国際法の形成における国家の同意の役割*

――国家の同意は衰退したのか？――

小　栗　寛　史

概　要

国家は同意を与えない限り国際法規範に拘束されないという「国家の同意原則」に表されるように，国際法の形成において国家の同意は伝統的に主要な役割を果たしてきた．これに対して，現代の多様化した国際法形成において，このような国家の同意の伝統的な機能が衰退してきている旨が指摘されるようになっている．かかる指摘自体は決して新しいものではないが，同旨の指摘はグローバル公共財の規制に関する近年の実践において顕著であり，国際法の形成に関する新たな理論の模索が依然として課題であると言えよう．

本稿は，多様化した国際法形成に関する研究について，主として非合意的法形成――国家の同意なしに新たな法的義務が創出される現象――を題材として取り上げ，先行研究の整理を通してその到達点を示し（Ⅰ），これらが抱えている問題点を明らかにした上で，国際法形成の理論化に関する今後の研究の課題に言及する（Ⅱ）ものである．

キーワード
国家の同意，国家の同意原則，非合意的法形成，国際法の形成，合意主義

はじめに

国際法学において，国際法規範が国家間の合意によって定立されるものとして伝統的に理解されてきたことは周知の通りであろう．この背景には「独立，平等の国々からなる国際社会においては，国々に命令（上位意思）を課する上位者は存在しないがゆえに，国際

＊本稿の掲載に際し，２名の査読者より貴重なご指摘を賜った．ここに記して謝意を表したい．なお，本稿は特別研究員奨励費 16J02741 の助成を受けた研究成果の一部である．

法は同位者間の合意でしかありえない」[1] という認識があり，特に自然法論からの脱却を試みた 19 世紀後半以降の実証主義国際法学において，合意主義（consensualism）[2] は国際法学に通底する理論であり続けてきたと言える [3]．国際秩序が基本的に二国間関係の束として捉えられた 19 世紀において，国際法は二国間の具体的な法的諸関係の中で生成され，発展してきた [4]．このようにして合意が国際法義務の淵源と考えられるようになり，その結果，合意主義をその基礎に据える実証主義国際法学において，条約（明示の合意）及び慣習国際法（黙示の合意）[5] が国際法の主たる存在形式として理解されたのである．

国際法の形成に焦点を当てた研究は多数存在するが，その多くは慣習国際法の成立過程に着目するものであったと言える．条約の形成に関する研究が比較的少ない要因としては，例えばある研究が指摘するように，1969 年に採択されたウィーン条約法条約の第 2 部によって一応の条約形成過程が明らかにされたことが挙げられる [6]．条約の締結手続からその解釈，終了までをも扱う条約法条約において，条約は定義上「国の間において文書の形式により締結され，国際法によって規律される国際的な合意」（傍点は引用者（小栗）による．以下同様とする．）であることが規定され（第 2 条 1 項（a）），さらにその前文は「自由意思による同意の原則及び信義誠実の原則並びに『合意は守られなければならない』との規則が普遍的に認められていることに留意し」ている．その上で，第 26 条においては，「合意は守られなければならない」（*pacta sunt servanda*）旨が，そして第 34 条では「合意は第三者を益しも害しもしない」（*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*）旨が規定されている．これらの規定が明らかにすることは，国家間の合意（個別国家による同意の一致）によって条約が締結されるという合意主義が条約法条約において明確に表明されているというこ

1）森川俊孝「『一般国際法』における意思主義と客観主義の相克」『山形大学紀要（社会科学）』第 22 巻（1992 年）120 頁．

2）本稿における「合意主義（理論）」は，19 世紀以降の排他的性格を強めた国家主権概念の定着及び主権国家間での条約の形成に伴って論じられるようになった，国際法の基礎――国際法義務の淵源及び（法の存在形式という）形式的法源――を国家の合意に求める考え方を意味する．なお，本稿においては，「自国の主権に基づく権限の行使によってある条約に同意を与えることで，国家が当該条約に拘束されること」を特に意味する場合には，「国家の同意原則」を「合意主義（理論）」と互換的に用いている．

3）実証主義国際法学の確立のためには，国際法の拘束力を神の意思又は理性の命令のような自然法論的な基礎づけではなく，人為に基づくものによる基礎づけ（その最たる例が「国家意思」である．）が必要であった．この点については，次の文献を見よ．明石欽司「一八世紀中葉の『国際法』学説における『国際法』・『条約』・『国家意思』―一九世紀実証主義国際法学研究序説―」慶應義塾大学法学部（編）『慶應の法律学・公法Ⅱ』（慶應義塾大学出版会，2008 年）346 頁：柳原正治『国際法』（放送大学教育振興会，2014 年）17 頁．

4）河西直也「国連法体系における国際立法の存在基盤―歴史的背景と問題の所存―」大沼保昭（編）『国際法，国際連合と日本』（弘文堂，1987 年）86-87 頁．

5）黙示の合意論については，例えば次の文献（及びそこに挙げられた参考文献）を見よ．拙稿「オッペンハイムの慣習国際法理論――黙示の同意と国際法の普遍性――」『法政研究』（九州大学）第 83 巻（2016 年）536-537 頁．

6）J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1996), pp.1-2.

と[7]であり，合意主義に基づく理解に対する批判を伴う慣習国際法の形成論[8]とは異なって，条約は合意規範として一般的に認識されてきたと言えるのである[9]．

しかしながら，既に多くの研究によって論じられているように，国際社会のグローバル化に伴って国際法形成の多様化が進展してきた．例えば，国連総会の表決方式に代表されるように，全会一致方式から多数決又はコンセンサス方式への移行がみられるようになったが，かかる方式によって採択された成果物の多くは国家を拘束するものとしては捉えられなかった．1990年代になると，人権保障又は国際共同体（の利益）といった観点から国家の同意原則への批判が提起されるようになった[10]．その中で，例えば「国家の意思によらず又はこれに反して国家に対して生じる義務」[11]のように，条約の拘束力の淵源を国家の同意に求める伝統的な法形成とは異なる点に着目した議論が展開されてきた．さらに近年では，特に環境法分野のようなグローバル公共財の国際法による規制という観点から，「非合意的法形成」（nonconsensual lawmaking）[12]に関する規範的及び記述的な分析を試みる研究が増加してきている[13]．これらの先行研究においては，国家が国際協力の実現

7）条約法条約が原則として合意主義を採用していることを条約法条約の規定に即して論証するものとして，經塚作太郎「条約法秩序の基本的原則―条約法に関するウィーン条約を中心として―」『法学新報』（中央大学）第98巻（1992年）75-109頁を見よ．

8）例えば，河西「前掲論文」（註4）94-97頁を参照．また，小森は，慣習国際法を一般国際法と同視する見解が「国際社会的法律観」に基づくイデオロギー性を有したものである以上，慣習国際法における「合意」は「擬制された合意」から「名目化又は観念化された合意」になっていると指摘している（小森光夫「条約の第三者効力と慣習法の理論（1）」『千葉大学法経研究』第9巻（1981年）60-64，87-91頁）．

9）例えば，マクネア卿（Sir A. McNair）は次のように述べている．「同意を与えない限り，如何なる国も条約規定に拘束されることはないという根本原則が存在し，同原則は如何なる類型の条約にも平等に適用される」(A. McNair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press, Oxford, 1961), p.162.).

尤も，このように合意主義を基礎とする条約法条約の規定の中にも，留保制度のように合意主義が必ずしも貫徹されていないものや，強行規範（*jus cogens*）及び事情変更の原則のように合意主義理論とは親和性を有さない原理が導入されていることには注意を払う必要がある．特に，事情変更の原則（第62条）は「［条約の］安定性を犠牲にしてさえ，内容の説得性がなければ，［条約は］実効性を維持しえないという国際社会の意識の反映」であり，「形式的な合意の拘束性（*pacta sunt servanda*）だけでは長期にわたって広い範囲で条約は実効性を保持できない」（石本泰雄『国際法研究余滴』（東信堂，2005年）85頁．なお，［］内は引用者（小栗）による．以下同様とする．）ことを明らかにしているとも評価される．

10）See, *e.g.*, B. Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des cours*, t.250 (1994), pp.217-384: *Idem*/A. Paulus, “The International Community: Facing the Challenge of Globalization”, *European Journal of International Law*, vol.9 (1998), pp.266-277.

11）C. Tomuschat, “Obligations Arising for States without or against their Will”, *Recueil des cours*, t.241 (1993), pp.195–374.

12）非合意的法形成の類型については，次章で詳細に検討する．ある先行研究によれば，非合意的法形成は「国が条約を批准若しくは条約に加入していない場合又は国際組織の加盟国が義務を承認していない場合であっても，当該国を拘束する法的義務が創設されること」と定義されている．L. R. Helfer, “Nonconsensual International Lawmaking”, *University of Illinois Law Review*, vol.2008, p.74.

13）例えば次のような論文集の刊行も，この一端を担っていると言えるだろう．C. Brölmann/Y. Radi (eds.),

のために非形式的な（informal）法形成を選好していることが描出されたり[14]，国家の同意原則の衰退が提示されたりしている[15]．また，以上のような前提的認識の下で，伝統的な国家の同意がその成果物の正統性（legitimacy）も担保していたということに鑑み，新たに正統性を担保する要素の検討の必要性も論じられてきた[16]．

このような「多様化」は，国際法形成における「過程」・「行為体」・「成果物」という各々の要素における多様化として認識されてきたと考えられる[17]が，それぞれの先行研究の蓄積に鑑みると，そのすべてを整理することには限界があると言えよう[18]．例えば，その「過程」に着目すると，国際組織や条約体（treaty bodies）等の場における複合的な外交プロセスとしての法定立が，「行為体」に着目すると，国際法形成における非国家主体（NGO）の役割が，そして「成果物」に着目すると，いわゆるソフト・ロー論が，それぞれ議論の対象となる[19]．国際法形成過程の理論化という目的からは，これらすべての問題を対象とする必要があることは言うまでもないが，本稿ではその前提的考察として，非合意的法形成に着目することで先行研究の到達点を示すこととしたい．その主な理由は，以下の通りである．

既に言及したように，合意規範としての国際法（特に，条約）は，「国家の同意原則」

Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making (Edward Elgar, Cheltenham, 2016): R. Liivoja/J. Petman (eds.), *International Law-making: Essays in Honour of Jan Klabbers* (Routledge, London, 2014).

14）See, *e.g.*, J. Pauwelyn *et al*. (eds.), *Informal International Lawmaking* (Oxford University Press, Oxford, 2012).

15）See, *e.g.*, T. A. Aleinikoff, “Thinking outside the Sovereignty Box: Transnational Law and the U.S. Constitution”, *Texas Law Review*, vol.82 (2003-2004), p.1992: A. Peters, “Global Constitutionalism Revisited”, *International Legal Theory*, vol.11 (2005), p.51.

16）See, *e.g.*, T. Meyer, “From Contract to Legislation: The Logic of Modern International Lawmaking”, *Chicago Journal of International Law*, vol.14 (2014), pp.579-580: J. Pauwelyn *et al*., “When Structure Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, *European Journal of International Law*, vol.25 (2014), pp.733-763.

17）See, *e.g.*, A. Boyle/C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, New York, 2007). また，法形成の技術に着目する議論として，例えば位田隆一「現代国際法における法規範形成――最近の国際法規範形成プロセスに関する一考察――」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会（編）『京都大学法学部創立百周年記念論文集・第二巻』（有斐閣，1999 年）377-395 頁も参照.

18）尤も，若干ながら国際法形成に関する主要な理論を纏めて紹介する研究もある．J. Klabbers, “Law-making and Constitutionalism”; in *idem et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2009), pp.93-99: I. Venzke, “Contemporary Theories and International Law-making”; in Brölmann/Radi (eds.), *supra* note 13, pp.74-84.

19）これらの問題については，本誌に以前掲載された次のレビュー論文によって検討が試みられている．伊藤一頼「市場経済の世界化と法秩序の多元化――グローバル部分システムの形成とその立憲化をめぐる議論の動向――」本誌第 57 巻 1 号（2005 年）9-37 頁：齋藤民徒「国際法と国際規範――『ソフト・ロー』をめぐる学際研究の現状と課題――」本誌第 54 巻 5 号（2003 年）41-80 頁：山内由梨佳「行政化する国際経済犯罪規制について―マネーロンダリング犯罪研究を手がかりとして―」本誌第 60 巻 2 号（2009 年）5-31 頁.

