

国際法における強行規範について

皆川 洸

—

国家の法秩序において、法規範、とくに私法規範は、一般に「強行規範」*jus cogens*と「任意規範」*jus dispositivum*の二つのカテゴリーに区別される。これと同じような区別は、国際法秩序においても認められるか。とくにここでは、いわゆる強行規範として性質づけられる規範が存在しているか。この問題に答えることはむずかしい。私たちとして参照しうる国際先例はほとんどなく、国際法学者の意見も一致していない。⁽¹⁾

しかし、学説についていえば、むしろ積極的な意見がかなり多くの有力な国際法学者によって唱えられてきたようである。⁽²⁾すなわち、国が条約を締結するにあたって、もしそれから逸脱するようなことがあれば、はじめからその条約を無効としてしまうような、そういう意味で強行的価値をもつある数の国際法規範が存在しているというのである。

このような学説上の傾向は、最近国際連合の国際法委員会によって最終的に仕上げられた条約法草案の中に、「一般国際法の強行規範に抵触する条約」*Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens)* に関する条文がとりいれられることよって（一九六六年の最終草案五〇条）^(a)、いまやいぢるしく強められるにいたったとおもわれる。⁽⁴⁾ この草案の作成にあたった Waldock は、一九六三年の報告において、その基本的立場をつぎのようにのべた。国際法秩序は、いかに不完全なものであっても、つまるところ、そこに国際的公序 *international public order* というものはない——国がその自由な意思によって適用を除外しえぬ規則はない——というような見解は、ますます支持することが困難になってきた。強力の行使に関する国連憲章の法および国際刑事法の発展は——いかに試験的なものとはいえ——強行法の性質をもつ国際的公序の存在を前提している。ゆえに、委員会としては、国が単に二国間のまた地域的な取決めによって逸脱することのできない一定の規則および原則があるという立場をとることが完全に正当化されるであろう。⁽⁵⁾

委員会の審議過程において、このように表明された立場それ自体はほとんど争われなかったし、またこの委員会の草案を受けとった国々で、この強行規範に関する条文にはつきり反対を表明したのはわずか一国だけであった。⁽⁶⁾

この状況は、いったいなにを物語るものであろうか。国際強行規範がすでにあることを成法論として *ex lege lata* 確認するものであるか。国々による異議や反対の欠如は、そのみで、この主題に関する国際先例の稀少性をおぎなうにたるポジティブな関連性を有しているであろうか。⁽⁷⁾

実際のところ、この主題に関する適切な国際先例はほとんど見出すことができない。国際先例がすくないというこ

とは、いままで国家間でこの種のことがらが論議の対象とされる機会は稀であったということである。条約の当事国が、外交経路を通じて、それらの間で締結した条約が国際法の要求と両立するかどうかといった問題を、ことあらためて提起するようなことはほとんどなかったといつてよい。いわんや、そういう問題を、当事国がそれらの間で締結した条約の効力にかかわる問題として、国際裁判所の裁判にゆだねようとはされなかった。国々の条約実行は、そうした一般的傾向を示してきたし、また示している。

Hyde は、この傾向を観察して、つぎのように書いた。実行は、締約国が、実際に条約の効力をその達成しようとする目的の国際法要求に対する関係に照らして検討した実例から生ずる、一団の法を發展させるのに役立っていない⁽⁶⁾。Hyde は、それにもかかわらず、理論上、国際法の基礎的諸原則を害するどんな合意でも、そのかぎりでは、国際社会により国際的に無効とみなされるべきだといっている。これは、たしかに筋の通った、かつ重みのある意見である。

しかしながら、国々が、いわゆる条約目的の違法性によって条約そのものの効力を論議する先例がきわめてすくないという事実は、条約の締結にさいして、国それ自身の良識に基づく自発的抑制がつねに大きな役割を果してきたことを暗示している。国は、条約を締結するにあたり、国際法規範の創設者として、その権能を行使し、任務を遂行するのであって、当然にそうした資格にふさわしい仕方で行動することが期待されるであろう。学者は、善良な風俗に反する条約 *treaties contra bonos mores* を締結しても、無効であると断言する。しかし、国は、はじめからそういう条約を締結するようなことはしないであろう。そんなことをすれば、文明国として恥になり、国際人格に固有の資

格として主張される "dignity" をみずからけなすことになるからである。Noblesse oblige!

国際司法裁判所は、ジェノサイド条約の留保に関する件において、条約に対する留保の効果をすべての締約国の同意にかからせる国際法の規則があるという主張をしりぞけたが、その理由として、つぎのようにのべたことが想起される。いわく、留保に対して与えられるべき効果を評価するにあたって、黙示的同意がつねに演じてきたいちじるしい役割は、十分正確に、留保に対し唱えられた異議の効果を決定する、そうした規則が存在するということをほとんど許さないであろう。実際に、留保に対し唱えられた異議の実例は、そうした規則を生ぜしめるためには、国際実行上あまりにも稀であるとおもわれると。⁽⁹⁾

そうした見方は、ここでもある意味で関連性をもちうる。経験と実行の領域において、国々は、それらの締結した条約が国際法の原則や規則に違反しており、そのために無効であるといった論議を提起することはほとんどなかったし、他方、国々の関係行動は、なによりも良識と慎重の規準に鼓吹される ("Les pactes doivent être respectés à la condition qu'ils soient respectables")。そこで、たしかにある学者によって主張されるように、国際法には、それから逸脱するいっさいの合意を無効とするような *ius cogens* があるかもしれないが、そういう觀念がいったいどれほど国々の条約実行と実定法意識に浸透していたかということになると、すくなくとも、私たちは疑いをいだかざるをえないであろう。

それにもかかわらず、異論の余地なく、強行規範の一体が現実に通じていると主張されるならば、具体的にどのような規範がそれにあたるのかを問わなければならないであろう。そうした問いに答えるように、たとえば、Yassoon

が、委員会でつぎのように発言したのに注意される。いわく、国際法の専門家であるならば、二国が奴隷制度を設け、また海賊行為を許す合意をなしえないことを争うことはできず、この二つの実例は、国際法にも *jus cogens* があり、⁽¹⁰⁾ 国々がそれらの合意をもつとしてもやぶることができないことを立証するものであると。

このような設例については、後に多少の検討を試みたいとおもう。ここでは、つぎのことを述べておくのとどめを論議すること、それはそれでよいであろう。しかし、私たちの目標が、国際法における *jus cogens* を単なる学問的興味ないし抽象的可能性の問題としてではなく、諸国政府間の条約実行への浸透性といういっそう現実的・日常的なコンテキストで検討するにあるとすれば、そして実益のない “une pure hypothèse d'école” を挙げうるということだけで、この目標が達成されることにはならないであろう。

オランダ政府は、委員会の草案に対するコメントにおいて、この五〇条の基礎にある原則、すなわち、現代的概念によれば、締約国の意思は、なにが適法に締約されるかを決定する唯一の規準ではないという原則を支持するとのべた。⁽¹¹⁾ 国は、みずから国際法規範の形成者であると同時に、国際法の主体としてつねにその課する義務を忠実に遵守しなければならぬのであるから、この原則そのものは、むしろ当然のことである。しかし、さらに進んで、それを国際的公序ないし強行規範といったものに直して表現することは、なお検討を要するとおもわれるのである。私自身は、以下の論述で示されるように、*jus cogens* という観念は、歴史的・具体的秩序としての国際法の領域において十分に確立されたというより、むしろ多分に萌芽的な観念として理解するものである。Jiménez de Aréchaga も

Jus cogens の観念は、法律学にとっては新しいものではないが、国際法にとっては新しいものであるといつた。⁽¹²⁾

今後、強行規範の観念がいつそう広く受容され、いつそう深く浸透していくときは、国際法の存在様式は、根本的かつ段階的な変容を受けることになるであろう。*Jennings* はいう。国際法上 *jus cogens* があるとすれば、それは、単なる新しいルールの出現以上のことであり、全体としての国際法が新しい、いつそう進んだ発展段階に入ることの意味する。しかしそれにもかかわらず、いつそう妥当な意見は、いまやその段階に到達されたとするにあると。⁽¹³⁾ この *Jennings* の意見は、きわめて適切であるとおもう。私たちは、国際法関係の視界に漸次 *Jus cogens* の観念が浮きでてきたのを目をおおうことはできない。こうして、国際法はいまや新しい発展段階に入ろうとしているのである。そこで私たちは、委員会によって、十分な審議の後、条約法草案五〇条として強行規範に關する規定が正式に挿入されたことは、二重の意味をもつとみることができであろう。第一に、それは、「国際法の漸進的發展」の見地から、国際法がいまや新しい発展段階に入ったことの宣言としての意味をもつ。そして第二に、たとえいままでの国際法に存在したとしても、多分に萌芽的で、未完成のものであったこの観念が、「法典化」を介して公式に確定されるといふ意味である。

(一) *Schweibitz* の四つの二つは国内的、他の二つは國際的なケースを挙げている。Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission, A. J. I. L. (1967), pp. 949—951. 以下、この二つの國際事件、すなわち、ウィンブルドン号事件においても、またオスカー・チン事件においても、*jus cogens* の法理をもちだしたのは、個別の意見を述べた裁判官であつたにすぎない。裁判所は、明らかにそれをしりぞけた。

(2) Rouin 氏、國際法上強行規範が存在するのを肯定する著者として一かれ自身をも含む—Vattel, Rivier, Fauchille, Bascdevant, Scelle, Sibert, Salvioi, Verdross, François, McNair, Lauterpacht, Hyde の各著者から Verso un concetto di ordine pubblico, *Comunicazioni e Studi*, X, (1960), pp. 64—65.

(3) 國際法委員会による条約法の最終草案がたまたま、四人の特別報告者—ラサレル、イギリスの國際法学者が交代した—Brierly (1949—52), Lauterpacht (1952—53), Fitzmaurice (1955—1961), Waldock (1961—) である。Brierly の簡潔をきわめた条文案は別として、あと三人—とくに Fitzmaurice の草案にきいて、明確に *jus cogens* に関する規定がとり入れられた。Waldock を特別報告者とする一九六六年の最終草案では、それは、*jus cogens* のようになつた。

Article 50. Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*): A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

Article 61. Emergence of a new peremptory norm of general international law: If a new peremptory norm of general international law of the kind referred to in article 50 is established, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

(4) 委員会によるこの条文の審議、起草過程をあとつけたものとして、中村泂・一般國際法の強行規範と抵触する条約について、*法学研究*四〇巻一一号を参照せられた。

(5) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 52.

(6) *ルタセンブルク*である。同政府は、そのコメントで「わたくしはなほ遺憾ながら、國際關係の現状において、國際強行規範の实体を法律用語で定義することはむづかしい」と。I. L. C. Report (1966) p. 137.

(7) Briggs は、委員会が、かくも多数の国が本条文(五〇条)を支持した「当惑させる事実」を説明する理由として、おそらく国際的公序の觀念が法律家により理論構造の王冠をかざるのにふさわしいと考えられたことを挙げ、さらに、国々としては、高い道徳的氣風を支持し、いずれにせよ、強力の行使、奴隸取引、またジェノサイドを助長するような、締結しそふまじり条約を非難しても失うものはなにもならざらうことを指摘した。I. L. C. Yearbook I : I (1966), p. 40.

(8) International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States (2nd. ed., 1945), pp. 1374—1375.

(9) I. C. J. Reports 1951, pp. 24—25.

(10) I. L. C. Yearbook I : I (1966), p. 38.

(11) I. L. C. Report (1966), p. 143.

(12) I. L. C. Yearbook I : I (1966), p. 88.

(13) Nullity and Effectiveness in International Law, Cambridge Essays in International Law (1965), p. 74.

二

国際法委員会による条約法草案五〇条の規定は、一見したところ *lex lata* を宣言するかたちをとっている (“A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law……”). そこで現段階の国際法秩序において、強行規範が存在しているかどうか、またいかなる強行規範が存在しているかを考察してみようとおも

う。そしてそうするにあたっては、私たちは、まず問題そのものを正しく設定することに留意しなければならない。

ある見解によれば、国際法は、強行規範・任意規範の区別の問題を知らないとされる。Perassi は、このような見解をとる⁽¹⁾。国際法秩序において、合意を締結する国は、国際法の主体であり、同時に同じ秩序の規範の創設者である。国は、法規範に基づいて、それらの関係の法的評価が与えられる法規範を生産することができる。法生産行為 *atto di produzione giuridica* は、国がそれらの間の関係を法的に規律する技術的手段なのである。そういう秩序において、条約を法律行為 *negozio giuridico* として予想する規範が、条約を法生産行為として予想する規範とならんで、完全に吸収されずに、場席を見出しているかが問われるべきである。そうした規範の存在理由はないであろう。こうして、国内法秩序において契約が法取引の技術的手段としてはたす機能は、国際法秩序においては、まさしく法生産行為としての合意によって遂行されるのである。ところで、いわゆる任意規範の性質づけは、その規範の “*deroga*” が行なわれる態様をはなれては考えることができない。それは、法律行為という技術的手段によって行なわれるのである。してみれば、任意規範の概念は、国際法には無関係であることにならざるをえない。なぜなら、そこでは法規範のいかなる “*deroga*” も、法律行為ではなくて、法生産行為によって行なわれるからである。これと相關的に、強行規範の性質づけも意味をもたないことになるであろう。

他の見解によれば、国際法における強行規範・任意規範の区別の問題は、国内法における同じ問題にあまりとらわれないで、「他の国際規範の創設」に関してたてられる。Anzilotti は、このような見解をのべる⁽²⁾。国際法秩序において、国は法規範の創設者であると同時に、その規範の課する義務の主体である。一定の国際法規範を定立した国々は、

