慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	一般国際法の強行規範と抵触する条約について： 国連国際法委員会の条約法草案第五十条の審議と問題点
Sub Title	Treaties conflicting with international jus cogens
Author	中村, 洸(Nakamura, Ko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.11 (1967. 11) ,p.1- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19671115-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

一般国際法の強行規範と抵触する条約について

——国連国際法委員会の条約法草案第五十条の審議と問題点——

中村　洸

一　序　説

国際連合の国際法委員会は、一九六六年の第十八会期に、委員会としての条約法に関する最終草案を採択した。この条約法草案は、一九六八年及び六九年に開催を予定されている条約法に関する国際条約締結のための外交会議に提出され、審議されることになつている。(1) 国際法委員会の条約法草案第五十条は、「一般国際法の強行規範（jus cogens）に抵触する条約」という表題のもとに、次のように規定している。すなわち、

条約は、それからのいかなる逸脱も許容されず、かつ、同一の性質を有する一般国際法の後から生じた規範によつてのみ変更しうる、一般国際法の強行規範と抵触するときは、無効である。(2)

国際社会においては、その分権的性質を反映して、条約締結の自由という原則、つまり国家はいかなる事項に関しても条約を締結する自由をもつという原則が、伝統的な国際法のもとにおいて、ほとんど完全に妥当してきたと考えられている。

この現象を、敢えて国内法の用語を借りて説明することが許されるとすれば、条約締結に関する法は、任意法（jus dispositivum）の原則によつて支配されてきたといえるであろう。国際連合の国際法委員会の条約法草案第五十条は、条約締結の自由を制約する規範の存在を認め、とくにその規範を一般国際法の強行規範（jus cogens）という概念を以て規定した。

国際法委員会の条約法草案第五十条の規定は、条約法を法典化しようとしたいままでの試みのなかでも、かなり斬新な規定と考えられている。特別報告者、サー・ハンフリー・ウォルドックの原案[3]を基礎として、国際法委員会は、一九六三年及び六六年の会期に、該当条文を審議し、大方の了解をえたところで最終草案としてその条項を採択した。しかしながら、国際法委員会が立案したような形において、一般国際法の強行規範（jus cogens）の存在を、国際関係の現状において認めることが妥当であるか否かについて、なお学説は対立しているし[4]、問題がない訳でもない。

本稿は、一般国際法の強行規範（jus cogens）に抵触する条約と題して、国際連合国際法委員会草案の第五十条に関する国際法委員会における審議を検討し、この条文の問題点を指摘して、来るべき条約法に関する外交会議での本条文の審議の参考にしたいと思う。

（1）　小川芳彦　国連国際法委員会の条約法草案　法と政治（関西学院大学）　一八巻一号　二二五頁以下。

（2）　本条の英文は、次の通りである。

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens)

A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

右条文に用いられた、peremptory norm of general international law を、一般国際法の強行規範と邦訳することに問題がない訳ではないが、他に適当でかつ法学上一般的な訳語がないために、強行規範という訳語に従つておくことにする。

（3）　Second Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock, A/CN. 4/156. 1963. Yearbook of International Law Commission, 1963, vol. II, p. 36 et seq.

(4) Schwarzenberger, G., The Problem of International Public Policy, Current Legal Problems, 1965, p. 191-p. 214. Verdross, A., Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, American Journal of International Law, vol. 60, 1966, p. 55-p. 63.

二　強行規範の概念

いわゆる法規の強行性を基準として、法規を強行法規（jus cogens）と任意法規（jus dispositivum）とに分類することは、国内法において広く行なわれている。この類別によれば、強行法規とは、当事者の意思にかかわりなく適用される法規をいい、任意法規とは、当事者の意思に従つて適用される法規をいうものと理解され、任意法規は、私的自治の原則の支配する契約法の分野において、とりわけその効用を示しているといわれている。

H・ラウターパクトは、かつて私法における契約と国際法における条約の法的性質は、基本的に同じであることを指摘した。そして私法における契約成立の基本的条件、つまり当事者の能力、許容されたかつ可能な目的、詐欺・錯誤・強迫によつて無効とされない意思の表明、といつた条件が、原則として国際法学者が、条約の成立について説明する場合の基礎となつていることも指摘していた。(1) この点については、私法の型に固執する学者と極端な実定法主義者の間に意見の差異はないと考えられていた。私法における契約成立の基本的条件のうち、契約当事者の能力の問題及び詐欺・錯誤・強迫にもとづく無効の問題が、条約の締結の場合に類推して適用されるという考え方は、国際的な実例として確立されていたといえないにしても、理論的にはかなり有力に支持されてきていたし、それを法典化しようという試みも以前から行なわれていた。(2) しかしながら、許容されたかつ可能な目的、いいかえれば契約目的の適法性の問題を、条約に類推適用するという考え方は、意識的にとりあげられることがほとんどなかつたといつてよいであろう。

もとより初期の国際法学者たちは、たとえばヴァテルのごとく、すべての国が遵守することを義務づけられている国際必

要法（necessary law of nations）を先行の規範として、国は条約によつて国際必要法を変更することはできないという見解[3]を表明していた。更に、十九世紀の学者も、条約の適法性について、大体において次のような見解を示していた。たとえば、ブルンチュリーは、「一般的人権又は国際法の必須の原則を侵害する条約は、無効である[4]」と論じていたし、同じ趣旨において、ヘフターも、「その目的が物理的に又は道徳的に不可能である条約は無効である[5]」と論じていた。ヘフターのいう、道徳的不可能とは、条約の目的が、世界の倫理に反することを目的としていることである、と説明されていた。

