

「一貫した反対国」理論とその意義

おおしままきこ
大島真木子

目次

はじめに	40
第1章 慣習国際法の理論と「一貫した反対国」理論の主張	41
第1節 慣習法理論の概観	41
第2節 「一貫した反対国」理論主張の背景	43
第2章 漁業事件判決における「一貫した反対国」理論	44
第1節 判決の解釈	44
1. 通説の解釈とその問題性	44
2. その他の解釈	44
3. 判決の位置づけ	45
第2節 両当事国の主張と「一貫した反対国」理論	45
第3節 ド・ヴィッシェール理論の検討と「一貫した反対国」理論の 妥当根拠	47
1. 合意理論と「一貫した反対国」理論	47
2. ド・ヴィッシェール理論	48
第4節 小括	49
第3章 「一貫した反対国」理論の再検討	49
第1節 肯定説の考察	49
第2節 批判説の考察	52
第3節 「一貫した反対国」理論をめぐる対立の争点	53
第4節 「一貫した反対国」理論の意義	54
おわりに	56

はじめに

国際法は伝統的に、主権国家の並存体系として観念される国際社会において、国家の権利義務を定め、その相互的関係を規律する機能を担ってきた。国家より上位の権力を欠く国際社会においては、国家の主権平等が支配原則として妥当し、国際法の定立・執行は主権国家自身によって実現される⁽¹⁾。国際法の定立に関して、たとえばローチェス号事件判決の中で常設国際司法裁判所は、「諸国に拘束的な法の規則は、……条約において表示されるか、または一般に法の原則を定めるものと認められ、かつこれらの独立団体の共存を規制しもしくは共同目的を追求するために確立された慣行において表示されることの、諸国家の意思から生まれる」と述べた⁽²⁾。このように、国際法の規則は国家の意思から生まれ、また逆に、国家はみずからの意思なき場合にはいかなる規則にも拘束されない、ということがしばしば言われてきた。

現在も条約の理論においては「合意は第三者を益しも害しもしない」という第三者効力否定の原則が維持されており、基本的に国家はみずから合意しない限り、条約上の権利義務関係に拘束されない。他方で慣習法⁽³⁾については一般に、慣習法の規則は個別国家の合意の有無を個別に問うことなく諸国の一般慣行をもとに成立し、全国家を一般的に拘束すると説明される⁽⁴⁾。たとえば、新たに成立した国家は、みずからの意思に関わりなく既存の慣習規則の遵守義務を自動的に負うとされてきた。一見したところ、慣習法理論においては現在、国家の主権平等原則を反映した合意理論は妥当していないと考えられるのである。

ところが近年になって、このような慣習法理論の再考を迫る状況が現れた。それは、多数の国により支持されている一般的慣行から新たな慣習法が成立する場合、当該慣行に異議を表明してきた国家の位置づけに関して次のような主張が展開されたことを契機としている。すなわち、慣習法の形成段階における若干の反対国の存在は一般慣行の慣習法化を妨げるものではないが、形成段階か

ら明確に異議を示してきた国家は新たに成立する規則に拘束されない、という法理の主張である。現在、個別国家の意思を個別に問うことなしに慣習法の一般的効力が肯定されているなかで、なぜこのような主張が可能かが問われるのである。

「特定の慣行に対する異議を従前より明確にしてきた国家は、そこから新たに成立する慣習規則に拘束されない」という法理は、今日一般に「一貫した反対国」という表現を用いて論じられる⁽⁵⁾。以下、本稿ではこれに「一貫した反対国」理論という表現を充てる。この理論は1980年代以降さまざまに論じられてきたものであるが、たとえば1986年に改訂作業を終えたアメリカ合衆国対外関係法第3リステイトメント（以下、第3リステイトメントと略記）にみられるように、国際法の原則として位置づけられる場合がある⁽⁶⁾。その際、国際判例上この原則を確認したものとして、1951年の国際司法裁判所による漁業事件判決が依拠されることが多い⁽⁷⁾。その一方で、1980年代以降若干の国家がこれを援用しようとしたものの、その主張内容を体現したものはなく⁽⁸⁾、「一貫した反対国」理論の定式に合致する国家実行はこれまでのところ存在しないとされている⁽⁹⁾。それゆえこの理論をめぐる状況として、これが一国際判例を根拠に、実行によらずもっぱら学説上・理論上のものとして構築されてきた点が指摘できる。

昨今の国際法の概説書等で「一貫した反対国」理論に言及するものは多いが、この理論が述べられる理由や根拠について漁業事件への言及以上の説明を伴うものはほとんど見受けられない⁽¹⁰⁾。

「国家はみずからの合意なくその意思に反して拘束されることはない」という論理に照らすと、この理論は当然に妥当しうるかに見える。しかしすでに触れたように、現在の慣習法理論においてはこのような論理が貫徹されているとはいえない。いったい慣習法の成立・適用の条件として特定国家の合意あるいは全国家による合意は必要とされず、また新国家が一律に既存の慣習規則に拘束されることと、「一貫した反対国」理論の主張とは両立するの否。国家の主権平等原則に合致するとみ

て、なぜ規則の効力を免れうるのが「一貫した反対国」に限定されるのか。こうした疑問が想起されるように、「一貫した反対国」理論の妥当は自明ではありえず、国際法あるいは慣習国際法の理論の中にそれを原則として位置づけることがはたして適当か否か、再考する必要がある。

本稿はいま述べたような問題意識を念頭に、現代の慣習法理論における「一貫した反対国」理論の妥当根拠と意義とを検討するものである。1980年代以降、この理論を扱った論考が内外で公表されてきた。しかしそうした論考の大半についても、この理論の妥当根拠に向けられる疑問に目を留めたり、その上でそこに潜む問題が何に由来し、またいかなる矛盾や課題を国際法学に提示しうるかを突き詰めるのではなく、形式的な議論——たとえば、これが国際法の原則であることを前提にして「一貫した反対」の形式的要件を論じるといった——に終始しているとの感がある。そこで本稿では、この理論の妥当根拠を改めて問うことによって、従来の議論が見落としていると思われる点を明らかにしたいと考える。考察の概要は以下の通りである。妥当根拠に関する検討は、漁業事件における「一貫した反対国」理論の解釈の問題に収斂するが、まず第1章で慣習法理論と「一貫した反対国」理論主張の背景について概観した上で、続く第2章において裁判所の判決を出発点に漁業事件をより広い文脈で検討し、通説の解釈の妥当性について論じる。それを踏まえ、第3章では、「一貫した反対国」理論を論じた諸学説の主張を批判的に考察し、この理論が有する意義ならびに提起する問題の指摘を試みる。

第1章 慣習国際法の理論と「一貫した反対国」理論の主張

第1節 慣習法理論の概観

「一貫した反対国」理論の主張内容は、第3リスティメントのコメントを手がかりに把握することができる。リスティメントは、慣習国際法についての以下のような一連の見解のなかでこの理論について触れている。

慣習法は国家の作為と同様黙認によっても形成され得、全国家に対して一般的に拘束的なものとなるが、原則として、法がまだまだ発展段階にある間に実行に対する異議を示す国家は、その規則が成熟した後も拘束されない⁽¹¹⁾。国家はもし発展過程で明確に否認しない場合には、形成に参加しなかった慣習法規則によって拘束されるけれども、近代国際法は国家による規則の受容に存在根拠をおくものであって、多数派が全体のために法を作ることができないからである⁽¹²⁾。ただし、強行規範に対する異議は効果を有さない⁽¹³⁾。そして、慣習規則の拘束力が否定されるのは、法の発展段階に継続して異議を明らかにしてきた国家に対してのみであり、一定の実行が慣習法の規則となった後で国際社会に参入した国家は、異議を有してもその規則によって拘束される⁽¹⁴⁾。一般的な効力をすでに備えた法規則を後になって国家が一方的に変更できないこともまた原則である⁽¹⁵⁾。

リスティメントは、慣習法が諸国の普遍的ではなく一般的な慣行をもとに形成され一般的効力を有することについては争わず、慣行に対する異議を明らかにしてきた国家のみが成立する規則の拘束力の外に置かれると述べる。さらに「一貫した反対国」に対する慣習規則の効力の否定について、国際社会に多数決原理が妥当しないことに説明を求める一方で、強行規範ならびにすでに慣習法化して一般的受容を得た規則に関しては、いかなる異議も認められないとする。このように、慣習法が通常は一般的効力を帯びることを前提に、特定の要件を満たした反対国のみが例外的地位を容認されるというのが「一貫した反対国」理論の構造であるが、以下ではまず、議論の基礎をなす慣習法の一般理論を概観することにする。

慣習法は、その拘束性をめぐる理論的関心からの法的擬制として、法主体の「黙示の合意」ととらえられてきた⁽¹⁶⁾。「黙示の合意」理論は国際法に固有のものではなく、その起源はローマ法に溯り、

教会法・市民法に継受される過程で精緻化され、19世紀初頭まで法学における当然の理論であったとされる⁽¹⁷⁾。

「黙示の合意」理論は、国際法の規則の存在と拘束性とを国家の意思に基礎づける、19世紀に隆盛した法実証主義のもとでの合意理論ないし意思主義の理論において積極的に採用された。当初は、明示的合意たる条約との形式的対比の上で慣習法は諸国の黙示の合意とみなされ、みずからの実行を通してそれを受け入れた国家のみを拘束するという見解が示されていた⁽¹⁸⁾。たとえばアンチロッチによれば、「国際法は、その義務的性質が*pacta sunt servanda*の規則に由来する諸国の合意によってつくられ、その合意が成立した限定的範囲においてのみ存在する⁽¹⁹⁾」との理解のもと、慣習法については、「相互的に一定の行為にしたがうことを約する諸国の意思が事実から生ずるときには黙示の合意が存在する。この意思が一定の状況における一定のやり方による不断の反復によって示される時、これを慣習*tacitum pactum*、すなわちある法規範を遵守するという確信とともに実際に遵守される規則、と称するのがより適切である⁽²⁰⁾」と述べられる。したがって、国家の外形的行為を通してある実行を義務意識をもって行っているという証拠が認められる場合に、その国は同様の実行が生む慣行をもとに成立する慣習規則によって拘束されるのであって、実行が存在しないところにはその規則による拘束はありえない。ここでは、具体的行為によって示される実質的な合意の存在が問題とされていた。

やがて、実質的合意の存在を基本的には求めながらも、たとえ具体的行為がなくとも、反対の意思を表すような異なる実行が存在しない場合、そのことをもって諸国の合意が推定されるようになる。その結果、以前は具体的行為を通して合意の存在が確認された国家のみを拘束していた慣習法の妥当範囲は、反対の意思を示す行為をなさない国家にまで拡大することになる⁽²¹⁾。

