

慣習国際法における 「法的確信」概念に関する一考察

—従来の学説のもつ問題点—

橋 野 篤

はじめに

「国際法学者の慣習国際法の性質に関する研究は、統一的かつ明確な答えを出すに至っていない。」⁽¹⁾と、1936年にバスデュヴァンが述べた状況は、現在に至るまであまり変化していない。むしろ、ますます混乱をきたしているといえるかもしれない。というのも、第二次世界大戦以降の国際社会の急速な変化により、慣習国際法の法源としての重要性に疑問が投げかけられるようになってきたからである。その疑問は以下のようにまとめることができる。①慣習国際法は、その成立に時間がかかるため、変化の激しい現代国際社会には適していないのではないか、②科学技術が進歩した現在、国際法の規律する対象が複雑化かつ多岐にわたり、また高度に専門化してきたため、不文法である慣習国際法では規律する内容が不明確である、③もともとヨーロッパという均質な社会で発展してきた慣習国際法は、国際社会の構成員が多様化し、各国の利害やその未来像に対するビジョンが大きく異なる現代の国際社会には馴染まないのではないか、等である。

そこで、本稿では、「慣行」とならんで慣習国際法の成立要件の一つである「法的確信」に注目し、従来の代表的な学説を検討することによって法的確信という概念のもつ問題点を明らかにし、慣習国際法が現代国際社会により適合する形で発展する可能性を探ることとする。概念の検討にあ

たつての問題関心は、現代国際社会においても、慣習国際法の法源としての重要性は大きく、国際社会の慣習法規則に対する依存度も大きいという点にある。この認識にたった上で、慣習国際法の現代国際社会の実体に即した発展のための条件を検討してみる。

上記の慣習国際法に対する疑問は、ある一面で事実である。しかし、慣習国際法の重要性が低下し、条約が慣習国際法にとって代わったのかというところではない。少なくとも以下の二つの点から、慣習国際法は、重要な法源であるといえる。第一に、北海大陸棚事件判決で言及されたように⁽²⁾、コミュニケーション手段が発達した現代国際社会においては、慣習国際法が成立するために長期間にわたる慣行の堆積は重要な要素ではないと考えられる。それ故、ある特定の事柄に関する国際法規則の成立を考えた場合、国際会議を開催し、広範な事象にわたって討議を重ねる必要のある多数国間条約の方が、かえってその成立に時間を要する場合も考えられる。この場合の例としては、第三次海洋法会議の開催中に、討議されていた課題の一つであった排他的経済水域が、慣習法規則として成立したことが挙げられる。

第二に、国際社会において新しく主張される要求というものが、国家群同士の対立を惹き起こし、条約という形式による規律が困難である点が挙げられる。このことは、特に経済的分野における北と南の対立において顕著にみられる。例えば、天然資源に対する恒久主権という南側の要求は、北側の国々の反発をかい、その思想を押し進めた新国際経済秩序の樹立に対する南北対立も大きく、条約による問題解決は困難な状況にあるといえる。この様な場合、国連総会に代表される多数国間フォーラムでの討議を通して共通項を探り、そこで大多数の合意が得られた事柄が、国際社会の行為基準となる。その行為基準を基に、慣行が堆積し慣習法規則として国際社会を規律する結果となるのである。この例としては、民族自決権・植民地支配を禁止する国際法規則が挙げられよう。

以下では、慣習国際法の現代的重要性の第二の点を念頭におき、法的確

信という概念の検討を行うことにする。

I. 法的確信をめぐる代表的学説

慣行が客観的・事実的要素であるとするれば、法的確信は、主観的・心理的要素であるといえる。法的確信が、ある規則の慣習法化にとって必要とされるのは、次の様な理由による。ある規則が慣習国際法であると認められるためには、

「単に関係行動が定着した慣行にならなければならないだけでなく、この慣行は、それを要求する法の規則の存在によって拘束的なものとされているという信念を証明するようなものでなければならず、またはそのような信念を証明するような仕方で行なわれなければならないのである。・・・(中略)・・・行動の頻度または習慣性さえも、それ自体として十分なものではない。例えば、儀式・儀典の領域には、ほとんど不変的に行われながら、法的義務の意識ではなく、単に儀礼、便宜または伝統の考慮によって動機づけられるにすぎない多くの国際行為がある。」⁹⁾

