



国际立法

—国际法的法源论—

International Lawmaking

- Sources of law in international law theory -

[日]村瀬信也◎著

秦一禾◎译



中国人民公安大学出版社



中国青年政治学院学
术著作出版基金资助

国际立法

——国际法的法源论

[日]村濑信也 著
秦一禾 译

中国人民公安大学出版社
北 京

著作权合同登记号 图字：01 - 2008 - 0293

图书在版编目 (CIP) 数据

国际立法：国际法的法源论/ (日) 村濑信也著；
秦一禾译. —北京：中国人民公安大学出版社，2012. 4
ISBN 978 - 7 - 5653 - 0327 - 2

I. ①国… II. ①村…②秦… III. ①国际法 -
立法 - 研究 IV. ①D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 014211 号

国际立法——国际法的法源论

[日] 村濑信也 著

秦一禾 译

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：100038

经 销：新华书店

印 刷：北京蓝空印刷厂

版 次：2012 年 4 月第 1 版

印 次：2012 年 4 月第 1 次

印 张：25.25

字 数：634 千字

开 本：787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 数：0001 - 1000 册

书 号：ISBN 978 - 7 - 5653 - 0327 - 2

定 价：88.00 元

网 址：www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱：zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话：010 - 83903254

读者服务部电话 (门市)：010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购)：010 - 83903253

公安业务分社电话：010 - 83905672

本社图书出现印装质量问题，由本社负责退换
版权所有 侵权必究

译者序

我是在 2007 年年初认识村濑信也先生的。

2005 年，我从名古屋大学毕业之后，2007 年又作为庆应大学访问学者再次回到日本学习。当我在名古屋大学攻读博士学位期间就开始阅读村濑先生撰写的论文，在所能寻找到的范围内，我全部收集，仔细阅读。那是一种幸福和精神满足的感觉。当我带着当时的幸福感，再次寻找村濑先生新的论文时，我发现了他的著作——《国际立法》，并且发现先生所在的大学——上智大学，就在离庆应大学不远的东京都千代区，于是我给先生写了一封 E-mail，希望能够得到一个认识先生的机会。第二天我就收到了先生的回信，我们很快就在他的办公室见面了。与我通过他的论文所感受到的学者的风度一样，严谨的逻辑，渊博的知识，幽默、风趣的谈笑，开朗的性情，单纯但却成熟的人格，宽宏大量的胸怀，不愧为国际闻名的国际法学者。

我告诉先生，从我读博士学位的时候，就开始研读先生的著作，现在我非常想将先生的著作介绍给中国的学者。村濑先生爽快地答应了我的请求。从那天开始，在日本的一年半时间里，开始翻译，并且跟着先生学习，受益匪浅。那段时光是我无法用语言所能描述的。

村濑先生曾师从日本著名的国际法学者山本草二教授、石本泰雄教授。继他们之后，成为日本著名的国际法学者。

村濑先生 1972 年就职于立教大学。1976 年在哈佛大学作为为期两年的访问学者，师从美国的著名国际法学者巴克斯(Baxter)先生，并开始国际立法的研究。

1980 ~ 1982 年，出任联合国国际法委员会立法法法官。

1993 年至今，为上智大学法学部教授，从事国际法的教学和研究工作。

2009 年，再次担任联合国国际法委员会委员。

村濑先生的学术观点以现实的、实证主义的哲学为基础，对国际法上的问题的分析深刻而全面。作为学者所提出的建设性的建议是理性推论的结果，是从全人类的发展为出发点，而并非是对某一个国家、某一个民族的个别利益、政治立场的代言。所以受到日本国内、国际的重大关注。需要说明的是，在本书中，涉及“朝鲜战争”、“北约轰炸前南斯拉夫”以及“朝核”等问题，因为是简单的涉及，并非是对这些问题的论证，所以作者只以当时在国际社会通行的用法使用，不存在与我国国际立场相悖的观点。

村濑先生与中国的友好关系始于 20 世纪 80 年代。最重要的一次来访是 2009 年 10 月出席的海牙国际法学院第 36 期海外讲习班，村濑先生作为该讲习班的教授，他的学术观点受到出席该讲习班的中国学者的关注与肯定。当大家知道《国际立法》将要在我国大

