

〈書評〉

ジュッタ・ブリュネ、スティーブン・トゥープ著

『国際法における正当性と合法性』

(ケンブリッジ大学出版、2010年)

竹内 雅 俊

Book Review

Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Legitimacy and
Legality in International Law: An Interactional Account.*
Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010.

Takeuchi Masatoshi

目次:

5. 小括

序論

1. 相互作用的な説明：国際法側の苦心
2. 国際関係理論と法の遵守
3. 相互作用的な理論とその適用

第3章 国際法と遵守：法の隠された力

1. はじめに
2. 相互作用的な義務および遵守の峻別
3. 義務の役割
4. 遵守の促進：国際法の経験から
5. 小括

第1章 国際法遵守の相互作用的な理論

1. はじめに
2. フラーの法理論
3. フラーと国際法
4. 小括

第4章 気候変動：グローバルな法レジームの
構築

1. はじめに
2. グローバル気候レジーム：重要な特徴と
展開
3. 共通了解
4. 合法性の基準
5. 合法性の実行
6. コペンハーゲン合意

第2章 共有化された了解：国際法の生成と解体

1. はじめに
2. 国際社会における共通了解：
国際関係論側の貢献
3. 共通了解と相互作用法
4. 国際社会における多様性とパワー

7. 小括

第5章 拷問禁止：野心的な規範の弱体化

1. はじめに
2. 共通了解
3. 拷問禁止と合法性の基準
4. 拷問禁止と合法性の実行
5. 小括

第6章 武力行使：規範の衰退と潮流

1. はじめに
2. 武力行使の禁止
3. 武力行使禁止の例外
4. 小括

結 論

1. 共通了解
2. 合法性の基準の遵守
3. 継続的な実践：国際法側の苦心
4. 相互作用的な国際法：国際法学者が主張しないこと
5. 国際法実務家への示唆

トーマス・フランクが国際法学におけるポスト存在論期 (post-ontological era) の到来を宣言して久しい。これを素直に受け止めるならば、オースティン流の法理解に基づく「国際法は(国内法でいう意味での)『法』か」という古典的な問いかけには、この宣言によって一応の終止符がうたれ、その根源が何であれ、国際法は存在し、拘束力があることになっている。しかしながら、いまだに国際関係論の主流派は国際法への不信を残しており、法学の中でも国内法の文脈における「(拘束力を有する)法」であ

るのかという疑念はくすぶっているといえる。すなわち、依然として国際法が国際社会における役割や法的拘束力のメカニズムは(コスケニエミの用法でいえば)謎 (mystery) であるといえる。

本書は、再びこの古い問いに挑むものである。すなわち、複雑化する世界政治のなかでの法の役割を既存の理論よりも深く理解するための枠組、「相互作用的な国際法 interactional international law」という視点を提供する。この枠組は、ロン・フラーの新自然法理論と国際関係論におけるコンストラクティビストから要素を抽出することで構築されており、やや複雑な構造を成している。その本質は、国際法が生み出す義務を、形式的な合意に求める伝統的な立場とは異なる、別の根拠とプロセスに求めることにある。

本稿は、本書の枠組の紹介とともに、同書が置かれた知的文脈を明らかにすることを目的とする。ここでは、本書とともに International Theory 誌 (第3巻2号、2011年) に掲載されたシンポジウムに寄せられたコメントを下地に議論をすすめる。

I. 内容の紹介

a. 国際義務論の構造：共通了解、合法性の基準、合法性の実行

本書は、序章において問題意識、第1章から第3章までは相互作用的アプローチの理論的枠組を提示し、残る章では選択された分野において相互作用的アプローチを適用する。このアプローチについては若干の説明を要すると考える。

著者であるブリュネとトゥーブ(以降B & T)

は本書の出発点として既存の理論への不満を挙げている。¹ すなわち、国際法形成と適用における現実や国際法学の長所・短所、国際社会における法的義務観念を明らかにすることを、現代の国際法学はおろそかにしていると著者たちは感じており、新たな概念枠組の必要性を訴える。² より穿った見方をするならば、イラク戦争や京都議定書、対テロ戦争などでの拷問、ダルフールへの人道的介入などについて世論になかなか納得のいく説明のできない国際法学への批判が本書の根底にはあると思われる。

例えば、個人、国際機構、企業、NGO など多様なアクターが当事者たる現代において国際法学は国家中心モデルを今なお保持し、法の拘束力の根拠として実質よりも国家合意の「形式性」を重視している。この意味で国際法学者の役割は限定されてしまう。B & Tは、国際法学者の苦心 (hard work) が単に国家実行や判例の解釈を検討し、国家合意の形式的存在を確認することで終わるべきでないと論ずる。こうした分析は、国際政治の現実を見誤らせることにもなる。では、B & Tのみる国際法が相対する「現実」の理論的問題点とはどのようなものか。

