
種 別： 論説

タイトル： 領域問題における主張の「法的」「非法的」構成

著 者： 兼原 敦子

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 3 号（令和 4 年 1 月）1-55 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

領域問題における主張の「法的」「非法的」⁽¹⁾構成

兼原 敦子

1. はじめに
 1. 1. 法との関係に係る議論
 1. 2. 本稿の構成と具体的論題
 1. 3. 法の「妥当性」
2. 法との関係の請求：「歴史的権利」
 2. 1. 「歴史的権利」
 2. 2. 国際法とそれに適合しない主張との関係
 2. 3. 歴史的権利に係る国際法
 2. 4. 歴史的権利の成立要件
3. 法との関係の決定に係る主要素：意思・時間
 3. 1. 「国際法」
 3. 2. 時際法と決定的期日との関係
 3. 3. 尖閣諸島に即した検討
 3. 4. 抗議と時間的要素「決定的期日」との関係
 3. 5. 占有の意思 and/ or 実効的支配と抗議との関係
 3. 6. 取得時効をめぐる中国の不作為（inaction）
 3. 7. 中国の主張する歴史的権原
4. 領域紛争における「意思の作用」という要素の再検討
 4. 1. 「意思の作用」が関わる局面
 4. 2. 意思作用における「合意」

*本稿は、東大出版会から出版される近刊書に掲載の拙稿に、大幅な加筆・修正を加えたものである。

- (1) 領域問題で、法との適合性如何にかかわらず、諸国は法に基づくとして主張を行う場合や、逆に、法には基づかないとして主張を行う場合がある。それをこのように表現している。

4. 3. 領域紛争における「合意」
5. おわりに一主権国家日本の「統合的」立場の構築

1. はじめに

1. 1. 法との関係に係る議論

本稿の主題は、領域問題⁽²⁾で、諸国が自らの主張と国際法との関係をどのようにとらえていようと、国際法は、諸国の主張をどのように国際法の中に位置づけ、あるいは逆に国際法から排除するか、そうすることで、いかにして国際法の世界を維持し確保するかにある。

この主題は、具体的には次の例から浮かび上がる。最もわかりやすい例として、日本はいわゆる「固有の領土」論⁽³⁾を主張し、それについては、「法的な概念ではない」とか、「法的な意味は明確ではない」と説明されることがある。⁽⁴⁾こうした説明の意味するところは、それ自体、必ずしも明確ではない。しかし、「固有の領土」論により、日本が法的な主張をする意図はないと解され、「固有の領土」論は、法的な含意をもたず法的な効果を期待しないという理解は可能である。かりに、そのような理解が一定程度には該当するならば、国際法学の観点からは、次の疑問が生ずる。

はたして、一国の一方的な主張により、主権国家はみずからの主張や行為につき、その法の世界からの関係を断つことができるのか。「法的な概念ではない」とか「法的な意味は明確ではない」ことが、法的な効果を否定することであれば、いかなる「法的な効果」を否定しているのか。「法的な

-
- (2) ここにいう領域問題とは、北方領土、竹島、尖閣諸島について、日本が近隣国との間でもつ事実状況を指す。尖閣諸島については、日本の公式見解では、中国との間には「紛争」はない。北方四島と竹島については、日本の公式見解では、日本とロシア、および日本と韓国との間に「紛争」がある。これらをまとめて表現する場合には、領土「問題」とする。文脈に応じて適切かつ必要な場合には、「紛争」あるいは「問題」を使用する。
 - (3) 「固有の領土」は「概念」ともいえるが、適当な場合には、固有の領土「論」という表記を用いる。それは関連文献の一般的な表記に従っている。
 - (4) 多分に個人の見解を含むという留保はあるが、外務省国際法局参事官(執筆当時)山上信吾「“固有の領土”を考える」『日本外交協会報』平成24年11月20日号、1頁。

効果」を期待しないのであれば、法的ではないいかなる効果を期待するのか。それは、道徳か政治か正義か歴史かに照らしての効果なのか。

日本の「固有の領土」論が、法の世界との無関係を含意するならば、それとはいわば逆に、国際法上の権利であるかにつき疑義がありうるが、国際法上の権利として主張されるのが、歴史的権利⁽⁵⁾である。中国は、南シナ海の広大な海域に歴史的権利を主張するが、これを国連海洋法条約(UNCLOS)ではなく慣習国際法に基礎づける。⁽⁶⁾1951年の漁業事件⁽⁷⁾以来、歴史的権利と国際法との関係については議論がある。そこでは、歴史的権利が国際法上の権利であるか、その例外であるか、既存法に違反する場合に、歴史的権利は法的権利であるか、といったいくつかの論点が浮かび上がる。これは、尖閣諸島に関して、中国が歴史的権利を主張しているので、それに対する日本の反論を考案するに際して、回避できない論題でもある。

1. 2. 本稿の構成と具体的論題

このような主題を、本稿では、次の五つに分けて検討する。「固有の領土」論については、日口の交渉のゆくえが現在まさに流動的であるため、別稿に譲る。したがって、本稿は主に、国際法に根拠があるとして国際法との関係を請求する主張に対して、国際法がこれをいかに国際法の中に包含するかの問題に焦点を当てることになる。第一に、本節(1.)で「妥当性」の意味を説明するとともに、本稿の主題を敷衍し、第二(2.)で、法との関係の請求：「歴史的権利」、第三に(3.)で、法との関係の決定に係る主要素：意

(5) 歴史的権利、歴史的権原などの用語については、後に整理する。

(6) 南シナ海紛争で仲裁判決(本案)は、不出廷であった中国の主張をいくつかの公式文書をたどって丹念に確認している。それについて、Atsuko Kanehara, “Validity of International Law over Historic Rights: The Arbitral Award (Merits) on the South China Sea Despite,” *Japan Review*, Vol. 2, No. 3 (2018, Winter), pp. 9-11. The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The Republic of China), Award of 12 July 2016, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>, (hereinafter referred to as the South China Sea Arbitration). 以下、本稿における URL は、すべて 2021 年 9 月 30 日に最終アクセスした。

(7) Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951, *ICJ Reports* 1951.

思・時間を取り扱う。ここでは、尖閣諸島問題で議論のある、適用のある「国際法」(西欧近代国際法か、東アジア世界秩序か)の問題も、時間の要素と関連づけて考察する。第四(4.)では、領域紛争における「意思的作用」という要素に再検討を加える。第五(5. おわりに)で、日本は主権国家として、尖閣諸島に関して、主として領域権原論・海洋法・紛争概念のそれぞれに依拠する個別の対応を「統合」する立場を構築することを提案する。本稿の領域権原論を基礎として議論する日本の対応は、その「統合的な」立場において、しかるべく位置づけと機能を獲得することを明らかにする。

執筆者の感覚を素直に表現することも有益であると考え、上記では、「法の世界との無関係」、「法との関係の請求」といった表現で本稿の主題を説明した。具体的な検討に先立ち、本稿の主題、つまり執筆者の感覚を、法の「妥当性」という語で明らかにしておきたい。

1. 3. 法の「妥当性」

本稿では、法との関係が存在することを、法の妥当性が及ぶと表現する。それは、ある人・ものや事実・行為に対して、法がその法的評価基準を与えることを意味する。人・ものや事実・行為に対して、法が規律を及ぼしていることを、そのように表現している。それは、国家が、人・ものや事実・行為に、立法管轄権を及ぼしている、立法管轄権をもつ、ということを使い換えているともいえる。より抽象的には、「妥当性が及ぶ」とは、「法の世界に、人・ものや事実・行為を取り込む」というイメージないしは執筆者の感覚を表現している。法が規律を及ぼしているから、人・ものや事実・行為が、その法によって、法的に評価される。評価には、合法の評価も違法の評価もある。⁽⁸⁾

たとえば、1951年漁業事件では、妥当性(validity)の語を用いて、沿岸国による一方的な領海の限界設定が、諸国との関係で妥当性(validity)を獲得する場合という表現をしている。⁽⁹⁾また、メイン湾海洋境界画定事件(メイ

(8) 合法か違法かという評価に比較して、本稿では、後の検討において、「対抗力の有無」という法的評価も導入する。

(9) *Supra* n. 7, p. 132.

ン湾事件)の国際司法裁判所(ICJ)裁判部判決⁽¹⁰⁾は、多様な場面で“valid”を用いているが、たとえば、米国の漁業について以前に優先的地位を有していたとしても、それは、法的にカナダの海域となった範囲内で、米国の排他的漁業水域を請求するための妥当な根拠にはならないとする。⁽¹¹⁾米国の伝統的漁業については、単に事実として顕著である(predominant)だけでは、(成立した)排他的漁業水域に対して、その法的な有効性(validity)を維持することはできないということである。

したがって、「妥当性(validity)」の用法は、必ずしも、一義的ではない。本稿は、ここで述べた意味で、法が人・ものや事実・行為に規律を及ぼすことを「妥当性が及ぶ」と表現するが、それだけではなく、文脈により、以下の意味をも含意することを排除しない。それらは、有効性(effectiveness)、有用性(relevancy)、有益性(usefulness)、適用(可能性)(applicability)、である。

以上をふまえて、次節の検討にうつる。

2. 法との関係の請求：「歴史的権利」

2. 1. 「歴史的権利」

上記では、とくに説明を付さずに歴史的権利の語を用いた。⁽¹²⁾第2節について、次の点を明らかにしておく。歴史的「権利」には、「歴史的権原(historic titles)」、「歴史的権利(historic rights)」、「歴史的湾(historic bays)(への権利)」、「歴史的な水域(historic waters)(への権利)」などがありうるが、「歴史的権利(historic rights)」⁽¹³⁾を総称として用いる。とくに要すれば狭義の

(10) Affaire de la Délimitation de la Frontière Maritime dans la Région du Golfe du Main (Canada/États-Unis D'Amérique), Arrêt du 12 Octobre 1984 Rendu par la Chambre Constituée par Ordonnance de la Cour du 20 Janvier 1982, para. 235.

(11) *Ibid.*, paras. 235.

(12) 本稿における歴史的権利に係る問題意識については、1. 1.

(13) その実質的な理由は、「歴史的」権原や権利等に関する本節の以下の考察は、ここに挙げた権利が用いられる場合にも一般的に該当するからである。また、同じ趣旨で、南シ

「歴史的権利」であることの明示も含めて、文脈に応じて必要な場合には、これらの概念を使い分ける。

2. 1. 1. 本節では、歴史的権利を素材として、領域紛争における主張の法的・非法的構成を考察する。ここにいう「非法的」とは、法的な要素以外のすべて(正義、歴史的、政治的、文化的等)を含む用語として用いている。ゆえに、合法性と「正当性」というように、あるいは、法に対置する「正義」というように、「正当性」や「正義」という意味だけに限定するわけではない。前節で、本稿では、法の妥当性「(validity)」の意味は、法が人・ものや事実・行為に対して規律を及ぼしており、法の適用があり、つまり、それらの法的な評価基準として機能することを意味すると説明した。言い換えれば、法が妥当しているとは、人・ものや事実・行為が、法の世界に包含されることを意味する。そして、法の世界に包含されない場合に、人・ものや事実・行為は、法以外の要素を基準として、評価されることができるとは、正義、歴史的・政治的・文化的等の要因による基準であろう。

本節では、歴史的権利が法の世界にあることを請求するという観点から考察するが、そこにいう「法」に関しては、次の二つの区別がある。第一に、歴史的権利と国際法の規律事項との関係を規律する国際法(たとえば、領域権原⁽¹⁴⁾、海洋境界⁽¹⁵⁾、境界画定⁽¹⁶⁾の国際法)である。これらは「一般国際法」とするが、それは慣習国際法および条約の形をとりうる。「特別(二国間を排除しない)国際法」⁽¹⁷⁾については、必要に応じて、そのように記する。

ナ海紛争における仲裁判決(本案)も、「歴史的権利(historic rights)」を総称用語(a generic term)として採用している。Kanehara, *supra* n. 6, p. 13.

(14) 歴史的権利が一つの領域権原であるのか、歴史的権利と時効の関係はなにかといった問題がある。本節と次節でこれらを検討する。

(15) 国家がみずから設定する管轄海域の限界に関する国際法が、歴史的権利に特別な考慮を与えることがありうる。たとえば、UNCLOS10条6項は、歴史的湾に特別な考慮を認めている。

(16) UNCLOS15条は、領海の境界画定において、歴史的権原(同条の用語に従う)に特別な考慮をみとめる。

(17) 「特別(二国間)国際法」と「対抗力」の関係は、異なる法的効力の表現を説明する際に、後に検討する。

第二に、歴史的権利それ自体についての国際法（慣習国際法が想定されやすいが、条約であることも排除されない）がある。歴史的権利の定義や成立要件を規律する国際法が、その典型である⁽¹⁸⁾。

第一と第二のカテゴリーの相互は、常に明確に区別できるとは限らない。たとえば、第一のカテゴリーである海洋境界画定を規律する国際法において、歴史的権利にながしかの法的な効果を与えることがある。そのときに、当該歴史的権利に該当するための要件を、海洋境界画定の法が規定することもありうるからである⁽¹⁹⁾。歴史的権利に該当する要件は、第二のカテゴリーの国際法が規律する要素である。よって、第一のカテゴリーの法である海洋境界画定の法は、第二のカテゴリーの法を内包していることになる。

2. 1. 2. 領域紛争（陸も海も含む）においては、法に根拠をもたないという意味で、非法的主張がなされることがあろう。しかし、かかる主張であっても、国際法は、それを国際法の中に包含する弾力性をもち、国際法の妥当性を確保しようとするのではないか。それが、本稿の問題意識である。国際法の観点からみれば、ある主張に対して「国際法の妥当性を確保する」といえる場合には、主張は違法でも合法でもありうるのであって、いわば主張が「国際法の世界に包含される（そして、合法か違法かを判断される）」という意味である。

日本は、「固有の領土」論には法的な意味がないとか、その法的な意味は明確ではないとして、法との関係を不明確化ないしは否定している。それは、「固有の領土」論には、(国際)法の妥当性が及ばない、(国際)法の世界がそれを包含しないという主張でありえよう。これに対して、中国は、歴史的権利を慣習国際法に根拠をもつ権利であり⁽²⁰⁾、国際法に適合したものと

(18) その主張の評価には慎重でなければならないが、先にみたように、中国は、南シナ海で主張する歴史的権利は、一般国際法あるいは慣習国際法をその根拠とするという。

(19) これとは異なり、上に挙げた UNCLOS15 条は、領海の境界画定において、歴史的権原に特別な考慮を認めるが、歴史的権原が成立する要件は規定しない。

(20) そのような慣習国際法の援用が濫用にあたるとすれば、慣習国際法は、国際法の妥当性の概念を無意味化する有害な効果をもつ。ここでは、問題の指摘にとどめる。

して主張する。しかし、仲裁裁定が宣言したように⁽²¹⁾、中国の主張する歴史的権利はUNCLOSには適合しない。かつ、この歴史的権利が、国際法に根拠をもつ権利であることも証明されていない。慣習国際法に根拠をもつと主張するだけでは、慣習国際法の証明にはならない。そして、係る慣習国際法が証明できなければ、歴史的権利は、国際法の世界からは離脱するのであり、国際法の妥当性は及ばない。そのような権利には、国際法の保護もない。

国際法の世界が拡大し、国際法の規律が拡充することを是とするのであれば、国際法の妥当性を可能な限り確保することが望ましい。そのような視点からすれば、国際法は、人・ものや事実・行為に対して、どのように国際法の規律を実現しようとしているのか、比喩的にいえば、国際法の世界はいかなるしたたかさをもつか、国際法のダイナミズムはなにかを考察する。

2. 2. 国際法とそれに適合しない主張との関係

2. 2. 1. 国際法とそれに適合しない主張が、裁判所によりいかに処理されるかを、具体的な事件に即して明らかにしておく。1982年のチュニジア・リビア大陸棚境界画定事件(以下、チュニジア・リビア事件)⁽²²⁾を素材とする⁽²³⁾。1982年に、ICJが判決を出した。

第一に、チュニジアの直線基線と歴史的水域の主張を、第二に、チュニジアの定着種族への権利の主張をとりあげる。

第一について、チュニジアは、直線基線を引き、海域「歴史的水域」⁽²⁴⁾に対して主権があるとする。チュニジアの主張する湾は、24カイリを超え

(21) The South China Sea Arbitration, paras. 261–262.