条約目的の適法性という考え方は、その後の国際法の学説においても、一般的に支持されてきている。条約法の分野において権威的地位を占めるロード・マックネアは、一九三八年版の条約法において、条約の無効（Invalidity）原因として、目的の違法性（Illegality of Object）をとりあげ、次のようにその内容を解説している[6]。国際慣習法のある種の規則と抵触する条約は、無効である。国際慣習法のある種の規則とは、いずれの文明国も、その規則を否認することがほとんど想像しえないほど、非常に広くまた一般的に認められていて、文明諸国の一般的な合意をえているような規則、たとえば、海賊行為の禁止、非戦闘員の理由なき殺害の禁止の規則である。また条約国際法のある種の規則と抵触する条約は、無効である。条約国際法のある種の規則とは、すべての文明諸国が、当事国となつている条約によつて定められた普遍性をもつ規則、たとえば戦争の放棄に関する条約（一九二八）、奴隷禁止条約（一九二六）の規則である……と。条約目的の違法性を考える場合に、多くの学説は、何らかの法の基準に照して違法という判断を与えている。何らかの法は、ヴァテルにとつて、国際必要法という法であつたし、マックネアにとつて、条約又は慣習法の普遍的規則という法であつた。

条約締結の自由を、何らかの法によつて制約し、違法な目的をもつ条約を無効とするという考え方は、理論のうえでは大方の支持をうけていたということができる。しかしこのような理論上の支持が、条約法の法典化の試みのうちに、明文を以て条約の成立に目的の適法性を条件としたり、あるいは違法な目的をもつ条約を無効としたりする趣旨を示したものはなか

つた。一九三五年にハーヴァード大学の国際法研究会が、起草した条約法草案もこのような学説を法文化して規則として入れることはしなかつた。(7)

条約締結自由の原則に対して、強行規範（jus cogens）に違反する条約を無効とする例外があるという提言は、一九三七年にフェアドロスによつて行なわれた。(8) フェアドロスは、一般国際法が専ら非強行的規範から成り立つているとすれば、国家は、一般国際法から逸脱する条約を自由に合意することができるし、それによつて一般国際法を侵害することはないことになる。しかし、一般国際法が強行規範の性質をもつ規範を含んでいるとするならば、国家は、強行規範の性質をもつ一般国際法から逸脱する条約を締結することはできないことになる、(9) という問題を設定した。そしてフェアドロスは、文明国によつて認められた法の一般原則の法源性を積極的に認めて、また自然法学の立場を加えることによつて、文明諸国のとくに私法に共通に認められている、強行規範に違反して結ばれた契約の無効の原則が、国際法の分野における条約の場合に妥当することを論証しようとした。フェアドロスがこの論証において強調したのは、善良の風俗に反する（contra bonos mores）条約は、一般国際法の強行規範によつて禁止されているということであつた。

ほんらい国際法の規則は、当事国の意思によつて任意法的に形成されてきたし、国際法学の分野で、強行規範という語が用いられることは稀なことであつた。最近にいくつかの国際法の文献に、強行規範という語が現われている。それらの文献を通じて、強行規範及び任意規範という語の意味は、ほとんどすべて一般法学に用いられている意味を借りている。強行法規（jus cogens）とは、個々の当事者の意思にかかわりなく拘束力をもつている法規であり、任意法規（jus dispositivum）とは、当事者の反対の契約的取極によつて変更されうる法規である。(10) 国際法学で、強行法的な意味をもつ語として、国際公序（international public order）あるいは国際強行規範（international jus cogens）という語も用いられ始めている。もとより、国際法の分野にこのような強行規範の概念を導入することに対して、学説上強い反対がある。(11) 国際連合の国際法委員会は、条

約法の法典化と漸進的発達とを考慮して、一般国際法の強行規範に抵触する条約の問題を、条約法の分野に導入しようとした。

(1) Lauterpacht, H., Private Law Sources and Analogies of International Law, 1927, p. 160.
(2) 経塚作太郎　条約の無効及び取消――詐欺、錯誤及び強迫にもとづく条約の効力をめぐつて――法学新報第七三巻四号五三頁―八五頁。
(3) Vattel, E. de, Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, 1758, liv. ii, ch. xii, § 161.
(4) Bluntschli, K., Le Droit International Codifié. Traduit par M. C. Lardy, 3 ed., 1881, Art. 410. ブルンチュリーは、更に具体的に、「奴隷制を導き入れ、拡大し又は保護する」、「在留外国人に対してすべての権利を拒絶する」、「海洋自由の原則と抵触する」、「宗教的信条の理由によつて迫害を用意する」条約は、承認された人権と抵触し、従つて無効とするとし、また条約の目的が、「全世界に対する一権力の支配を確立する」、「平和の維持を脅かすことなく生存しうる国を暴力によつて除去する」ことは、国際法と抵触し、従つて無効とする、と述べている。
(5) Heffter, W., Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 4 ed., 1861, p. 156.
(6) McNair, A. D., The Law of Treaties, British Practice and Opinions, 1938, p. 112.
(7) Harvard Research in International Law, American Journal of International Law, vol. 29, 1935, Supp. p. 637 et seq.
(8) Verdross, A., Forbidden Treaties in International Law, American Journal of International Law, vol. 31, 1937, p. 571-p. 577.
(9) Ibid., p. 571-p. 572.
(10) Schwarzenberger, G., A Manual of International Law, vol. II, 4th ed., 1960, p. 686-p. 687.
(11) Schwarzenberger, op. cit., vol. I, p. 26, Schwarzenberger, G., The Problem of International Public Policy, Current Legal Problems, 1965, p. 191-p. 214.

