

国際法における強行規範 (Jus cogens) 概念の展開

——国際法委員会における議論と条約法条約以後の展開——

佐藤 一 義

- I 問題の所在
- II 国際法委員会 (ILC) と強行規範概念
 - (1) 1969年以降の国際法委員会と強行規範概念
 - (2) 国際法委員会と「一般国際法における強行規範 (Jus cogens) に関する課題」
- III 国家責任法と強行規範概念
- IV 結びにかえて

I 問題の所在

「条約法に関するウィーン条約 (Vienna Convention on the Law of Treaties)」(以下、条約法条約と称する)が、1969年に採択されてから、この2021年現在、約半世紀以上が経過した。本条約は、1969年に、ウィーンで開催された、「国連条約法会議 (United Nations Conference on the Law of Treaties)」において採択された。1968年と二期にわたって開催された、この法典化会議で審議された条約草案は、1947年に設立された、国連の「国際法委員会 (International Law Commission; ILC)」が、作成したものである。国際法委員会は、国連総会の補助機関として、総会の一つの任務である「国際法の法典化」(国連憲章第13条1項a)の具体化のために、設置された。この委員

会は、1949年の第1会期に、法典化の対象として、14の課題を選んだ。その課題の一つである条約法の法典化作業に着手し、4名の特別報告者の交代を経て、彼らによる報告書に関する審議の結果、1966年に、国際法委員会として、最終の条約法条約規定草案を採択したのである。国連条約法会議において、二会期にわたる審議がなされ、1969年の会議で採択された本条約は、条約法に関する一般条約として、前文及び85カ条と附属書からなる。この条約法条約の条文の中で、本稿の目的である、強行規範概念の検証に関連して注目すべきものは、条約の「無効原因」の一つとしての、強行規範に対する抵触を規定する第53条、及び、条約の「終了原因」の一つとしての、新たな強行規範に対する抵触を規定する第64条である。そして、第53条又は第64条に関する紛争解決手続きを規定する第66条(a)も、検討すべき重要な論点を含むものである。まず第53条は、強行規範概念を定式化したものであり、「締結の時に、一般国際法の強行規範(peremptory norm)に抵触する条約は、無効である」と規定する。本条において、「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って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(international community)全体が受け入れ、かつ、認める規範」であると定義されている。次に、第64条は、「一般国際法の新たな強行規範が成立した場合」において、「新たな強行規範」に抵触する「既存の条約」は、「効力を失い、終了する」と規定する。そして、第66条(a)は、第53条又は第64条の規定の適用又は解釈に関する紛争の「いずれの当事者」も、国際司法裁判所に対して、その決定を求めるため書面の請求により、紛争を付託することができると規定しているのである。

ある論者は¹⁾、この強行規範(Jus cogens)の概念について、その著作の

1) 本稿においては、国際法における強行規範概念についての検証を目的として、これまでに刊行されてきた多くの著作あるいは論文の中で、最近発表された、いくつかの注目すべき論考を参照し、その内容を紹介しつつ、本稿の課題につ

序論において、以下のように述べている。すなわち、多くの国際法学者が、国際法の承認あるいは拒否するための、主権行使における、国家の無限定の自由裁量の抑制に資する理論の創設を追求してきた。強行規範 (Jus cogens) の理念は、こうした努力において創設された、最も重要な理論であるとする。強行規範として、最もよく引用される規範は、国際慣習法として普遍的に認められてきたか、あるいは、すべての又はほとんどすべての国家により支持される条約において含まれるものである。そのような規範に違反することは、国際法違反である。ただし、その規範をJus cogensと呼ぶことを付け加えることは、ほとんどないようである。—もっとも、そのような規範に違反することの結果が増加し、あるいは、「通常の (normal)」国際法の違反とは、他の方法において区別される限りではあるが、と述べているのである。そして、事実上、強行規範の内容は、相当な主観性 (subjectivity) を伴うものであるとする。しかしながら、このことは、国際社会が、中心的価値とともにある考え方の代表として、強行規範の価値を減ずるものではないとしている。結局、強行規範が存在するという考え方は、その最も重要な属性であり、不明確ではあるけれども、ある種の影響を持つことが保証されているとするのである。そして、国内的かつ国際的に国家権力を制限し、必ずしも合意を表明する必要のない、国内法及び国際法という法的規範に拘束される、義務の性質及び根源を理解しなければならなかった。そのような国際的義務の根源を見いだすことが、永久の探求目標となったとされている²⁾。

いての考察を深めていくことにしたい。まずは、とりわけその中心的なものとして、ごく最近の著作である、Dinah Shelton, *JUS COGENS*, Oxford University Press, 2021. の内容をより詳細に紹介しながら、それを参照しつつ、強行規範概念に関する検証を進めていきたいと考える。

