

〔研究論文〕

国際法の上位法としての強行規範 －国際法の強行規範研究(二)－

何 鳴

〔Article〕

Jus Cogens, A Superior Norm in International Law A Study about Jus Cogens (2)

Ming HE

Abstract

This article is a combination with my another article. I tried to study the significance about jus cogens in the two articles. In this one I especially examined the function of jus cogens and its precedent at international courts and national courts. Through these precedents I tried to show the development of jus cogens, and tried to organize the case law about jus cogens. My work is a continuation from many international lawyers. Their great works about jus cogens is a heritage for me. I stand these titan's shoulders, and look at the outcome of jus cogens to be used for international justice. In this article I also see the new phenomenon that came from the using of jus cogens. I tried to illuminate the meanings behind the phenomenon. I want to quote Anne-Marie Slaughter's opinion about international society and international law for the conclusion of my article: "The world of societies is still too often the world of low politics, soft power, human rights, democracy, and development, and, largely, women." It is a true jus cogens, too, I want to say.

はじめに

本論文は国際法の強行規範研究(2)として国際法における強行規範の機能を解析し理解する。強行規範研究(1)は強行規範の実定法研究であり、法廷の法適用で強行規範と従来の国際慣習法の国家免除との関係を問題視し強行規範のケース・スタディを試みた⁽¹⁾。強行規範の実定法的研究をベースにして、本論文は強行規範の法機能をとらえて強行規範が国際法においてどんな法であるべきか、いわゆる強行規範の理論研究である。とはいうものの、この理論的な研究は理論の構築ではなく、国際法における強行規範の法需要と法適用を資料にして強行規範の法としての正当性と妥当性、および法発展を解析する。

一 問題提起：なぜ強行規範に違反すると、国際慣習法の国家免除を放棄せざるを得ないか。

1994年アメリカ・コロンビア地方上訴裁判所で *Prinz v. Federal Republic of Germany* 事件が審理されたとき、被告人ドイツが訴追された自分の行為は国家免除の事項に属され、国家免除を主張した⁽²⁾。

被告のこの主張に対して裁判所は、被告の行為は明らかに国際法の強行規範に違反していると判決で言明した。同事件で被告の国家免除の主張をめぐって、原告と被告の当事者間で法律争点として攻防を繰り返した。Princz事件のほかに、欧米の司法界で他の同様な訴求事件の審理においても、この種の事件をめぐって欧米の国際法学界でも、被告ドイツ・ナチスの重大な人権侵害の行為は国際法と強行規範に違反した、そのためこの違反行為は国家免除を放棄することになる、という意見が多数であった⁽³⁾。この意見はすなわち、被告ドイツの行為は人権侵害であり、国際法の強行規範に違反している、それゆえ国家免除を主張する、また与えられる権利を放棄すると主張する。1992年アメリカ上訴裁判所が *Siderman v. Republic of Argentina* 事件の判決で強行規範に違反すれば、違反した国が国家免除の授与を排除されるという判断を下した⁽⁴⁾。同様に、2000年ギリシャ高裁は戦後補償訴訟の *Voiotia* 事件の判決で被告人ドイツが強行規範に違反したため、この違反行為に対して国家免除を援用することができない、と判断した⁽⁵⁾。強行規範に違反すれば、国家免除を放棄せざるを得ない、というのはいわゆる国家免除の暗黙的放棄 (*implicit waiver*) という主張である⁽⁶⁾。さらに、強行規範に違反すれば国家免除を認めないという法適用の根拠として、国際法の法規範間の階層論というものもある⁽⁷⁾。

これらの国の司法で取り組まれた強行規範の事件のほかに、もう一つ重要なものは1999年国際法委員会の結論である。1999年国際法委員会が「国家の司法免除と国家財産」に関する報告書で重大な人権侵害を犯した国家の免除 (*immunity*) を否認した⁽⁸⁾。国家が犯した重大な人権侵害はいわゆる国際法の強行規範に規定されている禁止事項である。

国家が強行規範に違反すれば、自らに国家免除を暗黙的に放棄する、ということになれば、強行規範が国際慣習法の国家免除を凌ぐ上位の法である、ということの意味する。そうすれば、強行規範は従来の国際法になかった強制的な拘束力がある、階層関係を作った法規範になる、と言える。国際法の新メンバーの強行規範がどんな法機能をもつ、どんな法規範であるかを理解するのが本論文の目的である。とはいうものの、強行規範に関する研究はなにも新しいものではない。この新鮮みのない課題に対して、本論文は拙文「強行規範研究(1)」から受け継いで強行規範の法使用で生じた問題—慣習国際法の国家免除との関係から強行規範に関して議論する。この主旨のため、本論文は強行規範の法理を再確認して、その上でケース・ロー (*case law*) に主眼を置く。

二 強行規範とは

強行規範は国際法のなかで新しい、若い規範群である。第二次世界大戦後に国連法の形で国連の場で制定された法規範である⁽⁹⁾。ウィーン条約法条約第五三条で国際法の強制的な法規範 (*peremptory norm*) に関して規定を設けている。すなわち「一般国際法の強行規範とは、いかなる逸脱も許されない規範として、…… (ここの省略は筆者による。) 国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範をいう」。この規定は国際法の強行規範を諸国の全員加入の一般法原則として提出はしているものの、具体的な規範内容を提出していない。ウィーン条約法条約の立法の不徹底さとは逆に、国際社会で二度もの世界大戦を経験し、違反してはいけない、強制的な拘束力のある国際法の需要を痛感した諸国は法的信念と従来の慣行を以て具体的な強制的な法規範を意識し擁護している。それは禁止法の形の法規範で、共通用語の *jus cogens* (強行規範) となっている。すなわち：

1 禁止法としての強行規範

ジェノサイドの禁止、海賊行為の禁止、奴隷と奴隷貿易の禁止、侵略の禁止、拷問の禁止。これらの禁止法はそれぞれの国際条約に取り入れられている。それらの条約は国連憲章をはじめとして、国際人権法と国際人道法の分野に集中している。強行規範を禁止法として国際法で確立するに従って、国際法は従来にない強制の機能を備えられる。この禁止法は *erga omnes* (永久的義務) により保障されている。

2 価値を減損させることのできない法規範 (non-derogatory norm)

強行規範は法としての価値を減損させてはいけない法規範である。国際法において当然そうであるし、諸国の国内法においても如何なる違反と軽視をも許さない。その理由は強行規範の禁止法の意義と禁止法の対象から生じたものである。強行規範の禁止条項は国際社会の基本的な存続基盤を決めるものである。この存続基盤は国際社会の平和の実現可能性でもある。そのため、国際法においても、諸国の国内法においても、強行規範は最高の法規範としての価値がある、そしてこの価値を高揚し堅持しなければならない。強行規範に禁止法の意義と減損させることができない価値がある故に、強制的な法規範 (*peremptory norm*) となる。

3 新しい権利の創設

強行規範は人権という国際法上の新しい権利を創設した。従来、国際法は国家の権利を明確にし、国家間関係を調節するための法とされてきた。しかし人権は国家の権利ではなくて、「人」の権利である。国際法に「人」の権利を確立すると、国際法は対象拡大になる。国家から人へ、国家のための特需の国際法から世界中の人々のための普遍的現実的で使用可能な国際法になる。強行規範に創設された人権は国家による国際法の独占を防止する。国際法上の人権は国家と対抗し、また国家の主権と平等に国際社会の関係調整に機能を果たす。そして、人権は国境と主権を越えて普遍的な存在として人々の生存に関わり、国家の生存にも関わる。そのため人権は感情論ではなく、国民の利益と国家の利益に関わる。人権は基本的な人間社会の権利であるため、国際社会の共通項であり、人権侵害は対岸の火事ではない。

三 強行規範の対象指向

国際法の条約と慣習法、および国際社会の共通的な認識によれば、強行規範の対象指向を国内と国際に分けて以下のようにまとめることができる：国内の場合には、ジェノサイド、暗殺と失踪させること、人に対する拷問と過酷で非人道的な対処と処罰、人に対する理由なき拘留の延長と裁判の延長、制度を利用した人種差別、一貫した形の人権侵害、大規模な虐殺。国際(国際社会および国際関係)の場合では、海賊、奴隷、奴隷貿易、自由の海上航行の侵犯、難民不引き渡し原則の違反、不平等条約、戦争犯罪、人道に対する罪、国際社会で共通して認められている大規模な人権侵害。

