

特集 国際関係法研究動向レビュー

序

中 川 淳 司

54巻5号(2003年)、57巻1号(2005年)、60巻2号(2009年)に引き続いて、4度目の国際関係法研究動向レビュー論文特集を組んだ。特集のねらいは過去3回の特集と同じである。すなわち、「人々の予想を越えた事態が頻発し、人々がこれまで社会で生起する問題を認識し、理解し、解決するために用いてきた枠組みの有用性がゆらいでいる時代こそ、社会科学の基本に立ち返って、先人の優れた業績を取り上げ、それを熟読玩味して、そこからさらに新たな地平を切り拓くことが必要なのである。」との認識(本誌54巻5号(2003年)1頁)は、今日なお一層妥当する。刻々と変化する国際情勢の下で、国際社会を支えてきた基本的な基本の枠組みを根底から揺るがす様々な現象が生起している。われわれは、ともすればめまぐるしいまでの変化に眼を奪われ、それをフォローすることに終始して、それらの変化の持つ意味を掘り下げて考え、単なる一過性の現象と国際社会の構造を根底から変える可能性を持つ現象を見分けることができない。このような時代だからこそ、同時代の現象について、透徹した論理と緻密な実証に基づいて洞察した優れた内外の研究を取り上げて、それらを深く研究し、その批判的検討の上に立って新たな国際関係法の地平を拓くことが強く求められている。以上の問題意識から、4度目の本特集を企画した。幸いに、新進気鋭の研究者から寄せられた5本の論文を収録することができた。

若狭論文は、戦争・武力紛争が条約に及ぼす効果という問題を取り上げる。この問題は伝統的に未解決とされてきた。国連国際法委員会(ILC)は2011年に「武力紛争が条約に及ぼす効果に関する条約草案」を採択したが、その評価はなお定まらない。若狭論文は、第2次世界大戦後の学説・法典化作業・国際判例でこの問題がどのように扱われてきたかを整理し、未解決とされるこの問題の立て方自体の見直しが必要であるとの結論を導く。

若狭論文はまず、第2次世界大戦をまたいで戦争・武力紛争が条約に及ぼす効果を論じる際に共有された伝統的な議論枠組を指摘する。それは、戦争・武力紛争には交戦国が戦

前に締結していた条約を停止・終了させる効果があり得ることを前提に、効果の内容を特定する基準を論じるという構成である。この構成の下で、条約を類型化し、類型毎に効果を特定する主流の立場（McNair など）と、米国国内判例を基礎として、効果を特定する一般基準として、締約国の意思（主観的基準）と条約の実施と戦争行為の両立性（客観的基準）を挙げる立場が唱えられた。しかし、前者については国家実行の錯綜・不統一という問題が、後者については特に両立性基準の内容とその根拠の不明確さという問題があった。

第2次世界大戦後は戦争違法化がこの問題に影響するとの見方が唱えられるようになった。この点を踏まえて条約法条約（1969年採択）は73条で「国と国との敵対行為の発生」が条約に及ぼす効果を規律対象から除外した。他方で、「武力紛争が条約に及ぼす効果」に関する万国国際法学会決議（1985年採択）は、自衛権行使国の条約停止権を認める一方、侵略国の条約停止・終了権を否定し、戦争・武力行使の効果が交戦国に等しく及ぶという伝統的議論枠組の前提を覆した。ただし、これに対しては伝統的議論枠組を是とする立場から批判が多い。1991年の論文で坂元茂樹は、この問題に武力不行使原則が及ぼす影響如何という問題提起を行った。条約に影響を及ぼす「武力行使」の範囲という問題も提起され、この問題を国際法の全体構造の中でどう位置付けるかが問われるに至った。ただし、2011年にILCが採択した頭記の条約草案に至る過程では、締約国の意思に注目するBrownlieの第1報告書が大幅に修正され、条約草案は伝統的議論枠組、意思主義、武力行使の合法性の全ての要素を含むものとなり、「武力紛争が条約に及ぼす効果」をどのような法的枠組で捉えられるかという問題を未解決なままに残した。この問題を扱った国際判例も収斂しておらず、問題の立て方自体が問われているという状況に変わらない。以上を踏まえて、そもそも戦争がなぜ条約関係に影響を及ぼすとされてきたかという、伝統的議論枠組の前提の問い直しから始める歴史的観点からの再検討が必要であると述べて若狭論文は結ばれている。

