

国際法 (1)

International Law (1)

マルコーム＝ショー Malcolm N. Shaw 著
稲原泰平 Yasuhei Inahara 訳

本書を我が妻ジュディース Judith と我が母ポーレット Paulette に、そして今は亡き父ベン＝ショー Ben Shaw Cbe 及び義母デニース Denise Axelrod に献げる。

序文

本書は、1977年に初版本を公刊してから第三版を数える。本書は、1986年の第二版以後の国際社会の加速度的変化とそれが国際法に及ぼす不可避影響を考慮して、全面的に改訂された。脆弱な構造の地球が汚染の脅威にさらされ、それに対して国際組織法的対策も採られているので、国際環境法 International Environmental Law に関する章を新たに設けることとした。その他、人権法、管轄権免除 jurisdiction immunities, 武力の行使等の重要分野で加筆することもできた。ついでに申し述べると、条約一覧表が今回初めて本書に組込まれた。

本書では前述した国際関係の急激な変質が強調されているが、それはソ連のクー＝デタの失敗とその後の同国既存政治構造への反作用を観て本書の改訂を決意したからである。ソ連が単一国家として生き残るか、複数の独立国家に分解するか、はた又、何らかの修正された合意の枠内で存続するのか、云迄のところ見通しは立っていない。確かなのは、これらの変化が近年の国際関係一般そして特に国際法に及ぼす影響が、極めて重要なものになりそうだという事である。

筆者は、第二版の序文で表明したグロチウス出版社への感謝の気持ちを改めて申し述べたいと思う。同社のスタッフの方々と共働作業をして彼らの専門的意見や熱意そして品格に接し得るのは、今も私の喜びとするところである。特にロビン＝ピリー氏 Mr. Robin Pirrie の御助力と御好意に感謝申し上げると共に、原稿の整理・編集・校閲という厄介な仕事を引受けて下さったジョン＝アドラム氏 Mr. John Adlam の貴重な御努力を忘れる訳にはいかない。更に、英帝国令指令職 CBE であり王室弁護士 QC でもありケンブリッジ大学国際法研究センターの理事でもあるローターパクト卿 Mr. Eli Lauterpacht から、本書の公刊に当たり格別の励ましと御援助を賜った。

私の同僚達も、個々に名記し得ない程数多く、助言や示唆を与えてくれ、本書第三版の完成に手を貸してくれた。このことを非常に嬉しく思うけれども、本書完成後の全責任はひとえに私にあることを再確認しておきたいと思う。又、ライセスタ大学調査局から助成金を受けたことに謝意を表したいと思う。

妻のジュディース Judith は、入念且つ献身的に予備資料を準備し、更には索引を作成してくれた。彼女と我が子タリア Talia, イラン Ilan, ダニエラ Daniella に大いに感謝しなければならない。彼女達のおかげで私は仕事に打込めたのであるが、その結果蒙った心理的苦痛に対して、彼女達は心遣いと愛情を以って忍んでくれた。彼女達の支えが、本書の不可欠な基礎となっている。

マルコーム＝ショー

ライセスタ大学法学部

1991年夏

条約一覧

- 1648年 ウェストファリア条約 Peace of Westphalia
- 1794年 米英間ジェイ条約 US-UK Jay Treaty
- 1818年 英米条約 UK-US Treaty
- 1842年 南京条約
- 1860年 北京条約
- 1864年 戦地にある軍隊の傷者の状態の改善に関するジュネーヴ条約 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the field
- 1878年 ベルリン条約
- 1884年 海底電線の保護に関する条約 Convention for the Protection of Submarine Cables
- 1888年 コンスタンチン条約
- 1898年 中英条約
- 1899年 ハーグ諸条約
- 1907年 ハーグ諸条約
中米司法裁判所設置条約 Treaty Establishing the Central American Court of Justice
- 1912年 フェズ条約 Treaty of Fez
- 1919年 国際連盟規約 Covenant of the League of Nations
パリ国際航空条約 Paris Convention for the Regulation of Aerial Navigation
サン＝ジェルマン条約 Treaty of St. Germain
ベルサイユ条約 Treaty of Versailles
- 1922年 サウジアラビア＝クウェート条約
上部シレジア条約 Upper Silesia Convention
- 1923年 アメリカ＝メキシコ一般請求権条約 US-Mexico General Claims Convention
- 1925年 ジュネーヴ議定書
- 1926年 国有船舶の免除に関するブリュッセル条約 Brussels Convention on the Immunity of State-owned Ships
奴隷禁止条約 Slavery Convention
- 1928年 パリ規約 Pact of Paris
- 1929年 米州仲裁々判一般条約
ラテラノ条約 Lateran Treaty
国際航空運送に関する若干の規則の統一に関するワルシャワ条約 Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by air
- 1930年 国籍法の抵触に関するハーグ条約 Hague Convention on the Conflict of National Laws
- 1933年 国家の権利義務に関するモンテビデオ条約 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States
- 1936年 モントルー条約 Montreux Convention
- 1937年 テロリズムの防止及び処罰に関する条約 Convention for the Prevention and Punishment of

- Terrorism
- 1944年 ドイツ管理機構協定 Agreement on Control Machinery in Germany
シカゴ国際民間航空条約 Chicago Convention on International Civil Aviation
シカゴ国際航空業務通過協定 Chicago International Air Services Transit Agreement
シカゴ国際航空運送協定 Chicago International Air Transports Agreement
- 1945年 国際軍事裁判所条例 Charter of the International Military Tribunal
国連憲章 Charter of the United Nations
平和諸条約
国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice
- 1946年 国連の特権及び免除に関する条約 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations
英米バーミュダ協定 UK-US Bermuda Agreement
- 1947年 専門機関の特権及び免除に関する条約 Convention on the Privileges and Immunities of the Specialised Agencies
関税及び貿易に関する一般協定 General Agreement on Tariffs and Trade
米州相互援助条約
対イタリア講和条約
ブルガリア・ハンガリー及びルーマニアとの講和条約
国連本部協定
- 1948年 紛争の平和的解決に関するアメリカ条約
米州機構憲章 Charter of the Organisation of American States
航空機内での権利の国際的承認に関する条約
集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide
- 1949年 ジュネーブ赤十字諸条約 Geneva Red Cross Conventions
北大西洋条約機構条約 NATO Treaty
改訂一般議定書 Revised General Act
- 1950年 欧州人権条約 European Convention on Human Rights
仏越協定 Franco-Vietnam Agreement
- 1951年 難民の地位に関する条約 Convention Relating to the Status of Refugees
軍隊の地位に関する NATO 協定 NATO Status of Forces Agreement
- 1952年 外国航空機により地上の第三者にもたらされた損害に関するローマ条約 Rome Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface
- 1954年 海水油濁防止条約
無国籍者の地位に関する条約 Convention Relating to the Status of Stateless Persons
戦時における文化財保護に関するハーグ条約 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in Time of Armed Conflict
- 1955年 1929年ワルシャワ条約の議定書 Protocol to the 1929 Warsaw Convention
- 1956年 欧州国籍条約 European Convention on Establishment
米＝ニカラグア友好通商航海条約
- 1957年 既婚女性の国籍に関する条約 Convention on the Nationality of Married Women
紛争の平和的処理に関する欧州条約 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes
ローマ条約
- 1958年 大陸棚条約
漁業及び生物資源保存に関する条約
公海条約
領海及び接続水域に関する条約 Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone
- 1959年 南極条約 Antarctic Treaty
米仏国籍条約 US-France Convention on Establishment
- 1960年 核エネルギー分野での第三者責任に関する OECD パリ条約 OECD Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy
ユネスコ教育差別禁止条約 UNESCO Convention against Discrimination in Education
- 1961年 欧州社会憲章
国籍取得に関する選択議定書 Optional Protocol on Acquisition of Nationality
外交関係に関するウィーン条約 Vienna Convention on Diplomatic Relations
- 1962年 原子力船運行者の責任に関するブリュッセル条約 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships
教育差別禁止条約の特別議定書 Special Protocol to the Convention against Discrimination in Education
- 1963年 1960年の OECD パリ条約を補充するブリュッセル条約
アフリカ統一機構憲章 Charter of the Organisation of African Unity
原子力損害の民事責任に関する IAEA ウィーン条約 JAEA Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage
北欧相互援助協定 Nordic Mutual Assistance Agreement
核実験禁止協定 Nuclear Test Ban Treaty
航空機内で行なわれた犯罪及び若干の他の行為に関する東京条約 Tokyo Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft
領事関係に関するウィーン条約 Vienna Convention on Consular Relations
- 1964年 欧州漁業条約
- 1965年 凡ゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
投資紛争処理条約 Convention on the Settlement of Investment Disputes
- 1966年 アーデン原子力発電所に関する仏＝ベルギー協定 France-Belgian Agreement on Ardennes Nuclear

- Power Station
市民的・政治的権利に関する国際規約 International Covenant on Civil and Political Rights
経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
モンテリオール条約
市民的・政治的権利に関する国際規約の選択議定書 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights
- 1967年 1948年 OAS 憲章のブエノス・アイレス議定書 Buenos Aires Protocol to 1948 OAS Charter
宇宙条約
1951年の難民条約の議定書
- 1968年 宇宙飛行士送還協定
戦争犯罪及び人道に対する罪に対する時効不適用に関する条約 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity
核不拡散条約 Nuclear Non-Proliferation Treaty
- 1969年 油濁損害の民事責任に関する条約 Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage
特別使節に関する条約 Convention on Special Missions
米州人権条約 Inter-American Convention on Human Rights
公海油濁事故調停に関する国際条約 International Convention relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties
条約法に関するウィーン条約 Vienna Convention on the Law of Treaties
- 1970年 離婚及び離縁の承認に関するハーグ条約 Hague Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations
航空機の不法奪取の抑止に関するハーグ条約 Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft
- 1971年 核物質の海上輸送分野での民事責任に関する条約 Convention Relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear Material
油濁損害補償のための国際基金設立に関する条約 Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage
1929年のワルシャワ条約のグアテマラ議定書
民間航空の安全に対する不法行為の抑止に関するモンテリオール条約 Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation
船舶及び航空機による海洋投棄汚染の防止に関するオスロ条約 Oslo Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft
ベルリン四箇国協定
- 1972年 宇宙物体に起因する損害の国際責任に関する条約 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects
細菌学的兵器禁止条約 Convention on the Prohibition of Bacteriological Weapons
欧州国家免除条約 European Convention on State Immunity
廃棄物投棄による海洋汚染の防止に関するロンドン条約 London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft
世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約 UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage
- 1973年 船舶起因汚染防止条約
国家代表等に対する犯罪防止条約 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons
アパルトヘイト罪の抑止及び処罰に関する国際条約 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid
電気通信条約 Telecommunication Convention
- 1974年 バルチック海の海洋環境保護に関するヘルシンキ条約 Helsinki Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea
北欧環境保護条約 Nordic Convention on the Protection of the Environment
陸上起因海洋汚染を防止するためのパリ条約 Paris Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources
- 1975年 国際機構に関係のある国家代表に関する条約 Convention on the Representation of States in their Relations with International Organisations
欧州安全保障協力会議最終議定書 Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe
1929年のワルシャワ条約のモンテリオール追加議定書 Montreal Additional Protocols to the 1929 Warsaw Convention
- 1976年 地中海汚染防止のためのバルセロナ条約 Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution
- 1977年 1949年ジュネーヴ赤十字条約の追加議定書 Additional Protocols to the 1949 Geneva Red Cross Conventions
環境変改技術の禁止に関する条約 Convention on the Prohibition of Environmental Modification Techniques
パナマ運河条約
英米バーミュダ第二次協定
- 1978年 アメリカ商業航空条約 American Convention on Commercial Aviation
海洋環境汚染防止のための地域協力クウェート条約 Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Marine Environment from Pollution
1952年ローマ条約のモンテリオール議定書
スイス＝ドイツ協定
条約の国家承継に関するウィーン条約 Vienna

- Convention on the Succession of States in Respect of Treaties
- 1979年 オーストラリア＝パプアニューギニア領海画定条約 Australia-Papua New Guinea Maritime Boundaries Treaty
女性差別撤廃条約 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
広域越境大気汚染に関するジュネーヴ条約 Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution
人質をとる行為に関する国際条約 International Convention against the Taking of Hostages
イスラエル＝エジプト平和条約
月協定
米中請求権処理協定 US-China Claims Settlement Agreement
- 1980年 南極海洋生物資源保存条約 Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources
通常兵器条約
東カリブ海諸国機構設置条約 Treaty Establishing the Organisation of Eastern Caribbean States
- 1981年 人間及び人の権利に関するバンジュール憲章 Banjul Charter on Human and Peoples' Rights イギリス＝フィリッピン投資協定
英米麻薬輸送船協定
- 1982年 深海底複合鉱物に関する暫定取極に関する協定 Agreement Concerning Interim Arrangements Relating to Polymetallic Nodules of the Deep Seabed
国際錫協定（第6次）
海洋法条約
- 1983年 カナダ＝デンマーク海洋環境協力協定
英仏協定
国有財産・公文書・国家債務の国家承継に関するウィーン条約 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts
- 1984年 深海底の採鉱に関する暫定了解 Provisional Understanding Regarding Deep Seabed Mining
拷問及び他の残虐で非人道的な品位を汚す待遇又は刑罰を禁止する条約 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
1944年シカゴ条約のモントリオール議定書
中英協定
- 1985年 多国間投資保証機関設立条約 Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency
1979年ジュネーヴ汚染防止条約のヘルシンキ議定書
拷問を防止し処罰するための米州条約 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture
オゾン層保護に関するウィーン条約 Vienna Convention for the protection of the Ozone layer
- 1986年 船舶登録条件に関する条約 Convention on Conditions of Registration of Ships
国家と国家機構との間の条約に関する条約 Convention on Treaties Between States and International Organisations フランス＝ニュージーランド協定
1974年パリ条約の議定書単一欧州議定書 Single European Act
相互の金銭及び財産請求権処理に関する英ソ協定 UK-USSR Agreement on Settlement of Mutual Financial and Property Claims
原子力事故援助条約 Vienna Convention on Assistance in Cases of Nuclear Emergency
原子力事故の早期通報に関する条約 Vienna Convention on Early Notification of a Nuclear Accident
- 1987年 深海採掘鉱区に関する実務上の問題を解決するための協定 Agreement on the Resolution of Practical Problems With Respect to Deep Sea Mining areas
拷問及び非人道的で品位を汚す待遇又は行罰を防止するための欧州条約 European Convention For the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment
オゾン層に関するモントリオール議定書
英中財産請求権処理協定
イギリス＝ハンガリー投資協定
- 1988年 米州人権条約に対する経済的社会的文化的権利の追加議定書 Additional Protocol on Economic, social and Cultural Rights to the Inter-American Convention on Human Rights
海上航行の安全を害する不法行為の抑止に関する条約 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation
南極鉱物資源活動の規制に関する条約
欧州越境テレビジョン放送条約 European Convention on Transfrontier Television
アフガニスタンに関するジュネーヴ協約 Geneva Accords on Afghanistan
1960年パリ条約と1963年ウィーン条約の共同議定書
1971年モントリオール条約のモントリオール議定書
1979年ジュネーヴ汚染防止条約のソフィア議定書
- 1989年 欧州安全保障協力会議に関するウィーン会議最終文書 Concluding Document of the Vienna Conference of the Conference on Security and Co-operation in Europe
子供の権利条約 Convention on the Rights of the Child
市民的政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書 Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights
英ソ二国間投資条約
- 1990年 1987年モントリオール議定書の調整及び改訂 Adjustments and Amendments to the 1987 Montreal Protocol
欧州安全保障協力会議のパリ憲章 Charter of Paris of the Conference on Security and Co-operation in

Europe

欧州安全保障協力会議の人間の側面に関するコペンハーゲン会議の最終文書 Concluding Document of the Copenhagen Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Cooperation in Europe

国際油濁防止条約 International Convention on Oil Pollution Preparedness

ドイツの経済的・通貨的・社会的連合に関する国家条約 State Treaty on German Economic, Monetary and Social Union

ドイツ統一に関する国家条約 ドイツに関する最終規定についての条約 Treaty of Final Settlement with regard to Germany

1 国際法の性質と発達

洞窟からコンピューター迄人類の連綿たる歴史の中で、法思想—人類の正しく安定した生存にとって秩序は必要であり混乱は有害であるとの思想—は常に中心的役割を演じてきた。大小強弱を問わず、全ての国家はそれぞれ独自の立場で社会秩序の基本的諸原則を定立して自己の発展を図ってきた。何ができて何ができないのか、つまり許容される行為と禁止される行為について、社会意識に従って悉に書き記された。社会の進歩が不可解な大躍進を示すときはいつも、狩猟や食物栽培や単なる金儲けの場合を含めて共通の目標を追求するために結合した男女の集団がその基礎にあった。

法こそ、社会の構成員を糾合して公認の価値基準 recognised values and standards を遵守せる要素である。法は個人に対して各自の法的権利義務関係を契約締結等の方法で創設することを認める点で任意的性格をもつとともに、法的規則違反者を処罰する点で強制的性格をも有する。法はみずからが通用する社会の行動を規制すると同時にその社会の思想的傾向をも或る程度反映する。

そこで所謂国際法に関して言えば、その主要な主体が個人ではなく国民国家 nation-states である点が国内法との重大な相違点である。一国内の法（国内法 municipal law）と国家及び国際機構等の外部で且つそれ相互間で作用する法との間に多くの対立点がある。

国際法 international law 自体は、法の衝突 conflict of laws（又は国際私法 private international law と呼称されることもある）と国際公法 public international law（通常は国際法 international law の語が用いられる）とに大別される。前者は、特定の法秩序の内部で within、何らかの国外的要素により、外国法の適用や外国裁判所の機能に関して問題が生じざるを得ない事件を扱う。⁽¹⁾ 例えば、二人のイギリス人がフランスで、パリに所在する商品の売買契約を締結したとき、イギリスの裁判所は当該契約の合法性 validity の判定にフランス法を適用することになる。之とは対照的に、国際法は単に一国の法秩序の付加物ではなく、全く別個の法秩序を構成する。本書で考察されるのは、この法分野である。

(注)

1. 例えば、見よ、Cheshire and North, *Private International Law*, 11th ed., 1987, and Morris and North, *Cases and Materials on Private International Law*, 1984.

国際法は、戦争から人工衛星まで、凡ゆる無数と言ってよい位の国家関係をその範囲に収めると共に、多くの国際機関の活動を規制している。

国際法の明文規定が全ての国家を拘束する場合（＝実際に、当該規則の性質上、全ての国家に適用されるとき）、国際法は普遍的乃至一般的性格をもつといえるが、地理的又はイデオロギー的に結合した国家集団が自分達だけに適用される特別法規の存在を承認すれば、当該国際法規は地域的 regional 国際法と言ってよいであろう。例えばラテン＝アメリカ諸国で最大限まで展開されている外交的庇護の実行 practice of diplomatic asylum がそれである。

(注)

2. 本書第3章“法源 Sources”の項の(注)66を見よ。

国際法規は、洋上での外国軍艦の掲げる国旗に対しての敬礼のように、単に礼讓として実行され法的拘束力はないと考えられている所謂国際礼讓 international comity や国際実行 international practices とは区別されなければならない。⁽³⁾ 同様に、国際法と国際道徳 international morality を混同する誤ちも避けなければならない。両者は若干の点では一致するが、前者の規則はその内容及び形式の点で法規であり、国際道徳概念が倫理学の一分枝であるのとは異なる。このことは、しかし、国際法が価値から分離して成立し得ることを意味しない。

(注)

3. 北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, p.44; 41 ILR, P.29. 同じく見よ、Akehurst, "Custom as a Source of International Law", 47 BYIL, 1974-5, p.1.

本章及び次章では、国際法体系の特徴及び国際法の役割の正当な評価に必要な国際法史的理論的背景を検討しようと思う。

世界共同体の法と政治

おそらく、国際法に接した人が最初に見せる反応は、その法的性質に対する疑問であろう。ここで思い出されるのは、実際に凡ゆる国際紛争で当事者双方が国際法の諸原則に対する遵守の態度を表明し、みずからが国際法規に従って行動していると宣言していることである。例えば次のような申立があった。即ち、相手方が挑発されない侵略行為を実行したので当方の唯一適切な対応は自衛に関する規則の指示するところに従うことであつた、若しそうしなかつたら自決原則 principles of self-determination は無視されていたらう、国際法の価値は擁護されなければならない、というものであつた。

ところが、そう主張する国家は外国企業を国有化して、国家主権 national sovereignty 及び国内問題不干渉 non intervention in domestic affairs の原則を主張し、外国企業本国の非難を受けていたのかもしれない。特に、問題点について判定を下し最終的決定を行なう独立の機関が存在しないために、皮肉な結果になる傾向がある。

事実上、国際法の初学者は皆、普通の法つまり国内法の主たる特徴を一通り学んで理解してから、この道に入っている。その国内法の特徴とは何か？言う迄もなく、公認の立法機関と、その法に基づいて紛争を解決する強制的管轄権をもつ裁判所組織と、正当な法の執行制度である。立法・司法・行政の各権力を除いて法秩序は語れない。⁽⁴⁾ それ故にこの命題が正しいとすれば、国際法にはそのような普遍的制度の存在は認められるであろうか？

(注)

4. 一般的著作として次を見よ、Dias, *Jurisprudence*, 4th ed.,

1979; Hart, *The Concept of Law*, 1961 and Stein and Shand, *Legal Values in Western Society*, 1974.

国際法には国内法のような立法機関が存在していない。確かに全加盟国の代表者で構成される国連総会はあるが、その決議は一部の国連機関を除いて他の何者に対しても法的拘束力をもたない。⁽⁵⁾ 国際法には国内法のような裁判所組織もない。国際司法裁判所 the International Court of Justice, ICJは確かにハーグに存在するが、紛争当事国双方が合意したときに裁判しうるのである。⁽⁶⁾ しかもその判決の履行を確保する権限がICJに与えられていない。ICJは国際社会にとって重要ではあるが末節的ではない。そして何よりも国際法には行政的統治機関が存在していない。国連の安全保障理事会 Security Councilが、ある意味でこの役割を果たすことを期待されていたが、五常任理事国 permanent members (合衆国, ソ連, 中国, フランス, イギリス)の拒否権 veto powerによって、大きな制約を蒙っている。⁽⁷⁾ であるからして、若し規範の定立機関も適用機関も、そして規範侵犯者を処罰する機関も存在しないとすれば、所謂国際法はどうして存立し得えようか？

(注)

5. 見よ, 国連憲章第17条第1項。同じく見よ, Johnson, "The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations", 32 BYIL, 1955-6, p.97 and infra, Chapter 19.
6. 国際司法裁判所規程 the Statute of the International Court of Justice 第36条及び本書第17章を見よ。
7. 見よ, Bowett, *The Law of International Institutions*, 4th ed., 1984 and infra, Chapter 19.

勿論、この論法の基礎が国内法と国際法との比較であり、国内制度と国際秩序との類似性を前提としていることは理解されよう。そしてこのことこそが、国際法の性質をめぐる凡ゆる論議の核心なのである。

イギリスの哲学者ジョン=オースチン John Austinは、19世紀初頭に、制裁 sanction 又は処罰を伴う命令を発する主権者 sovereign という観念に基づいて、法理論を完成した。国際法はこの定義に収まりきらなかったので、'実定道徳 positive morality' というカテゴリーに入れられた。⁽⁸⁾ この法概念は社会における法の本当の性質を余りに単純化し混乱さえひき起し、又、法体系中の制裁 sanction の役割を全ての規範に関係づける行き過ぎを犯した点で、批判を受けた。⁽⁹⁾ ここでオースチン理論の包括的要約をするつもりはないが、いかなる法秩序にも不可欠の要素として強制 coercion を把握する立場は、国際法の文脈でも検討すべき重要点である。

(注)

8. 見よ, Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. Hart), 1954, pp.134-42.
9. 例えば見よ, Hart, op. cit., Chapter X.
武力の役割 The Role of Force

国際法には、国内法 municipal law 的意味での統一的な制裁制度⁽¹⁰⁾は存在していないが、武力の行使が正当且つ合法的であると看做し得る状況は存在する。国連システムの中では、制裁は安全保障理事会 Security Councilが平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為を認定してから、同理事会により発動される。⁽¹¹⁾ そういう制裁は、例えば1966年の対ローデシア制裁のように経済的性格のものであったり、⁽¹²⁾ 1950年朝鮮戦争時のように軍事的性格さえもつし、⁽¹³⁾ 1990年の対イラク制裁のように両方の性格を併わせもつこともある。⁽¹⁴⁾

(注)

10. 例えば見よ, Reisman, "Sanctions and Enforcement" in *The Future of the International Legal Order* (eds. Black and Falk), 1971, p.273; Brierly, "Sanctions", 17 *Transactions of the Grotius Society*, 1932, p.68; Hart, op. cit., pp.211-21; D'Amato, "The Neo-Positivist Concept of International Law," 59 *AJIL*, 1965, p.321; Fitzmaurice, "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement," 19 *MLR*, 1956 p.1 and *The Effectiveness of International Decisions* (ed. Schwebel), 1971. 又、後の本書第2章を見よ。
11. Chapter VII of the United Nations. 同じ見よ, Harris, *Cases and Materials on International Law*, 3rd ed., 1983, pp. 680-81, and infra Chapter 18.
12. 安全保障理事会決議 221 (1966年)。対南アフリカ武器禁輸を課す安全保障理事会決議 418 (1977年)をも見よ。
13. 1950年6月25日, 同27日及び7月7日の安全保障理事会決議。見よ, Bowett, *United Nations Forces*, 1964.
14. 安全保障理事会決議 661及び678 (1990年)を見よ, *The Kuwait Crisis: Basic Documents* (eds. Lauterpacht, Greenwood, Weller and Bethlehem), 1991, pp.88 and 98. 同じく本書第18章を見よ。

国連の枠組みの中での強制行動は稀れである。何故なら安全保障理事会の5常任理事国間の調整が必要となると共に、そこでの論点がいずれの大国によっても各自の死活的利益 vital interest を脅さないものであることが必要となるからである。

朝鮮はその意味では例外であった。国府代表が議席を占めていることに抗議して偶々ソ連が安保理に欠席していたために共同行動を採ることができたのである。⁽¹⁵⁾

(注)

15. 見よ, Luard, *A History of the United Nations*, Vol. I, *The Years of Western Domination 1945-55*, 1982, pp.229-74. 及び本書第18章を見よ。

このような制度的な制裁とは別に、自助 self-help として知られている一般的な実力行使の権利がここで想起されるかもしれない。⁽¹⁶⁾ 若干の権利を防衛するために武力に訴えるこの手続は、血讐を認める原始法制度の特徴であるが、今日の国内法秩序の下では、この手続的手段は政府権力の排他的管理下に措かれている。国家が侵略行為の対象とされれば自衛のために武力を行使し得るのであるから、他国のその他の違法行為に対しても行動を採り得るはずである。その場合、国家は行動を起こすか否か、起こすとしてその範囲・程度をどれ位にするかを定める。しかし、当該行動の合法性について判断を下す最高機関は存在していない。即ち国際司法裁判所 International Court of Justice による審査がない場合に両紛争当事者が認める最高機関が存在していないのである。尤も国際法は必要な関連規則を備えてはいるのだが……。⁽¹⁷⁾

(注)

16. 見よ, Bowett, *Self-Defense in International Law*, 1958 and Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963.
17. 本書第18章, 及び Barkin, *Law without Sanction*, 1967. を見よ。

それ故に、理論の中核に力の要素を据える諸学者は、公認された矛盾のない包括的な制裁組織を備えない国際法の性質つまり法的性質を論ずるとき、どうしても歯切れが悪くなっている。国際法上の制裁を自衛権や復讐という国家の権利 states' rights of self-defence and reprisals に求めることは、⁽¹⁸⁾ 国際法体系内の制裁を誤解することにつながる。なぜなら、これらの権利は国際法体系そのものの権限ではなく、国家の手に委ねられた

権利だからである。更に忘れられてはならないのは、国際法の最近の傾向として、なるべく武力の行使を抑制していること、そしてそのために反って、国際社会で武力が統制されればされるほど国際法の法的性質が稀薄になっているということである。(注)

18. 例えば見よ, Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1946, p.328 et seq.

制裁に基づく法の定義では国際法の性質を見出し得ないのであるから、国際法秩序の特性は、実際に諸国家が国際法規遵守の意識をもっているかどうか、又もっているとしたりその理由は何か、これらの問いに答える形で検討されなければならない。もしも最初の問いに対する答えがノーであるなら、つまり、国家が国際法規に従って行為する必要性を認めていないならば、その名に値する国際法体系は存在していないのである。

国際体系 The International System⁽¹⁹⁾

この研究の鍵が国際体系固有の特性の中にあるとの指摘が、既に提示されている。原始社会を除いて全ての社会の法構造が階層的 hierarchical であり、権力 authority がその頂点に主権者 sovereign person or unit を戴くピラミッド型の垂直構造になっているのに対し、国際システムは(その全員が主権の特徴を有しているという意味で)法理的に平等な 160 程の独立国家で構成され、国家に優越する権力体の存在を認めない水平的 horizontal 性格を有する。法は国内システム下では個人に優位しているが、国際法は国家間に存在するのみである。個人は法に従うか否かの選択権のみをもつ。個人が法を定立する訳ではないのである。法の定立は特別の機関が行なう。他方、国際法では国家自身が法を創設し、それに従い、又は違反する。⁽²⁰⁾ 勿論こうした状況は、国際法の法源に関しても、又既存の国際法規の執行手段に関しても、深刻な影響を及ぼしている。

(注)

19. See Henkin, *How Nations Behave*, 2nd ed., 1979; Kaplan and Katzenbach, *The Political Foundations of Int'l Law*, 1961; Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958; Friedman, *The Changing Structure of Int'l Law*, 1964, and Sheikh, *Int'l Law and National Behaviour*, 1974.

20. このような現実を踏まえて、ローザンス Rosenne は国内法を従属法 law of subordination, 国際法を調整法 law of co-ordination と呼んでいる。Practice and Methods of International Law, 1984, p.2.

国際法は、本書の諸章で論ずる通り、基本的に署名国を拘束する規範を定立する国際条約と、国際社会全体により従うべき行為類型として承認された基本的な国家実行 basically state practices である慣習法規とで構成されている。

しかし国家自身が条約に署名して後は法的義務の有無を判断して行動するので、国際法は丁度国家が市場の露店で買物するような形で並べられた一連の規則であるとも言えよう。之が実態とすれば、国際法と国内法を同視できないことになる。国際法は単なる幻想であってその背後に世界状況の現実の支配因子たる暴力 brute force が潜んでいるのではないだろうか？

一般的信念に反して、国家は実際に国際法をよく守っており、違反は比較のまれである。しかし(武力攻撃や民族抑圧のような)国際法侵犯行為はよく公表されており、国際システムの核心即ち国際平和及び正義の創設と保護に打撃を与えている。尤も殺人や強奪や強姦が実際に国内法秩序内で発生しても国内法秩序全体が崩壊したり国民の遵法精神が消滅することはない。それと同じく、国際法規の侵犯は同法体系の脆弱さを際立たせているが、同法体系の正当性と必要性が否定される訳ではない。

従って、しばしば甚しい違反行為があるにも拘らず、国際法規の圧倒的多数は遵守されているのである。⁽²¹⁾

(注)

21. 見よ, Morgenthau, *Politics Among Nations*, 5th ed., 1973, pp.290-1; Henkin, op. cit., pp.46-49; Brierly, *The Outlook for International Law*, 1944, p.5 and Jessup, *A Modern Law of Nations*, 1948, pp.6-8.

国際社会の通常事務として、無数の協定が遵守され、多数の慣習が順守されている。ゲームをするための規則の枠組や細則の必要性が世界情勢の過熱化の中に感じられる。そして国際法がこの必要性を満たしている。国家がこの必要性を感じる理由は、国際法こそ世界情勢に安定性と予見可能性の要素を導入してくれる点にある。

国家が不和 disagreement や紛争 dispute に巻き込まれたとき国際法規に頼れば、縦令その解釈に相違があるにしても、便宜である。というのは、少なくとも論議の共通の土俵ができるし、国家は相手方の理論の展開方法が解るからである。紛争当事国は共に共通の言語を使用するであろうが、コミュニケーションのこの要素こそ致命の重要性をもつ。即ち紛争当事国間に容易に誤解が発生し、しばしば悲劇的な結果をもたらしているからである。紛争対立者が特定法規の解釈を争い、当該法規の履践に関して対立的立場を採るとき、双方は少なくとも同一波長の下で同一言語で意思表示をしているのである。そのことは大事なことである。しかしそれで片づく訳ではない。国際法にできないことを要求しても不正確で間違いの源になる。国際法こそ紛争当事国双方が理解できる言葉を提供してくれるのであって、国際法の諸原則の研究から導かれる実現可能な解決策を提案することもできる。問題がいかに危険で複雑であろうとも、国際法の存在のみによって全ての問題を解決できる訳ではない。国際法は、縦令その発達が不断に続くとしても、全ての問題を解決できる迄には到っていないのであって、そのプラスの特徴を指摘するの余りその能力を過大視してはならない。

国家が自己の選択した政策を遂行するとき国際法を無視させないためにはどうしたらよいか？例えば、侵略禁止の国際法原則はそれのみで政治的誘惑を克服し得るだろうか？こういう行動を防止する国際警察軍は存在していないが、国際法の性質に密接に結合した他の諸要因によって潜在的侵略者の行動の発現は抑止されている。

国家間には相互性 reciprocity の要因が働いており、これが強力な武器になり得ている。国家が短期的利益をもたらす行動をとりつづけることは稀れである。その理由は、そういう短期利益の追求により相互寛容の構造 mesh of reciprocal tolerance が崩れ、長期的不利益をもたらすことがよくあるからである。例えば、如何なる国家も他国外交官の免除 immunity を保護するが、もし保護しなければ、海外にいる自国外交官が危険に曝されるからである。⁽²²⁾ そのために、国家に対して合理的且つ穏健な行動を採るよう説得することで、他の諸国にも合理的行動と対立の回避を同時に奨励することになる。こういう期待感の高まりは、勿論絶対必要という訳ではないが、通常みられる現象である。法規は最終的には国家により、行動類型の変更や慣習の新旧代替や相互合意やを通じて、変更を加えられるので、政治への或る程度の関わりは否定すべくもない。しかし指摘しなければならないのは、国家が全ての可能な選択肢を評量した後に、みずからの死活的利益 vital interests を守る唯一の方法が国際法の侵犯であると判断する場合があるという点である。国際法違反の責任は追及されざるを得ないだろうが、国家の死

活の問題に関わるとき、国際法は二次的地位を占めるにすぎないこともある。

(注)

22. 見よ, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, ICJ Reports, 1980, p.3; 61 ILR, p.502.

或る種の状況下で国際法を遵守することからもたらされ得る利益即ち“報酬 rewards”が、もう一つの重要々因になっている。この要因がきっかけとなって、友好国乃至中立国は紛争当事国の一方の側に与し、事態を好転させるべく積極的な役割を演ずることもある。この要因があるからこそ、様々な形で世論の支持を求めることも必要になる。全ての国がこの戦術を採用しているのである。

この利益乃至“報酬 rewards”要因こそが、様々な形で、法に対する尊重の念につながるのである。ソ連は国連の平和維持活動 peace-keeping operations に対する貢献の義務を負わないことを立証するために法理論を随分駆使し、⁽²³⁾ アメリカもキューバ⁽²⁴⁾ やベトナム⁽²⁵⁾ に対する自己の活動を国際法をもちだして正当化した。国際法が機能し相当な支持を受ける場合もあろうが、そうでない場合も多かるう。しかし、いずれにしても全ての国家が国際法を無視していないこの事実こそ、建設的な徴候である。

(注)

23. 見よ, Certain Expenses of the United Nations, ICJ Reports, 1962, p.151; 34 ILR, p.281 and Higgins, United Nations Peace-Keeping: Documents and Commentary, 4 vols., 1969-81.

24. 例えば見よ, Chayes, The Cuban Missile Crisis, 1974, and Henkin, op. cit., pp.279-302.

25. 例えば見よ, The Vietnam War and International Law (ed. Falk), 4 vols., 1968-76; Moore, Law and the Indo-China War, 1972 and Henkin, op. cit., pp.303-12.

この文脈で言及する価値のある第三の要素は、法的性格の用語としての国際職務が日々刻々形成されている点である。特に見解を巡る争いが、先例・国際協定更には法律学者の意見まで引合いに出して、法律論として構築されて展開されている。例えば道徳・倫理の立場ではなく、国際法規の立場から請求の実現が目ざされている。⁽²⁶⁾ こういう状況により、国際組織に勤務する職員の外に、国際法に精通し政府の日常的職務を法に基づいて遂行する公務員階級が政府各省の中に形成されてきた。実際、多くの学者が、法を現実に機能させる公務員の役割と、法的プロセスに及ぼされる公務員の影響を強調している。⁽²⁷⁾

(注)

26. 見よ, Hart, op. cit., P223.

27. 例えば見よ, McDougal, Lasswell and Reisman, "The World Constitutive Process of Authoritative Decision" in International Law Essays (eds. McDougal and Reisman), 1981, p.191.

国家が実際に国際法を遵守し国益にとって死活的と看做す問題についてのみ国際法違反を犯すのが常態であるとの結論に到ったが、ここで、この義務意識の基礎に何があるのかが問われることになる。19世紀の実務志向型哲学の下では、両(又は全)当事者の自由な合意の法的基礎として契約の重要性が強調された。この状況が国際法の合意理論にも影響を及ぼした。⁽²⁸⁾ 国家は独立自由な主体として、自己が与えた同意にのみ拘束された。既存の権力はいずれも、理論的にも実際的にも、多種多様の国民国家 nation-states に法規による拘束を課すことはできなかった。このアプローチは、国家は自己が同意した場合にのみ国際法規に従う義務を負うとする自動拘束 auto-limitation 乃至の自己拘束 self-limitation の理論という極端な形で現われた。⁽²⁹⁾

(注)

28. 見よ, Friedman, Legal Theory, 5th ed., 1967, pp.573-76

29. 例えば見よ, Jellinek, Allgemeine Rechtslehre, 1905.

それにも拘らず、この理論は国際法の拘束力の根拠を説明するものとしても、又、国際法体系一般の説明としてさえも、極めて不十分なものである。⁽³⁰⁾ 一例を挙げると、第二次大戦後およそ100の新国家が成立したが、それらの国の成立以前に形成されていた国際法規の全てに彼らが同意を与えたとはとても考えられない。“独立を受容すること accepting independence”で国家は全ての既存法規に同意を与えたと論ずることもできようが、この見解を採用することは国家の同意を単なるフィクションの地位に墮としめることになる。⁽³¹⁾

(注)

30. 同じく見よ, Hart, op. cit., pp.219-20

31. 更に本書の“3.法源 Sources”の章の“地域的慣習 Local Custom”の項目を見よ。

この理論は国際法体系を適切に解説することにも失敗している。何故なら過去30年間の国際組織の急激な成長とそれら組織が生みだした法規の体系を考慮に入れていないからである。

国際法上の義務の根拠として同意 consent を受容すれば、その同意が撤回されたらどうなるのかという問題が生ずる。国家が法規に対する同意 agreement を撤回しても、当該法規が選択的規範になる訳ではないし当該法規のもつ法的正当性の輝きがなくなる訳でもない。国家がみずからの決定に基づく行為を止めない限り、当該国家は国際法義務違反をしているにすぎない。確実に言えることは、全ての条約規定の法的効力の根拠となる。“合意は遵守せらるべし (Pacta sunt servanda)”の原則自体は、合意 consent に基づいていないということである。⁽³²⁾

(注)

32. 本書第3章を見よ。

この問題に対する最近のアプローチは、コンセンサス consensus の原則に言及するやり方である。⁽³³⁾ コンセンサス方式は、国際法の新規範創設に大多数の賛成意思と、他の国々による当該新規範受諾の意思を汲み取るやり方である。コンセンサス原則は、従来の国民国家 nation-state 偏重姿勢から脱却して、同意 consent とか制裁 sanction とかの概念では説明しにくい発展的な国際協力の形を考える方向に社会の関心が移行している状況に焦点を合わせようとしている。

(注)

33. 例えば見よ, D' Amato, "On Consensus", 8 Canadian Year book of International Law, 1970, p.104. 又、第三次国連海洋法会議での“コンセンサスに関する紳士協定 gentleman's agreement on consensus”に注意せよ。見よ, Sohn, "Voting Procedures in United Nations Conferences for the Codification of International Law", 69 AJIL, 1975, p.318 and UN Doc. A/Conf. 62/WP.2.

政治の機能

法と政策とを完全には分離し得ないことは明白である。如何なる法理論や政治理論が表明されようと、法と政治を結びつける複雑な絆は認められなければならない。

先進国では、政策の公定とその実施方法とは区別されている。イギリスでは議会 Parliament が立法を行ない、裁判所が司法を担当する。合衆国でも連邦議会 Congress と裁判所組織との間に同様の分界線を引くことができる。この権力分立の目的は、言う迄もなく、政府の一部々局に過度に権力が集中するのを防

ぐ点にある。にも拘らず、政治的機関が立法を行なって最初に法体系を創設する。審級制裁判所組織の下でさえ、裁判官には法を解釈する際の独立性が認められ、最後の手段として多数の選択肢から決定を下す。⁽³⁴⁾しかし、この立場を誇大に考えてはならない。何故なら、法プロセスに対する政治的影響を隠蔽し縮減するための多くの要素が働いているからである。その中でも主たるものは、伝統的な心理的要素であって所謂“法律習慣 law-habit”の発達である。⁽³⁵⁾政治システムが支持し且つ“正当な just”法制度と“適法な Legal”運用方法との独立した存在を認める法的雰囲気が生み出されている。殆んどの国家で、司法過程に対する明白な介入が、基本的法原則に対する侵害と受けとられ、強い抗議を受けている。法律用語と法的手続とを法律家の誇りにもとづいて使えば、法律制度の強化も果たされようし、立法・行政両機関と司法機関との間にある相当な隔りも再認識されよう。⁽³⁶⁾

(注)

34. 例えば見よ, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977.

35. 例えば見よ, Llewellyn, *The Common Law Tradition*, 1960, and generally Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4th ed., 1979.

36. 見よ, Stein and Shand, *op. cit.*

しかし国際法は事情が異なる。世界秩序の最終的決定者は国家であって、国家が(国際組織という成長しているにしても二次的な分野をさしあたり無視して)法規を定立し解釈し執行しているのである。

政府公務員と国際公務員 international officials との間の‘国際法習慣 international legal habit’を確認することは可能であるが、この習慣を順守するのに必要な機構は存在していない。

政治は国家法秩序の内部で認識されている以上に、当該国家法秩序の核心に近いものであり、権力性は一段と明らかである。⁽³⁷⁾世界的問題での法と政治との相互作用は複雑で解明しにくく、国家がなぜ国際法を守るのかという最初の論点に回帰しなければならなくなる。権力政治 power politics は、競争 competition や紛争 conflict や優位性 supremacy を重視し、その中核的要素として生残りと影響力確保をかけた闘争を採用する。⁽³⁸⁾国際法は協調 harmony と紛争の規制を目的とする。それは、請求の趣旨を明確にして請求自体を穏健に行なわせて利益衡量に努めさせる一種の緩衝器として機能する枠組—それがいかに初歩的なものであろうとも—を作ろうとするのである。加えて国際法は、国家の行動様式を指示する一連の諸規則を提示する。いずれの国家も、可能性や実績が殆んどないにしても、やはり目標とすべき思想的理念的背景をもっているように、国際社会も実現すべき究極の諸価値を考えているのである。

(注)

37. 一般論として見よ, Henkin, *op. cit.*

38. 見よ, Schwarzenberger, *Power Politics*, 3rd ed., 1964 and *International Law*, vol.1, 3rd ed., 1957; Morgenthau, *Politics Among Nations*, 4th ed., 1967.