に表されるように，国家が同意を与えることによって，同意を与えた国家に限り拘束力を有するものとして考えられてきた[20]．しかしながら，国家の同意なしに国家を拘束する国際法規範が形成されるという「非合意的法形成」と呼称される現象は，この伝統的な理解に合致しないことは明白である[21]．このような法形成が（先行研究で示されるように）実際に機能しているのであれば，以上のような伝統的な国際法観自体の再考が必要となることもまた明らかであり，ここに非合意的法形成を主題とする先行研究をレビューすることの意義も見出すことができるだろう．勿論，近年の多くの研究が対象とする行為体の多様化に焦点を当てた議論[22]の重要性は否定され得ないが，このような行為体が国際法形成過程において果たす役割を正確に理解するためにも，伝統的に排他的主体性を有していた国家の同意の役割を再検討することは重要であると言えるだろう．

以上の理由から，本稿は，多様化した国際法形成に関する研究について，主として非合意的法形成を題材として取り上げ，先行研究の整理を通してその類型と理論的含意を提示し（Ⅰ），次に，非合意的法形成に関する評価の対立の根底にある問題点を明らかにした上で，国際法形成の理論化に関する今後の研究の課題に言及する（Ⅱ）．

Ⅰ．非合意的法形成――その類型と評価

1．導入――非合意的法形成とは何か

本稿が検討の主たる対象とする「非合意的法形成」について論じる研究は数多く挙げられる．例えば，2007 年に「非合意的国際法形成」という論考を公表したエルファー（L. R. Helfer）によれば，地球環境問題に代表される越境的な協力を必要とする問題の出現によって，合意に基づく条約形成の限界が呈示されるようになり，特に 20 世紀最後の 4 半世紀においてかかる方法が「衰退した」と指摘されている[23]．その上で，彼はこのような法形

20）それ故に，国家の同意は国際法の正統性の要件であり，国家主権の侵害に対する防衛手段とみなされてきた．See, *e.g.*, J. Brunnée, “Consent”; in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol.II (Oxford University Press, Oxford, 2012), p.679.

21）山本良「国際社会のグローバル化と国際法形成の現代的展開――『参照条項』を中心として――」江藤淳一（編）『国際法学の諸相――到達点と展望――』（信山社，2015 年）72 頁：N. Krisch, “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, *American Journal of International Law*, vol.108 (2014), pp.31 *et* 39.

22）See, *e.g.*, E. Kassoti, “Beyond State Consent? International Legal Scholarship and the Challenge of Informal Law-Making”, *Netherlands International Law Review*, vol.63 (2016), pp.99-131.

23）Helfer, *supra* note 12, pp.73-74.

成の例として越境テロリズム，地球環境保護，人権という３分野に着目し，(1) 安保理決議，(2) 環境分野における枠組条約及び議定書，そして (3) ソフト・ローを挙げている．

エルファーと同様に，非合意的法形成を論じたグーズマン（A. T. Guzman）は，同意という一般的な要件に対する例外として捉えられ得る非合意的国際法形成には２つの場合があるとして，(1) 形式的且つ拘束的な国際法（慣習国際法，強行規範及び国連憲章第25条に基づく安全保障理事会の拘束力ある決定），(2) ソフト・ロー（国際組織の文書及び国際裁判所の判決）を挙げている[24]．彼によれば，エルファーが言及していない慣習国際法及び強行規範も非合意的法形成の類型であり，これに対して，エルファーが挙げていた環境分野における枠組条約方式に基づく法形成はその類型から除外されている．

以上の例からも理解されるように，非合意的法形成と称される現象は新しいものに限られず，その全体像も必ずしも明らかであるとは言えない．このような状況に鑑み，本章では，本稿の議論対象を明確にするためにも，非合意的法形成という主題の下で論じられてきた事柄の類型化を試み（**2**），それらに対する先行研究の評価を提示する（**3**）．

なお，類型を提示する前に次の２点に予め言及しておきたい．第一に，本稿が国際組織の設立文書の改正をも検討の対象とするという点である．確かに，既に言及したように，非合意的法形成論は近年のグローバル公共財の規制という実践に関連するものであるが，国家の同意なしに国家を拘束する法形成という性質に着目すると，かかる法定立方式は国際組織の設立文書の改正においても同様に見出され得る．そして，この両者において，従来の法形成方法では必ずしも十分に機能し得ないという前提的な認識が共有されていると考えられるのである．そして第二に，本稿では，先行研究において提示されている慣習国際法及び強行規範の形成を扱わないという点である．慣習国際法の形成を議論の対象から除く理由は（前述の通り）これを合意規範として捉える見解が必ずしも一般的でないと考えられるからであり，強行規範については，その成立手続乃至プロセスに関する共通了解が依然として存在せず，実証的な議論に困難を伴うからである[25]．

2．非合意的法形成の類型

(1) 国際組織における多数決による拘束力ある決定

国際組織は国際組織設立条約（以下，「設立文書」とする．），即ち国家間の合意に基づ

24) A. T. Guzman, “Against Consent”, *Virginia Journal of International Law*, vol.52 (2012), p.775.

25) この点については，例えば次の文献を参照せよ．小森光夫「国際法に於ける強行規範―強行性の論証について―」大沼（編）『前掲書』（註 4）3-45 頁：酒井啓亘／寺谷広司ほか『国際法』（有斐閣, 2011 年）301-302 頁：A. Hameed, “Unravelling the Mystery of *Jus Cogens* in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol.84 (2014), pp.52-102.

いて創設される．このような国際組織の主たる機能は，その設立文書に掲げられた目的及び任務の執行であり，立法的機能よりはむしろ行政的機能であると一般に理解されている．

しかし，以下でみるように，国際組織の権能の行使は，特定の構成国に対して一定の事項を勧告したり命令（乃至決定）したりする個別的執行行為だけでなく，組織の構成員一般に対して一定の事項を規範として勧告し又は決定することがある．このような国際組織の権能は立法的なものであり，これらの行為が特に多数決で行われるときは，「国際法の定立の面からみて国際社会の構造に基本的に影響し，変革を及ぼす」[26] ことになると言える．

このような国際組織による「法定立」(legislation) [27] こそが，非合意的法形成という主題の下で先ず論じられてきた事柄であり，以下では，国際組織における多数決による拘束力ある決定として，国際組織設立文書の改正及び国際連合安全保障理事会の拘束力ある決定に分類して論じることにする．

なお，国際組織における多数決による拘束力ある決定の例として，「国際組織の内部規則の制定」が概説書等で挙げられることがある [28]．しかしながら，先行研究においては，内部規則の加盟国への拘束力は独立した主権国家として存在する加盟国に対して外部的に及ぶ性質のものではなく，国際組織の構成要素としての加盟国に対する内部的な規律であるという理解に基づいて，国際組織の内部規則の制定が非合意的法形成論の文脈で論じられることはない．そのため，本稿においても国際組織の内部規則の制定を検討の対象から除外する [29]．

①国際組織の設立文書の改正

二国間条約の改正の際に両当事国の同意が必要とされるように，多数国間条約が作成されるようになった当初においても，その改正の際には全当事国の同意が必要とされていた．しかし，当事国数の増加に伴い，全当事国の同意を得ることが現実的に困難になって以降

26）高野雄一『国際組織法〔新版〕』（有斐閣，1975 年）600-601 頁．

27）国際組織による国際法定立への関与一般については，佐藤哲夫『国際組織法』（有斐閣，2013 年）358-364 頁を参照．

28）例えば，高野『前掲書』（註 26）588-589 頁を参照．

29）尤も，例えば森が指摘しているように，国際組織の権限を（1）予算や手続規則等を規律する「内部的組織的権限」，(2）組織の目的及び任務の遂行に関する「実質機能的権限」に分類するというこのような議論枠組は，国家を「国際組織の加盟国」及び「主権国家」に分類するという思考様式に基づいたものであると理解されるが，この分類は決して客観的なものではないと言える（森肇志「国際連合安全保障理事会の拘束力ある決定の範囲―黙示的一般権限と特定権限―」『本郷法政紀要』（東京大学）第 3 号（1994 年）289 頁）．このことは，例えば ICJ に付託された「ある種の経費」事件（*Certain Expenses of the United Nations*）における議論の対立（財政支出を「内部法規律」又は「外部法規律」の何れと捉えるか）を想起すると，より明白だろう．

は，これを克服するために多数決原則が導入されてきた．但し，多数決によって改正が採択されても，当該改正に対する同意を表明しない当事国はこれに拘束されることはなく，この意味において合意主義は維持されていたと言える．

このような多数国間条約の改正に係る一般的な議論に対して，国際組織の設立文書の改正に係る議論は少し異なる様相を呈している[30]．設立文書の改正，特にその発効した改正の拘束力については，(1) 改正が発効するとともに全加盟国に対して効力を生じる場合，及び (2) 改正に同意を表明した加盟国のみを拘束する場合がある．非合意的法形成論の観点からは，改正に対する同意を与えていない加盟国をも拘束するという前者の場合が問題となり，このような制度を有する国際組織として，国連，国際労働機関（ILO），国連教育科学文化機関（UNESCO）等が挙げられる．例えば，国連の場合，国連憲章第 108 条は改正について次のように規定している．

> この憲章の改正は，総会の構成国の三分の二の多数で採択され，且つ，安全保障理事会のすべての常任理事国を含む国際連合加盟国の三分の二によって各自の憲法上の手続に従って批准された時に，すべての国際連合加盟国に対して効力を生ずる．

本規定に従えば，ある加盟国が憲章の改正に同意しない場合であっても，当該改正が一定数以上の加盟国によって批准された後には当該加盟国を拘束することになり，この意味において国家の同意原則は排除されていると言える[31]．

類似の規定は，例えば UNESCO 憲章第 13 条 1 項[32] においてもみられる．尤も UNESCO の場合，改正の類型として「機関の目的の根本的変更又は加盟国に対する新たな義務を伴う改正」が想定されており，これに該当する場合には総会の承認の後に加盟国の三分の二による受諾が必要とされているが，国家の同意原則が排除されているという点では国連憲章の改正の場合と異ならない．

30）一般的な議論については，例えば次の文献を参照せよ．篠原梓「国際連合及び専門機関の設立条約の改正手続」『一橋研究』第 5 巻（1980 年）98-113 頁：R. Zacklin, *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies* (A. W. Sijthoff, Leyden, 1968).

31）例えばグッドリッチ（L. M. Goodrich）らは，第 108 条を受け入れることは，五大国以外のすべての加盟国が憲章の改正権限を白紙委任することを意味すると述べている．L. M. Goodrich *et al., Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 3rd and rev. ed. (Columbia University Press, New York, 1969), pp.639-640.

32）第 13 条 1 項は次のように規定する．「この憲章の改正提案は，総会の三分の二の多数によって承認を受けるときに効力を生ずる．但し，この機関の目的の根本的変更又は加盟国に対する新たな義務を伴う改正が効力を生ずるためには，その承認の後に加盟国の三分の二が受諾することを必要とする．改正の提案の案文は，総会による審議の少なくとも六箇月前に，事務局長が加盟国に通報しなければならない．」

以上で見たように，国際組織の設立文書の改正は，それが有効となった時点で当該改正に反対する国をも拘束するという意味で，非合意的法形成の一例として説明されるのである．

②国際連合安全保障理事会による「国際立法」

国際組織における多数決による拘束力ある決定の例として，最も頻繁に議論されてきたものは国連安保理の決定である．国連安保理は「国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任」を負っており（国連憲章第 24 条 1 項），その権限に基づいて下される決定は全加盟国を拘束する（同第 25 条）．

尤も，従来は安保理を執行的な性質を有する機関として理解するのが一般的であった[33]．しかし，特に冷戦終了後，安保理は国連発足当時には想定されていなかった機能を果たすようになってきた[34]．このような機能の変化を説明するために挙げられる例が，旧ユーゴ及びルワンダ国際刑事裁判所の設置に関する決議や国連安保理決議 1373 及び 1540 であり，これらの決議において，安保理は司法的又は立法的機能を果たしていると評価されてきた[35]．

非合意的法形成論の文脈では，この新たな機能の後者，即ち安保理による「国際立法」[36]とも呼称されるような現象に焦点が当てられてきた．例えば浅田は，安保理決議 1540 が国際立法に該当するか否かを検討する際に，国際立法を，①個別の国による（個別の）同

33）例えば，柳原正治ほか（編）『プラクティス国際法講義〔第 2 版〕』（信山社，2013 年）383-387 頁〔森川幸一〕を見よ．また，この点は例えば旧ユーゴ国際刑事裁判所のタジッチ事件管轄権判決においても確認されている．ICTY, Case No. IT-94-1-AR 72 (The Prosecutor v. Tadic), reproduced in *International Legal Materials*, vol.35 (1996), p.45, para.37.

