

現代国際社会における慣習国際法の形成

—国際連合の活動を中心として—

篠原 梓

序

独立した立法機関の組織化の認められない国際社会においては、法規範の定立は条約の締結又は慣習法の形成によるとされる。このうち条約規範は国家或は国際機構の明示の意図的作業に基づいて成立し、かつその手続・要件についても明確に定められている⁽¹⁾。更に最近では国際連合をはじめとする国際機構の介入により、条約の締結過程は著しく集中化されるとともに、一般的多数国間条約と言われる国際社会の一般利益事項を取り扱う条約が国際機構の中から生れ、機構の範囲を超えた普遍的適用を指向している。しかし条約が拘束力を生ずるには当事者の明示の同意を必要とするため、法規範の普遍化は国際社会の全ての国が条約に参加するか、又はそれが慣習法化しない限り実現されえないのである。

これに対して慣習規範は国家や国際機構の明示の定立意図に基づかず、慣行を通じて自然発生的に成立するとされてきたため、条約締結の場合とは異なり、その形成過程は極めて複雑で把握するのが困難な現象であると考えられる。何故ならそこで問題となるのは定立意図に基づく客観的な事実ではなく、有効に形成されたか否かの確認という非主体的な作業がまず要求されるからである。しかもこの確認の前提となるべき慣習法の成立要件が必ずしも明らかでなく、理論上かなりの混乱が存在している。他方慣習法の形成過程にも、条約締結の場合と同様の集中化を認めることが可能であり、⁽²⁾ クンツ（Kunz）が国際連盟・国際連合は機構

の特別慣習法のみならず一般慣習法の発展に貢献してきたとみなすように、⁽³⁾ この分野でも国際機構特に国際連合の果す役割は大きいと考えられる。

国際機構が法定立過程に介入し、それを従来の個別国家による分散的な活動から機構に集中させるのは、ほとんどの機構の立法権限が自ら法規範を定立するのに十分でないという事実に求められよう。すなわち機構がその活動を法として定着させるには、伝統的な法定立手段を使用することが不可欠となっているのである。組織上の内部的なものを除いては加盟国に対して拘束的な決議を採択しえない国際連合総会は、人権・差別問題・宇宙法等数多くの分野で宣言決議を採択するとともに、それらを条約として既に成立させている。しかしこのような一般的多数国間条約の締結・発効は非常に長い時日を要する上に、その普遍化は加盟国の間でさえ程遠いのが現状である。これに対して決議の慣習法化はいかなる具体的手続も要求されていないため、成立の認定は不明確なまま残されている。従って安易に慣習法化が期待されるにもかかわらず、それが明示的に確定される機会は非常に少ないと言えよう。

このような状況を前提とした上で、国際連合特に総会の活動における慣習法の形成についての検討が、本論文の目的である。もとより体系的・網羅的な実証には至らないが、国際機構の存在が慣習法の成立過程に及ぼした影響を解明していくことにより、現代国際社会における慣習法形成の特徴を明らかにする一助としたいと考える。

I 慣習法形成理論の検討

慣習法の形成は法主体の明示的な意図に基づかない自然発生的な過程をとるとされてきたため、国際法学の主たる関心はその確認に必要な成立要件の理論的な構成に向けられてきた。現在その中心となっているのは客観的と主観的の二つの構成要素からなる伝統理論であるが、両要素の関係の理解の仕方から極めて多様な学説が生れ、もはやそれらを統一

的に把握することは困難な状況となっている。すなわち数多くの学説は実証的或は理論上の見地から有益な示唆を含むと同時に、一般的な法構造や慣習法の果す役割の変化に伴って変容しているものであり、各時代の法状況によりかなりの程度相対化されうると考えられる。従ってここでは歴史的観点の導入により形成理論の混乱の整理を試みるとともに、現代の新しい学説が生み出された基盤を明らかにしていきたい。

16世紀に始まる国際法の形成期には中世の一元的規範体系がいまだ強い影響力を有していて、自然法が上位規範として全ての法の妥当根拠を提供するものと考えられていた。このような一元的な体系の中で国際社会に普遍的に適用される一般法は自然法であり、慣習法は条約と並ぶ特別法としてそれを具体的に実現するとみなされた。そして条約が明示の合意から拘束力を生じるのに対して、慣習法の場合には慣行の一致から推定される黙示の合意により効力が発生すると説明される。この時代には海上通商や外交関係等に関する諸制度が慣行を通じて徐々に形成される段階にあり、慣行が拡大していく過程を黙示合意というフィクションを用いても条約と同じ合意現象として捉えることは、必ずしも不自然ではなかったと言えよう。ところが実定法主義の抬頭により自然法が考察の対象から除外され、代わって慣習法に一般法としての機能が要請されるようになると、慣習法は国際社会に対する普遍的な規律を必要とされ、合意理論はこのような規範の普遍化現象を説明するには十分でなくなってしまった。⁽⁴⁾以後慣習法の成立を黙示合意に求める学説は減少するものの引続き継承され、⁽⁵⁾特に主権尊重の立場から現在も大きな影響力を有しているとみられる。

