

法典化条約の国際法上の性格

篠原 梓

1. 問題の所在

国際条約は、もともと専制君主間の権利義務関係を規律する契約から発生し、やがて近代国家の成立とともに国家間の権利義務を内容とする二国間条約として、国際法上制度的に発展してきた。そして二国間条約の集積から多数国間条約制度の成立へと移行するに従い、条約はもはや契約的な権利義務関係の設定には止らず、一般的な規範をその内容とする可能性を持つに至った。すなわち、19世紀以来の国際社会の緊密化・組織化が進展する一方、そのような国家間関係を規律する法規範を定立する機関が欠除しているところから、条約が国際社会の立法機能を果す現象が生じてきたと言えよう。このような立法条約 (law-making treaty) の概念はトリエペル (Triepel) 以来多くの学者により明確化されてきて、国際機構が積極的に条約締結活動を推進する現在、その存在はもはや疑う余地はないと考えられている。しかし条約の目的・内容におけるこの重要な相異は、必ずしも条約の法的性格にまで影響を及ぼしたとは考えられていない。その一つの例として、立法条約が国際社会一般に適用される法規範を内容としているにもかかわらず、*pacta tertiis nec nocent nec prosunt* の原則によりその効力は第三国には及ばず当事国のみを拘束するということが指摘されうる。この点で立法条約の一般的普及は個別国家の同意により制約され、それが条約による国際法の立法機能の一つの限界として明確に認識されている。このように条約における法的な区別としては確立していないまでも、立法条約 (general multilateral treaty) は一般的多数国間条約という形態上の名称のもとに、国際社会において独自の発展を遂げてきたと言えよ

う。

このような立法条約という概念に加えて、更に法典化条約 (codification treaty) という名称が今世紀に入って以来、一部の多数国間条約に与えられている。国際法の法典化は、18世紀以来学者又は国際法協会 (Institut de Droit International) 等の学術団体により、私的な試みとして多くの実行をみてきた。それが国家間の条約として締結された初期の例は、1899年と1907年のハーグ会議による戦争法の法典化である。又平時法の法典化はこれよりやや遅れて、1930年国際連盟の主催下に同じハーグで開催された法典化会議により着手されて以来、国際連合総会の下部機関たる国際法委員会において継続されている。このような国家間の条約の締結による国際法の法典化とは、本来慣習法の条約化を指すものと考えられているが、場合によってはより広い意味で、一般的多数国間条約すなわち立法条約の締結全体にわたって使用されることもある⁽¹⁾。ここでまず、国際法の法典化という概念の曖昧さが指摘されよう。

次に、法典化条約が慣習法の忠実な条約化であるとするれば、法典化条約の内容は慣習法規則を変更することなく宣言するものであると考えられる。そうとすれば、法典化条約自身はあくまでも条約として *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* の原則の適用を受けるとしても、その内容は既存の慣習法として一般的な効力を推定しうるのであろうか⁽²⁾。すなわち法典化条約とは、それ自身は立法条約又は条約による立法の限界により制約されているものの、慣習法という一般国際法を媒介とすることによりこの限界を打破する可能性を内包しているのではないだろうか。もしこのような推定が可能とすると、法典化条約は条約法上画期的な存在と考えられ、条約による国際立法は新しい局面を展開すると言えるであろう。それと同時に、法典化条約は一般的多数国間条約ではあっても、厳密な意味では新たに法規範を定立する立法条約とは言い難い。そこで法典化条約の基本的性格についての考察が必要となってくる。

この論文は、国際法の法典化という概念の曖昧さを整理することにより、そこから法典化条約の国際法上の性格を導きだすことを目的とする。法典化概念の曖昧さは、必然的にいかなる条約が法典化条約であるかという決定を困難ならしめる。しかし国際法委員会により作成されたいくつかの条約が法典化条約

であることは一般的に認められている⁽³⁾。そこでここでは、国際法委員会における法典化の制度及び条約作成の実行を検討することにより、法典化条約の基本的性格について考察してみたいと考える。