34）例えば次の文献を参照せよ．浅田正彦「国連安保理の機能拡大とその正当性」村瀬信也（編）『国連安保理の機能変化』（東信堂，2009 年）23-29 頁：森肇志「国際連合憲章――国際の平和および安全の実現」『法学教室』第 421 号（2015 年）113-117 頁．

35）See, J. A. Frowein/N. Krisch, “Introduction to Chapter VII”; in B. Simma *et al*. (eds.), *The Charter of the United Nations*, 3rd ed. (Oxford University Press, Oxford, 2012), pp.708-709. 周知の通り，この点については多くの研究がなされてきている．最近の議論として，例えば次の文献を参照．丸山政己「国連安全保障理事会による『国際立法』とその実施に関する一考察―国際立憲主義の観点から―」『山形大学法政論叢』第 62 号（2015 年）154-172 頁：A. Boyle, “International Lawmaking: Towards a New Role for the Security Council?”; in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012), pp.172-184: V. Popovski/T. Fraser (eds.), *The Security Council as Global Legislator* (Routledge, New York, 2014).

36）「国際立法」という概念は論者によってその意味内容が異なるものであり，非常に論争的なものである．特に，国際組織による法定立との関係でこの問題を論じたものとして，植木俊哉「国際組織の国際法定立機能に関する一考察―『国際立法』概念の批判的検討を手がかりとして―」『法学』（東北大学）第 52 巻（1988 年）886-926 頁を参照．また，「国際立法」として論じられてきた事柄については次の文献を参照せよ．藤田久一「国際立法について」『関西大学法学論集』第 36 巻（1986 年）481-520 頁：村瀬信也『国際立法――国際法の法源論』（東信堂，2002 年）187-212 頁．

意なく，②基本的にすべての国を法的に拘束する，③一般的な行為規範を新たに定立すること，つまり効力範囲（②）と規範内容（③）の双方において一般性を有する新たな法規範の定立をいうものとして提示している．そして，安保理が憲章第 7 章下でなす決定はすべての加盟国を法的に拘束するため，「効力範囲（②）の一般性は常態であり，この文脈で注目すべきは，規範内容の一般性，つまり一般的な行為規範を新たに定立する側面ということになる」と論じている[37]．

確かに，国連憲章上，安保理の決定が国連の全加盟国に対して拘束力を有する以上，安保理の決定が新たな法的義務を加盟国に課す場合は，その義務を負う国の同意なしに当該義務が生ずるという意味で，安保理決定が非合意的法形成の一種であると評価できるのである．

（2）条約体における多数決による拘束力ある決定

非合意的法形成論として注目を集めてきたものとして，次に，条約体による法形成が挙げられる．条約体とは，条約によって設立される機関であり，特に非合意的法形成論の文脈では，環境条約の多くに備えられる締約国会議（COP）を意味する[38]．以下では，このような条約体によって多数決で採択される拘束力ある決定について論じる[39]．

国際組織の文脈を離れて非合意的法形成が論じられる際に，最も頻繁に引用されるのが「オゾン層を破壊する物質に関するモントリオール議定書」（以下,「モントリオール議定書」とする.）の「調整」（adjustment）手続である．同議定書はその枠組条約である「オゾン層の保護のためのウィーン条約」の議定書としての地位にあり，オゾン層を破壊する物質の削減等についての具体的な義務を規定するものである．このような枠組条約方式[40]で

37）浅田正彦「安保理決議 1540 と国際立法」『国際問題』第 547 号（2005 年）50 頁.

38）*Cf.*, G. Ulfstein, “Treaty Bodies and Regimes”; in D. B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, Oxford, 2012), pp.428-447. 締約国会議の概説については，柴田明穂「締約国会議における国際法定立活動」『世界法年報』第 25 号（2006 年）45-48 頁も参照.

39）なお，環境法分野においては「締約国会議による法形成」が論じられてきている．これは，本来ならば法的拘束力のない締約国会議の決議による条約の「実質的」改正や「追加規定」が当事国を「拘束する」実行を論じるものである．See, *e.g.*, M. Fitzmaurice, “Law-making and International Environmental Law: The Legal Character of Decisions of Conference of the Parties”; in Liivoja/Petman (eds.), *supra* note 13, pp.202-208: E. Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law* (Edward Elgar, Cheltenham, 2016), pp.96-100: F. R. Jacur, “The Making of International Environmental Agreements”; in Brölmann/Radi (eds.), *supra* note 13, pp.419-429.

40）一般に，枠組条約方式とは，科学的不確実性や技術の限界に対応して段階的な具体的基準の設定を可能にするために，一般原則，基本的な組織構造及び条約改正手続等を規定する枠組条約と，具体的規則等を規定する議定書を組み合わせた条約の作成方法と理解されている．なお，枠組条約概念については，坂本尚繁「枠組条約の規範発展の機能―その意義と限界―」『国際法研究』（東京大学）第 1 号（2013 年）86-111 頁も参照.

作成されたモントリオール議定書は，調整手続に関して次のように規定する（第２条９項）．

（c）締約国は，（a）の決定を行うに当たり，コンセンサス方式により合意に達するようあらゆる努力を払う．コンセンサスのためのあらゆる努力にもかかわらず合意に達しない場合には，当該決定は，最後の解決手段として，出席しかつ投票する締約国の三分の二以上の多数であって出席しかつ投票する第五条１の規定の適用を受ける締約国の過半数及び出席しかつ投票する同条１の規定の適用を受けない締約国の過半数を代表するものによる議決で採択する．

（d）この９の決定は，すべての締約国を拘束するものとし，寄託者は，これを直ちに締約国に通告する．当該決定は，当該決定に別段の定めがある場合を除くほか，寄託者による通告の送付の日から六箇月を経過した時に効力を生ずる．

ここで規定される「（a）の決定」とは，議定書が規制する物質の生産量又は消費量の調節に係る決定等のことである．本規定が一般に「調整手続」と呼称されているにも拘わらず，同手続は一度成立した条約上の義務を後の合意によって変更するものであり，この意味では条約の「改正」に該当すると言える．このように理解すると，コンセンサス合意への努力義務が課されており，二重の特別多数決が要求されているものの，最終的に採択された合意がそれに反対した国をも拘束するという結果を導くという点では，モントリオール議定書における調整手続も非合意的法形成の一類型であると言えよう[41]．

（3）参照条項

最後に，「参照による法定立」（legislation by reference）が非合意的法形成の一類型として挙げられる．講学上の概念である参照条項とは，「条約の規定自体は実体的な規則を定めることなく，他の規範的な文書を参照するように規定している」[42]ものであり，例えば「海洋法に関する国際連合条約」（以下，「海洋法条約」とする．）においては，「一般的に受け入れられている国際的な規則及び基準」（generally accepted international rules and standards）を参照する旨が規定されており[43]，同規則及び基準の内容としては国際

41）例えば山本草二は，このような規制措置は「伝統的な同意原則を克服して，一般的拘束性をみとめられるものになっている」として「注目に値する」と評している．山本草二「国際環境協力の法的枠組の特質」『ジュリスト』第1015号（1993年）148頁．尤も，過去になされた調整はすべてコンセンサスに基づくものであって，多数決による調整の実例は現在のところ存在しない．See, T. Gehring, “Treaty-Making and Treaty Evolution”; in D. Bodansky *et al*. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, Oxford, 2007), p.489.

42）山本「前掲論文」（註21）76頁．

43）海洋法条約の参照条項については，次の文献を見よ．河西直也「国際基準と国家の立法管轄―船舶起因を

海事機関（IMO）の諸決議及び「1973 年の船舶による汚染の防止のための国際条約に関する 1978 年の議定書」（MARPOL73/78）が挙げられる．例えば，船舶起因汚染の防止に関する第 211 条２項は次のように規定されている．

> いずれの国も，自国を旗国とし又は自国において登録された船舶からの海洋環境の汚染を防止し，軽減し及び規制するための法令を制定する．この法令は，権限のある国際機関又は一般的な外交会議を通じて定められる一般的に受け入れられている国際的な規則及び基準と少なくとも同等の効果を有するものとする．

条文の規定振りから明らかであるように，本規定は「権限のある国際機関又は一般的な外交会議を通じて定められる一般的に受け入れられている国際的な規則及び基準」と「少なくとも同等の効果を有する」法令を制定するという立法義務を海洋法条約の当事国に課すものである．

しかし，参照条項の解釈の問題として，参照先の規範の具体的な存在形態及び内容については依然として議論が残るところである[44]．このような参照による法形成は，参照先の規範に対する国家の同意がない場合にのみ非合意的法形成の一類型をなすと考えられるため，参照先の規範の同定が問題となるのである．例えば，海洋汚染に関する参照条項における「一般的に受け入れられている」国際基準の解釈は，国際法協会（ILA）の海洋汚染に対する沿岸国の管轄権に関する委員会の報告者を務めたフランクス（E. Franckx）によって次の３つに整理されている．即ち，（1）法令制定国（旗国及び沿岸国）に対して拘束力を有する条約に規定される基準又は慣習国際法化した基準，（2）これに加えて，法令制定国が締約国とはなっていないが，既に発効した IMO 条約に規定される基準を含むもの，そして（3）前二者に留まらないより広範な基準，の３つである[45]．

仮に（1）の解釈が妥当するのであれば，参照による法定立は非合意的法形成の類型に該当しないと言える．それ故に，非合意的法形成論の文脈で問題となるのは（2）自国が当事国ではない既存の条約規則に当該国が拘束される場合及び（3）国際組織の決定とい

めぐる法令の適用関係に関する一考察―」『新海洋法制と国内法の対応』第１号（1986 年）109-111 頁：G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993), pp.69-70: Tomuschat, *supra* note 11, pp.348-349.

44）解釈を巡る議論は特に船舶起因汚染の防止の文脈で顕著であり，「現在のところ一様ではない」と指摘するものとして，薬師寺公夫「海洋汚染」山本草二（編代）『海上保安法制―海洋法と国内法の交錯―』（三省堂，2009 年）332 頁を参照．

45）E. Franckx (*Rapporteur*), “Final Report of the Committee on Coastal Jurisdiction over Marine Pollution”, International Law Association, *Report of Sixty-Ninth Conference* (London, 2000), pp.476-477.

う非拘束的規範（非法規範）が拘束的規範（法規範）として条約に編入される場合である[46]．即ち，前者の場合には，海洋法条約の規定を通して当該条約の非当事国が同条約の規則に拘束されるのであり，後者の場合には，参照条項を通して拘束力ある法規範となった，本来は外部的効果を有さない非拘束的な決定に拘束されることになるのである[47]．

尤も，これらの立場の差異は参照先の規範の存在形式のみであって，性質上ある国を拘束しない規範が，海洋法条約によって編入されることで当該国を拘束するようになるという点では共通している．従って，海洋法条約を媒介とすることによって，（自国が当事国ではない）条約規則又は国際組織の決議で採択された基準と同等の効果を有する国内法の制定義務が海洋法条約の当事国には課されている[48]のであり，このような意味において，条約の法構造上，参照条項によって合意に基づかない法形成がなされていると評価し得るのである．

3．理論的問題――実質的合意なき合意？

それでは，以上で示した非合意的法形成は先行研究においてどのように評価されてきたのだろうか．結論を先取りするならば，非合意的法形成に対する共通の問題意識は，これらの法形成が従来の合意主義理論（国家の同意原則）によって説明され得るか否かという点にあった，と纏められ得るだろう．そして，このような問題意識の下で，非合意的法形成は（主として）条約法条約の枠組を用いて説明し得るか否かという基準に従って評価されることになる．

例えば，環境条約制度における法形成について論じる柴田は，非合意的法形成の類型を次のように整理している．即ち，（1）ICAO による技術規則の制定，（2）「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約」（「CITES」）の付録Ⅰ（Appendix I）の一覧表の形成，（3）モントリオール議定書の調整手続，そして（4）締約国会議による法

46）W. van Reenen, “Rules of Reference in the New Convention on the Law of the Sea, in Particular in Connection with the Pollution of the Sea by Oil from Tankers”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.XII (1981), pp.13-17.

47）なお，IMO は自らが第 211 条２項で規定される「権限のある国際機関」であることを認めており，各国の国内法は少なくとも MARPOL 73/78 と同等の効果を有さなければならないという意見を表明している．“Implication of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization”, LEG/MISC.7, Annex, p.19.

