

# 国際法における対抗性の概念

江 藤 淳 一

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 フランス法の議論
- 三 国際司法裁判所の判例
  - (一) スタークの見解
  - (二) 判決の検討
  - (三) 小 括
- 四 国際法の学説
  - (一) ルテールの見解
  - (二) 批判的考察
- 五 む す び

東 洋 法 学

## 一 はじめに

現代の国際社会では、急速な技術革新やA A諸国による秩序変革の要求といった要因により、国際法の内容が大きく変動しており、そこに法の不確定な部分や欠缺が生じることが少なくない。こうした状況のなかで、国家は、他の諸国の反応や共通の利益を考慮しながらも、一方的行為や条約によって、自国の利益の擁護・促進をはかることになる。しかし、これらの行為は多分に国際的紛争を引き起こす危険性を帯びている。国際司法裁判所に付託された事件の多くも、この種の紛争に関係するものであり、ここでは、一方的行為や条約が第三国に対していかなる効果を及ぼすかが一つの争点になる。そして裁判所は、この点の判断にあたつて、しばしば対抗性の概念を用いてきた。すなわち、一方的行為や条約が第三国に対して対抗可能か否かを示すことで紛争の解決をはかつてきたのである。こうした判決によって、国際法においても対抗性の概念が注目を集め、その検討が行われるようになってきている。

対抗性(*opposabilité, opposability*)の概念は、フランス法を母法とするものである。フランス法では、本論で検討するように、契約が第三者に及ぼす間接的效果を示すものとして対抗性の概念が形成され、現在では、原則としてすべての法律要素(事実、行為、権利、状態)が対抗性を有すると指摘されている。一方、フランス法から対抗性の概念を継受したわが国では、この概念について必ずしも十分な検討が行われてきたわけではないが、ごく一般的定義によれば、「対抗力とは、すでに生じた権利関係を第三者に主張できる力」<sup>1)</sup>と理解されている。このように、対抗性の概念は、法律要素の直接当事者と第三者の関係を示すものとして定着しており、それはすべての法秩序において

問題となりうる概念と考えられる。しかし、フランス法の場合にも、わが国の場合にも、この概念はかなり多義的に用いられてきており、それがその理解に混乱をもたらしてきたといわれている。そのため、対抗性の概念について、あらためて明確な説明をあたえる必要性が指摘されてきた。<sup>(2)</sup>

国際法学でも、さまざまな問題について対抗性が論じられてきた。例えば、条約、一方的行為、領域的管轄権、国籍、国際組織の法人格などである。わが国では、山本草二教授が、種々の分析にあたつて対抗性の概念を用いている。とりわけ、最近の論文において、国家が実定国際法規の範囲を越えて行う一方的国内措置を取り上げ、国際司法裁判所の漁業事件の分析に基づきながら、この種の措置が他国に対して対抗性を有し、国際法を形成する重要な機能を果たしうる点の論証を試みているのが注目される。<sup>(3)</sup> しかしながら、これまで国際法学では、対抗性の概念そのものについて本格的な検討が行われたことはなく、それがいかなる内容をもつかは必ずしも十分に明らかにされてこなかった。そのために、個別の問題について対抗性を論ずる際の前提となる、この概念に対する共通の認識が出来ていなかったように思われる。

本稿は、以上のような認識に基づいて、国際法における対抗性の概念について体系的な説明を与えることを目的とするものである。考察を進めるにあたって、まず最初は、フランス法での議論を概観する。これまでの国際法学では、対抗性の概念について十分な検討が行われていないため、その枠組みを作るうえで、フランス法での議論を知ることが有用であると考えられる。次に、国際司法裁判所の判例を分析する。ここでは、対抗性の概念に依拠したものととして注目された五つの事件を検討し、裁判所での対抗性の概念について、フランス法を参考としながら整理を行う。そ

して、最後に、ルテールの見解を中心として、国際法の学説を検討し、対抗性の概念の問題点を指摘する。これによって国際法における対抗性の概念が、フランス法とは異なる意義をもつことがわかり、国際法の理論におけるその位置づけを明確にすることができよう。

なお、本稿では、*opposabilité*, *opposability* の訳語として対抗性の語を用いている。これは、フランス法では *opposabilité* がすべての法律要素に認められる性質と理解されている点と、*opposabilité* が契約などの相対性と対になる概念である点を考慮したものである。また、*inopposabilité* については対抗不能の語をあてている。

- (1) 『新法律学辞典(第三版)』有斐閣、一九九〇年、九二一頁。
- (2) 滝沢幸代『物権変動の理論』有斐閣、一九八七年、一九四頁。
- (3) 山本草二『一方的国内措置の国際法形成機能』『上智法学論集』三三卷二・三号(一九九一)、とくに六三―六七頁。

## 二 フランス法の議論

ここでは、国際法における対抗性の概念を考える手がかりを得るために、フランス法での議論を取り上げる。対抗性の概念の母法はフランス法であり、そこでの用法が国際法の議論と無関係ではないと思われるからである。しかしながら、フランス法の議論を詳細に検討する余裕はここにはないし、また、その必要もない。国際法における検討の

手がかりを得るには、フランス法での議論の一般的傾向を知ることと十分であろう。そこで、フランス法の対抗性に關するはじめての体系的研究書である、デュクロの『対抗性（一般理論の研究）』（Duclos, J., *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Bibliothèque de droit privé, tom. 179(1984))を取り上げることとする。本書は、「序論」「第一部・対抗性の原則」「第二部・対抗性の適用」「結論」から構成され、とくに「序論」「第一部」によって、対抗性の定義<sup>(4)</sup>づけや基本的構造の分析が行われており、その検討は、国際法における対抗性の概念を考えるうえできわめて有用と考えられる。ここでは、その部分を中心としながら、デュクロの見解を整理して、以後の考察の基礎としたい。

(1) 対抗性の概念は、一九世紀の半ばに、民法一一六五条をめぐる議論を背景として登場する。一一六五条は、「約定（*convention*）<sup>(5)</sup>は、契約当事者の間でなければ効果を有しない。約定は、第三者を何ら害さず、一一二一条〔第三者のためにする契約〕に規定された場合のほかは第三者を利することはない」と定めている。これは、「他人間でなされた行為は第三者を害することも利することもない」とするローマ法の格言に由来し、約定の相対性（*relative*）（相対的效果）の原則を規定したものである（*Id.*, p.46）。

この規定について、当初は、「効果」「害する」「利する」という言葉を日常的な意味で理解し、約定行為は第三者にいかなる利益も不利益もたらさないと考えられていた。これは、一九世紀の自由主義・個人主義の思想によって影響された解釈といえる。しかし、一一六五条のこの解釈は、農業中心の田園的社會においては成り立ちえても、一九世紀後半に社會の都市化が進み、個人の相互依存が高まるにつれて、次第に受け入れ難くなっていた。そして、約定行為は「社會的事実」として必然的に第三者に対して効果をもつことが理解されるようになり、解釈の変更を迫

られた。新しい解釈は、この規定を一一三四条の原則の新たな定式化として理解する。同条は「適法に形成された約定は、それをなした者に対して、法律に代わる」と規定するが、一一六五条は、これを別の角度からみて、約定の義務的效果を当事者に限定する趣旨の規定と解する。すなわち、「害することはない」とは、第三者に直接に義務を負わせることはないという意味であり、「利することはない」とは、第三者に直接に権利を付与することはないという意味である。このように解すれば、約定行為が「社会的事実」として第三者に間接的に効果をもつことは、一一六五条に反することにはならない。そして、約定は、事実と同様に、各人が考慮しなければならない法秩序の要素として理解される。つまり、ある場合には、約定は、権利その他の法律要素の現実または内容を証明するための情報源として第三者に効果をもち（証明的対抗性）、また、ある場合には、法的作用（権利または状態の創設・変更・移転・消滅）をもたらす行為としての効果をもつ（実質的対抗性）。この新しい解釈により、約定行為の間接的效果が対抗性の概念によって説明されるようになった（*Id.*, pp. 46-49）。

この対抗性の原則は、しばしば、約定の相対性の例外と混同されてきた。一一六五条の相対性の原則には、社会の都市化・工業化の進展に伴い、立法や判例において例外が認められていった。集团的契約（*contrats collectifs*）がその典型例である。こうした例外は、約定の義務的效果が第三者に及ぶことを認めるものであり、間接的效果を意味する対抗性の概念とは区別される。対抗性は、相対性の原則と対立するものではなく、両立する概念である（*Id.*, pp. 49-50）。

（2）現在では、対抗性の概念は次のように定義できる。すなわち、対抗性とは、「法秩序のある要素がその直接の

活動領域を越えて間接的に効果を及ぼすときに、その要素に対して認められる性質」(Id. p. 22)をいうのである。この定義に関しては、いくつかの点を説明する必要がある。(イ) 対抗性は、さまざまな法律要素(事実、行為、権利、状態)について生じる。従来、対抗性が問題となったのは、もっぱら法律行為の領域であるが、それに限定される理由はない。例えば、権利の対抗性(不可侵性)は、それを生じさせた事実または法律行為とは別個に考慮される。(ロ) 対抗性は、間接的效果を示すものである。法的関係は、直接行為者または主体の間の内的関係と、それらと第三者との間の間接的關係に区別される。内的関係には、契約当事者、訴訟当事者のような人と人との関係と、物権や知的財産権のような人と物との関係があり、この関係には法律要素の直接的效果が及ぶ。これに対して、第三者との関係は間接的效果の領域である。間接的效果とは、「自分の外に存在するものを尊重し、場合によっては、その侵害を差し控えるようにする、すべての者の義務」である。(ハ) 対抗性の主体との関係で、直接行為者による第三者への対抗性、第三者による直接行為者への対抗性、第三者による第三者への対抗性が区別される。しかしながら、対抗性の中心として検討すべきは、直接的行為者による第三者への対抗性である。この対抗性がもっとも問題が多く、これ以外の対抗性は二次的なものにすぎないからである。(ニ) ここで第三者とは、所与の要素の直接的な活動範囲に無関係のいつさいの人である。それは、相対的なものであり、状況に応じて決定される。例えば、約定あるいは判決に関しては、その当事者あるいは当事者に相当する者でない人が第三者となり、権利に関しては、その保持者以外の人である。動産の売買を考えると、売主は、契約の当事者であるとともに、移転した所有権との関係では第三者である。(ホ) 対抗性は、法律要素の第三者への間接的拡大を意味するのに対して、相対性は、直接的效果の直接行為者

への限定を示し、第三者の保護をはかるものである。すべての法律要素は、原則として相対的であり、かつ、対抗できる。各人は、その前に存在するものを認めなければならないが、これは、直接行為者の場合と同じように各人を義務づけるものではない。例えば、契約の義務的効果は当事者に限定され、非当事者は当事者が行った約束を履行するように拘束されることなく、たんに契約の存在を尊重するだけでよい。(ヘ) 対抗性の概念は、対抗不能の概念と完全に表裏の關係にあるわけではない。対抗不能は、対抗性の喪失と同じとはかぎらない。例えば、不動産の賃貸借契約における確定期日の欠如は、その買主に対抗できないとされるが、この要件を課している民法一七四三条は、約定の相対性の例外(第三者への直接的効果)を規定するものである。したがって、この場合の対抗不能は、直接的効果を奪われるという意味である。(ト) 対抗性には、実質的な(substantielle)意味と証明的な(probatoire)意味があり、両者は補完的な關係にある。ある財産につき所有権が争われている場合に、相手方に対抗し自己の所有権を尊重させるには、自己の所有権を立証しなければならない。このときに、自分が所有権を取得した根拠となる行為を援用することができる。これが証明的対抗性である。すなわち、その行為は所有権者を立証するために対抗されているだけであり、証明手段の適切性の評価は裁判官に委ねられる。要するに、ある要素を実質的に対抗させる場合に、その存在が争われているときは、その証拠となる物や書類を証明として対抗させなければならない。(チ) 原則として、すべての法律要素は対抗性を有するが、すべての場合にそうであるわけではない。第三者の優先する利益によって、有害な要素が対抗不能とされることがある(例えば、詐害行為)。第三者の保護は、対抗性の要件の尊重によってはかられる。この要件の核心は、第三者による法律要素の認識である。種々の法律要素の対抗性について、この認識が



はたす役割を明確にすることが必要となる。( *Id.*, pp. 22-31)。

(3) 原則として、すべての法律要素は対抗できる。法律要素は、形式的要素(容れ物)と実質的要素(中身)に区別される。前者は、法律事実と法律行為(約定行為と裁判行為)であり、後者は、権利と状態である。それぞれの要素は、固有の対抗性の構造を有している( *Id.*, pp. 35-36)。

① 法律事実の対抗性は自明のものと考えられる。例えば、死亡、親族関係、時効の事実を例にとると、それらは社会的現実と法的秩序の一部をなしており、事実上も法律上もこれを尊重せずにはすますことは不可能である。これらの事実は、死亡は死者に、親族関係は親族に、時効は時効権者に直接的効果を及ぼす。他方、その他の法主体、すなわち、第三者は、遺産を相続し、自動車事故の場合に親族に損害賠償を支払い、所有物返還請求権を失うなどの間接的效果を受ける。このことは、法律事実とは、それが存在することにより、潜在的に対抗できることを示すものである( *Id.*, pp. 39-41)。

② 約定行為の対抗性のなかで、証明的対抗性とは、事実、権利、状態もしくは別の約定の存在または内容を示すために、純然たる事実として約定を利用する場合である。例えば、損害賠償の請求において財産の損害額を算定するために、購入した際の売買契約を援用する場合(約定に外在的な事実の立証)や不動産所有権の争いにおいて所有権を立証するために、売買契約を援用する場合(約定の対象であり権利または状態の立証)である。これらの場合、援用される約定は、損害額や所有権を自動的に証明するものではなく、証明力は別の問題として扱われる( *Id.*, pp. 54-67)。これに対し、実質的対抗性とは、約定によって実現された法的作用(権利または状態の創設・変更・移

