

国際法におけるソフト・ローの効用

何 鳴

The Function of Soft-Law in International Law

HE Ming

Abstract

There are a lot of soft-laws in contemporary international law. For example, some of the declarations in international environment law, and the resolutions of the General Assembly. Soft-law is a special legal norm, because both declaration and resolution have not definite description about right and obligation.

Soft-law is a topic among the international lawyers. Some of them think that soft-law will weaken international law. But they do not recognize the fact that soft-law is existing in international law.

What is the role of soft-law? It is an important problem for international law, because we can recognize what is the nature of international law, and why soft-law is needed. If we want realize the role of soft-law, an useful approach is provided for us. That is a view of sociology of law, namely "legalization". "Legalization" found a fact that law, especially definite legal norms, that is called "hard-law", all the better for, suffocate people's autonomy. But in the opposite, soft-law support or guard people's autonomy.

International society is a community that their member are independent sovereignty-states, so the autonomy of the states is needed for realization of international law and fulfillment of international legal order.

Soft-law, that is a special legal norm, is not necessary to become hard-law, because it has a special role in international law, for example, in international environment law.

Soft-law is not only needed for international law, but also significant to jurisprudence.

国際法にはソフト・ロー (soft-law) がある。ソフト・ローは国際法の特有な法現象である—国内法には見られない、すでに克服されたものである。国際法のソフト・ローは形として「宣言」、「決議」が多い。(「宣言」といえば、国際環境法に多い。「決議」といえば、主に安全保障理事会(以下、安保理)決議のような強い拘束力を有する以外の国際諸会議の決議である。国際連合(以下、国連)総会決議もソフト・ローである⁽¹⁾。)これらの「宣言」や「決議」は明確な権利・義務的な行為規範—ハード・ロー (hard-law) ではなくて、強制的な拘束力を有する法ではない。そう言う性質のため、これらの「宣言」や「決議」は一般的な意義上の法ではなくて、特殊なソフト・ローである。

国内法の分野ではソフト・ローは排除され、または実定法の普及とその法的制御の実現により、ソ

フト・ローは克服すべきものとされる。しかし、国際法においてはソフト・ローの法需要もあるし、ソフト・ローとしての実効性もある。そのため、ソフト・ローを国際法の特殊な法現象として認識する必要がある一方で、国内法と国際法におけるソフト・ローの異なる地位というのは、その認識が単なる国際法だけの問題ではなくて、法と法学全体に関わる問題であると、われわれに提示している。

それでは、ソフト・ローが提示している問題とは何かに関して、その結論を先に言えば、それはソフト・ローの法としての効用というものである。ソフト・ローの効用といえば、国際法における効用はいうまでもなく、もっと有意義なのは、なぜソフト・ローは法としての効用があるかという問題である。この問題は国際法を越えて、法と法学全体に有意義である。

もし、ソフト・ローは法としての効用があると言うのなら、それはどんな効用であるか、その効用をどう理解し認識すればよいかは、重要な問題になる。ここではソフト・ローの効用に対して、法社会学の「法化」(lignalization)のアプローチで分析し認識してみる。

法社会学と「法化」といえば、まずなぜそのアプローチをとるかを説明する。ソフト・ローが明確な権利・義務的な法規範ではないため、それに対して文言を解釈し、立法の主旨の推測および立証から法規範の意味と目的を解釈することはソフト・ローの真の理解が難しい。法解釈学の代わりに、法社会学のアプローチなら、ソフト・ローの機能を捉えてその解析を通してソフト・ローの性質と効用を探り出す。「法化」は法社会学の方法論の一つとしてソフト・ローの性質を認識しその効用を探り出すことができる。

そして、「法化」の意味を簡単に説明する。「法化」は法社会学の「社会における法」の現代問題の発見である。法発展と法制度の完備により、法が社会生活のいたるところにまで進出した結果、元来社会生活の運営に不可欠な人々の自律性は奪い取られてしまう。「法化」が意識している法は制定法であり、いわゆるハード・ローである。ハード・ローが人々の自律性とその活動を阻害する、というところまで法社会学は重要な発見をしたが、「法化」の実例および問題改善の答案を発見していない。すなわち、人々の自律性の利用と「法化」理論の間にあるべき事実発見をしていない。この未到達の事実を発見するために、国際法のソフト・ローは適切な実例としてこの事実発見に貢献することができる。

一 なぜソフト・ローが必要であるか

国際法は合意のルールを集合体である。国際法にとってこの合意のルールを法典化で成文化して、国際法をより「形式的・合理的」な法⁽²⁾へと発展させるのが、国際法の課題である。しかし、国際法—たとえ現代国際法でも—の法構造から見れば、条約と慣習法もあるし、ソフト・ローもある。条約と慣習法が形式的な法規範、いわゆるハード・ローとして国際法の法構造をなしている、ソフト・ローも国際法の法構造の一員である。法典化を推進している現代国際法にとっても、ソフト・ローは必要である。なぜ国際法は依然としてソフト・ローを必要としているかというのは、国際法の法的性質、特殊な法使用⁽³⁾などに関わる問題である。すなわち、国際法の合意的な法という法的性質と主権国家を法対象とするということと、国際法の法使用は国家のレベルでいえば国家実行の形であり、強制的ではないということのため、ハード・ローだけでは国際社会の社会的関係の調整には不十分で、ソフト・ローは国際法の一形式として必要とされる。

