

国際法における強行規範概念の再検証

—— その概念的変遷に関連して ——

佐 藤 一 義

目次

第1章 問題の所在

第2章 国家責任法と強行規範

第3章 「対世的義務 (obligations erga omnes)」と強行規範

第4章 国際司法裁判所と強行規範

第5章 結 語

第1章 問題の所在

「条約法に関するウィーン条約 (Vienna Convention on the Law of Treaties)」(以下、条約法条約と称する)が、1969年に採択されてから、約50年、およそ半世紀の年月が経過した。この条約の中で、当時、非常な論争がなされた条文として、その第53条があげられる。この条文は、「一般国際法の強行規範に抵触する条約 (Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens))」の無効を規定したものである。この点について、ある論者は、以下のように指摘する。すなわち、ここで言及された「一般国際法の強行規範」という概念は、1960年代における条約法の法典化の過程において、最初の重要な悪評 (notoriety) を享受することとなった。学者たちにはよく知られてはいたが、概ね実務家には無視されてきたものの、1968年及び1969年に、ウィー

ンにおいて開催された国連条約法会議においては、舞台の中心を占めることとなったのである。それらは、その条文全体に対するフランスの反対理由と、いくつかの棄権の理由において述べられたのである。そのような反対にもかかわらず、結局、国際法の強行規範 (*jus cogens*) は、承認された実定国際法の一部となった。しかしながら、これには時間を要した。1980年に条約法条約が発効することによってのみでは達成されず、同時に国際司法裁判所が、強行規範という用語を避ける一方、明らかにより以上に強制的 (*cogent*) であることを見いだすことで、その基本理念を認めたとが故に、1970年の「バルセロナ・トラクション事件」の判決の、有名かつ曖昧な傍論 (*obiter dictum*) によっても、これ以上明確にすることはできなかつたとされるのである。このような展開は、これらの規範の理論的基礎に関する不一致とともに、この特別な地位を持続し続ける問題も伴われるのである。それに対して、国家実行は、ほとんど答えを示していないとされるのである⁽¹⁾。そもそも、1960年代の、強行規範の概念に関する学者間の論争として、その概念の国際法への導入を主張した、Alfred Verdross と、それを強く批判した Georg Schwarzenberger との論争が有名である⁽²⁾。前者は、条約法条約の法典化草案を作成した国際法委員会の委員でもあり、結果的には、1969年に採択された条約法条約第53条に、条約の無効原因として、強行規範は導入されることになったのである。論

-
- (1) 本稿においては、主として、Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, 2017, Cambridge University Press, を中心として、その他、最近の注目すべき著作のいくつかの内容を、やや詳しく紹介しつつ、検討を進めたいと考える。まず、前掲書の序文において、James Crawford は、さらに、以下のような指摘をしているのである。今日まで、強行規範は、何か法というものの新奇的 (*curiosity*) なものを残したままである。強行規範の内容に関する文献は広範囲にわたるが、裁判所が、ある事件の結果を決定するために、その概念を適用したという実例はほとんど存在しない。これらの規範の存在を支持するものは、至る所に (*universal*) 存在するが、それらの法的効果 (*legal effects*) の範囲に関する見解は分かれているとされている。 *ibid.*, p.xiii.
- (2) 特に、Verdross, A., *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, 60 *AJIL* 55 (1966) 及び Schwarzenberger, G., *International Jus Cogens?*, 43 *Texas Law Review* 455 (1964-65) を参照。

者は、この規定が、国際法の歴史に大きな足跡を残すことになったとされ、以下のように述べられている。

すなわち、その国際法委員会は、2014年に、その長期事業計画に対して、強行規範の論題を付け加えた。その理由として、条約法条約に含まれたにもかかわらず、強行規範の輪郭及び法的効果が、不明確かつ議論のあるままであることを挙げた。さらに、条約法条約第53条の定式化が、条約への影響の基本的問題を扱っているにもかかわらず、それは、条約に含まれない他の規則の影響も含めて、影響に関する様々な他の問題に開かれたままであると述べているとされる。さらに、強行規範の効果及び影響の考察は、学問的には最もやりがいのある部分であり、国際及び国内裁判所の判決の注意深い分析が必要となるであろうと述べている。そして、強行規範の法的効果が、一般国際法における長引く体系的な不明確さを明らかにする可能性をも持っていることの研究を指向する。さらに、強行規範及びそれらの効果が、一般国際法におけるある種の法規範及び義務（*certain legal norms and obligations*）の多边的な（*multilateral*）性質がどのようなものであるのかを提示したいとされている。また、独立した論題、すなわち、条約法の分野のみならず、国家責任法やその他の分野としての、国際法委員会の、強行規範の研究は、この主題の取り扱いに、現代的な意味を与えるものとされているのである⁽³⁾。このように、国際法における強

(3) Costelloe, D., *op.cit.*, pp.xv-xvi. また、この論者は、以下のように論じている。すなわち、条約法条約の下での強行規範の帰結（*consequences*）は、その第65条及び66条の下での紛争解決手続規定に従って、それに抵触する条約の無効を含む。一般国際法の下で、強行規範は、条約及び安全保障理事会決議を含む、その他の国際文書に対する解釈的推論を創設することができる。さらに、強行規範の下での義務違反は、国家責任の一般法の下で、第三国に対する不承認及び非援助の義務を発生させるとする。しかしながら、強行規範は、国家免除に関する国際慣習法規則の文脈において示されてきたように、強行規範の実施をより困難にするような規則が、備えられるべきであるとの、全員一致の結果を生じさせるものではないとする。一方、強行規範の効果（*effects*）は、特別で、個別のかつ限定的であり、著しく体系的な方法で、発展するものではないとする。そして、同様の理由から、強行規範に関連する、付加的な法的帰結は、将来、国家実行において発展するであろうというのである。 *ibid.*, p.xvii.

