

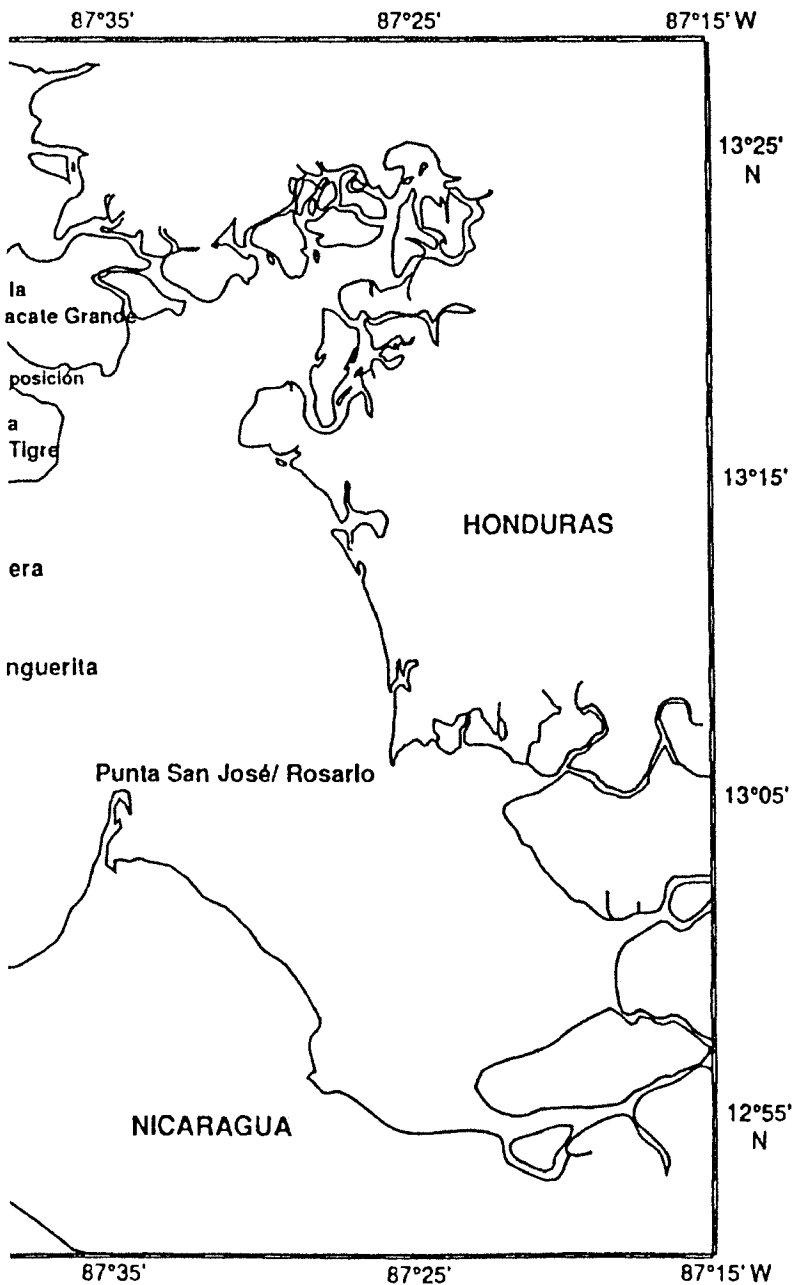
中米フォンセカ湾の法的性格（その二）

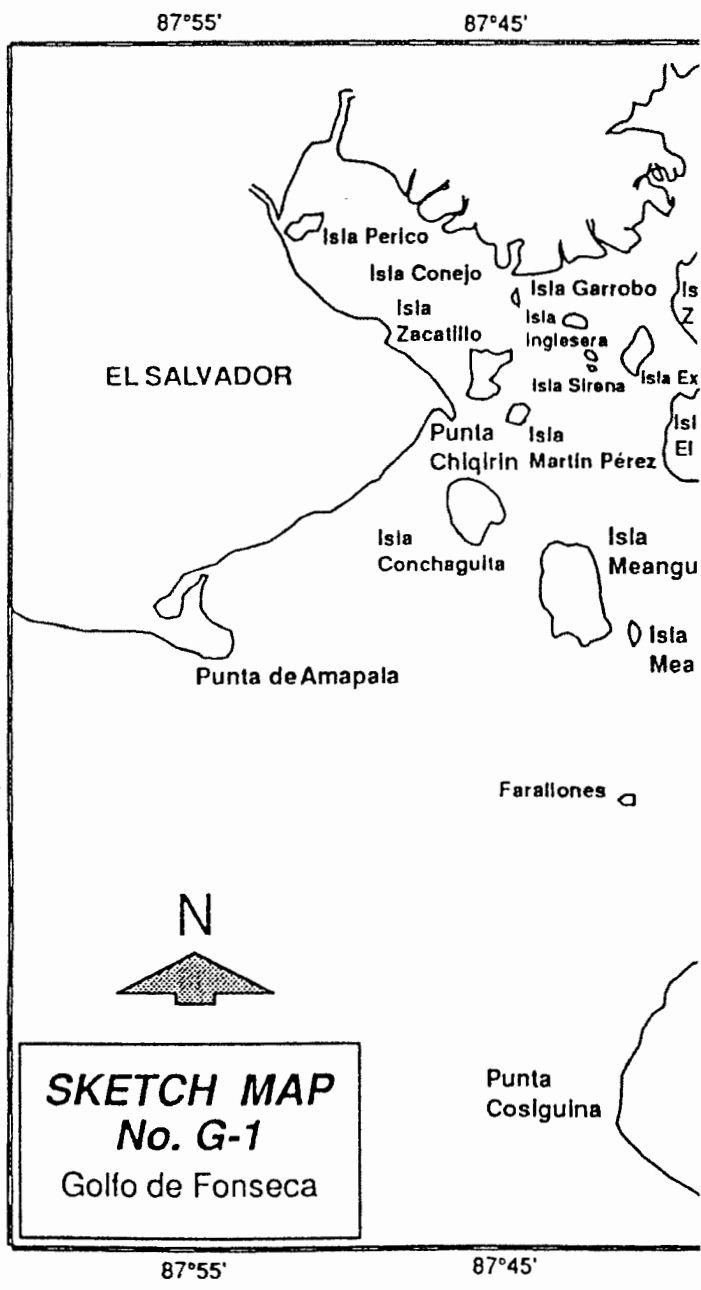
宮崎 孝

四、一九九二年国際司法裁判所（以下「ICJ」）判決と小田判事意見の要点及びその評価。

ホンデュラス（以下「ホ」）及びエルサルヴァドル（以下「エ」）間の国境紛争に関するICJ判決については、既
にいくつかの論評がなされている。^{（注）}ここでは、同判決のうち、フォンセカ湾（以下「フォ湾」）の法的地位に関する部
分に限定して論ずることとしたい。

まず、九二年国際司法裁判所（以下「ICJ」）判決の関連部分を要約する。





(一) 九二年—C J 判決の要点

(ICJ 判決第三七二節) 「ホ」が湾内水域の境界画定、「フォ湾」閉鎖線外の太平洋における「ホ」の権利及びホ・エ両国に属する海域の境界線による画定を求めたのに対し、「エ」は、ICJ はそのような画定を行う権限を有しないと主張した。しかし両国間の特別協定(前述のコンプロミソ)は、当裁判部が行うべき境界画定に何ら言及していない。

(三七八節) 裁判部は「ホ」の主張を受け入れない。裁判部や ICJ の管轄は当事国の合意によつてきまるのに、画定については両当事国間に合意がないからである。

(三八一節) 特別協定の第二条二項及び五項が規定するように、「フォ湾」水の法的地位は「両当事国に適用することのできる国際法の規則—適切な場合、一般平和条約の規定を含む」によつて決定されることとなっている。

(三八三節) アンパラ岬とコシグイナ岬の間の線で、湾口は一九・七五カイリである。内水とされる湾の入口に六カイリや一〇カイリの原則が適用された昔と異なり、今や一九五八年領海条約第四条、八二年海洋法条約第一〇条の意味における法的湾として、「フォ湾」が一国湾であれば閉鎖線内は内水となる。しかし、沿岸三国はこれら二条約のいずれの当事国でもないし、また、これらの規定は一国湾にのみ適用され、歴史的湾には適用されない(筆者注 この点については領海条約第七条一項及び六項、海洋法条約一〇条一項及び六項参照)。しかし、沿岸三国も、一般の論者も、これが歴史的湾であり、その水域が歴史的水域であることに同意している。

(三八四節) 五一年英・ノールウェイ間漁業事件で、ICJ は「歴史的水域」は、通常歴史的権原に基づいてのみ、

内水扱いとされている水域であるとし、八二年のチュニジア・リビア間大陸棚事件で、ICJは、歴史的湾については、五八年及び八二年両条約の定めるルールに対する留保が行われており、この問題は依然として一般国際法によって規制されているが、一般国際法は「歴史的水域」又は「歴史的湾」について単一の制度を定めていず、個々の具体的に承認された「歴史的水域」又は「歴史的湾」について個別な制度を定めるにとどまる、歴史的権原は尊重されていることを要し、常に永い慣行によって保持されなければならない、としている。さらに、慣行によって確立された個別な歴史的制度は、一国湾のように、合意された一般的な規則のない複数国湾については、とくに重要である。

(三八五・五八六節) 現在の沿岸国の「フォ湾」に関する権利は、スペインからの承継によって取得された。従って一八二一年承継時の湾水の地位を調べる必要がある。Uti possidetis iurisの原則が、陸地同様水域にも適用されるべきである。「フォ湾」については、一八二一年以前に陸地について論ぜられたような、地方行政単位に相応する境界が存在した証拠はない。

(三八七節) 八二年ICJ判決は、歴史的湾は、具体的な認知された歴史的水域又は歴史的湾に適用される「個別制度」(particular regime)を決定する歴史を有する、としている。従って、一九一七年の中米裁判決は、湾の歴史の重要な一部として、考慮に入れられなければならない。

(三八九節) 国家実行及び一九一七年中米裁判決は、次の三点を勘案した。i. 沿岸三カイリの水域で三国の排他的主権と管轄権が認められる、ここでも三国は互いに無害通行権を有する。ii. 財政・国家安全目的の九カイリの海上監査水域を沿岸国が互いに認めた。iii. 「ホ」とニカラグワ(以下「ニ」)間で一九〇〇年に部分的な海上境界線につき合意がなされたが、これは湾口まで達しない。

