

# 「条約」とは何か？

## —Klabbers の条約概念を巡る論争における権能と責務—

若 狭 彰 室\*

### SUMMARY

What is a “treaty” in international law? The subject has been scarcely examined despite its expected importance towards the theory of law of treaties, namely, that it shall govern the determination of whether a particular international agreement shall be qualified as “treaty” and given legal effects as such, and moreover it would suggest what the normative structure of law of treaties is. As to the background of this shortage, it might be possible to point out that the prevailing view holds that will or intention of the parties is a dominant element of law of treaties (will theory). It is not surprising that the concept of “treaty” receives little attention, if a legal question concerning treaty is deemed to come down to a matter of the existence and content of will or intention of its parties. Today, however, the limit of will theory is indicated, and it poses us a need of re-consideration for the normative structure of law of treaties and therefore the concept of “treaty.”

Based on the point of view above, the present review article focused on the controversy between Jan Klabbers, the author of *The Concept of Treaty in International Law* (1996), and his critics including Anthony Aust and Ian Sinclair about so called “MOU” or non-legally binding agreement. Through a closer look at the controversy, this article attempted to articulate from it two models of law of treaties, *i.e.* duty-imposing model and power-conferring model. While the latter sees “treaty” as a product of the exercise of treaty-making-power granted by international law, the former supposes “treaty” as a consequence of protection given by international law to international agreement which is deserving of it. These two models are in theory commonly open to elements other than will or intention of the parties, *i.e.* objective elements, but they differ in the logic by which objective elements take part in the regulation of treaty, and presumably in legal consequence resulted from its application.

---

\* 東京大学大学院博士課程。

匿名の査読者2名の方々及び指導教員の西村弓先生、並びに筆者が大学院に入学して間もない時期に「条約法をどう考えるか」という問いにより本稿執筆の契機を与えて下さった、2014年2月10日に急逝された前指導教員の小寺彰先生に謝意を表します。

1. Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1996, xv+307 pp.)
2. Anthony Aust, "MOUs," in *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2000), pp. 26-46
3. Jan Klabbers, "Not Re-visiting the Concept of Treaty," in Alexander Orakhelashvili and Sarah Williams (eds.), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties* (British Institute of International and Comparative Law, 2010), pp. 29-40

#### I. 序

#### II. 論争—非法的拘束合意？

1. Klabbers
2. 批判
3. 論争の構図

#### III. 分析—条約法制度の本質

1. 権限付与説—法関係形成権限の行使の帰結としての条約
2. 義務賦課説への展開—国際法による合意の法的保護の帰結としての条約
3. 含意

#### IV. 結

### I. 序

国際法における「条約」とは何か。この条約概念を巡る問いを検討することは、国際法解釈論上、少なくとも次の2点で有益である。第1に、直接的には、今日の国際社会でみられる種々の国家ないし国際法主体間の合意 (agreement) のうち、どのようなものが条約として法的拘束力を具備するのかを判断する上で必要となる。第2に、間接的には、条約法をどのような制度と捉えるかを通じて、条約法上の個別規則の解釈論にも影響を及ぼし得る<sup>1</sup>。即ち、「条約」を国際法の唯一の法源たる国家の意思の表示形式の1つに過ぎないとみる、いわゆる古典的意思主義の立場<sup>2</sup>を措けば、条約の拘束力は一般国際法上の制度、即ち条約法制度に由来することが前提となるのであり<sup>3</sup>、こ

の条約法制度をどのような性質のものとして捉えるか (条約法観) により、条約がいかなる論理に基づきいかなる要素に則して規律されるか (規律構造) の捉え方も異なってくると考えられる。

しかし、条約法を法典化したとされるウィーン条約法条約の成立以降、国際社会における条約の質・量の増大とその重要性を反映して、条約の解釈や留保、終了・停止といった条約法の個別分野に関する議論が積み重ねられてきた一方で、そもそも「条約」とは何かという問題を、ウィーン条約法条約上の定義規定の解釈を超えて、検討する論考は多くない。その背景にある要因の1つとしては、いわゆる当事者の「意思 (will/intent (-ion))」<sup>4</sup>が、条約の規律において決定的な重要性を有するものと一般に受け止められてきた<sup>5</sup>ことを挙げ得る。条約の規律に関する具体的な問題は、その都度当事者の意思に則して処理すべきだとすれば、「条約」とは何か、そして条約法制度をどう捉えるかという問題は、少なくとも実際上は、それ程検討の必要性が感じられなかったとしても不思議ではない。

しかし他方で、当事者の意思に依拠して条約の規律を説明することの「限界」<sup>6</sup>が指摘される今日では、こうした従来の考え方で自足することはできなくなっており、条約の規律構造の再考が要請されるに至っている。そこで求められるのは、「条約」をどのようなものとして捉えた結果、如何なる要素が、如何なる論理により条約の規律に関わることになるのか、ということの明確化である。

それでは、かかる作業の出発点として、条約法を巡るどのような議論に焦点を当て、何をどう分析すべきなのか。その1つの手掛かりとして考えられるのが、ヘルシンキ大学教授の Jan Klabbers による条約概念の検討と、これに対する批判により生じている論争である。

Klabbers が、アムステルダム大学に提出した博士論文を公刊したモノグラフ *The Concept of Treaty in International Law* (以下、『条約概念』)<sup>7</sup>で提示した議論は、我が国では一部の例外を除きこれまであまり取り上げられてこなかった。しかし、Klabbers の議論は、欧米における

その評価は論争的であり、英国外務省の法律顧問 Anthony Aust<sup>8</sup>をはじめとする各国の論者から批判が寄せられた。そして、こうした批判に対して、近年 Klabbers は、反論として、“Not Re-visiting the Concept of Treaty”（以下、「不再考」論文）<sup>9</sup>を發表して、自らの見解を明確化し、再度その妥当性を主張しているという状況にある。

この論争は、以下で見るように、直接的には、法的拘束力のない国際合意であるいわゆる「了解覚書（MOU）」<sup>10</sup>を巡るものだが、その背景には、条約概念及び条約法制度をどのようなものとして捉えるかという問題が伏在している。即ち、この論争の検討を通じて、従来あまり意識されてこなかったように思われる、条約概念・条約法制度の複数の捉え方を描き出すことができると考えられる。そしてそこでは、条約の規律において当事者の意思という要素に決定的重要性が与えられてきたことの意味と、その役割と位置付けにつき複数の見方が可能なこと、そして意思に依拠しないという意味で「客観的」な条約の規律の余地が、それぞれ一定程度明らかとなることが期待できる。その上で、条約の規律構造をより精確に理解するためには、今後何が課題となるかも導かれると考えられる。

本稿は、以上の問題意識に基づき、Klabbers の議論とそれを巡る論争の検討を通じて、Klabbers 及びこれを批判する従来の通説的見解から、それぞれどのような条約概念・条約法制度の捉え方が導かれるか、そしてそれが何を意味するかを論じる。具体的には、本稿の趣旨は、Klabbers の議論の検討と共に、そこからの逆照射により、従来の見解が条約法制度をどのようなものとして捉えているかをも浮き彫りにし、それらにおいて条約に対する意思以外の要素による規律の余地が認められることと、かかる条約法制度の捉え方の違いにより、条約の規律構造、とりわけ意思以外の要素が条約の規律に関わる論理についての考え方がどのように変わるのかを試論的に示すことである。そして、かかる検討を通じて、今後どのような作業が、「意思主義の限界」を指摘される条約法の課題として生じるかを僅かにでも明らかにすることが、本稿の目的である。こ

