

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

小栗, 寛史

九州大学大学院法学府：博士後期課程 | 日本学術振興会：特別研究員

<https://doi.org/10.15017/1792149>

出版情報：法政研究. 83 (3), pp.535-561, 2016-12-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

オツ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——

小 栗 寛 史*

はじめに

一 オツペンハイムの国際法理論における慣習国際法

(一) 前提・国際法の基礎及び法源

(二) 慣習国際法と一般国際法・両概念の異同

二 慣習国際法理論における個別的論点

(一) 普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別

(二) 条約の拘束力の根拠としての慣習国際法

おわりに

はじめに

本稿は、二〇世紀初頭を代表する英国の国際法学者であるラサ・オッペンハイム (Lassa Oppenheim: 1858-1919)⁽¹⁾ の慣習国際法理論の検討を目的とするものである。このような検討を試みる筆者 (小栗) の問題意識は以下の通りである。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の⁽²⁾ 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⁽³⁾ 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。⁽⁴⁾ 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。⁽⁵⁾

この中でも、慣習法を黙示の同意 (tacit consent) 又は黙示の合意 (pactum 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、⁽⁶⁾ 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 (Ch. Wolff) 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。⁽⁷⁾ このような見解は一八世紀以降断絶したのではなく、現代国際法学においてもトゥンキン (G. I. Tunkin)⁽⁸⁾ 等がその代表例として挙げられている。⁽⁹⁾ そして、本稿で検討されるオッペンハイムもまた、黙示の合意論の代表者として位置づけられている。⁽¹⁰⁾ 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、「同意を与えてい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。しかし、これらに対して、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¹¹⁾あったのであり、慣習国際法理論としての黙示の合意論には二つの考え方が¹²⁾あることが理解されるのである。

このような学説状況に照らして、オッペンハイムが国際法学者として研究に従事した二〇世紀初頭という時代を考えると、彼はまさ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つたと言える。彼は慣習法を黙示の同意によって説明したが、後で明らかにされるように、慣習法を一般国際法と同一視したわけではなかつた。即ち、彼の国際法理論においては、慣習国際法の一般的妥当性は必ずしも所与のものではなかつたため、原則として国際社会のすべての構成員の黙示の同意が存在しない限り一般国際法は成立し得ないと考えられる。しかし、当時の国際法学には独自の国際法体系の存在（国際法の一般性や客観的拘束力の問題等を含む¹³⁾）を積極的に提示することが求められていたのであり、このような状況の中で、彼の慣習国際法理論を以上のように理解するのであれば、一般国際法の存在を説明することは一見して困難であるため、彼が一般国際法をどのように構想していたかということも問われる必要があるだろう。¹⁴⁾

「一九世紀の世界観が表されている¹⁵⁾」とも称されるオッペンハイムの概説書に対する評価の高さは、同時代の評価からだけでなく、彼の概説書が死後も改定が重ねられ、現在においても代表的な著作の一つに数えられていることから明らかであり、¹⁷⁾また、個別の研究主題に関する歴史的研究においても彼の国際法理論は多分に検討されてきている。¹⁸⁾しかし、管見の限り、以上のような観点から彼の慣習法理論が十分に研究されてきたとは言えず、¹⁹⁾慣習国際法に関する学説史研究という観点からも検討の余地が残されていると考えられる。

以上の問題意識に基づき、本稿では、概説書初版第一巻⁽²⁰⁾及び慣習国際法論を主題とする論文⁽²¹⁾(以下、「一九一五年論文」とする。)を中心に、オッペンハイムの慣習国際法理論を検討する。具体的には、まず彼の国際法理論の特徴を明らかにしつつ、彼が慣習国際法をどのように位置づけていたかを検討する(一)。次に、(一)において提示されたオッペンハイムの慣習国際法理論について、より一層の検討が求められる点を明らかにし、各々について考察する(二)。そして最後に、(一)及び(二)における検討から導かれる結論を提示することとしたい。なお、本稿はオッペンハイムの慣習国際法理論を当時の学説状況の中で再評価することを目的とする学説史研究であって、一般国際法であることが前提とされている現代の慣習国際法論の検討を試みるものではないということを予め断っておきたい。

* 日本学術振興会特別研究員(DC2)。なお、本研究はJSPS科研費16J02741の助成を受けたものである。

(1) 彼の生涯については、例えば次の文献(及びその参照文献)を見よ。M. Schmoeckel, "Lassa Oppenheim (1858-1919)"; in B. Fassbender/A. Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford, 2012), pp.1152-1155.

