

世界法学会 2019 年度研究大会 報告要旨

統一テーマ：国際法法源論の再構築

報告 1： 非法、非拘束性、非国家主体——現代国際法における法源論の外部について

関西学院大学教授 齋藤民徒

前世紀における「世界人権宣言」(1948 年)、「植民地独立付与宣言」(1960 年)、「宇宙法原則宣言」(1963 年)、「友好関係原則宣言」(1970 年)、「ストックホルム宣言」(1972 年)、「経済権利義務憲章」(1974 年)、「ヘルシンキ合意」(1975 年)、「多国籍企業行動指針」(1976 年)、「発展の権利宣言」(1986 年)、さらに世紀の変わり目を挟んで「リオ宣言」(1992 年)、「ウイーン宣言・行動計画」(1993 年)、「ヒトゲノム宣言」(1997 年)、「グローバルコンパクト」(1999 年)、「ミレニアム宣言」に続く MDGs(2001 年)、「国家責任条文」(2001 年)、「文化多様性宣言」(2001 年)、「先住民の権利宣言」(2007 年)、そして近年の SDGs(2015 年)。これらは第二次世界大戦後の国連を始めとする壮大な歴史の中から限られた例を拾ったにすぎない。そしてまた、目下進行中の歴史の奔流の只中で、それぞれの意義や限界を軽々しく総括できるはずもない。しかし、その多くは、各々の分野でひとつの画期をなし、さまざまな波紋を呼び起こしてきた、世界的な重要性を否定しがたい規範的文書(instruments)あるいは決定(decisions)である。

ならば、それぞれが国際法にどう関係するのか。骨太に言って、本報告の核心にある問いは、それに尽きる。ところが、従来の国際法学は、上に列挙したような「素材」をどう受け止め、どう扱うのか、そもそも国際法学内部に概念や方法を十分に準備できていないのではないか。それはたとえば、今日では比較的珍しくなくなってきた「ソフトロー」への言及にあって、既存の定型的な法源論の内外で、「非法」「法的拘束力の欠如」「非国家主体」といった一見単純な二分法に基づく物言いが相互に強化し合いながら、紋切り型の形容が反復され続けてきていることに顕著である。それは単に概念や方法が存在していないということを意味しない。むしろ、既存の概念や方法が過度に自明視され、自ら携わる規範選別行為の自覚が欠如し、それが伴う包摂と排除とを精確に制御できないという帰結を招来していることが問題である。報告者は、ここに昨今の国際法学に固有の理論的課題を見る。

本報告は、このような事態の打開に向けた一歩として、形式的法源（「国際法の存在形式」）の再検討に焦点を合わせる。これまでの支配的な理解では、ソフトローは形式的法源には含まれない。これは何を意味するのか。その意義と限界を十分に理解するには、国際法の存在論に立ち入らざるをえない。形式的法源が観念される際、いったいどのような国際法の存在のあり方が想定されているのか。ひるがえって、これは国際法の認識根拠を求めて法源を論じる際にも常に問い合わせるべきことであった。我々は法源を論じることで、いったい何を導き出そうとしてきたのか。さらに、そこに国家主体や非国家主体、そして我々の実践はどう関与してきたか。そのために、とりわけ問い合わせなければならないのは国際法の物象視である。このように、本報告は、国際法の存在形式をめぐる幾つかの基底的な問いを投げかけ、法源論に再帰＝反省(reflection)をもたらそうとする試みである。

なお、すでに明らかなように、本報告は従前の法源論からすれば、徹底してメタレベルの議論となる。とはいっても、それとて法源論である。グローバル化が一層進展する世界における現代国際法の相対的位置や現実的関連性を見きわめ、意義ある実践に乗り出し、有害な実践を控えるためにも、国際法学には、今まで受け継がれてきた国際法を現代世界において論じ続けるという我々の営為自体をかえりみ、その意義や限界を見定めるメタレベルの営為が常に含まれなければならない。