れはまた、Klabbers の議論とこれを巡る論争が、条約法全体に対して有する意義を明らかにすることにもなるであろう。

## Ⅱ．論争—非法的拘束合意？

まず、Klabbers の議論はどのようなものかを叙述し、その上で、これに対して従来の通説の側からどのような批判が向けられたのかをみることで、論争の内容を明らかにする。

### 1. Klabbers

Klabbers が、『条約概念』において提示する問題意識は、「非法的拘束合意（non-legally binding agreement）」という議論に関わる。彼によれば、法的議論においては、援用されたある規範が法規範であるかが重要な問題であるが、法源の1つである条約の概念は従来論じられてこなかった [p. 2]。しかし、近年、「国家は、自らの合意が、[法、政治、道徳といった]複数の規範秩序の何れで作用するかを選択することができる」という主張がなされるようになり、ここに、「条約概念の中核」に関わる、「国家は、意図的に、法的義務を生じさせることなく、拘束的と相互に看做す合意を締結することができるか」という問題が生じた [pp. 6-7]。即ち、国家は、自らが結ぶ合意を、法的に拘束力のある「条約」とするか、いわゆる政治的合意又は道徳的合意とするかを、選択できるのか、という問題である。そして、これに対する本書の答えは、「不可能であり、可能となる場面があるとしても、甚だ非実用的（impracticable）」というものである [p. 9]。即ち、「何らかの形で合意がなされれば、直ちに、国際法上の権利義務が創設される」 [p. 13]。

かかる結論に至る Klabbers の検討内容は、以下のようなものである。

まず、道徳的に拘束的な合意を示す「紳士協定（gentleman's agreements）」という観念が、従来は個人を当事者とする合意に用いられてきたのに対し、昨今、国家間で結ばれた、「将来の行為に影響を与えることを意図した」という意味で「規範的」な合意にも用いられるようになってきた

ことが指摘される。そして、その背景には、そうした合意が当事国が「条約」と看做したくない事情として、とりわけ条約締結に関わる国内的な制約があるとされることが確認される [pp. 15-33]。しかし、Klabbersによれば、国際法上の条約法制度は、そうした国内的な制約を要求しているわけではなく、両者は関係がない。つまり、「条約」を用いにくい事情があるからといって、そのことは、国際法上の条約法制度の内容に影響を与えるわけではない。そして、合意は *pacta sunt servanda* 原則によって法的に拘束的となるため、問題は、「いつどのような状況の下であれば、法は *pacta sunt servanda* 原則が適用されると述べるか」である、として検討課題が特定される [p. 40]。

この点について、まず、ウィーン条約法条約の定義規定2条1項(a)が検討される。Klabbersによれば、定義規定上の諸要素は、合意が条約として法的拘束力を有するかの判断において、あまり意味を持たない [pp. 40-54]。但し、ILC 及び外交会議における起草過程では、2条1項(a)の「国際法によって規律される」という文言は、「国際法上の権利義務を創設する意思」という要素を含むとされた。このことから、当事国の意思という要素が、法的拘束力のある合意とそうでない合意の区別、及び国際法によって規律される合意と国内法によって規律される合意の区別において、一定の役割を果たすことが示唆されるとして、次に意思の要素の検討に移る [pp. 55-64]。

Klabbers は、意思について、まずそれがどのように特定されるかに着目し、「主観的」な意思ではなく当事国の共通意思の探求が目的だとしても、法的に拘束される意思の特定が実際には困難であることを主張する。即ち、条約に拘束されることについての同意の表明の方法は特定の方式に制限されてはならず、その他の、効力発生に関する規定、司法的紛争処理条項の挿入、条約の登録・公表、約因又はカウサ、交渉時の関連する言明 (surrounding statement) といった要素の何れも不十分とされる [pp. 68-89]。その上で、意思の重要性が相対的であることの証左として、国際法上の権利義務の創設と条約解釈において、実

行、関連規則、禁反言、信義則といった要素が用いられることが挙げられる [pp. 89-95]。

こうして、当事国の意思が決定的ではないことを明らかにした上で、Klabbers は「非法的拘束合意」の法的性質に関する従来の学説・判例の検討に移る。学説については、非法的拘束合意につき、法的紐帯ではなく道徳的又は政治的紐帯を生むとする説 (J. E. S. Fawcett<sup>11</sup>) と、それに加えて何らかの法的効果が信頼、信義則、禁反言といった観念に基づき生じ得るとする説 (Aust<sup>12</sup>) があり、両者は法以外の規範秩序の存在とその意図的な選択可能性を前提とすること、及び後者の説では意図的に国際法の規律を回避できるとしながら国際法の規律を受けるという自己矛盾があることが指摘される [pp. 105-116]。そして、この法に代替する規範秩序の主張について、礼讓・道徳は意思によって生み出されるものではない点、政治は法が政治を規律する以上法から完全に切り離されない点で、上述の前提には理論的な困難があり [pp. 141-156]、且つ国内・国際判例上も支持されていないと主張される。その判例の中でも、とりわけ重要とされるのは、ICJ のカタル対バーレーン事件受理可能性・管轄権判決 (1994)<sup>13</sup> である。同判決では、問題となった議事録が、当事国の意思によることなく、両国間の「コミットメント (commitment)」を列挙していること自体から、「よって (thus)、国際法上の権利義務を創設する国際合意を構成する」と判断され、さらに、拘束されない旨の「意思の存在が示されても、実際の文言には優越しない」とされた。これらから、国際法主体間での「コミットメント (commitment)」は当然に法的に拘束的となることが示された、とされる [pp. 165-166, 212-216]。

以上により、Klabbers は、国家又は国際組織の代表者間で結ばれ、国内法のような他の法体系に規律されない、将来の行動に影響を与えることが意図された規範的性質の合意は、全て国際法上は条約であると結論付ける [p. 249]。

かかる主張は、2010年に発表された「不再考」論文でも、繰り返される。「不再考」論文において、Klabbers は、自らの結論に修正の必要はないとして、これを一層明確化して次のように

強調した。即ち、合意を結ぶ際に、「国家は、国際法秩序を作動させるか否かを選択することはできない」<sup>14</sup>。

## 2. 批判

以上の主張に対しては、Klabbers が「非法的拘束合意」と呼ぶ、いわゆる MOU について、これが条約ではないとする従来の通説的な立場<sup>15</sup>を前提として MOU を実際に活用する各国外務省の関係者から、批判が寄せられている。

その中心的な論者といえるのが、Klabbers も言及していた英国外務省法律顧問の Aust である。Aust は、自らの条約法に関する著作において、法的拘束力を有しない MOU を独立の章で取り上げ、その中で、「(将来の行動に影響を及ぼそうとする) 規範的な性質の国家間の合意は、(国内法のような) 他の法秩序の対象でない限り、全て条約である」という Klabbers の主張を批判した<sup>16</sup>。それによれば、当事国の意思が決定的ではないという Klabbers の議論は、第 1 にウィーン条約法条約における条約の定義規定が起草過程において法的義務を創設する意思を含むものとして論じられていたことを無視しており、第 2 に国家は条約締結権限を行使するかどうかにおいて自由であるという原則に反するものであり、そして第 3 に実行とも相容れない。その上で、Klabbers が主に依拠する判例の ICJ のカタル対バーレーン事件判決も、当事国の意思の推定を行っているに過ぎない、とする。

