

# 国際社会における「法」観念の多元性\*

## —地球大の「法の支配」の基盤をめぐる一試論—

齋藤民徒

### 概要

グローバルな「法の支配」を議論する前提として、国際社会における「法」観念の多元性につき、国際法学の見地から、議論の現状と問題点を把握し、今後の理論化のための枠組みを素描することを試みる。具体的論点として、「国際法は法か」、「条約は法か」という争点を取り上げ、これらの問いの前提を問い返すことを通して、国際社会において「法」観念が問われる文脈の多様性を把握し、国際社会における「法」観念の多元性を捉えるための理論的課題を指摘する。

### キーワード

法多元主義, 国際法の法的性質, 立法条約, 契約類推, 国内モデル

“Die Identität des Erkenntnis-Objektes ist bedingt durch die Identität der Erkenntnis-Methode! Eine prinzipiell andere *Betrachtungsweise* hat einen prinzipiell anderen *Gegenstand* zur Folge.” – H. Kelsen(1922)

## 1. はじめに

国際社会における「法の支配」は、20世紀前半の国際連盟の興亡を始めとして、武力行使の規制、国際社会における司法裁判の位置づけなどをめぐり、様々なニュアンスを伴いつつ、今日に至るまで幾度となく語られてきた<sup>1)</sup>。そして、近年、その勢いは衰えてお

\* 本論文は、レフェリー2名による審査を経て掲載が決定された。レフェリーの御二方を始め、懇切な御指導・御指摘を下された皆様にこの場を借りて厚く御礼申し上げます。

らず、むしろ増しているようにも見える<sup>2)</sup>。

もっとも、国際的な「法の支配」について十分な明晰さをもって語りうるまでに、検討すべき前提問題は少なくない。そもそも国際社会において「法の支配」は可能なのか。既存のいわゆる「現代国際法」は、国際社会における「法の支配」を担うのか<sup>3)</sup>。また、「法の支配」の理念は、グローバルな秩序構想において、どこまで有効なのか<sup>4)</sup>。国

- 1) See, e.g., Zimmern, A., *The League of Nations and the Rule of Law, 1918-1935*, Macmillan, 1936; Schwarzenberger, G., "The Rule of Law and the Disintegration of the International Society", *AJIL*, v.33 (1939), pp.56-77; Fitzmaurice, G.G., "The United Nations and the Rule of Law", *Transactions of the Grotius Society*, v.38 (1953), pp.135-51; Brierly, "The Rule of Law in International Society", *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1958, pp.250-64; Fuller, L.L., "Adjudication and the Rule of Law", *ASIL Proceedings*, v.54 (1960), pp.1-8; Bishop, W.W., "The International Rule of Law", *Mich. L. Rev.*, v.59 (1961), pp.553-74; Halderman, J.W., *The United Nations and the Rule of Law*, Oceana Publications, 1966; Deutsch, E.P., *An International Rule of Law*, U.P. of Virginia, 1977; 松井芳郎「国際社会における力の支配と法の支配」アジア・アフリカ研究 307号 (1985年) 33-52頁; 清水章雄「国際通商における法の支配」住吉良人・大畑篤四郎編『二十一世紀の国際法』(1986年, 成文堂) 183-209頁; 深津栄一「国際裁判と法の支配」日本法学 53巻3号 (1988年) 1-26頁。
- 2) See, e.g., Quigley, J., "Prospects for the International Rule of Law", *Emory Int. L.R.*, v.5 (1991), pp.311-20; Watts, A., "The International Rule of Law", *GYIL*, v.36 (1993), pp.15-45; Kochler, H., *Democracy and the International Rule of Law*, Springer-Verlag, 1995; Brownlie, I., *The Rule of Law in International Affairs*, M. Nijhoff Pub., 1998; Carothers, T., "The Rule of Law Revival", *Foreign Affairs*, v.77-2 (1998), pp.95-106; Nardin, T., "International Pluralism and the Rule of Law", *Rev. of Int. Studies*, v.26 (2000), pp.95-110; Kohona, P., "The International Rule of Law and the Role of the United Nations", *International Law*, v.36 (2002), pp.1131-44; 篠田英朗『平和構築と法の支配』(創文社, 2003年)。以上は、国際社会一般における「法の支配」の議論である。本論文では直截の検討対象としないが、地域的な国際関係、とりわけ近年のヨーロッパ統合に関して、独自の議論の展開が見られる。その一例として、Alter, K.J., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford U.P., 2001。
- 3) 国際社会の「法の支配」の成立には、その媒体となる「法」の存在が前提となる。国際法が道徳や習俗にすぎなければ、国際関係を規律する「法の支配」もない(深津・前掲論文(註1)・2頁参照)。
- 4) 本論文は、「地球大の秩序」(「グローバルな秩序」または「世界秩序」)を構想することは、現代において主たる意匠とされている「国際秩序(とりわけ「国家間」秩序)」の構想に限られず、その相対化と適切な位置づけを含む、より広い課題であることを前提とする。以下の議論においても、「国際」という形容は、必ずしも国家間関係に限定しない広い意味で用い、国家間関係に限定しないことを強調する際には「地球大の」(「グローバルな」)といった形容を用いる。同様に、「国際法」についても、国家間関係に限定しない広い意味で用いつつ——このような「法」という語の多面性が本論文の主題の一つである——、国家間関係を中心とする既存の国際法に限定する際は、「(近)現代国際法」という語を用いる。本論文の前提とする世界秩序と主権国家間秩序との違いとその含意については、Bull, H., *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, 1977 (H・ブル『国際社会論』白杵英一訳(岩波書店, 2000年))を参照。国際法過程における国家の役割の「排他性」を批判し、非国家主体に独自の役割を認める議論として、McCorquodale, R., "An Inclusive International Legal System", *Leiden J.I.L.*, v.17 (2004), pp.477-504を参照。その他、国際法学において国家間関係を明確に相対化する議論としては、大沼保昭『人権、国家、文明』(筑摩書房, 1998年), Allott, P., *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*, Cambridge U.P., 2002を参照。地球大に及ぶ秩序形成を主題に含みつつ、総体的な世界構想の観点から国家を始めとする既存の意匠を根底的に相対化した論理を展開するのは、見田宗介「交響圏とルール圏——社会構想の重層理論」井上俊他編『社会構想の社会学』(岩波書店, 1996年) 149-75頁。

際社会において、近代西欧国内社会で育まれた「法の支配」理念をそのまま語りうるのか<sup>5)</sup>。現にある国際社会、とりわけ既存の現代国際法や国際連合等の各種の国際制度から出発して「法の支配」理念を追求するとすれば、いかなるヴィジョンを描きうるのか<sup>6)</sup>。

地球大の秩序構想における「法の支配」を語る論者が、以上のように多数の前提問題が存在するにもかかわらず、一定の「法」観念や「法の支配」理念を暗黙の前提としたまま議論を進めるとすれば、生産的な議論が困難になる。本論文は、このように「法の支配」を議論する前提を議論する必要に応える序論的考察である。もっとも、「法の支配」理念の多義性から始まり、地球社会における「法」をいかに観念するかという根本的な問題に至るまで、前提となる論点を逐一明らかにし、各論点に十分な検討を加えるには、相応に周到な議論が必要であり、このような小論の到底なしうるところではない。本論文は、以上のような論点の広がり意識しつつも、上記の前提問題の一角を占める、国際社会にお

5) 英米の伝統的な「法の支配」理念が前提とする秩序形成モデルを憲法学の観点から論じるのは、土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治他編『憲法五十年の展望 II』(有斐閣, 1998年)特に110-4頁。実際、地球大の秩序構想において語られる「法の支配」は、主として国内社会で語られてきた「法の支配」とは異なるように見える。通常「人の支配」と対置される「法の支配」の理念が、国家主体を中心に観念される国際社会では、しばしば「力の支配」と対置されることも違いを示している(See, e.g., Bishop, *supra* note 1, pp.553-4)。国際秩序構想における近代国内社会との異同については、Suganami, H., *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge U.P., 1989。国際法学の立場からは、大沼保昭「国際法学の国内モデル思考」広部和也・田中忠編『国際法と国内法』(勁草書房, 1991年)57-82頁。また、「法の支配」理念の多義性については、国際社会も視野に入れ、「法の支配」理念を広義と狭義とに分けて論じる篠田・前掲書(註2)・29-60頁(特に36-50頁)の他、長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」同『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会, 2000年)149-62頁、井上達夫「法の支配」同『法という企て』(東京大学出版会, 2003年)33-67頁を参照。

とりわけ、「法の支配」の理念に、「法」の外皮を纏う支配のみならず、一定の法秩序の質を問うことを含ませるのであれば、なおさら問題は複雑となる。例えば、「法の支配」の理念に、司法権(公平な裁判所)による合法性の保障を読み込むとすれば、この理念がどこまで現実の国際秩序構築に関連性を持ちうるか、慎重に見極めなければならない。暗黙裡に裁判志向を前提とすれば、「法の支配」を語ることと、もっぱら「司法の支配」を語ること——国際裁判の強制管轄権の実現可能性など司法の限界に焦点を合わせることも含む——との差が見えにくくなる。この点、「諸国家を法の支配に服させることが、諸国の行動を不偏不党の国際裁判の判断にかからしめることと等値されてきた」ことを指摘するのは、Bilder, R.B., "Some Limitations of Adjudication as an International Dispute Settlement Technique", *Virginia J.I.L.*, v.23 (1982), pp.1-12。実際、その種の論調は、近時にも、例えば、Allain, J., *A Century of International Adjudication: The Rule of Law and its Limits*, T.M.C.Asser, 2000, pp.3-6に見られる。国際法学における裁判モデルについては、Fuller, *supra* note 1のほか、河西直也「国際紛争の平和的解決と国際法」寺沢一他編『国際法学の再構築(下)』(東京大学出版会, 1978年)51-105頁、Onuma, Y., "The ICJ: An Emperor Without Clothes?", Ando, N. et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol.I, Kluwer, 2002, pp.191-212を参照。

6) 既存の試みでは、二国間条約を始めとする国家間合意を中心とする既存の硬い国際法を現代国際秩序の安定に不可欠な媒体として出発点に据えつつ、これと現代的な国際社会の公共的理念・正義要求とを調和させる媒体として、硬い国家間合意を目指した各種の誘導手法を中心とする柔らかい「国連法」による試みを描く奥脇(河西)直也の議論がある。河西直也「国連法体系における国際立法の存在基盤」大沼保昭編『国際法、国際連合と日本』(弘文堂, 1987年)77-121頁、同「現代国際法における合意基盤の二層性」立教法学33号(1989年)98-138頁を参照。

ける「法」観念の多元性<sup>7)</sup>について、国際法学の立場から、議論の現状を把握し、問題点を指摘し、今後の理論化のための枠組みを素描することを試みるにとどまるものである。

本論文の構成は以下の通りである。まず、次の2.において、「国際法は(本当に)法か」という論争を取り上げ、この問いが問われる文脈の違いに検討を加える。続く3.では、国際社会における「法」観念をめぐる問いの多面性について、「条約は法か」という国際法学上の具体的論争に即して考察を進め、条約を個別国家間の水平的な契約と捉える論争の共通基盤を問い返し、条約を国内社会から垂直的に把握する観点を試論的に提示する。以上をふまえ、4.においては、国際社会における「法」観念の多元性について、より一般的に把握するための理論的課題の素描を試みる。最後に、5.において、以上の議論の含意に触れて本論文の結びとする。

## 2. 「国際法」は法か？

「国際法は(本当に)法か」という問いかけは、法概念の解明を根本問題のひとつとする法哲学や、国際政治に対する国際法の実効性に疑念を抱く国際政治学から、しばしば提

---

7) ここで言う「法観念の多元性」と、いわゆる「法多元主義」との関係が問題となろう。そもそも「法多元主義」自体、一定の複数性を語るという志向性は共通しながらも多義的であるところ(See, e.g., Tie, W., *Legal Pluralism: Toward a Multicultural Conception of Law*, Ashgate, 1999, esp. pp.59-92; Tamanaha, B.Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, vol.27 (2000), pp.296-321; Melissaris, E., "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism", *Social & Legal Studies*, v.13-1 (2004), pp.57-79)。国際社会における法多元主義については、(1) 国際社会における法体制や規範の複数存在(とりわけ国家中心法と非国家法の共存)、(2) 国際法学による一定の問題意識のもとで論じられる海洋法やWTO等の個別レジームや司法機関等の増加と並立、(3) 個人やNGOの関与など国際法システムに参加するアクターの多様性、等々が議論されてきた(国際社会における多元的法体制について、Teubner, G. (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, 参加主体の多様性について、Kunz, J.L., "Pluralism of Legal and Value Systems and International Law", *AJIL*, v.49-3 (1955), pp.370-6; Weeramantry, C.G., "Cultural and Ideological Pluralism in Public International Law", Ando, N. et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol.II, Kluwer Law International, 2002, pp.1491-520を参照)。本論文も、国際社会における法構築や法認識の多様性を探究するという根本において、これらの議論と問題意識を共有し、とりわけ、フォーラムやアクターの多様性は考察課題として重なる。もっとも、本論文は、言わば、法体制や法規範といった「客体」の複数性よりも、むしろ「主体」の法認識の複数性に着目する点で、従来の「多元主義」と必ずしも議論の重心を同一にしていない。本論文に言う「法観念の多元性」は、個々のミクロな法認識において、その目的とされる「法」が、場面によって異なりうること、また実際に異なっていることを示すものである。本論文の国際法学上の方法論をあえて位置づければ、「法多元主義」と重なりつつも、従来の支配的学説で措定されてきた主体を超える多元的な視点を導入する「新派」の試みの一角にあると言えるかもしれない。国際法学上の「新派」の手法(及びその批判的検討)として、Cass, D.Z., "Navigating the Newstream", *Nordic J.I.L.*, v.65 (1996), pp.341-83, esp. pp.370-4を参照。