この法需要はソフト・ローの性質により生じるのである。ソフト・ローの性質といえば、「法の中に拘束力の低いもの、」または非法の中に何らか法的拘束力のうかがえるものがある、……非拘束的

合意、プログラム法、形成途上の法などと呼ばれる」⁽⁴⁾ 法の一つである。さらに、ソフト・ローの法的性質をいう場合に、国際法の中の「『法』と『非法』の区別を相対化する」⁽⁵⁾ 法の一形態⁽⁶⁾ であると言える。もし、国際法規範の役割の区分からいえば、ソフト・ローを「法と『非法』との灰色地帯」⁽⁷⁾ の法であり、「未成熟権原」⁽⁸⁾ の法として捉えられる。「法と『非法』との灰色地帯」の法というのは、権利・義務的な法関係を規定する法 (hard-law) と、法ではないが、法と同様な社会制御の機能を持つ命令、倫理などの「非法」との間の行為規範の一形態である。この形態の法は厳格な法の規定ではないが、「非法」より拘束的な合意を有する行為規範である。この「法」と「非法」との区別からソフト・ローの性質を考えれば、ソフト・ローは法である。しかし、明確な権利・義務的な法規範へと発展する暫定的形態の法である。

さらにソフト・ローの特徴といえば、「(1)具体的な権利義務関係の画定に関するものではなく、むしろ、一般的・抽象的な原則・指針を内容とする、(2)法規範としては未成熟で規範内容の明確性欠ける、(3)法的拘束力をもたないか希薄であり、緩やかな行動規範にとどまって、その履行は当事者の善意に依拠する部分が多い」⁽⁹⁾。こういう特徴のため、ソフト・ローは形としては「宣言」が多い。これらの宣言は法的拘束力が強くない、または希薄である。「宣言」の形をするソフト・ローは主に国際経済法と環境法の分野に集中している。ほかに、ソフト・ローが国連総会決議にも多い。「総会決議の拘束力のない、宣言的な」⁽¹⁰⁾ 性質は当決議のソフト・ローの属性を示す。

以上のようなソフト・ローの性質および特徴からその法としての機能といえば、ソフト・ローは「形式的・合理的」なハード・ローと違って、「実質的・合理的」な法である。

国際法学界では、一般的な通説としてはソフト・ローを「形成過程における過渡的な性質」⁽¹¹⁾ の法として理解している。そのため、ソフト・ローに対する評価は消極的で批判的である。例えば、ソフト・ローは「国際法の規範体系総体を脆弱化させてしまう」⁽¹²⁾ という認識がある。このような批判的な評価と消極的な認識は、国際法に依然としてソフト・ローが存在し必要とされるという現実との間で乖離がある。すなわち、国際法におけるソフト・ローの現実—事実に存在—に対して法実務上および法理論上でもっと研究すべきなのに、この批判的な評価と消極的な認識では、ソフト・ローの存在と法需要に対する因果的な説明ができないし、ソフト・ローの法としての合理性とその合理的な法機能を無視しかねない、当然に国際法におけるソフト・ローの効用を認識できない。

この批判的消極的な評価と認識という主観的なものと、ソフト・ローの存在と活動という客観的なものとの間の乖離は問題を提起している：

ソフト・ローの「過渡的な性質」は国際法においてどんな意義があるか、

「過渡的な性質」のソフト・ローは本当に「国際法の規範体系総体を脆弱化させてしまう」のだろうか。

二 「法化」論によるソフト・ローの認識

ソフト・ローが提起した問題は二つの意義その認識を要請している。一つは、ソフト・ロー自身の法的性質の認識であり、いわゆるソフト・ローの合理性の認識である。この認識によりソフト・ローの法としての機能を認識し、現代法システムが依然としてソフト・ローを必要とする、という事実を因果的に説明することができる。もう一つは、現代国際法秩序におけるソフト・ローの機能の認識である。もし、ハード・ローをその機能から「形式的合理的」な法として認識すれば、ソフト・ローをその機能から「実質的合理的」な法として認識することができる。法秩序といえ、近代法秩序以来

の法秩序モデルとして「形式的合理的」な法は絶対的な秩序要件とされてきた。もし、「実質的合理的」なソフト・ローをも法秩序要件にすれば、この法秩序は「形式的合理的」な法のみを要件とする法秩序より、自主的な個体により構成される現代社会の法需要に応えられる複合的、重層的な法秩序になる。この複合的、重層的な法秩序は各主権国家を構成員とする国際社会の法秩序になる場合にはなおさら意義がある。もし、ソフト・ローをも秩序要件とする国際法秩序の認識と説明ができれば、それは国際法秩序にだけでなく、法秩序一般の問題として重要な問題発見になる。

この重要な問題を発見するために、国際法秩序におけるソフト・ローの意義を考える必要が生じる。この必要に応じて「法化」論で考えるのは、「法化」論に提起された法秩序の法化現象の問題—ハード・ロー—刃倒れにより生じた当事者の自律性阻害の問題をもってソフト・ローの効用を反証するためである。

「法化」論というのは、法社会学が寄与した現代法学理論の一つである。「法化」論は法に関する「自己組織的システム論」、「ポストモダンの法」論とともに法社会学の法に関する理論探究の成果であり⁽¹³⁾、現代社会の構造変容に伴う法と法秩序の変革を捉えてこの構造変容にもたらされた法的インパクトを理論化したものである。

