

強行規範概念の国際法における展開と効果

—— 強行規範に関する紛争解決手続条項との関連で ——

佐 藤 一 義

目次

- ・ 問題の所在
- ・ 条約法条約における紛争解決手続と強行規範概念
 - (1) 1969 年条約第 66 条 (a) の制定過程
 - (2) 1986 年条約第 66 条の制定過程
 - (3) 問題点の検討
- ・ 強行規範の効果とその展開
 - (1) 強行規範の効果としての無効
 - (2) 国家責任条文第 40 条および第 41 条との関連
- ・ 結 語

・ 問題の所在

条約法に関する法典化条約として、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 (以下、1969 年条約という)」第 53 条および第 64 条において、条約の無効原因および終了原因として、強行規範 (Jus cogens) の概念が導入された。その第 53 条は、「一般国際法の強行規範 (peremptory norm)」に抵触する条約の無効を規定した。そして、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」であると定義したのである。また、その第 64 条は、一般国際法の「新たな強行規範」が成立した場合に、当該強行規範に抵触する「既存の条約」は、効力を失い、終了すると規定した。これらは、国際法の法典化における「漸進的発達 (国連憲章第 13 条 b)」の範疇に属するものであり、その法典化のプロセス等において、その強行規範概念に対する賛否を含め、様々な論議の後、ようやく定式化されたものである。しかし、その実定法規定としての、概念規定の抽象性や、濫用の危険性が指摘され続けてきた。その採択後、約半世紀を経た現在、この概念がどのように展開してきたのか、そして、それが、国際法学や国家実行に、どのような効果をもたらしてきたのかを、検証することが、本稿の目的である。

また、1986 年には、上記の条約をモデルとして、国際組織を当事者として含む条約を適用対象とする、「国と国際組織との間又は国際組織相互の間の条約についての法に関するウィーン条約 (以下、1986 年条約という)」が採択された。これらの条約の草案を作成した国際法委員会は、まず、1969 年条約の適用範囲を、国家間で締結された条約に限定した (第 1 条)。その後、国家と国際組織および国際組織相互間の条約を適用対象とする (第 1 条) 条約法条約の草案を、1982 年に採択したのである。それが、1986 年に開催された法典化会議で、1986 年条約として採択されたのであるが、現在未発効である。

まず、これら両条約の第 53 条および第 64 条の条文は同一である。しかし、それらの適用又は解釈に関する紛争解決手続きを規定した、1969 年条約の第 66 条と、1986 年条約の第 66 条とは、異なるものとなっている。ここで注目すべきは、特に 1969 年条約第 66 条 (a) は、強行規範概念の具体的認定に関して、国際司法裁判所に重要な役割を付与するものであるということである。本条では、「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」と規定された⁽¹⁾。これは、第 53 条に規定された強行規範概念の抽象性に対する批判

に対して、1969年条約が採択された、国連条約法会議における一つの「妥協」の結果、生み出されたものである。しかしながら、これまでの状況を展望してみると、条約法条約の法典化のための「妥協」でしかなく、国際司法裁判所が、条約採択当時の期待に十分応えているかどうかは、疑問に思われるのである。そこで、強行規範概念の展開について、1969年条約と1986年条約の紛争解決手続きにおける問題点について、それらの制定過程も含め、再検討してみたい。

また、強行規範の効果 (effects) についても、検討してみたい⁽²⁾。この問題については、これまで、特に重大な問題 (heated problems) を生じさせることはなかったが、最近、強行規範の、最も複雑かつ重大な問題の一つとなってきた。問題は、行為の適切な範囲と、強行規範の、潜在的に混乱した拡大という、過剰な拡大 (over-extensive) の危険とに関連している。従ってその問題は、同時に、微妙 (delicate)、複雑 (intricate) かつ重要 (important) であるとされるのである⁽³⁾。ここで特に指摘されるべきは、1969年条約の第53条における、強行規範概念の、不明確な定式化の問題であろう。すなわち、違反の結果に対する法的行為の無効から、潜在的に無制限の効果へという、可能な効果の拡大 (extension of possible effects) という問題等、様々な問題が考えられるとされるのである。ちなみに、1969年条約および1986年条約の第71条は、一般国際法の強行規範に抵触する条約の無効の効果 (consequences) について規定して

-
- (1) これは、条約の解釈・適用に関する紛争の解決という局面において、強行規範の概念の「第三者的決定権者」という役割を、国際司法裁判所に付与したとされる。しかし、国際司法裁判所がこうした決定を下すことは、ある種の「法創造行為」であり、国際法の解釈適用が本来任務である司法機関としての「許容限度ぎりぎりの行為」であるとの指摘もなされている。小川芳彦、「条約法の理論」、1989年、東信堂、p.201.参照。
 - (2) この問題については、Robert Kolb, *Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory*, 2015, Hart Pub. を参照・紹介しつつ検討してみたい。
 - (3) *Ibid.*, p.104.これは、近年、条約法の分野のみならず、様々な国際法分野において、強行規範概念が援用されるようになってきたことと関連すると思われる。

いる。この点についても、検討を試みたい。

さらに、強行規範概念の条約法分野からの展開の一つの例として、国家責任の分野が挙げられる。2001年に採択された、「国家責任条文 (Articles on State Responsibility)」は、その第40条および第41条において、一般国際法の強行規範に基づく義務の重大な違反に関して規定している。これらとの関連においても、一般国際法における強行規範概念の本質的問題の検証の必要がある。以上のような視点から、本稿では、1969年条約第53条において定式化された、国際法における強行規範概念の、その採択から約半世紀を経過した現代国際社会における、その展開と効果について検証することが、本稿の目的である。

．条約法条約における紛争解決手続きと強行規範概念

(1) 1969年条約第66条(a)の制定過程

国際法委員会によって、1966年に採択された、本条約の最終草案には、この第66条(a)に相当する条文は含まれていなかった。1966年条文草案第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」について、国連憲章第33条に掲げる紛争解決の手段による解決を規定していた⁽⁴⁾。特に、強行規範に関する紛争に関しての特別な手続きは予定されていなかったのである。その条文に付された、コメンタリーにおいて、国際法委員会における審議の過程で、「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」であるとの議論があったことを認めた上で、「国家慣行の現状」からみて、紛争を国際司法裁判所に付託するという解決方法を採用することは現実的ではないとの判断から、このような規定草案となったと述べられている⁽⁵⁾。しかしながら、強行規範概念の不明確さ故の、条約の無効・終了原因としての恣意的濫用や、そ

(4) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. , pp.261-263.