(22) Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February, 1982, *ICJ Report, 1982*, p. 18.

(23) 本件の分析につき、Andrea Gioia, “Tunisia’s Claims over Adjacent Seas and the Doctrine of ‘Historic Rights,’” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11 (1984), pp. 327 *et seq.*

(24) 19世紀より、領海に係る基線規則の生成や領海の幅の議論に対して、それに反していても、国家実行で採用されていた湾が合法性を維持するために、歴史的水域の議論があった。Andrea Gioia, “Historic Titles,” Rüdiger Wolfrum ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV (2012), p. 817.

る45カイリの湾口閉鎖線をもつ。その主張は、1973年の国内法における直線基線（湾口閉鎖線になるものと、そうでないものがあり）に基づいている。係る湾の主張を、チュニジアは、①歴史的湾、②直線基線に関する一般国際法を根拠として正当化しようとする⁽²⁵⁾。

この①について、チュニジアの主張は、実際には、内容に照らすと漁業に関する排他的権利にとどまっており、歴史的「湾」における「主権」の主張とはいえ、歴史的湾の法理は適用されない⁽²⁶⁾。②について、直線基線に関する一般国際法の柔軟性によりチュニジアの主張が合法といえるかが問題となる。

チュニジア・リビア事件判決は1982年であり、チュニジアは1958年ジュネーブ海洋法4条約の一つである領海条約の当事国ではなく、判決当時UNCLOSは未発効であった。よって、直線基線に係る「一般国際法」は、可能性としては、両条約の直線規定条項が、1982年の時点で「慣習国際法」として成立していることを想定することになる。

1958年領海条約4条1項、1982年UNCLOS7条1項は、直線基線の要件として、「沿岸の一般的方向」に沿っているか、著しくそれていないことを規定する⁽²⁷⁾。また、領海条約4条4項、UNCLOS7条5項は、長期の慣行により証明される経済的利益がある場合にも、直線基線を認める。

これらの柔軟な規定によって個別具体的な事情が考慮される余地があれば、歴史的権利は、これらの柔軟な規定の適用を受け、その結果として歴史的権利を考慮した直線基線が認められる可能性がある。つまりそれは、直線基線の一般国際法の適用による、歴史的権利に基づく直線基線である。この「一般国際法の適用」の論理構造は、後述のように、歴史的権利を、一般国際法の「例外」として主張する論理構造とは対置される⁽²⁸⁾。

チュニジア・リビア事件でICJは、「一般国際法は、... 歴史的な水域あるい

(25) Gioia, *supra* n. 23, pp. 332-342.

(26) *Ibid.*, p. 339.

(27) これは、1951年漁業事件におけるICJ判決を踏襲している。

(28) 後に、1951年漁業事件を素材として、歴史的権利と一般国際法との関係をめぐる論理構造を検討する。

は歴史的湾について、単一のレジームをもたないが、歴史的な水域あるいは歴史的な湾として承認されている個別の事例について、特定のレジームがあるのみである」とする⁽²⁹⁾。この言及は、①歴史的権利それ自体についての法(レジーム)を論じていると解されるし、あるいはまた、②歴史的権利については、個別具体的な事情がたねに伴うために、それが柔軟に考慮されるべきことを強調しているとも解される。前者①は、本稿の用語でいえば、「歴史的権利それ自体に関する国際法」に関わるといえよう。後者②は、「歴史的権利と国際法の規律事項との関係を規律する国際法」に関わるといえることができようが、「歴史的権利それ自体に関する国際法」に関わることも排除されない⁽³⁰⁾。

第二に、チュニジアの定着性種族への排他的漁業権の主張をみていく。チュニジアは、領海を越える海域で歴史的権利を主張する。1951年までに、スポンジやタコについての漁獲を規律する限定的な目的で「主権的権利」の主張が行われており、実効的な権限の表示と関係諸国による黙認があったという評価もある⁽³¹⁾。この点に関しては、「一般国際法の例外」といえるか否か、換言すれば、そもそも「一般国際法」は成立していたかが学説により問われている。

リビア・チュニジア事件でICJは、大陸棚の境界画定を要請された。1982年の判決当時、UNCLOSの発効より以前において、ICJは、UNCLOSの排他的経済水域の法制度は慣習国際法であるという趣旨の宣言をした⁽³²⁾。ICJはチュニジアの歴史的権利に関して、判断回避した。しかし境界画定をみると、チュニジアの定着種族についての権利を完全に保全している⁽³³⁾。

大陸棚については、1969年の北海大陸棚事件⁽³⁴⁾においてICJは、1958年ジュネーヴ海洋法4条約の一つである大陸棚条約の1~3条を大陸棚制度の

(29) *Supra* n. 22, para. 100.

(30) このような本稿の歴史的権利に係る国際法の区別と用語は、2. 1. 1. 参照。

(31) Gioia, *supra* n. 23, pp. 359-365.

(32) ICJの表現によれば、「現代の国際法の一部をなす」という。*Supra* n. 22, para. 100.

(33) Gioia, *supra* n. 23, pp. 370-371.

(34) North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February, 1969, *ICJ Report 1969*, p. 3

基本となる条文とし、それらは慣習国際法であると宣言している⁽³⁵⁾。そこで、大陸棚の慣習国際法の下で、つまり、大陸棚への沿岸国の主権的権利に対して、チュニジアの歴史的権利が認められる余地があるか、換言すれば、大陸棚の慣習国際法に対して、歴史的権利が存続する (survive) 余地があるかが、問われている。その文脈で、大陸棚への沿岸国の主権的権利の「固有性 inherency」が議論されている。

たとえば、オコーネルは、inherency は、既存のあるいは先行するいかなる開発 (権利) に対しても、大陸棚沿岸国の主権的権利は優位 (override) するという⁽³⁶⁾。他方で、アレチャガは、inherency によって、既存の、すでに獲得されている権利を、当然に排除できるものではないとする⁽³⁷⁾。これは、大陸棚に関する慣習国際法の遡及効を否定していると解される。

2. 2. 2. 歴史的権利に係る重要な問題の一つとして、歴史的権利と国際法との関係が議論されている。その契機になったのは、1951年漁業事件における ICJ 判決である⁽³⁸⁾。同事件判決で ICJ は、ノルウェーの直線基線の方式を、「一般国際法の適用」⁽³⁹⁾であると判示した⁽⁴⁰⁾。ここにいう一般国際法とは、直線基線に関する国際法である。イギリスは、湾口閉鎖線に関しては 10 カイリ規則があり、その例外を主張するためには、歴史的根拠が必要であるとした。つまり、イギリスによれば、ノルウェーの直線基線方式は、

(35) *Ibid.*, para. 63.

(36) D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 2(1984), p. 713.

(37) アレチャガ判事の分離意見、Separate Opinion of Judge *ad hoc* Jiménez Aréchaga, *supra* n. 22, para. 82.

(38) *Supra* n. 7.

(39) 本稿の主題は、「国際法」の妥当性であり、「国際法」の世界の確保と維持を問題にしているものであり、とくに「一般国際法」と限定する必要はない。上記のチュニジア・リビア事件でも漁業事件でも、「一般国際法」は、たとえば紛争当事国間だけに適用のある「特別国際法」ではなく、すべての国に適用と効力のある国際法という意味で、「一般国際法」という語が用いられていると解される。本稿では、これらと同じ文脈で議論する場合、あるいは、国際法の妥当性を論じていることにつき混乱が生じない場合には、「一般国際法」と表記する。

(40) *Supra* n. 7, *Ibid.*, p. 131.

イギリスのいう一般国際法の例外を主張するものであり、その歴史的根拠に基づく立証責任はノルウェーにあるという。このようなイギリスの主張、ICJは容れなかった⁽⁴¹⁾。

漁業事件判決の後に、国連国際法委員会(ILC)は、歴史的水域・歴史的湾に関する検討を行った⁽⁴²⁾。そこでは、漁業事件判決におけるICJの論理と、イギリスの論理とが検討された。この歴史的水域に関する検討は、水域に対する権利の検討であり、本稿の用語に基づいて、とくに不適當ではない場合には、このILCの検討に言及する場合に、歴史的権利の語を用いる。

歴史的権利を一般国際法に対する例外と構成する見解と、一般国際法の適用と構成する見解とでは、次のように考えることができれば、相互に実質的な相違は少ない。すなわち、一般国際法が抽象的な規定であるとか、個別具体的な事情を考慮する余地を一定程度に認めているとかの場合である。このような一般国際法においては、一方で、その「適用」によって、個別具体的な事情として歴史的権利が認められたり一定の考慮が与えられたりする場合と、他方で、歴史的権利が一般国際法の「例外」として、一般国際法からの逸脱を認められる場合とでは、実質的な相違は大きくないといえよう。前者の場合には、国際法の個別具体的な事情に照らした適用により、歴史的権利(とそれに基づく主張等)の合法・違法性が決定される。後者の場合には、「例外」に該当するか否かにより、歴史的権利(とそれによる主張等)の合法・違法性が決定される。あるいは、端的にいえば、「例外」に当たるか否かは、そもそもそれ自体が、一般国際法の内容によって判断されるといえる。

もっとも、本稿の問題意識である「国際法の妥当性」という観点からみると、次のようにいえようか。一般国際法の「適用」として歴史的権利を位置

(41) *Ibid.*, pp. 130-131. イギリスは、このような一般国際法の存在を主張するとともに、訴訟戦略として、ノルウェーの直線基線方式をその例外ととらえることで、ノルウェーに立証責任を負わせようとしたといえる。

(42) *Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays*, Study Prepared by the Secretariat, 19 March 1962, Document A/CN.4/143. 以下、ILC報告書と記する。ILC報告書は、歴史的水域と歴史的湾の用語には留意しつつも、歴史的水域は歴史的湾を含むとして、両者の区別をそれ以上には求めない。*Ibid.*, para. 34.

付けるのであれば、歴史的権利に対する一般国際法の妥当性を確保することができる、つまり、「国際法の世界に歴史的権利を包含することができる」、という意義はあるかもしれない。それに比べて、歴史的権利を一般国際法の「例外」ととらえる場合には、歴史的権利を国際法の世界から放逐するといえるかもしれない。しかし、歴史的権利を一般国際法の「例外」と位置付ける場合であっても、あくまで形式論理ではあるものの、その「例外」という位置付けを決定しているのは一般国際法である。そのような意味では、一般国際法は歴史的権利を規律しており、「例外」という法的評価を付与しているのであり、「国際法の世界に歴史的権利を包含している」ともいえよう。

歴史的権利それ自体についての慣習国際法が成立することも、否定できない。また、条約により歴史的権利についての規定が採択されることも排除されない。ここにいう（慣習ないしは条約による）一般国際法は、本稿の用語に従えば、歴史的権利を定義したりその要件を定めたりする一般国際法である。歴史的権利それ自体についての一般国際法が定める要件を充足して歴史的権利が成立すれば、その歴史的権利が海洋の境界画定でいかなる効果を持つかは、海洋の境界画定に関する一般国際法と、歴史的権利それ自体についての一般国際法との適用関係によって決めることになる。

この点で、学説では、歴史的権利は自律的性質（self-existing character）をもつとし、漁業事件におけるイギリスの主張（の論理構造）を否定して、ノルウェーや ICJ の「一般国際法の適用」の論理構造を支持して、歴史的権利は、それ自体で法的なものであり（self-existing character）、「例外」ではないとする見解ある⁽⁴³⁾。この見解は、「慣習国際法」あるいは「条約」に言及してはいないが、歴史的権利が、その要件を充足すれば諸国の合意がある場合と同様であり、それゆえに法源論にも適合して、歴史的権利は自ら法的なものとなるという⁽⁴⁴⁾。歴史的権利は慣習国際法上の権利であるという趣旨の言及もある⁽⁴⁵⁾。歴史的権利それ自体が、慣習国際法として成立しうるので

(43) Artur Kozłowski, "Legal Construct of Historic Titles in International Law-An Overview," *The Polish Yearbook of International Law*, Vol. 30 (2010), pp. 65-67.

(44) *Ibid.*, p. 67.

(45) *Ibid.*, pp. 63-64, 74.