陆出版、发行时，兴奋的同时带有更多的期待。作为译者，我希望我的翻译能够准确地传达村濑先生的学术观点，并期待这样一位著名的学者能够被更多的中国学者、同仁认识，同时也期待村濑先生的学术观点早日能与中国大陆学者的观点形成更加广泛而深入的交流。

译者

2011年7月26日

前言

对后代而言，我们生活过的 20 世纪在国际法的历史发展中可以说是国际立法启动和进展的划时代的世纪。回顾黎明期以来近代国际法迈出的一步，我们经历了到 18 世纪为止的以自然法为主导的世纪，而进入一个将国际法作为实定法确定的 19 世纪。在这样的历史潮流中，对国际法而言的 20 世纪，以海牙和平会议上确立的战争法、国际纠纷处理法的立法为开端，经历了 20 世纪 20 年代在国际联盟主持下的国际法典编纂事业、五六十年的海洋法、外交关系法、条约的法典化以及宇宙法的制定，再经过从 70 年代到 80 年代初的国际海洋法公约的制定后，从 90 年代至今确立了新的国际贸易法、国际环境法。今天我们迎来了新世纪的开端。

本来 20 世纪国际立法的尝试并不都是辉煌的成功，相反，可能失败与破绽的教训更多。即便是在克服巨大困难条件下完成的立法工作，作为被世界各国所接受的国际社会的法律，发挥其机能仍然不能保证。即便这些法律被采用，也可能在许多国家不予批准，即便批准，在国内不履行而搁置的立法条约的事例也不少见。过去一个世纪，国际立法的光和影真实地反映出通过那个时代的世界各国的希望与期待，同时也反映出挫折与失望。许多残存的课题期待新世纪的下一代来继续研究。

本书尽可能实证性地把握国际立法的现象，努力在理论上使其体系化。以这种意图为基础，在努力确立国际法学上的、应该称为“国际立法学”的相对独立的一个学科的同时，力图论证其固有的对象和方法的存在性。当今，可以说国际立法已经达到质与量双重的高度，为了论证以上的观点，单纯地作为事实现象叙述是不够的。国际立法的存在基础无论如何必须在国际法的法源中寻求，我认为这才是解决这类问题的最基本的方法。尽管现代国际法的法源存在激烈的动摇，但是，这种动摇要求展开国际立法问题的关键点正是本书的出发点。

因为 1972 年我在东京大学法学院博士论文的最初的研究是关于《最惠国条款论》中“条约与第三国”的课题，加之 1974 年 7 月后的两年在美国哈佛大学法学院的访问研究，所以越来越关心条约的国际习惯法的效力、国际法的法典化的问题。从 1980 年 5 月开始的两年间，担任联合国总部法务局法务官。在法典化部门承担国际法委员会、联合国大会第六(法律)委员会的工作，时间虽然较短，但是获得了提高国际立法实践能力的机会。之后，多重探讨了国际经济法、宇宙法、国际环境法各个领域的立法过程。本书是为了总结之前大致的经历，收集到目前为止发表的相关论文，进行必要的修正后而出版的。曾经犹豫是否以单行论文集的形式出版，但是所收集的各篇论文因为都在以一贯不变的观点下执笔而成。就总体而言，有幸能作为对现代国际法学的问题提出，认为可以现在的形式出版。与本书大致相同时期出版的拙著《国际法的经济性基础》(有斐阁，2001 年)，也请诸位读者一起批评指正。