(2) Voir, 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、例えば次の文献を見よ。柳原正治ほか(編)『プラクティス国際法講義(第二版)』(信山社、二〇一三年)七一頁(柳原正治)。

(3) ここで言う「実証主義」とは、「秩序を人為によって指定されたものとみなし、人為の所産としての歴史的事実を総合的に検討することによって、規範命題を析出する」(西平等「ヴァットテルの国際法秩序構想における意思概念の意義」『社会科学研究』(東京大学)第五三巻第四号(二〇〇二年)一七五頁、註一三。)という考え方である。そして、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「一九世紀中葉の『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研究序説」『慶應義塾大学法学部(編)『慶應の法理学・公法II』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八年)三四六頁、柳原正治『国際法』(放送大学教育振興会、二〇一四年)一七頁。

- (4) 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、欧州や文明諸国間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。この点については次の文献を見よ。明石欽司「国際法の妥当範囲——『国際法の完全性』の歴史的素描——」『国際法外交雑誌』第一〇九卷(二〇一〇年)九一—一〇頁。
- (5) 小森・前掲註(4)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)『現代法哲学第三卷…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・森川俊孝「一般慣習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)』第二二卷(一九九二年)一一五—一四一頁。
- (6) 田畑茂二郎『国際法Ⅰ(法律学全集五五)』(有斐閣、一九五七年)九〇頁、註六。
- (7) 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。柳原正治「ヴォルフの国際法理論」(有斐閣、一九九八年)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(*facti*)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²⁸⁾。See, Ch. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (Frankfurt/Leipzig, 1764), re-produced in J. B. Scott (ed.), *The Classics of International Law* (Oxford/London, 1934), §23n.
- (8) See, G. I. Tunkin (trans. by W. E. Butler), *Theory of International Law* (London, 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)五一—五三頁。
- (9) See, e.g., O. A. Elias/C. L. Lim, *The Paradox of Consensus in International Law* (London, 1998), pp.31 et 162; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with New Epilogue (Cambridge, 2005), pp.416-417.
- (10) H. Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, Nouvelle série, t.1 (1939), pp.271-273, n.1; Koskenniemi, *supra* note (9), p.416.
- (11) Voir, e.g., K. Strupp, « Les règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours*, t.47 (1934-D), pp.303-311.
- (12) この点を整理したものととして、例えば次の文献を見よ。小寺彰ほか(編)『講義国際法(第二版)』(有斐閣、二〇一三年)四

六頁（小森光夫）・森川・前掲註（5）一三六—一三七頁。

(13) このことは、（次章において確認されるように）彼自身も国際法否定論への反駁から概説書の記述を始めていることから明らかであろう。

(14) 自らの国際法理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（Th. D. Woolsey）の国際法理論においては、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なっていたため、オッペンハイムの国際法理論に対して提起され得るような問題は生じなかったと言える。See, Th. D. Woolsey, *Introduction to the Study of International Law* (Boston/London, 1860), pp.5-6.

(15) M. Schnoekkel, "Consent and Caution: Lassa Oppenheim and his Reaction to World War I"; in R. Lesaffer (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History: From the Late Middle Ages to World War One* (Cambridge, 2004), p. 274.

(16) オッペンハイム及び彼の概説書に対する同時代の評価については、例えば次の文献を見よ。高橋作衛「英国新進の国際法学者オッペンハイム教授」『国際法外交雑誌』第一八巻（一九一九年）八六一—八七三頁；立作太郎「雑報：オッペンハイム教授と其著書『国際法』」『国際法外交雑誌』第二〇巻（一九二一年）二四一頁；F. E. Hinkley, "Book Reviews", *California Law Review*, vol. 10 (1922), pp.531-534; C. N. Gregory, "Professor Oppenheim", *American Journal of International Law*, vol.14 (1920), pp.229-232; J. Kohler, "Besprechungen von Josef Kohler", *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, 1.Bd. (1907), S.495-496; K. Strupp, "Lassa Francis Oppenheim", *Zeitschrift für Völkerrecht*, 11.Bd. (1920), S.645-646; E. A. Whitluck, "Professor Oppenheim", *British Year Book of International Law*, vol.1 (1920-1921), pp.1-9.

(17) オッペンハイムの概説書に対する一般的評価については、例えば次の文献を見よ。明石欽司「国際法の完全性——その理論史と概念整理——（二）」『法学研究』（慶應義塾大学）第八四巻（二〇一一年）一〇三頁、註一一五；J. Crawford, "Public International Law in Twentieth-century England"; in J. Beatson/R. Zimmermann (eds.), *Jurists Uprooted: German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain* (Oxford, 2004), pp.583-599; S. C. Neff, *Justice among Nations: A History of International Law* (Cambridge (Massachusetts)) 2014, p.230; M. Reisman, "Lassa Oppenheim's Nine Lives", *Yale Journal of International Law*, vol.19 (1994), pp.255-284; M. Yanagihara, "Significance of the History of the Law of Nations in Europe and East Asia", *Recueil des cours*, t.371 (2015), p.287.

