

国際法志向性の現象学的分析
——静態・発生・世代——

A Phenomenological Analysis of International Legal Intentionality:
Stasis, Genesis, and Generativity

根岸 陽太
Yota Negishi

要旨

本稿は、特にフッサールが展開した(1) 静態的・(2) 発生的・(3) 世代的現象学の観点から、国際法規範の志向性を分析するための方法を提示することを目的とする。特に慣習国際法の同定という文脈に焦点を当て、自己決定権の慣習法性を同定した国際司法裁判所のチャゴス諸島分離事件勧告的意見を素材しながら考察を進める。国際法の主流である法実証主義は、(1) 客観主義のもとで規範を物的に捉え、(2) 時間や(3) 空間も固定して想定する。これに対して、本稿の現象学的国際法学は、国際法があくまでも国際法律家の(1) 主観的かつ相対的な意識作用と、それ以前から働いている(2) 過去把持—原印象—未来予持の同時性や(3) 故郷／異郷世界の共—構成といった働きから構成されていることを明らかにした。このような現象学の知見により、人間的生と分かち難く結びついている「事象そのものへ」と立ち返り、本来の精神に溢れた「真なる実証主義」が国際法理論にもたらされる。

はじめに

本稿は、国際法学と現象学を架橋し、前者が考究する国際法規範の志向性を分析するための方法を提示することを目的とする。筆者はすでに別稿において、国際法学が人間的「生への意義の喪失としての学の『危機』」、すなわち、「事実学への実証主義的還元 (positivistische Reduktion)」に陥っており、それを乗り越えるために、「あらゆる客観的科学に関する判断中止 (Epoché)」としての現象学的還元 (phänomenologische Reduktion) が有効であることを指摘した¹。この現象学的方法によって、国際法律家は「主観的—相対的」かつ「普遍的—不変的」な「生活世界 (Lebenswelt)」と呼ばれる時空的事物の世界を経由することになる²。このような一見して相反する生活世界の両性質は、「それなしには対象と世界がわれわれにとって現存しえない」アプリアリな原理として、経験対象と与えられ方との「相関関係 (Korrelation)」を示す「志向性 (Intentionalität)」概念によって調和される³。生活世界の普遍的相関原理は、観念的規範意味の成立を問う法学にも導入可能であり、意識と世界を切り

¹ 根岸陽太、2021、「国際法『学の危機と超越論的現象学』——事実学から人間的生へ向けられた学問へ」『世界法年報』40号；Husserl, Edmund, 1954, *Husserliana (Hua)* VI, p. 70.

² *ibid.*, pp. 173–177.

³ *ibid.*, pp. 161–163.

分ける法実証主義とは一線を画した視角を提供しうる。

本稿は、先行する研究を敷衍して、より具体的に国際法規範の志向性を分析するための現象学的方法を提示する。第1節では、作用と意味の相関性により対象が構成される構造を分析する静態的 (static) 現象学、第2節では、そのような対象の背景にある時間的な地平を分析する発生的 (genetic) 現象学、第3節では、共時的・通時的な世代・文化を分析する世代的 (generative) 現象学をそれぞれ国際法学に応用する。その応用に際しては、主客二元論が長年議論の的になってきた慣習国際法の同定 (identification of customary international law) を取り上げ、具体例として、国際司法裁判所が人民の自己決定権の慣習法性を同定した「1965年のチャゴス諸島のモーリシャスからの分離の法的帰結」事件勧告的意見 (2019年2月25日) を素材とする。

1. 国際法志向性の静態的分析

(1) 静態的現象学——作用—意味—対象

「意識とは何かについての意識である (Bewußtsein von etwas)」という有名なテーゼで語られる志向性概念は、実証主義的国際法学にも通底する「主観—客観」という近世認識論の図式を打ち破る可能性を秘めている。実証主義的還元が内 (意識) と外 (対象) を切り離して客観的に観察可能な後者が前者から独立して存在すると観念するのに対して、現象学的還元は意識の「作用 (Akt)」が「意味 (Sinn)」を仲介してのみ「対象」へと関係しうるという志向的な紐帯を出現させる⁴。その過程において、知覚される事物の「感覚与件 (Empfindungsdatum)」が「作用」に取り上げられ魂を吹き込まれる (生化 (Beseelung)) ことで⁵、「対象」を何として (als etwas) 統握するかという「意味」を規定する媒介となる⁶。

「作用」と「意味」の相関性により「対象」が構成される構造を静態的 (statisch) に分析する手法は、現象学的法哲学と呼ばれる領域でも実際に試みられてきた。その目的は、法実証主義の素朴な先入見を一掃し、法がわれわれの意識との相関性において自らを構成された存在として開示されるという構造を静態的に記述することにあつた⁷。より具体的に言えば、志向性概念は、法があたかも「認識し適用する主観 (人間) から離れた独立の客観量」を持つかのように「物的対象のように目の前に置いて」「抽象的で固定した規範として」矮小化する実証主義的還元を克服し、「認識し実践する主体としての人間の連関で法がいかんして与えられてくるのか」を問い直す⁸。

法実証主義の「主観—客観」図式を意識の作用から出発して克服しようとする試みは、必

⁴ Hua III/1, p. 297.

⁵ Hua XIX, p. 399.

⁶ ibid, pp. 429–430.