行規範 (jus cogens) の概念が、条約の無効原因として実定法化した条約法条約の法典化の過程を含め、約半世紀という時間的経過の後に、21世紀の現代国際社会に至るまで、どのような概念的変遷をしてきたかをここで再検証することは、その概念の問題点を含め、必要なことであろう。その対象として、特に、国家責任法における強行規範との関連や、「対世的義務 (obligations erga omnes)」の概念との関連について検討し、それらの概念の変遷について検証してみたい。また、条約法条約第 66 条 (a) によれば、その第 53 条によって定式化された強行規範概念を、より明確化・具体化する役割が、国際司法裁判所に期待されている。そのような役割に関連する論点を含む、国際司法裁判所により示された、いくつかの判決及び勧告的意見の検討を通じて、強行規範概念及び対世的義務の概念に関連する論点を含む課題に対する国際司法裁判所の態度についても、考察を進めてみたいと考える。

第 2 章 国家責任法と強行規範

2001 年 12 月の国連総会において、「国家責任条文 (The Articles on State Responsibility)」が採択された。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」に言及している。さらに、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、諸国家に求めているのである。この点について、論者は以下のように述べている。すなわち、この強行規範から生ずる義務の他国の重大な違反の場合、諸国家に生ずる、不承認 (non-recognition)、非援助 (non-assistance) 及び協力 (co-operation) の義務が問題となる。ある種の多面的な義務の統合においてだけでなく、それらに服従することの実現においても、これらの帰結は、諸国家の共通の利益を反映することになるとされる。条約法においては、服従の回復における利益は、条約法条約第 71 条 1 項に反映されているとされる。この規定は、一般国際法の強行規範に抵触する条約の無効の効果について規定するものである。この場合、条約の当事国は、(a)

一般国際法の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かぎり除去すること、(b) 当事国の相互の関係を一般国際法の強行規範に適合したものとすることが求められるのである。国家責任条文の「一般国際法の強行規範」という用語は、国際法委員会における最終的な妥協として、国家責任法の法典化に導入されたとする。国際法委員会の審議過程において、「国際社会全体に負わされ、その根本的利益の保護にとって不可欠である義務」が、「一般国際法の強行規範から生ずる義務」に置き換えられたとする。すべての用語は、古典的な双務的 (bilateral) 観念というよりはむしろ、国家責任法の多面的な (multilateral) 局面を法典化するという共通の願望を反映したとする。「強行規範」という用語は、実定国際法の一部ではあるが、条約法におけるその起源故に、国家責任法分野における困難さを引き起こしたとされているのである⁽⁴⁾。

そして、その第 41 条が規定するそれらの義務は、おそらく特別な地位を持つとされる。強行規範の下での義務の違反によりもたらされた違法な状態を認めないという国家にとっての義務と、その状況を維持することにおいて、援助や助力を与えないという国家にとっての義務が、他のすべての国家に対して対世的に (erga omnes) 負われなければならないとする。確かに、これら 2 つの義務が、被害国に負わされるだけでなく、違法行為における第三国の承認または援助を援用する地位にはないことになる。これらの義務のまさにその目的は、それらが生じるときはいつでも、国際社会全体に負われるべきである事実において存在するとされているのである。また諸国家は、最終的には、重大な違反により創設される状況をもたらすために協力する、共通の義務の下にあるとする。その協力義務は、時にはその文脈において見落とされるが、重要な共通の実装置として作用

(4) Ibid., pp.184-185. ここで論者は、用語上の問題として、強行規範の下での義務のいかなる重大な違反も、そのような規範からの「逸脱 (derogate)」ではないとする。違反 (breach) と逸脱 (derogation) とは、異なる帰結を伴う別個の概念であるというのである。強行規範の下での義務の違反は、通常の義務の違反の法的帰結を伴うとするのである。

するとされる。そして、国際法委員会が国家責任に関する法典化作業を完成させた時、その第 41 条 1 項に示された協力の義務は、法典化としてより、国際法の漸進的発達 (progressive development) と見做されたのであるとされる⁽⁵⁾。

また、ある論者は、この強行規範概念について、国家責任法と条約法の 2 つの分野を横切る「境界線 (boundaries)」的分析を行っている。すなわち、国家責任条文において、強行規範概念は、国際社会全体の根本的利益 (fundamental interests of the international community as a whole) に対する重大な違反を生じさせる、国家責任の特定の形態を確立するために、採用されたとする。強行規範に違反する行為は、通常の形態の責任以上に、第三国にかかる付加的な義務を伴うとされる。その第 41 条 1 項及び 2 項によれば、諸国家は、強行規範違反を終了させるために協力しなければならず、その違反によってもたらされた状態を合法的なものとして承認してはならず、そのような状況を維持するための支援または援助を与えてはならないとする。そこで、この 2 つの法秩序、すなわち、条約法条約により確立された「抵触の規則 (rules of conflict)」と、国家責任法の下で確立された「付加的な二次規則 (additional secondary rules)」は、形式的には、異なる状況を支配するために確立された、別個のものであるとされる。条約法は、規範的な紛争に関するものであり、国家が強行規範に反することを意図する場合において、事前的に (ex ante)、予防的防御を規定するものであるとする。国家責任に関する二次規則は、すでになされた強行規範の違反における実際的手段 (actual measures) をいったん適用するものであるとされる。そこで、これら 2 つの法秩序の間の厳密な区別は、不明確であり、そこから、概念的な不確かさや困難さを創設して

(5) Ibid., p.187. さらに、これは、おそらく、特に諸国家が、強行規範の下での義務違反に対抗する共通の手段をとるための明確な義務の下にあったことを、その規定が示した範囲に対する場合であったとされる。共通の不承認の義務と同様、この義務は、その違反が継続する場合、あるいは、独立国家、領土あるいは事実上の政治的主体に対する主張といったような、法的主張を引き起こした場合にはのみ、真に関連するものであるとされている。

