

# 国連安全保障理事会に対する立憲的アプローチの試み —予備的考察—

丸 山 政 己

(人文学部 法経政策学科)

- I はじめに
- II ロッカビー事件再考
  - 1 事件の経緯
  - 2 国連憲章と一般国際法の交錯
  - 3 安保理とICJの権限関係
  - 4 国連憲章第7章に基づく強制措置の法的性格
- III 国家主権と国際組織の権限
  - 1 国際組織が国際法秩序に及ぼす影響—水平的構造と垂直的構造—
  - 2 国家主権と国際組織の権限の対抗関係
- IV 国際組織をめぐる機能主義と立憲主義
  - 1 国際組織における立憲主義の潮流
  - 2 クラッパーズ「立憲主義・控えめ (Constitutionalism Lite)」論文の検討
  - 3 立憲的アプローチの記述的意義と処方的意義：分析枠組の模索
- V 結びにかえて

## I はじめに

冷戦解消後、国際連合安全保障理事会（以下、国連安保理）は、冷戦期に比べて飛躍的に活動するようになり、憲章第7章に基づく強制措置を大胆に行行使するようになった。その大胆な行使によって、安保理の機能が格段に変化してきているとも評価される<sup>1</sup>。とりわけ国際法の観点からは、第39条に基づく「平和に対する脅威」概念が拡大してきていること、立法、司法、法執行機能に踏み込んでいることなどが、ここ20年余り、論争であり続けている<sup>2</sup>。このような

<sup>1</sup> 最近の実行については、村瀬信也編『国連安保理の機能変化』東信堂、2009年の諸論稿を参照。

<sup>2</sup> Herdegen, Matthias J., “The ‘Constitutionalization’ of the UN Security System”, 27 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1994), p. 141 ; Kirgis Jr., Frederic L., “The Security Council’s First Fifty Years”, 89 *AJIL* (1995), p. 506 *et seq.* ちなみに、コスケニエミは、安保理の対象事項が拡大していることが問題なのでは

新しいダイナミズムと第7章権限との関係をどのように捉えることができるか、さらに言えば、国際社会全体において安保理をどのように位置づけることができるのか（位置づけるべきか）といった点が重要な論点である。

他方で、国際組織の一機関としての安保理に付与された創造的展開<sup>3</sup>の可能性を制約するものはあるのか、あるとすればそれは何か、という問題も提起されている。換言すれば、安保理は憲章に当初予定されていたことからどれほど逸脱することが許されるのか、どこまでが合法でどこからが権限超越（*ultra vires*）と見なされるのか、また安保理が逸脱することを防ぐためにはどのようなメカニズムが存在しているのか、といった問題である<sup>4</sup>。

これは、国際組織の政治的機関に対する法的コントロールがどのような形で存在し、また発展させていくべきなのか、という理論的・学問的には古くから議論されてきた問題<sup>5</sup>が、実際の必要性を伴って顕在化したものと見ることもできよう<sup>6</sup>。若干大雑把ではあるが、次のような理解が可能である。国際組織の活動・機能は、従来、国際組織の実効性ないし権限拡大と国家主権の対立軸で捉えられてきた。また国際組織は、今日にいたるまでいわば両者の挟間で揺れ戻りを経験しながら、発展してきた。しかし、いまや国際社会の組織化が進み、国際組織による国際法の実現過程<sup>7</sup>が一層精緻なものになってくるなかで、そのような過程を規律する法的および認識の枠組を明らかにする必要性が生じている。こういった問題を国際組織の実効性ないし権

---

なく、「国際的正義（justice）という『ソフト』な目的のために例外的に『ハード』な強制権限、拘束的決議、経済制裁および軍事力を用いようとする」とが問題なのであり、これは憲章上の危機（constitutional crisis）であると指摘する。Koskeniemi, Marti, “The Police in the Temple Order, Justice and the UN : A Dialectical View”, 6 *EJIL* (1995), p. 341.

<sup>3</sup> 安保理のさまざまな機能変化を「創造的展開」の観点から評価するものとして、佐藤哲夫「国連安全保障理事会機能の創造的展開—湾岸戦争から9・11テロまでを中心として—」『国際法外交雑誌』第101巻3号、2002年。

<sup>4</sup> Higgins, Rosalyn, “Forword”, Sarooshi, Danesh, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford Univ. Press (1999), p. xi. また、こうした問題に取り組む場合にまず参照すべき文献として、森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配—安全保障理事会の裁量権の限界をめぐって— (1)・(2・完)」『国際法外交雑誌』第93巻2号、1994年、第94巻4号、1995年。

<sup>5</sup> 日本における先駆的研究として、古川照美「国際組織に対する国際司法裁判所のコントロール—その審査手続について—」『法政研究』第45巻3-4号、1979年、同「国際組織に対する国際司法裁判所のコントロール—国際組織の権限超越（*ultra vires*）」『国際法外交雑誌』第78巻3号、1979年。

<sup>6</sup> なお、この点は安保理に限らず、国際組織法研究全体から見ても重要であろう。例えばクラッパーは、現在に至るまでの国際組織法研究を概観するために、時期的に3区分する。第1段階は主に戦間期、第2段階は第2次大戦後、特に50・60年代をピークとする時期、そして第3段階は90年代以降から現在である。彼によれば、第3段階の現在は、国際組織の存在理由として、民主化・透明性が求められる傾向にある。そこでは、第2段階で見られた、「国際組織はよいもの」というイメージがもはや通用しなくなっていると言うのである。これは、法的コントロールの必要性が叫ばれるようになってきていることと軌を一にするであろう。Klabbers, Jan, “The Life and Times of the Law of International Organizations”, 70 *Nordic Journal of Int'l Law* (2001), pp. 287-317.

<sup>7</sup> 大沼保昭『国際法—はじめて学ぶ人のための』東信堂、2005年、47-48頁。国際社会における規範意識の生成から、国際法の定立や解釈、さらには国内における実施等の側面を総体的に把握する包括的概念として「国際法の実現過程」を提示している。本稿の対象とする安保理の強制行動に関する問題も、そうした総体的な把握が必要であるし、また有益であると思われる。

限拡大と国家主権の二項対立のみで捉えることが適切であるのか。換言すれば、現在我々は、国際組織が大きな権限を行使することに対する抑制は、再び国家主権を強調するのみで対応すべきなのか、といった問題に迫られているように思われる。

国際組織の設立文書を対象とする多くの先行研究は、“constitution”の語を用いて、国内憲法の類推から、国際組織の設立文書のさまざまな特徴を説明している。仮にこの説明の仕方が妥当なものであるとすれば、国際法の実現過程においても、そのような“constitution”の概念は何らかの意義を有していると考えられる。すなわち、国際組織の活動を国際法秩序のなかに適切に位置づけたうえで、国際組織の権限の拡大とそれに対する法的制約ないしコントロールという軸で捉え直すことが必要であるという意味においてである。

本稿では、上のような問題意識をさらに具体化させるために、まずロッカビー事件の再検討を行い、その背景にあった本質的な論点を明らかにする<sup>8</sup>。そのうえで、国際組織一般の観点から、近年の“constitution”概念と立憲主義に関する学説を概観し、それらが安保理の活動をめぐるとしてどのような意義があると言えるか、また何が明らかになると想定されるか、といった点について予備的な考察を加える。

## II ロッカビー事件再考

### 1 事件の経緯

1988年12月21日に起こった、いわゆる「ロッカビー事件」<sup>9</sup>に対応して、1991年11月英米両国

<sup>8</sup> その意味で、本稿はロッカビー事件そのものを詳しく分析し再評価しようとするものではない。あくまで安保理の第7章に基づく活動全体について法的に取り組むべき問題の、重要な部分のほぼすべてが、ロッカビー事件に集約され、あるいは顕在化していることを示そうとするものである。つまり、ロッカビー事件は、安保理の第7章に基づく活動、権限、機能等に関わるあらゆる問題を考察するさいに参照すべき出発点である。

<sup>9</sup> ここで「ロッカビー事件」という場合、ICJに提起された事件のみを指すのではなく、爆破事件の発生から安保理による対応を含めた広い意味で用いている。また、安保理の対象とする事態という意味では、UTA772便の爆破事件とそれに伴うリビアとフランスのやり取りも密接に関連するが、ここでは複雑さを避けるために扱わない。なお、ロッカビー事件に関する先行研究は、その問題の重要性や影響の大きさを反映して膨大な数にのぼる。ここでは邦語文献に限定するが、ICJの判例評釈として、杉原高嶺「ロッカービー航空機事故をめぐるモントリオール条約の解釈・適用事件―仮保全措置の申請―」『国際法外交雑誌』第92巻6号、1993年、34-42頁、尾崎重義「ロッカビー航空機事故により生じた一九七一年モントリオール条約の解釈及び適用の問題に関する事件（仮保全措置）」波多野・尾崎編『国際司法裁判所―判決と意見―第2巻』国際書院、1996年、389-405頁、杉原高嶺「ロッカービー航空機事故をめぐるモントリオール条約の解釈・適用事件―先決的抗弁―」『国際法外交雑誌』第99巻6号、2000年、88-98頁、森川幸一「紛争処理における安保理とICJの役割―ロッカビー事件―」山本・古川・松井編『国際法判例百選』有斐閣、2001年、168-169頁、山形英郎「ロッカビー事件」松井編集代表『判例国際法〔第2版〕』東信堂、2006年、556-557頁、尾崎重義「ロッカビー航空機事故により生じた一九七一年モントリオール条約の解釈及び適用の問題に関する事件（先決的抗弁判決・訴訟取り下げ命令）」波多野・廣部編『国際司法裁判所―判決と意見―第3巻』国際書院、2007年、270-284頁等参照。また、事件の詳細な経緯について、松田竹男「リビアに対する強制措置の発動」『法経研究』第42巻1号、1993年、33-64頁、

は共同で、リビアに二人の容疑者を引渡すよう求める宣言を行った。しかし、リビアはこれを拒否し、1992年1月18日に、モンリオール条約第14条に基づいて、仲裁裁判の実施を提案した。また、リビアは自国内で二人の訴追手続きを開始すると主張し、証拠提供等について英米の協力を求めている。そのような状況の下、安保理は決議731を全会一致で採択した。その主な内容は、(1) 爆破の結果生じた数百名の人命喪失に対する非難、(2) リビアが当該テロ行為について責任を解明するために十分に協力していないことの非難、(3) リビアに対する上記英米共同宣言に対する十分かつ実効的な対応の要請などである<sup>10</sup>。

その後、3月3日にリビアは、英米を相手に国際司法裁判所（以下、ICJ）に請求訴状を提出し、同時に本案判決が出るまでの間、英米両国がリビアに対して何らかの（とりわけ武力行使の）行動に出ないように仮保全措置を要請した。裁判所が仮保全措置に関して審議しているさなか、3月26日、安保理は、第7章に基づいて決議748を採択した。この決議では、前文においてリビア政府によって何ら具体的な行動がとられていないことが、国際の平和と安全に対する脅威を構成すると決定し、(1) リビアに対して、決議731でも述べていたように、二人の容疑者引渡しに遅滞なく応じなければならないことを決定し、(2) それに従わない場合、4月15日を期限として、全ての国に対して、対リビアの航空機の飛行および運搬や武器および軍需品の取引を禁止するなどといった制裁措置をとるよう決定した<sup>11</sup>。

1992年4月14日、ICJは仮保全措置命令を下し、リビアの要請を却下した。多数意見は、仮保全措置段階で「本案の論点に関する事実や法について実体的な判断を下すことはできない」ことを確認しつつ<sup>12</sup>、当事国（リビア、英国および米国）は、ともに国連加盟国として、憲章第25条に基づき安保理決定を受諾し履行する義務を負い、本件の決議748もこの決定に含まれ、ここでの義務は憲章第103条に基づいてモンリオール条約上の義務に優先するとした<sup>13</sup>。

その後、英米により管轄権および受理可能性に関する先決的抗弁が提起され、1998年2月27日にICJは、先決的抗弁判決を下し、英米による抗弁を否定した。まず、管轄権に関して英米は、法的紛争は存在しないこと、また本件は、モンリオール条約の解釈または適用に関する紛争ではないと主張した。さらに、仮にモンリオール条約に基づく権利をリビアが有していたとしても、当該権利は安保理決議748および決議883により停止されていると主張した。前者につ

熊谷卓「国家テロリズムと国際法—ロッキビー事件を手がかりとして—」『新潟国際情報大学情報文化学部紀要』第5号、2002年、115-153頁等参照。

<sup>10</sup> SC Res. 731 (1992), 21 January 1992, paras. 1-3.

