

# オスカー・シャクターの国際法思考\*

## —「国際義務の理論に向けて」論文の理解に向けて—

長谷川 正 国\*\*

はじめに

### 第1編 オスカー・シャクターの国際法思考

- I マクドゥーガル理論の咀嚼
- II 実証主義への傾斜
- III マクドゥーガル理論批判の要点とマクドゥーガルの反論
- IV シャクター理論における目的（政策）概念の合理的構成
- V 「国際義務の理論に向けて」論文の1つの解釈

### 第2編 「国際義務の理論に向けて」論文（翻訳）

- I 理論の実際的重要性
- II 国際義務の理論に対するアプローチ
  - 義務的規範を確立するプロセス
  - 権限と権威
  - 心理的要素とその複雑性
  - 義務と価値—三層アプローチ
- 結語

---

\* この論文の第二編は付録としてヴァージニア国際法雑誌に掲載されたオスカー・シャクター著「国際義務の理論に向けて」の全訳を掲げる。この論文の翻訳を許可してくれたことについてヴァージニア国際法雑誌の編集委員会に深く感謝したい。

Part II of this article contains a Japanese translation of Oscar Schachter's article "Towards a Theory of International Obligation" (8 Va. J. Int'L. 300-322) as an appendix. I would like to express my sincere thanks to Board of Editors of the Virginia Journal of International Law and their academic generosity for kindly allowing me to translate that brilliant article into Japanese and publish it in my university's Law Review.

\*\*福岡大学法学部教授

## はじめに

35年ほど以前であるが、今は亡き皆川洗教授に、受講生の関係上ほとんど1対1の関係で3年間御指導を頂いたことがある。国際法のあらゆる主題に関して、特に、国際法の基礎理論について先生のお考えを詳しく伺うことができた。その中で、忘れられない思い出がある。国際法の妥当性の根拠に関して講義された際に、先生はヴァージニア国際法雑誌に掲載されたオスカー・シャクターの論文「国際義務の理論に向けて」(Towards a Theory of International Law<sup>\*1</sup>)を激賞されたのである。早速コピーして読んだのであるが、前半部分はともかく、後半部分は全く理解することができなかった。イタリア実証主義国際法学の権威である皆川先生がなぜこの論文を評価するのか疑問であった。先生にこの点について質問したのか記憶が定かでない。いずれにしろ、当時の私が質問したとしても、先生は懐かしいあの穏やかな表情で何もお答えにならなかったのではないと思う。

ともかく、それ以降、この論文は私にとって1つの宿題になった。何度も読んだのであるが、すっきりと理解できたという確信がない。何年か前にシャクターのハーグ一般講義の改訂版<sup>\*2</sup>を読んだときに、特に、同書の第1章と第2章はこの課題を解く手掛かりを含んでいるのではないかという考えが閃いた。それを契機として、シャクターの関連業績を読んで、問題の論文の意義を考えてきた。すると、シャクターの国際法思考には大きな発展があっ

---

<sup>\*1</sup> Oscar Schachter, "Towards a Theory of International Law", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2, pp. 300-322. この論文は高い評価を受けたために、2冊の論文集に転載された。Stephen M. Schwebel (ed.), *The Effectiveness of International Law*, (A.W. Sijthoff, 1971), pp. 9-31; Martti Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law*, (Ashgate, 2000), pp. 3-25. ただし、転載された論文では、シャクターが原論文の冒頭に記したハーディー・ディラードに対する献呈の言葉が省かれている。(ヴァージニア国際法雑誌第8巻2号はハーディー・ディラードに対する献呈号であった)。

<sup>\*2</sup> Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, (Martinus Nijhoff, 1991).

たことから、その論文を正確に評価するためには、これをかれの法思考の発展の中でいかに位置づけるかのもう1つの課題も含まれていることが明らかになった。本論文は、そのような問題意識から「国際義務の理論に向けて」論文の理解の前提として、シャクターの国際法思考の発展を跡付けた上で、この論文についての1つの解釈を試みる。

この目的上、本論文は2編に分けられる。第1編は「シャクターの国際法思考」について検討し、第2編は「国際義務の理論に向けて」論文の全訳を掲げることにする。

## 第1編 オスカー・シャクターの国際法思考

シャクターは1939年にコロンビア大学のロー・スクールを卒業後、合衆国の公務員として最初は労働省、次いで国務省で法律職についた。その後、国際公務員として、1944年から1946年まで連合国救済機関（UNRRA）の法務部に、次いで、1946年から1947年まで国連事務局の上級法律顧問、1947年から1952年まで一般法務部の部長代理、1953年から1966年まで一般法務部の部長を務めた。そして、1966年から1975年まで国連訓練調査研修所（UNITAR）の執行部長代理と研究部長を務めた（60才定年退職）。この間、シャクターは1955年から1971年までイエール大学ロー・スクールで講師としてマクドゥーガルと共同セミナーを担当した。そして、かれは1975年にコロンビア大学法学部と同大学政治学大学院の Hamilton Fish Professor of International Law and Diplomacy に就任した。1985年からは名誉教授として亡くなる2003年の春のセメスターまで指導した。

今日、国際法領域の拡大とその深化によって、国際法のジェネラリストはおらず、専門分野のスペシャリストのみが存在すると言われるが、しかし、シャクターは、国際連合の法務部の仕事を通じて、国際連合のあらゆる活動

を通じて、さらに、あらゆる主題に関する知的関心によって、国際法のすべてに通じていた。その意味で希有のジェネラリストであった。ヒギンズの逆説的な表現を用いれば、かれはジェネラリストでもなければ、スペシャリストでもなかった。かれはごく単純に、率直にすべてのものに関するスペシャリストであった<sup>\*3</sup>。

晩年に、学究生活に入ったけれども、シャクターの本領はなによりもかれが実務家であったことにある。かれ自身がしばしば引用したエピソードがある<sup>\*4</sup>。かれが UNRRA の法務部の部長代理として活動していたとき、改革派ニューヨーク市長として有名だった F.H. ラ・ガルディアが UNRRA の事務局長として登場した。シャクターがラ・ガルディアのオフィスを訪れたとき、ラ・ガルディアは開口一番次のように述べたという。「お若い、君はホット・ロイヤー (hot lawyer) か、それともコールド・ロイヤー (cold lawyer) か」。ラ・ガルディアは、続けて、「もし君がホット・ロイヤーであるなら、私はコールド・ロイヤーを採用するつもりだ。また、もし君がコールド・ロイヤーであるなら、私はホット・ロイヤーを採用するつもりだ」と述べた。啞然としたシャクターが、「それは私を解雇することを意味するのですか」と尋ねると、ラ・ガルディアは、「違う。君を解雇しない。だが、私は両方の君を必要とする」と答えたという。

シャクターはこの問答の中にかれの一生を貫く法思考の鍵が含まれていると考える。かれによれば、ラ・ガルディアの発言に含まれる暗黙の前提は次のようなものである。第1の前提はほとんどの法律問題は明らかに少なくとも2つの解答を許すというものであった。第2の前提は、顧客に奉仕する

---

<sup>\*3</sup> Rosalyn Higgins, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42 (2004), p. 631.

<sup>\*4</sup> たとえば、Oscar Schachter, "The Place of Policy in International law", *Georgia Journal of International Law*, Vol. 2, Supp. 2 (1972), p. 6; *ASIL Proceeding*, 1997, p. 345; *supra* note 2, p. 19.

こと、すなわち、この場合には事務局長の目的を達成するのは法律家の任務であるというものであった。第3に、ラ・グアルディアの関心が法規にあるのではなくて、行われるべき決定にあったことは明白である。これらの3つの前提はわれわれの議論の適切な出発点である。というのは、それらは法に対する政策指向的なアプローチの理由を要約するからである<sup>\*5</sup>。

シャクターによれば、アメリカの法律家は、法を政策の一部と見なし、また、逆に、法を政策に奉仕すると見なししてきた。これは、多分、合衆国において法律専門家がわれわれが政策的役割と呼ぶものを長く果してきたという事実の結果である。ド・トクヴィルは1830年代にアメリカの法律家は共同体を運営し、フランスの貴族階級とイギリスの地主階級の役割を幾分か果すと考えた。かれらは、19世紀と20世紀を通じて政府における指導者であるばかりでなく、私的事業の管理の指導的な参加者であった。また、合衆国が多くの管轄権を有する国家であるという事実は、裁判所と法律家が競合する原則と目標の選択を行わなければならないということを指摘するのに恐らく役立った。一般的な展望は、憲法の文言を解釈する際に含まれる社会利益と価値に関して長年にわたって着実に練り上げられた合衆国最高裁判所の判決に十分に反映される。合衆国の法哲学者達、すなわちオリバー・ウェンデル・ホウムズ、ロスコー・パウンド、カードウゾウ、ルウェリンが社会工学としての法、そして、共同体の政治的および道徳的な目的を達成するための手段としての法を強調したのは驚くにあたらない。政策指向的なアプローチはこうしてアメリカ的な法思考の主流である。そして、シャクターは、かれの卓越した友人、マイアーズ・マクドゥーガルはこの偉大な伝統に属し、しかもその伝統を豊かに増大させたと述べる<sup>\*6</sup>。もちろん、シャクター自身もこの伝統に連なると考えるのであろう。

---

<sup>\*5</sup> Oscar Schachter, "The Place of Policy in International Law", *Georgia Journal of International Law*, Vol. 2, Supp. 2 (1972), p. 5; *supra* note 2, p. 20.

## I マクドゥーガル理論<sup>\*7</sup>の咀嚼

シャクターは1955年から1971年まで16年間にわたってイエール・ロー・スクールでマクドゥーガルと共同セミナーを主催した。この間にシャクターによれば、政治的目的と人間の理想に奉仕する制度としての法のより広範な見解の重要性をためらいなく率直に理解する上でマクドゥーガルおよびラズウェルとの提携から大いに得るところがあった<sup>\*8</sup>。本書の主題である「国際義務の理論に向けて」と題する論文は、マクドゥーガル影響下にあったこの時期の1968年に発表された。シャクターはその論文で、われわれがここで関心のある類の問題に関して最も適切な枠組みは「権威的意思決定の世界的プロセス」の探求のためにハロルド・ラズウェルとマイアーズ・マクドゥーガルが発展させた枠組みであると信じると述べる。ただし、シャクターがマクドゥーガル理論をその特殊な用語によってではなく、可能な限り伝統的な用語で表現するよう努めたことは注目される<sup>\*9</sup>。

しかしながら、1975年以降、コロンビア大学教授として正式に学界に身をおいてからのシャクターは、マクドゥーガル理論に対してかなり批判的な立場をとることになる。そうしたシャクターの理論的立場を検討する前に、シャクターがマクドゥーガル批判の前提として整理するマクドゥーガル理論の要点を略述する。それは三点に要約される。もちろん、その整理方法自体にシャクターなりのマクドゥーガル理論に対する批判的な解釈が含まれることは否定できないであろう。しかし、そうであればこそ、これらは、シャク

---

<sup>\*6</sup> Oscar Schachter, "The Place of Policy in International law", *Georgia Journal of International Law*, Vol. 2, Supp. 2 (1972), p. 10.

<sup>\*7</sup> マクドゥーガル理論は難解であるが、その概要を捉えるには次の論文が適切である。Myres S. McDougal and W. Michael Reisman, "International Law in Policy-Oriented Perspective", in R. ST. Macdonald, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, (Martinus Nijhoff Publications, 1983), pp. 103-129.

<sup>\*8</sup> Brigitte Stern, A Conversation with Oscar Schachter, *ASIL Proceedings*, 1997, p. 347.

<sup>\*9</sup> *Supra* note1, p. 307.

ターがかつて基本的に依拠していた立場であったと考えられる<sup>\*10</sup>。

(1) 「権威的決定プロセス」(a process of authoritative decision) としての法の概念

制約の規則としてよりも権威的決定プロセスとしての法の観念は政策指向的なアプローチの基本的な教義である。この見解に基づく、法は「権威の観点」を含む全社会的な相互作用でとられる決定を包含する。それによって、マクドゥーガルは、「正しい」または「適切」と考慮されるものに従ってとられる決定を意味する。「権威」、「正しい」または「適切」という言葉はそれによって「遵守の期待」を生み出す決定の範囲に言及することを意味する。それらは公的機関、裁判所または立法部の決定に限定されない。しかしながら、重要な要件は、マクドゥーガルの言葉によれば、それらの決定が「支配している」ということである。すなわち、それらは行動を支配しなければならない。この要件は行動に影響を与えうる能力として定義される権力の要素を持ち込む。それゆえ、法プロセスは権威（正当性）と権力の双方を含む。それらは区別されるが、しかし、共生的に相互に関係づけられる。すなわち、「権威」はもし実効的でないならば消滅する傾向がある。権威のない権力（マクドゥーガルはそれを剥き出しの権力と呼ぶことを好む）は挑戦に屈服するか、または首尾良く権威を獲得するか<sup>\*11</sup>のいずれかである。

マクドゥーガルは、法を単純に正しいまたは正当なものの概念の表明とは見なさない。法はまた行為の実効的な決定要素でなければならない。権威と支配というこれらの基本的な観念が（マクドゥーガルとかれの同僚が大量の

<sup>\*10</sup> この問題を検討する目的上、格好の資料が存在する。アメリカ国際法学会は1985年の大会でマクドゥーガル理論をメイン・テーマに取り上げて、賛成論と批判論を含めこれに関する論議を徹底的に戦わせた。この論争の白眉はシャクターのマクドゥーガル批判とこれに対するマクドゥーガルの反論である。McDougal's Jurisprudence: Utility, Influence, Controversy, *ASIL Roceedings*, 1985.

<sup>\*11</sup> *Ibid.*, Remarks by Oscar Schachter, *ASIL Roceedings*, 1985, pp. 267-268.

著作で行ったように) 特定の諸問題に適用されるときに、われわれは法と権力が相互作用するプロセスの複雑さのより良い理解に達する<sup>\*12</sup>。

(2) 法に対する文脈的アプローチと法的決定にとって適切な考慮の範囲

これは、「非法的な考慮」が法的決定のプロセスにどの程度適切に入りうるかの問題である。マクドゥーガルの「文脈性」概念はすべての要素が理由づけられた決定に関係する範囲で考慮されることを可能にする。関連するのは事案の特別な事情と決定により影響を受ける政策または価値に依存するであろう。そのような無限定な「文脈性」の使用は法適用における自律性の相対的な程度のためのいかなる余地も残さない。文脈性を考慮するに当たって、われわれは規則の創造(マクドゥーガルの言葉では規定的なプロセス)とその適用を区別しなければならない。明らかに、「立法」行為—条約または慣習プロセスによる規則の創造または改正—は、合理的で望ましい結果に達するために何が関連すると思われることも、政策目標、条件、将来的な発展が考慮されることを要求する。しかし、それほど広範囲に及ぶ声明が法の「適用」に関して行われることはありえない。その機能の点で、裁判所であれ国家であれ、法適用機関は、その適切に用いることがある考慮に関して制限に服する。ある規則が特定事実に対して拘束的で適用可能かの問題が提出されるときには、それは関連制度の規範に照らして解答されなければならない。これらの規範、または妥当性の基準は—ある者はそれは承認の二次的規則と呼ぶであろうけれども—関連する文脈的要素を制限する。このことはそれ自体、目的または政策が無関係であること、または国家行動のパターンが無視されなければならないことを意味しない。それは、これらの考慮の関連する範囲が無限定の関連性および文脈性の概念によってよりも、法制度によって決定されなければならないことを意味する<sup>\*13</sup>。

---

<sup>\*12</sup> *Ibid.*, p. 268.



（3）特定の法規則に優位する（それに打ち勝つ）政策またはより高次の目的の利用

これは法適用における「政策」に関する議論に関係する。マクドゥーガルは実際に議論において法を解釈し適用するために「政策」に依拠する点でしばしば「伝統的」である。それは、かれとかれの信奉者達が目的と政策の声明のための十分に確立された原則と先例を参照することを意味する。条約と国家慣行はかれらの受け入れられた共同体目標の主要淵源であり、また、かれらは、かれらの選択された目的に奉仕する主張と正当化のためにそれらをしばしば巧みにかつ選択的に用いる。かれらが公式文書に表明される大量の目的からかれらの仮定された目標を支持すると解釈されうる目的を選び出すことに何の困難もない。競合する政策に直面すると、かれらは、かれらが人類の「永続的で」もっとも「強く要求される」期待と考慮するものを宣言することを躊躇しない。これらの語句の援助を得て、マクドゥーガルは共有される期待と人類の仮定される価値を結合させる<sup>\*14</sup>。

「権力が一定の画一性な行動で抑制されかつ行使されるであろう期待を形成する」主張、反対主張および容認のプロセスとしての慣習法というマクドゥーガルの記述を考えてみると、かれは慣習プロセスを「価値の明確化」と見なす。そして、かれは、現実の行動パターンは「共通利益の認識」と共有される目的を明らかにすると一般に認める。かれは、国家行動を判断するための単なる基準ではなくて、そのような行動の決定的要素としての「合理性」を強調することによりこの主張を強化する。アメリカ国際法雑誌第49巻の核実験に関する論文はこの種の規範的なダブルプレーの顕著な例である。

<sup>\*13</sup> *Ibid.*, p. 269. これはマクドゥーガルの「法適用」における文脈性が法制度によって事実上規定されているというシャクターの解釈であって、マクドゥーガルの理論から直接的に引き出されるわけではないことに注意する必要がある。

<sup>\*14</sup> *Ibid.*, p. 269.

