

国際法の形式主義に関する一考察

——国際共同体利益の出現による形式主義の動揺と再生——

西 谷 齊

- I はじめに
- II 伝統的国際法における形式主義
 - 1. 伝統的国際法の特徴と形式主義
 - 2. “境界線”による区分と“理性のレンズ”による体系化
 - 3. 「排除の論理」としての形式主義
- III 国際共同体の出現と形式主義の動揺
 - 1. 国際共同体の変遷
 - 2. 形式主義の動揺の諸相
- IV 国際法における形式主義の新たな役割
 - 1. 形式主義の再構築？
 - 2. 「法認定」における形式主義の再構築の試み
 - 3. 道具主義と形式主義の相克による国際共同体の活性化
- V おわりに

I はじめに

伝統的国際法では国家が中心的な主体として位置づけられ、諸国は互いの国境を尊重しつつ主権を対内的および対外的に行使していた。また、諸国は自らの意思により法規範を創設し、自ら法的な義務の名宛人となった。その後伝統的国際法は徐々にその姿を変えていき、特に国際連盟や国際連合の設立は、新たな価値規範群を通じた国際法の展開過程——“構造転換”——を促進させる重要な契機となったといえる⁽¹⁾。とはいえ、有権的な法

(1) かつて石本泰雄が指摘したように、種々の国際組織の活動は国際法の展開過程を加速させるとともに、国際法の構造的な転換をもたらした。すなわち、戦

定立機関を欠く国際社会における法の形成は依然として平等な主権国家によっておこなわれており⁽²⁾、そうした法形成を通して国際法秩序が維持され、「正義」が実現されるというのが国際法の基本的な姿である。国家の自由な意思による規範の創設、すなわち合意主義（consensualism）は国際法における実証主義の要諦であり、形式主義（formalism）はその実証性を支える礎石といえるだろう。

だがその一方、国際法を支えている認識上の基盤の変容——国際社会の共通利益の承認を通じた国際共同体意識の形成——が、一般に承認された“普遍的な”共通利益をいかにして反対国を含めて拡充、実現していくかという問いをもたらしてきたのも事実である。それは伝統的な法秩序および法

ㄨ 争の違法化は平和と戦争の二元的な構造を単元的な構造へと解体させた一方、特に国連成立後の自決権の確立とそれに伴う新興諸国の誕生および国際社会における人権概念の普遍化は、私法類推に基づく、法的人格、私的所有権、契約の拘束性を支柱としたそれまでの国際法規範を否応なしに再吟味させることになった。石本泰雄『国際法の構造転換』（有信堂、1998年）1-32頁。そして、石本のいう国際法の「終りのない展開過程」（『同上書』2頁）は、その指摘から20年たった現在でもその形を変えながら続いているし、今後も続くだろう。つまり我々が現在目にしていく「現代国際法」は、いわば過去に押し流される宿命とともに未来へ向けて絶えず変遷しながら「現在性」を保ち続ける存在だといえる。

(2) もっとも、近年では国連安保理が加盟国全体を法的に拘束する「立法的」決議を採択する実行がみられる。例えば安保理が2001年に採択した決議1373は、1999年の「テロ資金供与防止条約」の主要部分の実現を「すべての国」に対して求めている。この場合には例外的にであれ、決議が有する法的拘束力を媒介に、安保理が事実上の法定立機関として機能しているとみることが可能であるように思われる。ただし、この決議はテロ資金供与防止条約という（当時未発効であったとはいえ）既存の多数国間条約に立脚した決議であり、その意味では完全に新たな規範創設（立法）であったとは言い難い面もあった。浅田正彦「国連安保理の機能拡大とその正当性」村瀬信也編『国連安保理の機能変化』（東信堂、2009年）23頁。むしろその後2004年に採択された決議1540の方が、一般的かつ抽象的に法の欠缺を埋めるという意味での国際立法であったと言えるかもしれない。「上掲論文」23-25頁。

形成の態様の中にかに於いて国際共同体の利益を読み込み、実現していくのかという問いでもある。現代国際法にみられるようになった合意主義の希薄化を含む伝統的な形式主義の脱形式化現象はこの問いに対する解であり、規範性の相対化はその副産物といえるだろう。

ヴェイユ (P. Weil) がその著名な論文の中で国際法における規範性の相対化現象に対して警鐘を鳴らしたことはよく知られている⁽³⁾。彼は伝統的な国際法の特徴である合意主義、中立性、実証主義といった諸要素が、「ソフト・ロー」と一般に称される様々な国際文書の集積、および強行規範や国際犯罪といった概念の登場によって影響を受けることで、国際法の法としての客観性と自律性が失われることに強い危惧を抱いていた⁽⁴⁾。また、そうした危惧はいわゆる国際ガバナンス（「グローバル・ガバナンス」）⁽⁵⁾をめぐる議論の一環として近年になって別の観点から論じられるようになってきた。例えばクリシュ (N. Krisch) は、地球的な公共財 (global public goods) の実現過程における合意主義の衰退について論じている⁽⁶⁾。彼は結論として伝統的な合意主義の堅固な基盤の存在を再確認しているものの、論稿の全体を通して合意主義の基盤が揺らぎつつあることを指摘している。

両者とも国際法における何らかの階層性の登場を指摘している点で共通しているものの、ヴェイユが非法的要素の導入および規範レベルの階層化、換言すれば、非法から法、さらに上位法へと連なる国際「規範」の階層性

(3) See Prosper Weil, 'Towards Relative Normativity in International Law?' (1983) 77 *American Journal of International Law* 413.

(4) *Ibid.* at 420-423.

(5) 「グローバル・ガバナンス」は国際関係論や国際政治学などで広く使われている用語であるが、ひとまず本稿では「国際ガバナンス」と「グローバル・ガバナンス」という用語を互換的に用いることとする。

(6) See Nico Krisch, 'The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods' (2014) 108 *American Journal of International Law* 1.

を否定的に論じていたことに対し、クリシュは特定の地球的公共財の実現過程における実施「手段」の階層性を客観的な事象として紹介している点で異なっている。

いずれにせよ、こうしたいわば二種類の異なる階層性の登場により、国際法における合意主義と規範性の意義が——かつてヴェイユが鳴らした警鐘にも関わらず——法形成および法認定の場面のみならず法の実現過程においても相対化しつつあるといえる。これは国際法の基本的な特質とされる合意主義、中立性および実証主義に影響を与えるだけでなく、これらの特質とともに国際法の客観性と自律性を支えてきた形式主義の「脱形式化」を同時に招来してきたことも意味する。国家の主権的意思をいかに国際法によって拘束・制約するかという命題はさまざまな形で今日まで問われ続けてきた。だが現在はその命題に含まれている各要素、すなわち、「国家」「主権」「意思／合意」「国際法」「拘束／制約」といった概念規定そのものが根底から問われ、揺らいでいる状況にあるといえよう⁽⁷⁾。こうした中で

(7) 諸国の「意思」ないし「合意」の現代的変容とその問題性をめぐる考察については、国内でも国際法研究者による複数の先行研究が存在する。例えば河西(奥脇)は、二国間秩序における合意と、立法条約に代表される国際社会の統一的な秩序を前提とする(あるいはそれを旨す)合意という両者の存在基盤を区別したうえで、国連システムの基礎が後者にあること、さらにその基礎の上に立ち、伝統的な合意(pacta)とは異なる認識の下に置かれる「合意」の「拘束性の淵源」の探求が国際立法の法源論的な根本問題であると指摘する。河西直也「現代国際法における合意基盤の二層性—国連システムにおける規範形成」『立教法学』第33巻(1989年)98-138頁。加えて、国際組織の発達とそれに付随する形で主張され徐々に確立してきた環境や人権の保護、あるいはテロの撲滅のような国際公益の登場により、今日では国際組織や条約機関における多数決による規範の改正や安保理による「国際立法」(前掲注(2))、国連海洋法条約にみられる「参照条項」のような新たな(法)現象がみられるようになっている(「参照条項」の意義とそれがはらむ問題性については、山本良「国際社会のグローバル化と国際法形成の現代的展開——「参照条項」を中心として」江藤淳一編『国際法学の諸相——到達点と展望』(信山社、2015年)65-81頁を参照のこと)。こうした“非合意的な法形成”が従来の合意理論の下で説明できるのかど

伝統的な国際法の形式主義も批判され、あるいは擁護されてきた。

本稿では、以上の二つの階層性の登場を念頭に置きつつ、国際法において形式主義が有する現代的な意義について考察してみたい。もとより、形式主義が内包する意味は極めて多様であるため、そのすべてを論じることとは不可能である。これまで国際法における形式主義の問題があまり正面から論じられてこなかったのも、この概念が有する抽象性あるいは意味的な多様性、その結果として包摂される対象範囲の広範性が原因であったように思われる。従って本稿では、国際法における形式主義の一応の概念規定を試みたくうえで、その動揺について概観し、再定義ないし再構築された形式主義が提供しうる新たな機能について問題提起をするにとどめたい。具体的には、伝統的国際法の諸特徴と関連付けながら形式主義の本質的な特徴を抽出し（Ⅱ）、そのうえで国際共同体の出現とそれが形式主義にもたらした影響について考察する（Ⅲ）。さらに法認定における形式主義の再構築を試みる近年の言説などを手掛かりにしつつ、形式主義が国際共同体概念の形成との関連において有する新たな意義を明らかにしてみたい（Ⅳ）。

Ⅱ 伝統的国際法における形式主義

1. 伝統的国際法の特徴と形式主義

伝統的国際法が有する特徴として挙げられるのは、直接または間接的に

ゝうかの考察については次の論稿が参考になる。小栗寛史「国際法の形成における国家の同意の役割—国家の同意は衰退したのか?」『社会科学研究』第68巻第1号（2017年）51-86頁。小栗は「非合意的法形成」という現象について、先行研究に含まれる問題点を指摘したうえで、結論的には上の河西（奥脇）論文の基本的モチーフである「合意の分解」論を出発点として「非伝統的な合意による法形成の新たな理論化が望まれる」と述べる。「上掲論文」84頁（さらに、そのためには伝統的な国家の合意概念についての再検討（法史的な考察）が必要であることを指摘している）。

示される国家の意思から生じる客観的な諸原則と中立的な諸規則の体系として規範全体が示されること、そして国家が法秩序の主要な主体であるということであろう。国家が原初的かつ客観的な法主体であり、それら国家を拘束する秩序は国家の同意なくしては存在しえない、したがってあらゆる国際法は国家の意思から生じなければならない、というのが古典的な国際法の実証主義の立場である⁽⁸⁾。いわゆる「ローチュス原則」⁽⁹⁾が必ずとっていいほどこの文脈で引用されてきたのは、まさにこの原則がこうした考え方を体現しているからにほかならない。

加えて、実定法が存在するためには権限のある法定立機関によって外部から確認することのできる適正な手続を通して法的な性質が与えられることにより「形式的法源」とされる必要がある、というのがおそらく一般的な法実証主義の考え方であろう⁽¹⁰⁾。そこにおいて規範はその内実や効果によって識別されるものではなく、所与の機関により所与の方法を通して――

(8) See Joerg Kammerhofer, 'International Legal Positivism', in Anne Orford and Florian Hoffmann eds., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (Oxford Univ. Press, 2016) 411.

(9) ローチュス原則とは一般に、ローチュス号事件判決(1927年)の中で示された「明示的な禁止規範が無いということは、国際法によって許容されているということである」(つまり、明示的な禁止規範がある場合にのみ国家は拘束される)という原則のことを指す。その背後には「諸国の独立に対する制約は推定することができない」、「国家を拘束する法規則は...、条約又は法の明確な原則として一般的に受け入れられた慣行によって示された国家の自由な意思から生じる」という同判決によって示された厳格な意思主義のおよび実証主義的立場があるといってよいだろう。SS Lotus (France v Turkey) (Judgment) PCIJ Rep. Series A No. 10 (1927) at 18.

(10) See Roberto Ago, 'Positive Law and International Law' (1957) 51 *American Journal of International Law* 691, 698. アゴー (R. Ago) によれば実定法 (*jus positivum*) という語の登場は中世にまで遡るといふ。Ibid. at 692. なお、アゴーは positive という語が多義的に用いられてきたことを指摘し、それを問題視している。Ibid. at 708-716, 730.

