



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	解釈的構成問題としての国際法規の一般的妥当 ——一般国際法としての慣習国際法の要件論の再構成における基本課題—
Author(s)	小森, 光夫; KOMORI, Teruo
Citation	北大法学論集, 56(3), 1-53
Issue Date	2005-09-26
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15374">https://hdl.handle.net/2115/15374</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(3)_p1-53.pdf



# 解釈的構成問題としての国際法規の一般的妥当

——一般国際法としての慣習国際法の要件論の再構成における基本課題——

小 森 光 夫

## 目 次

- 第一節 問題の設定
- 第二節 慣習を法形成過程とする立場における解釈問題
  - 第一項 慣習を法形成過程として重視する理論と解釈
    - 一 実行を重視する諸見解と解釈

- 二 *opinio juris* を重視する見解と解釈
  - 第二項 過程重視論における解釈の問題点
    - 一 実行重視論における解釈の問題点
    - 二 *opinio juris* 一元化論の問題点
  - 第三節 慣習国際法の要件論を解釈の組み入れにより再構成する諸見解
    - 第一項 解釈の組み入れにより再構成を試みる諸見解
      - 一 伝統的要件論の補強として解釈的判断を用いた再構成
      - 二 要件論全体の解釈的再構成
    - 第二項 慣習法概念の下での解釈の組み入れの問題性
      - 一 解釈を補強に用いる見解の問題点
      - 二 解釈による再構成の見解における理論構成上の問題点
- おわりに

## 第一節 問題の設定

以前に著した慣習国際法に関する拙稿のなかで、慣習法概念について以下の点を問題にしてきた。<sup>(1)</sup> 即ち、慣習国際法が一般国際法の法源として位置づけられたために、一般に慣習の概念の下で形成要件とされたものが一般国際法の形成要件とされてきたこと、それにも拘わらず、国際社会を主権国家の並存状態にすぎないと見るか、国際社会には主権国家を基礎とした国際共同体秩序が形成されていると見るかの、国際法秩序観の違いあるいは一般国際法秩序の必要性の

理解の違いから、その要件の構成をめぐって見解が対立してきたこと、他方で、一般国際法秩序の必要性を認める立場からは、実際には各国の主張や実行が必ずしも一致していない状況の下でも一般国際法秩序の必要性の判断に依りて慣習法としての妥当が論じられ、それゆえにその要件が、その必要性の判断に適合するように操作されてきたこと、その結果、その理論的対立状況が慣習国際法のアイデンティティ・クライシスといわれる状況を生み出していることを述べてきた。

そして、この理論的な対立は、国際司法裁判所の慣習法の存在判断に一貫性が欠けていることに見られるように、一般国際法秩序の形成や存在に関わる実際の対応にも投影してきた。このように、さまざまな理論的問題を抱え込む国際社会全体に妥当する一般国際法としての慣習国際法の存在論について、その実態に的確に適合するように理論的再構成を行うための問題設定を示すのが、本稿の課題である。

本稿では、この課題に取り組むに際して、これまでの研究のように、一般国際法としての慣習法を法形成の過程として位置づけた上で、その意味での慣習法としての形成要件について、いずれの要件構成が正しいかという形では問題を採り上げない。その問題設定に代えて、新たに次の問題として論ずる。即ち、第一は、慣習法の存在判断に関わる国際実行において、各国の見解が対立する場合であっても一般法規としての慣習法規の存在を認めてきている事実、またその状況で一般国際法の存在を認めるためには、一般国際法としての慣習国際法の形成要件を操作せざるを得なくなっている事実を、一般国際法秩序の存在論として基本的には妥当であると認めるかどうかという問題である。第二は、もし第一に述べた事実を妥当と認めるならば、その意味での慣習国際法の存在に関わる主要課題は、国家実行が法規範として形成されていること、即ち慣習法として在ることを事実として認識する条件を明確にすることではなく、それは、国際法規が慣習という法形成の過程を経て確立したか否かに関わりなく、特定の規則が国際社会全体に妥当することの規

範的な基礎づけ、あるいは、何らかの法形成過程や法源 (source) において形成された既存の規則が一般的妥当性を持つことの規範的な基礎づけを解釈によって構成することであるという課題としてである。

一般国際法としての慣習国際法論の課題を、そのように設定したのは二つの理由からである。第一は、国連を中心に行われる国際法の漸進的発達の作業のように、ほとんどすべての国が条約の締結過程に参加して一般法規の形成を目指すという形態が、新たな国際法の立法で多用されているからである。そのような一般法規の形成を目指す立法作業においては、最終的には、条約締結権を持つ当事者の間での妥協と合意に基づく条約の採択の形をとるにしても、その過程では、採択されるべき法規が一般妥当性を持つことを、はじめから規範的に基礎づけることが必要になる。また、一般国際法秩序の形成を目指した法規も、結局は条約として採択される限り、それを批准しない非当事国に対しては、それがいかなる法的意義を持つかということが問題になり、その点でも一般的妥当性論が大きく関わる。そのように、将来にわたる実施を想定した立法の過程では、その制度設計において一般的妥当性論を持つ意義は大きい。一般国際法規の存在に関わる問題を、具体的な法規や制度が国際社会全体に妥当することの規範的基礎づけの解釈問題として位置づけたのは、そうした法規や制度の立法の過程を考慮に入れたためである。<sup>(3)</sup> しかもこの位置づけは、立法過程だけでなく、実施の過程が国内法制のように組織化されていない国際法では、ニカラガア事件のように、規則の一般国際法規としての妥当にとつて事後的な実行の評価が重要な論点になる法適用の場合でも、同様に重要な意義を持つ。

第二に、国際法委員会の法典化作業や国際裁判における既存の慣習国際法の内容確定に関わる実際の議論や判断においても、その存在要件がしばしば操作される形で適用されていることから分かるように、それが慣習という法形成の過程を経て確立したかどうかは必ずしも決定的な条件ではないからである。既に述べたように、一般法規の特定についての要件の構成をめぐる見解の相違は、一般国際法秩序の必要性についての理解の違いや、法規の拘束性の基礎づけに

ついでに理論の違いに基づいて生じる。従つてそれらの見解の相違は、一般法規のための具体的な要件を共通の前提にした上で、その適用の段階で生ずる解釈の相違とは異なる。一般要件としての基準が理論自体の違いに応じて異なるからである。にも拘らず、従来の國際裁判所の判断や学説における要件の操作は、その基礎にある法秩序論の相違を明確にしないまま、単に一般的要件の適用の問題として行われてきたことが混乱の原因になっている。

もつとも、一般國際法規の存在問題が法規の一般的妥当の基礎づけについての解釈問題であると位置づけることは、慣習法の存在にとつて条件とされた規則の形成に関わる諸要因が、一般法規の存在には無関係であるとみなすことにはならない。正当な手続に基づく決定によつてその存在を權威づけられる条約の場合と異なり、明確な手続による法の存在の權威づけ (authorization) が欠如する一般國際法の場合は、一様な慣行や一般的合意などの要件が一般法規の權威づけに関係していることは否定できない。それらを通して、当該規則に拘束される国の関与がある程度示されるからである。その意味では、一般國際法規の存在判断においても、当該規則についての程度類似の実行が存在するか、また当該規則についての程度法意識が形成されているかなど、判断の基礎となる事実的要素および規範的要素が持つ重みについて、それらの一般性の形成に関わる過程は存在する。

しかし、実際の一般法規の判断においてその要件を操作せざるを得ないとすれば、操作された要件に含まれる權威は部分的なものにすぎず、國際社会全体に及ぶ權威を当然には帰結しない。そのような操作が一般秩序論の違いを背景になされる場合、法規則の一般的妥当にとつての主要問題は、部分的な權威づけを踏まえてなぜ一般國際法秩序の存在を論じられるかという、一般法秩序論自体の正当性 (legitimacy) の基礎づけであり、またその正当性の下での一般國際法規の具体的な内容の基礎づけに関わる解釈の妥当性である。<sup>(4)</sup>

一般國際法秩序の問題をそのように位置づけると、それは従来の慣習法論に二つの面で作用する。一つは、秩序論の

問題が表面化することである。先に示したように、国際法秩序の理解には、対等な主権国家の並存という秩序論と共同体の必要性を認める秩序論とが対立している。そのなかで一般国際法を論ずる際に理論的により大きな難題を抱えているのは、諸国家の対応に対立があるにも拘わらず、共同体的対応の必要性を認める見解の側である。国際社会は主権国家の並存を前提とし、その上に主権国家の意思を基礎に一般法秩序が構築されるという認識が歴史的に強い影響力を持つていたからである。そのために、諸国家の対応が対立するなかで一般国際法の存在を認めるためには、なぜ共同的対応が必要であるかが多元的秩序論に対抗して論じられなければならない。そのことは、慣習国際法の概念について見れば、それが一般的妥当性を含意すると予め前提するのではなく、慣習法とみなされる規則についてその含意がなぜ可能であるか、即ち、特定の規則についてなぜ一般国際法秩序としての妥当を論じてよいのかという、前提自体を基礎づけることが必要となることを意味する。それはまた他方で、秩序論の問題が表面化し一般法秩序の正当性が問題になることから、主権国家並存に依拠して一般法秩序を拒否する多元的秩序論の正当性も問われることになる。主権国家並存の原理も一応の原理でしかなくなるからである。

もう一つの面は、一般法の存在要件という言葉の意味解釈にも影響することである。上述のように、一般国際法規の存在判断においては、その要件はしばしば結果に適合するように再構成された。その意味では、これまで要件と言われてきたものは、存在判断の共通の前提になるという言葉の正確な意味での存在の条件とは言えない。一般国際法形成の要件は、一見何の問題もなく定式化されているようでありながら、その構成は、それぞれの立場が一般法規の存在において実質的に何を重要な要素と考えるかによって左右されてきた。また具体的な事例においては、国際司法裁判所の判決に見られるように、個々の要素の重みをどう扱うかの点で個別事情の考慮による影響を受けてきた。このことを踏まれば、国際規則の一般性の議論において鍵となる問題は、単に一律の基準を当てはめて一般法規の存在を事実として

認識することではない。<sup>(5)</sup>そこでの問題は、一般規則をめぐる対立がいかなる局面で生じているかを特定した上で、特定の規則が国際社会全体に適用されることを何によって基礎づけることができるかという点から、その局面に応じて規則の一般的妥当を支える要素を解的的に構成することであり、その解釈の妥当性を基礎づける条件もしくはそのプロセスを示すことである。<sup>(6)</sup>