(三九〇節) 一九一七年判決の第九問で、全裁判官が一致して「フォ湾」は歴史的湾で、かつ閉鎖海であるとした。
(三九一節) 中米裁判決は、「フォ湾」が国際水域 (international waters) でありえない理由として、沿岸国の戦略防衛上の要請および、通常歴史的湾について認められる理由である、数世紀にわたるか記憶されない過去から続く、支配の意思をもった、平和的・継続的かつ他国の黙認を得た占有 (una posesion secular o immorial con animo domini pacifica y continua y con aquiescencia de las demas naciones) を挙げた。

(三九二節) 中米裁は、三カイリの沿岸水域の帯を「領海」(aguas territoriales) としたが、当時は「領海」は現在なら内水と呼ばれる水域を指すものとして使われた。中米裁はこれにより、主権の及ぶ水域を意味した。近代海洋法上、三国共有の「領海」の内部に、排他的な沿岸水域の帯を認めることは、異常なことであった。これは、数国湾における領海の帯は海岸線の凹凸に従うとする考えの残滓であったかも知れないが、いずれにせよ、三カイリの帯(筆者注 各沿岸国の排他的管轄水域) は当時の実行により確立していた。

(三九三節) 中米裁は、湾水が三国に属するとしながら、すべての国の無害通航権を認めた。しかし、これは法的湾又は歴史的湾の内水性と矛盾するが、複数沿岸国をもつ歴史的湾の性格に鑑み適当である。三沿岸国を有する湾では、船舶が湾と外洋を結ぶ主要水路を通じていずれかの沿岸国へ到達する可能性を有しなければならぬ。無害通航権が歴史的湾の制度と両立することは、群島の内水や直線基線によって内水に取り込まれた従来の公海に現実に見られる通りである。また、三カイリの沿岸水域に無害通航を認めるならば、そこへ到達するため通過しなければならない湾内の他の水域でもこれを当然認めるべきである。

(三九四節) 現在でも、沿岸三国は「フォ湾」が閉鎖海であると主張しており、他国の黙認もあるようである。当裁

判部は、第三国の異論の表明があることを知らない。また学説も、これを容認している。例えば、一九二〇年版オックスフォード「国際法」は、複数沿岸国湾の水域は領海ではない (non territorial) としながら、閉鎖海の特長をもつ場合は例外であるとして、「フォ湾」の例を引いた。ジデルの一九三四年「海の国際公法」も「フォ湾」を歴史的湾とした。五八年の海洋法会議準備文書でも、国連事務局は、「全沿岸国が一致して主張するときに、一国の主張する歴史的湾に關すると同じ原則が適用される」、とのべた。

(三九六・三九七節) 中米裁は、「フォ湾」は三国の共有に属するが、沿岸三カイリは各国の排他的支配下にある、湾内にはこれを超えた監査権が重複する部分とそうでない部分があるが、ここにも三国の共有が存する、とした。

(三九八節) 中米裁の共有説に「エ」は賛成、「ホ」は反対し、しかも「ホ」は中米裁判決の当事国でなかつたので、これによつて拘束されないと主張した。「ニ」は訴訟当事国であつたが、一貫して共有説に反対した。

(三九九節) 「ホ」は、共有は国家間合意又は協約 (convention) の性格を有する三国間の地方慣習によつてのみ成立すると主張した。しかし単一未分割の海域が国家承継により複数国に移るとき、共同主権が創設されない、という理由はないものと思われる。

(四〇一節) 中米裁がいうように、未画定Ⅱ共有ではないが、「フォ湾」は約三百年という長期間一國支配の下にあつた後、一八二一年に三カ国によつて承継された。海域につき共同主権が存在してはならない理由はない (として、一八七八年の宣言で、大西洋のフィギエ湾が三分され、第三の部分は仏西の共有水域とされた例を引用した)。

(四〇二・四〇三節) 「ホ」は中米裁判決の当事国ではなかつた上、「エ」その他の国との「フォ湾」の共有を認めない旨、抗議した。現下の訴訟でも、「ホ」は同じ主張を行っている。中米裁判決の当事国で、本件訴訟の当事国となつ

ているのは、「エ」のみである。よつて、同判決の既判力の問題は生じない。二カ国のみに関する既判力の問題は、三沿岸国の共同主権の問題に関する本件の助けにならないが、「ニ」がまさにこの湾水の地位問題をめぐつて参加したこともあり、本裁判所は、中米裁判決をICJ規則三八条にいう「法の規則を決定するための補的手段」として考慮すべきである。

(四〇四・四〇五節) 湾の歴史的水域制度に関する本裁判所の意見は、中米裁のそれと同様である。中米裁判決の理由・効力とは別に、本裁判所の結論理由は、i. 湾水の歴史的性格については、三国の一貫した主張と他国からの抗議の不在、ii. 湾水への権利の性格は、長期間、植民地時代、中米連邦共和国時代を通じ、現三沿岸国となった行政単位間で未分割で、陸上と異り、*uti possidetis juris*原則による分割の試みがないことに、本裁判所は強く印象付けられた。一九〇〇年の「ニ」と「ホ」間の海上境界画定は、等距離原則を適用したもので、*uti possidetis juris*の湾水への適用ではない。この画定を委ねられた混合委員会が、一七・一八世紀の権原に基づいて陸上境界の画定を行ったことは明らかであるが、「フォ湾」の海岸隣接部分は各国に属することを自明としたのである。こうした状況下では、海域の三国による共同承継は、*uti possidetis juris*原則の論理的帰結であるように思われる。

(四〇六―四〇九節) 「ホ」は「フォ湾」の共有に反対しながら、「フォ湾」の歴史的・地理的・政治的状況から、共有をしりぞけるだけでは不十分として、利益共同体 (*community of interests*) の理念を提示する。これは、常設国際司法裁判所の一九二九年オーデル河国際委員会領土管轄事件判決に表われた、「一つの水路が複数国の領域を通過又は分離するとき、すべての沿岸国は一国の特権を排する平等な河川全航路使用の権利を有する」という考えである。

「フォ湾」沿岸三国の利益共同体が存することは、疑いを容れない。しかし、利益共同体が共有と相容れないもの

として論ずることはおかしい。けだし、共有は、利益共同体にいう水路の使用、完全な平等、法的権利の共同、特権の排除を含む理想的な法理念であるから。しかし利益共同体の理念は、通航権などについて取り決めでないで単にこの狭い水域を分割することが、現実には大きな困難をひき起す、という認識を示すという意味で重要である。

「ホ」によれば、利益共同体 (communauté de patrimoines—家産共同体—ではなく) は単に分割を許容するのみならず、分割を必要とするものである。現在は未分割なので、そこから明確さが生じ、そのため三国間の協力を得難くし、沿岸国の船舶や海軍の間で紛争が起る。

「エ」は、「フォ湾」は地理的に不可分な性格を有するが、合意があれば分割は可能である、しかし、通航やアクセスに関する合意を行うことなく単に分割することは、多くの問題を未解決のまま残す、三国共同で、各国内水の画定を含む適当な制度 (regime) をつくらない限り、最終的結着がつかとは考えられない、と主張する。

(四一〇・四一一節)「フォ湾」が歴史的湾であれば、その閉鎖線は常識的にはアマパラ・コシグイナ両岬の線であり、沿岸三国もこれを承認し、かつ中米裁判決もこの線に言及した。しかし「エ」は、中米裁判決がチキリン岬からメアングラ・メアレゲリタ両島を経てロサリオ岬に至る内部閉鎖線に言及していることを根拠に、「ホ」の権利はこの内側の線以内の湾内に限定される旨示唆した。しかし中米裁判決には、この説を支持する根拠は見当たらない。当事国が常に主張して来たように、湾の外に向かつての限界 (outer limit) はアマパラ・コシグイナである。「エ」はこの線を基線と考えないが、これが外洋との境 (ocean limit) であれば、それは、それを超える海域のレジームを決めるための基線とならざるをえない。

(四一二節) 中米裁は三カイリの水域以外の湾水を「領水」 (territorial) とした。しかしこれを領海としたのではな

く、三沿岸国により、国際的ではない、歴史的根拠に基き主権の及ぶもの (a titre souverain) として領有されるものであるとした。しかし、これが「ホ」の主張するように近代法にいう内水であるかという点、一國灣の場合と異り、単純にこの用語を使うわけには行かない。各沿岸国の単一主権に服する沿岸水域 (littoral maritime belts) におけると同様、それ以外の湾水でも、第三国船に対しても、沿岸国のいずれかに到るための通航権が認められなければならない。従つて、湾水は内水であるとしても、共同主権と通航に關し特別な制度 (special and particular régime) に服する。共有の対象として、湾水は独自の範疇 (sui generis) と見ることが適當であろう。分割されれば疑いなく各國の内水になるが、そうなたとしても歴史的かつ必要な通航権に服する、制約された意味での内水 (internal waters in a qualified sense) とならう。しかしながら、この湾水の法的地位は主権に基いて領有される内水であつて、領海ではない。

(四一三節) 一九一七年の判決当時既に存在した共同主権に關する二つの例外に留意する必要がある。i. 各沿岸国の排他的管轄の下にある三カイリの帯。ii. 一八八四年のガメス・ボニヤ条約に基づいて任命された混合委員会によつて一九九〇年六月一二日採用された「ホ」・「ニ」間の区画がこれである。一九一六年に「エ」の外務大臣は、この合意が「ホ」・「ニ」のみの法律關係を定め、湾水に対する「エ」の共有権を無効としない限り、「エ」は異議を有しない、旨のべた。この合意の有効性及び「ホ」・「ニ」の管轄区画について、「エ」は本件訴訟でも、当条約は「エ」を拘束しない、しかし灣の法的地位は、中米裁が確定したとおり、と主張した。中米裁は、一九〇〇年に画定された部分以外は未分割で共有に属するとし、また「エ」の八三年憲法も、この判決に言及しているので、本裁判部は、「エ」がこの区画を中米裁の判示ど通りに受け入れたものと結論する。

(四一四節)もし共有が、「ホ」の望むように、合意によつて、個別の主権水域に代置されうるとすると、この分割のプロセスは、灣水が共有であるというレジームによつて、實際上どのような影響を受けるか。条約や慣習によつて画定された部分以外に共同主権が存在することは、「ホ」が湾口に至る灣水に対し、現代法上の権利を有することを意味する。勿論「エ」・「ニ」も同様な権利を有する。この原則的立場は、「ホ」の、将来の境界画定は、「ホ」の権利が灣の奥に限定されるとの前提に立つべきではない、との主張の根拠となる。また、以下に見るように、灣外の水域に關しても影響を及ぼす。