具体的に「法化」の定義は「社会構造に内在する秩序措置が力を失って、当事者を直接に取り巻く人々からなる紛争準拠手段の機能が低下し、国家の法システムの規範や手続きや制裁力によらなければ、紛争の解決が困難となる傾向を社会秩序の『法化』⁽¹⁴⁾という。

「法化現象を最も広く定義するならば、現代社会・現代国家のもとで法の担う役割が増大し、強化されるとともに、法の規制対象たる社会領域も広がり、その結果法と社会双方に様々な変容と問題が生じている事態」⁽¹⁵⁾ともいわれる。

ここまで、「法化」論はまず社会における法の効用—法の社会制御の必要性と絶対性を説明している。法の社会制御にとって、明確で厳格な法規範、いわゆる「形式的合理的」な法 (hard-law) とその法使用が必要である。しかし、法の社会制御はすべて hard-law だけを頼りにすることはできない。

だから、「法化」論はもう一つのことを強調している：

「法に何ができるのか」—「人々の生活の基礎を支えその自由な活動を保障する法が、彼らの生活過程そのものに深く介入してこれを『法化』することから、かえって当事者の自律的な決定能力を剥奪してしまう」⁽¹⁶⁾。

ここが「法化」論の最も重要な意義があるところである。

法の社会制御というのは近代法および近代社会の理念として実践されてきた。しかし、法規範および法制度をもって社会を制御することに頭書の理念および目標と違う結果が生じてしまうことがある。それは、「当事者の自律的な決定能力を剥奪してしまう」結果である。法の社会制御の必要性と絶対性、と絶対的な法の社会制御の逸脱—当事者の自律性の剥奪というのが法社会学の事実発見である。すなわち、「法化」論が法の社会制御の絶対性と当事者の自律性の剥奪という両義性を事実として発見した。

この事実を発見した「法化」論をもって国際法のソフト・ローの効用を発見することができる。

近代法以来、社会秩序「非法」また「非法」的な社会秩序の克服として社会秩序の「法化」—法による社会制御を理念として一戦されてきた。国際社会と国際法もその例外ではない。国内法に比べれば、国際法は「不成熟」な法であるといわれているにもかかわらず、近代国際法、とくに現代国際法は明確な権利・義務的な法規範と国際立法を中心とする法制度をもって国際社会の法的制御を実践し

ている。国連を中心とする現代国際社会において武力は諸国間の伝統的な紛争解決の準拠と手段としてはその機能が既に低下している。諸国は法による紛争解決、法による権利の保護、法による国際社会秩序の構築という法意識を持っている。そして、この法意識とともに、諸国の積極的な法規範の受け入れ（条約の締結と参加、慣習法の受け入れ）と積極的な法使用（条約と国家実行、慣習法の意識的な使用）は国際社会の法的制御を推進している。これは国際法の法発展であるにもかかわらず、一方では国際社会は各主権国家を構成員とするため、諸国の自律性を剥奪しないように、ソフト・ローが必要である。なぜかといえば、国際法秩序およびその形成の意義でソフト・ローを見れば、ソフト・ローは主権国家の自律性を生かして国際法の法的制御を実現させる法規範なのである。形式的な法としての条約（hard-law）は国際法の法的制御の主役ではあるが、ソフト・ローは諸国の自律性を剥奪しない、生かすことで、国際法の法的制御を合理的に実現させることができる。

もし、ソフト・ローのこの効用を認識できなければ、ただその形にこだわり、「一人歩き」⁽⁴⁷⁾の警戒感を持ち、ソフト・ローを「自然発生的な未成熟規範」⁽⁴⁸⁾と見なし、国際法の法源を相対化にし国際法秩序の真空状態を埋めることができないう判断に基づいては、ソフト・ローを抑え、「体系化された国際立法活動」⁽⁴⁹⁾に期待することになる。そうすれば、ソフト・ローの効用は無視されがちである。

三 法としてのソフト・ローの機能—その合理性の認識

ソフト・ローを法として認識するならば、その機能を認識し説明することが重要になってくる。ソフト・ローの機能というのは、その合理性というものである。

「法化」論の両義性は法（hard-law）の制御の絶対性と限度を指摘している。社会の法的制御を実現するために、hard-law 以外に、ソフト・ローの効用も不可欠であり、ソフト・ローを見直す必要があるというのは、「法化」の両義性からの啓示である。すなわち、社会の法的制御のための hard-law の補充として、ソフト・ローは「当事者の自律的な決定能力」を生かして社会秩序を維持することができる。これはソフト・ローの合理性と有用性である。

国際法の分野では、国際社会に対する法の「深い介入」はむしろ課題とこれからの作業である。しかし、主権国家を構成員とする国際社会と、主権国家の合意を基盤にして形成する国際法とその法秩序の特殊性からいえば、国際社会に対する法「深い介入」と同等のレベルで、「当事者の自律的な決定能力」を生かす法—ソフト・ローは国際法に必要である。しかも国内社会と国内法以上に必要である。それは、ソフト・ローは当事者（国）の自律性に任す法規範のためである。

1 当事者（国）の自律性に任せる規範

当事者（国）の自律性というのは、国際社会における諸国の自己決定の可能性である。この可能性は諸国の主権により確立され、また主権の内容でもある。ただし、この自律性は主権の絶対性と同様な絶対的なものではない。他国の主権および国際社会の「共通利益」を考慮して自国の意思と行動を独立的に、また国際社会に責任を持つように行うのは諸国の自律性である。現代国際社会において、法典化と国際立法により国際法の「形式的・合理的」な法の整備が推進されている一方で、諸国の主権を尊重してその自律性を尊重して、さらにそれを生かして国際法の法的制御も推進されている。例えば、条約とくに多国間条約の実現はまず諸国の国家実行から始まる。国家実行は諸国の自律性の表現である。

