

〔研究論文〕

国際憲法としての国際法 —金融危機に問われる国際法の有用性—

何 鳴

[Article]

International Law as a Constitution: International Law Play a Constitutional Role

HE Ming

Abstract

This crisis tells us that our international society needs a constitution. We rely on a constitution to stand crises and protect our world. Can not the present international law resolve problem like the crisis? No, it can. But we have to say present international law lacks a more stronger leadership to command our world or states to take common action. If international law play a constitutional role, we will resolve problems more quickly and commonly, we will protect their interests for states more commonly and fairly. International law must be a constitution.

一 問題の提起：国際法が憲法として需要される

この度の金融危機が人類の知に対して挑戦するものであり、また従来人類の知に対して課題を提出している。世界共通の経済学が最も詰問されるのはその真の有用性である。同様に、世界共通の、国際社会の法としての国際法もその真の有用性を問われている。すなわち、国際法が国際社会を制御することができるか、暴力、世界範囲の欲望の暴走、とそれらに引き起こされる世界的な危機を国際法は制御することができるか。この詰問は最近イスラエルのガザ攻撃でさらに提出されている。

国際法が国際社会の法として期待されるのは、国際社会の法的制御である。いままで国際社会の法的制御は国際法の目的として国際法の法発展を促進してきている。国際法の法発展の今日的な課題は、国際法の数量的な発展—条約の数の増加—ではなくて、国際法の機能を発揮し、国際社会の問題を解決し、国際社会の法的制御を真に実現することである⁽¹⁾。この度の金融危機およびイスラエルのガザ攻撃はまさに国際法に対して、機能を果たしているか、国際社会の問題解決をできるか、いわゆる国際法の法的制御が稼働しているか、という現実問題を問っている。

かといって、金融危機やガザ攻撃などの国際社会の問題に対して国際法は稼働していないか、無

力であるか、という点、そうでもない。多数の国際条約（多国間条約および個別の二国間条約）、と国際慣習法および現代、国連の場で制定された「国連法」⁽²⁾を擁している国際法は質量ともに装備されて国際社会の問題解決のために機能を果たしている。しかし、国際法がよりその機能を果たすためには名実ともに質量ともに装備されることより、国際法の法としての志向を明確にすることは、さらに重要である。結論を先に言うと、国際法は国際社会の憲法を志向する必要がある。

なぜ国際法が国際社会の憲法になる必要があるか。それはすなわち国際社会の法需要である。名実ともに質量ともに装備された国際法は金融危機やガザ攻撃のような法外の武力行使を有効に対処するためには、国際社会において、国際法の機能を増強する必要がある。諸国の各自の国内法に対して、国際法はより上位の法を目指して、国際社会の憲法として実行されることは、国際法の機能を増強する方法の一つである。

国際法の憲法志向は擬制ではない。従来の国際法の活動からその憲法志向を捉えることができる。以下、国際法の活動を分析し、国際法の憲法志向を理解する。

二 憲法としての国際法 —まず従来の学説から見る—

国際法を国際社会の憲法に、というのはすでに国際法学者の視野に収められている。憲法としての国際法を強調しているのは以下の学説と研究がある。それらの学説と研究はもはや机上の議論のレベルを超えて国際法実務において活躍している。

1 ドイツ学派⁽³⁾

ドイツ学派は国際法の憲法構築を提唱するだけでなく、ケルゼンの純粋法学が近代国際法と国際法学を構築して以来⁽⁴⁾、現代ではが厳格な実定法学的な国際法の解釈と分析を努めることまで⁽⁵⁾、国際法に対する貢献が大きいものである。国際法の憲法構築に関しては、ドイツ学派は20世紀の前半からすでに憲政主義のアプローチによる国際法の憲法構想を示している⁽⁶⁾。この憲政主義がドイツ学派の基本的なスタンスとなり、その後のドイツ的な国際法の憲法構想の内容と方向を決めている。具体的に：

法的共同体 (legal community) と立憲主義

ドイツ学派は国際法を国際社会の憲法に構築するために、根拠と実証を示している。彼らは国際社会に法的共同体があると着眼している。すなわち、国際社会に法的共同体があるからこそ、または国際社会自身が法的共同体である、法的共同体に成長しつつある、からこそ、国際法が国際社会の憲法になる可能性と必要性が備えられる。法的共同体が国際法の憲法構築の基本的な条件である⁽⁷⁾。それならば、法的共同体は何であろうか。

