

判例研究

コソボについての一方的独立宣言の 国際法との適合性に関する勧告的意見

藤 澤 巖

はじめに

既存国家の領域および住民の一部が、当該国家の同意なく当該国家から離脱することによって、新たな独立団体が創設されることを称して、国際法学では「分離(secession)」と呼ぶ⁽¹⁾。国際法は、分離について規律しているだろうか。

国際法の規律に関しては、二つの側面を区別することができる^(1-a)。第一に、国際法が、国家内の集団を名宛人に、分離およびその試み自体を許容、命令または禁止しているか否かを問うことができる。第二に、分離自体の許容や禁止とは分析上区別できる論点として、国際法上の国家の成立という法的効果を発生させるための法的要件において、分離という事実が考慮されるか否かという問題がある。これは例えば、分離による独立団体の成立の場合には、たとえ他の点において国際法上の国家の諸要件を充足していても、当該団体は国際法上の国家ではないと規定する国際法規範が存在するか否かという問題である。

まず第一の観点についてみてみよう。学説では、一方においてアランジオ・ルイス(Gaetano Arangio-Ruiz)のように、国内法にとって人間が所与の事実であるのと同様に国際法にとって国家は所与の事実であるの

(1) Marcelo G. Kohen, "Introduction," in Marcelo G. Kohen ed., *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 3.

(1-a) 分離ではなく独立宣言について、この区分を指摘するのが、郭舜「国際法判例研究」『北大法学論集』62巻1号(2011年)、160-161頁。

で、原理上国際法は国家の成立について規律できず、国際法は国内の集団による分離やその試みについてまったく規律していないという見方がある⁽²⁾。

第二に、原則として国際法は分離を規律していないが、例外的に分離を禁止または許容する国際法規則が存在するという立場がある。この見解によれば、例えば、武力行使禁止原則や自決原則に違反する分離は国際法上禁止され、救済的分離権のような外的自決権に基づく分離は許容される⁽³⁾。

以上の二つの立場においては、いずれにせよ原則として分離は国際法によって許容も禁止されておらず、法的評価の対象ではない。これに対して、分離についても国際法による法的評価が可能であるという見解がある。例えばライッチ (David Raič) は、外的自決権の行使として分離が

(2) Gaetano Arangio-Ruiz, "Dualism Revisited: International Law and Inter-individual Law," *Rivista di diritto internazionale*, vol. 86 (2003), pp. 949–966. また同様の見解を示唆するものとして、Antonio Cassese, *Self-determination of Peoples: a Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 340. このような立場から、コソボの分離は国際法上禁止されていないとする見解として、Pierre d'Argent, "Kosovo: être ou ne pas être," pp. 4–5, available at <http://igps.files.wordpress.com/2008/03/kosovo-etre-ou-ne-pas-etre.pdf>; Peter Hilpold, "The Kosovo Case and International Law: Looking for Applicable Theories," *Chinese Journal of International Law*, vol. 8 (2009), pp. 54–57.

(3) Kohen, *supra* n. 1, pp. 19–20; Théodore Christakis, "The State as 'Primary Fact': some Thoughts on the Principle of Effectiveness," in *ibid.*, pp. 142, 164–166; Antonello Tancredi, "A Normative 'Due Process' in the Creation of States through Secession," in *ibid.*, pp. 188–193; Abi-Saab, "Conclusion," in *ibid.*, pp. 473–475; John Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge: Grotius Publications, 1987, pp. 130–135, 161–162; Stefan Talmon, *Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten: Grundlagen und Rechtsfolgen einer international koordinierten Sanktion dargestellt am Beispiel der Türkischen Republik Nord-Zypern*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp. 290–291, 301–303; Heike Krieger, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, pp. 252–253.

許容される場合を除くと、領土保全原則および自決原則の帰結として、国内の集団による分離は自決権の濫用であり国際法上禁止されると捉えている⁽⁴⁾。ケベックの分離に関するカナダ連邦最高裁の意見も、同様の立場をとっていると解釈できる。同意見によれば、国際法は一方的分離権を肯定も明示的に否定もしていないが、そのような否定は、人民の自決権の下で分離が許容されるために要求される例外的状況のなかに暗黙に示されている。すなわち、国際法は国家の領土保全を重視しており、「大体において新国家の創設を、分離団体が現在その一部をなす既存国家の国内法によって定められるがままに委ねている」のであって、「一方的分離が国内憲法に両立しない場合には、国際法は、人民の自決権を条件として、おそらくその結論を受け入れる」のであり⁽⁵⁾、「国際法は、分離が起こっている国家の国内法に分離の合法性を送致している」⁽⁶⁾のである。ライッチやカナダ最高裁は、既存国家の同意なき＝国内法上の合法性を欠く新国家形成を意味する分離は、原則として国際法により禁止されており、例外的に外的自決権の行使としてのみ許容されるという立場をとっていると解釈できるだろう。

ライッチやカナダ最高裁の見解は、分離の原則的禁止と外的自決の場合の例外的許容という、不特定多数の事例に適用可能な国際法規則の存

(4) David Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, pp. 323-324, 419. また、国家実行における分離の原則的禁止の確立傾向を指摘するものとして、Olivier Corten, “Are There Gaps in the International Law of Secession?,” in *supra* n. 1, pp. 242-246. この観点からコソボの分離を違法と評価する見解として、Alexander Orakhelashvili, “Statehood, Recognition and the United Nations System: a Unilateral Declaration of Independence in Kosovo,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 12 (2008), p. 11-15.

(5) Reference re Secession of Quebec, para. 112, *International Legal Materials*, vol. 37 (1998), p. 1369.

(6) *Ibid.*, para. 143. この送致理論への批判としては、Geneviève Dufour et Alexandre Morin, “Le renvoi relatif à la sécession du Québec: critique du traitement que fait la cour supreme du droit international,” *Revue québécoise de droit international*, vol. 12 (1999), pp. 184-192.

在を肯定するものと考えることができる。これに対し、個別具体的な分離について国際法上の評価は可能であるとしつつ、ライッチやカナダ最高裁とは異なり、画一的に適用可能な法規則の存在は否定するのが、ザクサー(Urs Saxer)である。彼によれば、国家形成の問題は国際法により部分的にしか「法化(Verrechtlichung)」されておらず、国家形成の国際的許容性の問題は、継起する社会政治的変動諸過程の受容が合法性および正統性の諸考慮と混交する、境界領域に置かれる⁽⁷⁾。したがって、不特定多数の事例に適用可能な抽象的な法規則としては分離の許容も分離の禁止も存在せず、分離は個別具体的な事例に即して法的に評価される⁽⁸⁾。すなわち、個々の分離の法的評価は、自決の原則とその他の国際法の諸基本原則を、国際システム固有の諸利益の観点から比較衡量することによる具体的決定であり⁽⁹⁾、自決の請求の正統性、国家の領土保全・政治的統一性の維持、および平和の保障・維持という国連の目的が、具体的状況に照らして相互に衡量されなければならない、さらには新国家の生命力、地域の安定への影響、国連体制への影響なども考慮される⁽¹⁰⁾。つまり、個別具体的な状況の優位の下に、自決や国際平和、領土保全といった国際法の諸原則を比較衡量することによって、分離の適法性は個別具体的に判断されるのである。さらにザクサーによれば、このように国家形成過程は不完全に法化されているだけなので、当該問題は

(7) Urs Saxer, *Die internationale Steuerung der Selbstbestimmung und der Staatsentstehung: Selbstbestimmung, Konfliktmanagement, Anerkennung und Staatennachfolge in der neueren Völkerrechtspraxis*, Heidelberg: Springer, 2010, pp. 199–200.

(8) *Ibid.*, pp. 394–400.

(9) *Ibid.*, pp. 368–371.

(10) *Ibid.*, p. 622. コソボについてザクサーは、決議1244は過渡期を規律するに過ぎず、コソボ人を名宛人とする独立宣言の禁止は含んでいないと解釈している。*Ibid.*, pp. 580–581. そのうえで、2008年のコソボの独立宣言については、それは現実には安保理によるコソボの地位の決定なしに集団的安全保障システムの枠外で行われたが、その具体的事情に照らせば、「コソボの独立の希望の安全保障理事会による支持も可能であったであろう」と評価する。*Ibid.*, p. 623.

第一義的には政治的問題であって司法判断可能(justiziabel)ではなく、安保理や総会などの政治的機関による「政治的統御(politische Steuerung)」を必要とする⁽¹¹⁾。

法原則ないし法原理(legal principles)と法規則(legal rules)の区分⁽¹²⁾を用いて表現するなら、ライッチやカナダ連邦最高裁が不特定多数の事例に適用可能な諸国際法規則による分離の規律を肯定するのに対し、ザクサーは、そのように分離を規律する法規則は存在せずあるのは自決や領土保全といった法原則だけだが、具体的事実の文脈に照らしてそれら法原則を比較衡量することによって、個々の具体的な分離についてアドホックな法的評価を下すことはできると捉えているといえることができるだろう。

次に、第二の論点について簡単にみておこう。分離という事実が、国際法上の国家の創設という法的効果の発生に関して影響をもつか否かに関しては、まず、第一の論点において国際法上違法な分離の可能性を認める場合に、分離の違法性の結果、たとえ国家性の他の要件が充足されていても、違法な分離を行った団体については国際法上の国家という法的効果が生じないという一般国際法の存在を肯定するか否定するかという対立がある。一方では、違法な分離の結果、国際法上の国家はそもそも不存在である⁽¹³⁾かまたは原始的無効⁽¹⁴⁾であるとして、国際法上の国家の成立が法的に阻害されるとの立場が存在する⁽¹⁵⁾。ただし、この立場の中にはさらに、違法な分離団体に国際法上何らの法的地位も認めないのではなく、当該団体には、国際法上の国家としてではなく「事実上の政権(de facto-Regime)」⁽¹⁶⁾として、一定の法的地位が付与されるとする見

(11) *Ibid.*, pp. 221, 364–368, 524.