国際法は、その構造及び内容の固有の弱点の故に、紛争 conflict and confrontation の即効的解決手段にはなり得ない。この弱点を認識しなければ、現実と直面して機能しえなくなるユートピア的アプローチに陥ることになる。他方、大国に我々が抱いている冷笑的態度は、我々の気を滅入らせるほどではあるが、必ずしも正しい態度ではない。

国際法の長所も短所も認識してそれができるとできないことを識別すること、即ち最善の道を提供することが、中庸を

得たやり方である。人類はみずからが生活を営む国家の中だけでなくみずからが生活を営む国際システムの中でも、秩序と福祉と正義を追求しているのである。

歴史的発達⁽³⁹⁾

今日理解されている国際法 international law (or the law of nations)の基礎は、西欧文化と西欧型政治組織とに固く根付いている。

(注)

39. 特に見よ, Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1962; *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, 1984, pp.127-273 and Verzijl *International Law in Historical Perspective*, 10 vols., 1968-79. 同様に見よ, Cassese, *International Law in a Divided World*, 1986.

欧州型主権観念が成長し独立国民国家 independent nation-state が出現すると、一般的に認められた行動標準に従って国家間関係を処理するために、諸国家が受容し得る方式が必要とされた。そこで国際法がこの間隙を埋めた。しかし、国際法がルネッサンス期のヨーロッパの学術の中に根づいて開花したとは言っても、この雑種科植物の種は遙か昔にその起源を有しており、歴史を遡らなければならない。

原初の起源 Early Origins

現代の国際システムは約 400 年前迄遡ることができるが、国際法の基礎的概念の中には、数千年前の政治関係の中に看取し得るものもある。例えば紀元前 2100 年頃、歴史家がメソポタミア Mesopotamia と呼んでいる地方に存在したラガシュ Lagash とウマ Umma という両都市国家の支配者の間で厳粛な条約が結ばれた。この条約は石塊に文字を刻んで、多数のスマールの神々 Sumerian gods への信仰を放棄するとの条件で、双方が尊重すべき国境線を画定した。⁽⁴⁰⁾拘束力のある重要な国際条約として知られている次の主要事例は、1000 年以上も後に、エジプトのラムセス II 世 Rameses II とヒッタイト the Hittites の王との間で恒久平和と友好を確立するための条約が締結された。⁽⁴¹⁾ダマスカス Damascus 北方のカデシュ Kadesh で署名されたと思われるこの条約には、その他に、相互の領土保全・侵略状態の終了そして一種の防御同盟 defensive alliance の樹立を定める規定が含まれていた。

(注)

40. Nussbaum, *op. cit.*, pp.1-2.

41. *Ibid.* 同じく次を見よ, *Encyclopedia of Public International Law*, vol.7, 1984, p.133.

その日以後、中東の競争国相互間で多数の条約が締結されたが、それらは通常、儀礼的な形式での両当事者間の援助を定めたり、圧倒的な強大国家の影響的な内包する政治同盟の樹立を目ざしていた。⁽⁴²⁾

(注)

42. プライザー Preiser は、紀元前 17 世紀と 15 世紀との間に、(幾度も)独立した 5 箇国の国家競争システムのようなものがあつたと主張している。 *ibid.*, pp.133-34.

古代イスラエルの役割にも注目しなければならない。交戦法規と結びついた普遍的倫理的立場は他国民の宗教にも受け継がれ、厳格な道徳に基づく正義と公平な法制度を求める立場が、その後の世代の思想と行動に浸透していった。⁽⁴³⁾

(注)

43. 見よ, Weil, "Le Judaisme et le Developpement du Droit International", 151 HR, P.253 and Rosenne, "The Influence of

Judaism on International Law", *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1958, p.119.

例えば、予言者イザヤ Isaiah は、誓いを立てての合意は縦令敵との間のものであっても履行されなければならないと述べた。⁽⁴⁴⁾ 権力ではなく平和と社会正義こそが、人間の存在にとって必要なものであった。

(注)

44. 見よ, Nussbaum, *op. cit.*, p.3.

当初は無視されたものの、今日では、紀元前に極東・インド⁽⁴⁵⁾そして中国の⁽⁴⁶⁾各文明で発達した文化水準が随分考察されている。ヒンズー教義の多くは道徳及び寛容の精神の成長を示しているし、中華帝国はその構成諸地域間の協調に腐心した。暴力を規制し善良な市民相互間の紛争を処理するための規則が導入され、倫理的価値が支配階級の子弟の教育の中に採り入れられた。中国の隆盛期には周辺の属国体制は機能したが、その弱体期には分裂気味にもなった。しかしこの朝貢体制 *Tributary-states system* は何世紀にも亘ってこの地域の文化として続いた。

(注)

45. *Ibid.* 同く見よ, Alexandrowicz, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies*, 1967 and "The Afro-Asian World and the Law of Nations (Historical Aspects)", 123 HR, p.117; Chatterjee, *International Law and Inter-State Relations in Ancient India*, 1958 and Nagendra Singh, "The Distinguishing Characteristics of the Concept of the Law of Nations as it Developed in Ancient India", *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds. Bos and Brownlie), 1987, p.91.

46. Nussbaum, *op. cit.*, p.4. 同く見よ, Gong, *The Standard of 'Civilisation' in International Society*, 1984, pp.130-63 and *ibid.*, pp.164-200 with regard to Japan and *ibid.*, pp.201-37 with regard to Siam; Hsu, *China's Entrance into the Family of Nations*, 1960, and Iriye, "The Principles of International Law in the Light of Confucian Doctrine", 120 HR, p.1.

しかし古代文明に対する支配的アプローチは、地理的にも文化的にも限定されたものにならざるを得ない。

一定の枠組の中で共存する国家で構成される国際共同体 *international community* という発想はでてこなかった。国家間のいかなる“国際法 *international law*”であれ、その適用範囲は極めて限られていたので、国際社会の重要要素として今日迄うけ継がれてきた条約の神聖 *sanctity of treaties* というような若干の理念が存在することぐらいしか特に論ずべきこともない。従って、世界秩序を理想とする普遍的共同体 *universal community* の観念が登場していた訳ではない。

紀元前6世紀頃から200年続いた古典ギリシア時代がその後の欧州の思想に圧倒的な影響を与えたことに留意しなければならない。

古典ギリシア期の批判的合理的精神への転回と人間及び自然に対する絶え間ない疑問と分析、そして論理・論争を好む精神が、ヘレニズム文化 *Hellenic culture* を全面的に採用・継承したローマ帝国によって欧州及び地中海世界に伝播し、その後はルネサンス *Renaissance* によってヨーロッパ人の意識の中に浸透していった。しかしギリシア人の意識は自己が所属する都市国家 *city-states* と植民地の枠を出るものではなかった。素姓の違う人達を未開人 *barbarians* として同盟するに値しないと看做していた。

国際法を研究する際のギリシアの価値は、一つには、後世の人類に伝えた哲学的・科学的・政治的分析方法の採用にあり、

又一つには、古代ギリシア世界の内側で構築された理想的な都市国家間関係にある。⁽⁴⁷⁾

(注)

47. Nussbaum, *op. cit.*, pp.5-9. 同く次を見よ, Tenekides, "Droit International et Communautés Federales des la Grece des Cites", 90 HR, p.469, and *Encyclopedia of Public International Law*, vol.7, 1984, pp.154-56.

多数の条約で都市国家は相互に結合し、通商上及び政治上の同盟網が形成されていた。

しばしば都市国家相互の間で自国内にいる相手国市民の権利が認められ、外交使節の神聖不可侵 *sanctity* と保護に関する規則が発達した。開戦宣言を発する前に或る種の実行 *practices* が必須のものとされ、戦争の惨禍は、例えば聖域 *sanctuaries* に関する宗教的習慣を実践することで幾分か改善された。しかし、ユダヤ教やヒンズー教思想から生まれたアプローチに類した全般的道徳的アプローチは、特に発達しなかった。ギリシアの植民地は地中海世界全体に増加したけれども、世界共同体意識はギリシア思想に溯航して得られるものではない。この意識は、ローマ帝国の有能な統治者によってもたらされたのである。⁽⁴⁸⁾

(注)

48. *Ibid.*, pp.136-39 and Nussbaum, *op. cit.*, pp.10-16.

ローマ人は組織と法を深く尊重した。⁽⁴⁹⁾ 法によって彼等の帝国は統合され、遙か遠方の属領の住民一人一人にとっても法は必要な生活規範となった。初期のローマ法 (*jus civile*) はローマ市民にのみ適用された。ローマ市民法は形式主義的で厳格で、土着の小未開社会の立場を反映していた。

(注)

49. 例えば見よ, Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law*, 3rd ed., 1972.

ローマ市民法 *jus civile* は、拡大・発展過程にある国家の適切な背景的枠組には全くなり得なかった。この必要を満たしたのは、万民法 *jus gentium* の創設とその漸進的発達とであった。万民法は、外国人相互間及び外国人とローマ市民間の関係を規律するための簡明な規則であった。この特別のシステムを発達させる手段となったのは、巡察使 *Praetor Peregrinus* として知られている官吏であった。その職務は帝国内の官僚機構や商業上の問題を含めて法律関係全般を檢察することであった。

万民法 *jus gentium* の進歩的規定は次第に視界の狭隘な市民法 *jus civile* を駆逐し、後者を死滅させた。このようにして万民法は、ローマ帝国の共通法となり、普遍的に適用され得ると看做された。

この包括的要素こそローマ人の経験とギリシアのそれとを明確に区別する基準となっている。但し、言う迄もなく、他の諸民族は平等を基礎として *on a basis of equality* 万民法を受容したのであって、万民法はローマ帝国の“国内法 *national law*”の域を出るものではなかった。

ローマ人が採用した最も有力なギリシアの諸概念の一つは、自然法 *Natural Law* 思想であった。⁽⁵⁰⁾ 自然法思想は紀元前3世紀のストア哲学者によって樹立されたが、彼等の理論によれば、自然法思想こそ普遍的妥当性をもつ法規の一大体系を提供し得るということであった。この種の法規は合理的且つ論理的な性格をもつものであった。しかも、“自然法 *law of nature*”の思想及び規範内容が人間の知性に根ざしていたので、この規範の適用はいずれかの国民や集団に限定されず、世界的規模の妥当性 *world-wide relevance* をもつとされた。この普遍性の要

素こそ、現代国際法の諸原則の基礎になっているし、ストア学派が人間の論理的演繹力を法を“発見する discovering”という最高の作業に迄高めたため、西欧の合理主義の哲学の出現を予告したようなものであった。法理論上の基本的概念である自然法 Natural Law は、国際法を理解する際に必要不可欠であると共に、現代の人権との関連でなくてはならない前提的知識である。

(注)

50. 例えば見よ, Lloyd, op. cit., pp.79-169.

ローマの若干の哲学者達は、そのようなギリシアの自然法思想を自己の法理論に採り入れ、しばしば万民法 *jus gentium* を最終的に正当化したのである。何故なら万民法は全ての文明国 *civilised nations* に共有の合理的諸原則を不可侵化するものと考えられたからである。

しかし自然法は万民法 *jus gentium* 以上のそれを超える存在であると考えられた。

従ってこの両思想の正確な関係について大いに紛議が生じ、ローマ法学者の間で、両思想の本質及び特徴に関して異なる結論がでてしまった。しかし注目する必要がある重要要素は、少なくとも理論的に上位権力ではなく上位理性 *superior reason* に基づく法の普通性と合理性とを説く点であった。

ローマ法の古典的規則は、ビザンチンの哲学者達によって紀元 534 年に完成された法律資料の編纂たる法学大全 *Corpus Juris Civilis* の中に列挙された。⁽⁵¹⁾ このコレクションは、ローマ帝国崩壊に続く中世初頭の暗黒時代が漸進的に消滅過程を辿っていたとき、極めて貴重な存在となり得た。何故なら、ここには覚醒したヨーロッパへの移植を待ち望んでいる既製の完成した法体系があったからである。

(注)

51. ビザンチウム *Byzantium* に関する一般的論稿として見よ, De Taube, "L'Apport de Byzance au Developpement du Droit International Occidental", 67 HR, p.233 and Verosta, "International Law in Europe & Western Asia between 100-650 AD", 113 HR, p.489.

この段階で、イスラム教の成長に言及しておく必要がある。⁽⁵²⁾ 国際関係及び国際法に対するイスラムのアプローチは、非イスラム世界に対する戦争状態 *state of hostility* とイスラム諸国間の統合概念 *Dar al-Islam* とに基づいて述べられた。一般的には、人道的な交戦法規が発達し、“聖書の諸国民 *peoples of the book*” (ユダヤ教徒とキリスト教徒) は、イスラム教徒よりは下位におかれたものの、無宗教者よりも優遇された。一旦欧州占領期が終了して権力の基礎が再び欧州に固まると、そういう非イスラム教国との関係を規律する行為規範が発達し始めた。外交官に関する規則が接受及び安全 (*aman*) の観念に基づいて確立したし、国際協定に関する規則が約束を遵守すべしとの概念から成長したりした。⁽⁵³⁾

(注)

52. 例えば見よ, Draz, "Le Droit International Public et l'Islam", 5 Revue Eayptienne de Droit International, p.17; Khadduri, "Islam and the Modern Law of Nations", 50 AJIL, p.358 and War and Peace in the Law of Islam, 2nd ed., 1962; and Mahmassani, "The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine", 117 HR, p.205.

53. 見よ, Encyclopedia, op. cit., pp.141-42, and Nussbaum, op. cit., pp.51-54.

中世とルネッサンス

中世の特徴は、教会組織の権威と教会の命令を受ける世俗の総合的権力構造とで示された。⁽⁵⁴⁾ 全ヨーロッパは一地域であって、その種族的地方的結合体であるにも拘らず教会法 *ecclesiastical law* が全欧州に適用された。中世の相当期間に亘り、宗教権力と神聖ローマ帝国皇帝との間で闘争が展開された。

(注)

54. *Ibid.*, pp.17-23 and Encyclopedia, op. cit., pp.143-49.

これらの争いは最終的にローマ教皇の勝利の形で解決した。しかし世俗権力に対する勝利は比較的短期間で終了することになった。ローマ帝国に由来する宗教と共通遺産 *common legacy* が強力な統合力を発揮したが、政治的地方的敵対関係がそれを減殺していた。そのために、一般的に承認され得る国際法体系が創設されるに先立って、社会的変化が是非とも必要となった。

この時代、特別に重要な意味をもったのは、神聖ローマ帝国の権威と教会法 *canon law* の超国家的性格とであった。⁽⁵⁵⁾ そうではあったが、海商法が急速に発達したことも事実である。英国法の中に商法 *Law Merchant* が制定されたが、これは外国商人にも適用される法典 *code* であった。この法典自体、普遍的に適用され得る旨を宣言していた。⁽⁵⁶⁾

(注)

55. 特に交戦法規及び条約の拘束力に対する教会の影響に注目せよ。見よ, Nussbaum, op. cit., pp.17-18 and Encyclopedia, op. cit., pp.146-47.

56. 見よ, Holdworth, A History of English law, vol.5, 1924, pp.60-63.

全欧州に商事裁判所が設立されて、様々な事態に基づく商人間の紛争を解決した。大陸商法 *Continental Law Merchant* が成立したとは言えないが、全欧州に共通の規則と実行が網の目のように張りめぐらされ、ヨーロッパの商業組織が構築されていたのであって、国際貿易法 *international trade law* の萌芽がここに観られた。⁽⁵⁷⁾

(注)

57. *Ibid.*, pp.63-129.

同様に、海商慣習も全欧州諸国によって受容され始めた。ロドス海商法 *Rhodian Sea Law* というビザンチン時代の法典中の多くの規定は 12 世紀のオレロン法典 *Rolls of Oleron* に継受されたが、そのロドス海商法やその他多数の海上法教科書に基づき、共通に適用される一連の海上慣行が大西洋及び地中海の海軍国に浸透していった。⁽⁵⁸⁾

(注)

58. Nussbaum, op. cit., pp.29-31. 又、14 世紀中葉にバルセロナで編纂されたコンソラート=デル=マーレ *Consolato del Mare* や、ハンザ同盟 *Hanseatic League* に先行して制定されたウィズビー海法典 *Maritime Code of Wisby* (1407 年頃) にも注意せよ。

当時はまだ国内法体系の一表現でしかなかったえ等の海商法は、国際法の先触れとなるものであった。何故なら、之等の海商法典は国家間の接触を基礎にして創設され充実させられただけでなく、国際的な状況 *situations* にも対処し得る法規の必要性をも反映していたからである。

この種の規則は、中世初期から成長しだしたが、国際法の胚芽となるものであった。しかしこれら規則が発達するに先立って、ルネッサンス *Renaissance* として知られる知性の爆発により、ヨーロッパ思想が発達した。

このように各思想が混在していたために、欧州社会の顔は変貌を遂げ、近代の科学的人道主義と個人主義の思想の時代が導かれることとなった。⁽⁵⁹⁾

(注)

59. 例えば見よ, Friedman, op. cit., footnote 19, pp.114-16.

コンスタンチノーブル Constantinople を首都としたビザンチン帝国が1453年にトルコ軍の前に崩壊したので、多数のギリシアの学者はイタリアに避難した。彼等によって欧州の文化的側面は活気を取り戻すことになった。15世紀に印刷技術が導入されて知識の普及が可能になり、経済的成長と商人階級の抬頭に続く封建制度の腐蝕により、真理探求の精神が現われる背景もできていた。

ヨーロッパが自信を回復するにつれ、富と贅沢品を求めて持続的に海外に雄飛するようになった。15世紀末迄にアラブ人はイベリア半島から追い出され、南北両アメリカ大陸も発見された。

特にイギリス・フランス・スペインといった国民国家 nation-states の勃興は、理論及び事実の両面で、独立の領域的結合単位の成立過程をよく示していた。之等国民国家の成立により、主権をもつそれら相互間の高度な交流が始まり、それらの交流活動を共通に受け入れられる形で規制する必要も生じた。政治権力と政治支配の追求も、マキャベリ Machiavelli の“君主論 The Prince (1513)”が示めた通り、公然化し一般的に承認されるに到った。

イタリアの都市国家は支配権 supremacy を求めて相互に競い合った。そのためにローマ教皇の地位も世俗の一権力に低下してしまった。こういう激しい闘争の中から、近代国際社会の主要な素の多くが出現した。例えば、外交、政治の手腕 Statesmanship、勢力均衡理論 theory of the balance of power として国際社会の思想 idea of a community of states である。⁽⁶⁰⁾

(注)

60. 例えば見よ, Mattingley, Renaissance Diplomacy, 1955.

之等の諸観念は容易に識別可能であり、政治的支配を目的とする多様な策略によって確認し得る。同盟・叛逆・国家の組織法及び権力志向性は周知の事実であり、ここに私達の社会の淵源を看取することができる。

相互に競争関係にあり乍らも独立した主権国家で構成される国際社会という観念の発達こそ、所謂国際法の誕生を告げる嚆矢であった。ルネッサンスは独立的批判精神の前提になるとともに、その後の人々の生活と政治構造に対する人道主義的且つ世俗的アプローチを提供した。しかし国際法のその後の成長にとって死活的とも言えるのは、後者の要因つまり人間の生活と政治構造に対する人道主義的世俗的アプローチである。その後の宗教改革 Reformation と欧州宗教戦争はこの事実を際立たせ、諸国の国力の増大もこの事実を例証するものであった。多くの点で宗教戦争は、宗教に基づく大陸システムの凋落と国家の最高性に基づく大陸システムの誕生とを告げる歴史の里程碑となった。

欧州大陸の国々では、国家関係の他に人間関係という新概念の必要性が感じられていた。この新概念の追求は、教会の没落と所謂“自由思想 free-thinking”の勃興という形で成果が現われた。国際法理論も当然この政治生活の再評価に深く関わり、ギリシア＝ローマ思想の再発見から巨大な影響を受けるに到った。ルネッサンスは古代ギリシア研究の再生を促したが、特に自然法思想が盛んになった。

このようにして、国際関係の基礎を固めるための明確な価値

体系 value-system が導入され、国際法が普遍的自然法 universal law of nature の一部として伝えられた。

近代国家の勃興と国際関係の成立と共に、主権原則も出現した。この主権概念は、1576年のボーダン Jean Bodin の“国家論 Six Livres de la Republique”の中で初めて体系的に分析されたが、近代国家内部の権力構造を説明する意図で主張されたものである。ボーダンはみずからの研究を絶対的諸原則の理論的分析ではなく欧州政治の実態認識に基づかせ、国家内の主権者の法制定権力を強調する立場を採った。こういう主権者はみずから制定した法により拘束されるはずもなかったが、神意法及び自然法 laws of God and of nature には服したのである。⁽⁶¹⁾

(注)

61. 見よ, Gardot, "Jean Bodin - Sa Place Parmi les Fondateurs du Droit International", 50 HR, p.549.

最高の立法権者としての主権者 sovereign という考え方は、やがて、当該国家に他国に対抗する至高の権力 supreme power をも認める理論へと変質していった。国家は超法規的存在と看做されたのである。こういう考え方が本書でも後で論述する実定法主義 positivism として知られる思考方式の知的基礎となったのである。⁽⁶²⁾

(注)

62. Infra, p.23.

初期の国際法学者は深く自然法思想と関わっており、当該思想をみずからの哲学的基礎として利用した。彼等がみずからの理論を構築するために参考にした自然法の規範体系には、聖トマス＝アクイナス St. Thomas Aquinas の哲学に発現していた神意自然法 Christian and Natural Law が深く溶け込んでいた。⁽⁶³⁾ 彼は、自然法が神法 law of God の一部であり人間による恒久法 Eternal Law への参加であると主張した。神聖な内容をもつ恒久法の一部を補充するのが自然法だったのである。アクイナスは、理性 reasonこそ人間の本質であり、神の意思に従った生活を送る際に必然的に介在してくるものだと主張した。自然法は道徳的行動及び社会的・政治的諸制度の根源となり、認容し難き不正な法的権力を条件付で認める理論へ道を拓いた。13世紀末のアクイナスの見解は現在のカトリックの姿勢を理解するための基礎とはなるものであるが、人権概念を強調するその後の自然法解釈と混同してはならない。

(注)

63. Summa Theologia, English ed., 1927

こういう知的背景を伴う時代環境の中で、ルネッサンス期の学者は国際法体系の基礎的正当化の問題に取り組んだのである。イギリスの歴史法学者であるメイン Maine は、近代国際法の誕生こそ自然法の最大の職分的成果であったと論じた。その論旨の当否は別にしても、核心を衝いていると言うべきであろう。⁽⁶⁴⁾ 国際法は自然法の諸原則に由来しているものの、それ自体で別個に研究すべきテーマとして登場し始めた。

(注)

64. Ancient Law, 1861, pp.56 and 64-66.

近代国際法の確立者

国際法のこの新しいアプローチの本質は、スペインの黄金時代 Golden Age の同国の哲学者の理論に遡航し得る。⁽⁶⁵⁾ この自然法学派の指導的人物は、サラマンカ大学 University of Salamanca の神学教授ビトリア Francisco Vitoria (1480-1546) であった。彼の講義は弟子により書き留められて死後に出版された。彼は南米インディアンに対して、その当時としては驚くほど進歩的な態度を示したのであって、当時の支配的見解に反

して、南米インディアンを独自の合法的利益をもつ民族と認めるべきだと主張した。彼等に対する戦争は正当原因 *just cause* に基づいてのみ合法化された。国際法は普遍的自然法を基礎としたが、この意味は非ヨーロッパ世界が国際法の妥当範囲に含まれなければならないという点にあった。

(注)

65. “17世紀中葉までスペインなどハプスブルク家王国にとって重大事項とならない問題は国際法上の主要問題にもならなかった”という Preiser の見解に注目せよ。Encyclopedia, op. cit. p.150. See also Nussbaum, op. cit., pp.79-93.

しかしビットリア Vitoria は決してインディアン国家を欧州のキリスト教国と対等の地位にあるものとして承認せよと主張した訳ではない。彼にとっては、南米での布教活動に対する妨害は戦争の正当理由となったのであり、その地でのスペイン人の権利を広く解したのである。ビットリアは自由主義者ではなく、スペインの新大陸探査を弁護しただけであったが、彼の講義は国際法学の正しい方向を指し示す一里塚となった。⁽⁶⁶⁾

(注)

66. Ibid., pp.79-84 and Encyclopedia, pp.151-52. 同じく見よ, Vitoria, De Indis et de Jure Belli Relectiones, Classics of International Law, 1917 and Scott, The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations, 1934.

スアレス Suarez (1548-1617) はイエズス会修道士であり神学教授でもあったので、中世文化に深く沈潜していた。彼は国際法の拘束力が自然法に基づくこと、そしてその拘束力の実体が、有効な約束を履行すべきことを命ずる自然法規範に由来する点に注目した。⁽⁶⁷⁾

(注)

67. Nussbaum, op. cit., pp.84-91. アヤラ Ayala (1548-84) の著作に関しては同じく見よ, ibid., pp.92-93.

全く違う背景から登場した有力学者で、スアレスやビットリアに比肩しうるのはゲンチリ Alberico Gentili (1552-1608) であった。彼は北イタリアに生まれ、迫害を避けて英国に逃亡、その地の新教 Protestantism に改宗した。1598年に彼の著書“戦争の法 De Jure Belli”が刊行された。⁽⁶⁸⁾ 同著は戦争法の包括的理論書であると共に条約法に関する貴重な叙述も含まれていた。ゲンチリはオックスフォード大学教授になり、国際法思想の世俗学派的祖 originator of the secular school と尊称された。彼はその時迄重視されていた神学的テーゼを最小限に抑えたのである。

(注)

68. Ibid., pp.94-101. 同様に見よ, Van der Molen, Alberico Gentili and the Development of International Law, 2nd ed., 1968.

しかし、オランダの学者グロチウス Hugo Grotiusこそ、この時代に聳え立つ著名人であり、多少の誇張はあるにしても、国際法の父と称揚されている。彼は1583年生まれの子のルネッサンス人であった。巨大な学識をもつ学者としての彼は、歴史・神学・数学・法律を修めた。⁽⁶⁹⁾

(注)

69. Nussbaum, op. cit., pp.102-14. 2. 見よ, Knight, The Life and Works of Hugo Grotius, 1925 and Commemoration of the Fourth Century of the Birth of Grotius (various articles), 182 HR, pp.371-470.

彼の主要著作は1623年及び1624年に発表された“戦争と平和の法 De Jure Belli ac Pacis”である。この著作の論述テーマ

は多岐に亘っており、今日的観点から判断すると必要以上に私法観念の説明に紙幅が割かれている。彼はビットリア Vitoria とゲンチリ Gentili の両者に言及しているが、後者は多くの問題とりわけ資料の体系化に関して特に影響力をもっていた。

グロチウスは国際法から神学を除去し、神意法の諸概念が国際法研究に無関係であることを強調した。彼は、神の存在を前提としていない自然法こそ正当なものであると述べた。この意見は、宗教的抵抗の装いに上手に身を隠してはいたが、極めて大胆なものであった。今や自然法は再び理性 *reason* にのみ基づく立場に回帰したのである。正義 *justice* は人間の社会的性質の一部であって、有用であるだけでなく本質的なものである。グロチウスは国際法の包括的体系を考えたのであり、彼の著作は急速に、大学の教科書の地位を占めるに到った。しかし乍ら、多くの分野で彼は先学の徒の説に従ったのであって、正当な戦争と不当な戦争との神学的区別を認めていたのはその一例である。この差別戦争観は間もなく国際法論文から姿を消すこととなったが、侵略 *aggression*、自衛 *self-defense* 及び解放 *liberation* に対する現代的アプローチを補強している。

彼の意見の中で最も長期間妥当性を失わなかったものの一つが、海洋の自由の主張 *proclamation of the freedom of the seas* である。このオランダの学者は、ポルトガル政府が主張し後にイギリスの学者ジョン＝セルデン John Selden が明確化した“閉鎖海 *closed seas*”概念に反対したのであって、⁽⁷⁰⁾ これに代えて、国家が公海 *high seas* を独占的に領有することは許されないとする海洋自由の原則を主張した。公海は万国の共有物とされた。勿論、補足的乍ら、この理論が自由貿易と通商国家の発展の必要とに関する当時の支配的なオランダの考えと遇々一致したことも指摘しておかなければならない。

(注)

70. In Mare Clausum Sive de Dominio Maris, 1635.

しかし以上の事柄は、無視されてはならないという意味で指摘しただけである。即ち、政治学や他の諸科学の概念と同じく法的諸概念も實際に堅固に根ざしており、その時代の思潮を反映している。如何なる理論も真空状態の中で発達することはできないが、一定の文化的社会的環境があれば理論的成果は期待できるのである。この点を無視すると理論そのものを歪めることになる。

実定法主義 *Positivism* と自然法主義 *Naturalism*

グロチウス Grotius に追随しつつ、先人諸学者の思想からも決して目をそらさず観察すると、或る種の分裂が存在するのが判る。つまり相違する二学派が確認されるのである。一方では、国際法を完全に自然法に一致させようとしたサミュエル＝プーフェンドルフ Samuel Pufendorf (1632-1694)⁽⁷¹⁾ を始めとする“自然法主義者 *naturalist*”の学派があり、他方には、国際法と自然法を区別し実務的諸問題と支配的国家実行 *Current state practices* を強調する“実定法主義 *positivism*”の代弁者達がいるのである。プーフェンドルフは自然法を道徳の体系と看做した。又、彼は慣習規範の正当性を否定したので近代国際法の行方を見誤った。更に彼は、条約が国際法の基礎に関する討議に何らの関係をも有しないと論じた。他の“自然法主義者 *naturalists*”もこの心理に同調し、複雑な政治的現実から徐々に遊離していくかに思われた絶対的諸価値を理論的に構築することを支持して現実の国家実行を微弱視乃至無視した。

(注)

71. On the Law of Nature and of Nations, 1672. 同じく見よ, Nussbaum, op. cit., pp.147-50.

実定法学派の主要創始者の一人はリチャード＝ズーチ Richard Zouche (1590-1660)である。彼はプーフェンドルフと同時代にイギリスで生活していた。⁽⁷²⁾ 彼は、自然法を完全に無視したが、伝統的諸原則に十分な考慮を払った訳でもない。彼は個別的事件に関心を向けていたのであって、彼の著作には近過去の多数の事例が収録されている。

(注)

72. Ibid., pp.165-67.

類似の表現を用いてバインケルスフーク Bynkershoek (1673 - 1743) は、近代の国家実行の重要性を強調して自然法を事実上無視した。彼は戦時における中立国の権利義務理論の発達に多大の寄与を為した。又彼は入念に関連事実を研究した後で海洋の自由 freedom of the seas を支持した。⁽⁷³⁾

(注)

73. Ibid., pp.167-72.

実定法主義者のアプローチは、多くの近代思想と同じく、ルネッサンスが採用した経験的方法に由来していた。このアプローチは、絶対的諸原則を演繹して構築した理論体系には関心を示さず、諸事件の発生経過を観察して現実に生じた問題を論議する方に関心を示したのである。ロック Locke とヒューム Hume ⁽⁷⁴⁾ が公式化した経験主義 empirism では先天的規範の存在は否定され、経験に基づく思想が求められた。仮定を実験により証明する科学的方法が、このアプローチを際立たせた。

(注)

74. 見よ, Friedmann, op. cit. footnote 28, pp.253-55.

こういう哲学的姿勢から判断すると、理性から導かれる諸原則に準拠せず、競争関係にある国家間での現実の事件・事態に基づいて国際法を再構築した方が早かったのである。国家の現実の行為が大事なのであって、既存の自然法規範に対応して国家が何をすべきかは重要な問題とは看做されなかった。条約 agreement と諸国家が承認した慣習 customs が国際法の本質とされた。

宗教戦争の戦後処理のためのウェストファリアの平和 Peace of Westphalia (1648年)の後、近代国民国家系 modern nation-state system の登場に歩を令わせて実定法主義 positivism も発達した。この立場は、主権者の至高の権力を強調して国家主権 sovereignty of states を導入したボーダン Bodin や ホブズ Hobbes ⁽⁷⁵⁾ 等の主権理論とも一致した。

(注)

75. Leviathan, 1651.

実定法主義及び自然法主義双方の要素が、18世紀のスイスの法律学者ヴァッテル Vattel (1714-67) の著作に現れている。彼の著書“種族間の法 Droit des Gens”は自然法の諸原則を基礎とし乍らも、実務的傾向の強い内容であった。彼は国家平等原則を国際法に導入し、一寸法師も巨人も共に人間であるのと同様に弱小共和国といえど最強の君主国と対等の主権者 sovereign であると主張した。彼は、良心の法と行動の法を区別して後者のみが実務的関心事であると論じた。そして自然法的重要性を最小限度に抑えたのである。⁽⁷⁶⁾

(注)

76. 見よ, Nussbaum, op. cit., pp.156-64.

皮肉なことに、実定法思想が自然法の哲学的基礎を破壊し自然法理論を歴史の彼方へ追いやるかみえた正にそのとき、自然法理論は、その後重大な意義をもつ現代的装いの下に再登場した。即ち、自然法は自然権 natural rights 概念の出現に道を譲ったのである。⁽⁷⁷⁾

(注)

77. 例えば見よ, Finnis, Natural Law and Natural Rights, 1980 and Tuck, Natural Rights Theories, 1979.

自然権の概念は、各個人の政治的最高性を主張していた。個人間の合意を前提にし市民社会が正当化されるとの社会契約思想は、個人の中心的役割を強調した。この理論がホッブス Hobbes 流の絶対主権者 absolute sovereign を要求すると悲観的に解釈するか、又はロック Locke 流の条件付権力受容 conditional acceptance of authority を意味すると楽観的に解釈するか、そういう点は別にしても、この理論が革命的教義であることに変わりはなかった。人権こそ米仏両革命の核心であったし、現代民主社会の本質でもある。

にも拘らず、他方では、自然法思想は主権の絶対性と私的所有権の神聖を守るために利用された。この理論がこういう反動的側面をもっている理由は、その理論内容が社会契約の発展として神意に副って定立されるため、自然法解釈にどの程度世俗的要素を加味させるかのその加減次第でその理論内容が決まったからだと言われる。

19世紀

18世紀は、国際法の諸原則に発展に寄与した啓蒙思想や合理主義哲学が熟成した時代であった。19世紀は、これとは対照的に、実務的で拡張主義的で且つ実証主義的な時代であった。ウィーン会議はナポレオン戦争の終結を意味すると共に、欧州の勢力均衡に基づく新国際秩序を構築した。国際法は欧州中心的性格をもつに至り、キリスト教的文明国の守護神的存在となった。非欧州諸国は西欧列強の同意の下に、しかも西欧列強が定めた条件に基づいてのみ、文明国のサークルに入ることができた。逆説的であるが、国際法は欧州諸君主国の拡張政策により地理的には国際化したが、中味の普遍性は減退し、理論及び国家実行の点で欧州的価値観をより濃厚に反映するに至った。⁽⁷⁸⁾

(注)

78. 見よ, Nussbaum, op. cit., pp.186-250 and, e.g., Alexandrowicz, The European-African Confrontation, 1973.

19世紀の特徴は他にも多数存在する。民主主義及び国家主義はフランス革命とナポレオン帝政時代の諸戦争で刺激され、欧州大陸全体に伝播し、国際関係の本質を変えてしまった。⁽⁷⁹⁾ もはや特権貴族の排他的関心事ではなくなった外交政策に、国家主義の肯定的側面と否定的側面が共に現われるようになった。民族自決 self-determination によって中・東欧の多民族国家は脅威を受け始めたが、国家主義はドイツ及びイタリアの統一で頂点に達し、膨張主義や民族的優越主義等の特徴を示し始めた。民主主義は独立の政治力となり政治的決定権を取得し始めた。戦争が万人の関心事となったので、民主主義は責任の所在という問題をも提起するに至った。

(注)

79. 特に見よ, Cobban, The Nation State and National self-Determination, 1969.

徴兵制度をヨーロッパ諸国が導入したので、大規模な国民軍が小規模な職業軍隊に取って替わった。⁽⁸⁰⁾ 産業革命により欧州は機械化され、労資の二極化が発生し、世界中に西欧の影響が及んだ。こういった諸要因により、多様な公的及び私的国際組織が急速に増加したので、国際法も之に対応して急速な成長を遂げた。⁽⁸¹⁾

(注)

80. Best, Humanity in Warfare, 1980 and Bailey, Prohibitions and

Restraints in War, 1972.

81. 例えば見よ, Bowett, op. cit., footnote 7 and The Evolution of International Organisations (ed. Luard), 1966.

ヨーロッパ諸国は会議を度々開いて、戦争法規の普及に努め、その発達に大いに寄与した。1863年に設立された国際赤十字委員会 International Committee of the Red Cross は、戦争の“人道化 humanisation”を扱う一連のジュネーヴ条約の採択を1864年以来推進したし、1899年と1907年のハーグ会議は常設仲裁々判所 Permanent Court of Arbitration を設置すると共に、捕虜の待遇や戦争行為の規制を定めた。⁽⁸²⁾他に多数の会議や議会 conferences, conventions and congresses で国際法規拡充の必要や緊密な国際関係網樹立の必要が強調された。

(注)

82. 更に見よ, infra, Chapter 18.

実定法主義者 positivist は今世紀を支配している。国家権力の拡張や国内立法技術の向上により、法とは基本的に主権者又は主権団体 sovereign person or body が発する命令であるとの考えが強まった。倫理道德の問題は人定法 man-made laws の正当性の論議には無関係であった。このアプローチは国際場裡に移植されると直ちに最高の中心的権力の不存在という現実と直面せざるを得なかった。

法は最終的に国家システムの主権者の意思に依存していたので、国際法は主権国家の意思に依存するとの結論がでてくると思われた。

こういう結論は、国家内の最高の立法権者と国家自身とを混同していることを示していたので、実定法主義としては国家の形而上学的存在を認めざるを得なかった。国家はそれ自身の生活と意思をもっているので国際法を支配することもできるとされた。このような国家の抽象性を強調する視点は全ての実定法理論に現われていた訳ではなく、最近の理論的成果である。⁽⁸³⁾

(注)

83. 見よ, infra, Chapter 2.

国家意思説 doctrine of the will of the state を最初に分析・提案したのはドイツの哲学者ヘーゲル Hegel である。彼によれば、個人は国家に従属している。何故なら、国家は全国民の“意旨 wills”を尊重してより高位の意思体により自己を発展させ、対外的には絶対最高の存在として登場するからである。⁽⁸⁴⁾この哲学は20世紀に理論的破綻を来し、19世紀中休眠状態に陥っていた自然法の復活を促すこととなった。

(注)

84. 例えば見よ, Avineri, Hegel's Theory of the Modern State, 1972, and Friedman, op. cit. footnote 28, pp.164-76.

国際的な協定や慣習や規制が増加すると、実定法理論家は国際法と国家というこの問題に取り組みだした。その結果、二学派が出現した。

一元論者 monists は、国内法と国際法とに共通の基本原則が存在すると主張した。この原則は“権利 right”や社会的団結として、更には約束は守られなければならないとの原則 (pacta sunt servanda) として、提示された。二元論者 dualists は、数の上では多数を占め、より実証主義的な思考方式を採用し、同意 consent の要素を強調した。

もう一人のドイツの理論家トリーペル Triepel にとっては、国際法と国内法 domestic (or municipal) law とは別個の平面上に存在するものであった。国際法は国際関係を規律し、国内法は個人相互の関係及び個人対国家の関係を規律するとされた。国際法は国家間の合意 agreements に基づいていた (トリ

ーペル Triepel によれば、この合意は条約と慣習を含むとされた)。又、国際法は諸国家の“共通意思 common will”による命令であったので、一方的に単独の国家により変更し得なかった。⁽⁸⁵⁾

(注)

85. Ibid., pp.576-77. 同じく見よ, infra, Chapter 4.

この説は矛盾に達することとなった。即ち“この共通意思は個別国家を拘束し得るのか? 拘束し得るとすれば、何故なのか?”という疑問が生じたのである。主権国家の意思から当該国家の制卸し得ない規則が生まれるとの結論に落ち着いたようであった。それ故、国家意思 state will は至高ではなく、国家集団の意思に劣位した。トリーペルはこうした諸点には触れず各法律問題に応じて答えを異にする論点として放置した。こうして実定法理論は、法の本質を法的叙述になじまないそれを超越したものと看做し、みずからの実証主義的立場を弱めてしまった。19世紀には又、国際法の著作が多数公開され、国家実行 state practice が強調されるとともに国際法規の発達に対する国家行動の重要性が力説された。⁽⁸⁶⁾

(注)

86. 例えば見よ, Wheaton, Elements of International Law, 1836; Hall, A Treatise on international Law, 1880; Von Martens, Voelkerrecht, Z vols., 1883-6; Pradier-Fodere, Traite de Droit International Public, 8 vols., 1855-1906; Fiore, Il Diritto Internazionale Codificato e la Sua Sanzione Giuridica, 1890.

20世紀

第一次大戦は動的で楽観的な一時代の終幕を意味した。欧州の諸列強は世界を支配し、欧州のイデオロギーは至高の存在として君臨した。しかし1914年から18年迄続いた大戦は欧州文明の基礎を覆した。徐々にではあるが自信が消失したのである。いわば建物の基礎が脆弱化したのである。又、普遍的に受容されていた進歩に対する確信が急速にゆらぎだした。自問自答がこの時代の常況になり、芸術も法もこの状況を反映することとなった。

国際関係の視点からは、1919年の平和条約の最も重要な遺産は国際連盟 League of Nations の創設であった。⁽⁸⁷⁾古き分権的無統制システムに代わって、平和を維持し確保する新しい制度の必要性が痛感された。連盟は総会 Assembly と執行機関たる理事会 Council とで構成されていたが、発足当初から米ソの不参加により、連盟の活動はそのほぼ全期間に亘り機能麻痺に陥り、基本的に欧州組織の域を出るものではなかった。

(注)

87. 見よ, Nussbaum, op. cit., pp.251-90 and infra, Chapter 19.

連盟は確かに国際秩序の維持に関して最小限度の成功を取めたが、歴然たる侵略国家の出現に直面して瓦解した。日本は1931年に中国を侵略し、2年後に連盟から脱退した。イタリアはエチオピアを攻撃し、ドイツも何ら妨害されることなく国内外で一連の侵略政策の遂行に着手した。ソ連は1939年のフィンランド侵攻の後、連盟の最終的且つ決死的ジェスチャーの下に同機構から除名された。

それにも拘らず、多くの有益が基礎作業が短命な連盟により達成され、後日の国際連合 United Nations の結成の際に役に立てられた。⁽⁸⁸⁾

(注)

88. 同じく見よ, Scott, The Rise and Fall of the League of Nations, 1973.

常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice は1921年にハーグ The Hague に設立され、1946年に国際司法裁判所 International Court of Justice に受け継がれた。国際労働機関 International Labour Organisation は第一次大戦後間もなく設立され、今日迄存続している。そして他の多くの国際組織がこの時期に発足しその機能を拡大した。⁽⁸⁹⁾

(注)

89. *Infra*, Chapter 19.

