

国際法と国家の同意：歴史からのアプローチ

国際法学会エキスパート・コメント No. 2024-6

小栗 寛史（岡山大学准教授）

脱稿日：2024年5月11日

I はじめに

「なぜ自分が賛成していない法律に拘束されなければならないのか？」このような疑問を少しでも抱いたことのある方は意外と多いのではないのでしょうか。「いやいや、法律とはそのようなものでしょう」と納得されている方も多いと思いますが、国際社会において活動する国家はそうのように納得することはありません。むしろ、「国家は自らが同意を与えた法にのみ拘束される」¹というのが国家間の常識となっているとさえいえるかもしれません。

実際に、国家間の関係を規律する法である国際法にとって、国家の同意が重要な役割を果たしていることは疑いようのない事実です²。2017年7月に採択され、2021年1月に発効した[核兵器禁止条約](#)は、核兵器を一般的に禁止する条約として画期的な意義を有するものですが、核保有国は同条約の非締約国であるため、核兵器を保有したり、使用したりすることを妨げられません。また、2022年2月から始まったロシア＝ウクライナ戦争について、侵略開始から約1年が経過した2023年3月17日には、国際刑事裁判所（ICC）がロシアのプーチン大統領らに戦争犯罪の疑いで逮捕状を発付しましたが、侵略犯罪については、ロシアがICC規程の締約国ではなく、また国際連合安全保障理事会（以下、「安保理」とします。）がICCに事件を付託する可能性も見込まれないため、[ICCで裁かれることは期待できません](#)。これらの最近の例が示すように、国家の同意の有無が国際法の機能を左右しているとみることができます。

国際法といった時に皆さんがイメージするであろう条約は、まさに国家間の合意であり、条約を主要な法源とする国際法は合意法であるともいわれます。国際社会において、国家間で締結される合意（条約）を各国家が遵守することは、その秩序の維持や環境問題などの地球規模の課題への取り組みのために必要不可欠であるということは言うに及びません。国内社会のように中央集権的な権力機関（政府）が存在しない国際社会においては、各国家が国内法上の契約に類似した合意（条約）を締結することで、共存・協力のための様々な国際的なルールを形成しています。そして、このような条約が国家を法的に拘束するのは、批准

¹ Louis Henkin, “International Law: Politics, Values and Functions,” *Recueil des Cours*, t. 216 (1989-IV), p. 9.

² Jutta Brunnée, “Consent,” in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (Oxford University Press, 2012), pp. 679-684; Stephen Neff, “Consent,” in Jean d’Aspremont and Sahib Singh (eds.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought* (Edward Elgar, 2019), pp. 127-140.

といった行為に代表されるような国家の「条約に拘束されることについての同意」が存在するからであると説明されます。

条約以外にも、国際法において国家の同意が重要な役割を果たしている様子を確認することができます。それはしばしば「同意原則」と呼ばれるものであり、例えば、[国際司法裁判所 \(ICJ\) が管轄権を行使する際](#)には紛争当事国の同意が、[国連平和維持活動 \(PKO\) の実施の際](#)には、その現地展開と活動内容について、紛争当事者やPKOが展開される領域国、そしてPKOに部隊を提供する国連加盟国の同意が、それぞれ必要となります。また、国家の同意によって、国際法によって禁止されている行為が例外として許容される場合もあります。例えば、ある国家が他国領域内で執行管轄権を行使する際に与えられる領域国の同意がそれであり、より一般的には、[国家責任条文第20条](#)に規定される違法性阻却事由としての同意です。

このように、国際法においては国家の同意が非常に重視されているわけですが、いったいそれはどのような理由によるものなのでしょう。このコメントでは、国際法が同意原則に依拠する理由について歴史的な観点からのアプローチを試みます。具体的には、まず国家の同意についての学説史を概観し（Ⅱ）、これを国際社会と国際法の変容の中に位置づけることで（Ⅲ・Ⅳ）、以上の問いについて考えてみたいと思います。

Ⅱ 国家の同意に関する学説史

1 国家主権の絶対性と意思主義

Iで確認されたように、国際法において国家の同意は重要な役割を果たしています。その背景には、国家が絶対的な主権を有し、相互独立の状態にあるという認識があり、それ故に、国家の同意こそが国際法の拘束力の淵源であると伝統的に考えられてきました。このような理解は「意思主義」(voluntarism)³と呼ばれてきたものであり、このような理解を示したことで有名な国際裁判例として、常設国際司法裁判所 (PCIJ) の「ローチュス号」事件判決 (1927年) が挙げられます。同事件において裁判所は次のように述べました。