つまり、慣習法規則と礼譲とを区別する概念として法的確信が捉えられてきたのである。しかし、先に述べたように、現代国際社会においては、国家群の対立を引き起こすような問題が国際法の規律対象として争点となり、それらの要求が国家の行為に先だって表出する場合が多々見られるのであるから、法的確信には、礼譲との区別という消極的な役割のみが期待されているのではなく、より積極的に慣習法形成に影響を与えることが期待されていると考えられる。そこで、以下において、伝統的に要件の一つとして考えられてきたこの「法的確信」という概念自体のもつ問題点を検討した上で、その問題点を克服するために提起されてきた代表的な学説を検討してみる。

1. 「法的確信」という概念のもつ問題

法的確信を定義するならば、慣行を行う場合に国家が持つ「法的義務になっていることにしたがるのだという意識」であり、更に、「その慣行が、法の規則または法的義務にかかわっていることへの一般的承認」⁽⁴⁾とすることができる。

国際司法裁判所規程第38条第1項(b)には、「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」という表現が用いられており、慣習法規則であるためには法的確信が存在することを前提としている。また、ブライアリーは、慣行が「義務として」国家に承認されていなければならないと述べ⁽⁵⁾、ブラウンリーも「法的確信は、慣習法に不可欠な構成要素である」⁽⁶⁾としている。この様に、一般に慣習法形成過程での要件として不可欠とされる法的確信であるが、問題点がある。第一に、国家が行動をするときに、国家は、未だ法となっていない規則をあたかも法であるかのごとく誤認し、その誤認に基づいて行動を行っているのであると考えなければ説明できないという点である。⁽⁷⁾ この点に関しては、ダマトが指摘するように、まず、慣習法形成に参加しているすべてが、各々の国家の法律顧問から、「国際法により要請されている」と間違った指針を与えられているとは考えられないという問題点が挙げられる。⁽⁸⁾ 第二に、法的確信という要件がある規則が国際法上の規則となっているとの確信と捉えられてきたため、慣行が存在して初めて法的確信の有無の問題を論じることが可能になるという点である。換言すれば、国家の行為に先行する規範意識の表明がもつ慣習法の成立に与えるインパクトというものが、成立過程に組み込まれる余地がないのである。これは、先の慣習国際法のもつ重要性の第二の点が、正当に考慮されないことを意味する。

概念上、このような問題をもつ「法的確信」については、多くの学説上の不一致、もしくは争点が存在する。以下で、いくつかの代表的な見解を検討してみる。

2. 法的確信を広義に解する学説

誤認に基づくことなく法的確信の存在を説明するために、法的確信を法的規範のみに求めず、より広義に解釈しようとする学説の代表は、ケルゼンであろう。彼は、「誤認に基づく国家の行動が、存在していない法を実定法へと昇華させることはない」⁽⁹⁾ とし、誤認を前提としなければ説明できない法的確信という概念を排除した。その上で、慣習法の形成過程に参加する国家は、必ずしも法的規範にしたがっているのではなく、なんらかの規範意識に基づいていればよいとした。法的でない規範とは、ケルゼンによると「道徳・衡平・正義」⁽¹⁰⁾ である。つまり、「個々の行動は、それがどんな規範であろうとも、それにしたがっていると意識していれば、十分である」⁽¹¹⁾ ことになる。それ以前には、ル・フェールが、法的確信とは「正義といった観念に立脚して、問題となる規則を遵守する必要性があるという、国家の確信である」⁽¹²⁾ と定義した。また、マクドゥーガルも、ケルゼンの見解を支持して、

「慣習法上の義務を生じるための主観的要素は、行動が一様であることである。その様な主観的要素は、判例・道徳・自然法・条理または、宗教といったシステムにおける規範意識と結び付いていけばよい。」⁽¹³⁾

と、述べている。

この様に、法的確信の概念を広義に解釈する学説のいちばん大きな問題点は、さきに述べた、慣習法規則と単なる礼讓とを区別できなくなる点である。つまり、礼讓であっても、道徳・衡平・正義といった規範意識に基づいている場合も考えられ⁽¹⁴⁾、その場合には慣習法規則も礼讓も同じ法規範として捉えられることになる。しかし、礼讓は法規範としては認められておらず、厳然たる区別が国際法秩序の中にはある。それ故、法的確信を広義に解釈する立場は認められないことになる。