起されてきた<sup>8)</sup>。当の国際法を研究対象とする国際法学もまた、この問いを繰り返し自問してきている<sup>9)</sup>。しかし、この問いによって、いったい何が問われているのか。

そもそも、「国際法は法か」という問いに正面から一義的・決定的に解答することは容易ではない<sup>10)</sup>。実際、これまで、国際法が法であるか、様々な仕方で疑われ、また擁護されてきた。ここでは、強制や制裁の不在が争点となっている場合もあれば、正統性や実効性の欠如が問題とされる場合もある。また、立法機関など集権的機関の欠如もしばしば指摘される<sup>11)</sup>。しかしながら、他方で、この問い自体の多面性が論じられることは稀であり、実際のところ、複数の論点の混在する漠然とした問いかけによって何が問われうるのか十分に整理されないまま、特定の論点を対象とした議論が場当たりの的ななされがちである<sup>12)</sup>。ここに、「国際法は（本当に）法か」という問いかけに答える困難を生む要因が

- 
- 8) See, e.g., Williams, G., "International Law and the Controversy Concerning the Word 'Law'", *BybIL*, v.22 (1945), pp.146-63; Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, 1994, pp.213-37; Bull, *supra* note 4, ch.6; Kratochwil, F., "Is International Law 'Proper Law'?", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v.69-1 (1983), pp.13-46; Bolton, J.R., "Is There Really 'Law' in International Affairs?", *Transnational Law & Contemporary Problems*, v.10 (2000), pp.1-48.
- 9) Lawrence, T.J., "Is there a true International Law?", *Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law*, 2nd ed., 1885, pp.1-40 を始めとする 19 世紀後半から 20 世紀初頭にかけての国際法学による取扱いの概観としては、ウィリアムズの前掲論文（註 8）が詳しい。その他、横田喜三郎『国際法の法的性質』（岩波書店、1944 年）、田畑茂二郎『国際法講義・上（新版）』（有信堂高文社、1982 年）23-31 頁；Green, L.C., "Is International Law Law?", *Law and Society*, Sijthoff, 1975, pp.133-82；廣瀬和子「国際法の法的性質」寺沢一・内田久司編『国際法の基本問題』（有斐閣、1986 年）4-12 頁；Akehurst, M., "Is International Law Really Law?", *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed., George Allen & Unwin, 1987, pp.1-11 も参照。近時、この問いについて比較的詳しく論じているのは、ダマトーである（D' Amato, A., "What counts as 'Law' ?", Onuf, N.(ed.), *Law-Making in the Global Community*, Carolina Academic Press, 1982; id., "Is International Law Really 'Law' ?", *Northwestern Univ. L.R.*, v.79(1985), pp.1293-314)。もっとも、国際法学において、この問いが常に重要とされてきたわけではない（See, e.g., Brierly, J.L., *The Law of Nations*, 6th ed., Clarendon Press, 1963, pp.68-71）。実際、問い自体の適切さを留保し、実現メカニズムの独自性など国際法の固有性に注意を喚起する限りで意義を認める見解もあり、さらに近時の国際法学の教科書には、この類の問いを最初から扱わない例も見られる（See, e.g., Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford U.P., 2003。なお、山本草二『国際法（新版）』（有斐閣、1994 年）28-9 頁も参照）。T・フランクは、このような存在論的証明の負担から現代の国際法学者は解放されたと言う（See, Franck, T.M., *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, 1995, pp.4-6）。
- 10) エイクハースト＝マランチュク（長谷川正国訳）『現代国際法入門』（成文堂、1999 年）7-8 頁参照。
- 11) O'Brien, J., *International law*, Cavendish Publishing Ltd., 2001, pp.28-35 は、否定説の論拠として、制度的欠損（立法・行政・司法といった中央集権的機関の欠如）、法の定義（とりわけ法命令説）への不該当、実効性の欠如、個別国家の自己利益の優越といった議論を挙げる。
- 12) 多様な根拠のうち、主に論じられるのは国際法の実効性と制裁（強制）の欠如である。国際法が「法」という問題と国際法の実効性及び強制力の問題がしばしば混同されてきたことを指摘するのは、エイクハースト・前掲訳書（註 10）・7 頁。「国際法の法的性質」について一書を費やす横田・前掲書（註 9）も、もっぱら「強制」（実在的強制と当為的強制の区別）をめぐる議論を行っている（同書序論では、「国際法の法的性質」がもっぱら強制のみにかかるものではない点を断りつつも、ひとり強制の点について学者に争いがあるため、強制のことが特に問題となり、「またそれで足りるともいへる」と位置づけている）。

あるのではないか。

以下では、この困難を直視し、国際法が法であるかという問いに直接答えるのではなく、むしろ、この問い固有の答えにくさについて検討を試みる。この問いをめぐる様々な前提を問い直し、論点を整理することを通じて、国際社会における「法」観念をめぐる理論的探究を有意義に行うための手がかりを探る。

### (1) 国際社会における「法」——問いの前提を問うこと

これまで、「国際法は（本当に）法か」という問い自体について、前提から問い返す議論もなかったわけではない。とりわけ、国際法が法であることを否定あるいは肯定する論者が、制裁の欠如など一定の側面に着目して議論することに対して、しばしば指摘されてきたのは、国際法が法であるか否かという問題は、煎じ詰めれば、結局、「法」とは何かという概念の定め方によって決まるということであった<sup>13)</sup>。この類の議論を比較的詳細に展開した嚆矢としては、G・ウィリアムズがいる<sup>14)</sup>。

ウィリアムズは、英国のオースティンが法理学の対象となる「固有の意味での法」を画する際に「主権者の命令」と定義することによって慣習法や国際法を除外したことに対して、慣習法や国際法を法に含めないのは不当であると法史学者や国際法学者が反論したことを、愚問に対して愚答で応じる類の事柄であると言う。問題となっているのは、「法」の定義であり、「法」という用語法についての約束にすぎない。ウィリアムズは、用語の定義は論者が自由に選択できる一方、他の論者に押し付けうるものでもないのだから、そもそも「法」に何が含まれるかということ相互に争うこと自体が間違いであるとする。

この指摘は、「国際法は（本当に）法か」という問いについて、その問いに含まれる様々な仮定を暗黙の前提とすることへの批判として示唆的である。まず、これは、「国

13) 例えば、Brierly, *supra* note 9, pp.68-9, 田畑・前掲書（註9）・24頁を参照。

14) Williams, *supra* note 8; 同論文を改題の上、若干の変更を施し、慣習法と国際法を中心とする議論内容に変更はないものの、法概念一般の議論として提示しているのは、Williams, G., "The Controversy Concerning the Word 'Law'", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v.38-1(1949) (後者の邦訳が、恒藤武二編訳『現代の法思想』（ミネルヴァ書房、1966年）に所収）。ウィリアムズの議論の比較的詳しい紹介として、井上茂『法規範の分析』（有斐閣、1967年）195-210頁、恒藤武二『現代イギリス法理学の実証的・経験的傾向について（一）』同志社法学93号134-50頁。ウィリアムズの「極論」について、そもその法哲学上の法概念論の課題を無視しているといった批判もあるが、本論文では立ち入らない。ウィリアムズの議論もふまえ、法概念論を展開する議論として、碧海純一の一連の著作がある（同『法哲学概論全訂第二版補正版』（弘文堂、2000年）、同『「法の概念」をめぐる論争について』、同『「法の概念」についてのおぼえがき』、同『戦後の法概念論についての一考察』等）。その他、井上達夫・前掲書（註5）、森村進「法概念論は何を問題にしているのか、またすべきなのか」一橋大学法学部創立50周年記念論文集刊行会編『変動期における法と国際関係』（有斐閣、2001年）も参照。

「国際法は法か」という問いにおいて、前提となる「法」の要件定立のレベルにおいて反省を迫る。「国際法は法か」という問いには、意識的であれ、無意識的であれ、何らかの「法」の要件が前提にある<sup>15)</sup>。もっとも、前提の問い返しは、この問いに含まれる「法」の要件にとどまらない。さらに、何らかの「法」の要件を想定する前提には、「法」である／ないと問うことの目的・効果があり、問いが発せられる文脈がある。そもそも、「法」と言えるための一定の要件を定立し、その該当／不該当を論じること自体に何が賭けられているのか。このように、問いに含まれる前提を捉え返す観点を徹底していくならば、この問いの孕む多面性が一層明らかになる<sup>16)</sup>。

この点、「用語上の争い」／「好みの問題」として、徹底して相対的な態度を提唱するウィリアムズの議論が想定する文脈もまた問題となる。実際、「好みの問題」というウィリアムズの形容にも関わらず、「国際法は（本当に）法か」という問いをめぐって、「法」という用語法の適切さが問われる文脈が現に存在する<sup>17)</sup>。とりわけ、ウィリアムズの議

15) 「国際法は（本当に）法か」という問いについて、規範的な要件定立のみならず、事実的な要件該当性の点でも、十分に自覚的な判断がなされないことがあることにも留意する必要がある。例えば、否定説が根拠にあげる国際法の実効性欠如の議論に即して言えば、国際法が遵守されていないという印象論が現状に照らしてどこまで正確かは問題である（田畑茂二郎『国際法 I』（有斐閣、1957年）・54-6頁、Bull, *supra* note 4, pp.131-4を参照）。この点、国際法学上、いわゆる「遵守論」固有の困難がある。そもそも、理論的には一定の規範に対して無数の遵守がありうる中で、どの遵守（や不遵守）をカウントするかという重み付けなしには実効性を判断できない。言わば、「国際法は（本当に）法か」という問いの前提要件を問い返したのと同様に、「実効性」についても、何をもって「実効性がある／ない」とするかという前提要件を問い返す必要がある。以上の国際規範の遵守論に関する問題の概観については、齋藤民徒「国際法と国際規範」社会科学研究 54 巻 5 号（2003年）44-51 頁参照。

16) 従来、「国際法は法か」という問いが論じられる場合、その多義性が指摘されながらも、いかなる点で「法」と言えるかという要件のレベルにおける議論にとどまり、問いが発せられる文脈について十分に議論されてきたわけではない。このことは、例えば、強制説を批判的に検討し、水平的な国際社会に適した「法」のあり方を理論的に構成することを試みる点で他の論者とは一線を画しているゴットリーブの議論についても言えることである。See, Gottlieb, G., "The Nature of International Law: Towards a Second Concept of Law", Black, C. & Falk, R. (eds.), *The Future of the International Legal Order*, v.4, Princeton U.P., 1972, pp.187-204.

実際、問いの文脈を明確にすることは、例えば、ウィリアムズが議論の出発点にしているオースティンの読解にも示唆を与える。今日においても、ウィリアムズが論じた19世紀の国際法学者と同じように、国際法が法であることを否定した代表的な学者としてオースティンの名前が挙がり、その定義の問題性が指摘されることがある。しかし、いかにオースティンが一般的な語法で「法」の範囲を語っていようとも、その議論が、当時英国の大学で創設期にあった彼自身の法理学講座で取り扱う対象を画定するという当座の目的を越え、どれほどの射程を意図し、実際にどこまで有効かは慎重に見定められるべき問題である。オースティンの議論（ましてや後にまとめられたテキスト）を受け止める者が、あえて歴史的・文脈的な限定を外し——極論としては、過度に一般化して時代と地域の制約を越えて法の真理を普遍的に説くものであるかのように——、国際法は法かという問いの一般的な答えを論じていると期待し、幻滅し、批判するとすれば適切ではない。See, Lawrence, *supra* note 9, p.9（オースティンの定義が、限定性の自覚を超えて「唯一の真実」と主張される場合にのみ反論が必要とする。）

論は、この問いが法実務の文脈で問われることを論じるものではない<sup>18)</sup>。例えば、国内行政実務や国内裁判において、国際法を法として取り扱う国内法体系に服する行政官僚や裁判官は、一定の国際法規則について、各人固有の定義をもって「『法』とは言えない」という理由で無視することは困難である<sup>19)</sup>。このような場合、国際法規則の影響力を回避する現実の選択肢としては、それが「法」でないという理由ではなく、「自動執行性」の有無など他の法技術に依拠せざるをえない<sup>20)</sup>。これは、国内法としての権威が動員できるかどうか賭けられる文脈である<sup>21)</sup>。

さらに広く、「法」が象徴的に動員される場合——例えば、一定の対象を「法」と呼ぶことが自己の主張の正当性を高めたり、一定の対象を「法」ではないとすることが相手の主張の正当性を奪う場合——もある<sup>22)</sup>。この場合、自己の戦略に応じて一定の対象を「法」とすることが奏効する場合もあれば、しない場合もある。そのような効果の発生は、