〔註〕

- (1) ゲック・栗林忠男訳,「国際連合における 国際法の 法典化」『慶応義塾大学法学研究』,第50巻第2号,昭和52年。
- (2) Jennings, "The Progressive Development of International Law and its Codification," *B. Y. I. L.*, vol. XXIV, 1947, pp. 306—307.
- (3) 国際法委員会により準備され、国際連合主催下の国際会議において採択された法典化条約としては、「1958年ジュネーブ海洋法四条約」「1961年将来の無国籍の除去と防止に関する条約」「1961年外交関係と免除に関するウィーン条約」「1963年領事関係と免除に関するウィーン条約」「1969年条約法に関するウィーン条約」が現在までに成立している。他に条約ではないが、「仲裁手続きに関するモデル条項」が1958年総会により採択されている。

2. 国際法委員会の制度と実行

国際連合憲章第13条第1項は、総会は「政治的分野において国際協力を促進すること並びに国際法の漸進的発達及び法典化を奨励すること」を目的として、「研究を発議し、及び勧告をする」と規定している。総会はこの任務を遂行するため、1947年に国際法委員会を総会の下部機関として発足させることに決定した。同年総会により採択された国際法委員会規程は、第15条において憲章第13条の「国際法の漸進的発達及び法典化」に対してそれぞれ以下の如く内容を与えている。まず「漸進的発達」については、「国際法により未だ規律されない問題につき、又は国家慣行において法が十分発達していない問題について、条約案を用意すること」と規定し、「法典化」については、「既に広範な国家慣行・先例・学説の存在する領域における国際法規則の詳細な成文化と体系化」と規定している。すなわち、前者は慣習においてルールが全く存在しないか又は存在しても既存の法として確立していない場合における条約による立法であり、後者は本来の意味での既存法の条文化と言えるであろう。従ってここでは立法と法典化とが厳格に区別された上で、ともに国際法委員会の目的・任

務として予定されている。ではこの区別は制度上いかなる帰結を伴い、かつ国際法委員会の実行を通じてどのような形で維持されてきたのであろうか。ここでは区別の意味と、「法典化」の「漸進的発達」との関連について検討してみたいと思う。

(1) 制度上手続きにおける相異

両者の区別は、まず提案機関すなわち実行上のイニシアティブの問題に反映される。「漸進的発達」の場合は通常総会の付託によって国際法委員会の作業が開始されるが、他に加盟国・総会以外の国連機関・専門機関・政府間機構等の提案による途も開かれている⁽⁴⁾。これに対して、「法典化」の場合は国際法委員会が独自にトピックを選択することが可能であり、その旨の勧告を総会に提出し承認を得ることになる⁽⁵⁾。このようにして作業が開始することになるが、その後の手続きは、「法典化」の場合に国際法委員会自身の判断で柔軟な対応が出来る点を除いては、ほぼ同様のプロセスを経ると言える⁽⁶⁾。作業の終了に当たっての最終的な総会への勧告は、「漸進的発達の場合」は条約草案であるのに対して、「法典化」の場合は以下の四つの内容のいずれかを選択することになる⁽⁴⁾。

- a, レポートは既に公表されているので、何の行動もとらない。
- b, 総会の決議によりレポートを考慮又は採択する。
- c, 条約締結の目的をもって草案を加盟国に対して勧告する⁽⁶⁾。
- d, 条約締結のための会議を召集する。

ここで cd が作業の決定を条約化することを予定しているのに対して、ab では条約以外のリステートメント等の採用の可能性を示していると解釈される⁽⁶⁾。

以上のことから、「法典化」の場合は国際法委員会が独自にトピックを選択して作業を開始できるイニシアティブの問題と、最終的に必ずしも条約化する必要がないという点に主な相異が認められる⁽⁷⁾。「漸進的発達」について、国際法委員会に独自の決定の可能性が与えられていないのは、問題が政治的だからであり、従って政治機関たる総会の決定に委ねられていると解される⁽⁸⁾。又「漸進的発達」の場合は立法を目的とするため、条約以外の手段は使用出来な

いのに対し、確立した慣習法規則のみを法典化する場合には、条約により新たな拘束力を生じさせる必要はなく、慣習法規則の宣言による明確化又は権威ある成文の証拠を提供すれば十分であると考えられる。従ってこの二つの相異は、謂わば立法と法典化の性格の相異に由来する当然の帰結であり、それ以上のそれぞれに特異な手続きの設定はみられない。すなわち、両者の区別は異なる手続きへの本質的な必要性のためというよりは、政治的イニシアティブやコントロールの置き所への考慮から設けられていると考えたほうが適当と思われる⁽⁹⁾。