以上のように、法的確信を広義に解釈すると、要件として要請される根

拠とも言える、法的義務とそうでない習慣の区別という機能を損なうことになってしまう。また、国家の行為の中に法的確信の存在の有無を見いだそうとする点でも、ある国際法規則の必要性の表明が国家の行為に先だっ
て行われるという現代国際社会の実体に即していないといえる。そこで、次に、法的確信を同意・黙認・異議申し立ての不存在に見いだそうとする学説を検討してみる。

3. 法的確信を同意・黙認・異議申し立ての不存在と解釈する学説

誤認を前提とすることなしに法的確信概念を説明するための第二の学説として、マクギボンの権利と義務の区別に注目した学説が挙げられる。彼は、権利を付与する慣習法規則と義務を課す慣習法規則の区別の重要性に注目し、法的確信は、原則的に後者、つまり義務を課す慣習法規則に対して重要であるとした。

「自国の利益・便益という動機に基づく慣行が、行為を行う国家により『当該慣行は、法規則にしたがったものである』もしくは、『法により享受されたものである』との、確信をもっているとは考え難い。しかし、伝統的な解釈による法的確信とは、これらのことを要求しているのである。一方、国家の権利として主張される場合、または、国家が法規則に合致しているかどうかに関心である場合以外、つまり、国家の義務の問題についての主張は、それが法規則に合致しているかどうかを考慮するのである。」⁽¹⁵⁾

ここで、マクギボンが注目しているのは、例えば、A 国のとった行動が B 国に義務を課すことになる場合、B 国は当該義務が法的に要請されているかどうかを考慮する。その結果、B 国が当該義務を受諾すれば（この受諾は、明示・黙示を問わない）、その受諾こそが法的確信となるとしているのである。

この議論は、確かに義務を課される国家が、国際法に照らしてその妥当性を考慮するという、実際の国際関係に沿ったものであるという評価はできる。しかし、サールウェイやダマトが指摘するように、過度の単純化という点で問題がある。サールウェイは、「法には、ある国家が行動を起こす場合に、どこまでの範囲が適法性をもつのか、という境界を示す機能がありその点を見落としている。」⁽¹⁶⁾と述べ、続けて、

「更に問題なのは、慣行の目的の一つである、自らの見解を公知のものとするために行動をするという視点が欠落している。行動を行う国家にではなく、その行動を受けて反応する国家の側だけに法的確信があるとすると、何の反応もない場合には、どこにも法的確信はないことになる。それ故、この様な場合の国家の行動は、慣習国際法の形成に何等の影響を与えないことになる。」⁽¹⁷⁾

として、法的確信を国家の反応に限定しようとする議論を否定している。

一方、ダマトも、権利と義務を分けて議論することに関し、

「すべての主張、または法規則における権利と義務に内在する相互関係に反しているように思われる。『権利』の主張は、その主張をする側に、他の国家が自らの主張を許容する『義務』があるはずであるとの認識が、潜在的に存在していなければ意味をなさない。さらに、ある規則が、既に国際的義務であるとの認識がある場合、マクギボンの分析に従えば、慣習法は、国際法にとって余分なものであることになる。」⁽¹⁸⁾

と述べ、慣習国際法のもつ一般法としての機能に注目しつつ、マクギボンの議論を否定した。以上の点からマクギボンの説の妥当性を考えると、権利を主張する国家であっても自らの主張が受容される範囲を検討した上で実際の行為を行うと考える方が説得的であり、権利主張の対価として義務も同時に存在するとの見解の方が自然であるといえる。それ故、法的確信

を専ら義務を課される側の問題として捉えるのは適切ではない。

そこで、マクギボンの議論を押し進め、法的確信を異議申し立ての不存在に見いだそうとしたのが、ウォルフケである。彼は、

「もし、異議の申し立てが、問題となる慣行を黙認しないという国家の意思を表明する手段、つまり、新しい慣習国際法の形成に同意しない意思の表明手段として最も効果的であるとはいえない、とするならば、いったい異議の申し立てには何の効果があるというのであろうか。ある慣行へ異議を唱え続けることが、当該慣行は権利義務に合致していないという確信・意見の欠如の証拠に過ぎないという見解は、少なくとも、不自然である。異議を申し立てる国家は、問題となる慣行を許容したくないと考えているのであり、そのことが、究極的に法的効果を生むのである。」⁽¹⁹⁾

と論じ、国家がある慣行に対し異議を申し立てることが、当該慣行の慣習法化を阻止したいという意思の表れである以上、異議を申し立てないことは、当該慣行の慣習法化を認めるということに還元できるとし、それを「法的確信」であるとしたのである。