17) D'Amato, *supra* note 9 も「言葉の問題」(verbal questions)と捉える見解に対する批判として、この点を指摘する。学術用語の定義のあり方として適切かという観点から問題を指摘するのは、碧海純一・前掲書(註14)・48-53頁。

18) 自己の理論的観点から「法」を定義し、一定の基準に従って包摂/排除を行ったとして、「法」に含まれるとされた一定の対象に、「法」としての妥当が含まれ、「法」としての正統性(正当性)や第三者の支持を期待できるのか。このような実践的文脈については、酒匂一郎「法の自立性と法の批判(二)」法政研究57巻4号(1991年)105-9頁を参照。「法」観念が用いられる文脈について規範的法理論と経験的法理論とを区別するのは、Cotterrell, R., *Law's Community*, Clarendon Press, 1995, ch.2, esp. pp.24-8. ハートの「内的視点/外的視点」の区別も検討しつつ、法に対する「実践的態度」と「理論的(観察的)態度」とを区別するのは、Postema, G.J. "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, v.4 (1998), pp.329-57. その他、「参加者/観察者」等の区別を含め、「内的視点/外的視点」をめぐる様々な軸の整理については、Tamanaha, B.Z., *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford U.P., 1997, pp.153-95を参照。

19) ただし、現代の法実務上の専門用語としては、一定の対象が「法と言えるか」という表現は便宜的なものにすぎず、基本的には「法的拘束力がある/ない」という表現をとる。国際法実務上も、条約規則の当事者に対する効力を定める条約法条約26条(同じく第三者に対する効力を定める38条)、国際司法裁判所の判決の効力について定めるICJ規程59条などのように、一定の規則や決定に関する「法的拘束力」の有無という表現が用いられる(この点、外交実務において「法的拘束力」概念が果たす重要な役割については、中村耕一郎『国際「合意」論序説』(東信堂、2002年)を参照)。もっとも、一定の規則や決定に対して、「法的拘束力」があるかどうかという問いと、「それが法と言えるか」という問いが互換的に用いられるという事実は、単なる言い換えというよりも、実務的文脈における「法的拘束力」の判断が法的権威の動員実践の一環にあることを示している。

20) See, Jackson, J.H., "Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis", *AJIL*, v.86(1992), pp.310-40; Benvenisti, E., "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *EJIL*, v.4(1993), pp.159-83, esp. pp.160-75.

21) 実際、国際法が国内法と同様の意味で「法」と言えるか、各国の国内法に即して真剣に争われてきた。米国の法実務に即し、例えば、Koh, H.H., "Is International Law Really State Law?", *Harv. L.R.*, v.111(1998), pp.1824-61; 英国の法実務に即し、例えば、Collier, J., "Is International Law Really Part of the Law of England?", *ICLQ*, v.38(1989), pp.924-35.



問主観的な権威の動員であり、論者の自由にはならない<sup>23)</sup>。

このように「法」の権威の動員可能性をめぐる攻防が「法」の定義にも及ぶ場合、関係当事者は、まさに「法」の範囲が「勝手」でも「好み」でもないからこそ争う。ウィリアムズの議論には、法の定義が自由である反面、その定義が言わば「無力」であるという特殊な前提があるのではないか<sup>24)</sup>。文脈の広がり把握するためには、「各人の好み」というウィリアムズの提唱を額面どおり——過度に一般化して——受け取ることはできない。

## (2) 「法」観念の文脈的理解——実践的文脈と理論的文脈

ここで、「国際法は法か」という問いが問われる文脈を実践的文脈と理論的文脈とに区別すれば、実践的文脈においては、「法である／法ではない」ということを法実務の基礎観念として用いる場面など、一定の対象を「勝手に」「法」と呼ぶことが意味をなさない

22) 「国際法は法か」という問いにおいて「法」という言葉のレトリカルな重みが問題となっていることを指摘するのは、Bolton, *supra* note 8, pp.8-14. このような「法」という語法の国際社会における具体例としては、2003年、PKO要員のICC訴追免除延期の安保理決議（決議1487）を推し進める米国のカンニングム国連次席大使が「国際刑事裁判所は『法』ではない」（The ICC is not “the law”）との表現を用いて牽制している例がある（Transcript: Ambassador Cunningham’s UNSC Remarks on Immunity for Peacekeepers, 2003/06/12）。これに対して、一定の対象を「法」だと持ち上げる例としては、人権保護小委員会において、イラク制裁措置を弁明する米国代表が、イラク制裁に関する安保理の一連の決議について、「それらは国際法である。国連全加盟国によって十分に支持され実施されなければならない」と強調する例（Statement by Ambassador George Moose to the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 2000/8/17）、あるいは、「女性、平和、安全」に関する安保理決議1325を「法であり、すべての国を拘束する」と強調する国際婦人デーにおけるNGO（Women’s International League for Peace and Freedom）のスピーチ（Felicity Hill, International Women’s Day Statement, 2001/3/8）などが挙げられよう。

23) 法哲学上の議論として、「法を作る側」と「法を作られる側」という区別を行いつつ、法の権威性について必ずしも論者の自由にならないことを別の側面から説いているのは、大塚滋「法の権威性」法哲学年報（1986年）69-88頁。国際法学上、「法源」を考察する視点として、国際法の「生産者」と「消費者」という表現をとるのは、Bos, M., “The Recognized Manifestations of International Law”, *GYIL*, v.20 (1977), pp.11-3.

24) ウィリアムズは、「国際法という用語の使用をやめたとすれば、これらの国際的ルールを現在支えている尊敬の幾分かが失われることになるかもしれない」が、それは、「現在の『法』という言葉がある種の情緒（すなわち無条件的服従の情緒）を含んでいるという事実から生じる」ということを距離を置いた態度で指摘している（Williams, *supra* note 8, p.162）。しかし、法実践——とりわけ象徴的な動員実践——においては、まさに、その「情緒」こそ当事者の攻防において賭けられている。とすれば、そもそも、ウィリアムズの議論における「定義」は、そのような法実践から遊離した（理想的な）学問的定義をもっぱら指していると捉えるべきであろう。法哲学者の碧海（前掲・註14）もまた、「法」の定義について、いわゆる「説得的定義」を警戒し、学問的態度としては、このような実践的文脈からむしろ距離を置くべきであるとする。近時の法哲学における法観念をめぐる政治的側面については、See, Murphy, L., “The Political Question of the Concept of Law”, Coleman, J.L.(ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford U.P., 2001, pp.371-409. 国際法学において、オッペンハイムの教説に即し、国際法の定義に政治的企図など多くが賭けられていることを論じるのは、Kingsbury B., “Legal Positivism as Normative Politics”, *EJIL*, v.13(2002), pp.401-36, esp. p.432.

場合があるのに対し、理論的文脈においては、基本的にはウィリアムズが指摘するように、論者の分析目的ごとに各自が「法」を定義する自由があるように見える。実際、オーステインが「法理学」固有の対象を画するにあたって「法」を定義したように、「国際法学」の対象を画するために「国際法」を定義する際には、法実務上の通用力の有無に制約されることなく、比較的広い定義が用いられてきている<sup>25)</sup>。また、国際法学における法政策学派や近時の国際政治学・国際関係論における「法制度化」の議論など、一定の側面に着目して分析概念として「法」を把握する場合、国際法実務上の「法」観念から距離を置いた定義が採用されてきた<sup>26)</sup>。さらに、比較法学や法人類学における「法」の探究においては、当事者が「法」という用語を使用していなくとも、また、西欧の近代国家法に似る規範的实践でなくとも、さらに、既に存在しない社会の規範体系であろうとも、一定の社会と規範的实践に「法」を見出し、その特徴の解明を試みてきている<sup>27)</sup>。

このような文脈の拡がりをふまえるならば、ウィリアムズの「極論」の含意は、それぞれの文脈の違いを混同すべきではないということにあると言える。「国際法は法か」という同じ問いでも、各々の文脈で問われている内実是对極的と言えるほどに異なる。一方で、実践的文脈で典型的に問われているのは、国際法について、我々が従うべき「あの『法』」に該当するかどうかである。その帰結は、個々の具体的場面において、参照した当事者や援用された当事者が「法」としての権威を尊重すべきことになるかどうかである。ここでは、既に前提として、「遵法精神」(あるいは「合法性信仰」)とも言われるような傾向に基づく、一定の権威性の流通が存在している。他方で、理論的文脈で典型的に問われているのは、一定の分析目的に即して定義された「法」に、国際法と呼ばれている規範実践総体を含めるべきかどうか——あるいは、後者を含むような形で「法」を定義すべき

25) 同様の傾向は、「国際組織法(国際機構法)」や「国際経済法」等の概念定義にも見られる(例えば、横田洋三『国際機構の法構造』(国際書院、2001年)特に55-81頁、中川淳司他『国際経済法』(有斐閣、2003年)1-6頁を参照)。

26) マクドゥガルら法政策学派の「法」の定義が、国際的な意思決定者による決定をほぼ無差別に含んでしまうほど広いことを指摘するのは、D'Amato, *supra* note 9. 近時の「法化」の議論における「法」のメルクマールについては、Goldstein, J.L. et al. (eds.), *Legalization and World Politics*, MIT Press, 2001, 及び、このような概念化に批判を加える Finnemore, M. and Toope, S.J., "Alternatives to 'Legalization'", *IO*, v.55-3 (2001), pp.743-58 を参照。

27) 「法」の多元主義的把握については、前掲註7の諸文献を参照。非西欧法学を視野に入れた法人類学の試みとして『アジア法の多元的構造』(成文堂、1998年)他、千葉正士の一連の研究を参照。国際的なレベルにおいても、国家間関係(正確には共同体間関係)を律する一定の規範体系や、一定の商慣習、国際基準、ガイドラインなど、各種の規範的实践について、「法」観念に関する明確な議論が伴うかどうかは別として、一定の学術的関心から「法」を見出し、これを論じる営為が存在する。この点、薬師寺公夫「トランスナショナル・ローの現代的意義」世界法年報21号(2002年)3-37頁、千葉正士『スポーツ法学序説』(信山社出版、2001年)(スポーツ固有法の国際的性格についても言及する)、ホセ・ヨンバルト「教会法——国家法と国際法との比較」上智法学論集37巻3号(1994年)241-88頁を参照。国際法学上の「ソフト・ロー」論の問題点については、後註41を参照。

かどうか——である。ここでは、帰結として実践的な意義を持たないことがむしろ前提とされている。

もっとも、このような各文脈の区別をふまえるとして、理論的な問題は、その次にある。それは、理論的文脈と実践的文脈とが無関係ではないことである。一方で、法実務の一環に、法理論が位置づく場合がある。現代の国際法実務においても、そのような「1次理論としての法理論」——例えば、法の認識枠組としての「法源論」——は、常に前提とされている<sup>28)</sup>。法実務と理論的営為との距離はもとより様々であるが、実定法解釈論など、法実務の一環としての理論的営為は、現代の国際法学において、むしろ支配的なあり方である。

他方で、法理論の一環に、法実務が位置づく場合がある。そもそも、「法」観念を用いる一定の理論的営為は、その成立から展開に至るまで、実際に流通する「法」観念を、程度の差はあれ、前提としている<sup>29)</sup>。とりわけ、「国際法は法か」と言う問いが理論的に問われる文脈において法実務に言及があるのは、国際法の法的性質を擁護する趣旨で、「関係当事者が『法』として扱っている」という事実が援用される場合である<sup>30)</sup>。ただし、この指摘は、一見「国際法は『法』か」という問いに対する応答でありながら、しばしば、問いと同じく概括的かつ多義的な指摘にとどまっており、その理論的重要性と問題点

28) このような「1次理論としての法理論」においては、言わば、実務への影響力への代償として、実務から制約を受け、「法」を自由に定義できず、定義しても意義が少ない。実際、既に実在しない社会（例えばインカ帝国）の「法」を分析するなどの例外的場合を除けば——もっとも、過去の社会のあり方を知ることが現代の社会構想にインスピレーションを与える可能性も否定できない——、理論的営為の実務への影響は回避しがたい。これは、理論的営為に実践的帰結が否応なく——本人の自覚の有無に関わらず——伴いようことを意味する（理論的営為の多くは、むしろ、一定の実践的価値に対するコミットメントとともに、実践的帰結が生じることを前提としている）。実践における認識枠組として当事者が抱く「1次理論」と、観察者の構成する「2次理論」との区別については、盛山和夫『制度論の構図』（創文社、1995年）を参照。

29) 国際法の法的性質を論じる際に、「法」の定義の問題性も含め、この点を重視するのは、Onuma, Y., "International Law in and with International Politics", *EJIL*, v.14-1 (2003), esp. pp.122-6. ここで大沼は国際法を政治や道徳とは異なるものとして特徴づける国際法の一般的理解を、「正義との結びつき」から「第三者による裁決性」に至るまで8点にわたって指摘している。もっとも、同所の議論は、「generally understood」とある如く一般的な理解の指摘であり、それらの諸特徴の総体的な指摘を通じ、とりわけ国際政治(学)との関係において、現実の国際法制度全体の機能（存在理由）を弁証する巨視的な議論である。そのため、本論文が主題とする微視的な「法」観念の多元性——どのようなアクターによって、いかなる場面で、どのような「法」イメージが抱かれうるかという文脈依存性——との関係では、8つの特徴の多面的な指摘が理論的展開の可能性を伺わせるにとどまる（8つの特徴の指摘に先立ち、「法」理解の多様性を概括的に指摘しているのは、*id.*, p.123）。この点、大沼が明らかにする国際法の機能分類と「裁判規範／行為規範」論の可能性も含め、齋藤・前掲論文（註15）67-79頁を参照。

30) Onuma, *supra* note 5, esp. pp.122-6 の他、国際法学者による指摘の例として、Brierly, *supra* note 9, pp.68-9, 田畑・前掲書（註9）・25頁、国際政治学者による指摘の一例として、Bull, *supra* note 4, p.130を参照。法多元主義に関して同様のアプローチを検討しているのは、Tamanaha, *supra* note 7, esp. pp.313-4; Melissaris, *supra* note 7, esp. pp.69-70.