国際法は独立国家間の関係を規律する。それ故に国家を拘束する法規則は、条約において表明される、または法原則を表すものとして一般的に受け入れられ、かつ共通目的の実現を目指してこれらの共存する独立共同体の間関係を規律するために確立された慣行において表明される国家の自由な意思から生じる。したがって国家の独立への制限は推定されてはならない。⁴

³ 意思主義は「合意主義」(consensualism) と呼ばれることもありますが、本コメントでは両者を区別して用います。詳しくは、Ⅲ1を参照。

⁴ [The Case of the S.S. "Lotus", France v. Turkey, 7 September 1927, PCIJ, Sér. A, No. 10, 1927, p. 18.](#)

ここで裁判所が明示しているような、国際法規則が国家の「自由な意思」、すなわち国家の同意から生じるという見解が、まさに意思主義の中心的な命題です。

しかしながら、国際法の歴史上、国家間合意の拘束力の淵源が国家の同意・自由意思として常に捉えられてきたかという点、実はそうではありません。国内法上の契約からの類推によってその理論化が進められた国際法における合意理論の学説史をみると、このような意思主義が国際法上の議論として確立するのは、19世紀後半以降であることが判明します。

2 歴史からのアプローチ——いつまで遡る必要があるのか？

他の学問分野における議論と同様に、国際法における意思主義という考え方は、それを説明する概念が誕生し共有されない限りは語られ得ません。既に確認されたように、意思主義は絶対的な「主権」を有する「国家」の「意思」に国際法を基礎づけるというものですから、これらの諸概念が成立し、組み合わされるようになった歴史的過程を辿っていくことが必要となります。

それでは、国家主権・国家意思・国家間合意のような概念の検討の際に、どこまで歴史を遡ることが適当なのでしょう。このような問いは、実は最近まで真剣に考えられることのないものでした。国際法における歴史研究は近代国際法学の完成期である19世紀を通して徐々に増加しましたが、その際に研究の対象とされたのは近代ヨーロッパ諸国による「条約」実践であり、近代以前のヨーロッパ地域以外の実践は科学的研究の対象外のものとして切り捨てられていました。このような国際法（史）研究における「ヨーロッパ中心主義」的性格はここ半世紀の間に克服されようとしています。実際に、例えば古代オリエントにおける都市国家間の「条約」や、古代ギリシア・ローマ世界における「同盟条約」のような近代以前の実行、あるいはヨーロッパ諸国とイスラーム諸国の間で締結された様々な「条約」のような非ヨーロッパ世界の実行など、多くの「条約」の先例が見出され、研究対象とされてきました⁵。

しかしながら、このような「条約」が現在我々の認識している条約と同じであるかという点必ずしもそうとはいえません。というのも、以上に挙げた近代以前の実行において確認される「条約」は、近代的意味での国家の間の合意ではなく、そのような合意が「法的」拘束力を有するとは認識されていなかったからです。「条約＝国家間の法的拘束力ある合意」という発想はあくまでも近代ヨーロッパに起源を有するものであって、上記の実行においては、「条約」の拘束力はその締結主体（政治体を代表する君主が典型例）の自由な意思の合致に基礎づけられていたわけではなく、それぞれが信仰する神の罰に対する恐怖のような宗教上の基礎づけを有するものに過ぎませんでした。

⁵ Randall Lesaffer, "Treaties within the History of International Law," in Michael J. Bowman and Dino Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (Cambridge University Press, 2018), pp. 43-75.