伝統的な国際法学には、主権平等、「合意は拘束する *pacta sunt servanda*」原則、相互主義、主権免除など主権概念から派生したものが少なくない。こうした枠組は、国内法における法実証主義的な流れと相まって、客観性、科学性（すなわち形式性）を重んじる安定的な手法

をつくりだしたといえる。しかしながら、同時にこうした手法は、気候変動条約における知識共同体のような条約締結における非国家主体の役割をうまく説明できない。また同じ条約であっても領事関係条約のように強固なレジームもあれば、人権諸条約のように発効しては遵守の状況が怪しい条約もあり、実質的な拘束力に差異が生ずる問題などを説明することができない。このように国際法とは、単に形式的にある規範が法であるか否かということ念頭におくのではなく、その規範がどの程度拘束力を有しているかを検討しなければならないという問題が可能となる。すなわち国際法は、構築されるばかりでなく、再構築され、脱構築されていくのである。これをとらえ直すのも国際法学者の領分であり苦心のしどころであるというのがB & Tの見解である。従来、国際法学は、この問題意識に対して遵守 (compliance) もしくは正当性 (legitimacy) という分野において応えようとしてきた。しかし、これらも著者たちにとっては不十分であり、ここにフラーの法理論を援用する可能性が生じる。³

フラーの法理論は、(執筆時期が冷戦中であることもあり) 国際平面については、あまり言及がない。しかし、有名なH.L.A. ハートとの論争において見いだされる前提としての1. 相互主義 (reciprocity) 2. 個人の自律 (autonomy) 3. 道徳と法を峻別する内在的要素の重視を考えると国際法学に資するところも大きいといえ

1 Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010 at pp.4-5.

2 Ibid. p5

3 先行研究としては、さし当たってHenkin, Louis, *How Nations Behave*. New York: Columbia Univ. Press, 1979; Chayes, Abram and Antonia Chayes, *The New Sovereignty*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1995; Koh, Harold, "Why Do Nations Obey International Law?" *Yale Law Journal*. 106 (1997): 2599-; Franck, Thomas, "Legitimacy in the International System", *American Journal of International Law*. 82 (1998): 607-; Goldsmith, Jack and Eric Posner, *The Limits of International Law*. Oxford Univ. Press, 2005; Guzman, Andrew, *How International Law Works*. Oxford Univ. Press, 2008などを参照。

る。1と2は、独立変数かつ従属変数である法的前提条件となり、国内社会・国際社会に通底するものである。B & Tは、これらにコンストラクティビズムの要素を加え、法が社会的構築されるために、特定事項に関する共通了解 (shared understandings) の存在がなければならないことを主張する。3は、フラー-ハート論争の核心にある事柄である。かつてのナチス法や全体主義国家の法の弊害を念頭に、フラーは、法実証主義にみられる形式主義を批判し、法が真に拘束力を有するための条件として形式性のみならず、法に内在するいくつかの要素 (基準) を見いださなければならないとした。すなわち、ある社会規範が共通了解から生成された⁴としても、ただちに法となるわけではなく、いくつかの内在的な要素をみる必要がある。フラーが主張する合法性の基準とは、以下の8つである：一般性 (generality)、発布 (promulgation)、不遡及 (non-retroactivity)、明確性 (clarity)、矛盾がないこと (non-contradiction)、不可能を求めないこと (not asking the impossible)、恒常性と予測可能性 (constancy)、ルールと実行との合致 (the congruence between rules and official action)。これらを兼ね備えていることで法に対する忠誠 (fidelity) が生まれ、さらに合法性に基づく実行 (practice of legality) が伴えば、特定の法については法体系に対して義務感 (obligation) が生じるとフラーは論じる。⁵