18・19世紀に入り超越法的思考が衰退するのに伴い、条約と慣習法から成る実定国際法体系がようやく整備されてくると、特別法たる条約が優先的に適用されるが、普遍的な拘束力を有するのは一般法たる慣習法のみであると考えられるようになった。従って慣習法の妥当性の根拠も黙示合意という特別法に固有なものから、国家間の一般慣行という客観

的な事象に求められてくる。しかし多数国の一致した慣行が相当期間にわたり継続或は反復されているという事実だけから法的拘束力を導き出すことは困難であり、国際礼讓(international comity)等の単なる習慣(usage)との区別の必要から、「法的確信又は必要信念」(opinio juris sive necessitatis)という主観的かつ心理的な要素がそこに導入された。統一的な国家慣行の相当期間の継続又は反復という客観的要件と、「これと合致する行動を法により要求されているとする法意識」の要件の充足により、慣習法の成立を認める伝統理論はこのようにして生れ、現在でも中心的な慣習法形成理論として機能している⁽⁶⁾。

しかし学説が伝統理論の容認に一致しているわけではなく、多くの批判が特に主観的・心理的要件に内在する不確実性に向けられてきた。その結果法的確信を黙示合意の要素を導入した承認又は黙認の意思とする学説や⁽⁷⁾、法的確信は慣行を介してのみ表明されるという立場から客観的要件を強調する学説⁽⁸⁾が唱えられ、主観的要件の内容は多様に展開されていくことになる。又主観的要件は既存の慣習法の確認に際しては問題がないとしても、慣習法の形成過程を解明する場合には理論上の矛盾を生ずることが指摘される⁽⁹⁾。すなわち慣行から初めて法的確信が発生する根拠は何処に求められるのか、ケルゼン(Kelsen)はこれを錯誤或は法的でない規範意識に基づくとし⁽¹⁰⁾、クンツも法的過失によると認めざるをえないと考えた⁽¹¹⁾。更にグッゲンハイム(Guggenheim)は様々な困難を伴う主観的・心理的要件を放棄して、慣習法と単なる習慣との間にア prioriに理論上の区別を設ける必要はなく、その適用を通じて司法機関により個別かつ具体的に判断されれば十分であるとした⁽¹²⁾。このように客観的と主観的の両要素を慣習法の成立に不可欠とする伝統理論は、一方で前の時代の黙示合意理論との調和をはかると同時に、他方では主観的要件の緩和により客観化の道を辿ってきたとみられる。更に伝統理論は国際法の形成期に発達した慣習法を検証・確認するという法的要請に依っているため、慣習法を安定したものとして、すなわち極めて静態的に捉え

ていると言えよう。従って慣習法の成立・消滅・変更という動態的な現象を解明するには、伝統理論は必ずしも十分でないと考えられるのである。

第二次世界大戦後の植民地の独立による法主体の拡大と多様化に基づく国際法の急速な進展は、伝統理論の限界に対する認識を深めるとともに、この20年程の間に慣習法形成理論に新たな展開をもたらしたと言える。それはまず北海大陸棚事件の判決で国際司法裁判所が、起源においては条約上のものである規範創設規定(norm-creating provision)が法的確信による受容の結果、新しい慣習法規則を形成する過程について言及したことである。⁹³ グマト(D'Amato)は条約から推定される規範創設の意図を宣言的意図(manifest intent)と呼び、⁹⁴ ベイユ(Weil)はこの方法は慣習法の形成を著しく加速するばかりでなく正に慣習法理論の変革に相当するとみなしている。⁹⁵ この判決により従来特別法と一般法として明確に区別されていた条約と慣習法の相互的作用が注目され、慣習法形成は条約締結という意図的な促進要因を加えられたことにより一層複雑な過程を辿るとみられる。すなわち主観的要素としては、条約の意図により表明された法的確信が条約に対する同意によって拡大されていくと同時に、そのような同意の表明或は条約の適用が慣行に加わって客観的要素を構成することになるのである。同様の革新はビン・チェン(Bin Cheng)によって可能性を指摘された即時慣習法(instant customary law)の理論にも見出すことが出来る。この理論は国家慣行の機能を法的確信の表明と法内容の実体化に限定して、慣行以外の例えば国際機構の決議によってこの両者が同時に満足されれば、慣習法は慣行を介さずに即時的に形成されうるとしている。⁹⁶ 従って国際機構の決議という慣習法形成の新たな要素は、慣行の総体に代わる機能を果たすとともに、法的確信の表明手段としても完結性を伴うとみなされているのである。このような慣習法の形成要因の拡大と多様化は、グマトの法過程論的なアプローチにおいて更に徹底されている。グマトは伝統理論と同様に慣習法は二

