

現代国際法における合意基盤の二層性

——国連システムにおける規範形成と秩序形成——

河西直也

- 一 はじめに
- 二 国際法の規範形成と国際立法の概念
- 三 連盟期の法典編纂
- 四 国連期における規範形成
- 五 合意の拘束力と国際立法の法源論的課題

一 はじめに

現代国際法学における法源論への関心の高まりは、⁽¹⁾おそらく二〇世紀初頭以降において伝統的な国際法による「秩序形成」の過程に大きな変化が生じつつあることを反映したものである。それは単に「規範形成」の過程が多様化したとか集団化あるいは組織化されたというのにとどまらず、規範形成から秩序形成にいたる全般的な国際法過程の変化、したがって国際社会の基本構造における根本的変動にかかわるものである。「法源論の動揺」⁽²⁾といわれる事態も、法認識論的意味での国際法の法源の多様化という現象の表層にとどまらず、国際法の存在論的基盤の

問題、つまり合意法秩序としての国際法の妥当性あるいはその拘束力の根拠の問題にまでさかのぼって考察する必要を生じさせるに到っている。

そこで以下、二〇世紀後半の国連期における国際法社会の秩序形成の特質について、とくに二〇世紀前半の連盟期との比較の下に、その法過程の特質を幾つかの素材を扱いながら明らかにしてみたい。本稿は国際法の拘束力の淵源について直接に論議することを目的とするものではなく、現代における国際秩序形成の全般的な法過程の特質を分析することを通じて、法源理論の見直しのあるべき方向を捉えようとするものである。その意味で本稿は、将来における本格的な法源理論をめぐる議論の展開に一つの基盤を設定しようとする作業にすぎない。ただ法源理論との関係においては本稿が次の三つの問題意識に基づくものであることを最初に明らかにしておきたい。

第一は、現在、国際法のいずれかの規範の一般的な拘束力を論証する際に、「慣習法化」という法技術概念がきわめて頻繁に使われるようになってきている事実をどう意味づけて捉えるかということである。慣習国際法概念は、国際法が合意法として性格規定されてきたことから、条約など合意の存在を客観的に確認する手段となる文書が存在しない場合に、なお一般的拘束力を有する法的規律が存在することを主張するために伝統的に使われてきた概念である。⁽³⁾ こうした合意法としての国際法の妥当性の限界と、国際法の一般的拘束性を引き出すために慣習国際法概念に依拠することの必要との間の理論的整合性を保つために、国際法学は「黙示の合意」あるいは「諸国の法的確信」といった擬制的な概念を慣習国際法の形式的な成立要件としてきた。その意味で、国家間の合意の存在を客観的に証拠立てる条約という文書が存在しない場合に、一般国際法と同視されるものとして慣習国際法概念がきわめて頻繁に用いられるようになってきていることは、現代の国際社会において一般国際法の存在が国際秩序を形成あるいは維持するために必要不可欠のものと考えられるようになってきていることを示唆している。しかし同時に「慣習法化」という本来きわめて法技術的な概念が乱用といってもよいほどに言及されることから、慣習国際法にお

る合意基盤の擬制的性格がかえって露呈され、結果として、慣習国際法を一般国際法と同視することの問題性が指摘され、あるいはそのイデオロギー性が論難されるようになってきているのも事実である。⁽⁴⁾この点に関連して、とくに注意されなければならないのは、慣習法のルールを確認する際に証拠として持ち出されるものが、一九世紀と二〇世紀、あるいはとりわけ連盟期と国連期では非常に違ってきているということである。すなわち、国連期以前、とりわけ一九世紀においては、慣習国際法の証拠として援用されたものが、過去に生じた散発的、孤立的な紛争解決の先例、まったくアドホックに行なわれた仲裁裁判の判例などであったのに対し、二〇世紀とりわけ国連期になると、慣習法の証拠として、条約（とくに多数国間で締結された条約）の締結例、あるいはこれを受けてなされた各国の国内法の制定例、さらには国連総会を中心とする国際組織の決議採択例といったものが盛んに援用されるようになったことである。こうした現象において重要なことは、かつて慣習法の証拠としてあげられていたものが、散発的、孤立的な先例ではあったが、国際法の適用として国家間の具体的秩序の形成を実現した事例への参照であり、その意味で、なぜそうでありえたかは別として、いずれも国際秩序の具体的な形成にとって実効的であり、ことが確認された紛争処理の事例であったことである。これに対し、今日、慣習国際法の証拠として援用されるものには、それがどういうメカニズムを通じて具体的な秩序の形成につながるかということとは理論的に切り離されて、もっぱら諸国の規範的な意欲ないし熱望を将来に向けて表示するものも多く含まれるようになっていく。こうした事実は慣習法の既存の伝統的理論における要件論の枠内で十分整合的に説明できるとは到底思われない。証拠として援用されるものが変化したということは、必然的に慣習法概念が変化しつつあることを意味するはずであり、またそのことはこれらの変化がなぜ必要とされるに至ったかを理解することなしには、慣習法という法技術的概念を実効的な国際法の確認、形成のための道具として再利用することができないことを意味するのである。

第二に、現代における「法源論の動揺」といわれる事態は、実は条約による法形成とりわけ立法条約といわれる

範疇に属する多数国間の開放条約の比類なき増大に根をもったものであり、「慣習法化」の問題はそこからいわば派生的に生じている問題ともいえるということである。その意味で、現代国際法の法源について考える場合には、条約特に多数国間の立法的な条約をめぐる法理の展開にも十分注意していくことが重要となる。この問題の考察は、必然的に形式的法源の問題をこえて、実質的法源の問題に立ち入ることを余儀なくする。「条約の慣習化」ということが現在とりわけ議論の対象とされているのは、実はこれら多数国間で締結される立法条約が諸国の普遍的な参加によって国際社会全体に普遍的に適用されることを目指しているにもかかわらず、国際法が「合意は拘束する (pacta sunt servanda)」という法原則に基づく「合意法」とされているために、それら条約も第三国に対しては拘束力を主張できない (pacta tertiis nec nocent nec prosunt) ということとの間の理論的なジレンマを埋め合わせるものが主たる動機となっているからである。こうした動機によって「条約の慣習法化」ということが言われているとすれば、当然にそれら多数国家間条約において取り結ばれた「合意の質」が問題とならざるをえない。つまり、普遍的適用を意図された多数国間条約における「合意」とくに現にある法律問題を調整するための合意ではなく、具体的問題を離れ、主として将来の国家間の関係を規律すべき抽象的な法原則についていわれる「合意」と、伝統的な国際法の妥当性を論証する原則として援用されてきた *pacta sunt servanda* における「合意」(pacta) とが、同じ「合意」という名で呼ばれるからといって、当然に同視してよいということにはならないということである。このことを本稿では、国際法の合意基盤の「二層性」と呼んでおきたい。伝統的な国際法の「合意」観念が国際社会の秩序形成とどのような国際法過程の形象 (image) を通じて結びつくことにより成り立つてきたか、なぜ永らく国際法の存在が「合意は拘束する」という原理によって根拠付けられ、またそうした合意が実際に諸国によって比較的によく守られ、従ってそうした「合意」が秩序の形成に寄与するものと期待されえたかが考察されなければならぬであろう。⁽⁵⁾ こうした考察をふまえて、さらに、多数国間条約における「合意」あるいはその他の規範形成

に関わる合意が、伝統的な合意の観念と結びついてゆくあり方が検討されなければならないのである。この点についてはのちほど留保の制度に関して若干議論を展開してみたいと思う。国際組織の決議や、いわゆるソフト・ローの問題は、いずれもこうした考察抜きには論じることができない問題である。

第三に、法源に関する議論、とくに国際法を認識する手段 (material source) に関する議論は、常に国際社会における紛争解決の方式あるいはその実質に関してどういふ見方がとられているかということと関連させてみていく必要があるということである。たとえば慣習法の成立要件として伝統的に慣行の蓄積と法的信念ということがいわれているが、これはあくまで裁判所による慣習法認定の要件として第一義的な意味を持つものであつて、決していふ慣習法が成立したかという慣習法成立の時点客観的・科学的に特定するための要件であるわけではない。裁判所は少なくとも係争中の事件が発生した以前のいずれかの時点 (critical date) においてある規範が既に慣習法として確立していたことを説得的に認定できればよいのであつて、慣習法の要件に関する議論はそのための法技術的なものにすぎないということである。本来、慣習法は、「記憶以前の過去から」 (from time immemorial) といわれるように、こうした認定が不必要なほどに古くかつ確実なものであつたはずであるから、一九世紀後半になつてこうした要件論を使って慣習法の認定を説得的に理由づけなければならなくなつたこと自体、⁶⁾ 慣習法概念の変容を暗示しているといえるであろう。諸国間の合意の客観的な証拠とされる条約に關しても、契約的・処分的な二国間の条約 (この中には講和条約のように形式的には多数国間の条約であつても基本的には二国間の条約關係に還元できるものも含む) と多数国間のとくに立法条約といわれる条約とは、それら条約が定める事項に關して紛争が生じたときにどのような紛争解決の手續きが想定されているかは、同じであるとは限らないのである。また裁判所の側でも国際社会の中における司法の役割の自己規定が、同じでなければならぬ必然性はない。本稿において「リーガリズム」 (legalism) という言葉はやや批判的な意味をこめて使われるが、それは国際的な利益の対立すなわち抗

争 (conflict) の問題を、既存法を基準とした紛争 (dispute) の解決という形式的問題に単純に還元して自足する立場、つまり究極的に裁判制度の枠内での法技術的解決を法思考のモデルとする立場のことである。二〇世紀になつて国際法の法典化ということが強調されるようになったことと、国際法史上初めて常設的な裁判所が設立されたこととは密接に関連した事実であるが、法源論の再構成にあつては、この関連がいかなる仕方でも実体的な国際社会秩序の形成に結びつくものであるかということそのものを対象化する必要があるのである。

以上の三点は、いずれも、一方で国際法の統一性 (uniformity)、一体性 (integrity) あるいは「統合された運用」(unified operation) を確保しようとする要請と、他方で主権国家がこれらの要請を充足しつつ、なお自己の具体的利益を保護・拡充しようとするしばしばこれと相矛盾する要請を、国際法学の中にどのように取り込んで法技術的に整理していくことが、現代の国際社会の法構造に最も適合するかということに帰着する問題である。そこで本稿の論述を進めるにあつては、国際法を二国間の関係に還元してとらえる立場と国際社会全体 (international community as a whole) を強調する立場とを対比的にとらえる視点を導入しておくことが必要である。前者を本稿では「国際社会の国家間秩序的構成」、後者を「国際社会の統一秩序的構成」と暫定的に呼んでおきたい。⁽⁷⁾ 結論を先取りしていえば、現在の国際法の構造はこの両者の中間に位置付けることによつて、最もよく理解することができるであろう。現代の国際法過程を現象面で特質づける会議外交とか調停、あるいは条約実施の手續きとしての協議制度とかいう制度は、古典的な外交の手續きと純然たる法律的手續きの間にあるものとして理解できると思われる。また後述するような衡平法裁判所 (Equity Tribunal) 構想も、実はそのような中間的な手續きを制度化しようとする試みであつたということもできるのかも知れない。さらに裁判制度の枠内における実際の紛争処理の在り方についても同じ問題が生じていると見ることができると。たとえば国際司法裁判所による法的義務の認定における対抗性 (opposability) の法理の適用や交渉命令判決といったものは、現代国際法過程のこうした構造の中に裁判所が自ら

