

国際法における強行規範の概念分析

—— その法的構造の特質との関連で ——

佐 藤 一 義

(目次)

第 1 章 問題の所在

第 2 章 条約法条約と強行規範

(1) 条約法条約第 53 条および第 64 条

(2) 条約法条約第 66 条 (a)

第 3 章 強行規範概念の法的特質における「逸脱 (divergence)」と「一致 (convergence)」

(1) 「逸脱 (divergence)」による「抵触 (conflict)」

(2) 「逸脱 (divergence)」と「一致 (convergence)」の概念的曖昧さ

第 4 章 強行規範概念と「上位法 (higher law)」理念

(1) 強行規範概念と「対世的義務 (obligations erga omnes)」の観念

(2) 強行規範概念と「階層性 (hierarchy)」

第 5 章 結 語

第 1 章 問題の所在

1969 年 5 月 23 日に採択され、1980 年 1 月 27 日に発効した「条約法に関するウィーン条約」(以下、条約法条約と略称する)において、その第 53 条および第 64 条は、特に注目すべき条文である。前者は、条約の無効原因としての強行規範 (jus cogens) に抵触する条約の無効を規定し、後者は、条約の終了原因としての「新たな強行規範」に抵触する条約の終了を規定するものである。とりわけ、第 53 条では、強行規範の定義として、

「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」であると規定している。そして、これに「抵触する (conflicts with)」条約は「無効 (void)」であるとするのである。すなわち、伝統的国際法の下では、「同位法」とされてきた条約に対する「上位法 (higher law)」の存在が想定されることとなったのである。しかし、これまでに、強行規範概念の定義やその法的性質等について多くの議論がなされてきた⁽¹⁾。

また、強行規範は、条約法の分野だけでなく、国家責任法の分野においても、援用されることとなった。2001年12月12日に、「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家責任」に言及し、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。ある論者は、これらが、形式的には別個のものであるが、その区別は厳密なものではなく、その適用における、不明確さや困難さの原因となっているとされる。すなわち、条約法分野においては、規範的抵触 (normative conflict)、つまり国家が強行規範に反することを企図した場合、事前の (ex ante) 予防的防御を規定する意図を持つ。しかし、国家責任法分野においては、その二次的規則 (secondary rule) として、すでになされた強行規範違反に対する、実際的手段を適用するものであるとするのである⁽²⁾。

このように、強行規範概念は、国際法における実定法的地位を獲得して

-
- (1) 現在に至るまで、国際法における強行規範 (jus cogens) に関しては、非常に多くの著作が発表されてきた。本稿においては、比較的最近刊行された、Enzo Cannizzaro ed., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford University Press., pp.425-441. 所収の論文である、Enzo Cannizzaro, *A Higher Law for Treaties?*を中心として、その他、所収の論文その他を、詳しく紹介・参照しながら、検討を進めたいと考える。
 - (2) *Ibid.*, p.426.

きたけれども、国際法体系における「階層性 (hierarchy)」が、「上位法」の存在の前提となることも検討される必要があるのではないだろうか⁽³⁾。また、一次的規則 (primary rule) としての条約法条約第 53 条に関する問題点について、条約法条約発効以降、現在の状況も含め、様々な視点から再検証しておくことも必要であろう。とりわけ、条約法の分野と国家責任法の分野との比較検討や、そこにおける強行規範概念が包摂する問題点、さらには、強行規範概念の理論的な発展についてなど、「対世的義務 (obligations erga omnes)」の理念との関連も含めて、その概念の法的構造の特質について考察を試みることにしたい。

第 2 章 条約法条約と強行規範

(1) 条約法条約第 53 条および第 64 条

条約法条約第 53 条および第 64 条は、それぞれ、強行規範違反の条約の無効と終了を規定するが、それらは、「古典的な法の抵触 (classical conflicts of law)」に言及したものであるとされる。すなわち、実質的に一致しない路線の行為を必要とする義務の共存 (coexistence) から生ずるものであるというのである。そして、第 53 条は、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」諸規則の一体として定義している。その中で、「逸脱 (derogation)」という用語は、その目的が、同時に 2 つの相互に矛盾する規則の運用の不可能さを扱うことにあるという法的効果を典型的に示しているとされる。そして、この概念体系 (conceptual scheme) は、逸脱による抵触として示されている。その古

(3) 例えば、Jan Klabbers, Rene Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, 1998, Martinus Nijhoff Pub.pp.7-18. 所収の論文、Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Hierarchy of Treaties*, p.18.参照。そこで論者は、諸条約間には、いかなる階層的優越性 (any hierarchic superiority) も存在せず、その例外は、*pacta sunt servanda* 原則をみだりに変更するものであって、国際法の基礎 (cornerstone) にふれるものとなると指摘されている。

典的実例として言及されるのが、ジェノサイドを目的とする条約や、違法な武力行使を企図する条約であるとされている⁽⁴⁾。しかし、論者は、その当事国間で強行規範の規則からの逸脱を目的とする規定を含む条約の締結は、まれな出来事 (rare occurrence) であると指摘されている。そこで、条約法条約の制定過程において、国際法委員会 (International Law Commission) における条文草案の審議過程、あるいはそのコメントリーにおいて指摘された、強行規範の実例を、論者は「古典的」と表現しているのであろうが、確かにそれらは、現実的ではないのかもしれない。もしこれが、条約法条約第 53 条および第 64 条の範疇の唯一の典型例であるとするなら、これらの条文の効果は、非常に限定的なものとなってしまおうと指摘される⁽⁵⁾。