同様に、英国外務省の元法律顧問である Ian Sinclair も、『条約概念』に批判的レビューを寄せている<sup>17</sup>。Sinclair によれば、合意が条約規範としてではなく、禁反言といった一般国際法の適用によって法的効果が生じることは十分にあり得るのであって、このことを否定する点は全く説得的ではない。また、Klabbers は政治的・道徳的拘束合意の締結例は実行上も乏しいとしているが、そうした合意の多くは国家安全保障の観点から秘匿されることを見落としている、と指摘する。

わが国にも、Klabbers の見解を批判的に取り上げる論者として、外務省の中村耕一郎がいる。中村は、実行上頻繁にみられる法的拘束力を付与

することを意図していない合意の研究を行う中で、Klabbers の議論に触れ、Aust の批判に与しつつ次のように評価する<sup>18</sup>。第 1 に、Klabbers の主張は、「明らかに国際社会の現実、各国政府の認識とあまりにかけ離れている」。第 2 に、「国際法主体が、法的拘束力を有しない国際『合意』を行うことを禁ずる国際法の規則は存在しない」のであり、「主権国家には条約を締結する(しない)自由があるとする国際法の原則に反する」。また、裁判所が政治的合意や道徳的合意に言及しないのはその任務上当然であって、そのことはかかる合意の存在を否定することにならないとする。そうして結局、Klabbers の理論は説得的ではない、と結論付けられる。

## 3. 論争の構図

以上のように、論争は非法的拘束合意、いわゆる MOU を直接の主題として行われている。しかし、両者の議論は必ずしも噛み合っているとはいえない。

このことを示す例として、国家の自由という観点からの批判が挙げられる。Aust も中村も、Klabbers の議論を批判する上で、合意を条約とするか否かについて国家は自由であることを前提としている。また中村は、非法的な合意を結ぶことを禁止する規則はないとしている。では、Klabbers は、かかる自由の制約を主張していたのだろうか。Klabbers の主張は、「禁じられている」ではなく、「不可能か、可能としても非実用的」であった。これは何を意味するのか。上述のように、後の「不再考」論文において、Klabbers は、合意を結ぶ際に、「国家は、国際法秩序を作動させるか否かを選択することはできない」ことを強調した。こうした言明からは、禁止規則が存在するという主張は読み取れない。国家は選択できないという点が議論の要であって、「条約」とするかどうかの自由の制約の問題とは捉えていないようにみえる。

また、Klabbers は、実行の検討が不十分であることも批判されている。この点についての Klabbers の主張は、『条約概念』と「不再考」論文の何れにおいても一貫している。それによ

ば、行為規範そのものと異なる、「条約」、「国家」、「国家責任」、「法人格」といった法概念は、永久不変ではないとしても容易に変化するものではなく、実行上呼び名を変えてもそれによって概念の内容が変化するわけではない [p. 130]。これは、そもそもこの問題に実行や個別国家の態度は関連性が低い、という趣旨と理解できる。ここでも、両者の議論には隔たりがあるようにみえる。

こうした相違は、そもそも両者が、ある合意が「条約」となることをどう説明するかという点で異なっていることに由来すると考えられる。それは、ある合意が「条約」として拘束力を有するかどうかを、Aust をはじめとする従来の議論が当事国の選択と決定の問題とするのに対し、Klabbers は、それを国際法が客観的に判断する問題と捉えるという相違である。このように捉えれば、Klabbers が国家の選択の問題ではないとするのに対し、批判論は、そうした選択の自由を前提とした上でその制約の存否を論じる、という隔たりの原因が分かる。両者は初めから、何が「条約」となるか、を解決するための思考様式を異にしているのである。まただからこそ、Klabbers は、「国家」のような一般国際法上の制度であって概念内容も客観的に定まっている「条約」を、いくつかの国家が実行上どう扱おうが、それは直ちに概念の内容に影響を与えるものではないとしたのであろう。

このようにみれば、一見、Klabbers の議論は代替的な規範秩序の不存在を強調するものであり、また批判的見解は非法的拘束合意の評価を主題としているが、実際には、Klabbers がこれを条約概念の研究として行っていることの意義を証すかのように、論争は条約概念そのものを巡ってなされていることが分かる。もっとも、条約概念及び条約法という制度の捉え方の整理という観点からは、以上の対比では不十分であろう。まだ先がある。こうした相違は何を意味しているのだろうか。

### Ⅲ. 分析—条約法制度の本質

論争で示された見解の相違は、条約概念、そして条約法制度の捉え方という観点からは、どのよ

うに整理できるか。以下では、従来の通説的見解が、条約法制度を、国家（国際法主体）<sup>19</sup>の権能に関わる権限付与の制度とすること、及び、それに対して、Klabbers の議論には、それを国家（国際法主体）の責務に関わる義務賦課の制度と捉える見解への展開の契機が見出されることを示す<sup>20</sup>。その上で、かかる議論から導かれる含意について論じる。

#### 1. 権限付与説—法関係形成権限の行使の帰結としての条約

MOU を擁護する従来の見解が主張する、ある合意が条約となるか否かは当事国の選択に委ねられているという命題は、自明のものではない。その背景にはどのような条約法観があるのか。

こうした条約の成立における当事国の意思の決定的意義を説く議論は、古典的意思主義と異なり、意思のみが国際法の法源であり条約はその表示形式の一種に過ぎないとまでは述べていない。では、なぜ意思が決定的なのか。Aust に代表される批判的論者が依拠するのは、国家は条約締結権限を行使するかどうかを自由に選択できる、という論理である。即ち、その前提には、条約は締結権限の行使によって成立するという観念がある。敷衍すれば、国際法は国家に、特別な法関係を形成する権限として、条約締結権限を与えており、条約はかかる権限の行使により成立する、という見方が為されているのである。このような意味で、従来の見解は、条約法制度を、国家の権能に関わる、権限を付与する制度として捉えていると評価できる。

権限付与の制度である以上、条約の拘束力はあくまで一般国際法たる条約法制度に由来するが、それを活用するかどうかは諸国の意思に委ねられている。それゆえ、ある合意が「条約」として法的拘束力を備えるかの判断においては、国家がかかる権限を行使する意図を有したかといえるかが決定的ということになるのである。そしてまた、こうした見解をとる論者にとって、信義則や禁反言は、権限付与の制度としての条約法から切り離して捉えることが可能な個別の法理であるから、Aust や Sinclair が述べるように、それらの