とが十分に展開されないくらいがある。理論的文脈と実践的文脈の交叉を解きほぐし、ウィリアムズの議論の射程を見定める意味も含め、以下、この指摘に検討を加えておく。

### (3) 「法」観念の相対性と多元性

#### ① 「法」観念の相対的理解——「それは、誰にとって『法』なのか」

そもそも、「国際法は『法』か」という問いに対する「関係当事者が『法』として扱っている」という指摘が、単に当事者の用語法の指摘にとどまるならば、さほど意義のある指摘ではない<sup>31)</sup>。むしろ、この指摘の趣旨を補充的に定式化すれば、関係当事者が、その抱く「法」観念——反省を経ていない「イメージ」を含む——に照らし、その中に「国際法」をも含めて扱っているということである<sup>32)</sup>。

それでは、このような事実の指摘が、いかにして「国際法は『法』か」という問いへの応答になるのか。厳密には、この指摘だけでは問いに答えるものではない。この指摘には、一定の範囲の「関係当事者」——例えば、政府関係者やその法律顧問、国内・国際裁判所の裁判官など——が想定されている。つまり、この指摘の記述対象は、一定範囲の関係当事者にしか及ばず、「国際法は『法』か」という問いの一部に答えるにとどまっている<sup>33)</sup>。もっとも、このように限定的であっても、実際の・実践的（あるいは実用的）な観点からすれば、「関係当事者」の範囲如何では格別の不都合は生じない。例えば、H・ブルは、国際法の法的性質について、次のように述べて検討を締め括っている。

「もし、これらの規則によって主張される権利・義務が、単に道徳ないし儀礼としての地位しか持たないと信じられているのならば、そのような活動全体がそもそも存在できないであろう。理論的にどのような問題点を伴っていようとも、事実、こうした規則が法としての地位を持つと信じられている。この事実こそ、国際社会の作動にあたって重要な役割を果たす国際活動全体を可

31) 問われてきたのは、まさに「関係当事者が国際法と呼んでいる諸規則は、本当に『法』と言えるのか」ということであり、「法」という語が用いられていることは既に問いの前提にある。このように論争を的確に定式化しているのは、Bull, *supra* note 4, esp. p.124. 実際、単なる当事者の用語法の指摘では、それが「法」という語の「誤用」である——「本来の」あるいは「適切な」用法ではない——という否定説の批判を退けることは難しい。

32) 例えば、H・ブルは、国際法の法的性質を検討する中で、政府関係者やその法律顧問、国内・国際裁判所の裁判官などが、「自らが取り扱う規則が法規則であるという前提のもとで活動を遂行している」ことを指摘している。Bull, *supra* note 4, p.130, 前掲訳書（註4）168頁（以下の本文の引用も同所。ただし訳を若干変更した。）

33) 問いと答えの対応を形式的に表現すれば、「X（一定の範囲の関係当事者）は、国際法を『法』であると認識し、『法』であるとの前提のもとに活動している」という事実の指摘から導きうるのは、「国際法は、Xにとって『法』である」という答えであり、それに対応する問いは、「国際法は、Xにとって『法』か」という問いにすぎない。

能にしている。」

ここでの「信じられている」という表現にもあるように、法実践が一定の間主観的權威の流通を対象とする以上、一定の対象を関係当事者が「『法』であるかのように」扱うことは、その対象が当該関係当事者において「『法』として働く」ことである<sup>34)</sup>。とりわけ、例示にあるような政府関係者やその法律顧問、裁判官などの重要なアクターによって「『法』であるかのように」扱われ、「『法』として働く」とすれば、すなわち、主要なアクターにとって「法」であるならば、実際問題として、国際法が「法」であると言うにふさわしい事態が既に出現しているとも言える。

もっとも、現存する支配的観念に依拠する実践的活動にとっては不都合がないとしても、上記のような事実の指摘が限定的であることが変わるわけではない。しかし、ここで問い返すべきは、出発点である多義的な問いの方である。そもそも、前提もなく「国際法は『法』か」という問いに意味ある形で答えることは不可能ではなかったのか。先述の文脈的理解が示唆を与えるのも、この点である。「国際法は『法』か」という問いは、一定の「法」の要件を常に前提とし、そのように問いかける目的・効果を常に前提としている。上記の応答における一定の範囲の関係当事者という限定は、このような「法」観念の「どこにおいて、誰にとって」という点を明らかにする文脈的理解にむしろ沿うものである。

## ② 文脈的理解の徹底

もっとも、上記の指摘について、さらに文脈的理解を徹底する観点からは、若干の補足が必要である。第1に、限定された関係当事者の範囲に関わる問題がある。誰にとって国際法が「法」であれば、「国際法は『法』か」という問いに対する応答となるのか。端的に言えば、「関係当事者」とは誰か。国際法の「関係当事者」として、どのアクターをカウントし、誰の認識を重視するかということは、どのような対象が「法」として認め

34) 貨幣を例にすれば、支配的観念に依拠する実用的・実際の観点からは、一定の紙切れや金属片が本当に「貨幣」かどうかよりも——しかし、「本当」とはいかなる意味か——、関係当事者間で実際に通用／流通するかどうか——ブルの言葉では、関係当事者によって、そのように信じられることを通じて当該実践が実際に成立しているかどうか——が問題である。このことは、ブルが上記の箇所ですべて「理論的にどのような問題点を伴っていようと」と付け加え、対比的に「実践的活動（帰結）」を強調していることから読み取れる。もっとも理論的には、このような実用的・実践的認識における「物神崇拜」の機制は、より根底的な物象化の批判的認識で補う必要がある（物象化論から「法」を捉える論理の全体構造については、真木悠介『現代社会の存立構造』（筑摩書房、1977年）特に18-68頁を参照）。商品の物神性論もふまえて国際法過程を描く近時の試みとして、Miéville, C., “The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction”, *Leiden J.I.L.*, v.17 (2004), pp.271-302. なお、後述・註86も参照。

られるかということと密接に関連する<sup>35)</sup>。実際、政府高官など実効的な権力を掌握している者によって「法」として取り扱われることが重要な帰結を現にもたらし得ることは疑いない<sup>36)</sup>。しかし、本論文の3.と4.で論じるように、地球大の「法」の構築の関係当事者としては、少なくとも理論の問題として、より裾野を広く、個人、私企業やNGO等を含め、多様なアクターを視野に入れ、「関係当事者」をめぐる暗黙の前提を問い直す必要がある。

第2に、「関係当事者が『法』として扱っている」という言明に前提として含まれる「法」理解の問題がある。この言明は、既に論じたように、単なる用語法ではなく、関係当事者が、その抱く「法」観念に照らし、その中に「国際法」も含めて扱っている事実を指摘している。このような立論には、利点もあるが一定のリスクもある。すなわち、一方で、そのように関係当事者自身の抱く固有の「法」観念に即した取り扱いの指摘にとどまることによって、アクターごとの「法」の多元的認識を事実として議論することができる。しかし、他方で、立論の一般的通用性を避けることで、特定の文脈に依拠する一定の「法」観念が再び暗黙の了解となるおそれも伴っている<sup>37)</sup>。

第3の問題は、この点と重なる。そもそも、「関係当事者が『法』として扱っている」という観察は、どのようにして可能となるのか。ここには認識論の問題が重層的に存在している<sup>38)</sup>。関係当事者の活動がどのような特徴を有していれば、関係当事者が「法」として取り扱っていると言えるのか。とりわけ、当事者における「法」観念の使用/作用

35) このことは、従来の国際法学において、実際、いかなるアクターの「法的確信」(*opinio juris*)が問題とされてきたか——とりわけ、暗黙の了解とされているか——という点とも関わる。大国の役割等も含め、慣習国際法に関する伝統的な議論に関する比較的詳細な議論として、Wolfke, K., *Custom in Present International Law*, 2nd ed., M. Nijhoff Pub., 1993, esp. pp.67-85, 139-159を参照。従来の国際法学上の法主体論との関係については、後述・註63を参照。

36) 上述のブルが例示していたアクターは、政府関係者やその法律顧問、国内・国際裁判所の裁判官、国際会議体である。このような指摘では、多くの場合、外交政策担当者や(裁判官を含む)法律家が挙げられる(例えば、Brierly, *supra* note 9, p.69は、外務省と裁判所を挙げる。なお、同様に、「諸国家間の外交交渉や国際裁判の実際の運営においても、それ[国際法]を法として取り扱うことが一般に行われている」とする田畑・前掲書(註9)・25頁も参照)。

37) 例えば、既に引いたH・ブルの議論(Bull, *supra* note 4, p.130)で言えば、争点である「法としての地位」について、国内法を前提として類似性や共通点などを指摘しながら、当の「国内法」の内実や多様性は議論の対象としておらず、抽象的なままである。ブル自身の本意であるかは別問題としても、当該記述を見る限り、関係当事者が取り扱っている「法」の中身や特徴は、議論の対象ではなく、議論の(暗黙の)前提にとどまっている。実際、ブルは、「実践的な活動としての国際法」に着目し、近代西欧国内法と同様の道徳や儀礼と区別された規則に基づく実践形態がとられていることに、国際社会における「法」を結果的に見出している。しかし、このように道徳ないし儀礼との区別ということを1つの特徴とする「西欧の近代国内法」を念頭に議論を進めるのであれば、そのことを少なくとも自覚しておく必要がある。

を把握するために論者（観察者）が用いる「法」観念を、なお明確にする必要がある<sup>39)</sup>。

ここで再び、各文脈に応じた「法」観念がありうるという相対性・多元性の認識を含め、ウィリアムズの議論から示唆が得られる。「法」観念は、自由度に差があるとしても、常に、いつか誰かがどこかで抱くものである。それは、実践的文脈における関係当事者にも、理論的文脈における観察者にもあてはまる。理論的文脈において法実務が言及される上記の複合的なケースについても、観察者の「法」観念と関係当事者の「法」観念の各々について微分し、そこに含まれる「法」観念の多様性を慎重に辿らなければならない。

以上はいずれも論点あるいは問題点の指摘にとどまるが、このように様々な「法」観念が並存し、重畳あるいは競合している以上、少なくとも、他者が自己とは異なりうる「法」観念を用いて世界を認識していることを事実として認識する必要がある。自己の「法」の定義を他者に押しつけてはならないというウィリアムズの指摘は、そのように醒めた事実認識を促すものとして改めて捉え返すことができる。国際社会における法観念に対する、この点の含意の一般的な検討は後の4.に委ね、次の3.では、この文脈の多様性をより具体的に理解するために、上記の「誰にとって」という点にも留意しながら、国際法学上の「法」概念に関わる具体的な一論点——「条約が法と言えるか」という争点——を検討する。

### 3. 条約は法か？

今日、学説の大半は条約が「法」であることを前提としており、条約が「法」と言えるかという論争自体はもはや過去のものと言えなくもない<sup>40)</sup>。もっとも、そのような論争

38) そもそも、比較法学的・法人類学的には、他者の法認識・法行動を把握するということには、例えば、西欧の言語体系における“law”, “droit”, “Recht”といった諸観念と日本語や中国語における「法」(“hō”や“fa”)観念との齟齬など翻訳(特に機能的等価性)の問題が関わっている。彼ら/彼女らの「法」にあたるものと、私たちの「法」にあたるものは、どのように接続/切断し、どちらの理解が力を持っているのか。この点、当事者が(近代西欧国内法観念と同様の)「法」という語を用いるかどうかと、当該社会(当該規範実践)に「法」を「2次理論」として見出すかどうかは別問題でありうるという法人類学等における理論的観点が重要性を持つ(前掲註27及びそれに該当する本文を参照)。

39) そもそも「関係当事者が『法』として扱っている」という事実が、「文にとって『法』である」という限定的な手堅い事実の指摘(前述・註33を参照)を超えて、「国際法は『法』か」という一般的な問いの答えとなるには、論者(観察者)が、「法」としての特徴を備える何かを当事者の行動(観念体系)に見出す論理がもう一段必要である。上記の指摘に即して言えば、「『関係当事者が一定の対象を<法>として扱い、これを基に行っているような活動』を『法』と呼ぶ」といった観察者側の判断がこれにあたる。しかし、これはなお形式論理にとどまり、この命題に含まれる「関係当事者が一定の対象を<法>として扱う」とはいかなる事態を言うのか、再び、これを見出すために用いる観察者の「法」理解が問われる。