そこで、条約法条約第 53 条の制定過程について、簡単に触れておきたい。まず、国際法委員会による条約法条約草案作成に携わった特別報告者の報告書において、強行規範に関しては、以下のように言及されていた。4 人の特別報告者のうち、3 番目の報告者であったフィツモーリス (G. Fitzmaurice) が、1958 年に提出した報告書中の条文草案第 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、それらと抵触する場合にのみ、無効の原因が発生しうる」と規定されていた⁽⁶⁾。また、4 番目の報告者であったウォルドック (H. Waldock) が、1963 年に提出した報告書中の条文草案第 13 条において、「条約の目的または条約の実施が、強行規範の性質を有する

-
- (4) Enzo Cannizzaro, *op.cit.*, pp.427-428. ここで論者は、2003 年 11 月 6 日の、「油井やぐら (Oil Platform) 事件 (イラン対アメリカ)」に関する、国際司法裁判所の判決に言及している。裁判所は、そこで問題となった条約が、違法な武力行使に関する国際慣習法の諸規則から逸脱 (contract out) することを意味する可能性を排除し、それにより抵触が生ずることを認めなかったとされる。
- (5) *Ibid.*, p.428. ここで論者は、これらは、特別な性質を有する抵触であり、そこには、法的諸規則の間に、直接の抵触は存在しないが、それらの相互作用の異なる形態が存在すると指摘されている。
- (6) *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, Vol. , p.27.

国際法の一般的規則または一般的原則の侵犯を含む場合、条約は国際法に違反し、無効となる」と規定されていた⁽⁷⁾。しかし、両報告者ともに、国際法における強行規範が存在することを、前提的に認めており、強行規範性を有する諸規則と抵触する場合に、条約は無効となるという原則を確認していたのである。しかし、そのような諸規則が、具体的に何であるのかについて、十分な検証がなされていたわけではないのである。例えば、前者は、捕虜の非人道的扱いの禁止、侵略的攻撃の禁止あるいは海賊行為の禁止等を挙げている⁽⁸⁾。また、後者は、国連憲章の諸原則に違反する武力の使用または威嚇の禁止、奴隷売買・海賊行為・ジェノサイド等の国際犯罪の禁止に言及しているのである⁽⁹⁾。結局、条約法条約の制定過程において、それぞれの規則が、強行規範性を有することは前提的かつ自明のこととされ、個別に十分な検証がなされたとは言えないのである。

次に、条約法条約第 64 条は、「一般国際法の新たな強行規範が成立した場合」において、その強行規範に抵触する既存の条約の終了を規定している。そこで、本条は、第 53 条における、「後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範」という文言が前提となる。国際法委員会は、条約法条約に対するコメンタリーにおいて、第 64 条は第 53 条の「論理的帰結 (conjunction)」であるとした。すなわち、締結時においては有効であった条約が、後に成立した、新しい強行規範に抵触する場合、無効となって終了するのである。新しい強行規範は、条約の有効性に関して、遡及的効果はもたないとされたのである⁽¹⁰⁾。

また、「新たな強行規範」の成立形式について考える必要がある。第 53 条に規定されている「一般国際法」として成立する規則としては、国際慣習法による場合と、普遍的性質を有するとされる、立法条約や法典化条約

(7) Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol. , p.52.

(8) Yearbook of the International Law Commission, 1958, Vol. , pp.40-41.

(9) Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol. , pp.52-53.

(10) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Part , pp.248-249.

のような一般的多数国間条約による場合等が考えられるであろう。しかしながら、前者の場合には、既存の強行規範に違反する行為の反復は、永遠に違法であることから、第 53 条に規定するような「後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範」による「変更」は不可能であり、慣習法による「新たな強行規範」の成立は不可能であるとされるのである。さらに、後者の場合には、既存の強行規範に抵触する内容をもつ条約は、第 53 条により無効となるから、その強行規範の変更を含む条約は当然に無効であり、条約による「新たな強行規範」の成立も不可能であるとされるのである⁽¹¹⁾。しかし、国際法委員会は、新たな強行規範の出現により、無効となって終了する条約の具体例として、「すべての形式の奴隷制度の、総体的違法性の一般的承認」により、その履行が国際法違反となった奴隷貿易を規律する条約を挙げた。その上で、新たな強行規範に抵触する場合であって、少なくとも締結の時は完全に有効であったが、新たに成立した強行規範に現在抵触するいくつかの規定が見出されるような条約の場合は、「可分性 (separability) の原則」が適用されるうとしたのである⁽¹²⁾。

以上のように、強行規範概念に関して、実質的規則 (substantive rule) としての役割、すなわちその明確な概念規定の役割を、条約法条約第 53 条および第 64 条が果たしているかどうかは、未だ十分とは言えないようである。そこで、手続的規則 (procedural rule) としての第 66 条 (a) について検討してみたい。

(11) Ibid., pp.198-199.

(12) Ibid., p.261.この点については、条約法条約第 71 条において、既存の強行規範に抵触する条約の無効の効果と、新たな強行規範に抵触する条約が無効となり終了する効果との間の相違について規定されている。後者の場合、その 2 項 (a) により、当事国はその条約を引き続き履行する義務を免除される。そして、その 2 項 (b) により、その条約の終了前にそ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影響を受けないが、これらの権利、義務および法的状態は、その条約の終了後、一般国際法の新たな強行規範に抵触しない限度においてのみ維持することができるものとされる。

(2) 条約法条約第 66 条 (a)