あり、それはある「特定の」歴史的権利の主張が、慣習国際法として成立することを示していることも否定できない。そうであるならば、この見解は、次の場合とは相違する。すなわち、歴史的権利それ自体に関する慣習国際法は「特定の」歴史的権利に関する特別法ではなく、およそ歴史的権利のすべてに関する法という意味で一般法であり、たとえば、歴史的権利の定義や要件を定めており、それに従って、一般的に歴史的権利が成立するという場合である。

さらにこの見解によれば、歴史的権利は、他の領域権原と同じでありうる」とされる。もっとも、時際法により歴史的権利の内容、意義、解釈は変更するとも述べており、歴史的権利が、original title か derivative title かも時により変わりうるともいう⁽⁴⁶⁾。

裁判実践では、歴史的権利に関して次のような言及例がある。2006年エリトリア・イエメン事件⁽⁴⁷⁾で、仲裁法廷は、「本当に確立した(歴史的)権利があるのであれば、それは、定義上、先行する権利(a prior right)である」と述べた⁽⁴⁸⁾。2001年カタール・バーレーン事件⁽⁴⁹⁾で、共同反対意見(ベジャウイ、ランジャバ、コロマ判事)は、「歴史的権利に基づくものも含めて…」ICJが「当事国の法的根拠に関する見解」について判断を示さなかったことへの批判を述べている⁽⁵⁰⁾。

歴史的権利が、一般国際法の「例外」として主張される場合に、歴史的権利と一般国際法の関係は、時間経過・法の発展の観点からは、次のような過程をたどる。

一般国際法が生成しようとし形成されようとするとき、それとは内容にお

(46) 歴史的権利の「体系的発展(systematic development)」として、検討されている。*Ibid.*, pp. 78 *et seq.* および、*ibid.*, pp. 95-96.

(47) The Eritrea-Yemen Arbitration, Phase I: Territorial Sovereignty and Scope of Dispute, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXII (1998), pp. 211-234. 以下、エリトリア・イエメン事件と記する。

(48) *Ibid.*, para. 107.

(49) Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Merits), Judgment of 3 March, 2001, *ICJ Reports*, 2001, p. 173. 以下、カタール・バーレーン事件と記する。

(50) Joint Dissenting Opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva, and Koroma, *ibid.*, paras. 52-53.

いて一致しないが先行して権利として主張・行使されていたものが、生成し形成される国際法の下でも、「例外」ではあっても歴史的権利として法的な権利であることを維持しようとする。あるいは、一般国際法に適合している権利が、一般国際法の変更によりそれに適合しなくなるとき、それでも、かかる権利が法的な権利であることを維持するために、「例外」としての歴史的権利が主張される。

歴史的権利と一般国際法の関係は、「過去における、歴史的権利の主張と（特別・一般）国際法の関係」としても現れる。たとえば、裁判所が検討の対象とする過去のある一時点において、一方の国が歴史的権利を主張しており、他方の国が、国際法（たとえば、条約規定）を主張しているときにも、歴史的権利と国際法との関係という問題は生ずる。

たとえば、カタール・バーレーン事件において、“Over and above this judicial operation regarding the formation, consolidation or extinction of a ‘historical title’ to a territory, the court may find that a ‘legal title’ exists as well, created in most cases by a treaty relating to the territory in question”⁽⁵¹⁾。

そうであるとする、歴史的権利と国際法との関係では、歴史的権利は、関係国あるいは国際社会一般の国の合意（＝条約）により、必ず凌駕される（overrideされる）かという問題にもなる。これについては、後に歴史的権利の成立要件である「他国の反応」を検討するに際して、合意を表明する国の範囲の問題も含めて考察する。

南シナ海紛争の仲裁判決（本案）は、UNCLOS によって、中国の歴史的権利が凌駕（override）された、優越（supersede）された、という認定をした⁽⁵²⁾。もっとも、ここでは、UNCLOS 311 条も適用されているので⁽⁵³⁾、同条の適用の結果として係る認定が行われたともいえる⁽⁵⁴⁾。

(51) *Supra* n. 49, para. 99.

(52) *Supra* n. 6, para. 262.

(53) *Ibid.*, paras. 235-237.

(54) 歴史的権利を慣習国際法上の権利とするのであれば、慣習国際法と UNCLOS の関係に、311 条を適用できるかに関しては、同条の解釈として疑問がある。Kanchara, *supra* n. 6, pp. 17-20.

以上では、主に歴史的権利と一般国際法との関係に焦点をあてて、それをめぐる論理構造などを検討してきた。これは、本稿の用語では、歴史的権利と「歴史的権利と国際法の規律事項との関係を規律する国際法」との関係についての検討である。つづいて、本節のもう一つの検討対象である、歴史的権利それ自体についての国際法をみていく。

2. 3. 歴史的権利に係る国際法⁽⁵⁵⁾

2. 3. 1. 前提的考察として、陸と海では、権利を根拠づける論理の構成に相違があるかをみておく。相違があると主張する見解は、その理由として、次を挙げる。①陸については物理的な実効的占有が領域取得の重要な要因であるが、海については法的論理が重要な要因である、②陸地については、無主地か先行領有者からの取得になるが、海については、*res communis* からの権利の配分になる、③陸については、物理的占有や実効的支配に重みがあり、規範よりも事実が意義をもつ。海については（とくに現在の海洋法では）資源利用に重点があり、資源開発からの利益を実現するためには、世界市場が機能する必要がある、世界市場の機能とその利用のためには、事実よりも規範に従う必要がある⁽⁵⁶⁾。

それぞれの主張は、一定程度には該当するであろうが、一義的に、陸と海とで、権利を根拠づける論理の構成に相違を導くとまではいえない。むしろ、実効的先占、長期にわたる権限行使と他国による黙認⁽⁵⁷⁾などの要素を判断する際に、こうした相違がありうることを考慮すれば足りる。よって、以下では、主に歴史的権利につき主として海域を素材として検討するが、そ

(55) 歴史的権利の包括的検討として、Clive Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-Appraisal* (Brill, 2007).

(56) 陸と海とで、領域主権をめぐる論題を比較検討した文献として、Lea Brilmayer, Natalie Klein, "Land and Sea: Two Sovereignty Regimes in Search of a Common Denominator," *New York Journal of International Law and Politics*, Vol. 33 (2001), pp. 703 *et seq.* 同様の趣旨に基づく考察として、Irina Buga, "Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals," *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27 (2012), pp. 59 *et seq.*

(57) 意思を表すこの用語については、後述する。

の検討は、「必要な修正を加えて *mutatis mutandis*」であることはある程度において肯定されるものの、陸についても該当すると考えてよい。

2. 3. 2. 学説によっては、歴史的権利の分類基準と分類が提示されている⁽⁵⁸⁾。歴史的権利を法的な権利として論理構成するに際して、これらの分類に従って、論理構成そのものを区別しなければならないか、つまり、下記の分類に従って、異なる論理構成が適用されなければならないかという、論理の適用範囲の問題がありうる。けれども、論理構成そのものを区別する理由となる分類は考えにくい。むしろ、歴史的権利を取得するための要件の検討において、(特に)考慮される要因が、この分類基準において示されていると考えるとよい。

分類基準としては、次の例がある。

①権利の対象：陸か海か

権利の対象が、陸か海かによって歴史的権利として承認される要件は異なるかという分類基準である。上述のとおり、その区別により、論理構成を区別する必要はない。また、ILC が 1962 年に歴史的な水域について検討した際にも、その検討結果を陸地については適用しないといった限定は付していない。

島に関しては、次の点は留意すべきである。島は、陸であって、陸に対する歴史的権利を想定できる。他方で、島か岩かといった海洋特徴の国際法による定義は、海洋法に従うし、海洋特徴がどのような海域・海底を生み出すかも、海洋法に従う。海洋法である UNCLOS の 121 条は、島が（領海は「岩」でももてる）排他的経済水域、大陸棚をもつためには、「人の居住」を要件とする。陸の領域取得（の法）においては、支配者側の人の居住、あるいは、原住民に対する処理などが実効的支配の確立と継続のためには重要である。海洋法と（陸の）領域取得の法とが、同じ理由でこのような類似の要因を重視するかはわかりにくい。換言すれば、海洋法の観点から、「人の居住」が、なぜ島が EEZ、大陸棚をもつための要件になるのかと、領域取得の法

(58) 上注 56 の文献参照。

の観点から、なぜ、支配者側の人の居住、あるいは、原住民に対する処理などが実効的支配の確立と継続のために重要であるかは、それぞれ別個の理由によると考えられよう。

②主権ないしは(完全な・包括的)権利か部分的権利か

主権としての包括的な権利の主張か、それとも、主権には至らない、たとえば、通行権、漁業権といった権利の主張かという分類基準がある。通行権は陸地についてである。漁業権や鉱物などの資源を開発する権利は、海域・海底についてである。これらの「特定目的・機能」の権利が確立しているか、主張する国によって係る権利が獲得されているかについては、「排他性」が一つの決定的な要因となる。そうであるとすれば、(完全な・包括的な権利である)主権の獲得と比較して、歴史的権利を獲得するための要件の一つである「実効的権限の長期にわたる表示」の検討において、「排他性」を考慮すればよい。つまりは、「主権」と「主権に至らない部分的な権利」の場合とで、その獲得を説明するための論理構成を区別する必要はない。

③排他的な権利か

同じ陸地ないしは海域において、他国の同じ権利を排除するかしないかという分類基準である。②と密接に関連する。主権の場合には、「排他的」であることはそもそもその要素として包含されている。「特定目的・機能」をもつ権利においては、「排他性」は重要な要因になる。この点も、「実効的な権限の長期的にわたる表示」を検討するに際して考慮すればすむ。

④対世的権利か特定国との関係における権利か

歴史的権利を獲得するための要件の一つとして、「他国の反応」がある⁽⁵⁹⁾。その「他国」の範囲に関して、特定の利害関係国だけか、それとも、およそ国際社会の一般であるかについては、議論がありうる。特定の利害関係国の反応が、国際社会の一般からの反応よりも、相対的に重みをもつことはありえよう。この点を認識していればすむのであって、対世的権利か特定国の関係における権利かによって、その獲得を説明するための論理構成を区別する必要はない。

(59) その意思の要素が、黙認か、寛容か、黙示の合意か、という点は、後に検討する。

2. 4. 歴史的権利の成立要件

2. 4. 1. 1962年 ILC の歴史的な水域を中心とする検討では、歴史的権利の成立のために三つの要件の提示がある⁽⁶⁰⁾。それは、1951年漁業事件の ICJ 判決を踏襲しているといえる。それらは、①実効的な権限の表示、②他国の態度・反応、③長期にわたることである。

「決定的・重要利益 vital interest」は要件としては一般的に認められていない⁽⁶¹⁾。もっとも、「歴史的権利」と関連づけてはいないが、直線基線に関する 1958年領海条約 4条 4項、UNCLOS 7条 5項は、長期の慣行により証明される「経済的利益」の考慮を認めており（これは、1951年漁業事件の ICJ 判決よりの踏襲）、その点では、決定的に重要な利益の考慮が、一般国際法（領海条約、UNCLOS）により認められていると解する可能性は否定できない。概ね、学説及び判例においても、三つの要件に収束すると考えられる⁽⁶²⁾。

つづいて、個々の要件の検討にうつる。個々の要件の検討は、「その1（実効的な権限の表示）」（2. 4. 2.）、「その2（他国の反応）」（2. 4. 3.）、「その3（長期の継続性）」（2. 4. 4.）に分けて行う。

2. 4. 2. 個々の要件についての検討「その1」として、「実効的な権限の表示」に注目する。

上記 2. 3. 2. で、歴史的権利をめぐる分類論を確認して、その分類基準は、歴史的権利を主張するための論理構成そのものを区別することは要求しないが、歴史的権利の獲得のための要件を充足したかの検討において、考慮要因となりうることをみた。その点が、顕著に表れるのは、この「実効的な権限の表示」という要件においてである。いくつかの要素に分けて、確認していく。

第一に、「行為の主体」については、国内（法）制度の一環であること、

(60) ILC 報告書、para. 80.

(61) ILC 報告書、paras. 134-140.

(62) ILC 報告書が検討した学説等を参照。

国による行為であることが要求される。ILCの歴史的水域の検討においては、学説の総体として、このような結論が導かれている⁽⁶³⁾。1968年インド・パキスタン西部国境(Rann of Kutch)事件⁽⁶⁴⁾仲裁法廷の見解、2002年リギタン・シバダン事件⁽⁶⁵⁾でも、Pulau諸島について同様の見解がある。

第二に、実効的な権限行使として要求される内容・程度は、事例による(case by case)とされる⁽⁶⁶⁾。もう少し、きめ細やかにみていくと、陸と海とは異なるかという観点から、陸は実効的占有を物理的に行いやすいが、海(とくに遠海)では、実効的占有が必ずしも容易ではないことが指摘されている⁽⁶⁷⁾。

第三に、主権ないしは(完全な・包括的)権利の主張か部分的な権利の主張かにより異なるかという点で、主張する権利の内容(主権か、主権に至らない権利か)によって、証明すべき程度は異なるという考え方もあろう。主権の場合には、排他性は当然に包含する要素である。「特定の目的・機能」のための権利については、一層、排他性が重要な考慮要因になるといえようか⁽⁶⁸⁾。

たとえば、メイン湾事件⁽⁶⁹⁾でICJは、米国の伝統的漁業については、単に事実として顕著である(predominant)だけでは、(成立した)排他的漁業水域に対して、その法的な有効性(validity)を維持することはできないとしている⁽⁷⁰⁾。2001年カタル・バーレーン事件⁽⁷¹⁾でも、バーレーンの真珠漁

(63) ILC 報告書、para. 95.

(64) The Indo-Pakistan Western Boundary (Rann of Kutch) between India and Pakistan, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XVII (1968), p. 416.

(65) Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/ Malaysia), Judgment of 17 December, 2002, *ICJ Reports*, 2002, p. 625.

(66) 同様の趣旨として、Island Palmas Case (Netherlands/ U. S. S.), Award of April 4, 1928, *Reports of International Arbitration Awards*, Vol. II (1949), pp. 840, 867.

(67) 上注56の文献を参照。

(68) この点に関連して、海洋においては、広大な海域に対して実効的に物理的な支配を及ぼすことは容易ではなく、諸国はむしろ海洋資源に対する法的権利の排他性に依拠することになるという指摘もある。Brilmayer and Klein, *supra* n. 56, p. 735.

(69) *Supra* n. 10.

(70) *Ibid.*, para. 235.

(71) *Supra* n. 49, para 236.