転・消滅)の存在および結果を第三者に尊重させることを目的として約定を利用する場合である。約定上の権利または状態の対抗性は、約定自体の対抗性に依存する。すなわち、約定の当事者は、争われている権利の正当性の根拠としてまず約定を対抗させ、この正当性が承認された後に、必要があれば、約定から生じる当該権利の対抗性を主張する(ただし、権利の対抗性が問題となるのは、第三者がその行使を妨げた場合だけである)。ここでは、第三者は約定の尊重義務を負うが、これは約定の義務的效果と同一ではない(*Id.*, pp. 68-86)。

③ 判決(裁判行為(*acte juridictionnel*))の対抗性は、判決の義務的效果や既判力から区別される。判決によって、身分上または財産上のサンクションを受けるのは訴訟当事者のみであり、第三者が判決の直接的效果に服することはない。しかし、判決がもたらした法秩序の変更に結びついた効果は第三者にも及ぶ。例えば、離婚判決は、直接関係者である夫婦および子供に関する地位を決定するが、他方、それは法秩序を変更する一つの事実であり、第三者はその現実を否定することはできない。この意味で判決は対抗性を有している。<sup>(2)</sup>判決の対抗性は、既判力の相対性の原則とは矛盾しない。既判力は、既判事項の不可変性を保証するものであるが、その効力は当事者に限定される。例えば、所有物返還訴訟において、一方の当事者の所有物が確認され判決が確定した場合、他方の当事者は再びそれを争うことはできない。しかし、第三者は、既判力には影響されないから、自己の所有権を主張して、同一の所有物返還訴訟を提起できる。つまり、第三者には、自らが当事者にならなかった判決に対して異議申立を行う権利が留保されている。この権利が行使された場合には、この第三者に対しては前の判決の対抗性は消滅することになる。<sup>(*Id.*, pp. 108-40)</sup>。

④ 主観的権利は、その対象によって、物に対する権利（物権と知的財産権）と人に関する権利（対人権と人格権）に区別されるが、その発生源や性質がどうであれ、原則としてすべての第三者に対抗できる（権利の不可侵性）（*Id.*, pp. 165-66）。この対抗性の具体的意味は、それぞれの権利の構造に依拠して決定される。物権は、権利者と物との関係（内的関係）と権利者とそれ以外の第三者との関係（外的関係）から成り、第三者は権利者の権利を尊重する義務を負う（例えば、不動産の買主はその売買以前から設定されている抵当権や地役権からのがれられない）（*Id.*, pp. 170-85）。知的財産権も、その権利の構造は物権と同一であり、第三者は尊重義務を負う（*Id.*, pp. 185-91）。対人権は、一定の人に対して積極的または消極的な一定の給付を要求する権利であるが、債権者と債務者との関係（内的関係）と債権者と第三者との関係（外的関係）から成り、第三者は債権者が債務者に対して有する権利を尊重する義務を負う（例えば、普通債権者はその債務者が新たに別の債務を負ったことによる財産の減少によって債権の履行に影響を受けることがある）（*Id.*, pp. 193-205）。人格権は、本人とその人格の諸要素（例えば、肉体、名前、名誉、私生活）との関係（内的関係）と本人と第三者との関係（外的関係）から成り、第三者は尊重義務を負う（*Id.*, pp. 205-211）。

⑤ 法的状态（*situations juridiques*）とは、一定の法的地位を決定する状況（様態）を示すもので、この地位を構成する権利および義務の複合体である。例えば、物の状態として、通行地役権によって承役地の所有者が負う道路を維持する義務のように、物に対する義務（物的義務）をあげることができる<sup>9)</sup>。この地役権について、一般に第三者はそれを尊重するように義務づけられるとともに、とくに承役地の新たな所有者となる第三者は道路を維持するとい

う作為義務を負うことになる。前者の義務は対抗性によつて説明されるが、後者の義務は義務的效果の拡張であり、相対性の例外として位置づけられる (*Id.*, pp. 213-48)。また、人の状態 (身分) として、夫婦財産契約における買換約款 (妻の特有財産の売買で得た代金をそれを買換えるために使うよう義務づける約款) の例がある。この場合に、夫による買換えの瑕疵について取得者 (第三者) の責任約款があるときには、取得者はこの約款に従う義務を負うことになる。これは、一般に第三者が負う尊重義務とは異なり、相対性の原則を逸脱するものである。このように、法的状態に関しては、対抗性の領域と義務的效果の拡張の領域を区別する必要がある、それによつて対抗性の概念がより明瞭になる (*Id.*, pp. 248-75)。

(4) 対抗性の適用に関する考察は、第三者による法律要素の認識の問題に向けられる。まず、証明的対抗性に関しては、第三者による認識は必要とされない。それらは、純粹に事実的な対抗性の問題であり、第三者の心理状態に無関係だからである。例えば、父を死亡させた加害者に対して、子が損害賠償を求めて訴訟を提起する場合、加害者は被害者が相手方の父であることを知らなかったと主張することはできない。これに対して、実質的対抗性が問題になるときは、第三者による法律要素の認識が前提となる。ただし、この認識は原則として推定される。法律要素が現実第三者に知らされていitかどうかを調べる必要はない。法的現実とは種々の形で表示されており、第三者は注意深い態度をとれば、法律要素の存在を知ることができると考えられるからである (*Id.*, pp. 283-84)。この推定の認識は、さらに自然的認識と組織的認識 (法的公示による認識) に分けて論じられる。例えば、自然的認識としては、占有という事実による物権の存在の認識、アパートの居住という事実による賃貸借契約の存在の認識をあげることができる。

(*Id.*, pp. 285-89)。これに対して、法的公示による組織的認識の制度が存在する領域がある。この法的公示には、例えば、営業財産に関する商業登記・法人登記による公示、不動産公示、身分証書による婚姻などの身分の公示など、種々のものがあり、その性質も多様である(*Id.*, pp. 291-381)。他方、推定の認識ではなく、現実の認識が必要とされる場合がある。法的現実が異例な形で隠ぺいされており、その秘密の危険がきわめて大きいと考えられる場合であり、このときには、第三者が法律要素を現実に認識しないかぎり、その要素は対抗できない。例えば、虚偽の外観を信用したと主張する第三者に対しては、その者が知らなかったと主張する法的現実を実際には認識していたことを示さないかぎり、対抗できない。また、法的公示の制度があるにもかかわらず、法的公示がなされていない場合に、第三者がその法律要素の存在を現実に認識していたときには、対抗できる(不動産二重売買における悪意の第二買主への対抗性)(*Id.*, pp. 383-459)。

以上のように、デュクロは、対抗性の原則と適用についての一般理論化を行っている。この試みは、すべての法律要素について対抗性の構造を明らかにしようとした点にその独自性が認められるが、その出発点となっている契約(約定)の対抗性に関しては、すでに相当の議論の蓄積があり、ある程度の見解の一致が成立している。<sup>(10)</sup> すなわち、契約は相対的効果を有するにすぎず、第三者がその契約によって債権者・債務者になることはない。しかし、それは、その契約が第三者に関して存在しないということを意味するのではなく、第三者はその存在を否認しえず、それを尊重しなければならない。これは、契約の相対的効果とは区別されるものであり、契約の対抗性として理解される。つまり、契約は、原則としてその存在そのものによって第三者に対抗できるということである。デュクロは、こうした

対抗性の理解を適切に整理し、それに基づいてすべての法律要素について対抗性を論証しようと試みており、その議論は、国際法における対抗性の概念を検討するうえでも、きわめて有用な手がかりを与えるように思われる。以下では、デュクロの研究を参考としながら、国際司法裁判所の判例や国際法の学説を検討していくことにする。

- (4) Duclos の対抗性の定義について、*Guide juridique Dalloz*, tom. 4 (1991) の *opposabilité* の項を参照。
- (5) *convention* と *contrat* の区別については、山口俊夫『フランス債権法』東京大学出版会、一九八六年、一一頁、六八頁。
- (6) 契約の相対的効力の例外については、同右、六八―七四頁。
- (7) 身分訴訟についてフランス法における判決の対抗性を検討したものとして、高田裕成「いわゆる対世効論についての考察(二)——身分訴訟に焦点をあてて——」『法学協会雑誌』一〇四卷一一号(一九八八)、とくに一五九八―六〇二頁。
- (8) この点に関して、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(一)——フランス法を中心に——」『法学論叢』九八巻五号(一九七六)、五〇―五二頁、「同(二)」同九九巻二号(一九七七)、五四頁、「同(三)」九九巻四号(一九七七)、八八頁(註9)を参照。
- (9) この点に関して、同右(二)、五八―六四頁、同右(二)、三九―四二頁、五〇―五二、五六―六〇頁を参照。
- (10) Raynaud の書評を参照。*Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 469.
- (11) Ripert, G. et Boulanger, J., *Traité de droit civil*, tom. 2 (1957), no. 566-83. Mazeaud, H., L. et J. & Chabas, F., *Leçons de droit civil*, tom. 1, vol. 1 (9e ed. 1989), no. 271-77, なお、邦文文献として次のものを参照。滝沢聿代「前掲書(註2)」一九三―九四頁。吉田邦彦「第三者の債権侵害」に関する基礎的考察(七)——不法行為による契約の第三者保護——」『法学協会雑誌』一〇三巻七号(一九八六)、一三八―七九頁。七戸克彦「対抗」のフランス法的理解——不動産物権を中心に——」『慶應大学大学院法学研究科論文集』二六号(一九八七)、六五頁以下。

### 三 国際司法裁判所の判例

以下では、国際司法裁判所における対抗性の概念を取り上げる。まず、この問題をはじめて取り上げたスタークの見解を紹介し、次に、そこで言及されている五つの事件を検討したうえで、対抗性の概念の整理を行う。これによって、国際法における対抗性の概念をめぐる問題点を示しておきたい。

#### (一) スタークの見解

国際司法裁判所における対抗性の概念について、多少ともまとまった見解を示しているのはスタークである。彼は、「国際法における対抗性の概念」(Starke, J. The Concept of Opposability in International Law, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 5 (1968-69))と題する短い論文において、対抗性の概念の有用性に注目し、その後、彼の教科書である『国際法入門』(*Introduction to International Law* (10th ed. 1989))においても、国際法と国内法の章のなかに「対抗性」の項目を設けている。ここでは、国際司法裁判所における対抗性の概念を考えるにあたって、スタークのこうした見解に簡単にふれておくことにしたい。

スタークは対抗性の概念について次のような説明を与えている。

opposability の語は、フランス語の opposabilité の翻訳に始まったように思われるが、それは、敵意ある抵抗という意味よりも、むしろ、ある請求または抗弁に対して専門技術的な法的防禦手段として提起された

(oppose) 一定の事項への依存 (reliance) という意味をもつ。例えば、A国とB国との紛争において、A国が、ある規則または制度に照らしてその主張を支持する場合に、B国が、B国の国内法上の特有の制度またはレジームについて、あるいは別のレベルでは、ある一般または特別の条約の文言について、これがA国の依拠した原則または制度に優位しなければならないと申し立てて、A国に対してそれらを援用し、すなわち、対抗せよとすることがある。A国の主張が支持できるか否かは、B国の提起した制度、レジームまたは条約が、A国に法的に opposability であるといえるものかによって決まるだろう (The Concept, pp. 1-2)。

このような対抗性に関する判例として、論文は次のものをあげている。まず、国内法または国内法上の制度もしくはレジームの対抗性に関連して、領海画定方式が対抗できるとした漁業事件、国籍付与が対抗できないとしたノッテボーム事件を取り上げている。また、条約の規則の対抗性に関連して、大陸棚条約が対抗できないとした北海大陸棚事件を指摘する (*Id.*, p. 2)。さらに、教科書では、これに加えて、漁業管轄権の拡張が対抗できないとした漁業管轄権事件、国連安全保障理事会の決定が対抗できるとしたナミビア意見について言及がなされている<sup>19</sup> (*Introduction*, pp. 90-91)。

これらについての考察から、スタークは、対抗性の概念の有効性について次の点を指摘している。第一に、対抗性の概念を用いることによって、問題が訴訟当事国間の紛争の範囲に限定される点である。<sup>20</sup> 裁判所が、ある国内法または条約の規則が訴訟当事国に対抗できると判示しても、それは他の諸国に関する対抗性について判決を下したことはない。これは、判決の効果を訴訟当事国に限定するという国際裁判所の限定的司法機能に合致する。第二に、



対抗性は、判決の精確さを高めるものである。ある条約が訴訟当事国に対抗できると判示しても、それがより広い範囲で有効であるということにはならないし、反対に、対抗できないと判示しても、それがあらゆる点で効果がなく、条約自体が無効ということにはならない。対抗性という用語の利用は、一般的無効という誤った推論を排除する。この精確さは、国際裁判所の作業のうえで過小評価されるべきではない（The Concept, pp. 3-4）。

こうした対抗性の概念は、とくに国際法と国内法の関係の領域で重要とされる<sup>(13)</sup>。ある国内法の規則が国際法に合致していれば、それは他国に対して対抗できるが、合致していない場合には、それは対抗不能と判断される。しかし、これは、その規則が国内法上効力を有しないということを意味しない。その規則が国内法上無効とされないかぎり、無効は生じない。国際法は、国内法の規則を無効とする手続きを定めていないからである。そのかぎりでは、国際裁判所にとっては、有効または無効の判決を下すよりも、対抗できるか否かを述べるほうが望ましいことになる。なお、ある国内法の規則がその国内法に照らして無効である場合、それは訴訟当事国にも対抗できない（これは条約の無効についても同様で、例えば、強行規範に反する条約は無効で、訴訟当事国に対抗できない）。もっとも、訴訟当事国が、国内法上の無効の主張を明示に放棄した場合<sup>(14)</sup>は別である（*Id.*, p. 4）。

以上のように、スタークは、対抗性の概念が国際裁判において有する意義を中心に検討を加えている。しかしながら、対抗性の概念そのものの内容、例えば、対抗性の効果あるいはその根拠については十分に吟味していない。これらの点は、対抗性の概念の有益性について考える場合に、まず明らかにしておかなければならないものであろう。そこで、以下においては、スタークのあげた五つの事件について、そこで用いられている対抗性の意味を明確にするこ

とを目的として検討を加える。

## (二) 判決の検討

スタークの取り上げた五つの事件は、さまざまな観点から分類が可能であるが、ここでは、対抗できるとの判断が示された判決と対抗できないとの判断が示された判決に分けて、判決の年代順に検討を加えることにする。