条約法条約第 66 条 (a) は、「第 53 条又は第 64 条の規定の適用又は解釈に関する紛争の当事者のいずれも、国際司法裁判所に対し、その決定を求めため書面の請求により紛争を付託することができる」と規定している。しかし、1966 年に採択された、国際法委員会による最終の条文草案には、この条文に相当するものは含まれていなかった。1968 年および 1969 年にウィーンで開催された、条約法の法典化 (codification) を目的とする国連条約法会議 (United Nations Conference on the Law of Treaties) において、一つの妥協の産物として、この規定は生み出されたのである。1966 年条文草案の第 62 条は、「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」を規定していたが、特に、強行規範に関する紛争に関する特別な手続きは予定されていなかった。この条文草案第 62 条に付されたコメントリーにおいて、国際法委員会は、その審議過程で、強行規範に関する紛争については、「国際司法裁判所による義務的な司法的解決に委ねるべき」との議論があったことを認めながら、「国家慣行の現状」からみて、そうした解決方法は現実的でないとの判断から、このような規定となったとしているのである⁽¹³⁾。

1968 年の国連条約法会議 (第 1 会期) において、条文草案第 62 条に対するいくつかの修正提案がなされたが、その中で特に注目すべきものとして、日本提案 (A/CONF.39/C.1/L.339) がある⁽¹⁴⁾。この提案において、強行規範に関する規定についての紛争は、いずれかの紛争当事国の要請に基づき、国際司法裁判所に付託されることとされた。この提案の意図について、日本代表は、強行規範の問題は、国際社会全体 (entire community

(13) Ibid., p.262. こうして、条約の無効・終了原因としての強行規範の恣意的濫用と、その結果としての条約関係の不安定化を懸念した西側諸国を中心として、強行規範に関する紛争に関して、紛争当事国のいずれかによる国際司法裁判所に対する一方的な付託を認める手続きの採用が主張されることになるのである。

(14) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First and second sessions, p.188.

of nations) の利益を包含するものであり、それに関する紛争は、国際司法裁判所によってのみ解決されるもので、紛争当事国の私的解決 (private settlement) に委ねられるべきでない⁽¹⁵⁾と述べたのである。このような、強行規範に関する紛争についての国際司法裁判所の積極的役割について、西側諸国の多くは、肯定的立場をとった。しかし、東側諸国すなわち社会主義諸国およびアジア・アフリカ諸国の一部は、国際司法裁判所に対する不信感等を背景として、強行規範に関する紛争について、同裁判所の義務的管轄権を認めるという主張に反対の立場をとった。例えば、白ロシア代表は、国際司法裁判所は、強行規範を「創設」することはできないと指摘したのである⁽¹⁶⁾。このように、本会期では、強行規範に関する紛争について、国際司法裁判所の強制的管轄権を認めようとする立場から条文草案第 62 条の修正を求める主張と、それに反対する主張とが対立することとなった。結局、第 1 会期においては、条文草案第 62 条は原案通り採択され、それに対する提案および修正案については、すべて新しい条文である第 62 条 bis として、第 2 会期で審議されることとなったのである⁽¹⁷⁾。

翌 1969 年に開催された、国連条約法会議 (第 2 会期) の本会議 (Plenary Meeting) において、条文草案第 62 条は採択されたが、第 62 条 bis は否決されてしまった⁽¹⁸⁾。その結果、条約法条約自体の成立も危惧されることとなってしまったのである。そこで、こうした状況を打開するために、10 カ国提案 (A/CONF.39/L.47and Rev.1) がなされることとなった⁽¹⁹⁾。この提案の内容は、国連総会に対して、国連および専門機関に加盟して

(15) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First session, p.402.

(16) Ibid., p.434.

(17) Ibid., pp.473-474. これは、その時議長を務めたナイジェリアのエライアス (T.O.Elias) の採決によるものであった。

(18) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, Second session, p.153.

(19) Ibid., p.188. この提案は、これまでに提出された諸修正提案の趣旨を生かした、いわゆる "package deal" と呼ばれるものである。

いない国または国際司法裁判所規程の当事国でない国が、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、仲裁裁判および調停の手続き」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 点からなるものであった。この提案は、条約法条約の採択失敗という危機的状况を回避するものとして、多くの支持を集めて採択されることとなったのである⁽²⁰⁾。以上のような経緯を経て、条文案第 62 条は、現条約法条約の第 65 条となり、上記の 10 カ国提案の内容が、その第 66 条および附属書となったのである。

さて、こうした体制は、強行規範の有効性 (effectiveness) を確保するために、強行規範に抵触する条約の有効性あるいは効力に関する紛争に対する管轄権を、国際司法裁判所に付与するものであるとされる。しかしながら、条約法条約において、客観的紛争解決制度 (objective dispute settlement mechanism) の存在が、強行規範体制 (jus cogens regime) の不可欠な部分として考えられないとの指摘もある。その第 53 条および第 64 条に規定された強行規範体制は、国際司法裁判所が管轄権をもつかどうかという問題に、法的関連性は存在しないというのであり、その第 66 条 (a) に対する留保の存在が指摘されるのである。そして、上位法 (higher law) の領域の種類が発展が、当然の帰結として (as a corollary)、客観的紛争解決制度を通じて評価される下位法 (inferior law)

⁽²⁰⁾ Ibid., p.193. 以上の点についての詳細な経緯については、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。

の有効性をたもつための必要性を含め、国際社会の根本的な共通の価値 (fundamental collective values of the international community) を守ることが証明された場合にのみ、上記のような結論は変更されるとするのである。そして、法的な強行規範体制に必要な部分として、国際司法裁判所の管轄権をみなすことに反対する傾向を示している、第 66 条 (a) に対する留保に対しての、いくつかの国の異議 (objections) が、こうした考えを想起させるとしているのである⁽²¹⁾。こうした留保の例として、例えば、チュニジアの留保が挙げられる。この留保は、第 66 条 (a) に言及された紛争について、それに対する判決を求めて国際司法裁判所に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した⁽²²⁾。また、ソ連も、自国が第 66 条の規定に拘束されず、国際司法裁判所に決定を付託すべき第 53 条および第 64 条の適用または解釈に関するいかなる紛争においても、すべての当事国の同意を必要とする旨の留保を付したのである⁽²³⁾。このような留保に対する異議として、例えば、ドイツは、チュニジアの留保が、条約法条約の趣旨および目的と両立しないものであり、第 53 条および第 64 条は、第 66 条 (a) と密接に結びついたものであると指摘した。また、イギリスは、第 66 条の全部または一部の適用を排除するための意図を有する留保を付する国との間での条約関係を認めないと述べたのである⁽²⁴⁾。