つの要素から成立するとしているが、従来の慣行に代わって行為又は実行の誓約(act or commitment)を、法的確信に代わって明晰性(articulation)という概念を使用している。前者については従来慣行に要求されていた統一性や相当期間にわたる継続性という要件は必要とされず、唯一回の行為又は単なる誓約のみであっても先例としての価値を有するとされる¹⁰⁷⁾。又後者の概念は批判の多かった主観的心理を対象とすることを避けて、対外的な合法性の主張の質的要素を問題としているが、これは説得性という基準によって相対化されることになる¹⁰⁸⁾。このように慣行の要件の著しい緩和と質的要素の相対化により、慣習法の短期的な成立や消滅・変更等の現象は容易に説明されることが可能となっているが、反面法の安定性は大きく損なわれ、慣習法は不断に変化する動態的な法現象過程として把握されているのである。

慣習法を静態的に捉えてその検証・確認を目的として発展した伝統理論に対して、現代の新しい理論は形成や変更における意図的な要素を重視するとともに、成立要件の緩和により慣習法を極めて動態的に把握する点に特徴が見出せる。従って理論の上では慣習法の検証・確認の時代から、動態的な発展・変更の時代に向いつつあると言えるが、果して現実の動きはどうであろうか。慣習法の形成過程を分析するに際して、伝統理論が考慮していなかったのは、国際機構の存在とそれが果たす役割である。そこでここでは国際機構特に国際連合の活動が慣習法の形成に及ぼす効果について、一応伝統理論の枠組に沿った形で、すなわち慣行と法的確信に分けて検討していくことにする。

II 国際連合による慣行の促進

伝統理論における慣習法の形成要因たる慣行は、国際法の定立に参加しうる能動的主体が国家のみと考えられていたため、国家機関を主体とする実行に限られていた¹⁰⁹⁾。しかし前章でみた如く慣行の要件は質的にも量的にも緩和され、更に国際法の対象領域の拡大により、国際機構の様々

な活動を通じて、又は私人の商事活動等を通じて発展してきた慣行が、慣習法を形成する可能性も指摘されている。²⁰³ 従って国際連合の機関を主体とする慣行が慣習法に発展していくことも可能と考えられるが、その機関が国家代表によって構成される総会のような場合には、機関としての行動か国家代表の行動か、いずれが問題とされているのかを確認する必要がある。その意味からここではまず国連総会の決議について、次に国連の内部で実行されてきた慣行について検討していくことにする。

国連総会の決議は、内部的な決定を除いては原則として加盟国に対する拘束力を生じないことが一般に承認されている。しかし決議が勧告であっても、これに自発的に従う加盟国の行動を通じて国家慣行を促進することは疑いなく可能とみられる。ただしこのような効果は謂わば間接的なもので、その間に介在する加盟国の個別意思に依存しているため、総会の完全なコントロール下にあるとは認め難い。ではより直接に決議自身が慣行を構成することが出来るのであろうか、アサモア(Asamoah)はその一例として1962年の核兵器使用禁止宣言の場合を挙げている。すなわち宣言は既存法の適用を核兵器に拡大してその使用禁止を導いているところから、法の漸進的発達を目的とした実行とみなされ、それ自身既存法が核兵器にも適用されるという慣習法を形成するに足る慣行とされているのである。²⁰⁴ しかし現実には大国が反対投票をしたために慣習法化は否定され、更にこの場合は総会がアドホックな外交会議として捉えられているところから、総会における国家代表の投票行動に国家慣行を構成させていると考えるべきであろう。次に1954年以降ほぼ毎年採択された対南アフリカのアパルトヘイト非難決議が問題となる。1966年の南西アフリカ事件の判決で田中裁判官は、慣習法の形成に要求されるのは慣行の反復であるところから、同一事項に関する決議のくり返しはこれに相当すると反対意見において述べている。²⁰⁵ これらの決議は核兵器使用禁止宣言のような一般的性格も特別な事情も伴っていないが、同じ趣旨の決議がくり返し採択されるという状況が慣習法の形成を導くとみら

れる。従って決議は総体として慣行を構成すると認められているが、それがやはり国家慣行とみなされるのか機関を主体とする慣行であるのかは必ずしも明らかでない。ただし個別国家は国際機構という媒体を通じて自らの立場や対応を明確にする機会を得たとされているところから、⁶⁸前者とみるのが適当と考えられる。反対に後者と認める場合には、次の国連内部の慣行を構成することになろう。

国際機構の内部的な慣行が機構の特別慣習法を形成することは、国連に限らず非常に一般的に認められている。特に設立条約や内部規則で規律されていない事項では、機構の機関において日常的に実行される慣行はその機能を遂行する上で先例として重要な役割を果し、特別慣習法化の過程を経て組織法の一部に組み込まれる可能性が大きい。この過程は、機構の機関を主体とする慣行がそのくり返しを通じて表明された他の機関や加盟国の法的確信により拘束力を生じるというように、一般慣習法の成立と同様に説明されるが、適用範囲が機構の内部に限定されているところから特別慣習法の形成に止まると考えられる。ただし慣行が設立条約の規定と矛盾している場合には、慣習法の形成は条約改正という合意行為を伴うため、その確定には全加盟国による明示又は黙示の同意が不可欠とされよう。⁶⁹このような形で特別慣習法の成立が認定される例としては、非手続事項の決定における常任理事国の棄権の効果に関する国連安全保障理事会の慣行が挙げられる。⁶⁹