両大戦間期に初めて現れた他の国際法上の思想として、敗戦国の植民地を戦勝国が直接併合せずに植民地住民のために管理する委任統治制度 system of mandates. そして連盟の保障下で少数民族の保護を計る試みがあった。後者即ち少数民族保護の試みは大きな成果を収めることはできなかったが、後の人権確保の問題に解決の道筋を示したものであった。⁽⁹⁰⁾

(注)

90. *Infra*, Chapter 6.

第二次大戦で痛手を受けた連盟は1946年に国際連合 United Nations Organisation に引継がれた。後者は前者の欠陥の多くを修復しようとした。国際政治の権力のシフトが欧州からアメリカへ実現されたことを反映して、国連はその本部をニューヨークに置き、真に普遍的な組織になる決意をもっていった。非植民地化の到来はこの期待を実現し、今日、国連総会には160箇国の加盟国代表が集っている。

19世紀に始めて顕著になった傾向の多くが今日迄続いている。国際協定や国際慣習の数量が大幅に増加し、仲裁々判制度が強化され、国際機構の発達もあって、今日の国際法の実質的部分が形成された。

共産主義者の国際法理論 Communist Approaches to International Law

古典的マルクス主義理論では、法と政治を支配階級の社会支配の手段として論じている。経済生活の本質は生産手段の私有であり、全ての権力がこの原理から導かれた。労資は相対立する命題であり、その相互的対立は最終的に革命に至り、その中から新しい非搾取的な社会形態が出現するとされた。⁽⁹¹⁾ 国民国家は資本家階級により支配されていたが、再編成プロセスの中で消滅する運命にあるとされた。実際、この理論では、社会の新しい基礎が樹立されるや法と国家は衰亡し、⁽⁹²⁾ 古典的国際法も国家を基礎にして成立していたので同様に死滅すると論じられた。

(注)

91. 見よ, Lloyd, *op. cit.*, Chapter 10 and Friedman, *op. cit.* footnote 28, Chapter 29.

92. Engels, *Anti-Duhring*, quoted in Lloyd, *op. cit.*, pp.773-74.

しかし、国際政治の権力的性格と資本主義諸国に包囲されたソ連の存在とを考えると、この理論は修正を受けざるを得なかった。国家の国際システムは一晩で社会主義体制に変化できず、一定の移行期間が不可欠であった。にも拘らず、基本的な変化は既に生じていると看做された。

例えばトウンキン Tunkin 教授は、ロシア10月革命が一連の新しい国際法思想を誕生させたと力説している。これらの新国際法思想は相互に関連する三つの基礎的なグループに分類できると思われる。即ち、(a) 社会主義諸国間の社会主義国際主義 socialist internationalism の諸原則 (b) 主として反植民地主義を目的とする諸国家及び諸人民の平等と自決 self-determination の原則 (c) 異なる社会体制をもつ国家間関係を認める平和共存 peaceful co-existence の原則以上がその三グルー

プである。⁽⁹³⁾

(注)

93. *Theory of International Law*, 1974, p.4. 同じく見よ, Grzybowski, *Soviet Public International Law*, 1970, especially Chapter I, and generally Baade, *The Soviet Impact on International Law*, 1964 and Friedman, *op. cit.* footnote 19, pp. 327-40.

本節ではこれらの概念につき簡潔に観ておこうと思うが、先ず歴史的概観が必要であろう。

10月革命直後に移行局面が現われたと措定された。この時期に、搾取手段としての国際法は社会主義国により非難的となったが、それでも正当なシステムとして承認されていた。2名のソビエト理論家コロービン Korovin とパシュカーニス Pashukanis はこの方面での大家であった。移行期には、革命の普遍的勝利を得る迄は何らかの形の経済的技術的協力が国際社会の秩序にとっても枢要であるとの妥協が図られた。⁽⁹⁴⁾ パシュカーニスが表明した見解では、国際法は階級間法であって、この法の下に社会主義制度が勝利を収める迄、敵対する二階級が妥協を模索するとされていた。社会主義のソ連は、資本主義国家により開発され資本主義を反映する法制度を依然として利用することができた。⁽⁹⁵⁾ しかしスターリン主義 Stalinism の抬頭と“一国社会主義 socialism in one country”の要求の高まりと共に、状況は厳しくなった。パシュカーニスは自己の方針を変更・放棄した。国際法は資本主義諸国家とソ連邦との間の一時的な形での妥協ではなく、階級闘争遂行の手段になった。ソ連としては自己の目的に合致する国際法規の拘束力のみを認めた。⁽⁹⁶⁾

(注)

94. Tunkin, *op. cit.*, p.5.

95. *Ibid.*, pp.5-6. 同じく見よ, Babb and Hazard, *Soviet Legal Philosophy*, 1951.

96. Grzybowski, *op. cit.*, pp.6-9.

1930年代末の新アプローチは、政治的には、ロシアの連盟加入運動の成功と対西欧接近政策とに反映され、法的にはビシンスキー Vyshinski 理論の中で展開された。彼はより法律主義的な国際法観を採用し、ソ連が民族の自決 national self-determination や国家主権 state sovereignty や国家平等 equality of states などの諸原則を受容すべきだと強調した。但しそれら以外の諸原則については認めなかった。国際法の役割は、全国家を拘束する一元的な国際法体系を構築することではなかった。ソ連はレーニン＝スターリン主義的外交政策の理想を追求して行動し、明示の同意 express consent を与えなかった法規の拘束力を否定した。⁽⁹⁷⁾

(注)

97. *Ibid.*, p.9.

第二次大戦後の数年間、冷戦 Cold War が進行するにつれてソビエト国際法理論の締め付けが強化されたが、スターリン Stalin が死にフルシチョフ Kruscher が跡を継ぐと雪解け thaw が訪れた。理論的立場から観ると、移行期の法が平和共存 peaceful co-existence の国際法に取って代わられたということである。資本主義国と社会主義国との間の戦争が不可避であるとはもはや考えられなくなり、相互寛容と協力の時代が始まった。⁽⁹⁸⁾

(注)

98. *Ibid.*, pp.16-22. 同じく見よ, (Higgins, *Conflict of Interests*, 1964, Past III.

トウンキン Tunkin は、社会主義諸国家と資本主義諸国家とに別々に妥当する支分法システムが存在するのではなく普遍的に妥当する単一の国際法システムが存在することを認め、国際法が国家間の合意 agreements に基づいて成立し合意を与えた国のみを拘束すると論じた。彼は現代の一般国際法を次のように定義した。

社会体制を異にする諸国間の合意で創設される規範の総体は、諸国家の合致した意思を反映する点で一般的に民主的性格をもち、平和及び平和的共存 peaceful co-existence と諸人民の自由及び独立とを確保するための闘争＝協力プロセスでの諸国間関係を規律し、必要な場合には国家が個別的に又は集団的に行なう強制 coercion により法としての実効性が確保される。⁽⁹⁹⁾

(注)
99. Op. cit., p.251. 同じく見よ, Tunkin, "Co-existence and International Law", 95HR, pp.1, 51 et seq. and McWhinney, "Contemporary Soviet General Theory of International Law: Reflections on the Tunkin Era", 25 Canadian Yearbook of International Law, 1989, p.187.

ここで国家主権 state sovereignty を強調したり相異なる社会制度を承認したり平和的共存を旨ざしたりする類いの基礎的要素に注目しておくのも面白いと思われる。法的制裁の役割が強調され、ソビエト国際法理論に実定法主義の影響が大きく投影されることとなった。こういう先入主は、コズェフニコフ Kozhevnikov 教授の指導的なソビエト国際法テキストの中の国際法の定義にも反映している。同テキストは次のように言っている。

国際法は、紛争＝協力プロセスにある諸国家の関係を規律する規範の総体であり、諸国家の平和共存 peaceful co-existence の保全を目的とし、当該諸国家の支配階級の意味を表明し、必要な場合には諸国家の個別的又は集団的強制により防衛される規範体系である。⁽¹⁰⁰⁾

(注)
100. International Law, 1961.

当初は、条約だけが国際法の正当な法源と看做されていたが、今日では慣習もその法的信念 opinio juris 即ち法的拘束力要因が大いに強調され一種の黙示の合意 tacit or implied agreement として受容されている。慣習を創設する国家実行 state practice は一般的である必要はないが、法形式としての慣習に対しては一般的承認が存在しなければならない。⁽¹⁰¹⁾

(注)
101. Theory of International Law, op. cit., p.118. 同じく見よ, Tunkin, "The Contemporary Soviet Theory of International Law", Current Legal Problem, 1978, p.177.

平和共存 Peaceful co-existence 自体は、他国の国内問題への不干涉 non-intervention や国家主権などの若干の基本的概念に依拠している。いかなる世界政府 world authority 思想も国家主権原則に反するものとして攻撃されている。更に平和共存原則は、善隣友好 good neighbourliness や国際協力そして国際義務の誠実な遵守 observance in good faith of international obligations といった考え方を含むと考えられている。

この平和共存概念は、社会発展法の特殊な傾向に基づくとともに、資本主義と社会主義との間の武力闘争を排除した形での特殊な階級闘争であると看做されている。⁽¹⁰²⁾ 本質的にこの概念は、国際法の基礎的諸概念をイデオロギー的傾向を反映する形で別言表現したものである。しかし、之等の諸原則自体、国際社会により長期に亘り受容されていたことを忘れてはならない。

(注)

102. Ibid., pp.35-48. 同じく見よ, Vallat, "International Law-A Forward Look", 18 YBWA, 1964, p.251; Hazard, "Codifying Peaceful Co-existence", 55 AJIL, 1961, pp.111-12; McWhinney, Peaceful Co-existence and Soviet-Western International Law, 1964 and Grzybowski, "Soviet Theory of International Law For the Seventies", 77 AJIL, 1983, p.862.

トウンキンは初めのうちは地域国際法体系の発達を非難していたけれども、その後、共産主義諸国家間の特殊な関係を反映する社会主義法を受け入れるに至った。ソ連による東欧、特に1968年のチェコスロバキア Czechoslovakia への干渉は、このような見解の拡大に大いに寄与することとなった。⁽¹⁰³⁾ ソ連の見解では、社会主義(共産主義)諸国家間の関係は新しいより高度の国際関係の形態であり、社会主義国際法が適用される関係であった。共通の社会的経済的要素と政治的共同体とにより、永続的友好間の客観的基礎がつくられ、他方ではそれとは対照的に、国際資本主義が強者による弱者の搾取を行っていた。社会主義乃至プロレタリア国際主義の諸原則は、慣習と条約とで成立した社会主義ブロックに属する国々の関係を規律する国際法諸原則の統一的体系であった。国家主権尊重・国内問題不干涉・諸国家諸人民の平等の各基本原則は一般国際法上の原則であるけれども、社会主義国際法上の同様の諸原則は、社会主義諸国間に経済的競争や搾取がなくむしろ協力関係が拡大しているために実定性の高いものになっている。従って之等諸原則は、社会主義諸国が相互に相手の権利を侵害してはならないという実質義務を内包するだけでなく、資本主義の脅威に対抗して当該権利を享有し防衛するために社会主義国が相互に援助を与える義務をも内包していた。⁽¹⁰⁴⁾

(注)
103. 見よ, Grzybowski, op. cit. footnote 93, pp.16-22.
104. Tunkin, op. cit., pp.431-43.

資本主義が優越している環境下で社会主義国を防衛するという実際目的の下でソ連が領土保全と領域主権 territorial integrity and sovereignty を主張したことは、民族的一体性を確立して西欧の財政的文化的影響に対抗しようとしていた第三世界の発展途上国にとっても大きな魅力であった。

冷戦 Cold War の終結とソ連でのペレストロイカ perestroika (改革)の始まりと共に、国際法理論を再評価する動きが出てきている。⁽¹⁰⁵⁾ 平和的共存概念は修正され、階級闘争観念がソ連政治学辞典から事実上削除された。地球的な相互依存と国際協力の必要性が代わって強調されている。その理由は、資本主義と社会主義との対立緊張がもはや現代世界の主要紛争ではなくなり、東西両陣営の共通利益が資本主義を前提に多く存在することが認識されたからである。⁽¹⁰⁶⁾ こういうソビエトの新しい考え方の本質は、普遍的な人間的諸価値の優先であり、世界共同体での国際法の重要性の増大に直接結びつく地球の諸問題の解決におかれているといえよう。更に国際法は普遍的でなくてはならず、人為的に資本主義・社会主義そして第三世界 Third World の各“国際法 international law”システムに分割してはならないことも指摘されている。⁽¹⁰⁷⁾

(注)
105. 例えば見よ, Perestroika and International Law (eds. Carty and Danilenko), 1990; Mullerson, "Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking", 83 AJIL, 1989, p.494; Vereshchetin & Mullerson, "International Law in an Interdependent World", 28 Columbia Journal of Transnational Law, 1990, p.291 and Quigley, "Perestroika and International

Law", 82 AJIL, 1988, p.788.

106. Vereshchetin & Mullerson, op. cit., p.292.

107. Ibid.

ソビエトの学者や政治指導者は、1968年のチェコスロバキアへの介入及び1979年のアフガニスタンへの介入が国際法に違反していたこと、そして法の支配 rule of law に基づく国家の創立により国際法システムが強化され国際関係における法の支配も強化されると考えられる点に同意している。特に、国連の役割に対する再評価が今日のソビエトの政策で明らかになっている。⁽¹⁰⁸⁾

(注)

108. 見よ, Quingley, op. cit., p.794.

以前には中国の姿勢に関して比較的知られていなかったが、二・三の事柄を指摘することは可能である。西欧的諸概念は基本的に国際的レベルでブルジョワ階級の支配を守ることを目的にしていると看做されている。ソビエトの見解は部分的に受容されたものの、1950年代末に中ソ二大共産主義国の離間が進むにつれて、中共政府はロシアの主たる関心が現状維持 status quo と米ソ二大超大国の優位性の確保にあると結論付けた。現代国際法の一大支柱としてのソビエト流平和共存概念は、特別な疑いと侮りの目で観られたのである。⁽¹⁰⁹⁾

(注)

109. 見よ, Chiu, "Communist China's Attitude towards International Law", 60 AJIL, 1966, p.245; Fairbank, The Chinese World Order, 1968; Cohen, China's Practice of International Law, 1972; Anglo-Chinese Educational Trust, China's World View, 1979; Cohen and Chiu, People's China and International Law, 2 vols., 1974, and Kim, "The People's Republic of China and the Charterbased International Legal Order", 72 AJIL, 1978, p.317.

中国法概念は、歴史的及び文化的理由により、西欧型の発達した法体系とは大いに異なっている。“法 Law”は中国社会では、西欧社会で占めた重要な地位を一度も獲得したことはなかった。⁽¹¹⁰⁾ 調和と均衡 harmony and equilibrium が全体として要求される専門的官僚機構と西欧型の個人保護を目的とする法的権利の体系は中国では現実には育たなかったのである。社会は法的制裁によるよりも先例と確立した道徳とにより最も能く守られると考えられたのである。しかし、この儒教思想は、共産主義革命が成功すると一掃され、階級闘争 class warfare を重視する厳格なマルクス＝レーニン主義 Marxism-Leninism に取って代わられた。⁽¹¹¹⁾

(注)

110. 見よ, Lloyd, op. cit., pp.760-63; Van des Sprenkel, Legal Institutions in Northern China, 1962 and Unger, Law in Modern Society, 1976, pp.86-109.

111. Lloyd, op. cit., and Li, "The Role of Law in Communist China", China Quarterly, 1970, p.66 cited in Lloyd, op. cit., pp.801-8.

中国は、幾つかの国際法システムを承認しているようである。例えば西欧型国際法や社会主義国際法や修正主義（ソビエト）国際法を認めた上で、社会主義国際法が最終的に拡大して唯一の普遍的な国際法システムができあがると考えたようである。⁽¹¹²⁾ 国際条約は国際法の基本的法源と看做され、中国は他の諸国と同様、多数の条約に加入しその義務を履行している。⁽¹¹³⁾ 勿論、他の列強特に19世紀のロシア帝国による中国領域の併合を認めた所謂“不平等条約 unequal treaties”を中国が認めないのは例外に属する。⁽¹¹⁴⁾

(注)

112. 例えば見よ, Cohen and Chiu, op. cit., pp.62-64.

113. Ibid., pp.77-82, and Part VIII generally.

114. 例えば見よ, Detter, "The Problem of Unequal Treaties", 15 ICLQ 1966, p.1069; Nozari, Unequal Treaties in International Law, 1971; Chiu, op. cit., pp.239-67 and Chen, State Succession Relating to Unequal Treaties, 1974.

概して、国際法は国際政治の一部として、権力的便法とイデオロギーに従属するものとして取扱われてきた。国際法規が中国の政策と国益に合致すれば遵守されるのである。合致しないならば、無視されるのである。

しかし今や中国史の孤立主義的局面は終息したようであり、他国との関係も樹立され、国連加盟も果たされたのであるから、中共としても国際法に対しより慎重な態度を採っているようである。こうした状況下で、ソ連の場合と同様、中国は国際法に対して友好的且つ合法視する立場を採り、多極化世界でその影響力の拡大を追求し実現しているようである。

第三世界 The Third World

第二次大戦以後の国際情勢の展開の中で、最も決定的な事件の一つは、植民帝国の崩壊と所謂第三世界 Third World の多数の新国家の誕生である。こうして、過去の地位にまつわる苦難の遺産を背負い乍らも社会的・経済的・政治的発達の主体たる国家が国際舞台に押し上げられて登場したのである。⁽¹¹⁵⁾ こういう状況下では、国際法の枠組と諸原則が攻撃に曝されるのは極めて自然な成行であった。欧州中心主義に基づきキリスト教的都市化拡大欧州⁽¹¹⁶⁾の諸価値に染まった19世紀的国際法の発達は、20世紀中・後期に新しく独立した国々の必要と利益を反映していなかったことは容易に理解し得る。このような19世紀的国際法が20世紀の独立国に服従を要求し、又服従を反映しているやに感じられ、国際法自身の変化が必要であることが痛感された。⁽¹¹⁷⁾

(注)

115. 例えば見よ, Anand, "Attitude of the Afro-Asian States Towards Certain Problems of International Law", 15 ICLQ, 1966, p.35; Elias, New Horizons in International Law, 1980 and Higgins, op. cit., Part II. 同じく見よ, Hague Academy of International Law, Colloque, The Future of International Law in a Multicultural World, especially pp.117-42 and Henkin, How Nations Behave, 2nd ed., 1979, pp.121-27.

116. 例えば見よ, Verzijl, International Law in Historical Perspective, vol. 1, 1968, pp.435-36. 同じく見よ, Roling, International Law in an Expanded World, 1960, p.10.

117. これとは逆に、国際法が普遍化することで内容が希薄化したという学者の見解も存在する。例えば見よ, Friedmann, op. cit. footnote 19, p.6; Stone, Quest for Survival: The Role of Law and Foreign Policy, 1961, p.88 and Brierly, The Law of Nations, 6th ed., 1963, p.43.

基本的に19世紀に結実した国際法思想即ち権力政治と西欧の優越を信奉する思想は、明確に拒否されたのである。⁽¹¹⁸⁾ 国際法の基本的諸概念は棄てられなかったのであって、新国家は、一般的に認められた法的枠組としての国境内に於いて、自国の安全保障 security を追求する上で熱心に国家の主権平等の原則や不侵略・不干渉の原則 principles of non-aggression and non-intervention を擁護した。

(注)

118. 例えば見よ, Alexandrowicz, The European-African

Confrontation, 1973.

19世紀に発生したこのような国際法の新たな国際化により、欧州を基礎に成立していた国際社会の同質性は崩れたが、国際法は普遍主義的妥当性を有するに到った。⁽¹¹⁹⁾ 例えば、国際司法裁判所 International Court of Justice 及び国連安全保障理事会 Security Council の構成はこうした国際法の発達を映している。国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice 第9条は主要な文明形態と世界の主要法系 principal legal systems of the world とが裁判所に代表されなければならないと指示しているし、安保理非常任理事国の10議席中5議席はアジアとアフリカの諸国に、2議席がフテン＝アメリカの諸国に(残り3議席はヨーロッパその他の地域の国々に)割当てられるべしとの合意が存在している。国際法委員会 International Law Commission の構成も最近、地理的配分方式に基づき委員を増加する改造を行なった。⁽¹²⁰⁾

(注)

119. 見よ, Okoye, International Law and the New African States, 1972; Elias, Africa and the Development of International Law, 1972 and Encyclopedia of Public International Law, vol. 7, 1984, pp.205-51.

120. 国連総会決議 G. A. Res. 36/39 により, 委員 34 名中 21 名がアジア, アフリカ, ラテン＝アメリカの国民でなければならないことになっている。

新興独立諸国の影響力は特に国連総会 General Assembly で実感させられているが、国連加盟の160箇国のうち独立新国家が過半数を占めているからである。⁽¹²¹⁾ 国連総会が採択する各種の決議 resolutions や宣言 declarations の内容及び範囲が新興独立諸国の影響力の強さを証明しているし、当該諸国家の恐怖心や希望そして関心のおきどころの記録になっている。

(注)

121. As of autumn 1990.

例えば1960年の植民地独立付与宣言 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples は、植民地が速やかに主権 sovereignty を獲得する権利をもつことを明示し、自決の原則 principle of self-determination を承認すべきことを主張した。この原則は、本書の他の部分で論じられるが、⁽¹²²⁾ 内容的に不明確な部分があるものの定着した国際法原則であると大半の学者により認められている。にも拘らず、当該原則は、植民地より独立した新国家の成立と当該諸国家が国際法の発達に及ぼした影響を象徴する用語になっている。

(注)

122. 見よ, infra, Chapter 5.

国家主権を承認されたいという新興独立国の欲求は、国連及び国連憲章に対する支持という形で現れると共に、“経済的自決 economic self-determination” 即ち天然資源に対する恒久的主権 right of permanent sovereignty over natural resources に対する願望という形でも現れている。⁽¹²³⁾ このような経済分野への国際法の拡大進出は今世紀の国際法の主要な発展傾向であり、多数の事例で立証される。例えば、関税及び貿易に関する一般協定 General Agreement on Tariffs and Trade や国連貿易開発会議 United Nations Conferences on Trade and Development の創設や、国際通貨基金 International Monetary Fund や世界銀行 World Bank の設立がそれである。

(注)

123. 見よ, infra, Chapter 13.

非西欧の非共産主義的第三世界に属する新国家の利益は、先

進工業国の利益としばしば衝突し、国有化 nationalisation を巡る紛争が発生している。しかし、非植民地化闘争の初期に表明された数多くの危惧の念にも拘らず、国際法が承認されたこと、そして廃棄も変更もされなかったことは特筆されてよい。新しく成立した諸国家も外交関係や武力行使規制に関する法規その他の利益に浴することを望みつつ自国々益に反する法規に対する反対運動を展開しているため、国際法の枠組そのものは保持されている。

新独立国は外国支配と未開発という共通の歴史を歩みつつ民族の一体性に覚醒していったのであるが、それらの国々が同質であった訳ではない。文化的・社会的・経済的姿勢や発展段階が大きく異なるため、当該諸国は個別的特性を発達させている。又、“第三世界 Third World” の名の下に多様な政治的同盟が隠されてもいる。多くの問題で、新興独立国の利益は相互に衝突しており、こういう状況はそれらの国が採用する政策・方針の相違に反映している。石油その他の貴重な天然資源を所有する国家は資源の乏しい国や無資源国とは異なるし、海岸線をもつ国は内陸国 landlocked states とは区別されなければならない。相違点は無限に存在しており、北半球よりも南半球の方が遙かに多様に満ちている。

非植民地化の情熱が消失し西欧優位型国際法が腐食するにつれて、将来的には法理論上の明確な相違が現われることもあり得よう。この傾向の下で、植民地化に先行する歴史的伝統的諸概念や国際法の将来的発達の正当性の認識の増大をもっと理解してそれらに頼ることもできるようになるだろう。⁽¹²⁴⁾

(注)

124. 例えば見よ, Sarin, "The Asian-African States and the Development of International Law", in Hague Academy Colloque, op. cit., p.117 and Encyclopedia of Public International Law, Vol. 7, 1984, pp.205-51. 同じく見よ, Jenks, The Common Law of Mankind, 1958, p.169 and Cassese, op. cit., p.64 et seq.

しかし、中期的には、冷戦 Cold War が終了して米ソ協力が急速に展開しており、国際紛争の中心が東西対立から南北問題に移っていることは認めなければならない。こうした状況は、経済法から海洋法そして人権に及ぶ多彩な問題領域で出現し始めている。

2 今日の国際法

国際的関心を受ける法的領域の拡大

20世紀後半の国際法は、現代の生活構造が多様化・重層化しているために、それだけ多くの分野で発達しているといえる。何故なら、既に力説されているように、法はそれが妥当する社会の諸条件や文化的伝統を反映しているからである。社会は社会的・経済的・政治的諸価値の特定の実現目標を確定し、当該社会での生活を規律する法秩序によりそれら諸価値を実現しようとするのである。同様に国際法も環境の産物であるといえる。国際法は国際関係の一般的諸観念に合致する形で発達してきたのであって、生き残るためにその時代の現実に適合してはならないのである。

そうであるにも拘らず、既存の法規相互間には一定の緊張状態が継続しているし、国際法体系に変化を及ぼそうとする諸力が不断に発生している。国際法の主要問題の一つは、個別法規の妥当性を保持しつつ他方で国際法システムそのものの急激な崩壊を防ぐために、新たな行動規範と新たな生活実態を既存の国

際法の枠内にいつ・どのようにして組入れるか判断することである。

国際社会内部で生起する変化は重大であるのが一般であるし、国際社会のシステム全体に反響するものである。思い当たる一例として核兵器の出現がある。核兵器により、欧州の現状維持 status quo と全世界の恐怖の均衡が成立したが、核技術の取得を望む国が増えるにつれて不安要因になった。⁽¹⁾ もう一例を挙げると、海洋掘削の技術的能力の登場とそれに伴って発生した開発の性質と受益者 beneficiaries に関する問題がある。⁽²⁾ 現代の開発行為がいかに国際法構造の再評価を不断に要求するものであるか、これを示す事例は少なからず存在するのである。

(注)

1. 見よ, infra, Chapter 18.

2. 見よ, infra, Chapter 10.

今日の国際法の管轄範囲は巨大なものである。宇宙探検から大洋底分割問題迄、又人権保護から国際金融システムの管理迄、国際法の関与は平和の維持に対する基本的関心から始まって現代の国際生活の凡ゆる利益に及んでいる。

しかし国際法の存在理由 *raison d'être* と国際法を構成する決定的要素は、国際政治システムの必要不可欠な特徴になっている。一システム内に複数の主体が存在するとき、相互の関係を処理する方式について、共存 *co-existence* であれば敵対 *hostility* であれ、何らかの概念が成立してはならない。17世紀以来発達を遂げてきた国際法は終始同一のアプローチを採っており、一般的には(着目すべき例外はあるが)恒久的敵対関係という思考を回避してきた。対内的に最高の地位にある国家は対外的にもその主権を維持しようとし、そのために相互依存の深まる世界で他国に共存の必要を説かねばならず、みずからも他の国々の基本権を承認する必要に迫られるのである。全ての国家が均しく享有する権利という考え方を受け容れることは、いかなる国家も孤立しては存続しえない世界では不可避のことであり、当該諸権利(義務を含む事は言う迄もない)を明示的に規制するシステムが当然のことに成立した。

こうして何らかの形の国際法秩序に逢着するのである。縦令如何に粗雑で頻繁に侵犯されようと国際法秩序であることに変わりはない。⁽³⁾ 現在の国際法体系は欧州文明の展開過程で発達したものであるが、こういう事情は変化を蒙っている。米ソの抬頭はヨーロッパの没落を反映しているし、非植民地のプロセスも相当大きな衝撃を及ぼしている。

(注)

3. 国際秩序乃至国際システム或いは国際社会の正確な定義上の特徴に関する見解として次を見よ, Schwarzenberger and Brown, *A Manual of International Law*, 6th ed., 1976, pp.9-12; Yalem, "The Concept of World Order", 29 *YBWA*, 1975, p.320 and Pogany, "The Legal Foundation of World Order", *ibid.*, 1983, p.277.

このことは、世界的権力構造の急変に直面したとき国際法が二度と無視され得ない新たな思想と結びつかなければならないことを意味している。

国際法の欧州中心の性格は過去60年内外のうちに大いに希薄化し、他文化・他文明からの意見や希望それに要望が、世界法思想の展開に益々重要な役割を演じ始めている。

国際法は先ず何よりも世界政治の国家志向の基本的性格を反映している。法的に平等な主権 *sovereignty* と基本的な国家特性の平等な帯有から利益を享有する形式的独立体(=国家)が⁽⁴⁾

これらの価値をみずから尊重するシステムを首尾よく作り上げたのである。ここで注目される価値の例として、国内問題不干渉 *non-intervention in internal affairs*, 領域保全 *territorial integrity*, 武力不行使 *non-use of force* そして国連総会での投票権の平等が指摘され得よう。これに加えて、不適切な経済関係・国際的人権問題・新技術力抬頭といった数多くの要因が国境を越えて作用し、世界政治を緊張させている。⁽⁵⁾ 国内の政治状態と政治的緊張を極めてよく反映する国家政策上の勢力均衡 *balances of power* は、それが国際的勢力均衡であれ国内的勢力均衡であれ、国際法の必須の外枠になっている。法は国家内諸勢力及び国際的諸勢力の関心を映し出しているのである。

(注)

4. 見よ, infra, Chapter 5.

5. 領域に関する法規の文脈の中での事例に関して見よ, Shaw, *Title to territory in Africa*, 1986, pp.1-11.

経済的福祉であれ、生き残りをかけた安全保障であれ、イデオロギイ的發展であれ、国家がその目標を追求・達成するために法を必要とすることを認識するのも大切である。それ故に、こういった目的を達成するために国際法システムそのものが現実でなければならぬし、社会的諸勢力が一致して変化を求めるときにその変化が必要であれば変化を受け入れるだけの柔軟性をもたなければならない。⁽⁶⁾

(注)

6. 見よ, Hoffman, "International Systems and International Law", 14 *World Politics*, 1961-2, p.205.

しかし国際法は、比較的最近成立した新国家全てに適用される程の水平的拡大を示していない。国際法は個人と団体と国際機構をその管轄下に収めた程度である。国際法は又、国際貿易・環境保護問題・宇宙探査等の諸問題を含めて新分野を開拓している。

19世紀の実証主義 *positivism* の成長は、国際法の関心を主権国家に集中させる効果をもたらした。主権国家のみが国際法の“主体 *subjects*”であり、国際法の“客体 *objects*”たる非独立国や個人の地位とは対照的であった。しかし実定法理論が漸進的に深化するにつれて、国際関係の全体系に関する新しい理論の出現とも結びついて、主権国家のみを強調する立場は崩れ、個人や多国籍企業や国際組織のような非国家的実体 *non-state entities* が果たす役割が拡大した。⁽⁷⁾ 勿論、長らく個人が国際法の恩恵を享受する資格をもつと認められてはいたが、彼等が自己の本国に依存せず直接国際法に基づいて行為し得るとされたのは、つい最近のことである。

(注)

7. 更に見よ, infra, Chapter 5.

第二次大戦終結後に戦勝国側が設置したニュールンベルク及び東京の両裁判所は、個人の国際法主体性獲得プロセスで重要な地位を占めた。被告人の多くは人道に対する罪と平和に対する犯罪 *crimes against humanity and against peace* で有罪とされ処罰された。この事実は、通常と異なり国家を介在させずに国際法上の個人責任を承認したことを意味した。同じく1948年のジェノサイド条約 *Genocide Convention* は、国内裁判所や国際刑事裁判所による有罪宣告に基づく犯罪人の処罰を規定した。⁽⁸⁾ 人権に対する関心の増大も、このような国際法上の個人の役割の増大に向けた動きの一側面である。1948年に国連が採択した世界人権宣言 *Universal Declaration of Human Rights* は、一連の政治的社会的権利を列挙したが、同宣言はそれ自体法的拘束力のない指針にすぎないものである。1950

年に署名された欧州人権条約 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms と 1966 年の国際人権規約 International Covenants on Human Rights は前記世界人権宣言とは異なり、署名国のみを拘束する。条約の円滑な運用を確保するために、様々な監督執行機関が設置されている。欧州経済共同体 European Economic Community (共同市場 Common Market) 内部では、共同体の各機関の決定を不服として個人及び法人が EEC の司法裁判所 Court of Justice に出訴する権利をもっている。更に個人は一定の国際仲裁々判所に出訴することもできる。それにも拘らず、このテーマ全体は非常に論議されており、学者の中には(例えば、ペレストロイカ perestroika 以前のソ連の理論家)個人が国際法上の義務とは区別された権利をもつことを否定する者もいるが、この事実は国家の排他性から離脱する国際法の近年の傾向を示している。⁽⁹⁾

(注)

8. Ibid.

9. 更に見よ, infra, Chapter 6.

国際機構はみずからの権利・義務と独立の法的人格 legal personality をもつと今日では考えられている。国際司法裁判所 International Court of Justice は 1949 年の勧告的意見 Advisory Opinion の中で,⁽¹⁰⁾ 国連が国際法の主体 subject であり、この事件即ち国連職員のパルナドッテ伯 Count Bernadotte の暗殺事件でイスラエルに国際請求を提出することで自己の権利を強制的に実現し得ると述べていた。このような法的判断は、国際労働機関 International Labour Organisation や食糧農業機関 Food and Agriculture Organisation のような自己の法的独自性をもつ他の国際組織にも適用されるものである。そのため、国家が基本的な国際法主体であることに変わりはないものの、国際法主体として今日他の非国家団体も登場しており、その重要性は今後とも高まるものと思われる。現段階の地域的機構の成長にも注目しなければならない。その多くは NATO やそれに対抗するフルシャワ条約機構 Warsaw Pact organisations のように軍事的安全保障を目的として設立されたが、アフリカ統一機構 Organisation of African Unity や米州機構 Organisation of American States のように地域的文化的一体性を表明する性格の地域機構もある。独自の分類カテゴリーに属するものとして欧州共同市場 European Common Market がある。これは域内経済の調整・平準化の長期過程を既に経ており、基本的にブリュッセルに本部をおく独自の官僚機構が育成して域内共通の諸制度を樹立運用している。

(注)

10. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. ICJ Reports, 1949, p.174; 16 ILR, p.318.

このような地域機構の存在により、“地域的国際法下位システム regional international law sub-systems” が普遍的な国際法の枠組に挿入され、その結果、地域メンバーたる国のみを拘束する規範が発達し、国際法の学理的整合性が增大しているのである。⁽¹¹⁾

(注)

11. 更に見よ, infra, Chapter 19.

国際法の管轄事項の範囲は、数多くの難問に直面しつつも、国際法システムへの参加当事者の増加と共に拡大しており、もはや狭義の国家の領域的管轄権に関する論点のみに限定されず現代社会の特殊な諸問題をも射程に入れ始めている。既に人権

という枢要分野や金融開発問題を扱う国際経済法の成長について、そして環境破壊への関心や宇宙開発更に太平洋や深海底の資源開発等、多くの問題について一言及した通りである。又、国際組織の官僚機構に関する法(国際行政法)や国際労働標準、それに健康管理や通信統制も、そうした問題として加えられよう。

現代の理論的解釈

ここで前章で概観した中ソ両国の理論に加えて、国際法の性質及び役割に関する現代理論を簡潔に論じておこう。

実定法と自然法 Positive Law and Natural Law

人類の思想史を通じて、理想主義と現実主義即ちあるべき姿と現実の姿との複雑な関係が展開されてきたし、法哲学が倫理基準を含むべきか法分析に専念すべきかは、今日迄続いている論争テーマである。⁽¹²⁾

(注)

12. 例え見よ, Lyons, Ethics and the Rule of Law, 1984; Dworkin, Taking Rights Seriously, 1977; Hart, The Concept of Law, 1961 and Stein and Shand, Legal Values in Western Society, 1974. 同じく見よ, Lloyd, op. cit. and Dias, Jurisprudence, 4th, ed., 1976.

19 世紀の実用主義的且つ楽観主義的社会で急速に発達した実定法学派は、あるがままの法を全ての倫理的要素を除去して経験的に分析すべきだと主張した。道徳的刺激自体非難すべきものではないが、法律学での役割を期待されなかったのである。人定法 man-made law はそれ自体として検証されなければならないが、自然法の形而上学的思索は拒否されなければならない。何故なら大切なのは実際的事実 practical realities であって、不正確で漠然として曖昧とさえ言える一般的諸原則ではないからである。⁽¹³⁾

(注)

13. 見よ, Hart, op. cit. and "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 Harvard Law Review, 1958, p.593. Cf. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", ibid., p.630.

この種の法理論はケルゼン Kelsen の“純粋法学 Pure Theory of Law”で頂点に達した。ケルゼンは、法をそれ自身の立場からのみ定義し、政治学の領域で考察されるべき正義 justice の要素を排除した。政治学も社会学も歴史学も皆、形式的評価に基づく論理的統一体系の構築を過ぎず純理論が中心になっていた。⁽¹⁴⁾

(注)

14. "The Pure Theory of Law", 50 LQR, 1934, pp.474, 477-85 and 51 LQR, 1935, pp.517-22.

法は規範科学即ち行動類型を定立する法規で成り立っていると考えられる。このような法規乃至規範の正当性 validity は先行規範に依存するのであり、このプロセスを辿っていくと最終的には当該法秩序の所謂根本規範 basic norm に行き着く。この根本規範は法秩序の基礎である。何故なら根本規範に溯航して関連づけ得る規則こそ法的 legal 規則になるからである。一例を挙げるなら、罰金を賦課徴収する権限を公務員に付与する裁判所の命令は、当該裁判所が英国議会の裁判所設置法に基づく権限を行使している限り有効 valid である。法は重層構造を成しているのであって、その根底には根本規範がある。⁽¹⁵⁾

(注)

15. Ibid. 同じく見よ, Lloyd, op. cit., Chapter 5.

ケルゼン Kelsen の“純粋 pure”法学の弱点は、主として、

その根本規範 basic norm 概念にある。というのは、当該概念の存在は非法律的論点を前提にしているからである。実際、根本規範は政治的概念であって、イギリスでは議会優位原則 principle of supremacy of Parliament となって現われている。⁽¹⁶⁾
(注)

16. Ibid., pp.291-96. 同じく見よ, Stone, "Mystery and Mystique in the Basic Norm", 26 MLR, 1963, p.34 and Raz, Practical Reason and Norms, 1975, pp.129-31.

法律外概念に基づいてこのように論理的に構築された合法性 validity のシステムは、国際法に関して厄介な問題を提起することとなった。ケルゼンにとって国際法は、それが強力な立法・司法・行政の各機関を欠缺している結果、前国家社会 pre-state society に類似しているの、初歩的法秩序にすぎなかった。従って国際法の特徴は、自助 self-help の行使に求められている。⁽¹⁷⁾ 国際法の諸原則が有効であり得るのは、国内法システムと同様の意味で階層的な国際法システムに溯航し得るときのみである。ケルゼンにとっての根本規範は、慣習 custom を法源 source of law として認定する規範である。即ち彼の言葉を借りれば、“国家は慣習的に振る舞ってきたように行動すべきである”と指示する規範である。⁽¹⁸⁾ このカテゴリーに属する主要規範の一つが“合意は遵守せらるべし pacta sunt servanda”であり、国際法秩序ではこの規範に基づいて第二段階の規範が成り立っている。この第二段階の規範は、国際条約が創設した規範網で構成されており、第三段階の規範を導くことになる。この第三段階の規範には、国際条約で設立された機関が定立した規則、例えば国際司法裁判所 International Court of Justice の判決等が含まれる。⁽¹⁹⁾
(注)

17. General Theory of Law and State, 1946, pp.328 et seq. 同じく見よ, Lador-Lederer, "Some Observations on the 'Vienna School' in International Law", 17 NILR, 1970, p.126.

18. Op. cit., pp.369-70.

19. Ibid.

国際法の根本規範に関するケルゼン Kelsen の定義には、それが同義反復ではないかとの問題がある。即ち同定義は、法に従う国家はその法を遵守すべきであると繰り返しているにすぎないのである。⁽²⁰⁾ そこには、法として認められる新たな実行 practices が国際法の漸進的発達 progressive development of international law をもたらす余地は残されていない。何故なら国際法の漸進的発達は国家の行動様式の変化を当然のこととして前提にするからである。とりわけ、根本規範の定義には慣習が拘束力をもつ理由について、何ら解答を示していないのである。
(注)

20. ハート Hart はこの事情を“単なる無用の繰り返し mere useless reduplication”と論じている：The Concept of Law, 1961, p.230.

にも拘らず、この根本規範概念は優れた論理的整合性をもつ理論であって、特に国内法体系の説明や法規間授權委任の説明に、そして全立法プロセスに対する言わば神秘的承認となる合法性の重要性を説明するに際しても極めて有用である。法秩序を構成する各規範が進化して、法規が法規を生み出す過程をこの理論は例証しているのである。

ケルゼンの法解釈に於けるもう一つの重要要素は、“一元論者 monist”の立場を採っている点にある。国際法と国内法は二つの別個の法体系ではなく相互連関のある統一体であり、国際法が国内法に優位していると論じられる。国内法の究極の正

当性は、この統一的普遍的規範秩序の内部での授權プロセスに基づき国際法規に求められる。⁽²¹⁾
(注)

21. Central Theory of Law and States, pp.366-68. 更に見よ, infra, Chapter 4.

ケルゼンの純粋法学は、その独自の的方法論の終焉を画するもののものであった。実定法主義 positivism はハート Hart の著書“法概念 The Concept of Law” (1961年)の中でもっと社会的な立場から分析された。

ハート Hart は法を第一次規範と第二次規範の相互作用に基礎を置く規範システムとして理解している。第一次規範は基本的には行動準則を定立し、第二次規範は第一次規範を確認・発達させる手段となり、変化の根本的手続を定めることになる。原始社会では第一次規範のみ存在するのが常態であったので、不確実性と非効率と停滞が社会の特徴であった。しかし第二次規範が内容的洗練されて発達し権威を認められるに至り、規則的且つ一般的な方法で事情の変化に適応して存続してきた。⁽²²⁾
(注)

22. The Concept of Law, 1961, Chapter 5. 同様に例えば以下を見よ, Dworkin, op. cit.; Raz, The Concept of a Legal System, 1970 and MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, 1978.

国際法秩序は、第一次規範のみで構成されている単純形式の社会構造の主要例である。何故なら同秩序には集権的立法機関や強制的管轄権をもつ司法裁判所網が欠缺しているし、組織的な法執行手段も欠缺しているからである。従って、国際法秩序の下に於いては、根本規範 basic norm 即ちハート Hart の所謂全ての規範の有効性の基準となる承認規範は必要でないし、発達もしていないのである。このように考えてハート Hart は、国際法規が未だ“体系 system”にはなっておらず“規則の組合わせ set of rules”にすぎないと結論づけている。勿論、国際法の今後の発達次第では、合意は遵守せらるべし pacta sunt servanda というような特定の原則が正当性授与規範に高められることはあるかもしれない。しかし現段階の国際法は未だそのレベルに達していない。⁽²³⁾
(注)

23. The Concept of Law, op. cit., pp.228-31.

このアプローチに対しては次のような批判がある。即ち、法規を過度に重視し原則・政策といった法体系内部の他の重要要素を排除する誤りを犯し、⁽²⁴⁾特に国際法に関して当該法体系の高度化と正当性を承認しなかったと批判されている。特に、国際法に関してそのシステムと個別法規との区別は複雑な論点になっており、論断し難い問題である。
(注)

24. 見よ, Dworkin, op. cit.