の位置づけを見いだそうとしたことの一つの健全なあらわれと見る事ができる。そしてまた国際立法をめぐる理論も、一般法の定立過程から個別的な法の適用過程にいたる法と事実の錯綜した過程を、従ってまた国際社会の統一秩序的構成と国家間秩序的構成との困難な調和の過程を、現実の法経験におけるその機能的連関に即して特定していく作業抜きには到底その成果を期待できないのである。本稿では、こうした国際法の法源理論にかかわる問題に接近するための導入として、二〇世紀の国際法学がこの世紀がいくわした新たな課題にどのように対応してきたか、また現代の国際法的思考がその遺産をどう受け継ぎまたどう乗り越えようとしているかを考察してみたい。

二 国際法の規範形成と国際立法の概念

法の形成過程には大きく分けて三つのものがある。これは国内社会でも国際社会でも違いはない。すなわち慣習(custom)と解釈(interpretation and construction)と立法(legislation)である。⁽⁸⁾このうち、「慣習」は無意識的、自生的、非組織的な法形成の過程である。多くの慣習法の規則には古典的先例とされるものがあるのが普通であるが、それら先例とされる国家実行が形成された時点においては、それら事件に関わりあつた人々は、彼らの国家間の関係処理の仕方が将来一般的に適用可能な法の形成に役立つかどうかということに関心があるわけではなく、むしろ具体的な事件を当事者間でいかに合理的にあるいは自己に有利に解決するかが交渉の主要な課題であつたはずである。従って紛争解決のための、あるいは法律関係の確定のための交渉において、過去の先例から法的な規範を抽出し、あるいは国際関係に類推適用の可能な国内法上確立した法の一般原則を引照して、紛争における自己の立場を一般的に適用可能な法規範に準拠したものとして正当化する場合でも、それら規範的言明そのものが直接に実定法規則の形成を根拠づけるわけではないのである。慣習は、こうした交渉の結果としていかなる調整が現実にも

たらされ、いかなる秩序が交渉を通じて帰結されたかという事実の集積のなかで形成されるものである。つまり、慣習においては規範形成は、交渉の過程において「同様の事件には同様の解決をなすべし」という原則が暗黙に適用される結果として、秩序形成の仕方に一定の定型化が可能とされ、その限りでいわば後から認識されうるものではない。その意味で、伝統的な慣習法の概念には常に「後智恵」(hind sight)の要素が含まれることになる。慣習法の証拠となる国家実行は、その意味で、基本的に相互に孤立的であり、また散発的なものと特徴づけることができる。これら国家の実行に統一の意味を与えるために、しばしば交渉のなかでいずれかの当事者が提起した規範的言明が参照されることはあるが、それら規範的言明を直ちに国家の必要的法的確信 (opinio juris sive necessitatis) の表明として捉えることには、以上の意味で問題がある。また交渉の結果として実際に形成された秩序が、交渉中においていずれかの当事者が自己の立場を正当化するために行なった規範的言明と一致したものである保証は全く存在しないのである。

「解釈」は裁判所による法の適用を通じて法が形成される過程である。英米法では裁判所の役割は、基本的に、既存の法を発見し、それを宣明するものとして捉えられ、従って裁判所の解釈は立法的意味を持つものとは考えられていなかった。先例拘束性原理の適用も、先例のなかで既に発見されている法の拘束性に根拠をもつものである。しかしその後、先例拘束性原理に由来する判例法の硬直性が社会秩序の維持、形成にとっての桎梏になるに及び、一三世紀以降、衡平法裁判所 (equity court) が導入された。衡平法裁判所を通じて築かれた衡平法の体系が裁判官法 (judge-made law) ともよばれているように、この裁判所は、単なる法の発見をこえてコモン・ローとは別系列の法を新たに創造することをその役割としたのである。英米のような先例拘束性原理がない国の場合でも、常設的な裁判所の裁判官は判例の一貫性ということに職業的に敏感に反応した結果、裁判所による法典の解釈を通じて統一的な判例の蓄積が可能とされ、結果としては具体的な法の形成が裁判所によって行なわれることになる。

先例拘束性原理が認められていない国際裁判においても、連盟期になって常設国際司法裁判所が設立されたことは、これと同じ意味で、国際法の発達史に新しい時代を画することになったのである。さらに国連期においては、国際法の法典化作業の進捗あるいは多数の立法条約の締結という国際法の形成面における新たな動きに対応して、裁判所は常にこうした一般法の形成の方向に慎重な配慮を払いながら、解釈を通じて、法の変化や新しく定立された法を具体的に確立する役割を多く担うようになってきている。国際司法裁判所については、裁判の本来の機能である個別の紛争を解決する機能よりも、むしろ現行国際法の宣言、結晶化、さらには法創設といった一般性をもつ機能の方が重視されるようになってきているのである。

最後に「立法」であるが、これは意識的、組織的な一般法の形成であることをその特徴とする。近代ヨーロッパ大陸では成文法の法典編纂という形での立法がもつとも通常の法形成の過程であった。判例法が一般法の中心であった英米においても、一八三〇年代以後は、立法による一般法の定立・変更が普通に行なわれるようになってきている。「立法」(legislation) という概念は、およそ合意法としての国際法の本質と概念的に矛盾するものであり、国際法には無縁の概念のように考えられがちであるが、前述したように、国際法の「合意」的基盤そのものが問題とされている現在、国際社会に国内における議会にあたるような立法機能を司る機関、つまり法の名宛人の同意の有無にかかわらず一般的な拘束力を持つ法を定立することを憲法上授權された立法府がないことだけを理由に、国際法における立法概念を否定することはできない。従来、国際法の拘束力が諸国間の合意によって基礎づけられてきたのは、そうした合意のみが諸国の行動を合理的に予測しあるいは他国の行動についての期待を形成する際の信頼すべき根拠であったことによるのであるとすれば、こうした行動の予測あるいは期待の形成のあり方が変化するのに対応して、国際法の合意的基盤そのものが再考されなければならないからである。しかも従来においても立法府によって法が定立されることだけが立法の固有の概念内容とされてきたわけではない。英語の「立法」(legis-

lation) という語は、もっと広い概念であり、たとえば先に述べた裁判官法は judicial legislation と呼ばれることもある。また一九三〇年にハドソンが編集した International Legislation というシリーズは、主として多数国間の立法条約を収集したものであるが、ここには、国際社会においては多数国間で締結される条約という手段を通じて意識的かつ組織的に一般法の定立がなされるという認識があらわれている。わが国においても、連盟期に書かれた論文には「国際立法」という概念が比較的によく使われている⁽⁹⁾。もっとも立法という概念には、制定された法が一般的な拘束力を持つという意味が当然に含まれることになるが、国際立法が条約を通じてなされるとすると、条約の第三者効力に関する国際法原則との関係で理論的な問題が生じるが、この時期には、国際立法という概念を用いることとの関係でそうした点について議論がなされた形跡はない。逆にいえば、この時期には多数国間条約を通じての国際法の法典化がそれ程に期待をもつて迎えられていたともいえる。ただ同時に、後に述べるような「法典化」についてのある特定の考え方が支配していたからともいえることをつけ加えておきたい。

いずれにしても国際連盟および常設国際司法裁判所の設立を制度的な背景としつつ、この時期に国際法の構造変動が徐々に始められたといっても、それ程の誤りはないと思われる。一九世紀後半から現れ始めた多数国間条約、世紀の変わり目をはさんで二度にわたって開かれたハーグ平和会議、およびそこで採択された兵力使用の制限に関する条約や国際紛争平和処理条約も重要であるが、本稿においては、これらはいくまで国際法の構造変動の前史として、とりあえず考察の対象外に置きたい。連盟期の国際法思考の特徴が顕著に現れるのは、大戦後の国際協定の安定期がいよいよ終わりを迎える一九三〇年前後の時期である。そこで以下、この時期に盛んに国際法学者の間で議論された問題をとらえて、連盟期リーガリズムの特徴を探り、これを国連期の法過程と比較してみたいと思う。

三 連盟期の法典編纂

(1) 連盟システムの合意法的基盤

国際連盟は国際法史上最初の一般的国際組織であったが、それゆえに連盟システムの法過程は、一九世紀の国際秩序に流布していた国際法思考を色濃く反映していた。つまり連盟は国際法の国家間秩序的構成にその組織化の拠り所を求めていたのである。連盟規約と国連憲章を比較してみると幾つかの顕著な差異を認めることができる。

第一は、連盟規約の紛争処理に関する条文中で、連盟そのものを行為主体として規定する条文は第一条だけで、他の規定は行為を義務づける際に、すべて連盟ではなく各「連盟国」を名宛て人として規定していることである。また国連憲章第一条の目的条項が国連を主体として規定されているのに対して、これに比すべき規約前文は、単に「締約国」の義務を定めるに止まっている。このように連盟規約においては、概して組織体としての連盟に関する規定は簡単で、むしろ連盟国の義務が詳細に規定されているのである。つまり連盟は一般国際組織ではあったが、その実体は従来型の主権国家間の国際協力のための組織という性格が強かったといえよう。その意味で、しばしば連盟は、*it* (単一の組織体) ではなく *they* (加盟国の集合体) であつたと表現されてきている。⁽¹⁰⁾ 連盟が「常設的な国際会議体」とも呼ばれるゆえんである。

第二に、第一の点とも関係することであるが、紛争の平和的解決とりわけ裁判による解決が強調されていることである。これは国連憲章の第三六条三項と比較してみれば明らかである。規約第一三条は、判決に服する連盟国には戦争に訴えないこと、判決にしたがわない国があるときは理事会が必要な処置を提議すべきことを定めている。しかも「裁判に付しうべき紛争」の四つのカテゴリーが明示され、紛争の重大性いかなを問わず、外交手続きによる解決が不調に終わった場合には、これを裁判で解決すべきものとしているのである。こうした点において、連盟

規約は明らかに「外交手続きから法律的手続きへの移行」⁽¹¹⁾を連盟システムの法過程の基本的な枠組として採用しているのである。常設国際司法裁判所の設立はこうした移行に制度的表現をあたえるものであった。さらに実際に常設国際司法裁判所に求められた勧告的意見の相当部分が、本来、裁判所の判決手続きによって処理されるべき二国間の紛争であったことは、連盟理事会が単に裁判所に紛争を付託するための便宜的な手続きとして使われたことを示唆するものである。これは、一方で判決の拘束力を回避しあるいは連盟規約の枠組の自動的な発動を抑制しようとする同時に、他方で主権国家としての自国の尊厳を保持しつつ、紛争を究極的には法律的手続きにのせて解決しようとする国家のぎりぎりの選択の結果と見ることができるといえる。こうした傾向一般を本稿では「連盟リーガリズム」と呼んでおきたい。

第三に、平和的変更に関する連盟規約第十九条は、「連盟総会ハ、適用不能ト為リタル条約ノ再審議又は継続ノ結果世界ノ平和ヲ危胎ナラシムヘキ国際状態ノ審議ヲ随時連盟国ニ逡憑スルコトヲ得」と定めていたが、そこにおいても、まず適用不能となった「条約の再審議 (reconsideration)」が定められているように、後発的な履行不能が生じたような場合（つまりいわゆる「事情変更の原則」の適用が問題となりうる場合）において、合意改定を逡憑することが連盟にとっての法の変更の主要な課題とされていた。連盟規約におけるこうした平和的変更に関する権限の制約は、条約の再審議が強調されるあまり、条約遵守の義務が脆弱なものとなることが危惧されたためである。連盟総会が再審議を求めたとしても、条約当事国たる加盟国にとってはそれはあくまで勧告にすぎないものとされ、また条約の改定に同意するかどうかも専ら締約国の自由な裁量に任せられているのである。これに対して国連憲章第一四条は、連盟規約第十九条をうけて規定されたものであり、その意味で条約の改定をも当然含む規定であると解されるが、同条はより広くかつ一般的用語により、総会が「その起因にかかわりなく、一般的福祉又は諸国間の友好関係を害する虞があると認めると認めるいかなる事態についても、これを平和的に調整するための措置」を勧告

