

森 大輔著『ゲーム理論で読み解く国際法

——国際慣習法の機能——』（勁草書房・2010年）

小林 友彦

I はじめに

本書は、「国家慣行」（国家実行）と「法的確信」（法的信念）の2つを要件として国際慣習法（慣習国際法）が成立するという通説的な国際法学説に対して、いわゆる法実証主義とは異なりゲーム理論を用いることで、理論的な再構成を試みた意欲作である。

法と経済学、国際法学、法社会学、国際政治経済分析といった既存の学問分野の垣根を越えた先端的な研究手法であり、その内容について全ての側面から網羅して評釈を加えることは評者の能力を超える¹⁾。それゆえ以下では、法と経済学に関心を有する国際法研究者の一人として本書の特徴を示し、内在的な批判を試みることによって、その責を果たそうとする。

II 本書の概要

1 目的と構成

書名から明らかなおり、従来とは異なる分析手法を用いることでもって既存の国際法上の論点に取り組むことが本書の目的である。

まず著者は、国際法学界でゲーム理論を含む「法と経済学」の手法が普及していない理由について以下のように整理する。第1に、国際法研究者の間で法と経済学についての知識が乏しい。第2に、国内社会と異なり中央集権の権力が存在せず、また国際慣習法が条約と並んで主要な法源とされていることから、あらかじめ効率的な規範設計を考える余地が少ない。このような背景的理解に立ちつつ、なお、法と経済学を国際法に適用することが可能であり、それによって従来から難問とされてきた論点について新しい光を投じることができるというのが、本書の根幹をなす主張である（本書5頁。以下では特に断らない限り、頁や章の記載は本書のものを指す）。

学際的分析を遂行する前に、著者は関連する各分野の基礎的概念について相当の頁を割いて解説する。まず、2章と3章では国際社会や国際法の特徴と慣習国際法に関

する国際法学説とについて著者なりに整理し、続いて4章では経済学の分析手法として記述的分析と規範的分析について解説する。5章2節も、ゲーム理論の解説にあてられる。

その上で5章から11章において、先行研究に触れながら関連する様々な論点を検討する。まず、分析手法の大きな区分として、選好と制約を考慮しつつ各行為主体が効用最大化を図るとする合理的選択理論を基盤とした記述的分析と、国際法の制度上の制約をふまえて世界厚生を最大化を求める厚生主義を基盤とした規範的分析とに分けられる。5章から6章で扱うのが記述的分析であり、さらにその中で、非協力ゲームを用いて均衡状態を特定しようとする静学的理論と、実験や進化ゲームを用いて均衡に至るまでの過程を明らかにしようとする動学的理論に分かれる。それに加えて、9章および11章では規範的分析の機能にも触れる。なお、7章、8章および10章は補論的な位置づけである。最後に、12章において、著者による再構成が試みられる。

2 分析の概要

(1) 記述的分析について

著者によれば、国家の戦略的行動が慣習法の内容をどのように規定するか検討した Goldsmith と Posner の共同研究（以下、G&P と略する）は、合理的選択理論を用いた記述的な経済分析のかたちで、国家の行動がどのように慣習法の形成・変更・消滅に影響を及ぼすか検討した。具体的には、単一の行為主体としての国家が自己利益の最大化を求めて行う2国間ゲームにおいて到達する「ナッシュ均衡」として慣習法を説明しようとした。そして、第1に、同じ均衡点に至るまでに複数の経路がありうることから、慣習法形成にあたって慣行が常に一様とは限らないと指摘した。第2に、上述の伝統的2要件を満たして成立したとみられてきた4つの慣習法規則についても、合理的選択の結果として諸国が一致した行為を取る状態として説明できるため、記述的分析としては法的確信という概念を必要としないと主張した（5章3節）。

G&P では国家が慣習法の内容に影響を与えるという方向性でのみ論じられている点に偏りがあることから、著者は、逆に慣習法が国家の行動にどのように影響を及ぼすか検討する。この点、Swaine は、「パレート優越」であるという意味で当事国の利益を最大化するにあたって、特定の内容を持つ慣習法があると言明することが「評判」によるコミットメントとして機能し、ナッシュ均衡に導きやすくすると指摘した。そして、この点をもって、慣習法が国家の行動に影響を及ぼすと主張した（5章4節）。

なお、評判のような外生的要素を考慮することについて、循環論法に陥る懸念があるとしてG&Pが否定的であるのに対し、Guzmanは、違反国（または潜在的違反国）にとっての要素ではなく、当該国の行為を評価する他国にとっての要素として法的確信を構成することによって、重要な慣習法規範だと他国が法的確信を抱いている規範に違反すると評判の低下を招くという構図で説明しようとした（7章2節3）。

著者は次に、結果としての均衡状態を特定するにとどまらず、均衡が生じる（つまり慣習法が成立する）までの過程を分析する動学的理論にも目を向ける。この点、Chinenは、進化ゲームを適用した実験経済学の知見から、繰り返しゲームにおいて協力が成立する社会においては一定程度自己犠牲を払っても他者の協力を確保しようとする主体（「強い互恵者」）がいるという仮定を置けることに注目した。そして、強い互恵者の行動を基礎づけつつ、行き過ぎた強制を防ぐ点に法の機能を見出せると主張した（6章2節）。