- 2) *ibid.*, pp.1-2. ここで論者は、強行規範に違反することは、その規範が、Jus cogensと呼ばれることはほとんどないが、そのような規範に違反することの重大性が高まり、あるいは、別の方法で「通常の (normal)」国際法違反と区別されない限りではあるが、国際法違反なのであると指摘されている。

以上のような論者の指摘をふまえて考えてみると、まず、国際法における強行規範の概念は、主権行使の場面における、国家の絶対的な自由裁量に対する制限を目的とする理念として創設されたという側面があるということである。従って、強行規範に違反することは、既存の国際慣習法や普遍性を有する多数国間条約に対する違反—「通常の」国際法違反—とは異なることが指摘されるであろう。ただし、その強行規範概念は、その内容について、相当な主観性を伴う不明確なものであり、それ故に、各国家の恣意的な主張となる懸念が想定されるけれども、国際社会の共通利益（中心的価値）を代表するものとして、その不明確性は、国家権力を制限する根本規範（国際的義務）の根源としての価値を減ずるものではないと、この論者は指摘されているのであろう。そして、その国際的義務の性質を理解し、その根源を探求することは、国際社会あるいは国際法学にとって、永久的な目標となると指摘されていることが理解できるのである。しかしながら、この強行規範概念については、条約法条約による定式化以前から、その濫用の危険性が指摘されてきた。とりわけ、条約の無効原因の一つとしての採用は、例えば、条約関係の不安定化をもたらすとの懸念が想定されるのである。

また、この論者によれば、初期の学者たちも、抵触する義務の出現に伴うであろう、階層性（hierarchy）の問題を予見していたとされる。統合的な法体系の提議の試みにおいて、彼らは、私法、一般原則、法理論、道徳及び法哲学、そして宗教からの類推に向かったのである。彼らは、強行規範の理論が出現する、「より上位の（higher）」法の理念を発展させたとするのである。それ以来、その提唱者は、国際法における強行規範の存在と機能を強く主張する一方、批判者は、その概念の現実性又は現実的価値についての不信を表明したとされているのである。その上で、実定法における強行規範に対する唯一の言及は、条約法条約において見いだされるのみであり、国家間の条約に関する、1969年条約法条約の第53条は、「締結の時に一般国際法の強行規範に抵触する」条約は無効であると規定した。

1986年の「国際組織条約法条約」も、内容において同様である。条約法条約の規定を予想しているものが、強行規範の根源や機能を提案する古典的及び現代の国際法学者の著作である。彼らは、強行規範の文化的な重要性だけでなく、紛争の解決又は規範の実施において演ずる、まさに限定された役割も示しているとされるのである³⁾。

この論者も指摘しているように、法規範における「階層性 (hierarchy)」の存在は、国内法体系においては当然のことと理解されている。しかしながら、国際法体系においては、伝統的国際法学において、すなわち、論者のいうところの「普通の」国際法体系において、国際法は「同位法」の性質を有するものとされてきた。従って、「上位 (higher) 法」の存在は、承認されてこなかったのである。しかしながら、条約法条約第53条において、条約の無効原因として、上位法の性質を有する強行規範理念が、実定法として定式化されたことは、まさに画期的なことであった。それ故、その定式化の過程において、学問的にも大きな論争を引き起こすことになるのである⁴⁾。また、当然のことながら、条約法条約における定式化以降も、様々な議論が展開されてきたのである。そこで、本稿においては、これまで、強行規範概念についての検討がなされた、多くの論考も参照しながら、この概念に期待される「二面的役割」を検討してみたい。第1に、条約法条約に規定される、条約の無効原因 (第53条) 及び終了原因 (第64条) として、それらに抵触すると主張される条約の解釈・適用に関する、紛争解決の基準としての役割である。第2に、国際法体系の「再構築」の契機として、

3) *ibid.*, p.3.

4) この点に関する論争の出発点として、以下の著作に注目しなければならない。まず、国際法における強行規範理念の存在を主張した、肯定論として、Verdross, A., *Forbidden Treaties in International Law*, *American Journal of International Law*, 1937, pp.571-577がある。逆に、国際法における強行規範理念の存在を否定し、それを批判した、否定論として、Schwarzenberger, G., *International Jus Cogens?*, *Texas Law Review*, Vol.43 (1965), pp.454-478がある。

すなわち、「同位法」的性質を有するとされてきた伝統的国際法規範に対して、「上位法」的規則の導入という、現代国際法規範の体系的構造の根本的変動をもたらすという役割であろう。強行規範概念に期待される、このような「二面性」に着目しながら、国際法における強行規範概念及びその展開について、1969年以降、とりわけ、2015年以降の国際法委員会での議論に着目して検討してみたい。また、国家責任法との関連でも、検証を試みたいと考える。

Ⅱ 国際法委員会 (ILC) と強行規範概念

(1) 1969年以降の国際法委員会と強行規範概念

強行規範概念は、条約の無効原因として、1969年に採択された、条約法条約第53条において、定式化された。その条文草案を作成したのが、国際法委員会である。その後の国際法委員会における、強行規範に関する議論について、考えてみたい。