その規範を遵守しないで、他の規範によって代替することができる。しかし、この現行規範を廃止し、代替する権能は、その規範の形成に協同したすべての国の同意を前提する。したがって、そういうほとんど無制限な権能は、實際上二国ないし少数国間の条約についてしか存在しないであろう。一般規範やまた多数国に対して価値をもつ規範については、その規範から逸脱する特別の合意を絶対的に排除するか、それともある範囲内で許容しているかを決定することが重要となるのであって、これが、国際法における強行規範と任意規範の問題にはかならない。

さて、この Anzilotti のいう特別の合意が許容されているか否かは、その逸脱の対象とされた規範の他の主体に対する関係において、それがはたして適法であるか、それとも違法であるかという意味で問われることができる。もし違法であるならば、そのことから、国家責任の問題を生ずることになるであろう。しかし、本来の意味での *jus cogens* について語られるのは、すくなくとも、合意そのものが当事国間の関係において当然に無効とされるような場合である。つまり、国際法上 *jus cogens* が存在しているとすれば、それは、国家間の合意に固有の法生産力を制限して、合意に対し、その規範から逸脱し、違背する能力をうばうような、そういう一般規範のグループによって構成されることになるであろう。⁽³⁾ こうして、国際法における強行規範の問題は、国家が合意を介して国際法規範を定立するとき、合意を法生産行為として予想する一般規範—*“pacta sunt servanda”*—が設定する客観的な効力の限界に係するものとしてたてられることになる。国際法の法生産規範は、合意を法生産行為として予想しながら、合意によってその法的価値が意欲されるところの規範が法規範としてとりいれられるために、その内にとどまるべき限界を定めているであろうか、それとも、そうした限界はなく、合意は、なんら制限なしに国際法規範を生産することができる

るであろうかという問題である。

(a) この問題は、しかし、国際法生産規範としての“*pacta sunt servanda*”そのものについて設定するのは適当でないことがまず指摘しておかれるべきである。⁽⁴⁾“*pacta sunt servanda*”は、国家間のあらゆる合意、そのうちで定立されるあらゆる規範に先立つところの *antecedent rule* であり、それは、合意によって論理的に排除されえないものである。しかし、そのゆえに、この規範を *jus cogens* であるというのは適当でないであろう。*jus cogens* は、合意を介して創設されうる規範の内容に関するものだからである。

(b) つぎに、それは、合意を介して創設される国際法規範の主観的な効力の限界の問題とも混同されてはならない。⁽⁵⁾ 合意を法生産行為として予想する国際法規範は、合意に法生産力を付与するにあたり、主観的な効力の限界、すなわち、それによって創設される法規範の受範者の範囲を画定している。このような限界は、疑いの余地なく存在している。こうして、合意の形成する法規範の主体は、その合意に参加した国家の範囲と一致するのである。*Pacta non obligant nisi gentes inter quas initia*. 合意の創設する規範が、原則としてその合意に参加する国々に対してのみ法規範たる価値をもつのは、その合意に表示された国の意思というよりも、合意を予想する国際法規範が付着せしめる主観的な効力の限界に依存しているとみられるべきである。だから、この限界を逸脱して、第三国の行動を義務づけ、またその権利を減損しようとする条約は、その第三国に関しては権能外の行動 *ultra vires* を構成するものであり、したがって、その国に対して無効ということになるであろう。⁽⁶⁾

(c) 合意を予想する国際法の一般規範は、それに法生産力を付与するにあたり、みぎの主観的な効力の限界にさら

に加えて、客観的な効力の限界をも設定してあるであろうか。この問題は、つぎの三つの側面について検討されることを要するとおもわれる。

(1) まず、このような限界は、慣習国際法の一体において設定されているか—慣習国際法規範に違背する国家間の合意は *ius iure* に無効であるという意味において—ということである。しかし、慣習国際法に所屬する規範のどれもこれも、こういう意味で強行規範でないことは明らかである。たとえば、*Lauterpacht* はいう。国々が、原則として自由に、それらの間の合意によって、慣習国際法の規則を変更しうることは、一般に承認されている。*Modus et conventio vincunt legem*. 慣習と合意とは法の適用を排除する⁽⁷⁾。だから、残る問題は、この点について例外がないかどうかということである。あるいは、特定の慣習であつて、合意を予想する国際法規範を制限して、その創設する規範に違反する可能性を排除するものがあるかもしれない。

(2) つぎに、その内容が、前の条約、とくに一般的多数国間条約の定立する規範に抵触するような条約から法生産力をうばう、そういう意味での限界が設定されているかどうかを問うことができる。後でみるように、このような限界を定める、一般的価値をもつ原則は、国際法上存在していないと考えられる⁽⁸⁾。

(3) さいごに、国家間の合意の法生産力は、その合意の創設する規範が道徳および善良な風俗に違反しないことに従わしめられているかどうかを問われるであろう。これには、学説上争いがある。

(1) *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, Scritti giuridici I (1958), pp. 277

(2) Corso di diritto internazionale (1955), pp. 91—92.

(3) Morelli, *Nozioni di diritto internazionale* (7 a ed., 1963), p. 63.

強行規範に対する任意規範の識別の問題は、Morelliによれば、厳密なかたちで設定される。すなわち、国際法規範の“*derogabilità*”の基礎が、同じ規範の一定行為に付与された特定の改廃能力に由来する存在様式ではなくて、單純に合意一般を予想するところの法生産規範からひきたすのと同じ効力に存するとみられるかぎりでは、任意規範 *norme cedevoli*, *nachgiebiges Recht* といつて語ることができなり。国内法において、法律により定立された規範が後の法律またはそれと等価的な行為によつて廢せられるといふそれだけで、任意規範とはみなされないので同じ理由によつて。

(4) 委員会は、Tunkinは、後の条約が前の条約の違反を構成するときは、*jus cogens*の規則である“*pacta sunt servanda*”の違反であり、それゆゑ、無効とみなされなければならないと主張した。これに対して、Agoは、後の条約の無効は“*pacta sunt servanda*”から生ずる一それは、*jus cogens*であるがゆゑに、*jus cogens*の規則とは異なる。その理由は、その条約の条約法規範が強行規範となるであらうと反論した。I. L. C. Yearbook I (1963), pp. 197, 200.

(5) Cf. Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, A. J. I. L. (1966), p. 52: “At first glance all the treaties encroaching upon the rights of third states seem to be contrary to *jus cogens*……”

(6) スーリント海紛争において、一八八七年八月二〇日付 Webster と Clark による合衆国側報告書は、ロマンの三ポイントによるスーリント海での主権讓与の主張に關連して言へば、“...the grant by Treaty of any such general jurisdiction would, if actually made, be entirely *ultra vires* in so far as the subjects or vessels of Powers other than the Contracting Parties to such Treaty were concerned……” McNair, *International Law Opinions I* (1956), p. 243. 12 収録。

(7) I. L. C. Yearbook II (1953), p. 154.

(8) Cf. Cavarré, *Le Droit International Public Positif* II (1962), p. 69 : " un Traité-contrat ne doit pas contredire un Traité-Soi, que simple hiérarchiquement supérieure à lui."

三

みぎに掲げられた一連の問題を取り上げるのに先立って、私たちは、どのような前提にたち、どのようにアプローチしていくべきかについて一言しておきたい。

ある学者は、この問題を論ずるにあたって、ほとんど不変かつア・プリオリのたてまえにたつ。およそ法秩序がある以上、そこにはかならず *jus cogens* の一体がなくてはならぬというのである。たとえば、*de Luna* は、委員会でのつぎのようにのべた。⁽¹⁾ いわく、いかなる法秩序においても、その主体の意思の自由は無制限ではない。もしそうであるならば、それは、法秩序の否定となるであろう。それなくして、いかなる法秩序もありえない。*jus cogens* は、自然法ではなくて、実定国際法である。それは、国々により、個別的主体としてではなく国際社会の機関として、この社会の存在を保護するために創設された実定法である。⁽²⁾

他の学者は、国際法の領域においても強行規範があることを立証しようとして、いわゆる「法の一般原則」の観念を援用する。契約をやぶる契約は無効であり、善良な風俗に反する契約が禁止されることは、文明国が認めた法の一般原則であるというのである。たとえば、*Verdross* はのべる。いかなる法秩序も、社会の根本的倫理にそむく契約

の効力を認めることはできない。他の法の一般原則で、これほど普遍的に承認されているものはない。ゆえに、国際法におけるその妥当性も肯定されることになる⁽³⁾。

たしかに、国際社会の存在は—それが、法社会としていかに弱体なものであっても—その主体の絶対的主権とか、絶対的自由といった観念をみとめることと相容れないであろう。しかし、それだからといって、国際法の領域においても、国内法レベルでの *Jus cogens* の一体がなくてはならぬということにはならない。

国際法は、さまざまな原則や規範また標準によって織りあわされた独自の法秩序として存在している。それをあたかも「大書された私法」*private law writ large* のようにみだてて、私法的概念や制度をそっくりそのまま導入することは適当でないであろう。国際法がばらばらな規則の単なるモザイクでないとするれば、そしてそうでないことは明らかであるが、国々は、それからの規範生産活動において、恣意的にふるまう自由をもち、いかなるコントロールにも服しないはずはない。

国際法は、まさしく国々の誠実と良識を期待しつつ、条約締結における自主性を尊重する態度をとる。しかし、他国の立場にも考慮がはらわれるのである。その第一段は、*“res inter alios acta”* の原則によって与えられる。条約は、当事国間において法を創設する。他国は、それによって拘束されることはない。第二段は、国家責任の法によって与えられる。もし条約の締結ないしその実施が他国の権利を侵害するようなことになれば、国際法は、けっしてそれを黙認するのではなく、その国のために、締約国にむかって主張しうる特別の権利を生ぜしめるのである。条約の締結が、重要原則に対する明白な違反を示しているときは、その廃止をせまる他の国々の集団的反応をひきおこすことも

あるであろう。国際法は、それを禁止していない。このように、国際法は、制度の面でいわば水平的な秩序として、それに相応した特徴的なリアクションを予定しているのであって、文字通り国家の自由放任しているのではない。国際法が、それなりの対応の仕方をととのえていること、そしてそれが直ちに無効の制度と結びつくものではないことは、Waldockによってもみとめられた。かれはいう。一般的にいつて、国家責任の法が前の条約に抵触する条約の締結から生ずる事態の主な要求をカバーする。無効の概念はアカデミックな見地から魅力あるけれども、それは、国際法における現在の立場を反映していないと。⁽⁴⁾

他方において、国内法における一般原則とされるものを *erga omnes* に国際法の領域にもちこむことにも問題がある。国際法生産行為としての国家間の合意を、私人間の契約と同じレベルで考えるのは適当でない。さらに、国際法において一般に行なわれている規律を補完するためではなくて、そうした経路により、国際法規律の中になにか制限的・禁止的な要素を注入することに、私たちは、つねに慎重でなくてはならないであろう。

そういうわけで、私としては、この点で、Anzilottiの示唆の方がいっそう妥当であるようにおもわれる。かれによれば、一般に、慣習国際法は“*derogabile*”である。しかし、絶対的・一般的なルールをたてることはできない。⁽⁵⁾それは、個別的な慣習法規範の精神と目的に関する評価の結果でありうるにすぎないとされるのである。このように、問題は、けっきょく個別的な国際法の原則や規範の実体的価値の問題としてたてられる。むしろ、それは、国際社会の一般的秩序のわく内で、その基本的な態度や傾向を考慮しつつ検討されなくてはならない。

ここで、私たちとしては、一般国際法が法としてあたかも古典民法のように、個人主義的で、かつリベラルな精神

基盤に立脚する秩序であることを想起しておくのが有益であろう。古典民法の領域では、いわゆる私的自治に介入する“*ordre public*”の觀念が認められるとしても、個人の自由のために、その影響を最少化する、つまり、それのできるかぎり明確な輪郭を与え、その適用範囲を制限しようとする傾向を示すことが指摘される⁽⁶⁾。傾向的に、そうしたことは、国際法についていっそう強くあてはまるとみなしてよいであろう。

条約法草案の特別報告者は、主権国間の条約に、違法かつ無効の焼き印をおすルールをたてるには、きわめて慎重であるべきことを強調した。たしかに、国家間の条約関係における安定性はいぜんとして本質的利益を構成し、それゆえ、*prima facie* に正規性の要件をみたす条約は、つねにその有効性が推定されるべきである。国々の *autogoverno* の国際的自由に介入する法規範があるとしても、それらは、国際法全体の中で例外的地位をしめるにすぎない。そうしたものとして、むしろ縮少解釈が与えられるべきことになるであろう。Roseme も、同じ意見である。これらの法規範は、国際法・国際関係の根本原則である契約の自由を制限し、またそれに違反して締結された条約を無効とするという二つの理由によって、縮少解釈の適切さを指摘した⁽⁷⁾。そしてさいごに、この種の国際法規範を形成し、解釈し、適用することは、第一次的かつ直接的に国家（政府）間の仕事であり、国際裁判官は、原則としてこの種の国際法規範がすでに確立されていることを認定して、それを適用する仕事に限られるであろうことを付言しておきた⁵。

(1) I. L. C. Yearbook I: I (1966), p. 39.

(2) de Luna によって引かれた McNair の権威ある陳述は、つぎのようである。いわく、その法が契約の自由に対しなん

ら制限を設けていない社会は、個人の社会であれ、国々の社会であれ、考えることができない。およそいかなる文明社会にも、法が個人にその合意によって無視したり、変更したりすることを許さない、いくらかの法原則と道徳則が存在しているからである。 Cf. Law of Treaties (1961), p. 213.

- (3) Op. cit., A. J. I. L., p. 61.
- (4) I. L. C. Yearbook I (1963), p. 202.
- (5) Corso, p. 94.
- (6) Colin et Capitant, Traité de Droit civil I (1953), pp. 58—59.
- (7) I. L. C. Yearbook I (1963), p. 73.