アダム・スミスの見えざる手を想起させることにより、マクドゥーガルによる合理性と抑制の仮定は、国民国家による自己利益の個別的追求をかれがすべての者の共通利益に奉仕すると認める法へと転換するのに役立つ。確かに、マクドゥーガルは現実の国家慣行が人々の選好する諸価値に奉仕するかどうかを明らかにするために実証的な研究を時として要求する。しかし、ほぼ確実にラズウェルに由来するこの考えは、もしマクドゥーガルのなあらゆる要素を考慮するならば、極めて広範で複雑な研究を必要とすることから、決して現実化することはないであろう。そのような経験的な研究は存在しないのであるから、マクドゥーガルは、慣習法のほとんどが人々の期待、かれらが望む価値およびマクドゥーガル自身が望むものと一致すると認めることを妨げられなかったであろう。理論上、この望まれる三幅対は常に一致するとは限らないけれども、しかし、ともかく、マクドゥーガルは、かれ自身の選好が共通の利益であるものに関する鍵であり、「すべての人々」の共有される期待に一致するとほとんど常に認めるであろう<sup>\*15</sup>。

もちろん、マクドゥーガルはかれ自身の選好が国家行為が合法的であるかどうかを決定すべきであるとは主張しない。かれの理論において合衆国の目的と価値は国際的合法性の基準を規定するとは主張しない。かれが主張することは、行為または決定の合法性の最終的なテストは「国際共同体の基本目標とのその一致」である。そのような基本目標は、法規則、条約または判決に見出される国際政策の「二次的」表明に優先しなければならない。この理論に従えば、基本目標は人々が実際に抱く価値の実際的な探求によって発見可能である。それは伝統的自然法におけるような価値の「超経験的な起源」

---

<sup>\*15</sup> *Ibid.*, p. 270. この点で、体系づけられた議論というわけではないが、シャクターがかなり早い時点で、意思決定者が人間の尊厳のような価値または概念のチェックリストを持つことが有用または重要かについて疑問を提起していたことを指摘しておくことは必要であろう。The International Official in a Divided World, by Oscar Schachter, *ASIL Proceedings*, 1959, p. 347.

を退ける。しかし、およそ40億の人々の実際に抱く価値をどのように発見するのであろうか。かれはいかなる探求も試みずに、しかし、いかにももっともらしく、「世界の圧倒的多数の人々が」平和、安全、尊重、自己の運命を決定する権利を欲していると主張する。これらの願望は人間の尊厳の価値に要約される。それらは国連憲章、世界人権宣言、「人類の精神的な指導者達の声明」にその表明を見出しうる。それらは広範な言葉で作成されているので、多様な制度と両立しうる多様な解釈が可能である。アメリカおよびヨーロッパの観点からはそれらを戦後期の国際文書に持ち込まれた自由民主主義の政治的な信条に関係づけることが容易である。冷笑的な批判者はそれらの価値が普遍的に共有されるという仮定を疑うであろう<sup>\*16</sup>。

以上がシャクターの理解するマクドゥーガル理論の要点であるが、シャクターによるその問題点の指摘を分析する前に、マクドゥーガル理論から実証主義へと大きく舵を切ったシャクターのアプローチを概観する。

## II 実証主義への傾斜

シャクターはハーグ一般講義の改訂版において実証主義的な立場に立つことを明言する。すなわち、国際法に対する政治的、社会学的または哲学的なアプローチのいずれも法の特徴的な性質の否定を伴わない。それらは法が完全に自律的でないことを認める。つまり、法が原因と結果を持つこと、法が権力と価値を含むこと、そして、法がより大きな社会的プロセスの1側面であることを認める。しかし、このことはわれわれに法制度の特殊な性格を拒否することを要求しない。われわれは法が政治学や社会学や哲学と同じではないことをやはり認めなければならない。われわれは法としての法を削除することなしに、法を政治に縮減することはできない。法は本質において一

<sup>\*16</sup> *Supra* note 10, p. 270.

まとまりの義務および規則に基礎づけられる体系である。それらはある程度拘束的でなければならない、つまり、法に服する実体の行為を実効的に制限する独立した支配の手段として受け入れられなければならない。その限度で、法は政治から独立していなければならない。われわれはまた、法を、行為を記述するための、または将来の公的行為を予測するための象徴的なまたは特殊化された言葉に縮小することができない。ある目的のためにそれを行うことは有用であるだろう。しかし、われわれは、法に服する人々および法を作成し適用する人々の観点から法は本質的に規範的かつ規定的であることに留意しなければならない。政府は法を好まないことがある。政府は法を無視しまたは破ることがある。政府は行動によって法を変更しようとすることがある。しかし、所与の時点で政府にとって問題はそれが拘束的な法であるかどうかである。法が義務を課すかどうかは、廃絶によって規則が死文化したために無視されるようなそうした規則の特別な事情を除き、将来の公的行動の予測によって回答されない。シャクターには、法規の有効性と適用可能性を決定する上で国家行動は重要でないなどと述べる本意はない。かれが示唆するのは、問題は法制度の文脈内で回答されるべきであるということである。当該制度の規範—人はハートの言葉を用いてそれらを承認の二次的ルールと呼ぶであろう—は、問題になる規則および義務を決定するに当たって決定的な要素である。これらの承認のルールが国家の行為および態度を包含する範囲は、社会学的または政治学的な結論によってではなく、法制度によって規律される事項である。その意味で法制度は（広い意味で自律的ではないけれども）自律的と見なされるであろう<sup>\*17</sup>。

法と社会目的および政策の関係について言えば、シャクターは、法が目的的で手段的であり、それが政策に奉仕すると認めることは法がもっぱら政策と目的「により支配される」ものとして扱われることを要求しないと率直に指摘する。問題を単純化すると、われわれは、国は法が当該国の政策に抵触

するからといってそれを自由に無視しうるとは考慮しないであろう。われわれはまた社会目的（または共同体の目標）が原則として法規定に優越するとは考慮しないであろう<sup>\*18</sup>。

### Ⅲ マクドゥーガル理論批判の要点とマクドゥーガルの反論

#### 1. マクドゥーガル理論批判の要点

実証主義的な立場に転換したシャクターの立場からするマクドゥーガル批判の要点をⅡ節で要約したマクドゥーガル理論の3要点に当てはめてみると以下のように整理されるであろう。

まず、「権威的決定プロセス」としての法の概念、言い換えると、権威と支配を含む決定プロセスとしての法概念について言えば、シャクターはそれが法の作用的な定義と同じように受け入れられるとは考えない。それが政治的プロセスへの洞察として、また、法が規則を創造または適用するよりもいっそう多くの機能を含むという理解の手助けとしてどれだけ啓発的であろ

<sup>\*17</sup> *Supra* note 2, pp. 3-4. ダームロシュはシャクターの理論を若干敷衍して次のように述べる。すなわち、シャクターは、かれの国際法理論をマクドゥーガルの政策指向的法学から明確に区別した。すべてが述べられ、そして行われた時に、シャクターは法を政治または道徳から区別する意味で自らを実証主義者と宣言し、また、目的または望ましい結果よりも権威的な淵源に法を見出す。しかし、厳格な実証主義的見解とは対照的に、かれの理論は、「有効な法として受け入れられるようになる道理を尽くした、そして原則づけられた決定」を生み出すために、「基本的な実証主義的資料を伝達するための」法適用者のための創造的役割を包含する。Lori Fisler Damrosch, "Oscar Schachter (1915-2003)", *American Journal of International Law*, Vol. 98 (2004), pp. 39-40.

<sup>\*18</sup> *Supra* note 2, p. 4. 同趣旨のことをシャクターは次のように述べている。すなわち、もし法が政策と区別されるとすれば「政策」分析に対するより規律正しいアプローチが必要とされる。基本的価値は法的基準により支えられなければならない。つまり、それらは国際法において受け入れられた価値として証明されなければならない。さらに、政治と異なり、法に服する国家または何らかの他の実体は、自己が法規定によって規律されるか、どの程度規律されるかを結局のところ自ら決定することはできないのである。Antonio Cassese, *Five Masters of International Law, Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter*, Oxford and Portland, 2011), p. 235.

うとも、国際法学者の共同体は国際法の実用的な定義としてそれを「購入」するように思われない。1つの理由はかれらがそれを進行中の政治的決定および態度のほとんど未確定の分野への探求を要求するものと見なすことである。かれらは「共有される期待」が至る所で人々の間に普及するもの、そしてそのような期待が政治的選択に関係する権力、利益および価値の選好によってどのように影響を受けるかを確認することを期待するであろう。構想される経験的な任務は単に難題であるばかりでなく、法律家に適した実際の仕事として完全に非現実的である。この世界的な意思決定の概念が提出される雄弁さがその非実際の性質を隠蔽することはできない。質問は止めどなく発せられる。しかし、それらはほとんど解答不可能である。それゆえ、それらは法律家や政府にとっての直接関心問題、すなわち、特定の行為は合法であるのか、それとも違法であるのか、に解答するにはほとんど役立たない。その問題は、共有される期待の極めて漠然とした際限のない探求、価値の選好および地球的規模での権力関係に溶解する。

要するに、マクドゥーガルとラズウェルの体系の構想と偉大さを賞賛し、いくつかの目的上その矯正的な役割を認めるけれども、シャクターは、われわれが、国際法を、拘束的な規則および義務、そして選択を明確にし、行為を正当化する際の原則づけられたそれらの利用に関係する秩序としていっそう正確に見詰めなければならないと確信する<sup>\*19</sup>。

第2の要点と第3の要点は不可分である。法に対する文脈的アプローチと法的決定にとってのその適切な考慮の範囲について言えば、たとえ事実において法規則または法制度が文脈性の要素になりうるとしても、マクドゥーガルによれば、文脈が無限定である以上、問題は、法適用における政策または高次の目標によって決まることになる。しかし、それはいくつかの危険性を

---

<sup>\*19</sup> *Supra* note 10, p. 268.

孕む。第一のそして最も明白な危険は、法の明白で特定の規則または条約義務は、もしそれが国際共同体の基本目標に一致しないならば無視されるであろうという含意である。この命題がマクドゥーガルの著作において大胆に述べられているのをしばしば発見することはないが、しかし、シャクターはそれがマクドゥーガルの忠実な理論的後継者であるマイクル・リースマンによって率直に述べられていることを指摘する。リースマンは、かれの著書『無効と改訂』（*Nullity and Revision*）の562頁で国際仲裁または司法裁判所の判決について次のように述べる。

判決はコンプロミの特別規則または国際法の一般規則のいずれかから逸脱するかもしれない。・・・判決の合法性のテストはこれらの国際政策の二次的表明との一致ではなくて、国際共同体の基本目標とのその一致である。

この見解の明白な意味は、あらゆる法規則またはあらゆる判決は、いかに明白にかつ十分に法に基礎づけられていようとも、それが国際共同体の基本目標に一致しないという理由で非難され無効にされるであろうということである。シャクターはこれが徹底された場合の意味について考察する。海洋の利用を制限するあらゆる規則は海洋の自由の基本目標と一致しないために覆されるかもしれない。憲章の全会一致規則（安全保障理事会における非手続事項に関する常任理事国の全会一致の原則）はそれが平和と安全というより高次の価値と両立しないという理由で無視されるかもしれない。マクドゥーガルは33年前に実際にまさしくこの立場をとった。（シャクターは、マクドゥーガルは今日では現在の合衆国の利益に照らして反対の立場をとるのではあるまいかと考える）。人はテヘラン人質事件の国際司法裁判所判決を、それが「基本」目標である国家主権よりもむしろ「二次的」国際政策、つまり、外交免除に効果を与えると主張することにより、無効であると宣言するかもしれない。それらは、いかに極端に思われようとも、それでもなお適切



な例である。それらは高次の目的に訴えることにより法規則がいかに容易に無効にされるかを明らかにするであろう<sup>\*20</sup>。

基本目標が対立する方向、すなわち、平和対安全、自由対秩序、で示されるのは明白である。マクドゥーガルは補足的なものとしてこれらの二律背反に言及する。しかし、具体的な事案において、それらは選択を表す。すなわち、いずれかが決定的な目標として引用される。これに付け加わるのが、高度に一般的な原則を特別な情況に適用する際に付きまとう周知の不確定性の要素である。政策指向的な学者は国際的規定の相対的柔軟性を強調する。かれらは、法規定が法適用機関に広範な裁量を残すことを強調することにより、法現実主義者のブランドであるルール懐疑主義に接近する。しかしながら、マクドゥーガルとかれの信奉者達は、法現実主義者とは異なり、法プロセスにおける不確定性は基本目的を参照することにより解明されるべきであるという強い規範的立場をとる。競合する主要目的は大多数の事案において結果の選択をもたらすのであるから、それらは法適用に当たって裁量的な要素を増大させる。いかなる国家も、基本的な共同体政策が法的抑制に従う国家によって悪影響を受けるであろうという理由で特別な法的抑制からの自国の自由を主張することが可能になる<sup>\*21</sup>。

このアプローチの危険性は高次の目標がある国家の特別な政策によって決定されるときに更にいっそう明白になる。今日の世界で、国際法律家は他の者と同じようにかれらの国内共同体の強力な圧力から逃れられない。かれらがかれらの国家の行為および政策をかれらの普遍的な理想を達成することに一層つながると見なす傾向があることは無理からぬことである。感情、教育、情報源および深く根差した一体感は遠く隔たった気にくわない社会の要求を上回るように思われる。しかし、シャクターは、もし国家利益が常に世界共

---

<sup>\*20</sup> *Ibid.*, pp. 271-272.

<sup>\*21</sup> *Ibid.*, p. 272.



同体の基本目標として認識され、これらの目標が合意と慣習法によって発展させられた最も重要な根拠として扱われるならば、われわれはもはや実効的な国際法制度を持ちえないであろうと示唆する<sup>\*22</sup>。

これは法の基本目的への規律正しい依拠が規則および法的手続を適用するに当たって望ましくないと言うのではない。そのような政策は適切な地位を占める。それらは国際共同体（またはそれらが適用される関連国家集団）によって受け入れられる政策でなければならない。それらは法の基本要素つまり、法に服する実体は、結局、法規則によって規律されるか、それはどの程度かを自分で決定することはできない—を破壊しない方法で適用されなければならない。もちろん、そうした実体はある規則を無視してその結果に直面することがある。あるいは、その実体は自己の政策を理由に法を変更しようとすることがある。しかしながら、当該実体は、法律問題として、自己の政策利益は受け入れられた法規の適用を否定する十分な根拠であると主張することができない<sup>\*23</sup>。

問題は、政策指向学派に属するマクドゥーガルおよびその他の者が現在の合衆国政策により探求される「より高次の目的」に有利に法の抑制を覆す高度に選択的な方法でかれらの理論を適用する傾向である。合衆国の諸制度へのかれらの強い愛国的な愛着と「全体主義的な」危険性に対するかれらの懸念はかれらの政治的な見解から理解することのできる弁明である。しかし、一定の政策目的を基本的な目標として強調し、その他の目的を最小化するかれらの法理論の選択的な適用は政策指向的な法学の危険性を鮮明にする。もし国家主義者の偏見を持って適用されるならば、それは法の特別な抑制を覆すイデオロギー的な手段になる。いかに確固として合意されようと、条約も国際法の一般原則も、もしそれらが特定の国家により支持される基本目標

---

<sup>\*22</sup> *Ibid.*

<sup>\*23</sup> *Ibid.*

に反すると言われるならば、優位することはありえない。そのような一方主義の結果は国際共同体の政治機関または主要な司法機関によって行われようと、国際判断の深刻な不信によって伴われるときに、更にいっそう厄介になるであろう。

かくして、われわれは、今や、法が二次的役割を果し、しかも政策が特定国の自己利益の認識によって決定される政策法学の一国主義的バージョンを持つように思われる<sup>\*24</sup>。

## 2. マクドゥーガルの反論

上記のシャクターの見解に対してマクドゥーガルは強く反論する。その要点を次に掲げることにする。それは両者の相違点をいっそう明らかにする。

法学の政策指向的アプローチの枠組の創造者の一人であるけれども、シャクター教授は、今や、その枠組と形式的実証主義のパラダイムとの間を揺れ動く。かれは国際法を権威的な決定のプロセスとしてではなく、規則の一まとまりと見なす。かれは、これらの規則が、それらのより大きな共同体的文脈およびそれらが奉仕する基本政策とほんのわずかな関係しか持たずに、国家間関係において安定性と確実性を達成するために比較的自律的な法的推論によって適用されうと理解する。これは、アメリカの現実主義者(realists)が、国内的な—国際的な—権威的決定プロセスにおけるコミュニケーションの手段としての規則の不完全さ（相補性、曖昧性、未完成性）についてわれわれに教えたすべてを拒否する。規則が「顕著な規範的特質」を持ち、「権威」および「支配」とは異なる義務を創造するという考えは、実際には決定に影響を与える諸要因を隠蔽する哲学的な先入観に由来する。もし法規則が人々の間への価値の分配に関して政策以外の統語法的なまたは意味論的な何らかの参照を持つとするならば、その参照は依然として明確に述

---

<sup>\*24</sup> *Ibid.*, pp. 272–273.