(12) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 24–26. 国際法への導入についてはさしあたり、Krieger, *supra* n. 3, pp. 41–45; Vaughan Lowe, *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 101.

(13) Raič, *supra* n. 4, pp. 151–158.

(14) Dugard, *supra* n. 3, pp. 130–135.

(15) Kohen, *supra* n. 1, pp. 19–20; Christakis, *supra* n. 3, pp. 163–170.

解もある⁽¹⁷⁾。

他方で、分離が国際法上違法な場合であっても、国際法上の国家の成立という法的効果には影響しないという立場がある⁽¹⁸⁾。例えばタンクレディ (Antonello Tancredi) によれば、アランジオ・ルイスのいうように国家は国際法が前提とする事実であるので国際法がその存在自体を取り消すことはできず、違法な分離団体も国際法上の国家である⁽¹⁹⁾。違法な分離からは、集団的不承認を通じた分離の無効性の宣言が効果として生じる⁽²⁰⁾が、この不承認の効果は、国際法上の国家の存在やその法人格の否定ではなく、当該国家を社会的に孤立させ行為を事実上不可能にするに過ぎない⁽²¹⁾。またタルモン (Stefan Talmon) によれば、国家実行上はイェリネックに由来する三要素が国際法上の国家の要件とされており、分離の違法性は国際法上の国家の成立を妨げない。違法性の効果としての集団的不承認は、国際法上の国家の成立を否定するのではなく、国際法上の対抗措置として新国家の諸権利を剥奪することを意味するに過ぎない⁽²²⁾。

違法な分離の法的効果についての以上のような諸見解と区別される観点として、分離自体が違法でない場合でも国際法上の国家の成立という法的効果が阻害されるという国際法が成立しつつあることを暗示するのがクロフォード (James Crawford) である。彼は、脱植民地化以外の文脈では分離は国際法上違法でも合法でもない法的に中立的な行為であるが、その諸効果は国際的に規律されている⁽²³⁾と述べ、また従来は、分離

(16) 「事実上の政権」の概念については Jochen Abr. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht: eine Untersuchung zur Rechtsstellung nichtanerkannter Staaten (und ähnlicher Gebilde)*, Köln: Carl Heymann Verlag KG, 1968 をみよ。

(17) Krieger, *supra* n. 3, pp. 201–204, 250–253.

(18) Tancredi, *supra* n. 3, pp. 188–207; Abi-Saab, *supra* n. 3, pp. 470–475; Talmon, *supra* n. 3, pp. 290–291, 301–309.

(19) Tancredi, *supra* n. 3, pp. 171–172, 198.

(20) *Ibid.*, pp. 194–198.

(21) *Ibid.*, p. 206.

(22) Talmon, *supra* n. 3, pp. 222–223, 238–239, 258–259, 301–303.

団体の独立が確立した場合には当該団体により実効的に支配されている領域に関して国際法は政治的諸実在を認める用意があった⁽²⁴⁾としつつ、同時に、1945年以降においては、国際共同体は分離に対して極度に抑制的であり、母国政府の明示的意思に反して一方的分離により創設された国家が国連への加入を認められた例は一つも存在しない一方で、分離団体が一定期間事実上の独立を維持した諸事例を含め失敗した分離の例は数多いこと⁽²⁵⁾を指摘し、母国政府が一方的分離の試みへの反対を維持する場合には、「そのような分離は事実上いかなる国際的支持も承認も引き寄せてきていない」と結論付けている⁽²⁶⁾。クロフォードの結論は必ずしも明確なものではないが、1945年以降の国家実行上、分離の場合には国際法の国家が成立しないという傾向が見出せることを指摘するものといえるだろう。

本勧告的意見の主題は、「コソボ暫定自治諸制度による一方的独立宣言は、国際法に適合するか」(para. 1)であった。独立宣言は、分離そのものではないが、分離の、さらに一般的には国際法上の国家性の、必要条件である⁽²⁷⁾。したがってこの問いの背後には、セルビアの同意なきコソボの独立、すなわちコソボの分離の、国際法上の評価という問題が控えていたといえるだろう。それでは、本勧告的意見からは、国際法による分離の規律について、いかなる示唆を得ることができるだろうか。以下では、まず2010年7月22日に出された本意見の内容を紹介し、そのうえでこの点を検討したい。

(23) James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 2006, p. 390.

(24) *Ibid.*, p. 389.

(25) *Ibid.*, p. 390.

(26) *Ibid.*, p. 417.

(27) James Crawford, "State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession," in Anne F. Bayefsky ed., *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 35; Raič, *supra* n. 4, p. 76. 独立宣言の法的効果の曖昧さを指摘するのが、郭、前掲論文（注1-a）、158-161頁。

第1章 意見要旨⁽²⁸⁾

I. 管轄権と裁量(17-48)

A. 管轄権

勧告的意見を与える裁判所の権能は、規程65条1項に基づく(18)。この規定の適用において裁判所は、憲章の下で意見を求めることを適切に授權された機関により勧告的意見が要請されること、法的問題について当該意見が要請されること、そして総会と安保理の場合を除いて当該問題が要請機関の諸活動の射程内で生じる問題であることを、裁判所の権限の前提条件であると判示してきた(19)。勧告的意見の要請が、要請をなす権限を有する国連の機関または専門機関から来ていることを確かめるのは裁判所である。総会は憲章96条によって勧告的意見を要請する権限を与えられている(20)。裁判所は過去においてときに、勧告的意見の請求の主題である問題と総会の諸活動の間の関係について、一定の指標を与えてきた(21)。裁判所は、憲章10条および11条2項を参照する(22)。勧告的意見の要請それ自体は紛争または事態についての勧告ではないので、憲章12条はそれ自体では、96条1項に基づき総会に付与されている、勧告的意見を要請する権限を制限しない(24)。

特定の行動が国際法と両立するか否かを裁判所に明示的に問う質問は、たしかに法的問題のようにみえる。以前の機会に裁判所が述べたように、法的観点から作成され国際法の諸問題を提起する諸問題は、まさにその性質上法に基づく回答になじむ(25)。しかし、本手続の参加者のいくつかは、総会により提起された質問は実際には法的問題ではないと示唆した。この申し立てによれば、国際法は独立宣言をなす行為を規律しておらず、当該行為は政治的行為とみなされるべきである。国内憲法のみがそのような宣言をなす行為を統制しているのに対し、勧告的意見を与える裁判所の管轄権は国際法の諸問題に限定されているという。し

(28) Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, available at <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=4>.

かし、本件において裁判所は、独立宣言が国内法の諸規則に適合するか否かについて意見を与えることは求められてはならず、それが国際法に適合するか否かだけについて意見を求められている。裁判所はその問題に国際法を参照して回答できるのであり、何らかの国内法体系を探究する必要はない(26)。さらに、質問が政治的側面をもつことは、その質問から法的問題としての性格を奪わない(27)。

それゆえ裁判所は、総会によりなされた要請に応じて勧告的意見を付与する管轄権を有すると考える(28)。

B. 裁量

勧告的意見の要請に応えるか否かについての裁量は、裁判所の司法機能の一体性および国連の主要司法機関としてのその性質を保護するために存在する(29)。勧告的意見の要請への回答は、国連の諸活動への裁判所の参加を表すものであり、原則として拒否されるべきでない。したがって、「やむを得ない諸理由」のみが、要請に応じた意見を拒否することへ裁判所を導くべきである(30)。

裁判所の意見は諸国家にはなく意見を要請した機関に与えられるというまさにその理由により、決議を提案またはそれに賛成した個々の国家の動機は裁判所の裁量の行使にとって無関係である(33)。総会が裁判所の意見を必要とする目的が示されておらず、意見は何ら有用な法的効果をもたないという議論は、受け入れられない。その諸職務の適切な遂行のために意見を必要とするか否かを決定するのは、意見を求める機関であって裁判所ではない(34)。意見が意図せざる政治的諸効果を持ちそうか否かについて、裁判所は要請機関の評価に代えて自らの見解を定めることはできない(35)。総会は独立宣言について議論し一定の限界内で安保理の諸権能を侵犯せずにコソボの状況の諸側面について勧告する資格があるので、これまで独立宣言が安保理でのみ議論されており、コソボの状況について行動してきた機関が安保理であったという事実は、総会からの要請に応えることを裁判所が拒否するやむを得ない理由を構成しない(44)。質問に答えるなかで安保理決議1244(1999)を解釈適用しなければならないことは、やむを得ない理由を構成しない。国連の政治

の諸機関のある決定の解釈適用は第一義的には決定をなした機関の責任ではあるが、国連の主要司法機関として裁判所もしばしばそのような諸決定の解釈および諸法的効果を考慮することを求められてきた(46)。それゆえ、裁判所がそのような任務を引き受けることに、司法機能の一体性と両立しない何物も存在しない。問題はむしろ、裁判所にその任務の引き受けを求める機関が、決定を行った機関でない限り、裁判所はそれを拒否すべきか否かである。総会が質問への回答に正当な利益を有する場合には、回答が部分的に安保理の決定に依拠するかもしれないことは、総会へ意見を付与することを拒否することを裁判所に正当化する十分な理由ではない(47)。したがって裁判所は、本要請に関して管轄権の行使を拒否するためのやむを得ない諸理由は存在しないと考える(48)。

II. 質問の射程と意義(49-56)

総会は質問を、「コソボ暫定自治諸制度による一方的独立宣言は、国際法に適合するか」という文言に定式化している(49)。本件においては、総会によって提起された質問は明瞭に定式化されている。質問は限定された特定のなものであり、独立宣言が国際法に適合するか否かについて裁判所の意見を求めている。質問は、当該宣言の法的諸効果については問うていない。とくに、コソボが国家性を獲得したか否かを問うていない。またコソボを独立国家として承認した諸国家による承認の有効性もしくは法的諸効果についても問うていない。過去の意見要請においては、総会または安保理がある行為の法的諸効果について裁判所の意見を欲した場合、それらは、この側面が明示的に述べられるような仕方では質問を作成してきた(51)。