3 自然国際法と「約束は拘束する」

このような合意の拘束力の宗教上の基礎づけは中世になっても継続しますが、中世世界ではローマ法や教会法において、合意の拘束力に関する理論の精緻化が進められていくこととなります。その後、近代になると、現代的な感覚で国際法として捉えられるところのユース・ゲンティウム (*jus gentium*) についての理論構想が進められ、「国家」間の合意の様式や効果についての学説上の議論 (合意理論) が組み立てられていくこととなります。例えば、しばしば「近代国際法の父」とも称されるグロティウス (H. Grotius) も、このような合意理論の構築の立役者でありましたが、主著『戦争と平和の法』(1625年)の第2巻において、グロティウスは人文主義的伝統に即して合意の拘束力をその締結者の理性に基礎づけることとなります。具体的には、グロティウスにおいて、合意の拘束力の究極的な淵源は「約束は拘束する」という自然法上の原理に求められたのです⁶。

このようなグロティウスの合意理論は、ユース・ゲンティウムについての理論構想と同様に、後の多くの理論に影響を与えたといわれています。そして18世紀半ばまでには、ユース・ゲンティウムは「国家」間の関係を規律する法として捉えられるようになります。この時期の有名な理論家として、ヴォルフ (Ch. Wolff) やヴァッテル (E. de Vattel) を挙げることができます。ヴォルフはグロティウスの議論の批判的な検討を通して、自然国際法・意思国際法・条約国際法・慣習国際法というユース・ゲンティウムの4つの類型を提示し、「世界国家」(*civitas maxima*)⁷と呼ばれる擬制 (フィクション) を構想し、このような世界国家を媒介することで、国家の「想定された同意」に基礎づけられる意思国際法の存在を説き、「実質的合意」のない一般国際法の理論を構築しました。このヴォルフの構想は、意思国際法の機能が換骨奪胎される形でヴァッテルに引き継がれますが、両者においても、グロティウスと同様の思考に即して、国家間合意は理性的人格を有する国家の約束として構想され、その法的拘束力は「約束は拘束する」という自然法の原理に基礎づけられていました。すなわち、この時代においても、国家間合意の拘束力は、理性を有する主体 (国家) の約束は守られねばならないという自然法によって説明されていたのであって、絶対的な「主権」を有する「国家」の「意思」に基礎づけられるものとしては構想されていなかったのです。

4 実証主義国際法学の誕生と発展——意思主義の誕生

19世紀という時代はさまざまな特徴を有する時代として説明されますが、国際法学を含む科学一般においては、何よりも方法論として「実証主義」(positivism) が台頭し、普及していく時代であったことに注目せねばなりません。実証主義とは、様々な定義がありますが、

⁶ グロティウスの合意理論については次を参照。大沼保昭「合意」大沼保昭 (編)『戦争と平和の法 [補正版]』(東信堂、1995年) 277-348頁。

⁷ ヴォルフによれば、世界国家とは諸国家から構成される1つの「国家」で、そこには立法権を有する1人の支配者が存在すると説明されています。ヴォルフの国際法理論とヴァッテルとの関係については、次の文献を参照。柳原正治『ヴォルフの国際法理論』(有斐閣、1998年)。

ここでは経験的事実のみを観察対象とし、先験的な推論を排除するような思考様式と理解していただければ結構です。当時の科学観に照らせば、自然科学のように事実を観察し分析することが「真の科学」(proper science)の営みであって、法学を含む社会科学もまた「真の科学」を目指さねばならないと考えられたのです。そうすると、人間・国家を理性的主体として捉え、その主体間の合意や法の拘束力を自然法に基礎づけるという従来の思考様式がまず何よりも克服されねばなりません。そこで、主体の「理性」のような形而上的なものではなく、経験的事実として観察可能な主体の「意思」へと目が向けられることとなります⁸。

国際法学もまた、以上のような実証主義的科学観に追随する中で、経験的事実としての国家意思に国際法の基礎を求めるようになり、このようにして実証主義国際法学が19世紀を通して確立するに至ります。すなわち、国際法学は、中世以来続いた自然法の伝統からの訣別を目指し⁹、その結果として、実証主義国際法学においては、国際法は国家意思の表明として構想され、国家間の明示の合意たる条約と黙示の合意たる慣習という2つの法源によって理解されるようになるわけです。

この時代のもうひとつの特徴は、国家構成理論としての「主権」が国際法上の概念として確立したという点です。主権概念自体は、例えばその絶対性・永遠性・最高性を定式化したボダン(J. Bodin)のように19世紀以前からみられたものでありましたが、19世紀前半に至るまでは、同概念は学術的文献においても条約のテキストにおいても非常に多様な語彙で示されていました¹⁰。そして何よりも、ボダンやグロティウスの時代に近代的意味での国家は成立しておらず、これらの論者において「主権」は君主のような政治体の支配者、すなわち「人」に属するものとして理解されていました。その後、近代的意味の国家が成立し、その属性としての主権(「国家主権」)概念が学説上も国家実行上も共有されるようになったのが19世紀であり、このようにして国家主権の絶対性に基づく意思主義という考え方が登場することになりました。