適用によって何らかの法的効果が「条約」でない合意から生じることを認めても矛盾はないことになる。

こうした条約法観を理解する上で参考となるのは、19世紀末から20世紀初頭に欧州の民法学・国際私法学で「意思自律」論に対抗して唱えられるようになった、法律が私人に権限を付与しているという議論である<sup>21</sup>。それによれば、契約は、法源としての私人の意思より生じ意思によってのみ規律されるのではなく、あくまで、その法的効果は法律—契約法制度—に由来する。私人は法律が認めた「合意自由」の行使が許されているに過ぎない。しかし、換言すれば、その自由の枠内でこれを行使するかどうかはなお私人の選択に委ねられているのであり、その意味で私人の意思は重要な役割を果たす<sup>22</sup>。契約法では、このような形で、意思と客観的規律の両立が図られたとされる。

契約法と条約法の間の類似性は、周知の通り国際法学の側においてこれまで繰り返し指摘されてきた<sup>23</sup>が、上述の契約法理論を参考として、条約法の性質を捉えることができる。即ち、条約法制度を、あくまで法が予定する権限を国家に付与し、またその権限を規律するものと捉えることで、条約に客観的な規律が及ぶ可能性が留保される。他方でお、ある合意が条約として法的拘束力を備えるかの判断においては、国家がかかる権限を行使する意思を有したといえるかが決定的である。

以上のように、当事国は合意を法的拘束力のある条約とするか否かを自由に選択できるとする、従来の見解は、条約法を国家に条約締結権限を付与する権限付与の制度と捉えていることが、Klabbersの議論への批判から、読み取れる。

## 2. 義務賦課説への展開—国際法による合意の法的保護の帰結としての条約

これに対して、Klabbersの条約概念論はどのように評価できるだろうか。

1つの可能な捉え方は、上述したような従来の権限付与説の範囲内にあるという評価である。例えば、C. A. Hopkinsは、『条約概念』の書評において、国際合意について意思推定が行われるとする点では、Klabbersはその論敵である Fawcett

と同様であり、異なるのは、その推定が拘束的と認める意思の方に原則として置かれるという点である、とする<sup>24</sup>。また、*The Oxford Guide to Treaties*の編者で「条約の定義」を担当した Duncan B. Hollisも同様に、Klabbersが論じているのは推定の問題だとしている<sup>25</sup>。このように、あくまで問題が意思の枠内にあるとするならば、それは条約法制度の本質を権限付与と捉える点で共通すると捉え得る。そして、確かに、Klabbersは『条約概念』において、当事国の意思に、規範的な合意とそうでない合意を区別する意義を認め[p. 249]、また *pacta sunt servanda* 原則を権限付与規範と述べて、これを「国家は適用するかしないか自由である」としており[p. 39]、従来の見解と前提を共有しているようにもみえる。

しかし、こうした従来の枠組にKlabbersの議論が解消され得るかには疑問を呈し得る。

権限付与規範について、H. L. A. Hartは、義務賦課規範との差異は受範者の「願望(wishes)」を前提とする点にあり、権限付与規範を受範者に「願望を実現するための手段(facilities)」を与える」と述べる<sup>26</sup>。このことは、条約法の文脈でいえば、当事国が望む国際法関係の形成を可能とすることが、その機能だということである。換言すれば、条約法は、かかる(国際)法の「道具的(instrumental)」<sup>27</sup>な利用を可能とするものであり、受範者たる国家が規範的な変化を望む場合、そして望んだ場合にのみ、それを可能とする機能を有することが本質ということになる。

それでは、こうした意味での権限付与の性質を、Klabbersは認めているだろうか。Klabbersは、上述のように *pacta sunt servanda* 原則が権限付与規範だと述べた直後に、しかし、続けて、「問題は、いつどのような状況の下であれば、法は *pacta sunt servanda* 原則が適用されると述べるかであり、「我々の目的は、法によって合意はいつ拘束的と看做されるかを探求すること」と述べている[p. 40]。ここでは、問題は、*pacta sunt servanda* 原則をいつ法が適用するかであって、いつ当事国は援用したと看做されるかではない。そしてさらに、「エピローグ：残された問題」では、意思の推定という構造への疑問が提示

されるに至る。そこでは、合意があれば法的に拘束的と意図されたという「推定が反証される場合があるのだろうか。もし反証され得ないとすれば、それを推定と呼ぶことに意味はあるのか」とした上で、「結論としては、我々は […] 現実的な (viable) 反証を見出すことはできなかった」とされるのである [pp. 255-257]。即ち、国際法は合意に法的拘束力があると看做しているという主張の中で、そうした推定を覆す反証として意思が固有の機能を果たす余地は殆どないし全く認められていない。そして、2010 年の「不再考」論文においては、「一旦、国家（又は他の関連主体）が合意に至れば、国際法は何らかの法的効果にかかる合意に付する。これは当事者の選択の問題ではない。国家は、国際法秩序を作動させるか否かを選択することはできない」、即ち、合意の法的拘束を「*pacta sunt servanda* 原則を作動させないことにより、回避することはできない」と宣言されるに至るのである<sup>28</sup>。

こうした「国家には選択の余地はない」という Klabbers の議論は、国家が国際法を道具的に用いることを可能とする制度として、条約法を捉えたものとは看做し難い。即ち、権限付与の制度としての条約法の特徴を、受範者（国家）が意図的に、そして意図的ににおいてのみ、規範を創設・変更できるという機能に見出すとすれば、彼の議論は最早権限付与説の範疇に留まるものではないと評価できる。

では Klabbers の議論から導かれる条約法観はどのようなものか。彼によれば、国家間の合意があれば、国際法は自動的にその法的効果を定めるのであり、具体的には、合意が他の法秩序に服さず且つ「規範的性質」を有する場合は、法的拘束力を与えられ「条約」となる。これは、抽象化すれば、「条約」とは、国際法によって法的保護に値すると判断され、そして保護される合意だということである。こうした「条約」の捉え方は、条約法制度を、当事国に特別な法関係を形成する権限を付与する制度ではなく、むしろ、法的保護に値する合意があるところに、国家に当該合意に従った行為を行う法的な義務を課す制度として把握すべきことを示唆している。即ち、義務賦課を本

質とする制度<sup>29</sup>という捉え方を導くことが可能である。

こうした義務賦課を本質とする条約法制度の理解は、条約の拘束力が一般国際法に由来するという点では従来の見解と変わらない。しかし、そこでは、ある合意が法的拘束力を有する「条約」となるかにつき、当事国がその旨を意図したことは理論的には必ずしも必要ではない。即ち、少なくとも条約法のこの分野で、当事国の意思は法的に決定的な意義を有しておらず、むしろ客観的な原理に基づく規律こそが主たる地位を占める。よって、信義則であれ禁反言であれ、かかる法理に基づいて合意に法的保護が与えられるのであれば、それは条約法の一部といって差し支えなく、切り離して区別することに意味も正当性もないことになる。それゆえ、Klabbers の Aust に対する批判にあるように、条約ではない合意にも一般国際法の適用により法的効果が生じるという主張は、自己矛盾以外のなにものでもないと映るのである。

このような当事国の意思を必ずしも指導原理としない条約法論、例えば、信義則こそが *pacta sunt servanda* 原則の根拠であるとする客観的な条約法制度を説く議論は、従来から存在しなかったわけではない<sup>30</sup>。しかし、Klabbers はさらに進んで、ある合意が条約となるかどうかは当事国の選択の問題ではなく国際法が判断する問題である、という簡潔且つ明確な定式化を行ったことにより、一般国際法上の条約の位置付けについて、コペルニクスの転回、又は少なくともそれに繋がる契機となる見方を提示したと評価できるのである。