しかしながら質問には注釈を必要とする二つの側面がある。第一に、質問は「コソボ暫定自治諸制度による一方的独立宣言」に言及しているが、独立宣言発布者たちのアイデンティティーは、質問への回答に影響を与えうる事項である。裁判所がこの事項を総会によって決定されているものとして扱うことは、司法機能の適切な行使に両立しない(52)。また、裁判所は、この問題を自ら決定する裁判所の自由を制限しようと総会が意図していたとも考えない(53)。

本件の質問は、カナダ最高裁に提起された質問とは顕著に異なる(55)。カナダ最高裁に提起された質問は、「分離を実行する」権利が存在するか否か、そして質問で名指しされている諸機関のいずれかに積極的資格を付与する国際法規則が存在するか否かを問い合わせていた。対照的に総会は、独立宣言は国際法に「適合」したか否かを問うている。その質問への回答は、適用可能な国際法がその独立宣言を禁止していたか否かにかかっている。したがって、裁判所に実行することが求められている任務は、その独立宣言が国際法に違反して採択されたか否かの決定であるということになる。一方的独立宣言のような特定の行為が、国際法違反ではないが、必ずしも国際法によって付与された権利の行使を構成しないことは、まったく可能である。裁判所は前者の点についての意見を求められているのであり、後者の点については意見を求められていない(56)。

Ⅲ．事实的背景(57-77)

2008年2月17日の独立宣言は、その採択に導いた事实的文脈の内部で考慮されなければならない(57)。

A．安保理決議1244(1999)および関連するUNMIK諸規則

決議1244(1999)は、憲章第Ⅶ章の下で行動する安保理によって採択され、事務総長に、暫定的な民主的自治諸制度の発展を確立し監督する間の過渡的行政を提供することになる、コソボのための暫定行政を提供するために、コソボに国際文民部隊を設立する権限を与えた(58)。1999年7月25日、事務総長特別代表は、規則1999/1を公布した。当該規則はその1.1で、司法行政を含む、コソボに関するすべての立法および執行権威はUNMIKに与えられ、事務総長特別代表により行使されると規定した(61)。安保理決議1244(1999)に定められた諸権能および諸責任は、暫定自治のための憲法枠組みについての2001年5月15日のUNMIK規則2001/9においてより詳細に定められた。その第12章は、暫定自治諸制度の諸責任の行使は、事務総長特別代表の、暫定自治諸制度、その諸官吏およびその諸官庁を監督しそれらの行為が安保理決議1244または憲法枠

組みに合致しない場合にいつでも適当な諸措置をとることを含む安保理決議1244の完全な実施を確保する権威に影響せずまたそれを縮減もしないと規定し、さらに第2章(a)は、暫定自治諸制度およびその諸官吏は、安保理決議1244の諸規定および憲法枠組みに定められた諸条件に一致してその諸権威を行使しなければならないと規定していた(62)。

B. 2008年2月17日より前の、最終的地位プロセスにおける関連諸出来事

2006年2月20日から9月8日の間、コソボとセルビアの代表団の間で何回かの交渉が持たれた(67)。2007年3月10日、事務総長特使の処理案を議論するため、交渉の最終回が開催されたが、さらなる進展をなすことはできなかった(68)。安保理への報告において特使は、コソボの地位についての相互に合意できる結果を出すための交渉の潜在力は尽き、コソボについて唯一の実現可能な選択肢は、最初の期間国際共同体によって監督される独立であると結論付けた(69)。特使の結論には、コソボの地位処理のための最終版包括提案が添付されていた(70)。安保理は、コソボの最終的地位について決定に至ることができなかった(71)。2007年8月9日から12月3日の間、EU、ロシアおよび米国の代表からなるトロイカの主催の下で、さらなる交渉がもたれたが、当事者は合意に達することができなかった(72)。2007年11月17日、コソボ議会等の選挙が舉行された(73)。

C. 2008年2月17日の諸出来事とその後

この背景の下に2008年2月17日、独立宣言が採択された(74)。独立宣言はコソボ議会120名のうち首相を含む109名および、コソボ大統領によって採択された。宣言は出席していたすべての代表によって署名された。宣言は事務総長特別代表には伝達されず、コソボ暫定自治諸制度の官報には公表されなかった(76)。セルビア共和国は、宣言は強制的で一方的なセルビア領土の一部の分離を表しており、セルビアにおいても国際法秩序においても法的効果を生じないと決定を採択した(77)。

IV. 独立宣言が国際法に適合するか否かという問題(78-121)

裁判所はまず、一般国際法の下での諸独立宣言の適法性に関する一定の諸問題に関心を向ける。これら諸問題の背景に照らして、提起された質問が考察されることになるのであり、また安保理決議1244(1999)が理解され適用されなければならないのである。一旦この一般的枠組が決定されたなら、裁判所は安保理決議1244(1999)の法的関連性に目を転じ、当該決議が、国際法上、本要請によって提起された諸問題に適用可能で独立宣言の適法性に影響を有する特別の諸規則およびそこから生じる諸義務を創設するか否かを決定する(78)。

A. 一般国際法

18世紀、19世紀、および20世紀初頭の間に、しばしばそこからの独立が宣言されている諸国によって強く反対された、独立宣言の数多くの事例が存在した。宣言はときには新国家の形成を帰結し、別の場合にはそうではなかった。しかしながら、いかなる場合にも、全体としての国家実行は、宣言発布行為が国際法に反するとみなされていたことを示唆していない。逆に、この時期の国家実行は、国際法は独立宣言のいかなる禁止も含んでいなかったという結論を明瞭に指示している。20世紀後半において、自決の国際法が発展し、非自治地域の諸人民および外国の征服、支配および搾取の下にある諸人民に、独立の権利を創設した。非常に多くの新国家が、この権利の行使の結果として成立してきた。しかしながら、この文脈の外での独立宣言の諸事例もまた存在した。これら後者の事例における国家実行は、そのような諸事例における独立宣言起草を禁止する新たな規則の国際法における登場を指し示してはいない(79)。

裁判所での手続への参加者のいくつかは、一方的独立宣言の禁止は領土保全の原則に黙示されていると主張してきた。領土保全の原則の射程は、国家間関係の領域に限定されている(80)。

いくつかの参加者は、特定の諸独立宣言を非難する安全保障理事会の諸決議を提起してきた。とりわけ、南ローデシアに関する安全保障理事会決議216(1965)および217(1965)、北キプロスに関する安全保障理事会

決議541(1983)、スルブスカ共和国に関するおよび安全保障理事会決議787(1992)を見よ。しかしながら、裁判所は、これらの事例のすべてにおいて、安全保障理事会が、これら独立宣言がなされた当時存在した具体的状況に関して決定を行っていたことに留意する。それゆえ、これら独立宣言に付着した違法性は、これら宣言の一方的性格それ自体に由来したのではなく、それらが、違法な武力行使または一般国際法の諸規範とりわけ強行的性格の諸規範(jus cogens)のその他の重大な諸違反事実と、関連していたかまたは関連していたであろうという事実、に由来したのである。コソボの文脈においては、安全保障理事会は決してこの立場をとってこなかった。裁判所には、上に挙げられた諸決議の例外的性格は、一方的独立宣言に対するいかなる一般的禁止も安全保障理事会の実行から推論されてはならないことを確認するようにみえる(81)。

総会は、独立宣言は国際法に合致するか否かについてのみ裁判所の意見を求めた。しかしながら、自決権の範囲および「救済的分離」権の存在に関する諸議論は、一国からの分離権に関わる。裁判所がすでに上で留意したように、そしてほとんどすべての参加者が同意したように、その問題は、総会によって提起された質問の射程を越えている。質問に答えるためには、裁判所は、独立宣言が一般国際法、または安全保障理事会決議1244(1999)により創設されたlex specialisに違反したか否かを決定することを必要とするだけである(83)。

既に与えられた諸理由のため、裁判所は、一般国際法は諸独立宣言のいかなる適用可能な禁止も含んでいないと考える。したがって裁判所は、2008年2月17日の独立宣言は、一般国際法に違反しなかったと結論付ける(84)。

B. 安保理決議1244(1999)およびそのもとで設定されたUNMIK憲法枠組み

安保理決議1244は安保理によって明示的に国連憲章第七章に基づいて採択され、それゆえ明らかに国際法諸義務を課している(85)。

一定数の参加者は、事務総長特別代表によってUNMIKのために採択された諸規則とりわけ憲法枠組みもまた、総会の要請の意味における適

用可能な国際法の一部をなすか否かという問題について扱ってきている(87)。特に、憲法枠組みは国際法の性格を有する行為ではなく、国内法の性格を有する行為であると主張されてきた。憲法枠組みは、その拘束力を安保理決議1244(1999)の拘束的性格から、それゆえ国際法から引き出している。それゆえその意味で、それは国際法の性格を有する(88)。同時に憲法枠組みは、決議1244(1999)に即して創設された特殊な法秩序の一部として機能する。当該法秩序は、コンボにおいてのみ適用可能であり、その目的は決議1244(1999)により設定された暫定的段階の間、通常は国際法よりもむしろ国内法の主題である諸事項を規律することである。それゆえ憲法枠組みは、暫定的段階の間のコンボの行政のために採択された法体系の一部として効力を得たのである(89)。安保理決議1244および憲法枠組みは、暫定自治諸制度に関する相当の監督諸権能を、特別代表に委任している(90)。安保理決議1244(1999)および憲法枠組みは、2008年2月17日にコンボで広まった状況に適用できる国際法を構成していた(91)。裁判所は、安保理決議1244(1999)および憲法枠組みは、総会により提起された質問に回答する際に考慮されるべき国際法の一部をなすと結論付ける(93)。