いると述べているのである⁽⁶⁾。

この点で、国際法委員会の、国家責任に関する規定草案第 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。また、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、が規定されたのである⁽⁷⁾。しかしながら、国際法委員会は、「国際犯罪」という文言を削除して、「対世的義務 (obligations erga omnes)」の重大な違反が、「一般国際法の強行規範の下での義務」であるとした。この点を、ある別の論者は、これは強行規範概念と対世的義務の概念の同一化であると批判する。すなわち、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、強行規範なのであり、絶対的あるいは至高 (supreme)

(6) Enzo Cannizzaro, *A Higher Law for Treaties*, in Enzo Cannizzaro ed. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford University Press., pp.425-426. ここで論者は、国家責任条文は、強行規範違反の結果の網羅的なリストを規定していない。その第 41 条は、1 項及び 2 項で、第三国に対する強行規範違反の結果を述べた後、3 項において、国際法の下で、強行規範違反により引き起こされる結果に言及している。その上で、強行規範違反から生じる二次的義務を確立しているが、これらの義務と、その条約の運命とが一致することを決定するものではない。例えば、国家は、国家責任法の下での違反から生じる違法な状況を認めない義務の下に置かれるが、そのような承認を含む条約は、有効であり、当事国を拘束することになると述べている。

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

の価値に帰するものではないとする。強行規範は、非常に多様な内容を有するものであり、対世的義務を創設しうる規範とだけ一致するとは限らないとされているのである⁽⁸⁾。さらに、また別の論者は、国際法委員会が、2001年に採択された国家責任条文において、「対世的 (erga omnes)」という用語を用いず、「国際社会に対する義務 (obligations vis-a-vis the international community)」、「強行規範 (jus cogens)」そして「国際法の重大な違反 (grave breach)」という、漠然とした記述がなされたのみであり、その整理は不十分であるとする。これらのカテゴリーは、国家責任条文の第42条の意味での被害国でない国家が、国家責任を援用する権利を有するという場合を述べるために用いられたとする。つまり、その第48条によれば、もしその義務が、国際社会全体に対するものである場合、第三国はそれを援用する権限を与えられることになるのである⁽⁹⁾。以上のような考察を踏まえて考えてみると、条約法の分野、すなわち条約法条約第53条において定式化された強行規範概念は、それが内包する問題点の解決が十分になされないまま、国家責任法の分野、すなわち国家責任条文第40条に移植されてしまったと言えるかもしれない。この論者は、国家責任条文の「一般国際法の強行規範の下で生じる義務」という文言の使用については何の問題もないとしている。その第41条における帰結は、義務に関する実施の仕組みを、すべての国家の利益による、服従と履行に反映することであるとする。重大な違反の場合における実施の帰結は、今日広く承認されているが、例えば、安全保障理事会決議無しに、

(8) Paolo Picone, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in Enzo Cannizzaro, op.cit., p.417. 論者は、国際法委員会の規定草案において、基本的な概念構造の解説が不十分であると批判するのである。

(9) Stefan Kadelbach, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules-The Identification of Fundamental Norms*, in Tomschat, C. and Thouvenin, J. (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order-Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006, Martinus Nijhoff Pub. pp.36-37. ここで、論者は、その法的帰結として、そのような義務違反を帰因とする違法な行動や状態を終了させ、将来そのような行動を差し控えさせて、被害国に対する損害賠償をさせる義務を指摘するのである。

一般国際法の下で、それらがどのような効果を持つのか、そして、どのような明確な範囲を持つのかについての問題が残されているとされるのである⁽¹⁰⁾。すなわち、条約法の分野における、条約の無効原因としての強行規範の実効性の問題と同様に、国家責任法の分野における強行規範の実効性の確保という問題が、残されたままであると言うことであろう。この点について、条約法条約は、その第 66 条 (a) に規定する手続きにおいて、国際司法裁判所の役割を規定しているものの、その不十分さが指摘されている。また、国家責任法の分野においても、国家責任条文の、第 40 条、第 48 条及び第 50 条等に言及されているような、強行規範に関する義務の実施のための、効果的な手続き (effective mechanism) の将来的な規定が求められている。結局は、強行規範概念の定義の不明確さと、それらに違反した場合の義務の履行あるいは実施措置の不十分さ等が、条約法及び国家責任法の両分野における、現実的問題解決の困難さに関する根源的原因となっているのではないだろうか。

第 3 章 「対世的義務 (obligations erga omnes)」と強行規範

1970 年に、国際司法裁判所は、「バルセロナ・トラクション事件 (第 2 段階)」の判決の傍論 (obiter dictum) において、「国際社会全体に対する国家の義務 (obligations of a state towards the international community as a whole)」と、二国間の義務との区別について論じた。前者の義務は、「すべての国家の関心事項 (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、法的利益を持ちうるとしたのである。この概念を、「対世的義務 (obligations erga omnes)」と呼ぶのである。そのような義務の実例として、「侵略行

(10) Costelloe, D., op.cit., pp.240-241. ここで論者は、実際に、これらの帰結は、想定されているよりも、限定的であり、より効果がないかもしれないとする。加害国 (wrongdoing) に対する過重な責任の形態が、将来強行規範の下での義務の実施のための、より効果的な仕組みを規定するかもしれないが、一定の範囲で、そのような責任の形態が一般国際法の下で発展するかどうかという推定の問題が残されているとされる。