この論者によれば、このより上位の法カテゴリーの範囲内にある規範についての合意の欠如と同様に、強行規範の明確性及びその効果に関する不確かな状態は、国際法委員会の可能な研究課題として、強行規範を含むことが、1993年に、国際法委員会の委員の一人である Andreas Jacovides により、提案されることとなったとされるのである。その時の、強行規範の法的内容を決定するための、適切な基準欠如や、ある規範が、強行的な地位に上がることによる過程についての彼のコメントは、条約法条約の採択後の約半世紀の間、共鳴され続けるとされる。それにもかかわらず、国際法委員会は、その提案された研究が、適切な国家実行及び裁判所の判断の欠如において、有用な目的に資するであろうということを疑って、当時の、国際法委員会の作業計画の中に、その問題を含むことを拒否したのであったとされているのである⁵⁾。

ここで言えることは、1993年時点において、国際法委員会自身が、強行

規範に関する新たな検討に資するような、十分な具体的事例、すなわち国家実行及び国際判例の存在が不十分であると判断したことが推測される。従って、とりわけ、以下のように、強行規範に言及する国際裁判例の増加が、再度、国際法委員会が、条約法条約の草案作成以来の、強行規範概念の研究を進展させる要因になったと考えられるかもしれない。そこで、国際法委員会は、以下のような状況の変化により、さらなる強行規範の検討を進めることになる。

そこで、論者は、以下のように述べている。すなわち、条約法条約の基礎となった、1966年条文草案及びJacovidesによる1993年提案以来の時代において、強行規範に関連する、実行は急速に発展したとされる。国内及び国際裁判所は、強行規範に言及し始め、強行規範の成立、影響、内容及び結果又は効果についての見識を提供し始めたとされる。その時代において、国家も、それらが進める立場を支持して、強行規範に言及した。国際法委員会自身も、他の課題を考察する中で、この発展に寄与したのである。例えば、国家責任に関する条文草案の第26条は、その条文草案に規定された、違法性を排除する条件が、強行規範と一致する行為を正当化するために用いられないかもしれないと規定している。その上、そのコメンタリーは、強行規範の網羅的でないリストを提供しているのである。国家責任に関する条文草案第26条に対するコメンタリーに含まれるリストの繰り返しに加えて、細分化に関する研究グループは、最も頻繁に示された、強行規範の地位のための候補者のリストを規定する。国際法委員会の、条約の留保に関する実行の指針も、留保の許容性及び結果に関する、強行規範の効果に関する詳細な分析も規定したとされているのである⁶⁾。

ここで言及されている、「国家責任条文」は、2001年の国際法委員会において、その草案が採択されたものである。その第26条は、「強行規範の

5) Shelton, D., op. cit., p.17.

6) *ibid.*, pp.17-18.

遵守」に言及しており、「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」と規定しているのである。その条文草案のコメンタリーにおいて、明確に承認された、強行規範のリストとして、「侵略・ジェノサイド・奴隷・人種差別・人道に対する犯罪・拷問」の禁止及び「自決の権利」を挙げたのである⁷⁾。この点に関連して、1980年に、国際法委員会は、その国家責任に関する規定草案第19条2項において、「国際社会の根本的利益保護のために不可欠であるため、その違反が国際社会全体によって犯罪と認められるような国際義務の、国による違反から生じるものは、国際犯罪を構成する」と規定した。そして、その3項において、国際犯罪が生じる場合を、以下のように規定した。すなわち、(a) 侵略を禁止する義務のように、国際の平和及び安全の維持のために、不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、(b) 植民地支配の、力による確立又は維持を禁止する義務のように、人民の自決権を保護するために、不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、(c) 奴隷制度、ジェノサイド及びアパルトヘイトを禁止する義務のように、人間を保護するために不可欠の重要性を有する国際義務の、大規模で重大な違反、そして、(d) 大気又は海洋の大量の汚染を禁止する義務のように、人間環境を保護及び保全するために不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反が、列挙されたのである⁸⁾。

この点について、別の論者は、強行規範の概念と国家責任法との関連について、以下のように述べている。すなわち、強行規範の概念が、国家の一方的行為により破られるということは頻繁に起こりうるとされる。そのため、この概念は、条約法の分野に限定されることなく、国家責任法との関連性について、学説上も主導されてきたし、国際法委員会による、2001年の国家責任条文草案にも導入されたとする。そこで、強行規範の概念は、

7) Yearbook of the International Law Commission, 2006, Vol.II, Part Two, p.125.

8) Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol.II, Part Two, p.32.