することができ旨定め、「平和と安全の維持」に関わるか否かを問わず、いかなる事態についても国連が関心をもつて措置を勧告する権限を認めているのである。そこにおいては条約改定だけが主要な関心事とはされていない。⁽¹²⁾

このように、連盟システムは国際社会の国家間秩序的構成とリーガリズムという二つの特質をかね備えていたと特徴づけることができる。もう少し敷衍して述べれば、国家の具体的合意を国際秩序維持の基盤としつつ、その合意の実現を究極的には裁判によって強制し、また副次的に合意改定を援助するという仕組みになっているわけである。

(2) 法典編纂の性格

しかしながら、連盟と常設国際司法裁判所の設立によって喚起されたリーガリスティックな法思考が現実の有効に機能するうえで厄介な問題があった。それは裁判規準となるべき国際法の不備、非体系性、あるいは不明確性、さらには伝統的な一般国際法が慣習法として生成してきたことの必然的結果として、それが社会的条件の変化への即応性を欠如していたという問題である。こうした国際法の欠陥は、「外交の手続き」を中心として構成されてきた連盟期以前の法過程においては、さほど意識されなくて済んだ。というのは伝統的な法過程の中においては、外交交渉の当事者は、適用可能な法がなかったり、法を適用した結果が不満足なものであれば、新たな合意を交渉し、締結すればよかつたからである。しかし連盟システムの法過程の枠組みにおいて、法律の手続きが外交の手続きから分化し独立した結果、慣習国際法のもつこうした特性はただちに連盟リーガリズムの根底を揺るがすものとなりかねない。それゆえ連盟総会は当初から国際法の法典化という課題に取り組むことになる。大戦後の混乱がほぼ收拾されて国際協調の安定期が訪れた一九二四年、連盟総会は法典化の作業に具体的にとり組み始める。そしてその後、法典化に適する課題の選別等の準備期間を経て、一九三〇年になって連盟はようやく法典編纂会議の開催

に漕ぎつけたのである。

この連盟期の法典化は、*codification* という名前で呼ばれているが、それが目指したものは、慣習国際法の現行実定規則の単なる再述 (*restatement*) あるいは成文化にすぎないものではなく、むしろ一般的に適用可能な新たな国際法の創設であったのである。一九二四年の連盟総会決議は、「国際法の漸進的法典化」(*progressive codification of international law*) あるいは「法典化による国際法の発達」(*development of international law, inter alia, by codification*) という言葉を使っている。⁽¹³⁾

この用語法は、特にイギリスの学者の間にはある種の混乱とこの作業への無関心の態度を生み出した。というのはイギリス法の用語においては *codification* というのは判例法の成文化、文字どおりの法典化のことであり、これは国際法学者本来の仕事であり、その目的は先例参照の便宜を図ることに止まるものと考えられていたからである。決議での *codification* の用語法から、連盟の法典化の目指しているものが実は *legislation* であることを予期した彼らにとって、統一法の制定としての大陸法型の法典編纂はあまり親しみがなかったばかりでなく、一種の違和感さえあるものであった。イギリス人の学者の多くは、先例形成による法の漸次的な現実への調整を好んでいたし、それが彼らの実践的な理性に合致していたのである。イギリスの法史のなかで、判例法が先例拘束性原理によつて身動きがとれなくなつたとき、イギリス人がまず考えだしたのはコモン・ロー裁判所とは全く別個かつ無関係にエクイティ裁判所を設け、個別事件に合理的な解決を与えることであつた。立法という手段を導入するのはようやく一九世紀中葉以降のことである。こうした法経験をふまえてイギリスの学者の多くは、国際社会についてはようやく常設的な裁判所が創設されたばかりであり、その首尾の好し悪しを見るいとまもなく、法形成の手段として立法という形式を性急に導入する必要があるとは考えなかつたのである。また何よりもそれは法律家の仕事ではなく、政治家の仕事と考えられていた。もちろんセシル・ハーストのように、コモン・ローの場合とのアナロジー

を過度に押し進めることに反対する学者もいないわけではなかった。しかしまたフィッシャー・ウイリアムズのように、連盟の法典編纂事業が、国際法における法的思考の潜在的対立をかえって顕在化させる危険を強く危惧するものもいたのである。一九三〇年前後の時期には、国際法における英米法主義と大陸法主義の対立を論じた論文が散見されるが、⁽¹⁴⁾ 这样一个問題が議論された背景には、実は法典化ないし立法事業そのものに対する考え方の違いだけでなく、それら立法を踏まえてなされる国際裁判における訴訟手続きに関する両主義の間での対立、特に証拠手続き（とりわけ条約の準備草案起草過程の法的評価）あるいは多数国間条約の解釈にかかる判決の先例拘束性の問題等があつたのである。いずれにせよイギリスの学者にとって、新たに設立された常設的な国際裁判所における判例の積み重ねを通じて漸進的に法形成がなされることが、国際法の統一的発展にとつては好ましいものであり、法の発展・形成の過程にむやみに政治的考慮の介入を呼び込むことは極力回避さるべきことと考えられたのである。

いずれにせよ法典編纂会議は国籍に関しては条約を採択したものの、最も伝統的な法領域である領海と国家責任についてはついに成果をみずに終わった。この結末は用語の文字通りの意味における法典化ということからするとやや奇異に感じられる。というのは、国籍に関する問題（重国籍、無国籍）は既存法の状態の不都合を除去する目的をもって審議されたものであつて、明らかに立法的な意味を持つていたのに対して、他の課題は多かれ少なかれ慣習的な実定国際法上の規則が確立している分野のものであつたからである。たとえば領海に関しては、一般の航行の権利、領海の法的地位、沿岸国の権利の性質、基線、接続水域など海洋法の重要な問題については概ね合意が存在していたにもかかわらず、領海の幅員について合意ができなかつたということだけのために、条約全体が廃案にされてしまったといつても過言ではないのである。国家の領海に関する権利義務を具体的に特定するためには、国家の慣行に対立があつたが故に、たしかに領海の幅員を確定し各国の領海の外部的限界を画定することが不可欠の前提となる。しかし法典化が慣習国際法の実定規則の単なる成文化、体系化として捉えられていたならば、なに

も条約全体を廃案にすることもなかったわけである。その意味で、一九三〇年の法典編纂会議の失敗には、リーグリズムを貫徹するために障害となる国家の慣行の対立を、統一法の制定によって乗り越えようとする考え方が色濃く影を落していたといえる。このことはこの法典編纂会議の結果を受けて一九三〇年に連盟総会が採択した決議が、一九二四年の決議よりさらに一層明確に、法典化の意義は慣習法ルールの定式化、成文化にあるわけではないと規定していることにはつきりと表われている。連盟期の法典化が「立法的法典化 (legislative codification)」と呼ばれているゆえんでもある。

(3) 連盟リーガリズムの完成

法典編纂会議が失敗したことは、しかしながら、連盟リーガリズムを弱めはしなかった。一九二〇年代の相対的安定期の中で、常設国際司法裁判所はそれなりに実績を積み、国際平和の維持における裁判の果たす役割についてある種の楽観的な見通しが共有されたことが、連盟期リーガリズムにかえって弾みをつけたとさえいえる。この転機となったのは、一九二七年のローチウス号事件判決ではなかったかと思われる。この判決は、国家がその領域外で主権を発動することは、国際法の属地主義の原則のもとでは、これを特別に許容する規則がなければ禁止されるが、逆に国外で行なわれた行為に関して立法管轄権を及ぼし、かつ自国領域内で裁判権を行使することは、これを禁止する国際法の明示の規定がなければ許容されるとしたうえで、この点について国際法は国家に広範な自由を残しており、いずれの国も最善かつ最適と判断する原則を自由に採用することができると判旨した。つまり特に立法管轄権に関して、国際法が明示的に禁止していない場合には、国際法が当該管轄権の行使を許容していることが推定されるという趣旨である。この論理はさらに敷衍されて、国際法が明示的に禁止していないことは、国際法によつて許容されているといういわゆる「一般的許容原則」の主張に一つの根拠をあたえることになる。裁判所はさらに各国の制定する規則に多様性が見られ、しかもそれが他国による反対または異議の申し立てを受けなくても

いるのは、国際法が明示的に禁止する場合を除いて、国家に残している広範な自由ゆえであるとし、また多年にわたり各種の法分野で条約作成が努力されているのも、それら自由にもとづく各国の管轄行使の多様性から生じる不都合を除去するためであると述べた。逆にいえば、そうした条約あるいは慣習法の規則に特別の禁止規範が存在することが立証されないかぎり、国際法による許容が推定されることになるのである。一九三〇年の法典化の唯一の成果である国籍に関する条約の採択は、このローチュス号事件における裁判所の論理を国際法の規範形成の面でもさに体現したものであったのである。

この一般的許容原則の法理は、一九二〇年代における経験を踏まえて裁判所を国際平和の究極の拠り所とする立場にとつては、きわめて都合のいいものであった。というのは国家を具体的かつ特定の義務付ける国際法が存在しないことは、法の不備、法の欠缺ではなく、むしろ法による許容を意味するものと積極的に捉えることが可能になったからである。具体的かつ特定の義務を受諾し、あるいは法に拘束されることに合意しない限り、国際法は国家に広範な自由と裁量を許していることになる。こうして国際平和を確保するための処方箋として義務的裁判制度の確立を説く立場にとつての最大の難関であった法の不備、法の欠缺の問題が乗り越えられることになったのである。一九三〇年の法典編纂会議の失敗にもかかわらず、むしろ一九三〇年代に入ってから、従来から議論されてきた法律的紛争と政治的紛争の区別を否定し、法の論理的完全性と全ての国際紛争の裁判可能性を論証する議論が最盛期を迎えることになる。ローターパクトが「国際団体における法の機能⁽¹⁶⁾」という著書を表したのは一九三三年のことである。その外、セル、ケルゼンなど著名な国際法学者が、ほぼ同様の時期に結論において同様の趣旨のことを論じている。⁽¹⁷⁾ 裁判において被告の側における義務の存在と義務違反を立証するのは原告の責任であり、原告がこれに失敗する場合には、裁判所は端的に原告敗訴の判決を下せばよい。⁽¹⁸⁾ これが一般的許容原則の論理的帰結であり、全ての国際紛争の裁判可能性の根拠とされた。裁判はこうして法的な現状を保守する機能を担わされることに

なる。ここにわれわれは連盟期のリーガリズムの極致を見ることができるのである。

(4) 国際衡平法裁判所構想

しかしながら、皮肉なことに一九三〇年代はこうした形式論理で裁判の有効性を説得することができないほどに、国際関係が不安定化し、法的現状に不満を持つ国の圧力が強まりつつある時期であった。E・H・カーは、この時代を評して、国際法あるいは連盟規約の用語がこれほど政治を動かす力を失った時代はないという趣旨のことを述べている。⁽¹⁹⁾

もつとも法典化の失敗と形式論理の偏重に陥ったりリーガリズムによつて生じた国際法の閉塞状況が国際法学者によつて座視されたわけではない。これをいかに打破するかが国際法学の次の課題となる。そのことを端的に表しているものの一つに、国際衡平法裁判所の構想があった。この構想は一九三〇年代の半ばに、主としてアメリカの国際法学者を中心として提案されたものであるが、これにはスコット、シュバルツエンバーガー、フリードマン等が参加している。⁽²⁰⁾ この構想は、国際関係の多くの重要な事項が全く無規律の状態にあるか、または国際社会の重要な条件の変化にもかかわらず国際法が修正されなまま不備の状態にあるという認識、つまり形式的あるいは実質的な法の欠缺の認識から出発している。法の形成の手段としての慣習の不備、限界、および法典編纂会議の失敗の経験に根差した立法による法形成への不信が、第三の道としての解釈による法の形成に期待をつないだのが、この構想の核心である。

