

「ソフト・ロー」論の系譜*

The Historical Contexts of Soft Law Discourse

齋藤民徒

要旨

国際法学の立場から、今日に至る「ソフト・ロー」論の対象と文脈の歴史の変遷を概観することによって、今後の「ソフト・ロー」研究に向けた論点整理を試みる。近時の「ソフト・ロー」論に至る系譜を、国際社会の組織化の流れと緩やかに対応させ、二〇世紀以前に遡りうる個別国家間の非条約合意、二〇世紀後半を中心とする国際組織の非拘束的決議・宣言、二〇世紀末から急速な発展を遂げている国際規制の手段としての基準やガイドライン等の3つに整理し、各々の特徴と研究課題を探る。

はじめに

今日、国際関係における「ソフト・ロー」に関して、様々な観点から研究が行われており、学際的研究の進展など新たな動向も見られる⁽¹⁾。他方で、国際法学上、いわゆる「ソフト・ロー」論⁽²⁾については、「ソフト・ロー」概念⁽³⁾の多義性を中心とする問題性が当初から指摘されてきた。近年の「ソフト・ロー」研究の増加と多様化によって、「ソフト・ロー」論が、そもそもいかなる対象をいかなる文脈のもとで論じる営為であるのか、その議論の構造を明確にすることが一層必要となっている。

本稿は、このような近時の新動向を含め、国際法学の立場から、「ソフト・ロー」論の対象と文脈の歴史の変遷を概観するものである。以下

に述べるように、今日に至る「ソフト・ロー」論は、近代国際社会の組織化の流れと緩やかに対応し、大きく三つの系譜(二〇世紀以前に遡りうる個別国家間の非条約合意、二〇世紀後半を中心とする国際組織の非拘束的決議・宣言、二〇世紀末から急速な発展を遂げている国際規制の手段としての基準やガイドライン等)に整理することができる。結論を先取りして言えば、これら三つの系譜は、「ハード・ロー」と対比される一定の形式選択という対象面の共通性は見られるものの、質的に異なる文脈を伴っている。

本稿の目的は、これまで非歴史的に整理されるきらいのあった「ソフト・ロー」概念の多義性について、「ソフト・ロー」論の対象と文脈の歴史の変遷をふまえた多層的理解を新たに付け加えることで、今後の研究に資することにある。

一 国家間合意と「ソフト・ロー」

1 非条約合意

「ソフト・ロー」と呼ばれることのある様々な事象のうち、比較的時代を遡って位置づけられるものとして、「紳士協定」とも呼ばれる国家間の非条約合意がある⁽⁴⁾。日本の国家実行では、例えば、パスポート発行を制限し、米国への移民を自主規制することを内容とした二〇世紀初頭の日米紳士協定⁽⁵⁾や、冷戦期において共産圏への輸出規制を行ったココム(対共産圏輸出統制委員会)などがある⁽⁶⁾。

これらの個別的な国家間関係を中心とする合意は、「ソフト・ロー」論の対象となりうる現象の中では比較的歴史が長い。このような国家間合意における「法的拘束力」の有無の区別やその使い分けは、国家間関係の規律における基層的な経験として、国際組織の非拘束的決議にせよ、非拘束的な各種の政策的指針にせよ、本稿で後に見ていく組織化が進んだ段階で各種の「ソフト・ロー」が用いられる際にも前提とされている。

もっとも、国際法学上の「ソフト・ロー」論の変遷という観点からすれば、これらの非条約合意という形式自体が今日の「ソフト・ロー」概念の直接の契機となっているわけではない。むしろ、今日これら個別の国家間合意の諸形態が「ソフト・ロー」としてしばしば観念されているのは、時代を遡って包摂されたものにすぎない。

そもそも、「紳士協定」という形での若干の議論を除けば、国際法学上、このような「条約」以外の様々な合意形態について、今日のように一つの主題「法的拘束力」を持たない合意として正面から議論されるようになったのは、比較的最近のことである。それは、二〇世紀半ばに条約法の法典化が本格的に検討され始め、条約法条約の適用対象を画する概念として

「条約」の定義⁽⁷⁾が争点となり、国家間合意の諸形式を貫く境界として、法的拘束力を持つ「条約」が法形式として明示的に意識されたことによる。

同様の事情は、今日「ソフト・ロー」と呼ばれることのある、条約中の一般的・概括的な文言を用いる条項についても指摘できる。条約文に一般的・概括的な文言を用いること自体、条約の歴史において常に見られた現象である⁽⁸⁾。むしろ、現代のように条約が世俗化される以前には、統治者間の神聖な誓約を成文化する際、今日的な意味の法的権利義務を規定しない理念的・宗教的な文言が往々にして用いられていた⁽⁹⁾。このように明確な法的権利義務を導き出しにくい、あるいは、そのままでは裁判規範とはしにくい文言が、それ自体を理由として着目され始めるのは、上記の条約法条約を始めとする法典化や常設の国際裁判所の創設など、国際関係における実定法技術がある程度進展してからのことである⁽¹⁰⁾。