四

そこでまず考察されるべき第一の問題は、国際法の一般規範が、国家間の合意を法生産行為として予想するにあたり、慣習国際法の一体においてその効力の客観的な限界を設定しているかどうかということである。

国際法の一般規範は、その主体である国家の間の合意を法生産行為として予想している。合意の形式に参加する国家は、国際法の主体であり、同時に同じ秩序の規範の創設者である。国際社会には上位の立法者 *law-giver* がいないために、主体間の合意は、国際法現象がはじめて現われたときから、不変的に法生産の手続として用いられてきた。合意は、主体間の慣習とならんで、国際法の主要な淵源をなすとみとめられている。

ところで、この慣習と合意とは、国際法の淵源として同一のランクにおかれる⁽¹⁾。いいかえれば、慣習と合意とは、相等しい法生産力 *potenzialità di produzione giuridica* をもつとされるのである。その結果、慣習のつくる規範と合意のつくる規範との間には、同一の淵源によってつくられる規範間の調整に適用されるルールが適用されることになる。 *lex posterior derogat priori* 前法は後法を廃する、 *generalibus speciali derogant* 特別法は一般法を廃する、 *posterior generalis non derogat priori speciali* 一般的後法は特別的前法を廃しない、といったルールである。

もっとも、これに対して、国際法では慣習の方に合意よりもまさる法生産力が付与されているとする見解がある⁽²⁾。しかし、それは、“*potenzialità*” においてまさるといっただけであって、慣習が合意に対し、形式的・段階的な意味で上位の淵源を成すというのではないことが強調される。慣習から生ずる法規範にいかなる価値を刻みこむかは慣習それ自体にまかされており、したがって、合意による逸脱を許容しない、そういう意味で強行的な価値を刻むことも可能であるということにはかならない⁽³⁾。

しかし、実際問題として、合意による逸脱に対して、そうした態度を示している慣習法規範はきわめて稀である。そこで、慣習と合意とは、国際法生産機能において代換可能であることになり、たがいに “*fonti fungibili*” として位置づけられることになる。条約法規範が慣習によって変更・廃止されうるように、慣習法規範は条約によって変更・廃止されうるであろう。つまり、慣習法規範のまさしくそういう態度の結果として、同一の淵源によってつくられる規範間の調整に適用されるルールが適用されることになるのである。

このように、慣習法の規範は、一般に、国家間の特別なし反対の合意があるときは、それに譲歩する。しかし、

すべての慣習法規範がそうであるか。私たちは、国際関係において現実に通用しているさまざまな慣習法規範の中に、「長期間にわたる歴史的経験から判断して、国際法主体の全体が重大な侵害がなされることを明らかに許そう」としないう原則」が含まれていることを確かめることができる。⁽⁴⁾ これらは、疑いもなく、国際法の重要な規則をなしているものである。しかし、その重要性を強調するにとどまらず、さらにこれらの規則に対して *ius cogens* のステータスを与えることができるであろうか。つぎに、二、三の例について検討してみることしよう。

(a) この種の典型的な規範としてまず挙げられるのは、公海自由の規範である。それは、まさしく国際的共同利益を表示する規範として強行的価値をもち、それに違反する合意は当然に無効であると論じられる。

もっとも、反対の見解をとる学者もある。公海の自由を規律するルールは、そうしたものとして変更しえぬ強行法ではなくて、他のいかなる国際法の規則とも同程度に任意規範 *ius dispositivum* であるとされる。⁽⁵⁾ また、国々は、領海Ⅱ公海の境界線を自国の保護のためにとられる措置の終点とみなしたことはなく、そしてその主張が過大なものではないならば、それは黙認されてきたことも指摘されるのである。⁽⁶⁾

いかなる国も、公海の部分とその主権の下におくことを有効に主張することはできない(公海条約二条)。したがって、いかなる国も、その海域に対し管轄権を行使してはならず、他国の国民による公海の使用を妨害する行為を慎まなければならない。⁽⁷⁾ これは、確立された国際法の原則として、疑いえない価値をもっている。しかし、それにもかかわらず、そこから派生する国際法要求の絶対性・強行性を曖昧にするところの、つぎの二つのことがらに言及されなくてはならない。第一に、公海はいうまでもなく国の領海に含まれない海であるが、国が有効に主権を主張しうる領

海の幅は、国際法上統一的に確定されていないことである。第二は、いま一般国際法上領海のミニマムの幅が定めてあり、それをxマイルとすれば、Fitzmaurice によっていわれるように、二国が、それらの間でx+yマイルの幅を適用することに合意することは妨げられないとされることである。⁽⁸⁾ 同じことは、Lautepacht によってもいわれる。第三国の権利に影響しないかぎり、二国が、それらの間で領海の幅を五〇マイルとなぜ合意してならないか、その理由はないと。⁽⁹⁾ もしそれが真実であるならば、Jus cogens としての公海の自由は、そうした国々の組合せによるさまざまな二辺的関係の成立を許容することと両立しうるであろうかが問われなければならないであろう。

(b) つぎに挙げられるのは、海賊行為の抑止に関する規範である。かつて海賊は、国際交通の重大な脅威であった。そこで、これに対して“piracy jurisdiction”という特別の管轄権が設定された。どの国も、公海において海賊船を拿捕し、自国の裁判所で処罰する管轄権が付与された。海賊行為が、このように処罰されることは、その行為が国際社会において禁止されることを意味するといつてよい。実際に、海賊行為は国際法上の犯罪と称される。⁽¹⁰⁾ しかし、その意味は、伝統規範の文脈では、管轄権の面で sui generis 独自の種類に属せしめるにであったのである。⁽¹¹⁾

海賊規範の現代的定式化では、その抑止のために国々が協力する、「可能な最大限まで協力する」という面が強調される（公海条約三八条参照）。そして、海賊行為を許すような条約は、Jus cogens に違反し、無効であるとされるのである。

海賊行為に対して措置をとる機会を有しながら、それをおこたる国は、国際法の要求する義務を履行しないとして非難されるであろう。しかし、個々の場合において、このためにとるべき措置に関しては、当該国にある自由裁量が

みとめられなければならない⁽¹²⁾。他方、いかなる国も、その国民の海賊行為が他国の船によって抑止され、その国の裁判所で処罰されることに異議を唱えることはできないであろう。いまかりに海賊行為をおかした者のために、その本国が介入し、関係国の間でその者を処罰しないままに釈放する合意が成立したとすれば、そうした合意は、有効であるか否かが問われるであろう。

国際法規範は、そのむけられる主体がそうしたものとして觀念し、その拘束力をみとめるようなものとして通用している。伝統規範の適用過程において、海賊行為を許すような合意のわずかの可能性でも国際主体の間で意識されていたかは疑わしい。実際、そうした想像的合意は、国際法上の海賊 *piracy jure gentium* の定義と矛盾さえするであろう。なぜなら、国際法上の海賊行為とは、本質上私的な、政府によって認許されない活動であって、政府の許す海賊的な行為は、国際法上の海賊行為ではないからである。むしろ、そういうことは、海賊を人類の公敵 *hostes humani generis* として処罰する国際社会の全体意思が、個々の国として動かしえない客観的価値をもつことを否定するものと解されてはならない。

(c) ある学者の意見によると、国をその内部においてもはや秩序を維持することができない、そういう状態におく合意も無効であるとされる⁽¹³⁾。一般国際法上、国は、その領域内で公共の秩序を維持し、とくに外国人を保護する義務をおっている。ゆえに、国として、その秩序の維持を妨げるように警察や裁判所を縮少する義務をおわせることはできないというのである。

一般国際法は、国の内部組織の欠陥を国際義務不履行に対する非難の抗弁として援用することを禁じる一方、国の

内部組織そのものには介入しないという一般的態度をとっている。このような条約の直接的結果として、実際に領土主権者としての任務遂行が妨げられ、外国人が損害を受けるような事態が発生するならば、その国の責任が追及されることになるであろう。そして、それを回避するために、国内組織の不備を抗弁としてもちだすことはできず、被害者の本国にとって *res inter alios acta* である、その合意を援用することもできないであろう。一般に、国際法の予想する衝撃はここで停止する——条約そのものの自動的無効までにいたらないで。

* 国をそれぞれの領土主権において保護する重要な国際法規範がある。しかし、一般国際法は、この権利を有する国が、合意を介して、一または二以上の他の国に対する関係で、この権利を制限することを禁止していない。これには、周知のウィンブルドン号事件の判決がある。

この事件で、ドイツのために、すべての国籍の船に対しキール運河を通航する権利を一般的に許与することは、ドイツから戦時における中立国としての権利の行使をうばうことができず、そしてドイツに対し、一方の交戦国に仕向けられた戦時禁制品の運河通航を許す義務をおわせることはできないと主張された。この広い意味では、みぎの許与は、ドイツの「人格的かつ不可侵的」権利 *un droit "personnel et imprescriptible"* の放棄を含蓄するとされた。常設国際司法裁判所は、この主張は、平時のみならず、戦時をも明らかに予想しているベルサイユ条約三八〇条の文言に反するとし、さらにつづけていわく、裁判所は、国がなにごとかを遂行し、または遂行しないことを約する条約の締結のうちに、主権の放棄を認めることを拒否する。疑いもなく、この種の義務を創設する条約は、いずれも国家の主権的権利の行使に制限をもたらすものである——その行使に一定の方向づけを与えるという意味で。

しかし、国際約定を締結する権能は、国家主権のひとつの属性なのであると。P. C. I. J., Series A, No. 1, pp. 24—25.

国が主権（独立）を放棄することは、一般国際法の問題として、禁止されているかどうか。他の国としては、そうした放棄を受諾することができるであらうか。

ドイツ・オーストリア関税同盟事件において、裁判官 Anzilotti がつぎのようにならざることを注意される。かれによれば、オーストリアが国際連盟理事会の承諾を得てのほかに、独立国としてのその存在を任意的に喪失してはならないとするサン・ジェルマン条約八八条の規定は、二重の観点から、一般国際法を *déroger* するものである。第一に、一般国際法によれば、實際上、いかなる国も自由にその独立を、その存在すらも放棄することができる。そして第二に、一般国際法によれば、すべての国は、他の国の独立を尊重しなければならないが、他国がその独立を自国のために放棄するのを受諾することは禁止されていないのである。P. C. I. J., Series A/B, No. 41, p. 51.

(1) Anzilotti, Corso, pp. 96—99; Perassi, op. cit., p. 292.

(2) Sperduti, *Lezioni di diritto internazionale* (1958), p. 65.

(3) Yassen は、委員会が、つぎのようにならざることを注意される。条約の *ius cogens* との非両立性は、国際法秩序における規則の段階性の問題を提出する。国内法とは反対に、その段階は、法規がそこから流れ出る権威に依存するところの形式的規程によって決定することができない。ゆえに、規則の実体、その本質的価値に十分重きをおく客観的規程を用いる必要があると。I. L.

- C. Yearbook I : I (1966), p. 38.
- (4) Schwarzenberger, *International Law I* (3rd ed., 1957), p. 426.
- (5) Schwarzenberger, *ibid.*, p. 352.
- (6) O'Connell, *International Law II* (1965), pp. 708—709.
- (7) I. L. C. Report (1956), p. 24.
- (8) I. L. C. Yearbook II (1958), p. 40.
- (9) I. L. C. Yearbook II (1953), p. 154.
- (10) 海賊をとらえる国際機関はなく、それを処罰するのも国際裁判所ではない。ゆえに、海賊行為を、厳格な、テクニカルな意味で、国際法上の犯罪とすることに問題がないわけではない。
- (11) ローチェヌス号事件における裁判官 Moore の反対意見を参照。P. C. I. J., Series A, No. 10, p. 70.
- (12) I. L. C. Report (1956), p. 28.
- (13) Verdross, *op. cit.*, A. J., p. 59 ; Ballardore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico* (3 a ed., 1962), p. 282.

五

考察されるべき第二の問題は、その内容が、前の条約、とくに一般的多数国間条約の定立する規範に抵触するような条約から法生産力をうばう、そういう意味での客観的な限界が設定されているかということである。

これは、とくに後の条約が前の条約のすべての当事国を含んでいない場合について問題となるであろう。⁽¹⁾ 前の条約

の若干の—全部ではない—当事国が、それらの間でその条約を変更する条約を締結するような場合である。その後の条約には、前の条約の当事国でない外部の一または二以上の国が参加することもある。前の条約の残りの当事国と協議し、それからの同意が得られれば問題はないが、そのような変更・代替の過程において、有力な一群の国々が他の当事国と協議せずに新しい条約を締結してしまい、そしてその条約に不承認を差し控えるようにはたらかせることがおこりうるのである。⁽²⁾ そうした場合には、この二つの条約の間に抵触があるかぎりにおいて、この後の条約は無効とされるであろうか。そういう問題については、参照されるべき国際判例がある。

第一は、一九三四年常設国際司法裁判所が裁判したオスカー・チン事件（ベルギー／イギリス）である。本件において、紛争当事国は裁判の規準として、一九一九年のサン・ジェルマン条約が適用されるべきことを一致してみとめた。しかるに、この条約は、コンゴ流域の国際制度を定めた一八八五年のベルリン一般議定書の若干の当事国（ベルギー、イギリスを含む）がそれらの間で、ベルリン議定書の多くの規定を廃止して締結されたものであった。⁽³⁾ ベルリン議定書そのものは、特定当事国間の二国間取決めを締結することを許す規定を含んでおらず、反対に、コンゴ制度のいかなる変更また改善も、合意 common accord によって、導入されるべきことを明文をもって予想する規定をおさめていた。

このサン・ジェルマン条約の適法性の問題は、紛争当事国によって提起されず、条約の他の当事国も訴訟参加を要請しなかったが、二人の裁判官 Van Eysinga と Schücking は、この条約の有効・無効の問題は、いずれかの政府がその適法性を争ったかどうかに依存する問題ではなく、裁判所が職権によって審査すべき公序の問題として設定し