三　特別報告者の原案

国際法委員会の最終草案の第五十条「一般国際法の強行規範（jus cogens）に抵触する条約」の規定の基礎となつたのは、一九六三年にウォルドックが国際法委員会に提出した条約の効力に関する部分の報告書の条文であつた。この報告書の内容に入る前に、委員会では直接審議の機会をえられなかつた、前の特別報告者の報告、すなわち五三年のラウターパクトの報

告と五八年のフィッモーリスの報告とを、法典化ならびに漸進的発達という見地からみておく必要があろう。

一九五三年に国際法委員会に提出されたラウターパクトの草案[1]は、条約目的の適法性（Legality）に関する条項を、「国際法との合致」及び「前条約義務との合致」に分けて規定し、国際法との合致（Consistency with International Law）の条文は、次のように規定されていた。

条約は、……その実施が国際法のもとで違法とされる行為を含むとき、及び国際司法裁判所によつて違法とされたとき、無効とする。[2]

条文そのものは、単に国際法のもとで違法である行為と表現して、とくに限られたある種の国際法のもとで違法という表現を用いていない。しかし、この条文の註釈は、海賊行為又は侵略戦争のように明らかに禁止規則の確立されているもののほか、文明諸国によつて認められている国際道徳の規則と考えられるような原則を考え、このような原則に抵触する条約を禁止する趣旨で立案されていることを明らかにしている。

更にラウターパクト案は、国際司法裁判所の判断に委ねるしくみを規定している点に特徴がある。条文の註釈は、次のように説明している。違法な条約は、国際法の支配的な原則に違反しているので、たとえ条約の裁判上の無効を求めようとした国が、訴を提起できなかつたとしても、国際裁判所によつて実行されることはない。違法な条約の成立に加わつたとはいえ、被告たる国は訴答として違法性を主張することができる。……国家は、違法条約の実施を除くことができるし、違法条約の実施を停止させることもできるし、条約の効力を無効とさせるために他の締約国を国際司法裁判所に訴えることもできる。このような事件において裁判所の管轄権は、強制的（obligatory）である、[3]と。ラウターパクト案の特徴は、国際法のもとで違法という表現を用い、積極的に強行規範という概念をこの分野に導入しなかつたけれども、違法な条約の廃棄の権能を被告たる国家に与え、更に問題のある場合には国際司法裁判所の判断に服さなければならないとしたことである。この種の事件における裁判所の管轄権は、強制的であるとした点は、とくに注目されてよいであろう。

一九五八年に国際法委員会に提出されたフィッモーリスの草案は、条約法の一つの法典の編纂を意図したものであつたが、条約の基本的効力（Essential Validity）の項において、条約の目的に結びつく要件に関する若干の条文をおいている。目的の適法性（国際法との抵触）と題する条文は、次のような形で強行規範との抵触の問題を規定している。

原則として、二以上の国は、当事国間に適用するため、任意規範（jus dispositivum）の性質をもつ国際慣習法の規則と異なる規則又は制度について合意する自由をもつている。このような取極を内容とする条約は、その根拠にもとづいて無効とされることはできない。無効の原因が生じうるのは、条約が、強行規範（jus cogens）の性質をもつ国際法の絶対的かつ強行的規則又は禁止規定からの逸脱又は抵触を含むときにかぎられる、……と。(4)

フィッモーリスは、強行規範の性質をもつ規則と考えられる場合を、次の三つのカテゴリーに分けている。まず、大多数の場合において、個人の地位が含まれていて、違反される規則が、個人の保護のために確立されている規則の場合、次に、侵略を目的とした戦争を禁止する規則の場合、更に、海賊行為の場合のように、その禁圧を国際的義務としている規則の場合をあげている。もとより右にあげた規則が、強行規範の規則とされるもののすべてではないが、これらの現象に共通して、あるいはその大多数の場合に共通している特徴は、これらの規則が、単に法律上の規則だけではなく、道徳及び国際的善良な秩序への考慮にもとづく規則に関連することを指摘している。

フィッモーリスは、この点を考慮して、別に「目的の倫理性」（Ethics of Object）という条文をおいている。その条文は、次のように規定している。

（目的の適法性に関する）規定によつて現に違法ではない条約の非倫理的性質は、それ自体で、その条約を締結した当事国間において無効の根拠とすることはできない。それにもかかわらず、国際裁判所は、条約が、人道、善良な道徳、又は国際的善良な秩序、国際的行態の承認された倫理に明らかに反する場合には、その認知又は適用を拒否することができる。(5)

フィツモーリスの、目的の適法性と目的の倫理性という条文の立て方は、強行規範の概念を条約法の分野に導入する場合のある示唆を与えている。強行法規と任意法規とを明確に分ける基準が確定していない分野で生ずる問題を、目的の倫理性からする評価とくに国際裁判所による客観的評価によつて解決しようという試みは、興味あることである。ここで注目しておく必要のあることは、ラウターパクトが条文中にはとり入れなかつた強行規範（jus cogens）の概念を、フィツモーリスは、意図するところが法典編纂であつたとはいえ、条文中にとり入れたことである。

ウォルドックは、右にあげた前報告者の報告を基礎としながら、その部分の原案を、一九六三年の委員会に提出した。国際法委員会に提出された原案の第十三条は、「違法のために無効とされる条約」という表題のもとに、次のような規定を設けていた。(6)