2 非条約合意をめぐる議論の構造

国際法学において、以上のような国家間合意の諸形式について繰り返し問題とされてきたのは、どこまで「条約」に含まれ、どこまで「法的拘束力」が認められるのか、また、その判断基準は何かといった点である。もっとも、これらの論点は、「ソフト・ロー」という概念のもとで論じられることはほとんどなく、多くの場合、条約法や伝統的法源論を前提として、その枠内で問われてきた⁽¹¹⁾。これは、若干射程を広げて、その「法的効果」や「法的関連性」が問われる場合も同様である⁽¹²⁾。そもそも、実定法上の解釈論を展開する限り、個々の法的権利義務こそが問題であって、国家間合意の多様な諸形式を「ソフト・ロー」という概念であえて一括して把握する意義は見出しにくい⁽¹³⁾。むしろ、そのような用語法は、実定法解釈論から見れば、区別

すべきものを一括する曖昧かつ不可解な語法とさえ言える。

このことは、逆に、国際関係における一定の対象について「ソフト・ロー」という語が用いられるとすれば、実定法解釈論の要請とは別個に、そこに何らかの要因があること、すなわち、そのように一見「無用」な「ソフト・ロー」概念が使われる文脈に目を向ける必要性を示唆している。この点は、次に見る非拘束的な決議・宣言において顕著となる。

二 国際組織の決議と「ソフト・ロー」

1 非拘束的な決議・宣言の展開

国際組織や多数国間の国際会議における非拘束的な決議や宣言文書の作成という現象自体は、一九世紀末や二〇世紀初頭に遡って見られないわけではない。もっとも、これらの決議等に対して、「ソフト・ロー」概念による把握が同時代的に見られたわけではないことは、先に見た非条約合意と同様である。国際法学上、一般に「ソフト・ロー」という用語のもとで議論の対象とされたのは、第二次世界大戦後の国連総会決議を中心とする国際機関の決議や宣言文書である。これに先立つ非拘束的な合意や決議等は、このような概念的把握を前提として、「ソフト・ロー」概念に遡及的に包摂されるに至ったものである。

それでは、二〇世紀後半に至り、国際組織や国際会議の非拘束的な決議や宣言について「ソフト・ロー」論という形で議論されるようになった文脈はいかなるものであったのか。これを国際社会の組織化の流れに位置づけて把握し直すならば、二〇世紀後半の大規模な脱植民地化を経て、国連総会で多数を占めるに至った第三世界諸国による伝統的国際秩序・伝統的国際法に挑戦する主張が国連総会決議やUNCTADなどにお

いて次々と打ち出された一九六〇年代～七〇年代の動きが重要性を持っている⁽¹⁴⁾。また、これと並行して、人権や環境問題を始めとする従来の国家間秩序に収まらない諸問題について、早くは一九四八年の世界人権宣言、環境問題では一九七二年の国連人間環境会議で採択されたストックホルム宣言など、その後の国際社会の動向を左右するような理念を宣言しながらも、形式的な意味で「法的拘束力」を持たない各種の重要な公式文書が打ち出されたことも指摘できよう⁽¹⁵⁾。

2 対抗言説としての「ソフト・ロー」

これらの理念的・対抗運動的な決議や宣言において非拘束的な形式が利用されたことには、その一連の動きが脱植民地化に関する事項、とりわけ経済・開発分野を主たる舞台の一つとしていたことに現われているように、先進国と第三世界諸国との利害対立が激しいために非拘束的な主張の一方的な表明にとどまらざるをえなかったという事情がある⁽¹⁶⁾。また、環境や人権といった分野のように、表明される理念が主権国家の利益(政府関係者・支配層の利益)を超える(あるいはこれに反する)内容のため、国家を法的に直ちに拘束する形式が忌避されたという事情も窺える⁽¹⁷⁾。

このような文脈において、上記の非拘束的な決議・宣言に対して「ソフト・ロー」という表現が用いられたことには、それ自体が対抗言説としての意義を持つ場合も含まれていた⁽¹⁸⁾。そもそも「『ソフト・ロー』にすぎない」とする言い方に見られるように、「ソフト・ロー」の「ソフト」という形容は、形式的な意味での「法」に厳密には該当しないことを示している。にもかかわらず、「ソフト・ロー」という表現を用い、あえて「ロー」という語によって一定の対象を形容することは、時に「法」としての正統性を象徴的な次元で動員する試みを伴っていた。