1. 安保理決議1244(1999)の解釈

ウィーン条約法条約31条および32条に具体化された条約解釈の諸規則は指針を提供しうるが、安保理諸決議と諸条約の相違は、安保理諸決議の解釈はその他の諸要因も考慮されることもまた要求することを意味する。安保理諸決議の解釈は、その採択の際の安保理構成国の諸代表の発言や、同一の問題についての他の安保理諸決議、および関連国連諸機関およびこれら所与の決議によって影響される諸国家の後の実行を分析することを裁判所に要求しうる(94)。

決議1244(1999)は、その付属書1および2に定められた諸一般原則と結びつけて読まれなければならない。これら一般原則は、第一に暴力と抑圧の終了を確保し暫定行政を設置することによりコンボ危機を鎮静化させることを追求した。決議1244は、コンボの実質的な自治のための暫定的な政治的枠組み合意に向けた政治プロセスを開始することによって

いた点で、より長期的な解決もまた考えられていた。さらに決議前文は、ユーゴスラビアの主権及び領土保全を想起していた(95)。

決議1244の三つの区別される特徴が、その趣旨目的の認識にとって関連性を有する(96)。決議1244とUNMIK規則1999/1は、その当時コソボで効力を有した法秩序を中断させ国際領域行政を設置する効果をもち、この理由で、決議1244に基づいて配置されたコソボにおける文民および安全保障部隊の設立は、市民的、政治的および安全保障の諸側面に関連し、1999年にその領域に存在した危険に対処することを目的とした例外的措置と理解されなければならない(97)。第二に、暫定的な国際領域行政は、人道的諸目的のために、すなわちコソボの安定化および危機にみまわれた区域における基礎的公秩序の再建の手段を提供するために設計されていた(98)。第三に、決議1244は明白に暫定的制度を設立している。この決議は、単にコソボの将来の地位のための、望まれていた交渉による解決を容易にすることだけをUNMIKに委任し、交渉プロセスの結果については予断を与えていなかった(99)。

2. 独立宣言は安保理決議1244(1999)およびその下で採られた諸措置に適合するか否かという問題

(a) 独立宣言発布者たちのアイデンティティー

2008年2月17日の独立宣言は、憲法枠組み第9章の下で設立された暫定自治諸制度の一つである「コソボ議会」の行為だったのか、または宣言を採択した人々は異なる資格で行為していたのか、決定する必要がある(102)。裁判所は、独立宣言が採択された2008年2月17日の会合の開会に際し、議会議長およびコソボ首相が、コソボ議会および憲法枠組みに言及したことに留意する。しかしながら裁判所は、独立宣言は、その採択に先立つ諸出来事とりわけいわゆる「最終的地位プロセス」に関連する諸出来事を考慮した、もっと広い文脈において見られなければならないと考える。最終的地位プロセスの特定の諸輪郭や、ましてや結果は、安保理決議1244(1999)によってオープンなまま残されていた(104)。

独立宣言は、最終的地位諸交渉は失敗しコソボの将来についての決定的瞬間に達したという自覚を反映している。宣言の文言は、宣言の発布

者たちが、コソボの暫定自治行政の標準的な枠組みの内部で行為しようとしていたのではなく、「独立主権国家として」コソボを設立することを目指していたことを示している。それゆえ、独立宣言は、暫定的段階のために創設された法秩序の枠内で効果をもつことを、それを採択した人々によって意図されていなかったし、そのような効果を有することもできなかった。裁判所は逆に、当該宣言の発布者たちは、当該法秩序により創設されその秩序の内部で行使する権能を与えられた制度としての資格で行為していなかったか、またその資格で行為する意図はなかったものであり、むしろその意義と諸効果が当該秩序の外にある措置の採用にのりだしたと考える(105)。

この結論は、宣言の起草者たちがコソボの国際的諸義務、とりわけコソボのためにUNMIKにより創設された諸義務の履行を引き受け、当該宣言においてなされた諸約束にコソボが第三国に対して拘束されると明示的かつ厳粛に宣言したという事実によって補強される。対照的に、憲法枠組みの制度の下では、コソボの対外関係の運営に関するすべての問題は、事務総長特別代表の排他的大権であった(106)。宣言文の一定の諸特徴およびその採択の諸状況もまた、同じ結論を指し示す(107)。独立宣言に対する事務総長特別代表の反応もいくつかの意義を有する。以前の機会において、とりわけ2002年から2005年の期間においては、コソボ議会がコソボの独立を促進するための主導権をとろうとした際、特別代表は、それらは議会の諸権限を越えているとみなされるという根拠で、数多くの行為を憲法枠組みに両立しないと性質決定した。2008年2月17日の独立宣言に接しての特別代表の沈黙は、宣言が、彼が監督について責任を有する法秩序の内部で効果をもつことを目的とする暫定自治諸制度の行為であると彼が考えなかったことを示唆する。実行が示すように、彼が*ultra vires*とみなしたコソボ議会の諸行為については、彼は行動をとる義務の下にあったであろう。3月28日の事務総長の安保理への報告は、コソボ議会が独立宣言を採択したと言明しているが、事務総長の定期報告は、宣言やそれを採択した人々が行動していた資格の法的分析としては意図されていなかった(108)。

それゆえ裁判所は、すべての要因をまとめて考慮して、2008年2月17

日の独立宣言の発布者たちは、憲法枠組みの内部の暫定自治諸制度の一つとして行為したのではなく、コソボ人民の諸代表の資格で暫定行政の枠外で共に行為する諸個人として行為したという結論に達する(109)。

- (b) 独立宣言発布者たちは安保理決議1244(1999)またはその下で採られた諸措置に違反して行動したか否かという問題

第一に、安保理決議1244(1999)は本質的にコソボのための暫定的制度を創設することを目的としており、コソボの最終的地位やその達成の諸条件を扱う規定を何ら含んでいなかった。同時期の安保理の実行は、ある領域の恒久的地位について制限的な諸条件を定めることを安保理が決定した諸状況においては、それらの条件は関連決議において特定されていることを示している。対照的に、決議1244(1999)の文言においては、安保理は、コソボの状況の最終的決定を自らに留保せず、コソボの最終的地位の諸条件については沈黙を保っていた。それゆえ、決議1244(1999)は、2008年2月17日の独立宣言発布を除外していない。なぜなら、両文書は異なるレベルで作用するのである。決議1244(1999)と異なり、独立宣言は最終的にコソボの地位を決定する試みなのである(114)。

第二に、安保理決議1244(1999)の名宛人の問題に目を転じると、それは大部分において、国連加盟諸国および事務総長やその特別代表のような国連諸機関の諸義務および諸授權の創設に関わっている(115)。決議1244より前にコソボについて採択された多くの安保理決議は、コソボのアルバニア人指導層に名指しで向けられた諸要求を含んでいた(116)。このようなコソボのアルバニア人指導層やその他のアクターたちへの言及は、「すべての関係者」へのやや一般的な言及にも拘らず、安保理決議1244の文面には欠けている。安保理決議を解釈する際には、裁判所は事例ごとに、あらゆる関連事情を考慮して、安保理がだれに拘束的な諸法的義務を創設しようと意図していたかを確定しなければならない。決議によって用いられている文言は、この点に関して重要な指標として役立つ(117)。これを念頭に置くと、裁判所は、安保理決議1244(1999)が、独立宣言の発布者たちを拘束する、独立宣言の禁止を含んでいるという議論を受け入れることはできない。また、そのような禁止

は、その文脈において理解され趣旨目的を考慮した決議の文言から引き出されることもできない。この点に関し安保理決議1244(1999)の文言は最大でも曖昧である。「政治的処理」の文言もこの結論を変更するものではない。第一にその言及は、他の諸アクターではなく国際文民部隊の諸責任の規定という文脈でなされたものであり、第二に「政治的処理」の文言は様々な解釈に服しうる(118)。したがって裁判所は、安保理決議1244(1999)は、2008年2月17日の独立宣言発布者たちがセルビア共和国からの独立宣言を発布することを妨げなかったと認定する。したがって、独立宣言は安保理決議1244(1999)に違反しなかった。

2008年2月17日の独立宣言は、暫定自治諸制度によって発布されたものではなく、それら暫定制度が活動する法秩序の内部で効力をもつことを意図された行為でもそこで実際効力を有した行為でもなかった。独立宣言の発布者たちは、暫定自治諸制度体の行動を統制するために設定された諸権能と諸責任の枠組みによって拘束されていなかったということになる。したがって、裁判所は、独立宣言は憲法枠組みに違反しなかったと認定する(121)。

V. 一般的結論(122)

裁判所は上で、2008年2月17日の独立宣言の採択は、一般国際法、安保理決議1244(1999)もしくは憲法枠組みに違反しなかったと結論付けた。結果として、当該宣言の採択はいかなる適用可能な国際法規則も侵害しなかった(122)。

第2章 検討

さて、この勧告的意見からは、本稿の関心にとってどのような示唆が得られるであろうか。検討していこう。

(1) 法的問題としての国家の成立

アランジオ・ルイスの見解では、国家は国際法にとって所与であり原理上国際法による規律の対象にならない。その場合、国内集団による分

離やその一環としての独立宣言についても、国際法の規律は存在しえない。したがって、それらの行為は国際法に基づく評価が不可能なので「法的問題」ではなく、裁判所の管轄権は存在しないことになるはずである。本件においてもこのような主張は存在した。例えばフランスはその書面で、「実際のところ国際法は、独立国家の存在を確認することに自らを限定しており、いずれにせよその形成が違法な武力行使から帰結していない場合には、当該国の形成の諸条件やましてやその『宣言』の諸条件には関心をもたない」ので、質問は法的性格を有しないと述べた⁽²⁹⁾。またアルバニアは、「独立宣言は国際的平面において諸効果を生じさせ、国際的な諸帰結を有するが、それ自体は国際法によって規律されていない。それゆえ、独立宣言が国際法に合致するか否かについて解答されることは通常はできない。この点に関して、新たな主権国家の誕生としての独立宣言は、国連憲章2条7項の意味における、本質的にその国家の国内管轄に属する事項である」ので、当該問題は法的問題ではないと主張し、裁判所の管轄権を争った⁽³⁰⁾。国内管轄事項は、指導的先例である1923年の常設国際司法裁判所チュニス・モロッコ国籍法事件勧告的意見では、「複数の国の諸利益に非常に密接に触れうるが、原則として国際法によって規律されていない、一定の諸事項」⁽³¹⁾と定義されている。アルバニアの見解は、この定義に従い、独立宣言すなわち新国家の成立は、国際法によって規律されていない事項としての国内管轄事項であり、したがって裁判所は本案について管轄権をもたないという主張と考えることができるだろう⁽³²⁾。

このような、ある問題について規律する国際法が存在しない国内管轄事項であるので、当該問題は法的問題ではなく裁判所は管轄をもたないという先決的抗弁の評価について、チュニス・モロッコ国籍法事件勧告的意見は、「主張されている諸権原が……紛争にとって法的重要性をも

(29) Expose Ecrit de la Republique Française, para. 1.4, available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15608.pdf>.