⁷ 駒城鎮一、1978、『理論法学の方法』世界思想社、191–192。

⁸ 西野基継、1997、「法の根底への遡行——“生 (Leben)”をめぐる思想圏と法哲学の一断面」『法哲学年報』、103–104。

ずしも現象学に明示的に言及しているわけではないが、国際法学のなかにも散見される。たとえば、石本泰雄は、実学への実証主義的還元が抱える難点を「形式的『合法性』への崇拜」としていち早く見抜いており、その客観主義的な物的思考を乗り越える必要性を唱えていた⁹。その脱却の兆しとして、20世紀において「国際法意識を支える担い手の拡大と意識の質的变化」が起きていることが強調される¹⁰。石本は国際法意識が拡充している傾向を受けて、法的信念がもはや「諸国家の意識という意味ではなく、むしろ「人間の肉体に宿る規範意識の総体こそ、国際社会における法を生み出し、維持してきた」と指摘している¹¹。また、国際法が物理的に把握し難い「書きとめられない法」であると捉え直す齋藤民徒も、それを地球大の人間関係との相関性のなかに見い出している¹²。齋藤によれば、文書や実行など物質的に存在する国際法資料とは異なり、そこから読み解かれる意味内容としての国際法規範は、個々の分散的な現場における人間の営為と連動しながら「意味の世界に存在している」¹³。

(2) 慣習国際法同定における作用—意味—対象

現象学の「作用—意味—対象」図式が法実証主義の「主観—客観」図式に取って代わる具体的な場面として、慣習法の同定が挙げられる。法哲学の分野では、宮田賢人が慣習法同定に現象学的知見を導入しており、本稿にとっても有益な視座となる。宮田は、イエリネクが提唱した事実の規範力論に反論した尾高朝雄の現象学的慣習法論を検討する。その検討を総括するなかで、尾高が「慣行の反復という単なる事実ではなく、その反復に由来する秩序安定の目的が、事実上の慣行に『法』という規範意味を付与する作用を引き起こす」ことを強調していたことが指摘されている¹⁴。このように尾高の慣習法論が秩序安定という目的への志向に基礎づけられた慣習法の側面を捉えていたことを受けて、宮田は次のように要約する。すなわち、「ある行為を法として認め、当該行為に慣習法という意味を与えるような法的確信とは、二種類の価値、つまり規範価値と秩序価値への志向に基礎づけられた複合的な価値的・規範的な意識作用である」¹⁵。

この現象学的慣習法論は、伝統的に法実証主義により理論化されてきた慣習国際法の同定を問い直すための指針にもなる。国際司法裁判所規程 38 条 1 項 b に規定される「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」は、客観的要件としての一般慣行 (general

⁹ 石本泰雄、1988、「国際法——その『物神崇拜』」『国際法の構造転換』有信堂高文社、46。

¹⁰ 桐山孝信、2016、「石本泰雄の国際法学——その軌跡と展望」『法学雑誌（大阪市立大学）』62 巻 3・4 号、360。

¹¹ 石本泰雄、1988、「国際法の構造転換」『前掲書』、11。

¹² 齋藤民徒、2013、「『書きとめられない法』のプロセスとプラクティス」孝忠延夫・安武真隆・西平等編『多元的世界における「他者」』関西大学マイノリティ研究センター。

¹³ 齋藤民徒、2014、「国際法の生成と創設——国際法資料から国際法規範へ」『〔岩波講座——現代法の動態 1〕法の生成／創設』岩波書店、77-78。

¹⁴ 宮田賢人、2022、「法的確信 (opinio juris) の現象学的解明——フッサール現象学を慣習法論へ応用する試み」『現象学・社会科学』5 号 (強調原文)。

¹⁵ 同上 (強調加筆)。

practice) と主観的要件としての法的信念 (*opinio juris*) という「主観—客観」図式で説明されてきた (図 1)。法実証主義の立場からは、規範的な曖昧さを抱える抽象的な法的信念に比して、記述的な正確性をもたらす具象的な一般慣行が重視される。しかしながら、国連国際法委員会の「慣習国際法の同定に関する結論」(2018 年) の議論過程でも明らかになったように、物心二元論の立場を厳密に貫こうとすればするほど、「両要素がときに同一の素材から見出されうる」という相関関係を逆説的に露わにしてしまう¹⁶。

このような実証主義的還元による「主観—客観」図式に抗して、筆者は以前の論稿で、現象学の対象志向性を慣習国際法の文脈に当てはめ、下記の「作用—意味—対象」図式を提示したことがある (図 2)¹⁷。すなわち、ある法的信念という「作用」により、ある慣習国際法という「意味」において、ある行為群がはじめて一般慣行という「対象」として構成される。より具体的には、無数に存在する物的な諸行為のうち特定の行為群の「感覚与件」(規範内容) が「作用」としての法的信念により取り上げられ魂を吹き込まれる。その対極で同時に、その「感覚与件」(規範内容) に即して特定の慣習国際法に関する「意味」が相関者として形成される。そして、その「意味」を介してはじめて、それら行為群が一般性を備えた特定の慣行という「対象」として構成される。以上のような対象志向性の静態的分析は、すでに措定された法の「意味」の内容を問い直すことを通じて個別的な法解釈に基礎を与える。

このような現象学的慣習国際法論は、一般慣行よりも法的信念に相対的な重点を置く国際判例とも合致する。実際に、武力不行使原則の慣習法性が問題となったニカラグア事件本案判決 (1986 年) では、法的信念が一定の国連総会決議 (この文脈では特に友好関係原則宣言 (1970 年)) に対する紛争当事国や諸国家の態度から演繹されうると述べられた¹⁸。また、核兵器使用の合法性に関する勧告的意見 (1996 年) では、核兵器使用を禁止する慣習国際法規範の有無を判断する際に、「総会決議は、たとえ拘束力を持たないとしても、時として規範的価値を持つことがある」こと、「ある状況においては、規則の存在や法的信念の出現を立証するために重要な証拠となりうる」ことが示された¹⁹。これらの判例では、記述的な正確性をもたらす具象的な「一般慣行」(客観) が規範的な曖昧さを抱える抽象的な法的信念 (主観) に優先するという法実証主義の単純な図式は維持されていない。むしろ、国際機関などの多数国間枠組で醸成される国際社会の諸アクターの法的信念 (作用) により、ある慣習国際法 (意味) が概念的に形成され、それを通じて一定の行為群が一般慣行 (対象) として捉えられることになるのである。

¹⁶ 根岸陽太、2020、「慣習国際法と強行規範に関する国際法委員会「結論」——「国際立法」の公理 (Axiom) と定理 (Theorem)」寺谷広司編・伊藤一頼編集補助『国際法の現在——変転する現代世界で方の可能性を問い直す』日本評論社。

¹⁷ 根岸、2021、「前掲論文」、125。

¹⁸ ICJ Reports 1986, p. 14, paras. 183–193.

¹⁹ ICJ Reports 1996, p. 226, para. 70.