3 非拘束的決議・宣言をめぐる議論の構造

他方で、国際法学説全体の総体的傾向としては、非拘束的決議や宣言等を「ソフト・ロー」概念のもとに論じるのではなく、「国連総会決議の効力」といった法的効果の議論を中心に、しばしば国際司法裁判所の取り扱いを参照するなど、従来の実定法解釈の問題として議論するものが多かった。また、法解釈を離れて法定立や法形成の観点から議論する場合も、条約の前段階という位置づけを与えたり、慣習法形成との関係で論じるなど、従来の法源論に沿った議論が支配的であった。

もっとも、局所的には、国際法学上の論争としての「ソフト・ロー」論が上記のような対抗運動から若干遅れて、一九八〇年代前半に一つのピークを迎えている⁽¹⁹⁾。しかしながら、この論争過程においては、「ソフト・ロー」概念に消極的な伝統的学説はもちろん、これを積極的に論じる学説にあっても、「ソフト・ロー」概念を一定の現象に対する分析概念と位置づけて理論構築を図る研究は皆無に等しかった。これらの「ソフト・ロー」をめぐる賛否両論は、先進国と第三世界諸国との利害対立や支配的な国家間秩序を超えた理念追求など様々な動因を背景に、場合によっては、一定の現象に対する理論的分析を行うというよりも、それ自体が対抗言説（と対抗言説への反動）といった運動的・実践的性格を色濃く持つものであった⁽²⁰⁾。

三 国際規制の手段としての「ソフト・ロー」

1 政策志向

学説上の「ソフト・ロー」概念をめぐる賛否両論にかかわらず、二〇世紀末を通じて、国家間の非条約合意、国際組織・国際会議の非拘束的決議・宣言は頻繁に活用され、これらの文書

等について、「ソフト・ロー」という語が相変わらず用いられてきている⁽²¹⁾。とりわけ、近年、「ソフト・ロー」という語は、理念的な宣言文書に限ることなく、より政策的・実務的な文書、例えば OECD の「情報セキュリティ・ガイドライン」や「消費者保護ガイドライン」など、しばしば各国の国内行政との連動を視野に入れた各種の政策指針文書に対して用いられている⁽²²⁾。

これらの動向に特徴的なのは、各種の指針自体についても、それを捉える「ソフト・ロー」論についても、先に見たような対抗的な意味合いが薄れていることである。先述の対抗的な国連総会決議等における「非拘束性」が南北対立や国家主義と反国家主義の対立の表現であり、既存の「ハード・ロー」と対置されるものであったとすれば、今日の「非拘束性」は、時宜に応じて調節すべき政策的選択肢として、既存の「ハード・ロー」と連続的(しばしば複合的)に位置づけられている⁽²³⁾。

2 近時の議論の展開

このように政策実務において「ハード」な形式と「ソフト」な形式とが組み合わされ、使い分けられていることを前提としながら、近時、国際政治学・国際関係論において、「ソフト・ロー」概念を分析概念として積極的に用いる例も見られる。その一例は、「ハード・ロー」と「ソフト・ロー」を対概念として、国際関係における「法化(法制度化)」の程度や道筋に対する分析概念とするものである⁽²⁴⁾。

これらの研究の特徴は、その学際的な動向自体に現われているように、従来の国際法学上の法源論に必ずしも囚われない観点に立っていることにある。実際、これには、一定の現実的根拠もある。そもそも、近時の各種の政策的指針は、当事者の一定の協調行動を基盤として、しばしば国内行政との連動を視野に入れながら、基本的に裁判外の実現を前提としており、従来

の国際法学が想定していたような対審構造における実定法の解釈論的な問題が生じているわけではない⁽²⁵⁾。また、各種の政策的指針の重要性や実効性についても、従来の国際法でもっばら言及されてきた「法的拘束力」の有無と現実の影響力の程度とは必ずしも連動していない⁽²⁶⁾。そのため、主要な論点は、「法的拘束力」や「法的効果」などではなく、様々な規範が、どの分野で、どれほどの影響力をもたらしているか、また、どのような組み合わせによれば、どれほどの政策的な有効性を期待しうるかといった点に移ってきている⁽²⁷⁾。