(5) Ibid.,p.262. 結局、国際法委員会による条文草案においては、国際司法裁判所による義務的紛争解決手続きは採用されなかったのである。

の結果としての条約関係の不安定化を懸念する西側諸国を中心として、1968年および1969年に、上記の草案を審議した国連条約法会議において、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付託を認める手続きの採用が主張されることとなったのである。

まず、第1会期となる、1968年の国連条約法会議の全体委員会 (Committee of the Whole) での審議において、草案第62条に対する様々な修正提案がなされたが、特に注目すべきは、日本提案 (A/CONF.39/C.1/L.339) である⁽⁶⁾。この提案は、まず強行規範に関する紛争については、いずれかの当事国の要請により、国際司法裁判所に付託され、その他の紛争については、国連憲章第33条に規定される紛争解決手続きによる解決を目指し、なお12カ月以内に解決されない場合は、仲裁裁判所に付託されるとするものであった⁽⁷⁾。この提案の意図について、日本代表は、強行規範の問題は、国際社会全体の利益を包含するものであり、これに関する紛争は紛争当事国の「私的な解決 (private settlement)」に任されるべきではなく、ある規則が強行規範であるか否かを問うような紛争については、国際司法裁判所によってのみ解決することができる⁽⁸⁾と述べたのである⁽⁸⁾。この提案に代表されるように、多くの西側諸国は、草案第62条に反対の立場を表明し、強行規範のような「漸進的内容」を有する実体規定は、義務的な紛争解決手続きを定めるなどの「手続き的保障」なしに認めることはできないとの立場をとったのである。このような立場とは逆に、多くの東側諸国は、草案第62条を支持を表明した。例えば、ソ連代表は、それ

(6) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First and second sessions (A/CONF.39/11/Add.2), p.188.

(7) Ibid., pp.187-188. この提案と軌を一にするものとして、スイス提案 (A/CONF.39/C.1/L.347) がある。これは、無効主張に対する異議が出されてから6カ月以内に解決されない場合、当事国は一方的に紛争を国際司法裁判所に付託することができ、あるいは、「仲裁委員会」による解決も可能であるとするものであった。

(8) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First session (A/CONF.39/11), p.402. また、スイス代表は、紛争解決のための、「最終的かつ拘束力ある決定」を求めるべきであると述べた。Ibid., p.404.

が、国連憲章第 33 条に規定する紛争解決手続きによる解決を規定している点について、国際社会の現状を正確に反映しており、当事国の紛争解決手続きに関する「選択の自由」を保障するものであると評価する。そして、「義務的仲裁裁判 (compulsory arbitration)」や国際司法裁判所の義務的管轄権を規定するような修正案は認められないと述べたのである⁽⁹⁾。このような厳しい議論の対立を経て、この会期では、草案第 62 条は原案通り採択され、この条文に対する様々な修正提案はすべて、新条文である第 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⁽¹⁰⁾。

さて、1969 年に開催された、国連条約法会議の第 2 会期の全体委員会において、提出された修正提案のうち、特に注目すべきなのは、19 カ国修正案 (A/CONF.39/C.1/L.352/Rev.3and Corr.1 and Add.1 and 2) である⁽¹¹⁾。この提案は、草案第 62 条による手続きに加えて、紛争当事国間に紛争解決手段の合意がなされない場合、あるいは合意が成立しても解決不能の場合、いずれの当事国も、国連事務総長に対して、附属書に規定する手続きの開始を要請することができるとするものであった。ある西側諸国の代表は、前述の日本提案およびスイス提案を支持した上で、もしこれらの提案が受け入れられなかった場合の妥協案として、この修正案が支持されるであろうとした。例えば、ニュージーランド代表は、諸国家間に実質的な意見の相違がある場合、国際法における強行規範の存否に関する究極的な決定は、当然、国際連合の司法機関としての、国際司法裁判所の任務であるとする。その上で、この修正案は、その問題の完全な解決とはなり得ないまでも、一つの妥協案としては、十分考慮に値すると述べたので

(9) Ibid.,pp.412-413.

(10) Ibid.,pp.473-474.

(11) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First and second sessions, op.cit., p.246. 中央アフリカ、コロンビア、ダホメ、デンマーク、フィンランド、ガボン、象牙海岸、レバノン、マダガスカル、オランダ、ペルー、スウェーデン、チュニジア、オーストリア、ボリビア、コスタ・リカ、マルタ、モーリシアス、ウガンダの 19 カ国によるものである。

ある⁽¹²⁾。それに対して、アジア・アフリカ諸国の代表は、この修正案は支持するものの、強行規範に関する紛争に関して、国際司法裁判所への義務的あるいは選択的な付託を規定する日本提案およびスイス提案は認められないとした。例えば、マダガスカル代表は、調停および仲裁裁判という手続きのみが、諸国家間の条約関係における独断的行動と不安定化に対する効果的な保障 (safeguard) になり得るとして、条約の無効に関する紛争を、国際司法裁判所の義務的管轄に委ねるような、いかなる手続きにも反対すると述べたのである⁽¹³⁾。結局、全体委員会においては、日本提案およびスイス提案は否決されたが、19カ国修正案は採択され、起草委員会 (Drafting Committee) に送付されたのである⁽¹⁴⁾。その結果、紛争解決手続きの関連規定として、第 62 条、第 62 条 bis、および第 1 附属書が完成した。しかし、その後の本会議 (Plenary Meeting) での審議の結果、第 62 条のみ採択され、その他の条文は否決されてしまったのである⁽¹⁵⁾。そのため、条約法条約の成立それ自体が危ぶまれる状況が生じてしまった。そこで、そのような事態の打開のために、10カ国提案 (A/CONF.39/L.47 and Rev.1) がなされたのである⁽¹⁶⁾。この提案は、国連総会に対して、国連および専門機関に加盟して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ことを求める、「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

(12) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, Second session (A/CONF.39/11/Add.1), p. 279.

(13) Ibid., p. 265. また、シリア代表は、国際司法裁判所の義務的管轄権に反対する理由として、当該裁判所の公正さに信頼がおけないというわけではなく、単に、国際司法裁判所の判決に用いられる既存の伝統的国際法の諸規則に異論があるからであると述べている。Ibid., p. 262.

(14) Ibid., pp. 306-309.

(15) Ibid., p. 153.

(16) Ibid., p. 188. ガーナ、象牙海岸、ケニア、クウェイト、レバノン、モロッコ、ナイジェリア、スーダン、チュニジア、タンザニアの 10 カ国によるものである。

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、それ以外の紛争は、附属書に定める手続きによって、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、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つからなるものである。これは、前述の日本提案等の趣旨を生かした、いわゆる package deal であり、この提案に対して、第 62 条 bis を支持した諸国は、肯定的態度を示し、表決に付された結果、賛成多数で採択されることとなったのである⁽¹⁷⁾。以上のような経緯で、草案第 62 条は、1969 年条約の第 65 条に、また、10 カ国提案が、その第 66 条および附属書となったのである。その第 65 条は、「条約の無効若しくは終了、条約からの脱退又は条約の運用停止に関してとられる手続」を規定するものである。また、その第 66 条は、「司法的解決、仲裁及び調停の手続」を規定するが、特に、その (a) において、「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、その決定を求めるため書面の請求により紛争を付託することができる」と規定した。また、その (b) において、紛争の当事者のいずれも、国連事務総長に対して、附属書に定める手続きの開始を要請できると規定した。それを受けて、その附属書は、すべての国連加盟国及びこの条約の当事国により指名され、国連事務総長により作成された名簿に記載された調停人からなる調停委員会の手続きを規定しているのである。

(2) 1986 年条約第 66 条の制定過程

1986 年条約、すなわち「国際組織条約法条約」は、「国と国際組織との間又は国際組織相互の間の条約」に適用されるものである（第 1 条）。前述のように、その第 53 条および第 64 条は、条約の無効原因と終了原因としての強行規範を規定するが、1969 年条約と同一の条文となっている。

(17) Ibid., pp.191-193.