(3) 自己決定権の慣習法性同定における作用—意味—対象

上記の現象学的慣習国際法論を具体的な事例に応用していく。本稿で扱う事例は、国際司法裁判所が2019年2月25日に勧告的意見を下した「1965年のチャゴス諸島のモーリシャスからの分離の法的帰結」事件である。本事件は、モーリシャスが独立する過程でイギリスによって切り離され、イギリス領インド洋地域(BIOT)として知られる新たな植民地に組み込まれたチャゴス諸島をめぐるものである。1814年のパリ条約締結後、チャゴス諸島を含む「モーリシャス島とモーリシャス扶属国」は、イギリスによって統治されていた。これらの植民地は、国連憲章のもとでは、総会が作成した非自治地域(第11章)のリストに記載することになった(1946年12月14日の決議66(I))。1965年9月23日のランカスター・ハウス協定で、モーリシャスの首相とその他の代表者は、イギリスの権限下にあったモーリシャスからチャゴス諸島を切り離すことに原則的に同意したが、同諸島がいかなる第三者にも割譲されず、後日モーリシャスに返還されることを条件としており、この条件は当時イギリスも受け入れていた。しかし、1966年12月30日のイギリス—アメリカ間協議の結果、「英領インド洋領土の防衛目的での使用可能性に関する協定」が締結され、同日付で合意議事録が作成された。その後、モーリシャスは1967年の普通選挙を経て1968年に独立を果たしたが、1973年にかけて、チャゴス諸島の全人口がイギリスによって帰還を阻止されるか、強制連行され、帰還を阻止された。その後もチャゴス諸島はモーリシャスに返還されることはなく、1980年代初頭からモーリシャスがイギリスに対して問題を提起し両国間の紛争になっていた。2010年にイギリスがチャゴス諸島とその周辺に海洋保護区を創設すると発表したことを受けて、モーリシャスは2010年に国連海洋法条約附属書VIIに基づく仲裁に提訴した(2015年に仲裁判決)。2016年12月30日、イギリス—アメリカ間1966年協定の50年の期間が終了したが、その条件に従って20年間延長された。

この事態を受けて、国連総会は決議71/292(2017年)を採択し、国際司法裁判所に対して次の点を含む勧告的意見を諮問した。すなわち、「モーリシャスの脱植民地化の過程は、モーリシャスからのチャゴス諸島の分離に引き続く、1968年のモーリシャスの独立の際に、国連総会の1960年12月14日決議1514(XV)、1965年12月16日決議2066(XX)、1966年12月20日決議2232(XXI)および1967年12月19日決議2357(XXII)に反映された義務を含む国際法を考慮して、合法に完了されたか」という論点である。この点、総会はモーリシャスの脱植民地化過程を1965年のチャゴス諸島の分離と1968年の独立の間の時期に位置づけているため、その期間に人民の自己決定権(right to self-determination)が適用可能な国際法であったかが問題となった。

裁判所は、以下のように法的推論を展開して、(C)検討中の期間である1965年から1968年間に適用された国際法である(その期間に慣習法として成立していた)ことを結論づけた²⁰。(A)1945年の国連憲章が非自治地域に関する規定を盛り込んだことは、自己決定権が

²⁰ ICJ Reports 2019, p. 95, para. 161.

慣習法として結晶化した時点を確認するための文脈を成す²¹。(B) 1960年の植民地独立付与宣言の採択は、脱植民地化に関する国家実行の統合における決定的な瞬間である。本宣言は、採択された1960年にアフリカの17カ国を含む18カ国が独立し、1960年代にはさらに28の非自治領の国民が自己決定権を行使して独立を達成したことから、その採択後の脱植民地化過程とも明確な関係がある。形式的上は勧告であるが、その内容と採択条件から見て、慣習規範としての自己決定権に関して宣言的性格を有している²²。(D) 1966年に採択された国際人権規約は、すべての人民の自己決定権を再確認した²³。(E) 1970年に採択された友好関係原則宣言は、自己決定権の慣習法上の規範性を確認した²⁴。

裁判所の法的推論では、慣習国際法の客観的要件である国家の一般慣行(旧植民地の独立)は当然であるが、その主観的要件である法的信念の証拠として、多数国間条約((A) 国連憲章・(D) 国際人権規約)と国連総会決議((B) 植民地独立付与宣言・(E) 友好関係原則宣言)が証拠として重視されている。裁判所は、核兵器使用の合法性に関する勧告的意見(1996年)での前述の言明を引用することで、法的信念の証拠としての国連総会決議の規範的価値について想起している。この推論過程では、一般慣行(客観)を法的信念(主観)に優先させるという法実証主義の立場は維持されていない。もし当時の国家実行を法実証主義によって記述しただけであれば、植民地宗主国による施政は一定程度継続していたのであり、人民の自己決定権に関する国家実行は二分しているという結論も導きえたであろう。実際に、イギリスは陳述書において、「国家実行は一定であるとは言い難い。世界各地の脱植民地化過程では、分離・分割・合併その他の取り決めが行われてきた。このような慣行は、イギリスだけでなく、……多くの他の施政国によっても広く採用されてきた」と主張していた²⁵。

しかし、裁判所はそのような法実証主義は貫徹せず、多数国間条約や国連総会決議に反映されていた諸国家の意識「作用」(法的信念)が自己決定権の「意味」(慣習国際法)を形成し、それによって当時の諸国家の慣行(対象)を生み出すという推論を展開した。特に(B) 植民地独立付与宣言については、そこに反映された諸国家の意識「作用」(法的信念)が自己決定権の「意味」(慣習国際法)を生み出し、実際にその採択後に諸国家の連続的な独立という国家実行(対象)をもたらしたことが裁判所により強調されている。

2. 国際法志向性の発生的分析

(1) 発生的現象学——原印象—過去把持—未来予持

フッサールは、前述の「作用—意味—対象」図式のみに志向性分析を限定していたわけではない。むしろ、志向性が顕在性という特殊な様態で遂行されていなくとも、すでに背景的

²¹ *Ibid.*, para 148.

²² *Ibid.*, paras 150 152.