べられなければならない<sup>\*25</sup>。

権威的決定が本質的部分であるより大きな世界的共同体の文脈、実効的権力および他の価値プロセスは何らかの法学の枠組みの創造物ではない。いっそう大規模な共同体プロセスのあらゆる特徴は権威的な決定に影響を与え、また、権威的な決定はより大きなプロセスのあらゆる特徴に対して貴重な結果を持つ。「自律的な」法規則によってそのような条件付けの諸要素と価値的結果を無視しようとする法学のあらゆる枠組みは盲目に他ならない。相互作用する人間の世界は、実際には複雑で相互依存的である。したがって、複雑性と相互依存性は、偽りの単純性と「進行中の政治的決定と態度の不明確な領域」に目をつむることによってこれを解消することはできない。検討や学問のための資源が乏しいときでさえ、関連問題を問うことは現実主義に向けての最初の動きであろう<sup>\*26</sup>。

アメリカの法現実主義者、そして、多くの先行者と承継者は、実証主義者のパラダイムによって達成されたいわゆる確実性と安定性は大幅に幻想であることを確証した。「規則」が果たす役割は、あまりにしばしば墨を吹きかけることによってその追跡者を混乱させるイカの機能である。規則の機能は良くても意思決定者を問題とその文脈の関連ある特徴、そして適切な政策へと導きうるだけである。たとえば、ニカラグア事件における国際司法裁判所の判決は裁判所に適切な基本法的政策を検討するいかなる選択権も与えない管轄権に関する既存の規則から必然的に導出されたと本当に信じられるのであろうか。恣意性、不確実性および不安定性を創造するのは、共通利益の基準によって評価される関連政策のオープンで、包括的で体系的な検討ではなくて、むしろ実証主義者のパラダイムの崇拝とその計画された利用である。

<sup>\*25</sup> McDougal's Jurisprudence: Utility, Influence, Controversy, Remarks by Myres S. McDougal, *ASIL Roceedings*, 1985, pp. 283-284.

<sup>\*26</sup> *Ibid.*, p. 284.

シャクター教授は、その明言する目標と共に、かれがそのように積極的に創造するよう手助けした国際法理論に復帰すると考慮するのであろう<sup>\*27</sup>。

#### Ⅳ シャクター理論における目的（政策）概念の合理的構成

シャクターは法における政策と目的（かれの場合、政策と目的は同義と考えて良い）の役割を決して否定するわけではなく、これを法体系全体の中で適切に位置づけようとする。政策と目的はマクドゥーガルの権威的決定プロセスとしての法の鍵であることから、その議論はどうしてもマクドゥーガル理論の批判という形をとる。しかし、マクドゥーガル批判の要点はすでに明らかにしたので、ここでは、シャクターの理論において政策と目的はどのように合理的に構成されるのかを検討したい。

シャクターは法律学のみならず、あらゆる学問に通じているが、特に哲学に関する深い知識を持つ。ヒギンズは、シャクターの深い学識に言及して、日常的な思い出としてかれがカントやスピノザと前日に昼食を共にしたかのようにかれらについて語ったと述べているが<sup>\*28</sup>、それは誇張ではない。そうした深い知識を背景にして、シャクターは、現代法学における大きな二つの学派の対立を「道具主義者」と「実証主義者」の対立であると喝破する。すなわち、道具主義者は、目的と価値の卓越を強調する（かつて、かれらは自然法の支持者であるという意味で主として「自然主義者」であるだろう）。実証主義者は、法を、制度に内在する基準をもっぱら基礎に有効にされかつ解釈される規則および義務に公式化された本質的に強制の制度と見なす。前者は大まかに政策指向的、後者は規則指向的と述べられるであろう。後者は前者を危険なほど主観的で、法を政治に変えると見なす傾向がある。前者は後者を偏狭かつ形式主義的で、手段を目的に変えると見なす。だが、根本問

---

<sup>\*27</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>\*28</sup> *Supra* note 3, p. 630.

題が一新することはありえない。初期には、自然法の擁護者が実証主義者の主要な敵対者であり、現代的な理論の一部は過去数世紀になされた論争を想起させる。しかし、今日の大多数の道具主義者は、かれら自身をより古い自然主義者、特に、その見解を神学的または直感論者的な立場に基礎づける人々から区別するであろう。少なくとも、一部の現代実証主義者もまた意思主義や国家主権を強調する傾向があった古い実証主義学派とかれらの違いを指摘するであろう。双方とも哲学、言語学、人類学、心理学および政治理論から引き出される現代思想を幾分か反映してきた。理論的な文献は依然として国際法に関する著作のうちの小部分にすぎないけれども、それはこの主題に活気を与え、同時に確実に知的な風味を添える<sup>\*29</sup>。

シャクターは、また、理論と現実、言い換えると、理論と実践、を同程度に重視することを強調する。かれはそれをカントの金言によって一言で表現する。すなわち、「直感なき概念は空虚である。概念なき直感は盲目である」<sup>\*30</sup>と。さらに、シャクターは、自然法とは異なり、経験を重視する観点から権威的なテキストおよび声明に注目する。また、適切な場合には、基本的な目標および願望を表す慣行に注目する。国連憲章と世界人権宣言は明白な例である。これらの規範的声明が完全には実現可能ではないということは実定法に対するそれらの影響を無意味にしない。それらは受け入れられた「理想」である。それらは、完全には達成可能ではないが、目標および方向を設定する際に重要な「理想像」の特質を持つ。カントはそのような達成されえない理念を実践に影響を与える「規制的」(regulative) 理念と呼ぶ<sup>\*31</sup>。

このように、深い哲学的な背景を持つシャクターの議論は、常に、複眼的であると同時に多層的である。また、多くの主張を関連づけるためにレトリッ

<sup>\*29</sup> *Supra* note 2, p. 18.

<sup>\*30</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>\*31</sup> *Supra* note 8, p. 347.

クを多用する。単純化の虞があることは承知の上で、以下においてシャクターの主張を本質的な論点に絞って検討することにする。

#### 1. 規則、原則および目的の区別とそれぞれの機能

シャクターは多くの状況において、またあらゆる複雑な問題に関して、競合する規則または原則の間の選択は不可避であると認める。このため、法的に関連する3種類の規範、すなわち、規則、原則、そして目的を区別することが有用であるとする。ただし、シャクターの場合、原則と目的の区別がかなり曖昧であることはあらかじめ指摘しておかなければならない。そこで、まず、規則であるが、規則は特定の結果を命じる規範である。それらは所与の一まとまりの事実に適用されるか否かである。特別な規則はもちろん例外を持つことがある。それらの例外は規則の一部を構成する。ともかく、規則は（例外を伴って）特別な結果を命じる。われわれは安全保障理事会決議を採択するためには9票が必要とされるという規則を例として挙げることができる<sup>\*32</sup>。

対照的に、原則は規則のような明確性の要素を欠く。それらがそうであるのは1つにはそれらの一般性と抽象性のためである。それらの文言は広範な適用範囲を持つ。それらは「構造的に開かれている open-textured」（ハートの慣用句）。なぜなら、多くの状況に関して原則は多様な解釈の余地を残すからである。それらは適用可能な核心部ばかりでなく周辺部を持つ。さらに、特別な状況は2以上の原則によってカバーされる。原則はこれらの状況において交差すると言うことができる。それらは異なる法的結論を指し示すことがある。実際、原則が格言のように両極端の対になることがありうることはしばしば認められてきた。国際法においてそのような両極端、たとえば、武力の不行使対自衛、自決対領土保全、海洋の自由対歴史的権利、を発見する

---

<sup>\*32</sup> *Supra* note 2, p. 20.

ことはたやすい。同等の法的地位を持つ競合する原則に直面して、政府の意思決定者（特に、法律顧問）は特別な解決に達するためにそれらの原則を衡量しかつ均衡させなければならない。対立する原則の相対的な重要性を衡量するプロセスは国際法分析においていっそう受け入れられるようになっている。矛盾する原則は法の欠陥としてではなく、複雑な社会的現実の反映と見なされる。これはヘラクレイトスに遡り、今日では弁証法的または両極性の原則（principle of polarity）として言及される反対の概念とさほど違わない。哲学者と同じく法律家も多様な要素を整理し、規範の機械的な適用を避ける方法として二律背反を用いてきた。平衡を保つ技術は特定の状況において競合する利益の重要度を評価することを要求する。実際に、これは特別な利益が考慮され、より一般的な要素よりもいっそう重視されることを可能にする。その効果は、大体において、特定の行動または主張を支持する法的正当化理由を促進することである<sup>\*33</sup>。

第三に、法規則または原則の基礎には政策または目的の宣明が存在する。そのような目的は権威的な法文書に表明されまたは慣習国際法の宣言に表現されることがある。それらはある場合には政府決定または裁判所の判決の理由から推論されることがある。述べられた目的は高度に抽象的なことがある。たとえば、平和、安全保障、経済的發展、個人の尊厳等である。ある状況では、それらはそれほど抽象的でないかもしれないが、それにもかかわらず相当に一般的である。たとえば、漁業資源の保護、投資保護、軍備制限、である。これらの目的はそれ自体で権利主張を生み出さない点で原則とは異なる。それ単独では、それらは法的性質の解答を与えない。しかしながら、原則および規則と結合されることにより、それらは、対立する原則と規則の間の選択に関係することがある<sup>\*34</sup>。

<sup>\*33</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>\*34</sup> *Ibid.*, p. 21.

3種類の規範間の機能的な相互関係は次のように説明される。すなわち、法的推論での原則と目的の利用は主題に関して、特に関連する法の密度と特異性によって異なる。法が広範に発達し、具体的な規則が書面の形式または先例のいずれかを通じて出現した分野では、広範な原則および目的の利用のための余地は一般に小さい。しかしながら、詳細な規則が比較的稀で、一般原則が支配的である国際法のいくつかの主要分野が存在する。武力の規制、自決権、国家の経済的権利義務、域外管轄権は、一般原則に対する特別規則の比率が低い主題のいくつかである。われわれは、これを、外交特権および免除、条約法、公海制度または国際民間航空を規律する法、欧州経済共同体、ならびに、国際水路、漁業および資源管理のための制度などの多様な他の特別制度のような分野と対比させることができる。これらの法領域において詳細な規則は普通であるが、しかし、それにもかかわらず、規則が衝突するときには広範な原則および目的に依拠する必要がしばしばある<sup>\*35</sup>。

## 2. 目的（政策）概念の合理的構成

すでにマクドゥーガル理論批判の部分で論じたように国際法の目的（政策）に関する議論は、究極的には国際法の特定の規則および原則は関係国の政策および主要目的によって圧倒されるかどうかの問題、を導く。

シャクターはこの問題を2つの側面から検討する。1つは、かれが「記述的」、そして「予測的」と呼ぶレベルである。このレベルでは、問題は、他の関係国（特に実効的な権限を有する国家）が確立された法規則と両立しない政策指向的な行為または決定を受け入れるかどうかである。もし受け入れるとするならば、その行為は一般に受け入れられる新たな規則または慣行を生み出す権威的な先例の流れに入るであろう。この点に関する国家の行為は主として政治的な要因または便宜によって決定されるであろう。国々はその

---

<sup>\*35</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.



ように行動するかもしれないが、しかし、法的決定に基づきそのように行動することを求められることはありえない。

もう1つは規範的レベルである。このレベルでの問題は、政策または主要目的は明確かつ特定のな規則に優先すべきか、である。この問題は、法を支持する際のかれらの一般利益のためにまたは提起された問題に含まれる特別利益のために、他の国々にとって関心事であろう。それはある事情の下で裁判所または国際団体で扱われることがある。これらの場合、政策対規則の問題は、かれの政府または機構の行動を正当化しまたはそのための根拠を探求する法実務家によって通常理解される問題とは非常に異なる方法で提出される。われわれは今や、われわれの仮説上、当該規則が政策または目的を根拠に適切に変更されまたは廃止されうのかの問題に対する「法的な」解答を探求する他国のための法律家または裁判所に関係する。かれらは、ある政策が規則よりもいっそう高次の規範性を有するか、また、当該規則が政策および目的に基づく解釈のための余地を残すか、の問題に直面する。要するに、広範な問題は、政策に訴えることはいつ適切で、いつ不適切であるか、である<sup>\*36</sup>。

後者のレベルの問題を検討する場合に注意しなければならないのは、ここでの問題は法は政策目的に奉仕するかどうかではないことである。もちろん、それは奉仕する。その意味で、人は法は政策の表明であると言うことができるであろう。また、ここでの問題は、政策は「法源」であるかどうかの問題ではないことである。伝統的な用語法で政策は「実質的な淵源」である。国家利益および目的（および関連する実質的な条件）はなぜ特定の規則および原則は創造され、なぜそれらが実施されるか（または実施されないか）を説明する。ここでの検討は、政策（または目的）は法的有効性の基準として役立つか、またそれはいかなる条件でか、そして、反対の規則にかかわらず、

<sup>\*36</sup> *Ibid.*, p. 23.

ある決定を有効にしましたはそれを無効にするために適切に用いられるかどうか、に向けられる。

この問題に対するシャクターの基本的前提は、国家に対して適用可能な確立された法規は国家が反対の政策または利益を持つことを理由に廃棄されまたは無視されえないというものである。国家は一方的な政策によって法が自国に適用されるか否かを決定しようと述べることは、法の意義と基本的に両立しえないであろう。シャクターは、ここでももちろん、一方的な政策を強調する。しかし、同じ原則は、国々の集団が一般法規がかれらの政策に違反することを理由にその法規の適用可能性を否定する企てに当てはまるであろう。しかし、ここで警告が必要とされる。ある法規に対する国々の集団の反対が、もしかれらの行為および当該規則の義務的効力の否定によって支えられるならば、その規則の例外を切り開く結果になるであろう。ただし、これは別個の問題である<sup>\*37</sup>。

それでは、国際社会の目標として考慮されるべき、また、それに基づき法的決定を行うための十分な規範的効果を持つ目的はどのように確認されるのであろうか。この問題は2つの側面に分けられるであろう。第1の側面は、法自体の中に見出されうる政策（または目的）に関係する。そのような政策は高度に一般的（平和、安全、協力）であるか、または、極めて特定のである。それらは、条約、諸国の宣言または慣習法の性格を持つ決定において表明されるであろう。たとえば、紛争の平和的解決の原則、自決の原則、人権尊重の原則、国家の政治的独立保護の原則、海洋自由の原則はすべて国際法に含まれる主要な目的の例である。それらは特別な意味の規則ではなくて、特別な規則を含む問題の解決において適切に用いられることがある権威的な目的である。ウィルフレッド・ジェンクスは、「法の政策」でのみありえて、

---

<sup>\*37</sup> *Ibid.*, p. 24.

「法に上位することを主張するいかなる個人、政府または学派の政策」でもありえない国際政策に言及した。この意味での国際政策は現行の法規則を解釈しかつ適用するために利用される適切な基準であろう。しかしながら、そのように宣言された目標または政策は、特別な法規よりも必然的にいっそう高次の法的効力を持つであろう、また、もしそれらが特定の事案で特別な法規と抵触するならばその法規に取って代わるであろう、ということにはならない<sup>\*38</sup>。

第2の側面は（シャクターはそのような言い方をしていないが）法自体の外に見出される政策（または目的）である。シャクターは、すでに引用したリースマンの著書『無効と改訂』の一節を典型例として引用しながら、政策指向的アプローチに忠実なその著者が、合法性のテストは特別の規則の遵守ではなくて、国際共同体の主要目的との一致の基準でなければならないと主張したと理解する。共同体の基本目標は特定法規に表明される何らかの「二次的政策」に実際に優位しなければならないという主張は、もし実行されるならば、実質的にすべての法規則の適用を著しく不明確にする。あらゆるそのような規則は特定の事案において基本的な目標を参照することによりその有効性のテストに服するであろう。繰り返しになるが、そのような議論は、たとえば、国連憲章の全会一致規則はその利用が憲章の主要目的、すなわち、平和の維持および安全、に一致しないときには適用されるべきではないというものである。その論理を押し進めると、すべての非手続的な決定に関する拒否権は、拒否権の使用が平和と安全の主目標と両立しないかどうかを確認するためにあらゆる機会にテストされなければならないであろう。拒否権はその時に原則として消滅するであろう。理論的には、法の支配はそれ自体基本的な目標であり、それゆえ、すべての実在する法規則に効果を与えること

<sup>\*38</sup> *Ibid.*, p. 25.