更に国連の慣行が内部の特別慣習法に止まらない一般慣習法を形成する可能性が、国連によって法典化された条約法の分野において示されている。まず伝統的に署名＝批准という手続が原則とされていた条約に対する同意の表明は、手続の簡略化による批准遅延防止の目的のもとに、国連指導下の条約では著しく多様化されてきた。⁶⁹国連の法典化作業でもこの慣行は重視され、条約法条約は第11条から第15条で同意の表明方法を複数列挙して、原則とされるべき残存規則(residuary rule)の規定を差控えている。又多数国間条約に対する留保についての慣行の変更は、

この問題の考察上非常に有益と考えられる。国連では署名国によって異議を提起された留保は許容されないという連盟以来の慣行に従って留保の通告を処理してきたが、第3総会が採択したジェノサイド条約に対する留保の有効性をめぐってこの慣行に関する意見の相違が明らかとなってしまった。総会によって勧告的意見を要請された国際司法裁判所は、米州機構においては異なる慣行が存在していることから、国連の慣行を統一的でない行政的慣行(*pratique administrative*)にすぎないとして、その一般慣習法化を承認しなかった。⁶⁸これに代わって勧告的意見は両立性の原則という新しい基準の採用を提起しているが、ジェノサイド条約のような立法的な条約においては、条約の普遍性の確保が契約的概念に基づく条約の一体性の維持に優先すべきであるという、政策的な配慮がそこに働いていたとみられる。そして総会の支持を受けた両立性の基準は以後の条約への採用によって慣行として定着し、条約法条約第19条2項に条文化されるとともに、一般慣習法として成立したとみられる。

以上のように国連総会の決議は間接的に国家慣行を促進するとともに、特別の場合には決議の採択行為又はそのくり返しが直接に慣行を構成することが可能である。又国連の内部的な慣行から発展した特別慣習法が普遍化して一般慣習法体系に組み込まれた実行が見出されるが、それを実現するための条件は未だ明らかではない。従って国連総会の決議は加盟国の自由意思に依存した形でのみ国家慣行を促進し、又内部的慣行は総体としての国連の法的確信により支持されれば国連の特別慣習法を形成するということが原則と認められるのである。

III 決議による法的確信の表明

法的確信は社会的必要性を基礎として生成されるとみられるが、⁶⁹国際社会の諸状況に対して常に最大限の考慮を払うべき機関としての国連総会の決議は、一般的にその証拠として重要な役割を果たすと考えられている。⁷⁰決議の中でも特に宣言(*declaration*)と名付けられているものは、憲

章上の基礎や他の一般の勧告との間に明確な法的相違は認められないが、法的確信の表明に適しているとされる。何故なら名宛人のない一般的な性格を有すると同時に、正式かつ厳粛な宣言決議は、遵守への期待も強いところから慣習法化する可能性が極めて大きいからである⁶⁰。そこで本章ではいくつかの国連総会の宣言決議について検討し、それらがいかなる形で法的確信を表明しているのかを明らかにしたい。更に他の国連主催下の国際会議で採択される宣言や、これと並んで総会その他で近年活用されることの多い行動要綱(code of conduct)についても、若干の考案を試みることにする。

宣言と名付けられた国連総会決議は内容・性格ともに多様で、その全てが法的確信を表明しているとは認め難い。例えば1959年に全会一致で採択された児童の権利宣言は、児童に対する第一次の責任をその両親に求めているところから、法的義務というよりは道徳的基礎を確認するもので、法的確信の表明とはみなされていない⁶¹。これに対してニュルンベルク原則宣言草案は第二次大戦後のニュルンベルク裁判で適用された既存法の確認であり、法的確信が明確に表明されているという意見もみられるが⁶²、犯罪規約案に併合されたため結局独立した宣言としては採択されなかった。同様に法的確信の表明とされるのは1961年に反対なしで採択された植民地独立付与宣言で、独立に際しての人民自決権を明記したこの宣言は、憲章の自決原則規定(第1条2項・第55条)の漸進的発達として法原則たる性格を付与されうる⁶³。従って後の国家慣行がこれに従った形で確定すれば慣習法としての成立が可能であり、少なくともその基本部分たる自決権概念は既に定着したとみられる。しかし翌年の天然資源使用権を自決権の一部として新独立国の国有化権を導く、天然の富と資源に対する永久的主権宣言は、採択において反対があり、又国有化に際しての補償についても利益調整的な性格であるため、法的確信の表明とはみなされていない⁶⁴。人権分野の宣言では、1948年に反対なしで採択され、後の条約・国内立法・裁判等に多大な影響を及ぼした世界人権宣言