<sup>11</sup> SC Res. 748 (1992), 31 March 1992, paras. 1-6. 賛成10、棄権5。

<sup>12</sup> *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures, Order*, 14 April 1992, para. 41, available at ICJ Home Page <<http://www.icj-cij.org/>> 以下、原則としてリビア対米国に関する命令・判決に依拠する。

<sup>13</sup> *Ibid.*, para. 42.

いて多数意見は、ロッカビーにおける爆破事故がモントリオール条約によって規律されるかどうかの争いは、それ自体法的紛争の存在を証拠づけ、裁判所により決定されるべき争いであるとした<sup>14</sup>。また、後者については、根拠とされる決議はいずれも本件提訴後に採択されたものであり、採択前に確立した管轄権は影響されないとした<sup>15</sup>。さらに、二つの安保理決議に基づく受理可能性に関する抗弁と請求目的の消滅に関する抗弁についても裁判所は、前者について、受理可能性の決定について唯一関連するのはリビアの請求訴状提出日であり、二つの決議はその後採択されたものであるから考慮に入れることはできないとした<sup>16</sup>。後者についても、その主張自体が「専ら先決的性質を有する」ものではないとして、却下した<sup>17</sup>。

一方、ICJの外では、決議748および決議883による経済制裁に対する国々の不信が高まっており、とりわけアラブ連盟やアフリカ統一機構（OAU）による制裁の履行停止が予告されるなど、制裁の実効性が損なわれる恐れが生じていた。そのような背景のなかで、事務総長の主導の下、両当事国は、オランダにスコットランド法廷を設置し、そこで二人の容疑者の裁判を行うことに合意した。それを受けて、安保理は決議1192を採択し、容疑者の移送等によって制裁が停止されることを決定した<sup>18</sup>。1999年4月5日には、実際に二人の容疑者がオランダに到着し、制裁は解除された。このスコットランド法廷は、2001年1月31日に、1名を終身刑、1名を証拠不十分による無罪とする判決を下している<sup>19</sup>。

本件を通じて最も重要な論点は、ICJによって回答が示されることは遂になかったが、安保理の第7章権限に限界があるのかどうか、あるとすればどのような範囲であり、またそのような範囲に関する判断をどのような機関が行うことができるかという点である。以下では、便宜的に、権限範囲の問題を実体法規の問題、判断機関の問題を制度的問題として分類し、もう少し論点を深めてみる。なお、ここでは事件の背景にあった本質的な問題をもう一度炙り出してみることが目的である。従って、それぞれの問題について、本稿で示す立憲的アプローチの観点から詳論することは、将来の課題として残されている。

<sup>14</sup> *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) Preliminary Objections, Judgment, 27 February 1998*, para. 24.

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 37.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 43.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 49.

<sup>18</sup> SC Res. 1192 (1998), 27 August 1998, para. 8 in particular.

<sup>19</sup> 二人の裁判が開始され、リビアに対する制裁も停止されていたにもかかわらず、ICJの総件名簿には依然としてリビア対英国、リビア対米国の事件が記載されていたが、2003年9月10日に、共同による要請で削除された。その2日後の9月12日、安保理は決議1506を採択して制裁の解除を決定し、ここで本件は一応の終結を見ることになる。SC Res. 1506 (2003), 12 September 2003, para. 1.

## 2 国連憲章と一般国際法の交錯

実体法規の問題として提起された重要な点は、国連憲章と一般国際法の関係をどのように把握するかである。仮保全措置段階において、多数意見は、安保理決議に基づく義務の優先性を認め、決議748の法的効果を確定的に決定する必要はないとした。これに対して反対意見のほとんどは、決議748の有効性について議論している<sup>20</sup>。また、先決的抗弁の段階においても、決議748および決議883の有効性が問題となっていることは明らかである。この段階における最大の争点は、本件において裁判所が（管轄権の基礎として）モンリオール条約を適用できるかどうかにあったが、裁判所は提訴期日を「決定的期日」とし、決議748の存在にも関わらず管轄権を有するとした<sup>21</sup>。

これに対して、モンリオール条約の適用自体を否定する反対意見もある。ここでは、仮保全措置段階における小田判事の宣言が示唆的である。小田判事は、リビアが申請によって「保全しようとする権利は、むしろ一般国際法に基づく主権的な権利である」と述べて、本件における管轄権そのものに対して否定的であった<sup>22</sup>。ICJが管轄権を有するためには、モンリオール条約の適用が認められなくてはならない。しかし、ICJ管轄権の基礎という問題からいったん離れ、安保理の権限範囲の観点から考えると、リビアの「主権的権利」が問題となっているという点は重要な意味をもつ。すなわち、安保理は憲章第7章に基づいてそうした主権的権利を害するような措置をとることができるのかという意味においてである。

確かに、ウィーラマントリー判事が指摘するように、「引渡しか、訴追か」の原則は「既存の一般的強行規範の原則（the existing general *jus cogens principle*）」であり、安保理はいかなる場合であれ、モンリオール条約の適用を排除できないという主張がある<sup>23</sup>。この原則が強行規範であると言えるかどうかは別途検討を要するが、少なくとも慣習国際法となっているとまでは言えない、つまりは条約上の規定に過ぎないという見解もあることに注意が必要である<sup>24</sup>。

また、決議731および決議748の採択を主導した米英は、当該事件にリビアが関与していること（国家支援テロリズム）を強調している。実際に、決議731の採択において英国代表は、「政府の関与というこの例外的な状況こそ、安保理がリビアに対してこれらの要請に従うよう促す

<sup>20</sup> See for example, *Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui*, paras. 18-29 ; *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry (ICJ Report 1992)*, p. 170 *et seq* ; *Dissenting Opinion of Judge El-Koshi*, paras. 10-47.

<sup>21</sup> 例えば英米の「適用されない」とする主張に対して、ICJはその判断権がICJにあることは確認しつつも、本案の問題であるとして判断を回避した。

<sup>22</sup> *Declaration of Acting President Oda (ICJ Reports 1992)*, pp. 130-131 ; See also *Dissenting Opinion Oda (ICJ Report 1998)*, paras. 17-19.

<sup>23</sup> *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, supra note 20*, p. 179, citing Bssioune, M, Cherif, *International Extradition : United States Law and Practice* (1978), p. 22 ; see also Manusama, Kenneth, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era*, Martinus Nijhoff (2006), p. 176.

<sup>24</sup> 例えば、坂本まゆみ『テロリズム対処システムの再構成』国際書院、2004年、86-87頁。

決議を採択することを適切なものとする」<sup>25</sup>と述べた。また米国代表も、「将来的には、政府による便宜や支援によって活動したテロリスト達は、彼らの罪が犯された国の法廷へ迅速にかつ実効的に引き出されうることを知るであろう」<sup>26</sup>と述べた。モンテリオール条約上の「引渡か、訴追か」原則不適用の理由を国家支援テロリズムという性格に求めていたのである<sup>27</sup>。

こうして、国連憲章体制と一般国際法に基づく枠組みの間には、競合または齟齬が生まれているように思われる。いずれにせよ、憲章第103条に基づく安保理決議の優先性には、何らかの限界があるのではないかという問題が提起されていると言えよう<sup>28</sup>。

### 3 安保理とICJの権限関係

ロッカビー事件の提起したもうひとつの問題は、司法審査権の問題である。紛争解決の側面からは、ロッカビー事件以前においても、安保理とICJが同一事例に対して並行的に対処する例は多く見られた<sup>29</sup>。それらの事件においてICJはたびたび、「安保理が政治的性格の機能を有する一方で、裁判所は純粋に司法的機能を遂行」し、「同一の事件に関してそれぞれ別個の、しかし補完的な機能を遂行しうる」ことを確認してきた<sup>30</sup>。従って、安保理とICJの間には「機能パラリズム」が存在するという指摘もある<sup>31</sup>。

しかし、ロッカビー事件では、同一の当事者が安保理とICJを補完的に利用したそれまでの事

<sup>25</sup> S/PV. 3033, 21 January 1992, p. 103.

<sup>26</sup> Ibid., p. 105.

<sup>27</sup> これについてトムシャットは、問題のテロ行為が国家支援テロリズムであるときには、支援する国家が容疑者に対して公平に処罰を行うことは想定しがたく、平和に対する脅威を構成するとして安保理が行動することは恣意的ではないと述べる。Tomuschat, Christian, “The Lockerbie Case Before the International Court of Justice”, 48 *Int’l Commission of Jurists, the Review* (1992), p. 47. また、中谷和弘「国際法治主義の地平—現代国際関係における国家責任法理の「適用」—」『国際社会と法（岩波講座現代の法2）』岩波書店、1997年、138-139頁も参照のこと。

<sup>28</sup> その意味で、強行規範との関連で、しばしば議論の出発点とされるエリュー・ラウターパクト *ad hoc* 判事の「ジェノサイド条約適用事件」第2仮保全措置命令における個別意見もここで想起しておくべきであろう。Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Order, 13 September 1993, Separate opinion of Judge Lauterpacht, paras.89-107.

<sup>29</sup> コルフ海峡事件、エーゲ海大陸棚事件、在テヘラン米国大使館人質事件、ニカラグア事件等。

<sup>30</sup> 「憲章には…総会と安全保障理事会の間の機能の明確な画定のための条文（第12条：筆者注）が存在するが、…安全保障理事会と裁判所に関しては同様の条文はどこにも見られない。理事会は政治的性格の機能を有し、裁判所は純粋に司法的な機能を遂行する。従って、両機関は、同様の事例についてそれぞれの別個ではあるが補完的な機能を行使することができるのである。」Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Jurisdiction of the Court and Admissibility of Application, Judgment, 26 November 1984, para. 95.

<sup>31</sup> 杉原高嶺「同一の紛争主題に対する安全保障理事会と国際司法裁判所の権限」杉原高嶺編『紛争解決の国際法（小田滋先生古稀祝賀）』三省堂、1997年、505-508頁、永田高英「紛争解決における国際司法裁判所と安全保障理事会の関係—ロッカビー事件を中心として」『早稲田法学』第74巻3号、1999年、163-187頁。

例とは異なり、一方当事者が安保理を利用し、他方当事者がICJを利用し、それぞれの機関が対立的な結論を下す可能性があった。このような場合にICJは安保理決議の有効性を否定できるかという点が、本件の最大の論点であったと言える。実際に、仮保全措置段階と先決的抗弁段階の双方において少数意見がこの点に踏み込んで論じている<sup>32</sup>。言うまでもなく、憲章およびICJ規程の双方において司法審査権を明示的に認める規定が存在しないことが、問題を複雑にする要因のひとつになっている。

ここで確認しておくべきことは、ICJが第7章に基づく決議の有効性を審査できるかどうかという問題と、第7章権限の範囲の問題は相互依存の関係にあるという点である。その意味で、ドゥ・ヴェットが正しく述べているように、ICJによる司法審査は、安保理の第7章権限に法的制約があってこそ可能となるし、他方でその法的制約は、司法審査が実効的に実施（enforcement）されてこそ制約たりうるであろう<sup>33</sup>。筆者の考えでは、ICJによる司法審査に限定して法的制約の実施を考察することは、現在の国際社会の構造に鑑みて必ずしも適切ではない。しかし、法的制約とその実施（コントロール）が上の意味で相互依存的であるという点は、常に留意すべき点である。

#### 4 国連憲章第7章に基づく強制措置の法的性格

上のように、2つの観点（実体法規の問題および制度的問題）からロッカビー事件の提起した問題点を整理したが、両者に共通の基本問題として、つまるところ憲章第7章に基づく強制措置をどのような法的性格を有するものとして捉えるかという問題がある。伝統的に、安保理の強制措置を国際法上の制裁と位置づけること自体が、国際法学における争点であった<sup>34</sup>。メリルスは、国際法の執行の問題点を明らかにする文脈で、第7章に基づく制度の特徴を適切に指摘した。

「憲章に規定された取極は、平和の維持及び回復を目的とする制度であって、国際法の執行のための制度ではない。もちろんこれらの目的達成は、しばしば法の執行をふくむであろう。しかし、これは必然的にそうなるのではなく、或る状況においては、法的主張はわずかに考慮されるにすぎない。国連憲章制度は、理論上、紛争を回避し、あるいは極小化することはできるが、その過程において自動的に法

<sup>32</sup> 例えば、先決的抗弁段階で司法審査に反対するものとして、*Dissenting Opinion of Judge Sir Robert Jennings (ICJ Report 1998)*, pp. 109-112; *Dissenting Opinion of President Schwebel (ICJ Report 1998)*, pp. 164-172.