(2) 実行上の区別

これまで国際法委員会が扱ったテーマに関して、それが「漸進的発達」と「法典化」のいずれの範疇に属するかについての決定は、総会においても国際法委員会においても明確にされた例は認められない⁽¹⁰⁾。従って、イニシアティブの観点からその作業開始形態を検討すると、現在までに法典化条約として成立しているものは全て国際法委員会のトピックの選択に基づいている。しかしこれらの条約の条項が全て既存の慣習法からのみ成立していて、立法的要素が全くないと断言出来ないことは、国際法委員会自身が認めるところである⁽¹¹⁾。これに対して、総会から付託され既に最終報告書が提出されたトピックの中で、条約として成立しているのは、「多数国間条約への留保」が付託時点で既に国際法委員会の選択のもとに草案作成に着手されていた「条約法」に併合されて、「条約法に関するウィーン条約」の一部を構成しているにすぎない⁽¹²⁾。その他の総会から付託されたトピックは、「国家の権利義務についての宣言」及び「国際刑事管轄権問題」については草案は作成されているものの、それに対する反応が少いため決定は延期されている。又「ニュールンベルグ原則」と「侵略の定義」とともに「人類の平和と安全に対する犯罪」のコード草案と合併され、これも未だに最終的決定をみるに至っていない。他に国際法委員会が独自に選択し、仲裁裁判条約締結の際挿入することを勧告すべく、1958年に総会により採択された「仲裁手続きに関するモデル条項」も、条約化されなかったとはいえその内容上必ずしも法典化のみに徹したとは言いがたい⁽¹³⁾。このように作業開始形態からトピックをどちらかに分類することは不可能と言わなければ

ばならないし、又条約化されなかったから「法典化」であると結論することも出来ないと考えられる。しかも作業過程でとられる手続きもほぼ一様であった。すなわち、作業が開始する段階ではトピックがいずれの分類に属するのか、問題の研究を経ていないため判断することが困難なところから、全て同じ手続きに委ねられていると考えられる⁽¹⁴⁾。このように実行をみてくると、イニシアティブにおける相異、及びその後の手続きが「法典化」の場合に若干の柔軟性を持たされているという相異は、事前にトピックがどちらかに分類されない以上、ほとんど意味をなさないのではないか。⁽¹⁵⁾ すなわち、慣習法による規律を全く受けていないと推定される分野は別として、慣行においてみられるルールが既存の法として確立しているか否かは、問題の詳細な研究を経て初めて決定出来るのであり、事前にそれを判断していずれかの区別から異なる取扱いを行うのは、理論的にも実際的にも不可能であると考えられる。以上のことから国際法委員会の実行において、「漸進的発達」と「法典化」のトピックにおける区別は全くみられないばかりか、先に述べた制度上の手続きの相異さえ実行上維持するのが困難なことが明らかになったと言えよう。

〔註〕

- (1) 国際法委員会規程第16条・第17条。
- (2) 国際法委員会規程第18条。
- (3) 「漸進的発達」の場合 第16条に規定される手続きは、特別報告者の指名—作業計画の作成—政府への質問—小委員会の設置—草案準備—専門家・専門機関への諮問—委員会での草案検討—報告書の公表—政府へのコメントの要請—再検討—最終草案の準備—採択—総会への提出、となっている。又総会以外の提案による場合は、国際法委員会が問題を研究した後総会へ勧告を提出し、総会の承認を経た段階で上記と同じ手続きが開始される。「法典化」の場合は、規程第19条から第22条までにおいて、作業計画の作成—政府への質問—草案準備—草案及びコメントリーの総会への提出—報告書の公表—政府へのコメントの要請—最終草案作成—総会への勧告の提出、との手続きが規定されている。
- (4) 国際法委員会規程第23条。
- (5) dの総会のイニシアティブによる会議召集と異なり、会議開催のイニシアティブは加盟国に委ねられることになる。Jennings, *op. cit.*, p. 316.
- (6) 総会の採択を経るか否かの相異は、より権威を持つか否かの問題である。Jennings, *op. cit.*, pp. 315—316,