なお、この国内と国際の区分には境界線が設けられない。強行規範の対象は国内と国際の連動の対象である。この対象のいかなるものに対しても、国内社会と国際社会の共通した関心事であり、共通利益に関わるものである。それゆえ国際社会が共同に対処する。

四 国内裁判所の見解および判決

国内法廷が強行規範にかかわる関連事件を審理するごとに、強行規範(jus cogens)に関してより具体的な内容を確定し、法発見している。まさに裁判所が事件の審理につれて強行規範の法機能と対象をめぐって法発見している：

1994年アメリカコロンビア地方上訴裁判所はPrincz事件の判決で(国際)人権法が強行規範を作り上げた、と解釈している⁽¹⁰⁾。

2000年ギリシャ最高裁がVoiotia事件の判決で国際法の強行規範はハーグ陸上条約第1条から第4条までがoperative jus cogensであり、crucial fundamental国際法もjus cogensになる、と判断している⁽¹¹⁾。そして、ギリシャ高裁は国家が強行規範に違反すれば、国家免除を援用する権利をなくした、という結論を下した。

2003年イタリア高裁がFerrini事件の判決で人権法としてのjus cogensを国際法の上位法として認識し上位法としての法適用を試みた⁽¹²⁾。

Pinochet事件でイギリス上院裁判所が強行規範に関して具体的な内容で見解を示している：人道犯罪に対して普遍的管轄権があり、いかなる国でも行使できる。「拷問禁止条約」は既に国際慣習法となっている。国家が国際共同体の基本的価値を侵害すれば説明責任を負う⁽¹³⁾。

2005年EU司法裁判所はKadi v. Council事件の判決で人権法の全部が強行規範である、という見解を示した⁽¹⁴⁾。

五 国際法学界の見解

強行規範に対する理解、議論と研究は1950年から1960年代で盛んになった。強行規範に対する理解と議論が現象から始まったのは、ニュルンベルグ裁判の一連とした法律問題を咀嚼した頃である。もう一つの現象はウィーン条約法条約の制定と制定前後、とりわけ制定後同条約第五三条のperemptory normsの登場である。これらの現象を議論し、研究をすすめたのは1950年代の半ば頃で国際法のニーズであり、効果として国際法を発展させた。強行規範に対する第二次のブームと言えるのは、本論文「一」で述べた、1990年代から生じた強行規範と国家免除とのあるべき関係という強行規範の現代的な問題に取り組んだ時期である。この二度の強行規範に関する検討は国際法学界の重要な課題であるだけに、国際法学界を振動させるほど、国際法の根本と現実問題を触れている。国際学界で活躍した方々は強行規範を避けることがなく、積極的に見解を示した。

A. Verdross氏は1930年代に国家間条約の「自由」を制限する必要があるという観点から国際法に強制的な法規範とその作用を強調した⁽¹⁵⁾。国家間条約の「自由」を制限するという観点で強制的な法規範を提起したのは、どちらかといえば、強制的な法規範をいかに発揮するかという技術的な問題である。続いて60年代ウィーン条約法条約の制定を迎えるかのように、Verdross氏は国際法強行規範の原則的な問題も提起した。Verdross氏によれば、強行規範は文明国家の司法過程における道徳と公共政策により形成されるものである⁽¹⁶⁾。強行規範の原則は道徳と国際社会の公共政策に由来するものであり、文明国家の司法過程にしか強行規範の法需要が生じ得られない。Verdross氏の探究の作業は強行規範に関する開拓的な經典になっている。技術的な問題にしる、原則問題にしる、Verdrossが提起した強行規範というものは国際社会で広範に受け入れられた。

Verdross氏の後、強行規範に関して国際法学界は強行規範の法源、内容と影響に関して進んだ研

究をしていなかった。しかし、強行規範の機能に関しては絶えず関心を持ち、国際社会と国際法の活動の現実に合わせて、めいめいにそれぞれの時代で探究の灯火を点し続けている。

Henkinによれば、強行規範とは、総じて「生存の権利」である⁽¹⁷⁾。この見解は強行規範を人間社会の基本的なまた最高の法規範として理解している。「生存権利」よりさらに明確に人権、人間の基本的な権利に関わって強行規範を理解するのがR. Higginsである。Higgins氏はすべての国際人権法が強行規範である、と示している⁽¹⁸⁾。この見解は強行規範を単なる禁止法として捉えるのではなくて、実質的な権利法と見なしている。一般的に禁止法は権利の侵害および法の違反を想定する非常事態のための法規範である。それに対して権利法は実質的な権利を有する基本的な法規範である。この意味で、権利法は法体系の中枢である。権利法としての強行規範は国際法の権利の法体系で⁽¹⁹⁾、国際法の中枢である。国際法に権利法が発達すれば、国際法自身の発展になるし、何より強行規範が実質的な権利法であるゆえに、国際社会の関係調整に応用できるし、国際紛争の法的解決のために、裁判の法適用が可能である。

Tunkin(トゥーンキン)によれば、「プロレタリアの法はすなわち強行規範である」⁽²⁰⁾。トゥーンキンのこの主張は旧ソ連をはじめとする元社会主義諸国の主義から生じたものである。すなわちプロレタリアの法は社会の大多数の人の権利を守る法であるため、基本的な人権法である。これは元社会主義諸国の法制の理念である。「プロレタリアの法」という意味で、強行規範はイデオロギーとなる。実際上においても、強行規範は国際法の他の法規範に比べればイデオロギーを合目的に帯びる⁽²¹⁾。禁止法にしても、権利法にしても、強行規範は「平等、平和、人権」の理念を挙げている。この理念は国際法自身の理念でもある。強行規範は最も国際法の理念・目的を凝縮している。そのため強行規範は国際法の上位法となる。

一方、トゥーンキンは強行規範の理念を目的志向に利用している。強行規範を強調しているが、強行規範が国家間条約または国家間協定により修正されうるとも主張している。しかしウィーン条約法条約第五三条は「一般国際法の規範によってのみ変更すること」ができるのが強行規範である、と規定している⁽²²⁾。トゥーンキンが主張した国家間条約または国家間協定はもし多国間条約または国連の場で制定された条約であるならば、なお五三条の「一般国際法」に達するかについても、疑問がある。確かに、強行規範は国際社会の良知と道徳が時代に従って進歩した結晶である⁽²³⁾。時代と国際社会の変化に応じて強行規範が形成し、変更する。しかし、個別国家の行為の正当性を主張するために強行規範を合目的に解釈することは許されない。もしそうなれば、国際法を国家の意思と目的に応じて利用し、利用可能のように恣意に解釈することはナチスが自分の行為を国際法上に合法性があると解釈したのと本質的に同様である、と言わざるを得ない⁽²⁴⁾。

アフリカ諸国は植民地および解放の経験により、強行規範を擁護する。「プロレタリアの法」のようなイデオロギーはともかく、アフリカ諸国と「プロレタリアの法」の共通点は、弱者を守るという意識にある。強行規範を真にわれわれのための法として受け入れている⁽²⁵⁾。

強行規範の機能を注目したヘンキンとトゥーンキンに比べれば、H. LauterpachtとH. Waldockの両氏が強行規範の生みの親として知られている。両氏が国際法学者として戦後国際法の法典化の作業に携わり、特にウィーン条約法条約の制定に携わった際に強行規範を国際法に入れようと奮闘した。H. Lauterpacht氏はウィーン条約法条約第五三条のperemptory normsを「国際公共政策の憲法的な原則」と見なし、また「国際道徳のルール」として評価している⁽²⁶⁾。