そして、紛争解決手続きについては、その第 65 条、第 66 条および附属書に規定されているのである。まず、第 65 条は、国際組織の通告または異議の申立ては、国際組織自身の規則に従うことを定めた 4 項を除いて、1969 年条約第 65 条と同一である。また、第 66 条は、その 2 項において、強行規範に関する規定の適用又は解釈に関する紛争の手続きを規定しており、1969 年条約の第 66 条 (a) に相当するものである。そして、附属書は、「第 66 条に関して適用される仲裁及び調停の手続」を規定しているのである。

A. 国際法委員会における審議

国際組織条約法条約の草案作成は、国際法委員会の委員であった、フランスのルテール (Reuter) 委員を特別報告者として、作業が進められた。彼が提出した報告書において、まず、条約の無効原因としての強行規範概念に関する草案第 53 条については、1969 年条約の第 53 条と同一であるが、そのコメンタリーにおいて、「国により構成されている国際社会全体」というのは、国家への言及に加えて国際組織への言及は求めない「一元的 (unitary)」概念であるとされている⁽¹⁸⁾。また、条約の終了原因としての新たな強行規範の成立に関する草案第 64 条について、そのコメンタリーにおいて、国際組織が関連する条約に適用するために、実質的または起草上の変更は必要ないとして、1969 年条約第 64 条と同一の条文としているのである⁽¹⁹⁾。しかし、紛争解決手続きを定める草案第 66 条は、一方の当事者による義務的付託に基づく仲裁および調停手続きを規定しており、1969 年条約とは異なって、国際司法裁判所の義務的管轄を認める規定とはなっていなかった。この点に関して、そのコメンタリーにおいて、国家のみが国際司法裁判所の係争事件における当事者となり得るのであり、国

(18) Yearbook of the International Law Commission, 1979, Vol. , Part One, pp.138-139.

(19) Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. . Part One, p.136.

際組織それ自体は、法廷に召喚されたり、紛争を付託することはできないとされていたのである⁽²⁰⁾。

条文草案第 66 条について、国際法委員会の審議において、特別報告者のルテル委員は、強行規範に関する紛争に関しては、国家間の紛争は、当然、1969 年条約第 66 条による解決が可能であり、国家と国際組織および国際組織相互間の紛争の場合も、国際組織が国際司法裁判所の訴訟当事者となることできないという事実を考慮して、同条が適用されるべきであるとしたのである⁽²¹⁾。これに対して、オランダのリッハーゲン (Riphagen) 委員は、強行規範に関する問題に関して、世界の「最上級裁判所」が発言することは必要であるが、そこには困難な点が存在するとした。すなわち、草案第 53 条および第 64 条から生ずる紛争が、性質上「双務的 (bilateral)」でないということであり、国際司法裁判所は、その規程の下で、主として双務的紛争を扱うよう求められており、国際組織は、原告としても被告としても、訴訟当事者とはなり得ないことを指摘するのである⁽²²⁾。また、イギリスのバラット (Vallat) 委員は、強行規範の問題は、一般的には、国連専門機関の問題ではないが、国連の他の機関の問題となるかもしれないとする。例えば、人権問題は、強行規範の問題を含んでいたとしても、経済社会理事会に付託されるであろう。しかし、そのような場合、本理事会は、総会または安全保障理事会にその問題を付託することが賢明であろうとされるのである⁽²³⁾。また、ユーゴスラビアの委員は、国連憲章第 96 条に基づき、強行規範に関する規定の適用または解釈に関して、国際司法裁判所に対する勧告的意見の要請についての機会の平等を、すべての国際組織に保障することに同意すると述べた。すべての条約当事者は、一般国際法における強行規範の尊重を求められており、条約当事者

(20) Ibid., pp.136-139.

(21) Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. , p.24.

(22) Ibid., p.26.

(23) Ibid., pp.26-27.

間の差別はなされ得ないし、勧告的意見を要請する権利に関する限り、ある種の国際組織が、国家や国際連合との関連で、下位の地位を占めるとされることはない⁽²⁴⁾。ここで指摘できることは、強行規範に関する紛争解決手続きに関して、1969年条約の制定過程において、強行規範概念の確定と、国際司法裁判所の役割が議論されたわけであるが、さらに、国際組織と国際司法裁判所の関係が、議論を複雑化したといえるであろう。結局、紛争解決手続きについて定めた、国際法委員会による条草案第66条(a)は、強行規範に関する「第53条または第64条の適用又は解釈に関する紛争の当事者のいずれも、他の紛争の当事者に対する書面の通告により、紛争を附属書に定める仲裁に付することができる。ただし、紛争の当事者が紛争を他の仲裁手続きに付することについて合意する場合はこの限りでない」と規定した。そして、そのコメンタリーにおいて、国際組織が当事者となる強行規範に関する紛争の場合、国際組織は、国際司法裁判所における訴訟当事者となることはできない。また、強行規範に関するような紛争は、2つ以上の当事者を含むかもしれないし、司法的解決から調停への移行は、紛争当事国の1つと提携する国際組織の決定の結果、容易に起こりうるであろう。こうした考慮の結果、強行規範に関する紛争の解決手段として、司法的解決を規定せず、それを仲裁に置き換えた⁽²⁵⁾と述べたのである。

B. 国連国際組織条約法条約会議における審議

1986年に開催された、この法典化会議において、紛争解決手続きを定めた草案第66条に対して、いくつかの修正提案がなされた。その中で特に重要なのが、オーストラリア、コロンビア、アイルランド、日本、メキ

(24) Ibid., p.31.この点で、特別報告者自身は、国家または国際組織が強行規範を主張する場合、それが国際社会全体に関するものであるが故にその状況は非常に重大なものであり、結果として、勧告的意見が拘束性を有するかどうかは、国家にとって特に最重要なことではないと述べている。Ibid., p.33.

(25) Yearbook of the International Law Commission, 1982, Vol. , Part Two, pp.64-65.