- (18) 彼の国際法理論に関する先行研究は次の文献に詳し⁵⁰。See, M. García-Salmones Rovira, “The Politics of Interest in International Law”, *European Journal of International Law*, vol.25 (2014), p.768, n.21.
- (19) 国連国際法委員会において目下検討中の「慣習国際法の同定」という議題にも表れているように、「慣習国際法に関する研究はその性質理解よりも、その同定(のための要件論)に焦点が当てられてきた。それ故に、かかる研究動向の中でオッペンハイムの慣習法理論が十分に研究されてきていないのは当然の結果であるとも言える。
- (20) L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol.1: Peace (London/New York/Bombay, 1905) (hereafter referred to as “*International Law*”), なお、本稿で検討の対象とする概説書は、初版に加えて、彼自身によって改定された第二版及び彼の弟子であるロクスバーク(R. F. Roxburgh)によって彼の死後に上梓された第三版である。尤も、第三版については「オッペンハイムによって執筆された部分とロクスバークによって加筆された部分とが混交しているが、編者によって改定された主要部分はその「緒論」において確認する必要がある⁵¹。See, *Id.* (ed. by R. F. Roxburgh), *International Law: A Treatise*, vol.1: Peace, 3rd ed. (London/New York/Bombay/Calcutta/Madras, 1920) (hereafter referred to as “*International Law*, 3rd ed.”), pp.xi-x.
- (21) L. Oppenheim, “Zur Lehre vom internationalen Wohnheitsrecht” (im Folgenden „Wohnheitsrecht“ genannt), *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, 25.Bd. (1915), S.1-13.

一 オッペンハイムの国際法理論における慣習国際法

(一) 前提：国際法の基礎及び法源

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」(二三頁)⁽²²⁾と定義する。そして次に、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規則の一群の存在、③当該規範が外

的な力によって執行されることに對する共同体の共通の同意 (common consent) の三点を示した上で (八頁)、國際法が「同質的な國際社会」(Family of Nations)⁽²³⁾ の間で妥当する法であることの論証を試みる。

そして、國際法が法であるということを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詳細に論じていく。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「反對する構成員が少しの重要性も有さず、共同体の個々の構成員と比した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ような、構成員の圧倒的多数の明示的又は黙示的な同意」(一五頁)を意味すると言う。さらに、この共通の同意はすべての法の基礎であるため、法である國際法の基礎もその共同体(即ち「同質的な國際社会」)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國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。即ち、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言うのである(一八頁)。

オッペンハイムは、このようにして共通の同意を論じた後に、國際法の基礎が「同質的な國際社会」の構成員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國際法の法源が存在するはずであり、それしか存在しえないということは明らかである」(二二頁)として國際法の法源⁽²⁴⁾を論じる。そして、「当事国の将来の國際的活動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「ある國際的な行為規範に従うという慣習を實踐している国家を通し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——を排他的な國際法の法源として提示する(二二頁)。また、両者の関係について、慣習こそが國際法の「元来の法源」(the original source)であり、条約の法源としての地位は慣習に基づくと説明されている(二四頁)。

なお、オッペンハイムはこのような國際法がその当事国数に依じて三つに分類され得ることを提示している。即ち、

二国乃至少数の国家のみを拘束するのが特別国際法であり、これに対して全文明諸国（「同質的な国際社会」の構成員すべて）を例外なく拘束するのが普遍国際法であつて、この普遍国際法と区別されなければならないような、「指導的な大国を含む大多数の国家を拘束する」ものとして一般国際法が観念されているのである。さらに、このような一般国際法について、「これまでそれに対して同意を示さなかつたような国々も、やがて明示的に同意を与えるか、又は、慣習を通じて黙示的に各規則を承認するかのいずれかによつて、普遍国際法になる傾向を有している」（二三—二四頁）ということが付言されている⁽²⁵⁾。

以上から理解される通り、オッペンハイムの国際法理論においては、彼以前の多くの国際法理論に見られるような自然法や理性等の非実定的要素を見出すことはできず、⁽²⁶⁾ 概説書で示された彼の国際法理論は非実定的要素が払拭されたものであつたと評価できる⁽²⁷⁾。なお、概説書に限らず、オッペンハイムの国際法理論全体が実証主義に基づくものであるということは彼の他の論考⁽²⁸⁾からも明らかである。

（二）慣習国際法と一般国際法…両観念の異同

以上で確認されたように、国際法の基礎及び法源を同意によつて説明するオッペンハイムは、条約と慣習法が国際法の法源であると述べた後に、慣習を慣行（usage）との対比を通して論じている。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、かかる行為をすることの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ると言う（二二頁）。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つて、