在本书出版之时对诸多的良师、先辈、同仁以及朋友，特别是在东京大学大学院时代给予了我无私帮助的导师高野雄一老师予以衷心的感谢。从接受国际基督教大学最初的国

国际法教育以来，山本草二教授对我而言是我学术生涯的启蒙老师，从老师那里得到的学恩难以用言语表达至尽。在美国哈佛大学留学期间能够有幸在巴克斯（Richard R. Baxter）教授指导下学习是确定之后研究方向的重要契机；在哈佛大学还受到访问研究中的京都大学太寿堂鼎教授的亲身指导。关于国际立法的实践，得到了以国际立法委员会的委员为首的联合国事务局各位先辈、同仁以及外交部条约局诸位先生宝贵的启示。在国际法学会也得到了诸位老师们理论方面的助言。更不能忘记上智大学的石本泰雄教授、国际法院法官小田滋法官、庆应艺塾大学的中村洸教授、关西大学大学院的小川芳彦教授，在我研究上给予的宝贵的启发。最后，也想记下数十年来，在国际立法研究的自由开阔讨论中得到锻炼的感激之情。

因为东信堂下田胜司社长几年前就热心地劝我出版本书，尽管自己也认为自不量力，但还是接受了社长的好意，应该特别表示感谢。本书的计划、校正除了得到东信堂二宫义隆先生、向井智央先生很大的帮助之外，在校正和索引上也得到上智大学大学院水田周平先生、岩石顺子小姐的援助，在此表示衷心的感谢。

村瀬信也

2002年1月1日

目 录

前言	1
略记表	1
第1章 法源论的诸相——序论性考察	1
第1节 现代国际法法源论的动摇——国际立法论的前提考察	1
一、问题的提起	1
二、现代国际法法源的相对化倾向	7
三、“软法”概念和它的问题点——“法”与“非法”的相对化	11
四、法源论的动态——国际立法的展望	18
第2节 日本国际法法学法源论的诸相	19
一、序	19
二、近代日本国际法法源论的展开	20
三、现代法源论的意义和课题	28
四、小结	32
第2章 条约和国际习惯法	34
第1节 条约规定的国际习惯法的效力——关于作为国际习惯法证据的条约规定的援用	34
一、问题所在	34
二、作为国际习惯法证据的条约惯行	37
三、作为国际习惯法证据的法典化条约	45
四、小结	51
第2节 《维也纳条约法公约》第38条的意义	52
一、序	52
二、条约对第三者的效力与国际习惯法的效力——从最近的问题状况出发	53
三、《维也纳条约法公约》第38条起草的背景和解释对立上的诸相	55
四、《维也纳条约法公约》第38条规定的意义	59
第3节 国内法院对国际习惯法的适用	61
一、序	61
二、关于国际法的国内适用的各国法制	63
三、日本法院对国际习惯法的适用	71
四、小结	78
第4节 西伯利亚拘留诉讼与国际习惯法	80
一、关于国际习惯法成立与否的认定——围绕西伯利亚拘留诉讼一审判决	80

二、《西伯利亚拘留补偿请求事件》控诉审判决	86
三、《西伯利亚拘留补偿请求事件》的最高法院的判决	91
第3章 国际立法的存在基盘	92
第1节 国际立法学的存在证明	92
一、序	92
二、国际立法论的历史系谱	93
三、现代国际立法的多元性展开	97
四、对国际立法过程论的展望	102
第2节 国际法委员会在立法过程中存在的诸问题	104
一、序	104
二、动议(课题的选定)	108
三、草案的准备和定式化	114
四、采用(最终形式)	118
五、采用后的问题	121
六、小结	122
第3节 《联合国海洋法公约》和国际习惯法——“国际立法”的自相矛盾	123
一、序——问题所在	123
二、《联合国海洋法公约》的“包括性”和国际习惯法的“自生性”	126
三、《联合国海洋法公约》的诸规定和国际习惯法	131
四、小结	138
第4章 国际立法的展开	142
第1节 新国际经济秩序和国际立法过程	142
一、序	142
二、国际立法的现状	143
三、新国际经济秩序的立法过程	144
四、小结	148
第2节 GATT 的立法过程	148
一、序	148
二、GATT 上的法的制定	149
三、GATT 上的意见分立及其克服	153
第3节 外层基地协定的成立和发展	154
一、问题提起	154
二、外层基地的法的性质	157
三、外层基地活动的法规则	162
四、外层基地计划与日本的对应	166
第5章 国际环境立法	172
第1节 国际环境领域的法的侧面——条约义务的履行确保	172
一、序	172