は仮説に基づいて (*ex hypothesi*) その主要目標と調和するであろうと仮定することにより、これらの極端な反規則的な結果は避けられるかもしれない。だが、言葉の上の巧みなごまかしによるこの推論は、政策目的的なアプローチをそれが拒否した法実証主義に変える<sup>\*39</sup>。

シャクターの基本的立場は明確であるが、その立場は法実践においてどのように証拠づけられるのであろうか。シャクターは規則と政策目的が明白に抵触したが、当該規則がその規則の条件内で問題を解決した例としてテヘラン人質事件に言及する。外交官の逮捕および拘禁を禁じる特別な規則は、これらの行動が主権の権利および政治的独立に有利な基本的政策に違反したことを理由に（たとえそれが証明されたとしても）無視されることはありえない。競合する目的と原則を比較衡量することは人質事件では適切でなかったであろう。免除に関する明白かつ確定的な規則は問題を解決した。しかし、裁判所もまた免除規則が国際共同体の基本的政策に奉仕することを強調することが望ましいと考慮した。

それでは、規則が事件を最終的に解決しなかったり、規則の言葉が異なる解釈を受け入れる、あるいは、他の規則や原則もまた当該事態に適用され、また異なる解決を示す場合にはどうなのか。そのような場合に、国際司法裁判所が政策目的的なアプローチを採用した例として、シャクターはコルフ海峡事件判決、国連賠償事件勧告的意見、ナミビア事件、イギリス・ノルウェー漁業事件判決をあげる。それらは競合する規範とそれらが奉仕する目的を衡量することによって結論が導かれている<sup>\*40</sup>。恐らくシャクターは、リースマンのように国際共同体の目的をアプリオリに規則に優先させるようなアプローチではなくて、規則および原則を含め法自体の中に目的を見出すアプローチは合理的なものであると考えるのであろう。

---

<sup>\*39</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>\*40</sup> *Ibid.*, p. 26.

この含意は、重大利益が危機に瀕する場合に、自国に有利な政策および目的を重視する傾向がある国家（法律顧問）に対する助言として述べられる。政府はその見解が他国によって信頼され、受け入れられなければならないことに注意しなければならない。そのためには、他国によって容認されるような方法で政策および目的を利用するよう努めなければならない。法律顧問は、いかに政策指向的であろうとも、法的信頼性の基準を満たすであろう意見を表明または判断を行うことができるほど十分に客観的であることが期待されるであろう。これを行うためには、かれは、仮説的な国際裁判所がこれについて判断するかのように問題を考察することが心理的に有用であると気付くであろう。このことは義務的管轄権が必要であるとか、実際に事件が裁判所に付託されるとかの問題とは無関係である。それは、端的に、なにが「正しい」法であるかの問題を「作動可能な状態にする」便利な方法である。その本質的意味は、国家の一方的政策は決定的ではないということ、および、目的または政策へのあらゆる依拠は、関連する共同体、つまり、（一般慣習法の場合のように）世界的か、地域のかまたは機能的か、を問わず、当該国家グループの目的を明示する権威的な慣習的慣行または合意によって確証されなければならないということである<sup>\*41</sup>。

結局、法的適用の目的上、共同体政策のもっとも重要な淵源は、主要な条約に、また、慣習法に表明される概念および原則に、発見されるべきである。後者の概念および原則もやはり条約に、とりわけ一般的な多辺文書にしばし

<sup>\*41</sup> *Ibid.*, pp. 26-27. シャクターはこの要点をまた次のようにも述べる。すなわち、国々がかれらの立場を法的理由に基づいて正当化しようとすることを指摘するに当たって、私はそのような正当化理由が公平な非政治的裁判所の十分な代替物であると示唆しようとするのではない。私が主張していることは、（国々がしばしばそうするように）かれらが国際的な重要性を持つ決定および行為を正当化するための理由を提出することが必要であると判断する限りで、かれらは法が客観的な根拠に基づいて確証されうるという立場を採用しなければならないということである。さもなければ、法は政治的行為のための修辭的なこじつけ以外のいかなる機能も持たないであろう。*ibid.*, p. 35.

ば表明されるであろう。多数の分野における慣習法の発展は相互に作用する国々の変化しつつある目的、利益および価値の継続的な連なりを明らかにする。これらの目的および利益は提出された主張または反対主張に関する声明および外交書簡でしばしば明言される<sup>\*42</sup>。

## V 「国際義務の理論に向けて」論文の1つの解釈

シャクターの方法論と人間性を象徴するようなエピソードがある。コロンビア大学の同僚であったガードナー教授が述べるエピソードは興味深い。かれも参加した1964年6月のUNCTAD第1回会議において、UNCTAD理事会の構成と意思決定制度に関して先進国と途上国が激しく対立し、関連規定を起草することなど思いもよらない状況に陥った。このとき、参加代表の1人が国連事務局法務部の部長であったシャクターをジュネーヴに呼ぼうと提案した。会議事務局長も賛成して、翌日、シャクターはジュネーヴに到着した。直ちに、かれは、先進国と途上国の間で激しく争われるUNCTADの条文に関してかれらの望むような草案を作成するよう求められた。すると、かれは12時間の間部屋に立て籠もった後に、驚くことに、会議が作業を完成することを可能にする妥協案を持って現れた。それは巧みな起草の傑作であった。調和し難い不一致を先送りし、その一方で、他の問題に関しては双方の側に十分なものを与え、その必須的な目的を満足させたと感じることを可能にした。いかにもかれらしいのはオスカーはかれの作品について作成者であることを主張せず、交渉に関与した代表者達に賞賛を得させたのである<sup>\*43</sup>。

これはシャクターの次のような法政策的アプローチの実践例と言えるであ

---

<sup>\*42</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>\*43</sup> R.N. Gardner, "Remembering Oscar Schachter", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42 (2004), p. 664-665.

ろう。すなわち、もし国際プロセスにより生み出された草案が特定の論争においていずれの側も自己の主張に対する支持をそこから引き出すことのできる対立する原則の混合物であると思われたとしても、落胆してはならない。これは単なる妥協ではないであろう。すなわち、それは、複雑な問題に関して二つの対立する一般原則のそれぞれが合法性の諸要素を含むであろうし、また、結合することによって、それらの原則はそれぞれが単独で立つよりもいっそう合理的な指針を与えるであろうという重要な真理を表すのである<sup>\*44</sup>。

シャクターが当初マクドゥーガル理論に共鳴したのは、マクドゥーガル理論がアメリカ法学の主流である現実主義的な政策指向的アプローチを国際法に導入し、これを現代的に発展させたと考慮したためであると思われる。「国際義務の理論に向けて」論文は、そのようなマクドゥーガル理論を用いて執筆された意欲作である。論文執筆の直接的な動機は1960年代後半の国際法情勢、すなわち、国連総会決議を含め実質的な機能を果す非拘束的なルールの増大が法的義務の基礎に関する十分な理論の発展を要請するというフォークの提言<sup>\*45</sup>であったと考えられる。この論文はその根底にある核心的な部分に関して上で論述した諸議論と繋がるものを持っている。そこで、上述の諸議論を踏まえた上で、この論文を検討することにする。

コスケニエミはこの論文をかれが編集した『国際法の法源<sup>\*46</sup>』と題する論文集の冒頭においているが、この論文は厳密には法源を扱ったものではない。それは、法源論とは無関係ではないが、しかし、法の定義、法的義務の根拠、そして、法的義務を生み出す現実のプロセスを問題にする。シャクターは、一般的な賛同を得たものではないが、少なくとも国際法における義務の根拠

<sup>\*44</sup> O. Schachter, "Private Foreign Investment and International Organization", *Cornell Law Quarterly*, Vol. 45 (1960), p. 426.

<sup>\*45</sup> R.A. Falk, "New Approches to the Study of International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 61 (1967), p. 486.

<sup>\*46</sup> Martti Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law*, (Ashgate, 2000).

として、13の候補<sup>\*47</sup>を列挙することができるとする。かれは、義務の基礎に関する多様な議論の存在を指摘した上で、今日、国際社会には義務を不確定にする少なくとも6つの要因<sup>\*48</sup>が存在すると指摘する。それらの要因は条約および慣習の枠組みで捉えることができない最近の多様な法的現象を生み出している。また、国際司法裁判所の判決でさえ、共同体の意思、慣習的行為、「公正」の概念、理性、必要性、自然法、主要目的などのような基準に言及せざるをえない状況にある。さらに、国連総会決議、「ゲームのルール」、黙示の了解等は「拘束的」と「非拘束的」との間を容易に識別することができない曖昧な現象を大量に生み出している。かれは、これらの事情は国際社会の法的義務の基礎に関する画期的な理論を必要とすると考える。

そこで、シャクターはマクドゥーガルの理論を用いて、ただし、マクドゥーガルの特殊な用語を用いずに一般的な言葉で今日の規範的現象を包括的にカバーできる「義務的規範」(obligatory norm)の理論を提案する。その理論に従えば、義務的規範が確固として成立するためには5つのプロセスが必要とされる。すなわち、かれによれば、5つのプロセスは義務的規範にそれらの最も一般的な意味で適用されることを意図する。それは、条約、慣習、制定法、決定または決議であるか、国際的または国内的であるか、特定のまたは高度に一般的、具体的または不確定的であるか、を問わない。構成要素である言葉は経験的であることを意図し、単に名目的であることを意図しない。5つのプロセス<sup>\*49</sup>は以下の通りである。

- (i) 偶然的な状況での行動に関する要件の公式化と明示、
- (ii) その明示がその機能を果たすための権限（権威または正当な役割）を持つものとして承認された人々によって、かつ、その目的のために適切な

---

<sup>\*47</sup> *Supra* note1, p. 301.

<sup>\*48</sup> *Ibid.*, pp. 302-303.

<sup>\*49</sup> *Ibid.*, p. 308.



- ものとして受け入れられた手続に従って行われたことの表示、
- (iii) 明示された要件を実際に効果的にする関係者の能力と意思の表示、
  - (iv) 要件が向けられる人々（標的たる聴衆）に対する当該要件の伝達、
  - (v) 標的たる聴衆である大衆の中に、明示された要件が（上の(iii)で特定された意味において）権威的なものとして、しかも将来かなりの程度で従われる見込みがあるものとして見なされることを示す—心理的および作用的の双方の一反応を生み出すこと。

ヒギンズによればこれはコミュニケーションとしての法の役割を強調したものであるが<sup>\*50</sup>、別の言い方をすると、これはマクドゥーガルの方法論を知り尽くしたシャクターがそれを駆使してこれまで重視されてこなかった規範形成の実際的な側面を現実的に分析したものと言えるであろう。シャクターは、このプロセスにおいて、行動の要件の公式化と明示、権威を有する者の役割と能力、標的たる聴衆に対する要件の伝達、標的たる聴衆の心理的反応（たとえば、法的確信、同意等）が果す役割について現実的に分析する。これらの議論は実証主義的な観点からは従来から本格的に取り上げられてこなかった、あるいは無視されていた側面に関する分析であることから、極めて新鮮であり、また、説得力に富む。

だが、この論文執筆の本来的な趣旨からすれば、5つのプロセスにより確立される「義務的規範」はいわゆる伝統的法源として分類される規範だけで

<sup>\*50</sup> マクドゥーガル理論を自家薬籠中の物にするヒギンズは、この論文を素晴らしい (brilliant) と評価する理由を次のように述べる。すなわち、シャクターにとって、義務的規範を確立するための5つのプロセスは、「共同体の期待」の適合性に関する政策科学的な要件に関する用語解説であるが、権威性の主張に対する標的たる聴衆の応答が重大なテストである。このテストは経験的であって、正当性と実効性の双方に注意する。しかし、それはまた心理的な響きを伴い、認識の相違の問題に対してわれわれを元の状態へと戻す。そして、再度、すべての問題を配置した後で、あらゆる選択的な議論を展開する。オスカーは、理論と見解の衝突は災害としてではなく、好機と見なされるべきであると特徴的に結論した。supra note 3, pp. 633-634.

なく、それらのプロセスによって説明可能であるならば、いわゆる非拘束的な規範のかなりの部分も義務的規範に包摂されと考えられる。かれはそうしたより大きな視点から義務的規範の理論を組み立てていたと思われる。しかしながら、シャクターが1977年に執筆した非拘束的合意に関する先駆的論文<sup>\*51</sup>ではこの論文への言及がない。また、ハーグ講義の改訂版においても、非拘束的な規範を扱った第6章「決議および政治的テキスト<sup>\*52</sup>」においてもこの論文への言及がない。すなわち、そこでは新たな規範現象が包括的に取り扱われているとしても、議論は伝統的な法源論の枠組み内で展開されている。したがって、1977年の時点でシャクターはすでに実証主義的な立場に転換していたと述べて差し支えないと思われる。

問題は「義務と価値—三層アプローチ」と題する節である。この部分でシャクターは義務的規範が持つ価値、言い換えれば、その指向する政策および目的を扱う。議論はかなり複雑であるが、単純化すると、かれは、この問題を3つのレベルに分ける。かれはそれを三層構造の建物にたとえる。一階部分は行為のレベルである。それは主観的な目的を持つ行為である。二階部分は国際的な法規則のレベルであって、そこでは、規則は法的な義務のパターンとして明確に目的および価値を指向する。端的に言えば、条約や慣習等のいわゆる国際法の形式的法源はこのレベルに位置づけられるであろう。最上階の三階には、一般的な政策決定と理論的な定式を伴う主要な願望の表明、具体的にはより一般性のある国家目的あるいは公序原則がおかれる。各レベルは独自の価値を持つ。かれは各フロアの往来は双方向であると述べるのであるが、これが価値の序列を事実上意味することは否定できないと考えられる。これはある場合に三層部分の価値、すなわち、このレベルの政策と目的が二

---

<sup>\*51</sup> Oscar Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *American Journal of International Law*, Vol. 71 (1977), pp. 296-304.

<sup>\*52</sup> *Supra*, note 2, pp. 84-104.

層部分の目的を凌駕することがあることを意味する。すなわち、共同体の目的が規則に優位する場合があると認められる。これはシャクター自身が厳しく批判した既述のリースマンの『無効と改訂』の一節と同趣旨であると考えられる。すなわち、行為、規則、共同体の価値、すなわちそれらの政策および目的に至って、シャクターは、明らかにマクドゥーガル理論の論理的帰結を明言するのである。

ところが、ハーグ講義の改訂版において、シャクターは、3つのレベルの政策と目的について述べるが、第1のレベル（恐らく最上層レベル）に権威的な規範的文書に明記される政策と目的、たとえば、主要な多辺条約（特に、国連憲章と戦争法に関するジュネーヴ条約）において受け入れられた目的、国連総会によりコンセンサスで採択された宣言をおいている。そして、第2のレベルの共同体目的に、首脳または立法府または権威的なスポークスマンを通じて国家が行う明示的な政策声明をおき、第3のレベルに、国家の行為、とりわけ、要求、尽力、特別な利益および価値を通じて行われる政策の公式化をおいている<sup>\*53</sup>。しかも、かれは、法的適用の目的上、共同体政策のもっとも重要な淵源は、主要な条約に、また、慣習法で表明される概念および原則に発見されるべきであると明確に述べる<sup>\*54</sup>。

結局、「国際義務の理論に向けて」論文は、その核心である「義務的規範」の理論を、マクドゥーガルの「権威的決定プロセスとしての法概念」に立脚しながら、マクドゥーガルの特殊な用語を用いずに、通常の言葉で展開した力作である。だが、実証主義的アプローチに転換してからの最も重要な体系

<sup>\*53</sup> *Ibid.*, pp. 27-28. ハーグ講義の改訂版で3つのレベルの政策および目的に関して、シャクターは、「政策の公式化の3つのレベルはもちろん相互に関係する。人はそれらがいかに関係し相互に影響を与えるかを考察することができる」とさりげなく述べて、同書の注で問題の論文を引用しているが、しかし、そこには過去のマクドゥーガルのアプローチから実証主義的アプローチへの根本的な転換があったことを忘れてはならない。*ibid.*, p. 32 note 14.

<sup>\*54</sup> *Supra*, note 2, p. 28.

的著作であるハーグ講義の改訂版において、シャクターは、諸規則の形成とその義務の根拠を「義務的規範」の理論によって体系的に説明していない。シャクターは、アメリカ法学の伝統である政策的アプローチの1つの試論としてかれの論文の価値を疑いなく自認していたであろうが、しかし、実証主義的な立場への転換後は、恐らくその論旨を全面的に肯定することはなかったであろうと推察される。なぜなら、この論文執筆の時点でシャクターは間違いなくマクドゥーガルの忠実な使徒であったと言えるからである。

## 第2編 「国際義務の理論に向けて」論文（翻訳）

もし私の主題が記念論文としてあまりに大きくまたは野心的と思われるとすれば、私の弁明はハーディ・ディラードが私にそのような影響を与えているというものである。すなわち、かれは私に基礎的条件について、そしてわれわれの仮説で検証されない傾向がある不確定要素について考えさせる。驚くことに、かれはこの両者を簡単に、しかも具体的で、現実的な実例を用いて行うことができる。かれの法的議論は一私はそれ以上魅力的で啓発的な議論を知らないのであるが—これらの実例をめぐって組み立てられる。それらはコモン・ローから、歴史と伝記から、国際的または軍事的な経験から、ジョーク集、演劇およびスポーツ欄から抜粋される。それらはすべて重要な諸問題、つまり、われわれの個人的な生活の本質と特質ならびに政治的および法的なプロセスを通じた社会の秩序づけに関する深刻で複雑な問題にともかく関連する。ポーカーゲーム、手っ取り早い荒稼ぎ、国際河川紛争は啓示的で教訓的になる。というのは、かれの話では、それらはホワイトヘッド、サンタヤナ、現代論理学者および言語分析学者の見識によって、とりわけ、諸問題に対する並外れた感受性を付与された人の機知、雄弁および知恵とかれの同胞の願望で満たされるからである。

### I 理論の実際的重要性

国際法の哲学的小および法学的な問題に関するディラード学部長の永続的な関心を考慮して、この論文を国際法におけるわれわれの現在の知的混乱の一部の核心にあると思われる基本的な—ある者は超法的と言うであろう—問題に関する若干の考察に捧げることはとりわけ適切であると思われる。主題として、「義務の根拠」は国際法自体と同程度に古い。それは、スアレス、ビ

トリア、グロティウス、プーフENDORFなどのような創始者達の独創的な著書において卓越した地位を占める。また、それは19世紀における重大な論争の中心的な問題であり続けた<sup>\*1</sup>。20世紀において、それは、それほど重要でない地位を占めている。それは国際司法裁判所規程第38条を中心とする「淵源」と証拠の議論によって主として取って代わられた<sup>\*2</sup>。軽視されてはいるけれども、それは無視されなかった。20世紀の指導的な学者のそれぞれが新たな分析を示すことを余儀なくされると感じた。1つの理論として一般的な賛同を得たものはなく、まるで学者の数だけ多くの理論または少なくとも公式化が存在するように思われる。われわれは国際法における義務の基礎として（または基礎の1つとして）提案された少なくとも13の「候補」を掲げることができる。

- (i) 国々の同意<sup>\*3</sup>
- (ii) 慣習的慣行<sup>\*4</sup>
- (iii) 「公正」の意識—法意識<sup>\*5</sup>
- (iv) 自然法または自然的理性<sup>\*6</sup>
- (v) 社会的必要性<sup>\*7</sup>

---

<sup>\*1</sup> P. Corbett, *Law and Society in the Relations of States* 17-90 (1951).