### A 対抗可能の判断

#### (1) 漁業事件 (*ICJ Reports* 1951, p. 116)

本件では、ノルウェーが、漁業水域（実質は領海）の画定に際して、一九三五年の勅令によって用いた基線が国際法上有効であるか否かが争われた。裁判所は、まず領海の画定に関する一般国際法を検討し、「領海帯は海岸の一般的な方向に従わなければならない」とする原則を示し、直線基線方式を肯定した。そのうえで、裁判所は、領海の画定が沿岸国の一方的行為によって行われるとしても、第三国に対するその有効性は国際法によって決定されるという立場から、ノルウェーの直線基線が国際法に合致しているか否かの点を問題とし、適用されるべき国際法規則として、領海の性質に固有の一定の基準（「基線は海岸の一般的な方向から著しく離れてはならない」など）を示す（*Id.*, pp. 126-33）。しかし、他方では、裁判所はもっぱら歴史的な事実に注意を向け、その結果、直線基線がノルウェーの海岸の特異な地形により余儀なくされたもので、すでに十分に長期の不変的な慣行となっており、諸国の態度は、この慣行が国際法に反するとは考えていなかったことを証明すると判示した（*Id.*, pp. 133-39）。以上の点から、判決

は、ノルウェーの直線基線の方法は国際法に反せず、また、これを適用して定めた実際の基線も国際法に反しないと結論する (*Id.*, p. 143)。

この判決では、対抗性の判断は次のような文脈で示されている。<sup>(15)</sup> まず、裁判所は、ノルウェーが一八六九年と一八八九年の勅令によって適用した領海画定の方式は、十分に明確で統一された方式であつて、それ自体が諸国の一般的容認を得ており、この一般的容認は、すべての諸国に対してその方式を対抗できるものとする歴史的な権利確立 (consolidation historique) の基礎であると指摘する (*Id.*, p. 138)。他方、イギリスが、ノルウェーの方式は歴史的権原を基礎づける公知性を欠いていると主張したのに対して、裁判所は、イギリスが北海の漁業に重大な利害関係をもち、海洋自由の擁護に配慮してきた国として、一八六九年と一八八九年の勅令を知らないはずがないとしたうえで、「事実の公知性、国際社会の一般的容認、北海におけるイギリスの地位、この問題についてのイギリス自身の利害関係、その長期にわたる意思表示の回避 (abstention prolongée) によって、いずれにしても、ノルウェーはその方式を連合王国に対抗させることができる」と判示する (*Id.*, p. 139)。このように、ノルウェーの直線基線方式について、その歴史的検討から、諸国の一般的容認とイギリスの意思表示の回避を指摘し、対抗性の判断が示されている。

ここで対抗性が問題になっているのは、一連の勅令によってノルウェーが採用した方式 (直線基線) であるが、その対抗性の根拠は必ずしも明らかではない。裁判所は、領海の画定が国際法に合致して行われる場合には、それは対抗性を有するとの立場から出発するが、裁判所が示した国際法の原則はきわめて一般的なものであり、それから直ち

にノルウェーの直線方式の有効性を判断することはせずに、その方式の歴史的検討に移っている。ノルウェーは、直線基線方式が一般国際法に合致していることの証拠としてその歴史に言及したが、裁判所は、諸国の一般的容認を示すことにより、むしろ歴史的権原を立証しているようにみえる。その際、直線基線方式のノルウェーによる一貫した適用とそれに対する他国の反対の欠如から、すべての諸国への対抗性を指摘するとともに、公知の事実に対する長期にわたる意思表示の回避から、とくにイギリスへの対抗性にも言及した。ここでは対抗性の根拠は、一般国際法との合致ではなく、諸国あるいは相手国の容認に求められているといえよう。

このような判示に対しては、次の二つの点を指摘しておく必要がある。第一に、裁判所は、他国の国内立法に対する厳しい注意義務を諸国に求めたという点である。<sup>(15)</sup>一八六九年や一八八九年の勅令はノルウェーの海岸の限られた部分に対して適用されたものであるが、にもかかわらず、裁判所は、それらは公知のものであるとして、それらへの反対の欠如から、直線基線の方式に対するイギリスや諸国一般の容認を引き出している。本来、ある制度や行為に対する反対の欠如からそれに対する諸国の容認を引き出すには、その制度や行為が諸国の利益に直接影響を及ぼすような事件が生じたにもかかわらず、それに対して反対がなされないことが必要とされる。しかし、判決では、そのような事態が生じていない段階で諸国の容認が語られている。したがって、裁判所は、諸国に対して、他国の制度や行為に対して十分に注意を払い、問題が生ずる可能性のある場合には、遅れることなく反対を表明するよう求めたことになる。第二に、本件は、適用されるべき国際法の内容がきわめて一般的な原則や基準であったため、裁判所は、諸国の容認に基づく歴史的権原から、その結論を引き出すというやり方をとったという点である。本来、歴史的権原は、一

般国際法から逸脱している状態を正当化するものとして援用される。<sup>(16)</sup>しかし、判決では、ノルウェーの直線基線が一般国際法から逸脱していることを示唆するような指摘はなされておらず、一般国際法の逸脱の有無とは関係ない形で、歴史的権原に関する検討が行われ、対抗性の判断が下されている。こうした決着は、論理的・一貫性の点からはすつきりしないが、一般的な原則や基準では容易に対抗性を判断できないために、それに代わってより説得力をもつ理由付けとして選択されたものであろう。<sup>(17)</sup>

以上のような判決に対して、山本教授は、その実質を考慮して、きわめて注目すべき解釈を与えている。すなわち、この判決は「他律性をもつ（他国との法律関係を規制し第三国にその遵守を強制するもの）沿岸国の一方的立法について、相手国の同意・黙認にかかわりなく、その周知性のゆえに一般的な対抗性をもつこと、沿岸国の措置が既存の国際海洋法規との適合性（合法性）の範囲を逸脱していても、なお、信義誠実、実効性、国家主権などの国際法に一致する限り、新しい国際立法として他国にその履行を強制できることを容認した」<sup>(18)</sup>ものとされる。この解釈は、相手国の意思表示の回避をその同意や黙認には結び付けず、他方で、対抗性には必ずしも同意や黙認は必要ではないと理解したうえで、国内法上の一方的措置が既存の法規から逸脱する場合でも、同意や黙認なしに対抗性をもちうるという見解を示している点で、従来の解釈を大きく踏み越える内容をもっている。確かに、海洋法における戦後の動向をみると、既存の法規から逸脱するような形で諸国が管轄権の拡大を行い、それが必ずしも同意を得ないまま実効性をもち定着していくという現象がみられる。このことから、諸国は、この判決を山本教授の指摘するような内実をもつものとして受けとめたと考えられるかもしれない。しかし、判決の文面から見るかぎり、裁判所はあくまで領海画定

に関する一般国際法の範囲内で紛争の解決をはかるといふ立場をとっており、係争海域の一部（ロップハベト）（*Id.*, pp. 141-42）<sup>22</sup>について可能性を示唆しているほかは、なんら一般法からの逸脱を述べていない。やはり、本件は、逸脱が行われた事例としてではなく、国際法の内容がきわめて一般的で不明確なときに、諸国の態度から対抗性について判断を下した事例として位置づけるべきと考える。

## （２） ナミビア意見 （ICJ Reports 1971, p. 16）

この意見は、安全保障理事会決議二七六（一九七〇）にもかかわらず、南アフリカがナミビアに引き続き存在することが諸国に対して及ぼす効果は何かについて求められたものである。裁判所は、まず、委任統治制度について考察し、それが国連においても存続していること、総会が委任統治に対する監督の権限をもつことを指摘したうえで、南アフリカの受任国としての義務違反を理由に委任の終了を宣言した総会決議二一四五（XXI）の有効性を確認した（*Id.*, pp. 32-50）。次に、決議二七六について、それが、総会決議二一四五に基づき、南アフリカをナミビアから撤退させることを目的としており、このために、南アフリカの存在の違法性を宣言するとともに、その違法な状態を承認するような関係を南アフリカと結ばないよう諸国に要請するものであることを明らかにした。裁判所は、さらに、この決議二七六は、憲章二五条の拘束力ある決定であり、したがって、加盟国に対して法的義務を課するとともに、非加盟国に対しても一定の効果をもつと結論づける（*Id.*, pp. 51-58）。

本件で対抗性が問題となるのは、この決議二七六が国連非加盟国に対しても一定の効果との関連においてである。裁判所は、加盟国の義務として、南アフリカについては、ナミビアから撤退し違法な状態を終了させる義務に言及し、

その他の加盟国については、南アフリカの存在の違法性と無効性を承認し、さらに、ナミビアの占拠との関連において南アフリカにいかなる支持または援助も与えない義務を指摘する。後者には、具体的には、ナミビアとの関連において南アフリカと条約関係を結ばない義務、その管轄がナミビアにも及ぶ外交使節団などを南アフリカに派遣しない義務、ナミビアに関して行動する南アフリカと経済その他の関係を結ばない義務があげられている (*Id.*, pp. 54-56)。これに対して、非加盟国に対してもつ効果について、裁判所は次のように述べている。

非加盟国に関しては、憲章二四条および二五条によって拘束はされないけれども、決議二七六（一九七〇）二項および五項<sup>(19)</sup>において、国際連合がナミビアに関してとっている行動に援助を与えることを要請されている。裁判所の見解では、委任の終了およびナミビアにおける南アフリカの存在の違法性の宣言は、国際法に違反して維持されている事態の適法性を対世的に（*erga omnes*）阻止するという意味で、すべての国に対抗できるものである。とりわけ、ナミビアに関して南アフリカと関係を結ぶいかなる国も、国際連合またはその加盟国が、当該関係と当該関係から生ずる結果を承認することを期待できない。委任は、施政に対して監督権を付与された国際組織の決定により終了され、ナミビアにおける南アフリカの存在は違法と宣言された以上、非加盟国は当該決定にしたがって行動しなければならない（*Id.*, p. 56）。

この判示から、対抗性に関して次の点を確認することができる。第一に、対抗性の概念が用いられているのは、有効に成立し、法的拘束力をもつ安全保障理事会決議（すなわち、国際組織の行為）の効果に関してである。第二に、この効果は、特定の国ではなく、すべての国に対して及ぶものとされている。ただし、加盟国の義務は決議の法的

拘束力によって説明されており、対抗性はもっぱら非加盟国の義務をさすものと考えられる。第三に、この効果は、国連が決定した委任の終了と南アフリカの存在の違法性の宣言を尊重し、それに従って行動する義務である。<sup>(20)</sup> この義務に反して非加盟国が南アフリカと關係を結んでも、それは国際連合またはその加盟国によって承認されない。第四に、対抗性の根拠として非加盟国の承認は必要とされておらず、国連がナミビアの施政に対し監督権をもつことがその根拠とされている。すなわち、国連の権限に基づく行為は、非加盟国の対応の如何にかかわりなく、当然に対抗性をもつという点である。

しかし、このような、裁判所の対抗性の理解に対しては批判がある。それによれば、本件のような場合に、対世的に對抗できる客観的状态を生みだしうるのは、委任の終了を宣言する決議ではなく、その執行、すなわち、その宣言の実効的な適用でしかないという。<sup>(21)</sup> これは、国際組織の法人格や国際組織によって創設された状態の非加盟国への対抗性をその実効性に求める立場である。この実効性の観点からすると、例えば、国連のナミビア理事会が南西アフリカの監督を実効的に果たしているならば、その活動はすべての者に対して對抗できるという判断を下すことができる。しかしながら、実際には、ナミビア理事会はその任務に失敗しており、そのかぎりでは、ナミビアに対する国連の監督の実効性には疑問がある。それゆえ、裁判所は、このナミビア理事会の存在には触れずに、決議そのものから対抗性の判断を下したと指摘されている。<sup>(22)</sup>

また、この勧告的意見については、フィッツモーリス判事とグロ判事が、それを全面的に否定する反対意見を示している。それによれば、委任統治は存続しているが、国連総会は自動的にその監督権を連盟から継承しておらず、ま



た、継承しているとしても、一方的に委任を終了させる権限を有つてゐない (*Id.*, pp. 227-79, pp. 331-45)。さらに、安全保障理事会は委任に関してはなんら権限を有しておらず、領域的権利に変更をもたらす決定を行うことはできない (*Id.*, pp. 291-95)。この反対意見にしたがえば、決議二七六は、権限を越えた決議となり無効であるから、非加盟国に対する対抗性の問題も当然生じない。

## B 対抗不能の判断

### (1) ノッテボーム事件 (*ICJ Reports* 1955, p. 4)

本件では、リヒテンシュタインが、その国籍法によつてノッテボームに付与した国籍に基づき、グアテマラに対して外交的保護権を行使できるかが争われた。グアテマラは、ノッテボームの帰化は、リヒテンシュタインの法に合致せず、また、国籍に関して一般に承認された原則に反し、さらに、リヒテンシュタインと真正な関係をもつ意思のない詐欺的なものであり、認めることはできなことを主張した (*Id.*, p. 11)。これに対して、裁判所は、請求の受理可能性にとつて国籍の問題が基本的争点であると述べ、ノッテボームの帰化がグアテマラに対して有効に援用できるかについて、国際法的側面から考察を加える (*Id.*, pp. 16-17)。

まず、裁判所は、外交的保護権との関連においてグアテマラがノッテボームのリヒテンシュタインへの帰化を承認したか否かを検討する。これに関して次のような事実が問題となった。すなわち、チューリッヒのグアテマラ総領事がリヒテンシュタイン発行のノッテボームのパスポートに査証を記載したこと、グアテマラ当局に対する申請により外国人登録簿や身分証明書などのノッテボームの国籍の記載がリヒテンシュタインに変更されたこと、ノッテボーム

の国籍の問題でスイス領事（外国でのリヒテンシュタインの利益代表）とグアテマラ外務大臣との間で覚え書や書簡が交換されたこと、グアテマラ外務大臣が裁判所への通知において紛争を平和的に解決するためにリヒテンシュタインと進んで交渉を開始する旨述べたこと、などである。これに対し、裁判所は、いずれの事実も外交的保護権の行使には関係しておらず、また、これに加えて、最初の二つはノッテボーム個人とグアテマラとの関係であつて国際的な承認を意味せず、さらに、スイス領事の書簡に対する返答においては、リヒテンシュタインの国籍取得を承認できない旨述べている、などの点を指摘した。これによって、判決は、外交的保護権との関連でグアテマラがノッテボームの帰化を承認したことを示す証拠はなんら存在しないと結論する（*Id.*, pp. 17-20）<sup>(23)</sup>。