シコ、オランダ、ナイジェリア、スイスによる、8カ国共同提案 (A/CONF.129/C.1/L.69/Rev.1) である。その内容は、紛争当事者が国家のみである場合、国際司法裁判所に付託できること、国連及びその専門機関が当事者である場合、国連憲章第96条に基づき国際司法裁判所に勧告的意見を要請できること、国際司法裁判所に何の権限も持たない国際組織及びその紛争の相手方の国家は、国連憲章第96条1項に基づき、国連総会等を通じて国際司法裁判所に勧告的意見を要請できること、勧告的意見は、最終的なものとして、紛争当事者に受け入れられるべきこと、そして、勧告的意見の要請が認められない場合、いずれの当事者も仲裁に付することができること、というものであった⁽²⁶⁾。この提案の狙いは、強行規範に関する紛争について、国際司法裁判所に、判決や勧告的意見を通じて、可能な限り判断をさせようということであったとされる。その背景には、以下のような考慮が存在したと考えられる。それは、強行規範に関する規定の適用・解釈に関する紛争は、法的な議論の対立を内包するだけでなく、高度に政治的な考慮を必要とするものであるから、その解決手続きには、特別な注意が必要とされ、かつ有効性が求められること。強行規範は、対世的義務 (obligation erga omnes) を含む普遍的性格を有するものであり、この普遍性故に、強行規範については、統一的かつ安定的な客観的判断がなされるべきこと。客観的判断は、広範な機関で異なったものがなされるべきではなく、唯一の判断機関でなされるべきであり、それが国際司法裁判所であること。というものであったとされる⁽²⁷⁾。最終的に、この提案を反映させた形で、1986年条約第66条は、強行規範に関する第53条及び第64条の規定の適用または解釈について、当事者による場合分けをした紛争解決手続きとして採択されることとなったのである。

(26) 谷内正太郎、「国際機関条約法条約採択国連全権会議」、国際法外交雑誌、第85巻4号、p.103。および、国連会議文書 (A/CONF.192/C.1/SR.24), pp.6-8。

(27) 谷内、前掲論文、p.102。

(3) 問題点の検討

これまで述べてきたように、1969年条約第66条(a)および1986年条約第66条は、強行規範に関する紛争解決手続きにおいて、国際司法裁判所の役割を規定している。これは、1969年条約第53条による強行規範概念の定式化が、非常に抽象的かつ不明確であり、条約の無効・終了原因として、その濫用が危惧されたことから想起されたものである。すなわち、条約の適用または解釈に関する紛争の解決という局面において、強行規範概念の「第三者的決定権者」という位置づけを、国際司法裁判所に与えたことになるのである。ある論者は、この問題について、以下のように論じている⁽²⁸⁾。すなわち、国際法における強行規範の存在は否定できないにしても、国際法の下でいかなる逸脱も許されない強行的規則を確認することの困難さを指摘する。その点で、1969年条約第53条による定式化は、「循環論(circular)」に陥るとの批判がなされるとする。つまり、その第53条は、国家が合意しないところに強行規範は存在し得ないということを示しているに過ぎないというのである。その曖昧さ故に、必然的に生ずるであろう紛争の、適切な解決手続きが望まれた。そこで、西側諸国は、紛争当事者が交渉による解決を達成できなかった場合に、「独立かつ義務的な第三者(independent and compulsory third-party)」の決定を望んだが、東側諸国および第三世界諸国に強く反対された。そこでなされた一つの妥協から生み出された、その第66条が「ウィーン会議を救った(saved)」と評するのである。それは、強行規範に関する紛争は、紛争当事者が仲裁に付することについて合意しない限り、国際司法裁判所に付託されなければならないことを規定しており、それは明白な進歩であるとす。しかし、それは、誰もが希望はしているが期待はしていない「トロイ

(28) Verhoeven, J., *Jus Cogens and Reservations or "Counter-reservations" to the Jurisdiction of the International Court of Justice*, in Karel Wellens (ed.) *International Law : Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, 1998, Martinus Nijhoff Pub., pp.195-208.

の木馬 (Trojan horse)」であると述べているのである⁽²⁹⁾。また、1986 年条約第 66 条に関しては、以下のように述べている。すなわち、係争事件について国際司法裁判所に付託できるのは国家に限られることから、国際組織に関する限り、勧告的意見が、判決に代わるものとなる。その第 66 条 2 項 (e) の下で、国際司法裁判所の勧告的意見が、すべての紛争当事者により「最終的なものとして (as decisive)」受諾されなければならないという点に注目すべきであるとしているのである⁽³⁰⁾。

そこで、このような問題点と、国際司法裁判所との関連について考えてみたい。ある論者は、国際司法裁判所の管轄権の視点から、以下のように述べている⁽³¹⁾。国際司法裁判所が管轄権を付与されるか否かは、現代の国際法秩序における強い緊張状態、すなわち、伝統的な国家由来 (state-oriented) の諸原則及び規則と、共同体に基づく (community-based) 法体系との関係によるものであるとされる⁽³²⁾。そもそも、国際司法裁判所の管轄権については、紛争の平和的解決の形式性 (modality) を構成するものであり、それ自体、扱う規則の性質によるものではなく、特別に与えられた合意 (consent specifically given)、すなわち、国際司法裁判所規程第 36 条によるものが原則であるとする。そこで参照されるのが、1998 年の、「漁業管轄権事件」(スペイン対カナダ) についての国際司法裁判所の判決である⁽³³⁾。すなわち、紛争当事国の合意なしに、国際司法裁判所の管轄権は存在し得ず、根本的規範 (fundamental norms) が国際

(29) Ibid., pp.196-198.

(30) Ibid., p.201.

(31) Ruffert, M., Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?, in Tomuschat, C., and Thouvenin, J. (eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order -Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, 2006, Martinus Nijhoff Pub., pp.295-310.

(32) Ibid., p.295.これは、個別国家の利益に由来する伝統的国際法の諸規則と、「国際社会全体の利益」が根本発想となる、強行規範概念との関係に言及したものである。

(33) ICJ Reports, 1998, p.432.