<sup>33</sup> de Wet, Erica, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing (2004), pp. 15-17.

<sup>34</sup> 憲章第7章第39-42条の規定内容を見ると、そこではenforcementやsanctionの語は用いられず、ただaction、measuresとのみ示されている。但し、第1条7項、45条、50条にはenforcementの語が見受けられるが、これも法的制裁または法執行という意味でのlaw enforcementを意図するものではないように思われる。

的権利を保障するものではないことを忘れてはならない。」<sup>35</sup>

またシャクターも、憲章は、違反に対する強制ではなく、交渉やその他の手段といった紛争の原因除去に力点をおいていると指摘していた<sup>36</sup>。要するに、伝統的には、安保理の強制措置が「法的制裁」か、それとも純粹に「政治的措置」か、といった説明的・記述的な観点からの議論があったと評価できる。

他面において、主権国家に対して行動する中央集権的な機関に強力な強制権限が付与されることに対しては疑念が存在する。それは、安保理における五大国一致原則、つまりは拒否権制度に象徴される二重基準の存在であり、安保理に対する基本的な信頼性の欠如に基づくものである。実際に、政治的利益のぶつかり合う構成員からなる安保理が、戦争を防止または即座に鎮圧するための強制措置を発動できない場合がしばしばあることは、冷戦期の実行を見ても明らかである。そうした信頼性を欠く機関の措置を「法的制裁」と見なすことに抵抗を覚えるのは理解できる。

法的制裁であれ政治的措置であれ、安保理は、警察的行動に留まるべきとする主張が依然として有力であると考えられるが<sup>37</sup>、ロッカビー事件における安保理の行動は、まさにその警察的行動を超えていることが問題なのである。その「超えている」には2つの意味がある。第1は、対象事項の拡大である。テロリズムが「平和に対する脅威」として強制措置の対象になるとは想定されてこなかった。第2は、「制裁」として取られる措置の多様化である。リビアに対する（事実上の）国家責任の追及やテロ容疑者という個人の訴追（厳密には引渡しへの要請）は、国連発足時には想定されていなかった「制裁」の実施である。そうした措置を安保理がとることの可否はおいておくとともに、それらを純粹に政治的措置と呼ぶにはもはや無理であろう。

第1の側面については、「平和に対する脅威」に含まれるかどうかとは別に、国家テロリズムへの対処を国際共同体の利益・価値の観点から評価することができるかもしれない。また第2の側面については、「制裁」のもつ抑圧・懲罰といった刑事的イメージだけでなく、「制裁」の上部概念としての「法執行」<sup>38</sup>といった観点から評価し直すことが有益かもしれない。さらにはそうした評価によって、安保理の国際社会における位置づけを明らかにし、あるべき法的制約を導き出すことができるかもしれない<sup>39</sup>。

<sup>35</sup> J・G・メリルス、長谷川正国訳『国際法の解剖』敬文堂、1984年、88-89頁。

<sup>36</sup> Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff (1991), pp. 227-229.

<sup>37</sup> 山本草二『国際法（新版）』有斐閣、2000年、725頁。See also Arangio-Ruiz, Gateano, "On the Security Council's 'Law-Making'", 83 *Rivista di Diritto Internazionale* (2000), p. 609 *et seq.*

<sup>38</sup> Combacau, Jean, "Sanctions", *Encyclopedia of Public International Law*, p. 312.

<sup>39</sup> こうした発想は、安保理の強制措置について国家責任からのアプローチを試みるゴウランド・デバスに大いに示唆を受けたものである。Gowlland-Debbas, Vera, "Security Council Enforcement and Issues of State

1980年代において、深津栄一は、国際法の執行における問題点を次のように指摘していた。すなわち、国際法の体系における実体法と手続法の未分化、国際不法行為法、国際刑事法の未成立とともに、国際法はきわめて不完全な執行手続しかもっていないため、アプローチが困難な問題もある。そして、きわめて限定された素材のなかから一定のパターンを見出し、そこに法の要請する普遍性、規則性、确实性の要件をみたした法原則を検討しようとするのはきわめて困難であると<sup>40</sup>。

この点について、冷戦解消後における安保理の実行の集積と国家責任法や国際刑事法の進展は、こうした困難をある程度緩和するようになってきたとは考えられないであろうか。ロッカビー事件の提起した法的問題は、解釈論上の問題にとどまらず、このようないわば法社会学的な観点からの考察も要請する類のものであったと言えよう。そのように考えると、ここでの問題は、国際法秩序における国際組織の存在といった、もう少し広い射程からの検討が必要であることが明らかになってくる。

### III 国家主権と国際組織の権限

#### 1 国際組織が国際法秩序に及ぼす影響—水平的構造と垂直的構造—

現代国際法の変容の要因として、多くの論者が「国際社会の組織化」現象を指摘する。「国際社会の組織化」については、論者によって意味するものが微妙に異なるが、一般的には、19世紀以降における多くの国際組織の設立とその活動の展開を指していると思われる<sup>41</sup>。個別国家では処理しきれない諸問題を、国際組織に権限を付与することによって処理しようとする現象である。国際組織の発展が、主権国家により構成される伝統的国際法の構造に、大きな変容をもたらしているのではないかという問いが前提にあると言える。そうであるとすれば、「国際社会の組織化」現象の実体的把握は、すなわち国際組織の活動の実体的把握であり、引いては国際法の構造・法秩序への影響を把握しようとする試みである。

従来、国家間関係の枠組を基本構造とする国際法秩序において、国連を代表例とする国際組織は、国々によって設立される機能的団体であり、いわゆる世界連邦、世界政府といった思想的概念とは異なるものであり、国々との関係も垂直的ではなく水平的な関係に立つものとして

---

Responsibility”, 43 *ICLQ* (1994), pp. 55-58. 但し、非国家主体への対応を含む現在の実行の展開に鑑みて、もはや国家責任の枠組にも収まりきれない様相を呈している。そのことも踏まえて「国際法の執行・強制機能」という視点について論じるものとして、拙稿「国際連合安全保障理事会の憲章第七章に基づく国際法の執行・強制機能に関する序論的考察」『一橋論叢』第131号、2004年、67-88頁。

<sup>40</sup> 深津栄一『国際法秩序と経済制裁』北樹出版、1982年、11-37頁。

<sup>41</sup> 高野雄一『国際組織法』有斐閣、1961年、24-26、373-385頁。また佐藤哲夫『国際組織法』有斐閣、2005年、14-18頁。

位置づけられてきた。他方で、そうした国際組織は単に国々の集合的な集まりではなく、独自の意思をもつものとして、未だに学説上の争いはあるが、当該国際組織の設立文書を基礎としたうえで、時代毎の国際社会の状況変化に対応した一定の創造的展開を遂げるものとしてみなされてきた<sup>42</sup>。

国際組織の位置づけとしては、主権国家体制の延長線上に世界政府を据え、その中間的存在として捉えるのではなく、自ら固有の意思をもち、主権国家と並存して一定の役割を果たす存在として捉えることが最も現実に即した説明であるとされる<sup>43</sup>。このような捉え方は、基本的に広く受け入れられていると言えよう。ところが、冷戦解消後の安保理による第7章権限の行使は、一見して加盟国との間に垂直的な関係を築くような結果をもたらしている。このことをどのように評価すべきかについて理論的問題が提起されていると言えよう。

## 2 国家主権と国際組織の権限の対抗関係

国際組織の発展を考えるうえで、加盟国の国家主権の問題を避けて通ることはできない。この問題は、国際組織の実効性の促進と加盟国の利害の対立という問題、あるいは、加盟諸国の一定の共通利益に基づく多数決原理と少数派となる加盟国の利益保護の均衡に関する問題に還元できる。この対立構図は、とりわけ設立文書の解釈プロセスにおいて明らかになる<sup>44</sup>。つまり、動的な解釈に基づく国際組織の機関の実行と、静態的解釈に基づく一部の加盟国による抵抗という構図である。ある種の経費事件はこの点を明らかにした代表例である<sup>45</sup>。

ロッカビー事件に照らしてみても、国際組織の権限拡大と国家主権による抵抗という図式が垣間見える。確かに、安保理によるモンリオール条約適用の回避という行動は、条約に基づく制度を掘り崩すものであり、さらにはリビアの主権的権利を侵害するものであるとの見方もできよう。むしろ、リビアにしてみれば国家主権の侵害を主張することによってこそ、安保理の決定に対抗できたかもしれない。

国際組織が国家間の合意を基礎として形成されるものである以上は、国家主権を無視した形で発展することはできない。この点について、位田隆一は、「現代国際社会には、一方で、国際機構の驚異的發展に抵抗して、その原理的基盤である国家主権の強調とそのためのさまざまなコントロールがあり、他方で、国家統合や共同体観念など、国家間の組織体の枠をさらに超え

<sup>42</sup> 佐藤『前掲書』、89-90頁。

<sup>43</sup> 横田洋三「国際機構が国際法に及ぼした影響」大沼保昭編『国際法、国際連合と日本』弘文堂、1987年、148-158頁。

<sup>44</sup> これは、憲章の統一的解釈に向けたプロセスと、加盟国の「自己解釈権」または「最終手段に訴える権利 (the right of last resort)」の問題とも言える。佐藤哲夫『国際組織の創造的展開』勁草書房、1993年、264-291頁。

<sup>45</sup> *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 of the Charter)*, *Advisory Opinion*, 20 July 1962.