²³ *Ibid.*, para 154.

²⁴ *Ibid.*, para 155.

²⁵ Written Statement (WS) of the United Kingdom, para. 8.56.

な「地平」において非顕在的に発動しているという理解を示していた²⁶。これらの地平的に発動する非顕在的な志向性は、能動的な(aktiv)対象志向性が遂行される以前に、感覚与件を対象化することなく地平へと受動的(passiv)に含蓄する特殊な志向性を指す²⁷。特に時間意識については、知覚それ自体も、「流れつつとどまっている／生き生きした現在(strömend-stehende/lebendige Gegenwart)として、側面に地平としての(過去)把持(Retention)と(未来)予持(Protention)を有することが説かれている²⁸。

メロディの例を用いると、ある感動的な音(C)が響き渡ることにより、受動的に過去把持され地平に沈んでいる音(BR¹-AR²)と、同じく受動的に未来予持され地平の先に控えている音(DP¹-EP²)が統一的に際立たされる。そして、それら音群の感覚与件が能動的な「作用」を触発(Affektion)し、対極ではそれら音群の感覚与件に即してメロディという「意味」(A-B-C-D-E)が相関的に形成され、それを通じて一つの「対象」としてのメロディが知覚される。ここで肝要なのは、感動的な音(C)が響く現在、それ以前に聞き流した音(A-B)を含蓄していた過去、それ以後に聞くことになる音(D-E)を抱える未来が「同時性」を持つ点である(AR²-BR¹-C-DP¹-EP²)。フッサールは、意識の受動的領野における時間形成について、「今において同時に(simultan(en))与えられている過去の、たえず進行する生成をもつのであり、この野において、遠隔連合(Fernassoziation)と対化(Paarung)と配置(Konfiguration)が働いている」と述べている²⁹。さらに、現印象・過去把持だけでなく未来予持も含めた現在の構造に関しては、「一方では共現在および過去把持的過去に働きかける連合と覚起が生じ、他方では未来の方向に向かう連合が生じている」と解説している³⁰。裏返せば、このような現在を中心とする「過去把持と未来予持の相互内属性(Incinander)」を通さない限り、現在の核となる「原印象の今」は生成されえないことになる³¹。

非顕在的に発動する地平志向性を分析する発生的現象学は、現象学的法哲学の領域でさえも十分に開拓されてきたわけではない³²。その一つの原因としては、それら先駆的業績ではフッサールが初期に提唱していた対象志向性の静態的分析のみが考慮されており、彼が後期において深化させた地平志向性の発生的分析は射程に含まれていなかったという盲点がある³³。裏返せば、現象学的法哲学は、「作用—意味—対象」図式において完成済み(fertig)の志向性を記述的に分析することに終始せず、法が「沈殿した歴史(sedimentierte Geschichte)」を地平的に持つ存在として不断に生み出される過程を説明的に分析する手法へと発展するのである³⁴。

²⁶ Hua III/1, p. 189

²⁷ Steinbock, Anthony, 2001, 'Translator's Introduction' in Edmund Husserl, *Analyses Concerning Passive and Active Synthesis: Lectures on Transcendental Logic*, Springer 2001, xxxviii-xliii.

²⁸ Hua VI, pp. 170-173.

²⁹ Husserliana Materialien (HM) VIII, p. 87.

³⁰ Hua XI, p. 158.

³¹ Hua XXXIII, p. 11. 山口一郎、2018、『フッサールの時間論』知泉書館、118。

³² 阿南成一、1960、『現代の法哲学——法形而上学序説』有斐閣、49。

³³ 駒城、『前掲書』、138-144。

³⁴ 同上、219頁。

(2) 慣習国際法同定における原印象—過去把持—未来予持

「生き生きした現在における『今と過去把持と未来予持』による『現在と過去と未来の同時性』の現象学的記述」は、法規範の発生過程を分析する際にも有効な方法となりうる。実際に先に引用した宮田の現象学的慣習法論は、フッサールの内的時間意識論に基づく予期作用が生じる過程に反省を加えている。宮田によれば、「確実な予期作用は、把持—原印象—予持・連合原理・類似の経験の反復によって生ずる」のであり、これは規範遵守をめぐる予期の安定化の過程にも応用されうる。まず、規範的確信にもとづいて規範遵守をする共同体の成員同士で、把持されている過去の類似的経験と連合原理とにもとづいて相互の規範遵守を承認し合うことを予期するようになる（規範価値）³⁵。さらに、両者はこのような規範遵守の予期が安定化を前提に、そこから由来する新たな行為を企図することにも注意を向けることになる（秩序価値）³⁶。

このような現象学的な時間把握を国際法学に導入することで、実証主義的な時間把握の限界を乗り越えることが可能となる。国際法では、法実証主義の相対的な時間把握を反映して、異なる時代が交錯する際の事実・法を調整するために、時際法（*intertemporal law*）の概念が導入された（パルマス島仲裁判決（1928年））。その提唱者であるマックス・フーバーによれば、ある法律事実の「創設」に関しては、それと同時代の法に照らして判断される一方で（第一原則）、その法律事実の「存続」に関しては、その後の法の発展に照らして判断される（第二原則）³⁷。

形式的に表明された国家意思を重要視する法実証主義は、安定性を志向して単一の時点に固定させる第一原則と親和性が高いが、その試みは以下の2点の限界を抱えている。第1に、実証主義的方法は、ある時点（C）に効力を有する国際法規範のみに焦点を当て、それまでに蓄積された国家意思（A, B）を尊重する形式主義をとることで、未来（D, E）に向けた法の発展を反映する第二原則を軽視してしまう。より本質的な第2の限界として、慣習国際法の主観的要件である法的信念の定義、すなわち、「問題となる慣行が法的権利または義務の感覚を伴って遂行されねばならない」（国際法委員会「結論」9）との関連で指摘される矛盾がある。それは、「もし問題となる慣行が、そのような慣行はすでに（*already*）法であるという確信を伴わねばならないとしたら、どのようにして新たな慣習国際法が出現しえようか」という逆説である³⁸。この時間的矛盾では、決定的時点（C）に至るまでの過程（A, B）において、客観的要件としての「問題となる慣行が法的権利または義務の感覚を伴って遂行され」ているとすれば（a, b）、決定的時点で改めて「認められる」という主観的要件としての「法的信念」（c）は意義を有さないことになる（図3）。このパラドクスは、物的な一般慣行と心的な法的信念を切り離す法実証主義の二元論的構図を維持したうえで、両者を時間的にも別個独立した存在として想定する素朴な時間意識に立脚するために生じてしま

³⁵ 宮田、「前掲論文」、83。

³⁶ 同上。

³⁷ (1928) II RIAA 829, p. 845.

