

現代国際法における法源論の動揺

——国際立法論の前提的考察として——

村瀬 信也

一 問題の提起

二 国際法における法源の相対化傾向

1 慣習国際法の機能変化

2 慣習法と条約の相対化

三 「ソフト・ロー」概念とその問題点

——「法」と「非法」の相対化——

1 「ソフト・ロー」概念の多義性

2 「ソフト・ロー」概念の積極的側面

3 「ソフト・ロー」概念の問題点

四 結びに代えて——法源論の動態

——国際立法論への展望——

一 問題の提起

過去一〇——一五年における世界の国際法学界の動向をみると、国際法の法源論を再検討すべきだとする気運が極めて大きな高まりを見せてきていることが注目される。⁽¹⁾こうした状況の背景には、少なくとも二つの契機があった

と思われる。一つは、一九六九年の北海大陸棚事件に関する国際司法裁判所（以下ICJ）判決や同年の条約法ウィーン会議等において、「条約と慣習法の関係」が注目を集めたこと、もう一つは、一九七四年の第二九回国連総会三二八一号決議、いわゆる「国家の経済的権利義務憲章」（以下、経済憲章）の採択や翌七五年に採択された「ヘルシンキ最終議定書」を契機として、いわゆる「ソフト・ロー」の概念が提唱されるようになってきたことである。そうした状況を反映して、国際法学会（Institut de droit international）⁽²⁾や国際法協会（International Law Association）⁽³⁾でも、法源論に関する問題が様々な角度から研究の対象となっているのである。

他方、こうした動きと並行して、国連総会第六（法律）委員会では一九七七年以降、「多数国間条約形成過程の再検討」（Review of multilateral treaty-making process）に関する審議が重ねられてきたが、一九八四年の第三九回総会で、この問題に関する「最終文書」（Final Document）⁽⁴⁾が採択されて審議を終結した。この議題は、そもそも、国連における立法作業の現状が余りに多様・不統一であるため可能なかぎりこれを体系的に整理し、その合理化をはかろうとするものであった。⁽⁵⁾事務局による多角的な調査・研究を踏まえて第六委員会がまとめた右の「最終文書」では、まず、多数国間条約の形成が何よりも複層的過程（multistage process）であることを認識し、発議（initiation）、条文草案の定式化（formulation）、採択（adoption）および発効（entry into force）の各段階において、国際立法に従事する人々が留意すべき諸点を明記している。この文書は、簡潔ながらもこれまでの国際立法における経験の蓄積を文章化したものであり、今後はこれが色々な形で参照されることになる。⁽⁷⁾と同時に、このことは国際立法という、多少とも組織化された国際法定立の方式について、その基盤が、徐々に整備されてきており、これを学問的对象として扱うに足るだけの内容をもつに至ってきている、⁽⁸⁾ということが示されているといえよう。

このように、一方で国際法の伝統的な法源論が動揺を示し、他方、国際立法という意識的な法の定立が注目をあびるようになってきたことには、内面的に深い結びつきがあるのではないだろうか。周知のように一九世紀後半以

降、国際法の法源（法の存在形式）は、条約と慣習法とが車の両輪の如く位置づけられ、概ねそれは静態的な軌道における主権的合意理論の自己展開として、説明されてきたのであった。そして、それはそれなりに、これまでの国際社会の構造にみあった法の存在形式だったのであり、今日においても国際社会における合意形成の方式に基本的な変化はない。しかし最近の状況をみると、従来それぞれ独立に完結性を有していた条約と慣習国際法が相互に浸透しはじめてきており、両者の区別が相対化してきたことを示しているが、われわれはこうした法源の動揺をどのように理解したらよいであろうか。他方、「法」と「非法」の区別を相対化する形で提起される「ソフト・ロー」は、——その概念の是非は別として——何よりも、既存の法源に間隙ないし真空状態が存在することを示唆してはいないだろうか。そしてもしそうだとするならば、この間隙を埋めるものとして、意識的な国際立法が、実際的にも、理論的にも強く要請されているとはいえないだろうか。換言すれば、従来の静態的・自己完結的な法源論にかわって、より動態的な国際法形成論が、単に事実的プロセスにおいてのみならず、論理的な展開としても、要請されているのではないだろうか。⁽⁹⁾

本稿では、以上のような問題意識のもとに、現代国際法における法源論の動揺の過程を探り、これを国際立法論考察の準備作業としたいと思う。もとより、ここで法源論の全面展開を行う余裕はないので、さしあたり、慣習国際法の機能変化の問題、および、台頭しつつある「ソフト・ロー」概念の問題点を指摘し、それを踏まえて従来の法源論から動態的な国際法形成論への媒介を、論証したいと考える。

* 本稿では次の略記法を用いる。

AJIL : The American Journal of International Law

BYBIL : The British Year Book of International Law

I.C.J. Reports : International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders

ILM : International Legal Materials

- (1) 過去一五年程の間に、夥しい数の法源論に関連する論稿が出版されてきているにもかかわらず、各国の学界における広汎な関心の高まりが示される。むしろあたり、G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (1983), Bibliography 参照。
- (2) 国際法学会では一九七八年以来、「法的性格を有する国際文書と法的性格を有しない国際文書との区別」(La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes qui en sont dépourvus) について検討が行われ、一九八三年のケンブリッジ大会には報告者ヴァリリ (M. Virally) 教授による包括的レポートがまとめられた (Annuaire de l'Institut de droit international, tom. 60-I, II, 1983, 84)。
- (3) 国際法協会 (International Law Association) では一九八四年のパリ大会で「国際法規則の形成 (Formation of the Rules of International Law) に関する非公式部会が持たれたが、そこでは、法源、法と非法、強行規範、条約と慣習法の関係、ソフト・ローおよび法源研究の方法論上の問題について極めて有益な討議が行われた。ILAでは今後、このテーマに関する委員会を設置して研究を継続することとなった。この部会での発言で注目されたのは、法源論を論ずる際の方法ないし視点の確定が何よりも重要であるという指摘であった。まず、イギリスのモリス・メンデルソン (Morris Mendelson) 博士は、三つの視点が区別されなければならないと述べた。すなわち、(1) 法過程に関連する諸要素を「客観的な観察者」(detached observer) の立場から見ようとする場合、(2) 法の存在を司法過程における公平な「第三者たる判定者」(third party decision-maker) として捉えようとする場合、(3) 「規範の名宛人」(addressees of the norm) 具体的には各国政府の政策担当者などの視点における法源の問題である。またオランダのボス (M. Bos) 教授も、方法的立場の明確化こそ、法源論を論ずる場合の前提条件であり、とりわけ、法の消費者 (consumer)、すなわち法の適用を受ける立場からの法源を論じているのか、それとも法の生産者 (producer)、すなわち定立者の立場からそれを論じているのかを明確に区別しなければならないと強調した。(村瀬信也「国際法協会第六一回パリ大会報告・国際法規則の形成」『国際法外交雑誌』第八三巻六号(一九八四)一一三一一四頁参照)。
- (4) GA res. 39/90 (Dec. 13, 1984) の決議および「最終文書」(A/C. 6/39/8) の内容は、概して技術的な性格のものである。当初はコンセンサスでの採択が期待されたが、ソ連は最終文書の「発議」に関して付された条件(注(7)参照)が「国際法の漸進的発達のイニシアティブを阻害するおそれがある」と留保を表明し、投票を要求したため、本決議は賛成一二五、反対なし、棄権一二で採択された (See A/C. 6/39 SR. 59. 60. 64)。
- (5) この議題は一九七七年、当時オーストラリア政府の法律顧問であった E. ラウターパクト (Elihu Lauterpacht) 教授のイニシアティブで上程され、第六委員会での審議、各国政府・国際機関等からのコメントを受けたのち、第六委員会に作業部会が設置され(議長、ソンポン・スチャリクル Songpong Sucharitkul 大使、タイ代表・国際法委員会委員)、「最終文書」がまとめられた。
- (6) A/39/312 など。この議題の下に収集された各種文書は、近い将来、"Review of multilateral treaty-making process" United

Nations Legislative Series (ST/LEG/SER. B/21) としまとめられて、公刊されることになっている。

(7) この「最終文書」では、概要、次のような諸点が記述されている（直訳ではない）。

I 発議

- 1 国連の枠内で多数国間条約形成手続を発議する国家は、とりわけ、以下の考慮を払うものとする。
 - (a) 提案される条約の主題が、既存条約と国家実行に照らし、すでにどの程度国際法によって規律されているか、
 - (b) その主題が、国際社会全体にとって、とくに国際的規律の必要性 (need) という点からみて、どの程度の利益があるか、
 - (c) 意図された目標を達成する最善の手段として、多数国間条約という形をとることが実際の有用か、
 - (d) 他の機関ないしフォーラムで、関連する条約形成活動が進行ないし提案されていないか。
- 2 発議に際しては、その主題について多数国間条約を締結することの提案理由の説明文書 (explanatory note) を付すことが望ましい。
- 3 提案がなされたとき、総会または他の権限ある機関において、質問表の発送や関連する法的・技術的資料の集収、国家実行に基く研究等によって、その提案の評価に資するための準備を行うことが考慮される。フォーラムの選択については、財政的問題も含めて、慎重に検討されることが望まれる。