### 3. 含意

#### (1) 帰結

以上のように、条約の拘束力が国際法に由来することを承認するとしても、その国際法が条約法をどのような制度として設けているかについての理解は異なったものとなり得る。それでは、これらの条約法理解において、条約法の個別分野の規律のあり方は、どのようなものとなるだろうか。また両者は具体的にどのような違いを生むと考えられるか。この点は Klabbers によっても論じられていない。しかし、彼は、当事国の意思から離

脱した規律が為されている分野の例として、条約の成立の他に、無効<sup>31</sup>と解釈<sup>32</sup>を挙げている。以下では、これら3つの分野について、その規律のあり方に対する考え方が、前提とする条約法の捉え方によって、論理的にはどのように異ならせしめられるかを、試論的にではあるが、みていく。

#### a. 成立

まず、繰り返しになるが、非法的拘束合意を巡る論争において明らかなように、両説では条約の成立の場面における当事国の意思の位置付け、役割の理解が異なる。権限付与説によれば、合意の当事国は、当該合意を国際法上の条約とするかどうかを選択することができる。現象としての合意は、当事国に条約締結権限を行使する意思があったことが証明されて、初めて国際法秩序の一部を構成することになる。これに対し、義務賦課説は、合意があれば、国際法はそれが法的保護に値するかどうかを検討し、値すると判断されれば、当該合意に拘束力を生じさせる。当事国の意思も考慮されるが、それは判断材料の1つに過ぎない。

#### b. 無効

それでは、条約の成立に密接に関わる、条約の無効に関する規則は、両説においてどのように捉えられるだろうか。ここでは、特に国家に対する強制的規律の考え方とその解釈を取り上げる。ウィーン条約法条約は、その52条において、“force”による国家の強制を条約の無効事由として定めたが、よく知られているように、国家に対する強制は伝統的国际法上は条約の無効原因とは認められておらず、なぜそれが認められるようになったのか、そして“force”の意義は何かが問題となる。

この点についての第1の考え方は、そもそも強制されて締結した条約には同意の瑕疵があるから、というものである。こうした同意瑕疵論は、権限付与説の立場を前提とすれば、自然な帰結である。条約の成立において条約締結権限を行使する意思が決定的である権限付与説にとって、その意思に瑕疵があれば、条約は効力を生じない。国家に対する強制は、まさにかかる意思の瑕疵であり、且つその一例に過ぎない。そして、こうした同意瑕疵論を前提とすれば、強制に用いられる“force”

の意義は、少なくとも論理的には、武力の行使に限定される必然性はない<sup>33</sup>。

しかし、この議論は、なぜ国家に対する強制による条約が伝統的国际法上は有効だったのかを説明する上で難がある。なぜなら、伝統的国际法上、国家への強制が無効原因とされなかったのは平和条約の有効性を認めるためであったとする点に争いはなく、これを「法が事実を追従」したと評価するにせよ国際法の「欠陥」とするにせよ、そこでは当事国の意思が決定的でなかったことを認めざるを得ないからである。また、ウィーン条約法条約の草案を作成したILCの議論においては、“force”の行使が実定法上違法化されたことが重視されたが、条約を締結する意思が存在したか否かと、その過程で介在した手段の合法性は、本質的に次元の異なる問題である。強制の合法性が条約の有効性を左右するのであれば、それは最早条約締結意思の存在の問題ではない。ここでも、当事国の意思の関連性は希薄である。

この点について、義務賦課説においてはどのように理解できるだろうか。上記の見方は、義務賦課説においても必ずしも排除されるものではない<sup>34</sup>。しかし、義務賦課説では、より直截に、“force”の行使が違法化されたことにより、かかる違法な手段を用いて締結された合意は法的保護に値しないものとなったから、という捉え方を導くことが可能である。即ち、ここでの「無効」は、より精確には、法が合意内容を義務付けないことを意味する。義務賦課説においては、合意が条約として成立するか否かは、当該合意が法的保護に値すると判断されるか否かの問題である。そして、ここにいる法的保護に値するか否かの基準は、当事国の意思に限定される必然性はなく、平和条約の有効性を維持するためといった国際秩序全体の現実に鑑みた考慮や、締結過程の事情や手段の違法性といった要素も、当然には排除されない。この見方からすれば、伝統的国际法上、当事国の真正の意思の有無が問われなかったことも、“force”の行使の違法化に伴い「世論が強力に発展」<sup>35</sup>したことにより、もはや強制に基づく条約が有効と認められなくなったことも、整合的に説明可能である。そして、国連憲章2条4項にいう“force”を

武力と解し、その違法化を根拠とするのであれば、無効事由となる“force”の意義もまた武力に制限的に解されることになるだろう。

それでは、国家に対する強制は、権限付与説では説明できないのだろうか。必ずしもそうではない。これを当事国の意思の問題ではなく、権限の規律の問題とする捉え方があり得る。即ち、権限付与説における条約締結権限とは、あくまで一般国際法によって定められたものであるから、その行使についても、当事国は客観的な規律から完全に自由なわけではない。こうした規律の構造は、ウィーン条約法条約の 53 条に無効事由として定められた強行規範と抵触する条約の無効にもあてはまる。強行規範との抵触による無効は、権限行使の帰結として形成される条約規範の内容の規律であり、権限行使の方法の規律とは異なるが、両者は共に、国際法が国家に付与する条約締結権限を無制限とはせず、これに客観的な規律を及ぼしている例として捉え得る。こうした捉え方によれば、国際法は、自らが与える条約締結権限につき、その内容のみならず行使の方法においても、許容される範囲を定めており、国家に対する強制を伴う条約は、当事国に権限行使の意思があったかどうかを問わず、その範囲から逸脱するが故に無効となる、ということになる。

以上のように、国家に対する強制による無効の例は、権限付与説においても国際法の客観的な規律が条約に及ぶ余地があることを示す。換言すれば、その限りでは権限付与説と義務賦課説は同様の帰結に至る。しかし、そうした帰結がなぜ生じるかについての思考様式は両者で異なるのであり、このことは両者が常に同一の帰結に至るわけではないことを示唆する。

### c. 解釈

両者の相違は、条約規範の解釈、即ち内容確定の捉え方とその帰結においても表出する。まず、全てを当事国の意思に還元する意思主義においては、解釈の目的は必然的に当事国の意思の探求であり、それは例え実際には存在しない意思であっても、フィクションとしてその探求を行うべきことになる<sup>36</sup>。あらゆる要素は、フィクションとしてのものを含む意思を媒介として、条約の内容確

定に関わる。

この点について、権限付与説はどうか。上述のように、この見解において、条約規範の内容は完全に客観的な規律から自由なわけではない。当事国が全く意思を有していないと判断されるような場合にまで、フィクションとしての意思の探求を意思の「推定」として、なお「意思」の問題として捉えるべき理由は乏しいといえる<sup>37</sup>。しかし、条約法制度を、原則として自由に特別法秩序を形成する権限を与える制度と捉える以上、その内容確定における主要な問題は、なお、当事国がどのような法関係を形成しようと意図したかということになる筈である。即ち、権限付与説においては、意思を媒介とせず他要素を考慮する余地が残されているとしても、それは例外的・限定的であって、条約解釈の主要な目的は当事国の共通の意思の探求であることになる。