以上のことからわかるようにフラーの法理論では、1. 共通了解の構築と相互主義 (reci-

procity) の確立 2. 合法性の基準を満たす 3. 合法性の実行が行われるという3段階を経て特定の規範は法となる。すべての段階において多様なアクターによる相互作用・交流があり、法の正当性を社会構築、修正あるいは脱構築する。上述したように、形式的な合法性と異なり、実質的な正当性確保 (法的義務の生成) には別のプロセスと別の基準が必要となるわけである。

b. 相互作用法の適用

以上からわかるように、B & Tは第1章から第3章にかけて非常に複雑な分析枠組みを提示し、フラーのいう忠誠心や内的道徳性が法的な義務感を構築する必要性を主張する。こうした作業は、新自然法思想と国際関係論のコンストラクティビズムを援用したことによって可能となる。しかしそれは同時に、各ディシプリン内の論争を持ち込むことを意味する。すなわち本書の理論的批判対象は、法実証主義 (形式主義) であるとともに、国際関係論における合理主義 (現実主義) でもある。また、「相互主義」や「実行」など、両ディシプリン共に用語として活用するものの意味内容が若干異なる概念があるので理解はさらに困難となる。こうした理論的な問題やジレンマを抱えつつ、本書は第4章から国際法の問題領域において相互作用法の分析枠組みを適用する。

第4章では、気候変動レジームを取り上げる。その成立を歴史的に展開し⁶、NGO や国際機構が関わって共通了解をつくりだし、新たに

4 B & Tは、法生成におけるこの段階を社会的正当性の付与 (social legitimacy) と呼んでいる。B&T, "Interactional international law: an introduction" *International Theory*. 3.2 (2011): 307-318. at p.308.

5 B & Tは、法生成におけるこの段階を法的正当性の付与 (legal legitimacy) と呼んでいる。Ibid. at p.308.

6 コペンハーゲン合意については、本書の元となった論考の脱稿以降に成立したので京都議定書とは新たに別の項を設けて論じている。

「共通だが差異ある責任 Common but Differentiated Responsibilities」原則などに触れながら同レジームを相互作用法の枠組にて分析している。第5章では、拷問の禁止にかかわる原則をテレビドラマ「24」に反映された世相とともに分析し、強行規範として認識される一方で、9・11以降に米国で展開された許容説との関係を論じる。このなかで法形式主義的な分析の脆弱性を主張する。第6章では、武力紛争法、とりわけ国連憲章第2条4項の武力行使禁止原則とその例外を取り上げる。一見、学説上、安定した領域であるかのように思われるが、詳細に共通了解を分析するならば、この原則も絶えず補強もしくは修正されていることがわかる。

各章の構成の順序が共通了解、合法性の基準、合法性の実行、小括となっていることからよくわかるに、B & Tはみずからの相互作用法の枠組を各領域に適用しようと試みている。

II. 本書の評価

ここでは、*International Theory* 誌（第3巻2号、2011年）に掲載されたシンポジウムに寄せられた識者（Christian Reus-Smit, Jeffrey Dunoff, Martti Koskenniemi）のコメントを紹介し、これに対するB & Tの反応も紹介する。⁷ B & Tの論考のタイトル通り「歴史 (history)」、「謎 (mystery)」、「専門性 (mastery)」という軸で整理していくことにする。

a. 歴史：国際法学は脱歴史的か？

ルース＝スミットは、B & Tの理論枠組が歴史的な構築物であり、時代とともに変容してきたことを指摘する。B & Tもこの点を認め、自らの理論が普遍的・脱歴史的ではないとする。⁸ ダノフは、B & Tの事例の選択が恣意的であり、問題関心が現代国際法の発展よりも米国（ブッシュ政権）の外交政策の批判へと向かっている傾向があることを指摘する。B & Tは、この点に関して、他の事例を選択することが可能であったことを認めつつも、事例の選択を「20世紀において現代国際法の発展に大きく寄与しながらも、21世紀においても非常に重要であり続けているもの」という基準においたとしている。⁹ こうした指摘は、本書の歴史性というよりも同時代性を明らかにしていると思われる。

b. 謎：国際法の根拠とは何か？

コスケニエミは、これまで国際法学が法の拘束力の問題を、道徳や自然法の領域内の出来事として「謎」とするか、心理学（義務感の問題）もしくは社会学（実行があるか否か遵守の問題）の領分としてきたことを指摘する。¹⁰ このような状況でフラーの新自然法理論をそのまま採用するには、法や道徳への自らの立場を明らかにしなければならないであろう。これに対しB & Tは、同様の「謎」に満ちた芸術が分析対象となりえるように、法的義務も分析対象とすることが可能であり、一部であれ、その謎を解明することができるのではないかとする。また、他の自然法理論が正当性の根源を手続きや普遍的

7 使用したコメントは次の通り：Koskenniemi, Martti, “The mystery of legal obligation” pp.319-325; Dunoff, Jeffrey, “What is the purpose of international law?” pp. 326-338; Reus-Smit, Christian, “Obligation through practice” pp.339-347.

8 Brunnee, Jutta and Stephen Toope, “History, mystery, and mastery” *International Theory*. 3.2 (2011): 348-354. at p.348.

