

論  
説

実証主義国際法学の確立過程における合意主義の系譜 (三)

—— オッペンハイムの共通の同意理論を中心に ——

小 栗 寛 史

序 論

第一部 予備的考察 —— 先行研究の到達点とその課題

はじめに

第一章 「公理」としての合意主義 —— 「公理」化過程の素描

第二章 国際法 (史) 研究におけるオッペンハイム

第三章 実証主義国際法学の確立期における国際法研究の状況

第一部のまとめ

第二部 間主観的合意主義理論の形成 —— オッペンハイムの共通の同意理論

はじめに

第一章 オッペンハイムの国際法論 —— 共通の同意理論に着目して

第一節 前提 —— 史料の確認

第二節 国際法の基礎及び法源としての「共通の同意」

(一) 「法」としての国際法 —— その基礎及び法源

(1) 国際法の基礎 (basis)

(以上、第七一卷二号)

(以上、第七一卷二号)

(2) 国際法の淵源 (sources) —— 原因 (cause) との区別  
方法としての実証主義 —— 非実定的要素の排除

(二) 慣習国際法と黙示の同意

(1) 慣行と慣習との区別

(2) 慣習国際法の妥当範囲

(三) 条約と明示の同意

(1) 立法条約 —— 条約の法源性の限定

(2) 条約の拘束力の問題

第三節 共通の同意理論における矛盾? —— 国家間共同体と共通の同意

(一) 共通の同意は一般性を有するのか —— 国際法の基礎と法源との関係

(1) 共同体の構成員の圧倒的多数の同意としての共通の同意

(2) 一度与えた同意を撤回する場合に要求される共通の同意

(二) 個別国家の同意と国家間共同体における共通の同意との関係

(1) 著作間の整合性 —— 慣習国際法と共通の同意との関係

(2) もう一つの解釈 —— 国家間共同体への加入承認と共通の同意

第二章 オッペンハイムの国際法論とその先行文献との異同 —— 国際法の基礎及び法源に着目して

第一節 「法」としての国際法 —— その基礎及び法源

(一) 国際法否定論への反駁

(1) 論証方法

(2) 同質的な国際社会 (Family of Nations) の存在

(3) 共同体の行為規範の外的な力による執行に対する共通の同意の存在

(二) 法源総論

第二節 黙示の同意としての慣習国際法

(一) 前提 —— 慣習法国際法論における問題の所在

(二) 黙示の同意としての慣習国際法とその妥当範囲

第三節 明示の同意としての条約

(一) 前提——条約の法源性と条約類型論

(1) 条約の法源性

(2) 当事国数を基準とする類型——一般条約と特別条約

(3) 規範内容を基準とする類型

(二) 立法条約論——トリーベル理論の受容？

(1) 従来の通説的見解——トリーベルの立法条約論のオッペンハイムによる受容

(2) トリーベルの国際法認識及び依拠された理論

(3) トリーベルの立法条約論

(三) 条約の拘束力の根拠

(1) オッペンハイムが明示的に参照している研究との比較

(2) 参考文献に挙げられた研究との比較

第四節 総合的検討——オッペンハイム国際法論の特有性

(一) 異同の比較作業のための視座——国際法秩序の主観的構成と客観的構成

(二) 慣習国際法論の評価

(三) 条約論の評価

(1) 立法条約論

(2) 条約の拘束力の根拠としての慣習国際法

第三章 主観的国際法の客観化過程におけるオッペンハイム——国家間共同体と個別国家との関係

第二部のまとめと若干の考察

第三部 「公理」化過程における間主観性の喪失——客観的原理としての *pacta sunt servanda* の成立

結論

(以上、本号)

## 第二節 国際法の基礎及び法源としての「共通の同意」

### (一) 「法」としての国際法——その基礎及び法源

#### (1) 国際法の基礎 (basis)

概説書において、オッペンハイムはまず、国際法を「文明諸国によってそれら相互間の関係において法的に拘束力があるとみなされている慣習上及び条約上の諸規則の総体の名称」と定義し、国際法はその当事国数(妥当範囲)に応じて三つに分類され得るといふ。<sup>(30)</sup> 即ち、二国又は少数の国家のみを拘束するのが特別国際法 (particular international law) であり、これに対してすべての文明諸国(「同質的な国際社会 (Family of Nations)」の全構成員)を例外なく拘束するのが普遍国際法 (universal international law) であつて、この普遍国際法と区別されなければならぬような、「大国を含む大多数の国家を拘束する」ものが一般国際法 (general international law) である。

そしてこのように定義した上で、オースティン (J. Austin) に代表される国際法否定論に反駁するために、法の本質的条件として、①共同体の存在、②当該共同体における人間の行為のための一群の規則の存在、③当該規範が外的な力によって執行されることに対する共同体の共通の同意の三点を示し、<sup>(31)</sup> 国際法がこの意味における法であることの論証を試みている。即ち、彼によれば、①共通利益及びこれに資する国家間の交際によって個別国家は不可分の共同体——「同質的な国際社会」(以下では、「国家間共同体」と互換的に用いる。<sup>(32)</sup>)——に結合され、②このような共同体の中では数百年もの間に国家のための行為規範が成長してきており、③これらの規範を執行するための中央集権機関を欠くにも拘わらず、自助及び他国の援助によってかかる行為規範は実際に執行されているという。尤も、法執行機関が存在する国内法と比較すると国際法は弱い法であるが、弱い法も法であることに変わりはないため、法の本質的三条件を充足する国際法は「法」として認められるのである。<sup>(33)</sup>

この論証においては、「実行において国際法は常に法として承認されてきている」<sup>(36)</sup>という説明に見られるように、彼は事実を重視していることが理解される。このような事実（即ち、現実の同意の存在）に基づく論証は、例えば法の本質的条件の三点目を論じる際に、「国際法と呼ばれる国際的な行為のための規則の総体が外的な力によって執行されるべきであるということについては、文明諸国の元首も政府も議会も、それに全文明人の世論も賛成し、同意している」<sup>(36)</sup>という記述や、「様々な国家の政府及び議会は（…中略…）道徳的によつてのみではなく、法的に国際法によつて拘束されているという見解を抱いて」おり、「同様に全文明諸国の世論も、すべての国家が国際法規則に従うように法的に拘束されていると考えている」という記述<sup>(36)</sup>においても確認されるものである。なお、三点目における「外的な力による執行」は、内的な力によつて執行される道徳から法を区別するための基準として機能するものであり、具体的には自助及び他国による援助の二点に加えて世論の機能<sup>(37)</sup>について言及がなされている。

以上のように、国際法が法であるということ論証したオッペンハイムは、次に、共通の同意がすべての法の基礎である旨を論じる<sup>(38)</sup>。彼によれば、この「共通の同意」とは、共同体の個々の構成員の「すべて」による同意ではなく、「構成員の圧倒的多数の明示的又は黙示的な同意」であり、「反対する構成員は少しの重要性も有さず、共同体の個々の構成員と対比される統一体としての共同体の意思を求める者の視野からは完全に消失してしまふ」<sup>(38)</sup>という。

さらに、この共通の同意はすべての法の基礎であるため、法である国際法の基礎もその共同体（即ち「同質的な国際社会」）の構成員である諸国家の共通の同意に求められることになる。また、この共通の同意は、諸国家が既に同意を与えた国際法規則から脱退する際にも必要となる旨が論じられている。つまり、条約において脱退が明示的に許容されている場合を除いて、共同体の構成員である諸国家は、一度同意を与えた慣習法及び条約<sup>(39)</sup>を一方的に改めることはできず、諸国家の共通の同意のみがかかる同意を変更し得るといふのである<sup>(39)</sup>。

## (2) 国際法の淵源 (sources) —— 原因 (cause) との区別

オッペンハイムは、国際法の基礎が共通の同意に求められる旨を以上のように論じた後に、国際法の基礎が「同質的な国際社会」の構成国の共通の同意として捉えられるため、「共通の同意が成立し得る事実と同数の国際法の淵源が存在するはずであり、それしか存在し得ないということは明白である」として国際法の淵源(法源)に関する議論に着手する。

まずオッペンハイムは、淵源がしばしば他の概念(とりわけ、「原因」と混同されて用いられてきたことに注意を促す<sup>(35)</sup>)。概説書では原因と淵源が混同されてきた旨のみが論じられていたが、彼の講義録においては、この混同の結果として論者によって様々な異なる法源が示されてきたとして、次のように例示されている。即ち、①著名な著作家の見解、②国際的な慣例、③捕獲審検所の決定、④仲裁裁判所の判断、⑤国際関係に関する国内裁判所の決定、⑥国際条約、⑦外交使節及びその他の機関のための国家による指示、⑧外交政策に関する国家の公文書、⑨国際問題に関する国内法、そして⑩国際会議における議論、のような様々なものが国際法の法源として挙げられてきたという。

その上で、彼は泉とそこから湧き出る流水との関係に喩えながら、「歴史的事実に対する名称であって、その事実から行為規範が生まれ、法的効力を有するようになるもの」が「法源(泉)であり、そこから湧き出るものが法規則(流水)であると説明する。そして、このような事実が二つしか存在しない旨を指摘した上で、「当事国の将来の国際的な行為のための規則を定める条約を国家が締結する場合に与えられる明示的同意」と「ある国際的な行為規範に従うという慣習を国家が採用することによって与えられる黙示的同意」の二つ——明示的合意としての条約と黙示的合意としての慣習——のみが国際法の法源であると論じる<sup>(36)</sup>。つまり、他の論者が法源として挙げるもの多くはオッペンハイムにとっては国際法の「原因」でしかなく、それらはある規範が国際法規則となる過程において

影響力を有するのみであって、決して国際法の「淵源」ではないのである。

### (3) 方法としての実証主義——非実定的要素の排除

既に第一部において確認されたように、オッペンハイムは実証主義国際法学者として一般的に評価されてきたが、かかる評価は以上の検討を通して理解されることである。実際にオッペンハイムは、国際法学 (science of international law) には三つの方法論があるとして、「自然法学派」、「実証主義学派」、前二者の折衷型としての「グロテウス学派」を挙げ、国際法の歴史的展開を振り返りつつ、代表的な著作がそれぞれ何れの学派に属するかという点を明らかにし、その上で、一九世紀末には実証主義学派が勝利を取めた旨を論じている。<sup>(37)</sup>

オッペンハイムによれば、実証主義学派の国際法論というのは、「慣習及び条約に基づく実定国際法のみを認識し、自然法及び自然国際法の存在を否定する」<sup>(38)</sup>ものであると説明されている。実際に、(2)で確認された講義録における法源と混同されてきたものの例示からも、自然法・理性等の非実定的要素を排除するというオッペンハイムの姿勢<sup>(39)</sup>が理解される。さらに、その方法論については、一般法学によって用いられているものであって、研究者に対して、その意図及び目的に拘わらず、国家の慣習的な実行又は立法条約に見出される現行の国際法規則の検討から始めることを要求するようなものである、と論じられる<sup>(40)</sup>。これらの記述からも、オッペンハイムが自らを実証主義学派に属すると自認し、法源から非実定的要素を排除しようと試みていたことが理解されるのである。<sup>(41)</sup>

## (二) 慣習国際法と黙示の同意

### (1) 慣行と慣習との区別

以上で確認されたように、国際法の基礎及び淵源を同意によって説明するオッペンハイムは、まず「元来の法源

〔the original source〕である慣習について論じる。慣習を慣行 (usage) との対比を通して論じるオッペンハイムによれば、「ある行為が法的に必要であるか又は法的に正しいという確信の下に、かかる行為をするという明白且つ継続的な習慣 (habit) が生じている」場合に慣習について論じることができるのであり、これに対して、「ある行為をするという習慣が、かかる行為の法的性質についての確信を伴わずに生じている」場合は慣行について論じられるという<sup>(36)</sup>。そして、慣行は慣習になる傾向を有しているが、これは（理論上の問題ではなく）事実の問題に過ぎないのであって、「頻繁に実践されている国家のある国際的な行為が法的に必要であるか又は法的に正しいとみなされるや否や、かかる行為から抽出される規則が慣習国際法規則である<sup>(36)</sup>」と論じている。

以上の慣習法論は彼の概説書に即して纏められたものであるが、彼は慣習国際法を主題とする論考を一九一五年に公表しているため、以下では概説書における記述との異同に着目しながら、同論考における慣習法論を確認する。概説書第二版と第三版の間に公表された同論文においても、国際法の法源は条約と慣習法のみである旨が示され、国家の「恣意 (Willkür)」に服する国家法とは異なり、国際法は「一度発生すれば個別国家の恣意は取り去られ、他のすべての当事国の同意を以つてのみ変更される」ものであると述べられている<sup>(36)</sup>。また、概説書と同様に慣行 (Gebrauch) と慣習 (Gewohnheit) との区別の重要性を指摘し、このような区別は法的確信 (Rechtsüberzeugung) の有無に見出され、かかる法的確信は支配的利益 (gehierische Interessen) に基づくものであると論じられている<sup>(36)</sup>。

## (2) 慣習国際法の妥当範囲

このように慣行と慣習との区別を論じたオッペンハイムは、同論文において次に慣習国際法の三分類を提示する。彼は「慣行が法的確信によって慣習に変わるという事実は、我々に、普遍、一般及び特別慣習国際法を区別させる」



と述べた上で、外交関係法のように、「ある慣習法規則が共同体のすべての構成員によって承認されるときに存在する」ものを普遍慣習国際法と、そして「国家間共同体の構成員のすべてによってではないが、大多数の構成員によって慣習法と認められている規則が存在する」として、これを特別慣習国際法とも普遍慣習国際法とも異なる一般慣習国際法と説明している。このような一般慣習国際法の例としては、沿岸漁業に従事している敵船の捕獲免除に関する規則及び本国軍艦の護送を受ける中立船舶の臨検免除に関する規則が示されている。<sup>(36)</sup>

さらに、普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別<sup>(37)</sup>に関する重要な問題として、普遍慣習国際法には共同体のすべての構成員による同意が必要であるのかという点、そして新国家は既存の慣習法に拘束されるのかという点が考察されることになる。まず、普遍慣習国際法については、その成立のためにはすべての国家の同意が必要であるが、過去において若干の国が一般慣習国際法規則の承認を拒否し続けたという事実がないことに言及しつつ、例えば内陸国であっても、海洋国の間で普遍慣習国際法として承認されている規則には拘束されると論じている。そして、一般慣習国際法については、概説書と同様に、新国家の共同体への参加には「新たな構成員が普遍的に妥当する法に従うという暗黙の条件」が含まれているのであって、新国家の成立以前に存在する普遍慣習国際法は新国家を当然に拘束し、一般慣習国際法及び特別慣習国際法については当該新国家の同意に委ねられるという。<sup>(38)</sup>

以上で確認されたことから、オッペンハイムにおいては、慣習法及び条約ともに、その妥当範囲に応じて「普遍」・「一般」・「特別」の三つに分類され得るものとして構想されていたことが明らかとなる。即ち、概説書においては必ずしも明確に示されていなかったが、オッペンハイムの構想していた慣習国際法は（現代において共有されているような二分法に基づくところの）一般国際法の法源であることが必ずしも前提とされていなかったのである。<sup>(39)</sup>また、新国家が国家間共同体に入会する際には既存の普遍慣習国際法に従わなければならないという暗黙の条件が前提とされており、一般慣習国際法及び特別慣習国際法については新国家の個別の同意に委ねられていたのであった。

さらに、オッペンハイムが構想していた慣習国際法は必然的に普遍的妥当性を有するものとして前提とされていなかったという点と彼の国際法論において非実定的要素が排除されていたという点とを併せて考慮すると、同質的な国際社会のすべての構成員を拘束する普遍国際法の成立にはその全構成員の明示又は黙示の同意が求められるということになる。しかしながら、一九一五年論文の普遍慣習国際法と一般慣習国際法との関係を論じる部分においては、内陸国が海洋国の間で妥当する普遍慣習国際法に拘束されるという例が示すように、当該内陸国が実際に同意を与えていないにも拘わらず、普遍慣習国際法の成立に際してその同意が擬制されるように解される次のような記述があり、同論文における彼の議論の整合性という観点から問題となる。

これ迄にある規則が適用される状況にあつたすべての国が当該規則を慣習法として承認している場合であつて、且つ、かかる国家の数が多く、そしてその重要性が高いために国際的な国家間共同体全体の支配的利益が当該規則の背景にあると想定できる場合に、我々は当該規則が普遍慣習国際法であるという原理を立てることができらう。<sup>(27)</sup>

慣習国際法も普遍・一般・特別国際法に分類可能であると示すことで、普遍慣習国際法の成立にはすべての国家の同意が必要であるという彼の立場に鑑みると、右の一節は普遍慣習国際法の成立において恰も「同意の擬制」を許容するような議論であり、彼がむしろ厳格な同意要件を緩和しているように解されるのである。

但し、この点については、「ある規則が適用される状況にあるすべての国家」という制限に着目すると、オッペンハイムの議論が単に（利害関係国を含む）多数の国家の実行によつて一般法たる慣習法が成立するという現代の支配的理解とは異なるものであると評価できるだろう。即ち、彼が挙げている海洋国間の慣習国際法と内陸国との関係という例に即して説明するならば、内陸国の同意が擬制されるのは、ある規則がすべての海洋国の間で普遍慣習

国際法として成立している場合のみであつて、そもそもかかる慣習法規則が海洋国の間における「普遍」国際法でなければ、同規則に対する内陸国の同意は当然に擬制され得ないのである。<sup>(36)</sup>

以上から、普遍慣習国際法は共同体を構成するすべての国家による同意がない限り成立し得ないが、ここでのところの「すべての国家」とは「ある規則が適用される状況にあるすべての国家」であつて、共同体のすべての構成員を必ずしも意味するわけではなかつたということが理解される。<sup>(37)</sup> そのため、オッペンハイムの普遍慣習国際法の中には、共同体の構成員すべての実際の同意が反映されたものと、ある規則が適用される状況にあるすべての国家によつて慣習国際法として承認され、且つ、その背景に共同体の利益を見出せる場合に、実際に黙示の同意を与えていない（かかる慣習法に合致する形で行動していない）国家の同意が擬制されるもの、という二つが観念されていたと考えられるのである。そして、彼が二点目に掲げていた条件からも明らか通り、普遍慣習国際法の成立における国家の同意の擬制においても、国家が国家間共同体へ入会する場合と同様に、「共同体の利益」が重視されていることが併せて理解されるのである。但し、このような同意の擬制を導入することで、オッペンハイムの共通の同意理論に矛盾が生じることになつたという批判もあるため、この点については節を改めて後に（本章第三節）検討することとしたい。

### （三）条約と明示の同意

#### （1）立法条約——条約の法源性の限定

次に、二番目の法源である条約について、オッペンハイムは「立法条約（law-making treaties）」<sup>(38)</sup>のみが国際法の法源となる点を指摘している。即ち、数多くの目的のために条約は締結されるが、国際法の法源としての条約は、

「将来の国際的な行為のために新たな規則を定立するもの、又は、既存の慣習法規則を確認、明確化若しくは廃止するもの」<sup>(87)</sup>に限定されるというのである。このような立法条約と区別される条約類型は、「その他のあらゆる種類の目的のため」に締結される条約である<sup>(88)</sup>。また、国家間共同体は組織化された社会ではないため、国家における議会のような法定立のための中心的権力は存在せず、慣習と対比して「意図的な行為 (deliberate act) によって国際法が形成される唯一の方法」<sup>(89)</sup>が条約であると論じられている。

オッペンハイムによれば、一六四八年のいわゆるウエストファリア条約をはじめとして、一八一五年に至るまでに締結された条約は世界規模の重要性を有する立法条約とは評価できず、このような立法条約の最初の例は一八一五年のウィーン会議最終議定書であったという。ウィーン会議最終議定書から一九〇一年のワシントン条約に至るまで、概説書では「一九世紀における重要な立法条約」として合計一三の具体例<sup>(90)</sup>が列挙されており、ある条約が立法条約であるか否かという点は個別規定に即して評価されている点<sup>(91)</sup>、それ故に立法とみなされるような規定を含まないものも立法条約と観念される点<sup>(92)</sup>、そして立法条約であることと条約の当事国数とは無関係である点を、これらの具体例から確認することができる。

なお、オッペンハイムが国際法をその妥当範囲に依じて普遍・一般・特別国際法の三つに分類していたことは既に確認した通りであるが、彼は立法条約について論じる際に再びこの三分類について次のように言及している。まず、立法条約は当該条約の締結国のみに対して法を創設するに過ぎず、多くの立法条約は少数国間で締結されているため特別国際法でしかないということである。次に、立法条約の多くが特別国際法であったとしても、大国を含む多くの国によって締結されている立法条約も存在し、このような一般国際法としての立法条約は、これまでそれに対して同意を与えなかった諸国によって、「やがて明示的に同意を与えられるか、又は、慣習を通じて黙示的に各規則が承認されるかの何れかによって、普遍国際法になる傾向を有している」ということが付言されている<sup>(93)</sup>。

## (2) 条約の拘束力の問題

以上のように、一般国際法としての立法条約の重要性を確認するオッペンハイムであるが、最後には条約の法源としての地位が慣習に基づくものであり、慣習こそが元来の法源であることを強調している。<sup>(30)</sup>そして、このように条約の法源としての地位が慣習に基礎づけられることで、オッペンハイムにおいては条約の拘束力もまた慣習に求められることになる。<sup>(31)</sup>しかしながら、このような条約の拘束力の説明は、概説書の記述において「普遍的に承認されている」慣習法とそうでないものとが一見すると区別されていたこと、また一九一五年論文においては、彼が構想した慣習国際法は必ずしも普遍国際法を意味するものではなく、普遍慣習国際法と一般慣習国際法との間に区別が設けられており、共同体のすべての構成国の黙示の同意がない限り、普遍国際法は存在し得ないということ着想すると、直ちに次のような問題が生ずることになる。即ち、条約の拘束力を基礎づける慣習法が概説書においては一見したところ「普遍国際法」として記述されていなかったという問題であり、それ故に、条約の拘束力を規定する慣習国際法が普遍国際法であるか否かに関する検討が必要となる。

この点につき、あり得る一つの解釈として、「普遍的に承認された」という記述が概説書において単に欠落していると考えらることで、この「慣習法」は「普遍国際法」として構想されていたという理解が挙げられ得る。しかしながら、このような解釈は確かに可能であるかもしれないが、決して自明のものとはいえない。そして、一般的に国際法体系においてかかる規則が普遍国際法であることが求められる<sup>(32)</sup>にも拘わらず、概説書及び一九一五年論文の両者において、かかる規則が普遍国際法の例として挙げられていないという事実からも、この点に関するより一層綿密な検討が求められるのである。<sup>(33)</sup>