この構想の特色は次の点にあった。第一に、イギリスの初期のエクイティ裁判所がそうであったように、硬直化して時代に遅れた慣習法の実定規則の適用を排除して、個別事件の具体的に妥当な解決を目指すものであり、常設国際司法裁判所規程第三八条一項(b)の「衡平と善」のような既存法との調整は一切顧慮しないことである。⁽²¹⁾ その意味でエクイティは、個別事件に妥当な解決を与えることにより、新たな法を生み出すきわめて根源的な法の変更・

定立の手續きであることになる。第二に、それゆえエクイティ裁判所の裁判官は専門的な法律家ではならず、イギリスの場合に、ウールジー大僧正、シャフツベリ卿、トマス・モアあるいはフランシス・ベーコンなどの大法官がその任にあたったように、法の技術に習熟した政治的人間、つまり「法律政治家」としての資質 (judicial statemanship) ⁽²²⁾ が要求される。

しかしながらこの構想によつて連盟期リーガリズムが清算されえたわけではないことには注意を要する。不戦条約の実効を確保すべく連盟総会が採択した一九二八年のジュネーヴ議定書が、全ての紛争を平和的解決制度に取り込むために、紛争当事国が互いに権利を争う紛争については司法裁判への付託を義務づけ、またそれ以外の紛争に關して仲裁裁判を用意し、さらにそれら紛争について国際法の準則が存在しない場合には、裁判所に衡平と善による解決を認めたときに問題となつたのと同じように、⁽²³⁾ この構想は法律の手續きであるはずの裁判所を友宜的調停者 (amiable compositeur) の地位に置くことになり、また紛争を利益対立のレベルで解決しようとするものにすぎないという面があるからである。まず国際社会においてこうした任に耐え得る法律政治家を調達することができる見込みがないことが問題である。それは個人の能力の問題ではなく、国際社会と国内社会との構造の違い問題、あるいは社会的な結合の強さの度合いの問題だからである。また連盟期リーガリズムが外交の手續きから法律の手續きを分化させたのと対照的に、エクイティ裁判所構想は法律の手續きの見せかけのなかに外交の手續きを持ち込む結果に陥る。これはリーガリズムよりもっと危ない方向ともなりうるものである。国際社会においては利益の対立はあくまで外交の手續きによつて調整されるべきものである。以上の意味で、この構想の基本的な誤りは、ジュネーヴ議定書がそうであつたように、全ての紛争を究極的には裁判による解決制度のなかに取り込むとする all-inclusive なフォーミュラを前提としてあることにある。その意味で、この構想も依然として姿をかえた連盟リーガリズムの一つの表れといふことができる。

こうして国際法概念が政治の力を取り戻すための努力は、二度目の大戦の後の世界の課題として持ち越されることになった。

四 国連期における規範形成

以上において、連盟期の国際法学の特質が、国際社会の国家間秩序的構成という点ではまだ伝統的な国際法思考の中にありつつも、そこに現われた新たな制度的な枠組み、つまり一般的国際組織と常設国際司法裁判所の設立によって、伝統的思考にかえてリーガリズムの完成に向けての様々な試みがなされたことにあるという点が明らかにされたと思う。外交の手続きから純然たる法律的な手続きを分化させ、自立させようとしたリーガリズムは、しかしながら結局、政治を動かす力を失い、また立法的法典化という形での統一法の形成の試みもリーガリズムと運命をともにした。その意味で、国際立法という規範形成の手続きが真に有効であるためには、第一に、国際社会の統一秩序的構成がなんらかの意味で制度的な表現を与えられること、第二に、国際法思考をリーガリズムの拘束から解き放ち、国際法における統一法の要求と個別国家の利益主張とを結びつける新たな理論的なコンセプトを見つげだすこと、第三に、国際裁判に新たな位置づけを与えることによって、外交的手続きと法律的手続きとの新たな関係を見出す必要があることが、了解されるのである。

こうした視点からみると、国連システムおよび国連を中心とした第二次大戦後の国際社会の法的展開は、それ以前に比べて顕著な変化を実現してきている。私は別稿において、⁽²⁴⁾そうした変化を前提にして、その変化が法源理論の再構成をいかる意味において必然化しているかについて論じた。議論の詳細はその論文に譲るとして、本稿においては、幾つかの論点に絞って、国際立法という概念が国連システムのなかでいかにその存在基盤を論証され得るか

ということについて述べてみたい。

(1) 国連システムの法構造の特色

連盟システムの特質について国連憲章に言及しつつ述べたように、国連システムは連盟に比べてより国際社会の統一秩序的構成に進んだ組織である。それは連盟が *they* として捉えられたのに比較すれば、格段に *it* としての性格を強めた組織であるといつてよい。その意味で一体としての国連 (UN as a whole) は、国際社会の統一秩序的構成に制度的な表現を与えるものであった。国際社会の構成員たる国家によって構成された国際組織が、それら国家と並んで国際法の主体としての地位が与えられるようになってきているのもその一つの表れである。しかし本稿の主題との関係では次の二つの点を強調しておくことが適当である。第一は、国連システムのなかにおける紛争の平和的解決の意義の問題である。第二は、国連の意思形成における多数決制度の採用、及びその変形としてのコンセンサス制の導入である。

第一に、国連憲章は紛争の平和的解決手続きの当事者による選択の自由を大前提としている。これは一九七〇年の友好関係宣言でも確認され、かつ憲章のみならず国際法の基本原則と宣明されている原則である。もちろん法律的紛争が裁判に付託されるべきことは奨励されているが、連盟期において裁判に紛争解決の中心的な位置づけが与えられていたのに比べれば、国連憲章における裁判の扱いは極めて副次的あるいは周辺のなものである。この手続き選択の自由は、紛争解決の根本を当事者の自発的な意思の合致に求めるものであり、またそうした意思の合致は最終的には外交的手続きのなかで確認されるはずであるから、それは「外交の手続きの復権」という意味を含むものと理解することができる。これは連盟規約が戦争禁止の実効化の裏付けを裁判制度に求めていたのとは対照的である。つまり憲章では、裁判は戦争の紛争解決機能を平和的に代替する中心的な手続きとはみなされていないのである。したがって、裁判という法律的手続きのなかに紛争を押し込めようとするリーガリスティックな法思考は憲

章の枠組みとはそぐわないものとなる。憲章が戦争の禁止ではなく、武力行使の禁止という規定の仕方をしているのも、憲章起草者の意図は別のところにあつたにせよ、結果的にはリーガリズムの見直しを迫るものとなる。すなわち憲章は外交を中心とした紛争の解決努力において、武器にかえて国際法の概念を「用いる」ことを義務づけたといえるのである。もちろん、裁判と違って、外交において国際法の概念を用いることは、既存の国際法のルールを適用して紛争を解決することが義務づけられることを意味するわけではない。むしろ逆に外交の手続きのなかでは、既存の法のルールが何を国家に指示しているかは一つの考慮要因でしかない。外交の手続きによる紛争の解決は、司法過程でも立法過程でもありえ、したがって国家は法の変更を要求することもできる。こうして連盟期のようなリーガリズムは排斥されることになる。

外交の手続きの復権は、国際社会の国家間秩序的構成を呼び戻し、統一秩序的構成をかえって後退させるものように思われるかもしれない。もちろんその危険は否定できない。しかしそれ故にこそ、国際立法という概念を国際法の体系のなかに取り込み確定しておく必要があるのである。この点で連盟規約が個別国家間の条約あるいは具體的な法の現状の平和的変更を規定していたのと違って、憲章では、一般法としての「国際法の漸進的発達及び法典化」が国際協力の一環として規定されていることを想起しておく必要がある。国連システムが国際社会の統一秩序的構成に立っていることを注意しつつ、外交の手続きが運用されていかなければならないわけである。なぜなら国家は主権国家であると同時に一体としての国連の構成員でもあるからである。

第二に、国連システムの意思形成手続きも国際社会の統一秩序的構成を前提にしている。連盟システムにおいては、「全会一致」(unanimity)の原則が基本とされていた。これは連盟がthey以上ではなかったことに対応する。連盟国は連盟の構成員としてではなく、主権国家として連盟の場が集まっていたのである。これに対して国連システムでは多数決制度が導入され、国連の意思は多少の国の反対があっても形成され得るようになったわけである。

その後いわゆるコンセンサスによる意思形成が普及するが、これも全会一致の制度とは似て非なるものである。というのは全会一致は反対の意思の不存在を確認するために表決をとり合意を確定する手続きであるのに対して、コンセンサスは非公式協議を通じて賛成の意思を確認して総意を形成する手続きだからである。コンセンサスにおいては、会議の議長が「総意により採択されたものと認める」と宣言することにより、会議体の意思が形成される。それは多数決の表決において明確な賛成票を投じることによって将来にコミットすることから生じる危険を負担することなく、議案に賛成することを可能にする。非公式協議での取引きに拘わらず、国家は将来具体的な問題が発生した時点における外交交渉の過程で、採択された文書の解釈を必要に応じて争いうるし、また多くの場合採択された文書はそうした余地を多く残すような内容を持つ。いずれにしても、会議体としての意思は、よりスムーズに形成される。それゆえ外交の手続きの復権といっても、国連システムが不断に形成する意思を通じてコントロールされることになる。⁽²⁵⁾この問題は、とくに国連海洋法条約の締結過程が将来の立法モデルとなり得るかどうかという評価に関わる問題である。

こうして国連システムにおいては、国際社会の統一秩序的構成を現実担保するために国連の規範形成機能が不可分のものとなる。またそれなくしては、外交の手続きの復権も法の平面から逃れ出て、専ら利益の対立という平面に移し替えられてしまい、国際法の言葉が政治を動かす力を永遠に失ってしまうことになるのである。ところで国連時代に入つて、いくつかの点でこうした方向にむけての国際法思考の在り方に大きな変化をもたらす契機があった。その第一は、国際司法裁判所のジェノサイド条約事件における勧告的意見であり、その第二は、国際司法裁判所の幾つかの判決のなかに見られる国際社会における裁判の機能に関する裁判所自身の見方の変化である。

(2) ジェノサイド条約事件と条約目的の自立化

ジェノサイド条約事件⁽²⁶⁾において国際司法裁判所は留保に関していわゆる目的との両立性基準 (compatibility test)

を採用した。それは条約の一体性と条約への普遍的参加の実現という二つのしばしば相矛盾する要請の間に妥協を図るためである。もともと留保制度そのものがこうした妥協の所産であることは、連盟時代においては留保が、条約の一体性を確保するためごく例外的にしか、すなわちすべての条約当事国が留保を受諾する場合を除いて、効力をもちえなかったことから明らかである。また例外的に条約が明示の規定によって特定の留保を許容している場合には、許容された留保に関しては他の締結国はかえってこれに異議を申し立てる権利を制限されることになったのである。こうして、留保が効力をもつ極く例外的な場合（この場合でもその留保は留保国と他のすべての締結国との間で一律に効力をもつ）を除いて、条約の一体性はほぼ完全に維持されえたのである。連盟期において全会一致の原則 (unanimity rule) を守るためにこのように厳格な留保の法理を維持しえたのは、一方で連盟がヨーロッパ国際連盟ともいわれたように、共通の文化的基盤を持ちかつ相対的に均質の国家を中心とした組織であり、他方で条約の目的を達成する上で非西欧諸国を含む諸国の普遍的参加を必要とするような事情が例外的にしか存在しなかったためである。連盟では、単一の条約について締約国の引きうける義務が区々に異なることは、法律関係を複雑にするだけでなく、延いては法的義務の実効性を損うものとして、受け入れ難いことであった。その意味で連盟期においては、条約の一体性を確保することそのものが目的であったのではなく、締約国の引き受ける義務の斉一性への考慮が結果として条約の一体性を現出したといえることができる。というのはこの unanimity rule の下では、論理的にはすべての国が受諾しさえすればいかなる留保でも許容されえたからである。⁽²⁷⁾