1　条約は、条約の目的又は条約の実施が、強行規範(7)の性質をもつ国際法の一般原則の侵犯を含むとき、条約は、国際法に違反し、無効とする。

2　とくに条約は、条約の目的又は条約の実施が、次のものを含んでいるとき、条約は、国際法に違反し、無効とする。

(a)　国際連合憲章の諸原則に違反する武力の使用又は威嚇

(b)　国際犯罪として国際法によつて特徴づけられているすべての作為又は不作為

(c)　すべての国が、その妨止又は処罰について協力することを国際法によつて要求されているすべての作為又は不作為

3　条約のある規定は、その目的又は実施が強行規範の性質をもつ国際法の一般原則の侵犯を含むとき、その規定が条約の主目的に本質的に関係していない場合に、そしてその規定が、条約の残余の部分から明らかに可分されうる場合には、その規定のみが無効となる。

4　この条文の規定は、強行規範の性質をもつ規則を廃止し又は変更する一般的多数国間条約(8)に適用されないものとする。

強行法規の概念を導入するというフィッモーリスの提案の線にそつて起草されたウォルドックの右の規定は、条約に関する条約の草案として劃期的なものである。強行規範の性質をもつ国際法の規則を、ほとんどすべて任意法規の性質をもつ国際法の規則から類別するための一般的に承認された基準は存在していないし、ある条約を強行規範に違反するものとして国際裁判所で判断したという先例もない。それにもかかわらず、ウォルドックは、国際法の強行規範に違反する条約を無効とする、という方式を敢えて採用した。

条文に対する註釈は、大要次のように述べている。どこまで国際法が、その秩序の枠内において強行法規の性質をもつ規則の存在を認めているかの問題は論争のあるところである。ある学者は、……個々の国家がそれらの間の条約によつて逸脱する権能のないような正しく強行法規とみなされうる規則の存在を否定している。国際法秩序は不完全であるとはいえ、究極的に国際公序がない――国家がその自由なる意思で契約して免かれることのできない規則がない――という見解を支持することはますます困難となつてきている。武力の使用に関する憲章の法及び国際刑法の発達は、強行規範の性質をもつ規則を含む国際公序の存在を前提としている。委員会は、今日、単なる二国間条約又は地域的取極によつて逸脱しえないある規則がある……ことを本条文で示した。しかし強行規範の性質をもつ規則を識別する一般的に承認された基準は、なお存在していないために、法文化することは容易ではなかつた。……多くの国内法の制度において違法な契約という普く確立されたカテゴリーがある。しかし国際法においては、違法な条約という可能なカテゴリーを法典化しようとする時期は熟していないように思われる、と。

ウォルドックの原案は、フィッモーリスの案と同じように、国際法において強行規範とみなされるある種の規則の存在を認め、条約は、強行規範の規則と抵触するとき無効とするという原則を認めた。原案の第二項は、強行規範に違反する若干の例示を行なつたとはいえ、一般国際法の規則から、強行規範の性質をもつ規則を識別する明確な基準を法文化するに至ら

なかつた。原案の第三項は、条約中のある規定が、強行規範に反するとき、可分的規定の適用可能性を示唆した。原案の第四項は、新しい強行法規の出現によつて、前の強行法規の廃止又は変更の可能性を認めていた。ウォルドックの原案には、一般的紛争解決の条文が用意されていたとはいえ、強行規範に違反する条約の効力を争う事件についての国際裁判所の義務的管轄の規定は用意されていなかつた。(9)

(1) Yearbook of the International Law Commission, 1953, vol. II, p. 90 et seq.

(2) Ibid., p. 154. Art. 15. A treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice.

(3) Ibid., p. 155.

(4) Yearbook of the International Law Commission, 1958, vol. II, p. 17, Art. 17... it is only if the treaty involves a departure from or conflict with absolute and imperative rules or prohibitions of international law in the nature of jus cogens that a cause of invalidity can arise....

(5) Ibid., p. 17. Art. 20 (Ethics of the Object) The unethical character of a treaty which is not actually illegal by virtue of the provisions of Articles 16-19 above, cannot *per se* be a ground of invalidity as between the parties which have concluded it (and has in any case no force as against non-parties). Nevertheless an international tribunal may refuse to take cognizance of or apply it (even as between the parties and even if its invalidity has not been claimed) in those cases in which the treaty is clearly contrary to humanity, good morals, or to international good order or the recognized ethics of international behaviour.

(6) Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. II, p. 52.

(7) jus cogens の定義の規定は、効力に関する総則的規定の第一条三項Cに、次のように定義されていた。

"Jus cogens" means a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted except upon a ground specifically sanctioned by general international law. and which may be modified or annulled only by a subsequent norm of general international law.

(8) ここに用いられた一般的多数国間条約とは、一九六二年の委員会報告に示された定義に従つて、次の条約をいう。

"General multilateral treaty" means a multilateral treaty which concerns general norms of international law or deals with matters of

general interest to states as a whole.