国際社会全体の根本的利益に対する重大な違反を生じさせるような、国家責任の特定の形態の確立のために、採用されたとする。そして、強行規範に違反する行為は、通常の形態の国家責任以上に、第三国にかかる付加的な義務を伴うとされている。国家責任条文の第41条1項及び2項によれば、強行規範違反を終了させるために協力しなければならず、その違反によりもたらされた状態を合法的なものとして承認してはならず、当該状態を維持するための支援又は援助を与えてはならないとされるのである⁹⁾。ここで一般的に言えることは、条約法における強行規範概念が、国際法における抵触の解決のための「階層的 (hierarchical)」方法に関する一般原則の形成に貢献したとされる。その限りにおいて、条約法の下での強行規範の法的秩序と、国家責任法の下での、その相対する秩序間の関係における、よりよい理解の促進を果たすものであると評価されているのである¹⁰⁾。

ここで先の論者は、国際法委員会は、国家実行が、諸規則に、強行的性質を与えることは認めた。さらに、強行規範が、国際秩序の保護を目的とすることは認めたが、まだ、法的信念 (*opinio juris*)、すなわち、強行的性質を有する、法的権利又は義務の存在の確信を必要としているとされている。国際法委員会は、強行規範の例証となるリストを規定するかどうかの問題に関して、意見が一致していなかったとされているのである¹¹⁾。これ

9) Enzo Cannizzaro, A Higher Law for Treaties?, in Enzo Cannizzaro ed., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford University Press, pp.425-441. ここでこの論者は、条約法秩序における強行規範概念と、国家責任法秩序におけるそれとは、形式的には別個のものであるとする。つまり、条約法においては、規範的な紛争に関するものであり、国家が強行規範に反することを意図する場合において、事前的に、予防的な防御を規定するものである。しかし、国家責任法においては、既になされた強行規範に対する違反に対する、実際的手段を適用するものであるとしている。

10) *ibid.*, p.427. 但し、論者は、この概念が、条約法条約において、最も曖昧なものの一つであり、本条約は、その問題を明確化していないだけでなく、後に続く実行も乏しく、法理論的立証も不十分であるとしている。

は、これまでの国家実行において、強行規範的性質を有するような諸規則に関して、明確に承認する法的信念の存在について、国際法委員会は懐疑的であったことを示していると考えられるのである。

(2) 国際法委員会と「一般国際法における強行規範 (Jus cogens) に関する課題」

国際法委員会は、2015年まで、その「作業計画 (programme of work)」において、強行規範の「課題 (topic)」を含めることを決定してこなかったが、2015年に、その課題のための特別報告者 (Special Rapporteur) として、南アフリカの委員であるDire Tladiを任命した。国連総会は、2015年12月23日に採択した、70/236決議において、国際法委員会の決定に言及した。2016年に開催された、国際法委員会の次の会期において、Tladiは、第1報告書を提出した。それは、強行規範の課題に対する、彼の一般的な研究方法を示しており、確認されていないその問題の一般的見解を規定したのである。2016年会期での検討の後、国際法委員会は、それらを暫定的に採択した、起草委員会に対する報告において、彼の起草結果に言及したのである。彼の最初の報告は、強行規範の性質及び明確化といったような、概念的問題を扱った。その方法論に関しては、国家及び特別報告者は、後者が、国家及び裁判所の実行の、徹底的な分析を引き受けるべきことに同意したのである。学問的著作は、これらの出所を補うために用いられうるとされたのであった。結論として、彼は、まず、強行規範は、いかなる逸脱、変更又は廃止も認められない規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ認める規範であるとしたのである。意義深いことに、これらの規範が、国際社会の基本的価値を守り、他の国際法規範に対して、階層的に優位し、普遍的に適用可能であるとしたとされているのである¹²⁾。

11) Shelton, D., *op. cit.*, p.16.

12) *ibid.*, pp.19-20. 特別報告者のDire Tladiによる第1報告書については、

2017年の第69会期における、彼の第2報告書において、出発点として、条約法条約を用いて、強行規範を確認するための基準が表明されたのである。まず第1は、その規範は、一般国際法の規範でなければならず、第2は、いかなる逸脱も許されない規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ認めなければならないものであるというものである。そして、これは、国家実行に焦点をあてる、条約法条約の実定法的立場を反復するものであり、国際慣習法が、国際法の強行規範の構成のための、最も共通の基礎であるということを、規定したのである。法の一般原則も、強行規範の基礎として奉仕しうるし、一方条約も、一般国際法の強行規範の段階を上昇させうる一般国際法の規範を反映するであろうと述べている。これは、どこか、国際司法裁判所 (ICJ) の管轄権から外れるものであり、条約実行に対して、より都合良く見えたときとされるのである¹³⁾。