II 条約草案の準備と定式化

- 4 多数国間条約形成の提案国または他の国家は、交渉の基礎となる条約草案を提出することを考慮する。そのような条約草案がない場合には、国際法委員会のような専門家グループにこれを委託することが考慮される。
- 5 国家および必要に応じ国際機構に対し、提案された条約についての見解やコメントを提出するよう求めることが考慮される。
- 6 多数国間条約の定式化は、権限ある国連の機関によって、または、スポンサー国間の合意によって設置された交渉機関・フォーラムで行われ、そこには全ての関係国、国際機構その他の招聘された参加者が参加するものとする。
- 7 定式化にあたっては、条文の正確さと統一性および公用語間の一致を確保するよう配慮されなければならない。
- 8 右の目的を達するため、交渉機関において起草委員会を設置する慣行が重視されなければならない。
- III 定式化手続の終結と多数国間条約の採択
- 9 交渉機関は条文章案について実質的合意が達成されるようあらゆる努力を払い、その条約の採択過程に可能なかぎり広汎な参加が獲得できるように努めなければならない。

10 国連総会または他の権限ある機関は、その多数国間条約草案が採択に必要な成熟性を確保していると認めるときは、これを条約として採択するか、採択のための外交会議を開催する。

11 その場合、その条約への予想される参加者、特定分野における専門的知識の実際的必要性、さらに採択手続に必要とされる作業の性質

と分量、タイミングおよび予想される経費等の要素を考慮する。

12 多数国間条約採択のための会議は、それ自身の手続規則を適用する（この関連で、現在第六委員会で審議中の国連会議のための標準手続規則案 *Standard Rules of Procedure for United Nations Conferences*, A/38/298 参照）。

IV 国家内における多数国間条約形成過程の促進

13 国家は、それぞれの憲法手続に従って、秩序ある多数国間条約形成過程促進のための方法を考察することが望ましい。

以上が、「最終文書」の主要な内容である。この他に、V条約起草の訓練と技術的協力、VI条約起草会議の議事録の作成・公刊、VII登録と寄託、Ⅷ条約作成活動の調整、IX多数国間条約形成過程に関するハンドブックの作成、等が述べられている（A/C. 6/39/8）。この「最終文書」において最も重要なポイントは、発議（Initiation）および定式化（Formulation）に関する部分であろう。国際法委員会の最近の活動をみて、多数国間条約の形で法典化を行うだけの実際の必要性ないし有用性に乏しいと思われるようなテーマ（例えば「平和および人道に対する犯罪に関する法典」）がみられるが、第六委員会においても、政治宣伝のために上程されたような議案（例えば「武力行使禁止のための条約作成」）等、発議の段階で慎重に検討すべきだと思われるような例が少なくない。（Cf. R. R. Baxter, "The Effects of Ill-conceived Codification and Development of International Law" *Mélanges Guggenheim*, 1968, pp. 146 f.）また、交渉の基礎となるべき第一次草案の必要性や、フォーラムの選択の問題等、第三次海洋法会議の反省に基くものも少なからず、この「最終文書」には含まれている。

(8) Edward McWhinney, *United Nations Law Making: Cultural and Ideological Relativism and International Law-Making for an Era of Transition*. 1984. 小和田恒「国連における国際立法の動向——その機能と限界」『国際問題』一五二号（一九七二年）二一—一五頁。村瀬信也「国際立法学の存在証明」『現代国際社会の法と政治』（深津栄一先生還暦記念、一九八五年）七三—九七頁。

(9) 「法源」(*fontes juris, sources of law*) という語は極めて多義的である。周知のように、「法源」の語には二つの系譜がある、——いわゆる実体的意味の法源と形式的意味のそれである。前者は主として、法を発生させる行為（法定立行為、立法者）に着目した能動的な観念である。これに対して後者は、いわばその結果として存在する法の態様、すなわち静態的な観点における法の存在形式をいう。現在では、「法源」の語は、この後者の意味で用いられることが多い。本稿でも原則としてこれになり、形式的な意味でこれを用いている。しかし、ここで注目すべきは、「法源」概念の歴史的規定性である。すなわち、元来この語は法を発生させる（人間の）行為「端的に言えば立法行為を指すものとして用いられ（たとえば John Austin, *Jurisprudence*, § 28）」すぐれて能動的な概念であった。これが静態的な「法の存在形式」を意味するものとして使用されるようになるのは、実証主義が、方法としての「法実証主義」から、対象としての「実定法主義」に転化する時期に対応しているものと思われる。一九世紀末から二〇世紀にかけて、実定法現象の飛躍的な増大に伴い、国際法規範がいかに形成されるかという能動的側面は法源論から次第に捨象され、国際法規範がいかなる形で存在するかという分類学的側面に主たる関心が移行する

のである。条約形成の要式行為が統一され、慣習法の成立要件についても一応の基準が確立したこの時期において、形式的法源論にはそれなりの存在理由があったといえよう。しかし今日、国際関係における「法」と「非法」の関係が相対化し、「法」の枠内においても条約法と慣習法との関係が相対化して、国際法総体としての存在態様が激しく動揺しているこの時期においては、静態的・形式的法源論は「桎梏」につきあたっていると考えられるのであり、そのことにより、法源論に内在している能動的契機（立法的側面）の顕在化を不可避なものとしていくように思われるのである。（Gerald Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", *Symbolae Verzijl* (1958), pp. 153 f.; Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (1965); Marten Bos, "The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of 'Sources'", *The German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), pp. 9-76)。

(10) たとえば本稿では、法の一般原則や強行規範の問題については、いずれも重要なテーマではあるが、扱う余裕が無かった。それらについては、別の機会に論じたいと考える。

二 国際法における法源の相対化傾向

伝統的国際法の下では、慣習法と条約はそれぞれ相互に独立した法源として存在し、かりに両者の抵触によって相互の効力関係が問題となる場合にも、概ねそれは一般法（慣習法）と特別法（条約）の関係における特別法優位の原則によって解決さるべきものと考えられたのである。しかるに現代の国際社会においては、慣習法の機能が従来とはかなり顕著な変化を示している。またそれに伴って、慣習法と条約法との関係も次第に変容してきているように思われるのである。そうした変化が、国際法総体に対してどのようなイムパクトを与えているかを明らかにすることが、本稿の目的である。

1 慣習国際法の機能変化

慣習国際法が国際法の自立的な法源としてクリエイティブな意味を持つようになり、国際社会における「一般法」としての機能を担うようになるのは、一八世紀後半における、あの実証主義の黎明期以降のことである。たしか

に、グロチユースにおいても、「正しき理性の命令」としての自然法とともに、「すべての、または多数の国民の意思にもとづいて拘束力を有する」意思法としての国際法（万民法）の妥当を認めており、それは「時と慣行との所産」であるとともに、諸民族間の、「不断の慣行」(usus continuus, unbroken custom)によって、その存在が証明されるものとしていた⁽¹¹⁾。しかし、この時代にあつてはあくまでも自然法が普遍人類社会を規律すべき上位法として、この国際法に妥当根拠を与えるものと観念されていたのであり、慣習法が自立的法源として独立の地位を得ていたわけではもとよりなかった。慣習法のこのような従属的地位は、これをかなり積極的に位置づけていたヴォルフと、彼の理論を引き継いだヴァッテルにおいても、基本的には変りない。すなわちヴァッテルは国際法を自然法（必要的国際法 *droit des gens nécessaires*）と国家間の合意に基づく法に区分し、これを意思国際法 (*droit des gens volontaire*) 協定国際法 (*droit des gens conventionnel*) および慣習国際法 (*droit des gens coutumier*) の三つの形態に分類したのであるが、慣習法の妥当性が自然法に依拠するものであることには変りなく、また慣習法概念の内容についても、彼は「相互間でそれを遵守する諸国民の黙示の同意、またはいわば黙示の協定に基いている。したがって、明らかにこの法はこれを受諾した国家のみを義務づけ、協定法と同様に普遍的ではない」と述べている⁽¹²⁾。ように、国際法の単なる一部門にすぎず、一般法としての性格をもつその後の時代の慣習国際法とは明らかに異質なものであった。

慣習国際法が自立的法源として、一躍重要性をもつに至るのは、自然法思想が衰退し、代わって実証主義が隆盛を迎える一八世紀末から一九世紀においてである⁽¹³⁾。異質な体制をとる諸国家の並存関係として成り立っている国際社会においては、何よりもその多元的な構造のゆえに、この社会をグローバルに規律する一般法の存在と機能が強く要請されるのである。そのため、それまで自然法が担ってきた一般法としての機能を、実証主義の下では、慣習法が代替することになったのである。慣習国際法が一般国際法概念と重ね合わされて捉えられることになったの