ここで、イランとアメリカ合衆国との間の「油井やぐら (Oil Platform) 事件」に関する、国際司法裁判所による 2003 年の判決⁽²⁵⁾を検討してみたい。国際司法裁判所は、この判決において、両当事国間で締結された条約中の、当事国それぞれに、「基本的な安全の利益 (essential security interests) を守るために必要な」手段 (measures) を採用するため

(21) Enzo Cannizzaro, *op.cit.*, pp.436-437.

(22) *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, p.198.

(23) *Ibid.*, pp.198-199.

(24) *Ibid.*, pp.199-200.

(25) *Judgement of 6 November 2003*, ICJ Reports (2003) 161.

の権能を与える規定については、国際慣習法に従って解釈されなければならず、そこには、「違法な武力行使 (unlawful use of force)」の関係では援用できないとしたのである。そして、「国際社会のすべての構成員 (all members of the international community) に対する」一方的な武力行使の禁止の規則に関する規則の機能に関する警告を提供したのである。同裁判所は、彼らがこの意見から正反対の結論を引き出したとしてさえも、武力行使の分野における事例に含まれる意味の重要性について、両当事国が合意したと指摘したとされるのである。

そこで、もしこれが条約法条約第 53 条および第 64 条の範疇に入る抵触 (conflict) の最適な類型であるとすれば、これらの規定の効果は、非常に限定されるであろうとされる。実際、その当事国間で、強行規範の規則からの逸脱 (contracting out) を目的とする規定を含む条約の締結などというものは、希な (rare) 出来事と考えられるべきである。さらに、その当事国が、過去に生じた強行規範違反から生じた状況に関する義務を取り交わす場合、一貫性 (consistency) の問題が生じるとされる。これらは、法的規則の間の直接の衝突 (direct clash) ではなく、それらの間の相互作用 (interaction) の一つの異なる形態 (form) が存在する場合には、ある特別な性質の抵触 (conflicts) となるかもしれないと指摘されているのである⁽²⁶⁾。

以上のような分析から言えることは、まず、實際上、当初から強行規範違反であることが明確な条約や、そのような性質を有する条文を含む条約の締結は、現実味がないということであろう。そして、強行規範の法的体制 (regime) における、条約法条約の法制度として、その第 53 条および第 64 条による強行規範概念の明確化と、それに資するための第 66 条 (a)、とりわけ国際司法裁判所の役割については、現状では限定的かつ不十分と言わざるをえないということになるであろう。

(26) Enzo Cannizzaro, *op.cit.*, p.428.

第3章 強行規範概念の法的特質における「逸脱 (divergence)」と「一致 (convergence)」

さて、ここからは、強行規範概念の法的特質について、いくつかの視点からこの考察を試みたい。これまで述べてきたように、強行規範に関する、実定法上の概念規定としては、条約法条約第53条が常に言及される。その条文上の表現のポイントとして、以下の点が注目される。すなわち、強行規範の法的特質として、一般国際法の強行規範に「抵触する」条約は無効であり、一般国際法の強行規範とは、いかなる「逸脱」も許されない規範であるという2点である。この第53条の定式化は、これまで多くの論者により、その定義の曖昧さや、概念の不明確さが指摘されてきたところである。そこで、本稿ではある論者による、「逸脱 (divergence)」と「一致 (convergence)」という理念を基礎とする考察を紹介し、それを参考にしつつ、以下のような視点から、検討を進めていきたい。

(1) 「逸脱 (divergence)」による「抵触 (conflict)」

まず、ここで「自決の原則 (principle of self-determination)」と条約との関係が検討される。この原則は、これまで強行規範概念の例として言及されたものの1つである。例えば、非自治領 (non self-determined territory) の資源の開発や、生産物に関する通商上の取引に関する条約の締結の際、その条約の適法性は、「逸脱のテスト (derogation test)」により評価されるべきであり、その評価は、そのような条約と、自決の原則との完全な一致 (consistency) により、裏付けられるとする⁽²⁷⁾。この事例として、ポルトガル対オーストラリア間の「東チモール事件」に関する、国際司法裁判所による1995年の判決⁽²⁸⁾が挙げられる。この事例において、非自治領の資源の開発に関する条約と、自決の原則との両立の問題

⁽²⁷⁾ Ibid., p.429.

⁽²⁸⁾ Judgement of 30 June 1995, ICJ Reports (1995) 90.