<sup>\*2</sup> C. Parry, *Sources and Evidence of International Law* (1965) ; M. Sorensen, *Les Sources du Droit International* (1946).

<sup>\*3</sup> Corbett, *The Consent of States and the Sources of International Law*, 6 *Brit. Y. B. Int'l L.* 20 (1925) ; Tunkin, *Coexistence and International Law*, 95 *Hague Academy Recueil des Cours* 5, 32-49 (1958).

<sup>\*4</sup> H. Kelsen, *Principles of International Law* 564 (2d ed. R. Tucker rev. 1966). 同じく、G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* 22-38 (1965).

<sup>\*5</sup> 特にクラブベによって表明されたようなこの見解に関する議論は、J. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law* 59-64 (H. Lauterpacht & H. Waldock ed. 1958).

<sup>\*6</sup> H. Wheaton, *Elements of International Law* 20 (1866) ; Lauterpacht, *The Grotian Tradition in International Law*, 23 *Brit. Y. B. Int'l L.* 1 (1946) を見よ。

<sup>\*7</sup> G. Scelle, *Droit International Public* 13-14 (1949).

- (vi) 国際共同体の意思（国際共同体の同意）<sup>\*8</sup>
- (vii) 直感（direct or stigmatic intuition）<sup>\*9</sup>
- (viii) 参加者の共通目的<sup>\*10</sup>
- (ix) 実効性<sup>\*11</sup>
- (x) 制裁<sup>\*12</sup>
- (xi) 「体系的な」目標<sup>\*13</sup>
- (xii) 権威に関する共通の期待<sup>\*14</sup>
- (xiii) 承認のルール<sup>\*15</sup>

国際法における義務の「真の」または「正確な」基礎に関する考え方のこの広範な配列を見てみると、一方で、「基礎」の選択は何らかの重要な実際の意味を持つのか、他方で、意見の多様性は国際法概念構造の根本的な脆弱性を明らかにするのではないのか、が問われるであろう。

一部の實用主義的な傾向のある国際法学者はこの問題を重要と考えていな

<sup>\*8</sup> C. Jenks, *The Common Law of Mankind*, ch. 1 (1955) ; C. Jenks, *Law, Welfare and Freedom*, 83-100 (1963) ; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* 421-423 (1933).

<sup>\*9</sup> Stone, *Problems Confronting Sociological Enquiries concerning International Law*, 89 *Hague Academy Recueil des Cours* 65 (1956).

<sup>\*10</sup> C. de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* 122, 133 (P. Corbett transl. 1957) ; Hoffman, *International Systems and International Law*, in 2 *The Strategy of World Order* 135, 162 (R. Falk & S. Mendlovitz ed. 1966).

<sup>\*11</sup> J. Brierly, *The Outlook for International Law* 4 - 5 (1944) ; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* 86-95 (1964).

<sup>\*12</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence* 133, 194 (1954ed.).

<sup>\*13</sup> M. Kaplan & N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law* 56-80, 341-54 (1961). 同じく、M. Kaplan, *System and Process in International Politics* (1957).

<sup>\*14</sup> M. McDougal, *Studies in World Public Order* 1 -41 (1960) ; McDougal, *International Law, Power and Policy*, 82 *Hague Academy Recueil des Cours* 137 (1953). 同じく、後掲注41で引用される著作を見よ。

<sup>\*15</sup> H. Hart, *The Concept of Law* 77-107, 231 (1961).

いように思われる。義務それ自体—法規範または法規定—が条約または慣習のようないわゆる形式的法源の1つとして、あるいは法の一般原則として確認されうる限り、義務の根本的な基礎が何であるかはほとんど重要でないように思われる。それゆえ、国際法に関する大多数の現代的な著書と教科書が「基礎」の問題にごく簡単に論及するのは無理からぬことである。市民集会での牧師の冒頭の祈りと同じように、それはその後で述べられることにほとんど影響を与えない。実務的な国際法学者は義務の根拠に関してではなく、いわゆる形式的または実質的な「淵源」に関心があると考えられる<sup>\*16</sup>。

しかし、このことは実践するよりも述べる方がはるかに簡単である。ともかく、義務の基礎に関する概念は繰り返し現れるが、しかしそれは国際法の拘束力に関する理論的な議論においてばかりではない。それらは、法規が出現したかあるいは終了したか、ある出来事は違反かそれとも先例か、そして、ある条約の下で慣行は法として受け入れられるかどうか、に関する具体的な論争において現れる。それらは法律用語で表現される厳粛な宣言が規範的な規則を規定する正式な権限を持たない公的な団体によって採択される事態を扱う際に関係する。それらは、説かれることと実践されることとの間に実質的な相違があるとき、あるいは、コンセンサス（または期待）が地理的条件または期間に関して制限されるとき、に現れる。それらは、もちろん、新たな問題ではなく、長年にわたって法律学の著作の主題であり続けてきた。しかし、ここ数年の間に、この一般問題は新たな広がりを獲得した。現代国際社会の特異な特徴は、国際「立法」と裁判のための形式的な手続の相応する利用を同時に伴うことなしに、相当な規範的活動を生み出してきたことである。

義務の不確定性の問題に増大した重要性を与えるために過去数年間に国際

---

<sup>\*16</sup> Bishop, *General Course of Public International Law*, 115 Hague Academy Recueil des Cours 151, 214-50 (1965).



生活に現れた主たる要因を想起することは有用であろう。

第1に、国家行為の要件を明示的または黙示的に規定しまたは現行の要件を終了させもしくは修正することを意図する国連総会または他の国連諸機関によるかなり論議を呼んだ「準立法活動」が存在した<sup>\*17</sup>。

第2に、黙示の了解または一方的な行為および黙認に基礎づけられるいわゆる「ゲームのルール」の承認が存在した。これは武力行使に関する超大国の行動の注目すべき特徴である<sup>\*18</sup>。

第3に、伝統的秩序を覆し、権威に関する従前の概念が基礎づけられた前提に挑戦した社会革命が存在した<sup>\*19</sup>。

第4に、国々の一特に経済および技術活動における一増大する相互依存は伝統的な立法方式では制度化されなかった協力と互恵的な行動パターンを著しく増大させた<sup>\*20</sup>。

第5に、国民国家の増大した「浸透性」は国際関心事項と国内管轄事項との間の障壁を減少させる結果をもたらした<sup>\*21</sup>。これに関係するのは次のような事実である。すなわち、国連憲章、特に、人権と人民の自決に関する諸条

<sup>\*17</sup> R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* 1-10 (1963) ; Bailey, *Making International Law in the United Nations*, 1967 *Proceedings*, Am. Soc. Int'l L. 233 ; Falk, *On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly*, 60 Am. J. Int'l L. 782 (1966) ; Jennings, *Recent Developments in the International Law Commission: Its Relation to Sources of International Law*, 17 Int'l & Comp. L. Q. 385 (1964) ; Schachter, *The Relation of Law, Politics and Action in the United Nations*, 109 *Hague Academy Recueil des Cours* 171 (1963).

<sup>\*18</sup> E. McWhinney, *Peaceful Coexistence and Soviet-Western International Law* 92-100 (1964) ; T. Schelling, *The Strategy of Conflict* 260-64 (1960) ; Henkin, *International Law and the Behaviour of Nations*, 114 *Hague Academy Recueil des Cours* 171, 200-01 (1965).

<sup>\*19</sup> T. Taracouzio, *The Soviet Union and International Law* (1935) ; Hoffman, *supra* note 10, at 152 *et seq.*; McDougal & Goodman, *Chinese Participation in the United Nations*, 60 Am. J. Int'l L. 671 (1966) ; Tunkin, *supra* note 3.

<sup>\*20</sup> W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* 275-94 (1964) ; Schachter, *supra* note 17, at 238-49.

項は、国際的な基準に基づく評価のために国内活動を集团的機関に持ち込んだ。

第6に、有益であると同時に有害な国際的影響力を持つ科学技術の拡大は厳密かつ綿密な法的文書を締結することなしに基準を設定し監視する非公式な手段を生じさせた<sup>\*22</sup>。

これらの傾向の単なる言明は、少なくともこれらの条件を適用したときに、条約と慣習法のカテゴリーに容易に分類することができない規範的なプロセスがいかに広範でしかも大規模であることを示す。法律家はこれによって不快にさせられ、新たなワインをたえず古いボトルに注ぎ込み、由緒のあるラベルを付してこれを売り込もうと努める。かれらは事例の多くを条約解釈の問題として扱うであろう。他の事例は伝統的慣習法に適用可能な前提に基づいて扱われるであろう。しかし、われわれが議論と決定のための根拠を検討するときには、われわれは、「拘束的な」規則が存在するかあるいは適用されるべきかのテストが基本的な法学的前提を含むことをかなりの確率で発見するであろう。法源に関して裁判所規程第38条により明確に規律される国際司法裁判所でさえ、裁判官がその審理過程において慣行を評価するためには理論に依拠しなければならないことを何度も証明してきた。

われわれは共同体の意思、慣習的行為、「公正」の概念、理性、必要性、自然法、主要目的などのような基準を用いた司法的意見を直ちに引用することによってこれを簡単に例証することができる。南西アフリカ事件におけるジェサップ裁判官と田中裁判官の意見は良い例を提供する<sup>\*23</sup>。ジェサップ裁判官は、総会決議で特に記録されるようなアパルトヘイトに関する非難表明

---

<sup>\*21</sup> M. Kaplan & N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law* 94-108 (1961). 「国民国家の一般的な浸食」傾向に関する示唆的な社会学的分析に関しては、Galtung, *On the Future of the International System*, [1967] J. Peace Research (Oslo), No. 4, at 305-33.

<sup>\*22</sup> Schachter, *Scientific Advances and International Law Making*, 55 Calif. L. Rev. 423 (1967).

<sup>\*23</sup> [1966] I.C.J. 6, 325-442 (Jessup, J., dissenting), 250-324 (Tanaka, J., dissenting).

の蓄積は南アフリカが住民の福祉を促進するという第2条の要件の解釈に関して使用されるべき「国際共同体」の基準を決定するに当たって「決定的な実際のおよび司法的な価値を」持つと判断した<sup>\*24</sup>。実際には、これは、総会決議が福祉の意味に関する反証を単に許す推定であるだけでなく、確定的な推定であることを意味した。田中裁判官は別の根拠を採用した。かれは、単独の決議は勧告的なものにすぎない一方で、圧倒的多数によるアパルトヘイト非難の繰り返しは慣習法規を確立すると結論した<sup>\*25</sup>。かれはまたアパルトヘイトに反対する規則は「法の一般原則」を構成すると判断した。なぜなら、その規則は、多様な法制度に共通する原則ではなくて、一般に、「あらゆる種類の人間社会を通じて妥当する」、そして「人格者としての人間」の概念から導出される自然法であるからである。したがって、その妥当性は、「超国家的かつ超実定的な性質」を持つという根拠に依存する<sup>\*26</sup>。

他のI.C.J.判例において、われわれは、「主要な目的<sup>\*27</sup>」、公正の意識の必要性<sup>\*28</sup>、および人道的価値<sup>\*29</sup>への依拠を発見しうる。イギリス・ノルウェー漁業事件<sup>\*30</sup>において直接に影響を受ける1国の強い経済的利益という要因は、当該国の慣行は法として受け入れられるべきであるという判決を支えた。また、コルフ海峡事件判決<sup>\*31</sup>において多数派は、イギリスによる「自己保存権」主張を、それがそのようなものとして「過去において重大な濫用を生じさせた」力の政策の表明であるという理由で却けた。これらはすべて第38条の本文に容易に見出すことができない基準である。

<sup>\*24</sup> *Id.* at 441.

<sup>\*25</sup> *Id.* at 291.

<sup>\*26</sup> *Id.* at 298.

<sup>\*27</sup> 国際連合のある種の経費に関する勧告的意見、[1962] I.C.J. 151.

<sup>\*28</sup> 庇護事件、[1950] I.C.J. 266.

<sup>\*29</sup> ジェノサイド条約の留保に関する勧告的意見、[1951] I.C.J. 15.

<sup>\*30</sup> [1951] I.C.J. 116.

<sup>\*31</sup> [1949] I.C.J. 4.

法的分野を超えて政治的団体や外交的分野を見ると、われわれは、驚くことでもないが、「拘束的」と「非拘束的」との間の区別を容易に識別することのできない更に多くの状況を発見する。恐らく、そのような状況の最も重要なグループは上述した発展の第2のカテゴリー、つまり、「ゲームのルール」または黙示の了解に分類される。このカテゴリーには他方の勢力範囲内で何らかの重大な方法で武力を行使したりまたはそこに武力を導入したりしないまたは両者間の現存のバランスを覆さない2大国間の暫定協定 (*modus vivendi*) としてしばしば表現されるものが含まれる。一部の観察者は、あたかも条約で規定されたかのように分割された諸国を通して走る、また他の重要な地域の間を走る、大国によって受け入れられた「ライン」に言及した<sup>\*32</sup>。キューバの隔離とミサイル危機はその一般ルールのはたらきを例証すると言われる<sup>\*33</sup>。他のそのようなゲームのルールはいっそう制限された状況で仮定されてきた。たとえば、ある者は、2大国の間にはそれぞれの同盟国を含む第三国に核兵器を供与しないという暗黙のルールが存在すると述べるであろう。これらのルールまたは暗黙の合意は法律家によって一般に法的義務とは性質づけられない。すなわち、それらの違反は法的責任の根拠とは考えられないであろうし、また、それは任意に終了させることができると推定される。他方で、それらの終了は、(核実験モラトリアムの終了の場合のように) 公的な非難の形式での制裁または、さらに重大なことだが、他方の当事国により対抗行為を生じさせるであろう。ある場合には、これらの「ゲームのルール」は現代の最も重要な国際義務を構成する。

---

<sup>\*32</sup> たとえば、Rostow, *The Great Transition: Tasks of the First and Second Post-War Generations*, 56 Dep't State Bull. 491, 492, 494 (1967) を見よ。同じく、Lissitzyn, *International Law in a Divided World, Int'l Conciliation*, No. 542 (1963)。

<sup>\*33</sup> E. Abel, *The Missile Crisis* 104-09, 192-93 (1966) (statements of President Kennedy)。同じく、Chayes, *The Law and the Quarantine of Cuba*, 41 For. Aff. 552 (1963) ; Henkin, *supra* note 18, at 254。

上で述べた6つのカテゴリーのリストを掲げてみると、他の情況が思い浮かぶ。たとえば、（総会の宣言と他のいわゆる「非拘束的な」主張において表明された）反植民地主義が国内管轄権と自決に及ぼす効果について考えてみよう<sup>\*34</sup>。あるいは、私有財産の収用に関する変化しつつある概念とそれが収用に対する金銭賠償に関する現行「規則」に与える影響を考えてみよう<sup>\*35</sup>。経済および技術の分野において、発展途上国のための国際貿易および経済援助に関するいまだ条約の法形式をとっていない出現しつつある法原則の法的権威は不明確である。それにもかかわらず、それらはかなりの実効的有効性を示し、それらの将来的な適用に関する期待を生じさせている<sup>\*36</sup>。

これらの事例のすべてにおいて、法的義務の伝統的な道標は限定的な有用性を持つ。すくなくとも、それらは、多分リチャード・フォークが提案したように、国際社会における法的義務の基礎に関するより適切な理論を要求する<sup>\*37</sup>。以下の検討においていっそう適切な理論的考察の一端を示すよう務めるであろう。

<sup>\*34</sup> Castañeda, *The Underdeveloped Nations and the Development of International Law*, 15 Int'l Org. 38 (1961) ; Emerson, *Colonialism, Political Development and the United Nations*, 19 Int'l Org. 484 (1965).

<sup>\*35</sup> Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964) ; The Aftermath of Sabbatino (L. Tondel ed. 1965). 同じく、O. Lissitzyn, *International Law Today and Tomorrow* 75-85 (1965) ; Hyde, *Economic Development Agreements*, 105 Hague Academy Recueil des Cours 271, 332-55 (1962) ; Schwebel, *United Nations Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources*, 49 A.B.A.J. 463 (1963).