る可能性まで見受けられる」と述べる<sup>46</sup>。この二極による把握が依然として有効な分析枠組であることは否めない。

他方で、本稿の観点からは、この対抗関係を止揚するための新たな視点を模索する試みが必要であるとも言える。すなわち、権限の拡大（あるいは濫用）に対抗するためには、再び国家主権を強調するのみでよいのかという問題である。この二項対立の図式に基づけば、権限の拡大への国家主権に基づく抵抗とは、すなわち国際社会の組織化から伝統的国家間関係への逆戻りを意味する。国際共同体観念などの主張が依拠するところの共通の利益・価値を保護するためには、二項対立のダイナミズムを克服するような方策が考えられなくてはならない。筆者の理解では、以下で示す国際組織における立憲主義あるいは立憲的アプローチと呼ばれる視点は、このような関心のなかで生まれてきたものである<sup>47</sup>。別言すれば、立憲主義あるいは立憲的アプローチが本当の意味で、権限の拡大と国家主権による抵抗を止揚しうるものであるかどうかを一度検証してみる必要があるということでもある<sup>48</sup>。

#### IV 国際組織をめぐる機能主義と立憲主義

##### 1 国際組織における立憲主義の潮流

冷戦解消後の第7章に基づく安保理の活動、とりわけICJとの関係を扱う論稿において、多くの論者が、肯定的にせよ否定的にせよ「立憲主義」の考え方に触れている。それは、第7章に基づく安保理の活動の活性化とそれに伴う法的コントロールの必要性に対する認識の高まりを契機とすることは明らかである。

例えばフランクは、ロッカビー事件のICJ仮保全措置命令を検討する文脈において、米国合衆国憲法の発展の歴史を比較対象とする。すなわち、ロッカビー事件が提起した問題を、米国の連邦最高裁によって司法審査が確立されたマーベリー対マディソン事件との対比で議論しようと言うのである。彼は、「国連機関による行動の合法性は、権限を委任している憲法（constitution）としての憲章を参照することによって判断されなくてはならない」ことを確認したうえで、「もし国際連合が加盟国に支持され続けようとするのであれば、極端な場合には、裁判所がシステ

<sup>46</sup> 位田隆一「国際連合と国家主権」『国際法外交雑誌』第90巻4号、1991年、46頁。

<sup>47</sup> Fassbender, Bardo, “The Meaning of International Constitutional Law”, Macdonald, R. St. John & Johnston, Douglas M., (eds.), *Towards World Constitutionalism* (2005), pp. 837-838. See also Klabbers, Jan, *An Introduction to the International Institutional Law*, Cambridge Univ. Press (2002), pp. 3-7.

<sup>48</sup> 例えば篠田英明は、一層広い射程から「各主権国家」と「国際社会」との関係において、国際社会の組織化ではなく価値規範の直接的拘束性として「新しい国際立憲主義」の流れがあると指摘する。止揚の先にはこのような立憲主義のあり方が見えてくるのかもしれないという意味で示唆的である。篠田英明「国境を超える立憲主義の可能性」阪口正二郎編『グローバル化と憲法（岩波講座憲法5）』岩波書店、2007年、112-115頁。

ムの正当性に関する最終的な擁護者とならなくてはならない」と主張する<sup>49</sup>。

またワトソンは、より積極的に米国連邦憲法からの類推を行なう。彼は、連邦憲法における司法審査の肯定論と否定論を紹介し、その否定論の根拠<sup>50</sup>は、ICJの場合にも当てはまるが、それでもなお、ICJは自身の正当性を脅かすことなく、他の国連機関による行為の妥当性を審査できるし、「憲法（constitutional）問題」における適切な審査の範囲を探求できる、と言う<sup>51</sup>。

このように、彼らは、ICJに対して国連システム全体の正当性の最終的な擁護者としての役割をもたせ、ICJによるロッカビー判決（仮保全措置命令）を「現代憲法へのよりよい近接（a better approximation of a modern constitution）」あるいは「憲法的抑制（constitutional restraints）」の探求という文脈のなかに位置づけている<sup>52</sup>。その基本的認識は、次のようである。安保理は政治的機関であるとしても、国連憲章という憲法から生じる法的に確定された権限によって制限される。そのような安保理の政治的選択を限界づける法的規則の遵守よりも、安保理決議の拘束的効果の方が厳格であるといったことはありえない。つまり、安保理は、魔法の公式のように第7章を援用することによって、憲章における明示・黙示の制約を尊重せずに済ませることができる、と言うわけでは決してない<sup>53</sup>。こうして、彼らの念頭にあるものが、現代憲法学の鍵概念のひとつである「立憲主義」であることは明らかである。

憲法学における「立憲主義」とは、「憲法」に則って政治権力が行使されるべきであるとする考え方、あるいはそうした考え方に従った政治制度のことを指す。今日ほとんどすべての国が、公式には立憲主義の体制を有しており、その内容も基本的には、かなり高度の統一性があるとされる<sup>54</sup>。その本質的要素としては、(1) 民主主義による人民の政治参加、(2) 人権保障、そして(3) 統治機構を規定し、(4) 通常国内立法に優越する効力の認められた憲法典の存在が挙げられる<sup>55</sup>。しかし、この立憲主義は言うまでもなく、欧米で発達してきた考え方であって、欧米における歴史的背景を無視することはできない。立憲主義は、政治権力の濫用という否定的経験から、その対応として規則や制度を通して制限するための手段として発展してきた。つ

<sup>49</sup> Franck, Thomas M., “The ‘Power of Appreciation’: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?”, 86 *AJIL* (1992), p. 523.

<sup>50</sup> 例えば、連邦最高裁判事の非民主性や憲法問題は司法決定によってそう容易く解決するものではないことなど。

<sup>51</sup> Watson, Geoffrey S., “Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court”, 34 *Harvard Int’l Law Journal* (1993), pp. 28-39.

<sup>52</sup> Reisman, W. Michael, “The Constitutional Crisis in the United Nations”, 87 *AJIL* (1993), p. 95.

<sup>53</sup> ヘルデゲンは、これを立憲的アプローチと呼ぶが、こうしたアプローチが試行錯誤的価値をもつことに対して疑念を提起する。Herdegen, *supra* note 2, p. 150. 但し、本稿で考える立憲的アプローチは一層広い射程をもつ。

<sup>54</sup> いわゆる「立憲主義のグローバル化ないしは普遍化」と呼びうる現象である。阪口正二郎「はじめに」阪口編『前掲書（脚注48）』、v頁。

<sup>55</sup> 樋口陽一編『ホーンブック憲法』北樹出版、1993年、32頁。

まり、権力分立の考え方とは密接な関係にある。その権力分立のあり方は、欧米諸国においてさえ異なる文脈で発展してきたものであり、その成果のひとつである司法審査の制度も各国において多様である。類推するにあたってはこの事実に留意しておくべきである<sup>56</sup>。

確かに、立憲主義の正確な定義は不可能である。しかし、立憲主義とはその中核において国際組織の活動に制約を課し、組織を適切な行動基準に服せしめる考え方であるということについては、多くの者が賛成するところであろう。立憲的な制度とは、制度における主体間の相互作用およびそれら主体と権限との間の相互作用に対して安定的で正当な枠組を提供することに焦点をあてる制度とされる<sup>57</sup>。さらに立憲主義は、表現の自由、適正手続き・参加の平等に高い価値をおく民主主義や透明性、法の支配に従った権限の行使を含意する<sup>58</sup>。そこでは、司法審査に重要な役割が期待され、裁判官は法の支配と憲法の擁護者と見なされる。法の訓練を受けた個人こそが、人間の権力追求に歯止めをかけるという課題に最も適していると見なされるからである。このような意味における立憲主義は、安保理の問題に限らず、近年の実践的側面<sup>59</sup>とも、理論的側面<sup>60</sup>とも深いかわりがあると言える<sup>61</sup>。

但し、上のような立憲主義の傾向の背景には、さらに確認しておかなくてはならない重要な問題が存在する。すなわち、そもそも国連憲章はconstitutionであるのか、またそこで言うconstitutionという用語の指す意味は何であるか、そしてそのように言うことによって何を導き出すことができるか、といった問題である。安保理の権限や活動の法的根拠は、当然ながらも、国連憲章に求められなくてはならない。実際に、国連憲章あるいは国際社会における国連機関としての安保理の位置づけに対する認識の相違が、学説の多様性に反映されていると思われる。

佐藤哲夫によれば、「国際組織法の領域においては、設立文書を国家間条約としての側面に重点をおいて理解・解釈すべきなのか、当該国際組織の“constitution”としての側面に重点をおいて理解・解釈すべきなのか」という争点が、従来、根本的な問題として提起され、議論されて

<sup>56</sup> 国内社会と国際社会の構造的差異については、ほとんどの者が十分に注意を払うであろうが、類推する「国内社会」がどの社会かについては無意識な場合が多いであろう。そうした無意識な類推の問題性について、大沼保昭「国際法学の国内モデル思考—その起源、根拠そして問題性—」広部・田中編集代表『国際法と国内法』勁草書房、1991年、57-82頁。

<sup>57</sup> Klabbers, Jan, “Constitutionalism Lite”, 1 *Int'l Organizations Law Review* (2004) pp. 32-33.

<sup>58</sup> なお、最上敏樹は、「自然状態の克服あるいは平和の構築、法の支配の確立、公権力の創設とその制御、権利（国家のそれか、人間のそれか）の擁護あるいは制限—連鎖するこれらの諸問題を包み込むもの」として国際立憲主義という枠組を提起する。最上敏樹「国連の《二〇〇年》国際立憲主義についての覚え書き」『法律時報』第67巻6号、1995年、44-50頁。

<sup>59</sup> 欧州連合（EU）、世界貿易機関（WTO）、国際通貨基金（IMF）、世界銀行グループ等において。

<sup>60</sup> 国際法協会（ILA）、国際法学会（Institut）、国連国際法委員会（ILC）における国際組織のアカウントビリティ・責任に関する議論等。

<sup>61</sup> EUやWTO、世界銀行といった実行面に関する問題は、次節脚注（87）を参照のこと。

きた。つまり、国連憲章の法的性質をめぐっては、従来、国連憲章を多数国間条約として理解するか、それとも国連の活動・任務の基本的基礎となる憲法的なものとして理解するかという枠組で議論されてきたのであり、どちらの側面に重点をおくかによって、国連憲章の解釈の仕方も変わってくるというものであった<sup>62</sup>。

ところが、近年次第に高まってきた議論においては、以下のような見方も付加されてきている。すなわち、「国際社会の組織化と構成及び武力行使に関する法において第一次大戦後に生じた発展は、国際社会の憲法的基礎にかなりの影響を与えた。国際組織は、国際法の上部構造 (super-structure) のみならず、国際社会の憲法的枠組み (constitutional framework) としても理解されるべきであり、今日の普遍的国際組織とそれを取り巻く法は世界憲法の若干の要素をもち始めている」<sup>63</sup>。

このような状況を踏まえて、国際組織の“constitution”の概念と国際社会における憲法としての“constitution”の概念は、明確に区別すべきであるとされる。確かに、実際にかんがる程度普遍性を実現している国連においては、国際社会の憲法としての“constitution”の要素が種々見出され、両者の区別は相対的なものであるが、理論的・理念的には明確に区別すべきであると言うのである<sup>64</sup>。確かに、国際法における“constitution”概念については、国際組織の設立文書としての意味と、国際社会の憲法としての意味を一旦区別しておく必要がある。ここでは、佐藤哲夫の用法に倣って、前者の意味におけるconstitutionを組織法と呼んでおく。

従来、国連がその目的・任務を果たすために権限を拡大していくにあたって、国連の組織法としての側面に重点をおく考え方は非常に有益であった。若干の論理的飛躍を恐れずに言えば、前節で述べたような国際組織の権限拡大と国家主権による抵抗という図式は、ここで言う組織法的な理解と多数国間条約的な理解の対立という図式と軌を一にする。しかし、冷戦解消後の安保理の実行は、一見して、そのような従来の枠組では説明できない要素をもち始めている。

<sup>62</sup> 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五十周年記念論文集 変動期における法と国際関係』有斐閣、2001年、505頁。

<sup>63</sup> 佐藤「前掲論文」、502頁。

<sup>64</sup> 「『国連憲章は国際社会の憲法か?』という問題設定におけるconstitutionの概念は記述的 (descriptive) な意義を有するものであり、法的効果の点では規範的 (prescriptive) な意義を有するものではない。政治的政策的な次元でのみ、規範的な意義を有するに過ぎない……」。

また国際社会の憲法としての“constitution”の概念規定が実定国際法上確定していない結果として、どのような要素を備えていれば、ある規範または法的文書が国際社会の憲法としての“constitution”であると認定できるのかという要件が定まっていない。さらに、この要件の問題と、ある規範または法的文書が国際社会の憲法としての“constitution”であると認定された場合にその認定の帰結としてどのような法的結果が付着することになるのかという効果の問題とが、必ずしも明確に区別することができない……。」佐藤「前掲論文」、508頁。そこでは、クロフォードによる官僚制的な (bureaucratic) constitution (弱い意味におけるconstitution、組織を構成する) と、基礎的な (basal) constitution (強い意味におけるconstitution、社会を構成する) との区別が引用されている。Crawford, James, “The Charter of the United Nations as a Constitution”, Fox, Hazel, (ed.), *The Changing Constitution of the United Nations*, The British Institute of International and Comparative Law (1997), p. 8.