留保に関してジェノサイド条約事件で採用された条約の目的との両立性の規準は、全く別の結果を導くものであった。条約が明示的には許容も禁止もしていない留保についても、まずそれが条約目的と両立する留保であるか否かが問題とされるようになる。もしそれが条約の目的と両立しないならば、それは許容されない留保となり、他の締約国はこれを受諾することを差し控える義務を負うことになるのである。逆にそれが目的と両立するものであ

る場合には、留保を受諾するかこれに対して異議を申し立てるかは他の締約国の自由とされ、かつそれぞれに応じて留保の効果、つまりその対抗力 (opposability) が異なることになる。留保の効果が異なるということは、権利義務関係が同じ一つの条約の締約国の間でも区々に異なりうるということであり、従って各国の外交的裁量に依じて条約の一体的運用がなされないということでもあるが、重要なことはそのことによつて条約そのものの一体性 (integrity) は全く損なわれるわけではないとされることである。条約上の権利義務の具体的内容が留保により厳密には締約国相互の間で異なることになつても、条約の目的の実現にとつてはそれは些末なことであるとする考え方が導入されたわけである。つまり留保に関する両立性規準の導入は、立法的意味を持つ多数国間条約において、国際社会の統一秩序的構成を助長するものとなる。締約国間の権利義務関係の些細な差異は、条約の目的を実現するためには不可欠とされる条約への普遍的参加を獲得するために無視される。こうしたジェノサイド条約事件における裁判所の判断は、ウィーン条約法条約においても基本的に受け入れられた。その意味で多数国間条約一般について今や国際社会の統一秩序的構成が妥当するようになったといふことができる。

ところでジェノサイド条約事件において裁判所は以上よりさらに進んだ立場をとつてゐる。すなわちジェノサイドの禁止は専ら人道的かつ文明的な目的のために採択されたものであり、しかもそれが普遍的国際組織としての国連総会のイニシアティブによつて採択されたものであることから、この条約の締約国はこの条約に関してそれ自身の利益というものをもち、締約国は条約の存在目的であるより高い目的を守る専ら共同的な利益のみを有しており、従つてこの種の条約に関しては条約目的と両立する些細な留保については他の締約国は異議を申し立てる権利を制限されるということである。この異議を申し立てる権利の制限は、条約の絶対的一体性という契約的觀念からは決して出てこないものである。⁽²⁸⁾ その意味で、ジェノサイド条約事件における裁判所の判断が、国際社会の統一秩序的構成に則つたものであるということがより強くいえるであらう。

ウィーン条約法条約はこの判断を採り入れて留保について規定したが、両立性規準の適用に関しては何も規定していないため、留保が条約の目的と両立するか否かを誰が判断するかについて学説上問題が生じることになる。⁽²⁹⁾ もし両立するか否かが締約国の判断に委ねられ、従って締約国の全く自由な裁量で両立性規準が適用されるのであれば、留保の問題は許容性の問題では全くなくなり、専らその効果の問題に還元されることになる。そうなれば留保にかかる条約の実体は結局は二国間の条約に還元されることになり、多数国間条約というものも結局は多数の二国間条約をとり結ぶための便宜的手段ということになってしまふであろう。その意味で、両立性規準の導入を意味あるものにするためには、両立性の判断を任されている各国外交当局が、国際社会の統一秩序的構成に留意し、条約の目的の実現を最大限追求する姿勢を持つことが要請されることになる。外交の手続きにおいてこうした配慮が積極的になされることは、逆に見れば条約の目的によつて外交がコントロールされることを意味する。かくして条約の目的が、条約上の具体的権利義務から自立して多数国間条約に立法的意味を付与することができるようになるわけである。

(3) 交渉命令判決と對抗性の法理の法機能

つぎに、常設国際司法裁判所について既に述べたように、常設的な国際裁判所の設置はそれまでの *ad hoc* な仲裁裁判と違って、判例法理の一貫性への配慮を通じて、判例の組織的な蓄積を可能にしたわけであるが、それにより国際法の形成、発展において裁判所の判決の持つ意味が飛躍的に増大することになる。しかし裁判の機能は本来、付託された紛争に既存の法を規準として妥当な法的解決を与えることにあり、裁判の法創造機能はあくまでこの紛争解決機能に付随的なものである。このため裁判は、法の発展変動の時代には保守的な機能を含む結果に陥りやすいことになる。とりわけ国際社会のように、新しい規範形成の要求が裁判規範性をもった法に結晶化するまでに相当の時間を要するような場合には、特にそのようにいえる。その意味で、国際司法裁判所が下した判決のいくつ

かのなかで裁判所によって示された判断は、国連システムの中での規範形成の全般的過程において、国際法を適用するということがもっている意味を、裁判所がどのように捉えているかを示唆するものとして重要なものと思われる。

その第一は、裁判所が事案を解決するにあたってしばしば用いる「対抗性」(opposability)の法理である。⁽³⁰⁾たとえば国際司法裁判所はノルウェイ漁業事件において、⁽³¹⁾イギリスの主張する湾口一〇カイリ規則は未だ国際法の一般規則たる権威を取得しておらず、従ってノルウェイには対抗できないといい、また逆にノルウェイの国内法による領海の限界画定の方法は国際法に違反しておらず、イギリスに対して対抗できると判旨した。後者について判決は、まずノルウェイによる直線基線の設定を、この水域の特殊な歴史的地位にもとづく一般法の例外ではなく、一般国際法の特別な場合に対する適用として捉え、可能な幾つかの直線のいずれを選択するかは沿岸国が選択することが最も適当であるとしたうえで、その基線が海岸の一般的方向、陸地との密接な関連性、長期にわたる現実の経済的利益という考慮を充たしていれば国際法の違反とならないという一般法上の論理を明らかにした。そしてノルウェイが選択した直線基線が、こうした考慮を充たしていることを確認した後、その事実の公然性、国際社会一般の黙認、イギリスの当該水域についての関心からみて、イギリスに対して対抗できるとしたのである。

この判決の対抗性の法理はやや理解に苦しむところがある。というのは、ノルウェイの設定した直線基盤が国際法に違反していないことを裁判所が認定した以上、もはや黙認とか事実の公然性などの要件をならび立てて、それがイギリスに対して対抗性を持つかどうかを論じる必要はまったくないはずだからである。逆にいえば、この対抗性の法理は、ある国内法上の慣行あるいは条約上の慣行が極めて強く地域性をもつものである場合に、その事実の不知からこれに抗議する機会を持たなかった国との関係では、たとえそれら慣行が国際法に違反するものでなくとも当然には対抗性を持たないということ認める法理となる。もちろん事実の公然性があれば、これに一貫して反

対しなければ對抗されてしまうという意味も含んでいることになる。いずれにしても對抗性の法理が、国際法に違反していないという裁判所の認定とこれを前提する判決の効力を、当該事件限りのものに局所化 (localize) することを目指したものであることは否定できない。本稿での問題は、どうしてこうした法理が使われたかということにある。

この問題を考える場合、直線基線に関する国際法の動向がいかなるものであったかを思い出す必要がある。判決自身が触れていることであるが、先に述べた一九三〇年の国際法典編纂会議において、基線に関してはかなり厳格な低潮線の適用（「海岸のすべての屈曲に従った」基線）が考えられていたのであるが、同時に湾、海岸に近接する島、群島などについて、多くの例外を認めなければならなかった。結局、領海制度に関する法典化は実を結ばなかったため、問題はそのままもちこされたわけである。こうして裁判所がノルウェイの設定した直線基線を一般法への例外として認知する道を避け、あくまで一般法の特別の場合への適用の問題として捉える一方で、對抗性の法理を用いてその効力を限定しようとした背景には、基線に関する一般法の発展の方向を阻害することなく、しかし同時に一般法の確定をあくまで国家間のレベルにおける合理的な判断に委ねようとする考慮が働いたと見ることができる。對抗性の法理は問題となっている国内法や国内的な一方的措置、あるいは個別の条約の一般国際法上の有効性を認めながら、同時にその具体的な効力の問題を二国間の関係に還元することを裁判所に可能するのである。⁽³²⁾ 對抗性の法理の適用はノッテボーム事件⁽³³⁾においても見られたが、この場合も、紛争当事国が加入していなかった一九三〇年の国籍に関する法典化条約の主旨を裁判所が一般法として認定しつつ、同時にリヒテンシュタインの国籍法の効力そのものを判決が左右するのを避けるために、對抗性の法理が使われていると見ることができ。北海大陸棚事件⁽³³⁾においても、またすぐ後で述べる漁業管轄権事件においても、對抗性の法理は重要な役割を果たしている。注意すべきことはこれらの判決がいずれも、国際法の変動が顕著な分野における判決であり、またそれゆえそ

の後の国際法の発展において極めて重要な先例として作用したということである。

国際司法裁判所が一般法の形成への胎動という時代の流れのなかで、法適用過程が果たすべき役割をどう考えているかということを示すもう一つのものに、交渉命令判決がある。これが最も中心的に議論されたのは、漁業管轄権事件⁽³⁴⁾においてであるが、北海大陸棚事件においても結果的には同じ結論が導かれている。漁業管轄権事件において裁判所は、アイスランドが設定する五〇カイリ漁業水域からのイギリス漁船の排除が、国際法の認める優先的漁業権の主張をこえて排他的漁業権を主張するものであり、公海自由の原則を侵害すると認定し、従つてこの漁業水域の設定はイギリスに対して対抗できないと判旨したが、五〇カイリの漁業水域の合法性そのものについての判断は回避した。ここでも対抗性の法理は裁判所の判決が国際法の発展を陥害しないようにするために慎重に使われているわけであるが、この判決はさらに、アイスランドの措置がイギリスに対抗できないということは、イギリスが当該水域においてなんらの義務を負わないというのではなく、アイスランドの同水域における漁業への依存度を考慮し、衡平な漁獲を確保するために必要と認められる措置を共同でとるために交渉する義務を負うと判旨したのである。この交渉命令判決については、それが紛争の解決を目的とする司法の適切な機能といえるかが問題とされたが、⁽³⁵⁾裁判所はこの交渉義務を、「両当事者のそれぞれの権利のまさに本質から流れ出るもの」であり、従つて「司法的任務の適当な遂行にあたる」と判旨した。この事件に先立つ北海大陸棚事件において裁判所は既に同様の形で、紛争の最終的決着を当事者の交渉に委ねる内容の判決を下しているが、その事件の場合には、当事者が裁判所の判断を求めた問題が、交渉の基礎となる法的論点の解明に限定されていたという事情があった。ただこうした当事者の付託意思を裁判所が尊重した背景には、国家間の将来に向けての具体的な関係の設定は、あくまで関係国家の協力によって外交手続きを通じて解決されるべきであり、裁判所の役割は一般法の原則を明らかにし、かつ主張されている権利の性質を特定することに限定される場合があるという考え方があったように思われる。そうした

事情のないこの事件においても裁判所が交渉を命じたことにより、裁判所は外交交渉に法的な枠組みを設定し、外交を法によつてコントロールする役割に自足することを自ら積極的に引き受けたことになる。