48）西本健太郎／奥脇直也「海洋秩序の維持におけるソフトローの機能――漁業資源の保存管理と海洋環境の保護・保全」小寺彰／道垣内正人（編）『国際社会とソフトロー』（有斐閣，2008 年）77 頁．

形成の４つである[49]．そして，（1）についてはオプト・アウト手続[50]が，（2）については時宜を得て留保を付すこと[51]が認められている点に言及した上で，(4) 以外の法形成は，条約法条約第 11 条及び第 39 条に規定されるところの「他の方法による合意」として説明され得る「派生条約規則」（derivative treaty rules）であると論じられている[52]．

この他にも，例えばブルネー（J. Brunnée）は，国際法形成の方法として（1）形式的同意によるもの，（2）条約法条約第 11 条で規定される「その他の方法」による明示的同意によるもの，そして（3）事実上の（*de facto*）法形成の３つを挙げ，２点目の例としてオプト・アウト手続を説明している．彼女によれば，当事国がオプト・アウトを明示的に表示しない限りは国家の同意が推定されるのであり，このような同意は「簡略化されている」（simplified）ものの，条約法条約第 11 条の「その他の形式」に該当するという[53]．

また，国際組織の設立文書の改正について，「同意原則が適用されるのは発効の時点までであり，同意原則は一応形式的には維持されているものの，時間的に適用が制限される」のであって，この意味で国家の同意原則は「重大な修正を受けている」と説明されることもある．例えば篠原は，この理由を次のように説明している．

このような手続の採用が可能であるのは設立条約の改正が第二次的な法生産行為であることに

49）A. Shibata, “International Environmental Lawmaking in the First Decade of the Twenty-First Century: The Form and Process”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol.54 (2011), p.45.

50）「一定期間の沈黙をもって国家の黙示的同意を見出し，明示的に反対する国家にのみ拘束力を及ぼさないとする手続」のことである（柴田「前掲論文」（註 38）56 頁）．

51）上述の「オプト・アウト」に対して，明示的に適用除外を表明する手続は「コントラクティング・アウト」（contracting-out）と呼ばれる．他にも，例えば世界保健機関（WHO）においては，総会が多数決で採択した衛生及び検疫上の要件その他に関する規則は，一定期間内に当事国が留保等を通告しない限り全当事国に対して効力を生ずるとされる（WHO 憲章第 21 条，第 22 条及び同総会手続規則第 71 条）．

52）「これらの手続は，革新的ではあるが，依然として伝統的な条約法の枠組で法的に説明され得る．…［中略］…．オプト・アウト手続及び調整手続は，関連諸条約の当事国によって合意され，特に当該条約自体によって規定される他の方法である．より理論的に言えば，このような手続は，母体条約によって厳格に規定される範囲及び性質を有する，非常に詳細な技術的並びに行政的規則に関係する．従って，このような詳細な規則に対する特定の同意が付与されていないとしても，これらの法的拘束力はその基礎をなす条約規定に対して既に付与されている国の同意から派生したものとして理解され得る．それ故に，これらの規則は『派生条約規則』と称され得るのである．」(Shibata, *supra* note 49, pp.45-46.) See also, P. C. Szasz, “International Norm-making”; in E. B. Weiss (ed.), *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions* (United Nations University Press, Tokyo, 1992), p.65.

53）J. Brunnée, “Reviewing the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements”; in R. Wolfrum/V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, Heidelberg, 2005), p.109. フィッツモーリス（M. Fitzmaurice）も同様に，このような同意の付与形式は条約法条約によって禁止されていないという．M. Fitzmaurice, “Modifications to the Principles of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations”, *Austrian Review of International and European Law*, vol.2 (1997), p.276.

基いており，一次レベルの合意である設立条約中の改正条項において加盟国の同意は既に固定的に制度化されている．そして一次レベルにおける主権国家の同意が，改正という二次レベルの法生産行為においてはもはや更なる同意を必要とすることなく，主権国家を拘束しうるような国際法規範の定立を可能としているのである．[54]

即ち，ここで篠原は，設立条約に与えられている同意を以って「重大な修正を受けた」同意原則を正当化しているのである[55]．

以上のように，先行研究は，「同意を与えていない規則の形成を可能とする規定に対する（事前の）同意がある」という理解に基づいて，非合意的法形成において合意主義が依然として機能していることを示してきたと纏め得るだろう．

尤も，このような議論に対しては次のような反論が提起されてきた．即ち，派生的な合意に対する国家の同意が実際に存在しないにも拘わらず，当該合意を可能とする「授権規定」（enabling clause）に対する同意を以って同意原則が機能しているという上述の説明は「擬制に過ぎない」[56] というものである．彼らによれば，授権規定に対する同意に基づく以上のような議論は，「本来の合意の名には値しないほど中身を空洞化させたものに他ならない」[57] のであって，少なくとも伝統的な合意主義の立場からは擁護され得ないと論じられる．このような伝統的な合意主義の立場は，言うまでもなく国家主権と国家の同意原則との関係を重視するというものである．このような授権規定による同意は，実質的な合意を伴わない合意に過ぎず，「国家は規範に拘束されることに対して予め同意するが，同意を与えた時点では当該規範の内容は分からない」[58] のであり，これでは自らの主権を擁護することはできない，というのが反論の要点と言えるだろう[59]．

54）篠原「前掲論文」（註 30）112 頁．

55）同様の議論として，モントリオール議定書第 2 条 9 項に対する同意を調整手続に対する「一般的同意」乃至「継続中の統治システムに対する同意」として説明する者もいる．D. Bodansky, “The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenges for International Environmental Law?”, *American Journal of International Law*, vol.93 (1999), p.609.

56）See, *e.g.*, Tomuschat, *supra* note 11, p.327.

57）山本良「国際法実現過程におけるソフト・ローの機能」『国際法外交雑誌』第 112 巻（2013 年）619 頁．

58）G. Palmer, “New Ways to Make International Environmental Law”, *American Journal of International Law*, vol.86 (1992), p.273. See also, Ph. Sand, “Institution-Building to Assist Compliance with International Environmental Law: Perspectives”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.56 (1996), pp.790-791.

59）なお，伝統的な合意主義の立場からは，専門機関による技術規則の制定は，それが条約法条約第 11 条又は第 39 条によって説明可能か否かは留保したとしても，オプト・アウト方式が機能しているという意味で非合意的法形成の類型では論じられないと言える．何故ならば，ICAO の場合はオプト・アウト手続（CITES の場合は時宜を得た留保の付与）によって自国の同意表明の機会が提供されているのであり，実質的な内容を伴った国家の同意が依然として機能していると評価できるからである．See, M. Fitzmaurice, “Expression of

II．国家の同意をどのように捉えるのか？
――先行研究の軌跡と今後の研究における課題

1．脱退による国家の同意原則の保障

（1）具体例――国連憲章の改正と国連からの脱退

以上で確認されたように，非合意的法形成という現象に関する先行研究は，かかる法形成を可能とする規定（授権規定）に対する国家の事前の同意を以って，伝統的な国家の同意原則が機能していると評価し得るか否かという点で対立していることが明らかとなった．それでは，このような先行研究における到達点をどのように評価することができるだろうか．

まず，伝統的な合意主義の立場からは，以上で確認された非合意的法形成を可能としている条約がすべて多数国間条約として存在している点に着目することで，条約からの脱退可能性が非合意的法形成における伝統的な国家の同意原則の機能を保障しているという論理的帰結を導き得る[60]．そして，このような議論の素地は，国連憲章の改正と国連からの脱退の権利の有無に関する憲章起草過程に見出され得るのである．

前章でも確認した通り，国連憲章第 108 条は改正に関して 3 つの要件を規定している．即ち，（1）総会の構成国の 3 分の 2 の多数によって採択され，（2）安保理のすべての常任理事国を含む，（3）国連加盟国の 3 分の 2 によって批准されることが国連憲章の改正のための要件である[61]．このような国連憲章の改正に関する規定の原型は，1944 年 10 月 7 日に合意に至った「一般的国際組織設立のためのダンバートン・オークス提案」の第 11 章に見ることができる．同提案の第 11 章は次のように規定されていた．

> この憲章の改正は，総会の構成国の三分の二の多数で採択され，安保理の常任理事国及び他の

Consent to be Bound by a Treaty as Developed in Certain Environmental Agreements"; in J. Klabbers/R. Lefebre (eds.), *Essays on Law of Treaties: Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998), p.66: D. König, "Tacit Consent/Opting out Procedure"; in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol.IX (Oxford University Press, Oxford, 2012), pp.730-731: Ph. Sands, "1969 Vienna Convention, Article 39: General Rules regarding the Amendment of Treaties"; in O. Corten/P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, New York, 2011), pp.975-976.

60）See, *e.g.*, R. Churchill/G. Ulfstein, "Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law", *American Journal of International Law*, vol.94 (2000), p.638: Fitzmaurice, *supra* note 53, p.292.

61）G. Witschel, "Article 108"; in Simma *et al.* (eds.), *supra* note 35, p.2202.

加盟国の過半数によって各自の憲法上の手続に従って批准された時に，すべての加盟国に対して効力を生ずる．[62)]

この規定振りから明らかな通り，当初の改正規定は批准数の要件が加盟国の過半数とされていた．この規定は，1945 年 4 月 25 日から開催された「国際組織に関する連合国会議」（以下，「サンフランシスコ会議」とする．）において提出された修正案[63)]においてもなお存続していた．

この修正案を土台として議論がなされたサンフランシスコ会議においては，国連憲章の改正の問題は加盟国の地位及び事務局の問題と併せて第一委員会第二専門委員会（以下，「委員会 I/2」とする．）において扱われ[64)]，改正規定は国連からの脱退の許容性と密接に関連づけられて議論されることになった．例えば，英国代表による発言にみられるように[65)]，改正が発効することで，当該改正に反対する国も拘束することになるため，反対票を投じた国が国連から脱退し得るか否かが問題となっていたのである．しかし，このような見解は会議においては少数派に過ぎず，大多数が改正規定との関係で脱退を明記する又は何らかの形で認めることを要求した[66)]．結局のところ，脱退を明記する規定を憲章に挿入するという提案は否決されたものの，次のような宣言が採択されることとなった．

委員会は，本組織からの脱退の許可又は禁止を明記する何れの規定をも憲章に置くべきではないという見解を採用する．委員会は，加盟国となる国家の最高の責務は，国際の平和及び安全の維持のために本組織の中で協力を続けることであると考える．しかしながら，加盟国が，例外的

62）“Proposals for the Establishment of a General International Organization”, *Yearbook of the United Nations*, vol.1 (1946-1947), p.9.

63）“Amendments to the Dumbarton Oaks Proposals”, *ibid*., p.16.

64）*Ibid*., p.13.

65）「［憲章第 108 条に基づいて］採択される改正は，その改正に反対票を投じた国を含むすべての加盟国を拘束することになる．これらの加盟国は，国際連盟規約に規定されたように，これを根拠として組織から脱退することを許されない．これは国際的な手続において疑いなく偉大な革新ではあるが，組織が今日の急速に変化する世界に順応し得るべきであるとするならば必要であると考えられたのである．」See, *A Commentary on the Dumbarton Oaks Proposals for the Establishment of a General International Organization*, Cmd. 6571, Miscellaneous No.6 (1944), p.11, para.56.

66）“Summary Report of Twenty-Eighth Meeting of Committee I/2”, *Documents of United Nations Conference on International Organization*, vol.VII, pp.262-267. 英国に同調したウルグアイを除いて，例えばカナダ代表は脱退規定を憲章に含むべきであると提案し，オーストラリア代表はこのカナダ提案を支持し，改正の批准に関する草案を受け入れるのであれば，脱退の問題についても規定するべきであると述べた．さらに，米国も（国連という）組織が主権国家によって構成されることを理由として「すべての加盟国は脱退の権能（faculty）を有する」と主張し，ソ連もまた脱退の権利は国家の裁量であると述べていた．

な事情故に，脱退し且つ国際の平和及び安全の維持の責任を他の加盟国に委ねることを余儀なくされたと考える場合に，その加盟国を強制して組織内で協力を続けさせることは本組織の目的ではない．

しかしながら，本組織が，人類の希望を裏切って平和を維持する能力のないことが判明するか，又は法と正義を犠牲にしてのみ平和を維持し得る場合には，脱退又は他の形式による本組織の解体が不可避であることは明白である．

また，加盟国の権利義務が，その同意せず且つ受諾することができない憲章の改正によって変更を受ける場合，又は，総会若しくは全体会議において必要とされる多数により適正に受諾された改正が，その改正の発効に必要な批准を確保することができない場合にも，加盟国は本組織に留まることを義務づけられないだろう．

本委員会が，脱退を特に禁止し又は許容する正式な規定を憲章に挿入するという勧告を差し控えることに決定したのは，これらの考慮によるものである．[67)]

本宣言は委員会 I/2 の報告書に挿入され，さらに第一委員会の報告書の一部を構成するものとして本会議に提出されたが，本会議においても，宣言の一部表現についてソ連代表による異議が提起されたのみであって，最終的に，一定の場合には機構からの脱退の可能性が否定されないという宣言の趣旨に関する限り，本会議において全会一致の同意を得たと評価し得る[68)]．また，委員会 I/2 における審議の結果，安保理常任理事国と他の加盟国との間の平等を図るため，そして自らが批准しない改正を受諾するか又は国連から脱退するかというディレンマに置かれる他の加盟国のリスクを削減するために，改正の要件を「安保理のすべての常任理事国を含む国連加盟国の三分の二」とする旨の提案がベルギーによってなされ，32 対 1（棄権 12）で可決されることになった[69)]．

このようにして成立した国連憲章第 108 条について，以上の起草過程から明らかなように，国連憲章の改正に関して，自国が反対しているにも拘わらず当該改正に拘束されることを受け入れられないという各国の認識が存在していたことは確かである．その解決策が国連からの脱退であり，国連のような普遍的組織からの脱退は許容され得ないという英国のような見解もあったが，結果として解釈宣言が委員会によって採択されたことからも明らかなように，実際のところはこのような見解は少数であった．

67）*Ibid*., p.267.
68）中村道「インドネシアの国連脱退および復帰」『岡山大学法経学会雑誌』第 18 巻（1969 年）881-882 頁．
69）“Report of the Rapporteur of Committee I/2 on Chapter XI (Amendments)”, *supra* note 66, p.463.