著者は、進化ゲームの理論は発展途上であるものの、「進化」という概念自体が慣習法の形成過程を理解するにあたって親和的だと指摘し、5章で見たG&Pらの手法と6章で見たChinenらの手法を相互補完的なものとして組み合わせしていくことの重要性を指摘する（6章3節）。また、国際政治学の分析手法についても触れ、コンストラクティヴィズムのような考え方も合理的選択理論と相互補完的に構成する余地があると指摘する（8章3節1）。10章は多国間協力の可能性についても検討する。

（2）規範的分析について

著者によれば、Posnerは、国際法の改善を提案するための理論枠組みの構築にも取り組んだ。具体的には、国際社会に内在する制度上の制約（選好の異質性等）をふまえた上で、パレート効率性の向上が世界厚生に役立つと定式化した（9章1節）。また、Benvenistiは、慣習法を効率性の観点から理解できると主張した。具体的には、最も積極的に活動する国の行動が効率的だと考える規則が形成されることで逸脱コストを他の国に課したり、状況変化によって既存の慣習法が非効率になった場合に効率性の観点から修正したりすることが正当化されるという。むしろ、市場の失敗によって効率性が達成できない場合があるものの、そのような場合にも国際裁判所は効率性を一次的指標として適用すべきだと主張した（9章2節）。

これを若干修正する形で、Kontorovichは、慣習法が効率的になるための条件として、集団が小さいこと、相互行為が繰り返行われること、集団の成員が均質的であること、役割交換可能性があること、そして集団外への規範の提起用でないことの5基準を挙げた（9章3節）。これらをふまえて著者は、政策的提言を行うためには、

不完全であっても厚生経済学の知見を導入することに合理性を見出し、Kontorovichの5基準の精緻化を行うことが有益だと指摘する(9章4節)。

(3) 独自の分析枠組

著者は、国際慣習法の機能を内生的なものと同外的なもの両面から統合的にとらえることの重要性を指摘する(12章1節)。そして、国家慣行については、諸国の行動の予測可能性を高め、特定の均衡に至るまでの時間を短縮し、当該均衡の安定性を高め、取引費用を縮減する「フォーカル・ポイント」を示す機能を有するという(12章2節)。とはいえ、国家慣行があれば国際慣習法が成立するということになるわけではない。そもそもフォーカル・ポイントに注目するか否かの問口の段階で問題を切り分けるために、法的確信という概念が作用する。具体的には、均衡が複数存在する場合であって、効率性を高めるもののそれ自体では安定的でないような規則について、法的確信の有無が問われることとなる。すなわち、国際慣習法の存否の問題として性質決定するための鍵として働く(12章3節)。

Ⅲ 若干の評釈

国際慣習法が形成・変更・消滅する過程を明らかにし、その国際法規範としての性質と効果を把握することは、国際法学が長年取り組んできた難問の一つである。本書はこの問題について、近年発展を続ける法分野である「法と経済学」の知見を適用しようとする。もちろん、国際法研究者から「人為的な条件付けや仮定が多く、法規範の機能を説明するには無理がある」と言われたり、経済学者から「法学の既存理論に拘泥して経済学分析が中途半端になった」と言われたりする可能性は、著者も織り込み済みであったろう。本書は、それを恐れず切り込んだ意欲作であり、それぞれの分野で用いられる概念や分析技法の間の通約可能性を示すことで、さらなる学際的共同研究の扉を開いた点に顕著な意義が見出せる。

たしかに、5章から11章までの構成において論旨が明瞭であるとは言いがたい。また、幅広く渉獵した先行研究に対して、著者自身がどのような立場をとるのかについても明快とは言えない。とはいえ、本書65頁で参照された松井彰彦(2002)が指摘したように、同じ社会現象についていろいろな側面から、いろいろな光の当て方があってよい。著者は、先行研究のうち自説に適合するもののみを取り出して依拠することを避け、先行研究から得られた多様な知見を(部分的には相互の矛盾をはらむとしても)積み重ねることによって、分析手法としての「ゲーム理論」の豊かさと多面性を示そうとしたと解釈することもできる。

また、修士論文を改訂したと前書きに記載されていることからある程度首肯しうるものの、本書には脇が甘いように見える点もないではない。まず、既存の国際法学説よりも柔軟に「国際規範」を対象とする国際政治経済分析の形で先行研究の蓄積があるところ、それに触れた8章は本書の論理構成の中で脇に置かれているように見える。また、国際社会の「分権性」が国際法に及ぼす影響や、法源論について、国際法研究者の目から見れば表面的であるかに思われる点はある。特に、条約と慣習法間の複雑な相互作用について十分な注意を払っているかは気にかかる²⁾。もし条約が存在することを法的確信の「最も有効な証拠」(294頁)とし、条約を作るか慣習法を作るかは「それぞれのメリットとデメリットを考慮して」(296頁)国家が選ぶのだとすれば、本書においてゲーム理論を適用する範囲に関して条約を除外して国際慣習法に限定する際の条件について、もう少し説明があってもよいのではないだろうか。とはいえ、本書の特筆すべき特徴は、ゲーム理論を用いることによって国際法現象を説明するための統合的理論枠組の方向性を指し示そうとすることにあるのであって、技術的な瑕疵があることのみでもって、その構想自体が崩れるわけではない。