国際法の場合には複数の国家が共同で自らの意思によって——作成されたものが規範としての地位を獲得する⁽¹⁾。アンチロッチ (D. Anzilotti) が現行法 (norma vigente) を単なる社会的良心もしくは教義上の願望 (aspirazione) から区別し、実定国際法を厳格な法体系の論理の中で理解することの重要性を説いていたこと⁽²⁾ もこうした観点から理解することができる。規範の「法的性質」は法の起源および形成手段と必然的に結びついており、従って規範の法的性質を証明する唯一の方法は、証拠を演繹的に導き出すこととなる⁽³⁾。このように、厳格な法的妥当性の基準を満たした規則のみが法的拘束力を有する規則とみなされ、経済的、社会的、道徳的または政治的考慮といった非法的な諸要素は基本的に法的な分析と考察の対象の外に置かれることは伝統的な国際法理論に共通してみられた態度である⁽⁴⁾。こうした態度が法実証主義ないし形式主義として表現される考え方の重要な側面であることは言うまでもない⁽⁵⁾。

もっとも、形式主義は様々な分野において異なる意味で用いられており、さらにそれら各分野においても明確な意味が確立されていない論争的な概念として存在しているのも事実である⁽⁶⁾。しかしながら、法律学における形式主義あるいは法形式主義という語が、「ある具体的な場面において実

(1) *Ibid.* at 701.

(2) See Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (3rd ed.) (Rome, 1928) 18. アンチロッチは実定法 (diritto positivo) を「法を形成する意思 (volontà normatrice) によって制定され、そうした意思によって制定されたことを理由に拘束的となる法」と定義する。*Ibid.* at 17.

(3) See Ago, *supra* note 10, at 707.

(4) See Andrea Bianchi, *International Law Theories* (Oxford Univ. Press, 2016) 21.

(5) 法実証主義に共通する基本的な特徴については、例えば田中成明『現代法理学』(有斐閣, 2011年) 147頁を参照。

(6) See Duncan Kennedy, 'Legal Formalism' in 13 *Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Elsevier, 2001) 8634.

体的な正義の実現よりも形式性を重んじる」意味を含んでいることは共通の了解として存在しているように思われる（以下、本稿では「形式主義」と「法形式主義」という語を互換的に用いることにする）。この意味での法形式主義は法の形成、認定、解釈・適用の各段階で示されうる。例えば法規範の解釈の場面でそれは厳格な文理解釈として示され、規範形成や法認定の場面ではそれは内的に一貫した抽象的な原則や概念から法規範が論理的に導き出されることを意味することになる。こうして形式主義は、法の本来的な自律性（autonomy）¹⁷⁾を確保することで法の健全な機能を実現させる役割も果たしてきたといえる。このような意味での形式主義は、伝統的国際法の特徴である実証主義、意思主義（合意主義）、中立性・客観性といった諸特徴と密接に関係すると同時に、それらを背後から支える大枠として機能していたと考えられる。以上を踏まえ、本稿では「実体的な正義の実現よりも形式性を重んじる」という意味での形式主義を「広義の形式主義」と称することにし、「内的に一貫した抽象的な原則や概念から法規範が論理的に導き出される」、あるいは「所定の規則に従って意思決定をおこなう」という意味での形式主義を便宜上「狭義の形式主義」と呼ぶことにする¹⁸⁾。

2. “境界線”による区分と“理性のレンズ”による体系化

ここでは、国際法において形式主義が伝統的に果たしてきた機能について“境界線”と“理性のレンズ”という表現を用いて簡単に検討しておく

(17) 本稿では法の自律性を、法の妥当性と法の認定が法それ自体の中に存在する基準によって行われなければならないということの意味する概念として理解しておきたい。言うまでもなく、この意味での自律性は実証主義、意思主義などとともに法形式主義を構成する概念として位置づけられることになる。

(18) 以下、文中で単に「形式主義」と記述している場合は基本的に狭義と広義の両方を含むものとする。

たい。

かつてブライアリー (J. Brierly) が指摘したように、国際法の重要な使命の一つは諸国の領域を定めて境界線を引き、その中で諸国が自らの権威を行使できるようにすることである⁽¹⁹⁾。このように国際法の伝統的なアプローチにみられる顕著な特徴は、実際のまたは象徴的な意味において「境界線を引くこと」であった⁽²⁰⁾。それが統治をおこなうための重要な前提条件であった。海洋や領域の境界画定だけではなく、その境界線は理論的または概念的にも法と非法 (ソフト・ロー) の間、既存の法 (*lex lata*) とあるべき法 (*lex ferenda*) の間、さらに「法的な要素」と「法以外の要素」の間にも引かれていた⁽²¹⁾。換言すれば、法／非法、既存の法／あるべき法の区別は、実定法に基づいた理論の健全な自律性のために必要だったともいえる。もっとも、しばしばこれらの境界線が不明確となる点には注意しなければならないし⁽²²⁾、また、特定の理論的立場はそもそも法／非法の区別を否定ないし放棄している⁽²³⁾。いずれにせよ、こうした境界線が法の客

(19) See James Brierly, *The Outlook for International Law* (Oxford Univ. Press, 1944) 10, 12.

(20) See Bianchi, *supra* note 14, at 24.

(21) *Ibid.* at 24–27. 境界線は、それが自己認識やアイデンティティ形成のため、または多様性や他者性を遮断するために引かれる場合であっても、さらにそれが明示の規定によって、あるいは態度や社会慣行によって引かれる場合であっても、かならず、包摂／除外、内部／外部、および自己／他者という一対の区別に沿った境界画定として機能する。*Ibid.* at 29.

(22) 周知の通り、国際法の「法典化」と「漸進的発達」の区別はしばしば困難である。

(23) 例えば、法を包括的な意思決定過程として捉える法政策学派の立場が例として挙げられる。See, e.g., Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), 10. ゴールドマン (M. Goldmann) は、同学派とは異なる観点から拘束性の概念の把握困難性を理由に法と非法の区別の放棄を主張する。See Matthias Goldmann, 'Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments' ↗

観性と中立性、さらには自律性、そしてこれらを支える狭義と広義の形式主義を保障していたといえる。こうした明示および黙示の区分が形式主義の機能の一つであると同時に、こうした区分を維持することが形式主義の確保につながってきたといえるだろう。

次に、象徴的あるいは抽象的な意味において「境界線」を引き、その区分を維持するためには何らかの概念上の道具によってその内部を体系化することが求められる。ビアンキ (A. Bianchi) が指摘するように、法学者の役割はデミウルゴスが混沌から世界を形成したように、様々な法資料 (法律, 判決, 法的な宣明など) を明瞭かつ体系的な全体へと昇華させ、外部世界にそれを示すことである²⁴⁾。その際、個別具体的なそれぞれの資料は抽象的な性質を有した一般的に適用可能な法原則へと変形されることになる²⁵⁾。アンチロッチも法学および実定法の目的は効力を有する規則を決定および説明し、一つの体系の中に論理的に位置づけることであると述べていた²⁶⁾。

こうした体系化の作業において重要な役割を果たすのが法的合理性ないし理性である。それによって法は感情や力の要素を法的考察から除外し、客観性と中立性を保つことができるのである²⁷⁾。ここではそうした法的合理性ないし理性のことを「理性のレンズ」と呼んでおこう。現実の世界は、いわばこの「理性のレンズ」を通して眺められることになる。だが、この

↘ for the Exercise of International Public Authority', in A. von Bogdandy et al. eds., *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (Springer, 2010) 661, 709-711. ただし、拘束性についての判断を捨象する彼の立場はクラッバース (Jan Klabbers) によって批判されている。*Ibid.* (Comment by Jan Klabbers) 713, 722-733.

²⁴⁾ See Bianchi, *supra* note 14, at 30-31.

²⁵⁾ *Ibid.* at 31.

²⁶⁾ See Anzilotti, *supra* note 12, at 17.

²⁷⁾ See Bianchi, *supra* note 14, at 32.

レンズが拾うことのできない要素や現象は捨象されることになることから、当然、現実に対する認識の視野は狭まり、あるいは理性のレンズによって要素や現象が「矯正」されることになる。このレンズを付けた眼鏡をかけている法学者たちの間では、レンズによって拾われた「現実世界」に対する根本的な疑義は生じないことになろう。このレンズに血の通った人間の顔が映ることはなく、その表面には擬人化および物象化された人間像が投影されることになる。その結果、学術論文の形式や内容は価値的に中立、不偏、客観的であることが求められるし、「国際共同体」は生身の人間としての集合体としてではなく、自らの意思を有する統一的な実体として認識されることになる⁸⁹⁾。

伝統的な立場からすれば、国際法秩序は客観的な所与であり、秩序の内容物が時代に応じて変更されることはあってもその秩序自体の合理性や基本構造の改変が問われることは少ない。むしろ国際法の一体性と統一性が常に求められることになる。逆にその態度には理性の眼鏡を一瞬はずすことによる「別の現実」の直視が、既存の法秩序に無秩序と不明瞭性をもたらすという強い懸念が内在しているともいえる。

3. 「排除の論理」としての形式主義

以上のように「区分」され「体系化」された規則に基づく意思決定や解釈は秩序の維持をその本質とすることから、いきおい保守的（過去指向的という意味において）とならざるを得ない。知られているように、形式主義に対する批判は社会学的法学者たちによって20世紀の初頭におこなわれた。その主な攻撃の対象は形式主義が前提とする法体系の構造的な一貫性

⁸⁹⁾ 以上の段落の記述はビアンキの説明 (*Ibid.* at 30-38) に沿いながら、その基本的な趣旨を改変することなく筆者が独自の用語、表現、および比喩を加えたものである。

や形式主義的な解釈方法であった⁹⁹。その背後には、(特に狭義の)形式主義が拠り所とする法の完全性への過剰な信頼とそこから生じる演繹的手法の濫用に対する批判が存在していたといえる。だが、形式主義への依拠をめぐる議論はその後一貫として続くことになる。まさにケネディ(D. Kennedy)が比喩的な表現を用いながら述べるように、「演繹の濫用と法的論議における隙間の欠如という幻想に向けられた、形式主義という語の批判的な使用は、(統治という名の)演劇を理性を通してできる限り脱政治化したい者と、そのような行為が必ず危険な即興につながるとみなす者との間の20世紀におこなわれた格闘の一部」¹⁰⁰だといえる。

こうした形式主義をめぐる対立状況に新たな視角を与えることは可能だろうか。そのことを考えるための一助として、ここでは法規則の本質的な特徴としての形式主義の意義を再確認したシャウアー(F. Schauer)の議論を紹介しておきたい¹⁰¹。彼の主張の要点は以下の通りである。

形式主義という言葉はさまざまな意味で用いられるものの、いずれにせよその背後には規則に従った意思決定という概念が存在している¹⁰²。形式主義はさまざまな要素を意思決定者から遮断するが、まさにその形式主義によって規則は規則としての地位を獲得する¹⁰³。形式主義は特定の選択肢の選定(他の選択肢の排除)という形で現れる。それは例えば「自由」「平等」のような不確定性を帯びた言葉を個別具体的な状況に適用する場面でも生じるし、数ある規範のうちどれを適用するか(適用を除外するか)と

⁹⁹ See Kennedy, *supra* note 16, at 8635. こうした社会学的法学者たちによる形式主義(概念法学)に対する批判は後の法現実主義者たちや新実証主義者たちによって批判的に継承されていくことになる。

¹⁰⁰ *Ibid.* at 8637.

¹⁰¹ Frederick Schauer, 'Formalism' (1988) 97 *The Yale Law Journal* 509.

¹⁰² *Ibid.* at 510.