しかし一九六六年の最終案では、この規定は削除されている。

(9) なおウォルドックの原案には、強行規範に関する規定として、原案第二一条四項に新強行規範の規則の出現に伴う既存の条約への効果を、また第二七条に条約の無効、取消の法律効果の規定をおいている。後者において強行規範の規則と抵触するために絶対無効（void ab initio）な条約の場合に、「両当事者の情状ともに咎むべきものあるときは、被告優勝す」という私法の原則が適用されるべきであるといえるかも知れない。しかし関係当事国に対して、できるかぎり前の状態に復帰すべきことを要請する規定をおく方が妥当である、と考えられていた。

四　国際法委員会における審議

特別報告者ウォルドックは、違法のために無効とされる条約の規定を、一九六三年の委員会審議に付託した。ウォルドックの原案第十三条は、強行規範（jus cogens）の性質をもつ国際法の一般原則と表現して、jus cogens の語を導入していた。委員会の審議で、この点が一つの問題となつた。ウォルドックは、次のように説明した。より適切な語がないために、jus cogens の語を用いた。しかし jus cogens は、なお全く充分には発達していない。jus cogens の概念は、普通法（コモン・ロウ）諸国では正しくそれに相応した概念はないけれども、大多数の法系において多分知られていることであろう、と。(1)

原案に対して、ブリッグス（Briggs）は、直ちに反対の意見を表明した。報告者が jus cogens という表現を用いた理由は理解できるが、何か他の用語が見出されなければならない。jus cogens は、時々用いられているけれども難問を生ずることになる。ブリッグスは、条文を単純化するとともに、jus cogens の語を避けて、一般国際法の a peremptory norm という語句を提案した。(2) この表現は、ウォルドックの原案第一条第三項Cに用いられた表現と同じである。jus cogens の語を別の語に変える提案は、アゴー（Ago）によつても行なわれた。アゴーは、国際法の general peremptory norm という語句を以て充分であるとし、必要ならば「それからの逸脱を許されない」という語句を加えればよいと主張した。(3) jus cogens に変る

語の提案は、必ずしも多くの委員によつて行なわれなかつた。もとよりトウィンキン（Tunkin）は、非常に正確という訳ではないが、国際法の基本的諸原則という語を示唆していた。[4]

このような用語の問題が生じたのは、jus cogens の語が、時により自然法的内容を与えられ、時により私法上の概念をそのままに導入することの危険性を考えてのことであつたであろう。多数の委員は、jus cogens の語にこだわることなく、国際的公序（international public order）といつたような概念が、国際法において存在し、そのような規範に違反する条約は無効であるという考え方に賛成していた。

jus cogens に近い規則の存在を認めるに当つて、若干の委員は、任意法的性質をもつ国際法の規則から、jus cogens 的性質をもつ規則を識別する基準の問題にふれていた。たとえばヤシィン（Yasseen）は、国際法の規則が jus cogens の性質をもつためには、大多数の国によつて認められているだけでなく、国際生活に必要でありかつ国際的良心に深く根ざしていなければならない、[5]といい、ロゼンヌ（Rosenne）は、何らかのより高い必要を表現する、[6]といい、バルトス（Bartos）は、秩序ある国際関係を可能とさせるに必要な最小限の行為の規則[7]と述べていた。jus cogens の識別の基準は、現状では規則の実質から判断されなければならないとする意見が多かつた。また強行法を識別する規準を、すべての点に亘つて規定しようと試みることは危険であるという意見もあつた。[8]普遍的で客観的な基準は、審議の結果から期待することはできなかつた。

たとえ任意法的規則から強行法的規則を識別する基準が、確定されないにしても、委員会としては、原案の第二項に示されたような例示が必要かどうかが、問題として論議された。原案が、とくに例示した、(a) 国際連合憲章の諸原則に違反する武力の使用又は威嚇、(b) 国際犯罪として国際法によつて特徴づけられているすべての作為又は不作為、(c) すべての国が、その妨止又は処罰について協力することを国際法によつて要求されているすべての作為又は不作為の、実例について、各委員とも、奴隷取引、海賊行為、集団侵害（ジェノサイド）、侵略戦争が、国際法によつて許されていないとすることに反対はなかつた。

しかし、右の三つのカテゴリーを、条文に例示することが適当かどうかについて、委員会の意見は、相半ばしていた。実例をひくことが無用な紛議をまきおこすとして、ブリッグスは反対し、[9] また例示規定は不必要であるという見解もあつた。また例示の範囲を、拡大することを主張する見解もあつた。ラックス（Lachs）やトウィンキンは、当事国間の義務の間に大きな不平等を設定する条約も、例示に加えるべきであると主張した。[10] パル（Pal）は、いわゆる不平等条約が、強行規範に反するというトウィンキンの考えに反対した。[11]

例示について委員の意見は、多岐に分れたが、強行法的性質をもつ国際法の規則に違反する条約としてほぼ共通して考えられていた条約は、次の三つのカテゴリーに集約されかけていたとみてよいであろう。一つは、国連憲章の原則に違反して武力の不法使用を意図している条約、二つは、国際法のもとで何らかの他の犯罪的行為とされるものの遂行を意図している条約、三つは、その抑圧についてすべての国が協力することを要求されている、奴隷取引、海賊又は集団殺害（ジェノサイド）といつたような行為の遂行を意図し又は黙許している条約である。もとよりこのようなカテゴリーに含まれる内容について、委員はそれぞれ若干の思惑をもつていたかも知れない。例示の問題は、結局起草委員会にまかされることになつた。

原案の第三項に規定されていた可分的規定の適用、つまり条約のある条項が、強行規範の規則に違反するとされた時、その条項だけを無効とし、他の規定の効力を存続させるという規定に対して賛否両論があつた。起草委員会でこの規定を維持する必要はないと判断された。強行規範の規則に違反する条項をもつ条約に対して、可分的規定の適用はないというのが委員会としての解釈であつた。[12]