意思主義理論については、ドイツ語圏の公法学者たちが、ヘーゲル(G. W. Hegel)の国家理論などを下敷きにすることで理論の精緻化に貢献したといわれています。ヘーゲル自身は国際法を「国家の対外公法」と構想し、国際法の自立性を認めなかったことでよく知ら

⁸ See e.g., [Stephen Hall, "The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism," *European Journal of International Law*, vol. 12 \(2001\), pp. 277-279](#); Stephen Neff, *Justice among Nations: A History of International Law* (Harvard University Press, 2014), pp. 224-226.

⁹ もっとも、19世紀になって自然国際法論が淘汰されたわけではなく、多くの論者が依然として自然国際法を援用していたことが最近の研究で明らかにされています。See, Miloš Vec, "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism," in Jean d'Aspremont and Samantha Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), pp. 121-145.

¹⁰ 例えば、現代においても「主権」を意味するフランス語の *souveraineté* やドイツ語の *Souveränität* の他に、ラテン語で *summa potestas*, *superioritas territorialis* などとも表されていました。このような背景には、19世紀初頭まで存在した複合国家としての神聖ローマ帝国の存在が挙げられます。これらの点については次の文献を参照。明石欽司「条約における『主権』——独仏間とドイツ諸邦間の領域割譲・境界画定条約(1772-1871年)を題材として」『国際法外交雑誌』第121巻(2022年)397-415頁。

れていますが、19世紀後半になると、主としてドイツ語圏の公法学者たちは、国家の主権平等という原則、そしてこの意味で対等者たる諸国家から国際社会が構成されるという認識を出発点として、国家意思に依拠した、国内法とは異なる国際法の存在を論じようとしてきました。このような意思主義理論の構築に対する主要な貢献者として、イエリネック (G. Jellinek) やトリーペル (H. Triepel) を挙げることができますが、彼らは国家の意思とその合致としての合意との関係について、ヴォルフのようなフィクションとしての国家間共同体(「世界国家」)に依拠することなく、自己拘束や共同意思形成合意 (Vereinbarung) による基礎づけのような、国家意思を出発点とする独自の思考様式の下で議論を展開しました。彼らの議論はしばしば「国家意思実証主義」(Staatswillenspositivismus) とも呼ばれます。

5 国際法は「法」なのか？

さて、このような国家意思実証主義に基づくと、国際法は国家の自由意思に基づくのであるから、いつでも国家は自国の意思を撤回し、国際法の拘束から自国を解放できるということになってしまいます。換言するならば、国内法制度としての契約が国家法(契約法)によって規律を受けるように、国家間合意たる国際法についても何らかの法的規律がなされなければ、国際法は諸国家の意思に追従する主観的なものに過ぎず、客観的な法規範として存在することはできないわけです。実際に、例えばイエリネックも、主著『一般国家学』(初版・1900年)においては、「国際法は諸国家のために存在するのであって、いやしくも諸国家が国際法のために存在するのではない」と述べることで、国家が国際法規則の遵守によって不利益を被る場合には法規則の方が退けられると論じていました。

しかしながら、このような見解を認めてしまうと、国際法は客観的な拘束力を有する「法」として性格づけられないのではないかという疑問が生じます。このような疑問は既に19世紀後半のドイツ語圏の公法学者の間でも共有されており、例えばカルテンボルン (C. von Kaltenborn) やブルンチュリ (J. C. Bluntschli) は、ヴォルフが構想した世界国家のようなフィクションではない、現存する国家間の共同体的関係に着目して、個別の国家意思に必ずしも還元され得ないような国際法理論の構築を試みました¹¹。さらに、20世紀に入ると、このような疑問を出発点として、国家意思実証主義を乗り越えるために、学者たちは国際法の拘束力の淵源について、国家意思以外の要素に着目することになります。例えば、ケルゼン (H. Kelsen) のように、純粋法学の下で、法の拘束力の淵源を社会的に考察することを放棄し、国際法の拘束力を根本規範 (Grundnorm) という仮説に基礎づけることが提唱されたり、ブライアリー (J. L. Brierly) のように、国際法の拘束力の究極的な淵源を自然法の中に見出すことが再び提案されたりしました¹²。

