

現代国際法における強行規範(Jus cogens)の機能

— その「規範的機能」との関連で —

佐 藤 一 義

目次

- I. 問題の所在
- II. 強行規範概念の機能分析
 - (1) 「実定法的側面」からの機能分析
 - (2) 「規範的側面」からの機能分析
- III. 強行規範概念と「対世的義務」理念との機能比較
 - (1) 強行規範概念の本質
 - (2) 「対世的義務」理念との関連
- IV. 結 語

I. 問題の所在

国際法における強行規範 (Jus cogens) 概念が、実定法上すなわち条約の条文中に定式化されたのは、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 (Vienna Convention on the Law of Treaties)」(以下、条約法条約と略称) においてである。本条約において、この概念は、条約の「無効原因」及び「終了原因」として、規定された。すなわち、その第53条は、条約の無効原因に関して、「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 (international community) 全体が受け入れ、かつ、認める規範」であると規定した。また、その第 64 条は、条約の終了原因に関して、「一般国際法の新たな強行規範の成立」と題して、「一般国際法の新たな強行規範が成立した場合には、当該強行規範に抵触する既存の条約は、効力を失い、終了する」と規定した。そして、その第 66 条 (a) は、強行規範に関する紛争解決手続に関して、「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」と規定したのである。

この強行規範概念が有する機能 (functions) について、これまで、多くの主張がなされてきた。ある論者は、これらの機能について、まず第一に、まさに強行規範概念の定義が、それが果たす主要な機能に関連して、すなわち、いかなる国家も相互の同意 (mutual agreement) により逸脱することができない規範であるということに関して、しばしば言及されてきたが故に、特に重要であると指摘する。第二に、強行規範概念は、すべての国家に関して、当該規範を尊重する義務を課し、結果として、強行規範に違反する、いかなる一方的行為 (unilateral act) も、無効であると主張されてきた点も、強行規範の機能として、特に重要であるとされる。そして、両方の機能に関する国家実行や、裁判所の判決はほとんど存在せず、実際の機能は、より表現的であり、重要ではあるが象徴的な社会的価値の宣言であるように思えるのである¹。

上記のように、ここで考察すべき強行規範概念の機能として注目しなければならないのは、まずは、条約の無効原因及び終了原因としての、「実定法的側面」であろう。すなわち、「具体性」を有する実定法規範として、条約法条約第 53 条及び第 64 条、そして、それらの紛争解決手続きを規

1 Dinah Shelton, *JUS COGENS*, Oxford University Press, 2021.p.91. 本稿においては、特にこの著作を中心として、いくつかの注目すべき論考の内容をやや詳細に紹介しつつ、国際法における強行規範概念について、考察を進めてみたいと考える。

定する第 66 条 (a) に関する検討が、特に必要となるであろう。本条約の採択・発効以来、およそ半世紀が経過した現在、この側面における強行規範概念の機能は十分に果たされているかどうかについて、考えてみることも重要である。次に、国際社会の構成員としてのすべての国家が尊重すべき規範的基準、あるいは、国際社会全体の理念的価値基準としての、「規範的側面」であろう。ただし、この側面は、具体性に欠ける「象徴性」を有する宣言的規範であることも注意しなければならない。例えば、この概念と関連して検討されることの多い、「対世的義務 (obligations erga omnes)」の理念に関する考察も必要となるであろう。2022 年現在の国際社会において、様々な国際紛争の頻発という状況に鑑みれば、国際社会共通の普遍的価値理念の存在の可能性についても考える必要があるだろう。そこで、本稿では、これら二つの側面から、強行規範概念の機能についての検証を試みたい。

II. 強行規範概念の機能分析

(1) 「実定法的側面」からの機能分析

本章においては、国際法における強行規範概念の機能について、Shelton, D. の論考内容をやや詳細に紹介しつつ、検討を進めてきたい。まず注目したいのは、条約に関する国際法上の諸規則を定める条約法の分野において、この概念の導入がなされることとなったことである。とりわけ、条約の無効原因及び終了原因としての実定法的機能が、1969 年の条約法条約において定式化されることとなったのである。その概念について、20 世紀から 21 世紀へという時代の変化とそれに伴う国際社会の変動を背景として、現代国際法において、強行規範概念に関して、どのような機能的変動・展開が見られるのか分析を試みていくことにする。

まず学者として、条約法の分野に、強行規範概念の導入を主張したのは Verdross, A. である。彼は 1937 年に発表した、影響力ある論文において²、ある種の国際慣習法規則は、それに反する国家の協定の存在にもかかわらず、強行的性質を有すると論じたのである。その論文において、彼は、国

家が、善良な風俗 (contra bonos mores) に反する条約を締結することを禁止する、一般国際法の規則の存在を主張した。そして、裁判所は、「国際社会のすべての国家により承認された最低限の道德規範」に抵触する場合は、当該協定を無効にしなければならないとした。そして、その規範は、外部的攻撃に対する防御、及び国民の幸福を保証して、法と秩序を維持するという、国家の義務的な「道徳的任務」も含むとされたのである。従って、違法な条約は、「その領域内の人々の、生命、自由、名誉又は財産を、全く、あるいは十分な方法でもはや守ることができないような方法で、警察又はその裁判機関を弱体化するよう国家を拘束することを含む」ものであると論じたとされるのである。また、「国家に対して、病院や学校の閉鎖、女性の引き渡しや不妊化、子供の殺害、工場の閉鎖、国土の不毛化、あるいは、その他の方法で、住民を危険な状態にさらすこと」を義務づけるような場合、その条約は強行規範に違反すると論じられたとされるのである。国際法委員会 (International Law Commission) は、条約法の法典化作業において、この問題を取り上げ、強行規範に関する条文草案を含めて、いくつかの修正とともに、1969年条約法条約の第53条及び第64条として維持されることとなったのである³。彼は、国際社会を妥当基盤とする