また、国際慣習法に関する強調点は、以下の二つの草案の結論から明らかである。「法的信念 (*opinio juris*)」、すなわち、「国により構成されている国際社会全体の意見の評価」を求めることと、それが、適切である諸国家の態度、すなわち、他の行為者が、「状況を規定し、諸国家の態度を評価することにおいて、適切である」ということを求めることである。重要なのは、諸国家の「大多数」による受け入れ及び承認が、強行規範の一つとしてのある規範が、強行規範の一つの規範として確認されることで、すなわち、普遍的な受け入れ及び承認は必要とされなくても、十分であるということであるとされているのである¹⁴⁾。これは、条約法条約第53条の「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」とい

Annual Report of the ILC, UN Doc. A/71/10を参照。

13) *ibid.*, p.20. 前記特別報告者のDire Tladiによる第2報告書については、Doc. A/CN.4/706を参照。強行規範の成立において、条約及び法の一般原則の重要性を減ずるための報告書に対する批判も存在したとされている。

14) *ibid.*, p.21.

う文言についてのこれまでの解釈に沿うものであろう。

2018年に、特別報告者は、第3報告書を提出し、その中で、一般国際法の強行規範の影響及び法的効果について考察したとされる。彼は、この報告書の序論において、国際慣習法が、強行規範のための最も共通の基礎であるという、準普遍的な合意が存在したと述べているとされる。この点に関して、論者は、今まで、ほとんどすべての著作の焦点が、条約法に関する強行規範の影響に関するものであったことに、多少意外な申述であったとされている。実際、この報告書の多くは、初期の国際法委員会の作業及び国連の条約団体の実行に基づいて、条約に対する留保に関する強行規範の効果に向けられた、条約法に関するものであったとされる。紛争の解決手続きについて、特別報告者自身は、ある条約と強行規範との抵触に係わる紛争を、国際司法裁判所を含む、司法的解決に委ねることを規定していたとされるのである。また、国際慣習法と強行規範との関係について、主に国内裁判所の判決に基づけば、後者は前者に優位する、すなわち、強行規範の存在は、抵触する慣習規則を無効とし、それらの存在を妨げるとした。そして、一貫した反対国の規則は、強行規範の普遍的性質や、国家実行、そして、国内及び地域的裁判所の判決とも矛盾しない強行規範には適用されないとしたのである。さらに、広範で、多様な強行規範の影響として、強行規範に抵触する、いかなる一方行為も無効と宣言し、政府間機関の決議も、それらが強行規範に抵触する場合は、国家に対する義務を創設しないとする。また、国内、地域的、そして国際的裁判所の判決によるのと同様に、「示差的 (significant)」な文献の量及び国家の公的見解により、指示されるとされた。可能な限り、そのような決議は、強行規範と一致する方法で、解釈されるべきであるとされているのである¹⁵⁾。

また、強行規範は、対世的義務 (*erga omnes obligations*) も確立するとい

15) *ibid.*, pp.21-23. 前記特別報告者のDire Tladiによる第3報告書については、Doc. A/CN.4/714を参照。

う、事実上、普遍的な合意を反映しているとされる。そして、国家責任条文における違法性を排除する事情は、強行規範から生ずる義務の違反に適用されないとするのである。強行規範のいかなる重大な違反で、全体的あるいは体系的である違反として定義される違反を、法的手段により、終了させることに協力するために、主張される義務に関係するとされている。さらに、この第3報告書は、条約法及び国家責任を十分に超えて、国際刑事法、国際慣習法及び国際組織法に関係し、それらすべてが、研究文献において、異なる見解を生み出し、起こりうる実行の問題に関する、国家に対する強行規範の影響に目配りしているとされる。さらに、国際慣習法から生ずる強行規範の規則に対する、永続的な反対者であることの可能性を排除することを提案するについて、特別な問題が提起されたとする。その提案が、強行規範の優越的地位と、国家の合意原則との間の関係の複雑さを反映していないとの批判である。一つの鍵となる問題は、永続的反対者が、ある規則が、形成の間に表明されている、強行規範として認められる前に、異議を提起すべきかどうか、の適切な結論に関係するものであったとされているのである。報告者は、国家実行の相対的な不足が、疑念を与えたことを認めたが、それは、克服できない障害であるとは感じていなかった。なぜなら、国際法委員会は、既存の国際法の最も的確な説明に至るために、他の確実な根拠と共に、誠実に、その実行を評価しようと考えたからであるとしたのである¹⁶⁾。

さらに、特別報告者であるDire Tladiは、2019年に、第4報告書を提出した。この報告書は、局限的な (regional) 強行規範の存在という問題と、強行的な性質を有するものとして、国際法委員会により過去に認められた規範に基づき、本研究の結論における例証的なりスト含むべきかどうかという、議論のある問題を扱うものであった。その例証となるリストは、過

