

# 一般国際法の強行規範の法的効果

川 崎 恭 治<sup>\*</sup>

- I はじめに
- II 本来の効果：条約の無効
- III 派生的効果：条約以外の国際的意思表示行為の無効
- IV 強行規範の効果として説明する必要のない効果
- V 慣習国際法規則からの逸脱を促進する効果
- VI 国内法を無効にできないことの代替的效果
- VII おわりに

## I はじめに

強行規範 (*jus cogens*) という考え方 (これはそもそも国内法にその起源を有しているものだが)<sup>1)</sup>が、条約法条約 53 条というかたちで、国際法秩序に公式に取り込まれたのは 1969 年のことであった。

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 17 卷第 3 号 2018 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 成城大学法学部教授

- 1) 強行規範の国際法秩序への導入は、①「条約≒契約」と、②「国家意思 (の合致) ≒私的自治」を超える公序の存在の可能性、という 2 つの国内私法類推から出発している。他方でしかしながら (ここでは詳述しないが)、条約法条約にいう強行規範は、国内法における、① (逸脱可能な標準を示す任意規定 (「別段の定めがない限り」) と対置される) 強行規定 [強行規範は標準を固定化するものではない]、②公序良俗 (違反) [単なる一般的な道義的非難ではなく強行規範は個別具体的規則]、③法令違反 (の契約) [禁止規範を前提としているという意味では強行規範は考え方としてはこれに近いが、あまたある国際法上の禁止規範の中の例外的なほんの一握りにすぎない]、④法秩序の階層性 [あとでみるように、強行規範も法生産手続としては慣習法と同じ]、のいずれにもそのままぴったりとはあてはまらない、国際法に固有 (*sui generis*) のものであるといえる。導入の歴史的経緯の簡潔な紹介として、Tomuschat, *The Security Council and Jus Cogens*, in Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, (Sapienza Università Editrice, 2015), pp. 10-18.

締結の時に一般国際法の強行規範に抵触する条約は、無効である。この条約の適用上、一般国際法の強行規範とは、いかなる逸脱も許されない規範として、また、後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によるのみ変更することのできる規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範をいう。

それからちょうど半世紀が経った今日、国家間の条約の無効原因という本来の効果から離れて（あるいはそれに付け加わって）、*jus cogens* は、国家のみならず、国際組織、NGOあるいは個人によって、さまざまな場面で援用されるようになってきている。第一に、条約以外の、慣習法、国による一方的行為および国際組織の拘束力ある決議<sup>2)</sup>などの国際法の形式的法源が、強行規範に反している場合には、無効であるといわれるようになってきている。第二に、(条約の)無効以外の法的帰結（たとえば、違法性阻却事由の援用は認められない、対抗措置の道具として使えない、不承認の義務が発生する、拷問の可能性のある国との関係で引渡条約に従わなくてよい、普遍的管轄権の根拠となる、国家免除を与えなくてもよい）が、*jus cogens* の違反に対して付着されるようになってきている。第三に、国家間の関係を超えて、NGOや個人が、国内法廷や権限ある国際機関において、国による *jus cogens* 違反を主張するようになってきている。

*jus cogens* の法的効果に関するこのような現象を目の前にすれば、つぎの2つの質問が直ちに思い浮かべられる。①これですべてなのか、②これらは本当に *jus cogens* の効果（あるいは、それとの牴触・（そこから生ずる義務の）違反の帰結）なのか。①に対する答えは明らかに否なので<sup>3)</sup>、より本質的な問いは②ということになる。筆者は、国際的な正義がいつそう実現する方向で国際法秩序が発展していくことについてはもとより異論はないが、そのために望ましいと思われる法的効果を、何でもかんでも *jus cogens* から導出しようという傾向には

2) 佐藤哲夫教授も、安保理の活動の正当性を確保するための国際法上の制約のひとつとして、強行規範に言及している。佐藤哲夫『国連安全保障理事会と憲章第7章』（有斐閣、2015年）325～6頁。なおこの論点を敷衍するものとして、丸山政己「国連安全保障理事会と自由権規約委員会の関係（2・完）」『山形大学法政論叢』第49号（2010年）79-99頁。

強い違和感を抱いている。

本稿は、このような jus cogens 概念の拡散という現象を前にして、もう一度、基本に立ち戻って再整理することをその目的としている。その際に、仮にそれが jus cogens の（直接の）効果ではないという結論に至ったとしても、だからそのような効果はないのだということではなくて、そのような効果が認められる別の根拠をできるだけ提示してゆくことにしたい。

じつは筆者は、いまからおよそ 10 年前に、強行規範の法的効果に関する 2 つの英語論文を刊行した<sup>4)</sup>。当時は、jus cogens の法的効果について正面から概括的に扱った論稿はそれほどなかったように記憶しているが<sup>5)</sup>、幸いにも幾ばくかの読者を得て、いままで細々とではあるがいくつかの論者によって引用されてきた<sup>6)</sup>。そうこうしているうちに、2015 年に国連の国際法委員会 (ILC) が jus cogens をその作業の対象として取り上げることとなって<sup>7)</sup>、2018 年度の会期では、その法的効果に関する特別報告者の第三報告書が提出され、委員会による審議が今まさになされているところである<sup>8)</sup>。本稿では、紙幅のおよび時間的制約から、2006 年に刊行した拙稿の英語論文の骨子の提示を中心として<sup>9)</sup>、補完的に

- 
- 3) たとえば、レバノン特別法廷は、罪刑法定主義の原則は、多くの国際人権諸条約に取り込まれ国際刑事法廷によってしばしば支持されてきているので、今や強行規範 (jus cogens) の地位を得ているとあってよく、そのことによって、この原則の遵守が国内法秩序および国際的平面において義務づけられ、その効果として、ある条約が以前は犯罪ではなかった行為を処罰の対象として規定している場合には、そのような条約規定は非自動執行的なものとして取り扱われなければならない、と判示した (Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Preparation, Cumulative Charging, Appeals Chamber, STL-11-01/I, 16 February 2011, p. 45 (para. 76)). [竹村仁美准教授のご教示による]。その他の jus cogens の効果であるというさまざまな主張の現段階における一覧は、d'Aspermont, *Jus Cogens as a Social Construct Without Pedigree*, *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?*, (Springer, 2016), pp. 94-96.
- 4) Kawasaki, A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law, *Hito-subashi Journal of Law & Politics*, vol. 34 (February 2006), pp. 27-43; Kawasaki, International *Jus Cogens* in the Law of State Responsibility, in Focarelli (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto internazionale* (Morlacchi Editore, 2008), pp. 145-165.
- 5) 最初の論文の刊行後に Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, (Oxford U.P., 2006) が公刊された。また、最近になって、Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, (Cambridge U.P., 2017) が刊行されている。

2018年度の国際法委員会での審議の内容を可能な限り紹介することにしたい<sup>10)</sup>。

## II 本来の効果：条約の無効

条約法条約53条にいう強行規範は、①「一般国際法」の規範であること、②「いかなる逸脱も許されない規範として……国際社会全体が受け入れかつ認める」規範であること、③それに抵触する条約は「無効」であること、という3つの構成要素から成り立っている。

第一に、「一般国際法」という表現は、すべての国を拘束する、という意味で、国際法規則<sup>11)</sup>の名宛人の範囲に言及しているにすぎず、国際法の特定の法源に言及しているわけではない。この点に関してはまず、条約はその当事国を拘束するにすぎないので、一般国際法の規則を生み出すことはできない。次に、国際司法裁判所規程第38条1項(c)にいう法の一般原則は、名宛人の範囲において条