勿論，この解釈宣言自体の法的性質については解釈の対立が残されているものの[70]，そのような本宣言の解釈に関する立場の相異に拘わらず，憲章の起草過程において，国が自らの反対した改正に拘束されることから免れるために脱退によるその正当化を念頭に置いていたことは明らかである．従って，英国の見解において表されていた「疑いなく偉大な革新」は，「国際機構の機能の優先」[71] 又は「国際組織設立文書の一体性の保持」のために達成されたのではなく[72]，国連という国際組織それ自体からの脱退という選択肢が存在するという前提で産み出されたと考えられるだろう．

(2) 国家の脱退の権利

それでは，以上の議論は非合意的法形成を可能とする条約一般について妥当するだろうか．一般に，国際法における脱退（withdrawal）は，(1) 国際組織における加盟国の地位を自らの自由意思によって消滅させること及び (2) 多数国間条約において自国が負う履行義務を消滅させること（廃棄（denunciation））の２つを意味する[73]．このような条約からの脱退の問題は，条約法条約第５部（「条約の無効，終了及び運用停止）において規定されているが，条約法条約の規定振りからも明らかである通り，脱退に関する議論はある条約における脱退を許容する規定の存否に影響されることになる．

先行研究を概観すると，国際法学上，脱退についての実質的な議論が初めて提起されたのは国連憲章に関するものであったことが分かる．ここでは，国際連盟規約が脱退規定を備えている（第１条３項）のに対して，国連憲章における脱退規定の不存在をどのように理解するかということが争点となった．国連憲章の場合は，前款で確認したように脱退に関する宣言が存在したため，次に，同宣言の法的有効性についての議論へと進み，最終的には，脱退規定が存在しない場合に国はある国際組織から一方的に脱退し得るかという一般的な議論に敷衍されるようになったと言える．[74]この点につき，例えばバウエット (D. W.

70）本宣言の法的性質に関する議論については，次の文献を参照せよ．中村「前掲論文」（註 68）875-889 頁：広部和也「国際連合における脱退について（1）・(2)」『国際通信に関する諸問題』第 22 巻 9 号（1975 年）14-24 頁／10 号（1976 年）10-19 頁．

71）篠原梓「国際機構の立法機能」横田洋三（編代）『日本と国際法の 100 年・第 8 巻：国際機構と国際協力』（三省堂，2001 年）35 頁．

72）E. Vitta, “Le Traité Multilatéral peut-il être considéré comme un Act Législatif? ”, *Annuaire français de droit international*, t.6 (1960), p.235.

73）尤も，前者の場合であっても，国際組織の設立文書という多数国間条約における義務を消滅させるという意味では後者と何らの差異もないため，これらは同様に扱うことが可能であると言える．

74）N. Feinberg, “Unilateral Withdrawal from an International Organization”, *British Yearbook of International Law*, vol.39 (1963), p.190. また，国連憲章と同様に脱退規定を有していない WHO 憲章，そして当時は脱退規定を備えていなかった UNESCO 憲章からの脱退が現実に対処すべき問題として生じていた．See, M. Akehurst, “Withdrawal from International Organisations”, *Current Legal Problems*, vol.32 (1979), pp.146-149.

Bowett）は，国家が脱退の権利を明示的又は黙示的に放棄しない限り，脱退は国家の自由であり，脱退規定の不在は当該権利の不在を意味しないという[75]．このように，脱退が国家の自由として論じられる場合には，その根拠として「主権平等」又は「国家主権」が援用される[76]が，これに対して，国際組織に加盟するのは任意であるが，ある国家が国際組織に一度加入すればもはや自由ではなくなり，条約に脱退規定が存在しない場合は，任意に脱退する権利を承認する法的根拠が存在しないために脱退は不可能であるという見解[77]もあり，要するに学説が一致していないというのが現状である[78]．

このような学説の対立に対して，条約法条約は次のように規定することで対立の解消を図っている．即ち，条約法条約は法的安定性を確保するために，同条約の規定に従った脱退のみが認められる（第 42 条 2 項）とした上で，脱退規定を含まない条約においても，脱退を認める当事国の意図が起草過程等何らかの手段によって確認できる場合（第 56 条 1 項（a））及び条約の性質上脱退が認められる場合（同項（b））には条約からの脱退を認めている．また，条約の重大な違反（第 60 条），後発的不履行（第 61 条）及び事情の根本的な変化（第 62 条）という客観的事情を根拠とした脱退についても，条約法条約はこれを認めている．さらに，国は（条約から脱退するという）自国の主張を他国に通告する義務（第 65 条 1 項）を負い，特に第 56 条 1 項に基づく脱退の場合は 12 ヶ月前までに脱退の通告をしなければならず（第 56 条 2 項），この通告の後の一定期間内に他の当事国から異議申立てがなかった場合に初めて脱退が可能となる（第 65 条 2 項）という手続義務を課している．[79]

以上で見たように，実定国際法上，条約に脱退規定が存在する場合は勿論のこと，存在しない場合であっても，条約法条約に規定される一定の条件を充足する場合には，条約からの脱退が認められていることは明らかである．尤も，例えば国連憲章の場合は，脱退を認める当事国の意図がサンフランシスコ会議における宣言から確認されるため，条約法条約第 56 条 1 項（a）の場合に該当し，そして同条約の当該規定が一般国際法と認められる場合には，以上の手続を満たす限りにおいて加盟国は国連から脱退できる．また，モン

75）D. W. Bowett, *The Law of International Institutions*, 4th ed. (Stevens & Sons, London, 1982), pp.391-392.

76）N. Singh, *Termination of Membership of International Organisations* (Praeger, New York, 1958), pp.19 *et* 27.

77）G. Fitzmaurice, “Observations de Sir Gerald Fitzmaurice”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol.49, t.I (Session de Salzbourg, 1961), pp.236-237.

78）例えば，中西優美子「欧州憲法条約における脱退条項」『国際法外交雑誌』第 103 巻（2005 年）567-568 頁を参照.

79）See generally, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge University Press, Cambridge, 2013), pp.254-257. また，第 56 条の起草過程及び関連する国家実行については，中野徹也「脱退に関する規定を含まない条約からの脱退可能性について」『関西大学法学論集』第 52 巻（2002 年）283-361 頁も参照.

トリオール議定書は第 19 条において，海洋法条約は第 317 条において脱退（廃棄）を明文上認めているため，これらの規定に従うことで国家は条約から自由に脱退することができるのである[80]．

(3) 評価――脱退可能性と合意主義理論

以上で確認したように，国家は一定の条件の下で条約から脱退することが可能であるため，自らの意思に反する形で条約上の義務を課される場合には，その条約自体から脱退することで当該義務の履行を免れ得る．このように条約からの脱退可能性が存在する以上，伝統的な合意主義は修正を余儀なくされないと考えられるのである．

しかしながら，脱退可能性に依拠する議論は，「実質的合意なき合意」を用いることなく非合意的法形成を説明し得るが，かかる法形成における国家の同意原則の機能を完全に説明し得ない．何故ならば，条約からの脱退が可能であったとしても，脱退は即時的効力を有するものではなく，一定の期間を経た後に初めて発効するからである．例えばモントリオール議定書の場合は，第 19 条の規定に従って一定の義務を 4 年間負った後であればいつでも脱退の通告が可能であるが，実際に脱退できるのは最短でも「寄託者が脱退の通告を受領した日の後一年を経過した日」であるため，調整手続によって創設された新たな義務それ自体を完全に免れることはできない[81]．海洋法条約の場合も同様であり，廃棄の通告が受領された日の後 1 年で当該廃棄は効力を発生する（第 317 条 1 項）．国連憲章の場合も，仮に条約法条約の脱退に関する諸規定が一般国際法上の義務を反映していると考えるならば，少なくとも 12 ヶ月前までに脱退する旨を通告しなければならないため，改正及び安保理による拘束力ある決定から完全に免れることはできないのである．

なお，そもそも条約からの脱退にこのような一定の期間が設けられているのは，ICJ が指摘するように他当事国の利益の合理的考慮によるものと考えられる．例えば ICJ は，「WHO ＝エジプト間における 1951 年 3 月 25 日の協定の解釈」に関する勧告的意見の中で次のように判示している．

［条約法条約第 56 条 2 項及び国と国際組織との間又は国際組織相互の間の条約に関する ILC 草案のこれと対応する］これらの条項は，脱退の権利がその条約の性質によってある条約に暗に含

80）尤も，以上の議論は，国連憲章からの脱退の場合と同様に条約法条約の当該規定が一般国際法として認められている場合か，そうでなければ，条約法条約の当事国間に限って妥当するものである．

81）モントリオール議定書の場合は，議定書への広範な参加を確保し，規制からの逃避の機会を減らすために厳格な規定となっている．See, P. Széll, “Ozone Layer and Climate Change”; in W. Lang *et al*. (eds.), *Environmental Protection and International Law* (Graham & Trotman, London, 1991), p.171.

まれている場合，その権利の行使は通告，それも 12 ヶ月より短くない期間の通告であるという条件に従うことを規定する．明らかに，これらの規定もまた誠実に行動する義務を基礎としており，そして，条約の他の当事国の利益の合理的考慮を有しているのである．[82]

ICJ はまた，1997 年の「ガブチコヴォ・ナジュマロシュ計画」事件判決においても，条約の終了について一定の期間を規定する条約法条約第 65 条から第 67 条に対して，これらは「信義誠実に行動する義務を基礎としている」と述べている[83]．

このように，条約からの脱退という国家による一方的約束の拘束力は他当事国の利益の合理的考慮を意味する信義誠実の原則に依拠していると考えられる[84] ため，国連憲章のように脱退規定が存在しない場合でも，脱退の通告が即時的効力を有するとは結論し得ないのである[85]．尤も，一般国際法上，ある国際組織に加盟しなければならないという義務は存在せず，このような義務が存在しないにも拘わらず当該国際組織に加盟した国は「一方的に脱退する権利を有し得ない」[86] とまでは断言できないものの，国際社会に存在する凡そすべての国家が加盟しているという国連の普遍的な性質に鑑みると，国連の側がその加盟国の脱退を許容することは国連という機構そのものの価値を減じることになると考えられる．そして，加盟国の側からみても国連から脱退する利益は大きくなく，これは実際上国連からの脱退を宣言することがあっても，その後継続して脱退している国がないという事実からも説得力を以って理解し得るのである[87]．

従って，以上の行論から明らかな通り，脱退可能性を以って非合意的法形成における国家の同意原則の機能を説明することは妥当とは言えず，次節では他の方法が模索されることになる[88]．

82）*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1980*, pp.94-95, para.47.

83）*Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997*, pp.66-67, para.109.

84）村上太郎「国際法における一方的約束の拘束力の基礎：『信義誠実の原則』，その内容およびその役割」『一橋論叢』第 120 巻（1995 年）45 頁．

85）尤も，ICJ が判示したこれら 2 つの事例が二当事者間の問題であったことには注意を要する．信義則の問題として，相手方の利益に対する合理的考慮が説得力を有するのは二国間条約（乃至は「少数国間条約」）の場合であって，多数国間条約の場合にある国が条約から脱退することで他の当事国の利益が侵害されるとは必ずしも言えない．

86）Fitzmaurice, *supra* note 77, pp.236-237.