この問題を検討するに当たり、まずは条約の拘束力について議論が展開されている箇所を確認してみたい。オッペンハイムによれば、条約の拘束力に関する問題についてはこれまでに非常に多くの見解が提示されてきたが、そ

れらは何れも説得的なものではなく、次の三つの問いに分解することで満足のいくように処理され得るといふ。<sup>(30)</sup> オッペンハイムが示す三つの問いとは、即ち、一点目に、「条約が法的拘束力を有するのは何故か」という問いであり、これに対しては、この旨の慣習法が存在するからであるという断定的な回答が示されている。次いで二点目に、「(条約は法的拘束力を有するという) 慣習法規則が存在する原因は何か」という問いが示され、これは複数の原因に依るものであるとして、宗教・道徳上の理由及び国家の利害がかかる規則を要求しており、このような規則が存在しなければ国家間に法は存在しないと論じている。そして最後に、「執行のための法的な権威を欠いているにも拘わらず、何故条約の法的拘束力が説明され得るのか」という問いに対して、既に国際法の法的性質を論じた部分で述べたように、国際法もかかる法的権威を有するものであると回答している。<sup>(31)</sup>

条約の拘束力を慣習法に求める右のような議論は一九一五年論文においても展開されていたものであったが、結局のところ「条約の拘束力は慣習法に由来する」という場合の「慣習法」が「普遍国際法」として構想されていたか否かについては、概説書及び一九一五年論文の記述からは明らかではない。それでもなお、オッペンハイムの関連する記述の内在的理解に基づいてかかる規則について検討するならば、次の点に注目することができると考えられる。それは、条約の法源としての地位は慣習に基づいていると彼が概説書で論じる際に用いている、「慣習こそが国際法の元来の法源である<sup>(32)</sup>」という理解である。

まず、この点に関連する概説書の記述<sup>(33)</sup>を確認する限りでは、この「元来の法源」という言葉には慣習法及び条約の出自に関する歴史的な前後関係が含意されていることが判明する。そしてオッペンハイムによれば、慣習法規則自体の成立及び発達は次のように論じられていたのであった。

同質的な国際社会の構成国は、その共同体の中で誕生するのではなく、またその共同体の中で成長するでもない。新

たな構成国は、明示的又は黙示的な承認を通して共同体に受け入れられるのみである。（…中略…）。

国際法の慣習規則は、諸国家の共通の同意によって生じる——即ち、様々な国家がかかる規則に対する黙示的な同意を含むような方法で行動しているのである。慣行が生じる過程及び慣行が慣習へと変わる過程を遡る限り、国際法の慣習規則は次のようにして生じた。（即ち）国家間の交流は国家の国際的な行為のための規則を必要とした。それ故に、ある場合に様々な国家が同一又は類似した方法で行動することで、単一の慣行が次第に生じるようになった。中世末から幾つかの国際的な行為のための規則が切望されたので、国際法理論は宗教、道徳、理性及び歴史的考察を基礎として若干の規則を構想することで、国家の国際的な行為に係る規則の発達のための基盤を用意した。（…中略…）。国際的な行為のための法的拘束力のある規則が存在すべきであるという文明諸国の政府及び世論の確信が一方において存在せず、かかる規則の発展に対する利益及び必要性によって国家に与えられる圧力が他方において存在しなかったならば、国際法の慣習規則は決して生じなかつたろう。<sup>(98)</sup>

また、オッペンハイムによれば、慣習法規則が生成される場となる同質的な国際社会の構成員である諸国家は、「国際法が慣習又は条約を通して次第に成長したために、元来から構成員であるか、又は、国家が誕生した際に既存の構成員の総体によって承認されることで構成員になっているかの何れか<sup>(99)</sup>」である。そして前者については、国際法はヨーロッパのキリスト教諸国の間で慣習及び条約を通して次第に発達したため、「ヨーロッパの古いキリスト教諸国が同質的な国際社会の元来の構成国である」と論じ、後者については、同質的な国際社会の構成員と認められるための三つの条件のうちの一つとして「将来の国際的な行為を国際法規則によって拘束されることに對して明示的又は黙示的に同意すること<sup>(100)</sup>」を挙げている。

以上の事柄を纏めて考えると、オッペンハイムの議論の内在的理解によれば次のような議論が可能であつたと考

えられる。即ち、条約の拘束力の根拠となる慣習国際法は、オッペンハイムがいう「ヨーロッパの古いキリスト教諸国」——「同質的な国際社会」の元来の構成国——の間で普遍慣習国際法として確立していた場合に、それ以降にこの共同体に入会した諸国に対しても普遍慣習国際法として妥当することになる、という説明である。勿論、条約の拘束力に関する慣習法が同質的な国際社会の元来の構成国の間で普遍的に認められていたということ自体は示されていないが、条約が締約国を拘束するということが「事実である」というオッペンハイムの書きぶりに鑑みると、かかる慣習法の存在が所与の事実として彼の構想の中では前提されていたとも考えられるのである。<sup>(20)</sup>

いずれにしてもこれらの点をオッペンハイムが明らかにしていないというところに疑問は残るが、以上のように、条約の拘束力を基礎づける慣習法が普遍慣習国際法として存在していたということは、少なくとも彼の論考の内面的理解から導かれ得るものであったと評価できよう。<sup>(21)</sup>

### 第三節 共通の同意理論における矛盾? —— 国家間共同体と共通の同意

#### (一) 共通の同意は一般性を有するのか —— 国際法の基礎と法源との関係

##### (1) 共同体の構成員の圧倒的多数の同意としての共通の同意

前節までにおいて、オッペンハイムにおける国際法の基礎及び法源としての共通の同意理論を理解するために、主として概説書の議論を中心に彼の見解を検討してきた。既に確認された通り、彼が構想した共通の同意は次のようなものとして論じられていた。即ち、同質的な国家集団という諸国家間の共同体において行為規範が存在し、かかる規範が外的な力によつて執行されることに對する共通の同意が存在するため、国際法は国内法と同様に法である。かかる共通の同意は、国内法と同様に国際法の「基礎」でもあるが、これは共同体の個々の構成員のすべてによる同意を意味せず、「構成員の圧倒的多数の明示的又は默示的な同意」であり、「反対する構成員は少しの重要性



も有さず、共同体の個々の構成員と対比される統一体としての共同体の意思を求める者の視野からは完全に消失してしまふ<sup>(40)</sup>」ものである。そして、国際法は共通の同意によって発展してきたのであり、それ故に、条約において脱退が明示的に許容されている場合を除いて、共同体の構成員である諸国家は一度同意した慣習法及び条約を一方的に変更し得ず、共通の同意のみがかかる同意を変更し得るのであった<sup>(41)</sup>。

このようなオッペンハイムの共通の同意の定義によれば、国際法の基礎であるかかる同意はすべての国家の同意を必要としないため、普遍的な同意からは区別される一般的な同意であると考えられる。実際に、既に確認されたように（第一部第一章第二節<sup>(3)</sup>）、先行研究の中にはオッペンハイムの共通の同意をルソーの「一般意志」として理解するものがある。そして、そのような理解の下で、（国内社会と同様に）国際社会においても多数の意思がそれに反対する少数の意思を拘束することが何故正当化され得るのかという点をオッペンハイムは何ら説明していない、という旨の批判が提示されてきたのである<sup>(42)</sup>。

そこで、オッペンハイムの共通の同意の定義を再度確認してみると、オッペンハイムが提示する共通の同意の定義が国内法及び教会法の基礎としての共通の同意から類推して論じられていることを理解することができる。例えば、英国において議会の立法が妥当するためには、英国という共同体に属する全員の同意は必要ではなく、構成員の圧倒的多数の同意で十分である。これは、ルソーの言葉を借りるならば、特殊意志の総体としての全体意志ではなく一般意志が法の基礎として理解されていることを意味している。そして、かかる議論を国際法について援用するならば、オッペンハイムのいう国際法は、同質的な国際社会の構成国すべてによって同意されたものでなくとも、一般的な同意（即ち、一般意志としての「共通の同意」）を備えたもので十分であると構想されていたと理解できる。

しかしながら、オッペンハイムの共通の同意をこのように「一般性」を備えた同意として理解するならば、我々

は次のような矛盾点を彼の議論の中に見出すことになる。即ち、オッペンハイムが国際法をその妥当範囲に応じて三つに分類する中で、少数国間のみ妥当する特別国際法を観念していることから明らかであるように、オッペンハイムは一般法のみが国際法であるとの立場を採用していたわけでは決してなかった。それ故に、一方では特別国際法の存在を認め、他方において共通の同意を一般的な同意と同視するということが、オッペンハイムの構想として矛盾なく理解し得るものであるのかという点が問題となるのである。

このことは、換言するならば、概説書における国際法の基礎及び法源との間の関係をどのようなものとして理解するのかという問題である。オッペンハイムは国際法の基礎に関する議論の後に法源論を展開する際に、国際法の基礎が同質的な国際社会の構成国の共通の同意として捉えられるため、「共通の同意が成立し得る事実と同数の国際法の淵源が存在するはずであり、それしか存在し得ないということは明らかである」と論じていた。それ故に、この基礎と法源との議論における共通の同意の意味が一貫していないのではないかとこの疑問が生じるのである。

それでは、オッペンハイムが提示した「共通の同意」という観念を我々はどのように理解すれば良いのだろうか。この点については、国際法の基礎と法源に関するオッペンハイムの議論の間で、共通の同意が異なるものとして構想されていたという理解が可能であろう。即ち、国際法の基礎としてオッペンハイムが共通の同意を論じる際の共通の同意の定義における国家間共同体の「構成員の圧倒的多数の同意」というのは、個別規則に対する同意を意味しているのではなく、総体としての国際法の存在に対する同意であるという解釈である。これは、共通の同意理論自体が、国際法が法ではないという議論に<sup>(46)</sup>対する反駁として援用されているという、国際法の基礎という彼の議論におけるその位置づけに着目した解釈である。このように考えることで、オッペンハイムにおける共通の同意は、国際法の法源について論じられる際に、同質的な国際社会の構成国の間での同意を得ることで形成される個別規則に対しては特殊意志の総体としての全体意志として観念される一方で、他方では国際法が法として存在するという

こと（正確には、共同体における行為規範の外的な力による執行）に対する（国際法の基礎としての）共通の同意は、仮にそれに反対する構成国があつたとしても、その反対は法としての国際法の存在にとつては何らの意味も有さないような一般意志として観念されることになるのである。<sup>(98)</sup>

## (2) 一度与えた同意を撤回する場合に要求される共通の同意

ところで、彼が概説書において「共通の同意」を二つの意味を有するもの——一般意志と特殊意志の総和としての全体意志——として提示し、国際法の基礎と法源との間で共通の同意の内容を区別していたのではないかという右で示した理解に基づくと、共通の同意が援用されているもう一つの例、即ち、脱退規定を含まない条約からの脱退（又は一度同意を与えた慣習法からの同意の撤回<sup>(99)</sup>）の際に要求される共通の同意についても、同様の議論が妥当するか否かという問題が提起されることになる。この場合の共通の同意を、仮に一般意志としての共通の同意として理解すると、例えば脱退規定を有さないある条約から一当事国が脱退する場合（概説書では一八五六年のパリ宣言が例示されている。）には、必ずしも全当事国の同意（即ち、全体意志）が必要とはされずに、当事国の多数の国家の同意によつて、当該国は条約から脱退し得るということになる。

しかしながら、このような理解はオッペンハイムの条約法論と整合的でないということが、条約の終了原因の一つとしての解消（dissolution）の項目におけるオッペンハイムの議論を参照することで明らかとなる。彼によれば、条約が永久的なものである場合又は一定の存続期間が規定されている場合に、かかる条約は原則として相互の同意（mutual consent）がある場合のみ解消される。また、仮に、条約がそのような期間を設定していない場合には、一方当事国の通告によつてかかる条約を撤回することができる。多くの条約は、一方当事国の通告による撤回が可能である旨を規定しているが、仮に明示の規定を欠いていても、この種の条約の場合は通告による撤回が認められ

る。さらに、条約が一定期間又は永久的な存続を規定している場合には相互の同意がない限り条約は解消され得ないという右記の原則に対して、その例外として、事情の変更が認められる場合には、そのような条約であっても、一方当事国によって撤回され得るといふのである。<sup>(48)</sup>

このような具体的規則を念頭に置くと、共通の同意が必要とされるといふオッペンハイムが想定した事例は、条約（この条約は永久的なものである。）が通告による撤回を当事国に許容していない場合である。そしてオッペンハイムは、かかる条約の当事国は通告という一方的宣言によって、かかる条約を撤回（即ち、かかる条約からの脱退）することはできず、それが許容されるのは「共通の同意による場合のみ」である旨を論じていることになる。このことは、即ち、永続的な条約の撤回のためには相互の同意が必要であるということの意味するに等しく、ここにおける共通の同意は全体意志として用いられていることが理解される。

さらに、以上で確認されたように、条約の存続が一定期間又は永続的なものとして規定されている場合には、相互の同意の他に事情変更を理由とする一方当事国による解消が認められていたが、このようなオッペンハイムの理解は、一見したところ、共通の同意のみによって既に与えた同意が撤回されるという右記原則に対する例外を示しているようにも思われる。この点について、同様に概説書における該当部分の議論を参照すると、「事情の根本的変化」という項目において、かかる事情変更原則の根柢はいわゆる「黙示条項」に基礎づけられており、同原則は「合意は守られなければならない」という原則と同様に国際法及び国家の国際的な交際に必要不可欠なものであるという。即ち、国家の自己保存及び発展は各国にとって主要な義務であり、かかる義務の履行を妨げるような条約に同意を与える国家は存在しないため、すべての条約は「もし事情がこのまま存続するならば (*velut sic stantibus*)」という黙示的な条件の下で締結される、というのである。<sup>(49)</sup>

尤も、オッペンハイムは同原則の濫用の危険性、その正当化の条件についての争いがあることを認めると同時に、<sup>(49)</sup>

「ある国家による頻繁且つ正当化不可能な同条項の援用によって、かかる国家の信頼が確実に毀損されるという事実」によって、かかる危険性は幾分かの均衡を保たれるという。<sup>(41)</sup>このように述べた上で、かかる黙示条項は「国家に条約義務から解放される権利を付与するのではなく、あくまでも条約の他当事国によって条約義務から解放されるための請求権 (claim) を付与するのみである」ということを国家及び世論が確信していると論じている。つまり、事情変更原則の適用可能性は排除されないものの、そこにおいては他当事国の同意が要求されており、この場合においても同様に共通の同意が相互の同意<sup>(42)</sup>全体意志として觀念されていると考えられるのである。<sup>(43)</sup>

そしてそれ故に、以上で確認されたことから、(1)で示した共通の同意の二つの意味は、一度与えた同意の撤回に関する議論においても維持されていたものであったと理解されるのである。

## (二) 個別国家の同意と国家間共同体における共通の同意との関係

### (1) 著作間の整合性——慣習国際法と共通の同意との関係

以上の検討から、概説書における共通の同意は一見したところ一貫して用いられていない一方で、他方では一般意志としての共通の同意が妥当するのは総体としての国際法規則に対するもののみであって、個別規則については全体意志としての共通の同意が妥当するという共通の同意の二つの働きを見出すことができ、その結果として国際法の基礎及び法源としての共通の同意を整合的に理解し得ることが明らかとなった。しかしながら、このような二通りの共通の同意は概説書においては一貫したものであったが、国際法の法源における慣習法の位置づけについて論じる一九一五年論文との関係において、次のような問題を提起することになる。

オッペンハイムの共通の同意理論が国際法の基礎として構想されていたことは概説書におけるその位置づけから明らかであったが、かかる共通の同意理論において、オッペンハイムが国際法の拘束力をどのように基礎づけてい

るかという点については、概説書においては必ずしも明示されていたわけではなかった。彼は、共通の同意をすべての法の基礎として、国際法も共通の同意に基礎づけられると論じたが、これは国際法の拘束力の基礎づけに関する直接的な回答を提示するものではない。何故ならば、共通の同意はあくまでも諸国家がその構成員となっている同質的な国際社会の中に総体としての国際法規則が存在することを説明するための議論でしかなかったからである。そして、とりわけ問題となるのは、条約は国家の明示の同意を淵源とするが故に拘束力を有するのではなく、あくまでも条約が拘束力を有するという旨を定めた慣習法に条約の拘束力は基礎づけられるという彼の議論であった。このような論理構成では、慣習法が拘束力を有するのは何故かという問いに対して回答がなされない限りは、条約の拘束力も説明されないことになる。この点、概説書においては、慣習と単なる慣行とは異なるということ、そして法的確信を伴った国家の実行である慣習が歴史的に発展してきた旨が述べられているのみで、慣習法の拘束力の根拠に対する明確な回答が提示されているわけではなかったのであった。

そこで、慣習法論を詳細に展開している一九一五年論文を確認すると、オッペンハイムが慣習法の拘束力も国家の同意で説明しようとしていたことが明らかとなる。そこではまず、慣習国際法が国際法の法源である原因として、国際法が主権国家間の法であるという事実に基づけば「主権国家は自らの自由意思によってある規則に従う場合のみ当該規則に拘束される」のであって、「すべての国際法は国際的な国家間共同体の構成員の同意に基づく」と論じられている<sup>(44)</sup>。さらに、このような同意に基づく国際法の法源の説明に対して、条約と慣習法の区別がなされ得ないという批判が提起され得ることを想定していたオッペンハイムは、その反批判として、条約は慣習法に基礎を置いていて、これを「条約は拘束する (Verträge sind bindend)」という慣習国際法規則の存在なしに条約は存在し得ないと論じている<sup>(45)</sup>。

その上で、オッペンハイムは、国際法が国家の同意に従属するものではないことを個別国家と国家間共同体との

関係を援用して次のように述べていたのであった。

国際法は文明諸国の利益共同体の産物 (Produkt der Interessengemeinschaft der zivilisierten Staaten) であり〔…中略…〕、この利益共同体は個別国家の意思からは完全に独立していて、且つ、それらより強力であり、個別国家に法規則の形成に対する同意を強制する。<sup>(43)</sup>

この一節は、慣習国際法が国家の黙示の同意に基づくことを説明した後、国際法が国家の同意に基づくのであれば、国家はいつでも同意を撤回し、国際法を否定し得るといふ批判に対する反論として登場する議論である。さらにオッペンハイムは、「国際的な利益共同体が存在する限り、慣習国際法は存在し、また存在しなければなら」ず、「個別国家の意思はこのような共同体という難攻不落の要塞の壁に碎かれる」と論じることと同論文を結んでいた。<sup>(44)</sup>

確かに、このように説明することで、いわゆる国家の自己拘束理論——イェリネックに代表されるような、国際法の根拠を国家の自由意思に基づく同意に求めるといふ構想——に対して提起されるような批判への応答となるように理解され得る。<sup>(45)</sup> しかしながら、このような説明は、次に挙げる理由から、概説書で論じられていた共同体と個別国家との関係とは一線を画するものであるように思われる。一九一五年論文のかかる一節と概説書における記述との異同を示すことによってこの点を明らかにするならば、まず、概説書においては、様々な共通利益及びそれに資する国家間の交流によって、「個別国家が不可分の共同体へと結合された」と論じられていたのであり、この点は文明諸国間の利益共同体としての国際法という一九一五年論文における考えに対応しているといえる。また、概説書において、かかる共同体の構成国がある国際法規則を一方的宣言によって変更したり、否定したりすることはできないと説明されていた点も、共同体が個別国家の意思から（完全に）独立しているという一九一五年論文の議

論と一致している。<sup>(4)</sup>さらに、このことは、共同体が個別国家より強力であることまでをも含意しているとも解し得る。<sup>(5)</sup>しかしながら、「個別国家に法規則の形成に対する同意を強制する」という最後の点については、少なくとも概説書においては、文明諸国は共通の利益及び国家間交流のために、その必要性に応じて新たな国際法規則を形成してきた<sup>(6)</sup>と論じられているのであって、一九一五年論文で主張されるような「共同体が個別国家に強制する」という構図としては示されていないからである。

以上で確認されたような一九一五年論文における共同体と個別国家との関係について、先行研究の中には、これをオッペンハイムの国際法理論における矛盾であると指摘するものもある。例えばケルゼンは、一九一五年論文におけるかかる一節が、同論文における「主権国家は自らの自由意思によってある規則に従う場合にのみ当該規則に拘束され得る」という議論だけでなく、概説書においても示されていた個別国家の同意の重視という見解にも矛盾するものであると批判している。<sup>(7)</sup>また、かかる批判を敷衍するならば、仮にオッペンハイムが論じるように「共同体が法形成への同意を個別国家に強制する」のであれば、もはやオッペンハイムが国際法の基礎として構想していた「共通の同意」は共同体構成員の「圧倒的多数の同意」ではなく、「すべての構成国の同意」と同視されることになるだろう。さらに、このような共同体構想の下では、彼の観念する国際法は共同体構成員すべての国家の同意が与えられた普遍法のみを意味するものとなる。このことは、当時見られたような慣習国際法と一般国際法との同一視に帰結し、その結果として彼が提示していた国際法の三分類論は維持され得なくなるように考えられるのである。

しかし、このようなケルゼンの批判については、本節(一)で確認された個別規則と国際法規則の総体との区別という理解に基づいて、次のように応答することができる。<sup>(8)</sup>即ち、オッペンハイムが一般意志としての共通の同意によって構想していたのは国際法規則の総体についてのみであって、個別規則についてはなかったものであり、それと同様に、共同体による国家の同意の強制の議論は個別規則に対する議論としてではなく、あくまでも国際法規則の総



体に対するものとして構想されていたと理解することで、オッペンハイムはかかる強制の議論を展開する一方で、依然として個別国家の自由な同意原則を他方では観念し得た、と考えられ得るのである。