「頻繁に実践されているある行為が法的に必要であるか又は法的に正しいと看做されるや否や、かかる行為から取り出される規則が慣習国際法規則である」(二三頁)と説明している。

概説書においては、以上で紹介したものの他には慣習国際法に関する記述を見出すことはできず、慣習法と一般法との異同については明示されていない。しかし、個別規則に関する概説書の記述を見る限りでは、慣習法が普遍国際法として常に捉えられていたわけではないと考えられ得る。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た権利(三二〇頁)、公海上での追跡権(三二二頁)、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いう規則(三五七頁)、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(三七四頁)等が「普遍的に認められた慣習法である」(傍点は筆者(小栗)による。以下同様。)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いう説明(二四、五一九―五二〇頁)においてはこのような記述は見当たらない。また、例えば公海自由の原則(三〇五―三〇六頁)について、彼は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。これらの事実から、彼の慣習法は前提として普遍的な適用範囲を有する一般法(「普遍国際法」)としては捉えられていないことが了解されるのである。

以上のようなオッペンハイムの慣習国際法理論は、一九一五年の論文の中でより明確な形で提示されることになる。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つて、国家の恣意(Wilkeur)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、他のすべての関係当事国の同意を以つてのみ変更される」ものであると述べている。⁽²⁹⁾また、概説書と同様に慣行(der Gebrauch)と慣習との区別の重要性を指摘し、このような区別は支配的利益に基づく法的確信の有無に見出されると論じている。⁽³⁰⁾

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、次に慣習国際法の三分類を提示する。彼は「慣行が法的

確信によつて慣習に変わるといふ事實は、我々に、普通、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つ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「共同体の構成員のすべてによつてではないが、大多数の構成員によつ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。⁽³¹⁾

さらに、普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別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国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。前者に対しては、右で既に示したように普遍慣習国際法にはすべての国家の同意が必要であるが、過去において一般慣習国際法規則の承認を拒否し続けた国が存在しないといふ事實に言及しつつ、例えば内陸国であっても、全海洋国が慣習国際法として承認している規則には拘束されると論じている。また後者に対しては、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つて、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、単なる一般及び特別慣習国際法は当該新国家の同意に委ねられると言う。⁽³³⁾

そして、オッペンハイムは慣習法も条約と同様に廃止 (desuetudo) されることに言及し、⁽³⁴⁾最後に国際法の法源における慣習法の位置づけについて次のように論じる。まず、慣習国際法が国際法の法源である原因として、「国際法は主権国家間の法であるといふ事実」を挙げ、「主権国家は自らの自由意思によつてある規則に従う場合のみ当該規則に拘束され得る」のであつて、「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」と言う。⁽³⁵⁾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ふ批判があり得ることを

指摘するオッペンハイムは、その反批判として、条約は慣習法に基礎を置いているということを挙げ、「条約は拘束する」(Verträge bindend sind) 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る⁽³⁶⁾。また、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、国際法は否定され得るという想定される批判に対して、国際法は「文明諸国の利益共同体の産物」(ein Produkt der Interessengemeinschaft der zivilisierten Staaten) であり、「この利益共同体は個別国家の意思から完全に独立しており、且つ、それより強力であり、個別国家に法規則の形成に対する同意を強制する」ため、国際法の否定にはつながらないと反論している⁽³⁷⁾。さらに、「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砕かれる」と述べている⁽³⁸⁾。

以上で確認されたことから、オッペンハイムの国際法理論における慣習国際法と一般国際法(「普遍国際法」)との異同について、次の点を指摘しておきたい。即ち、一九一五年論文の記述から、彼の構想していた慣習国際法は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という点である⁽³⁹⁾。また、慣習国際法もその適用範囲に応じて三つに分類可能である旨が同論文において明らかにされたことよって、先に示した概説書における慣習法の理解の妥当性も確認することができたように思われる。