法的共同体は用語として使用され始めたのはドイツ語の *Rechtsgemeinschaft*（英訳 *legal community*）で、やはりドイツ学派の構想である⁽⁸⁾。まず、*gemeinschaft* というドイツ語およびドイツ思想的な用語はマックス・ヴェーバーの特殊専門用語として、ヴェーバーのドイツの社会学のキー・ワードである。ヴェーバーにおいて、*gemeinschaft* は「社会」より、共通利益関係を有する特殊な集団を意味する⁽⁹⁾。このような利益集団のもとで共通の目的を認める合意があり、この目的に基づいて互いの行動を認めたり、互いの行動を拘束する合意がある。ヴェーバーの観察によると、この *gemeinschaft* を社会的基盤にしてドイツ的ないしヨーロッパ的な政治制度—とりわけ立憲制度—、法制度および経済制度が形成されている。

ドイツ学派が「法的共同体」を国際法の憲法構築の基盤にするのは、国際社会に国際的な憲法の存在可能性を立証しようとするだろう。「法的共同体」の意味合いで国際社会を考えれば、確かに *gemeinschaft* が国際社会に置かれると、より *rechtsgemeinschaft* の特徴を有する。すなわち、国際社会においては *recht* (法) に連結される「法」の「共同体」である。ドイツおよびヨーロッパのような歴史的経済的に成長した特殊な利益集団とは違って、国際社会は最初から「法」によって連結され、「法」によって共通の目的ないし共通の利益を規定される集合体である。国際法の発展でこの集合体は共通の目的と利益を有する共同体になりつつある。この共同体が存在するからこそ、国際社会の立憲制度、国際社会の憲法のような国際法が存在可能である。

法的共同体と共通の価値観、と国際法の合法性と共通の法

もし、国際社会が確かに「法的共同体」として存在しているのならば、この共同体は能動的な共同体である。そもそも「共同体」というもの自身は社会生活を生産するものであるため、能動的なものである。国際社会の法的共同体は国際の社会生活を生産する際に最も生産的なのは、国際社会の共通の価値観を形成し提示する、ことである。そして、国際社会の組織化に従ってこの法的共同体がますます進歩している。その進歩性はとりわけ国際法の具体的な規範を通して共通の価値観を形成し、さらに共通の利益も形成する、というところにある。例えば、国連憲章の平和理念、人権の国際法化というのは今日の国際社会の共通の価値観となっており、この共通の価値観はすでに諸国の共通の利益にもなっている。国際社会のこの「社会的事実」をドイツ学派は、国家主権のパラダイムから価値志向 (*value-oriented*) と個の志向 (*individual-oriented*) のパラダイムへの転換として理解し⁽¹⁰⁾、またこの共通の価値観と共通の利益に適合するために国際社会の政治的中枢を構築する必要がある、と主張している⁽¹¹⁾。この政治的中枢はいわゆる国際社会の立憲制度である。(やはり立憲制度はドイツ学派の国際憲法構想のキー・ポイントである。)

この共通の価値観と共通の利益はすなわち国際法の合法性の源である、とドイツ学派はそう捉えている⁽¹²⁾。その理解の文脈から言えば、ドイツ学派は合法性と共通の法から国際社会で普遍的な合意のようなものを導出したい、のであろう。すなわちこのような合法性を有する国際法ならば、諸国間と国際社会の「共通の法」になれる⁽¹³⁾。合法性は国際憲法の要件であり、共通の法は国際憲法そのものである。

要するに、ドイツ学派は法的共同体というのを国際共同体から捉えて、この二つの共同体を以て国際憲政の存在を立証したいわけである⁽¹⁴⁾。そして国際法の合法性と共通の法を以て国際憲法の存在とその可能性を立証したいわけである。

ここで、ドイツ学派の(国際法の)「合法性が民主主義 (*democracy*) の国家にしか生じ得ない⁽¹⁵⁾」という論点に対して質疑を提出せざるを得ない。「合法性が民主主義の国家にしか生じ得ない」という論点の客観性および客観的事実に対する検証の適当性と欠如を指摘しなくても、この論点の偏狭性に問題を感じる。まず、この論点が国際法の合法性の普遍的な受け入れの可能性を否定している。そして、この論点がまた国際法の合法性の普遍的妥当性をも否定している。(一昔前の「戦争が民主主義の国家で起こらない」の論点があった。両者が類似性があり、同様に偏狭的である。)