¹⁰³ *Ibid.*

いう場面でも生じうる⁶⁴。さらに、他の選択肢の可能性が認められる状況における言語による権威的な定式化による要求に基づいた選択である場合にも、それは形式主義の範疇に含まれる⁶⁵。規則は厳格であることによって規則となりえるのであり、その厳格性は規則を定式化する言葉によってもたらされる。こうした言葉は、規則を具体的な状況に適用する際、関連する事実や原則を考慮することを妨げる働きをする⁶⁶。複数の選択肢が許されている状況において、特定の選択を説明することなく採用することは、他の選択肢を否定しているという意味において形式主義であるとの非難を受けることになる⁶⁷。彼はこのように形式主義を再定義したうえで、規則は形式主義的であることによって規則といえるのであり、そしてそれは多くの場合望ましいことでもあると述べる⁶⁸。

つまり、規則を定式化する言葉がもたらす厳格性に従った意思決定（選択や適用による他の要素や候補の排除）が形式主義の意義であり、この形式主義が規則を規則たらしめるというのが彼の基本的な見解である。シャウアーが指摘した通り形式主義には様々な意味が含まれるが、彼の所論に従えば、おそらく広義および狭義の形式主義に共通する本質は「規則に従った意思決定による他の諸要素の排除」ということになるだろう。裏を返せば形式主義からの逸脱は非法的な諸要素の導入を意味する。規範性の相対化が法を道徳や政治から区別することを不可能にするというヴェイユが提起した懸念はこの点から理解することができるのである。

では、こうした理解からは形式主義の新たな地平は開かれないのであろうか。ここで想起したいのは、上述のように、シャウアーが規則の厳格さ

⁶⁴ *Ibid.* at 511-517.

⁶⁵ *Ibid.* at 531.

⁶⁶ *Ibid.* at 535.

⁶⁷ *Ibid.* at 519.

⁶⁸ *Ibid.* at 544.

は言葉によってもたらされること、定式化された言葉が諸要素を排除する働きをすること、そして特定の選択肢を採用する際には説明が求められることを指摘している点である。つまり規則の形成、規則の認定、規則の実施と適用のいずれの局面においても言葉が大きな役割を果たしている。言葉を操るのは具体的な人間であり、規則は社会における人間同士の相互作用の中から生み出され、その社会関係を制御する。形式主義は言葉を媒介として社会における具体的な人間同士の営みへとつながっているのである。後に紹介するダスブルモン(J. d'Aspremont)の議論はこうした規則と言語間に存在する相互的な関係を前提としているように思われる。そして彼の問題意識の背後にも相対化され、自律性が脅かされ、脱形式化された国際法に対する危機感が存在している。

「区分」し「体系化」する形式主義は、広義にせよ狭義にせよ、必然的に次の2つの問いをもたらす。すなわち、いかなる程度の例外や柔軟性を認めるべきか、そして、逸脱に対していかなる効果や制裁を与えるべきか、である。だが、国際共同体の出現と地球規模の諸問題の認識は、これらの問いを越え広義および狭義を含む形式主義の概念そのものを問い直す動きとなって現れることになる。次章ではこの点について検討してみたい。

Ⅲ 国際共同体の出現と形式主義の動揺

1. 国際共同体の変遷

トムシャット(C. Tomuschat)は冷戦終結間もない時期、当時の国際社会の高揚感を背景に「国際社会の共同体モデルはこれまでの歴史におけるどの時代よりも現実に近づいてきているように思われる」と述べていた⁶⁹⁾。

⁶⁹⁾ Christian Tomuschat, 'Obligations Arising for States Without or Against Their Will' (1993) 241 *Recueil des Cours* (1993-IV) 195, 210-211.

確かに冷戦の終結は、例えば国連平和維持活動（PKO）や多国籍軍の派遣、非軍事的措置の決定等、国連安保理による国際社会の平和と安全の実現に対する積極的な関与をもたらした⁴⁰。それだけではなく、人権や環境を地球規模で保護する意識の高まりとともに新たな制度や法的な枠組が次々と構築され、この時期を境に市民社会が国境横断的に国際法の形成過程へ積極的にコミットしていく機運が生じた。

だが、こうした国際共同体の意識あるいはその主張は必ずしも冷戦終結の産物ではない。例えばジマ（B. Simma）とパウルス（A. Paulus）が述べるように、国連憲章の採択と国連の成立がそれまでの抽象的な国際共同体概念を制度的な現実へと近づけたことは間違いない⁴¹。ここでいう抽象的な国際共同体概念の萌芽はさらに古くまで遡ることができるように思われる。アビ・サーブ（G. Abi-Saab）によれば、ウェストファリア条約が成立する以前においても国際法は学説上普遍的なものとして想定され、また実際にも欧州以外の権力体と条約を締結していた⁴²。その背後には平等かつ対称的な関係に基づく普遍的な社会が想定されていたが、そうした

40) スイ（E. Suy）によれば、1945年から1990年8月までの45年間に安保理が採択した決議の数が660であったことに對し、1990年8月から2004年3月の14年ほどの間に安保理は869の決議を採択したという。See Eric Suy, 'Is the International Legal Order in Jeopardy?' (2003) 8 *Austrian Review of International and European Law* 187, 91.

41) See Bruno Simma and Andreas L. Paulus, 'The International Community: Facing the Challenge of Globalization' (1998) 9 *European Journal of International Law* 266, 274. ただし、抽象的な国際共同体概念を規範的および制度的に具体化した国際連合（United Nations）という「制度的な現実」が第二次大戦時の連合（United Nations）を中心に設立された事実にも留意する必要がある。

42) See Georges Abi-Saab, 'International Law and the International Community: The Long Road to Universality' in Ronald St. John MacDonal ed., *Essays in Honour of Wang Tieya* (Martinus Nijhoff, 1994), 32-35.

前提が欧州や北米における技術革新と経済発展の進行とともに徐々に崩れていき、国際社会に文明国中心主義的な階層構造を生じさせていくことになったのである⁽⁴³⁾。こうしてヨーロッパの国際法システムは徐々に地理的な適用範囲を拡大させていき、19世紀の終わりには全世界を包摂するに至ったという⁽⁴⁴⁾。以上の彼による説明は、つまり、キリスト教的価値観を共有していた西欧の「普遍的」共同体は、非キリスト教・非西欧的な地域と接触するにつれてその普遍的共同体性を理論上も実際上も徐々に喪失していったが、反対に国際法の普遍的かつ西欧（文明国）中心主義的な適用はその意義と強度を増していった、という形で整理することができるように思われる。

いずれにせよ、国連成立後はそうしたヨーロッパ的な国際法システムは基本的には地域的に限定されたシステムとなり、代わりにすべての「平和愛好国」（国連憲章第4条1項）およびすべての人間から構成される普遍的な国際共同体の実在が認識されるようになっていく⁽⁴⁵⁾。

こうした新たな国際共同体の概念は平等な主権国家の併存状況以上の何かを包含している。条約法条約第53条が規定する強行規範⁽⁴⁶⁾やICJが示し

(43) *Ibid.* アビ・サーブによれば、国家の意思のみを法の淵源と考える法実証主義の登場は国家承認の理論を宣言的なものから創設的なものへと変更した。*Ibid.* at 31, 36. これは当時の国家承認制度が文明国クラブへの「入会許可証」としての機能を果たすようになったことを意味する。

(44) *Ibid.* at 37. 大沼保昭は、19世紀末にアフリカ大陸が西欧によって植民地化され、さらにアジアにおいて清朝が欧米中心主義的な国際法体系へと包摂されたことにより、欧州で生まれた「国際社会」が全世界を覆う地球規模の社会になったと説く。大沼保昭『国際法』（ちくま新書、2018年）44-45頁。いうまでもなく、その背景には幾多の歴史的・政治的な事情、とりわけ圧倒的な国力を背景にした欧米的な「国際社会」が他の社会を次第に駆逐していったという事実がある。篠田英朗『国際社会の秩序』（東京大学出版会、2007年）6-9頁。

(45) *See* Abi-Saab, *supra* note 42, at 39-41.

(46) 第53条はこの国際共同体が「国により構成されている」としているが、その背後には普遍的な人類社会の存在が意識されているように思われる。同様に、➤

た対世的義務概念⁴⁷⁾はそうした国際共同体の存在を前提としているといえるだろう。加えて今日では国際公域の国際的な規律の必要性とともに、「人類 (mankind)」にとっての利益を念頭に置いた規定も存在するようになっている⁴⁸⁾。確かに国際法秩序や国際共同体、およびそれらを構成する基底の規範の必要性を認識し作り上げてきたのは国家であるが、その背後にはこうした普遍的な広がりが存在するといえる。現在の国際法には通常国際法規則よりも階層的に上位に位置し、任意の合意によっては逸脱することができないような一定の法規範が存在することは否定できないように思われる⁴⁹⁾。

∨ 国家責任条草案第19条2項が規定していた国家の国際犯罪概念も国際共同体の存在を前提としていたと考えられる。無論、こうした見解には批判が多くみられたのも事実であり、後者の規定が最終的には削除された事実はよく知られている。この点に関し、例えば条約法条約第53条や国際刑事裁判所規程第5条1項などにみられる international community という用語の日本における公定訳が「国際社会」であることに留意しておきたい。

47) Barcelona Traction case, ICJ Reports 1970, 3, 32. ICJ は「東ティモール事件」で民族自決権が「対世的権利 (right *erga omnes*)」であることを認めている。See East Timor Case (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995, 90, 102 (para.29). さらに最近下された「1965年のチャゴス諸島のモータリシャスからの分離」についての勧告的意見も、東ティモール事件を引きつつ、「民族自決に対する権利の尊重が対世的義務である」という形でその対世的な性質を再確認している。See Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (Feb. 25, 2019), <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>, at 42 (para.180).

48) 宇宙条約第1条（「全人類に認められる活動分野」）、国連海洋法条約第137条2項（「人類全体に付与される」「機構は、人類全体のために行動する」）。なお、南極条約はその前文において「人類全体の利益」に言及しているものの、条約本文には「人類」や「国際共同体」という言葉は見当たらない。これは南極条約が国連の主権ではなく、一部の締約国が主導して採択した条約であることに大きな原因があるように思われる。

49) See Christian Tomuschat, 'Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*-Concluding Observations', in Christian ↗

2. 形式主義の動揺の諸相

現代国際法は規律範囲が事項的・空間的に拡大しただけではなく、それに伴って法主体が多様化したことも特徴の一つとして挙げられる。今日では国家および国際組織に加え、個人の国際法主体性が論じられるようになっており、さらに非政府組織（NGOs）、企業、テロリズム組織とその構成員といったいわゆる非国家主体が国際法秩序の形成と維持に与えている正負両面での影響力の増大は、国際法主体性の議論にとどまらないインパクトを国際社会の認識レベルと国際法の理論形成のレベルにおいて与えてきたといえる。さらに、伝統的な領土保全の原則および不干渉の義務につ

↘ Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin eds., *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Martinus Nijhoff, 2006) 425. モスラー (H. Mosler) によれば、ある社会は憲法によって共同体となるが、国際社会にも多くの「憲法的な諸要素 (constitutional elements)」および国際共同体を維持するための「共通の公序 (common public order)」が確認できるという。See Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Sijthoff & Noordhoff, 1980) 15-19. デガン (V. D. Degan) は憲法的要素や公序については言及していないものの、意思主義では説明できない客観的な一般原則や基本的権利が実定国際法の世界において生じつつあることを指摘している。See Vladimir-Djuro Degan, 'Some Objective Features in Positive International Law' in Jerzy Makarczyk ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996) 123. シャクター (O. Schachter) も国家実行によって変更される慣習国際法とは別に、ルールから逸脱する国家実行によっても変更されない慣習国際法が存在することを指摘する。なお、後者の例としてシャクターが挙げているもの（例えば侵略の禁止）はいずれも強行規範として認識されるものである。See Oscar Schachter, 'New Custom: Power, opinio juris and Contrary Practice' in *idem*, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* 531. より最近では、クロフォード (J. Crawford) が、逸脱が認められない「基底的な層 (foundational layers)」が国際法に存在することを指摘している。See James Crawford, 'The Current Political Discourse Concerning International Law' (2018) 81 *The Modern Law Review* 1, 21. これも見方によっては階層的に上位の規範の存在を認めたものといえるだろう。

いては、例えばジェノサイドのような大規模な非人道的行為に際してはその絶対性が否定されるという見解が提起され、また実際にも諸国が介入する事例が見られるようになってきている。国際共同体の共通利益概念の登場によって諸国の領域主権の行使態様の変容しつつあるだけでなく、人やモノ、カネ、サービスなどが縦横無尽に行き交うグローバル化の進展は、諸国の統治能力を超える多種多様な問題を生み出すとともに、伝統的な国境概念を相対化させている。

先述したように国際法における形式主義の具体的な発現態様を本稿では「区分」と「体系性」にみている。従ってこれらが国際共同体の出現の影響を受けて修正または変更される、あるいはそうした修正や変更に向けた主張が広範にみられるとき、そうした区分や体系性によって支えられる広義および狭義の形式主義も同時に動揺するものとしてひとまず捉えることができる。先に確認した形式主義の本質である「規則に従った意思決定による他の諸要素の排除」に基づく理論構成への異議が概念上も実際上も広範に認識されるとき、そこには形式主義の動揺が生じているといえるだろう。

むろん、国際法における形式主義は必ずしも絶対的なものではなく、場合によってはかなり柔軟に判断されてきたことも事実である。例えばマヴロマチス事件（管轄権）で常設国際司法裁判所（PCIJ）は、国際裁判においては形式の問題（matters of form）が国内法と同程度の重要性が与えられることはない⁵⁰と述べたうえで、条約による裁判管轄権の発生について柔軟な姿勢を示した⁵⁰。また、ICJはエーゲ海大陸棚事件（管轄権）において二国間の共同コミュニケのような形式であっても国際条約として認定

⁵⁰ Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.), PCIJ, Series A, No.2 (1924) 34. この見解はその後、ICJにより北カメルーン事件（先決的抗弁）の中でも引用されている。Case Concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. U.K.) (Preliminary Objections) ICJ Reports (1963) 28.