(22) 特に断りがない限り、本章における括弧書の頁数は概説書初版第一巻の該当部分を指すものとする。但し、次章以降はこの限りではない。

(23) 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、本稿では「Family of Nations」を「同質的な国際社会」と訳出している。なお、彼はこの「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。S., L. Oppenheim, „Die Zukunft des Völkerrechts“ (im Folgenden „Die Zukunft“ genannt); in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, Bd.I (Leipzig, 1911), S.200: *Id.*, *International Law*, 3rd ed., p.269.
- (24) なお、ここで法源というのは、「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」(二二頁)と説明されている。
- (25) このような一般国際法の例として、一八五六年の海上法ノ要義ヲ確定スル宣言(いわゆる「パリ宣言」)や一八九九年の陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約が挙げられる(三頁)。なお、普遍国際法については、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遍国際法の最良の例である」(L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol.I: Peace, 2nd ed. (London/New York/Bombay/Calcutta, 1912) (hereafter referred to as “*International Law*, 2nd ed.”), 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」(*Id.*, *International Law*, 3rd ed., p.1.)が普遍国際法として例示されている。
- (26) 理性については、ウエストレイク(J. Westlake)が法源として理性を挙げていることについて「同意なきなら」(二二頁、註一)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いということを知っている」(九二頁)と述べている。
- (27) See, e.g., C. Snyest, “International Law in Nineteenth-Century Britain”, *British Yearbook of International Law*, vol.75 (2005), pp.67-68; J. Westlake, “Review on Oppenheim, *International Law*, vol.1”, *Law Quarterly Review*, vol.21 (1905), pp.432-434. 尤も、彼の概説書が彼以前の著作に比べて実証的であると評しながらも、彼の国際法理論には彼が重視する政治的観念が前提とされている旨を指摘する先行研究も多い。See, e.g., B. Kingsbury, “Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law”, *European Journal of International Law*, vol.13 (2002), p.431; A. Perreau-Saussine, “A Case Study of Jurisprudence as Sources of International Law: Oppenheim’s Influence”; in M. Craven et al. (eds.), *Time, History and International Law* (Leiden, 2011), p.104.
- (28) See, L. Oppenheim, “The Science of International Law: Its Task and Method”, *American Journal of International Law*, vol.2 (1908), pp.328-330.
- (29) Oppenheim, „Gewohnheitsrecht“, S.4.
- (30) *Ibid.*, S.6.
- (31) なお、これらの規則は同論文執筆時には既に普遍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(*Ibid.*)。

- (32) Ebd., S.6-7.
- (33) Ebd., S.8-9.
- (34) Ebd., S.9-10.
- (35) Ebd., S.11-12.
- (36) Ebd., S.12-13.
- (37) Ebd., S.13.
- (38) Ebd.
- (39) 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*, 35. Bd. (1975), S.295.

二 慣習国際法理論における個別的論点

(一) 普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別

前章では、概説書及び一九一五年論文の検討を通して、オッペンハイムの構想していた慣習国際法が「普遍国際法」の法源としては前提とされていなかったということを明らかにした。この事実と彼の国際法理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、彼の言う「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、既に述べたように、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、内陸国が全海洋国に

よつて認められた慣習国際法に拘束されるという例が示すように、普遍慣習国際法の成立に必ずしもすべての構成国の同意が必要とされていないように解される記述が見られる。具体的問題となるのは次の記述である。

ある規則が適用される状況にある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家間共同体の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⁽⁴⁰⁾。

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前提に彼が立つと考えるならば⁽⁴¹⁾、かかる一節は普遍慣習国際法の成立において「同意の推定」を許容するものであり、彼が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、一般慣習国際法に対する同意の推定による普遍慣習国際法の成立については、次の二点が確認されなければならないだろう。第一に、「ある規則が適用される状況にあるすべての国家」がかかる規則を慣習法として認めていない限り、同意は推定されないという点である。この点で、オッペンハイムの議論が、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慣習法理解とは異なるものであると評価できるだろう。そして第二に、この条件のみでは特定の少数国間のみに妥当する特別慣習国際法についても同意の推定が認められ得るが、かかる規則の背景に共同体の利益を見出せる程度の国家の数及び規則の重要性が条件として加えられることで、特別慣習国際法に対する同意の推定が排除されているという点である。そして、国家が「同質的な国際社会」へ加入する場合と同様に、ここでも「共同体（の利益）」が重視されていることが了解され得るのである⁽⁴²⁾。

以上から、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っ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（即ち、かかる慣習法に合致する形で行動していない）国家の同意が推定されるもの、の二つが観念されることが明らかとなった。後者の場合には、一般慣習国際法が同意の推定によって普遍慣習国際法と看做されることになるが、かかる同意の推定は慣習国際法を普遍国際法と同一視するという前提でなされるものではなかつたのである。

（二） 条約の拘束力の根拠としての慣習国際法

オッペンハイムの慣習国際法理論の理解に際して次に問題となる点として、「条約の拘束力が慣習法に基づく」と彼が論じる際の「慣習法」が、少なくとも概説書の記述においては「普遍国際法」として構想されていなかったという点が挙げられる。具体的に述べるならば、前章で確認されたように、概説書の記述においては、「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おり、条約の法的拘束力が慣習法に基づくという際の「慣習法」は明示的に普遍国際法として示されていなかったという点である。そして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、（前節で示された場合を除いて）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のであった。