このように裁判所は、連盟期とはちょうど逆に、判決手続きを通じて実質的に勧告的意見を提出するのと同じ機能を営むことになっていくわけである。そこには裁判所の連盟期リーガリズムからの解放を読み取ることができ

(4) 立法モデルとしての国連海洋法条約

法の組織的、意識的定立という意味での立法が、立法条約の採択という形で普及したのは、二〇世紀とりわけ国際連合期の一つの大きな特徴である。これと並んでアジア・アフリカ諸国の独立と国連への大量加入の後、とくに一九六〇年代以降、国連総会の場合を中心として新たな規範形成への圧力が高まり、様々な法原則宣言決議が採択された。そこでこうした法原則宣言決議といわゆる立法条約とを、採択された文書の法形式的な性格だけでカテゴリーに区別することがはたして意味をもつかという問題が生じてくる。⁽³⁶⁾ 法源論の動揺といわれる事態が生じたのも、こうした国連の慣行によるところが大きいのである。そうした意味でここでは国連海洋法条約について、それが将来の国際立法のモデルとなりうるか、なりうるとすればどういった点においてであるかについて若干考察を加えておきたい。国連海洋法条約の規範形成が注目されるのは、それが形式的には条約の起草でありながら、その審議の實質において、手続き的にも実体的にもむしろ国連総会における宣言決議の採択のなかで発展してきた規範形成の形式を多く取り入れているという点にある。学者によつては、あれだけの人と時間とお金をかけて結局極めて不十分な条文しか採択できなかったと批判する人もいるが、⁽³⁶⁾ 逆によく途中で挫折せずに条約の採択まで行き着いたという評価も可能である。⁽³⁸⁾ 一九三〇年の法典化に比べてそれだけ海洋全般に関する一般法の形成への期待と圧力が強まったことを示しているともいえる。その意味で、国連海洋条約の採択は国連システムにおける規範形成に一つの集約

的な表現を与えるものであるといつても過言ではない。

国連海洋法条約の立法モデルとしての特徴は、条文の起草過程における総意 (consensus) と包括交渉 (package deal) による妥協形成ということにあった。これは立法の手続きのなかで、国際社会の公益と国家の個別的な利害関心とを結びつける手続きとすることができる。留保の全面的禁止と解釈宣言の広範な許容という海洋法条約の基本的な戦略も、³⁹⁾この起草過程の特質を反映するものであるが、同時に条約の一体性を確保しつつ個別利益の調整を将来の法適用の時点における外交交渉に委ねようとするものでもある。確かに、こうした手続きの結果採択された条約文が必ずしも洗練された条約規定の仕方になっていないことは否定できないが、それは条約が締約国相互の間における権利義務関係を細部にわたり可能なかぎり具体的に特定できるものでなければならぬとするリーガリスティックな観点から見たときに問題とされることであるにすぎない。一般法を定立する立法条約においては、条約起草の最初から、それら条約によつて全ての国家間の具体的な権利義務関係を一義的、詳細、かつ確定的に規定することが目的とされているわけではないともいえるのである。一五〇ヶ国にもおよぶ多様な利害関心をもった国家の間で、将来にわたる全ての法律関係を特定しようとすることはむしろ不可能であることを前提としたうえで、にもかかわらず、できるかぎり全ての国家に妥当する一般法の枠組みを設定することが国際社会の秩序形成にとって重要であるという考えに基づいて、これら立法条約の締結交渉はなされているのである。その意味で、国連海洋法条約の採択そのものが、今後における同条約の解釈・運用が国際社会の統一秩序的構成に則つてなされるべきことを指示しているといえよう。排他的経済水域の制度、深海底の制度など真に法創設的な規定はもちろんであるが、その他の分野においても、条約の関連規定が「慣習法化」したかどうかそのものが直ちに問題とされるのではなく、慣習法化したか否か、条約が発効するか否かにかかわらず、条約の採択によつて表明された諸国の一致した意思は、海洋法に関する一般法の枠組みを構成していると思われる。こうした枠組みのなかで諸国

は、具体的な問題に即して国家間の法律関係を調整していくことを義務づけられる。条約が紛争解決に関して、手続き選択の自由を定めるのと同時に、条約の定める紛争解決制度へ紛争を付託するに先立ち交渉義務を尽くすべきことを定めているのも、こうした主旨に沿うものであろう。

五 合意の拘束力と国際立法の法源論的課題

以上述べたところから本稿で示唆しようとしたのは、国連システムは国際社会の統一秩序的構成を強調する方向で発展してきていること、法の動態への配慮を加えた国際法の漸進的発達を外交の手続きのなかで確保していくためには、裁判過程を通じての権利義務の具体的特定を法思考の基本的枠組みとするリーガリズムが必ずしも適切ではないこと、また国際司法裁判所自身がこうした法の発展の動向への配慮を示していることである。

ところで立法条約は、国際法の意識的、組織的な形成を目指すものであり、従ってその採択において示された諸国の一致した意思は一般法の形成の重要な指針となるものであることは否定できない。もちろん一般法が常に執行可能な国家間の具体権利義務関係を直接的に特定できるわけではない。批准その他の機会になされる留保や、具体的に紛争が生じた際における国家の解釈、あるいは外交を通じてなされる合意によるその具体化、さらには一般法の枠組みをにらんでなされる一方的な国内立法措置等を通じて、締約国相互の間の具体的、個別的な権利義務関係は順次特定され、また逆にこのプロセスを通じてかえって一般的な意思の合致にすぎなかったものが、慣行の積み重ねを通じてその解釈、運用が具体的に特定され、次第に執行可能な合意を確定していくわけである。国際司法裁判所の判決において、慣習法の証拠として立法的な意味を持つ多数国家間条約が多く援用されるようになるのも、それら条約が国連システムのなかでもつこうした機能を裁判所が無視できないと判断したことによるのであろう。

もつともこれを一般的に「条約の慣習化」という法技術で論証しようとするのは、慣習法概念の不当な拡大であり、また実定慣習法規則のインフレーションを惹き起こすことになる。しかし立法条約の一般法定立的效果を論証するために、国際法がもっている信頼に値する法技術的概念が慣習法しかなかったことを考えれば、これは止むを得ないことだったともいえる。本稿において特に強調したかったのは、国連システムが国際社会の統一秩序的構成にその基礎を置いていることが明らかになりつつあり、また諸国がこれを受け入れつつある現在、国際法学も国際立法の概念を法技術的議論に耐え得るものとして整備し、新たな国際法の発展に貢献していくことが必要であるということである。

結論的にいえば、国際社会の統一秩序的構成のもとでは、立法条約の採択において示される締約国の一致した意思と、常設的国際組織の形成する意思、とくに国連総会の法宣言的決議との区別はほとんど相対化するといってもよい。伝統的国際法において国際法が「合意法」であるといわれたのは、特に二国家間の利害関係を見据えた上で成立する具体的合意は、当該国家間の関係が維持されるかぎりで、遵守される期待可能性が極めて高く、従って最低限において二国間における秩序を実効的に形成できたからである。国際義務の基盤とされてきた合意の拘束性は、そのような実際の考慮に基礎を置いていたのである。それゆえ合意 (pacta) が、そして合意を明示的に表示する条約が国際法の存在根拠あるいは認識根拠の第一のものとして、法源といわれてきたのである。これに対して国際立法を意図して採択される文書の法的性格は、こうした意味での pacta に基礎を置くものではありえない。立法条約のように形式的には pacta の形式をもつ文書であっても、この形式ゆえに一般法の認識根拠となるわけではない。

そこでこれら文書の拘束性の淵源をどこに求めるかが問題となってくる。これが国際立法の法源論的な根本問題である。この問題に直接解答することは極めて難しいことであるが、以上の考察の一つの結論として、少なくとも

次のことがいえるであろう。すなわち、国際立法という概念で包括される国際社会の一致した意思の拘束性は、その意思がどのような文書の形式をもつて表明されているかとは無関係な拘束性であり、むしろある文書が形式的な拘束力を持たないという異議によるだけでは覆しえない説得性をもつことにその理論的な基盤を持つということである。立法が外交に新たな方向付けをあたえてこれをコントロールし、外交が新たな法技術的概念を用いることによって具体的な合意を形成する。このプロセスこそが、国際社会の統一秩序的構成のなかで国際立法の概念と外交と *pacta* の拘束性を結びつける。これが実効的なものであるためには、一般法の用語を用いてなされる法技術的な議論を踏まえ、相互の説得を通じて国家間の具体的合意が形成されていくのでなければならぬ。その意味でこのプロセスの中心には説得性という概念が不可欠のものとして組み込まれているはずである。私は別稿において国際立法によって定立される一般法に「国連法」という名を付けたが、その実質は国際法の一般原則、上位国際法、あるいは国際憲法といってもよいものである。いずれにせよ、現代国際法学にとって必要なことは、国際法の問題に政治を動かす力を取り戻すことであり、決して国際法が「ミネルヴァの梟」の地位に自足することではないのである。

(1) 法源理論の再検討という課題は、とくに一九六〇年代中頃から国連総会決議の効力の問題、さらにいわゆる「ソフト・ロー」の問題、あるいは「国際立法」の問題といった法源理論のより本質的な問題の検討へと展開してきた。それらはいずれも国際社会の「組織化」という現象を規範形成面での理論づけるかといった問題意識を共有していた。しかしそれらはいずれも、形式的な「合意」を国際法の拘束力の基盤とする伝統的な国際法観念の枠内での議論に止まっていたため、その多くは多様な規範形成の新たな方式のいわば社会学的な説明に終わっており、「組織化」されつつある国際社会における規範 (authority) と事実 (control) との新たな結合の可能性を規範的に説明する視点を欠落させているように思う。伝統的な国際法理論が国際法の存在根拠を「合意」にもとめたのは、「合意」こそが従来の国際関係における規範と事実の伝統的な結合形式の結節環であり、また国際的な秩序形成の核心的な手段であると捉えたからである。その意味で、規範形成面における組織化現象を法源理論として規範的に捉えるためには、伝統的な秩序形成がどのように変容しつつあるか、その際に規範と事実を結合する環となる新たなコンセプトを何に求めるかが考究される必要がある。これこそ現代における法源論の根本課題にほかならない。なお、法源理論の再検討において取り上げられるべき問題事項をチェックするために、A. Cassese & J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law*

(1988) が便利である。

(2) 村瀬信也、「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」、『立法法学』二五号(1985)。なお村瀬による国際立法論に対する批判として、拙稿、「国連法体系における国際立法の存立基盤——歴史的背景と問題の所在」、大沼編『国際法、国際連合と日本』(高野雄一先生古希論文集、1987) 参照。

(3) 「合意」を方法的な概念から実体的な概念に移し替えた国際法実証主義(あるいは実定法主義)にとつて、慣習法概念のこの拡張は、国際法による国家関係の実効的な規律を常に確保するうえで必要不可欠であった。自然法の存在が信じられあるいはこれを前提とする自然法思想のもとでは、こうした必要は生じない。自然の推論を通じて客観的な法を発見することが常に出来るはずだからである。諸国民の法を諸国民の合意によつて基礎づけたグロティウスの場合でも、グロティウスが自然法思想の中にあるかぎり、慣習法と一般国際法との間のジレンマに陥っていたとは思えない。一般法による規律を呼び出すことが必要な場合には、いつでもア・ポステリオリに証明される自然法に依拠することが可能であるからである。グロティウスの「諸国民の法」概念の主要な役割は、むしろ自然法の論理の決定的な破綻を回避しつつ、自然法と矛盾する内容の規律を、戦争規制のための実効的な観点から、一般法として提示することにあつたといえるのである。大沼が指摘しているように、グロティウスは諸国民の法を根拠づける「合意」を、「諸国民の社会の利益を目的とする諸国民の合意」という曖昧な形で規定するにとどまっているのである。大沼保昭「フーゴー・グロティウスにおける『一般国際法』の観念」、国家学会百周年記念論文集『国家と市民』(1987)、四一四頁、四三〇〜四三一頁とくに(注)四五、四六、および四三九頁、あるいは拙稿「グロティウスにおける戦争と諸国民の法」、『国際法外交雑誌』第八三巻一号(1984)三二頁以下参照。