報告 2： 法源論における条約の位置づけ

東京大学教授 森肇志

ウィーン条約法条約採択から 50 年を迎えた今日、法源論において条約はどのように位置づけられるであろうか。

もっとも、法源論における条約の位置づけという問題は、20 世紀半ば以降の法源論における中心的論点だったとは言い難いであろう。条約は法源ではなく義務の淵源に過ぎないとか、せいぜい実質的法源に過ぎないと言われることもあった。その一方で、多くの見解においては、条約の法源性は疑問視されることはなかったと言ってよいであろう。また、法源論の中心は国際慣習法論であり、条約について論じられる際もそれとの関係で論じられることが多かった。近年でも、条約よりソフトローに対する関心の方が高いと思われる。この点とも関連し、今日では、法源論の文脈で条約を論ずるよりも、国際法形成 (International Law-making) という文脈で論じられることの方が多いようにも思われる。

もとよりこうした背景には、法源さらには国際法をどのように理解するか、定義するかという問題があり、また国際社会における法規範を理解する上で、法的拘束力の有無から規範性の程度へと、関心が変化してきていることなども指摘されよう。

この点とも関連し、条約に対する眼差しも変化してきている。条約が一時の契約的交換を意図して結ばれることはむしろ稀れであり、二国間条約であれ多数国間条約であれ、一定以上の期間を耐えるものであることが普通であり、そのことをどう捉えるべきかという問題が強く意識されるようになってきている。この点とも関わるが、多数国間条約体制と言われるものを設定する条約も増加してきており、その場合には、条約の成長あるいは条約制度の規範的発展現象と言われるような現象も生じてきている。

多数国間条約体制とは、典型的には、特定の共通利益の増進を目的とする多数国間条約が作成され、それによって国際組織や締約国会議を含む条約機関が設置され、そうした条約機関を通じ、基本となる条約を補足する新たな規範（条約や加盟国間の了解）が作成され、履行確保が行われるというダイナミックな規律体系を指す。こうした規律体系においては、共通利益を前提とすることによって、基本原則、規則という具体的な規律も、最初に取り決めた段階で止まるのではなく、共通利益をよりよく実現する方向へ発展していくことが多い（条約の成長）。条約機関による、新たな規範の作成（拘束力を有する場合も有さない場合もある。新たな条約の作成による場合もそれによらない場合もある）や、既存の規範の解釈などによるものである。（拙稿「連載開始に当たって（国際条約の世界）」『法学教室』421 号（2015）108、110 頁参照）

こうした変化を踏まえた上で、法源論において条約はどのように位置づけられるであろうか。あるいは、法源論という観点から、条約をどのように論ずべきであろうか。報告では、

こうした問題の一端について検討することとしたい。

報告3： The Sources of International Law and Legal Positivism: Focusing on the Changing Nature of the Legal Reality of International Norms

Assistant Professor, Sahmyook University Oh Si Jin

The contribution of legal positivism to international legal methodology and legal practice cannot be dismissed entirely in the realm of the sources of international law. Regardless of one's commitment, treaty and customary international law are the initial points of review for most international lawyers in analyzing international law today. The status of international legal positivism in terms of the source of international law, however, is in crisis.

Regarding the issue of the source, traditional legal positivism takes the unity of source thesis which is theoretically framed in state-centric voluntarism or the theory of consent. However, many international lawyers seem to have realized that the voluntarism cannot properly justify or explain most of the sources articulated in Article 38(1) of the statute of the International Court of Justice. In facing the difficulties, taking indifferent functional approach is quite popular among international lawyers. That is, they refrain from asking the complex questions related to the foundation of legal positivism, but apply the rules of international law articulated in the statute as if they were attorneys or practicing lawyers. However, the legal and political environment of domestic/municipal law and that of international law is qualitatively different. Such may be one of the reasons why diverse critical approaches to international law are appealing. While such critical approaches are enlightening, the rule of law in the international sphere should not be disregarded. In coping with such difficulties and criticisms, recent theorists of legal positivism attempted to revise the state-centric and consent-dependent theses.

However, there seems to be an aspect that has not been underlined in confronting international reality: the changing nature of the legal reality of international norms. The social fact of the modality of law-making process, especially that of customary laws and soft laws, manifests that the status of many norms are changing as if Whitehead's process philosophy is a proper explanatory tool for the phenomena. The contents of a declaration sometimes evolve later to customary laws, while many others are located in-between non-law and law in the vague strata of the status of international norms. Over time, some norms are degenerated or lost in the law-making process. Without a central authority, such a changing aspect of the legal reality of norms is uncontrollable in most cases. Considering the varied developments of international norms, the law-making process in the international realm may be ubiquitous phenomena that cannot be managed or regulated by any single political entity, state, or organization.