されうることを確認している⁵¹⁾。ただし、これらはいずれも裁判管轄権の発生に関する形式性の確保について裁判所自らが判断したものであり、国際法の基盤や形成および実施過程における形式主義の動揺とは異なる文脈で捉えられるべきものである。

以下では、(1)国家主権／領域主権概念の変容、(2)規範性の相対化、(3)新たな階層性の出現、について順に形式主義の動揺の観点から検討してみたい。

(1) 国家主権／領域主権概念の変容

主権概念は、国家の本来的な自律性、および法形成や制度設立における国家の同意の必要性を説明してきた。また、それは国内管轄事項、政治的独立、そして領土保全を正当化しかつ定義するために用いられてきた⁵²⁾。主権平等は国際法秩序の礎石であり、いかなる国家もそれを否定することができない⁵³⁾。ここから様々な国際法上の諸原則——例えば不干渉の義務や領域使用の管理責任——がいわば演繹的に導き出されてくる。これらはいずれも、境界線による諸国の領域の区分とそれに基づく共存を前提としていたといつてよいだろう。しかし従来の「共存」に加え、「協力」に向けた国際法の意義が強調されるようになるとともに⁵⁴⁾、こうした伝統的な領域主権に対する形式主義的な理解は大きく修正されるようになってきた。

国連成立後の人権保護の概念が国際法の構造に大きな影響を与えてきた

51) Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey) (Jurisdiction) ICJ Reports (1978) 39 (para.96).

52) See Louis Henkin, 'The Mythology of Sovereignty' in Ronald St. John MacDonald ed., *Essays in Honour of Wang Teyia* (Martinus Nijhoff, 1994) 351.

53) See Tomuschat, *supra* note 39, at 292.

54) See generally, Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Stevens & Sons, 1964).

ことは周知のとおりであるが⁶⁵⁾、例えばトムシャットのように、ある法的共同体においてその構成員が法により相互に関連付けられており、その関係はその共同体の憲法によって基礎づけられているという立場をとる場合⁶⁶⁾、それが国際社会や国際法の概念に与える認識論上の影響はより大きくなるだろう。本稿ではこれらの点について詳細に論じることはできないが、ここでは一例として従来の主権概念に加えて「受託者としての主権」概念を提起するベンヴェニスティ (E. Benvenisti) の議論を紹介しておきたい。

彼は国際共同体の存在の基礎をすべての個人に対する平等な道徳的価値の認定に置く。その結果、伝統的な国家主権の概念は大きな転換を遂げ、平等な価値を認められた個人が国境横断的に存在する国際共同体の存在を前提に、「他国に対する配慮」という新たな主権の属性が導き出されることになる⁶⁷⁾。ここにおいて主権は国際共同体の「受託者 (trusteeship)」となり、例えば民族自決の権利や天然資源に対する恒久的な主権はもはや絶対的なものとはいえなくなる⁶⁸⁾。さらに、具体的個人により構築される国際共同体を想定する以上、民主的なプロセスの欠如または阻害状況（“民主主義の赤字”）も主権の機能に大きな制約を伴わせることになる⁶⁹⁾。

「受託者としての主権」概念に実体的・手続的な民主性の普遍的な実現および確保をも含ませるならば、それらの欠如や阻害は自国の国家主権の

⁶⁵⁾ もちろん、国連が成立する以前においても例えばハーグ陸戦条約前文のいわゆる「マルテンス条項」のように人道の精神に基づく規定が置かれることがあった点には留意が必要である。

⁶⁶⁾ See Tomuschat, *supra* note 39, at 219–220.

⁶⁷⁾ See Eyal Benvenisti, ‘Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders’ (2013) 107 *American Journal of International Law* 295.

⁶⁸⁾ *Ibid.* at 312.

⁶⁹⁾ *Ibid.* at 304–305, 313.

制約事由になるばかりか、他国の民主的なプロセスを犠牲にするような自国の国家主権の行使が上記の「他国に対する配慮」という主権の新たな属性によって制約を受けることを意味するであろう。こうした彼の立場は、主権という空虚な言葉が過度に神聖視され、それがしばしば人間にとって危険かつ破壊的な目的のために提起されてきたことを理由に主権という「神話 (mythology)」の解体を提言したヘンキン (L. Henkin) の立場に通じるかもしれない⁶⁰⁾。

以上のような所論に加え、グローバル化は例えば規範の形成や実施における「域外性 (extra-territoriality)」という形で国家の領域主権および国家管轄権の行使に影響を与えるにとどまらず⁶¹⁾、近年では「地理学の終焉 (the end of geography)」⁶²⁾、つまり国際法における領域性概念の消滅可能性までもが論じられるようになってきている⁶³⁾。実際、グローバル化による情報化社会の進展は、サイバースペースという「脱領域的」な概念や、こうした仮想空間を媒体にしながら現実世界において（あるいはそのままバーチャルな状態で）構築される、連帯する市民による国際共同社会といった新たな領域的概念を登場させている。

かくして伝統的な主権概念のみならず、領域性概念そのものが今日実質的な変容を受け、再定義が求められているといえるだろう。ただし、ペレ

⁶⁰⁾ See Henkin, *supra* note 52, at 352. もっとも、ヘンキンは主権概念の再構築（“諸国による社会契約”という視座）を提起しているだけであり、世界政府の構築のような主権概念の放逐につながる提案をしているわけではないことに注意が必要である。例えば彼は人道的介入のような一方的な干渉行為は国連憲章において確認されている独立権という国家の本質的な権利に反すると明確に述べている。 *Ibid.* at 358.

⁶¹⁾ See, e.g., Günther Handl et al, eds., *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization* (Martinus Nijhoff, 2012).

⁶²⁾ See Daniel Bethlehem, “The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law” (2014) 25 *European Journal of International Law* 9.

(A. Pellet) が述べるようにそのことについて必ずしも悲観的になる必要はない。変容や再定義の延長線上には新たな国際法の地平が開かれる可能性が存在するからである⁶³⁾。以上の各点についてのさらなる検討は別の機会に譲るものとし、次に本稿では規範性の相対化をめぐる形式主義の動揺と新たな階層性の出現という2つの問題について考察してみたい。

(2) 規範性の相対化

規範性の相対化現象は、地球規模の問題群の発生と、その解決において「ただ乗り (free-rider)」の問題をいかに克服していくか、非国家主体の関与の増大とその積極的あるいは消極的な機能に対してどのように法的に対処していくべきか、国際法による規律事項の増大とそれら相互間の抵触や調整をどのようにおこなうべきか、といった問題への対処の一環として生じてきたといえるだろう。それは具体的に、合意に参加していない国や反対国への法的義務の拡大、共同体利益の存在を前提とした垂直的な法秩序の萌芽現象、ソフト・ローによる条約や慣習国際法の補充や形成といった形で発現する⁶⁴⁾。国際法における規範性の相対化は、国際法秩序の性質と構造、その内容に関わる問題であると同時に、究極的には法の定義づけをめぐる議論へ帰着する問題でもあり、ここではこれらの検討に立ち入る余裕はない。以下では形式主義に与える影響の観点から問題の概要を素描するにとどめたい。

規範性の相対化現象ないしその主張に対して批判的なヴェイユは、意思

⁶³⁾ See Alain Pellet, 'Can International Law Survive US Leadership?' (2003) 8 *Austrian Review of International and European Law* 101, 103.

⁶⁴⁾ See generally, Dinah Shelton, International Law and 'Relative Normativity' in Malcolm D. Evans, *International Law* (1st ed) (Oxford Univ. Press, 2003) 148-171.

主義、中立性、実証主義が国際法の本質的な特徴であるとしたうえで、国際法の規範性の相対化によってこれらが脅かされていると主張した⁶⁵⁾。彼は国際法が少数の国、特に大国の道具に墮してしまうことに警鐘を鳴らし、既存の法 (*lex lata*) とあるべき法 (*lex ferenda*) との区別を維持することの必要性を強調していた⁶⁶⁾。彼は一貫して「国際的な規範体系 (international normative system)」が相対化されることによって、この規範体系が本来発揮すべき機能が阻害されることに強い危機感を抱いていたようである⁶⁷⁾。彼は「国際法秩序が所与の目的を達成する能力は、それを構成する規範の質に大きく依存する」⁶⁸⁾と述べ、ソフト・ローや強行規範といった意思主義や中立性、実証性から逸脱する“規範”の主張について疑問を呈していた。

むしろこうした懸念に対しては、実際上の問題解決や社会的な制御手段の観点からなされる反論も存在する。例えばシェルトン (D. Shelton) は、国際法秩序をハード・ローとソフト・ロー、さまざまな意義を与えられた法規範、国内的規律と国際的規律、および様々な制度の複雑でダイナミックな相互関係として捉えた場合、相対的な規範性は引き続き重要かつ多様な役割を果たしうると述べている⁶⁹⁾。また、「ソフト・ロー」という用語は

65) See Weil, *supra* note 3, at 420-423.

66) *Ibid.* at 441.

67) この点は例えば彼の次のような表現に集約されている。「近年の展開により挑戦を受けつつあるのはこうした国際法の本質的な特徴なのであり、かくして国際的な規範体系 (international normative system) の機能そのものが損なわれようとしているのである。」*Ibid.* at 420. 「今や国際的な規範性が相対化されつつあるのだ (it is now international normativity that is undergoing relativization)。」*Ibid.* at 422.

68) *Ibid.* at 413.

69) See Shelton, *supra* note 64, at 171. シェルトンによれば所与の社会問題の解決は必ずしも常に法的な手段を通して実現されるわけではない。従って国際社会における法も社会制御の手段の一つに過ぎず、特定の態度への要求や期待は、道徳、礼讓、社会慣行などからも生じうるといふ。*Ibid.* at 147.

「概念化されていない法」の言いかえに過ぎず、有用な類型化ではないことを指摘し、法律家たちは規範の相対性について嘆くべきではないと述べるゴールドマン (M. Goldman) のような立場もある⁷⁰⁾。

厳密には法的な拘束力をもたないとされるソフト・ローのような国際文書や基準が、現代において実際上の重要な機能を果たしていることは否定しえない。地球的問題群の実効的な解決に向けた国際ガバナンスや国際共同体利益の登場などが国際法のマネージャリズム化を推進しており、それがソフト・ローのような伝統的な国際法の規範性および合意の意義を相対化させる概念と主張を登場させているといえるだろう⁷¹⁾。そこには国際法秩序における「区分」や「体系性」、つまり形式主義を確保する必要性よりも実際上の問題解決を重視する姿勢が垣間見られる。

以上に対し、強行規範が提示する問題は国際法秩序における上位規範の導入、垂直的な規範秩序の導入の問題であるといえる。これは諸国の任意の合意を凌駕するような何らかの上位の意思あるいは自然法主義的な規範の存在を意味し、合意主義のみならず中立性や実証性の問題を提起する。換言すれば伝統的な形式主義に基づいた体系性とは異なる新たな法秩序に基づいた体系性の構築ともいえる。このことは、トムシャットが例えば拷問や奴隷の禁止という規範が国際共同体の不文の憲法的規範から直接導き出されるため、条約や慣習国際法による認定を必要としないと述べている

⁷⁰⁾ See Goldman, *supra* note 23, at 668-669.