(四一五節)一九一七年には、大陸棚とかEEZといった概念はなかつた。中米裁は灣内に三カイリの排他的管轄の帯を認め、これは沿岸国の実行としても長年にわたり確立されていた。しかし、灣の閉鎖線からさらに一二カイリに及ぶ近代法上の領海がありうるであらうか。

(四一六節)一国が同じ海岸の沖合に二つの領海をもちえないことは明らかである。そこで灣内海岸の三カイリの帯は、近代法上の領海であるか、という問題が起る。本裁判部はそうでないと考え。けだし、領海は通常その先に大陸棚、公海、接続水域、EEZを有するが、灣内の帯はそのいずれをも有しないからである。これは灣水が共同主権に属しようとして、「ホ」のいうように未分割の、利益共同体に服する別々の主権に属しようとして、変らない。これらの、灣内の帯状水域は沿岸国の内水であつて、灣内のすべての水域と同様無害通航権に服しても、共同主権には服さない。(四一七節)従つて、灣の閉鎖線から海(筆者注 太平洋を指す。)に向かつて、本来の領海がある。歴史的灣の閉鎖線が領海の基線であることについては、重大な疑念はありえない。そうでないと主張することは、灣の法的地位と相容れない。

(四一八節) 湾水が共有に属するため、閉鎖線には三国が存在しており、「ホ」が湾外の海域に関する権利から締め出されることはない。このことは、公平に合致しているように思われる。アマパラ・コシグイナ間の閉鎖線を基線とすると、湾内には「ホ」を湾の奥にとじ込める他の二国の領海はない。湾内の沿岸三カイリ水域は、訴訟当事国双方が同意するように、一つの排他的主権に属する内水である。従って現代的な領海は、湾の閉鎖線から海へ向かつてのみ存在しうる。湾内に領海があると主張することは、当事国及び参加国が共に主張する湾水が歴史的湾の水域であることと相容れない。さらに、湾内の水域が三国の共同主権に属するとすれば、湾外の領海に権原を有するのは、三沿岸国すべてである。

(四一九節) 「フォ湾」閉鎖線外の水域、海底の上の水中及び海底の法的制度は、両端三カイリずつの「エ」と「二」の沿岸水域を除いた基線の外に限定されて、問題となる。

(四二〇節) 「フォ湾」外の海域に対する諸権原は、それが附属する海岸の領土的地位を反映する。これらの権原に関する限り、海岸は湾の閉鎖線であり、三沿岸国の共同主権に属する。従って三国とも、閉鎖線外の領海、大陸棚及びEEZに対し権原を有する。この状況が継続すべきか、それとも三つの分離された区域への区分けによって代置されるべきかは、三国が決定すべき問題である。そのような海域の画定は、すべて国際法に基いた合意によって行なわれるべきである。

(二) 小田判事意見の要点

小田判事は本件ICJ判決に五五ページに上る長文の反対意見を付し、ICJの「フォ」湾の法的地位に関する判示を批判したところ、その要点を以下に紹介する。

1、序論

(二節) 本裁判部は「フォ湾」を「歴史的湾」と規定するが、「フォ湾」は海洋法にいう湾でもなければ、歴史的湾でもない。ただし、裁判部が同湾を性格づけるため用いる「複数国湾」の概念は、法的制度としては存在しないからである。また、同湾は、裁判部の考えるところにかかわらず、実際に「歴史的湾」の範疇にも属さない。

(三節) 本裁判部は、「フォ湾」水が、沿岸国の排他的主権下にある三カイリの水域を除き、三国の共同主権の下に保持されているというが、この決定は全く根拠を欠いていると思われる。自分は、湾水が海洋法の一般原則の下で、沿岸国それぞれの領海の合計 (sum) であると考ええる。

(四節) 歴史的湾は今世紀初頭から使われ出した用語であるが、独自の範疇に属する制度 (regime sui generis) としては存在しない。歴史的湾は、湾口が広すぎたり、湾入が不足するため、通常は「湾」とされない湾様の地形のことであり、歴史的な理由で湾と同じ地位を与えられる。

2、「湾」又は「歴史的湾」——海洋法上の法的概念

(九節) 一八九四年に国際法学会が採用したルールは、湾の領海は海岸線の凹凸に沿う、但し、湾口が一二カイリであるか、又は継続した数世紀にわたる慣行によつて、それを超える広さが認められている場合には、その限りではない、ということであつた。一八九五年には同学会は同じ規定を採用したが、湾口は一二カイリではなく一〇カイリとした。オッペンハイムの一九〇五年初版「国際法」第一巻二四六ページ・一九一節は、湾口が六カイリを超えるものであつても、一国湾は沿岸国の領土に属することが一般に認められていると述べている。一九一〇年常設仲裁裁判所北大西洋海岸漁業事件裁決は、一〇カイリ原則を確認した。

(一〇節) 例外として、単一沿岸国の長期にわたる湾水の使用により、湾の全水域が沿岸国の管轄下にあると認められることがある(として、一七九三年グレンジ号事件におけるデラウェア湾、一八八五年アレガネアン号事件におけるチェサピーク湾、一八五九年レジナ対カニンガム事件におけるプリストル海峡、一八七七年ダイレクト米国ケーブル社対アングロ・アメリカン電信会社事件におけるコンセプション湾の例を挙げる)。

(一一・一二節) こうした湾に関する慣行は、二〇世紀初頭の殆んど一流国際法教科書に報告されている。しかし原則は、上記の一八九四年の国際法学会の意見のとおり、湾の領海は海岸の凹凸に沿う、というものである。オッペンハイム(一九〇五年版)は、「複数沿岸国の陸地に囲まれたすべての湾は、湾口がいかに狭くても、非領域的(non-territorial)で(湾内の領海を除き)公海である。」とのべている。

(一三節) 一〇カイリといった一定の限度を超える入口をもつた湾の領域性が、記憶されない昔からの慣行(immemorial usage)や歴史的理由に基づいて主張されても、そうした主張が複数沿岸国湾についてなされたことはないし、またなされなかつたのである。

(二四・一五・一六節) 一九二九年の國際連盟國際法典化準備委員會に提出された案でも、「一國灣の灣口一〇カイリ(又は繼續し、かつ記憶されない昔からの慣行によつて確立されたこれを超える距離)の直線から領海を測る、こゝうした灣の水域は内水とする、複数沿岸國灣については、領海は海岸の凹凸に沿う。」とされた。一九二九年の準備委員の討議基礎七号でも同様提案された。同準備委員の討議基礎九号では、「もし二以上の國が入りが一〇マイルを超えない灣又は河口の海岸に接する場合には、各沿岸國の領海は海岸に沿つた低潮線から測る。」とされた。

(二七節) 一九三〇年連盟國際法典化會議第二委員會(領海)提出、同年四月一〇日採択の報告では、複数國灣に關する規定は含まれなかつた。そこでは「歴史的灣」への言及はなく、これは同灣の概念が否定されたものとは解されないが、他方同概念が複数國灣に適用されうると示唆するものは何もなかつた。

(二一節) 第三回國連海洋法會議で、コロンビアは一九七六年の第四回會期で、灣口二四マイル原則は歴史的灣には適用しないこと及び複数國灣で歴史的灣の要件を満たすものについては、沿岸國間に合意があるときに限り、歴史的灣とみなされる、との条文を提案した。しかし、この案が實際に審議されたとしてもその記録はなく、その後のUNCLOSで起草された案はすべて、一九五八年のジュネーヴ條約の規定と同一である。

(二四節) 現行法上、複数國灣なる概念はない。灣水が内水である以上、灣内水域は一國の管轄内にとり込まれ又は半ばとじ込められていることを意味する。この抱擁の要素は、複数國灣では消滅する。このことは、五八年・八二年兩條約に内水の区分・分割に關する規定がないことによつて、默示的に確認される。一國の内水は他國の内水と直接ぶつかることはできない。

(二五節) 八二年條約第一〇条六項の歴史的灣への不適用規定は、灣の定義(灣口の広さや灣入度)が、歴史的灣に

ついで厳格に適用されないことを示唆する。

(二六節) ICJ判決がいう「フォ湾は歴史的水域である。」とか、「三沿岸国の共同主権に服する歴史的水域」、「共同主権のみならず通航権の下にある特別な制度に服する内水」といった概念は、現行法が領海と内水しか認めない沿岸水域の地位にそぐわない。

3、歴史的水域概念の一九一七年中米裁判決及び現判決における誤用

(二七・二八節)「フォ湾」は、一九一七年中米裁判決で初めて、「閉鎖海の性格を有する歴史的水域」として現われる。それまでは、国際法学者で、「フォ湾」が法的水域になったと考えた者はいないといつてよい。北大西洋漁業事件判決が歴史的水域に言及した以外、判決や学術文献で歴史的水域の概念自体は使われなかったようである。オッペンハイムは一九二〇年の「国際法」第三版で、複数水域が歴史的水域として認められた例外として「フォ湾」に言及した。フォシル、ジェサップ、ウィートン、ジデル等もオッペンハイムに続いたが、これは皆、中米裁判決が「フォ湾」を法的水域としたからであつて、これらの学説の累積的価値は少ない。

(二九節)五八年第一回国連海洋法会議の準備文書も、「フォ湾」に歴史的水域として言及し、十分な根拠を示すことなく同湾を特別扱ひした。しかし、複数水域について何らかの規則が提示されたわけではない。ただし、唯一の例が一つの範疇に関する規則によつて律されることはありえないからである。それには一般規則を適用することとなる。

(三〇節)両当事国および訴訟参加国が「フォ湾」を歴史的水域と呼ぶのは、中米裁判決がそうしたからである。しかしこれら三国は複数国歴史的水域を律する一般的規則やそのような種類の歴史的水域の概念が存在することさえ、証明しなかつた。三国は、湾の歴史的背景や地理的特徴故に、「フォ湾」に国際法上例外的な規則が適用されるべきである、

と一致して主張したに過ぎない。しかし三国は、歴史的湾の要素や概念について明確な考えを有せず、また合意もしていない。

(三一節) 裁判部は、湾の法的地位を決めるに当たって、一九一七年の中米裁判決に大きく依拠したようである(判決第四〇三節)。しかし、ICJ判決(四三二節・一)が、「フォ湾」水は、湾岸から三カイリの帯(沿岸国の排他的主権下にある)を除いて、三沿岸国の共同主権の下にある、と述べている点は、「フォ湾」が歴史的湾であるとする判決の叙述と相容れない。

(三二節) 中米裁判決では、全判事が「フォ湾」は歴史的湾で、閉鎖海であると票決したこと以外に、同湾が歴史的湾であるとする根拠を示していない。中米裁は、一国湾に適用されて来た歴史的湾の概念が数カ国湾である「フォ湾」になぜ適用されるのか示していない。