しかし、国家が他国の行動に対して、外交的配慮から異議をとることを差し控えるという、国際政治の現実を反映していないという欠点が指摘される。⁽²⁰⁾ また、異議申し立てをしないということが、当該行為が法的性質をもたず、習慣の枠内に留まっているとの判断に基づいている場合も考えられる。これらの点から、異議申し立ての不存在をもって、法的確信であるとする見解にも無理があると考えられる。

4. 「法的確信」の前段階の概念を導入する学説

次に、慣習国際法の形成の過程に注目しようとする学説を検討してみる。つまり、時間とともに法的確信が徐々に形成され、共有されていくと考えるのである。そこで、法的確信が確立されていく出発点として、法的確信

に至らない未成熟な段階を「必要信念 (opinio necessitatis)」という概念で説明しようとする試みがなされるようになる。ここではサルウエイの議論を中心にして「必要信念」を検討する。

サルウエイは、誤認に基づくことなく法的確信を説明するために一種の過渡的な概念として「必要信念」を導入した。

「法的確信の表明の時間的過程を追ってみてみると、まず、何等かの慣行を行う国家は、当該行為が将来的に慣習国際法規則に基づいた行為へと発展していくべきであるという『必要信念 (opinio necessitatis)』のもとに、その慣行を行う。ここで言う『信念 (opinio)』とは、当該慣行が法として必要であるというものであって、ただ単に、便益上の問題ではない、という信念である。そして、それらの慣行の結果として法規則が確立するのである。それ故、それ以降の他の国家による慣行は、厳密な意味での『法的確信 (opinio juris)』に従った行動といえるのである。慣習国際法形成の原初的段階においては、必要信念で十分であるが、形成途上にある規則が存続するためには、その後に法的確信に基づいた慣行の堆積が必要である。」⁽²¹⁾

この様にして、慣行の堆積の出発点においては、法的信念には至らない未成熟な心理的・主観的要素である必要信念が存在すれば、それによって、単なる習慣との区別も可能であり、かつ、誤認に基づくことなく法的確信の存在の有無を検討することが可能であると論じた。

さて、ここで検討されなければならないのは、次の二点である。第一に、法の欠缺した分野での新しい法形成を考えたとき、はたして法の必要性だけを動機として慣習法が形成されてきたのかという点と、第二に、いつの時点で「必要信念」が「法的確信」に変わるのかという基準である。まず、第一の点であるが、すべての慣習国際法規則が、法として必要であるという国家の意思を出発点として発展してきたというわけではない。例

例えば、外交使節の特権・免除に関する慣習法規則は、もともと礼譲であったものが慣習法となった。⁽²²⁾ この規則は、便益を出発点として慣習法化したのであり、法としての必要性に基づくものではない。すなわち、法が欠缺した分野での慣習法形成には、二通りあると考えられるのである。一つは、法の欠缺を充足・補填しようとする意思に基づいて国家の行為がなされ、慣習法が形成される場合である。いま一つは、法の欠缺した状況をそれでよしとし、法規範ではない例えば礼譲といった政治的・道徳的規範に基づく規則で規律していたものが、法典化会議といった議論の場が与えられることを契機として慣習法規則となる場合である。後者の場合、サールウェイの言う「必要信念」は存在しないことになる。サールウェイにはこの視点が欠けているのである。

次に、第二の「必要信念」から「法的確信」への転換の基準であるが、サールウェイ自身その明確な基準に言及してはいない。わずかに、「ある慣行を初めに行う国家のもつ心理的要素と、それに倣ってその後に慣行を行う国家の心理的要素の間にはいくらかの質的相違がある。」⁽²³⁾ と述べるにとどまっている。この記述から推論すれば、ある慣習法規則が形成される場合、明確な区別ではないにしても、国家の慣行には慣習法規則の萌芽を創り出すものと、その慣行に従って慣習法規則を確立するものがあり、前者は「必要信念」に基づいて慣行を行い、後者は「法的確信」に基づいて慣行を行うのであると考えているようである。とするなら、国家のとるある一定の行動様式を他の国家が承認した時点が、「必要信念」から「法的確信」の転換期であるということになる。

以上のことから、法的確信に至らない未成熟な心理的要素として必要信念という概念を導入することは、一方で、誤認を前提とすることなく法的確信概念を説明することを可能にしている。他方、必要信念の導入で新たに問題となるのは、法の欠缺した状況に対して、その欠缺を補填しようとする国家の意思によってのみ慣習国際法が形成されるわけではないという点である。しかし、ここで想起されなければならないのは、「はじめに」で