そこで国連憲章は、国連の組織法としてのみならず、「国際共同体」概念の生まれた国際社会の憲法として位置づけられる。そうして現象を説明しようとする傾向は確かにある。

ファスベンダーのまとめによれば、国際社会の憲法の意味における言説には大きく3つの潮流があると言える<sup>65</sup>。第1は、フェアドロスによる純粋法学的な国際社会の基礎づけであり、第2の潮流に影響を及ぼした。第2は、ICJ判事であったモスラーに始まりジンマヤトムシャットに受け継がれる「国際共同体理論」と呼ばれる潮流である。第3は、マクドゥーガルからリースマンに連なる「ニュー・ヘイヴン学派」である。ファスベンダーはこのうち第2の潮流を主流と位置づけて、自らも国連憲章を「国際共同体」の憲法として理論化することを試みている<sup>66</sup>。すべての潮流において、そこで念頭におかれているのが国際社会の秩序構築・構想であることは間違いない。

以上の議論状況を踏まえると、多くの論者は必ずしも2つの意味におけるconstitutionを明確に区別しているわけではなく、(積極的な)混同も見受けられる。ここでは、そうした混同がなぜ起こるのかに着目したい。それは、無意識にせよ意識的にせよ、何らかの要因が背景にあり、かつ意義があると考えからである。この点を踏まえて、次に2つの意味におけるconstitutionの観点から包括的に(おそらく意識的に混同して)議論しているクラッバースの論文<sup>67</sup>を検討し、分析枠組設定の手がかりとする。

## 2 クラッバース「立憲主義・控えめ (Constitutionalism Lite)」論文の検討

現在の国際組織における立憲主義へ向けた議論に対して、クラッバースは、心地の悪いパラドックスが存在すると指摘する。彼は、(a) 既存のコントロール・メカニズムの不十分さ、(b) 立憲主義の魅力、(c) 立憲主義に固有のパラドックスを検討したうえで、(d) 代替案の提示をしている。以下、それぞれについて若干の評価を加えつつ紹介する。

### (a) 立憲主義の先駆け (Constitutionalism's Precursors)

彼は、さまざまな既存の理論をコントロール・メカニズムの観点から検討し、それらの不十分さを指摘する。明示的権限 (expressly granted powers) の理論は組織を窒息させるし、黙示的権限 (implied powers) の理論はそれ自体のなかに制限の要素が組み込まれているとはいっても現実にはむしろ無制限である。機能主義 (the doctrine of functionalism)<sup>68</sup>または機能的必要性

<sup>65</sup> Fassbender, *supra* note 47, pp. 838-842. ここでは、ピータースマンが立憲主義の観点から人権を国連法へ統合する必要性を主張していることについて、それを第4のアプローチと位置づけている。

<sup>66</sup> この第2の潮流について批判的に検討を加えるものとして、von Bogdandy, Armin, "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", 47 *Harvard Int'l Law Journal* (2006), pp. 223-242.

<sup>67</sup> Klabbers, *supra* note 57, pp. 31-58.

<sup>68</sup> この考え方を定式化したのはヴィラリーであるとする。Ibid., p. 39. 確かに、ヴィラリーは国際組織の法

(functional necessity) の理論<sup>69</sup>も、制約の要素は組み込まれているがさまざまな理由で維持できない、とする。その理由の第1は、この理論が組織の利益に焦点を当てすぎるあまり、組織の外部者の立場を忘れさせることである<sup>70</sup>。理由の第2は、それらの理論が、具体的紛争において用いるにはあまりにも不明確であることである。第三者による一貫した適用がない場合において、組織の活動に多くの制約を課すとは考えられない、と言うわけである<sup>71</sup>。

次に、コントロール・メカニズムとして考えられるのはいわゆる権限踰越 (*ultra vires*) 理論である。しかし、有効性の推定 (presumption of validity) が原則であることは、ICJが、ある種の経費事件で強調しているところである。このような状況において推定を覆すことは、とりわけ加盟国全体がその活動をよいものと見なしているような場合には、実際上困難である。さらに、これも機能的必要性の理論と同様、一貫した適用を行う第三者機関 (行政的であれ司法的であれ) がない限り現実的でない。このような状況では、モレリ判事がある種の経費事件で述べたように<sup>72</sup>、権限踰越理論は存在しないに等しい、とする<sup>73</sup>。

この点、しばしば指摘されるように、権限踰越理論と黙示的権限理論とは表裏一体関係にあるように思われる<sup>74</sup>。クラッバースも、立憲主義においては「司法審査に重要な役割が期待され、裁判官は法の支配と憲法の擁護者と見なされる」と述べていることから<sup>75</sup>、立憲主義は権限踰越理論を重視するものと考えられる。

最後に、クラッバースはいわゆる政治的コントロールに関する措置を取り上げる。具体的には、分担金支出の停止と組織からの脱退である。しかし、これらについても、実行する国にとっては正当性の観点から望ましくないし、あくまで最終手段であって日常的に行使できるものではない<sup>76</sup>。これについては、加盟国の最終手段に訴える権利 (the right of last resort) の可能性という形でもう少し詳しく検討する必要があるであろう。

---

的分析における機能 (fonction) 概念の重要性を指摘する。Virally, Michel, "La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale", Bastid, Suzanne, *et al.* (eds.), *Mélanges offerts à Chales Rousseau : La communauté internationale*, Paris, Pédone (1974), pp. 277-300. また、佐藤『前掲書 (脚注44)』、1-2頁。「国際組織の法的分析にとっては、国際組織の目的・任務と、組織構造・権限・権能・活動形態等との関係をいかに構成するかが重要な問題となる」と述べる。

<sup>69</sup> この理論は、ヴィラリーの定式化を、シュヘルメルスとブロッカーらが一般に普及させた (popularized) ものと説明している。Ibid., citing Schermers, Henry G., and Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, 4th ed., Martitunus Nijhoff (2003), pp. 10-15.

<sup>70</sup> 例えば、国際組織が裁判権免除を共有することが機能的に必要であることを強調するあまり、そのことで個人が裁判にアクセスすることを拒否されるといった政治的に受け入れがたい状況を生み出す。

<sup>71</sup> Ibid., pp. 38-40.

<sup>72</sup> *Certain Expenses of the United Nations, Separate Opinion of Judge Morelli*, pp. 222-224.

<sup>73</sup> Klabbers, *supra* note 57, pp. 40-41.

<sup>74</sup> 例えば、Blokker, Neil, "Beyond 'Dili' : On the Powers and Practices of International Organizations", Kreijen, Gerard, (ed.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford Univ. Press (2002), pp. 305-307.

<sup>75</sup> Klabbers, *supra* note 57, p. 33.

<sup>76</sup> Ibid., pp. 41-42.

要するに、既存のメカニズムはそもそも制約可能性を内在しているので、（準）立憲的技術と呼ぶことができるかもしれないが、実行可能なものとは見なされていないのである。

ここで、クラッバースは大変重要な点を指摘している。すなわち、結局のところ組織を動かすのは加盟国の意思であり、コントロールの下におかれるべきは組織だけでなく加盟国でもあるということである。その意味で、近年の立憲主義言説は、加盟国とは別個の独立した存在としての国際組織を強調するあまり、加盟国に対するコントロールを見落としており、部分的に誤り、と言うのである<sup>77</sup>。立憲的アプローチが表面的なものにならないためには、この点に留意しておくことが必要であろう。

また、クラッバースは黙示的権限理論も機能主義理論（機能的必要性理論を含む）も、基本的に同一の範疇に含まれるものとして論じている。彼自身、その他の論文では、機能的アプローチに対する立憲的アプローチの提示という形で議論しており<sup>78</sup>、現在の学説における議論も大体このような図式で行われていると考えられる。しかし、「機能的アプローチ」が何を指すかについては、論者により、また議論の次元により異なりうるので、注意が必要である<sup>79</sup>。それを踏まえてクラッバースの議論から機能的アプローチの内容を抽出すると、大きく次の2つの要素があると考えられる。第1は、広い意味での解釈論レベルにおける国際組織の目的・機能（に対応した必要性）の重視である。第2は、国際組織の一般理論レベルにおける機能主義に対応する。ここでの「機能」とは問題領域のことを指し、この理論の延長線上に「機能毎」の国際組織・レジームの並存状況が存在する<sup>80</sup>。

<sup>77</sup> Ibid., p. 44. 強調は筆者。

<sup>78</sup> 以前、クラッバースはOPCWの事務局長の解任が問題となったいわゆる「ブスターニ」事件ですでに従来の機能的アプローチに対する立憲的アプローチという考え方（解釈の仕方）を提起していた。しかしここでは、「何らかの制約を課すこと」程度のかなり柔軟な概念として用いられており、概念としての精緻さに欠けていた。Klabbers, Jan, “The *Bustani* Case before the ILOAT : Constitutionalism in Disguise?”, *ICLQ* (2004), pp. 455-464.

<sup>79</sup> 機能的アプローチに対する立憲的アプローチという視点は、国際関係論におけるグローバル・ガヴァナンス論において議論されている。Reinisch, August, “Governance Without Accountability?”, 44 *German Yearbook of Int'l Law* (2001), pp. 294-295. そこでの機能的アプローチは、いわゆるデイヴィッド・ミトラニーを基礎とする機能主義につらなるものである。この意味における機能主義については、横田洋三『国際機構の法構造』国際書院、2001年、51-55頁が、「機能主義」の多義性に鑑みて「機能的統合説」と訳している。また最上敏樹『国際機構論 [第2版]』東京大学出版会、2006年、325-331頁は、本稿の射程よりも一層広い視野から国連体制のあるべき姿について、機能主義と立憲主義の双方から分析を加えている。さらに、最上敏樹「国際機構と平和」『平和研究』33号、2008年、1-22頁も参照のこと。ここでいう「機能」とはクラッバースのいう黙示的権限や機能的必要性理論における「機能」とどのような論理的連関があるのか、それともそもそも議論の次元が異なるのだから論理的連関を考えることに無理があるのか、筆者はまだ整理できていない。しかし、「機能」という同じ概念を用いていること、さらには国連のあり方を考えるという共通の問題意識をもって、それに対して「立憲主義」という考え方を付き合わせていることは確かである。また、この問題については、ハーバーマスをはじめとする広く政治哲学の分野からの議論も活発である。Habermas, Jürgen, *Divided West*, Polity Press (2006). これらを踏まえた考察が必要であることは明らかであるが、現時点では筆者の能力を超える。

<sup>80</sup> クラッバースが第2のレベルにおける機能主義を想定しているかどうかは必ずしも明らかではない。し

(b) 立憲主義の魅力 (Constitutionalism's Attractions)

クラッバースは、「国際組織における立憲主義」のもつ魅力的な点を大きく5つ挙げている<sup>81</sup>。第1は、日常的な政策を越えた不変の、あるいは変えることの困難な価値に基づく政策の側面の存在を示唆することである。そうした価値を枠づけるものとして立憲主義が想定される。第2は、憲法や、立憲主義または立憲化 (constitutionalization) といった派生語がそれ自体、正当性の要素を併せもっているということである。例えば立憲的な政府は正当な政府と見なされる。同様に国際組織に対しても、正当性を付与するメカニズムとしての立憲主義が容易に想定される。第3に、立憲主義はこれまで「真の法ではない」ということで劣等感をもってきた国際法学者に対して、「ほぼ真の法」を約束するものとして魅了する。第4に、国際法が、通常の国内立法のみならず、政治共同体と市民の關係に属するような問題 (国内行政法・憲法上の問題) に対しても影響を及ぼすようになっていくことがますます認識されている。