(三四節) 中米裁判決は、i. 「ホ」を除外した。「エ」と「ニ」の間の事件に関するものであった。ii. 裁判所は、「ホ」を含む中米諸国の合意によつて設立された。iii. 「ホ」は参加を求められなかったとして、中米裁に抗議を寄せていた。iv. 「ホ」は、「フォ湾」共有の考えに異議を唱えた。また、最も重要な点は、歴史的湾∥共有の概念は、主として、「ニ」による「フォ湾」における対米基地供与は認められない、とする「エ」の主張を支持するために、導入されたことである。

4、一九一七年判決及び現判決における「フォ湾」水の法的地位に関する誤解

(三五―三七節) 中米裁判決は、「フォ湾」は歴史的湾で閉鎖海を有し、沿岸三国は、共同相続によりその排他的な所有物である三カイリの沿岸水域を除き、湾水の共同所有者である、と云っている。ICJ判決(四〇四節)は

これを認め、四一二節では「フォ湾」水は共同所有に属する、としている。同四三二節・一は、「フォ湾」は歴史的湾であつて、その湾水は一八二一年まではスペイン一国の、一八二一—三九年には中米連邦共和国の支配下にあつた、その後（三沿岸国により）承継され、共同主権の下に保持されて、いまだにそうであるが、各沿岸国海岸から三カイリの帯は、この共同主権から除外され、各沿岸国の排他的な主権の下にある、とする。裁判部は、「フォ湾」においては、現在、三カイリの沿岸水域は沿岸国に配分され、残った中央部分は三国の共同主権に服するというのであろうか。しかし、一八二一年又は一八三九年以前に、スペイン又は中米連邦共和国が着弾距離三カイリを超えて湾を支配していたと考える根拠はない。一九一七年判決も本判決も、問題の水域が単一・未分割で、全体として一つの沿岸国に属したという隠れた前提に立っている。両判決とも、当時には「湾」の概念が存在しなかつたという基本的な事実を看過している。

（三八節）判決三九九節は、承継が共同主権をつくり、そこで単一・未分割海域が二つ以上の国に移譲されることはいないとする理由はない、という。しかし一九一七年判決も本判決も、まずスペイン、その後中米連邦共和国という単一国家が五カ国に分かれたのであれば、なぜ陸地の従物である海域が新生国家に分けられた領土に應じて分割され、「エ」、「ホ」、「ニ」はそれぞれに属する、「フォ湾」の陸地領域に沿つた水域に対する権力と支配を承継したという、はるかに自然な解釈をとらなかつたのであろうか。現に両判決とも海岸三カイリの、沿岸国に属する排他的主権水域を認めており、これは湾水の共有とは矛盾する。

（四〇節）本判決（四一六節）は、三カイリの内部沿岸水域は近代法上の領海ではなく、共同主権に属さない沿岸国の内水であるが、無害通航権に服する、とする。これは海洋法を混乱させる考え方である。

(四一節) 本判決は、三カイリの沿岸水域を除く「フォ湾」共有の根拠として、一八七九年以来のフィギエ湾における西・仏共有の例を引く。しかし、「ホ」がいうように、共有のためには関係国の合意が必要であるが、「フォ湾」についてそのような合意はない。

5、「フォ湾」水の眞の法的地位

(四五節) 一九世紀以来、三沿岸国は領海三カイリ説を維持した。三国が「フォ湾」についても同じ領海幅を主張していなかったという証拠はない。「エ」は一八六〇年の民法で、領海を超えて一二カイリまで警察権が行使されるべきであると規定し、この主張は一九三三年の航海・海洋法でもくり返された。「ホ」も一九〇六年民法で同様規定しており、「ニ」も同じ立場をとっているといわれる。このような沿岸国の管轄権は第一次大戦以降一般に受けいられ(ことに米国が多くの二カ国間協定で新しい隣接水域の制度を導入し始めてから)、沿岸三国に対していかなる国の抗議も寄せられなかった。

(四六節) 沿岸国は、湾水に対する領有主張を行うのみならず、湾水が三国以外の国の自由な使用に委ねられるべきではない、と一致して考えていたようである。また、「フォ湾」が政治的に三沿岸国の共通な関心の対象であり、一七七年当時有力であった「開かれた海」の原則 (the prevailing "open sea" doctrine) を共同して拒絶する態度をとったとしても、驚くに値いしない。しかし、彼等がこうした拒絶や歴史的権原の主張を共同して行い、かつ湾につき *status generis regime* を提案した証拠は示されなかった。しかし「ニ」の領域における米海軍基地建設に「エ」が抗議したのは、こうした暗黙の了解に発したものである。またそれが中米裁の「フォ湾」歴史的湾説や共有説を生み、三沿岸国が一致して「フォ湾」を歴史的湾と称することにつながった。

(四七節)「フォ湾」水は、一九〇〇年の「ホ」・「ニ」間の境界画定に見られるように、三国間で区別されていた。一九〇〇年当時、「ホ」・「ニ」が区分けしつづつあつた湾水の地位について明確な考えをもっていたかは不明である。しかしながら、(実際には島の存在故に困難を伴つたであろうが)「ホ」が「エ」との境界をも画定することは十分考えられた。

6、「フォ湾」内外の「ホ」の権利

(五一節)「ホ」は湾内の「エ」・「ニ」領海で無害通航権をもつ。裁判部は「ホ」やその他の外国の太平洋との間の無害通航権に配慮しているが、いずれにせよ、領海における無害通航の権利は国際法によつて保護されている。

(五二節)三国が示している相互理解にかんがみ、一九八二年海洋法一二三条の規定する閉鎖海・半閉鎖海に面する国としての協力義務を、これらの国が受諾することは可能かも知れない。

(五三節)本判決は、三国の共有が閉鎖線まで及ぶので、「ホ」は湾外のEEZと大陸棚に対する権原を有する旨判示しているが、伝統的な海洋法及び現行の海洋法に照らして、これを支持することはできない。

(五四節)もちろん「ホ」は、二つの隣国の領海を通る、争いのない無害通航の概念により、太平洋の公海への完全に保証されたアクセスを有する。

(五五節)「ホ」は、大西洋にEEZをもつ。同国が八二年海洋法七〇条により、陸封国又は地理的に不利となつた国として、同じ地域又はその下部地域の沿岸国に属するEEZで漁業権を有するか否かの解釈は差し控えるが、二つの隣国のEEZにおける漁業権を要求し又は与えられる可能性は排除されないであろう。

(三) ICJ判決及び小田説の評価

一九九二年「ホ」・「エ」間国境紛争に関するICJ判決の「フォ湾」に関する部分については、日本及び外国の国際法学者によつて、論評が行われたが、そのうち一九九二年「フランス国際法年報」三八号に掲載されたルキニ・パリ大学教授の論旨をここで紹介することとする^(注2)。

1. ルキニ教授の論評

① ICJ裁判部判決の、島嶼^{とうしよ}及び海域に関する部分で最も面白かつ批判精神を刺激するのが、海洋空間に関する解決案の吟味である。裁判部が行なつたすべての論証は、一つの主要目標を指向しているように思われる。しかし判決のこの部分が、国際法の完璧な授業を構成するものと結論してはならない。不明な点が残されており、驚くような分析も見られる。それにもかかわらず、例外的に複雑で、ことに歴史的な要因による制約の下で、裁判部が示した巧妙さには、敬意を表すべきであろう。

② 「フォ湾」は沿岸陸上と同様、一八二一年までは、数世紀にわたり、スペイン一国に属し、その後沿岸三国の領域に囲まれるようになった。陸上の国境画定に用いられた*uti possidetis juris*の原則は、海域にも適用され得るであろうか？一九八九年七月三十一日の海上国境画定事件における仲裁裁判判決はこれを肯定しながら、海上国境承継の例は少ない、とした。

「フォ湾」については、ICJ裁判部は、(この)判例を支持しながら、提出された証拠のいかなる要素も一八二一年以前には、陸上に関して問題となった地方管轄の区分に類似のものが、海域について存在したと認定させるも

のは何もない、とのべている。つまり権限承継の有効性は明らかであるが、一八二一年以前の行政区画の不在は、この時点におけるこれら空間の法的地位を明確に規定することを不可能ならしめる。

③ ICJは、「フォ湾」はその物理的特徴からして一九五八年条約第七条、一九八二年条約第一〇条にいう法的湾であると認定したが、これは湾閉鎖線より中の水域は、内水の制度に服することを意味する。^(注3)しかし、この場合分析は次の事情で複雑である。i. 第一の重要な要因は、湾が三つの沿岸国によって囲まれていることである。ii 第二の事情は、極めて一般に認められている「フォ湾」の歴史的湾としての性格に起因する。五八年・八二年条約の法的湾に関する現定は、歴史的湾を除外している。これにより、「フォ湾」は一方は*uti possidetis iuris*の原則の適用を受けず、他方で古典的な法的概念に合致しない。ところが、ICJ裁判部は、一九一七年中米裁判決が重要な要素を構成すると考える。

④ 中米裁判決は、「フォ湾」の法的地位の規定及び沿岸国の権利の二点につき、今回のICJ判決に大きな影響を及ぼした。湾の地位について、中米裁は、古典的な、平和的で継続した長期又は*immemorial*な支配の意思と他国の黙認を伴う占有のほか、あまり伝統的でない、湾の地形から来る、沿岸国にとっての重大な利益並びに沿岸国がこれらの利益及び国防上の利益を守るため必要な程度湾を完全に所有する絶対不可欠な必要、を追加する。

ICJ自体、一九九二年判決（三九四節）で、ICJは第三国の異論を知らない、他国の黙認は一九一七年以来存在したとした。

ICJは、中米裁判決の既判力についての態度を明示しないが、これをICJ規程三八条にいう「判例」として扱い、「フォ湾」水の地位を自ら判定する、とした（四〇三節）。しかし直ぐに、ICJは「フォ湾」の地位につい