-
- 2 Verdross, A., 'Forbidden Treaties in International Law' (1937) 31 *American Journal of International Law*, pp.571-577 この論文は、ナチス・ドイツの影響下で書かれたとされる。彼は、国際法委員会の委員として、条約法の法典化草案の作成の決定的な時期に参加しており、その法典化条約草案に、強行規範概念を導入することに大きな影響を与えたものと考えられるのである。しかしながら、彼の主張に対して、強い批判論を展開したのが、Schwarzenberger, G. である。彼は、その論文において、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、真の強制管轄権を有するような司法裁判所の存在しない社会では、強行規範のような概念は存在しないとした。こうした国際社会において、このような概念は、濫用される危険性、すなわち、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」として利用される恐れがあると批判したのである。Schwarzenberger, G., *International Jus cogens?*, (1965) 43 *Texas Law Review*, pp.454-478.
 - 3 Shelton, D., *op. cit.*, pp.91-92. ここで論者は、同時に国際法委員会は、強行規範に反する条約や条文の無効の領域以外に、条約に対する留保に関する実行指針により、留保の許容性及び結果における強行規範の効果に関する分析を規定し

国際法体系においても、法的上位規範としての「公序良俗」的規則の存在を主張したわけである。これに対しては、強い批判がなされたわけであるが、20世紀、とりわけ第二次世界大戦後の現代国際社会において、国際法の構造変動の証左としての強行規範概念は、国際法上の「公序良俗」的機能を果たす、実定法規則としての機能が承認されることになったのである。すなわち、条約法条約第53条による条約の無効原因及び第64条による条約の終了原因としての定式化である。

また論者は、規範の階層性（hierarchy）及び強行規範の効果についての問題に加えて、多くの最近の議論はまた、拘束力のない手段を採用し、従うという国家の行動（behaviour）が、国際司法裁判所規程に反映されていない、新しい立法形態の受諾の証拠となるかどうかを中心となっているとして、以下のように論じられる。すなわち、社会問題の解決の努力が、いかなる社会における法の形態においても、一定不変というわけではないことはもちろんである。社会は、秩序の維持と紛争の防止及び解決に努力し、法を通じてだけでなく、他の訴訟手段を通じても、資源の分配と使用の司法手続きを保証する。司法手続きの問題は、市場原理（market mechanism）及び私的寛容（private charity）を通じて扱われる一方、紛争解決は、法的手段以外の交渉と同様、教育と情報（education and information）を通じて促進されうるとされる。秩序及び社会的価値（social values）の維持は、法的制裁及び誘因（incentives）の使用と同様に、道徳的制裁、排除及び利益の付与あるいは保留により生じうるとされる。国際社会においては、統治の他のレベルにおけるように、法というのは、社会的統制あるいは規範的要請の形態の一つではあるが、行動の基本的要請は、社会的価値を反映する、道徳性、儀礼性（courtesy）及び社会慣習からも出現するとされる。それらは、社会的合理性の予見の一部を形成し、そのような規範に従うことが、期待され、違反が正当化されるかもしれない

ていることを指摘されている。

いとされるのである。

しかしながら、法的統制が、おそらく、前世紀の間で、社会問題に対するもっとも広く認められた対応となった。法というものは、現在の必要性を反映しており、現在の社会的価値を認めるものである。法は、しばしば、通常は不十分であっても、行動を指示するための、必要な基礎と考えられる。法律用語、特に成文法は、もっとも正確に、可能性を伝達し、必然的な不確かさや不一致にもかかわらず、信用 (reliance) を創出するのである。それは、まさにその性質により、統制に向けた牽引力 (pull) を発揮する。その高められた価値と、不服従のより重大な結果は、基本的な正義が、「法」によって意味されること、ある程度の透明性 (transparency)、そして、拘束力ある規範とそれらの間の相対的重要性を創設する権力的手段の理解の認識を必要とするという、一般的に認められた見解を導くのである。正当かつ公平であると理解された法というものは、より遵守されるであろう。これもまた、相対的規範性の問題を、重要な論題とするが、国際法体系における最近の展開は、その問題における増大する関心を助長してきたとされているのである⁴。ここで論じられているのは、国際社会の秩序維持機能及び紛争解決機能の問題である。伝統的な国際社会においては、紛争解決については、社会的価値を反映するような、儀礼的かつ慣習的規範に従われてきた。しかし、現代国際社会においては、客観的基準としての法による統制すなわち成文法的規範の重要性が増してきたということだろう。

さらに続けて、論者は、以上のような議論に関する第一の展開は、法的義務の決定における合意 (consent) の役割を中心とするものであるとされる。国際法は、伝統的に、対等の体系として定義されてきたし、主権国家の行動は、法的拘束力あるものとして、自由に認める規則によってのみ制限されてきたのである。漁業資源の広範な枯渇、成層圏におけるオゾン

4 *ibid.*, pp.92-93. ここで論者は、国際法制度における、反対国の意思に優位するための立法府の不存在について、たいていの国際法規則は、それらを承認した主体に対してのみ効力を有するという特質を指摘されている。