今世紀に入って旧然たる確信が崩れ社会不安が増大するにつれて、実定法主義運動も衰えていった。法は、いつもの事乍ら、その時代の支配的影響力を反映し始めたのであり社会に於ける法の役割についての新理論が発達してきたのである。学者は法が実務上適用される司法行動とその手段を分析することで、社会的現象が法秩序及び法的プロセスそのものに及ぼす影響について検証し始めた。その代表的事例はロスコー＝パウンド Roscoe Pound である。彼は法を社会工学の一形式と考え、最も効率的な方法で社会内の多様な利益を均衡させていると考えた。⁽²⁵⁾ 法は社会統制の一方法であると看做され、概念的アプローチは拒否され、機能的分析が好まれた。法システム内部が

何が現実に起きたのか?どのような請求が提起されたのか?その請求はどのように満足させられたのか?こういう事柄が社会学派の注目する点であった。⁽²⁶⁾

(注)

25. 例えば見よ, *Philosophy of Law*, 1954, pp.42-47. 同じく見よ, Freeman, *The Legal Structure*, 1974, Chapter 4.
26. *Outlines of Jurisprudence*, 5th ed., 1943, pp.116-19.

こういう動向は、或る意味では象牙の塔から出て法廷の実務を覗きなければ把握できないものである。経験的方法に基づく研究は、特にアメリカで広まっており、心理学・人類学・社会学が法学に結びついてしまった。このような幅広い社会的脈絡をもつ問題であるため、法についてそれを特定の社会内部で機能する一制度として取扱う現実主義理論が抬頭してきた。ケルゼン流の in the Kelsenite vein 完結した論理体系の下での法規範の研究は、社会での法の現実の運用の全容を解明できないと思われたのである。そのために、裁判所や各種の法務担当公務員の職務活動を理解しなければならなかった。歴史的倫理的要素は、特殊研究や“専門 technical”分析を中心とする現実主義的社会学の伝統の下では、最小限度の機能しか認められなかった。法規そのものが法体系の核心であるとはもはや認められなくなったのである。⁽²⁷⁾

(注)

27. 例えば見よ, Llewellyn, *The Common Law Tradition*, 1960 and *Jurisprudence*, 1962. 同じく見よ, Twining *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 1973 and Loewinger, "Jurimetrics-The Next Step Forward", 33 *Minnesota Law Review*, 1949, p.455.

このアプローチの現代的展開と国際法解釈に与えた影響を観る前に、20世紀の対抗理論としての自然法について先ず考察しなければならない。

人生の意義と法の倫理的基礎を探求する自然法は、多様な理論を生み出している。その一つは、アキナス Aquinas が列挙してカトリック教会が採択した諸原則の焼し直しであり、正しい理性 right reason と永遠なる神の法 eternal law of God に反する法の反道徳性(必ずしも無効 invalidity と迄は言わなくとも)を肯定した上で人間の尊厳と理性の至高性を強調する立場である。⁽²⁸⁾形式主義的で論理的整合性を求める傾向はスタムラー Stammler 等の学者に於て取れる。特に彼は、“内容が変わる自然法 Natural Law with a changing content”という彼独自の概念を用いて論理的法構造の樹立を目指したものである。⁽²⁸⁾

(注)

28. 例えば見よ, Maritain, *Man and the State*, 1951 and Dabin, *General Theory of Law*, 2nd ed., 1950.

この動きは、普遍的に適用可能な抽象的形式的定義であるべき法概念 concept of law を、法体系の目的乃至方針を具体化する法思想 idea of law と比較対照する結果をもたらした。後者即ち法思想は、社会的文化的体制が異なれば必然的に異なつてこよう。⁽²⁹⁾

(注)

29. 例えば見よ, Stammler, *Theory of Justice and Del Vecchio, Formal Bases of Law*, 1921.

この形式的理想主義学派とは距離を置いて、自然法というテーマに社会学的に取組んだジェニー Geny やデュギー Duguit に代表される学派・理論も登場した。この理論の特徴は、形式論を排すること、そして法の運用の社会的枠組を支配している物理的・心理的・社会的・歴史的性格をもつ普遍的要素の立場

から自然法 Natural Law を定義しようとしたことにある。⁽³⁰⁾

(注)

30. 例えば見よ, Geny, *Methode d' Interpretation et Sources en Droit Prive Positif*, 1899 and Duguit, *Law in the Modern State*, 1919 and "Objective Law", 20 *Columbia Law Review*, 1920, p.817.

人類がナチスの歴史を経た後、自然法論議の重要性は倍加した。この論争に刺激されたドイツの哲学者ラートブルッフ Radbruch は、不正な法がより高度の自然法の立場から排斥されなければならないとの理論を樹立した。⁽³¹⁾

(注)

31. *Introduction to Legal Philosophy*, 1947. 同じく見よ, Hart, op. cit. footnote 13 and Fuller, op. cit. footnote 13 and "The Legal Philosophy of Gustav Radbruch", 6 *Journal of Legal Education*, 1954, p.481.

国際法に関する限り、国際正義に対する関心が高まり国際機関も多数設立される時期に自然法 Natural Law が復活したといえる。今日の国際法思想及び諸原則の多くは、自然法観念に根ざすと共に、侵略禁止や人権尊重の原則のように倫理基準と法秩序との相関性にも基づいている。⁽³²⁾

(注)

32. 見よ, Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, 1950. もっと一般的な理論として以下に注目せよ, Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, and D' Amato, "International Law and Rawls' Theory of Justice", 5 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1975, p.525.

新アプローチ

伝統的に国際法は歴史的手法で理解され、時系列的手法で研究されてきた。このアプローチは、国際関係が複雑化し国際会議や国際協定が著しく増加した19世紀に特に目立った。両大戦間期に政府公文書が公開され豊富な資料が利用できるようになり、外交史研究が促進された。他方では、国際連盟 League of Nations や常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice のような国際組織が出現して制度的プロセスに対する評価が高まった。

しかし第二次大戦後、影響力及び支配力の行使能力の立場から権力政治 power politics を分析し国際関係を理解しようとする傾向が特に強く現われた。このアプローチは外観から判断できる以上に知的に洗練されたものになっていた。何故ならこのアプローチは、諸々の圧力に耐えてそれらを管理する国家の能力に関係のある政治的・経済的・社会的データを使用したからである。⁽³³⁾

(注)

33. 例えば見よ, Morgenthau, *Politics Among Nations*, 4th ed., 1967 and Thompson, *Political Realism and the Crisis of World Politics: An American Approach to Foreign Policy*, 1960.

にも拘らず、この新アプローチは国家間活動の動機づけとしての権力と権力行使を強調しすぎたため、悲観的解釈論に陥った。

その次に登場した所謂“前進の波 wave of advance”は、行動主義運動 behaviouralist movement の成功をもたらした。この理論は心理学・人類学及び社会学の要素を国際関係論研究に導入し現実主義学派として類似の理論展開を行なった。この理論は、世界政治秩序の理想主義的乃至皮肉屋的(“現実主義的 realistic”)概念に基づく分析から社会諸科学の分野別研究やその他の手段を通じての今日の世界政治システムの機械主義的論

議へと重点が移行している現状を反映している。確かに、このアプローチは伝統的意味の理論というよりも、法と社会とに対するアプローチを採り入れている点に特徴がある。⁽³⁴⁾

(注)

34. 例えば見よ, *Contending Approaches to International Politics* (eds. Knorr and Rosenau), 1969, and Gould and Barkun, *International Law and the Social Sciences*, 1970.

この学派の起源は、政府の社会的役割に関する概念の変遷を溯航しなければ見出し得ない。19世紀的な個人主義倫理と小さな政府的発想は過去三世代の間に急激な変化を蒙った。今日ではこの学派の力点は国民に対する国家の責任に据えられており、福祉立法の増加現象がこうした変化を例証している。人間活動の広汎な諸分野を支配する法規・規則は、19世紀中葉にはそれを論ずる者もいなかったと思われるが、今日では先進諸国で整備拡充されており、こういう時代の方向に乗り遅れまいとして理論化が急がれている。

今日の法は政府の介入が増えるにつれて社会内で従前以上に深い役割を演じているので、政府の介入の増大を反映する法理論が力を得ている。法は、特に合衆国で社会変化を実現する手段と看做されており、現実主義理論がこの点を力説している。この理論では、社会の価値と政策決定が法の性質を決定するので裁判官の役割が特に重要になると主張している。裁判官はもはや形式的法規体系の解釈者ではなく、公共政策の意思決定を行なう能動的主体と看做されなければならないのである。

即ち、法の運用を理解するためには、その特定の社会の特質や需要や価値秩序を考えなければならないのである。そのため法は一種の動態プロセスになるのであって、社会の文脈の中で研究されなければならない。単に自立的解釈の可能な法規の集合体ではないのである。社会諸科学の助けを得て、このような社会の再解釈も可能となる。社会諸科学の影響力は、法体系全体を概観するときだけでなく、社会を解析して法の運用方法と解釈指針を発見する必須の手段となるという点で行動主義法律観の形成に著しく貢献している。政治学・経済学・哲学を含め凡ゆる社会諸科学を利用するこの研究活動の学際的性格の重要性が強調された。⁽³⁵⁾ 特に、流行のデータ=数量分析のような科学的手法の採用が一層顕著になっている。

(注)

35. “法律家による過去の理論的アプローチは、人間の行動類型の経験的研究というよりも法的資料の論理的操作であった”というバーカン Barkun の論評に注目せよ, *Law Without Sanctions*, 1968, p.3. 同じく見よ, Falk, "New Approaches to the Study of International Law", in *New Approaches to International Relations* (ed. Kaplan), 1968, pp.357-80, and Frankel, *Contemporary International Theory and the Behaviour of States*, 1973, pp.21-22.

行動主義 Behaviouralism は、国際関係の分野を基本的に二つの研究領域に分割している。一つは、或る特定の行動を国家が選好する外交政策上の技術とその選好理由を考察する分野であり、他は国際システムの分析理論である。⁽³⁶⁾ 行動主義は、国際舞台の多様な行為主体 player の相互作用と、国際システムとそれへの参加主体との間の相互圧力の効果を重視している。それ以上に行動主義理論は歴史上存在した多様な国際秩序を検証して、各個のシステムの動態がどのようにして独自の法規を創出していったかを論証すると共に、当該法規が政治活動と国際法の性質を説き明かすのにどのように利用されるかをも示そうとしている。即ち、国際システムの性質は国際法の役割を説明・予見するために特定変数を使用して検証され得る。

(注)

36. 例えば見よ, McClelland, *Theory and International Systems*, 1966; Kaplan, *System and Process in International Politics*, 1964; Kaplan and Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, 1961, and Falk and Black, *The Future of International Legal Order*, 1969.

例えば1848年から1914年迄の期間は“勢力均衡 balance of power”システムの時代として論じられている。このシステムは(5列強として知られている)最小限度の参加国数の下で機能していたが、その他多くの要素にも依存するものであった。特にこの5列強は弱小国を支持して強大国を掣肘するために一時的な同盟を続々と締結したものである。イギリスがフランスに対抗するために結んだ一連の同盟条約はその好例である。このシステムにとって基本的な事柄は、いずれの国家も他国を全面的に破壊することを望まず卑小化・弱体化させることだけを望んだということである。こうした状況がこのシステムの秩序の安定化に寄与することにもなったのである。⁽³⁷⁾

(注)

37. 見よ, Frankel, *International Relations in a Changing World*, 1979, pp.152-57, and Kaplan and Katzenbach, *op. cit.*, pp.62-70.

勢力均衡システムにはそれ固有の国際法概念が成長した。その中でも特に主権観念は、大国の側につかずに小国を強化するための任意同盟 free-floating alliances の思想の中心となるものであったし、現実にそういう行動を採る諸国の能力を示す基本的観念になっていた。勢力均衡システムが第一次大戦と共に崩壊し混乱の時代が続いた。しかし第二次大戦後に緩やかな形の“二極 bipolar”システムが出現した。

こうした状況は、資本主義と共産主義との分極化及びその結果結成された攻守同盟 rigid alliances に基づいて説明された。この二極システムには、基本的に非同盟政策を採る国々から成る第三世界 Third World が含まれていたが、之等の国はそれ自体では二極システムを覆す程の力をもたないために国際政治の対象 objects たる地位に措かれたのである。この種の秩序は、二箇国が衝突する朝鮮半島やベルリンやベトナム等の“国境 frontier”紛争を加熱化させると共に、東西両陣営内部の主権を変質させ一方に NATO と EC, 他方にワルシャワ条約機構と COMECON のような組織を発達させた。いわばこのコインの暗黒面は、例えばポーランド・ハンガリー・チェコ=スロバキアでのロシアの行動や特にラテン=アメリカでの合衆国の行動のように、超大国が自己の勢力圏 spheres of influence で態度不明国を支配する自由を意味していた。⁽³⁸⁾

(注)

38. *Ibid.*, pp.50-55. システム理論に関して次をも見よ, Hoffman, "International Systems and International Law" in *The International System* (eds. Knorr and Verba), 1961, p.205; Clark and Sohn, *World Peace Through World Law*, 3rd ed., 1966, and *The Strategy of World Order*, (eds. Falk and Mendlovitz), 4 vols., 1966.

行動主義理論はゲームの理論と同様の技術を用いて発達してきた。⁽³⁹⁾ ゲームの理論は、ゲームへの参加者が利益追求のために合理的に対応する競争状態の下での意思決定を、数学的に研究した理論である。ゲームの理論という競争状態は、敵を現実に敗北させることが必須な闘争状態 fight situation (例えば、イスラエル=アラブ戦争)とは異なるし、自己の大義の正当性を他の参加者に説得しようとする論争状態 debate situation とも異なる。行動主義理論では、コミュニケーションや統合

integration や環境それに能力といった他の要素も考慮される。こうして、この理論の領域的複合性は先行の諸理論のそれを遙かに凌いでいる。

(注)

39. 例えば見よ, Lieber, *Theory and World Politics*, 1972, Chapter 2; Game Theory and Related Approaches to Social Behaviour (ed. Shubik), 1964, and Mackenzie, *Politics and Social Sciences*.

こうした状況は、世界共同体の法を考察する際の力点の転移を浮かび上がらせた。伝統的な一般の見解は、国際法が独立国家の行動を制約して国家主権の例外を形成する一連の規則であるとするものであった。新しい理論は、違う角度から即ち民族国家 nation-state の枠を越えて外延を拡大させている国際秩序の観点から状況を眺め、民族国家の行動を制約する一定の規制を受容しようとしている。

数量分析の確立により膨大なデータの確認整理作業が促進された。数量分析は基本的には政治的・経済的・社会的資料や統計を使い事実や情報を科学的研究にふさわしい形に転換する方法論的アプローチを採っている。

このような行動科学的数量的方法論が国際法学の分野で有力になっている。この方法論によって、知識と理解をより深めて凡ゆる多様なプロセスの動向を幅広く評価することが可能になっている。⁽⁴⁰⁾

(注)

40. 国際法への機能主義アプローチについても注目せよ。この理論は、諸国家の相互関心事項での協力が実務上の利益になることを強調している。例えば見よ, Friedmann, *An Introduction to World Politics*, 5th ed., 1965, p.57; Haas, *Beyond the Nation State*, 1964; Mitrany, *A Working Peace System*, 1946; Jenks, *Law, Freedom and Welfare*, 1964 and Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1959. 同じく見よ, Johnstone, "Functionalism in the Theory of International Law", 25 *Canadian Yearbook of International Law*, 1988, p.3.

国際関係についての行動科学的アプローチは、多くの学者特にマックドゥーガル McDougal 教授により若干の重要な変更を施されて国際法に移植された。この“政策志向的 policy-oriented”学派は、法を義務的規則の体系としてではなくて包括的な意思決定過程として看做している。この学派は国際法を特定の世界秩序類型下で機能する動態システムと考える積極的且つ包括的アプローチを採用するのである。⁽⁴¹⁾ それ故にこの理論で法規範の役割が最小限度迄抑制された形になっている。つまり、国際法の伝統的諸原則は、“現代世界共同体で成立している意思決定の仕組みや手続や類型を極めて曖昧な形でしかも外から眺めた結果であることが明らかである”。⁽⁴²⁾ 法は、絶えず進化する意思決定プロセスを示すと言われており、法の発達様式は政策決定者の知識と洞察力に依存するとも言われている。⁽⁴³⁾ 換言すれば、継続的な人的相互作用に関する社会的プロセスが枢要なのであり、このプロセスの中で、各参加者は自己のもつ価値を最大化しようとして要求を出すのである。このプロセスを分析するために8種の価値に基づく価値序列が理論化されている。その8種の価値とは、権力・富・啓蒙・技能・福祉・愛情・尊敬・廉潔である。価値の種類が増加する可能性もある。法はこういう社会プロセスの産物とも看做されよう。⁽⁴⁴⁾ 国際法は権威的な意思決定プロセスを全面的に拘束するものであり、権力 authority と支配 control という両概念を本質的に含んでいる。権力 authority は、政策決定者の固有の権能に関する制定法的枠組の中で定立されている。支配 control は、意思

決定の現実的有効性の問題であり、権威が認められるや否やに拘りないものである。⁽⁴⁵⁾

(注)

41. 例えば見よ, McDougal, "International Law, Power and Policy", 82 HR, p.133; McDougal, Lasswell and Reisman, "Theories about International Law : Prologue to a Configurative Jurisprudence", 8 Va JIL, 1968, p.188; McDougal, "International Law and the Future", 50 *Mississippi Law Journal*, 1979, p.259 and Falk, op. cit. footnote 35.
42. McDougal and Reisman, *International Law in Contemporary Perspective*, 1980, p.5.
43. "The Policy-Oriented Approach to Law", 40 *Virginia Quarterly Review*, 1964, p.626. 同じく見よ, Suzuki, "The New Haven School of International Law : An Invitation to a Policy-Oriented Jurisprudence", 1 *Yale Studies in World Public Order*, 1974, p.1.
44. Suzuki, op. cit., pp.22-23. 同じく見よ, McDougal, "Some Basic Theoretical Concepts about International Law : A Policy-Oriented Framework of Inquiry", 4 *Journal of Conflict Resolution*, 1960, pp.337-54.
45. McDougal and Lasswell, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", 53 *AJIL*, 1959, pp.1, 9.

マックドゥーガル McDougal や彼の弟子達の著作では、国際システムの中で現実の意思決定者が考慮すべき価値や利益そして諸条件に関する長大なリストが提示されている。所謂“権威的意思決定者 authoritative decision-maker”が米国々務省や英国外務省の高官であるか“国際的に重要な政策上の選択権をもつその他の者”であるかを問わず、⁽⁴⁶⁾ 実際に国際法を尊重しつつ政策上の選択をしなければならない人物に注目することで、実際の権力世界が浮び上がってくる。

(注)

46. McDougal and Reisman, op. cit., p.2.

このような政策決定者は、みずからが属する社会の諸価値や国益という全体的文脈での圧力や影響力を蒙ることになる。彼は又、世界秩序の基本的諸価値例えば人間の尊厳 human dignity を考慮しなければならないのである。

この理論では、その手順や分析手法に関して、広範囲に亘る諸要素が複雑な解析を受け国際法が社会諸科学全体の中で確立されるべきものとなっている。国際法は次のように観られている。

国際法は、法規か統続的に生産又は再生産される権力的決定のプロセス全体に指示を与えるものであり、国際法規の機能は、この決定プロセス全体に関して世界の諸国民が抱く展望（要求や決意や期待）を伝える点にある。国家が特定の事例で国際法規を適用するには、意思伝達のその他の場合と同様、いかなる状況下でどのような目的（主たる目的及び下位目的を含めて）で何人に対して誰が当該規範を運用するのかについて、国際法規を解釈する作業が必要になる。⁽⁴⁷⁾

法規は明瞭な表現で一定の目的の達成を追求すべきであり、この価値要素は無視されてはならないものである。この学派が強調する諸価値は基本的には西欧民主社会の諸価値に近接した人間の尊厳 human dignity に関わるものである。⁽⁴⁸⁾

(注)

47. McDougal, "A footnote", 57 *AJIL*, 1963, p.383.
48. 見よ, McDougal, Lasswell and Chen, *Human Rights and World Public Order*, 1980. 一定の目的に照らして現実主義的な調査に必要な課題を論じたものとして、見よ, McDougal, "International Law and the Future", op. cit., pp.259, 267.

こういう政策提示型の理論は、テーマの法的内容を不当に矮

小化し、諸国家が一般的に国際法の現状を受容してその命令に従っている現実を無視しているとして、伝統的立場に立つ国際法学者から大いに批判されている。⁽⁴⁹⁾ 国家が広汎な行動科学的分析を行なって特定事件の全関係要素を考究し、人間の尊厳や福祉のような基本的目的に注目する等ということは減多にないのである。そんなことをすれば反って国際法を弱体化させることになる論じられている位である。⁽⁵⁰⁾

(注)

49. 特に見よ、Allott, "Language, Method and the Nature of International Law", 45 BYIL, p.79. ヒギンズ Higgins は米英の諸学者が採用している国際法理論の相違を鮮やかに指摘している: Policy Considerations and the International Judicial Process", 17 ICLQ, 1968, p.58.

50. Allott, op. cit., p.128 et seq.

フォーク Falk 教授を始め他の学者の中には、マックドゥーガル学派 McDougal school の基礎的総合アプローチ basic comprehensive approach を認め乍らも、無数の利益相互間の不整合性とそれ利益の過剰なリスト=アップに異議を唱える者もいる。彼らは、人間の福祉や道徳に基づき乍らも法規構造の重要性を強調した地球的展望を採り入れることが多い。⁽⁵¹⁾

(注)

51. 例えば見よ、Falk, The Status of Law in International Society, 1970 and Human Rights and State Sovereignty, 1980. 而し次の理論を例として参照せよ、Watson, "A Realistic Jurisprudence of International Law", 34 YBWA, 1980, p.265 and Lane, "Demanding Human Rights: A Change in the World Legal Order", 6 Hofstra Law Review, 1978, p.269.

而し明らかに、国際法は特定且つ具体的な世界システムの中で機能しているのであって、その行為主体も国家から国際組織・企業・個人迄広範囲に及び、当該システムへの各参加主体の必要性と要望に応えようとしている。ただ法は、国際的諸問題を交渉により解決したり、実力で決着をつけるための唯一の方法ではない。法は、現行の複雑な変動を示すシステムに対処するための多数の方法の中の一つにすぎないが、高い評価を受けている有力な手段である。何故なら法の本質は相互主義的義務の形式の中にあるからである。法と政治とは離縁できないのである。両者は重大な共生関係にあるといえる。一方は他方の意義を縮減させる機能を決して果し得ないからである。⁽⁵²⁾

(注)

52. 国際法の役割に関する近年の論議については、特に以下をも見よ、Carty, The Decay of International Law, 1986; De Lupis, The Concept of International Law, 1987; The Structure and Process of International Law (eds. Macdonald and Johnston), 1983; Kennedy, International Legal Structure, 1987; Kaskeniemi, The Structure of International Legal Arguments, 1989 and Allott, Eunomia, 1990.

3 法源 Sources (1)

例えばイギリスの国内法体系の下で任意の論点を採ってそれに関する法を捜し求めることは、必ずしも困難なプロセスとは言えない。当該事項が議会制定法 an Act of Parliament の管轄事項となっているかどうかを調べ、もし管轄事項となっておれば、裁判所が関係条文をどのように解釈しているかを報告書に記載しているようである。もし特定の論点が制定法中に明示的に言及されていないならば、必要な情報を引き出すために判例が検索されることになる。即ち法の内容を発見するための明確

な方法が存在しているのである。この方法は、法規の内容を証明するだけでなく、法の定立手段即ち議会立法によるか判例法によるかを示してくれる。この方法により法的プロセスは或る程度確立的なものになる。何故なら、命題が法になった時期が判明するし、どういう法律問題であれそれを解くための必要機関が明確化するからである。この方法は序列的権限を伴う国法秩序の階層的性格を反映すると共に、法に広範囲な安定性と予見可能性を付与している。

(注)

1. 一般的著作として次を見よ、Parry, The Sources and Evidences of International Law, 1965; Sorensen, Les Sources de Droit International, 1946; Tunkin, Theory of International Law, 1974, pp.89-203; Verzijl, International Law in Historical Perspective, vol. 1, 1968, p.1; Lauterpacht, International Law: Collected Papers, vol. 1, 1970, p.58 and Virally, "The Sources of International Law" in Manual of Public International Law (ed. Sorensen), 1968, p.116. 同じく見よ、Change and Stability in International Law-Making (eds. Cassese and Weiler), 1988 and Bos, A Methodology of International Law, 1984.

国際法の現状に目を遣ると、事情は全く異なる。国際法上、立法議会も行政部も裁判所組織も欠缺しているのであり、このような国際法上の意思効果は、調べてみればみる程、はっきりしてくる。世界的規模で万人を拘束する法を定立できる単一機関は成立していないし、制定法を解釈適用する強制的管轄権をもつ適当な裁判所システムもできていない。それ故に私達は、法の存在形式や或る命題が法規になるかどうかの見分け方を発見しなければならぬのである。こういう発見は、世界情勢の無政府的性格と主権国家の対立とにより、益々困難になっている。にも拘らず、国際法は現に存在しているし、その存在も確認されている。法規を抽出して検証するために利用できる“法源 sources”が存在しているのである。

“法源 sources”とは、法システム内部で技術的・専門的に運用される規定であり、文献・雑誌のような機能的法源や理性及び道徳といった究極の法源は除外される。意図すべき事柄は、国際法規の発生プロセスの調査なのである。⁽²⁾

(注)

2. 例えば次をも見よ、McDougal and Reisman, "The Prescribing Function: How International Law is Made", 6 Yale Studies in World Public Order, 1980, p.249.

国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice 第38条第1項は国際法源に関する最も権威ある規定として広く認められている。⁽³⁾ 同条項は言う。

裁判所は、提出される紛争を国際法に従って裁判することを職務とし、次のものを適用する。

(a) 一般又は特別の国際条約であって係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの (b) 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習 (c) 文明諸国家が認めた法の一般原則 general principles of law recognised by civilised nations (d) 第59条の規定に従うことを条件として、法則決定の補助手段としての判決及び諸国の最優秀の国際法学者の学説

(注)

3. 例えば見よ、Brownlie, Principles of Public International Law, 4th ed., 1990, p.3 and Hudson, The Permanent Court of International Justice, 1934, p.601 et seq.

学者の中には、この条項が示した区別を改めて類型化して、国際条約と慣習と法の一般原則を排他的立法プロセスと論定し、判決及び学説を主張されている法規を立証するための法則

認定手段と捉える者もいる。⁽⁴⁾しかし現実問題として、厳格且確固たる類型化を行なうことは常に可能であるとは言えない。各カテゴリーに属する各法源の機能が相当程度重複しているのであって、多くの場合条約 treaties (又は conventions) は、受容済み慣習法規の単なる繰り返しにすぎないし、国際司法裁判所の判決は国家の裁判官が既存法規の解釈過程で新法規を公式化するのと同じやり方で現実に立法行為を為し得るのである。⁽⁵⁾

(注)

4. 例えば見よ, Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed., vol.1, 1957, pp.26-27.
5. この点について多数の事例が存在する。本書第4章の関係箇所を見よ。

形式的法源と実質的法源という区別も時々行なわれている。⁽⁶⁾前者は法規に義務的性格を付与し、後者は現実の規範内容を構成すると説かれる。それ故に前者は法の存在を確定するための憲法的メカニズムの具体化表現であると言えよう。又後者は規制の中心的事項を定めるものである。こういう分類は、とりわけ国際法のもつ特殊な構造に照らして批判されており、国際法の実体的要素と手続的要素を明確に区別して重要問題から我々の注意力を外らそうとするものであり、国際法上支持し難い分類方法である。

(注)

6. See e. g. Brownlie, *op. cit.* p. 1.

慣習 CUSTOM ⁽⁷⁾

序説

如何なる原始社会でも、行動規範が出現して、許される事柄と許されざる事柄を定めている。こういう規範は集団内部で殆んど潜在意識に支えられて発達し、集団構成員の社会的圧力やその他より明白な履行措置の助けを得て維持されたのである。当該諸規範は、少なくともその初期には成文化乃至法典化されることはなく、最終的には所謂歴史的正当性の故に生き残ったのである。⁽⁸⁾社会が発達すると、裁判所や議会のような法的機構が創設されて行為規範の現代的法典化が実現する。慣習は当初の成立プロセスを証明しうるために、生き残り発達しつづけることも可能である。⁽⁹⁾慣習はいつの時代でも社会の必要と価値を真に表現するものと考えられている。

(注)

7. 一般的著作として以下を見よ, D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971; Akehurst, "Custom as a Source of International Law", 47 BYIL, 1974-5, p.1; Bin Cheng, "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World" in *The Structure and Process of International Law* (eds. Macdonaldo and Johnston), 1983, p.513; Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 1972; Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1964; Kopelmanas, "Custom as a Means of the Creation of International Law", 18 BYIL, 1937, p.127; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, pp.368-93; Kunz, "The Nature of Customary International Law", 47 AJIL, 1953, p.662 and Carty, *The Decay of International Law*, 1986, Chapter 3.
8. 例えば見よ, Unger, *Law in Modern Society*, 1976. 彼は慣習法が“個人と集団との間の相互作用の反復様式であり、当該相互作用の諸類型が相互間の行動の予測可能性を生み出すという集団及び個人の多少なりとも明確な認識を伴う”と看做し得ると記している。p.49. 同じく見よ, Dias, *Jurisprudence*, 4th ed.,

1976, Chapter 8 and Hart, *The Concept of Law*, 1961.

9. 例えば見よ, Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4th ed., 1979, p.649 and Maine, *Ancient Law*, 1861.

現代の法制度での慣習は、特に先進国で、割に厄介であり乍ら重要性の少ない問題になっており、しばしば歴史的意義しかとどめなくなっている。⁽¹⁰⁾他方、国際慣習法は国際システムの性質と中央集権機関の欠缺という構造とに照らして、動態的法源になっている。

(注)

10. 例えば見よ, Dias, *op. cit.*

慣習法規の存在は国家の実行と行動から演繹されるが、ここから問題が発生するのである。つまり、国家が採択した特定の行動指針がいつの時点で法規となったのか、又は単に礼讓 courtesy として奨励されるべきものになったのかをどのようにして判定するのかということである。生物学的意味の“国家 state”が存在せず、統治機能を行行使する多数の官庁に多数の公務員が存在するだけであるから、国家が何を何のためにしているのかを実際に把握することは困難である。他にも、新法規創設の速度や新法規に対する異議の効果についての問題も生じてくる。

国際法上の慣習システムの価値について意見の一致をみていない。学者の中には、慣習 custom が不明確且つ緩慢な動きしか取れず国際法の展開に対応しきれないことに注目して今日もはや法源としての重要性をもたないと主張する者もいる。⁽¹¹⁾しかし他方で、慣習が動態的な法創設プロセスであり、普通の適用性を有するが故に条約以上に重要であると論ずる者もいる。⁽¹²⁾

(注)

11. 例えば見よ, Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, pp.121-23. 同じく見よ, De Lupis, *The Concept of International Law*, 1987, pp.112-16.
12. 例えば見よ, D'Amato, *op. cit.*, p.12.

別の見解に依れば、慣習が価値を有するのは、それが自発的行動によって生成されその時代及び社会の関心を反映するからである。しかし今日の国際法は国家活動の速度や多様性が大きく拡大している状況に即応して多様な文化的政治的伝統をもつ諸国家に一致して受け容れられなければならないので、慣習の役割は大幅に減少していると言われる。⁽¹³⁾

(注)

13. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 3rd ed., 1960, pp.161-62.

前記諸理論には各々真理が含まれている。極めて多様で不統一的な行動の中から新たな慣習法規の出現を認定することは容易ではない。凡ゆる必要情報を照合してみると、厄介な問題が山積しているのが判る。

慣習は現代世界で発生する複雑な諸問題を規制するために利用される最善の手段であるとは限らないが、特定の状況下で発生する現代生活上の偶発事件に有効に対処し得るものである。本書でのちほど論ずる通り、或る種の状況下で長期的立案過程を経ずに有効な規範が定立され得る“インスタント instant”慣習法の存在を指摘することは可能である。又、慣習は、国際法諸原則の確認と漸進的発達を目的として今日運用されている複雑な機構内部に整然と組込まれている。

それ以上に、慣習は分権的国際システムの特徴を映し出している。全ての国家が新法規の定立に参加し得るという点で慣習は民主的であるが、この新規定立プロセスへの参加の度合に国により大小強弱の差があることは確かである。もし国際社会

が特定の法規に不満を感じずるならば、世界会議を召集して成功裡に終了させる必要はないのであって、当該慣習法規を比較的速やかに変更することもできるようになっている。こうした状況は、全ての者を拘束する新規範を定立する過半数の力を認める意思決定に関するコンセンサス consensus 理論を反映しているが、コンセンサスに参加することで、諸国家の慣習法規遵守の動きが促進されている。慣習法規が不正確であることは、内容が曖昧であることを意味すると共に内容の変容・柔軟性をも意味する。実際、海洋法分野での排他的経済水域 exclusive economic zone 概念の創設は、このプロセスの好例として引用されている。これについては本書第10章でより詳しく論じられている。

国際司法裁判所規程第38条に拠れば、慣習の本質は“法として認められた一般慣行の証拠 evidence of a general practice accepted as law”である。従って慣習の形成には基本的な二要素が必要であることが判る。実体となる事実即ち現実の国家行動と、当該行動を“法 law”と認識する心理的乃至主観的信念がそれである。

第一の要件が言及されている理由については理解できる。何故なら慣習法は国家活動の遂行と国家実行の収斂即ち国家の現実の行為に基づいて発見されるからである。心理的要素についてはもう少し説明が必要である。

もし慣習の定義を国家実行 state practice として放置するならば、国際法を道徳や社会慣行上の諸原則からどのようにして区別するのかという問題に直面せざるを得ない。つまり国家行動は法的に義務づけられたものだけではないのである。諸国は全く友好親善のために、又は相互利益を期待する打算のために、行動方針を決定することもありうる。国家は外国人の入国を許可する必要はないし、人工衛星打上げの義務もない。発展途上国への経済援助を実施する厳密な義務を国家に課している法規も存在しない。こういう事柄が行なわれている単なる事実の存在は、法的義務に基づく行為であることを意味しないのである。

それ故に争点は、法に基づいて執られる行動とそれ以外の理由に基づいて執られる行動とをどういう基準で区別するかということである。後者には、友好親善に基づく行動から敵対心に基づく行動迄、更にイデオロギー的支持を示す行動から政治的贈収賄に該当する行為迄広範囲に亘るのである。だから縦令慣習法が諸国家の公然たる overt 行為だけを規制するとの立場を採っても、この問題は解決しないのである。

従って、慣習を定義するため第二の要素が理論化された。これは心理的要素であって、一定の方式に従って行動する国家がそうすることが法的義務であると考えた信念をいう。それは、法律用語としては法的信念 opinio juris として知られているが、法的慣習と単なる社会的慣行 social usages とを区別する一つの試みとしてフランスの学者フランソワ＝ジェニ Francois Geny により公式化されたものである。⁽¹⁴⁾

(注)

14. Methode d'Interpretation et Sources en Droit Prive Positif, 1899, para. 110.

しかし、これら二要素即ち公然たる行動と主観的確信の重要性の度合いが多くくの学者の論争の的になっている。

実定法論者は国家主権重視の立場から心理的要素が至高の重要性をもつと主張している。国家は自己が同意した規範にのみ拘束されるのであって、この心理的要素は法的信念 opinio juris というより大きな価値に凝縮されている。縦令一度限り

にしても、もし国家が一連の行動を合法的であると考えて実行すれば、関係規範に暗黙裡に同意を与えたと推定される。この分析方針に従って、多数の実定法理論家は、例えば反復・継続に関して、明白な表示行為の存在という要件を緩和する傾向がある。⁽¹⁵⁾ 他方には全く逆の立場を採る学者もいるのであって、法的信念 opinio juris は証明不能であって大きな成果を期待できないと主張している。その一人としてケルゼン Kelsen は、或る慣行 usages が慣習 custom となる程に強固か否かを決定する裁量権を裁判所がもっているものであって慣習の合法性如何についての最終的判断に特定の国家又は国家集団の主観的認識は不要であると述べている。⁽¹⁶⁾

(注)

15. 例えば見よ, Anzilotti, Corso di Diritto Internazionale, 3rd ed., 1928, pp.73-76; Strupp, "Les Regles Generales du Droit de la Paix", 47 HR, p.263; Tunkin, op. cit., pp.113-33 and "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", 49 California Law Review, 1961, pp.419-21, and Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", 5 Indian Journal of International Law, 1965, p.23.

16. "Theorie du Droit International Coutumier", 1 Revue Internationale de la Theorie du Droit, 1939, pp.253, 264-66. 同じく見よ, Guggenheim, Traite de Droit International Public, 1953, pp.46-48; Gihl, "The Legal Character of Sources of International Law", 1 Scandinavian Studies in Law, 1957, pp.53, 84, and Oppenheim, International Law, vol.1, 8th ed., 1955, pp.25-27.

実体的事実

諸国家の現実の実行 actual practice は、始源的要素である。国家の特定の実行については、その継続期間・一貫性・反復・一般性に含まれるその性格について多く点が考慮されなければならない。継続期間に関する限り、大半の国家はその国内システム内部で或る実行 practice を慣習法規として受容するための必要な期間を明定している。この期間はイギリス普通法 English Common Law で 1189 年に遡る“超記憶的時代 time immemorial”から、大陸法で 30 年乃至 40 年前の時代に到る迄、様々である。

国際法上厳格な時間的要素は存在しないのであって、事例の具体的状況や当該慣行の性質によって決まってくる。航空・宇宙法のような若干の分野では、規則は急速に発達したが、他の分野での慣習法形成プロセスはもっと緩慢であった。従って期間は国家実行の諸要素の中で最重要のものではない。⁽¹⁷⁾ 慣習の本質は他の点に求めなければならない。

(注)

17. 見よ, D'Amato, op. cit., pp.56-58 and Akehurst, op. cit., pp.15-16. ネグレスコ Negulesco 判事は不適切にも、慣習の成立に超記憶的慣行 immemorial usage が必要であると論じた: European Commission of the Danube, ICJ, Series B, no.14, 1927, p.105. 同じく見よ, Brownlie, op. cit., p.6 and the North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp.3, 43; 41 ILR, pp.29, 72.

継続及び反復に関する基本原則は、1950年に国際司法裁判所 International Court of Justice が判断を出した庇護事件 Asylum Case 判決の中で定立された。⁽¹⁸⁾ 裁判所は、慣習法規が“関係諸国による首尾一貫した統一的慣行 constant and uniform usage に従って”いなければならないと判旨した。⁽¹⁹⁾ この事件は、政府転覆に失敗した後に政府から追及を受けたベル

一人たるアヤ＝デ＝ラ＝トーレ Haya de la Torre という人物に関するものであった。彼はリマ Lima のコロンビア大使館によって庇護されたが、ペルーはトーレが同国を退去するのを許可する安導証 safe conduct の発行を拒否した。コロンビアは事件を国際司法裁判所に提訴し、ペルーが主張した通りトーレの行為が犯罪となるか又は庇護と安導証が認められるべき政治犯罪と考えるべきかをコロンビア自身が決定する権限をもつとの判決を求めた。

(注)

18. ICJ Reports, 1950, p.266; 17 ILR, p.280.

19. Ibid., pp.276-77; 17 ILR, p.284.

慣習法規の性質を論じて裁判所は、或る国家（コロンビア）に帰属する権利と別の国家（ペルー）が負担する義務を明示していなければならないと判決文中で述べた。しかし庇護事件 Asylum litigation で国際司法裁判所は、国家実行が不確実で矛盾が多いので問題の犯罪を一方的に性格づける程の“継続的且つ統一の慣行 constant and uniform usage”は成立していないと考えた。⁽²⁰⁾ここに含まれている論点は、ラテン＝アメリカにのみ属する地域慣習であった。一般的慣習が論じられる場合に同一のアプローチは必ずしも必要ないであろうし、より低度の証明基準が適用されることになる。⁽²¹⁾

(注)

20. Ibid.

21. 更に本章で後程論ずる“地域慣習 Local Custom”の項を見よ。

国際司法裁判所 ICJ は、イギリス＝ノルウェー漁業事件 Anglo-Norwegian Fisheries case で慣習が成立するには或る程度の国家実行 state practices の統一性が不可欠であるとの見解を示した。⁽²²⁾イギリスは領海幅員測定のためのノルウェー方式に反対して、10 マイル未満の湾口をもつ湾には当該湾口に引かれた直線が領海測定の基線となり得るとの規則を慣習法規として申し立てた。裁判所は、現実の国家実行に照らしてこのような慣習の成立は認められないことを指摘して、イギリスの主張を斥けた。即ち、諸国家の行動の統一性が不十分だったのである。

(注)

22. ICJ Reports, 1951, pp.116, 131 and 138; 18 ILR, p.86.

北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf cases⁽²³⁾は当該大陸棚の境界画定を巡ってドイツ対オランダ及びドイツ対デンマークの争いであったが、ICJはこの判決で国家実行が“発動される規則の意味の上で拡張的且つ統一で both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked”なければならないと述べた。この点が、新たな慣習国際法規形成にとって必須なことだと考えられたのである。⁽²⁴⁾しかし ICJ は、ニカラグア対合衆国事件で、⁽²⁵⁾問題とされる国家実行が対応する慣習と“全く細部に至る迄一致する in absolutely rigorous conformity”必要はないと指摘した。それに続いて ICJ は次の様に判示している。

慣習法規の存在を演繹するためには、国家行動が一般的に当該慣習規範に合致し、該規則に矛盾する国家があっても新規規範の承認を意味すると考えず現行規範の違反として一般的に処理すれば十分である、と当裁判所は考える。⁽²⁶⁾

(注)

23. ICJ Reports, 1969, p.3; 41 ILR, p.29

24. Ibid., p.43; 41 ILR, p.72. 国際司法裁判所が条約規定に基づく慣習の成立を論じているのに注意せよ。見よ、Akehurst, op. cit., p.21, especially footnote 5. 同じく見よ、the Paquete Habana

case, 175 US 677 (1900) and the Lotus case, PCIJ, Series A, no.10, 1927, p.18; 4 ILR, p.153.

25. ICJ Reports, 1986, p.14; 76 ILR, p.349.

26. Ibid., p.98; 76 ILR, p.432.

法的拘束力のある慣習が成立するのに必要な国家実行の実績は、申立られている規範の性質と当該規範に対する反対勢力の力の両方で決まってくる。これは様々な相反する証拠が提出された庇護事件 Asylum case のように、問題の慣習を明確に指摘することが困難であるという慣習自体のもつ曖昧さに起因する面もあるからである。

他方、国家による立証が十分でない主張は認められない。何故なら、そういう請求を認めると一方的立法行為を認めることになるし、合理的且つ公平な国際法体系に妥協を迫ることになるからである。もうそのような提案が大きな反対に逢着すれば、この反対を無視して新規規範が確立したと論ずることは望ましくならぬ虚構となるであろう。

別個の関連要素として、意識的に廃棄される先行規範の強さを考えなければならない。⁽²⁷⁾例えば、国家の領空主権に関する慣習法規は、第一次大戦直前の数年間及び同大戦中に極めて速やかに成立したのである。同様に、人工衛星が飛行している地球周回軌道に対する非領有・非支配の原則は、第1号人工衛星スプートニク Sputniks の打上げ後まもなく成立した。ビン＝チョン Bin Cheng は、こういう事例では法的信念 *opinio juris* が明確に確立しておれば反復という事実的要素は全く不要であると言っている。従って“インスタント instant”慣習法は成立可能である。⁽²⁸⁾

(注)

27. 見よ、D'Amato, op. cit., pp.60-61 and Akehurst, op. cit., p.19. 同じく見よ、Judge Alvarez, the Anglo-Norwegian Fisheries case, ICJ Reports, 1951, pp.116, 152; 18 ILR, pp.86, 105 and Judge Loder, the Lotus case, PCIJ, Series A, no.10, 1927, pp.18, 34.