ては中米裁判決の意見に従う、とのべている(四〇四節)。ICJは、「フォ湾」が沿岸三国の共有に属するとする中米裁の分析を受け入れる。

「ホ」は、共有は関係国の明示の合意又は、実際にはその要素が揃っているとは見られない地域的慣習によってのみ、成立すると考える。「エ」は、共有が湾全体に及ぶとするのか、各沿岸国主権の及ばない水域にのみ及ぶとするのか、あいまいである。このあいまいさを恐れた「ホ」は、利益共同体(communauté d'intérêts以下CI)の概念を提示する。「ホ」の弁護人であるR・J・デュピュイは、口頭弁論で、「湾が沿岸国間につくり出す親近性(intimité)にかんがみ、地理的条件がつくり出した、かねてから利益共同体とよばれるもの」が存在するとした。「ホ」は、一九二九年一月一〇日、常設国際司法裁(CPJI)がオーデル河国際委員会管轄事件判決で明示した利益共同体概念の適用を主張した。このCPJI判決は、「このCIは、権利の基礎となる。その主要な特徴は、沿岸国の完全な平等と、すべての特権の排除にある。」^(注1)とした。デュピュイがいうように、CIは世襲財産(patrimoine)の共有(communauté)ではなく、利益の共有である。経済的利益は、排他的性格の、領域に対する権限(compétences territoriales)と調和させなければならない。従って、各国は湾内にそれぞれ管轄地域を持たねばならないことになる。また、権利の平等への言及は、「フォ湾」外水域への権利の承認への道を開くことを容易にする。「エ」は、未分割を主張するが、将来の分割に絶対に対抗するわけではない。しかし、ICJは、共同主権、コンドミニウム、共有(copropriété)という表現の下に、共有説を採用した。ICJは、第三国の無害通航権が認められる複数国湾の内水性に疑義を呈しながら、これを歴史的水域としたり、共有(condominium, copropriété sui generis)から来る特質に言及したりする。しかし、それが、区分されても歴史的な無害通航権に服するため、制限

された意味での内水となす。この議論は知的な明快さを欠く。小田説はこれと基本的に異り、数国湾は法的に存在しないし、三カイリの法的帯は、今や一二カイリの領海に吸収され、「フォ湾」水は三国の領海となつたとす

る。

⑤ いずれにせよ、ICJは湾水は共有の下にあると考える。しかし、次の二つの制約を認める。i. 三カイリの沿岸国の排他的管轄水域。ii. 一九〇〇年の「ホ」・「ニ」境界。しかも島の周辺についても陸の海岸と同じとすると、湾の共有部分は一四〇〇平方キロ程度となつてしまふ。

⑥ ICJの中米裁判決への親孝行 (Biete filiale) は二つの利点を伴なう。i. 「フォ湾」は一八二一年までスペイン一国の管轄下にあつたが、その後の未分割は共有の構造を維持することとなる。ii. これにより、湾口外における「ホ」の権利に、しっかりと法的根拠を与える。「フォ湾」を歴史的湾で内水(領海ではなく)とすると、閉鎖線外にのみ近代的な領海が存しうることとなる(四一五・四一六節)が、これがICJの狙いであつた。

⑦ ICJは、i. 湾口閉鎖線が、領海基線という意味で、「海岸」となるとし(四一六節)、ii. 三カイリの帯は共同主権に服さない、各沿岸国の内水であるとした(同節)。ICJは、「ホ」は共有権に立つて、湾口にまで「エ」・「ニ」と同様の権利(単なる利益でなく)を有するから、共有の承認は「未画定水域」の承認よりも、「ホ」にとつて有利であるとした(四一四節)。

ICJ判決は、「ホ」が「フォ湾」沿岸の最も大きな部分を保有し、それが太平洋に面していることから、その漁業・航行の権利に平衡の立場から配慮した。共有部分のみならず、(三カイリの)排他的管轄水域においても無害通航権を認める必要が強調された。ICJの到達した解答は、海洋法の原則に照らして、奇妙でさえある。この点に

つき、小田判事は根本的な、批判的分析を行った。

⑧ また、ICJが未解決のまま残した点がある。内水とされる水域の帯と湾外水域との間に、海洋法には存在しない*sui generis*の性格を有する水域が介在するのか。またどうして、湾内の共有の制度から、湾外の、各沿岸国に個別に属するとしか考えられない水域へ移行するのか。さらに、実際に、湾の閉鎖線から各国に平等に属する部分を画定する基準として、どのようなものが考えられるのか。

⑨ ICJ判決は特異である。海域に関する部分で、驚くべき大胆さで刺激的な選択を敢てした。ICJは、大法院を開いて、将来裁判官を困惑させるような原則的な立場をとることを避ける慎重さを示すこともできたのではないか。しかし、この大胆さは、事件の個別的な性格によって限られたものとなり、この判決は特別かつ例外的な分類に属するものとされよう。

⑩ 本判決が、法的観点から関心をよぶことは明らかであるが、関係国にとって満足すべきものであったであろうか。

「ニ」は、湾水の法的制度につき訴訟参加した。本件判決は同国につき既判力を有しないが、「ニ」は裁判部に対し自己の見解をのべることができた。しかし、今回判決によって「ニ」が利益を受けるとは思われない。

「エ」は、メアングラ島及びメアングリタ島に対する主権を確定的に認められた。また裁判部が「エ」の唱えて来た共有説を採用したが、その結果は同国の主張するところと大いに異った。^(注5)

「ホ」については、その法的主張は、エルティグレ島及びメアングラ・メアングリタ両島、並びに(湾水)区分に関する裁判部の権限及び利益共同体理論について虐待された。^(注6)しかし、同国は、自分にとって重要な、湾外海域

に対する権利の平等を認められた。これは、まぎれもない成功である。しかし海域画定の基準や解決策について裁判部は沈黙を守ったのであり、当事国の才覚に委ねられている。

2、筆者のコメント

「フォ湾」の法的性格については、次のことを指摘することができよう。

① 同湾は、その地形と規模の小ささから、一八二一年中米のスペインからの独立後、中米連邦時代、三沿岸国時代を通じて、半ば内海的な沿岸国に所屬する排他的な性格を多分にもつた水域と認められていたものと思われる。これは、現沿岸三国がいずれも同湾を歴史的湾として認めていることから、また他国の実行もそのような性格を容認して来たことからいえる。ただし、小田判事が鋭く指摘した通り、一八二二年の時点に、沿岸国が「フォ湾」を実効的に支配していたとは考えられない（小田説三五・三八節）。実効的支配が成立したのは、今世紀に入ってからであろうと思われる。

② しかし、沿岸国の同湾に対する国際法上の権利の内容は不明であつて、同湾が沿岸国の共有に属する、ということについては、三国間の合意も三国共通の法的確信も存在しない。共有説を一貫して唱えているのは「エ」のみである。

湾内の沿岸三カイリに沿岸国の排他的管轄水域（古典的な領海）、更に九カイリの隣接水域（海上監査水域）が、沿岸三カ国間で承認されて来たことは一応認められるが、その他の湾水については、三国間における無害通航権以外の権利義務関係は不明である。対外的（第三国）にも国家実行上無害通航は原則として認められているが、三国

共通の規則や規制は存在しない。^(注) いずれにせよ、ICJがいうように、「フォ湾」が歴史的湾として内水の性格を有するものであれば、それは無害通航権付きの特殊な内水ということになる。しかし、小田説による場合には、「フォ湾」は沿岸国の領海として、一般海洋法上当然無害通航権が非沿岸国に認められる、という明快な帰結となる(小田説五一・五四節参照)。

③ 本稿の目的は、i. 国際慣習法上、一つの湾が歴史的湾として認められる要件は何か、ii. 国際慣習法上、複数国湾は歴史的湾として認められるか、iii. 一般に国際慣習法成立の要件は何か、iv. 「フォ」湾の歴史的湾としての法的地位は地域的な慣習法として成立し、国際社会もこれを認知して来たとしてICJが判示したことにより、同湾の法的性格がICJ判示のとおり確定したといえるか、の諸点を解明することにある。ことに、湾という沿岸水域の法的性質が、一般法としての海洋法とは別に、特別法である地域慣習法として成立するか、という問題は興味深いテーマである。このテーマは、筆者の研究分野の一つである国際経済法において、伝統的な一般国際法上の復仇の制度(一般法、前法)が、GATT/WTO協定(紛争処理協定)における一方的措置の禁止(特別法・後法)により、空洞化したかという、問題と共通している。ICJ判決はまさに、「フォ湾」の特殊な法的性格(特別法・前法)は、海洋法二条約(一般法・後法)によって変更されない、とする立場を示したものと見えよう。

④ 「フォ」湾が歴史的湾として、一国湾(法的湾)と同じ内水であるとする、湾口から外洋へ向けての「ホ」の海洋法上の権利が認められることとなる。小田判事が指摘するように、「ホ」の外洋との航行の自由は一般海洋法上確保されているとすれば、「ホ」の本事件の海洋部分における最大の関心は、その大平洋上における権利ということになる。しかし、「ホ」は湾の閉鎖線一九・二五カイリから、「エ」・「ニ」それぞれの「領海」三カイリ(計六カ

イリ)を差引いた巾一三・二五カイリの細長い海域において、湾口から二百カイリの地点まで、他の二沿岸国と共に領海・接続水域・EEZに関する権利を有することにしかならないから、その現実のメリットは疑問なしとし^{注8)}ない。

⑤ 歴史的湾は、海洋法二条約の湾(内水)の制度の適用外とされて来た。しかし、これらの条約上、湾口二四カイリ以下の湾はいわゆる「法的湾」として内水となつたため、「フォ湾」を初めとする、従来歴史的湾とされていた湾の大部分は、これら条約上の湾(法的湾)となつた。従来歴史的湾の大部分は、既に正式に「湾」と認められ、内水扱いを受けている。従つて歴史的湾をめぐる問題は殆んど生じなくなつたと云える。^(注9)無論、ピョートル湾、ハドソン湾、シルト湾等さし渡し二四カイリ以上の湾口をもつた湾で沿岸国によつて歴史的湾とされるものについては、争いが残つている。これらの大きな湾については、沿岸国の歴史的湾の主張は容認し難い。歴史的湾||内水という性格上、そのような湾と認定されるには、やはり地理的に湾口が狭く、湾自体内陸深く(湾口さし渡しを超えて)入り込んでおり、それ故沿岸国の国防上・行政上・経済上の必要から、領土の完全な一部として扱う必要が認められなければならない。また、複数国湾については従来学説も、海洋法も「湾」から除外して来たことは、小田判事の指摘のとおりである。

「フォ湾」については、九二年ICJ判決は一九一七年中米裁判決にならつて、複数国湾ながらこれを歴史的湾と認めた。従つて、今や筆者にとつての主な学問的興味は、一般国際法(海洋法)の例外としての歴史的湾の制度・規範が、これまでどのようにして国際慣習法としての市民権を得て来、かつ今後も国際法上どのような地位を占めるか、つまり、地域慣習法の典型である歴史的湾は、一般にどのよう^{注10)}にして国際法上の規範として認知されるのか、という一点に収斂する。この点が解明されたのち、具体例として、「フォ湾」の歴史湾的法的地位が、「ミクロ地域

