

# 慣習・権力そして法制定権力 —国際関係と慣習国際法—

Custom, Power and the Power of Rules  
— International Relations and Customary International Law —

ミッチェル＝バイヤーズ Michael Byers 著  
(Cambridge University Press)  
稲原 泰平 Yasuhei Inahara 訳

確かに政治と法とは異なる。しかし法体系という誰しも知っている観念はその存在する社会に対する理解を抜きにしては得られない。したがって、国際法の学徒にとって、欧州列強の現実の地位を評価することがぜひとも必要になってくる。

ジョン＝ウェストレイク John Westlake 著  
*国際法概論 Chapter on the Principles of International Law*  
(Cambridge : Cambridge University Press, 1894, 92)

法は社会の権利に関する常識を代弁しているので拘束力があると考えられている。まさしく法は社会の共通善 common good を実現する手段なのである。法は権力という強力な武器によって執行されるので拘束力があるとみなされるのである。まさしく法は抑圧的でありうるし、しばしばそうであった。法のこの2面性はともに真実であるがゆえに、半分虚偽が入っているともいえるのである。

エドワード＝ハレット＝カー Edward Hallett Carr 著  
*危機の20年 The Twenty Years' Crisis (2nd ed.)*  
(London : Macmillan, 1946, 177)

## 〈目 次〉

ジェームズ＝クロフォードの前書き

序文

謝辞

### 第1部 学際的視点

#### 第1章 法と権力

第1節 若干の有効な仮説

第2節 権力と国際法研究

第3節 法的信念 *opinio juris*, 慣習プロセスそして国際法的効力授与能力

#### 第2章 法と国際関係

第1節 レジーム理論と制度論

第2節 “イギリス学派”

### 第3章 権力と国際法

- 第1節 決議・宣言を国家実行と認めるか否かを巡る論争と権力
- 第2節 権力と国際人権法分野
- 第3節 権力と批判法学
- 第4節 権力は国際法に対する脅威であるか？

## 第2部 国際法と権力行使

### 第4章 管轄権原則

- 第1節 管轄権と国際慣習法
  - 第1項 対内的規則
  - 第2項 領域規則
  - 第3項 対外的規則
- 第2節 類推に基づく管轄権

### 第5章 主体原則

- 第1節 外交的保護
- 第2節 “国際ミニマム＝スタンダード”
- 第3節 無国籍者と難民
- 第4節 非政府間機構

### 第6章 相互主義

- 第1節 相互主義に基づく請求
  - 第1項 トルーマン宣言
  - 第2項 北極海域汚染防止法
  - 第3項 沿岸漁業保護法の改正法
- 第2節 相互主義と請求に対する否定的対応
- 第3節 相互主義と執拗なる反対

### 第7章 正当な期待の原則

- 第1節 正当な期待、黙認そして慣習国際法
- 第2節 合法的期待と国際制度
- 第3節 合法的期待と変化に対する相対的抵抗
- 第4節 合法的期待と旧規範存続の誤信
  - 第1項 国家の裁判権免除
  - 第2項 領海の幅員
- 第5節 合法的期待と国際司法裁判所 ICJ の判決
- 第6節 合法的期待と条約

## 第3部 慣習国際法形成プロセス

### 第8章 慣習国際法の基本的諸問題

- 第1節 年代的逆説
- 第2節 国家実行の性格
- 第3節 認識論領域
- 第4節 推定上の合意

## 第9章 国際関係と慣習国際法形成プロセス

- 第1節 “共通の利益”の認定
- 第2節 法的国家実行の“費用 Cost”と認定
- 第3節 反復と変化に対する相対的抵抗
- 第4節 時間と反復
- 第5節 共通利益の特殊性

## 第10章 関連問題

- 第1節 慣習国際法と条約
- 第2節 執拗なる反対国 persistent objector
- 第3節 強行法規 Jus cogens
- 第4節 強行法規 Jus cogens と対世的 erga omnes 規範

## 第11章 結論

- 第1節 “ニューヘブン学派”の特徴
- 第2節 コスケンニーミ Koskenniemi に対する反論
- 第3節 学際的試み
- 第4節 “現実主義的 realist” 仮説の再検討

## 参考文献

## 索引

## 前書き

一般的現象としての慣習国際法というテーマは、大学院で国際法を専攻する研究生にとって適当なものでないことは、フェルマート Fermat の最終定理が数学を専攻する大学院の研究生にとって適当と言えないのと同じである。幾世代にもわたって熟練した専門家でも解決できなかった中核的難問は通常は周辺から間接的に責めるに如くはなしである。問題の中核から視点をそらすことになるかもしれないが、完全な失敗だけは回避できるであろう。そこで、ミッチェル＝バイヤーズ Michael Byers が慣習に関して研究を開始したとき、“問題 problem”を真正面から論ずるのをやめて、共通の確信 *communis opinio* に基づいて特定の慣習法規の存在や変更を認定できる事例を数多く検討するほうが合理的だと思われた。変化を生み出す要因は何か？それらの要因はどのように関連しているのか？個別の問題“構造 structure”はどういう影響を及ぼすのか？たとえば、フォーラムで特徴的に論点が見れてくるとき制度や慣習の発展にどういう違いが出てくるのか（国家免除事件での国内裁判所の判決や領海幅員に関する外務省の発表）？少なくとも、こうし

た問題意識が研究を始める第1歩になる。

国際関係論の研究者に国際法学者の方法論を提示するという研究スタイルをとって本書が個別の問題に解答を出していることは著者の活力とイニシアチブの強さを物語るものである。勿論、国際関係は歴史学や倫理学や法学といった学問が存在している以上それらの研究対象でもある。しかし、“国際関係”に焦点を当てる特定の視点をもつ自覚的な学問領域として、国際関係論は起源的には新しく独自の歴史と方向性を持っている。国際関係論の歴史は理想主義と正当主義 *legalism* と国際連盟これら3者の挫折の歴史とっていい。国際法に関する限り、ハンス＝モーゲンソー Hans Morgenthau のような初期の代表的論者が国際法に精通してそこから離れていったという事実によって国際法の進路は大きく影響を受けたのである。もっとも、国際法の低次元の分野、即ち、第1世代の学者がめったに手をつけず国際法の“影響下に放置した *influenced*” 国家間の日常的な外交活動の分野ではなく、国家の重要問題特に武力行使にかかわる問題について彼らは国際法を見限ったのである。国連憲章や国際司法裁判所判決に現れた武力行使禁止の国際法原則と、国際関係において必要があれば政策問題として武力行使は可能

でありその場合の外交的言辞は現実を覆い隠すためのものに過ぎないとする大国及びその学者たちの見解との間には、相容れない緊張関係が存在する。国際関係論の文献の顕著な特徴は合衆国に対する圧倒的な比重の置き方にある。実際、合衆国の大国としての関与があった事件は異質な関与として現れ、扱われることになる。しかし、武力行使と合衆国を結びつきを強調したために、少なくとも近年まで、一巨象の体の一部だけを研究して得た認識と同様—国際関係論の研究者たちの間に非現実的な世界観が成立してしまった。

いろいろな事情が重なり、こうした状況は変わりつつあり、国際法と国際関係論のもっと均衡の取れた関連性が論じられるようになってきている。バイヤー博士の研究は

その種の評価を試みたものである。と同時に、彼の研究は慣習国際法形成プロセスという単なる時間の経過以上のプロセスを理解するのに大いに役立っている。さらに彼の研究は、国際法の強化の志向性を内に秘めた仮説の形で—形式的な証明をしていないけれども—国際法の特性と力を立証している。その結果、本書ではもっと現実的で包括的な代表的立場でリアリズムの伝統それ自体を再検討する必要性が提案されている。

ジェームズ＝クロフォード

ケンブリッジ大学ローターパクト国際法研究センター  
国際法専任教授

## 序文

国際法学者は誰でも、研究を始めたころは、慣習国際法を国家を拘束する非公式の不文の規範だと理解するに違いない。その理由は、国際法の中に一般条約が成立していない国家責任法や国家免除法のような重要分野が残っているからである。これらの分野では明示の一般的規範は存在していないけれども、国際法学者はこれらの分野に法体系が無いとは思っていない。

私が法律関係の研究を始めた1989年秋に慣習国際法の森に迷い込んでしまった。2年目に、ジュサップ国際法模擬法廷大会でマクギル大学 McGill University のメンバーとして、慣習国際法に関する記念弁論を執筆するよう指示された。南極地域の海洋汚染問題に関する“法的信念 *opinio juris*” (即ち、合法性に関する主体的信念) について完璧と当時思った分析を行ったのだが、この“法 *law*” をチームメイトに説明するのに四苦八苦した記憶がある。彼らは、きわめて真剣に、議論を説得力を持たせて提示するすべを探していたし、主観的的信念についての理論的分析はまだ未結晶の段階であって判事の前に提示できるものではなかった気がする。最終的に、私たちは、国家が義務として認識し又は認識していると思われる行為ではなく、国家の現実の行動—即ち国家実行 *State practice*—に焦点を絞ることにした。驚くことでもないが、この経験によって、私は慣習国際法の伝統的説明に極めて不完全な部分があるとわかった。

同時に、慣習国際法に関する諸問題がそのときまでに私が出会った一般の問題に関連性があると思われた。国際関係学の学位を取得してから法学の研究に入った私は、やがて、“法的信念 *opinio juris*” と“国家実行 *State practice*” の違いが国際法と国際政治の違いであると同時に、

広範な圧力を受けての国家の法的義務と現実の行動との違いであると考えようになった。さらに、国際関係論の研究者が国際法に関心を持っておらず、国際法学者も国際法定立に影響を及ぼす政治的要因について関心を持っていないため、この分野も学問的に未開拓なのだとわかった。

その後の10年間で、国際法と国際政治学との関係について、学際的研究がこれら2つの学問にとってきわめて重要になっているとの認識が定着した。比較的少数の国際関係論の学者が今も国際法の実在性について疑いを持っている。どちらかといえば、彼らの関心はレジームや制度や法定立プロセス、更には国家が法その他の規範を遵守する根拠に移っている。

国際法学者の側は、国際関係論への関心を高めている。特に、レジーム理論や制度論 *institutionalism* は多数の法学者が今日、国際法の著作の中で採用している。しかし、慣習国際法に関して膨大な著作が発表されているにもかかわらず、この分野で法と政治の関係を検証した学者は比較的少ない。慣習法はその大部分が国家実行によって形成され諸国家の国力の違いが微妙に反映するので、法と政治の関係を検証する学者が少ないことは深刻な学問的欠落をもたらしている。幸運にも、とりわけシャクター Schachter は、“国際法上の権力の役割に関する問題は…国際法学者および国際政治学者の経験論的研究を支えている”<sup>(1)</sup> と述べて、事態を改善する必要性を訴えている。慣習国際法上のその種の権力の役割に関する調査を行う機は十分に熟しているといえよう。冷戦の終結、ソ連の分裂、社会主義統制経済の崩壊の結果だけではない

(注)

(1) Schachter (1996) 537.

が、近年の国際情勢の変貌は深刻なものがある。初期の非植民地化のプロセス、多くの国際機構での後進国の多数派の結成、そして西欧及び環太平洋諸国の経済の復興のおかげで、権力的利得や被害が減少し、調整が加えられているのである。新たな権力関係が生じた結果、民主的統治 democratic governance というような国際法上の新概念が現れているし、東西や南北の対立といった極端な政治的現象がさらに複雑化して客観的な学問的分析が必要な事態になっている。

こうした劇的な変化が少なくとも1つの要因となって国際関係論の多くの研究者が国際制度や国際法にますます関心を持つようになってきている。多くの旧制度が実効性を高めていると同時に多数の新制度が登場している。国際システムはますます洗練され複雑化し、生の権力行使からの独立性を高めている。世紀の転回点にあたり国際関係論の研究者は明らかにこの新事態に一家言を持つことを求められている。

この新たな環境の下で、本書は慣習国際法の生成・発展・変更について均衡の取れた学際的視点を提供しようとしているのである。それによって本書は、慣習法規を生み出す“法的信念 *opinio juris*”と“国家実行 *State practice*”という2つの要素の相互作用の形で法と政治がどのようにかわりあうかを論じているのだから、国際法学者と国際関係論の研究者の研究に役立つもの

と思っている。

本書は実質的に1996年5月1日にケンブリッジ大学法学部に提出した博士論文の改訂版である。博士論文のほうはジェームズ＝クロフォード教授 Professor James Crawford の指導を受けて同年7月16日にドイツ、ミュンヘンのボーガン＝ローヴェ博士 Dr Vaughan Lowe とブルーノ＝ジンマ教授 Professor Bruno Simma によって審査された。博士論文で展開した理論の一部は1995年11月にミシガン大学国際法雑誌 *Michigan Journal of International Law* で先行発表されている。“慣習・権力そして法制定権力 *Custom, Power and the Power of Rules: 慣習国際法に対する学際的視点 An Interdisciplinary Perspective on Customary International Law*”というタイトルのこの論文は慣習国際法分野での法と政治の相互作用を扱った私の研究生生活の初期の著作である。この論文が公表され、さらに私が博士論文を提出してから、私の考え方もずいぶんと変わったことも事実である。さらに理論を発展させた部分もあれば、廃棄した箇所もある。また、ほかの理論に置き換えたところもある。本書はその意味で博士論文の改定拡張版でもある。

ミッチェル＝バイヤーズ

MICHAEL BYERS

ジーザス大学、オックスフォード  
*Jesus College, Oxford*

## 謝辞

博士論文の作成及びその後の改定作業は孤独な仕事であるとしばしば評されてきた。それは学問的能力の基準としての知的分野の仕事の堅忍不拔性とも通ずるものである。幸いにも、私は孤独な仕事をしたことが無く、これまで多くの人々のご助力と励ましと友情をいただいていた。その中で若干の方々にここで感謝の言葉を申し述べたい。

博士論文作成中及びその後の改定作業中に、私は以下の方々から重要なご教示を得た。フィリップ＝アロット Philip Allott, ブレイン＝ベイカー Blaine Baker, イアン＝ブロンリー Ian Brownlie, ボブ＝バイヤーズ Bob Byers, ジェームズ＝クロフォード James Crawford, デボラ＝クレスセル Deborah Cresswell, アントニー＝ダマト Anthony d'Amato, アン＝デニーズ Anne Denise, キャロル＝デイクソン Carol Dixon, エマニュエラ＝ジラーダ Emanuela Gillard, ピーター＝ハッゲンマッシャー Peter Haggemacher, ベネデクト＝キングスベリー

Benedict Kingsbury, マルッチ＝コスケンニーニ Martti Koskenniemi, ハイケ＝クリーガー Heike Krieger, クラウス＝クレス Claus Kress, スーザン＝ラム Susan Lamb, ボーガン＝ローヴェ Vaughan Lowe, スーザン＝マルクス Susan Marks, フランシス＝ニコルソン Frances Nicholson, ゲオルグ＝ノルテ Georg Nolte, ジェネヴィーヴ＝ソミエ Genevieve Saumier, ジャヤプラカシュ＝セン Jayaprakash Sen, ブルーノ＝ジンマ Bruno Simma, ステファン＝トーペ Stephen Toope, トーマス＝ヴァイルズ Thomas Viles, そしてアーサー＝バイスバード Arthur Weisburd, これらの方々に感謝の念をささげるしだいである。

これらの中に特別に感謝申し上げたい方がおられる。誰よりもまず、クロフォードは博士課程の学生が指導教授に求めるすべてのものを与えてくださった。とりわけ、私がケンブリッジにいた1年半の間研究に行き詰っていた私を彼は忍耐強く指導してくださった。

ジェームズ＝クロフォード James Crawford に加えて、私はフィリップ＝アロット Philip Allott やブレイン＝ベイ



カー Blaine Baker, 更にピーター＝ハッゲンマヒャー Peter Hagggenmacher にも卓越した理論モデルを提供してくれたことに感謝したい。彼らの教育・学問研究に対する業績はまだまだこれからであり、将来が期待できる。

ステファン＝トーベ Stephen Toope には特別に感謝の念をささげたい。彼は私がケンブリッジに進学できるよう指導し、私がそこで博士の学位を取得できると判断してくれたのである。

ジャヤプラカシュ＝セン Jayaprakash Sen は友情あふれる知的刺激を与えてくれた。私は彼の輝くばかりの才気から大いに学んだものである。

フランシス＝ニコルソン Frances Nicholson は口やかましく想像力ある編集者であるだけでなく、寛大な心と友情あふれる同居人でもある。

ヨッヘン＝フローバイン Jochen Frowein, ゲオルグ＝ノルテ Georg Nolte そしてアンドレアス＝ツインマーマン Andreas Zimmermann は、私がハイデルベルクを訪れたときはいつも歓待してくれた。また、キャサリン＝エドモンド Katharine Edmunds, そしてシルビー＝シェーラー Sylvie Scherrer は私の親友である。

私は私の論文に対する批評を求めたことは無かったのだが、ベンカタ＝ラマン Venkata Raman は慣習国際法に関する彼の博士論文を読ませてくれ、彼の学生たちの前で私がアマチュアとして講義することを許し審査してく

れた。

さらに1992年から1995年までケンブリッジ大学での国際法の歴史と理論に関する大学院セミナーに参加した多くの人々に感謝申し上げるとともに、1994年から96年まではケンブリッジそしてそれ以後はオックスフォードでの学部生及び大学院生にも感謝したい。彼らは私に多くのことを教えてくれた。

最後に特筆すべきはボーガン＝ローヴェ Vaughan Lowe とブルーノ＝ジンマ Bruno Simma である。彼らは、批判的ではあるが建設的な学究であり、彼らのご教示によって本書は博士論文の改訂版となりえたのである。ケンブリッジ大学出版局の校正刷りを匿名で検査してくれた国際法や国際関係論の研究者にも感謝しなければならない。

私は以下の機関からの財政的支援に対しても感謝申し上げるしだいである。イギリス文部科学省、ケンブリッジ連邦信託基金、ケンブリッジ大学法学部、カナダ100年記奨学基金、ジーザス＝カレッジ（オックスフォード）、クルト＝ハーン信託基金、マックス＝プランク対外関係法及び国際法学会、マクギル大学、クイーンズ＝カレッジ（ケンブリッジ）、カナダ社会科学及び人類研究理事会の諸機関である。

本書をわが両親、ブリジットとボブ＝バイヤーに愛を込めて捧げる次第である。

## 第1部 学際的視点

### 第1章 法と権力 Law and power

国際司法裁判所 International Court of Justice は、国際法が単なる静態的法体系ではなく“継続的發展 continuous evolution”を遂げている法体系であると考えている。<sup>(1)</sup> 国際法の発展というテーマは過去何世紀にも亘り国際法学者の心を捉えて放さなかった。その第一の理由は法が生成発展変貌する態様を観れば、現代に適用しうる規範が自ずと明らかになるからである。<sup>(2)</sup> 本書は、国際法の発展に関して観られる顕著な特徴として、それが法の真空状態のもとで生じたのではなく既存の国際法の基本的諸原則の展開プロセスとして生じたものであることを論証するものである。そのプロセスこそ慣習国際法の発展プロセスであり、本書で“慣習プロセス customary process”と呼ぶものに他ならない。このプロセスこそ、特別の範疇の規範即ち慣習国際法の生成発展変遷そのものに他ならない。<sup>(3)</sup>

形式的な外交交渉を経た明文の合意である条約とは異なり、慣習国際法はしばしば一定の行動類型とそれを合法と観る明示又は黙示の承認とが結びついて成立する。慣習国際法は、その起源の非公式性にもかかわらず（否、むしろそれ故に）、国際法のさまざまな分野で実体規定として確立しているだけでなく、条約規定を含めて大半の国際法規の生成発展変遷の手続的枠組みをも定めている。慣習国際法は、多国間の一般条約作成作業が今も続けられている国家免除法 Law of State immunity や国家責任法 Law of State responsibility の分野で特に重要性が認識されている。更に、慣習国際法は、条約への加盟国が少なく当該条約の履行メカニズムも十分に機能していない国際人権法の分野でも重要性が認識されている。最後に、慣習法規が法典化され条約規定と重複していると思われるときでも、慣習法規は条約規定の解釈及び適用を導き、ときには条約規定の内容を修正する効力が認められている。<sup>(4)</sup>

国際法の慣習プロセス customary process 及びその他の基本的諸原則形成プロセスは、コヘイン Keohane の言葉を借りれば、“行動類型を定め、活動を規制し、それによって行動の予測可能性を確立する…相互に矛盾のない法体系 persistent and connected sets of rules...that prescribe behavioral roles, constrain activity, and shape expectations”をもたらしという。<sup>(5)</sup> これが、国際関係論の研究者達のいわゆる“権力 power”を規制する規範体系なのである。本書は、慣習国際法の形成プロセスに限定して、最広義の権力との関係について検証するものである。もっと具体的に云うと、慣習プロセスのもとで、管轄権 jurisdiction や相互主義 reciprocity といった国際法

の原則的基本概念と国家間に相違の有る経済力や軍事力などの事実的要因とはどのように相互作用を及ぼし合っているのが本書で論じられるのである。

慣習国際法の展開プロセスの枠内で法と権力の関係を論ずるに当たり、本書では国際法の歴史や理論や実践を国際関係論の手法と結びつける学際的方法 interdisciplinary perspective を採用している。こうした方法論が望ましいのは4つの理由があるからである。その一つは、国際関係論の研究者と国際法学者とは権力と法秩序の関係や権力の主体に関して際立って別異の方法論を採っているにもかかわらず、権力と法秩序の関係に共通の関心を示しているという点に在る。第2の理由は、権力研究に携わる国際関係論の学者と国際法諸原則の成立プロセスを研究する国際法学者の各々の専門知識が類似していることも有って、慣習国際法上の権力の機能の認識についてこの二つの学問分野では相違点よりも共通点が多いということである。第3の理由は、立法政策の問題と議会・行政機関・裁判所による具体的決定の問題とを区別して論じることは割合簡単ではあるが、慣習国際法のような慣行に基づいて成立する法体系では政治と立法との関連性の方が両者の違いよりも大きくなるということである。慣習法は、国家であれ通常の個人であれ、社会の行為主体が何らかの法的活動に従事している限り、不断に形成されているといえる。<sup>(6)</sup> 従って、慣習法の変化は漸進的でありプラスの効果が高いといえるが、議会や行政機関の立法は改正を受けにくく、改正されても突発性のものが多いのである。最後の第4の理由は、慣習法分野には形式的立法機関が存在せず社会の行為主体の行動によって慣習法が成立し発展し変化するために、行為主体の不平等な実態が慣習法形成に反映されやすいということである。

最広義の権力の機能を論ずるに当たり、本書では“権力 power”概念に行為主体 actors —ここでは国家を意味する—の行動形態を直接又は間接に支配し重大な影響を及ぼす能力を含めている。理論展開が萎縮しないように、本書では権力 Power に関する厳密な定義を取って行っていない。しかし、本書では、非法律的権力と法規に基づく法律的権力とを区別する立場を採っている。

権力の源泉は多岐に亘る。例えば、権力としての軍事力があるからこそ、国家は自らの意思を他国に押し付けるために武力行使を選択できるのであるし、他国からの強制力の行使に対して抵抗できるのである。それと同様に、権力としての財力を元にして国家は貿易制裁を科し、或いはそれに耐えることができるのである。更に財力があるからこそ、最恵国 Most Favoured Nations の地位を他国に付与するかどうかの選択権も持てるのであり、逆

に、最恵国待遇を与えられるかどうか心配することもないのである。権力としての財力を元にして国家は国際関係の展開を監視するための外交団を運用できるわけであるし、国連のような国際機構では財力を含めた全ての権力を行使して外交戦が展開されているのである。<sup>(7)</sup> これら各種の権力源は、慣習法規の生成発展変更への諸国家の貢献の可能性や貢献度を量る上で、個別に或いは重層的に考慮されるので、その意味では重要性は否定され得ない。

国際社会においては軍事力や経済力だけが有効に機能している権力だと思ったら大きな間違いである。例えば、道徳的権威から権力が生ずることもある。なぜなら、道徳的権威は正義 justice という一般の原則を導くからである。人権の分野の基本的な慣習法規が高度な道徳的権威によって支持されたからこそ、各国はそうした規範の成立に敢えて反対しなかったのだといえる。又、道徳的権威が認められるからこそ、各国は人権規範に対する公然・非公然の違反を回避したのである。<sup>(8)</sup> 道徳的権威に由来する権力によって国際社会の正義観が修正され、脱植民地化のプロセスが加速したとも云えるのである。<sup>(9)</sup>

国際法システムが持つ合法的拘束力は、軍事力や GNP や道徳的権威に由来する権力と重要性において優劣をつけ難いにもかかわらず、一般的にあまり注目されていない。しかし、国家が国益を追求する手段が多岐に亘っているため、国際法システムがもつ合法的拘束力の重要性は何人も否定することはできないはずである。それに、国家は時として、特定の、しばしば短期的な目標の実現を目指して、制度化されていない生の権力を振るうことがある。しかし、軍事力や経済的強制力の直接的行使という形で生の権力 raw power を振るうと、国際社会の安定性を損ない、不安定化を加速することになる。生の権力を振るうことは、賢明ではなく、実効性にも乏しい。むしろ、国家は法制度の枠内で権力を行使したがるものなのである。国家が組織や法制度に関心を抱いているのは、こうした仕組みを作ることで行為の予測可能性が生れ、社会の不安を減じ行為の効率を高めることができるからである。まさに、組織や法制度によって、社会の安定が増し、国家は現在主張している立場を将来において変更することも許されるのである。<sup>(10)</sup>

しかし、国際法システムは単に行為の期待可能性 expectations や社会の安定性を生み出しているだけではない。それは、権力の行使を一種の法的義務にまで高め、“存在 is” を“当為 ought” に変型する本質的に社会的な機能を果たしているのである。即ち、国際法の領域において国家実行を慣習法規に変型しているのである。法的義務の意義は、現在及び将来の行動を規制しようとする

社会の一致した認識を反映している点にある。<sup>(11)</sup> 国際社会は国際法規を明確化し、国際法規と強国の恣意的要求とを区別し、国家行動が国際法に従うよう確保する義務を負っている。

多くの場合、義務には、それに対応して一定の枠内で一定の手段を用いて権力を行使する権利も付随して生ずる。例えば、国際社会で自衛の場合以外に他国に対して武力を行使してはならない義務は、国家が自国領域内において反乱軍に対して軍事力を行使する権利があることを認めていると言わざるを得ない。<sup>(12)</sup>

慣習国際法形成プロセスにおいて、諸国家は一般的に適用可能な規範の生成・発展・変更のために、そして時にはその消滅のためにも権力を行使している。<sup>(13)</sup> そうすることで、諸国家は権力行使の法的根拠と法的手段を確立し、絶えず変化する国際社会に対応しているのであるが、時には逆に、当該法的根拠や法的手段に挑戦しているのである。

国際法的義務の存在を確認する試みがこれまで幾度となく行われてきた。<sup>(14)</sup> これらの試みから一つのことが明らかになる。それは、個別的国際法規のみならず当該法規の形成プロセスに先んじて義務に根拠が存在するということである。トリペル Triepel は、1899年の著作で次のよう述べている。

古今東西を問わず、人々は法の拘束力に関して説得力ある説明は不可能であるとの結論に達した。法の通用力の“法的根拠 Rechtsgrund” は法的なものではないのである。<sup>(15)</sup>

従って、権力から義務がどのようにして生れるかという問題は、自己の狭い学問領域に閉じこもっている国際法学者が答えるには荷が重過ぎると思われる。というよりも、国際法学者としては、非法律的要素や非法律的関係を考察し、国際法が国際体系のほんの一部を占めるに過ぎないことを認め、国際法に近接しているもののそれとは異質な概念や方法論を受け入れる必要がある。

しかし、本書では国際法的義務の根拠を追及せずに、国家は自らが同意した規則にのみ拘束されるとの立場を採る。この合意的アプローチないし“実定的 positivist”アプローチは、思われているほどには狭くない。というのは、ここでいう合意が慣習法形成プロセスに対する一般的同意であり、個別慣習法規に対する明示の同意を要せず一般的同意で足りることが了解されているからである。即ち、慣習国際法の重要規定を受け入れることで、諸国家は当該慣習法規の生成・発展・変更のプロセスや慣習法規類似の規範をも受け入れているのである。<sup>(16)</sup>



この合意的アプローチ自体は義務の国際法的根拠の問題を提起することはない。その理由をフィッツモーリス Fitzmaurice は次ぎのように説明している。

[合意 Consent] は規範定立の方式ではあるが、当該規範に拘束力を付与する要素にはならない。つまり、合意が拘束力を生み出すとの法規範が先行して成立していなければ、合意から拘束力が生ずることはありえない<sup>(17)</sup>

本書では、個々の法規や原則が拘束力を取得していく慣習プロセスを指摘・解説し、そのプロセスの中で国際法規に基づく権力行使の正当性を論ずるものである。即ち、慣習プロセスが国際社会の不可分の一部であれば、国際法的義務の根拠も国家間関係の社会的性格に求めざるを得なくなると思われるからである。

国際関係論の研究者はこうした問題にはこれまで関心を殆ど示してこなかった。彼らは、国際法について、権力に依拠して権力国家 power-applying States の意のままに短期で変更され国家の行動を殆ど規制し得ない表層現象 epiphenomenon であると考えている。<sup>(18)</sup> 国際関係論を専攻する彼らは、経済力や軍事力や国土・人口などの要因の分析によって、他国の行動を直接に支配し規制する国家の能力を解明しようとする傾向がある。

しかし、最近、彼らの中には、国家の権力行使によって規範体系が生じそれが国家の行動を一部規制するようになっていることを認める者も出ている。しかも、この規範体系がある意味で国際法なのだ結論する者もいるのである。本書第2章では、そうした彼らの研究を相当詳細に分析し、彼らの研究対象の非法律的要因よりも拘束力ある国際法のほうが短期の政治的変動に対して抵抗力のあることを彼らも認識すべきだと論じている。<sup>(19)</sup>

驚くなかれ、権力を抑制する義務という考え方は国際法分野でのみ成立しているのではない。例えば、ホーヘルド Hohfeld は私法領域で“法的権力 legal powers”の考えを展開している。<sup>(20)</sup> 彼にとって、法的権力とは或る主体が自己の為に他の主体との法的関係を変更したり利用したりする意図で既存の法を援用する地位をいうのである。彼によれば、この種の法的権力は個人又は個人の集団が保有し、解釈上当然に by implication, 別種の権力である規範の拘束力に依拠しているのである。

マックス＝ウェーバー Max Weber は、一方で“命令 commands”と“職務 office”を強調しながらも、規範及び規範定立プロセスの特殊性を強調する“正統性 legitimacy”概念を使用した。彼は言っている：“今日、正統性の最も一般的な形態は合法性の確信 belief in legality である。即ち、形式的に正当であり伝統的方式で定立された立法

に対する黙認である”<sup>(21)</sup>

ホーヘルド Hohfeld の所謂“法的権力 legal power”とウェーバー Weber の所謂“正統性”は、フランク Franck が国際法学で用いた“正統性 legitimacy”概念とは際立った対照を成している。フランク Franck は、正統性が規範定立プロセスからだけでなくその他無数の要因から生じていると考えたのである。そうした要因として、規範自体に固有の“内容の統一性 internal coherence”や、規範及び規範定立プロセスの本質的部分とはいえないもののそれらと結合している“形式的公布手続 ritual and pedigree”を挙げることができる。<sup>(22)</sup>

フランク Franck が法の定立を論ずるとき、ハート Hart の所謂“2次的規範 secondary rules”の概念や法の認証に関する規則を焼き直し・修正して用いているのである。<sup>(23)</sup> 彼によれば：“立法に関する2次的規範に従って施行されることで、当該法規の正統性 legitimacy はより一層高まるのである。”<sup>(24)</sup> 更に、“長期の実行に裏付けられた行為一由緒正しき慣行 pedigreed custom 一が諸国家を拘束する効力を有することは一般に認められている”。<sup>(25)</sup> この“認証に関する規則 rule of recognition”は、広義の“認証に関する最終的規則 ultimate rule of recognition”<sup>(26)</sup>の一部であり、やがては国際法の一部になっていくのである。これらの規則は、“国際的な権利発生プロセスの不可変の前提要件”<sup>(27)</sup>であって、いかなる立法プロセスからも生れず、特定かつ主要な規範の定立プロセスに内在する正統性 legitimacy の唯一の淵源である。

本書では正統性の淵源が多数存在することを認めている。しかし、本書のアプローチはフランク Franck が採ったアプローチよりも狭く、慣習プロセス自体が持つ正統性付与の効力即ち権力行使を慣習法上の形式的義務に転換する効力に焦点を当てている。<sup>(28)</sup> このアプローチのもとで、一部の慣習国際法規が他の慣習法規の生成・発展・変更を目的とする国家の努力に何らかの影響を及ぼしているかどうかを認定するため、4つの慣習法原則を取り出して慣習プロセスの中で権力行使をどのように正当化しているかを検証したい。本書では、慣習国際法規が国家行動一般に及ぼす影響という大問題を論ずるつもりはない。

“原則 principles”という用語は、検証の対象となる規則が一般法規の性格を持つことを示している。メイン湾事件 Gulf of Maine Case で国際司法裁判所特別裁判部 Chamber は以下のように判示している：

“規則 rules”及び“原則 principles”という言葉と共に使用しているのは、一つの意味を伝えるのに二つの表現があるということに過ぎない。なぜなら、この場合、“原

則 principles”が法原則を意味していることは明らかであり、一般的且つ基本的性格の故に“原則 principles”と呼びうる国際法規則も存在しているからである。<sup>(29)</sup>

しかし、その原則は決して、ダニレンコ Danilenko の所謂“抽象的な理論的論理構成で表明された一般的概念 just broad ideas formulated by abstract reasoning and logical constructions”ではない。<sup>(30)</sup>むしろ、そうした原則は、“法技術的により精密な多数の個別規範”として、“法の本質的要素を全て備えた行為規則”<sup>(31)</sup>になっている。

本書第4章から第7章までは、慣習国際法規の生成・発展・変更を意図する諸国家の権力行使に対して管轄権原則や法主体論 personality そして相互主義 reciprocity や正当期待論 legitimate expectation がどういふ影響を及ぼしているかを述べる。これら4種の原則・理論は余りにも一般的性格を有するので国家に明示の規範的義務を課すものとは解し得ないが、他の個別具体的な慣習法規が生成・発展・変更する確固とした枠組みを提供している。国際法規発展の枠組みとして、これら4種の原則・理論は、国家による非法律的権力の行使形態と実効性の点から観て、国家の慣習プロセスへの参加能力に影響を与えている。

第4章は管轄権原則を考察している。そこでは、慣習プロセスの枠内での権力行使が、当該国家の領域内では管轄権原則によって促進され、領域外においては同原則によって阻害されることが示唆されている。第5章では、法主体理論が、慣習プロセスへの参加資格者の範囲を限定し、又外交的保護に基づく国益と合法的活動の範囲を拡大して、最終的に国家の権力行使を正当化してきたことを述べている。第6章では、慣習国際法の形成課程での相互主義原則 principle of reciprocity の運用の実際を観ることにする。その上で、同章では一貫した反対国の立場 persistent objector status を論ずると共に、そうした国に対する相互主義の効力についても論じている。最後に第7章で、正当な期待の理論 principle of legitimate expectation が慣習法規の発達と変更を阻害し遅滞させている状況を紹介している。

管轄権・主体・相互主義・正当な期待の各理論が選ばれたのは、それらが国家交流の要となる原則を含んでいるからである。例えば、国境線や国家免除・主権免除・国内法の域外適用などは全て管轄権に関わる論点である。<sup>(32)</sup> 国籍・外交的保護・人権・国際機構の権利義務などは全て主体に関わる論点である。<sup>(33)</sup> 相互主義は条約法に含まれる問題であり、一貫した抵抗 persistent objection の理論や履行拒否の問題として、更には慣習国際法形成過程一般の問題として論じられている。<sup>(34)</sup> 正当な期待 legit-

imate expectation は信義則 pacta sunt servanda や禁反言 estoppel の理論の中で論じられ、国家責任法の基礎となっている。<sup>(35)</sup> 即ち、本書では、これら4つの原則だけが慣習国際法形成プロセスで正当化される権力行使だという立場は採らない。他にも重要な原則はあるだろうし、ここに挙げた原則といえど時代と共に変遷していくであろう。

これら4つの原則は、国際法の中心的概念たる国家 statehood を定義し特徴を論ずる際にも大切な役割を演じている。この概念に従えば、国家 States は管轄権と完全な国際法人格を保有することになり、自己の領域を支配し国際関係で自己及び自己の国民を代表する権能 competence を持つことになる。完全な国際法人格を持つことで、諸国家 States は形式的に平等の地位に立つことにもなる。この“主権平等 sovereign equality”によって、諸国家は全く同一の一般的権利義務の主体となり、相互主義原則 principle of reciprocity がこれを補強する関係に立った。明示及び黙示の合意 explicit and inferred consent を含む概念としての正当な期待の原則は、みずから同意しない国際法規によって国家が拘束されないことの根拠として論じられている。<sup>(36)</sup>

国家を定義しその特徴を論ずる機能を持つこれらの原則が現代国際法の必要の前提要件であることは言うまでもない。それらは、“国際社会の構成員の共存と重要な協力を確保するための規範 a set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community”<sup>(37)</sup> として“国家間の生存と共存のための規範 dictees par les exigences de la coexistence entre Etats”<sup>(38)</sup> となりうる。しかし、だからといって、これら4原則の淵源が必然的に他の慣習法規の淵源と異なるわけではない。この点につき、国際法委員会 International Law Commission は次のように述べている。

国際法上の事態と国内法上のそれとを同等視する間違いを犯したが故に、一部の国際法学者は国際法秩序の“憲法的 constitutional”ないし“基本的 fundamental”諸原則の中に国際義務の独立したより高度な“淵源 source”を見出したのである。しかし、実際には、国際法秩序の中に“憲法的 constitutional”ないし“基本的 fundamental”諸原則を定立する特殊な法源 source of law などどこにもないのである。<sup>(39)</sup>

もし現状とは異なった慣習法上の諸原則が成立していたならば、国際社会の発展の姿も異なったものになっていたかもしれない。<sup>(40)</sup> しかし、諸国家はこれらの原則が国家概念 concept of statehood と同じく、現行国際システ

ムに不可欠であることを認めているので、殆どいつも、これらの原則を支持する方針を採っている。

但し、これらの原則と重要国益を反映するものとして本書第10章で説明されるユス＝コーゲンス *jus cogens* とは区別されなければならない。<sup>(41)</sup> その事情をサールウェー Thirlway は次のように述べている。

ユス＝コーゲンス *jus cogens* 概念は大体において、国際社会のレベルでは公序 *ordre public* に一致する。他方、これらの原則の意義は、一定の目的を達成するための諸

国家の合意が国際社会の利益になる点にあるのではなく、その国際法規が諸国家も無視し得ないほどに確立している事実を示している点にある。…要するに、法の階層秩序を無視することが許されないのである。その理由は、それらの原則がユス＝コーゲンス *jus cogens* とか自然法 *jus naturale* の表明だからというわけではなく、当該諸原則からの逸脱がそれら諸原則の法的性格の否定を意味し国際社会全体に対する影響がただならぬものがあるからである。<sup>(42)</sup>

(注)

- (1) Barcelona Traction Case (Second Phase) (1970) ICJ Reports 3,33.
- (2) 歴史的に概観した著作として次ぎを見よ。Wilhelm Greve, *The Epochs of International Law* (trans. Michael Byers) (Berlin: Walter de Gruyter, 1999)
- (3) プロセスとしての慣習と規範としての慣習の区別については、次ぎを参照せよ。Sur (1990) 1er cahier, 8. また、本書第1部第3章第4節“国際法に対する脅威としての権力 Power as a threat to international law”も参照せよ。本書では、一般的に適用可能な規範を形成する慣習プロセスに焦点を当てている。特別慣習国際法は、しばしば一般国際慣習法規の例外として限られた数の国家間でのみ適用される。こうした限定的グループに属する国家は、グループ外の国家との関係については一般国際慣習法の適用を受ける。特別慣習国際法は、しばしば地理的に近接した国々の間で発展するため、“地域的慣習国際法 regional customary international law”とも称せられている。しかし、限られた国家に固有の問題で、しかも特別慣習法規が成立しやすい問題は、他の地域にも何らかの関係をもつ場合がある。特別慣習国際法を説明した著作として次ぎを見よ。Cohen-Jonathan (1961) ; Guggenheim (1961) ; D'Amato (1969) ; Akehurst (1974 - 75a) 28 - 31; and Sur (1990) 2e cahier, 3 and 12 - 13.
- (4) 本書第3部第10章第1節“慣習国際法と条約 Customary international law and treaties”を参照せよ。慣習国際法の重要性が減じていない点を論じた一般的著作として次ぎを見よ。Danilenko (1993) 137 - 42.
- (5) Keohane (1989b) 3.
- (6) それらは、その意味で、法の定立者であると共に法の主体 subjects でもある。この“機能の二重性 *dedoublement fonctionnel*”については次ぎを見よ。Scelle (1923/34) 2eme partie, 10 - 12 ; and Scelle (1956) .
- (7) See Franck (1995) 481.
- (8) 拷問の禁止はそうした規範の最適例であろう。See Rodley (1987) 63 - 4. 児童の権利に関する 1989 年条約 § 37 に対してビルマが行った留保をめぐる論争についても注目せよ。本書第3部第8章第3節脚注 (35) を見よ。
- (9) 脱植民地化の歴史に関して、例えば次ぎを見よ。Fanon (1991) . 権力の源泉としての道徳的権威を哲学的に考察した

著作がある。See Nietzsche (1913) .

- (10) 後半の洞察は一般にロールズ Rawls の業績に帰せられている。See Rawls (1971) . See also Franck (1995) 99. 従って、国家による組織や法制度の創設は国益に関する長期的計算によって動機付けられているようである。組織の創設に関する一般的著作として次ぎを参照せよ。Keohane (1989d) ; and Young (1989) 1 - 6. 組織が提供する利益の詳細については、本書第2部第7章第2節を見よ。
- (11) 法的義務と他の形式の義務との区別に関する一般的著作として次ぎを見よ。Finnis (1980) 297 - 350.
- (12) 武力行使一般につき見よ。Brownlie (1963) .
- (13) “規範の義務的性格を喪失させるのに必要な実行 practice の存在につき何がその証拠となるかという問題は、最初に規範を形成するのに必要な実行が成立しているかどうかという問題の裏返しである” Higgins ((1994) 19) .
- (14) See generally Brierly (1958) .
- (15) Triepel (1999) 82. 私訳を次ぎに出しておこう。“法の義務的性格を論ずること自体が不可能になる。法の有効性 validity の法的基礎は非法的なものである。”立法過程内部で義務の根拠を探る試みについては以下を見よ。Schachter (1968) .
- (16) See Lowe (1983a) ; Raz (1990) 123 - 9; Allott (1990) 145 - 77; Sur (1990) 2e cahier, 5 and 10. 又、本書第3部第8章第4節“黙示の合意 *Inferred consent*”も参照せよ。慣習国際法への合意的アプローチを特にはっきり表明したもののとして次ぎを参照せよ。Lotus Case (1927) PCIJ Reports, Ser. A, No. 9, 18, quoted at Section 4 of Chapter 8 below; Nicaragua Case (Merits) (1986) ICJ Reports 14, 135 (para. 269) ; Corbett (1925) ; van Hoof (1983) 76ff; Sur (1990) 2e cahier, 4 - 5; and Wolfke (1993a) . 国際関係論の研究者からの支持 (“同意的 contractual”) 意見について次ぎを見よ。Keohane (1993) ; and Kratochwil (1993) .
- (17) 最初にこの点を指摘した著作として次ぎを見よ。Fitzmaurice (1956) 9.
- (18) 本書第1部第2章序文を見よ。
- (19) See also Byers (1997b) . 国家が行使する非法律的権力と法規範上の義務が区別されているため、国際関係変動の潜在的要因に関する一般的定義に固有の inherent 危険即ち国際関係の変動を持たらす具体的要因を見失う危険を、本書でも回避できたわけである。
- (20) See Hohfeld (1913 - 14) 44 - 5; and Hohfeld (1923) 50.



- (21) Weber (1954). See also Weber (1968) 31 – 6; Allott (1990) 133 – 66.
- (22) Franck (1990). See also Franck (1995) 30 – 46.
- (23) See Hart (1961) .
- (24) Franck (1990) 193. この個所で繰り返し強調されている。
- (25) Franck (1990) 189.
- (26) Franck (1990) 189.
- (27) Franck (1990) 194.
- (28) この点は、国際法体系の枠組みとなる諸原則でさえも慣習プロセスから発生している事を指摘する本書の立場と矛盾しないことがやがてはつきりするであろう。本書第3部第9章第3節後半部を見よ。
- (29) Gulf of Maine Case (1984) ICJ Reports 246, 288 – 90 (para. 79) . ICJ 内の特別裁判部 chamber の訴訟手続については国際司法裁判所規定 Statute of the International Court of Justice 第26条を見よ。See also Schwebel (1987) ; Oda (1988) ; and Ostrihansky (1988) .
- (30) Danilenko (1993) 8.
- (31) Danilenko (1993) 8.
- (32) 本書第2部第4章を見よ。
- (33) 本書第2部第5章を見よ。
- (34) 本書第2部第6章を見よ。
- (35) 本書第2部第7章を見よ。
- (36) 国家 statehood の要件を詳細に分析した著作として次ぎを参照せよ。Crawford (1979) , especially 32 – 3.
- (37) Gulf of Maine Case, 299 (para. 111) . 特別裁判部 Chamber (ICJ Reports 300, para. 113) は、その種の必要の前提要件として、“当事国同士の直接の合意であれ第三者の決定であれ、[海洋の] 境界画定は衡平基準 equitable criteria を適用して衡平な結果をもたらしうる実務的方法に基づかなければならない”ことを指摘した。そうすると、この規則は“正当な期待 legitimate expectation”の原則に属するものと考えられる。一般的説明は、本書第2部第7章を参照のこと。
- (38) Sur (1990) 2e cahier, 1. “諸国家の共存の必要によって課された dictated by the demands of co-existence among States” という意味である。ローヴェ Lowe ((1983a) 211) は、“いやしくも法体系が存在する以上、若干の基本的原則の存在が認められなければならないことは論理的必然である”と述べている。
- (39) (1976) 2 (2) Yearbook of the International Law Commission 85 – 6.
- (40) See Thirlway (1972) 30.
- (41) See Lowe (1983a) 211. 又、本書第3部第10章第3節“強行法 Jus cogens”を参照せよ。
- (42) Thirlway (1972) 29 – 30.

## 第1節 若干の有効な仮説 Some working assumptions

管轄権 jurisdiction ・ 主体 personality ・ 相互主義 reciprocity ・ 正当な期待 legitimate expectation の各原則を検討対象として選択するに当たり、本書は若干の仮説を立てている。その仮説は部分的にはこれら4原則と国家概念 concept of statehood との関連性に依拠しており、本書が慣習国際法の生成・発展・変更における権力と義務の相互作用を論及する際に有用な枠組みを提供している。そうした仮説の第一は、国家が慣習国際法成立プロセスでの主要行為主体 principal actors であるという意味での静態的仮説である。

勿論、国家だけが国際舞台での重要な行為主体であるというわけではない。国際機構や国際企業、更には通貨投機家や反乱軍・犯罪者・テロリスト・人権擁護団体も、国家を含む他の国際行為主体に対して相当な影響を及ぼしている。それにもかかわらず、ヒギンズ Higgins の言葉を借りれば、“国家は、歴史の現時点においても、已然として国際法体系の中心に位置している。”<sup>(43)</sup> 国家のみが完全な国際法主体性 full international legal personality を保有している。そのため、国家以外の行為主体の活動が如何に影響力を持つとも、国際法の定立及び変更に関わる行動についてはやはり国家が主要な責任を負うことになる。<sup>(44)</sup>

従って、この国家主義的前提の一つの帰結として、個

別国家が自らの国益と見做し追求する利益に關与する国内の非政府行為主体が考慮の対象からはずされていることを指摘しなければならない。競合する利益のうちいずれを対外的に主張すべきかを決定するため判断が、現実の国家行動の理由や原因と密接に結びついていることは云うまでもない。それにもかかわらず、国内のその種の非政府行為主体の役割を分析してみると、国家主義的仮説の論ずるところとは相当に異なっていることがわかる。即ち、本書では、国益の対外的表明がどのような慣習プロセスを通じて国際慣習法規に成長していくのかという点に焦点を当てて議論を展開しているのである。本書では、少なくとも議論の最初から、個別の国益が各国それぞれのやり方で決定済みのものとして扱っている。<sup>(45)</sup>

本書が採用する第2の仮説は既述の通り、国家は自らが同意しない限り一般的にはいかなる法的義務にも服さないという意味での合意的 consensual ないし“実定的 positivist”仮説である。しかし、ここに所謂“合意 consent”は慣習国際法形成プロセスに対する一般的承認であって、個別法規に対する個別的同意というよりも全体的同意といったほうがいい。<sup>(46)</sup>

第3の仮説は古典的な“現実主義的 realist”仮説であり、国家が多かれ少なかれ国益志向の行動をとることを前提として国益促進のための主要方法が力の行使 application of power であることを認めるものである。<sup>(47)</sup> 実際、これら3つの仮説は全て、国際関係論領域で支配的理論



たる“現実主義 realism”学派の基本的前提と一致する。

(48) また、静態的仮説と合意的仮説は現代国際法の多くの重要概念に反映している。

このような仮説相互間の本質的一致は、本書が国際関係論及び国際法学の伝統的諸概念の枠内で権力と義務の関係を考究しようとの意図を表わすものである。近年の理論的展開状況については本書の後半部分で触れられているが、本書の3つの仮説は国際社会の複雑化と変化に対応して、又、国際社会に対する我々の理解の変化に対応して廃棄されたり修正されたりする宿命を負っている。分析手段としてのこれらの仮説の本質は、慣習プロセスにおける権力と義務との本質的關係が最終的に把握され

るまで変わることはないであろう。

ここまで論じてくると、更に追加して3つの仮説が成立することも明らかになる。即ち、本書では、国際法体系が存在すること、そしてその国際法体系に関して大半の国家や研究者が一般的に共通の認識を持っていること、そしてその一般的共通認識の対象たる国際法体系が慣習国際法形成プロセスでの権力と義務の相互作用の研究の促進という限られた目的の為に依拠できると考えている。国際関係論の研究者の中には、こうした3つの追加的仮説が本書の目的とは合わないと感じる者もいるであろうが、規則や原則について慣習法的基礎を一つ一つ立証してみても余り意味があるとは思えない。

(注)

(43) Higgins (1994) 39.

(44) 本書第2部第5章参照。慣習国際法成立の一般的背景について次ぎを見よ。Villiger (1985) 4. 国際関係論の“現実主義 realist”学派が採っている類似の国家主義的姿勢については以下を参照せよ。Morgenthau (1954); Schwarzenberger (1964) 13-15; and Waltz (1979) 93-7; for commentary, see Rosenberg (1994a) 10-15. 最近、理論化が進んでいる非国家主義的“現実主義 realist”アプローチの例として次ぎを見よ。Strange (1988); and Haufler (1993) 94. 慣習国際法形成過程に関与する非政府団体 non-governmental organisations, NGO の行動を考察した著作として次ぎを見よ。Gunning (1991).

(45) “ニューヘブレン学派 New Haven School”に属する法学者

の一部や最近の“自由主義 liberal”法学者は、国内法益と国際法益という国益2分論を打破しようとしている。See, e.g., Lasswell and McDougal (1992) vol.1, 417-25; Reisman (1992) 122; Slaughter Burley (1993); Slaughter (1995); Koh (1996); and Koh (1997). 国際関係論の研究者の中にも同様の動きを示すものもある。See e.g., Nye (1988); Cowhey (1993); Knopf (1993); Risse-Kappen (1994); Powell (1994); 知識共同体 epistemic communities に関する文献については本書第3部第8章第3節注(58)を見よ。

(46) 本書第3部第8章第4節“黙示の合意 Inferred consent”を見よ。

(47) See, e.g., Carr (1946) 85-8; Morgenthau (1954) 5-8; and more recently, Keohane (1989d).

(48) See pp. 21-4.

## 第2節 権力と国際法研究

### Power and the study of international law

国際関係論の研究に本書がどういう関係があるかということとはべつにして、本書の結論—慣習プロセスから生じる帰結が法的義務履行能力を反映し、一定の場合に国家の非法律的権力の行使を正当化したり条件づけたりする—から、国際法学者が非法律的要素にももっと関心を向け、国際関係論分野の同僚達の研究にももっと関心を向けるようになってくれればと念じている。

大半の国際法学者は国際法が国家の行動様式に影響を及ぼしていると考えている。こうした一般的仮定に立脚しているため、国際法学者は国際関係論の研究者以上に権力に対する幅広い理解力を持っているようである。国際法学者の観点からは、国際法規には国家行動を抑制又は促進する固有の“権力 power”が内在しているのである。それにもかかわらず、国際関係論の分野で伝統的に研究されてきた義務と非法律的形式の権力との関係に対

して、国際法学者は余り関心を示していない。確かに大半の国際法学者は権力が義務を侵害する実態を調査したのではない傾向がある。もっと正確に言うと、彼らは国際法定立プロセスに対する権力の影響を詮索したのではないのである。(49) このような“規範としての法 law as rules”こそ彼らの必然的な研究対象なのだといえよう。(50)

本書は、国際法学者が規範の成立と内容を認定する際に非法律的権力の影響を考慮することが困難であり、又望ましいことでもないとの立場を採っている。しかし、それにもかかわらず、国際法学者は研究領域たる国際法体系を幅広く観察することで自らの理論を深めることができるし、非法律的権力を考察しても国際法固有の安定性や自立性を犯すことにはならないと思われる。従って、本書は国際関係論及び国際法学が国際社会における権力の機能的特性を探求し概念化するための共通の方法を確立しようとするものである。尤も、本書では慣習国際法と権力の関係に限定して考察することとする。それゆえ、本書は厳密な法的意味での慣習国際法を論ずるものでは

ない。慣習国際法は常設の国際裁判所や臨時の仲裁裁判所が解釈・適用を行っているので、本書でその理論を提示するつもりはない。むしろ、本書は慣習法を規範として検証するのではなく、権力と規範体系の相互作用が慣習法規の生成・発展・変更にどう影響するかを考察するのである。即ち、国際法の特殊な分野である慣習国際法に関する伝統的な論争に本書独自の視点から幾ばくかの光を当てたいと思っている。

こうしたアプローチが好まれるもう一つの理由は、国際法学者に要求されている研究が時として厳密な意味での法的性格のものではないこともあるということである。例えば、国際法学者は法律問題に関する長期的政策を国家に助言するよう求められることもある。そうした場合、本書第6章が相互主義原則 principle of reciprocity に関して論じているように、国際法定立過程に関する理解が国際法規に関する専門知識そのものと同じくらい重要になる。

多くの国際法学者が非法律的権力の役割を探求したがらないのは明らかであるが、国際関係論の現実主義論者や懐疑論者に対抗して国際法の“相当性 relevance”を主張する積極的な国際法学者も中にはいる。<sup>(51)</sup> 更に、非法律的権力の役割に関する理論が現代国際法の講義の公式のカリキュラムになっていることはめったにないものの重要な一部であることに変わりはない。<sup>(52)</sup> 本書第3章では、非法律的権力の問題に国際法がどのように対処しているかを検証すると共に、当該権力の行使がどういう形で国際法の普及につながったかをなぜ大半の国際法学者が考察しなかったのか、その理由・原因を考えてみることにしたい。

恐らく国際法学の発展の所様相のうちで最も興味深いのは、国際法体系を説明するために非法律的要素を導入する学際的アプローチを推奨する国際法学者が少数ながら急速に増えていることであろう。例えば、ヘンキン Henkin は次のように述べている。

国際法学者も外交官も…お互いに話し合おうともせず黙殺している。にもかかわらず、両者はその職業の重大性に鑑みて極めて有利な視点から同一の世界を眺めているのである。少なくとも彼らがお互いの言葉に耳を傾けようとしないのは不幸なことであり、破壊的であるとさえ言えよう。<sup>(53)</sup>

同様の趣旨をスローター＝バーリ Slaughter Burley は次のように記している。

憲法学者が政治理論を学び政治学者が憲法の性質や実態を調査するのと全く同様、国家行動に関する法規範を

研究する国際法学と国際関係論という二つの学問はお互いに学び合うべきなのである。少なくとも両者は、将来のための洞察と情報を共有できるように共通の分析枠組みと言語を持つよう努力すべきである。いやしくも社会科学の有効性が認められるとすれば、国家行動の類型性と規則性に関して政治学者が提示した前提は国家行動の法的規制のための基礎的枠組みにならなければならないのである。…政治学の側から言えば、国際法であれ、国家間法 transnational law であれ、純然たる国内法であれ、法によって国家が権力や国益を没却して行動する結果をもたらすとき、政治学者は自らの理論モデルを法的変数を考慮して修正しなければならないのである。<sup>(54)</sup>

不幸にも、ヘンキン Henkin もスローター＝バーリ Slaughter Burley も、自ら提示した学際的アプローチを国際法、正確には、慣習国際法定立プロセスに適用していない。

条約法および条約一般にゲームの理論を適用する試みがセッテア Setear によってなされている。<sup>(55)</sup> 彼は、国際法とゲームの理論との関連だけでなく、“制度論 institutionalism” と呼ばれる国際関係論の新分野とゲームの理論との関連をも解明してみせた。セッテア Setear は、更に、条約法の将来の発展・変更につき若干の有益な洞察を引き出している。例えば、条約作成の各局面でしばしば明らかになる相互交渉の必要性の認識の深まりは、“ゲーム game” の多極的展開の理論で説明されることになる。<sup>(56)</sup>

しかし、セッテア Setear の一般的結論すなわち「条約を始め全ての国際法規範が、国家の長期的利益は国際法体系の協調的創設によって最もよく実現されるとの国家の判断を基礎として成立している」との命題は、別に驚くべきものではなかった。大半の国際法学者は、“国家が国際法の主体 subjects であるだけでなく立法者でもあり、したがって国家は国際法によって義務付けられるのではなく、国家の協調行動又は少なくとも（重要部分での）共通行動の結果として国際法が成立し、その国際法には全てとは言わないまでも大半の国家の長期的国益が反映している”と考えている。<sup>(57)</sup>

セッテア Setear は、国際法の合意理論の中核が合意によって自らの行動を拘束した国家はその後も自己の意思とは無関係に当該合意によって拘束を受けつづける点にあることを見落としている。彼は、法規が“反復 iteration”を通じて、即ち国家に相互作用の反復を促すことで、一定の予測可能性 predictive force が生ずるといっている。彼は、法的プロセス及び国際法体系全体が個別の国際法規に規範的拘束力を付与し国家の短期的行動を正当

化する独自の権能を付与することに思いが至らなかったのである。<sup>(58)</sup> それにもかかわらず、彼の論文は国際法の定立プロセスや国際法が国際関係論で演ずる役割についての一般的な学際的説明への貴重な一歩であった。

ボダンスキー Bodansky は、明らかに学際的アプローチを必要とする慣習プロセス customary process について数多くの重要な疑問を提起している。彼は言う：

どのような経済的・社会的・心理的・政治的プロセスを経て慣習規範は出現するのか？例えば、量的にどれくらいの慣習規範が国家による国益判断の結果として出現

しているのか？そうした規範のうちどれくらいの規範が大国の強圧によって成立したものなのか？<sup>(59)</sup>

本書は、国際法学の限界を超えてこれらの問いに答え、慣習国際法成立プロセスとの関連でヘンキン Henkin やスローター＝バーリ Slaughter Burley の一般的提案を受け入れ、他方で条約という異質の文脈でのセテア Setear が手をつけた試みを完成させようとするものである。ボダンスキー Bodansky が指摘しているように、“国際法学者が抱く慣習概念についてだけでなく…慣習の実際の運用についても確認する”<sup>(60)</sup> 必要がある。

(注)

(49) 本書第1部第3章第1節を見よ。

(50) 本書第1部第3章第3節を見よ。

(51) See, e. g., Fried (1968); Henkin (1979); D'Amato (1984-5); Boyle (1985); and Brownlie (1988).

(52) 本書第1部第3章第1～3節を見よ。

(53) Henkin (1979) 4. ヘンキンが、外交官は厳密に“国際関係 international relations”の枠内で活動するので伝統的な国際関係論の研究者と同じであると考えていたことが判る。しか

し、多くの外交官は教育を受けて国際法学者になっているし、大半の外交官は公式に国際法の諸側面に関与している。

(54) Slaughter Burley (1993) 205-6.

(55) Setear (1996).

(56) Setear (1996) 193-201.

(57) See, e. g., Oppenheim (1905) 4-18; Scelle (1932/34) 7-14; and Dahm (1958) 7-14.

(58) 批判の詳細について次ぎを見よ。Byers (1997b).

(59) Bodansky (1995) 668.

(60) Bodansky (1995) 679.

### 第3節 法的信念 *Opinio juris*, 慣習プロセスそして国際法的効力授与能力

慣習国際法成立プロセスの枠内で権力と義務の相互作用の態様を説く本書の焦点は、法的信念 *opinio juris* に当てられている。ここに所謂“法的信念 *opinio juris*”とは権力を義務に変形するための必須の要因である。伝統的な用語を使えば、国家実行 *State practice* を慣習国際法規に変換するための本質的要素が法的信念なのである。しかし、法的信念 *opinio juris* は国際法の枠組みとなる一般的諸原則に比べ、その存在や内容を確認し定義することは格段に難しい。大半の国際法学者は法的信念 *opinio juris* が国家実行を慣習国際法規に発展させる機能を有することを認めているが、法的信念の本質や多くの理論上の問題について見解が一致していない。本書第8・9・10章では、そうした理論上の問題を解明しようとしたこれまでの試みのいくつかを紹介し、若干の重要問題について再検討を加えている。その上で、法的信念や慣習国際法成立プロセスにつき有力説を展開している。

その説明によれば、法的信念 *opinio juris* 自体は国際社会の幅広い合意を意味し、その場その場に応じた各種行動の“法的妥当性 *legal relevance*”に関する諸国家間の共通認識である。要するに、法的に問題がないと考えられる行動のみが慣習国際法成立に貢献すると見なされる

のである。国際社会の幅広い合意即ち法的妥当性 *legal relevance* の共通認識は、諸国家が一般的に慣習プロセスを承認しているという事実に基づいて成立している。諸国家による慣習プロセスの承認は、国家が慣習法規に依拠して行動している点や、慣習法規に基づく他国の主張の正当性 *validity* を取って認めようとする点に現れている。この共通認識は全ての国家行動に一般的に適用できるが、決して静態的なものではなく、国際システムの発達に応じて微妙な修正を受け続けるものである。

本書の立場はあくまで、慣習プロセスを通じて諸国家に共通の利益を保護・促進する規範が定立され、ひいては全てとはいかなくても大半の国家の利益が最大化されることになる点にある。実際に、慣習プロセスでは特定の問題に関して発生した法的性格の行動が国際社会全体の利益に反していないかどうか判定することができる。その判定は、諸国家が自ら認識している国益を表明することができる以上、一般的にはその国益に従った行動も採っているという事実を照らして可能となる。即ち、国家としては、潜在的な、或いは形成途上の、或いは確立した慣習法規に対して、支持することもできるし、反対することもできるし、態度を留保することもできるが、一般的には遵守の姿勢を示しているのである。それゆえ、国家の作為・不作為は全て潜在的に法的性格が推定されるのであって、慣習国際法規の生成・発展・変



更に寄与しているのである。

慣習プロセスには特定の問題に関して生じた国家行動に対する評価プロセスが含まれているので、国家の中でも積極的に行動を起こせる国の方が自らの国益を擁護し促進するため慣習法規の生成・発展・変更の際に有利な立場に立つことができると思われるかもしれない。しかし、こうした考えはある程度までは正しいが、国家間のこの非平準化状態は管轄権 jurisdiction・主体 personality・相互主義 reciprocity・正当な期待 legitimate expectationなどの基本的諸原則によって修正されている。こうした修正が可能だと言えるのは、潜在的又は形成途上の慣習法規に関する国家行動の法的意味合いを評価した結果、支持する国が多く反対する国が少ない行動に関わる

慣習法規の方がその他の慣習法規に比べて改正に対する諸国家の抵抗も強いことがわかったからである。こうした抵抗力のある規範には、本書が検証のために選抜した諸原則も含まれているのである。改正・修正・変更に対してこれらの原則が高度の抵抗力を発揮するため、通常容易に改正・変更を受ける他の慣習法規の生成・発展・変更の局面で反って権力行使が正当化され、国際法秩序全般の安定性が促進されている。このように、これらの原則が改正・変更を受けにくく一従って国家による非法律的権力の行使を現実抑制するので一国際関係論の研究者と国際法学者があれこれ色々ある共通の研究領域にもっと精力を傾注すれば、お互いにもっと大きな学問的成果を享受し得るだろうと思われる。

## 第2章 法と国際関係

学問としての国際関係論は、民族国家 nation-State の外側で発生する政治的事件の分析を目的とする。その学問的起源を古代やルネッサンスにまで遡ることはできようが、一般的に国際関係論は1930年代及び40年代に英米の国際法学者が2派に分裂して生れた比較的若い学問であると考えられている。こうした分裂がなぜ起きたのかというと、一部の国際法学者が実定法主義 positivism に基づく国際法の定義(=国際法は道徳的内容を含まず国家の同意にのみ基づいて当該国家を拘束する客観的に認定可能な規範体系である)を嫌い、国際法のもっと包括的で総合的な概念を追求しだしたからである。<sup>(1)</sup>

両大戦間期及び両大戦後初期に実定法主義から離れて“法的道徳主義 legal-moralism”という言葉でしばしば表現されるアプローチが表に登場してきたが、特にこれに著しい影響を与えたのは合衆国大統領ウィルソンであり、初期の自然法学説の復活を思わせるものがあった。この新しいアプローチは国際法を国際機構や集団安全保障体制そして自由貿易や軍縮・民族自決プロセスなどの運用を通じて世界平和を達成しようと考えている。<sup>(2)</sup>

しかし、このアプローチはカー Carr やモーゲンソー Morgenthau などの学者から、誤った理想主義だとして猛烈に反対された。“現実主義者 realists”としての彼らの世界観からすると、国家は経済力や軍事力更には国土面積や人口などの各種の要素を通じて他国の行動を支配ないし左右しようとして無慈悲な権力闘争に従事する利己的な行為主体である。モーゲンソー Morgenthau は次のように言っている。

権力 Power は人の人に対する支配を確立し維持する要

素を包括する概念である。従って、権力は物理的暴力を始めとして他人の心を支配する極めて微妙な心的紐帯に至るまで、他人を支配するという目的に役立つ全ての社会的関係を包摂しているといえる。権力は西側の民主主義諸国家においては道徳的基準と合憲性を満たした上での人による人の支配であり、原始的野蛮国の場合には法を国家的暴力に基礎付けているので国家的強制力の増強を前提としての人による人の支配である。<sup>(3)</sup>

モーゲンソー Morgenthau と同様、シュバルツェンバーク Schwarzenberger もドイツで教育を受けた国際法学者であり、第2次大戦後の国際法に多く見られる理想主義を排除している。<sup>(4)</sup> 彼は次のように言っている。

権力 Power は影響力 influence と軍事力 force の中間に位置する。これら三者は、それぞれを把持する行為者が各自の立場で社会的連鎖を築き上げる手段である。しかし、権力 Power は威嚇を背景に外部から圧力をかける点で影響力 influence と異なり、物理的圧力を現実に行使せずに目的を実現しようとする点で軍事力 force と異なる。従って、権力 Power とは、他人が服従しないときに実効的な制裁を科すことで自己の意思を実現する能力であると定義することができる。<sup>(5)</sup>

ヴァルツ Waltz は、第2次大戦後の国際関係論の研究者の所謂第2世代の指導的人物であるが、彼の言葉も序でに引用しておこう。

“権力 power”を“大義 cause”と定義することは、プロセスと結果を混同するものである。権力を支配 control と同視することは、意思を実現するためには権力のみが



必要だと主張するに等しい。いずれも明らかに間違っている。もしこれが正しいとすれば、政治家や軍事戦略家は何もすることがなくなってしまうのだろうか？権力を行使することは、他人の行動に何らかの変化を及ぼそうとして自らの能力を行使することに他ならない…。権力は孤立しては存立し得ない大義である。一般権力関係で謂う権力の定義には、行為 acts と関係 relations が訴訟構造 structure of action からいかなる影響を受けているかの考察が含まれていない。<sup>(6)</sup>

権力に関するこれら3つの定義はお互いに相違が大きい。にもかかわらず、現実主義に立脚する学者達は一つの点で一致している。彼らにとって、その時代時代に現れる国際法は権力に依存して成立し、それ故に権力を行使する国家の意思によって短期的に変更を余儀なくされる一種の表層現象に過ぎなかった。<sup>(7)</sup>

現実主義に立脚した初期の国際法研究者でさえも自らの理論の有効性に関して懐疑的であった。

モーゲンソー Morgenthau によれば、国際法の分権的性格 decentralised character の為に、国際法の定義や執行、更には国際法体系そのものまでが主権国家の意のままになったという。彼の言葉を借りれば、“政府は…自らの外交政策に対する国際法の制約を排除しようと常に努力している”し、“国際法の分権的性格に固有の inherent 法規的厳密性の欠落状況はほうっておくと拡大する傾向があるし、国際法規の成立時点で既に存在した不当な要素が国際法規の力強さを浸食しつづけることになる”。<sup>(8)</sup> モーゲンソー Morgenthau は、有効な国際司法制度が存在しないことについて極めて批判的であったし、<sup>(9)</sup> 国際法の執行体制が抱える弱点について深刻な憂慮を表明している。後者の点について彼は次のように述べている。

法の執行に関して国際法は最も原始的で脆弱である。何故なら、分権的社会で国際法が執行されるため、国際法の侵犯者と当該侵犯の犠牲者との間に不平等な結果が出てしまうのである。強国は国際法を侵犯して強制することは容易であり、その結果、弱国の権利は危殆に瀕することになる。<sup>(10)</sup>

現実主義者でありながら国際法学者の立場を維持したシュバルツエンバーガ Schwarzenberger は次のように述べている。

権力が圧倒的な比重を持つ社会では、法の基本的機能は権力の至高性 supremacy と権力に基づく階級性の維持に寄与し、この支配秩序に威厳と聖域的性格を付与する

ことである。<sup>(11)</sup>

こうした国際法に対する初期の懐疑主義にもかかわらず、20世紀の一部の国際関係論の研究者は、現実主義に基づく国際関係の概念化のために法を取込む必要があると認識するようになった。例えば、ホフマン Hoffmann、カプラン Kaplan そしてカツエンバッハ Katzenbach はシステム理論に基づいて国際法の存在を説明しようとした。<sup>(12)</sup> こうしたシステム理論家にとって、法は自己規制を追求する政治体制の産物であると同時にその一部でもあった。しかし、彼らの評価では、国内システムと異なり国際システムは真に拘束力のある独立的規範を創設できるほどコンセンサスを確立できていなかった。要するに、国家の側に国際法に独立的自治的機能を果たさせる意欲がなかったのである。<sup>(13)</sup> 国際法は確かに存在しているが、それは国家間の権力関係の変化に全面的に依存していると説かれたのである。

構造的現実主義 structural realism は、主にヴァルツ Waltz の業績として論じられ、“新現実主義 neo-realism” と称されることもあるが、この立場も国際法をシステム論で説明しようとするものであった。しかし、このアプローチは国際法にとって相当に冷淡且つ非友好的なものであった。構造的現実主義者の考えでは、システム理論は行為主体自らが創設するシステムを通じての行為主体の規制が考えられているため、どうしても完全なものとはいえなかった。そこで彼らは、行為主体の活動の枠組みとなるもっと大きなシステムないし構造を論ずる新システム理論を求めたのである。ヴァルツ Waltz によれば、こうしたより大きな構造には支配的原則のほか、社会の各種単位の機能の特化や当該各単位への権能の配分などが含まれるという。<sup>(14)</sup> ヴァルツが国際システムの行為主体の行動様式を決定する構造的要因の一つに国際法を挙げていたとは言えず、むしろ彼は、事実上不平等な立場の国々が無秩序を特徴とするシステムの中で相互に関係を持ち合っている点を強調している。無秩序 anarchy … 統一的な主権者の不在…は、定義上、法とは両立し得ないものであった。<sup>(15)</sup>

国際法を国際システム内の構造的要因と見なさないヴァルツ Waltz の立場は、国際関係論と国際法学の調整の可能性を放棄したものと考えられるかもしれない。<sup>(16)</sup> それにもかかわらず、不平等な実力の行使に対する構造的ないしシステムの統制を認める思想は、国際法を国際関係論というより洗練された現実主義思想に吸収する道を開いたといえる。世界を統一する主権者がいないことは現代国際社会の重要な一側面ではあるが、<sup>(17)</sup> そのことが規範的支配の欠如を当然意味すると見るべきではない。

(注)

- (1) 実定法主義 positivism に関する一般的著作として次ぎを見よ。Ago (1984) . 実定法主義自体は 19 世紀後半から 20 世紀初頭にかけて国際法学の支配的理論として自然法にとって代わった。自然法に関する一般的著作として次ぎを見よ。Verdross and Koeck (1983) .
- (2) See, Wilson's 'Fourteen Points', in Scott (1918) 359 – 62. See also Barker (1918) ; Laurence (1919) ; Lansing (1921) ; Lauterpacht (1933) .
- (3) Morgenthau (1954) 8.
- (4) 20 世紀中葉における国際関係論の発達が理想主義と現実主義の分裂から生じた第一の成果と言えるのも、モーゲンソー Morgenthau とシュワルツエンバーガ Schwarzenberger がともにドイツ出身であったこととも関係があると思われる。ドイツにおける“国際法の法的性質 Rechtsnatur des Voelkerrechts” をめぐる同様の議論は、少なくともヘーゲル Hegel にまで遡ることができる。See Hegel (1821) especially paras.330 – 40. 歴史的概観を試みたものとして次ぎを見よ。Dahm (1958) 7 – 14. 合衆国出身の学者達は 20 世紀後半の国際関係論を支配したが、ドイツで教育を受けた学者やその他 Hoffmann Hoffmann や Gross Gross のような学者が演ずる役割はヘーゲル Hegel などの初期の議論との繋がりを示していた。
- (5) Schwarzenberger (1964) 14 (emphasis in original) .
- (6) Waltz (1979) 191 – 2.
- (7) See, e. g. , Carr (1946) 170 – 207 ; and Morgenthau (1954) 249 – 86.
- (8) Morgenthau (1954) 255.
- (9) Morgenthau (1954) 261 – 9.
- (10) Morgenthau (1954) 270 – 1.
- (11) Schwarzenberger (1964) 199. 国際法の中立性に関するシュバルツエンバーガの懐疑心は部分的には、自助のみが国際法システム内部で利用可能な法執行手段であるとの彼自身の見解に基づいていた。しかし、彼は、国家が自発的に国際法に従うのは相互主義 reciprocity の機能に負うところが大きいと認識していた。彼の言葉を借りれば、“相互主義に基づく法秩序は社会機構に固有の制裁に依拠した方が安定化する。つまり、問題の法秩序への参加から得られる利益の享有を危殆に瀕しさせることを参加者は望まないのである” ((1964a) 211)。
- (12) See Hoffmann (1968a) ; and Kaplan and Katzenbach (1961) .
- (13) See Hoffmann (1968b) ; and Kaplan and Katzenbach (1961) 350.
- (14) See Waltz (1979) 88 – 101.
- (15) Waltz (1979) 102 – 28.
- (16) See, e. g. , Slaughter Burley (1993) 217 (‘[ヴァルツは] 国際法に全く妥協しなかった’) .
- (17) See generally Bull (1977) .

