

国際社会における法定立過程

—— 条約法条約第53条と「人類の共同の遺産」 ——

佐藤一義

(目次)

- I 問題の所在
- II 強行規範概念の創造
 - (1) 自然法学と法実証主義
 - (2) 立法過程と合意
 - (3) 新たな強行規範の法源
- III 条約法条約第53条と「人類の共同の遺産」
- IV 結びにかえて

I 問題の所在

国際社会においては、国内社会におけるような立法機関は存在しない。したがって、伝統的に国際立法は、国家間の合意によりなされてきた。すなわち、対等な独立主権国家による自由な合意の下で、国際法は形成されてきたとされるのである。ここに、国際法が「任意法」的性格をもつとされる理由がある。

しかしながら、1969年に採択され1980年に発効した「条約法に関するウィーン条約」(以後、条約法条約と略称。)は、「強行法」的性質を有する「強行規範」(ユス・コーゲンス)概念を、条約の無効および終了原因(条約法条約第53条および第64条)として実定法化したのである⁽¹⁾。これは、伝統的な国際法秩序にとって、画期的な出来事であった。従来の条約秩序においては、道徳的・倫理的に排斥すべき内容の条約であっても、締結手続に瑕疵がない限り、国家間の約束として有効であるとされてきた。強行規範概念は、そこに国内法でいう「公序良俗」的理念を導入するものである。例えば、オーストリアのフェアドロス(Verdross, A.)は、1937年の論文において、国家が善良な風俗に反する(*contra bonos mores*)条約を締結することを禁止する、一般国際法規則の存在を主張した⁽²⁾。すなわち、任意法的性質を有する国際法に、強行法的規則を導入しようとするものであった。それを、条約法秩序において、条約の無効原因の一つとして実定法化したのが条約法条約なのである。

このような動向に痛烈な批判を加えたのが、イギリスのシュバルツェンバーガー(Schwarzenberger, G.)であった。彼は、1965年の論文において、国際社会は未組織段階にあるとの前提から、中央集権的な政府や、真の強制的管轄権を有する裁判所の存在しない社会では、強行規範概念は存在し得ないとした。そして、強行規範概念の「濫用される危険」および「自国にとって不利な条約義務を免れるためや、自国と直接関係のない問題にまで介入するための口実に利用されるおそれ」を指摘して、この概念の導入を強く批判したのである⁽³⁾。これに対してフェアドロスは、直ちに反論を展開し、1966年の論文で、「今日一般国際法の規則のうちのあるものが強行規範としての性質を有することは、次第に多くの学者によって承認されるようになった。濫用の問題については、すべての制度および規範について当てはまる問題であり、強行規範の存在自体を否定する論拠とはならない」とし、「国際社会全体の利益の存在」を強調したのである⁽⁴⁾。その後、国際法における強行規範の存在を肯定する考え方が多数を占めるようになり、条約法条約において、条約の無効原因の一つとして実定法化されることになるのである⁽⁵⁾。

さて、こうした強行規範概念の実定法化の過程を考えてみると、国際法の立法過程にはどのような問題点が存在するであろうか。国際法の法典化条約としての条約法条約において、この条約の無効原因としての強行規範は、従来の国際慣習法を法典化したというより、「漸進的立法」としての性質を有するもの

である。そこで本稿では、この概念を素材として、国際社会における法定立過程の問題点の検討を試みたい。すなわち、強行規範概念が、学說的主張から実定国際法として諸国家により認知されるまでの過程を検討することで、現在の国際社会における法定立過程を検証することが本稿の目的である。

II 強行規範概念の創造

ある学者は、この強行規範の概念について以下のような検討を加えている⁽⁶⁾。強行規範概念は、すべての条件において国際社会のあらゆる構成員を拘束する基本的法原則の総体の出現を前提とする。圧倒的な重要性をもつ「上位法」(higher law)の理念は、国家実行と法原則の両方において、着実に根拠を得つつあるのである。1969年の条約法条約においてまず具体化され、1986年の「国際機構条約法条約」によって引き続き確認された⁽⁷⁾。両条約の第53条は、一般国際法の強行規範を、「いかなる逸脱も許されない規範として、また、後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ変更することのできる規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範」と定義している。ここでは、もともと条約法に関する法典化の過程で考えられたように、強行規範の概念は、条約関係に対してのみ適用される。条約法条約にみられるように、その主たる機能は、「上位法」として、認められた基本的共通規則に反する二国間および多数国間条約を無効にすることである。しかしながら、その後の発展は、ずっとより広い文脈において強行規範に頼る国際社会の願望を示唆してきた。国際法秩序にとってその概念の重要性が増すことは、国家責任法におけるその最近の適用とともに、特に明白なものとなってきた。強行規範に密接につながる理念に頼ることにより、国際法委員会は、国家による「国際社会の基本的利益の保護に不可欠の」⁽⁸⁾ 国際義務違反から生ずる国際犯罪の観念を提案したのである。国家責任分野における作業を継続する中で、国際法委員会はまた、強行規範に反するいかなる行為も包括的に禁止するという理念を是認したのである。特に国際法委員会は、強行規範の場合において、その違法行為に対し不利益を被った国が同意を与えた場合でも、国家によるそのような規範から生ずる義務違反行為の責任を解除すべきでないと感じているとされる⁽⁹⁾。