当事者（国）の自律性に任せる法規範というのは、ソフト・ローである。法の正統派の hard-law（国際法の場合では条約と慣習法）に比べれば、ソフト・ローは関係国間の「具体的な権利義務関係の画定」のような明確な行為規範型の規範（法）ではなく、「一般的・抽象的な原則・指針を内容とする」行為指向型の規範（法）である。このような規範（法）は当事者（国）の行為を厳格に拘束するより、当事者（国）の行為を一定の枠または方向を指示し、提供するのを目的とする。従って、ソフト・ローは社会的関係の調整および問題解決を当事者（国）の自律性に任せる行為規範である。特に、国際社会のような各主権国家を構成員とする社会の規範（法）としては、諸国の自律性発揮して国際法の法的制御を進めるのは、国際法ならぬ任務である。ソフト・ローは「未成熟で規範内容の明確性に欠ける」というふうに評価されているが、社会的関係の調整および問題解決の実際には、ソフト・ローの効力は強制性にあるのではない。「明確性に欠ける」ソフト・ローに基づけば、当事者（国）が社会的関係の成立に合意する場合、紛争解決の準則を適用する場合に、「一般的・抽象的な原則・指針」のもとで case by case に取り組むことができる。

2 法としてのソフト・ローの効用

「未成熟で規範内容の明確性に欠ける」、「具体的な権利義務関係の画定」をしないソフト・ローは法の暫定的な形態である。というのは、ソフト・ローは「原則・指針」として一定の時点の関係調整および問題解決のための準拠なのである。そして、ソフト・ローは普遍的な法規範と違って case by case のための準拠である。この意味でソフト・ローは暫定的な規範形態である、と言える。一定の時点の関係調整および問題解決が完成したら、暫定的な規範がその実行および使用を通して慣習、慣行および「共通的な信念」に生成する。この慣習、慣行および「共通的な信念」が明確な法規範形成の基盤である。この法規範の形成は国際法の場合では「法典化」および国際立法を通して可能である。「法典化」および国際立法は国際社会で通用する準拠、慣習、慣行および「共通的な信念」を明確な権利・義務的な法規範へと成文化する。この明確な権利・義務的な法規範は普遍的な「形式的・合理的」な法規範である。従って、暫定的な法の一形態としてのソフト・ローは一定の時点の社会的関係の調整および問題解決のために必要な規範として有用であると同時に、明確な法規範へと法発展する。

ソフト・ローは明確な法規範へと法発展するコースもあるが、なにより法秩序のなかでソフト・ローは法的制御を担当する機能がある。この場合に、ソフト・ローは hard-law の補強として働き、hard-law とともに国際法秩序に共存する。例えば、国際環境法と国際経済法の条約のなかでソフト・ローは hard-law と共存している⁽²⁰⁾。

実際的に社会的関係をみると、それは権利・義務的な関係という唯一な形態ではない。複雑な社会的関係の変動に応じて法規範も自身の機能および形態を変化させる必要がある。もし、社会的関係が権利・義務的な関係だけを唯一な関係様式だとすれば、ソフト・ローは存在する必要がない。もし、明確な権利・義務的な法規範 (hard-law) が唯一な法規範だとすれば、ソフト・ローの存在は必要がなく、当然に明確な権利・義務的な法規範へと発展する必要がある。しかし、社会の現実としては、社会的関係には明確な権利・義務的な法規範により調整できない部分がある。この部分の調整はソフト・ローしかできない。

近代法の理念としては社会的関係は権利・義務的な関係である。従って、権利・義務的な関係を基盤にして近代法以来の法は「形式的・合理的」な法を追求してきた。しかし、現代社会の構造変容に応じて、法的権利はその権利主体の個体から共同体へと転換している。そして、権利を主張する公式・

非公式手続きの調整に従って内容的には実質的な変化が生じている。この場合には、形式的明確な権利・義務を主張する hard-law だけでは現代社会の複雑な社会的関係に応じることはできない。そのため、ソフト・ローのような当事者の自律性を生かせる法は必要である。ある意味では、国際社会は近代法により一体化された社会構造から脱皮—変容している国内社会とは違う意味で複雑な、重層的な社会的関係を呈示している社会である⁽²¹⁾。この社会の法需要として hard-law 以外に、ソフト・ローが必然的に要請される。

3 ソフト・ローと「実質的・合理的」な法

ソフト・ローは普遍的な法規範のように明確な権利・義務的な規範内容を持たない、「その履行は当事者の善意に依拠する部分が多い」規範（法）である。この意味で、ソフト・ローは「実質的・合理的」な法である。近代法以来の法概念および法制度は「実質的・合理的」な法の克服として、明確な権利・義務的な法規範を追求し、普遍的な行為規範を内容とする「形式的・合理的」な法と法制度を構築してきた。しかし、現実には「形式的・合理的」な法とともに、「実質的・合理的」な法も存在している。例えば、国際法のソフト・ローは「実質的・合理的」な法として国際法秩序で存在している。ソフト・ローの存在と必要はソフト・ローの合理性である。この合理性は、諸国の自律性を「剥奪」しない、それを発揮して国際法秩序を運営することである。そのため、簡単にソフト・ローを「国際法の規範体系総体を脆弱化させてしまう」と断言しては、法秩序にあるべき「実質的・合理的」な法の効用、すなわちソフト・ローの合理性を無視することになる。