(30) Written Statement of the Government of the Republic of Albania, para. 47, available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15618.pdf>.

(31) CPJI Série B, n° 4, pp. 23–24.

ちうるものであり、かつこれら諸権原の有効性の評価と解釈に、一国が一定の諸措置をとる権限を有するか否かという問題が従属しているという暫定的結論を、それらの権原が許容する性質を有する」⁽³³⁾か否かという、いわゆる「暫定的結論」基準を提示していた。

これに対し今回の勧告的意見では、従来の判例に従い、法的観点から作成され国際法の諸問題を提起する諸問題は、まさにその性質上法に基づく回答になじむ(25)と述べ、質問が国際法の観点から記述されていれば法的問題であるとの立場を維持している。しかし裁判所はこれに加えて同時に、「裁判所はその問題に国際法を参照して回答できる」(26)と断定している。これは特にアルバニアやフランスの主張に向けられた回答と捉えることができる。この結論は、本案で覆されうる先決的抗弁段階での暫定的な判断ではないと考えられるが、回答のために参照できる「国際法」の内容はここでは言及されていない。この内容は、後に本案で検討されている国際法を指すと考えるほかない。

いずれにせよ、ここで裁判所は少なくとも、独立宣言を含め国家の成立については原理的に国際法による規律が不可能であり当該問題は法的問題ではないというアランジオ・ルイスのような見解は退けたと結論付けることができる。問題は、独立宣言が国際法に違反したか否かに関して参照できる国際法とは何かである。

(32) 国際裁判における先決的抗弁としての国内管轄事項概念に関する議論については、C.H.M. Waldock, "The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals," *British Year Book of International Law*, vol. 31 (1954), pp. 96-142; Gaetano Arangio-Ruiz, "The Plea of Domestic Jurisdiction before the International Court of Justice: Substance or Procedure?," in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice eds., *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 440-464. コンボ意見において、独立宣言は一般国際法上も安保理決議および立憲枠組においても規律対象ではないと判断されたと解釈するのが、郭、前掲論文(注1-a)、161頁。

(33) CPJI Série B, n° 4, p. 26.

(2) 一般国際法

① 独立宣言と分離

国内集団による分離や独立宣言の法的評価について、裁判所は、どのような国際法規範に基づくどのような解釈適用手続が妥当すると考えているのだろうか。

裁判所は、質問の射程を「その独立宣言が国際法に違反して採択されたか否かの決定」と解釈し、「その質問への回答は、適用可能な国際法がその独立宣言を禁止していたか否かにかかっている」と判示した(56)。この問いに応えるため裁判所は、まず一般国際法上、独立宣言を禁止する規則が存在するか否かを検討し、その存在を否定した(84)。裁判所は、独立宣言一般を禁止する一般国際法の有無によって、今回のコソボ独立宣言の一般国際法上の違法性が判断されるという見方を示したと考えることができる。

しかし、このような独立宣言一般を禁止する国際法の検討は失当であるとの諸批判が少数意見においてなされている。その要点は、独立宣言そのものを特定の規律する一般国際法が存在しないのは自明のことであって、独立宣言は、国際法上の国家の成立という法的効果を規律する一般国際法か、または国内集団による分離を規律する一般国際法に照らしてのみ、法的評価の対象となるという点にある。

まずスコトゥニコフ判事によれば、独立宣言が一般国際法上関連性を有しうるのは、国家性および独立という基底をなす請求とともに考慮される場合だけであるが、今回の質問はコソボが国家性を獲得したか否かは問うていないので、独立宣言の適法性は一般国際法の観点からは回答できない(Skotnikov, para. 17)。この見解は、冒頭で挙げた分離の二側面であれば、第二の側面である国際法上の国家の成立という効果を規律する一般国際法との関連においてのみ、独立宣言は法的意義を有するのであり、独立宣言そのものは一般国際法の規律の対象ではないというものである。裁判所(51)も認めるように、この第二の側面は今回の質問の射程外であるので、今回の独立宣言について一般国際法からは評価できないのである。

ユスーフ判事もまた、独立宣言それ自体は国際法によって規律されて

いないので、国際法の下でのその適法性を評価することそれ自体は失当であるとする。彼によれば、「この法にとって関連性を有するのは、独立宣言が含意するものおよび、その宣言が表現する、新国家を設立するという請求である」のであって、そのような請求が、脱植民地化のように国際法により規定された諸要件を満たすなら国際法はそれを奨励するし、逆に南ローデシアなどのように国際法に違反する場合にはそれを妨げさらには違法と宣言しうる(Jusuf, para. 5.)。コロマ判事は、国際法は独立宣言を許容も禁止もしないという多数意見の見解は、独立宣言一般について抽象的に言明される場合にのみ意味をなすに過ぎないのであり、「その下で国際法との合致が判断される特定の事実的および法的文脈の下で生じた特定の一方的独立宣言に関しては」意味をなさないと指摘する。彼は、もし裁判所が国際法の諸原則と諸規則を今回の特定の独立宣言に適用したならば、当該独立宣言は「分離に相当し、国際法に合致しなかった」と結論付けねばならなかったであろうと述べる(Koroma, para. 20.)。

ユスーフやコロマの立場は、独立宣言それ自体は国際法上規律されていないが、今回の独立宣言は、分離行為として国際法上性質決定され、国内集団による新国家設立の請求が許容されるかまたは禁止されるかという本稿冒頭で挙げた分離の第一の側面についての一般国際法による評価の対象となるという主張と解釈できる。

以上のような、独立宣言それ自体を特定の禁止する一般国際法の有無という多数意見の問題設定に対する批判は相当程度説得的である。まず、コロマのいうとおり、本件は、独立宣言一般についての抽象的な質問ではなく、コソボ独立宣言という具体的な事実の国際法適合性を問うものである。したがって、この具体的な事実が、何らかの国際法に違反したか否かが論点ということになる。その際もちろん、独立宣言それ自体を禁止する一般国際法規則が存在するならば、当該法規則に照らして今回の独立宣言は国際法上違法であったと判断すれば足りるであろう。しかし、独立宣言を特定の禁止する一般国際法が存在しない場合には、さらに他の一般国際法に照らして、今回の具体的な独立宣言が違法でなかったか否かを検討する必要があるはずである。そして、他の一般

国際法としては特に、ユスーフやコロマが指摘するように、国内集団の分離に関わる一般国際法を検討する必要があると考えられるのである。

以上の限りでは、今回の独立宣言の一般国際法適合性の問題を、独立宣言自体が特定の一般国際法上禁止されているか否かの問題に限定した多数意見の論法には疑問がある。しかし同時に注目すべきは、勧告的意見を詳しく検討すると、確かに多数意見の議論は独立宣言自体の一般国際法上の違法性の検討という体裁をとっているが、実質的には、分離に関する一般国際法を議論していると解釈できることである。例えば、裁判所は質問の射程を「適用可能な国際法がその独立宣言を禁止していたか否か」に限定していたが、この独立宣言の禁止に対照されているのは、カナダ最高裁が判断した「分離を実行する」権利である(56)。ここでは、裁判所は、独立宣言を分離として性質決定しているとみることが可能である。裁判所が、独立宣言を分離と切り離して、前者を禁止する一般国際法の有無だけを議論しているならば、コロマなどの批判は完全に妥当するであろう。しかし、質問の射程についての裁判所の言明からは、裁判所も実際には、コソボの独立宣言が違法であったか否かの判断基準として、分離と区別された独立宣言自体の一般国際法による禁止ではなく、分離を禁止する一般国際法を検討していると解釈できるのである。そこで以下では、国内集団による分離の国際法による規律という観点から、勧告的意見の論理を再構成してみたい。

② 分離についての法規則の存在の可能性

冒頭で概観したように、国内集団による分離については、一方で、独立宣言はもとより、分離についても一般国際法は規律していないという見方も有力である。他方で、分離は原則としては国際法により規律されていないが部分的には許容規則や禁止規則が存在するという見方や、領土保全原則に基づいて、外的自決権を唯一の例外とする分離の一般的禁止規則が存在するという立場、さらには、国際法規則の次元では確かに分離は規律されていないが、個別具体的な事実には照らして自決や領土保全、武力行使禁止などの国際法原則を衡量することにより、事例ごとに

アドホックに適法性・違法性を判断することはできるという見解も存在する。

それでは、本勧告的意見では、これらの諸見解に対してどのような立場がとられているであろうか。まず、領土保全原則の帰結として分離を一般的に禁止する国際法規則が存在するという見解についてみてみよう。前述したように、コロマ判事は、今回の独立宣言は分離に相当し一般国際法に違反していると主張していた。彼によれば、「裁判所の前にある事件に適用可能な国際法は、独立宣言および分離を明示的に阻止する諸規則及び諸原則を含んでいる」(Koroma, para. 23.)。そしてその根拠は、「国際法は国家の領土保全を支持している」(Koroma, para. 21.)という領土保全原則に求められている。領土保全は一般に、国家の同意なき当該国家の領土の剥奪を禁止するものといえる。当該禁止が他国だけでなく、国内集団も名宛人とするなら、領土保全は分離の禁止をも含意することになる。コロマの議論は、領土保全原則に基づく分離の一般的禁止を一般国際法規則として主張するものといえる。