- 
- 6) 一例を挙げれば、国家責任条文26条の筆者による分析を紹介し、(結論の可否はともかく)ラディカルな批評であるとするのは、Picone, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, (Oxford U.P., 2011), p.422. ちなみにILCのLehto委員は、*jus cogens*の効果に関する文献を見ても、意見はまとまらず、なかには正直にいつてエキセントリックな見解もいくつか見受けられる、という(A/CN.4/SR.3417, Provisional, 2 August 2018, p.17.)。
- 7) これまでの経緯は、「国連国際法委員会第67会期、68会期、69会期の審議概要」『国際法外交雑誌』第114巻4号(2016年)119-121頁、第115巻4号(2017年)85-88頁、第116巻4号(2018年)109-116頁。
- 8) Tladi, *Third report on peremptory norms of general international law (jus cogens)*, A/CN.4/714, 12 February 2018, and A/CN.4/714/Corr.1, 29 May 2018., ILCでの審議については、Report of the International Law Commission, Seventieth Session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), A/73/10, pp.224-238.
- 9) なお紙幅の関係上、前掲英語2論文における脚注は、国連文書、判例等を差し示すもの以外はここではすべて省略した。
- 10) 本論文末尾に、特別報告者および起草委員会の現段階での提案で本論文に関連するものを、付録として掲載した。
- 11) 本稿では「規範」と「規則」を互換的に用いている。条約法条約では、規則ではなく規範という用語を意識的に用いており、それは規範が価値や道徳に関連しているからだ、というのは、Kamto, *Droit de l'homme et jus cogens: la norme au-delà de la règle? Brève remarques, Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, (Pedone, 2017), p.136.

約のような本源的な限定はないものの、その補完的性格のために、強行的性質を持つ一般国際法の規則を生み出し得るとは思えない。こうして、慣習国際法が、強行的性質を持つ一般国際法の規則を生み出すことのできる唯一の候補者として残ることになる<sup>12)</sup>。

2つめの構成要素は、「いかなる逸脱も許されない規範として……国際社会全体が受け入れかつ認める」規範であること、である。慣習国際法とは、その通常理解によれば、そうすることが法的に義務づけられているという意識（法的信念）を伴った国々の慣行である。1969年の北海大陸棚事件における国際司法裁判所の定式化を借りてこのことを言い換えれば、国家慣行は、広範かつ一様である必要があるとともに、法の規則あるいは法的義務が含まれているのだという一般的承認が示されるような形で生じていなければならない<sup>13)</sup>。国際法の法源という観点からすれば強行規範はまずは慣習法である、という点から出発すれば、強行規範の場合には、通常の法的信念（その1）のほかに、さらに、いかなる逸脱も許されないということを国際社会全体が受け入れかつ認める（すなわち、一般的承認）というもうひとつの法的信念（その2）が伴われている必要がある<sup>14)</sup>。

第3の構成要素である「無効」は、*jus cogens*の法的効果に関連する。条約の無効に関しては、大別して次の2つの場合が考えられる。一方で、錯誤や詐欺が主張される場合には、条約に拘束されることについての「同意」に瑕疵があったということであり、これは条約の形式的側面に関連している。さらに、これらの場合には、そのような瑕疵は、後の黙認によって治癒される可能性がある。他方で、強行規範の場合には、与えられた同意の真正さという形式的側面が問題となるわけではなく、当該条約の内容（つまりそこに盛り込まれている規範的命題）が強行規範と抵触していることが問題とされる。さらに、強行規範と抵触する条

12) ILCでの議論では、慣習国際法だけでなく、条約規定と法の一般原則も強行規範の基礎となりうる、とする(Draft conclusion 5/2, 末尾付録参照)。私見では、条約規定は、いかなるものであれ、一般国際法の強行規範の証拠になることはあっても、それ自体がその基礎となるというようなことは考えられない。法の一般原則は、規程38条を離れば、そのような可能性は排除できないのかもしれない。

13) *ICJ Reports 1969*, p. 43 (para. 74).

14) ILCもこのような理解に立っていると思われる(Draft conclusion 6, 末尾付録参照)。

約は、絶対的に無効であり、黙認によっては治癒されないとされる<sup>15)</sup>。

国際法秩序における *jus cogens* のヴァイビリティに関しては、多くの論者から様々な疑念が寄せられてきた。また、国際法における *jus cogens* の法的効果は、じつは (条約の) 無効ではないのだ、とする別のいくつかの論者も存在する<sup>16)</sup>。これらの議論には十分に耳を傾けなければならないだろう。とはいえ、本稿の目的上、筆者は、条約法条約第 53 条における強行規範の定義を全体として、維持したいと考えている。これは、時間的制限や筆者の能力不足というだけでなく、53 条にいう意味での強行規範の概念は、今や「国際社会全体が受け入れかつ認め」ている、と筆者が考えていることによる<sup>17)</sup>。以下では、*jus cogens* のいわれているさまざまな法的効果が、53 条の定義から論理的に導出されるものであるのかどうかをまず検討する。次に、そのような検討の結果が否定的であった場合には、*jus cogens* に依拠することなく、別の理由によってそのような効果を説明できるかどうかを探ることにする。

### Ⅲ 派生的効果：条約以外の国際的意思表示行為の無効

ここでは、条約の無効、あるいは合意による逸脱不可能性という法的効果に関するこれまでの議論が、条約以外の国際法の法 (あるいは義務の) 源、とくに慣習国際法、国による一方的意思表示行為、国際組織の拘束力ある決定にも当てはまるかどうかを見てゆくことにする。

---

15) ILC では、条約法条約 53、64、71 条を反映する形で、強行規範と抵触する条約の効果としての無効、終了についての作業を進めているが、あわせて、条約の分離可能性についても触れている (Draft conclusions 10, 11, 12、末尾付録参照)。

16) Cf. Kawasaki, A Brief Note..., *cit.*, p. 30 (note 16)。

17) Cassese によれば、フランスもいまや強行規範概念を受け入れるに至っているという。なぜなら、2002 年 7 月 11 日に採択された「人権とテロに対する闘い」に関する欧州審議会のガイドライン (その 16 条は、テロに対する闘いにおいて、国々は国際法の強行規範に違反して行動してはならない、と規定している) を受け入れたことによって。Cassese, *International Law*, Second edition, (Oxford U.P., 2005), p. 204。

慣習国際法の規則が強行規範と抵触して無効であるかどうかという論点については、強行規範が、法源という点に関しては慣習国際法に他ならない、ということ的前提とすれば、2つの点で根本的な困難があるといわざるを得ない。第一に、慣習規則の「無効」について語ることの困難性である。慣習法の規則が、国家実行の積み重ねという事実のプロセスが義務だという集合的な意識を伴ったものであるとすれば、それは、ある実体が他者との関係で権利、義務その他の法的状況を創設することを意図した意思表示としての（無効化の対象となり得る）「法律行為 (legal act)」とは全く別のものであるからである。従って慣習法の規則に関しては、我々はその存否を語ることができるだけである。第二に、以上を前提にすると残りの選択肢は2つしかない。ひとつめの可能性としては、既存の強行規範と抵触する慣習規則が確かに存在することが確認されるとすると、その場合には、そのような強行規範は廃止慣習によってもはや存在していない<sup>18)</sup>、ということになる。しかしそのような可能性は、理論的には考え得るが、強行規範は廃止慣習に対する耐性を持っていると思われるので<sup>19)</sup>、実際には起こり難い。そうすると、強行規範に抵触しているとされる慣習法の方が、実は存在していない、という選択肢が残ることになる。いずれにせよ、新しい慣習法規則か既存の強行規範か、ひとつの国際法規則のみが存在しており、そこでは2つの規則の間の抵触は存在しない<sup>20)</sup>、ということになるだろう<sup>21)</sup>。

国による一方的（意思表示）行為に関しては、国際司法裁判所による1974年の核実験事件が想起される。そこで裁判所は、法的、事実的状况に関する国によ

18) *jus cogens* も、法生産現象の前では、一般国際法の法生産手続の支配の外にたつことはできず、廃止されることも、また非強行的な規範に変形されることもありうる、というのは、皆川洸「国際法における強行規範について」『国際法研究』（有斐閣、1985年）117頁（初出は1968年）。

19) Kawasaki, A Brief Note..., *cit.*, p. 31 (note 19).