- (7) 作業手続きにおける若干の相異は、この二つの相異のために派生的に生じたものと考えられる。
- (8) Dhokalia, *The Codification of Public International Law*, 1970, Oceana, pp. 225—226.
- (9) Briggs, “Reflections on the Codification of International Law by the International Law Commission and other Organs,” *Recueil des Cours*, vol. 126, 1969, p. 241.
- (10) *Ibid.*, p. 242. 1950年総会がジェノサイド条約への留保に関して国際法委員会に問題を付託した決議においても、「法典化と漸進的発達の間観点から」と言及している。
- (11) Lauterpacht, “Codification and Development of International Law,” *A. J. I. L.*, vol. 49, 1955, pp. 29—31; Briggs, *op. cit.*, p. 242.
- (12) 同条約第二部第二節。
- (13) 基本的に当事国の意図を尊重する点で既存の法の法典化と言えるが、しかし一方当事国の恣意で仲裁手続きが崩壊しないよう、義務的要素を加えた点で既存の法をより発展させたものと言える。Lauterpacht, *op. cit.*, p. 30.
- (14) 「国家の権利義務についての宣言」「侵略の定義」については特別報告者が指名されなかったが、これもそれらが「法典化」のトピックであるからというより、問題の性格によると考えられる。なお規程上特別報告者の存在の有無については上記註(3)参照。
- (15) Dhokalia, *op. cit.*, p. 232.

3. 「漸進的発達」と「法典化」の不可分性

以上みてきた如く、国際法委員会規程第15条における「漸進的発達」と「法典化」の区別は、制度上も実行上も大いに問題を含んでいると言えよう。ではその原因は何であり、又実際の作業に当りそれらの問題はいかに解決されるべきであろうか。この点で最も優れた分析を展開していると考えられるラウターバハト (Lauterpacht) の見解を紹介しつつ、再び両者の本質的な関連について検討していくことにする。

「法典化」の定義によると、それは慣習法として確立したルールの存在する領域を対象としているが、これは慣行に対しての諸国間の合意が存在する状態と考えられる。これに対してラウターバハトは、そのような法典化の対象となる領域は国際法上ほとんど認められないと指摘する⁽¹⁾。すなわち、大きな原則

についてはコンセンサスが得られているとしても、特定の個々のルール・問題に関して状況は大いに異なる。その例として彼は、*pacta sunt servanda* の原則については異論はなくとも、事情変更の原則 (*rebus sic stantibus*) に関しては諸国間の合意はみられないということを挙げている⁽⁴³⁾。これと同じ現象は国際法のあらゆる領域においてみられると考えられるが、又このような慣習法のギャップ並びに法として確立しているか否かの不明確・不確実な現実があるからこそ、法典化の重要性が認められるのではないだろうか。このように合意の欠除している状態を、彼は学説の法的対立による場合と、国家利益が政治的に対立している場合とに区別して考えている⁽⁴⁴⁾。この中利益対立の場合は、利益の相異を政治的・経済的に分析しそこから法規則を導き出すという、政治的調整の方法により比較的容易に問題は解決するのに対し、学説の対立の場合は、そこに何らかの中間的な光を当てつつあるべき法の姿を忍耐強く探っていくという解決の困難を推定している⁽⁴⁵⁾。すなわち彼がここで解決を求めているのは、ともに立法作業の問題であり、それは結果として「国際法の漸進的発達」に相当すると考えられる。従って、国際法委員会規程第15条で定義された「法典化」だけで足る対象領域はほとんどなく、実際の法典化作業は常に「漸進的発達」により補なわれることにより、初めて目的を達成することが出来るとの結論が導びかれよう。

又ラウターバハトは、慣行が既存の法として確立してもそれに対して強く変更が求められている場合が、国際法委員会規程においては予定されていないと指摘している⁽⁴⁶⁾。その例として彼は、「仲裁手続きに関するモデル条項」の他、「多数国間条約への留保」で従来の留保への同意に関する全員一致の原則 (*unanimity rule*) が国際社会の現実に適わなくなった点、及び「将来の無国籍の除去と防止に関する条約」が国際法上国籍の付与を各国家の自由に委ねる一般原則が存在していた領域に人権という新しい観点を導入していること、等を挙げている⁽⁴⁶⁾。すなわち、明確かつ確実な慣習法規が存在すればその変更は法典化の範囲外であるとの認識は正しいとは言えず、国家間の慣行も合意も存在しても、法典化の作業は法の発達を促す立法機能を放棄しえないと述べている⁽⁴⁷⁾。このことは、第二次大戦後新たに植民地から独立したアジア・アフリカ

