

# 国際法における強行規範概念の展望

—— 条約の無効原因から現代国際法秩序へ ——

佐 藤 一 義

## 目 次

### 第 1 章 問題の所在

### 第 2 章 条約法に関するウィーン条約における定式化

- (1) 国際法委員会における定式化
- (2) 国連条約法会議における定式化

### 第 3 章 国際法秩序の基礎としての強行規範

- (1) 条約法体系における強行規範
- (2) 強行規範の根本規範性

### 第 4 章 現代国際法秩序と強行規範

- (1) 普遍的義務 (obligations erga omnes) との関連で
- (2) 国家責任法との関連で

### 第 5 章 結 語

## 第 1 章 問題の所在

いわゆる法典化条約としての、条約法に関するウィーン条約（以下、条約法条約）が、1969年に採択されてから約45年が、そして、その発効（1980年）以来、約34年が経過した。この条約を構成する多くの条文は、既存の国際慣習法規則を法典化したものである。しかし、いくつかの条文は、国連憲章第13条1項(a)にいう「国際法の漸進的発達 (progressive development)」の性質を有するものである。とりわけ、条約法条約第53

条は、典型的なそれである。本条は、条約の無効原因の1つとして、強行規範 (jus cogens) 違反の条約の無効に言及している。この強行規範概念について、条約法条約による定式化以前から、現在に至るまで、非常に多くの議論がなされてきたのである<sup>1</sup>。また、条約法条約第 64 条は、条約の終了原因としても、新たな強行規範の成立を挙げているのである。

条約法条約第 53 条によると、「締結の時に一般国際法の強行規範 (peremptory norm) に抵触する条約は無効である」とされる。そして、強行規範とは、「いかなる逸脱も許され」ず、「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」ができる規範として、「国により構成されている国際社会全体 (the international community of States as a whole) が受け入れ、かつ、認める」規範であるとされる。しかしながら、この概念については、これまで、様々な議論が展開されてきた。とりわけ、この概念の主唱者としての、フェアドロス (Verdross, A.) の論文が注目される<sup>2</sup>。彼は、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のである。これは、国内法上規定される、「公序良俗に反する契約の無効」を、国際法における条約法分野に導入するものであった。この主張に対して、強い批判論を展開したのが、シュバルツェンベルガー (Schwarzenberger, G.) である。彼は、論文において、

- 
- 1 これまでに、国際法における強行規範 (jus cogens) に関して、非常に多くの論文が発表されてきた。本稿では、最近出版された研究書の中で、特に注目すべきものに言及してみたい。そこで、Christian Tomuschat and Jean-marc Thouvenin (Eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, 2006, Martinus Nijhoff Pub., pp.83-96. 所収の論文である、Wladyslaw Czapliński, *Jus Cogens and the Law of Treaties*. 及び、Enzo Cannizzaro ed., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford Univ. Press. pp.381-410. 所収の論文である、Karl Zemanek, *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?* を中心として、その他所収の諸論文を参照・紹介しつつ、検討を進めたいと考える。
  - 2 Alfred Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, *AJIL*31 (1937), pp.571-577.

国際社会のような未組織的社会、すなわち、中央集権的な政府や、真に強制的管轄権を有する裁判所の存在しない社会では、こうした法概念は存在しないとされた。このような国際社会の現状において、この概念を認めれば、国家によって濫用される危険があり、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」として利用されるおそれがあるとして、批判的立場をとるのである<sup>3</sup>。しかし、フェアドロスは、条約法の法典化草案作成の決定的な時期における、国際法委員会の委員として参加していた。従って、その法典化草案に、強行規範概念を導入することに大きな影響を与えたとされるのである。

こうした初期の論争を背景として、国連の国際法委員会 (International Law Commission) における討議の後採択された条文草案をもとにして、その法典化会議としての国連条約法会議 (United Nations Conference on the Law of Treaties) が、1968年と1969年に開催された。そして、条約法条約自体の採択に成功した1969年の会議において、いくつかの妥協がなされた結果、強行規範概念は、条約法条約において、条約の無効原因及び終了原因として導入されたわけである。すなわち、前述のような理論的論争を経て、条約法という法体系の中で、特に条約の無効原因として定式化されたこの概念が、その後、どのような発展・展開を遂げてきたのか、さらにそこでは、どのような問題点が存在するのかという視点から、条約法条約が採択されてから約半世紀が経過した現代国際社会における強行規範概念の検証を試みるのが、本稿の目的である。

## 第2章 条約法に関するウィーン条約における定式化

### (1) 国際法委員会における定式化

条約法条約の法典化案の作成に携わった国際法委員会は、1966年に

---

3 Georg Schwarzenberger, *International Jus cogens?*, *Texas Law Review*, vol.43 (1965). pp.454-478. 彼は、国際社会の現状においては、「国際準秩序 (international quasi-order)」以上のものを設定することは、危険でさえあると批判している。