層の破壊そして人為的な気候変動といったような、地球規模での資源危機の出現は、その資源の継続的な利用や、禁止された物質の継続的生産や販売を通じて自身の利益を増す一方で、他者により受け入れられた法的規制から、自身の利益を得る、「ただ乗り (free rider)」の不参加国に対する関心の高まりが生み出されてきたとされる。伝統的な合意を基礎とする国際法制度には、反対国の意思に優越するような立法府 (legislature) は存在しないが、それらの行動に影響を与えるための努力はなされている。すなわち、まず、すべての国家に適用される強行規範の原則、そして、次に、"soft law" を含む、国際法概念の拡大を通じてであるとされる。同様のアプローチが、基本的人権や人道法といったような、広く反映し、深く価値を有するような多数国間協定の廃棄を求めたり、違反するような行動をとる国家に対して、採られるかもしれないとされているのである。また、第二の展開として、国際法の現実の拡大が、相対的な規範性 (relative normativity) の考慮に拍車をかけることになったということである。20世紀まで、条約は、ほとんどすべて二国間 (bilateral) 条約であり、国際法的規制の主題は、ほとんど外交関係、海洋及び他の国際水路、貿易、そして犯罪人引き渡し等に関するものであったとされる。今日、国際的な文書の多くにおいて、実質的に、多数国間で締結される条約が一般的 (common) であることとなり、国際法により規律される問題が激増し、さらに、非国家的当事者 (non-State actors) が、ますますその条約システムの一部となってきた。この複雑さが、ある条約の範囲内あるいは一定の主題の範囲内、例えば、自由貿易と環境保護といったような、横断的で両立しない (across and competing) 領域と同じく、海洋法における、規範の紛争を仲裁するための手段の考慮又は発展を求めているとされるのである⁵。

ここまで論じられているのは、国際法の「構造的特質」に関わる問題である。すなわち、伝統的な国際法は、「合意原則 (pacta sunt ser-

5 *ibid.*, pp.93-94.

vanda.)」により根拠づけられ、主権国家の「対等性」を基本としてきた。しかしながら、地球環境や天然資源の保全等に関する国際環境法の分野においては、個別国家の利益より、国際社会全体の共通の利益が前提となる。そして、これらの問題を目的とする国際法制度としての条約体系に参加である国家が、その条約制度からの反射的利益を得るだけでなく、その条約に違反する行動をとることからも利益を得ているという、「ただ乗り (free rider)」国家の存在という問題点が指摘される。それ故に、すべての国家に適用される強行規範的諸規則、例えば、国際人権法や国際人道法に関するような、国際社会にとって普遍的価値、すなわち国際社会の共通関心事項を反映するような多数国間条約や、"soft law" を含めて、国際法規範の拡大が求められると主張されるのである。これは、強行規範概念の「実定法的側面」の発展が必要をとされるということでもある。そして、条約当事者を含むその拡大により増加するであろう紛争、すなわち「横断的かつ非両立的」な紛争の解決手段についても、その拡充・発展が検討されなければならないという指摘であると考えられる。

(2) 「規範的側面」からの機能分析

また、論者は第三の展開として、以下のように論じている。すなわち、国際刑事法の出現が、国際犯罪の性質及び、強行規範的義務の原則と「対世的義務 (obligations erga omnes)」に対する、この法主体 (body of law) の関係との考察を導いたとされる。国際司法裁判所は、「バルセロナ・トラクション事件」の判決の傍論 (dicta) において、初めて、対世的義務のカテゴリーを確認 (identify) したとされる⁶。(例えば、外交的保護の分野における) 特定の被害国 (injured States) に対する配慮から生ずる義務と異なり、対世的義務は、国際社会全体に負われるものである。その義務の広い性質は、当該義務が、一般的に、人権の分野におけるような、

6 ICJ Reports 1970, p.3, para.33.

国家の国内行動を規制することを目的とするという事実に基づきうるものであり、従って、実質的に、違反による影響を受ける国家は存在しないということになりそうである。それ故に、それなしに、違反が争われることは無いので、有効性（effectiveness）の原則が、広く支持されているのである。しかしながら、この義務のカテゴリーを認めるために、国際司法裁判所により述べられた理論的根拠（rationale）は、より実体的、すなわち、「含まれる権利の重要性からみて、すべての国家は、それらの保護に法的利益を持ち続けうる」ことのように思われるとされるのである⁷。そして、この申述は、それらが表明する規範の実質的な重要性故に、対世的義務は、明確で広範な手続的帰結を有することを示唆しているとされる。さらに、すべての国家が、違反を訴えることができるという事実は、違法行為を犯すことにより、おそらく、それらが実質的に上位であると考えられないとしても、これらの規範に従ったより上位の優越性を示唆する訴えがなされることになるかもしれないとされる。国際司法裁判所による、それらの義務の実例は、侵略、ジェノサイドの禁止や、奴隷、人種差別からの保護を含んでいた。それにもかかわらず、国際法委員会は、対世的義務は、規範的上位性を含まず、一方、すべての強行規範的義務は、対世的性質をもち、その逆は、必ずしも真実ではないと結論づけたとされるのである。

また、対世的義務と同様、国際犯罪は、それらが制裁する行為が、個々の犯罪責任（criminal responsibility）は、それらの法律違反に起因するべきであるという、国際社会に対する重要性故に判断されるというのである。しかしながら、対世的義務と異なり、国際刑事規範は、相対的な規範性（relative normativity）の問題を引き起こしうる。第一に、その問題は、犯罪の間に階層性（hierarchy）が存在するかどうかについて引き起こされてきた。第二に、ニュルンベルグ裁判以来、国内法（domestic law）との一致あるいは実現は、国際刑事法違反に対する言い訳にならないこと