G. Fitzmaurice氏が国際法委員会の報告者Lauterpacht氏の後継者として、Lauterpacht氏の報告者の仕事の後継者だけでなく、彼の強行規範推進の考えと作業をも後継した。G. Fitzmaurice氏は強

行規範を *jus cogens* という専門用語として作り上げた⁽²⁷⁾。

六 現行国際法からの推論と解釈

ウィーン条約法条約第五三条が国際法の強行的な法規範を説明している。この強行的な法規範の保障規定は六四条である。保障規定は強行的な法規範の上位の地位を示し、この地位を保障するためである。この保障規定から強行的な法規範の存在と機能を解釈することができる。

世界人権宣言と国際人権規約は人権の重要性と人権侵害の重大性を挙げている。この重要性と重大性は国際法の強行規範の理念と内容である。

集団殺害罪の防止および処罰に関する条約(ジェノサイド条約)はより具体的にジェノサイドを「強く非難された国際法上の犯罪」として規定している。この「強く非難」するのがいわゆる強行規範である。この規定を準拠にして国際法上の犯罪を確定し、強行規範の適用を図る。この条約は当事国数として国際条約で最多である。この意味で国際社会の普遍的な合意のある、拘束力のある条約で、強行規範としての普遍的な効力がある。このような具体的な国際法上の犯罪に関する条約として、航空法分野のハイジャック犯罪対策法もある。

国連憲章は国際法の憲法として国際法の基本的な法原則を挙げている⁽²⁸⁾。これらの法原則は動揺することのできない、いかなる違反も許さない、国際法の他の法規範を指導するものである。国際法の憲法として、国連憲章は禁止法、減損させることのできない価値、国際社会の権利体系、という機能を有する。そのため強行規範として見なされる。

現行国際法から強行規範の存在を推論し解釈するというと、さらに推敲しなければならないのは、強行規範をその法源から推論し解釈することができるか、ということである。本論文は国際慣習法から、特に国際社会の法的信念から強行規範の人権と禁止法および *erga omnes* を導出することができる、と考えている。この法的信念というのは人権と平和を守る強行規範の禁止事項と義務に対するアイデンティティである。(なお、強行規範の法源からの推論と解釈は有意義な作業であるが、本論文の範囲を超えるもので、省くことにする。)

七 強行規範の法機能

1 実定法としての強行規範

強行規範を実定法として見なせるか。本論文は強行規範が実定法であると認識している⁽²⁹⁾。形式として、強行規範は多くの条約に入っている。とりわけウィーン条約法条約第五三条が強行規範の存在を明言している。強行規範を実定法として見なすことに現実性がある。それは強行規範が司法裁判で法適用されることある。強行規範の法適用が可能であれば、強行規範は諸国に国際司法機関に他の国際機関に援用される。それゆえ強行規範の実現が可能である。

2 国家の合意を超える普遍的な拘束力

強行規範は国際社会の法的信念により形成された法規範である。強行規範は従来の国際法規範のように国家の合意を通るという必要がなく、国家の合意を超えて機能する。そのため、強行規範はすべての国に対して拘束力を有する。そしてすべての国に対して免除と適用外を許さない。

3 国際法の上位法

強行規範は国際法システムにおいて上位法になる。従来国際法は国家の合意に基づいた国家間の法であるため、国際法は階層関係をなしていなかった。この法規範囲の平等関係は国際法自身のsoft-law的な性質を決めた。しかし、強行規範は国際法のhard-lawである。強行規範の登場は国際法に上位の法を設置することになる。上位法としての強行規範は普遍的な拘束力を持つ、諸国の合意を超える。そのため国際法のなかで強行規範が権威(authority)がある。権威があるからこそ強行規範が国際法の上位法になれたわけである。主権国家をメンバーとする国際社会にとって、主権国家の合意を表現する従来の国際法にとって、強行規範・上位法が必要である。

4 国際社会の公的利益のための法

強行規範が諸国の合意を超えられるのは強行規範の性質と理念による。強行規範は国際社会の公的利益を指向している。強行規範に挙げられた人権と禁止法およびerga omnesが国際社会の公的利益である。国際社会の公的利益は一国内にとどまらず、国際社会全体の利益である。国際社会全体が利益の享受者であり、利益の実現者でもある。公的利益のための法—強行規範は国家間の権利・義務を決めるより、国際社会全体のための権利・義務を決めている。したがって、強行規範は従来の国家間の法を取って代わる「人類の法」だと言える⁽³⁰⁾。

5 公共価値の呈示

強行規範は法規範であるが、より重要なことは強行規範が国際社会に対して「価値」、しかも公共価値を呈示していることである。強行規範の禁止法と人権を中心とする権利法は国際法の従来の国家間の平等という価値を堅持している。さらに国家間平等の実現を人間の平等—人権と国際社会の平和に繋いでいる。強行規範は国家間平等の実現と人権の保護と国際社会の平和の実現と維持を国際社会の公共価値として呈示している。そしてこの公共価値を諸国の永久的な義務(erga omnes)として挙げるのも強行規範である。

強行規範に呈示された公共価値はすでに実定法の条約および慣習国際法となっている。すなわち、これらの価値は諸国の国家実行の根拠と基準にもなるし、裁判の場合で法適用もできる。

6 国際秩序の構築

強行規範が国際秩序を構築する。強行規範が上位法として、公共価値を呈示し公的利益を目指す効果として、最終的に国際秩序を構築することである。国際秩序というと、二つのレベル、または現実がある。一つは国際公共秩序で、もう一つはよりミクロ的に国際法秩序である。

国際公共秩序の意義で、強行規範は平等、人権、平和という公共価値を以て国際公共秩序を構築する。強行規範に上げられる公共価値は国際公共秩序の理念・目標である。この公共価値の存在、普及と活動により、国際公共秩序が理念・目標から秩序の構造要件へと備えられる。

国際法秩序の意義で、強行規範が国際法の初めての上位法として国際法秩序を構築する。国際法秩序において強行規範は軸となる。国家間合意の国際法の場合では、国際法秩序は合意型の国際法秩序である。このタイプの法秩序において自国を中心とする、自国のための行動をとる。そのため、合意型の国際法秩序は国際社会または共同体という基盤を作らない、有しない、未成熟で緩い法秩序であると言えよう。このタイプと反対に、強行規範を軸とする国際法秩序は国際社会の共同利益のための法秩序である。共同利益型の法秩序と言えよう。共同利益型の法秩序は諸国の合意を単なる

超えるだけではなく、諸国の合意を共同利益の方向へと指向する。この場合で強行規範が指針となる。強行規範が軸となる共同利益型の国際法秩序は強行規範・上位法を軸として存在する。このタイプの国際法秩序は法秩序の整合性(integrity)を保つ。

なお、国際法秩序の整合性に関して、強行規範を擁する国際法秩序においては、強行規範が国家間条約を超える、とりわけ国家責任法の分野で発揮されているため、国際法秩序がより固められる、という見解もある⁽³¹⁾。この見解とは反対に、本論文は国際法秩序を含める国際秩序は根本的に平等、人権、平和という公共価値を理念とする。諸国をコントロールするためのものではない、と認識している⁽³²⁾。この認識により、国際秩序は開放的、ソフトな社会秩序であるべき、と強行規範と国際法に期待を寄せている⁽³³⁾。国際秩序に対する期待は国際社会の共通の関心事である⁽³⁴⁾。

7 強行規範と erga omnes

強行規範といえば、当然にその双子的な存在として永久的義務(erga omnes)を言及しなければならない。強行規範の内容がストレートに諸国の、国際社会の永久的義務となる。

この永久的義務には二つの意味がある。一つは実質的な義務であり、もう一つは義務観念である。実質的な義務というのは、強行規範に派生された法的義務である。強行規範の禁止法はすなわち実質的な法的義務である。そして禁止法の法的義務は時代と社会の移り変わりにより規定の内容を変化されず、法規範としての価値を減損されることがない。諸国と国際社会にとって強行規範の遵守および erga omnes は強行的で、公開的な法的義務である。現在、強行規範に違反する行為を国際犯罪(international crime)と見なすのが国際司法機関の一般的な見解として定着しつつある。(国際司法機関のこの見解およびこの見解に到達するまでのプロセスを具体的に後の「八」を参照。)

erga omnes の義務観念というのは「国際的な道義・良心」(international conscience)を意味している。強行規範の禁止法と権利法は国際的な道義・良心を基盤とする。国際的な道義・良心は強行規範を形成させたと言える。同様に、国際的な道義・良心は義務観念として強行規範の自覚的な執行を可能にする。

erga omnes は実質的な法的義務であり、違反すれば、または不作為をすれば、この不法行為に対して erga omnes と法律に従って追及することができる。一方で、erga omnes は法意識・法観念の意味もあり、哲学・倫理学の意味合いもある。

erga omnes と jus cogens とともに国際法秩序の実質的要件として国際法秩序を構築している⁽³⁵⁾。erga omnes の義務と jus cogens の権利法、禁止法が行為規範として国際法秩序の実質的な要件となる。