次に、リヒテンシュタインによる国籍付与の行為が、それ自体で外交的保護権の行使に関してグアテマラに対抗できるか否かの問題が検討される。裁判所は、この対抗性の基準について、判例・国家実行・学説を分析し、それによつて実効的な国籍、すなわち、事実の状態に合致し、当該個人と国家間のより強い事実の絆に基づく国籍という基準を示した。この基準の認定に際しては、本人の住所、利害関係の本拠、家族の絆、公的生活への参加、その国に対して本人が示し、子供に植え付けられた愛着の念、などのさまざまな要素が考慮される。つまり、国籍は、個人と国家の結びつきの社会的な事実、すなわち、生存・利害・感情の真正な連関をその基礎とする法的紐帯であり、個人が他のすべての諸国よりも国籍国とより密接に結びついているという事実の法的表明である（*Id.*, pp. 21-24）。裁判所は、こうした考察に基づき、ノッテボームとリヒテンシュタイン、グアテマラの関係を検討するが、その結果、リヒテンシュタインとの間に真正の結びつきは存在せず、グアテマラとの間に密接な連関があると認め、さらに、帰化の

目的について、それが交戦国から中立国に国籍を移し、その外交的保護を得るためのものであって、その社会に加わる意図はなかったと指摘する。このことから、判決は、ノッテボームの帰化は国際関係において採用されている国籍の概念を無視して与えられたもので、したがって、グアテマラはノッテボームのリヒテンシュタイン国籍を承認する義務はなく、リヒテンシュタインはグアテマラに対して外交的保護権を行使できないと結論する（*Id.*, pp. 24-26）。

以上のように、裁判所は、国籍を付与する国家の一方的行為について、特定国に限定したうえで対抗不能の判断を示している。その判旨から、次の点を指摘することができる。まず、国籍の付与は、その国籍が実効的であるかぎり、外交的保護権との関連で対抗性を有するという点である。この場合に、他国は、その国籍の付与に対していかなる態度をとったかにかかわらず、その国籍を承認しなければならないことになる。次に、国籍の付与が実効的国籍の基準を満たしていない場合には、少なくとも密接な連関をもつ国に対しては、その国の承認がないかぎり、それは対抗できないという点である。この意味で、国籍を付与する行為の対抗不能の判断は、常に特定国との関係で相対的に行われる。本件は、このように、国籍の対抗性に関して実効的国籍という基準を示し、それに基づく判断を行ったものとして注目されたものである。

なお、判決は、ノッテボームの国籍取得がリヒテンシュタインの国内法において有効であったか否かについて、とくに検討していない。<sup>(24)</sup>ただし、その判旨からすれば、それが有効であるとの前提に立って、対抗性の判断を行っていると考えられる。これに対して、グッゲンハイム判事は、その反対意見において、まずリヒテンシュタインの国内法規に照らして、ノッテボームの帰化の有効性を判断し、それから、国際法上の検討に移っている（*Id.*, pp. 51-53）。

いずれにしても、国籍の対抗性の条件として、その付与が国内法上有効でなければならないとみることができる。<sup>(25)</sup>

(2) 北海大陸棚事件 (ICJ Reports 1969, p.3)

裁判所に付託された問題は、争われている北海大陸棚区域の境界画定には、いかなる国際法の原則および規則が適用されるかというものであった。そのなかで、とくに争点となったのは、大陸棚条約六条の「等距離・特別事情の原則」が、紛争当事国に対して条約国際法または慣習国際法のいずれかに基づく命令的規則を構成しているかという点とである。判決は、いずれについても否定的解答を与えたが、その際、条約との関連において第三国への対抗不能の判断を示している。<sup>(26)</sup>

デンマークとオランダは、大陸棚条約が、非当事国である西ドイツを条約自体として契約的に拘束することはないと認めている。しかし、西ドイツがその行動や公の宣言により条約の義務を一方的に引き受け、また、条約のレジームの受諾を表明し、あるいは、それが大陸棚区域の境界画定に一般的に適用されることを承認しており、これによって、当該条約とくに六条は西ドイツを拘束するに至ったと主張した。さらに、西ドイツは、他の諸国、とりわけデンマークあるいはオランダに対して自国のとった態度を信頼させるような仕方では、条約の義務を引き受け、受諾し、承認するかのような格好をとってきたと指摘された (Id., p.25)。こうした行動や宣言として援用されたのは、西ドイツがジュネーブ会議で六条に正式に異議を唱えなかったこと、その規定に留保せずに条約に署名したこと、ある時に条約を批准する意思を表明したこと、大陸棚に関する公の宣言で大陸棚条約に依拠したこと、である (Id., p.26)。

これに対して、裁判所は、国家が条約のレジームに拘束される意思を表示する場合には、一定の手続(批准、加

入)をとるのであり、それ以外の仕方では拘束されるようになったと軽々しく推定してはならないと指摘する。また、条約六条には留保を行うことが認められており、かりに西ドイツが条約を批准したとしても、留保を行うことができたであろうと述べる。それから、エストツペルの問題に触れ、西ドイツが、過去の行動、宣言により、条約のレジームを受諾することを明確にかつ一貫して表示し、そのため、デンマークとオランダがその行動を信頼し、その不利益になるように立場を変更し、一定の損害を受けたということを示すような証拠は何一つないと判示した。結局、西ドイツの態度に関して援用された要素はいずれも決定的ではなく、その諸宣言は、西ドイツが六条に具現された等距離の原則に明確に反対しなかったという見解を正当化しうるだけであると結論する。これに加え、北海大陸棚の具体的境界画定が実施された段階で、西ドイツが自国に不利益な画定に関しその立場を留保した事実は、受諾の推論を無効にすると付言している。以上の点から、裁判所は、大陸棚条約は西ドイツに対抗できないという判断を導いている ( *Id.*, pp.25-27 )。

このように、本件では条約上の義務が第三国に及ぶか否かが問題とされ、それとの関連で対抗不能の概念が用いられた。<sup>(27)</sup> その際、条約そのものは第三国に対抗できないということが前提とされている。これは、条約の対抗性は、条約の相対的効果からの逸脱であり、原則として認められないという考え方に立つことを意味する。そして、第三国の行動による一方的な義務の引き受けやエストツペルによる条約上の義務の拡大についても、きわめて厳格な意味での第三国の受諾の表明が求められている。こうした意味での条約の対抗不能の理解は、すでに裁判所の確立した判例になつていると言われている。<sup>(28)</sup>

(3) 漁業管轄権事件 (ICJ Reports 1974, p. 3)

本件の最大の争点は、アイスランドによる漁業管轄権の五〇カイリに及ぶ一方的拡張が国際法に反するか否かであった。裁判所は、慣習国際法上一二カイリまで漁業水域を設定できることは認めたが、この主題に関する法が変わりつつある点に配慮して、漁業水域の最大幅についての判断を示していない。それに代わって、慣習国際法の規則として、漁業に特別に依存する沿岸国の優先的漁業権という概念の成立を認めた。この優先権に依拠しながら、裁判所は、アイスランドの一方的拡張がイギリスに対抗できないという結論を引き出している。

裁判所は、まず、漁業事件を引用し、国家の海域画定が他国に対して有効であるためには、国際法の現行規則に基づいていることが必要である点を確認する。それから、現行規則の検討に入り、公海条約二条の公海自由の原則を確認したうえで、本件ではアイスランドの優先的漁業権とイギリスの伝統的漁業権の存在を考慮しなければならないとし、さらに、アイスランドの漁業管轄権の限界に関して締結された両国の一九六一年の交換公文の諸規定を考慮する必要を述べている (*Id.*, pp. 22-24)。判決は、これらの点について詳細に検討した結果、アイスランドが特別に漁業に依存する国であっても、他国の伝統的漁業権を無視して排他的な漁業管轄権を設定することはできず、それは公海条約二条の公海自由の原則を侵害することになり、また、交換公文の諸規定に違反すると判示した。よって、アイスランドの漁業管轄権を一方的に拡張する規則はイギリスには対抗できず、イギリスはその一方的拡張を受諾する義務を負わないという判断が下されている (*Id.*, p. 29)。

本件での対抗性の判断に関しては、判決が公海条約二条の違反に言及した点が問題とされている。それは、公海条

約二条は一般に承認された規則であり、それに違反する一方的行為は対抗不能ではなく、無効と宣言すべきであるという指摘である。<sup>(29)</sup>この前提には、一方的行為と一般国際法が抵触する場合はその行為は無効であるのに対して、一方的行為とその行為主体が他の特定の主体について負う義務が抵触する場合はその行為は対抗不能であるという理解がある。<sup>(30)</sup>しかし、判決の論理に従えば、公海条約二条の規則が一般規則であっても、本件場合にはイギリスの伝統的漁業権との関係でその違反が問題となつてにすぎず、これはイギリスとの対抗性の問題にはかならないことになる。つまり、一方的行為と一般国際法との抵触の場合でも、特定国との関係でのみそれが問題となるときには、対抗不能の判断が行われるということである。

このように、裁判所は対抗不能の結論にこだわつたようにみえるが、それは判決が国際法の発展に対して与える一般的影响に配慮したためと考えられる。<sup>(31)</sup>イギリスにとっては、アイスランドの一方的拡張が一般的に無効であろうとイギリスに対抗不能であろうと、本件に関する限り結果に違いは生じない。しかし、イギリス以外の国については、それが無効か対抗不能かでは大きく影響が異なる。無効とされる場合には、アイスランドの漁業管轄権はその国との関係でも効果を有しないと一応みることができ。しかし、イギリスへの対抗不能という判断は、その国にはかわりをもたない。むしろ、イギリスと同じような伝統的権利を有していない場合には、その国との関係ではアイスランドの漁業管轄権が対抗できるという結論を導く可能性がある。<sup>(32)</sup>このような意味で、判決は、アイスランドの一方的拡張をイギリスとの関係では認めなかったが、一般的にはむしろその有効性を肯定する傾向をもつともいえる。

ところで、ウォルドック判事は、個別意見において対抗性の観点からきわめて示唆にとむ見解を示している。第一

に、手続的な面での対抗不能を問題にしている点である。ウォルドック判事によれば、一九六一年交換公文の裁判付託条項では、アイスランドが一二カイリを越えて管轄権を設定する場合には、六カ月前にそれを通告し、また、紛争が生じた場合には、国際司法裁判所に付託することが条件となっている。アイスランドの一方的拡張は、これらの条件を無視して行われたものであり、それ自体で、その拡張がイギリスに対抗できないという結論を支持するのに十分なものとされる (*Id.*, pp. 117-19)。第二は、海洋管轄権に関する法の状況と対抗性の概念についての次のような説明である。

34 一九三〇年のハーグ法典編纂会議が領海の幅について三カイリの制限を普遍的規則とし義務的な制限として確立することにより失敗した後、領海の幅に関する国際法の規則は、かりにあるとすれば、いかなるものかについて疑義が生じた。支配的な見解によれば、会議の失敗後も、三カイリの制限は依然として一般に承認されているといえる規則であり、それゆえ、法上当然に有効で、他のいかなる国に対しても執行できる。しかし、その制限を越える主張はもはや法上当然に国際法に違反し、すべての国に対して無効であるとはいえない。そして、このような主張の他国に対する効力は、それがその国によって受諾または黙認されているかどうかにかかっているとす (Cf. G. Gidel, *Droit international public de la mer*, 1934, vol. 3, pp. 134-135)。

35 一九三〇年以来、海洋管轄権に対するかなりの数の新しい主張が、広い領海であるかその他の海洋管轄権であるかを問わず、沿岸国によって提示されてきた。明確に確立した一般規則がないなかで、法的論点は、すべての国に対するその主張の絶対的な合法性または違法性ではなく、その主張の各国への対抗性、言い換えれば、



他国の受諾または黙認の観点から提示され続けてきた (*Id.*, pp.119-20)。

この意見は、慣習国際法が変更しつつある場合における對抗性の概念の役割を明らかにしたものである。<sup>(33)</sup>これによれば、国際法の確立した規則が存在する場合には、それに反する行為は違法であり、原則としてすべての国に対し對抗できないが、それに対して、国際法に変動があり一般規則が不確定である場合には、従来の規則から逸脱する行為についても、直ちに違法で對抗不能とはされずに、各国の態度を考慮して個別に對抗性の判断が行われることになる。<sup>(34)</sup>その際、逸脱する行為を明示に承認している場合だけでなく、それを黙認した場合にも、その国に対する對抗性を認めることになる。こうした見解は、判決の考え方とは異なるものであるが、国際法の一般規則が明確でない場合の對抗性の概念について説明を加えたものとして注目される。

### (三) 小 括

以上の考察に基づき、国際司法裁判所における對抗性の概念についてまとめておきたい。その際、フランス法の議論を参考としつつ、いかなる法律要素について對抗性の判断が行われたか、對抗性によって説明される効果の性質はどのようなものか、對抗性の判断はいかなる法的根拠に基づくものか、對抗性の効果はいかなる範囲に及ぶか、という観点から整理を行う。なお、ここで取り上げた五つの事件以外にも、「国連公務中の損害の賠償に関する意見(賠償意見)」<sup>(35)</sup>や「国境紛争事件」<sup>(36)</sup>が對抗性の概念に関係しており、まとめに際してはそれらにも言及する。