慣習国際法に関する最近のいくつかの研究では、慣習法形成に解釈の問題が関係していることを意識した新たな試みがなされている。<sup>(7)</sup>しかし、それらの試みも、国際法規の一般的妥当性の正当化に関わる理論としては不十分であり、問題を残している。それは、一般国際法の存在の論証が、国際法規の一般化のための解釈論的再構成の問題であるとするならば、繰り返しになるが、生成の過程としての慣習法の概念の枠を外し、国際法規の一般化の論証過程の問題として新たな理論化を試みる必要があると考えるからである。また、慣習国際法規の存在問題を、そのように一般化の解釈の問題として論ずれば、一般法規の存在について、形成の過程だけでなく、適用の過程をも含めた一貫した理論化が必要になると考える。

- (1) 拙稿「一般国際法の法源の慣習法概念への限定とその理論的影響」『千葉大学法学論集』(一) 第八卷三号(一九九四)、同(二)、第九卷一号(一九九四)。
- (2) Bruno Simma and Philip Alston, *The Sources of Human Right Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, The Australian Year Book of International Law*, Vol. 12 (1988-89), p. 96.
- (3) コールマンは、法規の権威付けの基準が法主体の行為を規制する面と司法的な適用の面とは異なることを指摘する。Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford UP (2001), p. 167.
- (4) J・ルーベンフェルドは、アメリカ憲法において、自立した個人がなぜ憲法に拘束されるかという問題について、従来

の解釈が十分な説明を与え得なかったのは、議論が憲法を前提にしてその中で説明するに止まり、憲法自体の正当性についての議論がなされてこなかったからであるとしている。Jed Rubenfeld, "Legitimacy and Interpretation", in *Constitutionalism*, ed. by Larry Alexander, Cambridge UP (1998). 慣習国際法の一般国際法としての妥当性に関わる問題もまさにこれと同じ問題である。

(5) マイケル・バイヤースによつて、慣習国際法を国際関係論の立場から捉えようとする新たな試みがなされているが、この試論においても、慣習は依然として、国際法の形成過程として捉えられている。参照：Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge UP (1999).

(6) 何が一般法規かをめぐる主張の対立をいかに解決するかという点に焦点を当てて一般法規の存在判断を論じようとする問題設定は、法の存在は合法性の基準、あるいは承認の規則に照らして行われるものであり、承認の規則は見解の対立を解決するための基準ではないとするコールマンの見解から見れば、問題の本質をはずれているように見えるかもしれない。しかし、憲法秩序を踏まえて立法を論じられる国内法制と異なり、一般国際法規は、まずは主権国家が合意の自由を持つことをとりあえずの前提として、その上に個々の法規の一般的妥当をそれぞれに基礎づけていかなければならないという国際法の問題状況から見れば、見解の対立の解決という面に焦点を当てることこそが必要な手続であると考ええる。参照：Jules Coleman, *op. cit.*, supra. n. 3, p.113.

(7) Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law*, *AJIL*, Vol. 95 (2001), No. 4, pp.757-791. John Tsoulas, *In Defence of Relative Normativity*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.16 (1996), No.1, pp. 85-128. 特

に最初の論文は、従来の慣習法論の問題状況を理論的に克服する優れた論説であり、本書と理論化の方向を同じくするが、枠組みを従来の要件の再構成に限定したために、前提的な問題が論じられず、その結果、従来の制度の性格規定において問題があり、また結論を先行させる形の条件論になっている。

## 第二節 慣習を法形成過程とする立場における解釈問題

ところで、慣習国際法の存在は国際法規の一般化に関わる解釈問題であるとして慣習の概念を再構成しようとする立場は、慣習を法形成過程として位置づける従来の理論に対して、それが国際裁判所における慣習国際法の存在についての判断の実態を説明しないという事実分析の面で批判的であるだけでなく、一般国際法秩序論としても望ましくないという点で、規範論としても批判的である。その理由をはじめに言えば、慣習法を一般国際法の形成過程として捉える従来の見解も、具体的な問題において慣習法規の存在を認める場合には、慣習法規が存在するという判断を可能にするように要件の構成を解釈し、操作しているが、なぜそのように要件を操作することが正当なのかを、形成論としての要件論自体は説明できないからである。その点は、伝統的な慣習法理論を批判しながら、なお慣習の概念の下に、現在の問題に対応できるように新たな理論化の方法を模索する見解にも同様に当てはまる。

そこでまず、国際法規の一般的妥当性はそれ自体が解釈問題であるとする理論化を論ずる前段階の作業として、慣習法の存在を法の形成過程として捉える従来の議論に内在する解釈、および慣習国際法の形成要件論に意図的に解釈を組み込んでその再構成を試みる新たな見解について、規範論としてはどこに問題があると考えているかを少し細かく述べておきたい。

### 第一項 慣習を法形成過程として重視する理論と解釈

国際社会全体に妥当する法としての一般国際法の存在は、それが慣習法の概念の下に論じられるために、依然として実行と *opinio juris* を要件とする法形成の過程の問題として論ずる議論が圧倒的に多い。もつとも、そのように慣習の概念を法形成の過程として見る議論であっても、一般国際法の存在を積極的もしくは一定程度考慮する立場の場合は、

その考慮に基づいて伝統的な二要件を何らかの形で再構成している。そこで、再構成された従来の要件を基礎として一般国際法を論ずることが、慣習法の存在を認識するという立場にとつていかなる問題点を持つか、言い換えればいかなる解釈問題を持つかを、以下のように、過程としての慣習において実行を重視する見解、および *opinio juris* を重視する見解の二つに分けて述べることにする。

### 一 実行を重視する諸見解と解釈

一般国際法は慣習という法形成過程を基礎にして成立した法、その意味での慣習法であることを強調する立場を特徴づけているのが、その形成要件論において、*opinio juris* よりも実行を重視する点である。此処でいう実行重視論は、慣習法の形成要件を慣行と法的確信とする二要件論は論理的な誤謬を含むとして、ケルゼンが主張した慣行一元説の意味でのそれではない。以下で扱う見解において実行が重視されるのは、一般的には、それらが法形成過程としての慣習という概念、従つて二つの要素の形成の順序に強く拘泥しているからである。加えてそのような実行重視の見解には、理論的に見て更に二つの論点に関わる。一つは、慣習国際法秩序の基本的性格をどう位置づけるかに関するものであり、一つは、制度としての実効性に関するものである。しかも、それぞれの見解がどの論点に重点を置いているかによつてその意味合いが異なる。それにも拘わらず、いずれの見解も *opinio juris* を重視する議論が安易な慣習国際法の存在判断を認めることになることと認識し、それを批判的に論じている点では共通している。

はじめに示した、慣習という概念に結びつける一般的な対応は、慣習法はそもそも国家の実行が法規範化したものであり、その意味で慣習法の形成過程においては実行の存在がまずはその前提条件になると論じる立場である。この立場は、慣習国際法の伝統的な説明のなかではほとんど問題なく受け入れられていたものである。しかし、この実行の法規

範化という理解は、そうした伝統的な説明の問題点を克服し、各国の制度要求が対立する場合にも、なお一般国際法としての慣習国際法の存在を論じられるように慣習法の理論を新たに再構成しようとする議論においてさえ、それらが慣習を法の形成過程として捉えている場合には、依然影響力を持っている。

例えばダマトーは、一方で、二つの要件についての伝統的な構成に代えて、対立するクレイムの中でより優れたものが優先されるプロセスとして慣習法の形成を位置づけ、それによって慣習法の形成だけでなく変化の過程をも捉えられるように、二要件の再構成の理論化を行う<sup>(8)</sup>。しかしそれにも拘わらず、慣習国際法は、何世紀にもわたる国家の実行を通して発展してきた権利の集合と捉える<sup>(9)</sup>。そしてその立場に立って、ニカラガ事件判決において ICJ が、武力行使の禁止および不干渉原則が一般国際法規であることを、主に *opinio juris* の存在を基礎に判断し、実行については、*opinio juris* を補強する形でしか言及していないことを批判する<sup>(10)</sup>。

このように、伝統的な慣習法の要件を新たな課題に対応する形で理論的に再構成する見解であっても、それが慣習を法形成の過程として強調する場合には、実行が重視される。まして、クレイムの相対的な優位性を基礎に変化の過程をも組み込むダマトーの理論化に対して、それを慣習の本質や形成について不完全な見解に導くとして批判し、伝統的な慣習法論の立場に立つサルウエイは、新たな問題状況に対して伝統的な要件の構成をせいぜい微調整するだけで、実行をもっと具体的な国家実行として規定する<sup>(11)</sup>。それは、慣習法の判断が仮にダマトーのようにクレイムの説得性の面で論じられるとしても、実行が具体的であることはその判断をより確定的にすると考えているからである<sup>(12)</sup>。

また第二の論点である、慣習国際法秩序の基本的性格に関しては、国際司法裁判所を含めた国際判例や多くの学説が、それを国際社会全体に妥当する一般国際法秩序、かつての用語で言えば普遍的国際法秩序として位置づけているのに対して、他方で、伝統的な慣習国際法は、何らかの具体的な対応を通してその妥当を認めている国の間でのみ一般的に適

用され、地域的な例外が認められる法秩序として位置づける見解が主張される。<sup>(13)</sup> 実行が特に重視されるのは後者の位置づけにおいてである。その点をもっとも強く主張しているのがヴェイユの見解である。もっとも、ヴェイユの議論は、意思主義、実証主義、実効性など、さまざま理論的問題に関連づけられて展開されているが、ヴェイユを詳細に検討し批判したタシオラスが指摘するように、その理論の根幹はこの秩序論である。

ヴェイユによれば、主権国家間の関係を規律する伝統的な国際法において、法秩序を形成することの基本目的は、一つは、異質で平等な国家の共存を可能にするためにアナキーな国際社会に秩序だった平和的な関係を樹立することであり、一つは、国家の多様性を否定しない形で国際社会の構成員の共通利益を保護することであった。そして、その国際法秩序において具体的な国際法規が妥当するためには、法規則が各国の同意に基づいていること、その意味で意思主義的であること、国際法の内容が特定の国の立場に偏らないという意味で中立的であること、更に、在る法と在るべき法とが区別されているという意味で実証主義的であることが不可欠な条件であった。<sup>(14)</sup> 従ってまたこの国際法秩序においては、慣習国際法は、現在のようにすべての国に妥当する国際法規、ヴェイユの言葉によれば普遍的国際法規を意味せず、その形成に何らかの形で関与した諸国の間でのみ妥当し、その妥当を明確に否定する国に対しては適用されなかつた。伝統的な慣習法論は、そのように形式的な曖昧さを持ち込んだ慣習法の形成を許容する一方で、自国が何らかの形で同意していない法規の適用を免れられる逃げ道を残しておくという微妙な均衡の上に基礎付けられていたのであり、ヴェイユによれば、その均衡こそが、もともとその基盤が脆弱な国際法秩序の妥当を支えていたと論じられる。<sup>(15)</sup>