業についての権利は、境界画定において特別な事情として考慮されなかった。ICJは、バーレーンの権利は、「排他的で、準属地的（領域的）権利」として、成立していないので、というのがその理由であった。

第四に、対世的権利と特定国との関係における権利とでは異なるかという点で、対世的に権利を主張する場合の方が、特定国との関係において権利を主張する場合にくらべて、「実効的な権限の表示」の要件の充足基準が高くなると考えられるであろうか。それとも、この分類基準は、次にみる「他国の反応」に関わるだけであろうか。この点を、「他国の反応」に関わる限りで考察する。

他国に認識される行為であること、公開されていること（秘密行為ではだめ）という点に関しても、次の「他国の反応」の要件において検討することができよう。

2. 4. 3. 個々の要件の検討「その2」として、「他国の反応」をとりあげる。

2. 4. 3. 1. 実践や ILC の検討だけではなく、学説をみても、歴史的権利の獲得のためには、一方的な権利主張だけでは不十分であり、他国の反応が要件になっている。「他国の反応」それ自体を検討する前提として、歴史的権利と一般国際法との関係に係る論理構造について確認しておく。

先に述べたように、歴史的権利を一般国際法に対する「例外」として主張をするか、それとも、歴史的権利は一般国際法（条約の場合も慣習国際法の場合もある）の適用の一環であることを主張するか、二つの可能な論理構造がある⁽⁷²⁾。そのいずれを適用するかによって、他国の反応を要件とするか否かが変わる。一般国際法の適用であるとして歴史的権利を一般国際法の範囲に包含するのであれば、とくに、他国の反応は不要である。

もっとも、ILC の検討では、漁業事件判決と同じく、一般国際法の適用の中に歴史的権利を包含する立場をとるが（一般国際法への「例外」として歴史的権利を説明する論理構造を採用する学説への批判や疑問が随所にある）、歴史

(72) 2. 2. 2.

的権利の獲得のためには、他国の反応という要件が必要であるとしている⁽⁷³⁾。論理的には、一般国際法の適用の範囲ではあるが、個別具体的な事情を考慮することの一環として、歴史的権利を位置付けて、歴史的権利を獲得するためには、一定の要件の充足を求めるという説明はできなくはないかもしれない⁽⁷⁴⁾。

ILCの結論としては、漁業事件のICJ判決を確認して、“general tolerance of international community”が要件であるとしている⁽⁷⁵⁾。ここで、「特定の利害関係国」ではなく、国際社会の諸国の反応であり、その一般的 tolerance を要件とする、という点については後述する。論理的には、「実効的権限の表示」も「長期」といういずれの要件においても、歴史的権利の主張が、一般国際法に対する例外か、それとも、一般国際法の適用であるかという議論は、関わりうる。しかし、実際にこの問題がもっとも顕著に表れるのは、他国の反応という要件との関連においてである。

漁業事件判決では、ノルウェーの直線基線方式が、ICJが設定した三つの要件を充足しているのに、そのことの認定にとどめずに、加えてICJは、
a. 特定関係国であるイギリスの反応、さらには、b. 国際社会一般から抗議を受けていないことを確認したことが注目される⁽⁷⁶⁾。一方で、とくにa. の点については、ICJは、イギリスとノルウェーの紛争解決の機能を果たすとともに、他方で、とくにb. の点については、一般的に国際社会に向けて、ノルウェーの直線基線方式の国際法適合性を宣言する、つまり、ICJは法宣言機能ももつことに鑑みると、ある程度は理解できる。

また、ICJは、一般国際法の適用であり例外ではないという論理を採用しながら、イギリス、さらには、国際社会の一般的な寛容・抗議の不在を検討している。つまり、「他国」の範囲として、イギリスだけではなく、国際社会一般の寛容・抗議の不在を検討している。それに鑑みると、1962年ILC

(73) ILC 報告書、para. 80.

(74) その場合、本稿の用語でいえば、歴史的権利と国際法の規律事項との関係を規律する一般国際法の中に、歴史的権利それ自体に関する国際法が含まれるといえよう。

(75) ILC 報告書、paras. 120, 132.

(76) *Supra* n. 7, pp. 136-139. Kanehara, *supra* n. 6, pp. 24-25.

の検討は、歴史的権利を一般国際法の適用の一環として位置づける立場をとるが、歴史的権利の獲得のためには、「国際社会一般の寛容 (tolerance)」を必要としている。これは、漁業事件判決を踏襲したものかといえるかもしれない。

こうした考察を前提として、「他国の反応」のいくつかの要素をみていく。

2. 4. 3. 2. まず、「他国の反応」として求められるものは何であろうか。それは、黙認 (acquiescence) か寛容 (tolerance) であろうか。

ここで確認したように、歴史的権利を一般国際法に対する「例外」であるとすれば、他国の反応が必要となる。しかし、他国の反応として黙認 (acquiescence) や承認 (recognition) を要求するのであり、かつ、これらが他国の「黙示の合意 (tacit agreement)」といえるのであれば、そもそも、歴史的権利という主張をする必要はない⁽⁷⁷⁾。他国の「合意」によって、当該権利の主張の法的効力を獲得できるからである。これは、国際法の根本原則である合意原則が導く法的結果である。

そこで、「例外」説をとる学者は、積極的な承認、つまりは、合意とは区別される、寛容 (tolerance) や不作為 (inaction) といった、「弱い・消極的な (つまり、合意には至らない)」程度の他国の反応を要件とすると説明をすることがある。そして、その程度の他国の反応を求めただけならば、歴史的権利は一般国際法の適用の範囲であると説明する場合と、実質的な相違は減少する、という指摘がなされてもいる⁽⁷⁸⁾。

この他国の反応に関しては、「他国」の範囲の問題、特定国か国際社会一般かの問題が関わってくる可能性がある。「対抗力」の意味は後述するが、それに先立ち、対抗力の語が有用である具体的な場面を挙げておく。

特定の利害関係国に対して、歴史的権利が対抗力をもつためには、かかる特定利害関係国の反応 (積極的なものであれ、消極的な inaction のようなものであれ) は、歴史的権利の獲得のために必要である。これは、いわば、「一

(77) ILC 報告書、para. 107.

(78) ILC 報告書、para. 109.

一般法」に対する「特別法」の区別の論理ととらえて、一般法に対して、二国間(ないしは地域)の特別国際法を対置する論理と同じである。あるいは、「対抗力」を「合法・違法性」とは異なる法的効果を語る概念として両者を区別して、このように論理構成できるともいえる。その場合、「他国の反応」の要否は、「対抗力」と「合法性」とで次のように区別される。

一方で、特定の利害関係国と歴史的権利の主張国との間で、「対抗力」として歴史的権利の成立を説明するためには、特定の利害関係国の反応が必要である。しかし、他方で、歴史的権利について、対世的に効力を主張しないのであれば、つまり、「合法性」を主張しないのであれば、特定利害関係国以外の国について、その反応は要件とはならない。

海洋境界画定の場合と、陸に関する領域主権の場合とでは、特定の他国との関係が意義をもつ程度が異なるということがいえるかは、検討に値しよう。メイン湾事件では、一方で、米国の歴史的漁業権について、「他国の反応は、抗議の不在だけでは十分ではなく、合意と解することのできるような、黙示の合意に匹敵する行為が必要」としている。他方で、対世的な効果をもつ歴史的権利については、歴史的権利の主張について、国際社会一般の肯定的反応が必要であるとする⁽⁷⁹⁾。

漁業事件で、ICJがノルウェーの直線基線方式は、「一般国際法の適用であり、一般国際法への例外ではない」という論理を採用して、一般国際法の内容と解されるような、三つの基準を宣言した。その三つの基準を、ノルウェーの直線基線方式が充足していることを認定したにもかかわらず、それにとどめず、ICJは、紛争当事国である(特定利害関係国である)イギリスの反応も、さらには、国際社会による抗議の不在をも確認している。前者のイギリスとの関係におけるノルウェーの直線基線方式の効力については、英語版では *opposable* という表現はないが、フランス語版では、*opposer* という用語が用いられている⁽⁸⁰⁾。チュニジア・リビア事件でも、リビアは、チュニジアの直線基線は、リビアには「対抗できない (*not opposable*)」と主張して

(79) *Supra* n. 10, para. 129.

(80) *Supra* n. 7, p. 138, in French.

いる⁽⁸¹⁾。

2. 4. 3. 3. 本稿の用語として、「対抗力」の語が有用である理由を含めて、その意味をさらに明らかにしておく。「対抗力」という用語は、「合法・違法」とは異なる法的効果を示す概念として用いることができる。それにより、次のような状況を説明することができる。

第一に、他国が特定国の場合には、他国が否定的な反応をすることによって、歴史的権利の成否が判断されるというのは、歴史的権利を主張する国の「一方的な主張」によっては歴史的権利の成立を認められないのに、「特定の」他国だけの反応によって、歴史的権利の成立(歴史的権利が合法となること)が否定されるということとの、バランスを欠くともいえる⁽⁸²⁾。他国の反対の効果をなにごしか認めつつ、かつ、他国「だけ」が、権利の成否を決定できないという点を維持するためには、「対抗力」という概念を使うことが有用と考えられる。それは、次のように対抗力の語を用いることによってである。

特定の他国が反対の意思表示をした場合には、それは、当該他国に対する「対抗力」が否定されると解する、すなわち、歴史的権利が、「違法」であるとはまでは言えないとする。この場合、「対抗力」は、「合法・違法」という法的効果とは異なる法的効果を示す概念となる。そして、特定の他国との関係で、「対抗力」が肯定されるあるいは否定されるとしても、当該歴史的権利が、合法性を獲得する可能性を残しておく。そうすることで、歴史的権利を主張する国の「一国」の主張だけで、歴史的権利は成立しない(合法的な権利

(81) *Supra* n. 22, para. 105.

(82) 実際には、特定の(諸)国が、いわば「他の国々を代表して」、歴史的権利に対する反応を示しているということがある。あるいは、特に利害関係を持つ国の反応は、実際上の重みをもつことも否定できない。しかし、国際法における主権国家の平等原則のもとでは、法的な論理として、そのような「特別な地位」を特定の国に認めることはできない。よって、「特定の他国」の反応だけによって、合法性・違法性が決定されるような理論構成は不適當であろう。そうではなくて、「特定の(利害関係)国」の反応を含めて、国際社会の一般的範囲の諸国の反応を要件とする理論構成がありうる。これは、北海大陸棚事件でICJが一般慣行の要件に関して用いた論理である。*Supra* n. 34, para. 73.

にはならない)と同時に、他国による反対の意思表示「だけ」でも、かかる歴史的権利の成否を決定する(違法とする)ことはできないとして、両者のバランスをとることができる。

第二に、「他国」が「国際社会の一般的範囲の諸国」である場合には、他国による抗議や否定的反応により、歴史的権利の「合法性」が否定されると解することができる。

歴史的権利成立のための第一の要件である実効的な権限行使が確立していないのに(たとえば、十分に実効的ではない権限行使が行われている、散発的に私人と国家の行為があるのみ、など)、他国が肯定的に反応をしても、当該他国との関係で、歴史的権利が「対抗力」をもつ可能性は否定できない。けれども、かかる他国(だけ)の肯定的な反応によって、国際社会の一般的な範囲の諸国との関係で、「合法性」を伴った歴史的権利を確立させることはできないといえる。

論理的な可能性だけを考えれば、国際社会の一般的範囲の諸国との関係において、「対抗力」が生じ、特定の利害関係国との間に「合法」という法的効果が生ずるとする場合もある。しかし、これは、実際には考えにくいので、論理的な可能性の指摘だけにとどめる。

ここでは、「対抗力」を、「合法・違法」とは異なる法的効果を示す概念として用いている。これに対して、あまねく一般的範囲の諸国に対する法的効果を「合法性」とよんでいる。これらを、後述(2. 4. 3. 4. および2. 4. 3. 5.)のように、二国間(地域)国際法(特別国際法)と、一般国際法との区別によって処理することもできる。

2. 4. 3. 4. もう一つの「対抗力」の意味としては、一般国際法の効力に対して、特別国際法の効力を語る概念と考えることもある。

上述のように、歴史的権利を、「対世的権利」と「特定の国に対する権利」に分ける学説がある。両者のいずれをも、歴史的権利の「合法性」を想定して論ずるとすれば、「対世的権利」の場合は、「一般国際法上の歴史的権利」であり、「特定の国に対する権利」の場合は、「特別国際法上の歴史的権利」ということになろう。この見解によると、「特定の国に対する権利」の場合

は、歴史的権利は、特定の国の「黙示の合意」により確立し、「対世的権利」の場合には、「慣習(法)」により獲得されるという。必ずしも説得的ではないが、そこに、そもそも「1国だけ」の歴史的権利の主張や行使によって、一般慣行 (general practice) は成立しないのであって、慣習法とはいえないという理由があるかもしれない⁽⁸³⁾。

「特定の国に対する権利」と「対世的権利」という両者を同じく「合法性・違法性」という法的効果を語る概念とする観点から歴史的権利をみるとき、次のように、「対抗力」と「合法性」という概念を対比させることができる。つまり、対抗力は、特定の国との関係で歴史的権利の「合法性・違法性」を語る概念であり、「合法性」は、国際社会一般の諸国との関係で歴史的権利の「合法性・違法性」を語る概念である。

「黙示の合意と慣習法」、「二国間・特別・地域的慣習法(特別法)と一般慣習法(一般法)」、「対抗力と合法性」などについて、学説は一義的ではない。けれども、いずれにせよ共通の問題意識は、歴史的権利が、特定の国との間でもちうる法的効果と、国際社会一般に対してもちうる法的効果を区別して語ることを一つの目的としている点にある。

これに関連して、ILC 報告書では、歴史的権利を一般国際法への「例外」として論理構成する場合には、「特定の利害関係国」の反応に重みを与えることは、論理的に整合しないという指摘がある⁽⁸⁴⁾。ここにいう「一般国際法」は、国際社会のすべての国が拘束される一般国際法であり、それに対する「例外」に対しては、国際社会のすべての国が等しく、反応する機会と利害関係をもつという意味に解することはできよう。

この論理を貫けば、歴史的権利は、特定の利害関係国の反応によって、特定利害関係国に対する対抗力を獲得する、という説明の余地はなくなる。しかし、ILC 報告書の見解とは異なり、歴史的権利を一般国際法の権利として、国際社会一般の諸国に、歴史的権利の主張に対して反応する機会と利害関係を認めるとしても、実際上では、利害関係をもつ特定の国の反応に重み

(83) 類似の検討として、ILC 報告書、paras. 102, 116-117.

(84) ILC 報告書、para. 118.