⁷¹⁾ ピーターズ (A. Peters) らによれば、国家および非国家主体によるソフト・ローを用いた基準設定が多くみられるようになった背景には、実効的な問題解決と社会的な正当性の確保という2つの目的が存在する。See Anne Peters, Lucy Koechlin, and Gretta Fenner Zinkernagel, 'Non-State Actors as Standard Setters: Framing the Issue in an Interdisciplinary Fashion' in Anne Peters et al. eds., *Non-State Actors as Standard Setters* (Cambridge Univ. Press, 2009) 1, 3.

ことから示唆されよう⁷²⁾。この主張の当否はさておき、集団殺害や拷問の禁止が強行規範であることはすでにいくつかの国際判例において認められている⁷³⁾。いかなる規範が強行規範であるかという点については依然として議論があるものの、強行規範という概念が存在し、それが規範の内容

⁷²⁾ See Tomuschat, *supra* note 39, at 303. アゴーによれば、形式的法源が何らかの権限や根拠に基づいて「制定される (laid down)」ことを前提とする伝統的な法実証主義の立場に対する批判は比較的早くから存在していた。R. Ago, *supra* note 10, at 702. 彼は法的性質が概念的な法の制定行為や社会による定式化から導き出されるのではなく、ある究極の客観性を有する特定の規範から導き出されることを指摘する。そのうえで、伝統的な法実証主義からの離脱の必要性を提起している。Ibid. at 728. 具体的には、法的性質の観念から「制定 (laying down)」という観念を離脱させることが意思主義では説明のできない事象について国際法の観点から法的に思考するうえで重要であることを強調している。Ibid. at 730, 732-733. このようなアゴーの立場は自然法的な、あるいは客観主義的な立場から形式主義（法実証主義）の修正を試みる立場として理解することができるだろう。

ローターバクト (H. Lauterpacht) によれば、グロティウスは純粋な実証主義者でも自然法主義者でも無かったが、約束の神聖さ (*pacta sunt servanda* という自然法) を根拠に合意の拘束性を国際法の基盤として重視したことにより意思主義的な国際法の道を切り開いたという。See H. Lauterpacht, 'The Grotian Tradition in International Law' (1946) 23 *British Yearbook of International Law* 1, 4-5, 42-43. その意味では法実証主義の究極の拠り所は自然法的な思考であるともいえる。そして、国際法理論は法実証主義と自然法 (的) な思考) の両者を組み合わせることで各時代の要請——それは西欧のような地域的なまとまりを前提にすることもあるし、その時代の覇権国の利害を反映することもあるだろう——に連綿と対応してきたともいえるかもしれない。

⁷³⁾ 例えば国際司法裁判所 (ICJ) のコンゴ領域における軍事活動事件 (管轄権判決) ではジェノサイドの禁止が対世的義務を構成しかつ強行規範であることが確認されている。Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 2006, at para. 64. また、旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) の Furundzija 事件 (第一審判決) では拷問の禁止が強行規範であることが認定されている。Prosecutor v Furundzija, Judgment, Case No IT-95-17/1-T, Trial Chamber (10 December 1998), para.153.

の国際社会（国際共同体）にとっての重要性から生じることについては一致しているように思われる⁷⁴⁾。合意の事実だけでなく、規範の内容からも拘束性が、より上位の規範性を伴いつつ導き出されるとすればそれは伝統的な形式主義の変更を迫るものだといえる。

問題は強行規範を生じさせるような国際共同体にとっての価値や利益、重要性を誰がいかなる形で判断するかである。国際共同体が成立するためには何らかの共通利益の存在が必要であるが、その共通利益を誰がどのように定めるのかは必ずしも明らかではなく、また、その前提として国際共同体の外縁（つまり共同体に属しないとされるもの）を規定する必要があるが、この点も明確とはいえないように思われる⁷⁵⁾。国際裁判所が何らかの規範の強行性ないし優越性を判決などにおいて認める場合はともかく、規範の強行性に対する主張はあくまでも主張にすぎず、そのことによって所与の合意がただちに無効になることは通常は考えられない。条約法条約が定める既存の強行規範による条約の無効ないし新たな強行規範の成立による条約の終了についての制度設計もこうした前提に立っていると考えられる⁷⁶⁾。

⁷⁴⁾ See, e.g., Hugh Thirlway, 'The Sources of International Law', in Malcolm D. Evans ed., *International Law* (First Edition) (Oxford Univ. Press, 2003) 117, 141-142. 例えば国家責任条文には強行規範の存在を前提とした規定がみられる（第40条，第41条）。また，上記の Furundzija 事件第一審判決は，拷問禁止という強行規範が国際共同体の重要な価値を体現したものであることを示唆している。Furundzija, *supra* note 73, at paras. 153, 154. さらに，規範の実質的内容の重視という点では，ICJ はすでにイラン大使館人質事件（本案）において——強行規範という表現は用いていないもの——，「国際共同体」の安全や福祉にとって不可欠な規範が存在することを示唆していた。United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) (1980) ICJ Reports, at para. 92.

⁷⁵⁾ See Simma & Paulus, *supra* note 41, at 268.

⁷⁶⁾ 条約法条約第53条および第64条は強行規範に反する条約の無効および終了を↗

加えて、こうした国際共同体の共通利益に基づく抽象的な価値規範と具体的な行為規範の乖離の問題がコスケニエミ (M. Koskenniemi) によって指摘されている。彼によると、国際法が平和と安全の維持や人権保護の促進を目指すことに異論を唱える者はほとんどいないと思われるが、これらの概念ないし価値の具体的な内容を決定する段階に至ると議論が噴出し、対立が顕著となる。国際社会における様々な行為者が国際法を通して得ようとする果実はそれぞれ異なるからである。つまり、国際法が実現を目指すこれらの価値は抽象的な形では総意として共有されうるとしても、その具体的な内容については各行為者の志向やそれが提起される状況等に依存するため、必ずしも特定の行為を行為者に対して指示することができない。コスケニエミはここに国際法のパラドックスを見出している⁽⁷⁷⁾ (本稿ではこれを“コスケニエミのパラドックス”と呼ぶことにする)。

結局のところ重要となるのは、共通の価値に関する最小限の総意がある場合には、異なるそれぞれの利害や価値を中和させるような抽象的な概念を提起することよりも、対立を調整して妥協を成立させることでそうした共通の価値を実現することができる制度をどのように構築するのかという現実的かつ実地的な方法の模索ということなのかも知れない⁽⁷⁸⁾。

↘ 規定しているが、同時に第65条以下で無効や終了を主張するための手続も定めている。それによれば、強行規範による無効や終了についての主張は他の当事国に対して書面によっておこなわれなければならない、当該無効や終了について争いがある場合には最終的に ICJ または仲裁裁判による解決が図られることが予定されている (第66条(a))。これらの手続により条約の無効または終了が認められた場合のみ、第69条以下、なかんずく第71条が定める無効および終了の効果が発生することになる。

(77) See Martti Koskenniemi, 'What is International Law For?' in Malcolm D. Evans, *International Law* (1st ed) (Oxford Univ. Press, 2003) 89, 89-90.

(78) See Simma & Paulus, *supra* note 41, at 272.

(3) 新たな階層性の出現

こうした現実的かつ実的な観点に立った場合、国際法は国際的なガバナンスに関する機能がより一層重視されるようになり、その結果として国際法のマネージャリズム化が推進されることになる。

この点に関し、クリシュは本稿の I（はじめに）でも触れたように地球の公共財（global public goods）の実現過程における合意主義の衰退について論じている⁷⁹⁾。ヴェイユが主に国際法の規範性の維持という実定国際法の観点から論じていたのに対し、クリシュは地球的な公益の実現という実的な観点から国際法における合意主義の衰退について考察している。彼は結論として伝統的な合意主義の堅固な基盤の存在を再確認しているものの、合意主義の基盤が揺らいでいることを論稿の全体を通して指摘している。クリシュによればグローバル・ガバナンスの正当性はその実効性や結果に依拠しているため、そこに非合意主義（nonconsensualism）の要素が入り込む余地が生じる⁸⁰⁾。ヴェイユもクリシュも国際法における何らかの階層性の登場を指摘している点で共通しているものの、前者が非法的要素の導入および規範レベルの階層化、換言すれば、非法から法、さらに上

⁷⁹⁾ See Krisch, *supra* note 6. ボダンスキー（D. Bodansky）によると、公共財の概念はすでにヒュームやアダム・スミスなどの所論にみられたものの、その本格的な研究は1950年代から米国の学者によっておこなわれるようになり、1970年代に入って国際関係論の分野に適用されるようになった。See Daniel Bodansky, 'What's in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy' (2012) 23 *European Journal of International Law* 651, 652-654. ボダンスキーは地球の公共財が様々な手段で異なるインセンティブに基づいて実現されることを具体例とともに示したうえで、そのことが国際法の研究にも一定の示唆を与えうると結論付けている。Ibid. at 658-668. 特に近年はグローバル・ガバナンスにおける国際制度の正当性確保の観点から地球の公共財概念の分析やその実現過程が盛んに論じられるようになっているようである。

⁸⁰⁾ See Krisch, *supra* note 6, at 6-7.

位法へと連なる国際「規範」の連続性と階層性を否定的に論じていたことに対し⁸¹⁾、後者は特定の地球的公共財の実現における国際組織の欠如や合意の不可能性に直面した国家がユニラテラリズム（単独主義）、ミニラテラリズム（小規模多国間主義）およびインフォーマルな規律を適宜用いることによる実施「手段」の階層性を客観的な事象として紹介している点で異なっている⁸²⁾。

こうした覇権主義的な階層性に関し、クリシュは別の論稿⁸³⁾において国際法が抱える次のようなジレンマの存在を指摘している。すなわち、覇権国にとって国際法の正当性は覇権を維持し、秩序を保つために重要であるが、その正当性は、国際法が覇権国の道具になっておらず、かつその諸原則が破られていないことを前提とする⁸⁴⁾。つまり国際法は大国に屈しないことによってのみ、その特別な価値を大国に対して供給することができるのであり、国際法が国際社会においてその機能を引き続き発揮するためには、正義の要請と大国の要求をバランスよく反映することが求められることになる⁸⁵⁾（本稿ではこれを“クリシュのジレンマ”と呼ぶことにしたい）。こうしたジレンマに直面した覇権国は、ソフトな規範による規律、規範の階層化の主張、国内法の域外適用、規範のプライベートイゼーション⁸⁶⁾など

81) See Weil, *supra* note 3.

82) See Krisch, *supra* note 6, at 7-11.

83) Nico Krisch, 'International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order' (2005) 16 *European Journal of International Law* 369.

84) *Ibid.* at 378.

85) *Ibid.* at 408.

86) 規範のプライベートイゼーション（privatization；民営化）はここでは国際標準化機構（ISO）のような非政府組織による基準設定行為を指す。非国家主体による様々な基準設定行為およびその意義については例えば次の文献を参照。See Anne Peters et al. eds., *Non-State Actors as Standard Setters* (Cambridge Univ. Press, 2009).

の手段を採用することにより、国際法の正当性を維持しつつ自らの目的や利益を実現しようと試みる。さらに、所与の目的や利益の実現が困難である、あるいはそれらと相反すると判断した場合には例えば多数国間条約からの離脱や国際組織からの脱退という形で対処する場合もある。ただし、その理由や根拠の内容いかんによっては国際社会から厳しい批判を浴びることになる。これらはいずれも主権平等や形式主義という国際法上の制約からの逃亡あるいはその修正の試みでもある。以上のようなジレンマの存在とそれに対する覇権国による対応の諸形態を鑑みると、国際法には次のような二面性が含まれていることがわかる。すなわち、国際法は大国・覇権国のための目的実現手段となりえると同時に、その障害物として機能しうる場合もあるということである⁸⁷⁾。

以上のような国際ガバナンスにおける階層化や大国による形式主義からの逸脱は、ヴェイユが危惧していた規範性の相対化や階層化とは別の次元の階層化を招来させている。確かに国際的なガバナンスにおける階層形態の出現は、それがより“公的”な色彩を帯びるようになった証左でもあるかもしれない。しかし同時にそこには少数の国家による——しばしばインフォーマルな形をとった——統治（ガバナンス）の可能性も伏在しているとみなければならないだろう⁸⁸⁾。統治の名を借りた形式主義からの逸脱（例えば非合意主義に基づく国内法の域外適用）は階層化や支配を容易にもたらしうるのである⁸⁹⁾。

かつてアビ・サーブは冷戦終結後の世界が新たな均衡点を模索する中で、それまでとは異なる階層秩序が出現する危険性を指摘していた⁹⁰⁾。これは

⁸⁷⁾ See Krisch, *supra* note 83, at 371.