国際憲法と国際法秩序

ドイツ学派は国際憲法だけに限ることをしない。彼らの国際法の憲法構想は憲法としての国際法の機能を期待している。その機能は、政治権力を制限すること⁽¹⁶⁾、国内法の憲法と同様である。もう一つは、憲法としての国際法は共同の目標と価値 (*collective goals and value*) を規定し、その上に公共秩序を構築することである⁽¹⁷⁾。この公共秩序というのはドイツ学派において、いわゆる

憲法体制の国際法秩序である。憲法体制の国際法秩序は従来の国際法秩序とどう違うか。それは、「普遍的な原則」—おそらく国際法の平和理念—を守り、世界の問題（global problems）を解決する⁽¹⁸⁾、ことである。そしてドイツ学派は世界の国際法学者に呼びかけている：国際法学者の任務は国際制度・国際秩序の理解に貢献することである⁽¹⁹⁾。その意味で、ドイツ学派の貢献は国際法の憲法構想を以て国際秩序・国際法秩序の構築、というところにあると言えよう。

2 批判法学と New Haven School の反対意見

批判法学と New Haven School (NHS) とともに前世紀八十年代から法学の新思潮 (New Stream 学派) として頭角を現した学派である。両者が共通の問題意識を持ち、同様にラディカルな批判手法を取っているため、よく同類にされる。両者の共通点は現行法に対し、とくに権威による法の制定に対して批判を行うところである。批判法学と NHS は国際法の分野にでも活躍して、「国際法の批判法学」(New Stream 学派) と言われている⁽²⁰⁾。国際法の憲法構築に関して国際法の批判法学と NHS は憲法構想と対立の姿勢を構えている。批判法学と NHS は国際法の国家意思の合意という国際法の基本から批判しているため、国際法学の正統または多数意見に逆って、国際社会を制御し引導するという国際法の機能を否定している。そのなかで、NHS はさらに国際法には国内法のような法規範としてあるべき確定性と規範性がない、と力説している。国際法の基本から批判する批判法学と NHS においては、当然に国際法の法発展として上位法になる国際憲法を賛同できるわけがない。

しかし、国際法に確定性と規範性がない、という批判法学と NHS の考えを完全に否定することはできない。すなわち、国際法には確かに法欠缺という問題がある。常套の話でいうと、国内法と比較すれば、国際法は法規範としての「形式的」⁽²¹⁾ な性質、と強制的な法執行の機能が少なくとも形としては充分で充実とは言えない。(さすがに現代国際法において国連の場で形成する多数国間条約が増えているため、現在、国際法には法制定の機能がなくなっている。) 国際法の法欠缺はいうまでもなく国際法の克服すべき問題ではある。しかし、国際法の欠けているのは法規範としてあるべき機能であるか、法規範の種類が足りないか、それとも各分野・各部門の法の整備不十分であるか、いわゆる国際法の構造調整の問題であるか、具体的に見る必要がある。そして、より重要なこととして、法欠缺の現状をしながら、国際法が依然として国際社会の法的制御を可能にしているのは、法規範の活動の「形」と効果の特殊な一表現である、と認識する必要がある。(国際法の法欠缺という問題に対して自分は法社会学のアプローチでその特殊性をめぐって現実問題を踏まえて見てきた。有効な有用な研究作業であると言える。)

なお、複眼と開放的な態度で批判法学と NHS の国際法の憲法構築批判を見れば、反証の効果として両者の批判を以て客観的に国際法の憲法構築を検討することができる。すなわち、批判法学の批判対象となる国際法の国家意思の産物ということに関して、憲法としての国際法の正当性および妥当性に諸国と人々の意思を反映する必要があると、念頭に置かなければならない。この場合で、国際人権法を国際法の憲法構築の支柱にする作業が必要になる。