8 強行規範の不十分さ

強行規範は実定法ではあるが、実定法として不十分なところがあると言わざるを得ない。この不十分さは、強行規範の規定が不明瞭であると言われているところである⁽³⁶⁾。強行規範の不明瞭さというのは法規定として法原則にとどまっている、具体的な問題指定・場面指定が足りないからであろう。「人道に対する罪」、「重大な人権侵害」は確かに法原則に属する。このような法原則としての強行規範には「不十分」という問題が生じたのは、存在としての法規定に問題があるのではなくて、強行規範の法適用の場合で問題が生じる。法廷訴訟で強行規範を適用する場合に、訴訟事実と該当行為の合法・違法性を判断するには、法原則としての強行規範はいうまでもなく発揮することができる。しかし、該当行為が訴訟事実になるための立証が強行規範から直接に援用しにくい。具体的な問題行為の指定、行為の発生場面・前提条件という設定または指定は強行規範には不十分であ

る。ここは強行規範が「不十分」と言われる問題の所在であると、本論文がそう考えている。

そのため、強行規範を法原則として具体的な強行規範の内容を反映する具体的な立法、条約を制定する必要がある。これらの立法、条約は強行規範の実施条項、または補強条項になる。

八 国際の司法機関による強行規範の発見、確認と適用、発展

本来、強行規範が国際司法のために設定されたものである。国際司法の現場でいくつかの法規範が並立し決定権がない場合、強行規範は上位法として決定権を有する。もう一つ強行規範に期待を寄せるのは国際条約に基準を設けることである。強行規範がこの基準になる。もし条約がこの基準—強行規範に違反しまたは衝突する場合、当該条約は無効になる。いままで国際司法の現場で強行規範は設定され、または予期された通りに機能を果たしていると言える。国際司法機関が国際紛争の法的解決を行うプロセスにおいて強行規範を確認し、適用している。司法機関のこの活動は強行規範を発見し発展させている。司法機関のこの役割は強行規範にとって非常に有意義なことである。

1 ニュルンベルグ裁判—初めて戦争行為を「人道に対する罪」として認定

ニュルンベルグ裁判は国際司法裁判の形を以て初めて「人道に対する罪」を確立した。同裁判はナチスの戦争発動行為と戦時中の残虐行為を裁く際に、初めて戦争行為を国際社会全体の人道に対する罪として認めた。そのため、ナチスの戦争行為の犯罪性に対する認定は「人道に対する罪」によりなされた。

戦争行為に違法性がある、戦争行為が「人道に対する罪」になるというのは強行規範の基本形である。この基本形に強行規範の理念および「国際的な道義」がある。この基本形が強行規範の発展の方向を決めている。そして国際法の流れから言えば、ニュルンベルグ裁判の戦争行為の犯罪性という判断は国際法の初期の「正戦論」に挑戦している。「正戦論」の権利認定を破棄し戦争行為を国際法の権利のカテゴリーから排除して国際法の違法行為と決める。強行規範が国際法を発展させた。

ニュルンベルグ裁判はさらに拷問、(ナチスの強制連行・強制労働の)奴隷扱い、という強行規範の他の条項をも触れている。ナチスの「人道に対する罪」の認定はこれらの条項を再確認し適用している。拷問、奴隷扱いなどの非人道的な行為に対する非難は慣習的に国際社会の共通の価値観・法的信念である。ニュルンベルグ裁判はこの慣習法的な価値観・法的信念を再確認して同裁判で実定法として適用した。この再確認と適用により、拷問、奴隷扱いの非人道的な行為の犯罪性と違法性の判断基準は強行規範として正式に国際法となる。

東京裁判もニュルンベルグ裁判の延長であり、「人道に対する罪」を基本の方針として展開された。

2 国際司法裁判所(ICJ)と強行規範一言及、確認と適用

国際司法裁判所が常設の司法機関として強行規範を言及し、確認し、また適用することは強行規範にとって言うまでもなく重要である。同裁判所が強行規範を言及することは強行規範の存在を明らかにする。強行規範を確認するというのは国際社会で現存している強行規範、または国際慣行と法的信念のレベルになった強行規範に対して同裁判所の司法活動の現場でその内容と機能を確認することである。強行規範を適用することは明確に強行規範を国際法の実定法として司法裁判向けの妥当性を実証することになる。いずれも強行規範の機能を発揮し、強行規範を発展させることになる。

以下の事件を以て国際司法裁判所の強行規範に関する司法判断とそのプロセスを見ることができる。

○1949年コーフ海峡事件⁽³⁷⁾

本件は国際司法裁判所が創設された初期に受理した、初めて領域主権、武力行使などの強行規範を言及する事件である。それだけ強行規範に関する同裁判所の初期の見解を示した、重要な判例である。

本件の判決において裁判所は、国際法のなかで大部分を占める戦争法規の人道法は最も個人を尊重する、「人道を基本的に考慮する」法である、と言う見解を示している。

○1960年インド領通行権事件⁽³⁸⁾

この事件で国際司法裁判所が国際法に諸国の合意を超える強制的な拘束力のある法規範がある、と言及している。

○1966年南西アフリカ事件⁽³⁹⁾

本件の判決に対する裁判官の反対意見に国際法に強制的な法 *jus cogens* があると指摘しているのがある。

○1969年北海大陸棚事件⁽⁴⁰⁾

本件判決において国際裁判所が *jus cogens* を提起している。

○1970年 Barcelona Traction 事件⁽⁴¹⁾

国際司法裁判所が本件の判決で初めて専門用語として *erga omnes* を使用し、初めて *erga omnes* を国際法の義務として確認した。

○1974年年核兵器の使用と威嚇の合法性事件⁽⁴²⁾

○1975年西サハラ事件⁽⁴³⁾

本件の判決において国際司法裁判所は、自決権の原則は強行的な法規範である、と言う見解を示している。

○1984年ニカラグア事件⁽⁴⁴⁾

初めて強行規範を国際司法裁判所の場で言及したのはニカラグア事件である。本件において、原告(ニカラグア共和国)が被告の武力行為および(準)武力行使行為の違法性を立証するために、ウィーン条約法条約の強行規範の適用を主張し、被告の武力行為および(準)武力行使行為を強行規範の禁止法に当たると主張している⁽⁴⁵⁾。国際司法裁判所が本件の判決で、*non-use force* が強行規範である、すでに国際慣習法になっていると、見解を示した。強行規範を国際司法裁判の現場で同裁判所が初めて言及し、司法判断を下すために強行規範を法適用したのは本件である。

○1995年東ティモール事件⁽⁴⁶⁾

本件の判決において、国際司法裁判所が *erga omnes* と *jus cogens* を国際社会の一般的な義務と強行規範として言及した。一方でまた両者が国際法の法規範としての限界も指摘している。