そして、このような理解（さらには、オッペンハイムにおける個別規則と国際法規則の総体との間の区別）の妥当性は、オッペンハイムが晩年に至るまで一貫して国家の自由な同意を重視していたことから了解されるところであろう。この事実は、例えば一般国際法と普遍国際法との区別を彼が堅持したことからも理解される。かかる区別は一九〇八年の論考<sup>(66)</sup>だけでなく最晩年の一九一九年の論考においても維持されており、そこでは、すべての国ではないが大多数の国による立法によつて一般国際法を定立すれば、「それが真に価値のあるものならば、これに反対した国もかかる一般国際法に次第に同意するようになる時が来るのである」と論じられている。反対した国が一般国際法に同意するということは、普遍国際法の成立を意味するということは言うまでもないが、彼の国際法理論の中では、普遍国際法と一般国際法とが区別<sup>(67)</sup>され、そして歴史事実を踏まえた上で、価値のある一般国際法はやがて普遍国際法になると考えられており、このように普遍国際法に向かつて段階的に定立される法として「一般国際法」が観念されていたということが右の記述から確認できる。そして、ここに、オッペンハイムが国際法の妥当範囲を基準とした分類の中に「普遍国際法」と「一般国際法」という区別を採用したことの意義、さらには両者を分かつものとして国家の個別の同意が重視されていた様子が見出されるのである<sup>(68)</sup>。

## (2) もう一つの解釈——国家間共同体への加入承認と共通の同意

以上の議論は、概説書における「共通の同意」を、国際法規則総体に対する共通の同意（一般意志）と個別の国際法規則に対する共通の同意（特殊意志の総和、即ち全体意志）の二つの意味を有するものとして理解すること、オッペンハイムの共通の同意理論を矛盾なく説明することが可能であるというものであった。このような解釈は、

概説書のみならず、一九一五年の慣習法に関する論文においても妥当するものであり、また同論文に対するケルゼンへの反批判を提示し得るものでもあった。

尤も、オッペンハイムの共通の同意理論が矛盾なく展開されていたという前提に立てば、以下で論じるようなもう一つの解釈が可能であることは排除できない。このもう一つの解釈は、オッペンハイムが国際法の基礎を共通の同意によって説明する際に用いている国内法と国際法との間の類推と、各々の法が妥当する社会——国内社会と国際社会——の間の異同の強調という点から導かれるものである。概説書において彼は次のように説明していた。

国際法が権威的となる共同体は個々の人間から構成されるのではなく、個別の国家から構成される。そして、個々の人間から構成される共同体において、その構成員は生誕、死亡、そして移住によって絶えず漸進的な変化が存在する一方で、他方の同質的な国際社会は、構成員の消滅や新たな加入がみられるものの、かかる継続的な変化が生じない共同体である。それ故に、同質的な国際社会の構成員は当該共同体の中に生れ落ちるわけでもなければ、成長して構成員となるのでもない。新たな構成員は明示又は黙示の承認を通して単にその中に受け入れられるのである。<sup>(41)</sup>

さらに、前節(三)(2)において、条約の拘束力に関する慣習法が普遍的なものであることがオッペンハイムの議論から内在的に導かれ得るということを論証する際に既に確認されたように、彼はこの承認の条件の一つとして「将来の国際的な行為を国際法規則によって拘束されることに対して明示的又は黙示的に同意すること」<sup>(42)</sup>を挙げている。これらを総合すると、条約の拘束力についての慣習国際法が普遍的妥当性を有し得たのと同様の論理によって、即ち、同質的な国際社会への加入の承認の要件として、既存の国際法規則に対する被承認国の同意が（少なくとも黙示の同意という形によって）常に調達されることになるため、このような社会に妥当する国際法の場合には、国内

社会に妥当する国内法の基礎となるような一般意志としての共通の同意ではなく、常に特殊意志の総和たる全体意志としての共通の同意のみが観念されることになるのである。

尤も、このような解釈は、オッペンハイムにおける共通の同意の複数性を認める点では既に示したものと何ら異なるものではない。しかしながら、本節(一)及び(二)(1)で示した解釈が国際法規則の総体と個別の国際法規則という区別を前提として成立するのに対して、ここで示した解釈は国内法の基礎としての共通の同意と国際法の基礎としての共通の同意との区別に基づくものである。そして、前者の区別に立った場合に、(1)で確認されたように総体としての国際法規則に対して一般意志(としての共通の同意)が妥当すること——国家間共同体による個別国家の国際法規則総体の存在に対する同意の強制——が結局のところ正当化され得ないのに対して、後者は、すべての法の基礎が共通の同意であると総称する際に、国内法と国際法がそれぞれ妥当する社会の性質の異同に着目することで、国際法は一般意志ではなく特殊意志の総和(即ち、全体意志)としての共通の同意に基礎づけられることを可能とするため、オッペンハイムの国際法論を矛盾なく整合的に説明し得るものであると評価できる。つまり、国際法の基礎たる共通の同意(「国家間共同体のすべての構成員の同意」)は、共通の同意が国内法の基礎たり得る条件(「国内社会の構成員の大多数の同意」)を充足しているため、オッペンハイムの提示する国際法の基礎及び法源としての共通の同意は、特殊意志の総和としての全体意志を一貫して意味しているという理解も考えられ得るのである。<sup>(32)</sup>

しかしながら、共通の同意を右で示した何れの意味において理解したとしても、オッペンハイムの著作間の矛盾についてのケルゼンの批判を反駁し得るものの、共同体による個別国家の同意の強制という一九一五年論文における問題となる一節については、いったい何故そのような共同体による個別国家の同意の強制をオッペンハイムが論じたのかという疑問が依然として残るところである。この点については、確かに、共同体によるこのような強制を観念することで、既に言及したような彼の共通の同意理論に対して後に提起されることとなる批判——彼は、多数

決はその多数に属する者のみしか拘束しないと論じているにも拘わらず、共通の同意の成立について、多数の意思がそれに反対する少数を拘束するのかという問題を説明できていないというもの——は解消されるかもしれない。しかしながら、仮にオッペンハイムが共同体による強制という議論によって国際法の客観的拘束力を説明しようとしていたと理解するとしても、そのためには概説書及び同論文において論じられているように「一度与えた同意は撤回され得ない」ことを説明すれば良いのであって、かかる一節に示されるような同意の「強制」までをも論じる必要性はなかったと考えられるのである。<sup>(83)</sup>但し、このような議論を試みたとしても、一度与えた同意が撤回され得ないのは何故かという実質的な理由については疑問が残るところであり、その点を自覚したオッペンハイムは、結局のところ一九一五年論文の最後において示されたように、国家間共同体と個別国家との関係を、前者が後者から独立し、強力であるということ、そして国家間共同体が個別国家を法規則の同意へと強制することに求めざるを得なかったのかもしれない。いずれにせよ、オッペンハイムがこのように論じたことの意味については、次章以降で共時的な視点から彼の共通の同意理論を検討する中で考察していくことにしたい。

## 第二章 オッペンハイムの国際法論とその先行文献との異同——国際法の基礎及び法源に着目して

### 第一節 「法」としての国際法——その基礎及び法源

#### (一) 国際法否定論への反駁

##### (1) 論証方法

前章で確認されたように、オッペンハイムは、共同体及び一群の行為規範の存在に加えて、かかる規範が外的な力によって執行されることに対する共同体の共通の同意が存在する場合に、かかる規範は法であると論じていた。<sup>(84)</sup>これらのメルクマールは、とりわけオースティンによる国際法否定論への反駁として提示されたものであったが、

果たしてオッペンハイムが示した三つのメルクマールとそれに基づく理論構想は彼に特有なものであったと評価できるであろうか。既に指摘されてきたように、オースティンへの反論は一九世紀の多くの国際法学者によって試みられており、また、国際法を諸国の共通の同意によって基礎づけるといふ議論も、英語圏の概説書の一つの特徴として理解されてきた。<sup>(37)</sup> それ故に、彼の国際法論の評価のためには、彼の議論が先行文献における議論の単なる受容に過ぎないのか否かという点の検討が求められるのである。<sup>(38)</sup>

そこで、まずオッペンハイムの概説書（初版第一巻）の導入部に掲げられている参考文献を参照すると、先行研究が指摘してきたように、多くの概説書がオースティンの議論に言及した上で、その反駁を試みることが確認される。かかる批判の概要は次のように纏められ得る。<sup>(39)</sup> 即ち、オースティンが提示した主権者の命令としての法というモデルは近代国家の国内制定法のみを念頭に置いたものに過ぎず、国内における慣習法の機能をまったく説明できていないという点を出発点として、オースティンの提示したモデル以外にも多様な法モデルが存在し得るのであり、その一例が国際法である、という反論である。<sup>(40)</sup> このような批判は、前章で確認されたように、オッペンハイムが試みた批判と共通するものである。

尤も、オースティン等の国際法否定論に対する反論は右のような議論構造を共有するが、この批判に立脚して示される国際法が法であることの論証自体は、論者によって様々に異なるものであった。オッペンハイムは、既に確認した三つのメルクマールを示すことで「国際法は法である」といふ論証を試みたが、結論を先取りするならば、彼が参考文献として示した概説書の中には、この三つのメルクマールと完全に一致する議論を確認することはできない。それ故に、国際法否定論の反駁のために採用された論証方法（議論構成）については、彼に特有のものであったと評価できる。

## (2) 同質的な国際社会 (Family of Nations) の存在

以上のような意味においては、オッペンハイムによって採用された国際法否定論への反駁方法は彼に特有なものであったと評価し得るが、彼が提示した個々のメルクマールに着目するならば、必ずしもそれらが彼に特有なものであるとは評価できないのもまた事実である。国家間関係を規律する行為規範の存在については少なくとも争いがないたため、以下では、彼が提示したメルクマールの一点目(共同体の存在)及び三点目(外的な力による執行)を検討する。

まずは共同体の存在について、オッペンハイムは「継続的且つ多様な関係を創設するような共通の利益によって一体となる集団」が共同体であるという一般的な定義を与えた上で、文明諸国間においても様々な利益——宗教上の観念、国家間の見解の交換を可能とする科学技術、そして最も重要なものとして農業・工業・貿易——が存在し、かかる利益に資するような国家間の関係が築かれることで、個別国家は「不可分の共同体」へと結合され、この共同体は「同質的な国際社会 (Family of Nations)」又は「諸国家の社会 (Society of Nations)」と呼ばれると論じている。<sup>(44)</sup>

このように、オッペンハイムの共同体観念は「共通の利益に基づく」という性質を有するものである。この点について、彼の概説書に挙げられている参考文献を参照すると、例えばローレンスは、国家の文明化が進展する過程において、国家間の交際がより親密なものとなった結果、通商・婚姻・科学的発見・宗教共同体等の存在が諸国家を結合させると述べていることが判明する。また、ローレンスの概説書と同様に「共通の利益」という観念自体は見られないものの、国家間の正義の紐帯によって国家は共同体へと結合されていると論じるものや個別の国家の外側に事実として存在する国家間共同体 (Statengemeinschaft) の存在を指摘するものも確認できる。<sup>(45)</sup> このように、何らかの共通利益に基づいて諸国家が共同体を形成しているという認識は、オッペンハイムのみならず同時代の概

説書においても共有されていたといえよう。

### (3) 共同体の行為規範の外的な力による執行に対する共通の同意の存在

次に、共同体の行為規範の外的な力による執行に対する共通の同意の存在という要素については、「行為規範の外的な力による執行」とそれに対する「共通の同意の存在」という二つの要素に分解して考えることができる。第一に、「外的な力による執行」という要素は、オッペンハイム自身が認めているように、法を道徳（良心という内的な力によるもの）から峻別するために必要とされるものであり、これは「ウエストレイク及びトウイスと同じ立場」であることが明らかにされている。そして、オッペンハイムの言葉通り、実際にかかる要素は彼らの議論において確認することができるものである。<sup>(47)</sup>尤もオッペンハイムは、国際法が実際に執行される手段として、自助及び他国による援助の二点に加えて世論の機能に着目していたが、これに対してウエストレイクは存在する諸手段（但し、具体例は言及されていない。<sup>(48)</sup>）を、またトウイスは勢力均衡をそれぞれ挙げていた。とりわけトウイスが挙げた勢力均衡については、これがオッペンハイムの言う「他国による援助」に該当するのみならず、オッペンハイム自身も、勢力均衡が「国際法が存在し得る唯一の条件」であつて、国際法規則の執行機関を欠く国際社会の中で「その構成員が絶大な力を有することを妨げてきた」と評価している。<sup>(49)</sup>

第二に、共通の同意について、既に確認されたようにオッペンハイムは国際法が法である旨を論証した後に、共通の同意がすべての法の基礎である旨を論じていた。オッペンハイムが共通の同意を二通りのものとして観念していたことについては前章で確認された通りである。即ち、一方でこの「共通の同意」とは、共同体の個々の構成員のすべてによる同意ではなく「構成員の圧倒的多数の明示的又は黙示的な同意」<sup>(50)</sup>を意味するものであつた。また他方では、この共通の同意は、諸国家が既に同意を与えた国際法規則から脱退する際にも必要となる旨が論じられて

いた。つまり、彼によれば、共通の同意は共同体の構成員としての国家の地位と関連づけられることで、一度共通の同意を反映するものとみなされた国際法(条約・慣習)は、同様に共通の同意によってのみ変更可能であり、一国による一方的行為によっては決して変更され得ないというのであった。このように、既存の国際法規則の変更に際して共通の同意が必要であるという議論は、「共通の同意」という観念自体は用いられていないものの、例えば、トリーペル(共同意思)<sup>(65)</sup>やホイートン(一般の同意)<sup>(66)</sup>の概説書においても確認されるものである。

以上では「共通の同意」の機能に着目してきたが、その観念自体に着目すると、「共通の同意」と一見したところの類似性を有する観念は同時代の概説書においても見出すことができる。というのも、先行研究によって既に指摘されてきた通り、共通の同意理論それ自体はとりわけ英語圏の概説書において確認されるものであったからである。例えばホールによれば、国際法は「共通の同意によって個別に規定される」ことが殆どなかったため、慣習法という形で存在してきたと説明されている。また、「共通の」同意に類似する概念として、ホイートンのように「一般的」同意(general consent)<sup>(67)</sup>が用いられている概説書もある。さらに、ウエストレイクは、国家間関係を規律する規則が強制可能なものとして「国家の一般的意見(general opinion of states)」<sup>(68)</sup>によって認められているということの一つの理由として、国際法が法であると論じている。そして、このような傾向は英語圏の概説書に限られず、例えば、諸国家の共同意思のみが国際法の法源であると論じたトリーペル<sup>(69)</sup>や、「独立した諸国家に対して妥当する固有の法」[即ち、国際法]<sup>(70)</sup>は、共通意思・コンセンサス(gemeinsamer Willen/consensus)<sup>(71)</sup>を通して存在する」というヘフター、国際法は「共通の法意識(conscience juridique commune)に参加する諸国の間でのみ存在する」と説明するリヴィエの議論等<sup>(72)</sup>にみられるように、非英語圏の概説書においても同様に確認されるものである。

以上で確認されたことから、法の本質的条件としてオッペンハイムが挙げた各要素それ自体は、彼によって新たに提示されたものでないことは明らかである。さらに、これらの要素の組合せという点については、類似した議論



がホルツェンドルフによって展開されていることも確認される。即ち、ホルツェンドルフによれば、①複数の国家の存在及び共存、②規律された永続的な国家間の対外関係という事実、そして③相互に法主体であること及び共通の法秩序に属するということを承認する国家の一致した意思 (übereinstimmender Wille)、の三点に国際法は基礎づけられ、「諸国民に共通の法意識 (gemeinsames Rechtsbewußtsein der Nationen) によってその強制可能性 (Erzwingbarkeit) を認められたもの」が実定国際法であると論じられているのである。右のようなホルツェンドルフの議論は、一見したところオッペンハイムの議論と非常に多くの点を共有していると考えられる。

尤も、各論者によって援用されている観念（その表記を含む。）とオッペンハイムの共通の同意との異同は、その内容における異同をも意味するとは必ずしも言えない。それ故に、オッペンハイムにおける共通の同意との異同を確認するためには、各論者がかかる観念をどのような意味で用いているかという実質的な側面を検討せざるを得ない。このような検討を通して初めて、各論者によって用いられていた共通の同意に類似する諸観念とオッペンハイムの共通の同意との異同を明らかにすることができるのである。

## （二）法源総論

そして、以上のように国際法の基礎が共通の同意に求められる旨を論じた後に、オッペンハイムは国際法の法源に関する議論に着手することになる。まず、法源を「原因」から区別して考えなければならないことに留意し、小川の源泉を例に挙げることで、法源とは「歴史的事実に対する名称であって、その事実から行為規範が生まれ、法的効力を有するようになるもの」と説明している。そして、このような理解に基づき、国際法の基礎が同質的な国際社会の構成国の共通の同意として捉えられることから、「共通の同意が成立し得る事実と同数の国際法の法源が存在するはずであり、それしか存在し得ない」ということは明白である」と述べた上で、「当事国の将来の国際的

な行為のための規則を定める条約を国家が締結する場合に与えられる明示的同意」と「ある国際的な行為規範に従うという慣習を国家が採用することによって与えられる黙示的同意」の二つ——明示的同意としての条約と黙示的同意としての慣習——が国際法の法源であると論じたのであった。<sup>(86)</sup>

それでは、このようなオッペンハイムの法源論は同時代の概説書と比較するとどのような特徴を有するものとして理解できるのだろうか。まず第一に指摘できるのは、法源を原因から区別した点である。オッペンハイムが参考文献として挙げている概説書にも見られるように、法源の具体的内容やそれを認識する前提としての「法源」の意味についての議論は非常に多様であり、オッペンハイムが法源の意味内容を確定することから彼の法源論を始めているのは、このような状況を念頭に置いてのことであつたと考えられる。また、法源を原因と区別することで、一次的法源と二次的法源とを区別するリヴィエの議論<sup>(87)</sup>に対する批判も提起していると理解することができる。<sup>(88)</sup>

第二に、彼が国際法の法源を「共通の同意が成立し得る事実」と定義することで、そのような事実を「証明するような文書又は行為」としての「証拠」とも区別したという点である。例えば、既に言及したホイートンによれば、国際法の法源は次のように示されている。

- ① 国家間の慣行として承認されているもの又は国家間の相互の行為に関する一般的意見を、一般的同意によって導入された明確化及び修正を以って示すような権威ある概説書
- ② 既存の国際法を宣言し、修正し又は明確化する講和・同盟・通商条約
- ③ 就役中の巡洋艦の行為及び捕獲審検所のために制定された個別国家の法令
- ④ 仲裁裁判所や捕獲審検所等の国際裁判所の裁定
- ⑤ 官職にある法律家の意見

⑥ 戦争、交渉、講和条約の歴史及び国家間の公的関係に関するその他のやり取り<sup>(46)</sup>

他の概説書も併せて参照すると、それらにおいて法源として挙げられる一覧は一致しないが、ホイートンのように「法源」を国際法規則の存在を示す「証拠」として捉える見解は当時において多くの支持を得ていたものであることが判明する。<sup>(47)</sup>

さらにオッペンハイムは、法源を国家の共通の同意が成立し得る事実として提示することで、明示的同意としての条約及び黙示的同意としての慣習の二つに国際法の法源を限定していた。<sup>(48)</sup>この点について、彼が参照した概説書を確認すると、ボンフィス(H. Bonfils)、ネイス及びリヴィエ<sup>(49)</sup>もまた実定国際法の法源を慣習と条約の二つに限定していることが理解される。そのため、一見したところ、このような法源の限定は必ずしもオッペンハイムに特有のものではないと考えられそうである。しかしながら、オッペンハイムの議論は国際法の基礎としての共通の同意から導かれる当然の帰結として国際法の法源を共通の同意に求めるものであったことから、オッペンハイムと同様に法源を条約・慣習の二つに限定し、且つ、これらを明示・黙示の同意によって説明する議論において、共通の同意理論が展開されているのか否か、そして展開されている場合にはオッペンハイムの議論との間にどのような異同が見出されるのか、ということが別途検討されなければならない。

以上、本節において確認されたことは次のように纏められるだろう。即ち、オッペンハイムにおいて国際法の基礎及び法源は共通の同意によって論じられていたが、この「共通の同意」という概念自体は、必ずしもオッペンハイムに特有のものではなく、類似の概念に基づいた議論もまた展開されていた。尤も、このことから直ちにオッペンハイムの国際法論の特有性が否定されるということではなく、「共通の同意」又はその類概念について、その表記と内容の異同を検討する必要がある。例えば、英語における「共通の(common)」及び「一般の(general)」の間

の異同、また異なる言語間での意味の異同等は、各論者がかかる概念をどのような意味で用いているかという実質的な側面の検討を要するものである。また、この作業の必要性は既に確認されたオッペンハイムにおける共通の同意の二通りの意味に鑑みても了解されるだろう。それ故に、以下では、オッペンハイムにおける共通の同意理論の特有性を明らかにするためにも、オッペンハイムの法源論の各論、即ち①黙示の同意としての慣習(第二節)、②明示の同意としての条約、そして③条約の拘束力(以上、第三節)の三点について、オッペンハイムの概説書における先行文献や同時代の概説書等との比較対照を試みる。そして、このような個別論点を踏まえた上で、オッペンハイムの共通の同意理論の特質を総合的に検討することとしたい(第四節)。

## 第二節 黙示の同意としての慣習国際法とその妥当範囲

### (一) 前提——慣習法国際法論における問題の所在

国際社会全体に対して適用される国際法である「一般国際法」(なお、オッペンハイムにおいては「普遍国際法」)の法源は、歴史的には自然法、又は一般法としての慣習法に求められてきた。しかし、一九世紀を通して国際法学が実証主義の学として確立されるようになるに伴い、自然法に代表される非実定的要素が国際法学から放擲されるようになり、その結果として、一般国際法は一般法であることが所与とされた慣習国際法のみによって担われるようになった。<sup>(47)</sup> 一般国際法概念に焦点を当てることで、同概念が慣習法概念と同一視されていく過程を明らかにした先行研究では、一般国際法の法源としての慣習国際法は、黙示の同意によって理論構成されることもあれば、客観主義の観点から構成されることもあったという点が示されている。<sup>(48)</sup>

この中でも、慣習法を黙示の同意 (*tacit consent*) 又は黙示の合意 (*factum tacitum*) とする理解(以下、「黙示の合意論」とする。)は、古くから提示されてきたものである。このような見解それ自体は古代ローマの法思想に起

源を求めることができるものであり、国際法の学説史においても、例えば一八世紀後半にヴォルフがかかる見解を採用していたことはよく知られている。ヴォルフは「約束 (Promissiones) は拘束する」という原則によって、かかる約束に含まれる合意も当然に拘束することを導き、それ故に、黙示の合意である慣習国際法は、明示の合意である協定国際法と同様に、合意した国家且つ合意した事項に限り遵守されるべきであると論じていた。<sup>(86)</sup> このような見解は一八世紀以降において断絶したものではなく、先行研究においては第三部で検討されるアンツィロツティやシュトルップ (K. Strupp) に加えて、現代国際法学におけるトゥンキン等<sup>(87)</sup> がその代表例として挙げられてきた。そして、以上で確認されたように、オッペンハイムもまた黙示の合意論を採用していたのであった。