「条約法に関する規定草案 (Draft Articles on the Law of Treaties)」を採択した。この草案の第 50 条において、「条約は、一般国際法の強行規範でそれからのいかなる逸脱も許されず、かつ、後から生じた同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ、変更しうるものと抵触するときは、無効である。」と規定されたのである<sup>4</sup>。これが後の現条約法条約第 53 条の基礎となるのである。この規定草案の採択に至るまでの、国際法委員会の審議において、その討議の基礎となりかつ指針となったのが、4 人の特別報告者 (Special Rapporteur) の報告書であった。4 人の特別報告者とは、選任された順に、ブライアリー (Brierly, J.L.)、ローターパクト (Lauterpacht, H.)、フィツモーリス (Fitzmaurice, G.) そしてウォルドック (Waldock, H.) である。強行規範に関連するものとして重要なのは、フィツモーリスとウォルドックの報告書である。

まず、1958 年に提出された、フィツモーリスの第 3 報告書に含まれた条文草案第 17 条において、「条約が強行規範の性質を有する国際法の絶対的・命令的規則もしくは禁止から逸脱し、またはそれらと抵触する場合にのみ、無効の原因が発生しうる」と規定された<sup>5</sup>。そして、彼は、その条文に対するコメントにおいて、「いかなる 2 またはそれ以上の国家も、それら相互に適用される、それらが合意する支配規則を、任意規範性をもつ国際慣習法の諸規則と一致させようとさせまいと自由である、そのような合意を具現する条約は、任意規範性をもつ国際慣習法に違反するという理由で無効とされることはない。従って、条約が、強行規範の性質をもつ国際法の絶対的命令規則もしくは禁止から逸脱し、または、それらと抵触する場合にのみ、無効の原因が発生しうる」と述べている<sup>6</sup>。また、彼は、国連総会に対する国際法委員会の 1958 年報告書の中で、「ある種の絶対的かつ拒絶できない (選択の許されない) 性質をもつ国際法の諸規則に関し

---

4 Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. , part , pp.309-310.

5 Yearbook of the International Law Commission, 1958, Vol. , p.17.

6 Ibid., p.27.

てのみ、それらと抵触する条約の違法性および無効の問題が発生しうる。」と述べた上で、第 17 条のもとで違法かつ無効になる条約の例として、将来起こりうる両国間の戦争において、どちらも捕らえた者を捕虜として扱わず、すべて処刑することができることを規定する 2 国間条約、侵略となるような状況で、第三国を攻撃することを取り極める 2 国間条約、そして、公海上において海賊行為をなそうとする諸国家間の取り極めを挙げている<sup>7</sup>。すなわち、これは、国際法上、強行規範が存在することを、明確に認めたことになるのである。

次に、1963 年に提出されたウォルドックの報告書に示された、条文草案第 13 条は、「違法のために無効とされる条約 (Treaties void for illegality)」と題するものであり、以下のように規定されていた<sup>8</sup>。すなわち、

1. 条約目的又は実施が、強行規範に違反する場合、その条約は無効である。
2. 条約目的または実施が、(a) 国連憲章の諸原則に違反する武力の使用又は威嚇、(b) 国際犯罪として特徴付けられるいかなる作為又は不作為、そして (c) あらゆる国がその防止又は処罰につき協力することを国際法により要求されるいかなる作為又は不作為を含む場合は、その条約は無効である。
3. 条約中のある規定が、その目的及び実施が強行規範に違反する場合で、その規定が当該条約の主目的に本質的に関係しておらず、当該条約の残余部分から明白に分離できる場合には、その規定のみ無効とする。
4. この規定は、強行規範の性質をもつ規則を廃止し又は変更する一般的多数国間条約には適用されない。

以上のような報告書をもとに、討議が進められた結果、国際法委員会に

---

7 1958 Report of International Law Commission to the General Assembly, p.40.

8 Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol. , p.52.

よる、1966年規定草案第50条が採択されたのである。この草案に付されたコメンタリーにおいて、国際法委員会は、強行規範の内容については、国家慣行及び国際裁判所の判例において形成されることが適当であるとした。また、その内容の例示については、例示をすることによって誤解を生ずるおそれがあるということ、強行規範の性質を有すると考えられるべき国際法の諸規則のリストを作成しようとするれば、委員会が本草案の範囲外の問題を長期間研究しなければならないということ、という理由から、条文において例示をしないと述べたのである<sup>9</sup>。

## (2) 国連条約法会議における定式化

1968年と1969年に開催されて国連条約法会議において、規定草案第50条は審議されたが、会議参加諸国の多くの代表、とりわけA・A諸国や中南米諸国の大部分の代表は、この条文に賛意の態度を表明した。例えば、1968年会期において、フィリピン代表は、強行規範の原則は、国際法概念の拡大を強化するものとして、評価した<sup>10</sup>。また、ザンビア代表は、強行規範が、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ものであると述べた<sup>11</sup>。ブラジル代表も、国際法は急速に進歩し、規定草案第50条は、個々の国家利益ではなく国際社会全体の利益に関する規則を提案したものであるとし、条約締約国の個別・相対的な権利及び義務は、至高の、かつ全員一致で認められた利益に服さなければならないと主張したのである<sup>12</sup>。1969年会期において、ドイツ連邦共和国代表は、国際法における強行規範概念の出現は、国際法の発達に大きな影響を及ぼしたとし、諸国家間における技術的相互依存及びつながりの増加により、一種の国際公秩序 (international public order) なしには、そして、逸脱す

---

9 Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. , pp.247-248.