が、間接的ながら、考察されているとされる。すなわち、ポルトガルは、東チモール沿岸とインドネシアとの大陸棚の境界に関して締結された条約が、東チモールの人々の、自決の原則や、天然資源に対する永久的主権の原則を侵害すると主張したのである。そして、この主張は、以下のような概念的な理論枠組み (paradigm) に基づくものであったとする。すなわち、強行規範は、逸脱 (derogation) の方法によるだけでなく、強行規範が正当に従われる場合に存在するであろうものから逸脱する (diverge) 方法においても、強行規範は違反されるのであるというのである。しかしながら、ポルトガルは、国際司法裁判所に、その条約の無効 (invalid) の宣言を求めることはせず、むしろ、その条約の締結の違法性 (unlawfulness) を主張したとされる⁽²⁹⁾。

そして、国際司法裁判所は、自決の原則と、非自治領の資源の開発を規定する条約との間には、ある事実上の抵触 (actual conflict) が存在することに理解を示したとされる。さらに、同裁判所は、「自治に対する人民の権利が、国連憲章および国連の実行から導き出されるものであり、対世的 (erga omnes) 性質を有する」という主張を、「非難の余地のない (irreproachable)」ものとみなし、自決の原則は、現代国際法の「根本的原則 (essential principles)」の1つであると述べた。しかしながら、国際司法裁判所は、自決の原則の「対世的構造 (erga omnes structure)」と、異論のあるところではあるが、その強行規範性において、同裁判所は、その判決が、当該事件の当事国でない、他の国家の行為の合法性の評価を含む場合、その合法性に関する裁決をすることはできないと結論づけたのである⁽³⁰⁾。要するに、当該条約と、自決の原則との間に、抵触 (conflict) は存在しないと国際司法裁判所は判断したことになるのである。そのような考察を経た上で、論者は、条約法条約第 53 条および第 64 条の間の二者択一的難問 (dilemmas) の存在に言及している。すなわち、強行規範

(29) Enzo Cannizzaro, op.cit., pp.429-430.

(30) ICJ Reports, 1995, p.102.

の実際の違反より前に (prior to) 生じる規範的抵触 (normative conflicts) に対してのみ適用するのか、あるいは、強行規範から逸脱 (derogate) しないけれど、過去の (previous) 強行規範違反によりすでに創設された状況に係る責任国 (responsible state) との協調の形態を確立する条約に適用されるのか、という問題が指摘されているのである⁽³¹⁾。

(2) 「逸脱 (divergence)」と「一致 (convergence)」の概念的曖昧さ

さらに論者は、どのくらい容易に、「逸脱」が「一致」に変わりうるのかを考える場合、より大きな困難が存在するというのである。すなわち、ある条約が、完全な一致 (conformity) を達成することなしに、強行規範により求められる状況に向けての一致 (converge) に向かう状況を創設するという点において、後者は、概念上正反対の状況とみなされるかもしれない。例えば、非自治領の資源の開発に関する条約において、開発からの利益の一部分が、非自治領の人々の利益に資することを保証することを目的とする条文が存在する場合、その条約の合法性のための均衡 (balance) をはかることになるであろう。さらに、強行規範に対する尊重 (respect) が進捗しうるかどうかという問題が生じるとする。換言すれば、国際社会の根本的価値の侵害を意図する条約が、完全な両立 (compatibility) の状況を実現することなしには、強行規範には抵触するけれども、それ故に無効であるかどうかということが問題となるとするのである。そして、その問題は、重大な法的かつ政治的な問題をひき起こすとされる。つまり、政治的には、違反の後、強行規範に完全に従う状況を再構築するための最善の方法は何かを決定することは困難であるとする。すなわち、それが、非妥協 (intransigence) に基づく方法なのか、それとも、柔軟性 (flexibility) に基づく方法なのかどうかである。法的には、一貫した

(31) Enzo Cannizzaro, op.cit., p.432.

実行の不存在が、明確とはほど遠い前提から、単なる論理的推論に頼ることを必要とするので、その問題は、より複雑となるとされる。とりわけ、自国の利益のために行動する個々の国家が、合法的に、その相互間において、あるいは、責任国 (responsible states) との間で、条約を締結することが可能かどうかを決定することは困難であるとする。そして、それらが、国際社会全体の利益において行動するという根拠に基づいて、強行規範に従うことを促進するとしたとしても、それらは、明らかに、強行規範と矛盾 (inconsistent) しているとされるのである。

現在の法状況に基づけば、一致 (convergence) と逸脱 (divergence) との、正確な区別をすること、すなわち、これらの状況のそれぞれの構成要素が、正確には何であるのかという問題には、大いに論争の余地が残されているというのである。ここで指摘できるのは、逸脱 (divergence) と一致 (convergence) という一対 (dyad) が、事例ごとの分析に関する抵触 (conflict) の存在の決定を目的とする、可能な論理構造として、直観的に役立つことを指摘することだけが重要であると思われるとされているのである⁽³²⁾。以上のような分析から、強行規範概念の法的構造の二重性が指摘されていると思われる。すなわち、条約法条約第 53 条の定義によれば、それは「いかなる逸脱」も許されない規範であり、一般国際法の強行規範の性質を有する諸規則との「一致」が求められているということではないだろうか。そして、これまで指摘されてきたように、強行規範概念の「曖昧さ」の原因となっているようにも思われるのである。

また、国際司法裁判所による、コンゴ対ルワンダ間の「コンゴ領にお

(32) Ibid., pp.433-434.この点で、論者は、法の抵触 (conflict of laws) という古典的な概念では、一般国際法の上位規則 (superveniens rule) の適用から生じる強行規範との不一致 (clash) を説明することはできないとしている。慣習の成立を導く行為が、まさに最初から強行規範と一致しないのであれば、新しい法の確立のためには不適當であるからであるとする。そして、ある抵触 (conflict) は、實際上、慣習法規則と強行規範の規則とにより創設される効果の間での、間接的 (indirect) かつ偶然 (occasional) の対立 (collision) の形態としてのみ、想定できると指摘されている。