## 第1節 レジーム理論と制度論

### Regime theory and institutionalism

レジーム理論家は、システム論者や構造的現実主義者 structural realists の思想を基にして、“既存の国際関係分野で全ての行為主体が共通して求める黙示及び明示の原則・規範・規則や意思決定手続”<sup>(18)</sup> の構造的特徴に立脚して、構造的支配 structural control という概念を構築した。レジーム理論家とは、要するに、権力の相対的強弱と短期的な損得勘定のみに基づいて国家間の全ての関係を説明することが困難であることを認めた国際関係学の研究者達のことである。むしろ彼らは、諸国家が発達させた一連の規則や手続が自らの生命を獲得し、一般の国家のみならず関係国の日常の権力行使を統制し、少なくともそれを正当化していることを指摘している。国際法学者にとって、こうした現象は国際法そのものと映るかもしれない。唯、重大な違いは、レジーム理論家は大抵の国際法学者と異なり、権力と規則・手続の関係に直接的な関心を抱いているということである。<sup>(19)</sup>

レジーム理論家は、殆どの政治学者と同様、大半の法学者とは異なる分析手法を用いていた。政治学者は人間の集団的組織化のプロセスと相互交流に関心を持っている。国家レベルでは、彼らは特に法規定立の政治プロセ

スを検討対象にするのである。これに対して、法学者は一般にもっと検討対象を絞るのである。法学者は法規の存在・意味・適用範囲・効力を認定することに焦点を当てるのであって、法規定立のプロセスに関心を抱かないのである。<sup>(20)</sup>

レジーム理論家にとって、各種の相互依存形態から生ずる権力及び法規定立プロセスは“密接に関連しており、実際にはコインの両面に過ぎない”。<sup>(21)</sup> その理由は、相互依存がしばしば非対称的だからである。つまり、相互依存にもかかわらず、一方が他方に対して権力的に優位に立っているのである。<sup>(22)</sup> 相互依存はレジームの原因であり結果でもあるので、法規定立プロセスには必然的に国家間の権力関係の非対称性が反映されることになる。<sup>(23)</sup>

レジーム理論家は非公式の法規定立プロセスについては多くは論じていないが、彼らの中には、“(レジームを) 多少なりとも公式化することは可能であり、組織を作って実行することも考えるべきである”<sup>(24)</sup> と論ずる者もいる。例えば、ヤング Young は次のように言っている。

一部の学者は、しばしば、レジームと当該レジームを明文化している協定を同視する弊習に陥っている。しかも、実際には、公式の協定や条約で明記されているように各々の国際レジームの間には相当な違いがある…。更

に、国内社会と同様、形式的な国際レジーム構造が確立した枠組みの中で非公式な了解が一般に成立している。そうした諸国家の了解は、形式的協定の不明瞭な部分を解釈する際に役立つし…当該協定が規定していない問題を処理するにしても役立つことになろう…。公式化 formalization は、国際レジームの効率的運用にとって有益ではあろうが、必要条件でないことは明らかである。一方に、一般的成功を勝ち得ている非公式のレジームがあるかと思えば、他方に、目立った成果を挙げていない形式的協定も存在しているのである。<sup>(25)</sup>

こう言いながらも、ヤング Young は“一般的成功を収めている generally successful”非公式レジームの例を挙げていないのである。

レジーム理論家は、むしろ、非公式の規則や手続が発生する可能性があり、実際に発生したときに当該規則や手続が補足的役割を果たす多国間条約や国際機構に焦点を当てているのである。レジームは“問題領域 issue areas”（環境保護・通信・人権・海洋法など）で機能することを期待されており、<sup>(26)</sup> 大半のレジーム理論家は、どういふわけか、貿易・通貨管理・技術移転などの通商的性格の問題領域に焦点を当てている。<sup>(27)</sup> これらのレジームは問題に特化しておらず広範且つ包括的構造を提供している点で、レジーム理論家の業績として論じられるものが出ていない。<sup>(28)</sup>

レジーム理論が発展して制度論 institutionalism <sup>(29)</sup> と称される国際関係論の一分野になった。この分野の指導的学者はコヘイン Keohane とヤング Young の二人である。尤も、二人の考えは重要な点で異なっている。コヘイン Keohane にとって、制度 institution の概念はレジーム regime よりももっと包括的なものである。つまり、彼は制度 institution に、“行動の役割を定め、活動を制限し、期待を形成する相互に矛盾のない（公式及び非公式の）規範体系”<sup>(30)</sup> を含めたのである。

コヘイン Keohane は制度 institutions を組織化 organisation ないし形式化 formality の程度に応じて三つのグループに分けた。第1に、“公式の政府間機構ないし民間の国際機構”が存在する。第2に、コヘインが“国際関係上の特定の問題に関わる諸政府が合意した明文規定を備えた制度”と定義した“国際レジーム international regimes”が存在する。この場合のレジームは、要するに、“特殊な契約的解決 specific contractual solutions”ということになる。第3に、コヘインが“行為主体に予測可能性を与える黙示の規則や了解を伴う非公式の制度”と定義した“慣例 conventions”が存在する。<sup>(31)</sup>

コヘイン Keohane は慣例 conventions に関する自らの

考えをまとめ、会議によって“行為主体が互いに理解し合え、明文の取り決め無しに行動を調整でき”、“全員が一定の行動を執ることが各々の利益となる…場合には、とりわけ有益である”と論じている。国家はこうした慣例にしたがっているが、それは、“他国の期待に反した場合のマイナスの反作用が大きいからである”。コヘインは慣例の2つの例を挙げている。1つは、1961年のウィーン外交関係条約と1963年のウィーン領事関係条約が成立するまでの“伝統的外交免除 traditional diplomatic immunity”である。そして、2つ目が相互主義 reciprocity である。<sup>(32)</sup>

本来的に、慣例 conventions に関するコヘインの定義は慣習国際法の形成プロセスや個別規範を含んでいるようである。多くの慣習法規と同じく、コヘインの言う慣例は“時間的にも論理的にもレジームや形式的国際機構に優先する”し、“慣例がないならば、国家が互いに交渉したり、お互いの行動の意味を理解したりすることすらできなくなるであろう”。<sup>(33)</sup>

しかし、慣習法規と異なり、コヘイン Keohane の所謂“慣例 conventions”は全く法的拘束力を有しないと思われる。<sup>(34)</sup> 彼はこうした慣例が国際法規ではないと思っているようである。例えば、彼は国際法の形式的性格を強調して、“全ての公式の国際レジームは国際法の一部である。それは2国間条約やコンベンションが国際法であるのと同じである”（ここで‘コンベンション conventions’という言葉は多国間条約を意味する言葉として、やや異なった使い方をしている）と述べている。<sup>(35)</sup> 彼の所謂非公式の慣例 informal conventions は、レジームや機構と同じく、諸国家の任意的構築物であるが、慣例に従わなくても国際法違反にはならず、単に国家行動の上でコストがかかるに過ぎない。これは、恐らく、慣例 conventions が、レジームや機構の明文の関連規則と異なり、契約的性格のものではないからであろう。

例えば、コヘインは相互主義に関して、“各当事者の行動が、善には善を悪には悪をとにかくたかたかたで相手方の行動に対応して自らの行動を決める等価交換”<sup>(36)</sup> の要素を含むと説明している。彼は、“厳密に限定された等価物の交換”を2当事者が行う“特定相互主義 specific reciprocity”とグループ内で等価交換が発生する“拡散相互主義 diffuse reciprocity”を区別している。後者は、一当事者の協調的行動がその行動から直接的利益を受けなかった他の当事者によって、その後の別個の時と状況の下で何らかの報酬を受ける場合である。<sup>(37)</sup> コヘインの所謂拡散相互主義は、不特定物の交換を支持できるだけの信頼感や義務感が国家間に存在しないと主張する国際関係論者の従前の考えから一歩踏み出したものである<sup>(38)</sup> しかし、



コヘインは拡散相互主義 diffuse reciprocity をグループ構成員間の“広く行き渡った義務感”に基づいて説明したけれども、<sup>(39)</sup> 当該義務感と相互主義と法の関係について考察しなかった。せいぜいのところ、彼は、“‘無知のベール veil of ignorance’ を被れば未来は見えてこないが、諸国家は最終的には自らの利益になると信じて他国に利益を提供している”と述べるだけである。<sup>(40)</sup>

コヘインの理論に関わるもう一つの問題は、国際法そのものについて不安定で不確定的要素が多いとの彼の一般的な認識から生じている。つまり、権力の不平等な行使が、義務の存在の有無によって実質的に規制されるわけではないのである。コヘインの謂う制度 institutions は“国家の基本的利益が自治的に決定される場合でも当該国家のインセンティブに影響を及ぼす”けれども、<sup>(41)</sup> 大国や強国の意思が反映し、いつでも修正され、少なくとも超大国の意に逆らえなくなっている。例えば、コヘインは、“大国が利用できる各種権力源の比重が変化すれば、国際レジームも変化する”<sup>(42)</sup> と述べている。彼に依れば、“現代の国際関係では、広義の国際制度よりも国内利益擁護の圧力や国家間競争から生じる圧力の方が国家の政策にはるかに大きな影響を及ぼしており”、<sup>(43)</sup> 彼の理論は“国家権力の役割を矮小化することなく without denigrating the role of state power 国際制度の比重の拡大の必要性を指摘した”<sup>(44)</sup> ものと解される。従って、コヘインは国家間の権力関係の突然のシフトに法が脆弱であることを認めており、問題の制度から利益が引き出されるために制度の再編が議題に上らない場合や、そうした再編が広範な同意を要するが故に再編が議題に上らない場合においても、国家間の権力関係の突然の変動に法は影響を受けると考えている。<sup>(45)</sup>

同じことは、ヤング Young が言う制度 institutions についても当てはまる。ヤングにとって、国際機構を含めて全ての社会制度は“行動の規則性と共通の期待とが結合 conjunction of behavioral regularities and convergent expectations”した結果、生れるものであった。<sup>(46)</sup> ここで謂う結合によって：

一般的に確認されている慣例が発生しているのであって、各行為主体はケース・バイ・ケースで損得の計算をすることなく、その慣例に従っているのである…。国際レジームも、他の社会制度と同じく、広く受容されている社会的慣例としての典型的な社会的生命を持っているのである。<sup>(47)</sup>

しかし、コヘインの制度論と異なり、ヤングの言う制度は権力関係の展開の結果急激な変動をこうむる可能性

が有る。つまり、真に独立した存在ではないということになる。ヤングは“政治的・経済的・技術的・社会文化的及び道徳的發展に応じて制度も変わる”<sup>(48)</sup> と指摘しているが、この種の發展によって国家間の相対的利益や権力関係も影響を受けるし、ひいては国際制度も変わらざるを得なくなる。ヤングは、さまざまな権力源のそれぞれの展開が国際制度の分野でどういう風に諸国家の行動に影響を及ぼし、諸国家が創出できるものと単に修正できるものをどういう風に決定付けているかについて論じたのである。

ヤングとコヘインは制度 institutions が大きな影響力を持っていることを認めた。この点で両名は、ヤングの所謂“各種のレジームを含む国際制度が集团的成果を生み出す決定因子のシフトに対応する潜在的な権力プロセスを反映しているに過ぎないと主張する”“国際関係論の伝統的学者”<sup>(49)</sup> ではない。しかし、両名とも、組織であれ条約であれ慣習法規であれ、国際制度が国家間の権力関係とははっきり独立していることを証明していない。

ヤングはさすがに之に気づいており、次のように述べている。

最近公刊されているレジームに関する著作の注目すべき特徴の一つは、レジームの意義に関して割合にページを割いていないことである。もっとわかりやすい言葉で言えば、国際社会の集团的成果の決定因子としての社会制度 social institutions についての説明が足りないのである。<sup>(50)</sup>

その結果次ぎのような事態が発生していると彼は結んでいる。

全く分析されていない分野が発生している。相当な時間と労力をレジーム研究に費やすことが最終的に何によって正当化されるかという、国際レベルでの相当な集团的成果が制度調整によってもたらされるとの前提があるからに違いない。しかし、大抵の場合、この前提は、分析的経験的調査をされることもなく、仮説の領域に追いやられている。<sup>(51)</sup>

要するに、レジーム理論家も制度論者も、レジーム regime と制度 institution が現実には相違していることと両者とも相当程度の権力行使を容認していることを、殆ど立証していないのである。それにもかかわらず、レジーム理論家も制度論者も、以下の諸点についてははっきり気づいている。即ち、①通常の国家行動が法的義務を生み出すこと ②レジームや制度に関して彼らが伝統的に



研究してきた権力が別種のものに変型しているものがあること ③この別種の権力、即ち“法制定権力 power of rules”がその後の国家の言動に影響を及ぼしていること以上である。例えば、パネル・ディスカッションでのヤングの次ぎの意見に注目せよ。

なぜ、行為主体は自らの行動をレジームや制度の指示や要件に適合させなければならないと感じるのであるか？そこには多くの理由があるであろうが、大抵の場合、いくつもの理由が融合しているといっている。例えば、道徳的理由や規範的理由や法的理由に基づいて共通のあ

(注)

- (18) この定義はクラスナー Krasner からの引用である。See, Krasner (1983) 2. 従って、構造的現実主義 structural realism とレジーム理論の関係に関してこの著作で示された解釈は、当初、スローター＝バーリ Slaughter Burley が提示した定義と異なっている。しかし、スローター＝バーリは、その後、構造的現実主義とレジーム理論の結びつきを認め、一定段階に達したレジーム理論を“修正構造的現実主義 modified Structural Realism”と呼んでいる。See Slaughter Burley (1993) 221 ; see also 219. この見解を支持するものとして次ぎを見よ。Young (1989) 92, note 41 ; and Keohane (1989b) 7-8. それにもかかわらず、構造的現実主義者とレジーム理論家（及びその後継者達）との間で、“国家行動が‘構造 structure’（無秩序と権力の分散）対‘プロセス’（交流と学習）と制度の対立によってどの程度の影響を蒙るか”（Wendt (1992) 393）につき論争が続いている。See Grieco (1988) ; Nye (1988) ; Keohane (1989e) ; and Powell (1994) .
- (19) See Chayes and Chayes (1993) 195, note 64. 実際、懐疑論者は、レジームに対して国際法に対するのと同じ次ぎのような問い掛けをする。“中央集権的権力が存在していないので、国家は競争的権力政治を遂行せざるを得ないのであるか？国際レジームはこうした論理を如何なる条件の下で克服できるのか？無秩序 anarchy のなかで何が不変の存在で何が変わらなければならないものなのか？”Wendt (1992) 391（ここで構造的現実主義者 structural realists と制度論者 institutionalists の論争を紹介している）. 国際関係論の研究者達は、未だ、各種“レジーム regimes”相互間の関係を検証しておらず、特定のレジームと国家との関係に焦点を当てている段階である。本書は之に一步先んじて、既存の条約がその後の慣習法規の発達にどう影響を及ぼすかにつき、又逆に、慣習法規の発達がそれに先行する条約にどう影響を及ぼすかにつき、考察を加えている。本書第3部第10章第1節〈慣習国際法と条約 Customary international law and treaties〉を見よ。See also “Problems Arising From a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject” (1995) 66 (1) Annuaire de l’institut de droit international 15, especially Sinclair, “Provisional Report” 195, 202-5.
- (20) だからこそ、国際法学者は慣習国際法形成プロセスを理解する必要がないのであろう。それにもかかわらず、第3章で論ずる通り、国際法学者がそうせざるを得ないいくつかの理由がある。本書第1部第3章〈権力と国際法 Power and international law〉を見よ。
- (21) Keohane and Nye (1987) 730.
- (22) See generally : Keohane and Nye (1977) 10-11 ;

Keohane and Nye (1987) 728, and citations therein.

- (23) レジーム理論家に依れば、国益を追求する諸国家が相互の協力から得られる利益を認識しているが故に、国際レベルでの規則や手続を作るのである。従って、現実主義的仮説がレジーム理論の全構想の中核を為している。See Keohane (1984) ; Keohane (1989a) ; 本書第2部第7章第2節〈合法的期待と国際制度 Legitimate expectation and international institutions〉も参照せよ。恐らく、国家間又は国家グループ内の相互依存関係が高度に進めば、国家間規則や手続を多数そして広範囲に創設することを望む国も出てくるであろう。例えば、以下に挙げる“自由主義的 liberal”国際法学者の著作を見よ。Slaughter Burley (1993) ; Slaughter (1995) ; and Koh (1996) .
- (24) Young (1989) 13.
- (25) Young (1989) 24, see also 15 (note 11) and 214.
- (26) “国際レジームは…明確に限定された活動・資源・地理的範囲に適合する専門的協定であり、しばしば国際社会の一部の構成員にのみ適用されるものになっている” Young ((1989) 13). 特定のレジームやそのレジームが規制する問題は、しばしば、もっと包括的な問題を規制する包括的なレジームに“根拠を有する nested”ことがある。その結果、レジームは作られつづけ、減次に相互に抵触することもない。Young (1989) 14. See e.g., Young (1977) ; Haas (1979-80) ; Donnelly (1986) ; Cowhey (1990) ; Krasner (1993) ; Money (1993) ; and Haas (1993) .
- (27) こうした通商的論点の強調は、国際レジームに対する“需要 demand”を説明するためにコヘイン Keohane が市場の力 market - forces の考えを類推したことが一因になっている。See Keohane (1989d) . See also Cooper (1975) ; Ruggie and Haas (1975) ; Haas (1979-80) ; Finlason and Zacher (1983) ; and Aggarwal (1985) .
- (28) しかし、バザン Buzan は、国際社会を“レジームの中のレジームと観ることができ”るので、“レジーム理論の過度の原子論的世界観に対して程よい全体論的世界観を”加味する結果になっているといっている。See Buzan (1993) 350.
- (29) 大陸法学者がすでにこの根拠についてかなり理論を展開していたことにも注意しておくべきである。初期の制度論思想といえるものとして、1970年にブローデリック Broderick が翻訳し分析したホーリュ Hauriou とレナード Renard とデロス Delos の共著があるし、1934年のシュミット Schmitt の著作もある。国際法との関連では次ぎも参照せよ。Scelle (1932/34) .
- (30) Keohane (1989b) 3.
- (31) Keohane (1989b) 3-4.
- (32) Keohane (1989b) 4. これら2つの条約は、それぞれ次ぎの国連条約集に収録されている。(1964) 500UNTS 95 and

(1967) 596UNTS 261. 国際法学者としては、外交免除が特殊個別の規則であるのに対して相互主義がはるかに一般的な原則であることを考えると、両者の結合は奇妙であると考えざるを得ない。この区別については本書第1部第一章序文後半を見よ。コヘインが、“慣例 conventions”が法典化された後も存続する可能性を論じなかったことにも注目すべきである。並列的に存続する慣習法や条約規定については、本書第3部第10章第1節〈慣習国際法と条約 Customary international law and treaties〉を見よ。

(33) Keohane (1989b) 4.

(34) Keohane (1989e) 163.

(35) しかし、コヘインは、非公式又は黙示の規則でありながら法的拘束力を持つものが国法レベルで存在することを明確に認め、“イギリス憲法のような極めて強固な制度が主として不文法の形で存在している”(Keohane (1989e) 163)と指摘している。

(36) Keohane (1986) 8.

(37) Keohane (1986) 4.

(38) See, e. g., Axelrod (1984) 3 – 20.

(39) Keohane (1986) 20.

(40) Keohane (1986) 23. それとは対照的に、本書では、相互主義 reciprocity を国家間の個別的及び一般的協力の利点を認める社会的一般的な概念として理解するだけでなく、慣習法規の生成・発展・変更の過程で権力行使を正当化する重要な機能を果たす国際法原則としても理解している。本書第2部第6章及び第7章を参照せよ。

(41) Keohane (1989b) 5.

(42) Keohane (1989c) 75.

(43) Keohane (1989b) 6.

(44) Keohane (1989b) 11 (emphasis added) .

(45) 一般的著作として次ぎを見よ。Keohane (1984) 85 – 109.

又、本書第2部第7章第2節〈Legitimate expectation and international institutions〉を参照せよ。ここで注意しなければならないのは、国家が国内の各種対抗利益を調整し統一的国家“利益 interest”を決定するための国内政治プロセスに携わっているとの仮定をコヘインが抱いていることである。ヤングも同様の仮説(本節後出)を立てており、本書も同様の立場に立っている(本書第1部第1章第1節〈若干の機能的仮説 Some working assumptions〉を見よ)。しかし、それとは対照的に、“自由主義的 liberal”国際関係論の研究者の中には、国内政治学と国際政治学の区別を突き崩そうとする者もいるが、それは、法学者の中に、国内法と国際法の区別を突き崩そうとする者がいるのと同じである。本書第1部第1章(注)45で引用した参考文献を見よ。

(46) Young (1989) 81.

(47) Young (1989) 82 (footnote omitted) .

(48) Young (1989) 205.

(49) Young (1989) 58 (emphasis added) . ヤングは伝統的な国際関係論の側からのレジーム理論への対応の一例としてストレンジを挙げている。See Young ((1989) 58, note2) and Strange (1983) .

(50) Young (1989) 206. ヤングは之までの部分的な試みの例としてクラスナーとラギーを挙げている。See Krasner (1983) 5 – 10 and Ruggie (1983) especially 462 – 5. See also Biersteker (1993) ; and Breitmeier and Wolf (1993) .

(51) Young (1989) 206 – 7. See also Hurrell (1993) 53 : “レジーム理論家及び国際法学者にとっての…中心的问题是、法規範を補強しその定立にしばしば責任を負う権力や利益から少なくとも部分的に独立して、法規範が自己執行力を有することを証明することである。”

(52) Young (1992) 175.

## 第2節 “イギリス学派 English School”

マニング Manning, ワイト Wight, バル Bull, ワトソン Watson などが指導的人物として知られるイギリス国際関係論学派は、長らく、諸国家で構成される国際社会と国際法の拘束力との間に何らかの関連があることを認めてきた。<sup>(53)</sup> 例えばワイト Wight は次のように言っている。

[国際社会 international society の存在は] 以下の諸点に照らして明らかである。①外交システムの存在 ②国際社会構成員の相互依存を確保するため意識的に勢力均衡 balance of power が維持されていること ③政治的には重要ではないが広範囲に及ぶテーマに拘束力のある国際法を正規に適用していること ④経済的・社会的・技術的相互依存 ⑤国際社会の規制を目的として機能的国際機構が最近設立されていること 等である。これらの事実、国際社会の意識、即ち、世界的規模での共同体意識を前提にして説明がつくものである。<sup>(54)</sup>

バルは国際社会概念と国際法の関係につき更に理論を緻密に組み上げた。

諸国家で構成される社会 society of states (即ち、国際社会) が成立するのは、国家集団が共通の利益と価値観を認識して、お互いが共通の規範で拘束され共通の制度の運営に参加する社会を作り上げたときである。<sup>(55)</sup>

近年、ハレル Herrell もイギリス学派の一員として論じられることがある。しかし、彼は、多くの国際法学者と同調する姿勢をとっており、法的義務の重要性和独自性を承認している。彼は、ワイト Wight やバル Bull と同じ国際社会観を提示しており、以下のように国際法は諸国家の短期及び長期の共通の目標を達成するための手段だと論じている。

いったん国家が国際法システムに参加することに長期

の利益を見出すならば、義務の観念や規範の心理的強制力は具体的な姿を取り、国家の直接的利益や選好からある程度独立する。国際社会に法は存在しているが、法を主権者の命令と考える者はいない。むしろ、法は、それによって拘束される者が自発的な義務意識を抱いていることを示す象徴なのである。法は外部的制裁やその脅威によって基礎付けられるのではなく、共通の利益や価値観それに予測可能性 patterned expectations によって基礎付けられているのである。<sup>(56)</sup>

ハレル Hurrell は、更に一步踏み込んで、国際関係論の研究者が扱う対象とは一線を画された国際法の法的特殊性を承認している。

政治システムの一員として、各国は自らの利益に合わせて義務を解釈するものである。しかし、他の当事国の合意に基いて成立する法的システムの一員としては、各国は法的観点から自らの行動を正当化する必要に迫られていると言える。そのために、レジーム理論で一般的に行われている以上に、一方で個別法規とそれらが属する法的システムの運用を認め、他方で法以外の極めて多様な公式・非公式の規範とそれらを生み出す交渉・取引・押付けのプロセスの存在を認め、且つより明確に区別することが重要となる。<sup>(57)</sup>

近年、ベック Beck やアレント Arendt そしてラグト Lugt は国際関係論や国際法学の分野から“国際規則 international rules”に関する多様な視点を引き出している。彼らの学問的貢献を否定するつもりはないが、それでも彼らは、ハレル Hurrell とは異なり、国家間の権力関係から国際法が独立していることを立証していないのである。アレントの次ぎの主張を見てみよう。

形成途上の国際規則がはっきり国際法規 international legal rule となるためには、支配力 control と権威 authority という二つの要素が備わらなければならない。まず、規則は国家行動を支配しなければならない。別言すれば、規則が国家実行 state practice の中に反映されていなければならないのである。第二に、規則は国家によって権威的なものとして認識されなければならない。つまり、国家の意思決定に携わるエリート達が当該規則を法として義務付けられているものとして認めなければならないのである。国際法学の用語を使うならば、規則には法的信念 *opinio juris* が伴わなければならないのである。<sup>(58)</sup>

この主張それ自体は、国際司法裁判所規定 § 38 ① (b) に示された慣習国際法の通説的概念に一致しているよう

にみえる。<sup>(59)</sup> しかし、アレント Arendt は同じページで引き続き次ぎのように疑問を呈している。

権威 authority や支配力 control をどうして測定するのだろうか？ 気圧や湿度の測定と異なり、権威や支配力を正確に測定することは不可能である。しかし、形成途上の規則がすでに権威と支配力を取得しているや否やを認定するために何を観察すればよいかは、ほぼ明らかだといっている。ある規則が支配力を持っていると言えるのは、国際的行為主体 international actors が当該規則に従っているときである。規則遵守を確認するために、学者は当該規則の名宛人たる国際的行為主体の行動を検証するはずである。例えば、仮に外交免除に関する規則を検索しようとするのならば、外交官が犯罪に巻き込まれた全ての事例を調べなければならないであろう。もしも当該規則が完全に支配力を取得しているならば、その地位が証明された外交官が逮捕されたり裁判にかけられたりした事例は存在しないとの予測が成り立つわけである。<sup>(60)</sup>

即ち、国際規則は、決して侵害されない限りで、又は滅多に侵害されない限りで、規則たり得るのである。アレントは慣習国際法概念に固有の限界を認識せずに国家実行と法的信念の二元的な伝統的概念を強調するだけなので、多くの国際的行為主体が一般的基本原則を守らないとき、彼の国際法に対するその程度の認識では、例えば拷問の禁止や侵略の禁止といった現実の問題に対処し得ないと思われる。概念は国家の現実の行動と国家の法的義務の分離を想定していないので、概念自体が緻密化する結果になるのである。

ヤングの所謂“分析上の真空状態 analytical vacuum”を満たすために、本書は概念を緻密化することを目指している。ヤングに依れば、国際法の規則・原則・プロセスは、

命令を遵守することが不都合であり犠牲が大きいと行為主体が判断したときはいつでも無視される傾向があり、実質規定を大国が面倒だとか時代遅れだとか考えるときはいつでも変更を余儀なくされるような表層現象に過ぎない。<sup>(61)</sup>

本書はヤングの考えには賛同せず、むしろ、慣習プロセス customary process をヤングやその他多くの国際関係論の研究者が追求する権力行使そして権力正当化のための制度として理解するものである。例えば、クラトチビル Kratochwil はつぎのように述べている。



行為主体は単に規則や規範によってプログラム化されているわけではない。各行為主体は、自らの実行 practice を通じて、相互に行動し意味を享有し意思を伝達し主張を批判し選択を正当化しうる基準となる規範構造を再生産し変更してもいるのである。従って、現在のレジームをテーマとした文献で無視されている最重要の変化要因の一つは、国際舞台での行為主体の実行 *practice of the actors* とそれに付随する立法プロセスである。<sup>(62)</sup>

しかし、本書は、国家行動に対する慣習法規の影響一般を検証するのではなく、一部の慣習法規に絞って、そ

れらが限定的な状況下で保有する効力に焦点を当てている。つまり、本書では、検証の対象を国際法の4つの原則に絞り、国家が他の国際慣習法規の生成・発展・変更を追求する際に、これら4つの原則が国家の行動とその成果にどのような影響を及ぼすかを論ずるものである。そして、本書では、学際的方法を採りつつ国際関係論の発展に依拠しているが、その限りで、レジーム理論家や制度論者や本章で言及したイギリス学派の学究の成果に焦点を当てている。何故なら、彼らこそ、政治と国際法の共通領域を探求するために大いなる努力を払った人々だからである。

(注)

(53) See, e. g., Manning (1962); Wight (1966); Wight (1977); Bull (1977); Bull and Watson (1984); and Watson (1992).

(54) Wight (1966) 96 - 7 (emphasis added).

(55) Bull (1977) 13 (emphasis in original).

(56) Hurrell (1993) 60.

(57) Hurrell (1963) 61. この関連で、“規範 norm”としての法と“事実 fact”としての法との区別をめぐる議論については、本書第1部第3章第4節“権力は国際法にとって脅威か Power as a threat to international law?”を参照せよ。又、イギリス学派の研究成果と構造的現実主義ないし制度論を結

び付けようとのバザン Buzan の試みについては次ぎを見よ。Buzan (1993).

(58) Arend (1996) 300.

(59) 本書第3部第8章及び第9章を見よ。

(60) Arend (1996) 300 - 1.

(61) Young (1989) 208. 国際法の規範的独立性を証明しようとのその他の試みについては、例えば、以下を見よ。Fried (1968); Henkin (1979); D'Amato (1984 - 85); Boyle (1985); and Brownlie (1988).

(62) Kratochwil (1989) 61 (emphasis in original); see also at 14. 国際関係論の研究者が慣習国際法に論及する必要があることを別の視点から指摘した著作として次ぎを見よ。Kratochwil (1993) 84 - 93; and Beck (1996) 19.

### 第3章 権力と国際法

統一的な主権者の存在しない国際システムの下においては、国家が国際法の名宛人になると同時にその定立者にもなっている。<sup>(1)</sup> 各国家は経済力・軍事力・面積・人口でも相当に差があるので、国際関係論の研究者が伝統的に論及してきた権力行使能力の点でも相当な差が現れている。それゆえ、所国家の事実上の不平等とそれに基づく権力行使能力の差は、国際法規の生成・発展・変更に対しても相当な影響があるものと考えられている。

しかし、大半の国際法学者は、国家間の不平等や国際関係論型の権力関係が国際法定立プロセスにどのような影響を及ぼしているかについて直接 *directly* 考察することは殆どなかった。<sup>(2)</sup> 条約・慣習国際法・法の一般原則そして国際法の“補助 subsidiary”法源（即ち、裁判判決や学説）に関する研究書では、国家間の国力の差が法規の生成・発展・変更に影響を及ぼす可能性について、通常、簡略に触れるにとどまっている。<sup>(3)</sup> 多くの国際法学者は、多かれ少なかれ、国際法が少なくとも手続的に *procedurally* 公正な手続を経て成立し政治的に中立であると考えている。このように権力の役割に対する関心が相

対的に希薄で手続の客観性に対する信頼が厚いのは、一つには、主権平等 *sovereign equality* という極めて漠然とした概念が根強く存在しているからである。

主権平等概念は2世紀以上に亘って国際法思想の一部を形成してきた。<sup>(4)</sup> この概念が典型的に表明されているのは、1945年の国連憲章 § 2 (1) である。そこでは、“この機構は、その全ての加盟国の主権平等の原則 *principle of the sovereign equality* に基礎をおいている”と宣言されている。そのほか、主権平等概念は国連総会の決議や宣言でも繰り返し表明されているし、<sup>(5)</sup> 国際司法裁判所 *International Court of Justice* の判事によって一つの公理として認められている。<sup>(6)</sup> しかし、諸国家の観念的ないし形式的平等と社会的平等との間には重大な違いがある。<sup>(7)</sup>

主権平等概念は、幾つかの点で、国際法システムの本質的要素である。いずれの国家も形式的には完全な国際法主体性 *full international legal personality* を保有しているので、国際法システムに参加する資格がある。<sup>(8)</sup> 相互性原則 *principle of reciprocity* も、全ての国家が同一の一般的諸権利と義務を享有ないし負担するが故に法的効力を実際に認められている。<sup>(9)</sup> 立法的観点から言えば、主

権平等概念は条約に関して特に重要であるといえる。何故なら、主権平等に基づき諸国家は条約の当事国となり、合意は遵守せらるべし *pacta sunt servanda* の義務や条約解釈規則や違反に対する賠償義務が平等に適用されるからである。<sup>(10)</sup>

それにもかかわらず、国内法システムにおける契約法が経済的利害関係を有する者の交渉を規制すると同時に“交渉能力 *bargaining power*”の差に基づく自由競争を認めているのと同様、国際条約に関する規則も、諸国家の交渉力の不平等や違反に対する有効な制裁実施能力の差を容認しているのである。<sup>(11)</sup>しかし、こうした規則は手続の統一を図る上で本質的要素になっており、若しこうした規則がなければ、20世紀後半に生じた条約関係の爆発的拡大も極めて抑制されたものになったであろう。

主権平等概念は、シャハター Schachter の所謂“有効な権力と責任を重視する”<sup>(12)</sup> 慣習国際法形成プロセスに関しては余り役立たないかもしれない。慣習プロセスは、契約的合意に基づく行動ではなく法的妥当性のある行動類型を提示するものであり、後者は大きな反対を受けない限りやがては法規に発展していくものである。その事情をダニレンコ Danilenko は次のように述べている。

形式的交渉を必要とする国際条約の締結とは対照的に、慣習は現実の行動や宣言やその他の行為によって相互に且つ不断に“交渉している *negotiate*”国際社会のメンバーによって定立される。<sup>(13)</sup>

いずれの国家も等しく慣習プロセスに参加する資格を有するが、一般的に言えば、“強大な *powerful*”国家であればあるほど慣習法規の生成・発展・変更への影響力は大きくなるし、その機会も多くなる。ド＝ビッシャー De Visscher は、“国際慣習の成長の緩慢さは無人の大陸に一步一步道を切り開いていくのに喩えられている”と述べたあと、次のように言っている。

この道を通る者の中には常に他の者よりも地面により深く自らの足跡を残す者がいる。その理由は、その者の体重が重いから（言い方を変えれば、この世で力があるからということである）か、何らかの都合で頻繁にその道を利用したからである。<sup>(14)</sup>

とりわけ強国は、問題の国際的展開を地球的視野で多角的に捉えることの出来る大規模で資金豊富な外交団を諸国に派遣している。こうした外交団がいるからこそ、強国は自らの利益に反するとみなす事態の展開に極めて巧に異議を提示できるのである。もし、口頭や文書によ

る抗議が効を奏しない場合には、大国は持てる軍事的・経済的・政治的圧力をも行使して、管轄権の要求を押し付けたり貿易制裁を科したり国際批判の切っ先を鈍らせることもできる。

国家間における相互的権力関係の重要性は1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* 判決で默示的ながら国際司法裁判所も認めていたと解される。即ち、同判決は次のように言っている。

恐らく、相当な期間の経過という要件が満たされていなくとも、問題の慣行に特別な利害関係を有する国が参加しておれば、大多数の国と主要国の参加を以って慣行は成立すると解してよいと思われる。<sup>(15)</sup>

ド＝ビッシャー de Visscher が指摘しているように、大国は中小諸国家に比べて活動範囲が広く機会も多いことから、個別の法的展開によって影響を受ける利益を多く抱えていると良い。従って、大国は慣習法規の発達・変更によって“特に影響を受け *specially affected*”易い地位に置かれていると良い。そのことを、ダニレンコ Danilenko は次のように述べている。

明確な定義が無いために、“特別利害関係 *specially affected*”国という概念は、国際社会で生起する全ての又は殆ど全ての政治的・法的展開によって通常“特別に影響を受ける *specially affected*”と見なされる強国又は大国を意味する体の好い別称になっている。但し、政策上の問題として少数の大国の意思が慣習法形成に際し伝統的に重視されてきたが、その大国の特別な地位が法的なものとして承認されているとの指摘は誰からもされていない。<sup>(16)</sup>

しかし、北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* の ICJ 判決文中の一節は慣習プロセスに占める利益 *interest* の役割の視点から極めて重要である。即ち、諸国家の現実の国力の大小に関わりなく、慣習プロセスでは諸国家の利害を秤量し特に損害を受ける国家の利益に特別の配慮を行うことが指摘されているのである。

大国が慣習プロセスに実効的に関与する能力は、当該国が特定の慣習法規の形成に積極的に関与しない立場を採ることで、部分的に隠蔽されることもある。最大の大国でさえも、しばしば、慣習法規の生成・発展・変更に際して黙諾の立場を採るのである。若しも世界の主要強国が潜在的で形成途上の規範や現行規範に対して明確な賛否の態度を示さないならば、利害関係を持つ中小諸国家が当該規範の将来を決定することになろう。<sup>(17)</sup> 即ち、特定の規範の形成に積極的に関与しないとの大国の決定

も、場合によっては、それ自体権力行使としての効果を発揮することになる。そのよい例が、静止軌道上に権力行使を認める慣習法規を形成しようとの一部のラテン＝アメリカ諸国の動きに対して大国が賛成も反対もしなかった事例である。<sup>(18)</sup>

特定の慣習法規の成立が望ましいことについて諸国の意見が一致し異論が出ないこともある。そうした場合の権力の役割は、やや重要性の低いものになる。例えば、ジェノサイド禁止原則や宇宙・天体の利用規則それに大陸棚に対する沿岸国の管轄権原則の成立に権力性は感じられなかった。<sup>(19)</sup> これらの慣習法規の成立に際し、コンセンサスを得るに適した条件を決定するために権力が機能したに過ぎず、そのことが慣習法規の成立を更に加速化する結果となった。<sup>(20)</sup> こうした状況はありふれたものかもしれないが、コンセンサスの成立によって潜在的な形成途上の規範や確立した規範が紛争の主題になる確率が減じており、一般の注目を引かないまま、看過されている。

多くの国際法学者は、国家間の権力関係が慣習法規の生成・発展・変更に影響を及ぼす可能性を正当に論じないで、説得力のない釈明を試みている。例えば、ダマト D'Amato は、国家の中には自らの行動とそれに関する法的見解を公開し慣習国際法の形成に積極的に貢献する国が存在することを認めている。<sup>(21)</sup> しかし、慣習プロセスの中で諸国家は同等の活動の機会を与えられていることを彼は指摘するのである。彼は言う。

全ての国家は同一の資格を保有している。国家は相互に平等の法的地位に立つという資格を保有するのである。その資格が侵害された国家の報復によって復活する平等の資格の均衡を国際法は守ろうとするのである。<sup>(22)</sup>

その結果、“法的発展プロセスの中で生き残った慣習法規は、全ての国家の利益に等しく貢献するよう調整された姿になっている”。<sup>(23)</sup> ダマト D'Amato は国家が慣習プロセスに関与する度合い…国家が自らの“資格 entitle-

ments”を保全しようとする度合い…が他国との相対的権力に比例するかどうか考察しなかった。<sup>(24)</sup>

シャハター Schachter は、権力が慣習法規の発達・変更の一因になることを認めた研究者である。彼は最近の著書の中で次ぎのように言っている。

歴史的事実としては、慣習国際法の全体系は驚くほど少数の国家で作られたというほかない。海軍を持つ国だけが…多分3カ国か4カ国に過ぎないが…海洋法の大半の規則を定立したのである。軍事力が陸上及び海上で行使された結果として、慣習戦争法が形成され、領域権に関する慣習法規や国家責任原則の多くも確立するに至ったのである。“砲艦外交 Gunboat diplomacy”こそ、強制的立法の最も明白な形態である。

軍事力と同様、経済力を用いた威嚇も、広範な対国家要求を側面から支援するために、しばしば隠然と行われている。国家の経済力が強力であればあるほど、国際取引に従事する政府や国民の存在は大きくなる。貿易・海外投資・技術的ノウハウがほぼ一方的に先進国から出ている。これに付随して、原則的に、その国の政治的見解や国際関係に関する見解も合わせて流出している。そのため、富裕国がその他の諸国の注目を集める結果になっている。富裕国の見解や立場が通常注目され尊重される。そうした国々の公式の法的見解や国家実行が国際法の論文で援用され、学者の意見や実務家の仕事に影響を及ぼしている。ド＝ビッシャー De Visscher の言葉を借りれば、“慣行に明確な方向付けをした後、大国は当該慣行の保証人兼擁護者となる。”<sup>(25)</sup>

このように慣習国際法形成プロセスでの権力の役割を認識しながらも、殆どの国際法学者はその役割をいささかでも詳しく探求しようとはしていない。<sup>(26)</sup> 従って、しばしば見過ごされてはいるが、権力が国際法学のその他の関連争点にとっても中心的地位を占めることが判ると、彼ら一様に驚きの声をあげるのである。

(注)

- (1) See Scelle (1932/34) 2eme partie, 10 – 12 ; and Scelle (1956) .
- (2) Exceptions include Schwarzenberger (1964) 198 – 212, but see 506 – 9 ; Lasswell and McDougal, see e. g. (1992) , vol. 1,399 – 452 ; and, to some degree, Stern (1981) . 例外に属する近年の著作として次ぎを見よ。Wright (1993) ; and Fidler (1996) . ラスウェル Lasswell やマクドーガル McDougal の研究と本書との関係について

は、本書第3部第11章第1節“‘ニューヘブン学派’の理論”を参照せよ。

- (3) 国際法の各種の法源については、国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice の § 38 ①のほか、以下の著作を見よ。Brownlie (1990) 1 – 31 ; Danilenko (1993) ; and Dinh et al. (1994) 111 – 390.
- (4) 1758年にヴァッテル vattel は次のように述べていた。“小人も巨人と同様、人間である。小共和国といえど、主権国家である点で最強の王国に勝るとも劣らない” (Vattel (1916) , Introduction, section18) .



- (5) 例えば, “国連憲章に従った諸国家間の友好関係と協力に関する国際法原則宣言 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations” (1970年度国連総会決議 2625XXV) を見よ。しかし, 国連憲章第5章での安保理常任理事国の特別の権限の創設や世界銀行・国際通貨基金などでの加重投票制に注意のこと。See Art. 5 (3) (a) of the 1944 Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development ( World Bank ), 2 UNTS 39, 134, 606 UNTS 266 ; and Art. 12 (5) (a) and (b) of the 1944 Articles of Agreement of the International Monetary Fund, 726 UNTS 266.
- (6) 例えば, ナウル事件 *Nauru Case* (先決的抗弁 *Preliminary Objections*) でのシャハブディーン *Shahabuddeen* の個別意見 *separate opinion* につき次ぎを見よ。(1992) *ICJ Reports* 240, 270. 又, ダンツイッヒ法令事件 *Danzig Legislative Decrees Case* でのアンチロッツ *Anzilotti* 判事の反対意見 *individual opinion* については次ぎを見よ。(1935) *PCIJ Reports*, Ser. A/B, No. 65, 39, 66.
- (7) See Crawford (1989) 284 – 7. 形式的平等及び社会的平等の違いも国内法制度に関係がある。See, e. g. , Wilkinson (1979) ; Morris and Nott (1991) ; and Bacchi (1992) . 理論的対立については, 例えば次ぎを見よ。Rawls (1971) 60 – 90 ; and Dworkin (1977) 179 – 83 and 223 – 39.
- (8) 本書第2部第5章“主体原則 The principle of personality”を参照せよ。
- (9) 本書第2部第6章“相互主義の原則 The principle of reciprocity”を参照せよ。
- (10) 条約に関する一般的国際法規としてウィーン条約法条約がある。See 1155 UNTS 331, reproduced in (1969) 8 ILM 679 ; McNair (1961) ; and Reuter (1995) .
- (11) See Jennings (1981) 68 ; and Pellet (1992) 42 – 5. 国際条約は強制によって成立した場合でも有効なものと考えられている。但し, その強制が違法な武力の行使を含まないことを条件とする。こうした理論は大半の国内法システム下の契約については採用されていない。See Dawson (1947) . 従って, 条約法による権力に対する掣肘は, 大半の国内契約法による強迫規制よりも緩いものになっている。
- (12) Schachter (1989) 721. 彼の言葉は続く: “他方, 多国間条約の作成プロセスは…全ての国家が権能の点で平等であることを前提としている”。See also Schachter (1987) 158 ; Schachter (1991) 26 – 32 ; and Schachter (1996) .
- (13) Danilenko (1993) 75 ; see also 119. See also Thirlway (1972) ; Akehurst (1974 – 75a) ; Wolfke (1993a) . 又, 本書第3部第9章“国際関係と慣習国際法プロセス International relations and the process of customary international law”を参照せよ。
- (14) de Visscher (1957) 149.
- (15) *North Sea Continental Shelf Cases* (1969) *ICJ Reports* 3, 42 (para. 73) (emphasis added) .
- (16) Danilenko (1993) 96, footnote omitted ; see also 236. 後半の点については, 本書第2部第5章“主体原則 The principle of personality”を参照せよ。
- (17) 同様の現象は, 多国間条約交渉に関しても, 強国の側が弱小国ほど交渉結果に関心を示さない場合に起こり得る。そういう弱小国がそこで指導権を執ることが起こり得るのである。
- (18) See Goedhuis (1978) 590 – 1 ; Gorove (1979) 450 – 5 and 460 ; and Theis (1986) 229 – 31.
- (19) See respectively Shaw (1989) ; Cheng (1965) . 又, 本書第2部第6章第1節第1項“トルーマン宣言 The Truman Proclamation”を参照せよ。
- (20) 本書第3部第9章第4節“時間と反復 Time and repetition”を参照せよ。
- (21) D'Amato (1971) 96 – 7.
- (22) D'Amato (1982) 1112.
- (23) D'Amato (1987a) 104 (emphasis added) .
- (24) この点に関してダマト D'Amato に近い見解をとるものとして次ぎを見よ。Akehurst (1974 – 75a) 23.
- (25) Schachter (1996) 536 – 7, quoting de Visscher (1957) 155. See also Fidler (1996) .
- (26) 慣習プロセスでの権力の重要性につき限定的ながらも評価したその他の著作として以下を見よ。Baxter (1970) 66 ; Raman (1976) 388 ; Stern (1981) 494 – 9 ; Degan (1981/82) 549 ; Reisman (1987) 144 ; Sur (1990) *Ier cahier*, 19 – 20 ; Pellet (1992) 44 ; and Sur (1995) 246 – 9.

## 第1節 決議・宣言を国家実行と認めるか否かを巡る 論争と権力

国際機構—とりわけ国連総会—の決議や宣言が慣習法規の実際の生成・発展・変更に具体的にどのような形で, またどの程度貢献しているのかという重要問題をめぐって論争が続いている。この問題に対する伝統的な見解は, 国際システムのメンバーが今日よりもはるかに少なく西欧の先進国のみで占められていた時代に形成されたものである。それによれば, 決議や宣言が慣習プロセスに寄与し得るのは, 慣習国際法の主観的要素である法的信念 *opinio juris* を表明している限りにおいてである。<sup>(27)</sup> 学者の中には, 決議や宣言のこの機能さえも否定し, 国家代

表がしばしば決議や宣言の趣旨に反して行動する点から判断して法的信念 *opinio juris* の証拠とはなり得ないと主張する者もいる。<sup>(28)</sup>

20世紀後半に国家の数は増加したが, 新国家の大半は工業化に取り残された旧植民地である。しかし国家数が増加したことで, 新興の中小諸国家は従前の先進国に対して重要な点で優位に立った。即ち, “一国一票 one State-one vote” 原則に基づく国連総会のような国際機関で数的過半数が獲得されたのである。恐らくこの原則は, 中小諸国家が数の上で過半数を占める以前の段階においても, 国家の意見表明の手段として立法的効果を期待されていたという意味で, 伝統的意味の権力を制約していたはずである。しかし, この原則の潜在的影響力は, 国

際機構内で中小諸国家が過半数の議席を占めたときに、いよいよ顕在化するに至ったのである。

新興非工業国は基本的には相当経済力もある軍事的大国の手で構築された国際法システムの中に身を置かざるを得なかった。その結果、それらの国は当該国際法システムの改変を望んだのである。そして自らの利益を推進するために多数決によって決議や宣言を相次いで採択したのである。<sup>(29)</sup> さらに、これらの国々は多数の法学者と（そして多分 ICJ とも）手を組んで、決議や宣言が慣習国際法の潜在的立法ないし少なくともその徴表としての国家実行の一例であると主張した。<sup>(30)</sup> 確かに、人権規定のような一部の慣習法規に関する決議や宣言には、明らかに立法的効果が発生している。<sup>(31)</sup>

大国は、大抵の場合、大国出身の学者と一緒に、こうした動向に抵抗している。大国は決議や宣言が国家実行 State practice であることを強く否定している。<sup>(32)</sup> 他方、世界銀行 World Bank や国際通貨基金 International Monetary Fund のような機構では、大国の支配的地位は加重投票制 weighted voting system によって保証されている。<sup>(33)</sup> 国連安保理では、五大国の利益は拒否権 power of veto と常任理事国制によって保護されている。<sup>(34)</sup>

皮肉な言い方をすれば、五大国が安保理で優越的地位を保持しているからこそ、総会決議や宣言が国家実行を構成するかどうかという点についての各国の対応は、安保理決議が慣習法形成プロセスで果たす役割とは逆のものを求めたといえよう。冷戦 Cold War 期間を通じて安保理の活動が不活発であったため、総会決議や宣言が国家

実行といえるかについて学問的関心も殆ど示されなかった。<sup>(35)</sup> しかし、安保理は近年、極めて活発に活動している。安保理は多数の強制行動 enforcement actions を加盟国に委任し、ことある毎に、国際法上不必要で違法とさえ思われる決定を行っている。<sup>(36)</sup> 大半の国は安保理決議が慣習プロセスで何らかの積極的機能を果たすことを望んでいないようであるが、強国とりわけ安保理の常任理事国が積極的機能の遂行に興味を持つのは、蓋し、当然である。こうした強国が安保理決議と総会決議を区別して前者に慣習法定立効力を認め後者に之を否定しているとは言えない。

一般論としては、国際機構の決議や宣言の機能について、国家実行 State practice であることは認めつつも伝統的な国家行動 State action ほどの重要性は認められないとする折衷的立場が現れている。<sup>(37)</sup> 若干の学者は、少なくとも人権に関する論争を、慣習国際法領域から全面的に排除しようとしていっている。例えば、ジンマ Simma とアルストン Alston は、人権論争を法の一般原則の表題の下に配置換えしようとしているし、コスケンニエミ Koskeniemi は国際人権法を慣習プロセスではなく共通の政治的信条や価値観に基礎付けて論じている。<sup>(38)</sup> しかし、それにもかかわらず、こうした妥協的立場や選択的立場に立って決議や宣言の国家実行的性格を論ずる段になると、諸国家も諸学者も慣習国際法形成プロセスの枠内で権力の機能を論じたり権力を定義したりしているのである。<sup>(39)</sup>

(注)

(27) See, e. g., Abi-Saab (1968) 100; and Dupuy (1974) 83-4. 法的信念 opinio juris に関しては、本書第3部第8章第1節・第3節及び第9章序文を見よ。

(28) See, e. g., Arangio-Ruiz (1972) 455-9; and Schwebel (1979).

(29) それにもかかわらず、若干の事例では、非工業国が大国を味方につける必要性を認識している。そのよい例が、1982年の国連海洋法条約の交渉プロセスである。UN Doc. A/CONF. 62/122 (1982), reproduced in (1982) 21 ILM1261. See Camios and Molitor (1985).

(30) See, e. g., Higgins (1963) 5-7; Asamoah (1966) 46-62; Castaneda (1969) 168-77; Jimenez de Arechaga (1978) 30-4; Gupta (1986); Brownlie (1990) 5; Nicaragua Case (Merits). ニカラグア事件本案判決については本書第1部第1章脚注(16)参照。更に、第2次南西アフリカ事件 South West Africa Cases (Second Phase) での田中判事の反対意見を見よ。(1966) ICJ Reports 6, 291.

(31) 拷問の禁止の歴史的展開については、例えば、次ぎを見よ。Bonin (1986); and Rodley (1987) 17-70.

(32) 例えば、1974年の国連総会の第6(法律)委員会でのこの問題の論議について以下を見よ。Review of the Role of the ICJ, GAOR, 29th Session, A/C. 6/SR. 1460-1521 at 38 (Mexico), 133-4 (Netherlands and Mexico) and 166-70 (various States); Weil (1983) 417; Schwebel (1986); Seidl-Hohenveldern (1986) 68; and D'Amato (1987a). こうした見解の中で特に強烈的な最近のものがポーランドの学者によって提示されているので紹介する。See Wolfke (1993b) 3-4.

(33) 本書本章前出序文部の脚注(5)を見よ。

(34) 国連憲章 § 27 ③を見よ。

(35) See, however, Higgins (1994) 28.

(36) 強制行動に関しては、例えば、以下を参照せよ。Res. 678 of 29 November 1990 (on Iraq), reproduced in (1990) 29 ILM 1565; Res. 794 of 3 December 1992 (on Somalia); Res. 787 of 16 November 1992 (on the former Yugoslavia), reproduced in (1992) 31 ILM 1481; Res. 929 of 22 June 1994 (on Rwanda); and Res. 940 of 31 July 1994 (on Haiti). 特に関心をもたれているのが、安保理によるイラク=クウェート国境画定決議 (Res. 687 of 3 April 1991, reproduced in (1991) 30 ILM 847) と犯罪人引渡しのため

の引渡条約上の要件不存在による1971年民間航空不法行為抑止モンテリオール条約（(1975) 974UNTS177）の不適用の認定決議（Res. 731 of 21 January 1992, reproduced in (1992) 31 ILM 732）である。

(37) これは本書が採る立場である。本書第3部第9章第2節を見よ。同じ立場を採る著作として次ぎを見よ。Lacharrierre (1983) 55 - 8 ; and Pellet (1992) 44. 同じ立場と思われる

著作として次ぎを見よ。Jennings and Watts (1992) 31.

(38) See Simma and Alston (1992) ; and Kostenniemi (1990a) . シンマとアルストンの立場を強く批判する著作として次ぎを見よ。Lillich (1995/6) .

(39) この結論を支持するものとして次ぎを見よ。Danilenko (1993) 86 - 91.

## 第2節 権力と国際人権法分野

慣習プロセスにおける権力の役割は、国際的人権がそれを受容しない国家に浸透していく実態を巡る論争でも不明確ながら重要な争点になっている。<sup>(40)</sup> 人権条約上の規則や手続が当該条約の批准国にのみ適用されることは一般的常識に属する。それなのに、多くの国家や学者は、人権条約の未批准国も国際人権的義務を負うと主張している。

彼らはその主張を二つの根拠に基づいて展開している。第1に、国連憲章を批准したことで全ての加盟国は憲章 § 55 (c) 及び § 56 に基づく一般的な人権尊重義務を受け入れたのだという。<sup>(41)</sup> つまり、この立場に立てば、その後の人権諸条約は憲章上の義務を変型したものと観るよりも細則化したものと観るべきだということになる。<sup>(42)</sup> 第2は、特定の人権の中身について慣習国際法規が発達し、人権条約の非当事国の領域においてさえ当該人権を監視し助長し履行を強制する国際社会の管轄権が成立したというのである。<sup>(43)</sup>

しかし、依然として多くの国は、一部の学者と共に、この考え方に強く異議を唱えている。<sup>(44)</sup> 国際的人権運動という“文化的帝国主義 cultural imperialism”に対する多数の非工業国の反発や国内問題にたいするビルマ・中国・インドネシアなどの継続的干渉は、1948年の世界人権宣言<sup>(45)</sup>などの文書の文言やこの分野の学問的著作の主張にも明らかに反する。実際、大半の国家や国際機構は折衷的立場をとっている。彼らは、一部の人権が慣習国際法規として発達していることを認めているが、国際社

会には“監視権 *droit de regard*”つまり人権条約非署名国内で当該人権の保護を外部から奨励し監視する権利しか認めていない。<sup>(46)</sup> こうした折衷的姿勢の為に、個別国家も国家グループも国際機構も人権条約非署名国の国内問題に干渉する権限をみとめられないままである。

こうした妥協的姿勢を生み出す媒介変数を常に明確に提示できるわけではないが、<sup>(47)</sup> 人道的干渉 *humanitarian intervention* は妥協的姿勢を突き崩す重要な一分野になっている。それでも、人道的干渉の権利を支持する最近の国家実行は少なく、特にここ数十年間、人道的理由による干渉は行われていない。しかも、近年の人道的干渉は、その大半が国連憲章第7章の関連で行われていることに注意しなければならない。即ち、北部イラクやソマリヤやハイチそしてルワンダで起きた事柄は、小規模ながら、“国際の平和及び安全 *international peace and security*”に対する脅威であり、人道的理由に基づく干渉“*right*”は慣習国際法上の権利としてその存在を認める必要がなくなっていたのである。<sup>(48)</sup>

国際機構の決議や宣言が国家実行といえるかについての論争が人権論の性格を持たされることは減多にないとしても、若しそこで人権が論じられるとすれば、慣習国際法形成プロセスでの権力の機能や定義に明らかに関係するはずである。最も基礎的な立場から言えば、この論争は他国に影響を及ぼさない国内問題に権力を行使する国家の伝統的な排他的権限を巡る論争であると共に、慣習に従った国家の権力行使の排他性に対する国際社会の反撃能力を巡る論争でもある。

(注)

(40) この伝統的な立場を示す一例が国連憲章 § 2 (7) である。

この憲章のいかなる規定も、本質上いずれかの国の国内管轄権内にある事項に干渉する権限を国際連合に与えるものではなく、また、その事項をこの憲章に基づく解決に付託することを加盟国に要求するものでもない…

See also Brownlie (1988) 21.

(41) 国連憲章 § 55 は以下の様に言っている：

人民の同権及び自決の原則の尊重に基礎をおく諸国間の平和的且つ友好的関係に必要な安定及び福祉の条件を創造するために、国際連合は次ぎのことを促進しなければならない。… (c) 人種、性、言語又は宗教による差別のないすべての者のための人権及び基本的自由の普遍的な尊重及び遵守



§ 56 は次のように言っている。“すべての加盟国は、§ 55 に掲げる目的を達成するために、この機構と協力して、共同及び個別の行動をとることを誓約する。”

(42) See, e. g., Sohn (1982) 13 – 17; Bonin (1986) 171 – 3; and Meron (1989) 81 – 5.

(43) See generally Meron (1989) 79 – 135; Lillich (1995/96). さまざまな説を比較検討したものとして次ぎを見よ。Simm and Alston (1992) 84 – 96.

(44) See, e. g., Watson (1977) 71 – 7; Lane (1978) 279 – 86; and Weiburd (1988) 39 – 41. 本書ではこれらのうち最初の争点を扱っていない。しかし、国連憲章 § 55 (c) や § 56 が強制的保護を目指したのではなく、促進の義務を課した表現になっている点に注意すべきである。

(45) UNGA Res. 217 (III) A.

(46) See Simma and Alston (1992) 98 – 9.

(47) 例えば、多くの国家は国内の反政府勢力への外国や国際組織による財政的支援を内政干渉であると考えている。それにもかかわらず、その種の支援はしばしば公然と提供されている。

(48) こうした事態の下で多数の難民が発生したので、国際の平和及び安全に対する脅威を証明できるだけの最も強力な基礎ができたといえよう。しかし、難民の流出は安保理で論議されたものの殆ど関心を向けられることはなかった。国連憲章第7章の枠外での人道的干渉の地位に関しては、近年の多くの学説に慣習国際法上の合法性 *legality* を認める気配はない。例えば以下の著作を見よ。Luca (1993); Hutchinson (1993); Gordon (1994); and Kresock (1994). 例外的に合法性を認める説については次ぎを見よ。Lillich (1993); Greenwood (1993); Ofodile (1994); and Franck (1995) 272 – 3.

### 第3節 権力と批判法学

最近、国際法システムでの非法律的権力の役割が批判法学 *Critical Legal Studies* の研究者によって明らかにされている。こうした状況は、ケネデー Kennedy やコスケンニーミ Koskeniemi のような法律家の著作に対して国際法学者が不安を抱く一つの原因になっている。<sup>(49)</sup> これらの学者の企図は、国内法研究に従事する学者達と通じて、成文法の本文の分析によって法システムが自己完結的でも政治的に中立でもないことを証明して、法と立法の客観性・脱価値性・画定性の神話を崩壊させることなのである。その上で、彼らは、法システムが自由主義イデオロギーに固有の共同体と個人との緊張関係や実定法主義 *positivism* と自然法主義 *naturalism* との緊張関係などに基礎付けられていることを立証しようとするのである。<sup>(50)</sup>

しかし、国際法の研究に従事するこれらの批判法学者は、みずからが批判の対象とする矛盾を生み出している非法律的要素の調査を今始めたばかりである。例えば、コスケンニーミは、人権法分野の慣習国際法が法的正当性という形式的基準で認定されるのではなく、“人間の生活にとって何が正しく何が善であるかという…少なくとも一部の点で共通認識が成立している…先験的基準”<sup>(51)</sup> によって認定されていると言う。コスケンニーミによれば、共通の価値観が存在し、特定の規範…立法プロセスそのものよりも…に内在する価値観についての政治的信念に強弱の差があること自体、いろいろな国際的人権の存在とその階層秩序を推定させるものである。<sup>(52)</sup> しかし、コスケンニーミによるこうした非法律的要素の考察は、国際法上の非合理や矛盾を暴こうという彼の本来の目的

を実現し得ないままで終わった。<sup>(53)</sup>

ケネデー Kennedy はどうかというと、全く非法律的要素を考察しなかった。彼は次ぎのように力説している。

私は国際法上の資料とその政治的解釈を行うための外的情報を結び付けて分析するようなことはしない。私は論争が生まれ理論が形成される背景に興味を持っていない。<sup>(54)</sup>

非工業国出身の学者は、非法律的権力が国際法システムの下で一定の役割を果たしていることをずっと認めている。彼らは、法定立プロセスを含む国際法システムが工業国によって創造され、もっぱら工業国の利益に奉仕するだけで新興の弱小国家の利益に寄与していないと言っている。<sup>(55)</sup> 権力の役割に関する彼らのこうした考え方は、国際機構の決議や宣言が慣習国際法成立を導く国家実行として評価し得るかという問題についての彼らの考え方を推測させるものである。<sup>(56)</sup>

最近、女権推進を支持する法学者が男性の手によって国際法システムが支配されていると論難している。<sup>(57)</sup> 多くの学究はこの男性優位の命題に心穏やかならないものがあるわけである。<sup>(58)</sup> 恐らく、国家間の現実の不平等が主権平等観念と矛盾することにも気づいているからであろうが、女権推進派法学者の不満は倍化している状況である。<sup>(59)</sup> にもかかわらず、批判法学の学究と同じく、非工業国出身の女権推進派の学者や著者は、大抵の場合、権力の重大性を暴いて見せるだけである。彼らは未だ、国際法システムの中でどのように権力が行使されて国際法の定立を歪めているかを示していないのである。

(注)

- (49) 最重要の2冊の著作として次ぎを見よ。Kennedy (1987) and Koskenniemi (1989)。これらの著作を要約し批判したものとして次ぎを見よ。Carty (1991) 66 – 83. 何を心おだやかならず感ずるのかについては次ぎを見よ。Bederman (1988) ; and Trimble (1990) 822 – 32. 法学者が国際法上の権力の機能について不安を抱く理由については、本書本章次節(第4節)“国際法に対する脅威としての権力”を見よ。
- (50) 国内法システムに焦点を当てる批判法学の研究者は、理論展開や資源配分や紛争解決の新たな選択肢を提供するという副次的目的を持っていた。See, e. g. , Unger (1983) ; Jabbari (1992) ; and Collins (1993) . コスケンニエミは彼の著書の最終章 (Koskenniemi (1989) 458 – 501) で、それまで分断しようとしていた国際法秩序の再統合を暫定的課題として提示した。この課題は国境のない交流と背景変更の構想、そして深遠な正義の観念に基礎付けられなければならないとされた。
- (51) Koskenniemi (1990a) 1953. 人権以外の規範に関して、彼

は政治的権力の圧倒的役割を再確認している。See, e. g. , Koskenniemi (1990b) 7. こう言う訳で、彼は、国際的人権の淵源を説明する理論に対して、“本流の優位 the pull of the mainstream” に注意すべきことを説いた。

- (52) コスケンニエミの提案が本書で示された慣習プロセスとなぜ一致するのかについては、本書第3部第11章第2節“コスケンニエミ理論への対応 A response to Koskenniemi”を見よ。
- (53) コスケンニエミが非法律的権力に対する部分的検討の必要を認めたのは、すでに国内法研究者の一部が採用していた手法を採り入れたものである。See, e. g. , Kairys (1990) .
- (54) Kennedy (1987) 7.
- (55) See, e. g. , Lall (1974) ; and Kwakwa (1987) .
- (56) 本書第1部第3章第2節を参照せよ。
- (57) See, e. g. , Charlesworth et al. (1991) ; Charlesworth (1992) ; Chinkin (1992) ; Wright (1992) ; Knop (1993) ; and Dallmeyer (1993) .
- (58) See, most notably, Teson (1993) .
- (59) See, e. g. , Wright (1993) .

#### 第4節 権力は国際法に対する脅威であるか？

大半の国際法学者が慣習国際法形成プロセスで権力が果たす役割を詳細に探求しながらないのは少なくとも2つの理由があるからだといえよう。第1の理由を、スターン Stern の言葉を借りて説明しよう。

慣習は法制度のベールをはがし裸にしてしまう。慣習は、法的義務の基礎という本質的問題を割に簡単に捨て去ってしまう制定法システムに対して、義務の起源の問題を不断に問い掛けるため、厄介といえ厄介である。制定法上の義務が割に簡単に放棄されるという問題は、法的平面だけで解決でない問題であり、制定法システムのいろいろな規範の義務性の基礎という存在論的問題であり、形式的な法的構造の枠内で極めて納得できる形で解決できる問題である。<sup>(60)</sup>

要するに、慣習プロセスでの権力の機能に関して研究すると、不可避免的に、国際法的義務の根拠というより大きな問題が浮かび上がってくるのである。国際法学者の中にもこの問題を考察している者はいるが、<sup>(61)</sup> 大多数の者は自己の研究領域から除外している。彼らは研究範囲を国際法システムに限定し、明らかに義務の問題を浮上させるような権力と慣習の関係には踏み込まない姿勢を貫いている。ケルゼン Kelsen の言葉を借りれば、彼らは“事実 fact”としての法ではなく“規範 norm”としての法に研究の焦点を当てているのである。<sup>(62)</sup> また、すでに指摘した通り、国際法規を考察する際、国際関係論の研

究者と国際法学者との視点の違いが際立っているが、<sup>(63)</sup> このことは国際関係論の研究者が国際法学者の視点の余りな狭量さに苛立ちを募らせる一因になっている。<sup>(64)</sup>

しかし、大半の国際法学者が慣習法規の生成・発展・変更の過程で権力が果たす役割について殆ど注意を払っていないことは、必ずしも間違いとは言いきれない。国際司司法裁判所による慣習国際法の適用に関し、ダニレンコ Danilenko は次ぎのように説明している。

ICJ としては特定の事件に継続的社会慣行を適用して拘束力ある行為規範の成立を促進する態度を採り得ないことは明らかである。ICJ としては一般慣行の結果確立した慣習法規を適用できるだけである。<sup>(65)</sup>

国際法学者の主たる課題は、特定の事態に法規を適用するときに当該法規の存在と内容を決定することである。彼らが判事や仲裁裁判官として判決を出したり、政府や個人の申立て人に勧告したりするのは、彼らが法そのものの *the law* を解説することを求められているからであって、法の生成・発展・変更のプロセスの説明を求められているからではない。それゆえ、国際法の大半の学問的著作が似通った視点に立っているのもうなずけるところである。

国際法学者の中には慣習プロセスにおける権力の機能に関する考察が無益で危険でさえあると考える者もいる。彼らによれば、権力の役割の考察は、相対的な権力関係が具体的慣習法規の成立に関連している…又は関連すべきである…との結論に至らざるを得ないのである。その

事情を、Bronnlie は次のように述べている。

国際関係に関するヘゲモニー理論は、国家間の事実上の力の差が強国の特殊利益を生み出す源泉となることを承認する理論と定義できよう。ヘゲモニー理論は、強国 powerful actor が自らの行動への“法的支持 legal approval”を集める機会を最大化し、一度得られた支持が撤回される機会を最小化するものである。<sup>(66)</sup>

ヒギンズ Higgins の立場はどうかというと、彼女は多くの国際法学者の確信を代弁して次のように言っている。“若し国際法が法規以上の存在と見なし得るならば…国際法は権力的社会的要素を含めた非法律的現象と区別できなくなってしまう。”“国際法を規範として公平に適用すべき事を主張して始めて、国際法的論拠を政治的に流用することを防げるのである。”<sup>(67)</sup>

慣習プロセスでの権力の機能を検証することと、当該検証に基づいて個別慣習法規の存在や内容の認定方法に変更を加えることは別問題である。しかし、この2つの問題がそれほどかけ離れていないことも事実であり、慣習法システムすべてに通有する性格であろう。<sup>(68)</sup> そのため、更に、この2つの問題の区別が無意識的に不明瞭になり混乱を来すことのないように、国際法学者としては権力の機能を自覚的に考察すべきである。

恐らく、大半の国際法学者が慣習国際法形成プロセスでの権力の機能の詳細な調査をしたがらない第2の理由は、この問題を熱心に検討しているいずれの国際法学者もこの国際法分野を国家行動の原因ではなく結果を論ずるものとして周辺的地位に追いやっている点にある。即ち、そうした研究から、個別慣習法規が国家間の権力関係の短期的変更を反映する形で発展・変更することが明らかになっているのであろう。セバルヴェダ Sepulveda は次ぎのように言っている。

国際法の純粋性を守ろうとの意気に燃えて、国際法学者は国内政治学及び国際政治学を放棄している。何故なら、彼らは、国内政治学や国際政治学を不安定で危険で分裂的で悪意ある力を秘めたものと考え、国際法に対して不確実性の害悪を撒き散らし混乱を呼び起こすものと考え、国際法プロセスの純粋性を本能的に保護しようとするのである。<sup>(69)</sup>

要するに、国際法規が仮に潜在的にであれ継続的流動化状態にあれば、国際法規を守る意味がなくなってしまうのではなからうか。実際、義務の本質や法の目的は、現在及び *and* 将来の行動を管理する能力を維持する点にあると思われるのである。

国際法規の継続的流動化の危険は、外部から見ると、広い範囲に及んでいると思われる。何故なら、国際法システムの基本的諸原則の大半が慣習に起源を有すると考えられるからである。<sup>(70)</sup> 若しそうであれば、国際法全体が固有の意味で *inherently* 不安定であって持続的で確定的な効力に欠けることになる。そこで、国際法学者としては、幻想と知りつつ、名目上客観的且つ安定的で確立した規範を扱うのである（そのような規範がこの世に存在しないことを知りつつそれを無視して）。<sup>(71)</sup>

本書は慣習プロセスでの権力の役割を論じようとするものであるが、同時に、国際政治システム内で国際法が他の非法律的要素とは異なる相当な安定性と確定性を保有していることをも論じようとするものである。従って、本書では、法の特殊性を承認し吸収する形で慣習を考察し、国家行動の一般理論を構築するために、独自の理論的枠組みを創造的に再構成しようとするものである。本書はその目的を達成するために、各種多様な慣習法規の生成・発展・変更にあたっての国家の権力行使に国際法の4原則がどういう影響を及ぼしたかを分析している。4つの原則のうちの最初のもの…管轄権原則 *principle of jurisdiction* …の効力について先ず見ておこう。

(注)

(60) Stern (1981) 480. 彼の原文を掲げておこう。

[La] coutume joue un role de dévoilement, de mise a nu du systeme juridique. Elle est si troublante car elle pose inlassablement la question de l'origine de l'obligation dans un systeme juridique qui evacue assez facilement la question essentielle du fondement de son caractere obligatoire, qui est impossible du fondement du caractere obligatoire de ses differentes normes qui peut, elle, etre resolue de facon tres rassurante dans le

cadre de sa structure formaliste.

スターンは条約の研究に関しても同様の見解を抱いている。See Stern (1981) 480, note 5.

(61) See, e. g., Brierly (1958); 本書第1部第1章(注)14。

(62) ケルゼン Kelsen ((1961) 122) は次のように言っている。

法の動態概念によれば、法とは一定のプロセスから生れるものであり、プロセスから生れたものすべてが法であるといえる。しかし、この動態概念は明らかに法概念に過ぎない。そこからは、法の本質は何かとか、法とその他の社会規範を区別するための基準は何かという問題に



対する解答は出てこない。…法の動態概念からは、ある規範が有効な法規体系に属し法秩序の一部を形成しているかどうかについての解答が出てくるだけである。

- (63) 一般的説明につき、本書第1部第2章第1節及び第2節を見よ。
- (64) 例えば、ベック Beck ((1996) 17) は、“[国際関係] 学の学徒が国際規範の説明に傾注する圧倒的な熱意と現代の大半の [国際法] 研究者が示す規範定立 *prescribing doctrine* に懸ける熱意との間には明らかなギャップが存在する” という趣旨の“懸念 *concern*” を表明している (この区別を立てることで彼は法規の存在と内容を証明するのである)。
- (65) Danilenko (1993) 76.
- (66) Brownlie (1995) 49.
- (67) Higgins (1994) 3.
- (68) 本書第1部第1章序文前半冒頭個所を見よ。慣習国際法というよりむしろ慣習法システムそのものに関して以下の著作が詳しい。Reid (1980) ; Comaroff and Roberts (1981) ; Reisman (1983) ; Weyrauch and Bell (1993) ; and Goode (1997) .
- (69) Sepulveda (1990) 441.
- (70) こうした諸原則の中に、条約作成プロセスを根拠づける相互主義 *reciprocity* や期待可能性原則 *legitimate expectation* がふくまれるようである。本書第2部第6章及び第7章を見よ。
- (71) 実際、この点がコスケンニエーミ Koskenniemi の主張の主眼である。See Koskenniemi (1989) 476 – 83. See also Allott (1971) .