10 United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First session, (A/CONF.39/11), 1969, pp.322-323.

11 Ibid., p.322.

12 Ibid., p.317.

ることのできないある種の規則なしには、諸国家の秩序ある共存が不可能となる状況が生み出されたと指摘したのである<sup>13</sup>。

しかしながら、規定草案第 50 条に対する批判的意見も表明された。例えば、アイルランド代表は、本条文の採決の際、棄権した理由として、強行規範それ自体には反対しないが、条文において強行規範概念の明確な定義がなされていないことを挙げた<sup>14</sup>。反対論の中で特に注目すべきは、フランス代表の主張である。すなわち、ここで議論すべき問題は、現在及び将来の国際社会の安全と調和に貢献する、すべての客観的妥当性 (objectivity) と信義則 (good faith rules) とを確立することであると述べる。その上で、規定草案第 50 条は、どのようにしてある法規則が、強行規範としての性質をもつと認定されるのかという指示を与えていないとする。そして、こうした一般的な規定は、将来多くの国において、厄介な国内問題を引き起こす危険があると指摘する。すなわち、フランスのように条約法を直接国内法に編入する国においては、条約の無効を、不明確な上位の法との関係で評価することが、大きな混乱を招くというのである。そして、強行規範概念の内容については、普遍的な良心 (universal conscience) あるいはすべての人が共通して神聖なものとみなすもの、例えば人権の尊重及び保護といったものに限定すべきであると主張するのである<sup>15</sup>。

また、イギリス代表は、相当に組織化された国際社会において、諸国家が合意により免れることのできる、単なる任意規範以上の上位規範が存在することは認めることができるとする。しかし、現代の国際社会と国内法は、強行規範とそれ以外の国際法規則とを合理的に区別できる段階にまで発達していないとする。その上で、規定草案第 50 条は、強行規範の定義をしておらず、ただその違反に対する法的処罰を規定しているにすぎず、いわば、犯罪の構成要件を明記することなしに、それを処罰するようなも

13 United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, Second session, (A/CONF.39/11/Add.1), 1970, pp.95-96.

14 Ibid, p.107.

15 U.N. Conference, Official Records, First session, op.cit., p.309.

のであるとして批判する。それを避けるために、強行規範を構成する現代国際法の諸規則・原則の「余すところのない (exhaustive)」リストを、本条に盛り込むこと、すべてとはいえないまでも、強行的性質を有する規則のリストを本条文中に盛り込んで、少なくともそれに該当する規則の範囲を示唆すること、そして、強行規範を証明する手段・テストを明記することを提言するのである<sup>16</sup>。

こうした様々な意見表明を背景として、条約法条約は 1969 年に採択されたわけであるが、強行規範に関する規定草案の条文についての修正・追加提案がなされ、そこでの妥協の結果として、条文中の文言や新条文の追加され、その採択の成功に貢献したのである。まず、規定草案第 50 条については、フィンランド・ギリシャ・スペインの三カ国共同修正案に基づき、「国際社会全体によって受諾され承認された規範 (a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole)」という文言が追加された<sup>17</sup>。

新条文の追加として、注目しなければならないのが、紛争解決条項としての現条約法条約第 66 条 (a) である。もともと規定草案第 62 条は、紛争解決条項として、「条約の無効、終了、条約からの脱退または条約の運用停止の場合にとられる手続き」を規定するが、この中では、特に強行規範に関する紛争についての特別な手続きは、予定されていなかった<sup>18</sup>。しかし、強行規範概念の抽象性や、それに相当する具体的国際法規則に関する批判的議論が、条約法条約の採択の大きな妨げとなっていることから、1 つの重要な妥協が図られたのである。それが、規定草案第 62 条 3 項に対する修正提案であった。その中で、特に注目すべきは、所謂 10 カ国提案である<sup>19</sup>。この提案の内容は、国連総会に対して、国連及び専門機関

---

16 Ibid., p.304.

17 United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First and Second sessions, (A/CONF.39/11/Add.2), 1971, pp.174-175.