20) 筆者のこのような見解を引用するものとして、Kleinlein, *Jus Cogens as the 'Highest Law?': Peremptory Norms and Legal Hierarchies*, *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?*, (Springer, 2016), p. 188. また、無効について語る事ができず、2規則間の抵触は不可能という点で同趣旨なのは、Kolb, *Peremptory Intraional Jus cogens: A General Inventory*, (Hart Publishing, 2015), pp. 68-69.

る一方的（意思表示）行為による宣言は、法的義務を創出する効果を持ちうる、ことを認めた<sup>22)</sup>。そのうえで ILC が 2006 年に採択した「一方的宣言に関する指針」においては、一般国際法の強行規範に抵触する一方的宣言は無効である」（8 項）と規定されている<sup>23)</sup>。しかしここまでの話は、法的義務を引き受けることを意図した国による宣言のみであるので、本稿の目的との関連でそれ以外の可能性もカバーするために、国による一方的（意思表示）行為を、条約法条約における留保の定義に倣って、以下のようにとりあえず再定義してみたい。

一方的（意思表示）行為とは、国が、ある一般国際法の強行規範の自国への適用上、その法的効果を排除し又は変更することを意図して単独に行う宣言をいう。

そのような宣言は、とくに強行規範の法的効果を排除あるいは悪い方へ変更する場合には、強行規範と抵触して無効である、といえるであろう。しかしそのような結論に飛びつく前に、強行的性質を持たない通常の慣習法規則の法的効果を排除・変更することを目的とした宣言についても考えてみなければならない。この点に特に関連性を有するのは、北海大陸棚事件における国際司法裁判所の次のような言明である。

一般慣習法の規則と義務は、……その性質上、国際社会のすべての構成員に

---

21) Tladi の第三報告書は、このような筆者の見解を紹介したうえで、条約（の締結）にも事実としてのプロセス（交渉）が存在するし、抵触する条約が無効だということは、すなわち存在しないということなので、そのような議論は条約にも等しくあてはまる、としたうえで、慣習国際法の無効についても定めを置く必要があるという。Third report, cit., pp. 56-57 (paras 138-145, esp. 139). しかし結論として提示された Draft conclusion 15（末尾付録参照）は、筆者の考え方とそうは変わらないように見える。なお Draft conclusion 15/3 が言及する「一貫した反対国」の法理はここで取り扱うべきではなく、もっと前の Draft conclusion 2（一般国際法の強行規範の一般的性質）の問題であろう。

22) ICJ Reports 1974, p. 267 (para. 43).

23) ILC, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto, 2006, pp. 378-9. 2018 年の ILC もこのような立場である（Draft conclusion 16, 末尾付録参照）。

対して等しい効力を持たねばならず、それゆえに、その構成員のいずれかが、自らを利するためにその意思によってなす、一方的な排除の対象とはならない<sup>24)</sup>。

ということは、慣習法規則と抵触するような一方的宣言は、当該慣習規則が強行的性質を持つか否かにかかわらず、許容されない、ということになるだろう。もっとも、ある国による一方的宣言が別の国による受諾を伴っている場合には、そこに両国間の合意が存在するので、その合意には、条約法の問題として 53 条が当然に適用されることになるだろう。

多数国間条約への留保も、国による一方的（意思表示）行為であるので、その意味で、ここでの議論の対象となる。1994 年の自由権規約人権委員会の一般意見 24 は、その第 8 パラグラフにおいて、*jus cogens* と抵触するかもしれない留保の場合について言及している。

強行規範に反する留保は、〔自由権〕規約の趣旨・目的とは両立しないだろう。国家間における義務の単なる取り交わしにすぎない条約は、彼ら相互の間で、一般国際法の規則の適用につき留保することを許容しているが、国々の管轄下にある人の利益のための人権諸条約の場合には、そうとはいえない。したがって、慣習国際法（そして、より強い理由で、強行規範の性質を有するもの）を表している規約上の諸規定は、留保の対象とはなり得ない<sup>25)</sup>。

多数国間条約に対する留保に関しては、すでに見た一方的（意思表示）行為に関する議論が、必要な変更を加えて<sup>26)</sup>、当てはまると思われる。すなわち第一

24) *ICJ Reports 1969*, pp. 38-39 (para. 63).

25) Human Rights Committee, General Comment 24 (52), General comment on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6 (1994).

に、ある慣習国際法の規則と抵触するような留保は、他のいずれかの締約国による受諾を伴わない限り、当該慣習規則が強行規範であるか否かにかかわらず、許容されない。第二に、もし他のいずれかの締約国による受諾があれば、そこに(元の条約規定から逸脱する旨の)双方向的行為である合意が成立したことになり<sup>27)</sup>、その合意には条約法条約53条がそのまま適用されることになるだろう<sup>28)</sup>。

最後に、**国際組織の(拘束的)決議**、とくに国連安全保障理事会のそれに触れなければならない。慣習国際法の場合とは違って、われわれはここで、決議の有効・無効について語ることができる。なぜならそのような決議は国際的な法律行為であり、適切に採択されるためには、一定の形式的小および実質的な要件を満たさなければならないからである。そしてそのような要件の中に、一般国際法の強行規範との適合性を見いだすことができる。国際組織の決議に対する *jus cogens* の適用可能性は、そのような決議は、(法のではないにしても)義務の「第二次的な源」であり、その正当性は当該組織の設立条約に基づいている、という事からも導き出される。設立条約それ自体が *jus cogens* という制約に服するとすれば、設立条約に基づく決議と同様の制約がかからないはずはないだろう<sup>29)</sup>。

ジェノサイド条約適用事件における個別意見で、Lauterpacht 特任裁判官は、

---

26) ある条約に対する留保は、あくまで当該条約の法的効果を排除・変更することをその目的とするのであって、強行規範(の基礎をなす慣習法規則)それ自体は、排除・変更の対象ではない。

27) もっとも、ILC は Reuter のこのような見解を否定して、留保はあくまで一方的行為であり、排除・変更というその法的効果は、条約内の特定の規定に及ぶだけであるという(A/66/10/Add.1, 2011, p.374)。その通りであるので、この点はもう一度よく考え直す必要がある。

28) Draft conclusion 13 (末尾付録参照)は、ILC が2011年に採択した「条約の留保に関する実行の指針」4・4・3をほぼそのまま踏襲している。

29) 欧州司法裁判所(大法廷)は2008年のKadi事件判決において、安保理決議は拘束力を有するという原則に対する制限が一つあり、それは、決議は *jus cogens* という基本的な強行規定を順守しなければならないということであるが、それに失敗するなら、いかにありえないことであれ、国連加盟国ひいてはEUを拘束することはないだろう、と述べた(Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2008, para. 230)。この事件の簡潔な紹介として、中西優美子「欧州司法裁判所によるEU基本権保障の貫徹——Kadi対EU理事会事件」『国際人権』第20号(2009年)125~127頁。

旧ユーゴ諸国に対する武器禁輸に関する安保理決議は、知らず知らずにまたおそらくは意図しないままではあるが、セルビア人たちによるジェノサイド的活動のある程度の支援者になることを加盟諸国に呼びかける効果を持ち、そのようなものとしてそしてその限りで、ジェノサイドの禁止という *jus cogens* の規則に反して行動することを求めている。彼はさらに付け加えて、このような分析から生ずるひとつの法的帰結として、当該決議は有効ではなくなり、ボスニア・ヘルツェゴヴィナに対する行動において拘束的ではなくなり、したがって、国連加盟国は当該決議を無視することができるという<sup>30)</sup>。