二、国际环境领域的原初状态	174
三、国际环境领域的现代的展开	176
四、国际环境领域上的国际法和国内法的关系	179
五、小结	181
第2节 国际环境法的国际经济法的视角	182
一、序	182
二、国际环境法的展开	183
三、国际环境法的履行和国家的“管理”	184
四、国际环境立法	186
五、小结	188
第3节 关于地球环境保护的国际立法过程的诸问题	189
一、序	189
二、多国之间的合意形式与它的机能	189
三、一般性义务和国家主权的裁量	190
四、与国家经济主权之间的调整	191
五、非缔约国之间的关系	192
六、小结	194
第4节 海洋环境的保护和国际法	195
一、序	195
二、关于海洋环境保护的“一般性义务”的意义	196
三、关于海洋污染问题的推移和国际法的对立	197
四、关于海洋环境保护的国家的“保证责任”	198
第5节 国际环境法上的国家管理责任——围绕多国籍企业的活动和管理	201
一、序	201
二、多国籍企业的环境损害和民事责任	202
三、多国籍企业的活动和国家责任的转换	206
四、现代国际环境法上的国家管理责任的具体性问题	210
五、小结	213
第6节 GATT 和环境保护	214
一、序	214
二、GATT 的一般性例外条款和环境保护	214
三、国内措施和 GATT 之间的整合性	218
四、生产规制和 GATT 之间的整合性	220
五、单方国内措施与其对抗力	222
六、小结	224
第6章 国际立法和纠纷处理	226
第1节 国家管理权的单方行使与对抗力	226
一、序	226

二、国际法上对抗力的概念	228
三、纠纷处理程序的实效性和对抗措施	232
四、对抗力和国际法的形成	235
第2节 国际组织的单方措施和对抗力	
——围绕《联合国宪章》第7章的军事措施的容认	236
一、序	236
二、概念的整理	237
三、联合国和平维持活动的法的性质	241
四、根据《联合国宪章》第7章的军事性措施	244
五、小结	249
第3节 关于武力不行使的《联合国宪章》与一般国际法之间的适用关系	
——围绕 NATO 的南斯拉夫空爆的讨论为线索	250
一、序	250
二、关于 NATO 空爆的法评价的诸见解	254
三、对《宪章》违法论的前提性批判	257
四、一般国际法上的 NATO 空爆的评价	263
五、小结	267
第4节 国际纠纷中的“信义诚实”原则的机能	
——以国际范畴中缔约国异议提出的程序为中心	267
一、序	267
二、概念框架的再探讨	270
三、异议提出程序的样态	274
四、异议申立的意义和性质	279
第5节 原子能和平利用的国际领域的法构造	
——IAEA 保障措施的地位和机能	280
一、序	280
二、原子能和平利用的国际领域的构造	281
三、IAEA 保障措施的地位和机能	283
四、国际领域的实效性 with 脆弱性	287
五、小结	291
第7章 国际立法与国内法	292
第1节 围绕《联合国气候变化框架公约》的履行问题	292
一、序	292
二、环境税和国际性调整	293
三、共同实施的国际性展开	296
四、关于《京都议定书》与 WTO 诸规则之间的整合性问题点	300
第2节 关于海洋构造物的《联合国海洋法公约》规定与国内法	305
一、序	305

二、海洋构造物的法的地位	305
三、海洋构造物的建设和许可权限	306
四、海洋建筑物的利用及其规制权限	307
五、国内法的适用标准	308
六、关于安全区域设定的问题	309
七、关于海洋构造物拆除的问题	309
第3节 外层关系诸条约的履行与国内法	310
一、围绕民间外层活动的美国法制	310
二、日本“外层和平利用”概念的接受及问题点	322
 事项索引	 329
人名索引	377
案例索引	383
条约、联合国决议、其他索引	387