18 Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. , pp.261-263

19 U.N.Conference, Official Records, Second session, op.cit., p.188.提案国は、

に加盟していない国または国際司法裁判所規程当事国でない国が、条約法条約に参加するよう要請することを考慮するよう求める「普遍的参加 (universal participation) に関する宣言」、第 62 条 3 項に基づき、紛争が 12 カ月以内に解決されない場合、強行規範に関する規定の適用または解釈についての紛争は、仲裁裁判に付託するという合意がなければ、いずれか一方の当事国は国際司法裁判所に付託することができる。また、強行規範に関するもの以外の紛争は、附属書に定める手続きにより調停に付するとした、「司法的解決、仲裁裁判及び調停の手続き」と題する条文、そして 附属書の調停手続きで必要とされる費用は、国連が負担するよう国連総会に求める決議、の 3 つからなる。結局、この提案が採択されることとなり、規定草案第 62 条は、現条約法条約の第 65 条に、この修正案が、現条約法条約の第 66 条と附属書となったのである<sup>20</sup>。

以上のような経緯を経て、強行規範概念は、条約法条約第 53 条における、条約の無効原因として、定式化されることとなった。しかしながら、上述のように、条約法条約の法典化の過程において、様々な指摘や批判がなされた。しかしながら、結局、強行規範の具体的例示はなされず、一般的文言のによる定式化がなされたのである。

### 第 3 章 国際法秩序の基礎としての強行規範

#### (1) 条約法体系における強行規範

これまで述べてきたような経緯により、強行規範概念は、条約法体系の下で具現化されたのである。すなわち、条約の無効原因として、条約法条約第 53 条に定式化されたわけである。しかしながら、その規定における定式化は、様々な問題点が、残されたままである。例えば、ある論者は、

---

議長国であったナイジェリアとガーナ、象牙海岸、ケニア、クウェート、レバノン、モロッコ、スーダン、チュニジア、タンザニアであった。

20 Ibid., p.193. この点に関して詳しくは、拙稿、「条約法に関するウィーン条約第 66 条 (a) と国際司法裁判所の管轄権—強行規範概念との関連で—」、名城法学第 60 巻別冊、2010 年 11 月、pp.427-450.参照。

この問題を3つの視点から整理している<sup>21</sup>。まず第1に、国際法における強行規範の内容の「カタログ」化の問題である。国際法委員会は、条約法条約の起草者として主たる目的であるべき、強行規範概念の明確な内容の定義を考えていなかったと批判する。それにもかかわらず、条約法条約中にその概念を導入し、その正確な定義を、後の国家実行に委ねてしまったことは、不適切かつ一貫性のないことであるとするのである<sup>22</sup>。第2の問題は、誰が、問題となる条約の強行規範違反を援用しうるのであるかということである。強行規範に違反する条約の無効を援用する権能は、条約法条約当事国に限定されるものであり、その第53条に定式化された義務は、対世的(erga omnes)な性質をもつものではないというのである<sup>23</sup>。これに関連して、第3に、強行規範に違反する条約当事国に対して、第三国がその条約の無効を援用して、結果としての対抗措置を適用することができる場合が明確でないという問題があるとする。すなわち、その条約が実際に適用された場合のみ、対抗措置が可能であるということである<sup>24</sup>。

このような問題点を指摘した上で、条約法条約第53条において定式化された必要条件は、そのような規範の成立が、もっぱら慣習法として起こることを示唆しているとする。すなわち、真に普遍的な参加を伴う国際条約はほとんど存在しないからであるというのである。そして、第三国による対抗措置も含め、既存の強行規範として、国際社会の反応に直面しなければならず、それが起きなければ、当該規範は、その強行的性質を喪失していると判断されなければならないとされる<sup>25</sup>。これは、第53条の規定における「国際社会全体」に承認された規範という定義に対する批判であろう。

また、条約法条約第71条は、強行規範に抵触する条約の無効の効果に

---

21 Czapliński, W., op.cit., pp.87-90.

22 Ibid., p.87.

23 Ibid., p.89.

24 Ibid., p.90.

25 Ibid., p.92.

ついて規定している。本条 1 項によれば、当該条約の当事国に対し、それらの相互関係において、無効の本来の効果である、当該条約が締結されなかつた場合に存在したであろう状況に戻すことを命じる。さらに、強行規範に反する規定の適用の結果を除去し、その相互関係をその規範に適合するようにすることを求めているのである。また、その第 2 項は、新たな強行規範を原因とする無効の効果について、その無効は当初より (ab initio) 宣言されることはないが、当該条約の実施によって生じていた当事国の権利、義務および法的状態は、当該条約の終了後、その規範に抵触しない限度においてのみ維持されると規定する。しかしながら、この第 2 項については、条約法条約第 64 条との関連から、「曖昧 (ambiguous) かつ矛盾した (contradictory)」ものであるとの批判的指摘もなされている<sup>26</sup>。要するに、条約の無効原因としての強行規範概念と、その終了原因としての強行規範概念の明確な区別を曖昧にしたまま定式化され、そして、絶対的無効原因としての役割からすれば、その両者の矛盾はないのだろうかという問題提起であろう。

さらに、条約法条約に付された留保の問題も、考えておく必要があるだろう。例えば、チュニジアにより、条約法条約第 66 条 (a) に対して付された留保は、「本条において言及された紛争が、国際司法裁判所に判決を求めて付託されるためには、すべての当事国の同意を必要とする」というものである<sup>27</sup>。同様に、ソ連をはじめとする東側諸国のいくつかにより付された留保も、「本条の規定に拘束されない。そして、国際司法裁判所に判決を求めて付託されるべき、第 53 条および第 64 条の適用および解釈に関する締約国のいかなる紛争も、すべての紛争当事国の同意が、それぞれ個々の場合に必要とされる」としているのである。このような留保の問題点は、強行規範に関する客観的判定機関としての国際司法裁判所の役割

26 Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, second edition, 1984, Manchester University Press, p.225.