司法裁判所の前に援用された場合には、それと異なりうるとの証拠は、何ら存在しないとするのである。しかしながら、このような法状況は、国際社会の利益の促進に向けて、「二辺的な合意関係 (bilateral consensual relationship)」からはなれた、現代国際法の見地からは、恥ずべきこと (scandalous) になると指摘されるのである⁽³⁴⁾。さらに注目すべきものとして、1986年の「ニカラグアに対する軍事及び準軍事的な活動に対する事件」(アメリカ合衆国対ニカラグア)に対する、国際司法裁判所の判決が指摘される⁽³⁵⁾。この判決において、国際司法裁判所は、国連憲章第2条4項に規定された、武力行使の禁止原則の強行的 (peremptory) 性質を強調したとされる。そして、国際関係において武力行使を禁止するという「共通の根本原則 (common fundamental principle)」は、国連憲章および国際慣習法の両者から導かれるとして、実証主義 (positivism) を超えて、強行規範の源泉 (source) を示唆したものであるとされる。このような国際司法裁判所の態度は、1969年条約第66条の下で、強行規範の諸規則を発展させるという任務を超えるということを進めてきたというのである。しかし、国際司法裁判所規程第36条2項による受諾宣言の必要性も強調されるのである⁽³⁶⁾。そして、1969年条約第65条に規定される紛争解決手続きの下で、ある条約の無効を援用することができるのは、当該条約の当事国のみである。そして、その第66条に基づく管轄権の有効性については、強行規範に反する条約を締結したことで、当事国自身が自らを非難するということなどはあり得ないことである。しかし、この条約が採択された当時、大多数の国々は、強行規範に関する条約の無効を主張するための「民衆訴訟 (actio popularis)」には、否定的であったとされる⁽³⁷⁾。

また、1986年条約第66条の第2項について考えてみたい。この条文は、強行規範に関する第53条又は第64条の規定の適用又は解釈に関する紛争

(34) Ruffert, M., op.cit., p.296.

(35) ICJ Reports, 1986, p.14.

(36) Ruffert, M., op.cit., p.299.

(37) Ibid., p.300.

解決手続きについて規定するものである。ある論者は、この規定の問題点について、以下のように述べているのである⁽³⁸⁾。まず、その第2項(a)は、実現困難な仮定に基づくものであるとする。すなわち、国際組織も当事者となっている条約の、2又はそれ以上の国家当事者間の強行規範に関する紛争は、国際組織を含まない、国家のみにその有効性は限定されてしまう。そのような状況下で、国際司法裁判所は管轄権を行使し得るということになる。次に、その第2項(b)は、国家と国際組織間の、強行規範に関する紛争の場合を規定しているが、その手続きを発動させようと望むのは、国家である。もし、それを発動させようと望むのが国際組織である場合は、その当事者が、国家であろうが国際組織であろうが、第2項(c)の主題となるのである。これらの両場合とも、その勧告手続きに訴えることができるけれども、同じ方法では扱われない。第2項(b)が言及するタイプの紛争の場合、その手続きを発動しようとする国家には、2つの選択肢が与えられることになるというのである。まず第1に、国際司法裁判所の勧告的意見を要請するよう、国連総会又は安全保障理事会に求めることができるということである。第2に、当該国家は、紛争の当事者でありかつ国連憲章第96条2項によって権限を与えられた国際組織の権限のある機関に勧告的意見を要請するよう求めることができ、当該国家自身が国連加盟国でない場合は、国連加盟国を通じて、総会又は安全保障理事会に、交渉の申し出をすることができる。このような、第2項(b)から(d)に規定された手続きは、外交的に複雑かつ多大な時間を要するだけでなく、あまり「頼りにならない(unreliable)」ことは確実であろうとされている。加盟国による交渉の申し出を処理する国連総会の権限は、広く開放されているとは思われないし、安全保障理事会には、拒否権の問題が大きいとされる⁽³⁹⁾。さらに、第2項(e)は、国際司法裁判所の勧告的意見が、

(38) Rosenne, S., *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, 1989, Cambridge University Press, pp.317-336.

(39) *Ibid.*, pp.324-326. 従って、第2項(b)から(d)には、構造的な弱点が存在するということになる。

紛争のすべての当事者により、最終的なものとして、受諾されることと規定している。しかしながら、勧告的意見が、ある多数国間条約に関する直接の紛争当事者でない他の条約当事者に対して、どのような影響を及ぼすかについての疑問を考えれば、あまりにも「形式主義 (formative)」に過ぎると批判されるのである。そして、第2項 (f) によれば、国際司法裁判所に対する勧告的意見の要請が認められなかった場合を規定しており、そのような場合には、附属書に従って、仲裁裁判手続きに訴えることができるとされている。しかしながら、仲裁裁判手続きにおける当事者にとって、原告対被告の関係にあることは珍しく、両者が対等な関係にあるというのが通常であるとされる⁽⁴⁰⁾。つまり、ここでは、仲裁裁判の基本的性質と、本条文に基づく「義務的仲裁手続き」という基本的な考え方の矛盾が指摘されたのであろう。そもそも、強行規範に関する紛争解決のためには、第三者機関によるその概念の認定が必要不可欠であり、伝統的な仲裁裁判手続きからすれば、このような規定の実効性には疑問があると言わざるを得ないのであろう。

． 強行規範の効果とその展開

(1) 強行規範の効果としての無効

さて、ここでは、強行規範概念の効果と、その展開について、それぞれの局面において検証を試みておきたい。

A. 強行規範と無効の効果

この問題に関して、ある論者は、以下のように論じている⁽⁴¹⁾。すなわち、一般的に認められた強行規範の唯一の効果は、逸脱的行為の無効であったとされる。すなわち、1969年条約第53条の規定における、「いかなる逸脱も許されない」という文言により示されるとおりである。しかし、国際法においては、強行規範の効果のより広い拡大が認められるかどうかにつ

(40) Ibid., pp.327-328.

(41) Kolb, R., op.cit., pp.104-115.

いて、議論されるようになってきた。その無効の役割は、体系化された国内法制度におけるよりどこか不確かなものであったが、いくつかの裁判において承認されるようになったのである。国際法学においても、強行規範の構成要素 (ingredients) が、必然的に無効の性質 (validity and nullity) であることを維持するものもあれば、より広い見解を採ろうとするものもあったとされる。とにかく、1969年条約第53条の下での無効は、自動的 (automatic) なものではなく、その第65条の手続きに従わねばならなかったとされる。その結果、無効は、問題となる条約の当事国によってのみ、援用されるとするのである。強行規範の多様な形態を認めるのであれば、強行規範の効果は、絶対的な無効 (absolute nullity) の概念を超えて、いささかでも拡大しなければならないことになる。従って、「普遍的な公序 (universal public order)」としての強行規範は、主として、それに反する法的行為の無効の効果を持つであろう。しかし、「公的利益 (public interest)」⁽⁴²⁾ としての強行規範は、(ある規範がこの特別な効果を規定する場合にのみ、適用できるような) 根本的な効果 (radical effect) を持つことはほとんどないであろうとするのである。それ故、国際司法裁判所規程の諸規則から逸脱することを意図する、2つの訴訟当事国の協定は、無効ではないが、その法的効果は奪われるであろうとするのである。また、1949年ジュネーブ第1条約第6条を強行規範と考える場合、国際人道法の下での人々の保護をより低度にすることを目的とした、違法な特別協定は、それらの意図した効果を持たないであろうとする。その条約の実質的諸規則が禁止するからであるというのである。こうした優越性が、その特別協定の違反する内容を無効にし、また、大部分は、機能的無

(42) この文言は、1966年の「南西アフリカ事件 (第2段階)」に関する国際司法裁判所の判決文にみられるものである。すなわち、国際司法裁判所に対して、裁判所が、「民衆訴訟」に等しいものを許容し、社会のいかなる構成員にも、「公的利益」を守るために法的訴訟に訴えることを許容すべきであるとの抗弁がなされる。しかしながら、国際司法裁判所は、これは、国内法制度上のものであり、国際司法裁判所規程第38条1項(c)に規定される法の一般原則により移入されたものと見做すこともできないとした。ICJ Reports, 1966, p.47.