⁸⁸⁾ See Krisch, *supra* note 6, at 30–31.

⁸⁹⁾ *Ibid.* at 39.

⁹⁰⁾ See Abi-Saab, *supra* note 42, at 41.

文明と野蛮、および強者と弱者との区分を伴う階層秩序として今日になって顕在化しつつあるように思われる。

IV 国際法における形式主義の新たな役割

1. 形式主義の再構築？

ここまでの考察から分かるように、国際法の伝統的な特質ともいえる実証主義、意思主義（合意主義）、中立性・客観性は、現代国際法の展開とともに、特に国際共同体の認識とそこに妥当する普遍的な価値や利益の認識に基づく新たな規範や法制度の出現を通して、徐々に修正と変更を余儀なくされ、それに伴いそれらを支えてきた形式主義も次第に脱形式化されてきたといえる。具体的にそれは主権概念および領域概念の変容、規範性の相対化／階層化として現れ、さらには近年では地球公共財の実現手段における階層化や覇権主義的な新たな階層秩序の出現（の可能性）も指摘されるようになってきている。こうした形式主義の変容は国際公益の実現を主眼とした実用主義的あるいは道具主義的な見地からすればそれほど問題視されることはないかもしれない。だが、法規範が有すべき厳格な規範性とその実証性を重視する立場にとってはこれらの脱形式的な現象は国際法が本来発揮すべき諸機能を阻害するにとどまらず、その存在意義そのものを危うくさせる要因として捉えられるだろう。後者の立場にたった場合、目指すべきは国際法学における新たな「境界線」の設定および新たな「体系性」の確保ということになる。従って「形式主義の再構築」とは決して復古主義的なものではなく、それ自体が厳格な形式主義に対する建設的な変更や修正を伴うものとして把握されなければならない⁹⁰⁾。

90) ただし、こうした再構築の試みが場合によっては復古主義的な色彩を帯びる可能性も否定できない。それは「排除の論理」を本来的に内包している形式主

もっとも、国際共同体の利益は従来の法実証主義に基づいて実現が可能であり、またそうした利益を前提とした様々な制度や規範に対する説明も可能であるという立場も存在する。例えば1994年にハーグで行われたジンマ (B. Simma) による著名な講義 (「国際法における二国間主義から共同体利益へ」)⁹²⁾ では、国際社会にある種の共同体利益が存在し、それを実現するための法制度が存在していることは認めるものの、その表題が帯びるニュアンスとは異なり、最終的に彼は「合意が依然として指導原理である」と結論付けている⁹³⁾。だが彼はその後パウルス (L. Paulus) とともに著した小論において、実証主義の古典的な見解は、様々な批判を経て「啓発された実証主義の見解 (enlightened view of positivism)」に到達したことを認めている⁹⁴⁾。それは、もし国際法の平面における規範の認識が以前ほど国家の意思に重きを置かなくなっているのであれば、国際法の法源やその解釈手段のあり方もまた変化しなければならないということの意味する⁹⁵⁾。ただし、こうした新たな見地に立った場合であっても法的な議論の

ゝ義の性質そのものから生じてくるある種の限界である。本稿の趣旨からみておそらく重要な点は、形式主義の再構築があくまでも個別的な利益を超越する国際共同体の利益を実現するために試みられるべきであるということにある。

92) Bruno Simma, 'From Bilateralism to Community Interest in International Law' (1997) 250 *Recueil des Cours* (1994-VI) 220.

93) *Ibid.* at 376. ジンマはすでに同講義録の冒頭部分で、国際共同体の出現の下でも二国間主義 (bilateralism) および「ウェストファリア体制」が依然として存在していることを指摘している。従って、彼の目的はむしろ共同体概念の出現によってもなおその基本的な構成を変化させない合意主義の堅牢さと実証主義の重要性を描き出すことであったといえるかもしれない。

94) See Bruno Simma and Andreas L. Paulus, 'The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflict: A Positivist View' (1999) 93 *American Journal of International Law* 302, 303.

95) *Ibid.* at 306. ただし、実証主義に対する批判が法の恣意性やポストモダニックな相対性へとつながるようなことがあってはならないという。彼らが考える法律家の役割は政策決定者が抱える法と政治の間のジレンマの解消を助けることではなく、むしろ事柄の法的な側面を明示することなのである。*Ibid.* at 307.

中心に位置づけられるべきなのは常に形式的法源であると彼らは言う。なぜなら形式的法源と関連付けられることによってのみ、法は意思決定者に対して比較衡量のための独自の機能を提供することができるからである⁹⁶⁾。彼らにすれば国際法の伝統的な法源は新たな状況に対応するにあたり十分な柔軟性を示してきたということであろう⁹⁷⁾。

仮に以上のような見解が引き続き妥当するにせよ、問題は、国際共同体の（主張される）利益の実現が多様な主体によって、かつ従来の形式的法源では把握しきれない様々な文書や実践を伴いつつ、さらに覇権主義的な階層化の可能性も含みながら、「脱形式化」されている現実であろう。こうした状況に鑑み、ダスプルモンは国際法の認定における（狭義の）形式主義の再構築を試みている。

2. 「法認定」における形式主義の再構築の試み

ダスプルモンは、その著書『形式主義と国際法の淵源』⁹⁸⁾においてハート(H. L. A. Hart)の「社会テーゼ (social thesis)」⁹⁹⁾を国際法に応用する形

⁹⁶⁾ *Ibid.* at 308.

⁹⁷⁾ *Ibid.* at 316. この点、サルウエイも国際司法裁判所規程第38条に列挙されている法源とその定義が引き続き主要な役割を果たし続けると述べる。See Thirlway, *supra* note 74, at 143.

⁹⁸⁾ Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law* (Oxford Univ. Press, 2011).

⁹⁹⁾ ハートの法理論の特徴の一つは、法と道徳、「在る法」と「有べき法」を区別する法実証主義に立脚しつつ、実定法の体系を第1次ルールと第2次ルールの結合として把握している点であるが、規範の「妥当性 (validity)」の説明の仕方にも特徴がある。すなわち、ハートは、規範秩序の出発点を「根本規範」として超越論的世界へと放逐したケルゼンとは異なり、あるルールが当該社会の法的ルールとして妥当性を持つかどうかを判断するための「究極の承認のルール」の存在を「内的視点」ないし「内的言明」という形で規範秩序の内部へ取り込んでいる。See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd ed. Oxford Univ. Press, 1997) 100-109. ハートによれば、承認のルールは「一定の基準」

で「法認定 (law-ascertainment)」レベルにおける形式主義の復活を模索している。彼は法の認定において形式主義が必要とされる根拠として、国際法の規範性や権威の確保の必要性、国際法に関する議論における共通基盤の確保、国際法規則の評価の可能性、国際社会における法の支配の確保等を挙げている¹⁰⁰⁾。ただし、彼はヴェイユが批判した規範性の相対化については必ずしも否定していない¹⁰¹⁾。

形式主義に基づく法の認定の場合、何らかの共通の判断基準を満たした規範は法規範として地位を獲得することになるが、すでにみたように、現在は法と非法の区別が相対化し、法を一つの連続体として捉える傾向が強くなっている。その結果として厳密な法の特定作業を放棄する態度がみられるようになっており、それをダスブルモンは法認定における脱形式化 (deformalization) として捉えている¹⁰²⁾。

↘に関連づけて法を識別する裁判所、公務員、私人の、複雑な、しかし通常は合致した実践としてののみ成り立つ」のであり、「その存在は事実の問題である」。Ibid. at 110. 事実問題であるがゆえにそれは論証不可能なものではかならずもなく、さらに究極の承認のルールそれ自体の妥当性が問われることもない。言い換えれば、妥当性の問題を超越論的に根本規範へと還元したケルゼンとは異なり、ハートはその問題を論証可能性とともに究極の承認のルール、つまり社会へと還元したとも言え、そうした立場を捉えてダスブルモンは「社会テーゼ」と呼んでいる。

¹⁰⁰⁾ See d'Aspremont, *supra* note 98, at 29-37.

¹⁰¹⁾ Ibid. at 6. ダスブルモンは形式主義が法の権威の付与において重要な役割を果たすことも認めつつも、規範性の確保は国際法が法規則であるための唯一の前提条件ではないとする。Ibid. at 30.

¹⁰²⁾ Ibid. at 18. ダスブルモンは別の論稿の中で、法認定における脱形式化の背後には様々な動機が存在することを指摘している。Jean d'Aspremont, 'The Politics of Deformalization in International Law' (2011) 3 *Goettingen Journal of International Law* 503, 528-535. 国際法学者の中には従来の法の淵源に基づく区別ではなく法の影響力やプロセスに力点を置くことで (つまり脱形式主義的に) 新たな法認定の基準を確立しようとする者もいる。例えば、ブルネー (J. Brunnee) とトゥープ (S. J. Toope) はその共著の中で国際法はその名宛人に存する義務意識によって定義されるべきであると主張するが、そこには↗

彼の目的は、法の認定における形式主義（法と非法の区別）の確立を再確認することであり、形式主義に対する伝統的な批判を否定することではない^⑩。また彼は、同書の主張が従来法の法源論における形式主義のヴェールを剥がす試みであり、そのことによって新たな形式主義の構築が可能になるとも述べている^⑪。

彼はまず、形式主義が法認定において果たす機能を描き出すため、従来

ㄨ 法の認定を法が有する影響力に依存させる態度を垣間見ることができる。See J. Brunnee and S. J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account* (Cambridge Univ. Press, 2010). 彼らは現代的自然法学者であるフラー (L. Fuller) の理論を国際法に移植することにより、脱形式主義的な法認定につながる方法論の確立を試みている。彼ら曰く、「法の顕著な特徴は形式や強制にあるのではなく、その形成および法的義務の影響力に存する。」*Ibid.* at 7. 彼らはフラーが示した「法に対する忠誠 (fidelity)」を生じさせる8つの合法性基準を国際法における法認定の基準として採用している。ただし、これら8つの基準そのものから直接法規規範性が導き出されるわけではなく、重要なのは名宛人側の法的義務意識（「法に対する忠誠」）であり、それが中心的な判断基準になるという。ダズブルモンは、彼らの理論を規範の実体的妥当性だけでなく、国際法の実施の影響や効果も重要視する立場であるとみなしている。See d'Aspremont, *supra* note 98, at 121. なお、コスケニエミは彼らの主張の背後にあるマネージャリズム的な思考や国際制度に対する過度な信頼などについて批判している。See Martti Koskeniemi, 'The Mystery of Legal Obligation' (2011) 3 *International Theory* 319.

さらにゴールドマン (M. Goldmann) は、「基準文書 (standard instruments)」という概念を導入することにより、国際的な公的権威 (international public authority) を持つ多様な文書を法的考察の範疇に収めうるような方法論を提起している。こうした立場も法認定を規範が持つ影響力に依拠させているとみることができよう。彼によれば、この方法論は断片化した法秩序に対する処方箋となることも期待されるようである。See Goldmann, *supra* note 23, at 681. 「国際的な公的権威」の議論は「グローバル行政法 (global administrative law)」のそれと親和的である。両者それぞれの意義とそれらの相互関係については、ダズブルモンおよびビアンキによる説明が参考になる。See d'Aspremont, *supra* note 98, at 123-125; Bianchi, *supra* note 14, at 61-71.

⑩ See d'Aspremont, *supra* note 98, at 5.

⑪ *Ibid.* at 222.

の法源論，とりわけ慣習国際法，法の一般原則，口頭による合意および約束に関する法認定の形式性を否定する⁽¹⁰⁵⁾。そのうえで彼は，内容（content）と容器（container）の両方が，問題となっている規範が国際的な法規則であるかどうかを示す形式的な基準となりうると指摘しつつ⁽¹⁰⁶⁾，条約その他の国際的な法律行為から生ずる規則の確定の場合は，今のところは「容器」の方が重要な役割を果たすべきであると述べる⁽¹⁰⁷⁾。そして伝統的に用いられてきた当事者の意図という基準は，「容器」の使用に内在する法認定上の形式性を歪めており，従って，条約や他の国際的な法律行為の作成における「記述された言語的な判断基準（written linguistic indicators）」の体系的な利用に，法と非法のより明確な区別のため，実務上も理論的にも，置き換えるべきであるという彼独自の見解を示す⁽¹⁰⁸⁾。こうして，記述された文書が形式的な判断の中心へと据えられ，そのことによって国家の意図を基準にした法認定から離れることができ，真に形式主義的な法認定ができるようになるという⁽¹⁰⁹⁾。

以上のような前提および概念装置を用いて彼はハートの社会テーゼを国際法規則の認定に応用することを試みる⁽¹¹⁰⁾。すなわち，法認定の基準の根

(105) *Ibid.* at 161-174.