四 「ソフト・ロー」論の系譜の示唆 多義性の文脈的理解

以上、個別の国家間関係から始まり、脱植民地化以後の南北対立を含む国連を中心とした国際組織の展開、さらには近時の国際的な各種政策の実現に至るまで、国際社会の組織化に緩やかに対応する形で「ソフト・ロー」論の系譜を描いてきた。とりわけ、従来の国際法学との関わりでは、条約法上の解釈論を始めとする伝統的な法源論から近時の学際的課題に至るまで、議論の焦点の移行を見ることができた。以上の系譜から窺える今後の研究への示唆として、以下、国際法学上の「ソフト・ロー」論に関わる問題点と研究課題を素描しておく。

1 法認識の理論的反省

まず、総じて指摘できる問題点に、「ソフト・ロー」概念が従来の国際法学において「法」とは観念されにくい規範(的文書)に対して「ロー」(「法」)という表現を用いる独自性があるにもかかわらず、その根拠と理論的含意についてほとんど探究されてきていないことがある。

近時の政策的手法を対象とする便宜的な用語

法は、従来の「ハード・ロー」中心の語彙体系からこぼれ落ちる対象を拾い上げる役割を果たしているが、さしあたり対象とする規範(的文書)の呼称として機能すれば足り、明確な概念規定や理論的根拠を伴っていない。

また、「ソフト・ロー」という用語が対抗言説において用いられる場合には、「法」と見せかけることが重要であって、さしたる理論的根拠もなく、自己の援用する規範(的文書)に対して「ロー」という語が象徴的・戦術的に用いられている。そのような手段的な用語法は、逆に「ソフト・ロー」にすぎないとして一定の規範(的文書)の正統性を否認しようとする立場にも共通している⁽²⁸⁾。

そもそも、従来の国際法学上の法源論において「法」に該当しない対象であっても、「法」と言うにふさわしいのであれば、そこにどのような理論的根拠があるのか。そのような「法」という形容実践(レトリック)は、いつ奏功し、いつ挫折するのか。遵守研究を始めとする近時の実証的研究を含め、様々に明らかにされているように、一定の合意や決議は、国際規範としての実態を見る限り、従来の国際法学が重視してきた「法的拘束力」の有無のみならず、その強制可能性や実効性、権威性や正当性など、様々な面で「ソフト」でありうる⁽²⁹⁾。このような事態に対して、各論者が、一定の特徴に着目して一定の対象を「ロー」に含めたり含めなかったりすることは十分にありうることであり、また実際に行われてきている⁽³⁰⁾。このような「法」の形容の相対性を含め、国際社会における法認識をめぐる一連の理論的課題について、必ずしも十分に探究されていないことが問題である。

2 「ソフト・ロー」言説

分析道具から分析対象へ

今日に至る「ソフト・ロー」論において、「ハード・ロー」と対比的に用いられる全般的傾向はあ

るものの、「ソフト・ロー」概念の不明確さは依然として拭いきれていない。このような多義性は、「ソフト・ロー」概念が分析概念であるとするれば、実際に現象を分析する際、たしかに深刻な問題となる。この点は、まさに「ソフト・ロー」概念の分析概念としての有用性を疑う従来の学説が論難する通りである。しかしながら、問題は、今日に至る「ソフト・ロー」論の文脈の違いをふまえるとき、そもそも「ソフト・ロー」概念が分析概念であるという前提で議論を尽くしうるかどうかである。この点、いささか平板に批判されてきた「ソフト・ロー」概念の多義性についても、その歴史的経緯に照らして立体的に捉える必要があるのではないだろうか。

本稿で見てきたように、「ソフト・ロー」概念は、対決的な国際組織の非拘束的決議にせよ、非拘束的な各種の政策的指針にせよ、その時々で感知された新たな問題や現象に即して使われてきており、必ずしも理論的な分析概念として自覚的に用いられてきたわけではない⁽³¹⁾。むしろ、対抗言説において用いられる場合にしても、近時の政策的手法を対象とする便宜的な用語法にしても、従来の堅固な「ハード・ロー」の語彙や前提を回避しうることに「ソフト・ロー」という語の有用性が見出されてきている。そのような経緯からすれば、まがりなりにも「ソフト・ロー」概念が用いられ続けてきたのは、それが多義的で曖昧であったからだと言え⁽³²⁾。

このような系譜に照らす限り、「ソフト・ロー」概念の多義性は、まずもって多層的な歴史的文脈の表現として捉えるべきではないだろうか。この場合、「ソフト・ロー」概念が一定の現象や対象の分析概念として依拠しうるかどうかの問題なのではない。むしろ、歴史的な厚みを持った言説としての「ソフト・ロー」論を分析対象として、そのような言説に何が賭けられてきたのかを問うべきであろう⁽³³⁾。