た。こうして、裁判官 Van Eysinga はいった。一九一九年ベルリン議定書の若干の当事国は、その開催した会議に他の締約国が参加することを招請せずに、その会議で、それらだけの間でベルリン一般議定書を変更することができると考えた。このように行動して、それらの国は、国際法の本質の原則のみならず、議定書の変更は合意によってのみなされうる旨明文をもって定めるベルリン議定書三六条に違反して行動したのである。ここでの問題は公序に属し、裁判所として職権により考慮すべき法的事態である。裁判所がそうしたならば、ひとえにベルリン議定書のみを適用したのであると⁽⁴⁾。裁判官 Schucking も、それを補足してのべる。ユンゴ議定書の予想する無効は、署名国がいつでも援用しうる“*nullité ex tunc*”という意味での絶対的無効であり、その禁止に違反して締結された条約は、当然に無効である。現在まで、ベルリン議定書の署名国で、サン・ジェルマン条約に参加していない国が、この後の条約を非難しなかった事実は、その締結の絶対的なきずをいやすことはできない。それは、いぜんとして無効である。なぜなら、それは、ベルリン議定書の起草者がその議定書に同意したとき、みずから定めた限界を逸脱するものだからである⁽⁵⁾。

しかし、裁判所自身は、そうした見解をとらなかつた。そして本件において、サン・ジェルマン条約を適用するのにちゅうちょしなかつた。いわく、これらの議定書に、ほかの点でいかなる興味もたれようと、本件においては、両方の当事国が、それぞれの契約的権利・義務の直接的源泉として依拠した一九一九年のサン・ジェルマン条約が、裁判所によって適用することを求められている条約とみなされなくてはならぬ。この条約の効力は、いままでのところ、いかなる政府によっても争われていないと⁽⁶⁾。

このように、本件において、裁判所がサン・ジェルマン条約をその適用すべき条約として受け入れたことは——それは、正当であったと考えられるが——以前の条約に基づく第三国の権利を侵害するような条約の絶対的無効の理論を排斥したものと解釈するほかはないであろう。⁽⁷⁾

第二は、一九二七年同じく常設国際司法裁判所が、ダニューブ河ヨーロッパ委員会の管轄権に関する事件で与えた勧告的意見である。ベルサイユ条約は、ダニューブ河の国際制度に関する一定条項とともに、ダニューブ河の確定規程を設ける将来の条約の締結を予想していた。その後、この条約は締結され、その当事国は、ベルサイユ条約のすべての当事国を含んではいなかったが、この勧告的意見を要請させた紛争の関係国は、その全部が含まれていた。裁判所における弁論中に、後の会議で、ベルサイユ条約を変更する条約を締結する権能の問題が提起された。

裁判所は、この問題について、つぎのようにいった。この紛争の手續中に、ダニューブ河確定規程を作成した会議は、ベルサイユ条約に定められたようなヨーロッパ委員会の構成、またその権限および任務を変更する規定を設ける権能を有していたかどうか、それからベルサイユ条約ならびに確定規程の関連規定の意義および範囲は同一であるか否かについて、多くの論議があった。しかし裁判所の意見では、この紛争における関係政府はすべて、ベルサイユ条約ならびに確定規程に署名し、かつ批准しているから、それらは、相互に、その中のある規定が、ベルサイユ条約三九条の下で、ダニューブ河會議に与えられた委任の範囲外にあるものとして、無効であると主張することはできない。⁽⁸⁾

本件においても、裁判所は、以前の条約に基づく第三国の権利を侵害するような条約の絶対的無効の理論を排斥し

たものと解釈されるであろう。

このように、法経験は、前の条約に抵触する後の条約が締結された場合には、抵触が本当の意味で存在するかぎりにおいて、一般国際法では、いわゆる優先の原則 (principle of priority (prevalence)) と法的責任 (legal liability) のテクニクによって調整されることを示唆している。後の条約が当然かつ自動的に無効とされるのではない。すなわち、後の条約は無効とされることなく、その当事国間の関係を規律し、他方において、前の条約は、両方の条約の当事国と前の条約だけの当事国との関係において、後の条約に優先して適用されることになる。両方の条約の当事国は、前の条約の残りの当事国に対し、前の条約を履行しないときは、しかるべきつぐないをなす責任をおうことになるであろう。さらに、このような状況において、責任を問いうる立場にたつ国が、後の条約の効力を争う可能性を有しているとしても、それは、テクニカルには絶対的無効の問題ではなくて、むしろ国際法がそれを知っているかどうか疑わしいが、“annulabilité”の問題であろう。

* Fitzmaurice は、多数国間条約の若干の当事国が、それらの間だけでその適用を変更する条約を適用する場合、この後の条約を無効とするのではなく、あるはばをもった調整の仕方を採用する方が実際的であることを説いている。それは、なかならず、つぎの考慮に基づく。

(1) 二つの条約は相互に一致しないシステムを設定するという意味で両立しないとしても、これらのシステムを同一の当事国に対し、またはその間で適用しなくともよいかぎり、かならずしも義務の抵触を生じない場合がある。こうして、ある困難、ある不便はともなうが、A が x 条約に基づいて B に対しあるシステムを、y 条約に基づいて

Cに對し他のシステムを適用することは可能である。この種のことは、國際機關の援助の下で締結される相次ぐテクニカル條約について實際に生じている。

(2) 條約の三〇の當事国の中二五國がそれらの間で同じ事項に關し別の條約を締結するならば、それらの國が法律上他の五國に對し、いぜんとして前の條約に拘束されるとしても、その五國の地位は事實上影響を受けずにはないであろう。しかし、この問題には、もうひとつの面がある。條約の若干の當事國がもつ、それらの間で條約を變更し、また代替する權利は、それによつて、すくなくとも当初には關係國全部の同意を得ることができず、またそれがきわめてむずかしい狀況において、望ましく、かつ必要なように變更していくことができる主要な手段である。このプロセスを禁止し、またそれを不当に困難にすることは、實際上しばしば變更に反對する少數派の當事國に拒否權を与えることになる。多くの「チェーン」多數國間條約について、新しい條約に着手されるのは、まさしくこの手段によつてである。I. L. C. Yearbook II (1958), pp. 43—44. このいづれも、實際上きわめて適切な指摘であるとおもわれる。

國家間の條約実行において、一般的多數國間條約の定立する規範に抵触する條約が、その若干の當事國によつて締結される場合、この後の條約を自動的に無効とするような一般原則の存在を實証することができないとすれば、殘る問題は、無効とされる例外的な場合があるかどうかということである。

(a) まず、前の條約が、その規定に抵触する條約の締結を明示的に禁止している場合はどうなるであろうか。 Fitzmaurice は、その禁止に違反して締結された條約は無効となるとみている。⁽⁹⁾ Waldock は、これに反對である。 Wa-

Lock は、オスカー・チン事件において、ベルリン議定書の変更は：“common accord”によるという明文の規定があったにもかかわらず、裁判所は、いかなる政府もサン・ジェルマン条約を争わなかったことで十分とみなしたといい、裁判所は、その規定が、合意によってというのとは別の、適用除外の明示的禁止というかたちをとっていたときに、これと異なる見解をとったとはおもわれたいとする。それに、Waldock によれば、条約において、それと抵触する条約を締結しないという約束がなされても、それは、通例関係国の条約締結能力に影響するものではなく、単に特定の仕方では条約締結権を行使しないという契約的義務を課するにすぎないとみられるべきである。この義務違反は責任を生ぜしめるが、締結された条約を無効とはしない⁽¹⁰⁾。

(b) つぎに前の条約が、なにか特定の型の義務を創設する条約である場合はどうなるであろうか。Fitzmaurice は、この点で、普通の「相互交換的」型の義務に対して、「相互依存的」interdependent 型または「完全自立的」integral 型の義務の区別を導入し、これらの型の義務—すなわち、一当事国による義務違反が一般に他の当事国によるそれに対応した義務違反を正当化し、または義務の効力が、各当事国について他の当事国によるそれに対応した義務履行に依存しないような、そういう型の義務を創設する条約に抵触するかぎりにおいて、この後の条約は無効となるとみなす⁽¹¹⁾。Waldock は、これにも批判的である。かれは、過去三〇年間において条約法はかなりの発展をし、そしてある種の条約の客観的効力を認めようとする傾向が増してはいるが、しかし、この発展が、はたして“interdependent”または“integral”な義務を設定する以前の多数国間条約に抵触する条約の無効を承認するまでにいたったかは疑わしいと主張する。Waldock によれば、これらの型の義務に属していても、その性質また重要性において

まちまちであるのみならず、単一条約の中に、これらの義務が相互交換的義務と混合されていることも多く見出される。多数国間条約の中に含まれたこれらの型の義務が、当事国にとって *jus cogens* の効力をもつとみなすことはありうるけれども、これらの条約の多くにきわめて広い廃棄、さらには留保の自由がみとめられていることから、そのようにみることはほとんど不可能である。⁽¹²⁾

(c) 常設国際司法裁判所は、前掲事件において、国際制度を設立する前の多数国間条約に抵触するときでも、その条約を自動的に無効であるとする観念に反対であった。裁判所は、ある裁判官の強い反対にもかかわらず、すべての紛争当事国がこの後の条約の当事国である場合、そして前の条約の当事国によって争われなにかぎり、その後の条約をちゅうちよなく適用した。もっとも、この後の条約の有効性が、その当事国ではない前の条約の当事国によって争われるときは、前の条約が優先して適用されなければならないことになろう。この相抵触する法規範の相対的 *priority* の原則といわれるものについて、国際法は、ある私法体系におけるよりもいっそう確定的に前の義務の方に *priority* を与える点が指摘される。⁽¹³⁾ それがある制度的保障をもつ場合には——国連憲章一〇三条——その原則は実際に貫徹されうるであろう。他方において、それは条約当事国間の相対的力関係と結びつき、いつでも法調整の面に浸潤する傾向をもつ。こうして、そのかぎりでは、“*ex facie jus ortum*” の入りこむ余地を残す。

(1) 両方の条約の当事国が同一であるならば、後の条約を締結する国は、前の条約を変更し、廃止することができるであろう。後の条約が、前の条約の当事国を全部包含している場合も同様である。

(2) Hyde, *op.cit.*, p. 1523.

(3) 一八八五年のコンゴ議定書は、一五のヨーロッパ諸国と合衆国（批准せず）の間に成立した。第一次大戦後に、これらの国はいくつかのグループに分れるにいたった。戦勝国であるベルギー、フランス、イギリス、イタリア、ポルトガルおよび合衆国は、日本を加えて、一九一九年九月一〇日サン・ジェルマンで旧コンゴ議定書に代わる新しい条約を締結した。戦敗国であったドイツ、オーストリア、ハンガリーおよびトルコは、一九一九—一九二〇年の平和条約において、この新しい条約を受諾せしめられた。中立国のグループ、デンマーク、オランダ、スペインおよびスウェーデンは、この新しい条約には拘束されない—加入する権利は認められたが—立場にたつた。

(4) P. C. I. J., Series A/B, No. 63, pp. 134—135.

(5) *Ibid.*, pp. 148—149.

(6) *Ibid.*, p. 80.

(7) 本件において反対意見をのべた裁判官 Sir Cecil Hurst も同じ見解であった。かれはいった。サン・ジェルマン条約—三条により、以前の議定書は、この新しい条約の当事国の間では廃止されている。イギリスも、ベルギーも、それを適用されるべき有効な文書として取り扱った。そういうわけで、当事国により提起されなかった問題—ベルギーも、イギリスも、一八八五年の議定書の他のすべての当事国と合意してのほか、それを廃止・変更しないことを誓約していなかったかどうか—という問題についても、またそういう誓約が与えられていたとして、その効果はいかなるものであったか、すなわち、その誓約を破って締結された新しい条約は法的効力を欠くか、それとも単にサン・ジェルマン条約の当事国ではないが、ベルリン議定書の当事国である国に賠償請求権を与える違法な行為であるにすぎないかという問題についても、意見をのべようとすべきでないか。 *Ibid.*, pp. 122—123.

(8) P. C. I. J., Series B, No. 14, p. 23.

- (9) I. L. C. Yearbook II (1958), p. 43.
- (10) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 58.
- (11) I. L. C. Yearbook II (1958), pp. 44—45.
- (12) I. L. C. Yearbook II (1963), pp. 58—60.
- (13) I. L. C. Yearbook II (1958), p. 41.