(106) *Ibid.* at 175.

(107) *Ibid.* at 185.

(108) *Ibid.* at 185-186. 彼によれば，「国際的な法律行為の同定のための正確な言語的基準を作成することは，増加する非形式的な法形成手続の利用を許容しながら，同時に法と非法を区別する可能性を維持することができる。」*Ibid.* at 189. その例として彼は安保理決議中の「決定する（decides）」という文言が果たしている言語的な基準を挙げている。*Ibid.* at 190-191.

(109) *Ibid.* at 191-192. ただし，それは「合意の証拠の形式化」ではないことに注意が必要である。*Ibid.* at 191. つまり，目指すべきは当事者の意図の探求ではなく，法適用機関による言語的基準の立証であり，法認定における当事者の意図の除外なのである。*Ibid.* at 192.

(110) *Ibid.* at 195-220. その応用における具体的な方法論として，彼は社会ないし社会言語学上の一定の共通理解，いわゆる共同体主義的な意味論（communi-↗

抛や意味は法適用機関の実行の中に見出されるのであり、国際法の場合には法認定の基準についての完全な一致は必要ではなく、「同じ基準を適用しているという共有された感覚 (feeling)」が本質的に要求されるという⁽¹¹⁾。彼はハートの主張とは異なり、国際法の認定における法適用機関にはあらゆるソーシャルアクター（例えば国際裁判所、国内裁判所、非政府組織、ILC、法学者など）が含まれるべきであるとして⁽¹²⁾、ハートの法適用機関の概念を拡大する⁽¹³⁾。いずれにせよ、彼はハートを高く評価しつつ、その理論を国際法における形式的な法の認定作業に向けた考察の出発点に据えている。こうした社会テーゼの適用は国際法秩序の存在を事実の問題に還元することで法律科学を法社会学に貶めてしまうという批判が加えられる可能性があるが、ダスブルモンはそうした範囲の拡大が法認定の理論化のためには必要な条件であるとしている⁽¹⁴⁾。

↓ tarian semantics) を導入し、さらにハートでは法の執行官に限定されていた法適用機関の概念を拡大させることにより社会テーゼの考え方を国際法の世界に応用している。Ibid. at 196-213.

(11) Ibid. at 201.

(12) Ibid. at 204.

(13) 論じている文脈は異なるものの、国際法総体を「資料的な集合」と「規範的な集合」とに概念的に区別したうえで、規範を導出（「読み出し」）するためのあらゆるソーシャルアクターによる法実践ないし法関与的行為に着目する重要性を説く齋藤民徒も法適用機関（関与主体）の裾野を拡げるという意味においては同様の視角を共有しているかもしれない。齋藤民徒「国際法の生成と創設——国際法資料から国際法規範へ」長谷部恭男ほか編『現代法の動態（第1巻：法の生成／創設）』（岩波書店、2014年）69-91頁。

(14) See d'Aspremont, *supra* note 98, at 216-217. カンマホーファー (J. Kammerhofer) は、ダスブルモンの考察が国際法の認定を「国際法律家たちの言語学上の社会心理学的実行の社会学の問題」に帰着させることを指摘しつつも、彼の著書をハートの実証主義の国際法理論への重要な適用例として評価する。See Kammerhofer, *supra* note 8, at 416, 423. そのカンマホーファー自身はケルゼンの見解を国際法の堅固な規範理論の構築のために適用している。See generally, Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2010) 両者の立場は異なるものの、ビアンキが指摘す

彼の所論はあくまでも法認定に関わる、つまり狭義の形式主義の再構築に関する1つの試みに過ぎない。加えて、彼の主張にどれほどの実証性が認められるかについては疑問の余地がある。例えばエーゲ海大陸棚事件でICJは、ギリシアとトルコによる共同コミュニケをめぐる議論において、そうしたコミュニケであっても国際条約として認定されることを認めた一方、他方において同コミュニケの中に“decision”（決定）という言葉が含まれていたにも関わらず、裁判所への付託の効力を認定しなかった¹¹⁹。従って、ダスプルモンという言語的な判断基準は結局のところ事例ごとの総合的な判断に服するとも考えられ、彼の議論がどこまで一般化できるのか疑問も残る¹²⁰。しかしながら、彼が示した社会における様々な法適用機関（ソーシャルアクター）による相互作用を重視する姿勢は、広義の形式主義の概念にも新たな視点を提供するように思われる。

3. 道具主義と形式主義の相克による国際共同体の活性化

国際社会の共通利益に対する認識が普遍化するにつれ、そうした共通利益を実現するための多数国間条約が数多く作成されてきたが、これら条約

ゝるように、両者とも法の形式に焦点を当てている点、法の自律性を確保しようとしている点、そしてそこから法の認識を可能にする要素とメカニズムを探り出そうとしている点において共通しているといえる。See Bianchi, *supra* note 14, at 41-42.

¹¹⁹ Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey) (Jurisdiction) 3 ICJ Reports (1978), at paras. 96, 104-107.

¹²⁰ 確かに同事件において ICJ は共同コミュニケが採択された前後の状況およびコミュニケの具体的な表現を検討する姿勢を示しているが、特に採択時の状況は文書によって異なるのが通常であり、その点からも事例ごとの判断に服すると考えるのが自然である。もっとも、常設の国際機関において採択される文書の場合には別途検討が必要であろう。例えば、国連安保理の決議における“decision”（決定）という語が決議の法的拘束力を判断する上で重要な「言語的な判断基準」を構成していることは否定できない。

の締約国になるかどうかは基本的には国家の自由な裁量に任されている。そこで、こうした普遍的な利益や価値規範を含むような条約に加わらず、場合によっては妨害するような国家に対して国際法は何も対処しなくてよいのか、という実際上のあるいは法理論上の疑問が生じてくる⁽¹¹⁷⁾。そこに脱形式主義的な主張が様々な形で規範形成や理論面においてなされ、それに依拠した国際社会ならびに単独ないし少数国による働きかけや一方的な実力行為がおこなわれる余地が生まれるといえる。伝統的な意思主義や中立性を大きく損なうような国際的な脱形式主義あるいは非合意主義を進展させることは、排他的な意思決定過程の構造を国際法秩序にもたらしうる。こうした構造が出現する可能性を除外しながら国際社会の普遍的な利益を実現することが望まれるが、国際社会の現状からみてもそのための具体的な方策をただちに提案することはできない。だが、筆者には先に触れた国際法が抱える2つの問題に目を向けることがこの問題を解決するための糸口であるように思われる。すなわち、①総論的・抽象的なレベルでは規範の内容について賛同が得られるにも関わらず、各論的・具体的なレベルになると議論が噴出し意見の一致がみられなくなること（“コスケニエミのパラドックス”）⁽¹¹⁸⁾、②大国が国際法を利用（道具化）するためには規範に一定の正当性が付与されている必要があるが、大国が自国のために利用（道具化）すればするほど規範の正当性が低下していき道具として機能しなくなること（“クリシュのジレンマ”）⁽¹¹⁹⁾、である。もとより、これらのパラドックスとジレンマを直ちに解決することは困難であると同時に本稿の

(117) See Christian Tomuschat, ‘Obligations Arising for States Without or Against Their Will’ (1993) 241 *Recueil des Cours* (1993-IV) 195, 213-215.

(118) 本稿のⅢ 2 (2)を参照。

(119) 本稿のⅢ 2 (3)を参照。

射程を越えるものである。従って、ここではこれらの問題に対する別の視角を提供することを通して、形式主義が果たしうる新たな機能について問題提起するにとどめたい。

さて、これらの問題を新たな視角のもとで考察するにあたっては、形式主義に関する自らの見解も提示しているコスケニエミの所論⁽¹⁰⁾が参考になる。コスケニエミはリアリズムも実用主義（道具主義）も国際法の自律性に対する幻滅から生じてきたことを指摘する⁽¹¹⁾。だが、彼は道具主義と形式主義を明確に対立するものとしては捉えていないようである⁽¹²⁾。彼によると、国際法は国際社会の中で支配的な地位にある者が実現を目指す実体的な価値や志向、慣行を増進するために存在する。しかし同時に国際法は意思決定の立場から疎外されている者やもっぱら他国の政策の客体として扱われている者が声を上げることも可能にする。その意味において確かに国際法は道具主義的であるのだが、その“道具”が目指すべき目的や原則は国際法の外部に存在するわけではない。政策決定者たちは規則や制度に関して相互に対立する見解を国際法が提供する「共通の土俵」——彼の表現では“shared surface”——で戦わせるのであり、その土俵の役割を国際法の形式主義は果たしているという⁽¹³⁾。例えば条約のような正式な規則の背後には明確に認識できるような目的が存在するわけではなく、実際には様々な要素を考慮することで、よりよい形での適用、つまり受諾可能な、実効的な、現実的な、または公正な形での適用を模索することになるのである⁽¹⁴⁾。おそらく、そうした各主体、各レジームによる“覇権”の追求や

(10) See Koskeniemi, *supra* note 77.

(11) *Ibid.* at 107.

(12) *Ibid.* at 103.

(13) *Ibid.* at 110.

(14) *Ibid.* at 99.

法規範の適用の模索において共通の土俵を提供すべきなのが形式主義ということなのであろう。

こうして形式主義は社会の目的について対立する国家、その他の共同体、個人が一定の普遍性の想定の下にお互いを繋ぎ止めることにより相互に議論することを可能にする⁽¹²⁵⁾。さらに、国際法が公正な分配と権利の付与によって正義の実現をもたらしようとの理解が共有されていれば、実定法と正義の間の（主張される）乖離の認識は、道具主義的な主張を通して実定法を動かす推進力を提供しうる。とりもなおさず、それは法が必然的に内包している動的ないし政治的な側面でもあるともいえるだろう⁽¹²⁶⁾。脱国境的な価値、例えば人権や自然環境、あるいは正義といった価値についての不一致は逆に政治共同体を活性化させ、新鮮な血を送り続けるのである⁽¹²⁷⁾。

コスケニエミの主張に従えば、道具主義と形式主義は法の支配を支える車の両輪のようなものとして捉えることができるだろう。“コスケニエミのパラドックス”と“クリシュのジレンマ”はいずれも、実は道具主義と形式主義の絶え間のない緊張関係から生じてきたともいえる。そうであるならば、その緊張関係から生じるこれら2つの問題は法の支配を確保し、国際共同体を活性化させるためにむしろ必要なものとして認識されることになる。

コスケニエミの国際共同体についての理解は極めて現実的かつ実際的である。すなわち彼によれば、仮に国際共同体が存在するとしても、それは社会の外部から導き出される究極の目的を実現するために存在する社会ではなく、国際社会それ自体から生じる諸目的——これらの内容は構成員間の共通の合意や相互の理解に依存する——を現実の行動を調整することに

(125) *Ibid.* at 111.

(126) *Ibid.*

(127) *Ibid.* at 95.

よって増進するために存在するような機能的な結びつきとして捉えるべきであるという⁽¹²⁹⁾。ここには、先に紹介したダスブルモンの主張との親和性を垣間見ることができる⁽¹³⁰⁾。また、アプリアリな国際共同体の存在に懐疑的なコスケニエミの立場は、依然として国際的な「共同体意識」が完全に形成されているとは言い難いと述べるジンマらの見解⁽¹³¹⁾とも共鳴するかもしれない。国際共同体の概念には願望の要素が多分に含まれているかもしれないが、それゆえに追求する価値があるといえる。ただし、その過程には人間の顔が見えていなければならない。

むしろ、こうした意味での普遍的な国際共同体概念の主張は目新しいものではない。古くはヴィトリアやスアレスが自然法主義的な立場から国際社会と国際法の普遍性を主張したことはよく知られているし、その後も例えばグロティウスは国家が個人から構成されている事実を重視し、個人が法と道徳によって行動が規律されるように国家も同様に規律されると考えた。ローターパクトによればそれがグロティウスの考え方の決定的な特徴だという⁽¹³²⁾。また、現代においてもアロット (P. Allott) のように国際社会を「すべての人間の集団的な自己構成 (self-constituting)」として捉え、

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.* at 90–91.