## 第2部 国際法と権力行使

### 第4章 管轄権原則 principle of jurisdiction

管轄権は、一般的には、一定の地理的範囲で支配ないし規制活動に従事する権限 authority であると定義できる。国際法上、管轄権は常に何らかの形で領域と結びついて理解されていると言える。管轄権は国家の地位を示す明確な特徴であり、国家間の相互作用を生み出す重要な概念である。<sup>(1)</sup> フーバー Huber は 1928 年のパーマス島事件 *Island of Palmas Case* での単独仲裁裁判官として判決の中で次のように述べている。

過去 2・3 世紀における諸国家の統治機構の発達とそのコロラリーとしての国際法の発達によって、国家が自らの領域に関して排他的権限を持つとの原則が確立し、国家が国際関係に関わる殆どの問題を処理し始めるようになったのである。<sup>(2)</sup>

最近ではヒギンズ Higgins が次のように述べている。

紛争を回避するための最重要の方法は、いずれの国家が誰に対してどういう場合に権力を行使できるかにつき明確な規範を定立しておくことである。権限を配分しておかなければ、恨みが残り混乱が生ずるだけである。<sup>(3)</sup>

本来的に管轄権は、権力行使を正当化する国際法上の原則であるというよりも、国家が自国領域に及ぼす絶対的支配権から発生する権力行使を承認する原則であるといった方がいい。しかし、こうした分析でも、内戦や<sup>(4)</sup> 中小諸国家の経済水域内の漁業活動<sup>(5)</sup> など若干の場合に観られる管轄権の存在と国家支配権の欠落という矛盾を説明できないのである。更にこうした分析では、国際法規則や原則に従って国境線が確定され国家の地位が承認されている現状が説明できない。確かに、国家類似の

単一体 State-like entities が理論的には国際法システムに先行するかもしれないが、領域国家を生み出した権力関係は、その後、国際法の諸規則と諸原則の形に変型・合法化されている。<sup>(6)</sup> 現代世界の各国の国境線の高度な安定性は、国際法的根拠無しでは説明しがたいと言わなければならない。以上述べたすべての理由から、管轄権は国際法上の原則であると言いうる。<sup>(7)</sup>

法的システムに基づく管轄権は一定の地理的範囲内で規則を定立し適用し執行する法的権限として定義することができる。複数の法システムの管轄権がしばしば重複することがあるが、各法システムは自己独自の管轄権を保有している。その結果、特定の法システムは大抵の場合、その管轄権を基準として定義されることになる。何故なら、国家の法システムに基づく管轄権は通常国家領域と連結しているからである。例えば、イギリスの法システムが他国の法システムと区別され得る一つの理由は、それがイギリス国内で管轄権を行使する点、もっと正確に言うと、イギリス領域内で“完全な管轄権 full jurisdiction”を保有する点にある。<sup>(8)</sup>

“完全な管轄権 full jurisdiction”という言葉は、当該法システムが三つの異なる局面を持つ管轄権を保有することを意味している。ここでいう三つの局面とは、法の定立と紛争の裁判と法規や判決の執行である。<sup>(9)</sup> 特別な状況下での法システムは管轄権の3つの形態をすべて備えているとはいえない場合もある。時には管轄権の一つの形態しか行使しないこともあろうし、かろうじて2つの形態が観察されることもあろう。立法管轄権は通常は司法権に先行し、司法権は通常は執行権に先行する。時には外国の司法判決や仲裁判決が問題となる場合もあるが、その場合には一方の法システムの立法権と司法権が承認され、他方の法システムには執行権の行使だけが認められることになる。<sup>(10)</sup> 国際私法上の問題が含まれる場合には、一方の法システムの立法権と他方の法システムの司法権及び執行権が認められることになろう。<sup>(11)</sup>

(注)

(1) See generally : Mann (1964) ; Akehurst (1972 - 73) ; Bowett (1982a) ; Mann (1984) . 本書第1部第1章序文部分末尾7パラグラフを見よ。しかし、注意しなければならないのは、“領域的 territorial” 管轄権に関わる伝統的諸概念が近年、国際環境法の発達によって少なからぬ挑戦を受けていることである。See generally : Kiss and Shelton (1991) 115 - 54 ; Raul and Hagen (1993) ; Schwartz (1993) . なお、沿岸漁業保護法を改正するための法律 An Act to Amend the Coastal Fisheries Protection Act (SC1994c. 14, reproduced in (1994) 33ILM1383) を巡る論争については、

本書第2部第6章第1節第3項を見よ。

(2) *Island of Palmas Case (1928) 2 Reports of International Arbitral Awards 829, 838.*

(3) Higgins (1994) 56.

(4) See Akehurst (1992) ; and Nolte (1993) 621-6.

(5) See O'Connell (1982) vol. 2, 1063-5 ; Food and Agriculture Organisation (1985) 8 ('努力 [即ち、漁業] 管理措置が導入されていない区域 [アジア=太平洋地域の大半の国家] では、直接的な干渉は政治的にも社会的にも受け入れられて居らず、費用対効果が乏しく、行政的に非能率的である')。

(6) See generally Crawford (1979) .

- (7) 本書第1部第1章序文部末尾6パラグラフを見よ。
- (8) イギリスの下部法システム（即ち、イギリス・ウェールズ・スコットランドの法システム）も領域との関連で定義することができる。
- (9) 管轄権の後2者（司法権と行政権）の適用が他国を対象とするとき、国際法なかつく慣習国際法によって相当程度制限されることに注意しなければならない。本書第2部第1章第1項“国内規則 Internal rules”及び本書第2部第7章第4節第1項“管轄権からの国家免除 State immunity from jurisdiction”を見よ。
- (10) See generally Park and Cromie (1990) 459 – 519 ; and Redfern and Hunter (1991) 447 – 54.
- (11) ヨーゼフ＝デラペンナ Joseph Dellapenna とイアン＝シンクレア Ian Sinclair のコメントを次ぎの資料で参照せよ。“Working Session of the Committee on Extraterritorial Jurisdiction”, in Report of the 66th Conference of the International Law Association, Buenos Aires (1994) 683 ; and Bowett (1982a) 1. 国際私法に関する一般的著作として次ぎを見よ。Collier (1994) ; and Mayer (1994) .

## 第1節 管轄権と国際慣習法

管轄権原則に基づいて各国家はその領域内で他国の法的実行を管理し制限する権利を与えられており、慣習国際法形成に寄与する形での権力行使の正当性が認められている。一定の場合に、この領域管理権は慣習プロセスを推進する行動パターンを指導する機能が期待されており、国家の重要利益に仕えることになる。

権力行使を正当化する管轄権原則の機能は、慣習プロセスに参加する国家の影響力がしばしば当該個別慣習法規の規律対象となる（又は、なる可能性のある）地域・活動と当該慣習法規の成否に利害関係を有する国家との地理的關係で決まるといふ現実の中に見取ることができる。慣習国際法規はそれぞれその規律する地域・活動と当該法規に利害関係を有する国家との關係に基づいて3つのカテゴリーに分けられる。その3つのカテゴリーとは対内的規則 internal rules と領域規則 boundary rules それに対外的規則 external rules である。対内的規則とは、一国が自らの管轄圏内で他国に適用しようとする規則であり、領域規則は国家管轄権と国際区域ないし国際化区域とが接触した際に生ずる問題を規律する。又、対外的規則とは、国家が他国の管轄圏内で行動する際に後者の恣意的な取扱を抑止するため、後者に課す行動の制約を定めるものである。

これらのカテゴリーに含まれる規則については、国が違えば視点も異なるので、相当な齟齬が生じている。ある規則をある国が対内的規則と見なし、別の国が対外的規則と見なすことがあるのは当然である。その上、国家実行 State practice を地理的観点から分類するのが困難な場合も出てこよう。法的な問題といっても、さまざまな地理的関連で国家実行を誘発するものもあろう。例えば、

一国の制定法に対して、他国がそれに対抗する国内法を制定したり、自国の立場を留保する趣旨で声明を発表したりすることもある。本書は、個別の法的問題に関して国家実行が支配的地位を占めること *preponderance* から、当該国家実行の地理的拠点を基準にして慣習国際法規を対内的規則・領域規則・対外的規則に分類している。こうした分類はあくまで分析上の便宜のためであり、これら3つのカテゴリーのいずれにも該当しない慣習法規が数多く存在することを本書は否定しない。

対内的規則・領域規則そして対外的規則相互間の違いを考察する際、比較的变化しにくいその他の規則や原則との緊張關係からこれらの規則が生れてきたことを考えた方が有益であろう。<sup>(12)</sup> 管轄権原則も海洋自由の原則も、それぞれ極めて変化しにくい規則であり原則である。これらの安定度を競う規則や原則相互間の緊張關係から、領海の幅員に関する規則などの（変化しやすい）慣習国際法規が生れてきたのである。<sup>(13)</sup>

安定度を競う規則や原則相互間に緊張關係があり、その緊張關係を生み出している要因も常に変化しているので、一部の慣習法規は極めて不安定となり、各慣習法規ごとに安定度が異なっている。<sup>(14)</sup> その不安定さの故に一部の慣習法規は容易に利益の変化に伴う国家行動類型の変化に対応して変化することになる。不安定な慣習法規は更に国家間の権力關係の変化の影響を受けやすい。何故なら、国家による利益擁護の形態は各国家がおたがいに *vis-a-vis* 権力を行使し合う相対的能力に關係するからである。<sup>(15)</sup> しかし、権力關係の枠内での権力行使は管轄権原則によって正当化されており、既述の通り、個別の慣習法規が対内的規則であるか領域外規則であるか対外的規則であるかの点から当該法規の生成・発展・変更を考察すれば、その権力行使正当化効力を確認できる。

(注)

(12) 変化に対する相対的抵抗度については、本書第3部第9章第3節“反復と変化に対する相対的抵抗 Repetition and rela-

tive resistance to change”を見よ。

(13) 本書第2部第7章第4節第2項“領海幅員 The breadth of the territorial sea”を見よ。領海幅員に関する権力的緊張關係をしめす好例として次ぎの引用文を見よ。



この区域〔領海〕の限界は…一般的には低潮線から3海里まで認められている…。実際には、現代的諸状況に鑑みると、現在の幅員を拡張する必要があるかもしれない。しかし、そうした領域権の拡張が何らかの点で如何に望ましいものであっても、一般的慣行又は国際条約によって裁可されるまでは、海洋自由の原則の侵害として容認できないものと考えざるを得ない。Corbett (1922) 144 (footnotes omitted)

他の諸規則も管轄権原則と海洋自由原則との緊張関係から生れたと考えられている。その中で最も重要な規則が排他的

経済水域に関するものである。See generally O'Connell (1982) vol. 1, 553 – 81 ; and Churchill and Lowe (1988) 133 – 52. 対立的規則間の緊張関係から発達した慣習法規の例としても一つ、制限免除主義 restrictive State immunity from jurisdiction を挙げることができよう。本書第2部第4章第1節第1項“対内的規則 Internal rules”前半部を見よ。

(14) 本書第2部第4章第1項“対内的規則 Internal rules”を見よ。領域規則の場合、法規の不安定性が不確定性に発展することもある。本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員 The breadth of the territorial sea”の後半部を見よ。

(15) 本書第1部第1章序文部前半を見よ。

### 第1項 対内的規則 Internal rules

国家は自らの領域内において最高の権力体である。国家は国外への権力行使を考慮し得る立場にあるが、その場合の権力は、通常、当該国家から離れるにしたがって弱くなるし、一般論的には、外国の領域内において最も弱くなる。こうした権力の強度の差は、それ自体権力に依存する領域支配の帰結であるが、その領域支配は国際法上、管轄権原則によって合法化されている。<sup>(16)</sup>

対内的規則は、国家が自らの管轄圏内で他国に適用しようとする規則であると言える。こうした状況下では、管轄権を持つ国がそれを持たない国に権力的優位を保ち得るのである。こうした権力的優位が管轄権を持つ国家に生ずるのは、大抵の場合、管轄権のない国家よりも、自国領域内で生ずる個別の法的問題に関する行動パターンを維持し変更することが容易だからである。行動パターンに対する領域権に基づくこのような統制が慣習プロセスに重大な影響を及ぼすことがある。それは特に、特定の法的問題に重大な関連を有する国家実行が関連慣習法規の生成・発展・変更に関係を有する国家の管轄圏内でもつぱら発生するような場合である。

対内的規則の好例は、外国の裁判管轄権からの国家免除 State immunity (又は“主権 sovereign”免除)に関する規則であるが、これは一般に19世紀中に絶対免除主義から制限免除主義に移行したと考えられているものである。<sup>(17)</sup> この規則の場合、管轄権原則と(国家は自らが同意しなければ他国の強制的管轄権には服さなくてもかまわないという意味での)<sup>(18)</sup> 正当な期待 legitimate expectation との緊張関係は、前者・管轄権原則の勝利に帰着したのである。

制限免除主義が支配的となった少なくとも一つの理由は、国家免除に関する大半の紛争が制限免除主義を支持する国家の管轄圏内で発生したことに求められよう。要するに、この主義を非常に熱心に支持した国々は西欧の

中小の貿易立国だったのである。<sup>(19)</sup> 西欧の諸国家間の貿易量が比較的大きかったために、世界のその他の地域以上に、国家免除を巡る紛争が多かったということである。更に、免除を与えられる国家には不服申立ての動機がないというそれだけの理由で、他国に絶対免除を与えた国家で国家免除が問題となることはめったになかったのである。国内判決に基づく紛争解決の結果が一般的に慣習国際法成立のための国家実行の先例となるので、<sup>(20)</sup> 西欧諸国家の国内法廷が国内で制限免除主義を適用した結果、国家免除に関して絶対免除主義が世界的に承認されていた状況に修正が加えられたのである。このように、管轄権原則のおかげで、西欧諸国の国内法廷は制限免除主義という一般的に適用可能な慣習国際法規の発展に極めて重要な役割を果たし得たのである。

対内的規則の第2の例は、外国人財産の収用の際に必要な補償の基準に関する慣習規則を後進国が変更しようとして出て来たものである。発展途上国のこうした努力は西欧先進国の強い抵抗に合ったが、発展途上国は先進国の“迅速で適切で実効的な補償 prompt, adequate and effective compensation”<sup>(21)</sup> 要求を回避して実行可能な基準を適用してきた。彼らが西欧先進国に対抗して vis-a-vis 権力の相対的劣位にもかかわらず主張を貫徹できたのは、外国人財産の収用に対する補償問題が発生した殆どの事例で自ら管轄権を行使できたからである。西欧先進国が伝統的に海外投資を実行してきたが、多くの発展途上国は自らの経済的成果を改善する手段として国有化 nationalisation の実験に着手したのである。国有化で収用された財産は殆ど例外なく発展途上国の領域内に存在したので、収用行為とそれに伴う国家実行の蓄積は専ら当該発展途上国の領域内で進められた。軍事干渉を決意しない限り、西欧先進国の側に被収用財産を直接回復するすべはなかったのである。

近年のソ連(第3世界の国有化政策の長年にわたる支持国であると共に、一般的軍事援助及び開発援助の供与

国の一つ)の崩壊により、西欧先進国は海外直接投資を実行する上で以前よりも有利な立場に立った。次第に西欧先進諸国は個別に発展途上国との投資協定締結交渉を通じて自己の投資の保護を求め、慣習国際法で認められている以上の補償水準を約束させるに至ったのである。投資協定の普及という国家実行を通じて、現在の慣習基準が“迅速で適切で有効な基準 prompt, adequate and effective compensation”に取って代わられる可能性がある。<sup>(22)</sup> 又、経済協力開発機構 Organisation for Economic Co-operation and Development が近年こうした基準を含む多国間投資協定を作成しようとしている事実こそ、その好例である。<sup>(23)</sup> しかし、こうした動向は、管轄権が有する合法化効力を改めて認識させる結果になっている。即ち、投資協定によって西欧の先進国は補償基準に関わる発展途上国の独占的決定の余地を排除することに成功したのである。即ち、投資協定の締結は、発展途上国の

領域への投資が実行されて資産が取得される前に国家間で補償基準を巡る国家実行が成立していることを意味する。

同様に、取用の際の補償基準に関する国際仲裁判決を見ると、この問題をめぐる判決の軌跡 locus が発展途上国の管轄権の領域から抜け出て国際的な舞台にシフトしてきているようである。この分野で発展途上国が法規適用上有する影響力は、仲裁判決履行能力と同様、減退している。こうした事情のもとで、管轄権原則の重要性はアメリカ＝イラン請求権委員会の判決の中に示されている。即ち、その判決の趣旨は、西欧先進国のイランでの凍結資産の凍結解除を主目的として当該委員会が設置された事実と、“迅速で適切で実効的な補償”を指示する判決がそれまで相次いで出ている状況とは、無関係とは思われないというものだったのである。<sup>(24)</sup> その意味で、この仲裁判決の履行地も、訴訟手続自体と同様、第3世界ではなく先進国に定められたのである。

(注)

(16) 本書本章序文部を見よ。

(17) 国家の裁判権免除の歴史を再検討した標準的著作として次ぎを見よ。Sucharitkul (1979) ; Trooboff (1986) ; and Jennings and Watts (1992) 341 - 63. 若干異なった観点を提示しているものとして次ぎを見よ。Emmanuelli (1984). 又、本書第2部第7章第4節第1項“国家の裁判権免除 State immunity from jurisdiction”を見よ。本書では国家の執行免除という関連問題については考察していない。その問題については次を見よ。Crawford (1981) ; and Byers (1995).

(18) See generally Crawford (1981) 852 and 856 又、本書第2部第7章及び第3部第10章第4節末尾を見よ。

(19) 本書第2部第7章第4節第1項を見よ。

(20) 本書第3部第8章第2節を見よ。

(21) See generally Lillich (1975) ; Dolzer (1981) ; Siegel (1985) ; and Amerasinghe (1992). “迅速で適切で実効的な補償”の基準がこれまで慣習国際法規になったことがなかったことを指摘したものとして次ぎを見よ。Schachter (1984).

(22) See Robinson (1984) 177 - 8. 一括支払協定 lump sum

agreements という類似の事態に関しては次ぎも見よ。Lillich and Weston (1975) 34 - 43. 又、以下の著作を比較せよ。Dolzer (1981) 565 - 8 ; Schachter (1984) 126 - 7 ; and Amerasinghe (1992) 30. 同様に注意すべき点がある。それは、1970年のバルセロナ＝トラクション事件 Barcelona Traction Case (第2事件 Second Phase) (本書第1部第1章脚注(1))で国際司法裁判所が仲裁判決と一括支払協定という形での国家実行に基づき(会社が起こした損害の間接被害者たる株主の)国際手続法上の権利を認定するよう求められたことである。この請求に対して裁判所は次ぎのように答えている。

当該事態の進展が自らの特殊な環境から生じている差別的プロセスに他ならないと見るべきは当然である。そのプロセスから他の分野にも適用できる類推的結論を引き出そうとすることは、それぞれの分野の特別法 *lex speciali* の存在を無視するものであり、裁判所の過失である (p. 40, para. 62)。

(23) 条文の内容・形式はほぼ確立している。See <http://www.oecd.org/daf/cmism/mai/negtext.htm>.

(24) See Norton (1991) 482 - 6 and 505.

## 第2項 領域規則 Boundary rules

領域規則は、いずれの国家の排他的管轄権のもとにも置かれていない地球表面の一部たる国際区域ないし国際化区域と国家管轄権の交差から生ずる問題を扱う点で、対内的規則と異なる。領域規則の好例は、領海の幅員に関する規則であり、国家領域が公海と接触する部分に関して定めるものである。領域規則が問題となる状況下で、

当該規則が適用される区域に地理的に近接している国家は、離れている国家よりも権力的に有利になるのが普通である。権力に強弱が生ずるのは、幾つかの権力源から引き出される権力行使能力、とりわけ軍事的能力が少なくとも地理的近接性に依存している事情があるからである。<sup>(25)</sup> 19世紀の“着弾距離説 cannon-shot rule”は、国家の領海の範囲を大砲の最大射程にまで広げることが主張したが、権力が地理的近接性に従うことの一例に過ぎ

なかった。<sup>(26)</sup>

領域規則に関して地理的近接国が持つ優越性のおかげで、イギリス・アメリカ・日本などの強力な海洋国家からの執拗な反対を受けながらも領海は12海里に拡張された。<sup>(27)</sup> 要するに、中小国家が自らの沖合いに対する主張を展開することの方が、大国が数千マイル離れた海域に要求を展開するよりも容易だったのである。若し管轄権原則が有効に機能しなければ、領海幅員はほぼ間違いなく3海里にとどまったであろう。

領域規則に関して地理的近接国が持つ優位性に基づいて、弱小国家（アイスランドなど）がなぜ沿岸漁業に関する新たな慣習法規を発達させ得たのかという疑問にも答えることができよう。<sup>(28)</sup> 地理的近接性は漁業のような継続的経済活動に基づく規則に特に有利に働くようである。

領域規則が絡む若干の事態につき、国際法学者は現実には管轄権原則の範囲を構成的に拡張し、紛争の地理的範囲内での法的関連性を有する国家実行を支持するのに利用している。こうした管轄権の構成的拡張は、1927年の常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice のロチュース号事件 *Lotus Case* 判決の中に見て取れる。<sup>(29)</sup> 判決では、公海上のフランス船舶内で発生した行為でトルコ船舶に有害な結果を及ぼした行為はトルコの刑事管轄権に服すると宣告された。裁判所は2つの根拠に基づいて判決を出した。第1の根拠は、トルコ船舶は旗国たるトルコの領域の延長であって、当該行為の有害な結果がトルコ領で発生したということであった。判決は言う：“公海上の船舶がその旗国の領域の一部を構成することは、海洋自由の原則のコロラリーに属する問題である。”<sup>(30)</sup> 第2に、違法行為の実行地と損害発生地が別個の国家に属するとき、当該違法行為は結果発生地の国内法制度に基づく管轄権に服するということであった。この点につき裁判所は次のように説明している。

犯罪の構成要件の一部、とりわけ犯罪の結果が発生した国の裁判所は、仮に犯行時に犯人が他国領域にいた場合であっても、当該犯罪を自国領域で実行されたものと見なして刑法を適用している。…当法廷は、国家の刑法がこの趣旨の規定を含み国内裁判所もそういう趣旨で刑法を解釈している事実をいずれの国も認めていることを知っている。したがって、犯罪の結果がトルコ船で発生したことが確認された以上、犯人がフランス船内にいるというだけの理由でトルコの側にデモン大尉 *Lieutenant Demons* を起訴する権限が国際法上認められないと判示することはできない。<sup>(31)</sup>

このような管轄権原則の構成的拡張が慣習国際法形成

プロセスでの権力行使を正当化することにもなる。例えば、領海12海里規則の展開期に、管轄権主張の競合海域での海洋大国の商船隊のプレゼンスは12海里規則の成立に抵抗する国家の意思表示という性格を持っていたといえよう。このような権力的プレゼンスの増大が可能になったのは、一つには、ロチュース号事件 *Lotus Case* で常設国際司法裁判所が提示した第1番目の規則、即ち、国際法上商船はその旗国の領域の一部と見なされるという規則に由来する。<sup>(32)</sup> こうして、海洋大国の管轄権が遠方の紛争海域にまで拡張され、沿岸国による自国商船の拿捕に対して異議を提出して対抗措置をとる根拠が固まっていたのである。<sup>(33)</sup>

更に、管轄権の構成的拡張理論に基づく請求や対抗措置の方が、支持され難い状況下での請求や報復行動よりも、慣習プロセスに対してもっと大きな効果を及ぼしたと思われる。ある意味で、諸国家は既存の原則の構成的拡張に基づいて行動することで、既存の合法性の枠内でアナロジーを利用した類似的国際法原則をそだててきたのである。したがって、全面的に新たな規則を開発する姿勢はなかったといっている。

商船がその旗国 *flag State* の領域の一部であるとの規則は、旗国が請求を提出したり対抗措置を執るのに役立つであろうし、少なくともそうした利益的地位の確認に資することになったであろう。この規則の発達に貢献した諸国家は、このように船舶と旗国を概念的に緊密に結合することで、自国商船の活動—この場合は3海里と12海里の間の海域の自由航行を必要とする活動—に強い関心を示したのである。国益は通常、それを直接擁護する行動によって確認されるが、之に類する国益確認指標も時には大いに利用されている。とりわけ、非直接的で軽微な利益を守るために訳もなく国家が法規に違反することなどありえない点も指摘しておきたい。国家は、一旦成立した法規については、それが国益に合致していると判断する傾向があり、法規の存在自体がそれと結合した国益を強化しているのである。<sup>(34)</sup> いずれにしても、国際法原則は一つの国家や国家集団以上に多くの国家に利益を与えており、場合によって相互に排斥し合う内容の法規の数は減少している。

すでに指摘した通り、領海幅員などの慣習プロセスへの参加能力の増大は、紛争海域の多くが海洋大国から距離的に離れているために、海洋国家にとっては益々重要になっている。しかし、外国の旗を掲げた商船がこういう海域に現れていたならば、沿岸国も慣習プロセスにもっと有効に参加していたかもしれない。沿岸国は領海幅員の拡張を要求するよりも、こうした船舶を拿捕することで国内法を執行できたのである。<sup>(35)</sup>



管轄権原則の構成的拡張を他にも色々試みることで、国外犯の場合であっても、国家が何らかの犯罪を理由として個人を拘束して起訴できるかもしれない。第1に、他国の領域外行為によって国民が被害を受けた国家は、時々、自らの管轄権行使の根拠として、“受動的主体原則 *passive personality principle*” を主張している。<sup>(36)</sup> この場合、その国民の姿を通して加害国に管轄権を行使する事になる。第2に、国家の安全保障上の利益を害する活動に対して領域外管轄権を行使するため、時として、“保護原則 *protective principle*” が主張されている。<sup>(37)</sup> 外国から脅威を受ける場合であっても、脅威を受けるのが国家であることに変わりはない。第3に、在外国民の行為に対する領域外管轄権を正当化するために時々“国籍原則 *nationality principle*” が援用されている。<sup>(38)</sup> この場合も、在外国民には本国の管轄権が随伴しているのである。

いずれの場合も領域外管轄権の主張根拠と当該犯罪との結合は国益の合理化 *rationalisation* という側面を持つが、管轄権行使国の利益が領域団体性に根拠を有している点を忘れてはならない。それだからこそ、国家は、管

轄権原則の構成的拡張を通じて個別的管轄権の主張を正当化するため、合法性 *legality* という既存の概念的枠組みの中でアナロジーに基づく類似の国際法規を用いて活動している。全く新しい法規を作ろうという動きは少ないのである。

“普遍的管轄権原則 *principle of universal jurisdiction*” でさえも、その種の構成的拡張と見なされよう。<sup>(39)</sup> 普遍的管轄権は時に海賊・戦争犯罪・人道に対する罪・ハイジャック及びその他の航空機犯罪に関して適用可能といわれるが、その意味は、これらの犯罪の発生地や犯人の国籍如何に関わらず、すべての国家がその領域及び公海上においてこれらの犯罪に対する管轄権を行使しようということである。<sup>(40)</sup> 要するに、若し諸国家がこの普遍的管轄権の考えを受容したとすれば、その理由は、これらの犯罪がすべての国家に対する脅威を構成するが故に（領域に限定された厳密な意味での）国家管轄権が適用されない地球上のすべての区域に管轄権原則を拡張する必要があったからである。

(注)

(25) 富など他の淵源から導かれる権力の方が波及力の点で勝っている。

(26) See generally : O'Connell (1982) 134 – 5 and 151 – 3. 又、本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員 *breadth of the territorial sea*”の冒頭のパラグラフを見よ。

(27) 本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員 *breadth of the territorial sea*”を見よ。前記フランク Franck (pp. 9 – 10) が記述した一般的多様性を伴う正統性 *legitimacy* という考え方も、紛争海域での漁業・海底鉱物資源の開発・汚染の防止に関して遠方の海洋国家よりも沿岸国に管轄権を認めたいほうが正統であるという意味で一定の役割を果たしたといえよう。

(28) See, e. g., *Fisheries Jurisdiction Case* (1974) *ICJ Reports* 3. See generally O'Connell (1982) vol. 1, 510 – 81; and Burke (1994) 1 – 24.

(29) 本書第1部第1章脚注(1)を見よ。

(30) 本書第1部第1章脚注(1)引用資料 p. 25. 同じ理論が航空機と宇宙船にも適用されている。See, e. g., Art. 3 (1) of the 1963 Tokyo Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, reproduced in (1964) 58 *American Journal of International Law* 566; and Art. 8 of the 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, 610 UNTS 205, reproduced in (1967) 61 *American Journal of International Law* 644.

(31) 第1部第1章脚注(1)の資料 p. 23. 注意しなければならないのは、この特別慣習法規が条約規定にとって代われ、公海上の船舶内で行われた大半の行為に対して旗国が単独で刑事裁判管轄権を行使する旨の慣習法規が平行的に成立してい

ることである。刑事裁判管轄権に関する若干の規則の統一のための1952年ブラッセル条約 *Brussels Convention for the Unification of Certain Rules Relating Penal Jurisdiction* (439 UNTS 233), § 1; 1958年ジュネーブ公海条約 *Geneva Convention on the High Seas* (450 UNTS 2), § 11 (1). 本書第1部第1章脚注(29)で引用した海洋法条約の§ 97. こうした新たな規則に対して例外となるのが、船舶内で旗国以外の国民が犯した行為で普遍的管轄権に服すべき行為に対して当該外国人の本国が同時に管轄権を行使できる場合である。普遍的管轄権に関しては、本書本章本節本項の最後のパラグラフを見よ。常設国際司法裁判所の判決は、判決時に被告人がトルコ領内にとどまっていたという事実を考慮したものであったかもしれない。See, e. g., 1961 – 62 *Eichmann Case* (1968) 36 ILR 5 (District Court of Jerusalem), 277 (Supreme Court of Israel); *US v. Alvarez-Machain*, 119 L Ed 2d 441 (1992) 31 ILM 900.

(32) 本書本章本節本項第4パラグラフを見よ。外交的保護 *diplomatic protection* の概念も重要な役割を果たしている。本書第2部第5章第1節“外交的保護 *diplomatic protection*”を見よ。慣習法規としての12海里領海の発達については、本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員 *breadth of the territorial sea*”を見よ。

(33) See, e. g., Loring (1970 – 71); and Jonnson (1982). 対抗措置は、国際法を侵犯したか侵犯しつつある国家の利益に対して、別の国家が相互主義に基づき合法的な制裁を執ることを意味する。See generally Zoller (1984). 対抗措置の限界の問題は国際法委員会 *International Law Commission* の論議の対象になっている。See, e. g., Symposium (1994); Gaetano Arangio-Ruiz, *Seventh Report on State Responsibility*, 9 May 1995, UN Doc. A/CN.4/469 (with addenda: 24 and 29 May 1995).

- (34) 例えば、“投資費用 sunk costs”を巡る論議については、本書第2部第7章第2節“正当な期待と国際制度 Legitimate expectation and international institutions”を見よ。
- (35) See, e. g., Loring (1970 - 71); and Jonsson (1982).
- (36) See generally Mexico's position in *Cutting's Case* (1886), as reflected in (1906) 2 Moore 228 - 42. アイヒマン事件 *Eichmann Case* については、本章前掲脚注(31)に掲げた資料 pp. 50 - 7, 304 を見よ。See Bishop (1965) 324; and Akehurst (1972 - 73) 162 - 6.
- (37) そうした活動には、テロ行為やスパイ、暴動教唆 sedition それに通貨偽造が含まれる。See generally *Rocha v. US*, 288F. 2d 545 (9th Cir. 1961), 32 ILR 112; Sahovic and Bishop (1968) 362 - 5; Akehurst (1972 - 3) 157 - 9; and Bowett (1982a) 10 - 11.
- (38) 例えば、本書本章脚注(30)で引用した航空機上の犯罪その

- 他若干の行為に関する東京条約 Tokyo Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, § 4 (b) を見よ。See generally: Harvard Research Project (1935) 523 - 35; Akehurst (1972 - 3) 156 - 7; and Bowett (1982a) 7 - 10. 国内法システムの中には、民事訴訟に関して国籍原則を援用しているところもある。本書本章後掲第2節末尾の2パラグラフでのフランス民法典 *Code Civil* § 14, 15 を巡る記述を見よ。
- (39) See Bowett (1982a) 11 - 14; Rubin (1988); and Rubin (1997).
- (40) See, e. g., Akehurst (1972 - 3) 160 - 6. 証拠を広く検討した結果、普遍的管轄権が海賊についてのみ成立していることを指摘したパウエット Bowett (1982a) 11 - 14 を比較せよ。ルービン Rubin (1988 and 1997) は、海賊(及び奴隷輸送)に対する普遍的管轄権が一度も行使されていないという。

### 第3項 対外的規則 External rules

対外的規則は国家が自国領域内で有する行動の自由に対して他国が課してくる制約としての意義を持つ。その場合、制約を課そうとする国家は本来的に管轄権を持たないのであるから、権力的に不利な地位にある。国際的人権がそのよい例である。部分的にであれ、道徳的権威に依拠する権力行使によって、国家は多数の国際的人権規定の定立に参加したり、それに黙諾を与えたりしているのである。多くの国家は条約に基づく審査や個別的救済手続に同意している。しかし、国連経済社会理事会決議 1503 に基づく手続(通報で明らかになった大規模な人権侵害の事態を審理する権限を委員会に与えた)<sup>(41)</sup> や特別報告者制度<sup>(42)</sup> のような2・3の小規模な(但し重要な)発達は別にして、一般的に国際的人権を承認していない国家の領域内でその遵守を奨励するシステムは確立していない。<sup>(43)</sup> 国際的人権の不承認国がその領域内で個人の行動を規制する能力は、全ての人に実効的な保護を提供するための慣習国際法規を定立しようとする人々にとって、巨大な障害になっている。

対外的規則のもう一つの例として、合衆国の連邦議会及び国内裁判所が制限的取引慣行を規制する法律(“反トラスト anti-trust”規制)を定立し他国領域内で執行しようとしている事実を指摘できる。<sup>(44)</sup> こうした試みは本来国内向けの反トラスト規制を緩やかに解釈して成り立つものであるが、<sup>(45)</sup> ロチューヌ号事件 *Lotus Case* で常設国際司法裁判所が確認した2番目の原則即ち一国の領域内で実行され他国に被害が及ぶ違法行為は後者の国内法システムに基づく管轄権に服するとの原則を類推して正当化されるものである。<sup>(46)</sup> 例えば、合衆国対アメリカ＝アルミ会社事件 *United States v. Aluminium Co. of*

*America* で第2巡回区の連邦控訴裁判所は、“いずれの国家も、その管轄権外にある個人に対して、国外で行った行為であって自国領域内で結果が発生するものについて責任を追及することができる”<sup>(47)</sup> と述べている。反トラスト規制を国外で適用・執行しようとするこうした試みは、海外で証拠を収集ししばしば原告に3倍もの損害賠償を命ずる判決を下したため、諸外国から猛烈な反発を受けた。<sup>(48)</sup>

こうした反対に対して、合衆国の国内裁判所は領域外管轄権を認定するためさまざまな利益衡量基準を導入した。そうした諸基準は、かなりの程度、礼譲 comity<sup>(49)</sup> というような概念を基礎としていた。例えば、チンバーレイン木材会社対バンク＝オブ＝アメリカ事件 *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* で第9巡回区の連邦控訴裁判所は以下の3段階基準 three-part test を適用した。

当該競争制限行為が合衆国の通商に被害を与えているか、又は被害を与えることを目的としていたか? その行為がシャーマン法の違反とみなし得るほどの規模と形態を備えているか? 国際礼譲 international comity 及び国際的公正の問題として、当該競争制限行為に合衆国の領域外管轄権を及ぼしていいか?<sup>(50)</sup>

合衆国連邦議会はやがて判例の趣旨に従い、1982年海外反トラスト行為改善法 Foreign Antitrust Improvements Act を制定した。同法は、問題の行為が合衆国の通商にたいして“直接的且つ実質的で、合理的に予見可能な影響”を及ぼす場合にのみ合衆国の反トラスト規制が適用されると定めている。<sup>(51)</sup> しかし、領域管轄権のこうした修正理論でさえも、諸外国から、又、諸外国の学者から厳しい批判を受けた。<sup>(52)</sup>

多くの国は、国外で反トラスト規制を課し証拠を収集しようとするアメリカの試みに対して、“妨害立法 blocking statutes”を導入して対抗した。例えば、イギリスの1980年通商利益保護法 Protection of Trading Interests Actにより、イギリスの国民及び居住者は外国の裁判所の判決によって支払った不当な損害賠償の回復を求めて出訴できることとなったし、所管の大臣は外国の裁判所やその他当局の求めによる記録の作成や情報の提供を禁止できることとなった。<sup>(53)</sup> 妨害立法は、領域管轄権に付随する権力的優位の表明であって、合衆国の裁判所は殆どの場合、不公正な取引慣行 unfair business practices に対して領域国の許可を受けずに領域外管轄権を行使することができなかった。そのため、不公正な取引慣行を防止するための国際協定が相次いで締結されることにもなった。<sup>(54)</sup> したがって、合衆国の国内裁判所及び連邦議会による反トラスト規制の域外適用を目的とした立法・判決・執行の歴史は、管轄権原則が対外的規則の適用状況の中で慣習国際法成立プロセスでの権力行使を正当化した一例を示しているといえよう。管轄権原則が存在しないならば、合衆国が海外で管轄権を行使する動機そのものも消えていたはずである。

類似の事態は、合衆国が制定した1996年のキューバの自由と民主団結法 Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act (別名：ヘルムズ＝バートン法 Helms-Burton Act)<sup>(55)</sup> や同年のイラン・リビア制裁法 Iran and Libya Sanction Act (別名：ダマト法 D'Amato Act)<sup>(56)</sup> でも生ずる可能性がある。とりわけ、ヘルムート＝バートン法第Ⅲ部によって、合衆国の国民はキューバで収用された財産を“売買した trafficking”外国の個人や企業を被告として合衆国の裁判所に出訴できることになった。<sup>(57)</sup> 又、ダマト法によって、イランやリビアの石油資源の開発に参加する個人や企業に制裁を課

することができるようになった。いずれの立法も諸外国から強い反対を受けた。例えば、欧州連合 European Union は何度となくヘルムート＝バートン法に対する公式の抗議を提出したし、<sup>(58)</sup> カナダも1985年の対外措置法 Foreign Extraterritorial Measures Act に基づき、自国企業を保護するために規制に乗り出すと発表した。<sup>(59)</sup> 更に、米州機構 Organisation of American States の総会も同機構の米州司法委員会 Inter-American Juridical Committee に対してヘルムート＝バートン法を調査するよう依頼した。これに対して、同委員会は次のような結論を提出した。

反トラスト立法を行った国は、外国人が海外で行った“売買 trafficking”行為に関して、当該外国人も当該行為も自国領域に何らの関係がなく、又、当該行為と自国利益との間に明白な関連がない場合には、当該行為に対して管轄権を行使する権利を有しない。<sup>(60)</sup>

ヘルムート＝バートン法やダマト法を巡る論争はまだ続いているが、合衆国大統領はすでに重要な点で譲歩している。彼は繰り返しヘルムート＝バートン法の第Ⅲ部の効力を停止し、合衆国民がキューバで収用された財産を外国人や外国会社が“売買した trafficking”ことを理由として合衆国法廷に出訴することを認めなかった。こうした譲歩は、反トラスト規制の域外適用で見せた譲歩と同様、管轄権原則の結果として領域国家が有する権力的優位を反映するものであり、諸外国の実効的な防止・報復行動を奨励する形になった。こうした各種の事例から言えることは、特に対外的規則が絡むような若干の状況下では、本来強大であるべき国家が貧弱で非能率的な姿をさらしている。

(注)

(41) See generally Steiner and Alston (1996) 374 – 88.

(42) 最近、行方不明者や死刑の即決執行、そして拷問に関して国連の特別報告者 special rapporteurs の制度が作られた。又、1993年以來、この制度と類似しているが、もっと広い権限を授けられた人権高等弁務官 High Commissioner for Human Rights が設置されている。See generally Lord (1995) .

(43) 本書第1部第3章第2節“権力と国際人権の範囲 Power and the scope of international human rights”を見よ。

(44) See generally : Jennings (1957) ; Sornarajah (1982) ; Meesen (1984) ; and Roth (1992) .

(45) 関連立法として、シャーマン反トラスト法 (1890, USC Sections 1 – 7) やウィルソン関税法 (1984, 15 USC Section 8)

を指摘し得る。

(46) 本書本章本節第1項を見よ。See also Bowett (1982a) 7.

(47) 148F. 2d 416, 443 (1945) . See also *US v. Timken Roller Bearing Co.* , 83F. Supp. 284 (ND Ohio, ED 1949) , affirmed 341 US 593 (1951) ; *US v. Watchmakers of Switzerland* , 133 F. Supp. 40 and 134 F. Supp. 710 (SDNY 1955) , 22 ILR 168 ; *US v. General Electric Co.* , 82 F. Supp. 753 (D. New Jersey 1949) and 115 F. Supp. 835 (D. New Jersey 1953) ; *Hazeltine Research Inc. v. Zenith Radio Corp.* , 239 F. Supp. 51 (ND Illinois, ED 1965) , affirmed 395 US 100 (1969) .

(48) See, e. g. , *Report of the 51st Conference of the International Law Association, Tokyo* (1964) 565 – 92. 又、次ぎの事件でのイギリス法務長官 Attorney General of the UK の声明を見よ。 *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* [1978] 2 WLR81, 93 – 4.



- (49) (ヨーゼフ＝ストーリー Joseph Story の著作を通じて合衆国で発達した) 法概念としての礼讓 comity とその国際慣習法との関係について、次ぎを見よ。Baker (1993) 492 – 8. 又、之とは違う観点から論じたものとして次ぎを見よ。Macalister-Smith (1992) .
- (50) 549 F. 2d 597, 615 (1976) ; 66 ILR 270, 286. See also *Mannington Mills v. Congoleum Corporation*, 595 F. 2d 1287, 1301 – 2 (3d Cir. 1979) , 66 ILR 487, 500 – 1 ; letter of 27 September 1979, US Department of State to Senate Committee on the Judiciary, reproduced in (1980) 74 *American Journal of International Law* 179, excerpted in Bowett (1982a) 21 ; *Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (1987) vol. 1, sections 403 and 415.
- (51) *Public Law* 97 – 290, Title IV, section 402 ; 96 Stat. 1246 ; 15 USC section 6a.
- (52) See, e. g. , Bowett (1982a) 21 – 2 ; and Marston (1985) 479 – 83. 合衆国の学者からの批判として次ぎを見よ。Maier (1983) ; and Maier (1984) .
- (53) Chapter 11, reproduced in : (1982) 21 ILM 840 ; Lowe (1983a) 187. 之を論評したものとして次ぎを見よ。Lowe (1981) . See also the Foreign Antitrust Judgement (Restriction of Enforcement) Act 1979, reproduced in (1979) 18 ILM 869 (Australia) ; the Foreign Extraterritorial Measures Act, SC 1984, c. 49, reproduced in (1985) 24 ILM 794 (Canada) ; the Economic Competition Act, No. 413, 28 June 1956, as Amended by Act of 16 July 1958, reproduced in Lowe (1983a) 123 (the Netherlands) ; the Act to Restrict Enforcement of Certain Foreign Judgments, Arbitration Awards and Letters of Request (Protection of Business Act) 1978, reproduced in (1979) 18 ILM 127 (South Africa) ; Loi relative a la communication de documents et renseignements d'ordre economique, commercial ou technique a des personnes physiques ou morales etrangeres, No. 80 – 538, 16 July 1980, (1980) 1 *Gazette du Palais* 484 (France) .
- (54) その例を以下に挙げておこう。1984年の反トラスト法に関する米加了解覚書 (reproduced in 1984, 23 ILM 275) ; 1976年の制限的取引慣行に関する米・西ドイツ間の相互協力協定 (reproduced in Lowe (1983a) 228) ; 1982年の反トラスト問題に関する米豪間協力協定 (reproduced in 1982, 21 ILM 702) ; 制限的取引慣行の多国間規制のための衡平原則を宣言した1980年12月5日の国連総会決議 UNGA Res. 35/63 (reproduced in Lowe (1983a) 256) などである。しかし、ハートフォード火災保健会社 対 カリフォルニア州事件 *Hartford Fire Insurance Co. v. California* での合衆国最高裁の判決はこの種の協定に違反する可能性がある。See Robertson and Demetriou (1994) .
- (55) *Public Law* 104 – 114 of 12 March 1996, reproduced in (1996) 35 ILM 357.
- (56) *Public Law* 104 – 172, 5 August 1996, reproduced in (1996) 35 ILM 1273.
- (57) 同法 § 4 は、“売買 trafficking” という観念に“悪意又は故意に…没収財産を売却したり、移転したり、分配・配分したり、仲介したり、管理したりすることのほか、それを購入・賃貸・受領・所有・支配・管理・利用したり、その他の利益を引き出したりすることのほか、…当該財産を利用して商業活動を行ったり、その他の利益を取得すること”を含めている。
- (58) See (1996) 35 ILM 397.
- (59) 1996年6月17日のカナダ外務省 Ministry of Foreign Affairs and International Trade の新聞発表 Press Release No. 115 を見よ。
- (60) *Opinion of the Inter-American Juridical Committee on Resolution AG/Doc. 3375/96 “Freedom of Trade and Investment in the Hemisphere”*, CJI/SO II/doc. 67/96 rev. 5, 23 August 1996, reproduced in (1996) 35 ILM 1328, 1333. 欧州連合やカナダやメキシコも世界貿易機関 WTO や北米自由貿易協定のもとでヘルムート＝バートン法やダマト法に挑戦する気配を見せている。

## 第2節 類推に基づく管轄権 Jurisdiction by analogy

慣習プロセスで管轄権原則に基づいて権力行使が正当化される場合が少なくとももう一つある。国内法システムに基づいて一定の問題に管轄権を行使すれば、関連問題や類似問題に対する管轄権を規律する慣習国際法規の生成・発展・変更を奨励し正当化する結果になる。こうした現象が生ずる少なくとも一つの理由は、慣習国際法上の国家免除 State immunity の分野で外国の非商業的不法行為 (例えば、個人の実体的財産に対して損失・被害・喪失をもたらした非契約的性格の法的義務違反) に対する国家の裁判権行使が領域権に基づいて制限されている点に示されている。領域権に基づくこうした裁判管轄権の制約は商業活動に基づく訴訟には存在しないようである。

国家免除という問題に関する大半の国家の立法は、外国の商業活動に対して裁判権を行使する際、領域的制約を認めていない。例えば、1982年のカナダ国家免除法 Canadian State Immunity Act, § 5 は次のように明言している。“いずれの外国も、その商業活動に関して開始された訴訟手続きにつき裁判所の管轄権から免除されることはない。”<sup>(61)</sup>

同様に、この問題に関する唯一の多国間条約である1972年のヨーロッパ国家免除条約は、商業活動に対する裁判権行使につき領域権に基づく限界を全く認めていない。<sup>(62)</sup> 国家実行を広くに検討した後に起草された“国家及び国有財産の裁判権免除に関する国際法委員会条草案 International Law Commission's Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property” , § 10 (1) も次のように宣言している。

国家が外国の自然人もしくは法人 *juridical person* と商取引を行う際、当該商取引に関わる紛争が国際私法規則に基づき当該外国の裁判所の管轄権に服するとき、当該商取引から生ずる訴訟手続につき裁判権免除を主張できない。<sup>(63)</sup>

したがって、この場合の裁判権の領域的範囲は、法廷地国 *forum State* の正規の裁判権規則にしたがって決定されることになる。<sup>(64)</sup>

この一般原則に対する一つの例外となり得るのが、1976年の合衆国外国主権免除法 *United States Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* の、特に *inter alia* 次の条項である。

外国の商業活動に関連して合衆国の領域外での行為…に基づき訴訟が提起され、当該行為が合衆国に直接的影響を及ぼすとき、当該外国は合衆国又はその州の裁判所の管轄権からの免除を享有し得ない。<sup>(65)</sup>

しかし、厳密な言い方をすると、管轄権の行使に対するこの制約は領域的性格のものではない。何故なら、この制約があっても、合衆国の領域外での行為は単に *simply* 領域外行為というだけの理由で裁判管轄権の対象から排除されている訳ではないからである。しかも、その制約は慣習国際法に従ったものでもない。それは国家実行の一般的傾向の例外でありながらも、それ以後の全ての国家免除法は合衆国国家免除法 *FSIA* を慎重に検討してそれに追随する形で制定された。*FSIA* は合衆国に固有の理由で導入された。即ち、明確に外国を被告とする訴訟の枠内で合衆国裁判所によって適用されていた極めて寛大な管轄権ルールを、他国の国内法上の管轄権ルールに符合させることを目的としていたのである。

それとは対照的に、全ての国家免除法は外国の非商業的不法行為に対する裁判権行使に領域的制約を課している。例えば、*FSIA* の § 1605 (a) (5) は次のように明記している。

合衆国内で発生した *occurring in the United States* 身体を負傷や死亡及び財産の損害や損失に対する金銭賠償が求められている…事件では、当該外国は合衆国及びその州の裁判所の管轄権から免除されない。<sup>(66)</sup>

同じく、ヨーロッパ国家免除条約 § 11 は次のように宣言している。

締約国は身体への被害や財産の損害の救済を求める訴訟手続において他の締約国の裁判所の裁判権からの免除を主張できない。但し、発生した被害や損害が法廷地国の領域内であって当該事実の発生時に被害者が当該領域内に存在することを条件とする。<sup>(67)</sup>

国際法委員会の国家及び国有財産の管轄権免除に関する条文草案 *International Law Commission's Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, § 12 は次のように宣言している。

関係諸国間で別段の合意が為されない限り、国家の責に帰すべき作為もしくは不作為によって生じた個人の死亡又は負傷もしくは財産の損害や損失に対する金銭賠償を求める訴訟の原告となる国家の裁判所で、責任を問われている国家は裁判権免除を発動することはできない。但し、その作為もしくは不作為が全面的又は部分的にその国家の領域内で発生し、作為者又は不作為者が実行時に当該領域に存在していることを条件とする。<sup>(68)</sup>

この一般原則の唯一の例外は、国際法協会 *International Law Association* が作成した“国家免除条約に関するブエノス = アイレス改定条文草案 *Revised Buenos Aires Draft Articles for a Convention on State Immunity*” § III. F. 2 である。同条項は法廷地国以外の国の中で行われた非商業的不法行為に対する管轄権の根拠として“直接的効果 *direct effect*” 基準を導入したのである。<sup>(69)</sup> しかし、同条項は、*ILA* の国家免除委員会の作業会期 *Working Session* においてかなり論議されたことも事実である。<sup>(70)</sup> それゆえに、慣習国際法は商業活動に対する規律とは対照的に、一国が法廷地国の領域外で行った非商業的不法行為に対しては法廷地国に管轄権行使を認めていないようである。

外国の商業活動と非商業活動に対して慣習国際法が採るこのような立場の違いについて、少なくとも二つの説明が可能である。第1に、商業活動は一般に合意に基づく契約関係として成立する。このことは、法的義務違反とは何かについて、事前に当事者が爾後の紛争に備えてある程度内容を明示することを意味している。これに対して、非商業的不法行為は通常合意に基づくものではなく、損害のリスクを引き受けたがらない個人に当該損害が生じる場合である。法的義務違反を定義することは合意で決める必要はなく、法的義務違反の定義と犠牲者の保護とは関係国内法に委ねられているのである。

特定の事態の下での非商業的不法行為の成否を判定するための基礎としての当事者間の合意がない場合、非商

業的不法行為の定義自体、当該国内法の“公共政策 public policy”概念と緊密に係るようになる。こうした不法行為法と公共政策の連関も不法行為からの回復と法による補償制度との密接な繋がりを示すものである。<sup>(71)</sup>

公共政策の概念は国によって大いに異なる。それは、主体的且つ文化的独自性に基づく管轄権の主張が商業活動法分野よりも非商業的不法行為法の分野でその比重を高めているからである。主観的で独自の管轄権主張の危険が存在し、外国に対する管轄権主張が自国の公共政策を他国に押し付ける結果になる以上、国家はお互いに自国の議会や裁判所が商業活動に対する国家免除規則と非商業活動に対する国家免除規則を同列には扱いたがらない傾向がある。<sup>(72)</sup>

外国に対する管轄権の範囲について慣習国際法が商業行為と非商業行為を明確に区別しているもう一つの理由として、管轄権の一般的基礎を他の法律分野の類似した状況に適用できるという点を挙げることができよう。

多くの国の立法府及び裁判所はこれまで非政府団体の領域外商業活動に対して、当該領域外活動と法廷地国との限定的関係に基づき管轄権を行使してきた。にもかかわらず、その同じ立法府や裁判所が、大抵の場合、被告が法廷地国に常居所を有していなかったり法廷地国領域外で不法行為が行われた場合には、特に身体的被害や財産の損害・損失をもたらす非政府団体による不法行為に対して裁判権を行使しなかった。<sup>(73)</sup> こうした事態に対する例外として、合衆国外国人不法行為規程 United Nations Alien Tort Statute が最近適用される事例が増えており、又、1991年に合衆国拷問被害者保護法 United States Torture Victim Protection Act が制定されている。<sup>(74)</sup>

例えば、コモンローのもとでイギリスの裁判所は、被告がイギリスで令状又は之と同等の文書を提示された事件につき裁判権を行使する事になっている。<sup>(75)</sup> したがって、会社がイギリスで事業を遂行している限り、訴訟の原因となる活動がイギリスの国外で発生した場合であ

っても、当該企業を訴えることは比較的容易である。<sup>(76)</sup> これに対し、商業活動に関係なく海外で身体や財産に被害を受けた場合などの不法行為訴訟での被告が、イギリスの裁判権に服す可能性は少ない。同様に、(イングランド及びウエールズの)最高裁判所規則は、“その文言上、又は解釈上当然にイギリス法の規律を受ける”<sup>(77)</sup> 契約にかかる事件であっても海外での審理の有効性を認めている。しかし、不法行為訴訟で外国の審理が許されるのは、“請求が不法行為に基づいており、外国の管轄権下での行為から損害が発生した”<sup>(78)</sup> 場合に限られる。

フランス民法典 Code Civilでは、フランス国民が原告となるか被告となるかを問わず、フランス国民が当事者となる全ての事件につきフランスの裁判所に管轄権を与えている。<sup>(79)</sup> フランス民法典 Code Civilには、不法行為 (torts) に関して類似の規定は置かれていない。

こうした一般的状況から導かれる結論は、多くの国の司法部や立法府が商業活動に関連して領域外管轄権を行使しながらも、身体や財産に対する被害が絡む事件になると領域外管轄権を行使しようとはしないということである。即ち、彼らは制限免除主義の理論的根拠—私人のように振舞う国家は私人のように取り扱われるべきである—に納得して、外国の商業活動に対して領域外管轄権を主張しつつ、当該外国の非商業的不法行為に対する管轄権行使を控えたのである。国内裁判所の判決と国内立法が国家免除分野での主要な国家実行であるので、この要因—類推に基づく管轄権拡張の促進—が、この分野での慣習法規の生成・発展・変更に一定の影響を与えたのかもしれない。即ち、国家免除法及び非商業的不法行為法の現状が、国家が国益として認め立証できる利益を単純に反映する形になっていないことがあるということである。このことは、慣習国際法の形成プロセスで権力行使を認める管轄権原則の別の一面を示しているとも言えよう。

(注)

(61) カナダの裁判所で国家免除を付与するための法律 Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts, c. 95 (1982), reproduced in (1982) 21 ILM798. See also the State Immunity Act 1978, c. 33 (1978), reproduced in (1978) 17 ILM 1123 (UK); and the Foreign States Immunities Act 1985, No. 196 (1985), reproduced in (1986) 25 ILM 715 (Australia).

(62) (1972 II) UKTS 74; reproduced in (1972) 11 ILM 470.

(63) Report of the ILC on the Work of its 43rd Session (1992)

2 (2) Yearbook of the International Law Commission 12, 33; reproduced (without the commentary found in the Yearbook of the International Law Commission) in (1991) 30 ILM 1565, 1568. 国際法協会 ILC が作成した“国家免除条約ブエノス・アイレス改定条草案 Buenos Aires Revised Draft Articles for a Convention on State Immunity” § III. B も以下で参照せよ。Report of the 66th Conference, 488, 490. 本書本章脚注(11)でも引用。

(64) See generally: Crawford (1983) 90 - 2.

(65) 28 USC sections 1330, 1602 - 11 (1976); reproduced in (1976) 15 ILM 1388, 1389 (emphasis added). 国家免除の直接的効果を論じた一般的著作として次ぎを見よ。Crawford



- (1983) 90 – 2.
- (66) *Ibid.* See also Art. 5 of the State Immunity Act 1978, note 61 above (UK); Art. 13 of the Foreign States Immunities Act 1985, note 61 above (Australia); and Art. 6 of the Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts, note 61, above.
- (67) Note 62, above (emphasis added).
- (68) Note 63, above, at 44 (emphasis added).
- (69) Note 63, above, at 497.
- (70) *Report of the 66th Conference*, note 11, above, at 500.
- (71) See generally Harris *et al.* (1984).
- (72) 恐らく、若干の some 不法行為は国際法のみならず、全て乃至大半の国際法システムでも不当と考えられているであろうし、国家免除は国際的 international 公共政策に基づいてその種の不当な領域外活動にたいして例外的に不適用となるのであろう。例えば、このアプローチにしたがって、拷問を行った国家は、本来は他国の国内法廷の裁判権行使を拒否し得たはずであるのに、この拷問に関する限り慣習国際法上の国家免除を享有し得なくなるのである。See *Controller and Auditor-General v. Sir. Ronald Davison* [1996] 2 NZLR 278, (1997) 26 ILM 721. この事件でニュージーランド控訴裁判所は脱税に関して同一のアプローチを採用した。このアプローチは更に、本来明確であるはずの国家免除規定適用の領域的限界を解釈するのに有益かもしれない（本書本章脚注(61)を見よ）。但し、この理論はイギリスの控訴裁判所では採用されなかった。See *Al-Adsani v. Government of Kuwait* [1996] *Time Law Reports* 192, (1996) 67 *British Yearbook of International Law* 535.
- (73) 一般的資料として“国際民・商事委員会報告書 Report of the Committee on International Civil and Commercial Litigation”を載せた本書本章脚注(11)引用の次ぎの資料を見よ。*Report of the 66th Conference*, at 600. インドのボパールのユニオン＝カーバイド会社ガス工場事件についても次ぎを見よ。*Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 809 F. 2d 195 (2d Cir. 1987), cert. denied 484 US 871 (1987).
- (74) 外国人不法行為規程 Alian Tort Statute は、本来、1789年の裁判所法 Judiciary Act, c. 20, section 9 (b), 1 Stat. 73, 77として制定された。See currently 28 USC section 1350. 当該規

程の適用を領域外に拡大した主要な事例として次ぎを見よ。*Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2nd Cir. 1980) (see, for commentary, Burley (1989)); and *Kadic v. Karadzic* (1995) 34 ILM 1595 (2nd Cir.). 拷問犠牲者保護法はフィラルティガ事件の判決の趣旨を採り入れたものであり、合衆国連邦公法 *Public Law* 102 – 256; 106 Stat. 73; 28 USC section 1350 のなかに、その姿を看取できる。

- (75) See, e. g., *Colt Industries v. Sarlie (No. 1)* [1991] 1 WLR 440; and *Maharane of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 QB 283 (Court of Appeal). この規則は、その後、管轄権及び民商事判決の執行に関する1968年ブラッセル条約 *Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters* や管轄権及び民商事判決の執行に関する1988年ルガノ条約 *Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters* の当事国間で修正された。これらの条約規定については次ぎを見よ。*Court of Justice of the European Communities* (1992) Annexes 1 and 2.
- (76) See Collier (1994) 89.
- (77) Order 11, rule (1) (d) (iii).
- (78) *Ibid.*, rule (1) (f).
- (79) フランス民法典 *Code Civil* (Paris: Dalloz, 1995), § 14, 15. § 14の条文は以下の通りである。

外国人は、フランスでの非居住者として、フランスで締結したフランス国民との契約上の義務の執行を求めてフランスの裁判所に提訴することができる。彼は、外国で締結されたフランス国民との契約上の義務履行を求めてフランスの裁判所に出訴できる。

§ 15は次ぎのように宣言している。

フランス国民は外国で締結された外国人との契約上の義務の履行を求めてフランスの裁判所に提訴することができる。

§ 14に対する批判については、以下を見よ。Delaume (1953) 57; and Mann (1964) 79 – 81.

## 第5章 主体原則 principle of personality

法的意味での“主体 personality”は、通常、個人やその他の実体 entity が特定の法システムの中で権利を有し義務を負担する地位 capacity を指している。しかし、主体は、管轄権と同じく、客観的に認定できない存在でもある。主体は要件 requirement であると同時に、ときには資格 entitlement でもあり、その限りで国際法システムの中での一定の要件や資格を含んでおり、国際法原則と考えることもできる。<sup>(1)</sup>

例えば、全ての法システムに主体は存在するが、一部の個人や実体は他のそれら以上に権利を有し義務を負担

する能力があつたり、資格を持っていたりするるのである。さまざまな主体の中で、完全な法的人格を持つ個人 individual や実体 entity が、当該法システムのいずれの個人や実体とも権利や義務の点で対等の地位に立ち得る capable ののである。しかし、個人や実体が同時に法主体と法の定立者を兼ねる法システムの下で、完全な法主体性を有するという事は、その個人や実体が他の個人や実体と等しい立場で法定立プロセスに参加する形式的資格を持つ entitled ことでもある。<sup>(2)</sup> 国際法システムの下では、主体原則に基づき、国際法人格を有する個人や実体のみが慣習国際法定立プロセスに参加しうる。しかも、完全な国際法主体性を有する個人や実体のみが当該プロセ

スに完全な形で参加できるのである。

国際法システムの下では、国家が通常、完全な国際法主体性の唯一の把持者と考えられている。原則として、全ての国家は同一程度の法主体性を把持しており、その意味で、全ての国家は形式的に平等である。その結果、最弱小国家から最強国家に至るまで全ての国家は、慣習国際法定立プロセスに参加する平等の地位を有している。<sup>(3)</sup>

この平等の地位の作用により、国家の権力行使は直ちに正当化される。何故なら、個別慣習法規の存在や内容を認定する際、小国の国家実行も大国の国家実行と全く同様に考慮されるからである。多数の小国が一致して行動すれば、大国が反対していても、慣習法規の生成・発展・変更に必要な実行となることもある。そうした状況は領海12海里規則の確立過程で見られた。即ち、海洋国家は中小の諸国家に比べ数が少なかったため、領海12海里規則の確立を阻止できなかったのである。<sup>(4)</sup> それと同じく、外国人所有財産の収用の際に必要な補償の基準の変更を阻止しようとする西側工業諸国家の目論みが成功しなかった理由の一つとして、多数の中小諸国家がその変更を支持したことを指摘できよう。<sup>(5)</sup>

少なくとも中小諸国家側に多くの利益をもたらすことを根拠として発達した慣習法規の最適例は非植民地化の流れの中で理解すべき人民の自決権である。この場合は、中小諸国家の数が増加し続けたために、大国が当初より反対したにもかかわらず、この原則の適用地域が拡大していった。<sup>(6)</sup>

こうした主体性原則の特に数に基づいた正当化効果は、法規の生成・発展・変更を導く国家実行が中小諸国家主導のものであるときに、より鮮やかに現れるといえよう。とりわけ、その生成・発展・変更が殆ど或いは全面的に声明 statements に依存している規範は、国家の具体的行動を前提として生成・発展・変更する規範よりも、中小諸国家に受け入れられやすいと言えよう。これが一つの原因となって、中小の諸国家も国際人権法分野での慣習法規の生成・発展・変更に当たり重要な役割を果たすことができたのである。<sup>(7)</sup>

主体原則については、承認法の分野でも正当化効果が観察される。承認 recognition とは、国家が形式的に他の政治実体 entities を国家として認定することによって後者が完全な国際法主体性を取得する手続である。<sup>(8)</sup> 未承認国家又は部分承認国家も実際には一国家として一若干の権利を有し義務を負う。<sup>(9)</sup> 但し、そうした国々も国際法システムに参加することはできるものの、完全に承認された国家と同程度の参加能力は通常認められていない。とりわけ、そうした国々は一般的に国際機構への加入を認められて居らず、仮に認められていても全面的に承認

された国家と同じ参加能力は与えられていない。<sup>(10)</sup> そのため、未承認国家や部分承認国家は国際機構内部での決議や宣言の作成過程や採択に参加できなかつたり、限定的な参加しか認められなかつたりしている。更に、国際機構の決議や宣言が少なくとも慣習国際法形成のための国家実行の一例となると考えるならば、こうした国々の慣習国際法形成プロセスへの参加能力も限定されていると言うしかない。<sup>(11)</sup>

更に言うと、未承認国家や部分承認国家が一般的には他国に外交代表部をもてないということは、特定の慣習法規の生成・発展・変更に関するこれらの国の立場も常に明確であるとは限らないということである。即ち、これらの国々の賛否の実行は、他国の実行に追随していると単純に考えることはできないのである。未承認国家や部分承認国家の行為や声明がしばしば慣習プロセスから排除されていることこそ、慣習国際法形成過程で主体原則に従って権力行使が容認されていることの証明であるとも言える。

同様の事態は新国家に関しても発生し得る。定義上、新国家は完全な国際法主体性を享有した経験を持たず、それゆえに、慣習プロセスにいやしくも参加した経験をも持たないのである。それゆえに、新国家は自らが慣習プロセスの参加者になる前に成立した慣習法規の拘束を受けるのか、即ち新国家はそもそも慣習プロセスの拘束を受けるのか、という疑問が生ずるのである。<sup>(12)</sup> これに対する最良の答えは、新国家は慣習プロセスに参加し慣習法規に依拠することで、慣習プロセスとそれによって成立した全ての慣習法規に暗黙の承認を付与したとするものである。<sup>(13)</sup> この答えは、必ずしも不当なものではない。何故なら、新国家は慣習プロセスに参加することで、同意しがたい慣習法規を変更する機会を得るからである。<sup>(14)</sup> それにもかかわらず、主体原則によって既存の諸規則が新国家に適用される事態が正当化され、慣習国際法形成プロセスでの権力行使が改めて容認されることになった。おそらく、いかなる強国であっても、新国家は全て、少なくとも成立当初は、自らが同意できない若干の規則を守らざるを得ないであろうし、その規則を自国に有利なように変更しようとするれば相当な持続的努力が求められるはずである。

恐らく、主体原則によって権力行使が容認される最も露骨な姿は、慣習プロセスへの参加資格者が限定される形で現れていると言えよう。主体原則があるために、国家が慣習国際法形成プロセスへの唯一ではなくとも主要な、直接的参加者になっているのである。

国際機構は、人権分野での貢献で判るとおり、慣習プロセスで益々重要や役割を演じるようになっていく。国

際機構は決議や宣言を採択し、時には強制行動 enforcement actions に従事する。国際機構は、更にその設立目的の範囲内で、国際法主体性を享有することが承認されている。<sup>(15)</sup> しかし、慣習プロセスで果たす国際機構の役割はその大半が加盟国の集団的役割のものである。例えば、国連総会が決議を採択するとき、国連ではなく投票行動をとる個別加盟国が法的行動をとっているものと見なければならぬのである。<sup>(16)</sup>

他の団体や個人は更に甚だしく慣習プロセスから排除されている。そうした団体には国際的行動主体として最も強力な企業も含まれている。会社は国内法システムの下では法主体であるが、国際法主体性に関しては極めて限定された存在でしかない。<sup>(17)</sup> このような国際法主体性の不存在的ないし不完全性のために、国家に相当な影響力を行使している強力な企業と言えども、国際社会で直接

自己を主張する手段を持たず、慣習国際法形成プロセスには殆ど参加し得ないでいる。このことは個人についても当てはまる。例えば、個人には人権に関して限定的な国際法主体性が認められるとよく言われ、一定の犯罪に関し国際法上の責任を負うと言われながら、慣習国際法形成には参加し得ないでいるのである。<sup>(18)</sup>

国際人権の中には、対世的な *erga omnes* 法的義務、即ち関係者だけでなく全ての国家を拘束する義務を定立しているものもある。<sup>(19)</sup> それと同様、国際法上の個人の刑事責任の中には、対世的 *erga omnes* 責任、即ち個人の国籍如何を問わず全ての国家が負うべき責任を含むものもある。<sup>(20)</sup> しかし、対世的 *erga omnes* 規則は個人や非国家団体に関して国家が有する国際法上の権利・義務のほんの一部に過ぎない。

(注)

- (1) 国際法原則としての管轄権原則を巡る議論については、本書第2部第4章序文を見よ。
- (2) 本書第1部第3章序文を見よ。
- (3) 同上。
- (4) 本書第2部第4章第1節第2項及び第3項、更に本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員 breadth of the territorial sea”を見よ。海洋大国が一致結束して *en bloc* 行動することがなかったことは注目すべきである。
- (5) 本書第2部第4章第1節第1項後半部を見よ。
- (6) See generally Eagleton (1953); Umozurike (1972); and Gayim (1990), especially 36 – 9.
- (7) 本書第1部第3章第2節を見よ。
- (8) 国家は時には新政府を承認することもある。一般的著作として次ぎを見よ。Frowein (1987). 又、国家承認について次ぎを見よ。Crawford (1979) 10 – 25. 本書が承認を論ずるとき、それは国家承認に限定している。
- (9) See generally Jennings and Watts (1992) 197 – 203.
- (10) 例えば、(1965年のローデシアの国連加盟を否決した)国連総会決議 2024 (XX) や (1974年にパレスチナ解放機構 Palestine Liberation Organisation に国連総会でのオブザーバーの資格を認めた) 国連総会決議 3237 (XXIX) を見よ。See also Higgins (1994) 43.
- (11) 本書第1部第3章第1節及び第3部第8章第2節更に第9章第2節を見よ。
- (12) 本書第3部第8章第4節後半を見よ。
- (13) See D'Amato (1971) 42. 本書第3部第8章第4節を見よ。
- (14) 国際法システムに参加することが剣の両刃になることを示している好例が、国際法委員会 ILC の国家責任条草案 Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 2 のコメントリーである。Report of the ILC on the Work of its 25th Session (1973) 2 Yearbook of the International Law Commission 177 :  
国家は独立した主権的存在になると同時に国際社会の構

成員として相互に平等の地位を取得する。主権の主権たる所以が権利の主張・実現にあり、これを大権 prerogative と呼ぶならば、大権の対立概念として主権者の義務履行責任を措定しなければならない。

- (15) 以下を見よ。国連の職務遂行中に蒙った損害に対する補償請求事件 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion* (1949) ICJ Reports 174 ; 国際貿易機関を設立するマラケシュ協定 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (1994) § 8 (1) , 33 ILM1125, 1147 ; 1982年の国連海洋法条約の定着性種族 Straddling Fish Stocks 及び高度回遊性魚種 Highly Migratory Fish Stocks の保存・管理規定の履行協定 § 1 (2) (b) (ii) , UN Doc. A/CONF. 164/33, reproduced in (1995) 34 ILM 1542, 1549. この履行協定については、本書第2部第6章第1節第3項前半部を見よ。
- (16) 本書第3部第9章第2節を見よ。
- (17) See Kokkini-Iatridou and de Waart (1983); and Fatouros (1987) .
- (18) 人権領域での個人の国際法主体性の主張の発達について次ぎを見よ。Lauterpacht (1950) . 国際法上の個人の刑事責任について以下を見よ。S/RES/827 (1993) (旧ユーゴ領域内で遂行された重大な国際人道法違反の行為に責任のある個人を処罰するための国際裁判所設立のための安保理決議 Security Council Resolution Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia) , reproduced in (1993) 32 ILM1203 ; 安保理決議 808 第2項の基づく事務総長報告 Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993) , UN Doc. S/25704 (1993) , reproduced in (1993) 32 ILM 1163 ; S/RES/955 (1994) (ルワンダ国際法廷設置のための安保理決議) , reproduced in (1994) 33 ILM 253 ; 1998年7月17日採択のローマ国際刑事裁判所規程 Rome Statute of the International Criminal Court については次ぎ



を見よ。http://www.un.org/icc ; and generally, Bassiouni (1986) . 裁判官や学者などの一部の個人は、法規の存在を認定したり、法的に意味のある国家実行 State practice を明らかにして分析することで、慣習プロセスに間接的に indirect 貢献している。国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice, § 38 (1) (d) 及び本書第2

部第7章第5節を見よ。

(19) 対世的 *erga omnes* 規則に関して、本書第3部第10章第4節を見よ。

(20) 普遍的管轄権を巡る議論については、本書第2部第4章第1節第2項最後のパラグラフを見よ。

## 第1節 外交的保護 Diplomatic protection

個人や法人が慣習国際法形成プロセスで演ずる役割は、その大半が外交的保護を経由する形になる。<sup>(21)</sup> 外交的保護によって、個人や法人の権利は国際請求の提出過程で当該個人や法人の本国の権利に吸収・同化されるのである。その事情を常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice はマブロマチス＝パレスチナ コンセッション事件 *Mavrommatis Palestine Concession Case* で次のように述べている。

国民の事件を取上げて、彼のために外交的活動や国際的司法手続を発動して、国家は実際には自分自身の権利—国民保護を名目として国際法の尊重を求める権利を行使しているのである。<sup>(22)</sup>

このように、外交的保護と主体原則とは密接に関連している。

個人や法人は国際法上の請求を提出する手続上の資格を持たないのであるから諸権利の吸収・同化は明らかに法的フイクションであるけれども、<sup>(23)</sup> 結果的には、国家は他国民の取扱に関してその本国に法的責任を負う者と考えられている。<sup>(24)</sup> 個人や法人に対して国家が国際法上有する義務の多くは、他国に対する義務と同様、外交的保護と言う形で履行されている。<sup>(25)</sup>

恐らく、慣習プロセスで権力行使を正当化する主体原則の最も興味深い効果は、外交的保護の分野で現れるであろう。何故なら、外交的保護を与えられる個人や法人はその本国の国際法主体性から利益を得るだけでなく、相当程度、本国の国際法主体性を体現しているものとして扱われるからである。要するに、国民が一定の分野の活動に従事している場合、国籍国の側は本来であれば成立しないはずの慣習国際法形成プロセスが限定的ながら成立するのである。それには、少なくとも3つの理由がある。

第1に、国民を媒介として国籍国が請求を提出しなければならない機会が通常増えるのであり、その結果、国籍国が直接的に慣習プロセスに参加することができるということである。国際法主体のみが請求を提出できるの

であり、しかも、その請求が慣習国際法形成プロセスにおける重要な国家実行と見なされているので、ここでも主体原則は権力行使を容認する機能を果たしている。<sup>(26)</sup>

第2に、国民を媒介として国籍国には通常、一定の問題につき特殊な請求を行う機会が生れる。そうした請求は外交的保護と言う国際法上の権利に基いて行われるので、類似の抽象的請求に比べて慣習プロセスでの比重は大きくなる。<sup>(27)</sup>

第3に、一定の状況下で国民を媒介として国籍国は請求を実効的に行うために対抗措置を執ることがある。国民を媒介しない類似の行為が違法行為となるのに対し、国民を媒介させた対抗措置は慣習国際法形成プロセスに有効に作用するであろう。<sup>(28)</sup>

主体原則が外交的保護の局面で発揮する権力行使容認の効果の一例が、外国人財産の収用に際しての補償基準に関する慣習規則に現れた。前期の3つの理由により、殆どの関係会社が先進工業諸国で法人化されていたために、この慣習規則の成立に先進国が関与できたのである。工業国の立場から言うと、この慣習規則は対外的規則 *external rule* になるので、関与の機会を増やすことがとりわけ大切であったと言えよう。この規則に関わる国家実行の大半が開発途上国の管轄権内で生じたために、先進国は最初から不利な立場に置かれていた。<sup>(29)</sup> しかし、主体原則は、外交的保護の局面で機能した場合、開発途上国の管轄権原則の権力容認傾向と少なくとも部分的に対立する先進国の権力行使を正当化する効果をもたらしたのである。相異なる規則や原則がそれぞれ権力を容認する姿勢をしばしば示して対立する場合、国際システムの枠内でそれぞれの意味合いを評価することが難しくなる。

領域規則 *boundary rules* は、主体原則が外交的保護の局面で機能した場合に慣習プロセスへの国家の関与の効果をもどのように改善するかを示す好例を提供している。<sup>(30)</sup> 第4章で説明したように、海洋大国の旗を掲げた商船の活動は、12海里領海の展開期には、この規則の普及を阻止せんとする海洋国家の能力を誇示するものであった。<sup>(31)</sup> 実際に、主体原則によって海洋国家の領域を大抵の場合遠く離れていた係争地域まで観念的に拡大することができた。しかし、海洋大国の商船隊の出現に刺激された沿岸国も、領海拡張を主張するよりも当該商船隊を拿捕す

ることで、もっと有効に慣習プロセスに参加することができたのである。

このように、主体原則が存在しない場合に比べて、この原則があるおかげで国家は潜在的な慣習法規や成立途上の慣習法規、更には完成した慣習法規に実際に従うことができるのである。しかし、この原則の効用は、単に在外自国民にかんする慣習法規の生成・発展・変更に国

家を関与させる点にあるだけではない。この原則に基づいて、間接的ながら、一部の国家は国内にいる国民以外の外国人についても人権の保護を強化しているのである。その理由は、人権の一般的発達を支援する国家としては、外交的保護によって在外自国民の権利の問題を個別に、しかも割合平穏な形で提起できる点にあるからであろう。

(注)

(21) See Danilenko (1993) 84.