四 国際法秩序におけるソフト・ローの意義：「実質的・合理的」な法の効用

「実質的・合理的」な法—ソフト・ローの効用という、それはまず「法に何ができるか」の現実問題に答える。「法に何ができるか」という「法化」論に指摘されたように、社会生活に「深く介入」する明確な権利・義務的な法規範—「形式的・合理的」な法に対する反省から、国際法のソフト・ローのような「実質的・合理的」な法の再認識と評価の必要が生じてきた。この「実質的・合理的」な法の効用を、国際法の現実において考察することができる。

1 国際法のソフト・ロー：国際環境法を実例に

近代国際法に比べて、現代国際法は多数国間条約とその作用を特色とする。現代国際法秩序はとくに国際立法の形になる多数国間条約によって支えられている。合意を法形成とする国際法は多数国間条約の法発展によりますます「形式的・合理的」な法となる。しかし、国際法にはやはり『宣言』・『憲章』・『行動綱領』などに、通常の決議とは異なる一定の法的効力を認め⁽²²⁾られる法規範—ソフト・ローが存在している。これらのソフト・ローは、条約と慣習法のような明確な権利・義務的な法規範の補充また強化として現代国際法秩序にでも欠けてはならない存在である。

条約と慣習法は諸国間の権利・義務的關係を明確に規定するが、ソフト・ローは「共通の信念」を提起し、この信念に基づく行為の指針や範囲を指定する。例えば、国際環境法には権利・義務を明確に規定する条約もあるし、「義務の履行を当事者の善意ないし信義に委ねているもの、当事者の努力目標を定めるにとどまるもの」⁽²³⁾もある。「オゾン層の保護のためのウィーン条約」は明確な権利・義務的な規範であるが、「環境と開発に関するリオ宣言」と「人間環境宣言」は国際環境保護のための「共通の信念」、「共通の見解と原則」にとどまり、諸国の権利義務を厳格に規定しないところは、

ソフト・ローに属する。「オゾン層保護のためのウィーン条約」は、条約の締結、批准、受託、承認および国家実行などの過程を通してきた条約の参加国には法的拘束力がある。「環境と開発に関するリオ宣言」と「人間環境宣言」は環境に関する行為の準則を主張するだけにとどまっている。国際法では、条約の法過程の参加により法的拘束力を生じるという一般的な原則からいえば、「環境と開発に関するリオ宣言」と「人間環境宣言」に言及される原則は hard-law のような法的拘束力の要件を備えていない。これらの宣言は人類の共同資産としての環境を保護する意識（信念）と義務があるべきだ、という行為指向的な準則である。これらの準則は環境に対する行動の指導を目的とするため、社会におけるその法的効果からいえば、準行動規範（「緩やかな行動規範」）、いわゆるソフト・ローである。国際環境法に準行動規範が存在している事実に基づいて、準行動規範の法機能に関して二点考えられる：

一つは、準行動規範自身の法機能である。準行動規範は強制的な拘束力を有しないが、「共通の信念」、「共通の見解と原則」の樹立を目的とする。この「共通の信念」と「共通の見解と原則」は一定の行為パターンまたはルールの合意である。この合意の達成は信念、見解および原則に一定の拘束力を付する。信念、見解という、慣習法の法的要件の一つとして「法的信念」がある。法的信念が法的拘束力を持ち得るのは、行動規範を受け入れ、それを自分の行為基準にする意思があるからである。法的信念から生じる法的拘束力は一種の内面的な拘束力である。この内面的な拘束力には当事者（国）の自律性を依拠する要素が大きい。信念、見解および原則に基づく準行動規範はとくに内面的な拘束力をもって法としての機能を働く。そして、信念、見解および原則は社会状況に合わせる一時的、より具体的実質的な内容を規定する。この「実質的・合理的」なところがソフト・ローの機能である。

もう一つは、行動規範と準行動規範との共存、すなわち法秩序の中で hard-law とソフト・ローとの共存の必要性である。信念、見解および原則は準行動規範として内面的な拘束力を持って法としての機能を働くことができるが、その履行の保障が困難である。内面的な拘束力および当事者の自律性だけでは、社会的関係の全面的な調整と問題解決のための形式的、普遍的な規範を提供することはできない。これは準行動規範（ソフト・ロー）が単独で法秩序を担うことができない原因である。そのため、準行動規範は hard-law へ発展するか、hard-law の補充として法秩序を担う。すなわち、ソフト・ローは同じ部門法のなかで、また法秩序のなかで hard-law と共存するのが多い。

国際環境法の場合に、「環境開発に関するリオ宣言」「人間環境宣言」はソフト・ローであるが、「オゾン層の保護のためのウィーン条約」をはじめとする環境法の一連とした条約と並列して共存している。これらの「宣言」と「条約」の共存は環境法秩序を形成する。

2 国際法秩序におけるソフト・ロー：「実質的・合理的」な法の効用

一時的、具体的な規範内容を持つところは、ソフト・ローの実質的な性質である。ソフト・ローの合理性は、その存在の合理性のほかに、ソフト・ローは国際社会の社会的関係を合理的に把握することができる、国際社会成員—国際法秩序の需要者の自律性をもって国際法秩序を合理的に維持する、というところである。