<sup>\*36</sup> Metzger, *Development of Rules Relating to International Trade*, 1965 Proceedings, Am. Soc. Int'l L. 28 ; Lasswell, *The Relevance of International Law to the Development Process*, 1966 Proceedings, Am. Soc. Int'l Law 1 ; Friedmann, *The Relevance of International Law to the Processes of Economic and Social Development*, *id.* at 8 ; Remarks of F. Feliciano, *id.* at 15, and of A. Fatouras, *id.* at 18 ; Schachter, *supra* note 17, at 233-49.

<sup>\*37</sup> Falk, *New Approaches to the Study of International Law*, 61 Am. J. Int'l L. 477, 486 (1967).

## II 国際義務の理論に対するアプローチ

ハーディ・ディラードは最近の、例に違わぬ巧妙な論文で、他を排除する一定の探求方法を強調することについて懸念を示した。かれの示唆によれば、物事の「理由」を理解するために、われわれは「前後の両方を見通す観点」を必要とする。「それはもっぱら事実調査に傾く精神、あるいは特殊問題の解決に適応する精神を巧みに回避する<sup>\*38</sup>」。それはまた、私はディラード学部長も同意するであろうと承知しているのであるが、先験的で直感的なアプローチにもっぱら向けられた精神を回避するであろう。もしわれわれが国際義務のようなかなり捉えどころのない獲物を捕らえようとするならば、われわれはいくつかの網を、しかもそれらすべてを大きく広げることが必要かもしれない。

網に関する困った事態、すなわち、それらが現在呼ばれるような「概念枠組み」は、われわれが容易にその網の中に絡みとられて、獲物を見失うことがありうるということである。網が大きければ大きいほど、その危険性はそれだけ大きくなる。われわれは、高次の全包括的概念から中間的な仮説を通じて時として検証可能な、時としてそうではないより特定の主張へと進む壮大なトップ・ダウン制度へのもつれ込みを見てきた。ヘーゲルとマルクスは古典的な例を提供する。タルコット・パーソンズは現代的な良い例である<sup>\*39</sup>。さらに、もしわれわれが大量の素材を体系化し、それらをわれわれの目的と関係づけようとするならば、体系または枠組みは不可欠であると思わ

---

<sup>\*38</sup> Dillard, *Minds and Moods*, 44 Va. Q. Rev. 51, 58 (1968).

<sup>\*39</sup> T. Parsons, *The Structure of Social Action* (1937). 「法的観点」からのパーソンズの要約と批判は、J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* 16-28 (1966). An application of Parsonian theory to international law is found in K. Carlston, *Law and Organization in World Society* (1962).

<sup>\*40</sup> 概念枠組みは学者に必要とされる安心感を与える。また、それは助手や大学院生がかれらの研究を進めることをいっそう容易にする。実際の利点は記すまでもない。Mackenzie, *The Conceptual Framework and the Cash Basis*, 10. *Pol. Studies* 36, 41 (1962).

れる<sup>\*40</sup>。そこで、私は、われわれがここで関心のある種類の問題に関して最も適切な枠組みは「権威的決定の世界的プロセス」の探求のためにハロルド・ラズウェルとマイアーズ・マクドゥーガルが発展させた枠組みであると信じる<sup>\*41</sup>。私が知るいかなる他のスキームも法と他の社会プロセスの相互作用を検討するための完全な一まとまりの用具を提供しない。それは、われわれが規則と行動との間の結びつきを鋭敏に認識し、同様に重要なのであるが、長期にわたり理解を妨げてきた知的障害を消滅させる強力な溶剤をわれわれに与えることを可能にする。その長所は発見を導く特性などでは全くない。それは疑われていない相互関係や説明を明らかにするために人をして無視されている層を探索させる。後に続く所見はラズウェルとマクドゥーガルのアプローチに多くを負っている。私はこのアプローチに基づいて構築すると同時にそのアプローチについて問題を提起する。しかしながら、私は、かれらの特別な用語法に馴染んでいない人々に対して私の論点を明確にするために、多分ある程度の正確性を犠牲にしてではあるけれども、より伝統的な言葉を用いるであろう。私はまたかれらの多様な一連のカテゴリーを定型的な方式で用いたりもしないであろう。その装置はこの論文にとってあまりに重いように思われる。私自身の思考はその重みに没するかもしれない。

#### 義務的規範を確立するプロセス

論理的および科学的な方法による最近の分析は、「定義づけ政策」とさまざまな検討形式にとって適切な定義方法の多様性に多大な重要性を与えてきた<sup>\*42</sup>。そうした文献に上辺だけ馴染むことでさえわれわれに独断主義と定義

<sup>\*41</sup> M. McDougal, H. Lasswell & J. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order* (1967) ; M. McDougal, H. Lasswell & I. Vlasic, *Law and Public Order in Space* ch. 1 (1963) ; McDougal, *supra* note 14 ; Lasswell, *Toward Continuing Appraisal of the Impact of Law on Society*, 21 Rutgers L. Rev. 645 (1967).

の終局性に対して警告し、異なる種類の定義は異なる目的および主題に役立つと教える。そうは言うものの、私は、時として好まれるいっそう慎重な規定的で作用的な定義を超える「義務的規範」(obligatory norm)というわれわれの重要な概念のための定義的な仮説をあえて提案したい。その仮説は結果よりもむしろプロセス（つまり、とられた措置）の観点から述べられるであろう。それは5つのプロセスが義務的法規範を確立するための必須的「かつ」十分な条件を構成すると提案するであろう。（これは、論理学において幾度となく「実在的」、「構造的」または「理論的」—それらの言葉はわれわれにほとんど何も語らない—として性質づけられてきた種類の定義である）。この定義は義務的規範にそれらの最も一般的な意味で適用することを意図する。それは、条約、慣習、制定法、決定または決議であるか、国際的または国内的であるか、特定のまたは高度に一般的、具体的または不確定的であるか、を問わない。要素となる言葉は経験的であることを意図し、単に名目的であること（規定された言葉と等価であること）を意図しない。また、それらは単なる作用上の指針ではなくて、（すでに述べたように）必要かつ十分な条件である。言い換えると、それらはわれわれが義務的な規則または原則に出会うときに、どのようにしてそのような規則または原則を認識するかをわれわれに示そうとする。また、それらは同様に識別可能な資料に基づきわれわれがどのようにして提案された候補を退けるかをわれわれに示そうとする。

5つのプロセスはラズウェルとマクドゥーガルがかれら独自の用語で提案するものと似ている。ただし、私は、私の公式化にかれらが同意するかどうかは知らない。かいつまんで述べると、義務的規範の確立のために必要とされる5つのプロセスは以下のようなものである。

---

\*42 A. Edel, *Method in Ethical Theory* 111-38 (1963) ; C. Hempel, *Fundamentals of Concept-Formation in Empirical Science* 2-14, 39-50 (1952).



- (i) 偶然的な状況での行動に関する要件の公式化と明示、
- (ii) その明示がその機能を果たすための権限（権威または正当な役割）を持つものとして承認された人々によって、かつ、その目的のために適切なものとして受け入れられた手続に従って行われたことの表示、
- (iii) 明示された要件を実際に効果的にする関係者の能力と意思の表示、
- (iv) 要件が向けられる人々（標的たる聴衆）に対する当該要件の伝達、
- (v) 標的たる聴衆である大衆の中に、明示された要件が（上の(iii)で特定された意味において）権威的なものとして、しかも将来かなりの程度で従われる見込みがあるものとして見なされることを示す—心理的および作用的の双方の一反応を生み出すこと。

これらの特徴のそれぞれは、もし利用可能であるならば、ある提案が義務的規範と見なされるべきであるという性格づけを有効にするまたはこれに論駁する種類の素材（資料）を示す。さらに、それにより、われわれはさもなければ気付かなかったであろう基礎的な事実に基づく仮定を発見し、言葉では表現できない義務的現象の現実注目することができる。

以下の解説において、私は国際法プロセスに関して第Ⅰ部で提起された実際問題に特に関連するこの定義の3つの側面を扱うであろう。第1は、「指令する」、つまり、義務的規範を明示する問題である。第2は、規範が向けられる人々（標的たる聴衆）の応答（または受諾）である。第3は、記述的レベルでのその応答と共同体の目的および価値との間の関係の問題である。これらの3つの側面は複雑性と困難性の昇順である。各側面に関する私の見解は、多少の明確化に努めると同時に、問題点を示唆するであろう。

## 権限と権威

われわれの仮説の下で、明示された要件が義務的と見なされうるかどうかは、1つには、その明示を行った人々がその要件が向けられる人々（標的た

る聴衆)によってその役割のために必要な権限または権威を付与されていると見なされるかどうかには依存するであろう。「誰が立法者であるか」というこの問題は、高度に形式的で明確な問題であるとしても、あらゆる種類の立法に関して難問を提起しうるし、現に提起している。しかし、この問題は、仮定された要件が未組織の非形式的な相互作用の中で生じ、また、それが立法的な機能を果す権威の正式な特徴を欠く人に由来するときにはいっそう発生しやすく、またいっそう重大であるように思われる。この論文の第Ⅰ部ですでに理解したように、そのような問題は参加者の適切な役割に関して不確定性を含む「慣行」または非形式的な相互作用の状況ではっきりと生じる。それらは、また、国連総会のような恐らくは勧告的な諸機関、国際法委員会のような専門家グループまたは法学者達の活動の結果としてますます頻繁に生じる。さらに、人は、このリストに、国家の軍人、国家の文官、民間のビジネスマンや科学者を付け加えることができる。これらのすべての人は法的に拘束的なものとして受け入れられるようになった諸規則の作成者として多少とも参加してきた。この事実は、国際的に義務的な規範を明示するために誰が、いかなる状況で、権威的と見なされるかをわれわれが類別することを可能にする一般的基準を発見することが困難であることを示唆する。

しかしながら、調査の目的上提案することのできるいくつかの有用な相互関係が存在する。人は推定的な「指令者」とかれらが行動する領域または情況の関係を扱わなければならない。国の行政機関の内部で働く政府公務員は国際法規則の公式化に参加する権限を持たないが、しかし、国際連合への派遣代表になり、憲章規定を明確に解釈する決議の公式化に参加するときに、かれは必要な権限を持つと考慮されるようになる。私が別の関連で述べたように、

ある機関が憲章原則または何らかの他の法規則を特定の事実に適用するときに、その機関は論理の問題としてより特定の新たな規則を主張

している。その機関の構成員が、たとえかれらの決定は特定の事実に限  
定され、先例を確立することを意図しないと主張する（かれらはしばし  
ばそうしている）としても、これは法創造行為である。この場合の「規  
則」は他の情況では遵守されず、その適用可能性は限定されていると判  
明するであろう。しかし、逆もまた真であると判明する。というのは、  
ひとたび決定が権限ある機関によって行われるならば、それは通常は法  
源と見なされる決定の流れに入ってしまうからである。衡平の考慮と平  
等の取扱いは「等しい」情況へのその適用を支持しがちであるだろう。

さらに、ある事案にその適用を強いた理由は他の事案に何らかの影響を  
与えると思われる<sup>\*43</sup>。

同様に、権利および義務を主張する公文作成に携わった外交官または敵対  
行為に従事し、そして休戦協定を締結する将軍はある程度の権限を持ち、国  
家慣行を表すものと見なされるであろう。事実、最近のいくつかの仲裁判決  
は、民間航空会社と石油会社の行為が国際協定に従って遂行されたとき、そ  
れらの実践を権威的なものと認めた<sup>\*44</sup>。

もう1つの関連ある側面は、「指令者」がかれらの政策計画を実効的かつ  
支配的なものにするために手段を用いることができる、しかも積極的に用い  
ようとする範囲であるだろう。資金、供給品およびサービスを分配する機関  
は拘束的な規則を定める正式の権限を欠くが、しかし、その資源の処理に関  
するその決議と慣行は明らかにそれらの資源の利用と分配を規律する規則に  
関してその権威を高める要因であるだろう。実例は国際連合の技術援助およ

<sup>\*43</sup> Schachter, *The Quasi-Judicial Function of the General Assembly and the Security Council*, 58 Am. J. Int'l L. 960, 964 (1964).

<sup>\*44</sup> Air Traffic Rights Dispute (United States v. France) (1936), 3 Int'l Legal Materials 668 (1964) ; 58 Am. J. Int'l L. 1016 (1964) ; Air Traffic Rights Dispute (United States v. Italy) (1965) 4 Int'l Legal Materials 974 (1965) ; Saudi Arabia v. Aramco (1958), 27 I.L.R. 117 (1963).

び開発計画の経験に見出される<sup>\*45</sup>。

ある集団の権威を受け入れることもまたその手続的および言語的な象徴に依存するであろう。たとえば、国際法委員会のような団体は、先例と慣行を長期にわたって注意深く検討し考慮した後で、いっそう容易に権威的として受け入れられるその成果、すなわち、一まとまりの規則を持つだろう。すなわち、その権威は、それが「発達」として（つまり、新たな法として）提示されるよりも、法典化であるならば、また、そのように明示されるならばいっそう大きいであろう<sup>\*46</sup>。

同様に重要なのは、「指令的」集団が意図された聴衆の中で主要な参加者を代表するその程度である。世界的レベルで、これは全会一致またはそれに近い規範的宣言のより大きな受諾可能性として明白になる<sup>\*47</sup>。相異なる政治的およびイデオロギー的な見解が合意された草案で調整されたという事実はその草案が高められた権威を持つことの説得力ある証拠として広く扱われる<sup>\*48</sup>。これはまた地域的なまたは他の普遍的でない規範に関しても取るに足りないことではない。すなわち、その参加者が多様であり、しかも相反する傾向および基本目的さえ持つという事情はそれらの権威に付け加わる要素で

<sup>\*45</sup> G. Feuer, *Les Aspects Juridiques de L'Assistance Technique* (1957) ; Schachter, *supra* note 17, at 236.

<sup>\*46</sup> H. Briggs, *The International Law Commission* 276 (1965) ; Hoyt, *The Contribution of the International Law Commission*, 1965 Proceedings, Am. Soc. Int'l L. 2 ; Jennings, *supra* note 17 ; Lauterpacht, *Codification and Development in International Law*, 49 Am. J. Int'l L. 16 (1955) ; Stone, *On the Vocation of the International Law Commission*, 57 Colum. L. Rev. 16 (1957).

<sup>\*47</sup> Castañeda, *supra* note 34, at 44-48 ; South West Africa Cases, *supra* note 23, at 441 ; Lachs, *The Law in and of the United Nations*, 1 Indian J. Int'l L. 429, 439 (1961) を見よ。

<sup>\*48</sup> この要点は諸国間の友好関係および協力に関する国際法原則に関する国連特別委員会で強調された。International Law Comm'n, Report, 21 U.N. GAOR, U.N. Doc. A/6230 (1966) (New York Session); International Law Comm'n, Report, 19 U.N. GAOR, U.N. Doc. A/5746 (1964) (Mexico City Session)を見よ。同じく、Houben, *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States*, 61 Am. J. Int'l L. 703 (1967)。

ある。

私がすでに考察したように、重要なテストは（明示的であれ黙示的であれ）権威性の主張に対する標的たる聴衆の反応である。こうして、大国が発達させた黙示的なゲームのルールは、かれら自身および共同体の他の部分によって、その目的のため適切な意思決定者である実体によりかつ適切と考慮される手続に従って実行された「国家慣行」として認識されるならば、この実践は私がその言葉を用いた意味において権威的（正当）であるだろう。これは2カ国または3カ国の慣行が他の国々に義務を課すことを意味するのではない。すなわち、それはそのような慣行がそれらの「他の諸国」によって権威的と見なされることがあることを意味する。そして、もしその慣行が遵守されそうであると認識されるとするならば、そのときには「法として受け入れられた慣行」として適切に性格づけられるであろう。われわれのテストは、要するに、正当性と実効性という2つの理由に基づき経験的なものである。

これは、以前に述べたように、制定法であれ、条約であれ、命令であれ、慣習であれ、すべての法に当てはまる一般的な要点である。というのは、われわれは以下のように認識するであろうからである。すなわち、適切に制定されたとしても、一部の「法令」は、遵守の蓋然性の程度がきわめて低いために「死文」として扱われる。また、適切に締結された条約であっても、一部の条約は「紙くず」として、より洗練された言葉では、廃絶（desuetude）によって終了したものと見なされる。権威の要件に関して、われわれは、良く守られてはいるけれども、ギャングの命令は合法でないであろうと認める。なぜなら、かれは命令を下す正当な権限を付与されていると見なされないであろうからである。恐らく、そのような正当性は無数の軍事独裁者に対して認められてきたようにやがて認められなければならないようになるだろう。その場合には、その原因が何であれ、その基準は満たされるであろう。要するに、正当性の認識は政治的事象であるばかりでなく心理的事象である。

それは心理状態または意識状態に関係する。社会的なレベルに適用されると、その認識は高度に複雑な現象である。それは国民国家間の状況に持ち込まれると、途轍もない問題を提起する。われわれは次にこの問題の若干の側面に取り組むであろう。

### 心理的要素とその複雑性

国際法学者は、義務の特殊な性質とその存在の指標に関して多様な見解を持つけれども、その心理的な構成要素の要件を一般に受け入れてきた。大体において、かれらは（慣例を慣習から区別する）慣習法との関係、特に「法的必要信念」（*opinio juris sive necessitatis*）の関連でこの問題を扱ってきた<sup>\*49</sup>。しかしながら、われわれが第Ⅰ部で理解したように、（権威と実効性の認識を含む）同種の問題は条約法の文脈において、たとえば、解釈（慣行の意味）または終了（廃絶）または（それほど形式的でない種類の合意の場合における）受諾に関する問題として提示される。基本的な問題は、すでに見たように、国際団体において諸政府によりまたは黙示的了解によって表現された決議または宣言に関して生じる。慣習、合意および国際機関という3つのカテゴリーは心理的な反応に関する推論を引き出すに当たって重要な違いを示す。しかし、私見によれば、同じ要件は規範的活動の3つの範囲に当てはまる。したがって、私の一般的な所見はそれらのすべてに当てはまるであろう。

国際法文献においても、また実例においても、われわれは心理的要素の性格づけに関して3つの主要傾向を発見する。すなわち、1つの傾向は国家の同意（または承認）を強調する。もう1つの傾向は国家行為を強調する。そして、第3の傾向は国際共同体の「意思」またはコンセンサスを強調する。

---

<sup>\*49</sup> C. de Visscher, *supra* note 10, at 148-56 ; H. Kelsen, *supra* note 4, at 450-51 ; M. Sorensen, *supra* note 2 ; McDougal, *The Emerging Customary Law of Space*, 58 Nw. U.L. Rev. 618 (1963).