六

考察されるべき第三の問題は、国家間合意の法生産力は、その合意の創設する規範が、道德および善良な風俗に違反しないことに従わしめられているかどうかということである。Oppenheim は、不道德な義務が国際条約の目的となりえないことは、国際法の慣習的に承認された原則であるといっている。⁽¹⁾ Oppenheim によって主張されるように、そのような条約が当然に無効であるならば、そのいう慣習法の原則は、仮設されずに実証されるであろうか。

この問題は、ほとんど学説において取り扱われているにすぎない。しかも、学者の意見は一致していないようである。たとえば、Morell は、諸国の事実上の行態および法的確信の考察は、そういう慣習の存在について積極的結果をもたらさうとはおもわれまいとする。⁽²⁾ Guggenheim も、条約の効力をその道德性を規準にして評価しようと主張するのは誤っており、それは、容易に、自然法の原則をふたたび国際法に導入することになるという。⁽³⁾ 立博士は、今日の国際関係において条約を無効ならしめるにたる不道德の標準を定めることは實際上困難であり、それは、義務的

裁判制度の確立にまつところ多く、現時においては輿論に訴えるほかはないとされる。⁽⁴⁾

これに対して、Yeses は、公然と国際法の原則に違反するのではないが、それにもかかわらず国際道徳に反し、または国際関係における誠実の原則にそむく条約も当然に焼き印をおされ、司法的決定によって無効とされるべきだと論ずる。⁽⁵⁾ Quadri は、真の国家間公序 *ordine pubblico interstatale*—そのやぶるべからざる性質によって實際的に存在し、国際社会に固有の道徳的標準を実定法の領域において反映するところの原則の一体があるとする。かれによれば、それは、自然法を実定法の中に入らざれば、実際の受容され、そして条約によって逸脱することのできない若干の倫理的価値を承認することであり、それと相關的な法原則の義務内容を成すそうした価値は、先例（慣習）や条約のサンクションから独立して再構成されることができると主張する。⁽⁶⁾ Dahm も、法律的不能は、とくに条約またはその他の意思表示が国際法の強行規範または国際道徳と矛盾するときに生ずるといふ。たしかに、この種の場合には稀であるが、いずれにせよ、極端な場合その条約は無効である。⁽⁷⁾

よく引かれる、裁判官 Schücking がオスカー・チン事件で述べた意見の一節がある。かれは、裁判所は、その内容が善良な風俗 *Bonnes moeurs* に反する条約をけって適用しないであろうとのべた。⁽⁸⁾ かれによって、このような条約が絶対的に無効とされたことは明白である。これに対して、Fitzmaurice は、不道徳な—しかし、違法ではない—目的をもつ条約の無効をア・プリオリに断言することはできないが、裁判所としては、その適用を拒否しうるであろうという意見である。⁽⁹⁾

このような学説の表面的な対立にもかかわらず、そこには微妙な一致と不一致があるようにおもわれる。私たちは、

国際関係においても、道徳的考慮が及ぼしている実際の影響力を無視したり、軽視したりすることはできない。周知のように、国際司法裁判所は、コルフー海峡事件において、十分に承認された原則のひとつとして、「戦時におけるよりも平時においてなおいっそう絶対的な人道の基本的考慮」に言及した。⁽¹⁰⁾ 本當に道徳的・人道的な考慮に抵触するような条約が締結されるならば、それは、輿論の強い非難をあびることになるであろう。また本當に不道徳な条約であるならば、たとえ無効ではなくとも、實際上永続する保証をもちえないであろう。けれども、他方において、なにが道徳的であり、なにが不道徳的であるかは、しばしば主観的に解釈され、解決しない論争をみちびくことがありうるし、それに、国は、その条約上の義務をまぬがれる口実として、書かれた誓約は争わずに、上位の原則として、そういう道徳則をもちだし、それに訴えることができるのであって、それは実際にもしばしばみられることである。ゆえに、不道徳な条約は無効であるという漠然としたテーゼをもちこむことは、国家間の条約関係の安定性をおびやかすおそれがあるといわなければならない。

いま議論の目的上、国際法の規則または禁止に実際に違反するのではないが、それでも不道徳な目的をもつ条約の効力はどうかという、多少アカデミックなかたちで問題を提出するならば、やはりみぎの *Financière* のような解答にならざるをえないとおもわれる。そのような条約を、直ちに無効であると断定することはできない。国際裁判所としても、道徳的考慮そのみで、条約の無効を宣言することはできないし、またそうはしないであろう。⁽¹¹⁾ しかし、極端な場合には、つまり、道徳・人道の基本的考慮との明白かつ深刻な対立があるとみとめられる場合には、裁判所として、その適用を拒否することができるであろう。⁽¹²⁾

ここで問題となる道徳的標準が、國際的標準として承認されているようなものでなければならぬことは明らかである。

(a) そのような標準が、一般國際法の標準として慣習的に確立されている場合がある。たとえば、奴隸売買の禁止がそうである。de Luna がのべたように⁽¹³⁾、一七一三年のユートレヒト条約の一編である「Asiento de Negros」これによって、イギリスはスペイン国王から三〇年間スペイン領アメリカとの奴隸取引の独占権を獲得した—のような条約が、もはや今日において締結されえないことは争う余地がないであろう。奴隸売買は、過去および現在の諸条約において、くりかえし表明された承認によって、一般國際法上禁止されたとみなされるのである。

(b) そのような標準が、そのみでは法的拘束力を有しない國際連合の總會の決議（勸告）において具体化される場合がある。たとえば、人種隔離 apartheid がそうである。南西アフリカ事件—第二段階において、原告国（エチオピアとリベリア）は、被告国の人種隔離政策をはげしく非難し、いまや一般國際法となった「non-discrimination」の規範に違反すると主張した。裁判所自身は、本件において実体的判断を示さなかつたけれども、⁽¹⁴⁾裁判官 Jessup は、この点について、總會の決議が一般的立法性を有し、そのみで新しい規則をつくるというテーゼには基づかずに、⁽¹⁵⁾それでも、裁判所によって適用される國際的標準の存在していることを指摘した。いわく、本件における原告の訴答書面に転録され、そしてとくに總會の決議に記録されたような apartheid 非難の集積は、関連性のある現代國際社会の標準の証明である。不一致がまだある場合に、國際連合の非難は、適用標準をきめる上で、決定的な實際上の—として法律的な—価値を有している。apartheid を助長するような國家間の条約がかりに締結されたとすれば、それ

がみぎの標準に照らして非難されるべきものであることは明らかであるが、⁽¹⁶⁾当然に無効とまでされるかどうかは、けつきよく、国際社会の態度いかんによってきまる問題であろう。

(c) そのような標準が、多数国間条約において定立される場合がある。それらの条約は、一定の反社会的な個人活動を禁止するために、国際協力を促進するという、人道的利益において定立された規範を包含する—たとえば、婦人・児童の売買禁止、強制労働の廃止、麻薬取引の防遏のように。これらの条約は、テクニカルには、それに参加していない国にとって *res inter alios acta* である。とくに、さまざまなかたちでの国際協力を義務づける部分に関するかぎり、それは、一般に締約国だけに適用される。けれども、そこに具現された道徳的標準そのものは、一般国際法的価値をもち、ないし取得するものと解釈されることが可能である。したがって、たとえば、ある学者の掲げる、自国の婦女子を—なにか財政的利益とひきかえに—不道徳な目的のため引渡すような条約は、文明国が締結することなどほとんど考えられないが、その効力いかんを問われるならば、無効とされるべきだと答えなければならぬであろう。

このように、国際社会の根本的な道徳原則が公共良心 *public conscience* の要求に鼓吹されて法原則として承認されるとき、これらの原則こそ、国際的公序のいわばハード・コアを成すという意見が有力に主張される。たとえば、Balladore Pallieri は、国家は若干の根本的道徳則を確認する規範に違反することができない⁽¹⁷⁾とし、Berber は、国際強行法はとくに倫理原則をささえる国際法である⁽¹⁸⁾とし、Sparduti は、相反する合意を無効とする規範の効力は、いっそう確実に、道徳規範であるという区別の特徴を呈示するところの、よりせまいグループの一般国際法規範に結

びつけられると説く⁽¹⁹⁾。Fitzmaurice も、*jus cogens* の性質をもつ国際法規範の特徴は、単に法的な規則であるだけでなく、"considerations of morals and of international good order" を包含していることにあるとする⁽²⁰⁾。

このような規範は、まさしく、道德規範であるというその実体的価値において特徴づけられるのみならず、その形成手続の面でもある特徴をもつ。Sperduti によって指摘されるように、それは、国際社会の倫理原則 *principi di etica sociale internazionale* に法的サンクションを与える法生産手続、それらの原則を法規範としての必要性が国際社会意識において歴史的に固まることに発する手続である⁽²¹⁾。このような手続を介して、そのみでは法的価値を有しない規則に、法的価値のみならず、高い程度の実際の価値が与えられる。国際社会の十分な代表的努力によって、すでに国際社会において社会倫理の大原則として現われており、その法規範への、つまり実効的行為規範への変形が、歴史上公衆良心の要求として確証される。そのような原則の法的拘束力が承認されるわけである。そのいちじるしい実例は、侵略戦争の禁止である。一九四五年八月八日のロンドン条約に先立ち、また後につづいた、降伏文書、休戦条約、平和条約、ニューレンベルグ裁判所および極東軍事裁判所の判決、国際連合の決議（一九四六年一月一日のニューレンベルグ裁判所規程およびこの裁判所において承認された原則を確認する決議）の一連のプロセスにおいて、侵略戦争の禁止が一般国際法の一部をなすにいたったことは疑いをいれない。このような原則に直接違反する国家間の合意は、無効であるとされる。すなわち、侵略戦争をくわだてることが違法であることに基づいて、二国が侵略を構成する状況において第三国を攻撃することに合意しても、それは無効であるとされる⁽²²⁾。

このような国際的公序の観念は、とくに最近において発展したものである。それは、国際法の性格的な変容、つま

り、国際法が、人間による、人間のための法といった性格をますます強めてきたことを背景として理解されるべきであろう。Sornin によれば、一般国際法の解釈として、国家がその領土内で、国民に道徳則に相反する待遇を強いることは禁止されない！ 反対に、他の国々は、そうした待遇について、特別の根拠なしに干渉することを禁止されている⁽²³⁾。国家主権に敬意を払う国際法のそういう消極的態度にもかかわらず、それが本来国際法の志向する目的でないことは明らかである。それに、一般国際法は、極端な場合には、外部の国が干渉することを黙認していた（いわゆる人道的干渉 intervention humanité)。こうして、裁判官]essup は、南西アフリカ事件・先決的抗弁において、「一般的な人道上の理由により、他国において人間にくわえられる残酷な行為に関心をよせる国の権利」について言及したのであった。⁽²⁴⁾ 最近では、人も知っているように、集団殺害 genocide は、いまや平時に行なわれるか戦時に行なわれるかを問わず、国際法上の犯罪であることがはっきり確認されるにいたった。

他方において、国際法もまた人間によって動かされる。伝統的に国際法の主体は国家であるとされてきた。そのたてまえにかわりはないが、国際政治において行動する組織も、また国際政治の場裡における主役としての個人も、国際法の現実の担い手であることが強調されるようになった。こうして、Wengler は、国際法がますます「権力者間の法」]us inter potestates に変形されていく傾向を指摘している。そして、かれによれば、そうした権力者の個人・集団責任は、政治を支配すべきひとつの倫理的大原則に基礎づけられるべきもので、それは、不幸にして国際法学者の発明にかかる“wer kann, der darf”ではなく、古くからの原則“noblesse oblige”⁽²⁵⁾それは、ここでは“autori-

dad obligat, poder obligat 権力は責任をとるなう、に等置される—でなくてはならぬと説いている。

しかしながら、国際関係の現実には、権力の道徳的抑制とは反対に、道徳が権力に従属せしめられる面がある。de Vischer は、⁽²⁶⁾「するべくその面に光をあてる。かれによれば、国家道徳 morale d'Etat の国際道徳 morale internationale への移行は、人間の現実的な道徳的傾向の単純な空間的拡大によってはけつしてなされえない。権力の歴史的配分は、特殊なモラルである集団のモラルの根をほらさせた。その権力配分が生ぜしめる関係は、超国家的な共同福祉の認識にも、すべての人間の共通の運命の意識にもささえられていないとするのである。それだけに、Wengler がいうように、権力エリートの責任ある行動が望まれないとともに、法と道徳の問題が、実はその根において、国家主権に基づく分離的政治構造と深くつながっていることをのみがしてはならない。侵略戦争を非難することはたやすいが、それを実効的に抑圧する国際体制をもつことは、けつしてたやすいことではない。

- (1) Oppenheim-Lauterpacht, *International Law I* (8th ed., 1955), p. 896.
- (2) Nozioni di diritto internazionale, p. 37.
- (3) *Traité de Droit international public I* (1953), pp. 57—58.
- (4) 平時国際法論(昭一七年)「五五六ページ」。
- (5) I. L. C. Yearbook II (1953), p. 165.
- (6) *Diritto internazionale pubblico* (3a ed., 1959), pp. 144—145.
- (7) *Völkerrecht III* (1961), S. 60.
- (8) P. C. I. J., *Series A/B*, No. 63, p. 150.

(6) Fitzmaurice の作成した草案には、その二〇条に “Ethics of the object” と題して、つぎのような条文がおさまられていた。I. L. C. Yearbook II (1958), p. 28.

“The unethical character of a treaty which is not actually illegal…… cannot *per se* be a ground of invalidity as between the parties which have concluded it (and has in any case not force as against non-parties). Nevertheless an international tribunal may refuse to take cognizance of or apply it (even as between the parties, and even if its invalidity has not been claimed) in those cases in which the treaty is clearly contrary to humanity, good morals, or to international good order or the recognized ethics of international behaviour.”

(10) I. C. J. Reports 1949, p. 22.

(11) 国際司法裁判所は、南西マフリカ事件：第二段階の判決で、つぎのように述べた。裁判所は、court of law である。そして道徳の原則を考慮しうるのは、これらが法的形態において十分な表現を与えられている、そのかぎりにおいてのみである。……人道的考慮は、法規の鼓吹的基礎を構成しうる—たとえば、国連憲章の前文が、その後に掲げる特定法規の道徳的・政治的基礎をなしているように。しかし、そのような考慮は、それ自体として、法の規則に等しいものではないと。I. C. J. Reports 1966, p. 34.

(12) 国際司法裁判所が、北カメルーン事件において、いわく、「……当事者ではなく、裁判所自身が裁判所の司法的本來性を帯びなかつてはならぬ」I. C. J. Reports 1963, p. 29.

(13) I. L. C. Yearbook I : I (1966), p. 39.

(14) 拙稿・南西アフリカ事件の判決、法律時報一九六六年一月号を参照。

(15) I. C. J. Reports 1966, p. 378.