原案の第四項に規定されていた、強行規範の性質をもつ国際法の規則は、同じ強行規範の性質をもつ国際法の新しい規則によつて変更されるという内容について、特別な反対はなかつた。もとより新しい規則が遡及効をもつかどうかの議論があつたが、新しい強行規範の規則の成立の時から、違反条約は無効となるというのが、委員会としての解釈であつた。

結局、委員会としては、原案の第一条第三項Cの定義的規定、原案第十三条第一項、第十三条第四項、審議の過程で提出されたブリッグス修正案及びアゴー修正案を綜合的に検討するとともに、条文を単純化することにした。そしてできれば強行規範の規則に抵触する条約の例示あるいは強行規範の規則を識別する基準の問題を更に検討することにした。これらの検討は、起草委員会で行なわれた。起草委員会は、詳細な例示を避けて、一般的用語で条文を起草することが最善であるという結論に達した。それは、とくに強行規範の概念が、時の進むにつれて、より進んだ解釈ならびに拡大に従うものであることを考慮してであると説明された。[13] 起草委員会から国際法委員会に提出された条文の表現そのものから、jus cogens という語は除かれた。特別報告者を通して国際法委員会に提出された案文は次のように規定されていた。

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens)

"A treaty is void if it conflicts with a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character."

この規定に対して、若干の委員は、原案第二項に示した例示を伴う規定の方が、jus cogens の概念を明らかにするうえで役立つと述べたし、ある委員は、from which no derogation is permitted という語句は、不必要であると述べた。[14] jus cogens という語と peremptory norm という語に概念上の差異があるかどうか[15]についての説明は、問題とされながらも明確にされなかつた。六三年に国際法委員会は、条文を全員一致で採択した。

国際法委員会は、諸国政府の見解を国連を通して求めたうえで、再び一九六六年の冬の会期に、この条文を再審議した。委員会のほとんどの委員が、一九六三年の案をそのまま支持した。大多数の政府の所見も、この委員会の草案を支持することを示したといわれている。この段階においても、なお若干の委員は、国際公序 (international public order) あるいは jus cogens の例示又はその識別基準の法文化の必要を強調していた。ブリッグスは、強行規範に抵触する条約の自動的無効

(automatic nullity) が、強行規範の規則の内容及び範囲を決定しないまま認められることに反対し、またこの問題については、とくに独立した裁定に服する手続が必要であることを強調した。[16] ルテール (Reuter) も、一般国際法の peremptory norm によつて理解されている意味又は内容に疑問をもち、更に一般国際法の後の peremptory norm の出現をいかに決定するのかを規定することなしに、委員会が条文を採択することに反対した。[17] 条文は、結局賛成一四、反対一（ルテール）、棄権一（ブリッグス）で採択され、[18] 委員会最終草案の第五十条を構成することになつた。

第五十条　一般国際法の強行規範 (jus cogens) に抵触する条約。

「条約は、それからのいかなる逸脱も許されず、かつ同一の性質を有する一般国際法の後から生じた規範によつてのみ変更しうる一般国際法の強行規範と抵触するときは無効である。」

条文に対する註釈[19]は、この条文の採択の事情を次のように説明している。国際法委員会は、条約法を法典化するに当つて、今日、国家が条約の取極によつて全く逸脱する権能のないある種の規則が存在しているという基礎から出発しなければならないという結論に達した(註釈一)。国際法の一般的規則の多数は、jus cogens の性質をもたないものであり、諸国は、条約によつてそのような国際法の一般的規則の適用を免かれることができることを認めている。委員会は、jus cogens の性質が認められるのは、一般的規則のあつかつている主題の特別な性質によると考える（註釈二）。委員会は、強行規範に反する条約の無効を一般的用語で述べた。実際に行われる強行規範の規則の全内容は、国家の実行ならびに国際裁判所の判例によつて形成さるべきものと考える。若干の委員は、強行規範のもつとも明白でかつもつともよく確立している規則のあるもの(前掲一三頁参照)を特記することによつて、条文に含まれる規則の一般的性質と範囲とを示そうと提案した。これに対して他の委員は、実例を与えることは、条文の範囲を、国際法のもとにおいて犯罪を構成する行為を含む場合に限る結果になる、それは望ましいことではないという考えを示した。人権を侵す条約、国家の平等又は自決の原則を侵す条約もまた、そ

のような例となりうると説明された。委員会としては、実例をあげることが誤解に道を開くことになると考えて例示をさける手段をとつた（註釈三）。強行規範の規則の変更は、多くは一般的多数国間条約を通じて多分実現されるであろう（註釈四）。委員会は、条約の無効に関する紛争解決手段の問題が、本条との関係において特別な重要性をもつとしても、それは条約の無効、終了、停止に関する条文の適用と関係した一般的なものである。強行規範との牴触と他の根拠にもとづく無効とは、基本的に同じであり、六十二条[20]の規定する手続上の保障で、カバーされると考える（註釈五）。強行規範たる一般国際法の規則も、他の規則と同じく遡及効をもたない[21]（註釈六）。

国際法委員会が、一九六六年の会期に最終草案として採択した、一般国際法の強行規範に牴触する条約の規定及びその註釈に示された内容は、大体において以上の通りであつた。多数の委員、大多数の国家は、この規定の趣旨を認めているといわれている。しかし、委員会における審議を通してみた場合、一般国際法の強行規範の性質をもつ規則を識別する基準の問題をめぐつて、委員の間の意見は必ずしも画一的な一致に達していた訳ではない。委員の間の意見の差異は、政府間の問題としてこの条項を考える場合には、一層大きくなるであろう。有権的立法体制ならびに独立の裁定体制を欠く国際社会で、この規定はなお疑いを残している。

(1) Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, p. 62, § 25.
(2) Ibid., p. 62, § 29 et § 30.
(3) Ibid., p. 66, § 74.
(4) Ibid., p. 69, § 23.
(5) Ibid., p. 63, § 39.
(6) Ibid., p. 73, § 4.
(7) Ibid., p. 76, § 33.
(8) Ibid., p. 65-p. 66, § 70.