但し、ヴォルフやトゥンキンによって提示された黙示の合意論は、「同意を与えない国家は拘束されない」という個別国家の同意を絶対視する立場であったことを見逃してはならない。また、ヴォルフは慣習国際法とは別に自然国際法及び実定国際法としての意思国際法によって一般国際法を構想し、トゥンキンはすべての国の実際の同意がない限りはそもそも一般国際法自体が成立し得ないと論じていたのであった。<sup>(88)</sup> しかし、これらに対して、シュトルップのように一般法としての慣習法の成立のために黙示の同意を推定するという立場もあったのであり、黙示の合意論には右の二つの考え方があることが理解されるのである。<sup>(89)</sup>

このような学説状況に照らして、オッペンハイムの概説書が上梓された二〇世紀初頭という時代を考えると、彼はまだに一般国際法の法源として慣習国際法を理解するという考え方が普及していく渦中にあっただと言える。<sup>(90)</sup> オッペンハイム自身は、前章において確認されたように、慣習法を黙示の同意によって説明したが、彼は慣習法を一般国際法と同一視したわけではなかった。それ故に、彼の国際法論の中で、国際法の普遍性がどのように構想されていたのかという点が明らかにされなければならないと考えられるのである。<sup>(91)</sup>

## (二) 黙示の同意としての慣習国際法とその妥当範囲

概説書及び一九一五年の論文において展開されたオッペンハイムの慣習法論の概要は、次のようなものであった。即ち、ある行為が法的に必要であるか又は法的に正しいという確信の下で、かかる行為をすることの明白且つ継続的な習慣が生じていて、かかる習慣に対して黙示の同意を与えている国家の間で成立するものが慣習国際法であり、かかる習慣に対して同意を与えている国の数——かかる慣習の妥当範囲——によつて、慣習国際法は普遍・一般・特別の三つに分類可能なものである。とりわけ、普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別に関連して、オッペンハイムの普遍慣習国際法の中には、共同体の構成員すべての実際の同意が反映されたものと、ある規則が適用される状況にあるすべての国家によつて慣習国際法として承認され、且つ、その背景に共同体の利益を見出せる場合に、実際に黙示の同意を与えていない（かかる慣習法に合致する形で行動していない）国家の同意が擬制されるもの、という二つが観念されていたことは注目に値する。

それでは、右のようなオッペンハイムの慣習法論は、彼の先行文献等と比較した場合にどのような特質を有するものなのだろうか。オッペンハイムが構想した「共通の同意」を明らかにするために、以下では①黙示の同意による慣習法の構想（慣習法の性質理解）、②慣習法の妥当範囲、③普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別の有無、という三点に着目することで、オッペンハイムの慣習法論の特性を検討する。

まず第一に、オッペンハイムと同様に黙示の同意によつて慣習国際法を構想していたものを確認すると、例えばマルテンス (F. von Martens) は、国際的な法秩序の必要性を承認した文明諸国の間で、その拘束力を承認する自由意思の上に国際法は存在すると述べた上で、かかる承認が見出されるものの一つとして挙げられる国際慣習を黙示の同意として説明している<sup>(88)</sup>。また、ブラディエーフオアレによれば、明瞭且つ継続的な国家の慣行は明示的な同意に相当する黙示の同意を証明するとして、国際慣習を黙示の同意として論じていた<sup>(89)</sup>。さらに、既に確認されたよ

うに実定国際法の法源を条約及び慣習の二つに限定していたボンフィスによれば、類似の行為が繰り返されることで成立する慣習は「黙示の合意であるが故にかかる行為の相互性が重要である」という。<sup>(98)</sup>さらに、ハレック(Halleck)も、慣習国際法が国家間の関係から引き出される黙示の同意に基礎づけられ、その存在の確認のためには文明諸国一般によって又は少なくとも影響を受ける特定の国々によってかかる慣行が承認又は拒否されているかを検討しなければならぬと論じている。<sup>(99)</sup>なお、「黙示の同意」という構成は採用されないものの、ウエストレイクが「慣習は社会が義務的なものとして同意している一連の行為である」と説明していたことも確認できる。

少なくともオッペンハイムが概説書の法源論で参照している文献においては、黙示の同意に基づいた慣習国際法論を展開する概説書は右で紹介したもののみに限られる。その他の多くは、慣習法を国家の同意として理解するのはなく、例えばヘフターやホルツェンドルフ等に代表されるように、ある行為の繰り返しによって生成される慣習の中に諸国家の共通意思や法意識を見出すというものであり、その中にはリヴィエのように現在の通説的見解である二要件論に基づく説明も確認される。<sup>(100)</sup>

第二に、慣習法の妥当範囲がどのように認識されていたかという点については、そもそもその前提として国際法を一般法として構想するか否かという点で二つに大別することができる。まず、国際法を一般法として構想する立場からは、それ故に慣習法も一般的な妥当範囲を有するものとして考えられることになる。このような議論は、例えばホール、ハレック、ウエストレイク、ウルマン(E. von Ullmann)、リヴィエ、マルテンス、ボンフィス等において確認することができるものである。これに対して、国際法を必ずしも一般法に限定しないものとしては、例えばブラディエIIフォデレIIやヘフター、ホルツェンドルフ等が挙げられるが、ヘフター及びホルツェンドルフにおいては慣習が一般法として構想されているのに対して、ブラディエIIフォデレにおいては慣習法の一般性が措定されていないということが確認される。

そして第三に、普遍慣習国際法と一般慣習国際法との區別について、これは国際法が一般的妥当性を備えるためにすべての国の同意を必要とするか否かという議論と関連するものである。この点については、右で紹介した国際法を一般法として措定する議論においても同様ではなく、この点に言及していない概説書も多い。この点を説明するものとして、例えばウエストレイクは、ヨーロッパ文明の限られた範囲内における意見の一般的合致 (the general consensus of opinion) が示されていれば十分であると論じている。<sup>(96)</sup> また、慣習がその形成に参加していない国をも拘束するということを明示的に論じる者として、ボンフィスやウルマンを挙げることができる。この理由として両者が挙げるのは国際共同体の存在であり、ボンフィスは「国際共同体に加入するすべての国は、その安定した共存を維持するために必要不可欠であると判断される一般の体系に賛同する」と述べ、<sup>(97)</sup> そしてウルマンも、国際共同体の構成員とみなされることを望むすべての国家に対して慣習が妥当することを諸国民の法的確信が要求していると論じていたのであった。<sup>(98)</sup>

### 第三節 明示の同意としての条約

#### (一) 前提——条約の法源性と条約類型論

##### (1) 条約の法源性

元来の法源である慣習と並んで国際法の法源としてオッペンハイムが挙げるものは、明示の同意たる条約である。条約は二以上の国家間で締結される合意文書として捉えられるのが通常であるが、オッペンハイムによれば、このような条約すべてが国際法の法源として構想されているわけではなかった。即ち、彼によれば、「将来の国際的な行為のために新規則を定立するもの、又は、現在の慣習規則を確認、明確化若しくは廃止するもののみ」が国際法の法源としての条約であると観念されていたのであった。<sup>(99)</sup> このような条約の法源性の限定及び条約の拘束力の根拠に



ついで、彼の先行文献との間にどのような異同が見出されるのかということを説明するのが本節の目的である。尤も、条約の法源性については、オッペンハイムが参照している先行文献の中においても様々な議論<sup>(36)</sup>を確認することができるが、オッペンハイムとは異なり、すべての条約が国際法の法源であることを認める立場があったことも忘れてはならない。このような考えは、カルボ<sup>(37)</sup>、ハレック<sup>(38)</sup>、フィオレ<sup>(39)</sup>（P. Fiore）、プラデイエ<sup>(40)</sup>（F. Pradier-Fodere）、マルテンス等の概説書において確認されるものである。これらの議論においては、国家間で締結された条約はすべて国際法の法源として認められることになり、それ故に、一定の類型に該当する条約のみを国際法の法源たる条約として捉えるようなオッペンハイムの議論とは異なるものであった。

## (2) 当事国数を基準とする類型——一般条約と特別条約

オッペンハイムのように条約の法源性を一定の条約のみに限定する議論は、その区別の基準によって二つの類型に分けることができる。まず第一に、条約の当事国数を基準とする一般条約（或いは集団条約）と特別条約という類型化が挙げられる。例えばボンフィスによれば、限られた数の国によって締結されるのが特別条約であり、この種の条約は国際法規則を生じさせず、締約国を拘束するのみであるという。但し、このような特別条約は、同様の規定が多くの国の間で作られ締結されることで、慣習を法源とした国際法規則と評価されるようになる<sup>(41)</sup>。これに対して、一般条約・集団条約は国際法規則の形成を志向するものであり、ある国家間関係に関して適用可能な新たな規則の定立を目的とする条約であるという。また、このような集団条約は、既に慣習法によって認められている原則の新たな帰結を引き出したり、一般的・継続的な十分な慣行を欠いているためすべての国に課されているわけではないが、複数の国家の実行によって認められている規則を確認又は定式化したり、完全に新しい原則を課したり、先行する規則を廃止したりするものである<sup>(42)</sup>。

以上のように、国際法の一般的妥当性を前提とするボンフィスの立場からは、その当事国数が限定されているような特別条約は国際法の法源としてはみなされないということになる。このような立場は、一般条約と特別条約という類型化を明示してはいないにも拘わらず、諸国の共通意思が表明されるもののみが国際法の法源であると論じるリヴィエによっても共有されるものである<sup>(57)</sup>。なお、条約の法源性への影響を及ぼさないような類型化として、この種の条約類型論が導入されているものもある。例えばホルツェンドルフによれば、条約には①ある特定の問題や利害のために締結されるもので、締約国数が限定されている特別条約、②国家間関係の一般的な法的問題のために締結される、大多数の国家が締約国となっている集団条約、の二つがあるという<sup>(58)</sup>。ホルツェンドルフによるこのような分類は条約目的及び締約国数を基準とするものであるが、両者とも国際法の法源であるという点で、単なる条約の類型を示すものでしなく、この意味においてボンフィス等の議論とは異なるものと理解される。

### (3) 規範内容を基準とする類型

第二に、条約の規範内容を基準として条約を類型化する議論がある。これについては、主として英国の概説書に見られるように条約を三つに類型化するもの、そして主としてドイツ語圏の概説書において見られるような法律行為条約と法規範条約という類型化<sup>(59)</sup>が挙げられる。

第一の類型化として、例えばホールによれば、条約は次の三つに類型化可能であるという。

- ① 締約国によって理解されている法を宣明するもの
- ② 締約国が法の慣行に組み込みたいと望むが、実際には現行法の外側にあると知られているような実行を規定するもの
- ③ 法的考慮には一切関係のない単なる主張に留まるもの<sup>(60)</sup>

ホールは条約の独立した法源性を否定し、文明諸国における慣行のみを国際法の法源として認めているため、慣行を示すものとしての意味においてのみ条約を評価しているが、右の類型の中でも、③は慣行を示すものとして無意味であり、①・②に該当する条約は、文明諸国間における慣行を示すものとして評価し得ると論じている。

このようなホールの分類を下敷きにして、一定の条件を充足する場合に、条約それ自体に法源性を認めようとしたのがローレンスである。ホールの分類とは異なることを断つた上で、ローレンスは次のような類型を提示している。

- ① 国際関係に関する新規則を制定し又は領域の国際的地位を変更するもので、すべての若しくは殆どすべての文明諸国によって同意された条約（その署名国数及び遵守されてきた期間に比例して重要性が決定される）
- ② 締約国間に新規則を制定する条約（少数国間でそれらの相互関係を確立するために締結されるもの）
- ③ 国際法規則を含まないもので、当事国間の紛争を解決するだけのもの

ローレンスによれば、「文明諸国によって一般的に認められたもののみ」が国際法規則であるため、右記類型の中では、実際に該当するような例は非常に少数であるものの、①に該当する条約のみが国際法の法源として認められることになる。また、②の条約群については、時の経過によって法源としての条約になる可能性が言及されているが、③に該当する大部分の条約は「法源としては無価値である」と述べられている。

また、これらと同様の類型化を試みたものとして、テイラー (H. Taylor) の概説書を挙げることができる。彼は、条約を①特殊な利害に影響を与える合意に過ぎない条約、②新たな一般規則を宣言し又は旧来のそれを修正する条約、③勢力均衡の維持のための協調的行動の基礎となる条約という三つに類型化している。このような類型化

は一見したところローレンスによるものと類似しているように思われるが、テイラーによれば、①の条約は「時の経過の中でその英知と便宜が経験によって証明される場合」<sup>(30)</sup>に一般規則へと成長し、そして②の条約は「相当な時の経過の中で多くの大国が新規則を遵守した後に、同意を与えていない国もかかる規則に道徳的に服するようになる」<sup>(31)</sup>と論じられており、①がまったく無価値なものとしては捉えられていない点、また②が単なる可能性ではなく事実として捉えられている点がローレンスとの異同として挙げられる。

次に、規範内容を基準とする第二の類型として、法律行為条約と法規範条約との区別を提示するものが挙げられる。例えば、ホルツェンドルフによれば、条約は①その遵守、違反又は廃棄が締約国のみに関する法律行為を内容とする条約 (Staatsverträge rechtsgeschäftlichen Inhalts)、②合意した国家間における永続的な規範、又は、その他の国々による全般的な参加を得たもので、締約国の意図として一般的な原則を規定するような法規範を内容とする条約 (Staatsverträge rechtsnormativen Inhalts)、そして③これら (①・②) が混合する条約、に分類される。<sup>(32)</sup> 彼によれば、①法律行為条約と②法規範条約とは、その解釈等の点において異なるものであるため、これらを区別することが重要であるが、これらが国際法の法源としての条約であるという点においては変わらないという。<sup>(33)</sup>

また、ホルツェンドルフのような法律行為と法規範という区別を明示的に採用しないものの、規範内容に即した条約分類論を提示するものとしてウルマンの議論が挙げられる。ウルマンの条約類型論はオッペンハイムが概説書で明示的に参照していたものであったが、ウルマンによれば、当事国の利害により密接に関連したものを主題とするもの (同盟条約、国境管理条約、講和条約及び通商航海条約等) のような、具体的な事実や個別の法関係を規律する条約は国際法の法源ではない。むしろ、これらとは異なり、「既存の慣習規則を明確に定式化若しくは再確認するもの又は国際生活のための新たな法原則を創設する」条約のみが国際法の法源としての条約 (「立法条約 (rechtssetzender Vertrag)」) とある、と論じられていたのであった。<sup>(34)</sup>

## (二) 立法条約論——トリーパー理論の受容？

## (1) 従来の通説的見解——トリーパーの立法条約論のオッペンハイムによる受容

既に確認したように、オッペンハイムによれば、「将来の国際的な行為のために新規則を定立するもの、又は、現在の慣習規則を確認、明確化若しくは廃止するもののみ」が国際法の法源としての条約であり、彼はこのような条約を「立法条約」と観念していた。<sup>(34)</sup> このようなオッペンハイムの立法条約の定式化は、以上で確認された条約類型論の中では、ウルマンのそれと類似していることが理解される。ウルマンは、国内法の法源と国際法の法源との類似性を認めることで、競合する意思表示によって条約は当事国の共通の法 (gemeinsames Recht) を創設すると論じていた。<sup>(35)</sup> このように当事者の意思内容によって条約を区別するという考えは、国内法上の議論を国際法に導入しようとするものであり、とりわけトリーパーの立法条約論としてよく知られているものである。

さらに、この立法条約概念が、オッペンハイムの国際法理論において特別な意味を有するものとして認識されてきたことも確認されなければならない。即ち、ラウターパクトによれば、オッペンハイムは、ベルクボームやトリーパーによって構想された立法条約論を英米の国際法学者に普及させたということで、立法条約論の文脈において重要な役割を果たしたと評価されているのである。<sup>(36)</sup> それでは、ラウターパクトの評価のように、オッペンハイムの立法条約論はベルクボームやトリーパーの理論を受容したものであると考えられるのだろうか。概説書の執筆に当たって、オッペンハイムが参照し得たこれらの先行文献をオッペンハイムがどのように理解し、それとどのような関係に立つものとして彼が「立法条約」を観念していたのかという点を以下で明らかにすることとしたい。

## (2) トリーパーの国際法認識と共同意思理論

既に言及したように、立法条約論の代表的な論者として、一八九九年に『国際法と国内法』<sup>(37)</sup>を上梓したトリーパー

ルが挙げられる。一八九三年にライプツィヒ大学において、国法学・国際法・行政法の教授資格を取得した彼は、その後一九〇一年にテュービンゲン大学で教授職を得るが、このテュービンゲン大学への移籍までの間のライプツィヒ時代に上梓されたのが一八九九年の著作である。彼はこの著作において、「国家間の関係に法は存在し得るか」、そして「それは如何なる法源から生まれるのか」という点を解明しようと試みたのであった。<sup>(44)</sup>

まず、法を法関係 (Rechtsverhältnis) と法源 (Rechtsquelle) によって分類するトリーペルは、国内法が私人間の私法的関係及び私人と国家機関間の公法的関係を規律するのに対して、国際法は国家の国家に対する関係を規律するものであると論じること、国際法の自律性を提示する。<sup>(45)</sup> 国際法の法源についてのトリーペルの基本的立場は、概ね次のように説明することが可能である。即ち、諸国家から構成される社会において、多数の国家を拘束する意思が単一の国家に帰属することはあり得ないため、その意思は個別国家の意思の結合によって生ずるものである。この結合された意思が「共同意思 (Gemeinwille)」又は「全体意思 (Gesamtwille)」であって、意思の合致によって意思統一 (Willenseinheit) へと融合する諸国家の共同意思のみが国際法の法源である、というものである。<sup>(46)</sup>

かかる共同意思の形成については、従来の一般的見解である契約理論と、ビンディング (K. Binding) やイエリネツクらが提示した新理論があるとして、後者を自らの立論の出発点として選択している。具体的には、ベルクボームが一八七七年に上梓した著作、トリーペルがライプツィヒ大学において師事したビンディングによって一八八九年に公表された論考<sup>(47)</sup>、そしてイエリネツクの一八九二年著作において提示された理論を、トリーペルはそれぞれ検討するといっているのである。まず、ベルクボームの理論については、ベルクボームが提示した二種類の国際条約のうち、国家の権利を形成又は廃止する法律行為を内容とする条約ではなく、「諸国が将来の行動の一般的規範として明白に合意する法命題という抽象的規範を内容とする条約」のみが国際法の法源として認められるという点をトリーペルは評価している。<sup>(48)</sup> 次に、ビンディングについては、ビンディングが「協約 (Vereinbarung)」という用語を生み出

し、法律行為のように合意する当事者の意思の統一的統合がなされない「契約 (Vertrag)」とは區別して、協約を合議裁判所の判決のように内容の等しい意思が統一的に統合されるものとして提示した点に注目している<sup>(58)</sup>。そして、イエリネックについては、かかるビンディングによる協約概念を公法以外の例にも応用し、対立した又は一致しない利益の充足を目的とする意思の合致である契約と、共通利益の充足を目的とする意思の合致である協約という區別を提示した点を評価しているのであった。<sup>(59)</sup>

### (3) トリーベルの立法条約論

トリーベルは、以上のように共同意思の形成に関する新理論を検討しながら、国内法における協約の概念について検討した後に、それを国際法に当てはめるという方法で、議論を展開していくことになる。トリーベルの理論についての詳細な紹介は次章に譲るとして、ここでは彼の立法条約論の要点について確認しておきたい。

まず、ベルクボーム、ビンディング、イエリネックによって提示された新理論をもとにして、法律行為を構成する条約と法命題を構成する条約とに条約を類型化し、前者について、領域譲渡や捕虜交換のように、対立する当事者の利益を充足するために締結される私人間契約に相当するものとして、これを「契約合意 (Vertrag)」と観念する。このような契約合意は国内私法において客観的な法命題となり得ないように、国際法上も共同意思を形成することはなく、それ故に国際法の法源とはならないと論じられる<sup>(60)</sup>。

そして、法命題を構成する条約については、まず「相異なるが対立する利益をもつ複数の当事者間における、内容的には対立するが同一の目的に向けられた合意」を「共同意思形成合意 (Vereinbarung)<sup>(61)</sup>」と観念し、その例として、第一に、複数の国家が特定の地域に関して共同領有権、共同中立地帯又は共同地役権を設定する条約を締結した場合、第二に、行政連合、国家連合又は連合国家を結成するために独立諸国家間で締結される条約、そして第

三に、諸国が将来の行動を永続的に規律する客観法を定立する場合を挙げている。<sup>(83)</sup>

以上から、トリーペルの立法条約論が、ベルクボームと同様に一定の類型に属する条約のみを国際法の法源として認める議論であったことが確認される。トリーペルの狙いは、国際法の定立を共同意思形成合意によって説明すること、かかる合意が「既に存在する客観法」に依拠することなく定立可能であることを明らかにしようと試みていた点にあったといえる。しかしながら、この説明のために彼によって編み出された、個別国家の意思とは異なる共同意思という概念は、後述の通り、後に彼に対して寄せられる批判の主たる対象となるのであった。

### (三) 条約の拘束力の根拠

#### (1) オッペンハイムが明示的に参照している研究との比較

最後に条約の拘束力について、オッペンハイムが「条約は拘束する」という(普遍)慣習国際法にこれを基礎づけていたことは既に前章で確認した通りである。そして、オッペンハイムが明示的に言及していたように、この主題を巡ってはオッペンハイム以前の研究によっても様々な議論が提示されてきたため、オッペンハイムがそのような先行研究をどのように理解した上で、「条約は拘束する」という慣習国際法に条約の拘束力を基礎づけたのかということが確認されなければならない。

概説書第一巻において条約の拘束力が論じられている箇所(第四九三節)については、概説書の初版から第三版まで記述がまったく同じであり、同旨の記述は一九一六年のケンブリッジ大学の講義録においても確認されるものである。<sup>(84)</sup> 彼によれば、条約の拘束力に関する問題については「これまでに非常に多くの論争がなされてきた」として、①自然法、②宗教的・道徳的原則、③国家の自己拘束、④締約国の意思、⑤人類の法意識(Rechtsbewusstsein der Menschheit)<sup>(85)</sup>にそれぞれ根拠を求める学説があるという。



まず、①及び②については、具体的な論者は挙げられていないが、オッペンハイムが国際法の基礎として自然法のような非実定的要素を排除し、法と道徳とを峻別したことに鑑みると、彼がこれらの議論に与しないということは明らかであろう。