小栗論文は、国際法の形成における国家の同意の伝統的な機能が現代の多様化した国際法形成において衰退してきているとの指摘を踏まえて、非合意的法形成（nonconsensual lawmaking）をめぐる国際法の理論状況を批判的に整理し、国際法形成の新たな理論化に向けた方針を提示する。小栗論文はまず、非合意的法形成の類型化を試み、①国際組織における多数決による拘束力ある決定、②条約体（締約国会議）における多数決による拘束力ある決定、③参照条項の3類型を挙げる。そして、これらに対する先行研究を、条約法条約の枠組で説明するもの（柴田、Brunnée、篠原）と、これを同意原則の擬制であると批判するもの（Tomuschat、山本、Palmer）に整理する。

以上の整理に続いて、小栗論文は非合意的法形成の理論化に向けた議論を展開する。まず、伝統的な同意原則の立場からは、これらの非合意的法形成がいずれも多数国間条約であることから、条約からの脱退が可能であることで同意原則が妥当していると説明できるとする。この点は国連憲章の改正に関する108条の起草過程で明確に論じられたが、その他の条約についても一定の条件下で認められる。しかし、脱退が直ちに効力を持つとされない場合もあり、その限りで脱退可能性から非合意的法形成における同意原則の妥当を導くのは限界がある。そこで、伝統的な同意概念（規則に対する同意）に代わる同意概念（過程に対する同意）を提示する見解が出てきた（Hey）。ただし、これは少数派であり、小栗論文が着目するのは伝統的な合意主義理論を擁護するために合意概念を分解する試みである。具体的には、拘束的合意の概念を明確化しようとしたMünchの議論、国際会議体の意思として定式化され、採択され、宣明される規範的文書としての国際連合法という新たな合意形式を提唱した河西（奥脇）の議論である。

以上の系譜に対して、近年は同意原則の「神話性」を批判する見解（Besson, Werner）が出てきたが、小栗によればそれらはいずれも説得力を欠いており、同意原則の神話性を立証できていない。合意概念の分解論を踏まえながら、非伝統的な合意による法形成という現象を理論化する必要があるとして論文を結んでいる。

新谷論文は、国際投資法上の間接収用（indirect expropriation）をめぐる従来の議論が、補償が必要とされる間接収用と補償を必要としない国家の正当な規制を区別する基準をめぐって戦わされてきたと整理する。しかし、投資紛争仲裁判断を仔細に検討すれば、一律に間接収用と正当な規制の区別基準が論じられたわけではなく、異なる理論枠組が用いられてきた。夫々の理論枠組を支持する論者の見解を整理し、国の補償義務を判断する基準の解明のために問われるべき問題の本質を明らかにすることを目指す。

新谷によれば、先行研究では、補償の要否を判断する基準として、専ら国家の行為が投資家の財産に与えた効果に着目する「効果テスト（Sole Effect Doctrine）」、それ以外に行為の目的や性質も勘案する「性質テスト（Police-Power Doctrine）」のいずれが妥当であるかが論じられてきた。Dolzerが問題をこのように整理して以来、Dolzerの整理に沿って補償の要否を論じる見解が多いが、そこでは投資仲裁判断の文脈や論理的な枠組が捨象される難点があると新谷は主張する。そして、効果テスト、性質テストの夫々を採用したとされる投資仲裁判断を取り上げて、その理論的枠組みを明らかにする。