このように過去のある時点から黙示の合意理論のもとで合意の推定が積極的に認められてきた背

景には、19世紀に法実証主義が自然法を排斥した結果、それが従前担っていた一般法・普遍法としての役割を新たに慣習法に求めたという事情が存在する⁽²²⁾。シュトルップが「国際法人格を有する国家の半数以上にとって有効な規範があれば、一般法と呼ぶことができる⁽²³⁾」と述べたように、合意の存在から反対の不存在へと視点が移行したことにより、「黙示の合意」理論は、時代の要請に対応して一般法としての慣習法を論ずるに適合するものに変質したといえる。

慣習法の拘束性とならび、その成立の要件や過程に関しても、大きな理論的関心が寄せられてきた。そしてここでの理論においても、一般法として慣習法が語られるのに伴う影響が認められる。

慣習法の成立に関しては、その要件として一般慣行（＝事実的要因）と法的信念*opinio juris*（＝心理的要因）の双方が必要であるとする二要件論が今日まで維持されてきた⁽²⁴⁾。慣習法の定義として参照される国際司法裁判所規程第38条1項bの「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」も、二要件論を踏まえたものである⁽²⁵⁾。

まず、慣習法の成立をもたらしするためには、事実的要因たる一般慣行の証拠として推定される実行（*practice*）が、恒常的かつ均一に反復され、特別利害関係国を含む広範な支持を得たものでなくてはならない。かつては時間的要因の重要性が語られ、「超記憶的な慣行」が必要だとの見解も存在した⁽²⁶⁾。しかしこれは理論上も判例上も支持されおらず、慣行に求められる古さは、各事例の状況や性質に応じて異なりうる⁽²⁷⁾。たとえば北海大陸棚事件判決においては、実行の一貫性と一般性が立証されれば特別な期間の経過は問題にならないということが述べられた⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾。また実行の空間的一般性に関しても統一的な基準が存在するわけではなく、かなりの統一性・一般性が求められる場合でも、全国家による慣行への普遍的参加は必要とされない⁽³⁰⁾。これまで国際裁判所はしばしば慣習法の認定にかかわってきたが、たとえば、本稿で扱う漁業事件で裁判所が湾口10カイリ規則の慣習法化を認めなかったのは、関連する実行に厳し

く統一性・一般性が要求された結果とされ⁽³¹⁾、漁業管轄権事件において沿岸国の優先的漁業権という概念の慣習法化が述べられた際には、諸国の実行の一般的傾向が比較的緩やかに判断されたといわれる⁽³²⁾。

他方、心理的要因といわれる法的信念は、単なる国際的な慣行や慣例と、法的に拘束的あるいは義務的なものとしての慣習法とを区別するメルクマールとして論じられることが多い⁽³³⁾。一般に法的信念の存在証明は国家の実行（の反復）からの推論によるとされてきた⁽³⁴⁾。

このように、慣習法は法的信念を伴った一般慣行をもとに成立するとの見解が長らく維持されてきた。その一方で、たとえばビン・チェンが「関係国家の法的信念が明らかに存在していれば、慣行に長期性が必要でないのみならず、実行の反復という意味での慣行は全く必要ではない。その結果、国際慣習法は実際には法的信念という単一の構成要素よりなる⁽³⁵⁾」と述べたように、慣習法の成立要件を再構成あるいは緩和する見解も示されている。少なくとも実際、慣行あるいは慣習という語から連想される時間的な長期性は問題とされていない⁽³⁶⁾。ビン・チェンらのこうした見解に対しては、慣行をもとに成立する法という本来の定義に関する形容矛盾を内包するもので、異質なものでも慣習法という理論枠組みで説明しようとした弊害があるとして批判が提起されてきた⁽³⁷⁾。こうした見解およびそれに対する批判からは、昨今の慣習法理論の関心が、慣行を起源として成立するというプロセスの特殊性よりも、一般国際法としての慣習法を論じることに向けられている現実が示されるといえよう。

第2節 「一貫した反対国」理論主張の背景

「一貫した反対国」理論は以上のような慣習法理論を背景に持つものであるが、その主張の契機は、2つの時期——多数の旧植民地国家が独立によって国際社会に参入した1960年代を中心とする時期と、それら諸国が結束して第三世界勢力が台頭した1980年代にかけての時期——を通して出現

した国際社会の構造変化に求められる。

1960年代にかつて西欧の植民地だった諸国が独立した際に、一部の国家はみずからその形成に参与しえなかった既存の慣習規則を受け入れることに異議を示した⁽³⁸⁾。かかる態度は国際法の実効性を維持する上で認めがたいものであったから、米国をはじめとする西欧諸国は、慣習法が個別国家の意思にかかわらず等しく全国家を拘束する一般国際法であるとの主張を展開し、新国家側の主張を押しつけた⁽³⁹⁾。そこでは、慣習法の規則に関しては国家の裁量に基づく取舍選択は許されず、既存の規則の変更は新たな慣習法が成立することによってのみ可能になるとされた。

ところがその後、国連の場を中心に第三世界諸国が結束することで、既存の法の変更が現実化し、また海洋法の法典化の過程等を通じて、西欧諸国の規範外交の場での主導的地位の衰退が露呈される。この現象は、国連総会が1960年代以降に採択した決議からも一目瞭然である。加えて国連総会決議の効力については、1980年代にかけてソフト・ローの議論が活発化し、新たな慣習法を生み出す重要な契機であることが盛んに論じられた⁽⁴⁰⁾。

第三世界諸国の意向を反映した新たな慣習法規則が次々と生み出される可能性は、少数派に立つ西欧諸国にとって脅威として映ることになる。「一貫した反対国」理論が注目を集めたのはこうした状況の下であった。合衆国リステイメントをはじめこの理論が西欧諸国を中心に支持を得たのは、西側が従来主張してきたような既存の慣習規則の一般的妥当性を損ねることなく、また新たな規則の成立じたいを阻むこともなく、みずからの意に沿わない新たな慣習規則の効力を否定できるからであった⁽⁴¹⁾。「一貫した反対国」理論は、国際社会全体に妥当する一般的ないし普遍的法の希求と国家の自由な意思の実現というしばしば相反する2つの要請を調整するための、絶好の理論的拠り所を提供するものとして評価されたといえる。しかし背景にある政治的動機は無視できず、真に法的裏付けを有する理論といえるかが問われるこ

とになるのである。

以下第2章からは、こうした主張の背景をふまえて、判例と学説を素材にして「一貫した反対国」理論を検討していく。

第2章 漁業事件判決における「一貫した反対国」理論

第1節 判決の解釈

1. 通説の解釈とその問題性

「一貫した反対国」理論を主張する際に共通して依拠されるのが、イギリス・ノルウェー漁業事件（以下、漁業事件）に関する国際司法裁判所の判決である⁽⁴²⁾。「一貫した反対国」理論は、この判決のみを根拠に主張されているといってもよい。それゆえ、この判例が「一貫した反対国」理論をどのように解釈していたかが、本稿における検討の要となる。以下ではまず判決の関連部分について考察する。

イギリス（原告）は、ノルウェー（被告）が自国沿岸に直線基線を設定し、そこから幅4カイリの海域を領海とする旨を定めた王室勅令が国際法違反であるとして国際司法裁判所に訴えた。争点のひとつは、複雑な海岸線には直線基線を引くことが許されるとして、それを湾に対して採用する際の基準として湾口10カイリ規則が慣習法化しているか否かであった。

イギリスが主張しノルウェーが否定する湾口10カイリ規則の慣習法化の当否につき、裁判所は

「……10カイリ規則はいくつかの国の国内法、条約、協定などにおいて採用され、いくつかの仲裁決定がこれまでそれら諸国間で適用してきたけれども、他の諸国は異なる限界を採用してきたことを指摘しなくてはならないと考える。それゆえ、10カイリ規則は国際法の一般原則としての權威を獲得しているとはいえない。

いずれにしても、ノルウェーは自国沿岸への該規則適用のいかなる試みにも常に反対してきたので、ノルウェーに対して適用することはできない。」⁽⁴³⁾

と述べた。通説は、後半のくだりの文頭にある「いずれにしても（原文では“De toute manière”）」を「たとえ10カイリ規則が慣習法化していても」と意識し、この一節が「一貫した反対国」理論を述べたものと解釈する。ところが、判決がこの一節を述べた意図が明らかでないことから、この解釈（意識）が正しいものであるかにつき、疑問が提起されるのである。というのは、通説のように考える場合にこの一節が判決において実質的な意味を持ちうるのは、湾口10カイリ規則の慣習法化が肯定された場合でしかないからである。

2. その他の解釈

(1) 特別慣習法の理論

ダマトは、一般慣習法と特別慣習法の区別の上に立って、判決の該当部分が問題としたのは当事国間の特別慣習法だと述べる。一般に、特別慣習法は限定的な妥当範囲しか有さず、内容的には一般慣習法の例外・逸脱にあたるゆえ、その存在証明および特定の国家に対する適用可能性の判断においては、合意の証拠が厳格に求められると解されている⁽⁴⁴⁾。ダマトは庇護事件、インド領通行権事件⁽⁴⁵⁾、モロッコにおける米国民の権利に関する事件⁽⁴⁶⁾の各国際司法裁判所判決を取り上げ、いずれも特別慣習が問題であったために、拘束される国家の合意の証拠が求められたとする。そして漁業事件においてノルウェーに対する湾口10カイリ規則の適用がその継続的反対を根拠に否定されたのは、湾口10カイリ規則がイギリスとノルウェー両国間の特別慣習として検討されたことを示す、と解釈する⁽⁴⁷⁾。

ダマトによれば、具体的事件において一般慣習法が曖昧な基準しか提供できない際に、そうでなければ援用する必要のない特別慣習法が解決の指針を示す場合があるとされ、漁業事件はこの論理に則して解釈されている⁽⁴⁸⁾。すなわち、まず一般慣習法の問題として検討したところ、諸国の慣行の不一致から一般慣習法としての湾口10カイリ規則は存在しない。したがってこの限りでノルウェーの採用する基線を国際法に照らして不当と

みなすことはできない。その上でなおもノルウェーの制度を制限するような両国間の特別慣習が存在するかといえば、ノルウェーの合意の証拠がないことから、特別慣習法としての湾口10カイリ規則も存在しない。このように、ダマトの解釈では湾口10カイリ規則がまず一般慣習法、次いで特別慣習法という二つの枠組みで検討されたことになる⁽⁴⁹⁾。