③については、このような立場を採用する者として、ホール、イエリネック、そしてニッポルト (O. Nippoldt) が挙げられている。まず、ホールについて参照している箇所を確認すると、「自らの意思の命令によって自由に導かれる道徳的存在としての国家の立場」<sup>(56)</sup>から国家は他国と条約を締結する権利を有するということになる、という一節がオッペンハイムの参照箇所であることが判明する。この「自らの意思の命令によって自由に導かれる」というホールの論述を以って、ホールが国家の自己拘束理論を採用しているとオッペンハイムが評価したということが理解されるのである。次に、イエリネックについては、一八八〇年に上梓された著作が参照されている。オッペンハイムの参照箇所において、イエリネックは、「国家が自らを拘束するとみなしている規範の総体」が法の最も広範な定義であり、「国家権力の自己拘束 (die Selbstverpflichtung der Staatsgewalt) がすべての法秩序の本質である」と論じている。<sup>(57)</sup>そして、ニッポルトについては、一八九四年に上梓された『条約の法的性質』の第一一節が参照されている。第一一節は条約の法的拘束力及び強制可能性について論じられた部分であるが、そこにおいてニッポルトは関連する学説を批判的に検討した上で、条約の法的拘束力が条約の締結という行為において国家によって表明される自己拘束であると説明している。<sup>(58)</sup>

次に、④の締約国の意思に条約の拘束力の根拠を求める者としては、トリーペルが挙げられている。オッペンハイムが参照している部分において、トリーペルは、法の妥当性の基礎が法の埒外にあることを断った上で、「国際法の拘束力は共同意思に求められる」と論じていた。<sup>(59)</sup>

そして最後に、⑤の人類の法意識という議論については、ブルンチュリの概説書が参照されている。該当部分を

確認すると、確かにブルンチュリによれば、条約の法的拘束性は「人類の法意識に基づき、国際法秩序の必要不可欠な構成要素<sup>(30)</sup>」であると論じられていることが分かる。ここでブルンチュリは、オッペンハイムと同様に条約の法的拘束力が古くから論争の対象となってきたことに言及しつつ、条約の拘束力を国家の自由意思に基礎づける議論を批判している。ブルンチュリによれば、個別意思は共通の法秩序に合致し、その範囲内にある場合のみに法を生じさせるのであって、このような共通の法秩序を示すような人類の法意識が条約の拘束力の根拠となると論じられていたのであった<sup>(30)</sup>。

## (2) 参考文献に挙げられた研究との比較

自らに先行する研究であって、且つ、自身とは立場を異にするものとしてオッペンハイムが提示した研究における条約の拘束力の根拠に関する議論は右で紹介した通りであるが、この条約の拘束力の根拠が論じられている概説書第一巻第四部第二章の第一節（「条約の性質及び機能」冒頭には、右で紹介したもの以外にも参考文献が示されている<sup>(31)</sup>。そこでは、前項で紹介したものも併せて一九点が挙げられているが、そのうち前項で示したものと及び該当部分において条約の拘束力に関する記述を欠くものを除外すると七点の著作が残るため、以下ではこれらの議論を検討することにした。

まず挙げられるのは、オッペンハイムによっては明示的に提示されていなかった類型として、条約の拘束力を国内私法における契約のそれから類推するという、いわゆる私法類推の議論である。デパニエ (F. Despagnet)、プラディエールフォデレ<sup>(32)</sup>、そしてリヴィエの議論がこれに属するものであるが、前二者が詳細な議論を展開していないのに対して、リヴィエは次のように論じていた。

条約の拘束力は、我々の共同体を構成する諸国（それは一定程度の文明意識に到達したすべての諸国と同じである。）の全員一致の同意に基礎づけられる。この全員一致の同意は普遍的利益及び必要性の認識に基礎を置くものである。<sup>(36)</sup>

リヴィエは、他の二者と同様に条約の拘束力は契約のそれと同様であると論じた上で、右のような議論を展開しているが、この議論は、契約類推というよりはむしろ、条約の拘束力を共同体の全員一致の同意に求める別の異なる議論として理解できる。そして、共同体の同意に基礎づける論理構成は、オッペンハイムの国際法の基礎に関する議論と類似していると考えられる。

このようなリヴィエの議論を直接批判するものではないが、全員一致の同意によって条約の拘束力を基礎づけることはできないと論じるものとして、ヘフターの概説書が挙げられる。ヘフターによれば、条約の拘束力を国家の意思の一致 (*Einheit des Willens*) に基礎づけるという見解を擁護するのは困難であり、同一の利益及び同一の倫理的態度によって支持される一般的意思のみが、個別の条約に対してその永続的な直接的履行の義務を賦課することができるとはできない。しかしながら、このような命令は国際法上存在しないため、条約は次のような自然的な力及び価値を有するに過ぎない。即ち、条約は、他国との関係を保持し、新たな権利を得るといふ相互的な利害の中にのみ、その土台を見出すことができる。条約に対する保障はヨーロッパの国家体制の中に与えられ、その中で相互性及び意思の合致が備えられ、それ故に、国家は条約の拘束力の原則（これはすべての利益であり、それなしでは如何なる信頼も交際も可能ではない。）を承認することによってのみかかる国家体制に属することができる、というのである。<sup>(37)</sup>

また、マルテンスは、オッペンハイムと同様にイエリネック及びブルンチュリの議論を例示し、この両者の説明は真ではないと評価した上で、条約の拘束力は、ある国が権利能力を有することに對する他国による承認に基づく

ものであって、「社会あるところに法あり」というように、国家間共同体という概念から導かれるものであると論じている<sup>(56)</sup>。他にも、条約の拘束力を人間本性に依拠する人類の平等性及び社会性に基礎づけるというラギー(F. L. G. L. G.)の議論<sup>(57)</sup>が挙げられる。

以上の検討から、条約の拘束力をその旨を規定する慣習法の存在に基礎づけるといふオッペンハイムの議論は、少なくとも彼が概説書の参考文献として挙げていたものにおいては見出すことができなかつたことが明らかとなる。さらに、管見の限りでは、その他の同時代の著作においても同旨の議論を確認することはできなかつた。

#### 第四節 総合的検討——オッペンハイム国際法論の特性

##### (一) 異同の比較作業のための視座——国際法秩序の主観的構成と客観的構成

従来の研究によれば、「一九世紀」の国際法理論については、自然法理論の衰退に伴い実証主義理論が勢力を増していったという評価がなされてきた。但し、既に序論で言及したように、かかる評価は一面的なものに過ぎず、自然法に依拠した国際法論は世紀末においても依然として存在していたのであつた<sup>(58)</sup>。このような自然法論の衰退と実証主義理論の台頭という「一九世紀」国際法論の一般的な傾向の把握は、一八世紀から二〇世紀に至る国際法学全体の流れ、そしてとりわけ一般科学における実証主義化への呼応という「一九世紀」の国際法学の特徴を説明するためになされたものであつたが、このことによつて却つて矮小化されてしまつた問題があることには注意を要する。このような問題の一つは、既に言及したように、一九世紀末にも存在した自然国際法論に対する消極的評価又は忘却である。そして、もう一つは、法実証主義そのものに対する理解についての問題である。

この文脈において、法実証主義が様々な意味で用いられてきたことは我が国においても既に指摘されてきたところである<sup>(59)</sup>。その中でも、自然法論と実証主義との相違が「秩序の根拠についての理解の相違、あるいは規範命題を

論証する方法の相違<sup>(50)</sup>」であるという指摘は、本稿の考察にとつても重要である。何故ならば、このような相違を踏まえなければ、例えば次のような場合を正確に評価できないという問題が生じることになるからである。

国際法の基礎を「共通の法的確信」として構想するリヴィエについて、オッペンハイムは「真の実証主義 (Real Positivism)」を採用する者として評価<sup>(51)</sup>していたが、例えばトリーペルは、リヴィエの議論は歴史法学に属するもので自然法論に等しいと批判<sup>(52)</sup>していた。このような評価の対立の背景にあるのは「実定性」——ひいては「実定的なもの」を対象とする「実証主義」そのもの——に関する論者間の前提的な理解の相異の存在である。即ち、トリーペルは（主意主義的実証主義のみが「実証主義」であるという）狭い実証主義理解に立っていたのに対して、オッペンハイムにとつては国際法の法源から自然法等の非実定的要素を排除する議論が「実証主義」理論であつて、必ずしも国際法規則を国家意思や国家間合意に基礎づける理論のみが実証主義ではなかつたのである。換言するならば、国際法の基礎を「共通の法的確信」に求めるといふ議論において、この法的確信が個別国家の意思に還元されるものとして構想されている場合、或いは、共同体又は法秩序のようなものが措置されていて、個別国家ではなくかかる共同体に法的確信が基礎づけられるものとして構想されている場合とでは、これらが「実証主義」理論であるか否かという判断において、論者によつてはまったく異なる評価がなされ得るといふことである。この点について、従来のように実証主義と自然法論との対立という観点から評価するならば、明示的に自然法の妥当を否定しているという意味で、一見したところ「共通の法的確信」を国際法の基礎とする議論は実証主義国際法論であるかのように捉えられる。しかしながら、かかる「共通の法的確信」が共同体又は法秩序に基礎づけられ、さらにこれらが国家意思には還元されないものとして措置されていた場合には、トリーペルの批判において顕著であるように、このような議論は少なくとも「主意主義的」実証主義——国家意思、実証主義——に属するものと評価することはできない。何故ならば、ここで措置されている共同体又は法秩序は、国家意思という実証可能なものに基礎づけら

れていないからである。

そこで、実証主義国際法論の構成方法の多様性に基づく右のような相違を説明するために導入されるのが、国際法秩序の主観主義的構成・客観主義的構成という区別<sup>(56)</sup>である。即ち、国際法秩序を国家意思に還元し得るものとして構想する議論を国際法秩序の主観(主義)的構成とし、これに対して、仮に共同体又は法秩序のような、それ自体は個別国家(の意思)から構成され得るようなものを措定している場合であっても、それらが国家意思に還元され得ないものとして構想されている場合は、そのような議論を国際法秩序の客観(主義)的構成と捉えるという視座である。このような視座は、実証主義を広く捉える見解(自然法論の不在を実証主義の特徴とみるもの)や、狭く捉える見解(主意主義の実証主義のみを実証主義と考えるもの)を排し、論者が各自信奉するところの「実証主義」に即して、実証可能な何らかの経験的要素に基礎づけられるものとして示される国際法構想の多様性を明らかにすることを可能とするのである。

このような視座からより具体的な議論を見てみるのであれば、例えばブルンチュリのように、「人類の共通意識」に国際法を基礎づけるものについては、主観主義的構成があくまでも当時の排他的国際法主体であった国家の意思のみを起点とする議論であること、そしてブルンチュリがかかる法意識を国家意思に還元され得ないものとして構想していたことから、これは客観主義的構成として理解されることになる。また、「民族の法的確信」にすべての法の基礎を求める歴史法学派の影響下で、国際法の基礎を「共通の法的確信」として構想するような議論(典型例としてリヴィエの議論)も、国家意思に国際法秩序の淵源を求めるのではなく、法秩序を措提する議論であるため、客観主義的構成を採用するものと評価されることになる<sup>(57)</sup>。他にも、本章第一節において確認されたものとして、「意見の一般的合致」(ウェストレイク)<sup>(58)</sup>、諸国家の「共同意思」(トリーベル)<sup>(59)</sup>、「共通意思」(ヘフター)<sup>(60)</sup>、「諸国に共通の法意識」(ホルツェンドルフ)<sup>(61)</sup>等を挙げることができるが、ウェストレイクが国家意思に還元され得ない国家間共

同体の存在を前提としていたこと、また後二者がリヴィエと同様に歴史法学に属する議論であったこと(30)から、これらは客観主義的構成に基づく議論であったと考えられる。これらに対して、トリーベルは国家意思を国際法秩序構想の出発点として据える主観主義的構成を採用していたのであった。

なお、確認されるまでもないが、以上のような議論に対して、自然法の妥当を明示的に否定し、各国家の自由な同意に国際法を基礎づけ、その上で国家間の合意が反映される条約及び慣習法のみを法源として構想したオッペンハイムは、まさに国際法秩序の主観主義的構成を採用した者であったと評価できる。そして、かかる評価に従えば、例えばボンフィスのように、一方では実定国際法を国家間の明示及び黙示の合意として構想し、他方で普遍的妥当性を有する自然国際法を構想するような議論(31)については、実定国際法の構想はオッペンハイムと共通するものの、自然国際法を構想しているという意味において、オッペンハイムの国際法構想とは根本的に異なるものとして評価されることになる。以下では、この点を十分に意識しつつ、オッペンハイムの国際法論の特有性を、彼に先行する諸研究との間の異同を検討することで明らかにすることとしたい。

## (二) 慣習国際法論の評価

まず第一に、オッペンハイムの慣習法論について検討する。但し、慣習法論の検討に際しては、次のような背景を確認しておくかなければならない。即ち、第二節(一)で既に確認したように、国際社会全体に対して妥当する国際法である一般国際法(オッペンハイムにおける「普遍国際法」)の法源が、歴史的には自然法、又は、一般法としての慣習法に求められてきたのに対し、「一九世紀」を通して国際法学が実証主義の学として確立されるようになるに伴い、自然法に代表される非実定的要素が国際法学から放擲されるようになり、その結果として、一般国際法は一般法であることが所与とされた慣習国際法のみによって担われるようになった、という背景である。

このような背景を念頭に置くと、慣習国際法論の比較検討に際して次のような引証基準を提示することができるように思われる。即ち、ある論者の国際法体系において、自然国際法のような先験的な要素に基づくものが構想されている場合には、これが国際法の一般的妥当性を担保することになるため、実定国際法——とりわけ慣習国際法——は必ずしも一般法として構想されなくてもよいことになる。尤も、既に第二節(二)で確認されたように、このような場合においても慣習国際法が一般法として構想されることもある。また、歴史法学派の慣習国際法論に顕著なように、自然国際法の妥当を否定する客観主義的構成においても、前提される法秩序及びそれに基礎づけられる法的確信や法意識の存在から慣習国際法の一般的妥当性が認められるものもある。オッペンハイムの慣習法論をかかる基準を以って評価するならば、主観主義的構成を採用したオッペンハイムにおいては、自然国際法の妥当が容認されず、また、その一般性が重視されたとは考えられるものの、慣習国際法が一般法(オッペンハイムのいう「普遍法」としては必ずしも指定されなかったと纏められる。以下では、本章第二節で挙げた各論者をこのような基準に照らして捉え直した上で、慣習法論における三つの個別的論点——①慣習法の性質理解、②慣習法の妥当範囲、そして③普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別の有無——について、オッペンハイムの慣習法論との異同を精査することとしたい。

まず、各自の構想において自然国際法又は何らかの先験的な要素の妥当が認められていたか否かという観点から分析すると、プラディエルフオデレ<sup>(88)</sup>、ハレック<sup>(89)</sup>、ウエストレイク<sup>(90)</sup>の三人はこれらの妥当を認めていたことが確認できる。とりわけプラディエルフオデレは、オッペンハイムと同様に黙示の合意によつて慣習国際法を構想し、且つ、その一般的妥当性を指定していなかったが、それを可能とさせたのは一般的妥当性を有する自然国際法(又は理想国際法)の存在であった。

また、個別的論点について、慣習国際法の性質理解(論点①)に着目すると、マルテンス<sup>(91)</sup>、ボンフィス及びハレック



クがオッペンハイムと同様に黙示の合意論を採用していたが、三人とも慣習法の一般的妥当性を措定していたという意味（論点②）では、オッペンハイムの慣習法論とは異なるものであったといえる。そして、論点③については、一方でマルテンス及びハレックにおいては普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別が構想されていなかったが、他方ではボンフィスがかかる区別を提示していたのであった。

以上の検討から、オッペンハイムの慣習法論の特有性について、少なくとも次の点を指摘できるだろう。即ち、オッペンハイムのように自然国際法の妥当を認めずに慣習国際法を黙示の同意として構成する議論は存在したものの、かかる議論における慣習国際法は一般的妥当性を有するものとして捉えられていた。そしてその帰結として、普遍慣習国際法及び一般慣習国際法との区別について、明示的に論じられることは殆どなかった。この例外として挙げられるのがボンフィスの慣習法論であり、ボンフィスは共同体と個別国家の同意とを関係づけることで慣習国際法が普遍的妥当性を有する旨を論じていた。このような共同体と個別国家との関連づけというボンフィスの慣習法論はオッペンハイムの構想と共通するものであったが、ボンフィスは国際法の基礎を人類の社会性（socialité）に求めるという客観主義的構成を採用していたこと<sup>(38)</sup>から、ここにおいて両者の異同が確認される。なお、オッペンハイムのように主観主義的構成に即して慣習国際法の一類型として特別慣習国際法の存在を明示的に論じる者は、管見の限り皆無であった。

### （三） 条約論の評価

#### （1） 立法条約論

前節において、条約の法源性に関する議論として、条約の当事国数及び規範内容を基準として条約を類型化し、一定の類型に属する条約のみを国際法の法源として認めるといふ議論が確認された。それでは、これらの議論とオッ

ペンハイムの立法条約論との間にはどのような異同が見出され、その異同はどのように評価され得るものなのであろうか。

まずは、オッペンハイムの立法条約が「将来の国際的行動のために新規則を定立するもの、又は、現在の慣習規則を確認、明確化若しくは廃止するもの」と定義されていたことから、オッペンハイムの条約類型論が一般条約・特別条約という類型化ではなく、規範内容を基準とした類型化に属するものであることが理解される。この第二の類型化の中には、英国の実行に基づくと考えられるものと条約の性質を基準とするもの（法律行為と法規範（法命題）との区別）があったが、オッペンハイムの立法条約概念の文言に着目すると、前者に属するローレンス及びテイラーの見解、後者に属するウルマンの見解がオッペンハイムの定式化と殆ど一致していることが確認される。

しかしながら、彼らの議論構想の全体像を踏まえるならば、少なくともウルマンの構想はオッペンハイムと異なっていたと考えられる。ウルマンは「既存の慣習規則を明確に定式化若しくは再確認するもの又は国際生活のための新たな法原則を創設する」<sup>(90)</sup>条約のみが国際法の法源としての条約であると論じていたが、その背景にはトリーパー等と同様の思考——契約条約の排除——が見出されるからである。既に確認されたように、ウルマンは一方では国内私法における思考を国際法に直接類推することを否定しながらも、他方では同盟条約や講和条約のような具体的な事実又は個別の法関係を規律する条約を国際法の法源からは排除していた。さらに、一九〇八年に改訂された第二版においては、自身とは異なる見解として契約条約も国際法の法源とする構想があることを指摘し、その具体例としてオッペンハイムを挙げていたのであった。<sup>(91)</sup>

尤も、オッペンハイムが契約条約を国際法の法源から排除していないというウルマンの指摘の妥当性には疑問も残る。何故ならば、オッペンハイムは契約条約という語を明示的に用いておらず、立法条約に該当しない条約を国際法の法源から積極的に排除しようと試みていたか否かというその意図については、ウルマンのような直接的な言

及がないため、明確ではないからである。<sup>(30)</sup> オッペンハイムは立法条約の最初の例として一八一五年のウィーン議定書を挙げているが、その書きぶりからは、例えばウェストファリア条約のようなそれ以前の条約の法源性を否定しているとは理解し難く、彼の意図は普遍国際法の例示のために重要な条約の類型を立法条約として提示するというものであったと理解することも可能である。

いずれにせよ、右記の事実から理解されるように、排除される条約類型についての言及を欠いているという意味においてオッペンハイムの立法条約論は不完全なものであった。<sup>(31)</sup> しかしながら、トリーパーの立法条約概念がオッペンハイムに受容されたという先行研究の評価については、オッペンハイムが明示的に契約条約の排除までを構想していなかった点を考慮すると、かかる評価は正確なものとはいえない。確かにトリーパーにおいて立法条約として観念された共同意思形成合意の類型の一つに「諸国が将来の行動を永続的に規律する客観法を定立する」というものがあり、ウルマンの場合と同様にその文言だけに着目すると、オッペンハイムの立法条約はトリーパーのそれと類似するものであると理解される。しかしながら、トリーパーの共同意思理論においては、国家間の意思の合致としての合意に表明される主体の具体的な意思表示の様相によって契約条約と立法条約とが区別されていたのに対して、このような区別はオッペンハイムの立法条約論においては確認されないのである。

以上から、オッペンハイムによって観念された立法条約は、少なくとも先行研究において理解されてきたようなトリーパーの立法条約論の系譜に位置づけられるものではないと考えられる。また、英国の概説書において示されていた条約の定義との関係についてみても、オッペンハイムが一般的な妥当性を有する条約のみを法源として捉えるという考え方を採用していなかったため、結局のところオッペンハイムの立法条約論は彼に特有なものであったと評価できる。

## (2) 条約の拘束力の根拠としての慣習国際法

それでは、条約の拘束力の基礎についてのオッペンハイムの議論の特有性はどのようなものであろうか。既に前節において確認されたように、オッペンハイムは、条約の拘束力の問題を次の三つの問いに分解することで満足のいくように処理されるものと考えていた。即ち、一点目に、「条約が法的拘束力を有するのは何故か」という問いであり、これに対しては、この旨の慣習法が存在するからであるという断定的な回答が示されている。次いで二点目に、「〔条約は法的拘束力を有するという〕慣習法が存在する原因は何か」という問いが示され、これは複数の原因に依るものであるとして、「宗教・道徳上の理由及び国家の利害がかかる規則を要求しており、このような〔慣習〕規則が存在しなければ国家間に法は存在しない」と論じている。そして最後に、「執行のための法的権威を欠いているのに、条約の法的拘束力は説明され得るのか」という問いに対して、既に国際法の法的性質を論じた箇所述べたように、国際法もかかる法的権威を有すると回答していたのであった。

そして、前節において同様に確認されたように、オッペンハイムの先行文献における条約の拘束力の根拠論を確認した限りでは、条約の拘束力が慣習法に基礎づけられるというオッペンハイムの議論と同旨のものは見出されなかった<sup>(20)</sup>。また、第一部で確認された先行研究において、トリールベルの共同意思理論とオッペンハイムの共通の同意理論とがしばしば並置されて議論されるという状況があることに言及したが、概説書においては自らと異なる立場を採用する者としてトリールベルが挙げられていたことから、オッペンハイム自身には条約の拘束力の基礎づけという点においては、少なくともトリールベルとは異なる議論を提示しているという自覚があったことが理解されるのである。

以上から、オッペンハイムの条約の拘束力の根拠論にも彼の構想の特有性が認められると評価し得る。しかしながら、条約の拘束力の根拠を慣習法に求めるということは、その慣習法の拘束力の議論を提起するものに他ならな

い。オッペンハイムは、条約の拘束力を担保する慣習法の存在する「原因」を論じてはいたが、それは慣習法の拘束力の根拠を論じているものではなかった。それでは、オッペンハイムはどのようにして慣習法の拘束力を構想しようとしていたのであるか。慣習法の拘束力に関する彼の議論の評価は、個別国家と国家間共同体との関係を彼がどのように理解していたのかという点の理解に密接に関連するということは既に前章において指摘した通りである。それ故に、かかる評価のためにも、次章では個別国家と国家間共同体の関係について、オッペンハイムが下敷きとしたであろう同時代の議論を参照し、それらの議論と彼の議論との間の異同についてより詳細に検討することとした。

(340) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.3.