しかし私見では、当該決議はそれ自体としてはジェノサイドを許容することを意図したものではなかったもので、これは、ある安保理決議がある強行規範と直接抵触するという事例ではなかったように思われる。さらにいうと、ここで問題となっているのは、*jus cogens* からの逸脱可能性ではなくて、むしろ安保理決議からの逸脱可能性（加盟国は当該決議を無視できる）であったように思われる。このこととの関連で想起されるのは、違法性阻却事由としての緊急状態であろう。国家責任条文 25 条は、重大かつ切迫した危険に対して根本的利益を保護するために、国は緊急状態を援用することができる、としている。ここで奇妙なのは、誰の根本的利益なのか<sup>31)</sup>が明示されていないことである。起草過程の初期には「国の」根本的利益、となっていたのが、議論するうちに、「国際社会全体の」根本的利益を擁護する場合も考えられる、ということになって、「国の」が削除されたという経緯がある。ということは、当時のボスニア・ヘルツェゴヴィナにおける状況が、国際社会全体の利益に関連性を有していたという限りにおいて、加盟国が違法性阻却事由としての緊急状態を援用して、当該決議を無視することができた、という議論も、議論としては成り立つように思われる<sup>31)</sup>。

30) *ICJ Reports 1993*, pp. 440-441 (paras 102-104).

31) 国連憲章 103 条は（他の国際協定上の義務との関係を規定しているにすぎないので）ここでの関連性を有しない。また一般論として、安保理の拘束力ある（経済）制裁決議がいかなる逸脱も許さない絶対的なものではない、ということは憲章 50 条からも明らかであろう。

## IV 強行規範の効果として説明する必要のない効果

国家責任条文第26条は次のように定めている。

本章のいかなる規定も、一般国際法の強行規範の下で生じる義務と合致しない国の行為の違法性を阻却するものではない。

国家責任条文第一部第V章は、違法性阻却事由を取り扱い、そのようなものとして、同意、自衛、対抗措置、不可抗力、遭難、緊急状態の6つの事由を出し並べている。26条への注釈によれば、本条が挿入されたのは「第一部第V章の違法性阻却事由は、一般国際法の強行規範からのいかなる逸脱をも許可あるいは免責するものではない、ということを確認するため」であった<sup>32)</sup>。ここで用いられた「逸脱（不可）」という用語は、条約法条約53条を必然的に思い出させる。注釈はさらに付け加えて「対抗措置をとる国は強行規範から逸脱することはできない。たとえば、ジェノサイドに対抗するのにジェノサイドをもってすることは正当化できない。同様に、緊急状態の主張は強行規範の違反を免責しない」という<sup>33)</sup>。用語法の類似と否定しえない例からして、「違法性を阻却しない」という法的帰結は、条約法条約53条にいう *jus cogens* の本来の法的効果から直接に導き出されるようにも見えるが、本当にそういえるのか、違法性阻却事由のひとつひとつに当たって検討する必要がある<sup>34)</sup>。そしてその際には、意思表示行為である同意とそれ以外の事由（事実行為）を区別して考える必要がある。

まず第一に、**同意**についてみれば、第一読草案29条へのILCの注釈ではこの事由の合意的性格が強調されていたことが想起される。つまり、一方に、義務に合致しないような形で行動することの許可を求めるある国からの要請があり、他

---

32) 武力行使の禁止は強行規範の代表的なものとみなされているが、いかなる逸脱も許されないとすれば、同意や自衛による武力行使の違法性も阻却されないのか、という厄介な問題については、Kawasaki, A Brief Note, *cit.*, p. 37 (note 40).

33) *Yearbook of the ILC*, II-2 (2001), p. 85.

方に、その義務によって利益を受ける国による同意の表明があって、この2つが合わさって合意を形成し、その合意が違法性を阻却するのだという。もしこの解釈が正しければ、そのような合意に対して、条約法条約53条がそのまま適用されるであろうことは疑いがない。他方で、あくまで一方的行為であるとするならば、先に見た一方的（意思表示）行為についての議論が、必要な変更を加えて<sup>35)</sup>、当てはまることになるだろう。

つぎに自衛と対抗措置に関しては、第一に、ここで違法性が阻却されるのは、先に違法行為をした国に対してのみである<sup>36)</sup>。第二に、違法性が阻却されないということの法的帰結は、それを主張する国の行為の違法性が残り続ける<sup>37)</sup>、ということであり、このことは不可避免的に、その国の（違法行為を停止し、損害を賠償する）責任を惹起せしめることになるだろう。繰り返しになるが、自衛や対抗措置はいずれも事実行為であって、意思表示行為の無効がここで問題となっているのではない。

こう考えてくると、違法性が阻却されないのは、強行規範に違反しているからではなくて、一般国際法上の対外的義務に違反しているからではないかと思われる。先ほどの例に戻れば、ジェノサイドに対抗するのにジェノサイドをもってす

34) そもそも1996年の第一読草案では、強行規範に言及していたのは、同意に関する29条2項（当該義務が一般国際法の強行規範から生じている場合には、1項は適用されない）と緊急状態に関する33条2項(a)（その国の行為が合致していない義務が、一般国際法の強行規範から生じたものならば、いずれにせよ、緊急状態は違法性阻却の根拠としてその国によって援用されえない）の2か所においてだけであったので（*Yearbook of the ILC*, II-2, (1996), pp.61-2.）、26条は *jus cogens* による逸脱不可能性の効果を残し4つの事由にまで拡張したことになる。国家責任法における *jus cogens* 一般については、起草過程で結果的に削除された条文案も含めて、以下を参照。Kawasaki, *International Jus Cogens...*, cit.

35) 「自国への適用上」を「相手国への適用上」に読み替える必要がある。

36) 国家責任条文49条2項は次のように定める。“Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.”（下線は筆者）

37) 筆者のこのような見解を引用するものとして、Schmalenbach, “Article 53”, in Dörr/Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Second edition, (Springer, 2018), p. 993.

ることが正当化できないのは、ジェノサイドの禁止が一般国際法上の対世的義務であり、国際社会全体に対する義務であり、最初に義務違反した国に対して（のみ）負っている義務ではないので、そのような義務に違反して対抗措置をとることは、そもそも対抗措置の定義からして正当化できないことになり、わざわざ強行規範を持ち出す必要はない、ということになる。

緊急状態に関しても、自衛・対抗措置と同じく、そこに見られるのは意思表示行為ではなくて事実行為であり、違法性が阻却されないことの帰結は、無効ではなくて、（緊急状態だという主張にもかかわらず）違法性が問われ続ける、ということになる。国家責任条文25条1項(b)は、当該行為が、義務を負っている相手国または国際社会全体の根本的利益を大きく損なわない場合にのみ、緊急状態を援用できる、と定めている。一般国際法の強行規範のほとんどは国際社会全体の根本的利益の保護を目指しているとすれば、緊急状態の援用が強行規範（上の義務）の違反の場合には不可能であるという理由は、当該規範の強行性によるのではなくて、端的に25条1項(b)の要件を満たしていないからにすぎないだろう<sup>38)</sup>。遭難についても同じようなことがいえる。国家責任条文24条2項(b)によれば、当該行為は、それと同等のあるいはそれ以上の危険を生み出す恐れのある場合には、遭難は適用されない。本条文へのILCの注釈は、保護されようとする利益が当該状況下において問題となるそれ以外の利益を明確に凌ぐような場合にのみ、遭難は違法性を阻却する、という<sup>39)</sup>。

他の5つの違法性阻却事由の場合とは異なり、不可抗力は、義務を履行することが物理的に不可能（materially impossible）で、選択の余地がないことをその

---

38) じっさいに、Bernhard von Pezold et al. v. Zimbabwe 事件において仲裁法廷は、ジンバブエによる白人への人種差別政策は、対世的義務の違反であり、国際社会全体（の利益）を侵害したので、25条1項(b)により、緊急状態の援用は認められない、とした。同法廷はさらに付け加えて、ジンバブエは対世的義務に違反することによって、国家責任条文26条に違反（has breached [sic!]) しており、それゆえ緊急状態を援用することはできない、ともいう。Bernhard von Pezold et al. v. Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/15), Award, 28 July 2015, para. 657.