28. Op. cit. footnote 15.

単なる行為の積み重ねだけで慣習が成立し得るとの主張は、一連の慣行 usages を通ずる以外に慣習法規の存在を立証し難い点に特に鑑みて、之迄も批判を受けてきた。にも拘らず、国際的背景が慣習の成立に枢要な役割を果たしているとの結論は認めざるを得ない。進歩のもつダイナミクス dynamics の故に不断に新たな状況に直面する社会では、迅速な立法システムによって斯様な変化に対応する合理的且つ速やかな方式が明らかに必要である。新たな法分野で国家実行 state practices によって慣習が迅速に成立するのは、当該法分野のま新らしさや矛盾する既存規範の欠缺、それに国際関係における規範意識保全の絶対的必要性などに由来する。

慣習法の一般的性質を例示するために使用される特別の類推を、ド＝ビッシャー de Visscher が最初に提示した。彼は慣習の成長を無人の土地を通る道が漸進的に形成される状況に例えた。当初は方向も定まらないであろうが、大多数の利用者が同一の道筋に従って歩き始め、やがては単一の道になるのである。どなくその道は唯一の正規の道として認められる道路に変形する。尤もいつの時点で道 path が道路 road になったかを正確に言い当てるのは不可能ではあるが。

慣習の形成も同じである。ド＝ビッシャー De Visscher は、体重の重い者が軽い者よりも深い足跡を残すのと同様に、世界のより有力な国家が力強く道筋を定め、将来の道筋を保証し防御することができるかと考えるのである。⁽²⁹⁾

(注)

29. Op. cit., p.149. 同じく見よ, Lauterpacht, op. cit., p.368; Cobbett, *Leading Cases on International Law*, 4th ed., 1922, p.5 and Akehurst, op. cit., pp.22-23

或る特定の国家が一定の形で行為する理由は各々異なるが、それぞれの国家が国益をどのように考えているかという点に密接に結びついている。国益の認識は、当該国家の権力と役割更にはその国際的地位に依存するものである。従って慣習は或る程度迄、大多数の国々の認識を反映しているはずである。何故なら、国家がみずからの権力や野望や恐怖を表現する形で、慣習が諸国家の慣行 usages に基づくからである。しかし一部の国家が他の諸国よりも有力且つ強力であり、その活動もより重要性を帯びることは避けられない。こうした状況は国際法に反映しており、慣習が二・三の国家で形成されてしまうこともある。但し、当該諸国家が国富や権力によるか又は海洋国家と海洋法のように国家実行のテーマとの特別の関係によるかを問わず、扱うテーマと密接に関係することを条件としている。法と政治的権力とは分離不可能であり、この事実が前記命題の一例といえる。⁽³⁰⁾

(注)

30. 例えば見よ, the North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp.3, 42-43; 41 ILR, pp.29, 71-73.

例えばイギリスがその全盛期の19世紀に海洋法と捕獲法の発達に及ぼした影響は圧倒的なものであった。その後国際慣習法の一部として受容された多数の命題もこのように形で登場したのである。その中には航海規則もあった。同様に、宇宙法 space law に対する米ソの影響は絶対的なものになっている。⁽³¹⁾

(注)

31. 例えば見よ, Bin Cheng, op. cit. footnote 15 and Christol, *The Modern International Law of outer space*, 1982.

結論として、慣習として受容され承認されるためには、当該特定分野で主要諸国の同意がなければならぬと言える。領海の幅員に関する規則は、海洋大国が同意乃至黙認しない限り、如何に多くの内陸国 land-locked states が要求しても、法として取扱われる見込みはない。他の国々も意見を出し圧力を行使するかもしれないが、利害関係の最も大きい国々の同意がない限り慣習法にはなり得ない。こういう結論は、全ての国家が参加する国際システムの性格から導かれるが、大国の見解がより重視されることになる。

従って、如何なる分野であれ新たな慣習法規の形成を促進する国家の国際的地位と比べれば、国家実行の継続期間や普通性 duration and generality は副次的重要性を占めるにすぎない。つまり普遍性 universality は必要とされないが、権力との相関性が必要なのである。或る程度の継続性は必要であるが、その期間は当該行動の前後関係や慣行としての性質によって決まる。

之等の要素は、国家実行の外部的徴表であると共に、当該実行がそういう形で存在し顕現していることを立証してくれるのである。しかしこの事実は国家実行が法であることを意味しないし、この国家実行 state practice という要素については次項で考察したいと思う。但し労を厭わなければ、どの国も国家実行の存在を発見できることは確かである。国家実行が顕著でなければならぬということは、当該慣行の前後関係が重要であることを意味すると共に、慣習の成立を証明し得る公然たる行為がより重要であることをも意味する。

ここまで論ずると、国家実行を無視して履践しないことがどれほど重大なことかという問題が提起されるはずである。国家

特に主要大国が国家実行を履践しないならば、その重大性の程度や如何？という問題である。国家実行は慣行 usages の黙従的履践として解釈されるべきであろうか？或いは、何らかの決定がなされる迄は国家実行は慣習になり得ないことを含意する無関心として解釈されるべきであろうか？

国家実行の不存在は、国家の行動の履践と同程度に国家の姿勢を証明するものであると共に、時代環境への対応の仕方をも反映している。イギリスは一貫してフランスに武力攻撃を加えていないし、チャドは一貫して月に人類を送り込んでいない。しかしこの事は、イギリスが隣国を攻撃してはならないという規則を承認しているからであろうか？又、チャドが月へロケットを打上げない慣習の存在を認めているからであろうか？勿論、前者での答えはイエスであり、後者ではノーである。このように、国家実行の不存在は法的な不作為義務から出ずることもあるし、特定状況下での意志と能力の欠落から生ずることもある。

確かに、一定の状況の下での不作為習慣が継続するとそれが法規の成立と看做されることはある。⁽³²⁾

(注)

32. 例えば見よ, Tunkin, op. cit., footnote 1, pp.116-17. 但し見よ, D'Amato, op. cit., pp.61-63 and 88-89.

長期間の不作為が否定的慣習即ち現実的禁止規範を創設すると説くことが如何に危険かは、1950年代末迄の継続的不作為により宇宙空間への人工衛星やロケットの打上げを禁止する法規が存在することが立証されるとの非合理的命題を考えてみても、明白である。他方で、特定の行動規範が定立された場合、諸国家がそれに異議を唱えない限り、当該規範に同意したものと看做される。

ロチュース号事件 Lotus case⁽³³⁾の特殊な事情の下でICJの前身たる常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice, PCIJは、不作為 abstention が意識的な避止義務 duty to abstain に基づく限り慣習 custom に対する承認を意味するにすぎないとの高次基準を提示してみせた。即ち、明確且つ特定の不作為義務を負っているからそういう行動に出ないのだということを諸国家みずから自覚する必要があった。この判決は、法的義務に基づく不作為 non-acts の全力テグリーに妥当するように読め、既存の特定法規に単に違反せずに当該法規の合法性と正当性を黙諾している場合を論議していないように読めるため、批判的になっている。

(注)

33. PCIJ, Series A, no.10, 1927, p.18; 4 ILR, p.153.

しかし規範への黙従 acquiescence が当該規範に関する十分な知識に基づいていなければならないことは当然である。不作為が何らかの形で、全関連状況についての知識の欠落と結びついているとき、当該不作為を黙従 acquiescence と解することはできない。

国家実行 State Practice とは何か？

国家活動 state activities の諸要素につき部分的乍ら概観し、適切な解説を加えた。しかし国家実行 state practice とは一体何であろうか？それは国家が着手する凡ゆるタイプの行動 behaviour を包含するのであるか？それとも現実の積極的行動 actual, positive actions に限定されるのであるか？もっと単純な言い方をすると、国家実行には演説や非公式文書や政府声明の類いが含まれるのか、それとも国家の現実の行動に限定されるのかということである。

国家の実際の行動様式が慣習法の基礎にあるが、国家の行動

の証拠 evidence は多様なソース sources (源泉の意) から得られる。国家 state は生命体 living entity ではないが、各政府部門と多数の職員で構成され、国家活動 state activity は国家機関の全体によって遂行される。国家の行政機構や立法組織や裁判所それに外交官や政治家がそれに含まれる。之等の国家機関は各々、国際的関連を有する活動に従事しているので、国家活動の証拠を発見するためにはそれなりの実質のソース sources を検証する必要がある。⁽³⁴⁾

(注)

34. 例えば見よ, Yearbook of the ILC, 1950, vol. II, pp.368-72. 国家を代弁する主張が全て国家の一定且つ公平な意見を表明しているわけではないとのブライアリー Brierly の論評にも注意せよ, The Law of Nations, 6th ed., 1963, p.60. 同じく見よ, Brownlie, op. cit., p.5 and Akehurst, op. cit., p.2.

国家の行動様式を発見する簡明な方法は、新聞を読み、歴史的記録を調べ、政府当局の発言を聞き、多くの公的刊行物を通読することである。同様に、過去の様々な政治家の回想録も出ているし、法律問題に関する公式の手引書や外交文書そして国内法学者の見解等も利用し得る。之等の手段は全て、現実の国家実行を認定するために貴重なものである。

加うるに、国連総会決議、国際法委員会 International Law Commission が作成した条約草案に対する各国政府のコメント、国際的司法機構の各決定、国内裁判所の判決、条約及び国際機構の一般的実行に注目するのもよい。⁽³⁵⁾

(注)

35. 合衆国はみずからの国際法上の実行 practice に関しての一連の出版物を公開している。見よ, the Digest of International Law produced by Wharton (1887), Moore (1906) and Whiteman (1963-70). 1973 年以来、“合衆国の国際法実行に関する要覧 Digest of U S Practice in International Law” が年報として公開されている。同じく見よ, Smith, Great Britain and the Law of Nations, 2 vols., 1932-5; McNair, International Law Opinions, 3 vols., 1956; Parry, British Digest of International Law, 1965, and E. Lauterpacht, British Practice in International Law, 1963-7. 国内実行に紙面を割く年報も今日出現している。例えば見よ, British Yearbook of International Law and Annuaire Francais de Droit International.

国際機構は事実上、慣習法規創設の手段となり得る。例えば国際司法裁判所 International Court of Justice, ICJ の勧告的意見 Advisory Opinion が国連の国際的人格を認めたことがあったが、同勧告的意見は国連の現実の行動を一つの根拠にしていた。⁽³⁶⁾ 国際法委員会 International Law Commission は、“国際機構の実行の積み重ねの記録が、国家と当該国際機構との関係を定める慣習国際法の証拠 evidence と看做され得る”と指摘している。⁽³⁷⁾

(注)

36. The Reparation case, ICJ Reports, 1949, p.174; 16 ILR, p.318. 同じく見よ, the Reservations to the Genocide Convention case, ICJ Reports, 1951, pp.15, 25; 18 ILR, p.364.
37. Yearbook of the ILC, 1950, vol. II, pp.368-72. 同じく見よ, Akehurst, op. cit., p.12.

国内法が一定の環境下で国際慣習法の基礎を形成することもある。1871 年に合衆国の連邦最高裁が判決を下したスコシア事件 Scotia case は、⁽³⁸⁾ 英国船が公海上で on the high seas アメリカ船を沈没させた事件であった。連邦最高裁は、英国議会制定法が定める航行規則と事実上同一の条件で他の国々も立法化したので、同規則が関係国際慣習の基礎を形成したと判決し

た。従って、当該米国船は正当な国旗を掲げていなかった点に過失 fault があった。現実の物理的行為と無縁な単なる請求は国家実行 state practice となり得ないとの見解も表明されている。この見方は、“国家が実施行動を採らない限り、当該請求は被請求国の現実の行動を予見する価値を殆んどもち得ない”との訓言に基づいている。⁽³⁹⁾ しかし、これ迄例示した通り、この考え方は決定的に少数者の見解になっている。⁽⁴⁰⁾ 多様な背景をもつ諸国家の各々の請求や条約は国家実行の証拠として引用されており、それはそれで論理的なのである。⁽⁴¹⁾ 但し、言う迄もなく、そういう請求のもつ重みは、個別的事情に応じて大いに異なっている。このアプローチこそ間違いなく正当なものである。何故なら、請求と反対請求のプロセスこそ国家が相互に国際法規範に関するみずからの認識を伝達する公認された方式だからである。この意味で請求 claims と反対請求 counterclaims は物理的行為と同様の機能を果たすことになる。抽象的 in abstracto であるか個別具体的であるかを問わず、請求及び反対請求は時流的国際法規を生み出す原材料となる。⁽⁴²⁾ “国家実行 state practice には、国際慣習法についての見解を推測しうる全ての国家行為や声明が含まれる”⁽⁴³⁾ との命題が実質的に正しいということになる。

(注)

38. 14 Wallace 170 (1871). 同じく見よ, the Nottebohm case, ICJ Reports, 1955, pp.4, 22; 22 ILR, p.349 and the Paquette Habana case, 175 U S 677 (1900).
39. D'Amato, op. cit., p.88 and pp.50-51. 同じく、イギリス=ノルウェー漁業事件 Anglo-Norwegian Fisheries case でのリード判事 Judge Read の個別意見 dissenting opinion を見よ, ICJ Reports, 1951, pp.116, 191; 18 ILR, pp.86, 132.
40. Akehurst, op. cit., pp.2-3. 同じく見よ, Thirlway, op. cit., p.58.
41. 例えば見よ, the Asylum case, ICJ Reports, 1950, pp.266, 277; 17 ILR, p.280; the Rights of U S Nationals in Morocco case, ICJ Reports, 1952, pp.176, 200; 209; 19 ILR, p.255, and the North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp.3, 32-33, 47 and 53; 41 ILR, p.29. 同じく見よ, the Fisheries Jurisdiction cases, ICJ Reports, 1974, pp.3, 47, 56-58, 119-20, 135 and 161; 55 ILR, p.238.
42. しかし見よ, Thirlway, op. cit., pp.58-59.
43. Akehurst, op. cit., p.10. これには国家による不作為 omissions や沈黙 silence も含まれる。

法的信念 Opinio Juris ⁽⁴⁴⁾

特定の慣行の存在が一旦確認されると、国家が自己の当該行動をどのように考えているのかを考察する必要が生じる。当該行動は行為 act 又は声明 statement であれ、道徳的性格のものとして看做すべきであろうか？それとも政治的乃至法律的性格のものとして看做すべきであろうか？法的信念 opinio juris 即ち国家活動 state activity が法的義務に基づいているとの信念は、慣行 usage が慣習 custom に成長し国際法規の一部を構成する為の要素である。やや別言すると、諸国家が一定の方式で行動するのは、そうすることが義務であると確信しているからである。

(注)

44. Ibid., pp.31-42 and D'Amato, op. cit., pp.66-72. 同じく見よ, Bos, op. cit., p.236 et seq.

常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice は、ロチュース号事件 Lotus case 判決でこの見解を表明した。⁽⁴⁵⁾ 当面の論点は、フランス船ロチュース号 the Lotus とトルコ船ボス=クルト号 Boz-Kourt との(国際法が適用される)公海上での on the high seas 衝突に関わっていた。トルコ

船上の数名が溺死し、トルコはフランス人監視将校の過失 negligence によって事故が発生したと申立てた。ロチュース号がイスタンブールに到着したとき、当該フランス人将校は故殺罪 charge of manslaughter で逮捕され、この事件の争点はトルコが彼を審理する管轄権をもつかどうかに移った。色々な論拠を挙げてフランス政府は、被告船の旗国 flag state (フランス) がこの種の事件では排他的管轄権をもつのであって犠牲者の本国 (トルコ) が被告人を裁くことは許されないという趣旨の国際慣習法規が存在すると主張した。この立論を正当化するために、フランスは類似の事件で被害者の本国が事前の刑事訴追をした前例はないと論じ、そしてこの事実からこの実行 practice が法的慣習 legal custom に暗黙の合意 tacit consent に基づき成長したと結論した。

(注)

45. PCIJ, Series A, no.10, 1927, p.18; 4 ILR, p.153.

国際司法裁判所はこの主張を斥けて、刑事訴訟手続の開始を差控える実行が仮に立証され得るとしても、当該不作為は慣習に迄至っていないと判決した。裁判所は、“この種の不作為がそれら [諸国家] の義務意識に基づいてさえおれば、国際慣習の成立を支持する立論は可能であろう” と判旨した。⁽⁴⁶⁾ それ故にこの事件では、義務 obligation という本質的要素が欠落しており、実行 practice は実行にとどまっていたのであってそれ以上の何物でもなかった。

(注)

46. Ibid., p.28; 4 ILR, p.159.

同様のアプローチが北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf cases で採られた。⁽⁴⁷⁾ 石油及び天然ガス開発のために北海大陸棚を分界する一般的作業で、線引きは全区域を各国家の専管区域に分ける形で行なわれた。しかし西ドイツはオランダ及びデンマークとの間で大陸棚境界線について合意に達することができなかった。そこでこの問題は、国際司法裁判所 International Court of Justice に提訴された。

(注)

47. ICJ Reports, 1969, p.3; 41 ILR, p.29.

1958年の大陸棚に関するジュネーヴ条約第6条は、合意が達成されずとも特別な事情が存在しないとき、各国の領海の幅員を測定するための基線 baseline から等距離 equidistance の地点による等距離原則に従って決定されなければならないと定めていた。このことは、ドイツが一方でオランダと、他方でデンマークと各々対面する等距離点を結ぶ線を引いて北海に投影させることを意味した。しかし、ドイツの沿岸線は入り込んでいるので、等距離線 equidistant lines は一点に集中し、北海に比較的小さな三角形を描く形となった。ドイツ連邦共和国は1958年のジュネーヴ大陸棚条約に署名はしていたが未批准であったので、当該条約の諸条件に拘束されなかった。従って問題は、“等距離—特別の事情原則 equidistance-special circumstances principle” が国際慣習法の一部となってドイツを拘束している事例として理解できるかどうかという点にあった。

国際司法裁判所はこの問題に否定的結論を出し、ジュネーヴ大陸棚条約の関係規定が既存の慣習を反映しているわけではないと判示した。国際法委員会 International Law Commission がジュネーヴでの討議の基礎 basis of discussion として作成した条約草案でこの点を考察したとき、等距離原則 principle of equidistance の導入は相当な躊躇の下に実験的意味をもたされていたのであって、成立途上の慣習国際法規という意味は全くなかったといつてよい。⁽⁴⁸⁾ そこで問題は、この条約成立後の

諸国家の実行により慣習法規が確立したといえるかどうかに移った。裁判所はこれに否定的見解を示し、時間それ自体は決定的要因ではない(訴訟手続開始迄、わずか3年しか経っていなかった)と認めた上で、次のように判決した。

必須の要件は、短期であろうとなかろうと当該期間内に、特に自国利益が影響を受ける国を含めて諸国の実行が、発動される条約規定の意味を拡大し統一するものであったかということ、及び法規及び法的義務の存在を一般的に承認するような形で遂行されたかということになる。⁽⁴⁹⁾

(注)

48. Ibid., pp.32-41.

49. Ibid., p.43. 同様に例として見よ, the Asylum case, ICJ Reports, 1950, pp.266, 277; 17 ILR, p.280 and the Right of Passage case, ICJ Reports, 1960, pp.6, 42-43; 31 ILR, pp.23, 55.

このアプローチはニカラグア事件 Nicaragua case⁽⁵⁰⁾ で ICJ により主張されたし、北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf cases でも明示的に言及されたところである。ICJ は後者の事件で次のように論じている。

新たな慣習規範が形成されるためには、関係諸行為が“定着した実行に至って amount to a settled practice” がいなければならぬだけでなく、法的必要信念 opinio juris sive necessitatis を伴っていなければならない。問題の行動を採る国とそれに反対する国のいずれかが、“強制的法規の存在により当該実行が義務的となっているとの信念を示す証拠” となる形で行動したにちがいないのである。“そのような信念即ち主観的要素の必要性は、法的必要信念 opinio juris sive necessitatis 観念そのものの含意されている。”⁽⁵¹⁾

それ故、国際司法裁判所は国際慣習法の主観的構成要素の成立を公然と立証しなければならず、高い敷居を採用・維持していることは明らかである。

(注)

50. ICJ Reports, 1986, p.14; 76 ILR, p.349.

51. Ibid., pp.108-9; 76 ILR, pp.442-43, citing ICJ Reports, 1969, p.44; 41 ILR, p.73.

法的信念 opinio juris に関連する大問題として、仮にそれが法に従った行動を要求するにしても、従前に法と看做されていた規範と異なった又はそれに反する行動を公然と要求する場合、新たな慣習法規はどのような風に成立してゆくのかという点が指摘される。もし国家が3マイル領海を正当と信じて主張しているならば、それが支配的原則ではありうるはずはないとの理由で例えば12マイルの主張を許容する形で慣習法規を変更するにはどうしたらよいか?⁽⁵²⁾

(注)

52. 法的信念 opinio juris の必要性を否定乃至最小化する試みとして、見よ, Akehurst, op. cit., pp.32-34.

明らかなきことに、心理的要素を重視しなければ、その論理的帰結として法は無意味になるはずであるが、そういった事態が起きていないことが論証されている。

従って、国家が或る行動を法と信じて又は法になりつつあると信じて当該行動を執る場合、そのプロセスの立場からこの問題を考察しなければならないのである。この立法プロセスが受容されるか拒絶されるかに関しては、他の国々の対応如何にかかっていると言えよう。従って、合法性 legality に関する厳格な定義は、国家活動に合法性 legitimating stamp が備わっているかどうかを判定するために修正される必要があった。若し或

る国が、3マイル領海が確立した法規になっているけれども事情が変更して12マイル領海が新出の法規として扱われ得ると信じて12マイル領海を宣言すれば、他の国々がその先例に従って新たな慣習国際法規が確立したか否かが立証されることになる。若し他の諸国家がこの提案を拒否すれば、新規提案の規則は衰退し、当初の規則が持続し国家実行で補強され一般的に受容されることになる。国際司法裁判所がニカラグア事件 *Nicaragua case* でみずから記したように、⁽⁵³⁾ “国家が新種の権利や前代未聞の例外に頼れば、他の国々が之に原則的に同調するとき、慣習国際法は修正されることになり得る”。この種のアプローチの難点は、法規の新旧交替の時機を正確に指摘することが時に困難であることである。しかしこの難点は慣習に固有のものと言わなければならない。交替がスムーズに行なわれることは稀れであり、突発的 *spasmodic* に起こると言った方が良いであろう。

(注)

53. ICJ Reports, 1986, pp.14, 109; 76 ILR, pp.349, 443.

こういう考え方は、法的信念 *opinio juris* についてもっと柔軟な見解を採ることを意味すると共に、国内的及び国際的行動の脈絡の中で法的信念と慣習の公然的遂行とを従来以上に固く結びつけることを意味する。これも、既存の法に反し乍らも新たな法を胚胎する行動が、みずからは法に従っていると考える国家が一定の行動を執っている事態を証明し難い点に関係しているとの考え方を汲みとることにつながる。このアプローチを極限的に表現したのが、実体的事実から推論乃至演繹した法的信念 *opinio juris* である。田中判事は北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf cases* の個別意見 *dissenting opinion* の中で以下のように論じている。

国家実行の事例毎に主観的動機の証拠を捜すよりも、外的存在としての慣習から法的信念 *opinio juris* の存在を確認し、国際社会で法的信念の必要性を感じることが何にも勝って大切である。⁽⁵⁴⁾

(注)

54. ICJ Reports, 1969, pp.3, 176; 41 ILR, pp.29, 171. 諸政府の統一の行為は、それに反対の意思が伴わない限り、法的信念 *opinio juris* の証拠として看做されるべきであるとローターバクトは論じている。op. cit. footnote 7, p.580; 但し次を参照せよ, Cheng, op. cit. footnotes 7, p.36 and 15, pp.530-32.

しかし国家として注意しなければならないことは、国家が一連の行動を採るとき、それは国際法の範囲内にあると考えるからであり、決して政治的又は道徳的 *ジュスチャー* 等と考えているからではないということである。国家行動には合法性の側面がなくてはならないのである。又、国家は自己の行動が合法的であることを確認しなければならないのである。そうして始めて国際社会は合法的実行と非合法的実行を容易に識別できることになる。このことこそ、国家間の法的枠組の発展的表現の本質である。⁽⁵⁵⁾

(注)

55. 実行が慣習になるためには法規の“明徴化 *articulation*”が先行するか伴わなければならない、諸国家の行動その他に対する以上に法的重要性をもつ“明徴化 *articulation*”に注目しなければならない、と説くダマト *D'Amato* の見解に注意せよ, op. cit., p.75. Cf. *Akehurst*, op. cit., pp.35-36. 同所で *Akehurst* も、“諸国家の実行は、それが法となる前に、重要部分が既に法になっているとの声明 *statements* を伴わなければならないとの見解を表明している。その種の声明は、特定状況の実態に関する信念を表明したものである必要はない。ibid., p.37.

Akehurst は、又、法的信念 *opinio juris* に関する明示の承認を要しない非義務的規範 *permissive rules* とそれを要する義務的規範 *duty-imposing rules* との区別を提唱している。ibid., pp.37-38.

国際法上の抗議 *Protest*、黙認 *Acquiescence*、変更 *Change* ⁽⁵⁶⁾

不作為 *abstention* が慣習法規に対する同意を意味したり、抗議の不提出が同意を内包していると主張する学者もいる。即ち、国家又は国家群がみずから合法的と主張する行動を採るとき、他の諸国家の沈黙は法的信念 *opinio juris* の表明又は新規規範に対する同意と解される余地がある。従って、合法化プロセスを中断するためには、現実の抗議の申入れが必要である。⁽⁵⁷⁾

(注)

56. 見よ, *Lauterpacht*, "Sovereignty over Submarine Areas", 27 BYIL, 1950, p.376; *MacGibbon*, "Some Observations on the Part of Protest in International Law", 29 BYIL, 1953, p.293 and "Customary International Law and Acquiescence", 33 BYIL, 1957, p.115 and *Wolfke*, op. cit., pp.157-65.

57. 例えば見よ, *MacGibbon*, "Customary International Law and Acquiescence", op. cit., p.131 and *McDougal et al.*, *Studies in World Public Order*, 1960, pp.763-72.

ロチュース号事件 *Lotus case* で常設国際司法裁判所は、“このような不作為 *abstention* が諸国家の義務意識に基づいている限り、国際慣習の成立を認定することは可能である”と判旨した。⁽⁵⁸⁾ 従って国家が当該活動に没入しているわけではないという理由だけで不作為つまり禁止規範の成立を推論することはできない。しかし国家の一定の行動に対して他国がそれに同調しないという問題は、若干性質の異なる別の問題である。例えば宇宙法のような国際法の新分野で新規規範が定立されたとき、他の諸国家による黙認は当該規範を強化するものと看做されるべきであろう。その場合、当該規範が現実の同意から発生したものであるか、日和見的無関心から生じたものであるかを問わない。確立した慣習から外れた新規規範に黙認すれば、問題はもっとややこしくなる。

(注)

58. 前注 46 を見よ。

イギリス=ノルウェー漁業事件 *Anglo-Norwegian Fisheries case* 判決は、⁽⁵⁹⁾ 或る国家が確立した慣習法に反する行動を執り他の国々がこれを黙認するならば、前者が当該規範の拘束を受けないものとして扱われ得ることを示唆しているようである。国際司法裁判所は、“いずれにしても、ノルウェーが従前より同国沿岸に当該規範を適用することに反対していたのであるから、当該規範は同国に適用がないというべきである”と指摘している。⁽⁶⁰⁾ 当初より或る慣習の存在を否定する国家はその慣習の拘束を受けないが、確認されている慣習に対して反対する行動を採り他の国々の黙認乃至無反応を期待する国家又は国家群の問題が未解決のままである。

(注)

59. ICJ Reports, 1951, p.116; 18 ILR, p.86

60. Ibid., p.131; 18 ILR, p.93. 同じく見よ, the *North Sea Continental Shelf cases*, ICJ Reports, 1969, pp.3, 26-27; 41 ILR, pp.29, 55-56 and the *Asylum case*, ICJ Reports, 1950, pp.266, 277-78; 17 ILR, pp.280, 285.

国家が抗議しないのには実に多くの理由がある。国家としては理由もなく他国を怒らせたくないのかもしれないし、他国との政治的結びつきを強化したいと思っているのかもしれないし、他の外交的・政治的考慮が働いているのかもしれない。多分、

国家が同意を与えない他国の行為に一度一度抗議を提出する必要はないと言えよう。従って、各国家に対して凡ゆる他国家の一回性行為にその都度対応するよう望むことは非現実的である。若し仮に各場合に抗議不提出が確立した慣習からの逸脱を正当化すると認められれば、黙認する国家や抗議を提出する国家等、多様な立場の国家相互間に多くの特別な関係が現われるであろう。多くの場合、抗議は純形式的なものであるか、又は、全く別の分野で圧力をかけようとする外交作戦の一環であり法的関係を変更する意図をもたないものであろう。

先行規範と矛盾する新規則が多数の国々によって主張される場合、2・3の国家の抗議があっても新規則が無効になることはなく、他の諸国家の態度留保も当該新規則を強化するだけである。他の国々の黙認によって当該新規則が強化されているときに或る特定国家が中断なく抗議すれば、例外が認められることになろう。しかし例外の許否は相当程度具体的状況と国際社会の見解とに依存せざるを得ないであろう。慣習に反する行動には新規範の種子が含まれているのであって、他の国々がこの新規範を支持するならば、先行規範は消滅し新規範に取って替わられるのである。即ち一定期間、二つの慣習が並存し、やがて一つだけが一般的に受容されるに至るのである。⁽⁶¹⁾ 多くの新規範はこのようにして受容されてきたのであって、領海の幅員に関しても長らく事情は同じであった。⁽⁶²⁾ それ故、慣習法規の成立当初から異議を提出していた国家を除き、全ての国家が当該慣習法規により拘束される。⁽⁶³⁾ そうすると、ここで新国家と慣習という問題が提起される。何故なら、伝統的アプローチの論理に従えば、新国家は独立の日から全ての既存慣習法の拘束を受けると解されるからである。合意的法理論 consent theory of law に基づく反対の立場からは、新国家は成立のときに他国の態度如何を問わず自国が遵守すべき慣習規範を選択できることになる。⁽⁶⁴⁾ しかしこのようなアプローチは極めて分裂の結果をもたらしやすいので、他国と留保なしに国交を結んだ新国家は国際法を全体として受容したと看做すとの但書がしばしば付加されている。⁽⁶⁵⁾

(注)

61. 抗議一般についても見よ、Akehurst, op. cit., pp.38-42.
 62. 本書第10章“領海の幅員 The Width of the Territorial Sea”の項目を見よ。
 63. 例えば見よ、the North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp.3, 38, 130; 41 ILR, pp.29, 67, 137.
 64. 例えば見よ、Tunkin, op. cit., p.129.
 65. Ibid.

地域慣習 Local Custom ⁽⁶⁶⁾

特定の国家集団のみを拘束したり2箇国だけを義務づけたりする規範も発達可能である。

庇護事件 Asylum case で、⁽⁶⁷⁾ 国際司法裁判所 International Court of Justice はラテン＝アメリカ諸国家に特有の地域慣習に基づき庇護の付与は正当化されるとのコロンビアの主張を検討した。裁判所は、“この種の慣習に依拠する当事者は、当該慣習が十分に確立しており相手方当事者をも拘束することを証明しなければならない”と判示した。⁽⁶⁸⁾ そして裁判所は、そういう慣習が証拠不十分の故に又反証が存在する故に立証され得ないと考えた。

(注)

66. 見よ、Akehurst, op. cit., pp.29-31; D'Amato, op. cit., Chapter 8; and Wolfke, op. cit., pp.86-92. 時々、地域慣習 regional custom 又は特別慣習 special custom として言及される。

67. ICJ Reports, 1950, p.266; 17 ILR, p.280.

68. Ibid., p.276; 17 ILR, p.284.

地域慣習の場合、当該地域慣習を立証して相手当事者に認めさせて義務を負わせることになるが、特にその義務に関しては通常の一般慣習以上の高度の立証基準が必要である。

インド領通行権事件 Right of Passage over Indian Territory case で、⁽⁶⁹⁾ ポルトガルは自国領域としての飛地を認めるよう要求した。この主張は国際司法裁判所によって支持され、2箇国間のみ地域慣習は成立し得ないとのインドの抗弁は却けられた。裁判所は、自由通行を許容する不断の且つ統一的な実行 constant and uniform practice が過去に存在し、当該“実行を両当事国が法として受容していたので権利及び相互的義務が発生した”⁽⁷⁰⁾ と認定した。

(注)

69. ICJ Reports, 1960, p.6; 31 ILR, p.23.

70. Ibid., p.40; 31 ILR, p.53. 見よ、Wolfke, op. cit., p.90.

それ故にこのような地域慣習 local customs は、一国家の特定の活動 activity が他の国家（又は国家群）により法的義務乃至権利の徴表として認められなければならないことを意味する。一般慣習法の場合には合意 consensus を得るプロセスが十分に機能するので利害関係国の過半数又は少数有力国だけで優に新慣習を創設し得るのであるが、地域慣習法の場合には関係当事国双方（又は全て）の積極的受容が必要である。⁽⁷¹⁾ この故に、地域慣習法は、全ての国家による立法をめざす相当柔軟なアプローチを認める一般慣習法の例外であり、国家はみずから同意した事柄によってのみ拘束されるという従前の合意原則 theory of consent の形見となっている。例外が原則を証明することもあるかもしれないが例外がみずから立証するには原則以上に大きな証拠を必要とする。

(注)

71. 見よ、Cohen-Jonathan, "La Coutume Locale", 7 AFDI, 1961, p.119.

条約 Treaties ⁽⁷²⁾

慣習法成立プロセスとは対照的に、条約 treaty（又は国際条約 international conventions）はより現代的で技巧的な立法方法である。⁽⁷³⁾ 国際司法裁判所規程第38条は、“一般又は特別の国際条約であって、締約国が明らかに認めた規則を確立したもの”に言及している。条約については本書第15章で詳論されるが、この国際法源の検討に際しては国際条約の役割について触れなければならない。

(注)

72. 一般的著作として見よ、McNair, The Law of Treaties, 1961. 更に本書第15章をも見よ。

73. オッペンハイム Oppenheim は、“慣習は始源的国際法源であり、条約はその効力が慣習から導き出される法源である”と主張している。

条約 treaties は多様な名称で知られる。例えば条約 Conventions, 国際協定 International Agreement, 規約 Pacts, 一般議定書 General Acts, 憲章 Charter 更には規程 Statutes, 宣言 Declarations, 規約 Covenants に至る迄多様である。之等の用語は全て類似の行為即ち文書による合意を指称しており、合意参加国は特定の方式での行為や特定の相互関係の樹立を法的に義務づけられるのである。当事国に一定の行為を義務づける一連の条件及び取決めが配列されているのである。

条約を普遍的乃至一般的妥当性をもつことを意図されている“立法 law-making”条約と2箇国間又は少数国間のみ適用さ

れる“契約条約 treaty contracts”とに大別し得る。こういう区別は、特定の条約の一般的又は地域的適用可能性と条約義務の範囲を反映するものと考えられている。この区別は硬性で固定したものとは看做し得ず、重複し不確実な灰色の領域が相当存在している。⁽⁷⁴⁾

(注)

74. 見よ, Virally, *op. cit.*, p.126; Sorensen, *op. cit.*, p.58 et seq. and Tunkin, *op. cit.*, pp.93-95.

条約は明示の合意 *express agreements* であり、国家による代用立法の一形式である。条約は当事国みずからが自己を拘束する義務を創設する点で表面的には契約に極めて近似するが、国際システムの性格を反映する固有の性質をもっている。発効した条約の数は過去 100 年に拡大を続けており、国連条約集 *United Nations Treaty Series* や英国条約集 *United Kingdom Treaty Series* は巻数を増やしている。発効した条約の国際関係上の役割は極めて重要である。

政府の統制が増加し技術通信革命が国際的生活分野に影響を及ぼしているため、何らかの形の国家間規制を必要とする問題が倍増している。

ソビエトの学者にとって、他の多くの学者と同様に、条約こそが最重要の国際法源である。何故なら、条約は締約国の明示の合意 *express consent* であって、単に黙示の合意 *tacit agreement* の一形式である慣習法に優越すると考えられるからである。⁽⁷⁵⁾

(注)

75. *Ibid.*, pp.91-113. 同じく見よ, Mullerson, "Sources of International Law : New Tendencies in Soviet Thinking", 83 *AJIL*, 1989, pp.494, 501-9 and Danilenko, "The Theory of International Customary Law", 31 *German Yearbook of International Law*, 1988, p.9.

重要な条約の例として、国連憲章やジェネーブ捕虜条約及び同文民保護条約、そしてウィーン外交関係条約を指摘し得る。宇宙探査の規制から麻薬規制や国際金融開発制度創設に関するもの迄、全ゆる類の国際条約が成立している。必要な運用条件を定めた各種の国際協定が存在しなければ、海外へ電話もかけられないし、外国へ郵便も出せないし、他国へ飛行機で行くこともできない。

国際条約の本質から導かれることであるが、国際条約は契約と同様、当事国を拘束するものと看做される一連の条項を措いている。それでは、条約、更には締約国に課される義務を国際法の法源として扱おうか？この脈絡で理解できるのは、“立法条約 *law-making treaties*”という言葉である。立法条約はその効力が一般的 *generally* であるものをいい、限定的効力を有するものを含まない。又、立法条約は、少数国家間の限定的諸問題を規制するだけの条約とも際立った対照を成している。或る特定の問題に関して立法条約を締結することで、国家は自己の国際法感覚を磨き、将来の自己の国際的活動の指針となる新規範を定立できるのである。こういう立法条約は必然的に、効果を高めるために多数の国の参加を要請することになり、全ての国家を拘束する規範を創設することもある。⁽⁷⁶⁾ 即ち立法条約は、遵守されるべき行為規範を定立する規範的条約 *normative treaties* である。この種の条約の例としては、既に言及したもの他に、南極条約 *Antarctica Treaty* やジェノサイド条約 *Genocide Convention* がある。更には、1961年の外交関係に関するウィーン条約 *Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961* のように、既存の法規を単に宣言したり既存

の慣習法規を法典化する形の条約も多数存在している。⁽⁷⁷⁾

(注)

76. 見よ, Brownlie, *op. cit.*, pp.12-13 and Baxter, "Treaties and Custom", 129 *HR*, p.27. 同じく見よ, Schachter, "Entangled Treaty and Custom" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Dinstein), 1989, p.717.

77. Brownlie, *op. cit.*, Chapter 1.

問題となる特定の条約に署名及び批准を行わない紛争当事国は、条約文言の拘束を受けない。これが一般原則であって、北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf cases* ⁽⁷⁸⁾ で判旨された。この事件では、西ドイツは大陸棚条約を批准していなかったため当該条約の規定上の義務を負わなかったのである。しかし条約規定が慣習法をそのまま反映している場合、当該条約の非当事国は当事国と同一の義務を負担することになる。それは、慣習法が条約規定になったからではなく、条約が国際慣習法を再確認していると看做されるからである。同様に、特定条約の規定が、専ら当該条約の性質や当事国数やその他の関連要因に基づき慣習法の普遍化に資するものであることを、非当事国は受け容れるかもしれない。

(注)

78. *ICJ Reports*, 1969, pp.3, 25; 41 *ILR*, pp.29, 54.

条約規定が法的信念 *opinio juris* と結合して当該条約の当事国だけでなく全ての国家を拘束する慣習を成立させる可能性が、国際司法裁判所 *International Court of Justice* によって北海大陸棚事件 *North Sea Continental Shelf cases* に際し考察され、⁽⁷⁹⁾ 新たな慣習国際法規を公定化する周知の方法であると認められた。しかし裁判所は、問題の特定条項が“基本的に規範創設的性格をもつこと of a fundamentally norm-creating character”⁽⁸⁰⁾ 即ち一般的法規の基礎を形成し得ることが必要であると判示した。この一般的理論は恐らく時と場所に応じて具体的内容が変動することを含意しているであろうが、国際司法裁判所は条約規定が慣習法となって他の諸国家を拘束するに至ること即ち当該当事国も非当事国も両立可能な行動 *compatible behaviour* と法的信念 *opinio juris* という両必要条件を満たすに至ることを認めている。この可能性が極めて大きくなっているため、一般化可能な条約規定が法的信念 *opinio juris* の証明や時間的経過を要さずに事実上の *ipso facto* 慣習法規としてひとりてに成立することがあると言われる。⁽⁸¹⁾ 特に人権分野での潜在的規範創設条項を含む条約の重要性は言う迄もないが、事実上の慣習法は既に広く知られるに至っている。当該条約を支持しない諸国が現実に反対内容の条約を締結しない限り、少数の国家で全体の立法を行なうという危険は存在する。⁽⁸²⁾ こうして最近の国際社会では、余りに急激な立法プロセスの導入現象が観られるのである。

(注)

79. *Ibid.*, p.41; 41 *ILR*, p.71. 国際司法裁判所は、新しい慣習法を創設するこの方式が既に確立したものの軽々しく考へてはならないと論じている。 *ibid.*

80. しかし少数意見を見よ, *ibid.*, pp.56, 156-58, 163, 169, 172-80, 172-80, 197-200, 221-32 and 241-47; 41 *ILR*, p.85. 同じく見よ, the *Gulf of Maine case*, *ICJ Reports*, 1984, pp.246, 295; 71 *ILR*, pp.74, 122 and the *Libya-Malta Continental Shelf case*, *ICJ Reports*, 1985, pp.13, 29-34; 81 *ILR*, pp.239, 261-66.

81. 見よ, D'Amato, *op. cit.*, p.104 and "The Concept of Human Rights in International Law", 82 *Columbia Law Review*, 1982, pp.1110, 1129-47. 同じく見よ, Akehurst, *op. cit.*, pp.42-52.

82. D'Amato, "The Concept of Human Rights", *op. cit.*, p.1146.

条約規定が慣習法規と同種の分野を規律している場合でも、当該慣習法規が条約規定に吸収されてしまうのではなく個別の存在を維持することになる。ニカラグア事件 *Nicaragua case*⁽⁸³⁾ で国際司法裁判所は、自衛に関する国際慣習法規が国連憲章第51条に“包含され subsumed” “付随されている supervened” との合衆国の主張を認めなかった。“目下の紛争に関係のある条約規定と慣習法規が仮に全く同一内容であるにしても、この事実は、当裁判所が条約運用プロセスにより慣習法規の独立的適用可能性が必然的に奪われるとの見解を採用する理由にはならない” 点が強調された。⁽⁸⁴⁾ この原則のこの事件での意義は、国際司法裁判所が確立した国際慣習法規を検証し得るにも拘らず、アメリカの留保の故に条約上の義務を分析し得なかったという点にある。

(注)

83. ICJ Reports, 1986, p.14; 76 ILR, p.349.

84. Ibid., pp.93-97; 76 ILR, pp.427-31. 同じく見よ, Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua case", 38 ICLQ, 1989, p.151.