ダマトの解釈については、本件において湾口10カイリ規則が当事国間の特別慣習として扱われたといえるかが問題となる。エイクハーストはこの点につき、まず当事国の態度としてイギリスは疑いなく国際法の「一般」規則として湾口10カイリ規則を主張したのであり、両国間の特別慣習を示唆する内容はないと述べる⁽⁵⁰⁾。さらに裁判所が一般慣習法の検討ののちにこれを両国間の特別慣習の問題と位置づけた経緯もみられないとして、ダマトの解釈を不適切なものと論じる⁽⁵¹⁾。

(2) 他国による黙認

ホロウェイ⁽⁵²⁾やブラウンリーは、ノルウェーに対する湾口10カイリ規則の適用の否定は、単にノルウェーの継続的反対に基づくのではなく、10カイリとは異なる限界を採用してきたノルウェーの実行に対する他国の黙認を根拠にしていると解釈する。ブラウンリーは次のように述べる。イギリスは問題を「一貫した反対国」に関するものととらえながら、ノルウェーが一貫して明白に規則の受け入れを拒否してきたという事実を否認している。これに対して裁判所は問題をこのように扱うことはせず、「主張される規則 (alleged rules) が仮に存在するとして、ノルウェーはそれらから逸脱していたが、他の諸国がその実行を黙認していた」ことを判決の理由とした⁽⁵³⁾。

下線を付したように、ブラウンリーは判決の上記該当部分の解釈を問題としながら、「規則」と述べる際に複数形を用いており、湾口10カイリ規則のみを念頭に他国の態度を論じているわけではない。確かにこの事件で争われたのはノルウェーの採用する直線基線全体の有効性であり、湾口10カイリ規則のみが関連する基準として主張されてい

たわけではない。事実、判決の後半でノルウェーの制度一般に対する他国の態度が検討されていることから⁽⁵⁴⁾、ブラウンリーは判決全体を踏まえた解釈を示したとも考えられる⁽⁵⁵⁾。

しかしながら、湾口10カイリ規則に関する判決の該当箇所において、ノルウェーの実行に対する他国の態度はまったく検討されていない。判決後半でノルウェーによる直線基線の一般的採用が国際法に反するものではない、と判示された際には他国の黙認が根拠になったとしても、湾口10カイリ規則の適用の有無もまた黙認を根拠に判断されたと解するのは不適切であろう⁽⁵⁶⁾。

3. 判決の位置づけ

このように、判決の問題の一節については複数の解釈が示されており、これが「一貫した反対国」理論を踏まえたものかどうか明らかではない。他にもこの一節は、イギリスは一般慣習法規則としてでなく個別の制度としては存在している10カイリ規則をノルウェーに対して主張できるか、という二国間の枠組みでの対抗力に関するものとして解釈することも可能であろう。判決自身からこの一節の意図を断定する手がかりは他に得られない。さらに判決後にいくつか評釈が出されたものの、この一節に着目したものは存在せず、同じく確定的な手がかりを得ることはできない⁽⁵⁷⁾。そこで以下第2節においては、書面手続の段階の両当事国の主張に遡って、判決がいかなる議論を踏まえて出されたものかを考察する。

第2節 両当事国の主張と「一貫した反対国」理論

イギリスが申述書のなかで湾口10カイリ規則を主張したことに對して、ノルウェーは答弁書において「一般慣習法の構成要素と特定の国家に対抗するための条件」との見出しのもと、慣習国際法に関する考察を以下のように展開している。

まず、慣習法の成立には諸国による慣行と法的信念の双方が必要だとする伝統的な二要件論につき、必要とされる慣行の性質や法的信念の証拠に

向けられる疑問に関しては、諸判例や国際実行の傾向を分析し次のように述べる。すなわち、諸国の一般的慣行から諸国を広範に拘束する一般慣習法が生み出される。慣行が帯びるべき一般性の程度は相対的なものであり、すべての国家による慣行への参加を要求するものではないが、大多数の国家の実行によって支持されていることが必要である。慣行が一般的でない場合には、特別慣習法が生み出されるに過ぎない⁽⁵⁸⁾。また、超記憶的な慣行、つまり慣行の起源の古さは必ずしも問われないが、多少とも長い期間に亘る類似の行為の繰り返しは必要である⁽⁵⁹⁾。一方、心理的要因たる法的信念は、一般に、諸国の実行において推定される⁽⁶⁰⁾。

このような要件を備えて成立する一般慣習法について、ノルウェーは、「しかしながら、慣習法規則は常に曖昧さなくその受け入れを拒否する態度を明らかにしてきた国家を拘束できない」とする⁽⁶¹⁾。まず合意理論を採用する法実証主義 (la doctrine positivistes) の立場について触れ、ここではこれが当然の論理的帰結だとみる。ノルウェーはシュトルップを参照して、「黙示の合意」理論においてはこれまで国家の積極的意思が認められない場合一般に合意の推定が行われてきたが、この推定は反証によって覆すことの可能なものであるゆえ、国家がその意思に反して一般慣習法の規則に拘束されることはないとする⁽⁶²⁾。続いて、しかし同様の帰結は、慣習法を「黙示の合意」ととらえるのではなく、集団的法意識から生ずるととらえる論者によっても支持されているとし、ド・ヴィッシェール、フランソワ、フェアドロス、ライトの学説と、1903年のドイツとベネズエラ間の仲裁判決を参照している⁽⁶³⁾。ノルウェーの意図は、新しい慣習法規則に反対する国家の権利をどう扱うかという点について、慣習法を論じる立場の相違にかかわらず一致が見られるという点を主張することにあつたといつてよい。一方、すでに確立した慣習規則は諸国に対して拘束的なものとして妥当しているので、これらに関する遵守の拒否は国際法義務違反とみる⁽⁶⁴⁾。規則が義務的性質

をその国に対していまだ備えていない段階で明確に継続して示すことのできた反対の意思のみが効力の例外をもたらすとして、2つの場合を区別している。

ノルウェーの主張の主要な部分は、諸国の実行に見られる不統一性とそれによって示される法的信念の不存在より、湾口10カイリ規則の慣習法化は結論できないという点である。これに加えて、ノルウェーが恒常的に曖昧さのないやり方で湾口10カイリ規則の受け入れに反対してきたことは事実として疑いないとして、「たとえそれが慣習法規則の性質を有していたとしても、ノルウェーを拘束することも、拘束してきたこともない」と述べている⁽⁶⁵⁾。

このようなノルウェーの主張に対してイギリスは再度抗弁書を提出し、「新しい慣習法規則に対して反対を明らかにしてきた国家は拘束されない」ことに関しては、ノルウェーの主張に同調する見解を表明している。ただ、イギリスはこれが国際法の基本原則であることを認めながらも、反対をする国家の意思は絶対的なものではないと留保を付している。その理由として、国際社会においては多数派の意思を尊重する傾向が強まっており、国際法の根本的な原則あるいは国際社会全体の利益がかかわる場合には、個別国家の意思は受け入れられないとする⁽⁶⁶⁾。

これに対してノルウェーは、イギリスの制限的見解を受け入れながらも、本件で問題となっている湾口10カイリ規則は個別国家の意思の容認を許さないような性質のものではない、としている⁽⁶⁷⁾。

両国の見解については、以下のような共通点および対立点が指摘できる。興味深いのは共通点として、新しく成立する慣習法に対して異議を明らかにしてきた国家は拘束されないという主張、すなわちのちに「一貫した反対国」理論と称されることになる主張に関して、両国ともそれが国際法の基本原則であることを認めている点である。さらに、一定の場合には一貫した反対であっても認められない場合があるという、イギリスが抗弁書

で示した制限的見解に関しても、両国は一致している。

一方、相違点としてはまず第一に、「一貫した反対国」理論の問題以前に、湾口10カイリ規則が慣習法化しているか否かという点に関して基本的対立がある。次に「一貫した反対国」理論については、これを両国とも基本的には認めながらも、ノルウェーが例外的地位を得るに十分な「一貫した反対」の証拠を有しているかという事実認定において見解の相違がみられる。また、一貫した反対の効果が一定の場合に制限されることに関して、それがいかなる（規則の）場合か、また本件における湾口10カイリ規則はその観点からどう評価されるか、という点について両国の見解は分かれる。これに関連して、国際社会における多数派の意思の位置づけについても両国の評価は異なる。

第3節 ド・ヴィッシェール理論の検討と「一貫した反対国」理論の妥当根拠

ノルウェーがその主張のなかで「一貫した反対国」理論について触れ、イギリスもこれを国際法の基本原則と認めていたことは書面手続から明らかとなった。さきに示した判決は、かように展開された両国の主張を踏まえて出されたものである。判決該当箇所の本旨は、湾口10カイリ規則は現段階において一般慣習法としての性格を備えていない、というものであった。これに続く問題の傍論に関しては、上にみたノルウェーの主張をふまえば、通説のように「一貫した反対国」理論を述べたとみても不自然ではない。

では一体、漁業事件の解釈から導かれる「一貫した反対国」理論とはいかなるものであるか。この点を明らかにするため、ノルウェーの主張をさらに遡って検討する。ノルウェーの答弁書は、法実証主義のもとでの慣習法の「黙示の合意」理論と、これには与しないド・ヴィッシェールなどの理論に言及している。ノルウェーが述べるように、前者においては反対国が慣習規則に拘束されないとする理論は自明であり、ここではむしろこの理論が後者においても認められている点が重要であ

る。

1. 合意理論と「一貫した反対国」理論

「黙示の合意」として慣習法をとらえる限り、アンチロッチのように実質的な合意のみを問題にするにしても、あるいは反対の実行がないことから合意を推定するにしても、国家はその意思に反して国際法規則の効力に服すことはない、という基本原則は維持され、当然に「一貫した反対国」理論は認められることになる。

しかしながら、「黙示の合意」理論を支持し法規則の拘束力の根拠までもを合意に求める法実証主義の所説に対しては、その帰結をめぐり批判がなされてきた⁽⁶⁸⁾。そこではつまるところ、国家はあらゆる法規則の上位に位置し、みずからの意思に基づいてのみ、従ってそこに利益が見出される限りにおいてしか国際法規範を遵守しないことになりえ、規範の恒常的妥当性は保障されない。このように法が非自律的なものであるとすれば、国際法秩序は国家の恣意的な行為によって常に脅かされることになる。