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等を含む、基本的人権に関する原則及び諸規則から導かれる義務に言及しているのである⁽¹¹⁾。この概念と強行規範との関係について、この論者は、強行規範とその効果を相対的に分離して研究することはできるが、これらの規範及びそれらの法的帰結は、より厳密な検証において、多边的規範と一般国際法のもとでの義務の、より広範な論題の一部であるとされる。一般国際法の下での強行規範と対世的義務との間の構造的関係の研究は、それらの体系的文脈における、強行規範の法的帰結の構造的基礎に、分析的な光を与える必要があるとする。そして、この分析は、国家間の手続きにおいて重要であろうという結論を導くとされるのである⁽¹²⁾。すべての国家の共通利益を促進する目的のために存在する一般国際法の下での義務が、そして、その違反がいかなる国家にも許容される主張を生じさせる義務が、一般国際法の下で「多边的義務 (multilateral obligation)」として言及されるのであり、あるいは、主張する目的のために利害関係国を確認する場合、国際社会全体 (erga omnes) に対して負う義務として言及されるとする。強行規範に関連するある種の帰結が、一般国際法の下での多边的義務に適切にも関連しうる帰結でもあらうとされる。従って、強行規範の法的帰結の基礎を確立するために、この関係を検証することが必要であり、それが、その理論的支柱を与えることになるとされるのである⁽¹³⁾。

さて、そこで、「対世的義務」という用語について考えてみる必要があるであろう。まず、この論者は、以下のように論じている。すなわち、他のすべての当事国の共通の利益と、いかなる当事国も援用しうる違反に存在する、条約に基づく義務は、「共通の条約義務 (collective treaty ob-

(11) ICJ Reports, 1970, p.32, paras.33-34.

(12) Costelloe, D., *op.cit.*, p.23. ここで著者は、ある種の法規範の強行的性質が、一般国際法における多辺性 (multilateralism) の一側面として見做されうると言うのである。

(13) *Ibid.*, p.24. 対世的義務の概念と、一般国際法における強行規範概念の理論的分析・検証の必要性を指摘されているのである。

ligation)」として言及される。一般国際法における「共通 (common)」義務と、条約の「共通 (collective)」義務は、両者とも、「多辺的 (multilateral)」義務として言及される。しかしながら、「多辺的義務」という用語は、一般国際法の下での義務を表現するために用いられるとする。国際社会全体に負われる義務、すなわち対世的義務という用語は、同様に、一般国際法の下での多辺的義務を表すのみであるとされる。対世的義務における「対世的 (erga omnes)」というのは、一般的な主張の権利に関する、多辺的義務の側面に言及しているとする。「全当事国の (erga omnes partes)」義務という用語は、共通の条約義務に関する主張の同等の地位を表すために用いられるというのである。実質的に、1949年のジュネーブ4条約の場合のように、国際社会のあらゆる国が、当事国となる資格を与えられている場合、条約当事国に負わされる義務と、国際社会全体に負わされる義務との間の区別は、一般国際法の下で、多くの実質上の意義を失っているとされるのである。「共通の (collective or common) 利益」という用語は、あらゆる国家又は条約当事国が、共通の義務に従うことにおいて有する、法的利益を表すとされる。その義務自体は、人道法あるいは人権法における場合のように、個人の利益のために存在しうる。それは、直接的にはその主題 (subject matter) ではないけれど、共通の義務の確認に関連する義務に従うことにおける、共通の利益なのであるとされる⁽¹⁴⁾。ここで検討されたように、対世的義務の概念は、少なくとも、条約法条約において、条約の無効原因として、不十分ながらも実定法化された強行規範概念とは異なり、その確認のための、明確な理論的基準は、未だ見出されておらず、その概念の抽象性が払拭されていないことは確かであると言えるであろう。

(14) Ibid., p.25. ここで、多辺的 (multilateral) 条約は、二辺的 (bilateral) 義務を創設し、原則として、二辺的条約は、第三国の権利及び義務に関する条約の効果に関する、条約法条約第34条～第37条の下での要求が満たされる場合のように規定された、一般国際法の下で、対世的に (erga omnes) 負われる義務を反映しうるとされる。しかしながら、多辺的条約のみが、共通の条約義務を創設しうると指摘されている。

この論者によれば、強行規範と対世的義務の間の関係という、分析的側面の研究も又十分になされたとは言えないとされる。すなわち、歴史的な観点からみて、「強行規範」という用語と、「対世的義務」という用語の、二元的出現は、同時発生ではなかったとされる。そして、その二つの用語の並行的導入は、直ちに混乱の源となったとする。先に述べたように、国際司法裁判所は、1970年の「バルセロナ・トラクション事件」の判決の傍論 (obiter dictum) において、ある種の義務の多辺的性質と、違反の場合に生じる主張の一般的権利を強調するために、「対世的義務」という用語を導入した。おそらく国際司法裁判所は、強行規範違反に基づく、条約の無効及び終了について、その第53条及び第64条を根拠として、国連条約法会議において、条約法条約の本文に反対票を投じた、フランスの異議を回避するために、「強行規範」の代わりに、「対世的義務」という用語を利用したとされるのである⁽¹⁵⁾。本判決において、国際司法裁判所は、一般国際法の下での対世的義務と、共通の条約に基づく義務との間の区別をしなかったし、その判決の関連する部分が、両者を包含するように思われるとする。「当事者間の義務 (erga omnes partes)」の要旨に言及する国際司法裁判所による意見の実例は、「(ボスニア・ヘルツェゴビナ対セルビア・モンテネグロ) 集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約の適用事件」における暫定措置に関する判決⁽¹⁶⁾において述べられたことであるとされる。その判決の中で、国際司法裁判所は、「ジェノサイド条約により規定された権利及び義務は、対世的な権利及び義務である」と述べている。国際司法裁判所にとって、「当事者間の義務 (obligations erga omnes partes)」という文言を用いることが、少なくともその言及が、条約に基づく共通の義務であったとする限り、容認された用語上の区別に含まれている以上のものであったのであろうとされるのである⁽¹⁷⁾。

(15) Ibid., p.31.

(16) ICJ Reports 1966, p.595, 616.