(4) 小森光夫「条約の第三者効力と慣習法の理論」(1)〜(3)、『千葉大学法経研究』第九号(1980)五三―九五頁、第一〇号(1981)七九―一三八頁、第二二号(1983)四三―九二頁。

(5) 多数国家間条約の締結をこの「合意法」のジレンマから解放するために、できる限り多数の国の参加を促すための工夫を行ない、条約を国際社会の一般法に限りなく近づけようとする試みがなされてきている。Toward Wider Acceptance of Treaties, A UNITAR Study by O. Schachter, M. Nawaz & J. Freid (1972) 参照。確かに条約法の枠内で問題を解決するために、国連期においては条約の締結手続きや受諾の方法に関して様々な法理が導入されてきた。後述する留保の制度の発展もその一つである。その意味でこうした試みが実効的な観点からして一定程度において有意義なものであることは否定できない。しかしこの試みは、本文中で述べた趣旨において、本末を転倒した面をもつ。国際法の理論的探求にとつては、多数国家間条約における「合意」の実質をどのように捉え、これを伝統的に合意法として性格づけられている国際法の概念とどう関係づけるかがまず問題となるのである。なお、藤田久一は、多数国家間条約が国際立法として認知されるためには、条約への普遍的な参加を可能とするための手続的な工夫だけでなく、「条約の内容が国際社会の一般的利益を表し、諸国の権利義務についても正義の実現と衡平に基づく」ものであることが必要であると結論づけている。藤田久一「国際立法について」、『関西大学法学論集』第三六巻三・四・五合併号(1986)、七七頁。重要な指摘であるが、同時に、正義と衡平の基準が分裂している現代の国際社会において、にもかかわらず諸国が多数国家間条約を何故また如何にして締結するのかという視点も必要であると思う。

- (6) 島田征夫「慣習国際法の形成と法的確信の要件」、宮崎繁樹選暦話念『二一世紀の国際法』(1987)所収、特に一〇二頁以下参照。なお、カール・シュミットは一九世紀国際法のこうした変化を、ラウムあるいは具体的秩序からの切り離しの過程としての確に捉えている。シュミット、『大地のノモス』(新田訳、1976(原著1950))。これに対して、広瀬和子は、これを国際法の墮落とは捉えず、むしろ国際法の発展の可能性を開いたものとして評価している。広瀬和子「国際社会の変動と国際法の一般化」、寺沢他編『国際法学の再構築』(上)(高野雄一先生還暦記念、1978)、一五三頁とくに注一一二参照。本稿の問題意識は、シュミットと広瀬和子の認識を、いかにして調和させるかということにあるといつてもよい。なお前掲拙稿(注2)、一一二頁、およびとくに(注)二二参照。
- (7) この区別は小森「前掲論文」(注4)(とくに第九号、六〇頁以下)からヒントを得たものである。ただ小森論文では、「個別主義的法律観」と「国際社会主義的法律観」というように、慣習法と判断されものが一般法としての意味をもつか否かが、論者個人の「法律観」の相違として捉えられており、実定国際法のなかに現われる客観的な事象の分析概念とされておらず、またそれらがいかなるメカニズムを通じて実効的な国際社会秩序の形成をもたらすかについての考察がひき出されていないので、これと区別する意味で、本稿では「国家間秩序的構成」と「統一秩序的構成」という別個の概念を設定した。現代国際法の実定法現象は、この二つの構成のいずれか一つによって説明しつくされるものではない。むしろこの両者のせめぎあいの中に、現代国際法の特質を見ることができるといえる。
- (8) Brierly, *The Legislative Function in International Relations*, in *id.*, *Basis of Obligation in International Law* (1958), at 212 et seq. 参照。
- (9) 例えば、横田喜三郎『国際法・上巻』(一九三三)二四頁あるいは『国際組織法の理論』、法学協会雑誌第四七巻七、八号(1929)とくに八号一四一―一五頁、二二頁。山田三良「国際聯盟と国際法典編纂」、国際法外交雑誌第二八巻二号(1929)一頁以下、松原一雄「国際聯盟と国際法」、国際法外交雑誌第二九巻七号(1930)一九頁など参照のこと。
- (10) Brierly, *The Covenant and the Charter*, in *op. cit.*, (注8) p. 316.
- (11) 田畑茂二郎「国際裁判に於ける政治的紛争の除外について——現実的意味の考察」、京都大学『法学論叢』第三三巻五号、八〇九頁参照。
- (12) 平和的変更に関する「とくに次のものを参照のこと」。H. Lauterpacht, *The Legal Aspect, in C.A.W. Manning* (ed.), *Peaceful Change* (1937), pp. 135 et seq., esp. at 153-165, Fischer Williams, *Some Aspects of the Covenant of the League of Nations* (1934), pp. 51, 172-82.
- (13) Brierly, *The Future of Codification*, in *id.*, at pp. 189 et seq.
- (14) P. Higgins, *International Law and Relations* (1928), at 30-31, J.F. Williams, *Chapters on Current International Law and League of Nations* (1929), at 58. H. Lauterpacht, *The So-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law*, *BYBIL* (1931) at 31 et seq., Brierly, *The Codification of International Law*, 78 *Harvard Law Rev.* (1965), at 1396 et seq.
- (15) Brierly, *op. cit.* (注13) p. 197.
- (16) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (1933)。もっともローター・パットによる法の完結性の論証は、すべての国際紛争の裁判可能性(justiciability)を導くものであるが、実質的な意味での法の欠缺の問題(既存の法の適用による紛争の解決が

不合理あるいは具体的な妥当性を欠く場合の存在)が看過されているわけではないことに注意すべきである。ローターパクトは別稿において、国際法廷の機能について、裁判を通じての法創造に関して極めて柔軟な見解を示し、裁判所が新たな法的な関係を紛争当事者に勧告し、判決を暫定的なものとして将来における当事者間の交渉に紛争の解決を委ね、当事者が裁判所の判決をもつばら正義と衡平に基づくものとみなしつつこれを拘束的な勧告として受け入れる旨を表示し、あるいは衡平と善に基づく解決を裁判所に授權し、あるいは裁判付託合意のなかで紛争当事者が、裁判所が紛争解決にあたり新たな国際法上の規則に準拠すべきことを指定することすら認めているのである。Id. The Absence of an International Legislature and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals, BYBIL, vol. 11 (1930), at 134 et seq. ローターパクトの法の完結性および紛争の裁判可能性の理論は、こうした裁判所の機能に関する考え方があったことにより、国際社会の現実とのきわどい緊張を保っているのである。なお、田岡良一、「法律的紛争と非法律的紛争の区別——ラウターパクトの説とその批判」、『法学』第七卷六号、七号(1938)、『白井英一』「国際社会における紛争の法的概念——H. Lauterpachtの構成をめぐって」、『東京大学』「教養学科紀要」一八号(1985)二九頁以下参照。ただしいずれも、上に述べたようなローターパクトの裁判機能論については触れてはいない。

(17) G. Scelle, *Règles générales du droit de la paix*, RCADI, tom. 46 (1933-IV), H. Kelsen, *The Legal Process and International Order* (1935), esp. pp. 17-20, id., *International Peace: by Court or Government?*, Am. J. Sociology, Vol. 46 (1941), pp. 571-581, id., *Peace through Law*, *Journal of Legal and Political Sociology*, 2. Band (1943), 52-67.

(18) Lauterpacht, op. cit., p. 76; Scelle, *ibid.*, p. 565. この点に関しては、国際裁判が基本的に合意付託であるところから、いずれが原告であるかが明白な一方的付託の場合をのぞいて、国際法にはこの論理は通用しないという批判が出されている。田岡前掲論文、二二三頁。

(19) E. H. Carr, 『危機の二十年』(井上茂訳、一九五二年「原著1946年」)特に三八〜四一頁。

(20) G. Schwarzenberger, William Ladd: An Examination of an American Proposal for an International Equity Tribunal (with an introduction by J.B. Scott) (1934), W. Friedmann, *The Contribution of English Equity to the Idea of an International Equity Tribunal* (1935), N. Bentwich, de Bustamante, D. McLean, G. Radbruch & H. Smith, *Justice and Equity in the International Sphere* (1937), M. Habicht, *The Power of the International Judge to Give a Decision ex aequo et bono* (1935) 等が、この構想との関係で、The New Commonwealth Institute から相次いで出版されている。なおシュキング(W. Schükking)やカール・シュミット(Karl Schmidt)の『The Principles of Equity』(原著第8版)(未延三次・木下毅訳、二三三頁)では、エクイティはコモン・ローに對する一種の補遺・付録あるいは付加物(addendum)とされ、両規範体系の間に矛盾は存在せず、単にコモン・ロー上の権利が實際上これを相殺するエクイティ上の権利の存在によって無効とされることがあるだけであると述べられている。しかしまた「エクイティは「コモン・ローとの」熾烈な闘争の産物であり、コモン・ローと

(21) イギリスにおけるコモン・ローとエクイティとはそれぞれ別個の体系を構成していたが、その両者の関係については、論者によって異なり、「対立」的側面が強調されたり、エクイティによるコモン・ローの「補完」という側面が強調されたりしている。たとえば、ゲルダートの『イギリス法原理』(原著第8版)(未延三次・木下毅訳、二三三頁)では、エクイティはコモン・ローに對する一種の補遺・付録あるいは付加物(addendum)とされ、両規範体系の間に矛盾は存在せず、単にコモン・ロー上の権利が實際上これを相殺するエクイティ上の権利の存在によって無効とされることがあるだけであると述べられている。しかしまた「エクイティは「コモン・ローとの」熾烈な闘争の産物であり、コモン・ローと

エクイティとの調和が達成されたのは、革命的な変化が成功裡に終結し、事態が安定化した後のことである」という見方もある。(Friedmann, *op. cit.*, p. 23.) 国際裁判における「衡平と善」の概念も、法の内容が衡平に反する場合にそれら法の適用を排除して判断することを裁判官に認めるものであり (Habicht, *op. cit.*, p. 69) 其の限りで法との衝突をも含むものであるが、イギリスのエクイティにおけるような意味での、慣習あるいは条約によって構成される実定国際法との対立はない。シュトルツは「調和的衡平」(harmonizing equity) と「補完的衡平」(supplementary equity) とを概念的に区別している (K. Strupp, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, RCADI (1930-II)) が、「衡平と善」は後者に属するものであろう。(ちなみに、「調和的衡平」というのは法の解釈・適用の基準として採用される衡平であり、近時、資源や大陸棚のような限られたパイの配分に関する紛争において国際司法裁判所の判決が基準とする「衡平原則」のように、実定国際法に組み込まれた衡平がこれにあたるものと思われる。) 国際衡平裁判所構想は、こうした調和的(装飾的)あるいは補完的衡平を超えて、特定の事項に関して独自の法体系を自立的衡平 (primary equity) として作り上げようとする試みであるといえる。

(22) Friedmann, *op. cit.*, pp. 3-16, esp. at 12.