伝統的国際法について以上の認識に立ち、また現在でもそれが妥当すべきであるという立場に立つならば、現在の国際判例や多くの学説によって受け容れられた、国際社会全体に妥当する法としての慣習法概念化や、その判断を容易にするための形式の曖昧化は、国際法の規範性を相対化するものとして、また国際法システムの病理状態として批判さ

れる。批判は三つの点から構成される。

第一の批判点は、途上国の主張やそれを支持する議論において、法と非法の境界が曖昧化されてきたことに対してである。そうした境界の曖昧化は、国連総会決議など明確な法的拘束性を持たない文書について、準立法的機能や発生期の法などの柔軟な概念を用いて法の拘束性を程度の問題とし、それに基づいて慣習法の存在を主張する見解に典型的に見られる。しかしこの見解は三点から問題視される。第一は、そうした部分的あるいは弱化した規範性の具体的内容は正確に捉えることができないという点である。その点からは、総会決議は新しい規範を創設できなくても、現行の規則を逸脱する力は持つとする議論は、言葉の遊びにすぎない<sup>(16)</sup>。第二は、その方法は誤解に基づいているという点である。

規範の境界の曖昧化に否定的な見解も、総会決議が国際法規範の確立過程の一段階を構成することを否定するものではなく、ただ総会決議は条約や慣習法と同じ地位を与えられないこと、新たな形式的法源にはならないことを主張しているにすぎない<sup>(17)</sup>。第三は、論者の見解では法と非法の違いは否定されるが、国際法の当事者としての国家はその違いを明確に認識しているという点である<sup>(18)</sup>。ヴェイユによれば、このように直接の当事者の認識に関わりなく境界が曖昧化されることが病理的な状態にあるとされる。そうした境界の曖昧化は、国際法の確定における中立性を損ない、単なるイデオロギー的な対応をもたらすと考えているからである。

以上のように、第一の批判点は、「在る法」の認識に関わるが、それに対して、第二および第三の批判点は、第一の問題の基礎をなす法秩序の認識に関わる。

まず第二の批判点は、強行規範の概念や国際責任論に犯罪概念が導入されたことよって、新たな国際法の展開において規範性の段階化が進められていることに対して向けられる。ヴェイユによれば、伝統的な国際法システムでは、その法源およびその目的や重要性の違いに関わりなく、すべての規範は同じ平面に位置づけられ、それらの間の関係は階

層性を与えられず、逸脱に対しては一樣な責任の制度を適用されてきたという点で、一樣であることがその特性であった。それに対して、条約法条約において強行規範の概念を採択したこと、またそれと並行して国家責任条約草案が国際法上の重要な規範の侵害を国際犯罪として規定したことなどは、伝統的な特性に反して、国際法に階層性を持ち込みまた責任制度に差違を設けることによって、その一樣性を損なう結果となり、ヴェイユから見れば、逆に国際法に不確定性および不安定性を生じさせる事態と捉えられる。それは、国際法において規範の階層を認めれば、新たにその前提としての国際社会全体とは何かをめぐる見解の対立を生じさせるだけでなく、法典化条約についても、それが形式的には条約であるという性格を曖昧にする<sup>(19)</sup>と考えているからである。

また第三の批判点では、対世的義務 (obligation erga omnes)、個別の合意を超える国際社会全体の義務 (obligation omnium) などの観念が国際法において用いられていることが、それぞれに国際法の規範性を希薄化する事態であるとして問題にされる。即ち、対世的義務とされるものについては、その主体が不明確になるだけでなく、その逸脱の場合に、違反国に対してすべての国がその責任を追及することを可能にすることによって、二国間主義と個別主義の原理の消滅を予兆するものであり、また国際社会全体の義務については、形成条件に形式上の曖昧さを許容する一方で、同意していないことを理由にその義務の適用を排除できた合意主義の基本を損ない、結果として脆弱な基礎の上に築き上げられた国際法秩序をより不安定なものにするとして批判<sup>(21)</sup>される。

そして国際法の新たな潮流が、そのように規範を曖昧化し希薄化する形で相対化する法概念を主張できるのも、ヴェイユによれば、それらの見解が状況適合性のために、慣習法の形成において実行の一般性条件が無視してきたからである。こうして、安定的な法秩序としての形成には、実行の一般性条件が重視される。また、条約が慣習法化する場合でも、条約それ自体は国家実行の代用物ではないから、その規則自体が国家実行によって確認される必要があるとされる

のである。<sup>(22)</sup>

次に、制度としての実効性の点から実行を重視する見解を採り上げる。その見解では、国際慣習法が実効性を担保されるのは、それが慣行に基礎にづけられるからであり、逆に国際慣習法概念が乱用される背景には慣行の要素の軽視があるとして、慣行の重要性が論じられる。実行自体の分析を行う研究は他にもあるが、その点を明確にして慣行の概念を再構成しようとしたのが兼原敦子の見解である。<sup>(23)</sup> 兼原は、慣習法の伝統的な観念と現代の国際慣習法の観念との異同を踏まえながら、国際慣習法は慣行を基礎にするがゆえに実効性を持つことを以下のように二点から述べる。

第一は、現在の国際慣習法は、その概念についての典型的な理解が指摘するような、幾世紀を経た長期的慣行を基礎とし、その生成および変更が容易ではない静態的な法としての性格は持たないが、諸国の個別的で自生的な行為を待つて生成するという性格を持っている点では、伝統的な慣習法と基本的に変わらないとする。<sup>(24)</sup> この慣行の自生性という点が、慣習法が実効性を持つことの一つの基礎である。

第二は、慣行が国家の行為を基礎に形成されているという点である。兼原によれば、現在の国際慣習法は、静態的な法ではなく、不断に生成・変更・廃棄する動態的な過程として存在していると捉えられるが、にも拘わらず、慣行の概念を国家の行為に限定して構成する限り、国際法秩序の実効性を担保する法実現の主体が今日においても圧倒的に国家であることによつて、その国家の行為に基づいて形成される慣行が慣習法の実効性を基礎づけると論じられる。<sup>(25)</sup>

もっとも兼原においては、慣行は、その基になる国家の行為の概念とは区別され、一般国際法としての慣習法の要素として、しかもその実効性を担保しうるものとして概念化される。それが、行為の内容相互の対立の明確化、一方の行為による他方の対立する内容の行為の排除、同じ内容の行為の増大に対して促進的に作用する要因という意味で、方向性基準を充たす国家実行としての慣行である。<sup>(26)</sup> そして、方向性基準を構成する要因として、第一に、特別な影響力を有

する国家の行為、第二に、行為態様が有する相対的な重み、すなわちより具体的に現実の行動ないしは措置を伴う行為、第三に、立法的活動の影響、換言すれば、条約や決議の採択などの立法的活動と結びついた形での国家の行為、第四に、国際裁判の影響、すなわち裁判所の判決が国家行為に及ぼす作用、の四つの要因が挙げられる。<sup>(27)</sup> こうして、慣習国際法の実効性を担保する要因として、国家の行為と、それを基に方向性を示した慣行の概念が、慣習国際法の存在判断において重視される。

## 二 *opinio juris* を重視する見解と解釈

既に他の拙稿で述べたように、慣習を法形成過程として捉える立場においても、*opinio juris* の位置づけと構成については、これまでさまざまな角度からいろいろな見解が論じられてきた。しかし、ここでは慣習を過程として位置づける見解のなかで、実行を重視する見解の対極にある見解、すなわち *opinio juris*こそが慣習規範の法的性格を規定する要因であるとする見解についてのみ言及することにする。それは、同じように *opinio juris* の意義に着目しながら、国際法規の一般的妥当は解釈的構成の問題であるとする本稿の立場との違いを明確にし、慣習を過程とすることの問題点を示すためである。

この見解をもっとも明確に論じているのがピン・チェンである。ピン・チェンが慣習を一応は法形成の過程として位置づけているにも拘わらず、*opinio juris*のみをその要件として扱うのは、具体的な実行の中に存在する一般化可能な規則を慣習法の規則に変換させる心理的要因こそが慣習法規を構成する規定要因と位置づけているからである。また彼がそのように変換要因としての *opinio juris*のみを要件として位置づけるのには、二つの点が関係する。一つは、実際の一般国際法規の判断においては、通常の慣行だけでなく条約上の一般化可能な規則がその証拠として用いられていると

いう事実であり、一つは、法という抽象的規範が行為の規律を可能にするのは、それが規範に適合するように人間の行為に心理的圧力を及ぼすからであり、その点で、規範の法的性格を決定するのは心理的要因であるとする彼の法認識である。<sup>(28)</sup>

チェンは、このように実際の規則を一般規則に転換させる規定要因が心理的要因であるとした上で、まずはその心理的要因としての *opinio juris* が一般法規としての妥当を基礎づけることになる過程を、領海の幅員の拡大や大陸棚の制度の例を踏まえて論ずる。

それによれば、水平的な国際法秩序においては国家は法システムの主体であると同時に立法者であるから、個々の国家が、ある規則は一般国際法の規則であると主張することによって、個別的な *opinio juris* を瞬時に形成しうる。ただその段階での *opinio* は、一般法規についての個別意見 *opinio individualis juris generalis* にすぎない。しかし、その規則が既存の一般法規を変更することを意図していたり、あるいは一般規則の存在しない問題について一般規則の形成が意図され、しかも大多数の国が当該規則に同意する場合には、その *opinio* は国際社会の *opinio generalis juris generalis* となり、当該規則は一般法規として妥当することになる。またその過程は条約上の規則が一般化する場合も同じである。はじめは条約上の義務 *opinio obligatoris conventionalis* にすぎないものでも、それが当事国によって一般法規と主張されるようになり、その主張 *opinio individualis jus generalis* が一般化して多数の見解 *opinio generalis jus generalis* になれば、当該義務も一般法規として妥当する。

かくてビン・チェンは、慣習法の形成過程を *opinio* が一般化する過程として描く。また慣習法の形成過程をこのように捉えれば、*opinio* は循環的であるという従来の批判を解決できるとする。<sup>(29)</sup>

このようにビン・チェンによれば、法意識こそが慣習法の形成において確定的な役割を果たしていると位置づけられ

ることによって、慣習法の要件は法意識に一元化され、それゆえに実行は *opinio* の証拠と位置づけられる。そしてこの *opinio* は、規則が多くの国に承認されたかどうかという意味主義的な面から論じられる。

- (8) Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell UP (1971), p.18.
- (9) D'Amato, *International Law: Process and Prospect*, Transnational Publisher (1987), p.124.
- (10) D'Amato, *Trashing Customary International Law*, *AJIL*, Vol. 81 (1987), p. 102.
- (11) H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Sijtoff (1972), pp.57-58.
- (12) *Ibid.*, pp. 51-52.
- (13) Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, *AJIL*, Vol. 77 (1983), pp.436-437.
- (14) *Ibid.*, pp. 418-421.
- (15) *Ibid.*, p. 433.
- (16) *Ibid.*, p. 416.
- (17) *Ibid.*, p. 417.
- (18) *Ibid.*, p. 417.
- (19) *Ibid.*, pp. 423-430.
- (20) *Ibid.*, pp. 431-432.
- (21) *Ibid.*, p. 433.
- (22) *Ibid.*, p. 434.
- (23) 兼原教子「現代の国際法における『慣行』概念の一考察」『国際法外交雑誌』八八巻一号（一九八九）、七十八頁。
- (24) 同上、一二二―一三頁。
- (25) 同上、一五―一六頁。
- (26) 同上、二六頁。

(27) 同上、二七—二九頁。

(28) Bin Chen, Custom: The Future of General State Practice in a Divided World, in MacDonald and Johnston ed., *The Structure and Process of International Law*, Nijhoff (1983), pp. 530-531.  
(29) *Ibid.*, pp. 532-533.