7 ここで論者は、「東チモール事件」判決（ICJ Reports, 1995, p. 90, para. 29.）、及び、「ジェノサイド条約適用事件」判決（ICJ Reports, 1996, p. 595, para. 31.）を挙げている。

は明白である。すなわち、実際には起こりそうもないが、その上、ある弁護（defence）が、国際法規範の實現に基づいて失敗するであろうということは、二国間条約に含まれる規範のように、それらの規範が、刑事法の要請と矛盾する場合、妥当であるようであるとされている。この点で、刑事法規範は、現実に、他の国際法より優位性（supremacy）を与えられ得るとされているのである。

さらに、これらの規範のカテゴリーと、それらを創設する法源との相關関係の他の側面も注目されるべきであるとする。第一に、国際犯罪の指定も対世的義務の指定も、主張された（purported）新しい法源を必要とはしていないのである。すなわち、犯罪は、条約の締結を通じて創設及び定義され、対世的義務は、条約及び国際慣習法を通じて創設及び定義されるというのである。第二に、すべての国際犯罪は、対世的義務であるように思われるのは、国際社会全体が、決定し、そのような犯罪を犯すことを訴追し処罰するかもしれないが故にであるとされている。しかしながら、その逆の場合はない。すべての対世的義務が、国際犯罪と称されることはなかった。例えば、非組織的（non-systemic）な人種差別は、対世的義務として例証されるが、国際犯罪からは除外されることが多いとされるのである⁸。

ここまで論じられてきたのは、「国際刑事法」の出現と「国際犯罪」の性質及び強行規範的義務と「対世的義務」についての考察である。国際司法裁判所が、「バルセロナ・トラクション事件」判決の傍論で示したように、まさに「対世的義務」とは、個々の国家に対してというよりは、国際社会全体に対して負われるものである。この点で、強行規範的義務との共通性が示されるのであろう。しかしながら、「国際刑事規範」は、その制裁すべき「国際犯罪行為」について、個々の犯罪責任を問うものである。そして、それは、「対世的義務」理念と異なり、「相対的な規範性」あるいは犯罪行

8 Shelton, D., op. cit., pp. 94-95.

為における「階層性」の存在という問題を引き起こすとされている。すなわち、「国内刑事法」と「国際刑事法」との関連における、「優位性」の問題が生じると考えられるのである。また、すべての「対世的義務」が、「国際犯罪」と称されることはなかったのであり、その例として、「人種差別」問題が指摘されている。つまり、ある国家による「組織的人種差別」は、「国際刑事法」違反すなわち「国際犯罪」であるが、「非組織的人種差別」は、「対世的義務」違反となるとの指摘であろう。

また論者は、国際犯罪と称されるそれらの行為の間に、階層性は存在しないように思われるとする。「旧ユーゴ国際刑事裁判所（ICTY）」は、「人道に対する罪の重大性と戦争犯罪の重大性との間には、法におけるいかなる相違も存在しない」として、2000年の「Dusko Tadic 事件」判決における申述により⁹、階層性の概念を拒絶したというのである。以前に論じられたように、国際法体系が、変動し、さらに不同意国家（non-consenting States）に関する世界的公序（global public policy）の要求に向けて変動するかもしれないという拡大は、大いに議論されたままでありが、国家行動の自由の制限に関する必要性は、次第に認められるように思われるとされる。国際法文書や原則は、今や、国際公序（international public policy）の一部を形成しうる、広い関心事を明確化するために、「人類共通の利益（common interest of humanity）」や、「人類の共通の関心事（common concern of mankind）」に言及することがしばしばであるとされる。共通の行動の存在あるいは根拠として、「国際社会（the international community）」に言及されることも頻繁になってきたとされる。その上、多数国間条約が、非締約国に、その規範に従う動機を規定するか、その条約に従わない国家の行動を、実際に従うよう求める強制的な手段をとることを当事国に認めるという規定を含むようになってきたとされる。国連憲章自身は、根本原則（fundamental principles）のリストを含み、その第2条

9 Case No..IT-94-1-A, Judgement in Sentencing Appeals, Appeals Chamber (26 January 2000), para.69.

(6)において、国際の平和及び安全の維持に必要な限り、国連非加盟国も、これらの原則に従って行動することを求めているとされている。

実際には、強行規範概念は、ほとんど、条約法における本来の文脈の範囲を超えて、援用されてきた。国際司法裁判所において、最初、その語は、個別あるいは反対意見においてのみ示されたとされるのである¹⁰。すなわち、諸国家は未だめったにその問題を提起してこなかったし、最近まで、国際司法裁判所は、それに関するいかなる見解も避けようと努力してきたように思われるとされる。しかしながら、2006年に、「コンゴ領における軍事活動事件」判決において、国際司法裁判所は、国際法における強行規範の存在と、ジェノサイドの禁止が、そのような規範であることを、「自信を持って (assuredly)」主張したとされる。それにもかかわらず、国際司法裁判所は、ジェノサイドの禁止の強行規範としての地位は、その裁判管轄権に関する影響は持たず、合意による支配にとどまるとしたとされる。強行規範としてのジェノサイドの禁止が、裁判所の管轄権に対する留保が、ジェノサイド条約の趣旨及び目的と両立を意味するかもしれないということの意味するかどうかについての疑義が、反対意見により示された。しかし、強行規範が、留保より勝ると宣言することの斬新さ (novelty) と広範囲な合意が、他の判事を抑制したとされている。1年後、国際司法裁判所は、「ジェノサイド条約適用事件」判決において、強行規範の承認を再述したとされるのである¹¹。

"jus cogens" という文言も "peremptory norms" という文言も、国連海洋法裁判所 (UN Tribunal for the Law of the Sea) 等の判決において言及されたことはなかった。全く最近まで、人権裁判所は、強行規範に関する言及を避けてきたとされる。強行規範を論じた、人権裁判所の最初の判決は、2002年に示された、ヨーロッパ人権裁判所の大法廷 (a Grand

10 例えば、「南西アフリカ事件」判決が挙げられる。ICJ Reports 1966,p.6.