は、そうした事情に基くものといえよう。慣習国際法におけるこうした一般性の観念には、規範内容の普遍性とその効力・適用範囲の一般性（全国家を拘束する *erga omnes* な効力）という二つの側面があるが、いずれにせよこのような形で慣習国際法が国際法の最も重要な法源として確固たる地位を確立し、それに伴って、その成立要件等についても詳細な検討が行われるようになってきたのである。

そうした背景の下で展開された慣習法理論の焦点は、何よりもその構成要素の確立にあった。すなわち、伝統的な立場においては、慣習法規則は、客観的・事実的要素（*consuetudo* 「継続的・統一的慣行」）と主観的・心理的要素（*opinio juris* 「法的確信」ないし法意識）との複合として捉えられてきたのである。ICJは「庇護事件」において次のように判示したが、これは右の二要素を端的に表現した判決として余りにも有名である。

「この種の慣習を援用する当事者は、この慣習が他の当事者を拘束するよう確立されていることを立証しなければならぬ。コロンビア政府は、その援用する規則が、当該諸国により実行されてきた継続的かつ統一的慣行（*usage constant et uniforme*）に合致しており、しかも、この慣行が庇護国に属する権利および領域国に關する義務を表現していることを立証しなければならない。このことは『法として認められた一般慣行の証拠としての』国際慣習に言及する、裁判所規程第三八条から出てくるところである。⁽¹⁴⁾」

右の、伝統的理論における慣行および法的確信の要件を、もう少し詳しくみておこう。先ず第一に、慣行については、時間的要素（永続的反复）と空間的要素（慣行の一般性・統一性）が指摘される。前者の時間的要素については、常設国際司法裁判所（以下PCIJ）における「ダニューヴ河ヨーロッパ委員会」事件でネグレスコ判事（*Judge Negulesco*）が述べた「記憶を超えた昔からの慣行」⁽¹⁵⁾（*immemorial usage*）の要件が支配的な考え方であった。

「インド通行権」事件でも、ICJは、一二五年という期間の経過をもって慣習法上の権利の確立を認定したのである。⁽¹⁶⁾このように、少なくとも古典的には、慣習法の形成においては、非常に長い期間にわたって同一事実が反復

されているということが慣習法形成にとって必要だと考えられていたのである。⁽¹⁷⁾ また後者の、慣行がどの程度広汎に行われていることが必要かという点についても、伝統的には、全ての国家による当該慣行への参加は要求しないまでも、大多数の国の参加が必要であると捉えられていたことは疑いない。⁽¹⁸⁾ また第二に、法的確信の必要については、その存在が慣習「法」と「事実たる」慣習との区別のメルクマールとして、不可欠な要素と考えられてきたことは言うまでもない。たとえば「ローチュス号」事件において、PCIJは「国際慣習について語ることができるのは、このように「刑事管轄権の行使を」差し控えてきたことが、差し控えるべきだという義務意識 (Le *conscience d'un devoir*) によって動機づけられていた場合だけである」⁽¹⁹⁾と述べている。

以上みてきたように、伝統的な慣習法の機能は、一面、すぐれて「一般法」としての位置において捉えられたのであり、その構成要素についても、主観・客観の両側面から、かなり厳格な基準において、定式化されていたのである。しかしこのような慣習法理論には極めて周到なバランス感覚が働いていたことも事実である。それは、一方で、国際社会全体の利益の実現をはかるという観点から、慣習法規則が全ての国家の合意を得なくても（まさに「黙示の合意」として）生じしうることを容認しつつ、他方で、個別国家の主権的利益の観点から、慣習法規則をそのようなものとして認めない国家にはその拘束から免れうる可能性を實際上容認するという、極めてデリケートなバランスの上に (on a delicate, indeed precarious, equilibrium) 定式化されていたのである。⁽²⁰⁾ そしてこの均衡こそ、慣習法規則の「一般性」と「規範性」を保障していたものと考えられることができるのである。しかるに、このように定式化されてきていた伝統的な慣習法が、今世紀後半以降徐々に変容してきていることを、われわれは注目しなければならない。これこそまさに、慣習国際法の機能変化として、ここで提示する諸側面なのである。

まず第一に、右の時間的要素における変化である。国際関係の緊密化と迅速化は、慣習法形成の時間的要素を大幅に短縮したのである。「北海大陸棚事件」において、この紛争の発生が大陸棚条約発効後わずか一年足らずであ

ったにもかかわらず、ICJは「ほんのわずかな時間の経過も、……新しい慣習法の規則が形成されることを妨げるものではない」⁽²¹⁾と述べている。こうした考え方は、すでにビン・チェン（Bin Cheng）教授等による、即時的慣習法（instant customary law）理論の主張するところであったことは周知の通りである。⁽²²⁾この見解は實際上、国連総会決議をもって新たな法的確信を識別する手段として使うことを目ざしたもので、時間的要素、さらには慣行そのものを慣習法の構成要素から取り除くことによって「慣習法」の新たな生成やその変更を容易にしようとする意図があるといえるが、⁽²³⁾これは後述するように規範性の稀薄な「ソフト・ロー」に連なる考え方である。

他方、第二に、右の即時慣習法理論が「慣行」の排除であるとすれば、これとは逆に、今日では、慣習法の構成要素から「法的確信」を揚棄しようとする立場がみられるのである。「ノルウェー漁業事件」においてリード判事（Judge Read）は、「慣習国際法は、沿岸国が領海拡大の主張を行ったり、外国船に対する主権の主張を行ったり、といった例をいくら援用しても確立されない。……唯一説得力のある国家実行の証拠は、侵入外国船に対して沿岸国が主権を主張する形で行った捕獲だけである」⁽²⁴⁾と述べて、物理的な行為（physical acts）のみが慣習法確立の必要条件であるとした。こうした見解は、たとえば、ダマト（D'Amato）教授の強調するところでもある。⁽²⁵⁾「法的確信」という心理的要素を排除する右の立場は、慣習法を事実たる慣習に同化するものであり、慣習法の規範性を著しく稀薄なものにすると言わなければならない。

以上述べてきたように、伝統的に定式化されていた慣習法の構成要素は、慣行と法的確信のいずれかを捨象して、いこうとする現代の相反する二つの方向の中で、両極分解的な徴候を呈しているのである。こうした傾向の中で、伝統的慣習法理論において暗黙のうちに確保されていた主観と客観の、或いは全体と個別の微妙な均衡が喪失され、それによる規範性の相対化・稀薄化が進行した結果、現実の慣習国際法の機能にも大きな変容がもたらされてきているものと考えられる。それが次に指摘されるような、慣習法の「個別化」（individualization）⁽²⁶⁾とも称すべき

現象である。

慣習国際法が伝統的にその規範内容の普遍性と対世的効力をもつ「一般法」の機能を担うものとして確立されてきたことは前に述べた通りである。しかし今日、慣習法のこうした一般法的性格は大幅に後退しつつある。すなわち、従来、未分化のまま観念されていた規範内容の一般性（いわゆる普遍妥当性）と、その効力の一般性（全国家に対する拘束力）とが、徐々に乖離してきており、それが慣習法規則の具体的適用という平面において「個別化」の傾向を促す背景となっている。従来も、慣習法の成立において、必ずしも全ての国家に受け容れられる必要はないとされてきたが、⁽²⁷⁾このことは、その規範が一般的に妥当すべき内容をもっているということと、そのルールが現実に適用可能か否かという問題とを、切り離して考える発想がすでに内在していたことを示している。そうした慣習国際法の在り方が、今日、「個別化」という形で顕在化してきたのは、やはり国際司法過程が整序されてきたことと無関係ではない。国際裁判という権利＝合法性主張の過程（claiming process）においては、慣習法規則の適用問題も、それが一方の当事者に対して拘束的であるか否かという形で争われるから、問題はそこかぎりでは不可避免的に「個別化」することになるのである。それはたとえば、「ノルウェー漁業事件」において、ICJが「いずれにせよ、一〇マイル規則は、ノルウェーがその規則を自国の沿岸に適用せんとするいかなる企てにも反対してきた」ということがあるかぎり、ノルウェーには対抗しえない⁽²⁸⁾と述べたことにもすでにあらわれていた。

慣習法の個別化への方向を一層顕著にしたのは、条約の慣習法的効力について規定した条約法条約第三八条をめぐるウィーン会議（一九六九年）の審議過程においてであった。この問題については既に別稿で論じたので、⁽²⁹⁾ここでは詳しく繰り返さないが、これは、「条約の定める規則が慣習的規則として第三国に対して拘束的となることを妨げるものではない」という国際法委員会草案に対して、「慣習的規則として認められることにより」⁽³⁰⁾（as customary rule of international law, recognized as such）という強調部分が付加修正されたことに端を発している。この修正