(17) Costelloe, D., op.cit., pp.31-32. ここで論者は、一般的に、条約義務は、二辺的であり、ある義務が、確かに、共通であるかどうかの決定は、問題の主要な

また別の論者は、対世的義務と国際司法裁判所について、以下のように論じている。すなわち、この対世的義務の概念は、国家責任法分野の問題であるとしているが、条約法条約において定式化されている強行規範の概念とは異なり、未だ法典化されていないとする。従って、この概念の確認のための一、一般的に承認された基準 (criteria) を見出すことは、現状では不可能であるとする。そこで、国際不法行為により直接影響を受けなかった国家、すなわち第三国による対抗措置がとられた場合に関する国家実行を分析する必要があるとされるのである。そこで、国際司法裁判所は、「バルセロナ・トラクション事件」の1970年の判決で、侵略行為の禁止、ジェノサイドの禁止、及び奴隷や人種差別からの保護を含む、基本的人権に関する諸原則及び諸規則に言及しているが、「ナミビア (南西アフリカ)」に関する1971年の勧告的意見⁽¹⁸⁾や、「東ティモール事件」に関する1995年の判決⁽¹⁹⁾において、民族自決権 (right of peoples to self-determination) を付け加えているとされる。さらに、国際司法裁判所は、「核兵器による威嚇又は核兵器使用の合法性」に関する1996年の勧告的意見⁽²⁰⁾において、人道の基本的考慮 (elementary considerations of humanity) に言及したとされる。すなわち、武力紛争時に適用可能な人道法の多くの規則は、人間の尊厳及び人道の基本的考慮にとって非常に重要なものであるとされる。それらを含む条約を批准しているかどうかにかかわらず、それらはすべての国家により遵守されなければならない。なぜなら、それらは、国際慣習法の、犯すべからざる (intransgressible) 諸原則を構成するからであるとする。そして、これらの諸規則は、本質的に、対世

規則の解釈及び適用の問題であり、なぜなら、その関連する義務の分類は、関連する条約規定の内容によるからであるとされる。そこに引かれうる厳密かつ固定的な線は存在しないとする。従って、価値判断は、それらが、共通の権利及び義務の同一化を促進する範囲に対する法的意味を持つであろうとする。その資格において、価値判断は、この文脈において、それらが、共通の利益の同一化を促進するという点で、司法的な関連を有すると論じられている。

(18) ICJ Reports, 1971, p.15.

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

(20) ICJ Reports, 1996 (I), p.257.

的性質を有する義務と一体化 (incorporate) するとされているのである。その上で、1949年ジュネーブ条約の共通第1条は、「締約国は、すべての場合において、この条約を尊重し、且つ、この条約の尊重を確保することを約束する」ことを規定しており、これが、人道法の対世的性質を示唆しているものであるとする。そして、これらの条約の根本的内容は、強行規範の中に分類されるものであり、国際司法裁判所は、強行規範と対世的規範 (erga omnes norms) とが一致するかどうかの推測の場 (floor for speculation) を開いたとするのである⁽²¹⁾。

以上のように、これらの概念の展開において、国際司法裁判所の役割は、非常に重要なものであると考えられる。本来、国際司法裁判所は、国際法の「解釈・適用機関」であり、「立法機関」ではない。しかしながら、国際法における強行規範概念の明確化について、少なくとも条約法の分野においては、条約法条約によって、条約の無効・終了原因としての強行規範に関する問題について、その概念の「準立法的プロセス」における、一定の判断権限が与えられていると考えられるのである。本章で検討されたように、まずは、国際社会全体に対する義務の概念という視点から、対世的義務という文言により、強行規範概念に言及したと言ってもよいであろう。そこで、次章では、国際司法裁判所と強行規範との関連について、より詳しく検証を進めてみたい。

第4章 国際司法裁判所と強行規範

1969年に採択された、条約法条約第66条(a)は、強行規範に抵触する条約の無効及び終了に関する第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、紛争の付託をすることを可能にしている。このように、条約法分野においては、強行規範に関する国際司法裁判所の役割が、一応実定

(21) Kadelbach, S., op.cit., pp.35-36. 国際司法裁判所は、強行規範 (jus cogens) という用語を、伝統的に用いないとされている。

法化されているわけである。この点に関連して、ある論者は、国際司法裁判所の強行規範に対する態度について、国際司法裁判所が、強行規範の概念を容認する前と後に分けて、検討を試みている。すなわち、まず、容認する前の国際司法裁判所の態度である。国際司法裁判所は、その概念が学術的な法的文書において広く容認されるようになった後でさえ、一般国際法の強行規範に関する議論に参加を拒否したままであったとされる。1969年の「北海大陸棚事件」において、国際司法裁判所は、「条約法条約が発効されようともしていない、いわんや、強行規範のいかなる問題に関しても宣告することはない」と述べたとされるのである⁽²²⁾。引用された部分は、判決は下したものの、その概念に伴う法的効果に関する地位を占めることなく、国際司法裁判所が強行規範の概念に関心を持っていることを示唆したものにすぎなかったとされる。その時、ドイツもデンマークもオランダも、書面又は口頭の陳述において、「強行規範」又は 'jus cogens' という用語又は概念に言及していなかったというのである。それらの用語を使用することはなかったにもかかわらず、その時代の国際司法裁判所のいくつかの判決において、強行規範に対するいくつかの躊躇いが必要な言及がなされたとされる。1980年の「在テヘラン米外交使節団・領事機関職員事件」の判決において、国際司法裁判所は、一度ある国がその他の国とそのような関係に入った以上、両国間の外交関係の状況は、外交及び領事関係法の下で、イラン政府に義務としてかかる法的義務の「強制的 (imperative) 性質」を改変することはないと指摘したとされるのである⁽²³⁾。また、1996年の「核兵器による威嚇又は核兵器使用の合法性」に関する勧告的意見において、国際司法裁判所は、「核兵器の使用に関する根本的規則 (fundamental rules) は、それらを含む条約を批准するかど