略 记 表

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AIDI</i>	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>BYBIL</i>	<i>The British Year Book of International Law</i>
<i>ICJ Reports</i>	<i>International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
<i>JAIL</i>	<i>The Japaneses Annual of International Law</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international</i>
<i>JWT (L)</i>	<i>Journal of World Trade (Law)</i>
<i>LNTS</i>	<i>League of Nations Treaty Series</i>
<i>PCIJ Series</i>	<i>Permanent Court of International Justice, Publications, Series</i>
<i>Proceedings of IISL</i>	<i>Proceedings of the International Institute of Space Law</i>
<i>Recueil des cours</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>UNTS</i>	<i>United Nations Treaty Series</i>
<i>UNCLT Official Records</i>	<i>United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records</i>
<i>Yearbook of the ILC</i>	<i>Yearbook of the International Law Commission</i>
<i>ZaöRV</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht Völkerrecht</i>

第1章 法源论的诸相——序论性考察

第1节 现代国际法法源论的动摇——国际立法论的前提考察

一、问题的提起

1. 国际法法源论的动摇

在国际法的变革时期，也可以说成是在“法源论再探讨”的时期，恰逢国际社会的构造发生根本性的变化，这些变化迫使国际法从国际法学的层面上，提出对其既有的法源的疑问，阐述对它再构造的必要性¹。20世纪70年代后期，国际法学界的动向确实反映了这样的状况。即便从在此期间出版的诸多的论著²、国际法学会（Institut de droit international）³以及国际法协会（International Law Association, ILA）⁴等的活动来看，也可以感到再探讨国

¹ 在国际社会中产生构造性变动的情况下，国际法亟待解决的首要问题是所谓的“主体论”，即对新参加国际社会的新兴诸国（19世纪的中国、日本、土耳其等，第二次世界大战后的亚洲、非洲等诸国）是否承认其在国际法上的主体性地位。如果承认新兴诸国的法主体性，那么就有不能适应新状况的各个规则的“和平性变更”（如果原本19世纪的非西欧诸国的情况只是单纯地接受既存的国际法，那么就没有要求变更的力量）。归根结底，其结果就会碰到国际法的“法源”问题，就会开始要求对“法源论”的再探求。高野雄一·太寿堂鼎《国际社会的法变动》，小林直树编，《现代法的展开》，岩波讲座·现代法I，1965年（高野雄一·太寿堂鼎「国際社会における法変動」、小林直樹編「現代法の展開」岩波講座・現代法I、1965年）第279-357页参照。关于苏维埃国际法参照内田久司《和平共处与现代国际法》，高野雄一编《现代法与国际社会》，岩波讲座·现代法XII，1965年（内田久司「平和共存と現代国際法」、高野雄一編「現代法と国際社会」岩波講座・現代法XII、1965年）第256-259页。G.I. Tunkin, “Co-existence and International Law”, *Recueil des cours*, 1958-III, pp.9f. 参照。关于亚洲·非洲诸国的态度参照T.O. Elias, “Modern Sources of International Law”, W. Friedmann et al., eds., *Transnational Law in a Changing Society* (Essays in honor of Philip C. Jessup), 1972, pp.34-69.

² 当前参照 G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, Bibliography.

³ 国际法学会自1978年以来区别了“具有法的性质的国际文书与没有法性质的国际文书”之间的关系，实行了对 La distinction entre texts internationaux de portée juridique et texts qui en sont dépourvus 的探讨。在1983年的剑桥大会上，蒂瑞利（M. Virally）教授总结出了概括性的报告（*Annuaire de l'Institut de droit international*, tome 60- I, II, 1983, 84）。而且，在同学会上，自1975年以来，关于“一般的多边条约以及具有规范性机能或者目的的非契约性文书的形成”（L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative）的讨论还在继续之中，1984年，斯库彼兹威克（Krzysztof Skubiszewski）教授提出了以联合国大会决议的地位为中心的中间报告（*Annuaire*, tome 61- I, 1985）。