(341) *Ibid.*, p.8. 例えば、英国議会は英国国民の共通の同意に基づく立法機関であることが例示されている。

(342) “Family of Nations”の邦訳については、一六・一七世紀の国際社会を「同族的な国際社会(Family of Nations)」、一九世紀に至るまでの国際社会を「同質文明の国際社会(International Society)」そして現代国際社会を「国際利益共同体(International Community)」とする山本草二の訳出がある。山本草二「国際法【新版】」(有斐閣、一九九四年(二)一―二四頁。下同)で山本草二は、“Family of Nations”を、“その国家体制の実情に着目することで「同族的な国際社会」と訳出していると考えられるが、オッペンハイムが経済活動の活発化に伴う国家間の相互依存状況を至る所で強調していることから読み取れる通り、彼が念頭に置いていたのは、近代的市民法の体系やそれに伴う近代法意識が次第に各国共通のものとなることで同質化された国家であると解されるため、本書では山本の訳を採用せずに「同質的な国際社会」と訳出した次第である。なお、当時の国際社会のこのような「同質性」を指摘するものとして次の文献も見よ。田畑茂二郎「国際法(第二版)」(岩波書店、一九六六年)七二頁。

なお、オッペンハイムは、この“Family of Nations”を文明諸国によって構成される「共同体(community)」と互換的に用いているが、かかる共同体は組織化されたものとして捉えられているわけではなかった。国際主義を重視していた彼は、個々の国家が分け隔てられた状態で共通の利益の達成のために協力するという国際秩序構想を理想としていたため、「世界国家(*civitas maxima*)」の成立可能性を否定していたのであった。Oppenheim, “Die Zukunft”, aaO, (Ann.201), S.152-156; Oppenheim,

*The League of Nations*, *supra* note (209), p.12; Oppenheim, *supra* note (332), p.269.

- (34) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.10—13. 後の論文においては、国際法が法であることを否定する者は、その理由として自らの定義と合致しないことを挙げているに過ぎず、それは理論としては優れているが現実を説明できないような理論を提示するドイツの哲学者が事実を問題視するのと同様であると批判している。Oppenheim, *supra* note (200), p.331.

(34) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.13.

(35) *Ibid.*, pp.12—13.

(36) *Ibid.*, pp.13—14.

(37) キングスベリーが指摘するように、オッペンハイムは初期著作において法の変化に対する世論の役割について論じていた。

Kingsbury, *supra* note (239), p.411. 具体的には、奴隷貿易の非人道性に対するヨーロッパの反応及びムスリム国家に対するキリスト教世界の反応にまつての議論(Oppenheim, *Gerechtigkeit und Gesetz*, a.O. (Ann.176), S.18)・反戦運動が人々の良心における変化を招き、次いで戦争に対する道徳的態度の変化を、最終的には法における変化を生じさせたという議論(Oppenheim, *Das Gewissen*, a.O. (Ann.180), S.48—50)・ロンドン宣言の批准と世論との関係(Oppenheim, “The Declaration of London”, *supra* note (202), p.485)等が挙げられる。

(38) 別稿においても、共通の同意を基礎とする故に国際法は国内法と同様の法体系の一分野を構成することが論じられている。なお、その中で、法に対峙する道徳規則が「良心のみによって執行されることに対する共同体の共通の同意」に基づくものである旨が言及されている。Oppenheim, *supra* note (200), p.331.

(39) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.15.

(35) 初版においては、この条約は「将来の国際的な行動の永続的な形態を創設することを目的とする条約」(*ibid.*, p.18)として説明されていたが、第二版以降においては、このような条約は「立法条約」である旨が追記されている。

(35) *Ibid.* の点は別稿におよび確認されている。Oppenheim, „Die Zukunft“, a.O. (Ann.201), S.170.

(35) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.21.

(35) なお、一九一五年論文におよび「法源」と「原因」との混同に対する注意が喚起されている。Oppenheim, a.O. (Ann.208), S.10—11.

(35) *Idem*, “2. The Sources of International Law and the Sphere of its Power”, in *idem*, *Lectures on Introduction and Subjects of International Law*, Trinity/Add ms.a.338, Box 1/2 (Wren Library, Cambridge University), p.1.

- (35) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.21.
- (36) *Ibid.*, p.22. この点について、講義録では次のように補足がなされている。即ち、国家の共通の同意は、「国家が互いに手を取り合い、ある規則が国際法規則となるべきである」という合意に至った際に直接的に与えているか、又は、ある慣行が国際法に合致すると考える限りにおいて、国家がかかる慣行に継続的に従う場合に、かかる国家が間接的に若しくは默示的に与えている」ものである。Oppenheim, *supra* note (354), p.4.
- (37) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.82-93. 別稿(一九〇八年)及び講義録においては、実証主義学派のみが将来存続すると明言されしこと。Oppenheim *supra* note (200), pp.326-333. *Idem.*, "5. School of Thoughts in International Law", in Oppenheim, *supra* note (354), pp.18-20.
- (38) Oppenheim, *supra* note (200), p.326.
- (39) 例えば理性については、ウェストレイクが法源として理性を挙げていることについて「同意できない」(Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.22, n.1)と評しており、また、自然法については、国際法の歴史を概説する中で、「今日我々は自然法が存在しなかつたことを知らざる」(*ibid.*, p.92)と述べている。See further, Oppenheim, *supra* note (200), pp.327-330.
- (40) *Ibid.*, p.333.
- (41) 尤も、例えば前掲註(23)に挙げたキングズベリーが指摘するように、非実定的要素が法源論から排除されているということとは、オッペンハイムの国際法論が法と道徳を分離するという意味での実証主義を採用したということを直接的には意味しない。むしろ、第一部第二章第二節(二)で論じたように、かかるキングズベリーの指摘をさらに発展させる形で、オッペンハイムを実証主義者として評価する際の「実証主義」の意味を再考することに近年の研究(前掲註(23)及び(24)で挙げた文献を見よ)は力点を置いてきたといえる。これら先行研究におけるオッペンハイム像については、本稿で論じられた内容からオッペンハイムの再評価を提示する「結論」において改めて言及することとした。
- (42) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.22. なお、講義録においては、このような慣行の例として条約の起草をフランス語で行うことが挙げられている。Oppenheim, *supra* note (354), p.5.
- (43) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.23.
- (44) Oppenheim, aaO, (Ann.208), S.4.
- (45) *Ibid.*, S.5-6.
- (46) 既に一九〇八年の論文において、本規則を例示することで一般慣習法と普遍慣習法の間の特異性が示されていた。Oppenheim,

*supra* note (200), p.346.

(367) なお、これらの規則は同論文執筆時には既に普通慣習国際法として認められるに至っていたため、歴史的事実としての一般慣習国際法であるという説明が付記されている。Oppenheim, a.o. (Ann.208), 56.

(368) Ebd., 56-7. なお、必ずしも有意な差異ではないが、同論文においては「普通 (allgemein)」・「一般 (gemein)」と表記されているのに対し、別の独語論文においては「普通 (universal/universell)」・「一般 (allgemein)」と表記されている。Oppenheim, „Die Zukunft“, a.o. (Ann.201), S.161, 169.

(369) Oppenheim, a.o. (Ann.208), 58-9. 他にも、例えば講義録において、新国家が同質的な国際社会に加入する際に従う規則に「新国家は普通国際法である既存の慣習国際法に従うことを要求される」と述べられている。Idem, 1. What International Law Is?, in Oppenheim, *supra* note (354), p.24.

(370) 尤も、オッペンハイムが慣習国際法の妥当範囲の分類を考えていたということは、一九一五年論文のみにおいてみられる議論ではなく、概説書において慣習法として提示された個別規則に関する彼の記述からも内在的に理解し得るものであったといえる。例えば、軍艦が公海上の疑わしい私船に対して旗の掲揚を求める権利 (Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.320.) や公海上での追跡権 (*ibid.*, p.321.)、割譲された地に居住する者の国籍が新たに同地を取得した国の国籍に変わるとする規則 (*ibid.*, p.357.)、在外自国民の保護の権利及び自国領域内に在住する外国人への一定程度の処遇義務 (*ibid.*, p.374.) 等が「普遍的に認められた慣習法である」と明示されているのに対して、条約の拘束力が慣習法に基づくものであるとどう説明 (*ibid.*, pp.24 et 519-520.) においてはこのような記述は見当たらない (なお、この点が惹起する問題については(三)(2)における議論を見よ)。また、初版第二巻をみると、例えば沿岸漁業に従事する船舶が非武装である場合に限って攻撃及び拿捕からの免除を享有するという規則は、英国がこれに反対しているために一般的な慣習に過ぎず、普通国際法ではないと論じられている。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.2, *supra* note (61), pp.193-194. の点については次の拙稿も見よ。H. Oguni, “Taming Politics or Naivete of Positivism in International Law? Lassa Oppenheim and His Ascertainment of Customary International Law”, in R. Schärer/A. Peters (eds), *Politics and the Histories of International Law: The Quest for Knowledge and Justice* (Leiden/Boston: Brill, 2021) pp.465-471.

さらに、領海内においても軍艦を浮かぶ領土として処遇する義務について、これを「普遍的に承認された慣習法規則」と論じながらも、この部分に付された脚註では「かかる規則が普遍的に認められるようになったのは一九世紀を通してのことである」と説明されている (Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.487.)。このことは、かかる規則が事実としてある時点で普遍的な適用範囲を帯びるようになったということの意味するに他ならず、慣習法が前提として普遍的な適



用範囲を有するもの(「普通国際法」としては捉えられていないことを例証しているように解されるのである。なお、同旨の記述は概説書第二版及び第三版のみならず、彼の講義録におおつても確認される。Item. 6. The Freedom of the Sea. in Oppenheim, *supra* note (354), pp.2-3. また初版第二巻においても同様に、敵国の私人に対する殺害及び攻撃について、かつては許容されていたが一八世紀には「普遍的に承認された慣習国際法規則」となったという記述がある。Oppenheim, *International Law*, 1st ed. vol.2, *supra* note (61), pp.120-121.

なお、このような解釈は、公海自由の原則について、具体的な国家実行を紹介しつつ、慣習法として存在してきた同原則が漸進的に普遍的な承認を得るまでの過程を論じている点(Oppenheim, *International Law*, 1st ed. vol.1, *supra* note (61), pp.305-306)からも妥当するように考えられるのである。

(371) 本稿第三章第二章において確認されるように、この事実はオッペンハイムの慣習法論を検討する多くの議論において看過されてきた点である。なお、その例外として、オッペンハイムの一九一五年論文を参照しつつ、少数国間のみ適用される特別慣習法の存在を指摘するものとして、例えば次の文献を見よ。B. Binder, „Das Völkerrecht im österreichischen Staatsrecht“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd.35 (1975), S.295.

(372) Oppenheim, a.O. (Ann.208), S.8.

(373) 以上で確認された点以外にも、このような彼の立場は、例えば「多数による決定はそれに反対した少数を拘束し得ない」という記述等から理解されるものである。Oppenheim, „Die Zukunft“, a.O. (Ann.201), S.159; Oppenheim, *The League of Nations*, *supra* note (209), p.44.

(374) 例えば田畑は、慣習国際法は国際社会のすべての国家の合意を前提としていないと論じる中で、内陸国が海に接触した領土を新たに獲得した場合には、この領土獲得という事実を以って、海上航行に関する慣習国際法の妥当を受けるのであって「同意を与えていないからといって、それを拒否することは、もちろんできない」(田畑茂二郎「国際法Ⅰ」(有斐閣、一九五七年)八九頁。)と述べている。また、同様の例を挙げているケルゼンによれば、「一般国際法が法創設慣習の成立に参加する機会を持たなかった国家に適用される場合、「慣習は黙示の同意である」という理論は「排除される」(Kelsen, *supra* note (168), p.312.)と説明されている。しかし、オッペンハイムによれば「ここで例示されている海上航行に関する慣習国際法規則は、かかる規則が適用される状況にあるすべての国家(即ち、全海洋国)によって承認されていなければならない、そのような規則でない場合は、内陸国は新たな領土を獲得したという事実それ自体によってかかる慣習法に拘束されることにはならないのである。

またケルゼンは、慣習国際法理論を主題とする仏語論文において、オッペンハイムの一九一五年論文の当該部分を取り上げ、この二点目の条件を「余計なもの」と評価しているが、かかる評価は、この二つの条件を選言的なものとして捉えている点、

及び、オッペンハイムの慣習国際法論における普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別の誤った理解(即ち、オッペンハイムがケルゼンのように慣習国際法を一般国際法(オッペンハイムにおける「普遍国際法」と同一視していなかったことを見落としてゐる点)に基づいたものであることに注意を要する。*Idem*, “Théorie du droit international coutumier”, *Revue internationale de la théorie du droit*, Nouvelle série, t.1 (1939), pp.271-273, n.1.)の点の詳細については、第三部における検討を見よ。

(375) オッペンハイムの一九二五年論文に依拠してこの点を指摘するものとして次の文献を見よ。森川・前掲註(4)一三八—三九頁、註八。

(376) ドイツ語論文においては、“rechtsetzende Verrüage/Vereinbarung”(Oppenheim, *Die Zukunft*, a.a.O. (Ann.201), S.147)或いは“Vereinbarung”(Oppenheim, a.a.O. (Ann.208), S.1.)という語が用ゐられてゐるが、国際法の法源が慣習法と条約の二つであるとする際の「条約」は“Vereinbarung”と表記されてゐる(*ibid.*, S.13.)。なお、“Vereinbarung”はトリールヘルに代表される立法条約論の中心的概念であり、これらの関係については次章第三節(二)における検討を見よ。

(377) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.23, 25 et 518. 別稿においては、「契約と呼ばれるもの以上のものである」と一国内の議会立法にある意味で類似した、諸会議における大国による立法」と説明されてゐる。Oppenheim, *supra* note (200), p.348. なお、講義録においては「又は」以下の慣習法規則との関係についての言及がみられない。Oppenheim, *supra* note (354), p.6.

(378) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.518. オッペンハイムが挙げているのは、国家領域に関するもの、政治的的目的のために締結される同盟・保護・中立化・講和条約、領事関係条約、通商航海条約、郵便・電信・鉄道・著作権に関する条約、犯罪人引渡し条約、度量衡に関する条約、衛生・労働・農業・工業に関する条約等であり、多様な目的をもつ条約がここでは想定されてゐる。これらの中で「将来の国際的な行為のために新たな規則を定立するもの」、又は、既存の慣習法規則を確認、明確化若しくは廃止するもの」に該当する条約は、すべて立法条約であるというのがオッペンハイムの理解である。

(379) *Ibid.*, p.23.

(380) *Ibid.*, pp.563-568. なお、ここで挙げられているバリ宣言(一八五六年)、ジュネーヴ条約(一八六四年)及びサンクト・ペテルブルク宣言(一八六八年)に加えて、陸戦法規慣例条約のような第一回ハーグ会議で採択された諸条約(一八九九年)を含む九点の条約が、戦時国際法に関する立法条約として初版第二巻の「補遺」に収録されてゐる。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.2, *supra* note (61), pp.498-539.

- (381) 例えば一八三二年に英国、オーストリア、フランス、プロイセン及びロシアによって締結されたロンドン条約について、その第七条においてベルギーの永世中立を創設したという意味で同条約は立法条約であると評価されている。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.564.
- (382) 例えば一八八八年に英国、オーストリア、イタリア、フランス、ドイツ、オランダ、イタリヤ、ロシア、スペイン及びトルコの間で締結されたコンスタンティノープル条約はスエズ運河の永世中立とすべての国の船舶の自由航行を規定したという点で「純粹な(pure)立法条約」であると評価されるのに対して、「純粹でない」立法条約については、これらが立法と評価できないような規定を含むものであると説明されている。Ibid., pp.564 et 567.
- (383) 一九〇一年に英国と米国との間で締結されたワシントン条約がこの例であり、両当事国間での立法に過ぎないが、パナマ運河の中立を将来にわたって約束したこと、そしてすべての国の船舶の自由航行を認めたことが世界規模で重要な意味を有している、と述べている。Ibid., p.568.
- (384) Ibid., pp.23-24.
- (385) このような一般国際法の例として、一八五六年のバリ宣言や一八九九年の陸戦法規慣例条約が挙げられる。(Ibid., p.3)。なお、普通国際法については、初版では具体例が提示されていないものの、第二版においては「使節派遣に関する法が普通国際法の最良の例である」(Oppenheim, *International Law*, 2nd ed., vol.1, *supra* note (194), p.33, n.1)と説明されており、第三版では本文において「使節派遣に関する法及び条約に関する法」(Oppenheim, *supra* note (332), p.1)が普通国際法として例示されている。
- (386) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.24.
- (387) Ibid., p.24, n.2.
- (388) この点は、例えばホイートンの概説書の第六版を編集したキース(B. Keith)によっても指摘されている。彼は、オッペンハイムの慣習法が条約の形式をとる明示的な合意に対するところの黙示的な合意に過ぎず、それ故に、かかる慣習法が普通慣習法でなければ条約の拘束力を説明することは不可能であると述べていた。但し、彼によれば条約の法的拘束力が慣習法上認められるという議論は一般哲学の問題であって法学の問題ではな。B. Keith (ed.), *Wheaton's Elements of International Law*, vol. 1, 6th ed. (London: Stevens, 1929), p.11.
- (389) なお、既に確認したように、概説書第三版では普通国際法の例として外交使節派遣に関する法に加えて「条約に関する法」が追加されている(Oppenheim, *supra* note (332), p.1)という事実は、かかる規則が普通慣習国際法であるという解釈を支持するようにも思われる。しかし、後者については、この修正がオッペンハイム自身の手によるものであるのか、又は、ロクスパー

グのものなのかについては確定的な回答を与えることはできず、さらに、ここでいう「条約に関する法」が条約の拘束力に関するものを含んでいるか否かについても明らかではない。

(390) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.519. なお、同じくオッペンハイムが挙げている従来の見解に ついては、次章第三節③を見よ。

(391) *Ibid.*, pp.8-9.

(392) *Ibid.*, pp.519-520. このような条約の拘束力に関する記述は、若干の修正(関連する学説の加除がなされているものの第三版まで維持されている。また、同様の記述は一九一六年のケンブリッジ大学での彼の講義録においても見られる。*Idem*, "Treaties, and Their Binding Force", in *idem*, *Lectures on Diplomacy as Part of International Law*, Trinity/Add ms.a.338/1/16, Box 2/2 (Wren Library, Cambridge University), pp.14-16.

(393) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.24.

(394) 「数百年に亘って、国家間の行為のために多くの規則が発達してきた。これらの規則の大部分は慣習法規則である。しかし、これらの慣習且つ不文規則に並んで、より多くの成文規則が国際的な合意によって日々増加している。」(*Ibid.*, p.12)

(395) *Ibid.*, pp.16-17. なお、同様にこの一節に着目して、オッペンハイムが主権国家間の共同体における法秩序の存在を前提することか、かかる前提から条約の拘束力に関する慣習法規則を演繹しようとした可能性を指摘する者もいる。Schiffer, *supra* note (240), pp.87-88.

(396) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.109.

(397) *Ibid.*, p.32.

(398) *Ibid.*, p.31.

(399) このような考え方は、柳原による国家領域の三分類から着想を得たものである。柳原は地球上のある陸地が国家領域とみなされる場合を次の三つに分類して説明している。即ち、①国際法の成立の時点で存在していた国家の領域、②新国家が成立する場合、③領域権原によって説明される場合であり、①の場合については、「国際法の存在にあって複数の国家の存在が前提されていたと考えなければならず(一定数の国家の存在は所与の事実とみなされる)、そうした国家の領域もまた所与の事実と考へなければならぬ」として、イングランドやフランスなどの中核的な領域を具体例として挙げている。柳原正治『国際法(改訂版)』(放送大学教育振興会、二〇一九年二〇七一一〇八頁・小寺彰ほか(編)『講義国際法(第二版)』(有斐閣、二〇一〇年)二五四頁(柳原正治執筆部分))。

また、「合意は拘束する」という規則は、古くはローマ法に、そしてかかる規則の実質的意味の変化(即ち、ローマ法におけ

る「着衣の合意」だけでなく「裸の合意」についても訴権が認められるようになったことを考慮に入れても、中世の教会法においては少なくともその存在を見出せるものであり、キリスト教国家である共同体の元来の構成国の間でかかる慣習が普遍的に承認されていたと考えることは経験的な観点からも妥当であるように思われるのである。この点についてはさらなる検討を要するが、差し当たりは註(30)に掲げた文献を参照せよ。

(400) さらに付言するならば、本節(□)において普通慣習国際法の成立の際に国家の同意が擬制される場合について論じたが、海洋法に関する諸規則とは異なり、条約の拘束力に関する規則が適用され得ない国家を「同質的な国際社会」の構成国の間では想定し得ないため、ここでは同意の擬制は問題になり得なかったと考えられるかもしれない。

(401) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.15.

(402) *Ibid.*, p.18.

(403) Kelsen, *supra* note (374), pp.271-273, n.1; Koskenniemi, *From Apology to Utopia, supra* note (28), p.319. 例えばロスキエニエニによれば、オッペンハイムが提示した「共通の同意」は、一方では多数が常に少数に優位するという(非常に疑わしい)道徳的立場に依拠しているという点で「理想」であり、他方では多数の意思が少数のそれを拘束する正当化根拠を何も示していないという点で「弁明」であると批判されている。なお、シュメーケルはオッペンハイムの共通の同意を普遍的な同意ではなく圧倒的多数の国の同意と理解した上で、これがオッペンハイムの理論的立場を示すものではなく、慣習法規則の確認を容易にするために用意された考えであったと理解することで、ルソーの一般意志に擬える右記の批判が行き過ぎていた点を指摘する。Schnoeckel, *supra* note (63), pp.92-94. 先行研究によって示されたこれらのオッペンハイム理解の妥当性については第二部の最後に検討することとした。

(404) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.21.