強行規範概念の容認が増大することは、また国際裁判実行や政府の公的弁論において、特定の強行法的規則に関する援用が増加することにも影響されているのである。いくつかの事件において、国際仲裁裁判所は、すでに係争中の問題に影響を及ぼすような強行規範の存在の主張を扱わなければならなかった。例えば「Texaco事件」(1978年)において、仲裁裁判所は天然資源に対する永久的主権の原則が「強行規範の一つの基準」と考え得るかどうかという問題に直面したが、裁判所は否定的に答えたのである。また、「Aminoil事件」(1982年)において、仲裁裁判所は永久的主権が「強行規範という強制的規則」となるという主張を否認した。さらに1990年の別の事件において、ある国家(ギニア・ビサウ)は、自決原則が強行規範の一つであると主張した。その国家は、この強行的原則からさらに2つの強行規範原則を引き出したのである。すなわち、天然資源に対する永久的主権と、植民地域及びそれらの解放を戦い取ろうとしている人民に関する条約を締結することを植民国家に禁止する規則である。仲裁裁判所はその2つの原則の強行的性質に関する宣言を拒否した。なぜなら、それらは近い将来には当該紛争に適用不可能であると考えたからである⁽¹⁰⁾。また、国際司法裁判所は、1969年に「強行規範の何らかの問題についての」いかなる事も宣言することを拒否したが、その以前の保留した態度を変えたのである。「Nicaragua事件」の判決において、国際司法裁判所は、国際法において承認された原則として強行規範を明確に肯定した。国際司法裁判所は、「強行規範の性質を有する国際法規則の顕著な例」として、武力行使の禁止という国際法委員会の性格付けを援用したのである。この事件の当事国(ニカラグアとアメリカ合衆国)の間の覚え書きにおいて、武力の不行使が「強行規範」の原則であると述べられたことは重大な意味を持つと考えられる⁽¹¹⁾。

立法という観点から、国際法における強行規範の未来にとって、現行法における十分な変化を達成するため努力の中で、諸国家が強行規範の概念を援用する傾向を発展させてきたことが主たる重要性なのである。急速な法的改革を押し進める国家は、その概念を改革の強力な道具とみなしている。その改革の支持

者たちは、いくつかの強行的原則を創造することにより、既存の法律関係の全体の体系において、急速な変革を成し遂げることができることを発見したのである¹⁴²。国際法の様々な分野で、一般国際法の新たな強行規範を導入しようとする真摯な努力がなされてきたと言える。

このような展開の結果、国際社会は強行規範に関する多くの独特の問題に直面することとなり、その多くは未解決のままである。逆説的にいえば、その未解決の問題の一つは、国家社会にとって基本的な重要な規則が創造される標準的な手続きの定義に関するものなのである。一般理論的な観点から、いかなる立法権力も存在しない国際社会が、すべての構成員を拘束する上位原則の理念をどのように適応させ得るかは、不明確なままである。国内法秩序において、すべての法主体を拘束する強行的規則の導入は何等の困難も生じさせないけれど、国際社会の構成員に対して法的規則を課することの可能な国際的立法機関の不存在は、少なくともその語の通常の意味における国際法の強行規範の存在の希薄な根拠を強調する、主たる障害となる。実際問題として、強行規範の創造のための明確に定義された手続きの欠如において、それらの出現と後の証明が、異なる国家集団の政治的選択を反映する矛盾した主張の問題となるかもしれないという危険性が増してきている。強行的規則のための立法過程の基本的基準に関するコンセンサスの欠如は、必然的にその概念の政治的濫用の道を開く事になるのである¹⁴³。

(1) 自然法学と法実証主義

さてここで、強行規範概念と自然法学及び法実証主義との関係について考えてみたい。国際法における強行規範の原則が、自然法概念の強い影響の下で発展してきたことはよく知られている。完全な、あるいはほとんど完全な契約の自由を唱える実証主義者と対照的に、自然法学者は、国家は契約関係の確立において絶対的な自由を有することはできないと、いつも教えてきた。国家は国際社会に深く根ざしたある種の基本原則を尊重する義務があるとされた。従って、強行規範に関する交渉が、自然法の継続的重要性の主張とともに為されたきたことは当然のことである。1969年の条約法会議において、多くの国家が、強行規範は自然法概念からその起源が引き出されるという事実を強調したのである。その交渉における多くの参加者は、強行規範の規則が人間の法的良心及び道徳的信念に基づくものであると信じていた。強行規範原則の受諾は、法実証主義の大きな危機として認識されたのである。この点について、「実証主義理論の再考」を求める代表もいた¹⁴⁴。

その広く共有された理解の故に、条約法会議後の強行規範に関する学者の議論は、自然法思考の復活により特徴づけられるのである。強行規範が「諸国家の自然法の一形態」あるいは「自然法の一過程」であるとの見解は、現代法理論においても支持され続けているのである。強行規範の一般自然的及び道徳的基礎を伴う先入観は、この新たな一般国際法概念の苦心の過程を特徴づける法形態の基本的問題の明白な無視を説明することとなる。長年にわたる議論の後に、国際法委員会は強行規範に関する条文案を提案したが、それは強行規範の規則とそうでない規則とを区別することができる客観的基準を示唆することができなかったのである。この草案のコメンタリーにおいて、国際法委員会は「強行規範の性質を有する国際法の一般的規則を確認するための単純な基準は存在しない」ということを認めざるを得なかった。国際法委員会はまた、「その見解において強行規範の性質を与えることができるのは、国際法の一般規則の形態ではなく、それが扱う主題の特別な性質である」という見解を表明したのである¹⁴⁵。

国連条約法会議の際、その専門顧問であったウォルドック (Waldock, H.) は、国際法委員会が「自然法におけるよりも実定法における強行規範の問題へのアプローチに基づく」と強調した¹⁴⁶。依然として多くの代表は、「当該規則の形態またはその源が、それらの強行的性質を決定することに基本的な重要性を持たない」と信じていたのである¹⁴⁷。そのような規範が生ずる方法を明記することが真に必要であるかどうかについて、重大な疑念が表明された。強行的規則の重要な基準は、それらが「個々の国家の必要にではなく、国際社会全体の利益に奉仕する」という事実であるべきことと考えられたのである¹⁴⁸。特別な基準の必要が、それらが真に重要でないという議論に直面しているのである。国内法の類推に頼ることによって、「良俗、道徳及び公序は、国内法において必ずしも定義されていないし、それらを特別な