⁴ 国际法协会（International Law Association）在1984年的巴黎大会上，带入了关于“国际法规则的形成”（Formation of the Rules of International Law）观念，进行了对法源、法与非法、强行规范、条约与习惯法的关系、软法以及法源论研究的方法论上的问题极其有益的探讨。ILA 在此之后，设置研究这个课题的委员会继续对此进行研究。在这个委员会发言中值得注意的是指出了讨论法源论时的方法观点的确定比任何都更重要的观点。首先，英国的莫里斯·门德尔松（Maurice Mendelson）教授认为必须区别三个观点。即（1）关于立法过程中的诸要素从客观性的观察者（detached observer）的立场来考察；（2）将法的存在作为司法过程中公平的“第三者性的判断者”（third party decision-maker）来阐述的立场；（3）“规范的接受者”（addressees of the norm）的立场。具体地讲，是从各国政府的政策担当者的观点来确定。荷兰的鲍斯（M. Bos）教授也认为，正因为方法论立场的明确化，才是讨论法源论情况的前提条件，尤其是，法的消费者（consumer），即，强调必须正确区别是从接受法的适用立场讨论法源论还是从法的生产者（producer），即制定者的立场来讨论法源论之间的关系。村瀬信也《国际法协会第61次巴黎大会报告，国际法规则的形成》，《国际法外交杂志》第83卷第6号，1985年（村瀬信也「国際法協会第61回パリ大会報告・国際法の形成」『国際法外交雑誌』83巻6号、1985年）第113-114页。

际法法源论的呼声的高涨。关于“法源”的意义以及变迁在后面章节具体论述，这里我仅仅想提示一下最近的法源论的动摇在目前存在以下两个契机：一是围绕“条约和国际习惯法的关系”的问题的展开，二是所谓的“软法”概念的提出。

关于第一点，历来作为相互独立的法源存在的条约和国际习惯法之间的关系，近来由于两者之间相互渗透的结果显示了两者之间相对化的倾向。基于这样的认识，提出一个极其重要的问题，即这种相对化的现象对国际法体系给予什么样的冲击呢？作为这个争论的起端，众所周知，是1969年《北海大陆架事件》的国际法院的判决。⁵于是，从正面提出了条约（所谓的法典化条约）中的习惯法“宣言”以及通过条约的习惯法的“创设”可能性问题。而且，同年在维也纳采用的《条约法公约》第38条规定“条约的习惯法的效力”，⁶关于该条约内容的讨论注意力也集中在关于条约和习惯法的相互作用上，关于两者之间的关系问题引起了广泛的关注。

在19世纪以来的传统的国际法体系下，条约和习惯法一直作为相互独立的法源而存在。对两者之间的关系，传统的观念认为它们就像一部车辆的两个车轮那样各行其道，在互不交错的轨道上自始至终展开自己的功能作用。假如两者之间由于抵触相互的效力关系产生问题，一般用一般法（国际习惯法）与特别法（条约）的关系上存在的特别法优位的原则来解决。然而在现代国际社会，作为一般法的习惯法的机能，不仅发生了相当显著的变化，而且，与此相伴随向习惯法的个别化（近似条约）或“条约的非条约化（近似习惯法）”的方向迈进，国际法传统的两个法源的区别正在走向相对化。并且，条约和习惯法的这种相互浸透和相互作用，与其说是纯化、强化了它们各自的功能和作用，不如说是通过这样的相对化导致了各自规范的稀薄化，其结果是产生了国际法体系的龟裂和间隙。

关于法源论动摇的第二个背景，与所谓的“软法”概念的提倡有关。这个概念是没有作为条约或国际习惯法的地位的形式性国际文书，亦是在形成过程中的未成熟规范的总称，是补充历来国际法法源论的资料。这种“软法”的提倡大概有以下两个事态可成为它的契机。一是1974年联合国大会上与“新国际经济秩序（NIEO）”相关联的决议，尤其是采用了《各国经济权利义务宪章》（第29届联合国大会决议3281号）。二是1975年《赫尔辛基会议最终议定书》⁷的采用。虽然这样的文书必然不具有与条约相同的地位，但多数学者仍然主张对这些文书应当承认有比单纯“劝告”或“道德制约”有更强的拘束力。

“软法”的提倡，就这样通过积极地捕捉在“法”与“非法”之间的中间地带或者在这个灰色地带产生的规范和以潜在在引起既存法源的各种各样的间隙或欠缺的意图为基础的概念。的确，在变革过程中的法领域，由于新规则的迅速形成存在困难，往往首先用“软法”形式的文件抽象性地承认这些原则，然后，通过国家惯行的积累，将成熟的“软法”凝固、结晶化为“硬法”。从这种观点看，“决议”、“宣言”、“纲领”等可定位于未来国际法形成的前阶段，从所谓法社会学的观点看，“决议”、“宣言”、“纲领”作为“软法”范畴的概念，在这个限度内也大致可以承认。但是另一方面，必须指出这种概念的导入引