(22) (Jurisdiction) (1924) PCIJ Reports, Ser. A, No. 2, 12. See also *Panevezys-Saldutiskis Railway Case* (1939) PCIJ Reports, Ser. A/B, No. 76, 16. See generally Seidl-Hohenveldern (1987) 7 – 12; Brownlie (1990) 480 – 94; and Dinh *et al.* (1994) 757 – 64.

(23) See Lauterpacht (1950) 27; and Higgins (1994) 71, note 68.

(24) 国籍付与は各国の権限に属する問題であるから国際法規の規定事項ではないと論じられるかもしれない。しかし、国籍を付与するかどうかの選択権が国家に留保されているとしても (see, e. g., *Nationality Decrees in Tunis and Morocco Case* (1923) PCIJ Reports, Ser. B, No. 4, 24; and *Nottebohm Case* (1955) ICJ Reports 4, 20), 外交的保護を行うために当該国籍付与が有効と言えるかどうかは、長らく、国際法上の問題として扱われてきた (see *Nottebohm Case, ibid.*, 20 – 1; and *Merge Claim* (1955) 22 ILR 443 (Italian-US Conciliation Commission)); and more recently, *Iran-United States, Case No. A/18* (1984) 5 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* 251 (full tribunal)。

(25) この区別の古典的表現として、本書第1部第一章序文脚注(1)に挙げたバルセロナ＝トラクション事件 *Barcelona Traction Case*, を見よ。

(26) 国際法主体と国際請求の関連について以下を見よ。  
*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, (1949) ICJ Reports 174, 181 – 2. 一般的請求資格の国籍については次ぎを見よ。Donner (1994). わずかな例外として、国家は、自国民以外の者であっても、一国の軍隊や商船隊の外国人構成員や特に国際法上保護を認められる者については、外交的保護権を行使できる。更に、国家が自己のために提出する請求と外交的保護のために提出する請求との間には少なくとも2つの相違がある。前者では、国籍との真正連関 *genuine link* を証明する必要がなく、国内的救済 *local remedies* を尽くす必要もない (尤も、外国領域内での活動に関しては当該外国の裁判権からの免除を主張し得ない)。この2点が、外交的保護権に基づく請求と異なるのである。

(27) 本書第2部第4章第1節第2項なかほどを見よ。

(28) 権利主張を支持したり反対したりする行動のみが慣習国際法上の国家実行 *State practice* として評価されるとの議論につき次ぎを見よ。Weisburd (1988). 対抗措置にかんする一般的著作として次ぎをみよ。Zoller (1984). 又、本書第2部第4章の脚注(33)で示した論議を見よ。

(29) 本書第2部第4章第1節第1項を見よ。

(30) 本書第2部第4章第1節第2項を見よ。

(31) 本書第2部第4章第1節第2項を見よ。

## 第2節 ‘国際ミニマム＝スタンダード’ international minimum standard’

外国で自国民の権利侵害が発生した場合、国籍国は当該人権問題を直接的に法的請求として提起できる。当該請求は請求国の国民の取扱に関して提出されるのが普通であるが、しばしば、当該外国の国民や第3国の国民の取扱に関して提出されることもある。こうした性格の請求を提出することで、国際社会一般だけでなく、最悪の人権侵害国家においてさえ、人権の自覚や関心が高まり、“国際ミニマム＝スタンダード international minimum standard” の発達が期待できるのである。<sup>(32)</sup> 更に、侵害された個人の権利は国籍国の権利に吸収されて直接相手国に法的請求として提出されるのであるから、抽象的な声明よりも慣習プロセスに与える影響は大きいといわざるを得ない。<sup>(33)</sup> しかし、恐らく最も大切なことは、外国

人の取り扱いにかんする慣習法規が発達したことで、国際人権の自覚も高まり、既存法規の正統性 *legitimacy* の根拠を多少事情の異なる人間集団に類推適用して、合法性 *legality* という概念を共有したことでであろう。<sup>(34)</sup>

外交的保護の歴史を観てみても、外国人の取り扱い基準と自国民の取り扱い基準の関係がしばしば不明確である。しかし、外国人の取扱に関して国際人権との関連は以前から明確にされてきている。例えば、1926年のロバーツ請求事件 *Roberts Claim* で、アメリカ＝メキシコ一般請求権委員会 *United States-Mexican General Claims Commission* は、メキシコで投獄された合衆国国民に保障されるべき待遇基準について次ぎのように指摘している：

内外人平等待遇を巡る事実関係の調査は、外国人に対する待遇の不服申立てに関わる本案 *merits* の事実認定にとって重要であるといえる。しかし、内外人の平等は国

際法上国家行為の合法性の究極の基準と言う訳ではない。大雑把な言い方をすれば、この基準の趣旨は、通常の文明国標準に従って外国人が取り扱われているかどうかということである。<sup>(35)</sup>

同様に、1957年、当時の国際法委員会 International Law Commission の国家責任問題特別報告者 special Rapporteur on State Responsibility であるガルシア＝アマドール Garcia Amador は委員会への第2次報告書で以下の条文草案を提案している。

国家は外国人に対して、自国民に対して与えているのと同様の市民権の享有を認め、同様の個別の人権保障を確保する義務がある。しかし、こうした権利や保障は、いかなる場合であっても、現代の国際的諸文書で承認・定義されている“基本的人権 fundamental human rights”以下であってはならない。<sup>(36)</sup>

国連総会も1985年の居住外国人の人権宣言 Declaration on the Human Rights of Individuals who Are Not

Nationals of the Country in Which They Live<sup>(37)</sup>で外交的保護に対して人権アプローチを採用した。この宣言は、外国人に“認めるべき shall enjoy”一定の人権及び基本的自由を明記している。例えば、§6は次ぎのように宣言している：“いかなる外国人も拷問や残虐で非人道的な又は品位を傷つける待遇や刑罰を受けることはない。特に、いかなる外国人も本人の自由な同意なく医学的ないし科学的実験の対象とされてはならない。”<sup>(38)</sup> 慣習国際法上の人権規定の法典化を目的とした多数の宣言や条約にも本条項と類似の規定がある。<sup>(39)</sup>

人権に関する一般的な慣習法規の発達に外交的保護がどのような影響を及ぼしたのかを全体的に評価することは困難であるが、主体原則はここでも論点を提起して道徳的権威を強調することで慣習国際法形成プロセスでの力の行使を正当化することになろう。通常外交的保護を利用できない個人や集団、即ち独特の境遇に身を置いて法的保護を十分与えられていない無国籍者や難民の国際法上の地位を検証してみれば、力の行使を容認する結論にうなずけるはずである。

(注)

- (32) “国際ミニマム＝スタンダード”については次ぎを見よ。Lillich and Neff (1978) ; Lillich (1984) ; and Brownlie (1990) 526 – 8.
- (33) 本書第2部第4章第1節第2項中ほどを見よ。
- (34) 同様に、本書第2部第4章第2節の類推に基づく管轄権の説明を見よ。
- (35) (1926) 4 *Reports of International Arbitral Awards* 77, 80.
- (36) (1957) 2 *Yearbook of the International Law Commission* 104 (Art. 5 (1)). しかし、この条文草案は国際法委員会 ILC の多数の委員から強い反対を受け採択されるに至らなかった。それ以来、同委員会は国家責任問題の個別の論点ではなく一般的 (“副次的 secondary”) 原則の法典化に焦点を絞っている。国家責任の一般的資料として以下を見よ。ILC Draft Articles on State Responsibility (Part One), note 14, above ; Arts. 1 – 5 of the ILC Draft Articles on State Responsibility (Part Two), in *Report of the ILC on the*

*Work of its 40th Session* (1983) 2 (2) *Yearbook of the International Law Commission* 107 ; Brownlie (1983) ; Dinh et al. (1994) 729 – 73 ; and <http://www.law.cam.ac.uk/RCIL/ILCSR/statresp.htm>.

(37) UNGA Res. 144 (XL), GAOR, 40th Session, Supp. 53, 253. その背景を説明したものとして次ぎを見よ。Lillich and Neff (1978) ; and Lillich (1984) 55 – 6.

(38) *Ibid.*

(39) 例えば、本書第1部第3章脚注(45)に挙げた1948年の世界人権宣言 Universal Declaration of Human Rights, §5 や1966年の市民的政治的国際人権規約 International Covenant on Civil and Political Rights (UNGA Res. 2200A (XXI), reproduced in (1967) 6 ILM 368) §7 や1975年の拷問禁止宣言 Declaration on Protection from Torture (UNGA Res. (XXX)) §1 – 4 や1984年の拷問禁止条約 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (UNGA Res. 39/46, reproduced in (1984) 23 ILM 1027) .

### 第3節 無国籍者と難民

#### Stateless persons and refugees

無国籍者とはいずれの国家の国籍をも有しない個人である。無国籍者の被害は国家の被害ではないので、条約に義務として明記されず対世的 *erga omnes* 義務も存在しない場合、国家間請求の根拠にはなり得ない。<sup>(40)</sup> 難民 refugees は、伝統的な法的定義によれば、現に迫害を受

け又は迫害を受ける正当な理由を有するが為、国籍国又は居住国から止む無く逃れた人達である。<sup>(41)</sup> 難民に関しては、迫害国が外交的保護権を行使するとは考えにくいだが、いずれにしても、国家が自らに対して外交的保護請求を提出することは法理上、不可能である。現実を観ても、難民が外交的保護にアクセスしにくい状況は無国籍者と同じである。<sup>(42)</sup>

無国籍者と難民は国際法上の保護を受けることは比較



の少なかつた。例えば、国家は無国籍者に国籍を付与したり入国を認めたりする法的義務を全く負っていないのである。難民に関する一難民としての一全ての国際法上の義務は幸運にも迫害国の領域から逃れ他国領域に入った個人にのみ適用されるのである。<sup>(43)</sup> 外国人（及び極めて類似した状況下にある個人）に対する慣習国際法上の保護に喩えるならば、難民が享有できる保護水準は主体

原則と連結していることは明らかである。主体原則によって、各国家は在外自国民（及び極めて類似した状況下にある個人）保護規則の発達に有効に参加できるのである。逆に、主体原則が機能しない場合（及び、それに類似した状況下で）、慣習プロセスへの国家の参加能力は大きく損なわれるし、そこで成立する規範の実効性も疑わしいものになる。

(注)

(40) 1931年のデックソン＝カー＝ホイール＝カンパニー事件 *Dickson Car Wheel Company Case* ((1931) 4 *Report of International Arbitral Awards* 669, 678) で、仲裁裁判所は次ぎのように指摘している。

国家は…無国籍者に損害を加えたからといって国際不法行為を犯したわけではない。従って、当該損害発生の前後を問わず、いかなる国家も彼のために干渉したり不服申立てをしたりする権限を有するものではない。

対世効 *erga omnes* 規則に関しては、本書第3部第10章第4節“強行法規と対世効規則 *Jus cogens and erga omnes rules*”を見よ。

(41) 1951年の難民の地位に関するジュネーブ条約 *Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (189 UNTS137) § 1は難民の定義規定であったが、1967年の難民議定書 *Protocol Relating to the Status of Refugees* (606 UNTS 268) § 1によって、次ぎのように改正された。

人種、宗教、国籍、特定の社会集団の構成員であること、又は政治的意見によって迫害される十分な根拠があるため国籍国の外にあるか、そうした恐れのために国籍国の保護を利用し得ないか利用を欲しない者、及び、国籍を持たずに居住国を離れているため帰国できないか、迫害の恐れのために帰国

を欲しない者。

多くの論者や国連難民高等弁務官 UN High Commissioner for Refugees は、この定義が内戦や飢饉や環境破壊から逃れた人々を排除しているため極めて制約されたものであると考えている。See, e. g., Bodart (1995); Goodwin-Gill (1995); and UNHCR (1995) 19 – 55. しかも、近年、難民を抱える多くの国家は § 1の定義につき極めて厳格な解釈を執っている。See, e. g., Zimmermann (1993); Carlier and Vanheule (1994). 更に、1951年7月28日のジュネーブ難民条約 § 1にいう“難民 *refugee*”の定義を一致して適用するため欧州連合条約 § K3に基づき [閣僚] 理事会が定めた1996年3月4日の共同決定 *Joint Position* も参照せよ。(1996) *Official Journal of the European Communities* No. L63/2.

(42) しかし、興味深いことに、国連は（イラクによるクウェート侵入から発生した）パレスチナ難民の請求につき、国連補償委員会 UN Compensation Commission で事実上の外交的保護職務を遂行した。緊急に請求を提出するための手続基準第19項に関するガイドライン（国連補償委員会管理理事会決定5, 1991年10月18日採択 UN Doc. S/AC. 26/1991/5, reproduced in (1992) 31 *ILM* 1031）を見よ。

(43) 1992年に公海から来たと主張する難民を合衆国が請求を審理せずにハイチに送還する決定を下した。この決定に対していずれの国も反対しなかった事実こそ、こうした事情を雄弁に物語っている。

#### 第4節 非政府間機構 *Non-governmental organization*

主体原則が持つ権力行使正当化の効果は、慣習国際法形成プロセスに参加し影響力を行使しようとする非政府間組織 NGO が直面する困難な現実にも観察される。NGO は、とりわけ人権分野の慣習規則の発達に大きく貢献している。<sup>(44)</sup> しかし、この分野での影響力は、全面的ではないにしてもその大半が、主権国家並存の枠組みの中で行使されている。非政府間組織は国際法主体ではないので慣習プロセスに直接参加することはできない。その代わりに、これらの組織は大衆を動員して国家に圧力をかけ、潜在的慣習規則や確立前後の慣習規則に賛否の姿勢を執らせている。更には、これらは時々国家を説得して、通常であれば利用できず公開もされない情報を取得するこ

とに成功している。この機能は、国連人権委員会 *United Nations Human Rights Commission* の小委員会 *Sub-Commission* のような一部の国際機構の内部機関に国家が非政府間組織を限定的ながら出席させたことで、さらに強化されたといえよう。<sup>(45)</sup> しかし、NGO が国際機関に出席しても、それだけで NGO が慣習プロセスで直接的な役割を演じていることにはならない。<sup>(46)</sup> 何故なら、NGO の説得の対象たる政府の行動こそが、慣習国際法の生成・発展・変更に直結しているからである。

本章では主体原則に基づいて慣習プロセスで権力行使が正当化される方式が少なくとも2つ存在することを明らかにした。第1に、主体原則は慣習プロセスへの参加者数を限定すると共に、参加の程度を制約する。第2に、外交的保護権の行使の形をとって、主体原則に基づき国

家はしばしば対外的規則や領域規則の生成・発展・変更に参加する能力を高めている。他の国際法原則と同様、

主体原則も変化を制約するだけでなく、時には変化を促進するのである。

(注)

(44) 例えば、拷問禁止原則の発達に対するアムネスティ＝インターナショナル Amnesty International の貢献について、詳

細は以下を見よ。Rodley (1987) .

(45) See Lagoni (1994) .

(46) 之と異なる見解として次ぎを見よ。Gunning (1991) .

## 第6章 相互主義 principle of reciprocity

通常、法の支配 rule of law にとって基本的重要性を持つと思われている概念の一つは、どんな社会の法も原則としてその全ての構成員に適用されなければならないというものである。国内法システムの下で、この概念は少なくとも2つの形で理解されている。第1に、法は国家ないし主権者によって上から課され、一般的に全ての国民に適用されると考えられている。<sup>(1)</sup> 第2に、個人相互間であれ、個人と国家との間であれ、法は多数の2者関係を示すものとして理解することができる。<sup>(2)</sup>

国際社会には統一的主権者は存在せず、国際法はしばしば、国際法主体性を有する実体 entities 即ち国家相互の多数の2国間関係を規律するものとして理解されている。<sup>(3)</sup> 統一的主権者が存在しないので、国際法の少なくとも幾つかの分野では一カ国にのみ国際法を適用する必然性はないし、全ての国家に国際法が均等に適用される必然性もない。即ち、国際法が一般化していく必然性がないということである。むしろ、国家への国際法規の適用は、個別法規又は法成立プロセス一般に対する当該国家の同意に依存すると考えられている。<sup>(4)</sup> しかも、この同意は、多国間条約に対する留保への条約当事国の同意<sup>(5)</sup> や特別慣習国際法の成立に対する当事国の同意<sup>(6)</sup> を観察すれば判るとおり、2国間で効力を有するのである。

このような国際法に対する2面的理解は、一般適用のある規則とりわけ国際法システムの基本原則の存在と両立しないと考えられるかもしれない。<sup>(7)</sup> シンマ Simma は2国間主義 bilateralism を“国際法の強化発展を妨げる障害 a barrier in the way of stronger solidarity in international law”であると批判して、強行法規 *jus cogens* 及び対世効規則 *erga omnes rules*こそ2国間主義ないし分権構造の“アンチテーゼ antithesis”になると主張している。<sup>(8)</sup> しかし、特定の規範に関する2国間関係がいくつも設定されれば全ての国家間に類似の法関係が成立し、当該規則の普遍的適用が実現すると思われる。もっと言えば、一般的規則を生み出す2国間関係は相互に隔絶しては存在し得ないと思われる。さまざまな2国間の法関係を生

み出す根拠規則は慣習プロセスから成立するので、根拠規則として容易に変化しない重みを持っている。この慣習プロセスとそれに影響を及ぼす国家実行 State practice は主体の範囲の点で国家一般に開放されているが、法規上の権利と義務とは主体の範囲の点で2国間関係に限定されている。<sup>(9)</sup> 極端な例を挙げると、対世効 *erga omnes* 原則は、全ての国家の2国間法関係の連鎖を基礎として成立しており、対世効を持つ規則の侵犯国に対するいずれかの権利保有国からの報復を正当化する効果を持つ。<sup>(10)</sup>

相互主義 reciprocity は、2国間主義の基本的概念である。この概念は、少なくとも形式的には平等な当事者の2国間関係が直接的なものではなく、少なくとも1つの対価的要素 element of *quid pro quo* <sup>(11)</sup> を必然的に含むことを示唆している。このような相互主義という広い社会的概念は、国家が短期又は長期の国益を考慮して適用するのであるが、国際法上の義務とは別に又は国際法上の義務に追加する形で、国際協力や国際交流を促進する機能を期待されている。<sup>(12)</sup> しかし、相互主義というこの一般的概念は国際法原則にもなっている。即ち、一般的慣習国際法の下で権利 right を主張する国家は他の全ての国家にも同一の権利を認めなければならないのである。<sup>(13)</sup> その意味で相互主義 reciprocity は国家の形式的平等の法的帰結である。にもかかわらず、相互主義は、国家実行に即応する法規の普遍化を承認することで、慣習国際法成立プロセスで不可欠の機能を果たしていることを忘れてはならない。<sup>(14)</sup> それゆえ、ここでは相互主義を権利性を持つ国際法原則として扱うことにする。

一般慣習国際法上の権利を主張する国家に他の全ての国家にも同一の権利を認めさせることになる相互主義は、少なくとも3つの形での権力行使ないし裁量を認めていると言える。その1つは、国家の請求の内容と請求の提出方法に関してである。第2は、他国からの請求に対してどう対応するかに関してである。第3は、自らが同意しない潜在的ないし既存の慣習法規に対してどう反対の態度を貫くかという点に関してである。この3点に関して、以下、順次、論ずることにする。

(注)

- (1) See Austin (1954) Lecture I, 9 – 33 ; and Dicey (1959) 70 – 6.
- (2) See Hohfeld (1916 – 17) ; reprinted in Hohfeld (1923) 65.
- (3) See, e. g., Sloufka (1968) ; and Lowe (1983a) .
- (4) 本書第1部第1章第1節後半部を見よ。
- (5) 本書第1部第3章脚注<sup>(10)</sup>で引用したウィーン条約法条約 (Vienna Convention on the Law of Treaties) § 20を見よ。この要件は慣習国際法の要件の一つでもある。See McNair (1961) 158 – 77.
- (6) 特別慣習国際法については、本書第1部第1章脚注(3)で引用した著作を見よ。この点につき、本章後出脚注(9)で引用した次ぎの文献を見よ。Lowe (1983a) .
- (7) 本書第1部第1章序文後半部を見よ。
- (8) Simma (1989) 822ff. See also Weil (1983) 432. 又、本書第3部第10章第3節及び第4節を見よ。
- (9) Lowe ((1983a) 209 (emphasis in original)) . 同書では国際法を“義務のネットワーク network of obligations”として定義して以下のように論じている。

国家が一般的に従っているという意味で in the *descriptive sense* のみ、規則は一般的性格を持つのである。し

かし、全ての国家に原則的に適用されるからと言って、規範的意味で in any *prescriptive sense* 一般的であるとは限らない。

- 又、本書第3部第8章第4節のLoweからの引用文を見よ。
- (10) See Byers (1997a) . なお、本書第3部第10章第4節を見よ。
- (11) しかし、場合によっては、不平等条約が絡む場合など、対価が異常に不均衡なこともある。更には、しばしば、相互主義は同一の事例の中で再現されず、時を改めた別の“取引 transaction”の中で採用されることもある。本書第1部第2章第1節で紹介したコヘイン Keohane の言う“特定 specific”相互主義と“分散式 diffuse”相互主義について注意すべきである。
- (12) See generally Keohane (1986) .
- (13) 一般的社会的概念としての相互主義と法原則としての相互主義の区別は、ピラリー Virally の言う“現実的相互主義 la reciprocite reelle”と“形式的相互主義 la reciprocite formelle”の区別に似ている。See Virally (1967) 29 – 34. See also Simma (1984) . 一般的法理論の立場から大半の義務の淵源としての相互主義概念を説明したものとして次ぎを見よ。Fuller (1969) 19 – 27.
- (14) 本書第3部第9章を見よ。

## 第1節 相互主義に基づく請求

相互主義に基づいて、一般慣習国際法上の権利を一国が主張することで他の全ての国家が同一の権利を取得することを認めるならば、国家は一般化してもいいと考える権利だけを主張することになろう。従って、権利が一般的承認を得ると、他の全ての国家に対する *vis-a-vis* 義務も権利主張国に発生することになる。諸国家の要求内容を限定することで、相互主義は既に、慣習国際法形成プロセスでの権力の積極的意義を正当化しているのである。しかし、相互主義は国家の要求内容を限定するだけではない。相互主義は、国家が自らのために特定の慣習法規の生成・発展・変更に影響を及ぼそうとして使うツール(手段)でもある。以下に挙げる2つの事例は、国家が国益を図って相互主義を援用する2つのやり方を示していると同時に、相互主義によって慣習プロセスで権力行使が容認される2つの方式をやや正確に示している。第3番目の事例は、慣習法規の発展・変更を図るための条約締結交渉で圧力を加えるため、相互主義がどのように援用されたかを示している。

### 第1項 トルーマン宣言 Truman Proclamation

1945年に合衆国のトルーマン大統領 President Truman は“大陸棚の海底及び底土の天然資源に関する宣言 Proclamation with Respect to the Natural Resources of

the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf”を発表した。<sup>(15)</sup> 一般には“トルーマン宣言 Truman Proclamation”として知られている同宣言では、特に *inter alia* 次ぎの個所に注意すべきである。

合衆国政府は、公海の下にはあるが合衆国沿岸に接続している大陸棚の海底及び底土の天然資源を合衆国に帰属しその管轄権と支配に服するものと見なす。<sup>(16)</sup>

この宣言が発表されたとき、その内容は従前の国際法と矛盾していた。<sup>(17)</sup> 12海里以遠の大陸棚の海底資源の全てに対して一般的支配権を主張した国は無かったし、そうした請求を認めるアプローチを採っている条約も無かったのである。しかし、合衆国の主張とそれ以前の国際法とに基本的矛盾が存在したにもかかわらず、他国が合衆国を先例としてそれに追随し各自の大陸棚に対して同様の管轄権を主張した結果、合衆国の主張は急速に慣習国際法の地位を取得した。<sup>(18)</sup> 1951年までには国際法委員会 International Law Commission は沿岸国の大陸棚に対する権利を一連の条文草案 Draft Articles に含め、<sup>(19)</sup> 1958年にはジュネーブ大陸棚条約の諸規定にこの権利が含まれ、既に慣習法になっていることが確認された。<sup>(20)</sup>

なぜトルーマン宣言は慣習国際法規の発達を促進する上で成功したのか？ 1つの重要要因は明らかに合衆国の地位にあった。1945年当時、合衆国は既に世界最強の国



家になっており、第2次大戦の戦勝国として比較的無傷の状態にあった。しかし、もっと重要な要因はトルーマン宣言の主張の性格であったと思う。つまり、同宣言の主張の趣旨は3つの点で一般的承認と黙認を得やすかったのである。その1つは、同宣言は全ての沿岸国が同様の宣言を出すことを認めたのである。同宣言のある個所で、“沿岸国が大陸棚の海底及び底土の天然資源に対して管轄権を行使することが合理的で正当である”<sup>(21)</sup>と述べられているのである。国際法上の権利という点から観ると、合衆国は自国の為に、そしてand、他の全ての沿岸国の為に重要事項を主張したのであった。

第2に、同宣言が要求した諸権利の合法性は、該当区域の現実の占有や時効の利用に基づくものではなかった。つまり、当該諸権利は国家の規模や国力や経済的技術的

発展度の如何を問わず、全ての沿岸国が享有しうるものだったのである。

第3に、事実上全ての沿岸国が大陸棚を保有しているので、アメリカ以外の多くの国家も同宣言の権利を主張して利益を得る道を選んだのである。これらの国家がアメリカの主張の正当性を否定していたならば、自らの実質的利益をも否定する結果になっていたであろう。従って、大陸棚に対する沿岸国の管轄権を認める思想は、ある学者の言葉を借りれば、“国際法市場における取引概念 marketable concept in the marts of international law”<sup>(22)</sup>なのである。以上3つの理由により、トルーマン宣言は意識的に新たな慣習法規を生み出した古典的な成功例なのである。

(注)

(15) Reproduced in (1946) 40 *American Journal of International Law Supplement* 45. 更に、彼は同時に、公海の一定区域における沿岸漁業に関する宣言 Proclamation with Respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas を公布した。Reproduced in (1946) 40 *American Journal of International Law Supplement* 46. トルーマン宣言とその慣習国際法への影響に関して一般的に論じたものとして、次ぎを見よ。Sloufka (1968) ; and Crawford and Viles (1994) .

(16) *Ibid.*

(17) See Hurst (1923 - 4) 34 ; and Crawford and Viles (1994) .

(18) そうした国として、メキシコ (1945年)、アルゼンチン (1946年)、パナマ (1946年)、ニカラグア (1947年)、チリ (1947年)、ペルー (1947年)、コスタ＝リカ (1948年)、バハマ＝ジャマイカ連合王国 United Kingdom for Bahamas and Jamaica (1948年)、グアテマラ (1949年)、ブラジル (1950年)、エルサルバドル (1950年)、ホンジュラス (1950

年)、英領ホンジュラス及びフォークランド諸島連合王国 United Kingdom for British Honduras and the Falkland Islands (1950) , and Australia (1953) . See Young (1948) 851 - 4 ; Young (1950) 27 - 33 ; and O'Connell (1982) vol. 1, 474. ペルシア湾での同時代の関連実行については、次ぎを見よ。Young (1949) . イギリスの対応については次ぎを見よ。Marston (1996) 15 - 19.

(19) Draft Articles on the Continental Shelf and Related Subjects, in *Report of the ILC Covering the Work of its 3rd Session (1951) 2 Yearbook of the International Law Commission* 123, 141.

(20) 499UNTS 311. 1958年の大陸棚条約に採り入れられなかったトルーマン宣言の唯一の要素は、大陸棚の境界確定アプローチであった。条約のこの点が1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* (本書第1部第3章脚注(15))で国際司法裁判所によって慣習国際法と合致しない *not to accord with* と判示されたのである。

(21) 本章脚注(15)。

(22) Young (1948) 849.

## 第2項 北極海域汚染防止法

### Arctic Waters Pollution Prevention Act

1970年、カナダ議会は北極海域汚染防止法を採択した。<sup>(23)</sup> この法律は同海域にカナダの主権を主張したものではなかったが、カナダの北極海沿岸100海里沖合いまでの船舶航行規制権を同国政府に付与していた。<sup>(24)</sup> 同法は、人類及び人類にとって有益な野生動植物の北極海の利用に害を与えるような全ての *any* 海洋汚染物質を含む広義の廃棄物を北極海に投棄し汚染する行為に対して罰則を定めたのである。その他、同法は特に、航行安全統制区域の設定や船舶の安全構造基準の設定に関する規制権を定め、北極海沿岸100海里以内において同法上の義務を侵

したと合理的に推定される船舶に対する拿捕権を含む執行権を政府職員に付与したのである。

カナダの主張によれば、北極海域汚染防止法は脆弱な北極海の環境下での海洋汚染の危険に対する適切な対応策であった。<sup>(25)</sup> この汚染への懸念は、1969年に合衆国の石油タンカー・マンハッタン号 SS Manhattan が北西航路を航行した際に証明された。<sup>(26)</sup> それにもかかわらず、この法律はそれまでの国際法とは明らかに矛盾していたのである。しかし、国際司法裁判所規程 § 36 ② (“選択条項 optional clause”)により同裁判所の強制的管轄権の受諾宣言を行う際に、カナダはそれを承知の上でこの法律のテーマを除外する留保を提出していたのである。<sup>(27)</sup>

この法律は合衆国から以下のような強硬な抗議を受けた。

合衆国は公海上の船舶に対する沿岸国の管轄権行使を容認しないし、いかなる国であれ一方的に3海里を越える領海を設定したり12海里を超えて限定的管轄権を行使することを認めない。<sup>(28)</sup> カナダ政府に対する合衆国の通牒は後者の立場を説明していた：

我々は、カナダ政府の今回の行動が仮に我々の反対を受けなければ、世界の他の国々によって海洋の自由に対する更なる一方的侵害を引き起こすための先例として援用されることになるのではないかと懸念している。若しカナダが公海上で排他的な汚染及び資源管轄権を主張し行使するならば、他の諸国家も目的の合理性の如何を問わず他の管轄権を主張するはずである。しかし、いずれの側の管轄権主張も国際法に照らせば等しく無効である。<sup>(29)</sup>

合衆国は、カナダ政府が自発的にこの問題を国際司法裁判所に提出するよう求めた。<sup>(30)</sup> しかし、カナダ政府はこの提案を拒否した。<sup>(31)</sup>

合衆国は北極海域汚染防止法の制定に公式に抗議した唯一の国である。他の国々はこの新たな管轄権能の主張を黙認したようである。従って、カナダの一方的主張は、従前の慣習法を変更して沿岸国が領海以遠に汚染防止措置を導入・執行する権利を確立する重大な契機となった。こうした慣習法の変更は1982年の海洋法条約§ 234に反映している。即ち同条は200海里に及ぶ“氷結区域 ice-covered areas” —実際にはカナダが主張した距離の2倍に相当一での沿岸国の汚染防止権限を認めたのである。<sup>(32)</sup> 恐らくそれと同じくらい重要と思われるのが、同条約§ 220である。同条によって、沿岸国は排他的経済水域内の全ての区域—氷結の有無を問わず一での汚染防止権限を付与されたのである。但し、非氷結区域での権限は氷結区域での権限ほど大きくは無い。<sup>(33)</sup> これらの条約規程と並行して慣習国際法を発達・確立させようとした自らの試みが成功したことを認めた上で、カナダ政府は当時まだ未発効状態であった海洋法条約を批准せずに *without*, 国際司法裁判所の強制管轄権受諾宣言につけていた留保を撤回したのである。<sup>(34)</sup>

トルーマン宣言について、人はなぜこのような一方的要求が慣習国際法の変更を導き得たのかと問うはずである。一つの解答として、その要求が比較的限定的であって明確な合理性が汲み取れたことを指摘しなければならない。カナダにしても大西洋や太平洋沿岸一体に汚染防止管轄権を主張したわけではない。気候条件によって石油流出が特に危険な状況をもたらす得る北極海に限定してカナダは汚染防止管轄権を主張したのである。

1984年にも地理的に限定された国際法の発達が見られた。同年、ドイツ連邦共和国はドイツ湾 German Bight の特殊な制約を受ける部分での3カイリ領海の主張を放棄し、地理的調整に基づきボックスを基礎にした新たな境界を設定した。このボックスはドイツの海岸線から約16マイル沖合いまで伸びていた。<sup>(35)</sup> この新たな要求は、交通量の多い海域で油漏れ事故を防止することを明確に意図していたが、いずれの国からも反対を受けなかった。その理由は、恐らく、この湾の特殊な状況での利害調整に一般的状況でのルールが適用できない点にあったと思われる。つまりこの事例は、ドイツ以外の国が領海幅員に関する一般規則の例外の生成を法的権利として認めるほど特殊だったということである。しかし、沖合い100マイルまでの汚染防止管轄権を主張したカナダを巡って成立した規則は一幾つかの点で一北極海域に限定されない一般的規則であった。<sup>(36)</sup>

カナダの意図するところではなかったかもしれないが、カナダの主張の一般的規則としての発達はその請求の仕方からいって不可避的な結果だったのであろう。即ち、カナダの要求は、全ての沿岸国が単独で要求できる問題として、権利としての成長が比較的容易だったのである。1970年までには、諸国家は船舶とりわけ石油その他の危険物質を輸送する超大型タンカーの利用の増加から生ずる環境への脅威を厳しく認識するに至った。1967年にトリー＝キャニオン号 Torrey Canyon がコーンウォール Cornwall 沖で座礁破損した。<sup>(37)</sup> 1968年にはカリフォルニア州南部の沖合いでの原油流出事故で海岸線が40マイルにわたって深刻な被害を受けた。<sup>(38)</sup> このように、全ての沿岸国は、環境保護のための船舶の沿岸航行の規制に関してカナダと同一乃至極めて類似した利害を有している。こうした要因があったからこそ、北極海に100マイルまで汚染防止管轄権を主張したカナダの要求が慣習国際法規として受容されたのであり、当初カナダが主張した幅員が2倍に拡張されて全ての沿岸国が各自の排他的経済水域で同様の権限を行使できるシステムが生み出されたのであろう。

恐らく、カナダとしては表向きの北極海限定の規則の提案が本意ではなく、やや制限のある一般規則の定立を求めたのであろう。北極海域汚染防止法について驚くべき点がある。それは、カナダがこの立法の直接の目的—タンカーの航行から生ずる海洋油濁から北極海を保護すること—を既存の国際法との対立を避けて達成できたはずだということである。北西航路 Northwest Passage の最狭幅が6海里以下なので、カナダは新たな立法を行わずともこの目的を達成し得る法的権能を有していたのである。領海幅員に関する最も厳格な解釈を採っても、カ

ナダはこの海峡の通過を希望する全ての船舶に対して合理的な環境保全措置を適用・執行することができたはずである。国家には他国の領海たる国際海峡での通過通行権 right of transit passage があるけれども、当該区域内での沿岸国の合理的規制権も長期に亘り承認されてきたからである。<sup>(39)</sup>

こうした措置を適用・執行するカナダの能力は、北極海域汚染防止法と同時に制定された法律によって強化された。即ち、後者の立法でカナダの領海は12海里に拡張され、北西航路 Northwest Passage はカナダ領域に含まれるに至ったのである。<sup>(40)</sup> このような動きは、汚染防止海域100マイルの主張ほど批判されることは無かった。何故なら、このとき既に60カ国近くが12海里領海を主張していたからである。<sup>(41)</sup>

更に付言すると、北極海域汚染防止法の導入決定そのものが、沿岸国の汚染防止権限という一般的 general 問題を国際会議で立法化できなかつたことに対するカナダの失望を反映していたようである。特に1958年と1960年

のジュネーブ海洋法会議や1969年のブリュッセル海洋汚染会議でカナダの提案が採択されなかったことへの幻滅感が強かったようである。<sup>(42)</sup>

この例から判るように、慣習法規の発展・変更を望む国家は、一定の状況の下で大半の国家が納得できる線まで譲歩することになる。従って、そうしたアプローチを採る国は相互主義によって自らの要求と他の諸国家の対応を変形して妥協点を探るのである。当初の要求の直接のテーマではなくても、変形により大半の国家が利益を受けられるテーマが探られるのである。立法に関するこのような戦略的アプローチは、相互主義を適用しない場合に比べて、慣習法規の確立 establishment を促進するだけでなく、その法規の効力を強化するし、少なくとも適用範囲を拡大する。又、以下の事例が示すとおり、相互主義は条約締結交渉の相手方に圧力をかけるために、慣習国際法成立プロセスの枠を超えて同じ様な戦略的な形で適用されている。

(注)

(23) *Revised Statutes of Canada* 1985, vol. 1, c. A12; reproduced in (1970) 9 ILM 543. 一般著作として以下を見よ。Bildler (1970-1); Henkin (1971); Macdonaldo et al. (1971) and Beesley (1973).

(24) この法律は“北極海域 Arctic waters”に適用されたわけだが、この海域は“北緯60度の緯線と西経141度の経線及びカナダ海岸沖合い100海里の線で囲まれた区域内の北極カナダ領に属する本島と島嶼に隣接した”海域であり、氷結していると否とを問わない。*Ibid.*, s. 2.

(25) See, e. g., Trudeau (1970).

(26) See (1969-70) *Keesing's* 23759.

(27) See (1969-70) *International Court of Justice Yearbook* 55; reproduced in (1970) 9 ILM 598. 留保によって、国際司法裁判所のカナダに対する強制的管轄権は以下の事項については排除された。

カナダ沿岸隣接海域の海洋生物資源の保存・管理・開発及び海洋環境の汚染の防止・管理についてカナダが主張し行使している管轄権や権利から生ずる紛争。

この留保の必要性を説明する際、トルドー首相は Prime Minister Trudeau は、“沿岸国が汚染防止措置をとり得ないことをICJとしても認めざるを得ない深刻な危機的状況が存在している。この留保はこの海域の法の発展にとって計り知れないほどマイナスになるかもしれない”と述べていた (8 April 1970, reproduced in Bildler (1970-1) 29)。

(28) 米務省のロバート＝マックロスキー Robert McCloskey の声明 Statement, *New York Times*, 10 April 1970, 13, col. 3.

(29) 1970年4月15日の務省声明 (reproduced in (1970) 9 ILM 605 and (1971) 9 *Canadian Yearbook of International*

*Law* 287)。

(30) *Ibid.*, 606 and 289 respectively.

(31) 1970年4月16日付の合衆国宛てのカナダの通牒の要約 (reproduced in (1970) 9 ILM 607 and (1971) 9 *Canadian Yearbook of International Law* 289) を見よ。

(32) (1982) 21 ILM 1261, 1315. その§ 234は次ぎのように定めている。

沿岸国は経済水域内の氷結海域での船舶起因海洋汚染の防止・減少・規制のために非差別的法規の採択・執行権を有する。特に苛酷な気候条件のもと1年の大半が氷で閉ざされ、航行が妨げられ異常な危険が生じ、海洋環境の汚染によって生態系の均衡が大きく崩れ回復不能な被害が出ているときにこの権限行使が認められる。そうした法規は航行及び利用可能な最善の科学的証拠に基づく海洋環境の保護・保全に正当な考慮 due regard を払わなければならない。

(33) 例えば、§ 220③は次ぎのように定めている。

他国の排他的経済水域又は領海を航行している船舶が当該排他的経済水域内において船舶起因汚染の防止・減少・規制のための適用規則や標準に違反したり、その適用規則や標準を実施するための沿岸国の法規に違反したと信ずるにたる明確な根拠がある場合には、当該沿岸国は違反の発生の有無を立証するために当該船舶に船名・登録港・直前の及び次ぎの寄港地・その他の関連情報の提供を要請できる。

(34) See (1985-6) 40 *International Court of Justice Yearbook* 64. 海洋法条約は1994年11月16日に発効したが、カナダは今だ批准していない。



- (35) See Decree of 12 November 1984, reproduced in (1986) 7 *Law of the Sea Bulletin* 9 – 22.
- (36) 本文前パラグラフを見よ。
- (37) See generally (1967 – 8) Keessing's 22002 ; and Nanda (1967) .
- (38) See generally Note (1969) ; and Baldwin (1970) .
- (39) 1958年の領海及び接続水域に関するジュネーブ条約(516UNTS205) § 17 ; 本書第1部第3章脚注(29)が引用している海洋法条約 § 21を見よ。See also Churchill and Lowe (1988) 77 – 84. 更に本書第1部第3章脚注(29)が引用している海洋法条約 § 220 ②と § 220 ③⑤⑥との違いにも注

目せよ。

- (40) *An Act to Amend the Territorial Sea and Fishing Zones*, 18 – 19 Eliz. 2, c. 68 (1970) ; reproduced in (1970) 9 ILM 553.
- (41) Trudeau (1970) 600. 慣習国際法規としての12マイル領海の発展については、本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員”を見よ。
- (42) See Bilder (1970 – 1) 23 – 4. 国際司法裁判所の強制的管轄権に対するカナダの留保は北極海域に関してとられた措置に限定されたものではなく *not*, 一般的性格のものであったことにも注意しておくべきである。本章前掲脚注(27)を見よ。

### 第3項 沿岸漁業保護法の改正法

#### An Act to Amend the Coastal Fisheries Protection Act

1994年5月10日、カナダ議会は沿岸漁業保護法の改正法を可決した。<sup>(43)</sup> この立法によって、カナダ漁業監視官は、北大西洋漁業機構 North Atlantic Fisheries Organisation (NAFO) が採択したりカナダが定めた保存措置に違反していると思料する外国船舶をカナダの東海岸沖合いの国際海域で拿捕することができることとなった。<sup>(44)</sup> 同法は、カナダの言い分によれば、沿岸国に対してこの種の領域外強制措置の執行を認める国際慣習法の確立を狙ったものであり、その意味で多数の先例に従ったものであった。そうした先例の中で最も重要なのがトルーマン宣言と北極海域汚染防止法であった。<sup>(45)</sup> 北極海域汚染防止法を制定する前に行ったのと同様、カナダは再度、国際司法裁判所でのこの新立法に対する訴訟を回避するため、同裁判所の強制的管轄権受諾宣言に対する留保を提出した。<sup>(46)</sup>

カナダの行動は他の国々から強硬な抗議を受けた。フランス外相はフランス国民議会でこの立法を非難し、欧州連合 European Union の各漁業大臣はこの法律が国際法上違法である旨をカナダに通報することで合意した。<sup>(47)</sup>

1994年8月、定着性魚種及び高度回遊性魚種に関する国連会議 United Nations Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks がニューヨークで開催された。この会議でアメリカの大使と会議の議長はフランスの一方的な行動を非難し、欧州連合の代表者は“極めて憂慮している extremely worried”<sup>(48)</sup> と述べた。カナダは、200海里の排他的経済水域内に生息する定着性魚種を大陸棚の外縁まで沿岸国の管理に委ねる多国間条約を強力に推進することで、諸国家の反発に応えた。<sup>(49)</sup> 会議の初日、カナダとノルウェーは声明を発表して、200海里経済水域の外側で互いに相手方の漁船を取り締まることを認める2国間条約の締結交渉を行って

いることを明らかにした。両国はその条約が公海での漁業規制と資源保存のモデルとなることを望んでいると発表した。<sup>(50)</sup>

1995年3月9日、カナダは同国沿岸沖245マイルの地点でスペインの漁船を拿捕し、ニューファウンドランド島のセント＝ジョンズ St John's に引致した。<sup>(51)</sup> 欧州連合はこの拿捕を“組織的海賊行為 act of organised piracy”<sup>(52)</sup> と呼んで非難し、スペイン政府はカナダを被告として国際司法裁判所に提訴した。<sup>(53)</sup>

慣習国際法に明らかに違反する一方的行動が広汎な非難を引き起こしたにもかかわらず、定着種族を国際法上有効に保護するというカナダの主目的はすぐに達成された。1995年8月4日、国連会議は1982年12月10日の国連海洋法条約の定着種族及び高度回遊性魚種の保存・管理に関する諸規定の履行協定を採択した。<sup>(54)</sup> カナダと欧州連合は更に人工衛星追跡 satellite tracking と相互の船舶に魚群探知機を設置するための条約を締結した。<sup>(55)</sup> これらの国際文書は1994年のカナダの国内立法ほど急進的ではないが、漁業保護の観点から言うとはほぼ同じ効果を有していた。例えば、前記履行協定 § 21 ①に基づいて、いずれの当事国も“地域的又は小地域的漁業管理機関及び取極が管轄する公海区域”で“当該機関や取極が決定した定着種族や高度回遊性魚種の保存・管理措置の履行確保の為に”他の当事国の旗を掲げた漁船に乗船し搜索することができる。<sup>(56)</sup> § 21 ⑤に基づいて、搜索国は当該措置“に違反する活動に船舶が従事していると信ずるにたる明確な根拠がある”とき証拠を確保することができる。又、船舶に明白な違反行為があることについて通報を受けた旗国が適切な対応を採ることができないとき、§ 21 ⑧に基づき、搜索国は、“適当な場合には where appropriate”, 違反船舶を自国港に引致することができる。<sup>(57)</sup>

従って、この沿岸漁業保護法の改正法という3番目の事例は、国際法上の相互主義の新たな使い方、即ち慣習法規の生成・発展・変更を狙って条約交渉で圧力をかける根拠として使われることを示している。カナダはこの

場合、新たな慣習法規の確立を求めているといったが、それがカナダ側の行動の真因だとは考えられない。カナダの200海里以遠での強制管轄権行使の一方的主張と同時にGATTのもとで設置された第2次マグロ委員会Second Tuna Panelで、カナダはアメリカが排他的経済水域外でイルカを保護するために一方的措置を採ったことに抗議した。<sup>(58)</sup>

自らの要求に合わせて相互主義を使い分けて区別することは可能かもしれない。第1に、トルーマン宣言のように、要求が全ての国家少なくとも大半の国家に明らかに利益をもたらし不利益が全くないか無視できる程度のものである場合である。この種の状況では、相互主義の結果、他の諸国も利益を得るので、国家の一方的要求を黙認することになるのが普通である。更に、慣習国際法規の比較的急速な発達と変更を容認する結果にもなっている。

第2に、一国の主張が全てのまたは殆どの国家にとって利益となるもののその効果がすぐには現れない北極海域汚染防止法に近い事例も出ている。1970年の時点では、全ての国家が沖合い100海里まで緊急時には慣習法上の汚染防止管轄権を行使できると考えていたわけではない。しかし合衆国はどの国よりも、できうる限り海洋の自由を守ることに意を注いでいたのである。これに対するカナダの対応は、地理的に限定された極めて合理的な新たな権利を主張するとともに、合衆国が主張する北西航路通過の完全な自由を拒否するために争いの少ない主張—12海里領海—を展開することであった。カナダが主張した汚染防止管轄権が北極海域に限定されたものであったため、北極海に海岸線を持たない他の諸国家は相互主義に基づいてカナダの主張から利益を引き出すことはできなかった。にもかかわらず、カナダ以外の国々は相互主義的利益を諦めなかった。彼らは自国沿岸について類似の規則が必要と考えると直ちに、カナダの主張を一般化して、内容を実質的に限定した汚染防止管轄権規定として国連海洋法条約の中に盛り込んだのである。従って、最終的に、カナダが当初望んだように、同国は3つの海

岸線全ての沖合いに汚染防止管轄権を拡張して適用することができるようになったし、一般的汚染防止管轄権の発達にアメリカの参加を認めることで国際紛争に発展する芽を摘むこともできたのである。

第3に、沿岸漁業保護法の改正法が適用される状況のように、事柄の性格上、2・3カ国ぐらいいか恩恵を受けない場合もある。200マイルを超える大陸棚を持っているのは、カナダを除いてはほんの2・3カ国ぐらいなのである。カナダがその一方的主張によって実現しようとしたこと、即ち、沿岸国が他国及び地域的漁業機関と協力して行動するや否やを問わず200海里以遠の大陸棚に漁業保存管轄権を行使することを認める慣習法規を形成することは、実現性が乏しかったということなのである。しかし、極めて多くの国が公海漁業の保存と管理に協力する姿勢を示した。というのは、大多数の国家が説得されて北西大西洋漁業機関(Northwest Atlantic Fisheries Organization, NAFO)のような国際機関ないし地域機関が定めたガイドラインと一致することを条件として沿岸国に漁業保存管轄権の行使を認める条約を受け入れることにしたからである。カナダの観点に立てば、そういう条約は北大西洋漁業の保存という基本的目的を達成するには十分なものであったし、国際法にも合致していた。更に、この条約上の規則が将来、慣習国際法の一般原則に発展することもありうると思われる。<sup>(59)</sup>

いずれにしても、慣習国際法形成プロセスは国家が自らのために追求しているのと同じ権利を他国にも与えることで国益を最大化しようとする外交交渉に似ている。<sup>(60)</sup> その外交交渉の要諦は、第1に、相手国に相互主義の適用を認めないことであり、第2に、相手国に始めからそういう提案をしていても喜んで受け入れなかったであろうと思える提案を相互主義の“メリット pull”として提示することである。従って、慣習国際法形成プロセスでの相互主義の機能を理解することで、諸国家は条約締結交渉で自らの地位を高めるため、戦略的な視点から、慣習法規を育成・維持・変更しつつ慣習プロセスを利用することができる。

(注)

(43) 本書第2部第4章脚注(1)を見よ。その背景と注釈については次ぎを見よ。Davies (1995); and Davies and Redgwell (1996)。

(44) *Ibid.*, s. 2. 北大西洋漁業機関NAFOは1978年に設立され、現在、10魚種の漁獲高を管理している。北西大西洋漁業多国間協力推進条約Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries (CTS 1979, No. 11)を見よ。その加盟“国States”は、ブルガリ

ア、カナダ、キューバ、デンマーク、エストニア、欧州連合、アイスランド、日本、ラトビア、リトアニア、ノルウェー、ポーランド、ルーマニア、ロシア、そしてイギリスである。デンマークは、欧州連合の一員であるが、NAFOの独立の加盟国になっている。何故なら、デンマーク領のグリーンランドが欧州連合EUに加盟していないからである。

(45) See “Tobin Moves on Fish “Pirates””, *Globe and Mail* (Toronto), 11 May 1994, A1/A2; 本書本章第1節第1項及び第2項を見よ。

(46) See (1993 - 4) 48 *International Court of Justice*

- Yearbook 88 ; and p. 93 above. 修正された宣言は、“NAFOの規制海域で漁業を行う船舶に関してカナダが採った漁業資源保存管理措置…とその実施に関わる紛争”を除外した。
- (47) “Putting Pirate Fishing Boats on the Spot”, *Globe and Mail* (Tronto), 2 June 1994, A8; “EU Protests Fisheries Law”, *Financial Post* (Tronto), 11 June 1994, 16. しかし、報道によれば、抗議を行った国々は NAFO の保存措置に違反した漁船を拿捕し訴追しようとするカナダの方針よりも、同国が将来国益擁護のために国際海域でどのような新たな権力行使を主張してくるかに関心を寄せていた。そうした国々は更に、カナダの行動が類似的・関連国益を擁護するための先例になるかもしれないと考えたのである。See “All at Sea if Canada Takes the Law into its Own Hands”, *Globe and Mail* (Tronto), 12 May 1994, a24.
- (48) “Norway Sides with Canada on Fishing Deal”, *Calgary Herald* (Calgary), 16 August 1994, A7.
- (49) “Tobin to Speak at UN on Overfishing”, *Globe and Mail* (Tronto), 15 August 1994, A3; and “Showdown Nears on High-Seas Fishing”, *Financial Post* (Tronto), 13 August 1994, 8.
- (50) “Norway Sides with Canada on Fishing Deal”, *Calgary Herald* (Calgary), 16 August 1994, A7.
- (51) “EU Brands Seizure of Spanish Trawler an Act of Piracy”, *Times* (London), 11 March 1995, 15; and *Keesing's* (March 1995) 40447 – 8.
- (52) “EU Brands Seizure of Spanish Trawler an Act of Piracy”, *Times* (London), 11 March 1995, 15; and *Keesing's* (March 1995) 40448.
- (53) ICJ Communique No. 95/8, 29 March 1995. ICJ の管轄権問題の審理は 1998 年 6 月 17 日に終了した。
- (54) 本書第 2 部第 5 章脚注(15)。一般的著作として次ぎを見よ。Barston (1995) .
- (55) 漁業資源の保存・管理に関する合意覚書 Agreed Minute on Conservation and Management of Fish Stocks (20 April 1995), reproduced in (1995) 34 ILM 1260.
- (56) 本書第 2 部第 5 章脚注(15)。
- (57) 本書第 2 部第 5 章脚注(15)。
- (58) See (August-September 1994) 110 *GATT Focus* 6.
- (59) 本書第 3 部第 8 章第 1 節を見よ。
- (60) 本書第 1 部第 3 章脚注(13)で引用の次ぎの著作を見よ。Danilenko (1993) 75.

## 第2節 相互主義と請求に対する否定的対応

お互いに利益となる可能性がない限り、国家は慣習国際法規の発達・変更を目的とする他国の一方的イニシアチブを支持したがるものではない。むしろ、国家は、そうしたイニシアチブが自らの国益に反すると考えているようである。このため、相互主義に基づいて存在を推定し得る法規が一般的に確立していくし、敢えて異議を提出しない国家に適用されていくことになる。そうした状況の下では、国家は他国のイニシアチブに対して、実際に（大抵は現行の慣習法規を意味する）現状維持 *status quo* を支持したり、自らの国益に合致する新たな法規を選択的に提示したりする。こうした対応が現行法規を支持する意味を持てば、当該法規の重要性は高まり、内容の正確性も高まることになる。

こうした状況を示す一例が、合衆国の国内裁判所や連邦議会による独占禁止法の国外適用の試みである。正確に言うと、自らの行動を正当化するために礼讓 *comity* のような法的概念に合衆国は依存しているのである。<sup>(61)</sup> このイニシアチブに対して、他の諸国家はもっと重みがあって正確な慣習法規を定立するなどして対応している。すなわち、外国からの介入を禁止する既存の規則をもっと細かく規定して外国の国外管轄権行使の試みに対して合法性 *legitimacy* を認めない姿勢を示している。<sup>(62)</sup> 若し合衆国の国内裁判所や連邦議会が自らの行動を干渉禁止の一般原則の例外に属するものとして法的に正当化できなかったならば、干渉禁止原則の内容は慣習プロセスに

よっても今日ほど理論化されなかったであろう。そうした事態になっていたら、この干渉禁止の一般原則もかなり不明瞭なままに残されていたであろうし、合衆国やその他の大国はその後も搾取しつづけることができたであろう。

例えば 1927 年のロチューズ号事件 *Lotus Case* <sup>(63)</sup> で常設国際司法裁判所が管轄権について構成的アプローチを適用したときと同様の発達が、国際法的論点を含んだ司法判決で示されることもある。独占禁止法の関連で国外管轄権を行使するために合衆国の国内裁判所と連邦議会が示した正当化事由に関して言えば、ロチューズ号事件 *Lotus Case* 判決によって相当数の国家が自らの姿勢を積極的に示すに至った。その結果、当該判決の趣旨とは反対の慣習法規や条約規定が並存する状況が生じてしまった。即ち、旗国 *flag state* は公海上の自国船舶内で実行された殆どの行為につき単独で刑事裁判権を行使できるという内容の慣習法規や条約規定が登場したのである。<sup>(64)</sup>

これら 2 つの事例に接した諸国家は、特定の潜在的規範や既存法規の解釈が 1 か国又は大半の諸国家の同意を得ておれば、相互主義原則を介して全ての国家に適用可能な慣習国際法規として発展・強化・変更していたはずであると気づいたことは確かである。従って、諸国家はこれらの事例で示されたイニシアチブや宣言に対して、それを支持して既存の規範を強化したり、それとは異なる新たな規範を創設しようとしたりしたのである。このように、慣習法規の強化・明確化・発達のプロセスに参加する意欲を国家に与えることで、相互主義はここで改



めて、慣習国際法形成プロセスでの権力の作用を正当化したのである。

(注)

(61) 本書第2部第4章第1節第3項前半部を見よ。(ヨゼフ＝ストーリー Joseph Story の著作を通して合衆国で発達した) 法的概念としての礼讓 comity に関して次ぎを見よ。Baker

(1993) 492 - 8. これと異なる見解に関しては次ぎを見よ。Macalister - Smith (1992) .

(62) 本書第2部第4章第1節第3項前半部を見よ。

(63) 本書第2部第4章第1節第2項を見よ。

(64) 本書第2部第4章脚注(31)を見よ。

### 第3節 相互主義と執拗なる反対

#### Reciprocity and persistent Objection

相互主義は更に執拗なる反対に対して権力行使を正当化する効果を持っているようである。執拗なる反対 persistent objection とは、個別国家が国際慣習法の新たな規範の成立に反対するだけでなく、既に成立した規範に反対の立場を執り続けるために選択する国家行為である。この継続的反対の意思は国家の行動や声明によって表明され、異議申立国は新たに成立した規範の拘束から免れると一般に解されている。<sup>(65)</sup>

相互主義は以下のような形で国家の執拗なる反対に作用すると考えられる。執拗なる反対を行った国家は他の国家との関係では旧規則（又は法規の欠缺 absence of a rule）による拘束を受ける。しかし、相互主義原則の結果として、しかもこの新たな一般的慣習法規の存在にもかかわらず、他の諸国家は異議申立国に対して vis-a-vis 従前主張していた自己の立場や権利を主張できるのである。しかし、異議を提出しない国の間では新たな規範が適用される。従って、これらの国々は異議申立国とは無関係に新たな規範の恩恵を受けることができる。実際にも、“ただ乗り free rider” の問題は発生していない。こうした状況下では、異議申立国は一般慣習国際法を凍結して利益を得ることはできず、又、新規範の利益を享受することもできないわけだから、決して有利な立場にはないことになる。

こうした背景を持つ相互主義原則の効果は、多くの国が執拗なる反対国の権利を承認したがらないために更に悪化する可能性がある。国家機関や国内裁判所はしばしば外国の異議の内容に無関心であり、無視さえしている。事実、国内裁判所は外国の執拗なる反対 persistent objection を無視する十分な資格を有するといえる。国内法廷は外交関係を審理しない。単に国際法の一般基準を適用するよう求められ、その権限を与えられ、実行しているに過ぎないのである。従って、国内法廷が慣習国際法を適用するとき、それは一連の2国間関係の1つとしてではなく一般的規範として一執拗なる反対の可能性を排除

するものとして一選好されていると言えよう。若し裁判所が当該慣習法規の例外を考慮しないならば、その裁判所ではなく法廷地国そのものが、例外となる他国に対して vis-a-vis 責任を負う国際法上の機関となる。したがって、この事態は連邦国家が州の行動に対して国際法責任を負う事態に似ている。<sup>(66)</sup>

執拗なる反対国が他国の管轄権内で、又はその近接区域で当該慣習法規の適用を受ける場合、例外を考慮しない対応に対して殆ど為すすべはないと言っている。<sup>(67)</sup> 若し反対国が反対の立場に固執するならば、相互主義に基づき、旧規範（もしくは法規の欠缺）に従って他国との関係を処理しなければならない。仮に他国が反対国に対して同一の立場を採っていないとしても、そのように処理しなくてはならないのである。若し反対国がそれを望まないのであれば、執拗なる反対の立場を放棄したものとみなされてもしょうが無い。

こういう事態の生み出すプレッシャーはかなりのものになるかもしれない。例えば、日・米・英は少なくとも沿岸漁業と安全保障上の利益を根拠とする12海里領海の展開に対して、自らの執拗なる反対の立場を放棄したと見られている。<sup>(68)</sup> 外国の漁船とスパイ船は執拗なる反対国の3カイリ線の外側で活動することはできたけれども、反対国の船舶は他国の12海里領海内に入ることはできなかった。同じ様に、ソ連邦及び他の社会主義諸国家が少なくとも事実上、制限的国家免除原則を最終的に受け入れた理由の1つは、免除を認めない資本主義諸国家に対して敢えて免除を与えて代償を期待したからに他ならない。<sup>(69)</sup>

最後に、執拗なる反対を唱えることで、当該国家は新規範が規律する分野での慣習プロセスに参加できないことになる。新規範を支持する国や反対する国更には中間的立場を採る国の国家実行に諸国家の関心が集まり、国家行動が類別化していくことにもなる。他方で、反対国は過去にとらわれ、旧規則に拘束され、新規範の継続的發展のプロセスに参加できないことになる。

従って、相互主義原則には執拗なる反対を押さえこむ機能がある。国家の中には潜在的で確立途上の規範が発効しないよう反対の意思を示す国もあろう。2・3の国は

新規範が確立してからも反対しつづけるかもしれない。それは、新規範が権威を獲得する前に事態を逆転させたいからかもしれないし、国益を損なう新規範を受け入れるまで時間稼ぎをするためであるかもしれない。又、一定の状況を利用して執拗なる反対を効果的に続ける国が出てくるかもしれない。ダニレンコ Danilenko は、特別

な被害を受ける国又は国家集団がこういう形で国益を守る機会を与えられるべきだと提案している。<sup>(70)</sup> しかし、いかなる強国であれ、無期限に執拗なる反対を続けられるものではない。本章であれこれ論じたとおり、相互主義は明らかに慣習国際法形成プロセスでの国家の権力的要素を積極的に承認しているのである。

(注)

<sup>(65)</sup> See generally : Akehurst (1974 - 75a) 23 - 7 ; Stein (1985) ; and Colson (1986) . Compare Charney (1985) .

<sup>(66)</sup> 本書第2部第5章脚注<sup>(14)</sup>で引用した国際法委員会の国家責任条草案 ILC Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 7 (1) を見よ。国内裁判所が執拗なる反対を無視できること理由は色々有るが、最大の理由は国際法の専門知識に欠けているからに他ならない。時には、国内裁判所は慣習国際法に目を向けることができず、執拗なる反対を国内議会の立法の結果として承認できない立場に措かれることがあるかもしれない。本書第2部第4章脚注<sup>(65)</sup>で引用した合衆国の外国主権免除法 US Foreign Sovereign Immunities Act はその一例である。See, e. g. , *United Eram Corp. v. USSR*, 461 F. Supp. 609 (SDNY 1978) ; *Jackson v. People's Republic of China*, 550 F. Supp. 869 (ND Alaska 1982) , (これらは他の理由で棄却された) , 596 F. Supp. 386 (ND Alaska 1984) (外国主権免除法 FSIA の非適的性格の故に棄却された) .

<sup>(67)</sup> 本書第2部第4章の対外的規則と境界規則に関する議論を見よ。

<sup>(68)</sup> 領海 12 海里規則の発達については本書第2部第7章第4節第2項“領海の幅員 breadth of the territorial sea”を見よ。3カイリ領海を維持しようとする(イギリスから出された)声明の類いについては次ぎを見よ。E. Lauterpacht (1958)

537 - 42 ; and E. Lauterpacht (1960) 278 - 9. 日本は 1977 年に 12 海里領海を採用したが、国際海峡隣接区域について 3カイリ領海を維持した。See Yanai and Asomura (1977) 92. 日本の首相は国会に法案を提出する際、日本近海における外国漁船による操業の増加を政策変更の理由の1つに挙げた。See Oda and Owada (1985) 94. 合衆国は 1983 年に諸国家の要求を考慮して 3カイリ領海への支持を断念した。See Proclamation 5030, reproduced in (1983) 22ILM 461, 462. 合衆国は 1988 年に国家安全保障上の利益に明示的に言及した大統領宣言によって領海 12 海里規則を採用した。See Proclamation 5928, reproduced in (1989) 28 ILM 284. イギリスは 1987 年に領海法 Territorial Sea Act (c. 49) を採択して執拗なる反対国の立場を放棄した。法案の審議で、3海里から 12 海里までの間での漁業・安全保障・“海賊放送 pirate broadcasting”の諸問題が言及された。See (1987) Hansard, HL, vol. 484, cols. 381 - 401.

<sup>(69)</sup> See generally : Crawford (1981) 824 - 31 ; ; Crawford (1983) 78 - 80 ; Sgro (1983) 124 - 31 ; Emanuelli (1984) 37 and 68. 又、本書第2部第7章第4節第1項“国家の裁判権免除 State immunity from jurisdiction”を見よ。社会主義国家の観点では制限免除主義 restrictive immunity が対外的規則であったたので、事態が更に悪化していたかもしれない。本書第2部第4章第1節第1項“対内的規則 internal rules”の前半部を見よ。

<sup>(70)</sup> See Danilenko (1993) 112.

## 第7章 正当な期待の原則

### principle of legitimate expectation

#### 第1節 正当な期待、黙認そして慣習国際法

国家は自らが同意した国際法規にのみ拘束されることは広く受け入れられている。<sup>(1)</sup> そのため同意それ自体が基本的国際法原則と考えられよう。しかし、国家は署名や批准によって条約に対する同意を明示的に表明するが、通常、慣習法規に対する同意は明示的には為されない。むしろ、諸国家は慣習法規に対する同意は黙認によって為されたと考えられている。<sup>(2)</sup>

同意 consent という言葉は慣習プロセスでの黙認の機能を必ずしも正確に表現したものではない。黙認 acquiescence はしばしば、ある規則を黙認する国家の側の意識的な支持を示すというよりは態度をはっきりさせない冷淡さの証明である場合が多い。さらに、黙認に基づいて新

たに権利・義務が確立していくと、必然的に黙認国以外の国もそれに拘束されるに至る。国際法上の権利・義務は複数の国家間で成立するので単一国家の意思だけで成立することは決してありえない。<sup>(3)</sup> むしろ、1カ国が慣習法規を黙認すれば、義務主体としてか権利保持者としてかを問わず、全ての国家に何らかの形で影響を及ぼすことになるはずである。このような認識の共有化は、一定の行動の法的相当性や法的効果に対する同意に基づいているというよりは、合法的 legitimate に正当化できる一期待 expectation に基づいているといったほうがいい。<sup>(4)</sup> その結果、この状況下での黙認は、もっと正確な言い方をすると、合法的期待の原則に基づいているというべきであろう。仮に慣習国際法形成プロセスが時間論理的に合法的期待原則に優先するとしても、この原則を中心に考えるべきである。<sup>(5)</sup>

恐らく、全ての国際法規は合法的期待に基づいている

はずである。黙認が果たす役割の話はさておき、国際慣習法規に合法的期待が含まれるのは任意的行動から慣習法規が生れる際に当該行動の変型 transformation と正統化 legitimisation が実行されるからであり、それに伴い、一種の法的期待が必然的に生ずるのである。<sup>(6)</sup> 条約規定に合法的期待が含まれるのは、条約上の義務を誠実に in good faith 遵守することを求める一般慣習法上の信義則 *pacta sunt servanda* に基づいているからである。<sup>(7)</sup> 要するに、国家は他の国々が条約上の義務を遵守するものと期待しているのである。この期待は正統なもの legitimate 一法的に正当化できる一と考えられる。何故なら、諸国家は通常協調して行動するものであり、自らの行動を法的に妥当なものと考えているからである。

禁反言 estoppel や一方的宣言に関する規則のような若干の国際法上の規則は合法的期待原則 principle of legiti-

mate expectation に含めて考えることができる。“禁反言 Estoppel”とは、一方当事者が相手方の不誠実な保証や意思表示に従って行動し損害を受けたとき、当該保証や意思表示が不法行為となって特別な債務履行や補償の義務が生ずるとする理論である。<sup>(8)</sup> “一方的宣言 Unilateral declaration”も同様の意義を持つが、損害発生を要件としない。<sup>(9)</sup> これら2つの規則では、各国はお互いに自らの先行行為の拘束を受けて行動することが期待されており、その期待に背けば国際法違反として扱われる。

要するに、合法的期待原則は諸国家が相互に従前からの確信的行動パターンに従うことを法的に正当化する機能を持っているわけである。但し、そうした確信的行動パターンが、全てとは言わないまでも大半の国家によって法的に妥当なものと思なされる事を条件とする。

(注)

- (1) 本書第1部第1章序文部中ほどを見よ。又、本書第3部第8章第3節“推定的同意 Inferred consent”を見よ。
- (2) 本書第1部第1章序文部中ほどを見よ。
- (3) 本書第1部第1章序文部中ほどを見よ。
- (4) 慣習プロセスでの認識の共有の機能を巡る議論につき、本書第3部第9章序文部を見よ。
- (5) 本書第1部第1章序文部中ほどと第3部第8部第3節“推定的同意 Inferred consent”を見よ。
- (6) 本書第1部第1章序文部後半を見よ。
- (7) 一般的著作として次ぎを見よ。McNair (1961) 493 - 505. 又、本書第1部第3章脚注(10)で引用したウィーン条約法条約 Vienna Convention on the Law of Treaties, § 26 を見よ。

- (8) 国際法上の禁反言 estoppel に関しては以下を見よ。プレア=ビヘア寺院事件 *Temple of Preah Vihear Case* (1962) *ICJ Reports* 6; Bowett (1957); and Dominice (1968). “特別な債務履行 specific performance”には問題の義務の履行が含まれ、“補償 compensation”は当該義務の不履行の際の救済であって通常金銭の支払いによって為される。一般的著作として次ぎを見よ。Gray (1987) 11 - 21.
- (9) See *Eastern Greenland Case* (1933) *PCIJ Reports*, Ser. A/B, No. 53, 22, 71; *Nuclear Tests Case* (1974) *ICJ Reports* 252, 267 (para. 43) (*Australia v. France*) and 457, 472 (para. 46) (*New Zealand v. France*). 本書第1部第1章脚注(16)で引用し、本書第3部第8章第1節でも引用しているニカラグア事件本判決 *Nicaragua Case (Merits)* と比較せよ。

## 第2節 合法的期待と国際制度

### Legitimate expectation and international institutions

合法的期待の原則が国際法にとってさほどに重要であれば、この原則は国際レジームや国際制度一般に関係を有するはずであるし、特に国際レジームや国際制度の生成・発展・変更に関係するところ大となるはずである。本書第2章では、レジーム理論家や制度論者 institutionalists がレジームや国際制度の成長や永続性をどのように説明しているかを眺めた。例えば、コヘイン Keohane は、国際貿易レジームである“関税及び貿易に関する一般協定 General Agreement on Tariffs and Trade”が第2次大戦直後の数年間のアメリカの圧倒的権力・勢力の結果であることを論証した。<sup>(10)</sup> その結論自体は殆ど驚くに値しないことであった。しかし、コヘイン Keohane は更に、国際貿易システムがアメリカのヘゲモニーの分析に基づ

く生存率をはるかに超えて存続していることを証明したのである。彼はこうした発見から、諸国家が時にはレジームの当初の目的—一般的にはヘゲモニー国家の権力の拡大—の実現に必要な期間を超えて当該レジームを維持するのは他の目的にも貢献しているからだ結論付けるのである。ここでいう他の目的には、必ずしもヘゲモニー国家だけでなく他の諸国家のためにも、ケース=バイ=ケースでの事態の処理を排して交流・交渉・紛争解決を促進して効率を向上させることが含まれるのである。<sup>(11)</sup>

レジームや制度の永続性はコヘインの所謂“投資費用 sunk cost”, 即ち、社会のメンバーがレジームや制度を創設するために投下した莫大な時間と国力によって支えられている。<sup>(12)</sup> 投資が無駄になることを思えば、例え過去の投資を考慮しない徹底した合理主義者でもレジームや制度の存続を選択してしまうことがありうるのである。

国際社会ではレジームや制度の存続に貢献するさまざま



まな要因が多数の独立行為主体が存在するために過大に喧伝されるのは当然である。その結果、持続可能なレジームや制度は通常、大国一國で設立することはできず、多国間の交渉と妥協のプロセスを経て成立する。特定の問題に関して合意の達成が難しければ、放置されることもよくある。国家間交渉につきものの交渉決裂の危険性を認識して、時々国家は既存のレジームや制度を保持する道を選び、新たにレジームや制度を作るリスクを回避している。<sup>(13)</sup> こうした要因が重なり、国際社会でレジームや制度が目すべき持続性を発揮しているのだといえよう。しかし、法的義務も一定の役割を果たしているの

かどうか考察してみる必要があるであろう。

とりわけ合法的期待の原則は国際レジームや国際制度の持続性を説明できる点でコヘイン Keohane その他の学者が提示した非法律的要因と同じ位重要である。更に、レジームや制度の持続性を合法的期待原則に基づかせることが、国益促進のための権力行使を押さえるために国際システムを作るという諸国家の了解と矛盾しないと思われる。要するに、合法的期待の原則は、まさにそれが国際法上の原則であるが故に、他の非法律的要因とは異なり、短期的な利益計算や権力行使とは概して無縁なのである。

(注)

(10) Keohane (1984) .

(11) Keohane (1984) 243 – 59.

(12) Keohane (1984) 102. See also Stinchcombe (1968) 120 – 1.

(13) See generally : Young (1989) 65 – 7. ヤングは言う：“立法者の役割を演ずる支配的大国や覇権国の姿は深刻なくらい歪曲されている”(Young (1989) 65) . “一般的な制度を作るための協定について一般的合意を得ることが難しいことは言うまでもないが、一旦成立した結合を維持することが難しいこともよく知られている”(Young (1989) 203-4) .