16) *ibid.*, pp.23-25. ここでの議論については、Reports of the ILC on its 70th sess. を参照。

去に、国際法委員会が強行的性質を有するものとして分類した規範で、それらのほとんどが、国際刑事法違反としても認められる規範を、とりわけ顕著に、認めているのである。すなわち、侵略・拷問・ジェノサイド・人道に対する罪・アパルトヘイト及び人種差別・奴隷の禁止である。これらに対して、特別報告者は、自決権及び国際法の根本的規則 (basic rules) を付け加えたのである。これに対して、国家実行よりも理論や原則に頼り過ぎるとの批判もなされた。しかしながら、彼は、こうした批判は多数派の見解ではなく、この作業は、理論的アプローチに従ってなされており、実行によるものではなく、それを指摘した国も無かったと答えている。また、そのような批判に対しては、国内裁判所の判決、国家による申述、条約実行、国連総会決議及び安保理決議等も、第3報告書において、実例として規定したとしているのである。第3報告書は、また、国際的及び地域的裁判所の判決も含めている。彼は、第3報告書における作業の多くは、1969年の条約法条約に基づくものであったと述べているとされている¹⁷⁾。

国際法委員会は、特別報告者の第1報告書の議論において、多くの委員は、例証となる強行規範のリストを作成することに、支持を表明したとされる。第2報告書の議論の際には、例証となるリストの問題に関して意見を表明する機会を持たなかった委員や、新しく任命された委員は、この問題に関して好意的であり、これらの委員の多くは、例証的リストに対して、支持を表明したとされている。例証的リストが、詳述されるべきかどうかに関する国際法委員会内の見解の相違は、国家の相異なる意見に反映されていたとされる。例証的リストの詳述を支持した国は、やや多数派であったとされる。例証的リストの詳述を支持した国際法委員会及び国家の委員は、その包括のための二つの理由をあげたとする。その主な理由は、既に、強行規範の基準を満たす規範を確認するための、有益性及び価値であった

17) *ibid.*, pp.26-27. Dire Tladiによる、一般国際法の強行規範に関する、第4報告書は、2019年の国際法委員会の71会期 (A/CN.4/727) において示された。

とされる。第2に、例証的リストの詳述は、国際法委員会によって発展してきた強行規範を明確にするための基準を、どのように適用するかを明示することになるであろうとするのである。これに対する反対論の一つは、どんなに注意深く述べられようとも、リストは、その他の規範を除外する効果を創設するというのである。これは、国際法委員会による、1966年条約法条約草案の中で、リストを排除するために提案された、主たる理由でもあるのである。第2に、例証的リストを詳述することは、あまりにも困難であろうという主張であった。国家責任条文において、国際法委員会は、最も頻繁に主張される強行規範の例を規定した。その第26条のコメントリーにおいて、強行規範として明確に受け入れられ、認められる規範として、侵略・ジェノサイド・奴隷制・人種差別・人道に対する罪及び拷問の禁止と、自決権を確認したのである。国家責任条文の第40条のコメントリーも、一見すると、1966年の条約法条約条文草案の第50条のコメントリーに基づいているように思われるとする。それらの規範に付け加えて、草案第40条のコメントリーは、強行規範として、他のいくつかの規範を認めているとされる。それらは、「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」に規定されるものとしての、拷問の禁止であり、武力紛争時に適用される、国際人道法の基本規則であり、そして、自決権を尊重する義務なのである。要するに、国際法委員会は、一般的に、強行規範の規則が、数において少数であることに合意したのである。さらに、国際法委員会は、以下のような規範が、強行規範の地位に到達したと、明確に一致したとされる。すなわち、①侵略の禁止、あるいは、武力行使の禁止に関する国連憲章法に反するような侵略的武力行使の禁止、②ジェノサイドの禁止、③奴隷制の禁止、④アパルトヘイト及び人種差別の禁止、⑤人道に対する罪の禁止、⑥拷問の禁止、⑦自決権及び⑧国際人道法の基本的規則が、国際法委員会が認める、強行規範の例証的リストであるとされるのである。特別報告者は、このリストが、学者と同様、国家によって認められたと主張したけれども、それらの規範の強行的性質

が、「国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認められる」かどうか、国家実行及び国際裁判所の判決を検証することになるのであるとされているのである¹⁸⁾。

ここまで、1969年に採択された、条約法条約第53条に定式化されて以降、強行規範概念に関する、国際法委員会の議論を検討してきた。今回注目した、ある論者の著作の内容を紹介しつつ、1993年以降の、「国家責任条文」の法典化の過程における国際法委員会での議論、及び、2016年以降、「一般国際法の強行規範 (jus cogens) に関する課題」に関する特別報告者 (Dire Tladi) が、国際法委員会に提出した、第1～4報告書を概観してきた。1966年の条約法条約に関する、国際法委員会による最終条文草案のコメントリー以来、強行規範概念に関する、十全の例証的リストは、示されてこなかった。そして、上述のような、①～⑧のような国際法原則が、示されることとなったとされるのである。しかしながら、1969年の条約法条約が採択されて以来、半世紀以上経過したが、国際法委員会においても、十分な理論的發展はみられないというのが、現状である。