(1) 法律要素 種々の法律要素について對抗性が問題となっている。これまでに検討したものとして、領海画定の

ための直線基線方式（漁業事件）、国籍を付与する行為（ノッテボーム事件）、漁業管轄権を拡張する規則（漁業管轄権）、安全保障理事会の決定（ナミビア意見）、条約の規則（北海大陸棚事件）があり、さらに、国連の法人格（賠償意見）、国際司法裁判所の判決（国境紛争事件）を加えることができる。これらについては、スタークのように、国内法上の制度やレジーム、条約、国際組織の決定という形の区別が可能であるが、この区別では、国内法上の制度やレジームの国際法上の意義が明らかになっておらず、法律要素の視点からの分析としては十分ではない。これに対して、すべての事件を国際法上の行為の対抗性として理解し、一方的行為（国家あるいは国際組織）と条約という形の分類を行うことが考えられる。<sup>38)</sup>しかし、漁業事件の場合には、領海を画定する行為が問題となっているというよりも、そうする権利（歴史的権原に基づく）が争われているとみることでもでき、また、国連の法人格の場合には、設立条約の対抗性という見方がある一方、国連の客観的存在という事実の対抗性としてとらえる立場がある。<sup>39)</sup>このことから、すべてを行為の対抗性によって説明できるとはかぎらず、これに加えて、事実や権利の対抗性を考慮しなければならぬ場合のあることがわかる。このような法律要素の分類は、その実益を含めて、より慎重な検討を要する問題である。<sup>40)</sup>

（２）効果の性質 対抗性は、争われている法律要素に関する直接の当事者あるいは主体ではない国家に対する効果である。すなわち、条約の非当事国（北海大陸棚事件）、一方的行為の主体でない国（漁業事件、ノッテボーム事件、漁業管轄権事件）、国際組織の非加盟国（賠償意見、ナミビア意見<sup>41)</sup>、国際裁判の非当事者（国境紛争事件）である。こうして、対抗性は、法律要素の第三国への効果を示す概念であるといえることができる。

しかし、効果の内容にはさまざまなものがある。一定の海域の拡大に関しては、それを尊重し、侵害を差し控える義務が争われる（漁業事件、漁業管轄権事件）。領土の画定に関する国際判決も同様の義務をもたらしうる（国境紛争事件）。大陸棚の画定方法については、それに従う義務が主張された（北海大陸棚事件）。国籍あるいは法人格の付与については、それに基づく外交的保護権あるいは機能的保護権を承認する義務が問題となる（ノッテボーム事件、賠償意見）。一定の事態の終了および違法性の宣言については、その違法性を認め、その適法性を主張できない義務が問題となった（ナミビア意見）。このように、さまざまな義務が対抗性の概念で理解されている<sup>(4)</sup>。

これらの義務について、フランス法の議論と同様に、間接的效果として説明できるかどうかは疑問である。「北海大陸棚事件」では、対抗性の概念のもとで、条約上の義務、すなわち、条約の直接的效果の第三国への拡張が問題となった。もつとも、結論としては、第三国の承認がないため、対抗不能と判断されており、フランス法の議論でも、直接的效果を否定される際に、対抗不能の語が用いられていることからすれば、この点はとくに問題はないかもしれない。しかし、第三国の承認があり、それによって直接的效果が第三国に及ぶ場合についても、対抗性の概念によって説明される可能性が多分に残されているようにみえる。したがって、国際司法裁判所の判例からみれば、対抗性を第三国に対する間接的效果として断定することはできない。

この点をいかに評価するかは、国際法の対抗性の理解にとって重要な問題である。国際法では、対抗性の概念のもとで直接的效果と間接的效果の両方が問題となると考えるべきなのか、そうだとすればどこにその理由があるのか、あるいは、従来の判例では、直接的效果と間接的效果は混同されてきたが、本来は区別しなければならないものなの

か、という点である。これについては、国際法の学説を検討したうえで再び考えることにしたい。

(3) 法的根拠 対抗不能の判断については、次の二つの場合がある。第一に、対抗される要素が対抗性を主張する国家あるいは国際組織の権限内の事項であり、その権限が一般国際法の基準や手続きに従って有効に行使された場合には、その要素は対抗可能とされる(賠償意見、ナミビア意見)。第二に、右の点が不明確であっても、諸国の一般的承認があればその要素は対抗可能となる。さらに、特定国の承認によってその国に対して対抗可能と判断されることもありうる(漁業事件)。この場合に、国家のいかなる態度が承認となるかは、争われている問題の性質、当該紛争の具体的事情によつて異なる。なお、条約については、第三国は批准・加盟などの手続きによつて拘束される意思を表明するのが通常であり、それ以外での形での承認は限定的に解される。以上のように、対抗可能の判断には、法規に基づく場合と一般または個別の承認に基づく場合がある<sup>(43)</sup>。

これに対して、右の二つのいずれにも該当しない場合には、対抗不能の判断が下される。すなわち、対抗される要素がそれを主張する国家あるいは国際組織の権限内の事項ではない場合(北海大陸棚事件、国境紛争事件)、あるいは、一般国際法の基準を満たしていないか、または基準が不明確で、その判断ができない場合(ノッテボーム事件、漁業管轄権事件)であり、かつ、その要素に対する承認がない場合である。要するに、国際法に違反する要素は、原則として対抗不能である。したがつて、条約により、あらかじめ一定の行為の対抗性を封じておくことが考えられる(漁業管轄権事件・ウォルドック個別意見)。なお、スタークが指摘したように、国内法において無効な行為が対抗できないかについては、判例は必ずしも明確ではないが、対抗不能と解するのが妥当であろう(ノッテボーム事件)。

(4) 効果の範囲 以上の考察から、対抗性の効果の範囲についても、明らかになったと思われる。まず、対抗性の判断は、すべての第三国に対する普遍的な対抗性（賠償意見、漁業事件、ナミビア意見）と特定の第三国に対する個別的な対抗性（漁業事件）とに区別される。前者は、さらに、一般国際法上の権限に基づく場合と一般的承認に基づく場合がある。しかし、一般国際法の基準に合致する場合でも個別的な対抗性の判断になることはありうる（漁業管轄権事件で争われた優先的漁業権のような相対的な基準の場合）。また、普遍的な対抗性の判断が可能であるにもかかわらず、スタークが指摘するように、司法機能の訴訟当事国への限定に配慮して、個別的な対抗性の判断にとどめることが考えられる。これに対して、勧告的意見については、普遍的な対抗性の判断が望まれるかもしれない（賠償意見、ナミビア意見）。他方、対抗性の判断は、特定国について行われる（ノッテボーム事件、北海大陸棚事件、漁業管轄権事件、国境紛争事件）。国際法に反する要素であっても、承認の存在によっていつでも個別的に對抗可能となるから、裁判所が一般的な対抗性を宣言することは回避されと考えられる（ただし、国際法の強行規範に反する要素については、承認によって対抗性をもつことはないであろう）。

- (12) 国際司法裁判所における判決の効力の個別化に注目するものとして、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在——」大沼保昭編『国際法、国際連合と日本（高野雄一先生古稀記念論文集）』弘文堂、一九八七年、二二〇——二二頁。

- (13) この点は、スタークも引用しているように、すでにビン・チェンが指摘している。Bin Cheng, *The First Twenty Years of the International Court of Justice, Year Book of World Affairs*, 1966, p. 247.

- (14) 本文で述べるもののほかに、傍論として、慣習法との関連で対抗性に言及しているが、この問題は一般には「一貫した反対国」に対する慣習法の効力の問題として扱われており、本稿では取り上げない。なお、江藤淳「漁業事件における「一貫した反対国」の原則」東洋法字三三巻二号（一九八九）、とくに三一九頁（註30）を参照。また、Dupuy, P.M.: A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'«*objet*teur persistant»», *Mélanges Michel Virally* (1990), p.258.

- (15) Waldock, H., *The Anglo-Norwegian Fisheries Case, British Yearbook of International Law*, vol.28(1951), pp.163-66. Fitzmaurice, Sir Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* vol.1(1986), pp.169-72.

- (16) *Id.*, p.158.

- (17) この点は、本件の評価でもっとも見解が分かれる点である。Fitzmauriceは、裁判所は一般国際法の判断を行った以上、歴史的権利の問題に立ち入る必要はなかったと述べ（*Id.*, p.157）、反対に、Waldockは、裁判所は歴史的権原を認めた以上、「一般法に踏み込む必要はなかったという」（Waldock, *supra* note 15, p.169）。また、Brownlieは、全体として、裁判所は、ノルウェーの方式が国際法に合致すると確信していたと指摘する。Brownlie, I., *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990), p.184. しかし、本文で述べたように、対抗性の判断は、諸国の態度から導かれていると考えるべきである。

- (18) 山本、前掲論文（註3）、六七頁。

- (19) 決議二七六の二項と五項は、それぞれ次のように規定している。

二、ナミビアにおける南アフリカ当局の引き続いての存在は違法であり、したがって、南アフリカ政府が、ナミビアに代わって、または、ナミビアに関して、委任の終了後に執ったすべての行動は違法かつ無効であると宣言する。

五、すべての国、とりわけナミビアに経済およびその他の利益を有する国に対して、この決議の二項と両立しない南アフリカ政府とのいっさいの関係を断つよう要請する。

- (20) Petten 判事は、判決はたんに南アフリカの施政権を承認しない義務ではなく、それ以上の積極的措置をとる義務を課し

ていると述べる一方、加盟国についてはともかく、非加盟国についてはそのような義務は課することができないと指摘する。

ICJ Reports 1971, pp.134-37. Onyeama 判事の反対意見も参照。Id., pp.148-49.

- (21) Bollecker, B., L'avis consultatif du 21 Juin 1971 dans l'affaire de la Namibie(Sud-Ouest African), *Annuaire français de Droit international* (1971), pp.326-27.

- (22) Id., p.327.

- (23) Bastidは、この判決が、承認の行為は国家間の関係に介在しなければならない、国際的効果に関する行動だけが関連性をもち、この点において、承認の理論に貢献したと評価する。Bastid, S., L'affaire Nottebohm devant la Cour International de Justice, *Revue Critique de droit international privé*, tom.45(1956), p.623.

- (24) Mervynによれば、国籍は国内法上有効に取得されたものでなければならぬという条件は、両当事者の間でも認められており、それをめぐってかなりの議論が行われたが、裁判所は、ノッテボームがリビテンシュタインの国民であることは明らかであり、この事実を問題としなかったという。Mervyn, J., The Nottebohm Case, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.5(1956), p.234. Kunzも、ノッテボームがリビテンシュタインの国民であることは疑いようがないと指摘する。Kunz, J., The Nottebohm Judgement, *American Journal of International Law*, vol.54(1960), p.538. これに對して、De Visserによれば、裁判所は直接に国際法上の対抗性を問題とせず、国内法への回り道を必要とみなしたと述べ、De Visser, P., L'affaire Nottebohm, *Revue générale de droit international public*, tom.60(1956), p.250.

- (25) 国籍の対抗性について、国内法上の有効性が条件になるという見解については、Panhuys, H.F., *The Role of Nationality in International Law* 1959, p.97. Mervyn, *supra* note 24.

- (26) 田中判事は、本件の核心は、大陸棚条約六条二項のドイツ連邦共和国に対する対抗性または対抗不能(non-opposability)の問題であると指摘する。ICJ Reports 1969, p.173.

- (27) ただし、オランダやデンマークは、そもそものは条約の効果について対抗性の語を用いたわけではない。例えば、デンマークの答弁書は、一般に承認された国際法の規則に従った海域の画定は、一応(prima facie)は有効であり、他国に対抗で

- きるとし、したがって、西ドイツがそれを無効と考えるならば、それを立証する責任は西ドイツにあると指摘する。つまり大陸棚画定の行為の対抗性を論じたものといえる。』*ICJ Pleadings, North Continental Shelf Cases*, vol.1(1968), p.176.
- (28) Marek, K., Le problème des sources du droit immatériel dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du nord, *Revue belge de droit international*, 1970, p.50. ヴェンド「上部サブエアー・ジャンクスの自由地帯事件」(*PCIJ Ser. A/B*, no.46, p.141.)を参照。
- (29) Churchill, R.R., The Fisheries Jurisdiction Cases: The Contribution of the International Court of Justice to the Debate on Coastal States' Fisheries Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.24(1975), p.90.
- (30) Manin, P., Le juge international et la règle générale: Reflexions à partir des arrêts rendus Par la C.I.J dans l'affaire du plateau continental de la mer du Nord(1969) et dans l'affaire des pêcheries(1974), *Revue général de droit international public*, tom.80(1976), p.50を参照。
- (31) この点に関しては、杉原高嶺「国際裁判における法の適用——変更過程にある慣習国際法の適用——」、『紛争の平和的解決と国際法(皆川洗先生還暦記念)』北樹出版、一九八一年、五〇—五二頁。
- (32) Manin, *supra* note. 30, p.52.
- (33) Brownlieは「慣習国際法の変更に関して、そのプロセスが緩慢で、新しい規則も古い規則も多数の支持者を集めていない場合には、その結果として、対抗性、黙認および歴史的権原のネットワークが生じると指摘する。Brownlie, *supra* note 17, p.11.
- (34) 杉原教授は「このようなWaldockの立場は、問題をすべてバイラテラルな関係に変形するものとして、疑問を提起している。杉原「前掲論文(註31)」、五八頁。
- (35) 本件では、裁判所は、次のような意見を示した。「…裁判所の意見は、国際社会の構成員の大多数を表す50カ国は、国際法に従って、国際的請求を提起する資格とともに、客観的国際人格——単にこれらの諸国だけが承認した人格ではなく——を有する実体を創設する権能を有していたというものである。」この意見は、一般に国連の法人格の対抗性を認めたも



のと解されている。ICJ Reports 1949, p.185.

- (36) この判決は、国際司法裁判所の判決の對抗性に関して、次のように判示した。「本裁判部は、それゆえ、付託された訴えの全部につき決定する義務を有すると結論する。すなわち、係争地域の全長にわたって当事国の国境線を示す義務である。その際、東の国境の終点の位置を定めることになろう。それは、この国境がブルキナファソンとマリの領土を分かつのを止める地点である。しかし、前記で説明したように、これがニジェールの国境線に影響を及ぼす三点点であるとの本裁判部の決定とはならない。規程第五九条に従って、本判決は、ニジェールの国境線に関するかぎり、同国に対抗できない。」ICJ Reports 1986, pp.579-80.

- (37) Starke, *Introduction to International Law* (10th ed. 1989), pp.90-91.