³⁸ ILC, 2014, UN Doc. A/CN.4/672, para. 66.

う。

このような慣習国際法同定の時間的パラドクスを克服するためには、生き生きした現在における原印象—過去把持—未来予持の同時性という現象学的記述が必要となる。別稿で示した時間図式は原印象と過去把持の関係のみであったが、未来予持の地平を加えると以下のように更新される(図4)。ある行為Aが国際社会において生じたものの、その感覚与件は慣行としての一般性を備えるにはあまりにも希薄で、法意識の能動的な作用を触発せずに、一般慣行として顕在的に対象化されることはなかった。そのとき行為Aは、下降する斜線に描かれるように空虚な慣行として地平に沈んでいくが、その感覚与件は受動的に発動している地平的志向性により行為AR¹として過去把持される。その後、行為Aに類似した行為Bが国際社会に生まれ、その感覚与件が過去把持されていた行為AR¹の感覚与件を触発し、相互に意味を覚起して合致を生じさせる。しかし、行為群A-Bの感覚与件も法意識の能動的な作用を触発するには及ばず、それぞれ空虚な行為AR²-BR¹として過去地平へと沈殿して鮮明度を失っていく。ところが、あるとき強烈な印象を国際社会に刻み込む行為Cが行為群A-Bに連なるように生じたことにより、その感覚与件が過去地平に沈み込んでいた行為AR²-BR¹の感覚与件と相互に覚起し合う。その対極では、未来の方向に向かう連合が生じることで、同様の行為(D-E)が連続するであろうことが予持される(DP¹-EP²)。

このように原印象(C)を挟んだ過去把持(AR²-BR¹)と未来予持(DP¹-EP²)の相互内属性により、行為群A-B-C-D-Eの感覚与件(規範内容)が相互かつ(時間的矛盾なしに)同時に覚起し、はじめて能動的な作用に至らせるほどの触発力を持つことになる。この段階に来てようやく前節で示した能動的な対象志向性の「作用—意味—対象」図式へと顕在化するのであるが(図4→図2)、その前提として行為群AR²-BR¹-C-DP¹-EP²の感覚与件が受動的な地平志向性により非顕在的な発生の次元において条件づけられていることが分かる。以上のように現象学の内的時間意識を導入することで、法実証主義が抱える(過去時点との)時間的パラドクスを解消するとともに、(未来時点へと)規範が発展する予期を踏まえた動態的な慣習国際法の同定が可能となる。

(3) 自己決定権の慣習法性同定における原印象—過去把持—未来予持

チャゴス事件における裁判所の推論過程については、「1965年から68年の期間に適用された法の理解を確認するために1970年の〔友好関係原則〕宣言に注目したとき、国際司法裁判所は法を間違っていたのだろうか」という問題が提起されている³⁹。たしかに、「2019年に国際司法裁判所は、総会が1970年に友好関係宣言を採択して自決規範の存在を確認したという確かな知識のもと、後知恵を利用してこの問題を判断していた」とも受け取ることができる⁴⁰。特に、時際法の第一原則(ある法律事実の「創設」に関しては、それと同時代の法に照らして判断される)を強調する法実証主義の立場からは、このような遡及的な証拠

³⁹ Whatley, Steven, 2021, 'Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law' 41 OJLS, p. 500.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 486.

採用による慣習法同定はアナクロニズムであるという批判もありうる。実のところ、イギリスは、(E) 友好関係原則宣言 (1970 年) の採択に際してはコンセンサスが形成されていたが、それ以前の (B) 植民地独立付与宣言 (1960 年) や (D) 国際人権規約 (1966 年) 採択時にはそのような法的信念は存在しておらず、したがって、(C) 検討中の期間である 1965 年から 1968 年の間には適用可能な慣習国際法は存在していなかったと主張していた⁴¹。

しかし、そもそも時際法の第一原則を貫徹する法実証主義に依拠すると、本件でも慣習法同定における時間のパラドクス (「もし問題となる慣行が、そのような慣行はすでに法であるという信念を伴わねばならないとしたら、どのようにして新たな慣習国際法が出現しえようか」という逆説) から逃れることはできない。イギリスやアメリカは (E) 友好関係原則宣言 (1970 年) の採択時点で初めて法的信念が確立したと主張するが、その時点で達するまでに蓄積されていく国家実行にも「問題となる慣行が法的権利または義務の感覚を伴って遂行されねばならない」ことになる。すでに客観的要件である「一般慣行」が蓄積していく時点 (A–D) で国家が遵守せねばならない「法として」存在しているのであれば、その後の時点である (E) 友好関係原則宣言 (1970 年) で主観的要件としての「法的信念」は意義を有しないことになる。それどころか、モーリシャスなどが主張するように、(C) 検討中の期間である 1965 年から 1968 年の間には、すでに国家が遵守せねばならない法として存在することを認めることにもなりかねない。

このような時間のパラドクスを解消し、裁判所による自己決定権の慣習法同定を適切に理解するためには、時際法の第二原則 (その法律事実の「存続」に関しては、その後の法の発展に照らして判断される) に親和的な現象学的慣習国際法論に立つ必要がある。裁判所は、前提として、勧告的手続に参加した様々なアクターが、国際法は領域に関する自己決定権の実現に向けて最初の一步が踏み出された日に凍結されるわけではないと述べたことに留意している⁴²。そして、決定的な期間が 1965 年から 1968 年であることを念頭に置きながら、特に慣習規則が問題となる場合には、国家の慣行と法的信念は、「時間の経過とともに徐々に強化され、確認されていく」ため、1960 年の植民地独立付与宣言の採択以降の法の発展 (evolution) を考慮することを妨げるものではないと強調した⁴³。さらに、裁判所は、既存の規則または原則を確認または解釈する場合に、当該期間より後の法律文書に依拠することもできることを明らかにした⁴⁴。

このような前提のもと、現象学的洞察に基づく内的時間意識により、国際司法裁判所による自己決定権の慣習法同定は以下のように整理できる。すなわち、(C) 検討中の期間である 1965 年から 1968 年の間に生じたチャゴス諸島の分離により、受動的に過去把持され地平に沈んでいた (A) 国連憲章と (B) 植民地独立付与宣言における自己決定権 (BR¹–AR²) と、同じく受動的に未来予持され地平の先に控えている (D) 国際人権規約と (E) 友好関係原

⁴¹ WS of the United Kingdom, para. 8.75.