Ⅲ 国家責任法と強行規範概念

ここで、強行規範概念について、条約法と国家責任法とにおける、分野的「境界線 (boundaries)」という視点での分析を紹介してみたい。この点について、ある論者は、2001年に採択された、国際違法行為に対する国の責任に関する「国家責任条文 (Articles on State responsibility)」に言及しているのである¹⁹⁾。そこで、彼は、国家責任条文において、強行規範概念

18) *ibid.*, pp.32-35. 論者は、国際法委員会は、1966年に、そのコメントリーに言及された、すべての規範が、強行規範であると信じたようである。国家責任条文に対するコメントリーにおいて、国際法委員会は、1966年の条文草案におけるすべての規範が、国際法委員会が、強行規範の地位を得たと認めたもののリストを構成するということを示唆したように思われるとされている。 *ibid.*, p.33.

は、「国際社会全体の根本的利益 (fundamental interests of the international community as a whole)」に重大な違反を生じさせるような、特定の国家責任の形態の確立を目的として、採用されたとする。すなわち、強行規範に違反する国家行為は、通常の形態の責任以上に、第三国に係る付加的な義務を伴うとする。国家責任条文の第41条によれば、諸国家は、強行規範に対する違反を終了させるために、協力しなければならず、その違反によってもたらされた状態を、合法的なものとして承認してはならず、そうした状況を維持するための支援又は援助を与えてはならないとされている。そこで彼は、ここで規定される、二つの法秩序、すなわち、条約法条約により確立された「抵触の規則 (rules of conflict)」と、国家責任条文により確立された「付加的な二次規則 (additional secondary rules)」は、形式的には、異なる状況を支配するために確立された、別個のものであるとされる。要するに、条約法は、規範的な紛争に関するものであり、ある国家が、強行規範に反することを意図する場合において、事前的に (ex ante)、予防的防御を規定するものであるとする。それに対して、国家責任に関する二次規則は、既になされた強行規範違反に対する、実際的手段 (actual measures) を適用するものであるとする。そこで、条約法と国家責任法という、二つの法秩序の間における、強行規範概念の厳密な区別は、不明確であり、そこから、概念的な不確かさや困難さが創設されているとされるのである²⁰⁾。

19) Enzo Cannizzaro, *op. cit.*, p.425.

20) *ibid.*, p.426.ここで論者は、国家責任条文は、強行規範違反の結果に関する網羅的なリストを規定していないとする。その、第41条は、1項及び2項で、第三国に対する強行規範違反の結果を述べた後、3項において、国際法の下で、強行規範違反から生じる二次的義務を確立しているが、これらの義務と、その条約の運命とが一致することを決定するものではないとする。例えば、国家は、国家責任法の下での違反から生じる違法な状況を認めない義務の下におかれるが、そのような承認を含む条約は、有効であり、当事国を拘束することになると述べているのである。

この点に関連して、国家責任条文に関して、国際法委員会による条文草案第19条2項は、「国際社会の根本的利益の保護のため不可欠であるため、その違反が国際社会全体によって、犯罪と認められるような国際義務の、国による違反から生じるものについては、国際犯罪を構成する」と規定していた。そして、その第3項において、その国際犯罪が生じる場合として、①侵略を禁止する義務のように、国際の平和及び安全の維持のために、不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、②植民地支配の、力による確立又は維持を禁止する義務のように、人民の自決権を保護するために、不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、③奴隷制度、ジェノサイド及びアパルトヘイトを禁止する義務のように、人間を保護するために不可欠な重要性を有する国際義務の、大規模かつ重大な違反、そして、④大気又は海洋の、大量の汚染を防止する義務のように、人間環境を保護及び保全するために、不可欠の重要性を有する国際義務の重大な違反、が規定されているのである²¹⁾。

ここで言えることは、条約法の分野、すなわち、条約法条約第53条において定式化された強行規範概念は、それが内包する問題点の解決が十分になされないまま、国家責任法の分野、すなわち、国家責任条文第40条に移植されてしまったということであろう。ある論者は、国家責任条文の「一般国際法の強行規範の下で生じる義務」という文言について、その第41条における帰結は、義務に関する実施の仕組みを、すべての国家の利益による、服従と履行に反映することであるとする。しかし、このような帰結は、想定されるよりも限定的であり、効果的でないかもしれないとする。例えば、「加害国 (wrongdoing)」に対する過重な責任の形態が、将来、強行規範の下での義務の実施のための、より効果的な仕組みを規定しているかもしれないが、一定の範囲で、その責任の形態が、一般国際法の下で発展す

21) Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part Two, p.32.