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」という記述が単に欠落していると考えられることで、この慣習法は普遍国際法として構想されていたと理解することは確かに可能であるかもしれないが、このような解釈は決して自明のものとは言えない。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（これはオッペンハイムの国際法理論においても同様であろう。）にも拘らず、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の検討が求められるのである。

この問題を検討するに当たり、まずはオッペンハイムの指示に従って、彼が条約の拘束力について議論を展開している箇所を確認してみたい。彼によれば、条約の拘束力に関する問題は次の三つの間に分解することで満足のいくように処理され得ると言う。即ち、一点目は、「なぜ条約は法的拘束力を有するのか」という問であり、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」（○）は筆者（小栗）による。以下同様。）という問が示され、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にも拘わらず、条約の法的拘束力は説明され得るのか」という問に対して、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と回答している。⁽⁴⁶⁾

一九一五年論文を含め、条約の拘束力についてオッペンハイムが論じている他の論考は現在のところ確認できておらず、結局のところ「条約の拘束力は慣習法に由来する」と言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、以上の検討からは依然として不明確である。それでもなお、オッペンハイムの関連する記述の解釈を通してかかる規則について考えるのであれば、次の点に注目すべきであろう。即ち、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」という箇所である。⁽⁴⁷⁾

まず、概説書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ように思われる。⁽⁴⁸⁾そして、慣習法規則自体の成立及び発達については次のように述べられている。

「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のではない。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単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いのであれば、国際法の慣習規則は決して生じなかった。⁽⁴⁹⁾

また、オッペンハイムによれば、慣習法規則が生成されるこのような「同質的な国際社会」の構成員である国家は、「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一国によって承認されることで構成員になっているかのいずれか」⁽⁵⁰⁾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本来の構成国である」⁽⁵¹⁾と論じ、後者については、「同質的な国際社会」の構成員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明示的又は黙示的に同意すること」⁽⁵²⁾を挙げている。

以上の事柄を纏めて考えると、次のような論理構成が可能なるように思われる。即ち、条約の拘束力の根拠となる慣習国際法は、オッペンハイムが言う「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——の間で普通慣習国際法として確立していたのであれば、それ以降にこの共同体の構成国として認められるようになった諸国に対してもかかる慣習法は普通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」の元来の構成国の中で普遍的に認められていたか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前提されているとも考えられ得る。⁽⁵³⁾

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問題点は残るが、以上から、条約の拘束力を基礎づける慣習法が普通慣習国際法として存在していたということは、彼の論考の内在的理解によつて導かれ得るのである。

- (40) Oppenheim, „Gewohnheitsrecht“, S.8.
 (41) 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」という記述等からも伺い得るものであす。S., Oppenheim, „Die Zukunft“, S.15f. *Id.*, *The League of Nations and its Problems, Three Lectures* (London, 1919) (hereafter referred to as „*The League of Nations*“), p.44.
 (42) ケルゼン (H. Kelsen) は「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 (Kelsen, *supra note* (10), pp.271-273, n.1.)。しかし、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⁴²、及び、オッペンハイムの慣習国際法論における普通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〔普通国際法〕と同一視していなかったことをケルゼンが見落としている点) に基づいたものであることには注意を要する。
 (43) この点は、例えばホイートン (H. Wheaton) の概説書の第六版を編集したキース (A. B. Keith) によつ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指摘している。See, A. B. Keith (ed.), *Wheaton's Elements of International Law*, vol.1, 6th ed. (London, 1929), p.11.

(44) Oppenheim, *International Law*, p.24, n.2.

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

(46) *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 (*Lectures on Diplomacy as Part of International Law*) においても見られる。この未刊の講義録は同大学 Trinity College の Wren Library に所蔵されているが、筆者（小栗）は本稿執筆に当たって同講義録を直接参照できず、記述は次の文献中の引用部分で確認したものであることを予め断っておきたい。See, M. Schmoekel, "The Internationalist as a Scientist and Herald: Lassa Oppenheim" (hereafter referred to as "The Internationalist"), *European Journal of International Law*, vol.11 (2000), pp.701-702.

(47) Oppenheim, *International Law*, p.24.

(48) 「数百年に亘って、国家間の行為のためにより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創設されてきている。」(*Ibid.*, p.12.)

(49) *Ibid.*, pp.16-17.

(50) *Ibid.*, p.109.