⁴² ICJ Reports 2019, p. 95, para. 141.

⁴³ *Ibid.*, para. 142.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 143.

則における自己決定権(DP¹-EP²)の内容が統一的に際立たされる。これらの原印象(C)－過去把持(BR¹-AR²)－未来予持(DP¹-EP²)は連合により、相互かつ(時間的矛盾なしに)同時に覚起することで、能動的な法的信念(作用)を触発し、対極では慣習国際法としての人民の自己決定権の同時代的な内容(意味)(A-B-C-D-E)が相関的に形成され、それを通じて自己決定権の行使による独立という一般慣行(対象)が構成される。

3. 国際法志向性の世代的分析

(1) 世代的現象学——故郷世界と異郷世界の共一構成

現象学の始祖であるフッサールは晩年に、エゴの経験を遥かに超える共同体の歴史・伝統・文化といった現象を説明する「世代性(Generativität)」の問題系に踏み込んでいた⁴⁵。フッサール現象学に埋もれていた世代性を掘り起こして「世代的」現象学を提唱するスタインボックによれば、故郷世界(Heimwelt)と異郷世界(Fremdwelt)は、相互に先行する独立の平面ではなく、異郷への越境(transgression)と故郷の我有化(appropriation)とという「構成的な二重奏」により進展していく⁴⁶。この世代的現象学の光学を通じて見えてくるのは、故郷世界の内部で伝統を通時的に我が物とする「幹一構成」と、故郷世界と異郷世界が共時的かつ間文化的に交流する「共一構成」の両面である⁴⁷。

世代的現象学を法哲学に導入したハンス・リンダールは、フッサールの世代的現象学における故郷世界という発想を参照しながら、合法性(legality)とも違法性(illegality)とも区別される異法性(a-legality)という概念を提示する。その前提として、リンダールは、「ある法的集合体による共同行為は、空間的・時間的・主体的・事項内容的な閉鎖(closure)を前提とするため、法秩序には必然的に限界がある」と述べる⁴⁸。その閉鎖により、一方では、合法性と違法性が判断されうるような法秩序の内部が形成されるが、他方では、その範囲外のあらゆるものが、秩序づけられざるもの(the unordered)という異法性の領分へと排除される⁴⁹。ある法秩序(故郷世界)から排除されてきた秩序づけられざるものの領域(異郷世界)では、異法性が前者の法秩序に疑問を付し、そこでの実践的可能性の実現を妨害ないし阻害する。たとえば、ブラジルで農民たちが土地を占領・封鎖する動きを見せた「土地なし農民運動」は、ブラジルの法的集合体の一人称複数視点からは「違法」に見えるものとして現れるが、それと同時に、ブラジル財産法のもとで「秩序づけられざるもの」とされてきた農民に権利を与えることを目指す点で「異法」の側面も持ち合わせている⁵⁰。

⁴⁵ Hua XV, p. 171.

⁴⁶ Steinbock, Anthony, 1995, *Home and Beyond: Generative Phenomenology after Husserl*, p. 179.

⁴⁷ 元明淳、2015、『フッサール超越論的現象学の転轍——「他性」の思惟へ』平成27年関西大学審査学位論文、60-62。

⁴⁸ Lindahl, Hans, 2013, *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality*, p. 156.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 160.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 166-168.

このような故郷世界と異郷世界の共一構成という発想は、西洋中心に単線的に発展してきたという国際法観を相対化するうえで重要である。この現象学的知見に接近する社会的アプローチとして、絶えず変化し続ける動態的過程として国際法現象を照射する大沼保昭の「文際的 (trans-civilizational)」視点がある。状況依存的な文明や文化の経験に重点を置く大沼の分析は、国際法を空間と時間の両面で複眼的に把握し直す契機を含んでいる。特に歴史的な考察では、「地球規模で国際法の共通の規範意識と理解が共有されてきた」という経緯が解き明かされ、国際法が「人類の間主観的産物 (inter-subjective product of humankind)」として描かれている⁵¹。この文際的視点からは、規範意識の担い手は伝統的な権利義務の帰属先である法主体 (subjects) に限定されない多種多様な関与者 (participants) であり、国際法はその間で共有された知覚 (shared perception) として性格づけられる⁵²。

(2) 慣習国際法同定における故郷世界と異郷世界の共一構成

故郷世界と異郷世界の共一構成という現象は、慣習国際法の同定という場面においても見られる。「慣習国際法の同定に関する結論」(2018年)を作成する過程において、国際法委員会は、客観的な慣習法同定のために国際法に特化した情報源の収集を事務局に依頼した。しかし、その成果物である事務局覚書では、収集した全1,989件の資料のうち、国際法に特に関連する資料が66カ国に関する194件しか確認できず、このうち、西ヨーロッパ及びその他のグループ(29カ国中)の23カ国に関連する102件、アジア太平洋グループ(55カ国中)の14カ国に関連する36件、ラテンアメリカ・カリブ海グループ(33カ国中)の14カ国に関連する書誌資料は24件、東ヨーロッパグループ(23カ国中)の9カ国に関連する書誌資料は14件、アフリカグループ(54カ国中)の5カ国に関連する書誌資料は8件、残りの書誌資料は複数の国家と非加盟国1カ国に関するものであった⁵³。計算すると、「西欧その他地域グループ」がその他4つの地域グループと比較して、情報利用可能国数全体のうち約35%、情報源数全体のうち半数以上を占める。国際法に特化した資料の利用可能性におけるこのような不一致を踏まえると、第一世界諸国(自由主義・資本主義)が自らの一人称視点から「故郷世界」と捉え、それ以外の第二世界(社会・共産主義)や第三世界を「異郷世界」と位置づけることによって、不平等な形で共一構成されてきたことが分かる(図5)。