### 第3節 合法的期待と変化に対する相対的抵抗

本章の始めの部分で示唆されている通り、慣習プロセスでは合法的期待の原則こそが黙認 acquiescence に法的効力を付与するのであり、ある意味で、全ての慣習法規と条約規定の中心に位置するといえる。<sup>(14)</sup> もっと一般的な言い方をすると、第1章では慣習プロセスが国家行動パターンを法に変形することでそのパターンに基づく国家の期待を正当化していることが示されたのである。<sup>(15)</sup> しかし、合法的期待の原則は、慣習法規の変化の際に示される諸国家の相当程度の抵抗にどういう風に関係するのかという視点から観ると、慣習プロセスにこの原則はきわめて興味深い影響を及ぼしているといえよう。

既に指摘されている通り、慣習法規が異なればそれに対する国家の実行も支持・中立・反対という風に分かれてくる。その結果、慣習法規の中には変化しやすいものもあれば、変化しにくいものもあるということになる。<sup>(16)</sup> 勿論、放棄の実効性に関して国家が抱く合法的期待の程度は、当該法規が受ける抵抗の度合いに関わると言っている。もしある慣習法規に対する支持的・中立的・対立的国家実行の想定の比重が変化して当該法規の変化に対

する硬直性が目立つようになったら、当該法規の実効性が継続するかどうかを考えて合法的期待度の変化をも予想しておかなければならない。

この結論が永遠に妥当するのかもしれない。確かに、慣習法規の実効性が続くという合法的期待が支持的・中立的・反対的国家実行の相互的比重の変化、即ち、客観的に objectively に明確化された変化に常に堅く結びついておれば、この結論は永遠に妥当するであろう。しかし、法規が実効性を維持するかどうかについての合法的期待は時に当該法規の“変化に対する抵抗力 resistance to change”とは切り離して考えられており、両者を区別する必要がある。その意味で、合法的期待は特定の規則の重要性の現実の根拠を示すと言うよりは、当該規則について諸国家が何を重要と見なしているかの基準であるといえる。又、規則に関連する国家実行が当該規則の客観的内容に依存するのではなく当該国家の規範的判断に依存するのであるから、変化に対する客観的抵抗力よりも合法的期待の方が、慣習国際法規の生成・発達・変更に影響を及ぼそうとする国家の行動を説明するのに適していると言える。

(注)

(14) 本章第1節を見よ。

(15) 本書第1部第1章序文中ほどを見よ。

(16) 本書第1部第1章第3節を見よ。

#### 第4節 合法的期待と旧規範存続の誤信

時には、大半の国家が慣習国際法規であると考えているのに、実際には規範性を全く喪失している規範もある。そうした場合、旧慣習法規が存在しているとの誤信に基づき、実定規則の変更の際に一般的に観られる社会的抵抗と同じ類いの抵抗が発生するかもしれない。それゆえに、国家実行によって新たな慣習法規が生まれるためには、先ず国家実行が旧規範に対する一般的誤解を解消できるほどに強力でなければならない。消滅した法規を存在すると社会一般が信ずることで、間違った内容であれ合法的期待が発生してしまうので、この場合に合法的期待原則は慣習国際法形成プロセスでの権力行使を容認する働きをしてしまうことになる。要するに、消滅している法規に対して一定の主体的 *subjective* 抵抗力を承認することになるので、新規範の発達を阻害し遅延させる結果になってしまう。以下、その実例を挙げておこう。

##### 第1項 国家の裁判権免除

###### State immunity from jurisdiction

有効に機能している正当化効果は国家の裁判権免除に先ず観察される。国家が外国の裁判所で享有する制限免除主義が20世紀の半ばに慣習国際法の規範になったのは、それまでの絶対免除主義を変更したかからだと一般的に考えられている。<sup>(17)</sup>しかし、基本的に国内判例と国内立法の歴史と言える国家免除の歴史を検討してみると、絶対免除 *absolute immunity* が必ずしも確立した規範になっていなかったことがわかる。むしろ、歴史の検証から、制限免除主義が慣習国際法規になる以前に国家免除に関する国際法規がなかったことが判るし、そうした法規があると誤解したために反って国家免除に関する法規の発展が遅れたことも判った。

ベルギーの裁判所は1857年には制限免除主義を適用していたし、<sup>(18)</sup> イタリアの裁判所は1886年に、<sup>(19)</sup> スイスの裁判所は1918年に、<sup>(20)</sup> そしてオーストリアの裁判所は1919年にこの原則を適用していた。<sup>(21)</sup> アルゼンチン<sup>(22)</sup> とフランス<sup>(23)</sup> の裁判所は1924年以来（統治に関係する）権力的行為 *acts jure imperii* と（商業的性格の）非権力的行為 *acts jure gestionis* を区別しているし、エジプトも1926年から、<sup>(24)</sup> 又ギリシアでは1928年から、<sup>(25)</sup> アイルランドでは1941年から、<sup>(26)</sup> そしてドイツでは1949年からこの行為の二分説を採っている。<sup>(27)</sup>

この期間、コモン＝ロー諸国家の裁判所は絶対免除主義を適用していた。そしてその状態は1970年代及び80年代に立法によって変更されるまで続いた。例えば、イギリスで1977年に始めてデニング判事 Lord Denning と

ショー判事 Justice Shaw がそれまでのコモン＝ロー上の先例に真っ向から対立する制限免除主義を適用して論議を巻き起こした。<sup>(28)</sup> その後、イギリスでは他の裁判官によって広く制限免除主義が支持され、この問題に関するイギリスのコモン＝ローの変更の一因になった。<sup>(29)</sup> こうした変化が定着する前の1978年にイギリス議会は国家免除法 *State Immunity Act* <sup>(30)</sup> を可決して、司法部の変化を追認し強化したのである。<sup>(31)</sup>

合衆国では絶対免除主義がコモン＝ローの原則として堅く守られていたが、<sup>(32)</sup> 個々の事件で免除が認められない旨の国務省の“指示 *suggestions*”を裁判所が遵守する実行が発達し法として受け入れられるに至った。<sup>(33)</sup> 例えば、1952年に国務省は所謂“テート書簡事件 *Tate letter*”で、外国政府が商取引に関して免除を主張することに同省としては反対する旨を政策として公表した。<sup>(34)</sup> この声明は、その後、国務省が“指示 *suggestions*”の発令を拒否した事件で裁判所を拘束することとなった。こうした状況下で、裁判所は外国が本質的に商業的性格の活動に従事するとき免除を享有し得ないという認識を事前に抱くに至った。<sup>(35)</sup>

テート書簡事件で示された行政の方針は24年間裁判所により追従され、ようやく1976年に連邦議会が外国主権免除法 *Foreign Sovereign Immunities Act* を制定するに至った。<sup>(36)</sup> 同法 *FSIA* 採択後、国務省は免除について“指示 *suggestions*”を出す慣行を放棄するに至った。そのため、この新たな立法に基づく裁判所の判断に全面的に委ねられた。<sup>(37)</sup>

こうした英米での変化に類似した事態の展開はシンガポール<sup>(38)</sup> やパキスタン<sup>(39)</sup> や南アフリカ<sup>(40)</sup> ・カナダ<sup>(41)</sup> ・オーストラリア<sup>(42)</sup> といった他のコモン＝ロー諸国家でも発生した。

制限免除主義を進んで国内法で規定する場合、コモン＝ローと市民法 *civil law* とで管轄が異なってくる点につき、少なくとも3つの根拠が指摘されている。第1に、英米法系のコモン＝ロー裁判所は、大陸法系の市民法裁判所が相互に主権者の免除行為と非免除行為を区別する方針を採った後も長らく、王冠免除 *crown immunity*（アメリカでは“主権免除 *sovereign immunity*”）の拘束を受けていた。第2に、英米法系諸国の裁判所は先例拘束力 *stare decisis* の原則によって従前の絶対免除主義を放棄できないものと考えたのである。<sup>(43)</sup> 第3に、コモン＝ロー諸国家は大半の大陸法的市民法諸国家に比べて制限免除主義の発展に切実な利害関係を持っていなかったのである。つまり、コモン＝ロー諸国家はアメリカのような大国か旧大英帝国の一部であった国であって、相互に結束し歴史的政治的通商の絆が強固だったのである。これに

対し、ヨーロッパ大陸のオランダやベルギーなど中小の市民法系貿易立国は、完全な主権国家間の貿易に依存する割合が英米法諸国に比べはるかに大きかったのである。

しかし、合法的期待の原則も一定の役割を果たしているようである。全てのコモン＝ロー諸国において、絶対免除こそは当然に適用すべき慣習国際法規であると考えられていた。従って、国内法の変更は新たな慣習国際法規の発達に対する対応であるというよりは、既存の慣習

国際法規の変更に対応するものであった。市民法諸国家の対応から判断して20世紀初頭に絶対免除主義原則がもはや存在していなかったといえるけれども、コモン＝ロー諸国は彼らなりの対応を採ったのである。<sup>(44)</sup> こうした誤解が少なくとも1つの原因となって、制限免除主義がコモン＝ロー諸国でなかなか受容されず慣習国際法規の新規則としての確立も遅れたのだと思われる。

(注)

- (17) See, e. g., Sucharitukul (1979) ; Trooboff (1986) ; Carter and Trimble (1991) 550 ; Jennings and Watts (1992) 355 - 63 ; and Shaw (1997) 491 - 9. もっと入念なアプローチを展開した著作として次ぎを見よ。Emanuelli (1984) .
- (18) *l'Etat du Perou v. Kreglinger* (1857 II) *Pasicrisie Belge* 348.
- (19) *Gutierrez v. Elmilik* (1886) 38 (1) (1) *Giurisprudenza Italiana* 486 (Court of Cassation of Florence) .
- (20) *K. k. Oesterreich. Finanzministerium v. Dreyfus* (1918 I) 44 *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts* 49.
- (21) *Oesterreichische-ungarische Bank v. Ungarische Regierung* (1920) 28 *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht* 506.
- (22) *Cia Introdutora de Buenos Aires v. Capitan del Vapor Cokato* 14 *Jurisprudencia Argentina* 705 (1924) , trans. in (1923 - 4) *Annual Digest* 136 (Federal Court of Appeal of the Capital) . Compare *The Ibai* (1937) 178 *Fallos* 173, trans. in (1938 - 40) *Annual Digest* 293 (Supreme Court) .
- (23) *Etat roumain v. Societe A. Pascalet* (1924) *Recueil hebdomadaire de jurisprudence* 260.
- (24) *Borg v. Caisse Nationale d'Epargne Francaise* (1925 - 6) 16 *Gazette Tribunal Mixte d'Egypte* 123 (Case 154) (Tribunal civil d'Alexandria) . See also *Monopole des Tabacs de Turquie v. Regie co-interessee des Tabacs de Turquie* (1929 - 30) 20 *Gazette Tribunal Mixte d'Egypte* 145 (Case 133) (Cour d'Appel) .
- (25) *Soviet Republic Case* (1927 - 8) 4 *Annual Digest* 172 (Court of Athens) . See also *Consular Premises Case* (1931 - 2) 6 *Annual Digest* 338 (Court of Athens) .
- (26) *The Ramava* (1941 - 2) 10 *Annual Digest* 91 (High Court) .
- (27) *Das sowjetische Ministerium für Aussenhandel* (1949) 3 *Juristische Rundschau* 118 (Berlin Court of Appeal (Kammergericht)) .
- (28) See *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356, (1977) 16 ILM 471 (Court of Appeal) . 先例として以下が存在する。*The Prins Frederik* (1820) 2 *Dodson's Admiralty Reports* 451 ; *De Haber v. Queen of Portugal* (1851) 17 QB 171 ; *The Porto Alexandre* (1920) *Law Reports-Probate Division* 30 ; *Compania Naviera Vascongada v. SS Cristina* [1938] AC 485, 490 (judgment of Lord Atkin) . しかし、注意しなければならないのは、1977年以前、多くのイギリスの裁判官が絶対免除主義の適用を批判し、少なくともその適用に乗り気

ではなかったことである。そのことを示す非常に有名な以下の事例を見よ。*The Charkieh* (1873) 3 *British International Law Cases* 275, 299 (ロバート＝フィリモア判事 Sir Robert Phillimore の意見) . イギリスの枢密院が対物訴訟 action *in rem* に関してのみ制限免除主義を適用するとの根拠のあいまいな決定を下したフィリッピン海軍提督 対 ウォレン海運会社事件 (*Philippine Admiral v. Wallen Shipping Ltd* [1976] 2 WLR 214, (1976) 15 ILM 133) でもデニング Denning とショー Shaw の両判事は同じ思いをすることになった。

(29) See *I Congreso del Partido* [1977] 3 WLR 778, (1983) 64 ILR 154 (QB, opinion of Goff J), [1980] 1 *Lloyd's Law Reports* 23, (1983) 64 ILR 227 (Court of Appeal), [1981] 3 WLR 328, (1983) 64 ILR 307 (House of Lords) ; *Planmount Ltd v. Republic of Zaire* [1981] 1 All ER 1110, (1983) 64 ILR 268 (QB, opinion of Lloyd J) . See generally Lewis (1990) 14 - 29 (同所で国家免除に関する英コモン＝ロー上の規則が要約されている) .

(30) 本書第2部第4章脚注61)。

(31) See, e. g., *Alcom Ltd v. Colombia* [1984] 2 WLR 750, (1983) 22 ILM 1307 (QB) .

(32) スクナー船エクステンジ号 対 マクファドン事件 *Schooner Exchange v. McFaddon* でのマーシャル裁判長 Chief Justice Marshall の次ぎの有名な言葉はその後150年以上続くことになった手続を確立した。

国家はいかなる点でも他国に服従することはありえず、他国の管轄権のもとに一国の主権者が入るときでも彼は自国の威信を低下させないようにする最高度の義務を負うのであって、明示の許可を得た場合のみ、しかも独立主権者たる地位に帰属する免除が当該他国によって明示的ではなくとも解釈上保障される場合にのみその国の領域に入ることができると考えられている。

11US (7 Cranch) 116, 137 (1812). シンクレア Sinclair が指摘しているように、この“判決は外国の主権者に認められている‘主権者の権利 sovereign rights’を保護するのに必要な限りで免除を認めているが”(Sinclair (1980) 122), 合衆国最高裁判所はこの先例を絶対免除を支持するために援用した。1926年に同裁判所はスクナー船エクステンジ号事件 *Schooner Exchange* の判例法理が“政府が公共のために保有し使用する全ての船舶にも適用可能である”と述べて、商用のためにオリーブ＝オイルを輸送する政府所有商船にも適用されることを指摘した。See, *Berizzi Bros v. SS Pesaro*, 271 US 562, 574 (1926) .



- (33) See, e. g., *Ex Parte Republic of Peru*, 318 US 578 (1943); and *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 US 30 (1945).
- (34) (1986) 6 *Whiteman* 569 – 71. See *Bishop* (1953); and *Drachsler* (1960). しかし、行政府は“テート書簡 *Tate letter*” 事件で表明された政策を厳格に維持しているわけではなかった。例えば、1970年のイスブランチェン＝タンカー対インド大統領事件 *Isbrandtsen Tankers v. President of India* (446 F. 2d 1198 (2d Cir. 1970)), cert. denied, 404 US 985 (1971) で、合衆国控訴裁判所は免除に関して国務省が文書で“指示 suggestion”を出していなかったならば制限免除を適用していただろうと述べた。同様に、合衆国は1950年代を通じて外国の法廷に訴えられたときはいつも絶対免除を主張していた。1960年代に合衆国は絶対免除を維持する外国の法廷に訴えられた場合にのみ絶対免除を主張していた。1970年代に入って始めて合衆国は絶対免除の要求を全面的に停止した。See *Trooboff* (1986) 270.
- (35) See, e. g., *National City Bank of New York v. Republic of China*, 348 US 356 (1955); *Victory Transport, Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes*, 336 F. 2d 354 (2nd Cir. 1964); and *Ocean Transport v. Government of the Republic of the Ivory Coast*, 269 F. Supp. 703 (ED La. 1967)
- (36) 本書第2部第4章脚注(65)。FSIAの主要規定及び合衆国での国家免除の歴史の概略について、次ぎを見よ。Leigh (1978)。See also von Mehren (1978); and Brower et al. (1979)。
- (37) But see, e. g., *United States v. Arlington*, 669 F. 2d 925 (4th Cir. 1982)。この事件で国務省はFSIAの§ (a) (4) (B)が適用され、問題の合衆国資産が執行から免除されるとの見解を示していた。裁判所は国務省の見解が最終的なものではないけれども、大きな重みがあり、不合理とみなされない限り拒否できないとの判断を示した。*Ibid.*, 934.
- (38) シンガポールの1979年の国家免除法については以下に掲載されている。*Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, UN Doc. ST/LEG/SER. B/20 (1982) 28.
- (39) パキスタンの1981年の国家免除令 *State Immunity Ordinance* については次ぎを見よ。*Ibid.*, 20.
- (40) 南アフリカ共和国の外国主権免除法 (1981) については次ぎを見よ。*Ibid.*, 34. 同法に関する評釈は次ぎを見よ。Bray and Beukes (1981); and Erasmus (1982)。
- (41) 本書第2部第4章脚注(61)で引用した“カナダの裁判所で国家免除を認めるための法律 *Act to Provide for State Immunity in Canadian Courts*”を見よ。絶対免除主義はデッソールズ対ポーランド事件 *Dessaules v. Poland* ((1944) 4 DLR 1) でカナダ最高裁判所によってコモン＝ロー上の原則として確立された。しかし、フロータ＝マリチマ＝ブラウニング＝デ＝キューバ対カナディアン＝コンクアラール事件 *Flota Maritima Browning de Cuba SA v. SS Canadian Conqueror* ((1962) SCR 598) で同裁判所は問題を白紙に戻し、制限免除主義に依拠した。コンゴ対ヴェネネ事件 *Congo v. Venne* ((1971) SCR 997) 判決も最終的結論を出すに至らなかった。近年では幾つかの下級裁判所が制限免除主義を適用している。See *Zodiak International Products v. Polish People's Republic* (1977) 81 DLR (3d) 656 (Quebec Court of Appeals); and *Smith v. Canadian Favelin* (1976) 68 DLR (3d) 428 (Ontario High Court)。この法律を解説したものと、次ぎを見よ。Molot and Jewett (1982)。更に興味深いことに、連邦裁判所法 *Federal Court Act* (c. 1, 1970 – 1, SC) § 43 (7) (c) は“カナダにおいては外国が所有ないし運航する船舶及びその積荷に関する対物訴訟 *action in rem* は開始されてはならない。但し、当該請求又は訴訟の開始のときに当該船舶が専ら非商業的・統治目的に供されていることを条件とする”と定めている。従って、1970年に連邦裁判所は非権力的商業活動に使用される外国の国有船舶に対して黙示的に管轄権を付与されていたことになる。
- (42) 本書第2部第4章脚注(61)で引用した1985年外国主権免除法。(国家免除に関するオーストラリア法の発達と国際法の総合的調査のための環境整備を任務とする) オーストラリア法改革委員会 (1984年) についても見てみよ。
- (43) *On state decisis*. 本書本章第5節を見よ。
- (44) 本書本章脚注(18)～(27)を見よ。

## 第2項 領海の幅員 *breadth of the territorial sea*

領海の幅員を12海里と定める慣習国際法の発達により、従前の旧規則がまだ存在しているとの誤解から合法的期待原則が機能する事例が新たに生じている。1980年代初頭までは、いずれかの特定の幅員が慣習国際法上の原則となるには国家実行が不確定であったといえる。しかし、“着弾距離説 *cannon-shot rule*”に基づく幅員を拡張するための法令の改正や3海里を超えるさまざまな主張に直面して、海洋国家及びその国の学者達は領海幅員は3カイリとする慣習法規が既に確立していると主張して自他共に納得させてきたのである。こうした誤解が領海の拡張を甚だしく妨げたことは否定できない。

領海幅員に関する意見の相違が何世紀にも亘って続い

ていた。例えば、1782年にガリアーニ *Galiani* は3カイリ規則が国際法の一部になっていると主張したが、<sup>(45)</sup> ノルウェー、スウェーデン、フィンランドは18世紀初頭から4海里を主張してきたのである。<sup>(46)</sup> こうした状況の下で1794年に合衆国連邦議会は中立法を制定して“合衆国領海内すなわち *or* 沖合い3海里までの海域内にある”<sup>(47)</sup> 外国船舶の拿捕から生ずる事件を審理する権限を地方裁判所に付与した。19世紀及び20世紀初頭に多数の国家が3カイリ領海を主張するに至ったけれども、<sup>(48)</sup> 地中海諸国の中には6海里領海を主張する国もあった。<sup>(49)</sup> また、大半のヨーロッパ大陸の国々は依然として領海幅員が専ら“着弾距離説 *cannon-shot rule*”に基づいて決まると考えていた。<sup>(50)</sup> その後、1921年にはソ連が初めて12海里領海を主張する国家になったが、北極海及び白海 *White Sea*

の沿岸漁業の権利に限定して主張されたものであった。<sup>(51)</sup>

このような多様な主張や法令の改正に直面して、海洋国家及びそれらの国の学者は領海幅員を3海里とする慣習国際法規が定着しており問題は解決済みだとの立場を採った。例えば、1928年にバティ Baty は次のように述べている。

19世紀中、それ[3カイリ規則]は国家実行の点で事実上容認されていたのであって、各国の指導的政治家もそれを法と認めていたし、公式文書でもその趣旨が述べられていた。19世紀中これを公式に否定する国家は殆どなかったのであって、同時代の国家にその意志に反して3カイリ以外の規則を執行しようとして成功した国は無い。<sup>(52)</sup>

両大戦間の時代、彼と同様の見解を表明した学者や学者グループは多かった。<sup>(53)</sup>

1930年に、領海幅員の問題を含めて慣習法上の三つの分野を法典化するために、諸国家の代表がハーグに集まった。<sup>(54)</sup> 彼らの領海幅員の主張は三つのグループに分かれた。即ち、接続水域 contiguous zone なしの3カイリ領海を主張するグループと、3カイリ領海と接続水域を認めるグループ、そして接続水域の是非に関係無く3海里を超える領海幅員を認めるグループである。最終的に3カイリ領海はかろうじて過半数を超える支持は得たものの、実施に必要な3分の2の多数は得られなかった。<sup>(55)</sup>

1930年のハーグ会議後、法学者は“大挙して *en masse* 3カイリ領海規則に見切りをつけたが、その他の選択肢で合意点を見出すことはできなかった”。<sup>(56)</sup> ケルゼン Kelsen, ルソー Rousseau, フェアドロス Verdross, ロイター Reuter, アルバレス Alvarez を含めて多くの学者は、領海幅員を規制する国際法規が存在しないことを主張した。<sup>(57)</sup> ダーム Dahm はこうした事態を“完全な無秩序状態 *vollstaendige Anarchie*”<sup>(58)</sup> であると指摘した。ほんのわずかな学者だけが3カイリ規則が適用可能であることを主張しつづけた。<sup>(59)</sup>

学者の多くが領海規則の存在を認め<sup>(60)</sup> 3海里がその内容であると主張したのは、とりわけ“英米の影響力 *to the influence exercised by Great Britain and the United States*”<sup>(61)</sup> によるものであった。彼らの努力にもかかわらず3海里を超える領海幅員の展開を押さえきれないことがはっきりして始めて、彼らは3カイリ規則への支持を放棄したのである。

領海幅員を巡るこうした歴史を振り返ってみると、“いずれのときにおいても領海幅員についての主張がいくつもあった”<sup>(62)</sup> ことが判る。それにもかかわらず、ジェニングズ Jennings は1967年の時点で、3カイリ規則が少数

派になったものの領海幅員の最低基準を示すものとして対世的な唯一の標準であると論じていた。その意味は、3海里を超える主張はそれを明示もしくは黙示に承認した国家に対してのみ有効性を取得するという点にあった。<sup>(63)</sup>

しかし、ジェニングズ Jennings の立場は、領海の幅員が境界規則 *boundary rule* である点に照らして疑問がある。<sup>(64)</sup> 第4章で解説した通り、領海幅員に関する全ての慣習法規は国家管轄権原則と海洋自由の原則との間にある緊張関係を沈静化する試みの結果なのである。従って、領海幅員規則は沿岸海域を利用する国家の立場と公海を利用する全ての国家の立場の両方に目を向け、権利と義務を同時に創設しているのである。<sup>(65)</sup> その結果、領海幅員は一方のみに目を向けた最低基準を表明したものを見なすことはできない。各国は最低限の義務を負うことは当然であるが、最低限の“規則 *rule*”があるとはまでは言えないのである。領域の限界においては、未確定部分はいずれか一方に有利な形で自然に収まることはありえない。未確定部分は依然として未確定なのである。境界規則の存在しない事態に於いてのみ、境界規則はそれに反対する諸国家の実行の混乱を乗り越えて定着していくのである。このような2つの事態を区別していなかったジェニングズは、他の多くの学者と同様、存在し得ない規則を定立しようとしたのかもしれない。12海里領海規則の発達は恐らく慣習国際法規の変更ではなく、まさしく慣習法規の定着—発達—として理解すべきものなのであろう。<sup>(66)</sup>

このような国家免除やその後の領海に関する事例は慣習国際法成立プロセスを理解する上で役立つかもしれない。3カイリ規則を支持する国が十分存在し、反対する国が殆どいなかったためにこの規則が成立した事実を想起すべきである。従って、3カイリ規則に反対しようとする国は国際法違反を侵すか同規則の変更を求めて実効性の少ない声明を出すかの選択を迫られることになったのである。更に、旧規則に反する行動や宣言は、新規則を生み出す前に旧規則の“廃止 *desuetude*”をもたらすことに注意しなければならない。従って、既存の法規が存在しない場合に比べて、旧規則にとって替える形で新規則を定立することはかなり難しいといわざるを得ない。<sup>(67)</sup>

この要件は慣習法規の発展・変更に興議を唱える国々にさまざまな影響を及ぼしている。慣習法規の発展よりも変更に対する抵抗が強ければ、変更は一層停滞し遅れることになろう。即ち、規則を成立させるに十分な程度の国家実行の統一性 *uniformity of State practice* は、必ずしも既存の規則を変更するには十分とは言えないのである。規則の変更反対する国家は、新規則の成立をやがては認めざるを得なくなる規則成立に対する反対国より

も、目的達成の確率は高くなるといえよう。<sup>(68)</sup>

その結果、領海3海里規則や絶対的国家免除規則という先行規則の存在を信じ又他人に信じさせることで、国家も学者も新規規則の発達を阻害したのかもしれない。他方、存在しない先行“規則 rule”を存在すると思込むことで、合法的期待が生み出され、慣習国際法形成プロセスでの権力行使という認識も生れたはずである。

勿論、法規があると考えたがる理由は他にもありうる。大半の人間と同じく、国際的行為主体は不安定な不確実性よりも安定した確実性を望むので、多くの国家や学者は領海幅員や国家免除に関する規則が存在しない場合にもそれがあつたと考えたかつたのである。国際法は伝統的に国家の活動の自由を広く承認する傾向があつたけれども、国家や学者は法規の不存在を他国への規制がないという意味で快く思わなかつたようである。<sup>(69)</sup>

虚構の規則が生み出した障害が比較的軽微であれば、合法的期待原則が機能しても、規則が存在するとの思い込みによって現実には変化が促進されることもありうる。法規が存在していない分野で始めて法規を定立するよりも、既にある法規を変更ないし修正する方が心理的には気楽かもしれない。確かに、法律家にとっては新法の制定よりも既存の法を改正するほうが気楽ではある。ありもしない法規の存在を国際法学者が信ずることで、その虚構の規範が国家実行や（法典化する対象が存在することを前提にする）“法典化 codification”による“漸進的発達 progressive development”，学説や理論そして判決によって“変更される changed”かもしれないのである。他方で、立法は法律家が外交官や政治家に任せたる仕事である。それなのに、外交官や政治家は法律家ほど新法の定立や既存の法の“改正 modified”の必要性を認識していないこともありうるのである。

こうした現象の最近の一例が、人道的干渉 humanitarian intervention の“権利 right”の拡大傾向であるといえよう。国連憲章 § 2 (7) は、同憲章第7章で言う国際平和又は安全の破壊やそれらに対する脅威 threat to or breach of international peace and security が存在する場合を除いて、干渉を禁止している。イラク北部やソマリア、ハイチ、ルワンダの事態は、難民の発生という潜在的危機を抱えており、伝統的意味での干渉禁止原則が適用される状況ではないと思われる。しかし、国際平和や安全を脅かすに至っていない段階で人道的干渉を認めるために新規規則を定立したり現行規則を修正したりする代わりに、国際社会はこうした段階の状況を国際平和及び安全という概念を臨時に *ad hoc* 拡張する方策を採つたのである。つまり、国連憲章第7章に対する国際社会の解釈が憲章本文の修正によらずに変更されたといつていいのである。<sup>(70)</sup> しかし、比較的支持する国が多かつた結果生れた先行規則については、自らの変化を促進するよりも変更を抑制する効果のほうが大きいと思われる。

領海の幅員に関して、3カイリ規則が存在するとの最も強硬な主張が3海里を超える幅員が法規になるかもしれないと認識され始めてようやく登場したのも驚くべきことである。その理由として考えられるのは、新規規則発生の恐怖感が存在しないとき、国家は自らの確信や国家実行について改めて説明し擁護する必要性を殆ど感じないからである。こうした確信や国家実行が国益を脅かすような新規規則成立の動きによって変更や修正を迫られるにいたつて始めて、明確な表現を用いて法規性を主張する国が出てくるのである。この意味で、合法的期待の原則は新規規則に反対するために援用されるというよりも、従前法的保護を要求していないと見られた国家間合意や実行に法的価値を付与するものといえよう。

(注)

(45) See Galiani (1782) .

(46) スウェーデンは1779年に、ノルウェーはそれより前に4カイリ領海を主張していた。See Bardonner (1962) 67, note 121.

(47) Neutrality Act of 1794, 1 Stat. 369 (1794) , 18 USC sections 960 – 2 (1982) (emphasis added) .

(48) そうした国として、イギリス (1800 – 5), オーストリア (1846), チリ (1855), ブラジル (1859), 日本 (1870), アルゼンチン (1871), エクアドル (1889), オランダ (1889), リベリア (1902), メキシコ (1902) を挙げることができる。See O'Connell (1982) 131 – 2 ; and Brownlie (1990) 188, note 47.

(49) See McDougal and Burke (1962) 69.

(50) See generally : O'Connell (1982) 134 – 5 and 151 – 3. 第

1次大戦の直前の数年間にフランス・イタリア・ロシア・スペインそしてオスマン帝国の各国は漁業や密輸のような特定の活動を取り締まるために管轄権行使が合理的と判断される限りで現実の着弾距離に基づく管轄権行使を主張した。See Churchill and Lowe (1988) 66. 領海幅員を巡る混乱は法学者の著作にも現れた。例えば、オCONNELL O'Connell ((1982) 153 – 4) は次ぎのように論じている。

1876年から1914年までのこの極めて重大な時期に、33名の法律家は大砲の射程範囲の拡大に伴って領海幅員も拡大したと考えたし、26名の法律家は領海3カイリ規則が国家実行に基づき確立していると考えていた。また、5名の法律家は3海里以外の幅員を提案し、他の5名はそれぞれの主張する目的にあつた別々の幅員を提案した。また、8名の法律家は3海里と着弾距離を併用する曖昧な言い方をしていた。更に、7名の法律家は領海幅員に



関して諸国家の合意は存在していないと主張していた。

- (51) O'Connell (1982) 155. ソ連邦の全沿岸線に亘って12海里領海を執行する立法はようやく1960年に施行された。O'Connell (1982) 155.
- (52) Baty (1923) 503.
- (53) See, e. g., Fenwick (1924) 250-2; Conboy (1924) 18; Colombos (1924) 96; de Staeyol-Holstein (1924) 630 (北欧諸国家の4海里領海は一般規則になり得なかったという意味で例外的規則であった); and Jessup (1927) 62-6. 領海3カイリ規則に対する当時の批判についてはつぎをみよ。Brown (1923). 1926年に国際法協会 International Law Association は3カイリ領海を承認した (*Report of the 34th Conference, Vienna, 101, Art. 5*)。同様に, アメリカ国際法学会 ((1926) 20 *American Journal of International Law Supplement* 141, Art. 2) 及びドイツ国際法協会 Deutsche Gesellschaft für Voelkerrecht も3カイリ領海を承認した (Kystenmeerentwurf, Res. of 15 October 1926, (1927) 8 *Mitteilung der deutsche Gesellschaft für Voelkerrecht* 116)。国際法学会 Institut de droit international は, 1894年26海里領海を支持する決議を採択していたが ((1984-5) 13 *Annuaire de l'institut de droit international* 755, Art. 2), 1928年には領海3海里を受け入れた ((1928) 35 *Annuaire de l'institut droit international* 755, Art. 2)。ハーバード研究プロジェクト Harvard Research Project はどうかというと, 1929年に3海里領海を承認している ((1929) 23 *American Journal of International Law Supplement* 243, Art. 3)。
- (54) 他の2つの分野は国籍と国家責任であった。この会議で国籍法の衝突に関するある種の問題に関する条約 Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws (179 LNTR 89) を採択した。この条約に関するコメントにつき次ぎを見よ。Brownlie (1990) 386. 国家責任に関する法典化は実現していない。本書第2部第5章脚注(36)で引用した文献を参照せよ。
- (55) 領海3海里を支持した19カ国のうち, 7ヶ国は領海の外側に接続水域 contiguous zone を設定すべきだと主張した。最終的に, この会議では“当分, 領海に関する条約の締結を阻む基本的問題についての意見の違ひの大きさが目立った”(私訳)との結論に達した。See “Extrait du compte rendu provisoire de la treizieme seance tenue le jeudi 3 avril

1930”, and “Resolution concernant la continuation des travaux sur les questions afferentes aux eaux territoriales”, in Guerrero (1930) Annex 5, 204 and 208.

- (56) O'Connell (1982) 159.
- (57) See, Kelsen (1952) 220; Rousseau (1953) 437; Verdross (1955) 215; Reuter (1958) 217; and Alvarez (1959) 533.
- (58) “complete anarchy”. See Dahm (1958) 655.
- (59) See, e. g., Colombos (1967) 110.
- (60) 注目すべき例外的存在はド=ビッシャー de Visscher であった。彼は, 3カイリ規則が普遍的権威を取得したことは一度もなかったと主張したのである。See de Visscher (1957) 211-12.
- (61) O'Connell (1982) 165. 其の影響力も“領海3海里に反対する dissenting”国々の主張や政策を変えられるほど強力ではなかったことに注意すべきである。
- (62) Churchill and Lowe (1988) 66.
- (63) Jennings (1967) 383. ジェニングズはこの理論を提示するに当り一部, ウォルドックに依拠した。See, Waldock (1956) 185.
- (64) 本書第2部第4章第1節第2項“国境規則 Boundary rules”を見よ。
- (65) こうした事態は, 一定の状況下で或る者に権利を創設しそれに対応して他者に義務を設定する非境界原則の適用ある場合とは思われない。
- (66) そうは言っても, 国家が沖合3海里未満の海域から外国を排除すれば国際法違反になるということではない。領海幅員に関する規則が成立していなかったかもしれないけれども, 領海幅員が3海里未満であると主張した国がなかったので当該海域については沿岸国が管轄権を合法的に行使し得たのである。しかし, 之は最低限の規則というよりも, 管轄権行使が特に問題とされなかった区域での管轄権行使に過ぎなかったと見るべきであろう。
- (67) See generally Danilenko (1993) 123-8.
- (68) 執拗なる反対 persistent objection を巡る議論については, 本書第2部第6章第3節及び第3部第10章第2節を見よ。
- (69) 国家の行動の自由を広く認める最も有名な理論として本書第3部第8章第4節冒頭で引用している *Lotus Case* を見よ。
- (70) See similarly Franck (1995) 224-42, especially 233.

## 第5節 合法的期待 legitimate expectation と 国際司法裁判所 ICJ の判決

適用可能な慣習法規が存在すると誤信する場合のほかにも, 合法的期待は慣習国際法上の問題について判示する ICJ 判決の重要部分になる慣習プロセスでの権力行使の問題につき, それを容認する機能を果たしたて来たとされる。存在しない法規を在ると誤信する場合と変化に対する抵抗とは区別して考えなければならない。なぜなら, 後者では法規の存在が確認されているからである。国内裁判所の中には先例に拘束力を認め, その後の同

様の事件の裁判の基準になるという先例拘束性 *stare decisis* の原則を承認しているところも有る。従って, 国内法に限定した話ではあるが, 先例拘束性 *stare decisis* の原則は合法的期待の原則が機能している1つの姿であるといえよう。そして, 国家の裁判権免除のような若干の分野で, 国内法廷が先例拘束性 *stare decisis* の原則に依拠したために慣習国際法の発達が阻害されてしまったのである。<sup>(71)</sup> 更に, 諸国家は国際司法裁判所の判決に関して国際法上の類似の観念の適用を認めるかも知れず, そうなれば, 慣習プロセスでの権力行使が積極的に正当化されることになる。

国際司法裁判所規程 Statute of the ICJ, § 38① (d) によれば、裁判所の判決は“法則決定の補助手段”にすぎず、“§ 59の規定に従う”とも定められている。その§ 59では、“裁判所の裁判は当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する”としているのである。これら2つの条項を合わせて読んでみると、判決が裁判所に係属した特定の事件に関する“1回限りの one-off”決定であって国際法システムの中でそれ以上の機能を認めない趣旨であることがわかる。しかし、実際には、2つの条項に関するこうした解釈は必ずしも正確ではない。つまり、慣習国際法上の問題に関する判断を含めて、ICJの判決は同裁判所及び諸国家によってその後の紛争で尊重されているのである。国家はICJへの訴答書面でICJの先例に依拠する割合が大きく、ICJ自身も判決を出す際に先例に従っているのである。<sup>(72)</sup> メイン湾事件 *Gulf of Maine Case* で特別裁判部は、北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* のICJ“判決がこの分野での慣習法形成に大きな貢献を為した”ことを認めたのである。<sup>(73)</sup>

こうした状況は少なくとも2つの解釈が可能である。1つの解釈は、§ 38① (d) により、法則決定の“主要な primary”手段としての条約や慣習国際法の証拠たる国家実行や一般原則存在の証拠やが存在するときICJの先例は法則決定の手段にはなり得ないとする立場である。同様に、§ 59も、ICJの判決がその後の事件において特定の権利・義務や一般的規則の存在・内容の決定につき何らの *any* 先例的価値を有しないことを定めていると解するのである。<sup>(74)</sup> こうした条文解釈に基づけば、最近の国家実行やICJの実行は§ 38① (d) や§ 59の趣旨に違反しているか、その趣旨を変更していることになろう。<sup>(75)</sup>

第2の解釈は、ICJが重要且つ一般的な法則決定機能を遂行しているので、ICJ判決がたといその後の事件で法的拘束力を認められることがなくとも、特定の法規の存在や内容につき貴重な示唆を提供していることを認めるものである。こうした示唆は法的効力を有しないが故に補助的であり§ 38① (d) に違反しないのである。即ち、判決には高度な説得的権威—しかもそれだけが認められるというのである。<sup>(76)</sup> 又、ジェニングズ Jennings が指摘しているように、判示の説得力はそれぞれの判決によって異なっており、その後の国家実行によってどの程度支持されているかという点を含めさまざまな要因によって決まるといわざるを得ない。<sup>(77)</sup> ICJの判示は、その後の事件発生までに時間的にも国家実行の点でも不十分なため慣習国際法規として確立していないことが明らかなき、反って重要性が認識される結果になるといえよう。

ICJがこの第2のアプローチを採ろうとした事例として、1993年のヤン＝マイエン島事件 *Jan Mayen Case* <sup>(78)</sup>

を指摘することができる。この事件でICJは、メイン湾事件 *Gulf of Maine Case* <sup>(79)</sup> での特別裁判部の判決やリビア＝マルタ大陸棚事件 *Libya/Malta Case* <sup>(80)</sup> での類似の問題に関する判決に専ら依拠して、慣習国際法規の存在及び内容に関して認定を行った。<sup>(81)</sup> ICJは国家実行を検証しなかった。しかし、問題の規則—漁業水域の境界を確定するには暫定的に中間線を引き、その後“関連事情 relevant circumstances”を考慮して調整するのが適当であるという規則—は国家実行の支持を受けていなかったため法規とは言えなかった。もっと正確に言うと、この規則は先例から9年の間、殆ど変更を蒙らなかったのである。ICJは、国家実行を独自に調査することをしなかったため、先例の規範的継続性を正当なものとして認めていたのかもしれない。

そうした先例への依拠はICJ規程§ 59に違反しているとはどうしても思えない。裁判所に係属した事件の両当事者に特定の権利や法的義務を割り当てる判決は、その後の事件を拘束しないはずであるが、§ 59はその後の判決でそのときの法的状態の下で国際法規の存在及び内容につき正確且つ最終的な認定を行うことを禁止していないのである。この点につきシャハブディーン Shahabuddeen は次のように述べている。

§ 59が言おうとしているのは、ICJ判決は判決としては *qua decision* 事件の当事者のみを拘束するが、その後の事件で“裁判所が考える正当な法的状況に関する声明 statement of what the Court regarded as the correct legal position”<sup>(82)</sup> として取り扱われてもよいとする点に在る。

しかし、ICJ規程の起草過程を検証してみると、殆どの国家がICJの判決に今日のような大きな比重を与えようとはしていなかったことが判るし、先例としてその後のICJで尊重されることが期待される一方、多くの国は先例に“法則決定 elucidation”の“補助的機能 auxiliary function”<sup>(83)</sup> を果たすことだけ期待していたことも判る。だから、今日、ICJ規程§ 38① (d) 及び§ 59の意味や範囲が国際社会によって修正された状況が現出しているといえよう。<sup>(84)</sup>

こうした意味や範囲の修正は、少なくとも部分的には、慣習法規に対して合法的期待原則が作用してその変更が導かれた結果であるといえよう。要するに、諸国家は、放っておけば極めて流動的で不確定要素の多い国際法システムを安定させるために、慣習国際法規に関する合法的期待をICJ判決の趣旨に依拠させているとも言えよう。しかし、ICJは国家ではないので、その判決自体は慣習法

規の変更を阻止する効果を持つわけではない。<sup>(85)</sup> 従って、国家としては慣習法規の存否及び内容如何について自ら判断するのではなく、ICJの過去の判断に依拠することで、慣習法規の変更を合法的期待原則に基づいて承認しているといえる。このようにICJの先例を尊重すれば、慣習法規の発達や変更を遅らせることになりかねない。何故なら、ICJの決定は特定の時間的スナップショットであるのに対して、慣習法規は常に国益や権力関係の変化に伴

う国家実行の変化の影響を受けて、自ら変化せざるを得ないからである。ICJとしては慣習法が急速に展開している分野では余り先例にとらわれないよう自ら注意しているが、国家や国際法学者のレベルではICJの先例を重視する姿勢が見える。<sup>(86)</sup> その結果、再び、合法的期待が作用して慣習国際法形成プロセスで権力行使が容認される事態が生じているようである。

(注)

- (71) 本書本章第4節第1項“国家の裁判権免除 State immunity from jurisdiction”を見よ。
- (72) See generally Danilenko (1993) 253 – 61 ; Higgins (1994) 202 – 4 ; and Shahabuddeen (1996) . ICJは諸国家の創造物であって紛争当事国が付託を合意した場合に限って紛争処理の管轄権を行使する。従って、ICJが審理した個々の紛争を離れて *outside specific disputes* 国際法の発達と権力の抑止にICJ判決が果たす役割は、(少なくとも最初は国家間の合意に完全に依拠する) 国際法規・諸原則が権力行使を容認する点で、他の紛争解決方法と基本的に異なる。
- (73) 本書第1部第3章脚注(15)引用資料 p. 293を見よ。
- (74) § 38 (1) (d) と § 59 をそれぞれ“厳格 strict” 解釈した際に固有の矛盾が生ずる点に注目すべきである。シャハブディーン Shahabuddeen ((1996) 100) によれば、§ 38 (1) (d) は一般的・非限定的な意味で“裁判判決 judicial decisions” という用語を使用しているが、§ 59 が国際司法裁判所に限定して適用されることは明らかである。もし § 59 の目的が“ICJ判決が先例としてその後の事件を拘束することを禁止する”点にあるのならば、ICJ以外の裁判所は § 59 の拘束を受けない点でICJに優位する結果になると彼は考えるのである。そうした結論は非現実的であり、§ 59 の解釈としても正当とはいえない。
- (75) 条約規定を慣習法が変更する可能性については、本書第3部第10章第1節を見よ。
- (76) ルービン Rubin ((1997) 25 – 6) (see also at 140, note 10) はつぎのように述べている。

今日、理論的には英米法秩序の中で不法行為 torts (民事不法行為 civil wrongs) などのように圧倒的にコモンローの規律を受けている分野でさえも、裁判官の判決は当事者及び当該事件のみを拘束する建前になっている。判決が依拠したとされる法規の一般的内容は他の事件で裁判官の参考になることはあろうが、法体制が特定の裁判所の判決に他の全ての裁判所を拘束する立法的効力を認めていない限り、先例拘束の法理は成立していないといわざるを得ない。

- (77) See Jennings (1996) 8.
- (78) グリーンランドとヤン=マイエン島との間にある海洋区域の境界確定事件 *Maritime Delimitation in the Area between*

*Greenland and Jan Mayen* (1993) *ICJ Reports* 38.

- (79) 本書第1部第1章脚注(29)。
- (80) リビア=マルタ大陸棚事件 *Case Concerning the Continental Shelf* (1985) *ICJ Reports* 13.
- (81) 本章脚注(78)の引用資料 pp. 61 – 2 (paras. 52 – 4) を参照せよ。
- (82) Shahabuddeen (1996) 63. 彼は、プレア=ビヘア寺院事件 *Temple of Preah Vihear Case* (先決的抗弁判決 *Preliminary Objection*) (1961) (*ICJ Reports* 16, 27) での国際司法裁判所判決から引用している。See also Shahabuddeen (1996) 99 = 100, 107 – 9 and 238 – 9.
- (83) See Permanent Court of International Justice (1920) 294, 307 – 8, 317, 334, 336 – 8, 584, 605 and 655 ; Danilenko (1993) 254 – 5 ; and Shahabuddeen (1996) 48 – 66. ジェニングズ判事 Judge Jennings がリビア=マルタ大陸棚事件 *Libya/Malta Case* (本章脚注(80)引用資料 p. 159 – 60) での反対意見の中で述べたように、ICJ 規程起草者達の意図と(訴訟参加 *intervention*) に関する § 62 の文言の間に矛盾があるともいえよう。その点については § 63 にも当てはまる。この点につき次を見よ。Danilenko (1993) 256 ; and Jennings (1996) 7.
- (84) 条約上の義務が慣習によって変更される可能性については、本書第3部第10章第1節を見よ。ICJ 規程 § 38 (1) (d) の文言はICJの前身たる常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice (PCIJ) 規程と何ら変わっていないことにも注意すべきである。PCIJは、今のICJと同様、先例に依拠する割合が大きかった。こうしたPCIJの慣行を改めるために規程 § 38 (1) (d) を修正すべきであったのに修正しなかったことは、1920年のPCIJ規程起草会議参加国がPCIJの先例依拠を防止しようとした当初の意図を没却するものであり、先例依拠の慣行の正当性をICJが認めて継承し、諸国家もこれを追認していることを意味する。See Permanent Court of International Justice (1920) 294, 307 – 8, 317, 334, 336 – 8, 584, 605 and 655.
- (85) 本書第2部第5章序文部を見よ。
- (86) ICJ 自体はバルセロナ=トラクション事件 *Barcelona Traction Case* (本書第1部第1章脚注(1)の引用資料 p. 33 (para. 37)) で指摘したように、みずから“国際法の継続的発達を考慮しなければならない”と考えている。この問題の裁判上の認識を論じたものとして、次ぎを見よ。Shahabuddeen (1996) 114 – 17.



## 第6節 合法的期待と条約

### Legitimate expectation and treaties

合法的期待原則は更に、慣習法規とは対立する条約の規律分野で慣習プロセスが権力に指導されて進行することを認める作用を営む。国際法規としての条約規定は合法的期待を自然に生み出していくと思われる。<sup>(87)</sup> 言い換えれば、条約の交渉・署名・批准は一定の条件が整えば慣習国際法規の生成・発展・変更を促進する国家実行であるといえよう。例えば、拷問禁止規定を含む条約の署名・批准が同一の慣習国際法規の発達に貢献することは明らかではなからうか?<sup>(88)</sup> 12海里領海も恐らく1982年の海洋法条約で承認されるまでは慣習国際法規として確定的に確立していたとはいえないと思われる。<sup>(89)</sup> 更に、多数の2国間投資協定によって取用の際の慣習法上の補償基準が“迅速で適切で実効的な prompt, adequate and effective”補償基準に変更されたとも言われる。<sup>(90)</sup> いずれにしても、条約の交渉・署名・批准は慣習プロセスに影響すると考えられるのであって、その少なくとも1つの理由は合法的期待一条約規定と合致する形で国家が行動していくであろうという趣旨の期待一が生ずるからである。<sup>(91)</sup>

条約が慣習法規の発達・変更を奨励し、現実にも多くの条約も現行の慣習法規を法典化していることを考えると、しばしば類似の条約及び慣習規則が共存して合法的期待が並列的に成立していることになる。<sup>(92)</sup> 万が一にも条約と慣習法規の内容がある時点で離反するとしたら、一方の法規から生れた合法的期待は他方の法規の変化への順応性に影響するかもしれない。なぜなら、合法的期待が並列的に成立していて両者が混同されやすく、又、両者の相対的比重が暗黙のうちに認識されているからである。例えば、慣習法規は類似の内容の条約規定が並行的に存在するならば、変化しにくい状況にあるといえよう。他方、条約規定は、並行的に存在する慣習法規さえ変化すれば外交交渉無しで実際に変更を蒙る可能性が高い。<sup>(93)</sup>

慣習法規は並行的条約規定が存在しているとき変更が難しくなる。何故なら、当該条約の改正が困難なときに、慣習法もそれに引きずられるからである。条約が成立するまでには外交交渉・署名、そして多くの場合批准が必要である。時にはこうしたプロセスが、多国間での条約交渉では問題点の合意に至りにくいことから、又、国内政治の事情からストップしてしまうことがあるからである。他方、慣習法規はしばしば漸進的に且つ不整合な形

で変化し、国家実行も変動する。慣習法規の変動は比較的認識されにくく、変更後の新慣習法規によって拘束される個別国家の明示の同意 explicit consent が必要とはされないのである。<sup>(94)</sup>

条約と慣習法規が並存しているのであれば、国家実行によって慣習法規が変更を蒙るためには条約違反が伴うはずである。つまり、慣習法規が非公式に漸進的に変更していくにしても、並行的に条約を遵守する必要があるため、慣習プロセスでの権力行使に法的・政治的制約が次第に大きく課されていくのである。例えば、行動を伴わない声明のような慣習法規の変更を促す国家実行でさえも、条約規定に対する拒否の意思表示ないし不信感の表明と解されうる。従って国家は声明を出すことさえ躊躇うようになるかもしれない。

並行的条約規定が持つ正当化効果の一例が、慣習国際法上の人権の発達に対する国連憲章 § 2 (7) であろう。慣習法上の人権を承認しようとする国家の管轄権内で人権の内容を理解させ侵害を監視して人権を実現するための努力にたいして、当該人権侵害国は多くの場合、憲章 § 2 (7) を根拠に抵抗するのである。<sup>(95)</sup> この人権保障の分野で大きな進歩が達成されたにもかかわらず、その人権擁護活動は依然として、その大半が慣習法規違反であり憲章 § 2 (7) 違反だと考えられている。§ 2 (7) という条約規定が比較的不明瞭な文言で存在しているために、この人権分野での慣習法規の発展を阻害しているといえよう。

加えて、国家は特定の問題に関して複数の国際法規によって拘束されるのではないかと不安に思うものである。単一の問題について複数の法的義務が存在すると、国家がどちらにしたがって行動すべきか迷うであろうし、関係法規の全てではなくともいずれか1つでも侵害されたときの国家責任はどうなるのかという難しい問題が生じてくる。<sup>(96)</sup>

以上述べた通り、慣習プロセスは一般的に進行していると共に、慣習法規と条約規定との共通領域でも進行しているので、合法的期待原則に基づき、このプロセスでも権力行使が容認されていると考えていい。ここまで、管轄権原則や法主体原則、それに相互主義や合法的期待の諸原則が慣習プロセスへの国家の参加形態に影響を及ぼしていることを論証したので、次ぎは慣習プロセスそのものを論ずることとする。もっとはっきり言うと、慣習国際法の基本的諸問題を次ぎに論じようと思う。

(注)

(87) 本章第2節を見よ。

(88) See Bonin (1986) ; and Rodley (1987) .

(89) 本書第1部第3章脚注(29)。See Churchill and Lowe (1988)

67. 又, 本書本章第4節第2項を見よ。

(90) 本書第2部第4章第1節第1項を見よ。

(91) 本書第2部第7章第1～3節を見よ。

(92) 本書第3部第10章脚注(32)で引用している ニカラグア事件 Nicaragua Case (本案判決 Merits) を見よ。

(93) 本書第3部第10章第1節を見よ。

(94) 本書第1部第1章序文中間部分を参照せよ。

(95) 本書第1部第3章第2節を見よ。

(96) 国家責任に関しては本書第2部第5章脚注(36)で引用している諸文献を見よ。

### 第3部 慣習国際法形成プロセス

#### 第8章 慣習国際法の基本的諸問題

慣習国際法に関連する多くの理論的問題に止む無く解答を出す試みが幾度となく行われてきた。こうした試みによって多岐にわたる内容が提示され国際法への関心が高まったことは、慣習プロセス全体の合理化を国際法学が如何に望んでいるかを示している。

本書の始めの部分で、慣習国際法形成過程で権力が慣習法上の義務履行に吸収されることが指摘された。権力は、その定義上、相対的性質を有するが、相対性の2つの姿が慣習プロセスで現れている。先ず、他国の行動に直接影響を及ぼす能力が国によってそれぞれ異なるのである。そして2番目に、国家が相互の関係で有する法的義務が権力差によって異なるのである。

本書の第9～11章で、慣習プロセスに関連する理論的問題の多くが権力の相対性と結びついていることが明らかにされている。したがって、驚くべきことに、慣習国際法形成プロセスで権力が演ずる役割を直接的に *directly* 考察した国際法学者が殆どいないのである。既に指摘した通り、大半の国際法学者は権力の役割について表面的な議論しかして居らず、権力の重要性を認識することはあっても、権力が具体的にどういうふうに関別慣習国際法規の生成・発展・変更に作用を及ぼすのかを減多に検証しないのである。<sup>(1)</sup>

国際関係学は明らかに慣習国際法形成プロセスでの権力を研究する際に発想と洞察を与えてくれる。国際関係学の研究者は、その多くが権力のような非法律的要因と

慣習国際法形成プロセスのような法的義務に基づく規範構造との決定的な違いを未だに認識していないにしても、権力に関わる諸問題に詳しいことは確かである。レジーム理論や制度論に関する最近の著作は、慣習法規の生成・発展・変更の際の権力について特に研究しているようである。<sup>(2)</sup> 本書は国際関係学の最近の研究成果に基づき、慣習プロセスが権力を慣習法的義務の履行に変形させることを示すと共に、その義務によって慣習国際法形成プロセスの内外でのその後の権力行使が正当化されることをも示している。

大半の国際法学者は慣習国際法が2つの要素の共存から生じていると認めている。1つは、諸国家の一致した一般の慣行の存在である。2つ目が、そうした慣行が法に従っているとの国家の側の信念である。<sup>(3)</sup> 2番目の主観的要素は通常、法的信念 *opinio juris sive necessitatis* とか、単に、必要信念 *opinio juris* とか呼ばれている。慣習国際法が成立するには国家実行 *State practice* のほかに何かが必要である。何故なら、法的拘束力のある規則と法的に拘束されない行動とを区別しなければならないからである。<sup>(4)</sup> しかし、法的信念 *opinio juris* に関係する問題が多く、慣習国際法には伝統的な2国間観念が強く残っている。本章ではそうした問題を幾つか検討し、近年国際法学者が提示した回答をも合わせて検討することとする。本章では、慣習プロセスで権力と義務の相互作用が生ずるという観点からこの問題を検証するものであり、それに基づき次章第9章で法的信念 *opinio juris* と慣習国際法形成プロセス一般について新たな説明を試みるつもりである。

(注)

- (1) 本書第1部第1章第2節及び第3章第4節を見よ。
- (2) 本書第1部第2章第1節を見よ。
- (3) 国際司法裁判所規程 § 38 (1) (b) ; 本書第1部第3章脚注<sup>(15)</sup>が引用している北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* (p. 44, para. 77) ; Brownlie (1990) 4 - 11 ; Jennings and Watts (1992) 25 - 31 ; Bernhardt (1992) ; Danilenko (1993) 81 - 109 ; and Dinh *et al.* (1994) 317 - 24. 少数説として、例えば次ぎを見よ。Kopelmanas (1937) (慣習国際法の構成要素は国家実行のみである) ; and Cheng

(1965) 36 (“国際慣習法は実際には法的信念 *opinio juris* という唯一の構成要素でできている”)。

- (4) 国際司法裁判所は、繰り返し、国家実行だけでは慣習国際法規成立には不十分である旨確認している。例えば以下の諸判例を見よ。本書第1部第1章脚注<sup>(16)</sup>が引用しているロチュース号事件 *Lotus Case* (at 28) ; 庇護権事件 *Asylum Case*, (1950) *ICJ Reports* 265, 276 - 7 ; 通行権事件 *Right of Passage Case*, (1960) *ICJ Reports* 642 - 43 ; 本書第1部第3章脚注<sup>(15)</sup>が引用する北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* (p. 44, para. 77) .

#### 第1節 年代的逆説 *chronological paradox*

慣習国際法について伝統的に指摘される合意的性質に関して1つの問題点が指摘されている。それは、新たな慣習法規を定立する国家は当該規則が既に存在し自らの実行が適法である *is* との信念を抱いている点で時間的逆

説が存在するという点なのである。かつて、国際司法裁判所は1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* で次ぎのように述べている。

当該行為が定着した実行になっていなければならないだけでなく、当該実行が法によって義務的とされている



との信念を表明する性格のものであるか、その新年の証拠としての性格のものでなければならない…。それゆえ、関係国は自らが法的義務に従って行動していると認識している必要がある。<sup>(5)</sup>

之と同じ趣旨を、常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice は1927年のロチューズ号事件 *Lotus Case* の判決で次のように述べていた。

判決の数が極めて少ないこと自体が…問題の状況を…立証するのに十分であるとしても、そのことは実際には国家が刑事手続の開始を控えたことに過ぎず、法的義務を認識していたことの証明にはならない。裏から言えば、起訴を控える義務を認識して起訴を控えたという事情さえあれば、その点に国際慣習を確認することができると言えよう。<sup>(6)</sup>

こうした心理的要件は新たな慣習法規の生成を妨げているようである。何故なら、法的信念 *opinio juris* は既に *already* 実施されている法規に関してのみ成立するからである。<sup>(7)</sup> この逆説に直面して、ケルゼン Kelsen とグッゲンハイム Guggenheim は、法的信念 *opinio juris* が国家実行の分析に裁判官が広範な裁量を行使するための似非要素なのだと結論付けた。<sup>(8)</sup>

時間的逆説に対する解決案がジェニー Geny によって提示された。彼は、新たな慣習法規が生成するためには行為主体が当該法規によって既に拘束されていると誤解している *erroneously believe* ことが必要だと主張したのである。<sup>(9)</sup> この理論には同意できない。何故なら、法定立プロセス全体—そして、慣習プロセスが条約法の基礎を形成しているので両者を含んだ法システム全体—が終始誤解に基づいて成立しているとは考えられないからである。

そこで、時間的逆説に対するもう1つの解決案がスターン Stern によって提示された。彼女は次のように問い掛けるのである。

どうして、国際法の主体でもあり創造者でもある国家の認定が規範成立の起源となり得ないことがあるか？ 法的信念 *opinio juris* を自らが同意する規範によって拘束されているとの感情として理解し、その同意が規範を生み出していると考えることができれば、ケルゼン Kelsen の反対論を回避することができる。<sup>(10)</sup>

スターン Stern によれば、法的信念 *opinio juris* とは国家意思 *State will* であり、国家実行によって証明された国家意思の合致が法的義務の直接の原因である。しかし、

彼女は更に、国家“意思 *will*”の内容 *content*—それが又、法的信念 *opinio juris* でもあるのだが—が、国際秩序のそのときの権力状況によって決まるとも言っている。自らの行動によって慣習法規の成立の口火を切る国は、自由意思 *free will* (“*volonte libre*”<sup>(11)</sup>) を表明しているのである。他の諸国家は沈黙せる大多数の国家として、口火を切った国々の意思に抗しきれず同意しているのである。<sup>(12)</sup> つまり、この同意は、単純な黙示の *tacit* の同意というようなものではなく、賛成とか反対とかの明示の意思表明を省いた“コンセンサス *consensus*”による法規の採択を意味する。<sup>(13)</sup> コンセンサスは“明確な全会一致 *apparente unanimite*”を目指しながらも…、個別国家に対抗するための手段として用いられるので<sup>(14)</sup> その場合の同意 *consent* は緊張を内在させたものとなる。

ダマト D'Amato も、法的信念 *opinio juris* を慣習国際法規の“明確化 *articulation*”と考えることで時間的逆説を免れている。ダマト D'Amato がいう“明確化 *Articulation*”は、国家や組織や個人が作為や不作為を国際法上合法と事前にまたは当該作為や不作為の時に公式に宣言するに等しい。<sup>(15)</sup> この明確化 *articulation* は、国家の行動が“法的意味を持つ”<sup>(16)</sup> ことを他国に伝える質的要素である。国家が法的信念を暗黙のうちに認識すれば、その規則に合致する作為又は不作為は、当該国及びその他の国にとって法的先例になる。ダマト D'Amato によれば、法的信念を伴った作為又は不作為が慣習国際法を形成する国家実行として評価されるのである。<sup>(17)</sup>

同様に、国際司法裁判所は1986年のニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案 *Merits*) 判決で、1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* で採った立場<sup>(18)</sup> を放棄して、法的信念 *opinio juris* を法的請求権の一形式と見る立場を採用した。不干渉の原則という確立していると考えて良い慣習法原則に反する国家実行に対して、ICJ は法的信念 *opinio juris* に言及して次のように述べている。

ICJ が一見して *prima facie* 不干渉原則に違反する国家行動に関わる事件に対してどういう点に意義を認めているかということ、干渉を正当化するための *offered as justification* 根拠の性質なのである。国家が干渉を正当化するため斬新な権利を主張したり、不干渉原則の先例なき例外を主張したりして、他の国々も之を支持すれば、慣習国際法規が変更されるに至るであろう。<sup>(19)</sup>

このように、ICJ はある程度、ダマト D'Amato のいう“明確化 *articulation*”の考えを受け入れていたようである。但し、ICJ は国家実行 *State's practice* の“明確化 *articula-*

tion”が他の国家や非国家行為主体によって促進されるとは考えていなかったようである。<sup>(20)</sup> しかも、“明確化 articulation”の考え方だけでは、明示的に合法性が主張されないうちに慣習法規が成立するような状況を説明できないのである。<sup>(21)</sup>

フィンニス Finnis も時間的逆説を回避しようとして、法的信念 *opinio juris* について将来的に特定の国際慣習法規の採択が望ましいとする判断であるといっていた。<sup>(22)</sup> しかし、このアプローチは法的信念 *opinio juris* の相対的意

味を損なっていると思われる。何故なら、全ての法規の変更は、変更の予想をも包括した立法者意思から生ずるからである。更に謂うと、この将来志向の法的信念 *opinio juris* を慣習規定の必須の構成要素であり常に立証を要すると考えるならば、法的信念はダマト D'Amato の所謂“明確化 articulation”に類似する。しかし、ニカラグア事件 *Nicaragua Case* での ICJ 判決に従うならば、法的信念が明確化能力を持つ国際行為主体の範囲を狭めることになると思われる。

(注)

(5) 本書第1部第3章脚注(15)の引用文献 P. 44 (para. 77) .

(6) 本書第1部第1章脚注(16)の引用文献 P. 28.

(7) See Geny (1919) 367 ; and Kunz (1953) 667.

(8) See Kelsen (1939) 265 - 6 ; Guggenheim (1950) 278 ; and Guggenheim (1953) tome1, 46 - 8. 両者とも、その後、この立場を放棄した。See Kelsen (1966) 440 ; and Guggenheim (1967) tome 1, 101 - 7.

(9) See Geny (1919) 367 - 71 ; and Benson (1982) 276 - 7. ベンソン Benson ((1982) 269) は、ジェニー Geny の著作が国内法体系に焦点を合わせているものの国際法思想に大きな影響を及ぼしていると指摘している。

(10) Stern (1981) 487 - 8. 私の英訳文を以下に掲げておこう。

Why could not the belief in the existence of a norm on the part of the State, which is at the same time both subject and creator of international law, be at the origin of the emergence of that norm? The objection of Kelsen may fall aside if *opinio juris* is understood as the feeling of being bound by a norm to which one consents, with that consent giving existence to the norm.

(11) Stern (1981) 498.

(12) Stern (1981) 498.

(13) Stern (1981) 497.

(14) スターン Stern (1981, p. 497) は、ロイター Reuter (1976, p. 26) を引用し更に補強している。私の英訳文を以下に掲げよう。“in spite of the *apparent unanimity* to which it

is devoted ... constitutes an instrument of coalition against isolated States” . この後半部分は、本書第2部第6章第3節及び第3部第10章第2節で論ずる執拗なる反対 *persistent objection* の概念ををかなりの程度まで説明してくれている。

(15) See D'Amato (1971) 74.

(16) D'Amato (1971) 75.

(17) ダマト D'Amato が声明 *statements* について慣習国際法形成につながる国家実行ではないと考えていたことは注意すべきである。本章次節(第2章)を見よ。

(18) 北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* での国際司法裁判所の立場については、本章本節前半部を見よ。

(19) 本書第1部第1章脚注(16)の引用文献 (p. 109, para. 207) を見よ。

(20) このことは、慣習国際法に関するダマト D'Amato の一般理論に近い立場を ICJ が採っていたことを意味しない。例えば、同一の事件で ICJ は、国連総会決議が慣習国際法形成につながる国家実行ではないと考えていたようである。本書第1部第1章脚注(16)が引用しているニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案判決 *Merits*) (at 97 - 100, paras. 183 - 90) を見よ。ダマト D'Amato は、この判決の後半部分を大いに批判しているが、法的信念 *opinio juris* について ICJ が彼に極めて近似した立場を採っていることに気づいていなかったのである。See D'Amato (1987a) .

(21) 本書第3部第9章序文部を見よ。

(22) Finnis (1980) 238 - 45. See also Thirlway (1972) 55 ; Dupy (1974) 84 ; and Crawford and Viles (1994) .

## 第2節 国家実行 *State practice* の性格

いかなる形式の行動が慣習国際法という伝統的な合意的概念の第1の要素たる国家実行といえるかが問題となる。ダマト D'Amato やヴォルフク Wolfke のような学者は、声明 *statements* ではなく行為 *acts* のみが国家実行になると主張している。つまり、慣習法規の生成・発展・変更を支持し、又はそれに反対する国家実行は行為 *act* でなければならないのであって単なる声明や要求では不十分なのである。<sup>(23)</sup> この主張を例示するため、ダマト D'Amato は人類最初の人工衛星スプートニクの打ち上げ

によって人工衛星の他国上空飛行権が慣習法規として発達したことを指摘するのである。彼によれば、いずれかの国家がこの権利の生成に反対したのであれば、この人工衛星の飛行を妨害するか、妨害が不可能なときは何らかの形で報復することで、具体的行動を執っていなければならないのであったのである。<sup>(24)</sup>

この点に関して、多くの学者はダマト D'Amato やヴォルフク Wolfke の立場に反対している。<sup>(25)</sup> 彼らが反対する1つの理由は、慣習法規の変更に関してこのアプローチでは慣習法規の侵害が伴うことである。つまり、既存の規則に反する行動は当該規則違反であるが、単なる声

明は既存の規則と矛盾しても違反にはならないことになる。それゆえ、エイクハースト Akehurst の言葉を借りれば、このアプローチは“国際関係で法の支配 rule of law が強化されることを願う者としてとても推薦できる理論ではない”。<sup>(26)</sup> この理論は慣習国際法形成過程での外交や平和的説得の余地を殆ど残さず、中小の国々をそのプロセスから締め出すことになる。<sup>(27)</sup>

学者の中にはダマト D'Amato やヴォルフク Wolfke とは逆の立場を執る者もいる。彼らは、全ての国家行動 — 作為、不作為、声明、条約批准、(準備作業 *travaux preparatoires* に反映される) 外交交渉の立場、決議や宣言に対する賛否の立場を含めて一が慣習国際法形成に貢献する国家実行になると主張している。例えば、エイクハースト Akehurst は、国家実行には不作為や沈黙が含まれるほか、“国際法に関する見解を汲み取ることのできる国家行為や声明が含まれる”<sup>(28)</sup> と主張している。

この包括的アプローチは国際司法裁判所の黙示的支持を受けている。例えば、同裁判所は1950年の庇護権事件 *Asylum Case* <sup>(29)</sup> で、“継続的な統一的慣行 constant and uniform usage” の不存在を認定する根拠として“公式見解 official views” や条約批准の実行を引用した。ICJ は更に、1952年のモロッコにおける合衆国国民の権利に関する事件 *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco Case* <sup>(30)</sup> で“慣習と慣行に基づく”領事裁判権が確立していなかったことを認定するのに外交文書を検討した。同様に、1950年、国際法委員会 International Law Commission は多彩な国家実行の例として条約、国際裁判所や国内裁判所の判決、国内立法、外交文書、外交法律顧問の意見などを指摘した。<sup>(31)</sup>

行為のみが国家実行になると考える学者と国家実行を広く捉える学者とに別れているが、こうした見解の違いは国際機関の決議や宣言が慣習国際法規の形成過程に作用を及ぼすか否か、又どういう風に作用を及ぼすかという点でさらに際立ってくる。本書第3章で説明した通り、国際法学者は伝統的に、決議や宣言は法的信念 *opinio juris* の証拠と認められる限りで慣習プロセスに貢献するに過ぎないと考えていた。学者の中には、決議や宣言が

国家代表の真意を表明していない場合が多く法的信念 *opinio juris* の証拠としては確実性に欠けるといえる者さえいる。<sup>(32)</sup>

近年、多くの非工業国やかなり多数の研究者が決議や宣言に関して、慣習国際法規を潜在的に生み出しているか少なくとも暗示する重要な国家実行であると論じている。国際司法裁判所は、この立場を支持して、1986年のニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案 Merits) 判決で干渉及び侵略を禁止する慣習国際法規の発達の面で国連総会決議が主要な役割を果たしたことを認めている。しかし、こうした主張はやがて多くの大国と一部の学者のよって批判されることになった。<sup>(33)</sup>

言動不一致の国家もここで問題として指摘しておかなければならない。例えば拷問 torture 禁止原則のように、国際機関の総会議場で殆ど全ての国家から広範な支持を受けながらも、その同じ国家の多くが絶えず侵害している慣習規則がまだ存在している。だけれども、ダマト D'Amato やロードリ Rodley が指摘しているように、こうした国々の違反行為は必ずしも慣習国際法規の成立にマイナスの影響を及ぼすものではない。<sup>(34)</sup> 拷問禁止原則に違反している国家の殆ど全てがその事実を否定し隠蔽しようとする。<sup>(35)</sup> そうした場合、事実の否定や隠蔽の試み—ニカラグア事件 *Nicaragua Case* での ICJ の言葉を借りれば、正当化意思の欠如 lack of an attempt to offer justification — が、拷問それ自体よりも慣習プロセスに貢献する皮肉な結果になっている。ウェーバー Weber は異なる事例に関してであるが、次のように述べている。

この命令が(義務規範として)効力を保持し得るのは、そのほか、その意義が“潜脱され evaded”たり“侵害され violated”たりしたときである。…泥棒は犯罪法の正当性を認識しているからこそ隠れて盗みを働くのである。…勿論、この事件はその事情をよく示した典型的なものである。この命令は細かい点では色々侵害されているが、その際、その違反を善意 good faith を口実として正当化する試みが為されるのが普通である。<sup>(36)</sup>

(注)

(23) See D'Amato (1971) 88 ; D'Amato (1987a) ; Wolfke (1993a) 42 and 84 ; and Wolfke (1993b) 3 - 4. イギリス=ノルウェー漁業事件 *Anglo-Norwegian Fisheries Case* (1951) でのリード判事 Judge Read の個別意見 (ICJ Reports 3,191) をも参照せよ。See also Thirlway (1972) 8.

(24) D'Amato (1971) 89.

(25) See, e. g., Akehurst (1974 - 75a) 7 - 8 ; Brownlie

(1986) 156 ; and Onuf (1994) .

(26) Akehurst (1974 - 75a) 8.

(27) この2つの異論に接して、ブロンリー Brownlie は、ダマト D'Amato の慣習国際法理論を“ランボー的 Rambo”超実定法主義 superpositivism' と評している。ランボーは1980年代の映画の中のヒーローである。このヒーローは他人とのコミュニケーションを武力の行使 use of force でのみ実践したのである。Brownlie (1986) 156.

(28) Akehurst (1974 - 75a) 10. See also Villiger (1985) 4 -



- 12; and Sur (1990) 1er cahier, 18.
- (29) 本章脚注(4)で引用した資料 p. 277 を見よ。
- (30) (1952) *ICJ Reports* 176, 200.
- (31) (1950) *2 Yearbook of the International Law Commission* 368 – 72.
- (32) 本書第1部第3章第1節冒頭のパラグラフを見よ。
- (33) 本書第1部第3章第1節第3パラグラフを見よ。
- (34) D'Amato (1988) 466 – 9 (本書第3部第10章脚注(21)(22)での引用文献を見よ); and Rodley (1987) 63 – 4.
- (35) ひょっとしたらビルマ(ミャンマー)はその例外かもしれ

- ない。同国は1989年の児童の権利条約を1991年に受諾したが、その際、§ 37(拷問の禁止、残虐で非人道的で品位を汚す待遇や刑罰の禁止)を留保し、“逮捕、抑留、投獄、排除 exclusion, 尋問、審理、調査の無制限の権力”を手放さなかった。しかし、この留保は1993年に撤回された。See *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General : Status as at 31 December 1994* (New York : UN, 1995) 202.
- (36) Weber (1954) 4.