3 正当性への問い その忘却？

以上をふまえるならば、独自の定義のもとに活用するにしても、その有用性を観念的に批判するにしても、「ソフト・ロー」概念を手段的な分析概念として捉えるにとどまるとすれば、重要な問いが問われないまま残されるように思われる。このことは、とりわけ、国際社会における「ソフト・ロー」論の直接の契機となっていた対抗運動の文脈にあてはまる。既に見てきたように、国際社会が急激に「拡大」し、国連総会を始めとする国際舞台において第三世界諸国の存在感が高まった脱植民地化以後の一時期、「ソフト・ロー」論を通じた攻防に賭けられていたのは、当時の国際秩序や既存の国際法の正当性であった。国際法学にとって、現行法秩序の正当性の問題、既存の合法性に対するイデオロギー批判の課題は、常に問い直されるべき課題である。それが果たして「ソフト・ロー」論の背負いきれる問題であったかどうかはともかくとして、国際法の合法性の限界は、そのような熱を帯びた「ソフト・ロー」論が下火になった あるいは国際法学の支配的言説から排斥された からといって消えてなくなるわけではない。今日の国際法学において、「ソフト・ロー」概念を非歴史的に分析概念としてのみ捉えることは、そのような根底的課題の忘却を多かれ少なかれ誘う営為である。

おわりに

今日、国際法学において「ソフト・ロー」概念が用いられる際、あえて引用符が付されることも少なくない。このような形で一定の躊躇や留保がしばしば表明されるという事実自体、国際法学上の「ソフト・ロー」概念の使用に、好むと好まざるとにかかわらず、様々な歴史的含意が多層的に伴わざるをえないことを示しているように見える。あるいは、あえて付された引用符

は、そのような歴史云々とは無関係に、単にそれが多義的で(時に矛盾を抱え)、望ましい用語ではないため、これにコミットしないまま便宜的に使用することを表明しているにすぎないというかもしれない。しかし、それではなぜ、便宜的であれ何であれ、そのような用語を使い続け、それに言及し続けているのだろうか。そのような曖昧な(時に矛盾を抱えた)語を使わずに済ませうだけの概念枠組を従来の国際法学が用意してきていないのか。してこなかったとすればそれは何故か。

国際法学上の「ソフト・ロー」論の課題は、単に対象としての「ソフト・ロー」自体を論じることには尽きるものではない。本稿で辿ってきた「ソフト・ロー」論の系譜が示唆する課題は、それぞれ異なった歴史的文脈における「ソフト・ロー」概念の使用のあり方自体を分析対象とするということである。どのような文脈において「ソフト・ロー」という表現が用いられ、そこには何が賭けられてきたのか。「ソフト・ロー」論を一定の対象に向けられた「法」の形容実践として捉えるならば、これは国際社会における法認識と法動員の可能性に関わる根底的な理論的問題であり、今後、「ソフト・ロー」という語を用いるにせよ、用いないにせよ、問われるべき課題であり続けるだろう。

* 法律時報 77 卷 7 号掲載用原稿

- (1) 「ソフト・ロー」をめぐる近時の国際的な研究動向については、齋藤民徒「国際法と国際規範 「ソフト・ロー」をめぐる学際研究の現状と課題」社会科学研究五四巻五号四一頁以下を参照。なお、学術誌『ソフトロー研究』の刊行を始め、近時、国内研究にも一定の進展と蓄積が見られるが、本論文では、国際的な動向と関わる限りで触れるにとどめる。

- (2) 「ソフト・ロー」に関わる議論を有意義に展開するためには、規範定立手法としての非拘束的合意・決定それ自体(対象としての「ソフト・ロー」自体)と、そのような一定の現象を「ソフト・ロー」概念を通じて論じること(「ソフト・ロー」論)とを区別すべきであろう。両者のそれぞれ異なる問題点、すなわち、対象としての「ソフト・ロー」の問題点と「ソフト・ロー」概念の問題点とが混同されることは少なくないが、それぞれの得失を見定め、有効な対処を探るために両者の区別は必須である。一方で、対象としての「ソフト・ロー」の得失とは、合意や決定に「ソフト」な形式を用いることのメリット・デメリットであり、例えば合意形成の迅速性や柔軟性、あるいは民主的統制の潜脱の危険性などである。他方で、「ソフト・ロー」論の得失とは、「ソフト・ロー」概念を用いることで、これまで捉えられなかった新たな現象の整理が可能になったり、逆に議論が混乱したりすることである。

本稿は、両者の区別を前提に、後者の意味の「ソフト・ロー」論について、その歴史の変遷を辿るとともに、とりわけ、「ソフト・ロー」概念の得失を、もっぱら分析概念としての有用性の点で評価する議論に再検討を加えるものである。