3 「平和憲法」志向の国際法 —大沼ビジョン

大沼教授の『『平和憲法』と集団安全保障—国際公共価値志向の憲法を目指して』⁽²²⁾ において、ドイツ学派とほぼ同時期に国際法の憲法構想は展開されている。ドイツ学派に比べれば、大沼ビジョンがよりポイントに集中している。それは「平和憲法」の国際法というポイントである。ドイツ学派の憲政重視および実定法学上の憲法検討—憲法の合法性という憲法制定要件の検討—に比べれ

ば、「平和憲法」はより憲法の目的を強調している。そして「平和」を「国際公共価値」にしている。ともに国際社会の共通価値を提出し、共通価値の保有を提唱する点において、ドイツ学派と大沼ビジョンが共通しているが、大沼ビジョンはさらに「平和憲法」構築の具体措施も提出している。それは集団安全保障を中心にする平和構築、平和憲法の構築である。おそらく、大沼ビジョンの「集団安全保障」というのは「平和憲法」の制度を志向しているのだろう。憲法としての国際法の社会基盤が集団安全保障体制である、と捉える大沼ビジョンは、憲政のアプローチで国際社会の現実を見て構想した国際憲法ビジョンである。

4 国際法の憲法構想の比較研究

この1と2と3の憲法構想の三例を比較研究することは意義がある⁽²³⁾。比較研究をすれば、国際法の憲法構築のあるべきポイントが見えてくる。(なお本論文ではこの比較研究を省くが、上述した三例の評論は簡単な比較にはなる。)

三 憲法としての国際法の可能性—国際法の活動から見れば

国際法が国際社会の憲法になる必要があるという必要性の提唱は机上の議論に過ぎないと思われるのだが、国際法の活動という現実を見れば、憲法としての国際法の可能性と妥当性が見えてくる⁽²⁴⁾。本論文は、国際法の活動から憲法としての国際法の可能性を見てみる。

1 国際法の理念に導かれて

国際法の理念は国際社会の平和とその実現である。国際法のこの平和理念が国際法の国家実行と国際社会を引導してきている。ドイツ学派によれば、国際法の平和理念は共通の価値である。要するに理念にしても、共通の価値にしても、国際法の理念は諸国の行動の指針となり、国際社会の関係調整の基準となっている。とりわけ、国際社会の重大な事件または危機が発生する度に、国際法のこの理念が検証され、再確認され、国際社会を結束し制御する。すなわち、国際社会において諸国にとって国際法のこの理念が普遍的な法原則である。この法原則の有する普遍的な社会指向性と普遍的な拘束力が憲法としての適格性があり、憲法たる妥当性がある。

国際法の平和理念のもとで国際憲法としての要件が国際法の法発展を通して具備されている。これらの要件は国際法の活動において現れている：

a 国際法は権利体系の法—平和実現の平等的な社会条件

憲法は社会の諸権利を明確にする基本的な実定法である。国際法も国際社会の諸権利を明確にしている。従来国家主権の明確に続いて、人権も明確に国際法の保護対象と決められている。環境国際法および海洋法と宇宙法の発展で国際社会の公的権利も明確にされている。国際法は健全な権利体系へと成長している⁽²⁵⁾。

法が権利体系として成長し活動するということになれば、社会的関係を調整し社会を拘束する基本的な法原則は樹立し備えられる。これらの基本的な法原則を以て社会の諸権利を実定法上明確にし保護するのが憲法である。すなわち基本的な法原則は憲法の要件である。国際法にも基本的な法原則が存在し、憲法になる要件がある。

国際法を権利体系として認識するのがもう一つの意義がある。権利体系はすべての諸国の利益を反映する法体系である。そしてこの法体系においてすべての諸国が平等である。そのため、権利体

系はより普遍的に客観的に、「形式的合理的」に国際社会の関係調整を努めることができる。昨今流行っている「グローバリゼーションの国際法」というのは主観的な要素が多く、安定性が感じられない、一時的なものになる恐れがある⁽²⁶⁾。

b. 安保理主導の平和維持・平和強制活動—平和理念の実現に強制機能の作動

国連・安保理が国連憲章に基づいて平和維持活動を展開する。二十世紀九十年代をピークにして安保理の平和維持活動が軍事組織(多国籍軍)と軍事行動を展開して、平和強制の活動を行っている。平和強制活動が国際法に登場すると、国際法の平和理念の実現を強制的に推進することになる。すなわち、従来の国際法に強制機能を付ける、または強制機能を強化する。その上に安保理が主導する平和強制活動というのは、国際法の平和理念の実現に初めて権威機関が活動することになる。国際法に強制機能を付けるほかに、権威による強制機能の発動を行うというのは、憲法の意義からいえば、国際法は憲法となる基本的な機能または要件を備える、ということになる。