### 第3節 認識論領域 epistemological circle

若干の学者が指摘するように、行為も声明も国家実行であるとするならば、<sup>(37)</sup> その全てに法的信念 *opinio juris* の存在を認定することは難しいかもしれない。しかし、法的信念 *opinio juris* の唯一の援用可能な証拠が国家実行でもあるとの観点からは、法的信念と言う独立した要素又はそれに近似した要素が法的に関連性のある国家実行と無関係な国家実行とを区別して前者を慣習法規に発達させるためにどうしても必要である。その結果、認識論の領域では、慣習国際法の要素としての意味を持たない国家実行は余計なものになる。<sup>(38)</sup>

ダマト D'Amato とヴォルフク Wolfke のアプローチは、国家行動を2つのカテゴリー、即ち、(国家実行を形成する) 行為 acts と (法的信念 *opinio juris* の証拠又は規則の“明確化 articulation”の意味を有する) 声明 statements とに分けることで認識論を回避している。しかし、このアプローチは本章で既に論じた通り、これを採用することはできない。つまり、このアプローチでは慣習法形成プロセスで外交交渉や平和的説得の余地は殆どなくなり、中小の国々の存在を無視することになるからである。<sup>(39)</sup>

キルギス Kirgis が提案したような法的信念と国家実行との関係についての“スライド型 Sliding scale”説明も破綻を来している。キルギス Kirgis は、声明でなく行為のみが慣習国際法を形成する国家実行であり声明や決議や宣言によって表明された意思や主張が法的信念 *opinio juris* であるとのダマト D'Amato やヴォルフク Wolfku の立場を支持して、次のように述べている。

頻繁に繰り返される統一的な国家実行は、とりわけ法的信念 *opinio juris* を積極的に表示しなくても、それだけで慣習法規を生み出す。但し、当該法的信念の存在が政治的意図の表明にすぎないとして否定されないことを条件とする。当該国家実行が繰り返されなくなり統一性も崩れてくれば、法的信念 *opinio juris* を積極的に表明することも必要になるだろう。こうしたスライドの他方の端

には最も強力な法的信念が存在し、それだけで慣習法規を生み出している。そして、各国政府が法規に従った行動を執っていることを積極的に証明する必要は感じられないのである。<sup>(40)</sup>

しかし、行為も声明も *both* 潜在的な国家実行と見る考え方に“スライド制 sliding scale”を適用すれば、認識論が破綻を来さないことは明らかである。その場合、国家実行を法的信念 *opinio juris* の証拠として眺めることもなくなる。スライド制理論は、ダマト D'Amato やヴォルフク Wolfke のアプローチが課す問題を受け入れる場合にのみ有効になるのである。<sup>(41)</sup>

マクギボン MacGibbon は、慣習法規の中には法的信念 *opinio juris* を必要としないものがあると主張している。彼によれば、慣習法規が“一連の行為 course of conducts”，即ち、同一乃至類似行為の反復の結果として成立するとき、黙認 acquiescence は当該行為に対する同意として理解され、新法規の基礎を形成することになる。しかし、この理論が一定の行動を禁止する慣習法規には適用がないことは、彼自身が認めている。なぜなら、この場合、実行を支持することは何もしないことだからである。その場合、一国の不作为に対応する他国の不作为は、前者が何らかの作為を法的に義務づけられていない限り、後者の同意を推定する根拠にはなり得ない。従って、このような場合に法的信念 *opinio juris* 或いは法的信念 *opinio juris* 類似の観念は依然として有用性を失わないのである。<sup>(42)</sup> しかし、マクギボン MacGibbon の考え方は理論として成り立たないと思われる。何故なら、国家の一連の行為 courses of conduct つまり作為を問題とする場合であっても、法的義務としての作為と事実としての作為とを区別するために何らかの *some* 信念ないし共通の諒解が必要になるとと思われるからである。

コスケンニーミ Koskeniemi は、認識論と年代的逆説との学問的見解の相違を探求し、慣習国際法に関する伝統的な合意的概念が政治的主観に基づいた選別を覆い

隠す機能を果たすだけのものであったと言っている。彼の言葉を以下に引用しておこう。

両要素〔国家実行 State practice と法的信念 *opinio juris*〕は相互に影響力を牽制し合う仲であるが故に、慣習理論は両要素の独立性を前提とする必要がある。しかし、それはできないのである。慣習理論は、心理的要素を確認するためには実質的慣行に基づいて認定（仮定 *presumption*）を行うのである。実質的実行のうちいずれの行為が慣習法形成に結びつくのかを確認するため、この理論では心理的要素（即ち、“法的信念 *opinio juris*” を表明している行為が重要である）を必要とするのである。心理的要素は実質的実行とその逆の *vice versa* 非実質的実行の双方によって明確化されるのである。こうした循環論法が決定的な慣習法確認方法が育たない一因になっている。循環論法によって、任意的な衡平 *equity* 観に基づいて慣習法が認定される結果になっている。<sup>(43)</sup>

コスケンニーミ Koskenniemi の批判は、表面的には正鵠を射ている部分が多い。しかし、法的信念 *opinio juris* について合意的性格を論じないマクギボン MacGibbon や解体的攻撃を加えるコスケンニーミ Koskenniemi の見解に沿って議論を進めることはできる。例えば、サー Sur は、法的信念 *opinio juris* が慣習プロセスの理論的要素であって個別規則を確認するための基準にはなり得ないと言っている。<sup>(44)</sup> 彼はこの理論を提示するに当り、1984年のメイン湾事件 *Gulf of Maine Case* での国際司法裁判所特別裁判部 Chamber of the ICJ の次ぎの判決部分に依拠している。

国際社会の構成員間の共存と協力を確保するための一定の原則規範や、先入観に基づくのではなく十分な国家実行の分析に基づいて、国家の法的信念 *opinio juris* の有無によって存在を認定できる慣習法規はべつにして、大半の細目規定については慣習法での成立を期待することはできない。<sup>(45)</sup>

この1節を根拠にして、サー Sur は慣習法規に2つのカテゴリーがあると主張している。第1のカテゴリーに属する規則は演繹によって確認できる規則であり、“ある意味で諸国家の共存に必要なものとして慣習法規の最低限度の核を構成する規範”<sup>(46)</sup> を含んでいる。第2のカテゴリーに属する規則は、“国家が自らの行動に関して他国の受容と承認を得るために明示的にしろ黙示的にしろ対外的に発表する法的命題”<sup>(47)</sup> であって、その内容は帰納的に確認される。いずれのカテゴリーの規則も、法的信

念 *opinio juris* が“国家行為に対して慣習的実行 *customary practice* が圧倒的な決定力”<sup>(48)</sup> を及ぼす根拠になっている。要するに、法律家としては演繹法によって国家実行を分析して国際社会の必要規範を導き出せる分野があるし、他方では、諸国家の声明や国家行為の実行や反応に際して自ら *themselves* 掲げる理由を分析して法規範を発見しなければならない分野もある。

サー Sur の解説に潜む問題は、彼が法的信念 *opinio juris* の実体を解明せずに、単に国際法学者がどの様にしたら慣習国際法の存在と内容を認定できるかを論じた点にある。この認定の理由づけを見ると、法律家が結論を急ぎすぎている分野があることが判るし、<sup>(49)</sup> 慣習国際法形成過程に対する潜在的影響を慎重に考慮した上で始めて個別慣習法規の生成・発展・変更が生じているのが判る。<sup>(50)</sup>

サー Sur とは対照的に、カーティ Carty は慣習国際法概念と法的信念 *opinio juris* の起源を辿り、サヴィニー Savigny 及びランケ Ranke が代表するドイツ歴史法学派 German historical school に行き着いた。この学派によれば、法的信念 *opinio juris* は民族 *Volk* ないし人民の共通の意思であり、法意識である。<sup>(51)</sup> カーティ Carty はこのアプローチを再生しようとしたが、ナショナリズムに焦点を当てたために個別国家に限定して論ずる結果になってしまった。それにもかかわらず、慣習国際法は国際的現象として現れている。更に、国際社会に存在するあらゆる共通の意識は個別国家内の共通意識よりも希薄であると言えよう。従って、あらゆる国際慣習法規、とりわけ技術的専門的性格の法規の内容について共通意識の具体的姿を認識することは難しい。加えて、“伝統的 *traditional*” 国際法の視点からは、このような共通意識は必然的に人民 *people or peoples* と対立的に理解されている国家間に成立することになる。

ハッゲンマツヒャー Haggemacher の理論によると、実際には慣習国際法の要素は国家実行 *State practice* のみであり、法的信念 *opinio juris* は当該国家実行を国際的レベルで解釈するための関連要素に過ぎないという。<sup>(52)</sup> 従って、ハッゲンマツヒャーにとって、法的信念 *opinio juris* とは国家実行の認識手段であり、（例えば）裁判官が一部の国家実行に対して法的重要性を認める根拠であり、それ以外の何物でもない。<sup>(53)</sup> サー Sur と同じく、ハッゲンマツヒャーも法的重要性の認定が合理的な論理的帰結であって恣意的な行為ではない事を認めている。しかし、サー Sur と異なり、彼は、国家実行の存在を確認した上で法的重要性の認定が行われると言っている。しかも、そこでいう国家実行は多数の国際法“諸原則 *principles*” で構成される大きな枠組の中で *within* 確認される性格のものである。海洋自由の原則や主権の領域の排他性原則

などのこの種の諸原則は、いかなる国家実行からも独立している自立的原則である。その趣旨を、ハッゲンマツヒャーは次のように述べている。

基本的規範を含む矛盾なき実行の証拠には事欠かない。しかし、当該実行自ら基本的規範を内在させていることは先ずありえず、その実行は一種の概念的枠組の中で発生しているのである。その実行を解釈する者の目から見た規範的重要性が当該実行に付与されるのである。この概念的枠組を構成する“諸原則 principles”は、抽象的“思惑 speculations”を表明したのではなく、論理的派生諸規則や実行と直接結びついている。この共通の概念的共有領域はゲリラの多様性に優越する形で存在しており、紛争当事者の相互理解に貢献している。若し国家実行がこの概念的枠組の枠外で発生するならば、当該国家実行はそれを解釈する者にとって到底理解しがたいものになろう。<sup>(54)</sup>

ハッゲンマツヒャー Haggenmacher のこの見解は、所謂“社会学的制度論者 sociological institutionalists”<sup>(55)</sup>の著作に見られる国際関係理論の最近の動向を採り入れたものである。社会学的制度論者は国際制度に関連しそれを構成する“主体相互間の実質関係 intersubjective meanings”に焦点を当てている。<sup>(56)</sup>この観点からコヘイン Keohane は、“国際規範に関する人々の思考様式や論文を理解することが、法規の発動に対応して変化する人々の行動を評価するさいにも、又、当該規範の意味を評価する際にも大切である”<sup>(57)</sup>と述べている。

社会学的制度論者の中には、彼の所謂“認識上の共同体 epistemic communities”<sup>(58)</sup>に焦点を当てて論ずる者もいる。当該共同体は比較的小規模で、専門化され、信念に基づいて行動する個人の集団である。ハース Haas は、

その構成員について次のように言っている。

(1) 各構成員は自らの社会的行動に関して一定の価値観に基づいた合理性を付与する共通の規範的原則的信念を共有している。(2) 各構成員は、因果関係に関する確信を共有する。その確信は各構成員の領域内の中心的諸問題を生み出す実行の分析から導かれ、政策行動とその成果の関連を複数提示する基礎となる。(3) 各構成員は正当性観念 notion of validity を共有する。つまり、彼らの専門知識を重視し有効化するために主体相互間で内部的に定められた基準を持っているのである。(4) 各構成員が共通の政策的企図を有することである。つまり、各構成員が人間の福祉を向上させる結果になると確信して専門的能力をもって取り組む問題を抱え共通の実行が採られていることである。<sup>(59)</sup>

認識を共有する共同体 epistemic communities を研究する国際関係学者は、“個別の政策選択は知識に基づく国家間ネットワークの影響を受ける”のであって、“その事情は国際的な権力配分によって強く条件付けられていても変わらない”<sup>(60)</sup>と論じている。

ハッゲンマツヒャー Haggenmacher が言及している関連性の認識 perceptions of relevance を抱いているのは、一例を挙げると、信念に基づいて行動すると言われる専門家の小集団である裁判官達である。ハッゲンマツヒャーが考えたように、国際法を解釈し適用する全ての人々即ち国際法学者・政策アナリスト・政治家といった人々が関連性の認識を共有する可能性が高いと考えられるにしても、国際法理論と国際関係論の並行的発達には驚かされる。本章では後ほど、この並行して進行する理論的発達に依拠して、法的信念 opinio juris そして慣習国際法形成過程について新理論を提示することにする。

(注)

(37) 本書本章前節を見よ。

(38) See Sorensen (1946) especially 105 - 11 ; Haggenmacher (1986) 114 ; and Danilenko (1993) 81 - 2.

(39) 本書本章前節前半部を見よ。

(40) Kirgis (1987) 149.

(41) キルギス Kirgis は自らの理論を発展させて、1986年のニカラグア事件 Nicaragua Case (本案 Merits) での国際司法裁判所の判決を引用して、ICJが国家実行に依拠せずに法的信念 opinio juris の証拠にのみ依拠しているとの自説を展開した。注意すべきはメロンが之とは異なる結論に達したことである。See Meron ((1989) 36) . 彼によれば、ICJはこの判決で人道法 humanitarian law 上の問題を扱ったのであって国家実行にも法的信念 opinio juris にも言及していないと

いうことになる。ハッゲンマツヒャー Haggenmacher (1986) は、(ニカラグア事件 Nicaragua Case を除いて) 多数の先例を検証した後、ICJが国家実行に依拠しているものの少なくとも伝統的意味の法的信念 opinio juris に配慮した跡は窺えないと言っている。See also MacGibbon (1957) 128 - 9 (常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice の判決を収めている) . こうした多様な分析を通じて、慣習国際法に関する伝統的な合意的性格が甚だしく無視されている状況が確認されるであろう。

(42) MacGibbon (1957) 130 - 1.

(43) Koskenniemi (1989) 363 (footnotes omitted) ; see also 388 - 9.

(44) Sur (1990) 2e cahier, 1 - 2.

(45) 本書第1部第1章脚注(29)引用文献 p. 299 (para. 111) . サ - Sur は更に、国連の公務遂行中に蒙った損害の補償請求に



ついでに勧告的意見 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Advisory Opinion* (本書第2部第5章脚注<sup>(26)</sup>参照)が採用した演繹アプローチにも言及した。See Sur (1990) 2e cahier, 2.

- (46) Sur (1990) 2e cahier, 1. 原文を以下に掲げる。“qui seraient en quelque sorte necessaires, dictees par les exigences de la coexistence entre Etats, et constitueraient un irreductible noyau dur du droit coutumier” .
- (47) Sur (1990) 2e cahier, 1. 原文を以下に掲げる。“des propositions de droit, implicitement ou explicitement emis par certains Etats, a l'intention des autres Etats, afin qu'ils acceptent et reconnaissent la pratique correspondante” .
- (48) Sur (1990) 2e cahier, 2. 原文を以下に掲げる。“la surdetermination qu'impose le processus coutumier aux actes etatiques” .
- (49) 本書第3部第9章第5節で論じている顕著な共通の利益 conspicuous common interests を見よ。
- (50) 本書第3部第9章第1節を見よ。
- (51) Carty (1986) 30 - 9. See similarly Cotterell (1992) 22 - 3. 原典 original works に当るときは以下を見よ。Savigny (1949) ; and Ranke (1973) .
- (52) Haggenmacher (1986) 116 - 25. See also Jennings (1981) 69.
- (53) ハッゲンマッヒャー Haggenmacher は自らの研究を国際司法裁判所の多数の判決の分析に絞ったが、他方で、慣習国

際法形成プロセスが極めて広範囲で観察される現象であることを認めている。See Haggenmacher (1986) 117.

- (54) Haggenmacher (1986) 119. 原文を以下に掲げる。“L'attestation d'une pratique constante, de nature a impliquer une norme sousjacente, n'y manque certes jamais ; mais, loin de surgir seule, elle s'entoure regulierement d'une armature conceptuelleensee lui conferer sa veritable signification normative aux yeux de l'interprete. Loin de se reduire a des 'speculations' abstraites, ces 'principes' sont directement lies aux structures memes de l'ordre juridique international et aux representations communes qui s'en degagent. C'est cet univers conceptuel partage-par dela les divergences dues a la perspective partisane-qui rend possible un langage commun des plaideurs. A defaut d'etre inseree dans cette texture de 'principes', la pratique internationale ne serait guere plus coherent aux yeux de l'interprete qu'un paysage lunaire.”
- (55) この言葉はベックの著書から借用したものである。See Beck *et al.* (1996) 166.
- (56) Keohane (1989e) 160.
- (57) Keohane (1989e) 160.
- (58) See, e. g., Haas (1992a) ; Haas (1992b) ; and Haas (1993) .
- (59) Haas (1992b) 3.
- (60) Haas (1992b) 7.

#### 第4節 推定上の合意 Inferred consent

国際法学者は一般に、国際法規が国家の意思に反して当該国家を拘束し得ないと仮定している。<sup>(61)</sup> 国際法規のこの合意的性格を承認した点で、1927年のロチュース号事件 *Lotus Case* での常設国際司法裁判所の判決が恐らく最も有名であろう。

国際法は国家間関係を規律する。それゆえに、諸国家を拘束する法規は条約や慣行の形で自由に表明された国家の意思から生れるのであって、その条約や慣行は一般に法原則を表明しているものと認められ、諸国家の共存と共通の目的を達成するために定立されるのである。したがって国家の意思決定の自由に対する制約は前提とされていないのである。<sup>(62)</sup>

条約に対する同意は、通常、署名 signature そして多くの場合、批准 ratification や同意 accession という明示の厳格な手続を経て表明される。<sup>(63)</sup> 他方、慣習国際法規にたいする同意が明示的に付与されることは滅多にない。慣習国際法が国家の単独の意思で定立されることは殆どなく、大抵は、長期に亘る行動と声明の繰り返しの結果として成立している。しかも、そうした行動や声明の多くは、国家の側に自発的に法的義務を履行しているとの

認識がないままに行われたのである。そのため、自発的実行が終了し慣習国際法規が成立する時点がしばしば不明確になる結果を招いている。<sup>(64)</sup>

慣習国際法は通常明示の同意 explicit consent ではなく一種の“消極的賛成のルール non-objection rule”<sup>(65)</sup> に依拠しているので、慣習法規の生成・発達に参加せず時効の成立をも認識しない国家を拘束できるのである。大半の国際法学者は、慣習国際法上の義務の合意的性質を説明するために黙認 acquiescence という形の推定的合意 inferred consent に依拠している。<sup>(66)</sup> 若し国家が慣習法規の発達・変更を認識しつつ、その発達・変更に異議を唱えず積極的に反対しない限り、その“異議なし反対無し”の姿勢は当該新法規への賛成を意味するものとして扱われる。この場合の合意の存在は1つには国家実行に基づいて認定されるのであって、合意の証拠 evidence of consent が存在しないときには認定されないのであるから、合意は“内在的な implied”ものではなく、“推定される inferred”ものなのである。<sup>(67)</sup> 推定的合意こそ慣習国際法規と条約上の諸規定とを区別する主要指標なのである。

しかし、国家が特定の慣習規則の発達・変更を法的義務意識から黙認していると断言できることは殆どない。成立途上もしくは変更過程にある規則の拘束を回避するために国家に声明や行動を課することで、推定的合意の法理は国家は自ら同意しない規則の拘束を受けないと言う

伝統的国際法原則に逃避していると見ることができる。<sup>(68)</sup> 推定的合意の法理によって、国家は主権の自由を享有する立場から、望まない法的義務の拘束を回避するために用心深く立ちまわらなければならない行為主体 actors に変わったのである。<sup>(69)</sup>

こうした理論的難点を克服するため、学者の中には次ぎのように理論構成する者もいる。即ち、国家は慣習国際法規の生成・発展・変更に関する規則に事前に同意しているからこそ、法規の成立や変更のたびに、執拗なる反対を行う場合を除いて、それを受諾する義務を負っているのだと言うのである。<sup>(70)</sup> 例えば、ダマト D'Amato は、ハート Hart の著作を引用して、諸国家は普遍的に“コンセンサス consensus”の形で国際法上の各種の“2次的 secondary” 手続規範を受容していると論じている。<sup>(71)</sup> こうした2次的規範は、“1次的 primary” 実体法規の存在と内容を認定する手段であり基準になっている。ダマト D'Amato によれば、慣習国際法の2次的“規則 rule”に関するコンセンサスは、少なくとも、全ての国家が法的问题に関して1次的慣習国際法規に依拠することのメリットを認識することが実現の第1歩となる。<sup>(72)</sup>

ある種の慣習国際法規を受容することで全ての国家は当該法規の発達・変更を規律する2次的規範を必然的に受容しているという趣旨の類似の立場が、ローヴェ Lowe やサー Sur やラース Raz そしてアロット Allott によって採られている。<sup>(73)</sup> それゆえ、慣習法規に対する同意は、個別規定に対して明示的にその都度示されるのではなく、慣習国際法形成プロセスに対して各国家が一般的に与える形を採ることになる。従って、黙認 acquiescence は必ずしも同意を意味しない（何故なら、慣習プロセスに対する同意は既に与えられているからである）のであって、国家が慣習国際法規の生成・発展・変更のプロセスに参加する1つの方式に過ぎないのである。国家としては個別慣習法規に反対することもできるし、一恐らくは一度行った拘束されることへの同意を撤回することもできるのである。<sup>(74)</sup>

ローヴェ Lowe は、慣習国際法形成過程 process に対する同意とその一般原則に対する例外につき2通りの考え方ができると言っている。

第1に、出現しつつある基本的（即ち、実体 substantive）法規が諸国家によって“一般的に受容されている generally accepted” 限り、個別国家の特別の同意を待たず、執拗に反対しない国家はそれに拘束されると見なす2次的立法規範が成立していると言う。執拗なる反対 persistent objection という概念は…当該法規の性質と言う一般的抽象的問題とは別に、執拗なる反対国が存在すると

きに裁判所がその国への適用を排除する法規の耐久性や持続力 opposability の問題から説明しなければならない。地方的慣習 local customs の存在が認められるのは、それが慣習の下部に成立し、特別法が一般法に優先するとの伝統的な解釈原則に基づいて上部の慣習法に優位するからである。

慣習国際法を解釈する第2の方法は、諸国家間の一般的実行が当該実行として具体化された主要規範に対する全ての国家の同意を推定させるという趣旨の2次的規範の存在を承認するものである。但し、成立途上の規範に執拗に反対していることを証明できる国家の場合、この推定は覆されることがある。第1の解釈方法と異なり、この解釈方法では主要規範に対する各国家の同意が中心的重要性を認められ、推定が働くのはどういう形で同意が確認されるかという点だけである。<sup>(75)</sup>

コスケンニーミ Koskenniemi は、この種の慣習法規に関する説明は単なるカムフラージュであり“一見かけとは異なり—大方の支持を得ていない”と言っている。更に彼は、正義の概念は全ての慣習法規の根底に存在するものであって、一般的には“合法的期待 legitimate expectations は無視されてはならない”<sup>(76)</sup> という規範として理解されていると言う。

しかし、コスケンニーミ Koskenniemi はここで同意 consent に関して不当に狭い定義を与えているのかもしれない。即ち、同意概念について諸国家が採用したものとしての社会的構造を無視しているのである。その観点から言えば、諸国家は“合法的期待 legitimate expectation”を黙認 acquiescence に基づかせているのである。何故なら、特定の慣習法規の生成・発展・変更を黙認する国家はその個別の潜在的規則・成立途上規則・現行規則に反対していない—その意味で賛成している—と一般に解されるからである。もしコスケンニーミがこのように考えているとしたら、それは正しくない。国家の黙認が広汎に共有されている正義の観念に基づいているか道徳の観念に基づいているかは、ここでは関係ないからである。<sup>(77)</sup>

他の学者達は“システム同意 system consent”の可能性を無視し、個別慣習法規ごとに明示の同意があるかどうかと言う不毛の議論を行っている。その種の議論は通常、法的信念 *opinio juris* が個別法規に対する同意を意味し、その結果、その同意はあらゆる場合に立証されなければならないのかどうか、又、国家は明示的には同意していないものの法的義務を意識している慣習法規によって拘束されるのかどうかといった問題について行われている。<sup>(78)</sup>

同意に関連するもう1つの問題が新国家を巡って存在

している。国家が成立したときに既に存在している全ての一般的慣習国際法規によって当該新国家が拘束されることは広く認められている。<sup>(79)</sup>にもかかわらず、新国家には既存法規の発達プロセスに参加したり黙認を与えたり反対したりする機会がない。しかし、既存の慣習法規を新国家に適用するための根拠はそれほど重大な問題ではない。何故なら、立法“クラブ club”への参加行為とその後の立法プロセスへの参加との間には大きな違いがあると思われるからである。新国家はこれら2つの行為に参加できる。新国家は自らの主張を少なくとも若干の国際慣習法規に依拠させ、当該諸法規の成立プロセスを承認し、更に敷衍して既存の一般的慣習法規を受諾するのである。しかし、新国家は依然として、慣習プロセスに

参加できるし、国益に反する慣習法規の変更を要求できるのである。<sup>(80)</sup>

ここで更に問題が2つ生ずる。第1に、ある慣習法規が生成又は変更途上であることを知らない国家は当該生成又は変更を黙認したものと見なされるかという問題である。<sup>(81)</sup>第2は、特定の慣習法規の生成・変更に合理的利害関係を有しなかったもののその後の事情の変更 change of circumstances によって利害関係を持つに至った国家は、当初の無関心の結果、新法規の拘束を認めなければならないかという問題である。第2の問題の1例として、その後沿岸国となった内陸国 landlocked State を挙げることができよう。<sup>(82)</sup>

(注)

(61) See, e. g., Corbett (1925); van Hoof (1983); and Wolfke (1993a).

(62) 本書第1部第1章脚注(16)引用文献 p. 18. ニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案判決 *Merit*) についても、本書第1部第1章脚注(16)引用文献 p. 135で“国際法では、条約その他で関係国が認めた規則以外の規則は存在しない”と言っている。

(63) 一般的には本書第1部第3章脚注(10)引用のウーン条約法条約 § 11～15及び以下を見よ。McNair (1961); and Reuter (1995). 又、カタール及びバーレーン間の海洋境界画定事件 *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (管轄権及び受理可能性判決 *Jurisdiction and Admissibility*) (1994) を見よ。ICJ Reports 112, 120-2.

(64) 慣習国際法規がいつ成立するか? また本章前節が指摘した問題即ち国家実行と法的信念 *opinio juris* とが認識論的にどう繋がっているか? これら2つの問題は密接に関連していると言わざるを得ない。コルベット Corbett ((1925) 26) の次ぎの1節は、慣習法上の義務の始期を認定する際、国家の同意が持つ問題点をよく示している。

特定の慣行 usages は国際慣習法規の源になりうるが…  
慣習 custom は慣習国際法規の存在を証明する一般的実

行 generalized practice である…。慣習が国際法学者にとって重要性を認められるたった1つの理由は、それが諸国家の一般の同意を証明しているからである。その同意こそが法を作り出すのである。

(65) Charney and Danilenko (1995) 27.

(66) See generally MacGibbon (1954) 150-1; MacGibbon (1957); Akehurst (1974-75a) 38-42; Villiger (1985) 18-22. 本書第2部第7章第1節をも参照せよ。

(67) ヴァッテル de Vattel ((1758) 8) によれば、慣習国際法は“黙示の同意に基礎を置くというよりも、それを遵守する諸国家の黙示の同意に基礎を置くのである。従って、それを採択した国家のみを拘束することは明らかである”(イタリックは訳者)。

(68) 本節冒頭の1節のロチュース号事件 *Lotus Case* に関する判決の引用文を見よ。

(69) 本書第3部第8章第1～3節を見よ。

(70) 執拗なる反対 persistent objection の概念については、本書第2部第6章第3節、第3部第10章第2節を見よ。

(71) D'Amato (1971) 41-4. See Hart (1961) 77-96.

(72) D'Amato (1971) 191. この意味で、コンセンサスは一般的合意の測定手段として、ダマトの所謂最終的2次規範 ultimate secondary rule と見なすことができる。

(73)～(82) 省略(訳者)

## 第9章 国際関係と慣習国際法形成プロセス

年代的逆説や国家実行問題、それに認識論的領域や推定的同意について考えるとき、国際関係論の観点から慣習プロセスを考察すると有益である。その前に、本書が慣習国際法に関する新たな規範論 *normative theory* を展開するものではないことを繰り返し指摘しておかなければならない。<sup>(1)</sup>むしろ、本書では、厳密な法的要因に限定しないで慣習国際法の伝統的・理論的問題に焦点を当てたいと思う。

コヘイン Keohane やヤング Young が提示した定義に基づけば、慣習国際法形成プロセスは明らかに1つの制度である。コヘインの言葉を借りると、反復されて相互に関連する非公式の規則群が行動を規律し、活動を拘束し、期待を形成する。<sup>(2)</sup>ヤングの言葉を借りると、確認可能な社会的慣習が一定の行動と行為主体の期待とが重なって発生し、諸国家がケースバイケースで綿密に損得を計算することなく漠然とそれに従っている。<sup>(3)</sup>ヤングの制度 institutions に関する定義と慣習国際法に関する伝統的定義即ち国家実行と法的信念 *opinio juris* の収斂という定



義との類似性に驚かされてしまう。<sup>(4)</sup>

慣習国際法形成プロセスは、更に、クラスナー Krasner その他 *et al* が提示したあの有名な国際レジーム論で説明できるようなのである。即ち彼らによれば、国際レジームは“既存の国際関係の下で行為主体の期待が収斂する明示及び黙示の原則・規範・規則・意思決定手続の総体”<sup>(5)</sup>なのである。恐らくこの理論の要諦は、認識上の社会 *epistemic communities* という概念を開発した制度論の枠内で慣習国際法形成プロセスが無理なく説明できるという点にあるのだと思う。<sup>(6)</sup> その趣旨をヴェント Wendt は次のように説明している。

制度 *institution* は社会構成員の自己同定に基づく利益を確保するための比較的安定した“構造 *structure*”を持つ。この種の構造はしばしば形式的規範によって法的組織体系になっているが、社会の集団的知識の形成に参加したいという社会構成員の願望が法規範を生み出す動機になっている。制度 *institutions* は、基本的に、世界の運行法則についての行為主体の認識から独立しては存立し得ない。しかし、このことは、制度が客観的実体を持たず信念に“過ぎない *nothing but*”ことを意味するわけではない。集団的認識に従えば、制度は“たまたまそのときに代表者になっている個人を超えた”存在として出現しているのである。こうして、制度は多少なりとも強制力のある社会的事実として個人と対峙するのであるが、社会の全ての行為主体が共通に“認識する *know*”<sup>(7)</sup> 事柄から生れる実体なのである。

従って、慣習国際法形成プロセスに関する学際的アプローチは法的信念 *opinio juris* についての我々の理解の仕方に貴重な示唆を与えてくれるかもしれない。国家実行を慣習プロセスに結びつくか否かで区別した伝統的国际法理論は法的信念 *opinio juris* という観念に依拠したが、その論者達は法的信念 *opinio juris* の性質を説明し確認することに成功したとは謂いがたい。<sup>(8)</sup> しかし、もし慣習プロセスが“集団的認識 *collective knowledge*”すなわち認識の共有を伴うものとして理解されるならば、法的信念 *opinio juris* はまさにそうした共通の認識であって、之に基づいて国家は法的に意味のある国家実行と法的に関係のない国家実行とを区別しているのである。<sup>(9)</sup>

国家、もっと正確な言い方をすると、国家を支配し代表している人間が法的関連性を持つと考えている対象は、国家の行動を観察して判断されたものばかりである。行動に対する法的価値の承認はしばしば黙示の形で与えられたり拒否されたりしている。それにもかかわらず、ハート Hart の言葉を借りれば、慣習国際法は拳銃を突きつ

けられて *at the point of a gun* 従う規範ではないし、<sup>(10)</sup> サー Sur が指摘しているような、厳格な合理性に基づく法的価値の分配でもない。<sup>(11)</sup> むしろ、慣習国際法はビッゲンシュタイン Wittgenstein の謂う“生活形態 *forms of life*”<sup>(12)</sup> にも似た深遠な認識を反映しており、深遠な社会意識に基礎付けられている。また、ハッゲンマッヒャー Haggemacher の言葉を借りれば、慣習国際法は“共有の概念的宇宙 *shared conceptual universe*”に基礎付けられているので、一定の行動につきそれを眺める者の眼には規範的意味が映るのである。<sup>(13)</sup>

例えば、諸国家が否定し隠蔽しようとするたぐいの行動は慣習法規の生成・発展・変更に貢献しない国家実行であるとの共通の理解が諸国家間に存在しているようである。ダマト D'Amato が説いているように、“隠蔽、隠匿、矮小化、不正化…は法規侵犯の前兆であり”，その行動を禁止する法規を支持する *in support of* 意味を持つ法的国家実行を生み出すことになる。<sup>(14)</sup>

法的意味合いの認識を共有することで生活の流れにも極めて敏感になるはずである。<sup>(15)</sup> 標準的な例を挙げると、諸国家は外交通信の為に白紙を使用することを法的問題ないし潜在的な法的問題に関わる国家実行とは考えていない。<sup>(16)</sup> しかし、外交封印袋の使用とその封印は法的意味を持つ国家実行と考えられている。法的国家実行と法的性格を持たない国家実行とを区別する決定的要因は当該実行の環境である。<sup>(17)</sup>

国家実行の法的意味についての最も重要な共通の認識は黙認 *acquiescence* という形で現れる。諸国家は慣習国際法形成プロセスを容認しているので、自らの行動が慣習法規の生成・発展・変更に寄与することを認識したうえで黙認しているのである。同様に、諸国家は自らが強行法規 *jus cogens* にあらざる慣習法規の発達・変更に執拗に反対しながらも不首尾に終わった場合に、一国際法上一権利は保全されながらも執拗なる反対者 *persistent objectors* の立場に立たされることになる。<sup>(18)</sup>

法的意味の認識を共有することで、諸国家は一定の行為を禁止する潜在的形成途上の慣習法規を支持する不作為（＝黙認 *acquiescence* を意味する不作為）と当該慣習法規を支持しない不作為（＝黙認 *acquiescence* を意味しない不作為）を区別することができる。このことが重要なのである。<sup>(19)</sup> こうした認識の共有によって国家は環境の変化にも敏感になっていくようである。とりわけ各国は問題となる国家だけでなく他のすべての国家の実行をも考慮に入れるようになるようである。そうした国家実行として、作為、不作為、請求、否定、隠蔽、司法裁判ないし仲裁裁判への紛争の付託、当該国家実行の合法性ないし違法性についての国家としての声明がふくまれる

ことになる。つまり一般的に国家は、特定の問題とそれに関連する国家実行を法的行為と見なす傾向があるといえよう。

慣習プロセスに対する認識の共有の大切さは、ダマト D'Amato の法的信念 *opinio juris* に関する理論を引用すれば十分理解されよう。本書第8章で説明した通り、ダマトは国家実行が慣習国際法形成に結びつくには当該国家実行に関連する法規の内容が“明確で articulated”なければならないと言っている。<sup>(20)</sup> それにもかかわらず、ダマトの提言は、規範内容の“明確性 articulation”が実現しなかった可能性のある外交封印袋のような慣行については、外交封印袋の背景的事情 *context* —その袋の中に外交文書しか入れられない—を追求しない趣旨と理解しない限り、問題は解決しないことになる。そうすると、法的意味の認識の共有という概念に戻らざるを得なくなる。

法的信念 *opinio juris* を、既存の又は成立途上の法規に従って行動しているとの国家の側の信念と言う意味で定義するならば、慣習法規の存在の認定にも当該慣習法規の成立形態の説明にも特に役立つとは思えない。これとは対照的に、共通の認識こそ、個別法規のレベルを超えた一般的法定立プロセスの分野で極めて重大な意味を持

つことになる。<sup>(21)</sup> 慣習国際法形成プロセスこそが最もよく“諸国家の行動規制と諸国家の期待の収斂とを結びつける”<sup>(20)</sup> ののである。特定の慣習法規 — 一例えば、外交封印袋 *diplomatic bag* の不可侵の原則 — に関して、当該慣習法規の生成・発展・変更の期間を通して最大の重要性を持つと見られる諸国家の期待の収斂は、当該慣習法規の内容よりも、その生成・発展・変更のプロセスそのものに向けられている。個別慣習法規が成立して始めて、その存在を諸国家が共通に認識できるのである。それ以前の段階では、諸国家の共通の“認識 *belief*”は、当該法規の成立形態や他の行為との法的関係そして当該法規成立への期待に限定されるのである。<sup>(23)</sup>

既に説明した通り、国際司法裁判所の判決を分析してみると、この結論が得られるのである。つまり、ICJ は伝統的な法的信念 *opinio juris* の概念を原則的に支持しながらも、実際には繰り返しそれを無視しているのである。<sup>(24)</sup> つまり、ICJ は、国家が公式に何を行い何を許容したか、時に何をしなかったか、国家の代表が何を言い何を言わなかったか、更にはこうした各種の国家実行が展開される背景をつぶさに検証しているのである。

(注)

- (1) 本書第1部第1章第2節を見よ。
- (2) 本書第1部第2章第2節中間部を見よ。
- (3) 本書第1部第2章第2節後半部を見よ。
- (4) 本書第3部第8章序文部を見よ。にもかかわらず、ヤング Young は制度 *institutions* に関する自らの定義について首尾一貫していない部分がある。彼は、制度について、“役割担当者間の関係を規律する規則や条約と結ぶついた国家実行であって行動科学的にそうした役割として認識できるものをいう” (Young (1989) 196) と定義している。後者の定義に行為主体の期待という要素 *actor expectation* は含まれていない。
- (5) Krasner (1983) 2. 本書第1部第2章脚注 (18) を見よ。
- (6) 本書第3部第8章脚注 (58) (59) を見よ。
- (7) Wendt (1992) 399. 脚注省略。このページで彼は次ぎを引用している。Berger and Luckmann (1966) .
- (8) 本書第3部第8章を見よ。
- (9) こうした法的意味に関する認識の共有は、必ずしも必然的ではないが、国家実行に先行して成立して国家を従わせるのが通常である。この意味で、法的信念 *opinio juris* は常に特定の法規を生み出す国家実行に先行すると言える。これは、国際司法裁判所規程 § 38 (1) (b) に示されている序列、即ち“法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習 *international custom*, as evidence of a general practice accepted as law” という表現に一致すると考えられる。See Jennings and Watts (1992) 26, note 5. Compare Villiger (1985) 3; and Danilenko (1993) 76 – 7. しかし、本書では、

諸国家の行動の潜在的な立法的效果に当該国家自体が必ずしも気づいていないし、自らが求める法効果を当該国家が必ずしも認識しているわけではないことを前提にしている。こうした認識は事後的に *ex post facto* 成立することがありうる。例えば、本書第2部第7章脚注 (9) で引用している核実験事件 *Nuclear Tests Cases* を見よ。

- (10) See Hart (1961) 18 – 20; and Hart (1982) 2423 – 68.
- (11) 本書第3部第8章第3節中間部を見よ。
- (12) See Wittgenstein (1963) 226e. 彼はここで、“受け入れなければならないこと、即ち現状は一言わば一生活様式 *forms of life* である” (原文のまま) と言っている。
- (13) 本書第3部第8章第3節中間部を見よ。
- (14) See D'Amato (1988) 469. 本書第3部第8章後半部、及び、本書第3部第10章第1節冒頭部分を見よ。この種の行動の最も明白な事例は拷問禁止規則の違反であるが、紛争当事者が秘密にしたがりながらも漏洩することの多い国際仲裁裁判所での弁論や判決も、同様に、慣習国際法形成過程には無関係と思われやすい。
- (15) 一例を挙げると、シモンズ Simmonds ((1991) 318) は国内法システムでの共通の認識に対する背景・環境の優位を強調している。
- (16) この例の出典は次ぎのとおりである。Akehurst (1974 – 75a) 33. See also Danilenko (1993) 120.
- (17) ダニレンコ Danilenko ((1993) 120) は、“もしも慣習の流布が法的性格を持つと考えられる分野で発生するならば、慣習法規とその他の社会規範を区別する実益はなくなる”と評している。
- (18) しかし、執拗なる反対国 *persistent objectors* の権利が他

の諸国家によって一般的に承認されているわけではない。本書第2部第6章第3節を見よ。

- (19) See MacGibbon (1957) 130 – 1. 本書第3部第8章第3節前半部を見よ。Compare Danilenko (1993) 86, note 35.  
 (20) See D'Amato (1971) 74 – 87. 本書第3部第8章第1節後半部を見よ。  
 (21) シモンズ Simmonds ((1991) 319) は、国内法システムでは単なる個別法規よりも法定立プロセスを構成する共通の認識の方が重要であるとも言っている。

しかし、私達は法について、それに先行する非公式の規則と行動パターンの収斂とを反映し安定化させる規則であって比較的明確で定着した高度な規則であると考えているはずである。(例えば)“承認のルール rule of recognition”はその意味の反映と安定化を高度に実現し

ていると言えないだろうか?その反映と安定化を実現している規範は、もはや一般大衆の非公式の行為規範ではなく、(判決・法令・著作などの)文章を検索し紛争の解決と法規の解釈のための理論を追求する法律家たちの期待が集まる本物の規範なのである。

- (22) Young (1989) 81.  
 (23) 本書第3部第8章第1節末尾の法的信念 *opinio juris* に関するフィニス Finnis の理論を論じた個所を見よ。ダニレンコ Danilenko ((1993) 14) は、“地球的規模での意思決定プロセスの手続的側面の合意は…共通の政策を推進するのに不可欠な最も基本的な認識水準を示している”と言っている。  
 (24) 本書第2部第7章第5節を見よ。Haggenmacher (1986); (ニカラグア事件 *Nicaragua Case* での人道法の問題について) Meron (1989) 36; (常設国際司法裁判所 PCIJ の判決について) MacGibbon (1957) 128 – 9.

## 第1節 “共通の利益 common interests” の認定

従って、慣習国際法に対する学際的アプローチを採ると、国家を統治し代表する個人が共通に抱く確信や期待や認識として慣習プロセスを理解しなければならなくなる。<sup>(25)</sup> すべての制度や国際システムと同じく、如何に混沌としたものであろうとも、慣習国際法形成プロセスはさまざまな思想が凝集した結果なのである。<sup>(26)</sup>

共通の認識や思想が慣習国際法形成プロセスを構成することの最大の結果は、法的问题ないし潜在的な法的问题についての国家実行が特定の法的効果の発生を望む諸国家の熱意を示す形で現れる。即ち、潜在的規則や生成途上の規則、或いは既存の規則と一致する実行は当該規則への支持を表明するものとして理解されるし、それらに矛盾する実行は不支持を表明するものとして理解される。又、当該規則の適用分野ないし潜在的適用分野における実行の不存在は国家の判断の躊躇を示すものであり、結果的には当該規則を黙認したことになる。こうした共通の認識は、国家は自らの国益に従って行動するという“現実主義的 realist” 仮定と一致してしまう。<sup>(27)</sup> しかし、ここでいう国益は国家が認識する利益である。それ故に、国益には他国との関係で国力を最大化することだけでなく、それ以上の内容が含まれることがある。国益の内容の多くは、当該国の国内政治システムや経済力、そして軍事的・経済的・環境的・その他性格の如何を問わず外的脅威の存在やその認識に依存して決まることになる。

国家実行は、国家が自らに帰属すると考える利益によって決定されるだけでなく、その関心を表明する国家の能力にも依存して決まるようである。この場合、関心を表明する能力は表明によって失われる“犠牲 cost” と結びついているといえよう。各種の国家実行は当該国家に

さまざまな負担を課すが、その負担は軍事的なものであったり、経済的なものであったり、政治的或いは人間的なものであったりする。遠洋での漁船の保護や外国に対する貿易上の制裁賦課のような行為はコストが高くつく可能性がある。外交通信や国際機構での声明は通常コストが極めて安く上がる。行動や声明がカバーできる範囲が非常に広いことは、それに対応するコストの幅も広いことを意味する。更に言えば、多くの場合コストは問題の慣習法規の発達や変更によって発生する利益によって埋め合わされることになる。

各種の国家実行に伴うコストを負担する能力は国によって異なる。ある種の国家実行のコストの負担にとっても耐えられない国家があるかと思えば、それに耐えられる国家も存在するのである。前者に属する国家は当該行動を遂行する能力も資源も持ち合わせていないのである。慣習国際法形成プロセスはこうした国家間の不均等を考慮にいれつつ進行している。だからこそ、英米日が世界の有力な海洋国家であるにもかかわらず、領海12海里の慣習法規確立に執拗に反対したわけである。<sup>(28)</sup> 国家が行動に移せる状況下で出す声明よりも、行動に移せない状況下で国家代表が発表する声明の方がもっと重要なのである。同様に、経済的大国が経済制裁を課したり他国との経済関係を制限したりするよりも、経済的に弱体な小国が主要貿易相手国に対して貿易制裁を課すほうが法的に重要な場合がある。

この評価自体他の要因によって修正されることがある。例えば、大国は自らの法的な国家実行を十分な資源を投入して公開することが出来るため、国際社会の関心を十分にひきつけることが出来るであろう。<sup>(29)</sup> 富裕な国家だけが国際法的に重要な国家実行のエッセンスを公表できるのである。<sup>(30)</sup>

国家は、潜在的慣習法規や生成途上の慣習法規或いは



確立した慣習法規に対して支持又は反対の立場を採るとき、その法的結果に含まれるコストと当該コスト負担能力と当該コストを負担するだけの価値・重要性があるかどうかを秤量することになる。すべての国家が同じ様に秤量するであろうから、慣習プロセスはコストの低い実行よりも比較的高いコストを伴う実行を嗜好することになり、かなりの正確さで諸国家共通の集团的利益を反映することになる。

実はラーマン Raman が同じ様な分析をしているのである。

もし紛争当事者が現下の意志決定のための要件の認定について先例にどれだけの価値を認めるかにつき意見が一致しないとき、彼らが容認する基本的価値の拡張の度合いは共通の期待を内容とする中庸を得たものとなるはずである。従って、国家実行の権威性を評価するには、紛争当事者が権力や富だけでなくその他すべての基本的諸価値を意のままに用いてどの程度積極的に行動してくるのかも考慮に入れるべきである。<sup>(31)</sup>

利益と関連コストの関係は、更に、慣習国際法形成プロセスでなぜ積極的行為が単なる声明よりも一般的重要性を認められているのかを雄弁に物語っている。<sup>(32)</sup>しかし、場合によっては、小国が国際機構内部で重要問題について大国に反対するときなど、声明のコストが馬鹿にならないときがある。<sup>(33)</sup>

国家はいつ自らの行動が慣習法規の生成・発展・変更に影響力を行使するかを通常認識しており、成立する法規が“コスト cost”を伴うことも知っているので、国家実行による国益の測定や判定は助長されるであろう。一定の行動様式に従うことで、諸国家は同様の行動がその後は法によって要請されることを認識するのである。<sup>(34)</sup>それ故に国家は他の場合以上に慎重に、自らの実行が—自らが確信している—短期及び長期の国益 short-and long-term interests に合致しているか否か判断することになる。

多くの場合、いかなる法的結果が望ましいかについてすべての国家の意見が一致することはまずありえない。しかし、慣習法形成プロセスは慣習法規の生成・発展・変更を通じてこうした意見の不一致を解消してくれるのである。勿論その場合、大半の国家が国家実行を好意的に捉え受容可能なものと見なしていることが前提である。この意味で、慣習プロセス customary process は規範を決定し保護し促進する“公益普遍化現象 universalising public interest phenomenon”であり、大半の国家時にはすべての国家の共通利益として機能しているのである。<sup>(35)</sup>

したがって、慣習プロセスはコヘイン Keohane の所謂

“制度 institutions”の主要目的、即ち、諸国家間の多様な“相互利益 mutual interest”を考慮する形で国際協力を促進することに寄与している。言いかえれば、多様な“相互利益 mutual interest”は、制度 institution を通じて作用を及ぼしあっており、この場合には慣習法規の生成・発展・変更を通じて国家行動に実質的影響を及ぼすのである。<sup>(36)</sup>

しかし、だからといって、慣習国際法形成プロセスが諸国家の相対的立場を無視して一律の絶対的利益の獲得を目指して国際協力を促進しているわけではない。諸国家の相対的地位の違いは国際関係に関する制度論的説明に対するアンチテーゼとして提示されるのである。<sup>(37)</sup>もしも一般的利益の促進を目指す潜在的規範を他国との関係で不利に働くと考える国が多いと、その多数派の国々は当該潜在的規範に反対し法規的効力の取得を妨害する道を選ぶであろう。しかし、有害な事態を予想する国が少なければ、その少数派の国々が当該規範の適用を受容する場合に比して、執拗なる反対を通じて適用を回避したときの方が反って被害が大きくなるかもしれない。<sup>(38)</sup>

最後に、大半の国家そして時には全ての国家の共通の利益を認定し保護し促進する“公益普遍化現象 universalising public interest phenomenon”として慣習プロセスを説明する立場は、“遵守 compliance”<sup>(39)</sup>に関する国際関係論及び国際法学の最近の著作の記述と合致しているとも言える。例えば、チャイエス Chayes and Chayes は条約に関して以下のように論じている。

もし条約が十分な検討の上作成されているならば—合理的かつ包括的で、行動と反作用について実務的な視点を備えているならば—、規範遵守 compliance や条約実施の問題も何とか処理可能となるはずである。もし条約実施や条約規定不履行の問題が解決できないならば、その真因は条約不履行にあるのではなく、当初の条約交渉が当事国の利益を適切に反映していなかった点にあるというべきである。<sup>(40)</sup>

慣習国際法形成プロセスは遵守理論が機能している好例であろう。慣習国際法形成プロセスでは、全ての国家の利益が考慮されなければならず、全てではなくとも殆どの国家が共通に認識し表明する利益と一致することを条件にして慣習法規が発達するのである。このプロセスは国際社会が計画し管理しており、不断に機能している。そして執拗なる反対の概念によって反対国を排除して不遵守発生リスクを回避しているのである。有効な制度としての慣習プロセスに参加する全ての国家の利益と並んで、個別慣習法規を自らの国益に行動によって適合させる慎重な作業が大半の慣習法規の高度な遵守状況をも

たらしめているのである。全ての国家が慣習法規に依拠している事実こそ、諸国家の相対的な権力的地位と安定的

で予見可能で柔軟な国際法システムとの間に微妙なバランスがその限りで維持されていることを示している。

(注)

- (25) 一般的に法システムに対する共通の認識が大切であることを論じたものとして次ぎを見よ。Simmonds (1991) . 社会的相互作用や“配分的正義 distributive justice”に対する共通の認識が大切であることを一般的に論じたものとして次ぎを見よ。Walzer (1983) .
- (26) 国際法学者の類似の見解については以下を見よ。See, e. g., Carty (1986) , especially 20 – 1 ; Koskenniemi (1989) ; Allot (1990) ; Knop (1993) ; Crawford (1995) .
- (27) 本書第1部第1章第1節中間部を見よ。国益はその国内に住む個人の利益と必ずしも一致しないし類似性を持つとも限らない。但し、国家主義的仮定が成り立つことについて本書第1部第1章第1節を見よ。
- (28) 本書第2部第6章第3節後半部、及び第7章第4節第2項を見よ。
- (29) See Sur (1990) 1er cahier, 20.
- (30) Australia (*Australian Yearbook of International Law*) , Belgium (*Revue belge de droit international*) , Canada (*Canadian Yearbook of International Law*) , France (*Annuaire francais de droit international*) , Germany (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*) , Italy (*Rivista di Diritto Internazionale*) , Japan (*Japanese Annual of International Law*) , South Africa (*South Africa Yearbook of International Law*) , Switzerland (*Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*) und the United Kingdom (*British Yearbook of International Law*) . これらの国々は国際法上の自らの国家実行のダイジェストを公刊 (または公刊のための財政的・役務的支援を) している。1994年に合衆国は“合衆国の国際法実行ダイジェスト *Digest of United States Practice in International Law*”の公刊を停止した。
- (31) Raman (1967) 466.
- (32) See, e. g., Akehurst (1974 – 75a) 2, note 1 ; Danilenko (1993) 86. 又、本書第3部第8章第2節を見よ。
- (33) See Franck (1995) 481.

(34) See Danilenko (1993) 79.

(35) これは国際関係論の研究者にとって特に重要な洞察かもしれない。ジョイナー Joyner ((1987) 390) は次のように述べている。

政治学は、法こそ政治的諸勢力を統合し国益を認識させ国益実現の方策を奨励する重要な手段であるとの国際法学的命題から得るものがあるはずである。

“公益普遍化現象 universalising public interest phenomenon”という言葉はアロット Allott が使ったものである。類似の表現につき見よ。Allott (1992) 774 – 9 ; and Allott (1995) . See similarly Villiger (1985) 38 – 9 ; and Charney (1993) 540. “共同の利益 common interest”は国際法分野では新しい概念ではない。例えば、この概念は、“共同の利益の場合を除く外は武力を用いない armed force shall not be used, save in the common interest”と国連憲章前文が明記している通り、国連の潜在的関心事であることがはっきり認められている。国連憲章起草者達の主要目標が自衛以外の場合に国家の武力行使を防止することであったので、共同の利益に対する譲歩は重大な譲歩であった。国連憲章 § 2 は、7つの原則のうち5つまでが武力行使や干渉を一般的に規制している。国連憲章の歴史的背景についてはつぎをみよ。Grewe (1994) .

(36) See Keohane (1989b) 2 – 3. 本書第1部第2章第1節中間部を見よ。

(37) See Grieco (1988) ; and Grieco (1990) .

(38) 本書第2部第6章第3節を見よ。いずれにしても、慣習国際法形成プロセスは国益に正確に対応しているというよりも、時には国益を変型して *transform* しまうこともある。一般的に国際制度の諸能力を変型する国益の問題に関しては、ヴェント Wendt (1992) を見よ。

(39) See, e. g., Young (1979) ; Chayes and Chayes (1993) ; Mitchell (1994) ; Chayes and Chayes (1995) ; and Koh (1997) .

(40) Chayes and Chayes (1993) 183.

## 第2節 法的国家実行の“費用 Cost”と認定

本章の始めで法的国家実行と事実上の国家実行とを区別する決定的要因として国家実行の背景の事情が指摘された。ある国家実行が法的性格を持つか否か、またどの程度の法的性格を持つかを認定するためには、当該実行が声明か積極的作否かはとりわけ重大な意味を持つわけではない。<sup>(41)</sup>むしろ、最も重要な背景の問題は当該国家実行のコストなのである。何故なら、既に説明した通り、慣習国際法形成プロセスは国家実行をその相対的コストの点から評価するからである。<sup>(42)</sup>外交上の声明でさえ、

慣習国際法形成プロセスで何らかのコストを伴うのが普通であり、他の形式の国家実行との関連で一目置かれることもある。<sup>(43)</sup>

諸国家が一般的に問題となる国家実行に十分な関心を向けていることが大切だと思われる。諸国家が十分な関心を抱いていない行動によって法的義務が諸国家に発生すると考えるべきではない。何故なら、諸国家がその行動に支持も反対もしないことは必ずしも国益に基づいているとは言えないからである。他方、その行動に故意に目を瞑ることは国益を反映していると言える場合がある。もっと言えば、そうした無視の姿勢は公然と表明される

べきである。隠蔽や拒否の試みは隠蔽され拒否された行為の違法性を確立するだけだからである。<sup>(44)</sup>

国際機構の決議や宣言は過去50年の間に重要な国家実行の形式になった。こうした変化自体、国際システムの別の方面の変化を暗示するものであると共に、極めて重要なことに、中小の諸国家の数が相当に増加していることを示している。<sup>(45)</sup> 他の国家実行と同じく、決議や宣言もコストが伴う限り、そのコストが如何に軽微なものであっても、決議や宣言の法的性格は否定され得ない。<sup>(46)</sup> この場合のコストは法的なものというより政治的なものになり易い。例えば、決議や宣言を無視する国家は決議や宣言に同調する国家の信用を害する結果をもたらすかもしれないのである。

決議や宣言に関しては、その殆どは当該機構の側の独立した実行とは見なし得ないのが普通である。何故なら、各加盟国は、通例、決議や宣言に対して個別に賛否の態度を決定するからである。<sup>(47)</sup> 各加盟国の個別の投票それ自体は、決議や宣言の本文が決議や宣言の支持国の行動に影響を及ぼす限りで、法的実行としての意味を持つ

である。<sup>(48)</sup> 国連安保理理事国のような国家グループが機構から授けられた権限を他国に行使するとき、事態はやや複雑になる。<sup>(49)</sup>

この分析に拠れば多くの決議や宣言は国家実行といえるけれども、慣習プロセスでの国家実行としての比重は大抵の場合大きくない。例えば、投票の賛否に関連する行為を取らなければ、国家責任即ち、国際法違反に基づいて補償その他の救済を提供する法的責任も発生しないのである。<sup>(50)</sup> 同様に、多くの国際機構で同意獲得の手段として“コンセンサス consensus”方式が用いられているが、この方式が賛否の意思決定にコストを課すことはないとは言わないけれども、そのコストは極めて軽微なものである。<sup>(51)</sup> この種の国家実行の慣習プロセスへの貢献は、多くの場合、少数の反対国の行為によって帳消しにされている。この種の行為一特に重大なコストを伴う行為一は、広範な支持を受ける決議や宣言によって慣習国際法規の生成・発展を狙う国家にとって反対国を生み出しやすいのである。<sup>(52)</sup>

(注)

(41) 本書第3部第8章第2節を見よ。

(42) 本書第3部第9章第1節を見よ。

(43) 例えば、本書第2部第7章脚注(9)で引用している核実験事件 *Nuclear Tests Cases* を参照せよ。この事件で国際司法裁判所 ICJ は一方的宣言がそれ自体で法的拘束力を持ちうると考えている。

(44) 本書本章序文の中間箇所を見よ。また、本書第3部第10章第1節の始めのところを見よ。

(45) 本書第1部第3章第1節を見よ。

(46) 本書本章第1節を見よ。

(47) 本書第1部第3章第1節を見よ。

(48) このため、サールウェー Thirlway は、決議(や宣言)を

採択するに至る交渉及び当該交渉の参加国が交渉中に出す声明が“大抵の場合、最終決議よりも法的価値が高い”と言っている。Thirlway (1972) 65-6.

(49) 本書第2部第5章序文後半部を見よ。

(50) 国家責任 *State responsibility* に関する一般的著作として、本書第2部第5章脚注(36)が引用している文献を見よ。

(51) 国際機構で同意を得る手段としての“コンセンサス consensus”についての一般的著作として次ぎを見よ。Cassese (1986) 195-8.

(52) 例えば人権を巡る論議については、本書第1部第3章第2節を、人工衛星の上空飛行権 *right of satellite overflight* の発達を巡る論議についてはダマト D'Amato (1971) 88-9 を見よ。

### 第3節 反復と変化に対する相対的抵抗

本章の最初の部分で、慣習国際法規は大半の国家が望み、少なくとも反対しない限り、生成・発展・変更しつづけると述べた。特定の慣習法規が生成・発展・変更しつづける結果、その慣習法規を支持する国家実行が中立的又は反対的国家実行を暗黙のうちに凌駕していくことが指摘された。<sup>(53)</sup> 特定の慣習法規、又は変更された法規を支持する行動が最初に現れたときに、凌駕のプロセスが始まると言えよう。

以下の簡単な事例を紹介してこの理論を明確化したい。例えば、国家 A がある新規則の確立を望んで、それに準

拠して行動し、その新規則を支持する声明を出す場合を考えてみよう。国家 B はその新規則に中立的であって何もしないとしよう。国家 C はその新規則の確立を望まず、新規則が万が一にも確立したらそれを侵犯する趣旨の行動をとり、その新規則に反対する趣旨の声明を出すとしよう。そしてその他の多くの国家が国家 A か国家 B、又は国家 C のいずれかの立場に立つとしよう。もし、国家 A の立場を支持する国が多数を占め、国家 B を支持する国が一部存在し、国家 C を支持する国が極めて少数であれば、新規則は慣習国際法として確立し、国家 C を支持する極小派は一少なくとも一時的には一執拗なる反対国 *persistent objectors* の立場に立つことになる。<sup>(54)</sup> 逆に、



もし国家 A を支持する国が殆どなく、一部の国が国家 B を支持し、多数の国が国家 C を支持するならば、新規則は確立しないであろう。いずれの場合でも、国家 A を支持する国が新規則への支持を表明するために既存の規則に違反していたならば、慣習国際法違反を犯していたことになる。しかし、新規則の確立に広範な支持が必要であると言う事実によって、執拗な反対国は別にして、新規則確立に成功した国家 A は慣習国際法違反の罪責を免除されてしまうのである。問題は慣習国際法違反ではなく、慣習国際法に反対する力があるかどうかなのである。

上に挙げた例は比較的直截なものである。しばしば、支持国と反対国の数のバランスが不明確であったり、さまざまな国家実行を3つのカテゴリーに分類しきれない場合もおきる。例えば、国家が新規則に対して発する反対の声の大きさや、潜在的で確立途上の規則や確立している規則への反対の意思表示の強弱は、当該国家が望んでいる結果がその国にとってどれほどの重要性を持っているかによって決まる。そういう状況であるから、新規則が確立するか変更するかを見極めることはとりわけ難しい。さまざまな状況下での国家の作為・不作為・声明の持つ重要性が更に問題を複雑にしている。それは丁度、時間の経過や諸国家の共通利益の特殊性や既存の慣習法規の変更に対する各国の抵抗の強弱の差が問題を複雑にしているのと同じである。<sup>(55)</sup>

同種の国家実行の反復はそれに賛成する国や反対する国や中立的立場を採る国が入り乱れる慣習プロセスでは新規則成立の重要な要因になるに違いない。特に、特定の問題に関して諸国家の利益が衝突し一致した行動が見られない場合に有効であろう。ダマト D'Amato やエイクハースト Akehurst によれば、慣習プロセスで紛争当事国間で論争が起こり、双方とも先例をできるだけ多く引用して自己に有利な潜在的規則や確立途上の規則、更には既存規則を弁護するという。<sup>(56)</sup>

それゆえ、理論的には、国家として自らの立場を擁護するような先例を見出し得ないという可能性が常に存在することになる。ダマト D'Amato もエイクハースト Akehurst も、万が一にもそういうことが起きたなら、相手国が自らの主張を裏付けるたった1つの先例を引用す

るだけで慣習法規の存在を“実証 prove”し論争に“勝利 win”してしまうと言っている。<sup>(57)</sup> 更に、そうした状況—法規の存在を証明する先例が立った1例しかない場合—では、いずれの国家も当該規則に違反する作為又は不作為に拠って、更には当該規則の無効や新規則による失効を支持する声明を出すことで、当該規則を無効とすることができる。その結果、先例となるべき国家実行の数が少ない規則は、本来的に不安定で、外的な影響を受けやすいひ弱さがある。

大半の慣習法規は、それを支持する国家実行の先例が多く積み上げられている結果、容易には変化しない抵抗力がある。そうした規則を改正するためには、先ずそうした抵抗を排除しなければならないのである。即ち、エイクハーストの言葉を借りれば、“既存の法規と抵触する新規則を確立するのに必要な国家実行は、余ほど徹底して反復継続されるものでなければならず、いかげんな国家実行であれば新規則は幻となって消えてしまう a new rule in vacuo”。<sup>(58)</sup> 逆に、ダマト D'Amato が言っているように、既存規則を支持する実行を反復することで、“当該規則を手の届かない存在に祭り上げることになり”、消滅や変更の危機を遠ざけることになる。<sup>(59)</sup>

要するに、全ての国家が支持し反対しない規則は、少なくとも事情の根本的变化 fundamental change of circumstances が存在しない場合、変更を蒙ることが殆どないといっているのである。極めて抵抗力のある規則といえども、これに反対する国家実行が無視し難いものであれば消滅し変更を蒙ることは考えられるけれども、十分に確立した多数の国際法原則に関する限り、消滅や変更は可能性の問題にとどまるのである。<sup>(60)</sup> こうした諸原則は、慣習国際法形成プロセス（又は、少なくともそれに近似した初期プロセス）から導かれるのだけれども、今日では国際法システムの枠組を形成している。第2部では、この種の諸原則のうち4つのもの—管轄権原則 jurisdiction, 主体性原則 personality, 相互主義 reciprocity, 正当な期待の原則 legitimate expectation—が特に慣習国際法形成プロセスで権力を修正適用して役割を果たしている姿を考察したのである。

(注)

(53) 本章第1節を見よ。See, also, Akehurst (1974 - 75a) 13 - 14.

(54) “執拗なる反対 persistent objection”については、本書第2部第6章第3節を見よ。

(55) 共通利益の特質は何かについて、本章第5節を見よ。

(56) D'Amato (1971) 91; and Akehurst (1974 - 75a) 13.

(57) D'Amato (1971) 91; and Akehurst (1974 - 75a) 13.

(58) Akehurst (1974 - 75a) 13. 本書第1部第1章第3節及び第2部第7章第3～4節を見よ。

(59) D'Amato (1971) 94.

(60) しかし、現行の国際法システムを脅かすものである限り、少なくとも大国の利益に反する可能性は残るであろう。そうした可能性がある以上、壊れた規則にとって変わる新規則を確立することも必要になろう。See Sartorius (1971) 158 -

9 ; Simmonds (1990) 77 - 9 ; and Simmonds (1991) 320 - 1. 反対説として次ぎを見よ。Hart (1961) 89 - 96. ハ

ート Hart のアプローチが国際法理論として適当であることを強く指摘したものとして次ぎを見よ。Pellet (1992) 39 - 40.

#### 第4節 時間と反復 Time and Repetition

慣習プロセスでは特定の法規を支持し又はそれに反対して国家実行を反復するために時間がかかる。したがって、慣習プロセスでは時間も重要な要素である。<sup>(61)</sup>しかし、ダマト D'Amato は、慣習国際法を生み出す行為の継続性と集中性 density と無矛盾性という厳格な要件を主張する定説を正当にも批判している。彼はこうした要件論を国家の不作為に適用できない点に問題があることを指摘し、国家が反対している規則を支持する他国の作為や不作為に対して、合理的な対応期間を与えられるべきだと主張している。<sup>(62)</sup>国家が合理的な期間内に具体的に対応しない場合に限って、当該作為や不作為が新規則の確立という結果をもたらすのである。従って、“通知ないし通告という観念が…単なる時間の経過以上に慣習法の成立にとって重要になる”。<sup>(63)</sup>

現代技術と恒常的多辺外交によって、潜在的ないし確立途上の慣習法規に対する国家の合理的対応期間が大いに縮減されるはずである。国際機構が慣習プロセスに影響を及ぼしうることを、1966年の南西アフリカ事件 *South West Africa Cases* (第2次判決 *Second Phase*) での田中判事の個別意見 *dissenting opinion* が認めている。

国家は、2・3の国家に直接自らの見解を通告する代わりに、国際機構を媒介としてその全ての加盟国に自らの見解を伝達してその反応を直接確認することができる。以前には、実行の反復と法的必要信念 *opinio juris sive necessitatis* は慣習国際法の構成要素として、数世紀に亘る長期の緩慢なプロセスを経て結合すると考えられていた。しかし、高度に発達した通信情報技術を備えた現代においては、国際機構を媒介する慣習法の形成が大いに促進・加速されている。<sup>(64)</sup>

慣習国際法規が極めて迅速に確立してしまうので、国際法学者の中には、それらを称して“インスタント instant”慣習国際法と呼ぶ者もある。<sup>(65)</sup>そうした主張の多くは1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* での国際司法裁判所判決の次ぎの1節に依拠している。

慣習法形成期間が短いことそれ自体は必ずしも新慣習国際法規形成を妨げるものではないが…、いかに短期間であろうと、当該期間内に、特に国益に影響のある国家を含めて国家の統一の実行が一般化し、法規や法的義務が認識される形で諸国家の実行が示されることが不可欠である。<sup>(66)</sup>

“インスタント instant”慣習国際法が抱える最も深刻な問題は、確立途上の規則に対して本来ならば反対したはずの国家が当該規則の出現に気づかず、反対の意思を表明する十分な時間を与えられていないことである。<sup>(67)</sup>北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* 判決では、国家実行が“一般的で統一である both extensive and virtually uniform”ことを要求する表現を用いて、この問題に言及している。それにもかかわらず、この要件は一部の学者によって見過ごされてきたとしか言いようがない。そうした学者の中には、慣習国際法が同意 *consent* ではなく“コンセンサス *consensus*”に基づいていることを理由に個別国家の同意 *consent* がもはや必須の要件ではなくなったと論ずる者もいる。<sup>(68)</sup>

新規則を支持する国家実行と中立的な国家実行と不支持の国家実行をそれぞれ評価する際、はるか昔の国家実行よりも最近の国家実行のほうが慣習プロセスにとって重要性が勝ることもある。特に特定の問題をめぐる状況が根本的に変化した場合に、新しい国家実行の方が国益を敏感に反映している確率が高いであろう。

国益内容の変遷のほか、事情の根本的変化が発生した場合も、諸国家の国益観は変わるであろうし、過去の賛成・中立・反対それぞれの国家実行の先例にたいする諸国の法的認識をも変わるであろう。時には、国家実行の先例の中には新規則の発達に殆ど或いは全く関係がないという新たな共通認識が成立するものもあろう。<sup>(69)</sup>そうした一例が第1次大戦中に発生したと考えられている。即ち、航空機の外国上空飛行の自由の原則は、一技術革新とその技術革新が国の防衛にどういう意味を持つかを即座に認識して一完全な領空主権原則に迅速に変化した。<sup>(70)</sup>

しかし、時には、最近の国家実行を重視する傾向は、十分に確立した規則から生れる高度の合法的期待によって弱められている。<sup>(71)</sup>

(注)

- (61) See Akehurst (1974 - 75a) 15 - 16. 時間と国際法の関係を論じた一般の著作として次ぎを見よ。Higgins (1997) .
- (62) D'Amato (1971) 58 - 61. See also Danilenko (1993) 97.
- (63) D'Amato (1971) 59.
- (64) (1966) ICJ Reports 6, at 250, 291. 本書第1部第3章脚注(15)で引用している北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf Cases での田中判事の個別意見 dissenting opinion (at 177) も参照せよ。Akehurst (1974 - 75a) 15 - 16 ; Raman (1976) 387 ; Villiger (1985) 24 ; and Higgins (1994) 22 - 3.
- (65) See, e. g., Cheng (1965) ; and Abi-Saab (1987) 60. 南西アフリカ事件 *South-West Africa Cases* (第2事件 *Second Phase*) で田中判事が決議が“条約による立法と伝統的な慣習プロセスとの中間に位置する方法である”という趣旨の個別意見 dissenting opinion (at 250, 292) を発表したことに注目せよ。
- (66) 本書第1部第3章脚注(15)の引用資料 (para. 74) を見よ。
- (67) See Villiger (1985) 4.