場合に適用することにおいて、解決できない困難が生ずるものでもない」と主張する代表もいた¹⁹⁾。

同時に、明確な定義の存在しない強力な新しい概念（強行規範）が、政治的な目的のために濫用され得るという不安感も存在した。異なる利益と社会制度をもつ民族国家により構成され、異なる要素から成る国際社会において、社会の価値や利益の内容及び順位に関する真の合意を得ることが極めて困難であることは、多くの人々が感じていることなのである。「国際社会の基本的利益」が、主観的に解釈されるという危険が存在するという事である。もしこれらの基本的利益を反映する規範の証明のための客観的基準を設定するための努力が為されない場合、何が強行規範の本体を構成するかについて、異なる国家集団が同意することはほとんど不可能であろう。実際国連条約法会議での交渉では、それぞれの国家が、彼らの好みを反映する強行規範の様々な例の主張が見られた。強行規範の性質を有するものとして討論の中で言及された規則の非常に多様性に関する注釈において、イギリス代表は、「ある国家にとって強行規範であることは、他の国家にとって必然的に強行規範であるとは限らない」という事実を、正当にも言及したとされる²⁰⁾。

より広い観点から、社会の利益及び道徳的価値は、承認された規準を定める過程の範囲内で認められた形態なしに、「上位法」のまま法の一部とはみなされ得ないということも明らかである。ブラジル代表が指摘したように、「国際法は、定義すれば国家により形成されたものであった。そして、国際社会の集団的な同意がなければ、いかなる立派な向上心や感情、進歩への愛または世界の人々の幸福への熱望も、国際文書の中で具体化され得なかった」のである²¹⁾。このような提案された強行的原則のある種の確認の必要性の強調は、国際司法裁判所の有名な宣言に近似するものである。すなわち、法の問題として、それらが法形態において十分な表現を与えられている限りにおいてのみ、道徳的原則を考慮に入れることができるという指摘である²²⁾。

多少でも明確な基準とともに「上位法」の新たな概念を規定する必要性は、強行規範の漸進的な「実定法化」に帰着する。国連条約法会議は、国際法委員会の強行規範に関する条文草案に、強行規範は「国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認め」られなければならないという必要条件から成る新たな要素を導入したのである。1969年の条約法条約第53条に定式化された、国際社会全体による「受諾」及び「承認」を通じた強行規範の実定法的規準の要請は、強行規範概念を実定法の領域に導いたのである。結果として、強行規範の基準及び後の確認のために用いられうる実体規範的手続きの問題が、最高の重要性を帯びることになったのである。強行規範の受諾された公式の定義が、強行規範と国際司法裁判所規程第38条に示された法源との間の明確な関連を確立する一方²³⁾、どんな特別な基準を定める過程が「上位法」の出現をもたらしうるのが、まだ未解決のままなのである。

自然法の領域において、すべての法主体をそれらの意思とは無関係に拘束する上位原則の存在を仮定することに、論理的困難は存在しない。それとは対照的に、実定法秩序における強行規範の出現は、特定の社会のすべての構成員に強行的規則を課することの可能な立法過程を含むのである。主権による立法に基づく国内法体系が、この点について十分な装備を有するのに対して、国際法においては、強行規範の理念の必要条件と現行の立法過程の可能性との間に、紛れもないギャップが存在するのである。これらの過程は、国際社会の構成員の合意を通じてのみ国際法規則の創造を規定するのである。

強行規範の理念と原則的な国際法形成の合意性との間の明白な矛盾は、以下の2つの方法で解決されるかもしれないとされる。その第1は、主として国内法体系から援用された強行規範の通常の意味は、国際体系の中に移植され得ないということ的前提とすることである。強行規範という国際規則は、それらを受け入れかつ承認した法主体のみ拘束することになる。第2の可能性は、強行的規則の出現のために個々の国家の合意を必要としない新たな立法手続きの国際体系の導入を含むものである。以上のような展開は、立法に関する国際法秩序の憲法的原則における根本的变化に等しいことは明白である²⁴⁾。すなわち、強行規範概念は、伝統的な国際法学に画期的な変化をもたらすものである事は確実である。それは、従来の私法的特質が強調される国際法分野に、公法あるいは憲法的規則の存在を認めることになる点である。しかしそれは、これまで検討してきたように、自然法学的アプローチであれば十分可能である。しかし、諸国家間の合意を基礎とする法実証主義的アプローチによれば、非常に困難や論理的矛盾を生ずることとなるのである。しかしながら、「上位法」の理念の検討が十分に為されないまま、条約法条約第53条におい

て諸国家の受け入れと承認という「合意」により、国際法における強行規範の導入が為されたわけである。そこで、この立法過程における合意と強行規範との関連でさらに検討を進めてみたい。

(2) 立法過程と合意

国際法の強行規範が合意的特質を有し、結果として関連の強行的規則を受け入れた国家のみを拘束するという見解の支持者は、国際体系を支配する伝統的な憲法的諸原則によるのであるとされる。彼らは、強行規範を導く規範創造過程が、通常の立法過程と異なることはないと主張する。国際法委員会において、ある委員は、「強行規範の性質を有する諸規則は、国際法のすべての他の諸規則と同様、諸国家間の取り決めにより創造される」と述べている⁶⁹。その後、このような考え方は、強行法の立法において国家の意思を強調する多くの諸国と、「上位法」でさえも国家の合意に基づくと信じる諸国の学者により支持されたのである⁷⁰。

しかしながら、国際社会の基本的利益を反映する強行規範が、すべての国家を例外なしに、それらの可能な不同意にも関わらず拘束すべきであるとする反対論が、より広い支持を得ていると言えるのである。それは、社会的観点から見て、こうした理論が強い知的魅力をもっていることは疑いない。例えば「南西アフリカ事件」において、強行規範概念の例証となるような主張が、原告であるエチオピアとリベリアにより為されている。それは、以下のように展開された。アパルトヘイトのような人種差別の禁止が言及されたのである。原告は、南西アフリカが、国際社会の（全員一致に近い）圧倒的な合意により創造された法規範からの免除を主張することは許されないとした。そして、非差別及び非分離という規範は、諸国家の共通利益及び組織化された国際社会全体の共通利益の促進を含むとした。さらに、広く共有されより深く意識され強く表明される人道主義的信念に基づく共通利益の存在を指摘する。この点において、アパルトヘイトはジェノサイドに相当するとされる。その両者に対応する法創造過程の性質は、著しい類似性をもつとされる。すなわち、国際社会の共通の意思が、衝撃的にも事実上の全員一致となり、法の道徳的基礎が最も明白となった点である。それは、まさに違反者が存在する故に、ある規範を創造する推進力が存在したということである。もしその違反者が異議を述べることによりその行為に対する法的有罪判決を無効にすることが許されるならば、国際法は、国際社会秩序の基礎をなす価値に対する重大な挑戦にもかかわらず、無力なものとしてしまうというのである⁷¹。