○1996年旧ユーゴジェノサイドの防止および処罰条約の適用事件⁽⁴⁷⁾

本件の判決において国際司法裁判所が *erga omnes* の意義を再度強調している。

○1996年核兵器使用の合法性に関する勧告的意見⁽⁴⁸⁾

国際司法裁判所が *erga omnes* を国家の一般的義務である、と見解を示している。

本件の勧告的意見において国際司法裁判所は、人道法は国際慣習法である、という見解を示している。

○1997年ガビチコフ・ナギマロス計画事件⁽⁴⁹⁾

本件の判決において国際司法裁判所が国家の *erga omnes* を言及している。

○2002年逮捕状事件⁽⁵⁰⁾

本件は強行規範の適用とともに、問題も浮上した重要な事件である。本件において強行規範に関しては法適用を通して強行規範を国際法の使える法規範にするという意義がある。強行規範を強化し、強行規範の慣習法化を進める。さらに、本件には特殊な意義がある。すなわち、本件において強行規範が国際法の上位法として適用すると、従来の国際法の法規範との関係に不均衡の問題が引き起こされた一本件では強行規範と国家免除が衝突している。実際には、強行規範と国家免除の衝突の問題は本件のような国際法の、国際司法裁判所の現場で起こったよりも前に、国内法廷で同様な問題が既に起こっている、国際法と国内法の物議になっている。強行規範に提起されたこの新しい問題が国際法の注目され、解決されるべきものとなっている。この問題と解決は強行規範だけではなく、国際法の法規範としての厳密性および国際法システムにおける法規範間の協調という、国際法の全体の問題につながる。この問題の解決を通して、強行規範を含め、国際法全体を発展させる見通しがある。

○2004年パレスチナ領内隔離壁建設事件⁽⁵¹⁾

同事件のために国際司法裁判所が呈した勧告的意見には強行規範に関して民族自決権を言及した。すなわち民族自決権は人権であり、国際法上の強行規範であり、諸国にとって *erga omnes* になる、と裁判所が見解を示した。

○2006年コンゴ共和国領内軍事活動事件⁽⁵²⁾

同事件の判決で国際司法裁判所は、ジェノサイドの禁止が明白な一般国際法の強行規範であり、ジェノサイドの禁止に関する権利と義務が *erga omnes* である、という判断を下した。裁判所のこの判断の意義は、ジェノサイドの禁止を強行規範であると再度に見解を示し、法適用のレベルで(ジェノサイドの)強行規範の存在と機能を強化した、ことである。裁判所が強行規範を「一般国際法」として見ているところは重要である。さらに、裁判所は同事件の司法判断を下すために強行規範が裁判官にとって他の国際法の規範より強行規範を優先的に選択したように引導した、強行規範を優先的に選択したため、論理性のある結論を得られた、と発表した。強行規範が司法過程において決定的である、という重要性を有する。強行規範のこの決定的な重要性を、同事件を審理した国際司法裁判所は国際法秩序の整合性を推進するために必要である、と評価している。

○地域国際司法機関の例—欧州裁判所は *Kadi* 事件の判決で、国際人権法のすべてが強行規範である、という見解を示している⁽⁵³⁾。

3 国際刑事裁判所 (ICC) と強行規範—ICCの基本法および法的根拠

国際刑事裁判所 (ICC) が強行規範を裁判所自身の法的根拠とする。すなわち ICC 設立の正当性は強行規範である。ICC は強行規範に対する国際社会の法需要である。一方、ICC が国際刑事裁判を展開するために強行規範を専門的な適用法としている。強行規範は ICC の基本法である。

○国際刑事裁判所の前身 ICTY 法廷と ICRW 法廷

1990年代初めに旧ユーゴで発生した大規模な人権侵害と人種虐殺の犯罪を裁くために、1993年に ICTY 法廷を設立した。ICTY 法廷の正当性および法的根拠は国際法の関連法、とりわけ強行規範である。旧ユーゴで発生した犯罪行為はまさしく強行規範の統制範囲であるため、強行規範は主要な適用法となった。ICTY 法廷の司法活動は国際刑事裁判の現場で強行規範を意識的に適用した最初の判例である。

1994年 ICRW 法廷はルワンダ国内で内戦の時期に行われた集団殺害、大規模な人種殺害の犯罪行

為を追及するために国連・安保理により設立されたものである。ICTY法廷に続いて一国内の大規模な人権侵害・人道犯罪を国際社会全体が国際法に基づいて裁くのがICRWを設立した目的である。この目的により、ICRWがICTYと同様に強行規範を基本的な法的根拠と適用法としている。

○国際刑事裁判所(ICC)の正当性と適用法

2003年国際刑事裁判所が正式に安保理決議一四八七により設立され、それ以来常設裁判所として国際社会で発生する大規模な人権侵害、人道に対する犯罪、集団殺害および戦争犯罪に対して刑事裁判の活動を始めている。国際刑事裁判所は国際法、とりわけ専門的に国際人道法、人権法を裁判所自身の正当性としている。同時にこれらの強行規範が集中している国際法は刑事裁判所の適用法でもある。

国際刑事裁判所が直面している大規模な人権侵害、集団殺害などの人道犯罪はとりわけ一国内で発生するものである。このような一国内の問題に対して従来では国際法がタッチしないのである。しかし、国際刑事裁判所が一国内で発生する重大な人権侵害、集団殺害などの人道犯罪を国際法に従って裁くために次のように国際法を解釈し適用している。

a 国際犯罪(international crime) —これは国際刑事裁判所がその司法活動を展開させるために備える合法性と妥当性である。刑事裁判の対象が有することである。その対象は国際社会で犯した大規模な人権侵害、集団殺害、戦争犯罪である。これらの行為を刑事犯罪の適格性から認定すれば国際犯罪というものになる。一国内で発生する大規模な人権侵害、集団殺害などの犯罪は一国内のものだけではなくて、国際社会全体の平和・平等・人権の価値観を破壊し、生存に脅威をもたらす。この国際犯罪に対して、新しい国際法を制定しなくても現行国際法(とりわけ国際人道法、人権法)を適用する。

b 個人の国際犯罪と国際法の裁き —一国内で発生する大規模な人権侵害、集団殺害は往々にして国家の指導者の犯罪が多い。すなわち個人の国際犯罪が発生する。個人の国際犯罪に対して国際刑事裁判所が国際法に従って裁く⁽⁵⁴⁾。

c 強行規範を直接に適用する —一国内の重大な人権侵害、集団殺害を国際犯罪として、個人の国際犯罪を裁くために、強行規範を直接に適用する。一国内および個人というのが従来国際法の射程外のものである。この射程外にまで効力を発揮することができるのは国際法の上位法としての強行規範である。そのため、国際刑事裁判所で国際犯罪の人権侵害を裁くときに強行規範を基本的な法律として直接に適用する。ジェノサイド条約、人種差別撤廃条約、拷問禁止条約、国連憲章二条四項の武力行使牽制(non-use force)の国際義務の規定、国際人権規約を含む人権法のような具体的な条約を直接に適用する。他の強行規範の禁止法および権利法を法原則として適用する。

人権侵害を国際犯罪へと、一国内の個人の国際犯罪に強行規範を適用するという一連の要点と国際刑事裁判所の司法活動は従来の国際法を突破している。この突破したところは同裁判所が国際法に対する貢献となる。そして、国際司法裁判所に比べれば、国際刑事裁判所は一国内の個人の国際犯罪、と大規模な人権侵害という人間社会の基本的な問題に対処している。この意味において、国際刑事裁判所は国際司法の機能を行使し、法の支配を実践している⁽⁵⁵⁾。

九 強行規範の違反に引き起こされる国家免除の暗黙的放棄の法理

本論文「一 問題提起」に戻る。「なぜ強行規範に違反すれば、国際慣習法の国家免除を放棄することになるか」、この問題提起は裁判所の司法審理の現場で強行規範に違反した被告人(被告人が国

家、または国家官僚)に国際慣習法としての国家免除を援用することができるか、という司法争点によるものである。この司法争点は、すなわち強行規範と国家免除が法適用において衝突している、ということである。両法規範の衝突、およびこの衝突により国家免除が放棄されなければならないことになる。しかし、法適用の現場で法規範を放棄することは当事者双方と裁判所ともによる法理上の説明を必要とする。いままで、この放棄に関する法理上の説明は強行規範の違反と国家免除の暗黙的放棄の間の因果関係の説明に集中している。本論文はこの法理を再検討をし、この検討を通して強行規範の再認識を試みる。