勿論、同一内容の条約と慣習法は各々の解釈及び適用につき別異の原則に従うことになるかもしれない。だから、理論的にも正当な ICJ のアプローチは実務上も有効なものである。多くの場合、このような法規存在の二源性は、その各解釈が慣習法上の自衛と国連憲章第51条下の自衛のように実際には同一とは言えない事態をもたらす得ることもあり得る。しかし常に言えることであるが、個別的具体的事情に即して考えなければならない。⁽⁸⁵⁾

(注)

85. 猶、本書第18章を見よ。

条約の中には、非当事国にもその効力を必然的に及ぼす“制度 regime” を樹立するものもある。⁽⁸⁶⁾ 例えば国連憲章は、国際平和と安全 international peace and security を保全するための明確な枠組を創設したその第2条第6号で、“この機構は、国連加盟国でない国が国際平和及び安全の維持に必要な限りに於いて、〔第2条に掲げる〕之等の諸原則に従って行動することを確保しなければならない” と定めている。同様に、1947年の関税及び貿易に関する一般協定 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) も国際貿易に関する共通の成文法規を樹立しているが、非当事国にも重大な効果を及ぼしている。

(注)

86. 本書第15章をも見よ。

諸国家共通のテーマについて条約は国際制度を創設して当該制度の基本文書として機能し、当該制度上の権限と義務の概略を提示している。

他方で、“契約条約 treaty-contracts” はそれ自体では立法条約 law-making instruments ではない。何故なら、契約条約は少数国家間でのみ、しかも限定されたテーマについて適用されるからである。但し契約条約の中に慣習法の証拠としての意義を有するものもある。例えば、類似の規定を含む複数の2国間条約は慣習法上も同一内容の規範が存在することの証拠となり得る。

法の一般原則 General Principles of Law ⁽⁸⁷⁾

如何なる法体系に於いても、提出された事件を審理している裁判所が、議会制定法にしろ司法判例にしろ、係争点について規律する法規の欠缺を認定する状況は当然生じ得る。そういう場合に、裁判官は既存法規から類推したり法体系の指針たる

一般原則から直接に、関連規則を演繹することになる。但し、それら演繹された規則が、正義 justice や衡平 equity や公共政策的配慮のいずれに由来すると考えるべきかは別問題である。こういう事態は恐らく国際法上発生確率は相当高いと思われる。何故なら国際法システムが直面している諸課題に比して同システムが相対的に未発達だからである。

(注)

87. 例えば見よ, Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953; McNair, "The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations", 33 BYIL, 1957, p.1; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927 and Waldock, "General Course on Public International Law", 106 HR, p.54.

国際法上の判決数は国内法制度下のそれに比して遥かに少ないし、新たな事態を規律する法規を定立するための一般的手段も存在しない。だからこそ、国際法の欠缺を埋めて裁判不能 non liquet という法的問題を解決するために、“文明国が認められた法の一般原則 the general principles of law recognized by civilised nations” が法源の一として ICJ 規程第38条に挿入されたのである。⁽⁸⁸⁾

(注)

88. 例えば見よ, Stone, *Of Law and Nations*, 1974, Chapter III. 同じく見よ, “裁判不能の禁止と法秩序の完全性に関する一考察 Some Observations on the Prohibition of Non Liquet and the Completeness of the Legal Order”, *Symbolae Verzijl*, 1958, p.196.

法の一般原則という概念が何を言及しているかについて多様な見解が存在する。一部の学者はそれを国際法システムの基底にあると看做される自然法諸概念を確認するものと捉え、実定 positive (即ち人定 man-made) 法の正当性を判定する基準として用いている。⁽⁸⁹⁾ 他の諸学者、特に実定法主義者は、法の一般原則を条約及び慣習国際法の下部項目であって、もしそれが国家間の合意 consent を反映しない限り国際法に何ら新しいものを付加し得るものではないと考えている。トゥンキン Tunkin のようなソ連の学者はこのアプローチに賛成し、例えば条約や慣習国際法で既に表明されている平和共存の原則 law of peaceful coexistence のような基本的諸原則を反復するものとして法の一般原則を捉えている。⁽⁹⁰⁾

(注)

89. 例えば見よ, Lauterpacht, op. cit. footnote 87. 同じく見よ, Waldock, op. cit., p.54; Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p.169 and Judge Tanaka (dissenting), *South West Africa case*, (Second Phase), ICJ Reports, 1966, pp.6, 294-99; 37 ILR, pp.243, 455-59.

90. Op. cit., Chapter 7.

これら二つのアプローチの間であって、殆どの学者は法の一般原則が相当限定された範囲乍らも独立の法源 source of law であることを認めており、こうした事情が常設国際司法裁判所 Permanent Court of International Justice や国際司法裁判所 International Court of Justice の判決の反映している。しかしどの事件でも、問題となっているのが国内法上の一般原則なのか国際法上の一般原則なのか今一つははっきりしない。しかしこれもさ程深刻な問題ではないと言えよう。何故なら国内法概念も既存の国際法から導かれる概念も法的概念としての共通性をもつことが承認されているからである。⁽⁹¹⁾

(注)

91. 見よ, Brownlie, op. cit., pp.15-17 and Virally, op. cit., pp.144-48.

法の一般原則は160前後の国家の法的活動の中から探求されるのであるが、全ての国家の裁判官が法的な専門家であるとは限らない。多くの相異なる国内法秩序には若干の共通のテーマが機能している。英米流のコモンロー Anglo-American Common Law は、フランス及びドイツの国内法体系と同様、世界の多くの国に影響を及ぼしている。ラテン=アメリカ諸国の国内法に共通する多くの要素があるし、アジア=アフリカの国々は行政機構を近代化し経済その他の分野の事業を西欧化するためにヨーロッパの経験から多くのものを学んだ。⁽⁹²⁾

(注)

92. 一般的著作として見よ, David and Brierley, Major Legal Systems in the World Today, 2nd ed., 1978.

実際にどのようにしてこの近代化・西欧化が実施されているかを例証するために、この分野での指導判例をいくつか見ておこう。

上部シレジア Upper Silesia の硝酸塩工場をポーランドが接収した1928年のホルジョウ工場事件 Chorzow Factory case⁽⁹³⁾で常設国際司法裁判所は、“凡ゆる契約違反が賠償義務を伴うことは法の一般概念である”と判示した。裁判所は更に法の一般概念を次のように捉えた。

不法行為 a wrong の賠償は、被害国の国民が国際法違反の行為の結果として蒙った損害に対応する賠償金に一致し得るとの国際法の原則

(注)

93. PCIJ. Series A, no. 17, 1928, p.29; 4 ILR, p.258.

しかし、国内法を類推適用できる最も確実な分野は、裁判過程の手続・証拠・組織の分野である。国際司法裁判所 ICJ はコルフ海峡事件 Corfu Channel case で、⁽⁹⁴⁾ 情況証拠 circumstantial に言及して、“この間接証拠は全ての法制度の下で許容されており、その使用は国際判決でも承認されている”と指摘していた。5年後の国連行政裁判所補償裁定事件 Administrative Tribunal で、⁽⁹⁵⁾ 国際司法裁判所は国連事務局職員の解雇の問題を扱い、国連行政裁判所が彼等に与えた判決の実施を総会が拒否する権利をもつかどうかを判断した。

(注)

94. ICJ Reports, 1949, pp.4, 18; 16 ILR, pp.155, 157.

95. ICJ Reports, 1954, p.47; 21 ILR, p.310.

これに否定的見解を示して国際司法裁判所は次のように判示した。

十分に確立し一般的に承認された法原則によれば、この種の司法機関が下した判決は既判事項 res judicata となり、紛争当事者双方を拘束する。⁽⁹⁶⁾

(注)

96. ibid., p.53; 21 ILR, p.314. 同様に見よ, AMCO v. Republic of Indonesia, 27 ILM, 1988, pp.1281, 1290.

裁判所は又、特定の状況を黙認した当事者がその後に対抗の意思を表明し得ないという意味での禁反言の法理 principle of estoppel を考察している。プレア・ビヘア寺院事件 Temple case⁽⁹⁷⁾で、国際司法裁判所はこの原則を適用したが、フランス人株主が紙幣ではなく金貨でセルビア公債の支払を求めた1929年のセルビア公債事件 Serbian Loans case⁽⁹⁸⁾で同裁判所はこの原則の適用不能を宣言した。

(注)

97. ICJ Reports, 1962, pp.6, 23, 31 and 32; 33 ILR, pp.48, 62, 69-

70. 同様に見よ, the Eastern Greenland case, PCIJ, Series A/B, no.53, p.52 et seq.; 6 ILR, pp.95, 100-102

98. PCIJ. Series A, no. 20; 5ILR, p.466.

従って裁判所こそが審理中の特定事件の具体的状況下で如何なる法原則を適用すべきかにつき裁量権 discretion をもつのであって、慣習法や条約規定によっては必要な解決が得られない場合にこの裁量権を行使するのである。

この関係で、ベルギーとスペインの間で争われたバルセロナ=トラクション事件 Barcelona Traction case⁽⁹⁹⁾が考慮されなければならない。国際司法裁判所は国内法上の株式会社概念に基本的に依拠して次のように主張した。

仮に ICJ が国内法上の関連制度を無視して判決を出すすれば、正当な理由なく重大な法的欠陥を招来することになるだろう。裁判所は真実を見逃すことなるだろう。何故なら ICJ が発動し得る国際法上の制度で国内法上の制度に対応するものが存在しないからである。⁽¹⁰⁰⁾

(注)

99. ICJ Reports, 1970, p.3; 46 ILR, p.178.

100. Ibid., p.37; 46 ILR, p.211. 同様に一般論として見よ, the Abu Dhabi arbitration, 1 ICLQ, 1952, p.247; 18 ILR, p.44 and Texaco v. Libya, 53ILR, p.389.

しかし国際法は、特定国家の国内法に帰一するものではなく、特にこの事件では有限責任会社の原理を承認する国内法システムの一般原則に依拠した。

衡平 Equity と国際法⁽¹⁰¹⁾

国際法を補強するために国内法上の手続や制度に依拠せずとも、多くの事例では、国内法上の諸原則の基礎原理として衡平 equity も指摘されている。この点で最も著名な判決は、オランダ=ベルギー間の1937年のミュース河水系変更事件 Diversion of Water From the Meuse⁽¹⁰²⁾でのハドソン判事 Judge Hudson のそれである。彼は、衡平 equity に基づく諸原則と考えられるものは長期に亘り裁判所によって国際法の一部として扱われ適用されてきたと指摘したのである。“国際司法裁判所規程第38条に関しては、ICJ は同条の拘束を免れ得るものではないにしても、衡平の原則 principles of equity をみずからが適用すべき国際法の一部として考慮することができる”と彼は判決文に記した。しかし判決文のこの部分を解釈する際には十分に注意しなくてはならない。

(注)

101. 見よ, Akhurst, "Equity and General Principles of Law", 25 IDLQ, 1976, p.801; Cheng, "Justice and Equity in International Law", 8 Current Legal Problems, 1955, p.185; Degan, L'Equite et le Droit International, 1970; E. Lauterpacht, "Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law", Proceedings of the American Branch of the ILQ, 1977-8, p.33 and Aspects of the Administration of International Justice, 1991, pp.117-52, and Chattopadhyay, "Equity in International Law: Its Growth and Development", 5 Georgia Journal of International and Comparative Law, 1975, p.381. 衡平 equity は一般的には、法を特定の事件に適応させて法の欠缺を埋める Filling gaps in the law 過程で、不当な法の適用を拒否する理由として理解され得るものである。見よ, Akhurst, loc. cit. 国家相続の文脈での衡平 equity の拡大適用についての本書の第16章をも見よ。

102. PCIJ, Series A/B, no. 70, pp.73, 77; 8 ILR, pp.444, 450.

衡平 equity 概念は数件の判例で言及されている。1968年の

インド＝パキスタン間のラン＝オブ＝カッチ仲裁々判 Rann of Kutch Arbitration で、⁽¹⁰³⁾ 仲裁々判所は衡平 equity が国際法の一部であることを認めて、紛争当事国が弁論で当該原則に依拠し得ることを承認した。⁽¹⁰⁴⁾ 国際司法裁判所は北海大陸棚事件 North Sea Continental Shelf cases で当事国たる西ドイツ、オランダ及びデンマーク相互間の大陸棚の境界画定を最終的に“衡平の原則 equitable principles に従って”⁽¹⁰⁵⁾ 導いた。又、同裁判所はバルセロナ＝トラクション事件 Barcelona Traction case ⁽¹⁰⁶⁾ の審理で衡平 equity との関わりについて論じた。しかし田中判事は、南西アフリカ事件 South West Africa case ⁽¹⁰⁷⁾ の判旨 (2) での個別意見 dissenting opinion で広い解釈を支持して、人権思想の源泉としての衡平 equity を論じた。

(注)

103. 50ILR, p.2.

104. Ibid., p.18.二つの深い入江 inlets の間の境界線の決定に当たり、仲裁々判所は衡平概念に依拠した。ibid., p.520.

105. ICJ Reports, 1969, pp.3, 53; 41 ILR, pp.29, 83.この事件では特別な事情があるために、等距離方式 equidistance method を排除するために衡平 equity が用いられた。ibid., pp.48-50; 41 ILR, pp.78-80.

106. ICJ Reports, 1970, p.3; 46 ILR, p.178.同じく見よ, the Burkina Faso v. Mali case, ICJ Reports, 1986, pp.554, 631-33; 80ILR, pp.459, 532-35.

107. ICJ Reports, 1966, pp.6, 294-99; 37 ILR, pp. 243, 455-459.同じく見よ, Corfu Channel case, ICJ Reports, 1949, pp.4, 22, 16 ILR, p.155.

しかし、ここで本当に問題となっているのは、こういうアプローチを要求する慣例の下で衡平の原則 equitable principles の利用である。事件が係属する裁判所は抽象的な正義 justice の原則を適用するのではなく、⁽¹⁰⁸⁾ 適用可能な法規から衡平に適う原則や解決を引き出すのである。⁽¹⁰⁹⁾ 衡平 equity は、裁判所によって不公平を軽減する方策として用いられるのであって、法規の瑕疵を治癒する性格をもつわけではない。⁽¹¹⁰⁾ それ故に、別個独立の法源 source of law としての衡平の存在は、せいぜいのところ、論議の的になっていると言う程のものである。

(注)

108. 国際司法裁判所は同裁判所規程第38条第2項に基づき、当事者の合意があるとき、“衡平と善に基づいて ex aequo et bono” 判決を下し得るが、之迄のところその実例はない。

109. 見よ, the North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp.3, 47; 41 ILR, pp.29, 76, and the Fisheries Jurisdiction cases, ICJ Reports, 1974, 1974, pp. 3, 33; 55 ILR, pp.238, 268.

110. 見よ, the North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp.3, 49-50; 41 ILR, pp.29, 78-80, and the Anglo-French Continental Shelf case, Cmnd. 7438, 1978, pp.116-17; 54 ILR, pp.6, 123-24. 同じく見よ, the Tunisia-Libya Continental Shelf case, ICJ Reports, 1982, pp.18, 60; 67 ILR, pp.4, 53, and the Gulf of Maine case, ICJ Reports, 1984, pp.246, 313-14 and 325-30; 71 ILR, pp.74, 140-41 and 152-57.

しかし衡平の原則 equitable principles は1982年の海洋条約で明記されるに至った。例えば第59条は、経済水域 exclusive economic zone に関する沿岸国と他の国々との間の紛争を“衡平に基づいて on the basis of equity” 解決すべきことを定めているし、第74条では対面国又は隣接国相互間の経済水域の境界画定が衡平な解決を達成するように国際法に基づき合意により実現されなければならないと定めている。類似の規定は、大陸棚の境界画定に適用される第83条にも看られる。⁽¹¹¹⁾ これらの条項は柔軟性に富んでおり、その事自体は大切なことでは

あるが、同時に不確実性をもたらしている。まさにどのようにして特定の紛争が解決され得るのかということ、そして解決のための紛争処理方法及び適用原則如何の問題が不明確なままである。予見不能という不幸な要素が出現しているのである。

(注)

111. 深海底区域での活動から得られる財政的その他の利益を衡平に分配すべきこと equitable sharing を定める第140条をも参照せよ。

司法的決定 Judicial Decisions (判決)⁽¹¹²⁾

第38条の文言に従えば、判決は現実の法源としてではなく法則決定の補助手段として利用されることがあるというだけであるが、判決のもつ重要性は極めて大きいと言わなければならない。国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice 第59条により同裁判所の判決は当事国及び係属事件に限って拘束力をもつが、同裁判所はみずからの先例に従って司法過程に一定の確実性を導入しようと努めている。或る裁判所の判決が他の裁判所によって追隨されなければならないというコモン＝ロー Common Law 上の先例拘束性の原則 doctrine of precedent は国際法上存在しないけれども、紛争当事国や教科書執筆者は今も常設国際司法裁判所 PCIJ や国際司法裁判所 ICJ の判決を権威ある決定として引用している。

(注)

112. 例えば見よ, Lauterpacht, op. cit. footnote 7; Waldock, op. cit., and Schwarzenberger, op. cit., p.30 et seq.

国際司法裁判所自体は自己の先例を詳細に検討し、審理中の問題に適用すべきでないと感じる判例を慎重に除いていく。しかし、例えばイギリスの判事が法の解釈を通じて立法を行なうのと同じように、国際司法裁判所の判事も時々、法則を“決定する determine” だけでなくそれ以上のことをしている。この点で最も顕著な事例の一つは、イギリス＝ノルウェー漁業事件 Anglo-Norwegian Fisheries case ⁽¹¹³⁾ で同裁判所が判示した領海測定のための基線 baselines の承認基準である。当該基準は後に1958年の領海及び接続水域に関するジュネーブ条約 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone で採用された。

(注)

113. ICJ Reports, 1951, p.116; 18 ILR, p.86. 更に本書第10章を見よ。

その他に、国際組織の法人格 legal personality を一定の場合に認めた国連職員の公務遂行中に受けた損害賠償事件 Reparation case, ⁽¹¹⁴⁾ 条約の留保について判示したジェノサイド事件 Genocide case, ⁽¹¹⁵⁾ そして国籍の役割と特性を審議したノッテボーム事件 Nottebohm ⁽¹¹⁶⁾ case がある。

(注)

114. ICJ Reports, 1949, p.174; 16 ILR, p.318. 更に本書第19章を見よ。

115. ICJ Reports, 1951, p.15; 18 ILR, p.364.

116. ICJ Reports, 1955, p. 4; 22 ILR, p.349.

勿論、ICJ の判決がその後の法律論争や法定立プロセスで常に受容されたというわけではない。その一例はロチュース号事件 Lotus case 判決であって、⁽¹¹⁷⁾ 当該判決は部分的に批判されジュネーブ海洋法条約で放棄された。しかし、こうした事態は比較的稀れであって、ICJ 及びその判決は相当に尊重されており、ICJ の見解は国際法の成長に不可欠のものとなっている。

(注)

117. PCIJ. Series A. no. 10, 1927, p.18; 4 ILR, p.5. 本書第10章“海洋法 The Law of the Sea”の“衝突 Collision”の項目を見よ。

“判決 judicial decisions” という用語は、常設国際司法裁判所 PCIJ や国際司法裁判所 ICJ だけでなく、国際仲裁裁判所や国内裁判所の判決をも含んでいる。1899年及び1907年の2度のハーグ会議で設置された常設仲裁裁判所 Permanent Court of Arbitration のような多数の国際仲裁裁判所や、イラン＝アメリカ請求権裁判所を含む多様な混合請求権委員会 mixed-claims tribunals がある。これらは若干の点では PCIJ や ICJ とは異なっているけれども、その判決の多くは国際法の発達の上で極めて重要である。

このことは、国連が1948年以来刊行している国際仲裁判決集 Reports of International Arbitral Awards の存在とその分量を見れば分かる。

ここで言及すべきはアラバマ号請求権仲裁委員会 Alabama Claims arbitration である。⁽¹¹⁸⁾ 同委員会は、紛争解決に際して司法的及び仲裁裁判的手法が益々利用されている国際紛争の平和的解決 peaceful settlement of international disputes の新時代を開いた。この事件は、南北戦争中に約70隻の連邦側の船舶を捕獲した南部連盟諸州 Confederate States の注文に応じてリバプールで建造された船舶に関係していた。合衆国は南北戦争後にアラバマ号及び他の船舶による略奪行為の賠償をイギリスに求めた。仲裁委員会はこの請求を認容したのである。イギリスは中立法規を侵犯していたので合衆国に損害賠償 damages を支払わなければならなかったのである。

(注)

118. Moore, International Arbitrations, vol. 1, p.653.

このような仲裁判決のインパクトを示す別の事例として、パルマス島事件 Island of Palmas case がある。⁽¹¹⁹⁾ この事件は領域主権の主体という重要な論点を含んでおり、後に論じたいと思う。

(注)

119. 2 RIAA, p.829; 4 ILR, p.3. 同じく見よ, the Beagle Channel award, HMSQ, 1977; 52 ILR, p.93 and the Anglo-French Continental Shelf case, Cmnd. 7438, 1978; 54 ILR, p.6.

既に論じたように、国内法廷の判決⁽¹²⁰⁾ は慣習国際法の存在を立証する場合がある。そういう諸判決は、適用されるべき法を描写していないときでも、諸国家が現実にかに行動すべきかを例示している点で現実の国家実行 actual practice of states の証拠ともなり得るものである。即ち慣習国際法規確立のために極めて重要な実体的行為の本質を提示していることがある。特に英米の学者は国内判決に相当幅広く言及する傾向がある。

(注)

120. 例えば見よ, Thirty Hogsheads of Sugar, Bentzon v. Boyle, 9 Cranch 191 (1815); the Paquete Habana, 175 US 677 (1900) and the Scotia, 14 Wallace 170 (1871). 同じく見よ, Lotus case, PCIJ, Series A, no. 10, 1927, p.18; 4 ILR, p.153. 特に国家免除及び外交免除 state and diplomatic immunities の分野での事例については、本書12章を見よ。

最後に、スイスや合衆国のような連邦国家 federal state の最高裁判所が自国内の敵対者間の紛争を処理するために下した判決は、国境紛争のような分野での国際法規の発達に結びつくものとして捉えることもできよう。連邦最高裁が処理したアメリカの二州間の州境紛争は多くの点で二独立国家間の国境紛争に類似しており、それ自体、国際法にとって貴重な資料となっている。⁽¹²¹⁾

(注)

121. 例えば見よ, Vermont v. New Hampshire, 289 US 593 (1933)

and Iowa v. Illinois, 147 US1 (1893).

学者 Writers ⁽¹²²⁾

国際司法裁判所規程第38条は、法則決定の補助手段として“諸国の最も高名な国際法学者の学説 the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations” を挙げている。

(注)

122. 例えば見よ, Parry, op. cit., pp.103-5 and Lauterpacht, op. cit. footnote 7, pp.23-25.

勿論、歴史的に観ると、国際法の発達に及ぼした学者の影響は顕著である。自然法 Natural Law の全盛期には、法的分析と法理論が枢要な地位を占めていたが、国家実行 state practice と国内判決の重要性は低度のものであった。ゲンチリ Gentilis, グロチウス Grotius, プーフェンドルフ Pufendorf, ヴェツテル Vattel 等の学者は16世紀から18世紀にかけての最高の権威であって、国際法の学問としての範囲・形式・内容を決定した。⁽¹²³⁾

(注)

123. 本書第1章を見よ。

実証主義 positivism が勃興し国家主権 state sovereignty が強調されると共に、条約及び慣習が国際法規システムの開闢上、支配的な地位を占めるに至り、法学的著作物の重要性は減退し始めた。例えば、教科書は現実の法規の源泉としてではなく、特定時点での法規を発見する手段として利用されているのである。現在でも特定の法規の発達に形成的インパクトを及ぼしている学者はいる。例えば、海洋法分野でのギデル Gidel や、⁽¹²⁴⁾ 国際法の一般論的著作が事実上古典として扱われているオッペンハイム Oppenheim やルソー Rousseau 等の学者である。しかし教科書執筆者の総体的影響力は20世紀には幾分減退している。

(注)

124. Droit International Public de le Mer, 3 vols., 1932-4.

それにも拘らず、文献は国際法の構造的形式に焦点を当ててそれを調整する手段として重要であるだけでなく、法規の性質・歴史・実践状況を解明する手段としても重要である。学問的著作は国際法上の価値論や目的論を刺激し、国際法システム内に潜む欠陥を摘示し将来への提言を行なうという有用な役割を演じている。

国際法秩序には中央の最高権力や制度が存在しないので、テーマ毎に統一的整合性の要素を注入して法規の政策的意図を問い質す諸国の国際法学者 publicists の責任は益々重くなっている。

国家が請求を提出する際や、国家の官吏が自国政府に意見を提出するとき、又、各種の国際司法乃至仲裁機関が決定を下す際に、そして国内裁判所の判事が必要と認めるときに、指導的法学者の著作が参照され引用されるのである。⁽¹²⁵⁾

(注)

125. 見よ, Brownlie, op. cit., pp.25-26.

勿論、教科書執筆者は国家の一方的先入主に支配されそれを強化しているにすぎないとの主張もあり得るし、実際そういう主張がしばしば提出されている。⁽¹²⁶⁾ しかしそういう申立自体も多分に誇張されたものになっている。そういう申立によって、学者の価値を不当に排斥すべきではなく、学者をその特定の環境下にあるものとして正当に評価すべきである。

(注)

126. 例えば見よ, Huber in the Spanish Zone of Morocco case, 2RIAA, pp.615, 640; 2ILR, pp.157, 164 (note). 同じく見よ, Carty, The Decay of International Law?, 1986, pp.128-31.

他の国際法源の可能性

国際司法裁判所規程 Statute of the International Court of Justice が定める各種の法源に関する議論で、一方にある現実の法源即ち単に法則決定乃至法則解説に限定されずに新法則創設をも行ない得る立法条約・慣習国際法・多くの ICJ 判決のような法源と、他方の側にある法則の存在を立証し得る法源即ち法学的著作物や多くの契約的条約 treaty contracts や一部の国際判決及び国内判決といった諸法源との間に相違点があることに気付かれたかもしれない。但し実際には、どの法源も或る程度は新たな法規を形成し得るし、既存法規を確認する性格をもっているのである。このような結果は、一つには国際法の未組織の状態から、又一つには ICJ 規程第 38 条の文言それ自体から導かれているのである。

立法 law-making 即ち法認定 law-determining と法証明 law-evidencing との間の同様の混同は、第二次大戦終結以後に出現した他の様々な法発達手段の議論の中に看取することができる。最近登場している問題の中でも、とりわけ第三世界の国々 Third World states の重要性の増大と世界秩序の漸進的脱欧化を反映しているのは、国連総会の決議や宣言の地位の問題である。⁽¹²⁷⁾

(注)

127. 例えば見よ, Asamoah, The Legal Significance of the Declaration of the General Assembly of the United Nations, 1966; Johnson, "The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations", 32 BYIL, 1955-6, p.97; Castaneda, legal Effects of United Nations Resolutions, 1969 and Falk, "On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly", 60 AJIL, 1966, p.782. 同じく見よ, Cassese, International Law in a Divided World, 1986, pp.192-95; Sloan, "General Assembly Resolutions Revisited (40 years After)", 58 BYIL, 1987, p.39 and Schwebel, "United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law" in Realism in Law-Making (eds. Bos and Siblesz), 1986, p.203.

国連総会決議の中には、⁽¹²⁸⁾ 国連諸機関と国連加盟国を拘束するものもある。しかし他の決議は法的拘束力をもたず、単に勧告的なものにとどまり、各種の問題につきその都度の多数の支持を得た見解の表明にすぎない。この立場が伝統的に支持されており、国連総会が基本的に議会的諮問機関であって安保理の拘束力ある決定により支えられるとの意図を反映している。

(注)

128. 例えば国連憲章第 17 条を見よ。

今日の状況はやや複雑になっている。総会は相当多数の而も重要性の高い決議や宣言を採択しており、これらの決議が現代国際法の進路に少なからぬインパクトを及ぼすことは避けられなくなっている。総会での国家の投票行動とその弁明こそ、国家実行 state practice の証拠であると共に、国家の法理解を示すものである。例えば特定国家がアパルトヘイト apartheid の廃止に一貫して賛成投票している場合、当該国家は後日、人種差別を非難する慣行 usage の存在をみずから否定することはできないだろう。又、その慣行が当該国家にとって拘束力のある慣習に転換していることもあるかもしれない。

ニカラグア事件 Nicaragua case で ICJ は、法的信念 opinio juris という要件が国連総会決議の採択時の状況から推測されるとの暫定的見解を表明し、以下のように論じている。

(問題の) 法的信念 opinio juris は、慎重に考えたところ、特に inter alia 国連総会決議、就中、決議番号 2625 (X X V) “国連憲章に従った諸国家の友好関係と協力に関する国際法原則に関する宣言 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations” に対する紛争当事国 [合衆国とニカラグア] と他の国々の態度から推知し得る。⁽¹²⁹⁾

このような決議に同意することの効果は、“決議が宣言した規則又は規則群の正当性 validity をみずから受諾したと理解される”⁽¹³⁰⁾ 点にある。しかしこのコメントは、既存条約 (即ち国連憲章) の義務履行について問題の決議が説き明かす背景事情に言及しただけだったのかもしれない。

(注)

129. ICJ Reports, 1986, pp.14, 99-100; 76 ILR, pp.349, 433-34.

130. Ibid., p.100; 76ILR, p.434.

或る問題について圧倒的多数の国が終始一貫して決議や宣言に賛成投票を採る場合、その決議の内容が国家実行 state practice となり拘束力のある規範として出現するのは尤もなことである。例えば、1960 年の植民地独立付与宣言 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples は反対ゼロ、棄権わずか 9 で採択されたが、それ以前の植民地主義を非難し残存植民地の自決を要求する一般もしくは特別な諸決議に続くものであった。この決議は、自決 self-determination 概念を政治的及び道徳的原則から法的権利及び義務に変質させ、特に 1970 年の国際法の諸原則に関する宣言と結びついていると観られている。⁽¹³¹⁾

(注)

131. 更に本書第 15 章を見よ。

宇宙の探査及び利用における国家活動を律する法原則宣言 Declaration on the Legal Principles Governing Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space (1963) 等の諸宣言も、拘束力ある慣習法規への形成途上にあるか又は既に拘束力ある慣習法規となっている国家実行 state practices の例と考え得る。そのこととは別に、こうした各種宣言は、国連憲章上の各種の原則を総会が公権的に解釈したのだと理解することも可能である。⁽¹³²⁾

(注)

132. 例えば見よ, Schachter, "Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations" in Law, States and International Order, 1964, p.269; Higgins, The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations, 1963 and Shaw, Title of Territory in Africa, 1986, Chapter 2.

従って、このような決議は国家実行の合法化プロセスを加速させるとともに、慣習法規を現代的生活条件に迅速に適応させることになる。事実上世界の全国家が国連総会に代表者を出席させているので、一般的政治的立場からも、又、拘束力ある慣習に成長するかどうかとも判らぬ国家実行を普及させる観点からも、国連総会の価値は著しく高まっている。

にも拘らず、国連総会の全ての決議に法的価値を認めることは危険であるにちがいない。決議はしばしば政治的妥協や調整の結果であり、その意味で拘束力ある規範の定立を意図していないと理解される場合がある。国家実行が普及した後、法規範の存在を確認するには十二分な慎重さが必要である。

国連以外の国際組織の実行に関する限り、⁽¹³³⁾ 同様のアプロ

一チが必然的により慎重な考慮を伴いつつ採用されて然るべきと思われる。決議は既存の慣習 custom の証拠となり得るか、又は慣習を成立させる慣行 usage の存在を立証し得るものである。法的信念 opinio juris も関連状況から同様にして確認されるかもしれない。尤もこの確認に当っては十分に注意が払われなければならない。⁽¹³⁴⁾

(注)

133. この文脈での他の国際組織に関して以下の一般的著作を見よ、Tammes, "Decisions of International Organs as a Source of International Law", 94 HR, p.265; Virally, "La Valeur Juridique des Recommendations des Organisations Internationales", AFLI, 1956, p.66 and Thierry, "Les Resolutions des Organes Internationaux dans La Jurisprudence de La Cour Internationale de Justice" 167 HR, p.385.

134. 見よ, Nicaragua case, ICJ Reports, 1986, pp.14, 100-2; 76 ILR, pp.349, 434-36.

国際法委員会 The International Law Commission

国際法委員会は国連総会によって 1947 年に設置されたが、その目的として国際法の漸進的発達と法典化を促進すること promoting the progressive development of international law and its codification が掲げられた。同委員会はアフリカ・アジア・アメリカ・ヨーロッパ出身の 34 名の委員で構成され、各委員の任期は 5 年であり、本国政府が提出した名簿の中から任命される。同委員会はその審議に際して、アジア=アフリカ法律諮問委員会 Asian-African Legal Consultative Committee や欧州法的共助委員会 European Commission on Legal Co-operation そして米州法曹協議会 Inter-American Council of Jurists のような各種の外部団体との協議を通じて援助を受けている。⁽¹³⁵⁾

(注)

135. 国際法委員会規程 Statute of the ILC 第 2 条・第 3 条・第 8 条を見よ。例えば以下をも参照せよ、Ramcharan, The International Law Commission, 1977; Rosenne, "The International Law Commission 1949-59", 36 BYIL, 1960, p.104 and "Relations Between Governments and the International Law Commission," 19 YBWA, 1965, p.183, and Dhokalia, The Codification of Public International Law, 1970.

最重要の国際条約の多くが、同委員会の作業から生み出されている。テーマを決めてから、国際法委員会は草案の準備にとりかかる。草案が作成され、各国に提出されて意見が求められる。そしてその後通常であれば国連招集の国際会議が開催される。その結果、条約が成立するのである。この手続が、1958 年の海洋法条約や 1961 年の外交関係条約、そして 1963 年の領事関係条約や 1969 年の特別使節団に関する条約更には 1969 年の条約法条約等の諸条約で採られたのである。勿論、こうした手続が常に円滑に機能している訳ではない。1974 年のカラカス会議や 1975 年から 82 年にかけてのジュネーヴ会議やニューヨーク会議が新海洋法条約を作成するのに必要だったことを見ればよい。

条約草案の作成の他にも国際法委員会 International Law Commission は各種の報告や研究成果を公表したり、1949 年の国家の権利義務宣言草案 Draft Declaration on Rights and Duties of States 等の諸文書の文言を確定したり、ニュールンベルク裁判所条例 Charter of the Nuremberg Tribunal や当該法廷の 1946 年の判決で承認された諸原則を公式化したりしている。同委員会は目下、管轄権免除 jurisdictional immunities や国家責任 state responsibility の問題を特に検討中である。

このように国際法委員会は、主要法源のうち少なくとも二つ

のものに関わっている。同委員会が作成した草案は、署名し批准した国家を拘束して行く行くは一般国際法の一部にもなり得る国際条約の基礎となる。又、同委員会の作業は、新しい慣習法規を成立させ得る広義の国家実行 state practice に含まれる。確かに、同委員会が作成した条約案は慣習を証明することがあり得ると共に、新法規成立につながる慣行 usages の集積という意味をもつこともある。更に見逃せないのは、国際法委員会が、法規の内容を決定する手段としてその著書と同様に報告書や研究成果を利用し得る多数の政府法律顧問を含む卓越した名のある国際法学者 eminently qualified publicists で構成される機関であるという点である。

他の機関 Other Bodies

国際法委員会 International Law Commission は法を研究し発展させる諸機関の内でも頭脱けた最重要の地位を占めているけれども、同一の任務に携っている機関が他にも若干存在している。例えば、国連国際商取引法委員会 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) や国連貿易開発会議 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) は、経済・金融・開発の各活動分野での国際法的規制の幅を積極的に拡大しているし、国際法原則委員会 Committee on the Principles of International Law 等の暫定機関も各種の宣言や声明の作成に従事している。国際労働機関 International Labour Organisation や国連教育科学文化機関 United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO) のように各々の分野で国際法の発達に日常的に貢献している多数の専門機関 specialised agencies の巨大な業績も見落されてはならない。

それと同じく、国際法の研究と発達に積極的に関与している独立の団体も存在している。国際法協会 International Law Association と国際法学会 Institut de Droit International は、世界共同体法を研究し発達させようとする組織の中でも最も著名なものである。他方、第二次大戦以前に作成された各種のハーバード草案 Harvard Research drafts は今日でも貴重なものである。

一方的行為 Unilateral Acts

一定の環境の下で、国家の一方的行為によって国際法義務が生ずることもある。⁽¹³⁶⁾ これについては、問題の宣言に拘束力をもたせようとする国家の意図が、公開的要素 element of publicity と同様に重要である。⁽¹³⁷⁾ ここに謂う意図は当該一方的行為の解釈により確認されうが、その解釈は信義則 principle of good faith に基づかなければならない。国際司法裁判所は、国家がみずからの行動の自由を制限する声明を発表する場合に限定解釈 restrictive interpretation が必要だと強調している。⁽¹³⁸⁾ この声明が第三国に対して対抗し得るためには、第三国側から承認されることが極めて必要なこととなる。

(注)

136. 見よ, Virally, op. cit. footnote 1, pp.154-56; Brownlie, op. cit., pp.637-40 and Garner, "International Binding Force of Unilateral Oral Declaration", 27 AJIL, 1933, p.493.

137. The Nuclear Tests cases, ICJ Reports, 1974, pp.253, 267; 57 ILR, pp.398, 412.

138. Ibid. 同じく見よ, Nicaragua case, ICJ Reports, 1986, pp.14, 132; 76 ILR, pp.349, 466 and the Burkina Faso v. Mali case, ICJ Reports, 1986, pp.554, 573-74; 80 ILR, pp.459, 477-78.

各法源とユス=コーゲス JUS = COGENS との優劣 ⁽¹³⁹⁾

司法判決及び法学的著作は ICJ 規程第 38 条第 1 項での序列

上明らかに従属的機能しか持ち合わせていないが、慣習法規及び条約規定を補充する手段としての法の一般原則 general principles of law は第三順位を相当確固として占めている。慣習国際法と条約との優先順位の問題は、やや複雑である。一般原則として、条約が優位する。条約は通常、現行の慣習法に取って替えたり、それを法典化するために文章化されるのであるが、成立した条約が今度は新たな慣習に取って替わられることもある。(注)

139. 見よ, Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", 47 BYIL, 1974-5, p.273, and Virally, op. cit. footnote 1, pp.165-66.同様に次に注意せよ, Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, 1987, vol.1, pp.27-28.見よ, Dalton, "International Agreement in the Revised Restatement", 25 Va JIL, 1984, pp.153, 157-58, cf. Mosler, The International Society as a Legal Community, 1980, pp.84-86.

1969年の条約法条約 Convention on the Law of Treaties 第53条は、“条約はその締結のときに一般国際法の強行規範 peremptory norm に抵触しているときは”無効であると定めている。この規範(ユス=コーゲンス jus cogens)は慣習法規の脈絡下でも適用されるので、地域慣習法や特別慣習法によっても逸脱することは許されない。

このような強行法規 peremptory norm は、条約法条約によって“逸脱が許されず、その後生じた同一の性質を有する一般国際法上の規範によってのみ修正され得る規範として国際社会全体によって受容され承認された”規範であると定義されている。ユス=コーゲンス jus cogens 概念はシステム内部の基本的上位価値基準の受容に基づいており、若干の点で国内法秩序の公序 public order 即ち公共政策 public policy 観念に類似している。⁽¹⁴⁰⁾更に同概念は自然法思想の影響を受けている。特に国際法委員会 International Law Commission でのこの問題に関する討議で、違法な武力行使や集団殺害 genocide や奴隷貿易や海賊行為 piracy のような多様な例がユス=コーゲンス jus cogens の内容として提案された。⁽¹⁴¹⁾しかしその他の具体例は何ら表明されていないし、提案された具体例にしても決して無批判のものではない。畏らくもっと重要な問題は、ユス=コーゲンス jus cogens 規範の創造メカニズムを確認することであろう。何故なら、ユス=コーゲンスが一旦成立してしまうと、いかなる逸脱も許されないからである。

(注)

140. 例えば見よ, Sztucki, Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1974; Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd ed., 1984, p.203; Virally, "Reflexions sur le jus cogens", 12 AFDI, 1966, p.1; Rozakis, The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties, 1976; Gomez Robledo, "Le jus cogens international", 172 HR, p.17; Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Conventions", ibid., p.279 and Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, 1988. 又, 本書第15章 infra, Chapter 15 も見よ。

141. Yearbook of the ILC 1966, vol. II, p.248.

ここで条約法条約第53条に照らして二段階アプローチが採用されることになる。第一段階はある命題を一般国際法規として定立することであり、第二段階は当該規範を強行規範として国家で構成される国際法団体 international law community 全体が受容することである。それ故に厳格なプロセスが踏まれるはずであり、実際に踏まれている。何故なら、より高次の拘束的規範は国際法団体にとって重大な意味をもつからである。避

けるべき事態は、政治的イデオロギーの少数者に強行法規を不当適用することである。何故なら、そんなことをすれば、強行法規概念の信頼低下を最終的に招くからである。不当適用か否かの判断基準としては、諸国家がイデオロギーの政治的多様性を超えて当該命題を法規として普遍的に受容し、しかも圧倒的多数の国がそれを強行法 jus cogens として承認しているかどうかという点が挙げられる。⁽¹⁴²⁾又、慣習や条約を基礎とする規則だけが強行法規規範 jus cogens norms の基礎を形成し得ることも明らかである。このことは特に、国際法の独立の法源として法の一般原則を捉えることに否定的な態度を多くの国が採っていることや、ユス=コーゲンス jus cogens 成立要件として普遍性 universality が求められていることに照らして、尤もなことと言えよう。強行法規の基礎が弱いときの危険性については ILC の国家責任条文案に看取される通りである。特にその第18条第2項は、不法行為 unlawful act がその後強行法規 rule of jus cogens が成立した結果として義務的となれば合法行為に転換し得る旨を定めているのである。この明文の遡及効規定は、将来さまざまな問題を惹き起こすことになるかもしれない。⁽¹⁴³⁾

(注)

142. 例えば見よ, Sinclair, op. cit., pp.218-24 and Akehurst, loc. cit. footnote 139.

143. 見よ, Yearbook of the ILC, vol. II, pp.91-92.

ウィーン条約第53条が明文化しているように、現行のユス=コーゲンス jus cogens 規範に違反する条約は当然無効 void ab initio であるが、⁽¹⁴⁴⁾同条約第64条によれば、ユス=コーゲンスの新規範に抵触する既存の条約は当該新規範成立と同時に失効する。該条約規定は当然無効 void ab initio であるわけではないし、第71条によれば、条約がその終了前に創設した正当な義務乃至法的事態は何ら影響を受けないのである。但し当該法的義務乃至事態がそれ自体、親たな強行規定に違反していないことを条件とする。

(注)

144. 第71条をも見よ。

4 国際法と国内法⁽¹⁾

現代世界での国家の役割は複雑化している。法理論上、各国家は主権者 sovereign として平等である。しかし現実には、通信量の増大化と意識の高度化、地球的規模での競争の日常化により、最強の国家といえど完全な主権者ではなくなっている。貿易と政治で結合した現代国際社会の相互依存性と統合化により、事実上国家の全ての行動がシステム全体にも又他国の政策決定にも深遠な影響を及ぼしている。

(注)

1. 一般的著作として次を見よ, Kelsen, Principles of International Law, 2nd ed., 1966, pp.290-94 551-88; Brownlie, Principles of Public International Law, 4th ed., 1990, Chapter II; Lauterpacht, International Law: Collected Papers, vol.1, 1970, pp.151-77; Morgenstern, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", 27 BYIL, 1950, p.42; Starke, "Monism and Dualism in the Theory of International Law considered from the standpoint of Rule of Law," 92 HR, pp.5, 70-80.