1969年に条約法条約が採択されて以来、こうした見解を支持する者が多く見られるようになった。例えばある学者は、2またはそれ以上の国家に強行的規則から合意によって免れることを認めることは、強行規範が実定国際法に導入されたまさにその目的、すなわち、社会的考慮が個々の利益に優先すべき分野において国際法秩序の同質性を守るということを無効にしてしまうと強調している⁷²。彼によれば、一度受諾された強行規範は国際社会全体を拘束し、その結果、当該規則の特別な機能の受諾及び承認の証拠が存在しないこと、さらにそれが明白に否認されたことが証明された場合でも、国家は当該規則の拘束的強行的性質からもはや免れ得ないとするのである。また別の学者は、強行規範は国際社会の共通意思に基づくものであり、その反対者さえ拘束する絶対的規範とみなすのである。さらに、個々の国家は、ある国際法規範の強行的性質を否認することにより、国際社会を無視することはできないとする見解もある。また、強行規範は必然的にすべての国家に関して作用するものである。1または数カ国という一部の受諾の欠如または反対でさえ、強行規範に対する障害とはならないという見解もある。また、大多数の合意で強行規範を創造するには十分であり、そのような規範は、それらを認めることを明白に拒否する国家も含め、すべての国家を拘束すべきであるという主張もある。これによれば、強行規範はその規則を受諾しない国家に対しても適用可能であるということが、その概念の本質であるとされる⁷³。

以上のような見解は、まさにその性質によって、強行規範の概念が例外なしにすべての国家に関して必然的に作用しなければならないという仮定に基づいている。特に、強行規範概念の本質が、国内法秩序においても国際法秩序においても同様であると仮定されている。しかしながら、この基本的仮定には誤りがあるかもしれない。強行規範を受諾することにより、それが国際社会におけるすべての国家をそれらの可

能な異議なしに拘束するという憲法的原則に関する合意に確かに到達したという事実が、確かな証拠として証明されるかどうかという議論が生ずる。これに対して、強行規範が非合意または完全な合意ではない立法手続きの出現を意味するという見解が、以下の2つの主張によりなされている。第1は、強行規範の受諾は、普遍的な拘束力を有する規則の創造可能な新しい法源全体の承認を意味するというものである。第2の主張は、「上位法」の関係において、多数者の規則制定を許すために、現行法源が変更されるという理論に基づくものである⁶³⁾。いずれにしても、条約法条約第53条の定式化により、強行規範的性質を有する国際法の諸規則の立法過程において、諸国家間の合意の位置づけはより困難な問題を提起することとなったのである。

(3) 新たな強行規範の法源

強行規範概念に関連する新たな法源の出現の可能性は、条約法条約において初めて言及されたのである。国連条約法会議においてフランス代表は、強行規範に関する条文草案が、「対世的(erga omnes)」に無効となるような強行規範の存在を多数者が生み出すことができることを意味すると解釈されるならば、その結果は国際法源を創造することになるとした。フランスはそのような可能性を否定したが、その理由は、このような新たな法源はすべての責任の支配及び欠如によるというものであった⁶⁴⁾。国連条約法会議後、条約法条約第53条の定式化が、新しい法源すなわち国際社会全体の場で表明されたものとして、直接一般規範を創造するための国際社会の意向を明確に含むものの証拠とみなされるべきであるという論争を支持するものとして用いられることとなる。この理論の支持者は、新たな強行的法源が、伝統的法源概念における根本的変化を代表すると主張する。条約法条約第53条によれば、強行規範は「国際社会全体」により承認され受諾されなければならないから、この見解は、新しい法源が個々の国家の意思ではなく、国際社会「全体」の意思に基づくことと主張する。ここで、国際社会「全体」が、国連総会あるいは普遍的国際会議においてのみ集合することになるから、その新しい法源の支持者はこれらの社会の場における決定に特別な重みを与えることになる。より技術的な見地からは、その新しい法源に賛成する議論は、条約法条約第53条が国家慣行のいかなる要素への言及も含んでいないという事実に向けられるのである。このような見解において、一般的強行規則の成立は、慣行の強化された形態として考えることはほとんど不可能であることを理由とする。慣行に基づかない「一般規則」の形成の、自律的あるいは原初的方式が含まれるというのがより適当である。この文脈において、異なる場において表明された社会的「合意」が、強行規範の新たな形態の法源であると考えられるべきであるとの主張もなされた⁶⁵⁾。

しかしながら、強行規範概念に関する交渉記録の注意深い検証は、条約法条約第53条の受諾が、一般国際法の新たな法源の承認を意味するという議論を支持しないのである。国際社会において、新たな立法手段が不用意に仮定され得ないことは明白である。従って、強力な新法源の公的な承認は、その新たな立法手続きの性質及び基準に関する、慎重に算定された社会的合意を必要とするであろう。しかし、そのような憲法的合意の証拠は存在しないのである。確かに強行規範概念の構成者は、現行の国際体系に新たな立法手続きを導入しようとさえしなかった。準備作業は、それらの目的がより以上に制限され、条約の無効原因の説明のみ含まれることを示唆したのである。条約法の技術的分野の範囲内で作業する一方、国際法委員会は、強行規範のためのより上位の法源を導入する可能性をどこにも論じなかった。実際、国際法委員会は、強行規範の法源の問題に注意を払わなかったのである。強行規範に関する条文草案の最終コメントリーにおいて、国際法委員会は「強行規範の規則の修正」のためのあり得る媒介物として、条約のみを選んだのである⁶⁶⁾。同様な態度が、諸国家間で、強行規範を現存する法源の所産であるとみなす明白な傾向があった国連条約法会議において優勢であった。特にお互いに相互作用する条約と慣習という確立された法源が、その討議に参加した大多数の代表により明確に言及されたのである⁶⁷⁾。それらの発言のいくつかを見てみよう。例えば、西ドイツ代表は、「強行規範は、文明国が認めた法の一般原則から引き出される」とし、強行規範の可能な法源として「法の一般原則」に言及している。アメリカ代表は、提案した修正案について、一般国際法の強行規範は、「世界の国内及び地域的法体系により共通して認め