国家免除(sov^{er}eign immunity)が国際関係を調節するための慣習国際法である。慣習法としての国家免除は自己言及的に国際関係の調節に機能している。国家免除の問題はむしろ実用の技術というべきところがあり、法制定と法適用の分野にとどまる問題であった。この状況は1990年代の前半に続いていた。当時Higgins判事を代表とした国際法学者たちは国家免除といえ、せいぜい国家免除の制限的免除の認定に関する技術的な問題に取り組んでいた⁽⁵⁶⁾。しかし、その後アメリカのPrincz事件とギリシャ高裁のVoiotia事件とDistomo事件、イタリアCassazione裁判所のFerrini事件をはじめとした、いわゆる欧米の裁判所に提訴された欧米の「戦後補償訴訟」が始まって以来、従来の国家免除の問題は単純な自己言及的な問題ではなくなった。自己言及的な国家免除の問題は強行規範に絡まれた。そうすれば、「強行規範に違反すれば、国家免除を与えることができない」、「強行規範に違反すれば、国家免除を暗黙的に放棄することになる」。

このような強行規範と国家免除との衝突の問題は筆者が2006年国際司法裁判所の「逮捕状事件」と2004年米軍による元イラク大統領の逮捕および国際刑事裁判所の国家指導者個人の人道犯罪を裁く司法活動、という三つのケースに対する検討した際に発見した。自分の論文ではこの発見は国家官僚・国家首脳に対する強行規範上の追及が従来の国際慣習法の国家免除とは両立できるか、この場合での強行規範の適用は従来の慣習法—国家免除を損なうことになるか、という問題の検討に発展した。

強行規範に違反すれば、国家免除(の資格)を暗黙に放棄することになる、という主張では、強行規範がやや強引的である、という印象が与えられる。強引というのは強行規範の本来の人権、平和、平等という道徳、価値観には相容れないものである。強行規範が国際法の上位法であるとはいうものの、他の国際法の規範を適用させないのではない。法適用で強行規範と他の国際法の規範が競合する場合は、強行規範は憲法のように合憲・違憲の基準となり、他の法規範が具体的な問題解決策となる。国家が人権侵害の犯罪を犯す場合は、本来認められるはずの国家免除は国家の意思または宣言で放棄することが可能であるが、暗黙的な放棄にはならない。暗黙的な放棄は司法の場で説明不足で、不明瞭になる。この点において、イタリア高裁がFerrini事件の判決で見せてくれた強行規範と国家免除の競合を解除するために両法規範の間の因果関係を厳密に類推し結論を導いた司法判断の技術と、国家主権と人権保護(強行規範)の間で価値観の平衡を保つ司法機関の理念と理性が、国家免除を放棄するかどうかの判断をするための法理のモデルとなる。

強行規範の違反が国家免除の放棄になるという主張を疑問視する場合、放棄主張の反対意見を留意する必要がある。「強行規範と国家免除が矛盾していない」という反対意見は、このポイントを挙げている：国家免除の原則はすなわち強行規範である、両者のどちらか一方を優先させることはない、強行規範を以て国家免除を制限すれば国家が多数の理由を見つけて国家免除を否定する可能性がある⁽⁵⁷⁾。人権侵害をすれば国家免除を否定するという政策は国際法の社会構造を破壊する⁽⁵⁸⁾。

十 国内法廷で強行規範の適用—日本の戦後補償裁判の場合

1 国内法廷における強行規範の法適用

国際法の強行規範が国内法廷で適用できるか、どのような法適用になるか、という現実問題は強行規範の実現になるし、また強行規範に課題を出す。1990年代欧米の国内法廷で戦後補償の訴訟が行われた時、国際法の強行規範が終始原告と被告当事者双方の攻防の法的根拠であった。そして裁判所側も積極的に強行規範を言及し適用していた。比べてみれば、同様に1990年代から大規模に行われた日本と関連企業に対する戦後補償訴訟、いわゆる日本の「戦後補償裁判」は強行規範を殆ど触れていなかった。国内法および国内法廷の法適用のように国際条約を法解釈し法適用するのは国内の法廷訴訟の現場では多数ではない。国際法の強行規範はなおさら国内法廷の法適用においては困難がある⁽⁵⁹⁾。強行規範のどんなところを、どのように認識し法適用すればよいかを次の点を検討してみる：

一言で言えば、強行規範の価値を法適用することができるか。強行規範は国際法の上位法であると、本論文に言われるように、強行規範は法原則または憲法原則の性格を有する。強行規範の禁止法と権利法に揚げられる人権、平等、平和の理念は行為規範ではなく、価値である。この価値を法廷と裁判で法適用する場合では、これらの価値に対する法的信念—強行規範が法規範であるという信念が重要である。この信念のもとで強行規範を法適用のレベルへと法解釈する技術も重要である。イタリア高裁が合理的に *reasonably* 強行規範の価値を法適用へと類推した法解釈と、この法解釈を司法判断へと発展させた試みは強行規範の価値に法適用向きの操作可能性があることを見せてくれた。

2 日本の戦後補償裁判の問題点

ここで言っている日本の戦後補償裁判の問題点というのはいままで同裁判に対する筆者が検討した一連の作業を通して見つけたものである。日本の戦後補償裁判は欧米の戦後補償裁判と同様に1990年代から人権と人権保護という国際法の新発展、とりわけ強行規範とその価値が周知されるようになったという時代背景があった。強行規範がなければ、戦後補償訴訟が生じ得ない。強行規範があったからこそ、従来国家の範囲内の国際法を使って、個人が国家へ、国家の特権としての国家免除へ挑戦することができた。そのため、強行規範が日本の戦後補償裁判に適用されなかったのが国際法の強行規範に対する認識不足であろう、と本論文はあらためて指摘する。さらに次の問題点を挙げる：

a 国家無答責—日本の戦後補償裁判で被告側が戦時中の重大な人権侵害という訴えられた訴訟事実に対して現国家が責任がないと抗弁した。比べてみれば、国家が起こした重大な人権侵害に対して欧米の戦後補償裁判で異口同音に国家の犯罪であると断定している。イタリア高裁が *Ferrini* 事件で強制連行・強制労働は個人に対する国際犯罪である、それゆえ国家が当該個人に対する民事責任がある、という判断を下している。アメリカ *Prinz* 事件で裁判所は重大な人権侵害の被害者に司法の扉を閉めたら正義に接近し司法の救済を求める機会を閉ざすことになる、と戦後補償裁判の基本原則を確立した。この原則の下で国家の官僚・首脳が犯した人権侵害は国家主義 (*state doctrine*) に帰することができない、国家主義は個人の責任逃避の言説である、という認識を示した⁽⁶⁰⁾。

b 国家相互主義—日本の戦後補償裁判の後半期で裁判所側が原告の国と司法上の相互扶助の関

係と関連の条約がないため、原告の訴求を受け入れて戦後補償訴訟を進めることができないと、原告の訴求を却下した。国家相互主義というのは本来国際礼讓の内容である。相互抑制、相互扶助、特に国家財産没収の場合でこれらの原則を適用する。

aとbに対する共通の批判：欧米の戦後補償裁判を含む個人が国家を相手にする訴訟ではいままでも国家に有利の裁判例および判例がなかった。むしろ警告または憂慮として、もし国内法廷が(aとbのような理由で)自分の司法管轄権の行使に障害を設けたら、国家免除の主張よりも手を焼く、と指摘している⁽⁶¹⁾。

c 国際法と個人の請求権—日本の戦後補償裁判では国際法に国家に対する個人の賠償請求権がない、というのは被告側が主張した大きな法律争点の一つである。しかし、欧米の戦後補償裁判では国際法に個人の請求権がないというのが提起されなかった。異議無し。争点無し。国家の人権侵害に対して個人が訴訟を起こすのは当然の前提とでもなっている。むしろ「もし個人に賠償請求権の可能性を与えなければ、国家に対してその賠償義務を放棄させないように厳格にする」という意見があった⁽⁶²⁾。イギリス House Lords が Pinochet 引渡事件で個人が国際刑事責任を法的に追究するのがすでに国際慣習法となっている、と指摘しているように、個人が国際法の当事者になっている⁽⁶³⁾。この指摘は個人の国際法上の請求権があるとの反証になる。そして、ハンガリー・ドイツ平和条約のように国際条約でも個人の請求権を認めている。

d ハーグ条約—日本の戦後補償裁判でハーグ条約三条に個人の戦争被害に対して国家・軍隊は損害賠償の義務があるか、というのは法律争点の一つである。欧米の戦後補償裁判では戦争被害の損害賠償に関してハーグ条約より1977年ハーグ議定書を適用している。議定書によれば、軍事戦闘側に文民保護の義務(第一条と第一節第一七条)とすべての「傷者、病者及び難船者」に対する保護義務(第二部)がある、と規定している。ハーグ議定書はハーグ条約の文言および箇条の再制定である。同議定書の第五条、五二条、一三一条と一四八条は日本の戦後補償裁判で法律争点となっているハーグ条約三条の再制定または説明、補充である。欧米の裁判所で同議定書を適用したことは日本戦後補償裁判にとってモデルまたは参考になる。そして、戦後補償裁判で被害者個人の損害賠償請求権と加害者の国家・軍隊の損害賠償の義務を個別に考える必要がある。たとえ現行国際法から直接に個人の請求権の規定を見当たらなくても、国家・軍隊の賠償義務を無視してはならない。さらに個人の請求権と国家・軍隊の義務との因果的關係に関してイタリア高裁のように類推、推論などの法廷技術を工夫すれば、結論および結果が全く違う。