このように、主権概念の運用を制約する現実があるとともに、銅価格や為替相場や各種の経済政策のように多様な問題を世界的規模で調整する必要が高まっている。

国際法が勃興し拡大すると共に、国際システム内部で国家が演ずる役割と平行して、又、特定国家の国内法秩序と国際社会

全体の法的諸原則との関係を巡って問題が発生している。国内法 municipal law は統治の国内的側面を規律し、個人対個人及び個人対行政機関の諸問題について定める。他方、国際法は主として国家間関係に焦点を当てて規律している。それにも拘らず、これら二つの法体系の間で問題が発生して困難に逢着する場合が多い。国内裁判所の事件では、妨訴抗弁 defense to a charge として国際法規が援用されることもある。例えば、国際法上公海 high seas の一部として取扱われるはずなのに或る国の国内法上領海 territorial waters と看做されている水域で拿捕され起訴された船舶を考えてみればよい。

同様に国際裁判所でも国内法規の正確な地位について問題は起り得る。そういう問題を本章で検討しようと思う。しかし始めに、理論的枠組として提案されている各種の考え方の中から、一部を採り出して考察を加えようと思う。

理論 The Theories (2)

実証主義 positivism では、国家 state の圧倒的重要性が強調されるし、国際法を諸国家間の合意 consent に基づくものと考えられる傾向がある。慣習法や条約という形で示される現実の国家実行によって国際法の役割は定まるのであって、国際法の形式主義的構造や理論上の推論や道徳規範によって国際法の役割が定まるわけではない。従ってトリール Triepel⁽³⁾ やストルupp Strupp⁽⁴⁾ 等の実定法主義者 Positivists が国際法と国内法との関係を考察する際、国家の最高性 supremacy や国際法・国内法両秩序間の広汎な相違に基づいて考察しているのである。この理論は二元論 dualism (又は時として多元論 pluralism) として知られており、国際法と国内法の各システムに属する規範が分離され一方が他方に影響を及ぼしたり無効化したりできないと論じている。

(注)

2. 本書第1章及び第2章を見よ。
3. Voelkerrecht und Landesrecht, 1899.
4. 47 HR, p.389. 同じく見よ, Anzilotti, Corso di Diritto Internazionale, 3rd ed., 1928, vol.1, p.43 et seq.

その理由は、国家間関係 inter-state relation と国内関係 intra-state relation の性質が各々根本的に異なること、そして国家が採用する国内法システムと国家間の国際法システムが異なる法構造をもっていることに求められる。国内立法で国際法規の適用が許されているとき、それは言わばお情け on sufferance であって、国内管轄権をもつ国家の最高権力の現われである。決して国際法自体が各国の国内分野に影響力を保持しているわけではない。⁽⁵⁾

(注)

5. 見よ, Oppenheim, International Law, vol.1, 8th ed., 1955, p.37.

この理論を採らず一元的アプローチ monist approach を採用する学者は、二派に分かれる傾向がある。ローターバクト Lauterpacht のように、人権に対する深い関心を以て強い倫理的立場を支持する一派があると共に、他方には、ケルゼン Kelsen のように、形式論理を基礎とする一元論の立場を主張する者もいる。一元論者 monists は、法全体を単一の体系を成していると観る点で一致している。彼等は又、実定法主義者 positivists が設定した厳格な分離論に反対している。

イギリスでローターバクト Lauterpacht の著作で代表される“自然法主義者 naturalist”の立場では、全ての法の基本的機能を個人の幸福 well-being に結びつけて考え、この目的達成に利

用し得る最善の手段としての国際法の至高性 supremacy を唱えるのである。この立場は、国家の主権及び絶対的独立に基づく国際システムに深い疑いを抱いて、個人の人権及び福祉に基礎づけられた道徳的目標と正義感で国際秩序に色付けする国際法規の能力を信ずる理論として現われている。⁽⁶⁾

(注)

6. Op. cit. 同じく見よ, International Law and Human Rights, 1950.

ケルゼン Kelsen が彼の一元論 monism を説明するために用いた方式は著しく特異なものであって、その理論的基礎としてカント Kant 哲学を用いているのである。法は、遵守すべき行動類型 patterns of behaviour を指示する命令であり、違法行為 illegal act or course of conducts が発生又は開始した場合に備えて制裁条項 provision for sanction を用意していると看做される。国内法でも国際法でも同一の法定義が適用されるので、両法体系の論理的統一性が仮定されることになる。平等を定める法規なくして国家は法の前に平等 equal before the law ではあり得ないので平等規定を必要とする。それと同様に、その他の国際法規にも諸国家は相互の法的関係の規律を委ねているので、国際法が国内法よりも優位し、より基礎的な地位を占めることになる。⁽⁷⁾

(注)

7. Op. cit., pp.557-59. 同じく見よ, General Theory of Law and State, 1945, pp.363-80.

或る特定の法規が上位規範に適合する限りその合法性が認められるというケルゼン Kelsen の法段階説的システムについては、既に言及した。先行規範乃至上位規範に溯航するプロセスは、当該法秩序の所謂根本規範 basic norm に至って終了する。しかしこの根本規範 basic norm は相対的の意味で根本的 basic と言えるだけである。何故なら、管轄権 jurisdiction や主権 sovereignty や平等 equality といった国家の法的性格は国際法による修正を受けているからである。例えばケルゼン Kelsen の主張に拠れば、国際法秩序の根本規範が同時に国内法秩序の合法性 validity の最終的根拠になっているので、国際法の優越性に基づく法秩序全体の統合が実現しているのである。⁽⁸⁾

(注)

8. 更に本書第2章第2節の“実定法と自然法 Positive Law and Natural Law”の項の“純粋法学 Pure Theory of Law”の説明を見よ。

第3のアプローチは、特にフィッツモーリス Fitzmaurice やルソー Rousseau によって採られた立場で、二元論をやや修正して、現実と結びついた説得力のある理論的枠組を確立しようとするものである。このアプローチは、相互に優位もしくは劣位する国際法と国内法との間に共通の適用分野が存在しないとの主張を先ず展開する。各法秩序はそれぞれの分野で至高の地位を占める。それは丁度、フランス法がフランスで、又、イギリス法がイギリスでそれぞれ至高の存在であるのと同じである。フランス法がイギリス法に優位するとは言えず、二つの相異なる法システムがそれぞれ自己の領域で運用されているのだとしか言えないように、国際法と国内法についてもそれぞれ別個に取り扱うべきである。国際法と国内法は、各々、国際システムと国内システム内部の法的要素であって、別異の法的秩序に属しているのである。

起り得ることで実際にもしばしば発生していることは、所謂義務の衝突 conflict of obligations である。即ち、国家が各自の領域で国際法上の義務に従っていないということである。そ

の場合、国内的立場に何ら不都合は生じない（し、対立する国際法規により無効とされることもない）が、国際的活動主体として見たとき当該国家は国際法規を侵犯していることになる。この国家責任を追及する舞台は、外交的抗議にしる法的訴訟 *judicial action* にしる、国際分野に限られることになる。

こういう問題解決方式は、理論的考察を深く実践しているわけではないが、実務的で過半数の国家実行 *state practice* と国際判決 *international judicial decisions* に従おうとしているものである。⁽⁹⁾

(注)

9. Fitzmaurice, *op. cit.*, pp.70-80. 同じく見よ, Rousseau, *Droit International Public*, 1979, pp.4-16; Borchard, "The Relations between International Law and Municipal Law", 27 *Virginia Law Review*, 1940, p.137; McDougal, "The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Oriented Perspective" in McDougal et al., *Studies in World Public Order*, 1960, p.157.

国内法の国際法上での役割⁽¹⁰⁾

国際場裡での国内法の地位に関する一般原則は、国際法規を侵犯した国家はみずからの国内法を援用して自己を正当化し得ないということである。みずからは国内法の命ずるところに従って行動したと抗弁しても、国際義務違反を防御したことにはならない。国際責任を回避する口実として国内法を提出しえないことは自明である。状況が変われば、国内立法だけで国際法による拘束を回避することは可能になるかもしれない。

(注)

10. 例えば見よ, Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, Chapter 9; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958 and Morgenson, *op. cit.*, p.43 et seq.

従って、国家実行 *state practice* と判例 *decided cases* によってこの原則は既に確立しているのであって、国際訴訟の関係国は国際義務を回避する手段として国内法を抗弁として主張し得ない。1969年のウィーン条約法条約 *Vienna Convention on the Law of Treaties* 第27条は、条約に関する限り締約国はその国際義務不履行を正当化するために国内法を発動しえない、と定めている。⁽¹¹⁾ そして当該第27条は、国際訴訟 *international litigation* 規則に反映している。

(注)

11. 1949年の国家の権利義務宣言草案 *Draft Declaration on the Rights and Duties of States* 第13条にも注意せよ。同条は、全ての国家が“条約及び他の国際法源から生ずる義務を誠実に *in good faith* 履行する義務を負っており、当該義務不履行の口実として自国憲法又は国内法の規定を援用し得ない”と定めている。Yearbook of the ILC, 1949, pp.286, 289.

1872年のアラバマ号請求権仲裁裁判 *Alabama Claims arbitration* で、合衆国はイギリスが南部連盟の当該船舶がリバプールを出港して合衆国船舶の略奪を行なうのを阻止しなかったと猛烈に非難した。判決では、当該船舶の建造及び出港を防止するのに必要なイギリス側の立法が欠缺していたことをイギリスみずから抗弁として主張し得ず、同国は当該軍艦による略奪行為から生じた損害を賠償する責に任ずべきであるとされた。⁽¹²⁾

(注)

12. Moore, *International Arbitration*, vol.1, pp.495, 653. 例えば次をも見よ, the *Free Zones case*, PCIJ, Series A/B, no.46.

1932, p.167; 6 ILR, p.362; the *Greco-Bulgarian Communities case*, PCIJ, Series B, no.17, 1930, p.30; 5 ILR, p.4 and the *Nottebohm case*, ICJ Reports, 1955, pp.4, 20-21; 22 ILR, pp.349, 357-58.

しかし縦令、国際裁判所で国内法に対する国際法の優位が承認されても、それだけでは国内立法が無関係であるとか不必要であるとかということにはならない。⁽¹³⁾ それどころか、国内法規の役割は国際法機構が作動するのに必要なものとなっている。国際法上の様々な重要テーマに関する国家の法的立場を理解・発見するための方法の一つが、国内法の検証なのである。⁽¹⁴⁾ 国家は領海の幅員や管轄権や国籍取得条件等の重要な国際事項についての見解を国内立法という手段で表明する。従って国際裁判所が付託された事件を審理する過程で関係する国内立法を研究する必要性を感じることはよくある。実際、1929年のセルビア公債事件 *Serbian Loans case*⁽¹⁵⁾ では、国内法の解釈を巡る重要テーマが現われ、厳格な意味での国際法規は問題とはならなかった。

(注)

13. 例えば見よ, Jenks, *op. cit.*, pp.547-603 and Marek, *Droit International et Droit Interne*, 1961. 同じく見よ, Brownlie, *op. cit.*, pp.39-43.
14. 例えば見よ, the *Anglo-Iranian Oil Co. case*, ICJ Reports, 1952, p.93; 19 ILR, p.507.
15. PCIJ, Series A, no.20; 5 ILR, p.466. 同じく見よ, the *Brazilian Loans case*, *ibid.*, no.21.

国際的重要性をもつテーマに関する国家の法的立場を明徴にする役割の他に、国内法規には国際義務の遵守又は不遵守の証拠として利用される側面もある。この点を、ポーランド領上部シレジアのドイツ人権益事件 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia case*⁽¹⁶⁾ で常設国際司法裁判所 *Permanent Court of International Justice* が次のように判決を下し、強調している。

当裁判所は確かにポーランド法自体の解釈を求められているわけではない。しかし、ポーランド法の適用に際して同国がジュネーヴ条約の下でドイツに対して負っている義務に従って行動しているかどうかについて裁判所が判断を回避すべき理由はどこにも見あたらない。⁽¹⁷⁾

(注)

16. PCIJ, Series A, no.7, p.19.
17. 国内法が“単なる事実 *mere facts*”と看做されるとの見解に対する批判については見よ, Brownlie, *op. cit.*, pp.42-43.

それにも拘らず、又、国内法規が国際法領域で遂行している多くの機能にも拘らず、憲法典があればそれをも含めた一国の国内法構造の中での個別規定を国際義務回避の口実として援用することはできない。この禁を破れば、国際法の運用は不安定なものになるであろう。

国内裁判所での国際法⁽¹⁸⁾

而し乍ら、国内法システムの中での国際法の役割という問題は、前述した立場以上に複雑である。又、この問題に対して多数のアプローチが提案されている。最初にイギリスの裁判所の立場を観て、それから続いてアメリカ及び他の国々の見解にも目を向けてみよう。

(注)

18. 例えば見よ, Morgenson, *op. cit.*, pp.48-66.

連合王国 The United Kingdom ⁽¹⁹⁾

国内の事態に国際法を適用できるかという問題に関して、様々な理論が提案されている。之等の提案は、国内事件と国際法との関係の正確な性質を説明して、事件を審理中に国際的要素に直面した裁判所に指針を与えようとするものである。

(注)

19. 例えば見よ, Morgenstern, *op. cit.*; Lauterpacht, "Is International Law A Part of the Law of England?", 25 *Transactions of the Grotius Society*, 1939, p.51; Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, 1963, Chapter 2; Oppenheim, *op. cit.*, pp.39-41 and Holdsworth, *Essays in Law and History*, 1946, p.260. 同じく見よ, Collier, "Is International Law Really Part of the Law of England?", 38 *ICLQ*, 1989, p.924.

実定的二元論の立場 *positivist-dualist position* を表明しているのが変型理論 *doctrine of transformation* である。この理論は、二つの全く異なった法体系が別個分離して運用されているとの認識に基づいている。即ちこの理論では、如何なる国際法規及び原則も国家の管轄権内でその効力を認められるためには、適当な憲法上の機関を利用して議会制定法 *Act of Parliament* のような国内法に明示的に *expressly and specifically* “変型され transformed” なければならないと説かれる。この理論は、国際条約が主権者の批准 *ratification* という制度的装置を通じて国内法上運用される手続に由来している。又、如何なる国際法規も国内法上有効となるためには変型されて明示的に国内法として採択されなければならないとの考え方も、この批准手続から発展的に出現したものである。

編入理論 *doctrine of incorporation* として知られる別のアプローチでは、国際法が憲法的批准手続の介在を要さずして自動的に国内法の一部たり得ると考えている。この理論の最も有名な提唱者は、18世紀の法律家ブラックストーン *Blackstone* である。彼は著書 *Commentaries* の中で次の様に記している。

適法に国家管轄権の対象となり得る問題が発生した場合は常に、国際法が *Common Law* によって全面的に採用され、国家法の一部になると考えられる。⁽²⁰⁾

(注)

20. *Commentaries*, IV, Chapter 5.

この理論は慣習国際法に関するものであり、条約については別の原則が適用される。

(a) 慣習国際法 *Customary International Law*

編入理論 *doctrine of incorporation* がイギリスの主要なアプローチになっているのは、この慣習国際法の分野である。この理論は、18世紀に遡る古くからの確立した理論であり、18世紀に優勢となったのは、その当時大いに論争された外交免除 *diplomatic immunity* の正確な範囲に関する議論に負っている。ブボー対バルビュイ事件 *case of Buvot v. Barbuit*⁽²¹⁾ でタルボット卿 *Lord Talbot* は、“国際法が全体として英国法の一部であった”と明瞭に判示し、プロシアの商業代理店が被告を履行しなかった点につき責任を問えないと判決した。この判例は27年後のトリケット対バス *Triquet v. Bath* 事件で踏襲された。⁽²²⁾ この事件でマンスフィールド卿 *Lord Mansfield* は、駐英ババリア公使 *Bavarian Minister to Britain* の家事使用人が外交免除を主張し得るかの問題を論じて、前記先例を支持して、タルボットの所説を明示的に引用した。

(注)

21. (1737) *Cases t. Talbot* 281.
22. (1764) 3 *Burr*. 1478.

慣習国際法をイギリスの *Common Law* の一部として受容する方針は18世紀の一連の判決例に熟っぽく表明されていたが、この方針は議会制定法 *Acts of Parliament* の優位を認めるものであったし、イギリスの裁判所が保持している原則で上位裁判所の判決が下級裁判所を拘束するという意味での先例拘束力の原則 *Principle of stare decisis or precedent* に促されたものであった。従って国際法規は、それが国内制定法や国内の上位裁判所の判決に反するに到れば、履行されないことになる。⁽²³⁾

(注)

23. しかしここで次を見よ, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 2 *WLR* 356; 64 *ILR*, p.111, *infra* p.111.

19世紀には一連の判決により多くの学者がそれ迄受容されていた編入理論の正当性を争うようになった。そして編入理論に代えて変型理論を採用するに至った。後者によれば、慣習国際法規は、それが立法又は判例法 *case-law* によって明示的に受容された場合にのみ、英国法の一部になるのである。編入理論から変型理論への転回点となったのがケイン事件 *case of Rv. Keyn*⁽²⁴⁾ である。この事例は、英国の距岸3マイル内の英国海峡で英国船に衝突し沈没させたドイツ船 *Franconia* 号の乗客1名が死亡した後、ドイツ船の船長が故殺 *man-slaughter* 罪で起訴された。刑事留保事項裁判所 *Court for Crown cases Reserved* が審理した問題は、イギリスの裁判所が当該事情の下でこの犯罪を裁く管轄権を実際に持っていたかどうかという点であった。

(注)

24. (1876) 2 *Ex. D.* 63.

刑事留保事項裁判所は、距岸3マイル領海に対する管轄権を定めた英国立法が存在しないと結論に達した。なるほど、そういう規範なら国際法の中に存在すると言えるかもしれないが、従前公海 *high seas* であった場所の一部を規制する権利を国家がもつということ、そういう規制とは無関係に国家法が即座にその区域に適用されると結論づけることは別物であった。前者は後者から導き出され得なかった。更には、一方で議会の立法権を、他方でそういう立法権をもたない裁判所の権限を、お互いに区別することは絶対に必要なことであった。コックバーン卿 *Lord Cockburn* が強調したように、問題は司法部として行動する裁判所が議会の立法権による現実の立法的欠缺を埋め合わせるができるか否かという点であった。解答は、裁判所にそういう補充的立法権はないということになり、ドイツ人船長は釈放された。

この事件を変型理論 *Transformation approach* への転回を示す里程標として捉える者もいる。⁽²⁵⁾ しかし判決は多くの点で不明瞭であり、主として領海に対する管轄権の存否を論じていた。⁽²⁶⁾ 同様に多くの点で、編入理論と変型理論の現代の解釈上の相違が包括的な理論枠組の変更にあるのではなく仮定の変更にあることを指摘しておかなければならない。⁽²⁷⁾ いずれにしても、*Franconia* 号と同様の事件が将来起きたときどうするかという疑問は、類似の事情下でのイギリスの管轄権を認めた1878年の領海管轄法 *Territorial Waters Jurisdiction Act* で解決を見た。

(注)

25. 例えば見よ, Holdsworth, op. cit., pp.263-66 and Halsbury, Laws of England, 3rd ed., vol.VII, p.264.
 26. 例えば見よ, Lauterpacht, op. cit. Footnote 19, pp.60-61.
 27. 例えば見よ, Brownlie, op. cit., p.47.

ウェストランド金鉱会社事件 West Rand Gold Mining Co. case⁽²⁸⁾で述べられた意見は、編入及び変型の両理論の相違を更に不明瞭にするものであった。アルバーストン卿 Lord Alverstoneは、文明諸国家の共通の同意を取りつけていたものが何であれイギリスの同意も同様に必要であったにちがいないし、イギリスの裁判所もそういう判断をすることになると、判示した。しかし、それに続けて彼はこのインパクトを緩和しようとして次の様に述べている。即ちどういう国際法規であろうと、“自国によって承認され遵守されている”こと、又は如何なる文明国も否認しえない性格をもつことを十分な証拠によって証明しなければならない、と。トリケット事件 Triquet's caseでのマンフィールド卿 Lord Mansfieldの見解は、教科書執筆者の意見に出てくる国際法規をコモンロー common law に含めていないし、いずれの国際法規にイギリスが同意したかについての証拠があるというものであった。⁽²⁹⁾ このように同意 assent を重視する立場は、いずれか特定の国際慣習法規の存在及び範囲に関する包括的証拠が必要だとするケイン事件 R v. Keynでの裁判所の見解に近似していることに注目せざるを得ない。確かに問題は、しばしば、慣習法規の存在と範囲が不確定であるという事実に基づいている。

(注)

28. [1905] 2 KB 391.
 29. Ibid., pp.407-8.

ウェストランド事件 West Rand case の後、まもなく別の紛争が裁判所に提訴された。モーテンセン対ピーターズ事件 Mortensen v. Peters⁽³⁰⁾で、オランダ人船長がスコットランドの裁判所でモレイ湾 Moray Firth 漁業条例に違反して有罪宣告を受けたのである。彼の船はモレイ湾内で操業していたが、当該条例の管轄区域に入っていた。但し国際法で承認された3マイル領海の外側であった。この事件はスコットランド司法裁判所 Scottish Court of Justiciary に係属したが、デュネディン卿 Lord Dunedin は船長の上訴について論ずる中で、当該関係条例の正当な解釈を提示しようと努めた。彼は、正当に採択・同意された議会制定法 Act of Parliament が最高の法であって裁判所としてはその諸規定を適用せざるを得ないと判示した。言い換えれば、議会制定法は慣習法に優位していたのであり、縦令国際法規を侵犯している場合であっても、イギリスの裁判所としては議会制定法の文言に忠実でなければならなかった。この事情は、英国法を国際法との抵触 conflict を回避するように解釈すべきであるとの推定が働くとしても、変わりはない。そのような抵触が実際に起きた場合、国内制定法が優位し、国家みずから国際慣習法違反の責任を解除しなければならなくなる。⁽³¹⁾

(注)

30. (1906) 8F. (J) 93.
 31. 同じく見よ, 170 HC Deb., col. 472, 4 March 1907 and the Trawling in Prohibited Areas Prevention Act, 1909.

この修正編入理論はアトキン卿 Lord Atkin によって、チュン=チ=チョン事件 Chung Chi Cheung v. R⁽³²⁾で明確に定義された。彼は以下のように述べた。

私達自身の国内法が受容し採用した国際法の諸原則を除き、国際法の合法性 validity は認められない。…裁判所は諸国が相

互に受容した諸規範を全体として承認する。如何なる裁判上の論点についても、裁判所は適切な法規が何であるかを確認し、関係法規を発見してから、それを国内法に編入されたものとして扱うことになる。但し、当該国際法規が国内制定法そして最終的に国内裁判所が判示した規範と矛盾していないことを条件とする。

(注)

32. [1939] AC 160; 9 ILR, p.264. 同じく見よ, Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade, [1925] 1 KB 271, 295; 2 ILR, p.423.

当然、言う迄もなく、どのような慣習法規の存在を主張しようとも、それが正当な国際法規であることを証明しなければならないのであって、単なる仮定であってはならないのである。

裁判所が実際に判決で宣言した当該原則の趣旨は、国際法が外国法として扱われるのではなく、明確に国家法の一部として扱われるという点にある。その意味は、どのような外国法も他の事実と同様、証拠 evidence によって立証されなければならないが、国際法については裁判所は裁判上注目すれば足りるのであって、専門家の意見を提出したり証言させたりしないで著作に言及すれば足りるということである。

いずれか特定の国際法規の存在と性質を確認するために、裁判所は普通の場合以上に広汎な権威的資料、例えば“国際条約、権威ある教科書、実行及び”他の諸国の裁判所の“判決 judicial decisions”に依拠し得るのである。⁽³³⁾

(注)

33. Per Lord MacMillan, The Cristina, [1938] AC 485, 497; 9 ILR, p.250. 見よ, Re Piracy Jure Centium, [1934] AC 586, 588; 7 ILR, p.213 and Stephenson LJ, Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, [1977] 2 WLR 356, 379; 64 ILR, pp.111, 135. 但し以下をも見よ, Lauterpacht, op. cit. footnote 19, p.87, note m.

トレンドテックス貿易会社対ナイジェリア中央銀行事件 Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria⁽³⁴⁾は、こうした諸問題の多くを再度提起した。この事件は、ナイジェリア中央銀行が主権免除乃至国家免除 sovereign or state immunity を要求したものであった。⁽³⁵⁾この事件の上訴審の3名の判事が揃って編入理論の正当性を認めた。デニング卿 Lord Denning は従前の自説を撤回して、⁽³⁶⁾撤回しなければ裁判所としては国際法規の変更 changes を承認し得ない事態に陥ると主張した。⁽³⁷⁾ステフェンソン Stephenson LJ は重要な意見表明をここで行っている。即ち、

国際法の性質そのものにより、又、国際法規を確認するという特殊な問題があるため、国際法の新規範を採択・編入したり、編入済みのものとして承認したりすることは困難になっている。⁽³⁸⁾

(注)

34. [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, p.111.
 35. 更に本書第12章を見よ。
 36. R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Thakrar, [1974] 2 WLR 593, 597; 59 ILR, p.450.
 37. [1977] 2 WLR 356, 365; 64 ILR, pp.111, 128. 同じく見よ, Shaw LJ, ibid., 386 and Stephenson LJ, ibid., 378-81.
 38. Ibid., p.379.

先例拘束性 stare decisis or precedent に基づいて成立した慣習国際法の問題もこの事件で論議された。それ以前にも、裁判所に係属する慣習国際法上の諸原則に関わる事件については、他の種類の事件と同様、慣習国際法の時代的变化にも拘ら

ず先例拘束性の原則 doctrine of stare decisis が適用されることが認められていた。⁽³⁹⁾ このアプローチは、タイ=ヨーロッパ=タピオカサービス会社対パキスタン政府事件 *Thai-Europe Tapioka Service Ltd. v. Government of Pakistan* で再確認された。⁽⁴⁰⁾ しかし、トレンドテックス事件で、デニング卿 Lord Denning とショー Shaw LJ は国際法上先例拘束性の原則 rule of stare decisis は存在しないと主張した。⁽⁴¹⁾ 国際法が変更していたならば、裁判所は“上院の対応を待たずに without waiting for the House of Lords to do it” その変更を受容し履行することができた。⁽⁴²⁾ 真実の原則は、“イギリスの裁判所が如何なる時も有効な国際法規を発見してそれを適用しなければならないことである”とショー Shaw LJ が記していた。⁽⁴³⁾ これは重要なアプローチであり、将来、例えば人権分野で面白い結果が生ずるかもしれない。

(注)

39. 例えば見よ, Brownlie, *op. cit.*, pp.45-46 and Chung Chi Cheung v. R, [1939] AC 160, 169; 9 ILR, p.214. しかし見よ, Morgenstern, *op. cit.*, pp.80-82.

40. [1975] 3 All ER 961, 967, 969-70; 64 ILR, p.81.

41. [1977] 2 WLR 356, 365; 64 ILR, pp.111, 128.

42. Per Lord Denning, *ibid.*, 366.

43. *Ibid.*, 388; 64 ILR, p.152. しかし参照せよ, Stephenson LJ *ibid.*, 381. 例えば以下をも見よ, Goff J., I Congreso del Partido, [1977] 3 WLR 778, 795; 64 ILR, p.154.

有力な編入主義アプローチ incorporationist approach が上訴裁判所 Court of Appeal によってマクレヌ=ワトソン対通産省事件 *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* で明確に再確認された。⁽⁴⁴⁾ この事件は、国際錫協議会 International Tin Council の権利譲渡の結果、特に *inter alia* ITC の加盟国にこの不運な機構が招いた負債を返済させようとするものであった。ノース判事 Nourse LJ は、トレンドテックス事件 *Trendtex case* が編入理論と変型理論との争いを前者の勝利という形で定着させたと主張した。⁽⁴⁵⁾ 錫協議会訴訟 *Tin Council litigation* での主たる論点の一つは、独立の人格をもつ国際機構の加盟国は機構自体の負債の返済義務を負うと定める国際法規が成立しているかどうかという点であった。

(注)

44. [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, p.49.

45. *Ibid.*, p.1116; 80 ILR, p.132.

そういう規範が実際に存在しているのなら、当該規範はどのような形で国内法に受容され表明されるのかという問題が次に出てくる。この問題は、勿論、当該国際法規の内容の正確さで決まるが、ケール判事 Kerr LJ が指摘したように、加盟国を“その国内法廷へ in any national court” 提訴することを認める国際法規は存在していなかったのである。⁽⁴⁶⁾ それと共にイギリスの裁判所がそういう国際法規をみずから定立して国際法の欠缺を補完することはできなかった。⁽⁴⁷⁾ しかしノース判事 Nourse LJ はこの点に関して少数派の立場を採り、“イギリスの裁判所がそういう問題 [即ち、国際法の不確実性の問題] を決定する必要がある場合であれば、その疑問や問題が何であれ、その決定を行ない得るし、又決定を下さなければならないのである”と述べた。⁽⁴⁸⁾ この指摘は妥当ではないし正当ではあり得ない。何故なら、共同体を基礎とした国際法定立システムという本質を無視しているからである。

(注)

46. *Ibid.*, p.1095; 80 ILR, p.109.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*, p.1118; ILR, p.135.

オリバー卿 Lord Oliver は上院の判決⁽⁴⁹⁾ で明白且つ正当に次のように主張した。

国内法のために而も全く未決定の資料に基づいて法規を成立させることが国内裁判所の現実の職務に属しないことは、明らかである。⁽⁵⁰⁾

(注)

49. [1989] 3 All ER 523; 81 ILR, p.671.

50. *Ibid.*, at 554; 81 ILR, p.715.

(b) 条約 Treaty⁽⁵¹⁾

条約に関する限り、国内管轄権内での適用については歴史的な政治的理由により別異の原則が成立している。慣習法が国家実行 state practice の展開を通じて発達するのに対して、国際条約は署名国を拘束する契約という形式を採用することになる。慣習が成立するためには、数箇国が法に適合していると信じて一定の方式で行動することが、絶対必要という訳ではないが、通常的に必要となる。従って、通常の場合下では、特定の一国の影響力が常に決定的である訳でもない。条約の場合、関係国は従前乃至その時代の実行に拘らず、みずからを拘束する新規範を定立することができる。即ち、慣習法の場合よりも条約の方が、行政府の影響力を一般に強く受けることになる。

(注)

51. 一般理論として以下を見よ, McNair, *The Law of Treaties*, 1961, pp.81-97 and Mann, “The Enforcement of Treaties by English Courts”, 44 *Transaction of the Grotius Society*, 1958-9, p.29.

その結果、もし条約が署名及び批准の後、国内的施行の前に、何ら中間的措置を経ずに当該国内で適用され得るとすれば、行政府は立法府を関与させずに立法を行ない得ることになる。その為に、条約法分野での編入理論的アプローチ incorporation theory approach は排斥されている。確かにこのテーマに関する限り、先入主的国際法観よりも政府の行政・立法両機関間の特別の関係によって決まる度合いが大きいと思われる。

こういう状況を例示する英国法上の主要事件の一つが、パルレモン=ベルギー号事件 case of *Parlement Belge* である。⁽⁵²⁾ この事件は、当該船舶とイギリスのタグボートとの衝突事件であって、後者がもたらした損害賠償請求 claim for damages が高等法院検認・離婚・海事裁判部 Probate Divorce and Admiralty division of the High Court で審理された。パルレモン=ベルギー号はベルギー国王の所有物であり、貨物船として使用されていた。訴訟係属中、英法務総裁 Attorney General はこの訴訟に介入して、当該船舶がベルギー国王の所有物であるが故に裁判所の対物管轄権が及ばないこと、更に1876年のイギリス=ベルギー間政治協定により軍艦に適用されるのと同種の外国の訴訟手続からの免除が定期郵便船にも与えられるべきだと主張した。この事件の判決で裁判所は軍艦 ships of war のみが裁判権免除を受ける資格があるのであって、議会の同意を得ずに条約で免除を他の範疇の船舶に拡大することは許されないと結論づけた。実際に、これを認めると“国王の条約締結権を行使することになり、……先例のないことであって、憲法違反になる a use of the treaty-making prerogative of the Crown...without precedent, and in principle contrary to the law of the constitution”と判示された。⁽⁵³⁾

(注)

52. (1879) 4 PD 129.

53. Ibid., p.154.

従って、条約は締約国内で自動執行され得るものではなく、国内執行を可能とするためには国内制定法の採択が必要である。イギリスの王位者 the Crown は国際条約の署名・批准権をもつが、直接的立法権をもたない。条約が英国法の一部となるためには、議会制定法 Act of Parliament が不可欠である。この基本的前提が、マックレーヌ＝ワトソン対通産省事件 *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry*⁽⁵⁴⁾ の上院判決中で、オリバー卿 Lord Oliver によって明瞭に述べられた。彼は以下のように記している。

英国憲法の問題として、国王大権 royal prerogative は条約締結権を含んではいないが、法を変更したり個人に権利を付与したり個人から国内法上の権利を奪ったりすることは、議会の関与なしには為し得ないのである。条約は、その条文中で時々明示しているように、本来、自動執行 self-executing 力をもたない。極めて単純化した言い方をすると、条約は立法によって英国法に編入されない限り、英国法の一部とはならないのである。⁽⁵⁵⁾

それ故、個人に関する限り、この種の条約は個人の権利の淵源にもなり得ないし、逆に個人が権利を奪われ義務に服す根拠にもなり得ない不完全な法 *res inter alia acta* である。⁽⁵⁶⁾ この趣旨はテンブルマン卿 Lord Templeman⁽⁵⁷⁾ によっても表明されており、英国法の立場を表明した主要先例となっている。

(注)

54. [1989] 3 All ER 523, 531; 81 ILR, pp.671, 684.

55. Ibid., at pp.544-45; 81 ILR, p.701.

56. Ibid.

57. Ibid., at p.526; 81 ILR, p.676.

しかし、この原則が全ての条約に適用されるわけではない。戦争行為や領域割譲 *cession of territory* に関する条約は、締約国々民を拘束するために立法行為を介在させる必要はない。⁽⁵⁸⁾ 同様のことは比較的重要度の低く批准 *ratification* を要しない行政協定 *administrative agreements* についても言える。但し言う迄もなく当該行政協定が国内法の変更を意図しないことを条件とする。この種の例外的条約の発生原因は、歴史的妥協に基づいてイギリスの憲法秩序が成立している事実を考えると議会の立法権の重要な部分は失われていないと思われる点にある。イギリス臣民の権利・義務が影響を蒙るその他の凡ゆる場合、特定条約の規定を英国内で施行するには英国議会による立法が必要となる。⁽⁵⁹⁾

(注)

58. 例えば見よ、*Brownlie*, op. cit., p.48; de Smith and Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6th ed., 1989, pp.140-42 and *Wade and Phillips*, *Constitutional and Administrative Law*, 9th ed., 1977, pp.303-6. 同じく見よ、*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] AC 326, 347; 8 ILR, p.41; *Walker v. Baird*, [1892] AC 491; *Republic of Italy v. Hambro's Bank*, [1950] 1 All ER 430; *Cheney v. Conn*, [1968] 1 WLR 242; 41 ILR, p.421; *Porter v. Freudenberg* [1915] 1KB 857, 874-80 and *Mc Nair*, op. cit., pp.89-91.

59. “ボンソンビー原則 *Ponsonby rule*” により、議会は批准 *ratification* の21日前に批准予定条約の文言について通知を受けることになっている。171 HC Deb., col. 2001, 1 April 1924. この原則は拘束力あるものとは看做されておらず、単に憲法慣行 *constitutional usage* と考えられている。見よ、*Wade and Phillips*, op. cit., p.304.

英国法上、国内法は国際法との衝突 *conflict* を回避するよう解釈されるはずとの推定が存在する。この推定は、特に条約を

国内的に執行するための議会制定法が内容的に不明瞭であるときに働く。従って条約を履行するための制定法の規定に複数の解釈がなりたち得る場合で、条約の立場から一つの解釈のみ許されるとき、この推定が援用される。何故なら、ディプロック卿 Lord Diplock が指摘したように、

議会は、特定の条約義務を含む国際法を侵犯する形で立法を行なうことを目的としていない。⁽⁶⁰⁾

(注)

60. *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 QB 116, 143; *Post Office v. Estuary Radio Ltd*, [1968] 2 QB 740 and *Brown v. Whimster*, [1976] QB 297. 同じく見よ、*National Smokeless Fuels Ltd v. IRC*, *The Times*, 23 April 1986, p.36 and Lord Oliver in *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry*, [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, pp.671, 702.

しかし、制定法の文言が明確であれば、国際条約との牴触の有無に拘らず、裁判所としては当該法律を適用するしかない。⁽⁶¹⁾ 条約を直接制定する訳ではない国内立法の立場から、特に人権条約に関してそれを公共政策を示すものと意識的に理解しようとの動きがある。⁽⁶²⁾ 曖昧な条約規定を解釈する際には、そうした動向を考慮に入れてもよいと思われる。⁽⁶³⁾ しかし、各省大臣が主管事項につき決定する際、そうした動向を考慮する義務を負うものではない。⁽⁶⁴⁾

(注)

61. *Ellerman Lines v. Murray*, [1931] AC 126 and *IRC v. Colloc Dealings Ltd*, [1962] AC 1. 見よ、*Sinclair*, “The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts”, 12 ICLQ 1963, p.508 and *Schreuer*, “The Interpretation of Treaties by Domestic Courts”, 45 BYIL, 1971, p.255. 同じく見よ、*Mann*, *Foreign Affairs in English Courts*, 1986, pp.97-114.

62. 例えば見よ、*Bathwayt v. Baron Cawley*, [1976] AC 397.

63. 例えば欧州人権条約の文脈では以下を見よ。R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. *Bhajan Singh*, [1975] 2 All ER 1081; 61 ILR, p.260; R v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex p. *Salamat Bibi*, [1976] QB 606; 3 All ER 843; 61 ILR, p.267; R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. *Phansopkar*, [1976] QB 606; 61 ILR, p.390; *Waddington v. Miah* [1974] 1 WLR 683; 57 ILR, p.175; *Cassel v. Broome*, [1972] AC 1027; *Malone v. MPC*, [1979] Ch. 344; 74 ILR, p.304; R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. *Anderson*, [1984] 1 All ER 920 and *Trawnik v. Ministry of Defence*, [1984] 2 All ER 791. この事件 R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. *Brind*, [1990] 1 All ER で、下位の行政立法や行政上の裁量行為がこのカテゴリーに属しないと判示された。

64. 例えば見よ、R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. *Fernandes*, [1984] 2 All ER 390.

国内制定法に編入された国際条約を解釈する際に、イギリスの裁判所は同じく制定法に編入された国際慣習法を解釈するとき以上に広いアプローチを採っている。特に、関係の *travaux preparatoires* の発動が可能であろう。⁽⁶⁵⁾

(注)

65. 見よ、*Buchanan v. Babco*, [1978] AC 141 and *Fothergill v. Monarch Airlines*, [1981] AC 251; 74 ILR, p.648. 後者の事件では、ウィルバーフォース卿 Lord Wilberforce, *ibid.*, p.278; 74 ILR, p.656 の限定的アプローチとディプロック卿 Lord Diplock, *ibid.*, p.283; 74 ILR, pp.661-62 の限定的アプローチを比較せよ。同じく見よ、*Goldman v. Thai Airways International Ltd*, [1983] 3 All ER 693.

マクレヌ=ワトソン対通産省事件 *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* ⁽⁶⁶⁾ でオリバー卿は、国際条約の締結が事実の問題であって、特定の問題が発生する背景の一部として国際条約を指摘し得ても、当該条約から導かれる国際法上の結果は事実の問題ではなくイギリスの法廷で裁かれ得るものではないとも主張している。

(注)

66. [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, pp.671, 702.

司法的適合性から国家行為 act of state 又は国家免除 state immunity を理由に若干の問題がイギリスの裁判所で裁判不能 non-justiciable とされる可能性がある。⁽⁶⁷⁾ しかしこの建前を過度に強調することには疑問がある。実際、編入措置を執られていない特定条約の存在やその性質から法的結論が導かれ得ると思える状況もあるかもしれない。⁽⁶⁸⁾

(注)

67. 本書本章後掲 “裁判可能性、国家行為及び関係諸原則 Justiciability, Act of State and Related Doctrines” を見よ。

68. 見よ, Kerr LJ, *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry*, [1983] 3 WLR, 1033, 1075-76; 80 ILR, pp.49, 86-88.

この文脈で欧州共同体 European Communities へ加入が重要性を増していることにも言及しておくべきであろう。EC の判例法は、基本権が法の一般原則の不可欠の一部 an integral part of the general principles of law であって、EC の司法裁判所 European Court of Justice がその遵守の確保を追求していることを示している。EC 判例法は、EC 共同体法が国家法に優位し EC の司法裁判所の判決が加盟国の国内法廷で適用されなければならないことを指示している。従って、国内法廷を通じての EC 法の変更の可能性を無視する訳にはいかない。⁽⁶⁹⁾

(注)

69. 例えば見よ, *Nold v. EC Commission*, [1974] ECR 491, 508 and *Rutili v. Ministry of Interior of French Republic*, [1975] ECR 1219.

合衆国 The United States ⁽⁷⁰⁾

国内法 municipal law と慣習国際法の関係についてのアメリカの立場に関する限り、合衆国に成文憲法典 the Constitution がある点を除けば、イギリスの実行 practice に非常に近似していると思われる。編入理論 incorporation doctrine を早期に受容したが、イギリスと同じく、後になって、この立場を変更した。パケータ=ハバナ事件 *Paquete Habana* ⁽⁷¹⁾ では以下のように判示されたのである。

国際法は我が国法の一部であって、国際法に依拠すべき権利の問題が適法に duly 提訴された場合に、正当な管轄権をもつ司法裁判所により事実認定され執行されなければならない。⁽⁷²⁾

(注)

70. 例えば見よ, Morgenstern, op. cit.; Seidl-Hohenveldern, “Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law”, 12 ICLQ 1963, p.88; Oppenheim, op. cit., p.41 et seq.; Dickinson, “The Law of Nations as part of the National Law of the United States”, 101 University of Pennsylvania Law Review, 1953, p.793; Falk, The Role of Domestic Courts in the International Legal Order, 1964 and Lillich, “Domestic Institutions” in The Future of the International Legal Order, (eds. Black and Falk), vol.4, 1972, p.384.

71. 175 US 677 (1900). 同じく見よ, *Respublica v. De Longchamps*, 1 Dall. 111.

72. Ibid., p.700. 見よ, *Hilton v. Guyot*, 159 US 113 and *United States v. Melekh*, 190 F. Supp. 67 (1960), cf. *Pauling v. McElroy*, 164 F. Supp. 390 (1958).

同様に、初期の純粋な編入判例は、もっと慎重なアプローチに取って替わられた。⁽⁷³⁾

(注)

73. 例えば見よ, *Cook v. United States*, 288 US 102 (1933); 6 ILR, p.3 and *United States v. Claus*, 63 F. Supp. 433 (1944).