の沈静化は、この論争に含まれる問題性が十分に汲まれた上でのことではないように思われる<sup>41)</sup>。以下、この論争を検討し、対立する論者が共通の前提とする水平的な契約観を問い直すことを通して、国際社会における「法」をめぐる視点の多様性について考察を進める。

## (1) 「条約の法源性」論

### ① 争点

国際法学上、条約は、慣習法と並んで国際法の主要な存在形式とされ、法源の一つに数えられることが通例である。条約は国際法であって、それゆえ、国際法が法ではないという説に立たない限り、条約は法である。しかし、英国のブラウンリーの著した今日の国際法学の代表的教科書によれば、多数国間条約であれ、二国間条約であれ、「特定の義務を創設するだけである。条約自体は、義務の淵源であって、一般に適用される規則の淵源ではない<sup>42)</sup>。」論争的な言い方をすれば、条約は、それ自体では法とは言えない<sup>43)</sup>。今日まで続くこの考え方の基本を、半世紀先立って明確に述べているのは、コーベットである<sup>44)</sup>。

40) 例えば、現代条約法の最も実務的な教科書と言える Aust, A.I., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge U.P., 2000 は、この問題にほとんど触れていない。この論争が衰退したのは、これがもっぱら学説上の議論にとどまり、実務上の有意な違いを生まないからでもある。条約が当事国に法的義務を発生させることは、否定説に立つブラウンリーらも当然の前提としている。生じる義務が法的義務だというのであれば、個別具体的な当事者にとって実質的な差異はない。もっとも、否定説の問題提起は、単に理論的関心に基づく議論というわけでもなく、条約が当然に一般法規を生成しないという実務上の常識——条約の定立は第三国に効果を当然には及ぼさないこと（条約法条約第3部第4節を参照）——を明言する点で、一面では実務感覚に合致していることに留意する必要がある。

41) この点、国家間合意を含む一定の対象が「法」であるかが問題とされてきた国際法学上のもう1つの代表的論争である「ソフト・ロー」論と対比すると示唆的である。一方で「条約は法である／法ではない」という議論では、「法である」ことがあたかも自明であるかのごとく、議論の実益が疑われる。他方で「ソフト・ローが法である／法ではない」という議論では、「法ではない」こと——より正確には、条約中の一般条項を指す場合には「法」であり、非拘束的文書や非拘束的決議については「法」ではないと振り分けること——が、自明であるかのごとく、議論が回避される。これらのいずれも、支配的国際法学の確信（「1次理論」）の表明を超えるものではなく、それ以上に議論の深まりが見られることは少ない。この点も含め、国際法学上の「ソフト・ロー」論の概観と問題点については、齋藤民徒「『ソフト・ロー』論の系譜」（近刊）を参照。

42) Brownlie, *supra* note 9, p.4（引用文中の傍点は引用者による）。同様の議論がフィッツモーリスによって明確に議論されている。Fitzmaurice, G., "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", van Asbeck, F.M. (ed.), *Symbolae Verzijl*, Nijhoff, 1958, pp.153-76, esp. pp.157-60.

43) ここで扱う議論は、論者により、「条約の法的性格」とも、「条約の法源性」とも言われるが、以下、「法であるか」という問いと「（一般法規の）法源であるか」という問いは区別せずに議論を進める。ここでは、このような専門技術的な用語法（観念体系）に還元されない一般的な拡がりをもった「法」の認知を問題としているからである。



「当事国に関する限り、条約は実際に行爲規則を設定し、この結果をもって国際法と言われることもしばしばである。…二以上の国家が条約を締結しようとも、そこで合意された規定が諸国家から成る共同体を支配する法の一部となるわけではない。A国が損害賠償として一定の額を毎年B国に支払うというような国際法の規則はない。そこでの国際法の規則は、A国がB国と条約を締結したならば、その条項が何であれ、遵守せねばならないというものである。」

コーベットには、共同体の法たるもの、全構成員に適用される規則でなければならないという「一般性」の理解がある。そこから、「特別国際法」は語義矛盾であって、「一般国際法」の「一般」という形容は余計だとの主張にまで至っている。

これに対して、条約が法となりうることを全て否定するわけではなく、条約に区別を設け、一定のタイプの条約だけを法源に含める見解もある<sup>45)</sup>。そのうち、最も頻繁に言及されるのは、「契約的条約／立法的条約」の区別である<sup>46)</sup>。これによれば、「条約が内容上国内制定法に類似する場合にのみ、つまり、全条約当事者に同一の義務を課し、長期にわたって条約当事国の行爲を規律しようとする場合にのみ、国際法源とみなされるべきである」<sup>47)</sup>。もっとも、条約の分類自体の当否がここでの論点ではない<sup>48)</sup>。問題は、「法」であるかどうかの判断に、このような区別を用いることの適切さである。

## ② 対立の構図

現代の国際法学において、立法的条約に限って「法」とする見解は少数説にとどまり、様々な批判を受ける立場にある<sup>49)</sup>。しばしば批判されるのは、この見解が国内社会と国

44) Corbett, P.E., "The Consent of States and the Sources of the Law of Nations", *BYBIL*, v.6 (1925), pp.27-8.

45) 例えば領土割譲条約のような「処分条約」を挙げ、一般法規を生成しないために国際法規としての意味が認められない条約があるとする、限定された否定的見解もある(田畑・前掲書(註15)・92-3頁参照)。

46) 「契約的条約」の例としては、領土割譲条約、国境画定条約、犯罪人引渡条約、通商条約、少数民族保護条約、同盟条約、中立条約、平和条約などが挙げられる(「立法条約」(広部和也執筆)国際法学会編『国際法辞典』(1975年)694頁)。この区別は、19世紀後半からドイツを中心に、20世紀前半からは英国の国際法学者を中心に議論された。トリーベルによる *Vereinbarung* と *Vertrag* の区別など、この区別の由来については、ロータパクトの指摘が詳しい(Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, pp.155-80, esp pp.158-9)。論争の詳細については、前原光雄「法源としての条約」法学研究14巻3号(1935年)175-206頁、高橋悠「立法条約の諸問題」同志社法学20号(1953年)132-40頁を参照。

47) エイクハースト・前掲訳書(註10)・57頁。

48) 分類をめぐる問題点については、See, McNair, L., "The Functions and Differing Legal Character of Treaties", *The Law of Treaties*, Oxford U.P., 1961.

際社会との構造的な違いを無視しているということである<sup>50)</sup>。これは、言わば、ひとつの「国内モデル」批判である。実際、「契約的条約／立法的条約」という区別は、ある種の国内立法の理解に基づく。多数説は、少数説が依拠する「国内モデル」——一般性を欠く個別の「契約」を「法」とは観念できないとする西欧近代国内法の類推——を問題視し、国内法の一般性という要件を国際法の平面に無媒介に持ち込むべきではないと批判する。しかしながら、それは、些か不徹底な批判ではないか。条約の契約的性格をもって法ではないとする見解は少数であるが、他方で、条約の契約的理解それ自体は、きわめて一般的である<sup>51)</sup>。ここには、もうひとつの「国内モデル」がある。

そもそも、「条約は契約にすぎないので法ではない」という議論には、「条約は近代国内法に言う当事者間の契約に該当する」という判断（契約類推）と「契約は法とは言えない」という判断（一般法類推<sup>52)</sup>）の2つが含まれている。多数説は、一般法類推に関して少数説を批判するが、国家間の合意を契約と見立てる契約類推を批判しているわけではなく、むしろ前提としている<sup>53)</sup>。この契約類推——国家間の水平的な契約関係という見立

49) とりわけ、この区別に対しては、実務上区別が困難であるとの指摘がある（実際、条約法条約も実質的な区別を設けていない）。同様に、条約中には性格の異なる各種の規定がしばしば含まれ、立法的か契約的かは条項ごとに判断されうる以上、条約単位で区別できないとの指摘もある（O'Brien, *supra* note 11, p.82）。

なお、両者のタイプの条約を区別することに対する批判の根拠に、ICJ (PCIJ) 規程 38 条 1 項の「一般であれ、特別であれ、(whether general or particular)」という文言を挙げる見解も少なくない（一例として、田畑・前掲書（註 15）・94 頁）。もっとも、法概念に関して暗黙の前提をおくべきではなく、様々な文脈において「法（法源）」と言えるかどうかと、国際司法裁判所において弁論あるいは判決の正当化根拠として用いられる裁判規範——上記 38 条 1 項柱書に言う「国際法」もまた、そのような相対的な意味に解しうる——と言えるかどうかとは区別すべきであろう。

50) エイクハースト・前掲書（註 10）・57-8 頁は、その違いとして、(1) 国際社会では、国内立法のような定立者の限定はなく、全ての国が立法条約を締結できること、(2) いずれにせよ条約は合意した国だけを拘束し、そもそも立法条約にさえ国内法のような一般性がないこと、を挙げる。なお、田畑・前掲書（註 15）・94 頁も参照。

51) もっとも、条約法上、「強制による無効」など個々の国内法理解がどこまで徹底されてきたかは別問題である。この点、経塚作太郎「条約の無効および取消」同『条約法の研究』（中央大学出版部、1967 年）539-77 頁、同「私法原理と条約の無効および取消」同『続・条約法の研究』（中央大学出版部、1977 年）301-22 頁の他、Lauterpacht, *supra* note 46, pp.155-80; Raftopoulos, E., *The Inadequacy of the Contractual Analogy in the Law of Treaties*, 1990, pp.207-54 を参照。より全般的に、国際社会に対する「契約」観念の全般的な批判的検討については、Kratochwil, F., "The Limits of Contract", *EJIL*, v.5-4 (1995), pp.465-92 を参照。

52) なお、近代国内法における法と契約の区別を投影している点、論者に馴染みのあるドイツや英国の国内法が念頭にあるのだとすれば、比較法的な相対化も可能ではないか。詳細な考察は他日を期す他ないが、とりわけ、「契約（約束）」を「法」と同視する法文化を考慮すべきであろう（後述・註 73 も参照）。

て——は、支配的表象として不問のまま論争当事者双方に共有されてきた<sup>54)</sup>。多数説は、この支配的表象に依拠して少数説を退けており、契約類推の虚実も含めた問題性の指摘がされてきたわけではない。この点を問い返すことができないのか。以下、「法の一般性」に着目しつつ再検討を試みる。

## (2) 国際社会における「法の一般性」

### ① 「一般性」の共有

通常、法の一般性は、妥当する名宛人の一般性と理解されている<sup>55)</sup>。上記の論争においても、当事国（名宛人）が限られることが一般性の欠如として理解されているように見える<sup>56)</sup>。すなわち、一方で、条約が法であることを否定するコーベットの議論は、全構成員に妥当する一般法規を成立させるものではないことを理由としている。他方で、多数説は、国際社会の水平的性格を強調することで、国内社会とは異なって法が分権的に定立される他はなく、法の一般性を要求することに無理があるとしている。このように、両者とも、近代国内法に関する「一般性」の観念を共有した上で、これが条約（特に契約的条約）に欠けるとする点では同じである。見解が分かれているのは、それを国際社会における「法」の要件として課すかどうかという点である。結局、いずれの説も、水平的な国

53) 後者の「契約類推」を詳しく見るならば、多数説は少数説のナイーブな国内法投影を批判しているが、①単一主体として擬人化された国家——実質的には国家指導者——が水平的に集合した「社会」を想定し、これらの主体の関係に対して法観念を投影していること、②条約が、これらの主体間において法的義務を発生させる「契約」として観念されていること、という2点は共通している。つまり、両説とも、自立した諸個人による契約関係からなる近代国内社会のイメージを共有し、これを擬人化された国家間関係——古くは数十カ国、植民地独立以降は百数十カ国によって国家単位で構成される水平的社会——に投影していることに変わりはない。

54) ここでは、「見立て」という語によって、直接には認識できない現象を何らかの既知の意匠にたとえて事態をやりくりしていくことを表現している。この文脈においては「見立て」と認識の成立は不可分であって、一般に「たとえ」と言うように既に認識できているものを何かになぞらえるというのではなく、既知の意匠を投影することが対象の認識自体を可能とする関係にある。その意味では、根底的には認識論に言う対象認識を可能とする「意味の網の目」に近い(See, Geertz, C., *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, 1973, p.5 [人類学者の基本的認識として「人間は自らが紡ぎ出した意味の網の目に支えられた動物である」とする])。本論で述べているように、条約を用いる場合であっても、国家間合意を「契約」として見立てることと、そのようなものとして国家間合意を認識し、把握し、それをを用いて国家間関係を規整することとは、ほぼ密接不可分である。なお、「見立て」概念の様々な理解については、茅野修『見立ての政治学』(東洋経済新報社、1996年)、特に第1章を参照。

55) 国際法学上の一般法と特別法をめぐる論点を概観するものとして、小森光夫「国際社会における一般法と特別法」国際法学会(編)『国際社会の法と政治』(三省堂、2001年)66-90頁。

56) もっとも、「一般性」を数の問題ではなく、不特定多数の事例に適用されること(「抽象性」とする見解や、「一回限りではない」と読み替える説などもある(高橋・前掲論文(註46)139頁以下を参照)。ただし、この類の理解においても、名宛人の数の上での一般性を確保できないことを前提としていることに変わりはない。

家間社会を言わば「鳥瞰」し、条約を一般性の欠けた個別的なものと捉えていることに変わりはない。

② 垂直関係の存在——再び、「それは、誰にとって『法』なのか」

このように国家間の合意を「契約」と見立てる基盤には、国家単位のアトミズム——実質には「リーダー達の契約関係」として捉えるリーダー中心観——があるように見える<sup>57)</sup>。この見立ては、どこまで現実に適合しているか<sup>58)</sup>。それは、誰にとっての現実か。

例えば、条約が法であることを否定する趣旨でコーベットが例示していた賠償金を支払う当事国間の取り決めは、両国民に対する公的性格からして、また、その確定的効果からして、これを「法」と呼ぶことはできないのか。そのような取り決めは、それぞれの国民に等しく影響を及ぼし、国内法（とりわけ憲法）と同様の一般性を有する場合もあるのではないか。このことは、もちろん、個々の国民レベルにおいて具体的な法的権利義務——個々の国民が直接にその財産から支払ったり賠償金を受け取ったりする権利義務——を当然に生じさせることを意味しない。ここで指摘しているのは、水平的な国際社会を「上」から眺める視線からすれば一般性を欠くとしか映らない条約について、国内公法に類するものとして「下」から見上げる個々人の垂直的視点が現にあるのではないかとということ

57) 国際法学において一般に共有されてきた「国際社会」のイメージについて、Gross, L., “The Peace of Westphalia 1648-1948”, *AJIL*, v.42(1948), pp.20-41 を参照。国際政治学・国際関係論が国家単位の水水平的関係を描き、国内政治学（政治哲学）が個々人と自社会の国家権力との垂直的関係をもつばら主題とする従来の二分論を批判し、一国の国家権力と他国の人民との「斜め」の関係を論じるのは、Brilmayer, L., *Justifying International Acts*, Cornell U.P., 1989.