(405) これは、必ずしも編者によって自覚されてはいないが、オッペンハイムの概説書第九版において示されている議論でもある。R. Jennings/A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol.1: Peace, Introduction and Part I (Harlow, Essex: Longman, 1992), p.14.

(406) このような解釈は別稿の議論とも整合的である。即ち、オッペンハイムは一九〇八年に公表した論文において、ある国家の内部において(総体としての)国民が同意を与えた法に拘束されるのと同様に、国家も自らが与えた同意によって国際法規則に拘束されるが、両者の異同は、国内法が国民の上にある法であるのに対して国際法は国家の間にある法であり、それ故に国内法がある国民の特別な同意がなくても当該国民を拘束するのに対して、国際法規則は個別国家の特別な同意なくして当該国家に課されることはない」と論じていたのであった。Oppenheim, *supra* note (200), p.333.

- (407) 慣習法に対して与えた同意の撤回の際に必要とされる共通の同意についての議論は本節(□)を見よ。
- (408) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.548-553.
- (409) *Ibid.*, pp.550-551.
- (410) オッペンハイムは、この点に関する紛争を判断する国際裁判所が存在しないため、当該紛争に対する司法的解決は望めない旨を概説書第三版の中で追記していた。Oppenheim, *supra* note (332), p.692. 尤も、一九一九年に上梓された国際連盟について的小著においては、国際連盟が設置した裁判所が事情変更に関する主張に判断を下すべきであると提案している。Oppenheim, *The League of Nations*, *supra* note (209), pp.69-70.
- (411) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.551.
- (412) *Ibid.*, p.552. この点は、概説書第二版及び第三版において加筆修正がなされている。まず、第二版においては、このように論じた直後に次の二文が新たに付け加えられている。「したがって、ある国家が事情の重大な変化によって条約義務を負うことができないという見解である場合に、当該国家はまず条約の他当事国にアプローチし、条約を廃棄するよう要求すべきである。そして、かかる要求が拒否された場合にのみ、当該国家はかかる条約義務から解放されるという宣言を正当化されるかもしれない。」(Oppenheim, *International Law*, 2nd ed., vol.1, *supra* note (194), pp.574-575.) また、第三版においては、脚註を付した本文が次のように改められている。「もし事情がこのまま存続するならば」という条項が、事情の重大な変化が生じると直ちに条約義務から自国が解放されることを宣言する権利を国家に付与するべきはなく、条約の他当事国によって条約義務から解放されるといふ主張に権限を付与するのみであるという確信は、前世紀(一九世紀)の間により普及するものとなった。」(Oppenheim, *supra* note (332), pp.691-692.)
- (413) このことは、ここでオッペンハイムが一八五六年のバリ宣言を例示し、バリ宣言からの一方的な脱退が違法であると論じているという事実からも理解される。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.18. このバリ宣言については、事情変更原則が援用された例として初版から言及がなされているが、第三版では「まずはじめに条約の他当事国に条約義務からの解放を求めずに、自国を条約義務から解放する権利を国家は有していない」ということが明らかになった事例として明示されている。Oppenheim, *supra* note (332), p.692. なお、ここで挙げられているバリ宣言に対するロシアの一方的脱退の件については、註(8)に掲げた文献を見よ。
- (414) Oppenheim, *aaO*, (Ann.208), S.11-12.
- (415) *Ebd.*, S.12-13. 既に前節(□)で言及したように、この点は概説書における記述と同様である。
- (416) *Ebd.*, S.8-9.

- (417) Ebd., S.13.
- (418) See Schmoekkel, *supra* note (231), p.707; Schmoekkel, *supra* note (63), pp.92-94 et 99. ㊦のようなシユメーケルの見解を採用するものとして次も参照せよ。藤澤・前掲註(29)一一三一一一五頁。
- (419) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.12.
- (420) *Ibid.*, p.18.
- (421) この点は「一度成立すれば個別国家の恣意が取り去られる」(Oppenheim, aa.O. (Ann.208), S.4.)という同論文における記述からも確認され得る。
- (422) また、このように共同体が個別国家の意思よりも強力であると理解することによって、「個別国家の意思はこのような共同体という難攻不落の要塞の壁に碎かれる」(Ebd., S.13.)という同論文の記述に繋がると考えられる。なお、この記述は概説書における「反対する構成員は少しの重要性も有さず、共同体の個々の構成員と対比される統一体としての共同体の意思を求める者の視野からは完全に消失してしまう」という説明に対応するものと理解可能である。
- (423) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.11-12 et 17.
- (424) Kelsen, *supra* note (374), pp.271-273, n.1. ケルゼンは指摘しているのが、同論文のかかる一節は「多数決はその多数に属する者のみしか拘束しない」(Oppenheim, „Die Zukunft“, aa.O. (Ann.201), S.159.)という別稿における議論とも矛盾するものであると評価できる。
- (425) なお、ケルゼンによるオッペンハイム批判については第三部第二章における議論も見よ。
- (426) Oppenheim, *supra* note (200), p.348.
- (427) Oppenheim, *The League of Nations*, *supra* note (209), pp.44-45.
- (428) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.17.
- (429) なお、同旨の見解は慣習法論文の四年前に公表された別稿においても既に確認することができると Oppenheim, „Die Zukunft“, aa.O. (Ann.201), S.161. また、一九一五年論文と同時に書かれたと考えられる他の論考においても、「文明諸国は国際法なしでは存在し得ない国家間共同体を構成しており、現在の抗争が終わる時には、その基礎をより確固たるものとし、その規則の実現をより十分に保障するための新たな努力がなされるだろう」という一節も確認することができると Oppenheim, „A Pot Pourri of International Law II (January, 27)“, *The Cambridge Review: A Journal of University Life and Thought*, vol.36 (1914-1915), p.157. さらに、一九一五年のミカエラス・チームに行われた講義(「現在の戦争に関する国際法」)の初回において、同旨の発言(「国際法は戦争終結後にこの衝撃から回復するのみならず、その正当性の証明を通して今まで以上に堅固なものとし

て確立されると私は敢えて予言する。)を確認することができよう。Oppenheim, *supra* note (205), p.7. 同様の信念は翌一九一六年の一月一三日に同大学で行われた講義「現在の戦争の中で生じた国際法の諸問題」の初回講義である「均衡の中の国際法」の講義録においても確認されるものがある。Idem, "International Law in the Balance", *Some Problems on International Law Which Have Arisen during the Present War* (Michaelmas Term, 1916), Trinity/Add m.s.a.338-2/2, Box 2/2 (Wren Library, Cambridge University), p.27. それらの事実を考慮すると、彼が構想していたのは、「ゆくり急げ(Festina lente)」のラテン語は一九一九年の講義録(Oppenheim, *The League of Nations, supra* note (209))の表紙に記されているものである。)という言葉に表されるような、段階的で漸進的な国際法の発展であったことが理解されるだろう。

(40) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.16.

(41) *Ibid.*, p.31.

(42) このような解釈は“common”という語が有し得る二つの意味からも理解されるものである。即ち、“common”はある集団の中の二人以上の間で又は全員の間で共有されている状態を意味するため、前者の場合は“general”を意味し得るのに対して、後者の場合は“all = universal”なものとなる。そしてこの“common”という語を用いることで、オッペンハイムが共通の同意に二つの意味を持たせることを可能にしたとも考えられるのである。

(43) Koskenniemi, *From Apology to Utopia, supra* note (28), p.319.

(44) 実際に、例えばトリールは、個別国家意思には還元され得ない共同意思を觀念し、かかる共同意思は共同意思によつてのみ変更できるものであると論じることによって、個々の国家が一度与えた同意を一方的に撤回することができないと述べている。この点については第三章を見よ。

(45) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.8.

(46) See e.g., Collins, *supra* note (157), pp.23-49; Hall, *supra* note (143), pp.269-307.

(47) See e.g., R. Kolb, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", *Netherlands International Law Review*, vol.50 (2003), p.142; Truyol Y Serra, *supra* note (142), pp.412-413.

(48) この点で問題となるのは、比較対象の同定と検討範囲の確定である。即ち、既に第一部第三章第二節において確認されたように、オッペンハイムの概説書は同時代に入手可能な多くの先行文献を参照する形で執筆されており、概説書という媒体の性格上、すべての記述に脚註が付されているわけではないため、彼の議論の特有性を分析するためには、彼が参照したと思われる概説書を同定し、比較する必要があるといえる。概説書初版において、①同時代の主要な概説書として提示されているものは六二点、②特に頻繁に参照されているものは五四点(うち①に含まれていないものは一〇点)あったが、これらに加えて、③オッ



ベンハイムが明示的に参照していないものの、同時代の文献学的調査の結果から得られた三一点の概説書が当時参照可能なものとして存在していた。しかしながら、①のすべてをオッペンハイムが参照したか否かは断定できない。例えば、イタリア語やスペイン語圏の概説書については、フランス語訳のあるフィオレヤカルボの概説書のみが頻繁に引用されるのみであり、その他の概説書は明示的な参考文献としては利用されていない(尤も、国際法の基礎・法源に関する構想が自然国際法の妥当を認めるか否かによって大きく異なることは明らかであるため、とりわけ自然国際法論の影響を強く受けたスペイン語圏の概説書が国際法の基礎や法源を論じる章において明示的に参照されていないという状況は首肯されるだろう)。さらに、③のすべてをオッペンハイムが参照可能であったかということは、彼の蔵書が散逸してしまっているという状況に鑑みれば実証不可能である。

そこで本稿は、このような問題を認識した上で、(一)概説書各章の冒頭で挙げられている著作(その大部分は②の著作である。但し、著作が列挙されていない章も存在する)、(二)本文又はその脚註において明示的に参照されている著作をまずは中心的に検討した上で、これらに該当しないものの、(三)オッペンハイムが同時代の主要な概説書として提示したもの(①)、さらには必要に応じて、(四)オッペンハイムが直接言及していないその他の著作(③)についても検討対象としている。但し、これらすべてについての検討結果を記述することは冗長であるため、前章で描かれたオッペンハイムの国際法構想における主要な諸概念と関連し得る議論を中心に取り上げることとした。

(439) 尤も、国際法否定論の代表者として論敵とされているのはオースティンに限られず、同じく英国のミル(J. S. Mill)やフランスのドゥ・レーヌヴァル(G. de Rayneval)の議論を取り上げるものもある。See e.g. Nys, *supra* note (303), pp.133-135; T. Twiss, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Time of Peace*, new ed. (Oxford: Clarendon Press, 1884), pp.174-175.

(440) なお、とりわけ英国における当時の議論状況については次の文献も参照せよ。C. Sylvest "The Foundations of Victorian International Law", in D. Bell (ed.), *Victorian Visions of Global Order: Empire and International Relations in Nineteenth-Century Political Thought* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p.64, n.28.

(441) See especially, Th. A. Walker, *A History of the Law of Nations*, vol.1 (Cambridge: The University Press, 1899), pp.5-19.

(442) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.10-12.

(443) Th. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 3rd ed. (Boston: D. C. Heath, 1900), p.3.

(444) R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, vol.1, 3rd ed. (London: Butterworths, 1879), p.3. 彼によれば「社会の社会(society of society)」であるべき説明される。Ibid., pp.5-6.

- (445) E. von Ullmann, *Völkerrecht* (Freiburg: Mohr, 1898), S.6.
- (446) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.6, n.1.
- (447) Twiss, *supra* note (439), pp.175-176; J. Westlake, *International Law*, vol.1: Peace (Cambridge: The University Press, 1904), p.7.
- (448) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.13-14. 449 国際法規則の執行における世論の機能について、例えは次の概説書における正確な記述を参照せよ。H. Bonfils (rev. par P. Fauchille) *Manuel de droit international public*, 4e éd. (Paris: Arthur Rousseau, 1905), pp.12-13; P. Fiore (traduit par Ch. Antoine), *Nouveau droit international public: suivant les besoins de la civilisation moderne*, t.1, 2e éd. (Paris: G. Pedone-Lauriel, 1885), p.184; W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 4th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1895), p.16; P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen & américain: progrès de la science et de la pratique contemporaines*, t.1 (Paris: G. Pedone-Lauriel, 1885), pp.34-37. 450 オックスフォードと親交の深かったルート(E. Root)の世論を国際法の制裁として捉えた。E. Root, "The Need of Popular Understanding of International Law", *American Journal of International Law*, vol.1 (1907), pp.1-3; *Idem*, "The Sanction of International Law", *ibid.*, vol.2 (1908), pp.451-457.
- (449) Westlake, *supra* note (447), p.7.
- (450) Twiss, *supra* note (439), p.175. See also, A. W. Heffter (bearbeitet von F. H. Geffcken), *Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 8. Aufl. (Berlin: H. W. Müller, 1888), S.10-13.
- (451) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), pp.73-74. 勢力均衡がオックスフォードの国際法論を支える前提条件にならざることは、既に先行研究における指摘がわたる通りである。See Kingsbury, *supra* note (239), p.431.
- (452) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.15.
- (453) H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1899), S.88.
- (454) H. Wheaton (ed. by R. H. Dana), *Elements of International Law*, 8th ed. (Boston: Little, Brown, and Co., 1866), p.23. 「文明諸国の間で理解される国際法は、正義に一致するものとして独立する国家間に存在する社会の本質から理性によって引き出される行為規則を構成するものであり、そのような〔法の〕明確化及び修正は一般的同意によつてなされるものである。」なおこの部分には次の文献を参照する旨の脚註が付けられる。J. Madison, *Examination of the British Doctrine with Subjects to Capture a Neutral Trade Not Open in Time of Peace* (London: Ellerton & Byworth, 1806), p.41.
- (455) Hall, *supra* note (448), p.5.

- (45) Wheaton, *supra* note (454), p.20. H. W. Halleck (rev. by Sir S. Baker), *International Law, or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, vol.1, 3rd English ed. (London: K. Paul, 1893), p.54. 尤も、国際法の妥当範囲(の一般性)とどう観点からは、各論者の構想におおむね“common”と“general”という用語を区別する実質の意味が含蓄されているか否かとどうそこには注意を要する。この点については本章第四節における検討を見よ。
- (47) Westlake, *supra* note (447), p.7. なお、「意見の一般的合致(general consensus of opinion)」と説明されることもある(*ibid.*, p.16)。尤も、ウェストレイクは「国際私法に関する初期の著作(一八八〇年)においてはオースティンの議論に与し、「国際法は真の法としての実定性を欠いている」と論じた。」*Idem*, *A Treatise on Private International Law, with Principal Reference to Its Practice in England* (London: W. Maxwell, 1880), p.2. ウェストレイクがオースティンに対する反論を初めて提示したのは一八八八年の著作におおむねであった。*Idem*, “Introductory Lecture on International Law (Cambridge, 1888)”, in Oppenheim (ed.), *supra* note (204), pp.396-397.
- (48) Triepel, a.O. (Ann.453), S.32.
- (49) Heffer, a.O. (Ann.450), S.7.
- (40) A. Rivier, *Principes du droit des gens*, t.I (Paris: Arthur Rousseau, 1896), p.8.
- (41) このような観念における類似性が如何なる意味を有するのかとどう点にどうしては、本章第四節(一)における検討を見よ。
- (42) F. von Holtzendorff, „Grundbegriffe, Wesen und Verhältnißbestimmungen des Völkerrechts“, in ders. (Hrsg.), a.O. (Ann.307), S.6.
- (43) Ebd., S.26. なお、ホルツェンドルフは法の執行の保障を国家間の法的義務の相互的承認に求めている(*ibid.*, S.22)。
- (44) この点の検討は本章第四節(一)を見よ。
- (45) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.21.
- (46) *Ibid.*
- (47) 例えばブラディエーフォデレ(P. Pradier-Fodéré)は次のように論じている。「著述家たちは、国際法の法源の分類及び各々の重要性について意見が一致しておらず、また、法源という語の意味について明確な考えを有していないようにも思われる。彼らは概して法源を国際法の基礎と混同しており、時には法源をそれによって規則を発見するところの文書でしかないと考えている。法源を原則・原因・起源と同義であると解するならば、理想国際法の法源は社会性(集団でいること)の社会的本性)であり、[…中略…]。現美国国際法の法源は明示又は黙示の国家の同意である。[…中略…]。しかしながら、法源と基礎とを混同してはならない。」(Pradier-Fodéré, *supra* note (448), p.78.)

- (468) Rivier, *supra* note (460), p.27. リヴィエがいうところの一次的法源というのはオッペンハイムにおいては「基礎」であって、二次的法源として示されるものが本来の意味での法源ということになる。なお、このような二分法については、例えば次の文献も参照せよ。立作太郎『平時国際法論』（日本評論社、一九三〇年）三四頁。
- (469) 一次的法源と二次的法源という区別を明確に否定するものとして、次の議論を見よ。Bonfils, *supra* note (448), pp.21-22.
- (470) Wheaton, *supra* note (454), pp.23-27. See also, H. Taylor, *A Treatise on International Public Law* (Chicago: Callaghan, 1901), p.39.
- (471) See Calvo, *supra* note (304), pp.158-163; Hall, *supra* note (448), p.5; Halleck, *supra* note (456), p.55; Lawrence, *supra* note (443), p.91; F. von Martens (übersetzt von C. Bergbohm), *Völkerrecht: das internationale Recht der civilisirten Nationen, systematisch dargestellt*, Bd.1 (Berlin: Weidmann, 1883), S.187; Pradier-Fodéré, *supra* note (448), p.79.
- (472) なお、オッペンハイムは、慣習及び条約以外で以上のように法源として挙げられてきたもの——例えば、国際法学者の見解、捕獲審検所の決定及び仲裁判断等——を「国際法の成長に影響を与える要素」と捉え、これらの要素がいずれは慣習に代わるであろう慣行や、条約締結への誘因となるものとして論じている。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.24.
- (473) Bonfils, *supra* note (448), pp.22 et 25-27.
- (474) Nys, *supra* note (303), pp.144-163.
- (475) Rivier, *supra* note (460), pp.27 et 35-36.
- (476) See e.g., G. P. Buzzini, "La 'généralité' du droit international général: réflexions sur la polysémie d'un concept", *Revue générale de droit international public*, t.108 (2004), pp.381-405. なお、「国際社会全体」という地理的妥当範囲の「普遍性」に着目して、本概念は普遍国際法と互換的に用いられることも多い。両概念の異同については、柳原ほか(編)・前掲註(6)七一頁[「柳原正治執筆部分」]を見よ。
- (477) この変遷過程については次の文献を参照せよ。小森光夫「国際法の学説における慣習法概念の位置づけの変遷」『千葉大学法学論集』第五卷(一九九〇年)一一八二頁。なお、国際法の妥当範囲を限定する議論が一八世紀中葉から一九世紀にかけて展開されたが、このような議論においても、欧州や文明諸国といった限定された地理的範囲における国際法の一般的妥当性は同様に自然法や慣習法によって説明されていた。この点については、明石・前掲註(28)九一—一〇頁を見よ。
- (478) 小森・前掲註(47)七三頁。なお、これらを意思主義と客観主義の対立という観点から整理するものもある。藤田久一「現代国際法の法源」長尾龍一／田中成明(編)『現代法哲学 三——実定法の基礎理論』（東京大学出版会、一九八三年）二八八—二

- 九〇頁・森川・前掲註(4)一一五—一四一頁。
- (479) 田畑・前掲註(374)九〇頁、註六。
- (480) ヴォルフの慣習国際法論の詳細については、次の文献を見よ。柳原・前掲註(28)九〇—九三頁。尤も、ヴォルフの国際法理論において、慣習国際法は事実(*fact*)に属する問題であるため国際法学の対象とはなされなかった点には注意を要する。Ch. Wolf, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (Francofurti/Lipsiae, [s. n.], 1764); reproduced in J. B. Scott (ed.), *The Classics of International Law*, vol.13 (Oxford/London, Humphrey Milford, 1934), § 23n.
- (481) See e.g.: O. A. Elias/C. L. Lim, *The Paradox of Consensus in International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1998), pp.31 et 162; H. Günther, *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1970), S.23-32; P. Hagemacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale", *Revue générale de droit international public*, t.90 (1986), p.13; Kolb, *supra* note (437), pp.141-142; Koskenniemi, *From Apology to Utopia, supra* note (28), pp.416-417; M. H. Mendelson, "The Formation of Customary International Law", *Recueil des cours*, t.272 (1998), p.254, n.272-274; Neff, *supra* note (151), pp.313-315; A. Verdross, "Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd.29 (1969), S.636-637.
- (482) See G. I. Tunkin (trans. by W. E. Butler), *Theory of International Law* (London: Allen and Unwin, 1974), pp.123-133. 慣習国際法の一般的効力を否定するトゥンキンによれば、大多数の国家によって認められた慣習国際法がすべての国家を拘束するようになるのは、あくまで残りの国々がかかる慣習国際法を国際法規範として承認するからであると説明されている。このような彼の慣習法理論については、例えば次の文献を見よ。松井芳郎「国際法から世界を見る——市民のための国際法入門」(第三版)〔東信堂、二〇一一年〕五—五三頁。
- (483) 尤も、トゥンキン自身がこの議論を一貫して提示していたか否かについては疑問が残るところである。この点については、例えば次の文献を参照せよ。松井・前掲註(31)一四—一五頁。
- (484) 第三部第一章及び第二章を見よ。
- (485) この点を整理したのとして、例えば次の文献を見よ。小寺ほか(編)・前掲註(399)四六頁〔小森光夫執筆部分〕・森川・前掲註(4)一一六—一三七頁。
- (486) また、関連する国家実行情例として、オッペンハイムと同様に「共通の同意」という概念を用いて、世界中のすべての国によってではなくとも一般的に受け入れられた慣行が普遍的な義務を創設すると判示した「スコチア号」事件も想起せよ。The Scotia, 81 U. S. 14 Wall. 170 (1872).