も、1963年に様々な留保を付されながらもコンセンサスにより採択された人種差別撤廃宣言も、法的義務を構成する意図が不十分で⁶⁹、特に後者については宣言と並行して条約草案も準備されていた。しかしここで重要な点は、人権の擁護や人種差別の廃止といった問題を従来国内管轄事項としてきた一般慣習法の伝統的な態度を打破する上で、これらの宣言は極めて決定的な役割を果たしたということである⁶⁹。これは先の2宣言に限らず、植民地の独立や近年の婦人に対する差別撤廃等を国際的な規律の対象とする方向転換の契機として、国連総会の宣言はダマトの理論の明晰性を備えていると同時に、説得性における評価も非常に高いとみられる。すなわち法的確信を十分表明していないまでも従来の法的確信を否定する効果を宣言が有していれば、先行する法的確信が慣行を伴って慣習法化していたとしても、それに従わなかった行為の違法性は決議の効果によって阻却されうるのである。従って宣言の内容が国際社会の必要性に適合しているのであれば、決議採択後の慣行は一挙に増大して新たな慣習法が比較的短期間に成立しうると考えられよう。

以上の宣言決議のうち法的確信を十分に表明しているものでは、ニュルンベルク原則宣言草案は採択されず、植民地独立付与宣言は採択時には慣行が未発達で、ともに宣言により慣習法化が完成されたとは認め難い。その他の宣言では法的確信が全く表明されていないか、従来の法的確信を変更する契機としての消極的な効果が確認されるのみで、採択による慣習法の確定には程遠いと言えよう。実際に採択された既存法を確認する（law-finding）宣言としては、1946年のジェノサイド宣言が挙げられるが、「集団殺害は、国際連合の精神と目的とに対し、且つ文明世界によって罪悪と認められた国際法上の犯罪である」という法的確信を表明しているものの⁶⁹、これは既存の慣習法というよりは法の一般原則の宣言とみなされる。既に一致した慣行に法的確信を付与して慣習法を完成させるような宣言は、慣行から推定された法的確信を改めて表明することを必要とする特別な事情が存在しない限り、実際の例を見出すのは困

難であろう。最後に問題となるのは、1963年の宇宙空間の開発と使用における国家活動を規制する法原則宣言であるが、慣行には欠けるものの名称が示す通りその内容は法的確信を明確に表明していると認められている⁶⁹。ビン・チェンはこの宣言のように慣行が全く伴わなくとも、法的確信の実体的内容が決議により定式化されていれば、即時的に形成される慣習法の実現が可能であるとした。慣行の不存在にもかかわらず、この宣言を特殊な慣習法として拘束的なものとする理由は、決議の準備・採択過程に求められる。すなわちまず当時現実に宇宙開発に着手する能力を有する米ソ間の内容上の合意が先行し、ソビエト連邦は条約化を主張したのに対して、合衆国は決議として採択するために慣習法上の効力等から宣言の拘束力を支持するような発言をくり返した。そして当該宣言の遵守を約束する合衆国の意思表示に続いて、ソビエト連邦・イギリス・カナダが全会一致による採択を条件として遵守意思を表明した後、総会での全会一致採択が実現したのである。従って少なくとも遵守意思を表明した加盟国については一定の法的拘束力を推定することは可能であるが、その法的基礎を提供するものとして想定されたのが即時慣習法概念である。しかしそのような可能性が指摘されたのみで、ビン・チェンもその成立過程からこの宣言は条約の形式によらない合意として、即時慣習法を構成しないと結論している⁶⁹。従って慣行から推定される関係国の同意又は承認を要件として成立を認められる特別慣習法に限定すれば、慣行以外の方法で表明された同意により慣習法が即時的に形成される可能性は否定されないが、同時にこれは合意の成立であり慣習法と認める必然性は存在しないと言えよう⁶⁹。すなわち条約規範と慣習規範の境界は必ずしも明確ではなく、即時慣習法に体现されるような一定の重複部分がそこに認められ、慣行の果す役割の相対的な比較から特別慣習法と条約の形式によらない合意とが区分されていくものと考えられるのである⁶⁹。

次に国連主催下の国際会議等でより一般的に採択される宣言、並びに近年多用されるに至った行動要綱について若干の考察を加えてみたい。

行動要綱とは後の国内法の制定や条約締結の際の指針とされるべき緩やかな行為規範の定立を目的としたもので、宣言同様に一定の法的確信の表明とみなされることは可能であろう。その一例としてデュピュイ(Dupuy)は、海洋汚染に対する世界的な危機意識の急速な増大が国家の責任を喚起する必要信念を促進し、1972年のストックホルム宣言において法的確信が表明されたとしている⁴⁸。そして宣言や行動要綱という規範定立方式が広く活用されるのは、条約締結や慣習法の形成という伝統的な法定立過程の緩慢さが技術革新の急進に追いつかないため、先行する法的確信が拘束力を伴う規律には至らない一定の基準をとりあえず課しておく必要に基づくと考える⁴⁹。デュピュイはこのような宣言や行動要綱を厳格な要件を必要とする従来の慣習法(coutume sage)と区別して、一定の法的確信が表明されれば慣行の要件なくして成立する原初の慣習法(coutume sauvage)と呼び⁴⁹、更にソフト・ローと言われる新しい法概念に統合されていくと考えている⁴⁹。従ってここで問題とされている行為規範は、法概念特に慣習法概念の拡大の下でのみ法的性格を付与されるのであって、今後の慣習法化の可能性を内包するにすぎないと認められよう。