言及した通り、国連に代表される多数国間フォーラムにおいて、「現在どのような国際法規則が必要とされているのか」という法の欠缺の充填に対する意思表示がなされる場合が多いという点である。その表明を契機として慣習法規則が成立する可能性を考慮すると、サールウェイの言う「必要信念」という概念は、有用性をもつと考えられる。

ここで、「必要信念」が導入された場合、「法的確信」という概念はどのように捉えればよいのかという問題が生じる。この問題は、サールウェイの記述から推論されたように、慣習法が成立したことに對する承認と捉えるのが妥当であろう。

以上、法的確信をめぐる代表的な学説を検討してきたのであるが、次に、法的確信という概念を廃棄し、代替概念を導入しようとする学説を検討してみる。

II. ダマト (D'Amato) による「法的確信」に代わる主観的・心理的要素としての「明晰化 (articulation)」概念

1. 「明晰化」とは何か

ここまで見てきたように、「法的確信」という慣習法の成立要件にはいくつかの問題点があり、それを克服するために法的確信概念の拡大・前段階の導入などの努力がなされてきた。これらの議論は、主観的・心理的要素としての「法的確信」の要件性を否定するものではなかった。しかし、ダマトは、「法的確信」という概念を捨て、それに代わるものとして「明晰化」という新しい概念の導入をはかった。

慣習法の成立要件としての「明晰化」という概念が、従来の「法的確信」と最も異なる点は、「法的確信」が国家の信ずるところとして不可視的な概念であるのに対し、「明晰化」は、国家機関・国際機構等による外交書簡・決議等の客観的事実として可視的である点である。ダマトは、「明晰化」という概念を「国家が実際の慣行を行行のに先だて、もしくはそれと同時に、『当該行為または決定は、法的インプリケーションを持ってい

る』との通告を当該国家が行うことである。』⁽²⁴⁾と定義し、続けて、

「換言すれば、当該行為が国際法を創設するか、もしくは変更する可能性を周知のものとするという観点から、その様な通告・声明を為すことで、国家は、さまざまな政策を押し進めるか否かを自由に決定することができる。・・・(中略)・・・ある行為をすること、もしくは、行為を差し控えることが、法的な効果をもたらすという事実を事前に通知しないことは、事後に通告された行動のパターンから法的規範を推定する場合に、強力な障害となる。』⁽²⁵⁾

とし、さらに、

「法規則の明晰化を行うのは、行為をする国家自身である必要はない。一人の国際法学者・一つの裁判所・一つの国際機構であっても、国家機関がそれらに検討を依頼する理由が明白であるならば、慣習法の主観的要素を構成するのに十分である。国際法の主要な雑誌・優れた教科書・国際法に関連する司法判断・国際機構の決議は、規則の明晰化の淵源となる。』⁽²⁶⁾

と述べ、ある事象に関して対立する主張が存在する場合には、

「国際法とは、相対的な説得力の問題であり、慣習国際法もその例外ではない。ある慣習法規則の存在、あるいは不存在に対して、より説得力のある論議を展開した側が勝利するのである。つまり、より明晰化が行われている規則が、そうでない規則に優るのである。』⁽²⁷⁾

とした。

2. 「明晰化」概念の意義と問題点

(a) 「明晰化」と心理的・主観的要素の明示的表明

さて、「法的確信」に代えて「明晰化」という概念を導入することの意義、及び問題点は何であろうか。まず最初に、存在の証明に関して検討してみる。ダマトの「明晰化」概念は、心理的・主観的要素を実体として確認することができるという利点を有している。従来の法的確信は、慣行からの推定によるしか存在を証明できなかった。つまり、国家がある行為を法規則であると信ずるところ (belief) が法的確信と呼ばれる要件であり、明示的な声明 (statement) である必要はなかった。しかし、ダマトは、自らの信ずるところを声明その他の明示的な手段でもって公知のものとすることを要請しており、「明晰化」という概念でもって心理的・主観的要素の存在の立証を容易にすることができるのである。しかし、国家の信ずるところを慣行から推定するのか、それとも声明から判断するのかという違いがあるだけで、本質的には「法的確信」と「明晰化」は、ともに心理的・主観的要素を国家の信念に求める点では同じだといえよう。