87）See, J. Klabbers, *Advanced Introduction to the Law of International Organizations* (Edward Elgar, Cheltenham, 2015), pp.48-50.

88）脱退以外にも，例えば後に生じた慣行による法形成に依拠した説明が論理的には考えられ得る．条約法条約第 31 条 3 項（b）は条約の解釈に関する規定ではあるが，後に生じた慣行によって当事国の義務が修正され得るという意味で，これが法形成の主題の下で論じられることもある．特に，国際組織による法定立の場合，

2. 合意概念の分解

(1) 国際合意論における位置づけ

既に確認したように，国家の同意なく新たな法形成がなされる場合に，かかる法形成によって創設された新たな義務に当該国が拘束されることの根拠をかかる法形成を可能とする授権規定に対する当該国の事前の同意に求めるという議論に対して，かかる合意は実質的な合意を伴わないものであるという批判が伝統的な合意主義の立場から提起されてきた．このような議論状況に鑑みて，以下で検討するように，授権規定に反映されるところの国家の合意の性質それ自体が，既に伝統的な合意概念とは異なるものであるという議論が登場することとなった．

例えば，国際社会の変化に伴って，国家の同意も「規則に対する同意」(consent to a rule) から「過程に対する同意」(consent to a process) に変容しており，とりわけ海洋法条約の参照条項が後者に該当すると説明されることがある[89]．このような議論は，非合意的法形成を伝統的な合意概念を用いて説明しようとする議論とは異なり，前提として国際法学における合意概念を２つに区分し，伝統的な合意概念とは異なる概念（即ち，「過程に対する同意」）を以って，非合意的法形成を理論化しようと試みるものである[90]．

このように合意概念を「分解」するという試みは，例えば「日本の国際法学においては，わずかな例外を除いて，合意概念を分解することに関しては従来慎重であった」[91] と指摘される通り，管見の限りも僅少である．というのも，国際法学における合意論においては，「法／非法」という排中律が前提とされ，特に，その「法」は ICJ 規程第 38 条 1 項に表されるものとして（論理的な根拠なしに）「閉じた集合」とされてしまってきたため，この限られた「法」領野に除外されたものを取り込むという試みが中心とされてきたからで

例えば安保理の拘束力ある決定についても，憲章に安保理の立法権限が明示されていない以上は，国連の黙示的権限，国連憲章の目的論的解釈又は後の実行に依拠する他はないと言えるが，この「後に生じた慣行」の射程は依然として明白ではない．*Cf.*, D. Costelloe/M. Fitzmaurice, “Lawmaking by Treaty: Conclusion of Treaties and Evolution of Treaty Regimes in Practice”; in Brölmann/Radi (eds.), *supra* note 13, pp.130-131: G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, Oxford, 2013).

89）E. Hey, *Teaching International Law: State-Consent as Consent to a Process of Normative Development and Ensuing Problems* (Kluwer Law International, The Hague, 2003), pp.11-15.

90）他にも，合意概念をその機能に応じて分解する試みとして，ジョンストン（D. M. Johnston）による議論が挙げられる．彼は，同意を（1）裁判所において法的に説明可能なもの（「条約義務」），（2）外交の場において運用上の責任を負うためのもの（「条約によって生成される法的約束」），そして（3）世論の観点から道徳的に拘束されることに対するもの（「原則に基づいた期待」）に分類している．D. M. Johnston, *Consent and Commitment in the World Community: The Classification and Analysis of International Instruments* (Transnational Publishers, New York, 1997), pp.275-276.

91）山本「前掲論文」（註 57）601 頁.

ある．

そして，このような前提の下で，国家実行及び学説において，国際法学上の合意概念は様々な形で議論されてきた．特にその契機となったのは，条約法条約において条約の定義が規定されたことであった．というのも，条約法条約は条約が国家間の合意であることを規定しているのみであり，その合意の具体的内容については明らかにしなかったからである．[92] そして，条約法条約が作成された後は，「国際約束／法的拘束力を有しない国際合意」という区別を前提として，非拘束的合意（non-binding agreement）に代表される議論が国際合意論の中心を占めることになった．これは合意を「法／非法」という二分法を以って区別し，後者（非法的・非拘束的合意）を排除して前者（法的・拘束的合意）のみを実定国際法を構成する「合意」として認識するというものであった．

さらに，国際法の基本原則や新国際経済秩序（NIEO）構想が国連総会決議として採択され，これを単なる勧告として法的平面から放擲するのではなく，一定の位置づけを与えるべきという問題意識の下で，ソフト・ロー論が提起されるようにもなった．ソフト・ロー論はこのような「法／非法」という二分法に対する批判としても展開され，非法にも程度の差があることを提示し，国際法学における「合意」の多様性という現象に注目を集めさせたのであった．[93]

以上のように，国際合意論においては多様な合意概念が提示されてきたが，この中には，伝統的な合意主義理論を擁護するために，合意概念を「分解」するという試みも存在したのである．以下では，このような試みを提示した２つの先行研究を概観することにしたい．

（2）合意概念の分解

①万国国際法学会における準備作業――ミュンヒによる「予備的研究」

国際社会における合意の多様化という事象に対して，合意を法的なもの及び非法的なものに分けることで従来の国際合意論を再検討しようとする試みとして，万国国際法学会における研究を挙げることができる．万国国際法学会は，1976 年に「法的効力を有する国際文書及び法的効力を有さない国際文書の区別」という研究課題の議論に着手したが，この議論の基礎となったのが，ミュンヒ（F. Münch）によって学会事務局に提出された「予

92）S. Rosenne, "'Consent' and Related Words in the Codified Law of Treaties"; in *Mélanges offerts à Charles Rousseau: la communauté internationale* (Pedone, Paris, 1974), pp.229-248: M. Virally, "Sur la notion d'accord"; in E. Diez *et al*. (eds.), *Festschrift für Roudolf Bindschedler* (Stämpfli & Cie, Berne, 1980), pp.159-172. また，中村耕一郎『国際「合意」論序説――法的拘束力を有しない国際「合意」について』（東信堂，2002 年）45-50 頁も参照せよ．

93）国際法学におけるソフト・ロー研究史については，小寺彰「現代国際法学と『ソフトロー』――特色と課題」小寺／道垣内（編）『前掲書』（註 48）10-21 頁を参照．

備的研究」[94] であった．

このミュンヒによる研究を基礎に据えたものがヴィラリー（M. Virally）を報告者とする第七委員会による同議題の検討であったが，第七委員会によって最終的に採択された報告書は，ヴィラリーが提示した「純粋な政治的約束」[95] を含む広範な合意を国際法上の合意として取り込み，それらが有する一定の法的効果を積極的に認めようとするものであった．これとは対照的に，ミュンヒは従来のアプローチと同様に法的拘束力を有する合意（法的合意）のみを国際法学の対象として捉えていた．

このようなミュンヒのアプローチは，国内判例を含む国家実行及び国際判例の検討を基礎として，非拘束的合意の諸例を明らかにし，これに基づいて拘束的合意の内包を示すというものであった．彼が提示した拘束的合意の基準によれば，合意は，先ずその当事者の意図及び目的に照らし合わせて非拘束的なものと判断される．そして次に，その形式，さらに規定の実質に鑑みて非拘束的なものと考えられるのである．[96] このようにして，彼はある合意が拘束的なものであるか否かを判断する際の基準を明らかにし，かかる基準を充足するもののみを国際法上の「合意」として捉えようとしたのであった．ここにおいて，彼が合意概念を分解しようと試みたことは理解されるが，彼による合意概念の分解は非拘束的合意の捨象に繋がり，それらが有する実際上の意義については無視されてしまったのである．

②合意の「質」的変化？――合意基盤の二層性

国際法の義務淵源が国家間の合意に求められたのは，19 世紀当時の二国間関係における合意の機能によるものであったが，例えば条約という存在形式をみても，現代は二国間条約だけでなく，国際立法とも呼称されるような集合的な法形成の産物である多数国間条約がその主流となっている．このような事実に着目して，河西（奥脇）は二国間条約及び多数国間条約の規定内容，作用の違いから条約における主権的拘束性の変質を論じてい

94）F. Münch, “Annex II: Etude exploratoire”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol.60, t.I (Session de Cambridge, 1983), pp.307-327. なお，ミュンヒは非拘束的合意論に関して，他にも次の 3 点の研究成果を公表している．*Idem*, “Unverbindliche Abmachungen im zwischenstaatlichen Bereich”; in V. Ibler (ed.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy* (Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1968), pp.214-224: *Idem*, “Comments on the 1968 Draft Convention on Law of Treaties: Non-binding Agreements”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.29 (1969), pp.1-11: *Idem*, “Non-Binding Agreements”; in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.7 (North-Holland, Amsterdam, 1984), pp.353-358.

95）M. Virally, “Conclusion”, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol.60, t.II (Session de Cambridge, 1983), pp.288-291.

96）詳細については，長谷川正国「F・ミュンヒにおける『非拘束的合意』論」『福岡大学法学論叢』第 32 巻（1987 年）102-111 頁を参照．

る．[97] その背景には，「主権国家の合意を国際法の拘束力の基盤としてきた厳格な合意主義のみをもって，現代国際法の形成過程をすべて説明しようとすると，かなり無理な論理操作を行う必要が生じる」[98] という問題意識があった．

河西（奥脇）によって合意概念の「解体構築」の必要性が直接且つ中心的に扱われたのは，1987 年に公刊された「国際立法の存在基盤」においてであった．この論稿は「国際立法の概念が現実の国際法過程の中でどのような意味で位置づけられ，またどこにその存立基盤を見出しうるのか」[99] を検討することを目的としているが，その中で合意概念の解体構築の必要性について，概要として次のように論じている．

即ち，19 世紀的な法実証主義に基礎づけられた形式的且つ静態的な法源論は個別国家間の相互に孤立した合意への信頼を前提とした 19 世紀の国際社会の規範構造を反映するものであったが，これに対して国連は一般的立法権限を有さないため，国連が定式化して宣明する文書が，直ちに諸国家間の具体的な法律関係を確定的に規律するわけではなく，「国際法の拘束力の根拠は，依然として関係諸国間の『合意』にある」と言える．その意味で，「合意秩序としての国際社会の基本構造が不変であり，またその限りにおいて，国際法秩序を安定化する主要な手段が依然として国家間の契約的合意であることも確か」である．[100]

このように考えると，19 世紀的な法源論による国際法定立過程の説明は論理的には可能であるが，「合意」概念の無限定な拡張が具体的な法律関係の形成における合意の信頼性を崩壊させることになる．例えば，当事国の権利義務関係を規定するという観点からみれば，立法条約乃至法典化条約は，各締約国の自主的な国内措置又は締約国間で締結される条約実施のための具体的合意における創意工夫に委ねているのであり，「伝統的国際法がなぜ国家間の合意に国際法の拘束力の根拠を求めたかという問題意識を欠いたまま，従来の実証主義法源論において法の存在根拠とされてきた明示の合意の概念のなかに多数国

97）河西直也「現代国際法における合意基盤の二層性―国連システムにおける規範形成と秩序形成―」『立教法学』第 33 巻（1989 年）98-138 頁．なお，河西（奥脇）は後の論文において，同論文について次のように解説している．即ち，「合意基盤の二層性」は「多数国間条約における義務づけ規定の内容やその機能的な作用の特質を踏まえて，二国間条約における国際義務の内容や作用との違いを際立たせることを通じて，条約における主権的合意の拘束性の変質を論じたものであり，条約という法形式のみによって法と非法の仕分けをすることが意味を持たなくなりつつあることを指摘して，独自の視点から soft law 論に切り込んだもの」である（奥脇直也「グローバル化時代における国際法―法の遵守と法化・分断化・立憲化の陥穽―」松田竹男ほか（編）『現代国際法の思想と構造・Ⅱ―環境・海洋・刑事・紛争・展望―』（東信堂，2012 年）412 頁）．

98）奥脇直也「国連法体系における ILC の役割の変容と国際立法」村瀬信也／鶴岡公二（編）『変革期の国際法委員会』（信山社，2011 年）93 頁．

99）河西「前掲論文」（註 4）80 頁．

100）同上，95 頁．

間条約の合意を無批判に取り込むことは，結果として多数国間条約の合意にも二国間条約の合意と同一の政治機能を期待させることになり，かえって合意の実効性への信頼を崩壊させかねない」ということになる．従って，「従来の合意の概念を一方で温存しつつ，他方で合意の拡張された政治機能をとりこんだ概念を新たに構想し，両者を包摂する法源論を再構築する必要が生じる」のである．[101)]