## 第二項 過程重視論における解釈の問題点

以上に述べたように、慣習を一般国際法の形成過程と位置づける立場においても、それぞれの法認識および秩序認識の違いによってその要件構成に違いがある。しかもその認識の違いが要件構成の違いに関係するのは、規則の一般的妥当をどのように基礎づけるかという解釈問題がそれぞれの要件論に内包されているからである。それゆえ要件論の妥当性を問題にする場合には、それぞれの見解が規則の一般的妥当性の解釈問題に的確に対応できているかどうかに関心を当てて論ずることが必要である。

### 一 実行重視論における解釈の問題点

実行を重視する見解を見れば、実際の見解の中では、何に基礎を置いているかについて論点の違いがあり、どの論点に重点を置いているかによっても実行重視の度合いに違いがある。しかしそれらに共通するのは、慣習の成立要件を操作し、それによって安易に新たな一般国際法規の妥当を主張し既存の国際法規を変更することは、国際法秩序それ自体の不確かさをもたらすと考えていることである。既述のように、ヴェイユの見解は、国連総会決議に基づいて既存秩序

を変更するだけでなく、それを新たな一般法規の形成の基礎に位置づけようとする途上国の対応、およびそれに呼応する学説の動きに向けられている。確かに、実行重視論が批判的に論じるように、基礎の弱い安易な制度要求は、制度としての安定性や、国際法の存在意義、信頼性を損なうことは否定できない。

しかし、それらの見解が過度に政治的な国際立法の動きに対して行う批判の妥当性とは別に、それらの見解自体が、国際法の実情に適合した一般国際法の理論として妥当であるかどうか、更にはそれらの見解の前提となっている秩序論が現実の国際法秩序の説明として妥当性を持つかは別問題である。

例えば、第一の慣習法の形成は国家実行を前提とするというダマトーにおいても、何を実行と見なすかという点で、とりわけ一般国際法としての慣習国際法の存在に肯定的な立場に立つときには、一般慣行の概念を拡大する形でその要件を操作する。その場合には、なぜそのように操作してよいかという前提について解釈問題を抱えるが、その点については前提されるだけで論じられていない。もしその前提の妥当性を問題にすれば、前提の妥当性を基礎づける要素との関連で要件の構成が変化することもあり得る。

また第二の、慣習国際法が一般国際法として妥当することを否定的に捉える立場から実行を重視する見解の場合は、その結論の前提になっている国際法秩序の認識が、国際法の秩序論として正しいかどうか、更には立法過程論としても正しいかなどの点で問題を指摘できる。

まず秩序論から見れば次の点を上げられる。ヴェイユによれば、水平的秩序における個別主義の意義は、個による一般の排除にあり、反対に一般化は個別主義の否定になると論じられる。しかし国際社会に共通目的が存在する場合には、個別的立場の意義は一般化を排除することにあるとは必ずしも言えない。例えばジンマは、国際法の基盤を合意に置く一方で、国際的公共利益に基づく制度の存在を認め、制度の性質から強行法規、一般法規の機能を論じている。<sup>30)</sup> 共通目

的を認めた場合に、共通目的を内容とする制度が実際にどう機能するかは、制度の性質や共通目的の意義によって異なる。多元的な社会だから自由に離脱できるとは限らない。その点で、一般法としての慣習法の形成にとつて個々の国家の実行がつねに決定的な役割を果たすとは言えない。その場合には、個々の国家の立場は、一般化を排除するのではなく、一般化の枠組の中でその位置づけが論ぜられるべきである。

また、立法過程論の面からは次の二点を指摘できる。第一に、ヴェイユのように法規の妥当において実行を重視することは、経験的要素を踏まえている点で規則の実際性を高める。しかし、他方で規則の規範性は二次的な問題にすぎないとすれば、実行を制度化する必要性がどの程度強いかが不確定になる。まして、実行の形成に関与しないかもしくはそれに同意しない第三者から見れば、なぜその規則に従わなければならないかということ自体を問題にすることが可能になる。他方で、ヴェイユが実行を重視する背景には、規則の規範性を問題にすることは、抽象的で具体性を持たないとする認識がある。しかし、具体的な問題の一般化において抽象化を必要とすることと、問題が抽象的であることとは同じではない。第二に、ヴェイユによれば、既存の法秩序を変更する新たな法規の要求はイデオロギー的であるとされるが、実行を基礎にした伝統的な規則形成が、果たして立法において中立的であったと言ってよいかは別問題である。国際社会の構造は、ヴェイユの言うように、確かに水平的であり、特に一般国際法については、国内法制のように立法権限が組織的に制度化されていない。そのため各国は、一般法についていつでも規則要求を行える状態にある。伝統的な一般法規も、その構造のなかで形成された点では新たな規則要求と変わらない。新たな規則要求を、イデオロギー的であり、国際法の信頼性を損なうと批判して、主張が対立する場合に実態に合わない既存秩序を一般化することも、ちょうど一九六〇年代の国際司法裁判所の対応がそうであったと同様、国際法の信頼性を損なうことになる。

最後に第三の、一般国際法としての妥当性を認めた上でその実効性の観点から実行を重視する見解では、国家行為が

担保する実効性と慣行が担保する実効性とが、同じく実行を媒介に論じられるが、両者の実効性もしくは方向性を同一に論じられるかには注意しなければならない。国家の行為が担保する実効性は、その行為を行った国が行為の形で規則についての態度表明をしていることによつて、当該行為者の遵守の可能性が高いこと、あるいは当該行為者を拘束する可能性が高いことを示しているのに対して、方向性基準を充たす慣行の実効性は、行為当事者にとつての実効性だけでなく、行為当事者以外の者に対する実効性を含むからである。そして、一般国際法としての慣習法にとつては後者の面での実効性が重要である。特に、慣行がそれに反する実行を排除する機能の点から方向性を持つとされる場合には、その方向性は、実行の統合を前提とした解釈の上に認められる。その点で、二つの実効性を連続的に想定してよいかは、特に後者の場合の実効性概念の規定の仕方と相俟つて、議論の余地がある問題のように思われる。

## 二 *opinio juris* 一元化論の問題点

一般国際法としての慣習国際法の形成要件を *opinio juris* に一元化し、その概念を意思主義の立場から再構成しようとする見解の場合には、一般法規の形成を慣習法の形成過程として位置づけているにも拘わらず、逆に一般化の面を過度に単純化していることに問題がある。特に慣習法の要件を *opinio juris* に一元化することには次のような問題がある。

ビン・チェンが *opinio juris* のみを要件とするのは、二つの理由からである。一つは、慣習法の要件を事実を規範に転換する要素の問題として捉え、その点で決定的な役割を果たすのが *opinio juris* の一般性であると考えているからである。もう一つは、従来の慣習法を法生成過程として捉える見解が、*opinio juris* は錯誤であると批判された呪縛から解放される理論構成を求めたためである。

しかし *opinio juris* 一元化の見解は、三つの点で問題がある。第一は、ソフト・ローの場合のように、規則について

の *opinio juris* が一般化しても、制度的 (institutional) な面でそれが当然に一般法規として妥当するとは言えないからである。 *opinio juris* 一元化論は、確かに大陸棚や領海制度のように諸国の主張の転換によって一般規則が短期間に变化する場合や、宇宙条約のように既存の法規がないために瞬時に一般化する場合の説明としては成り立つ。しかし、大陸棚や領海制度はそもそも一方的な国内措置自体が法的な効果を持ち易い制度的特性を持っていたために、多くの国の主張が変れば一般法規も変わらざるを得なかったにすぎない。その点で *opinio juris* 一元化論をすべての一般法規に当てはめることは問題である。

第二に、ビン・チェンの言うように、実行が *opinio juris* の証拠としての意義しか持たないかどうかも論ずべき問題である。特定の規則について一般的な *opinio juris* が存在し、しかもその実行が一樣である場合には、実行を *opinio juris* の証拠であると言うこともできる。しかしその場合にも、*opinio juris* の一般化だけでは一般法規として妥当しない場合があることを考えれば、一般法規の判断にとって *opinio juris* は証拠となる実行を必要としていたことになり、*opinio juris* だけを要件とする解釈自体に問題があることになる。まして、一般国際法に関わる問題では、特定の規則について多数国が支持する *opinio juris* がある場合でも、実行はしばしば対立する。その場合、実行が *opinio juris* の証拠として扱われるために一定の条件を充たさなければならぬとすれば、そのこと自体が一般法規の形成の条件となり、要件を *opinio juris* に一元化することはできない。

第三に、ビン・チェンが慣習法の要件構成において錯誤論を意識しすぎたことも問題である。既に他のところで述べたように、慣習法の要件論を慣習法の生成という局面に限定し、その平面での慣行と法意識という二要件の論理的関係だけを問題にした錯誤論自体が問題であったことを考えれば、その問題を解決するためにわざわざ要件論を構成し直す必要などなかったのである。<sup>(31)</sup>

(30) Bruno Simma and Philip Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, *The Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 1988-1989.