効 (nullity) に等しいとされる。さらに、過去に言及された例として、UN という標章が挙げられるが、私的団体による、その標章の使用を許可するような協定は、締結され得ない (あるいは、締結されれば廃棄されるべきであろう) というのである。ここでは、その強行的効果 (peremptory effect) は、その標章についての関連規則が変えられない限り、国連の「法創造権能 (law-making power)」を制限するということなのであるとされる⁽⁴³⁾。ここで言えることは、1969 年条約第 53 条において、強行規範とは「いかなる逸脱も許されない」規範であり、それに違反する条約は無効である、との効果を与えられたのである。しかし、その後、様々な局面において、その効果が論じられるようになってきたということであろう。そこで、その出発点としての、1969 年条約第 71 条について検討してみたい。

B. 1969 年条約第 71 条の制定過程

本条は、「一般国際法の強行規範に抵触する条約の無効の効果」と題されている。その第 1 項において、第 53 条の規定により無効とされた場合、当事国は、(a) 強行規範に抵触する規定に依拠して行った行為によりもたらされた結果をできる限り除去すること、(b) 当事国の相互の関係を強行規範に適合したものにすること、とされている。また、第 2 項において、第 64 条の規定により効力を失い、終了するとされた条約について、(a) 当事国は、条約を引き続き履行する義務を免除されること、(b) 条約の終了前に条約の実施によって生じていた、当事国の権利、義務及び法的状態は、影響を受けないこと、とされている。そこで、以下に、本条文の形成過程と問題点を検証することにしたい。

(i) 国際法委員会による条文草案

国際法委員会による 1966 年最終草案の第 67 条が、現第 71 条に相当するものである。その表題は、「一般国際法の強行規範に抵触する条約の無

(43) Kolb, R., *op.cit.*, pp.104-106.

効又は終了の効果」とされていた。その第1項は、強行規範に抵触して無効となった条約の当事国の義務として、(a) 一般国際法の強行規範に抵触するいかなる規定に基づいてとられた、いかなる行為の効果も、可能な限り除去 (eliminate) すること、(b) 当事国相互の関係を、一般国際法の強行規範に合致させること、と規定していた。また、第2項は、新たな強行規範の出現により、無効となり、かつ、終了した条約の場合の効果を規定しており、この場合の条約の終了は、(a) 条約をその後履行する、いかなる義務からも当事国を開放すること、(b) 条約終了前に、条約の実施によって作り出された、当事国のいかなる権利・義務又は法的状態にも影響を及ぼさないこと、と規定していた。ただし、その条件として、それらの権利・義務又は法的状態は、その維持がそれ自体一般国際法の新たな強行規範に抵触しない範囲においてのみ、維持されるとしていたのである⁽⁴⁴⁾。

この条文草案に対するコメントリーにおいて、国際法委員会は、以下のように述べている。すなわち、ある条約が、その締結の時に強行規範に抵触するために、当初から (ab initio) 無効となるのは、無効の特別な場合であるとする。そして、無効の結果生ずる問題は、「当事国の立場を、それら相互の間において調整する」というより「各当事国が、その立場を強行規範の規則に合致させる義務」の問題であるとする。そして、新たな強行規範に抵触するために、条約が無効となって終了するというのも、終了の特別な場合であるとして、そこでは、条約上の権利・義務又は法的状態の維持される範囲について、新たな強行規範の規則を考慮すべきであるとしているのである。さらに、無効と終了の効果とを、同一条文の中にまとめた理由として、両者とも、強行規範の規則の適用から生じる「特別の場合」であること、条文の遡及効に関連して、「当初からの無効」と「新たな強行規範確立の時から無効」との区別の強調、にあったとしている。

(44) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. ., Part Two, pp.160-162.

すなわち、「当初からの無効」の条約の当事国に対して、本条が、「当事国の利害の相互的調整に関与すべき」ではなく、当事国が、「強行規範の規則と完全に合致する立場に、みずから復帰するのを確保する」ことに、もっぱら関心を払うべきであるとする。そして、それらが生じたときには有効であった、権利・義務又は法的状態は、遡及的には無効とされないが、新たな強行規範の規則が確立された後、引き続き維持されることは、それ自体その規則に抵触しない範囲においてのみ、容認されるということであるとされているのである⁽⁴⁵⁾。要するに、その効果として、条約当事国の義務として、その立場を、強行規範の諸規則に合致させることが強調されているとすることができるだろう。

(ii) 国連条約法会議における審議

1968年及び1969年の2会期にわたる国連条約法会議において、最終草案第67条について、それほど多くの議論はなされなかった。ただ、本条に対してなされたいくつかの修正提案の中で注目すべきものとして、メキシコによる修正案(A/CONF.29/C.1/L.356)がある。これは、強行規範との合致を、「相互の関係」のみならず、「後の行為(further conduct)」にまで拡大すべきことを求めたものである⁽⁴⁶⁾。ただし、この提案は否決されてしまった。また、1968年の第1会期において、イギリス代表のシンクレア(Sinclair)が、注目すべき発言をしている。彼は、本条が「賠償(reparation)」の問題を含んでおり、国家責任の問題と関係することになり、これは、条約法条約の範囲外の問題であると指摘する。すなわち、仮に、その本質的な目的が、違法な武力行使であるために、完全に無効であるとしたら、その条約は、条約の無効原因としての強行規範を規定する草案第50条によって、無効とされるであろう。そして、その当事国が、その条約の規定に従ってなした行為は、無効とされる。しかしながら、その

(45) 小川芳彦、前掲書、pp.74-75.

(46) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First and second sessions, op.cit., pp.197-198.