How would this aspect of international norms be explained in terms of legal positivism? The social convention thesis of legal positivism demands that law should be in accordance with the social reality, because law, from the perspective of legal

positivism, is a social construction. Previous theories of legal positivism which were more concerned of and focused on municipal law did not have to confront the changing nature of the legality of international norms. But international law as social reality has to be explained and justified with its own merits to defend the rule of law on the international level.

Therefore, this study attempts to delve into the question of the changing nature of the legal reality of international norms in terms of legal positivism by reconsidering the sources of international law. This attempt may contribute in part in resolving the difficulties arose from the voluntarism as well as the separability thesis of legal positivism.

公募報告

報告 1：田中耕太郎の世界法理論—国際法の法源論との関係を中心に

日本学術振興会特別研究員 小栗寛史

本報告は、田中耕太郎（1890-1974）の業績の検討を通して、彼によって構想された世界法理論の全体像を明らかにし、さらには彼が構想した世界法の観点から、国際法理論、とりわけその法源論をどのようなものとして捉えていたかという点を検討することを目的とする。

1917 年に東京帝国大学法学部に助教授として着任し、3 年に亘る留学を経て 1923 年に同大学の商法講座担当教授に昇進した田中は、国際法学を狭義の専門としなかったため、国際法を主題とした業績を多く遺してはいない。おそらく、国際法学徒の間で広く知られている田中の著作は、彼が 1929 年に同大学に提出した学位論文をもとに、1932 年から 3 年に亘って全三巻本として公刊された『世界法の理論』ぐらいであろう。田中はその後 1946 年 5 月に第一次吉田内閣の文部大臣となり、貴族院議員・参議院議員・最高裁判所長官を経て、1960 年 11 月には国際司法裁判所 (ICJ) 判事に選出され、その 9 年の任期中に合計 8 件（7 つの争訟事件と 1 つの勧告的意見）の審理に参与し、多くの個別意見・反対意見を付している。これらの中でも、1966 年の南西アフリカ事件第二段階判決に対して付された 75 頁に亘る田中の反対意見は、とりわけ国連総会決議による一般国際法の形成という文脈で、従来の法源論研究において参照してきたものである。

尤も、田中の主著である『世界法の理論』の焦点は狭義の世界法たる統一法及び国際私法に当てられており、そこにおける国際（公）法の位置づけについては、彼自身が断っているように「素描」にとどまっており、同書においては必ずしも明らかにはされていない。このこととも相俟って、田中の世界法理論における国際法に係る議論については現在に至るまでほとんど研究されてこなかったといえる。しかしながら、田中が彼の人生の後半期において、とりわけ国際法との関係に着目して世界法理論を拡充させようと試みていたことは、彼の業績からも明らかである。このような試みは ICJ 判事としての個別意見・反対意見や晩年に執筆された諸論考に見出されるものであるが、これらの田中の仕事については、その概要の紹介はあっても、その理論的含意についてまでは十分に論じ尽されてはいないようと思われる。

以上のような問題意識及び研究状況に鑑み、本報告は、田中が展開した世界法理論を国際

法の法源論との関係を中心にして描き出すことを試みる。このような作業のために、本報告は田中の世界法理論構想を『世界法の理論』の執筆時期を中心とする生成期と、最高裁長官及びICJ判事時代を中心とする拡充期の2期に分けて、その理論構想の概要とそこにおける国際法の位置づけを確認し、両時代の議論の異同を明らかにし、世界法理論からみた国際法、とりわけその法源論についての田中の評価を提示することとしたい。

報告2： Going Beyond State vs non-State Dichotomy in International Law : A response to the deformatization of law and sources

Research Fellow, University of Amsterdam 目黒麻生子

Asking the question *what is international law?* is complicated nowadays due to the perception among scholars that the international law is facing many – sometimes contradictory – upheavals. In this presentation, I will expound on two challenges that bear direct influence on the current state of the debate on the sources of international law. The first challenge pertains to the images of international lawmaking growing *pluralized*. While the appellation of ‘international’ refers to the actors which it applies to, international legal scholarship has now accepted that much of international normative activities take place outside of the remit of traditional international law. The other challenge relates to the need to ensure the effective collective action in areas such as environmental protection or human rights. For example, in securing the action against climate change, it has been argued that current legal frameworks are impeded by state consent.