以上の検討から、宣言決議や行動要綱決議は慣習法の形成要因たる法的確信を慣行から独立させて即時的に表明することを可能としているが、決議が慣習法の形成を完成させて法的拘束力を発生させた実例を見出すことは出来ない。国連総会の宣言決議は積極的に新たな法的確信を表明するよりはむしろ従来の法的確信を変更する場合に用いられることが多く、人権や宇宙法の分野にみられるようにその後の法定立は条約締結に移行され、慣習法の形成過程は継続するもののその重要性は相対的に減少してしまうとみられる。又従来法的規律を受けなかった全く新しい技術的分野に関する宣言や行動要綱は、法的拘束力を伴わない基準を設定するに止まり、慣習法の形成に十分な法的確信を表明しているとは考えられないのである。

IV 結び

国連総会の決議はこれに従う慣行を促進する上で有効であり、又法的確信を国家慣行とは独立して表明することを可能とした点で、慣習法形成過程に多大な影響力を有しているとみられる。しかしこれまでの考察はその効果が一様でないことを明らかにしている。すなわち慣行の促進の効果は勧告に対する加盟国の自発的行為に依存し、又国連内部の慣行の形成は特別慣習法の成立に止まるという意味で間接的な効果を有するのみで、一般慣習法の形成過程を根本的に変更したとは言い難い。これに対して従来慣行を通じて徐々に形成されると考えられていた法的確信を、慣行から独立させて即時的に表明することを可能としたことは、画期的な変革と言えよう。そして法的確信の内容は明確な形で決議に集約され、慣行を介さずにむしろ先行して表明されることが多くなった。その結果慣習法本来の自然発生的な性格は後退して、決議により意図的に慣習法の成立・消滅・変更の契機が提供されることになる。デュピュイはこのような現象を慣習法における意思主義の再来とみなすが、それはかつての黙示合意理論の復活ではなく、国家間の同意(*consent*)に対する国際社会の一般的合意(*consensus*)が慣習法を生みだすものとしている⁴⁶⁾。国際社会の一般的な意思の表明を可能とした国連による慣習法形成過程の改革が、意図的な慣習法の形成や変更をはるかに容易にしたという意味で、現代国際社会を慣習法の発展・変更の時代と特徴づけることは可能であろう。しかしこのような動態的な過程を説明しえないという理由のみで、直ちに伝統理論の放棄を導くのは適当とは考えられない。何故なら法的確信は独立して決議により意図的に表明されうるとしても、これに従う慣行の促進は機構の完全なコントロール下にはおかれず、慣行による支持が得られない限り、法的拘束力を伴う慣習法の形成過程は決して完了しえないからである。そして法的確信が確認されても慣行の検証がおろそかにされている限り、慣習法の形成状況は不明確なまま残されることになろう。その意味で伝統理論を完全に客観化したグッゲンハイ

ムの形成理論は、法的確信が慣行に先行して氾濫していると言えるような現在の慣習法の状況においてこそ、看過されがちな慣習法の本質を明確かつ単純に示していると考えられる。すなわち国連やその主催下の国際会議における決議により慣習法の意図的な促進は可能であっても、最終的な法の定立はやはりこれを支持する国家慣行に求められるべきである。ただし法的確信が先行して表明されている場合には慣行の方向が意図的に定められるため、慣習法の成立は非常に短期的に実現されることが可能となる。更に現代の理論の特徴である形成要因の多様化とその範囲の拡大等の客観的要件の著しい緩和は、慣習法の形成をより一層動的な過程へと変貌させているとみられる。従って慣行の要件を伴わないために形成過程の初期の段階に位置するにすぎない原初的慣習法も、後の慣行の指針として慣習法の発展状態を正しく認識するには有益と考えられよう。⁴⁸

慣習法の動的な発展を分析するためにもう一つ重要な要素として考慮されねばならないのは、既に何度か言及している特別慣習法の果す役割であり、近年におけるその急速な増加・発展という現象である。特別慣習法はかつては一定の地域に限定して一般的に適用される地域慣習法として認識されていたが、現代の交通・通信の発達は国際関係における地理的制約を除去し、国際機構による結びつき・政治制度を同じくする国々・利益集団等様々な関係を介して特別慣習法を形成することを可能とした。又国際司法裁判所はインド領通行権事件において特別慣習法の形成が二国間でも可能であるとして、その成立の基礎を関係国の慣行から推定される同意に求めている。⁴⁹ すなわち特別慣習法は様々な規模・性格の上に成立することが可能であり、それらの状況によって形成過程や確認方法にも当然ある程度の相違が生じてくると言える。⁵⁰ そしてその中の一定の規則は普遍化して一般慣習法体系に統合されていくとみられるが、それが実現されるための条件は明らかでなく、今後の検討が必要とされる。このような特別慣習法の増加・多様化は慣習法本来の一般法と