いずれにせよ、ボールは国際法学界に投げ入れられている。ゲームに見立てれば、今は国際法学者の手番である。本書の提示した知見や手法的挑戦をどのように受け止め、著者の問題提起に応じて研究を発展させられるかどうかが問われているといえよう。さらに、本書のようなアプローチの精緻化へ向けて、国際法研究者が参画して共同研究する余地もあるのではないだろうか(先駆的研究たる G&P や Norman and Trachtman (2005) 等も、そのような共同作業の成果であった)。

本書はまた、実務への貢献の余地も大きい。そもそも Jessup 国際法模擬裁判大会への参加という実践的な国際法学習経験が、国際慣習法に対する著者の関心の端緒となっている点は興味深い。抽象的な理論的課題としてではなく、具体的紛争を処理するための法的ツールと議論を駆使する過程を仮想体験する中で、国際慣習法の性質および機能を解明しようとする姿勢は、条約交渉や慣習法解釈に携わる実務担当者の目線と近い。実務担当者間で必ずしも法と経済学や国際政治経済分析が知的基盤として共有されているとは言えないとすれば、制度的改善にまで踏み込む本書の知見が実務担当者に与える示唆は小さくないものと推察される。

欲を言えば、著者には分析対象の拡大にも期待したい。というのも、著者のアプローチは、国際法学説が確立しているまたは条約の文言が明瞭であるものの事実に基礎を欠いているとか現実に対する説明力が不足しているような場合に(3頁参照)、直感に反するような経済学的知見を提示して新たな思考を促したり制度的改善の方向

性を示したりするという形で(327頁参照)、最も有効に機能するのではないだろうか。とすると、分析対象を国際慣習法に限ることがどうしても必要というわけではあるまい³⁾。特に、著者のように「慣習法形成プロセスについて共通理解が成立しているか疑問」だと指摘し(187頁)、一貫した反対国の法理によって国際慣習法の普遍性・一般性が失われて2国間関係に還元される(256頁)とまで踏み込むかはさておき、近年では有力途上国が台頭する等、主要なプレイヤーが多様化しており、そもそも国際法体系を単一のものとして観念しうるかについても議論がある。このように国際慣習法に関する「ゲームの規則」が(存在するとしても)動揺している状況において、統一的な理論枠組を構築しようとするのは相当に難度が高い。こうした難点を回避しながら本書の手法を応用しうる他の論点としては、たとえば、WTO(世界貿易機関)において頻繁に紛争の対象となる特定の規定についてどのような条件や経路で解釈慣行が構築されるか検討するとか、相当の柔軟性を内包する枠組み条約(南極条約等)の内部において、事後の慣行や事実上のレジームが形成されたり変容したりする過程と検討するとか、思いつくところだろう。むしろ、逆に、困難だからこそ取り組むという挑戦的な姿勢もあってよく、本書はこちらに属するといえる⁴⁾。

結局、以上のような管見では、本書の真の意義を語りつくすことは不可能であった。不純物を取り除いた理論的儉約性を犠牲にする一方で、性質の異なる要素を混在させたがゆえの間口の広さ、豊饒さが本書にはある。あえて隙を見せて批判を誘っているとすれば、評者を含めてすでに術中にはまっていることになる。そうであるとすれば、著者はゲームの達人でもあるのかもしれない。

- 1) 他の評釈として、教土(2011: 431-432)、廣瀬(2011: 145-150)がある。
- 2) 関連する先行研究として、たとえば小森(1994)、柴田(1997)等がある。
- 3) Trachtman(2008)もある。
- 4) 著者の最近の論稿として森(2012)を参照。

〔文 献〕

- 廣瀬和子(2011)「森大輔著『ゲーム理論で読み解く国際法』」国際法外交雑誌110巻3号145-150頁。
- 小森光夫(1994)「一般国際法の法源の慣習法への限定とその理論的影響(一)」千葉大学法学論集8巻3号1-96頁。
- 松井彰彦(2002)『慣習と規範の経済学』。
- 森大輔(2012)「国家責任法の経済学分析(一)」国家学会雑誌125巻3・4号81-26頁。
- 柴田明徳(1997)「『一貫した反対国』の法理再考」岡山大学法学会雑誌46巻2号111-183頁。

数土直紀 (2011) 「『ゲーム理論で読み解く国際法』森大輔」理論と方法26巻2号431-432頁。
Trachtman, Joel (2008) *Economic Structure of International Law*.

(こばやし・ともひこ 小樽商科大学准教授)