11 「コンゴ領における軍事活動事件」(コンゴ対ルワンダ)判決については、ICJ Reports 2006,p.6. 及び、「ジェノサイド条約適用事件」(ボスニア対セルビア)判決については、ICJ Reports 2007,p.43.

Chamber of the European Court of Human Rights) 判決であり、9 : 8 の過半数で、拷問に対する強行規範の違反が、国家主権の免除を剥奪するために作用しうることを否定したとされる。ヨーロッパ人権裁判所は、拷問の禁止が、強行規範 (a peremptory norm) であり、基本的価値 (fundamental value) であり、絶対的権利 (absolute right) であることを認めたとしたが、拷問の行為が主張された民事訴訟 (civil suit) から、主権免除を凌駕するための根拠も「識別することができない (unable to discern)」と認定したのであるとされる¹²。

また論者は、米州人権裁判所 (Inter-American Court of Human Rights) においても、証明書のない移民労働者の法的地位と権利に関する、2003年の勧告的意見¹³において、「今日、非差別 (non-discrimination) の原則や平等の権利 (right to equal)、及び、一般国際法により確立された規範の階層性 (hierarchy) における法の効果的保護 (effective protection) とは何であるか、そして、その文脈において、それらが、強行規範の表現であると考えられ得るのであるか」と述べられたとされるのである。これに対してメキシコは、これらの規範が、強行規範であることを認めることの法的効果を示すよう求めたというのである。しかしながら、メキシコの主たる議論は、「国際道徳 (international morality)」が、法源 (a source of law) として、強行規範を確立するための基礎を規定することであり、人道法から人権法の分野に、「マルテンス条項 (Martens clause)」すなわち、明文の規定が無くても、諸国家は人道原則や国際慣習法に拘束されるという原則の「移植 (transfer)」、すなわち、新しい規範や義務で、強行規範として特徴付けられさえするものを論じたとされているのである。その中で、メキシコは、強行規範の法的効果について、国際法委員会の見解にも言及している。ただ、国際法委員会の立場は、単に、国際社会が、人種差別の禁止を、対世的義務として、全員一致で考えてい

12 Judgement, 21 November 2001, (2002) 34 EHRR 11.

13 Advisory Opinion, OC18/03 Ser.A.No.18 (17 September 2003).

ると主張したに過ぎず、それ故、非差別の原則が、強行規範であるとの結論には飛躍があり、一方同時に、国際社会は、人種差別以上の主題に基づく差別の禁止に関するコンセンサスに至っていないと言及しているのであるとされている。国際法委員会によれば、「これは、すべての国際法における基本的重要性を減ずるものではない」ということになるかとされている。そして、米州人権裁判所は、非差別が強行規範であり、それは「本質的には、法の下での平等の権利に関連」し、同様に、「一連の人権の不変性 (oneness) に直接由来し、個人の本質的尊厳に関連付けられる」ものであると結論づけたとされるのである。さらに、当該裁判所は、国内及び国際公序の全体的法構造は、それにかかっているものであり、すべての法に浸透する根本原則であるが故に、その原則は強行規範であると付言したのであるとされる。米州人権裁判所による、この宣言の効果は、すべての国家が、対世的な規範により拘束されるということである。当該裁判所の意見は、国家よりも、人間の尊厳及び国際公序を評価することを求められる国際裁判所のほうに、かなり立法を転嫁しているとされているのである¹⁴。

以上のように、ここまでの論者による検討をふまえて、強行規範概念の、「規範的側面」からの機能について、考えてみたい。まず、「対世的」規範概念の機能との整合性が重要であることがわかる。それらは、前述のように、国際司法裁判所が示した「規範的実例」（例えば、侵略の禁止、ジェノサイドの禁止及び人種差別の禁止等）が、対世的義務としての性質、すなわち、国際社会全体に関わる「規範」としての機能を有することが指摘できるであろう。また、国際司法裁判所を含め、いくつかの国際法分野における国際裁判所（例えば、「旧ユーゴ国際刑事裁判所」、「ヨーロッパ人権裁判所」及び「米州人権裁判所」等）において、国際人道法や国際人権法との関連で、「国際公序」、「人類共通の利益」及び「人類共通の関心事」といった、「対世的」な規範の存在が議論されているのである。この点で、

14 Shelton, D., op. cit., pp. 96-99.

先述のように、国際法委員会は、「対世的義務」は、規範的優越性(hierarchy)を含まず、そのすべてが、強行規範概念と一致するものではないとしているのである。

そこで、最初に述べたように、強行規範概念が、1969年の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、「実定法的機能」を期待されて、定式化された経緯がある。しかしながら、およそ半世紀が経過した現在、その本来の機能とは別に、国際社会における基本的秩序としての理論的根拠として、すなわち、「規範的機能」が重視されるようになったと言えるのではないだろうか。また、国際裁判所の判決において、言及されるようになった「対世的義務」の理念と、同様に「対世的」性質を有する強行規範概念との「規範的機能」での関連を考える必要が生じてきたと言えるのではないだろうか。そこで、次章においては、国際社会秩序の根本規範としての、強行規範概念及び「対世的義務」理念の、機能的側面からの考察を試みたいと思う。