と認めることは、必ずしも排除されない⁽⁸⁵⁾。

2. 4. 3. 5. 黙示の合意と慣習国際法は、法実証主義の学者において、両者を同一とみる見解があるが、それを採用しない限り両者は区別される。

歴史的権利の主張に関する他国の反応において、寛容 (tolerance)、不作為 (inaction) 黙認 (acquiescence) や承認 (recognition) がある場合には、慣習国際法の成立要件の一つである、法的確信の要件を充足していても、そのような歴史的権利に関する慣習国際法の成立を認めることはできない。なぜなら、慣習国際法のもう一つの要件である、一般慣行 (general practice) が成立するためには、一国の(一つの)、歴史的権利の主張と実行だけでは不十分であるからである。一定の数の国が歴史的権利を主張し実行しており、その歴史的権利の内容において、最大公約数を同定できれば、そして、そのような内容の歴史的権利が、国際社会の法的確信に支持されれば、その歴史的権利が慣習国際法になるといえる。その場合、歴史的権利は、一つの「領域権原」になるだろうか。ここでは、特定の歴史的権利についての慣習国際法を議論することはできるが、およそ一般的に、歴史的権利が領域権原となること、その場合の歴史的権利の定義と要件等を定める慣習国際法を議論できるわけではない⁽⁸⁶⁾。

この点で、ILC 報告書は、国際的反応を通じて、国家慣習 (national usage) から国際慣習 (international usage) に移行するという⁽⁸⁷⁾。ILC が、歴史的権利を「一般国際法の適用」として論理構成していることからすれば、歴史的権利が国際慣習 (international usage) になり、国際慣習 (international usage) とは、慣習国際法という意味であるのか。そうであるとすると、一国の歴史的権利の主張が、他の国においても同様の行為を誘発したことを international usage と表現するならばわかるが、一国(だけ)の歴史的権利の主張が、国際社会の一般の諸国の反応において寛容 (tolerance) を得たとしても、慣習国際法の要件である一般慣行 (general practice) が成立しているわけではない

(85) ILC 報告書、paras. 117-118.

(86) 歴史的権利が領域権原になるかという議論は、本稿の第4節で検討する。

(87) ILC 報告書、paras. 102-105.

ので、慣習法の意味で、international usage になるわけではない。

2. 4. 3. 6. 歴史的権利の成立のために、他国による黙認 (acquiescence) を要件とし、黙認 (acquiescence) が「黙示の合意」と同じであると解されれば、そもそも、他の要件は不要になるだろうか。同様に、歴史的権利の主張に対して、他国から反対 (抗議と同じか、明確な反対の意思表示ということになるか) があれば、合意原則に従い、「合意原則」の裏返しとして、「合意の欠如」であるという理由で、かかる歴史的権利は否定されるといえるのだろうか。

他国の(黙示の)合意があれば、合意を根拠として、歴史的権利は法的効果をもつ。そう考えれば、歴史的権利が充足すべき他の要件は、意味を失う⁽⁸⁸⁾。

領域紛争解決において、他国の合意(条約、黙示の合意)は、「決定打」となり、それがあれば、他の要素に関わらず領域主権は決定されるといえるのであろうか。それとも、合意も、領域主権の決定においては、「一つの要素」として考慮されるにすぎない要素となり、合意原則の相対化がありうるか。領域紛争の解決基準となる国際法では、国際法の根本的な原則である「合意は拘束する」が、変更・緩和・相対化されるという可能性はあるのであろうか。これについては、第4節で、あらためて取り上げる。

2. 4. 4. 個々の要件の検討「その3」として、長期の継続性に簡単にふれておく。ここにいう長期の継続性とは、特定国により行為が反復されることである。なお、慣習 (usage) は、裁判実践等で、多様な用語で語られている。たとえば、“continuous usage of long standing,” “international usage,” “established usage,” “continued and well established usage”などがある。

慣習と類似の概念としては、古来の権原 (ancient title) や原始権原 (origi-

(88) ILC 報告書、para. 107. 取得時効を否定して、歴史的権利を黙示の合意を要件として認める見解として、ZHANG, Zuxing, “Deconstruction of the Notion of Acquisitive Prescription and Its Implication for the Daiyou Islands Dispute,” *Asian Journal of International Law*, Vol. 2 (2012), p. 328.

nal title)がある。2008年ペドラ・ブランカ事件において、当事国は、歴史的権原(historic title)の主張を行ったが、ICJは古来の原初権原(ancient original title)の語を用いた⁽⁸⁹⁾。漁業事件判決から想を得ているとされるが、2001年カメルーン対ナイジェリア事件では、ナイジェリアがhistorical consolidationを主張したが、ICJは、highly controversialとした⁽⁹⁰⁾。さらに、エリトリア・イエメン事件で、イエメンの歴史的主張に関しては仲裁法廷により、原初の(original)、伝統的な(traditional)、原初の歴史的権原(original historic title)という用語が用いられている。仲裁法廷は、”a historic title…that has been created, or consolidated, by a process of prescription, or acquiescence, or by possession so long constituted as to have become accepted by the law as a title”と言及している⁽⁹¹⁾。ILC報告書は、歴史的権利の主張が、長期にわたる先占の法的結果を強化するために用いられるときは、古来の権原(ancient title)の語が適当であるとする⁽⁹²⁾。

以上、第2節では、国際法とは異なる主張でありながら、国際法上の根拠があるとか、国際法上の権利であるといった主張が行われる典型的な例として、歴史的権利をめぐる議論を考察した。そうした、主張に対して国際法がどのように妥当性を確保するか、言い換えれば、そうした主張をいかなる要件で国際法の世界に取り込むかを検討した。

第2節は、歴史的権利と国際法との関係に係る論理構造の考察に焦点をあてた。そこで、第3節では、国際法が人・ものや事実・行為に規律を及ぼし妥当性を確保することに関わる要素、とくに、国家の意思の要素と時間的要素に焦点をあてて、尖閣諸島という特定の文脈において、具体的な検討を行う。

(89) Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/ Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/ Singapore), Judgement of 23 May, 2008, *ICJ Reports*, 2008, paras. 42, 75, 290. 以下、ペドラ・ブランカ事件と記する。

(90) Affaire de la Frontière Terrestre et Maritime entre le Cameroun et Nigéria (Cameroun/Nigéria; Guinée Équatoriale ((intervenant)), Arrêt du 10 Octobre 2002, *C. I. J. Recueil*, 2002, para. 65. 以下、カメルーン・ナイジェリア事件と記する。

(91) *Supra* 47, para. 106.

(92) ILC 報告書, para. 71.

3. 法との関係の決定に係る主要素：意思・時間

3. 1. 「国際法」

本稿は、一貫して、国際法の妥当性に関わる論題をとりあげている。尖閣諸島問題については、そもそも適用のある「国際法」についての議論がある。そこで、まず、前提としてこの問題から考察する。尖閣諸島については、「島」と表記する。

3. 1. 1. 中国は、次のように主張する。14世紀（明朝）から19世紀にかけて「島」は無主地ではなかった、「島」に対して中国の「歴史的権原」が成立しているという⁽⁹³⁾。かつ、中国の尖閣諸島への権限行使の証明として、たとえば、冊封使録や、航路の目的としての「島」の利用、「黒水溝」で「過溝祭」の実施、海上防衛区域を設定する地図に「島(の一部)」が含まれること、漁民による漁獲、西太合の詔書などをあげる。それは、日本の無主地先占の主張に対抗して、「無主地」ではなかったことを主張するためである。

3. 1. 2. ここで対置されるのが、「西欧国際法」と「(伝統的)東アジア世界⁽⁹⁴⁾秩序」である。用語としては、日本の国際法受容の歴史を語るとき、通常は、「近代欧州国際法 (Modern European International Law)」ということが多い。しかし、「島」に関する中国の文献では、「西欧国際法 (Western International Law)」という記載が多くみられ、それは、「(伝統的)東アジア世界秩序 (Traditional East Asian World Order)」と対置されている。この点は、

(93) 本稿では、総称として「歴史的権利」を用いている。歴史的「権原」(title)を意味することが明確である場合には、「歴史的権原」と記する。

(94) 東アジアにおいて、近代欧州におけるのと同じ意味で「国家」や「主権国家」が存在してはいなかったため、また、「法」に関する観念も相違していたので、その相違を示すために、「国際」「法」ではなく「世界」「秩序」とする。

中国、台湾の学説と同じであり、さらには、韓国の学説でも”a legal concepts or a legal regime on territorial acquisition in East Asia”⁽⁹⁵⁾といった表現が用いられている。本稿では、こうした表記に倣う。

3. 2. 時際法と決定的期日との関係⁽⁹⁶⁾

西欧国際法か東アジア世界秩序か、いずれの適用があるかを決定する際には、時際法と決定的期日の法理が関連する。本節の検討に関わる範囲で、これらを検討する⁽⁹⁷⁾。

決定的期日の一つの意義として、決定的期日の時点で、適用のある法を紛争の解決基準として決定できることがあげられている⁽⁹⁸⁾。

決定的期日は、紛争の「きっかけ」⁽⁹⁹⁾の時点であるとか、紛争の「具体化(crystallize)」⁽¹⁰⁰⁾の時点であるとされる。

(95) Seokwoo Lee, “Territorial Disputes among Japan, China, and Taiwan Concerning the Senkaku Islands,” *International Boundaries Research Unit*, Vol. 3, Number 7 (2002), p. 9.

(96) 本稿では詳細にふみこまないが、時際法について、パルマス島事件判決の理解は特徴的であり、かつ、領域紛争の文脈を越えてその後の議論や実践に影響をあたえている。Supra n. 66. 同様に、本件に対する批判であるジェサップの見解も、後の議論に影響を与えている。Phillip C. Jessup, “The Palmas Island Arbitration,” *American Journal of International Law*, Vol. 22 (1928), pp. 735 et seq.

(97) 決定的期日に関する包括的な検討として、たとえば、酒井啓亘「領域紛争における『決定的期日』の意義—国際司法裁判所の裁判例を中心に—」岩澤雄司、岡野正敬編集代表『国際関係と法の支配(小和田国際司法裁判所裁判官退官記念)』(信山社、2021年) 147 - 180 頁。

(98) 松井芳郎「尖閣諸島について考える—国際法の観点から：1・2・3・4」『法律時報』85巻(2013年)1号、70 - 78 頁、同2号、64 - 73 頁、同3号、55 - 65 頁、同4号、70 - 76 頁。

(99) 紛争の「発生」という表現もありえようが、「発生」というと、紛争が生じておりかつ紛争がある、というニュアンスがある。それよりも前の段階で、ある行為や事実によって、紛争当事国の対立的な行為のきっかけや契機になるという意味で「きっかけ」とする。

(100) 後述のように、マンキエ・エクレオ事件判決で、ICJ は、紛争の”crystalize”という表現を用いた。この語につき、松井前掲、注98にならい「具体化」と訳す。フィッツモーリスは決定的期日として、①紛争の開始(commencement)の日、②①と必ずしも同じではないが対立する(challenging)国あるいは原告が、最初に明確に領域に対する請求を行った日、③①や②と一致するとは限らないが紛争が、領域主権に関する(紛争)当事国間で明確に問題(issue)へと「具体化(crystallized)」した日を含めて、六つの可能

これについては、二つの疑問がある。具体的に尖閣諸島の問題に即して説明する。

第一に、決定的期日は、時際法との連動により、一義的には、紛争の解決基準を決定しないのではないかという疑問である。かりに、決定的期日が決定されたとしても、その決定は、紛争の解決基準を一義的ないしは完全には決定しないことがあるのではないかということである。「島」が「無主地であったか否か」を争点とする紛争であれば、そして、決定的期日を紛争の「きっかけ」の時点とすれば、決定的期日を 1895 年の閣議決定の時点とする可能性がある⁽¹⁰¹⁾。是非はともかく、そうであるとすると、1895 年当時の法によって、無主地か否かを決定することになる。

しかし、中国の歴史的権原の成否を決定するための法は、西欧国際法ではなくて東アジア世界秩序であるとして、1895 年の時点の法だけではなく、「それよりも以前の、14-19 世紀の」法も適用される必要がある。この期間の中国の主張や行為を評価するのは、この時期の法であるからである。決定的期日よりさかのぼって、時際法によって過去の法を適用とすると考えることはできるかもしれない。あるいは、「複数の」法が適用されると考えることもできるかもしれない。そういう場合も含めて、決定的期日は、紛争の解決基準を決定すると評価することは不可能ではないかもしれない。しかし、それならば、紛争の成立をめぐる諸時点の決定を詳細化すればすむのであり、それと時際法を組み合わせれば、適用法は決定できる。よって、決定的期日の法理をわざわざ導入する必要はない。

第二に、そもそも決定的期日それ自体が一義的には決定されえないのではないかという疑問である。日本の公式見解とは相違するが、仮に、日中間に「島」に関する「紛争」があると仮定すると、日本の閣議決定の時点、つまり 1895 年の時点では、中国が「無主地ではない」という主張はしていない。日本の閣議決定の前後で、中国は、(日本の主張に対抗する) 権利主張もしていないし、抗議も不在である。よって、1895 年は紛争の「きっかけ」の時

性を挙げる。Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4," *British Year Book of International Law*, Vol. 32 (1955-1956), pp. 23-24.

(101) *Ibid.*, p. 30.