これに対して、義務賦課説においては、条約は、当事国の合意が出発点ではあるが、あくまで国際法が法的保護に値すると認めた内容で拘束力を生じさせるものであるから、条約解釈の目的は、当事国の共通の意思の探求である必然性はない。換言すれば、法的に妥当と認められる内容を当該合意から導出することが解釈の目的であり、当事国の意思はその材料の 1 つに過ぎないと解し得る。よって、例えば、類似の規定について慣例となっている解釈や参照可能な一般国際法規範が存する場合に、合理的と考えられるそれらの内容を、意思探求という枠組を超えて参照することも考えられる。また、解釈において何を重視するかは、あらゆる合意で共通していなければならない理由はなく、合意の性質に応じて異なり得る。

以上のように、解釈に関する各理論の見方の違いは、当事国の意思が決定的である局面と、客観的な規律が及ぶ範囲がどのようなものかという点で表出する。このことは、具体的には、ウィーン条約法条約に示される条約の解釈原則をどのような性質の規律と捉えるかにおける違いを意味する。換言すれば、解釈原則は、究極的には当事国の意思探求の在り方を示すものと捉えるべきなのか、それとは異なる意味で合意の内容を導く手段なのか、という違いとなって表れる。そしてさらにこ

れは、一連の解釈原則に含まれる個別の要素の位置付け、例えば31条3項cにいう「関連規則」の参照が、あくまで当事国の意思に根拠付けられるのか、国際法の統合原理を示す客観的基準なのか、といったことを問題とするであろう<sup>38</sup>。その相違は、具体的にどのような場面で何が解釈の材料として参照可能か、何が「関連規則」なのかという点で違いをもたらすと考えられる。

## (2) 課題

以上のように、条約法を義務賦課と捉える見解と権限付与と捉える見解は、論理的には、共に当事国の意思に拠らない客観的要素が条約の規律に関わることを許容する余地を有する一方で、両者においてその関わり方の論理は異なったものとなり、結果として、具体的な問題における法的な帰結は異なってくると考えられる。本稿でみた論争の主題であるいわゆるMOUないし「非法的拘束合意」の法的評価は、そうした帰結が異なる1つの例だったといえる。

それでは、こうした条約法制度の捉え方の何れが妥当なのか。または、複合的な性質もしくは他の性質という第3の捉え方を採るべきなのだろうか<sup>39</sup>。この点を全面的に議論することは、現在の筆者の能力及び本稿の限られた紙幅では困難である。本稿で成し得るのは、上述した条約法の各分野における論理的な帰結を踏まえ、「条約」及び条約法制度はどのように捉えられるべきなのかにつき、Klabbersの条約概念論を巡る論争から示唆される義務賦課説と権限付与説の双方にどのような課題が残されているのか、ということの指摘に留まる。

義務賦課説については、その妥当性を検討する上で重要となるのは、国際法が合意を保護する根拠とその基準、即ち当事国意思と異なる条約法制度の指導原理である。義務賦課説の理論的な特徴は、上述の帰結に関する議論に示されるように、当事国の意思という従来の条約法論において指導的な地位を与えられてきた要素に制約されることなく、条約の規律を論じ得る点にある。しかし、そこでは同時に、代替となる原理は何かという問いが不可避免的に生じることになる。

この点について、Klabbersは、『条約概念』の序論で、Martti Koskeniemiに代表される批判法学の議論と契約法学の議論を踏まえて、非常に限定的な形で一応の回答を示している。即ち、「条約の拘束的性質を、意思であれ、信義則であれ、信頼であれ、単一の根本原則に基礎付けることはできない」[p. 12]。当事国の意思であれ、客観的な原則であれ、何らかの統一的な原理を探究することはしない、とされるのである。それでは、Klabbersは、自らの条約法観を何に基礎付けているのか。彼は、自らが採用する方法について、「多様な批判から、完全にではなくとも相対的に免れ得る条約概念を発展させることは可能である」から、「絶対的真理ではなく相対的真理を探究する」と説明する[*ibid.*]。これは具体的に何を意味するのか。Klabbersのその後の議論から読み取れるのは、彼の条約法制度の捉え方は、次のような思考から導かれているということである。即ち、条約の解釈や無効といった個別分野の規律において、条約法は当事国の意思の原則により一貫して支配されているわけではない。そうであるとすれば、条約法は、多様な原理を包含する国際法上の制度と考えるほかなく<sup>40</sup>、そして条約の成立にもそうした客観的な規律が及んでいる。換言すれば、Klabbersの条約法観は、消極的に導かれたものであって、積極的に何らかの新たな条約法の原理を打ち出すことは回避されており、また目的とされてもいないようにみえる。

こうした議論には、直ちに次のような批判が可能である。それは、当事国の意思の重要性を相対化し、多様な要素に対して開放的な構造を有する条約法制度を構想するとしても、それらを支え規律する原理が明らかでなければ、具体的に条約の成立や内容確定が問題となる場面において、著しく予見可能性や法的安定性を害する結果がもたらされかねない、ということである。特定の単一の原理に解消されないことを暴露する批判法学のアプローチに留まらず、それを解釈論的に有意なものとするためには、その多様性が認められるということ自体が何を意味するのか、が問われなければならない。これが、条約法を国際法による義務賦課の制度と捉えた場合に生じる課題である。

他方で、このことは、権限付与説についても同様に当てはまる。繰り返し指摘してきたように、権限付与説では、国際法が条約締結権限を付与しているが故に国家は条約を締結できると捉えられており、その含意は、当事国の意思によって規律される範囲と、客観的な原理に基づく規律が及ぶ範囲が、条約法の中で並存し得るということである。そして、そうした客観的規律の余地を認めるのであれば、それがなぜ可能なのかという問題は、権限付与説においても生じることになる。もっとも、条約法が「権限」を付与していると説く通説的な見解も、条約の客観的規律を条約法が付与する権限と関連付け、この「権限」とはどのようなものかを論究してきたわけではない。その点は今後の課題として残っている。そして、この課題は結局、国際法が何のために条約法という権限付与の制度を設けているのかということに通じる。この意味で、権限付与説もまた、義務賦課説に対するのと同様の批判から自由なわけではないのである。

#### IV. 結

本稿では、Klabbers の提示した条約概念を巡る論争の検討を通じて、2つの異なる条約法制度の捉え方を浮かび上がらせることを試みた。本稿では、これを、従来の権限付与説とこれに対抗する義務賦課説として整理し、両者は、論争の主題であるいわゆる MOU の評価のみならず、条約法の各分野の規律をどう考えるかにおいても異なることを試論的に論じた。その上で、両者はそれぞれ、意思に拠らないという意味の客観的な国際法の規律を条約に及ぼす論理を内に含むが、その際に依拠すべき指導原理の具体的な内容は、Klabbers の議論からもこれを批判する従来の通説的見解からも現段階では導かれず、この点が両説の妥当性を判断する上での今後の検討課題となることを示した。

このことは、結局、本稿の問題意識でもある条約の規律構造、とりわけ条約法において客観的な国際法の規律がどのような場面でなぜ作用すべきなのかという点からいえば、その明確化のために