慣習法」として認定され得るかが、判明するであろう。

次に、まず、国際慣習法の形成に関する学説を簡単に概観することとしたい。

五、国際慣習法の形成と「フォロウ」の地位

(一) 国際慣習法の渊源と地域慣習法

1、国際慣習法の渊源

国際慣習法が国際法の法源として重要な地位を占めるようになるのは、一八世紀末から一九世紀にかけて、自然法思想が衰退し、代つて実証主義が隆盛を迎えるようになってからであるといわれる。(注)人間社会では、極めて古い時代から、永年の慣習が法としての拘束力を取得する現象が、普遍的に見られた。慣習法が、自然法といった、主として個人的な信条や宗教に発する観念的・道徳的な「規範」としてよりは、実効的な、現実の「掟(おきて)」として、人間の行動を規制して来たことは明らかである。国際社会においても同様な慣習法が成立し、それがことに国家の行動を規制するようになったのは、自然の流れであつたといえよう。

慣習法は元来不文律であり、一国内においても、一般に法典にまとめられたり、英米法に顕著であつたように裁判所の判決を通して判例法として明確化され、ないしは確定されることはあつても、その内容は必ずしも詳らかでないことが少なくない。この不明確さが、法典化や立法一般を必要とし、これを促進して来たことは確かである。しかし

成文法の形をとらなくとも、慣習のあるものは一定の社会において、長年の慣行として、すべての成員によって守られるべき規範性を獲得したという意味で、法的性格を有するに至る。国際慣習法についても同じであつて、そこには、まず一定の一般慣行がありこれが継続するという客観的・物理的要素 (consuetudo) とこれが守られるべき規範であるという集団的な心理的要素 (opinio juris sive necessitatis) が認められる、というのが従来(注1)の通説である。

国際司法裁規程三八条一項も、(注2)「法として認められた(筆者注 これは opinio juris を指す)、一般慣行(筆者注 consuetudo) の証拠としての国際慣習」という表現の中に、通説のいう二要素を盛り込んでいる。

慣行は、一定の行動の反復・継続を通じて成立するが、継続した一般慣行といつても、国際関係が、交通・通信手段の発達や、貿易・投資を初めとする経済分野における相互依存関係の拡大に伴つて、急速に発展し、かつ緊密化する時代には、「一般慣行」の成立はかつてより迅速でありうる。それは数世紀にわたることを要せず、排他的経済水域の制度のように、数年のうちに成立することがある(これは、一九六九年 ICJ 北海大陸棚判決が二〇〇カイリの EEZ 設定に言及して述べたところである)。今一つの例は宇宙法であり、一九五〇年代に、ソ連や米国によつて宇宙船が打ち上げられるようになると急速に具体化(注3)した。

一定の国際慣行が国際慣習法として認められるには、法的確信が必要であるが、この opinio juris の認定は、慣行の一般性 (consuetudo) の認定と密接に結びついている。しかし国際礼讓や単なるしきたりは、ある程度の一般性を有していても、法として認められない。国際慣習法が成立するには、その拘束力の国際社会一般による承認が必要である。実際にそうした承認が存在するか否かは、典型的には、国際裁判所の判決又は国際社会による一般慣行の法典化によつて明確化され、当事国を初めとする多くの国家によつて受け入れられる。法典化の場合には、条約当事国がま

ずこれに拘束されるのに対して、非当事国はこれに拘束されず、時には異議を表明することもあるが、実際には、圧倒的多数の国又は有力な国の殆んどが条約又は「一般慣行」を支持するとき、これに反対する国が反対を貫徹することは事実上困難であるのみならず、そのこと自体自国の利益に反する結果となるため、大勢に従わざるをえないことが多い。^(注14) 国際裁判所の判決も、判例として確立されると、当該裁判所の管轄を受諾した当事国以外の多くの国をも事実上拘束する効果を有するものといえる。これらの場合、国際慣習の規範性は、通常の条約におけるような積極的な国際合意に基づくとはいえないが、少なくとも国際社会一般の容認を受けたという意味で実効性を認められるから、一般に国際慣習法も条約と同様、広い意味での国家間の合意に淵源を有するという考え（デュピュイのいう「意思説」）が妥当である。^(注15) こうした意味での国家間の合意が *opinio juris* であり、それは始原的に少なくとも慣習国際法の形成に関与する国際社会の成員間に認められれば足りるものと考えられる。その存否は、条約・協定・取決め・議定書・口上書・交換公文・共同声明・宣言等の外交文書、各国政府の声明・宣言、国連安保理・総会の決議や勧告等の国際機関の決定又は意思表示、国際・国内裁判所の判決・命令・勧告等の決定、国内法、行政機関や軍の決定や命令・行動、政府関係者の発言、公のプレスリリース等の客観的資料やその不在によって確認される。

前述のように、国際慣習法の成立は、法典化の場合を除き、最終的には国際司法裁判所が、一般慣行と、それに関する法的確信の存在を確認することにより、最終的に確定される^(注16) ところ、法的確信の認定に当たっては、少なくとも国際社会の黙認 (acquiescence) 又は宥恕 (tolerance) が必要である。^(注17) 一般に契約成立のためには、明示の合意が必要であるのに対し、この場合、国際慣行に法的効力を認める一定の国家の意思表示に対する他の国家の同意・黙認・宥恕が確認されれば、一定の一般慣行を国際慣習法とする国際社会の合意が成立したとみなすことになる。^(注18)

2、地域慣習法

本件 I C J 判決 (三八七節) は、歴史的湾は、具体的な、認知された歴史的水域又は歴史的湾に適用される個別制度を決定する歴史を有する、との八二年 I C J 判決を引用した(チュニジア対リビア大陸棚事件)。つまり、ある湾が歴史的湾であるか否かは、地域的な慣行に照らして、ケース・バイ・ケースに決定されて来たのであり、画一的かつ厳密な規則は存在したことがない。

I C J 規程三八条一項 b は、「一般慣行」に言及するが、これは世界的・普遍的な慣行のみならず、地域的・地方的な慣行をも意味するものと解されている。

「フォ湾」について、地域慣行の確立の有無を検討するに当たって、まずここで、地域慣習法に関する若干の学説を見ることとしたい。

① ブラウンリー

ブラウンリーは、慣習の要素の一つとして慣行の一般性を挙げるが、普遍性 (universality) は不要とし、問題の性質によっては時に少数国の慣行のみを取り上げることも正当化される、として一九二三年の常設国際司法裁判ウィンプルドン号事件判決を引用する。^(註19)更に「ブ」は、二国間関係及び地方的慣行についても慣習法の成立を認め、一九五二年の在モロッコ米国人権利事件や一九五〇年の庇護権事件における、二国間慣習を採用する当事国はその慣習が他の当事国を拘束するようになったことを立証しなければならぬ、とする I C J 判決に言及する。

② グェン・コク・デイン等

「グ」等は、慣習の基礎は黙示の合意であるとする意思説に反対し、それでは新生国家が既存の一般慣習法に従

わざるをえない理由を説明しえないとするが、少数の国に適用される二国間ないしは地方的慣習については、少なくとも黙示の同意 (consentement implicite) の存在を立証する必要があるとする^(注20)。また、慣習法の成立には、先例の反履が必要であり、かつそれが拡散することを要するが、地域的慣習と一般慣習の共存を認める限り、それは普遍的であることを要しない、ICJ規程三八条一項における一般慣行への言及にも拘わらず、限られた地理的範囲の中で慣習が出現する可能性が争われたことはない、として、ICJの一九五〇年庇護権、五一年英国・ノールウェイ漁業、五二年在モロッコ米国人の権利各事件判決を引く。また、ICJが、インド領通行権事件で、地方慣習法は二国間では形成されえないとするインドの主張に対し、明快に、「……地方慣習を長年の慣行によつて形成しうる国の数が、二国を超えなければならぬ理由はない。」と判示した例を挙げた。さらに、同判決が、地方慣習の立証がなされれば、一般国際法がそれを認めるか否かを追究する必要はない、としたことに触れながら、しかし、地域・地方慣習法については、国家間のコンセンサスの要件が一般慣習についてよりも厳しいとした。

「グ」等は、慣習規則の成立に対してある国が異議を申し立てるときは、この規則はその国に対抗しえない、英国・ノールウェイ漁業事件で、ICJは領海三カイリ規則はこれに一貫して反対して来たノールウェイに対抗できる一般国際慣習ではないと判定し、北海大陸棚事件で、ICJは、デンマークとオランダが援用した規則は、ドイツに対抗しえないと判示した、もちろん、一国は命令的規則 (ius cogens—強行法規) に反対することはできない、すべての国は、この性質をもつ規則に拘束される、とする^(注21)。

「グ」等は、訴訟においては、少なくとも地域・地方慣習等を援用する原告側に、慣習を証明する責任があると見て、在モロッコ米国人の権利事件 ICJ判決を引用する。

③ デュジュイ

「デュ」は、慣習の物的要素 (element matériel) としての「一般慣行」は、国家等の法主体の行為に、持続性 (constance) と十分な一致 (concordance suffisante) が見られなければならないとするが、他方判例は地域・地方慣習を認めているとし、六〇年のICJインド領通行権事件判決を引く。「デュ」は、強い必要によるか、熟慮された意思に基づくか、黙示か、抗議不在かを問わず、慣習の源泉に常に諸国家の同意があることを確認しなければならないと論ずる (注15参照)。

(二) 「フォ湾」の国際法制に関する結論

1、ICJ判決による「フォ湾」の地位

「ホ」・「エ」間のICJ国境紛争訴訟においては、「フォ湾」について、その歴史的湾としての性格、それが沿岸国の共有に属するか否か、沿岸三カイリの排他的管轄水域の性格、湾内の無害通航などの点が問題となつたが、これらの諸点について、上記一、にのべられた基準 (二要素) に照らして、国際慣習法の成立が認められるであろうか。三沿岸国の実行、その積み重ねとしての慣行、更に三国それぞれが有する湾の性格に関する認識は、必ずしも一致しないし、明確でもない。完全に三国が一致するのは、「フォ湾」の歴史的湾としての性格 (三国の内水) についてと、湾内海岸から三カイリまでの水域を各国が排他的に支配し、かつその先九カイリまでの海上の監査権をもつことであろう (小田説 四五・四六節参照)。これらの点については、国際社会一般も特に異議を唱えていない (ICJ判決三