点とはいえるかもしれないが、その時点で、紛争は「具体化(crystallize)」してはいない。紛争の具体化の時点を決定的期日とすると、中国が「島」に対する主権を主張し始めた1970年ごろになるのではないか。しかも、紛争の「具体化」も必ずしも明確な概念とは言えないという指摘もある⁽¹⁰²⁾。つまり、個々の紛争に即して、かつ、柔軟性を残す「具体化」という基準を適用して決定的期日が特定されるとすれば、その意味で、決定的期日は相対的である。さらに、裁判実践では、決定的期日を特定しながらも、それ以降の行為や事実の考慮を完全には排除しておらず、その意味で、決定的期日の効果もまた相対化している。

第一と第二の疑問があるため、決定的期日と時際法の法理を適用しても、紛争の解決基準は、一義的には決定されえないのではないかと考えられる。よって以下では、尖閣諸島問題に即して、西欧国際法の適用あるいは東アジア世界秩序の適用を想定し、また、西欧国際法以外の法の適用に対して、裁判所が示す態度を探ることにする。

3. 3. 尖閣諸島に即した検討

これまで考察したことを、「島」に当てはめて、適用のある法とそれに関わる論点を検討する。もっとも、中国の主張に伴う証拠の価値を否定できれば、「西欧国際法か東アジア世界秩序か」の問題に入る必要はない。

3. 3. 1. 中国の主張する、14-19世紀における中国の行為は次のように評価できる。まず、西欧国際法の適用を想定してみる。

第一に、当時の「西欧国際法」を適用すれば、当時の「発見—先占(discovery-occupation)」の法理を適用することになる。そこで、「発見だけで権原が成立するか」が議論されうるが、発見だけで権原が成立することを、学説は認めていない。発見によっては「未成熟(inchoate)の権原」の成立のみであり、合理的期間内に実効的支配により補足されるべき、という見解である⁽¹⁰³⁾。

(102) 酒井「前掲論文」(注97)159-162頁。

もつとも、「発見—先占」の法理を適用しても、「先占」の要件である実効的支配は、かかる土地（無人の地）の性質に鑑みると、論理はともかく、少なくとも無主地の性質によっては、象徴的な主権主張だけで「実効的支配」と認められ、先占が成立するとされる。そうであれば、それは、発見により領域権原を認めることと、実際上は、あまり相違しないといえよう。

この点で、たとえば、パルマス島事件で仲裁判決は、実効的支配として必要になる行為の程度や態様について、時と場所の条件に応じて相違しうることを認めている。接近困難な無人島については、国家権力のわずかな行使だけで実効的支配と認められる⁽¹⁰⁴⁾。クリッパートン島事件では、フランスの発見は、「象徴的な併合行為」を伴っていたことを確認するとどめている⁽¹⁰⁵⁾。当時の西欧国際法によれば、「実効的支配」について、柔軟な判断が認められる。

そこで、日本が中国に対して反論するためには、a. 当時の「西欧国際法」を適用して、かつ、b. 「実効的支配」の程度や態様については、時と場所における柔軟な判断を認めるとしてもなお、上記の中国の行為や活動は、実効的支配には該当しないとイえる必要がある。この点の検討は、ひるがえって、日本が1985年に無主地先占により領域権原を獲得したと主張する場合の、「実効的支配」の程度の問題に密接に関わってくる⁽¹⁰⁶⁾。

(103) パルマス島事件、*supra* n. 66, p. 846. August Freiherr von der Heyte, “Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law,” *American Journal of International Law*, Vol. 29 (1935), pp. 452-457; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed (Oxford University Press, 2003), p. 139.

(104) *Supra* n. 66, p. 840. これは、本件において、領域紛争について、紛争当事国間で、「相対的に」強い主張を支持するという方針をとっているからである。 *Ibid.*, pp. 869-870.

(105) *Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island (France/ Mexico)*, Decision of January 28, 1931, *American Journal of International Law*, Vol. 26 (1932), p. 394.

(106) 1985年の閣議決定後、標杭の設置は著しく遅延しているし、閣議決定の時点で、日本政府が先占をいかに理解していたか、また、閣議決定の時点で、実効的支配が成立していたと考えていたのか、「暫定的所轄」とみなしていたのではないかとといった点には、注意が必要である。

3. 3. 2. では、西欧国際法の適用を否定するといかなる法を適用することになるのでしょうか。「東アジア世界法秩序」というが、当時のその内容を確認することになる。筆者にそれを論ずる力量はないので、論点の提示にとどめざるを得ない。

3. 3. 3. 国際裁判実践では、「西欧国際法」以外の法（の適用）に対して、どのような態度が示されているであろうか。

たとえば、パルマス島事件では、(西欧国際法の主体とは認められていない) 現地の首長との契約は、国際法上の条約とは認めないものの、間接的な効果があるとしてそれらを考慮した⁽¹⁰⁷⁾。西サハラ事件勧告的意見⁽¹⁰⁸⁾では、ICJは、社会的・政治的組織を持つ種族や人民が居住する場所は、無主地とはみなされないとし、スペインは西サハラに対する権原を、現地の支配者との合意によって獲得したと認めている。当時の首長国 (l'Etat chériffien) は、(西欧国際法にいう)「領域」ではなく、しかし、モロッコが西サハラに対して主権を実効的に行使していたかについての評価を行わざるをえないとする⁽¹⁰⁹⁾。

マンキエ・エクレオ事件では、以下の点が注目されている⁽¹¹⁰⁾。同事件判決は、概要、次のように判示した。すなわち、フランスとイギリス(中世の条約、特許状、法令などに依拠した主張)の「歴史的論争」を解決する必要はない、原始的な封建的権原は、置き換えられた(replaced)時点の法に従って有効な別の権原によって置き換えられたものでない限り、現在(today)では、いかなる法的効果も生じない、ということである⁽¹¹¹⁾。

この言及を踏まえて、学説では、「(日本や中国のような19世紀にヨーロッパ西歐世界秩序-表記は当該文献による-に参入することを強制された) 諸国

(107) *Supra* n. 66, pp. 858-859.

(108) Sahara Occidental, Avis Consultative du 16 Octobre, 1975, *C. I. J. Recueil*, 1975, p. 12.

(109) *Ibid.*, paras. 79-81, 144, 162.

(110) The Manquies and Ecrehos Case (France/ United Kingdom), Judgment of November 17th, 1953, *ICJ Reports*, 1953, p. 47.

(111) *Ibid.*, p. 56.

は、東アジア世界秩序の枠内で獲得したとされる領域権原を、『置き換えの時点の法に従って有効な別の権原』すなわち当該領域に対する実効的支配によって置き換えなければならない、...』とするものがある⁽¹¹²⁾。

しかし、ICJは、11世紀からの事実を検討して、そこからは、結論を導くことはできない、と述べている⁽¹¹³⁾。その点を、11世紀からの中世において、「その時点での（国際）法は、適用しないとか検討しない」、というICJの立場表明とは解しにくい。また、フランスもイギリスも、中世より近代、現代にいたるまでの様々な証拠を提出している。よって、上記の箇所は、「中世の法に代えて、主権を根拠づける、現代の国際法によって、証拠を評価する」、つまり、「中世の法は適用しない、中世の法による領域取得の判断は、無用である。現代に有効な法を適用して決定する」という意味には必ずしも読むことはできない。

ICJは、決定的期日を1888年ごろに設定した。ICJは、むしろ、この時期に至る証拠を検討して、主権の所在について結論している。換言すれば、マンキエ・エクレオ事件判決は、中世の（国際）法を排除しているわけではない。その時々（国際）法については特に明確には論じてはいないのは事実である。しかしICJは、イギリスとフランスが提出した証拠を、つまり、決定的期日に至る両当事国の行為に関する証拠を検討して、領域主権の所在に関する結論を導いていると解される。そうであるならば、本件判決は、「（近代）西欧国際法」とは異なる法の適用に対して、制限的あるいは否定的な方針を示したとまではいえない。つまり、マンキエ・エクレオ事件は、決定的期日と時際法に関わる事例ではあるが、「西欧国際法」とは異なる法の扱いについて、明確な指針を示した先例とはいえない。

上記に示した「置き換える（replace）」という表現に重みを認めれば、そして、「現在の（today）」の意味にもよろうが、この判決が、西欧国際法とは異なる法の適用に対して消極的であるという解釈もできるのかもしれない。しかし、「置き換える（replace）」とは、その時点で有効な法を適用するとい

(112) 松井前掲論文2（注98）、67 - 68頁。

(113) *Supra* n. 110, p. 55.

う意味にも読めるのであり、そうであれば、まさに時際法の法理がここに反映されていると解することができるのである。

エリトリア・イエメン事件⁽¹¹⁴⁾では、仲裁合意2条が、「領域主権に関して、… とりわけ歴史的権原 (historic title) に基づいて、決定する」と規定していた。それに基づいて、仲裁法廷は、イスラム法概念を検討した。また、伝統的な漁業制度の保存を確保するように主権を行使すべきことを判示した⁽¹¹⁵⁾。もっとも、これは、仲裁合意2条に従ったものであり、その点では、この判決における西欧国際法ではない法の適用に関する態度を一般化することはできない。ペドラ・ブランカ事件⁽¹¹⁶⁾では、ICJは、ジョホール・スルタン国(1512年成立)が territorial domain を有しており、主権国家であったと認める。ペドラ・ブランカは、その territorial domain の中に存在し、競合する権利主張もなかったことを理由として、ジョホール・スルタン国が、原始的権原 (original title) を持っていたとした。漁業や海賊等の活動につき、海の民 (Orang Laut) がジョホールのスルタンに対して有していた中世の絆は、ジョホール・スルタン国が、ペドラ・ブランカを含む島々に対して有していた「原始的権原」を確認するものとした⁽¹¹⁷⁾。

以上の実践からは、「(近代) 西欧国際法」とは異なる法の適用に関する裁判所や法廷の指針を見出すことは難しい。とくに、エリトリア・イエメン事件は、仲裁合意2条が根拠となって、法廷の西欧国際法ではない法の適用に対する態度が導かれており、これを指針として一般化することはできない。よって、「東アジア世界秩序」により14-19世紀において「島」には中国が領域主権を有していたという中国の主張に対して、日本がどのように反論するかという点で、裁判実践からは、「東アジア世界秩序」の適用に関する確立した方針は導けないと主張することになろうか。中国と日本の間では、仮に紛争があると仮定しても、裁判に紛争が委ねられることは実際には可能性がほとんどなく、二国間の交渉において日本に有利な主張を展開することに

(114) *Supra* n. 47.

(115) *Ibid.*, paras. 525-526.

(116) *Supra* n. 89.

(117) *Ibid.*, paras. 52, 60-69.

なる。a. 裁判実践を離れて、b. 東アジア世界秩序の内容を確認し、c. 東アジア世界秩序において、日本の有利な内容に誘導するとともにそのように解釈するといった方針が、考えられよう。

3. 4. 抗議と時間的要素「決定的期日」との関係

3. 4. 1. 日本は、「島」の無主地先占を主張する。しかし、それが認められない場合の代替的な主張として、日本の公式見解にはないが、時効取得を主張することを考える。時効取得の成立のためには、相手国の抗議（の不在）が重要な要件となる。そこで、中国が抗議を開始することを要求される時点との関係で、決定的期日と中国の抗議（の不在）を日本に有利に導くように考える必要がある⁽¹¹⁸⁾。

3. 4. 2. 無主地先占をめぐる領域紛争では、「無主地か否か」を争う時点が決定的期日とされる⁽¹¹⁹⁾。ただし、決定的期日が自明である場合とそうでない場合があり、後者（に関する裁判例）では、紛争の具体化をもって決定的期日とされる。しかも、「具体化」の意味が一義的ないしは客観的に特定できるとは限らないことにも留意を要する。換言すれば、「具体化」の時点を主張するのであれば、それを説得力をもって論証する用意が必要である。

マンキエ・エクレオ事件では、決定的期日について、イギリスは、「紛争が具体化した(crystallized)」という表現を用いて、1950年12月29日のイギリス・フランス間の特別合意の締結までは、紛争が具体化していないとしている。フランスは1839年の条約締結時を決定的期日と主張している。ICJは、1886-1888年にフランスがはじめてマンキエとエクレオに対して主権を主張した時までは紛争は生じていないとし、本件の特別な事情により、この時期以後の行為も、その措置が当事国の法的立場を向上させるものでない限り考慮されるとした⁽¹²⁰⁾。

(118) 決定的期日と時際法決定との関係と、決定的期日と紛争の「きっかけ」については、上記、3. 2. 参照。

(119) Fitzmaurice, *supra* n. 100, p. 30.

(120) *Supra* n. 110, pp. 59-60.

これら照らして、日中間の事情において、1895年の時点で、紛争が具体化したといえるだろうか。たしかに、「無主地であるか否か」が問題になりうる最初(きっかけ)の時点は、1895年の日本による閣議決定の時点であろう。しかし、この時点は、紛争の「発生」にすらならない「きっかけ」であり、紛争の「具体化」はもっと後になろう。紛争の具体化は、1970年前後のESCAPEの検討結果(有望な海底油田の存在を指摘)以後ということになるだろう。

3. 4. 3. 抗議を続ける期間は、紛争の具体化から決定的期日までと考えることはできる。決定的期日以後の行為で領域紛争において自らに有利になる行為は考慮されないと考えれば、そのようにいえる。決定的期日以後も、紛争当事国は抗議を続けるであろうが、それは裁判において考慮されないし、抗議国の請求を「強める」効果はない。後者も、決定的期日の消極的效果といえよう。

逆に、決定的期日以後に、抗議をやめれば、時効の成立を導くといえるのであろうか。竹島について、決定的期日の後であっても日本が抗議を継続しないと、韓国が時効取得できるのであろうか。

いずれにせよ、決定的期日以後の行為なども考慮されうるという意味で、決定的期日の効果が相対的であることからすれば、抗議の期間を決定的期日までと考えることに、どれほどの意義があるかは慎重に考えなければならない。

なお、抗議をやめることと「放棄」は異なる。「放棄」が問題になるのは、もともとの領域主権の保持主体(original holder)が特定される場合である。中国は「島」の主権の保持者として認められてはいないから、抗議をやめても「放棄」にはならない⁽¹²¹⁾。

3. 5. 占有の意思 and/ or 実効的支配と抗議との関係

3. 5. 1. 中国は、1985年以後の長期間にわたり抗議をしなかった理由と

(121) 抗議をしないことと、黙認との関係は後述する。

して、以下をあげる。①日本の1895年閣議決定は通知されなかった、②公表されなかった、だから、抗議のきっかけを失った、③中国は、1895年下関条約で日本に割譲された範囲に、「島」が含まれると考えていた、だから、「島」は自国の領域ではないため、サンフランシスコ条約により米国施政権下に入ったときも、ESCAPEの調査結果が出る後まで、抗議しなかった、④「安全保障」上の理由で、抗議しなかった、「政治的情勢」により、抗議が控えられた⁽¹²²⁾。

日本は、①日本による「無主地先占」に対して、中国は抗議しなかった、②代替的な主張として、仮に、「島」が、無主地ではなく中国の領域であったとしても、日本の1895年の閣議決定の後、中国は抗議をしていないので、日本は、取得時効により領域主権を獲得する、と主張することがありうる。

3. 5. 2. それでは、抗議を求める前提として、先占における実効的支配の公表・公示・通知はその構成要素といえるのであろうか。裁判実践からは、否定的なこたえを導くことができる。

たとえば、パルマス島事件で仲裁判決は、主権の表示(display)が有効な権原の創出に必要なについて、「人が居住する場所に対して、相当の長期にわたって、秘密裡に主権を行使することは、不可能である。オランダが、他の諸国(other Powers)に通知(notify)する義務は、存在しない」という⁽¹²³⁾。

ここでは、「有効な権原を獲得するためには」といっているのが、通知が、占有の意思と実効的支配の両方に関連するか、いずれかについてであるか、

(122) 台湾の学説も含めて、かつ、中国は抗議できなかったという説明をする例として、たとえば、Hungdah Chiu, “An Analysis of the Sino-Japanese Dispute over the T’ailuyutai Islets (Senkaku Gunto),” *Chinese (Taiwan) Year Book of International Law and Affairs*, Vol. 15, pp. 21, 25; Carlos Tal Cheng, “The Sino-Japanese Dispute over Tiao-yu-tai (Senkaku) Islands and the Law of Territorial Acquisition,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 14, N. 2 (1974), pp. 259-260; Carlos Ramos-Mrosovsky, “International Law’s Unhelpful Role in the Senkaku Islands,” *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 29, N. 4 (2008), p. 930; Han-yi Shaw, “Revisiting the Daioyutai/ Senkaku Islands Dispute: Examining Legal Claims and New Historical Evidence under International Law and the Traditional East Asian World Order,” *Chinese (Taiwan) Year Book of International Law and Affairs*, Vol. 26, p. 114.