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

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

(53) 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、(一) 国際法の成立の時点で存在していた国家の領域、(二) 新国家が成立する場合、(三) 領域権原によって説明される場合であり、第一の場合について、「国際法の存在にと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えなければならぬ」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・前掲註(3)一〇〇—一〇一頁）。この点については、次の文献も見よ。小寺ほか（編）・前掲註(12)二五四頁（柳原正治）。

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き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。

おわりに

本稿は、オッペンハイムの概説書及び一九一五年論文の検討を通して、彼の慣習国際法理論を考察してきた。その内容を約言するならば、オッペンハイムが非実定的要素を排除し、国家の同意を国際法の基礎に据えたことで、彼の理論においては、国際法の一般性はその存在が当然に前提とされるものではなくなり、事実として全文明諸国の明示的又は黙示的同意がある場合のみ「普遍国際法」が存在すると構想されていたのであった。但し、前章の第一の論点——普遍慣習国際法と一般慣習国際法との区別——の検討を通して明らかにしたように、共同体（即ち、彼が言うところの「同質的な国際社会」）の利益が規則の背景に想定される場合には、かかる同意要件は緩和されるものとして理解されていたという点を見逃してはならない。国際法の成立及び発展に関する彼の理解を前提とすると、彼の国際法観においては「共同体」やそこに反映されている「共通の利益」が決定的な要素となっていることは明らかであって、かかる同意要件の緩和においても彼のこのような国際法観が見出されるのである。

尤も、概説書と一九一五年論文における記述内容の関係を精査すると、彼の国際法観についてはより一層の検討が必要とされる点が残されていることが明らかとなる。少し長くはなるが、彼の国際法理論体系の把握に際して重要な問題となると思われるので、最後にこの点について言及しておきたい。それは、一九一五年論文における次の一節に関するものである。

〔国際法は文明諸国の利益共同体の産物であり、〕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おり、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。⁵⁵⁾

この一節は、既に確認したように、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う批判に対する反論として登場する議論であった。

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——イエリネク (G. Jellinek) 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考え方——への反批判となる。しかし、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対応関係を示すことによつ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つて、「個別国家が不可分の共同体へと結合された」⁵⁷⁾と論じられていたのであり、この点は一九一五年論文における文明諸国間の利益共同体としての国際法という考えに対応していると考えられる。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つて変更したり、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。⁵⁸⁾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。⁵⁹⁾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ける議論では、文明諸国は共通の利益及び国家間交流のために、その必要性に依つて新たな国際法規則を形成してきたと論じられているのであつて、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」という構図ではなかったのである。⁽⁶²⁾

尤も、概説書の中では、国際的な行為のための法的拘束力を有する規則が成長することに対する利益及び必要性によって、かかる規則の形成に対する圧力が国家に与えられ、その結果として慣習が発展してきた旨も論じられているが、⁽⁶³⁾ 仮にこのような意味で理解するとしても、共同体による同意の「強制」とは解せないため、一九一五年論文における同意の「強制」という表現は妥当ではない。また、仮に、一九一五年論文のかかる一節が（概説書で示されたような）個別国家の同意を重視するという彼の見解を修正するものであると解するとしよう。彼が言うように「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、もはや彼が国際法の基礎として構想していた「共通の同意」は「圧倒的多数の同意」ではなく、「すべての構成国の同意」に過ぎない。確かに、このように理解することで、彼の「共通の同意」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⁽⁶⁴⁾ 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が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。また、かかる一節から、彼の構想していた共同体は、現に存在している国際社会の描写でもなければ、分析を可能にするために単純化されたものでもなく、「国際法が真に機能する前提条件を述べたもの」⁽⁶⁵⁾ であつたと理解され得るかもしれない。しかしながら、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一般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のである。

そして、かかる結果をオッペンハイムが意図していなかったということは、例えば同論文の四年後に公表された論文における次の記述からも明らかである。

〔すべての国ではないが大多数の国によってなされた〕一般国際法の定立が真に価値のあるものであれば、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だろう。⁽⁶⁷⁾

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っ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かかる記述から確認できる。⁽⁶⁸⁾ また、一九一五年論文と同時期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、国際法がなければ存在し得ない国家間の共同体を構成し、現在の抗争が終わった時には、その基礎及び規則の実現をより確固たるものとするために新たな努力がなされることになるだろう」という一節を確認することができる。これらの事実を考慮すると、彼が構想していたのは、「ゆっくり急げ」(*Festina lente*)⁽⁶⁹⁾ 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つて、一九一五年論文における「共同体による個別国家の同意の強制」という一節はいささか「急ぎ過ぎたもの」であつたとして評価し得ないのではないだろうか。⁽⁷⁰⁾

以上のように、本稿の最後で一九一五年論文のかかる一節の解釈に拘泥したのは、かかる記述がオッペンハイムの国際法理論において慣習国際法と一般国際法(「普遍国際法」)の同一視に帰結する可能性があつたという理由だけでなく、共同体と個別国家(の同意)との関係に関する構想が国際法それ自体の構想に係る問題⁽⁷¹⁾であつて、既に述べたように、これがオッペンハイムの時代においても主要な問題であつたからである。そして本稿においては、かかる一節が彼の議論全体と矛盾すること、特にその後公表された論考においても「共同体による個別国家の同意の強制」という議論が見出されないことから、かかる一節は彼の慣習国際法理論を考察する上では切り離して考え得るものであるという結論