諸国等が、自らがその形成に参加しなかった既存の慣習法全般により拘束されることに反対し、法典化条約の作成に積極的に参加することに多大の関心を示している現状においては、非常に重要な指摘と考えられる。

以上をまとめると、ラウターバハトの分析により、合意が欠除している場合及び慣習法規が存在してもそれに対して発展的変更が求められている場合、という明確なクライテリアがここに提供された。しかも慣習法上の一部の動かしがたい原則を除いては、個別ルールの法典化作業は、この二つの観点のいずれかを無視出来ない状況にあると言えよう。すなわち新立法の受諾という要素を常に伴うことになり、他の法領域とは異り国際法の法典化は本質的に実体的立法を含むと、彼は結論している⁽⁸⁾。又このような状況を反映していない規程第15条については、今までの実行において無視されて来たとし、今後もそれが望ましいと言っている⁽⁹⁾。

ここで、「漸進的発達」と「法典化」の区別が不可能であることがほぼ明らかになってきたと言えよう。すなわち、国際法上慣習法規の発達の状況からして「法典化」は決して独立して遂行されえず、常に「漸進的発達」との相互作用を通じて初めて目的を達成することが可能となるのである。このような国際法の法典化の特異性は、それを無視して定義された区別を制度上不可能とし、又実行上多くの考慮を払わせない結果をもたらしたと言える。このことから規程上の「法典化」は、従来英米法諸国で実行されて来た国内法の法典化を国際法に置きかえた形で定義された狭義の法典化であり、それと並んで規定された「漸進的発達」すなわち立法的要素を伴って、広義の法典化と言える国際法の法典化の本質が明らかになると考えられる。このようにして初めて、国際法の法典化は「既存の法の成文化であり、必ずしもその主たる実体を変更しないまま残すことを条件としない」⁽¹⁰⁾という定義や、「法典化とは法の体系的成文化であるが、法の本質的進展により、厳格にこれを実行することは不可能である」⁽¹¹⁾という見解、又「国際法の法典化はより立法に近い意味を与えられて来た」⁽¹²⁾という認識が意味を持つものと考えられる。

〔註〕

- (1) Lauterpacht, *op. cit.*, p. 17.
- (2) *Ibid.*, p. 17.
- (3) 前者の例としては条約に対する同意を表明する方法としての批准と署名の残存規則 (residuary rule)の問題, 違憲条約の無効の問題を取上げ, 後者に対しては領海の幅員の問題の例を挙げている。Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 23—26.
- (4) *Ibid.*, p. 27.
- (5) *Ibid.*, p. 27.
- (6) *Ibid.*, pp. 27—28.
- (7) *Ibid.*, p. 29.
- (8) *Ibid.*, p. 29.
- (9) *Ibid.*, pp. 30—31.
- (10) Jennings, *op. cit.*, p. 302.
- (11) Briery, "The Future of Codification," *B. Y. I. L.*, vol. XII, 1931, p. 4.
- (12) Cecil Hurst, "A Plea for the Codification of International Law on New Lines," *Grotius Society*, vol. XXXII, 1947, p. 139.

4. 法典化条約とリステートメント

法典化条約について検討を行うに先だち, まず条約と並んで法典化の手段とされているリステートメントについて, その特色及び有効性を考察してみたいと思う。

(1) リステートメント

リステートメントの作成は英米法諸国の非政府機関により始められ, 現在大いに活用されているものであり, 確立した法規則の宣言に適した方法と考えられている。国際法においては, 法典化条約のように発効を待つ必要がないため即時に影響力を持ちうることに加えて, 後の時点で新たに条約を締結する際の基礎として条約へ移行出来る可能性を持つという利点がある⁽¹⁾。反面この方法による場合, 法典化後も慣習法による規律のみ存在し, リステートメントはその証拠としてしか機能せず, 拘束力を伴う実効性を持つには至らない。しかし又そのことが, 条約締結のための国際会議の審議を経ないため, 利益対立の対象とはならず, 従ってより客観的・科学的に作成されうるとも考えられる⁽²⁾。国際法委員会規程が作成された当時, リステートメント・テクニクに大きな