(123) *Supra* n. 66, p. 686.

特定できない。通知の相手方は、紛争の相手方だけではなく、他の諸国(Other Powers)」としているので、広く一般的に諸国に対する通知を論じていると読むことはできる。クリッパートン島事件では、次のように判示されている。「フランスの占有は『他国(Other Powers)』に通知されていないために、その有意味性(regularity)に疑問が提起されている。ベルリン議定書34条には通知の義務が規定されているが、本件には適用はない。フランスは、本件の周知(notoriety)を主張している(英語で1858年12月8日付公刊*The Polynesian*によって、フランスのクリッパートン島に対する主権が、すでに宣言されていることが表示されている)。周知としては、それで十分である。」⁽¹²⁴⁾ ここでも、占有(occupation)と言っているので、「通知」は、占有の意思か実効的支配の両方に関連するか、いずれか一方に関連するかは、特定できない。また、「他国に(Other Powers)」は、複数である。よって、紛争の相手方であるメキシコだけではなく、広く一般的に諸国に対する通知を議論していると読むことはできよう。

このように、裁判実践からは、先占における実効的支配の公表・公示・通知はその構成要素であるという結論は導けない。

3. 5. 3. 相手の抗議に関連して、相手の主張や反応の在り方が、実効的支配の程度に影響するという実践がある。東部グリーンランド事件⁽¹²⁵⁾で常設国際司法裁判所(PCIJ)は、「裁判所は、他の国が主権を主張する程度を考慮する。他国が、より優越的な(superior)主張をできない場合には、主権的権利の現実の行使の在り方については、きわめてわずかで満足してきた... (決定的期日である)1931年に至るまでは、デンマーク以外のいかなる国も、グリーンランドに対する権利主張をしていない」⁽¹²⁶⁾とする。「優越的な」という意味は検討を要しようが、この判決が、相手国の「権利主張」が不在の場合には、主権的権利の現実の行使の在り方は軽微なそれでよいとすると

(124) *Supra* n. 105, pp. 391, 394.

(125) *Legal Status of Eastern Greenland, Judgment of November April 15th, 1933, PCIJ Ser. A/B, No. 53.*

(126) *Ibid.*, p. 46.

いう効果を認めている。

それでは、「権利の主張」とは何であろうか。何をすれば「権利の主張」になるのでしょうか。たとえば、リビア対マルタ大陸棚事件⁽¹²⁷⁾において、ICJは、第三国（イタリア）に訴訟参加を認めず⁽¹²⁸⁾、イタリアが（権利に）「言及（claim）」する区域を、判決が及ぶ地理的範囲から除外した。これに対して、シュベール判事は、「権利主張」と「言及」との区別がなされていないこと、その結果、第三国の（単なる）「言及」によって、裁判所の（境界画定を行う）権限を限定することを認めてしまった、という趣旨の批判をしている⁽¹²⁹⁾。

同様に、グルジア対ロシア人種差別撤廃条約適用事件⁽¹³⁰⁾の判決でも、人種差別撤廃条約 22 条の解釈における紛争の存在との関連で、（単なる）「言及」によっては、紛争に至らない事実状態についての示唆がある⁽¹³¹⁾。ウクライナ対ロシア沿岸国の権利事件⁽¹³²⁾でも同様である。

「権利主張」と「言及」を抽象的に区別することは難しい。けれども、「権利主張」か「言及」かが、英語単語も含めて用語の使い分けの問題にとどまらないのは、次の意義をみるからである。「抗議と権利主張（対抗的主張）との異同」、「権利主張と（権利主張の程度には至らない、言いつばなしやいいがかりといえる）言及との区別」の実践から、中国の「島」に関する「ものいい」を、「言いつばなしである、言いがかりである」として、紛争を認めない日本の立場を説明するに際しての強力な手がかりを得られるのである。

(127) Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta), Judgment of 3 June, 1985, *ICJ Reports*, 1985, p. 13.

(128) Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/ Malta), Application by Italy for Permission to Intervene, Judgment of 21 March, 1984, *ICJ Reports*, 1984, p. 3.

(129) Dissenting Opinion of Judge Schewebel, *ibid.*, p. 173.

(130) Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment of 1 April, 2011, *ICJ Reports*, 2011, p. 70.

(131) *Ibid.*, para. 129 *et seq.*

(132) Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine and Russian Federation), Award, Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020, <https://pcacases.com/web/sendAttach/9272>, paras. 188-189.

中国の権利の言及は、「言いつばなし、言いがかり」にとどまり、適当な、事実上のあるいは法的な根拠を伴っていないとすれば、それを「権利主張」ではなく「言及」とみなすことができる。国際法上の紛争概念にはふみこまないが、中国の「権利の言及」は日本の「権利主張」との間に対立をもたらす程度のものではない、よって、「紛争」は存在しない、という主張の仕方がありえよう。

この問題については、「5. おわりに」で、日本の統合的対応の構成という観点から本稿の提案をする。

また、抗議の不在を、「権利主張の不在」と同一視できるとしても、さらにすすんで、中国の黙認があったとまでいうのは難しい。ここが、意思の要素の評価が難しいところである。抗議の不在すなわち権利主張の不在であり、それに時間経過という要素が加われば、黙認とまでいえるであろうか。そうであるとする、「時間」の要素が関連してくる。時間的要素と意思の要素の関わり方の検討が必要になるが、この点は、後述する。

3. 6. 取得時効をめぐる中国の不作為 (inaction)

3. 6. 1. 日本は、仮に、無主地先占により領域取得が成立していないとしても、つまり、「島」が無主地ではなかったとしても、中国の抗議の不在により、日本は「島」を時効取得すると主張する可能性がある。

そもそも取得時効が領域権原の一つであるかに関しては、学説でも疑問がある⁽¹³³⁾。

3. 6. 2. 取得時効の要件は、第一に、先行する領域主権保持主体 (A) の存在である。よって、時効により領域権原を取得する主体 (B) は、違法に

(133) 国際法に時効制度が存在するとしても、領域の時効取得は、時間的要素ではなく、黙認の効果であるという見解として、柳原正治、第9章「国家領域」小寺彰他編『講義国際法』(有斐閣、2010年)、246頁。時効取得への疑問として、Robert Jennings, “The Acquisition of Territory in International Law,” in Robert Jennings, *Collected Writings of Sir Robert Jennings* (Kluwer Law International, 1998), pp. 953–953; Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs* (Martinus Nijhoff, 1998), pp. 153–155; Zhang, *supra* n. 88.

主権設定をすることになる。この「違法」は、「他国の権利への侵害・侵入 (encroachment) に当たる」、「違法」、「有効ではない (invalid)」と評価される⁽¹³⁴⁾。その事実状況に従い、より適切で特定の表現がとられうる。第二に、時間の経過であり、その間の B による継続的な主権の行使が必要である。第三に、A による黙認 (acquiescence) である。第四に、これは厳密には要件とはいえないが、結果的に、A による主権放棄となることである。

そこで、中国に第三の要件である黙認があったかに注目すると、黙認する主体の範囲 (紛争の相手国、その他の国際社会の諸国によるなど)、黙認の実質として、なにがしかの「意思作用」ではあるが、それを、寛容、黙認、黙示の合意のいずれとして考えるかの検討を要する。かつ、黙認が黙示の合意を意味すれば、合意に依拠して領域主権の移転を根拠づけることができるのであり、そもそも、「時間 (経過)」の要素は不要になるのではないかという疑問が生ずる。これは、後述する。

また、中国の「放棄」をいえるかについては、日本はそれを証明する必要はない。日本は、「放棄」が時効取得の要件ではない限り、中国による放棄を証明する必要はない。論理の組み立てとして、a. 無主地であった、b. 無主地先占を実行、c. 代替的主張として、「仮に、無主地ではなかったとしても」、1895年から1970年ごろまでの中国の不作为 (inaction) により、日本は「島」を時効取得した、という主張の順序が考えられる。

ここにいう中国の「不作为 (inaction)」は、ア. 抗議の不在、イ. (日本の主張に対抗する)「島」に対する主権の主張の不在、の両方を含むかいずれかであるかの双方がありうるが、イ. も含めて証明できれば、日本の主張は、一層、強くなる。

3. 7. 中国の主張する歴史的権原

3. 7. 1. 中国は、「島」に対する歴史的権原を主張する。日本の「島」の併合の時点 (1895年閣議決定) において、「島」は無主地ではなく中国の「島」であったという主張の根拠は、中国の歴史的権原である。

(134) Fitzmaurice, *supra* n. 100, pp. 31-34; Ramos-Mrosovsky, *supra* n. 122, pp. 915-916.

中国が14世紀から19世紀にかけて「島」について行っていた行為と、中国がこの歴史的権原に基づく「島」の中国の領有は西欧国際法の適用によるものではないと主張していることは、上述した⁽¹³⁵⁾。

中国が「歴史的権原」と主張する理由として、一つは、西欧国際法とは異なる「東アジア世界秩序」を根拠とすることが考えられる。

この点については、日本の学説でも「歴史的権原」として議論がある⁽¹³⁶⁾。中国の主張する歴史的権原が「当時の国際法に照らして有効であるか」を確認するという前提のもとに、「当時の国際法」としては、「当時、先占の要件はいかなるものであったか、発見だけで権利が確立したか」などが検討されている。さらに、同じ文脈で「東アジア世界秩序」も考察されているが、これと歴史的権原とを結びつけた議論を十分に見出すことはできにくい⁽¹³⁷⁾。つまり、歴史的権原の根拠や要件論は、それ自体としては、「東アジア世界秩序」を踏まえた独自のものが提示されているとまではいえない。

中国は、14世紀から19世紀にかけて中国が「島」に対して主権を有していたことを、「西欧国際法」の適用によって否定するべきではないと主張する。その主張を評価してそれに反論するためには、「東アジア世界秩序」の内容と、それにそった歴史的権原の要件論などを明らかにする必要がある。これは、筆者の能力を超えるために、問題の指摘にとどめる。

中国は、南シナ海の広大な海域に対して歴史的権利を主張する。その根拠は慣習国際法である。中国のいう慣習国際法が、近代西欧国際法の発展である(現代)国際法の一環といえる限りで、中国は、(現代)国際法の「世界」ないしは「射程範囲」から外れるという挑戦的(challenging)な主張はしていない⁽¹³⁸⁾。同様に中国は、「東アジア世界秩序」に根拠を求めて「歴史的権利」を主張しているわけでもない。ただし、中国による「慣習国際法」の「利用あるいは乱用」の可能性は、国際法が歴史的権利に対して妥当性を確

(135) 3. 1. 1. および3. 1. 2.

(136) 松井前掲論文2(注98)64-65頁;野澤基恭「尖閣諸島問題を考える国際法上の視点」『法学論叢』第50巻1号(2013年)137-138頁。

(137) 松井前掲論文2(注98)65頁。

(138) Kanchara, *supra* n. 6, p. 11.

保して維持する観点からも、一層の精査を必要とする。

3. 7. 2. では、取得時効とは区別して(取得時効の要件論には依拠しないで)、歴史的権原が中国により主張されるとすれば、歴史的権原は、領域権原の一つといえるのだろうか。

取得時効とは区別して、「歴史的権原」を領域権原の一つとみる場合を議論する例として、次がある。

第一に、取得時効の要件を充足しなくても、長期にわたる権利主張にはこれを認める見解がある。「太古の昔から」の権利主張については、取得時効の要件を求める必要がないという見解である⁽¹³⁹⁾。第二に、古代からの (ancient)、超長記憶的な(昔からの) (immemorial) 権利主張は、関係国(紛争当事国に限定できるかの議論はありうるが)の請求の相互間における相対的な重みにより、権利の帰属を決定するという見解⁽¹⁴⁰⁾もある⁽¹⁴¹⁾。

中国の学説には、取得時効を領域権原の一つとはみとめずに、取得時効は、ア. 歴史的権原、イ. 黙示の合意の二つの要件に分けて構成されるものがある。かつ、「黙認 (acquiescence)」ではなく、「黙示の合意 (tacit agreement)」とする⁽¹⁴²⁾。

取得時効では、もともとの権利保持主体による放棄が生ずるはずであるが、この見解では、もともとの権利保持主体の特定とそれによる権利放棄を要件とする必要がないという。つまりこの見解は、取得時効に替えて、「歴史的権原—黙示の合意」という新しい領域権原を提案し、かつ、取得時効について要件とされる(黙認あるいは黙示の合意)を厳格にして要求するものといえよう。黙示の合意の認定では、時間経過(権利設定をしてその表示行為を行っている時間という意味であろう)が意味を持つであろうが、それは決定的な要素ではないとし、ここにいう歴史的権原の根拠としては、両当事国

(139) Fitzmaurice, *supra* n. 100, p. 31.

(140) *Ibid.*, p. 34.

(141) こういう観点から、原始権原 (ancient title) や原初権原 (original title) などの用語を、裁判実践でのそれらの用語と効果に照らして、検討する必要はあろう。

(142) Zhang, *supra* n. 88, p. 328.