られる」べきであるとした。そのアメリカ提案に即して、スウェーデン代表は「主要な、政治的、経済的及び社会的システムにおいて承認された法の基本原則」に言及している。また、オーストリア代表は、「すべての主要な法体系」により承認された諸原則を、ベルギー代表も「世界の様々な法体系」を挙げている。このアメリカ提案は、条約法会議において否決されてしまったわけであるが、それが強行規範の主たる法源としての「一般原則」の保証と解釈される限り、その提案の否決は、第3の法源の強行法立法能力に対する批判的態度を意味することになる。このような法源が、強行規範の確立のための、適切な媒介物となり得るかどうかについて疑問であるとの発言もある。しかし、ここで確認されるべき点がある。すなわち、国際法源の現行の体系の枠組みの中に強行規範を置くという一般的傾向の重要な付加的確認は、国連条約法会議で採択された強行規範概念の定義が、国際司法裁判所規程第38条に使われている用語に密接に従っているという事実なのである⁶⁸。

その後の展開は、いかなる強行規範の特別な法源も存在しないことを確認している。1976年に国際法委員会は、事実上、国際法秩序において、「憲法的」あるいは「基本的」原則を創造するためのいかなる特別な法源も存在しないと述べた⁶⁹。「ニカラグア事件」において、国際司法裁判所は、武力行使の禁止という強行的規則は、ある特異な法源ではなく、確立された法源とりわけ慣習に基づくものであるとの仮定を明確に進めたのである⁷⁰。また、新たな法源理論のより穏健な見解を提案する学者もおり、彼らは、強行規範として出現する一般国際法規範が、伝統的な立法過程の範囲内で創造され得ることを認めるのである。しかしながら、これらの規範は、通常の立法過程の範囲内ではなく、強行規範として既に存在する一般法規範を受諾かつ承認する事を目的とする国際社会全体の意思を含む新たな自律的手続きの範囲内で、「上位法」の特別な地位を獲得すると論じられる。一般国際法規範の地位を得る過程と、強行的性質を得る過程を分離することによって、この理論の支持者は、後者の過程が国際社会の個々の構成員の合意の要素に関する厳密な伝統的必要条件を含まないと主張するのである。ある規範の強行的性質の受諾及び承認の要素は、いかなる形式においても表明されうると仮定される。すなわち、「国際社会全体の」強行規範に関する意思は、国連総会あるいは普遍的な国際会議によって表明され得るといっているのである⁷¹。

この理論を評価するにあたって、ある規範の強行的性質を承認することは、国際法体系全体にとって最高の重要性を有する行為であることに留意しなければならない。このような見解において、当該行為が、国際社会の構成員の地位を、彼らの権利及び義務の創造及び変更に関して、調整するのに伝統的に用いられる受諾された形式的手続きの外側でどのように完成され得るのが問われるであろう。一般法規則の創造の過程と、強行規範の地位を得る過程は、（例えば、ある現存の一般国際法が、時代の中で強行規範の性質を得る場合）独立して起こるかもしれないが、現存の規範の強行規範の順位における上昇は、基本的に立法行為のままである。従って、それは通常の立法としての同一の必要条件に従わなければならない。特に拘束的であるためには、一般法規則の特別な強行的地位の承認が、立法のための国際法体系により規定された権威ある手続きを通じて明言されなければならないのである⁷²。

第2の立法段階は、既に一般的に受諾された規範のより上位順位への格上げに関するものであるかもしれないが、それは必然的に、他の有効な法規範に関する他のいかなる合意とも同一の形式の範囲内で表明されるべき、国際社会内の新たな法的合意が求められるであろう。換言すれば、ある規範の強行的性質の受諾及び承認は、法的に拘束力ある形式で表明されなければならないということである。そのような形式的条件は、ある法的原則が初めから強行規範として主張される場合において、より適切なものとなると考えられる。さらに言えば、現代国際社会において、社会全体が既に存在する規範を強行規範の位置にまで格上げしたり、全く新しい原則を強行規範として主張することのできる、新たな簡易化された手続きまたは手段というものは存在し得ないのである⁷³。

以上のような考察から、条約法条約第64条が規定するような「一般国際法の新たな強行規範」の成立について、以下のような指摘が可能であろう。第1点は、その法源の特定の困難さである。これまでの検討から明らかなように、様々な可能性が考えられるけれども、現在までのところ、そこに決定的なものは存在しないということである。第2点として、その特定の目的の手続きの困難さである。条約法条約第53条に規定されるように、「国際社会全体が受け入れ、かつ、認める」場として適当なものの存在を、現

在の国際社会に見いだすことは、なかなか困難なことであろう。さらに、ある国際法規則が強行規範であると「受諾及び承認」するための適切な手続きや手段をどこに発見すべきであろうか。条約法条約においては、強行規範に関する紛争解決手続きとして、第66条が一応存在する。しかしながら、そこでの判断機関としての国際司法裁判所が、十分な機能を発揮できるかどうかについては、未だ十分な確証は得られていないのである。ましてや、条約関係の複雑化（例えば、国家間条約のみならず、国家と国際機構及び国際機構相互間条約の増加）が、いっそうの「合意」の困難さを導くことになるであろう⁴¹⁾。