27 *Multilateral Treaties deposited with the Secretary-General*, 1981, p.600.

に対する制約となることである。そもそも、第 66 条 (a) は、前述のように、国連条約法会議における、ある種の妥協の産物であり、完全な合意の上で成立したものとは言えない。しかし、条約法体系における、条約の絶対的無効原因としての強行規範概念は、条約法条約第 53 条において、明確に定義されたとは言い難い。それ故の濫用の危険や解釈の混乱を防止するため、個々の国家の判断に委ねるのではなく、客観的かつ法的判断機関としての国際司法裁判所による確認が必要であるとの合意により、本条は定式化されたのである。ただし、本条による手続きにおいて、国際司法裁判所が十分な役割を果たせるかどうかについては、疑問の余地があるとの指摘もある<sup>28</sup>。この点につき、現在に至るまで、第 66 条 (a) に基づく申し立てが、国際司法裁判所に対して 1 件もないのは、第 53 条の予防薬的效果 (preventative effect) によるものであり、それ故に、強行規範と条約の問題に関して、信頼できる裁判実行は存在せず、ただ、他の事件に関する判決のついでに (傍論で) 強行規範に関して言及するのみであるという指摘も存在するのである<sup>29</sup>。

## (2) 強行規範の根本規範性

ある論者は、強行規範概念に関連して、国際法の「立憲制度化 (constitutionalizing)」について、検討している。すなわち、国際社会には、実定法規範だけでなく、「法創造 (norm-creation)」や「法適用 (norm-application)」のための根本的原則や機能的規則が存在するとすれば、国際法社会は、成文憲法でないにしても、不完全な憲法 (fragmentary constitution) を有するという議論である。このような立場から、「上位秩序

---

28 小川芳彦、「条約法の理論」、東信堂、1989年、p.201。国際司法裁判所にとって、強行規範に関する決定を下すことは、国際法の単なる解釈・適用を越える面があり、ある国際法規則が強行規範であると認定することは、1つの法創造行為を行うことになる。これは、国際法の解釈・適用をその本来の任務とする国際司法裁判所にとっては司法機関の許容限度ぎりぎりの行為であると指摘されている。

29 Zemanek, K., *op cit.*, p.391.

(higher order)」としての強行規範が主張される。すなわち、強行規範は逸脱し得ない法であるだけでなく、国際法の通常の規範より上位の秩序の法であるというものである。そこで言及されるのが、他の国際条約から生ずる義務よりも国連憲章上の義務の優越を規定する、国連憲章第 103 条である。しかしながら、論者は、この様な主張は、あらゆる法秩序における規範の階層性 (hierarchy of norms) を無視するものであると批判する。すなわち、このような階層性が確認されるためには、より「上位秩序」としての規範を明示するような社会機構 (community mechanism) が必要であるとして以下のように述べる<sup>30</sup>。その様な前提において、国連憲章第 103 条については、例えば、国連加盟国と非加盟国との間の条約についての矛盾は、非加盟国の義務の不履行の故の責任を排除することはないのであり、従って国連憲章第 103 条により、規範の階層性を証明することはできないとする。要するに、国連憲章第 103 条の強行規範としての性質を否定するのである。また、強行規範の「階層的優越性 (hierarchical superiority)」を、「公序 (ordre public)」の表明として、正当化するアプローチにも言及する。確かに、条約法条約により、強行規範違反の条約に対する制裁 (sanction) が規定された。しかし、そこでは、「より上位の秩序 (higher order)」を形成する規範の指定が、部分的に曖昧なままであり、その結果、異議申し立ての自由が残されてしまったのであるとする。そして、国際法のある種の規則を、根本的 (fundamental) あるいは憲法的 (constitutional) 性質を有するものとみなす傾向が、国際法文献、裁判実行及び国家の発言等において多く見られることになるとするのである。要するに、条約法条約第 53 条における、強行規範概念の定式化の不備に関する指摘であろう。