(31) 拙稿「前掲」注(一)、(二)第八卷三号(一九九四)、一五—一六頁。

### 第三節 慣習国際法の要件論を解釈の組入れにより再構成する諸見解

一般国際法の形成を慣習の過程による法形成として捉え、その理解の下で一般国際法の存在を、慣習法の形成要件論に基づいて論ずる従来の諸見解に対して、最近では、実際に国際裁判などで、新たな状況に対応する形で一般国際法の存在が判断されていることを事実として認め、その上でそれが可能になるような新たな方法を模索するという意識に立って、解釈行為を意図的に組み入れて慣習法の概念を再構成しようとする見解が論じられてきている。それらの見解は、いずれも国際社会に共通の利益や目的が諸国家の間で共有され、一般国際法規の制度化に役割を果たしていると考えられる点では共通しているが、その再構成の仕方については、大別して二つに分かれる。一つは、伝統的な要件基準を維持したまま、解釈的判断をその要件の適用に置き換えるかまたは補強するという形で行う再構成であり、一つは、解釈を組み入れることによって要件の比重や意義を操作する形での再構成である。いずれも解釈を意図的にその判断過程に持ち込んでいる点で方法的に新たな試みである。

しかし、それらの見解は、いずれも一般国際法を慣習法概念の下で論じ、その意味での慣習法の存在判断に解釈を持ち込んでいる。その点は、一般国際法それ自体が法規の一般的妥当性の解釈に基礎づけられると考える本稿の立場とは異なる。

第一項 解釈の組み入れにより再構成を試みる諸見解

一 伝統的要件論の補強として解釈的判断を用いた再構成

国際社会全体の共通利益に関わる問題を制度化することおよびそれを一般国際法規として認定することにおいて、伝統的な慣習法の要件基準を維持しながら、その構成を解釈によって補強する方法には二つの見解がある。一つは、シャクターのように、実行の一般性に関して、事実について解釈を加えて実行の要件を構成してしまう見解であり、もう一つは、ジンマおよびオールストンのように、一般国際法全般にはなく、国際人権の制度についてだけ、その制度の重要性および制度の広がりゆえに解釈を持ち込む見解である。

まず第一の見解は、事実をそのままではなくそれに解釈を加えて実行として捉える態度に見られる。シャクターは、国際人権を問題にする中で、実行を具体的な規則が遵守されている面からだけではなく、その規則に反する行為を規則の逸脱行為としての面からも問題にし、その逸脱行為が行為者により正当化されるかどうか、それが逸脱としてどの程度強く非難されているかという点を含めて実行の概念を捉える。その点で異なる行為が一つの基準に照らして整序されて実行の概念が構成される。そのように実行の一般化の認識に際して解釈が用いられる<sup>(32)</sup>。

同じことは、シャクターの慣習法全般の理解にも見られる。彼はその点を、まず慣習法宣言的な法典化条約の起草作業について述べ、そのつながりで慣習法について述べる。

既に強調したように、不文の慣習から成分の条約への歩幅は決して小さなものではない。法典化のためには、一般化し、体系化し、また事実の中に存在する矛盾やズレを取り除く作業が必要になり、その結果不文の法とは質的に異なる文書が採択さ

れる。形式が異なるだけでなく、文書が利用可能なことおよび解釈の方法が意味と適用に実質的な変更を加える。国家がその文書を法と見なして適用するとき、それは、文書が現行法規に合致しているという科学的判断からではなく、それが法典として承認され、国家間の会議によって採択されたからである。

ここで国家による採択および承認を強調したのは、そのような承認に内在する政治的要素あるいは価値判断に注意を向けるためである。政府は、そうした承認を科学的根拠に基づいてのみ表明する訳ではない。政府は新しい書かれた法 *lex scripta* が望ましい、従って自国の利益に役立つとの判断もしている。同じことは、慣習法にも当てはまる。それについても、実行を法として承認することには価値判断がつねに内在すると言うことができる。そのことをドウ・ヴィツシャーは次のように簡潔に述べている。「慣習の存在を確定する帰納的推論は、制約された推論である。問題は観察された規則性を教えるだけでなく、望ましいと考えられる社会的に照らして重みづけをすることである。<sup>(33)</sup>

このようにシャクターは、国家実行と *opinio juris* から帰納的に抽出されると思われた慣習も、単に帰納だけの問題ではなく、それには一定の形態の行為を法として受容することと規則的行為の観察とを区別する目的論的要因が不可欠な要素として含まれると論ずる。こうしてシャクターは、慣習法の認定に目的論的要素が不可欠であることによって要件論にも解釈が必要になることを強調するのである。それゆえこの点での解釈は、一般慣行の概念における一般性の程度よりもその規範的な位置づけに強く関わっている。

それに対して第二のジンマとオールストンの見解では、解釈の占める役割はもっと限定的である。彼らが慣習法の要件の構成に全体として解釈を持ち込むことに否定的なのは、伝統的な要件を実際に適用する過程で問題になる解釈とは違い、制度的問題に正しい答えを与えようとして要件自体を解釈によって操作することは、慣習法の概念に対する根本的で取り返しのつかない冒瀆になると考えているからである。そしてその批判は、また国際人権について、多くの逸脱<sup>(34)</sup>

事例があるにも拘わらず、既に慣習国際法として普遍的に承認されていると彼らも認めている基本的な国際人権の基礎づけを、慣習法の要件を解釈的に操作して説明する方法に対しても向けられる。彼らは、世界人権宣言などの総会決議に規定された人権規則を一体として慣習国際法であると見なす見解については、本来帰納的な方法に基づいて論じられ、それゆえに高い安定性を持つ慣習法が、レトリカルに、従って決議に定められた原則を出発点として演繹的な方法によって論じられることを問題視する<sup>(35)</sup>。また実行に解釈を持ち込むシャクターの方法については、魅力的ではあるが、逸脱に対する批判の対応が各国の政策的態度に左右されるために、批判の程度などの解釈について主観的要素が入り込み、何が慣習法上の人権であるかについて判断の違いが生じるだけでなく、実際に慣習法上の人権とみなされた内容はアメリカの人権理解に附合するものになつていないと批判する<sup>(36)</sup>。

そのために彼らは、慣習の概念の一体性を維持しながら国際人権について同じ目的を達成できるような法源問題に対応するための方法を模索する<sup>(37)</sup>。その結果として彼らは、基本的人権の義務を一般国際法に取り込む手段として慣習は適切でないとした上で、慣習法理論の組み替えに代えて、二つの代替理論を提唱する。一つは、世界人権宣言などの総会決議を憲章上の人権規定の権威的な解釈として位置づける理論であり、一つは、法の一般原則に国際社会全体に適用される国際法の一般原則が含まれると解釈し、国際人権を国際法の一般原則として位置づける理論である<sup>(38)</sup>。

それでは法源論の問題を回避して、彼らは、いかなる根拠に基づいて人権宣言などの総会決議が国際人権の解釈として位置づけられると考えたか、あるいは、国際人権を国際法の一般原則と位置づけたか。端的に言えば、いずれの理論を採用にしてもそれらが国際社会において一般的に承認されているという点をその根拠に置いていることである<sup>(39)</sup>。前者の決議を国際人権の権威ある解釈とする理論では、国連憲章五五条および五六条を基礎に、人権に言及したさまざまな規則が決議において採択されたことは、人権がそれらの決議によって解釈されることを一般的に承認したこととみなす<sup>(40)</sup>。

また後者の人権を国際法の一般原則とする理論では、彼らは、基本的な人権が国際法上の強行法規であることを理由にその根拠が妥当性を持つと論ずる。即ち、強行法規であるかどうかは国際法規の性質の問題であつて、その形成過程に關係する問題ではなく、また、強行法規かどうかの性質の確定が、現在のところ国際社会で一般的に承認されていることを基準になされていることからすれば、特定の規則が強行法規として国際社会の一般的承認を得ていることを示せば、それは同時に慣習法としての条件を充たしていることになるし、また一般的承認を根拠とする限り、慣習国際法の意思的な基礎にも反しないと論ずるのである。<sup>(41)</sup>

このようにジンマとオールストンは、国際人権については、総会決議などで採択された人権規定が憲章上の基本的人権の解釈として一般的に承認されているという形で、あるいはそれが強行法規であるとする法規の性質規定、即ち法規の性質解釈が一般的に承認されているという形で、法形成過程としての慣習を解釈に置き換えることによって、国際人権の一般的妥当性を基礎づける見解を展開している。

## 二 要件論全体の解釈的再構成

それに対して最近新たに主張されるようになったのが、慣習法の要件については既存の二要件の構成を踏まえながら、その二つの関係、とりわけその比重や意義を法規の特性に基づいて全体的に再構成しようとする見解である。即ち、慣習法規の判断に一律に同じ要件を適用するのではなく、法規の特性に応じて、必要となる要素の位置づけを変える見解である。それらには二つの理論的試みがある。一つは、カーギスやタシオラスが論じた、二要件についてのスライディング・スケール論であり、一つは、形式的要素についての適合性と実質論の均衡として要件論を再構成したロバーツの見解である。

(一) スライディング・スケール論

この考えを初めに提唱したのが、カーギスである。<sup>(42)</sup>カーギスは、ニカラグア事件において、武力の不行使を慣習法規とする ICJ の判断が、同規則についての実行をほとんど考慮せず、国連憲章や友好関係宣言などの文書に同規則が採択されていることに依拠してなされていることを踏まえて、国家の自由を規律する同規則の慣習法規としての妥当を、主に *opinio juris* に基づいてなされる場合と位置づける。またそれとの対比で、国家実行が一貫している場合には、*opinio juris* をほとんど問題にせずに慣習法規としての妥当が判断される場合のあることを指摘する。そしてこの二つの場合を踏まえて、カーギスは、慣習法規の要件は、固定的でも相互排他的でもなく、二つの要件の比重を問題に応じてスライドさせる形で互換的に構成すれば、問題は統一的に捉えられるとして、スライディング・スケール論を試みに示す<sup>(43)</sup>。もっとも、それぞれの要件がどう組み合わせられるかについては、問題の性質と規則の合理性に依存すると述べるに留まり、それ以上の理論化は行っていない。

このスライディング・スケール論を、ドウウォーキンの法理論に依拠しながら、要件の比重のスライドについて、解釈のプロセスを組み込んで発展させようとするのがタシオラスである。

タシオラスが、国際社会全体に妥当する法規の存在判断について、慣習法の既存の要件枠組を維持したまま、カーギスのスライディング・スケール論に解釈論を持ち込んで要件論を再構成する背景には、三つの問題が関係している。第一に、国際社会には、武力行使の規制など国際共同体的法秩序が不可欠であるが、そのような国際社会全体に妥当する法規の存在は、ニカラグア事件判決で示されたような要件の操作に基づかざるを得ないと考えたことであり、第二に、そのように要件を操作し、実質的な基準に依拠する形で *opinio juris* の存在を判断するならば、国際法規範を相対化させ、法規を不確定にすると批判するヴェイユの見解に対して、プロセスの不確定性の問題は解釈の問題に置き換えることで

解決できると考えたことであり、第三に、国際社会全体に妥当する法規の問題を、慣習法以外の概念によつて論ずることとは、国際法に新たな法源を追加することになり、望ましくないと考えたことである。それらの問題をタシオラスは以下のように論じる。