そして、彼が最も魅力的な点として指摘するのは、国際法の分裂化 (fragmentation) 問題との關係である。彼によれば、立憲主義言説は大部分において分裂化への懸念に対する条件反射的対応である。貿易と環境、貿易と人権、貿易と労働基準の競合は、それ自体では解決できないが、少なくとも立憲主義の基盤においては処理できるようにも見える。なぜなら、立憲主義の基盤は容易に影響されることのない何らかの価値の存在を示唆するからである。あらゆる分裂の根底には、ある一体性があり、それを示すのが立憲主義だと考えられるわけである<sup>82</sup>。

こうした立憲主義の魅力は、(a) で指摘した2つの意味の「機能主義」にほぼ対応する。第1の点 (不変の価値の枠づけないし固定化としての立憲主義) は、国際組織の目的・機能による際限ない拡大 (少なくとも、立憲主義の立場に立つ論者によってそうだとみなされている) に対応しようとするものである。第2の点 (正当性の要素) も同様である。他方で、第3の点 (「真の法」を約束)、第4の点 (対象事項の拡大)、第5の点 (国際法の分裂化への対応) は、国際組織の一般理論の次元における機能主義に基づく国際組織の並存状況に対するアンチテーゼであると考えられる。

(c) 立憲主義のパラドックス (Constitutionalism's Paradoxes)

クラッバースは、国際組織をめぐる立憲主義の議論はあくまで国家間主義に基づいており、多くの立憲主義者が渴望するところのコスモポリタン主義的な立憲主義とは、かなりかけ離れていると指摘する。このことから、はたして国際法が概念的に立憲主義を取り込むことができる

---

かし、「国際法の分裂化」問題を議論の射程に含めていることに鑑みれば、議論の次元としては国際組織の一般理論レベルにおける機能主義に踏み込んでいると思われる。

<sup>81</sup> Klabbers, *supra* note 57, pp. 47-49.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 49.

のか、あるいはmeta-constitutionalismというような別の用語で表現すべきではないかといった疑問を抱く者が現れている<sup>83</sup>。要するに、国内の立憲主義と、国際組織における立憲主義には、齟齬が見られるということになる。すなわち、立憲的な権威（constitutional authority）とは唯一の淵源（例えば人民の意思）からのみ得られると考えられ、さまざまなものに基礎をおく立憲的権威（国際組織における立憲主義）を語るのは一貫性に欠けることとなる<sup>84</sup>。

さらに、より一層深刻なパラドックス（の組み合わせ）がある。すなわち、一定の規則や価値を固定化することは、ただ単に将来世代に対して価値あるものを保存するのみならず、将来世代にとって変化に応じた変更を困難にすることにもなる<sup>85</sup>。こうして、本来立憲主義は固定化を目的としているにも関わらず変更を余儀なくされるというパラドックスに陥ることになる。逆に言えば、昨日の立憲化は今日の（脱）立憲化により取り消されうるのであり、立憲化を主張して得られることは、かなり限られているということの意味するし、少なくとも多くを期待すべきではない、と言うのである<sup>86</sup>。彼は、そのようなパラドックスを示す例として、世界銀行、EU、WTOにおける議論を挙げて分析する<sup>87</sup>。

そのうえで、彼は結局のところ立憲主義のパラドックスとは「コントロールに向けて取り組むとはコントロールを諦めることを意味する（seizing control means giving up control）」と端的に

<sup>83</sup> Ibid., p. 50. この点は、EUを念頭においた場合、一層複雑な問題になる。さしあたり、Pernice, Ingolf, “The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism : A Legal Response to the Challenges of Globalisation”, Dupuy, Pierre-Marie, et al (eds.), *Common Values in International Law Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, (2006), pp. 973-1005.

<sup>84</sup> クラップバースによれば、EUにおいてドイツのような加盟国の憲法裁判所が、依然として超国家という魅力に動揺することなく、自らの優越性を擁護しようとしている傾向もこのような見解に合致する。Ibid., p. 50-51.

<sup>85</sup> 例として、安保理の常任理事国の議席をめぐる問題を挙げている。Ibid., p. 51.

<sup>86</sup> Ibid., pp. 51-52.

<sup>87</sup> Ibid., pp. 52-53. そうした分析の内容は大要次の通りである。世銀においては、十分な正当性をもって人権を考慮に入れることが主張されるが、これは世銀の任務（mandate）を広げることにもなる。これは世銀の権限を拡大することを意味すると同時に、加盟国にとってはコントロールすることができなくなるということの意味する。

EUにおける人権保護の範囲に関する議論も同じ問題を提起している。すなわち、いかなる対象範囲の拡大の試みもEU権限の拡大を伴う。従って、EC裁判所の判例法のいくつかは、結果としてEU権限の拡大を招き、適切なレベルを超えて加盟国による国内政策の余地を制約するものといった批判に直面している。そしてこのことは、EU基本権憲章第51条において、憲章が共同体に対して新しい権限を確立または修正するものではないということを明記する必要があったことが決して偶然ではなかったことを意味する。

WTOについても同様の議論がある。WTOに環境や労働問題に対する責任を負わせるということは、同時にWTOに対するコントロールを困難にすることにもなる。他方で、環境や労働問題に対して責任を負わないとしても、必然的に他のレジームから他の規則が侵入してくることを防ぐことはできず、結果として不安定な状態におくことになり再びコントロールは失われる。ある者が主張するように、WTOはあくまで平等待遇を管理するものとしてその任務を限定することも可能であろうが、この考え方は別個に考えられた場合に機能するのであって、他のレジームからの競合に直面する場合には無力であるといわざるを得ない。

……以上の分析からは、往々にして人権が問題の中心となっていることがわかる。

指摘する<sup>88</sup>。コントロールが概念的にどういったものを指しているかについては、本稿の文脈においてもより詳細な検討が必要であるが、ここでは、彼がコントロールの問題と国際法の分裂化の問題を結びつけて議論していることに着目したい。彼によれば、国際法の分裂化を防ぐために提起される立憲主義は、それ自体分裂化を一層進めてしまう可能性がある。

この論理はいまひとつ分かりにくいものだが、大要次のようである。立憲主義はそれぞれのレジームで議論されている。そして、仮にそれらレジームのいくつかが真に立憲的なものになったとすると、当該レジームは他に対する優越性を正当に主張できる。しかしすべてのレジームが立憲的になった場合、他に対する優越性は無意味になる<sup>89</sup>。

さらに、優越的な価値や優越的な権威に依拠することは第2のパラドックスを提示する。立憲主義の理念は、まさに立憲主義が人類を非政治的・非イデオロギー的世界、すなわち人々がお互いに論争することのない世界に導くことを助けるということを前提としている。しかし、現実的にそのような世界はありえないし、むしろおぞましいものである。一定の固定的な価値に一致させることを主張して政治を克服するといった考えは必ず失敗する。なぜならそうした価値に依拠することはそれ自体、きわめて政治的だからである。このことは国内憲法が最も政治に近いことと偶然ではない、と言うわけである<sup>90</sup>。この点は、立憲主義の観点から安保理の活動をめぐる法と政治のかかわりを考察するうえで重要なポイントになるであろう。

#### (d) 立憲主義を代替するもの (Constitutionalism's Alternative)

クラッパー自身は、上で見たように真の (*pur sang*) 立憲主義に対して懐疑的であり、その代替案を提示している。端的に言えば、それは論文のタイトルが示しているように、立憲主義を控えめあるいは薄めに捉えて立憲的アプローチと呼ぶものである。本稿では、彼と一定程度問題意識 (国内法で当てはまる立憲主義が国際組織においてそのまま適用できないという前提) を共有するものであり、以下では立憲的アプローチの用語を用いる。但し、彼の提示する立憲的アプローチと必ずしも一致するものとはならないであろう。本稿はあくまで予備的考察にとどまり、立憲的アプローチの正確な内容・意義については、今後の検討・分析を踏まえて確定されていくものと考えている。いずれにせよ、ここでは簡単に彼の考える立憲的アプローチについて検討を加えておくことが有益と思われる。

彼の言う立憲的アプローチは、基本的に法と政治の関係における次のような理解の仕方に基づく。

---

<sup>88</sup> Ibid., p. 53. 強調、筆者。

<sup>89</sup> Ibid., pp. 53-54.

<sup>90</sup> Ibid., p. 54. 強調、筆者。

「立憲的アプローチは、国際生活において政治は必然であるということを前提とする。それどころか、政治はよいものということを前提とする。地球上の60億の人々がおよそ200の国々・領域に分断されていることを考えれば、その他の選択肢は考えにくい。根本的な問題について意見を異にするような状況で行為主体がなすべきことは、この意見の不一致に目を見開いて向かい合い、(相対的な)平和と調和が維持された生活が可能になるような方法について、積極的に議論することである。少なくともそのことは、少数派の意見（それは熱狂的な多数派によって蹂躪されてはならない）と多数派の意見（少数派は多数派を負かすようなやり方で活動を妨害することはできない）の両方に対する手続的保障を含む議論のための手続が存在することを意味する。…おそらくコンセンサスの観念…が変化と安定の両方の要請を満たすであろう。」<sup>91</sup>

このように、国際組織の活動における政治の重要性、さらには政治的決定におけるコンセンサスの重要性を指摘しつつ、個人の国際法専門家等に重要な決定をゆだねるといった意味で極端なリーガリズムに陥ることを戒める<sup>92</sup>。そして、コントロールに関しては次のように述べる。

「何らかの独立したコントロールの形態、おそらくは国際組織の内部に組み込まれた何らかの司法審査メカニズムの形態も関連性を有する。これは、権利主義の衣装をまとうことは避けるべきであるが、主に手続的テストに限定してありうるべきである。これには主に聴聞権や組織の意思決定手続への参加権が含まれるであろう。」<sup>93</sup>

ここで指摘されている参加は、正式な組織の加盟国だけに限定される必要はなく、すべての関連主体をカバーするとされる<sup>94</sup>。しかし、立憲的アプローチは、できる限り権利に関する語の使用を避けるべきと言うことの意図は必ずしも明瞭ではない<sup>95</sup>。少なくとも、国内立憲主義をそのまま適用することが困難であり、法と政治の関係に関する国際関係の現実を踏まえるべきという趣旨であろう。

彼はそもそも立憲主義に懐疑的である。「立憲主義のパラドックス」の部分で述べているよう

---

<sup>91</sup> Ibid., pp. 55-56. 強調、筆者。

<sup>92</sup> 「立憲的アプローチはまた、政治の政治的性質を承認し、高度に政治的な決定を国際組織の内部にせよその他にせよ管理的 (managerial) または専門家の委員会に委ねるといった誘惑に対して屈しないよう、思慮が求められる。政治責任は、他でもない政治的行為主体によって果たされるべきであり、また密室ではなく完全に目に見える形で (in full view) 果たされるべきである。」 Ibid., p. 56.

<sup>93</sup> Ibid., p. 56.

<sup>94</sup> Ibid., pp. 56-57.