（これらの3つはすべて義務の仮定された「基礎」に明らかに関係する）。私見によれば、これらの傾向のそれぞれは、不完全ではあるが、考慮されるべき妥当な洞察を反映する。これらの3つに伴う困難は、それらが経験から離れて事実的な検討を阻む還元主義に向かうときに生じる。

われわれは「同意」の概念に関してこれを理解することができる。「同意」の概念は、「承認」の意味で適用されるのであるから、慣行は国家がそれを義務的なものと認めるときに当該国にとって法になる。この結論は、必要な条件は規範が権威的でしかも合理的に実効的であるという標的たる聴衆の側の認識であるというわれわれの意見と本質的に両立しえないものではない<sup>\*50</sup>。このように、（認識、期待または承認のいずれで表明されようとも）われわれの仮説が要求する心理的な反応は、広い意味で黙示的同意の形式を構成するものとして扱われうるであろう。他方で、黙示的同意のような大変捉えどころのない概念の利用は、その権威と実効性の承認によって長く支持されてきた確立された法規則がもはやそれに同意しないまたはその同意を明示的に表明しなかったという理由で、特定国により拒絶しやすいものと見なされるであろう危険を伴う<sup>\*51</sup>。この種の見解は慣行を通じた法の受容に関する実際の経験に反するであろう<sup>\*52</sup>。一定の行為または一定の表現された行動基準が

<sup>\*50</sup> C. de Visscher, *supra* note 10, at 148-56 ; Tunkin, *supra* note 3, at 12-21.

<sup>\*51</sup> ツンキン教授は多数の国家の長期の慣行によって確立された規範が当該規範に関する他国の態度にかかわらず当該他国を拘束するであろうという見解に強く反対する。しかしながら、かれは、ある国家により承認された慣習規範は同国がもはやその規範に同意しないという理由でその国家により拒絶されうるとは提案しない。Tunkin, *supra* note 3, at 12-21を見よ。同じく、Tunkin, *Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms*, 49 Calif. L. Rev. 419 (1961).

<sup>\*52</sup> C. de Visscher, *supra* note 10, at 148 ; W. Friedmann, *supra* note 11, at 191 ; Fitzmaurice, *Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Sources of Law*, 30 Brit. Y.B. Int'l L. 1 (1953) ; Kunz, *The Nature of Customary International Law*, 47 Am. J. Int'l L. 664, 667 (1953) ; MacGibbon, *Customary International Law and Acquiescence*, 33 Brit. Y.B. Int'l L. 115 (1957).



権威的かつ実効的であるという認識は必ずしも同意的な受諾行為を含まない。人は権威と支配をある当事者が合意を受諾するという意味で受諾することなしに認識し承認することがある。法的信念は前者の要素を含むが、しかし、必ずしも後者の要素を含まない。

心理状態または意思状態よりも行動を信頼することは、「純粹法学」の一部の信奉者と特に結合されるもう1つの傾向の特徴である。ケルゼンは、たとえば、理論上は法的信念を受け入れるが、しかし、それは行為から推論されうるにすぎないと認める。したがって、法的に決定的なのは心理状態ではなくて行為である<sup>\*53</sup>。この見解には明らかに実質が存在する。すなわち、主観性は公然たる行為を通じて傍観者に認識されるにすぎない。そして、人は他人の認識を推論するために必然的に行為に依拠する。しかし、これが心理的テストの排除を意味すると結論することは誤解を招く恐れがある。行為を法的信念の指針として用いることと、法的信念とは無関係に行為を評価することは全く別のこと、つまり、全く異なるプロセスである<sup>\*54</sup>。この区別は、権利主張や先例の引用や請求の承認を含むような比較的標準化された法手続ではそれほど重要でないであろう。これらの場合、国家行動—反復、期間、法的主張等々—は認識またはその他の心理状態への参照をほとんど必要としない。国際法は、公然かつ明白な手続を思い描く必要なしに国家行動が法的信念を推論するための十分な根拠を与える慣行の例に富んでいる<sup>\*55</sup>。しかしながら、この論文の第I部で掲げた種類の状況は、慣習法のより伝統的なプ

---

<sup>\*53</sup> H. Kelsen, *supra* note 4, at 450-51.

<sup>\*54</sup> ゲッゲンハイム、ジェンクスおよびコペルマナスは法的信念の要件を排除すると思われる。しかし、これは権限ある司法機関による決定の文脈でのみ適用されると思われる。W. Jenks, *The Prospects of International Jurisdiction* 263-64 (1964) ; Guggenheim, *Les principes de droit international*, 80 *Hague Academy Recueil des Cours* 327 (1952) ; Kopelmanas, *Custom as a means of the Creation of International Law*, 18 *Brit. Y.B. Int'l L.* 127 (1937).

<sup>\*55</sup> 庇護事件、[1950] *I.C.J.* 266 ; MacGibbon, *supra* note 52 ; MacGibbon, *Some Observations on the Part of Protest in International Law*, 30 *Brit. Y.B. Int'l L.* 307 (1953).



プロセスに容易に適合しうる問題を提起しない。これらの状況の大部分に関して一定種類の行為を決定的なものとして認めることもこれを優先させることもできない。義務の観念を行為の規則性または意図的な口頭の宣言と結びつける社会的および心理的な要素は、先験的な基準としてあまりにも多様でしかも複雑である。われわれはこれに関して著しい影響を与えるであろう行動的特徴の選択を導く基本的な試金石、すなわち、権威と実効性の認識、を必要とする。

いくつかの一般的な考察はたとえそれが基準に達しないとしてもあえて試みられるであろう。第1は用語法に関係する。「認識」という言葉の使用は心理学者の観点からは恐らく十分ではないであろう。多分、より好ましい言葉は、ラズウェルおよびマクドゥーガルならびにその他の者によって使用される言葉、すなわち「期待」である。というのは、権威と実効性の認識は過去または現在でさえなくて未来に関係しなければならないからである。ある可能な特定の規範または慣行に関する問題は、標的たる聴衆がそれを権威的かつ実効的と見なす「つもりである」かどうかであって、標的たる聴衆が過去において単にそのように見なしたかどうかではない。

再び、標的たる聴衆について述べるに当たって、われわれは、明示された規範と参加者との関係を考慮するに当たり「コミュニケーション」モデルを用いることにメリットがあると理解する。もし明言された規範が意図された名宛人へのコミュニケーションと見なされるとするならば、われわれは、（決議と慣行のいずれを問わず）規範が異なる名宛人にさまざまな反応を引き起こすことをいっそう明確に理解することができる。対照的に、たとえば、慣行が拘束力を持つようになったかどうか、あるいは、決議が拘束力を持つかどうか、という通常の問題は、この重要な問題点を不明瞭または不可解なままに残す。

もちろん、考慮すべきいくつかの他の実質的な問題が存在する。たとえば、

- i) 誰の期待が関連性を持ち、または決定的であるのか。
- ii) そのような主観的要素はとりわけ世界的な規模でいかにして容易に確認されうるのか。世界的規模とは、「民衆」社会のみならず、さまざまな社会制度および多くの閉鎖的社会を含む。
- iii) もし標的たる聴衆の中に共有される期待が見出されず、不一致のみが見出されるとすればどうなるのか。

これらの問題は一般的な言葉で公式化されるけれども、各問題は、決定プロセスにおいて異なって位置づけられる人々に対して幾分か異なる側面を提示するであろう。弁護士、裁判官、国際公務員、法学者は、とりわけ、異なる観点からこれらの問題を検討しなければならないであろう。以下の解答は、「公平な」観察者の観点から検討されるべき種類の問題を表す。

第1点に関して、解答は国家と国家内の集団または個人の双方に関係しなければならない。国際平面において、われわれは、その認識と期待が関連性を持つ国々の数と構成がかなり多様であることをもっぱら指摘するであろう。ド・ヴィシエールは、慣習を語るに当たって「国際慣行の堆積作用は一様でない層を形成する<sup>\*56</sup>」と指摘した。かれは続けて以下のように述べる。

もし大多数の国の共通の必要性との正確な一致のために一般的な適用を要求する基本的要素が慣習規則に存在するとするならば、それらの要素を特定の事態に適合させる差異化を伴ってのみ適用されうる二次的性質の他の要素が存在する。ここで慣習の順応性は、さもなければ国際条約の意図的な作業でなければならない規則の個別化を無意識のうちに達成することを可能にする<sup>\*57</sup>。

この論評が示唆するように、関連する名宛人または標的たる聴衆が大多数の国家、地域的もしくは他の種類の集団、または、恐らく1もしくは2の直

---

<sup>\*56</sup> C. de Visscher, *supra* note 10, at 153.

<sup>\*57</sup> *Id.*

接的な関係国であるかどうかの問題は主題と状況によって異なる。重要な要因は主題が行為者に関係する範囲であるだろう。もし慣行の義務的効果に関する論争が地域的な地理的焦点を持つとするならば、そのとき当事者の主観性は圧倒的重要性を持つだろう（「地域的慣習」、「歴史的権利」）。通常は国家の排他的権限内にある主題（たとえば、貿易）と共有されたまたは全包含的な範囲に入る主題（たとえば、公海）との間に有用な区別がなされるであろう。後者のカテゴリーに関して、関連する期待は、たとえ問題となる事案が2または3の参加者に関係するとしても、大多数の国家の期待に關係すると予想されるであろう。これが示唆することは、いつ「一般的なコンセンサス」が特定国の態度に対して決定的であるべきかの問題はユス・コーゲンスの概念と類似した方法で共同体の基本政策に依存するであろうということである<sup>\*58</sup>。

もしわれわれが「誰の期待が関係するのか」を問うために国民国家の外観の内側を見るならば、現実的な解答は、多分、関連性のある期待は本質的に国民国家で実効的な権威を持つ個人によって抱かれる期待であるだろうというものであろう。これは満足のいくものであると思われない。すなわち、多分、人は恐らくいっそう民主的な広がりまたは少なくとも非政府的な集団がある程度含まれることをむしろ好むかもしれない<sup>\*59</sup>。最も関連性のある集団が非政府的、たとえば、科学者またはビジネスマン、もしかすると、宗教指

<sup>\*58</sup> K. Venkata Raman, *International Customary Law and World Public Order*, ch. II (1967) (unpublished J.S.D. dissertation at Yale Law School Library). ヴェンカタ・ラーマン博士の研究は世界共同体の主要政策と目的との関係で慣習法のプロセスと機能を特に分析する傑出した論文である。ユス・コーゲンスに関しては、Schwelb, *Some Aspects of International Jus Cogens*, 61 *Am. J. Int'l L.* 946 (1967).

<sup>\*59</sup> W. Coplin, *The Functions of International Law* 176-78 (1966). 対外意思決定における多様な影響に関する一般的な議論は、B. Cohen, *The Political Process and Foreign Policy* (1957); J. Rosenau, *Public Opinion and Foreign Policy* (1961). 「支配階級的意思」に関するマルクスの見解は、Tunkin, *supra* note 3, at 33, 47.

導者、ある場合には、国際公務員であることがある指示の例もあるであろう。大きなそして興味深い調査領域はこの問題によって開かれる。

第2の問題に関して、人はたえず生み出される推定的な「規範」の全範囲に対する世界的な「共同体」の期待を確認する任務の影響力の大きさを認めざるをえない。この困難性は世界における深刻なイデオロギー的および政治的分裂と目的および要求の付随的衝突によって拡大される<sup>\*60</sup>。もし人が集計された資料と国際法の微妙で繊細な問題を評価するために機能しうる技術の観点から考慮するならば、このテストが実際に利用される可能性はわずかであるように思われる。他方で、問題はやはり発生する。すなわち、主張が行われ、立場が採用され、解答が与えられ、組織的および未組織的な領域の双方において集団的な見解が表明される。外交書簡、国際協定、裁判上の判決、学問的研究、指導者の公的声明、国内立法はすべて何らかの文脈で関係する。それらは後のある時期に政府関係文書、回想録、新聞等の内容分析のようなより新しい方法で補充されるであろう<sup>\*61</sup>。インタビュー、参加者の見解、そして、恐らくシュミレーション技術はいつの日かある規模で、しかもそれらを利用可能にするような改良を伴って発達するかもしれない<sup>\*62</sup>。特に、社会心理学の分野において新たな理論構築が行われることがとりわけ期待される。

---

<sup>\*60</sup> 以下の文献を見よ。A. Bozeman, *Politics and Culture in International History* (1960) ; E. McWhinney, *Peaceful Coexistence and Soviet-Western Law* 15-61 (1964) ; Anand, *Attitude of the Asian-African States Toward Certain Problems of International Law*, 15 Int'l & Comp. L.Q. 55 (1966) ; Bozeman, *Representative Systems of Public Order Today*, 1959 Proceedings, Am. Soc. Int'l L. 10 ; Lissitzyn, *supra* note 32 ; Wright, *The Strengthening of International Law*, 98 Hague Academy Recueil des Cours 74 (1959).

<sup>\*61</sup> 内容分析に関しては次の文献を見よ。R. North, O. Holsti, G. Zaninovich, D. Zinnes, *Content Analysis: A Handbook with Application to the Study of International Crisis* (1963) ; P. Stone, D. Dunphy, M. Smith, D. Ogilvie, *The General Inquirer* 2-264 (1966) ; Lasswell, *The Qualitative and Quantitative in Political and Legal Analysis*, in *Quantity and Quality* 103 (Lerner ed. 1958). コミュニケーション理論と研究もまた大いに関係する。K. Deutsch, *The Nerves of Government*, chs. 5, 9 (1953) ; R. Fagen, *Politics and Communication* (1966).

そのため、直接的に関係する行為者の歪曲と偏見は矯正的な分析に服する。国家意思決定者および他の重要な集団の認識と態度を確認するためのいっそう科学的でより包括的な技術に対するこれらの期待は恐らくそれらが今日思われているほどには不自然ではない。社会科学が概念的および経験的な諸側面に関して革命的な発展期に入っているという見解の余地がある。いつの日か権威と実効性に関する期待を決定しかつ実証する手段を提供するであろう資料収集と評価の広範かつ継続的なネットワークを想像することは不合理ではない<sup>\*63</sup>。

しかしながら、ところで、他の規律的な技術と合理的な分析が用いられなければならない。国際法学者は自己の貢献に関して過度に謙虚である必要がない。多くの状況、とりわけ、国際裁判に関して、われわれは（コンセンサス、黙示的同意、黙認等の言葉でしばしば表明される）認識に関する資料が高度の関連性と規律正しい理由づけを伴って提示されてきたことを発見する。最近の興味深い例は南西アフリカ事件におけるエチオピアとリベリアの補佐人の準備書面と先に引用したジェサップ裁判官の反対意見である<sup>\*64</sup>。それは

<sup>\*62</sup> 次の文献を見よ。L. Free and H. Cantril, *The Political Beliefs of Americans* (1967) ; H. Guetzkow, C. Alger, R. Brody, R. Noel, R. Snyder, *Simulation in International Relations* (1963) ; Alger, *Personal Contact in Intergovernmental Organizations*, in *Int'l Behavior* 523 (Kelman ed. 1965) ; Alger, *United Nations Participation as a Learning Experience*, 27 *Pub. Opinion Q.* 411 (1963). 多国的な比較的社会調査に関する貴重な議論は, Szalai, 10 *Am. Behavioral Scientist* No. 4 (1966) を見よ。

<sup>\*63</sup> 次の文献を見よ。Deutsch, *Towards an Inventory of Basic Trends and Patterns in Comparative and International Politics*, 54 *Am. Pol. Sci. Rev.* 34 (1960) ; Retzlaff, *The Use of Aggregate Data in Comparative Political Analysis*, 27 *J. of Politics* 797 (1965). 広範な調査は、特に、H. Lasswell, *The Future of Political Science* (1963) ; W. MacKenzie, *Politics and Social Science* (1967).