は、客観的な規律を可能とする論理のみならず、条約法の具体的な原理・制度趣旨は何かという点にまで立ち入ることが必要である、ということの意味している。この点で、本稿で2つの条約法観を示したことの意義は限定的といわざるを得ない。

しかし他方で、繰り返しになるが、このことは、当事国の意思を指導原理とする見解を堅持していれば問題がない、ということの意味するわけではない。序で述べたように、当事国の意思にのみ依拠して条約法を説明することの限界は既に指摘されている。周知の通り、その背景には、国家の個別利益ではなく、人権を代表とする国際社会の共通利益ないし一般利益を保護する装置として条約が用いられるようになったことがある。そしてそうである以上、今後もかかる限界の問題は生じると考えられる。勿論、こうした議論に対し、なお意思のフィクションを重ねることで応答することも、論理的にはあり得る選択肢である。しかし、そこでは、真に当事国の意思が尊重されるべき事項とそうではない事項とは画定不能になり、却って当事国の意思の保護が損なわれることになりかねない。「意図していたから拘束される」のではなく、「拘束されるから意図していた」というのは、少なくとも、当事国の意思の保護という観点からは背理であろう。

この点で、義務賦課説と権限付与説という2つの条約法観は、意思主義の「限界」の指摘に留まらず、積極的に、条約法が当事国の意思のみに依拠する必然性がないことを示すものである。条約の客観的な規律がなぜどのようにして可能となるのかの根拠は、今後も条約法の課題として検討されるべきと考えられるが、本稿で Klabbers の議論を巡る論争から2つの条約法観を浮き彫りにしたことの意義は、まさにかかる検討の出発点として利用可能な思考様式を提示した点にある。そしてこれは、換言すれば、Klabbers の議論とこれを巡る論争が条約法学全体に対して有する意義でもある。

では、今後、上述のような課題にどのような方法で取り組むべきだろうか。この点についても選択肢は複数あり得るが、Klabbers の条約概念論を巡る論争の検討を踏まえ、本稿では次のこと

に言及したい。それは、Klabbers が述べるように、条約法を単一の原理に基礎付けることが妥当ではない可能性を踏まえるならば、条約法の指導原理ないし「条約」概念そのものを正面から検討し、その帰結を個別分野の規律に波及させるという一方向の検討に限定する必要はないということである。即ち、条約法の各個別分野の規律において、意思と客観的要素に基づく規律がそれぞれどのようになぜ展開されているかの検討と、それを踏まえた相互のフィードバックを通じて、条約法の基礎理論に統合していくという双方向ないし多方向的な方法が考えられる。また、共時的な観点からのみならず、歴史的に条約法がどのようなも

のとして捉えられてきたのか、それがどのような要因で変化し、或いはしていないのかという通時的な観点からの検討もあり得よう。そうした個別具体的な問題についての検討を循環的に積み重ねていくことによってこそ、現代国際法において条約法を如何なる制度として捉えるべきかという問題の答え、さらには Klabbers のいう「相対的な真理」への接近が可能となるといえる。そして、このことは、条約法学が、条約法の個別分野の細部の規律の検討においても、『「条約」とは何か？』を問うことを要求されているということ、改めて示しているように思われる。

<sup>1</sup> 本稿では、条約を規律する一般国際法を「条約法 (law of treaties)」と呼ぶ。これに対して、個別具体的な条約から生じる規範は「条約規範 (treaty norm)」と呼ぶ。なお、本稿では、条約法の各分野に存在する膨大な先行研究について、そのごく一部を挙げるに留める。

<sup>2</sup> もっとも、いわゆる意思主義の代表的論者とされる Dionisio Anzilotti も、国家間の明示ないし黙示の合意が条約と慣習法として拘束的になる根拠は、*pacta sunt servanda* 原則に置かれていることに注意を要する。See, Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. by Gilbert Charles Gidel (1929), pp. 43-45, 67-74.

<sup>3</sup> Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 1 Part 2-4 (9th ed., 1992), p. 1206. 「国際条約がなぜ拘束力を有するのかは争われてきた。正しい答えは、恐らく、条約は拘束的だとする慣習国際法規範が存在するから [...] である」。

<sup>4</sup> 「意思 (will/intent(-ion))」は、国際法さらには条約法の文脈に限定したとしても、多様に用いられる。例えば、主観的な意思、客観的な意思、内心の意思、当事者に共通する意思、法が推定する意思、文言に表れた意思、締結時の意思、締結以後の意思等がある。こうした用法が妥当かも問題となり得る。しかし、法的に妥当な「意思」概念は、アプリアリに定まるものではなく、なぜ法が「意思」という要素を考慮すべきかの根拠に照らして検討すべきと考えられる (後掲注 36, 37 も参照)。よって、本稿では、ひとまず、何れかの意味を選択するのではなく、一般的な意味での当事者の欲求を指すものとして用いた上で、文脈に応じてその意味を限定する。現段階でこれらを整理し、「意思」概念に精確な定義を与えること、ないしそれを試みることは、筆者の力量では困難であり、また適切でもないと思われるからである。なお、国際法全般における国家の「意思」の多様な機能を検討する近年の研究として、Maurice Kamto, “La volonté de l'état en droit international,” *Recueil des Cours*, Vol. 310 (2004). 最後に、本稿で「意思」と「意図」は同義として用いる。

<sup>5</sup> 条約法の各分野における当事国の意思 (同意) の意義につき、see e.g., Bruno Simma, “Consent: Strains in the Treaty System,” in R. St. J. Macdonald and Douglas M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law* (1986).

<sup>6</sup> 「意思主義による説明の限界」とされる。酒井啓亘・他『国際法』(2011)、139-142 頁 (濱本正太郎執筆部分)。

<sup>7</sup> Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (1996). なお、以下では原則として本書の引用頁は、文中に [] で記載する。

<sup>8</sup> Anthony Aust, “MOUs,” in *Modern Treaty Law and Practice* (2000), pp. 26-46.

<sup>9</sup> Jan Klabbers, “Not Re-visiting the Concept of Treaty,” in Alexander Orakhelashvili and Sarah Williams (eds.), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties* (2010).

<sup>10</sup> ここにいう「MOU」は合意の名称に関わるものではない。

<sup>11</sup> J. E. S. Fawcett, “The Legal Character of International Agreements,” *British Yearbook of International Law*, Vol. 30 (1953).

<sup>12</sup> Anthony Aust, “The Theory and Practice of Informal International Instruments,” *International and*

*Comparative Law Quarterly*, Vol. 35 (1986).

<sup>13</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, ICJ, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 1 July, 1994. なお、同判決の Klabbers による詳細な検討は、Jan Klabbers, “Qatar v. Bahrain: The Concept of ‘Treaty’ in International Law,” *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 33 (1995).

<sup>14</sup> Klabbers, *supra* note 9, p. 29.

<sup>15</sup> See e.g., Jennings and Watts (eds.), *supra* note 3, pp. 1202-1203. その他、この区別が広範に受け入れられている点については、中村耕一郎『国際「合意」論序説』(2002) 58 頁参照。

<sup>16</sup> Aust, *supra* note 8, pp. 41-44.

<sup>17</sup> Ian Sinclair, “Review: *The Concept of Treaty in International Law*,” *American Journal of International Law*, Vol. 91 (1997).