このような主張に対して多数意見は、第80段落で回答していると解釈することができる。そこで裁判所は、「一方的独立宣言の禁止は領土保全の原則に黙示されている」という見解に言及し、「領土保全の原則の射程は、国家間関係の領域に限定されている」と述べてそのような主張を否定しているのである。したがってまず、多数意見は、領土保全原則の帰結として国内集団に対して分離を禁止する一般国際法規則が存在するという見解は退けているといえよう。

③ 具体的事情に照らした諸法原則の衡量による個体的評価の可能性

ザクサーは、分離について規律する国際法規則は存在しないが、領土保全や自決、国際平和といった諸原則を、個別具体的な事情に照らして衡量することによって、個別の分離についてはアドホックな法的評価が可能であるとしていた。つまりこの見解では、国際法規則によって特定の規律されていない事項についても、諸原則による個体的評価がなされる。

本件において例えばユスーフ判事は、多数意見が独立宣言自体だけに

議論を限定したことを批判すると同時に、多数意見が質問の射程を、行為が国際法に違反したか否かの問題に限定したことも批判している。彼によれば、裁判所は、「コソボの特定の状況における自決権の存在の可能性」についても評価すべきであった(Jusuf, para. 4.)。ここで注目したいのは、質問の射程の限定の是非自体ではなく、仮に質問の射程を拡大しコソボの特定の状況においてコソボの分離が自決権によって許容されたか否かを判断する場合について裁判所がとるべき論証についての、ユスーフの見解である。彼によれば非自治地域の人民や外国の支配下にある人民には「外的自決の特定の権利」が国際法上承認されているが、既存国家内部のエスニック・人種集団に国家設立の請求権を付与する「一般的な実定的権利」は存在しない(Jusuf, para. 10.)。しかし、既存国家が後者の集団の内的自決権の行使を否認するだけでなくそれら集団を差別や抑圧、人権法や人道法の重大な侵害にさらす例外的諸事情においては、「特定の状況において歴史的文脈を考慮して国際法によって規定された諸条件を満たす」場合には、例外的に外的自決権の行使が認められる(Jusuf, para. 11.)。この点を判断するためには、コソボに関していえば、「この領域の特別の状況が、その歴史および、国連の暫定統治と独立宣言へと導いた最近の諸出来事に鑑みて、その人民に、母国の同意なき別個の国家への請求権を付与する可能性があったか否かの評価」が必要であったとされる(Jusuf, para. 17.)。

ユスーフの立場は、国内集団に「外的自決の特定の権利」ないし「一般的な実定的権利」を付与する法規範、すなわち法規則は存在しないが、個別の事例の歴史的・具体的諸事情に照らしてアドホックに分離の適法性を判断することはできるというものだと解釈できる。

フィンランドの意見はより明瞭である。同政府によれば、独立宣言を規律する明確な諸規則は存在しないが、機械的に適用できる諸規則が存在せずとも、関連諸事実の均整のとれた評価に基づき当該宣言の諸効果について判断することは可能である。国家性に関するモンテヴィデオ基準や、領土保全、自決は、現場の諸事実を評価する広い基準を定めるものであり、必要なのは、機械的な諸規則の適用や、例外や政治への訴えではなく、諸事情において衡平であるような仕方、これら関連諸法原

則を適用することなのであり、それら法原則のいずれが最も重みをもつかを決するのは、事実的文脈である⁽³⁴⁾。

それでは、多数意見は、このような、ある問題について国際法規則が存在しない場合における、具体的事実にもとらした諸法原則の衡量による個体的判断という論証手順について、何らかの態度を示しているだろうか。注目すべきは第81段落である。この段落で裁判所は、南ローデシアや北キプロス、スルプスカ共和国の独立宣言を非難した安保理は、「これら独立宣言がなされた当時存在した具体的状況に関して決定を行っていた」と指摘し、「これら独立宣言に付着した違法性は、これら宣言の一方的性格それ自体に由来したのではなく、それらが、違法な武力行使または一般国際法の諸規範とりわけ強行的性格の諸規範(jus cogens)のその他の重大な諸違反事実と、関連していたかまたは関連していたであろうという事実、に、由来したのである」と結論付けている。

この言明については、さしあたり二つの解釈が可能であろう。一つは、独立宣言について一般的に禁止する国際法規則は存在しないが、例外的に、「国際法の諸強行規範の重大な違反に関連した独立宣言は禁止される」旨の国際法規則は存在するという見方である。もう一つは、フィンランド政府同様、具体的事情にもとらした国際法の諸原則の衡量による個体的判断の可能性がここで肯定されているという解釈である。

では、いずれの解釈をとるべきであろうか。ここで裁判所が「具体的状況に関して決定を行っていた」ことを強調していることは、後者の解釈の妥当性を示唆する。また諸強行規範の重大な諸違反事実と「関連していたかまたは関連していたであろう」場合には独立宣言は禁止されるという国際法規則は、要件と効果から構成され、要件の充足の有無によって、効果が全か無かのいずれかに判断できることを特徴とする法規則の論理構造⁽³⁵⁾を満たしているのか疑問なしとしない。むしろ「関連」

(34) CR/2009/30, pp. 57-60, available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15726.pdf>.

(35) Dworkin, *supra* n. 12, p. 24; Lowe, *supra* n. 12, p. 101; Krieger, *supra* n. 3, pp. 42-43.

の語は、具体的な事实的文脈を尺度として、個別具体的な独立宣言と諸強行規範の違反事実およびその前提をなす強行規範自体を結びつける操作を指すように思われる。さらに、一般国際法についての裁判所の結論は、「一般国際法は諸独立宣言のいかなる適用可能な禁止も含んでいない」(84)というものであり、この包括的な言明は、一般的な禁止だけでなく、例外的に独立宣言を禁止する国際法規則が存在することも排除しているように思われる。したがって、多数意見は、ここで、独立宣言を禁止する国際法規則は存在しないが、具体的状況に照らして武力行使の禁止やその他の強行規範の衡量によってアドホックな判断がなされるという見解を採用していると解釈すべきと考えられる。

(3) 安保理決議1244

① *lex specialis*の意味

多数意見は、まず一般国際法を検討した後、安保理決議1244を検討しているが、同時に、一般国際法との対照において安保理決議1244を*lex specialis*と性格付けている(83)。この点については、コロマ判事(Koroma, para. 10.)やベヌーナ判事(Bennouna, para. 38.)によって、決議1244は*lex specialis*なのだから、一般国際法より先にまず決議1244を解釈適用すべきであったと批判されている。*lex specialis*の一般的な意義⁽³⁶⁾に従えば、コロマやベヌーナのいうとおり、本件に対しては一般国際法に優先して決議1244を解釈適用すべきは⁽³⁶⁾はずである。この点について、多数意見は、決議1244に先立って一般国際法を検討する理由を、一般国際法の下での諸独立宣言の適法性に関する一定の諸問題の「背景に照らして、……安保理決議1244(1999)が理解され適用されなければならない」点に求めていると考えられる(78)。多数意見は、決議1244と一般国際法の関係を、一般国際法の解釈適用が決議1244の「背景」ないし「一般的枠組」(78)として当該決議の理解や適用を助けるものと捉えており、

(36) Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, paras. 56-122.

一般法に優先して適用されるという意味ではlex specialisの語を用いてはいないようである。

それでは、一般国際法が安保理決議の解釈適用の「背景」・「一般的枠組」をなすとは具体的には何を指すのであろうか。裁判所は第85段落以降で決議1244およびUNMIK規則を検討しているが、そこでは一般国際法には特に言及されていない。一般国際法が決議1244の解釈適用に直接的に影響している形跡はない。「背景」とは、決議1244が一般国際法に即して解釈適用されるという意味ではないようである。

勧告的意見の記述からはむしろ、これまでの検討結果に即して「背景」ないし「一般的枠組」を理解する可能性が開かれているように思われる。注目すべきは再び第81段落である。既にみたように、この段落では独立宣言を非難する安保理決議の諸事例について議論されており、ここで裁判所は、独立宣言を禁止する国際法規則は存在しないが、具体的状況に即して、武力行使禁止などの強行規範に照らして個別の独立宣言の違法性をアドホックに判断することはできると判示していたと解釈できた。そのうえで裁判所は、「コソボの文脈においては、安全保障理事会は決してこの立場をとってこなかった」(81)と述べているのである。ここでは、具体的状況に照らしてそれら強行規範を適用したアドホックな法的判断こそが安保理決議であるという、一般国際法＝諸強行規範と安保理決議の関係が示唆されていると考えることができる。つまり、国際法規則が存在しない中で、武力行使禁止や自決など一定の関連する諸法原則が存在するという一般国際法の状態が「背景」・「一般的枠組」の意味であり、個別具体的状況に際してこのような枠組みに基づいてなされた個体的な法的判断が、lex specialisとしての安保理決議であると解釈できるように思われるのである。本件においては、安保理決議1244が、コソボの分離問題に関するこの個体的な法的判断であるということになるだろう。

また、この場合さらに注目すべきは、独立宣言ないし分離の個体的法的評価における、国際司法裁判所と安全保障理事会の関係である。多数意見は、具体的状況における独立宣言のアドホックな法的評価について、「安全保障理事会は決してこの立場をとってこなかった」と述べる

のみである。すなわち、裁判所は、安保理の判断を尊重し、自ら独立に司法判断を行うことをさし控えていると解釈することが可能であるように思われる。冒頭で挙げたザクサーは、具体的状況に照らした諸法原則の比較衡量による分離の個別的判断は司法判断になじまず、安保理や総会の「政治的統御」に委ねられるべきと主張していたが、本勧告的意見も、ザクサーの見解を支持するものと解釈することが可能である。ただし、多数意見が、司法判断は原理的に不可能だと考えているのか、それとも司法判断は可能だが国連の組織法上の何らかの要請として安保理の決定を尊重しているに過ぎないのかは、文面だけからははっきりしない。前者の解釈をとる場合、裁判所は、少なくとも分離に関する限り、司法判断は法規則に基づく判断を要求するのであり、法規則を経由せずに具体的諸事実に照らして諸法原理を衡量するアドホックな法的判断は司法機能から逸脱すると捉えていることになる⁽³⁷⁾。