実際には、合意理論をとる法実証主義の論者であっても、たとえば国家がその合意を撤回することについては認めておらず、また一般に新国家はみずからの意思にかかわらず既存の慣習法規則に従うものとされている⁽⁶⁹⁾。理論的には、合意がなぜ拘束力を生み出すかとの問いに対する回答を合意じたいに見出すことはできず、国際法の拘束性や義務の根拠は意思や合意の概念では説明しきれない。合意理論の貫徹の困難さはすでに自覚されていたともいえ、たとえばシュトルップは、法の拘束力は法の創造に先行して必然的・論理的に存在しているものだと述べ⁽⁷⁰⁾、またアンチロッチは法の拘束力の究極的根拠たる *pacta sunt servanda* を法学においては証明不能なものとして提示した⁽⁷¹⁾。

ノルウェーが答弁書で参照した法実証主義の立場においては、確かに「一貫した反対国」理論を帰結できる。しかし今みた批判が示すように、国際法の規則および拘束力を意思に基礎づける見解

そのものを維持することができない。さらに、合意理論に立脚しながら、なぜ新たな慣習規則の拘束力に服さずともよいのが「一貫した反対国」のみに限られるのか、という疑問を解決できない。

2. ド・ヴィツシエル理論

ド・ヴィツシエルは、国家の意思あるいは合意に国際法の根拠をおく理論を批判し、法の存在を社会的必要性に求める客観主義の系譜に位置づけられる。以下、ノルウェーが参照した国際法の基礎と形式的法源についてのド・ヴィツシエルの見解をたどり、合意理論を否定する一方で「一貫した反対国」理論がどのように位置づけられているかを考察する。

ド・ヴィツシエルは、国際法の規範的性質を考察するに当たって、「法の基礎」の問題と「形式的法源＝実定法」の存在の問題とを区別する⁽⁷²⁾。

「法の基礎」とは、国内社会であれ国際社会であれ、何らかの法の規則・規範的規則が存在する根拠を指す。それは根源的には、社会的存在としての人間が何らかの最低限の行為規則にみずからの行為を適合させる必要性を自覚する際の個々人の意識 *consciences individuelles* に起源を有し、時間をかけて同様の意識が共有された結果、法規範として社会に妥当するようになる⁽⁷³⁾。国際法規範は、個々人における、彼ら自身の個別的利益に対してではなく国家という共同体の相互関係にとって何らかの行為規範が必要であるという意識を根拠に存在する⁽⁷⁴⁾。法実証主義の理論では国家の意思に国際法の存在根拠を求めるが、それは誤りである。国家は、法の存在目的（＝社会的連帯の維持）の実現のために必要な組織的制裁の担い手であり、法規範の存在にとって不可欠なものであるけれども、法の存在の根拠たりえない。規範のなかにはそもそも国家に先行して存在する根本的な法規則——国家の意思から独立であるのみならず、国家を拘束する規則——があり、国家はそれらを明らかにし、発展させ、実現させる役割を担うにすぎない⁽⁷⁵⁾。

ところで国際法規範は「規範的規則」と「構成

的・技術的規則」とに分けられる⁽⁷⁶⁾。前者は個々人の意識に直接に結びつき国際社会が本質的に要求する一次的規則であり、国家の存在に先行する。*pacta sunt servanda*の原則、しばしば国家の基本権と称される国家の独立・平等の原則などがこれに当たる。これらは抽象的外観を呈し国家に直接に具体的権利義務を付与する性質のものではない⁽⁷⁷⁾。そこでこうした抽象的な一次的規則を実現するために、後者すなわち実定法が存在する。われわれが目にする国際法規範の多くはこの構成的・技術的規則たる実定法であるが、これらの存在は、国家がある規範的規則の存在を確認し実現の上での必要性を認識することによってもたらされる。したがって条約と慣習法の2つの形式をとる実定法は、直接には国家の意思・合意によって生み出されることになる⁽⁷⁸⁾。

ド・ヴィツシエルはこうして実定法としての慣習法の存在を国家の意思に基礎づけ、これを諸国の黙示の合意ととらえるが、その合意とは上位にある規範的規則の確認および実現の必要性に関するものにとどまり、慣習規則の規範的性質じたいは規範的規則から引き出されることになる。

ここで問題となるのが、慣習法の妥当範囲である。ド・ヴィツシエルが言う規範的規則は国家の存在に先行する根本規範であるので、国際社会全体に普遍的に妥当しているものである。彼によれば、慣習法規則のなかにはこうした規範的規則と直接に結びついたものがあり、したがってそれらは全国家を拘束する普遍性を与えられる⁽⁷⁹⁾。このように慣習法規則の妥当範囲は規範的規則との結びつきの度合いによって決せられることになるが、ド・ヴィツシエルはその判断基準を、慣習法の成立要件としての慣行への諸国の参加の規模においている。彼によれば、一般慣行と異なる実行を継続的になす国家が存する場合、その慣行が規範的規則に直結することについて共通の法的信念が得られていないことを示し、その慣行から成立する規則は普遍性を有さず、異なる実行をなす国家を拘束できない⁽⁸⁰⁾。しかし、一般慣行が広範化していかつ異なる実行や異議が存在しない場

合、その規則が規範的規則と結びつくことに関する諸国の一致した合意が推定され、その結果成立する規則は普遍的な効力を帯びて全国家を拘束する⁽⁸¹⁾。

ここで重要視されているのは国家による一般慣行への参加の具体的証拠ではなく、「反対」が存在しないことであり、合意の推定を認める法実証主義のもとでの慣習法の「黙示の合意」理論と同様の内容を持つ。したがって同様に「一貫した反対国」理論が帰結されることになる。しかしさらに、ド・ヴィツシエールは慣習規則の規範的性質の根拠を上位の規範的規則から引き出すために、ひとたび法として成立した規則の効力は国家の意思をもはや問わない。それゆえ成立以前に一般慣行に異議を示す国家が規則に拘束されないとする一方で、既存の慣習規則に対してはいかなる異議も認められない、という主張が同時に可能となるのである。

第4節 小括

以上、漁業事件を、判決からノルウェーが依拠したド・ヴィツシエールの理論にまで遡って検討した。漁業事件における「一貫した反対国」理論は、次のような理解の上に立つものと解釈できる。まず、この理論は一見したところ合意理論の帰結とみられ、合意理論を前提にすれば矛盾が生じないかに思われる。しかし実際には、なぜ慣習法成立前からの反対国に対してのみ規則の効力が否定されるかを説明できないという理論上の困難にぶつかる。したがって「一貫した反対国」理論が前提するのは合意理論あるいは意思主義と称される立場ではない。一方、一見してこの理論と矛盾すると思われる客観主義の所説において、ド・ヴィツシエールのような慣習法の理解に立てば、「一貫した反対国」理論の主張内容に根拠を与えることが可能となる。

ド・ヴィツシエールが本件訴訟の裁判官の一人であったことから、彼の慣習法の理解が判決に反映されたとする見方には十分な根拠があるといえるだろう。ただ漁業事件における「一貫した反

対国」理論の評価および「一貫した反対国」理論の妥当根拠の特定にはさらに、ド・ヴィツシエールの理論が慣習法の一般的な理解として受容されていたといえるか、また第3章以下でみる現代の諸学説が拠って立つ慣習法の理解に照らしてどう評価されるか、といった諸点の検討が求められる。

第3章 「一貫した反対国」理論の再検討

すでに触れたように、「一貫した反対国」理論をめぐる議論が活発化したのは1980年代以降であり、したがって漁業事件から約30年の間は、この理論がとりたてて注目を浴びるものではなかったとみることができる。1980年代以降の議論は、いずれも漁業事件に何らかの形で言及しながら、積極的な肯定説の一方で、漁業事件の解釈を問い直そうとする批判説もまた存在する。この理論は現代的文脈においてどのように議論されてきたのであろうか。以下、「一貫した反対国」理論が有する意義や問題性を明らかにするために、漁業事件以降の諸学説を検討する。

第1節 肯定説の考察

「一貫した反対国」理論を肯定する説には、大別して2つの流れがみられる。第一は、慣習規則の成立と適用が究極的には個別国家の意思の作用に基づくものととらえ、特定の実行にその国が「従前より一貫して反対をしてきた」という事実の認定に基づいて、反対国に対する新たな規則の効力を形式的に否定するものである。第二は、当該理論を肯定しつつも、形式的にその適用を論じることを行わない立場である。

肯定説は一般に、新しい規則の成立以前に反対を表明してきた国家がその規則に拘束されないことは、古くから存在し確立された国際法上の法理であると主張するが、とりわけ形式論を展開する第一の流れにおいては、次のような認識が見られる。たとえばダニレンコは、「既存の国際法にしたがえば、広汎な実行と関連する法的信念にも関わらず、個別国家は現れつつある規則に執拗に異議を唱える限り拘束されない」⁽⁸²⁾と述べ、これを「慣

習法形成の基本的諸原則のひとつ ('one of the fundamental principles of customary law-making')⁽⁸³⁾あるいは「慣習形成に関わる [いわばそれを規律する (筆者補足)] “慣習の法についての法” (“law of custom” norms) のひとつ]⁽⁸⁴⁾として提示する。スタインも同様に「一貫した反対国の原則」を国際法秩序における規範の「承認のルール (“rules of recognition”）」のひとつととらえる⁽⁸⁵⁾。これら形式的見解によれば、「一貫した反対国」理論は慣習規則成立時の規準であり、ある国の一貫した反対の事実が認定されれば、その事実に対して自動的に適用されることになる⁽⁸⁶⁾。

このような形式的な捉え方の背景には、多数派の実行が慣習法を生み出し、少数派はこれに従わねばならないとする多数決原理を徹底して否定し、慣習法の成立と適用が究極的には個別国家の意思に基づくとみる見解が依然としてある⁽⁸⁷⁾。たとえばカッセーゼは、ユス・コーゲンスに対しても「一貫した反対国」理論は適用されるとする。彼は、ユス・コーゲンスの存在の契機が条約ないし慣習である以上、成立過程に主観的要因が介在するこれら形式的法源に内在する限界は同様に問題となつてしかるべきとする⁽⁸⁸⁾。ただ、このように合意理論を貫こうとする一方で、規則の効力に対する例外的地位をなぜ成立以前からの反対国のみに限るのかという点について彼は何も語らない。