2 諸国に対する上位法

国際法の法発展の軌跡において、主権国家のための法から、諸国協力の法へ、メンバー限定の意味を残っている国際共同体の法から、国際社会全体の法へと、国際法の目的に応じる発展ぶりが示されている。今日になると、国際法は国際社会全体の法として諸国に対する拘束力を有して、諸国の国内法に対して上位法となっている。上位法としての国際法は国内法を支配するのではない。諸国の国内法が国際法を自国の憲法と同等な地位に定める。それはすなわち国際法の法的制御を受け入れる合意である。

上位法としての国際法が国際社会の法的制御、国際社会を統率する機能がある。国際法の上位法の地位が国際憲法になるための要件を用意している。

3 国際法の部門法の憲法体制と憲政

国際法自身が国際社会のすべての問題をカバーする法体系として各部門法の発展が著しい。国際法の内部で国連憲章を中心にして憲章理念に基づいて各部門法を擁して、憲章と部門法との間で、ハード・ローとソフト・ローとの間で「階層」を呈している⁽²⁷⁾。国際法はより法体系へと法発展している。(一昔前、国際法は法規範としての規範性が不十分である上で、法体系として「階層」の状態を作れない、と国際法学者 Weil 氏が批判していた⁽²⁸⁾。この批判に照らせば、今日国際法は部門法の発展とともに、法規範も質量ともに壮大になり、階層を呈している。)

国連憲章が国際法の理念、権利の明確を規定しているため、国際法全体の憲法である⁽²⁹⁾。国際法の部門法にもそれぞれ憲章(憲法)を擁して、この憲章(憲法)に合わせて独自の裁判所を擁して、憲法体制をなしている。そして、部門法に基づいて、または規定されて、付属機関も設け憲政になっている。その典型は世界貿易機関(WTO)である。世界貿易機関は独自の憲法を擁して、この憲法に基づく専門の裁判所も活動している⁽³⁰⁾。それらの部門法の活動は憲政の状態をなしている。

国際法の部門法の憲法体制および憲政は国際法全体にとって普及する意義がある。實際上、現に国際法全体において憲章が憲法の役割を果たし、各部門法と合わせて憲法体制となっている。一方、国連・安保理とその平和構築活動、と国際司法裁判所の司法活動は憲政となっている。憲法体制および憲政をないしている国際法は国際社会全体の憲法になる可能性がある。

4 司法審査を行う国際司法裁判所—憲法裁判所

国際司法裁判所の司法活動からも国際憲法に可能性が見えている。とりわけ国際司法裁判所が司法審査を行う場合に、憲法裁判所の役割をすることになる。国際司法裁判所の司法審査の権限および活動は現に正式に行われていないが、国際司法裁判所の司法活動（国際紛争 *dispute* の司法解決）と安保理の平和調整（国際紛争 *conflict* の平和解決）がともに国際司法裁判所の司法審査に対する法需要を示している⁽³¹⁾。もし国際司法裁判所の司法審査が行われれば、憲法裁判所の役割を果たす。そういう理由は以下の通りである：

a. 憲章による合憲・違憲審査

国際司法裁判所が司法審査を行う場合に、審査の対象は憲章に定められている国際機関、とりわけ安保理とその関係活動である。すなわち、それらの活動は憲章の授権に相応しいかどうかである。国際機関、とりわけ安保理の関係活動が合憲であるか、違憲であるか、に対して国際司法裁判所が司法審査を行う。