声明その他により自らの信ずるところを明示することは、法的確信のもつ次のような欠陥を解消することにもなる。従来の法的確信という概念は、「ある規則は、国際法上の規則である」という国家の真正な確信であることが要求されていた。つまり、「国際法上の規則であるべきである」という当為でもなく、当然、単なる習慣・礼譲でもないという確信である。一方、明晰化という概念は、表面化した声明が国家の真正な信念であるかどうかを問題にしていない。つまり、実際に国家が国際法規則となっていると確信しているか否かは問題でなく、ある規則が国際法上の規則であるという声明により、当該規則の明晰化を行えばよいのである。この立場は、国際法規則の形成過程の現状に合致している。例えば、エイクハーストは、

「1945年の大陸棚に関するトルーマン宣言で、米国は『国際法は、

大陸棚に対する沿岸国の管轄権を認めている』と主張したが、米
 国が実際に、沿岸国が当該権利を有していると確信していたか否
 かは問題ではない。重要なのは、米国がその様に述べ、他の国家
 がそれを是認したことなのである。」⁽²⁸⁾

という例を出して、大陸棚に対する沿岸国の管轄権が慣習法上認められる
 過程で、国家の真正な信念が無関係であることを論証している。

(b) 「明晰化」と「誤認」

ダマトは、ある規則が法となる以前から法であるとの誤認を前提として
 展開される議論には、全面的に反対している。⁽²⁹⁾ この前提にたつて明晰化
 の議論を進めており、当然に誤認を前提としない論理展開に成功している。
 それは、前述の通り、心理的・主観的要素は国家の真正な信念である必要
 はなく、表面化した声明等で「ある規則は国際法上の規則である」と「明
 晰化」すればよいとする点から明らかである。つまり、ある国家がある規
 則を国際法上の規則としたいという意思をもてば、たとえ、いまだ国際法
 上の規則となっていないことを認識していたとしても、明晰化を行えばよ
 いのである。この様に、国家の主観的意欲に注目したダマトの「明晰化」
 概念は従来の「法的確信」より優れているといえる。

(c) 「明晰化」と「主張志向型 (claim-oriented)」アプローチ

ダマトは、慣習国際法を「静態的」な一定の規範群としてではなく、「動
 態的」な不断の権利と合法性の主張の過程として捉えている。これは、次
 のような見解から明らかである。

「我々は、国際法を、国家の意思決定者の間で主張の対立がある
 状況 (claim-conflict situation) での心理的交渉のメカニズムであ
 ると考えなくてははいけない。国際社会のアリーナに参加する立場
 から国際法を研究しようとするれば、絶対的な理論の代わりに対立

する二つの主張のうち、より説得力のある主張が勝るという過程を適切に説明できる理論を求めなければならない。」⁽³⁰⁾

とし、主張が対立する状況においてどちらがより説得力があるのかという相対的な判断により、慣習法規則が確立されるのであるとしている。ここでの説得力とは、主張の対立する相手国も含めた国々を納得させるに足るという意味である。

この様に、慣習法を「動態的」に捉えることは、国際社会の現状に即している反面、次のような問題点も生じさせる。まず第一に、一国によりある規則に対する「明晰化」が行われた後、他国により対立する「明晰化」が行われなかった場合である。この場合、他国は黙認という形でもって当該規則の成立を認めたのかそれとも、その明晰化が意味のないものとして無視したのか判断できないことになる。この点に関し、エイクハーストは次のような例を提示して批判を加えた。

「1872年に西暦を採用するにあたり、日本は国際法上の義務として西暦を採用すると言明した。しかし、それ以降、他の国家は西暦を採用することが義務でないとの明晰化を行っていない。ダマトの理論に従えば、西暦を採用することは国際法上の義務であることになるが、事実はそうではない。」⁽³¹⁾

これは、些末な問題であるが、黙認したのかそれとも無意味な明晰化として無視したのかの区別は、他国の「明晰化」を待たなくては判断できない。つまり、ダマトは、たった一つの「明晰化」であってもそれが説得力を持って慣習法規則となりうるとしているが、実際には他国の「明晰化」を待つことになり、それが行われないとすれば、慣習法規則成立の遅滞をまねくことになりかねない。

第二に、国連総会などの多数国間フォーラムで、具体的な係争事件の起こる以前に、ある規則を国際法上認めるべきであるとの決議を採択した場

合である。その場合、当該決議が「明晰化」の行為としてどの程度の相対的重要性を有しているのかという点が問題となる。これに関し、ダマトは、

「将来、問題となる可能性のある事象に対する決議は、・・・（中略）・・・そのみで慣習法となるわけではないが、当該決議により明晰化がなされたことになる。それ以降、当該決議に沿った慣行が行われれば、当該決議の中に示された規則は慣習法規則となる。」⁽³²⁾