58) 以下の議論は、一元論や二元論など、国際法学や憲法学のいわゆる「国際法と国内法」の議論と関連しているが、議論の焦点が異なる。ここでは、法体系のあり方をいかに理論的に把握するかが問題ではなく、具体的なアクターの視点として、国際社会における「法」を捉える視点にはいかなるものがあるか——とりわけ、契約類推のような「上」からの観点とは異なる形で条約を捉えるアクターの観点はないのか——が問題である。もっとも、「国際法と国内法」との関係について、国際法体系と各国国内法体系の各々に内在する視点の相対性の問題として論じる次の議論は関連性が高い。See, Tammelo, I., “Relations between the International Legal Order and the Municipal Legal Orders - a ‘Perspectivist View’”, *Australian Y.B.I.L.*, 1967, pp.211-8. なお、法体系同士の相対的理解については、主に裁判の文脈で、国際裁判所にとって国内法が事実すぎないか、国内裁判所にとって外国法が法か事実かという形で議論されてきている（前者につき山本・前掲書（註9）89-91頁、後者につき三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」同『民事訴訟法研究 第10巻』（有斐閣、1989年）239-83頁参照）。また、条約の国内適用可能性を詳細に研究した岩澤雄司の議論（『条約の国内適用可能性』（有斐閣、1985年））が指摘する「直接適用可能性」と区別された条約固有の「国内法的効力」は、本論文で言う国内からの条約の把握と密接に関連する。さらに、国際人権法に即して国際法の国内法的効力を問い直し、「国内法である国際法」——「国内法に形を変えている（転化している）国際法」——との表現をもって、「国内法」と同様の国際法の把握を試みる阿部浩己の議論（同「国際人権法と日本の国内法制」『国際人権の地平』（現代人文社、2003年））もまた関連性が高い。なお、国際法と国内法の関係について試みられてきた議論の構造につき、日本の学説を中心に概観する近時のレビューとして、小林友彦「『国際法と国内法の関係』を論じる意義」*社会科学研究* 54巻5号（2003年）81-106頁を参照。また、次註も参照。

ある<sup>59)</sup>。

同様の事情は、他の二国間条約についても指摘できる。典型的な二国間条約として、例えば、現在2000を超えると言われる投資保護条約を考えるならば、「上」から見る視点には、まさに二国間の個々の特別条約が網の目のように水平的に取り結ばれている状況が映るだろうが、「下」から見る視点、例えば、個々の投資家にとってみれば、関係する二国間の投資条約は、自己の投資活動を規整する関連法規の一環に位置しており、自己の事業環境を覆う「法」として捉えられるのではないか。また、他の典型的な二国間条約である犯罪人引渡条約も、個々人や刑事法の運用者にとって国内の刑事手続法規と同様の意味を持つ。同様に、二国間の租税条約や二重課税防止協定なども、その影響を受ける事業者や税制関係者が公法的な把握をすることに不思議はない。

このように、見方を変えれば、二国間条約でさえ、憲法を始めとする他の国内法と同じように「一般性」を持ち、「法」としての公式性・公共性を感知できる場合がある。先に見た論争当事者が共有していた水平的な国家間社会を鳥瞰する視点は、一国の国内社会における条約の垂直的な拡がりを見ない一つの視点にとどまるのではないか。

しかも、このように条約を「下」から見上げることによって一般性を備えた「法」と見る垂直的視点は遍在しているのではないか。個々のアクターの視点の数からしても、条約を水平的な国家間の契約として捉える鳥瞰的視点に比べ、自己の活動の関連法規一般に条約を含めて捉える垂直的視点が無視できるほどに少ないとは言えない。実際のところ、個人や企業やNGO、政府関係者も含め、多数のアクターが国際法を把握する際、最も身近な自国国内法のイメージに照らして捉えることが通常である<sup>60)</sup>。同様に、法の一般性についても、大多数のアクターにとって、水平的な国家間社会を鳥瞰して判定する「一般性」よりも、身近な活動領域における「一般性」を観念する傾向が現実存在する<sup>61)</sup>。

もちろん、以上のような指摘をもって、個々のアクターによって身近な法と社会に照ら

59) 国内法において国際法を法として扱うかどうかという文脈で、本論文が問題にするような「垂直性 (vertical conception)」が直接に論点とされる場合がある (See, Turley, J. "Dualistic Values in the Age of International Jurisprudence", *Hastings L.J.*, v.44 (1993), pp.185-272.). 国際法学上、国内法過程に定位して国際法を捉える認識枠組の理論構築を (主に米国を対象にして) 試みているのは、コーである。See, Koh, *supra* note 21; *id.*, "Transnational Legal Process", *Nebraska L.R.*, v.75 (1996), pp.181-207; *id.*, "Why Do Nations Obey International Law?", *Yale L.J.*, v.106 (1997), pp.2598-659. より一般的に、国際法が国内政治に与える影響につき, Benvenisti, E., "Domestic Politics and International Resources", Byers, M.(ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford U.P., 2000, pp.109-29 を参照。

60) 国際社会を俯瞰する観点に立つ者には、このような国内社会に内在する観点が「狭い視野」であり、むしろ啓蒙の対象と映るかもしれない。しかし、そのような規範的評価と、人々の認識の現実のあり方の総体的傾向を理論的に認識することとは別のことであり、対比的に表現すれば、規範的課題としての「国内モデル批判」と事実問題としての「国内モデルの批判的認識」とは区別する必要がある。この点、自国国内法の投影による国際法理解が国際法観念の存立の前提とさえ言えることも含め、4.(2) で触れる。

して感知された条約の「一般性」が、水平的な国際社会において欠如しているとされた国家単位の名宛人の「一般性」に当然に置き換わると言っているのではない<sup>62)</sup>。そのような置き換えは、「国際法は法か」あるいは「条約は法か」という疑念が自ずから提起していた国際社会と国内社会の事実に差異を忘却するものである。しかし、条約を始めとする国際法に参与するアクターは、国際法実務や外交政策に携わる専門家に限られるものでもない。にもかかわらず、国際社会における「法」の認識を語るにあたって、なぜ、一定の世界像を前提とする「一般性」だけが問題とされてきたのか。従来の論争が立脚していた基盤——国際社会と国内社会を峻別し、国内に遍在しうる個々人の視点を暗黙裡に不可視とすること——に理論的な必然性はない<sup>63)</sup>。

以上、「条約は法か」という問いに即して提起されたのは、国際社会における「法」を取り巻く視点の多様性の問題である。この多様性を明示的に理論化するための枠組みとして、どのような道具立てがあるか。次に、この点を一般的に考察する。

61) 本論で述べたような「下」から把握する観点があるという指摘は、条約法上の契約類推（あるいは私法類推）の妥当性を問い直すべきであるといったことを直ちに含意するわけではない。もっとも、他方で、人権に関わる多数国間条約等、個人に関わる一定の条約、とりわけ欧州人権裁判所のような垂直的関係を担保する制度などに照らし、留保制度を始めとする国家間の契約類推を見直す動きがあることを否定するものでもない。契約類推全般の検討を試みているのは、Raftopoulos, *supra* note 51.

62) 個々の条約について、個々のアクターが自己に関する「法」として「下」から垂直的に「一般性」を感知することと、当該条約が国際社会における「一般性」を持つこと——「一般法」として全国家を拘束すること——とは別のことである。他方、20世紀後半の主要な人権諸条約など国際公共価値を体現する条約に対する個々のアクターによる「一般性」の感知が、国際的（全地球的）な妥当観念を伴いうることを否定するものでもない。この点、「(真の)立法」と「契約」とを区別し、全体的な共同性を備えるもののみを「法」とし、個別条約を「契約」にすぎないとする考え方には、単なる「国内モデル」以上に、国際共同体の「公共価値」へのコミットメントを見出しうる場合もあろう。従来の国際法学において、このような意味での「一般性」の希求は、水平的な国際社会自体に垂直性（立憲性）を求める試みに表現されてきている。この点、国際的な立憲主義思考の概観として、篠田英朗「国家主権概念の変容——立憲主義的思考の国際関係理論における意味——」『国際政治』124号（2000年）89-107頁を参照。国際法学における「立憲性」については、佐藤哲夫「国際社会における“Constitution”の概念——一橋大学法学部創立50周年記念論文集刊行会『変動期における法と国際関係』（有斐閣、2001年）501-22頁、特に人権諸条約に基づく議論として、寺谷広司「国際人権の立憲性」『国際法外交雑誌』100巻6号（2002年）27-62頁を参照。

63) この点、従来の国際法学上、国家が法主体として条約を締結しうるのに対して、個々の国民はそうではないという前提から導かれる理論的帰結であるとする考え方もありうる。しかしながら、それは、ここでの問いに対する「答え」というよりも、問いの出発点そのものをなす1つの「言説」である。個人や企業等の非国家主体が「国際法の受動的な対象にとどまる」といった言説は、一定の視点や立場の選択なしには成立せず、通用しないものである。ここで問うているのは、その「答え」のような——ある意味では精緻な——法理論が通用していること、言い換えれば、そのような「納得の構造」が維持・再生産されてきたことの根拠であり、さらには、そのような法理論による「説明」で済ませうる文脈の限定性である。国際法の定立者、アクター、法主体を概念的に区別するのは、De Lupis, I.D., *The Concept of International Law*, Norstedts, 1987, pp.129-35。伝統的国際法学における主権国家を中心とする国際社会像とその変動については、Koskenniemi, M., “The Future of Statehood”, *HILJ*, v.32 (1991), pp.397-410; Schreuer, C., “The Waning of the Sovereign State”, *EJIL*, v.4 (1993), pp.447-71, 特に近時の条約定立主体の変化につき、Alvarez, J., “The New Treaty Makers”, *Boston College Int. & Comp. L. Rev.*, v.25 (2002), pp.213-34を参照。

#### 4. 「国際法」の多元的理解

これまでの検討が示唆していたのは、関与主体の法認知が一様ではないということである。2. で論じた「国際『法』」と呼ばれてきた諸規範であれ、3. で論じた「条約」であれ、まずは、関係当事者によって「法」とであるとみなされるかどうかの問題である。しかし、当事者の行為や当事者間のやり取りにおいて参照・援用された一定の対象について、どのようなものであれば「法」としてみなされ、「法」として重みを持ち、「法」として働くかは、予め決定されているわけではない。暗黙の前提を置くことなく、個々のアクターの認識に定位する限り、その場その場で現われる「法」について、予め確固たる実体を措定することはできない。

しかも、国際社会における「法」が現われ、それが働くミクロな場面には、専門家を中心とする有権的なアクターのみならず、無権的なアクターが数多く関与している。これまでの2. と3. の検討において、とりわけ問題となったのは、「法」観念を論じる際、暗黙裡に一定の前提を置くことであった。このような暗黙の諸前提を回避するための1つの道筋は、当事者の抱く「法」が、具体的関係の中で当事者ごとに構築されることを正面から認めることにある<sup>64)</sup>。これを理論的課題として一般的に定式化すれば、法観念の多元性をメタレベルで措定し、個々のアクターの多様な表象を探究することである。

もっとも、国際社会における「法」について、このように多様な法認識を認識する理論的枠組は、これまで十分に論じられておらず、さらに理論的に詰めるべき点は少なくない。とりわけ、喫緊の課題として、一方で、視点・目的の多様性を始めとする多元性の諸要因も含め、国際社会における「法」の多元的構築の実態を把握すること、他方で、これまで維持・再生産されてきた所与の歴史的現実を照らし、そのような多元性の限界を把握することがある。以下、この2つの課題について、関連論点をそれぞれ敷衍しておく。