Ⅲ. 強行規範概念と「対世的義務」理念との機能比較

(1) 強行規範概念の本質

先述したように、現代条約法の分野に、強行規範概念を導入しようと試みた Verdross, A. は、この概念を、二種類に区別したとされる。すなわち、「強行的 (compulsory)」法規則と、「反道徳的 (contra bonos mores)」行為禁止規則とである。その上で、国家は、それらの諸規則に違反するような条約を締結すべきでない¹⁵と主張したのである。この主張の背景には、20世紀における、2度の世界大戦の影響と、それに伴う国際法の「構造的変動」があると考えられる。すなわち、これらの戦争によって、人類にもたらされた惨害が、特に、国際的人権保障制度、さらには「国際人権法」の成立・発展を加速することになる。こうした構造的変動が、国際法秩序

15 Verdross, A., op. cit., pp. 571-577.

における「私的自治の原則」、すなわち「国家行為の自由」及び「契約（条約）自由の原則」とも呼ぶべき、伝統的な国際法体系の質的变化がもたらされたと思われる。そこで彼は、国内法（契約法）における、「公序良俗に反する契約の無効」の法理を、国際法（条約法）の分野に導入を主張したのである。すなわち、国家が、「反道徳的な」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。この主張は、国際社会の変動と国際法意識の変化とも相俟って、多くの「支持者」（当時の「東側諸国」や「発展途上国」等）を獲得するのであった。その背景として、前者については「西側諸国」との対立、また、後者については、「旧植民地諸国」の独立や「先進国」との対立等が存在したと考えられる。さらに、強行規範に反する条約の無効・終了に関する、条約法条約の条文草案を審議・採択した、当時の国際法委員会（ILC）の委員の中に、彼自身が含まれていたことも、強行規範概念の導入に、大きな影響を与えたとされている¹⁶。

国際法委員会における条約法条約草案の審議過程において、3番目の特別報告者（special rapporteur）であった Fitzmaurice, G. は、1958年の報告書中の条文草案第17条で、「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若しくは禁止から逸脱し、又はそれらと抵触する場合にはのみ、無効の原因が生じうる」と規定した。そして、その条文に関するコメントにおいて、その具体例として、(a) 捕虜の非人道的扱い、(b) 侵略的攻撃及び (c) 海賊行為を規定するような条約を列挙しているのがある¹⁷。さらに、4番目の特別報告者であった Waldock, H. は、1963年の報告書中の条文草案第13条で、(a) 国連憲章の諸原則に違反する武力の使用又は威嚇、(b) 国際犯罪として国際法によって特徴付けられる、作為

16 小川芳彦、「条約法の理論」、東信堂、1989年、p.186。この点で、著者は、強行規範の導入に対する多くの支持者たちが、頭に描いていた強行規範概念は、様々な観念や動機が混在しており、所謂「同床異夢」の状態であったとされている。

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

又は不作為、及び、(c) あらゆる国家が、その防止又は処罰につき協力することを、国際法に要求される作為又は不作為、を内容とする条約の無効を規定した¹⁸。国際法委員会は、このような報告書をもとに審議し、1966年に最終草案を採択し、その第50条で、「条約は、一般国際法の強行規範で、それらからのいかなる逸脱も許容されず、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」と規定したのである¹⁹。そして、この条文案に付されたコメントリーにおいて、強行規範概念の具体的内容については、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、その概念の例示については、(1) 例示をすることによって誤解を生ずるおそれがあること、(2) 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こと、という理由から、例示することを避けたとするのである²⁰。

ここまで考察してきたように、強行規範概念の「実定法的機能」に関する定式化において、国際法委員会は、本来必要とされるべき、その本質的内容を明確化・具体化せず、後の国家実行及び国際裁判所の判断に委ねてしまったのである。そうした対応が、後に、強行規範概念に関して、様々な主張がなされる一因となったのであろう。前述のように、強行規範に反するものであると主張されてきたものとして、「ジェノサイド」、「人種差別」、「人道に対する罪」、「武力による侵略」、「国際犯罪」等が言及されてきた。さらに、ある論者は、これらに加えて、「政治的テロ」、「ハイジャック」、「細菌兵器や核兵器を含む、集団破壊手段」、「人類に有害となる環境破壊」、「宇宙空間及び天体の占有」、「世界の銀行体系、通貨制度、エネルギーや食物の供給を覆すための経済戦争 (economic warfare)」、そして、「平

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

19 Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. I, para. II, pp. 309-310.