の共通の意思がそれであり、それぞれの行為に関して示されるものである、とする⁽¹⁴³⁾。日本が(仮に「島」が無主地ではなかった場合に)代替的に時効取得を主張する場合には、「歴史的権原—黙示の合意」の要件を充足する必要があるという主張であろう。

(黙示であろうが)合意があれば、「時間の経過」という要素は不要になる。それは、国際法の合意原則による。そうであるならば、「歴史的権原」の特徴はどこにあるのか疑問である。相手国(利害関係国)の黙示の合意がえられれば、合意により領域権原が成立すると考えればよい。さらには、もともとの問題意識「歴史的権原は領域権原の一つか」に立ち戻って、「歴史的権原」を独立の領域権原とみなす必要がないという結論になるか、あるいは、そもそも係る問題意識が成立しないともいえよう。

ILCは歴史的権利の成立要件として、紛争相手国(か利害関係国か等の相手国の範囲の問題はさておく)の意思の要素を求める。しかし、ILCは黙示の「合意」があれば、合意により領域への権利が成立するのであり、それは時間の要素の意味を失わしめるという。よって、意思の要素は、合意には「至らない」寛容(tolerance)であるという⁽¹⁴⁴⁾。論理としては、その通りである。しかし、実際に、「合意には至らない」「寛容」を、たとえば、裁判所は認定できるのかという問題は残る。

時効や歴史的権利の検討でみてきたように、「意思の作用」が重要な機能をはたす。そこで、次では「意思の作用」を検討する。

4. 領域紛争における「意思の作用」という要素の再検討

4. 1. 「意思の作用」が関わる局面

領域紛争で本稿が検討してきた論点に注目すると、意思の作用は、主に次の側面で関連する。①抗議の不在と「(対抗する)権利主張の不在」、②「寛

(143) *Ibid.*, pp. 328–331.

(144) 2. 4. 3. 2.

容・黙認・黙示の合意」の異同と区別の可能性、③取得時効の要件としての意思の作用⁽¹⁴⁵⁾、④歴史的権利の成立要件としての意思の作用⁽¹⁴⁶⁾である。

もっとも、取得時効は領域権原として確立しているが、歴史的権利は（それが権原（title）を意味する場合についていえば）領域権原としての確立がない、という相違がありうる。この相違に注目すると、歴史的権利は領域権原としての確立がないので、取得時効の場合よりも、より「明確で・強い」合意が要件となる、ということはいえるかもしれない。しかし、これは机上の論理にとどまるようにも考えられる。

また、漁業事件では、上述のように、ノルウェーの直線基線方式が、イギリスに対抗できるか、国際社会で一般的な寛容（tolerance）があるかに注目した⁽¹⁴⁷⁾。そこでは、本稿の用語に従って、意思の作用により生ずる法的な効果として、「対抗力」か「合法・違法性」かという問題や、あるいは、一般国際法としての効果か特別（二国間・地域）国際法としての効果かといった検討も行った⁽¹⁴⁸⁾。

さらに、意思の作用と領域紛争に適用のある「国際法」という観点からみると、a. 同じ「国際法」を想定して、それから「逸脱」するものとして歴史的権利を主張する場合と、b. そもそも適用のある「国際法」において、「近代」西欧国際法とは異なる「東アジア世界秩序」に根拠のあるものとして、歴史的権利を主張する場合とを、対比することができるかもしれない。

a. については、漁業事件を素材として、「国際法」の「例外」として歴史的権利を主張する場合と、国際法の適用として歴史的権利を主張する場合との対比を考察した⁽¹⁴⁹⁾。

(145) その意思の作用が、「(黙示の)合意」といえれば、そもそも、時効とはいえ領域取得という効果を生ずるのは合意であり、時間的要素は意味を失いうる。そうであるならば、取得時効を領域権原の一つとしてとらえることにも疑問が生ずる。

(146) ここでも、歴史的権利の成立のために「(黙示)の合意」が要件であるならば、合意によって領域取得の効果が生ずるのであって、歴史的権利の他の要件は意味を失う。

(147) 2. 4. 3. 1.

(148) 2. 4. 3. 1. ～2. 4. 3. 5.

(149) 上記、2. 2. 2.

それとは異なり、そもそも領域紛争に適用のある「国際法」として、「(近代)西欧国際法」ではなく、「東アジア世界秩序」を適用してこれに根拠を求めて歴史的権利を主張する場合には、そのために、とくに意思の作用を必要とするであろうか。「(近代)西欧国際法」に対して「東アジア世界秩序」を主張すること、かつ、それに根拠をもつ歴史的権利を主張することを、いずれも「(近代)西欧国際法」に対して「例外」を主張することであると考えば、そのために、とくに、意思の要素が必要であるということはいえるであろうか。

そのように考えることは、(近代)西欧国際法と他の世界秩序との間に「差別」を認めることになるであろう。ただし、実際上の問題として、たとえば、裁判解決の場で、裁判官構成などにも影響されて、(近代)西欧国際法への共感が強いような場合には、可能性は低いが、日本が領土問題につき裁判解決を活用する場合には、この点に留意が必要である。他方で、アジアの近隣諸国と交渉で領土問題の解決を図る場合には、いずれも(近代)西欧国際法とは異なる東アジア世界秩序⁽¹⁵⁰⁾の適用を受けた時代があるとするれば、その前提に基づいて、紛争解決を図ることになろう。また、(近代)西欧国際法に対するそれぞれの国の立場やその受容の態様の相違⁽¹⁵¹⁾も、交渉においては影響してこよう。

4. 2. 意思作用における「合意」

4. 2. 1. 意思の作用にはその「程度」がありうるのであって、これまでの検討では、寛容 (tolerance)、黙認 (acquiescence)、黙示の合意 (tacit agreement)があった。もっとも、黙認と黙示の合意との相違は必ずしも明確ではない。また、仮に、寛容と黙認とを区別するとしても⁽¹⁵²⁾、実際に裁判所が認定できるのかという疑問も残る。

(150) その内容を検討すると、「東アジア世界秩序」とひとくくりにすること自体にも、慎重さを要する。

(151) Masaharu Yanagihara, "Significance of the History of the Law of Nations in Europe and East Asia," *Recueil des cours*, Vol. 371 (2015), Chapters I, II, and III.

(152) ILC 報告書, paras. 107, 109.

意思の作用の「程度」に関連して、「島」をめぐって日本の対応を考えるに際しては、次の点に留意する必要がある。日本は、無主地先占の主張を行うが、その代替主張として、仮に無主地ではなかったとしても、中国が1970年代まで抗議を行っていないことから、日本による時効取得を主張することはありうる。その場合に、①抗議の不在は、黙認といえるか、②黙認が合意を合意するならば、そもそも時効取得にいう時間的要素は意味を失うので、時効取得ではなく、黙示の合意による日本の領域主権の確定を主張することがありうる⁽¹⁵³⁾。こうした考慮の中で、日本が最も主張しやすく、かつ、証明しやすい主張の方法を考えることになる。それに際しては、次にみる法理を援用することも重要である。

4. 2. 2. その他の意思の作用を示す語や、また、意思の作用により成立する合意を補強する法理や原則が、学説や裁判実践に現れている。たとえば、沈黙、禁反言がある。また、もう少し一般的な原則であって、意思の作用を根拠づける原則としては、信義誠実、安定性がある。

これらの語や法理や原則が、いかなる位相に位置づけられるのか、そうした論理的な整理は必ずしも容易ではない。それは、領域紛争の場面に独自の整理を可能にするかもしれないし、およそ国際法一般に適用のある論理構成が可能であるか適当であるかもしれない。

4. 3. 領域紛争における「合意」

国際法において、「合意原則」は根本原則であり、否定や疑問の余地はない。「合意」による領域主権の移転として、「承継取得」の形式があることにも疑問の余地はない。たとえば、承継取得としては、条約による領域主権の移転が典型的である。ただし、これは、ある領域主権の保持主体（A）があり、別の主体（B）が、合意によって、領域主権の移転を受けるという想定に立つ。

歴史的権原の合意による成立を認めるとすれば、承継取得とは根本的に相

(153) その場合でも、平行する主張として、時効取得の主張を維持することもありうる。

違する事実状況を想定することになる。領域主権の保持主体(A)から、歴史的権原を主張する(B)に、領域主権が移転するわけではない。よって、これは、承継取得の想定とは、明確に異なる事実状況である。これに対して時効取得の場合には、「黙示の合意」によって、時間的要素が意義異議を失うとしても、先行する保持主体(A)の黙示の合意により、時効取得を主張する主体(B)が領域を取得するという点では、承継取得に引き寄せてこれを理解することは不可能ではない。その場合、これまでの領域権原論の整理として、取得時効について、領域権原論の再構成が必要になろう。

合意原則は、国際法の根本原則であり、国際法の学徒である筆者にあるまじき疑問ではあるが、「合意」が介在することにより時間の要素が意義を失うことに、納得できるのであろうか。領域権原論という独自の文脈では、「合意」に独自の効果を与えよとか、独自にその効果を減殺すよとかの可能性は考えられないのであろうか。さらには、「国家」や「合意」の観念が、(近代)西欧国際法と東アジア世界秩序のように、異なる法秩序では相違していることもありうる。それにも関連させて、「合意」というものを再考する余地があるのではないだろうか。

5. おわりに一主権国家日本の「統合的」立場の構築

以上、本稿では、尖閣諸島問題を中心として、国際法に適合しないにもかかわらず、国際法に依拠することを理由とする国家の権利主張に対して、国際法はこれとどのような関係に立つか、国際法はこれをどのように法の世界に包含するかという視点から、国際法の妥当性を考察してきた。

国際法は、一国がその主張を国際法から離脱させることも、あるいは、その主張を国際法に根拠づけることをも、野放図に許容してはいない。国際法は、その弾力性をもって、したたかに規律を及ぼし、妥当性を確保し維持している。そうした国際法の本質をとらえてこそ、国家は、表層的にはなく国際法を知り尽くし、国際法を真の意味で活用することができる。日本は、近隣諸国との間にかかえる領土問題への対応において、国際法を縦横無尽に駆使して、相手国に凌駕するべきである。そうしてこそ、相手国だけではな

く、国際社会の支持を得られる国際法の覇者となるのである。西欧国際法の受容において、特異な経験を持つ日本であるからこそ、そうした成果には計り知れない意義がある。

この点で、さらに日本は次に述べる意味で、尖閣諸島問題について、主権国家としての「統合的な」立場を構築し維持することが肝要である。

本稿では、領域取得の法理の問題として、主に、歴史的権利や時効および意思の作用を考察した。これは、広い意味でとらえれば、領域取得の法ないしは領域権原論に照らして、日本や中国の主張を考察したといえる。それだけでなく、「島」をめぐるのは、その周辺海域での中国船舶(公船・軍艦・漁船)の挑発的な活動に対して、日本は海洋法に基づいて対応を続けている。さらに、常に日本政府の念頭にあるのは、日本の基本的立場、すなわち、中国との間に「島」の領域主権に関する紛争は存在しないということである。

そこで、領域権原論・海洋法・紛争概念のそれぞれに照らした日本の主張や対応は、それとして有効であることを期待するとどめずに、尖閣諸島問題に関する、主権国家日本の「統合的な」立場として構築されるべきである⁽¹⁵⁴⁾。なぜなら、本稿の主として領域権原論からの考察は、日本のかかる統合的立場のもとに適当に位置付けられてこそ、しかるべく意義や機能を發揮するからである。

日本は、「島」の領域主権につき「紛争がない」とする。この立場を維持するために、中国の主張や行為に対して、原則として日本は、いわば消極的に「挑発にのらないように、静かにしている、身をすくめている」ようにみえる。それは、公式の場で明確に相違する見解を対立させることで、国際法上の紛争が成立し、紛争の平和的解決の義務の発生などの法的効果が生ずることを回避するためである⁽¹⁵⁵⁾。しかし、その結果、中国の挑発をはじめと

(154) 詳細は、別稿に譲る。Atsuko Kanehara, Japan's Basic Position on the Territorial Sovereignty of the Senkaku Islands," *International Law Studies*, Vol. 97, forthcoming.

(155) ただし、中国公船に対する日本の対応は、必ずしも「消極的」とはいえないことにつき、*ibid.*, III. 1. (2). この点には、平成 26 年 11 月 7 日の「日中関係の改善に向けた話し合い」が、「海域において近年緊張状態が生じている」と述べていることも密接に関連するかもしれない、https://www.mofaj/a_o/c_m1/cn/page4_000789.html.

して、野放図な行為を、一層、招来しているのも事実である。

これを阻止するためには、積極的な対応を考えることができる。それは、数十年の間継続して日本の外交政策の支柱である「法の支配」⁽¹⁵⁶⁾を根拠として、中国の力による一方的な現状の変更を批判し、同時に、「島」につき紛争が存在しないという日本の立場を堅持する対応である。同じく日本の外交政策の支柱である「自由で開かれたインド太平洋」⁽¹⁵⁷⁾でも、三つの支柱のうち、第一番目は、「法の支配」である。これらは、国際社会で共通利益として確立しつつある。

そうであるならば、中国の力による現状の一方的変更⁽¹⁵⁸⁾に対して、日本は次の積極的な対応を実施すべきではないか。①消極的な、紛争の成立回避とは異なり、②中国の主張が「言いがかり」に過ぎず紛争は成立しないことを明確にし、③積極的に、中国の力による現状の一方的変更を批判して阻止することである。具体的には、領域権原論に基づき、中国の主張にいかなる合理的な根拠も伴わないことを論証して、中国の主張を徹底的に否定することである。また、紛争概念に基づき、中国の主張が「言いがかり」に過ぎないとして、紛争の成立を否定することである。そして、中国による尖閣諸島周辺海域における力による一方的な現状変更に対して、海洋法に基づく措置に加えて、さらに要すれば、日本の主権侵害を根拠として「主権尊重」の国際法の根本原則に訴えることで、実効的な措置を取ることである⁽¹⁵⁹⁾。

これは、領域権原論・海洋法・紛争概念の複合的な視点を駆使した、主権国家である日本の「統合的な」立場の構築であり実現である。そして、何よりもそれは、日本一国だけの権利の保持に資するのではない。日本のかかる対応は、法の支配を推進するものであり国際社会の共通利益の実現に貢献す

(156) 2014年5月30日のシャングリラ・ダイアログにおける(当時)安倍総理の基調講演は、海における「法の支配」を強調し、それは、①法に基づく主張、②「力」を用いない、③平和的解決を三つの原則とする、https://www.kantei.go.jp/jp/96_abc/statement/2014.

(157) <https://www.mofa.go.jp/files/000430631.pdf>.

(158) 2021年2月から施行された中国の海警法は、まさに、こうした力による現状変更を推し進めるものであろう。

(159) Kanehara, *supra* n. 154, V. D. 2.

るものである。したがって、日本が東シナ海の平和と秩序の維持を担っていることを示し、国際社会による支持と正当化を獲得すべきである⁽¹⁶⁰⁾。

それが、自らの利益とともに国際社会の共通利益の実現も担うための、主権国家の智慧に他ならない。

(本学法学部教授)

(160) 詳細は、*ibid.*, V.