(16) 南アメリカ政府は、その政策を弁明していわく、*“separate development”* の政策は、消極的に、コンゴ、ルアンダ、スーダンその他のアフリカ地域で発生し、また発生しつつある人間的悲劇を避けようとするものであり、積極的には、相互の同一性、文化、生存、人間としての相互尊重に基づく、平和的かつ友好的共存体制の確立をめざすものである。企図される統合は、少数者集団—もっとも進んだ、またもっとも遅れた—に対して、不可避的な不正義、経済および行政における水準の低下、人間的悲劇のくりかえしをとまなうであろうと。拙稿・ICJにおいて係争中の南西アフリカ事件（外務省法規課、昭和四一年五月）を参照。

- (17) *Diritto internazionale pubblico*, p. 282.
- (18) *Lehrbuch des Völkerrechts I* (1960), S. 439.
- (19) *Lezioni di diritto internazionale*, p. 68.
- (20) I. L. C. *Yearbook II* (1958), p. 41.
- (21) *Lezioni*, pp. 69—74.
- (22) I. L. C. *Yearbook II* (1958), p. 40.
- (23) *Diritto internazionale III* (1962), pp. 1306—1307.
- (24) I. C. J. *Reports* 1962, p. 111.
- (25) *La noción de sujeto de Derecho Internacional Público examinando bajo al aspecto de algunos fenómenos políticos actuales*, *Revista Española de Derecho Internacional* (1951), pp. 857—859.
- (26) *Théories et réalités en droit international public* (2^e ed. 1955), p. 126.

七

国際法規範の全体の中で、強行規範であるところのものを、どのような標識によってよりわかるかは、きわめてむすかしい問題である。Waldock も「国際法のルールが *jus cogens* の性質をもつことを識別するための一般的に承認された規準は、まだ存在していないことをのみとめた⁽¹⁾。

Lauterpacht は、その草案において、条約はもしその履行が「国際法の下で *illegal* である」行為をとまうときは無効であるとしたが、この「国際法の下で違法である」という概念は、このコンテキストでさらに限定された。すなわち、それは、国際的公序を構成するとみなされるような “*overriding principles of international law*” に反することである⁽²⁾。この Lauterpacht の トートロジカルな表現は、*Fitzmaurice* によって、いっそう明確な規準性を与えられた。さきにもいったように、かれは、強行規範の性質をもつ国際法の規則をもうら的に述べることはできないが、それらに、またその大多数に共通の特徴は、明らかに、それらが「法の規則だけでなく、道徳と国際的な善良の秩序の考慮を包含している」ことにあるとした⁽³⁾。Waldock はというと、かれは、国際法上 “*unlawful treaties*” の可能なカテゴリーを法典化する試みの時期が熟しているとはおもわれたいとし、一般的な表現で、条約は、強行法規に抵触するときは無効であるという原則を定めるのにとどめ、その完全な内容は、国家実行と国際裁判所の判例法によって仕上げられるのにまかせた方がよいという意見であった。

ただそのさいに、*jus cogens* に抵触することにより無効である条約のもっとも顕著な実例を、例示規定としてそ

えておくことが有益であると考えられた。一九六三年の Waldock の草案には、「in particular」とことわって、三つの例が掲げられた。すなわち、その目的または実施が、(1) 国連憲章の諸原則に違反する強力または威嚇、(2) 国際法上国際犯罪とされる作爲または不作爲、(3) 国際法上各国がその抑止または処罰に協力することを要求される作爲または不作爲、をともなう条約は無効であるとされた。⁽⁴⁾ なにもって国際強行規範とするかについて、各委員の間にどれほど一致があったかは疑わしいが、すくなくともみぎの範囲では、最小限度の一致があったとみなしてよいであろう。

私も、法政策的に、いまの段階で *jus cogens* のルールをもうらめ・固定的に定式化しようとする試みが賢明で、かつ望ましいとはおもわないが、しかし、なにとなたに *jus cogens* であるかではなく、「どういふものが *jus cogens* となるかについて、おおよその見当をつけておくことは不可欠である」と考える。

関連性のある標識が国際法規範そのものの存在様式に求められることに異論はないであろう。まず第一に、それは、実定国際法の規範であるとされる。Gros がのべたように、いかなる言葉が用いられようとも—*general principles of law, jus cogens* あるいは *basic norms*—それは、⁽⁵⁾ 実定法規範である。

第二に、それは、一般国際法の規範であるとされる (*a peremptory norm of general international law*)⁽⁶⁾。一九六六年の草案は、その注釈において、⁽⁷⁾ つぎのようにいう。条約の規定は、単に当事国が、その規定から逸脱することを許されるべきでないとしたことから、それだけの理由で、その規定が *jus cogens* の性質をもつというのは正当でないであろう。そうした規定は、当事国にとって適当とおもわれるどんな理由によっても、主題を問わず、条約を問わ

ずに、挿入されるものである。その規定に違反して後に条約が締結されたときは、前の条約に違反したことについて責任を生ずるであろうが、その規定違反は、単純にかようなものとして、条約を無効にするものではない。こうして、*jus cogens* の性質を与えるのは、国際法の一般的規則という形態ではなくて、その取り扱う主題の特殊な性質であるとされる。

たしかに、一般的多数国間条約の中に、*jus cogens* のルールが具現されることがありうる。もし、その条約が一般国際法規範を宣言し、または法典化するものであるか、あるいはその規範が *erga omnes* すべての国に対して効力をもつ規範として国際法の一般体系に受容された場合には、その強行規範の性質をもつ規範との抵触が—前の条約そのものとの抵触ではなくて—条約の無効をきたすことになるであろう。⁽⁸⁾

第三に、その国際法規範の実体・内容こそいっそう直接的な関連性をもつ。この点について、いくらか考察してみよう。

(a) Tunkin は、委員会が、"*jus cogens*" よりも、あまり正確ではないが、"*fundamental principles of international law*" をいっそう分りやすい用語として提案した。⁽⁹⁾ しかし、なにが国際法の基本原則であるかは、なにが *jus cogens* であるかということ以上に、はなはだ曖昧である。だから、どの国も自己の必要に適合させるようにその範囲を不当に拡大することが可能となるであろう。

国際法の基本原則は、私たちに、国家の基本的権利の観念を連想させる。実際に、Sibert は、国家の本源的権利 *droit originaire et primordial* を破棄するような条約は無効であると論じている。⁽¹⁰⁾ それは、正当防衛権から、一国の

軍備を維持する権利まで及ぶ。軍備を制限する条約について、条約が一方的に国（たとえば、戦敗国）の軍備を制限しうることに、その国から防衛に必要な技術的手段をうばうこととはちがうとされる。この後の結果を意欲する条約には無効のらく印がおされる。そして、その証として、Vattel のつぎの言葉が引かれる。——すなわち、勝者は、しばしば同等の法律を与える。勝者は、正しい、必要な戦争で勝利をおさめた後に、そうすることにより節度 *moderation* の限界内にとどまるならば、正義もまた衡平も、傷つけることはない、という言葉である。また委員会では、Funkin や Lachs によって、不平等条約は無効であるとされた。不平等条約——それは、当事国間の義務の間にはなほだしい不平等 *gross inequality* を設定する条約をいう——は、*Jus cogens* の性質をもつ国際法の規則に違反するもので無効であり、そうした条約の無効にはつきり言及しておくことが疑いもなく必要であると主張された。⁽¹⁾

国の基本的権利といっても、それらは、国際法に基礎をもつ国際法上の権利であり、一般国際法は、その任意的な制限、また放棄さえも禁止していると解釈することはできない。国家の正当防衛権は、周知のように、国際連合憲章に基づいて、機構のコントロールの下におかれているし（憲章五一條）、他方、軍備制限の程度は、法原則というよりも明らかに政治的合目的性の判断と決定の問題である。国家平等の觀念が、国際法秩序の鼓吹的基礎を成すことは疑いをいれないし、それはまた、重要な国際文書において宣言されることがあるけれども、しかし、それ自体の名において評価的機能を果すという意味で「規範」であるかは問題であり、いわんやそれになにか絶対的な意味をもたせることはできないのである。これ以上の論議に立入らずに、ここでは国の権利の神聖化という古くさい理論は、国際社会の实效的組織化に対する重大な障害となるであろうことをのべておくのにとどめる。

(b) 国際法における *Jus cogens* の標識は、国家本位に、それぞれに帰属するところの個別的利益ではなくて、むしろ国際社会の一般的利益に焦点をおいて探究されるべきである。そして、そのような利益の法的保護を具体化する義務の側面に重きをおいてみるのがいっそう適當であろう。

国の嚴格に個別的な利益とは区別される利益形態が存在することは、国際司法裁判所により、ジュノサイド条約の留保に関する件においてはっきりみとめられた。裁判所はいわく、こういう条約—ジュノサイド条約—において、締約国は、それ自身の利害関係というものを有していない。締約国は全部残らず、ただ共通の利益、すなわち、条約の存在理由である、その崇高な目的の達成を有しているにすぎぬ。その結果として、この型の条約においては、国の個別的な利益ないし不利益について、また権利および義務の間の完全な契約的均衡について語ることはできない。条約を鼓吹したこの崇高な理想が、当事国の共同意思により、そのいっさいの規定の基礎および尺度を提供するのである⁽¹²⁾。

このような国際社会の共同利益を保護するために設定される義務の性質も関連性をもつ。*Titmanice* は、通常の相互交換的な型の条約 “*do ut des*” とはちがって、その場合には、他の当事国による、それに対応した義務の履行に依存しないという意味で、その効力が独立自存的・絶対的かつ固有なものである、そうした型の義務が設定されることを指摘した⁽¹³⁾。その規範の、*Jus cogens* の性質が付与される特殊な実体は、それゆえ、国際社会の一般的法益とそれを保護するために要求される特定の型の義務の合成において成りたちうる。その利益が普遍人道的性質のものであり、その義務が道徳的基礎をもつものであるかぎり、その規範の公序性はいっそう濃くなる。そして、そこか

ら、それ自体違法 *illegal in se* として評価されるところの、国際社会の一般的法益の直接的侵害—Jennings の用語によれば、*“objective wrong”*—の觀念がみちびかれるであろう。⁽¹⁴⁾ それは、特定主体に対する違法な行為をともしないことも、そうでないこともありうる。たとえば、奴隸取引を行なう条約は、それ自体、特定主体に対する違法行為ではないが、第三国を攻撃するための二国間の条約は、両方の点で、違法な行為とされるであろう。

(c) いま、委員会で行なわれてきた審議をかえりみて、国際的公序ないし強行規範を一応つぎのようなカテゴリーに分類することができるであろう。第一に、倫理的色彩の濃いものである。奴隸売買やジェノサイドの禁止がそうである。それは、国が文明国として *“Noblesse oblige”* の格率によって鼓吹される領域であって、法の感じられる抑制なしに、国々によってほとんど一方的・自発的にコントロールされうるであろうことに特徴をもつ。

第二は、社会的色彩の強いものである。国際法の領域では、人權の保障がそれにあたるであろう。⁽¹⁵⁾ 今後、国際的公序の現実的育成がとくに期待される領域である。Waldock も、国際社会が統合されていくにつれて、ますますその注意は個人にむけられるであろうとし、それゆえ、*Jus cogens* の発展は、世界社会全体の利益において、個人の利益を保護する方向において期待されるであろうとのべた。⁽¹⁶⁾ その育成が、とくに国際裁判との制度的結びつきにおいて、いっそう確実なものとなるであろうことは多言を要しないであろう。

第三に、政治的な色彩の濃いもので、それには、侵略戦争、武力行使の禁止から、人民自決の原則、あるいは不平等条約まで包含されうる。この領域では、なによりも侵略戦争や武力の行使を実効的に抑止しような体制をととのえることが大切である。私たちは、そうした政治的秩序の実効的組織化は、まだまだ遠い目標としてとどまってい

ることを知らなければならぬ⁽¹⁷⁾。侵略の概念それ自身が、まだ十分なかたちで定義されるにいたっていない。他方、ここでは、導入される「*ius cogens*」の觀念が、さまざまな利益衝突の局面において、政治的挑戦の手段として援用される可能性があることを予期しておくべきであろう。実際、ある国々は、条約法草案五〇条の主な効果は、不平等条約を無効とし、それに対する人民の正しい闘争を援助するにあるといった受けとり方をしてゐる。この種の問題をも含めて、さまざまな政治紛争が国際機関にもちこまれ、論争をひきおこす可能性⁽¹⁸⁾がある。そのような場合、問題の法的側面について国際司法裁判所の勧告的意見を要請することができる。しかしおそらく、多くの場合、法的規程よりも、政治的合目的性の規程に基づく解決がまず第一に探究されるであろう。

- (1) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 52.
- (2) I. L. C. Yearbook II (1953), p. 155.
- (3) I. L. C. Yearbook II (1958), p. 41.
- (4) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 52.
- (5) I. L. C. Yearbook I (1963), p. 72.
- (6) しかし、厳格には、一般国際法の規程ではなくとも、強行的な規程の存在をみとめる場合がある。裁判所規程の規程がそうである。それらの規程について、裁判所や当事者の意見で適用を排除しえない強行規程と反対に排除しうる任意規程の区別をみとめることができる。たとえば、常設国際司法裁判所は、自由地帯事件（命令）において判示していわく、規程五四条三項および五八条により、裁判所は、決定のため付託された問題に関する「評議」の結果を両当事者の代表に「非公式に」通知することはできない。裁判所規則（三二条）により許容されるのは反対に、裁判所は当事者の提議に基づいて

も規程の定めから逸脱することはできな」と。P. C. I. J., Series A, No. 22, p. 12.

(7) I. L. C. Report (1966), p. 76.

(8) Schwebel は、最近に締結された一連の国際条約——一九四八年のジュネサイド条約、一九二六年の奴隷条約、一九五六年の同補充条約、一九五七年の強制労働条約などが、共通に廃棄条項 denunciation clause を含んでいることについて、これは、すくなくとも、これらの条約の定める法が jus cogens であるという命題と矛盾すると主張する。jus cogens は、二または三以上の国の間で締結される条約によっても逸脱することが許されなものである以上、一國が強行規範を具現する条約を一方的に廃棄して、その規範の拘束力を終らせることはできないはずがなからである。Some Aspects of International Jus Cogens, A. J. (1967) pp. 953—957. けれど、Waldock も指摘している点で、かれは、この種の条約が脱退または廃棄条項をもっていることは、後の二国間条約を単純にその条約と両立しなうことを理由に無効であるとする主張を弱めるものだと述べている。いずれにせよ、そういう廃棄の自由は、Schwebel のいうように、国際的強行規範の觀念が政府の日常的思考や行動にまだ浸透していないことを示すものとみることができよう。しかし、それにもかかわらず、Waldock によって指摘されるように、条約中に「まつられている」根本原則そのものは、強行規範の性質をもつかぎり、國は条約を廢棄しても、その拘束をのがれることはできな」とみられるべきである。I. L. C. Yearbook II (1963), p. 59.