国連憲章第92条によれば、「国際司法裁判所は、国際連合の主要な司法機関である。」この主要な司法機関は国際紛争の司法解決のほかに、国連とその活動の合法性の担保・保証機関として予期された。しかし、国際司法裁判所が紛争の司法解決を行う場合、安保理も同一紛争を平和調整の対象にする場合、「主要な司法機関」の司法活動が往々にして安保理の政治的決定に抑えられる。司法判断と政治的決定がどのような健全な関係を有すべきか。この簡単で穏和な問題から、安保理の政治的決定は憲章に決められている権限を越え、「権限逾越」になるか、の憲章（憲法）判断の問題にまで進展される問題もある。さらに、安保理の平和調整の活動に対して、憲章、とりわけ第七章に基づいて、その活動の合憲・違憲をめぐって司法審査を行う必要がある、というレベルにも進展している⁽³²⁾。

b. 上訴審理・上訴裁判所

国際司法裁判所が同一係争事件の解決で安保理の権限逾越に対して司法審査を行うのは、上訴審理を行うことになる、同裁判所が上訴裁判所になる⁽³³⁾。合憲・違憲審査を行い、憲法判断を下すのは上訴裁判所とその上訴審理しか行えないことである。この意味からいえば、国際司法裁判所が国連憲章に基づいて合憲・違憲の憲法判断を下す上訴裁判所である。そうすれば、国際司法裁判所が一般的な諸国間の、国際社会の紛争の司法解決を憲章および同裁判所規程に基づいて行うほかに、憲法判断を下す上訴審理も行う。

c. *check and balance* の憲政

国際司法裁判所が司法審査を行えば、初めて国際社会に *check and balance* の体制を整えることになる。*check and balance* の体制はいわゆる憲政である。裁判所の司法審査を含む司法の機能は憲政の構成部分（三本柱）の一つである。それゆえ憲政およびその運営が成り立つ。従来、国際社会には司法による *check and balance* の機能が欠けていたため、憲政の可能性が備わっていない。国際司法裁判所の司法審査を国際社会の現体制に導入すれば、いうまでもなく *check and balance* が備わり、形または構造として憲政が成り立つ。さらに重要なこととして *check and balance* の機能が作動すれば、国際法の克服する国際社会の問題の源である暴力・武力行使というものを国家間レベルで対処し解決することができるだけでなく、国際社会の体制作りを以て、体制全体で暴力・武力行使を制御する。当然に *check and balance* 機能の作動は国際社会の中心機関である国連・安保理とその平和調整活動を公正に健全に行うのにも役割を果たすことができる。

四 維持可能な国際法秩序—国際法が憲法として活動する場合

国際法が国際社会の憲法として活動すれば、予期の国際法秩序を指向し、または構築した国際法秩序を予期通りに維持することができる。現在の国際法秩序は国連憲章とその平和の理念に構築された現代国際法秩序である。現行国際法が国際憲法として活動すれば、この現代国際法秩序を維持可能な法秩序として保障する。

1 憲法としての国際法と国際法秩序との関係

ドイツ学派は国際法の憲法構築の目的を国際秩序の構築と繋ぐ。国際憲法が国際社会の公共価値を挙げ、この公共価値を中心にして国際公共秩序を構築する、とドイツ学派が考えている。また憲法の理念および憲法原則と法秩序の関係からでも、憲法と法秩序、国際憲法と国際法秩序、との因果的関連を導出することができる。まず憲法の理念が法秩序の構成要件である。すなわち憲法の理念が法秩序の社会志向を明確にし、法秩序の内容を規定する。今度の金融危機に対して、フランス前首相ドビルパン氏が「力の支配から正義による世界秩序へ」と、新しい理念による国際秩序作りの必要性を提唱している⁽³⁴⁾。「正義による世界秩序」はすなわち国際法の平和理念による国際法秩序と同一ものである。

2 概念または名称の整理—問題の所在を理解するために

国際法秩序といえば、従来いくつかの名称をしている。どんな目的を目指すどんな法秩序であるか、概念および名称を整理して、国際憲法による国際法秩序はどんな法秩序であるかを理解する。

international public order — 「国際秩序」と理解してよい。最も広範な一般的な国際社会の秩序を意味している。「国際共同体」と同時期に使い始め、主権国家を統率し、共通の利益を強調する目的がある。

international legal order — 「国際法秩序」。「国際秩序」より一步具体的で、国際法による国際社会の秩序作りと秩序運営を意味している。国際法がより法発展しているのを前提条件にして、「国際法秩序」の意識が生じてきた。国際法秩序が今日においても、国際法の法発展に規定され構築中である。そして、規範学で「国際法秩序」を見る場合、「国際法システム」を認識することができる。国際法学と国際法実務の両分野において研究を努めるものが多い。

constitutionalized international order — 「憲法中心の国際法秩序」。このタイプの国際法秩序は一般的な意味の「国際法秩序」の目的強調版であり、より国際憲法が主導する法秩序であるという目的は強調されている。国際法が国際憲法としてより諸国と国際社会を拘束する意義において、「憲法中心の国際法秩序」は一般的な「国際法秩序」に対する諸国の承認・受け入れの合意というのが薄い、より拘束力のある、指令型の国際法秩序を意味している。