また、強行規範が「憲法原則 (constitutional principle)」となると

---

30 Ibid., pp.398-399. これは、国際社会における、主権国家の並存関係という、中央集権的な上位機関の不存在という構造の下で、権力的上位機関の存在する国内社会における国内法との比較の議論であろう。

き、単なる条約目的の自由選択に対する単なる法的障害を意味するだけでなく、憲法により支配される社会における、立法権及び行政権の絶対的制限と同様、社会の最上位の指針 (supreme guide) となるとする主張を検討する。これは、国際法規則を、「契約的に (contractually)」ではなく「憲法的に (constitutional)」解釈することの可能性に言及するものである。しかしながら、「国連システム (UN system) において、このようなメカニズムの不存在は、「ほとんど普遍的に、憲法的視点 (constitutional perspective) から見て重大な問題」であるとして、国連憲章における諸原則は、必ずしも条約法条約の意味する強行規範とは言えないとされる<sup>31</sup>。そして、例えば、国連憲章第2条(4)に規定された武力行使の禁止原則をあげる。この条文の規範的要求を満足させるためには、自衛権及び安保理決議に従った武力の行使も含まなければならないとする。さらに、自衛権を条件付ける制限すなわちその行使における国際人道法の諸規則及び諸原則の遵守と、その手段の必要性と均衡性をも含まれることになる。これらの「統合された規範あるいは規範の集合体 (incorporated norms or norm-complexes)」が、強行規範の性質を有することになるのかどうかについて問うのである。それに対する結論として、「強行規範は、修辞学的 (rhetorical) 目的のために用いられるものであるが、より厳密に分析すれば、実定国際法において、強行規範の規則は、単純には存在しない」とするのである<sup>32</sup>。

1つの結論として、法としての強行規範は失敗である。なぜなら、その内容が、必然的に曖昧で、その核心についての理論的混乱を反映しているとされる。そして、国際法におけるその正当性も曖昧であり、それらが真に逸脱し得ないものであるとして、諸規則に対する評価基準として扱われる場合、それは善というより害をなすであらうというのである<sup>33</sup>。すなわ

---

31 Ibid., pp.400-403.

32 Ibid., pp.406-407.

33 Ibid., p.408. この批判は、強行規範自身に対してというより、条約法条約に

ち、現代国際社会の状況を考えてみれば、国連を中心とした構造を想定してみても、やはり中央集権的法構造を有する国内社会を前提とする国内法体系、すなわち、「立憲主義構造」を援用すること、つまり、階層的に、国際法のより上位の形態として、強行規範が存在するという想定は十分確認されたとは言い難いということである。従って、強行規範概念に、「憲法的根本規範性」を求めることは、現状では時期尚早ということになるのであろうか。

#### 第4章 現代国際法秩序と強行規範

##### (1) 普遍的義務 (obligations erga omnes) との関連で

国際司法裁判所は、1970年の「バルセロナ・トラクション事件(第2段階)」判決の傍論 (obiter dicta) において、「国際社会全体に対する国家の義務 (the obligations of a State towards the international community as a whole)」と、二国間の義務との区別を論じた。前者の義務は、「すべての国家の関心事項 (the concern of all States)」であり、その含まれる権利の重要性を理由として、それらの保護には、すべての国家が法的利益をもちうるとしたのである。これが、「普遍的 (対世的: erga omnes) 義務」とよばれるものである。そのような義務は、例えば、現代国際法においては、侵略行為の違法化、ジェノサイドの違法化、そして、奴隷売買や人種差別からの保護を含め、基本的人権に関する原則や諸規則から引き出されると言うのである<sup>34</sup>。これらの具体例は、国際法委員会が、条約法条約の法典化のための規定草案第50条に付したコメントリーにおいて言及した、強行規範の具体例と一致するのである。そこである論者は、強行規範の概念と普遍的義務の概念の区別と互換性 (interchangeable)

---

よって規定されたものより以上の他の任務を委ねることに対して向けられているとされる。

34 ICJ Reports, 1970, p.32, paras33-34. ここで普遍的義務の具体例として示されたものは、強行規範概念のそれと一致するものである。

について論じている<sup>35</sup>。論者は、この2つの概念を、「コインの裏表 (two faces of the same coin)」に例えている。これは、両者が、基本的に同一のカテゴリーの規範 (侵略のための武力行使の禁止、ジェノサイドの禁止など) のような、経験的証拠 (empirical evidence) を根拠として、語られるからであるとする。すなわち、それらの具体的特質 (material characteristics) と、仮想上の特質 (hypothetical quality) との混乱が、存在するというのである<sup>36</sup>。つまり、一般的に強行規範の諸規則と普遍的義務を課す諸規則との一致を主張することは、国際法秩序において、後者が強行的なものとして分類されるのか、そして、前者のすべての規則が、普遍的義務を創設しうるのかということであり、それは、容認できないとするのである。条約法条約第 53 条に規定された強行規範概念は、あくまで条約締約国の自治権 (autonomy) を制限するものであり、条約法を越える「国際社会の根本的かつより高次の価値 (essential and higher values of the international community)」の創設を目的とするものではないというのである<sup>37</sup>。

また、「バルセロナ・トラクション」事件判決に関連して、国際司法裁判所は、普遍的義務が強行的であるかどうかを明確にしておらず、すべての国家がそれらの義務の履行に「利益 (interest)」を有することを強調しているだけで、国家の意思に制限を課すことを意図しているわけではなく、国際社会全体のために扱われるべき「機能的権限 (functional powers)」あるいは集団的権利 (collective rights) を認めたと過ぎないというのである。そこで、彼は、普遍的義務に関する諸規則は、強行規範と同様、国際社会の絶対的かつ「至高の (supreme)」価値を守るための機能を果たすだけでなく、国家の集団的行為を通じて、保護すべき財産や

---

35 Paolo Picone, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in Cannizzaro, E., *op cit.*, pp.411-424.

36 *Ibid.*, p.411. 論者は、両概念の同質性が、理論的な誤解を招いていると指摘する。

37 *Ibid.*, pp.412-413.