¹¹ このような議論については、例えば次の文献を参照。西平等「利己的意思の合致か？公共的決定か？——合意の質に関する国際法学説史」『論究ジュリスト』第30号(2019年)7-14頁。

¹² 前掲注9でも指摘したように、自然国際法論が19世紀に直ちに姿を消したということでは決してなく、19世紀を通じた非主流化、戦間期におけるその復活を通して、現代に至るまで受け継がれているといえま

Ⅲ 現代国際法における合意主義

1 「合意は守られなければならない」(*pacta sunt servanda*)

以上で確認されたように、「ローチュス号」事件で PCIJ が判示したような国家主権の絶対性に基づく意思主義理解は、せいぜい 19 世紀以降の実証主義国際法学において示されたものに過ぎず、このような理解は 19 世紀的な国際社会観を反映するものでありました。また、意思主義の理論構想は多種多様であり、その後の学説の展開からも理解されるように、PCIJ のような理解に即して、国家は同意したもののみに拘束され、自らの同意は自由に撤回することができると思う学者は現在では少数であるといえるでしょう¹³。もっとも、このような伝統的な意思主義理解がなぜ現代において妥当しないとみなされているのかという点については、実はあまり詳細には論じられてきませんでした。

ここでもう一度、国家間合意の拘束力について考えてみると、伝統的な意思主義のように、絶対的な主権を有する国家の同意(意思)に基づくものと説明されるか、あるいは、そのような諸国家の表明した意思の合致それ自体、すなわち合意に基づくものと捉えられるか、という 2 通りの方法を確認することができます。上記の 19 世紀後半以降の学者の悩みにも表れていたように、国家意思のみに国際法の淵源・拘束力の根拠を基礎づけてしまうと、国際法の客観的な法規範としての存在は否定されてしまいます。そのため、国家意思の合致である合意にその淵源を求める考え方——意思主義と区別して「合意主義」と本コメントでは呼びたいと思います¹⁴——が登場するわけです。

合意主義は、ラテン語の法格言「合意は守られなければならない」(*pacta sunt servanda*)によって一般的に表される考え方であり、「合意は守られなければならない」という原則は、慣習国際法規則あるいは国際法の一般原則として確立されたものと理解されてきました。しかしながら、合意主義がどのような規則として存在するのか(その法源は何か)という点が問題となります。なぜなら、この規則がなぜ国家を法的に拘束するのかという説明なしには、その規則の妥当性は説明され得ず、仮にこれを国家の同意に基礎づけるのであれば、議論は循環してしまうからです。実際に、国家意思を国際法構想の出発点としたイェリネックやトリーペル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ませんでした。これに対して、ケルゼンは初期の著作において *pacta sunt servanda* を根

す。その理由の 1 つとして挙げられるのが自然法と実定法の相互依存性です。すなわち、自然法はその表示のために(実定的な)証拠を必要とし、実定法はその拘束力の説明のために自然法を必要とすることから、実定国際法のみを分析対象とする実証主義国際法学においても、その対象の法的拘束力を論じるためには自然法論から逃れられないというわけです。See e.g., Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960* (Cambridge University Press, 2010), p. 96.

¹³ Brunnée, *supra* note 2: 松井芳郎『国際社会における法の支配を目指して』(東信堂、2022 年) 267–270 頁。

¹⁴ このような区別の意味については、次の拙稿も参照。[小栗寛史「実証主義国際法学の確立過程における合意主義の系譜——オープンハイムの共通の同意理論を中心に\(一\)」『岡山大学法学会雑誌』第 71 卷\(2021 年\) 4–8 頁。](#)

本規範として提示し、同様に国際法の拘束力は法的には説明され得ないと喝破したブライアリーも公理としてこれを構想し、その究極的な淵源を自然法に求めようとなりました。

2 条約法における原則としての合意主義の確立

では、「合意は守られなければならない」という原則は現代国際法においてどのように考えられているのでしょうか。ここでは、国家間合意である条約について規律する条約法に即して確認してみたいと思います。

1969年に採択された、条約の締結手続からその解釈、終了までを扱う条約法に関するウィーン条約（以下、「条約法条約」とします。）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。）であることが規定され（第2条第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」ています。その上で、第26条においては、まさに「合意は守られなければならない」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」旨がそれぞれ規定されています。