Ⅲ 条約法条約第53条と「人類の共同の遺産」

ここで、1982年に採択され、1994年に発効した国連海洋法条約第136条に注目してみたい。そこでは、深海底及びその資源が「人類の共同の遺産 (common heritage of mankind)」であると規定されている。この概念は、1970年の「深海底を律する原則宣言」の1項において宣言され、国連海洋法条約に具体化されたものである。すなわち、深海底とその資源は、人類の共同の財産であるとされる。そこで国家は、深海底のいかなる部分またはその資源についても、主権または主権的権利を主張してはならない。深海底資源に関するすべての権利は人類全体に付与されるものとして、「国際海底機構」が人類全体のために行動することが、その第137条に規定されている。さらに、深海底活動は、人類全体の利益のために行われ、そこから生じる財政的及び他の経済的利益の衡平な配分が機構を通じて行われることが、その第140条に規定されているのである⁴²⁾。この「人類の共同の遺産」原則は、強行規範であるとの主張が、第3次海洋法会議においてなされた。また、チリは本条約に署名する際、この原則が強行規範である旨の宣言を行っているのである⁴³⁾。

国連条約法会議による法概念の承認は、国際法立法過程における第三世界の国々の「偉大な勝利」であると評される。それらの諸国の観点から見れば、条約法条約第53条における強行規範概念の採用は、国際立法政策における革命的な変化と認められるのである。その概念は、先進国の利益というより国際社会のより高次の利益を反映する規範の創造を許容するものと考えられたのである。それ故、第三世界の諸国の意思決定者は、立法目的のために強行規範概念を用いることに躊躇しなくなったのである。第3次海洋法会議における交渉過程は、こうした傾向の最も分かりやすい例とみなされている。それらの諸国は、彼らが多数派であるが故に、新たな海洋法を創造する機会とみなしたのである。そこで言及されたのが、「全人類の利益 (the interests of all mankind)」という用語であった。そうした状況の中で、特に海底の法制度に関して、途上国は「人類の共同の遺産」原則が強行規範であると主張した。これが、1970年の「深海底を律する原則宣言」であり、多くの途上国はこれを支持したのである。

また、国連海洋法条約の締約国は「第136条に規定する人類の共同の遺産に関する基本原則についていかなる改正も行わないこと及びこの基本原則から逸脱するいかなる協定の締約国にもならないことを合意」と、その第311条6項は規定している。この条文は、条約当事国の後の合意に重大な制限を課していることは明らかである。しかしながら、このような制限の存在は、第311条によって「人類の共同の遺産」原則に自動的に強行規範の性質を与えるということを、必ずしも意味するものではないとされるのである⁴⁴⁾。すなわちそれは、当該条約に具体化された特別な規則の文言からの逸脱が許されないことを規定している単なる規定にすぎないものが、その関連条項を一般国際法の強行規範に変えることはないということは十分承認されている⁴⁵⁾。この第311条の影響の評価において、それが国連海洋法条約の締約国のみ拘束するものであるという事実を考慮しなければならない。また、第311条が国際社会全体を代表して、「人類の共同の遺産」原則の強行規範的性質を承認することを主張するものでない点にも留意しなければならない。しかし、発展途上国は、国連海洋法条約が、強行規範としての「人類の共同の遺産」原則を反映したものだとして主張し続けているのである。これに対して、少数派の西側諸国は、この原則の強行規範性を明確に否定してきたが⁴⁶⁾、多数派は、反対者に海底に関する特別な規範的解決を負わせる目的で、その原則に頼り続けたのである。特に、西側諸国による深海底開発に関する一方的な立法提案は、「共同の財産」の一方的開発を禁止する「上位法」概念に頼る発展途上国側の強い抵抗に直面する

こととなる。いわゆる「グループ77」は、「人類の共同の遺産」原則が、強行規範の効果を有する慣習規則であるとするなら、一方的立法及び限定的合意は違法であり、その原則の違反となると主張したのである⁴⁷⁾。

これまで、国連海洋法条約第136条において「人類の共同の遺産」原則が定式化され、その強行規範性に関する議論を見てきたわけであるが、ここで条約法条約第53条の定式化の過程と比較してみよう。まず両者の立法過程の共通点として、西側諸国を中心とした先進国側の批判的姿勢と、発展途上国側の強い支持が指摘できる。この背景には、①一種の理想主義及び伝統的国際法への反発、②自国の（とりわけ発展途上国側の）利益追求、③これら2つの理念には、道徳的・倫理的要素が多く含まれており、これを支持することが国際世論に適うこと、等が存在すると思われる⁴⁸⁾。また、これらの概念がある種の「政治的武器」としての性格づけが想定されているという点も指摘される。すなわち、ある原則または規則が強行規範であるか否かということが、ある国家グループ間の政治的争点および対立点となるということである⁴⁹⁾。いずれにしても、様々な局面で、伝統的国際法に対する挑戦を続ける発展途上国と、それを阻止しようとする先進国という図式が、ここでも観察されるということであろう。そして、多数派の発展途上国側の主張が、少数派の先進国の反対を押し切るか、あるいは妥協がはかられるという結果となるのである。ここからも、これらの概念がある種の「政治的性質」を帯びることを余儀なくされる原因を探ることができるであろう。また、「人類の共同の遺産」原則の定式化の過程において、「国際社会全体が受け入れ、かつ、認める」という条約法条約第53条の要件が満たされたか否かについては、疑問視せざるを得ないのである。

IV 結びにかえて

最後に、強行規範の変化あるいは変更についての検討を試みたい。強行規範が、その歴史的発展のそれぞれの段階における国際社会の最も根本的な法的諸原則を構成することについて、一般的に合意されているとあって良い。そして、他のすべての国際法規則と同様、強行規範は必然的に、国際社会の継続する変動の影響の下で、進化し、変化しなければならない。強行規範のこうした側面に関して、国際法委員会は、「強行規範の規則といえども、将来の発展に照らして、不変かつ変更不可能なものみなすことは、明らかに誤りである」と述べている⁵⁰⁾。そして、条約法条約第53条は、強行規範が「後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ」変更されうると規定し、その第64条は、「一般国際法の新たな強行規範」の出現を示唆しているのである。