る軍事活動事件」に関する、2006年判決⁽³³⁾に言及がなされる。コンゴは、ジェノサイド条約の解釈と適用に関する紛争に対する国際司法裁判所の管轄権を確立する、同条約第9条に対するルワンダの留保が、強行的性質 (peremptory nature) を有する同条約の実質的規定 (substantive provision) と一致しない (inconsistent with) と主張したのである。同裁判所は、逸脱 (derogation) による抵触という古典的な体系 (classical scheme) を用いて、コンゴの主張を退けたとされる。その体系によれば、ジェノサイド条約第9条に対する留保の無効を宣言するために、強行的規則が、同条約第9条の解釈または適用に関する紛争のために、国際司法裁判所の管轄権を認めるよう、諸国家に求めていることが証明されなければならないというのである。そのような規則の不存在故に、当該留保の有効性を検証することを、同裁判所は拒否したのである。すなわち、同裁判所は、当該留保が、同条約の下での実質的義務に作用しないと認定したわけである。また、同裁判所は、その判決において、一つの抵触 (conflict) の形式に言及したとされる。すなわち、不当な理由 (a contrario reasoning) を根拠としてなされた、手続的規定に対する留保は、その留保が当該条約の実質的義務に影響する可能性を証明された場合には、当該条約の趣旨および目的と一致しない (inconsistent with) であろうことが推定されるというのである⁽³⁴⁾。前述のように、条約法条約第66条 (a) に対する留保についての分析からいえるように、強行規範概念の明確な定義付けと解釈と適用に関する紛争解決に対して、国際司法裁判所の果たす役割は、限定的にならざるをえないであろう。すなわち、条約法条約第53条および第64条に関する紛争解決において、その第66条 (a) により国際司法裁判所に期待された「法創造機能」の実現は、かなり困難と言わざ

(33) Judgement of 3 February 2006, ICJ Reports (2006) 6.

(34) Enzo Cannizzaro, *op.cit.*, p.435.この点について、条約は、実質的 (substantive) 規定と手続的 (procedural) 規定の一体的形式で構成されるので、後者に対する留保は、その条約の全体の体系がよってたつ規範的バランスに影響すると述べられている。

るをえないと思われる。

第4章 強行規範概念と「上位法 (higher law)」理念

(1) 強行規範概念と「対世的義務 (obligations erga omnes)」の観念

本章では、強行規範概念との関連で論じられることの多い、対世的義務の観念についての検討を試みたい。現代国際法学において、強行規範と、対世的義務を課す規範とを、互換性のあるもの (interchangeable) とみなす傾向があるとされる⁽³⁵⁾。この対世的義務の観念は、国際司法裁判所が、ベルギー対スペインの「バルセロナ・トラクション事件 (第二段階)」における1970年の判決の傍論 (obiter dicta) において示したものである。それは、「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)」であり、その義務は、「すべての国家の関心事項 (the concern of all States)」であるとされた。そこに含まれる権利の重要性ゆえに、それらの保護には、すべての国家が法的利益を有するのである。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、さらに、奴隷売買や人種差別からの保護を含む、基本的人権に関する原則等から導き出されるというのである⁽³⁶⁾。この点について、強行規範概念と「対世的義務」の観念は、最初から区別されるものとされてきたと指摘される。

まず第1に、国際司法裁判所は、1969年に採択された条約法条約第53条に言及していないという点である。国際社会全体に対する国家の義務に言及するにあたり、強行的な規則を含め、すべての他の一般的国際法規則

(35) ここでは、Enzo Cannizzaro ed., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford University Press. pp.411-424. 所収の論文である、Paolo Picone, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* を紹介・参照しつつ、検討を試みたい。

(36) ICJ Reports, 1970, p.32. この点についての詳細は、拙稿、「現代国際法における強行規範概念の現状と展望—その根本規範性および普遍的義務 (Obligations Erga Omnes) との関連で—」、名城法学第59巻第3・4合併号、2010年3月、pp.1-25. 参照。

から、それらを明確に区別し、国際社会全体により「創造される (produced)」だけであるとしている。第2に、同裁判所は、対世的義務を課す規則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、それらの履行に「利益 (interest)」を有するであろうことを強調している。従って、これは、国家の意思に制限を課すことを意味するものではなく、国際社会全体のために扱われるべき「機能的権能 (functional powers)」を有することを認められたものである。第3に、対世的義務を課す諸規則が、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とされる。ここまでは、強行規範の諸規則と同様であるが、それだけでなく、国家の集団的 (collective) 行為を通じて、保護するに値しないような財産や価値を守り、保護することも可能にするような、より広い役割 (wider role) を果たすことも考えられるべきであるとする。そのような諸規則とは、当該国家が考慮する国内的価値の保護 (例えば、国民の人権や国家内部における環境の保護)、公海における重大な汚染の場合のような、個々の国家の管轄権の外側に存在する価値の保護、そして、侵略に対する、国連憲章第51条の下での集団的自衛の保障を伴う重要な財産や価値の保護、のためのものである。そして、「対世的義務」を課す規範の場合において、原則的には、それらの一般的な「非逸脱性 (non-derogability)」を前提とすることは正当化されないとされる⁽³⁷⁾。以上の分析から言えることは、「対世的義務」の観念は、強行規範概念より広い視点から考えられるべきものであるということであろう。しかしながら、条約法条約第53条における強行規範概念の定式化に対する批判としての、その定義の曖昧さを克服するという点では、同様の弱点を指摘できるであろう。

また、2001年に採択された、国家責任条文第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

⁽³⁷⁾ Paolo Picone, op.cit., pp.415-416.