3 維持可能な国際法秩序

諸国または関係国の合意を基盤とする国際法を以て構築された国際法秩序はその基盤にはやはり合意の活動がある。合意に基づいて、かつ合意を統率する国際法秩序はより維持可能である。その意味で、維持可能な国際法秩序は拘束力を有する法秩序である。拘束力を有するためには、国際法自身がより拘束力を有し、社会秩序指向性を有する必要がある。国際法が自身の法発展と国連中心の国際社会のための法使用を通して、国際社会の憲法へと発展する。国際憲法としての国際法によ

り、拘束力のある、維持可能な国際法秩序が初めて構築することができる。すなわち、「憲法中心の国際法秩序」は維持可能な法秩序である。

結 び

国際法の憲法構想を理論上と現行国際法の活動から展開し見てきた。この構想は机上の議論ではなくて、国際社会の法需要である、と言える。今度の金融危機のような国際社会全体の問題を対処するために、国際法の憲法構築と憲法としての法使用は避けて通らない重要事項となっている。憲法としての国際法はより拘束力を有する法として、国際社会の平和を実現することができる。實際上、現行国際法の活動はすでに国際憲法の構築条件を用意し、国際憲法の動きまで見せている。

- 1 Rosalyn Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press • Oxford, 1994. この著作において R. Higgins は国際法の「問題解決」の「機能」と国際法の「問題解決」活動の「過程」をとくに強調している。
- 2 「国連法」に関して奥脇直也「国連システムと国際法」岩波講座・社会科学の方法VI『社会変動のなかの法』岩波書店一九九三年 49～89 頁を参照。「国連法」制定の社会的要件と内容および機能に関する研究である。
- 3 本論文が国際法の憲法構想の「ドイツ学派」と名付けたのは、Armin von Bogdandy, “Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany”, *Harvard International Law Journal*, vol.47(2006), pp.223-242 による。
- 4 国際法においてケルゼンの最も影響力のあるのは国際法の法としての正当性と妥当性を純粋法学の一分野において主張する『法と国家』である。グロティウスに続いて『法と国家』はケルゼンの他の学説とともに国際法学の構築を試みている。Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, 1942. (日本語訳は、鶴飼信成訳『法と国家』東京大学出版会一九五二年、である。)
- 5 Lauterpacht, Hersh Sir, *The Development of International Law by International Court*, Grotius Publications, 1982; *Private Law sources and analogies of International Law*, Archon Book, 1970.
- 6 Walther Schucking, “Die Organisation der Welt (Wilhelm van Calker ed., 1908) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*” (Franz Deuticke ed., Leipzig und Wien 1934);
- 7 Christian Walter, “Constitutionalizing International Governance” 44 *GERMAN YBIL*, (2001); Christian Hillgruber, “Souveränität-Verteidigung eines Rechtsbegriffs”, *Juristenzeitung*, 57 (2002); Ulrich Haltern, “Internationales Verfassungsrecht ?” *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 128 (2003);
- 8 Walter Hallstein, *Der Unvollendete Bundesstaat*, 1969.
- 9 ヴェーバー著／世良晃志郎訳『経済と社会』創文社一九八八年。
- 10 Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of New Century, *General Course on Public International Law*”, *Recueil des Cours*, vol.10 (1999) pp.281-300.
- 11 Armin von Bogdandy, *supra* note 3, p.223.
- 12 Christian Tomuschat はそう主張している。 *supra* note 10,
- 13 国際法の合法性の意義を国際社会を統合するレベルで論じているのは、Judith Goldstein, *Miles*