これらの規定から、条約法の基礎が個別国家の自由な同意（意思）にではなく、そのような個別国家による同意の一致たる国家間の合意に求められていることは明らかでしょう¹⁵。その他にも、合意主義が国際法の根本的な原則として捉えられているということは、例えばICJの「南極における捕鯨」事件の際の日本政府代理人の最終弁論において、同原則が次のように言及されていることから理解されます。

法は発展します。但し、国家間の合意がある場合においてのみです。合意の対象範囲または合意の対象外となる範囲については、条約解釈上の確立したルールに依らなければ判断することができません。日本は合意されたものを完全に尊重し、「合意は守られなければならない」という根本的な原則を尊重してきました。[…中略…]

前述しました「合意は守られなければならない」という原則、それは数世紀に亘り国家間の共存を可能ならしめた法の基礎です。¹⁶

3 国際社会の共同体的構想による合意主義の修正

もっとも、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、条約の無効原因

¹⁵ このことは、国際法のもうひとつの主要な法源である慣習法についての議論と対照的です。19世紀の議論と同様に、慣習国際法は国家の黙示の合意であるという理解が現在においてもみられないわけではありません。しかしながら、慣習国際法は現代における一般国際法の主要な法源として理解されているため、このような議論においては、慣習国際法の妥当の一般性を説明するために、19世紀のような「擬制された合意」ではなく、「名目化又は観念化された合意」が観念されるに過ぎないという指摘もあります。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。

¹⁶ “[Verbatim Record CR 2013/12: Public Sitting Held on Tuesday 2 July 2013, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Tomka Presiding, in the Case Concerning Whaling in the Antarctic \(Australia v. Japan: New Zealand intervening\)](#),” pp. 20-21, paras. 27-30.

に代表されるように、合意主義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ります¹⁷。それは、国内法平面において、契約自由（私的自治）という契約法上の大原則に対して、契約当事者の意思表示に瑕疵があり真正の同意を欠く場合や公序良俗に反する場合に契約を無効とするというような、国家によるパターンリスティックな制約が課されているのと同様です。

条約の無効原因については、同意の真正性との関係で国内契約法上の制約に相当する錯誤（第 48 条）や詐欺（第 49 条）等のほかに、国際法に固有の制約として武力（force）による国に対する強制（第 52 条）が挙げられます。とりわけ武力による国に対する強制は、20 世紀初めからの「戦争の違法化」の進展と国連憲章における武力不行使原則の確立に伴い、新たな無効事由として確立したもので、ここに規則の背景となる国際社会の変化を見て取ることができます。

条約の無効原因の中で、合意主義の修正として際立つのは強行規範です。条約法条約は、強行規範を「いかなる逸脱も許されない規範」として「国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範」と定式化し、強行規範に違反する条約は無効であると規定しました（第 53 条）。つまり、国際社会には国家間の自由な合意によって変えることのできないような高次の規範（強行規範）が存在するというわけです。このような強行規範という観念自体が、そもそも国家間合意として発展してきた、任意規範であることをその特質とする国際法にとっては異質な存在であるといえます。とはいえ、強行規範が条約法条約という実定国際法において承認され、ICJ も [2006 年の「コンゴ領軍事活動」事件](#) で初めて強行規範に言及し、ジェノサイドの禁止をその例として挙げています。[国連国際法委員会 \(ILC\) における議論](#) にみられるように、強行規範の具体例については依然として争いはあるものの、強行規範がこのように受け入れられつつある現状の背景には、合意主義を修正するような高次の目的や価値が国際社会には存在するという共同体的構想があることは容易に理解可能でしょう。

IV 合意法としての国際法秩序の動揺——国際法とその社会的基盤の変容

1 国際秩序の変容に伴う国際法形成方法の変化

以上のような具体例から、合意主義に対する修正を迫るような国際社会の共同体的構想の出現にこそ、合意主義が唱道された伝統的な国際社会と現代との異同を見て取ることができそうです。

そもそも 19 世紀に意思主義が普及した背景には、主権国家は独立かつ平等であるために、国家に命令する上位者は存在せず、それ故に国際法は国家間の合意でしかあり得ないという認識がありました。国際社会が基本的に二国間関係の束として捉えられたこの時代にお

¹⁷ 藤田久一「主権的自由の圧縮——国家は絶対か」岩村正彦ほか（編）『岩波講座現代の法 2——国際社会と法』（岩波書店、1997 年）39–44 頁。See also, Vassilis Pergantis, *The Paradigm of State Consent in the Law of Treaties: Challenges and Perspectives* (Edward Elgar, 2017).