の目的は、「ある規則が第三国に対して拘束的となるためには、当該国家がそれを国際法の慣習規則として承認しなければならぬ、ということ」を明確にすることにある」と説明されたが、⁽³⁰⁾ 伝統的な「一般的承認説」に対して、右のようないわゆる「個別的承認説」の立場（しかもこれは概ね明示的承認を要求する）が第三世界の国々を中心に広汎な支持を得たことは、注目すべき事実といわなければならない。

もとよりこうした個別的承認説が条約法条約第三八条の解釈基準として直ちに受け容れられるわけではなく、ましてその解釈論的立場を慣習国際法の性質一般にそのまま敷衍しうるものでもない。しかしそれにもかかわらず、こうした個別化は慣習法の機能面における一つの強い傾向として認識しておかなければならないように思われるのである。そしてこの個別化の進行が結局のところ、慣習法を条約に近似させる形で法源間の相対化を促進させていることこそ、最も重要な問題なのである。

2 慣習法と条約の相対化

右にみた「慣習法の条約化」とも言うべき現象が確認される一方で、実は逆に「条約の慣習法化」とも称すべき、もう一つの傾向が指摘されるのである。言うまでもなく、条約は厳格な合意拘束命題の下に締約当事国のみを拘束し、当事国以外の第三国については、原則として、これを益しも害しもしない、という前提で結ばれてきた。条約には慣習法のような対世的効力はないが、明示の合意として、規定内容の明晰性と当事者間の効力の確実性において、慣習法に對し法としてはるかに優位を誇っていたのである。こうした条約の性質は今日においても基本的に変化はない。しかし最近、この条約にも若干の変化が認められるのである。すなわち、「条約規定の非条約化」(de-conventionalization of conventional rules)⁽³¹⁾ といわれる現象である。

ここでは詳論する余裕はないが、別稿で論じたように、⁽³²⁾ 条約規定が今日では様々な形で慣習法的効力をもち、それによって条約当事国以外の第三国へもその効力を及ぼしていくことが少くない。それは二国間条約の累積による

場合もあれば、多数国間のいわゆる法典化条約の場合もある。いずれにせよ今日では条約と慣習法との相互作用・相互浸透は著るしく、その結果、条約規則が間接的に第三国を益し、あるいは害する効果をもつこととなる。さらに今日では、条約が発効する以前に、未批准国や批准する意思のない国に対してもその規定が慣習法規則の証拠として国際裁判等で援用されたり、⁽³³⁾法典化のための外交会議における「一般的合意」(general assent)のようなものさえ慣習法を生起せしめると捉えられることがある。⁽³⁴⁾こうした状況の下では、条約締結のための要式行為として「明示の合意」の確立のために永年の慣行により厳しく定式化されてきた、署名・批准といった手続きが無意味になるばかりでなく、留保や廃棄といった主権的権利も意味をもたなくなる。こうして条約が、当事国・非当事国を問わず、あるいは発効済みか未発効かを問わず、その慣習法的効力によっていわば対世的に適用されていくことになれば、条約と慣習法の境界は極めて不明瞭なものとなってしまうのである。そしてそのことは、本来、明晰な法的内容と明確な法的効力を有するものとして確立されてきた条約自体の規範性を曖昧なものにしてしまうのである。

条約と慣習法の相互作用は、両者をそれぞれ純化し強化する側面も無いとはいえない。しかし先に述べた慣習法の機能変化といい、また今概観した条約の非条約化傾向といい、伝統的な法源がそれぞれ干渉しあうことによつて、お互いの規範性をいわば相殺しあつてきたというのが、今日の国際法の直面している状況のように思われる。

一般法的性格を後退させて個別化の傾向をみせている慣習法と、国家間の確固たる合意としての地位の揺らぎ始めた条約法——伝統的な法源におけるこのような変容は、その結果として、国際法体系の各所に亀裂と間隙を生じさせてきており、国際法総体の脆弱化をもたらしてきているように思われる。今日の国際法学にとって最大の課題は、この間隙をいかに埋めるかという点にある。最近台頭しつつある「ソフト・ロー」の概念は、これを克服しようとする一つの試みとも考えられるが、それは果してこの課題に応えうるものであろうか、次に項を改めて、「ソ

ント・ロー」について考察することにした。

- (11) Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, (The Classics of International Law, ed. by J.B. Scott), Book I, Chapter 1, XIV, p. 44. 田畑茂二郎『国際法Ⅰ』(有斐閣法律学全集 新版)二六一-二七頁。伊藤不二男『捕獲法論』におけるグロティウスの国際法(万民法)の基本観念』『国際法学の諸問題』(前原光雄教授還暦記念)二〇三頁。
- (12) E. Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758. ヴァattel 研究会訳『立命館法学』七十二号(一九六七)二二一頁。
- (13) 藤田久一「現代国際法の法源」長尾・田中編『現代法哲学』・実定法の基礎理論』(一九八三)二八五・三〇六頁。
- (14) I.C.J., *Reports* (1950), pp. 276-277.
- (15) P.C.I.J., *Series, B*, No. 14 (1927), p. 105.
- (16) I.C.J., *Reports* (1960), p. 40.
- (17) Michael Akehurst, "Custom As a Source of International Law", *BYBIL*, 1974-1975, p. 15.
- (18) *Ibid.* pp. 16-17.
- (19) P.C.I.J., *Series A*, No. 10 (1927), pp. 96-97; Akehurst, *op. cit.*, pp. 31-32.
- (20) Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?," *AJIL*, vol. 77, (1983), pp. 433-434.
- (21) I.C.J., *Reports*, (1969), p. 45. なお田中耕太郎裁判官は、すでに一九六六年の「南西アフリカ事件」判決反対意見で、従来その形成に幾世紀も要した慣習法規則が、今日では、社会構造の変化、とくに交通通信手段の発達等により、極めて短期間のうちに形成されてきていることを指摘した(I.C.J., *Reports*, 1966, p. 289)。
- (22) Bin Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?," *The Indian Journal of International Law*, vol. 5, no. 1, pp. 45-46.
- (23) 藤田久一「前掲論文」二八七頁。
- (24) I.C.J., *Reports*, (1951), p. 191. 藤田久一の見解が他の裁判官によっても支持されていたかどうかは判決からは明らかでない。cf. Akehurst, *op. cit.*, p. 1.
- (25) 同教授によれば、国家が行う主張や請求は往々にして他国の主張・請求と対立・矛盾するから、国際法の内容を確定する上で信頼できる指標とはならない。国家は様々なことを言い、様々な声で話し、一国の政府内において見え見解の対立が反映されることも稀ではない。これに対して、一国の「行う」行為は一時点におおむね一義的であり、決定的な説得力をもつことになる。Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), pp. 50-50. 藤田久一、これに対する反論として、Akehurst, *op. cit.*, p. 3.

(26) van Hoof, *op. cit.*, p. 97.

(27) 多数国による慣習規則の「一般的」受諾を、全ての国による「普遍的」受諾の推定に値するとみる諸学説については、藤田久一「前掲論文」二八八—二九〇頁参照。田中耕太郎裁判官も、前記反対意見(注21参照)において、反対する幾つかの国があったとしても、それらの少数国が拒否権をもつわけではないから、慣習法の創設は妨げられない、と述べていた(ICJ, *Reports*, 1969, p. 291)。

(28) I.C.J., *Reports*, 1951, pp. 116 f. なお同じ慣習法の「個別化」というのは、本文でもふれた通り、慣習法規則の「適用」の平面における一つの傾向を示すために用いた表現であって、「庇護事件」で問題となったいわゆる「地域的慣習」(regional custom)や、「インド通交権事件」で争点となった「二国間慣習規則」(bilateral custom)などとは直接関係ない。

(29) 村瀬信也「ウィーン条約法条約第三八条の意義」『国際法外交雑誌』第七八卷一・二号(一九七九年)五七—七八頁。

(30) 前掲論文六九頁。

(31) P. Weil, *op. cit.*, p. 439.

(32) 村瀬信也「条約規定の慣習法的効力——慣習国際法の証拠としての条約規定の援用について」『国際法学の再構築・上』(高野雄一先生還暦記念、一九七七年)三一—四〇頁。

(33) たとえばウィーン条約法条約の規定を非当事国との関係にも適用した例として、ウエイユ教授は次の判例を挙げている。「南アがナミビアに引続き存在することの法的効果」(I.C.J., *Reports*, 1971, p. 47)、「漁業管轄事件」(*Ibid.*, 1974, p. 14)、「エーゲ海大陸棚事件」(*Ibid.*, 1978, p. 39)、「WHOとエジプト間協定の解釈」(*Ibid.*, 1980, pp. 92, 95)、「ユークレル海峡事件」(*ILM*, vol. 17, 1978, p. 645)、「ドイツ対外債務事件」(*ILM*, vol. 19, 1980, p. 1370)など。P. Weil, *op. cit.*, p. 440, n. 106.

(34) *Ibid.*, p. 440.