期待が寄せられていたのは、1930年のハーグ会議での法典化が規定第15条の「法典化」の定義の如き狭義の法典化にその作業を限定しようと努めてきたにもかかわらず、最終的にその成果には批准が必要とされ、しかもその後の批准状況が非常に思わしくなかったところから、将来法典化に条約手段を用いることへの懐疑が強かったためと推定されている⁽⁴⁾。従って18世紀以来、法典化の私的試みとして着手されていたリステートメント・テクニク等を採用する途を、国際法委員会に対して開いたと考えられる。しかしこのテクニクの限界は、慣習法が確立していない分野の法典化が不可能であり、先のラウターパハトの見解によると、このようなテクニクを使用出来る可能性はほとんどないことになる。すなわち以前には存在しなかったが、法典化過程で達成される個々のルールに対する合意こそが重要なのであり、又この方法では確立した慣習法への変化への要求に対応することが不可能であるとも言われている⁽⁴⁾。従って法典化作業は最終的には条約案として提示されることが必要であり、それによって明確になった意見の対立こそ新たな合意への第一歩と考えられると、ラウターパハトは主張する⁽⁵⁾。すなわち法典化の過程では、むしろ一時的に慣行を混乱させたり、国家が政治的要求を提出する隙を与えるという弊害も予想しうるが、しかしその後達成される成果はこれを補って余りあると言える⁽⁶⁾。必要なのは既存の法をリステートする事典ではなく、国際法を発展させる法典化の立法過程であるというのが彼の意見である⁽⁷⁾。このようなラウターパハトの認識は、リステートメント・テクニクが可能となるような同質性が、果して国際社会に期待しうるかという疑問に基づいていると考えられ、又ブライアリー (Brierly) の「法典化はそれ自身が目的ではなく、その過程を通じての法の発展が目的である」との見解とも一致すると言えよう⁽⁸⁾。

このようにリステートメント・テクニクに対する支持・批判は、法典化の目的の相異、すなわち一定領域の法の整備における宣言的目的に重点を置くか、又は法の発展という観点から法典化を相対的にとらえるかに起因するものと考えられる。しかし法典化が常に立法的要素を伴うことは、リステートメント・テクニクを推進する学者も一致して認めるところである⁽⁹⁾。そして立法を伴った場合は条約として新たな合意を得ることが不可欠である以上、このよ

うなテクニックが使用される可能性は非常に限られると推定されよう。

国際法委員会の実行上このテクニックが採用され、宣言として成立した例は未だ存在していない。わずかに「仲裁手続きに関するモデル条項」が条約化されなかった唯一の例であるが、これも既存の法を宣言するリステートメントとは言い難い⁽¹⁰⁾。以上のことから、国際法委員会規程が条約以外の方法にも途を開いたことは、それなりに一つの発展として評価出来よう。しかしリステートメントについては、慣習法の現在までの発展状況からそれ程大きな期待を寄せることは不可能なのではないだろうか。しかも今後国際社会及びその法規則の進展の速度が増大するに伴い、その急速な立法 (radical law-making) への要求は高まり、慣習法の宣言というテクニックによる対応では満足出来ない状況になるのではないかと考えられる⁽¹¹⁾。

(2) 条約による法典化

次に条約による法典化の問題につき検討してみることにする。個別国家の同意を必要としない厳密な意味での立法機能なくしては、国際法上狭義の法典化が存在しえたとしても、それが実効的な拘束力を一般的に持つことは不可能と考えられる。すなわち、国内法における条文としての制定 (statutory enactment) に相当するのは、条約に対する国家の一般的受諾 (general acceptance) であり、本来新立法のための手段であるところの条約が、実効性を伴う法典化を実現するための最も有効な手段と考えられている⁽¹²⁾。この場合、慣習法のギャップを埋めるため、もしくは慣習法を変更するための立法に相当する部分については特に問題が生じないのに対して、確立した慣習法規を宣言している部分については、条約化されることにより当該規則の法源における転換が生じると考えられる⁽¹³⁾。すなわち従来は一般国際法として全ての国を一律に規律してきた規則は、条約化により当事国にとっては条約上の規範として、又非当事国にとっては従来のままの慣習規範として、別々の法源による規律を生じさせることになる。しかも慣習法規が存在しない場合、又は存在しても立法的観点からこれを変更した場合も、法典化条約に採用されたルールがその後の慣習法の形成を促す可能性も予想しうる⁽¹⁴⁾。従って法源における転換は、その時点で法規則の形態を複雑にするばかりでなく、その後の並立状態の存続によ