まず第一の、強行法規などの国際社会全体に妥当する慣習法的義務については、その形成要件を操作せざるを得ない問題を、タシオラスは二つの要因によつて述べ、ニカラグア事件判決における武力行使の禁止原則と干渉の禁止原則についての判断方法を支持する。それは、一つは、そのような規則については、条約や国連の決議など、当該規則に言及する国際文書が数多く存在する一方で、規則の性質上、それらが遵守されていることを明示的に示す一様な実行が形成されにくいこと、その点で、慣習法の要件としての一般慣行を構成する国家実行の数が少ないことである。それゆえに判決が、武力行使の禁止規則について同意する決議を、当該規則が慣習国際法規として妥当することを承認するものとして理解したり、あるいは、不干渉義務の存在の立証を、干渉禁止規則についての一般慣行を基礎にする伝統的な慣習法規の存在の立証方法に代えて、反乱軍への干渉を許容する原則は存在するかという形で、干渉を認める許可規範の存在の立証を問題にし、立証責任を逆転させる方法を用いたりすることを肯定する<sup>(44)</sup>。そしてもう一つは、それらの規則がひとたび国際法規として形成されると、その規則が持つ実質的な国際法秩序の性格のゆえに、それに拘束される国の範囲が拡大し、普遍化するという要因である。一般に、意思主義的実証主義の立場に立てば、法規に拘束される当事者は、当該規則に明示または黙示に同意した国に限られるとされる。しかしタシオラスは、ニカラグア判決が、武力行使の禁止規則や不干渉義務の妥当を、それらの規則が強行性を持つという国際法秩序の性格に基礎づけて論じたことで、同意した国に規則の妥当を限定する意思主義の立場からの批判を克服しており、従つてその方法は、国際社会全体に妥当する国際法規の妥当を基礎づける理論になることの十分な考慮を払つていると論ずる<sup>(45)</sup>。

第二に、ヴェイユの提起するプロセスの不確定性の問題については、タシオラスは、プロセスとしての面および秩序論の面から、それぞれ以下のように論ずる。まずプロセスの面からは、不確定性についての予備的な論点として以下の三点を指摘する。即ち、第一に、そうした国際社会全体に妥当する法規の不確定性は、国際裁判所が、国際公共秩序の考慮に基づいて判断するという制度的解決に委ねられることよって部分的に解消される。第二に、裁判過程で価値判断に訴えることは、決定の基礎にある理由を明確化することよって、実際には確実性を高めるとされている。第三に、それにも拘わらず、規範は自己解釈も自己適用もできないゆえに、不確定性を完全に取り去ることは出来ない。タシオラスは予めそのように断つた上で、彼の立場は、国際社会全体に妥当する法規の存在や内容の決定には、自然法の伝統が原理的な基礎を提供していることを示唆することであると述べるとともに、ニカラグア判決の慣習法の判断方法を、カージスのように、スライディング・スケール論として図式化することは、同判決が実際に自然法のパラダイムに黙示的に依拠していることを映し出していると論ずる。<sup>(47)</sup>

ここでタシオラスが、自然法論のパラダイムが適用されて慣習国際法の存在と内容が判断されていると考えるのは、国際実行が一貫していないにも拘わらず、武力行使の禁止や干渉の禁止のように、国際公共秩序の必要性のために実質的要因の評価が重視されてその存在と内容が論じられる場合のことである。そしてその方法を用いた判断は、慣習法の要件論から見れば、*opinio juris*に優先性が与えられた判断と位置づけられる。他方、国際公共秩序の理念に直接結びつかない問題においては、国家実行についてもと厳格な要件が適用されると論ずる。<sup>(48)</sup> こうしてタシオラスによれば、国家実行と *opinio juris* の二つの要件は、慣習国際法の性質に応じてトレード・オフの関係にある。しかも、そのようなスライド制は、慣習国際法の要件を新たに完全に組み替えるものではなく、立法過程が国際法秩序の存在を正当化する実質的理念に即応したものであるべきだという必要に対応する。それゆえに、要件のスライド制は、個々のケースで望

ましいと思われる結果を合理化するために人為的に操作する、人工的な構築ではない。むしろ慣習は、もつと一般的な自然法論のパラダイムを表す解釈であるとして、慣習を解釈概念と捉え、その解釈論の構成に、ドウウォーキンの法の解釈理論を借用するのである。<sup>(49)</sup> タシオラスの理解するドウウォーキンの解釈理論とは、一言で言えば、法システムの一体性 (integrity) の概念の下に、手続的な条件の充足を問題にする適合性 (fit) と、法の存在を手続的条件の充足に帰着できない場合に解釈において重要となる実質 (substance) とを区別した上で、それぞれに固有の意義を認め、法の一体性を適合性と実質的考慮の解釈の組み合わせによって構成しようとする法理論である。<sup>(50)</sup>

また、不確定性の問題について、秩序論の面からは以下のように反論する。即ち、規範の相対化が法の支配を不確定にすると理解されるのは、それを合意主義の手続に照らしてのことであり、また合意主義から見た法の支配の不確定性が秩序論としても問題であるとされるのは、ヴェイユが、国際社会の性格を国家主義を基本とする本質的に多元的主義的な国際秩序、即ち、各国家の個別的な利益追求によって動機づけられた道具的な秩序として捉えているからである。しかしタシオラスは、規範の相対化に基づく法の支配をそのように多元的秩序論と意思主義から不確定であるとするのは、二つの点で問題であると批判する。一つは、強行規範としての性格を持つ国際法規の存在を可能にする規範の相対性は、多元的秩序の概念自体を否定する共同体的秩序の概念に基礎を置いて構成されているからである。即ち、共同体的秩序の概念は、個々の国家の自己利益を超える国際社会に共通の基本的価値があるという前提に立って、それ自体が国際法の法源としての国家の同意の概念を制約する意義を持つから、合意主義の手続から見て、共同体的秩序の概念に基づく規範の相対化を不確定であると論ずることは意味がないと論ずる。<sup>(51)</sup> そして一つは、規範の相対化に対するヴェイユの批判は、第二次大戦後の第三世界が、国際法をイデオロギー的にハイジャックするかのごとく、現在の国際社会が実際に適応できない規範システムを、規範の相対化の方法を用いてその他の諸国に突きつけてきたことに対して、彼

が危機感を持つて過剰に反応した結果であつて、ヴェイユ自身も、実際には、国際社会の概念を強調することによつて、国際連帯の意識の向上を構想するなど進歩の要素として規範の相対化を認めているからである。その点で、ヴェイユの立場は、規範的相対性の全面的な否定というより、内在的な批判とみなすべきである<sup>(52)</sup>。

最後に、国際社会全体に妥当する法規の問題を、慣習法の既存の形成要件を基礎にし、その組み合わせを法規の性質に応じて均衡させる形で定式化することの必要性を論じたのは、ニカラガ事件判決を踏まえて、トムシャットおよびチャーニーが提唱した慣習国際法あるいは普遍国際法の存在を判断する方法が、伝統的な法源としての慣習国際法の枠を超えるとして否定するためである。

トムシャットは、まず、現在の国際社会では、国家が遵守すべき指導原則としての共通価値を決定する法的枠組の観念は、既にその地歩を確保し、強化されつつあると述べ<sup>(53)</sup>、その上で、伝統的な法源の枠内で、国際共同体全体の至高の利益によつて正当なものとされる多数主義の諸側面に、どの程度の可能性があるかを示そうとして、既存の法源の現状を分析する<sup>(54)</sup>。そして、普遍的な国際法の創出に関して、武力行使の禁止や人道法の原則などの一定範囲の国際法規範については、国際共同体の憲法および国連憲章の規定に具体化された主権平等および人道の理念という、国際法の核になる部分からの純粹な演繹によつて帰結させる新たな方法を用いるとともに、他方で、核になる部分を越え、公益と私益の均衡が必要になるその他の規範については、伝統的な慣習法規の形成の方法が適用されるという見解を提唱する。そしてトムシャットは、この新たな方法に基づく規範も、既存の法源としての慣習法規範として分類する<sup>(55)</sup>。しかし、タシオラスは、その形態を「( )」規程三八条一項に定める法源に組み入れるためにはもつと技術的に工夫が必要であり、慣習の新種の存在を含蓄していると述べて、その方法が既存の法源の枠を超えると位置づける<sup>(56)</sup>。

またチャーニーは、全地球的な問題に対処するために国際社会全体を拘束する普遍的規範を確立する上で、伝統的な

方法に代えて、国連などの多角的フォーラムが持つ權威を重視し、多角的フォーラムにおいて多数の支持があることに一般国際法の形成と創出における中心的役割を与える新たな方法を、以下の点に基づいて提唱する。第一に、二〇世紀後半には、地球環境の保護や国際的テロリズム、国際犯罪などの全地球的な懸念に対処するために、各国の立場に関わりなく国際法の全ての主体を拘束することが必要になっているが、国家の数や多様性が増大し、しかも従来は国家の内管轄内の問題であった分野に国際法が侵入している現在では、国家の主権と自立性を重視する伝統的な国際法システムは普遍的規範を創出する国際規範システムの能力を著しく損なう。<sup>(57)</sup> 第二に、現在の国際法の主要な発展は、多角的フォーラムにおける提案や決議、条約などによって始まるだけでなく、それらによって実質的な支持が得られている。また、そうしたフォーラムの議論の權威は、独立の立法機関としての權威を持つことを意味しないが、一般に国家実行や *opinio juris* として扱われる要素以上に証拠としても明確である。<sup>(58)</sup> 第三に、以上のプロセスで形成された法規は、数多くの事件で ICJ がその表現を用いたように、慣習国際法規というよりも一般国際法規と呼ぶ方が正確ではあるが、一般国際法と呼ぶとしても、それらは ICJ 規程三八条の一般慣行の証拠としての国際慣習という規定と矛盾しない。<sup>(59)</sup>

チャーニーは以上の点から、多角的フォーラムの議論の權威に一般国際法の形成と創出における中心的役割を与える新たな方法を提唱する。しかしタシオラスは、この新たな方法の提唱に対しても、ニカラガ事件判決は、国家実行と *opinio juris* を要素とする伝統的な方法の中で、その要素とその関係を概念的に再構成したものであるにすぎず、したがって同判決が、伝統的な概念枠組を壊して新たな方法を用いた判決であると位置づけるチャーニーの理解は、認識として正しくないとして批判する。<sup>(60)</sup>

かくして、タシオラスによれば、国際共同体問題に関わる法規の形成は、ICJ 規程三八条に規定された伝統的な法源の枠内で扱われなければならないが、したがって、この問題への対応は既存の慣習法要件の操作以外にはあり得ないことに