39) *Yearbook of the ILC*, II-2 (2001), p. 80.

特徴とする。一般国際法の強行規範から生じる義務に、ある国が従うことが物理的に不可能であるような状況をここで俄かに想定することは難しい。しかしここでも、違法性が阻却されないというこの結論は、関連する規則の強行性から直接かつ論理的に導き出されるとは思われぬ。強行規範上の義務の違反を正当化するために不可抗力を援用できないのは、そのような義務の多くが ILC のいう「集積的義務 (composite obligation)」を構成しているからであるように思われる。ILC によれば、集積的義務 (の違反) とは、責任ある国がシステムティックな政策や実行を採択したに違いないということを含意している。それは行為の集積的性格によって定義され、集積された行為がこの違法行為の本質を構成している<sup>40)</sup>。そうであるとすると、いかなる国も、システムティックな政策や実行によってなされた強行規範上の義務の違反を、不可抗力を援用することで正当化することはできないだろう<sup>41)</sup>。

## V 慣習国際法規則からの逸脱を促進する効果

さまざまな法的帰結が *jus cogens* のそれであるということを利用して正当化するために、拷問の禁止を含むいくつかの国際法規則の強行的性質が援用される機会がますます増えてきているように思われる。そのいくつかの例を概観したのち、そのような主張が正しいかどうかを検討する。

40) *Yearbook of the ILC*, II-2 (2001), pp. 62-3. ILC はさらに、集積的義務の例として、アパルトヘイトやジェノサイドの禁止、人道に対する罪を挙げるが、これらはすべて強行規範上の義務とみなされるという。

41) 別の論点ではあるが、安保理による武力行使「許可 (authorization)」決議は、国家責任条文 55 条 (特別法) にしたがって、国連法上の違法性阻却事由とみなすことも可能である。それでは、そのような決議に基づくとされるある国の行為が強行規範上の義務に違反している場合、国家責任条文 26 条の効果としてその違法性は阻却されない、ということになるだろうか。私見では、当該決議自体が強行規範と抵触している場合には、拘束的であるか否かにかかわらず、その決議は無効となる。他方、当該決議がそのような行為を許可していなかったのであれば、そのような行為の違法性が阻却されないのは、単に許可決議の要件を満たしていないからであって、強行規範の直接の効果としてそうなるのではない。許可決議の違法性阻却事由的な側面を詳細に分析するものとして、佐藤量介「国連安全保障理事会による「許可」をめぐる理論状況 (2・完) : 権限委任アプローチと違法性阻却アプローチの批判的検討『一橋法学』第 15 卷 1 号 (2016 年) 335~373 頁。

拷問に対する普遍的管轄権の行使の許容性に関して、1999年のピノチエト事件において、英国貴族院のBrowne-Wilkinson卿は、拷問という国際犯罪の*jus coens*的性格が、どこでなされたものであれ、拷問に対して普遍的管轄権を行使することを国々に可能にしている、と主張した。同じ意見において彼はさらに、拷問を行うことは国家の任務ではなく、ピノチエトは事項的免除を生ぜしめるようないかなる資格においても行動していなかったと結論づけた<sup>42)</sup>。

他方2001年のAl-Adsani事件において欧州人権裁判所は、拷問の禁止が国際法における強行規範の地位を獲得していることを認めたとしても、拷問行為が問題となっている事件で、他国の裁判所における民事訴訟からの免除を国はもはや享有できないのだと結論するための十分な基礎をそこに見出すことはできない、と判示した<sup>43)</sup>。

2002年のSuresh事件においてカナダ最高裁は、拷問される可能性がある国に或る人物を追放する可能性に関連して、拷問の禁止は、確立したとまではいえなくとも、生まれつつある強行規範になっており、そのようなものとして、そこから安易に逸脱することはできない、とした<sup>44)</sup>。

さて、条約法条約53条が示すように、強行規範の基本的性質が逸脱不可能(non-derogation)ということであるのに対して、上に見た事例においてはむしろ、国際法の関連規則からの逸脱(derogation)が問題となっているように思われる。一般的に、外国人の外国における犯罪に対して、ある国が刑事管轄権を行使することは、国際法上許容されているとはいえない。例外的な場合にのみ、保護主義や普遍主義の名の下に、そのような管轄権の行使が認められている。おなじことは、個人免除や国家免除の否定が主張されている場合にもあてはまるであ

---

42) R v Bow Street Magistrates Ex P Pinochet [2000] 1 A.C. 147. House of Lords, reproduced in *International Law Reports*, vol. 119, p. 149 and p. 157.

43) Al-Adsani v United Kingdom, European Court of Human Rights (2001) 34 E.H.R.R. 273, reproduced in *International Law Reports*, vol. 123, p. 42 (para. 61).

44) Suresh v Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Others), Canada, Supreme Court, 11 January 2002, reproduced in *International Law Reports*, vol. 124, p. 365 (para. 65).

ろう。拷問の恐れがある国への追放の禁止に関しては、もし引渡条約上の義務が存在するのであれば、引渡す側の国がその義務から逸脱できるかどうか問題となる。いずれにせよ、ここで見たさまざまな主張は、条約法条約 53 条に体现された *jus cogens* の本来の効果と、直接かつ論理的な連関があるようには思えない<sup>45)</sup>。

とはいえ、強行規範に依拠するこれらの（国際的、国内的）判決は、強行規範との関連で何の法的意味も持たないかというところではない<sup>46)</sup>。私見では、このような実行が積み重なり（逸脱しても構わないのだ）という法的信念が伴えば、個別分野における一般法からの逸脱を認める特別法が形成される可能性（例えば拷問の場合には、国家免除の一般法からの逸脱を認める特別法が生成する可能性）があり<sup>47)</sup>、そのような可能性をはらむものとして評価されるべきであると考え<sup>48)</sup>。

## VI 国内法を無効にできないことの代替的效果

国家責任条文 40 条および 41 条によれば、一般国際法の強行規範上の義務の重大な違反の場合には、（義務違反国以外の）国々は、重大な違反によって生じた状況<sup>49)</sup>を合法的なものとして承認してはならず、そのような状況を維持するための援助、支援をしてはならない。

（義務違反国以外の）他のすべての国に課される不承認・不支援の（第 2 次の）義務は、ILC における国家責任条文の起草過程においては、もともとは「国家の

45) 国家免除事件（イタリア対ドイツ）においては、国家免除の諸規則は手続的であり、武力紛争法の諸規則がたとえ *jus cogens* であったとしても、それらの間に抵触はない、とされた。*ICJ Reports 2012*, pp. 140-141 (paras 93-95).

46) それら自身が、強行規範の受け入れ・承認の証拠あるいは強行規範の認定の補助手段となりうることは当然として (Draft conclusions 8 and 9, 末尾付録参照)。

47) もっとも、国家免除事件（イタリア対ドイツ）においては、国家免除の一般的規則から逸脱するような特別法の存在は認められなかった。*ICJ Reports 2012*, pp. 141-142 (para. 96).

48) 同様の考え方を提示するのは、Focarelli, Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects, *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), pp. 429-459.