9 Ibid. at p.349.

10 Koskenniemi, *ibid.*, at p.319.

な価値においているのに対し、フラーの新自然法理論はより柔軟な方式を示していることから、リベラルな価値観にとらわれずに理論を展開できると主張する。

c. 専門性：国際法学者の役割とは何か？

B & Tの相互作用法の枠組は、何よりも実行に重点を置いていると主張する。国際法に携わる者が実際にどのように国際法を理解し、修正し、批判し、活用するかに興味を持っているわけであるが、ダノフヤルース＝スミットは、こうした実務家が日常的に直面する実行（例えば解釈）の多くが抜けていると批判する。B & Tは、逆に国際法学者に馴染み深いICJ判決の解釈などとは異なる意味で、本書は詳細な「解釈」作業であるとしている。またコスケニエミは、法学者、外交官、国際政治学者の役割や研究成果を区別して扱うべきであると指摘した。こうした種類の指摘や批判は、本書のような問題意識の性質からするならば不可避であると評者は考える。

Ⅲ. 結びにかえて

国際シンポジウムにおける本書の評価は、以上の通りであるが、最後に評者による本書の解釈を若干付け加えて結びに代えたい。シンポジウムにおいてもたびたび言及されていることだが、1990年代後半より米国学界を中心に国際関係論と国際法を対話させる学際的企図が興った。¹¹しかし、現段階においてもこの企図が具

体的な理論的・実務的な成果を華々しく挙げているとは言いがたい。これら批判を大まかにまとめるならば、こうした学際的企図は、概して1. 抽象的な基礎理論に終始し、法の「現場」および各学界に効果的に影響を与えることができていない、2. その主な研究が「国際関係論など外側からみた国際法」に関わるものであり、国際法側の貢献が少ないうえに引用されている国際法文献が乏しく、最新のものではないことの2つに大別することができよう。前者を補足するならば、この学際的企図が「情報や洞察が共有できるような共通の言語と分析枠組」¹²を構築すること（基礎研究）に終始し、実際の部分での応用研究が進んでいないことを示唆している。それは、研究を更に複雑化、分裂化、多様化させ、方向性を決定しなければならないことに対して、学際的研究企図（ここでは「国際法と国際関係論」側）がこれまで適応してこなかったことが一因を成していると考えられる。¹³後者を補足するならば、法実証主義を主流とする「国際法学」側の認識において、結局のところ「国際法と国際関係論」は国際関係論に属するとして「国際法」の領域から切り離され、学界レベルでの交流が必ずしもうまく出来ていないことを示唆する。

こうした批判への反省もあってか、近年では、純粋理論の交流よりも実務分野との交流も重視する、応用研究に重点を置くものが増えているのが特徴的である。本書もその流れに位置づけることが出来るが、立場をあくまで新たな法理論の構築においており、この分野にありがちな

11 この企図は、より大きな法学内の学際プロジェクト（Law and project）と連動しており、類似した批判を浴びている。

12 Burley, Anne-Marie Slaughter, "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda" *American Journal of International Law*, 87.2 (1993): 205-239 at p.205.

13 詳細は、拙稿「国際法学における学際研究の現状と課題」『総合政策研究』特別号2009年、309-319頁参照。

国際関係の理論から国際法を語るという立場をとらない。また世界政治の現実に答えるために理論枠組を構築したという問題意識も従来の基礎研究とは一線を画していると評価する。

B & T 理論の分析枠組が成功しているか否か。国際法のダイナミズムをとらえることに成功しているか否か。「法の現場」の要請に答えているか否か。こうした観点からみるならば、本書の枠組みは難解であるうえに、その方法論には未熟かつ恣意的な記述が目立つ。例えば、ブリュネが国際環境法の専門家であることから第4章は本書の中核的な部分にあたると思われるが、共通だが差異ある責任は言及されているのに対し、予防原則や世代間衡平など他の原則

に関する記述は少ないように思える。また、規範の源であるはずの共通理解の分析として第4章では国際会議を中心とした国際環境法制度の成り立ちを描写しているのに対し、第5章では、米国国内のテレビドラマでの拷問の扱いを共通理解の表象として扱っている。両者の分析のレベルや扱う素材が著しく異なり、恣意的であることは、方法論上の未熟さのあらわれであろう。

しかしながら、本書が「国際法と国際関係論」の次世代型研究の可能性をみせていることは間違いない。なお、本書は、その独創性を評価され、2011年米国国際法学会賞を受賞している。

（たけうち まさとし・本学非常勤講師）