当事国が、その条約の規定に従ってなした行為の結果を除去するよう強制されるとしたら、そこには、疑いもなく国家責任の問題が生ずることになるであろうと述べているのである⁽⁴⁷⁾。

(2) 国家責任条文第 40 条および第 41 条との関連

さて、ある論者は、強行規範の古典的展開は、条約法および法的行為の法 (law of legal acts) に限定されていたとする。しかし、2001 年に、国際法委員会が国家責任条文 (Articles on State Responsibility) を採択した時、さらなる段階に進んだとされる。強行規範は、法的行為およびそれらの効力の領域を超えて、ここで拡大されたとするのである。その主たる問題は、今や強行規範の違反から生じる「重大な結果 (aggravated consequences)」の一つとなったとされる。現在、そのキーワードは、違反 (breach) であり、逸脱 (derogation) ではない。国家責任条文第 40 条および第 41 条は、その違反が、強行規範に関するものである場合、国際法のそれぞれの規範の違反から生じるそれらに対する、ある特別な法的結果 (some specific legal consequences) を付加するというのである。これらの付加的な効果 (effects) は、以下の 3 つであるとする。すなわち、

その違反によりもたらされた状況を維持することにおける非援助 (non-assistance) の義務、強行規範の違反によりもたらされた状況の合法性の不承認 (non-recognition) の義務、そして、諸国家間において、合法的な手段により、強行規範の違反を終了させるための協力 (co-operate) 義務、である⁽⁴⁸⁾。ここで注目すべき分析は、まず、強行規範の効果は、条約法分野における条約の無効原因としての効果すなわち、それからの「逸脱」が条約の無効を招くという限定的効果に止まらず、国家責任法分野における、一般的な国家行為の違法性の基準という効果にまで、

(47) United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, First session, op.cit., pp.448-480.

(48) Kolb, R., op.cit., p.106.

その概念は、拡大・展開しているということなのであろう。その効果として、上記の3つの義務に分類されているわけであるが、とりわけ、の義務は、いわゆる「対世的義務 (obligations erga omnes)」の概念との関連でも、検討すべきものであると考えられる。

そして、強行規範に関連する違反の出発点は、その第40条および第41条の適用から引き起こされるとする。すなわち、その違反は、「強行規範の下で生じる義務の、ある国家による重大な違反」ということであるということに注意しなければならないとされる。そして、それは、これらの結果のいくつかは、(違法行為を維持し、例えば、受諾 ((acceptance)) により解決されない限り) 違反を永続させることの援助をしないという義務のように、いかなる違法行為を犯すことから生じるということにも注意しなければならないとする。反対に、不承認の義務は、ここでは拡大されたとする。すなわち、2001年までの国際慣行において、それは、基本的に、領土的地位にリンクされた、2つの強行規範の違反という文脈において、適用されたからであるとされ、つまり、武力の違法行使や人民の自決の原則の違反における状況の創造を通じた領土的状況の創造という文脈における適用ということであるとされる。さらに、強行規範は、国家責任の分野において、妥当するものであり、国家責任条文において、違法性を排除する状況の有効性(第26条)と、対抗措置(counter-measures)の合法性(第50条)を定めるものである。これは、非援助(not to assist)、不承認(not to recognise)、積極的協力(actively cooperate)という、一連の積極的義務であり、役に立つ行動すなわち、対抗措置に関する規制や、違法性の排除に役立つ状況に関する規制なのであるとされるのである⁽⁴⁹⁾。ここで注目すべき点は、武力行使の違法化や、人民の自決の原則といった、典型的な強行規範概念の中で、特に途上国諸国が強く主張する原則の重要性が強調される傾向である。これは、国際法委員会における条文草案の審

(49) Ibid., p.107.

議や、国連条約法会議における審議過程からも、看取される傾向でもあろう。

強行規範のこれらの責任に関する結果は、より精査すれば、普遍的公序 (universal public order) の規範の結果である。国際法委員会が、強行規範と公序の2つの概念を合成したことは、不適當なことであり、それが、強行規範が1969年条約の第53条および第64条において、国際慣習法において、これらの規定を巡って発展するのと同様、明確な支えとなる一方、公序の規範が、国際法において、権威ある定義が全くなされていないという見地からも、理解できるとしているのである。国家責任条文の条文において規定された結果は、普遍的公序の規範で、おそらく、1969年条約第53条および第64条の起草者が、強行規範の主たる実例として予想したものと一致することは、明白であるとされる。しかしながら、法的技術の見地から、その問題を提案するための正しい方法は、これらの公序規範が、その公序の地位故に、通常の規範からそれらを区別する様々な法的結果をもつということである。これらの結果の一つは、法的行為の有効および無効の文脈における効果であるということであり、もう一つの結果は、国家責任の諸規則の下での違反から生じる特別の効果であるとされる。公序の代わりに強行規範の使用は、誤って、法的概念化における「基本的な仲介者の一歩 (an essential intermediary step)」を、無視することになるとする。これは、(この論文における包括的な概念化によると) 他の強行規範は、明白にそのような効果のきっかけとはならないという事実により明白となるというのである。これは、公的利益 (public interest) の強行規範をともなう場合であるだけでなく、1949年ジュネーブ第1～第4条約の、「特別協定」と題する、第6条または第7条のそれと同様、公序の論理と全く類似する、ある強行的メカニズムをともなうのである。この文脈において、「強行規範」という文言を用いることにより、その混乱の危険は増加することになる。普遍的公序の強行規範の下であってさえ、それらのすべてが、国家責任条文において規定された、すべての結果のきっかけとなるということは、絶対に確実であるというわけではないのである。そ

れ故、例えば、ある種の人権の重大な違反でさえ、どの範囲まで、その違反を終わらせるために、普遍的協力義務を引き出すのを見られ続けるのである。重大な人権違反が、非常に頻繁であったとしても、国際実行が、普遍的協力を伴うものは多くはないのである。従って、いずれの国家も、必ず、過度に包括的な (overly inclusive) 方法で起草された、国家責任条文の下での義務や協力や、協力に対する二次的な義務に違反することになるとされるのである⁽⁵⁰⁾。ここでの分析において、注目すべき概念は、「普遍的公序としての強行規範」と「公的利益としての強行規範」概念であろう。前者は、現代国際法における、「国際社会全体の共通利益」に基づくものであり、後者は、伝統的国際法における、「個別国家の利益」に基づくものであると考えられる。その背景として、国際人道法や国際人権法といった、まさに典型的な現代国際法分野において、さらに強行規範概念は展開していくことになると考えられるのである。例えば、国際法委員会は、国家責任条文の規定草案第 19 条 2 項において、「国際社会の根本的利益保護のために、不可欠である」という文言や、「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」という文言を、条文の中に用いている。そして、侵略の禁止・人民の自決権の保護・アパルトヘイトの禁止・人間環境保全の義務などに言及しているのである⁽⁵¹⁾。

． 結 語

これまでの検討において、強行規範概念の展開と効果について、強行規範に関する紛争解決手続きという局面での分析を試みてきたわけである。とりわけ、条約法分野における 1969 年条約および 1986 年条約の、強行規範に関する紛争解決手続き条項や、2001 年に採択された国家責任条文の強行規範に関連する条文を中心に検証してきた。その解決手続きにおい

(50) Ibid., pp.107-108.

(51) Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. , Part Two, p.32.