三 「ソフト・ロー」概念とその問題点

——「法」と「非法」の相対化——

冒頭にも述べたように、一〇年程前から一部の国際法学者の間に「ソフト・ロー」(soft-law, droit doux)の概念が提唱され、一定の広がりを見せてきている。この概念はそもそもマクネア卿(Lord McNair)によって用いられたのが最初といわれるが、⁽³⁵⁾その後様々な学者により多様な意味をもつ言葉として使用され、そのことがまた、議論の

混乱を招いている。しかし、「ソフト・ロー」の概念が登場して来ざるをえなかったそれなりの背景があったことも事実である。ここでは、まず、「ソフト・ロー」の概念がどのような意味を内包するものとして用いられているか、またそれは具体的にどのような対象をカバーするものとして想定されているかを明確にしておきたい。その上で、従来の法源論の地盤の中から、この概念が生起せざるを得なかった事情を掘り起し、一方で「ソフト・ロー」として性格規定することの積極的側面に光をあてながらも、他方、この概念が孕んでいる危険性ないしは自家撞着という消極的側面をも認識しておきたいと思う。

1 「ソフト・ロー」概念の多義性

伝統的な国際法の法源については、先にみたように幾つかの問題があるとはいえ、条約と慣習国際法のそれぞれについて、それらが「実定国際法」として承認されるために、かなり厳格な要件が課されていた。すなわち、条約の場合には、署名・批准といった一定の要式行為の存在であり、また慣習国際法の場合には、慣行 (usus) と法的確信 (opinio juris) の二要件の存在であった。そして従来の国際法学はこの二法源を考察の対象として、その学問的「境界」を画定してきたのである。もともと、従来においても条約の形式をもたない「紳士協定」(gentleman's agreements, たとえば一九一七年の石井・ランシング協定) の法的性質が問題となったり、慣習法として確立される以前の段階における「未成熟権原」(inchoate title)⁽³⁶⁾ が争点となったことはある。しかし、こうした国際法としての地位・形式をもたない国際文書や、形成過程にある法を、一個のカテゴリーとして把握しようとする傾向は、極めて最近のことである。

一九七〇年代に「ソフト・ロー」の概念が登場するのは概ね次の二つの事態を直接的な契機としてみるとよいであろう。一つは一九七四年における第六回国連特別総会三二〇一号決議、「新国際経済秩序樹立宣言」および同年の第二九回総会三二八一号決議、「国家の経済的権利義務憲章」等の採択であった。とりわけ「経済憲章」の

法的性格については、すでにその起草過程から争点となっており、それが条約と同等の拘束力はもたないことは明らかであるとしても、多くの論者はそれが単なる「勧告」にとどまらず、何らかの法的効力を有しているものと認むべきだとする主張を展開したのである。⁽³⁷⁾ 同様の主張は、国連多国籍企業委員会 (UNCTC) や国連貿易開発会議 (UNCTAD) で作成されている「行動綱領」(Code of conduct) についても行われてきている。周知のように、国連総会決議の効力については従前から様々に議論されてきたが、この一連のNIEO関連決議の拘束力については、「決定」と「勧告」の中間段階に、別言すれば、「法」と「非法」との灰色地帯グレイ・エリアに、これを位置づけようとする意図が極めて強く表出しているのである。すなわち、こうした中間段階ないし灰色地帯に存在する規範群を「ソフト・ロー」と想定することによって、これらの「宣言」・「憲章」・「行動綱領」などに、通常の決議とは異なる一定の法的効力を認めていこうというのが、それを主張する論者の主たる関心事であったといえよう。

「ソフト・ロー」提唱の契機となったもう一つの事件は、一九七五年におけるヘルシンキ会議最終議定書 (ヨーロッパにおける安全と協力に関する会議の最終議定書)⁽³⁸⁾ の採択であった。この議定書は、米・ソを含む三五カ国が、ヨーロッパの安全保障、現存の国境承認、経済的・社会的協力、人権保障等の広汎な事項について取極めた重要な文書であるが、それは「法的誓約」(legal commitment) を含まず署名国を拘束しない文書として性格規定されたのである。すなわち、右議定書の最終条項では、この文書が「国連憲章第一〇二条の下における登録資格をもたない」(not eligible for ratification under Article 102) ものと規定され、各署名国においても、そのようなものとして理解されているのである。このためヘルシンキ議定書は「非拘束的国際協定」(non-binding international agreement) とも呼ばれているが、⁽⁴⁰⁾ こうした協定の存在を国際法の枠組でどのように把握すべきかという点においても、先と同じような理由から「ソフト・ロー」の概念が積極的に評価されるようになってきたのである。

右に掲げた二例で示されるように、「ソフト・ロー」と観念される規範は、(1) 具体的な権利義務関係の画定に関

わるものではなく、むしろ、一般的・抽象的な原則・指針を内容とする、(2)法規範としては未成熟で規範内容の明確性に欠ける、(3)法的拘束力をもたないか稀薄であり、緩やかな行動規範にとどまって、その履行は当事者の善意に依拠する部分が多い、等がその特徴として指摘されるのである。

さて、それでは「ソフト・ロー」の対象として、具体的にどのような国際文書が想定されているのであろうか。厳格な国際法上の合意（いわゆる「ハード・ロー」）に至らざる非拘束的合意の形態については、それを「ソフト・ロー」と呼ぶか否かは別として（後述のように「ソフト・ロー」と称することの危険性を指摘する学者も多い）、最近、国際法学会（Institut de droit international）における検討⁽⁴¹⁾を含めて、幾人かの学者がその類型化を試みている。それらを参考として、ここに分類しておく、大体、次のように提示されるであろう。⁽⁴²⁾

（一）成文の国際文書

(1) 条約としての地位を持つが、その拘束力の稀薄な国際文書

(i) プログラム規定的条約・枠組条約（Framework treaty）⁽⁴³⁾

(ii) 具体的な条約規定の実施や権利義務関係の画定を事後の条約・協定に委任している条約⁽⁴⁴⁾（*pacta de contra-hendo, pacta de negotiando*）

(iii) 条約義務の回避を容易にしているもの（*easy release*）を認めている条約⁽⁴⁵⁾

(iv) 義務の履行を当事者の善意ないし信義に委ねているもの⁽⁴⁶⁾

(v) 義務の履行につき当事者に大幅な裁量的留保を認めているもの⁽⁴⁷⁾

(vi) 当事者の努力目標を定めるにとどまるもの⁽⁴⁸⁾

(2) 条約としての地位を持たない国際文書

(i) 国際組織・国際会議の決議・宣言など。⁽⁴⁹⁾

- (ii) 行動綱領 (Code of conduct)、行動基準⁽⁵⁰⁾など。
- (iii) 紳士協定⁽⁵¹⁾
- (iv) 非拘束的国際協定⁽⁵²⁾ (non-binding agreements)

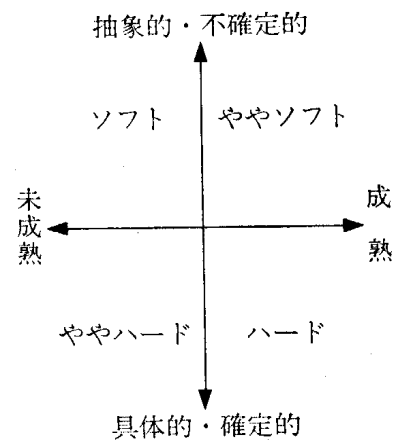
(二) 慣習法に至らない不文規範 (未成熟規範、事実たる慣習、「ゲームのルール」など)

以上のように、「ソフト・ロー」の対象に含まれうる規範群は極めて広汎・多様な分野に及んでいる。「ソフト・ロー」に関する議論が混乱している原因は、後でも触れるように、それぞれの論者が、そうした広範囲の事項のうち、どの部分を問題としているかについて、必ずしも一致が無いことである。こうした広汎・多様な内容を「ソフト・ロー」という一つのカテゴリーで捉えようとする自体に大きな問題があると言わざるを得ないのである。

2 「ソフト・ロー」概念の積極的側面

「ソフト・ロー」の概念については、それが右に述べたように、極めて広い範囲の規範を対象としているということだけではなく、その基準についても、実は論者によって微妙な差があるように思われる。例えば学者によってはこれを「規範の発展における過渡的段階」⁽⁵³⁾にあるもの、と捉えるのに対して、バクスター教授などは、その規範が「実施可能 (enforceable) か否か」⁽⁵⁴⁾という基準によって考察する。ザイドウル・ホーヘンベルデン氏も同様に、その誓約ないし義務が「拘束的か否か」⁽⁵⁵⁾によって「ソフト・ロー」の本質的特徴を把握していこうとする。ヴェイユ (P. Weil) 教授は、「ソフト・ロー」を語る場合、規範内容の未熟性と問題となっている国際文書の地位の如何を区別すべきだと述べて、「ソフト・ロー」概念の混乱を間接的に指摘している。⁽⁵⁶⁾

このようにみると、「ソフト・ロー」について語る人々の間には大別して二つの軸があるように思われる。一つは、規範の形成・発展という動態的視点における「過渡的性格」ないし「未成熟性」を基準とする軸であり、