国際犯罪」の法的帰結のひとつとして捉えられていた<sup>50)</sup>。1996年の第一読草案においては、その19条2項で、国際社会の根本的利益の保護のために不可欠な義務の違反は国際犯罪であるとし、同3項で、そのような義務の重大な違反の例として、侵略、植民地支配、奴隷、ジェノサイド、アパルトヘイトおよび環境の大量汚染の禁止を挙げている。そしてその法的帰結の一つとして、53条で、すべての国の義務として、不承認・不支援の義務および終了のために他国と協力する義務が規定されていた。ところが第2読の段階になって、「国家の国際犯罪」という用語は望ましくないとされて、19条が削除されるとともに、国際犯罪の帰結を定めた章は「国際社会にとって不可欠な義務 (essential obligations to the international community) の重大な違反」という表題に改められた (これが2000年の時点)。ところが、起草の最終段階の2001年になって、それがさらに「一般国際法の強行規範の下での義務 (obligations under peremptory norms of general international law) の重大な違反」に書き換えられて、それが最終的に採択された。ILCはその理由を次のように簡潔に述べる。「国際社会全体に対して負われた、国際社会の根本的利益の保護に不可欠な義務の重大な違反へのこれまでの言及は、ICJがバルセロナ・トラクション事件において表明したように、[責任の] 追及 (invocation) の問題を大体において取り扱っていたので、強行規範という範疇に取り換えることにした。この範疇の使用が好ましいのは、それが第2次義務の援用 (invocation) にではなく、その範囲 (scope) にかかわっているからである。もう一つの理由は、強行規範という概念は、ウィーン条約法条約において、いままでに十分確立しているからである」<sup>51)</sup>。

第2次の義務の範囲にかかわっていれば、なぜ *jus cogens* に言及することが

- 
- 49) 「地位」(たとえば国家)の承認・不承認と、「行為や事態」のそれとは区別されなければならず、前者は、その地位にともなうすべての帰結に対する対抗力の否認であるのに対して、後者は黙認の拒否を意味し、その行為から生じる結果すべてを必ずしも否認するものではない、というのは、白杵英一「不承認主義の国際法上の地位」『大東文化大学紀要・社会科学』第39号(2001年)3頁。
- 50) 川崎恭治「国際社会の共通利益と国家の国際犯罪」、大谷良雄(編著)『共通利益概念と国際法』(国際書院、1993年)141-188頁、とくに171頁。
- 51) *Yearbook of the ILC*, II-2 (2001), p. 22 (para. 49).

好ましいのか、その理由はいまひとつ不分明だが、いずれにせよ、不承認・不支援の義務については、次のことがいえる。第一に、これらの条文は、国際的義務の重大な違反から生じた事実状況に関連している。その意味で、第IV章でみた26条の場合と通底する部分がある。第二に他方で、26条の場合とは異なり、重大な違反に責任のある国以外のすべての国に新しい第2次の義務を課しているのがここでの特徴である。第三に、40条2項によれば、義務の重大な違反とは、責任国がその義務の履行に大規模かつシステムティックに失敗していることを意味する<sup>52)</sup>。この用語法は、すでにみた「集積的義務」あるいは「集積的行為 (composite act)」(国家責任条文) を必然的に思い出させる<sup>53)</sup>。

以上を前提に、強行規範と不承認の義務との関係をどのようにとらえればよいであろうか。1990年の湾岸戦争の折に、安保理は決議662を採択し、その第1項で、イラクによるクウェートの併合は法的有効性を持たず (no legal validity)、

52) 40条、41条およびそれへの注釈は *Yearbook of the ILC*, II-2 (2001), pp. 110-116.

53) ILCの2018年度の会期において、特別報告者はこの不承認の義務に関しての Draft conclusion 21 (末尾付録参照) を提案した。これを国家責任条文と比較すると、「重大な違反」への言及がなくなっている (他方で協力の義務に関する Draft conclusion 20にはそれが入っている)。この違いに関して特別報告者は、不承認に関する安保理決議等を分析すると、それらは、義務違反の強度や体系的ではなくて、問題となっている規則の性格・重要性に反応しており、協力義務は積極的な関わりが必要だが、不承認・不支援は不作為を求めているだけなので、敷居が低い、という理由を挙げている (Third report, cit., p. 40. (para. 101))。これに対しては、かなりの数の委員から「重大な違反」を入れるべきではないかとの意見が出されている (A/73/10, p. 234.)。この点に関しては第一に、不承認・不支援というのは何もなくてもよいということではない。不承認の義務を守ろうとすると、領事業務の制限、条約の適用地域からのクリミアの一時的除外、観光旅行の制限、航空機乗り入れ停止等のさまざまな作為的行為が必要であるということについては、Czapliński, *The Crimean crisis and the Polish practice on non-recognition*, *Questions of International Law*, vol. 1 (2014), pp. 73-84. 第二に、Rajput 委員が、Draft conclusion 18との関連で、もしすべての jus cogens 規範が対外的義務を設定しているとなると、拷問禁止条約当事国における単発の拷問事例が、他のすべての国に対抗措置をとる権利を与えることになりおかしいのではないかという指摘をしているが (A/CN.4/SR.3418, p. 5.)、たしかに、単独の事例と大規模・体系的な違反の事例は区別すべきだと思われる。別言すれば、国家には、個別の人権侵害を (国家機関が) しない義務とは別に、大規模・体系的な違反を憤む義務があって、こちらが「集積的義務」を構成しているということになるのではないか。拷問を含むさまざまな人権侵害を、国の政策として (as a matter of state policy) 実行、奨励、黙認した場合には、その国は慣習国際法上の人権を侵害したことになる、というのは、The American Law Institute, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2 (1987), pp. 161-175.

無効 (null and void) であると決定した。条約法条約 53 条も強行規範に抵触する条約は無効 (void) である、といているので、何か関連性があるのだろうか。

第一に、侵略や併合という行為は、国際法に照らして明らかに違法ではあるが、事実行為であるので、それ自体の無効について語ることはできない。第二に、もし無効について語れるとすれば、それは侵略や併合に関する国内的な意思表示行為 (法律、命令等) であろう。しかし一般的にいて、国内法上の法律・命令を国際法が直接無効にすることはできない。国際法違反の国内法令に関して国際的裁判所ができることは、直接それらの無効を宣言することではなくて、関連法令を無効に、あるいは速やかに終了することを国に義務づける、という義務のレベルの対応でしかない<sup>54)</sup>。したがって決議 662 の第 1 項は、その断乎とした表現にもかかわらず、実際的な法的効果を何ら持っていないと判断せざるを得ない。第三に、同決議第 2 項は、すべての国および国際組織に、併合を承認しないように、そして併合の間接的承認と解釈されかねない活動、取引を差し控えるように求めている<sup>55)</sup>。こうしてみると、強行規範上の義務の重大な違反の場合に、違法状態を承認しないようにと国々に求められるのは、強行規範が国内法令に適用されてそれらを無効にするからではなくて、反対に適用されないから<sup>56)</sup>、違法状態の効果が (せめて) 外側に波及しないようにするためではないかと考えられ

---

54) もっとも、条約法条約 71 条 1 項(a)は、条約が第 53 条の規定により無効であるとされた場合には、当事国は、一般国際法の強行規範に抵触する規定に依拠して行つた行為によりもたらされた結果をできる限り除去すること、としているので、無効と違法の間の垣根は (国際法秩序においては) 思っているほど高くないのかもしれない。jus cogens との抵触を理由とする無効は、条約だけではなくて、それを履行する行為にも適用されるということ、71 条の用語法は明示を確認している、というのは、Orakhelashvili, *op. cit.*, pp. 213-4.

55) 安保理はこの決議において、承認しないことをすべての国に「求めて calls upon」いるにすぎないが、不承認の義務は一般国際法上のものであり、安保理の拘束的決議は必ずしも必要ではない、というのは、Costelloe, *op. cit.*, p. 203.