- (3) なお、本稿は、様々な文脈において「ソフト・ロー」なる用語によって何が観念されてきたか、「ソフト・ロー」言説自体を分析の対象とするため、具体的検討に先立って「ソフト・ロー」概念を一般的に定義することはできない。従来の「ソフト・ロー」概念については、位田隆一『「ソフト・ロー」とは何か 国際法上の分析概念としての有用性批判 (一)(二)』法学論叢一一七巻五・六号、村瀬信也『国際立法』(東信堂、二〇〇二年)二一頁以下を参照。See also, Heusel, W., "Weiches" *Völkerrecht*, Nomos, 1991; Abi-Saab, G., "Eloge de «droit assourdi». Quelques réflexions sur le rôle de la «soft law» en droit international contemporain", *Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, 1993, pp.59-68.
- (4) 「非拘束的合意」「インフォーマルな合意」等、様々な捉え方があるが、形式面の区別に着目すれば、とりわけ一九六九年のウィーン条約法条約によって「条約」の形式化を経ている今日においては、「条約/非条約」という区別が決定的であり、本稿も基本的に「非条約合意」という用語法を採用する。もっとも、合意形成・運用に携わる政策担当者レベルにおいては、「条約」か「非条約」か(日本の外交実務においては「国際約束」か否か)ということ自体、そもそも「法的拘束力」を持たせるか否かという政策的選択に由来する形式的区別にすぎず、より実質的な区別として、帰結としての「法的拘束力」の有無に着目することにも一理ある。この点、近時の詳細な研究として、中村耕一郎『国際「合意」論序説 法的拘束力を有しない国際「合意」について』(東信堂、二〇〇二年)を参照。
- (5) 日米紳士協約第七号(一九〇八年二月一八日)を含む一連の紳士協定の時代背景については、Ichioka, Y., *The Issei: The World of the First Generation Japanese Immigrants, 1885-1924*, The Free Press, 1988.
- (6) 国際法学上の検討として、村瀬信也「ココム規制に関する国際・比較法的検討」ジュリハ八九五号十七頁以下(同『国際法の経済的基礎』(有斐閣、二〇〇一年)所収)参照。なお、冷戦後において兵器等の輸出管理を規律する「ワッセナー・アレンジメント」もまた、関連国による法的拘束力のない申し合わせとされている。