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

和を乱すための国際通信の寸断」等を列挙しているのである²¹。これらは、1977年に指摘されたものであるが、2022年の現代国際社会における重要な問題点として、クローズアップされているものが多く含まれている。まさに、インターネットの急速な発展によりもたらされる様々な問題や、頻発する国際紛争における諸問題が想起されるであろう。

以上の検討から、強行規範概念の本質については、国際法委員会が危惧したように、「例示的」に主張される懸念が常に付きまとうことは、条約法条約が採択されて以来の約半世紀の状況をみれば明白であろう。従って、条約法条約第53条に定式化された強行規範概念を、「実定法的機能」から考えてみた場合、その「濫用」の危険性は大きいと言わざるを得ないであろう。前述のように、強行規範概念は、「条約法」の分野に導入されてから、「国際人権法」、「国際人道法」、「国家責任法」、さらには「国際環境法」の分野にまで浸透しつつあることも、この概念が有する「機能的本質」かもしれない。それ故に、条約法条約が採択された、1969年の「国連条約法会議（United Nations Conference on the Law of Treaties）」において、新たに紛争解決条項として導入された、条約法条約第66条（a）に規定されている、国際司法裁判所の役割が、これから将来、特に重要になってくるであろう。

(2) 「対世的義務」理念との関連

これまでに検討してきたように、強行規範概念と「対世的義務」の理念は、国際法学において、その背景が異なるものであった。まず前者は、条約法の分野における、条約の無効・終了原因の一つとして、定式化されたものである。その条文草案を作成した、国際法委員会の審議過程で定式化され、その仮草案に基づく、1969年採択の条約法条約において、実定法化された。その意味では、具体的な国家実行に基づくものではなく、その

21 Whiteman, M.M., *Jus Cogens in International Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol.7 (1977), pp.625-626.

背景の出発点は、学說的・理念的なものであるともいえる。これに対して、「対世的義務」の理念は、前述のように、国際司法裁判所が、1970年の「バルセロナ・トラクション事件」判決の傍論において言及したとされる。その中で裁判所は、国際法上の義務を、国家間の「相互的義務」と国際社会全体に対する「対世的義務（obligations erga omnes）」とに区別した。そして後者の義務違反について、他のすべての国家が、その保護に対して法的利益を有し、そのような義務が、普遍的（erga omnes）性質を有するとした。さらに、それらの義務の実例として、「侵略の禁止」、「ジェノサイドの禁止」そして「奴隷売買及び人種差別からの保護を含む、基本的人権に関する原則及び規則」を挙げたのである²²。そして、これらの実例は、前述の、国際法委員会が、条約法条約の法典化草案に付したコメントリーの中で言及したものと同様である。ある論者も考察しているように、ここで指摘できるのは、強行規範概念と「対世的義務」の理念の本質的共通性であろう。両者は、「基本的道德価値（basic moral values）」の遵守を意味しており、国際社会における強い支持を受けることを必要としているということである。国際社会におけるすべての国家が、その保護に法的利益を有するとされる、普遍的（対世的な）義務の理念との関連で、「民衆訴訟（actio popularis）」についての議論も必要とされる。そして、条約法条約第66条（a）の実効性と高めるために、そのような義務に違反する条約の当事国以外の第三国にも、裁判所に対する申立権を付与するような、一種の「民衆訴訟」の必要性を考える必要があるとされているのである²³。

「対世的義務」の理念は、強行規範概念とは異なり、法典化条約における条文としての定式化はなされていない。それ故、「対世的」性質を有する、国際法上の諸規則を確認するための、一般的に承認された「基準（criteria）」

22 ICJ Reports, 1970, p.32, and pp.33-34.

23 小川芳彦、前掲書、p.202。ここで論者は、条約法条約第66条（a）の解釈論としては無理であるかもしれないが、立法論としては必要な制度であると述べられている。

を見いだすことは困難であるとされる。しかしながら、国際司法裁判所は、このような規範について、「国際社会全体に対する義務 (obligations towards the international community of States as a whole)」として、言及しているとされる。前述の、1970年の「バルセロナ・トラクション事件」判決以外にも、1971年の「ナミビア事件」に関する勧告的意見において²⁴、また、1995年の「東ティモール事件」判決において²⁵、民族自決権にも言及しているとされる。さらに、核兵器に関する勧告的意見において、国際人道法の多くの規則は、人類の尊厳及び「人道の基本的原則 (elementary consideration of humanity)」であり、これらの諸規則は、本質的に、対世的性質を有する義務と一体化するものであると述べたのである²⁶。ある論者は、このように、国際司法裁判所は、伝統的に強行規範 (jus cogens) という文言の使用を避けてきたのであるが、そのことが、強行規範の概念と「対世的義務」の理念との同一性についての様々な仮説を生じさせる一因となってしまったとされているのである²⁷。また、第二次世界大戦後の国際法学において、「国際公序 (international public order)」の存在や、それが条約による法よりも高い次元 (a higher rank than treaty law) におかれるという議論はなされてきた。しかしながら、その議論から、「根本的規則 (fundamental rules)」の明確なカテゴリー化がなされてこなかったとされる。そして、国際法委員会は、2001年に採択された「国家責任条文」において、厳密かつ先進の (close and developed) の新根本規範概念 (new concepts of international norms) の実現に至ったと

24 ICJ Reports, 1971, p. 15.

25 ICJ Reports, 1995, p. 102. 但し、裁判所は、「ある規範の対世的性質 (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」と述べているとされる。

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

27 Kadelbach, S., Jus Cogens, Obligations Erga omnes and other Rules-The Identification of Fundamental Norms, pp. 35-36. in Tomuschat, C. and Thouvenin, J.M. (eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order-Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, 2006, Nijhoff Publications.