56) もっとも、スイス連邦の 1999 年改正憲法 193、194 条は、憲法の全面的、部分的改正提案は、国際法の強行規範 (Les règles impératives du droit international) に違反してはならない、と明示的に定めている。しかしこの場合にも、自動的に無効となるかどうかについては議論がある、というのは、de Wet, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implication for National and Customary Law*, *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), p. 102.

る<sup>57)</sup>。

## Ⅶ おわりに

これまでの議論を、若干の補足を含めて、まとめると次のようになる。①強行規範に抵触する条約の「無効」が *jus cogens* の本来的な効果であるということは、たとえ関連する実行がほとんどなくても<sup>58)</sup>、否定することはできない。②そこから出発して、国際的な一方的意思表示行為が強行規範と抵触する場合にも、その無効について語るができるだろう。ここまでは規則（あるいは規範命題）相互の抽象的な抵触の問題である。③しかしそれを超えて、事実行為の領域に入るならば、そこでいわれているさまざまな法的効果は、*jus cogens* の直接の効果であるとはいえない。国家責任条文がいみじくも「強行規範の下で生じる義務」という表現を使っているように、ここで問題となるのは義務の具体的な履行・不履行の問題である。④違法性阻却事由の場合には、同意は②に該当するが、

57) (イラクによるクウェートの併合のような場合には) 他のすべての国には、問題の領域内で発出された法令の域外効果を否定する (具体的には、当該領域内で出された判決の効力を承認しない、そこで発出された法令を適用しない) 義務が課せられ、要するに、当該領域を「法的に」孤立させるよう義務づけられる、というのは、Conforti (a cura di Iovane), *Diritto interzazionale*, XI edizione, (Editoriale Scientifica, 2018), pp. 209-210.

58) スリナム領内のサラマカという一部族がオランダとの間で1762年に締結した合意 (そこには、同部族がスリナム当局に逃亡奴隷を引き渡すこと等が定められていた) が、仮に国際的な条約であったとしても、そのような条約は、後に生じた *jus cogens* の規範に反しており、今日では無効であり、国際人権法廷において援用することはできない、というのは、Inter-American Court of Human Rights, Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname, Judgment of September 10, 1993, para. 57. (この事件に言及するのは、薬師寺公夫「国際人権法の現代的意義——「世界法」としての人権法の可能性? ——」『世界法年報』第29号(2010年)27頁。なお、*jus cogens* に言及する米州人権裁判所の判例を簡潔に紹介するものとして、Ricardo Abello-Galvis, *La jurisprudencia de la Cour Interamericaine des Droits de l'Homme et le jus cogens* (2013-febriembre 2016), in Crawford/Koroma/Mahmoudi/Pellet (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses, Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, (Brill, 2017), pp. 535-543.) また、クリミア共和国とロシアの間の加入協定(2014年3月18日)が、仮に主権国家間の条約であるといえるとしても、武力不行使原則及び領土保全原則という強行規範に反する条約であり、条約法条約53条があてはまる、というのは、中谷和弘『ロシアのクリミア編入と国際法』『論究ジュリスト』(2014年春号)134頁。

それ以外は事実行為に関連しており、違法性が阻却されない理由は、自衛・対抗措置<sup>59)</sup>の定義から外れている、緊急状態・遭難の要件を満たしていない、集積的義務の(不)履行に不可抗力は考えられない、ということで十分に説明が可能で、わざわざ *jus cogens* を持ち出す必要はない。⑤国家の刑事管轄権や国家免除などの個別の分野では、*jus cogens* の援用が積み重ねられることによって、それぞれの分野における一般法を逸脱するような特別法の形成が促進される可能性がある。⑥強行規範上の義務の重大な違反の場合、(義務違反した国以外の)すべての国には、違法状態を承認してはならないという義務が課せられるが、これはつまるところ、強行規範が国内法令を直接無効にすることはできないので、違法状態の効果がなるべく外部に及ばないようにするためのものであると考えられる。⑦不承認の義務をあえて強行規範と結び付けようとする⑥のような議論になるが、国家責任条文の起草過程では、一般国際法上の対世的義務(の違反)と常に結びつけて考えられてきたので、その延長線上で考えるのがむしろ自然であろう<sup>60)</sup>。国家責任条文48条は、そのような義務の違反の場合には、責任国に対して違法行為の停止等を求める資格を他のすべての国に認めている。この資格と不承認の義務は、名宛人の範囲が同じであり、密接に結びついていると思われる(連帯の義務といってもよいだろう)<sup>61)</sup>。⑧強行規範の効果を主張するのではなく、その前提を確認するために、強行規範が援用される場合が散見される。強行規範は、一般慣習国際法がベースになっているので、強行規範だと主張することで、問題となっている規則の「一般性」や「慣習法性」を証明しようとする傾向である<sup>62)</sup>。

最後に、本稿の叙述を通して著者が得たとりあえずの結論は、国際法の強行規

---

59) 国家責任条文50条1項(d)は、対抗措置により影響されない義務の一つとして、強行規範上の義務に言及している。この条文が、26条と重複してリダントなのではなく、独自の意味合いを有している、ということについては、Kawasaki, *International Jus Cogens*, cit., pp. 156-8.

60) なお、対世的義務の問題を、国際司法裁判所における原告適格という観点から論じるのは、石塚智佐「国際司法裁判所における原告適格拡大の論理構造——管轄権基礎からみた民衆訴訟の可能性——」『世界法年報』第35号(2016年)64~87頁。

範の法的効果には、狭義・広義の2つがあるのではないか、ということである。まず強行規範の狭義の法的効果としては、①条約を含む国際的な意思表示行為の「無効」が考えられる。広義にはそれに加えて、②じつは別の理由がそのような法的効果を導くのだが、そのような効果を追加的 (ad addendum) に強調するために *jus cogens* が援用される場合で、(a)強行規範の前提としての (基礎とな

- 61) 不承認は対抗措置とみなされる、としていたのは、当時の特別報告者 Arangio-Ruiz, A/47/10, (1992), p. 99 (para. 276). なお、国家責任条文 41 条 1 項は、54 条が定める (他のすべての国の) 権利を、リアクトする義務へと変形している、というのは、Cannizzaro, On the Special Consequences of Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law, Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, cit., p. 136. [54 条は「それを予断しない」という単なる留保条項なので、そこに依拠するのはおかしいが、発想は筆者と同じ]。ところで、不承認の義務に違反した場合はどうなるであろうか。2017 年 12 月 6 日に、トランプ政権が、エルサレムをイスラエルの首都として承認し、大使館を移転すると宣言したことを受けて、18 日にエジプトが、エルサレムの性格、地位、人口構成の変更を目指すいかなる決定・活動も、法的効果を有さず無効であることを確認し、関連する安保理決議を遵守し、これらの決議に反する活動・措置を承認しないことをすべての国に要請する、という内容の決議案を安保理に提出した (S/2017/1060)。同決議案が賛成 14、反対 1 (米国) で否決された後、フランス代表はつぎのように述べた。今日の投票の結果は、エルサレムの最終的地位に関する (安保理決議を含む) 国際法への集団的コミットメントを 14 の安保理構成国が確認したいという望みを反映するとともに、理事会構成国の圧倒的多数が、安保理の関連諸決議に反するいかなる決定も承認しないという意思を強調するものである (S/PV. 8139)。ここには、不承認義務に違反する行為を承認しない、という入れ子構造が見取れる。この事例を分析して、(他のすべての国が負う) 不承認の義務もこれまた対世的な性格を持っており、(当該不承認義務に違反した国以外の) 他のすべての国が、不承認義務に従うように求める資格を有している、というのは、Arcari, La decisione statunitense di trasferimento dell'ambasciata a Gerusalemme e la portata dell'obbligo di non-riconoscimento in diritto internazionale, *Rivista di diritto internazionale*, volume CI (2018), pp. 547-553.
- 62) 規範の名宛人の範囲の「一般性」を強調するために *jus cogens* に言及する例として、Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, para. 100. (平等と無差別という原則は、特定の条約の当事国であるか否かにかかわらずすべての国に適用され、個人を含む第三者に対する効果を生ぜしめるという意味において、一般国際法の下で強行性を有するものとみなされる)。なおこの意見の背景等については、渡辺豊「米州人権条約における社会権の保障」『法政論集』第 45 卷 2 号 (2012 年) 80~130 頁。「慣習法性」に関しては、ある規則 (たとえば武力行使の禁止) が *jus cogens* であれば、当然その一歩手前の慣習法でもあることになる。ニカラグア事件本案判決において国際司法裁判所は、武力の行使を禁じる (国連憲章から) 独立した慣習規範の妥当性を確認するために、武力行使禁止規範が *jus cogens* であるとする国家代表や学者たちの言明に依拠していた、というのは、Christenson, *The World Court and Jus Cogens*, *American Journal of International Law*, vol. 81 (1987), p. 94.