る国際責任」に言及している。しかし、その前段階としての、1996年の国際法委員会による最終草案の第19条において、それまで用いられていた「国際犯罪 (international crimes)」という文言を削除し、「対世的義務」の重大な違反から、「一般国際法の強行規範に基づく義務」の重大な違反という文言に、注意深い検証もなく、再接続 (reconnect) してしまったというのである。そして、規範は、国際法秩序の基本構造をなす諸原則 (the basic structural principles of international legal order) を守る限りにおいて、強行的であり得るが、絶対的あるいは至高の (absolute or supreme) 価値と同様のものではなく、もし違反すれば、国家の不法行為 (unlawful conduct) に帰せられるものである。国際法において強行規範は、最もさまざまな内容を有するかもしれず、対世的義務を創設しうる規範のみと一致するとは限らないとされるのである⁽³⁸⁾。

さらに、学説等において頻繁に言及される「流行の (fashionable)」の見解ではあるが、国際法の強行規範は、対世的不法行為を引き起こす、重大な違反の根拠として、敬意をもって、対世的義務を課す諸規則に置き換えられた (replaced) ということは正確ではないとするのである。また、国家責任条文第42条 (b) および第48条1項 (b) においては、両者とも、「国際社会全体 (international community as a whole)」に対して、すなわち、まさに伝統的な対世的義務に対して負う義務に言及している。これは、国際社会全体のために (uni universi) 行動する諸国家によって主張することのできる義務とされるのである⁽³⁹⁾。そして、その第40条1項における「一般国際法における強行規範」に対する言及は、確定的 (decisive) なものと考えられるべきではないし、「非逸脱性 (non-derogable nature)」を有する対世的義務を創設する諸規則に対する重大な違反ということも考えられると指摘されるのである⁽⁴⁰⁾。このような分析

⁽³⁸⁾ Ibid., p.417.

⁽³⁹⁾ Ibid., p.419.ここで論者は、伝統的な性質の規定にのみ言及している、国際法委員会のコメントとの矛盾を指摘している。

⁽⁴⁰⁾ Ibid., p.420.ここで論者は、「パレスチナ地域における壁建設の法的効果」に関

から、強行規範概念と対世的義務の観念は、完全に一致するものとは言えず、国家責任法の分野において、採用された強行規範概念は、安易な同一視を避けて、より詳細な検討の必要性が求められているといえるであろう⁽⁴¹⁾。

(2) 強行規範概念と「階層性 (hierarchy)」

国内法秩序においては、「上位法」と「下位法」という階層的構造が存在することは当然のことである。しかしながら、国際法秩序において、とりわけ条約は「同位法」と位置づけられ、そこには、階層構造は存在しないとされてきた⁽⁴²⁾。ある論者は、例えば、Verdross が、Pacta 原則は、すべての国際法の「根本規範 (Grundnorm)」に基づくとしており、「諸国家は、個々の集団の社会性 (social nature) に由来する基本的法原則 (fundamental legal principles) に従って行動しなければならない」、また、これらの諸原則に基づく条約および慣習法の諸規則に定められたように行動しなければならない」と述べたことを紹介する。しかし、条約の拘束性は、直接的には、法的に拘束されようとする、主権国家の意思によるものであり、そこに「等級 (degrees)」を設けることは不可能であるとしている。また、Reuter は、「純粹に形式的見地から言えば、すべての条約は、Pacta 原則の規則に基づく非常に多くの『単一の存在 (monads)』のような、独立かつ自己充足的な (self-sufficient) な存在として、お互いの関係において出現する。一連の条約は、数学用語で言えば、秩序づけられた

する、国際司法裁判所による 2004 年 7 月 9 日の勧告的意見を挙げて、同裁判所による、対世的義務違反に対する直接的な言及を指摘している。ICJ Reports (2004) 136. 参照。

- (41) Ibid., p.411. この点で、論者は、両概念が、「同じコインの裏表 (two facets of the same coin)」としばしば表現されるとし、その同一視 (equation) は、多くの曖昧な (vague) 要素に基づくとされる。
- (42) ここでは、Jan Klabbers, Rene Lefeber, eds., Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag, 1998, Martinus Nijhoff Publishers, pp.7-18. 所収の論文である、Ignaz Seidl-Hohenveldern, Hierarchy of Treaties. を紹介・参照しつつ、検討を試みたい。

『集合 (set)』を構成するのではなく、『累積 (accumulatio)』を構成する。つまりこれは国際社会自体の性質の結果であり、いかに普遍的 (universal) なものであろうと、この基本的な特長を変えた国際組織を創設するものではない」と述べたとしている⁽⁴³⁾。また、条約の名称に言及して、「条約 (covenant or treaty)」、「覚え書き (memorandum)」、「交換公文 (exchange of notes)」等を挙げて、これらはすべて同位性をもつ。ただ、より広い意味で用いれば、意味論上 (semantically)、条約間の「心理的階層性 (psychological hierarchy)」が存在するように思われるが、しかしそこには、いかなる「法的階層性 (juridical hierarchy)」も存在しないとするのである⁽⁴⁴⁾。要するに、条約間における階層性の存在を証明することは、現状では困難であるということであろうか。

また、国連憲章第 103 条は、国連加盟国の憲章に基づく義務と、他のいずれかの国際協定に基づく義務とが抵触するときは、この憲章に基づく義務が優先すると規定している。この点において、本条の強行規範性、すなわち、国際法における上位秩序の存在が論じられてきたのである⁽⁴⁵⁾。ここで、ある種の規範の強行的性質の根拠として、Hermann Mosler が用いたとされる「国際社会の公的秩序 (public order of the international community)」に言及される。彼は、この概念を、「このような性質を有する諸原則に反する、いかなる一方的行為 (unilateral action) や協定も、何ら法的効力をもちえないものとして、国際社会全体にとって不可欠 (vital) な重要性をもつ」原則や規則であると定義したとされる⁽⁴⁶⁾。そし

(43) Ibid., pp.7-8.ここで論者は、条約間の「無階層性 (no-hierarchy)」と表現されている。

(44) Ibid., pp.9-10.