この点に関して何らかの説明を試みたものとしては、フィッツモーリスの所説が挙げられる。

フィッツモーリスは、慣習規則の成立を導く慣行の中に合意的要素を認め、具体的規則の存在は国家の意思を契機にしているとみる。まず第一に、庇護事件とモロッコにおける米国民の権利事件に関する国際司法裁判所の判決とそこでの慣習法の認定に触れ、これまで具体的係争事件では、主張される規則が紛争の相手国自身の継続的・統一的慣行に基づいて、相手当事国に対し拘束的であるかが問われてきたとする⁽⁸⁹⁾。第二に、一般慣習規則の成立過程における「合意」について、「合意は、とにかく実行が作り出されることを認める相互の受忍 (mutual tolerations) のなかに潜在的に

存在し、そして (仮に黙示的なものであっても) その実行の、法の拘束的な規則としての最終的な受容においては実際に明らかである⁽⁹⁰⁾と述べ、ある実行が実際に生起し堆積すること、そして最終的に法のかたちをとって存在していることは、それが合意に裏付けられた結果であるにとらえている。これら二点に基づいて、合意とは解されない反対国の異議は規則の効力の例外をもたらす。

ところで、これがある新しい慣習規則に関して、その成立以前より明確に一貫して反対を示してきた国家のみに該当することは、次のように説明される。

「一貫した反対国」がある法規則に拘束されないのは、その法の一部ともいべき予定された例外に当たるのではなく、その法の支配を受けない例外的地位を得ることであり、したがって通常維持される国際法の一体性・統一性 (unity and uniformity) の例外的状況を生む⁽⁹¹⁾。国際法が通常求める一体性・統一性の原則のもとでは、諸国はみずから遵守する規則・しない規則を選択することはできず、すでに法であるものは、国際社会の構成員であることゆえに、事実としてすべての国家に適用される⁽⁹²⁾。既存の規則に対する国家の異議は、規則じたいが定める例外に該当する場合を除いて、歴史的理由の存在と他国による黙認を証明しえない限り、その国に対する規則じたいの変更や停止を可能にするものではない⁽⁹³⁾。一旦法の規則となったものは、それみずからが法としての拘束的性質を備えるため、その後の国家の意思がいかなるものであっても、すべての法主体に対して義務的な存在となる⁽⁹⁴⁾。ところが漁業事件判決では、ノルウェーが湾口10カイリ規則が確立した法規則になる以前に異議を表明していたから、規則の適用を否認する判断が示された⁽⁹⁵⁾。規則は法規範となることによって必然的に拘束性を備えるが、規則の存在の契機は諸国の一般的合意であり、法規範となる過程における有効性 (validity) は合意そのものに負っている⁽⁹⁶⁾。もし、法規範として成立する前の段階で明らかにされた異議、すなわちその合意に加わらないという意思を認めないとす

れば、慣習法規則成立の際の主観的要因を否定せざるをえなくなる⁽⁹⁷⁾。

もっともフィッツモーリスは、上述のように漁業事件の解釈を含め「一貫した反対国」理論を肯定しながらも、まず新たな一般規則と主張されるものが仮にも本当に規則といえるのか、すなわち拘束力を帯びる法規範となっているのかにつき疑問を提起する⁽⁹⁸⁾。反対国の異議の実質が重要なものである場合には、新たな規則の成立および存在それじたいが否定されるかもしれないし、または逆に実質的重要性を有さない異議であれば、将来にわたって継続されることなく、やがては反対国も一般規則の効力に取り込まれるはずである。フィッツモーリスは、規則の内容、合意の状況、「反対」の重み、といった実質的側面を考慮したうえで、いずれの事態が生ずるかは個々の問題の程度と状況に応じて決定されるとする。この点で、肯定説の第一の流れとされる形式主義的見解とは趣を異にしている。

さきにユス・コーゲンスと「一貫した反対国」との関係についてのカッセーゼの見解に触れたが、「一貫した反対国」理論を古くからの国際法上の原則のひとつとみる論者であっても、一般にはユス・コーゲンスに対する「一貫した反対」を否認するのをはじめ、これがあらゆる場合に形式的に適用可能だとみるものはむしろ少ない⁽⁹⁹⁾。それではフィッツモーリスのいう実質的考慮をはじめ、何が規則の効力範囲や「一貫した反対」に基づいた主張の是非を決定する際の基準とされるのだろうか。

この点に関し近年主張されているのが「共同体の意思」という概念である。この主張の背後には、現在国際社会が抱える諸問題への国際法の柔軟な対応を阻害するとして、国際法の性質に関する伝統的理解に対する批判がある。ここでは、従来合意概念が個別の主権国家の意思を前提にしていたのと異なり、諸国が共存する国際社会における規範の必要性から生まれた、国際共同体としての集団的意思に「合意」の実体を求める。まず、国際社会における法の妥当は、「共同体の一体性を

保持するためには、各構成員の行動を規律する何らかの法秩序が必要である」ことについての「諸国の共通の合意」に基づく⁽¹⁰⁰⁾。一方、具体的な慣習規則の存在についても、共同体の集団的意思をその成立の契機とみる⁽¹⁰¹⁾。これまで個別の意思を問題とする場合には、一般慣行を構成する実行は、諸国の個別の実行の時間軸上あるいは空間軸上における累計であった。ここではそれに代わって「共同体の意思」という発展的概念が提示されている⁽¹⁰²⁾。規則の成立が、個別国家の意思や合意をすでに包摂した共同体の全体的意思に基づくと考えれば、成立した規則は共同体全体に対して拘束力を有することになる⁽¹⁰³⁾。しかしこう考えながらも「一貫した反対国」理論を肯定するのは、国際法が過去にそれを認めてきたからであり、共同体の意思とはベクトルの異なる個別国家の意思が存する場合、前者に絶対的な優越性を認めるだけの根拠がないからだとする⁽¹⁰⁴⁾。

このように、ある国の「一貫した反対」の効果は共同体の意思との相対化の上で決定されるとの見解が示されている⁽¹⁰⁵⁾。そもそも共同体の意思という概念は、人権や環境といった問題領域が目されるようになり、しかもそうした問題が国家間の境界を越えた普遍的価値として認識されてきたという歴史的状況のなかで生み出された。この概念を主張する背景には、国家を中心とする伝統的な国際法のあり方が、こうした普遍的価値あるいは地球全体の利益の達成と対立しうるものだとして、これを問い直そうとする態度が存在する⁽¹⁰⁶⁾。それゆえこうした問題領域においては、個別国家の意思を重んじるよりも、共同体全体としての意思に基づいた規範の普遍的遵守の要求が優先しうる。現段階で、あらゆる問題領域に関して共同体の意思が優位に立つと考えられているわけではないからこそ、「一貫した反対国」理論は既存の制度として位置づけられ肯定される。しかし相対化は、「一貫した反対」であっても効果を有さない場合もあるという可能性を示唆するものでもある⁽¹⁰⁷⁾。

第2節 批判説の考察

批判説は、その主張がより新しいこともあり、「一貫した反対国」理論の現代的意義を探る上で重要な観点を提供する。批判説の視点はまず、「一貫した反対国」理論を実証するとされるものの評価に対して向けられる。第2章でみたように漁業事件判決（の位置づけ）については複数の解釈が可能で、また国家実行に関しては、これまでのところ「一貫した反対国」理論を具現したものは存在しない。米国は国連海洋法条約の批准拒否に際して、そこに盛り込まれた深海底開発方式が今後条約規定を離れて慣習法化する場合でも、自国は「一貫した反対国」としてそのレジームの枠外におかれるということを主張してきた。その際、この理論に関して初めて完全な形での実行上の先例が生まれると述べられてきたが⁽¹⁰⁸⁾、期待されるような実例がいずれにしてもどのようなかたちで現れるかについては予見できない。このように、「一貫した反対国」理論に関連する判例・実行は少ないだけでなく、個々主張されるものの意義もまた確定的ではない。それゆえこれらを以て「一貫した反対国」理論の有力な証拠とすることには説得力がないとされる⁽¹⁰⁹⁾。

次に、理論的観点からの批判があり、判例や実行の有無にかかわらず、慣習法理論の上で論理的整合性が貫徹できないことを以て主張される。それは、漁業事件の通説的解釈に則るとして、裁判所が仮にも一般慣習国際法の効力に関してかような理解を有していたという態度そのものに向けられた批判だともいえる。この点に関してはトムシャットが、この理論が合衆国対外関係法第3リステイメントや若干の学説において実定国際法の規則として扱われているが、現実にはその点についての一般的承認は見受けられず、学説上の争いにすぎないと述べている⁽¹¹⁰⁾。そこでは、漁業事件判決に際しての裁判所の態度を含め、「一貫した反対国」理論が国際法の確立された理論としての妥当根拠を矛盾なく有するかがあらためて問題とされるのである。

肯定説と同様批判説の主張もまた一様ではなく、

一方には「一貫した反対国」理論を完全に否定する見解が存在する。現在一般慣習法に関しては、その成立を導く慣行には特定の名宛国をはじめ全国家の合意は必要でないと解されているが、このように慣習法が個別国家の意思にかかわらず成立することを認めるならば、ある国家の「一貫した反対」が是認されることは論理矛盾を来すというのがその論拠である。ダマトの見解をみてみよう。

ダマトは合意理論に関して、諸国の「合意」が、国際法体系そのもの、あるいは法形成の二次的ルール⁽¹¹¹⁾、法的論証の様式、妥当性の法的基準といったものに対するものとして語られることには問題がないとする。そういう意味で、国際法はたしかに諸国がその意思によって生み出したものである⁽¹¹²⁾。しかし、個別国家の個別の合意を具体的規則の拘束力の根拠として主張することは、機能的観点から問題を生じる。これまで国際裁判で一般慣習法を認定する場合に被拘束国の個別の合意が求められたことはない。事実、この立証を求めるとしたら請求国に勝訴の見込みはほとんどなく、またそもそも紛争は、まさに当事国が争われる規則に対して明示的・具体的に合意していないことから生じる⁽¹¹³⁾。同様に既存の慣習法規則が新国家に対して自動的に効力を有することによっても、規則の存在が合意を根拠にするものではないことが示される⁽¹¹⁴⁾。

ダマトはこのように、一般慣習法に関してはこれまで被拘束国の合意が求められたことはなかったという分析に基づいて、フィクションとしての「黙示の合意」理論を批判する。諸国はすでに、法形成の二次的ルールとしての一般慣習法が、一般慣行をもとに成立することじたいに合意している。そのことによって国家は、その具体的内容への合意の有無を必ずしも問わずに一般慣習法の規則によって拘束される、というのがダマトの説明である。この見解はコンドレリにも共有されており、彼は、「規則が真の一般慣行と法的信念の2要件を満たして適正に成立した一般慣習法規であれば、継続的に反対を表明してきた国家を含めて全諸国に対して遵守義務を生じる」⁽¹¹⁵⁾としている。