る規則の)慣習法性、(名宛人の)一般性、基礎となる慣習法規則からの一方的宣言による逸脱不可能性、(b)(強行規範の基礎となる慣習法規則上の義務の)逸脱不可能性、(c)(じつは一般国際法上の対世的義務の効果である)国際社会全体での対応の必要性、をそれぞれ強調、再確認する場合がそれにあてはまる。さらに加えて、③強行規範の援用が個別分野での一般規則を逸脱するような特別規則の生成を促進する効果、が考えられる<sup>63)</sup>。

付録(第三報告書中の特別報告者案。なおイタリックのものは現段階での起草委員会案)

**Draft conclusion 2 [3(2)]** (*General nature of peremptory norms of general international law (jus cogens)*)

*Peremptory norms of general international law (jus cogens) reflect and protect fundamental values of the international community, are hierarchically superior to other rules of international law and are universally applicable. [Drafting Committee's version as of 14 May 2018]*

**Draft conclusion 5** (*Bases for peremptory norms of general international law (jus cogens)*)

1. *Customary international law is the most common basis for peremptory norms of general international law (jus cogens).*
2. *Treaty provisions and general principles of law may also serve as bases for peremptory norms of general international law (jus cogens). [Drafting Committee's version as of 14 May 2018]*

**Draft conclusion 6 [6, 8]** (*Acceptance and recognition*)

1. *The requirement of "acceptance and recognition" as a criterion for identifying a peremptory norm of general international law (jus cogens) is distinct from acceptance and recognition as a norm of general international law.*
2. *To identify a norm as a peremptory norm of general international law (jus cogens), there must be evidence that such a norm is accepted and recognized as one from which*

---

63) ②と③は効果というよりは効用と呼ぶべきものなのかもしれないが。

*no derogation is permitted and which can only be modified by a subsequent norm of general international law having the same character. [Drafting Committee's version as of 14 May 2018]*

**Draft conclusion 8** [9(1), (2)] (*Evidence of acceptance and recognition*)

1. *Evidence of acceptance and recognition that a norm of general international law is a peremptory norm (jus cogens) may take a wide range of forms.*
2. *Such forms of evidence include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; legislative and administrative acts; decisions of national courts; treaty provisions; and resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference. [Drafting Committee's version as of 14 May 2018]*

**Draft conclusion 9** [9(3), (4)] (*Subsidiary means for the determination of the peremptory character of norms of general international law (jus cogens)*)

1. *Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, are a subsidiary means for determining the peremptory character of norms of general international law (jus cogens).*
2. *The works of expert bodies established by States or international organizations and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations may also serve as subsidiary means for determining the peremptory character of norms of general international law (jus cogens). [Drafting Committee's version as of 14 May 2018]*

**Draft conclusion 10** (*Invalidity of a treaty in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens)*)

1. *A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law (jus cogens). Such a treaty does not create any rights or obligations.*
2. *An existing treaty becomes void and terminates if it conflicts with a new peremptory norm of general international law (jus cogens) that emerges subsequent to the conclusion of the treaty. Parties to such a treaty are released from any further obligation to perform in terms of the treaty.*
3. *To avoid conflict with a peremptory norm of general international law, a provision*

*in a treaty should, as far as possible, be interpreted in a way that renders it consistent with a peremptory norm of general international law (jus cogens). [Drafting Committee's version as of 26 July 2018]*

**Draft conclusion 11** (*Severability of treaty provisions in conflict with peremptory norm of general international law (jus cogens)*)

1. *A treaty which, at its conclusion, is in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens) is invalid in whole, and no part of the treaty may be severed or separated.*

2. *A treaty which becomes become invalid due to the emergence of a new peremptory norm of general international law (jus cogens) terminates in whole, unless:*

(a) *the provisions that are in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens) are separable from the remainder of the treaty with regards to their application;*

(b) *the provisions that are in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens) do not constitute an essential basis of the consent to the treaty; and*

(c) *continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust. [Drafting Committee's version as of 26 July 2018]*

**Draft conclusion 12** (*Elimination of consequences of acts performed in reliance of invalid treaty*)

1. *Parties to a treaty which is invalid as a result of being in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens) at the time of the treaty's conclusion have a legal obligation to eliminate the consequences of any act performed in reliance of the treaty.*

2. *The termination of a treaty on account of the emergence of a new peremptory norm of general international law (jus cogens) does not affect any right, obligation or legal situation created through the execution of the treaty prior to the termination of the treaty unless such a right, obligation or legal situation is itself in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens). [Drafting Committee's version as of 26 July 2018]*

**Draft conclusion 13** (*Absence of effect of reservations to treaties on peremptory norms*)

*of general international law (jus cogens)*

1. A reservation to a treaty provision which reflects a peremptory norm of general international law (jus cogens) does not affect the binding nature of that norm, which shall continue to apply as such.

2. A reservation cannot exclude or modify the legal effect of a treaty in a manner contrary to a peremptory norm of general international law (jus cogens). [Drafting Committee's version as of 26 July 2018]

**Draft conclusion 15** (Consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) for customary international law)

1. A customary international law rule does not arise if it conflicts with a peremptory norm of general international law (jus cogens)

2. A customary international law rule not of jus cogens character ceases to exist if a new conflicting peremptory norm of general international law (jus cogens) arises.

3. Since peremptory norms of general international law (jus cogens) bind all subjects of international law, the persistent objector rule is not applicable.

**Draft conclusion 16** (Consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) on unilateral acts)

A unilateral act that is in conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens) is invalid.

**Draft conclusion 17** (Consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) for binding resolutions of international organizations)

1. Binding resolutions of international organizations, including those of the Security Council of the United Nations, do not establish binding obligations if they conflict with a peremptory norm of general international law (jus cogens).

2. To the extent possible, resolutions of international organizations, including those of the Security Council of the United Nations, must be interpreted in a manner consistent with peremptory norms of general international law (jus cogens).

**Draft conclusion 18** (The relationship between peremptory norms of general international law (jus cogens) and obligations erga omnes)

Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) establish obligations *erga omnes*, the breach of which concerns all States.

**Draft conclusion 19** (Effects of peremptory norms of general international law (*jus cogens*) on circumstances precluding wrongfulness)

1. No circumstance may be advanced to preclude the wrongfulness of an act which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).
2. Paragraph 1 does not apply where a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) emerges subsequent to the commission of an act.

**Draft conclusion 20** (Duty to cooperate)

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).
2. A serious breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) refers to a breach that is either gross or systematic.
3. The cooperation envisioned in this draft conclusion can be carried out through institutionalized cooperation mechanisms or through *ad hoc* cooperative arrangements.

**Draft conclusion 21** (Duty not to recognize or render assistance)

1. States have a duty not to recognize as lawful a situation created by a breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).
2. States shall not render aid or assistance in the maintenance of a situation created by a breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).