- Kahler, Robert O. Keohane, Anne-Marie Slaughter, “Introduction : Legalization and World Politics” , *Int’L Org.* vol.54 (2000); Stefan Oeter, “Chance und Defizite internationaler Verrechtlichung : Was das Recht jenseits des Nationalstaats leisten kann in VERRECHTLICHUNG-BAUSTEN FÜR GLOBAL GOVERNANCE?” (Michael Zurn & Bernhard Zangl eds., 2004)がある。両方とも欧米の国際法学界で注目されている。
- 14 例えば、Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law” , *Recueil des Cours* 6 (1994).
- 15 Armin von Bogdandy, *supra* note 3, p.238.
- 16 *ibid.*, p.226.
- 17 *ibid.* p.230.
- 18 *ibid.* p.240.
- 19 *ibid.* p.240.
- 20 「批判法学」を元にして「国際法の批判法学」を詳細に紹介するのは、Deborah Z.Cass, “Navigating the Newstream: Recent Criticak Scholoship in International Law” , *Nordic JIL*, No.65 (1996), pp.341-383; *Symposium on Method in International Law: Appraising the Methods in International Law*, *AJIL*, vol.93 (1999), pp.316-361 がある。
- 21 「形式的」な法というのはヴェーバーの西洋法の特徴を解析する際のキーワードである。「形式的合理的」な法は本当の法であると主張。
- 22 大沼保昭『『平和憲法』と集団安全保障—国際公共価値志向の憲法を目指して』国際法外交雑誌 vol.92 (1) (1993)、1～26 頁、と国際法外交雑誌 vol.92 (2) (1993)、184～229 頁。
- 23 実際に国際法の憲法構想の比較研究を行っている。例えば、“Comparative Visions of Global Public Order” , *Harvard Law School*, Mar. 2005, Armin von Bogdandy, *supra* note 3.
- 24 国際法が国際憲法になる可能性に関して次の論文を紹介したい：Jurgen Habermas, “Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?” *Der Gespaltene Westen*, 2004.
- 25 権利体系としての国際法の意義に関して自分の博士論文で取り上げている。法学の意義にしても、国際法の活動実態の把握にしても、国際法の権利体系を認識する必要がある。
- 26 経済学者センの批判、『朝日新聞』2月24日。
- 27 国際法の法規範囲の上下（「階層」）関係に関して最近最も系統的に研究したのは、Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law” , *AJIL*, vol.100, pp.291-323; Martti Koskeniemi, “Hierarchy in International Law: A Sketch” ,*EUR.J.I.L*,vol.8(1997), pp.566-582; Juan Antonio Carillo Salcedo, “Reflections on the Hierarchy of Norms in International Law” , *EUR.J.I.L*, vol.8, pp.583-595.
- 28 Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?” *AJIL*,vol.77(1983), pp.413-423.
- 29 本論文と同様に国連憲章を国際法の憲法と認識するのは、Bardo Fassbender, “The U.N. Charter as a Constitution” , *COLUM.JTL*, vol.36 (1998), pp.530-576; Jochen Frowein, “Konstitutionalisierung des Völkerrecht” , 39 *Belichte der Deutschen Gesellschaft fur Völkerrecht*, (2000). である。
- 30 WTO の憲法体制に関して Erns-Ulrich, “The WTO Constitution Human Rights” , *JIEL*, vol.3 (2000) を参照。
- 31 この法需要は特に二点において現れている：裁判所と安保理の同一係争事件の解決の場合に両者の関係および同一決定に対する最終判断の必要、安保理の平和調整活動に対する憲法（憲章）

判断の必要。この二つの問題に対して、国際法学界で一時期重大な検討対象になっている。この二つの問題の整理と検討事例・学説の整理に関して拙文「同一係争事件の解決における安全保障理事会と国際司法裁判所」文教大学国際学部紀要第12巻第1号2001年、と「国際司法裁判所と司法審査」二松学舎大学論集第45号2002年を参照。

- 32 国際司法裁判所の合憲・違憲審査の憲法意義に関して拙文前掲注31（「国際司法裁判所と司法審査」）を参照。
- 33 国際司法裁判所の合憲・違憲審査を上訴審理だと考えるのは、杉原高嶺「同一の紛争主体に対する安全保障理事会と国際司法裁判所の権限」同編『紛争解決の国際法』三省堂一九九七年503-526頁を参照。
- 34 朝日新聞2009年2月3日3面記事。