そして，特にこの新たな概念は「国際会議体の場における具体性なき合意，立法的正義への要求へのコンセンサスあるいは国家の裁量権限の保留」[102)] を説明し得るものでなければならず，合意概念の解体構築を目指して，現代国際法の定立過程を理論的に再構成するために，「国際社会の一般的利益の所在についての主張を含む立法的正義の要求に規範の定式 (formulation) を与え，これを一般的な国際会議体の意思として採択し (adoption)，さらに国際社会全体に対して宣明する（articulate）ことによって，国際法の漸進的発達が意識的に促進される過程」を「(狭義の）国際立法」と定義した上で，「国際会議体の意思として定式化され，採択され，宣明される規範的文書」を「国際連合法」として提示する[103)]．

また，以上と同様の趣旨の論述は，1989 年に公表された「合意基盤の二層性」においても看取される．そこでは，国際立法を意図して採択される文書の拘束性の淵源について，「立法が外交に新たな方向付けをあたえてこれをコントロールし，外交が新たな法技術的概念を用いることによって具体的な合意を形成する」というプロセスこそが「国際社会の統一的秩序構成のなかで国際立法の概念と外交と pacta の拘束性を結びつける」と論じられている．そして，「このプロセスの中心には説得性という概念が不可欠なものとして組み込まれているはずである」と論じているのであった．[104)]

(3) 評価

以上，合意概念を分解する試みとして，ミュンヒと河西（奥脇）による議論を紹介した．両者の差異として，次の点が指摘され得るだろう．即ち，ミュンヒが法的・拘束的合意の

101）同上，96 頁．

102）同上，98 頁．

103）同上，99 頁．なお，河西は後に「[国連法の] 実質は国際法の一般原則，上位国際法，あるいは国際憲法といってよいものである」と説明している（河西「前掲論文」(註 97）131 頁）．なお，これは他の論者によって用いられている「国連法」とは異なることには注意を要する．例えば藤田は，国連法を（1）国連憲章を指すものして用いるもの，(2)（より広い意味で）国連システムにおける立法および法適用という国連の作業（の動態）に着目するものがあると述べた後に，「国連法を国連憲章のみならず，国連諸機関の決議，内部（手続）規則などを含むかなり包括的な意味」で用いると論じている（藤田久一『国連法』(東京大学出版会，1998 年）4 頁）．

104）河西「前掲論文」(註 97）130-131 頁．

内包を明らかにするために非拘束的合意を捨象したのに対して，河西（奥脇）は従来の合意概念を措定しつつ，新たな概念を構想することを目指していた，という点である．

また，このような河西（奥脇）の議論の要点として，合意形成過程とその成果物としての合意との相関分析の必要性の認識を挙げることができるだろう．彼の構想において，国家の合意は実際上に様々な意味を有することが確認されており，国家の法意識の確定のためには外交交渉という過程とその成果物としての合意の相関分析の必要性が説かれているのである[105]．このような議論は，例えば，伝統的な国際法形成を国内私法における契約とのアナロジーで捉える一方で，他方では現代の国際法形成を立法と構想するもの[106]にも見られるものであると言えよう．

尤も，河西（奥脇）自身がこの論稿を「法源理論の見直しのあるべき方向を捉えようとするもの」[107]と説明している通り，河西（奥脇）による合意概念の解体構築に関する一連の議論は，このような「方向付け」の議論に終始していると言える．しかし，以上で見たような合意概念の分解の必要性は，非合意的法形成論を考察するに当たっても示唆に富むものである．何故ならば，海洋法条約の参照条項のように，一般的な統一的規則の必要性についての合意のみを前置させ，具体的な規範の形成は後の合意に委ねるような方式は，伝統的な合意概念を以っては最早説明し得ないのであり，そうである以上，伝統的な合意概念を一方で残しつつ，他方ではこのような法形成をも説明可能な概念を構想し，これら両者を包摂する理論が現代国際法の法源論において求められていると考えられるからである[108]．

3．国家の同意の役割――神話と神話批判

（1）国家の同意という「神話」とその批判

以上の議論は，前章で整理した先行研究における評価の対立点を出発点として，両者の見解の折衷を論理的に提示しようという試みであった．しかし，ここ最近の議論の特徴として，国家の同意原則の理解自体に対する批判が提起されるようになっている[109]．これ

105）より直接的に論じているものとして，河西直也「国際紛争の平和的解決と国際法―国際法『適用』論への覚え書き―」寺沢一ほか（編）『国際法学の再構築・下』（東京大学出版会，1978 年）56-57 頁，註 9 も参照．

106）See, *e.g.*, Meyer, *supra* note 16, pp.579-580.

107）河西「前掲論文」（註 97）99 頁．

108）同様の指摘として，山本「前掲論文」（註 21）81 頁も見よ．

109）尤も，非公式的な法形成の潮流が，伝統的な法思考の根本，即ち現存の承認のルールとしての国家の同意の妥当性の再考を促していると認識しながらも，国家間関係の予測可能性を確保するためには依然として国家の同意が国際法の妥当性の根拠であると論じる者もいる．See, Kassoti, *supra* note 22, pp.121-127.

らの研究は，国際法形成において国家の主権を擁護するためにその同意が必要とされるという見解が「神話」に過ぎないとして，その神話に対する批判を試みている．以下，本節では，このような最新の研究動向を確認し（**1**），その到達点を評価する（**2**）．

まず，国際法の形成における国家間の見解の不一致（disagreement）と国際法の拘束力の淵源である国家の同意との間の矛盾する関係に着目し，国家の同意について，現実の国際法形成の正当化に耐え得る新たな解釈を提示しようと試みるベッソン（S. Besson）の研究が挙げられる[110]．

国家の同意に対する新たな解釈の提示のための前提として，ハート（H. L. A. Hart）の議論を参照することで，国内法と同様に国際法においても同意は法の妥当性の基準にはなり得ないことを，また，同意は約束の道徳的拘束力のみを説明し得るというラズ（J. Raz）の議論を参照することで，国家の同意が法の正統性の根拠ともならないことを論じる[111]．そして，国家の同意を国際法の妥当性及び正統性と関連づける「神話」として，国家の同意と法実証主義及び国家の主権平等との関係を取り上げる．まず，法実証主義との関係について，法実証主義が主意主義的法実証主義（意思主義）と同一視されてきたという歴史を挙げ，ハートの法実証主義が主意主義的なものではないことに例証されるように，法実証主義と国家の同意との間には必然的な関係が存在しないと論じる[112]．そして，国家主権との関係については，これを国家の同意と結びつける見解は，常設国際司法裁判所の「ローチュス号」事件及び「ウィンブルドン号」事件判決の論理に基づく 20 世紀初頭のものであって，特に現代において，国家主権は国家の自律性（autonomy）として理解されるものであると指摘する[113]．

このように論じた上で，国際法の形成の実践において国家の同意が依然として中心的な役割を果たしていることに着目し，この国家の同意を，国際法の正統な権威（legitimate authority）[114] に対する例外を構成する「民主的な国家の同意」とみなす解釈を提示する．彼女によれば，民主的な国家の同意は，特定の具体的場面において個別国家がある国際法規範に拘束されないという状況を可能にする機能を有するという[115]．また，国際法の正

110）S. Besson, “State Consent and Disagreement in International Law-making: Dissolving the Paradox”, *Leiden Journal of International Law*, vol.29 (2016), pp.289-316.

111）*Ibid*., pp.298-302.

112）*Ibid*., pp.302-304.

113）*Ibid*., pp.304-305.

114）なお，彼女が用いている「権威」概念は，ラズの用法に基づくものとして説明されている．即ち，A が C に対して正統な権威を有するというのは，(1) A の命令の内容に依存することなく，(2) A の命令が C の行為に対する排除理由となる場合である．*Idem*, “The Authority of International Law: Lifting the State Veil”, *Sydney Law Review*, vol.31 (2009), p.351.

115）Besson, *supra* note 110, pp.306-307.

統性は民主的なものではないが，国家の民主的な性質及びその国民に対する民主的答責性を国際法の形成において考慮する必要があると述べた上で，かかる民主的な国家の同意が常に例外を構成するのではなく，かかる同意に内在する２つの制約要因によって正当化がなされない場合として，かかる同意が民主主義の基本的条件を侵害する場合，及び，かかる同意が自発的で，公正且つ十分に情報を与えられた上でなされたものでない場合を挙げている[116]．

ベッソンと同様に，国家の同意に係る神話を批判的に検討するものとして，ウェルナー（W. G. Werner）の研究[117]を挙げることができる．彼は，神話を明らかにするために，国家の同意原則に内在する矛盾を提示し，国家の同意を基礎に据える国際法理論に通底する主権平等及び国家という観念を例に挙げることで，「国際法は究極的に国家の同意という１つの教義に由来する」という考えから国際法学者は解放されなければならない[118]と結論づけている．

まず，彼は同意に内在する矛盾として，ベッソンと同様にハートの議論を引用しつつ，国家の同意が法の妥当性の根拠とはならないことを示している．また，国家の同意の矛盾した性質が問題となるものとして，準普遍的な当事国数と共同体的価値を有する「世界秩序条約」を挙げ，国家の同意のみでは説明され得ない現象を例示する．具体的には，国連憲章に基づく国際連合の客観的法人格，欧州人権条約における発展的解釈，そして国家以外の同意を問題とするジュネーヴ諸条約と国際刑事裁判所による判例が，国際法形成における国家の同意の変革的な性質（transformative nature）を例証するものであると示されている．[119]

次に，国家の同意の神話性について，まず主権平等との関係については，合意主義の観点からは，国家の同意は国際法の現実を確証するものであり，また大国の覇権から小国の主権を擁護するための道具として構想されてきたことが確認される．しかしながら，このように国家の同意を主権平等の尊重のための手段として構想することは，合意理論に内在する矛盾に陥ることになると指摘する．その理由として，まず国家の主権平等は定義上国家の同意の結果ではないことが，ヴァッテル（E. de Vattel）の議論を例として明らかにされる．即ち，ヴァッテルの主権平等論は，「想定された同意」としての意思国際法という非合意的な要素に支持されていた故に，主権平等と合意主義との間の必然的な連関はな

116）*Ibid*., pp.309-310.
117）W. G. Werner, “State Consent as Foundational Myth”; in Brölmann/Radi (eds.), *supra* note 13, pp.13-31.
118）*Ibid*., p.31.
119）*Ibid*., pp.16-21.

いと論じる．さらに，新国家が既存の国際法に拘束されるという見解も主権平等と合意主義との間に直接的な関係がないことを示しており，またグローバル化によって，国家の自由は国際法の基礎を守るために制限されると推定されるという見解も併せて紹介されている．[120)]

(2) 神話批判の問題点——国際法史研究の観点から

以上で検討した先行研究については，いくつかの観点から考察することが可能であるが，ここでは，本稿の主題と関連性を有しており，さらに両者の議論に共通する点として，国家の同意と国家主権との関係について取り上げることとしたい．

まず，ウェルナーによれば，ヴァッテルの主権平等は，「想定された同意」としての意思国際法という非合意的な要素に支持されていた故に，主権平等と合意主義との間の必然的な連関はないと論じられていた．しかしながら，ヴァッテルの構想した意思国際法が「実質的合意」を伴う一般実定国際法であった[121)]という点に鑑みると，彼の指摘が妥当性を有さないものであることは明らかである[122)]．また，新国家と国際法との関係についての反論も，これを国家の同意で論理的に説明することが可能であり，実際にそのような説明がなされていたという事実を想起すると[123)]，彼の反論は必ずしも説得力に富むものではない．

次に，ベッソンによる批判について，彼女が指摘するように，国家の同意に関する極端な意思主義的な理解に対して，以前から多くの批判が提起されてきていることは確かである[124)]．しかしながら，国家主権という概念の変容を認めたとしても，それが実際にどのように変容したかということを彼女は提示できていない[125)]．尤も，主権概念の変容は古典的な議論であり，この点を明快に論じることに成功しているものは管見の限り存在しないが，彼女が提示する20世紀初頭の意思主義的見解の前提となる，ヘーゲルの絶対的主権論に基づく国際法否定論に対峙する議論の潮流から，自国が合意したものに拘束されるという相対的主権論への移行をどのように理解するかという点でさえ，依然として議論の

120）*Ibid*., pp.21-26.