価値を守ることを可能にする、より広い役割を果たすことを指摘している。そして、その例として、国家が考慮する国内的価値の保護（例えば、市民の人権あるいは国家内部の環境保護）、個々の国家の管轄権の外側に存在する価値の保護（例えば、公海における重大な汚染の場合）そして、国家にとって重要な財産や価値の保護（例えば、国連憲章第 51 条の下で集団的自衛の保障を伴うような侵略の場合）に言及しているのである<sup>38</sup>。これは、強行規範に関する諸規則のカテゴリーと普遍的義務に関する諸規則のカテゴリーの範囲が完全に一致するわけではないとの指摘であろう。そして、普遍的義務を課す規範は、一般的非逸脱性（general non-derogability）を前提としていないと考えられるとするのである<sup>39</sup>。

## (2) 国家責任法との関連で

2001 年 12 月に、「国家責任条文（The Articles on State Responsibility）」が、国連総会において採択された。その第 40 条 1 項は、「一般国際法の強行規範に基づいて発生する義務の国による重大な違反に伴って生じる国際責任」に言及する。そして、その第 41 条 1 項は、その「重大な違反を合法的手段によって終了させるために協力する」ことを、諸国に求めているのである。この問題を審議した国際法委員会による規定草案第 19 条 2 項は、「国際社会の根本的利益の保護のために不可欠であるためその違反が国際社会全体によって犯罪と認められるような国際義務の国による違反から生じるものは、国際犯罪を構成する」と規定していた。さらに、その 3 項において、国際犯罪が生じる場合として、(a) 侵略を禁止する義務のように、国際の平和及び安全の維持のために不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、(b) 植民地支配の力による確立又は維持を禁止する義務のように、人民の自決権を保護するために不可欠の重要性を有

---

38 Ibid., p.415.

39 Ibid., p.416. この点について、論者は国際法委員会の法典化における不十分さを指摘している。

する国際義務の重大な違反、(c) 奴隷制度、集団殺害及びアパルトヘイトを禁止する義務のように、人間を保護するために不可欠の重要性を有する国際義務の大規模で重大な違反、そして、(d) 大気又は海洋の大量の汚染を禁止する義務のように、人間環境を保護し及び保全するために不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、を規定したのである<sup>40</sup>。これらの例示は、条約法条約の制定過程における強行規範概念に関する議論と軌を一にし、かつそれをさらに発展させたものであるといえる。

この点について、ある論者は、以下のように検討している。国際法委員会は、十分な検証もせずに、規定草案第 19 条から、「国際犯罪」を削除し、「対世的義務 (obligations erga omnes)」の重大な違反を、「一般国際法の強行規範の下での義務」に再接続 (reconnect) したとする。すなわち、ここでは、強行規範概念と、普遍的義務の概念をとの同一化がなされているが、その正当化は一般には無意味であると批判される。ここでは、国際法秩序の基本構造的諸原則 (basic structural principles) を遵守する限りにおいて、強行的な規範なのであり、絶対的あるいは至高 (supreme) の価値に帰するものではない。強行規範は、非常に様々な内容を有するものであり、普遍的義務を創設し得る規範だけと一致するとは限らないとするのである<sup>41</sup>。

また、条約法条約第 53 条の下では、強行規範違反の条約の無効主張は、その締約国に限定される。しかし、国家責任条文第 40 条の下では、強行的性質を有する規範のみならず、すべての国際法規則の重大な違反に対する厳しい「制裁 (sanction)」が可能となるとする。さらに、その第 42 条 (b) 及び第 48 条 1 項 (b) において、伝統的な対世的義務すなわち「国際社会全体に対して負う」義務に対して、「国際社会全体のために (uti

---

40 Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. , Part Two, p.32.

41 Picone, P., op.cit., p.417. 国際法委員会による規定草案において、基本的な概念構造の解説が不十分であると批判している。

universi)」行動する国家によって主張しうる義務が規定されているとするのである<sup>42</sup>。そして、その第 48 条は、「国家の集団に負わされる (owed to a group of states) 義務」に言及したものであり、国際法の一般的規範に関係するものでもなく、単なる共同体あるいは「当事者間の (inter omnes partes)」義務の根拠となる条約上の規範に関係するものでもないとしているのである。さらに、その第 41 条 1 項における一般国際法の強行規範への言及は確定的 (decisive) なものではないが、その第 48 条 2 項の果たす役割を中心として、国際社会全体に対して国家により遵守されるべき国際規範として、「非逸脱性を有する普遍的義務 (obligations erga omnes of non-derogable nature)」を創設する規則の重大な違反が存在することを結論づけたものとしているのである<sup>43</sup>。要するに、その第 48 条によれば、普遍的義務を創設する国際法規則は、「第三国 (third part)」たる国家を、その規範の「直接の実質的宛人 ('direct' material addressees)」とするというのである。そして、第 48 条 1 項 (b) は、国際社会全体に対して負う義務の場合に、その 2 項 (b) による、「被害国又は違反された義務の受益者の利益」においてのみ、補償を求め得るという制限の下にあるとしても、被害国以外のあらゆる国家は、加害国の国家責任を援用する権限を有するものであると規定している点に注目するのである<sup>44</sup>。そして、これに関連して、国際司法裁判所も、1995 年の「東ティモール事件」に関する判決において、「ある規範の普遍的性質 (erga omnes character) と、管轄権に対する合意の規則は、別個の事柄 (different things) である」と述べていることが想起されるのである<sup>45</sup>。以上のような分析から、国家責任条文第 40 条 1 項は、そこに規定された、「一