批判説には他方、「一貫した反対国」理論が国際法上の原則として形式的に主張される点をもっぱら疑問視する立場がある。これは、慣習法の効力については一般的にまた画一的に論じることはできないとの認識に立つものであり、その意味で上にみたダマトらの完全なる否定的見解に対する批判をも含む。「一貫した反対国」理論を国際法上の原則として認めるか否かという点での相違を別として、実際には肯定説の考察でとりあげた後者の見解、すなわち相対的評価や実質的考慮を求める見解と共通する部分があるといえる。この見解については、第4節において詳しく検討する。

第3節 「一貫した反対国」理論をめぐる対立の争点

肯定説と批判説の対立から、慣習国際法は「一貫した反対国」に対する効力の例外を許容するのか、それともいかなる例外も認めずにすべての国家を拘束するものなのか、という争点があらためて浮き彫りにされる。

すでに以前より、一般法と慣習法の概念の同一化が、全世界に広く妥当する一般法が存在するとすればそれは慣習法として存在する、という意味において論じられてきた⁽¹¹⁶⁾。たとえばクンツによれば、「……[慣習法はいまなお]国際法においては重要なものである。なぜなら現在に至るまで、すべての一般国際法は慣習法であったからである」⁽¹¹⁷⁾というかたちで、またヴィラリーによれば、「……慣習にかかわらないところには、いかなる一般国際法の規則、すなわち国際社会のすべての構成員を例外なく拘束する規則は存在しない」⁽¹¹⁸⁾というかたちで示されてきたものである。そこで意図は、条約の理論が条約当事国に対する法規則の限定的妥当性を明言している以上、一般法の存在可能性は慣習法に求めるほかない、という点にあったといえる。

観念的には一般国際法とは本来、全国家を普遍的に拘束する「普遍国際法」と、逆に特定数の国家のみを限定的に拘束する「特別国際法」のいわば中間に位置づけられる、大多数の国家を拘束す

るものを指す⁽¹¹⁹⁾。「一般国際法」は「普遍国際法」に転化する高い可能性を有すると指摘されながら、しかし本来両者は概念上区別されるべきものである⁽¹²⁰⁾。

ところが、一般国際法に言及する際に「全国家に対し一般的に拘束力を有する」という表現がしばしばみられ、その表現によって普遍国際法と一般国際法の区別が曖昧にされている⁽¹²¹⁾。上記ヴィラリーの言についても指摘できるが、論者によってはこれら2概念の峻別が必ずしも明確に示されないことによって、いかなる妥当範囲を念頭に、どの種の法規則を論じているのかが明らかでない。

「一般国際法」の概念との同一化は、慣習法の理論のなかに次のような錯綜をもたらした。第一に本来、慣習法は国際法の存在形式のひとつであって、慣行をもとに成立するというそのプロセスが問われ、成立した法が有する効力範囲は二次的なもののはずであった。それが一般国際法と同一化されることで、効力論が先に立ち、成立のプロセスも一般法の論証という観点から評価されることとなった。第二に、一般国際法という概念じたいが帯びる曖昧さは、「一般国際法」として論じられる慣習法の効力・妥当範囲についても曖昧さを惹起する。

「一貫した反対国」理論は、慣習法理論が抱えることになったこの錯綜に照らして評価することができる。先に見た肯定説、批判説のそれぞれは、次のように位置づけられる。まず、当該理論に否定的な説は、効力論の観点から慣習法を論じる見解に当たる。彼らが肯定説における論理的整合性の欠如をもって批判の論拠とするのは、慣習法が一般国際法として一般的効力を有することとの矛盾を突こうとするものであり、とりわけダマトなどは、一般国際法を普遍的効力を持つものとして前提している。他方、法源論の観点から慣習法を論じようとするれば、そこではプロセスとしての慣習が問題とされ、成立した規範の効力は二次的に問題となるにすぎない。カッセーゼも指摘するように、「一般国際法」たる慣習法は必ずしも全国家を拘束するものではないのだから、成立した慣習

規則の拘束力の外におかれる若干の国家の存在が認められることはなんら矛盾を構成しない⁽¹²²⁾。グレフラートの指摘にあるように、慣習法には二国間のものの場合、地域的なもの、一般的なもの、のいずれもありえ、慣習法を常に国際法における一般法としてとらえることは適切ではない⁽¹²³⁾。「一般国際法は慣習法として存在する」ことは「慣習法は一般法である」こととは同じではないのである。加えて、「慣習規則が一般的であるために必ずしも普遍的でない受諾から成り立ちうるなら、ひとたび成立した慣習規則は同様に一般的であるために必ずしも普遍的ではない規範妥当性に甘んじなければならない」というかつての認識が示すように⁽¹²⁴⁾、一般的であることと普遍的であることは概念上区別される。となると、完全否定論を展開する批判説前者が問題にする慣習法理論上の矛盾は、一般法さらにはむしろ普遍的法としての慣習法を論じない限り、生じないことになる。一般慣習法が「普遍的」効力を有する「一般国際法」であることが論証されない限り、この批判は維持できない。ヴァン・フーフが述べるように、慣習規則が拘束する国家の数は大小さまざまであって、「拘束力の多様性は本来の慣習国際法の性質に完全に合致する⁽¹²⁵⁾」と考えられるのである。

このように、成立する規則の効力を切り離して慣習法を論じるのであれば、「一貫した反対国」理論が妥当する余地はありうるといえる。フィッツモーリスがいうように、規則の成立に法的信念を伴った一般的実行が必要とされる段階において、少数の反対国に対し多数派の実行を当然に押しつけることはできない。ところが、「一貫した反対国」理論を支持する説は個別国家の例外的地位が認められる場合を限定したうえで、それ以外の場合には慣習法規則が国際社会全体に妥当する一般国際法であることを、難なく受け入れている。逆に言えば、「一貫した反対国」理論を主張することで、慣習法が通常は普遍的効力を及ぼしうる一般国際法であることを強調するものでもある。この点から、そこではすでに、通常は慣習法が一般国際法であるとの理解が前提とされていることが分かる。

すなわち、効力を問わず慣習法を論じるはずが、実際には効力論における特定の立場にすでに入り込んでいると考えられるのである。では規則の効力を切り離した立論が可能かという点、「一貫した反対国」理論を主張することの意味は、まさに慣習法が一般法と主張されることとの対比の上にあるのであって、一定のアプリオリな慣習法観から自由なところでは、「一貫した反対国」の理論化をそもそもなしえなくなってしまうのである。

第4節 「一貫した反対国」理論の意義

チャーニーやトムシャットは、「一貫した反対国」理論を完全に否定するのではなく、場合によっては個別国家の「一貫した反対」に基づいた何らかの効果が慣習法の成立・適用において認められるとしながらも、これを形式的に「原則」として論じることに対して懐疑的である。同様の見解は、デュピュイによっても示される。

デュピュイ自身は、「一貫した反対国」理論が古典的意思主義の明らかな帰結であり、現代におけるその名残であると述べるだけで、特にその理論的根拠の整合性に疑問を向けてはいない。しかしこれまでの国家実行や国際裁判実行を検討すると、この理論が国際法の最たる基本原則のひとつに直結するものであるにもかかわらず、実際に活用された例を見出すことはできないとして、その理由を次のように分析する。第一に、この理論に訴えることはみずからの少数派としての立場をあからさまに示すことにほかならず、国家にとって外交上の得策とは必ずしもいえない、第二に、「反対」の意思を明らかにすることでかえって新たな規範の慣習法化を促進することになりうる、最後に、通常は規範の対立・不統一は長期にわたって維持されうるものではない⁽¹²⁶⁾。これらに見て取れるように、慣習法規則の成立過程には、一方ではある国際的な立法機能の強化・促進、他方では国家の主権的自由の堅守、という2つの志向の二律背反が存在する。デュピュイは、この両志向の緊張関係にこそ「一貫した反対国」理論に注目することの意義や可能性が求められるとする⁽¹²⁷⁾。

慣習という法の生成・発展プロセスにおいて、将来の法規則につながる特定の実行が、常に当初から一定不変に維持されるとは限らない。そもそも執拗に反対の意思を表明するような国家は、慣行に直接参加せずに形成されつつある規則を黙認するような国家とは異なり、多くの場合その対象事項にみずから深い利害関係を有する国家にほかならない。やがて成立する慣習規則が国際社会において実効性を持った法規として存在するためには、(利害)関係諸国に対する実質的効力が確かなものであることが必要不可欠となる。したがって何らかの一般慣行から法規範が形成される際に、それとは対立するような実行が恒常的に存する場合、異なる実行を一般慣行に取り込もうとする動きが必然的に現れる⁽¹²⁸⁾。ここで「一貫した反対国」理論を、多数派との対峙からより協調的な態度を模索する際に反対国に対して一定の猶予を与えるものにとらえれば、多数派の実行への少数派の実行の迎合というプロセスは、「多数決制」という一言で表され危惧されてきたかたちを(少なくとも形式上)とるものではなくなる。確かに多数派は少数の反対国に対しより大きな力で同調を促そうとするであろうが、反対国もまた、自国の利害が深刻な影響を受けるものであればあるほど、みずからの事情の承認を主権平等原則を根拠に主張することによって多数派の要求に対抗しようとする⁽¹²⁹⁾。こうしたいわば駆け引きを経て、法の規則は成立に至る。

領海12カイリ規則や排他的経済水域の制度は、元来異なるさまざまな実行が存在していたなかで、ある一つの方向に徐々に実行が集約され、最終的には継続的に異議を唱えていた国家までを取り込んで、統一的な一般規則としての地位を有するに至った。こうした過程で「一貫した反対国」の意思の作用は完全に否定されるわけではなく、将来における新しい規則の成立および効力を、発展の過程で左右する重要な一要因になりうる⁽¹³⁰⁾。相異なる意思の相互作用が繰り返されるなかで、ある場合には——おそらく反対国の意思が強硬であり、またさまざまな関連事情から同じ規則を画一的に

適用することが不可能ないし不適切であることが認められる際には——成立する規則の一般的効力に特定の国家が服すことのない状態が生ずることもありえ、その法的関係は外見上、「一貫した反対国」理論に合致するものとなる。しかしそれは反対国の態度によって形式的にもたらされる状況なのではなく、関連する諸事情——「反対」の性質や根拠、主張される規則の性質、物理的状況など——の総合的な考慮のうえにもたらされた結果としてとらえるべきである⁽¹³¹⁾。すなわちそこには「反対」という主観的な行為だけでなく、例外を容認する何らかの客観的理由が必要とされる。さまざまな要素の総合的・多角的判断には、漁業事件判決のように裁判所が関わる場合もあろう。しかしそうでなくとも慣習形成の日常的プロセスのなかで、とりわけ今日のように規範外交の多様化に伴い意識的に慣習の形成をなしうる状況においては、自然ともたらされると考えられる⁽¹³²⁾。