結 び

- 1 強行規範は国際法のヘゲモニーではなくて、国際平和のための法律である。強行規範が国際人権法と国際人道法の集束であり、また国際人権法と人道法を言うまでもなく、国際法の安全・平和の理念と実現を保障する保障措置でもある。そのため、強行規範は国際法の上位法になる。しかし、強行規範自身でも、強行規範を取り入れた国際法でも、国際法学者 Anne-Marie Slaughter が国際法を人権、民主、進歩、柔軟的な国際法であると理解しているように、平和、平等、安全を永遠の理念としている。
- 2 強行規範は実質的な権利法と禁止法を擁する実定法である一方で、またイデオロギーを強く有する法規範である。このイデオロギーの部分は強行規範の価値として国際社会に徐々に受け入れられている。そして、この価値が諸国の行為規範となっている。

- 3 強行規範と他の国際法との関係は国際法の課題となっている。上位法としての強行規範が実際に適用されると、従来の国際法と衝突し、平衡を保つ必要が生じている。この課題の解決は今後の国際法の法使用の現場で、ケース・バイ・ケースに対処し、強行規範の発展と国際法の発展に頼る。このような対処は強行規範および国際法にとって適用、調整の良いチャンスである。
 - 4 強行規範は国際司法裁判所と国際刑事裁判所で法適用されている。さらに国内法廷にでも適用する必要がある。強行規範から法適用の操作可能性を引き出すのは司法活動の一つである。
 - 5 欧米と日本で行われている戦後補償裁判で人権は従来のタブーであった国家に挑戦している。強行規範を含む国際法はこの挑戦に可能性(妥当性)と合法性を提供している。法適用の現場で、従来の法に対する観念の革新も必要であるし、法適用の技術の工夫も必要である。強行規範の法適用と国家実行にこの観念の革新と技術の工夫がさらに必要である。
- 1 拙文「強行規範と国家免除—強行規範研究(1)」文教大学国際学部紀要第19巻第1号(2010.7)。
 - 2 *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F. 3d 1166 (D.C. Cir. 1994). 同事件の紹介を 33 ILM(1994), p.1483 を参照。
 - 3 *idit*, diss. opi. Judge Wald. 同判事は *Princz* 事件判決の反対意見で被告ドイツが強行規範に違反したため、ドイツに対する国家免除の授与を排除すべきであると主張している。
 - 4 *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F. 2d 699 (9th Cir. 1992).
 - 5 *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court) May 4, 2000. 本件の判例紹介は AJIL, vol. 92, pp.765-768; vol. 95, pp.198-204 を見る。
 - 6 この主張を司法判決と学界の両方から見よう：判決には、*Princz case*, supra note 2; *Voiotia case*, supra note 5; *Hogsta Domstolen* (Supreme Court of Sweden), 12, 30, 1999, AJIL, vol. 95, pp.194-197; *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, Corte di Cassazione, 11 Mar. 2004, 87 *Rivista diritto internazionale*(2004), pp.539-548. がある。論文には、Thora A. Johnson, “An Violation of Jus Cogens Norms as An Implicit Waiver of Immunity Under The Federal Sovereign Immunities Act”, MD. *Journal of International Law & Trade*, vol.19(1995), pp.259-291; Andrea Gattini, “To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individual Claims for War Damages?” JICJ, vol.1(2003), pp.348-367; Jodi Horowitz, “*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violations*”, *Fordham ILJ*, vol.23(199), pp.489-527; Joseph G. Bergen, “*Princz v. The Federal Republic of Germany: Why The Courts Should Find That Violating Jus Cogen Norms Constitutes an Implied Waiver of Sovereign Immunity*”, *Connecticut JIL*, vol.14(1999), pp.169-201; Andrea Bianchi, Siena, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, *Austrian J. Publ. Intl. Law*, vol.46(1994), pp.195-229; Adam C. Belsky and Mark Merva and Naomi Roht-Arriaza, “Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law”, *California Law Review*, vol.77(1989), pp.365-415.
 - 7 国際法システムには法規範間で階層を呈しているという認識をするのは近年には Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law”, AJIL, vol.100(2006), pp.291-323; Martti Koskenniemi, “Hierarchy in International Law: A Sketch”, EJIL, vol.8(1997), pp.566-582; Juan Antonio Carillo Salcedo, “Reflections on The Hierarchy of Norm in International Law”, EJIL, vol.8(1997), pp.583-597; Teraya Koji, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From The Perspective of Non-derogable Rights”, EJIL, vol.12(2001), pp.917-941. がある。さらに具体的な法規範の国家免

- 除原則と強行規範との間に階層関係があると主張するのが「階層論」である。例えば、Mathias Reimann, “A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*”, Michigan JIL, vol.16, winter (1995), pp.403-432; Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium Case*”, EJIL, vol.13 (2002), pp.853-875; Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, EJIL, vol.16 (2005), pp.89-112; De Vittor, “Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali”, 85 Rivista di diritto internazionale 2002, pp.573-617. なおこの「階層論」の反対意見も無視できない。例えば、Lee M.Caplan, “State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of The Normative Hierarchy Theory”, AJIL, vol.97 (2003), pp.741-781; Andreas Zimmermann, “Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens: Some Critical Remarks”, Michigan JIL, vol.16 (1995), pp.433-440. を見るべきである。
- 8 Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-first Session, 1999, doc. A/54/10, “Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property” .
 - 9 「国連法」に関して藤田久一『国連法』東京大学出版会1998年を参照。
 - 10 Princz case, supra note 2, at 1181.
 - 11 Voiotia case, supra note 5, at 599.
 - 12 87 Rivista di diritto internazionale 2004, Cassazione (sez. un. civ.), 11 marzo 2004 n. 5044-Pres. Carbone, est. Marziale; p.m. Martone (concl. diff.) - Ferrini c. Repubblica federale di Germania, pp.540-551. イタリア高裁Ferrini事件の判決に対する検討は、Alessandra Gianelli, “Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini”, 87 Rivista di diritto internazionale 2004, pp.643-684を参考。
 - 13 Ex Parte Pinochet , 37 ILM, 1302 (H.L.1998); Ex Parte Pinochet Ugarte, 38 ILM, 68 (G.B. 1998).
 - 14 Eur. Ct. Justice Sept. 21, 2005, Case T-315 / 01, p.311.
 - 15 Alfred von Verdross, “Forbidden Treaties in International Law”, AJIL, vol.31 (1937).
 - 16 Alfred von Verdross, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, AJIL, vol.60 (1966).
 - 17 Anthony D'Amato, “It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!” , Conn. JIL, vol.6, 1990, No.1, p.2.
 - 18 すべての国際人権法は国際法の強行規範である、という見解したのはRosajyn Higgins, “Derogation Under Human Right Treaties”, Brit. YBIL, 1976-1977, p.282. である。
 - 19 ヘンキン国際法の「権利の法体系」はL.Henkin/小川水尾訳『人権の時代』第八章「諸国の権利構想と権利体系」有信堂1996年を参照、自分の博士論文も国際法の「権利の体系」を論じている。
 - 20 G. Tunkin, THEORY OF INTERNATIONAL LAW, 1974, p.144.
 - 21 国際法のイデオロギーを問題視したのはScott, “International Law as Ideology: Theorizing the Relationship between International Law and International Politics”, EJIL, vol.5 (1994), pp.313-342. もある。
 - 22 G. Tunkin, supra note 18, p.159.
 - 23 Christopher A. Ford, “Adjudicating Jus Cogens”, Wisconsin ILJ, vol.13, no.1, p.163; Dinah Shelton, supra note 7, p.303.
 - 24 ナチスの国際法の解釈と利用ということに関して、James Wilford Garner, “The Nazi Procription of German Professors of International Law”, AJIL, vol.33 (1939)にて紹介されている。ナチスが自