現在の裁判実行も、このような見解を支持しているとされる。「ニカラグア事件」において、武力不行使の原則を扱う際、国際司法裁判所は、原告及び裁判所により強行規範として言及されたこの原則が、その規則の違反が新たな規則の承認の示唆として扱われる場合、反対の実行により変更されうるという仮定を立てたのである⁵¹⁾。裁判所は、このケースにおいてはその変化を否定した。その規則自体に含まれる例外や正当化を強調することによって、諸国家がそれらの合意を弁護したからである。しかしながら、国際司法裁判所が、原則の問題として、強行的規則の変更の理念を是認したことは明らかであるとされている⁵²⁾。強行規範本体の変化の可能性については、議論されるべき多くの問題点を含んでいる。その予備的問題の一つとして、強行規範が、それ自身強行的性質を有しない規則により変更されうるか否かということがある。これについて、強行規範は後の強行的規則だけでなく、一般国際法の通常の規則によっても変更され得るという考え方もある。そして、諸国家は同時に新たな強行規範を創造することなしに、ある規範の強行的性質についての意思を変えることができ、この過程はまた、強行規範の消滅をも導くと論じられるのである。この問題に関する国際司法裁判所の立場は明確ではないが、条約法条約の構成者は、強行規範が「後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ」変更され得るという見解を支持したのである。強行法の変化の過程の性質は、その元になる規範が確立される立法手続きと異なることはできないということになる。従って、強行規範のいかなる変化や変更も、「国際社会全体」により強行的と受諾され承認された新たな規範によって是認された場合にのみ起こり得るとされるのである⁵³⁾。

もしこれが、強行規範の変更の受諾された方法であるとすれば、その変化の問題が、有効な立法手続きの見地から考えられる場合、必然的に非常な複雑さが生じることになる。強行規範の変更を目的とする新たな慣習を構成するすべての一方的行為は当初から無効となり、結果として新たな規則の出現に貢献し得ないが故に、慣習的過程は変化の有効な過程とは考えられない。規則を変更することの慣習の技術的不能の見地から、条約が唯一の有効な変化のための手段として残ることになる。国際法委員会もこの事実を認め、強行規範の変更は、一般的多数国間条約を通じての変更が現在最も有効であろうと述べている⁶⁴⁾。しかし、それが「国際社会全体」による新たな強行規範の受諾かつ承認に等しいものでなければ、広い関係を伴う「一般的多数国間条約」といっても強行規範を変更することはできないことになるのである⁶⁵⁾。これまでのところ、新たな強行規範の成立の形式として、慣習法と一般的多数国間条約の2つが考えられてきた。伝統的な国際法定立の形態として、一般国際法規則は慣習法としてのみ成立するとされてきたのである。しかし、最近の傾向として、いわゆる「立法条約 (law-making treaty)」または「法典化条約」が多数締結されるようになった。本稿で言及した条約法条約や国連海洋法条約は、まさにこうした条約の典型である。これらの条約において、強行規範概念や「人類の共同の遺産」原則が定式化されたわけである。けれども、こうした法定立の形式には以下のような論理的矛盾が指摘されている。例えば、現行の強行規範の規則に抵触する内容の条約は、条約法条約第53条により無効とされる。従って、現行の強行規範の変更を含むような条約は当然に無効であるから、当該条約により現行の強行規範を変更することは許されないという論理的帰結となる。また、「上位法」としての強行規範が存在するのであれば、それに反する国家行為の反復は違法な行為の繰り返しにすぎないから、慣習法という法定立形式でも強行規範の変更は不可能となってしまおうというのである⁶⁶⁾。

こうした矛盾をはらみながらも、条約法条約第53条で定式化された強行規範概念は、国際法定立の様々な場面で言及されるようになった。例えば海洋法の分野もその1つではあるが、国家責任法の分野においても「一般利益」概念との関連での考察がなされなければならないであろう。いずれにしても、これからの国際法の定立過程(条約、慣習といった伝統的手段のみならず、国際機構や国際会議の決議等も含めて)及び関連する裁判実行に注目していく必要がある。

(注)

- (1) 1997年3月1日現在の当事国数は、80カ国である。(東信堂、「ベーシック条約集」、1997年。)
- (2) Verdross, A., *Forbidden treaties in international law*, *American Journal of International Law*, 1937, pp. 571-577.
- (3) Schwarzenberger, G., *International Jus Cogens?*, *Texas Law Review*, Vol. 43 (1965), pp. 454-478.
- (4) Verdross, A., *Jus dispositivum and jus cogens in international law*, *American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, pp. 55-63.
- (5) この背景には、19世紀以降の国際社会の組織化と、20世紀における国際社会の急激な「構造変動」がある。そして、このような現象の最大の原因として、二度にわたる世界大戦と、それによって人類にもたらされた惨害が「国際的人権的保障制度」の発展を加速した例にみられるように、「国際社会全体の利益」や「人類共通の利益」といった普遍的理念が、国際法に導入されるようになったことが指摘できるであろう。
- (6) Danilenko, G. M., *Law-Making in the International Community*, 1993, Martinus Nijhoff Publishers.
- (7) 「国際機構条約法条約」は、1986年3月21日にウィーンで採択されたものである。1969年の条約法条約は、その適用範囲を国家間の条約に限定して制定された(第1条)。その後、国家と国際機関との間または国際機関相互の間の条約については、新たな条約が作成されたのである。しかし、本稿で取り上げる強行規範の定義については、両者ともその第53条に規定し、条文の文言も同一である。