- (7) ウィーン条約法条約の法典化過程における議論については、長谷川正国「国際社会におけるいわゆる『非法律的合意』の一考察(二)」福岡大学法学論叢二七巻三号二〇七頁以下を参照。
- (8) 国家間の合意形成におけるリスク回避技術として、この点を指摘するのは、Bilder, R.B., *Managing the Risks of International Agreement*, Univ. of Wisconsin Press, 1981.
- (9) See, e.g., Magnetti, D.L., "The Function of the Oath in the Ancient Near Eastern Treaty", *AJIL*, vol.72(1978), pp.815-829.
- (10) なお、一方で国家間合意について実定的な条約形式の整備が進められながら、他方で、条約自体について神聖な「儀式性」が保たれていた従前の手続が簡略化され、また現代において簡素な手続の行政協定が急激に増加するなど、近現代を通じて世俗化及び実務上の「非形式化」が同時に進行してきたことにも留意すべきであろう。See, Lachs, M., "Some Reflections on the Substance and Form in International Law", Friedmann, W.G et al.(eds.), *Transnational Law in a Changing Society*, Columbia Univ. Press, 1972, esp., pp.101-2.
- (11) 長谷川・前掲論文(註7)を参照。特に、エーゲ海大陸棚事件、カタル＝パーレーン事件など、国際司法裁判所における裁判付託合意との関係で、法解釈論上の争点にもなってきた。
- (12) その一つのあり方を IDI におけるヴィラリー報告 (Virally, M., « *La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus* », 1983) をめぐる議論に見ることができる。この議論状況については、長谷川正国「国際合意の新カテゴリー」住吉良人・大畑篤四郎編『二十一世紀の国際法』(成文堂、一九八六年)一一九頁以下を参照。
- (13) この点を批判するのは、位田・前掲論文(註3)。
- (14) 「植民地独立付与宣言」(一九六〇年)、「天然資源に対する永久的主権宣言」(一九六二年)を始めとして、「深海底原則宣言」(一九七〇年)、「新国際経済秩序樹立宣言」(一九七四年)、「国家の経済的権利義務憲章」(一九七四年)などが代表的なものである。また、一九七〇年には、東西諸国、南北諸国の激しい対立を抱えながらも、「友好関係原則宣言」がコンセンサスで採択されている。なお、この時期の重要な「非拘束的」な国際文書に、ヘルシンキ会議最終議定書(一九七五年)がある。これは、単なる国家間合意にも、本文で述べたような意味での国際組織・国際会議の非拘束的決議にも還元できない政治的合意文書であり、多数国間において条約化を予定しない独自の規範的文書として、関与当事国の国内事情も加味しつつ、従来の国際法の形式を回避する意識的選択の一つの極をなしていた。これについては、その固有の履行確保メカニズムも含め、冷戦下における安全保障の帰趨を左右しうる影響力ある文書として、本文で述べたような「ソフト・ロー」の検討とも一面で重なりながら議論の展開が見られた。See, e.g., Schacter, O., "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *AJIL*, vol.71 (1977), pp.296-304.
- (15) 他にも、宇宙法分野において重要な高い宇宙に関する法原則宣言(一九六三年)が出されている。なお、この宇宙活動をめぐる規整のように、本文で論じた経済・環境といった分野で対抗的・理念的な各種宣言が打ち出された時期にも、先進国を中心とする政策的指針の提示という本文の次項で述べる流れにむしろ位置づけるべき現象も存在していた。このように、国際社会における非拘束的な政策的指針の提示という動きは、本文で述べたような対抗的・理念的な動きと絡み合いながら、分野ごとに進展の度合いが異なっており、とりわけ、各種の労働基準や刑事処遇基準などは、既に二〇世紀半ばにおいて少なくない数の重要文書が見られる。
- (16) この点、「ソフト・ロー」の利用が、そのような対立の緩和手段としても議論された例として、吾郷真一「南北経済紛争回避のための法的枠組」国際法外交雑誌八四巻二号三〇頁以下を参照。
- (17) ここでは、上記の「新国際経済秩序樹立宣言」を始め、これらの非拘束的宣言を彩る一定の急進性にも留意し、時代背景としての国家同士の対立や国家主義的利益との対立に着目している。本論文の射程を外れるが、より法技術的な説明を採用すれば、柔軟性や迅速性といった形でその「要因」を様々に整理できること、また、分野毎の違いも含め、そのような技術的要因が各文書の生成において様々に存在していたことを否定するものではない。See, e.g., Lipson, C., "Why Are Some International Agreements Informal?", *I.O.*, vol.45(1991), pp.495-538.
- (18) See, Reisman, W.M., "The Concept and Functions of Soft Law in International Politics", Bello, E.G & Ajibola, B.A.(eds.), *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias*, vol.I, Kluwer, 1992, pp.135-144.
- (19) 国際法学上、著名な議論として、Weil, P., "Vers une normativité relative en droit international?", *RGDIP*(1982), pp.5-47. 同時期の議論の例として、Baxter, R.R., "International Law in 'her infinite variety'", *ICLQ*, vol.29(1980), pp.549-566; Bothe, M., "Legal and Non-legal Norms — A Meaningful Distinction in International Relations?", *NYIL*, vol.11(1980), pp.65-95. この時期の議論のレビューとして、位田・前掲論文(註3)を参照。
- (20) 同様の事態を「開発の国際法」論に即して指摘するのは、伊藤一頼「『開発の国際法』の再検討」本郷法政紀要一二号二二頁以下。
- (21) See, e.g., Burhenne, W.E & Jahnke, M., *International Environmental Soft Law: Collection of Relevant Instruments*, Nijhoff, 1993.
- (22) この点、EUに関する議論の展開も顕著である。See, e.g., Wellens, K.C. & Borchardt, G.M., "Soft Law in European Community Law", *ELR*, vol.14(1989), pp.267-321; Cini, M., "The Soft Law Approach: Commission Rule Making in the EU's State Aid Regime", *Journal of European Public Policy*, vol.8(2001), pp.192-207; Cosma, H. & Whish, R., "Soft Law in the Field of EU Competition Policy", *European Business Law Review*, vol.14(2003), pp.25-56; Ashiagbor, D., "Soft Harmonisation: The 'Open Method of Coordination' in the European Union Employment Strategy", *European Public Law*, vol.10(2004), pp.305-32; Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Pub., 2004.
- (23) このように「ハード」から「ソフト」に至る諸形式を政策的・便宜的に使い分ける傾向は、総体的な志向性として、国家間合意における条約合意と非条約合意の使い分けに通じるものの、その組み合わせ方については、国際行政の複雑化に伴い、国家間合意における使い分け以上に、近年に至るまで様々な実践形態が編み出されてきている。その実例には、国内行政との連動をも視野に入れ、規則や指令、決定や勧告・意見な

ど行政指針の多様な組み合わせが制度化されてきている前述の EU の他、気候変動枠組条約と京都議定書に見られるような概括的な枠組条約と個別の議定書(さらには締約国会議の規範運用)との組み合わせ、あるいは、いわゆる「コーデックス基準」等の非拘束的な国際基準と、「TBT 協定」や「SPS 協定」等の拘束的協定との組み合わせなどがある。