しての性格を減少させ、場合によっては特別法である条約の内容を変更するような形で成立することさえみられる。本来特別法であるべき条約の中から一般的多数国間条約という一般法を指向するものが増加してきたのと対称的に、慣習法も又様々な形で特別法の領域をカバーするようになり、両者の境界が不明確にされると同時に相互的に作用を及ぼし合うことが可能とされ、そのような複雑な過程を経て国際法は発展していくものと考えられる。

最後に本論文における検討から、本来の自然発生的性格も一般法としての性格ももはや本質的要素とはみなされえないことが明らかとなった慣習法は、現在非常に多様化してきていることが指摘できる。それは形成過程の発達段階に基づく区別 (*coutume sage* と *coutume sauvage*) であり、又適用範囲に基づく区別(一般慣習法と特別慣習法)となり、更に細分化された区別(国際機構の内部で普遍的に適用される特別慣習法と同意から生ずる二国間の特別慣習法)も可能となろう。このような慣習法の多様化現象は、法典化条約の締結に代表される従来の成文化指向に内在する困難と無関係ではなく、逆に条約による法定立を補完するような機能が慣習法に求められていることに基因すると考えられる⁵⁹。すなわち北海大陸棚事件においては一般的多数国間条約の規定の非当事国への適用の基礎として、又インド領通行権事件では二国間条約の存在しないところに合意を認めるためであり、更に国連安全保障理事会における憲章の正式な改正によらない事実上の変更等、全てが慣習法により説明されてきたと言えよう。かつてマクネア (McNair) は条約を「痛ましくも働きすぎである」として、その機能の多様化とそこから生じる法的性格の相違が、条約に対する一元的な規律の伝統をもはや不適切にしたと主張した⁶⁰。そして後に生じると予想される条約に関する紛争の解決に当っては、様々な種類の条約の異なる法的性格からそれぞれに相応しい規則を検討することが必要であるとしている⁶¹。それから50年以上を経た現在、マクネアが条約に関して指摘したと同じことが、慣習法についてもあ

てはまるのではないだろうか。従って具体的事件において問題となった個々の慣習法の検討を通じて、その機能と法的性格の相違を明らかにして規律の多元化をはかることが、今後の重要な課題として要請されていると考えられるのである。

注

- (1) 条約法に関するウィーン条約第二部の規定。
- (2) 国際司法裁判所の南西アフリカ事件判決における田中裁判官の反対意見。
ICJ Reports, 1966, p.291.
- (3) Kunz, J. L., "The Nature of Customary International Law," *A.J.I.L.*, Vol.47, 1953, pp.662-663.
- (4) 黙示合意理論によると、慣行に参加したか承認した国に対してのみ拘束力が生じるのであって、慣行に何等交渉を持たなかった国、特に新たに国際社会に参加した国に対しては、慣習法は一般的に適用しえないことになる。
- (5) Anzilotti, D., *Cours de Droit International*, 1929, pp.69, 73-74; Strupp, K., "Règles générales de la paix," *Recueil des Cours*, Tom.47, 1958-II, p.11.
- (6) 国際司法裁判所規程第38条1項は、裁判の基準として「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」を挙げ、その認定に当って裁判所は伝統理論の立場にあると認められている。Skubiszewski, K., "Elements of Custom and the Hague Court," *ZaöRV* Bd.31, 1971, pp.853-854. 又国際法委員会は規程第24条に従って慣習法を証明する方法につき検討したが、特別報告者 ハドソン (Hudson)は成立要件を次のように定式化している;(a)国際関係の領域における一定の状況に関する数国の一致した慣行 (b)当該慣行の相当期間にわたる継続又は反復 (c)当該慣行が国際法により要求され、又は一致しているという意識 (d)他国の慣行における一般的承認。*I.L.C. Yearbook*, 1950, Vol.II, p.26.
- (7) McGibbon, I. C., "Customary International Law and Acquiescence," *B.Y.I.L.*, Vol.XXX, 1957, pp.125-131; Tunkin, G. I., "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law," *California Law Review*, Vol.49, 1961, pp.423-426.
- (8) Sfériadès, S., "Aperçus sur la coutume internationale et notamment sur son fondement," *R.G.D.I.P.*, Vol.43, 1936, pp.144-145; De Visscher, Ch., *Theory and Reality in Public International Law*, 1957, pp.148-151.
- (9) 廃止的慣習 (*desuetude*)の成立、すなわち慣習法の消滅過程についても同様のことが言える。
- (10) Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, 1945, p.114; *Principles of International Law*, 1952, pp.303-317.
- (11) Kunz, *loc. cit.*, p.667.