効果テストを採用した判断（Siemens事件等）では、投資家財産に与えた損害の程度を基準として合法的な規制と間接収用を区別する（補償の要否の判断基準としての効果テスト）。これに対して、性質テストを採用した判断（Saluka事件等）では、補償不要の規制

措置と違法な措置との区別基準としてテストが用いられている（補償ではなく賠償の要否の判断基準としての性質テスト）。前者では合法的な規制、合法的な間接取用、違法な措置の三分論が、後者では合法的な措置と違法な措置の二分論が前提とされ、後者では合法的な間接取用は想定されていない。理論的には合法的な間接取用の概念を想定できるか否かが鍵となるが、この点は仲裁判断では明確にされていない。そこで、新谷はこの点を明確にした先行研究を取り上げて分析する。

具体的には、二分論を唱える Nanteuil（間接取用否定論）と濱本（間接取用は公正衡平待遇違反の違法な措置である）、三分論を唱える Robert-Cuendet（投資家の被る損害に注目し、補償不要な規制、補償必要な間接取用、賠償必要な違法措置を区別）と Nikiéma（投資家の被る損害に注目。補償の要否は特定の投資に向けられた場合は効果テスト、水平的措置の場合は再編効果テスト）の議論を取り上げ、詳細に検討を加える。そして、二分論と三分論の違いが、権利の移転を伴わない間接取用に補償を支払う根拠を認めるか否か、投資活動の違法性・有害性がない場合の規制措置に対する補償の要否、の2点についての差異を導くことを示した。そして、間接取用に対する補償の要否という問題を解くためには、まず間接取用に対し補償を支払わなければならない根拠が存在するか否か、それはいかなる根拠か、さらに、そもそも「取用」がいかなる制度として国際法上確立してきたのかを明らかにする作業から始めなければならないとして論文を結ぶ。

菅野論文は、旗国主義の例外として普遍的管轄権が認められてきた海賊行為について、要件の一つとされる「私的目的」（国連海洋法条約 101 条（公海条約 15 条））の意義が今日解釈上争われていることから、「私的目的」要件の解釈をめぐる論争を、論者の海賊取締制度への理解に着目することで無権限説と旗国留保説の対立として整理し、両説の主張内容と理論的根拠を明らかにしようとする。

菅野論文によれば、学説における「私的目的」要件の典型的な解釈は行為者の主観的意図に着目し、政治的主張を掲げる者による行為を海賊行為から除外する（Shaw）。しかし、この解釈の根拠は明らかでなく、その妥当性に疑問が残ることから、海賊取締制度への理解に基づいてこれを解釈する学説が唱えられるに至った。無権限説（Baher, Guilfoyle）は、行為が国家と関わりなく行われること（公的な権限を持たないこと）をもって「私的目的」を認定する。無権限説を唱える論者に共通するのは、海賊取締制度の趣旨目的として、公海秩序の安定性確保と並び、それ以上に私的暴力制圧の必要性を重視する点である。そのため、海賊として取締る対象は広範囲に認定されることになる。

これに対して、法益侵害を厳格に認定し、海賊行為の範囲をより制限的に捉えるべきであるという見解が唱えられている。この見解は、海賊行為の保護法益を「海上交通の一般

的安全」と捉え、公海秩序は旗国主義で管理されるという原則の例外として非旗国主義としての海賊取締制度の射程を限定的に捉える（旗国留保説，森田，奥脇，Lucchini & Voeckel，山本）。その目的は，旗国主義の原則性を確保し，海賊取締制度の濫用を封じることで，旗国と非旗国の管轄権競合に起因する国際紛争を予防することにある。私的暴力制圧の必要性を理由とする海賊取締制度の射程拡大（無権限説）は，大国による一方的な旗国主義の制限を帰結しかねないからである。

以上の検討を踏まえて、「私的目的」要件の意味内容を明らかにするため，無権限説と旗国留保説の妥当性を，それらが前提とする海賊取締制度の理解とその歴史的背景も踏まえ，多角的に検討する必要があると述べて，菅野論文は結ばれている。