- (24) See, e.g., Abbott, K.W. and Snidal, D., "Hard and Soft Law in International Governance", *I.O.*, vol.54(2000), pp.421-56; Shelton, D. (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford Univ. Press, 2000.
- (25) なお、前掲の Abbott らのように、司法機関(第三者紛争解決)が予定されているかどうかを「ソフト・ロー」と「ハード・ロー」とを区別する指標とする場合もある。この点、近年の「ソフト・ロー」の一つの特徴として、自己完結的な紛争解決に着目するものもある。See, Hillgenberg, H., "A Fresh Look at Soft Law", *EJIL*, vol.10(1999), pp.499-516.
- (26) 近年見られる国際規範の遵守研究は、法解釈論としての法的効果などの問題とは別に、現実の国家行動との関係で分析を進めることが多い。このような遵守研究の動向と問題点については、齋藤・前掲論文(註1) 四四頁以下を参照。
- (27) 広く、「レジーム・デザイン」とも呼ばれる制度構想と運営に関する議論など、このような政策的議論の最新動向の一角に、「ソフト・ロー」をいわゆる「ガバナンス論」における政策手法と位置づけるものがある。See, e.g., Mörth, U.(ed.), *Soft Law in Governance and Regulation*, Edward Elgar Pub., 2004.
- (28) この点、従来の国際法学における、もっぱら「法的拘束力」の有無を自明視し、「法」の境界の維持を強調して形式主義的に「ソフト・ロー」を排斥しようとする立場について言えば、その自明性の表皮を一枚剥がしてみれば、そもそもそれが根本的に依拠している「国際法」自体が「ソフト」であり、同じ形式論理をもって「法」から排斥されかねない背理さえ伴っている(「燃えない火」としての国際法)。「ソフト・ロー」概念に対する最も代表的な消極論として言及されることの多い前掲註19の Weil の論文にあっても、「ソフト・ロー」については論証以前に門前払いしており、こと「ソフト・ロー」に関する限り、形式主義的な国際法学の確信と断言以外の論証に乏しい一時代の対抗言説にとどまっている。
- (29) See, Reisman, *supra* note 18, esp. p.136.
- (30) そのような問題意識から国際社会における多様な「法」観念を把握する試みとして、齋藤民徒「国際社会における『法』観念の多元性 地球大の『法の支配』の基盤をめぐる一試論」社会科学五五六巻五・六号一六五頁以下を参照。
- (31) 本稿で見てきたように、自覚的な分析概念としての「ソフト・ロー」概念の使用はごく最近のことであり、しかも、そこでは従来の国際法学の観念や課題を必ずしもふまえることなく、一定の指標に基づく操作的な「法」及び「法化」の概念規定が行われるにとどまっている。もっとも、このような新たな研究動向が国際法学にとって学際的な研究課題を提起し、従来の志向を再検討する契機を提供していることを否定するものではない。この点につき、齋藤・前掲論文(註1)を参照。

- (32) この点、「ソフト・ロー」という語をあえて文字通り捉え直すならば、「甘くない砂糖」、「燃えない火」の如き概念矛盾であると論難されながらも、そのような相反する形容の結合にこそ「意図された曖昧さ」、「建設的妥協」としてのしづとさが宿っているとも言える(一方で、厳格な形式主義からは、「ソフト」という形容が付されているかぎり、厳密には「ロー」ではないということをしあたり弁えている点で容認でき、他方で、反形式主義からは、「ソフト」という形容さえつけておけば、とりあえずは「ロー」という範囲に入り込めている点で良しとする)。
- (33) この点を位田・前掲論文(註3)との関係で指摘するのは、河西直也「国連法体系における国際立法の存在基盤 歴史的背景と問題の所在」大沼保昭編『国際法、国際連合と日本』(弘文堂、一九八七年)八〇頁。

[後記] 本稿の着想を含む報告(二〇〇二年六月一四日「ソフト・ロー概念について」第二四二回東大国際法研究会 於 東京大学)に際し、報告の機会を下された大沼保昭教授、司会を務めて下さった同研究会幹事の岩澤雄司教授及び中谷和弘教授、報告前の検討の機会を下された奥脇直也教授及び中川淳司教授、本稿の準備段階でコメントを下された小寺彰教授、寺谷広司助教授、川副令氏、その他多くの方々から懇切な御教示を頂戴した。ここに記して深甚な謝意を表する。

(さいとう・たみとも)

東京大学大学院法学政治学研究所
研究拠点形成特任研究員)