なるのである。

(二) ロバーツの適合性と実質の均衡的解釈による再構成

慣習国際法の存在判断に、同じようにドウウォーキンの法理論に依拠して解釈を持ち込みながら、スライディング・スケール論の問題点を批判し、新たな方法を提示するのがロバーツの見解である。

まずロバーツは、スライディング・スケール論の問題を二つの点から批判する。第一に、二つの要件の組み合わせをずらして、国家実行が確立している場合には *opinio juris* は不要であるとすれば、その判断に基づく慣習法規は既成事実を容認するだけのものになるし、国家実行の一樣でないときに *opinio juris* の強さを重視し、それによって実行の不足を補うならば、*opinio juris* がしばしばあるべき法の表明と結びついていることから、その方法に基づく慣習法規の判断は、実際の基礎を持たない観念的なものになると論ずる。<sup>(61)</sup> 第二に、カージスやタシオラスが、ニカラグア事件で判決が用いた方法を、行為が道徳的に非難されるべきものであるときは国家実行に代えて *opinio juris* を重視し、反対に道徳的に問題ない場合には国家実行を重視する方法として解釈したことに対して次のように批判する。即ち、ロバーツは、裁判所は、国家実行が確立している場合には、*opinio juris* が弱いものであっても、ウインブルドン号事件判決のように慣習法を判断していると述べるとともに、他方で、裁判所は国家実行が明確でない場合には、実質的考慮を用いて国家実行の弱さを補ったのであり、*opinio juris* に問題がある場合にそれを国家実行の強さによって補ったのではない。その点で、裁判所による二つの要件の操作は非対称的であると述べて、二つの要件がトレード・オフの関係にあるとするスライディング・スケール論を批判する。<sup>(62)</sup>

そしてロバーツは、慣習を解釈概念と捉えた上で、解釈を、記述的な要素が強い手続条件への適合性の解釈の平面と、適合性の平面で解決できない場合に問題になる実質論の解釈の平面とに分けて論ずるドウウォーキンの解釈理論、および

びロールズの均衡論を結びつける形で理論の枠組を示し、それを慣習法論に應用することによって要件操作の方法を提唱する。簡潔にまとめることは容易ではないが、敢えてすれば以下のようになる。

ロバーツは、まず、ドウウォーキンの解釈理論に従って慣習法の存在解釈を適合性および実質的考慮の二つの平面に分けて捉える。適合性の平面での解釈が正当であるためには、解釈の対象となる実行を正確に記述し、正当化するものでなければならぬ。しかも、ドウウォーキンの理論では適合性を充たしていることが大まかな解釈の枠を与える。従って、適合性の平面では、国家実行が欠如している場合には記述的には正確になり得ないから、たとえ強い *opinio juris* であっても枠内の (eligible) 解釈を与えることができない。適合性の平面では、国家実行が慣習法規になるためにはそれを社会規範から区別する上で *opinio juris* を伴わなければならない。伝統的な慣習法は、記述的な正確さが重視され、この適合性の平面で問題にされた。<sup>(63)</sup>

また実質的考慮の平面では、適合性の条件を充足する枠内の解釈が複数ある場合に、それらのいずれが最適な解釈であるかの決定において、道徳理念、政治理念およびそれらの理念が衝突したときにいずれの理念が優先されるべきかなどの実質が作用する。<sup>(64)</sup> ロバーツは、この実質的作用について、現代の慣習国際法では、実行が対立しているときにも枠内の解釈が複数あると認識されているがゆえに、実行の対立しているときでも実質的考慮が重要になる場合があるとするとともに、その実質に関わるのが *opinio juris* であると述べる。そして、その実質としての *opinio juris* には、手続的および実質的な規範的考慮が含まれるとした上で、それが適合性の条件を充たした場合を問題にするかぎり、規範的考慮には在るべき法の考慮も排除されないとする。在るべき法の考慮は、その限りで法の発展に結びつくと考えているからである。<sup>(65)</sup>

ロバーツは、以上のように解釈の二つの平面と二つの要素の関係を述べた上で、記述と規範、即ち適合性と実質を一

つに合体させ、枠内の解釈が複数ある時は、二つの平面を一体性の概念の下に整合的に説明する解釈を最適な解釈として位置づけるドウウォーキンの解釈理論が、整合性 (coherence) を重要な価値とする慣習国際法の解釈理論としても有効であるとする<sup>(66)</sup>。他方でロバーツは、ドウウォーキンの場合は、解釈は客観的に確定するとしているが、生のデータを解釈することには主観性が付きまとうとして、その点でドウウォーキンを修正する。即ち、解釈の整合性を確保する方法として、一つの価値を他の価値に対して絶対的に優位に扱う形ではなく、ロールズが直感と道徳原則を調和させるために反省的方法を用いたのと同じように、適合性と実質を調和させ均衡させる方法として反省的解釈方法 (reflective interpretive approach) を提唱する<sup>(67)</sup>。

その上でロバーツは、反省的解釈方法が慣習における二つの実際的問題にどのように適用されるかを、第一に、便宜的慣習として位置づけられる規則と現代の慣習として位置づけられる規則が両端を構成する層にその方法を適用する問題、第二に、慣習の流動的性格を説明する問題に照らして検討する。それは、反省的解釈方法が動態的であり、時間の変化や慣習の性格によって変化することを立証するためである<sup>(68)</sup>。そしてその結果を、以下のように二つの問題に分けて示す。

まず第一の問題について、ロバーツは、慣習の最適な解釈は、実行と原則の二つの要素との間で最大の一貫性を確保しようとしてより強い要素に傾斜するがゆえに、適合性と実質の間の最適な均衡は、慣習に含まれる実行と原則の相対的な強さに依存するとの一般論を示す。

具体的には、例えば拷問禁止のような道徳的な規則について、多くの国が拷問を違法とする一方で、拷問を行う国に對して外交的考慮などで対応措置がとられないなど、実行および *opinio juris* が必ずしも確定していない場合でも、拷問の非道徳性のゆえに禁止されるべきであるという在るべき法としての言明が、国家は何を法とすべきかという信念の

表明において大きな重みを持つゆえに、適合性と実質のもつとも整合的な説明では拷問は違法であるという結論になる。<sup>(69)</sup> 即ち、実質が強い要素となる。他方、船舶は海上では左右いずれの側を航行すべきかというような便宜的な性質の規則については、いずれかに決定することは共存と協力にとつては重要であるが、実質的には道徳的要素を含まないゆえに、解釈は主に適合性の条件を充たすことによつて確定する。<sup>(70)</sup> それに対して、それらの慣習の中間に位置する、共存を促進する一方で道徳的考慮を含む法の場合、例えば越境損害を防止する環境義務の場合には、枠内の解釈を決定すること自体に、作為、不作為、規範を宣明する文書、抗議と黙認の有無など多数の考慮が関係し、それらの考慮からは、越境汚染は禁止されるという解釈、越境汚染は許されるという解釈のいずれもが可能となる。しかし、規範を宣明する文書が、一般には国家は越境損害を防止する義務を持つとする見解を指示しているゆえに、実行と原則の最適な解釈は、越境損害の禁止の規則に有利に働くが、この場合には解釈が微妙な均衡の上になされており、反論や変更を受け易い。<sup>(71)</sup> こうして、慣習法の形成において反省的均衡の解釈方法が有効であるとする。

次に第二の問題、慣習法の流動的性情格の問題についても、それを説明する上で反省的な解釈方法が有効であると述べる。ロバーツによれば、慣習法の内容は固定的ではなく、状況の変化に応じて修正されるが、国際システムが分権化し、しかも国際法主体としての国家が国際法の適用主体であると同時に立法主体でもあるために、慣習法の形成だけでなく変化のプロセスも不確定となる。そしてそのプロセスが不確定であることに基づく慣習法の流動的性情格を説明するには、それ自体が固定的ではない反省的均衡の方法が再び有効であると述べる。その方法の下では、変化する状況での実行と原則の最適な説明は、新しい国家実行、*opinio juris* および道徳的考慮に照らして再評価されなければならないからである。<sup>(72)</sup>

ロバーツは、以上のように述べて、一般国際法の存在判断を、慣習法概念の下に、国家実行と *opinio juris* の条件

の適合性と規範的考慮などの実質的要素、および両者の間の整合性に基礎づけることによつて、それを事実の認識ではなく解釈と位置づける新たな方法を提示する。そしてその方法こそが、事実の記述を中心とする伝統的慣習法、および規範的要因が大きな重みを持つ現代の慣習法など、慣習法の多様な態様に適応できる方法であると論ずるのである。<sup>(33)</sup>

- (32) Oscar Shachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, 1991, p. 338.
- (33) *Ibid.*, p. 70.
- (34) Bruno Simma and Philip Alston, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, *The Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988-89, p.83.
- (35) *Ibid.*, pp. 89-91
- (36) *Ibid.*, p. 95.
- (37) *Ibid.*, p. 96.
- (38) *Ibid.*, p. 100.
- (39) *Ibid.*, pp. 101.
- (40) *Ibid.*, pp. 98-101.
- (41) *Ibid.*, p.103. Bruno Simma, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil de Cours*, 250 (1994), p. 291.
- (42) Frederic Kirgis, Jr., Custom on a Sliding Scale, *AJIL*, Vol. 81 (1987), No. 1, pp.146-151.
- (43) *Ibid.*, pp. 148-149.
- (44) John Tasioulas, In Defence of Relative Normativity: Communitarian Values and the Nicaragua Case, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16 (1996), No. 1, pp. 96-100.
- (45) *Ibid.*, pp. 100-104.
- (46) *Ibid.*, pp. 104-105.

- (47) Ibid., p. 109.
- (48) Ibid., p. 109.
- (49) Ibid., pp. 111-115.
- (50) Ibid., p. 113.尚、小林公訳による、ロナルド・ドゥウオーキン『法の帝国』（未来社、一九九五年）では、一体性は純一性と語出されている。
- (51) Ibid., pp. 116-117.
- (52) Ibid., pp. 123-124.
- (53) Christian Tomuschat, Obligations Arising For States Without Or Against Their Will, *Recueil de Cours*, 241 (1993), p. 236.
- (54) Ibid., p. 240.
- (55) Ibid., pp. 292-303.
- (56) Tasiolas, op.cit., p. 106.
- (57) Jonathan I. Charney, *Universal International Law*, *AJIL*, Vol. 87 (1993), No. 2, pp. 529-530.
- (58) Ibid., pp. 543-545.
- (59) Ibid., pp. 546-547.
- (60) Tasiolas, op.cit., p. 108.
- (61) Anthea Elizabeth Roberts, op. cit., supra. n. 6, p. 773.
- (62) Ibid., pp. 773-774.
- (63) Ibid., pp. 775-776.
- (64) Ibid., p. 771.
- (65) Ibid., p. 778.
- (66) Ibid., p.779.
- (67) Ibid., pp.779-781.
- (68) Ibid., p. 781.