と述べているが、この場合に当該決議に反対する国家が声明等で反対の「明晰化」を繰り返し行くとすると、どちらの主張がより説得力をもつのかについて言及されていない。例えば、深海底資源の開発に関して、国連総会は、1970年に「深海底原則宣言」を賛成108・反対0・棄権14で可決した。⁽³³⁾ 当該決議には、深海底とその資源が人類の共同遺産であること、深海底またはその資源に関して将来の国際制度及び同宣言の原則に反する権利の主張・行使・取得してはならない等の内容が提示されている。当該決議には、日本・米国等の先進諸国も賛成票を投じた。これは、ダマトの説に従うと説得力のある「明晰化」だといえる。しかし、その後先進諸国は、公海自由の原則を根拠に深海底の開発は各国の自由である⁽³⁴⁾と主張し、反対の「明晰化」を行っている。この場合、どちらの明晰化がより説得力をもつのであろうか。

このような問題は、プロセスを重視することによるジレンマといえるのではないだろうか。具体的な主張対立が存在する状況では、対立する主張の比較考量によりその相対的な説得力でもって判断することは有用であろうが、上記のように将来的な問題に対する規範意識が表明された場合には、その規範意識が対立する主張により侵食される危険性がある。

第三に、明晰化の相対的な説得力を基準とすることにより、慣習国際法成立の遅延をまねく可能性が生じる状況がいま一つ考えられる。それは、

ある時点である規則の明晰化が複数の国家により行われ、その後に当該規則と両立しない規則に対する明晰化が他の複数の国家によってなされると、ダマトの言う「主張対立状況」はいつまでも解消できないことになる。その様な状況では、どちらか一方の側が自らの主張を取り下げ、対立する側の規則に納得するまで慣習法規則は成立せず、当該規則が規律すべき分野での法の欠缺は解消されないままの状況が続くことになる。

Ⅲ. 結びに代えて

以上、法的確信という心理的・主観的要件をめぐる学説の検討を行ってきたわけであるが、そこから次のようなことが言える。

- ①従来の法的確信という概念は、ある規則が法となる以前から法であると国家が誤認したと前提しなければ説明が不可能である。
- ②しかし、国家のとる行動様式が法規範に基づくものであるという心理的・主観的要素を慣習国際法規則の成立要件から削除すると、慣習法規則と礼譲・儀礼・便宜等と区別ができなくなる。
- ③そこで、法規則の客観的必要性があり、法の欠缺を補填しようとする国家の主観的意欲があるという法的確信の前段階、すなわち「必要信念」という概念を挿入することによって、誤認を前提としなくとも説明することが可能である。同時に、法的確信のある規則が慣習法上の規則であることに対する承認と定義し直し、慣習国際法が最終的に確定するための必要条件とする。
- ④「必要信念」から出発したとは考えられない慣習法規則も存在するが、現在国際法が規律することを求められている事象は、慣行を基点とするのではなく、客観的必要性に端を発している場合が多いため、「必要信念」の導入は有益である。
- ⑤しかし、「必要信念」という概念も、国家が行為を行う場合に当該行為の心理的要素であるという点で、従来の法的確信概念と差異はない。この点で、国連総会に代表される多数国間フォーラムで採択された決議等に

おける規範意識の表明というものが、国家の具体的な行為から独立しているが故に、「必要信念」という概念の射程に入りにくいという問題点が残る。

- ⑥ダマトによる法的確信に代わる概念としての「明晰化」は、慣習法形成のプロセスを動的に捉えられるという利点はあるものの、慣習国際法の成立の遅延をもたらす可能性があり、「必要信念」という概念の導入の方が意義が大きい。