② 最終的地位プロセスの結果の規律の不存在

決議1244の内容について、勧告的意見は、暫定的段階と最終的地位プロセスという二つの期間の時間的区分を重視する。意見によれば、コソボに国際領域行政(UNMIK)を設置した決議1244およびUNMIK規則1999/1は、例外的(97)で、人道的諸目的(98)を有し、かつ暫定的な制度(99)を設立するものである。したがって、UNMIKは「暫定的段階の間のコソボの行政のために採択された法体系」(89)であり、「最終的地位プロセスの特定の諸輪郭や、ましてや結果は、安保理決議1244(1999)によってオープンなまま残されていた」(104)のである。裁判所の事実認定によれば、この最終的地位プロセスは、少なくとも2006年2月には開始されていた(67)。

(37) 裁判所の適用基準を定めるICJ規程38条1項は、その1項aにおいて「諸規則(rules)」、1項dにおいて「諸法規則(rules of law)」に言及しており、これら規定からは、ICJ規程は裁判所による適用基準として法規則を想定していると解釈することができる。もちろん、他方で1項bは「法(law)」、1項cは「諸原則(principles)」について言明しているので、38条1項が規則を用いない法的判断を排除しているかどうかはさらなる検討が必要であろう。

すなわち、決議1244は「コソボの最終的地位やその達成の諸条件を扱う規定を何ら含んでいなかった」のであり、「コソボの最終的地位の諸条件については沈黙を保っていた」。「それゆえ、決議1244(1999)は、2008年2月17日の独立宣言発布を除外していない。なぜなら、両文書は異なるレベルで作用するのである。決議1244(1999)と異なり、独立宣言は最終的にコソボの地位を決定する試みなのである」(114)。

ここでコソボの最終的地位と呼ばれているのが、コソボ国家の成立を認めるか否かという問題であることは自明であろう。その結果、個別具体的な独立宣言や分離は、この最終的地位というコソボ国家の成立の規律に照らして評価されることになる。しかし裁判所の解釈によれば、決議1244は本質的に暫定段階の規律を目的とするものであって、コソボの最終的地位については規律せず沈黙している。今回の独立宣言はコソボの最終的地位を確定しようとする行為であるので、決議1244による法的評価の埒外にあるのである。

それでは、決議1244に基づいて設立されたUNMIKの憲法枠組みは、コソボの最終的地位を規律しているのであろうか。憲法枠組みは決議1244を上位規範とし当該決議からの授權によって法的妥当性を得ている(88)。したがって、問題は、最終的地位について規律する権限を決議1244が憲法枠組みに委任しているか否かということになるであろう。この点、決議1244自体が最終的地位についてまったく規律していないにも拘わらず、下位規範である憲法枠組みに最終的地位の規律を授權しているとは考えにくい。実際裁判所も、「憲法枠組みは、暫定的段階の間のコソボの行政のために採択された法体系の一部として効力を得た」(89)と述べ、憲法枠組みに授權された事項は、暫定的段階におけるコソボの行政に限定されていると解釈している。したがって、UNMIK憲法枠組みは、コソボの最終的地位プロセスやその結果については規律していないということができらう。

③ 最終的地位プロセス以降における暫定自治諸制度の行為の規律の問題

ところで、一般的には最終的地位プロセス以降について決議1244や

UNMIK憲法枠組みが規律していないとしても、「コソボ議会」やコソボ大統領といった憲法枠組みにより設立された暫定自治制度に対しては例外的に、最終的地位プロセス以降についても規律しており、コソボの最終的地位を決定する行為がそれら制度に対して禁止されていると解釈することは可能だろうか。

まず、暫定段階においてコソボ議会などの暫定自治制度が、独立宣言などによってコソボの最終的地位を決定しようと試みることは、憲法枠組みの違反となると考えることができる。第61、62段落で述べられているように、暫定段階におけるコソボの統治権限は事務総長特別代表にあり、暫定自治諸制度およびその諸官吏は、安保理決議1244の諸規定および憲法枠組みに定められた諸条件に一致してその諸権威を行使しなければならないと規定されていた。コソボ議会には独立宣言発布などコソボの最終的地位を決定する権限は与えられていないので、そのような試みは*ultra vires*な(107)行為として、当該規定の違反となると考えることができるのである。実際、意見でも言及されているように、2002年から2005年の間には、「コソボ議会がコソボの独立を促進するための主導権をとろうとした際、特別代表は、それらは『[議会の] 諸権限を越えて』いるとみなされるという根拠で、数多くの行為を憲法枠組みに両立しないと性質決定した」(108)。

では、この暫定自治制度を名宛人とする、コソボの最終的地位を決定する試みの*ultra vires*な行為としての禁止は、最終的地位プロセス以降についても存在するであろうか。勧告的意見は、第121段落において、「2008年2月17日の独立宣言は、暫定自治諸制度によって発布されたものではなく、それら暫定制度が活動する法秩序の内部で効力をもつことを意図された行為でもそこで実際効力を有した行為でもなかった」ので、独立宣言は憲法枠組みの違反ではなかったと結論付けている。この引用部分の前半を強調し、ここで裁判所は、今回独立宣言を発布したのは暫定自治制度ではなかったので、それゆえ当該独立宣言は憲法枠組みの法的評価の外にある行為であると読むなら、もし当該独立宣言を発布したのが暫定自治制度であったならば、それは憲法枠組みに違反したであろうと言明していると解釈することが可能である。

他方で、当該独立宣言はUNMIKの法秩序の内部で「実際効力を有した行為でもなかった」という引用の最後の部分を重視し、この言明は前段とは独立していると解釈するなら、仮に今回の独立宣言を發布したのが暫定自治制度であったとしても、そもそも当該宣言はその性質上、憲法枠組みを含むUNMIKの法秩序によって何らかの法的効果を付される行為ではないことになる。言い換えれば、適法行為として例えばコソボの独立という法的効果が生じないのはもちろん、*ultra vires*な違法行為としての法的効果さえ生じない行為であると解釈することも可能である。要するに、最終的地位プロセスにおける暫定自治制度の独立宣言は、憲法枠組みの法的評価の枠外にある行為＝憲法枠組みによっては規律されていない行為であるということになる。

いずれの解釈を採用すべきであろうか。手掛かりは、今回の独立宣言発布者のアイデンティティーの確定を議論している、意見のIV. B. 2. (a)節、とりわけ第104、105段落にあるように思われる。まずこの節の冒頭で裁判所は「2008年2月17日の独立宣言は、憲法枠組み第9章の下で設立された暫定自治諸制度の一つである『コソボ議会』の行為だったのか、または宣言を採択した人々は異なる資格で(in a different capacity)行為していたのか、決定する必要がある」(102)と述べ、事実において独立宣言を發布した生身の人間たちが、いかなる「資格(capacity)」で行動していたかという基準によって、独立宣言発布者の法的確定がなされるという見方を示している。おそらくこの「資格」基準は、国家責任条文案第7条の「国の機関または統治権能の一部を行使する権限を付与された人もしくは団体の行為は、当該機関、人または団体がその資格(capacity)で行動する場合には、その権限を超越しまたは指示に違反する場合であっても、国際法上当該国の行為とみなされる」という規定を、コソボ議会という非国家主体へと類推したものと考えられる。裁判所の定式化によれば、本件はコソボ独立宣言が国際法に違反したか否かの判断を問うものなので、国家の「国際違法行為」に関して、国家への行為の帰属基準を定める国家責任法の規定を、非国家主体の「国際違法行為」について当該非国家主体への行為の帰属基準として流用することは、正当化されるであろう。この点、既に2007年のジェノサイド条

約適用事件本案判決について、国家責任法上の行為帰属基準の非国家団体への帰属の基準としての類推適用が指摘されている⁽³⁸⁾。

そこで次に、この「資格」基準の本件の独立宣言への適用が問題となる。その際裁判所はまず、既に引用したように第104段落で、「最終的地位プロセスの特定の諸輪郭や、ましてや結果は、安保理決議1244(1999)によってオープンなまま残されていた」と述べ、最終的地位プロセス以降について決議1244は規律していないことを強調する。そのうえで第105段落において、「独立宣言は、最終的地位諸交渉は失敗しコソボの将来についての決定的瞬間に達したという自覚を反映している」とし、「その文言は、宣言の発布者たちが、コソボの暫定自治行政の標準的な枠組みの内部で行為しようとしていたのではなく、『独立主権国家として』(第1段落)コソボを設立することを目指していたことを示している」と述べる。ここまでにおいて裁判所は、「資格」の判定基準として、独立宣言文に表された、発布者たちの行為を規律する枠組みについての発布者の意図を重視しているようにみえる。

しかし、その後の結論部分の論調は微妙に異なる。上の引用部分に引き続いて裁判所は、「それゆえ、独立宣言は、暫定的段階のために創設された法秩序の枠内で効果をもつことを、それを採択した人々によって意図されていなかったし、そのような効果を有することもできなかった(nor was it capable of doing so)」と言明し、「裁判所は逆に、当該宣言の発布者たちは、当該法秩序により創設されその秩序の内部で行使する権能を与えられた制度としての資格で行為していなかったか、またその資格で行為する意図はなかったものであり、むしろその意義と諸効果が当該秩序の外にある措置の採用にのりだした(set out)と考える」と結論付ける。

まず、ここで「法秩序の枠内で効果をもつ」の意味は、そもそも本件

(38) Marko Milanovic, "State Responsibility for Genocide: a Follow-Up," *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), pp. 675-676; Hervé Ascensio, "La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque," *Revue générale de droit international public*, vol. 111 (2007), pp. 290-291, 302.