- (68) See, e. g., Abi-Saab (1987) ; Chodosh (1991) ; and Charney (1903) . 本書第3部第8章第1節でのスターン Stern のアプローチについての議論をも参照せよ。
- (69) フイツモリス Fitzmaurice ((1953) 31) は次のように述べている。

時間的要素が全く無関係だとは言わないけれども、立法を絶対的に必要とする新たな状況が発生したとき、国家実行に基づく新たな国際慣習法規が実際に迅速に、時には突然、出現することもある。

- (70) 1950年、ブライアリー Brierly は国際法委員会 International Law Commission に対して、“航空に関して、1914年に戦争が勃発したとき、そのときまで学説に過ぎなかった領空主権原則が直ちに実定法として定着した”(1950) 1と指摘している。*Yearbook of the International Law Commission* 5. See also McNair (1964) 5 ; and Matte (1964) 111 - 12.
- (71) 本書第2部第7章を見よ。

## 第5節 共通利益 common interests の特殊性

本章の最初の部分で述べたとおり、慣習法規を生成・発展・変更させる決定的要素の1つは、当該規則に関して現れる反対実行にたいする支持的実行の割合である。<sup>(72)</sup> 慣習法規が生成し発展し変化しつづけるのに必要な支持的実行の反対実行に対する相対的優位に基づいて慣習法規相互間に齟齬が生ずることも問題を複雑にしている。立法の際に低度の障害、又は少なくとも低度の立証責任が発生する分野として国際人権法領域を指摘する学者もいる。<sup>(73)</sup>

コスケンニーミ Koskenniemi は、人権分野の慣習国際法が法的有効性という形式的基準ではなく“人生にとって何が正しく善であるかという先験的—ある意味では共通認識になっている—基準によって認定されている”<sup>(74)</sup> と言ったとき、彼は直感的に正しいと感じたことを言ったのである。

一部の規範は極めて基礎的で重要であるので、国家がそれらに法的に拘束されるのは、国際司法裁判所の言葉を借りれば、不遵守が“人類の良心…に打撃を与え”て“人道の基本的考慮に反する”という諒解が諸国家間に存在するからに過ぎない。<sup>(75)</sup>

シャハター Schachter はどう考えているかと言えば、彼も侵略禁止原則と自衛権合法性の原則が成立するのに(狭義の)国家実行 State practice が殆ど不要であったと考えているのである。<sup>(76)</sup>

慣習法規の生成・発展・変更が、当該規則に中立的又は批判的国家実行にたいして支持的国家実行が相対的にどの程度優勢であったかに依存していると言っても、一部の規範—特に人権規範—が他の種類の規範に比して支持的国家実行が少なくとも容易に成立している事情を説明できていないのである。コスケンニーミ Koskenniemi にとって、そうした規範の存在は慣習プロセスが大国の主体的且つ政治的選好の押付け以外の何物でもないことを示す1つの事例なのである。<sup>(77)</sup>

シャハター Schachter は、法規の間にこうした違いが出てくる1つの理由として、武力紛争に適用される人道法のような法規に関しては現実の行動を確認しがたいことを挙げている。<sup>(78)</sup> 彼がこうした理由を挙げるに当たり、旧ユーゴ国連戦犯法廷上訴部 Appeals Chamber of the United Nations Tribunal for the Former Yugoslavia のタデック事件 *Tadic Case* 判決に依拠している。当該判決は以下のように言っている。

慣習法規や慣習法上の一般原則の存在を立証しようとして国家実行を眺めても、戦場での軍隊が一定の行動基準を実際に遵守しているか無視しているかを確認するために当該軍隊の行動を細部に亘り調べることは、不可能ではないにしても、かなり困難である。戦場へのアクセスが独立的監視団に通常認められて居らず(しばしば国際赤十字 ICRC にも拒否される)、戦闘行動に関する情報が紛争当事国に独占されている状況によって、軍隊の行動を検証することは極めて困難になっている。更に悪いことに、外国政府や世論だけでなく敵を攪乱するために、



しばしば偽の情報を流すことも行われている。従って、慣習法規や慣習法上の一般原則が成立しているかどうかを判定するには、テーマの固有の性質を認識した上で、基本的には、諸国家の公式の宣言や軍事マニュアルや司法判決などの資料に依拠しなければならない。<sup>(79)</sup>

慣習プロセスが国際関係論の視点から、全てでなくとも殆どの国家の共通利益を認定して法規によって当該共通利益を保護促進するレジームないし制度 institution として理解されるならば、それもそれで1つの説明にはなるだろう。<sup>(80)</sup> 支持的国家実行や中立的国家実行、更には対立的国家実行の評価は、法規の強制的運用としてではなく、慣習プロセスを促進するものとして理解されるであろう。即ち、国益は通常、国家の行動や声明を通して明確になるけれども、国益の種類によっては余りに自明であるため国家実行の入念な検証を要しないものもあるということである。

強行法規即ちユス=コーゲンス *jus cogens* の性質を有する慣習法規の多くがそうした自明の国益を表明しており、国家実行の検証を要しないものといえよう。人権中の最も基本的な人権や侵略の禁止原則がそれに該当すると言える。<sup>(81)</sup> 1986年のニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案 *Merits*) 判決で国際司法裁判所が干渉及び侵略を禁止する原則について過去の国家実行を検証する必要を認めなかった理由もこれで説明がつくはずである。<sup>(82)</sup> シャハター Schachter は次ぎのように言っている。

国家も裁判所も、国家実行が一致していないとか不充分であるからといって〔人民の自決権や侵略・集団殺害・拷問の禁止を定める〕法規の継続的拘束力に疑問を差し挟むものではない…。その理由は、法規が“高貴な熱望 noble aspirations” …を表明しているからではなく…法規が禁止している行為に対して人々が深く広く拒絶の意思を共有しているからである。<sup>(83)</sup>

更に、もし全ての国家がこうした明確な共通利益を持っているのであれば、自然法理論が気楽にしかも頻繁に持ち出されて強行法規 *jus cogens* 理論が支持され、強行法規が有するとしばしば主張される対世的 *erga omnes* 性格についても肯定的に評価されているのは尤もなことである。<sup>(84)</sup>

大半の他の国際人権規則を含めて、他の慣習法規も国際社会の共通利益の明確性から法的効力が生れていると

言っていると思う。<sup>(85)</sup> 例えば、共通利益の明白性が規則の自立的発達を促すほど強力でなくとも、規範成立に必要な支持の実行の数量的要件を緩和する効果を持つはずである。従って、共通利益の有する明白性と国家実行とが相俟って、慣習国際法の生成・発展・変更がもたらされているのである。そうした場合に、国家実行は問題の利益が現実によく共有されていることを示す証拠として比較分化論に対抗する根拠にもなるであろう。従って、慣習法規—しかも特に人権規範—の定立方式に相違点もあるけれども、その相違点は通常の慣習国際法形成プロセスと対立するものではなく、むしろ協働関係にあるものとみられるのである。何故なら、通常の慣習国際法形成プロセスでは共通利益を法によって保護し促進するためには共通利益を認定する国家実行がどれくらい支持されているかを調べなければならないからである。

共通の利益の明白性が果たす役割の説明は、時間の継続と行為の反復に関わる問題についても重大な意味を持っている。本章前節では、時間的経過が大半の慣習法規の生成・発展・変更の1要素になることが説明された。<sup>(86)</sup> 規範が共通利益の明白性の結果として生れるのであれば、“インスタント慣習国際法”理論が登場するのもうなずける。<sup>(87)</sup> この種の極めて急激な規範の生成・発展・変更は、国際社会が集団的に新たな共通利益と新たな規範の必要性を認識するほどの急激な技術的環境的發展を経験したときにのみ、通常必要とされる種類と程度の国家実行を省略して出現するものなのであろう。国家空域 *national air space* つまり領空主権原則や宇宙及び天体の利用に関する規則、更には大気圏内核実験の禁止原則などもそういうカテゴリーに属する規範である。<sup>(88)</sup>

共通利益の明白性が果たす役割は、国際法の基本的諸原則を理解する上にも役立つかも知れない。その基本的諸原則が仮に全面的に国家実行の支持を受けているとしても、規範としての高度な変更拒否力—及び、慣習国際法形成プロセスでの権力抑制機能—は、国際社会の共通利益を体現する規範としての明白性によって一層強化されているはずである。要するに、国際法諸原則は、主要な行為主体 *actors* が主権国家である国際法システムによって必要とされ、当該システムに必然的に内在しているのである。<sup>(89)</sup>

最後に、明白な共通利益 *common interests* の中には価値 *values* と称すべきものもあるであろう。<sup>(90)</sup> しかし、ここで論じられているのは主観的現象ではなく、客観的現象なのである。

(注)

- (72) 本章第3節を見よ。See also Akehurst (1974 - 75a) 13 - 14.
- (73) See, e. g., Meron (1989) 113; Schachter (1991) 336; and Schachter (1996) 538 - 40.
- (74) Koskenniemi (1990a) 1953. 本書第1部第3章第3節を見よ。
- (75) Koskenniemi (1990a) 1946 - 7 (footnotes omitted, quoting from the *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Preservation and Punishment of the Crime of Genocide and the judgment in the Corfu Channel Case*).
- (76) Schachter (1989) 734. See also Kirgis (1987) 149.
- (77) See generally: Koskenniemi (1990a).
- (78) Schachter (1996) 539.
- (79) *Prosecuter v. Tadic* (Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995), para. 99, reproduced in (1996) 35ILM32, 63.
- (80) 本章序文部, 第1~2節を見よ。
- (81) 本書第1部第1章序文部最後のパラグラフを見よ。又, 本書第3部第10章第3節を見よ。
- (82) 本書第3部第8章第2節最後の2つのパラグラフを見よ。
- (83) Schachter (1989) 734.
- (84) 強行法 *jus cogens* 規範が自然法に由来するという解説に

- ついては次ぎをみよ。U. N. Conference on the Law of Treaties (New York: United Nations, 1969) especially statements by Italy (311); Ecuador (320); Monaco (324); and de Visscher (1971). 強行法 *jus cogens* 規範の対世的性質 *erga omnes* character については次ぎを見よ。Meron (1986a) 187; Macdonald (1987) 138; Simma (1989) 825; Byers (1997a). 又, 本書第3部第10章第4節を見よ。
- (85) 之との関連で条約についての“容認可能なレベルの遵守 acceptable levels of compliance”をめぐっての論争に関して以下をもみよ。Chayes and Chayes ((1993) 198 - 200). ここでは, 条約の適法な遵守レベルが“条約のタイプや条約の成立事情, 更には条約が要求する行動や時間的経過によっても変化する”ことが指摘されている。
- (86) 本章前第4節を見よ。
- (87) 本章前第4節前半部を見よ。
- (88) See McNair (1964) 5; Matte (1964) 111 - 12; Cheng (1965). 更に, 核実験事件 *Nuclear Test Case* でのオーストラリアの主張については次を見よ。(1973) 1 *ICJ Pleadings* 502.
- (89) See Thirlway (1972) 28. 本書第1部第1章序文部最後の部分を見よ。
- (90) 本章本節最初の部分のコスケンニエーミ Koskenniemi の所見を参照せよ。

## 第10章 関連問題

前章では, 法的信念 *opinio juris* について, 国家が法的国家実行と単なる事実上の国家実行とを識別する基準となる共通の確信であると説明した。法的信念 *opinio juris* に関するこうした説明は, 慣習国際法形成プロセスに関連するその他の基本的問題をも考慮した上で提示されたものであった。本章では前章の分析を基礎にしつつも更にそれを発展させ, 重要な4つの関連問題について考察を試みたいと思う。その4つの問題とは, (i) 慣習国際法と条約の関係; (ii) 執拗なる反対 *persistent objection* の概念; (iii) 強行法規 *Jus cogens*; (iv) 強行法規 *jus cogens* と対世的規範 *erga omnes rules* との関係, 以上である。

### 第1節 慣習国際法と条約

国際法には3つの主要法源が存在する一般に考えられている。条約と慣習国際法と法の一般原則 *general principles of law* がそれである。<sup>(1)</sup> この3つの法源のうち最初の2つ一条約と慣習国際法一が非常に重要であると考えられている。

慣習国際法形成プロセスと同じく, 条約は1種のレジームないし制度 *institution* である。<sup>(2)</sup> 従って, 条約と慣習国際法との関係を研究することは, 相異なる2種のレジ

ームないし制度間の関係を研究することに他ならない。大半の国際関係論の研究者はこの問題にまだ取り組んでいないのであって, むしろ彼らの関心は特定のレジームないし制度と国家の関係に向けられている。<sup>(3)</sup> それとは対照的に, 国際法学者は条約と慣習国際法と国連をはじめとする国際機構に代表される他の制度との関係を精力的に分析している。<sup>(4)</sup> しかし, 個別慣習法規とは区別される慣習国際法形成プロセスと条約との関係を熱心に研究している国際法学者は比較的少ない。<sup>(5)</sup> 国際司法裁判所がニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案 *Merits* 判決)<sup>(6)</sup> でこの問題で意見が分かれたため, 研究不足が明らかになってしまった。

条約と慣習国際法の関係に関連する1つの問題は, 国家実行としての条約にどの程度の重要性を認めるかと言う問題である。学者の中には, ヴォルフク Walfke やチャーニー Charney のように, 条約が慣習国際法を形成する国家実行になり得ないと主張するものもいる。<sup>(7)</sup> この立場は, 条約規程が慣習国際法を生み出し得るかと言う問題について国際司法裁判所が1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* 判決で表明した次の見解と著しく異なる。

こうしたプロセスは100%成立可能であって現にしばしば生じている。すなわちこうしたプロセスは新たな慣

習国際法規を形成する周知の方式の1つなのである。しかし、それと同時に、慣習法成立を簡単に認め得ないことも事実である。<sup>(8)</sup>

ダマト D'amato は、声明や決議や宣言が国家実行であるとは考えていないようであるが、<sup>(9)</sup> 条約を国家実行とみなすことについては異存が無いようである。彼の理論によれば、第1に、条約規定の文言によって規範内容の“明確性 articulation”が保証されているし、第2に、条約規定に従った国家行動が慣習国際法の事実的要素—国家実行 State practice—を構成しているのである。<sup>(10)</sup>

事実、ダマト D'amato は大半の慣習国際法規が条約規定から生まれていると主張している。<sup>(11)</sup> 彼は、“条約が拘束力を持つという規則自体、条約は遵守されなければならないという厳粛な宣誓を表明した古代の条約規定に由来しているかもしれない”<sup>(12)</sup> とさえ言っているのである。しかし、“ありとあらゆる条約が慣習法規を生み出すわけではなく、普遍的性格の規定を持つ2国間又は多国間の条約が慣習法規創出の効果をもつに過ぎない”<sup>(13)</sup> というのが、ダマト D'Amato の見解である。

エイクハースト Akehurst は、“条約を国家実行とみなすことに異存はない”と言いながら、“国家が条約によって特定の行動を認められているからといって、条約が存在しない場合にも当該行動をとる権利があると推定できるわけではない”<sup>(14)</sup> と言っている。むしろ、慣習法規の存在を主張するために条約規定を援用する学者たちは、“当該条約が慣習法を宣言していることを論拠として条約規定の援用を正当化する必要性をしばしば認識しているようである”<sup>(15)</sup> 従って、エイクハースト Akehurst によれば、条約当事国がその条約を慣習国際法を宣言したものと考えていたかどうかを知るためには当該条約の文言と条約の準備作業 *travaux préparatoires* を調べなければならないのである。しかも、条約の文言や条約作成の準備作業 *travaux préparatoires* は“仮にその条約が発効しなくても国家実行ないし法的信念 *opinio juris* の証拠と見なされるのであって、条約締結に失敗して発表されることのある声明についても同じことが謂えるのである”<sup>(16)</sup>

ワイスバード Weisburd はどうかと言うと、彼は、一部の学者が慣習法規の存在と内容を認定する際に条約を強調し過ぎて他の形態の国家実行特に作為 acts を無視していることを問題として取り上げている。彼は特に、1966年の市民的政治的権利に関する国際規約 International Covenant on Civil and Political Rights や1984年の拷問等禁止条約 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment と言った類の条約を過信しないよう諫めている。なぜなら、こ

れらの条約は締約国に法的義務を課しながら、“明示的に又は黙示的に、締約国の履行状況の…相互監視の権利を…制限し、条約義務違反に対する法的救済の道を閉ざしている”<sup>(17)</sup> からである。ワイスバード Weisburd によれば、これらの条約は、“法的信念 *opinio juris* を示す実行とは謂えず、慣習国際法規として当該諸行為の違法性を証明する役には立っていない”<sup>(18)</sup> という。なぜなら、法的義務には同時に調査の権利が含まれるし、違反の場合の補償義務も含まれるからである。<sup>(19)</sup>

相矛盾する国家実行—国家が条約違反国に対して法的制裁を科す危険を犯さず、自らも条約規定に反対する意思を態度で示すことがあることを考えよ—が存在することは、国家は条約規定を遵守せず侵犯する性向を持つという予言が当てはまることを意味する。<sup>(20)</sup>

この後半部分の指摘に対し、ダマト D'Amato は特に拷問禁止条約に言及して次のように述べている。

拷問を行っている国家が、(a) 拷問の事実を公表しているか否か、(b) 自分たちのやっていることが合法であると宣言しているか否か、(c) 自分たちがやっている拷問が合法なので全ての国家も拷問をやっても許されるとい根拠に基づいて他国にも拷問の実施を暗黙裡に勧めているか否か、以上の諸点を問いただすことが重要…と思われる。<sup>(21)</sup>

そう言いながらも、ダマト D'Amato によれば、“客観的証拠によれば、事実の隠蔽・消去・矮小化・不正が明らかであり、国際法違反を推定させるに至っている”<sup>(22)</sup>

ワイスバード Weisburd が、慣習国際法規の存否や内容を認定するために条約規定を検証する際に条約の文言を緻密に検討する必要があると言っているのは、正当な指摘といえる。さらに言えば、問題となっている条約規定の性質によっては慣習国際法化しにくい規定もあるであろう。例えば、条約が許容的 *permissive* であるか命令的 *prescriptive* であるか、つまり条約規定が国家の行動の自由を認めているか認めていないかという違いに注目すべきである。<sup>(23)</sup>

にもかかわらず、ワイスバード Weisburd が言及しているタイプの条約は、条約違反に対する調査権や法的救済手段の利用可能性が不明確であったり不十分であったりして、原則的規範というより例外的規範を示しているようである。多くの条約、特に2国間条約は、条約義務についても、その義務違反の結果についてもとりわけ明確な規定を置いている。さらにしばしば、条約はその外観



以上に、第1次的査察を相当重視している。例えば、市民的政治的権利に関する国際規約 International Covenant on Civil and Political Rights は国家行動に重要な効果を及ぼして当事国に対して現実的又は潜在的なコストを負担させたり利益を与えたりするのに、同規約の選択議定書にだけ依存しているわけではない。例えば、同規約 § 40 は全ての締約国に報告義務を課している。§ 28 ~ 39 の下で設立される B 規約人権委員会 Human Rights Committee はこれらの報告書を検討し、国連の他の機関と協議し、国連の経済社会理事会や国連総会に対して自らの見解を通知することができることになっている。<sup>(24)</sup> こうした状況下での重大な“コスト cost”は報告書自体ではなく、その公表から生ずるマイナスの影響であることが観察されている。

多くの条約は、違反を防止するための確実な法的拘束力を持つと共に、実際の影響力も大きい。例えば、人権条約は一般的に、終始人権を侵害している国家に対して、“不名誉事例の一覧表 marshalling of shame”を示す機能を持っている。<sup>(25)</sup> 諸国家が人権条約や人権条約が定める保障基準についてなかなか合意できないでいる事実こそ、こうした一般的影响力の大きさを証明している。

従って、多くの点で条約は、法的な国家実行とされる決議や宣言に似ているともいえる。決議や宣言と同じく、しばしば条約は国際機構の場で採択され、一般的に密接に関連する一連の権利義務を文書形式で宣言している。<sup>(26)</sup> 従って、多くの場合、条約は決議や宣言よりも大きなコスト、少なくとも潜在的に大きなコストを強いることになる。その結果、条約が一般的に慣習プロセスで大きな比重を占めるはずである。もっと言えば、仮に条約に反する行為が国家責任を発生させない場合であっても、例えば、問題の条文に対して留保がされている場合であっても、かなりの *some* コスト—威信の失墜など—が不可避であれば、条約はやはり関係国家実行としての効果を持つことになる。

大半の決議や宣言と同じく、ほとんどの条約も国際機構の場で交渉されたとしても、国際機構自体の実行と考えるべきではないと思われる。国際機構は、設立条約によって共通の実体を付与されている個別国家行動の集合体と考えるべきであろう。即ち、国家は時々、条約を手段として国際機構を設立するのであり、国際機構も時々、自己の法的な実行に従事することがあるといえる。国連難民高等弁務官や世界貿易機関 World Trade Organization や欧州共同体の諸機関の行動を全て国家行動と見るのは適当ではない。

しかし、一般的には、慣習国際法形成プロセスでの役割は国際機構は国家に比して劣っている。その1つの理

由として、国際機構の側に行われる機会そのものが少ないことが挙げられる。国家のように領域や人民を持っていないので、国際機構の活動範囲は国家に比べてはるかに限られている。本書が慣習プロセスの分析に当たり、国際機構や他の非国家行為主体を排して、国家が関与する慣習プロセスに焦点を絞ったのも、それが1つの理由である。<sup>(27)</sup>

慣習国際法と条約の関係に関するもっと重要な第2の論点は、本章の始めの部分で引用したエイクハースト Akehurst の著作で指摘されている。<sup>(28)</sup> つまり、条約義務の履行という形の国家実行は一般的には条約義務を直接の対象としており、慣習国際法の生成・発展・変更に貢献しようという一並列的慣習法規に対応する *vis-a-vis* 一法的必要信念 *opinio juris* を欠いているのである。こうした問題に対する1つの結論をバクスターは次のように提示している。

条約を明示的に受容する国家が増えるにつれて、条約非当事国の数が減っていく。逆に、国際関係を重視しない非当事国が増えるならば、条約がない場合の国際法の発達の範囲は狭まることになる。<sup>(29)</sup>

続けて彼は言う。

条約に加入する国家が増えているので、当該条約が存在しないときの法規範がどのような内容になるかは事実上予測不可能になっている。…その条約の非当事国が国際慣習実行を殆どまたはまったく広めないならば、当該条約が慣習国際法に移行したかどうかを実際には認定できないことになる。<sup>(30)</sup>

1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* での ICJ の判決でこのパラドックスが決定的な影響を与えたようである。その判決は次のように言っている。

関係国の半数以上が、単独であれ共同であれ、ジュネーヴ（大陸棚）条約の当事国になっていたのであって、それら諸国に関する限り、現実には又は潜在的に大陸棚条約を適用していたと推定される。それら諸国家の行動から判断する限り、等距離原則 *equidistance principle* を支持する慣習国際法規の存在を合法的に推認することはできない。<sup>(31)</sup>

国際司法裁判所はこれ以来、この問題に関する自らの立場をたびたび確認してきている。1986年のニカラグア事件 *Nicaragua Case*（本案 *Merits*）判決で国際司法裁判

所は、侵略を禁止する慣習法規の認定に焦点を絞った。国連憲章 § 2 (4) や侵略の禁止を宣言した多数の国連総会決議に言及した後、同裁判所は次のように言っている。

この種の決議本文に対する同意の効果は、条約としての国連憲章上の行為の“反復ないし明徴化 reiteration or elucidation”と考えることはできない。むしろ、国連総会決議が宣言している規則又は規則の集合の正当性を自ら認めたものと考えられる…。従って、決議が要求する行動が当該規則（ないし規則の集合）を尊重する法的信念 *opinio juris* を表明しており、条約のレベルの国連憲章の規定、とりわけ制度的規範とは、以後、別個に取り扱われてきたことは明らかである。<sup>(32)</sup>

国際司法裁判所は、“慣習国際法は条約規定とは独立して存在し適用されつづけている。仮に、慣習国際法と条約が同一内容であっても別個の存在を持っているのである”<sup>(33)</sup>と結論付けている。

このニカラグア事件 *Nicaragua Case* での国際司法裁判所の判決は、条約法とりわけ 1969 年のウィーン条約法条約 § 43 のの発展と一致しているようである。<sup>(34)</sup> § 43 は条約と慣習法の並行的存在の可能性を認めている。

この条約の適用の結果として、又は条約規定に基づく当該条約の無効・終了・廃棄・脱退は、当該条約に具現されながらも当該条約とは独立して存在する国家の国際法上の義務に影響を及ぼさない。<sup>(35)</sup>

第3の関連問題は、慣習国際法が条約規定を修正できるか、できるとしたらどの程度の修正ができるかという問題である。<sup>(36)</sup> 条約規定が実際に慣習法によって修正されているという証拠がある。この趣旨を指摘したのが米仏間の 1946 年 3 月 27 日の航空業務協定 *Air Services Agreement of 27 March 1946* に関する仲裁判決である。仲裁裁判所は以下のように言っている。

この協定の補助的解釈手段として協定適用上の当事国の実行が考慮されなければならない。この解釈方式は、当該協定を締結した際の両当事国の共通の意図を探る上で協定の本文や準備作業を検証した上での解釈的結論を確認したり、矛盾点を見つけたり、関連付けたりするのにさえ *and even possibly of connecting* 便利である。<sup>(37)</sup>

同様に、1971 年のナミビア問題に関する勧告的意見事件 *Namibia Advisory Opinion* で南アフリカは、ソ連やイギリスが棄権した安保理決議 284 は国連憲章 § 27 (3) が

定める常任理事国の一致の原則を満たしていないので、ICJ に勧告的意見を出す管轄権は発生していないと主張した。この抗弁に対して ICJ は次のように答えた。

長期にわたる安保理の議事進行手続から生まれた豊富な証拠に照らすと、議長指揮権と理事国とりわけ常任理事国の実行は一貫して常任理事国の自発的欠席が決議成立を妨げないものとして扱ってきたことを示している…。この手続は…一般的に国連加盟国によって承認されているし、国連の一般的実行になっている。<sup>(38)</sup>

同じく、1962 年のプレア=ビヘア寺院事件 *Temple of Preah Vihear Case* (本案 *Merits*) 判決で国際司法裁判所は、次のように判旨した。

裁判所としては、当事国が附属書 I を受諾したことにより、当該地図は条約による解決に持ち込まれ条約の一部になったと考える。…即ち、そのとき当事国は、分水嶺から逸脱する限りで条約の関連条項を無効にする地図上の線引きを許容する条約による解決を受け入れていた。<sup>(39)</sup>

しかしここに挙げた 3 つの事例は、条約の解釈又は国際機構加盟国による内部手続改正の問題であって、慣習プロセスで条約規定をその後の国家実行によって修正することができるかという問題ではない。<sup>(40)</sup> もっと説得力のある例を挙げると、1958 年のジュネーヴ大陸棚条約 § 5 (5) が当事国に対して放棄した石油掘削設備を大陸棚から撤去するよう要求しているのを指摘したい。<sup>(41)</sup> しかしその後の当事国の実行によれば、適切な安全措置が採られておれば放棄された石油掘削設備はそのままにしておいて良いとの規則が別に成立していることを示している。<sup>(42)</sup> こうした国家実行の変化は 1982 年の国連海洋法条約 § 60 (3) に少なくともある程度反映している。即ち、同条項は、放棄された構築物が状況によっては大陸棚に放置される場合があることを予想した規定振りになっている。<sup>(43)</sup> 従って、1958 年のジュネーヴ大陸棚条約 § 5 (5) に基づく義務は慣習国際法が変化した結果、修正されたことになる。

1958 年のジュネーヴ大陸棚条約と同年のジュネーヴ公海条約に類似の修正が、12 海里領海の定着と共に発生した。<sup>(44)</sup> この慣習法規の発達は両条約の規定を変更しなかったが、両条約の地理的適用範囲を狭めたと考えられる。国際慣習法規としての 200 海里排他的経済水域の定着も同じ効果を及ぼしたはずである。<sup>(45)</sup>

1966 年の条約法条文草案 *Draft Articles on the Law of Treaties* を見ると、国際法委員会 *International Law*

Commission : ILC は条約規定の修正に関する合意を当事国の実行が証明している限りで当該国家実行によって当該条約規定が修正されることを認めていたようである。条文草案 § 38 は、“条約は当該条約の条項の修正を求める当事国の合意を示す事後の条約上の実行によって修正されることがありうる”<sup>(46)</sup> と明記していた。この条項は1966年のウィーン条約では削除されている。<sup>(47)</sup> しかし、少なくとも潜在的な慣習規定が既存の条約に重大な効果を及ぼしうることを認めるもう1つの条項は存置された。1966年のウィーン条約 § 64 は、“一般国際法上の新たな強行法規 *peremptory norm* が出現した場合、当該規範と抵触する既存の条約は全て無効となって終了する”<sup>(48)</sup> と明記している。しかも、多くの学者が、慣習国際法形成プロセスで条約規定に変更が生ずる可能性があることを認めているのである。<sup>(49)</sup> そうではあっても、その変更の発生形態について意見は一致していないのである。

権力と義務の相互作用の立場からこうした変更を考えてみると有益であろう。慣習プロセスが国家実行を慣習法上の義務に変形するレジームないし制度 *institution* であることはすでに指摘されている。<sup>(50)</sup> 慣習法形成プロセスから生まれる規則の中には、条約規定になるものもある。<sup>(51)</sup> また、特定の慣習法規のグループはそれ自体で独立したレジームないし制度であるとも考えることもできる。コヘイン Keohane の観点からは、条約に関する慣習国際法規は、行動を規制し活動を制約し期待を生み出す相互に関連性の強い非公式規則の一群である。<sup>(52)</sup> ここでもっと重要なことは、国家が交渉・署名・批准というプロセスを通じて、国際機構のような他のレジームや制度を創設するために条約法を定期的に利用していることなのである。<sup>(53)</sup>

条約法の基本規則は、合意は遵守せらるべし *pacta sunt servanda* である。この言葉は、条約義務の誠実な *in good faith* 遵守を要求するものである。<sup>(54)</sup> それにもかかわらず、この基本原則は同意原則や禁反言 *estoppel* をも含む正当な期待 *legitimate expectation* というもっと一般的な原則の一部に過ぎないとも言える。<sup>(55)</sup>

条約規定がその後の国家実行によって変更され得るかという問題は、合意は遵守せらるべしの原則もこの観点から、つまり、正当な期待 *legitimate expectation* というもっと一般的なルールの一部という視点から見れば、割に簡単に回答の見つかる問題であろう。変更の可能性がある全ての場合に、条約やそれに合致するその後の国家実行に対する正当な期待は、条約とその後の不整合な国家実行から生ずる正当な期待よりも重視されることになる。

合意は遵守せらるべし *pacta sunt servanda* の原則は、これを支持する多数の国家実行の事例やこの原則が持つ

明白な公益性のゆえに、その比重は極めて大きいと言わざるを得ない。条約規定が変更する可能性があるとき、この原則に基づいて条約規定の継続的適用を強く主張することは可能であろうし、慣習国際法形成プロセスによって条約規定が変更したという主張に反論することも可能であろう。<sup>(56)</sup> それにもかかわらず、いくつかの理由によって、条約規定がその後の国家実行によって変更され、その矛盾した国家実行から生まれた正当な期待 *legitimate expectations* が拡大定着していくこともあろう。

第1に、当事国が相互の共通利益に寄与しなくなった条約の修正や廃棄を交渉で合意することが不可能ではないにしても相当難しい問題であると認めている場合がある。<sup>(57)</sup> むしろ、条約の廃止が認められる場合には、当該条約の当事国が長期にわたる集団的不遵守の結果として条約義務から解放されているのであって、条約終了の合意が推定されるのである。<sup>(58)</sup>

第2に、慣習国際法規が十分確立して国家がそれと同じ内容の条約を批准したり古くなった条約規定を変更する必要を感じなくなるときもある。例えば、1933年の国家の権利義務に関するモンテビデオ条約は国際法上の国家 *statehood in international law* の要件として広く認められている内容を明記している。<sup>(59)</sup> しかし、これまでのところ、この条約を批准した国家は16カ国に過ぎない。<sup>(60)</sup> こうした状況は、対応する慣習法規の強さを示していると見るべきであって、その逆ではあるまい。しかし、こういう提案は1950年の庇護権事件 *Asylum Case* での国際司法裁判所の見解に反していることに注意しなければならない。この事件でICJは、条約が慣習国際法を宣言しているとの主張は当該条約がわずかな国家によって批准されている場合には説得力が乏しいといていたのである。<sup>(61)</sup> 実際に、法的発展に各種の段階があるのであって、慣習法規を形成し法典化される法的国家実行から始まり、慣習法規が強固でありすぎるために法典化が無意味になってしまう国家実行もあるのである。

第3に、1937年のミュゼ川事件 *River Meuse Case* でハドソン判事 Judge Hudson が認めたように衡平 *equity* の原則が重要な意味を持つのである。

両当事国が同一ないし相互的義務を負っているとき、継続的に義務不履行状態にある国家は相手国の義務不履行を根拠とする主張を行えないと解すべきである。<sup>(62)</sup>

即ち、条約の1当事国が条約規定と矛盾する国家実行に従事するならば、他の当事国に対する請求の根拠として当該条約規定に依拠することはできなくなるのである。その場合に、少なくとも当該2国間では当該条約規定に



よって対抗することはできなくなる。従って、こういう形で衡平 *equity* を適用することで、他の当事国がもはや遵守しなくなった条約規定よりも、当該諸当事国の国家実行に対して諸国家は正当な期待を抱くようになる。

第4に、慣習プロセスでは条約規定を以後の国家実行によって変更できないと主張する方々は、多くの慣習国際法の法典化条約の役割や目的を無視しているようである。法典化の目的は、慣習国際法規の内容を明示し諸国家が相互協力と紛争解決の為にこれらを気軽に利用できるようにすることである。<sup>(63)</sup> 仮に法典化条約が国際協力と紛争の平和的解決を促進する活動の1つとして理解されるにしても、国家実行によって表明される大半の国益が明らかに変遷してしまっている分野での陳腐な慣習国際法に拘束されることまで法典化条約は要求していない。“合意は遵守せらるべし *pacta sunt servanda*” の援用は法的安定性に貢献するけれども、場合によっては国家に国際法違反を犯させる圧力をかけてしまうことになりかねない。

慣習法規が条約規定を変更する可能性を国家が執拗に否定することもありうる。1971年のナミビアの地位に関する勧告的意見事件 *Namibia Advisory Opinion* での南アフリカの主張は、そうした試みであったといえる。尤も、南アは以前からそうした立場を取っていたとは思えないのだが。更に、南アの反対が国連安保理の活動全体に関連していた点で、2国間関係に焦点を絞りきれていなかったのである。<sup>(64)</sup> それにもかかわらず、国家が慣習法による条約の変更を執拗に反対出来るとしても、執拗なる反対がなされている状況下で妥協への圧力がかかり、反対国が最終的に譲歩せざるを得なくなる可能性がある。<sup>(65)</sup>

条約規定を修正ないし変更する国家実行の能力に関して、他にも制約事情が存在すると思われる。例えば、条約が発効時点での国際法の例外規定の創設を目的としているならば、その後の国家実行によっても条約規定の変更は一般的には *in general* 起こり得ないというべきであろう。むしろ、当該条約規定の変更は新条約の締結か、当該条約当事国相互 *between* のその後の実行によるべきである。こうした事情は、特別国際慣習法規の場合に似ていると見て良い。<sup>(66)</sup> 特別国際慣習法は一般的な国家実行によっては変更され得ないけれども、その拘束を受ける限定された国家集団に属する国家の実行によって変更することはありうる。

問題の条約本文自体が慣習プロセスから生ずる変更を受けるわけではないのであるから、その後の国家実行が条約規定を現実に変更するさまを確認することは難しい。

厳密な言い方をすると、問題の変更が条約の合理的な解釈の範囲内に収まるような微妙な変更では意味がないのである。そういう場合には、内容的に条約規定に一致する慣習法規が並存して同一国家を拘束していると考えるべきであろう。<sup>(67)</sup> 従って、慣習プロセスの進行によって、条約規定の解釈に変化が生ずることも起こり得よう。縦令、慣習プロセスと条約が一別個のレジームないし制度 *institutions* として一独立しているとしても、その可能性は認めなければならない。<sup>(68)</sup>

条約規定と同様の内容を持って当該国家を拘束する並存的慣習法規を変更するというもっと重大な変更が、その後の国家実行に委ねられているのである。しかし、条約規定が事実上廃止されて慣習法規だけが変更されて生き残っているのではないかという点を確認するため、条約規定と変更された慣習法規とを比較して正当な期待 *legitimate expectation* を負担している割合を調べなければならない。<sup>(69)</sup> 即ち、条約は一方の当事国の違反行為に対して他方当事国が条約を発動しないときのみ廃止されるからである。<sup>(70)</sup> その場合、2つの黙認、即ち、慣習法規の展開を黙認し更に *and* 条約規定に以後の効力を認めないという暗黙の了解が存在する。以後、国家実行によって不適用とされた条項を除き、他の全ての条項に付き、条約として *qua* 当事国を拘束することになる。国家実行によって不適用とされた条項は、条約当事国間の一そして恐らく全ての国家にも適用される一新たな慣習法規によって代替されることになる。<sup>(71)</sup>

もし慣習法規が条約規定と並存できないならば、条約規定が当該条約の非当事国の行動の結果として“変更される *modified*” しかないことに注意すべきである。条約当事国は、条約義務の履行と見なされる行動を通じて、一般的適用可能な法規の発展と変更への関与から排除される。それにもかかわらず、条約が一般的適用可能な規則の例外を創出すること意図せず一般的国際慣習法の法典化を意図していたならば、慣習法規の発展と変更が生み出す正当な期待 *legitimate expectation* に導かれて条約規定の変更が生ずると考えられる。

一般的な合意原則<sup>(72)</sup> や条約は第3国の同意なくしてそれらのための法的権利・義務を創設し得ないという特殊な規則<sup>(73)</sup> は、慣習法による条約規定の変更が起こり得ないことを暗示している。一般的に適用可能な慣習法規の発展・変更への黙諾だけで十分であると思われるが、条約当事国側の慣習プロセスへの参加が必要と解すべきであろう。<sup>(74)</sup>

(注)

- (1) 国際司法裁判所規程 § 38 ①を見よ。See also, Brownlie (1990) 1 – 31 ; Danilenko (1993) ; and Dinh *et al.* (1994) 111 – 390.
- (2) 本書第1部第2章第1節を見よ。
- (3) 本書第1部第2章脚注(19)を見よ。
- (4) See, e. g., Kelsen (1951) ; Bowett (1982b) ; Charpentier (1991) ; and Simma (1994) .
- (5) そうした研究として次を見よ。Baxter (1970) ; Thirlway (1972) ; Kontou (1994) . また、本書第1部第2章脚注(19)で引用したシンクレア Sinclair の著作を見よ。
- (6) 本書第1部第1章脚注(16)を見よ。本書本章本節後出を見よ。
- (7) Wolfke (1993a) 68 – 72 ; and Charney (1987) 160 and 163.
- (8) 本書第1部第3章脚注(15)の引用文献 p. 41 (para. 71) を見よ。
- (9) 本書第3部第8章第2節を見よ。
- (10) D'Amato (1971) 89 – 90 and 160.
- (11) D'Amato (1987b) 125.
- (12) D'Amato (1982) 1131.
- (13) D'Amato (1971) 105 (emphasis in original) . See also D'Amato (1982) 1131 ; and D'Amato (1987b) 126.
- (14) Akehurst (1974 – 75a) 43, note 6.
- (15) Akehurst (1974 – 75a) 47.
- (16) Akehurst (1974 – 75a) 45, note 4.
- (17) Weisburd (1988) 25. 本書第2部第5章脚注(39)を見よ。また、そこで引用されている決議を個々に参照せよ。
- (18) Weisburd (1988) 29.
- (19) Weisburd (1988) 23 – 5.
- (20) Weisburd (1988) 37 – 8.
- (21) D'Amato (1988) 466.
- (22) D'Amato (1988) 469. 本書第3部第9章脚注(14)を見よ。
- (23) See Higgins (1994) 31. 本書第3部第8章第4節冒頭で引用しているロチュース号事件 *Lotus Case* を見よ。
- (24) 本書第2部第5章脚注(39)を見よ。又、そこで引用している国際人権B規約 § 40 ④と § 45 を見よ。
- (25) See generally Humphrey (1984) ; and Henkin (1990) 29.
- (26) 本書第1部第1章脚注(14)で引用している国際法委員会国家責任法条文草案(第1部) ILC Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 3 を見よ。See also Brownlie (1983) 85 ; and Dinh *et al.* (1994) 734.
- (27) 本書第1部第1章序文部末尾を見よ。
- (28) 本章本節前半を見よ。
- (29) Baxter (1970) 73.
- (30) Baxter (1970) 96. See also Villiger (1985) 195 – 6.
- (31) 本書第1部第3章脚注(15)での引用文献 p. 43 (para. 76) を見よ。See also Villiger (1985) 11 – 12. しかし、若干矛盾するようであるが、同一判決の中で国際司法裁判所は、広く受け入れられた条約が慣習国際法規に変型していく可能性を暗に認めている。本書本章本節第3パラグラフの引用箇所を見よ。
- (32) 本書第1部第1章脚注(16)の引用資料 p. 100 (para. 188) を見よ。又、必ずしも一義的な説明ではないが次の判例を見よ。Nicaragua Case (Jurisdiction) (1984) ICJ Reports 392, 424 (para. 73) .
- (33) 本書第1部第1章脚注(16)の引用資料 p. (para. 179) を見よ。同資料 p. 528 のジェニングズ判事 Judge Jennings の反対意見を比較せよ。ブロンリー Brownlie は、“新規則の形成途上の法分野”に関連する *北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf Case* のような状況とその逆に武力行使のような比較的確立している法分野の状況との相違の潜在的重大性に着目している。更に注目すべきは、ICJ がニカラグア事件 *Nicaragua Case* の異常な事態に直面したことである。“選択条項 Optional Clause” (国際司法裁判所規程 § 36 ②) 受諾宣言にアメリカが留保を付した結果、ICJ としては多国籍間条約を適用する権限を持たなかったのである。条約と慣習国際法の並存の問題については次を見よ。Kontou (1994) .
- (34) 本書第1部第3章脚注(10)を見よ。1986年の国家と国際機構間、及び国際機構相互間の条約に関するウィーン条約 § 43 も実質的に同じ規定である。同規定に付いては見よ。(1986) 25ILM 543.
- (35) ~ (74) 省略 (訳者)

## 第2節 執拗なる反対国 persistent objector

慣習法規の発達や変更を黙認せずに反対や抵抗を示してその発達や変更を妨害しつつ果たせなかった国家は、そうした新規の自国への適用を拒否することがよくある。これらの国は慣習国際法形成プロセスを承認していたのだから当該プロセスから生ずる全ての規範に拘束されるはずだと論ずることもできよう。<sup>(75)</sup>しかし、国家は国益に重大な損害を及ぼさないと考えれば、慣習法規の発達や変更に執拗に反対することもないはずである。即ち、こうした状況下でのシステム=コンセント system consent を強調すれば、反対国の国際法違反が際立ってしまうのである。執拗なる反対の法理は、こうした状況に対処し、慣習法規の発達や変更に一貫して反対している国家が他国との関係で当該慣習法規の拘束から免れるこ

とを許容するために構築されたものである。<sup>(76)</sup>

国際司法裁判所が始めて執拗なる反対の法理を承認したのは1950年の庇護権事件 *Asylum Case* であった。

そうした慣習の存在が考えられ得るとしても、…それをペルーに対して発動することはできない。なぜなら、ペルーは、その態度から判断して、それを遵守していないし、外交的庇護の場合の犯罪の条件を定めた規則を含む最初の条約である1933年と1939年のモンテビデオ条約を批准していなかったものであり、この慣習法規を否認していたことは明らかである。<sup>(77)</sup>

その後の1951年のイギリス=ノルウェー漁業事件 *Anglo-Norwegian Fisheries Case* でも ICJ は次のように述べている。

自らの国内法や条約で領海 10 マイル規則を採用している国家が存在し、仲裁裁判所もこれまで 10 マイル規則をそうした諸国家間に適用してきたけれども、異なる領海幅員を定めている国家も存在するのである。従って、10 マイル規則は一般的慣習法としての権威を取得していないと言わなければならない。

いずれにしても、ノルウェーは自国沿岸に 10 マイル規則を適用することに常に反対してきたいきさつがあり、同国に対してこの規則は適用できないと思われる。<sup>(78)</sup>

国際司法裁判所がこの法理 *dictum* に反対の立場をとったと思われる事例がある。即ち、1969 年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* 判決で同裁判所は慣習国際法が“国家が自らの利益を図って意のままに行使できる一方的排除の権利を認めているとは考え…がたい”<sup>(79)</sup>と述べたのである。しかし、この意見は、規則は発効した後の *after* 一方的排除について言及したものであった。

執拗なる反対の法理については少なくとも 1 つの重要な未解決の問題があるようである。それは、執拗なる反対が国家の長期的選択肢に本当になりうるのであろうか？という疑問である。これまで国家が無期限に慣習法規に執拗に反対した例は無いようである。例えば、後進国と社会主義諸国は、当初反対していたにもかかわらず、最終的に裁判権に関する制限免除主義を受け入れてしまったのである。<sup>(80)</sup> 更に、南アフリカはアパルトヘイト *apartheid* の禁止原則に執拗に抵抗を試みたけれども、他の諸国家によって承認されることはなかった。<sup>(81)</sup> 最強の海洋国家一米・英・日一でさえも、12 海里領海が慣習国際法として発達する状況を目の当たりにして、ついに執拗なる抵抗を放棄してしまった。<sup>(82)</sup>

第 6 章で、執拗なる反対国は他国に要求する例外的取り扱い（即ち、新規則又は変更された規則の適用除外）を相互主義 *principle of reciprocity* によって他国に付与しなければならなくなるので、メリットが殆どないことが指摘された。更に、他の諸国家としては、多数派としての立場を利用して、場合によっては執拗なる反対国の主張を拒否して、管轄権原則を行使することもできる。<sup>(83)</sup> そうすることで、多数派の国々は、その都度 *ad hoc* 一方的に宣言される例外に対して、社会的利益と社会規範即ち“普遍的公益 *universal public interest*”の優位を示すことができるのである。

こうした状況に適応するために国家が蒙るプレッシャーは相当なものになるかもしれない。スターン *Stern* が指摘しているように、“沈黙する多数派 *silent majority*”の同意は、もっと強力な他の大国の行動によって枠がは

められるからである。<sup>(84)</sup> その結果は、“コンセンサス *consensus*”ルールが採択され、“全会一致を明らかに目指し *apparente unanimite* ているにもかかわらず…少数派を孤立させるための連合が結成されるのである”。<sup>(85)</sup> チャーニー *Charney* とダニレンコ *Danilenko* は、こうした状況での権力の役割を認めた上で、“この段階での…[執拗なる反対に対する *on persistent objection*] 掣肘は合法といえるだろうか？”<sup>(86)</sup>と疑問を投げかけている。しかし、こうした事例では、相互主義と権力行使を容認する管轄権原則との相互作用によって、執拗なる反対が放棄されても、それは少なくとも慣習法上の義務が影響を及ぼしたからだとされてしまう。<sup>(87)</sup>

しかし、執拗なる反対に対する対応とは対照的に、諸国家は一般的に条約や特別慣習国際法による法的例外の創出には寛容である。それには 2 つの理由があるようである。その 1 つ目の理由とは、そうした例外が他の諸国家に一方的に課されるのではなく、それらの国々が例外によって拘束されることに同意しているからだということである。しかし、これは執拗なる反対によって創出される例外には当てはまらない。なぜなら、執拗なる反対国の既存の権利・義務が保全されて、新しい一般的規則の創出を願う他の全ての国家又は大半の国家の意思を無視しているからである。

第 2 に、条約や特別慣習国際法規によって創出される例外は、当該条約の当事国間や当該特別国際慣習法規が適用される特定の国家グループに属する国家間にのみ適用されるということである。そうした例外は、一般的慣習法の適用を受ける国際社会のその他の諸国家に対して *vis-a-vis* 例外的立場に立った国々の権利・義務を損なうことは無い。従って、条約や特別国際慣習法が創出した例外は、国際社会の利益や規範に深刻な打撃を加えることは無いといって良い。別の言い方をすると、こうした例外は、単一の国際社会の中に部分社会が存在し、自分たちの独自の利益を守るために特別法を必要としている現実を反映しているのである。

そこで、執拗なる反対を無期限に行った国家がこれまで存在しないという事実にもかかわらず、執拗なる反対がシステムに及ぼす影響という点から、その重要性は今も認めざるを得ないのである。執拗なる反対国は慣習法規の生成・発展・変更について地方的感覚を表明している点で、国内議会の野党に似ている。執拗なる反対国は法の変化に伴って現れる問題に関心を向け、他の諸国家に慎重な行動を促すのである。更に、執拗なる反対国が他の相当数の諸国家を説得して同調させることができれば、法の変化を食い止めたり、逆転させたり、少なくとも調整することができるかもしれない。<sup>(88)</sup> 恐らく、最も



重要なことは、執拗なる反対が失敗に終わった場合でも、反対国は新規の一般的規則の適用によって蒙ると考えた

有害な効果を先延ばしして時間稼ぎができたということであろう。

(注)

- (75) 本書第3部第8章第4節を見よ。  
 (76) See generally Akehurst (1974 - 75a) 23 - 7 ; Stein (1985) ; and Colson (1986) . Compare Charney (1985) .  
 (77) 本書第3部第8章脚注(4)引用文献 pp. 277 - 8 を見よ。  
 (78) 本書第3部第8章脚注(23)引用文献 p. 131 を見よ。  
 (79) 本書第1部第3章脚注(15)引用文献 p. 38 (para. 63) . See Koskenniemi (1989) 345. 本論 *ratio decidendi* と傍論 *obiter dicta* の区別を国際法に適用することについては次を見よ。Jennings (1996) ; and Shahabuddeen (1996) 154 - 64.  
 (80) 本書第2部第7章第4節第1項を見よ。  
 (81) 本章第3節の最後の数パラグラフを見よ。  
 (82) 本書第2部第6章第3節後半を見よ。  
 (83) 本書第2部第6章第3節及び第7章第4節第2項前半部を

見よ。

- (84) Stern (1981) 498. 本書第3部第8章第1節後半部を見よ。  
 (85) Stern (1981) 497. 同書はロイター Reuter (1976, p. 26) を引用し、重視している。筆者の訳を以下に挙げておく：“外見上の全会一致にもかかわらず、…実態は個別国家に対抗する同盟の手段になっているのである”。  
 (86) Charney and Danilenko (1995) 28. 別の個所でダニレンコ Danilenko ((1993) 112) は、“執拗なる反対国の地位を有効に保全できるか否かという問題と、新規の慣習法規に同意しないという合法的権利とは混同されてはならない”という若干異質の一そしてこの場合明らかに正当な一指摘をしている。  
 (87) 本書第2部第6章第3節を見よ。  
 (88) See Charney (1993) 540 ; and Charney and Danilenko (1995) 50.

### 第3節 強行法規 *Jus cogens*

アパルトヘイト *apartheid* 禁止原則に対して南アフリカが執拗なる反対を試みて失敗した事例は、執拗なる反対の法理と結びついた第2の問題を登場させた。それは、国家はそもそも、強行法 *jus cogens* 規範発達や変更に対して“態度を選択する opt out” 余地があるのかどうかということである。その場合、この問題の答えは強行法 *jus cogens* 規範の存在形式によって決まることになる。

強行法 *jus cogens* という概念は、永らく、国際法の一部を構成していた。<sup>(89)</sup> しかし、近年、この概念に向けられる殆どの関心は、1969年のウィーン条約法条約の2つの条文にこの概念が含まれたところから生まれていた。<sup>(90)</sup> まづ、§ 53は、条約締結の際に強行法規 *jus cogens* に抵触する条約規定があるとき、当該強行法規が条約に及ぼす効果について定め、以下のように規定している。

条約は、その締結のときに一般国際法の強行規範に違反しているときは、無効である。この条約がいう一般慣習法の強行規範とは、それからのいかなる逸脱も許されず、その後の同じ効果を持つ一般国際法規範によってのみ変更され得る規範として、諸国家で構成される国際社会全体によって受容され承認された規範である。

第2の条文は§ 64であって、強行法規 *jus cogens* が出現し既存の条約と抵触する場合について規定している。即ち以下のように定めている。

一般国際法の新たな強行法規が出現したとき、それと抵触する既存の条約は無効となって終了する。

いずれの場合でも、強行法規 *jus cogens* はそれに反する条約に優位し、完全に無効にしてしまう。

今日、ユス=コーゲンス *jus cogens* 概念は国際法学者によって広く承認されている。この概念は学者によって広く論議され、1986年の国家と国際機構間及び国際機構相互間のウィーン条約法条約 Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations に採り入れられた。<sup>(91)</sup> 国際司法裁判所は、1969年の北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf Cases* 判決<sup>(92)</sup> 及び1986年のニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案 *Merits*) 判決でこの概念に言及している。後者の判決については、国際法委員会 International Law Commission が次のような声明を出して支持を表明している。

憲章が定める武力行使禁止原則は、それ自体、強行法 *jus cogens* の性質を持つ国際法規の顕著な例である。<sup>(93)</sup>

強行法規 *jus cogens* が単にそれに抵触する条約にとどまらず、他にも異常なほどの効果を及ぼすと考える傾向が強まっている。この傾向は、強行法規 *jus cogens* は“それからのいかなる逸脱も許さない no derogation”<sup>(94)</sup> と規定する1969年ウィーン条約§ 53と一致する。例えば、国際法委員会 International Law Commission は国家責任に関する作業の中で国際犯罪と国際不法行為 interna-

tional delicts を区別するためにこの概念又はこの概念の変形体を採用した。国際犯罪は、“国際社会の基本的利益を保護するのに必要な”義務に国家が違反することであり、国際不法行為 international delicts はその他の全ての“国際的に不法な internationally wrongful”行為である。<sup>(95)</sup>

強行法規 *jus cogens* に違反せずにその適用を潜在的に制限する条約規定があるとき当該条約規定は適用できなくなるとも言われている。<sup>(96)</sup> 同様に、条約に従って採られた行動でも強行法規 *jus cogens* に違反している場合には、条約が合法的であっても当該行動が国際法に違反していることは明らかであるといえよう。<sup>(97)</sup> この理論に基づき、臨時裁判官ローターパクト Judge *ad hoc* Lauterpacht は1993年のジェノサイド条約の適用に関する事件 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* での暫定措置命令の個別意見で、国連安保理がボスニア＝ヘルツェゴビナに課した武器禁輸の合法性の問題に強行法規 *jus cogens* 概念を適用した。<sup>(98)</sup> 安保理は国連憲章第7章の下で活動していたのである。ローターパクトは次のように言っている。

強行法規 *jus cogens* 概念は慣習国際法及び条約に対する上位概念として機能している。国連憲章 § 103 が安保理の決定と既存の条約上の義務とが抵触する場合に安保理に認めている優越は一純規範秩序の問題として一安保理決議と強行法規 *jus cogens* との抵触には適用され得ない。国家の側としては、安保理決議が容認できない理由を明確に一安保理決議によってジェノサイドへの参加を強制される恐れがあるというように一命題の形で述べるだけで良いのである。<sup>(99)</sup>

もし、ローターパクト Lauterpacht の分析が正しければ、万が一、安保理の権限が強行法に違反して行使されるならば、強行法規 *jus cogens* は国際社会の最も権威的な強制行動を無効にすることになる。<sup>(100)</sup>

強行法規 *jus cogens* は時々、執拗なる反対を排除すると考えられている。それは丁度、特別慣習国際法の創設によって例外が確立されているのと同じだということである。<sup>(101)</sup> 強行法規は更に、国家の地位 statehood や領域取得の問題について一定の機能を期待されている。例えば、強行法規 *jus cogens* を侵害する形で領域が占領されたとき実効的支配 effectiveness の原則や消滅時効 extinctive prescription の法理を援用することが困難になるであろう。<sup>(102)</sup> 強行法規に違反すれば、又、交戦国は軍事行動によって中立国国民に損害を発生させても責任を負わないという交戦国の特権を始めとして、若干の特権が消滅す

ることもある。<sup>(103)</sup> 最後に、強行法規は条約解釈の強力な指針になるのであって、強行法規と条約との抵触も回避できるのである。<sup>(104)</sup>

侵略やジェノサイドの禁止に加えて、今日広く強行法規として認められている規範には、奴隷 slavery の禁止や拷問 torture の禁止、それに人種隔離 apartheid の禁止などがある。<sup>(105)</sup> これらの規範は国際法システムの重要な局面を明確にして国家が自らへの適用を回避しようにも回避できないようにしているという意味で、国際法システムの中で本質的な機能を果たしている。従って、強行法規 *jus cogens* 規範は本書第2部で検討された国際法の基本的諸原則に一少なくとも部分的に一似ているといえるようである。

しかし、強行法規 *jus cogens* 規範の法源については不確定要素が多い。強行法規 *jus cogens* 規範が一般的基本的法源（条約、慣習国際法、法の一般原則）を基礎にしているとか、自然法を反映しているとかの主張には重大な問題点が潜んでいるのである。<sup>(106)</sup>

条約がせいぜいのところ強行法規 *jus cogens* 規範の発達を促進する要素であるに過ぎない理由が2つある。第1に、条約当事国は条約修正は自由にできるし条約上の義務を解除することも自由にできるので、全ての当事国が同意すれば新条約を採択することができるということである。<sup>(107)</sup> 第2に、全ての現行の一般的強行法規 *jus cogens* が普遍的に適用されており、それを法典化した条約も普遍的に批准されているということである。<sup>(108)</sup> 普遍的に批准されない限りいかなる条約も、縦令それが国連憲章であっても一本質的にも自立的にも一般的国際法規を確立することはできない。なぜなら、条約は当事国間の法的義務を定立するだけだからである。<sup>(109)</sup>

慣習国際法も強行法規 *jus cogens* にとって問題のある法源であると思われる。なぜなら、慣習国際法は一般的に国家の同意を基礎にしていると考えられているからである。尤もこの同意は個別法規に対する明示の同意ではなく、一般的な慣習国際法形成プロセスに対する同意の形をとっている。<sup>(110)</sup> 従って、個別国家が望む限り、慣習法規の例外規定は創設され得ると考えられる。一般的同意といえども、例外規定の発生を排除できないのである。

強行法規 *jus cogens* は執拗なる反対 persistent objection と同じく、特別慣習国際法の定立や条約の締結による例外規定の確立を排除できると思われる。<sup>(111)</sup> 後2者の例外は、特別慣習国際法に服する国家や条約当事国間でのみ適用される新規則に基づいて成立が認められるものである。大半の学者も1969年のウィーン条約法条約も、強行法規 *jus cogens* が第2の選択肢である条約の締結による例外規定の創設を認めていないと解する点で一致し

ている。<sup>(112)</sup>多くの学者は、強行法規 *jus cogens* が他の2つの選択肢、即ち、特別慣習国際法の成立及び執拗なる反対のいずれをも否定するものと考えている。<sup>(113)</sup>従って、合法的期待の成立が阻止されるので、強行法規 *jus cogens* には一般的に慣習国際法に観察される合意的背景が欠けているといえよう。そのために、強行法規はしばしば慣習プロセスの産物とは言えないと考えられている。<sup>(114)</sup>

もう1つの解釈は、強行法規 *jus cogens* が国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice § 38 (1) (c) に所謂“法の一般原則 *general principles of law*”に由来しているとするものである。例えば、1953年にハーシュ＝ローターパクト Hersch Lauterpacht は、条約法に関する特別報告者 *Special Rapporteur* として、国際法委員会に対する報告書に強行法 *jus cogens* に関する条文を入れていた。<sup>(115)</sup> その条文に対する注釈で彼は次のように述べている。

条約の目的が違法であってそのために条約が無効であるかどうかを判定する基準として、慣習国際法との不一致だけではなく、国際公序 (*ordre international public*) を構成すると見なされている支配的国際法原則との不一致もその資格があるというべきである。当該諸原則は必ずしも明確に受諾された法規の姿を取っているとは限らない。…それらは国際道徳律を表明しているというべきであって、国際司法裁判所が適用を義務付けられている文明国が認めた法の一般原則の一部であると国際裁判所は考えているようである。…目的が違法である約定が無効であることは、国際法の一般原則である。<sup>(116)</sup>

それにもかかわらず、国際裁判所が法の一般原則を発動したことは極めてまれであったし、発動した場合も、その根拠を十分に説明したことはなかった。<sup>(117)</sup> 更に、法の一般原則を強行法規 *jus cogens* の潜在的形態と見なすことについては問題が多いといわざるを得ない。なぜなら、法の一般原則について、いろいろな要因が作用して、相異なる理解が成立しているからである。

第1に、法の一般原則を自然法の種類と捉える見解がある。<sup>(118)</sup> この観点に立てば、一部の法の一般原則を強行法規 *jus cogens* または強行法規 *jus cogens* の基礎として認めれば、次の事実を説明できなくなるのである。即ち、自然法学者は一般的に、国際法規が少なくとも相当程度、現行法秩序に必然的に先行する既成秩序の一部であると考えているのである。<sup>(119)</sup> 社会の法システムを構成する基本的諸原則が意図しなくても、社会は常に変動している。中央権力が存在しなくても、国際法システムは極めて動態的な法システムであると考えられている。従って、あ

る程度、国際法システムの構成員が基本的な強行法規 *fundamental, peremptory rules* の要件について異なる認識を抱く—あるいはすでに抱いている—ことは十分考えられる。大半の国際法学者は、強行法規 *jus cogens* そのものが恒常的に存在するわけではないことを認めている。その結果、強行法規 *jus cogens* が自然法の一部であるとか自然法を基礎としているという論法は成り立たなくなっているといえよう。<sup>(120)</sup>

第2に、国家実行の1形態としての各国それぞれの国内法システムの一般原則や憲法その他の制定法規定そして国内判例を基礎として成立している1種の慣習法として法の一般原則 *general principles of law* を捉えることが可能である。<sup>(121)</sup> 強行法規 *jus cogens* は法的例外を認めない規範であるが、<sup>(122)</sup> ローターパクト Lauterpacht や他の大半の識者が抱く法の一般原則が少なくとも部分的に慣習国際法形成プロセスに含まれ、強行法規の由来を法の一般原則に求める説が強行法規を慣習プロセスに位置付けていると解されている。

国際的性格の問題に関係する限度で、法の一般原則は慣習国際法規と同様に、全てとはいかなくても大半の国家の共通の利益を保護・保全する機能を持つことになろう。そうした国家の最も明確な利害意識は国内法によって国家が国家機関と国民を規制している姿に現れている。縦令1国家の国内法が当該国家の特定利益を表明するものと考えても、全ての国家の国内法は、国際的性格の問題に関する限り、国際社会の全てではなくとも大半の構成員の共通利益を合理的に表明していると考えられる。<sup>(123)</sup> 国内法は永らく当該国家の国家実行の一例として慣習プロセスでの役割を認められてきたので、強行法規 *jus cogens* の存在を殆どの国家が共通利益としているかどうかを認定するために各国の国内法を調べてみても、強行法規 *jus cogens* が慣習国際法規であることと矛盾しないと思われる。<sup>(124)</sup>

別の言い方をすれば、もしローターパクト Lauterpacht の説明が法の一般原則が其処から導かれる憲法その他の制定法や判例に優位し、彼の所謂“力強い *cogent*”ものである事だけを言っているのであれば、彼が理解している法の一般原則は慣習国際法形成プロセスに含まれるものと見なされよう。そうであれば、本書前章で指摘した共通の利益の明確性の機能が働いているということになろう。<sup>(125)</sup> 強行法規 *jus cogens* の起源—及びそれを自然法に基づいて説明する傾向—に関する混乱の多くは、共通の利益の自明性によって賛成・反対・中立の国家実行を評定する必要がなくなるか減少するという効果から派生している。“ユス＝コーゲンス *jus cogens*”を字義通り訳すと、それは“強制的規範 *compelling law*”を意味する。



一般的に受け入れられている多くの強行法規 *jus cogens* の命令的絶対的性格は、全てとは言わないまでも明らかに殆どの国家の利益であって、国家みずからその性格を承認しているものなのである。つまり、侵略戦争の禁止やジェノサイドの禁止のような規範については、現代国民国家の基礎を守り例外の存在を許さないほど枢要な原則であることを殆どの国は認めているのである。

1969年のウィーン条約法条約 § 53 の文言も、強行法規 *jus cogens* が（法の一般原則に関する）国際司法裁判所規程 § 38 ① (c) よりも（慣習法に関する）同裁判所規程 § 38 ① (b) により合致している事を理由として、強行法規が慣習プロセスの結果であって（自然法的）法の一般原則に由来するものではないことを示唆している。<sup>(126)</sup> ウィーン条約法条約は強行法規 *jus cogens* について1つには条約との関連でのみ規定しているので、強行法規 *jus cogens* の定義を宣言したもとは見做し得ないけれども、同条約 § 53 は強行法規が“国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範”でなければならないと指摘している。国際司法裁判所規程 § 38 ① (b) も、“法によって認められた一般慣行”を指摘している。しかし、同規程 § 38 ① (c) は、“法によって認められた”とは規定せず、“文明国が認めた”法の一般原則に言及しているのである。しかも、其処で言う“一般原則 *general principles*”は“文明国が認め”さえすれば良いのである。“文明国が認めた”という文言は、過去の植民地時代に起源があるものの、§ 53 が定める“国により構成されている国際社会全体”よりも範囲の狭い社会の承認で可とする趣旨である。<sup>(127)</sup>

強行法規 *jus cogens* が慣習プロセスに由来するとの説明は、強行法規を（自然法とは異なる）法の一般原則に基づかせる説明とはたった1つの点で異なっていると思われる。慣習国際法形成プロセスに依拠する説明は、侵略行為の禁止原則のような強行法規 *jus cogens* が国内法に普遍的に導入されているわけではなく、むしろ他の国益観念が表明されている例が多いことを指摘している。本質的に国際的性格を有する問題は、いかに国家にとって重大ではあっても、国内法レベルで取り扱え得ないものなのである。

しかし、こうした説明をしても、法的例外の可能性を認めない強行法規 *jus cogens* から発生する合意 *consent* の問題は解決されえないのである。<sup>(128)</sup> この問題を論ずる際には、強行法規 *jus cogens* の2つの側面、即ち、実体的規範それ自体とそれに強制的効力を付与している絶対的性格とを区別したほうが判り易い。<sup>(129)</sup> 後者こそが問題の核心である。なぜなら、慣習国際法形成プロセスがどのようにして強行法規の実体的内容と区別された強制的

性格を生み出すかがいまだ解明されていないからである。

モスラー Mosler は一部の国際法規がそれからの逸脱を許さない強行性を持つ理由を次のように説明している：

いかなる法的共同体においても当該共同体を維持するのに必要欠くべからざる最低限の統一性が存在しなければならない。この統一性は当該共同体の目的と考えられる法的価値と関連しており、社会の全ての構成員が実現すべき法的義務を負う法的諸原則として具体化されている。この統一性は当該共同体内部で拘束力を持つ法規と関係があるといえるのである。この最低限の統一性を一般的公序（国際公序 *ordre public international*）と呼ぶことができる。国際共同体は、それなくしては存続し得ない最低限の諸原則と諸規範を備えているのである。<sup>(130)</sup>

モスラー Mosler の理論に対しては、条約や特別慣習国際法規や執拗なる反対 *persistent objection* のいずれかを用いての例外の創設にも影響されない規則を公益と見なさない国家が多くなった国際社会の現実を根拠として不支持を表明する人もいるであろう。しかし、現代国際社会で大半の国家が公益を共有していることこそ大事な点である。すでに指摘したとおり、諸国家は侵略戦争の禁止やジェノサイドの禁止といった規範を例外を許さない枢要な規範と考えているようである。

こうした共通の利益の存在と発展は1969年のウィーン条約法条約 § 53 でも黙示的に承認されているといえる。即ち、同条では強行法規 *jus cogens* が“その後の同一の性格を有する一般国際法規によってのみ修正され得る”<sup>(131)</sup> ことを確認しているのである。この事実をもっと大きな原則的問題—強行法規 *jus cogens* は同意を基礎にした国際法理論と矛盾するのではないか？—について言及するところは無いけれども、新たな又は修正された強行法規 *jus cogens* が不同意国に対して安易に適用できないことを示唆しているといえよう。

もっと大きな原則的問題がある。それは、大半の国家が逸脱を許さない規範を持つことを共通の利益として認識しているならば、慣習国際法形成プロセスから強行法規 *jus cogens* が発生しないはずが無いと思われることである。国家は、もしみずから望めば、新規範の潜在的強行性または現行規範の顕在的強行性にしたがって行動し、みずからの行動が強行性に合致又はそれを形成することを容認し、国家実行と法的信念 *opinio juris* という伝統的要件を満たすことができるはずなのである。<sup>(132)</sup> 大半の国家又はほぼ全ての国家が自己の行動のこうした効果を受容するならば、あるいは少なくとも否認しないならば、規範の逸脱を許さない性格 *non-derogable character*

—当該規範の内容だけでなく—は慣習国際法の一部になると考えられる。<sup>(133)</sup>

こうした強行法規は変更可能なものである。尤も、殆どの強行法規は諸国家の全面的支持を受けてきたといっで良いので内容的には変更されないものと考えられている。<sup>(134)</sup> 強行法規 *jus cogens* の変更を望む諸国家が唯一着手し得る国家実行 *State practice* が声明の発出であるという事実によって、強行法規はますます変更を受けにくくなっている。強行性を持たない慣習国際法規はそれに反する行為を違法とするだけであるが、強行法規は条約や他の客観的なレジームにまで及び無効としてしまうのである。<sup>(135)</sup> それにもかかわらず、諸国家はそうした違法なレジームを創設することもあり、そうしたレジームが国家実行として強行法規 *jus cogens* の変更をもたらすこともあるといわなければならない。しかし、やはり諸国家は、こうした特定の国家実行が違法と判断される限り、仮に他の場合であれば慣習法規の生成・発展・変更に大きく貢献すると考えられても、そうした実行に手を染めることを望まないものである。

それにもかかわらず、一部の国際法学者は慣習プロセスが強行法規 *jus cogens* の発生源になることを認めたがらないのである。なぜなら、国家が潜在的ないし成立途上の慣習法規を拒否する姿勢をとれば、万が一にも当該規則が発効しても当該規則の拘束力を回避できるし、将来的に当該規則の法的例外（即ち、条約や特別慣習国際法）を形成することができると彼らは考えているのである。<sup>(136)</sup> こうした難問に対しては、法規に基づく国際社会では若干の基本的規範が全ての構成員を等しく拘束することが承認されなければならないと答えることになる。<sup>(137)</sup> 国家は慣習プロセスに参加することで、そのプロセスから生じた現行の慣習法規やみずからが反対しない将来の慣習法規に対して、更には、成立を拒否している強行法規 *jus cogens* に対してさえも *even if* 事前に承認を与えていると見なされるのである。<sup>(138)</sup>

慣習国際法形成プロセスが強行法規 *jus cogens* を生み出していることを示唆する理論を最後に紹介しよう。それは、法的信念 *opinio juris* 又は法的信念 *opinio juris* 類似の存在が規範の強行性の根底に存在すると考え方である。すでに指摘したとおり、強行法規 *jus cogens* が保護し促進する利益は諸国家で構成される国際社会の本質に関わり、特に国際社会の自己認識を反映しているといえる。強行法規 *jus cogens* 類似の存在はこうした本質的利益を保護しているようである。なぜなら国家は強行法規 *jus cogens* から逸脱したり執拗に反対したりできるとは考えていないからである。法的例外を生み出さない国家実行は、その限りで、慣習プロセスに関係が無く法的効果を生じさせられないと考えられよう。

こうした現象の好例が本節が最初に取上げた南アフリカのかつての人種隔離政策に対する国際社会の対応であったといえよう。<sup>(139)</sup> 他の諸国家はアパルトヘイト *apartheid* の禁止を強行法規 *jus cogens* と見なしていたので、南アフリカが執拗なる反対国 *persistent objector* の地位を維持できるとは考えていなかったようである。<sup>(140)</sup>

強行法規 *jus cogens* の主要淵源は慣習プロセスと考えられ、その種の規範の強行性は慣習国際法の伝統的な合意原則と矛盾しないと説明され得る。こうした結論から導かれる1つの帰結は、国家は個別の強行法規を取捨選択できないのと同じように、強行法規概念を“排除 *opt out*”できないということである。<sup>(141)</sup> 特に、フランスは、強行法規 *jus cogens* が存在するにしても強行法規概念の発展に同意した覚えがないのでいずれの規範の強行性も認めないといっている。<sup>(142)</sup> しかし、強行法規 *jus cogens* の概念自体は規範ではなく、長期にわたり一般的に承認されてきた慣習国際法形成プロセスで発展・変更してきた特定の規範群の属性を意味する言葉なのである。フランスは慣習国際法形成プロセスについて承認しているのであるから、強行法規 *jus cogens* の淵源についても同意しているものと考えて良い。

(注)

(88) See Charney (1993) 540; and Charney and Danilenko (1995) 50.

(89) See Byers (1997a) 213 – 14.

(90) 本書第1部第3章脚注(10)を見よ。

(91) この概念を支持する学説として以下を見よ。Verdross (1966); Virally (1966); Mosler (1968a); Onuf and Birney (1974); Macdonald (1987); Hannikeinen (1988); Parker and Neylon (1989); Danilenko (1991); and Kadelbach (1992). この概念に否定的見解を表明している学説として以下を見よ。Schwarzenberger (1965); Sztucki (1974);

Weil (1983); Hartmann (1983); and Weisburd (1995). 1986年のウィーン条約については本章脚注(34)を見よ。同条約 § 53 及び § 64 は 1969年のウィーン条約 § 53 及び § 64 と同一である。

(92) 本書第1部第3章脚注(15)の引用文献 42 (para. 72) を見よ。

(93) 本書第1部第1章脚注(16)の引用資料 p. 100 (para. 190) (ここで国際法委員会 ILC のコメンタリーから条約法条約条文草案 § 50 までを引用している *Report of the ILC on the Work of the 18th Session (1966) 2 Yearbook of the International Law Commission 172, 247*). この結論を支持する学説として次を見よ。Verdross (1966) 60; Virally (1966) 28; Crawford (1979) 106; and Hannikainen (1988)

323 - 56.

(94) 条約法条約草案 § 53 の本文については、本章本節第2パラグラフを見よ。

(95) 国家責任条約草案 Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 19; and Weiler *et al.* (1989). この区別は違反の際の損害の範囲の点からも重要である。要するに、国際犯罪は単に**対世的 erga omnes** 規則の侵害を意味する。したがって、国際犯罪を**対世的 erga omnes** という概念の1変型として理解したほうがもっと正確かもしれない。本書第2部第5章脚注(96)が引用する国家責任条約草案(第2部) § 5(3)及び本書本章第4節を見よ。国際法委員会 ILC が国際犯罪と強行法規 *jus cogens* をまったく同一物であるとは考えていなかったことは明らかである。同草案 § 19 に対するコメントで国際法委員会 ILC は次のように言っている (*ibid.*, 120)。

“通常 normally”, 強行法規 *jus cogens* から導かれる義務に違反すると犯罪が成立する。しかし、この結論は絶対的なものでもありえず、…逸脱を許さない国際義務のカテゴリーは、違反が必然的に国際犯罪を成立させる義務のカテゴリーよりもずっと広いのである。

ここで重要と思われるのは、国家責任条約草案 Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 19 がユス=コーゲンス *jus cogens* (又は、“強行規定 *peremptory norm*”) 概念に特に言及していないのに、同草案 § 18 (2), 29 (2), 33 (2) (a) がこれに言及していることである。更に、この概念が国家の一方的行為についても成立するか否か不明確なのである。強行法規 *jus cogens* 概念は、本質的に、“抵触法 *conflict of law*” であり、基本的公序的性格の慣習法規と条約その他の客観的レジームとの関係を調整する機能を有する。強行法規は *jus cogens* は個別国家の行動まで統制する機能を期待されていないのである。国家は単独で条約やその他の客観的レジームを創設できないからである。See Marek (1968) 441.

(96) See Brownlie (1990) 613, note 49. ブrownlie は、国連憲章 § 102 ②の“登録されていない条約又は国際協定の当事国は、…国連のいかなる機関に対しても当該条約や協定を援用できない”との規定に言及している。彼は、“この文書が強行法 *jus cogens* の一部であっても、不登録自体を禁止しているわけではない”と言っている。

(97) See Schachter (1991) 343 - 4.

(98) (1993) ICJ Reports 325, 407. 武器禁輸措置 *arms embargo* は旧ユーゴのその他の地域にまで拡大された。

(99) *Ibid.*, 440 (para. 100). ジェノサイドの禁止を強行法規 *jus cogens* とする考えを支持する文献として以下を見よ。Report of the ILC on the Work of its 18th Session (本章脚注(93)で引用, p. 248); Virally (1966) 11; Ago (1971) 324, note 37; and Alexidze (1981) 262. ジェノサイドの禁止はこの意味で異常な強行法規 *jus cogens* であり、安保理には他の強行法規 *jus cogens*, 即ち武力行使の禁止原則に反して行動する権限が明示的に与えられていることに注意すべきである。しかし、後者の規則は範囲の点で制約されており侵略行為についてのみ適用される。即ち、自衛ともいえず安保理の授權があるともいえない武力行使が禁止されるのである。しかも、安保理はこの規則に違反しているわけではなく、むしろこの規則を執行するために設立されたのである。

ろこの規則を執行するために設立されたのである。

(100) しかし、もし安保理による強行法規 *jus cogens* の侵害が当該法規又は他の強行法規 *jus cogens* の違反の防止を目的としているならば、ローターバクト Lauterpacht の分析が正しいかどうかかわからない。多くの安保理の行動が侵略行為による強行法規 *jus cogens* 違反に向けられているので、その分析は他の強行法規を犠牲にして特定の強行法規 *jus cogens* を支持する行動の有効性の検証を含めた広範囲のものにならざるを得ない。例えば、ボスニア=ヘルツェゴビナでのジェノサイドを防止するための安保理の行動は明らかに実効性に欠けていた。

(101) 執拗なる反対 *persistent objection* の排除の問題については以下を見よ。M. K. Yasseen (Chair of the Drafting Committee), *U. N. Conference on the Law of Treaties, Official Records* (1st Session 1968) (New York: United Nations, 1969) 472; Rozakis (1976) 78; Alexidze (1981) 246 - 7 and 258; Brownlie (1990) 514; and *Case 9647 (United States)* (Inter-American Commission of Human Rights), in Bauergenthal and Norris (1988) 178. Compare Schwarzenberger (1965) 459 - 60; and Cassese (1986) 178. 執拗なる反対についてのもっと一般的説明に関しては本章第2節を見よ。特別慣習国際法については本書第1部第1章脚注(3)が引用する文献を見よ。

(102) See Jennings (1965) 70 - 8; Crawford (1976 - 7) 148; Crawford (1979) 81 - 4 and 420; Brownlie (1990) 80. 本章後掲脚注(166)が引用する東チモール事件 *East Timor Case* に関する議論を見よ。

(103) See Schwarzenberger (1957) 646; and Brownlie (1990) 514. 国際法委員会 ILC の国家責任条約草案 Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 33 (2) (a) は以下のように規定している:

いかなる場合にも緊急事態は *state of necessity* は、(a) 国家が遵守していない国際義務が一般国際法の強行規範 *peremptory norm* から生じているならば、当該国家によって不法性阻却事由として援用されてはならない。

(104) 本書第1部第3章脚注(10)が引用する1969年のウィーン条約法条約 § 31 (3) (c) を見よ。See also McNair (1961) 383 - 5.

(105) 奴隷制 *slavery* の禁止については以下を見よ。Hannikainen (1988) 444 - 7; Brownlie (1990) 513; Kadelbach (1992) 296 - 7. 拷問 *torture* の禁止については以下を見よ。Higgins (1976 - 7) 282; Rodley (1987) 70; Hannikainen (1988) 499 - 513; and Kadelbach (1992) 291 - 4. アパルトヘイト *Apartheid* の禁止については以下を見よ。Dugard (1987) 156 - 8; Hannikainen (1988) 467 - 89; and Kadelbach (1992) 277 - 82.