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、発展しました。このようにして国家間の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、実証主義国際法学においては、明示の合意である条約と黙示の合意である慣習法が国際法の主たる存在形式として理解されるようになります。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や理性の命令のような自然法論的な基礎づけではなく、実証可能な経験的事実による基礎づけが必要であり、そこで注目されたのが国家意思であったわけです。

これに対して、現代の国際社会においては、以上でみた共同体的構想に基づく合意主義に対する修正だけでなく、国連総会の表決方式に代表されるような全会一致方式から多数決あるいはコンセンサス方式への移行、そしてその結果として採択される成果文書の法的拘束力の否定において顕著なように、国家間の合意が非常に多種多様なものになったといえます。このような非拘束的な文書は、条約に代表される従来の拘束的な文書（「ハードロー」）と対比されることで「ソフトロー」と呼ばれますが、このような「ソフトロー」の例として、国家に特定の義務を課さない条約上の一般的な規定が挙げられることさえあります¹⁸。このように国家間合意が多様化する現在においては、上でみたような、具体的な規範内容を伴う合意は相対化されているといえ、それ故に伝統的な国際社会と国際法の合意法秩序としての基盤が動揺していると考えられることができます¹⁹。

2 国家の同意の「衰退」？——国家の明示的な同意に基づかない法形成

このような合意法秩序としての国際法の基盤の動揺は、しばしば「国家の明示的な同意に基づかない法形成」（non-consensual lawmaking）²⁰と呼ばれる現象によっても確認されるものです。地球環境問題、越境テロリズムや人権保障といったグローバルな協力が求められる問題の出現によって、例えば国連安保理決議のような国際組織における多数決による拘束力ある決定、環境条約にみられるような条約体（締約国会合）における多数決による拘束力ある決定のように、国家の明示的な同意に基づかない形で新たな国際法義務が形成されるという現象が指摘されています。このような法形成方法は、国際法の拘束力の淵源を国家の同意に求める伝統的な意思主義に即した説明が妥当しないという理由から、注目を集めています。

もっとも、これらの現象の中には、国際組織が統一的規則を効率よく採択できるように導入された、国家の同意を容易に調達するための工夫（「同意の脱形式化」）も含まれます。そ

¹⁸ 小寺彰「現代国際法学とソフトロー——その特色と課題」小寺彰・道垣内正人（編）『国際社会とソフトロー』（有斐閣、2008年）10-11頁。

¹⁹ 河西（奥脇）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）94-99頁：[河西（奥脇）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号（1989年）98-138頁。](#)

²⁰ See e.g., Nico Krisch, “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods,” *American Journal of International Law*, vol. 108 (2014), pp. 1-40. より詳細な議論については、次の拙稿を参照。[小栗寛史「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？」『社会科学研究』（東京大学）第68巻第2号（2017年）61-95頁。](#)

の典型例が、国際民間航空機関（ICAO）によって採択される技術規則（「標準および勧告される方式」〔SARPs〕）です。SARPsは理事会（36か国）の3分の2以上の賛成投票で条約の附属書として採択され、一定期間内に締約国の過半数が反対を表明しない限り発効する（[国際民間航空条約](#)第90条第（a）項）ため、法的拘束力を有するとされる標準について問題が生じます²¹。しかしながら、同条約は加盟国のICAOへの通告による標準の不履行を認めているため（第38条）、このようなオプト・アウト手続²²によって、その形成に同意していない国家は新たな国際法義務から免れることができます。

このような国家の同意の脱形式化とは異なり、伝統的な意思主義からの明らかな逸脱として指摘されるのが国連安保理による「国際立法」²³と呼ばれる現象です。[国連憲章](#)上、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（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（第25条）とされます。それ故に、大量破壊兵器やその運搬手段の非国家主体への拡散を禁止する[決議1540（2003年）](#)のように、安保理が一般的な事態を対象として一般的な内容を有する新たな義務を創設する場合には、15か国から構成される安保理によって決議が採択されることで、非理事国は自らの同意なしに当該決定に法的に拘束されることとなります。