(23) ジュネーブ議定書 (General Act for the Pacific Settlement of International Disputes) に対する批判としては、とりあえずつぎの文献を参照のこと。Brierly, *The General Act of Geneva, 1928, BYBIL (1930)*, in *op. cit.*, pp. 161 et seq.; id., *British Reservations to the General Act of Geneva, 1928, in ibid.*, pp. 176 ff. また同議定書第二八条は、権利紛争以外の紛争が付託されるアド・ホックな仲裁裁判所の裁判準則としてまず常設国際司法裁判所規程第三八条(条約、慣習、文明諸国が認める法の一般原則など)を掲げ、そうした国際法上の準則がない場合に「衡平と善」によるべきものとしている。裁判所規程第三八条に掲げられる裁判基準はほとんど法の欠缺の余地を残さないから、結局裁判所が「衡平と善」を判断基準とするのは、法の指示する内容に反した判断を下そうとする場合ということになる。なお、Habicht, *op. cit.*, pp. 53-66.

(24) 前掲拙稿(注2) 参照。

(25) ソフト・ローの概念について、伝統的な国際法の枠組からのみ議論するのは生産的でない。国際社会の国家間秩序的構成の下で強制可能な法のみを法の概念に取り込むのであれば、法と非法の間はない。この中間を認めることは確かに国際義務の脆弱化を招くであろう。現代の国家間の秩序が、多くの面で依然として国家間秩序的構成に沿った国際法思考によって維持されているのも事実であろう。しかし、本稿で論じていることは、現代において国際社会の構造的な圧力が、同時に国際社会の統一秩序的構成をも併用することの必要性を多かれ少なかれ諸国に強く認識させるようになってきていることである。そのために多様な形で国際社会の規範的意思が表示されるようになってきているのである。こうした事実を前提に、規範形成と秩序形成(法の執行だけでなく法の定立を不可分のものとして含む過程)との関係をどう捉えるかこそ、本稿及び前掲拙稿(注2)において示そうとしたことである。位田隆一は、極めて適切にソフト・ローを「法を『プロセス』として認識する」と表現しているが、この「プロセス」を、表示された規範的意思(法規範の萌芽)が完全な法として完成するまでのプロセスと説明している。位田隆一「ソフト・ローとは何か」(1) (2)、『法学論叢』第一一七巻五号、六号、特に六号九頁。問題は、この法規範の成長の過程が、すべての国にとってまったく同一内容の規範が妥当するようになかたちで規範が成熟し完成する過程であるか、それとも不均等な発展の過程を辿るのかという点である。前掲拙稿において「国連法体系」として示したように、位田の言う「完全な法」が成熟する過程は、実は規範的意

思が国際社会の統一秩序的構成の圧力を次第に吸収して執行可能な法として、したがって国家間秩序的構成の論理に耐えうるものとなる過程な
のではなからうか。

(26) ICJ Rep., 1951.

(27) 多数国間条約における留保に関しては、留保の許容性 (permissibility) とその効果 (opposability) を分析視角として、留保制度の発展
を五つの局面に分類し、それぞれの留保制度がいかなる国際社会の見方を前提に成り立っているかを検討しているコーの論文が、本稿主題との
関係が重要である。Jean Kyongun Koh, *Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision*,
Harvard International Law Journal, vol. 23 (1982), pp. 22 et seq.

(28) 留保に対して異議を申し立てる権利の制限は、それだけ留保にかかる条約の目的の自立化を強めるものである。条約の目的を侵害するもの
でないかぎり、条約当事国間の権利義務の不斉一性は無視されるのである。こうした条約目的の自立化は、おそらく国際法における強行規範
(*ius cogens*) の觀念の受容ということと無関係ではないと思われる。シェンサイド条約事件で問題となった集団殺害行為の防止という条約目
的は、しばしば強行規範の例としてあげられるものである。

(29) Koh, *ibid.*, pp. 97-99. Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (1973), pp. 63, 77-78. F. Horn, *Reservations and
Interpretative Declarations to Multilateral Conventions* (1988), pp. 111-123. 小和田 恒「条約法における留保と宣言に関する一考察」、大沼
編『国際法、国際連合と日本』(高野雄一先生古希論文集) (1987) 四七頁以下。

(30) 対抗性の法理は、コモン・ローのもとで法的な訓練を受けた国際法学者には了解困難であるという指摘がある。なぜ裁判所は対抗性を持つ
と主張される国内法あるいは条約規定が、その事件について規律する法である(あるいはない)と直載に宣言しないのか、あるいは一方的な行
為や制度について対抗性が主張された場合に、なぜ裁判所はそれが、国際法上、合法あるいは違法と宣言し、従って対抗力を主張された国がこ
れを尊重する義務あるいは無視する権能をもつといわないのか、という疑問である。この点について、判決に係る法的問題の解決の紛争当事国
への限定、その事件において対抗性をもつと判断される条約規定の一般化の抑制等の考慮が、対抗性の法理の展開につながっているという指摘
がある。J.G. Starke, *The Concept of Opposability in International Law*, in *Australian Year Book of International Law* (1968-1969), pp.
1 et seq., esp. at 3.4. 参照。

(31) ICJ Rep., 1951.

(32) ICJ Rep., 1955.

(33) ICJ Rep., 1969.

(34) ICJ Rep., 1974.

(35) 杉原高嶺「国際司法裁判所の交渉命令の判決について」、『法学』四〇巻四号(1977)、三六五頁以下。「司法裁判と交渉命令」として、著
書『国際裁判の研究』(1987)二二二頁以下に所収(以下における引用は、参照の便宜上、著書の頁数による)。杉原はこうした交渉命令判決
が司法裁判の機能と両立するか否かを問題とする際、国内裁判所と国際社会のなかにおける国際裁判との制度的な違いを強調し、「付託された

紛争の基礎をなす法的諸要素を明確化しつつ、適用されるべき法の提示をもって当事国による解決を促進することは、司法裁判所の役割の範囲内にある」と結論づけている。そしてこの結論を補強するために、連盟期に常設国際司法裁判所が自由地帯事件において述べた次のような文句を引用している。すなわち「国際紛争の司法的解決……は、当事者が相互の紛争を直接にかつ友好的に解決することの代わりをなすものにはすぎない。したがって……そのような直接かつ友好的な解決を促進することは裁判所のなすべきことである。」(二二三頁)これに対して、山本草二「国際紛争における協議制度の変質」(皆川洗先生還暦記念「紛争の平和的解決と国際法」(1981)、二一五頁以下)は、「交渉と協議の異質性については明確な区別がなされていない」(二三〇頁、(注)八)と批判している。山本によれば、「国際裁判所の指示による方向づけと枠組みのなかで行う交渉は、もはや古典的なそれとは異なり、実質的には……協議そのものにほかならない」(二二八頁)からである。そして山本は同論文において、「協議」を「国際紛争の『私的処理』という形式を用いながら、『公的処理』に伴う実質と連結させ」るものとしている(同)。杉原論文とこれに対する山本論文による批判は、本稿における連盟期リーガリズムと国連期におけるこれからの脱却という歴史的な流れの理解に極めて緊密に関連する。すなわち両論文とも連盟期的なリーガリズムの拘束からは完全に自由であるが、問題への接近の仕方にな大きなズレがある。杉原は裁判所の役割を「交渉による直接かつ友好的な紛争の解決」を代替するものにはすぎないとし、紛争解決のための「外交交渉」にひきつけて理解し、その意味で、交渉命令判決を「裁判所の提示する法的判断をふまえてつ、当事国の協議によって最終的解決をはかる手続」(傍点筆者)として捉える。この理解のもとでは、外交の法によるコントロールの要請に関する連盟期と国連期の法的な環境の違いは捨象されてしまう危険がある。これに対して、山本は交渉命令判決にもとづく交渉の実質を、「私的処理」(紛争の当事者的な解決)の形式による「公的処理」としてとらえる。外交交渉が公的な紛争処理手続「協議」概念そのものはより広い意義をあたえられている」とされるのは、交渉の過程が裁判所が指示する方向づけと枠組みによりコントロールされていることによるものとおもわれる。山本の論旨によれば、同様のことが協議一般についてもいえるはずであるが、この点では山本の論旨はやや不明確である。というのは山本によれば、古典的な外交交渉と異なり、協議義務を定める条約にもとづいて紛争解決手続の第一段階としてなされる協議は、「当事国の直接の調整により紛争の性質と事情に適合した『衡平な』解決を実現しようとするもの」である。これが「公的処理」とされるためには、国際法が「衡平な解決」を諸国に義務づけているという前提が必要であるはずであるが、この点山本は沈黙しているようにみえるからである。(あるいは山本は、協議義務を定める条項をもつ条約についてだけに限定した議論をしているのかもしれない。)これに対して杉原はこうした義務の存在を一般的に肯定し、それを「協力の原則」(principle of co-operation)の実定国際法への浸透化の現象」と名付けている(杉原、二一九頁)。本稿が、「外交の手続きの復権」を国際秩序の実効的確立に結びつけるための条件として、「国際立法」の概念を積極的に国際法学に取り込むこと、あるいは国際法における合意基盤の二層性を法源論のなかに定着させることの必要性を強調するのは、山本の「協議」概念と杉原の「協力の原則」を発展的に総合する意味を持つものと位置づけることができるのかも知れない。

(36) Marten Bos, *The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of "Sources"*, German YB of Int'l Law, Vol. 20 (1977), pp. 9 et seq.

(37) 村瀬信也「国連海洋法条約と慣習国際法——国際立法のパラドックス」、『海洋法と海洋政策』第九号所収。この論文において村瀬は、海

洋法条約の審議が「立法的一元化」の理念の実現を意図したにもかかわらず、その採択と殆ど同時に崩壊を開始し、条約関係の多元化がほぼ確実に進行しているとし(二頁)、その原因を慣習法と関連づけられた「国際立法」概念の破綻にもとめ、それが病理現象としての慣習法概念の濫用による国際法総体の脆弱化に繋がることを憂いている(一四―一五頁)。この論文では、海洋法条約の最終段階で、アメリカの圧力による「コンセンサスの破綻」がとりわけ強調されているが、同時にこのコンセンサスの「破綻」こそが慣習法形成の動機(motivation)となっているとさえいえると結論づけられている(一四頁)。ここでの問題は、深海底に関する準備委員会のその後の作業を別とすれば、村瀬のとらえる「解釈宣言の濫発」が、ともかくも採択された海洋法条約の一般性を阻害するものであるのか、あるいは逆に今後における二国間での具体的な海洋秩序の形成の過程で、その効果が吟味され、海洋法条約の枠組みとの整合性が問題とされ、かつ調整されるようになるのかという点である。その意味では、海洋法条約の立法モデルとしての有効性の評価について、現時点で確定的な結論を下すことは不可能である。

(38) 第三次海洋法会議がいかなる意味において、将来の国際立法のモデルたりうるかということを検討したものととして、G. Plant, *The Third United Nations Conference on the Law of the Sea and the Preparatory Commission: Models for United Nations Law-Making?*, ICLQ, vol.36 (1987), at 525 et seq. 参照のこと。この論文は、海洋法条約の審議過程における包括交渉(package deal)とコンセンサスとを、実効的な政策決定の一つの方法として捉えているが、その背景には、海洋法会議の扱った事項の多くについて、大多数の国が直近の利害関係国では必ずしもないということへの配慮があるように思われる。海洋法会議の審議過程の特質については、古賀衛「海洋法条約交渉手続の特徴とその影響」、『国際法外交雑誌』第八四巻三号(1985年)九一頁以下、参照。

(39) 海洋法条約第三〇九条、三二〇条。なおこの条文についてのコメントリーとして、杉原高嶺、日本海洋協会「国連海洋法条約各条検討」所収、一五三―一五八頁。

〔本稿は国際法学会昭和六三年度秋季大会における報告に加筆・修正を施したものである〕