現在、合衆国で受容されている立場は、慣習国際法が連邦法の一部であって連邦裁判所による慣習国際法の認定が州の裁判所を拘束するというものである。⁽⁷⁴⁾

(注)

74. 見よ, *US v. Belmont*, 301 US 324, 331, 57 S. Ct. 758, 761 (1937); 8 ILR, p.34 and *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, 1987, Vol.1, pp.48-52.

イギリスでも類似のアプローチが採られたことは、共通の歴史的文化的伝統に鑑みて驚くに当たらないし、類似の理論的制約も存在する。アメリカの裁判所は先例拘束性の原則 doctrine of precedent を認め、先例に従って訴訟手続を進行させる必要性を認めている。同時に、先例拘束性原則に一致しない慣習国際法規がある場合、国内制定法を適用しなければならないのである。⁽⁷⁵⁾ 控訴裁判所 Court of Appeals は最近のニカラグア在住合衆国市民委員会対レーガン事件 *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan case* ⁽⁷⁶⁾ でこの立場を再確認し、“連邦法は、それが慣習国際法に違反していることを理由として無効とされてはならない”⁽⁷⁷⁾ と判示した。合衆国の政治的機関及び司法機関は、制定法を適用し“行政行為を執行する controlling executive act”過程で必要があれば、国際法を無視する権限を与えられているのである。そのために、慣習とそれに反する先行制定法との一般的な関係と同様、しばしば大論争的となっている。⁽⁷⁸⁾ ⁽⁷⁹⁾ しかし今日では、国内制定法が先行する条約や慣習国際法規に取って替わることが認められている。⁽⁸⁰⁾ 英国法に於けると同様、国内法は国際法に反すると看做され得ないとの推定が存在するのであって、連邦最高裁はシュレーダー対ビッセル事件 *Schroeder v. Bissel* で次のように判示した。⁽⁸¹⁾

連邦議会の制定法が国際礼讓 a principle of international comity を無視することを意図していたことが明白でないならば、国際礼讓との合致を意図していたとの推定が成り立つ。⁽⁸²⁾

(注)

75. 例えば見よ, *Schroeder v. Bissel*, 5 F. 2d 838, 842 (1925).

76. 859 F. 2d 929 (1988).

77. Ibid., at 939. 同じく見よ, *Tag v. Rogers*, 267 F. 2d 664, 666 (1959); 28 ILR, p.467.

78. 見よ, *Brown v. United States*, 12 US (8 Cranch) 110, 128 (1814) and *Whitney v. Robertson*, 124 US 190, 194 (1888). 同じく見よ, Henkin, “International Law as Law in the United States”, 82 Michigan Law Review, 1984, p.1555. 同じく見よ, *Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson*, 654 F. 2d 1382 (1981); 505 F. Supp. 787 (1980); *US v. PLO*, 695 F. Supp. 1456 (1988) and *Klinghoffer v. SNC Achille Lauro*, 739 F. Supp. 854 (1990).

79. 見よ, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, 1987, Vol. 1, pp.63-69 (§ 115); the *Leagan case*, 859 F. 2d 929 and *Goldklang*, “Back on Board the Paquete Habana”, 25 Va JIL, 1984, p.143.

80. 前注を見よ。

81. 5 F. 2d 838 (1925).

82. Ibid., p.842. 同じく見よ, *Macleod v. United States*, 229 US 416

(1913) and Littlejohn Co. v. United States, 270 US 215 (1926); 3 ILR, p.483.

合衆国法と慣習国際法との関係が、最近の人権状況の中で再検討のテーマになっている。フィラルティガ対ペナ＝イララ事件 *Filartiga v. Pena-Irala* で、⁽⁸³⁾ 合衆国第2巡回区控訴裁判所 US Court of Appeals for the Second Circuit はパラグアイ人同士の訴訟で、息子が拷問を受け死亡したとの訴えを審理した。当該請求は1789年の外国人不法行為請求権法 Alien Tort Claims Act に基づいていたが、同法によれば“地方裁判所は国際法に違反する不法行為 tort に関して外国人が提出した民事訴訟についてのみ第一審の裁判権をもつ”ことになっている。控訴裁判所は拷問 torture が国際慣習法に違反するが故に裁判可能 actionable であると判示した。そして当該裁判所は、両当事者が外国人であり問題の行為が全てパラグアイ領で発生したという事実にも拘らず、被告の責任を認める判決を下した。裁判所に提出された他の事件の中には、人権問題に関する国際慣習法規の編入 incorporation が争点となり半ば主張が認められたものもある。⁽⁸⁴⁾ しかし、合衆国が自国民の受けた拷問に対してアルゼンチン共和国を訴えた事件では、結局、主権免除原則 doctrine of sovereign immunity にはまり込んで勝訴できなかった。⁽⁸⁵⁾ “国際テロリズム international terrorism”活動は外国人不法行為請求権法 Alien Tort Claims Act に基づく訴えの対象にならないというのがその理由であった。⁽⁸⁶⁾

(注)

83. 630 F. 2d 876 (1980); 77 ILR, p.169. 例えば見よ, Lillich, *Invoking Human Rights Law in Domestic Courts*, 1985 and Comment, "Torture as a Tort in Violation of International Law", 33 *Stanford Law Review*, 1981, p.353.
84. 例えば見よ, *Fernandez v. Wilkinson*, 505 F. Supp. 787 (1980) and *In re Alien Children Education Litigation*, 501 F. Supp. 544 (1980).
85. *Siderman v. Republic of Argentina*, no. CV 82-1772-RMT (MCx) and *International Practitioner's Notebook*, July 1985, p.1. 同じく本書第12章を見よ。
86. *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 517 F. Supp. 542 (1981), *aff'd per curiam*, 726 F. 2d 774 (1984), *cert. denied* 53 U.S.L.W. 3612 (1985); 77 ILR, p.192. 例えば見よ, D'Amato, "What Does Tel-Oren Tell Lawyers?", 79 *AJIL*, 1985, p.92.

慣習国際法の吸収同化 assimilation に関する英米の国家実行が比較的収斂しているが、この状況は国際条約の取扱いに反映していない。イギリスでは行政機関が国際条約を交渉・署名・批准する。但し当該条約の規定が英国法の一部と認められるには議会の承認が必要である。他方、合衆国憲法第6条第2項は次のように規定している。

…合衆国当局が締結した、又は将来締結する全ての条約は国家の最高法であり、各州の憲法及び法律がそれと異なる定めを措いている場合にも全ての州を拘束する。⁽⁸⁷⁾

(注)

87. 例えば見よ, *Ware v. Hylton*, 3 US (3 Dall.) 199 (1796) and *Foster v. Nielson*, 27 US (2 Pet.) 253 (1829). 州の条約上の権限及び“留保権限 reserved powers”については次をも見よ, the tenth amendment, *Missouri v. Holland*, 252 US 416 (1920); 1 ILR, p.4 and *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*, 299 US 304 (1936); 8 ILR, p.48.

条約に対して承認を与える方式にも差異が存する。即ち合衆国憲法第2条によれば、大統領が国際条約締結権をもつものの上院の3分の2以上の同意がない限り批准し得ないのである。

しかし、これにも行政協定 executive agreements という制度的例外が認められている。行政協定は通常、大統領が自己の権限のみに基づいて締結するが、国際法という枠組の中では有効な条約として成立する。通常の条約と異なり、行政協定の締結について合衆国憲法は明文で何も定めてはいないのであって、憲法の文言とその後の実行から行政協定の意味を解釈しなければならない。実際にも、行政協定は幅広く利用されている。1933年のリトビノフ協定 the 1933 Litvinov Agreement はアメリカによるソビエト政府承認の意思表示であると共に、ソビエトに支払うべき特定債務をアメリカに割当てていたが、この協定以後の諸行政協定に関する事件で連邦最高裁は、それら行政協定が連邦憲法第2条下で上院と助言と同意 advice and consent を得て大統領が締結する条約と同様の地位と尊厳 status and dignity をもつと指摘した。⁽⁸⁸⁾

(注)

88. 例えば見よ, *United States v. Pink*, 315 US 203 (1942); 10 ILR, p.48. 請求を処理したり未採決立法に代替して適用すべき新法規を定立したりする大統領の権限に関しては見よ, *Dames Moore v. Reagan*, 101 SC 2972 (1981); 72 ILR, p.270.

条約法を理解するためのアメリカの立場は、“自動執行 self-executing”条約と“非自動執行 non self-executing”条約の区別に依拠している。前者は、何らの国内立法措置を経ずに国内へ自動的に適用され得るが、後者は、国内的に適用されてアメリカの裁判所を拘束するためには国内立法措置を要するものである。自動執行条約は合衆国内で国家の最高法の一部として直接的に適用されるが、他方、非自動執行型と看做される条約は立法的変型 legislative transformation を経なければならず、それを経ない間はアメリカの国民及び国家機関に対して法的拘束力をもつとは看做されない。

しかし、国際条約がいずれのカテゴリーに属すかをどうして判別すればよいのだろうか？この問題は長年に亘り合衆国の裁判所を悩ましてきたが、条約内容の政治的性格を基準とする区別がなされてきたようである。別言すれば、条約が定義・説明に関する政治的問題を含んでおれば、この論点は国家の立法機関の判断に委ねるべきであって、条約の自動執行を認めるべきではない。⁽⁸⁹⁾ そういう政治的問題の例として、領域の得喪や資金援助協定 financial arrangements を指摘しえよう。連邦最高裁は、エディ対ロバートソン事件 *Edye v. Robertson* ⁽⁹⁰⁾ で以下のように判示した。

国内法廷で私人たる訴訟当事者に適用可能な規定を含む条約は、…他の連邦法と同格のカテゴリーに [入る are]。

(注)

89. 次の事件でのマーシャル裁判長 Chief Justice Marshall の意見を見よ, *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253, 314 (1829).
90. 112 US 580 (1884).

この意味は、国際条約の文言が個人の権利・義務を定めるとき当該条約は国法の一部となるのであって、政治的論点が含まれているために非自動執行 non-self-executing として扱われる条約と対照的な立場に立つということであろう。

勿論、このような一般的区別だけでは相当な曖昧さと疑念が多く、多くの条約に残らざるを得ないはずである。このテーマについては、カリフォルニア州最高裁で1952年に再度、藤井事件 *Sei Fujii v. California* ⁽⁹¹⁾ に際し全面的に検討された。原告は1948年にカリフォルニアで土地を購入した日本人であった。カリフォルニア州法では、外国人に土地を取得する権利を認めてはいなかった。当該土地がカリフォルニア州に収用されるのを防止

するため、原告はとりわけ外国人土地法が国連憲章に違反していると指摘したのである。即ち人種差別のない人権の促進を要求している国際条約たる国連憲章を彼は援用したのである。

(注)

91. 38 Cal (2d) 718 (1952).

提起された争点は、国連憲章が自動執行条約 self-executing treaty として国法の一部となって、それに反する州法に取って代わり得るか、という点であった。連邦最高裁は、条約の自動執行性の有無を判断するに際して、署名国の意図を探り全ての関連状況を検証する目的で、当該条約そのものを調べなければならぬと判示した。エディ事件 *Edye's case* に倣って、連邦最高裁は国連憲章の諸規定が国内裁判所で執行可能な規則を定立しているかどうかを調べなければならなかった。

連邦最高裁は包括的に調査した後、国連憲章の関係規定が自動執行の効力をもつことを意図されていないとの結論に達した。当該諸規定は国連の各種の原則及び目的を定めてはいるが、“各加盟国に法的義務を課したり個人に権利を付与することを目的としていない。”国連の諸原則を国民各人を拘束する国内法に変型するための署名国の立法行為 legislative action が求められるのは明らかだと連邦最高裁は判旨したのである。⁽⁹²⁾従って、それ等諸原則は国法の一部とは看做され得ず、問題のカリフォルニア州法を排除する形で適用されることはあり得なかった。事件それ自体は原告勝訴となったが、その理由づけは全く別異のものであった。⁽⁹³⁾

(注)

92. *Ibid.*, p.721.

93. 例えば見よ、*People of Saipan ex rel. Guerrero v. United States Department of Interior*, 502 F. 2d 90 (1974); 61 ILR, p.113. 同じく見よ、*Camacho v. Rogers*, 199 F. Supp. 155 (1961) and *Diggs v. Dent*, 14 ILM, 1975, p.797. 同じく注目せよ、*Schachter, "The Charter and the Constitution"*, 4 *Vanderbilt Law Review*, 1951, p.643.

イギリスの国内システムと同様に、アメリカ連邦議会が国際法規を無視して積極的にそれに違反する行動を採ることは可能であるが、その場合、連邦法がアメリカの管轄権内で最高のものとなる。

ディグズ対シュルツ事件 *Diggs v. Schultz*⁽⁹⁴⁾ で連邦最高裁は、ローデシア産のクロムのような戦略物資の合衆国への輸入という国連安保理の拘束力ある決議で明示的に禁止された行為 a course of action に合法性を認めるバード修正条項 Byrd Amendment の効力を検討さざるを得なかった。裁判所は、バード修正条項が“我々の条約履行を甚しく無視している in blatant disregard of our treaty undertakings” 事実に着目し乍らも以下のように結論づけている。

我が憲法秩序の下で、連邦議会は条約を廃棄すべきと考えるときは廃棄できるのであって政府の他の機関がこれに干与できる余地はない。

国内的立場からは当該修正条項は全く有効であるが、国際的には言う迄もなく合衆国は国際法規違反の責を負わなければならない。

(注)

94. 470 F. 2d 461, 466-67 (1972); 60 ILR, pp.393, 397.

他の諸国家

イギリス型のコモン＝ロー common law を採用した諸国、例えば英連邦諸国家 Commonwealth states の大半やイスラエ

ル等の英米以外の国々では、⁽⁹⁵⁾ 一般的に同じ諸原則が適用されていると言える。慣習国際法は概して国法の一部と看做されている。国内法 municipal laws は国際法と一致するとの推定が働いているが、衝突した場合は前者が優位する。

(注)

95. 見よ、*Eichmann case*, 36 ILR, p.5, and *Lapidoth, Les Rapports entre le Droit International Public et le Droit Interne en Israel*, 1959. 同じくイスラエル最高裁に提出されたアフォ事件 *Affo case* については見よ、29 ICM, 1990, pp.139, 156-57.

条約に関する限りで、アトキン卿 Lord Atkin はカナダ法務大臣対オンタリオ州法務長官の事件 *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*⁽⁹⁶⁾ で一般論を表明していた。この事件はカナダ属領議会 Dominion Parliament と属領所属の各州議会 Provincial legislatures の各々の立法権限を巡る争いであった。彼は、当時の大英帝国内部で条約締結が行政行為 executive act であること、条約義務の履行が既存国内法規の変更を必要とするときそのための立法権行使が求められること、以上の諸点に注目した。アトキン卿 Lord Atkin によれば、“問題 The question” は、

条約義務がいかんして形成されるかという行政府の職務の点にあるのではなく、当該義務がいかんして履行されるのかという点にある。そうするとこの問題は有権立法府 competent legislature or legislatures の権限次第ということになる。⁽⁹⁷⁾

(注)

96. [1937] AC 326; 8 ILR, p.41.

97. *Ibid.*, pp.347-48; 8 ILR, pp.43-44.

これがコモン＝ロー諸国家の大半が採用しているアプローチであるけれども、当該国家が成文憲法をもっている場合、国際条約の取扱いに関する規定の有無に拘らず、厄介な問題が発生している。後者の一例としてインドがある。同国の憲法では極めて漠然とした文言で国際法規に言及しているにすぎない。⁽⁹⁸⁾かと思えば、それとは対照的に、アイルランド憲法は公金に負担を課す条約を下院 Dail が承認しない限り同国は当該条約に拘束されない旨を明文化している。⁽⁹⁹⁾成文憲法 written constitution が存在するとき、憲法上の重大問題が発生する可能性があり、そういう事態 situation が発生する都度、それ独自の政治的脈絡の中で考察しなければならなくなる。しかし一般的にコモン＝ロー諸国家は、イギリスのこの問題への既定方針となっている前記アプローチを受け容れつつある。

(注)

98. 例えば見よ、*Basu, Commentaries on the Constitution of India*, vol. II, 1962, and *Constitutions of the World* (ed. Peaslee), 3rd ed., 1968, vol. II, p.308.

99. *Peaslee, op. cit.* vol. III, p.463 (article 29 (5) 2).

ローマ法に起源を有する市民法 civil law 体系をもつ国々の実行 practice は、コモン＝ロー諸国のそれとは異なっている。

ドイツ連邦共和国基本法 Basic Law of the Federal Republic of Germany を例に挙げると、同法第 25 条は、“国際公法の一般的諸原則は連邦法の不可分の一部である。それらは法律に優位すべきのものであって、連邦領域の居住者に対して直接に権利・義務を創設する”と明示している。当該条項は、国際法を国内法の一部として取扱っているだけでなく国内法律に優位するものと看做してもいるが、学者や法律実務家が国際法の国内法特に憲法に対する優位を証明しようとするときの論議の対象になっている。同様に、“国際公法の一般的諸原則”という用語が慣習法規や条約規定を含む全ての国際法カテゴリーについて論

じられている事もあれば、全ての国家に共通の一般原則だけを指摘しているときもあるし、若干の国家だけに共通の原則を指示しているときもあるので、解釈上の問題が発生している。⁽¹⁰⁰⁾

(注)

100. 例えば見よ、O'Connell, *International Law* 2nd ed., 1970, vol.1, pp.71-76, and sources therein cited. 一般論として次を見よ、Drzemczewski, *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, 1983, and Peaslee, *op. cit.*, vol.Ⅲ, p.361.

条約に関する限り、ドイツの連邦裁判所は国際公法の一般的諸原則が国内立法に優位すると看做している。但し当該諸原則の運用の結果、連邦憲法を侵害することは許されない。基本法第59条に依れば、連邦の政治的関係を規制したり連邦法管轄事項に関係している。

条約は、具体的事例に応じて連邦立法機関による連邦法の定立という形での同意 consent 又は参加 participation が必要である。

オランダはこの問題に対して全面的に一元論 monist frame of mind 的アプローチを採用している。同国憲法は、条約が国内法に優位すること、条約締結の事前・事後を問わず全ての国内立法は条約規定と両立しない限り無効であること、以上の点を定めている。⁽¹⁰¹⁾

(注)

101. 例えば見よ、Alkema, "Fundamental Human Rights and the Legal Order of the Netherlands", in *International Law in the Netherlands* (ed. Van Panhuys et al), vol.3, 1980, p.109, and Peaslee, *op. cit.* vol.Ⅲ, p.652.

1958年のフランス第5共和制憲法は、正当に批准され公布された条約を国内システムで法として施行すると定めている。しかし同憲法は、広範囲の国際約定について、批准は立法形式によらなければならないと規定している。そういう条約には、何らかの形の財政支出を伴う通商条約が含まれる。一旦、関連立法が採択されてしまえば、条約は公布され promulgated 国内裁判所を拘束することになる。特定の条約規定は国内法規に優位するものである。但し、条約の相手方当事国がそれを認めていることを条件としている。⁽¹⁰²⁾ 更に今日では、フランスの裁判所は先行条約に抵触する conflicting 制定法を適用不能 inapplicable と宣言することも認められている。⁽¹⁰³⁾

(注)

102. 例えば見よ、O'Connell, *op. cit.*, pp.65-68; Rousseau, *Droit International Public*, 1979, and Peaslee, *op. cit.* vol.Ⅲ, p.312.

103. 見よ、Cafes Jacques Vabre case, 16 *Common Market Law Review*, 1975, p.336 and *In re Nicolò*, 84 *AJIL*, 1990, p.765.

このように、コモンロー及び市民法諸国家のこの問題への対応を調べてみると、若干の結論を得ることができる。第一に、厳格な一元論 monism 又は二元論 dualism に固執しても実態の把握には役立たないということである。大半の諸国は既存国内法と抵触しないことを条件として慣習国際法の国内的効力を認めているし、国際法の国内法に対する優位を認めている国さえ存在している。こうした状況は国際法の諸原則を普及してその保護範囲を拡大する重要々素になっていると考えられる。国際法の国内的効力を認める規定が、成文憲法上の規定であるか判例法 case law 上の原則であるかを問わず、国内法の国際法に対する優位を規定していると考えられる場合でさえも、国際法諸原則の普及・拡大は抑え切れないのである。

条約を巡る状況はもっと複雑である。というのは、国により皆対応が異なるからである。一部の国では、それみずから国内的に実施され得る（自動執行 self-executing）条約と、国内立

法プロセスを経なければならない条約とに分けて対応している。又、例えばベルギーのように、事実上全ての国際約定に国内立法を要するとしている国もある。条約が国内法に優位するかどうかについて、未だ一般的原則は確立していない。国によっては、条約締結時を基準にその事前・事後に成立した全ての国内法に当該条約が優位する効力を認める国もある。他方、ノルウェーのようにそれとは反対の立場を採る国もある。成文憲法典をもつ国の場合、複雑な要素が追加発生しているので、通常法・憲法条規・国際法を合体統一した合理的安定性のある階層秩序が維持されなければならない。個別国家が各法間の優先順位表を備えるべき時が来ているのである。⁽¹⁰⁴⁾

(注)

104. 見よ、Drzemczewski, *op. cit.*, and Peaslee, *op. cit.* vol.Ⅲ, pp.76 and 689. ソビエトの実行については以下を見よ、Grzybowski, *Soviet Public International Law*, 1970, pp.30-32. 又、例えばオーストラリアの実行については次を見よ、Koowarta v. Bjelke-Peterson, *High Court of Australia*, 39 ALR 417 (11 May 1982); 68 ILR, p.181; Tabag v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, *Federal Court of Australia*, 45 ALR 705 (23 December 1982) and *Commonwealth of Australia v. State of Tasmania*, *High Court of Australia*, 46 ALR 625, (1 July 1983); 68 ILR, p.266.

勿論、このような各国各様の対応は混乱を助長するだけであって、国際法が何であり如何にして適用されるかの説明に決して役立つものではない。しかも国際法の現状に鑑ると、国際法活動の実践分野は国内法思想及び国内法上の実行と相互に関連しつれ合うことは不可避なのである。まさに国際法上の執行手続が不適切であるために、国内法との関係を必要以上に重視せざるを得ない状況になっているのである。その理由は、国内裁判所が国際法規をどの程度適用するかが、当然のこと乍ら、国際法と国際判決の有効性を決定するからだという点にある。

しかし、だからといって国際法規が全ての関係国内法規に優位すると論ずることは殆んどの場合不当 incorrect であり、理念型を前にして現実を見逃すことになろう。国家は嫉妬深い位に主権保持に心を砕いているが、その大権 prerogatives の中でも外国からの支配を排除して行使する立法権能が最も重要なものである。勿論、大権 prerogatives には民主的意味も含まれている。一国内に於いてその国の国内法システムが国際法に優位するとの原則は、排他的なもの exclusive ではないにしても、否定し難い一般原則なのである。

ここで簡潔に欧州共同体 European Community がその加盟国に如何なる影響を与えているかにつき言及しておこう。⁽¹⁰⁵⁾ EC 設立諸条約の他に、EC の制度から生まれた大量の二次的立法が加盟国に適用されている。この二次的立法は規則 regulations, 決定 decisions, 指令 directives という形で行なわれている。これらの内、前二者が関係各国の国内法への変型を経ずに直接国内適用・執行が可能である。この形式の間接立法を事前に許容するイギリスの1972年欧州共同体法 European Communities Act of 1972 第2条第1項のような国内法が採択されて、国内法システムの一部に吸収されていることは真実だが、加盟国が一定の条件の下でみずからを拘束する領域外法源を認めていることも事実である。この文脈で、イギリス上院がファクトータム会社対運輸大臣事件 Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transportation ⁽¹⁰⁶⁾ で、1972年のイギリスの EC 加盟と欧州共同体法 European Communities Act 発効の結果、或る規定が明らかに欧州共同体法 Community Law に違反しているが故に当該制定法の運用を停止するための暫定的

差止命令 interim injunction が認められるべきだと論じた点は注目に値する。この判決こそ、英国法体系及び既存の法原則の立場から EC 加入に随伴する主要効果を示す一例である。しかし、この特殊な関係を国際法分野全般に妥当するものとして一般化することは間違いである。

(注)

105. 例えば見よ, Lasok and Bridge, *Introduction to the Law and Institutions of the European Communities*, 4th ed., 1987; Collins, *European Community Law in the United Kingdom*, 3rd ed., 1984 and Kovar, "The Relationship between Community Law and National Law" in *Thirty Years of Community Law (Commission of the European Communities)*, 1981, p.109. 同じく見よ, supra, p.117.
106. 見よ, *The Times*, 12 October 1990, p.31. 同じく見よ, *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, European Court of Justice case C-213/89, *The Times*, 20 June 1990, p.31.

裁判可能性 Justiciability, 国家行為 Act of State 及び関連諸原則

問題が基本的に法によって審理され得るとき、それは裁判可能となる。⁽¹⁰⁷⁾ それ故に、国家の行政機関の権限内にある事項は、裁判所の審理の対象とはなり得ない。従って、或る事項が裁判可能か否かを定める基準を求めには、行政及び司法の両分野が合致・重複している不透明な部分に光を当てることが必要である。裁判可能 Justiciability の一つの重要側面になっているのが国家行為理論 doctrine of act of state である。他国との関連で言えば、一般的に国家行為は行政機関の行為である。⁽¹⁰⁸⁾ しかし国際法や国内裁判所との関係では、国家行為は特に如何なる国家も他国に管轄権を行使し得ないとの原則に結びつけられている。⁽¹⁰⁹⁾ 従って、国家行為は国家の主権平等の原則 principles of sovereignty and equality of states に基づいているといえる。

(注)

107. 見よ, Mann, op. cit., Chapter 4.
108. 例えば見よ, Wade and Phillips, op. cit., pp.299-303; Moore, *Acts of State in English Law*, 1906; Mann, op. cit., Chapter 9; Singer, "The Act of State Doctrine of the UK", 75 *AJIL*, 1981, p.283; Akehurst, "Jurisdiction in International Law", 46 *BYIL*, 1972-3, pp.145, 240 and Zander, "The Act of State Doctrine", 53 *AJIL*, 1959, p.286.
109. 見よ, Lord Pearson, *Nissan v. Attorney-General*, [1970] AC 179, 239; 44 *ILR*, pp.359, 390.

裁判不能 non-justiciability 概念は、国内の行政行為及び外国の行政行為に関して成立する。前者の場合。⁽¹¹⁰⁾ 宣戦・講和・条約締結・領域割譲等の主権的権力の行使に関して、裁判所は司法判断を加えることを拒否することになる。⁽¹¹¹⁾ 後者の場合に関して、ウィルバーフォース卿 Lord Wilberforce はバットレス石油会社対ハマー事件 *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* (No.3) ⁽¹¹²⁾ で次のように判示した。

英法上、イギリスの裁判所は海外の主権国家の商取引について判決を下すことはできないという一般原則が存在する...この原則を...“国家行為 act of state”の多様性を示すものとしてではなく、司法の自己拘束 judicial restraint or abstention の原則を示すものとして...理解した方が良さそうである。⁽¹¹³⁾

(注)

110. 見よ, *Nissan v. Attorney-General*, [1970] AC 179 and *Bwron v. Denman*, (1848) 145 ER 450. 同じく見よ, de Smith and Brazier,

Constitutional and Administrative Law, 6th ed., 1989, pp.145-51 and Mann, op. cit., Chapter 10.

111. 同じく見よ, *Council for Civil Service Union v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 ALL ER 935, 956.
112. [1982] AC 888; 64 TLR, p.331.
113. *Ibid.*, p.931; 64 *ILR*, p.344. 同じく見よ, *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, (1848) *IHL* 1.

この司法の自己拘束の原則は自由裁量 discretion の原則ではなく、司法プロセスの性格上、同プロセスに固有の原則であった。前記事件は侮辱 libel 及び共謀 conspiracy の分野に関わる訴訟であったけれども、上院は裁判所がこの問題について判断していたならば主権国家 4 箇国の商取引を再検証して部分的に国際法違反を犯していたと認定せざるを得なかったはずだと考えた。行政権下にある外交関係処理の任務に難問が発生することは有り得るが、外交上の諸問題を判断するための司法上の運用可能な基準は存在しなかったのである。⁽¹¹⁴⁾

(注)

114. *Ibid.*, p.938; 64 *ILR*, P.351.

国際的に重大な反発を招き外交分野に属するものと考えた方が適切な事項に対して、司法審査を加えるべきでないと考えられている。⁽¹¹⁵⁾

(注)

115. 例えば見よ, *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Pirbhai*, *The Times*, 17 October, 1985, p.4 (Court of Appeal).

勿論、立法によって或る問題が裁判可能か裁判不能かについて定めることはできる。その際に主権乃至国家免除 sovereign or state immunity が特に関係をもってくる。何故なら、当該原則自体が国家主権平等原則 principles of the sovereignty and equality of states に基づいているからである。例えば 1978 年のイギリス国家免除法 UK State Immunity Act 1978 は商取引に関して主権免除を認めていない。⁽¹¹⁶⁾ 控訴裁判所 Court of Appeal がマクレヌ = ワトソン対国際錫協会事件 *Maclaine Watson v. International Tin Council* ⁽¹¹⁷⁾ で指摘した問題点の一つは、商取引の場合に裁判不能 non-justiciability の原則が生き残るか否かということであった。国家免除と裁判不能という両概念は分離されるべきことが強調されたし、国家免除法に反して商取引について国家を提訴し訴訟手続を進行させることを禁ずるためにバットレス裁判不能原則 *Buttes non-justiciability principle* がもち出されるのではとの心配が表明された。⁽¹¹⁸⁾

(注)

116. 見よ, *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional S. A.*, [1983] ZLI R171, 194-95; 64 *ILR*, p.368, 又、本書第 12 章を見よ。
117. [1988] 3 *WLR* 1169; 80 *ILR*, p.191.
118. *Ibid.*, p.1188 per Kerr LI: 80 *ILR*, p.209.

この警句には耳を傾ける必要がある。裁判不能は本質的に問題点が提起されず証明されない場合に証拠法上裁判が禁止されるものであるが、国家免除原則は問題とされる事項に裁判管轄権を行使し得ないことを定めるものである。但し、関係国はその免除を放棄し、管轄権行使の禁止を解除することはできる。確かに、前記の意味での裁判不能は外形理論によって支持される明確な国家間関係又は事態 clear inter-state relationship or situation に関わるものであるが、国家免除の問題は国家間活動それ自体に関係のない国家と民間主体との関係から生ずるものである。⁽¹¹⁹⁾ それにも拘らず、実際には、相違する概念の系を

解きほぐすことはしばしば困難である。しかし原告が国家主権の壁を克服しえないために、最終的結論は同一に帰着することが多い。

(注)

119. 例えば見よ, *Amalgamated Metal Trading v. Department of Trade and Industry*, *The Times*, 21 March 1989, p.40.

裁判可能性 *justiciability* の問題が, マクレヌ = ワトソン対通産省事件 *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* で控訴裁判所⁽¹²⁰⁾と上院の双方で論議された。⁽¹²¹⁾ 因みに, この事件では, 英国法に編入されていない条約によって諸国家が国際錫協会を再建しようとしたものであった。この事件の裁判可能性は未編入条約が英国法の一部とはならず裁判所の執行の対象とはならないとの原則に従わなければならない, とケール判事 *Kerr LJ* は判旨した。⁽¹²²⁾ しかし, 国際錫協会の法的性質を評価するために必要且つ有用であれば, 未編入条約を照会することは禁じられなかった。⁽¹²³⁾

(注)

120. [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, p.49.

121. [1989] 3 All ER 523; 81 ILR, p.671.

122. [1988] 3 WLR 1033, 1075; 80ILR, pp.49, 86.

123. *Ibid.*, 1075-76. ノース判事 *Nourse LJ* の意見についても見よ, *ibid.*, p.1130; 80ILR, p.148.

オリバー卿 *Lord Oliver* は上院判決の中で裁判可能性の原則の本質を再確認した。彼は以下のように論じている。

独立主権国家が相互に国際法分野で発効させた商取引上の権利について判決を下し執行する権能を, 国内裁判所はもたないし又持ち得ないことは公理である。⁽¹²⁴⁾

しかし, この原理は裁判所が条約を調査・解釈することを禁ずるものではない。条約は特定の問題が生じた背景的事実の一部として検証され得る。⁽¹²⁵⁾ 国家グループによる国際錫協会の設立が主権的行為 *sovereign act* であること, 及び当該組織とその加盟国との間の権利・義務に関わる決定が国際裁判のみ下し得るものであることが指摘された。⁽¹²⁶⁾ 即ち, この状況は, 国家行為の裁判不能に関する *Buttes* 原則を含むだけでなく, 未編入条約に基づく裁判不能の公理をも含意していたと思われる。

(注)

124. [1989] 3 ALL ER 523, 544; 81 ILR, pp.671, 700.

125. *Ibid.*, p.545; 81ILR, p.701.

126. *Ibid.*, p.559; 81ILR, p.722. 又, 控訴審判決でのラルフ = ギブソン判事 *Ralph Gibson LJ* の所説を見よ, [1988] 3 WLR 1033, 1143-44; 80 ILR, pp.49, 163.

裁判不能原則は, 国家行為概念を内包しつつもそれを越えており, 形式的に平等な主権国家に基づく国際システムにその妥当性の根拠を求めるべきである。とは言うものの, この原則の適用範囲が争われていることも事実である。裁判所は, 外国法そのものの合憲性というような権力的行為 *acts done in a sovereign capacity* の合法性 *validity* を審査することはしないが,⁽¹²⁷⁾ 個人的権利に関わる紛争即ち主権者又は主権国家のために行動する国民の行為の法的正当性に関わる紛争を調査することは妨げられない。⁽¹²⁸⁾

(注)

127. 見よ, *Buck v. Attorney-General*, [1965] *Ich*.745; 42 ILR, p.11.

128. 例えば見よ, *Dubai Bank v. Galadari*, *The Times*, 14 July 1990.

合衆国の裁判所もイギリスの裁判所と同様敏感な性質をもつ政治的理由により, 裁判不能 *non-justiciability* 分野が存在する

ことを認めている。この状況は通常, 政治問題の原則 *political question doctrine* と呼ばれ, 裁判所が外交分野での政治的に厄介な問題を考慮しないで回避するための法理として援用されている。⁽¹²⁹⁾ 例えば, 巡航ミサイルに反対するグリーンハム女性同盟 対 レーガン事件 *Greenham Women against Cruise Missiles v. Reagan case*⁽¹³⁰⁾ で, 連邦最高裁はイギリスの空軍基地への米巡航ミサイルの配備差止を求める訴訟が裁判不能の政治問題 *non-justiciable political question* となり司法解決にふさわしくないと判旨した。

(注)

129. 例えば見よ, *Underhill v. Hernandez*, 168 US 250 (1897) and *Henkin*, "Is there a 'political Question' Doctrine?", 85 *Yale Law Journal*, 1976, p.597.

130. 591 F. Supp. 1332 (1984). 同じく見よ, *Baker v. Carr*, 369 US 181 (1962).

キューバ国立銀行対サバチーノ事件 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* で,⁽¹³¹⁾ 合衆国最高裁判所 *US Supreme Court* は国家行為概念が国際公法の原則ではないものの国内的憲法秩序の均衡に資するものであると判示した。⁽¹³²⁾ 裁判所は, 外国政府が合衆国領域内で財産を取得することの国際法上の合法性 *legality* の如何を問わず, 合衆国の司法機関が当該行為の合法性 *validity* を審査することはできないと判決した。⁽¹³³⁾ ⁽¹³⁴⁾ この基礎的アプローチがその後の一事件でも支持されたが,⁽¹³⁵⁾ 他方では *London = Alfred Dunhill of London Inc. V. Republic of Cuba* で⁽¹³⁶⁾ 連邦最高裁は, 国家機関の商業上の義務を否認する理由として国家行為論を採用せず主権免除の考え方 *Sovereign immunity concepts* を採用した。しかし, 最近はこの厳格な国家行為原則 *strict act of state doctrine* にも例外が出現しており, 当事国間の条約の関連規定で支払可能な補償基準を定める“支配的法原則 *controlling legal principles*”が定立されている。⁽¹³⁷⁾

(注)

131. 376 US 398 (1964); 35ILR, p.z.

132. *Ibid.*, pp.427-8; 35 ILR, p.37.

133. *Ibid.*

134. このアプローチは 1964 年対外援助法 *Foreign Assistance Act of 1964* に連邦議会が 1982 年の *Hickenlooper Amendment* を施したので, 否定された形になっている。見よ, *Pub L No 86-663, para.301(d) (4)*, 78 *Stat.*1013 (1964), 79 *Stat.*653, 659, as amendend 22 *USC, para.23740 (e) (2)*, (1982). *ウィリアムズ = ハンバート会社対ウィリアムズ = ハンバート商標会社事件 Williams Humbert Ltd v. W H Trade Marks (Jersey) Ltd*, [1986] 1 *All ER* 129; 75ILR, p.312 で英上院は, 強制的取得及びその結果外国の支配下に入る財産に対する権限の変更を有効とする外国法を英国の法廷が承認し, 本案審理を経ずに強制的取得の結果を受容・執行するであろうと判決した。

135. *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 US 759 (1972); 66 ILR, p.102.

136. 96 *Sup. Ct.* 1854 (1976); 66 ILR, p.212. 同じく見よ, *Halberstam*, "Sabbatino Resurrected", 79 *AJIL*, 1985, p.68.

137. 見よ, *kalamazoo Spice Extraction Co v. Provisional Military Government of Socialist Ethiopia*, 729 F.2d 422 (1984). 同じく見よ, *AIG v. Iran*, 493 F. supp. 522 (1980) and *Justice Harlan in the Sabbatino case*, 376 US 398, 428 (1964); 35 ILR, pp.25, 37.

最近の重要事件で連邦最高裁は国家行為原則 *act of state doctrine* の適用範囲について改めて検討した。キルクパトリック対環境テクノニクス社事件 *Kirkpatrick v. Environmental*

Tectonics⁽¹³⁸⁾ は、競争相手がナイジェリア政府高官に賄賂を使っていたために同国政府発注の契約に入札できなかった会社が提起した訴訟である。米連邦最高裁は全員一致で、外国の主権的行為 sovereign act の正当性 validity が争われている訳ではないので国家行為原則の適用はないと判示した。当該原則の明白な意味は、外国の主権者がその領域内で実行した権力行為は正当と看做されるべきことを合衆国の裁判所としては認めざるを得ないという点にあったが、非権力行為に携わる外国政府が当事者となっている事件や紛争に当該原則は適用されなかったのである。⁽¹³⁹⁾

(注)

138. 29 ILM, 1990, p.182.

139. 同じく見よ, Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, 1987, vol. 1, pp.366-89, and *Bandes v. Harlow Jones*, 82 AJIL, 1988, p.820. バンデス対ハーロー＝アンド＝ジョーンズ事件で米控訴裁判所は国家行為原則が外国による領域外財産の取得に適用されないことを明らかにした。

行政証明書 Executive Certificates

イギリスでは裁判所が行政機関に対して一定事実の包括的確認を求める実行 practice が確立している。そのような質問の事例として、或る外国若しくはその政府の地位について、又、或る特定国に関して戦争状態 state of war が進行しているかとか二外国間に戦争状態が存在するかどうかについて、更に、或る特定の人物が外交官の身分を有するかどうかについてのものが存在している。この種の国家的諸問題については、裁判所は政府に照会すべきものとされており、裁判所の要求の後に発布される行政証明書（これは時々、外務省証明書 Foreign Office certificate と呼称されている）を関連国際法規の如何を問わず、最終的なもの conclusive と看做しているのである。⁽¹⁴⁰⁾ この立場は、マレー半島のケランタン州 State of Kelantan の地位及び同州が英国法廷で裁判免除を主張しうるか否かが争われたダフ開発会社対ケランタン州事件 *Duff Development Co Ltd v. Kelantan*⁽¹⁴¹⁾ で、確固として承認された。英国政府は、ケランタン州が独立国家と看做され得ると発表した。英上院は、“このような声明が出された以上、他の証拠は許容され得るものではないし必要でもない”と論じ、次のように説示した。

〔ケランタンの〕サルタン Sultan が国際法により主権者 sovereign と認められ得るや否やにつき殖民地省 Colonial Office が正当に答弁資格をもつかどうか、この点を調査することは裁判所の職務ではなかった。⁽¹⁴²⁾

(注)

140. 例えば見よ, Oppenheim, op. cit., 765-68

141. [1924] AC 797; 2 ILR, p.124. 同じく見よ, *The Fagernes*, [1927] p.311; 3 ILR, p.126 and *Post Office v. Estuary Radio Ltd*, [1968] 2 QB 740; 43 ILR, p.114. *But of. Hesperides Hotels v. Aegean Turkish Holidays*, [1978] 1 All ER 277; 73 ILR, p.9.

142. 1964年外交特権法 Diplomatic Privileges Act 第7条及び1978年国家免除法 State Immunity Act 第21条の下で、この種の証明書が外交及び国家免除問題に関する“最終的証拠 conclusive evidence”とされている点に注目せよ。更に本書第12章を見よ。

この基本的立場は、*R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ex p. *Trawnik* 事件⁽¹⁴³⁾ で再確認された。この判決で、1947年王座訴訟手続法 Crown Proceedings Act 第40条第3項と1978年国家免除法 State Immunity Act 第21条の下での証明書が、真正のものでないために無効となる場合及び外見上関連制定法による権限の範囲を越えて発布さ

れた場合に限って、裁判所の再審査に服すると判旨された。この種の証明書の内容は、そこに含まれている問題に関して最終的とされたし、当該証明書が外国への国家承認に関する限り、国王の大権事項であって司法審査に服しないとされた。

(注)

143. *The Times*, 18 April, 1985, p.4. 同じく見よ, Warbrick, "Executive Certificates in Foreign Affairs: Prospects for Review and Control", 35 ICLQ, 1986, P.138 and Wilmshurst, "Executive Certificates in Foreign Affairs: The United Kingdom", *ibid.*, p.157.

政府承認を行なわないで、体制の非合法的変更の問題を外交関係上のそれとして扱うと1980年のイギリスの決定に関して、色々問題が生じることも尤もである。⁽¹⁴⁴⁾ 裁判所が今後もこの種の事件で行政機関に証明書の発布を請求し得るか否か、又、請求できるとして行政機関の対応はどのような性格のものになるかは不明確である。行政機関は他国の新政府の地位に関して証明書を出したり最終的声明文を提出したりしたがらないかもしれない。もし不“承認 recognition”要素を含む証明書が交付されるならば、裁判所が新政府の地位を決定するために当該文書に依拠するかどうか、又、その決定プロセスで如何なる事実が考慮されるのかを調べてみるのも面白そうだ。

(注)

144. 更に本書第7章の政府承認の節の関係箇所を参照せよ。

合衆国國務省もこの種の問題に関してはイギリスと同様、“指示 suggestion”を提出している。但し、この“指示 suggestion”の方がイギリスの“証明書 certificates”よりも内容的には幅広く、争点に関する論評や時には当該行政機関の見解も含まれることがある。⁽¹⁴⁵⁾

(注)

145. *O'Connell*, op. cit., pp.119-22. 見よ, *The Pisaro*, 255 US 216 (1921); *Anderson v. N.V. Trsnsandine Handelmaatschappij*, 289 NY 9 (1942); 10 ILR, p.10; *Mexico v. Hoffman*, 324 US30 (1945); 12 ILR, p.143 and *the Navemar*, 303 US 68 (1938); 9 ILR, p.176.