他の一つは規範内容からみた「一般性・抽象性・不確定性」といった軸である。国際文書が「拘束的な」性格をもつか否かといった問題も、右の二つの基準の複合的な判断によって決まることのように思われる。いずれにせよ、現実の規範的世界は決して一元的ではなく、その規範性の内実には様々な段階があることを、この図は示しているであろう。

言うまでもなく、「ソフト・ロー」の提唱は、国際法関係における「法」と「非法」(law and non-law)を二元的に截然と分断するのではなく、この両者を

グレイ・エリア

一連の系列の中で捉え、その中間段階ないし灰色地帯を積極的に把握していこうとする意図に基いている。故バクスター教授がその遺稿で強調したように、「ソフト・ロー」ないし「弱い規範」としてこの中間段階に属する規範群を位置づけることは、それが現実の国際関係において果す機能を正しく認識するという点で、ある程度必要なことのように思われる。同教授等が「ソフト・ロー」概念の積極的側面として示唆しているのは、次の諸点である。

すなわち、第一に、かりに規範性の弱い国際文書であっても、それが存在することによって、それ以降の当事者間における議論の交渉・合意形成のコースは、それが無い場合とはかなり違ったものになる。第二に、ひとたびある問題がそのような規範の主題としてとりあげられたならば、その問題についてはそれ以降、国家の国内管轄事項であるという主張を行うことができなくなる。また、第三にその規範は当事者間の交渉に関連する新しい基準を設定するとともに、一定の論点についてはすでに当該規範によって解決済みだとして排除されるなど、議論の土俵を整理する。さらに第四に、そうした「ソフト・ロー」規範は、法的見解の支配的傾向や指針を提示することによって紛争解決のための法的枠組を設定するのである。⁽⁵⁷⁾これらに加えて、第五に、その「ソフト・ロー」を生み出した国際組織自身にとっては殆ど法的拘束力と同様の効力をもち、その機能を拘束する。(例えば、一九四八年の「世界

人権宣言」は、採択時、加盟国にとっては「ソフト・ロー」であったとしても、国連の機関においては男女平等賃金の原則に反する行為が認められなくなったように、ハード・ローと同じような効力をもつことになるのである。⁽⁵⁸⁾ さらに第六に、「ソフト・ロー」は、一定の国家においては、その国内法の定立ないし国内裁判の判断基準としての援用を促し、ある種の国内的効力をもつこともある。⁽⁵⁹⁾ 最後に第七として、「ソフト・ロー」規範の多くは、定期的な「再検討」ないし「履行確保」の制度を内包しており、それによって「ハード・ロー」への進化が促進される。「ソフト・ロー」のこのような機能に着目するとき、たしかにわれわれは、国際法規範の法的世界を単に拘束力の有無によって白と黒に塗り分けるのではなく、その中間に介在する濃淡、限りない変化 (Her infinite variety) を、あるがままに捉えていかなければならないであろう。

「ソフト・ロー」の概念がとりわけ強く要請されるのは、国際法の分野の中でも、国際社会の実態的基盤の根底的な変化に伴い、古い規則を廃して新たなルールの定立が求められているような、いわば変革過程にある法領域である。国際経済法は、まさにその典型的な例であろう。⁽⁶⁰⁾ この分野における伝統的な国際法規則が先進諸国の優位を保障し、途上国との不均等性を一層助長しているとの認識から、第三世界の国々は、そうした国際体系を根底から改変すべく国際経済秩序の樹立を求めてきたのであった。しかし、もとよりそうした新たな規範が「ハード・ロー」として一朝一夕に定立される筈はなく、実際には規範性の弱い宣言や決議として国連総会等の場で積み重ねられてきたことは周知の通りである。こうしたことから、多くの学者が総会決議の効力について考察し、何らかの形で一定の決議に法的拘束力を認めるべきだとする弁証を行ってきたのである。⁽⁶¹⁾ それらの決議に表明された新たな規則が、採択の時点では未成熟な規範であっても、将来における国際法形成の前段階として位置づけられるならば、それを「ソフト・ロー」としてカテゴライズすることの意味は、そのかぎりでは、認めることができよう。⁽⁶²⁾

3 「ソフト・ロー」概念の問題点

右にみたように、「ソフト・ロー」の概念が提唱されるに至った背景には、それなりの必然性があつたように思われる。にもかかわらず、これには様々の問題点が指摘されるのである。まず第一に、前述のような、この概念の多義性、対象の広汎さ、が挙げられなければならない。形式的に把えるにせよ内容的に把えるにせよ、あるいは機能的な観点から画定するにせよ、「ソフト・ロー」として観念される規範群は余りにも広汎であり、論者の間に、どの部分を問題としていくにつき、必ずしも共通の了解が無く、仮に全ての領域を、そしてその多様な現実を、「ソフト・ロー」とい言葉で包含するとすれば、それは分析概念としての用を担えないであろう。⁽⁶³⁾

第二に、これと関連して、「ソフト・ロー」概念の基準の曖昧さが指摘されよう。これも先に触れたように、「ソフト・ロー」の本質を、(1)「規範の未成熟性」として法形成の動態的過程において捉えるか、(2)「国際法上の合意に至らない国際文書」として、文書の形式ないし地位に着目するか、(3)具体的権利義務関係の画定基準としての法に對比して、「規範内容の一般性・抽象性」といった、規定の内容を重視するか、あるいは、(4)「法的拘束力 (binding character) ・ 執行力 (enforceability) の欠如ないし不完全性」といった基準からこれを捉えるか、等によって、「ソフト・ロー」の概念規定には微妙な差異が生れるのである。(1)の法形成過程における過渡的性質として「ソフト・ロー」を位置づけようとするには、いわば法社会学的視点で把握しようとするものであり、これは例えば(4)におけるような実定法の効力に関する解釈論上の問題とは、明らかに区別されなければならないのである。⁽⁶⁴⁾

第三に、「ソフト・ロー」の主張には、細かくみていくと、幾つかの自家撞着が含まれているように思われるのである。たとえば、(1) *pacta de negotiando* は「ソフト・ロー」の規範の枠組の中で具体的内容を「交渉」により画定するという趣旨であるが、枠組の存在自体がフリー・ハンドの「交渉」という概念と矛盾するばかりか、具体的状況においては、「ソフト・ロー」が設定されたということは応々にして一方当事者にその規範内容の履行に対する期待権を与えるので、他方当事者が、これに反するような行動をとった場合には、かえって関係国間に緊張を

生むことさえある、との指摘もある。⁽⁶⁵⁾ (2)ある事項に関する「ソフト・ルール」の設定は、その内容を支持する国家に対してその行動を正当化する事実上の効果 (justifying effect) を与えるが、逆にその規範内容を受け入れない国家の態度を硬直化させ、法の発展にとって行き詰まり状況を惹起させるような効果 (standstill effect) の原因となる。⁽⁶⁶⁾ さらに、(3)より一般的な「ソフト・ロー」概念の自己矛盾として、ある規範を「ソフト・ロー」であると主張することは、それが未だ「ハード・ロー」ではないということ⁽⁶⁷⁾を自認することであるから、仮にその規範が、たとえ慣習法上の規則として確立されたという段階になっても、かつての「素生」が問われて、その法的効力が充分に認められない、という状況さえ考えられないわけではない。総じて、「ソフト・ロー」の主張は、自己破壊的 (self-defeating)⁽⁶⁷⁾ となる危険性を孕んでいることに、注意すべきである。

第四に、右の点とも関連するが、「法」と「非法」^{グレイ・エリア}の間の灰色地帯を積極的に位置づけようとする「ソフト・ロー」の考え方は、国際法総体においてこの灰色地帯が無制限に広がってしまうという危険性 (the danger of a continuous expansion of the grey area)⁽⁶⁸⁾ を常に内包している。そして、この点こそ、まさに、ヴェイユ (Prosper Weil) 教授が、「現代国際法の病理現象 (pathology)」として指摘している危険性にほかならない。同教授の論旨は、ソフト・ローの考え方が、「規範」と「非規範」との区別を曖昧にし、両者を相対化する結果、国際法の規範体系総体を脆弱化させてしまう、という点にある。⁽⁶⁹⁾ この警告は、「ソフト・ロー」概念に対する根底的批判であるが、現代国際法における法源論は、右の批判に 대응するものでなければならぬように思われる。最後に、項を改めて、この点に触れておきたい。

(35) van Hoof, *op. cit.*, p. 187.

(36) 未成熟権原 (inchoate title) については、一九二八年のマックス・フーバー (Max Huber) 裁判官によるパルマス島 (Island of Palmas) 事件に関する常設仲裁裁判所の判決参照。Report of International Arbitral Awards, vol. II, pp. 829 f.