<sup>95</sup> この点は、クラッパースの別稿を詳細に検討することが有益かもしれない。Klabbers, Jan, "Straddling Law and Politics: Judicial Review in International Law", Macdonald & Johnston (eds.), *supra note 47*, pp. 834-835. 裁判所による司法審査という一層限定的な観点から、どのような内容について審査することができるか、について論じている。

に、立憲主義に「多くを期待すべきではない」と考えている。ここで、立憲主義のパラドックスは再び、上で示した2要素に対応する。すなわち、解釈論レベルにおいて「コントロール」をもち込む立憲主義は「コントロール」を諦めることになるという指摘と、一般理論レベルにおいて「国際法の分裂化」を防ごうとする立憲主義は「国際法の分裂化」を一層進めることになるという指摘である。

これらの点を国際共同体の一体性に関する視点からどのように評価できるであろうか。クラッパースのいう国際法の分裂化に対する立憲主義による対応という図式は、確かに主張されている。例えば、ドゥ・ヴェットは、国連システムをさまざまな機能的レジームを結合するための主要な要素とする萌芽的な国際憲法的秩序があると言う。さらに、結合的役割をになう国連憲章は構造的性質のみならず、実体的性質も有するとして、「国際的な価値システム」との関連性を論じる<sup>96</sup>。クラッパースはこの点について「一定の固定的な価値に一致させることを主張して政治を克服するといった考えは必ず失敗する」と言う。ここに明らかに、対立点が存在する。

これは、政治と法の関係に対する認識の違いに行き着くのであろう。彼は、自らの考える立憲的アプローチがいかなるものかについて、結論部分で次のように述べている。

「立憲的アプローチは、目的が手段を正当化した憲法文書に固定されるべきというテーゼに基づいては機能しない。立憲的アプローチは、政治行動はそれ自体が政治の最終目標であるというテーゼに基づく。政治のためには政治しかありえない。…変化と安定の両方に対して柔軟であることしかし柔軟すぎないこと。さもなければ立憲主義という名の下に全体主義的又は帝国主義的な計画を推し進めるといふ結果になるであろう。」<sup>97</sup>

このような言及は、すでに指摘した、彼の政治の重要性に対する配慮とリーガリズムに対する懸念を反映していると言えよう。それ自体は十分考慮に値すると思われる。しかし、結局のところ立憲主義でもなく機能主義でもない、立憲的アプローチとは何なのであろうか。彼の立憲主義に対して指摘する問題点は個々に首肯できるが、他方で、立憲的アプローチにおける法の位置づけ・役割とは何かについて疑問が残る。また個別の具体的問題に照らすことなく評価するのは困難である。そうした点も踏まえて、以下では、立憲的アプローチにはどのような意

<sup>96</sup> de Wet, Erica, “The International Constitutional Order”, 55 *ICLQ* (2006), pp. 56-57. 彼女は、そのような国際共同体の一体性を支える価値が人権にあると考えているようである。例えば、*idem*, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, 19 *Leiden JIL* (2006), pp. 611-632.

<sup>97</sup> Klabbers, *supra* note 57, pp. 57-58.

味が込められうるかについて、筆者なりに整理してみる。

### 3 立憲的アプローチの記述的意義と処方的意義：分析枠組の模索

国際法学における立憲主義言説は、確かに国際法秩序全体の大きな変化によって誘引されたものである<sup>98</sup>。安保理の活動は、そうした国際法秩序全体に対して大きな影響を及ぼすものであり、本稿が対象とする安保理の憲章第7章に基づく活動が、直接的に立憲主義言説と関連していることは明らかである。国際法学における立憲主義言説は、国際法秩序や統治構造に関わる議論であると考えられるが、国際組織の活動が増大し国際社会の統治（governance）<sup>99</sup>の側面に大きな影響を及ぼすようになってきているという点では安保理の場合も同じである。その意味で、「国際法における立憲主義」において「国際組織における立憲主義」が占める割合は決して小さくはない。

#### (a) 機能主義対立憲主義という対立軸

これまで国際組織の発展を基礎づける考え方が、前節で示した2つの意味における機能主義であったとすれば、そのような考え方に対して立憲主義が提示する新しい視点は、一見したところ、検討する価値があるように思われる。しかし、ここではそれぞれの多義性に留意しておく必要がある<sup>100</sup>。また、立憲主義とはすなわち国内類推に基づくものであるが、このことの危険性にも留意しておく必要がある。

繰り返しになるが本稿では、国内の立憲主義とは異なる緩やかな意味で立憲的アプローチを用いることが適切であるという立場をとる。また、機能主義対立憲主義という対立軸はあくまで分析枠組としてのものであり、実際は重なり合う部分もある。また、ある論点においては機能主義の立場だと思われる論者も、別の論点では立憲主義の立場に属すると思われる場合もありうる。そのことを踏まえたうえで、機能主義と立憲主義それぞれの（ある種極論的な）理念型を想定し、それらに照らしてさまざまな法的問題を検討することで新しい示唆を引き出すことができるのではないかと考えるものである。結論を想定して言えば、この対立軸はそのどちらかをとるべき類のものではなく、むしろ補完的または弁証的な関係にあると言えるであろう。

<sup>98</sup> Helfer, Laurence R., “Constitutional Analogies in the International Legal System”, 37 *Loyola of Los Angeles Law Review* (2003), p. 194. 立憲主義的類推が国際法秩序の抱える問題に対して有益な視点をもたらすとして、立憲主義言説について簡潔にまとめている。

<sup>99</sup> この概念自体、不明確であることは否めない。

<sup>100</sup> これまでに挙げた参考文献だけでも、立憲主義にはどのようなものが含まれるかについて学者の間で統一的な見解が見られないことは明らかである。

(b) 立憲的アプローチの記述的意義と処方的意義

立憲的アプローチについて考える場合には、記述的 (descriptive) 意義 (説明概念としての立憲主義) と処方的 (prescriptive) 意義 (目標概念としての立憲主義) との区別が重要である<sup>101</sup>。概して、記述的意義においては機能主義の占める役割が、処方的意義においては立憲主義の占める役割が、それぞれ大きいと推測できる。しかしこの差異も相対的であり、現状を考察した場合に、立憲主義の記述的意義を認めることも可能かもしれない。要するに、分析の仕方として、記述的意義と処方的意義のどちらの観点から評価を加えようとしているかについて意識しながら行っていくことが重要である。

それでは、立憲的アプローチの処方的意義としてどのようなものを想定しうるのであろうか。例えば、ペーターズは、多様で重層的な立憲主義 (constitutional network) のイメージを整理したうえで、それらの政策的影響として次の3点を挙げている<sup>102</sup>。第1は、広い解釈の余地を残す規範を解釈するさいの指針となることである。具体的にどのような形で指針を示すことになるかは必ずしも明らかではない。しかし、組織法としての解釈に留まらず、国際共同体の憲法としてどのような解釈指針を示すことができるかという点が問題となるであろう<sup>103</sup>。第2は、政治的行為主体による法形成過程へ影響を及ぼしうることである。これは、安保理における適切な代表性の欠如や安保理の権限の法的確定、ICJの司法審査に関係する。これは要するに、国際共同体における制度構築について有益な示唆をもたらすということであろう。そして第3は、国際組織によるグッド・ガバナンスの実現の顕著な失敗を晒す役割を果たすことである。これについては、ボスニア・ヘルツェゴヴィナにおける領域管理が例として挙げられている。これは、安保理が領域の統治をはじめとする国際共同体の統治に関わる場合には、立憲的アプローチが問題性を暴露する機能を果たすということであろう。

<sup>101</sup> 「説明概念」と「目標概念」については、最上敏樹『国際立憲主義の時代』岩波書店、2007年、1-22頁。なお、米国単独主義に対する「国際法の立憲化」(の必要性)という場合には、立憲主義は「抗議概念」とであると説明されている。

<sup>102</sup> Peter, Anne, "Global Constitutionalism Revisited", 11 *Int'l Legal Theory* (2005), pp. 64-68 ; *idem*, "Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", 10 *Leiden JIL* (2006), pp. 579-610。後者の論文では、これらの3点に加えて、国内法との関係についても示唆している。憲法や立憲主義という語を用いる以上、必然的に国内法や国内法における立憲主義との関連も問題となってくるが、ここではひとまず対象外としておく。

<sup>103</sup> 同様にフランクは、"constitution"としての要素が憲章の解釈にも影響を及ぼすと指摘する。しかし、国連の組織法という意味か、国際共同体の憲法という意味か、必ずしも定かではない。彼は、憲章が constitutive instrumentであることを示す性格として、圧倒的永続性 (pervasive perpetuity)、消去不可能性 (indelibility)、首位性 (primacy)、制度的土着性 (institutional autochthony) を挙げる。これらの4つの要素が、通常の契約的な規範的取極よりも、憲法に近接していることを示しているという。「憲章が憲法 (a constitution) か否かは、系統だった相互行動に関する規範が司法機関、政治的機関または事務総長によってなされる解釈のあり方に影響を及ぼす。」Franck, Thomas M., "Is the UN Charter a Constitution?," Frowein, Jochen A., *et al* (eds.), *Negotiating for Peace* (2003), p. 102.

ここで重要な点は、以上の3点を踏まえてみると、ここで言う立憲的アプローチの処方的意義とは、それ自体として実定法解釈における法的効果をもつというよりも、むしろある解釈に対して一定のアンチ・テーゼを示すものであるか、あるいは、ある解釈を補完し、基礎づけることではないかと思われる<sup>104</sup>。

(c) 機能主義の要素

以上の点を踏まえて、まず機能主義の要素をまとめておこう。ポイントは大きく5点に分けられる。第1は、安保理の第7章権限について、黙示的権限ないし機能的必要性を強調することである。ここでは、国際の平和と安全の維持・回復という目的が大変重要な地位を与えられる。一般的な表現を用いれば、「平和」と「法 (justice)」が競合する場合には、安保理は「平和」を優先すべきである、といった考え方である<sup>105</sup>。また、安保理の活動を評価・基礎づけるための基準は、「それらの活動が本当に国際の平和と安全の維持または回復に寄与しているかどうか」ということになる<sup>106</sup>。

第2に、国連憲章と一般国際法の関係について、原則として一般国際法の拘束性を否定する傾向がある。この点は、一般国際法としての慣習国際法は、憲章の枠組または制度的実行を通じて取り込まれる限りにおいて、法的制約となるといった主張において顕著である<sup>107</sup>。この考え方は、機関の実行に対して大きな意義をもたせる考え方<sup>108</sup>にも連なると言えよう。「一般国際法」にどのような意味を込めるかにより、議論に齟齬が生じる可能性はあるが<sup>109</sup>、概して、機能主義に立つ場合には、安保理の任務・機能の達成が重視されるために、政策的考慮や実効性の概念が重視される、とすることはできるであろう。

<sup>104</sup> ベーターズによれば、立憲主義の政策的影響とは要するに正当性の問題である。力の現実の前では、国際法は、せいぜい「象徴的立憲化 (symbolic constitutionalization)」で自らを満足させなくてはならない。Peters, *supra* note 102, (*Int'l Legal Theory*), pp. 66-67.

<sup>105</sup> 少なくとも憲章起草時には、こうした考え方が圧倒的であった。Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Stevens and Sons, London (1950), p. 735.

<sup>106</sup> 例えば、旧ユーゴ国際刑事裁判所を設置するさいに、その正当化根拠としてこの点が頻繁に主張されていた。

<sup>107</sup> このことの正確な意味は、今後の検討で明らかにしていくこととなるが、ここではそうした考えをとる者として、Alvarez, José E., "The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options", de Wet & Nolkaemper (eds.), *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia (2003), p. 127.