りなおさら複雑さを増すと言えよう。

ではこのような状況は如何に解決されるべきであろうか。まず第一に考えられるのは、条約が普遍的に受諾されることにより、もはや慣習法による規制は問題でなくなる場合である。しかし現実には条約を発効させるだけに何年もの年月を費やすのであり、条約への普遍的参加はあくまでも最終目的でしかないと見えよう。しかもこの目的を第一義的に追求すると、条約による規制をなるべく多くの国に受け入れられ易いよう、内容の低下を計ることになる恐れが出てくる。これに対してラウターバハトは、少数国間でも受諾されれば実定国際法として法典化の第一歩となるのであり、普遍性の確保を性急に追求するあまり、条約内容を低下させるべきでないとして述べている⁽⁴⁵⁾。

次に、法典化を推進する機関が準備作業を通じての研究をふまえた上で、個々の条項が慣習法を宣言したものであるか、新立法を目的としたものであるかの区別を表明することは問題の解決に役立つであろうか。この方法は各条項の法源を明らかにすることにより、その効力における相異を推定しうる可能性を与える効果はある。国際法委員会もその活動の初期においては、法典化作業の部分につきこのような区別を示す見解を表明する努力を続けて来たが、結局個々の条項についての区別は断念せざるをえなかった⁽⁴⁶⁾。又もし条項毎の区別を国際法委員会がなしえたとして、条約起草時の慣習法の発達状況が明確になったとしても、条約の成立による国家慣行への影響、すなわちその後の慣習法形成の可能性については何等効果はないことになる。従って条約起草時にこのような区別を設けることは、その作業が困難であるばかりでなく、その後の条約規則の存在と慣習法の形成過程における相互の影響を固定化させてしまう恐れがあるとも言えよう。以上の点から法典化条約中の慣習法規則の認定は、法典化条約の存在又はその準備過程での当該規則の法源における区別から一概に推定されるものとは言い難い。最終的には、具体的な事例に即しての裁判による解決又はその積重ねを通じて明らかになるものと考えられる。

以上みてきた如く、法典化条約に内在する複雑な問題に対しては、今のところ明確な解決方法が用意されている状況ではない。言葉をかえると、条約による法典化のための条件は整備されているとは言えないであろう⁽⁴⁷⁾。しかしそ

れにもかかわらず、条約が実効性を伴う法典化の唯一の手段であるところから、今後も法典化条約が増加し、その過程で種々の問題が解決されていくことを期待する他ないであろう。

〔註〕

- (1) Cecil Hurst, *op. cit.*, p. 153.
- (2) Jennings, *op. cit.*, p. 308.
- (3) Dhokalia, *op. cit.*, p. 221.
- (4) Lauterpacht, *op. cit.*, p. 31.
- (5) *Ibid.*, p. 32.
- (6) *Ibid.*, p. 33.
- (7) *Ibid.*, p. 34.
- (8) Brierly, *op. cit.*, p. 2.
- (9) その代表的例は, Cecil Hurst, *op. cit.*.
- (10) 第2章註(13)参照。
- (11) Jennings, *op. cit.*, p. 309.
- (12) Woolsey, "Practical Codification of International Law," *A. J. I. L.*, vol. 16, 1922, p. 423.
- (13) Jennings, *op. cit.*, p. 306.
- (14) 条約法に関するウィーン条約第38条。村瀬信也, 「条約規定の慣習法的効力」『国際法学の再構築・上』, 東京大学出版会, 昭和52年。
- (15) Lauterpacht, *op. cit.*, p. 39.
- (16) Briggs, *op. cit.*, p. 242.
- (17) Brierly, *op. cit.*, p. 4.