すでに指摘したように、今日の慣習法理論は「一般国際法＝慣習国際法」という枠組みを前提にし、そこではともすれば慣習規則がアプリアリに一般国際法の規則として語られている⁽¹³³⁾。しかしこれこそがまさに再考を要する点であって、慣行をもとに生ずる法規則がいかなる性質と効力をもって妥当するものかは、本来ならば各規則につき個々に検討されねばならないはずである。一般法と慣習法がいかに密接に語られようとも、あらゆる慣習規則が無条件に一般法として妥当する蓋然性を有するわけではなく、それぞれについて規範的効力が論証されるべきであろう。「一般国際法＝慣習法」という認識のもとでは、規則の内容自体が帯びる一般性とその妥当範囲の一般性とは明確に区別されてこなかったとの指摘がある⁽¹³⁴⁾。しかし法規範の一般的妥当性を個々問題にする際には、規則の内容的一般性の論証が重要な位置を占めることになる。

これまで、国際法においてユス・コーゲンス、国際犯罪、対世的義務 (obligation erga omnes) といった諸概念が発展してきた事実からも、現実には多くの事項に関して法による一般的な規律が望

まれていることは確かである。これらの概念の内幕につき未だ一致が得られなくとも、たとえば核、ハイジャック、麻薬といった問題事項について、関連法規が（関係）全国家を取り込まずには実効性を有しえないことは明らかである。上記諸概念の発展は、諸国がすでに、みずからの国益を追求する際にも法的に一定の制限が課される（べき）場合が存することを共通に認識していることのあると考えられる。したがってこれらの概念が関わりうる事象をめぐっては、規範の一般性は説得力をもって主張されえ、相対的に国家意思に対して優位に立つことになるであろう。こうした場合に、国家の主権を絶対的なものとする見方を維持することはできず、諸国は規範の一般的・普遍的効力に服すよう求められる⁽¹³⁵⁾。その一方で、すべての問題事項がこれらの概念に結びつけられるわけではない。たとえば本稿で扱った漁業事件におけるように海域を画定する際に生じる問題など、国家どうしの対立する利益の衡平な調整との関係で（一般）法が取り上げられるようなものは、争われる問題の性質を異にすると考えられる。そして場合によっては特定の個別国家の意思に優越的配慮がなされてしかるべき、個々に重要な理由の存在が認められるかもしれない。この点について一般化することは基本的に不適切と思われ、各文脈に応じて、問題事項・関連する利益等の性質・それを実現するための法規範・主張される法規範・主張される個別国家の意思等の、それぞれの内容、性質が個々に検討されるなかで、慣習法として成立する規範の内容および効力が決定されていくと考える。

今日、規範の一般化が現実に要請されることによって個別国家の意思を絶対的なものとみることができないが、対する規範の効力についてもまた形式的に論じることはできない。ヴェイユは、今日みられる規範の序列化と一般化の追求は、規範性の境界を曖昧にし、規範性そのものを希薄にしようと述べている⁽¹³⁶⁾。結局のところ、特定の法規が一般法規として妥当するための根拠づけ、対する個別国家の主張の理由のそれぞれを、単に形式

手続の観点からではなく実質的に問い、いずれもがむやみに追求されないことを確保する必要がある。

おわりに

「一貫した反対国」理論の妥当根拠に関する疑問を出発点に検討した結果、この理論を主張する論者が、慣習国際法の一般理論の中での整合的な妥当根拠を満足に示してこなかったことが指摘される。この理論を主張することの意味はまさに慣習国際法が一般国際法として語られるところに存するが、妥当根拠の曖昧さは、前提とされる慣習法理論のなかに一定の誤解あるいは論理矛盾が内包されている点を示すものであった。

慣行をもとに成立する規則が帯びることになる効力が、内容的にも形式的にもあらかじめ定まったものであるとする理論的根拠は存在しない。現在の慣習法をめぐる議論の多くが、慣習法を一般法の法源として理解しているために、こうしたアプリアリな慣習法と一般法の同一化が孕む問題性はほとんど顧みられることがなかったように思われる。しかしながら、「一貫した反対国」理論をめぐる議論の錯綜を整理することによって、慣習法と一般法の関連づけを根本から問い直す必要性、また慣習法の性質を再び問い直す必要性が改めて浮き彫りにされた。

慣習法が一般的効力を当然に有するものではないとすれば、「一貫した反対国」理論を実定国際法の「原則」という形で形式的に提示する根拠は失われる。しかし、慣習規則の将来の効力ならびに妥当範囲を決定するのが規則形成時のさまざまな要素の相互作用であるとするならば、ある国家の「一貫した反対」はそうした関連要素の一つとして、将来成立する規則の性質を左右するものとなる。「一貫した反対国」理論が妥当根拠を有さないからといって、異議を唱える国家が一律に慣習規則の拘束力に服するということが、単純に導かれるわけではない。

「一貫した反対国」理論の検討は、慣習法が国家に対して有する拘束力の根拠を問うための一つ

のアプローチとして位置づけられる。以上の考察から、その拘束力を問うためには、慣習法の形成・成立という現象全体を動的にとらえて、国家の意思が実際に果たしてきた役割を分析する必要があることが示された。第2章で考察したド・ヴィツシェールの理論も国家の意思の位置づけに関して独自の見解を示したものである。彼の理論の妥当性の検討を含め、慣習国際法の性質・機能・意義を問い直すことを今後の研究課題として銘記し、本稿の結びとしたい。

注

- (1) 山本草二『国際法(新版)』, 1994年, 30—32頁参照。
- (2) *P.C.I.J. Série A, N°. 10*, 1927, p. 28.
- (3) 以下本稿で慣習法と言うときは、特に断らない限り一般慣習法を指す。これの対概念は特別慣習法あるいは地域慣習法であるが、これらは一般慣習法を逸脱する内容を持つものとして限定的範囲で妥当し、その規則への個別的合意の有無によって特定国家に対する拘束力が決定されると述べられる(国際司法裁判所「庇護事件」判決参照:*I.C.J. Reports 1950*, pp. 276-7.)。「一貫した反対国」理論は通常一般慣習法に関して論じられるもので、本稿ではそれに従うが、慣習法理論上、一般慣習法と特別慣習法を峻別することの適切性あるいはその基準については再考を有すると思われる。(Sir Humphrey Waldock, “General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* [以下 *RdC*], vol. 106 (1962-II), p. 50.)
- (4) G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, p. 77.
- (5) この表現を最初に用いたのはブラウンリーだとされる。(Pierre-Marie Dupuy, “A propos de l’opposabilité de la coutume général: enquête brève sur l’«objecteur persistant»”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally*, 1991, p. 258.)同法理に関しては他に, “consistently objecting state”, “single recalcitrant state”, 単に “dissenting state” などの表現もみられる。
- (6) *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, 1987, vol. I, pp. 25-6, Section 102, Comment *d*.
- (7) たとえば Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law* [以下, *BYIL*], vol. 47 (1974-75), p. 24.
- (8) これまで「一貫した反対国」の主張が問題となった主たる事例としては、領海12カイリ原則の慣習法化に反対した日本や米国の態度、旧ソ連による制限的主権免除の原則に対する反対、アパルトヘイト禁止が慣習法を根拠に主張されることを否定する南アの態度、高度回遊性魚種の捕獲に関して沿岸国の排他的経済水域設定に反対した米国の態度、新国連海洋法条約における深海底開発レジームに対する米国の反対、等が挙げられる。しかしこれらのいずれにおいても、反対国がその反対を継続し、規則の効力の外にあり続けた事実は認められない。
(*Restatement*, p. 32, Reporters’ Notes on Section 2, 2; Jonathan I Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, 56 *BYIL* (1985), p. 4.) ところが、ブラウンリーの最近の論文ではこれとは異なる見解が示されている。(Ian Brownlie, “International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations”, 255 *Rdc* (1995), p. 42.)
- (9) Ted L. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 26 (1985), pp. 460-3; Dupuy, *supra* note 5, pp. 262-3. 逆の見解として、Brownlie, *supra* note 8, p. 42.
- (10) 例えば、山本前掲書(註1), 57頁; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, p. 10; Charles Rousseau, “Principes de droit international public”, 93 *RdC* (1958-I), p. 480.
- (11) *Restatement*, § 102, comment *d*.
- (12) *Ibid.*, p. 18.

- (13) *Ibid.*, § 102, comment *k*.
- (14) *Ibid.*, § 102, comment *d*.
- (15) *Ibid.*, p. 18.
- (16) 寺沢一ほか編『標準国際法 (新版)』, 1993年, 47頁: 「この説明は, 国際社会においては, 一国の意思だけで新しい法規範を作り出し拘束力をもたせることはできないという, 義務の性質の合意性を説明しているのであり, 国際慣習法の基本的性質を示しているのである。」
- 「黙示の合意」理論を批判する説には, 経験的事実に合致しない犠牲的な性質を以ってその論拠とするものもある。たとえば, J.L.Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, 1968, p.13.
- (17) Raphael M. Walden, “The Subjective Element in the Formation of Customary International Law”, *Israel Law Review*, vol.12(1977), pp.344-6.
- (18) *Ibid.*, pp.346-9.
- (19) Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, 1929, p.67
- (20) *Ibid.*, p.73
- (21) 藤田久一『国際法講義 I』, 1992年, 32頁。
- (22) 藤田, 「現代国際法の法源」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学 3』, 1983年, 292頁。
- (23) Karl Strupp, “Les règles générales du droit international de la paix”, 47*RdC* (1934), p.310.
- (24) Brownlie, *supra* note 10, pp. 5-9; Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, 1965, pp. 61-2.
- (25) Brownlie, *supra* note 8, p. 38.
- (26) 常設国際司法裁判所「欧州ダニューブ河委員会事件」勧告的意見におけるネグレスコ判事の個別意見。P.C.I.J. Série B, No. 14, 1927, p.105.
- (27) Akehurst, *supra* note 7, pp.15-6.
- (28) 「ほんの短い期間の経過は必ずしもそれ自体慣習国際法の新たな規則の成立を妨げるものではない。…不可欠な要件は, いかに短くとも問題の期間内に, その利益が特に影響を受ける国家を含む国家実行が, 広汎かつ実質的に均一なことであり, また何らかの法の規則あるいは法的義務が含まれると
- の一般的承認を示すようなやり方でなされたものであることである。」(*I.C.J. Reports*. 1968, p.43.)
- (29) Brownlie, *supra* note 10, p.5; R.R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129*RdC* (1970-I), p.67.
- (30) Antonio Cassese and Joseph H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, 1988, p.3.
- (31) *I.C.J. Reports*, 1951, p.131.
- (32) *I.C.J. Reports*, 1974, pp.23-4.
- (33) Brownlie, *supra* note 10, pp.7-8; P.C.I.J., *supra* note 2 (上記ローテュス号事件判決), p. 28.
- (34) Brownlie, *supra* note 8, p. 38.
- (35) Bin Cheng, “The United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, vol.5(1965), p.36.
- (36) Akehurst, *supra* note 7, p.14; Brownlie, *supra* note 8, p. 36.
- (37) たとえば, 大沼保昭「フーゴー・グロティウスにおける「一般国際法」の観念」国家学会編『国家と市民』, 1987年, 398頁。
- (38) たとえば, Georges M. Abi-Saab, “The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline”, *Howard Law Journal*, vol.8(1962), pp. 97-102.
- (39) van Hoof, *supra* note 4, p.79; Louis Henkin, “International Law: Politics, Values and Functions” 216*RdC* (1989-IV), p.57.
- (40) Henkin, *supra* note 39, p.58.
- (41) 「一貫した反対国」理論は, 厳格な意思主義を採用した旧ソビエト国際法理論においても支持された。(*Ibid.*, p. 56. 参照)
- (42) *I.C.J. Reports*, 1951, pp. 116-206.
- (43) *Ibid.*, p. 131.
- (44) Anthony D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, p. 233; Akehurst, *supra* note 7, p. 29; van Hoof, *supra* note 4, p. 96.
- (45) *I.C.J. Reports*, 1960.