<sup>108</sup> 例えば、次のような言明は、基本的にこの立場に連なると考えられる。「…司法的コントロールに対する消極的態度の結果、国際連合の場における憲章の解釈・適用を全体として評価すれば、個別の加盟国の立場に対して、多数派が実権を握る政治的機関の支配的地位は顕著である。…個別国家の抗議にもかかわらず日々の活動・運営における解釈・決定は蓄積され、慣行化していくのである。」佐藤『前掲書(脚注41)』、111頁。

<sup>109</sup> 例えば、第103条の解釈として、慣習国際法を含むのかどうかという論点と、一般国際法としての強行規範を含むのかどうかという論点、さらには一般国際法の存在形式としての慣習国際法という場合の誤謬性など、議論が錯綜する要素は多くある。

第3に、既存のさまざまな制度との関係において、安保理をそれら制度の上位に位置づける傾向がある。この点は、ICJによる司法審査の議論において顕著である。ICJが安保理の決定を覆すことは、安保理に集権的で「排他的な (exclusive)」権限を付与する集団安全保障体制を脆弱化することにつながるという考え方である。別言すれば、コントロールの観点からは、国際組織における権力分立を否定し、自己監査 (self-censorship) に留まるという考え方<sup>110</sup>である。記述的意味においてこの点を基礎づけるのが、ICJにおいて発展してきた「有効性の推定」論であると考えられる。

第4は、第3の点の別の側面であるが、国々との関係において加盟国の最終手段に訴える権利を否認すること<sup>111</sup>である。同様に、安保理の集団安全保障体制の根幹は、その集権性にあるため、加盟国が安保理決定の違法性を独自に判断してその履行を拒否することは、機能の遂行という観点からは絶対に認められない、ということになるであろう。

最後に、国際組織の一般理論レベルにおける機能主義の観点からは、機能別 (問題領域毎) のレジームの並存が大前提とされる。それぞれのレジームには、それぞれの機能に則した任務の遂行が期待され、他のレジームの機能は原則として考慮されない<sup>112</sup>。他方で、各レジームの機能は「黙示的権限」や「機能的必要性」を梃子に拡大傾向にあり、その結果として他のレジームの機能と重なり合う可能性が大きくなる。そのような状況においても「国際法の分裂化」の観点からは、各レジームが異なる決定を下すことで他のレジームの機能を害することには必ずしもならないという意味で、司法機関の増大には肯定的である<sup>113</sup>。これらの点は、上の第3、4の要素を制度的・理論的に支える視点であると言えよう。

#### (d) 立憲主義の要素

機能主義の要素で挙げた5つの点に対応する立憲主義の要素は、次の通りである。第1は、権限の基礎づけとしての国際共同体の利益・価値とそれに基づく法的コントロールの必要性を重視することである。その背景には、共同体の利益・価値の保護・実現のために安保理の第7章権限を有効に活用しようという考えがある<sup>114</sup>。国際の平和と安全の維持または回復という目的

<sup>110</sup> 上で検討したロッカビー事件の先決的抗弁判決におけるジェニングス判事とシュヴェーベル判事の反対意見を代表例として挙げることができよう。Supra note 32.

<sup>111</sup> Delbruck, Jost, "Article 25", Simma, Bruno *et al* (eds.), *The Charter of the United Nations : A Commentary 2nd ed.*, Oxford Univ. Press (2002), p. 459.

<sup>112</sup> 例えば、「国連は人権諸条約の当事者ではないから直接拘束されることはない」とか、「EUと国連はそれぞれ別個の法人格をもつ国際組織であり、他の国際組織に属する裁判所の下した決定に拘束されることはない」、といった言明はこの要素に連なると言えるであろう。

<sup>113</sup> しかし、司法機関の増大に肯定的である理由は、むしろ、司法化によって紛争解決が促進されるから (そのことの是非は置いておくとして) であるとか、規範論理として「抵触」の可能性は少ないといった点にあることに注意が必要である。

<sup>114</sup> 代表的論者はトムシャットであろう。Tomuschat, Christian, "International Law : Ensuring the Survival of

の観点からではなく、保護・実現しようとする国際共同体の利益・価値の観点から、活動内容を評価しようとする<sup>115</sup>。その論理的帰結として、機能主義とは対照的に、「平和」と「法」が競合する場合には、「法」つまりは保護すべき利益・価値が優先される、ということになるであろう。

第2に、憲章と一般国際法の関係については、一般国際法とりわけ強行規範による制約を強調する。さらに、憲章に基づく制度的実行に取り込まれる形ではなく、一般国際法がそれ自体で自律的効果<sup>116</sup>をもつ制約として把握される。ここでは、国際法の階層性をどのように捉えるかがポイントとなる。また、安保理が国際共同体の統治に関与するようになっていることについて、国内統治において適用される基準が厳格に適用されるべきということになる<sup>117</sup>。

第3に、既存のさまざまな制度との関係では、ICJによる司法審査に重点がおかれる。極端な場合、国内法類推に基づいてICJの安保理決議を無効とする権限が想定される。その前提として、無効や法的責任の制度、権限超越論の確立が目標とされる。ICJ以外の諸制度・機関との関係においても、権力分立の観点からの評価に重点がおかれる。

第4に、国々との関係においては、加盟国の最終手段に訴える権利を肯定する傾向が強い。齟齬を恐れずに言えば、機能主義が安保理の集団安全保障体制の実効性を重視するのに対して、立憲主義は安保理による人権侵害等の不正義を回避することを重視する<sup>118</sup>。安保理による不正義が存在する場合には、加盟国が独自に判断して決議の履行を拒否することが認められるという考え<sup>119</sup>がある。

最後に、国際組織の一般理論レベルにおける立憲主義の観点からは、「国際法の分裂化」に対する強い危惧があり、そのことへの対応として立憲主義が想定される<sup>120</sup>。具体的には、諸制度

Mankind on the Eve of a New Century”, 281 *Recueil des cours* (1999), pp. 78-80, 89. See also Johnstone, Ian, “Legislation and Adjudication in the UN Security Council : Bringing Down the Deliberative Deficit”, 102 *AJIL* (2008), p. 275 *et seq.*

<sup>115</sup> 例えば、Gowlland-Debbas, Vera, “The Functions of the United Nations Security Council in the International System”, Byers, Michael, (ed.), *The Role of Law in International Politics ; Essays in International Relations and International Law*, Oxford Univ. Press, New York (2000), pp. 286-288.

<sup>116</sup> オラクラシヴィリによれば、自律的効果とは、憲章や条約の解釈を通じての適用とは区別され、強行規範が直接的にそして即座に安保理の行為に対して適用されるという意味である。Orakhelashvili, Alexander, “The Impact of Peremptory Norms on Interpretation and Application of the UN Security Council Resolutions”, 16 *EJIL* (2005), pp. 69-70

<sup>117</sup> 例えば、Brownlie, Ian, “The Decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of Law”, Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Kluwer Academic Publishers (1993), pp. 95-97.

<sup>118</sup> 近年の、狙い撃ち制裁においてリスト化された個人の人権侵害に関わる問題が典型例である。拙稿「国連安全保障理事会による国際テロリズムへの対応—狙い撃ち制裁をめぐる法的問題に関する一考察—」『国連研究』第9号、2008年、133-156頁。

<sup>119</sup> de Wet, *supra note* 33, p. 378 *et seq.*

<sup>120</sup> *Fragmentation of International Law : Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN. 4/L. 682, 13 April 2006, pp. 166-206. 国際法規範の階層性の観点から第103条、強行規範、対世的義務の関係を考察したうえで、結論として次のように述べている。「…法は体系的技術であり、上位および下位規範に関する議論は、『立憲化』や分裂化について熟慮するための豊穡な基盤たり続けている。国際連合憲章第103条が、確かに他の国際法の部分に対する憲章

の拡散に対しては、国連を中心とする国際共同体の一体性が、そして規範の分裂に対しては、客観的国际法による統合が想定されることとなるであろう。

こうして、国際組織、とりわけ安保理における立憲主義の目的は、大要次の2点に収斂されることとなる。すなわち、権力の抑制と規範的一体性（unity）である<sup>121</sup>。前者については、安保理の統治に関わる機能をいかに法に基礎づけるかという問題であり、そこで言う法とは第一義的に憲章に規定された諸規範である。他方で、機能主義の立場に立てば憲章とは国連の組織法であり、他の国際組織の組織法ではない。その意味で、同じ活動に携わる場合に国連の組織法と他の国際組織の組織法が異なる可能性が生じる。後者は、そうした問題への対応として想定される。「国際共同体の利益・価値」といった概念には、この規範的一体性を基礎づける役割が期待されているのである<sup>122</sup>。

## V 結びにかえて

本稿では、ロッカビー事件が提起した問題点を再確認したうえで、国際社会における国際組織の位置づけという一層広い視野から安保理の第7章に基づく活動を捉え直すための視点を探った。上で検討したように立憲的アプローチの可能性を示すいくつかの重要な要素は確かに存在する。しかし、国内法に起源をもつ立憲主義という考え方の多義性と、そうした考え方を国際社会にもち込むことの困難性を反映して、あらかじめ一定の理念型を想定し、それに適合しているかどうかといった点から評価を行うことには困難を伴う。上で提示した機能主義と立憲主義のそれぞれの要素を意識しつつ、さまざまな法的論点を検討したうえで、安保理の第7章

---

の階層的に高い地位を示唆している一方で、ユス・コーゲンスの真の観念は、国際連合における政治さえもが『立憲的な』限界に遭遇しうることを示唆しているのである。もちろん、もはやユス・コーゲンスの概念に対する一貫した意味のあるチャレンジは存在しない。実際の論争は、その内容の確定に関するもの、とりわけいくつかの行動あるいは事件の性格づけに関するものである。この場合、すべては政治的選好の展開に依存する。それにもかかわらず、この概念の重要性は、実際に『適用されている』といった形においてではなく、むしろ（当該の行動や事件について）論争可能性があるというシグナルや制度的な意思決定の限界づけとしてありうる。その限りにおいて、この概念は国際法の分裂化問題の程度を緩和するのである。」（強調および（ ）内は、筆者） p. 206.

<sup>121</sup> 同様の整理の仕方をするものとして、Werner, Wouter, “The never-ending closure: constitutionalism and international law”, Tsagourias, Nicholas, (ed.), *Transnational Constitutionalism*, Cambridge Univ. Press (2007), pp. 348-353.

<sup>122</sup> 「国際共同体全体の利益・価値」の概念は、必ずしも実定法上確立している概念ではないが、純粋に学問上の、またここで言う処方的意義に留まるものではない。この点は、別稿で論述していくこととなるが、立憲主義の基礎となる概念として大変重要である。さしあたり、ICJの判決や意見においてもさまざまな形で表明または示唆されている概念であることを確認しておけばよいであろう。Gowlland-Debbas, Vera, “Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community”, Muller, A. Sam, et al (eds.), *The International Court of Justice : its Future Role after Fifty Years*, Martinus Nijhoff (1997), pp. 327-366.

に基づく活動に立憲的アプローチという視点が必要か、その内実はどのようなものか、さらには立憲的アプローチの問題性ないし課題は何かについて最終的に明らかになればよい、と考えられる。その意味で、本稿で提示を試みた立憲的アプローチという視点は、今後の検討によって得られる結果をフィードバックすることによって具体化されるであろう。本稿は、そうした課題に取り組むためのささやかな出発点を設定するものである。

## Some Preliminary Observations on the Constitutional Approach to the UN Security Council

Masami MARUYAMA

(Department of Law, Economics and Public Policy,  
Faculty of Literature and Social Sciences)

The practices of the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter have indicated its changing character since 1990s and provoked a controversy on how and where the Security Council is in the international legal order. In addition, it has constantly been questioned what, if any, are the limits to the possible evolving mechanism embedded in the Security Council as one of the organs of an international organization. Traditionally, activities and functions of international organizations have been evaluated from the point of a dichotomy between the effectiveness and expansion of powers of international organizations, on the one hand, and state sovereignty of member states, on the other. This dichotomy, however, seems to show its limitation as an analytical framework in current international society.

This article, at first, revisits the Lockerbie incident and reconfirms the issues posed there in order to seek a perspective so that we could re-evaluate the Security Council's Chapter VII activities. Then, this article moves forward into the general issue on the law of international organizations; the concept of "constitution" and the "constitutionalism" discourse. Particularly, the thesis suggested by Jan Klabbers — "Constitutionalism Lite"— is focused on as a basic plan for our attempt to seek this perspective. In conclusion, this article tries to take a "constitutional approach" as its perspective based on the dichotomy between "functionalism" and "constitutionalism".

Although this article will take a central position between both dichotomies, constitutionalism will receive more emphasis overall. One of the reasons for this approach is that constitutionalism as a domestic analogy cannot be fully applicable to the current international society. In spite of this presupposition, constitutionalism in international organizations will be largely suggestive when we reconsider the Chapter VII powers and its legal control mechanism, and furthermore, the position of the UN Security Council in the international legal order. In addition, it is important to analyze the various legal issues related to the Security Council systematically and comprehensively from the constitutional approach based on the distinction between a descriptive sense and a prescriptive one. This is the task hereafter.