そのような慣習国際法の共一構成における偏向を是正する試みとして、国際法への第三世界アプローチ(TWAIL)の論者から様々な見解が示されている。その顕著な例として、ブピンダー・チムニーによる「ポストモダン慣習国際法」論が注目される。第三世界国際法アプローチを牽引する彼は、国際法委員会に代表される主流のアプローチが、「第三世界の声を周縁化させる特定の認識・文化・価値の担体」として慣習国際法が存在してきた事実を覆い隠してきたと批判している⁵⁴。たとえば、国際投資法における公正公平待遇(Fair and

⁵¹ ONUMA, Yasuaki, 2017, *International Law in a Transcivilizational World*, CUP, pp. 55–84.

⁵² *Ibid.*, pp. 115–121.

⁵³ ILC, 2019, UN Doc. A/CN.4/710/Rev., para. 82.

⁵⁴ Chimni, B.S., 2018, 'Customary International Law: A Third World Perspective' 112 AJIL, 17.

Equitable Treatment) 原則は、第一世界(自由主義・資本主義陣営)の強力な影響力のもとに推進されたと指摘する⁵⁵。そこで彼が第一世界に有利な慣習国際法への対抗策として提唱するのは、慣習法の主観的構成要件である法的信念を「普遍的法的良心(universal juridical conscience)」と捉え直す発想である。市民社会や国際機関決議を重視する人類の法的良心を抽出することで、「グローバル市民社会における漸進的な発想・信念・実践」を慣習国際法に投影することになるという⁵⁶。

普遍的法的信念は、チムニー自身が明示的に参照しているように、アントニオ・アウグスト・カンサード・トリンダージ(米州人権裁判所元裁判長、国際司法裁判所元裁判官)の影響のもとで採用された概念である。ハーグ・アカデミーでの彼の講義録によれば、実証主義(または形式主義)―意思主義―国家中心主義の三位一体により、時間から独立して所与の歴史的瞬間から規範を導出するかたちで法を観念することになり、社会構造の断続的な変化に対応できないとの批判が展開されている⁵⁷。そのような限界を克服する概念として、彼は条約起草過程や国際判例などを通じて蓄積してきた普遍的法的良心、すなわち、公共的法的信念(*opinio juris communis*)を重視する。この概念は、伝統的に国際関係を規律してきた個別国家の自由意思(*free will*)よりも優越的な価値を有し、(国際司法裁判所規定第38条に例示される)形式的法源の実質(*substratum*)=妥当性(*validity*)を充填する実質的法源としての役割を担うことになる⁵⁸。カンサード・トリンダージは、普遍的法的良心が「国際条約の採択された条約文の作成過程、国際裁判所手続や国際裁判例、および国際法の学術的功績」から实际的に看取できると主張する⁵⁹。このような様々な国々・地域が普遍的法的良心(公共的法的信念)(作用)を表明し、それを通じて慣習国際法(意味)の形成へと包摂されることによって、真の意味での一般慣行(対象)が構成されることになる(図6)。

(3) 自己決定権の慣習法性同定における故郷世界と異郷世界の共一構成

チャゴス諸島分離事件における自己決定権の慣習法性同定は、まさに上記のような故郷世界と異郷世界の共一構成が如実に現れる事例であった。というのも、イギリスを含め当時の帝国主義を牽引してきた宗主国を中心に構築してきた国際法秩序(故郷世界)に対して、モーリシャスは植民地、すなわち、独立国間に適用可能な国際法が適用されない空間(異郷世界)と位置づけられ、その一部であるチャゴス諸島が処分されるという不平等な関係が成立していたからである。検討中の1965年から1968年は植民地(異郷世界)がまさに独立を果している最中であり、帝国主義的な国際法秩序(故郷世界)のもとで宗主国はいまだに植民地に対する権限を保持していた。したがって、同時代に有効な国際法を重視する法実証主

⁵⁵ *Ibid.*, 30–33.

⁵⁶ *Ibid.*, 41.

⁵⁷ Cançado Trindade, Antônio Augusto, 2013, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff, 139–161.

⁵⁸ *ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, 147–156.

義の立場からすれば、植民地独立という国家実行は蓄積中の段階であり、宗主国が積み上げてきた植民地支配の実行に支えられる国際法がなお妥当していたと主張される状況であった。

しかし、すでに確認したように、裁判所は多数国間条約や国連総会決議といった多角的枠組における意思決定を法的信念の証拠として援用し、従来のご郷世界と異郷世界の優劣関係を逆転させた。そのような多角的視座からの法的信念を抽出するうえで、国際司法裁判所の勧告的手続を利用したことが功を奏したように思われる。というのも、紛争当事国間で故郷世界と異郷世界の不平等さを際立たせる争訟手続とは異なり、参加国や国際機関が自身の見解を表明する機会が認められる勧告的手続では、自己決定権に関する普遍的法的良心（公共的法的信念）を見出す契機となっているからである。管見の限りでは、地球上の広範な範囲で植民地を経験してきたアフリカ諸国（モーリシャス⁶⁰・セーシェル⁶¹・ジブチ⁶²・南アフリカ⁶³・ナミビア⁶⁴・ボツワナ⁶⁵・ケニア⁶⁶・ザンビア⁶⁷）、ラテンアメリカ・カリブ海諸国（ベリーズ⁶⁸・アルゼンチン⁶⁹・グアテマラ⁷⁰・ニカラグア⁷¹・キューバ⁷²・ブラジル⁷³）、アジア太平洋諸国（インド⁷⁴・バヌアツ⁷⁵・キプロス⁷⁶）、また欧州地域において帝国主義の影響下にあったセルビア⁷⁷、さらには旧宗主国であったオランダ⁷⁸、国際機関としては55カ国を擁するアフリカ連合が⁷⁹、検討中の1965年から1968年にかけて自己決定権がすでに慣習法として成立していたことを主張している。

興味深いことに、カンサード・トリンダージは裁判官としての立場を用いて、勧告的手続の参加者に対して次の質問を投げかけることで、さらなる意見表明の機会を生み出している。その問いとは、「貴国の理解において、これらの総会決議で言及されている義務の遵守を確保するために、意義深い公共的法的信念が存在するかたちでの慣習国際法の形成から生じる法的帰結は何か」というものである。この問いかけは、彼の普遍的法的良心論から生

⁶⁰ WS of Mauritius, paras. 6.20–6.33.