(106) 強行法規 *jus cogens* が条約若しくは慣習国際法又は法の一般原則のいずれかに由来することを指摘するものとして、本節脚注(93)が引用する国際法委員会第18期作業報告書 *Report of the ILC on the Work of its 18th Session*, p. 248 を見よ。法規が慣習国際法規だと法規だと主張するものとしては次を見よ。Brownlie (1990) 513; Paust (1991); and Kadelbach (1992) 186. 強行法規の起源が自然法にあると主張するものとしては次を見よ。U. N. Conference on the Law



- of *Treaties, Official Records* (1st Session, 1968) (New York : United Nations, 1969), statement by Italy (311); Ecuador (320); and Monaco (324). See subsequently de Visscher (1971). 各種の国際法源については以下を参照せよ。Art. 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice; Brownlie (1990) 1 – 31; Danilenko (1993); and Dinh et al. (1994) 111 – 390.
- (107) 本書第1部第3章脚注(10)が引用するウィーン条約法条約 § 34 及び国際法委員会 ILC の国家責任条文草案 Draft Articles on State Responsibility (Part One) § 29 (1) を見よ。
- (108) See Danilenko (1991) 63; and Danilenko (1993) 246 – 7.
- (109) 本書第1部第3章脚注(10)が引用するウィーン条約法条約 § 34 を見よ。See also Sur (1990) 1er cahier, 13. 多数の国家が批准した条約は一般的慣習国際法規の発達に重要な役割を果たし得る。本書本章第1節の前・中・後半のうち前半部を見よ。
- (110) 本書第3部第8章第4節を見よ。
- (111) 本章第2節“執拗なる反対国 persistent objector”を見よ。
- (112) See, e. g., Verdross (1966); Virally (1966); Mosler (1968a); Hannikainen (1988); Danilenko (1991); Kadelbach (1992). 又、本書第1部第3章脚注(10)が引用するウィーン条約法条約 § 53 及び § 64 を見よ。
- (113) See, e. g., Rozakis (1976) 78; Alexidze (1981) 246 – 7 and 258; and Brownlie (1990) 514.
- (114) See, e. g., Weil (1983) 425 – 9; Sur (1990) 1er cahier, 13 and 2e cahier, 8; Danilenko (1991) 47ff, and to some degree Onuf and Birney (1974). 本章脚注(93)が引用する国際法委員会第18期作業報告書 *Report of the ILC on the Work of its 18th Session* (p. 248) を比較してみよ。同報告書で、国際法委員会 ILC は強行法 *jus cogens* 概念が完全に“国家実行及び国際裁判所の判例を通じて明確化される”と考えている旨を表明した。更に以下の資料をも比較参照せよ。“Commentary to the ILC Draft Articles on State Responsibility”, in *Report of the ILC on the Work of its 28th Session* (1976) 2 (2) *Yearbook of the International Law Commission* 75, 85 – 6 (para.21); Brownlie (1990) 513; Danilenko (1993) 247. また、当然のことながら、本書第1部第1章脚注(16)が引用するニカラグア事件 *Nicaragua Case (Merits)*, (para. 190) も比較参照せよ。
- (115) (1953) 2 *Yearbook of the International Law Commission* 90, 93. 問題の条文は § 15 である。
- 条約若しくはその条文規定が無効となるのは、その履行が国際法上違法の要素を含む場合であって、かつ国際司法裁判所が無効と宣言する場合である。
- (116) *Ibid.*, 155. See also Verdross (1937) 572 – 3.
- (117) See *Chorzow Factory Case* (1928) PCIJ Reports, Ser. A. No. 17, 29. また、本章脚注(62)が引用するミューズ河事件 *River Meuse Case* でのハドソン判事 Judge Hudson の個別意見や、国連行政裁判所の補償判決の効力についての国際司法裁判所の勧告的意見 *Effect of Awards of Compensation made by the U. N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion* (1954) ICJ Reports 47, 54.
- (118) See Cavaglieri (1929); Salvioli (1932); and Verdross (1935) 195 – 206.
- (119) See generally Verdross and Koeck (1983).
- (120) “国際法委員会作成条約法条文草案及び注釈 ILC Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries” の § 50 の注釈については以下を見よ。 *United Nations Conference on the Law of Treaties : Official Records (Documents of the Conference)* (New York : UN, 1971) 7, 68 (“強行法規 *jus cogens* を将来に亘り内容的に不変であって修正できないものとするのは明らかな間違いである”) ; Terz (1978) 620; and Kreca (1982) 27 and 32.
- (121) See Guggenheim (1953) Tome 1, 149 – 53; and Cheng (1953) 23 – 6.
- (122) 本章本節前半部を見よ。
- (123) 若干の問題に付いての各国国内法の相違は共通利益の認定を排除していることを示している。それにもかかわらず、国際法上の問題の解決を目的とする比較法研究から、時々注目すべき成果が出ている。例えば、(民主的参加を制限する民主国の権利と国際法については) 次を見よ。Fox and Nolte (1995).
- (124) 国内立法と国内判例とは、特に、国家免除に関する慣習法規の発達と変化に大きな影響を与えた。See generally Sucharitkul (1979); Emanuelli (1984); Trooboff (1986). 本書第2部第7章第4節第1項も参照せよ。
- (125) 本書第3部第9章第5節を見よ。
- (126) ウィーン条約については本書第1部第3章脚注(10)を見よ。
- (127) チョン Cheng (1953) 25 の説をここで比較してみよ。彼は以下のように言っている(脚注省略, イタリア原文のまま)。
- ネーション *nation* という言葉は、本来的には、“国家 State” というよりも“人民 *people*” という意味で使用された。したがって、“文明を持った *civilised*” という有名な形容詞は、未開の原始社会の法体系を考察の対象からはずすために必要な言葉だったのである。しかし、その後、ネーション *nation* という言葉は国家という意味でも理解されようになり、国際社会の構成員たる国家は文明を持たなければならないと解されるに至り、“文明を持った *civilised*” という言葉は無用の長物になってしまった。
- (128) 本節冒頭部分を見よ。
- (129) See Sur (1990) 1er cahier, 13.
- (130) Mosler (1974) 33 (footnote omitted). See also Verdross (1937) 572. フェアドロスは次のように言っている。
- 全ての法秩序は社会の構成員の合理的・道徳的共存を規制している。したがっていかなる法秩序も、明らかに社会的道徳に反する条約を許容しないとわなければならない。
- (131) 本書第1部第3章脚注(10)。この要件は厳しすぎるかもしれない。なぜなら、強行法規 *jus cogens* が一般的性格の他の強行法規 *jus cogens* によってのみ代替され、通常の慣習法規によっては代替され得ないことを意味しているからである。ピラリー Virally ((1966) 18 – 19, note13) が強行法規 *jus cogens* を憲法規定と比較して指摘したとおり、憲法規定を“非合憲化する *de-constitutionalized*” 枠組が必要なのである。See also Riesenfeld (1966) 514 – 15; and Akehurst

(1974 - 75b) 285, note 5. 興味深いのは、強行法規 *jus cogens* の変更に関して、各国の法制度上憲法規定の改正が通常の法律の改正に比べて要件を加重した多数決を採用していることである。

(132) 本書第3部第8章序文最後のパラグラフを見よ。

(133) See Virally (1966) 27 - 8; and Higgins (1994) 21 - 2.

(134) 本書第3部第9章第3節を見よ。この説明から導かれる1つの帰結は、新たな“規範秩序 *normative hierarchy*”において強行法規 *jus cogens* は他の規範よりも高い地位を占めるという主張を排除することである。そうした主張を展開しているヴァイル Weil (1983) を見よ。ピラリー Virally (1966) は次のように言っている。

[L] es normes du droit international general se distribuent en deux classes, les normes du *jus cogens* et les normes de *jus dispositivum*, la difference entre les deux categories tenant a la validite ou, au contraire, a la nullite des traites particuliers qui pretendraient de roger a leurs dispositions. La veritable hierarchie qu'in-

troduit le *jus cogens* — et elle est tres nouvelle — est une hierarchie entre, d'u ne part, les normes du droit international general, qui presentent ce caractere, et, d'autre part, les normes du droit international particulie r, regional, local ou bilateral.

以下に上記の私訳を記す。

一般国際法規は2つの種類、即ち強行法規 *jus cogens* と任意法規 *jus dispositivum* に分けられる。この2つのカテゴリーの相違点は、一般国際法規から逸脱する特定の条約を有効と見なすか、逆に無効とみなすかという形で現れる。強行法規 *jus cogens* によって導かれる実効的規範秩序—しかも極めて新しい—は、一方では強行法規の性格を持つ一般的国際法規範と、他方では特定の地域的・地方的又は2辺的国际法規との階層秩序である。

(135)~(138) 省略 (訳者)

#### 第4節 強行法規 *jus cogens* と対世的 *erga omnes* 規範

1969年のウィーン条約法条約 Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>(143)</sup> に強行法 *jus cogens* 概念が導入されてまもなく、国際司法裁判所は其れとは別の関連概念を国際法の最前線に持ち出した。1970年のバルセロナ=トラクション事件 *Barcelona Traction Case* の判決理由 *dictum* で、同裁判所は“万人に対して適用される *as against all*”ことを意味する対世的 *erga omnes* 義務（及び規範）に言及している。即ち、同裁判所は以下のように言っている。

国家が国際社会全体に対して負う義務と外交的保護の分野で他国に対し *vis-a-vis* 発生する義務とでは本質的な違いがあるといわなければならない。その本質上、前者はすべての国家の関心事である。そこに関係する権利の重大性に照らして、すべての国家はその権利を保護する法的利益を有すると考えられる。さらに、権利に対応して対世的 *erga omnes* 義務が発生している。

こうした義務は、例えば、現代国際法上、侵略行為やジェノサイドの違法化だけでなく、奴隷制や人種差別の禁止を含む人間の基本権にかかわる原則的規範からも導かれる。こうした義務に対応する保護を受ける権利は一般国際法体系の中で成立しているものもあれば、…普遍的ないし準普遍的性格の国際条約によって付与されているものもある。

外交的保護権のテーマである義務は異なるカテゴリーの義務である。<sup>(144)</sup>

国際司法裁判所が対世的 *erga omnes* 規範と認定した規範の中には強行法規 *jus cogens* と考えられるものもあるだろうが、この1節で裁判所は明らかに逸脱を許さない規範とは性格の異なる規範に言及している。裁判所が目にしたのは、規範の中には—その適用を受けるすべての国家の間で—違反が生じたときに相互に請求を提出できるほどに普遍的に存在が確認されているものがあるということであった。逸脱を許さないということよりも普遍的に成立していることが、対世的 *erga omnes* 規範の本質なのである。

同様の説明を裁判所は1974年の核実験事件 *Nuclear Tests Cases* の判決で提示している。同判決で裁判所はフランス政府の一方的声明が対世的 *erga omnes* になされていると分析して、その生命の法的拘束力を承認したのである。<sup>(145)</sup> もっと最近の事例では、1995年の東チモール事件 *East Timor Case* でICJは自決権が“対世的 *erga omnes* 規範”<sup>(146)</sup>であることを認めた。さらに、1996年のジェノサイド犯罪の防止及び処罰に関する条約の適用に関する事件 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* での先決的抗弁 *preliminary objection* に対する判決で、国際司法裁判所は“この条約が明記する権利・義務は対世的 *erga omnes* 性格を持つ”<sup>(147)</sup>ことを確認している。

対世的 *erga omnes* 規範概念は多くの国家、組織、学者によって承認されている。<sup>(148)</sup> 例えば、国際法委員会 *International Law Commission* の国家責任条文草案第2部§5(3)は、“国際不法行為が国際犯罪を構成するとき”の被害国には“加害国以外のすべての国家 *all other*

States”<sup>(149)</sup> が含まれると明記している。しかし、*対世的 erga omnes* 規範と強行法規 *jus cogens* の関係は不明確である。学者の中にはこれら2つの概念が同一法規の異なる側面を指摘しているという者もいる。<sup>(150)</sup> 実際、国際法委員会の議論でもこの2つの概念は混用されている。<sup>(151)</sup> 又、学者の中には、*対世的 erga omnes* という概念は強行法規 *jus cogens* 概念よりも広いという人もいる。<sup>(152)</sup>

第6章では、国際法が多数の2国間の法関係の集積で構成されていること、そしてすべての国際法規が2国間法関係で構成されているならば*対世的 erga omnes* 規範はすべての2国関係に共通の同一規範と考えなければならないことが述べられた。<sup>(153)</sup> しかし、そうした*対世的 erga omnes* 規範の説明では不十分である。なぜなら、2国間関係での国際法違反によって第3国に法的請求権が発生することはないからである。当該加害国と他の第3国との間に存する義務はまだ侵害されたとはいえないのである。

*対世的 erga omnes* 規範は、したがって、十分に普遍化した2国間の法関係以上の規範とみなされている。バルセロナ＝トラクション事件 *Barcelona Traction Case* で国際司法裁判所が判示したように、すべての*対世的 erga omnes* 規範は2部構成になっているのである。<sup>(154)</sup> 先ず、通常*対世的 erga omnes* 規範に関しては、その実体的内容に対応する権利・義務が含まれていることが確認できる。この権利・義務が、当該規範に服する多数の2国間関係のいずれにおいても主要な地位を占めることになる。第2番目に、国際司法裁判所の言葉を借りれば、各国家は“対応的な保護権 *corresponding right of protection*”を持っている。即ち、各国家は当該規範の実体内容に即して権利・義務を有し、違反の場合に被害国に対して *vis-a-vis* 国家責任を負担することになるだけでなく、追加的な一連の2国間化された権利・義務に服することになる。この追加的権利によって、規範違反国に対する請求提出が可能になるし、又、この追加的義務によって同じ拘束を受ける他国との関係で実体規範の遵守を要求できるのである。<sup>(155)</sup>

従って、*対世的 erga omnes* 規範が成立するためには、2段階のプロセスが必要になる。即ち、第1のプロセスは規範の定立であり、第2のプロセスは当該規範が侵犯されたときに当該規範に服するすべての *any* 国家が取得する追加的な2国間の権利・義務の成立である。<sup>(156)</sup> こうした2段階のプロセスが同時に進行することもある。

本章前節で論じられた強行法規 *jus cogens* とは異なり、*対世的 erga omnes* 規範の概念は執拗なる反対 *persistent objection* を許容するし、条約によって当事国間でのみ定立されることをも許容するのである。<sup>(157)</sup> 同様に、*対世的 erga omnes* 規範概念は一定の国家グループにのみ適用さ

れる慣習法規としてこの規範が成立することをも許容している。*対世的 erga omnes* 規範は普遍的に適用されると一般には考えられているが、*対世的 erga omnes* 性格を持っている規範と結合している保護の権利は当該規範の拘束を受ける *bound by that rule* すべての国家が保有している。当該規範の適用を受けない執拗なる反対国及びその他の国家は当該規範の*対世的 erga omnes* 性格によって影響されない。<sup>(158)</sup>

重要な点は、*対世的 erga omnes* 性格を持つ規範によって拘束される2カ国（及び多数の2国間関係）は、その後の当該2カ国間の話し合いで当該規範の適用を排除できる *contracting out* ことなのである。ただし、当該2カ国と他の規範適用国との間で、当該規範は依然として*対世的 erga omnes* 性格を持続するのである。なぜなら、一般的規定が規律している分野で条約が締結されたり特別慣習国際法が成立したりしても、当該一般的規定そのものを当然に侵害したとはいえないからである。言い方を換えれば、条約や特別慣習国際法は一般規定の例外になるのである。一般規定によって拘束される他の諸国家が持つ保護の権利は当該一般規定が現実に侵害されない限り *unless* 機能しないのであり、他方、当該*対世的 erga omnes* 規範が強行法規 *jus cogens* でもあるとき例外は絶対に認められないのである。

強行法規 *jus cogens* も限定された諸国家にのみ適用されるということは可能性は少ないものありえないことではない。可能性が少ないというその理由は、強行法規が国際社会の基本原則を育成する慣習国際法形成プロセスの帰結であり、慣習プロセス及びそれを含むシステムは今日地球的規模になっているからである。ありえないことではないというその理由は、一定の国家グループが独自性をもって緊密に連携し例外を許さない趣旨で定立したため、“外部 *outside*” の第3国に適用されず強行性も持ち得ない規範が成立することが考えられるからである。<sup>(159)</sup>

過去にそうした展開があったことも十分考えられる。かつて、ラテン＝アメリカの国々は自分たちの間だけで潜在的に強行法規 *jus cogens* 性を持ちうる多数の特別慣習国際法規を発達させていた。<sup>(160)</sup> 今日、ヨーロッパ法の“公序 *public order*”概念に含まれるような規範が存在している可能性はあるし、<sup>(161)</sup> “自由主義的な *liberal*” 国際法学者は将来そうした可能性が高まることを指摘している。<sup>(162)</sup>

しかし、逸脱が許されない規範が成立する可能性が最も高いのは人権条約の分野である。なぜなら、この種の条約多くに規定に対して国家実行を通じて法的例外を設定することは不可能と思われるからである。

人権条約には2種類の権利が含まれていると考えられ



ている。1つは個人または団体が保有する権利である。これらの権利は条約とは独立して（慣習国際法規として）存在しているか、当該条約によって第3者の権利すなわち“第3者のためにする契約 stipulation pour l' 'autrui”<sup>(163)</sup>として創設されたものである。これに対応して国家には一個人または団体に対して一条約上の人権を侵害しないよう行動する義務が成立するのである。第2に保護の権利がある。保護の権利は条約によって設定され、当該条約当事国が保有する。この権利は対世的 *erga omnes* に適用され、条約上の個人または団体の人権をいずれかの当事国が侵害したとき他のすべての当事国が損害賠償を請求できることになる。

これらの規範は国家間の合意で逸脱できないものと思われる。なぜなら、基本的な権利・義務関係が国家間ではなく国家と個人または団体との間に成立しているからである。その結果、こうした規範の法的例外は国家によって創設されうるものではなく、基本的権利の保持者たる個人や団体の同意が必要になるのである。この同意は通常当事者たる個人や団体のすべてが与えるということはない。それにもかかわらず、こうした個人や団体が理論的に例外を創設することが可能であり、そうした例外が有効とみなされている以上、本来の規範は逸脱可能となり強行法規 *jus cogens* とはみなされなくなる。<sup>(164)</sup>

強行法規 *jus cogens* と対世的 *erga omnes* 規範に限られた国家間でのみ適用される可能性があるにもかかわらず、そうした事態が生ずる様子はない。両方のタイプの規範が共通利益を保護・促進するために存在しており、国家グループが自分たちだけの独自の共通利益を追求することもあるが、今日の国際社会は少なくともその基本的ルールについていばますます普遍的社会になっている。国際法の特に“重みのある *weighty*” 規範はたいいていの場合、強行法規 *jus cogens* であると同時に対世的 *erga omnes* 規範でもある。<sup>(165)</sup> もっと言えば、強行法規 *jus cogens* は必然的に対世的 *erga omnes* である。違法な条約や特別慣習国際法といえど、他国の法的地位について沈黙している限り、強行法規と矛盾しないものとして扱われるのである。<sup>(166)</sup> 違法な条約を締結したり、一般原則の違法な例外を設定しようとする国家は、そうした例外的規定の有効性を信じきっているのが普通である。<sup>(167)</sup> しかし、対世的 *erga omnes* 規範が強行法規 *jus cogens* 的性格を併せ持つとは限らない。本節ですでに説明したとおり、対世的 *erga omnes* 規範が同時に強行法規 *jus cogens* でもない限り国家としては前者から逸脱することは自由である。なぜなら、第3国の損害賠償請求は法規違反を理由とすべきであって法的例外の創設を理由とすることは許されないからである。<sup>(169)</sup>

対世的 *erga omnes* 規範が必ずしも強行法規 *jus cogens* にならない1つの典型的状況は、国家以外の個人や非国家団体が受範者である場合である。そうした形で適用される規範の好例が戦争犯罪を禁止する規則である。<sup>(170)</sup> その場合の規則はすべての国家に当該規則を執行する権利を付与し—同時に義務を課し—ているのであるが、国家を拘束できないカテゴリーに属する規範なのである。<sup>(171)</sup>

確かに、戦争犯罪を犯した個人を支援することを目的とする条約が2カ国間で締結された場合、当該条約は強行法規 *jus cogens* 違反の条約としてほとんど無効なものとして扱われるであろう。しかし、その場合にそういう効果を有する強行法規 *jus cogens* は個人の行為への国家の加担を禁止しているのであって、強行法規 *jus cogens* が戦争犯罪を遂行する個人を直接規制の対象にしたものではない。<sup>(172)</sup> 戦争犯罪を禁止する規範を執行する義務は条約によってなんら影響を受けないのであるが、それは対世的 *erga omnes* 規範だからであって強行法規 *jus cogens* だからというわけではない。

一般的に対世的 *erga omnes* 規範とみなされている大半の規範については、仮にそれを侵害する行為があった場合でも、直接の被害国が加害国に直ちに請求を提出するわけではなく、また、国民が被害を受けた場合に本国が代理して直ちに請求を加害国に提出するわけでもない。最も基本的な人権の侵害が含まれる事件では外交的保護権に基づく請求は一般的には排除される。なぜなら、当該違反国は通常—必然的というわけではないが—被害者の国籍国でもあるからである。<sup>(173)</sup> 同様に、武力攻撃を受けている国家は、当該武力攻撃によって侵害された保護権を他の国々が行使すれば、みずから国際法を発動するよりも国防は実効的になる。被攻撃国は他国に援助を要請しうるし、国連安保理も憲章第7章の下での行動を常に執りうるけれども、対世的 *erga omnes* 規範の侵害に対しては第3国は別の選択肢を採ることもできる。すなわち第3国は被侵略国の要請がなくとも武力攻撃を行った国家に対して対抗措置を執りうるのである。<sup>(174)</sup>

バルセロナ＝トラクション事件 *Barcelona Traction Case* での国際司法裁判所 ICJ の判示 *dictum* はこうした状況の修復を狙ったものであったと思われる。その判決理由として ICJ は、国際法規がいやしくも何らかの効力を持たなければならないとすれば国際請求の根拠となることこそそれであると言っている。<sup>(175)</sup> 対世的 *erga omnes* 規範は現行の伝統的規範が社会の枢要な共通利益を保護するのに不十分な場合に請求国の範囲を拡大する機能を果たしている。

強行法規 *jus cogens* と同様、対世的 *erga omnes* 規範は法定立に固有な *sui generis* メカニズムの結果ではない。

大半の対世的 *erga omnes* 規範は長期にわたる慣習国際法  
 定立過程から派生していると考えたほうが最も合理的で  
 ある。尤も若干のものは条約によって創設可能ではある。

この種の規範の効力は例外的なものではあるが、その起  
 源については強行法規に基づいて説明されていないし説  
 明されるべきでもない。

(注)

(143) 前節の始めの部分参照せよ。

(144) 本書第1部第1章脚注(1)の引用文献 p. 32 (paras. 32 - 5)  
 を見よ。この理由 dictum に基づき、ICJ は南西アフリカ事  
 件 South West Africa Cases (第2次事件 Second Phase) 判  
 決を覆すことに成功した。本書第3部第9章脚注(64)参照の  
 こと。この事件でエチオピアとリベリアは、(以前の)国際  
 連盟の加盟国であったので南アフリカによる南西アフリカに  
 対する委任統治の実施につき法的利害関係を持っているとの  
 理由で、ICJ に対する提訴資格があると主張した。この点に  
 つき国際司法裁判所は次のよう半示した (p. 47, para. 88)。

主張は、国際社会の公益を擁護するための法的訴訟を提  
 起するために“民衆訴訟 *actio popularis*”と同等の権利  
 すなわち国際社会構成員に固有の権利を ICJ は認めるべ  
 きであるというに帰着する。しかし、一部の国内法体系  
 にこの種の権利が存在しているとしても、現下の国際法  
 上その存在は確認されていないし、国際司法裁判所規程  
 § 38①(c)に所謂“法の一般原則 *general principles*  
*of law*”に含まれていると考えることもできない。

(145) 本書第2部第7章脚注(9)の引用文献 p. 269 - 70 (paras.  
 50 - 1)を見よ。

(146) (1995) *ICJ Reports* 90, 102 (para. 29) . ウェーラマン  
 トリ判事 Judge Weeramantry の反対意見 *dissenting opinion*  
 を見よ。See, *ibid.* , 139,172 - 3 and 213 - 6.

(147) 11 July 1996, General List No. 91, 23 (para. 31) ;  
<http://www.icj-cij.org/idecis.htm>

(148) See generally Schachter (1991) 208-13 ; Frowein (1994b)  
 405 - 22 ; and Annacker (1994) . この概念に対する批判に  
 ついては次を見よ。Weil (1983) 431 - 3.

(149) 本書本章第3節始めの部分を見よ。また、本書第2部第5  
 章脚注(36)を見よ。

(150) See, e. g. , Simma (1989) 825.

(151) See, e. g. , (1986) 1 *Yearbook of the International Law*  
*Commission* 247 - 53.

(152) See, e. g. , Meron (1986a) 187 ; and Macdonald (1987) 138.

(153) 本書第2部第6章序文部を見よ。

(154) 本節最初の部分の引用文を見よ。

(155) 国際法違反行為すべてについてと同じく、この追加的権  
 利・義務の違反は違反国の国家責任を発生させ、違反国は責  
 任解除の措置をとらなければならない。しかし、この特  
 殊な違反行為は保護の権利に関係するので、その修復はしば  
 しば責任発生を認める宣言の発表にとどまることが多い。具  
 体的な補償は一般的に行われれないのが普通である。

(156) 本論で提示した内容と異なる対世的 *erga omnes* と言う概  
 念については、アンナッカー Annacker (1994) を見よ。彼  
 女は“対世的 *erga omnes* 義務の顕著な特徴はその非2国間  
 的構造にある” (p. 136) といっている。そう言っているにも

拘らず、国際法委員会の国家責任条文草案 ILC Draft  
 Articles on State Responsibility (Part II) § 5 (本書第2部  
 第5章脚注(36)) の背景を検討して、彼女は ILC が反対の結  
 論をとっていることを認めた。See Annacker (1994) ,  
 142 - 8. さらに、“対世的 *erga omnes* 規範”よりも“対世  
 的 *erga omnes* 義務”という用語のほうが広く使用されてお  
 り、実体的権利・義務とそれに違反したときに被害国に請求  
 権を付与する追加的権利・義務との区別が促進されている。  
 また、東チモール事件 East Timor Case (本章脚注(146)) で  
 ポルトガルは“対世的 *erga omnes* 権利”に基づく主張を展  
 開した。しかし、ウェーラマントリ Weeramanatory 判事が  
 反対意見 (本章脚注(146) 引用資料 p. 215) で指摘しているよ  
 うに、対世的 *erga omnes* 権利は対世的義務のコロラリに属  
 する。ここで採用されている概念—対世的 *erga omnes* 規範  
 —は権利および義務の双方を含んでいる。

(157) 後者の点に関してシャハター Schachter ((1991) pp.  
 209-10) を見よ。

(158) この(潜在的な)制約は国際法委員会 ILC が作成した国  
 家責任条文草案 Draft Articles on State Responsibility (Part  
 Two) § 5 (2) (e) (本書第2部第5章脚注(36)) に反映して  
 いる。同条の以下の部分に特に *inter alia* 注意すべきである。

特に、“被害国 *injured State*”には次のものが含まれる…

(e) もしある国家の行為によって侵害された権利が多国  
 間条約や慣習国際法規から発生しているならば、当  
 該多国間条約の他のすべての当事国または当該国際  
 慣習法規の拘束を受ける他のすべての国家。但し、  
 以下の事実が証明されることを条件とする。

(i) 当該権利が創設され確立していること

(ii) ある国家の行為による当該権利の侵害が必然的  
 に当該多国間条約の他の当事国や当該国際慣習  
 法規の他の受容国の権利の享有や義務の履行に  
 悪影響を及ぼすこと…

(159) See Kadelbach (1992) 203 - 4. しかし、その種の“特別  
*special*”強行法規 *jus cogens* は一般的な強行法規 *jus*  
*cogens* から逸脱できない性格のものである。See Virally  
 (1966) 14.

(160) 国連総会第21回会期での第6委員会の第915回会合  
 (1966) でのベラウンデ Belaunde のコメント及び本章脚注  
 (101) が引用するラテン=アメリカ人権委員会の1987年決定  
 を見よ。後者で“OAS加盟国においては子供への死刑執行  
 を禁止する強行法規 *jus cogens* が承認されている”と述べ  
 られている。ラテン=アメリカ地域の特別慣習国際法に関  
 する一般的著作として、本書第3部第8章脚注(4)が庇護権  
 事件 *Asylum Case* について引用する資料の pp. 276 - 7 の  
 ほか、以下を見よ。See Alvarez (1910) and dissenting opinion  
 of Judge Alvarez, 290, 293 - 4 ; and Barberis (1983) 222.

(161) See, e. g. , *Austria v. Italy (South Tyrol Case)* (1962) 4  
*Yearbook of the European Convention on Human Rights* ;  
 116, 140 (European Commission on Human Rights) ;



*Chrisostomos et al v. Turkey* (1991) 12 *Human Rights Law Journal* 113, 121 (para. 22) (European Commission on Human Rights); Mosler (1968b), especially 532; and Verdross and Simma (1984) 333.

(162) See, e.g., Slaughter Burley (1993); and Slaughter (1995). このアプローチに対する批判的分析としてキングスバリー Kingsbury (1994) を見よ。

(163) 慣習国際法上の人権についてはメロン Meron (1989) 及びシャクター Schachter ((1991) 335 - 42) を見よ。個人の第三者権についてはチンキン Chinkin ((1993) 13 - 15 and 120 - 33) を見よ。

(164) 若干の人権については条約によって“緊急事態 states of emergency”においても停止されないという意味で“逸脱不能 non-derogable”と指定されている。一般的著作としてヒギンズ Higgins (1976 - 7) を見よ。こうした特別な権利は不可譲渡のものでもある。しかし、権利者の同意を得た上での逸脱は同意のない逸脱とは大いに異なるとも言える。強行法規 *jus cogens* 概念と条約が逸脱不能と指定した規範との関係については、メロン Meron ((1986b) 15 - 19) を見よ。

(165) See Frowein (1994b) 405 - 6.

(166) 注意すべき点は、対世的 *erga omnes* 規範と国際裁判所の管轄権との重大な相違である。国家は対世的 *erga omnes* 規範に服するけれども、同意なくして裁判所の訴訟手続に服することはないということである。東チモール事件 *East Timor Case* については本章脚注(146)が引用する資料 (p. 102, para. 29) 及びフー Hoogh (1991, p. 196) を見よ。

東チモール事件 *East Timor Case* でこの問題が浮上した。なぜなら、インドネシアが国際司法裁判所の管轄権を受諾していなかったからである。また、貨幣用金事件 *Monetary Gold Case* ((1954) ICJ Reports 19,32) で立証されたように、国際司法裁判所は第3国の法的利益に関連する問題については当該第3国が訴訟当事者でない以上“判決主文の内容 very subject matter of the decision”として判示することはできない。ポルトガルはこの原則を克服しようとして、オーストラリアが東チモール人民の自決権を侵害したこと、そして、インドネシアの行動とは独立して存在する自決権をオーストラリアが侵害していたこと、更にはオーストラリアが非自治地域の施政権者であって自決権の“対世的 *erga omnes* 権利”たることを承認しなければならないことを主張した。この理論の問題点は、この事件でのオーストラリアによる自決権の侵害が、占領国としてのインドネシアの役割と密接に結びついているとともに、それに高度に依存していることである。

ポルトガルは強行法規 *jus cogens* 概念に基づく主張を展開しなかった。しかし、ポルトガルは、オーストラリアが自ら当該条約の当事国になったことで一管理国としてのポルトガルの権利を侵害したと主張しえたはずである。なぜなら、侵略禁止という強行法規 *jus cogens* をインドネシアが侵害したことで、同国は東チモールに対して有効な権原 title を取得できなくなったし、同地域に関する条約を締結する行為が能力 *legal capacity* を欠くに至ったからである。本章前節を見よ。インドネシアの行動の合法性が問題になったと思われるが、オーストラリアの行動一ポルトガルの権利を侵害した条約への加入一が“判決の主要な争点 the very subject matter of the decision”になっていたと思われる。したがって、ポルトガルは貨幣用金事件 *Monetary Gold Case* の原則を守

る義務から解放されていたのである。この理論が貨幣用金事件 *Monetary Gold Case* 原則が強行法規 *jus cogens* を侵害した第3国を守ることができないとの論拠で支持されたはずである。なぜなら、強行法規は法的例外を創設する試みだけでなく国家の合意原則そのものを無効とするからである。

(167) 違法な条約や例外の定立に関与した国家の側に違法性の認識が欠けていたことについては東チモール事件 *East Timor Case* (本節脚注(146)) が証明している。この事件では問題の条約の非当事国のポルトガルがその正当性を国際司法裁判所で争った。

(168) この命題に学問的支持を表明したのものとして、本節脚注(152)の引用文献を見よ。

(169) 本節の中ほどの本文記述参照。

(170) 一般的資料として、本書第2部第5章脚注(18)が引用する S/RES/827 (1993) (旧ユーゴ領内で実行された重大な国際人道法違反に責任を有する人物を訴追するための国際裁判所設置に関する安保理決議) ; 本書第2部第5章脚注(18)が引用する安保理決議 808 (1993) 第2項に基づく事務総長報告書 *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)* ; 本書第2部第5章脚注(18)が引用する S/RES/955 (1994) (ルワンダ国際法廷設置のための安保理決議) ; 本書第2部第5章脚注(18)が引用する国際刑事裁判所ローマ規程 *Rome Statute of the International Criminal Court* そして Bassiouni (1986) を見よ。

(171) この権利 (“普遍的管轄権 *universal jurisdiction*”) については本書第2部第4章第1節第2項最後の部分のほか次を参照せよ。Akehurst (1972 - 3) 160 - 6 ; Bowett (1982a) 11 - 14. この義務に関しては、本書第2部第5章脚注(18)が引用する安保理決議 808 (1993) 第2項に基づく事務総長報告書 § 9 及び 29 ; 本書第2部第5章脚注(18)が引用する S/RES/955 (1994) (ルワンダ国際法廷を設置するための安保理決議) § 8 及び 28 ; 本書第2部第5章脚注(18)が引用する国際法委員会作成の国際刑事裁判所規程案 § 58 及び 63 を見よ。

(172) 単に個人を名宛人とする強行法規 *jus cogens* が存在するだけでは意味がない。個人は国際法規を修正したり、執拗に反対したり、法的例外を創設したりすることはできないのである。本書第2部第5章序文最後のところを見よ。

(173) 本書第2部第5章第2節及び第3節を見よ。

(174) See generally Schachter (1991) 196 - 8 ; Frowein (1994b) ; and Annacker (1994) 159 - 60. 第3国を含め国際犯罪に対して対抗措置をとる国家の権利にいかなる必然的な限界が存在するかという問題は最近、国際法委員会 ILC での大論争のテーマになっている。例えば、本書第2部第4章脚注(33)が引用する Arangio-Ruiz が提出した国家責任に関する第7報告書 *Seventh Report on State Responsibility* や (国際法委員会の数名の委員のコメントを含む) シンポジウム Symposium (1994) を見よ。国際司法裁判所はニカラグア事件 *Nicaragua Case* (本案 *Merits* 判決) (本書第1部第1章脚注(16)引用資料 p. 127) でこの命題を斥けたと見られるかもしれない。同判決は“それ(ニカラグアが非難されている行為)は第3国たるアメリカが対抗措置をとるのを正当化するに足りるものではなかったし、特に武力行使を伴う介入を正当化できるものではなかった”と述べているからである。ニカラグアは(国連憲章 § 2 (4) にいう) 武力攻撃を発動したわけではなく私人の行動を支持して不干渉原則 *rule of*



non-intervention を侵犯したに過ぎなかったので、第3国は武力行使を含む対抗措置を執れなかったのである。ニカラグア事件 *Nicaragua Case* のときのような対世的 *erga omnes*

という概念の拡大解釈については、クレス Kress (1995 (332f)) を見よ。  
(175) 本節冒頭部分の引用文を参照せよ。

## 第11章 結論

慣習国際法に対する学際的アプローチは国際法学や国際関係論の研究者に多くの示唆や洞察力を与えることになろう。例えば、このアプローチに基づき、慣習国際法形成プロセスを社会的・政治的・法的発達水準の異なるさまざまな社会に存在しこれからも存続する多数の類似の慣習プロセスの1つとして眺めるならば、慣習国際法形成プロセス—そして国際法システム内の各種義務—の起源の解明にもつながるであろう。<sup>(1)</sup>

具体的に言えば、慣習国際法形成プロセスに関して学際的アプローチを採れば、“システム=コンセント system consent” について、すなわち個別の慣習法規ではなく慣習国際法形成の全プロセスに対して諸国家が与える同意について、考え方が変わるかもしれない。<sup>(2)</sup> 慣習プロセスが機能している各種社会の構成員は明らかに、慣習法規の生成・発展・変更に及ぼす自らの役割について大なり小なりの認識は持っている。一部の社会では、“立法者 law-makers” が慣習プロセスが機能しているのを認識するのは、争いのある状況の下で生まれてきた規範に同僚の立法者が依拠し始めてからのことである。したがって、既存の“2次的 secondary” ないし“憲法的 constitutional” 規範に関する限り、慣習プロセスは立法者の同意に基づく必要は無いとさえ言えよう。<sup>(3)</sup> むしろ、社会が法システムを創設し、それによって社会の再生産を行っているのであるから、慣習法形成プロセスは社会プロセスから発展したものとも見ることが出来る。<sup>(4)</sup> 慣習国際法形成プロセスがこのように発達するものであるならば、国家が慣習法規に依拠する一同様の規範に基づく他国の請求の正当性をも認識すること、当該個別法規だけでなく慣習プロセス全体に対する承認を表明したものと看做されよう。

慣習国際法に対する学際的アプローチが提示する最重要の示唆が認識の共有が果たす機能についてのものであることは当然であろう。共通の認識は社会システムの重要な構成要素であるけれども、それが果たす役割は伝統的・実定的概念としての法や法システムによって直ちに理解されるとは限らない。本書第9章で、共通の法的認識を持つことで国家や国際裁判官や他の国際的行為主体が慣習国際法形成に寄与する行為とそうでない行為とを識別できることが指摘された。したがって、共通の法的認識を持つことが国家実行が慣習法上の義務に変型する

ための枢要な要因になる。

本書は、慣習プロセスを共通の法的認識に基づくレジームないし制度 institution と考えており、その点で慣習国際法に関する大半の著作と異なるアプローチを採っている。本書では、裁判官や法学者が個別慣習法規の存在と内容をどのようにして認定しているのかを説明する代わりに、当該諸法規を生み出すプロセスを解明しようとしたのである。そのために、本書では大半の国際法学者が一般的に関心を持つ必要が無かった1つの要因に目を向けることになった。その要因とは、言うまでも無く、権力 power である。

第1章では、“権力的 powerful” 国家のほうが非権力的国家よりも慣習法規の生成・発展・変更に影響を及ぼす実行を容易に受け入れていることが指摘された。例えば、大国 powerful States は一般的に広範囲にわたる諸問題の国際的展開を地球的規模で調査できる大規模で資金力のある外交団を持っている。これによって大国は時宜を得た形で、国益に反するとみなす事態の展開に異議を提出することができる。同じく、大国はその強大な軍事力・経済力・政治力のゆえに、容易に管轄権上の要求を実現したり貿易制裁を科したり国際的非難の矛先をかわしたりすることができる。<sup>(5)</sup> 国家実行遂行能力のこういう相違は無視することはできない。なぜなら、多くの国際法学者が認めているとおり、慣習法規の生成・発展・変更は、通常、それを支持する国家と態度不明の国家と反対する国家の相対的比重に依存するからである。<sup>(6)</sup> 実際に、多数の国際法学者が指摘しているように、国家数に関しては大国に従う国家が多くなる傾向があり、慣習プロセスでも“実効的な権力と責任が重視される”ことになる。<sup>(7)</sup>

第1章では、慣習国際法形成プロセスで権力が慣習法規上の義務に変換すること、そしてそうした慣習法規の少なくとも一部がその慣習プロセスでのその後の *subsequent* 権力行使を正当化していることが述べられた。<sup>(8)</sup> したがって、慣習プロセスは権力的性格の少なくとも2つの側面を持っている。1つは、国際関係論の研究者が伝統的に研究してきた国家間の権力関係、すなわち、他国の行動様式に直接影響を及ぼしそれを支配する国家の相対的能力である。

第2は、これが第1の側面よりも大切なのであるが、慣習プロセスで慣習法規の生成・発展・変更は諸国家が相互に影響を及ぼしあう相対的権利義務の享有・負担能力の側面である。本書の中心的理論の1つが、慣習プロ

セスでの特定の状況下でこの2種類の“権力 power”の相互作用が起きるたびに各権力源に基づき異なる結果が発生するということである。第2部では、慣習法規の生成・発展・変更に影響を及ぼしうる多数の要因を考察して、4つの特定の国際法原則が慣習プロセスでの権力行使に及ぼす効果に焦点を当てた。その結果、大国の慣習法制定立に対する影響力が常に決定的であるとは言えないこと、そして、大国が慣習国際法規の生成・発展・変更を意図するときの大国の行動様式や内容さえも“法制定権力 power of rules”による影響を時には受けることが証明された。

大国の利益が優先的に配慮される場合もあるであろうが、もしある大国が慣習国際法形成プロセスを無視して権力を行使すれば、すべての国家とりわけ大国は一般的に慣習プロセスを支持し維持する形で行動するであろう。なぜなら、慣習国際法を無視して手に入る短期的利益を

凌駕する利益が慣習国際法の遵守から得られるのである。即ち、すべての国家が重要性を認識している国際関係の安定性と予見可能性がもたらされるのである。<sup>(9)</sup>

本書は、実定法主義の鋳型を打ち破り慣習プロセスを権力と義務の複雑な相互作用として説明することで、20世紀後半に登場した他の2つの国際法理論に類似しながらも相違点もあるアプローチを採っている。そのアプローチの1つがラスウェル Lasswell, マクドーガル McDougal, ライスマン Reisman および彼らの“仲間 associates”でつくる“ニューヘブン学派 New Haven School”によって採られている。もう1つはコスケンニミ Koskeniemi の著作が国際法分野でのその代表作とされる批判法学派 Critical Legal Studies のアプローチである。そこで次に、本書がこれら2つのアプローチとどのように違っているかを考察することにする。

(注)

- (1) 慣習国際法形成プロセス以外の慣習法形成プロセスについては以下を見よ。See, e. g., Reid (1980); Comaroff and Roberts (1981); Reisman (1983); and Weyrauch and Bell (1993) .
- (2) 本書第3部第8章第4節を見よ。
- (3) 本書第3部第8章第4節を見よ。ローヴェ Lowe ((1983a) 209) は、慣習法システムに関して、“問題の副次的立法規則それ自体は、国家実行から派生した…慣習国際法規である”

と記している。

- (4) See generally : Allott (1990) .
- (5) 本書第1部第3章序文部を見よ。
- (6) See, e. g., Akehurst (1974 – 75a) 13 – 14. また、本書第3部第9章第1節及び第2節を見よ。
- (7) Schachter (1989) 721. 本書第1部第3章序文部後半を見よ。
- (8) 本書第1部第1章第3節を見よ。
- (9) 本書第1部第2章第2節前半で引用されているイギリスの国際関係学派の理論を見よ。また、本書第3部第9章第1節での本書の立場を参照せよ。

## 第1節 “ニューヘブン学派”の特徴

少なくともラスウェル Lasswell, マクドーガル McDougal, ライスマン Reisman, その他のニューヘブン学派の著作を見ないで慣習国際法形成プロセスでの権力の役割を検証しようとしても結論は出ないであろう。1950年代及び60年代に、ニューヘブン学派は国際法学に革命的理論を提示した。その理論は、ラスウェル Lasswell の社会科学方法論—彼がもともと国家政治学のために開発した方法論—を国際法に応用することで、伝統的な実定国際法理論の限界を打破しようとしたものであった。ニューヘブン学派の理論は本書の立場とは異なる。なぜなら、ニューヘブン学派は国際法学に純社会学的の方法—権力と法的義務を区別しないアプローチ—を採用しているからである。即ち、この学派の視点から言うと、意思決定者の権威と支配力に相当程度、権力の淵源があり、権力の具体化された姿があるということである。<sup>(10)</sup> 意思決定プロセスで権威と支配力が行使されると

法が生まれるのであって、慣習国際法を生み出す国家実行として評価されるのである。<sup>(11)</sup> 厳格な言い方をすると、法は意思決定プロセスの産物であって、“意思決定者 decision-makers “とはその決定が“権威的で支配力がある authorising and controlling” とみとめられた人々である。意思決定は共通の利益ないし目的に基づきそれを追求して行われるべきであるが、法システムそのもの *itself* は意思決定プロセスを拘束しないし正当化もしない。<sup>(12)</sup>

ニューヘブン学派の理論と本書のアプローチの違いは慣習国際法形成プロセスに関するマクドーガル McDougal の説明を検証してみれば非常によくわかる。彼の説明は本書に似ているけれども違いは歴然としている。マクドーガル McDougal は海洋の慣習国際法について1955年に以下のような1文をしたためている。

現実主義的観点からは、海洋の国際法は単なる規範の静態的集合体ではなく、全体的な意思決定プロセスであり、きわめて柔軟な伝来の規則体系とともに授権的立法

の体系をも含んでいる。即ち、海洋国際法は継続的な要求と対応のプロセスの中で作られており、国家の政策決定者は一方的に世界の海洋利用に関する多様で挑戦的な提案を行い、他国の政策決定者や国際機構の職員は世界共同体及び自らの利益のために反対提案を歓迎し評価し最終的にそれらに賛否の判断を下している。そうしたプロセスそれ自体がいわば生きた成長を続ける法であって、国家指導者の実行と承認への期待に基づいているとともに、国家指導者の要求と期待が新たな緊急の関心と新技術の登場更には世界の情勢の変化によって変わるときにも変化するのである。<sup>(13)</sup>

要するに、マクドーガル McDougal は国家の政策決定者が何らかの“共通の利益 common interest”を推進するために主張を提出し評価するという相互作用の中から慣習国際法規が生まれると考えているわけである。おそらく最も重要な点は、彼が慣習国際法を諸国家の対話というプロセス *process* の結果として捕らえていることであろう。本書はその点でマクドーガル McDougal に同意する。<sup>(14)</sup>

しかし、本書の立場はいくつかの点で彼の理論と異なる。まず、本書では、国益自体が“請求 claims”その他の国家実行によって示唆され、反対の主張を評価するための独立した要素とはみなされないことを指摘した。これに対して、マクドーガル McDougal は、利益の認定と規範の実体的内容を慣習国際法形成過程のような法的プロセスにゆだねるつもりは無いのである。むしろ、彼にとっては、慣習プロセスから発生する規範の認定は諸国家に対して利益—そして“政策課題 *policy purposes*”—を押し付けることに他ならないのである。例えば、海洋法上の政策課題は“航行や漁業に対する不必要な制約を廃止することだけでなく、すべての諸国民が完全で平和的で保護的でもある海洋の利用及び開発を実効的に推進することをも含む”<sup>(15)</sup> のである。

マクドーガル McDougal の優れている点は、政策課題が如何に正確に明示されても政策決定者が違えば各政策決定者の利害や思惑によって政策課題の解釈が異なってくることを明らかにした点にある。そこで彼は一般的に適用可能な追加の基準を考案し、解釈の相違を“合理性 *reasonableness*”の基づいて解決しようとした。その事情を彼は次のように説明している。

あらゆる形態の紛争にとって政策決定者が実際に発動し適用している基準は単純でありふれたものであるが、関連するすべての政策や変数を考慮して当事者双方に合理的 *reasonable* と判断される基準である。政策の意味を特定の条項や文言に照らして詳細に解明するために、政

策決定者は伝統的に国際司法裁判所に授權されたすべての法源に目を向けてきた。即ち、“一般又は特別の国際条約”だけでなく、“法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習”や“文明諸国家によって承認された法の一般原則 *general principles of law recognized by civilized nations*”さらには“判例及び諸国のもっとも優秀な国際法学者の学説”や“衡平及び善 *ex aequo et bono*”がそれである。<sup>(16)</sup>

要するに、マクドーガル McDougal は巨大な“共通の認識 *shared understanding*”を国際法すべてに適用することを鼓吹したのである。その結果は、国際法の伝統的な“法源 *sources*”を発動することによって正当化されると彼は考えたのである。このアプローチに関しては主観的適用の危険性が高いことがよく知られている。例えば、1955年の論説の中でマクドーガル McDougal は、“アメリカとその同盟国と自由世界社会の諸価値を守る前提として”同国が大気圏内核実験を実施することが“合理的に必要 *reasonable*”であると述べている。しかも彼は他国の行動を（特定して）考察することなくそう断定しているのである。<sup>(17)</sup>

マクドーガル McDougal が合理性 *reasonableness* に依拠したことは、本書が共通の利益 *common interests* の特性とそれが慣習法規の生成・発展・変更に貢献する能力について述べたところと似ている。<sup>(18)</sup> しかし、本書は明確な共通の利益が国家実行と関係なく決まるといっているわけではない。明確な共通の利益は常に、少なくとも部分的には、行動を通じて表明されると思われる。そうした形での共通利益の表明が、他の大半の国家も同様の利益を承認しており反対国がほとんど存在しないことを推定させるに足るものであれば、すべての国家実行を精査する必要は無いといえよう。そうであっても、それ以外の利益の特性に関して、又は国家実行に基づく規範の存在一般に関して諸国家間で紛争が発生したとき、国家や学者の解釈が法規の存否を決定するのではない。場合によっては、中立的な第三者が特定法規の存否の認定を求められることもある。その事情をマックギボン MacGibbon は次のように言っている。

請求が合理的であるという理由で容認されることはあるけれども、あらゆる場合に請求が合理性に基づいて正当と判断され認定されるわけではない。…合法性基準を適用できるのは中間管理層、高級官僚であって、争いのある実行に合法性 *legality* を最終的に付与する裁判所ではない。<sup>(19)</sup>



慣習国際法に関するマクドナルド McDougal の説明と本書のアプローチとの第2のもっと基本的な相違点は法的義務の役割について生じている。すでに指摘したとおり、ニューヘブン学派は純社会学的アプローチを国際法学に採り入れている。したがって、同学派は法的義務を考察の対象としていないのである。合理性は彼らの研究範囲に属するけれども、“法制定権力 power of rules”は彼らの研究から除かれているのである。彼らの視点では、法は政策決定過程での権威的支配力の行使の結果 product である。法が独立性を持つこともあれば持たないこともあるということになる。<sup>(20)</sup>

これとは対照的に、本書では国際法システム特に慣習国際法形成プロセスがどのようにして政策決定の結果に正当性 legitimacy を付与したり留保しているのかに焦点を当てた。ニューヘブン学派と異なり、本書は個別国家の立場を超えた普遍的視点から慣習国際法の基礎を考察したのである。そして本書では慣習国際法形成プロセスで規範が他の社会的産物と区別される法的特性 specificity をどのようにして獲得するのか、また、ニューヘブン学派が認めていない重要な形での権力行使がどうして法規範によって可能となるのかについて述べ、事実と規範を区別する立場をとった。

(注)

- (10) ニューヘブン学派の理論についての簡潔で総合的な説明を行っているものとしてライスマン Reisman (1992) を見よ。  
 (11) See Raman (1967) ; and Raman (1976) .  
 (12) ニューヘブン学派が明示する価値は権力、資格、富、技能、福祉、愛情、尊敬そして廉潔である。共通の利益ないし目的の中で最重要のものは“人間の尊厳 human dignity”の推進である。この理論の国際法の個別分野への適用については、例えば以下を見よ。McDougal and Feliciano (1961) ; McDougal and Burke (1962) ; McDougal et al (1963) ; and McDougal et al (1967) . ニューヘブン学派の理論 (学派独自の用語はほとんど使用していないのだが) の国際法全

体への適用についてはヒギンズ Higgins (1994) を見よ。

- (13) McDougal (1995) 356 – 7.  
 (14) See also, e. g. , Sur (1990) 1er cahier, 8 ; and Danilenko (1993) 75 – 129.  
 (15) McDougal (1955) 358.  
 (16) McDougal (1955) 359 (footnotes omitted) .  
 (17) McDougal (1955) 361.  
 (18) 本書第3部第9章第5節を見よ。  
 (19) MacGibbon (1957) 134.  
 (20) ヒギンズ Higgins は、“法が社会で機能する際の本質的要素である予見可能性はプロセスとしての法によって排除されない not” 旨をニューヘブン学派の論者としては最も強く主張している。Higgins (1994) 8 (emphasis in original) .

## 第2節 コスケンニーミ Koskenniemi に対する反論

第3章で、批判法学派の論者とりわけコスケンニーミ Koskenniemi が教科書的な国際法及び国際法定立過程での客観性・無拘束性・確定性の神話 myths を暴き、国際法システムが自己完結的でも政治的に中立でもないことを証明しようとしていることが示された。実際、コスケンニーミ Koskenniemi と彼の同調者たちは、国際法システムが、例えば、社会対個人や実定法主義対自然法主義といった自由主義イデオロギー固有の緊張関係に基づくことを指摘しているのである。<sup>(21)</sup>

この点に付き、本書では国家行動から国益を認定する手段として慣習プロセスを捉え、共通の法的認識や共通利益の特性が果たす役割を特に強調した。しかし、コスケンニーミ Koskenniemi は次のように自らの立場を要約している。

活発な国際法論議の火付け役はいつも国際法学者自身である。彼らは国際法が具体的で規範性の強い規範であることをいつも熱心に証明しようとしながら、国際社会の変化を理解できず弁明と理想論に陥り国際法の政治的

性格が際立つ結果を招いている。理論と現実の相違論は両者のジレンマをもたらしている。即ち、“実定法主義 positivism” / “自然法主義 naturalism”, “同意 consent” / “正義 justice”, “自治 autonomy” / “共同体 community”, “プロセス process” / “規則 rule” などの対立としてジレンマが現れ、こうした対立はとどまる気配を見せず、恒久的な解決のめども立っていない。その理由は、各論者の主張が国家実行を基準としてそれに近いか遠いかという点だけを言い争っているからである。<sup>(22)</sup>

この1節には指摘すべき点が多い。第1に、コスケンニーミ Koskenniemi は国際法形成プロセスと同プロセスの産物とを混同しているようである。両者は別個のもののはずである。例えば、慣習国際法形成プロセスは複雑であってその実態は多くの場合不明確であるが、同過程から生じた法規範は現実的で具体的である。その規範的価値は規範の存在と内容を証明しようとする理論家の影響力が小さくても減ずるものではない。本書では慣習国際法が生まれるプロセスを検証するために慣習法規を検討対象としているが、慣習法規は少なくともたいていの場合に実効的に確立し適用されていることを指摘したの

である。

第2点は慣習法規の生成・発展・変更に存する明白な共通利益の役割についての本書の説明に関連する。本書が指摘しているように、国家実行との乖離が特定法規に反映される国益の軽重に依存するならば、コスケンニエーミ Koskenniemi の弁解がましいユートピア的なジレンマは国際社会で表面化するシモンド Simmonds のいわゆる実定的・現実主義的緊張に他ならないのではなかろうか。<sup>(23)</sup> 慣習プロセスは、共通利益を認定しようとして必然的に極めて広範囲の国家間の相互作用に目を向けているのである。そうした相互作用の中には、比較的“主観的 subjective”で非“実務的 practical”なものもあれば、他に比して客観的に認定可能なものもあろう。共通利益を認定するためにさまざまな方法を用いることで、慣習プロセスは任意的・主観的・政治的性格を脱却して、社会構造に対応しているのである。コスケンニエーミ koskenniemi はこうした状況を国際法の一貫性の欠如であり政治的優位性の証拠であると捉えているが、本書は一般的法理論に関してはシモンズ Simmonds のアプローチを支持したい。シモンズは、コスケンニエーミとは対照的に、法システムが持つ複雑性を人間社会の真実の反映として受け入れ賞賛しているのである。<sup>(24)</sup>

さらに、コスケンニエーミ Koskenniemi の分析が本書が説く慣習プロセスの説明と一致しない第3の点があると思われる。本書は国家実行—法的信念 *opinio juris* という認識論のわなから抜け出すこと、即ち“謝罪とユートピア apology and utopia”<sup>(25)</sup> との緊張関係から抜け出すことを目指しているのである。本書は少なくとも説明上は一国際法の安定性と確定性を損なわずに、法的信念 *opinio juris* という伝統的に確立しているよう要素を排除できることを示そうとしたのである。

法的信念 *opinio juris* は、伝統的に2つの相互に密接に関連した機能を促進してきた。第1に、それは国家実行のうちで法的なものとしてでないものを区別するために用いられた。第2に、不確実な部分があるが、それは慣習国際法形成プロセスで国家の権力の乱用を抑制するためにも用いられてきた。要するに、国家は自己の行動が国際法上合法であることを確信したいがために、一部の国家実行が慣習プロセス上も重要であることを意味する法的信念を持ち出すのである。法的信念という基準は、慣習法規の生成・発展・変更に貢献可能な大量の国家実行を排除することで権力の濫用を規制し安定性と確定性を促進したのである。したがって、法的信念は一見したところ先進社会での本質的機能を果たしたのである。すなわち、それは社会の構成員に法システムの枠をはめることで社会構成員の行動を社会化し、短期的な国益秤量

ではなく合理的な将来予測に基づいて行動させることに成功したのである。

法的信念という伝統的要件の機能が排他的であるため、多くの学者は法的信念に代わる別の公式を提案して、国家行動の合法性を“明確化し articulate”ようとしたり、国家行動に合致する規範が発効することを願って国家行動の法的性格を吹聴したのである。<sup>(26)</sup> しかし、こうした他の公式でさえも国家権力の乱用を抑制しているのであって、慣習法規の発展・変更を望む国家はさらに公的な姿勢を採る必要があるといえる。

この視点から観ると、伝統的に理解されてきた慣習国際法形成プロセスは少なくとも相当程度安定的で確定的であったといえる。慣習プロセスは国家の主観的政治的決定をカムフラージュするものとするコスケンニエーミ Koskenniemi の非難は、伝統的な同意原則が適用されたり引用されたりするときは常に国家実行と法的信念 *opinio juris* という2要素間に比重の変動が生じていたときなら当てはまるといえよう。確かに、法的信念 *opinio juris* がある程度の慣習法規の安定性と確定性を保証するかしないかにかかわらず、慣習法規の確定性の程度が関係国の意思に依存すると考えると、本質的に安定した確定要素も政治的選好によって覆される可能性はある。

他の諸学者が提示したいろいろな概念の中で国家の行動を2つのカテゴリー—国家実行としての行為と法的信念 *opinio juris* の証拠としての声明—に分けるダマト D'Amato とヴォルフク Wolfke が採っているアプローチだけは認識論のわなから抜け出してコスケンニエーミ Koskenniemi の批判をかかわることができる。しかし、本書第8章で述べたとおり、ダマト D'Amato 及びヴォルフク Wolfke のアプローチは別の理由で受け入れがたい。<sup>(27)</sup>

本章では、いろいろな状況で態様が変わる国家実行の法的性格の有無についてのハッゲンマッヒャー Hagenmacher の提案に従い、法的信念 *opinio juris* を分権的合意であり共有された認識であると理解して、認識論のわなに陥ることを避けている。<sup>(28)</sup> この概念の下で、2つの要因が働いて慣習法の比較的高い安定性と確定性が成立する。第1に、法的な認識が共有されることで、大抵の場合、機会主義的な慣習法規の短期的変更の願望が抑止される効果が大いということである。どんな場合でも共有されている認識の内容を立証することは難しいものであるが、その認識は共通の“概念的宇宙 conceptual universe”の一部であるために比較的安定した内容を持っている。こうした固有の社会的側面のおかげで、共通の認識は個別国家や国家集団による短期的操作があってもその影響からまぬかれているのである。

第2の要因は、そしてこれが第1の要因よりも重要な

のだが、本書第2部で述べたように、慣習プロセス内での一共通の法的認識に基づくレジームないし制度 institution としての一権力行使が多数の基本的な国際法原則によって正当化されていることである。こうした諸原則があるために、慣習法規が短期的な政治的思惑から生まれ

たとはどうしてもいえないのである。だからこそ、基本的国際法原則があるために国際法学者は一国際法学者として一コスケンニーミ koskenniemi が国際法の矛盾と不安定性の根源と考えた権力という要因の効果を考察できるのである。

(注)

(21) 本書第1部第3章第3節を見よ。

(22) Koskenniemi (1990b) 8.

(23) See Simmonds (1991). シモンズ Simmonds については本書第3部第9章脚注(21)で引用されている彼の見解をも見よ。

(24) See Simmonds (1991).

(25) 認識のわな epistemological circle については本書第3部第8章第3節を見よ。

(26) 本書第3部第8章第1節後半部を見よ。

(27) 本書第3部第8章第2節前半部を見よ。

(28) 本書第3部第8章第3節後半及び第9章序文前半を見よ。

### 第3節 学際的試み

本書が立証しようとしたのは、慣習国際法形成プロセスが国際関係論の研究者がレジームや制度 institution とみなしているものであり、同プロセスが国家による権力行使を慣習法上の義務に変換することであった。本書はさらに、十分に確立した一般慣習法規がどのようにして慣習プロセス内で権力行使を正当化するかをも解明しようとした。

本書の説明は長年多くの国際関係論の研究者が主張してきたことを確認している。<sup>(29)</sup> レジームや国際制度 international institutions は大変重要であり、それらがお互いにどのように協同し国家行動に影響を及ぼしているかを研究することは、有益で必要な試みである。

大半の国際関係論の研究者が慣習国際法形成プロセスや他のほとんどの非公式なレジーム及び制度を考察していないのはやや驚きである。こうした非公式のレジームや制度は国際社会の不可欠な構成部分であり、諸国家はこれに基づいて国益を保護し促進するとともに、他国の行動を規制しているのである。実際に、慣習国際法形成プロセスは国連を含む他のいかなる形式的レジームや国際制度にもましてカバーする範囲は広く国際社会にとって基本的重要性を有する。

本書では、慣習国際法の生成・発展・変更に関与する権力がどのような役割を果たしているのかを詳細に検討した国際法学者がほとんどいない理由をも探求した。その理由として、判事や法律家は必然的に法規の存在やその内容の認定に焦点を絞っていること、判事や法律家が権力の役割を考察すれば法規の認定の際に有力国家とそうでない国家に分類されることを国際法学者が恐れていること、権力の役割を考えれば国際法の安定性と確定性が問題となることが指摘できよう。別の有力な要因として国際法学

者に国際関係学の方法論的・概念的ツールの知識が欠けていることを指摘することができる。いずれにしても、国際法と国際関係学が共同作業を通じて慣習国際法形成プロセスのようなレジームや制度を理解すべきときに来ている。

学際的方法が有益であることは多くの分野で証明されている。例えば、権力と義務は外交交渉や条約の解釈の分野で有効に機能すると思われる。これら2つの要因がどのように相互作用しあって条約交渉の当事者である国際主体に影響を及ぼすのか？また、これらの要因がその後どのように条約内容を条件付けるのか？こうした疑問に対しては、国際法に加えて国際関係学に依拠してのみ適切な解答が導かれると考えられている。セッティア Setear が条約法にゲームの理論を適用しようとしたのは、こうした複合的分野を学際的に理解するための第1歩に過ぎないのである。<sup>(30)</sup>

人道的干渉 Humanitarian intervention も学際的研究が効果を発揮するテーマである。人道的理由に基づいて他国領域に干渉することは、たいていの場合、全面的にとは言えなくとも基本的には、政治的・道徳的理由に基づいている。しかし、人道的干渉は常に条約や慣習国際法規の枠組みの中で決定されている。人道的干渉に関する多数の研究が国際法及び国際関係学の研究者によって報告されているが、特定の事態の下での政治的・道徳的及び法的要因が相互にどのように影響しあうかを統一的に分析すれば、人道的干渉の決定と遂行の実態が大いに解明されるであろう。

学際的アプローチはさらに国際紛争解決の研究に貢献しているようである。国家間の紛争が裁判に付託される例は比較的少ない。しかし、国際法が事実上すべての紛争の要素になっている。国家がどのようにして紛争を解決するか、また、なぜケースバイケースで紛争解決方法



を選択するのか、これらは政治的かつ法的性格の考察を要する問題なのである。したがって、権力と国際法の相互作用に関する詳細な検討がここで必要になる。<sup>(31)</sup>

学際的試みは国際関係学と国際法との中途半端な統合のレベルで中絶してはならない。歴史学や経済学、そして社会学、言語学、神学のような他の学問分野も国際社会の総合的研究に有益であろう。慣習国際法の関連で1つだけ例を挙げると、諸国家の伝統がそれぞれ異なり、世界情勢に対して抱く諸国家の自己能力の認識がそれぞ

れ異なることもあって、慣習プロセスに対する貢献度が国によって異なることである。

もし我々の社会を生み出し変化させる複雑なプロセスを十分に理解しようとするならば、ミルズ Mills のいわゆる“社会学的想像力 sociological imagination” の概念を用いる必要があるといえる。<sup>(32)</sup> 社会を全体的に観察・研究し、さまざまな学問分野の示唆・伝統・方法論を導入して始めて、われわれを取り巻いている複雑な社会的、政治的・法的環境 milieu を理解する道が開かれるのである。

(注)

(29) 本書第1部第2章第1及び2節を見よ。

(30) Setear (1996) . 本書第1部第1章第2節後半部を見よ。

(31) この提言を支持する著作としてブロンリー Brownlie (1988) を見よ。

(32) See Mills (1959) . 国際関係学内部からミルの理論を再生する試みがある。See Rosenberg (1994b) .

#### 第4節 “現実主義的 realist” 仮説の再検

本書では国際法の4原則が慣習プロセスでの権力行使をどういう風に正当化するかを検証した結果、慣習法規の生成・発展・変更が厳格な意味で政治的性格のもので法的性格のものでないことが明らかになった。この立証によって本書は慣習プロセスについてまず共益を認定してしかる後、規範によってそれを保護・推進するレジームであり制度であると説明したわけである。そして、共通の法的認識の集積で法的信念 *opinio juris* が形成されるという理論が、慣習プロセスを国際社会内部のレジームであり制度であるとする発想に基づいているのである。こうした理解の仕方は、必然的に社会的性格を帯びると思われるが、類似のレジームや制度を説明する際にも必須のものであろう。<sup>(33)</sup> 慣習法規がそれぞれ可変性の度合いがなぜ異なっているのかという問題に対する解説と同様、顕著な共通利益に対して本書が認定している役割も同様の理解に基づいているのである。

もし諸国家間の権力関係が慣習国際法形成プロセスで一定の役割を果たすならば、慣習プロセスが一部の学者が主張するような完全に中立的で手続的に客観的なメカニズムであるとは到底いえないであろう。むしろ、慣習国際法規は各国家がそれぞれのやり方で一般的規範の生成・発展・変更に寄与する相互作用の展開プロセスの結果なのである。しかし、相互作用の展開過程の一部としてしばしば不均等な形で現れる国家の寄与は、諸国家自らの創造物たる国際社会で実現し評価されている。したがって社会的不平等は主権平等原則と直接に作用しあって、社会の自己規制プロセスを生み出しているのである。

このような社会プロセス、この場合は慣習国際法の社

会的動態は、伝統的な実証的方法では説明が不可能ではないにしてもかなり困難である。これを説明するには、制度 institutionalism ・共通認識 shared understanding ・社会的目的・相対的不変性などの社会科学系の概念を使う必要がある。そして、“規範法 law as norm” 学に戻って初めて、慣習国際法形成過程での権力と義務の相互作用の全体像が説明できるのである。

本書の立場から言うと、こうした学際的アプローチの最重要の帰結の1つとして、同アプローチによって本書の“現実主義的 realist” 仮説が損なわれるという点を指摘しなければならない。本書第1章で3つの主要仮説が提示されていたことが思い出される。その第1の仮説は、国家が国際レベルで行動する唯一とはいえないまでも最重要の行動主体であることである。第2の仮説は、国家が自ら同意した国際法規によってのみ拘束されるということである。そして第3の仮説は、国家は多かれ少なかれ利己的な存在であるということである。しかし、これらの仮説が“国際社会の構造的変化やそれに対するわれわれの認識に合致させるべく後日放棄され又は修正されることのある分析手段”<sup>(34)</sup> として提示されたのである。慣習国際法形成プロセスを解明するためにこれら3つの仮説を用いてきたが、今や、これらの仮説を再検討すべき時に来ている。

第1の現実主義的仮説—静態的仮説—は、学際的手法を取り入れて社会学的分野を全体として考察しようとするれば、当然問題とならざるを得ない。国際関係学や国際法学のような知的分野の研究対象は国家に限定されているか少なくとも国家レベルでの問題に絞られているが、社会学や言語学や経済学、そして歴史学や神学のような学問分野の研究対象に限定は無い。言語に国境はないし、

文化・宗教・民族集団・多国籍企業そして為替投機にも国境はない。歴史的視点に立てば、国家や自由市場の概念でさえも、現代世界の比較的新しい偶発的創造物であると見ることができるのである。<sup>(35)</sup>

同様に、国家内部の政治プロセスの展開に直面して、あるいは各国国内の個人や其の他の下部行為主体相互間の政治プロセスの展開に直面して、静態主義的仮説を維持することはますます困難になっている。慣習国際法に関して唯一例を挙げるとすれば、慣習プロセスへの国家の参加能力は武力の行使に関して日本やドイツに観られるような国内の政治的制約を時として受けるのである。

もっと言うと、法的視点から生態的仮説を立てることは可能であろうが、その仮説は法と対立する権力を考察したとき維持しがたくなる。国家 statehood は国際法システムの構造的な概念であって、当該システムの中での法的権利・義務及び権限の象徴的保持者なのである。国家を法的権力の唯一の保持者とみなすことで、国際法学は広義の権力に関する論議を回避してきたし、国家がどの程度他の権力・支配・意思決定単位を代表できるのかという問題にも答えてこなかった。やや皮肉な言い方をすると、国際関係学の伝統的理論の起源は、象徴的国家論を保全して経験的に重要な非国家主体を排除してきた国際法学にあるといえる。

この最初の生態的仮説が正当性を失うならば、後続の2つの現実主義的仮説—国家は自らが同意した国際法規に拘束されるだけであり、国家は大なり小なり利己的行動を執るものであるとの仮説—も少なくとも不適切な仮説ということになる。この2つの仮説は第1の仮説を基礎にして国家に限定されている。これら3つの仮説には、個人や集団やその他の非国家主体が慣習国際法形成にどのように関与するのかを真剣に考察する姿勢がほとんど窺われないのである。静態的視点に立つ伝統的な現実主義理論は、他の学問分野に立ち入るための黙示的機能を果たしてくれる非国家主体・要因についてあまり考察していないのである。

しかし、国際社会に関する“現実主義 realist”理論が静態的でなければならず研究範囲を限定しなければならない理由は見出しがたい。現実主義は特にあるがままに事物を描写しようとするが、それこそが学際的アプローチが目指すテーマでもある。下部国家レベルでの非国家行為主体や国際的要因を論ずる理論が発展しても、今日の国際社会のあるがままの姿を全方位的に解明しつくせるとは限らない。

国家は国際法システムの中で断然最重要の行為主体であって慣習法規の生成・発展・変更プロセスの最重要の参加主体でもあり続けている。その1つの原因は国家が

自力で自らのために国際法システムを構築してきたことにある。したがって、そのプロセスが最近どういう風に機能しているかについての説明は完全な国際法主体たる国家間の相互作用に絞って検証することで正当化されるはずであるし、本書の目的もまさにそこにあったわけである。

今日の慣習国際法形成プロセスで非国家行為主体が時に重要な役割を演ずるといわれる。本書第5章で論じたとおり、非国家行為主体は大半の国家実行の動機付けとなる国内の政治的社会的圧力を生み出すだけでなく、時には非国家主体の存在を前提とした形で国家は慣習プロセスに参加してくるのである。

さらに大切なことは、国際法システムの通有的な静態性が国家やそこで生活する個人や集団に対して正義を実現しているかどうか不明なことである。“国際法は国家に特権を付与することで国内外という公私の区別を父権的・抑圧的に確立してきた”<sup>(36)</sup>というライト Wright の意見に反論し難いところがある。内戦が大体において国際法の規制外におかれている事実こそ国家の名の下に不公正が許容され恒久化している好例というべきである。

もっとも大切なことは、国際法システムの静態的性格自体が変化しようということである。本書は、実際の慣習国際法形成プロセスで権力が重要な機能を営んでいることを証明することで、国家が事前の明示の同意を与えた上で慣習プロセスに服しているわけではないことを明らかにした。むしろ、国家は個別“主権者 sovereign”の主体的意思とほとんど関係の無い非公式かつ広範な社会的プロセスに長期的に参加しているがゆえに慣習法規の拘束を受けるのだといえる。本書は、最強の国家でさえも実際には新たな慣習法規に無期限に執拗な反対を繰り返すことができずそれを望んでもいないことを証明したのである。それと同時に本書は、十分に確立した慣習法規がさらに発展する過程で国家による権力行使が正当化されることを証明した。

慣習国際法形成プロセスが国際関係論の研究対象となるレジームもしくは制度であり、法的信念 *opinio juris* が個別状況下での行動の法的意味についての共通認識であるならば、国際法システムで国家が占める優越的地位は偶然的なものということになる。アロット Allott が説いたように、いつの日か国際社会から国際法システムがもぎ取られて全人類の理想的秩序の成立を促し再建する法システムが取って代わる可能性はある。<sup>(37)</sup> アロットの考えの複合的意味は十分な考察が必要であるが、“国際システム自体は人間の心の中で作り上げられた思想体系に過ぎない”という彼の指摘は一定の説得力を持っており注目すべきである。<sup>(38)</sup> いやしくも国際システムが人間の思

想の産物であるならば、国際システムの変更は可能であるといわなければならない。国際法システムの明徴化に国家が関与し、重要な役割を果たしている事実は、こうした洞察に基づいている。そしてその事実も、国家の実態の源泉たる人間によって修正されたり無視されたりしてきたのである。

国際システムがますます連邦国家に近づきさまざまなレベルの統治機構に相応の権限が付与されていく可能性はある。ヨーロッパや北米などでの地域統合の試みは、世界貿易の自由化の拡大と並んで、この方向への一般的傾向を暗示するものといえよう。

こうした状況下で、国家の内部要因が国際社会の“共有された概念的宇宙 shared conceptual universe”の認定及び国家その他の国際行動主体の行動様式の決定にますます重要な役割を演ずることになる。本書は分析手法として生態的仮説を採用しているけれども、国際社会の動態的性格によってこうした仮説は分析手段として不適切なものになるかもしれない。国際法や国際関係論の文献の最近の内容はこうした変化を明らかに予見したものになっている。<sup>(39)</sup>

慣習国際法に関する本書の説明はそうした結論を導き出すためのものであった。例えば、“権力 power”は本書で他国の行動様式を直接に支配し左右する国家の能力として理解されている。現在、そうしたアプローチは少なくとも慣習プロセスの枠内 *within* で正当化されている。しかし、国際社会が変わろうとするときには、“権力

power”が非法律的な形を含めて広く適用され行使されている。非法律的権力を慣習プロセスでの重要要因と認識したほうが正解であろう。なぜなら、非法律的権力は必ずしも静態的概念ではないからである。実際に、慣習国際法形成プロセス外で *outside* 多国籍企業のような非国家主体の大半が行使している権力は事実上国際的性格を持っているわけである。

本書の冒頭でも、権力が富や軍事力を含めて多くの源泉から発生していることが述べられた。一般的に権力は国際社会に存在するほとんどすべての要素から発生している。今日の慣習プロセスで最重要の権力源は諸国家の経済的軍事的能力であり国際法上の法的義務であるけれども、各種権力源の相対的比重は容易に変化することも考えられている。万が一にも国際法の国家中心的性格が修正されることがあれば、各種権力源の比重も変わらざるを得なくなろう。

慣習国際法形成プロセスに関する学際的アプローチは、同プロセス自体の変化の可能性を促すためにも各種権力源の相対的比重の変化の可能性を前提としていなければならない。もしわれわれが国際社会の複雑さに目を見開くならば、国際社会の不定性だけでなく国際社会の将来に対する決定権を我々が持っていることにも気づくはずである。そういう認識の下に行動する 때가来たのである。しかし、それにもかかわらず、慣習国際法形成プロセスが国際法や国際社会を保全し再生し、自立的に発展していく結果になるかもしれない。

(注)

(33) 本書第1部第2章第1節及び第3部第9章冒頭部を見よ。

(34) 本書第1部第1章第1節後半を見よ。

(35) See Rosenberg (1994a) .

(36) Wright (1993) 134.

(37) See Allott (1990) .

(38) Allott (1990) xv-xvi.

(39) See Hobe (1997) ; 本書第1部第1章脚注(45)引用文献及び第3部第8章脚注(58)引用の認識上の社会に関する文献を見よ。

巻末 参考文献及び索引 省略 (訳者)