まず、宣言、決定、原則および行動綱領は複雑で、変動中の国際社会的関係を把握するには比較的客観的で能動的である。宣言、決定、原則および行動綱領は形成途上の国際社会の合意である。この合意は国際社会の社会的関係の段階を反映する。そして、社会的関係の変動の度合いに従って明確な権利・義務的な法規範へと発展する。例えば、国際環境法の場合では、「オゾン層の保護のためのウィーン条約」は「環境と開発に関するリオ宣言」と「人間環境宣言」から明確な権利・義務的な

法規範に発展したのである。

そして、ソフト・ロー自身だけでも国際法秩序の需要者の自律性を尊重してそれをもって合理的に法秩序を運営し維持する。「形式的・合理的」な法としての条約と慣習法は当事国の明確な権利・義務を規定して国際社会的関係を調整する。条約と慣習法は国際社会の法規範として普遍的な拘束力がある。普遍的な拘束力が確かに国際社会の法的制御、国際法秩序の実現を可能にする。しかし、国際法秩序の需要者は諸国であるため、諸国の自律性を尊重し、それをもって国際法秩序を維持し運営するのはより合理的である。

いうまでもなく、国際法秩序の発展方向は「形式的・合理的」な法による法秩序である。多数国間条約を主とする国際立法は「形式的・合理的」な国際法を推進している。しかし、国際法が国際社会の法需要を満たすために、国際法が有効に国際社会の法的制御をするために、「形式的・合理的」な法とともに「実質的・合理的」な法を必要とする。

なぜ国際社会の法需要に「形式的・合理的」な法と「実質的・合理的」な法の両方があるかという点、一つは国際社会の社会構造による。主権国家を社会構成員とする国際社会の構造に規定される法は、「形式的・合理的」な法と「実質的・合理的」な法の共存を必要とする。この共存は現実として、多数国間条約の「準備作業」および起草の段階で、「個別的に解決を要する具体的な問題が将来発生した場合には、その問題の特定の文脈のなかで柔軟な解決を許すような義務づけ」⁽²⁴⁾を「意図的に」規定している事実から見られる。もう一つ、国際法秩序の形成、維持と運営には、国際立法のような法制度化も推進する一方で、ソフト・ローを国際法と国際法秩序の一員に入れば、諸国の自律性の発揮により諸国の行動を国際社会の「共通利益」に合わせて規制し、また国際法からの逸脱に自発的な有効な措置を取ることができる。ここが、国際法秩序の形成、維持と運営に対する「実質的・合理的」な法—ソフト・ローの貢献である。

現在、国際法および国際法秩序の問題として、如何にソフト・ローの機能を認識し評価するかは、国際法と国際法秩序の再認識にかかわる重要な問題である。このように「法化」論でソフト・ローの機能を認識すれば、簡単にソフト・ローを否定したり、または国際立法を性急に追求したりするのを避けて、国際法と国際法秩序の現実を見ることが出来る。(国際法の法発展および国際法秩序の構築のために国際立法を追求するのは、国際法学者の理想である⁽²⁵⁾。)

最後に、ソフト・ローの実質的・合理的な法機能を認識する視点としてさらに「反形式的」な法のアプローチでソフト・ローの合理性を考える。

「反形式的」な法というのは、マックス・ウェーバーの法の効用に関するテーゼである。このテーゼは、「当事者の『真の意思』を妥当させるべきことを要求し、すでにこのことだけからしても、法形式主義の中に、個性的な・(相対的に)実質的契機を持ち込む」⁽²⁶⁾ことを評価すると同時に、「『規範』を創造し・承認するというよりも、具体的な・目的合理的な利益調整の方が重要である」という「反形式的」な法、つまり「実質的・合理的」な法の意義を強調している。この「反形式的」な法の評価と意義は、国際法のソフト・ローの実在および国際法秩序におけるその役割に体现している。

今日、「反形式的」な法の提唱として、まず国内法の分野で調停制度は再評価され、実用される傾向がある。「反形式的」な法およびその成果としての調停制度の再認識および再評価の意義をもって国際法のソフト・ローのについて考える場合に、ソフト・ローは「具体的・目的合理的な利益調整」を目的とする国内法の調整制度と同様な意義を持つ、と認識することができる。国際社会の諸国間の

自律的な関係調整および問題解決が国際法秩序における役割とその役割に対する再認識という従来の科学の課題に今日の資料を提供することができる。(ここで言っている「今日の資料」というのは、今日の国際法には依然としてソフト・ローが存在している、国際法秩序にソフト・ローが役割を果たしている、という法現象である。)この存在と役割は法学全体に対する国際法の、ソフト・ローの貢献である。

五 ソフト・ローのハード・ロー化：憲章第七章とソフト・ローのハード・ロー化

ソフト・ローは国際法の個別分野(例えば、環境法)の法現象である。国内法に比べれば、国際法はソフト・ロー的な法である⁽²⁷⁾。国際法のソフト・ローが個別分野の法規範として活動する場合には、その特殊な「実質的・合理的」な法機能は働くため、ソフト・ローはそのままで国際法規範として有用である。一方、ソフト・ロー的な国際法全体には、国連憲章とりわけ第七章の導入によりソフト・ロー的な国際法に強制性を付与してそれをハード・ロー化する、という効果がある。ここで、ソフト・ローの反対方向の分析、すなわちソフト・ローのハード・ロー化の実例をもってその全面的な認識が得られる。