- (12) Guggenheim, P., *Traité de Droit International Public*, Tom.I, 1953, pp.48-50.
- (13) *ICJ Reports*, 1969, p.42.
- (14) D'Amato, A. A., "Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules in International Law," *A.J.I.L.*, Vol.64, 1970, p.894.
- (15) Weil, P., "Towards Relative Normativity in International Law," *A.J.I.L.*, Vol. 77, 1983, p.435.
- (16) Cheng, B., "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?" *Indian Journal of International Law*, Vol.V, 1965, pp.47-48.
- (17) D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971, pp.87-98.
- (18) *Ibid.*, pp.74-87.
- (19) Anzilotti, *op. cit.*, pp.74-75.
- (20) Kopelmanas, L., "Custom as a Means of the Creation of International Law," *B.Y.I.L.*, Vol.XVIII, 1937, pp.149-150.
- (21) Asamoah, O. Y., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, 1966, pp.116-120.
- (22) *Ibid.*, p.120.
- (23) *ICJ Reports*, 1966, p.292.
- (24) *Ibid.*, p.291.
- (25) Zacklin, R., *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and the Specialized Agencies*, 1968, pp.184-186.
- (26) *Ibid.*, p.184.
- (27) 拙稿「国際連合及び専門機関における多数国間条約の締結過程」『社会科学ジャーナル』第23号(1), 42頁。
- (28) *ICJ Reports*, 1951, pp.24-26. ただし Guerrero・McNair・Read・Hsu Moの4裁判官による共同反対意見は、この慣行を国際法の既存原則として慣習法化を承認していた。*Ibid.*, p.41.
- (29) Kopelmanas, *loc. cit.*, p.148.
- (30) Sørensen, M., "Principes de droit international public," *Recueil des Cours*, Tom. 101, 1960-I, p.99.
- (31) 国連事務総長のメモランダム, cited in Asamoah, *op. cit.*, p.24.
- (32) *Ibid.*, pp.223-224.
- (33) *Ibid.*, p.125. 反対の意見としては, Cheng, *loc. cit.*, p.40.
- (34) Asamoah, *op. cit.*, pp.177-185; Castañeda, J., *Legal Effects of United Nations Resolutions*, 1969, p.175.
- (35) Asamoah, *op. cit.*, pp.98-100.
- (36) Castañeda, *op. cit.*, p.193.
- (37) *Ibid.*, pp.194-195.
- (38) Cheng, *loc. cit.*, pp.39-40.
- (39) *Ibid.*, pp.37-38; Asamoah, *op. cit.*, pp.159-160.

- (40) Cheng, *loc. cit.*, p.47.
- (41) *Ibid.*, p.36.
- (42) Cohen-Jonathan, G., "La coutume locatée," *A.F.D.I.*, Vol.VII, 1961, p.139.
- (43) Dupuy, R. J., "Coutume sage et coutume sauvage," *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, p.86.
- (44) *Ibid.*, pp.86-87.
- (45) *Ibid.*, p.76.
- (46) *Ibid.*, p.86; Dupuy, "Droit déclaratoire et droit programmatoire de la coutume sauvage à la soft-law," *L'élaboration du droit international public*, 1975, p.134.
- (47) Dupuy, *loc. cit.*, p.84.
- (48) 村瀬信也「現代国際法における法源論の動揺——国際立法論の前提的考察として——」『立教法学』第25号, 1985, 102頁。
- (49) *ICJ Reports*, 1960, pp.39-40.
- (50) タマトは特別慣習法は同意を成立要件とするとして、一般慣習法との間の相違を明確にしている。D'Amato, "Concept of Special Custom in International Law," *A.J.I.L.*, Vol.63, 1969, p.223.
- (51) Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification*, 1972, p.146.
- (52) McNair, A. D., "The Functions and Differing Legal Character of Treaties," *B. Y.I.L.*, Vol.XI, 1930, pp.100-101.
- (53) *Ibid.*, p.118.

FORMATION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL SOCIETY

« Summary »

Azusa Shinohara

According to traditional Two Element Theory, customary international law is considered to emerge spontaneously from the concordance of *opinio juris sive necessitatis* with the settled state practice. But in these years such a process of formation of custom has become largely centralized through various activities of international organizations. This article aims to analyze the activities of the United Nations in the formation of customs, and to evaluate to what extent this formation process has changed.

Resolutions of the General Assembly of the United Nations are, on the one hand, generally able to develop the practices of the member States in an indirect way, depending on the voluntary intentions of the members, and on the other hand, also able to make more directly internal practices which may become special customs prevailing in the United Nations. But these influences are considered not to have fundamentally changed the custom-making process.

Similarly the General Assembly adopts a certain kind of resolutions called Declarations, some of which state *opinio juris sive necessitatis*. But we can not find any Declaration complete the custom-making process, so it is deduced from this fact that it has been rather used as the preliminary pronouncement before modifying the existing custom. This new process amounts to be a very revolutionary method of making customs, for *opinio juris sive necessitatis* can be stated independently from the practice and often precedes it.

Owing to the functions of resolutions, the activities of the United Nations have transformed the formation of customs from a spontaneous process to a more international one. Moreover, special customs to be applied to lesser number of States than general customs, for instance to the United Nations members or only to two States, are admitted to have been developed recently in various fields. This increasing portion of special customs is depriving customary rules of the inherent character of general law.

As the result of the above-mentioned reforms, customary international law has become so diversified that it is not appropriate to govern it by only one set of rules. Thus, it is demanded to induce certain kinds of rules applying to the custom-making, by considering various characters of customary international law.