently Made on the Subject*, 31 ZAÖRV 673-74 (1971). しかし、国際社会にはこのような裁判官は存在しない。「国際法を司法的決定に従う集合的制裁としてしか理解しない人は、自分自身の神話の世界に埋りこむ」のである。Higgins, *supra* note 8, at 591.
- (212) See Peter H. Kooijmans, *The International Court of Justice: Where Does It Stand*, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *supra* note 47, at 407, 411, 418.
- (213) See Alan Pellet, *La Glaive et la Balance—Remarques sur le Role de la CIJ en Maintien de la Paix et de la Sécurité Internationales*, in INTERNATIONAL LAW AT A TIME OF PERPLEXITY: ESSAYS IN HONOUR OF SHABTAI ROSENNE 539, 544 (Yoram

- Dinstein ed., 1989).
- (214) See THOMAS WILLING BALCH, *A WORLD COURT IN THE LIGHT OF THE UNITED STATES SUPREME COURT* 151 (1918).
- (215) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). この判決は、裁判所の社会変革をもたらす能力の象徴といわれていた。See ARYEH NEIER, *ONLY JUDGMENT: THE LIMITS OF LITIGATION IN SOCIAL CHANGE* 57 (1982).
- (216) See Falk, *supra* note 40, at 21-22. なお、集団殺害罪の防止についても、ICJの判決は政治的影響力をもちうるといわれる。See David J. Scheffer, *U. N. Engagement in Ethnic Conflicts*, in *INTERNATIONAL LAW AND ETHNIC CONFLICT*, *supra* note 141, at 147, 175.
- (217) See Richard A. Falk, *Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter*, 91 *AM. J. INT'L L.* 64, 65-66, 73-75 (1997). ICJ自身の評価も長期的に高まるといわれる。See *id.* at 73. なお、国連総会は、意見に留意し核廃絶に向けた交渉の開始を求めることを決議した(賛成115反対22棄権32)。G.A. Res. 51/45M, U.N. GAOR, 51st Sess., 79th mtg., Press Release, G.A. /9216, at 143-44.
- (218) See GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 52 (1991). 合衆国の裁判所は、「ほとんどまったく」重大な社会改革を実効的に起こすことはできないという。See *id.* at 338.
- (219) 批判的法学 (critical legal studies) の立場から、このようにいわれる。See GIRARDEAU A. SPANN, *RACE AGAINST THE COURT: THE SUPREME COURT AND MINORITIES IN CONTEMPORARY AMERICA* 117 (1993). また、裁判所は「訴訟の擬似餌 (lure) の誘惑に負ける社会改革者にとって蠅取紙 (fly paper) として行動する」ともいわれる。ROSENBERG, *supra* note 218, at 339, 341.
- (220) See Matheson, *supra* note 93, at 434-35. ICJ自身の非政治的仲裁者や法の解釈者としての信頼にも重大な疑問が投げかけられるという。See *id.* at 435.
- (221) 世論は国際法の形成に重要な役割を果たす。See Arnold D. McNair, *International Law in Practice*, in *LORD MCNAIR: SELECTED PAPERS AND BIBLIOGRAPHY* 186, 189-190 (1974). なお、裁判所による社会変革が不可能であるということは、立法によれば可能であるということを必ずしも意味しない。See Erwin Chemerinsky, *Can Courts Make a Difference?*, in *REDEFINING EQUALITY* 191, 192 (Neal Devins & Davison M. Douglas eds., 1998).
- (222) See WHA/46/1993/REC/2, A/46/VR/13, at 282-83. See also GAMBLE & FISCHER, *supra* note 57, at 8.
- (223) See Jennings, *The Proper Work and Process*, *supra* note 54, at 43; Pomerance, *supra* note 56, at 320-21.
- (224) See SPANN, *supra* note 219, at 171.