1 ソフト・ローに強制的な拘束力

ソフト・ローの性質の一つとして、強制性がない、または希薄であるため、ソフト・ローには強制的な拘束力が欠ける。同様にソフト・ロー的な性質の国際法は強制的な拘束力を国際法の実効性とするのが困難である。しかし、国際法は国際社会の社会的関係を調整し国際紛争を解決するためには、ソフト・ロー的な国際法には強制的な拘束力を付与することがある。憲章第七章がソフト・ロー的な国際法に強制性を付けている。

憲章第七章は法規範のレベルで平和の脅威と破壊に対する安保理の「決定履行」(第八四条)を強制的に国連加盟国の義務規範としている。第五一条の「自衛権」の絶対保障と安保理が「平和及び安全の維持又は回復のために必要と認め」、発動する集団安全保障体制の絶対的妥当性と正当性は強制的な拘束力を有する。そして、第七章は安保理の「一般的権能」(第三九条)を規定することでその権能の強制的な地位を明確にする。安保理の「一般的権能」国際社会の社会的関係の調整機能に強制的な拘束力を付与する。第四一条の「非軍事的措置」と第四二条の「軍事的措置」は集団安全保障体制の発動権を握る安保理の「一般的権能」に強制執行の権限を与える。そして、この二条は国際法規範の強制措置としての効果がある。

憲章第七章がソフト・ロー的な国際法に強制性を付けるのは、いわゆるソフト・ロー的な国際法をハード・ロー化する。一般的な意義において、ソフト・ローとハード・ローとの区別は単なる強制性だけではない。しかし、国際法のソフト・ローにとって、強制性を有することはソフト・ローからハード・ローへの質的な転換ができる。

2 国際法規範の強制性と諸国の自律性との調和

国際法のソフト・ローの機能は諸国の自律性を生かして国際法を実現する。逆から言えば、国際法の実現には諸国の自律性が必要である。憲章第七章によりソフト・ロー的な国際法が強制性を有してハード・ローへと転換することで、本来有用だった諸国の自律性を損なう、従って国際法のあるべき性質を変質させるかということはある得ない。

国際法の実現は国際法規範の強制性と諸国の自律性をともに必要な条件とする。現行国際法の実効性からいえば、国際法規範の国家実行は依然として有用な実行制度である。国家実行は諸国の自律性を絶対的条件としなければならない。この絶対的な条件により、国際法秩序は「関係の自己組織の原理」を秩序原理とする⁽²⁸⁾。国際法の本来のソフト・ロー的な機能と強制性を有する国際法規範の機能により、国際法秩序は国内法秩序とは違う、柔軟な法秩序という特質を持つ。

多国間条約を例にして見られるように、国際法は諸国の価値を統合する法規範である。そのため、多国間条約は国際社会の価値強盗の表現である。諸国の別々の価値を統合する国際法にとって、諸国の自律性と緊密な関連を保つ必要がある。

当事者の自律性を尊重するのが一般的な原理である⁽²⁹⁾。この原理は諸国の価値を統合する国際法にとって、なおさら法原理にする必要がある。

結 語

国際法のソフト・ローは法である。権利・義務的な（法）関係を明確な強制的な拘束力を有する法規範ではないが、その「非拘束的合意」の法的性質はソフト・ローの特有な法機能である。それは、法の当事者の自律性を生かして国際法を実現し、国際法秩序を運営するところである。ソフト・ローのこの法機能は明確な強制的な権利・義務に関する法規範—形式的な法（hard-law）とともに、またはその補助として国際法の実現と国際法秩序の運営に必要とされる。国際法には条約と慣習法を内容とする hard-law とともに、多くの決議議案および「宣言」の形をとるソフト・ローが共存しているのは、ソフト・ローの法機能の有用性と法需要を実証している。

国際法のソフト・ローは国際法だけの法現象である。この法現象は国際法を超える、法と法学全体に有意義な問題を提起している。それは、法社会学という法学理論の探究者の問題発見—法秩序の「法化」現象という問題の発見に重要な事実および結論を提供していることである。法社会学の「法化」論は法（hard-law）が生活分野に介入した結果、人々の自律性が阻害され、即博されるという問題を発見した。国際法のソフト・ローおよび当事者の自律性の発揮を目的とする法使用は、この問題の解決に現実的な、問題の説明になれる貢献をしている。

- (1) 国連総会決議をソフト・ローと見なすのは、例えば、1962 ICJ Rep. 49, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, p.36; ほかに、総会決議の法的拘束力がないところを指摘するのは石本泰雄「国際法の構造転換」高野雄一編『国際関係法の課題』（有斐閣、一九八八年）三頁、である。
- (2) 「形式的・合理的」な法と「実質的・合理的」な法というのは、ヴェーバーのテーゼである。ヴェーバー『法社会学』（創文社、一九八八年）一〇一～一〇六頁。なお、詳細な紹介は以下の文献を詳細すればよい：六本佳平『法社会学』（有斐閣、一九八六年）六五～七九頁、石村善助『法社会学序説』（岩波書店、一九八三年）一七九～二〇二頁。
- (3) 「法使用」は法社会学の概念である。法社会学において「法使用」は社会における法の実現を分析するための方法として使われる。（六本佳平、前掲（注）2一九七頁。「法使用」はとくに法解釈学の法適用と区別して提起され、法社会学の「社会における法」という問題を説明する。「法適用」は裁判の場である行為に関する正当性・不正当性に関して証明するとき、裁判の進行