もっとも、このような事象については、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、依然として伝統的な意思主義が妥当すると説明されることがあります（プロセス同意論）。但し、このような理解に対しては次のような反論が提起されてきたことも忘れてはなりません。それは、派生的な合意に対する国家の同意が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、当該合意において同意原則が機能しているというプロセス同意論は「擬制に過ぎない」²⁴というものです。つまり、プロセス同意論がいう「同意」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」²⁵のであって、同意を与えた時点では将来の規範の内容は分からないため、国家はこのような同意で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いえるでしょう。

²¹ 森肇志ほか『分野別 国際条約ハンドブック』（有斐閣、2020年）53-54頁〔森肇志執筆部分〕。もっとも、新たに採択される技術規則については採択前の準備段階において全締約国によって議論されるという運用になっているため、締約国によって規則の採択が拒否されたことはありません。See, Doris König, “Tacit Consent/Opting Out Procedure,” in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX (Oxford University Press, 2012), pp. 725-732.

²² 国家がオプト・アウトを明示的に表明しない限りは国家の同意が推定されることから、このような同意は「簡略化されている」ものの、条約法条約第39条（と第11条の「その他の形式」）によって説明され得るといわれます。Jutta Brunnée, “Reviewing the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements,” in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, 2005), p. 109.

²³ 例えば次の文献を参照。浅田正彦「安保理決議1540と国際立法」『国際問題』第547号（2005年）35-64頁。

²⁴ Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States without or against Their Will,” *Recueil des cours*, t. 241 (1993), p. 327.

²⁵ 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。

V おわりに

以上で確認されたように、国際法が国家の同意を重視するのは、歴史的にみれば、国家主権の絶対性とそれに基づく意思主義的な理解が19世紀後半以降に確立したことによるものでした。しかし、このような伝統的な意思主義理論は、国際社会の変化、とりわけ国際社会の共同体的構想の誕生・進展と国際法形成方法・その成果物の多様化に伴い、修正を迫られています。また、IV2で概観されたように、決して多くはないものの、国家の明示的な同意に基づかない法形成といわれる現象、すなわち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が、実定国際法上確かに存在しています。

このような現象についての議論をみる限り、伝統的な意思主義的理解による説明は依然として維持されており、これを否定する立場からも、国家の同意をどのように理解すべきかという点について説得力ある反論が提起されていないというのが現状であるといえます。かつてヴォルフは、「世界国家」というフィクションを措定することで、国家の同意と国際法の客観的拘束力とを結びつけようと試みましたが、それは結局のところ「実質的合意なき合意」に過ぎなかったものであり、以上で確認されたプロセス同意論においても同じような悩みが共有されているといえます。さらに、意思主義理論が唱えられた19世紀後半においても、国家間共同体の認識に基づく国家主権の制約に対する試みが存在したように、国家主権と国際社会の共同体的構想との間の緊張関係とそれに対する理論的な検討は、いまなお議論途上にあるといえるでしょう²⁶。

「国際法が合意法である」という伝統的かつ現代にも妥当する考え方の基礎を解明するためには、以上でみたような古くて新しい理論的難問に正面から取り組むことが求められます。換言するならば、国際法についてのグランドセオリーの構築が求められているのであり、このような哲学的考究²⁷も国際法学の対象であるという点を読者の皆さんにご理解いただけたのであれば、やや毛色の違う本コメントの役割は十分に果たせたのではないのでしょうか。

²⁶ 例えば、このような議論の1つとして、第二次世界大戦後に脚光を浴びた「世界政府論」が挙げられます。主権国家の併存こそが戦争の根本的な原因であると考えた世界政府論は、ヴォルフがフィクションとして提示した「世界国家」を現実のものにしようとする構想です。すなわち、国家より高次の存在である世界政府に国家の主権を移譲し、世界政府は国家の代わりに立法権を行使し、世界政府の立法（世界法）が条約の代わりに世界中の諸個人を直接拘束するというのです。このような議論とその現代的意義については次の文献を参照。[松井芳郎「グローバリゼーションの時代における『世界政府の思想』、『世界法年報』第30号\(2011年\)109-147頁。](#)

²⁷ 最近の邦語著作として次のものを参照。郭舜『国際法哲学の復権』（弘文堂、2022年）。