開出論文は，現代の国家責任法理論を代表する2人の国際法学者（Crawford と Stern）を取り上げ，その学説を丹念に比較しながら紹介し，両者の学説の差異が何に由来するかを考察することを通じて，現代の国家責任法論の課題の一端を明らかにしようとする。Crawford は ILC が 2001 年に「国際違法行為に対する国家の責任に関する条文」（国家責任条文）を採択した際の特別報告者であり，2013 年の著書において国家責任条文を解釈しつつ自説を展開した。Stern は国家責任条文を批判しつつ自説を展開したことから，開出論文はまず Crawford の学説を紹介する。

開出によれば，Crawford は国家責任法理論の本質的前提として，「国家の全ての違法行為は，当該国の国際責任を伴う」（国家責任条文 1 条）という原則（違法行為責任原則）を掲げる。ただし，彼の理論においてこの原則は，被権利侵害国との間での責任についても，「被権利侵害国以外の国」との間での責任についても，根拠としての役割を果たしておらず，あいまいさを残している。他方で，被権利侵害国及び「被権利侵害国以外の国」の意義や，これらの国と権利侵害国との間の責任の内容と根拠についての彼の主張は明快である。

これに対して，Stern は，違法行為責任原則にいう責任を，抽象的な責任を排して専ら主体間の責任と捉える。被権利侵害国との間の責任は違法行為と権利侵害を根拠とするが，国家責任条文は「被権利侵害国以外の国」との間での責任についてなんら根拠を示していないとする。この点，そして，国家責任条文が権利侵害に法的損害を含めていない点（権利侵害の範囲）の2点が，Stern の国家責任条文に対する主な批判点である。これに代わって提示される Stern の国家責任論では，法的損害を含めて権利侵害を定義し，対世的な義務の違反に対する責任追及の根拠も法的損害に求め，国家責任法全体を被権利侵害国に対する権利侵害の賠償として構築する。

Crawford と Stern の国家責任論を比較すると，2つの重要な差異がある。1つは国家責任法で保護される法益の範囲である。Crawford が物質的・精神的利益に限定するのに対

して、Sternは以上に加えて義務が履行されることにかかる利益（法的利益）も含まれるとする。もう1つは対世的な義務違反に関する責任追及の根拠である。Crawfordは関連する規範の基礎をなす価値の重要性に根拠を求めるのに対して、Sternは対世的な義務違反による法的損害（と違法行為）に責任追求の根拠を求める。言い換えれば、Sternが対世的な義務の違反に対する責任追及を権利保護訴訟（主観訴訟）の枠組みで捉えているのに対し、Crawfordはこれを関係する規範の基礎をなす価値の重要性から導かれる一種の客観訴訟と捉えている。それでは両者の違いは何に起因するのか。

開出によれば、両者の国家責任論の違いは、両者が夫々伝統的な国家責任法として理解する内容の違いに対応している。したがって、現代の国家責任法論の課題として、同時代の学説も十分に踏まえながら伝統的な国家責任法の内容を明らかにする必要があるとして論文を結んでいる。

以上5本のレビュー論文の他に、本号には、中国の国際経済法研究者の第一世代を代表する碩学である陳安教授の過去30年にわたる国際経済法分野の英文論考を収めたAn Chen, *The Voice from China: An CHEN on International Economic Law*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2013を評した拙稿を収録した。これは書評論文であってレビュー論文のカテゴリーには該当しない。とはいえ、中国が改革開放政策を採用して以来、今日に至るまでの国内制度改革と国際経済法の諸制度の受容プロセスを体現する論考を「国際経済法の普遍化」という観点からレビューしており、その限りで本特集の趣旨に沿った書評論文と位置づけることができよう。レビュー論文と並んで閲読いただければ幸いである。

最後に、多忙な中、きわめてタイトなスケジュールにもかかわらず懇切に投稿論文を査読いただいた先生方に深甚なる謝意を表して、序文の結びとする。

編集責任者 中川淳司