- (38) この分類については、Reuter, P., *Droit international public* (6e ed. 1983), pp.96-99を参照。ただし、Reuterは、一方的行為については必ずしも十分な定義を与えていない(註50を参照)。なお、近年、一方的行為とその効果を明確化する必要性が指摘されている。山本教授は、実定国際法が定める枠組み・要件・効果に合致する行為を本来の一方的行為とし、現行国際法規の範囲の外で国家の裁量によって行われる行為を一方的国内措置とする。山本、前掲論文(註3)、五〇頁。また、口頭による一方的行為の類型化について、中谷和弘「言葉による一方的行為の国際法上の評価(一)」『国家学会雑誌』一〇五卷一二号(一九九二)、一頁以下。

- (39) この点に関しては、植木俊哉「国際組織の国際責任に関する一考察(一)——欧州共同体の損害賠償責任を手がかりとして——」『法学協会雑誌』一〇五卷九号(一九八九)、一一八五—九二頁を参照。

- (40) 例えば、Brownlieは、抗議、約束、放棄、承認等の一方的行為を「法律行為」の一般概念に取り込むアプローチについて、法関係の多様性を曖昧にするおそれを指摘する。Brownlie, *supra* note 17, p.637.

- (41) 本件では、すでに指摘したとおり、もっぱら非加盟国との関係で對抗性が用いられているが、ただし、判決の文面上では、加盟国を含むすべての国に対する對抗性が語られているので、国際組織の行為との関係では、加盟国と非加盟国の両方につき對抗性の概念が使われる可能性がある。一般にも、そうした用法が見られる。Dihn, N.Q., Daillier, P., Pellet, A., *Droit*

*international public*(3e ed.1987), p.342を参照。

(42) 対抗性の効果は、なんらかの法的意味をもつ義務にかかわるものであり、単なる反射的不利益とは異なる。反射的不利益については、経塚作太郎『条約法の研究』中央大学出版社、一九六七年、二九七―三〇〇頁。

(43) 学説を検討する際に論ずるように、この区別は微妙である。例えば、南西アフリカの国際的地位に関する *Mohini* 判事の個別意見では、委任状は南西アフリカの占有と統治に関して、物に対して (*in rem*) 有効な、すなわち、対世的に有効な一定の権利を受任国に移転または創設したとし、この権利は、全世界あるいは少なくとも連盟加盟国もしくはその他なんらかの形で委任を承認した諸国に対して有効であるとする。ここでは、いずれの対抗性の立場に立っているかが不明確である。  
*ICJ Reports* 1950, p.156.

(44) メイン湾境界画定事件において、裁判部は、大陸棚条約六条の合意原則のねらいは、相手国または関係国の見解を無視して一国が一方的に行った大陸棚の境界画定が国際法上それらの諸国に対抗できない点を確立することであつたと指摘している。*ICJ Reports* 1984, p.292.

#### 四 国際法の学説

ここでは、ルテールの見解を中心にして、国際法の学説を検討する。ルテールを選んだのは、国際法の理論において対抗性の概念を明確に位置づけている数少ない学者の一人であり、また、国際法委員会のメンバーとして条約法条約の審議に携わっている関係で、条約の対抗性についても重要な見解を示しているからである。ルテールの見解を批判的に考察することによって、国際法における対抗性の概念の問題点を明らかにしたい。

## (二) ルテールの見解

(1) ルテールは、その教科書である『国際法』(Reuter, P., *Droit international public* (6e ed. 1983))において、国際社会の法的関係について、次のような基本的考え方を示している。

ある規則の特定の事例への適用は、各国によってその国自身のために行われ、通常は国家に上位する行政または融は司法機関が利用されることはない。その結果、この法的世界には徹底した相対主義(relativism fondamental)が存しており、法主体の状態や義務は、それを考慮する国家によって異なる。ある国家が定めた状態や義務が他国に対して對抗できるためには、他国がそれらを承認していなければならない。承認は、依然として国際法の第一次的メカニズムの一つであり、それは法規則、信任(国家または国際組織の代表)およびすべての状態(領域その他)に適用される(*Id.*, p. 21)。(傍点は原文イタリック体。)

この承認のレジームは、国家および政府の承認、慣習の承認、国籍の承認、領域変動の承認など、承認の対象によってかなり異なるが、形式を有しないという点では共通する。承認は、たいていの場合、国家の意思とは無関係の事実を与件としており、この意味では、宣言的性質を示す。しかし、承認は、それを行う国家が、事実と法の評価において、あるいは、それらの不承認の可能性の評価において裁量権を有するという点で、創設的性質をも示している。また、承認は、全体のうちの一つの状態に対して分けて行うことが可能であり、さらに程度を有する。不承認の効果の問題は、とりわけ事実の評価にかかっており、一般的定式によって解決できるものではないが、不承認がすでに獲得された對抗性を喪失させないことは明らかである(*Id.*, p. 21)。

このように、ルテールは、對抗性の概念を国際社会の徹底した相対主義に結び付けて理解する。しかし、一方では、この相対主義は社会生活の発展によって必然的に緩和されると考え、とくにその際に信義誠実（*bonne foi*）が果たす役割の重要性を指摘している。それによれば、国家は、恒常的に、あらゆる過程で、その存在そのものにおいて、互いとの関連で決定づけられるものであり、この連帯性のゆえに、国際法は、法的安定性にとって好ましい帰結を引き出す。すなわち、国際法は、一定の行為により他国のなかに正当な期待が生まれ、それが法的効果を有することを認めるのである。こうして、信義誠実から生まれる法的・技術的な規則が現われる。すなわち、外観の理論<sup>(46)</sup>（*théorie de l'apparence*）、時間による不完全な法的権原の確立<sup>(46)</sup>、取得時効、消滅時効、エストoppel、証拠の理論<sup>(47)</sup>などである。これらの規則によって、相対主義の効果が一定程度緩和される。つまり、国家は、共通の上位の権威がないなかで自己の法的立場を決定する際、少なくともそれ自身の論理的整合性をはかるよう尽くす義務があり、それが国家の行為の恣意性のある程度制限するのである（*Id.*, pp.23-24）。

ルテールは、ハーグ・アカデミー講義集の「国際法の諸原則」（*Principes de droit international public, Recueil des cours*, vol.103(1961)）では、国家承認における信義誠実の意義について次のように述べていた。国家の一定の権利は、その存在の事実そのものから生ずるが、しかし、このことは、他国がその国家の一定の権利をまったく拒否できないということではない。ただ、その存在の事実について信義誠実にしたがった評価を行ったうえでしか拒否できないことを意味するのである（*Id.*, p.84）。このように、ルテールは、「国際法の諸原則」では、承認の裁量性が信義誠実によって制限される点を指摘していたが、『国際法』では、承認の文脈においては信義誠実には触れていない。

これは、承認の裁量性を広く解する立場に変わったことを示しており、つまり、相対主義の考え方をより前面に押し出すようになったといえる。

対抗不能の概念についても、ルテールは明確な意味を与えている。ルテールによれば、国際関係における徹底した相対主義と中央権力の欠如は、法秩序の内容に矛盾が生じた場合の処理についても、独自のメカニズムをもたらしている。一つは、解釈である。これは、法規範の間に矛盾があるとき、両者を調和的に解釈することにより、その矛盾を解消させる方法であり、解釈に関する規則は、こうした解釈を行うのに十分な自由の余地を認めている。もう一つが対抗不能である。対抗不能とは、ある規範について、それが特定の関係において承認を得ていないとの理由で、その適用を排除するものであり、すべての条約関係はこれで説明される（条約は第三者効果を有しない）（*Id.*, pp. 53-54）。このように、ルテールは、法秩序の内容に矛盾が生じた場合、そのどちらかを無効として排除することなく、それを解消するメカニズムの一つとして、対抗不能を理解している。これは、すでに検討したスタークの見解と共通するものである。

（２） 以上のような対抗性の概念の理解は、条約の第三者効果をめぐる問題においても現れる。ルテールは、『条約法入門』（*Introduction au droit des traités* (2e ed. 1985)）において、条約の相対性（相対的效果）の例外としてしばしば議論されてきた、「事実上の国際政府」「地位または客観的状态」「物権」といった概念を取り上げ、それらが相対性の例外の根拠となりうるかを検討する。そこでは、対抗性の概念についてのルテールの理解が、明確に示されている。

まず、ルテールは、右のような概念について考察する前提として次のように述べている。限られた数の諸国が、他国の利益に関わる事項について、永続的效果を生む状態を定める条約を締結することがある。この種の条約の第三者に対する効果に関しては、「権力 (autorité) の現象」と「時間による確立 (consolidation par le temps) の現象」が現れるが、この二つの現象と黙示の同意を切り離すことは困難である。すなわち、国家は、人と同様に、自己の利益に深く関わらないもの、あるいは、巨大な力に基づくものに対しては、変化の希望を維持しながらも同意を与えることになるからである。したがって、この第三者効果については、権力や時間による確立に依拠することなく、黙示の同意によって説明することができる。結局、時間による確立とは、それを行うことができ、また、行うべき国の反対の欠如によって示される諸国の一般の同意にはかならないためである。しかしながら、「権力の現象」に注目して、黙示の同意によらずに、国家法に固有の概念や制度の適用によってこれを説明しようとする試みも行われる。ルテールによれば、この二種類の説明は、一方は過去の安全性を志向し、他方は将来の不確かさを志向するものであるが、たいていの場合それらは互換可能であるという (Id. p.140)。

国家法に固有の概念や制度として、第一に、「事実上の国際政府 (gouvernements internationaux de fait)」が検討される。国際関係においては、大国が、ヨーロッパ協調や国際組織といった形のもとで、主権平等に反して、中小国に対してしばしばその意思を押しつけてきた。とりわけ、世界的な重大な紛争・危機の後に、すべての諸国が尊重すべき一定の地位を設定する大国間の協定がそうである。こうした状態に関しては、「事実上の国際政府」の理論による説明がなされることがある。これは、憲法や行政法の概念から借用されたものであり、大国を中心とする「事実上

の「国際政府」は、他の解決が不可能な状態において、一般的利益の擁護のために行動するのであり、それ故に、その行為は他国を有効に拘束すると考えるものである。国連総会の一定の決議もこれによって正当化される。しかしながら、「事実上の国際政府」の行為がこの理論によつて想定されているほど公平であるかは疑わしい。こうした協定や決議の価値を基礎づけるのは、やはり他国によつて与えられる同意であり、したがつて、これは条約の第三者効果の事例ではないと考えられる。ただし、侵略国が国連憲章に基づく一定の措置の結果としてなんらかの条約上の義務を負うことを認めた条約法条約七五条は、「事実上の国際政府」の概念を強化するものである<sup>(48)</sup> (*Id.*, pp. 104-05)。

第二は、「地位または客観的状态 (situations statutaires ou objectives)」である。一定の状态がそれを設定した条約の非当事国に対抗できると主張される場合に、その状态が客観的なもの、または地位に基づくものとして性格づけられることがある。例えば、一九一四年のベルギーの中立や国連の法人格がそれである。これらは、国家法が家族や不動産に関して認める状態と類似している。しかしながら、国家法では、人や不動産の地位は登録され、それをすべての法主体に認めさせることのできる共通の権力によつて確認されるが故に、すべての者に対抗できることを忘れるべきでない。この共通の権力が国際法にはない。各国は自己のために法主体や領域的権限の地位を確認するのであり、それを対抗できるものとするのは承認である。それ自体で対抗できる「客観的」状態や地位はない。この効果をそれらに付与するのは、他国の承認だけである。この理由により、権力の現象を前面に出さず、それを記述的な説明にとどめ、他方で、同意、黙認、承認といった諸国の受動的態度の効果に注目し、客観的状态をつくるのは時間であるという考え方に目を向けるのである (*Id.*, pp. 105-06)。

第三に、「物権(droits réels)」について考察が行われる。一定の条約をあたかも物権にかかわるかのようによて扱う考え方は、私法との類推によるものである。しかし、この考え方は政治的・経済的に重大な関係に拡大する傾向にある。すなわち、境界画定、中立または非軍事化の制度、国際河川や国際交通の領域的基礎のその他の側面である。この段階では、類推はその力を失い、非当事国への対抗性の正当化は他の概念に見いだすばかりではない。「物権」や「物に対する権利」の概念はすべての法律家になじみのあるものであるが、「物における」権利は決して存在しない。権利は法主体の関係しか規律しないのであり、国際法秩序のように「分権的な」法秩序にこの概念を導入するのは困難である。条約に関する国家承継条約は、物権の概念を導入しているが、それは条約法にではなく、国家承継にしか関係しない。言い換えれば、当該条約に対して、承継国を除く非当事国はそのままの状態にとどまり、承継国についてのみ承継国としての立場が非当事国の立場に優るのである。したがって、この条文は、領域的レジームに関する条約規定がいかなる法的メカニズムによつて任意の第三国に対抗できるようになるかという問題には解答を与えない(*Id.*, pp.106-09)。

以上の要約からわかるように、ルテールは、国家法に固有の概念による条約の第三者効果の説明を必ずしも否定してはいない。一般論としては、承認に基づく第三者効果の説明とそれは互換が可能な場合があるとさえ述べている。とはいえ、具体的な検討では、それにはやはり消極的であり、結局、第三国の承認によつて対抗性を理解しようとしている。この点に関して、「国際法の諸原則」では、共通利益の擁護という視点から、第三者効果に対してより積極的姿勢をみせていた。すなわち、学説および判例においては、一定の状態または権利は物的性質を示し、それゆえに



その創設に加わらなかった諸国に対抗できることが認められており、また、客観的性質を示す一定の規則または状態は、それを生みだした約束の当事者でない諸国に対抗できると述べていた。さらに、ある問題に主たる利害を有する諸国の十分に代表的な集合体から同意や制度が生ずるときには、その同意または制度は時に第三国に対する効果をもちうるという一般の命題を引き出している（*Principes*, pp.445-49）。もっとも、物権に関する条約の対抗性を論ずる別の箇所では、それをかなり限定する条件をつけており、対抗性につき慎重な態度も示している。（*Id.*, pp.559-60）。しかし、それでも、第三者効果の余地を認めていることは確かであり、これと比較した場合、『条約法入門』の記述は、国際社会の相対主義の考え方により傾斜したものといえる。<sup>(49)</sup>

（3） ルテールは、条約の第三者効果以外の問題についても、さまざまな文脈において対抗性の概念を用いている。その用法は、対象となっている主題によって異なっており、対抗性の概念を明らかにするためには、この点にも触れておく必要があると思われる。以下では、しばしば対抗性が議論される若干の問題について、これまでの検討と多少重複があるが、ルテールの見解を簡単に示しておく。