(37) 経済憲章の法的地位については、その起草目的が、「国家間の経済関係において生起するところの、真の法的性格をもつ権利義務の定式

化」として捉えられていたこと(起草にあたったUNCTAD作業部会議長カスターネーダ(Jorge Castaneda)大使の発言、UN Doc. TD/B/AC. 12/1, 6 March 1973)や、国連総会決議の中にも特別の「憲章」というタイトルがつけられていないこと、そのこの文書は、内容的にも、従前の総会決議等と繰り返し確認されてきた経済的自決権を中核とする諸原則を集大成したもので、すでに法として確立されているもの主張がなされた。(S.R. Chowdhury, "Legal Status of the Charter of Economic Rights and Duties of States" *Legal Aspects of the New International Economic Order* (K. Hossain, ed., 1980, p. 84.) 以下「起草過程」) この文書が「国際法の法典化」と漸進的発達の一の措置として作成されたこと、その採択には主要先進国が反対なことが棄権して行ったこと等を考慮すれば、この経済憲章に法的性質を認めることは困難である。せうせうそれは「法起し」の原則(an emergent principle)の表明として捉えらるべきである。(I. Brownlie, "Legal Status of Natural Resources in International Law: Some Aspects" *Recueil des Cours* 1979-1, p. 295) 一九七七年のリビエ国有化事件仲裁判決(I.L.M., vol. 17 (1978) pp. 14) でも経済憲章(以下「第二條二項の国有化条項」)の法的性質は否認された。(詳しくはS. Murase, "International Law-making for the New International Economic Order" *The Japanese Annual of International Law*, No. 25 (1982), pp. 51-56)。

(38) *I.L.M.* vol. 14 (1975) pp. 1293 f.

(39) Harold Russell, "The Helsinki Declaration: Brobdingnag or Illiput", 70 *AJIL* (1976) pp. 247-248.

(40) Oscar Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements" 71 *AJIL* (1977), pp. 296-304; Michael Bothe, "Legal and Non-Legal Norms", *The Netherlands Year Book of International Law*, vol. 9 (1980), pp. 65-95.

(41) 報告者ヴァリリ(M. Virally)教授の最終報告では、次のように述べられている。すなわち、

(i) 「制限的」な法的約束 (Les engagements juridiques « limités »)

(a) 「善意の」約束 (Les engagements « de bonne volonté »)

(i) 適切な形で検討し行動する約束 (Les engagements d'examiner et d'agir de façon appropriée)

(ii) 協議の約束 (Les engagements de consulter)

(iii) 交渉の約束 (Les engagements de négocier)

(iv) 協力の約束 (Les engagements de coopérer)

(b) 裁量的留保の下の約束 (Les engagements sous réserve discrétionnaire)

(2) 純粹に政治的な約束 (Les engagements purement politiques)

(3) 「非公式」の法的合意 (Les accords juridiques « informels »)

(4) 明示的約束を構成しない諸規定 (Les stipulations ne comportant pas d'engagements explicites) (Michel Virally, "La dis-

inction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus : Rapport définitif" *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1983, pp. 328-357)

(42) ここに類型化したのは、「ソフト・ロー」ないし非拘束的規範として幾人かの学者が挙げているものを、まず、成文の国際文書であるか否か、そして国際文書の場合には、条約としての地位をもつか、否か、という形式的基準で分け、その上で具体的に拘束性・規範性を基準とした機能的視点から細分している。学者の多くは、前記の国際法学会の最終報告書の場合をも含めて、「政治的条約」(典型例として、一九四五年のヤルタ協定などが挙げられる)を挙げているが、何が「政治的」かは決して自明なことではなく、本稿ではそうした内容的基準による類型化は排除した。同様の理由から、「経済的ソフト・ロー」といった概念も採用しない(Cf. I. Seidl-Hohenveldern, "International Economic 'Soft-Law'" *Recueil des Cours* 1979-II, pp. 168 ff.)。なお、(43)での分類項目は相互に排他的なものではなく、実際には重複している。また一つの国際文書の中にも、性質の異なる種々の規定が混在していることは言うまでもない。

(43) たとえば、一九三三年に米州諸国の間で結ばれた「国の権利および義務に関する条約」に類する条約。一九六六年の「宇宙条約」(月とその他の天体を含む宇宙空間の探査及び利用における国家活動を律する原則に関する条約)(傍点筆者)なども概ねこの類型に属する例といえよう。

(44) 「国連軍」の設置に関する国連憲章第四三条、「国際刑事裁判所」に関するジェノサイド条約第六条、EEC設立に関するローマ条約第八五、八六、一三五条、L A F T A 設立に関するモンテヴェイデオ条約第四条など。

(45) 容易な脱退権を認めた一九六三年の部分的核実験停止条約第四条、一九六八年の核拡散防止条約第一〇条、一九七一年の海底非軍事化条約第八条、一九七二年の生物毒素兵器廃棄条約第一三条など。なお、「事情変更原則」(rebus sic stantibus)を内在化させているような、いわゆる「政治的条約」もこの類型に含まれるであろう。(Cf. R.R. Baxter, "International Law in 'Her Infinite Variety'", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (1980) pp. 550-552, M. Virally, *op. cit.*, pp. 227-233, 336-339.)

(46) 前出(注40)。国際法学会最終報告書(I)(a)の諸類型参照。なお、ヴェイラリの中間報告(Rapport provisoire)参照。M. Virally, *op. cit.*, pp. 219-224. 協議・交渉義務については、山本草二「国際紛争における協議制度の変質」『紛争の平和的解決と国際法』(皆川洗先生還暦記念)二四五―二七二頁参照。

(47) M. Virally, *op. cit.* pp. 222-224, 334.

(48) 例えばG A T T O の諸規定、I M F 協定第四条第一項など。Joseph Gold, "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", 77 *AJIL* (1983), pp. 443 f.

(49) 一定の国連総会決議のほか、一九七二年のストックホルム人間・環境宣言、一九六七年A S E A N 設立に関するバンコク宣言など。なお、A S E A N の場合には、加盟国相互間の緩やかな連携により漸進的な経済統合をはかるという基本方針を反映して、E E C や L A F T A

の場合と異なり、重要な文書は殆ど全て共同宣言ないし共同コミュニケの形式で発出されていることが注目されよう。詳しくは、村瀬信也「ASEAN統合の国際組織法的側面」『アジア経済』(一九八五年一〇月刊行予定) 参照。

- (50) UNCTADの「多国籍企業に関する行動綱領」案、一九七六年OECDによる「多国籍企業のカイドライン」、一九七一年のUNCTADによる「一般特惠スキーム」(村瀬信也「特惠制度の展開と多边的最恵国原則」『立教法学』第一五号(一九七六年) 参照) など。
- (51) たとえば、国際法委員会の構成における地理的配分・ローテーション等に関する紳士協定。野村一也「国際法委員会及び国際司法裁判所の一九八一年選挙結果について——国際法委員会の議席拡大を中心に——」『国際法外交雑誌』第八〇巻六号(一九八二年)八一—八九頁参照。
- (52) 前出、ヘルシンキ最終議定書のほか、一九七八年の中東和平の枠組を取極めた「キャンプ・デーヴィッド」協定など。
- (53) R. Dupuy, "Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to 'Soft-law'" in R. Akkerman, e.a. (eds.) *Liber Roling, Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace* (1977) p. 252, quoted in van Hoof, *op. cit.* p. 187, n 804.
- (54) Baxter, *op. cit.* p. 549.
- (55) Seidl-Hohenverdern, *op. cit.* p. 182.
- (56) Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?" 77 *AJIL* (1983) pp. 414-415, n. 7.
- (57) Baxter, *op. cit.* p. 565.
- (58) Seidl-Hohenverdern, *op. cit.* p. 195.
- (59) *Ibid.*, pp. 198-205.
- (60) *Ibid.* pp. 173f.
- (61) 国連総会には、言うまでもなく、立法権能が付与されており、その決議は「勧告」以上の効力をもたない(一九六六年の「南西アフリカ事件(第二段階)」に対する国際司法裁判所判決参照。I.C.J., *Reports*, 1966, pp. 50-51)。それにもかかわらず、一定の総会決議に法的拘束力を認めるべきとする主張が一部の論者の間で行われてきたが、その論拠も多様であった。第一に、国内憲法秩序のアナロジーにより、議會制民主主義の原則に基づく多数決原理の承認によって、総会決議は反対者をも拘束するという立場がある(T.O. Elias, "Modern Sources of International Law" in Friedman et al., ed., *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Philip C. Jessup*, 1972, p. 51.) が、こうした主張が立法論としてしか成り立ちえないことは、多言を要しないであろう。第二に、宣言的総会決議を「即時行政協定」(instant executive agreements)と規定し、拘束的な条約に同化させて捉えようとする立場(O.Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declaration of the General Assembly of the U.N.* 1966, p. 70) と「国連憲章の真正の解釈」として、憲章の法的拘束力に同化させようとする見解(O. Schachter, "Interpretation of the Charter in the Political Organs of the

United Nations” in Metal ed., *Law, State and the International Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, 1964, pp. 271-273) などがあるが、これらも実証性に欠けるものといわざるを得ない。第三は、総会決議の長年にわたる累積が、慣習法を形成する