(9) I. L. C. Yearbook I (1963), p. 69.

(10) Traité de Droit international public II (1951), pp. 214—215.

(11) I. L. C. Yearbook I (1963), pp. 68, 69. したがって、この主張は、Pal のように反はべられた。Ibid., p. 70.

(12) I. C. J. Reports 1951, p. 23.

(13) I. L. C. Yearbook II (1958), p. 44.

国際法における強行規範について

- (14) Nulity and Effectiveness, p. 73.
- (15) 裁判官田中耕太郎は、南西アフリカ事件：第二段階における反対意見の中で、つぎのようにいった。基本的人権および自由の保障は、超実定的・超憲法的な意義をもつ「自然法」の原則であり、もしわれわれが、国家間の合意によって変更されうる *jus dispositivum* の対照をなす *jus cogens* のカテゴリーを国際的領域に導入しうるならば、人権の保護に関する法は、たしかに *jus cogens* に属し、そしてそれらの規定は、裁判所規程三八条一項(c)の解釈として、そこにいわれる「法の一般原則」に含まれると。I. C. J. Reports 1966, p. 298.
- (16) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 40.
- (17) Schwarzenberger は、不戦条約および国連憲章のシステムによって、国際慣習法による實際上無制限な戦争をする権 *ius ad bellum* は自衛のために武力を使用する権利に制限されたけれども、かような合意的基礎に基づいて設定された“international public order”は、むしろ“international quasi-order”と呼ばれるべきだと論じている。それは、まだ絶対的普遍性の段階に到達しておらず、締約国だけに限られること、このシステムは多くの逃避条項を提供しており、秩序それ自体がかなり不安定であることによって。International Law I (1957), p. 427.
- (18) 一九六〇年八月一六日にニコシアで署名された一方キプロス、他方ギリシャ、トルコおよびイギリスの間の保障条約について、一九六三年一月二日キプロスで発生した衝突事件が安全保障理事会に提訴されたとき、みぎの条約は、憲章二条四項の武力の威嚇または行使を禁止する強行規範に抵触し、また不平等条約として無効であるという主張がだされた。安全保障理事会は、この条約の有効・無効性について決定は下さなかった。この事件については、Schwelb, *op. cit.*, p. 952—953.

国際法秩序における *jus cogens* の形成と確立は、けっきょく、国際社会の態度に依存する。このカテゴリーの規範が存在するかぎり、それに違背して締結される国家間の合意は、国際社会そのものの一般的な法益の侵害として評価され、いっさいの適法性と効力がうばわれる、そういうかたちの国際社会のリアクションによって法制度的に保障されなくてはならぬ。この意味で、Roseme が、究極において、*jus cogens* の内容を確定するのは、法それ自体よりも、いっそう多く社会であるとのべたのは正しい。⁽¹⁾

強行規範に対する違反は、その行為の無効をともなう。それは、「絶対的無効」である。それは、*de plein droit* に、つまり、自動的な仕方ではたらく。そして、そのような無効は、特定の主体の行態から生じうべき放棄やエストッペルによって制限されることはないのである。

しかし、伝統国際法が、そういうかたちのリアクションを確立された手段として知っていたかは疑わしいとおもわれる。国際法違反は、そこでは、それによってその権利を現実かつ直接に侵害される国だけに関係することとみなされた。他の国々としては、それに抗議し、反対し、また行動をとることが一般に差し控えられた。⁽²⁾ 国際社会といっても、それ自身法的人格をもつ独立の実体ではなく、国々のあつまり、その全体であり、国際社会の利益といっても、実は、共通である国々の複数利益に還元された。そして国際法遵守における利益共同の原則といっても、多分に抽象的かつ観念的な価値をもつにすぎなかった。つぎに、そうした法環境のいくつかの制度的側面をうかがってみること

にしよう。

(a) まず国家責任 State responsibility の制度に言及されなければならない。一般に、国家による国際法違反、いっそう明確に、国際法の課する義務に違反する行為(反面において、他の国の権利を侵害する行為)に対して、一般国際法は、一定の法的効果を結びつけている。この一般に「責任」とよばれる法的効果は、一方において、違法な行為を行なった国(責任の受動的主体)と他方において、その権利を侵害された国(責任の能動的主体)に関係して生ずる。そして、国家責任の特徴はというと、それが、もっぱら、これらの能動的・受動的主体に固有の主観的な地位に付着する効果に尽くされる点にあった。他方において、国際法違反の行為から生ずる、つぐないを目的とする法律関係、すなわち、受動的主体の義務と能動的主体の権利の内容は、国際法によって完結的に規定されておらず、若干のはばひろい原則が定められているだけであって、そのわく内で賠償の性質および範囲の具体的決定は関係主体間の合意にまかされているのである。

(b) 国際法は、このように、国際法に違反する行為によって、他国の権利を侵害する国に対して、つぐないをする義務を課す。しかし、そこでは、国々よりも上位の実体はないので、責任が刑事的な責任といったかたちで問われることはなかった。と同時に、伝統法の下では、違法な法律行為に関し、それを無効とする手続はほとんど発展しておらず、反対に、「承認」recognition によって、違法な行為を有効化する手続が知られていた。Reuter によっていわれるように、国内法において重要な役割を演ずる無効の制度 système des nullités また取消しの手続 Procédure d'annulation は、国際法ではほとんど発展していないのである。そして、違法な行為が法律行為である場合に、その

救済は、責任の制度によってカバーされえた。そのもっとも十分なつぐないは、その行為を消滅させること（disparition）によって与えられるのである。⁽³⁾

* 条約の締結が、他国の権利侵害をとまなうかぎり、国家責任と結びつく伝統理論的な説明は、Ponassi によつて、もっともよく与えられる。かれは、いう。

国家群 n により締結された規範とが、その受範者である個別国の間で一定事項に関する特別の条約が締結される場合、規範 x は、国家群 n に属する二国が定立する特別の条約が、その主体である二国の関係において、その効果につき評価されるころの、評価標準ではない。その特別条約は、この点につき、そういう場合にも、法生産に関する一般規範によって評価されるのである。規範 x の存在は、その規範 x の受範者である国家群 n に包含されるところの、国家のあらゆるグループにとつて、規範 x の予想する事項に限定されても、一般的な法生産性の排除を構成するものではない。規範 x は、特別合意の可能的締結者である国家に対する限界ではないのである。規範 x は、国家から法生産規範によって与えられる法的可能性をうばうものでないからである。規範 x に適合しようと、相反しようと、二国により締結された特別条約は、その規範により、適法また違法な法律行為という性質づけをうけることはない。したがつて、無効でもないのである。なぜなら、その主体である国家間の関係において、特別の条約が法的に評価される規範は、規範 x ではなく、法生産規範の中にあるからである。反対に、規範 x は、特別条約の締結者である国の各々と規範 x の受範者の範囲に包含される他の国との関係において、法的評価の規準として作用する。しかし、それも、規範 x に照らして、その条約、いっそう正確にはその条約の締結が、ひとえに事実

fatto として評価されることを意味している。もし規範 x に相反するならば、違法な法律行為 *negozio giuridico illecito* があるのではなくて、責任という法律関係のみなもととして関連性がある違法行為 *fatto illecito* が存在することになる。しかし第三国に対する関係で、このように可能な法的関連性は、その特別条約が、それを締結した国家間の関係で有する法的関連性とはいぜんとして無関係である。この二つの評価は並存する。なぜなら、二つの相異なる、そして自立的な法規準に基づくものだからである。規範 x の存在は、その特別条約がその主体間において、規範 x に合致しようと、相反しようと、法生産行為 *atto di produzione giuridica* として考えられることを妨げるものではない。もし相反するならば、かような法生産行為を行なったという事実が、国家群 n の他の諸国に対して、規範 x により評価され、この規範により国際違法行為として法的関連性をもたしめられるだけである。Teoria dommatica, pp. 285—286.

(c) 他方において、国際法では、普通の型の裁判管轄条項の解釈として、紛争当事国は、その紛争を国際裁判手続に付託するためには、相手国の義務の存在を主張するだけでは足りず、なんらか自国に帰属するところの権利や法的利益を主張しうるものでなければならぬとされてきた。こうして、具体的紛争について、国際裁判の手続をおこなうとする国は、そうする資格、すなわち、個別的・直接的そして法的に保護される利益を有していることが要求される。南西アフリカ事件：先決的抗弁において、裁判官 *Winarski* は、このゆえに、*“pas d'intérêt, pas d'action”* は国際法の原則でもあることを指摘した。⁽⁴⁾

南西アフリカ事件：第二段階において、国際司法裁判所は、南西アフリカ委任状の創設した文明の神聖な信託がや

ぶられないように、司法手段によって見張りをする権利は、個々の連盟国に帰属していなかったという判断を示した。そして、連盟理事會が受任国に対し、その見解を強制する手段を有していなかった以上、各連盟国がその事項につき法的権利・利益を有し、直接に訴をおこすことができるのみならず、他の面から見ると、一種の「*actio popularis*」、公共利益を擁護して訴をおこす、団体のいかなる成員でも有する権利に相等しいところのものを許容すべきだという申立になる。この種の権利は、ある国内法体系に知られているかもしれないが、現状における国際法には知られておらず、また、それを規程三八条一項にいう「法の一般原則」によって導入されたのみならず、⁽⁵⁾できない。このように、国が国際法主体として、他国の権利侵害の救済を求めて国際裁判所手続に訴えることは普通であるが、国が、いわば国際社会の機関として、法の客観的宣言のみを求めて裁判手続に訴えることはまったく異例のことであったのである。

そうした特徴的な法基盤を前提すると、たとえそこで国際的公序觀念の理論的存在性が主張されとしても、それが、実際に、どの程度国家間の条約実行に根をおろしていたかは、疑わしいといわざるをえない。けれども、最近において、国際社会と国際法には、次第に新しい発展の傾向が現われてきた。

(a) まず第一に、国際社会の組織化という現象である。国際連合憲章は、国家間の合意であるが、ひとつの制度的組織、加盟国とは区別される、それ自身の機関をそなえる組織を創設した。それには、現在世界のほとんどすべての国家が参加している。だから、それは、組織化された国際社会ということができ、現代国際法における *jus cogens*

の一体が育てられていくためには、より統合された国々の利益の管理者が中心とならなければならない。国際連合の存在は、そういう条件を、けっして完全にはないが、ある程度みたすものである。国際連合は、それ自身加盟国と区別される人格者 *persona* として扱われるが、なお、国際司法裁判所において、当事者となる資格をみとめられるまでにいたっていない。そこに、将来の進歩のひとつの重要な目標があるといえるであろう。

(b) 第二に、いまや刑事責任 *criminal responsibility* とした観念が、国際法の領域にとりいれられるにいたったことである。García Amador は、国家責任に関する条文案の報告において、伝統的な慣行においても、ある形態のつぐないは、はっきり懲罰的な目的をもっていたかぎりで（いわゆる “*punitive damages*”）、伝統国際法も刑事責任という観念を知っていたと主張する。この点での論議は別として、第二次大戦後に、この刑事責任的観念がかなりはっきり輪郭づけられ、一般に承認されるにいたった。⁽⁶⁾ こうして、国家による種の国際義務違反は、単に違法な行為というだけでなく、犯罪的かつ処罰されるべき行為という意味をもたせられるようになった。しかし、犯罪としての侵略の概念は十分明らかに定義されておらず、他方、刑事責任が国際法に基づいて実効的に追及されるための手続的機構はまだとのえられるにいたっていない。⁽⁷⁾ そこにも、将来の進歩の他の同様に重要な目標があるといえるであろう。

(c) 第三に、委員会の十分な審議の後に、条約法草案において、正式に *jus cogens* に関する規定が挿入されたことである。それとともに、国際手続法に無効の制度がくみこまれることになった。*jus cogens* の法理が、どのようにはたらくであろうかといえれば、それは、わが鶴岡委員によって指摘されたように、三通りの場合が考えられるであろう。⁽⁸⁾

まず、当事国が故意に強行規範に違反する条約を締結する場合である。それは、当然に秘密条約であろう。そのような条約は完全に無効であるが、秘密とされているかぎり、いかなる国もその効力を争う機会をもたないであろう。つぎに、当事国が善意で *bona fide* 適法と信ずるが、第三国は相異なる意見をもつ条約を締結する場合である。そのときは、条約は、すくなくとも有効と推定されるであろう。そして、一鶴岡委員の見解では—その提起されたデリケートな解釈問題について、第三国に対し、条約の効力を争う権利を付与することが賢明であるかどうかは問題であるとされる。さいごに、当事国が条約を締結したとき *jus cogens* に反しないと確信していたが、後にその一国が反するとみなすにいたったときである。その解釈問題は、国際裁判所によって解決されるべきである。

實際上強行規範の適用とされるのは、みぎの第三の場合であろう。Fitzmaurice の見解では、*jus cogens* に抵触する条約の無効は、当事国間において、*unenforceable* であるという意味にとらえられた⁽⁹⁾。Waldock は、*jus cogens* に抵触することによって無効である条約には、*In pari delicto potior est conditio defendentis* 「両当事者の情状ともに咎むべきものあるときは、被告優勝す」という私法原則が適用されるべきだと主張されうるであろうが、しかし、できるかぎり、当事国をそれらの以前の状態にもどすように要求する規則が、国家間の条約にはいっそう適当であり、かつ、一般的国際利益により多く資するであろうという見地にたつ⁽¹⁰⁾。

当事国間において、不履行国はある意味で自己の違法行為を利用することになるが、公序の抗弁を提起して条約の無効を主張しうる。第三国としては、*jus cogens* に抵触する条約の無効を援用しえないか。たとえば、他国内の攻撃的同盟条約の対象とされた国は、その無効を主張することができるであろう。Yeses は、さらに一步進んで、つぎの

ように論じている。⁽¹¹⁾ しばしば弱い国は、いっそう強い他の国がそれにくわえる圧力の下で、違法な条約に署名することを余儀なくされることがある。そこで小国の利益を保護するため、すべての国に、他国によって締結された違法な目的の条約を無効にすることをみとめる―それが直接的利益 *intérêt direct* をもっていなくとも―一種の *“action populaire internationale”* を設定する必要があると。国際社会の特殊性、すなわち、その組成員は比較的に限られており、そこでの法違反は国内法の場合とは比較しえないほどの重大性と反響性をもつことによって、また *Yves* がのべているような事情を考慮しても、この意見は、傾聴すべきものをもっている。かれは、条約の適法性に関する紛争の場合、国際司法裁判所が直接・間接に利害関係をもつすべての国、または国際連合の要請に基づいて決定を下すことを提案する。これは立法論的提案であるが、決定的進歩をめざすものである。しかし、私の考えでは、当面このような要請をみだす適当な技術的手段として、国際連合の総会などを媒介として、法律問題として、国際司法裁判所の勧告的意見を求めるのがよいとおもう。

- (1) I.L.C. Yearbook I (1963), p. 73.
- (2) Cf. Jessup, *A Modern Law of Nations* (1948), pp. 10—12.
- (3) *Droit international public* (1958), p. 133.
- (4) I. C. J. Reports 1962, p. 455.
- (5) I. C. J. Reports 1966, p. 47.
- (6) I. L. C. Yearbook II (1956), pp. 181—184.