42 Ibid., p.419.

43 Ibid., p.420.

44 Ibid., pp.421-424. 要するに、その第 48 条 1 項 (b) によれば、国際社会全体に対して負う義務の場合、被害国以外のあらゆる国家が、加害国の国家責任を援用する権限を有するということなのである。

45 ICJ Reports, 1995, p.102.

般国際法の強行規範」概念について、十分な吟味もなく定式化されたと言わざると得ない。この点について、論者は、「流行以外の何者でもない (nothing more than a trend)」としているのである<sup>46</sup>。

## 第5章 結 語

さて、最初に述べたように、条約法条約が採択されてから、約半世紀が経過した。本稿では、その第53条に定式化された、国際法における強行規範概念が、現代国際社会において、どのような変遷を遂げてきたかを、いくつかの論考を参照しつつ、検討を試みたわけである。これまでの状況を考えてみると、条約法条約採択以前に指摘された、強行規範概念の問題点は、21世紀の現代国際社会においても、未解決のままであると思われる。まず、本稿の第3章で述べたように、国際社会の基本構造の根本的な変化をどのように捉えるかがポイントとなるであろう。すなわち、国内社会の構造と同様の、中央集権的な公権力機関としての地位が、例えば国際連合に付与されていない現状において、国際法体系における「立憲主義構造」を援用することは、時期尚早とすることになるであろう。例えば、約50年前に、強行規範概念に対してなされた痛烈な批判、すなわち、「偽善的な時代」の得意な精神的偏向に応じたものであり、非現実的かつ今日流行の「進歩的」装飾を施された概念であり、「誓いの言葉の神聖さ」を害する手段であるとの指摘がなされたのである<sup>47</sup>。

この視点は、例えば、宗教的対立や民族的対立に由来する、現代国際社会における価値観の混乱を考えてみると、まさにその本質をついたものであり、未だ根拠のない主張とは思われないのである。前述のように、国際法における強行規範については、法理論的にも、裁判実行においても、十分な概念規定がなされたとは言い難い。確かに、条約法条約第53条にお

---

46 Picone, P., op.cit., p.424.

47 Schwarzenberger, G., op.cit., p.478. この現代国際社会において、彼の言う「国際準公序」の存在を肯定できるのかも考えなければならないであろう。

いて定式化されたとはいえ、その問題点は多くの論考で指摘され、それは未解決のままである。また、国際司法裁判所は、2006年の「コンゴ対ルワンダ事件」において、ジェノサイドの禁止に関する事件について、一般国際法の強行規範の性質を有する規範に従うことに言及した<sup>48</sup>。ある論者は、この判決について、裁判官の「自発的な意見の一致 (spontaneous concurrence of opinion)」の結果であるが、そこでは、「未公開の方法論 (undisclosed method)」が用いられており、「注意深い探求 (careful research)」がなされておらず、しかもそれは判決の傍論 (dictum) という形式にすぎないと指摘するのである<sup>49</sup>。要するに、これまで本稿でも指摘したように、強行規範概念の具現化における、国際司法裁判所の役割という視点から言えば、やはり個々の担当裁判官の判断基準の恣意性という問題が、常につきまとうということであろう。また、ある論者は、強行規範概念の将来的可能性について、国際関係における道徳的秩序 (moral order) が重要な要素であると指摘する。そして、強行規範の普遍的 (erga omnes) 効果を承認するための「革命的変化 (revolutionary change)」が必要であるとする。それは、主権的自由に対する制限についての国家間のコンセンサス、強行規範違反について、すべての国家に対する国際裁判所への手続き上の権利付与、そして、常任理事国の拒否権制限等の安保理改革も含む、国際連合体制の強化が重要な要素となると指摘しているのである<sup>50</sup>。

結局のところ、国際法における強行規範概念は、約半世紀という時間の経過を経た現在、国家実行及び裁判実行における、その恣意的適用の危険性はぬぐい去られていないということになるのではないだろうか。現在までのところ、その適用範囲として、条約法・国家責任法・国際刑事法等の分野が想定されるわけであるが、今後、さらにその適用範囲の拡大や、法

---

48 ICJ Reports, 2006, p.27.

49 Zemanek, K., op.cit., pp.388-389.

50 Czapliński, W., op.cit., p.97.

## 論 説

概念としての発展・進化についても検討していく必要がある。これからも、新たな国家実行や国際裁判例の出現等に注目していきたい。