① 領域的権限 これに関しては、国際法に従って設定された権限とその他の権限を区別する必要がある。国際法に従って設定された領域的権限は、その客観的・物的性質からして、その実効性のゆえに正当に対抗できると主張されることが多い。しかし、国際社会の一般的構造を前提とし、その実行を考慮すると、その対抗性は承認を条件とすることが現実的である。ただし、領域的権限の行使は、当然に公知性をもつことからして、新国家の創設が問題となる場合を除けば、その承認はたいいていの場合には黙示に獲得される。これに対して、国際法に違反して設定される領域

的権限は對抗できない。伝統的国際法では、違法な状態の承認は適法であり、それを對抗できるものとすることを認めていた。さらに、時の経過により、違法な状態が浄化されることも認めていた。しかし、現在では、国際社会全体の利害に関する国際法の重大な違反については、その承認を禁止し、時間による確立を許さない。侵略により、あるいは自決権に反して行われた征服に関してはそうである。ただし、国際的合法性のこの効果は、国際社会の分裂と基本的規則の定義や適用の技術的不十分さのゆえに、まだしばしば理論的なものとどまつてゐる（*Droit international public*, pp.192-93）。

② 国際組織の法人格 国際組織は、第三国による承認の対象とならなければならない。しかしながら、その存在の一定の結果が、第三国に当然に対抗できるように思われる。国際司法裁判所は、「国連公務中の損害の賠償に関する意見」において、国連職員の保護に関して、これを認めている。ただし、その意見は、普遍的な組織に限定されているように思われ、また、機能的保護の理論をとっており、国連の人格の完全な承認をもたらす機関の理論を認めることをためらつてゐる（*Id.*, pp. 225-26）。（傍点は原文イタリック体）

③ 国籍 外交的保護権との関連で国籍の對抗性が問題となる。原則は次のとおりである。(1)国籍は国内法の規則によって付与され、国家は自国の国籍を有しない者に介入することはできない。(2)国籍は被請求国に対抗できない。内法にしたがつて付与された国籍はすべて実効的であると推定される。(4)二重国籍または国籍の変更の場合には実効性の証明がなされなければならない、それが外交的保護の可能性を決定する（*Id.*, pp.274-75）。

④ 一方的行為<sup>(50)</sup> 一方的行為は原則として權利を創設するものではない。国家は、一定の例外的事情を除けば、互いにならば權力を行使しないからである。一方的行為の大多数は、所与の法的狀態に應じて自国の法的立場を明確にすることを目的とするにすぎない（例えば、承認、抗議、留保、通告など）。これらの行為は、いわば宣言的なものである。これに対して、他国に対して管轄權を広げたり、他国との關係で自国の權利義務を変更するような一方的行為は、特別の類型におかれなければならない。これには、領海の画定、併合の宣言、封鎖の通告などが含まれる。この種の一方的行為は、その条件と方式を定める國際法の一般規則に合致する場合にのみ法的効果を生む。したがって、その行為は國際法の規定を適用する条件であり、ある意味では創設的ではない。しかし、實際的觀點からは、戦争や中立の宣言の場合のように、これはきわめて重要な行為である。そのために、國際法は、その行為に対して實質的條件ばかりでなく、通告（communication）や公表（publicité）の義務を課している。例えば、アフリカにおける無主地の先占の通告（一八八五年ベルリン一般議定書）、封鎖の通告（一九〇九年ロンドン宣言）、戦争の宣言（ハーグ条約）などがある（Principes, pp.576-77）。

## （二） 批判的考察

以上のように、ルテールは、國際法の理論において對抗性の概念に重要な位置づけを与えている。しかし、その説明は、これから検討するように、必ずしも一貫しておらず、問題点も含まれているように思われる。ここでは、これまでの議論を踏まえて、ルテールの對抗性の概念について批判的に考察を加え、國際法における對抗性の概念を明確

にしたい。

(1) 第一に、対抗性の根拠が問題となる。ルテールは、ある状態や義務が他国に対抗できるためには、他国の承認が必要であるとして、対抗性の根拠を承認に求める。それは、国家に上位する行政または司法機関が利用されることの少ない国際社会の必然的帰結であるとされる。しかし、国籍、国連の法人格などを論ずる際には、承認が不要となる場合があることを認めており、その立場は必ずしも一貫していない。この点について、ルテールは十分な説明を与えていないように思われる。

この問題に関しては、スールが、一方的行為の対抗性を論ずる際に行っている区別が参考となる。それによれば、一方的行為は次のように分類される。第一は、国際法に合致する行為である。この種の行為は当然に効果を有し、第三国はそれを受け入れなければならない。例えば、条約が留保の可能性を明示に規定している場合、それに従った留保には反対できない。また、領海条約に従った領海の通航権の規制や権限ある国際機関の決定も同様である。第二は、国際法から逸脱する行為である。これに該当する行為は、それを承認した国家にしか対抗できない。例えば、ノツテボーム事件では、一方的行為は、実定規則に合致するか、さもなければ、関係国によって承認された場合に対抗できると考えられた。漁業管轄権事件も同様である。ただし、強行法規に反する行為はこのかぎりではない。第三は、実定国際法規の存在しない場合にとられた行為である。こうした行為は、領域的権限内で行われるかぎり問題を生じないが、それを越えた場合には、その行為が実定規則に基づかない以上、それを認めた国家にしか対抗できない。ただ、実定規則の不存在の場合は今日それほど頻繁には生じない。以上のように、国際法に合致して行われる行為は、それ

自体で対抗性を有するが、そうでない行為は、他国の承認によって対抗性を取得することになる。これによって、承認が必要とされる場合と不要の場合の説明が行われている<sup>(51)</sup>。

しかし、ルテールが領域的権限の対抗性に関連して示唆しているように、国際法に合致する行為とそうでない行為の区別は、実際には困難であることが少なくない。この点は、スールも十分に認識しており、さらに国際法に合致する行為と両立しうる行為を区別することによって説明を加えている。この違いは適用される規則の精確度によるものであり、規則が十分に精確である場合には、それに合致する行為は当然に対抗性を有するが、不明確な規則あるいは種々の適用の余地がある規則の場合には、それに基づく行為については第三国の承認が対抗性の条件となる（漁業事件はその例とされる）。そして、スールは、解釈の一元化が行われていない国際社会では、規則は一般的に不精確な場合が多く、ある行為が国際法に合致し、当然に対抗できるとするのは例外的でしかないと指摘する<sup>(52)</sup>。こうして、国際社会では、国家の行為は相対化されることになり、それを承認した国家について対抗性を有するにすぎないとみなされるのである。

確かに、実際の紛争は、国際法の規則が不明確である場合に生じることが多い。漁業事件は、こうした事情を最もよく説明する事例である。すでに検討したとおり、裁判所は領海画定に関する一般国際法を示すことに努めたが、それは、ごく一般的で、裁量の余地のある規則にとどまった。そのため、裁判所は、それだけを根拠として判断を下すことを避け、諸国の態度にも注目し、そこから対抗性を引き出すという方法をとった。これに対しナミビア意見は、当該事項に関する安全保障理事会の権限を明確に支持し、承認とは無関係に決議の対抗性を認めている。しかし、す

でに指摘したとおり、この安全保障理事会の権限に関しては有力な反対意見が示されており、また、学説でも疑問を投げかけるものがある。このことは、国際法に合致した行為か否かの判断がきわめて微妙なものであることを物語っているといえよう。<sup>(53)</sup> このような意味で、国際社会の現実を前提とすると、対抗性には承認が必要であるとのルテールの見解にはもつともな理由があると考えられる。<sup>(54)</sup>

さらに、ルテールに従えば、事実の評価についても国家には裁量が認められる。強制的管轄権を有する司法機関が存在しない国際社会では、信義誠実に反しないかぎり、事実の評価は国家に委ねられる。したがって、たとえ国際法規則が明確であったとしても、具体的事実への適用に際しては見解の不一致が生じうるのであり、対抗性が承認の存否に依存する度合いは、それだけいつそう高いものとなる。ルテールが、徹底した相對主義を強調するのはこの意味においてであろう。

しかしながら、そこまで相對主義を徹底するとしても、なお、国際法に合致した行為とそうでない行為とは区別しておく必要性があるように思われる。例えば、領海の画定に際し、低潮線との並行方式を採用し、その幅を三カイリに限定し、しかも、それが諸国に公知のものである場合（低潮線が沿岸国公認の大縮尺海図へ記載されている場合（領海及び接続水域に関する条約三条））がそうである。この画定行為は、国家の権限に属することが明らかであり、国際法の一般に承認された規則の基準を明確に満たしている。そのため、他国の承認を必要とせず、当然に対抗できると考えられる。また、国内法によって、生地主義や血統主義に基づき、国籍を付与する場合も同様である。国籍は実効性の基準を満たすかぎり、他国に対抗できるのであり、ルテールによれば、国内法に従って付与された国籍はす

べて実効的であると推定される。それゆえ、重国籍の場合は別として、ここには事実についても法についても評価の余地はほとんど存在しない。このような場合については、国際法に合致した行為として、第三国の承認によらない対抗性を認める必要がある。そうでなければ、紛争を生じさせることなく、現実に行われている国際的効果をもつ事項の処理を理解することはできない。

以上のように、対抗性の根拠を承認に求める立場は、実際の紛争についてみると十分に理由がある。ここでは、承認の有無がまさに重要な争点となっており、承認の有無に基づいて対抗性の判断が下されている。しかしながら、一方で、承認を必要としない対抗性も認めておかなければならぬ。現実の問題になることは少ないにしても、国際関係の日常的处理はそれによって説明される場合が多いと考えられるからである。

(2) 第二に、以上の点と関連して、条約の相対性(相対的效果)と対抗性の關係が問題となる。ルテールは、条約の相対性の例外として三つの概念を取り上げているが、そこでは、相対性の例外と対抗性の区別が不明確である。例えば、「地位または客觀的狀態」の概念が、条約の相対性の例外を正当化しうるかを論ずる際に、それを対抗性の問題としてとらえ、そして、結論としては、その対抗性の根拠を承認に求めている。こうした説明は、一見したところ、対抗性と相対性の例外を同一のレベルで扱っているようにみえる。

もう少し精確に論ずるならば、条約の第三者効果に関しては、次の三つの場合を区別する必要がある。第一は、条約上の義務が、条約自体の効果により、第三国に対して課される場合(相対性の例外)、第二は、条約上の義務が、第三国の承認によって、その第三国に及ぶ場合(承認による第三者効果)、第三は、条約の存在が、当然に第三国に

対して、それを尊重する義務を要求する場合（フランス法と同様の意味での対抗性）である。ルテールは、第一にについては否定的であり、第三については問題としていない。したがって、対抗性の概念を用いて説明しているのは、もっぱら第二の場合である。

しかし、これまで国際法で、第三の意味における条約の第三者効果がまったく議論されてこなかったわけではない。例えば、フィッツモーリスは、条約法条約に関する第五報告書（条約と第三国）において、この問題を取り上げている。それによれば、第三国は、合法かつ有効な条約の作用を尊重する義務（一七条）や合法かつ有効な条約によって確立された法または事実の状態を考慮する義務（一八条）を負う。後者の例として（a）平和条約や政治的または領域的解決を含むその他の条約、（b）特定の領域または地域に関する中立または非軍事化のレジームまたは地位を設定する条約、（c）割譲条約、国境画定条約、地役権を設定する条約のような、処分的性質の条約、が検討される<sup>(55)</sup>。そのなかで、割譲条約については次のように説明される。

領域の移転のような、ただちに効果を生じ、「執行される」ことになる条項を含む条約は、例えば、第三国が条約によって移転される予定の領域に有効かつ関連のある請求権をもっていないかぎり、当然にその国に効力をもつ〔英文は good, 仏文は opposable〕という点はまったく明らかであり、議論の必要がない<sup>(56)</sup>。

これに対して、ウォルドックは、このフィッツモーリスの報告書（一七・一八条）について否定的態度をとっている。すなわち、フィッツモーリスが主張するような一般的義務を認めることは、条約は第三国にとって「他人間でなされた行為（*res inter alios acta*）」であるという原則と調和しないし、ある種の条約についてののみ、そのような一



般的義務を認めることの説明が困難であると指摘する<sup>(57)</sup>。しかしながら、ウオルドックも、割讓条約や国境画定条約については、その客觀的效果を否定していない。これらの条約は、当事者間での領域的処理を行うもので、一般的な国際關係において客觀的效果を生むとみなす。ただし、これらの客觀的效果を生むのは、条約自体というよりは、条約の処分的効果——条約の結果生ずる状態であると説明される。したがって、第三国は、その条約の締結によって影響を受けることがあるが、それは条約に付随的なものであつて、条約自体の規定の直接の適用によつてではない。この理由によつて、こうした第三者効果を条約案に挿入することは適切ではないと判断されている<sup>(58)</sup>。

フランス法の議論に従うならば、こうした割讓条約の第三者効果こそが条約の對抗性として理解されるべきものである。その効果は、国際法に従つて行使された当事国の権限に基づくものであつて、条約の相對性の例外とは區別されるものとして存在する<sup>(59)</sup>。しかしながら、国際法では、このような第三者効果が問題とされることはほとんどなかった。構成員数の限られた国際社会では、国内社会の場合とは違い、例えば二重讓渡のような對抗問題が生ずる余地がないからであらう。かわりに議論されたのは、ルテールの場合がそうであるように、国際法が不明確であつたり、欠如しているなかで締結された条約の對抗性についてである。

この点に関しては、南極条約をめぐる議論が参考となる。国際法委員会の審議でも、南極条約が、客觀的制度を創設する条約として第三国に効果を及ぼすか否かが問題となつたが、これについては次のような説明が考えられる。すなわち、南極条約の当事国は、当該地域に関して排他的権限をもち、そのレジーム（例えば、非軍事化）を決定する權利を認められており、したがつて、南極条約は、割讓条約の場合と同様に、すべての第三国に対して当然に對抗で