Both challenges provide a further driver for the scholarly perception of a need to play down the role of States (this is the ‘anti-State centricism’ that accompanies the idea of ‘progress’ at the heart of international legal scholarship) and which is found in a series of contemporary backlashes against the traditional view on the sources of international law. Traditionally, international legal bindingness (validity) is understood as the legal quality of a rule. The question of identification of law under the doctrines of sources is accordingly a question of ‘threshold’ between law and non-law. By virtue of arguments advocating the move-away from the State-centricism (which allegedly goes with the traditional sources doctrine) many scholars have grown inclined to focus on the effect of norms and the extent to which they shape the behaviour of legal subjects – including non-State actors (e.g. soft law). This new approach to sources, which is called here the turn to an *effect*-based approach, alters the concept of sources and makes it shift from the threshold law/non-law to an evaluation about whether the rule *would be effective* in achieving purpose and function given to it. This is the so-called ‘deformatization of international law’.

Deformatization of international law, as is understood here, can be summarized as ‘international law being no longer identified by virtue of formal criteria’ (d’Aspremont). Specifically, as a result of such denormalization, the distinction between law/non-law is considered as being in flux, hence, a matter of more or less. This turns the identification

of international law into a sort of ‘anything goes’.

The proposed presentation provides a new way to capture the changes in international normative activities without deformatizing international law. In particular, by focusing on the *domestic* actors in the creation of international legal bindingness, this presentation argues that the contemporary role of non-State actors has not eclipsed the centrality of States in international lawmaking and that States are not the cause of the stalemate in the legal management of collective problems.

This presentation challenges the basic distinction between ‘State’ and ‘non-State actors’ that is found in mainstream international legal scholarship as well as the underlying idea of the State as an unitary actor. A State position as to the creation of bindingness boils down to a collective decision shaped by various domestic institutions. In that sense, domestic non-State actors contribute to the determination of bindingness *through States themselves*. Hence, the role of States should not be construed as being in contradiction to the role of non-State actors.

報告3：国際法における禁反言法理の正当化原理と法形成

立教大学助教 若狭彰室

本報告では、「国際法法源論の再構築」という統一テーマに基づき、近時、「規範創設的効果」が論じられる「禁反言」の法理を取り上げる。すなわち、禁反言法理を通じて国際法上の規範ないし権利義務が形成されるとすれば、それはいかなる禁反言法理の正当化原理・制度目的に基づくのか、そしてそのことは国際法法源論にどのような意味を持つのかが、本報告の主題である。

禁反言法理は、2015年のチャゴス諸島海洋保護区事件仲裁裁判〔チャゴス裁判〕において、信義誠実の要請から導かれる法の一般原則として、国家による将来に関する意思の表示（representation）である約束（undertaking）に、「法的拘束力」を生じさせると判示された。チャゴス裁判の判示は、国際司法裁判所でも、2018年の太平洋アクセス交渉義務事件の原告により援用され、裁判所も義務形成の可能性自体は否定しなかった。このように、ある表示から法的拘束力のある規範ないし権利義務が生じる法現象は、「法形成」と呼べる。しかし、なぜこうした法形成が禁反言法理を通じて可能なのかは、必ずしも明らかではない。如上のように、一般に、禁反言は、信義誠実の原則に基づき、「信頼（reliance）」又は「正当な期待（legitimate expectation）」を保護すると指摘される。しかし、こうした一般論は、先行研究で指摘される、いわゆる「広義の禁反言」と「狭義の禁反言」の対立に示されるように、禁反言の法理としての性質をどう理解するかにつき不明瞭性を残している。国際社会で行われる一定の表示が、「禁反言」という法理を通じて、国際法上の拘束力を獲得する理路は具体的に明らかとは言い難い。かかる理路の解明は、国際法上の禁反言法理の正当化原理・制度目的の再検討を踏まえた、より詳細な議論を要する。