を得た。勿論、かかる一節が存在するという事実から、同意の強制を以つて国際法の客観的拘束力乃至普遍性を説明しようという意図が彼にはなかったという断定はできない。しかしながら、そのような強制がなくても、彼の構想していた国際法は、共通利益の存在によつて、条約又は慣習法という形式を問わず普遍性を志向し得るものであった。そしてこの点において、彼の理論構成が黙示の合意論の中でも特異であつたということが確認されるのである。

- (54) See, e.g., Oppenheim, *International Law*, pp.75-76; Ders., „Die Zukunft“, S.200. オッペンハイムは「共通利益の中でも経済的利益を「第一次的なもの」と捉えており、経済的利益が国際法を成長させ、国際法の成長によつて経済的利益が増進するため、国際法の果てしない発展が保証されていると明言していた。
- (55) Ders., „Gewohnheitsrecht“, S.8-9.
- (56) 尤も、イエリネク自身が「国家の意思は恣意ではなく、国家間の客観的な「生活関係の性質」(die Natur der Lebensverhältnisse)によつて個別国家の意思は制約されると論じていたことは注意を要する。S., e.g., G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts* (Wien, 1880), S.43-45. なお、この点については次の文献も参照せよ。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——(一)」『関西大学法学論集』第六五巻(二〇一五年)八〇七頁・藤澤巖「国際法における不干渉原則論の構図——適用問題への一視座——(四)」『千葉大学法学論集』第二九巻(二〇一五年)六九一—七二頁；J. von Bernstorff, “Georg Jellinek and the Origin of Liberal Constitutionalism in International Law”, *Goettingen Journal of International Law*, vol.4 (2012), pp.669-673.
- (57) Oppenheim, *International Law*, p.12.
- (58) *Ibid.*, p.18.
- (59) 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」(Ders., „Gewohnheitsrecht“, S.4) という同論文における記述でも確認し得る。
- (60) 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で、「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砕かれる」(Ebd., S.13) という同論文の記述に繋がると理解され得る。
- (61) Oppenheim, *International Law*, pp.11-12 et 17.
- (62) C.f., Schmoeckel, “The Internationalist”, p.707. 一九一五年論文のかかる一節は参照されていない(また、オッペンハイム

の論考に対する直接の参照もない)が、イエリネクとの関係でオッペンハイムの方法論を考察したシュメツケル(M. Schmoeckel)によれば、オッペンハイムは「国家が社会で生活しているということが国家の意思を法に同意させる」と考えていたと説明されている(この点については、藤澤・前掲註(56)一一三—一一五頁も参照)。しかしながら、既に述べたように、国際法の客観的拘束力の説明のためには、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」までも論じる必要性については依然として不明瞭である。なおケルゼンは、かかる一節をオッペンハイムの国際法理論における矛盾と評価している。Voir, Kelsen, *supra note* (10), pp.271-273, n.1.

(3) Oppenheim, *International Law*, p.17.

(4) S. ders., „Die Zukunft“, S.159.

(65) コスケニエミ(M. Koskeniemi)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、他方では多数への基準を何も示していないという点で「弁明」であると言へ。See, Koskeniemi, *supra note* (9), p.319.

(66) See, Kingsbury, *supra note* (27), p.409.

(67) Oppenheim, *The League of Nations*, pp.44-45.

(68) そして、この「オッペンハイムが国際法の適用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味が見出されるのである。

(69) *Id.*, “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.

(70) このラテン語は一九一九年の講義録(*Id.*, *The League of Nations*)の表紙に記されているものである。

(71) 仮に一九一五年論文で示された「強制」要素がオッペンハイムの意図的な記述であるならば、彼と彼の同時代人であるトリペル(H. Triepel)を「共同意思説」として纏めるような理解も再考されなければならないだろう。また、これに関連して、先に言及したイエリネクとの関係についても精査が必要となるが、これらについての検討は今後の課題としたい。なお、三者の関係を検討しているものとしては例えば次の文献を参照せよ。山手治之『国際法論序説(国際法講義Ⅰ)』(法律文化社、一九六二年)七〇—七四頁; S. C. Neff, “Jurisprudential Polyphony: The Three Variations of the Positivist Theme in the 19th Century”, in P.-M. Dupuy/V. Chetail (eds.), *The Roots of International Law: Liber Amicorum Peter Hagedemacher* (Leiden/Boston, 2014), pp.304-326.

(2) See, e.g., 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, 2014), pp.50-80.