⁽¹³⁰⁾ ダスブルモンも自分の主張とコスケニエミの「形式主義の文化 (culture of formalism)」の概念が対立するものではないと述べる。彼によれば、「形式主義の文化」は法的推論の帰結を命ずるような形式性ではなく、権力へ抗う力、開放性と平等性という一方の政治的立場には還元できない要素を伴う、ある種の普遍性を帯びた「地平 (horizon)」である。その点で本稿で紹介した彼の著書が追求する形式主義の再活性化とは異なるとはいえ、かならずしも矛盾しない概念であるという。See d'Aspremont, *supra* note 98, at 28–29.

⁽¹³¹⁾ See Simma & Paulus, *supra* note 41, at 276.

⁽¹³²⁾ See Lauterpacht, *supra* note 72, at 24–27. 「グロティウスがおこなったのは、国際法を法の一般的な体系の一部にただけでなく、普遍的な道徳規則の一部にもしたことによって、国際法に前例のない威厳と権威を付与したことである。」*Ibid.* at 51.

そこから国際法を「法を通じた集団的な自己構成」および「法による国際社会の共通利益の実現」として理解する立場も存在する⁽³²⁾。かつてのグロティウスや現代のアロットの国際法の背後には理性的かつ道徳的な人間像が存在するといえるだろう。

本稿のこれまでの議論を踏まえるならば、国際共同体の背後に控える無数の具体的な個人が新たな形式主義を支える主役とならなければならない⁽³³⁾。それは同時に、先述の道具主義と形式主義の緊張関係が、具体的人間観を伴う形で認識されなければならないことも意味する。国際法の第三世界アプローチ (TWAIL) を代表する学者であるチムニー (B. S. Chimni) の思想の背景にはこうした具体的な人間観 (特に抑圧される側のそれ) が潜んでいる。彼は最近の論稿において慣習国際法の形式的要件 (形式主義) の中に含まれている西欧中心主義的な要素を批判している⁽³⁴⁾。本稿のまとめ

(32) See Philip Allott, 'The Concept of International Law' (1999) 10 *European Journal of International Law* 31. アロットは、法を法規則の体系としてではなく、無数の法関係からなる緊密なネットワークとして捉える。彼によれば社会の共通利益は意識的もしくは無意識的に行われる社会の構成員による法適合的な行動を通して形成されていく。Ibid. at 36-37. さらに、彼によれば国際法システムの背後には合理性、道徳性、そして想像力を有する人間が控えており、国際社会を構成している。これらの能力を用いて人間は人類にとってのよりよい未来を構想することができ、そうした理想を実現するためには人類全体が絶えず自己構成をおこない、現在の自己構成状態を超越していく必要があると彼は主張する。Ibid. at 50.

(33) コスケニエミは、国家中心主義的な見方を採用している限りグローバル化の真の姿を捉えることはできないと述べる。See Martti Koskenniemi, 'The Empire(s) of International Law: System Change and Legal Transformation' (2003) 8 *Austrian Review of International and European Law* 62, 65. 文脈は異なるものの、ダスブルモンが非国家主体による法形成を脱形式化の概念に含めていないことは彼が従来形式主義とは異なる視点を有していることをよく示している。See d'Aspremont, *supra* note 98, at 18.

(34) See B. S. Chimni, 'Customary International Law: A Third World Perspective' (2018) 112 *American Journal of International Law* 1.

として最後にその所論を紹介しておきたい。

彼によれば、慣習国際法は西欧資本主義諸国の利益を実現するための道具としての機能を果たしていたが、脱植民地化による自らの正当性と優位性の動揺に直面した西欧諸国は慣習国際法を形式 (form) と実質 (material), および伝統的な形態と現代的な形態とに区別する態度を示すようになっていったという⁽³⁵⁾。彼はそれが国際法委員会 (ILC) や国際法協会 (ILA) による慣習国際法の認定に関する共通ルール策定の試み⁽³⁶⁾ に現れており、それが西欧資本主義諸国 (先進諸国) の優位性の維持の試みであるし、理念と信念および一定の力の要素による法形成の試みでもあると主張する⁽³⁷⁾。慣習国際法の形成過程を特定の理念の普遍的拡大として捉える彼のこのような見解はアロットも一定程度共有していると思われる⁽³⁸⁾。ここでいう慣習国際法の「現代的な形態」についてチムニーは次のように述べる。慣習国際法の認定は伝統的に「帰納的」な方法が採用されていたが、現代に至り次第に理念や信念を重視する——言い換えれば *opinio juris* 重視

(35) *Ibid.* at 6-7. 法実証主義およびそれに基づく慣習国際法の理解は西欧という特定の文化的かつ政治的な環境の下で生み出されたのであり、そこにおいては「非文明的な」非西欧諸国の国家実行は鑑みられることがなかった。*Ibid.* at 17.

(36) 国際法委員会 (ILC) は2012年に「慣習国際法の形成と証拠」を作業計画として採択し、2018年に「慣習国際法の認定」という表題の報告書を公表した。また、国際法協会 (ILA) もこれより以前の2000年に慣習国際法の形成に適用可能な諸原則についての「ロンドン宣言」を採択している。

(37) *See* Chimni, *supra* note 134, at 6-7.

(38) アロットは国際社会の歴史的な展開過程を、その時代の慣習国際法の形成に体现される国際社会の自己構成にみる事ができるとしている。彼によると慣習国際法を形成する国家実行にはある種の理念 (idea) が含まれており、その形成過程はその理念の潜在的な普遍性をめぐる理念間の闘争として現れることになる。したがって慣習国際法は、そうした理念とともに歴史的に自己展開を続けてきた国際社会の「沈殿作用による自己整序の法形式 (the legal form of the sedimentary self-ordering)」として理解されることになる。*See* Al-lott, *supra* note 132, at 40-42.

の——「演繹的」な方法による認定へと変化してきた。そしてこうした方法による慣習国際法の認定は様々な形で理念や信念を創出し伝播させる西欧が有利であるという。そして、その解決策の一つとして彼は、非国家主体や総会決議の役割を重視する「ポストモダン」の慣習法概念を提唱する。そこにおいては人類社会の普遍的な良心と共同体としての法的信念 (*opinio juris communis*) が模索されることになる⁽¹³⁰⁾。

彼の主張の当否は脇に置くとして、形式主義が排除の論理を内包している以上、こうした具体的人間や規範の実質への理論的照射は、必然的に「脱-形式化」と「再-形式化」の絶えざる往復運動を招来することになるだろう。かくして、実用主義と形式主義という両輪を伴った新たな形式主義は「国際法のポリティクス」という内燃機関が提供する推進力を用いながら、具体的人間観に基づくもう一つの国際共同体の追い風を受けて前進していくのである。

V おわりに

伝統的な形式主義は基本的に（非政治的な意味で）保守的であり、そのため国際法が有する現実に対する批判機能や変化する社会への適応機能が阻害され、それが脱形式主義的な様々な主張や制度、規範（的なもの）の登場を導いたといえる。国際社会の統治機構は——少なくとも国内社会のそれと比べた場合には——依然として未熟であり、ここに国際共同体の利

(130) See Chimni, *supra* note 134, at 46. チムニーは別の論稿において、先進諸国および“トランスナショナル資本家階級”に支配された国際組織を変革し、それらに対抗するためには国境横断的な市民社会の連帯が必要であるとも述べている。See B. S. Chimni, 'International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making' (2004) 15 *European Journal of International Law* 1, 29-37.

益を確保・増進する必要性と、その具体的な手段や実効性の欠如という間隙が生じることになる。規範性の相対化現象はそうした間隙を埋める試みから生じる現われの一つであり、それは国際法の合意主義や主権平等の概念、つまり伝統的な形式主義と一定の緊張関係を必然的に伴うことになる。

規範性の相対化をもたらしたと主張される一連の事象は、共同体利益の登場に直面した国際法がそうした利益の実現に寄与する試みの中で生じてきたといえるだろう。主張される「共同体利益」は複数存在し、その実現を目指す条約体制や国際組織は自らの正当性や優位性をめぐり時には相互に対立することもある。国際法が共同体利益の実現に向けて邁進すればするほど、その足は相対性のぬかるみへとはまり込む。国際法の再—形式主義化、そして本稿では触れることができなかったが国際社会の立憲化をめぐる議論⁽⁴⁴⁾は——その賛否については脇に置くとして——こうした状況を理論的に治癒する目的で主張されてきた側面があるように思われる。そこには国際法における新たな「公共性 (public-ness)」の契機が含まれている。この新たな公共性を伴う国際「公」法の背後には生身の人間同士の連帯によって構成される市民社会が存在しており⁽⁴⁵⁾、国境を越えた個人間の

(44) ダスブルモンによれば、国際立憲主義は法の確定の理論的基礎の問題を含むさまざまな影響を国際法学に与えており、その登場の背景には規範の断片化と多元化の問題があった。さらにこうした国際立憲主義は国家中心主義的な国際法を、より共同体・個人指向にする機能も有する。See d'Aspremont, *supra* note 98, at 77. 国際法の立憲化を提唱しているピーターズは、法の役割は秩序の維持と弱者の保護であるとし、その延長線上に国際法の立憲化を捉えることができると述べている。See Anne Peters, 'The Growth of International Law between Globalization and the Great Power' (2003) 8 *Austrian Review of International and European Law* 109, 133-134, 138-139. もちろん、こうした立憲化の議論に対してはその実現不可能性やイデオロギー性の問題を含む様々な批判が提起されている。これらの批判の内容とその回答については例えば次の文献を参照。See Jan Klabbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford, 2009) 342-352.

(45) 新たな公共性へ向かう地平は環境法の基本原則の一つである「予防原則」に↗

相互作用を通して、さらに「受託者としての主権」を身にまとった国家を媒介にグローバル化した世界に関与していく⁽¹⁴⁾。かつてフラーが指摘したように、「形式性を使用する背後にある切実な要求は、人類が互いに約束をし続ける限りその関連性を維持する」のであり⁽¹⁵⁾、それは国家間の約束においても同様であろう。ただし、そこで示される諸国の意思や合意は、民主的要請を国内レベルのみならず国際レベルにおいて手続的かつ実質的に確保することによって一層実効的となり、再構築された形式主義の基盤を強固にすると思われる。

▽ おいても開かれているように思われる。予防原則に依拠することで科学的に不確実な潜在的リスクへ対処するためには、法廷においては法律家と専門家の、政策決定過程においては専門家同士、専門家と政策決定者、さらに彼らと市民一般との対話が不可欠となる。現代における科学的知見の可変性に鑑みれば、科学技術に対する公共的な意思決定のためには専門家集団と社会一般との建設的な対話と市民による意思決定への積極的な関与が確保される必要があり、それが結局予防原則の効果的な実施へとつながるからである。こうして得られた公共的要素をもとに、予防原則は手続・制度面での変革をもたらすだけでなく、環境保護という国際社会の共通利益を媒介とした国際法の「脱一形式化」と「再一形式化」のプロセスを招来する可能性がある。拙稿「国際裁判における科学的事実認定—科学的知見の可変性と予防原則の関係を中心に」『近畿大学法学』第66巻第3・4号（2019年）161-190頁参照。

(14) この点、国際的なガバナンスにおける透明性（transparency）の確保は国際法の「公共的」性格をより一層強化することに資するであろう。See Anne Peters, 'The Transparency Turn of International Law' (2015) 1 *The Chinese Journal of Global Governance* 3.

(15) Lon L. Fuller, 'Consideration and Form' (1941) 41 *Columbia Law Review* 799, 822-823. フラーはその直前の文章で、「現代における“非形式性（informality）”への傾向の主張にも関わらず、形式の問題が将来消滅すると信じる理由はほとんどない」とも述べている。同論稿の最後では約因（consideration）理論をその根底にある目的に照らして理解し適用する必要性を指摘している。そこに形式主義（この場合は約因理論）の継続的な妥当性が確保されるということであろう。米国の契約理論に関する古い論文であるが、時代の要請に応じて形式主義を柔軟に変化させる態度は現在でも通じるように思われる。