(9) Ibid., p. 62, § 31.
(10) Ibid., p. 68, § 10 et p. 69, § 28.
(11) Ibid., p. 70, § 33.
(12) Ibid., p. 291, § 21.
(13) Ibid., p. 213, § 54 et § 55.
(14) Ibid., p. 213, § 56 et § 58.
(15) Ibid., p. 64, § 56. ロゼンヌは、特別報告者の定義における peremptory norm とブリッグスの提案した peremptory norm という語が同じ意味で理解されているかどうかを問うていた。筆者の理解する所では、特別報告者のこの用語で理解する範囲は、ブリッグスの理解するよりも広いと判断しうるように思われた。
(16) Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. I, part I, p. 40, § 42, et § 43.
(17) Ibid., p. 121, § 123 et § 124.
(18) 鶴岡委員も賛成したが、条文の形式及び実質の双方について更に審議する必要を強調した。
(19) United Nations General Assembly, Reports of the International Law Commission, 1966, p. 76-p. 77.
(20) 六十二条第三項は、次のように規定している。……当事国は国際連合憲章第三十三条に掲げる方法によつて解決を求めなければならない。
(21) 強行規範に関連する規定は、六十一条と六十七条である。

第六十一条（一般国際法の新強行規範の出現）　第五十条に掲げる種類の一般国際法の強行規範が新たに確立されるときは、その規範に抵触するいかなる現行条約も無効となり、かつ終了する。

第六十七条（一般国際法の強行規範に抵触する条約の無効又は終了の効果）

1　第五十条にもとづいて無効な条約の場合において、当事国は次のことを行うものとする。

(a)　一般国際法の強行規範に抵触するいかなる規定にもとづいて執られたいかなる行為の効果をも、可能な限り除去すること。

(b)　当事国相互の関係を一般国際法の強行規範に合致させること。

2　第六十一条にもとづいて無効となり、かつ終了した条約の場合においては、条約の終了は、

(a)　条約をその後履行するいかなる義務からも当事国を解放する。

(b)　条約終了前に条約の実施によつて作り出された当事国のいかなる権利、義務又は法的状態にも影響を及ぼさない。但しそれらの権利、義務又は状態は、以後その維持がそれ自体一般国際法の新強行規範に抵触しない範囲においてのみ、維持されることを条件とする。（前掲二頁註(1)小川芳彦氏仮訳による）

五　結　語

国際法委員会が、「条約法に関する条約」の最終草案において、一般国際法の強行規範に抵触する条約を無効とする規定をおいたことは、条約法の法典化において劃期的なことであつた。国際法のほとんどすべての学説は、条約の目的は適法でなければならないとし、何らかの基準に照らして非適法な目的をもつ条約は効力がないと説明した。その意味において、条約自由の原則は、ある制約をうけていたと認めなければならないであろう。

諸国は、いかなる問題についても条約を締結する自由をもつている。この自由は、かつてもまた今も絶対的な意味でいわれているのではない。いずれの国も、条約の締結に当つて、常識的あるいは事実上の制約をうけてきた。(1) そのような制約は、国際法の主体としての文明諸国が、国際的行為を行うに当つての内在的制約又は国際的良識の限界から考えられていたのかも知れない。(2) 条約目的の適法性の問題は、元来論ずる必要のない国際的良識に委ねることで足る性質の問題であつたとも考えられる。

国際法において強行法規の存在を認めるか否かについて、あるいは認める必要があるか否かについて、学説は岐れている。たとえば、ルソーは、国際法において公序の原則は、国際法の個別的な構成の結果として、ほとんど存在していないといい、国際条約の違法な目的という仮説は、実行上何らの利益のないものであるという。(3) 委員会において、ルテールは、このような立場に立つていたとみることができる。(4) このような立場に対して、マックネアは、個人から成る社会であろうと諸国から成る社会であろうと、社会の法が契約の自由に対して限界を設けていないと考えることは不可能である。すべての文明社会において、個人が取極によつて無視又は変更することを法によつて許されなくした、法のある規則及び道徳のある原理が存在する。(5)「慣習と合意とは、法の適用を排除す」という原理は、法の強行規定又は公序の規定に適用されない。「法

律又は善良の風俗に反する合意は効力を有せず、こは疑問の余地なき法なり」そして「私人の合意を以て、公の権利を廃することを得ず」……国際社会は、たとえ司法上ならびに仲裁上の淵源が、これらの原則の適用について多くの指導を与えていないにしても、右の原則に対する例外をなすものではない、と説明する。国際法において、jus cogens の存在を認める立場は、概ねこの線に従つているように思われる。委員会において、特別報告者ウォルドック、そしてその立場を支持したフェアドロスなど、考え方の出発点は、すべて右の原理においていたということができるであろう。(6)