の論点が国際法違反行為に限定されている以上、そして国際違法行為の帰属基準が類推適用されていると考えられる以上、UNMIKの法秩序に基づいて違法行為としての法的効果をもつこと、すなわちUNMIKの法秩序に基づいて違法性が評価されること、言い換えれば当該行為がUNMIKの法秩序によって規律されていることであると解釈することができる。この点は、第108段落で、「2008年2月17日の独立宣言に接しての特別代表の沈黙は、宣言が、彼が監督について責任を有する法秩序の内部で効果をもつことを目的とする暫定自治諸制度の行為であると彼が考えなかったことを示唆する。実行が示すように、彼がultra viresとみなしたコソボ議会の諸行為については、彼は行動をとる義務の下にあったであろう」とされていることから確かめることができる。「法秩序の内部で効果をもつ」とは、コソボ議会のultra viresな行為＝違法行為としての法的効果を含むのである。

そして、前段と異なりここでは、裁判所は「資格」の判定基準として、当事者がそのような効果をもつことを意図していなかったことと並べて、「そのような効果を有することもできなかった」ことを挙げているのである。つまり、結論部分では、「資格」の判定は、当事者の意図の評価を俟たずに、独立宣言がその客観的な性質上、「暫定的段階のために創設された法秩序の枠内で効果をもつ」ことができるか否かの判断で十分であることが示唆されていると解釈することができるのである。

この解釈が正しいとするなら、結局、独立宣言発布者のアイデンティティーは「資格」基準で判断され、その「資格」の判定基準は、当該独立宣言がUNMIKの法秩序によって規律されているか否かで十分ということになる。そして裁判所は、今回の独立宣言については、UNMIKの法秩序の内部で「効果を有することもできなかった」と述べ、UNMIKの法秩序によって規律されていないと結論付けたと解釈することができる。

ここで最初の問い、すなわち、UNMIK憲法枠組みは、コソボ暫定統治諸制度に対しては、例外的に最終的地位プロセス以降についてもコソボの最終的地位を決定する試みを禁止していたか否かという問題に戻ろう。まず第一に第121段落の、「それら暫定制度が活動する法秩序の内部

で……実際効力を有した」という文言は、第105段落及び108段落の検討から、行為がUNMIK法秩序によって違法行為として規律されている場合を含んでいることがわかる。第二に、第121段落は、独立宣言が「暫定自治諸制度によって発布されたものではない」という発布者のアイデンティティーを、当該宣言が憲法枠組みに違反しなかった根拠として挙げていたが、以上の検討から明らかなように、発布者のアイデンティティーの判定基準自体が、最終的には「暫定的段階のために創設された法秩序の枠内で効果をもつ」か否か=UNMIKの法秩序によって規律されているか否かであった。つまり121段落におけるアイデンティティーに基づく根拠は、宣言は「それら暫定制度が活動する法秩序の内部で……実際効力を有した」ものではなかったという根拠と独立したのではなく、後者に従属しているのである。

④ 規律の欠如の多様性

こうして、多数意見は、安保理決議1244およびその下で設立されたUNMIKの憲法枠組みは、最終的地位プロセスやその帰結としてのコソボの最終的地位を規律していないのであって、最終的地位プロセスを経たあとでコソボの最終的地位を確定する試みを、暫定自治諸制度を含めだれに対しても禁止していないので、今回の独立宣言は、決議1244やUNMIKの法体系による法的評価の対象外であると捉えていると解釈することができる。

この解釈が正しいとすると、勧告的意見の構成は不適切であるということになる。既に検討したように、裁判所は、IV. B. 2. (a)節において、独立宣言発布者のアイデンティティーについて詳細に検討していた。しかし、本稿の解釈に従えば、決議1244も憲法枠組みをはじめとするUNMIKの法秩序も、最終的地位プロセス以降においてコソボの最終的地位を決定する試みを、暫定自治諸制度を含めだれに対しても禁止していない。したがって、だれにも独立宣言は禁止されていなかった以上、独立宣言の発布者を同定することには意味がないと考えることができるのである。ベヌーナは、独立宣言の発布者が暫定自治諸制度であろうがコソボ人民の代表者であろうが、UNMIKの法秩序はコソボの全住

民に対して妥当し、かつ今回の独立宣言は当該法秩序に違反したとして、すべての者に今回の独立宣言が禁止されている以上、独立宣言発布者の同定には意味がないことを示唆している (Bennouna, para. 63.)。本稿の結論は、ベヌーナとは逆に、今回の独立宣言はだれにも禁止されていなかったもので、発布者の同定には実益がなかったということになるだろう。

決議1244は最終的地位プロセスを規律していないという多数意見の解釈に対しては、同決議は、合意による解決 (Tomka, para. 28, Koroma, para. 11, Skotnikov, para. 14.)、安保理による承認 (Tomka, para. 27, Koroma, para. 14, Bennouna, para. 53.)などを義務付けて最終的地位プロセスについても規律しているという批判があり、また、暫定期間はまだ終了していないので独立宣言は憲法枠組みに違反することを示唆する見解 (Tomka, para. 34.)もある。決議1244の解釈適用に関するこれらの議論の当否についてはここでは論じない。分離の国際法による規律という本稿の問題関心からより興味深いのは、シンマ判事の議論である。同判事は、多数意見は、禁止の欠如から即座に許容へと飛躍するといういわゆるローチュス原則の適用であり、「堪忍されている (tolerated)」から「許容できる (permissible)」を経て「望ましい (desirable)」に到る、「禁止されていないこと (non-prohibition)」のありうる様々な程度を無視していると批判する (Simma, para. 8.)。シンマによれば、裁判所は、「ある問題について国際法が意図的に中立的または沈黙しうるか否か、そして国際法は、許容と禁止の二元的理解とたもとを分かっており、禁止されていない一定範囲の選択肢を許容するものである堪忍 (toleration) の概念を許容しているか否か」を検討すべきであった (Simma, para. 9.)。

シンマは、国際法上ある行為が禁止されていない場合でも、その法的意義は多様であることを指摘していると考えることができる。この点に関連して、本稿による勧告的意見の解釈が正しいとするなら、多数意見もまた、国際法による規律の欠如については法規則と法原則という区分に即し二つの水準を区別していると考えることができる。すなわち第一の水準として、裁判所は、独立宣言を特定の規律する一般国際法規則が存在しないと述べ、法規則の水準における国際法の欠如を承認してい

る。第二に、裁判所は、法規則が存在しない場合でも、個別具体的な事実の文脈の下で、自決や武力行使禁止などの法原則を比較衡量することにより、アドホックに個体的な法的評価を下すことは可能であるとしていたと解釈できた。本件においては、決議1244およびUNMIK憲法枠組みが、このアドホックな評価に当たると解釈できるが、この点についての裁判所の結論は、これらは、暫定的段階における暫定自治諸制度による独立宣言は禁止しているが、最終的地位プロセス以降における独立宣言については規律していないというものであった。つまり裁判所は、具体的事実にも照らした諸原則の比較衡量の結果としてのアドホックな法的評価においてもなお、一定の事項について規律が規律されていない場合があることを認めていると解釈することができる。これは「国際法が意図的に中立的または沈黙」する場合と捉えることができるのではないだろうか。

このように本件は、法規則レベルでの規律の欠如と、法原則の衡量に基づくアドホックな個体的判断のレベルでもなお意図的に残される規律の欠如という、少なくとも二種類の規律の欠如を区別しているように思われるのである。

おわりに

本勧告的意見が分離の問題について与える示唆は、次のようにまとめることができるだろう。第一に、裁判所は、分離や独立宣言など国家の成立に関わる問題も国際法を参照して評価できると判示し、国家は国際法の前提であり国際法によって規律できないので法的問題ではないという立場は退けた。第二に、そこで、いかなる国際法が評価基準とされているかが問題となるが、裁判所は、例えば領土保全原則に基づく、分離を禁止する一般国際法規則の存在は認めていない。第三に、むしろ裁判所は、ザクサーやフィンランド政府、ユスーフ判事の見解に合致して、個別具体的な事実的文脈に照らして、自決や武力行使禁止のような諸法原理を比較衡量することによる法的評価を肯定していたと解釈できた。しかもその際裁判所は、この点もザクサーの見方と一致して、当該法的

評価を裁判所自ら行うのではなく、安全保障理事会決議という形式での安全保障理事会の判断に委ねているとみることができる。

公法学者ロマーノ (Santi Romano) は、その著書において、法の客観的性格とは法規則＝法規範自体の属性ではなく法秩序の性質であって、「規則を練り上げ定める力の非人称性および、この力は諸個人に超越しその上に君臨するなにかであり法そのものであるという事実に着着する性格である」と指摘し、次のように述べている。「このことは、あまりに真実なので、言葉の本来の意味における成文規範も不文規範も見出されない諸法秩序の諸事例が、抽象的に想像されうるだけでなく、しかも周知のように、歴史的にも与えられている。立法者という人物像に場所を与えず裁判官という人物像にだけ場所を与える秩序を観念することは可能であると、たびたびいわれてきた。そして、この場合に裁判官は具体的事件を決定すると同時に彼の判断を指導する規範を定立していると述べることは、我々の近代の精神構造から示唆されるが実在には合致しない方便である。真実は反対に、具体的な事件は、いわゆる個別事件の正義から、衡平から、またはその性質上一連のまたは一団の諸行為に関わりそれゆえ抽象的かつ一般的な真正固有の法規範とはなにかまったく異なる、その他の諸要素から、決定されうるということである」⁽³⁹⁾。

本勧告的意見は、分離の問題に関して、不特定多数の事例に妥当する法規則を経由せずとも、具体的事実状況に即した諸法原理の衡量により具体的な事件に対する法的判断が可能であることを示唆し、ロマーノが描くような、法規則なき法秩序の可能性を国際法においても認めるものであるように思われる。

(39) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2nd ed., Firenze: Sansoni, 1962, pp. 20-21. この引用部分については、仲野武志『公権力の行使概念の研究』有斐閣、2007年、229-231頁。