国際法学者にとって特に興味深いのは、社会科学の発達に特に関連する国際法の新たなアプローチに関してアメリカ国際法学会の主催の下でウェズリー・I.ゴウルドとマイクル・バーカンの両教授により準備された出版予定物である。W. Gould and M. Barkun, *The Science of International Order: New Approaches to International Law* (未出版)。

ど良く知られていないが、啓発的である諸事件は、国際司法裁判所では、(いずれも地域的文脈で表明された慣行に関する態度に集中した) 通行権事件<sup>\*65</sup> またはモロッコにおける合衆国民事件<sup>\*66</sup>であり、仲裁裁判では、(いずれも航空運送協定の下での慣行によって創造された期待を含む) 1963年の合衆国とフランス間の仲裁手続<sup>\*67</sup>と1964年の合衆国とイタリア間の仲裁手続<sup>\*68</sup>である。当事者の「主観性」に関してこれらの手続で例証される洗練された考えと現実主義は、態度を確認するために一部の社会学者が示唆した漠然とした概念よりも幾分いっそう信頼できる。確かに、国際法学者は時としてこれらの主張または推論において神話または象徴に訴えることがある。しかし、これは国際判例で何度も繰り返し示されてきた事実的な証拠とその評価に対する力強い現実的なアプローチを曖昧にすべきではない。

上で提起された第3の問題は、「もし標的たる聴衆の中に共有される期待が見出されず、不一致のみが見出されるとすればどうなるのか。」である。この問題は極めて複雑な範囲の問題を提起する。第1に、われわれはなにが法であるかに関する当事者の見解の矛盾と曖昧さを解決するために法において用いられる比較的馴染みのあるテストについて考えることができる。(訴訟において証明されるような) これらのテストは、何が権威と支配に関する「共有される期待」と見なされるべきかを決定するための適切な指針にさほど労せずには転換されうる。そのような指針の例は、条約またはその他の方法の下での「慣行」の意義に関する議論において特に見出される。それらは期

---

<sup>\*64</sup> 南西アフリカ事件、I.C.J. Pleadings (1966) ; [1966] I.C.J. 325-442 (Jessup, J., dissenting). Gross, *The South West Africa Case*, 45 For. Aff. 36 (1966) ; Higgins, *The International Court and South West Africa*, 42 Int'l Aff. 599 (1966) を見よ。

<sup>\*65</sup> [1960] I.C.J. 33

<sup>\*66</sup> [1952] I.C.J. 176.

<sup>\*67</sup> *Supra* note 44 を見よ。

<sup>\*68</sup> *Id.*

間、頻度、地理的範囲、一貫性および継続性のような諸要素を含む<sup>\*69</sup>。人が少し後で明示的な指針を理解するであろうように、たとえば、当事者はある立場を支持して資源を拡大したかどうか、かれらは特別な利益と責任を持つかどうか、「慣行」は「組織された領域」で発生したのかあるいはそうでないのか、慣行は危機中に発生したのかどうか、等々のような他の指針を発見することが可能である<sup>\*70</sup>。とりわけ、これらの指針は、期待における相違の問題を解決するために司法裁判所と法律顧問によるそれらの利用および利用の可能性の観点から経験的に評価される。

しかしながら、われわれは、これらの相違は、とりわけ、それらが権威の概念および恐らく実効性の概念に関する基本的な不一致を反映するときに、そのような技術を通じて解決されえないであろうという明白な事実を無視することができない。ラズウェルとマクドゥーガルの言葉によれば、多様な公的秩序制度、あるいは、ツンキンの言葉によれば、異なる社会制度が存在する。より法律的な観点からすると、われわれは、(ハートの概念を用いると<sup>\*71</sup>)、有効な「承認のルール」に関して、また、(ラズウェルとマクドゥーガルの言葉によれば<sup>\*72</sup>)「世界的な構成プロセス」の主要特徴の一部に関して対立

<sup>\*69</sup> 次の文献を見よ。I.C.J. 判決一庇護事件、*supra* note 28；通行権事件、*supra* note 65；イギリス・ノルウェー漁業事件、*supra* note 30；ブレア・ビヘア寺院事件、[1962] I.C.J. 3. を見よ。仲裁裁判—バルマス島事件仲裁裁判、22 Am. J. Int'l L. 867 (1928)。諸論文は、*supra* notes 49, 52, 54；Silving, *Customary Law: Continuity in Municipal and International Law*, 31 Iowa L. Rev. 614 (1946)。

<sup>\*70</sup> 国際機構（「組織化された領域」）内の「慣行」の重要性に関しては、上記注17で引用された諸著作；W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations* (1962)；Gross, *The United Nations and the Role of Law*, 19 Int'l Org. 537 (1966) を見よ。財源の支出の関連性は合衆国とフランス間の航空運送協定に関する仲裁裁判、*supra* note 44およびサウジアラビアとアラムコ間の仲裁裁判のような事件で確認される。*id.* K. ヴェンカタ・ラーマン博士はそれらの決定が上で述べられた要因のような要因を反映すると思われる範囲を確認するために多数の事例を分析した。*supra* note 58を参照せよ。

<sup>\*71</sup> H. Hart, *supra* note 15.

<sup>\*72</sup> M. McDougal, H. Lasswell & J. Miller, *supra* note 41, at 27 *et seq.*



を発見することがある。しかし、私は、そのような困難性の範囲と頑強さは調査の対象であって、断念の主題ではないことを強調するであろう。それらは事実問題を含む。すなわち、それらは、時間的な経過と変化しつつある環境的な要素ならびに必要性、利益および価値の新たな認識との関係で変化する。私は、他の場所で、国際連合の多数国間的な領域で一致点および認識される共通利益が異なる態度からどのようにして出現したか、また、何が義務的で許容的であるかに関する集団的判断がいかにして感知された必要性に応じるために生み出されているか、について提言するよう努めた<sup>\*73</sup>。ホワイトヘッドの言葉を言い換えると、学説と意見の衝突は災害ではなく、好機として見なされるべきであると結論されさえするかもしれない。

#### 義務と価値—三層アプローチ

私は最後の印象的な覚書で締め括りたかった。しかしながら、私は必要性、利益および価値への言及を導入したばかりである。このため、政策指向性の緊急課題を直視することなく義務の問題を議論することはほとんど不可能である。ここまで、より厳密に言えば、2段落前まで、この問題は、主として私の分析が義務と義務的規範の意味と条件に集中したために回避された。私は義務形成の「プロセス的な」定義を提案したけれども、異なる期待の問題と偶発事件での決定基準に達するまで現実の意思決定プロセスにおける義務的規範の役割を論じなかった。ひとたびわれわれが義務的規範を現実生活に取り入れ、それを権利主張、助言および裁判で有効であると考えるならば、価値および選好の問題がまさしく発生する。これはH.L.A. ハートが示唆すると思われるように、「半影部（周辺部）」の場合においてのみ生じる問題ではない。すなわち、それは少なくとも国際的平面ではそれよりも遙かに中心

---

<sup>\*73</sup> Schachter, *supra* note 17, at 180-84.



的かつ一般的である。「義務」は目的を達成し価値を実現する法的プロセスで用いられる（義務は結集され、展開されると言えるかもしれない）。そのため、それらの作用上の意味はその利用の機能である。このように考察されるならば、それは政策の表明であると同時に、それ自体に指令的な要素ばかりでなく、目的的な要素を含んでいる。その全プロセスは、利益と要求の満足に向けられるために目的的であり、したがって、あまねく「価値指向的」である。

これは、周知の通り、分析、記述および役割の明確化に関する際限のない問題を提起する。それは、記述の機能（すなわち、過去の決定、根拠、態度および期待に関する事実的な報告）と、個人的な基礎または共同体的な基礎のいずれにせよ選好と価値を表明する機能との区別を単に主張することによって解明されない。南西アフリカ事件<sup>\*74</sup>または経費事件<sup>\*75</sup>において、また實際上、同裁判所の諸事件のほとんどすべてに関して、裁判所が直面する諸問題を検討してみよう、そして、記述的機能と評価的機能を分離するよう努めてみよう。あるいは、ハーグ・アカデミーの講義<sup>\*76</sup>でハーディ・ディラードによって分析された諸規範のさまざまなカテゴリーと、事実、規範および価値を関係づけようとする裁判官と学者にとってのその意味とを考えてみよう。もちろん、「存在」から「当為」を引き出すことにより誤謬を犯すことは確かである。しかし、これは、ある者がそれを重大とするほど重大でない論理的な誤りにすぎないように私には思われる<sup>\*77</sup>。いっそう重要で興味深いことは、あることとあるべきこととの間の、われわれの文脈では、（権威と支配の期待により伴われる）存在する規範と共同体またはそのさまざまな部

---

<sup>\*74</sup> [1966] I.C.J. 6.

<sup>\*75</sup> [1962] I.C.J. 151.

<sup>\*76</sup> Dillard, *Some Aspects of Law and Diplomacy*, 91 Hague Academy Recueil des Cours 445, 477-86 (1957).

分の主要な目的および価値との間の関係である。

この大きな問題に関して、ある有益な洞察は三層の建物の暗喩を通じて、言い換えると、多層的な分析枠組みを適用することにより獲得されるように思われる。機能的な関係を表現するために複数のレベルを使用することは経済学において生産的であり、他の社会科学や哲学でも提案されてきた<sup>\*78</sup>。ここでの目的上、それが更なる熟考と適用を刺激するであろうことを期待して一般的な考えを素描する。

3つの主要なレベルは（われわれは後に中二階と地下室を加えたいと思うのであるが）以下の通りである。

第1に、われわれは、1階に、行為とその結合された「主観性」（要求、目的、期待）をおくであろう。われわれの状況で、これは、国際的な結果を持つ利益、必要性および目的を追求する政府、機構および集団の活動を含むであろう。もちろん、そのような行動は単純に「観察」されない。それはかなり洗練された理論構成と調査方法を用いて達成されうるにすぎない。われわれの焦点は国際関心領域における行動パターンに絞られるであろう。

---

<sup>\*77</sup> あるべきものは「ある」ものから決して引き出されえないと言われるときに、われわれは規範的な言葉、つまり、「当為」と「存在」を関連づける言葉、を含む前提を必要とすることを意味するにすぎない。もしわれわれがその前提を持たないとするならば、あるものからあるべきものに関する結論に達することはできない。明らかに、この論理的な要件は規範と事実との間に関係を確立しえないことを意味しない。それは事実の問題、または、ある場合には、定義の問題である。国内法において、われわれが「拘束的」権威と特定種類の立法行為との関係の基本的前提を持つときに、法的義務が制定法による立法から生じることは完全に明らかである。同様に、われわれは前諸節において国際的な法義務と権威および遵守の認識に関する一定の事実的な命題との広範な関係を樹立しようとしてきた。われわれの前提は本質的に事実と義務を結合する一連の経験的な主張から成る（それはまた定義的な要素を含む）。本論文のこの節において、われわれは、「事実」と見なされる）法規範と参加者の価値および政策と間の関係の問題を提起している。ここでもまた問題は、経験的な検討を通じて、正確にいかなる結びつきが存在すると思われるかを確認することである。

<sup>\*78</sup> Edel, *The Concept of Levels in Social Theory*, in Symposium on Social Theory Part IV, no. 6, at 167 (Llewellyn Gross ed. 1959.)

第2に、われわれは、次のレベルに、義務的な現象、つまり法的に義務的なパターンと指令、援用および適用のようなその結合された活動をおくであろう。このレベルで、われわれは、国際的な法規則およびプロセスの比較的によく計画された領域を発見するであろう。

第3に、われわれは、最高レベルに、一般的な政策決定と理論的な定式を伴う主要な願望の表明という現象をおく。この「上層」フロアは、行為の多忙な一階フロア、そして独特な法現象の2階フロアとは容易に区別されると思われる。われわれが広く一般性のある国家利益と国家目的の公式化および識別しうるトランスナショナルな基本的公序原則を発見するであろうと期待するのは、まさしくこの三階フロアである。

私はこの三層アプローチにはいくつかの利点があると提案する。第1に、それは行為、法および政策の相互関係を区別するために必要な活動の厳密に事實的または記述的な分析の枠組み（今日的な流儀に従うと、現象学的な分析と呼ばれるかもしれない）を与える。

第2に、われわれは活動の各レベルがそれ自身の目的、目標および価値を持つことを理解しうる。私は、それが法に関する他の枠組みにおいてしばしば曖昧にされている重要な点であると信じる。行為はそれ自身の奮闘を表し、自身のレベルで具体的な価値と優先的な選択を示す。さらに、われわれが上で強調したように、（われわれの第2のレベルでの）「義務的な活動」は限なく目的的で、しかも価値指向的である。しかしながら、このレベルでの目標と価値は、より低い行為のレベルで表明されるそれとより高い理論的および一般政策的なレベルで表明されるそれとは区別されるであろう。われわれは一部の事例で価値があるフロアから他のフロアに移動するのを発見するかもしれないが、しかし、各レベルはそれ独自の価値を持つ。

この動きは上下することがあるであろう。これはわれわれのイメージの第3の長所を示唆する。われわれは、双方向に進み、それによって（法規範が

相互的な影響なしに行爲目標と見なされる時のように)「価値」および願望が一方方向で与えられる分析を避けるエスカレーターまたは階段に容易に気付くようになる。二階フロアと三階フロアの往来は双方向であるという認識は、われわれが政策形成に対する「トップダウン」アプローチの落とし穴を避けることを可能にする。

最後に、この暗喩は、(ハーディ・ディラードをいくぶん不快にさせた)特別な意思決定を強調することに対する有益な是正になるかもしれない。行爲、法および政策に関するわれわれの理解は特定の事案に関して単になすべきことに限定されない。すなわち、われわれは広い視野を持って、具体的な選択とならんで全体としての関係を見る必要がある。われわれが傍観者(批評家)または参加者の役割を持つかどうかにかかわらず、われわれは3つのフロアのそれぞれを見渡し、そして上下に移動することから利益を得る。私は一部の混合的な現象のために1つまたは2つの中二階を、または多分(生物学的な現象のために)地階を示唆することを考えることができる。しかし、これらは私が別の機会のために残しておかなければならない構造的な願望である。

## 結語

結論として、私は、私の論文の主旨に対する何らかの反論を予想して、簡単な弁明を施したい。

第1に、「法的義務」はそれを期待、認識または蓋然的な遵守に依存させることによって廃止されかねないと考えするであろう人々の批判が存在する。かれらの見解によれば、「合法性は美德のような程度の問題ではない<sup>\*79</sup>」。そこで、同情を覚えることがあるけれども、われわれは、墮落した乙女が実際

---

<sup>\*79</sup> Leo Gross, *Problems of International Adjudication and Compliance with International Law*, 59 Am. J. Int'l L. 48, 56 (1965). 同じく, Hoffman, *supra* note 10 at 161を見よ。

に墮落したときには何の疑問も抱くべきではない。しかし、現実には、われわれの大多数は美德を程度問題と見なすであろう。また、われわれは、法的義務は、国内的または国際的を問わず、同じく「程度」に関係するであろうと、したがって、それは態度、期待および遵守に依存するであろうと認めるべきである。確かに、これらの要素は今度は法に依存するであろう。そこには循環性が存在するが、それは根拠のない循環性ではない。それはもっぱら相互作用と影響を考慮する。確かに、所与の時点で人は具体的な状況で義務が存在するかどうかを決定しなければならないであろう（これを作用的な言葉で述べることも可能である）、また、この判断は関連する変数に基づいて行われなければならないであろう。より重大な危険は、「法は常に法である」という「見せ掛け」の世界で生きることであり、その結果として、皮肉な反動として、国際行動で現実には作用する大量の規範的現象を拒絶することである。不確定性と循環性に満ちた世界に厳格なカテゴリーを押し付けることは、われわれの経験も高い目的も正当に扱わない偽りの現実主義という結果になりうるにすぎないであろう。

第2の反論は、多様な政治的および文化的な決定要素が今日の世界におけるあらゆる真の国際義務を排除すると信じる人々から生じる。しかし、これは経験的な事実の問題であって、アプリオリな判断の問題ではない。上で指摘したように、われわれの経験は、異なった制度と信念が多様な国際規範に関する一致を明示する十分な証拠を提供する。われわれは人類が共通の特徴と必要を共有するという十分な証拠を持つ。また、これらの必要を満たすためのその努力は国際的な規範構造のための現実的な基礎を提供する。われわれの見解では、その構造の特殊な特徴は超経験的観点よりもむしろ共有される期待と態度の観点から確認されかつ承認されなければならない。

第3番目の反論は、義務理論を生活および直接行動から掛け離れた知性偏重と見なす現代の「活動家」から生じうるであろう。しかし、行動は選択を

意味する。また、選択は真空状態で行われるのではない。選択は決定的要素を含む。これらの決定的要素は権威とその実効性に関して行為者の観点を含むであろう。たとえば人が「利益」または「原動力」を基本的または決定的であると仮定しても、誰が正当な権限を付与されているか、つまり、誰が何をいかなる状況で決定するか、に関する概念は、政治生活の広範な要素である。この要素と関連する義務の現象に関するわれわれの理解は、行われるべき選択を明確化し、これを現実的な基礎に基づいて評価するのに役立つ。理論は目的のための手段にすぎない、つまり、「なぜこれで、なぜあれでないのか」の問題に解答する手段である。それは最終的な解答を与えないが、しかし、代替的な解答を明らかにし、われわれに積年の課題に関する新鮮な視野を与える。