るかかどうかという推定的問題も残されてしまうというのである²²⁾。

また、別の論者は、強行規範概念の古典的展開は、条約法及び法律行為法 (Law of legal acts) に限定されていたとする。しかしながら、2001年に、国際法委員会が、国家責任条文を採択してから、法的行為及びそれらの効力の領域を超えた拡大という、さらなる段階に進んだとするのである。そこでの問題は、強行規範の違反から生じる「重大な結果 (aggravated consequences)」の一つとなったということであるとされる。すなわち、そこでのキーワードは、「違反 (breach)」であり、「逸脱 (derogation)」ではないという指摘である。国家責任条文の第40条及び第41条は、その違反が、強行規範に関するものである場合、ある特別な法的結果 (some specific legal consequences) を付加するとされる。それは、①その違反によってもたらされた状況を維持することにおける、「非援助 (non-assistance)」の義務、②強行規範の違反によりもたらされた状況の合法性の「不承認 (non-recognition)」の義務、そして、③諸国家間において、合法的な手段により、強行規範の違反を終了させるための「協力 (co-operate)」義務、であるとされる²³⁾。ここで注目すべきは、強行規範の効果が、条約法分野における条約の無効原因としての効果、すなわち、強行規範からの「逸脱」が、条約の無効を招くという限定的効果にとどまらず、国家責任法分野における、一般的な国家行為の違法性の基準という効果にまで、その概念が、拡大・展開しているという分析であろう。上述の三つの義務のうち、とりわけ③の義務は、所謂「対世的義務 (obligations *erga omnes*)」との関連においても、検討されるべきものであろう。

22) Daniel Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, 2017, Cambridge University Press. pp.240-241.

23) Robert Kolb, *Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory*, 2015, Hart Pub. p.106.

IV 結びにかえて

本稿においては、主として、国際法における強行規範概念の、法理論的展開について、国際法委員会における議論を中心として、最近の、注目すべき論者を紹介しつつ、検討を試みてきた。特に、1969年に条約法条約が採択されて以降、その第53条において定式化された強行規範概念に関する議論が、国際法委員会において、どのように展開してきたかについて考察してきた。とりわけ、強行規範としての性質を有する国際法規則の「例証的リスト」について、21世紀の現在に至るまで、その作成が試みられてきたけれども、1966年の条約法条約の条文草案に対するコメンタリー以来、国際法委員会は、その例示にあまり積極的ではなかった。それは、1968年及び1969年の国連条約法会議における議論の結果としての、条約法条約第66条(a)に基づく、国際司法裁判所の役割が期待されてのことであろう。そして、条約法条約第53条における、強行規範概念の定式化が、大きな影響を与え続けていることも、大きな要因であろう。

また、ある論者は、21世紀の初めから、強行規範の効果は、可能な(possible)あるいは現実の(actual)効果として、あらゆる方向に拡大しており、それはあたかも“Big Bung”に例えられるとする。そして、この問題は、不変の拡大(constant expansion)が、進歩の表れとなる範囲と、その制度により、適切に要約しうる範囲とに関係し続けることであるとする。そこで、最も変化に富んだ(varied)効果を、国家実行におけるものであれ、学説上のものであれ、「超強行規範(super-jus cogens)」と呼ぶのである²⁴⁾。この興味深い表現は、20世紀に、条約法条約第53条において、条約の無効原因として定式化されて以来、21世紀の現代国際社会において、強行規範概念の適用分野が、大きな展開を遂げつつあるとの指摘を含むものである

24) *ibid.*, p.108.

う。例えば、本稿においても若干言及したように、国家責任法との関連において、武力行使の違法化や、自決権の原則のような、典型的な強行規範概念の中で、特に発展途上国が主張する諸原則の重要性が、強調される傾向にも注意しなければならない。前述のように、国際法委員会は、国家責任条文の規定草案第19条2項において、「国際社会の根本的利益保護のために、不可欠である」という文言や、「国際社会全体によって、犯罪と認められるような国際義務」という文言を用いている。その上で、「侵略の禁止」・「人民の自決権の保護」・「アパルトヘイトの禁止」・「人間環境保全の義務」等に言及していることが、注目されるであろう。

以上のように、本稿では、主として、条約法分野及び国家責任法分野との関連で、国際法委員会での議論や、特別報告者の報告書による、強行規範概念に関する、例証的なリストに注目して検討してきた。いわば、強行規範概念の「法理論的検証」を中心として考察してきた。ある論者は、強行規範の概念は、本来固有のものであり、その効果は、そこから「演繹」されるものであるのか、それとも、種々の国家実行において、「帰納」的に確認されるものであるのかという問題を提起されているのである²⁵⁾。これは、将来的に、強行規範概念の議論は、従来「演繹的方法」によるものから、「帰納的方法」によるものへと変質していくことへの指摘であろう。これまで議論されてきた、強行規範概念に関する事例も含め、今後生来するであろう、様々な国家実行や、種々の国際法分野に関連する、国際裁判所の判決等に着眼して、いわば「具体的事例検証」を中心とした研究も進めていきたいと考えるものである。

(名城大学法学部教授)

25) *ibid.*, p.109.