(22) ICJ Reports, 1969, p.42. 国際司法裁判所は、条約上の規範が、国際慣習法の本体 (corpus) となる状況に関して、その傍論の文脈において、このように述べたとされる。

(23) ICJ Reports 1980, p.3.41. ただし、これは単に、法の支配 (rule of law) に拘束されていることを述べただけにすぎないとされる。

うかは、すべての国家により認められるべきものである。なぜなら、それらは、国際慣習法の、逸脱できない諸原則を構成するからである」とし、また、「ある規範が、強行規範の一部であるかどうかは、その規範の法的性質に関係する」と述べたとされるのである⁽²⁴⁾。国際司法裁判所は、「非逸脱的 (intransgressible)」という用語を用いることにより、「強行規範の下での義務」という用語を用いることなしに、一般国際法の下での多辺的 (multilateral) 義務に言及することを意図したのかもしれないとされる。さらに、1986年の「ニカラグア事件」に関する本案判決⁽²⁵⁾において、強行規範の概念を認め、武力行使の禁止が、強行的性質を持つかもしれない示唆することに関心を持ったとされている。しかしながら、その判決において、国際司法裁判所は、その問題に関する立場表明はしなかったとされる。その関連部分は、一般国際法の、わずかな種類の慣習的規範をもって、強行規範の本体 (body) を認めたとされるのである。これは、「国際慣習法の諸原則」に直ちに優先することに言及する、「そのような法の根本的又は基本的諸原則」という判決の言い回しから、理解されるのである。さらに、「その根本的考察は、国連憲章及び国際慣習法の両者が、国際関係における武力行使を違法化する共通の根本的原則を導く」ということを付け加えている。そして、武力行使の禁止が、強行的性質を有する法的規範であることを支持して、国際司法裁判所は、1966年の国際法委員会の条約法の法典化草案に言及して、その関連部分において、「武力行使の禁止自体に関する国連憲章の法は、強行規範の性質を有する国際法の規則の明白な実例を構成する」と述べたとされるのである。以上のような事例において、国際司法裁判所は、強行規範の概念に関して、その態度表明をすることについては消極的であり、その概念を積極的かつ明確に承認するこ

(24) ICJ Reports 1996, pp.257-258. 論者は、すべての法規則は一般的に拘束的であり、「強制的 (imperative)」と「非逸脱的 (intransgressible)」という用語は、同義語 (tautological) であるとされる。

(25) ICJ Reports 1986, pp.97, 100-101. 論者は、「ニカラグア事件」において、国際司法裁判所は、強行規範の下での義務の国家の違反から導かれる法的帰結についての示唆を、ほとんど与えなかったとされているのである。

とはなかったと分析されるのである⁽²⁶⁾。

次に、強行規範概念を容認した後の国際司法裁判所の態度が検討される。2006年の「コンゴ領における軍事活動」事件における、国際司法裁判所の判決⁽²⁷⁾は、初めての、強行規範の率直な容認であり、その判決は、その概念に関連づけられるいかなる法的効果の容認というより、その用語の容認であったとされる。国際司法裁判所は、ジェノサイドの禁止が、「確実に (assuredly)」強行規範 (jus cogens) の性質を有すると述べたが、厳密に言えば、この評価は、その事例を判断するためには必要ではなかったとされる。2006年の「コンゴ領における軍事活動」事件における国際司法裁判所の態度は、2007年の「ジェノサイド条約の適用」事件に関する判決⁽²⁸⁾においても確認されたとする。しかしながら、この規範の下での義務の違反の特別な法的帰結は、またしても明記されないままであったとされる。国際司法裁判所は、「一般国際法の強行規範と、国際司法裁判所の管轄権の確立との間の関係」に関して、強行規範の下で生じる義務の違反が、国際司法裁判所に管轄権を与えるのに不十分であるという態度をとった。なぜなら、管轄権は、国際司法裁判所規程第36条の下で、厳密には同意に基づくものにとどまるとされていたからである。ある紛争が、申し立てられた国際法の強行規範の遵守の問題に関係するという事実は、それ自体、その紛争を受諾するための、国際司法裁判所の管轄権の基礎を与え得るものではないというのである。国際司法裁判所規程の下では、その管轄権は、いつも当事国の合意に基づくとされるのである。従って、国際司法裁判所の態度は、強行規範が、その管轄権の合意的性質に優先する効果をもたないとするにとどまっているとされる。

また、2012年の「国家の裁判権免除事件」の判決⁽²⁹⁾において、国際司法裁判所は、初めて、強行規範の概念を定義した。なぜなら、それは、当

(26) Costelloe, D., *op.cit.*, pp.47-49.

(27) ICJ Reports 2006, p.32.

(28) ICJ Reports 2007, p.43.

(29) ICJ Reports 2012, p.141.

事国及び訴訟参加国の弁論において、非常に重要な意味を持ったからであり、国際司法裁判所は、そのような規範は、いかなる逸脱も許されないものであると述べたのである。しかしながら、条約法条約第 53 条の定義の第 2 文、すなわち、そのような規範は、「後に成立する同一の性質を有する規範によってのみ変更することができる」という文言には、いかなる言及もしなかったのである。他の国家の強行規範の下での義務を含む国内裁判において、個人に対する救済の適用可能性をより困難にするにすぎない国際法の規則の不適用を、強行規範は求めていないと、国際司法裁判所は述べたのである。「その点では、強行規範の地位を持たないいかなる規範も適用されないし、そうすべきである場合でも、直接の紛争がない場合には、強行規範の規則の実施が妨げられるであろうと主張された」という重要な態度を、国際司法裁判所は言明したのであり、そのような主張のための論拠を何も認めていないということになるとされるのである。これは、強行規範の理解のための、国際司法裁判所による重要な貢献であるとする。国際裁判所の管轄権を支配する諸規則、あるいは、外国の国内裁判所に優先する国家免除に関する諸規則のように、いかなる他の国際法規則の無効を求め、そして、強行的性質を有する規則の実施、あるいは、法的救済の可能性をより困難にすることを求めるということは、強行規範の帰結ではないのであるとされる。さらに、2012 年の「訴追又は引渡し義務に関する問題」事件に関する判決⁽³⁰⁾においても、国際司法裁判所は、その意見において、「拷問の禁止は、国際慣習法の一部であり、それは強行規範 (jus cogens) となった」と述べたものであると検討されている⁽³¹⁾。