- 分の思惑通りに国際法の解釈をしない教授を教職追放したのは東西問わず共通であった。これらの事例で分かるように、国際法は統治者の国内・国際政治への蛮行を阻止することができる。
- 25 社会主義諸国と脱植民地諸国(主にアフリカ諸国)が強行規範を支持する原因を強行規範が「法律修正主義」(legal revisionism)時期に生じたことに帰したのは、supra note 7, Juan Antonio Carillo Salcedo, p.591である。筆者は時期も大事であるが、やはり社会主義諸国とアフリカの脱植民地諸国が人権と戦争犯罪とジェノサイド犯罪を決めた強行規範を自分のための法として擁護しているのがより大きいと思う。社会主義的な国際法の認識に関して、Hungdah Chiu, “Communist China's Attitude Toward International Law”, AJIL, vol.60(1966), pp.を参考。植民地から独立したばかり頃のアフリカ諸国の国際法に対する認識と行動は、R.P.Anand, “Role of the ‘New’ Asian-African Countries in The Present International Legal Order”, AJIL, vol.56(1962), pp.383-399を参考。
- 26 Sir Hirsch Lauterpacht, First Report on the Law of Treaties, March 24, 1953, in Documents of the Session, 1953, Y.B.ILC 90, pp.155-156, U. N. Doc. A/CN. 4/63.
- 27 Gerald G. Fitzmaurice, Third Report on the Law of Treaties, 1958, in Documents of the Session, 1958, Y. B, ILC 20, 40, U. N. Doc. A/CN. 4/115.
- 28 国連憲章を国際法の憲法として理解しているのは、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92巻(1993)、184—229頁、である。
- 29 本論文と同様に強行規範を実定法として見るのはChristopher A. Ford, supra note 21, p.166である。しかし、P. Wellが強行規範を実定法として認めてはいるが、国際法から強行規範を特定し見分けるのは条約の安定性を危なくする、国際法システムが拒絶反応をする、と指摘している。
- 30 「国家間の法」ではなく、「人類の法」を希望すると言ったのは、ウルリッヒ・ベック／島村賢一訳『世界リスク社会論—テロ、戦争、自然破壊』ちくま学芸文庫2010年、112頁。現代の社会学者としてのウルリッヒ氏はテロの対策として「法の原則」で応じる、と国際法に期待を寄せている。「テロに反対するグローバルな同盟は、法に基づいて作られなくてはいけません。」「テロリストの国家を超えた追及に法的基盤を与え、統一的で普遍的な法空間を作り出す(41-42頁)。ウルリッヒ氏は「国際的な法基盤」(60頁)を提唱している。
- 31 Gennady M. Danilenko, “International Jus Cogens: Issues of Law-Making”, EJIL, vol.2(1991), p.42.
- 32 強行規範を前提条件として構築される国際公共秩序は諸国をコントロールするためのものであると認識しているのは、Mark W. Janis, An Introduction to International Law, 4th ed. 2003, pp.62-63である。
- 33 著名な国際法学者Anne-Marie Slaughterがオバマ政権誕生後にヒラリー・クリントン長官に政策計画担当者に要請された。2010年この仕事を辞めた時に、彼女が国際社会に関して国際法学者としての洞察を述べた：“The world of states is still the world of high politics, hard power, realpolitik, and largely, men. The world of societies is still too often the world of low politics, soft power, human rights, democracy, and development, and, largely, women.” NEW YORKER, May 2, 2011, p.50. 筆者が特にこのsoft power, human rights, democracyに共感している。筆者は博士論文で国際法秩序が開放的、soft-lawも取り入れている柔軟性のなる法秩序であるべき、と述べている。
- 34 国際秩序に対する期待は前世紀から生じた、普遍的なものである。堂目卓生『アダム・スミス：「道徳感情論」と「国富論」の世界』第三章「国際秩序の可能性」中公新書2008年。
- 35 本論文と同じ考えでerga omnesとjus cogensが国際法秩序を構築する、「国際法秩序の支柱である」と理解しているのは、Dinah Shelton, supra note 7, p.292である。

- 36 「強行規範が不明瞭である」というのは強行規範に関する定説とでもなっている。ほぼすべての国際法学者がそう思っている。とくに強行規範の不明瞭さを国際法の必要性から説明しているのは、Christopher A. Ford, *supra* note 21; Christian J. Tams, “Schwierigkeiten mit dem Jus Cogens”, *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 40, (2002), S.331-349. である。
- 37 1949 ICJ Rep. *Corfu Channel*, para 22.
- 38 1960 ICJ Rep. 6, *Right of Passage Over Indian Territory (Port. v. India)*.
- 39 1966 ICJ Rep. 6, *South West Africa*, (Tanaka, J., diss.), p.298.
- 40 1969 ICJ Rep. 3, *North Sea Continental Shelf*, para. 72.
- 41 1970 ICJ Rep. , *Barcelona Traction*,
- 42 1974 ICJ Rep. 226, *Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*, para. 79.
- 43 1975 ICJ Rep. 12, *Western Sahara*, paras32-33.
- 44 1984 ICJ Rep.70, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*.
- 45 *ibid*, para. 190.
- 46 1995 ICJ Rep. 90, *East Timor*, 強行規範と *erga omnes* の限界を指摘しているのは para. 29 である。
- 47 1996 ICJ Rep. 595, *Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide*.
- 48 1996 ICJ Rep. *Legality of The Use by A State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para 79.
- 49 1997 ICJ Rep. 7, *Gabcikovo-Nagymaros Project*, para. 112.
- 50 2002 ICJ Rep. *Arrest Warrant of April 2000*.
- 51 2004 ICJ Rep. *Legal Consequence of The Construction of A Wall in The Occupied Palestinian Territory*.
- 52 2006 ICJ Rep. *Armed Activities on The Territory of The Congo*.
- 53 *Kadi v. Council*, (*Eur. Ct. Justice* , Sept. 21, 2005).
- 54 Marina Spinedi, “State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?” *EJIL*, vol.13 (2002), pp.895-899; Frulli, “When are State Liable Towards Individuals for Serious Violation of Humanitarian Law?” *JICJ*, vol.1 (2003), pp.406-419.
- 55 国際刑事裁判所の設立、目的、付託事案と司法判断に関して村瀬信也・洪恵子『国際刑事裁判所：最も重大な国際犯罪を裁く』東信堂2008年を参照。
- 56 Rosalyn Higgins, *PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT*, Clarendo Press・Oxford, chapter 5, “Exceptions to Jurisdictional Competence: Immunities from Suit and Enforcement” , pp.78-94.
- 57 Jodi Horowitz, *supra* note 6, p.512.
- 58 Andreas Zimmermann, *supra* note 7, p.439.
- 59 強行規範の法適用に困難があるといっているのは、Jodi Horowitz, *supra* note 6; Christian J. Tams, *supra* note 36. を参照。
- 60 M. Reimann, *supra* note 7, p.419, p.426. 同論文で作者がアメリカの裁判所で外国国家の重大な人権侵害を訴追した個人はみんな悪戦苦闘していると披露したのも意味深い(p.410.)。
- 61 Aadrea Gattini, *supra* note 6, p.350.
- 62 *ibid*, p.351.
- 63 Jodi Horowitz, *supra* note 6, p.521.

(後記：本論文を完成するには、文教大学湘南校舎図書館の方々のご協力が大きなものであった。いままでも多大なご協力を頂いている。ここで合わせて感謝の意を表す。)