九四節参照)。

ICJ判決は、i. 「フォ湾」を沿岸三国の共有に属する歴史的湾とする(三八三・三八四・三九〇・三九一・三九四・四〇一・四〇四・四〇五節)、ii. 湾内に沿岸三カイリの沿岸各国が排他的に支配する帯を認める(三八八・三九二・四一二節)、iii. 湾内にすべての国の船舶の無害通航権を認める(三九三・四一二節)、との結論を下した。

ICJ判決は、多分に一九一七年の中米裁判決に依拠して、「フォ湾」にこうした特異な地位を認め、かつ、同湾が三国の共有に属し、従って「ホ」の領海は湾口線から始まるものとして(四一七節)、同国が、太平洋上二〇〇カイリにわたり、領海・接続水域・EEZに関する権原を有する旨判示した(四一一・四一六・四一七・四一八・四二〇節)。

ICJの立論には、小田判事が指摘するように、疑問点が少なくない。

① まず複数国湾を歴史的湾とすると、沿岸国の内水同志が境を接することになる。こうした特殊な水域を「フォ湾」内に認めることとなる(小田説二四節)。

② ICJは、「フォ湾」は一八二一年に中米がスペインから独立したときに、沿岸三国が共同承継したというが、当時「フォ湾」全体にスペインや沿岸三国の支配が及んでいたとは信じられない。当時は沿岸国の支配はせいぜい沿岸三カイリ以内にとどまっていたものと考えられる。従って、一九世紀前半から沿岸三国が「フォ湾」を支配・共有して来たとの主張は、歴史的事実に反する(小田説三五―三八節参照)。

③ 他方、共有に関する三国の合意も見られない(前掲三、(一)四、エレラ教授の学説、原著一三一―一三八ページ、小田説四一節、前出ルキニ教授の論評④)。

しかしながら、今後「フォ湾」の法的地位について争いが起き、再びICJに問題が持ち出されることは、恐く

ないであろう。本件訴訟の当事国である「ホ」・「エ」両国は判決の受諾・実施を約しており、訴訟参加した「ニ」も、実質的に判決の内容を争う理由を有しないと見られる。また第三国・国際社会一般も、この判決が確定し実施されることに痛痒を感じずとは思われない。従つて、本件ICJ判決の内容は将来にわたつて争われることなく確定するものと考えられる。つまりICJ判決の判示した「フォ湾」の地位は、その立論・根拠の当否にかかわらず、ICJ自体の認識した内容の地域慣習法（ミクロ地域慣習法ないし、ミニ地域慣習法）の成立をもたらずという立法効果をもつこととなる。^(注22)

しかし、同判決は「フォ湾」内外の海域における三国の権利関係の規定については、三国の将来の折衝と合意に委ねており、また三国の国家実行の如何によつては、判決が未解決のまま残した問題について、一般海洋法と異なる規範が慣習的に生まれる可能性もなしとしない。^(注23)

ICJは、「フォ湾」の歴史的湾としての特別法的地位（地域的慣習法）の成立を認めた。しかも沿岸国それぞれの同湾占有意思の内容にかかわらず、沿岸三国がこれをスペイン・中米連邦から承継し（そのため *uti possidetis iuris* の原則を適用）、同湾が從來未分割のまま推移したので、いまだに三国の共有に属すると結論した。これにより、共有に反対した「ホ」は結果として、その主張ど通りに太平洋に對する海洋法上の権利を獲得することとなった。しかし沿岸三国のうち「ホ」・「ニ」の二国までが「フォ湾」の共有に反対しており、その意味でICJは地域的な *opinio juris* が存在しない事項について国際慣習法の成立を認めたことになる。またICJの「フォ湾」の法的地位に関する結論（沿岸三国共有の歴史的湾）が、沿岸国の同湾の実効的支配をも根拠としているならば（けだし *uti possidetis iuris* の原則による承継は実効的支配を前提としているから）、それは比較的近い時点（恐らく今世紀以降）に現実と

なったものである（従つてスペインや中米連邦からの承継はありえない）。この点に関するICJの事実認定は中米裁判決に依存しており、明快を欠く感を否めない。

ICJ規程三八条一項は、ICJが、「付託された紛争を国際法に従つて裁判することを任務とし、……法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」を適用すべきことを規定している。本件ICJ判決は、ルキニ教授が示唆するように、右の任務を完全に遂行したか疑念を抱かせる点があり、慎重さを欠いたと云えよう。

「ニ」やエレーラ教授が指摘したように^(注24)、未分割は共有を意味しないのであつて、「フォ湾」の歴史的湾としての地位が、沿岸国の黙示の合意（地域慣習法の存在に関する合意は、グエン教授等がいうように、一般慣習法に関する合意よりは明確であることを要する）に基いて成立したと考えても、それが直ちに共有を構成することにはならない、というべきであろう。現に「ホ」、「ニ」は、一九〇〇年に二国間で領海画定を実施し、その後「ホ」、「エ」も同様な画定を試みた^(注25)。当時共有が成立していたのであれば、三国が協議の上、画定につき合意したはずである。三国が当時自国の領海は三カイリであると考えていて、まず「ホ」、「ニ」間でその具体的な画定を図つたことは明らかである。一九一七年に中米裁判が「エ」の訴に基いて判決を下したのは、「エ」が「ニ」の米国に対する海軍基地貸与条約締結により脅威を感じ「フォ湾」の湾としての特性を認識し、それに同裁判所が同調したからである。「ホ」の当時の認識は明らかではないが、前出中米裁判決14（本稿（その一）一九・二〇ページ）に引用された「ホ」外相の覚書は、「領海を超えたフォ湾の部分の法的位置が結局どのように考えられようとも」、同湾について共有が認められることはありえないとした。しかし今回裁判で「ホ」は「フォ湾」が歴史的湾であり、その湾水は沿岸三国に属する内水であると主張した。

2、今回裁判の結果としての「フォ湾」の地位

結局、今回の訴訟の過程で明らかになつた諸点は次のとおりである。

① 三沿岸国がともに「フォ湾」を歴史的湾と考へて来たことをICJが認めて、それを法的制度として確認した。長年（少なくとも一九一七年の中米裁判決以来）少なくとも地域国際社会で三国の支配に服する内水としての性格を認められて来たことを根拠にICJは「フォ湾」を歴史的湾と認定したが、一般海洋法上は、小田判事が指摘するように複数国湾の制度は認められず、そのような湾が慣習上歴史的湾として認められた例は中米裁判決以外にはない。この度ICJは、「フォ湾」を歴史的湾と改めて認定することにより、同湾について特別地域慣習法の成立を認め、複数国湾に関する「法の欠如」（法の欠缺）を埋めたものと云える（もつとも、ICJが指摘するように一三八四節一、歴史的湾は、元來個別的に—*in generis*—認定されて来たものである。）。エレーラ教授も「協定及び確立した慣行は、それを理由として歴史的湾と呼ばれる湾を領域として主張する権原となりうる、この主張は、この問題に関する国際法の原則の不在を根拠としている……」との常設仲裁裁一九一〇年北大西洋漁業事件判決を引用し、「歴史的湾の理論は国際法の一般原則が、排他的な国家管轄に服する湾の定義を確定するまで、単に法の欠如を避ける方策であり続ける。」として^(註2)いる。

② しかし沿岸国が同湾に対して有する権利の内容は不明で、同湾が三国の共有に属するとの法的確信は三国間には存在せず（ICJ判決三九八節）、「エ」のみがこれを有する（他の二国は湾全体は沿岸三国に属するが、それは共有ではなく未分割の状態にあると考へる^(註1)）。従つてこの点については、分割の可能性も含め、三国間で合意により取り決めるほかない。

③ 他方、沿岸三カイリの帯が三国それぞれの排他的支配に属することについては、三国間に合意がある（ICJ判決三九二節）。

④ 沿岸三カイリ外の湾水に対する三国の権利については、三国がこの部分の無害通航権を有すること以外明らかでない。「エ」はすべての国の無害通航を認め、中米裁・ICJも同調しているが（ICJ判決三九二・三九三・四一四・四一六節）、「ホ」（及びエレラ教授）は非沿岸国船の無害通航権を否認し、非沿岸国船の通航は沿岸国の意向にかかるとしている（本稿（その一）三五―三七ページ、四〇―四一ページ）。実際この点につき三国共通の規則の存在は確認されない。ICJは、それにもかかわらず湾内に沿岸各国が排他的に支配する三カイリの沿岸水域、三国共有の内水となる三カイリ超の湾水部分及び湾外の太平洋に拡がる領海・EEZ等の共同管理水域が存在するという、「フォ湾」法制の重層構造を認め、さらに湾内を航行しようとするすべての国の船舶に無害通航権を認め（ICJ判決三九三節）。

⑤ 「フォ湾」が歴史的湾、沿岸三国共有の内水であるとする、「ホ」に湾口から太平洋へ向けて海洋法上の沿岸国としての権利が認められることになる。しかし前述のように、わずか一三・二五カイリの細長い海域（これを三分すると四カイリ程度のひも状になってしまう）に「ホ」が有する権利の実際上の価値には疑問なしとしない。しかし、この太平洋上の短冊を、共有状態のままにして、三国がその共同開発を行うことは可能であろう。

注

(1) 波多野里望・尾崎重義編著「国際司法裁判所 判決と意見」第二卷（一九六四―一九九三年）三六四ページ以下所載の、

中米フォンセカ湾の法的性格（その二）

第一八節「陸地、島および海の境界紛争に関する事件（エルサルヴァドルⅡホンデユラス）」二、本案に関する判決（東寿太郎）、杉原高嶺、判例研究・「国際司法裁判所、領土・島・海洋境界紛争事件」国際法外交雑誌第九五卷第一号一九九六年四月九二ページ、Lucchini, Laurent, *Le Différent entre le Honduras et El Salvador devant C.I.J. Aspects Insulaires et Maritimes*, A.F.D.I. XXXIII 1992, pp. 448-455, Keith Hight and George Kahale III, *International Decisions, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal./Hond. : Nicar. intervening)* 1992, ICJ Dep. 351, AJIL, Vol. 87, 1993, p. 624, 参照。