以上述べてきたように、強行規範概念に対して、国際司法裁判所は、1960 年代以来、消極的な態度をとってきたが、いくつかの事例を通じて、やや前向きな態度に変遷してきたとみることができるであろう。とりわけ、1969 年の条約法条約第 53 条において定式化された、強行規範の概念の

(30) Ibid., p.457.

(31) Costelloe, D., op.cit., pp.49-51.

不明確性を、その第 66 条 (a) に基づく紛争解決手続きを通じて、その概念の明確化の補完的役割が、国際司法裁判所に期待されてきたわけである。しかしながら、この点について、ある別の論者は、以下のように述べている。すなわち、条約法条約第 66 条 (a) により、強行規範と条約の一致に関して、国際司法裁判所の管轄権の特別な権原 (title) が確立された。本条文は、あらゆる国家がある条約の有効性に異議を唱える権限が付与されたことを示唆しているように読めるし、条約及び強行規範との両立性に関して、国際司法裁判所の全体的管轄権能 (overall jurisdictional competence) を導くように見えるかもしれない。しかし、厳密且つ体系的には、国際司法裁判所への道は、条約法条約第 65 条に規定された手続きのもとで、その無効を援用する、特定の条約の当事国のみに開かれているとするのである。そして、結果的に、その第 66 条 (a) に基づく、国際司法裁判所の管轄権の有効性に対する異議を導くことになると指摘されているのである⁽³²⁾。そして、ある条約の非当事国が、その条約の無効を主張する場合には、彼らはその問題を、国際司法裁判所よりもむしろ、政治的機関 (political organs) に訴えて、その条約の無効を議論すべきであるとしている⁽³³⁾。また、一つの見解として、強行規範及び対世的義務のような根本的規範 (fundamental norms) は、国際社会のいかなる構成員にも、国際司法裁判所に対して、関連する請求を提起する資格を付与するものであるとされる。それ故に、無効を主張された条約の当事国は、他のいかなる国家との関係においても、その根本的規範と一致するように行動することが義務づけられるとするものである。しかしながら、このような見解は、

(32) Matthias Ruffert, *Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringements of Fundamental Rules of the International Legal Order?* in Tomu-
chat, C. and Thouvenin (eds.) *op.cit.*, pp.299-300. この点で、論者は、条約法の
法典化がなされた、1960 年代において、大多数の国々は、強行規範に抵触
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。

(33) *Ibid.*, 301. この点で、論者は、その制度的枠組みの範囲内で、国連の安全保障
理事会の積極的参加を主張している。

確実に、条約法条約第 66 条 (a) の有効性を高めることにはなるけれども、それは、条約法条約とその条文起草者の意図を超えるものであり、これを支持するような国家実行は存在せず、そうした進展も見られないとされている。そこで、このような根本的規範の履行 (implementation) について、以下のように論じられている。すなわち、国際司法裁判所は、このような規範の法的基礎 (legal basis) を定式化することはできるかもしれないが、それらの実際の発展と、個々の事例への適用は、国際連合の政治的機関、とりわけ、安全保障理事会及び総会に委ねられるであろうとする。それらの政治的機関以外に、合意の必要性 (requirement of consent) を克服するための場は存在しないというのである。そのような、前者の「判例法的要素 (judge-made element)」と、後者の「政治的要素 (political one)」との結合が望ましいとされているのである。特に安全保障理事会は、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 (binding decision) 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されているのである⁽³⁴⁾。

以上のことから、強行規範概念の理念的発展という側面において、所謂「法的機関」としての国際司法裁判所の役割は、具体的事例に基づく強行規範概念の明確化を含め、いわば「判例法的発展」という点で重要であるといえる。しかしながら、その管轄権における「合意原則」が、そこでの役割の達成において、大きな妨げになるという問題点も残されている。そこで、その実効性の側面においては、国際連合、特に安全保障理事会という、所謂「政治的機関」の活用が期待されるということになるのであろう。ただし、とりわけ安全保障理事会においては、例えば、「拒否権」という問題が生じるかもしれないし、その不安定性も考える必要があるのではないだろうか。この点で、将来的には、これら両者が、互いの「補完的役割」を果たせるようなメカニズムが工夫されるべきであると思われる。

(34) Ibid., p.307. 強行規範の問題が、国連憲章第 39 条の必要条件を満たすような場合において、安全保障理事会の役割が期待されることになるとされている。

第5章 結語

以上のように、強行規範 (jus cogens) の概念が、条約の無効原因として、条約法条約第 53 条に定式化されたのは、1969 年のことであった。それ以来、約半世紀が経過した 2019 年現在において、その概念の変遷を再検証してきたわけである。これまで、本稿で紹介してきた著作以外にも、数多くの論考が発表されてきた。その意味では、その概念の学術的あるいは理論的な側面における、様々な考察がなされてきたわけであるが、その出発点は、条約法条約第 53 条における、概念的定義であった。しかし、条約法の法典化条文案を審議し、その草案を作成した国際法委員会の審議過程や、条約法条約を採択した国連条約法会議の審議においても、その概念の不明確性や、それに伴う濫用等の危険性等が指摘された。それらの問題の解決手段として、国際法委員会の条文草案には存在しなかったが、国連条約法会議において「妥協的産物 (package deal)」として創設された、条約法条約第 66 条 (a) が規定されたのである。それは、国際司法裁判所の役割を期待するものであった。その後、国際司法裁判所が関わったいくつかの事件・問題に関連して、強行規範概念に言及した判決については、上述の検討のとおりである。また、国際司法裁判所による理論的展開についていえば、対世的義務の概念がその代表例の一つであろう。また、関連する国際法分野における実定法的展開について言えば、国家責任法分野に関する、国家責任条文第 40 条等の法典化も、注目すべきものであろう。この概念に関しても、これを考察した論考のいくつかを紹介してきたが、やはり、その概念的不明確性は、払拭されていないという指摘がなされているように思われるのである。