121）ヴァッテルの意思国際法については，柳原正治『ヴォルフの国際法理論』（有斐閣，1998年）225-263頁，特に260-263頁を見よ．

122）実際に，国家主権との関係で国際法の拘束力が問題とされるのは，以下で言及する通り，19世紀に入ってからのことであったという点も併せて確認されなければならないだろう．なお，この点については次の文献も参照せよ．田畑茂二郎『国家主権と国際法』（日本評論社，1950年）24-33頁：藤田久一「主権的自由の圧縮——国家は絶対か」『国際社会と法〔岩波講座・現代の法2〕』（岩波書店，1997年）37-44頁．

123）例えば，この点に関するオッペンハイム（L. Oppenheim）の議論について，「前掲拙稿」（註5）552頁を見よ．

124）See, *e.g*., Brunnée, *supra* note 20, p.679.

125）*Cf*., S. Besson, “Sovereignty”; in Wolfrum (ed.), *supra* note 59, pp.366-390.

対象となっているということは理解されなければならないだろう[126]．

最後に，かかる神話批判がなぜ成功しなかったかという点を，両者の国際法史研究の側面に着目することで言及しておきたい．国際法学における「歴史への転回」[127]と評される近年の国際法史研究への関心の高まりは，国際法史に関する通説的理解を批判的に吟味する契機を提供し得るという意味で，望ましいと言える．しかしながら，先行研究における神話批判が依拠している議論は，十分な事実によって証明された説得力あるものとは言えず，このような研究態度は，国際法史研究における「歴史の道具化」[128]という態度と同様に批判されなければならないものであろう．

あるプラクティスの現代的な特質を提示するに当たって，現在が過去と未来の間における過程であるということを忘れてはならない．現在のプラクティスの本質的な理解及びそれに基づいた近未来の制度設計は，現在に至るまでの歴史的経緯の正確な理解なくしては得られないものであり，国際法学の一分野として国際法史研究が必要とされるのはこの所以である．しかしながら，このような営みは，ただ過去を振り返るだけでは十分ではない．何故ならば，過去に対する解釈・認識は常に現時点で事実として明らかとされていることに依拠しているため，その説得力をめぐる論争が常に開かれているからである．そしてそれ故に，神話の提示やその批判は，それを立証するための十分な事実に基礎づけられてい

126）国家の主権平等と「合意は守られなければならない *pacta sunt servanda*」という命題について，国際法の拘束力が国家の主権平等に基礎づけられるのはあくまでも意思主義に基づく理解（「主権国家の自由な意思によって，国家は法規範に拘束される．」）によるものあって，意思と意思の合致である合意に国家が拘束されるという合意主義に基づく理解は，*pacta sunt servanda* という命題を前提とする．このことは，主権的な国家意思を絶対とする「意思主義」に基づくとしながら，実は国家意思の合致を拘束力の淵源とする「合意主義」を援用しなければ国際法の拘束力は説明され得ないことを意味するのであり，ここに意思主義と合意主義が関連づけられ，何故国際法学においてこのような「合意主義」が妥当するのかという点が説明されなければならないと言える（明石「前掲論文」（註 3）346-347 頁）．

この点は，19 世紀後半のドイツの国法学者による国際法論を想起することで，より良く理解されるだろう．即ち，彼らは，国家の主権平等という原則を出発点として，そのような主観的な法規範である国際法が，如何にして客観的なものであり得るのかを理論化しようと試みたのであった．その背景には，国家意思を究極的基礎とする理論において，最終的に合意に至った国家意思を撤回不可能とする根拠が存在しない限り，国際法の継続的拘束力は説明され得ないという認識があり，そして，彼らの議論においては *pacta sunt servanda* という規範の存在は前提とされていなかったのであった．なお，以上の点については例えば次の文献を参照せよ．西平等「動態的国際法秩序への解釈論的視座――カウフマンによる事情変更原則の分析――（2）」『関西大学法学論集』第 65 巻（2015 年）1148-1153 頁，特に 1151-1152 頁，註 46：J. von Bernstorff, “German Intellectual Historical Origins of International Legal Positivism”; in J. Kammerhofer/J. d’Aspremont (eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge University Press, Cambridge, 2014), pp.50-51.

127）See, *e.g.*, M. Craven, “Theorizing the Turn to History in International Law”; in A. Orford/F. Hoffmann (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2016), pp.21-37.

128）この批判については，明石欽司『ウェストファリア条約――その実像と神話』（慶應義塾大学出版会，2009 年）15-18 頁を見よ．

なければ，少なくとも歴史研究の観点からは検討に値しない議論となってしまうことには細心の注意が必要であろう．歴史は物語（narrative）ではなく，過去を直接認識できない以上，事実とその説得力が重要となるのである[129]．

以上の検討結果に鑑みると，先行研究は，伝統的な国家の同意と国家主権との関係自体が「神話」であることを提示しようと試みたものの，それに成功したとは評しがたい．但し，既に言及したように，国際法史研究において，絶対的主権論から相対的主権論への移行は必ずしも明らかにされておらず，そして，相対的主権論についても，どの程度を以って国家主権の侵害を認定するのかという点に関する共通認識が存在しないということを想起すると，「根拠なく絶対視される事柄」という比喩的な意味においては「神話」であると言えるのかもしれない[130]．しかしながら，多様化した国際法の形成についての理論化のためには，このように神話を提示するのではなく，むしろその実像を示すことが求められているのであり，そのためには，現代の国際法形成における合意が伝統的な合意概念とは異なるものであるという，前節で示した「合意の分解」論を出発点とすることが望まれるだろう．なおこの場合には，伝統的合意の意味を批判的に検討し，その成立過程を明らかにすることが国際法史研究に求められているという点は敢えて言及するまでもない．このような作業には，意思主義から合意主義への展開過程だけでなく，黙示の合意論として理論化された慣習国際法がその理論を維持し得なかった点についての検討等も含まれるが，具体的な検討は今後の課題としたい．

おわりに

本稿のはじめに言及したように，国際法の「形成」の側面に着目した研究は増加の一途を辿っている．その中には，「多数国間条約体制」や「条約の成長」という観念に表されるように，各国の政策形成過程のグローバル化が進展する中で，国際法の「形成」という側面だけでなく，履行確保又は紛争処理手続にまで射程を拡張し，国際条約の目的や具体的規定の実現過程を検討するという試み[131]や，国際法定立過程が国内立法過程に与える

129）See, M. Yanagihara, “Significance of the History of the Law of Nations in Europe and East Asia”, *Recueil des cours*, t.371 (2015), pp.418-419. 勿論，これは国際法史研究が特別なものであることを意味しない．この点は，明石『同上書』15 頁で論じられている通りである．

130）「神話」という語は，「超自然的存在や英雄による或る世界・社会の原初的創造行為・出来事の象徴的説話」（本来の意味），「根拠なく絶対視される事柄」（比喩的な意味），という多様な意味を含むものである．それ故に，「神話」は，当該分野における多数の研究者によって共有されてはいるものの，後発の学説による批判を通じて，常にその妥当性の検証を受け続ける点において「通説」とは異なる（明石『同上書』3-4 頁及び註 3・4）．

131）例えば，森肇志「国際法における法の実現手法」佐伯仁志（編）『岩波講座現代法の動態 2：法の実現手法』（岩波書店，2014 年）270 頁を参照．

影響を分析するもの[132]，そして，従来の遵守研究を超えて，行動経済学の観点から国際法形成に対する国家の選好を分析するもの[133]等，そのアプローチも多様化してきていると言える[134]．

しかしながら，このように多様な分析視角・方法論に基づいて研究が蓄積されていく一方で，他方では，本稿が着目したような理論的側面――伝統的な国家の同意原則の現代における位置づけ等――に関する議論は十分になされてきたとは言えない．以上で確認されたように，決して多くはないものの，国家の同意なしに国家を拘束する法形成を可能とする制度は実定国際法上確かに存在するものである．このような法形成は一見すると「国家の同意」を以って説明し得るものであるが，この意味における国家の同意には実質的な合意が伴われておらず，現実を支え得るような擬制としては機能していない．勿論，伝統的な合意主義理論自体も擬制ではあるが，それは理論化された当時の現実によって十分に支持されたものであったのであり，この点に鑑みると，先行研究において展開されたような実質的な合意なき合意による正当化ではなく，非伝統的な合意による法形成の新たな理論化が望まれると考えられるのである．なお，かかる非伝統的な合意概念の考察に当たっては，国家の同意以外のものに正統性を基礎づける等の規範的な議論が要求されることになる[135]が，そこでは「正統性」という概念の整理[136]や，「合意は守られなければならない」

132）郭舜「グローバル化の中の立法システム――国内立法過程から見た国際法定立過程」西原博史（編）『立法学のフロンティア 2：立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版，2014 年）257-280 頁.

133）A. Steinbach, “The Trend towards Non-Consensualism in Public International Law: A (Behavioural) Law and Economics Perspective”, *European Journal of International Law*, vol.27 (2016), pp.643-668.

134）このようなアプローチとは異なるが，既に 30 年前には多数国間条約形成手続の研究や立法学的観点からの条約形成過程研究の必要性が提示されていたことを想起すると，これらのアプローチの妥当性についても改めて検討を要するように思われる．この点については，村瀬『前掲書』（註 36）204-208 頁を参照.

135）こうした意味では，次の河西（奥脇）による指摘は依然として重要であると言えよう．「現代国際社会における法の定立過程を説明するためには，一方で国際社会の法定立面における組織化現象を法源理論のなかに導入する必要があること，他方で実証主義的法源論の枠内でこれら現象を説明しようとすることが，必然的に国際法の存在根拠としての『合意』の厳密性を毀損することになり，ひいては国際法の実効性を支えている合意への信頼性の基盤を崩壊させるに至るがゆえに，これを回避する必要がある．」（河西「前掲論文」（註 4）102 頁.）

136）例えば民主主義という 1 つの政治原理と本概念が結びつけられることで，条約の民主的コントロールという従来の議論に加えて，立法の「質」に関する議論が可能となったことを想起すると，本概念の有用性は否定され得ない．しかしながら，例えばバーゼル合意に対する民主的正統性の欠損という批判に表されるように，その他の正統性の淵源（バーゼル合意の場合は，何よりも形成主体の「専門性」が挙げられ得るだろう.）との関係をどのように理解するかという点は依然として疑問である．さらに，バーゼル合意の実効性故に，各国の国内法として受容されている（換言すれば，「国家意思を経由している」）という事実の評価も併せて論じられなければならないだろう．他にも，例えば本稿で取り上げた先行研究における「正統性」と，フランク（Th. Franck）らによって国際法の「拘束力」という排中律な基準の代わりに提唱された「遵守」（compliance）の鍵概念としての「正統性」との相異点等，さらなる概念整理がなされない限り，本概念は国際法学における共通言語としては機能し得ないだろう．*Cf.*, Ch. A. Thomas, “The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.34 (2014), pp.729-758.

という命題の正当化根拠自体に対しても批判的な検討が加えられなければならないだろう[137]．

尤も，「反理論的」乃至「ポスト理論的」な時代[138]と呼ばれる現代に，このような理論的関心に基づいて国際法の形成という側面に関する議論を試みること自体に対して，その有用性についての疑問[139]が提起されるかもしれない．また，本主題に関しては多くの論点，個別的研究があるが故に，本稿はそれらを概観することしかできていないこと，さらに，国際法の規律分野が多様であり，それらを「一枚岩」[140]のものとしては構想できない現状に鑑みると，個別の法形成に着目した実証分析に基づく議論[141]が不可欠であることは言うまでもないだろう．しかしながら，このように個別的に論じられてきた事柄が，どのような観点から評価され，かかる評価の対立が何に基づくものであったかという点を明らかにすることで，新たな法現象が伝統的な国際法構造に与える（又は与えない）影響を改めて考え，「合意」という国際法学の基礎概念の再考を促すための一つの素材を提供できたのであれば，レビュー論文としての本稿の目的は十分に達成されたと言えるだろう．

137）この点については，郭舜「国際法の課題としての世界正義」『世界法年報』第 34 号（2015 年）49-50 頁を参照．

138）M. Koskenniemi, “Repetition as Reform: Georges Abi-Saab *Cours Général de droit international public”, European Journal of International Law*, vol.9 (1998), p.406.

139）尤も，国際法の形成の中でも，条約法制度の理論的研究は実定国際法の解釈論にとっても有益である．この点につき，次の論文が示唆的である．若狭彰室「『条約』とは何か？―Klabbers の条約概念を巡る論争における権能と責務―」『国際関係論研究』（東京大学）第 31 号（2015 年）57-71 頁．

140）柳原『前掲書』（註 3）31-33 頁．

141）See, *e.g.*, J. P. Trachtman, *The Future of International Law: Global Government* (Cambridge University Press, Cambridge, 2013). また，現在『法学教室』に連載されている「国際条約の世界」や，『論究ジュリスト』第 19 号（2016 年）所収の「特集：国際制度の新展開と日本――規範形成と国内受容のダイナミズム」等における考察も参照．