とみる考え方で、その可能性はたしかに否定されないように思われる (Cf. Bleicher, “Legal Significance of Recitation of General Assembly Resolutions”, *AJIL* vol. 63, (1969), pp. 477-478: see also Jorge Castaneda, *Legal Effects of the United Nations Resolutions*, 1969)。かりに、ある種の総会決議に慣習法的効力を限定的に認めるとしても、その前提として、(1)その内容が「規範創設的なし宣言的」な性格をもつか、(2)決議採択の形態が、コンセンサスないし、全会一致もしくはそれに近い表決によるものか、採択時の投票説明・立場表明 (explanation of vote, and of positions) の内容如何、さらに、(3)採択後の決議内容に関わる各国の態度・実行等、を慎重に吟味する必要がある。

言うまでもなく、条約や法律を作成する過程では、関係省庁間での慎重な検討・調整が行われ、法制局の審査を経て国会上程されたのち、衆・参両院であらゆる角度から詳細な審議に付される。それがわが国において拘束的なるまでに費されるエネルギーは相当なものであり、それゆえに民主主義の要請にも叶うものとされるのである。これに対して、国連総会決議の作成のために注がれる努力は、一国レベルにおいては、条約・法律の作成に比すべくもない。総会の委員会のうちでも法律問題については権威がある筈の第六委員会さえ、「若い外交官たちの遊び場 (a playground for junior diplomats) になつてしまつた」(長年第六委を觀てきたある国連職員の感想)と嘆かれてさえいる(もとより、こうしたコメントは日本の代表にはあてはまらないが) 昨今、そこで採択される決議に条約や法律と同等の拘束力を認めることに、民主制の要請という原理的な立場からも、極めて慎重にならざるを得ない。

(62) バングラデシュのホセイン (Kamal Hossain) 博士は、前記 I.L.A. パリ総会において、「ソフト・ロー」として類型化される総会決議の機能は、丁度、オランダの海浜に築かれる堤防 (dike) のようなもので、その堤防の存在によって当初は海であったところに土砂が堆積して、陸地になる、という比喩で説明した。たしかに、たとえば「国有化の問題」ひとつをとり上げて、一九五〇年代以前には国有化措置自体の合法性が問題となつていたのに対し、一九六〇年代以降は補償の問題に移行し、その中身についても伝統的な「正当な」補償から「適当な」補償(一九六二年、「天然資源に対する恒久的主権」宣言第四項)へ、さらに「可能な」補償(一九七三年、同宣言第一二項)から、いわゆる「合理的」補償(一九七四年経済憲章第二章第二項c)へと変容してきた過程をみれば、まさに右のソフト・ローによる「堤防効果」論が一定の説得力をもっていることが認められよう。なお、高島忠義「開発の国際法と Soft Law」『慶応義塾大学大学院論文集』(一九八〇年)四三一六〇頁参照。

(63) Virally, *op. cit.*, p. 247.

(64) *Ibid.*, p. 243. なお、完全な法に成熟していない規範を「ソフト・ロー」と呼ぶとすれば、あらゆる法規範は、かつては「ソフト・ロー」であつたといふことになる。「ソフト・ロー」概念をこのように遡って捉える (retrospective concept としつ) のであれば、それは法の形

成過程を示す一つの指標として有益であらう。

- (55) Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, p. 195.
- (56) *Ibid.*, pp. 195-196.
- (57) 前記 I.L.A. パリ総会におけるブラウンリー (I. Brownlie) 教授の発言。
- (58) van Hoof, *op. cit.*, p. 190.
- (59) Weil, *op. cit.*, pp. 413f.

四 結びに代えて——法源論の動態

——国際立法論への展望——

本稿ではまず伝統的な国際法の法源について、とくに慣習国際法に焦点をあて、その機能変化の過程を考察した。そこでは、伝統的に定式化されてきた慣習法の構成要素、すなわち慣行と法的確信が、現代の国際関係においては往々いずれか一方の要素に傾斜して捉えられ、その結果、慣習法の規範性を内側から支えてきた微妙な均衡が失われてくるとともに、かつての「一般法」としての機能も変容して「個別化」の方向を顕著にしている今日の態様が明らかにされた。このような慣習法の機能変化に並行して、条約法自身もまた慣習法との相互作用において本来の明確な合意形式としての性格を変容させ、その規範性の稀薄化を招来している。こうして慣習法と条約法は、今日、相互に近似ないし相対化し、結果的には、国際法の体系に亀裂と間隙を生じさせてきているのである。

ここにおいて伝統的な国際法の法源論は、一つの桎梏に突き当たっていることが認識されよう。従来は、条約と慣習法の二法源がそれぞれ相互に独立的に、かつ完結的に存在してきた。それぞれの法源がその枠で自己展開しているかぎり、従来の形式的・静態的な法源論は充分にその分析的意義をもちえたであろう。しかし今日のように、法源間の相対化が進行し、相互に浸透し影響しあうような関係において展開しているとき、法源論が本来的に内在し

ていた立法および立法過程に関する動態的側面が顕在化してこざるを得ないのである。換言すれば、右にみたような今日の国際法の法的現状において、法源論には、すぐれて国際法形成論・立法過程論として展開されなければならない必然性があるように考えられるのである。筆者には、学問としての法源論自体が、そうした弁証法的な発展法則に規定されているように思われるのである。⁽⁷⁰⁾

右の法源間の相対化傾向とともに、最近の国際法学界の一部で展開されてきた「ソフト・ロー」の考え方は、さらに「法」と「非法」との関係をも相対化させて捉えようとするものであった。たしかに、「ソフト・ロー」の概念が出て来ざるを得なかった背景こそ、現代国際法における法源論の動揺を何よりも雄弁に物語るものであった。すなわち、「ソフト・ロー」は一面において、一般的・抽象的規範の設定により既存の法源に生起してきた様々な間隙や真空地帯を埋める役割を期待されたのである。しかし「ソフト・ロー」概念の多義性やそれに基づく議論の混乱、そして様々な自己矛盾や問題点は先に指摘した通りであった。こうした「ソフト・ロー」についても、それが「法」と「非法」の境界を曖昧にし、国際法の「ハード」な部分についてもその規範性を稀薄にしてしまうおそれのあることを危惧しなければならなかったのである。

われわれは、「ソフト・ロー」と呼ばれる（そう呼ぶことが適当か否かは別として）未成熟で不完全な規範群が存在することについては、これを真正面から受けとめなければならない。とくに、こうした概念が登場しなければならなかった現代の国際法状況を充分認識しなければならぬ。しかし、ここにおいて重要なことは、「法」と「非法」の間のグレイ・エリアを狭めて（narrow down）いく不断の意識的な営為が積み重ねられていくことにほかならない。それを可能にするのは体系化された国際立法活動である。既存の国際法秩序に生じた真空状態は、自然発生的な未成熟規範によっては、とうてい克服されうるものではない。否、むしろ、「ソフト・ロー」にみられる相対的発想こそ、国際法総体の脆弱化につながるとみるべきである。そこでは明らかに、意識的かつ組織化された体

系的な法定立メカニズムの設定が、理論的にも実際上也強く要請されているのである。

すでに一九六六年の「南西アフリカ事件」判決反対意見において、田中耕太郎裁判官は、国際法の法源についてかなり詳しく検討したのち、現代における国際社会の組織化が慣習法形成の形態を、従来の個別的性格のものから、国連決議の累積などによる集合的方式に変容させてきており、「それは社会学的観点から考慮すれば、伝統的慣習法形成 (traditional custom-making) から条約による国際立法 (international legislation by treaty) への過渡的形態として性格規定されよう⁽⁷¹⁾」と述べていた。われわれとしては、こうした鋭い田中判事の洞察を基礎に据えて、これを一層、理論的に発展させていかなければならないであろう。

以上のように、今日、国際立法論への要請は、法源論の展開そのものの中に見い出されるのである。しかも、別稿で論じたように、⁽⁷²⁾ 国際立法に関する理論的考察は一八世紀末のベンタム以来の永い史的系譜をもち、加えて、現代における広汎な国際立法活動の多元的展開により、それはすでに独立した学問的考察に足るだけの現実的内容をもつに至っているのである。そのことを考えあわせれば、国際立法論の存立基盤は、既存国際法の展開過程それ自体の中に、はっきりと認識されるであろう。

(70) もとより筆者は、国際立法ないし立法により定立された規範を、現在の段階において、形式的な意味での国際法の法源の一つとして承認すべきだという見解を提示しようというのではない。法の存在形式としての国際法の法源は、今後もかなりの期間にわたって、条約と慣習法という二元的構成をとるものと考えられる。筆者における国際立法とは、あくまでも法源論の動態的側面について言及する概念である。

(71) ICI, Reports, 1966, pp. 287-294. この田中判事の反対意見における国際立法への言及については、小和田恒氏より貴重な示唆を受けた。

(72) 村瀬信也「国際立法学の存在証明」(前掲論文) 参照。