- (8) 国際法委員会の、国家責任に関する条文案第19条参照。Yearbook of the International Law Commission,1976,Vol. II ,p.75.
- (9) 同、国家責任に関する条文案第29条参照。Yearbook of the International Law Commission,1979, Vol. II ,p.105.そこでは、条約法条約第53条に含まれる強行規範の定義が逐語的に繰り返されている。
- (10) Danilenko,op.cit.,p.213.いずれの場合でも、当該国際仲裁裁判所は、強行規範の存在を積極的に肯定していないことになる。
- (11) Ibid.,pp.212-213.
- (12) これとの関連では、まず条約法条約第64条が、「一般国際法の新たな強行規範が成立した場合には、当該強行規範に抵触する既存の条約は、効力を失い、終了する。」と定めていることに注目しなければならない。また、国家責任に関する条文案の第18条2項で、「国家の行為で、それが為されたときには、当該国家に有効な国際義務により要請されることに従わなかったものは、後に当該行為が一般国際法の強行規範によって義務的となる場合、国際不法行為とはみなされない。」と規定されたことも参照すべきであろう。Yearbook of the International Law Commission,1976,Vol. II ,Part Two.参照。
- (13) Danilenko,op.cit.,p.214.
- (14) Ibid.,pp.214-215.
- (15) Ibid.,pp.215-216.その後、国際法における基本的義務のその他の義務に対する卓越性は、「それらが創造される過程によってではなく、それらの内容によって決定される」と述べることによって、この見解を再度確認している。Yearbook of the International Law Commission,1976,Vol. II ,Part Two,p.85.
- (16) United Nations Conference on the Law of Treaties,Official Records,First session(A/CONF.39/11) ,p.327.
- (17) Ibid.,p.302.ポーランド代表の発言である。
- (18) Ibid.,p.322.ザンビア代表の発言である。この点については、フェアドロスの見解を参照しなければならない。Verdross,A.,Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law,American Journal of International Law,Vol.60.
- (19) U.N.Conference,Official Records,Second session(A/CONF.39/11/Add.1),p.95.フィリピン代表の発言である。
- (20) U.N.Conference,Official Records,First session(A/CONF.39/11),p.305.
- (21) Ibid.,p.317.
- (22) International Court of Justice,Reorts of Judgements,Advisory Opinions and Orders(1966),p.34.南西アフリカ事件に関するものである。
- (23) U.N.Conference,Official Records,First session(A/CONF.39/11),P.471.起草委員会は、「受け入れ、かつ、認められた」という表現を、国際司法裁判所規程第38条の中でそれらの文言が用いられていることを理由として、条約法条約第53条に採用したことを明言している。
- (24) Danilenko,op.cit.,pp.218-219.
- (25) Yearbook of the International Law Commission,1966,Vol. I ,Part I ,p.38. ソ連のツンキン(Tunkin,G.) 委員の発言である。
- (26) U.N.Conference,Official Records,First session,op.cit.,p.311.例えば、国連条約法会議において、ハンガリー代表は、強行的性質を有する諸規則の法源は、国際法のすべての他の諸規則と同様、国家の意思に基づく」と述べている。より厳密に言えば、この考え方は、新興諸国は現存の強行規範に拘束されないことを意味する。すなわち、それらの諸国は、国際法自体の原因により、強行規範にも国際法にも拘束されないという主張である。伝統的国際法に対する社会主義国家及びAA諸国の一部による批判的姿勢が、その背景にあると思われる。
- (27) Danilenko,op.cit.,p.220.
- (28) Rozakis,C.L.,The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties,North-Holland Pub.;1976,p.78.
- (29) Danilenko,op.cit.,pp.221-222.中国の学者も、以下のように述べている。条約法条約第53条に従って、

国際社会全体によって受け入れられ認められ、いかなる逸脱も許されない強行規範は、普遍的国際法規でなければならない。条約法条約当事国でない国も含め、いかなる国も異議によりその拘束力を否定できない。これは、強行規範における本質的な性質の当然の結果である。Haopei,L.,Jus Cogens and International Law,Chinese Yearbook of International Law,Vol.41,1983,p.63.

- (30) Ibid.,p.223.
- (31) U.N.Conference,Official Records,First session,op.cit.,p.94.
- (32) Danilenko,op.cit.,p.224.
- (33) Yearbook of the International Law Commission,1966,Vol. II ,p.248.
- (34) U.N.Conference,Official Records,First session,op.cit.,pp295,297,302,311,321,387.順に、ギリシャ、キューバ、ポーランド、イタリア、象牙海岸及びサイプラスの各代表の発言である。
- (35) Danilenko,op.cit.,p.226.
- (36) Yearbook of the International Law Commission,1976,Vol. II ,Part Two,p.86.
- (37) International Court of Justice,Reorts of Judgements,Advisory Opinions and Orders(1986),p p.100-101.ここで、強行規範は、国際慣習法の原則であるだけでなく、国際法の基本原則でもあることを示唆している。
- (38) Danilenko,op.cit.,pp.226-227.
- (39) Ibid.,pp.227-228.
- (40) Ibid.,p.228.
- (41) 拙稿、「『条約法条約』及び『国際機構条約法条約』における強行規範に関する紛争解決手続き条項について」、法学新報第102巻第3・4号、255-289頁参照。
- (42) 国際法学会編、「国際関係法辞典」、三省堂、440頁。
- (43) 小川芳彦、「条約法の理論」、東信堂、194-195頁。また、1983年の国家財産などに関する国家承継条約締結会議において、天然の富と資源に対する国家の永久的主権の原則が強行規範であるとの主張がなされたとされる。
- (44) Danilenko,op.cit.,pp.240-241.
- (45) Yearbook of the International Law Commission,1966,Vol. II ,p.248.国際法委員会の条約法条約条文草案に対するコメントリーで言及されている。
- (46) Danilenko,op.cit.,p.242.例えば、アメリカ代表は、以下のように発言している。すなわち、国連海洋法条約における「人類の共同の遺産」概念は、強行規範ではない。条約本文及び海洋法会議の交渉記録は、強行規範に関する規程を含めようとの提案が否決されたことを示している。
- (47) Ibid.242.
- (48) 小川芳彦、前掲書、186-187頁。
- (49) 同書、195頁。ここから派生する原則として、天然の富と資源に対する国家の永久的主権や民族自決権等が考えられる。
- (50) Yearbook of the International Law Commission,1966,Vol. II ,p.248.国連条約法会議も、これを是認したのである。
- (51) International Court of Justice,Reorts of Judgements,Advisory Opinions and Orders(1986),p.98.
- (52) Danilenko,op.cit.,p.249.
- (53) Ibid.,p.250.
- (54) Yearbook of the International Law Commission,1966,Vol. II ,p.248.
- (55) Danilenok,op.cit.,p.251.
- (56) 小川芳彦、前掲書、198-199頁。もっとも、現行の強行規範に抵触しない全く新しい強行規範の成立の場合は、比較的問題は少ないが、その成立の認定及び成立時期の確定の困難さを指摘されている。