64) ここで「構築」とは、国際法学で形式化されて理解される「法定立」のことではなく——それでは論点先取である——、日々の具体的な法関与行動において、関与当事者によって「国際法」として認知され、参照／援用／適用され、機能することを指す。国際法との関わりで「構築」を問題にする際、しばしば国際法による国際社会や国家主体（の選好）の構築が問題にされるが、そこで国際法が実体的な手段として自明視されているのであれば、ここで言う「構築」とは位相を異にする。ここでの議論の焦点は、対比的に表現すれば、国際法によって一定の対象が構築されることよりも、むしろ、個々のアクターによって国際法が構築されることにある。この観点からは、条約が構築される一環にある「契約」も社会的に構築されている（See, Suchman, M., "The Contract as Social Artifact", *Law & Society Rev.*, v.37 (2003), pp.91-142). ミクロな法構築を含む「構築」の問題意識については、日本法社会学会編「法の構築」法社会学 58号（2003年）、特に1-14頁（佐藤岩夫「法の構築——趣旨説明と基調報告」）を参照。

## (1) 国際社会における「法」の多元的構築

国際法学上、法過程に関与するアクターの視点・目的の多様性に関する議論としては、ILA 慣習法委員会の報告者として、法源を論じる際の「視点」の問題を提起したメンデルソンの議論がある<sup>65)</sup>。メンデルソンは、従来の法源論における論争と混乱の多くは、アクターの視点の違いを区別しなかったことによるとして、①研究者など距離を置いた観察者、②裁判官など第三者としての決定者、③政策担当者など規範の名宛人、という3つの視点を区別している<sup>66)</sup>。例えば、裁判官は本質的に法を不偏不党に決しなければならないが、これと異なり、政府のリーガル・アドバイザーは、法の変動を考慮しながら、国益に照らして促進するか、阻止するかといった判断まで要求される場合がある<sup>67)</sup>。

もっとも、この類型論は、慣習法の形成を論じるものゆえ、アクターとして国家主体と一定の専門家を重視し、法形成に焦点を合わせており、若干の制約がある<sup>68)</sup>。また、法を知る目的の違いからすれば、例えば、第三者としての決定者の視点に立つとしても、当該決定者がもっぱら特定の紛争解決を目的とするのか、決定過程において法を一般的に宣明することも目的とするのか、さらには法の発展をどこまで考慮するか、事情に応じて認識対象として抱かれる「法」観念も様々に異なりうる<sup>69)</sup>。また、名宛人の視点に立つても、様々な視点が含まれる<sup>70)</sup>。この点、批判法学者のバルキンによる議論が参考にな

65) Mendelson, M.H., "Formation of International Law and the Observational Standpoint", *ILA Report*, 1988, pp.941-9; id., *The Formation of Customary International Law, RdC*, v.272 (1998), pp.176-8; *ILA Report*, 2000, p.716, para.7.

66) メンデルソンは、3つの視点は截然と区別できず、むしろ3つが全く同一ではないという指摘にとどまると言う (Mendelson, *supra* note 65 [*RdC*], p.178)。異なる視点の間に一定の関連性が存在する点は、前述・2.(2)も参照。

67) とりわけ、自国政府の行動の正当化を託された法律顧問などには、使えるものは何でも使うという態度も見られるとする (ibid.)。プロパガンダ・虚偽宣伝という形で国際法の援用が行われることを指摘するのは、Mendelson, M.H., "Practice, Propaganda and Principle in International Law", *CLP*, v.42 (1990), pp.1-19, esp. p.8.

68) 例えば、この3類型では、主張を正当化するために法を援用する主体や積極的に法変動に関与する主体について、もっぱら名宛人 (たる国家) として類型化されており、非国家主体を明示的に含む議論ではない (See, e.g., Mendelson, *supra* note 65 [*ILA Report*, 1988], pp.945-7)。国際法過程に関与する非国家主体については、McCorquodale, *supra* note 4 のほか、Mertus, J., "Considering Nonstate Actors in the New Millenium", *NYUJILP*, v.32 (2000), pp.537-66 を参照。

69) 国際司法裁判所に関しては、司法裁判の機能として議論されてきた点である。Jennings, R., "The Role of the International Court of Justice", *BYbIL*, v.68-1 (1997), pp.39-44, 杉原高嶺「国際司法裁判の地位と機能」広部和也・田中忠編『国際法と国内法』(勁草書房, 1991年) 505-33頁を参照。



る<sup>71)</sup>。バルキンは、法理解の目的が様々あるにもかかわらず、多くの論者が法理解の多様性の問題を最初から除外し、結局のところ、しばしばエリートの視点に偏っていることを指摘している<sup>72)</sup>。

以上のように視点・目的の多様性を問い直す議論は、とりわけ、「法」観念の多元性に関わる従来の国際法学の諸前提を問い直すために有益である。もっとも、「法」観念の多元性に関連する要因については、より詳細な議論が必要であろう。考慮すべきは、まず、アクターの社会的・経済的・文化的な多様性である。国際法過程総体も、国際法過程を構成する個々の法実践も、ともに歴史内存在として、様々な経済的、社会的、文化的な負荷を帯びて作動している。とりわけ、国際社会における「法」認識については、アクター間の経済的・社会的発展の格差や文化的多様性の影響が問題となる<sup>73)</sup>。国際法学上、アクターの志向性によって国際法に対する様々な関わり方があることは、歴史上見られた「ソビエト国際法<sup>74)</sup>」、あるいは「第三世界アプローチ<sup>75)</sup>」といった議論に顕著である。この

70) 例えば、国際法を外交目的の手段と考へても、権利義務の生成手段の他、外交政策上の意思伝達、制度の醸成、将来の交渉等の基盤形成、国内的な政治目的の達成、プロパガンダ目的の追求など、様々な目的が含まれる。See, Bilder, R.B., "Beyond Compliance", Shelton, D. (ed.), *Commitment and Compliance*, Oxford U.P., 2000, esp. p.67.

71) Balkin, J., "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", *Yale L.J.*, v.103 (1993), pp.128-9 (法理解の目的として、次の5つを例示している。①法を学んだり、適用したりするために、法を整合的な規制枠組として把握しようとする。②他の法主体が何をするかを予測しようとする。③自分の望む方向へ他者を説得するために法を描こうとする。④法変動を意図して他者を説得することを企図し、現行法を批判的に描こうとする。⑤法の解釈内容ではなく、その実践的な帰結を知ろうとする。)

72) そもそも、法実践の参加者は、職業的エリートから一般人まで様々であり、職業的エリートも、弁護士から裁判官、官僚、学者など様々である。法規則を行為規範とする社会的集団にも様々なものがあり、「内的視点」にも様々なものがある。どの視点が優先するか、ア priori に決められず、また、様々なエリートの間でも、視点が食い違う可能性は常にある。にもかかわらず、多くの場合、前提として、裁判官の基準がパラダイムとされ、訴訟関係者や公務員、立法者や学者の視点は、裁判官の視点に寄生することが前提とされることが少なくない (*id.*, p.128, fn.37)。

73) 国際法の法的性質との関連で、各社会で抱かれる「法」観念の多様性を端的に指摘するのは、エイクハースト・前掲訳書(註10)・7-8頁。「法」や「契約」に対する共同意識のあり方の違いについては、例えば、世界の法的伝統の多様性を概観する近時の比較法研究である、Glenn, P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford U.P., 2000。法観念の比較も含め、世界法文化の比較研究を特集する『比較法研究』60号(1999年)、22カ国/地域の実態調査に基づく契約意識の国際比較研究報告を掲載する名古屋大学法政論集196号(2003年)を参照。

74) ソビエト国際法学については、ソ連科学アカデミー編(高橋通敏訳)『ソビエト国際法の基礎理論』(有信堂, 1971年)、岩下明裕『「ソビエト外交パラダイム」の研究——社会主義・主権・国際法』(国際書院, 1999年)を参照。

ような動きは、従来の国際法学が重視してきた国際司法裁判所の動向にも見られる<sup>76)</sup>。

また、アクターの多様性と密接に関連して、法認識を取り巻くフォーラムの違いも重要である<sup>77)</sup>。例えば、従来の法学が重視してきた裁判における法認識についても、常設の国際裁判所か、アド・ホックな特別法廷か、あるいは国内裁判所か——さらには、どの国のどの審級か——が問題となる。これに対して、法廷外の各種のフォーラム——多国間の外交会議や二国間の交渉、国際組織の運営、国内行政活動、企業活動や社会運動など——において、何を「法」としてアクター達が受け止めるかは、文脈に大きく依存する<sup>78)</sup>。さらに、対決的ではなく、自己や他者の行動のガイドとして「法」を参照する文脈において、いかなる対象が「法」として受け止められるかは、一層多様である<sup>79)</sup>。

このように、アクターとフォーラムといった諸要素の織りなす文脈ごとに、妥当し、通

75) 新規独立国の既存の国際法に対する態度も含め、第三世界諸国の行動についての概観は、Henkin, L., *How Nations Behave*, 2nd ed., Council on Foreign Relations, 1979, pp.119-34. 国際法学における第三世界アプローチについては、Snyder, F.E. and Sathirathai, S. (eds.), *Third World Attitudes toward International Law*, M. Nijoff Pub., 1987 を参照。とりわけ、1970～80年代に議論された「開発の国際法学」において、現状改革志向ゆえに「法」の捉え方が従来の国際法学とは異なっていた点、西海真樹『「開発の国際法」論争』熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』（成文堂、1990年）147-96頁、高島忠義『開発の国際法』（慶應通信、1995年）特に33-41頁を参照。「開発法学」における「法」の捉え方については、安田信之『東南アジア法』（日本評論社、2000年）特に17-96頁を参照。

76) 例えば、発展途上国が提訴するか、手続の進行に協力するか、判決を履行するかなどは、個別的な利害状況とともに、国際司法裁判所の態度にも影響される。この点、統計的データをもとに、アクセス、能力、意思の3点から検討するのは、Romano, C., "International Justice and Developing Countries: A Quantitative Analysis", *Law and Practice of Int. Courts and Tribunals*, v.1 (2002), pp.367-99, pp.539-611 (ICJに関するデータは、pp.379-85. 冷戦時代に共産主義諸国間、共産主義と途上国との間で紛争が全く付託されなかったことについて、pp.568-9. ICJが支持する価値に対する発展途上国の受容や反発については、pp.583-90を参照)。ICJの裁判官の構成については、同上 pp.577-83のほか、実証的に批判的検討を加える Michael, M. and Gaubatz, K.T., "How international is 'international' law?", *Mich. J.I.L.*, v.22-2(2001), pp.239-82 を参照。

77) とりわけ、20世紀後半の国際社会の展開では、人権法、海洋法や経済法、あるいはEU法など、個別分野・個別地域によって制度化——組織化、法化、司法化など——の度合が異なっており、これが法実践の様相の違いに影響しうることに注意する必要がある。近時の全般的傾向につき、Goldstein, *supra* note 26のほか、奥脇直也「現代国際法と国際裁判の法機能」法学教室 281号（2004年）29-37頁を参照。

78) 実際、対決的な法の援用場面において、他のアクターに一定の「法」の「承認」を求める活動が成功するか／失敗するかについては、様々な要因に関連する。一定の形式化された根拠、特に形式的手続に依拠することによって「法」としての通用力を獲得することもあれば、そのような形式的弁証だけでは一定の指示を「法」とする主張を貫徹できず、内容的な正当性をもって「法」としての権威を持ちうるかどうか見定められることもある。国際法について、このように「法」を当事者間の動的なプロセスに位置づけて把握するのは、河西・前掲論文（註5）、Kratochwil, *supra* note 8, pp.35-44; Onuma, *supra* note 29; Scott, S.V., "Legal Argument as Political Maneuvering", *International Law in World Politics*, Lynne Rienner, 2004, pp.117-39.