この点の検討は、単に理論上の意義を有するに留まらない。近時指摘されているように、禁反言法理が、一定の表示に国際法上の拘束力を与え、その意味で国際法規範を生じさせるとすれば、そこには新たな課題が伴う。それは、禁反言を通じて成立した国際法規範は、どのように解釈され、またその効力の消長はいかに規律されるのか、という問題である。すな

わち、禁反言を通じて成立した国際法規範の規律枠組は何かが問われることになる。それは、例えば、国家の意思の表示と関わる点で類比可能な、「条約法」に準ずる規律枠組なのだろうか。それとも、法の一般原則とされる禁反言から生じた規範は、「固有」の国際法の存在形式（＝法源）として、独自の規律枠組を構想することが要請されるのだろうか。禁反言法理がいかなる論理で法形成を導くのかの検討は、このような問題を考える出発点ともなると考えられる。

本報告は、以上の問題意識に基づき、錯綜する先行研究及び判例から、禁反言法理の目的につき、当事者間の法的合意の探求、当事者関係における不衡平の防止、公序のための表示の信頼性維持、とする見解を析出し、それら複数の禁反言論における法形成の論理を明らかにした上で、その妥当性と意義を論じ、法源論への示唆を導きたい。

総括報告 誰がどのように国際法を創るのか？

名古屋大学名誉教授 松井芳郎

「総括報告」では、「法源」論を各要件等に照らしてスタティックにではなく、国際法規範がどのように形成され、形成の主体——成立した規範の主体であるかどうかは問わない——は誰かという観点からダイナミックに描きたい。報告では、国際法規範の形成と展開のプロセスを「国家意思の調整」の過程としてとらえる。規範形成の出発点はおもに国の行為であって、国内的には法の制定・改廃や裁判所の判決などの形で現れ、これらは条約と慣習法の形成だけでなく法の一般原則にもかかわる。国の対外的な行為は外交行動などに現れるが、一方的行為の規範形成的役割にも注目する。このような国の行為を通じて、まず行為規範が形成される。条約であれば条約文が採択され、慣習法については国の慣行が成立する。ソフトローも、このような過程の中に位置づけられよう。規範形成の最終段階は行為規範が法規範に転化する過程で、条約であれば発効することにより、慣習法であれば法的信念が確立することによってこの過程が完了する。もっとも近年では、法的信念が先行して国の慣行を導くという側面があることにも注目する必要があろう。

ついで、国際法規範形成における国の役割を、伝統的な「法源」に則して検討する。条約については、条約の作成と「成長」の過程での国の役割を考える。慣習法については、これを現在でも意思主義に基づいて説明できるかどうかがおもな課題である。法の一般原則についてはこれを国内法の一般原則であると理解して、裁判所等によるその適用例を検討する。最後に、「法則決定の補助手段」である裁判上の判決が、事実上の「判例」となる条件を考える。このように国際法の形成と発展における国の役割は中心的ではあるが排他的ではなく、非国家行為体の以下のようないくつかの役割についても考えなければならない。

国際機構については、国連総会決議の役割は周知のことであるが安保理事会の第VII章決議による「立法」については議論の決着が付いていない。環境条約のように「レジーム」を構成する条約体制では、締約国会議等の機関が限定的ではあるが立法権限を付与されることがあり、人権条約機関が当該条約の「発展的解釈」を通じてその発展を促してきたことはよく知られている。NGOsなどの「市民社会」が、条約の起草過程などで大きな役割を演じる例も目立つようになった。最後に私たち一人一人の市民も、各々の国に働きかけることによって、またNGOsなどを通じて国際社会に働きかけることによって、国際法の形成に影響を与えることができる。国際法形成における国を中心的な役割を強調したのも、国が市民

の主張を国際社会に伝える環の役割を果たすことができるからに他ならない。

国際法規範の形成過程の理解のためには、成立した規範の拘束力の根拠の理解が必要であるが、これは法論理の枠内では説明できず、そのためには国際法が規律する国際社会の現実に目を向ける必要がある。「最低限の秩序、予測可能性および安定性」（O・J・リシッチン）へのすべての行為体の「正統な期待」を満たす限りにおいて、上述のような各種の規範は国際法規範としての拘束力を獲得する。