- (46) *I.C.J. Reports*, 1952.
- (47) D'Amato, *supra* note 44, pp. 211-23.
- (48) *Ibid.*, p. 258.
- (49) *Ibid.*, p. 261.
- (50) Akehurst, *supra* note 7, pp. 24-5.
- (51) *Ibid.*, p. 25.
- (52) Holloway, *Modern Trends in Treaty Law*, 1967, pp. 560-1.
- (53) Brownlie, *supra* note 10, p. 10.
- (54) I.C.J., *supra*, note 42, p. 138.
- (55) 江藤淳一「漁業事件における「一貫した反対国」の原則」『東洋法学』32巻2号(1989年), 311頁。
- (56) Akehurst, *supra* note 7, p. 25.
- (57) 評釈のなかに、ここで問題としている一節に注目したものはほとんどなく、またこの一節に触れたものでも、疑問を付したり文脈上の根拠を探るものは見あたらない。評釈については、J. Douma, *Bibliography on the International Court Including the Permanent Court: 1918-1964*, 1966, pp.201-7. を参照。
- (58) 以上につき, *I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents: Fisheries Case* [以下*Pleadings*], vol. I, 1951, pp.380-1 (paras. 253-5).
- (59) *Ibid.*, p.384 (para. 261).
- (60) *Ibid.*, p.379 (para. 251).
- (61) *Ibid.*, p.381 (para. 256).
- (62) *Ibid.*
- (63) *Ibid.*, pp. 381-2 (para. 257).
- (64) *Ibid.*, pp. 382-3 (para. 258).
- (65) *Ibid.*, p. 383 (para. 260).ノルウェーの主張においては、判決の問題の箇所の“De toute manière”が帯びる曖昧さはなく、ノルウェーは明確に「たとえ慣習法規則の性質を有していたとしても」と述べている。
- (66) *Pleadings*, vol. II. pp. 428-9 (para. 162).
- (67) *Pleadings*, vol. III. pp. 291-3 (paras. 346-9).
- (68) 以下、意思や合意によって国際法の拘束力を基礎づける見解に対する批判については、主に次の諸文献を参照した。J.L. Brierly, *supra* note 16. pp. 1-67; Id., *The Law of Nations*, 6th ed., 1963, pp. 1-93; Sir Gerald Fitzmaurice, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”. 92 *RdC* (1957-II), pp. 36-47; Id., “The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement”, *Modern Law Review*, vol. 19 (1956), pp. 1-13; Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1970, pp. 43-71.
- (69) Akehurst, *supra* note 7, pp. 27-8.
- (70) Strupp, *supra* note 23, p. 299.
- (71) Anzilotti, *supra* note 19, pp. 69, 74.
- (72) Charles de Visscher, “La codification du droit international”, 6 *RdC* (1925), p. 339.
- (73) *Ibid.*, pp. 339-40.
- (74) *Ibid.*, p. 340.
- (75) *Ibid.*, pp. 341-3.
- (76) *Ibid.*, p. 341.
- (77) *Ibid.*, pp. 341-3.
- (78) *Ibid.*, pp. 343-8.
- (79) *Ibid.*, pp. 361-2.
- (80) *Ibid.*, p. 363.
- (81) *Ibid.*
- (82) Gennady M. Danilenko, “The Theory of International Customary Law,” *German Yearbook of International Law*, vol. 31 (1988), p. 41.
- (83) *Ibid.*, p. 12.
- (84) *Ibid.*, p. 17.
- (85) Stein, *supra* note 9, p. 459.なお、ここで彼が言う国際法規範の「承認のルール」とは、ハート(H.L.A. Hart)の用法に倣ったものである。(ハート『法の概念』(矢崎光圀監訳)1976年, 104-105頁)
- (86) 小森光夫「深海底レジームの一般化とその根拠」『千葉大学法経研究』第19号(1986年), 86頁によると、これは、単に同意をしないという形式手続のみを規準にした「極論すれば問答無用の態度」とされる。
- (87) Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed., 1984, p. 11.なお、第4版(1990年

- 刊)にはこれに該当するコメントは見られない。
- (88) Cassese and Weiler, *supra* note 29, p. 112. ちなみにカッセーゼは国際法におけるユス・コーゲンスの概念が根本的に論理矛盾をはらむものだとする。ユス・コーゲンスの法源については、例えば、藤田前掲論文(註22), 305頁を参照。
- (89) Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law”, 30 *BYIL* (1953), p. 67. なお、ダマトによればこれらは特別慣習に関わる判例だとされる。
- (90) *Ibid.*, p. 68.
- (91) *Id.*, 92 *RdC* (*supra* note 68), p. 111.
- (92) *Id.*, 30 *BYIL*, p. 24.
- (93) *Ibid.*, p. 23. 規則じたいが許容する例外とはその法の一部をなすものであり、予定した状況に該当する事態が生じた場合には、時と場所を問わず自動的に、差別なく適用されるものであるので、法の一体性・統一性の原則のなかに収まる、と述べられる。
- (94) *Ibid.*, p. 26.
- (95) *Ibid.*, pp. 25-6. 彼が、漁業事件判決はノルウェーの主張に沿って「一貫した反対国」理論を述べたものととらえていることが分かる。
- (96) *Ibid.*
- (97) *Id.*, 92 *RdC*, p. 100.
- (98) *Ibid.*, pp. 100-1.
- (99) Dupuy, *supra* note 5, p. 261; Charney, “Universal International Law”, *American Journal of International Law* [以下*AJIL*], vol. 87 (1993), p. 541.
- (100) Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., vol. I, 1992, p. 14.
- (101) Charney and Danilenko, “Consent and the Creation of International Law,” *Beyond Confrontation* (ed. by Damrosch, Danilenko and Müller-son), 1995, p. 28.
- (102) *Ibid.*
- (103) *Ibid.*
- (104) *Ibid.*, p. 35.
- (105) *Ibid.*, p. 28.
- (106) *Ibid.*, p. 25; Charney, *supra* note 99, pp. 529-30.
- (107) Charney and Danilenko, *supra* note 101, pp. 27-8, 52-3.
- (108) Stein, *supra* note 9, pp. 474-6.
- (109) Charney, *supra* note 8, p. 16.
- (110) Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will,” 241 *RdC* (1993-V), p. 284.
- (111) ダマトの言う「二次的ルール」とは、註82で触れたスタインと同様ハートの用法に従ったもので、国際法規範の「承認のルール」を指す。それゆえド・ヴィッシェールが「構成的規則(=実定法)」を指して称した「二次的規則」とは異なる。
- (112) D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, p. 191.
- (113) *Ibid.*, p. 190.
- (114) *Ibid.*, pp. 191-3.
- (115) Cassese and Weiler, *supra* note 30, p. 120. におけるLuigi Condorelliの言。
- (116) 小森光夫「一般国際法の法源の慣習法への限定とその理論的影響(1)」『千葉大学法学論集』8巻3号(1994年), 2頁。
- (117) Josef L. Kunz, “The Nature of Customary International Law,” 47 *AJIL* (1953), p. 663.
- (118) Michel Virally, “The Sources of International Law,” *Manual of Public International Law* (ed. by Max Sørensen), 1968, p. 129.
- (119) Jennings and Watts, *supra* note 100, p. 4; 山本前掲書(註1), 37-38頁。
- (120) Jennings and Watts, *supra* note 100, p. 4.
- (121) たとえばAkehurst, *supra* note 7, p. 29.
- (122) Cassese and Weiler, *supra* note 30, p. 23.
- (123) *Ibid.*
- (124) 藤田前掲論文(註22), 292頁。
- (125) van Hoof, *supra* note 4, p. 97.
- (126) Dupuy, *supra* note 5, pp. 266-7.
- (127) *Ibid.*, p. 271.

- (128) Charney, *supra* note 8, pp. 21-2.
- (129) Dupuy, *supra* note 5, p. 271.
- (130) Charney, *supra* note 8, pp. 21-4.
- (131) Dupuy, *Droit international public*, 2éd., 1992, p. 239; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 14.
- (132) Dupuy, *supra* note 5, pp. 269-9, 271.
- (133) 実際、たとえば北海大陸棚事件のように、一般国際法と慣習国際法という2つの概念が、用語上特に区別されず互換的に用いられている例も指摘できる。(Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 77 *AJIL* (1983), pp. 436-7.) また、ブラウンリーは最近の論文の中で次のように述べている：“Whilst there are some points of possible distinction, customary international law and general international law are for practical purposes identical.” (Brownlie, *supra* note 8, p. 36)
- (134) 大沼前掲論文（註37），403頁，註(8)。
- (135) Charney and Danilenko, *supra* note 101, p. 28.
- (136) Weil, *supra* note 133, pp. 423-40.