- (487) 付言するならば、自らの国際法論の中から非実定的要素を排除し、且つ、慣習国際法を一般国際法と同一視しないという条件を充足した場合には、オッペンハイム以外でもこのような問題は生じ得る。例えば、一九世紀における実証主義国際法理論の一例として挙げられるウールズリーの国際法論においては、非実定的要素が完全に排除されていなかったものの、「国際法はその当事者による同意によつてのみ生成し得る」として、慣習法も同意によつて説明されていた。しかし、彼の構想する慣習法は一般法であることが前提とされていたため、オッペンハイムの国際法論に対して提起され得るような問題は生じなかつたと言へよう。See Th. D. Woolsey, *Introduction to the Study of International Law* (Boston/Cambridge: James Munroe and Co., 1860), pp.5-6.
- (488) von Martens, a.O. (Ann.471), S.187-188.
- (489) Pradier-Fodéré, *supra* note (448), p.86.
- (490) Bonfils, *supra* note (448), p.22.
- (491) Halleck, *supra* note (456), p.51.
- (492) Westlake, *supra* note (447), p.14.
- (493) Heffer, a.O. (Ann.450), S.7; von Holtzendorff, a.O. (Ann.462), S.83-85.
- (494) 「國家の慣習又は慣行 (la coutume ou l'usage) はその必要性の信念を伴つて継続的に繰り返される事實によつてもたらされる國際的な法意識の表明である。」(Rivier, *supra* note (460), p.35.) リヴィエによるこのような定式化は、「二要件論の祖型として一般的に理解せられた」See J. Crawford, "Chance, Order, Change: The Course of International Law", *Recueil des cours*, t.365 (2013), p.54. 尤も、リヴィエに先行する概説書におつても、「法的必要的信念 (*opinio juris necessitatis*)」と云ふ概念が用いられることと「要件の定式化がなされた」例を確認することがある。A. Quantsch, *Compendium des europäischen Völkerrechts: Lehrbuch und Repetitorium*, 2. Aufl. (Berlin: Puttkammer und Mühlbrecht, 1875), S.4.
- (495) Hall, *supra* note (448), pp.6-7.
- (496) Halleck, *supra* note (456), pp.55-57.
- (497) Westlake, *supra* note (447), p.16.
- (498) von Ullmann, a.O. (Ann.445), S.29.
- (499) Rivier, *supra* note (460), p.25.
- (500) von Martens, a.O. (Ann.471), S.187-188.
- (501) Bonfils, *supra* note (448), pp.22-23.

- (50) Pradier-Fodéré, *supra* note (448), p.86.  
 (51) Heffter, a.a.O. (Anm.450), S.7.  
 (52) von Holtzendorff, a.a.O. (Anm.462), S.83-85.  
 (53) Westlake, *supra* note (447), p.16.  
 (54) Bonfils, *supra* note (448), p.23.  
 (55) von Ullmann, a.a.O. (Anm.445), S.30.  
 (56) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.23.  
 (57) 概説書第一巻の第四九二節「様々な種類の条約」において、様々な種類の条約を区別するための多くの試みがなされてきたが、それらは失敗しているという紹介の後に、立法条約とその他の条約とを区別するという自身の構想が示されている。そして、後に言及されるように、ウルマンの著作が当該部分で挙げられていたことは注目に値する。  
 (58) Calvo, *supra* note (304), pp.159-160.  
 (59) Halleck, *supra* note (456), pp.50 et 62.  
 (60) Fiore, *supra* note (448), p.213.  
 (61) Pradier-Fodéré, *supra* note (448), pp.82-83.  
 (62) von Martens, a.a.O. (Anm.471), S.189-190. プルテンスは、条約を①国際法原則を承認する条約、②多様な利害(友好関係・通商・領事等)について妥協を取り決めた条約、という二つに類型化し、②については、これらが一般国際法の直接の法源とはならないものの、当事国間に一種の法秩序を創設するものである故に法源とみなされると論じている。なお、マルテンスのかかる二類型は、後述の規範内容を基準とする類型化(法律行為条約と法規範条約との区別に基づくもの)に属するものとも評価し得るが、すべての条約の法源性を承認している点においてかかる類型化を採用する議論とは異なるものである。  
 (63) Bonfils, *supra* note (448), pp.23-24.  
 (64) *Ibid.*, pp.24-25.  
 (65) Rivier, *supra* note (460), p.36.  
 (66) von Holtzendorff, a.a.O. (Anm.462), S.104.  
 (67) Ebd., S.105. なお、法源としての重要性という観点からは、両者の間に次のような差異があると説明されている。「集団条約の中でも、国家間関係に一般的に適用可能な規則又は国家間関係にとって有害であった先の時代の実行を改める規則が国際法の法源として重要である。」

- (520) これは、当時のドイツにおける私法学で支配的な見解であった法律行為と法命題との区別を国際法に類推したものと考える。この点については本章第四節(一)も見よ。
- (521) Hall, *supra* note (448), pp.9-12.
- (522) Lawrence, *supra* note (443), pp.94-99.
- (523) *Ibid.*, p.91.
- (524) なお、このような同意が一般的であれば足りることの理由として、「法は此事を顧みない(*de minimis non curat lex*)」という原則を挙げている。但し、米国が批准を拒否した一八五六年のバリ宣言の法源性は否定されている。*Ibid.*, p.96.
- (525) *Ibid.*, p.100.
- (526) Taylor, *supra* note (470), pp.93-96.
- (527) *Ibid.*, pp.93-94.
- (528) *Ibid.*, p.94.
- (529) ホール及びローレンスが英国人であること、そしてこの両者と米国人であるテイラーが、各自の概説書において、英国の実行を分析した文献(Madison, *supra* note (454), pp.39-44)を同様に引用していることから、これらが当時の英国の実行に即した分類であったことが推察される。
- (530) von Holtzendorff, aa.O. (Ann.462), S.102.
- (531) Ebd., S.103.
- (532) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.518, n.2.
- (533) von Ullmann, aa.O. (Ann.445), S.31-32. なお、サルプンはヘルクボーム(C. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts* (Dorpat: C. Mattiesen, 1877), S.91-98)、リヴィエ(A. Rivier, *Lehrbuch des Völkerrechts* (Stuttgart: Ferdinand Enke, 1889), S.14)及びマルテンス(von Martens, aa.O. (Ann.471), S.190)を参照しつつ立法条約を例示しているが、一九世紀に關するものに限っていえば、オッペンハイムの例示と殆ど重複している。これらの著作刊行時までに締結された条約で、オッペンハイムの概説書のみで言及されていたのは、ルクセンブルクの永世中立を規定したロンドン条約(一八六七)、一東方問題の解決を図ったベルリン条約(一八七八)、そしてスエズ運河の永世中立を規定したコンスタンティノーブル条約(一八八八年)の三点である。
- (534) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.23.
- (535) von Ullmann, aa.O. (Ann.445), S.31-33.



- (536) Ebd., S.31. 尤も、ウルマンは契約理論を全面的に国際法論に類推することには否定的であった。Ebd., Ann.3.
- (537) H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration* (London/New York: Longmans, Green and Co., 1927), p.158. See also, T. Gihl (trans. by S. J. Charleston), *International Legislation: An Essay on Changes in International Law and in International Legal Situations* (London: Oxford University Press, 1937), p.48. 広部和也「立法条約」国際法学会(編)『国際関係法辞典〔第二版〕』(三省堂、二〇〇五年)八七四—八七五頁。このような見解と異なるものとして、法理学者ポロック(F. Pollock)の立法条約論を挙げる篠原の研究がある。篠原初枝『戦争の法から平和の法へ——戦間期のアメリカ国際法学者』(東京大学出版会、二〇〇三年)五五頁。ポロックは一九〇二年の論文において、「一般的・恒久的な利害調整のために、文明諸国における少数の国家によってではなく、数においても勢力においても大部分の国家が締結した合意」を立法条約と論じていた。F. Pollock, "The Sources of International Law", *Columbia Law Review*, vol.2 (1902), p.512.
- (538) Triepel, a.O. (Ann.453). トリーベルの議論の詳細については次章も見よ。
- (539) なお、一八九九年の著作とは別に、トリーベルは一九二三年にハーグ国際法アカデミーにおいて「国内法と国際法との関係」という講義を担当している(H. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours*, t.1 (1923), pp.73-121)。三部構成の同講義の第一部「国際法と国内法との関係」において、立法条約論が言及されているが、既に指摘されている通り、同講義においては、一八九九年の著作の背景にあった問題意識や契約合意と共同意思形成合意に関する議論は非常に単純化されている。このような指摘については、例えば次の文献を見よ。田中忠「国際法と国内法の関係をめぐる諸学説とその理論的基盤」広部和也／田中忠(編)『国際法と国内法——国際公益の展開：山本草二先生還暦記念』(勁草書房、一九九一年)三二—五六頁。
- (540) Triepel, a.O. (Ann.453), S.27.
- (541) Ebd., S.8-11.
- (542) Ebd., S.27-29, 32.
- (543) この点については次の文献も参照。長谷川正国「適用論の観点よりみた多数国間条約義務の構造(一)」『福岡大学法学論叢』第三九卷(一九九四年)三二〇—三二二頁。
- (544) Bergbohm, a.O. (Ann.533), S.79-82. 前掲註(533)で既に言及したように、ウルマンの概説書においては、このベルクボームの著作が引用されることで立法条約論が展開されていた。同様に、トリーベルの著作(一八九九年)刊行以前に上梓された概説書においても、ベルクボームの同著作が参照されることで、条約類型が提示されていたことを確認できる。von Martens, a.O.

- (Ann.471), S.189. Ann.5: L. Renault, *Introduction à l'étude du droit international* (Paris: L. Larose, 1879), pp.33-40; H. Schultze, *Grundriss zu Vorlesungen über Völkerrecht* (Heidelberg: J. Horning, 1880), S.26-27.
- (54) K. Binding, "Die Gründung des Norddeutschen Bundes: ein Beitrag zur Lehre von der Staatenscheidung"; in ders u. a. (Hrsg.), *Festsche der Leipziger Juristenfacultät für Dr. Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1889), S.69-70.
- (54b) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Freiburg: J. C. B. Mohr, 1892), S.193-197.
- (54c) Trepel a.O. (Ann.453), S.47. 尤も、ヘルクボームがこの区別を締約国の意思に求めたことについては、「その基礎づけが不十分である」(ibid., S.48)と批判してゐる。この点については次章も見よ。
- (54d) Ebd., S.50.
- (54e) Ebd., S.51.
- (55) Ebd., S.63-66.
- (55i) なお、「トリールベルの観念した『Vereinbarung』を「共同意思形成合意」と訳出したのは、しばしば混同されてきた「合同行為(Gesamttakt)」から区別するためである。そのため、本稿においては、トリールベルにおいて「共同意思(Gemeinwille)」の形成を担う合意として観念されている『Vereinbarung』を記述的に「共同意思形成合意」と訳出している。また、「トリールベルの一八九九年著作において紹介される彼以前の論者によつて用いられてゐる『Vereinbarung』については「協約」と訳出している。この点については次の文献も見よ。小島慎司『制度と自由——モリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』(岩波書店、二〇一三年)九五頁、註三三；西・前掲註(21)八七頁、註一六〇。なお、長谷川・前掲註(54)三五〇—三五二頁、註六も参照。
- (55j) Trepel, a.O. (Ann.453), S.67-70.
- (55k) Oppenheim, *supra* note (392), pp.14-16.
- (55l) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.519.
- (55m) Hall, *supra* note (448), p.339.
- (55n) G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge: ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts* (Wien: Alfred Hölder, 1880), S.31.
- (55o) O. Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht* (Bern: K. J. Wyss, 1894), S.203-204. なお、ニッポルトによれば、このように自己拘束を表明する国家意思は理性的なものと

て構想されていた。Ebd., S.25. なお、国家意思と理性の関係については次章も見よ。

- (95) Triepel a.O. (Ann.453), S.82.
- (96) J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3. Aufl. (Nordlingen: C. H. Beck, 1878), S.236.
- (97) Ebd., S.237.
- (98) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.517.
- (99) Despagnet, *supra* note (303), p.479.
- (100) P. Pradier-Fodère, *Traité de droit international public européen & américain: progrès de la science et de la pratique contemporaines*, t.2 (Paris: G. Pedone-Lauriel, 1885), pp.476-477. 尤も、彼は究極的な妥当根拠を自然法に求めつつあった。*Ibid.*, p.844.
- (101) A. Rivier, *Principes du droit des gens*, t.2 (Paris: Arthur Rousseau, 1896), p.38.
- (102) Heffer, a.O. (Ann.450), S.183.
- (103) von Martens, a.O. (Ann.471), S.390.
- (104) F. Laghi, *Teoria dei trattati internazionali: parte generale* (Parma: [s. n.], 1882), p.240.
- (105) See e.g., Kennedy, *supra* note (253), pp.99-136; M. Koskeniemi, "The Legacy of the Nineteenth Century", in D. Armstrong (ed.), *Routledge Handbook on International Law* (Oxon/New York: Routledge, 2009), pp.141-153; Vec, *supra* note (254), pp.679-698.
- (106) 例えば次の文献を見よ。明石欽司「国際法学における実証主義の史的系譜——一八世紀における『実証主義的』著作の検討を中心として」『世界法年報』第二二号(二〇〇二年)五一-八頁・郭舜「国際法哲学の復権」(弘文堂、二〇一二年)一六八-一八一頁・西・前掲註(20)「実証主義者ラウターバクト」九五-九七頁。
- (107) 西・前掲註(20)「ヴァマッテル」一七五頁、註一三。
- (108) Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.93.
- (109) Triepel, a.O. (Ann.453), S.30, Ann.1, 1)のようなトリペルの歴史法学に対する批判に関連して、歴史法学の祖であるサヴィニー(F. C. von Savigny)を国際法史の文脈に位置つけた議論を参照せよ。L. Nuzzo, "History, Science and Christianity: International Law and Savigny's Paradigm", in Nuzzo/Vec (eds.), *supra* note (254), pp.25-50.
- (110) See von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht*, a.O. (Ann.145), S.13-37; Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, *supra* note (28), pp.476-481; Weil, *supra* note (23), pp.66-81. 意思主義と合意主義とを觀念上区別する必要性を説明した前掲註

(23)で言及したように、ヴェイユは、国際法の拘束的性質の基礎づけには二つの方法があるとして、国家意思及び合意のような国際法体系に内在する要素に基礎づける「主観主義 意思主義又は合意主義」と、自然法又は道徳的価値のような体系に外在する要素に基礎づける「客観主義」を挙げている。このようなヴェイユの議論に基づいて、本稿が採用する国際法秩序の主観主義的構成と客観主義的構成との区別について言及するものとして、次の文献も参照せよ。E. Wylter, "L'influence du positivisme sur la doctrine volontariste et objectiviste en droit international: plus qu'un facteur de rapprochement?", in Dupuy/Chetail (eds.), *supra* note (151), pp.335-364.

(574) 本稿における客観主義的構成は、当時のドイツ法学における法命題と法律行為との区別に関する議論を説明し得るものとしても構想されている。かかる区別によれば、既に後者が共同体又は法秩序を指定している点で客観主義的構成であると考えられ、それ故に、この法命題・法律行為という区別に基づく客観主義的構成と、国際法の主観的構成——主権に基づく国家意思の絶対性を強調する考え方——に対して提起されるようになった客観主義的構成——国際共同体の法意識によって国際法を客観的に根拠づける考え方——という二つの客観主義的構成が観念され得るのである。なお、当時の文脈における法命題・法律行為という区別については例えば次の文献を見よ。石川健治「基本的人権」の主観性と客観性——主観憲法と客観憲法の間「西原博史(編)『岩波講座憲法 二——人権論の新展開』(岩波書店、二〇〇七年)五—六頁。

(575) リヴェイエはかかる「共通の法的確信」を共有する共同体として「オッペンハイムと同様に」[同質的な国際社会(La Famille des Nations)]を構想した上で、この法的確信(一次的法源)が慣習国際法と法形成条約(二次的法源)にそれぞれ反映され、これらの国際法の(二次的)法源の一般的妥当性を指定している。なお、リヴェイエによれば、条約の拘束力はかかる共同体を構成する諸国の一致した同意によって承認されると論じられるが、実際には条約のみに限定されず、国際法の拘束力一般を承認している国家のみが共通の法的確信を有する国家としてかかる共同体の構成員となると構想されているため、国際法秩序の淵源は国家の同意ではなく、共通の法的確信を共有すると指定されることの共同体それ自体に求められることになる。それ故に、リヴェイエの国際法構想は客観主義的構成を採用していると評価可能である。Rivier, *supra* note (460), pp.8 et 38.

(576) Westlake, *supra* note (447), p.16.

(577) Triepel, aa.O. (Ann.453), S.32.

(578) Heffer, aa.O. (Ann.450), S.7.

(579) von Holtzendorff, aa.O. (Ann.462), S.26.

(580) See Bonfils, *supra* note (448), p.22; Carthy, *supra* note (246), p.33.

(581) オッペンハイムが明示的に参照していない文献の中でも、例えば次のものは歴史法学に属する議論であると評価できる。A.

- von Bulmerincq, „Das Völkerrecht oder internationales Recht“, in O. von Sarwey (Hrsg.), *Handbuch des öffentlichen Rechts* (Freiburg/Tübingen: J. C. B. Mohr, 1884), S.187; A. Hartmann, *Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, 2. Aufl. (Hannover: C. Meyer, 1878), S.1; H. B. Oppenheim, *System des Völkerrechts*, 2. Aufl. (Stuttgart: A. Kröner, 1866), S.4, 82. See also, D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale* (Firenze: F. Lumachi, 1902), p.29, n.2.
- (58) Bonfils, *supra* note (448), pp.17-22. オッペンハイムの概説書では明示的に参照されていないが、例えば次の概説書に代表されるような、自然国際法とは区別される欧州国際法の法源についての議論のみを提示するものも同様である。P. Resch, *Das europäisches Völkerrecht der Gegenwart* (Graz/Leipzig: U. Moser, 1885), S.4-5.
- (59) Pradier-Fodère, *supra* note (448), p.86.
- (60) Halleck, *supra* note (456), p.51.
- (61) Westlake, *supra* note (447), p.14.
- (62) von Martens, a.O. (Anm.471), S.187-188.
- (63) Bonfils, *supra* note (448), p.22.
- (64) Halleck, *supra* note (456), p.51.
- (65) Bonfils, *supra* note (448), p.3.
- (66) von Ullmann, a.O. (Anm.445), S.31-32.
- (67) オッペンハイムの概説書初版が出版された三年後にウルマンの概説書第二版が上梓されることになるが、この第二版において、「立法条約 (rechtsetzender Vertrag)」という独語表記に、英語の “law-making treaty” が追記されている。Ders., *Völkerrecht*, 2. Aufl. (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1908), S.45. さらに、トリエールの契約条約・立法条約という分類についても、リネックの『公法上の権利の体系』における議論を参照することで、契約条約であっても国際法の法源になり得ると論じた上で、このように契約条約を国際法の法源と捉える議論として、オッペンハイムの概説書初版(第一八節)を挙げている。Ebd., Anm.3.
- (68) 例えばウルマンが法源としての条約から排除しようとした同盟条約について、オッペンハイムは同盟が条約により設立されることを論じるのみで、その法源性については何も論じていない。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol.1, *supra* note (61), p.569.
- (69) このような指摘は、概説書第二巻において戦争が条約に及ぼす効果をオッペンハイムが論じる際に、戦争の開始と同時に消

滅しない条約類型の一つとして「例えばバリ宣言のようないわゆる立法条約」を挙げている点についても妥当するように考えられる。Oppenheim, *International Law*, 1st ed., vol. 2, *supra* note (61), p. 108.

確かに、このような条約の一定の類型化に即して、戦争の開始によって自動消滅する条約と停止・廃棄され得る条約とを区別する思考自体は、例えばマルテンス(G. F. de Martens)のように「一九世紀」前半の国際法論において既に確認されるものであった(若狭彰室「戦争が条約に及ぼす効果」の正当化原理——一八一—一九世紀初頭学説の一断面)『国際法外交雑誌』第一一—二二二頁(一八一—二二三頁)。しかしながら、(マルテンスの類型論と同様に)オッペンハイムにおいても、立法条約であれば戦争の開始によって消滅しないことの根拠は何も説明されていない点が問題となる。さらに、彼の記述を内在的に理解するならば、国際法の法源たる立法条約であるが故に条約が消滅しないと論じられているというよりはむしろ、同類型として立法条約と並列する形でその直後に挙げられている「大多数の国家が当事国となっている条約」(該当部分では万国郵便連合に関する条約が例として挙げられている。)に該当するが故に、多くの立法条約も戦争の開始によって消滅しないということが述べられているようにも理解される。というのも、仮にオッペンハイムにおいて、立法条約のみが国際法の法源としての条約であるという理解が貫かれていたのであれば、この法源性を根拠とした立法条約に固有の法的効果を戦争との関係で提示することが求められるが、彼はそのような立論をここでは試みてはいないからである。換言するならば、ここではバリ宣言のような戦時国際法に関する初期の多数国間条約が、多数国間条約であるが故に戦争の開始によって消滅しないということが論じられているのみであって、ここにおける立法条約という観念はバリ宣言を形容する意味しか有さなかったのではないだろうか。これらの解釈の妥当性は措いても、消滅しない根拠を提示していなかったという点において、いずれにせよオッペンハイムの立法条約論は不完全であったといえる。実際に、(恐らく)このような理解に即して、この文脈におけるオッペンハイムの立法条約についての議論が「踏み込んだ」ものであるという指摘もある。坂元茂樹「武力紛争が条約に及ぼす効果」(『国際法学会ヘルシンキ決議(一九八五年)の批判的検討』「関西大学法学論集」第四一巻(一九九一年)二二—二五頁、註二)。

なお、オッペンハイムと同様に立法条約観念を援用したウルマンは、戦争が条約に及ぼす効果について論じる際には立法条約に言及してゐない。von Ullmann, a. a. O. (Anm. 445), S. 319—320.

(594) なお、第一部で取り上げた一九三五年のハーヴァード草案第二〇条の註釈において、条約の拘束力を国家に義務づける慣習国際法の存在に基礎づける議論として、オッペンハイムをはじめとして複数の議論が引用されていた。その中で、オッペンハイムも参照し得た唯一の概説書がハイルポルンによって上梓されたもの(P. Heilborn, *Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen* Berlin: Julius Springer, 1896, S. 8)であるが、該当箇所を精査しても、ハイルポルンがオッペンハイムと同旨の議論を展開していることは確認できない。同様に、ローレンスについても、ハーヴァード草案で参照され

てゝる箇所(Th. J. Lawrence (rev. by P. H. Winfield) *The Principles of International Law*, 7th ed. (London: Macmillan, 1925), p. 303.)において同旨の記述を確認することはできない。なお、ローレンスの概説書については、オックスンハイムが参照した一九〇〇年の第三版においても「条約の義務」に関する記述(Lawrence, *supra* note (443), pp. 287-289.)があるが、ここでも慣習法による基礎づけの議論はなされていない。