5. 法典化条約の性格

以上の考察から法典化条約の性格についてまとめると、次のような結論が導き出されることになろう。

まず国際法委員会が起草に当る条約案に関しては、テーマ毎にそれが「漸進的発達」に相当するものであるか、又「法典化」に該当するかの区別はなされず、全て一様の手続きに委ねられているのが実際の慣行となっている。従って条約が法典化条約の名称を与えられていても、その内容の全てが既存の慣習法の宣言とみなすことは不可能であろう。

次に条約が慣習法の宣言だけを目的としていないまでも、その内容を条項毎

に宣言的部分と新立法の部分とに区別して、その相異から効力における相異を推定することは可能であろうか。現在までの国際法委員会の実行から判断して両者の区別が困難な点と、その後の慣習法形成過程をカバーしきれないことから、理論的には可能であるとしても、実際に効力における相異を明確に結論づけるには至らないと考えられる。

このように条約毎にも、又条項毎にも慣習法の宣言と新立法とを区別しえないとすれば、法典化条約とは両者が混然一体となった状態の条約を指すことになるのであろうか。そうすると法典化条約は、明確な区別は不可能として多少なりとも慣習法規を内包しているということ以外、他の一般の立法条約と何等異るところはないのであろうか。この点については第3章で述べた如く、厳密な意味で「法典化」と「漸進的発達」とを区別することは不可能であり、両者を包含した広義の法典化のみしか存在しえないということが再び想起される。すなわち国際法の法典化は常に立法的要素を含んでいるところから、法典化作業は終局的には条約の締結という形をとることが必要となる。従って法典化条約は常に慣習法の宣言と新立法とを融合した内容を持ち、その点で他の一般の立法条約との間に明確な区別をなしえないと言えよう。法典化条約が慣習法の宣言のみを目的としない以上、その定立過程で他の一般的多数国間条約と何等法的相異は生じないことになり、又効力においても条項により一般的効力を容易に推定しえないとすれば、この点でも区別をすることの法的意味はほとんどないと考えられる。

すなわち法典化条約の性格については、立法的内容を持つ一般的多数国間条約であり、定立の手続きや効力等について何等特別な法的区別を導き出しうる根拠は存在しないと言える。又その内容については、対象分野が既に慣習法の規律を受けていて、新たに定立された条項と並んで、慣習法規を変更なく宣言した条項、又はそれをより発展させた条項から成り立っているものと考えられる。しかしそれらの条項における区別は、現在までのところアプリオリに与えられているものではなく、今後の具体的事例に即しての判断の積重ねを待つて初めて可能と考えられよう。従って法典化条約の成立により、慣習法規則の一部は条約法 (conventional law) としての形態のもとに当事国に対して実定法

上の機能を果すことになり、そこに特別の問題は生じないのに対して、非当事国に関しての慣習法による拘束又は条約化に当って除外された部分については、依然として不明確・不確実なまま残されていると言えよう。ここに法典化条約の普及によるその内容の慣習法化という機能と並んで、今後法典化条約の増加とともに慣習法の任務又は役割が更に重要な課題となることが予想しうるのである。

では国際法上、慣習法規のみを宣言した謂わば狭義の法典化が実現される可能性はあるのだろうか。現在までのところ、法典化が実効的拘束力を伴う条約として作成される場合、常に立法という要素を排除しえないことが既に明らかになっている。従って、国際法委員会が作成し一般に法典化条約と呼ばれている条約でさえ、本来の意味の法典化条約とは言えず、真の法典化条約は現在は勿論将来にわたっても果して出現するか否か疑問と言えよう。ここに法典化概念の曖昧さを生じさせる原因が存在すると考えられる⁽¹⁾。またこのことは、効力における相異の推定をも不可能とした。すなわち、第三国の義務の基礎となるような新しいタイプの条約の存在は認められないのである⁽²⁾。法典化条約は確かに条約による立法を一步前進させうる可能性を理論的には持っていると言えよう。しかし現在までの国際法の発展状況が真の法典化条約を成立させる基盤に欠けるところから、国際立法は未だ立法条約概念の域を越えていないと結論することが適当と考えられる。

〔註〕

- (1) 1930年のハーグ法典化会議の総括と将来の方針について、国際連盟総会の第一委員会に提出された英仏独伊希共同提案は、「国家間関係を規律する詳細な規則を、慣習国際法に由来するか新しい法に由来するかを問わず、自由な国家の受諾により国際条約によって形成すること」を法典化とする内容を持っていた。Brierly, *op. cit.*, pp. 6—7.
- (2) Vitta, "Le Traité Multilatéral peut-il être Considéré comme un Acte Législatif?" *A. F. D. I.*, vol. VI, 1960, p. 229.

(筆者の住所：川崎市中原区今井仲町309 味の素今井寮3-306)