<sup>18</sup> 中村『前掲書』(注 15) 58-61 頁。

<sup>19</sup> 条約の当事者となる中心的な主体は国家であるため、以下では、煩雑さを避けるため「国家」・「当事国」の語を用いるが、これは国家以外の国際法主体を除外する趣旨ではない。この点で、本稿では言及しないが、国家に準ずる政治体や経済主体と国家との合意が国際法上どのように評価されるべきかは、本稿の主題とも関連する問題であり、今後の検討の課題としたい。

<sup>20</sup> 権限付与規範と義務賦課規範については、see generally, H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd ed., 2012), pp. 27-33, 79-99. なお、Hart 自身は、契約法制度については権限付与と捉えている。しかし、かかる性質付けには契約法学の側からの異論もある。See, Gregory Klass, “Three Pictures of Contract: Duty, Power and Compound Rule,” *New York University Law Review*, Vol. 83 (2008). また、義務賦課規範と権限付与規範の区別につき、Hart は法を構成する 1 次規則と 2 次規則の区別として行っているが、本稿では、あくまでその機能に則して両者を区別する。なお、規範の機能に着目して Hart の議論を発展させた論者として Joseph Raz がいる。See e.g., Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (1970), pp. 147-166; *idem*, *Practical Reason and Norms* (1999), pp. 49-106.

<sup>21</sup> 「意思自律」原理と、契約法学の各分野におけるその発展と変容についての先行研究は数多い。ここでは、北村一郎「私法上の契約と「意思自律の原理」」『岩波講座 基本法学 4—契約』(1983)、特に 186-191 頁参照。

<sup>22</sup> このことを論じる現代の契約理論として、同意なく義務付けられないという「契約からの自由」と、同意によって法関係を変更する権限があるという「契約への自由」を重視する、契約の「同意理論」がある。See, Randy E. Barnett, “A Consent Theory of Contract,” *Columbia Law Review*, Vol. 86 (1986). またランディ E. バーネット (小粥太郎 (訳))「契約法における同意理論」『比較法学』35 卷 1 号 (2001) も参照。

<sup>23</sup> See e.g., Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927), pp. 155-180. もっとも、いわゆる契約法アナロジーが如何なる範囲で妥当かは別途検討の必要があろう。なお、この点についての近年の示唆的な研究として、Martins Paparinskis, “Regulating Treaties: A Comparative Perspective,” in Christian J. Tams, Antonios Tzanakopoulos, Andreas Zimmermann (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (2014); Akbar Rasulov, “Theorizing Treaties: The Consequences of the Contractual Analogy,” in *ibid*.

<sup>24</sup> C. A. Hopkins, “Review: *The Concept of Treaty in International Law*,” *British Yearbook of International Law*, Vol. 68 (1997).

<sup>25</sup> Duncan B. Hollis, “Defining Treaties,” in *idem* (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (2012), p. 28.

<sup>26</sup> Hart, *supra* note 20, p. 27. Raz は、この願望実現手段の供与が、権限付与規範の唯一の規範的機能であるとしている。Raz, *supra* note 20 (1970), p. 158.

<sup>27</sup> Klass, *supra* note 20, p. 1731.

<sup>28</sup> Klabbers, *supra* note 9, p. 29.

<sup>29</sup> 契約法を義務賦課の制度と捉える議論の例として Klass は、Patrick Atiyah に代表されるいわゆる信頼理論と、Charles Fried に代表される約束理論を挙げる (Klass, *supra* note 20, pp. 1727-1728)。信頼理論は相手方の信頼の法的保護を目的とし、他方で約束理論は「約束を遵守すべし」という道徳的義務を法的に強制するものとされる。両者は契約の拘束力の根拠等その内容を大きく異にするが (両理論を批判的に検討する邦語文献として、久須本かおり「契約法理論の再構成を目指して (1)-(4)—約束理論および信頼理論に対する考察を中心に」『名古屋大学法政論集』169 号、170 号、171 号、172 号 (1997、1998) 参照)、ここでは詳細には立ち入らない。ただ、義務賦課説の内部でも、その根拠に応じて規律構造のバリエーションは多様であり得ることが確認出来る。

<sup>30</sup> Jean Salmon, “Article 26 (1969),” in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (2011).

<sup>31</sup> Klabbers の無効への言及は、*Treaty Conflict and the European Union* (2009), p. 21; *idem*, “The Validity and

Invalidity of Treaties,” in Duncan Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (2012).

<sup>32</sup> Klabbers の解釈への言及は、[pp. 91-93] .

<sup>33</sup> 坂元茂樹「強制による条約の無効」林久茂・山手治之・香西茂（編）『国際法の新展開』（1989）参照。

<sup>34</sup> Klabbers は、2012 年の論文において、ウィーン条約法条約の無効事由は、46-52 条と、53 条に大別され、前者は、そもそも *pacta sunt servanda* 原則の適用対象たる合意という事実それ自体が存在しないことによる、としている。しかし、国家への強制については、こうした見方には難点があることも理解されており、結局は正当な強制と不正な強制の画定の問題になるとしている（Klabbers, *supra* note 31 (2012), p. 568）。なお、2009 年の著作においては、強行規範との抵触（53 条）に加え、条約を自動的に無効とする国家代表への強制（51 条）と国家への強制（52 条）が、ウィーン条約法条約の意思的基盤（*voluntas behind*）からの離脱を示すとしている（Klabbers, *supra* note 31 (2009), p. 21）。これらは国際法の客観的效果とされる（Jan Klabbers, *International Law* (2013), p. 60）。

<sup>35</sup> “Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur,” *Yearbook of the International Law Commission 1963*, vol. II, p. 51.

<sup>36</sup> こうしたフィクションとしての「意思」の妥当性は、結局、なぜ当事国の意思という要素を考慮しなければならないのか、そして意思主義でいえばなぜ意思主義を採るのかの根拠に照らして判断されるべきと考えられる。

<sup>37</sup> 条約法における「意思の推定（*présomption de volonté*）」という観念自体を拒否する論者として、例えばフランスの J. P. Niboyet がいる。Niboyet によれば、「意思」は、「有か無か（*est ou n'est pas*）」の何れかであり、「推定」と相容れない。「推定」は法秩序によって課されるものであり、それは「意思」ではないとされる。J. P. Niboyet, “*Artel c. Seymand*,” *Sirey* (1948), p. 50.

<sup>38</sup> Klabbers は、権利義務の内容は当事国の意思から離脱し得るとして、解釈原則に事後の実行と国際法の関連規則が含まれていることを指摘している [p. 92]。なお、31 条 3 項 c と「体系的統合」原則については、Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention,” *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005)、及び松井芳郎「条約解釈における統合の原理—条約法条約 31 条 3 (c) を中心に」坂元茂樹（編）『国際立法の最前線』（2009）を参照。「体系的統合」を強調する前者と、当事国の共通意思の重要性を強調する後者は、31 条 3 項 c の法的性質について異なった見方をとるものと解し得る。

<sup>39</sup> Klass は、契約法につき、義務賦課と権限付与の複合（*compound*）という第 3 の規範類型を主張する。Klass, *supra* note 20.

<sup>40</sup> Klabbers, *supra* note 31 (2009), pp. 20-24.