て、国際司法裁判所が、非常に重要な役割を果たすシステムが採用されているのである。しかしながら、その限界や問題点も指摘され続けてきたのも事実である。そこで、ある論者は、その制度的な枠組みの範囲内で、国連の安全保障理事会の積極的参加を論じている。すなわち、安全保障理事会は、国際司法裁判所規程第 36 条 2 項に基づく宣言をしていない紛争当事国に対して、拘束力ある決定を出すことにより、合意の必要性を克服することができるとするのである。従って、平和に対する脅威や破壊（国連憲章第 39 条）が存在する場合には、諸国家は、安全保障理事会により、その問題を、国際司法裁判所による平和的解決手続きに提起するよう促されうるのであるとする。そして、もし国際法における強行規範が問題となる場合には、国連憲章第 39 条の必要条件が、その大多数の事例において充足されるように期待されうるのであろうとしているのである。そして、安全保障理事会が、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷や、ルワンダ国際刑事法廷のような、新しい国際裁判機関を創設することができるのであれば、何故に、国連の「既存かつ中心的な紛争解決機関 (existing and central dispute settlement body)」を起動する権限が与えられるべきではないのだろうか、と述べているのである⁽⁵²⁾。

また、ある論者は、21 世紀の初め以来、強行規範の可能な (possible) あるいは現実の (actual) 効果は、あらゆる方向に拡大し、あたかも "Big Bang" のようであるとする。問題は、この不変の拡大 (constant expansion) が、進歩の表れとなる範囲と、その制度により適切に要約しうる範囲に関することであり続けるとされる。その最も変化に富んだ (varied) 効果は、国家実行上におけるものや、学説上のものもあるが、この「超強行規範 (super-jus cogens)」であるとする。これは興味深い表現ではあるが、例えば、管轄権免除 (immunities) の不適用、(所謂、強行規範に関する犯罪に対するような) 普遍的管轄権の推定、遡及効

⁽⁵²⁾ Ruffert, M., *op.cit.*, p.307.

(retroactivity) の許容、国内法秩序における様々な効果、外交的保護の行使義務、管轄権限 (title) の創設などが挙げられるとするのである⁽⁵³⁾。すなわち、条約の無効原因としての強行規範が、20 世紀 (1969 年) に定式化されて以来、21 世紀の現代国際社会において、その概念は、驚異的な展開を遂げてきたという指摘であろう。

そして、これらの効果のほとんどは、まさに強行規範概念における属性であるとしてとらえられる意味における、演繹的推論 (deductive reasoning) によって得られるものであるとされる。国家実行は、強行規範の問題にほとんど (あるいは全く) 重きを置いてこなかったとさえ主張されてきたとする。そのような立場は、あらゆる法従事者 (legal operator) の基準やアジェンダを変えることに対する、主観的な演繹的推論のための空間を強化するというのである。従って、強行規範のこのようリストは、無制限 (unlimited) のものとなるのであるとされる。いかなる時にも、新しい効果が、国際社会の明白な必要と、法従事者の洞察 (vision) と一致して、「発見 (discover)」されうるのである。さらにこれらの効果は、「無効 (nullity)」すなわち、多かれ少なかれ、自動的にかつ法的効果に限られることに、まさに限定されないのである。全く反対に、新たな強行規範は、一連の明確な義務を、国家に課すとされる。従って、例えば、強行規範に関する犯罪の概念は、普遍的管轄権に基づいて、被告人を起訴するための国家の義務のきっかけとなるとする。その結果、無制限な数の新しい義務が、強行規範の概念から、単なる演繹的方法により創造され、国家は、これが引き起こす代償と煩雑な手続きを、すべて背負うことになるとされる。そして、これらの義務は、必ずしも、国家実行や取り決めによって、受諾されるべきものではないことも注意すべきであるとする。それらは、すでに存在するのであり、演繹的な課題により喚起されることを待っているのであるとされているのである。

⁽⁵³⁾ Kolb, R., op.cit., pp.108-109.

そして、前述の発展は、強行規範の効果に関する、2つの主たる問題を引き出すとされる。まず第1は、強行規範の違反の結果が、強行規範（強行規範の二次的規則（secondary rules）かもしれないが）自身であるということが正しいとされる範囲の問題である。この意味不明（cryptic）の表現の目的は、（例えば、戦争犯罪による）強行規範の違反が、管轄権を行使するためのもののように、一連の義務を引き出し、それら自身、強行的性質を有するであろう範囲を決定することなのである。従って、これは、強行規範の注目すべき拡大であり、補足的に明確な義務のあまりにも豊かな配列となっているとされる。第2の問題は、効力の範囲を越える、強行規範の効果において、無効が決定され得る方法に関するものである。これらの効果が、強行規範の概念に、本来固有のものであり、それらは、そこから演繹され得るということは本当なのであるか、とする。あるいは、これらは、国家実行において確かめられる（帰納的（inductive）推論である）べきなのであるか、とも述べている。そして、時代が、これら2つの問題を変えるようになってきたと述べられているのである⁽⁵⁴⁾。ここで論じられているのは、要するに、強行規範の効果に関する議論が、従来の「演繹的方法」によるものから、「帰納的方法」によるものへと、変質してきたことの指摘であろう。つまり、これからの時代は、単なる理論的検証から、国家実行の積み重ねによる、事後的検証の重要性が高まっているとの展望であるのかもしれない。

以上のことから、ここで注目すべきは、強行規範概念の展開の舞台として、国際司法裁判所以外の国際機関のさらなる必要性が検討されていることである。この点に関して、ある論者は、以下のように述べている。すなわち、現代国際社会における強行規範概念の地位と役割を確立するためには、少なくとも、基本的かつ重要な義務（fundamental and vital obligations）の違反に対する国家責任を支配する諸原則が実際に履行され、か

(54) Ibid., p.109.

つ適用されなければならないとする。そして、それらは、国際法に対する最も重大な犯罪者の処罰を導く、国際刑事裁判所（ICC）の活動により支持されなければならないとされるのである。さらに、常任理事国の拒否権の制限を含む、国連安全保障理事会の改革も、国際法にとってのより大きな尊重（respect）を確保することにもなるとされているのである⁽⁵⁵⁾。要するに、現代国際社会における、新しい法的システムの登場や、国際組織の構造改革と、強行規範概念の展開は、密接な関係を有するとの主張であろう。しかしながら、従来から指摘されているように、その概念の特性として、どんなシステムの下においても、常に濫用の危険性を伴っている点にも留意する必要があるだろう。そこで、特に、国際法の様々な分野に関連して生じるであろう、強行規範に関する紛争解決の局面において、実定法としての、1969年条約第53条による、その概念規定が不十分である以上、将来的に、「公平かつ中立的な第三者機関」としての役割を果たすことが可能な、紛争解決手段のシステムの構築が必要であるように思われるのである。そして、これまでに多くなされてきた「演繹的検証」のみならず、強行規範に関する国家実行や国際裁判所の判決等を通じた、まさに、その概念の「帰納的検証」を試みていきたいと考えるものである。

(55) Czapliński, W., *Jus Cogens and the Law of Treaties*, p.97. in Tomuschat, C. and Thouvenin, J. (Eds.), *op.cit.*, pp.83-97.