⁵ ICJ Reports 1969, pp.4-45. 详细参照第2章。

⁶ 《条约法公约》第三部第4节虽然设置了关于“条约和第三国”第34条以下的规定，但是第38条中却有如下的规定“条约所载规则由于国际习惯法而成为对第三国有拘束力”。围绕这个规定的争论，参照第2章。

⁷ International Legal Materials (ILM), vol.14, 1975, pp.129f.

起了国际法上“法”与“非法”界线的暧昧性，纵容了“灰色地带”无限制地扩大，其结果是孕育了导致国际法规范体系本身脆弱化的危险性。

综上所述，国际法的法源论近年来出现了根本性的动摇，毋庸置疑面临一个重大“桎梏”。首先，通过条约和习惯法既存的两个法源之间的相对化，表示着正在呈现历来的国际法体系的欠缺状态所产生出来的诸相。而且，法源论的这种动摇，作为通过“软法”概念提起的“法”与“非法”的相对化，对国际法的规范性来讲，也以更加深刻的形式表现出来。这样的现代国际法法源论，必须对能否克服以上所述的二重意义上的相对化倾向的课题作出回应。

2. 国际立法论的准备

如上所述，国际社会一方面强调了再探讨法源论的必要性，另一方面，国际社会近年来也广泛地认识到，整顿国际法在订立过程中的重要性。众所周知，1947年设立的国际法委员会(International Law Commission 以下简称 ILC)，为了国际法的法典化和逐步发展，作为中心机构设立的该委员会实施了海洋法、外交法、条约法等不同领域的法典化草案的起草工作，多数的条约已被采用，并且生效。不仅是 ILC，当今联合国体制内，提携国际法订立的机关已经上升到多数。在这种状态下，现在以国际社会“一般性”或“普遍性”利益的规范化为目标的“被组织化”的法形式——通过定义的方式，好像称为“立法”是适当的，必须指出这种现象不仅已达到量的高度，而且也已经达到质的高度的阶段⁸。如果是这样，即便在国际法学上，体系性地、系统性地把握这种新现象，仍然必须意识到这是一个极其重要的课题。

本来，现实的国际立法的展开，是极其多元化的。正因为多元化才可以说是国际立法的基本性质。即便从国际立法的论坛上看，当初联合国有意设立的 ILC 在进入 20 世纪 60 年代就设立了被修正的各种个别的立法机构。关于这种国际法新视野的立法活动，ILC 也作为其他的论坛来使用，但与此相反，20 世纪 70 年代以后，ILC 的机能显著下降也成为一個不可否认的事实。而且决定这种国际立法的多元化倾向(乃至使 ILC 的“基盘下陷”)，可以说是从 1973 年的第三次联合国海洋法会议开始的。

这个会议从参加国的模式、所经过的年月、所投入的能量等来看，是历史上最大的“国际立法”会议。在这个会议上形成的 1982 年《联合国海洋法公约》，作为“海的宪法”是以一元性、概括性的规律来制定关于海洋的全部事项为意图的公约。但是，尽管以此为意图，这个公约的立法性的理念，几乎是从被采用的同时开始崩溃的。因为公约中的一部分规定，可以允许有国际法自身的创造性。实际上，该公约虽然在 1994 年生效，但围绕海洋问题的国家间的关系，依然继续引用关于一般性国际习惯法的大部分残留下来的规则，同时具体确认权利义务的程度，往往又依存于个别相关国家的协定而多元地展开，而且今后也可以预测到这种方式的延用。这种状况对企图设立一元化的“国际立法”精神来讲，不能不说是背道而驰的。

在从第三次海洋法会议来看的不统一状况中，联合国大会第六(法律)委员会，自

⁸ 战后 35 年，作为联合国的立法作业，在联合国机构或者联合国召集的外交会议上采用的多边条约的量已经上升到 200 个(不包括 ILO 等专门机构制作的条约)。成为这些条约的对象以外层、海洋、人权为开端，扩大到社会性、经济性、政治性的领域，极其广泛。(United Nations Legislative Series, Review of Multilateral Treaty-making Process, ST/LEG/SER, B/12, 1985, pp.16f.)