- (2) 宮崎孝、「中米フォンセカ湾の法的性格（その一）」、筑波法政第二十三号（一九九七年三月）—以下、本稿（その一）」と略する—五ページ。
- (3) 一九八二年ICJチュニジア対リビア大陸棚判決を引用。
- (4) 常設国際司法裁判例 CPJII Serie A, No. 23, p. 217
- (5) 「エ」は、「ホ」の湾外水域（太平洋）に対する権利を認めなかった（本件ICJ判決第四一節）。
- (6) 今回ICJ判決において、エルチグレを除くこれらの島に関する「ホ」の領有主張は認められず、「エ」の領有に属すると判示された。また「ホ」の「湾共有説」への反対や、「ホ」の、共有ではなく「利益共同体」が存在するとの立論は容れられず、ICJは「エ」の主張する共有説に立つて結論を導き出した。
- (7) エレーラ博士は、「フォ湾」を沿岸三国の内水とする前提に立つて、非沿岸国の無害通航は当然には認められないとする（本稿（その一）三五ページ、三、「エレーラ教授の学説とホンデユラスの立場」(一)「エレーラ教授の学説」5、参照）。
- (8) 「エ」は本件裁判で「ホ」を湾内に押し込めようとしたところ、結局「ホ」は湾口で他の二国と肩を並べることができた。幅一三・二五カイリの短冊型のEEZであっても、「ホ」はここに出漁する権利を得るし、鉱物資源開発の権利を有することになるが、実際の権利行使は、他の沿岸二国と共同で行なわれない限り、難しい。他方、この細長い海域を更に三
国間で分割することは合理的とは思われない。

「ホ」では、本件裁判継続中、同国の太平洋への通航権を「エ」が認めないのではないかとの懸念が見られたが、「エ」は、一九一七年の中米裁判決以来、「ホ」を含むすべての国の船舶の太平洋への通航権を認めており、他方、小田説をとつても、「ホ」は一般海洋法上の権利として他の二沿岸国の領海で無害通航を認められるため、太平洋へのアクセスを妨げられることはない。「ホ」にはかねてから、自国領内に大西洋・太平洋を結ぶランドブリッジ（パナマ運河を補足する両洋間の陸上輸送路）を建設する構想があり、またそれに伴う太平洋側の「フォ湾」における自国の国際貿易港の本格的開発を希望して来た。しかしランドブリッジは、いわゆる「ローロー」方式（roll on—roll off）により、タイヤ付きのトレーラーに搭載された移動コンテナーによる輸送を行ったとしても、両洋の発着地点での貨物船への積み換えの問題が生ずるなどの理由で、実現は困難視される。

(9) 瀬戸内海のような外洋につながる内海を歴史的水域（内水）とする問題については、山本草二著、「海洋法」、三省堂、四五・四六ページ参照。

(10) 村瀬信也著「現代国際法の動態」（有斐閣「現代国際法の指標」所載）、二七・二八ページ参照。

(11) 村瀬前出二八—三二ページ、山本草二著「国際法」（新版）有斐閣五二—五七ページ、Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, 3e edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris pp. 292—293; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, second edition, Clarendon Press, Oxford, pp.6—9; Dupuy, Pierre—Marie, *Droit International Public*, 3e edition, Dalloz, Paris pp. 253—255参照。

デュビュイがいうように、条約についてはその形成に関する条約法条約があるが、慣習については、その形成の条件を定める手続的規則（いわば、慣習法条約）がない（前出二四九ページ）。

かつては、慣習法形成の二要素のうち *opinio juris* は、前例の累積の結果認定されたが、今や、「法的確信」の表明やそれに基く実行が出発点となって慣行が積み重ねられた結果、慣習法が成立することを、国際社会が認めるようになってきている。かつての「おとなしい慣習」（*coutumes sages*）に対して、今では次第に結晶する「傾向」から始まる「荒々しい慣習」

(*coutumes sauvages*) が、形成過程に加わつたとされ(グエン等前出二九二・二九三ページ)、慣習成立の二要件にゆらぎが見える(村瀬前出二九・三〇ページ)。おとなしい慣習と荒々しい慣習の区分は、デュピュイ(Dupuy, R.)の発案になるもので、*opinio juris*が断固とした国家実行として、実際の慣行の成立や規則の成立実施に先立って行なわれることがあり、判例によつてもこうした形での慣習法の成立は承認されているようである(一九八二年チュニジア対リビア大陸棚事件におけるICJの「傾向」の観念の援用、一九七七年テキサコ対カラジアティック石油事件及び八二年アミノイル事件における仲裁判決(グエン等前出、三〇一・三〇二ページ)。

(12) 常設国際司法裁規程以来の規定である。

(13) ブラウンリイ、グエン、村瀬、デュピュイ等の前出参照。

(14) デュピュイは、慣習法形成に関する学説を、意思説(*Ecole volontariste*)と客観説(*Ecole objectiviste*)に大分する(デュピュイ前出二五〇ページ、後出注15参照)。グエン等は、意思説が、慣習の拘束力が国家間の黙示の合意に基き、慣習法規は、その形成に参加した又は形成後それを認めた国家にしか適用されず、その他の第三国には対抗力を有しないとすがるが、この説は国際慣行や慣習形成過程と合致しないとすがる。同人等は、この説は慣習の心理的要素に基本的な役割を認めることにより、乱用に導くおそれがあるとし、一九八二年チュニジア対リビア大陸棚事件でICJは慣習的傾向の概念に慎重な態度をとつたことを指摘する。「グ」等は他方、意思説は、その形成に参加しなかつた国を含むすべての国が一般慣習法に反対することができない事実を説明できない、と論ずる。(グエン等前出二九三・二九四ページ)。

(15) デュピュイによると、学説は次のとうり意思説と客観説に分けられる。(デュピュイ前出二五〇・二五一ページ)。

意思説 前世紀末トリーペル(Triepel)やアンチロッツチ(Anzilotti)が出した説で、定義上、法主体の熟慮の上の意思や発意(又は少なくとも国家の黙示的な受容)によるほか、慣習の形成はありえない、従つて慣習は条約に極端に近似する優れて非公式な合意であり、コセンサスに極めて近い性質をもつ、慣習法は、その拘束性を承認したことを明らかに示す行動をとる国家に対してのみ、これを対抗することができる、と説く。

客観説　セル (Scelle) 、ブルキヤン (Bourquin) 、ドヴィシエール (de Visser) の説で、慣習法は、お互に一定の行動をとるよう促す国際共同体の成員によって感じられる社会的必要の表現であるとする、レヴィールブリュールやデュルクハイムから継承された本質的に社会学的な慣習の概念に立っている。セルは、慣習を構成する個々の行為が自治的で孤立しており、従つてその形成に明示・黙示の何等かの契約が関与した形跡はない、とする (Manuel Elementaire de Droit International Public, Donart-Monchrestien, 1943, p. 397)。セルは、慣習形成現象が、契約の形成に不可欠な思慮ある意思の理念とは無縁な自然発生的性格を有する、と主張する。この考え方に立てば、慣習の一般性は、国際共同体の一致した認識ではなく、その成員多数の認識から生まれる。従つて、その制定に参加せず、又はその適用を免れたい国家をも明白に拘束する。

こうして、意思説は慣習を国家意思に従属させ、客観説は国家を慣習に従属させる。しかし、両説とも現実の一部しか説明できない。

意思説がいうように、慣習がある国家に対して對抗性をもつには、その国家の同意が必要である。いかなる国も出現しつつある法の規則に拘束されない旨表明することにより、慣習の当事国とならないことを決定しうる。しかし、この異議を長期にわたり維持することは、極めて難しい。Opinio jurisは、西欧で今世紀初めに生まれた意思説の現代性を表しており、現に社会主義諸国や新生国がこの説を再確認した。西欧では領海幅に関する規則が、慣習法が新生国をも拘束する例としてあげられていたが、その後新生国の方が新しい規則を通用させることに成功した。しかし一国の、慣習に対する反対の実効性は、政治・外交的な力関係にかかっている。セルがいうように、「各国には、主権に基いて法の規則を自ら決めたいとの主張があるが、これは他の国の同じ主張とぶつかつて、力関係や諸般の事情の許す範囲でしか実現しない」。

慣習法形成に関して、単純に意思又は社会のいずれかを選択するべきではなく、社会的拘束 (contrainte sociale) は、相対立しながら妥協せざるをえない意思の対決自体から、生ずる。一つまたは少数の国が、一般規則の自らに対する對抗力を受け入れることを事実上強いられる状況もありうる。例えば、開発法 (自国の天然資源の処分を決める権利や、途上

国による外国の私有財産を国有化する権利、西側が社会主義諸国に対して主張した人権、といったものである(デュピユイ前出二二五ページ)。

意思の表明は、単に契約の形態で観念される必要はなく、黙示又は禁慎(abstention)によつても表明される。これは、国際社会の、一群の国家の策動や時代の要請に発する新しい一般規範の出現に対する広い同意でもありうる。環境保護や宇宙・海底の開発に関する新しい一般規則の出現がこれに当たる。

今世紀初めから既に、最も強固な意思説でさえも、はつきりした多数を占める国家が支持し又はその有効性に同意した一般慣習の一致した受容又は確立、という想定(Dressonion)を受け入れて来た。しかし、強い必要に迫られるか、黙示か、抗議がないだけかを問わず、慣習の源泉には常に諸国家の同意があることを確認しなければならない。ことに、現代の判例が国家の一方的行為に認める役割はとくに重要である。各政府は、新しい規則の出現に対して立場を明らかにしないでいるうちに、その沈黙を理由に、数年後新しい規範を押しつけられるおそれがあるので、注意を要する(デュピユイ前出二五七ページ)。

(16) ブラウンリイ前出一ページ及び七ページ。

(17) 前掲注15のほか、グエン等前出二九三―二九四の「黙示の合意説」参照。

(18) デュピユイ前出二五三ページ以下及びブラウンリイ前出二及び一〇ページ。

(19) ブラウンリイ前出七ページ。P C I J はパナマ運河における慣行から国際水路通行に関する一般原則引き出した。

(20) グエン等前出二九四ページ。

(21) この考えに従えば、歴史湾に関する地域慣習法は、強行法規としての海洋法の適用範囲外にあることになる。

(22) デュピユイ前出二五四ページ。

(23) 例えば、「ホ」は既に、「フォ湾」沿岸三カイリを超えて排他的主権を行使している水域(「伝統的に」「ホ」領と考えられている部分)を有する、と考えるようである(本稿(その一)三八ページ、エレーラ博士学説原著一五七ページ「境界

画定に関する沿岸国の国家実行」参照。

(24) 本稿(その一)一三ページ、二、「一九一七年中米司法裁判所判決要旨」4、⑤c。本稿(その二)三五ページ、「エレーラ教授学説」4、「共有問題」

(25) 本稿(その一)三一ページ、「(-)「エレーラ教授の学説」3、沿岸三国間の国境」。

(26) エレーラ原著三五―三七ページ。本稿(その一)二二ページ。

(27) 本稿(その一)一三ページ。中米裁判決第二部第二節⑤、同三三―三五ページ (-)「エレーラ教授の学説」四、「共有問題」。