きるという立場である。これに対して、南極地域については、いずれの国の排他的権限も認められないのであって、したがって、第三国の承認がないかぎり、南極条約は対抗性を有しないという見解が対立する<sup>(80)</sup>。こうした不一致は、領域取得の権原に関する理解の仕方にかかわるものであり、どちらか一方が簡単にしりぞけられるというものではない。また、権原の有無は多分に程度の問題であって、当事国の権限を完全に無視できるものでもない。このように、ある条約の第三者効果が問題となつているときに、まず、その条約が明確な権限に基づいて締結された条約か否かが争われる場合があり、そして、それによつて、第三者効果の説明も異なつてくることがある。

これに対して、「北海大陸棚事件」は、割譲条約と同様の意味での対抗性の事例でないことが明らかである。問題となつたのは、大陸棚条約六条であるが、この規定は大陸棚の境界画定に関する一般規則を定めるものであり、いかに多数の諸国であっても第三国に対して一般規則を課す権限を有することはない。したがって、この規定によつて第三国が義務を負うのは、その第三国が承認した場合にかざられる。しかも、ここで必要とされる承認は明示したものでなければならぬ。すでにみたように、国家が条約に拘束される意思を表示する場合には、批准・加入の手続きをとるのが通常であり、それ以外の仕方で同意を与えるのは例外だからである。こうして、「北海大陸棚事件」では、承認による第三者効果について、対抗性の概念が用いられたのである。

ところで、このように承認による対抗性を認めることは、フランス法の議論にみられた、直接的效果と間接的效果の区別を不可能にする。フランス法の議論では、契約上の義務が第三者に及ぶ場合は直接的效果の拡張とされ、相対性の例外として理解されるのに対して、契約の存在を尊重する義務は間接的效果であつて、対抗性によつて説明され

ている。しかしながら、以上の議論から明らかなように、国際法では、条約上の義務が承認を通じて第三国に拡張する場合も、対抗性としてとらえられており、したがって、対抗性を間接的効果として論じることとはできなくなっている。すでに指摘したとおり、フランス法と同様の意味での対抗性と承認による第三者効果を明確に区別することが難しい場合があり、その両方について対抗性の概念が使われているからである。

さらに、注意しておく必要があるのは、どのような国家の態度を承認とするかである。すでに触れたように、客観的地位を決定する条約の当事国の権限には、かなり程度の違いがあるとみることができる。当事国が当該対象について完全な権限を有している場合には承認は不要となるが、反対に、まったく権限を有していない場合には、明示の承認が必要である。そして、この中間に様々な程度の権限が存在する場合を想定することができ、それに応じて、第三国のいかなる態度を承認とみるかも変わりと考えられる。場合によっては、抗議の欠如が直ちに承認と認められる可能性もあろう。ルテールの見解はこうした立場に基づいている。しかしながら、国際法委員会では、第三国への義務の拡張については、当事国の権限の程度にはかわりなく、明示の承認が必要であるとし、さらに、条約法会議では、第三世界の諸国の支持によって、書面による同意が要求されることとなった<sup>(61)</sup>。これは、イギリス代表が指摘したように、「契約上の義務を書面による以外の方法で受け入れる国家の自由を制限する<sup>(62)</sup>」という側面をもち、従来の慣習国際法の原則とは異なる内容を示すものといえる。しかし、条約法条約の規定としては、条約が第三国に設定する義務は、第三国が書面によって同意しないかぎり、対抗できないという解釈が定着している。このように、承認による第三者効果に関して硬直的な規定がおかれたために、条約の第三者効果は、もっぱら、より柔軟に承認の有無を

処理しうる慣習国際法の効果として扱われるようになったといえよう。

以上のように、国際法においては、条約の相対性の例外と対抗性は明確に区別されていない。国際法でも、フランス法と同様の意味での対抗性を別個に取り上げることが可能であるが、第三者効果に関する紛争は、間接的效果か直接的效果かが明確でない場合か、あるいは、直接的效果にあたる場合に生じており、対抗性の概念は、こうした場合において、承認による第三者効果を説明するものとして使われてきたのである。国際法における対抗性の概念は、この点においては、フランス法におけるそれとは異なっていることに注意しなければならない。

- (45) Reuter は、この理論の例として、憲法上の手続きに反して結ばれた条約が国際法上は有効である点をあげる。Reuter, *supra* note, 38, p.129.
- (46) これは、漁業事件の consolidation historique を指している。Id., p.207.
- (47) Reuter は、この理論について何も説明していないが、状況証拠または間接証拠の問題を念頭においているものと推測される。Id., p.448.
- (48) 条約法条約七五条については、国連憲章に基づいてとられた措置の結果であって、条約の相対性の例外とはみないとする見解が有力である。Cahier, P., Le problème des effets des traités a l'égard des états tiers, *Recueil des cours*, vol.143 (1974), pp.649-52. 内田久司「侵略国に対する条約の効力——ウィーン条約法条約第七五条をめぐって——」『国際関係法の課題(横田先生鳩寿祝賀)』有斐閣、一九八八年、一八八-一九五頁。
- (49) こうした見解の変化は、条約法条約の審議過程において、条約の第三者効果については、厳格な同意が必要であるとの主張が支持を集めたことが影響を与えていると推測される。条約と第三国の関係における「厳格な同意原則」については、村

瀬信也「ウィーン条約法条約第三八条の意義」『国際法外交雑誌』七八卷一・二号（一九七九）、六四一六頁。

- (50) Reuter は必ずしも明確には一方的行為を定義づけていないが、次のように説明している。一方的行為は、条約と並んで、国際法上の効果を発生させることをめざして行われる行為、すなわち法律行為である。一方的行為と多边的行為の区別は、義務を創設する意思に対して、複数の主体が異なった当事者として参加しているか否かである。例えば、国連総会の決議は、多数の個別の投票によって採択されるとしても、一方的行為である。しかし、この区別は必ずしも簡単ではなく、口頭の合意のように、二国間の行為なのか、一方的行為とその黙認なのか不明な場合があるという。なお、一方的行為は、国家によるもの（等位の関係における一方的行為）と国際組織によるもの（組織化された関係における一方的行為）に分類され、後者には勧告的決議のような、義務的效果の軽減されたものも含まれている。Reuter, *supra* note 38, pp.96-97, 163-71. なお、勧告的決議については本稿では取り上げていないが、承認に基づいて対抗性を獲得したり、証拠としての対抗性を有することが考えられる。

- (51) Thierry, H., Combacau, J., Sur, S., Vallee, C., *Droit international public* (5e ed. 1986), pp.175-79. なお、Sur は、一方的行為を「国際法の主体に帰属し、一定の効果の発生に向けられた、意思の一方的表明」と定義する。

- (52) *Id.*, pp.176-77. こうした見解は、基本的には Fitzmaurice と同じである。すなわち、Fitzmaurice は、漁業事件に基づいて、国家が自らの行為を正当化するにあたっては、それが国際法に反しないことを立証するだけでは十分ではなく、それが国際法に合致することを示さなければならないとする。ただし、Fitzmaurice は、その行為が国際法のまったく規制しようとしていない分野にあることを示す場合にも、正当化できると考える。Fitzmaurice, *supra* note/5, pp.138-48.

- (53) 国際組織の法人格についても、第三国に損害を与えた場合の責任に関する規則が明確でない以上、国連のように普遍的であり、第三国の承認が得られている場合を除き、当然に対抗できるとは考えられないとする有力な見解がある。この点に關しては、植木、前掲論文（註39）、一一八六-八七頁を参照。

- (54) ただし、Reuter はとくに述べていないが、ここで承認という場合、必ずしも法律要素に対して事後的に与えられるものに限られないと理解すべきであろう。例えば、排他的経済水域の拡大について、すでに同様の一方的拡大を行っている国家

に対しては、拡大にあたつての事情や理由が同じである限り、改めて承認を必要とすることなく、対抗できると考えられる。しかし、他方で、ある条約が一定の犯罪につき普遍的管轄権を規定している場合に、非当事国が同様に普遍的管轄権を行使できるかについては、その条約規定の解釈が問題となる。すなわち、その規定が本来認められないはずの管轄権の行使について、当事国間では反対しないという趣旨であれば、第三国はその規定に基づいて対抗性を主張できないことになる。Schachter, O., *International Law in Theory and Practice* (1991), p.268. このことから、何が事前の承認にあたるかの判断は微妙であると考えられる。この問題については、今後検討していきたい。

- (55) *Yearbook of International Law Commission*, 1960-II, pp.96-100.
- (56) *Id.*, p.99.
- (57) *Yearbook of International Law Commission*, 1964-II, pp.27-34. この点に関して、経塚、前掲書（註42）三二一七頁。
- (58) *Id.*, p.32. なお、経塚作太郎教授は、割讓条約の第三者効力にも否定的である。その理由としては、国際法では、登記や現物の移転などの対抗要件が確立しておらず、契約の効力を確保すべき客観的機構が欠けている点、また、通常の条約との区別の基準が不明瞭な点、があげられている。同右、三二六-一七頁。確かに、これらの理由により、割讓条約の第三者効力の認定は困難な場合がある。しかし、すでに一方的行為について指摘したように、法や事実の評価にあたって、それらが、国家にまったく裁量の余地がないほど明確である場合が考えられるのであって、割讓条約の対抗性も認めるべきである。
- (59) 例えば、宮崎繁樹教授は、条約の第三国に対する効力の一つとして、間接的効力をあげているが、そのなかで、領土割讓に関する条約、領海の画定に関する条約、平和の回復に関する条約は、フランス法と同様の意味での条約の対抗性の例と考えることができる。宮崎繁樹「条約の第三国に対する効力（先例研究）」『国際法外交雑誌』六七巻四号（一九六六）、一〇六-〇九頁。
- (60) Cahier, *supra* note 48, pp.664-65. 南極条約の対抗性をさぐる諸問題については、Simma, B., *The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an "Objective Regime"*, *Cornell International Law Journal*, vol.19(1986), pp.189ff. note 12. 南極条約

以後の諸レジームの對抗性の問題点について、山本草二「南極資源開発の国際組織化とその限界」大沼編、前掲書（註12）、とくに二二七-二三二頁。

- (61) 川口和久、Calier, *supra* note 48, pp.644-48. Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd ed.1984), p.101. 村瀬、前掲論文（註49）、六五頁。
- (62) *United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, Second Session*, p.60.
- (62) 宮崎繁樹教授は、条約の第三国に対する効力の一つとして、間接的効力をあげているが、そのなかで、領土割譲に関する条約、領海の画定に関する条約、平和の回復に関する条約は、フランス法と同様の意味での条約の對抗性の例と考えることができる。宮崎繁樹「条約の第三国に対する効力（先例研究）」『国際法外交雑誌』六七巻四号（一九六六）、一〇六-一〇九頁。

## 五　むすび

本稿では、フランス法の議論を出発点としながら、国際法における對抗性の概念を明確にすることを試みた。その結果、この對抗性の概念は、国際法の基本的性格を反映しながら、原理的には明確に区別される二つの異なる枠組みのなかで用いられてきたことが明らかとなった。ここで、最後に、この對抗性の二つの意味を整理することによって結論としたい。

第一は、ある法律要素が国際法に合致し、その結果第三国に対抗できる場合（法規に基づく對抗性）である。ここでは、對抗性の要件は、その要素が国際法に合致していることである。それは、実体規則との合致ばかりではない。

ある行為が対抗できるためには、それが国際法上あるいは国内法上有効に成立していることが前提となる。また、場合によっては、通告や宣言などの手続に従って、公知性を獲得することが必要とされる。こうした要件を満たすことによって、通常はその法律要素の実効性が確保されるが、事情によっては、あらためてその実効性が問われることになる。この場合の対抗性の効果は、第三国一般に対して及ぶ。第三国は、その法律要素の存在を尊重しなければならぬ義務を負う。この義務は、一般国際法に合致した法律要素については、すべての第三国に、条約に合致した法律要素については、その条約の当事国たる第三国に対して生じる。もともと、国際法の規則が相対的な基準を定めている場合には、特定の第三国への対抗性となる場合が考えられる。さらに、国際裁判では、一般的な対抗性の場合でも、特定の第三国についてのみ対抗性の認定が行われる可能性がある。

第二は、ある法律要素が第三国によって承認され、その結果、その第三国に対して対抗できる場合（承認に基づく対抗性）である。ここでは、対抗性の要件は、第三国の承認に求められる。第三国のいかなる態度が承認にあたるかは、その法律要素と国際法との両立の程度によって異なる。ほぼ国際法に合致しているとみられる法律要素の場合、抗議の欠如が承認を意味しうるし、他方、国際法から明確に逸脱する場合には、明示の承認が必要となろう（ただし、強行法規に反する法律要素の承認は対抗性をもたらしえない）。また、承認の有無は、時間の経過など、事件の具体的な事情のなかで判断されることになる。承認を与えるか否かは、第三国の裁量に委ねられており、そこでは関係諸国の力関係が多かれ少なかれ影響を与える。この場合の対抗性の効果は、承認を与えた国家に及ぶ。ある法律要素が諸国の一般的承認を得ている場合には、すべての国に対して対抗性を有し、特定の第三国のみが承認を与えているにすぎ



ない場合は、その第三国との間でのみ対抗性が認められる。第三国の負う義務は、その法律要素の存在を尊重する義務である場合のほかに、その法律要素が当事国に対して課す義務と同一の義務である場合もある。したがって、対抗性の効果を間接的效果と性格づけることはできない。

この二つの対抗性の概念は、国際法の規則が多くの場合に不明確であるために、あるいは、それに加えて、法や事実の評価が基本的に各国に委ねられているという国際社会の構造のゆえに、しばしば区別が困難となる。実際に、国際司法裁判所で争われた事件をみても、その区別が難しい場合に紛争が生じており、したがって、その解決においては、第三国の承認の有無が大きな決め手となっていることがわかる。このことから、実際の課題としては、具体的な状況において国家のいかなる態度が承認にあたるかについて、その際に信義誠実や実効性の原則が果たす役割に注意を払いながら、類型的に整理し明確化していくことが重要である。また、反対に、国家はいかなる態度・方法をとることによって、自国に不利な要素の対抗性を阻止することができるのかをみきわめておくことが必要となる。今後、ますます国際関係が緊密化し、相互依存が強まるなかで、こうした対抗性の判断に基づいて外交関係の処理をはかる場合が増大していくものと考えられる。