可能性や法的判断を下すとき、法規範の援用である。「法使用」は社会における法、法制度の動員状態と効果である。「法使用」は分析方法として使われるときに、法と社会—どんな社会にどんな法と法制度、法と行為—どんな行為にどんな法—という事実(社会的事実)に法規範を還元して、社会における法の動員状態と効果を説明する。

「法使用」は法社会学の新しい概念である。「法意識」という既成の概念との区別という点、「法意識」の内面性より、「法使用」は法という社会資源を動員する公開の状態を把握する。「法意識」は法の使い手の意識の深層にまで入って、この法の使用・不使用が「社会における法」に対する影響を探り出そうとするが、「法使用」はすでに社会資源となる法、法制度の使用状態から法の実現(実現の状態、程度、問題)を把握する。

- (4) 位田隆一『国際関係辞典』国際法学会編(三省堂、一九九五年)五一二頁。
- (5) 村瀬信也「現代国際法における法源の動揺」立教法学二五号(一九八五年)八三頁。
- (6) ここで意識的に「形態」と「形式」を区別して使っている。「形態」は静的な「形式」と違って、動的な過程を伴って変化を生じる。ソフト・ローを法の一形態として捉えるのは、ソフト・ローのハード・ローへの変化というのを意識したのである。本論文はこの動的な変化の過程の解析を目的とする。
- (7) 村瀬信也、前掲注(5)九八頁。
- (8) 村瀬信也、前掲注(5)九八頁。
- (9) 村瀬信也、前掲注(5)九八頁。
- (10) Geoffrey R. Watson, "Constitutionalism, Judicial Review, World Court", *Harvard International Law Journal*, vol.34 (1993), p.36.
- (11) 村瀬信也、前掲注(5)九七頁。
- (12) 村瀬信也、前掲注(5)九七頁。なお、ソフト・ローをその法としての役割から評価したものもある。例えば、Joseph Gold, "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", *AJIL*, vol.77 (1983), p.443. 曾野和明「変容した国際社会と条約至上主義への疑問」*国際法外交雑誌*八四巻六号(一九八六年)二二~二四頁。ほかに、ソフト・ローの法的性質、とくに国際法における役割を強調するのは、Prosper Weil氏である。彼が国際法規範の脆弱性を指摘した際にソフト・ローを言及したところはとくに意義がある。Prosper Weil, "Towards Relative in International Law", *AJIL*, vol.77 (1983), p.413.
- (13) 「法化」論、「自己組織的システム」論と「ポスト・モダン」論は現代法社会学の法学理論探究の成果である。本論文では「法化」論を取り入れているが、「自己組織的システム」論と「ポスト・モダン」論は本論文の研究範囲以外のものであるため、ここで提示するだけ、詳細な紹介を省く。
- (14) 六本佳平、前掲注(2)二五〇頁。
- (15) 馬場健一「法化と自律領域」棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』(法律文化社、一九九四年)七三頁。
- (16) 中野敏男「『制度としての法』と討議の手続き—『法化』問題とハーバース法—社会理論の可能性—」*法社会学*第四四号(有斐閣、一九九四年)四九頁。
- (17) 位田隆一「『ソフト・ロー』とは何か—国際法上の分析概念としての有用性批判」*法学論叢*一七巻五号(京都大学、一九八八年)八頁、同六号二一頁。
- (18) 村瀬信也「国際立法学の存在証明」深津栄一還暦記念論文集『現代国際社会の法と政治』(北

樹出版、一九八五年) 一〇五～一二九頁。

- (19) 村瀬信也「国際法委員会における国際立法の存在基盤－歴史的背景と問題の所在」国際法外交雑誌八四巻六号(一九八六年)二五～六四頁。
- (20) 河西直也「国連法体系における国際立法の存在基盤－歴史的背景と問題の所在」大沼保昭編『国際法、国際連合と日本』(弘文堂、一九八七年)九五頁。
- (21) Ignaz Seidl-Hohenveldern, "International Economic 'Soft Law'", R.C.A.D.I., 1979-II, pp.165-246. (清水・山口訳「国際経済の『ソフト・ロー』－I. Seidl-Hohenveldern 教授の見解と筆者の評論・注釈」神戸学院大学紀要第一七号)。
- (22) 国際社会の複雑な社会的関係に関する見解の一つとして、廣瀬和子「国際社会の構造と平和秩序形成のメカニズム－強制措置の実効性を中心に－」廣瀬和子・綿貫讓治編『新国際学－変容と秩序』(東京大学出版会、一九九五年)九八～一三九頁。
- (23) 村瀬信也、前掲注(5)九八頁。
- (24) 村瀬信也、前掲注(5)九八頁。
- (25) 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)六〇頁。
- (26) 村瀬信也、前掲注(18)一一三頁、と前掲注(19)三一頁にはそのような主旨が読みとれる。
- (27) R. Higgins は国際法をソフト・ロー的な法として理解する。R. Higgins, "Policy Considerations and the International Judicial Process", ICLQ., vol.17, p.58.
- (28) 季衛東『超近代の法－中国法秩序の深層構造』(ミネルヴァ書房、一九九九年)一五頁。
- (29) ジョセフ・ラズ著／森際康友訳『自由と権利』(勁草書房、一九九六年)二三四頁。

(本学国際学部非常勤講師)