⁶¹ Written Comment (WC) of Seychelles, para. 9.

⁶² WS of Djibouti, paras. 27-34.

⁶³ WS of South Africa, para. 63.

⁶⁴ WS of Namibia, p. 3.

⁶⁵ Oral Statement (OS) of Botswana, CR 2018/23, pp. 32–35.

⁶⁶ OS of Kenya, CR 2018/25, pp. 28.

⁶⁷ OS of Zambia, CR 2018/27, p. 11.

⁶⁸ WS of Belize, paras. 2.1–2.22.

⁶⁹ WC of Argentina, paras. 23–30.

⁷⁰ WC of Guatemala, para. 18.

⁷¹ WC of Nicaragua, para. 7.

⁷² WS of Cuba, p. 2.

⁷³ WS of Brazil, para. 18.

⁷⁴ WS of India, para. 62.

⁷⁵ OS of Vanuatu, CR 2018/25, pp. 30–31.

⁷⁶ WC of Cyprus, paras. 17-19.

⁷⁷ WC of Serbia, para. 30.

⁷⁸ WS of the Netherlands, para. 3.7.

⁷⁹ WC of the African Union, paras. 164–179.

じたものと思われるが、ボツワナ＝バヌアツ⁸⁰、ニカラグア⁸¹、モーリシャス⁸²、グアテマラ⁸³、アルゼンチン⁸⁴、そしてアフリカ連合が⁸⁵、1965年から1968年時点での自己決定権の慣習法性を支える「公共的法的信念」の存在を示唆した。このようなカンサード・トリンダージ裁判官の問いかけと参加国の対話による普遍的法的良心（公共的法的信念）の表明は、裁判所が様々な多角的フォーラムを通じて同定した法的信念を裏づけるものと言えよう。

おわりに

本稿では、フッサールが展開した(1) 静態的・(2) 発生的・(3) 世代的現象学の観点から、国際法規範の志向性を分析するための方法を提示した。特に慣習国際法の同定という文脈において、自己決定権の慣習法性を同定した国際司法裁判所のチャゴス諸島分離事件勧告的意見を素材として考察を進めた。同意見を現象学的分析から整理すると以下のようになる。

(1) 一連の多数国間条約((A) 国連憲章、(D) 自由権規約)や国連総会決議((B) 植民地独立付与宣言、(E) 友好関係原則宣言)を軸として、(C) 1965年から1968年の時点でそれらに反映される法的信念(作用)から慣習国際法としての自己決定権の内容(意味)を形成することで、植民地独立の一般慣行(対象)が構成された。

(2) イギリスによるチャゴス諸島の分離が行われた(C) 1965年から1968年の時点(原印象)から見て、それ以前(過去把持)の(A) 国連憲章－(B) 植民地独立付与宣言と、それ以後(未来予持)の(D) 自由権規約－(E) 友好関係原則宣言の内容が受動的な連合により同時に覚起し合うことで、能動的な法的信念(作用)が触発され、慣習国際法としての人民の自己決定権の同時代的な内容(意味)(A-B-C-D-E)が相関的に形成された。

(3) 検討中の時期では、宗主国イギリスが構築に寄与してきた国際法秩序(故郷世界)に対して、植民地はいまだ秩序づけられざるもの(異郷世界)として位置づけられていた。しかし、かつて異郷世界を構成していた国々・地域の法的信念が多角的枠組(上記の多数国間条約・国連総会決議や本件の勧告的手続参加)を通じて表明されることで、故郷世界と異郷世界の共一構成における不平等性が是正され、人民の自己決定権が同時代的に慣習法として結晶化していたことが示された。

国際法の主流である法実証主義が(1) 客観主義のもとで固定された(2) 時間や(3) 空間を想定するのに対して、本稿の現象学的国際法学は、国際法があくまでも国際法律家の(1) 主観的かつ相対的な意識作用と、それ以前から働いている(2) 過去把持－原印象－未来予

⁸⁰ Written Reply (WR) of Botswana and Vanuatu ICJ, p. 1.

⁸¹ WR of Nicaragua, p. 1.

⁸² WR of Mauritius, p. 1.

⁸³ WR of Guatemala, p. 2.

⁸⁴ WR of Argentine, p. 1.

⁸⁵ WR of the African Union, p. 1.

持の同時性や (3) 故郷／異郷世界の共—構成といった働きから構成されていることを明らかにした⁸⁶。このような現象学の知見により、人間的生と分かち難く結びついている「事象そのものへ (Zu den Sachen selbst)」と立ち返り、本来の精神に溢れた「真なる (echt) 実証主義」が国際法理論にもたらされる必要がある⁸⁷。

(ねぎしようた・西南学院大学)

⁸⁶ 本稿とは異なる方法に基づく同様の指摘として、最上敏樹、2024年、『国際法以後』みすず書房、293–295。

⁸⁷ Hua III/1, p. 45.

	世代的分析	発生的分析	静態的分析
実証主義的還元	<p>【図5：慣習国際法同定の世界間格差】</p>	<p>【図3：慣習国際法同定の時間的矛盾】</p>	<p>【図1：慣習国際法の主客二分論】</p>
現象学的還元	<p>【図6：慣習国際法同定の世界間平等】</p>	<p>【図4：慣習国際法同定の同時性】</p>	<p>【図2：慣習国際法の作用-意味-対象】</p>