されているのである²⁸。さらに、1998年に採択された「国際刑事裁判所に関するローマ規程」第6条から第8条において、その第5条に規定された「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」について、詳細な定義的例示がなされている。こうした犯罪を許容・促進・支持するような条約は、まず、条約法条約第53条により、強行規範に違反するものとして、無効とされる。また、それらが、個々の国家に帰する (imputable) のであれば、対世的 (erga omnes) 規範に対する違反ともなる。しかしながら、これは、「逆も又真 (true vice versa)」とはならないとも指摘されているのである²⁹。

またある論者は、両者の関係について、以下のような見解を示している。すなわち、①ある義務が対世的であり、すべての国家に関係する場合、2またはそれ以上の国家は、それらの間で条約を締結することにより、合法的にそれから逸脱することはできず、その条約は無効であり、こうした場合は、強行規範概念と対世的義務の理念は重なり合い、同一の規範に言及されることになるとする。②対世的義務に抵触する条約の場合は、必ずしも「無効 (invalid)」ではなく、「違法 (unlawful)」であるにすぎないとするのである。この見解の下では、対世的義務のカテゴリーは、強行規範のそれより広いということになり、それに抵触する条約の無効を伴わない対世的義務が存在することになる。そして、強行規範の規則と、対世的義務が一致する範囲では、強行規範概念による問題解決で十分であり、対世的義務の理念に訴える必要は内とされる。また、強行規範のカテゴリーに属さない対世的義務の原則が存在する場合には、その義務に抵触する条約は、その当事国間においては有効であることになる。これらの見解から、対世的義務の理念が、紛争解決の過程において、新しい要素を加えることはない結論づけているのである³⁰。いずれにしても、強行規範の概念と

28 *ibid.* pp.21-23.

29 *ibid.*, pp.39-40. この指摘は、すべての強行規範や対世的義務に対する違反が、国際犯罪を構成するものではないということであろう。

30 Seyed Ali Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between*

「対世的義務」の理念は、「国際社会全体による承認」という前提の下で、相互的に補完しうる機能を有することには異論がないであろう。

IV. 結 語

本稿においては、国際法における強行規範の概念について、その「実定法的側面」と「規範的側面」からの分析を、いくつかの著作の紹介を中心としながら進めてきた。まず「実定法的側面」の観点からは、条約法条約第 53 条における、その概念規定が重要である。すなわち、条約の「絶対的無効原因」の一つとして、強い役割が負わされることとなったのである。しかしながら、条約法条約が採択されてから、約半世紀に及ぶ時間が経過した現在まで、直接的に、条約の無効原因としての機能を果たした事例は、存在しないのである。条約法条約第 66 条 (a) に規定されているように、第 53 条の曖昧な定式化を補完する役割を期待されている国際司法裁判所の判決でも、本条約の法典化のための条文草案を採択した国際法委員会での、強行規範概念の議論の域を大きく超えるものは未だ存在しないのである。

そこで、次に、強行規範概念の「規範的側面」からの考察を試みた。その「規範的側面」に関して、「対世的義務」の理念との関連での検討を行った。これまでみてきたように、第二次世界大戦以降の、現代国際社会において、それを妥当基盤とする現代国際法の基本理念として、「国際社会全体 (the international community as a whole)」、あるいは「すべての国家の関心事項 (the concern of all States)」に関わる主題が意識されるようになってきた。そこから、ある論者は、伝統的国際法とは異なり、国際法諸規則における「階層性 (hierarchy)」という視点から、「上位法 (higher law)」の性質を有する「対世的義務」理念が主張されるようになったとされる。その理念は、その内容及び性質において、強行規範概念のそれと

Treaties, Martinus Nijhoff Publications, 2003, pp.55-56. この点で、論者は、強行規範概念が、条約法を主たる分野としているのに対し、対世的義務の理念は、国家責任法を主たる分野としていると指摘される。

同一視されることになったとされるのである³¹。

いずれにしても、強行規範概念は、国際社会の構造的な変動に伴う法的価値観の変動により、国際法における、ある種の「根本規範」として機能するようになってきたと言えるのではないだろうか。それは、まさに「対世的義務」という理念を背景として、単なる条約の無効・終了原因の一つという「実定法的機能」を超えてきたといえるだろう。この点で、ある論者は、紛争解決手続において、国際司法裁判所による、強行規範概念の具体化を規定した、条約法条約第66条(a)との関連で以下のように指摘する。すなわち、本条により規定された「特別な手続 (specific procedure)」による訴えがなされたことは、これまで一度も無い。従って、強行規範というものは、「ネス湖の怪物 (monster of Loch Ness)」と同じであり、時々遠くから観察されたと主張されるけれども、決して本当に出現することのない存在なのであろうかと述べているのである³²。この論者が指摘するように、強行規範概念は、条約法分野に止まらず、国際人権法、国際人道法、国家責任法、国際環境法、さらには宇宙法やインターネットに関わる国際情報通信に関わる国際法規則に至るまで、様々な国際法分野において言及されるようになってきた。その点で、それらの国際法諸規則の「実定法的側面」(例えば、条約法条約第53条・64条そして第66条(a))における機能のみならず、様々な分野の国際法諸規則における、背景的あるいは根本規範としての「規範的側面」における機能が、強行規範概念に求められるようになってきているのではないだろうか。これからの、さらなる概念的発展のみならず、その機能的展開を注視しつつ、筆を擱くこととしたい。

31 *ibid.*, p.54. 要するに、強行規範の概念は、国際法の諸規則を、逸脱することのできない「上位」規則と、逸脱可能な「下位」規則の二つのカテゴリーに分類することになるというのである。

32 Tomuschat, C., *Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes-Concluding Observations*, p.431. in Tomuschat, C. and Thouvenin (Eds.), *op.cit.*, pp.425-436. この点で、論者は、現代の国際法は、高度に道徳化 (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) に抵触するような内容の条約は、もはや公式の方法 (formal way) においては締結されないであろうとしている。