この点について、ある論者は、以下のように述べている。すなわち、今日の国際社会は、国際法の「普通の (ordinary)」規則より、階層的に上位にある一種の法的規範の存在を認めているとする。それらの中に包含される価値を国際社会が是認する限り、二又はそれ以上の国家の主権的意思により、無視したり、逸脱することができない規範の存在が認められたと

いうことであるとされる。そして国際法は、すべての民族と個々の構成員が、彼らの正当な場を持つような法的共同体 (legal community) としての世界を考えることを可能にするような、文明的共存構造 (fabric of civilized co-existence) を破壊するある種の行為や処分を、合法的と認めないという前提に立つことになるのである⁽³⁵⁾。しかしながら、条約法条約第 66 条 (a) に規定された特別な手続きに従った訴訟は、これまで一度もない。従って、強行規範は、「ネス湖の怪獣 (Loch Ness)」に例えられうるのであろうかとされる。すなわち、時々遠くから観察されるけれども、本当に出現することがないものと揶揄されることもあるというのである。しかし、実際には、すべての政府が意識しているように、国際法は、高度に道徳化 (highly moralized) されるようになってきているが故に、国際社会の根本的規則 (fundamental rules of the international community) に抵触するような内容の条約は、もはや公式の方法においては (in a formal way) 締結されないであろうとするのである⁽³⁶⁾。また、別の論者は、以下のように結論づけている。すなわち、希望があまりに高い場合にしばしば伴う、失望から得られるものは少ない。強行規範は、国際法における現在又は将来における重要な発展を象徴しているが、それらは決して、現在及び過去においても、「すべての病気 (all ills)」を治すことを企図するものではないとする。強行規範の法的帰結が限定的であるとの結論は、後退的 (setback) であるとする。むしろ、国際法の根本的諸原則を履行するための、他の、おそらくより効果的なメカニズムを目指すための挑戦であるとされる。強行規範の率直な評価とそれらの制限のみが、そうすることの動機 (incentive) をもたらすことになるであろうとされる。そして、我々がそれらを発見することを望み得ない場において、強行規範とそれら

(35) Christian Tomuschat, *Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations*, in Tomuschat, C. and Thouvenin (eds), *op.cit.*, pp.425-426.

(36) *Ibid.*, p.431. この点で論者は、条約法条約第 53 条及び 64 条が、限定的予防効果 (limited preventive effect) を持つかもしれないとしているのである。

の効果を探しに行くべきではないとするのである。たくさんの国際法体系 (wealth of the international legal system) が、国際社会が直面する多くの困難と対決するための、他の方法を提供するであろうとするのである⁽³⁷⁾。これは、将来的に、強行規範概念の変遷の多様性を指摘しているのであろう。

このように、条約法条約による定式化から半世紀が経過した現代国際社会において、強行規範概念は、おおむね肯定的評価を受けるようになり、国家責任法分野を含め、様々な国際法分野において、その概念の理念的及び適用範囲の拡大が顕著になったと言っているかもしれない。しかし、本稿において紹介してきた著作も含め、多くの論考において指摘されているように、その概念の明確化及びその適用における問題点は、1960年代の論争以来、未だ十分に解決されていないということも事実である。また、最近の国際社会の趨勢に鑑みると、伝統的国際法の理念的基礎である、「個別国家の利益」が、現代国際法の背景的基礎理念として考えられるようになった「国際社会全体の利益」に優先するという状況が、一部ではあるかもしれないが、現実に存在するようになってはいないだろうか。そうであるとするならば、現代国際法の基本理念としての、強行規範概念の前提条件である、「国際社会全体の利益あるいは共通利益」の優越性が、完全に実現しているとは言いがたい社会状況が、現在の国際社会において、さらに拡大しているともいえるかもしれない。もしそれが現実であるとすれば、条約法条約第 53 条に規定された、「国により構成されている国際社会 (international community) 全体が受け入れ、かつ認める規範」という、強行規範の重要な要件の実現は、現状の国際社会においては、困難であると言わざるを得ないであろう。

また、ある論者は、強行規範という用語自体について、国際文書、とりわけ、国家責任法分野において特に (notably) 用いられた、これらの法

(37) Costelloe, D., pp.288-289.

的帰結 (legal consequences) の方法について、単なる強行規範という用語を用いることは不適切 (misplaced) であるとする。その法的帰結は、直線的な方法 (linear way) で発展するものではないし、強行規範という用語が、いつも厳密に (rigorously) 用いられるとは限らないと指摘されているのである⁽³⁸⁾。これは、強行規範概念が、恣意的に用いられる危険性を懸念して、より厳密な定式化を求めるものであろう。こうした状況を踏まえて、これからも、様々な国際法分野における強行規範概念の変遷という論点について、その学術的・理論的側面と、条約及び国際裁判所の判決を含め、国家実行等に関する具体的・実地的側面という二つの側面から、さらなる検証を進めていきたいと考える。

(38) Ibid., p.38. ここで論者は、これらの根本的諸原則の定式化 (formulation) と、一般国際法における、そして、国際機関とりわけ国際連合の諸機関による、それらの擁護 (protection) は、21世紀を通じての国際的協力 (international co-operation) の偉大な達成の中に存在すると述べているのである。