条約の締結が、絶対に自由であるという考え方は、いずれの立場によつても認められていないといえよう。しかし、締結の自由の原則に対する制約とくにその問題を強行規範の観念を導入して説明する必要があるかないかは、更に問題とされるであろう。国際法委員会は、国際公序あるいは一般国際法の強行規範の語を、国内法における公序あるいは類似の語を用い、それを類推して使用したといわれている。確かに若干の委員は、jus cogens の意味を、jus dispositivum と対立させ、明らかに国内私法における「jus cogens に反する契約」の観念を国際条約に適用したと理解したかも知れない。しかし委員会でグロー（Gros）は、私法から借りた用語を用いることは危険であることを指摘していた。(7) 委員会で、jus cogens の語を避けて peremptory norm of general international law の語を用いたことには、それだけの意味があつたかも知れない。しかし二つの語の間の差異は委員会において説明されなかつた。

委員会草案の規定する、一般国際法の強行規範は、条文においてはただ単に、それからのいかなる逸脱も許容されず、と規定するだけである。規定のタイトルは、敢て（jus cogens）を説明的に付している。国内法の類推を避けようとして、結局その観念は、一般法学の原理から借りたものと推察されよう。最近に、シュヴァルツェンベルガーは、国際法委員会の草案の規定を鋭く批判した。シュヴァルツェンベルガーは、公序又は強行法規は、組織化された社会において認められる観念で、(8) 未組織のレベルにある国際社会において、このような観念を認めることはできないと述べた。権力政治の支配する国際社会

の分野での、このような観念を導入した委員会の草案は、国際強行規範又は国際公序の美名のもとに、すべての者に対して、ある特異な規則を jus cogens の性質をもつと主張したり又はわずらわしい条約に服従しないことを、全く自由にさせることになる。彼はいう。この規定は、偽善の時代の特異な精神的偏向に全く応じたものであり、誓いの語の神聖さを根底から危くする手段として役立つことになるであろう、と。(9)

委員会草案のこの規定に対するシュヴァルツェンベルガーの批判は、この規定の欠点の一つの局面をついている。委員会は、何が国際法の強行規範を構成するかについて、明確な基準を立てなかつた。その註釈における例示は、進歩とともに拡大されるという意向を示していた。若干の委員は、拡大の方向を示唆する例さえあげていた。(10) シュヴァルツェンベルガーの批判は、この点で傾聴に価いするといえよう。委員会で、ロゼンヌは、再三、例示を条文に挿入し、かつ客観的基準を入れることを示唆していた。またロゼンヌは、この条文が、常に制限的解釈を要求される規定であることも強調した。(11)

強行法規を設定しまた適用する集権的機関のないところで、この規定の誤用又は乱用の危険性は、シュヴァルツェンベルガーの指摘するところでは、極めて大きいとされている。実際に委員会の予定する強行法規は、一般的多数国間条約又は一般的国際慣習法としての規則の枠内にあるある種の規範を予定しているので、乱用の危険は何ほどか緩和されるであろう。更に、ここで条約法の法典化に当つて、ラウターパクト(12)そしてフィツモーリス(13)の報告書が、この種の規定を、他の無効原因から区別した法式で、国際司法裁判所の強制管轄権に服させる構成をとつていたことに注目しなければならない。委員会の草案は、この規定について諸国の合意をえようとするために、六十二条の一般的紛争解決条項で充分と考えていた。しかし委員会で、ブリッグスは、司法裁判所の強制管轄権の条項を伴わないこの種の規定に賛成できないとしていたし、(14) 同じ見解は、フェアドロスによつて別の機会に表明されていた。(15)

国際法委員会の採択した、一般国際法の強行規範 (jus cogens) に抵触する条約の規定は、委員会において大多数の支持を

えていた。しかし委員のそれぞれが、この規定について考えていた観念、内容、そして運用の方向は、決して一致していなかつた。諸国の政府の解答も大多数これを認める方向を示したと伝えられている。それを認める背後にある諸国の思惑は、測り知れないほど岐れているかも知れない。この条文が、来るべき外交会議において、いかに審議され、どのような運命になるか、国際法学において一つの興味ある課題となるであろう。国際法の安定と進歩のために、国際法学者は、単なる興味の問題としてでなく、jus cogens によつて意味されるもののより明確な考えをもつ必要があろう。

(1) 強行法の存在に反対する立場でもこのことは認められている。Schwarzenberger, G., The Inductive Approach to International Law, 1965, p. 100.

(2) Sibert, M., Traité de Droit International Public, tome II, 1951, p. 212 et seq.

(3) Rousseau, C., Principes géneraux du Droit International Public, 1944, p. 342. にそのように述べているといわれている。

(4) Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. I, part I, p. 121-p. 122, § 123, § 124. 一九六三年の委員会に、ルテーネは、委員の席をもたなかつた。

(5) McNair, A. D., The Law of Treaties, 1961, p. 213-p. 214.

(6) Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, p. 62, § 25. Verdross, A., Forbidden Treaties in International Law, American Journal of International Law, vol. 31, 1937, p. 571 et seq.

(7) Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, p. 66, § 82.

(8) Schwarzenberger, G., The Problem of International Public Policy, Current Legal Problems, 1965, p. 191-p. 192.

(9) Ibid., p. 213-p. 214.

(10) 委員会の草案に対する註釈(3)（前掲一六頁）参照。

(11) Yearbook of the International Law Commission, 1963, vol. I, p. 73-p. 74, § 5, § 6, § 7.

(12) 前掲七頁参照。

(13) 前掲八―九頁参照。

(14) Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. I, Part I, p. 121, § 130.

(15) Verdross, A., Jus dispositivum and jus cogens in International Law, American Journal of International Law, vol. 60, 1966, p. 62.