- (7) もっとも、他面において、重大な戦争犯罪について全体としての発展は、普遍的管轄 universal jurisdiction の原則の承認へ動いており、この承認は、まや完了したとみなされる。Carnegie, *Jurisdiction over Violations of the Laws and Customs of War*, B. Y. I. L. (1963), pp. 402 et seq.
- (8) I. L. C. Yearbook I (1963), pp. 67—68.
- (9) I. L. C. Yearbook II (1958), p. 41.
- (10) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 94. 条約法草案六七条によれば、強行規範に抵触することによって無効である条約の当事国は、つぎのを行なわなければならない。(a) 一般国際法の強行規範に抵触するいずれかの規定を信頼して行なうたかなる行為の結果も、可能な限り除去すること。(b) 当事国の相互関係を一般国際法の強行規範に合致させること。
- (11) I. L. C. Yearbook II (1953), pp. 165—166.

九

さいごに、一九六六年の条約法草案における法条文化—一五〇条および六一条—について、残されたいくつかの論点にふれておくことにする。

(a) まず草案五〇条によると、「一般国際法の強行規範で、これからのいかなる逸脱も許容されず、かつ、一般国際法の同一の性質を有する後から生ずるにいたった規範によってのみ変更しうるもの」とされ、そして六一条では、「五〇条にいう種類の一般国際法の強行規範…」と表現されている。

「(1) "a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted" とらうのは、

国際法における強行規範について

オランダ政府が、そのコメントで指摘したように、余計な語を用いるもの pleonasm といえるかもしれない。⁽¹⁾しかし、“peremptory norm” というのは、国際法の用語として目新しいものであるとおもわれるので、明確さのために、みぎのような表現を採用したことは、私には、べつにさしつかえないようにおもわれる。⁽²⁾

いっそう問題なのは、「一般国際法の同一の性質を有する後から生じた規範によってのみ変更しうる」という限定である。一九六三年の Waldock の草案には、「本条の規定は、強行規範の性質をもつ規則を廃止し、または変更する一般的多数国間条約には適用しない」という条項が入れられていた。⁽³⁾ Tunkin は、強行規範に抵触する条約が、それ自体新しい強行規範を含むときは、もちろんその条約は無効とはならず、新しい規範がそれに代替するだけのことであるといひ、反対に、Verdross は、強行規範からの逸脱は二国間・多数国間条約によって許容されることができず、強行規範の性質をもつ一般規範それのみが強行規範から逸脱することが可能であるという意見をのべた。⁽⁴⁾ みぎの条項は、一九六六年の草案ではけずられたが、その注釈において、強行規範の変更は、おそらく、一般的多数国間条約を介して行なわれるであろうが、そういう条約は、本条の範囲外にあることわつてある。⁽⁵⁾

もしそれが一般国際法の強行規範であるならば、それが、二国間・多数国間条約という法生産手続によって、廃止され、変更されることはできないであろう。しかし、強行規範といえども変えることができないのではなく、それは、同一秩序内で時間とともに変化しうる歴史的規範である。そのような変更のプロセスは、多数国間条約に発し、それを補完する要素（承認）がはたらいて、そういう全体的なプロセスにおいて実現されていく実際の可能性を否定することはできない。けっきょく、*jus cogens* といつても、法生産現象の面では、一般国際法の法生産手続の支配の外に

たつことはできないのである。その結果として、強行規範は廃止されることもあるであろう。また非強行的な規範に変形されることもあるかもしれない。それっきりの廃止ではなく、新しい強行規範がそれに代って形成されることもあるであろう。しかし、本条において規定される必要があるのは、そういう法生産現象としての *Jus cogens* の面ではなくて、*Jus cogens* が、まさしくかようなものとして存在しているかぎり、それは、いかなる法的機能を發揮するかを明確にすることであり、かつ、それだけでよいのである。

法生産という面についていえば、(1)強行規範の変更をひきおこすのは、「他の規範」ではなく、法生産手続であること、(2)強行規範は、この手続によって消滅することがありうること、(3)強行規範は、性質上非強行的な規範に変形されることが可能であること、^(b)これらの点が指摘されなくてはならない。条文の起草は、*Jus cogens* の法機能的な面と法生産現象としての面をきりはなしてなさるべきであった。そういう見地にたつて、「一般国際法の同一の性質を有する後から生じた規範によってのみ変更されうる」というのは、“no derogation is permitted” をさらに説明しようと思図するものであるかぎり、不正確な *pleonasm* であり、むしろ削除するのが適當であるようにおもわれる。

(b) 新強行規範の出現に関する六一条の規定は、一九六三年の *Waldock* の草案にはなかった。それは、新しくとりいれられたものである。委員会の見解では、その適用において遡及的効力をもつ五〇条については問題がないとされたようである。それは、その締結時において、その規定が既存の *Jus cogens* に抵触するゆえに無効である場合を予想している。これに対して、新しくいれられた六一条は、その締結時には有効であった条約が、その後、その規定が抵触する新強行規範が確立されることによって、無効となり、終了する場合を予想している。^(c)

この六一条の場合にも、その効果は、将来のみならず、既存の条約をも無効にすることにあるべきはずであるが、委員会は、この場合を五〇条の一部分としてではなくて、条約の終了に関する条文としておくことに決定した。新強行規範は、条約の効力をうばうようにはたらくときでも、はじめから無効にするのではなくて、新強行規範が確立された時から無効にするのである。つまり、そこに予想されている無効は、“nullity ex nunc”である。新強行規範が確立された時において、かつ、その時から、それに抵触する条約の規定が無効となり、終了するのである。⁽⁸⁾

Schwebel は、この点について、批判的見解をのべる。五〇条が、国際法の漸進的發展と区別された、法典化 codification の行為であるかぎり、それが、五〇条の効力を生ずる時に、すでに存在していた条約に適用されても、それは、“retroactive”ではないと一応主張することができるであろう。しかし、それは、遡及的効力という用語のきわめてせまい概念である。法典化においては、既存の法を法文化するにとどまるときにも、状態の変化とともに、法の確実さについて一をもたらず。だから、法典化に先立つ行為または事実には法典化されたルールを適用することは遡及的適用になる。とくに、この場合は、五〇条を法典化として考えるのが委員会の立場であったとしても、諸国政府の見解はそうではなかった。それは、国際法の発展におけるいちじるしい前進であり、伝統的概念からの（望ましい）離脱であるというふう（9）に受けとられた。ゆえに、五〇条を、その条文が効力を生ずる前に締結された条約に適用することは、一片の遡及的立法になるというのである。

委員会による五〇条の法文化は、一見して *lex retro* を宣言するというかたちをとっている。これは、新強行規範に関する規定をべつにしていることから明らかであろう。ゆえに、問題は、それぞれの一般国際法の強行規範が

いつ確立されたかの認定に帰着することになる。たとえば、国際連合憲章の原則に違反して武力を行使することを禁止する原則は、憲章の効力発生の時に強行規範として定立されたか、それともその後の時点において強行規範に固まったかが問われるであろう。このように、それは、個別的なルールについての具体的認定の問題である。これとは別に、一般的にいつて、この主題に関する諸国の共通の法確信 *opinio juris communis* といったものをいかほど確實に立証しうるかが問われうるであろう。もしそれが不確実さを残しているとすれば、五〇条における法典化は、それを補充する、つまり、まさしく現われつつある国際的 *jus cogens* という概念の形式的確定という点で、重要な意味をもつ国際行為であるという解釈がなりたつ。

(c) 草案の五〇条と六一条は、いわゆる可分性の原則 *principle of separability (severability)* の適用においても、ちがった扱いをうける。一九六三年の Waldock の草案では、違法な目的をもつかなる条約も全部無効とすべきであるという見解もありうるとしながら、条約により創設された関係と、強行規範とのささいな抵触によって条約を全部無効とみなすことから生じうべき損害とを考量して、条約から、その違法な規定をきりはなすことを許す方がよいと考えられた。ただし、その規定が条約の主要な目的の一部をなしておらず、残余の規定から明らかにきりはなすことができる場合である。⁽¹⁰⁾ 同じ見解は、一九五三年の草案において *Lauterpacht* によっても採用された。違法性を含むいかなる個別規定も、全体としての条約が支持されうるならば、条約の無効をきたすものではないというのである。⁽¹¹⁾ 一九六六年の草案では、この可分性の原則は、条約が五〇条に基づいて既存の強行規範によりはじめて無効である場合には、適当でないとされた。他方、六一条の場合、すなわち、締結時には有効であったが、その規定のあるも

のについて新しく確立された強行規範と抵触するにいたる条約については、その規定が条約の残余の部分からきりはなすことができる正当にみなされうる場合、この条約の残余の部分は、いぜんとして有効とみなされるべきだとした。⁽¹²⁾

条約規定の可分性の問題は、それぞれの条約の解釈・適用の問題である。公序の考慮と当事国意思とが衝突する場合、それぞれの条約の解釈・適用問題として具体的に調整する余地を残しておく方が、国際関係の実際的要請に即ちそう合致するのではなからうか。⁽¹³⁾ その意味で、五〇条の場合につき、条約規定の可分性に關する四一条の適用排除を明示したのは妥当とはおもわれない。

(1) I. L. C. Report (1966), p. 143.

(2) 従来の用語では「たとえは」"mandatory rule of law", "norme impérative" といった表現が使われた。"peremptory norm" というのは新しい表現で、Briggs の提案にはじめて現われたと認められる。I. L. C. Yearbook I (1963), p. 62. 用語の問題は、Ago が行ったように、それぞれの言語でその表現しようとなされる観念を表示するために習慣的に用いられる "term" が選ばれるべきである。Ago は、フランス語では "impérative" を、英語では "imperative" とはなく "peremptory" が用いられるべきだとしたが、英語の場合、この語が習慣的用語であったかは疑わしう。 Cf. I. L. C. Yearbook I: I (1966), p. 90.

(3) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 53.

(4) I. L. C. Yearbook I (1963), pp. 214—215.

- (5) I. L. C. Report (1966), p. 77.
- (6) Riesenfeld は、いう。ひとたび承認された強行規範を性質上単に「任意的」な性質の規則に変形することは可能であるか。原則として可能でなくてはならぬ。そうだとすれば、「この第二の部分 (...norm...having the same character) は、「的を射越す」ものである。たしかに、強行的規範は非強行的規範により代替に服しうる。このステータスにおける変化を遂行する規則は、それ自体 “non-peremptory” である」。A. J. I. L. (1966), pp. 514—515.
- (7) I. L. C. Report (1966), p. 89.
- (8) 条約法草案六七条によると、「このようにして生ずる条約の終了は、(a) その後は条約履行のいかなる義務からも当事国を免するが、(b) その条約の終了前にその条約の実施によって生じた当事国のいかなる権利、義務又は法的状態にも影響を及ぼさないとされる。ただし、それらの権利、義務または状態は、以後、その維持自体が一般国際法の新強行規範に抵触しない範囲においてのみ、維持されることを条件とする。
- (9) Some Aspects, pp. 969—971.
- (10) I. L. C. Yearbook II (1963), p. 53.
- (11) I. L. C. Yearbook II (1953), p. 155.
- (12) I. L. C. Report (1966), p. 89.
- (13) たとえば、McNair, Law of Treaties, p. 484. に掲げられたつぎのような設例を参照。いま一般的性質の政治的経済的処理を多数の条文に具現する A・B 間の条約において、そのひとつの条文が、第三国 C に、その領土の一部を通過する権利を B に譲与するよう最善の努力をし、そして五年間にうまくいかないとときは、A は、B が C に強制を加えることに反対しない旨約束したとする。自衛としてのほかに強力の使用を予想しているかぎり、この条文は違法である。たしかに強制に反

対しないという約束をきりはなし、削除することによって、この条文の違法性は救済されえないであろう。しかし、この違法性が条約の残余の部分を無効にするかといえは、McKear は否定的意見である。

(昭和四三年四月三日 受理)