用する「法」が異なりうる。国際社会における法観念の多元性を把握するためには、視点・目的を含め、アクターやフォーラムなどの諸要素が相互に規定しあう法実践の多様性の探究へと向かう必要がある。

## (2) 国際社会における「法」観念の多元性の射程——支配的実践の重み

他方で、国際社会における「法」観念を論じるにあたっては、このような多様性の射程を見定める必要がある。国際社会における法観念の多元性という理論的観点は、従来の一元的な「法」観念の把握に対置される限りで認識利得をもたらす反面、事態の一面をメタレベルで理論化するものにすぎず、過度に強調するならば事態を見誤るのではないか<sup>80)</sup>。

そもそも、地球上の社会関係総体を直接認識することはできず、虚構や擬制を用いなければ、それらの諸社会間・諸共同体間関係を規整することはできない<sup>81)</sup>。国際法もまた、そのような虚構の一環をなす制度的事実であって、一定の意味を共有し、一定の形式で行為する日々の実践を通じて維持・再生産されていく<sup>82)</sup>。歴史的所与としての近代国際法は、国境を超える諸活動に携わる者が、権利・義務、無効や責任、契約や決定の法的拘束

79) もちろん専門家の判断が尊重される場合もありうる。特に「敗訴の威嚇」が働くような場面においては、訴訟で通用しうる公的な認識基準が用いられるかもしれない。ここでのポイントは、大沼 (Onuma, *supra* note 5) が「行為規範/裁判規範」論を通じて示すように、(訴訟を念頭に置く) 専門家の判断だけが常に参照され、通用するわけではないことである。この点は、大沼 (Onuma, *supra* note 29) が明らかにする国際法の諸機能のうち、当事者がいかなる機能を期待しているか——より微視的には、先述・註 71 のバルキンの掲げる諸目的のうち、一体いかなる目的で法認識を試みているか——といった文脈の多元的理解と相即する。このような「法」認識に関わる文脈の違いを類型論(「適用/援用/参照」)を通じて整理する試みとして、齋藤・前掲論文(註 15)・53 頁以下を参照。

80) 先に検討した「条約」をめぐる議論で言えば、一方で、論争の土台として共有されていた水平的な国際社会の表象は、「上」からの国家間社会像にすぎず、「下」からの垂直的視点を問わない一つの虚構にとどまると言うこともできる。しかし、他方で、このような水平的国際社会の表象は、国際秩序の支配的表象(の構築実践)として現実性を備え、「条約」の存立を支える根幹にあるのではないか。実際、水平的な国家間関係を表象し、契約観念を投影することによって、一定の国家間合意に厳格な締結手続を採用し、そのような合意を真剣に捉えて遵守するアクターがいなければ、「条約」自体が存在しないのではないか。前掲註 32 以下で引用したブルの指摘も同様である。国際関係を規整するルールを、関係当事者が(近代国内法と同様の)「法」であるかのように扱うことこそ、ブルの言う「国際社会」を成立させる上で独自の役割を果たし続ける「法」実践を国際関係において日々生み出し続けている。

81) 「直接」には見えない国際関係を認識する「理論」としてモデル思考は不可避である (See, Boulding, K.E., "Metaphors and Models in the International System", Akkerman, R.J., et al.(eds.), *Declarations on Principles*, Sijthoff, 1977, pp.311-21, esp. p.312). 政策実務担当者の対外政策形成におけるイメージ(認知地図)の役割については、小和田恆・山影進「国際関係論」(放送大学教育振興会, 2002 年)66-8 頁を参照。「自然状態」観念を軸に「国際関係」の認識を一つの「文化」として相対化する試みの一例として、Jahn, B., *The Cultural Construction of International Relations*, Palgrave, 2000.

力といった近代国内法に由来する観念を投影し、国家間関係を中心とする諸関係を規整することを通じて確立してきた<sup>83)</sup>。現代の国際法実践の維持・再生産においても、(とりわけ、ある種の)近代国内法は不断に投影され続けている<sup>84)</sup>。そのような投影が数ある見立てのひとつにとどまるとしても、一定の表象が現実支配的であることの重みもまた十分に認識されなければならない<sup>85)</sup>。すなわち、一方で法の多元的認識を把握しながらも、他方で、どのような認識が重んじられ、とりわけ「有権的」であるとされ、また逆に誰の認識が無効とされてきたか、認識相互の重み付けを含む実態を批判的に解明することが課題となろう<sup>86)</sup>。

82) 「制度的事実」については、Searle, J.R., *The Construction of Social Reality*, Free Press, 1995 の他、MacCormick, N., “Norms, Institutions, and Institutional Facts”, *Law and Philosophy*, v.17 (1998), pp.1-45 を参照。

83) 近代国際法が現在の意匠で成立した経緯を歴史的に概観する、Onuma, Y., “When was the Law of International Society Born?”, *J. of the History of Int. L.*, v.2 (2000), pp.1-66 の他、欧州国際法の世界化については、廣瀬和子「国際社会の変動と国際法の一般化」寺沢一他編『国際法学の再構築 下』(東京大学出版会, 1978年) 107-60 頁、Gathii, J.T., “International Law and Eurocentricity”, *EJIL*, v.9-1(1998), pp.184-211 も参照。ここでの近代国内法の国際関係への投影という二項関係は暫定的把握にとどまる。西欧近代国家法の確立と欧州公法としての近代国際法の成立との並行関係からすれば、類推元の近代国内法と類推先の国際法とは、ローマ法等の西欧古典法を起点とする三項関係(かすがい関係)とも考えられる。この点、国際法の諸概念・諸制度における私法類推を論じる Lauterpacht, *supra* note 46 を参照(例えば、そもそも国家の領域権原自体、歴史的には、ローマ法上の観念に由来する)。近代国際法の形成がローマ法の神学者と法律家によることを端的に指摘するのは、Kunz, *supra* note 7, p.371。

84) この点、田畑・前掲書(註9)・25頁は、「国家の国際法的実践の基礎となっている、いわゆる国際法的規範意識は、それぞれの国内法の下で培われた法規範意識がその基礎となっている」という。国際法実践及び国際法学における国内法類推については、大沼・前掲論文(註5)の他、Shahabuddeen, M., “Municipal Law Reasoning in International Law”, Lowe, V. and Fitzmaurice, M.(eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge U.P., 1996, pp.90-103; Thirlway, H., “Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning”, *RdC*, v.294(2002), pp.273-405 を参照。今日、国際刑事裁判の展開において各種国内法の類推が顕著である。See, e.g., Bohlander, M. and Findlay, M., “The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles”, *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, v.1(2002), pp.3-26。

85) 国際法学において特に問題となるのは、(近代西欧の)国内モデル批判の射程——国内モデルの虚構性と現実性の的確な把握——である。例えば、列強諸国によるアフリカ分割などの植民地化の史実からすれば、「契約」という見立ては、支配的実践の現実に適合する相応のリアリティを持っていた。そのような経緯については、Förster, S. et al.(eds.), *Bismarck, Europe and Africa: The Berlin Conference 1884-1885 and the Onset of Partition*, Oxford U.P., 1988 を参照。近代国際法のあり方との関わりで、この経緯に触れるのは、Onuma, *supra* note 83, pp.39-50; Anghie, A., “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *HILJ*, v.40-1(1999), pp.1-81。

## 5. おわりに

「法の支配」観念は、地球大に広がる社会関係の現実の描写としても、地球大に広がる秩序を構想する理念としても、「法」の理解を内包している。国際社会に現在ある「法」——歴史的所与としての近現代国際法——の存立基盤には、近代法観念の国際関係に対する投影という不断の基底実践がある。それは、ひとつの見立てにすぎないという意味で虚構だが、所与の実践を構成し続けているという意味で紛れもない現実である。同様の虚構性と現実性は、地球大の「法の支配」の存立にも伴っている。

本論文で取り上げた2つの素朴な問いは、通底する多くの問題が語られることのないまま、国際法学において一応の解が導かれているかに見えるものであった。国内モデルを所与とし、これ自体を問題とする回路をほとんど持たずにきた国際法学にとって、喫緊の課題は、その問題性を批判的に認識する言語を補うことにある。本論文の3.の議論に即して言えば、水平的な世界像のリアリティを十分に認めながらも、少なくとも国内から条約を見上げる個々の垂直的視線を同時に視野に収め続けようと試みることである。

このような本論文の試みは、地球大の「法の支配」の構想に対して、その複合的な存立形態を把握する——すなわち、国家間関係を基盤とする支配的表象からは見えにくい各国家内部における「法の支配」の構築を、国家間関係における「法の支配」の構築と同時に把握する——理論的観点を提供する<sup>87)</sup>。この複合性の自覚は、さらに次のような含意を持つ<sup>88)</sup>。

- (1) 地球大の「法の支配」の構想において、その複合的なあり方に適した理念構成を模索する必要がある。既に各々の主権国家ごとに集権的・権力的秩序（正当な支配）の模索が多元的・同時並行的に行われているとすれば、地球大の「法の支配」固有の構想が必要であり、国内的な「法の支配」理念の単純な置換や投影では不十分である<sup>89)</sup>。

86) 本論文に言う「構築」(前述・註64)の観点をふまえ、既に触れた対比的な表現(前述・註60)を用いて補足すれば、この課題は、規範的課題としての近現代国際法の「物神崇拜批判」よりも、まずは、事実問題としての近現代国際法の「物象化の批判的認識」である。前者の端的な表現として、石本泰雄「国際法——その『物神崇拜』」同『国際法の構造転換』(有信堂高文社、1998年)33-46頁を参照。後者に関する1つの試みとして、See, Boyle, J., "Ideals and Things", *HILJ*, v.26(1985), pp.327-59. 当然、ここで言う「力」は、イデオロギーを含む社会的現象である。See, Mann, M., *The Sources of Social Power, vol.2: The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914*. Cambridge U.P., 1993.

- (2) もっとも、これは、国内において語られてきた「法の支配」が関連しないということではない。近現代国際法と同じく、「法の支配」理念が近代国内社会に由来する以上、地球大の「法の支配」の構想に、国内的秩序の模索において育まれてきた様々な制度観念は多かれ少なかれ既に内包されている。問題は、地球大の「法の支配」の複合的なあり方に照らし、従来の国内的観念の国際社会に対する投影が過度に平板かつ単純であることである。既に論じたように、水平的な国家間関係の表象の存立過程には、しばしば無自覚の国内類推が働いており、そこでは国内関係における垂直的な支配関係のイメージが、その不在という形で投影されるにとどまっている。むしろ、上記のような複合性の自覚を伴う国際社会の秩序構想には、意識的かつ丁寧に行う国内類推が含まれる<sup>90)</sup>。
- (3) このように地球大の「法の支配」の複合性をふまえることは、実態の把握においても、理念の構築においても、国内的な「法の支配」と国際的な「法の支配」とを一貫した観点で捉えることに繋がる。とりわけ、本論文は、地球大の「法の支配」の基礎となる「法」観念の多元性を問うことを通して、国際法から影響を受け、これを利用し、これに働きかける様々なアクターの視点に着目し、一見「水平的」に映る規整にも、具体的に生きる個々人にとって「垂直的」な含意がありうることを見出してきた。「法の支

87) 国家間関係を基盤とする「法の支配」構想は、ピラミッドのイメージに仮託すれば、200近い主権国家から出発し、これをまとめあげる世界大の1つのピラミッドの組み方を問う。これに対し、複合的な把握は、各々の国家内における「法の支配」の構築を個々の小さなピラミッドとして同時に把握する。すなわち、世界大のピラミッドを構成する1つ1つの礎石もまた、極小国から10億人を数える大国に至るまで、各々が国家という形態をもって——少なくとも目指して——、人々の手で構築が模索され続けているピラミッドと捉える。

このような複合的な把握が視野に収めるのは、個々の地域における統治の多様な——「先進民主主義国家」から「開発独裁国家」、「破綻国家」に至る——実情である。21世紀初頭、モデルとしての近代国家は、1つの理念として地球の表層を覆うに至っていると言えるが、地球規模で見れば、モデルに見合うだけの近代国家法が整備されたと言える地域は、国家単位の割合では——現実に影響を受ける民衆（人口）の規模からすれば尚更——、原則というよりも例外にとどまる。そのような「恵まれた少数」の対極には、モデルとしての主権国家がそもそも欠如（動揺）している地域が存在する（一例として、酒井啓亘「国連憲章第七章に基づく暫定統治機構の展開—UNTAES・UNMIK・UNTAET—」神戸法学雑誌50巻2号（2000年）81-148頁を参照）。この点、しばしば「法の支配」の構築活動例として言及される国際機構の暫定統治活動を、先に検討してきた「法」観念との関わりで見ると、そこで（公的ではある）「非国家」アクターによって発せられる各種規制が関係当事者によって「法」として参照・援用されることがある現実もまた、モデルとしての「先進国国家法」だけが「法」観念の実際のあり方ではないことをふまえる必要性を示唆している。

88) 以下の含意の記述は、いずれも再検証を要する暫定的な見通しにとどまる。関連する議論として、「法の支配」について、既存の国際法学もふまえ、国際社会と国内社会との（衝突・摩擦を含む）相互関係に着目した考察を展開する篠田・前掲書（註2）36-60頁、特に36-9頁及び46-50頁を参照。

89) これ自体、別に目新しい指摘ではない。実際、それは、主権平等原則、不干涉原則、自決原則や国際法（国際組織）の補完性など、従来の国際法上の議論と大幅に重なる。むしろ、ここでの主眼は、近現代国際法に伴う支配的表象の陥穽を回避することで、これまで語られてきた国際法上の原則や理念を改めて地球大の複合的な「法の支配」の構想と整合的に関連付けること、言わば、国際法上の様々な制度的保障について、国家間関係における水平的意義のみならず、その垂直的な含意に視野を拡げることにある。

配」が「支配」の質を問う理念であり、究極的には「人間の尊厳」といった価値理念に立脚しているとすれば、地球大の「法の支配」を複合的に捉え、その構築を重疊的に把握する本論文の理論的観点は、かかる価値理念をふまえつつ、具体的に生きる個々人の視点から地球大の「法の支配」を捉え直し、組み直す営為の一助となるだろう。

---

90) 国内的な「法の支配」は、抽象的には一様に観念されるが、現実には 200 近い国家において、固有法と移植法との多元的法体制を含め、様々な法秩序のあり方が模索されてきており、また、権力分立や自治制度を定める憲法の統治規定のように、必ずしも階統的・集権的ではない水平的な調整の契機も含んでいる。このような法秩序の多種多様な構築手法に改めて着目することも、地球大の「法の支配」の構想に意義を持つ。