(45) ここで、Enzo Cannizzaro ed., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford University 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?*を紹介・参照しつつ、検討してみたい。

(46) Ibid., pp.382-383.論者は、公秩序 (ordre public) は、現代の共有利益に照らして、公序 (public policy) を組み立てるものであるとして、強行規範とは、

て、強行規範や公序 (ordre public) の概念は、国内法からの類推により説明されることが多い。しかし、国内法のように、高度に発展した法制度において生み出された原則は、必ずしも国際法に適應するものではないとする。さらに、公序は、国内法制度においてさえ、曖昧な概念であり、ほとんどの場合、裁判所が、その時点において、その概念規定の決定権を有することになると言うのである。それに反して、国際法秩序には、そのような適切な構造が存在しないとされる⁽⁴⁷⁾。国際司法裁判所は、条約法条約第 66 条 (a) により確立される制限的機能ではあるけれども、公序について判決するための管轄権を有する国内裁判所に対して、国際法秩序が扱っているのとほぼ同様のものとなったのであるとされる⁽⁴⁸⁾。

また、論者は、強行規範が、逸脱し得ない (non-derogable) 法というだけでなく、国際法の通常の規範より上位の秩序 (higher order) であるという主張に言及している。しかしながら、その主張は、法秩序における「規範の階層性 (hierarchy)」を無視しているとし、それは、より上位の秩序の規範を明示する社会的機構 (community mechanism) を必要とするからであるとする。そして、国連憲章第 103 条は、そのようなシステムを確立していないというのである。すなわち、本条は憲章の下での義務が、優先権 (priority) を与えられなければならないことを命じているだけであり、それと矛盾する協定の効力は影響されない。この点で強行規範とは異なるのである。従って、本条により、規範の階層性を証明することはできないというのである⁽⁴⁹⁾。以上のことから、強行規範概念を、国際法秩序における法的階層性という視点から分析してみると、21 世紀の現代国際社会においてさえ、「時期尚早」と言うべきなのか、「時代の先取り」と評するべきなのか、独特な法的特質を有していると思われるのである。

ある時代に、国家によって構成される国際社会により共有される根本的価値の表明であって、絶対的に否認の自由ではないとされている。

(47) Ibid., p.385.

(48) Ibid., pp.387-388.

(49) Ibid., p.399.

第5章 結 語

以上のように、いくつかの著作を紹介し、参照しながら、強行規範概念の分析、とりわけ、その法的構造の特質に焦点を合わせて、検討を進めてきたわけである。そこで、結論的な考察を試みておきたい。まず、本稿で論点の1つとなった、「上位法」の概念である。これは、強行規範違反に先立つ段階におけるより、その違反の後の段階において役立つであろうことが指摘される。すなわち、条約あるいは他の国際法の適用に対抗するために、強行規範が援用された場合の多くの実行が、強行規範違反の結果として生じる状況を支配するということである。また、このような事例を扱うためには、条約法条約第53条および第64条の下での、広い抵触の概念の採用が、適切であるとされる。なぜなら、この概念は、古典的な逸脱による抵触というだけでなく、「上位法 (higher law)」と「下位法 (inferior law)」の間の衝突 (interferences) の様々な形態により特徴付けられ、複雑な他の抵触の形態も包含するからであるとされる⁽⁵⁰⁾。すなわち、強行規範概念の具体的な適用事例の多様化により、その概念の実体化と、より実効的な規範としての役割が実現するであろう。

また、条約法条約第53条および第64条の下で導入されたのは、抵触解決 (conflict-settling) の階層的体制 (hierarchical mechanism) の典型的効果の概念化であるとされる。すなわち、その根本的原則に抵触するいかなる義務も、その法的秩序から排除することにおける共同の利益 (col-

(50) Enzo Cannizzaro, *op.cit.*, p.440.ここで論者は、強行規範に違反するための関わり合いを企てるような条約の締結は、滅多にないことであり、もしこれが、強行規範の規範的な効果のみであるとするなら、条約法条約におけるその宣言は、ほとんど「象徴的 (symbolic)」以上のものではないとされる。また、強行規範が、単に、それから逸脱するための義務を課す条約を無効にするという効果を持つだけなのであれば、さらに、その義務が実施されず、法的安定性を付与して、強行規範の実際の違反に、完全な効果を与える条約あるいはその他の法規則を無効にしさえしないとすれば、それは理論的に不条理 (absurd) なものとなるであろうと指摘される。

lective interest) の存在において、下位の法 (inferior law) を無効にするということであるとされる⁽⁵¹⁾。この論文の論者は、第 53 条および第 64 条により仮定された概念が、未だその正確な輪郭は明確にされていないけれども、通常法 (ordinary law) と上位法 (higher law) との関係という階層的モデルに対して、適切であると評価されている。

しかしながら、現代国際社会の混沌とした状況、例えば、国際社会秩序の変動、国家とそれに準ずる存在等の国際社会の構成員の複雑化、さらには、民族や宗教等による価値観の多様化など、国際社会の構造変動が急速に進展していく過程にある。その変動に伴って、国際法秩序自体も構造変動を遂げつつある状況において、まさに「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」という要件の実現は、非常に困難な状況になっていると言えるのではないだろうか。また、上記のように、国際社会の「複雑化・多様化」による構造変動という状況の下で、それを妥当基盤とする国際法の根本的な構造変動、すなわち、伝統的国際法の「同位法」的特質の変化、さらには、国際法の「階層性」を確認することは、果たして可能なのであろうか。それとも、困難あるいは不可能と言わざるをえないのであろうか。そのような視点から、これからも、強行規範概念について、条約法およびそれ以外の分野における理論的展開や将来の国家実行および国際裁判例などとの関連で、検証を進めていきたいと考える。

(51) Ibid., p.441.ここで、正確な輪郭 (contours) は、判然としないけれども、抵触の異なる概念が、どこか「根源的混在 (primordial brew)」することにおいて、具体化されつつあると述べられている。