これらの点から、法的確信という概念の未成熟な段階として必要信念という概念の導入をはかることの意義が、最も大きいと考えられる。しかし、多数国間フォーラムでの決議等による規範意識の表明を、慣習国際法規則の成立過程により積極的に取り込もうとする場合、必要信念という概念を多少変更する必要が生じるのではないだろうか。すなわち、国際社会の大多数の国家の要請と見なせる決議（例えば、「世界人権宣言⁽³⁵⁾」、「深海底原則宣言⁽³⁶⁾」、「経済的権利義務憲章⁽³⁷⁾」、「諸人民の平和に対する権利宣言⁽³⁸⁾」などに代表される宣言的性質を有する決議）を、国家の具体的行為とは独立した国際法規則に対する集合的な必要信念として捉えるのである。この様な必要信念は、ビン・チェンの「共通の法的確信 (opinio juris communis)⁽³⁹⁾」になぞらえると、「共通の必要信念 (opinio necessitatis communis)」と呼べるであろう。この共通の必要信念という概念を導入することにより、慣習国際法規則の成立過程の萌芽における国連総会決議のもつ意義が明確になり、決議を端緒とする慣習法規則の成立形態が確立される一助となるはずである。

注

- (1) Basdevant, J., "Regles generals de la paix", *Recueil des Cours* 1936-N, p.508
- (2) *I. C. J. Reports*, 1969, p.42
- (3) *I. C. J. Reports*, 1969, p.44
- (4) *Ibid.*
- (5) Briely, J. L., *The Law of Nations*, 6th ed., 1963, p.61
- (6) Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 3rd. ed., 1979, p.8
- (7) Kelsen, H., "Théorie du droit international coutumier," *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1939, vol. I, p.263
- (8) D'Amato, A. A., *The Concept of Custom in International Law*, 1971, p.66
- (9) Kelsen, *op. cit.*, p.45. note.107
- (10) *Ibid.*
- (11) Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, p.114
- (12) Le Fur, "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des Cours*, vol.54, 1935-V, p.5, 198
- (13) McDougal, M., *Law and Public Order in Space*, 1963, p.117
- (14) D'Amato, *op. cit.*, p.67
- (15) MacGibbon, I. C., "Customary International Law and Acquiescence", *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, p.115
- (16) Thirlway, H.W.A., *International Customary Law and Codification*, 1972, p.49
- (17) *Ibid.*
- (18) D'Amato, *op. cit.*, p.69
- (19) Wolfke, K., *Custom in Present International Law*, 1964, p.57
- (20) D'Amato, *op. cit.*, p.70
- (21) Thirlway, *op. cit.*, pp.55-56
- (22) 山本草二, 『国際法』, 1985, p.18
- (23) Thirlway, *op. cit.*, p.56
- (24) D'Amato, *op. cit.*, p.75
- (25) *Ibid.*
- (26) *Ibid.*, pp.85-86
- (27) *Ibid.*, pp.86-87
- (28) Akehurst, M., "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, 1974-75, vol.47, p.37
- (29) D'Amato, *op. cit.*, p.66
- (30) *Ibid.*, p.18
- (31) Akehurst, *op. cit.*, p.36
- (32) D'Amato, *op. cit.*, pp.78-79
- (33) GA Res/25/2749
- (34) 大内和臣, 「人類の共同遺産 — 大陸棚の外縁と深海底の法的地位 —」 寺沢一, 内田

久司編, 『国際法の基本問題』, 1986年, p.165

㉔ GA Res/3/217

㉕ GA Res/25/2749

㉖ GA Res/29/3281

㉗ GA Res/39/11

㉘ Cheng, B., "United Nations Resolutions on Outer Space; 'Instant' International Law?", *Indian Journal of International Law*, 1965, vol.5, p.37

A STUDY ON THE CONTEMPORARY CHARACTERISTICS OF
“*Opinio Juris*” AS A CONSTITUTIVE ELEMENT OF
INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW

《Summary》

Atsushi Hashino

The Concept of *opinio juris* as one of the constitutive elements has to be reconstructed because of the changes of modern international community. The most significant change is the establishment of the United Nations. UN has adopted several important resolutions, such as the Universal Declaration on Human Right.

One of the contemporary themes of international customs is how to introduce influences of declaratory resolutions in *opinio juris* which means the acceptance by States of the general practice as law. So, this thesis is designed to examine some important theories at first, and then to try to introduce a new concept which is useful for the introduction of resolutions' impacts.

Among modern typical theories, a enlightening concept “*opinio necessitatis*”, which is advanced by H. Thirlway, is revealed to be useful for taking resolutions' impact into the formulation process of international customs. This concept is the immature stage of *opinio juris* which is an opinion that the practice in question is necessary as law, not merely as a matter of convenience. UN resolutions may be considered as *opinio necessitatis communis* that is the collective expression of *opinio necessitatis*. The introduction of this new concept may be helpful for the accurate evaluation of UN resolutions which contribute to the formulation of international customs.