1977年之后,反复审议实行了关于“多国间条约形成过程的再探讨(Review of multilateral treaty-making process)”。在1984年的联合国第39次大会上采用了关于这个问题的《最后文件》(Final Document),并且以此结束审议⁹。这个议题本来就由于联合国立法作业存在太多内容而且方法上也存在不统一性,因此,希望在尽可能的范围内系统地加以整理,并使其合理化。根据事务局多方位的调查、研究,第六委员会总结出以上的《最后文件》,该文件首先认识到多边条约的形成是多层次的过程(multistage process),在条文草案的定式化、采用以及生效的各个阶段,从事国际立法的人们必须铭记应该留意的诸要点。这个文件虽然简洁,但却是在国际立法上经验积累的文字化的文本,今后无论用哪种形式都可能会参照该文件。与此同时,根据国际立法内容的多寡被组织化的国际法订立的方式,其基盘将逐渐地受到整顿,从而最终达到具有以此作为研究对象来对待的充分的内容。

综上所述,一方面表现了传统的法源论的动摇,另一方面,国际立法的意识性在法的制定过程中应受到关注。这是不是暗示着内在的深刻的结合呢?本书撰写的目的,无非是在这样的法源论动态的展开中,确定国际立法论的存立基盘,从而提示这种存在基盘的具体内容。

从以上论述来看,就已经明确了本书的主题。那就是探寻现代国际法的法源论动摇的背景,从中考察国际立法论的可能性,并以此为前提来明确国际立法的多层次的过程和它的内容。目前,传统形式的、静态的法源论并不少,但却失去了对它的分析意义,“法源”一词本来意味着“法的订立”的能动性、动态性的倾向不得不显现化。现在,所要求的“国际立法论”,可以认为的确是存在于这种法源论自身中的辩证法的发展法则的理论。以条约和国际习惯法为轴心的传统静态性的自成一体的法源论,通过主权的合意的意思理论的自我展开已被体系化,到目前为止,这被看成是国际社会的构造性标志。但是,在现代国际关系中,如前所概括的那样,间隙性真空状态的存在已开始呈现出来,在既有的法源中,不仅在单纯的事实过程中,即便作为优秀理论的展开,也不得不要求取代到目前为止的静态的法源论,而创造出更为动态的国际法形成论。为此,首先作为前提有必要确认历来在国际法上被使用的法源论概念的意义。

3. 国际法上法源概念的多义性

作为以考察法源论的情况为前提的问题点,因为本来“法源”一词被各种不同的意思使用到如今,所以首先必须先整理一下这一概念本身。

很多的作者已经指出关于“法源”(fontes juris, sources of law, sources de droit, Rechtsquellen)概念的多义性和与以此为基础而导致的法源论的混合性。不仅是研究国内法的学者¹⁰,研究国际法的学者也有指出应该最好放弃“法源”混合性概念¹¹的事例。既然现在很多研究者仍在使用这个概念,即便“放弃”它,也并不能解决问题,不仅如此,我还认为法源概念的多义性实际上也反映了作为学问的法源论的多面性构造,因此从这样

⁹ G.A.res.39/90,Dec.13,1984,关于《最后文件》(A/C.6/39/8)的内容参照本书第3章第1节。

¹⁰ 加藤一郎《关于法源论的备忘录》,日本法哲学会编《法源论》,法哲学年報,1964年(加藤一郎「法源論についての覚書」,日本法哲学会編「法源論」法哲学年報,1964年)第85-91页。

¹¹ 科贝特(P. Corbett)在1975年年底之前的论文中指出了“法源”一词的“振幅”,主张最好放弃这个词语[P. Corbett, “The Consent of States and the Sources of the Law of Nations”, BYBIL, 1925, p.30]。