- (69) *Ibid.*, p. 781.
- (70) *Ibid.*, pp. 781-782.
- (71) *Ibid.*, p. 782.
- (72) *Ibid.*, p. 784.
- (73) *Ibid.*, pp. 788-791.

## 第二項 慣習法概念の下での解釈の組み入れの問題性

前項では、慣習法の存在要件論について、意図的に解釈を組み入れることによって再構成しようと試みる諸見解を、解釈的判断を組み入れて補強するという方法を用いて再構成する見解、および要件論全体を解釈的に再構成しようとする見解に分けて紹介した。以下では、それらが一般国際法の存在の要件論としてどこに問題を抱えているかを、それぞれに分けて述べることにする。

### 一 解釈を補強に用いる見解の問題点

まずシャクターについて見ると、彼は、既述のように、国際人權を問題にする中で、実行を具体的な規則が遵守されている面からだけでなく、その規則に反する行為を規則の逸脱行為としての面からも問題にし、その逸脱行為が行為者により正当化されるかどうか、それが逸脱としてどの程度強く非難されているかという点を含めて実行の概念を捉える。即ち、行為の解釈に遵守と逸脱への対応という目的論的要素を導入して実行の存在を判断する。その方法は、国家の実行が対立するなかで慣習法を論じなければならない状況では、不可欠なプロセスである。

しかしその判断は、既に具体的な行為を逸脱とみなす規範を前提にして初めて可能になることである。しかも、慣習法が一般国際法としても意味を持つためには、その前提となる規範の一般化が可能なものでなければならぬ。その点で、解釈を実行の概念について問題にするだけでは不十分である。

次に、ジンマとオールストンの場合は、国際法の意思主義的性格を重視するために慣習法理論の全体的な組み替えを否定的に扱い、その結果、国際人権の一般的妥当の問題に限定して解釈を採用する。しかしその操作の方法には二つの問題がある。

一つは、世界人権宣言に明文化された人権は、国連憲章五五条および五六条の人権規定に基礎を置く権威ある解釈として承認されている点について、人権宣言の規定は五五条および五六条からの解釈として帰結するということの一般的承認が、ジンマ自身がその立場に立つ意思主義的な理論に照らして、何ら基礎づけられていないことである。意思主義の立場に立てば、人権宣言を法制度として具体化するのには二つの国際人権規約である。それに対してジンマが、人権宣言を既に実定法である国連憲章五五条および五六条の解釈として位置づけることによつて、人権全体の制度としての普遍性を確保しようとしたのは、国際人権規約という条約に依拠して人権全体の制度化を図ることは、国際人権規約に参加しない国が存在することから、普遍的である人権制度の基礎づけとしては満足な基礎を提供しないと考えたからである。<sup>(14)</sup> その点では、人権制度の普遍性は意思主義的な普遍性の基礎の上にはなく、従つて、憲章の人権規定の権威ある解釈が人権宣言であることの一般的承認も、意思主義的な基礎の上にはないことになる。

だとすれば、人権の普遍性は解釈問題であり、世界人権宣言はその解釈であるとする理解は、人権だけは各国の意思に関わりなく普遍的でなければならぬとするジンマの結論を先取りしたものにすぎない。普遍的に妥当する国際人権の範囲については、既にさまざまな見解が論じられている。それらの見解の妥当性は、まさに一般国際法の判断過程に

照らして位置づけられべき問題である。それに対して、シャクターの人権論をアメリカン・バイアスとするジンマの批判は、先取りした結論から述べられた批判にすぎない。

もう一つは、もし、ジンマの言うように、国際法の基礎づけにおける意思主義の限界から、人権の普遍性を解釈問題とすることが必要になったとするならば、国際法規の一般的妥当性についての解釈は人権問題のみに例外として認めることでよいかという問題である。意思主義の立場が共同体秩序の形成の上で問題をもたらずことは、他の制度についても言えることである。その点で、国際法規の一般化が不可欠な問題については、いかなる制度であれ、何らかの形で解釈が関係することを認めざるを得ない。

## 二 解釈による再構成の見解における理論構成上の問題点

解釈を組み入れて要件論の再構成を試みる見解が課題としたのは、一つは、ニカラグア事件判決の判断を慣習国際法概念の適用事例として位置づけ、その上で、その事例を慣習法論としてもつとも的確に説明できる理論構成は何かを示すことであり、一つは、もつと一般的に、現実に一般国際法として妥当すると認められている法規が慣習国際法として存在していることを示すためには、慣習法の要件をどのように構成することが理論的に正しいか、更には、慣習国際法としての判断を、問題や状況に応じて的確に行うためには、その判断過程をどのように構成することが望ましいかを課題としている。

これらの見解の議論に共通することは、解釈を組み込んだ理論構成に基づく慣習法論が、なぜ一般国際法としての妥当性を基礎づけ且つ権威づけることができるかについて論ずることなく、国際法規が慣習国際法と認められる限り一般の妥当性を持つということをはじめから前提して、その前提に適合するように要件を解釈的に再構成していることであ

る。換言すれば、一般国際法としての妥当性を慣習法の概念に依拠して確保した上で、制度の特性に応じて一般的妥当を基礎づけられるように、慣習法の要件を再構成する方法として解釈が用いられている。しかし、それらの方法は、仮定された前提が個々の見解の課題設定に影響されたために、一般国際法の存在論の理論構成としていくつかの内在的な問題点を生み出している。

まず、タシオラスのスライディング・スケール論は、カーギスと同様に慣習国際法が一般国際法としての妥当性を持つことを前提して、もっと一般的な形で解釈を組み込んで慣習法の要件を再構成する。その見解を特徴づける論点は以下の点である。第一は、慣習法の二つの要素はトレード・オフの関係にあつて、両者の比重が制度の性質に応じて変化するとしていること、第二は、共同体的問題は自然法のパラダイムが適用可能な問題として捉え、従つて合意に基礎づけられない共同体的な法の妥当を自然法論に依拠して論じていること、第三は、一般国際法の概念を固有の問題とすることは法源を追加することになるとして、法源としての慣習という概念に拘つたことである。しかし、その見解には以下のような問題点を指摘できる。

第一に、二つの要素の意義が、制度の性質に応じて変化すると考えることに問題はないとしても、果たして二つの要素がトレード・オフの関係にあると言えるかという点である。なぜなら、国家実行が一様性を持つ場合であつても、それを国際社会全体に妥当する規則とみなすためには規範的な基礎づけが必要であり、その点で *opinio juris* は固有の意義を持つ。また、実行が制度としての一般化の平面で法的にどのような位置づけを与えられるかは、実行の実際上の重みと同時にその実行がいかなる規範の対抗関係の中で問題になつていくかにも関係する。二つの要件に照らせば、一般法規の性質は実行と *opinio juris* のそれぞれの重みに関係する。例えば、中立制度は、条約や各国の布告などの公式文書を基礎にして捉えれば、中立国に中立の諸義務の公平な遵守を義務づける制度として一般化されるが、具体的な実行

においてその規則がどう扱われたかを基に一般化を見れば、中立制度は、交戦国が中立国に中立義務の遵守を請求する権利の制度として位置づけられる。<sup>(75)</sup> それゆえに、二つの要素はトレード・オフの関係にあるとは言えない。

第二に、共同体的秩序の問題に自然法のパラダイムを適用することは、二つの点で問題を持つことである。一つは、国際法上の戦争制度あるいは武力行使の規制の歴史的展開から明らかのように、国際社会全体に関わる制度問題、その意味で共同体的秩序問題は自然法論からは当然には演繹できない。もう一つは、第一の点とも重なるが、共同体的秩序に関わる問題において、特定の実質論が制度としての一般化においてどの程度の強さを持つかは、単に抽象的な規範論だけの問題ではなく、実質規範がどの程度実行可能かなどの事実的条件が関係することである。その点は、国際法における平等原則や人権の制度化についても同様である。それゆえに、共同体秩序問題は自然法論のパラダイムに依拠しない基礎づけが必要である。逆に、慣習法概念に依拠すれば法規の一般的妥当性が確保されることを前提して、自然法のパラダイムを適用するならば、何が正しいかについての結論が先行し、その結果、それぞれの要素のずらし方が恣意的になり易い。

第三に、タシオラスが、国際社会全体に妥当する法規の存在問題を、一般国際法の下で論ずることは新たな法源を追加することになるとして、慣習法の下で論ずることに拘ったことである。しかし、既に述べたように、一般国際法の下で二要件によって判断される慣習法に限定されたのであって、法源としての慣習法以外に新たに一般国際法が法源として形成されたわけではない。従って、一般国際法を伝統的な二要件を基礎とした慣習法概念の下で論ずることに問題があるために、解釈を組み込むことが必要であるとするなら、一般国際法の下で論ずることは、法源として概念を切り離すのが自然である。国際社会全体に妥当する法規を一般国際法の下で論ずることは、法源として

の一般国際法の判断の仕方その意味に即して変えるだけであつて、新たな法源を追加することにはならない。

次にロバーツについては、慣習法規範を、便宜的な性質の規則であるか道徳的な性質の規則であるかの性格に応じて、その要件論において、実行や手続の事実的要素と実質的要素のいずれが重視されるかを明確にしたことの意義は大きい。しかし、ドウウォーキンの解釈理論を、ロバーツのような理解の下に一般国際法の存在問題に適用できるかが、次の二点から問題になる。

一つは、ロバーツが、慣習国際法の解釈の第一段階では、はじめに事実を記述し、その記述された事実が手続的要件に適合しているか否かについての適合性の解釈がなされるとしている点である。しかし、一般国際法としての慣習国際法のように、各見解がその基礎に置く秩序論の違いによってその要件が動いているときに、要件の構成に関わる解釈を適合性の問題として捉えることができるかはむしろ問題である。

実際、慣習法の存在をめぐる論議においては、適合性判断の基になる事実や手続条件および慣習法の形成に関わる行為の主体など、言い換えれば要件論が各理論によつて異なり、いずれの要件基準が妥当かが争点になる。国際裁判例においても、適合性を問題にしているようであっても、実際には要件が操作されて判断が示されることが多い。ロバーツは、伝統的な慣習法論においては適合性の解釈が主たる位置を占めていたとするが、それは、敢えて言えば、意思主義が強く影響した二〇世紀前半および条約法条約の起草過程で見られた論議であり、いわゆる伝統的国际法に一般的な特性ではない。その点で、いかなる要件に基づいて判断されるかが問題になる一般国際法としての慣習法の存在解釈において、第一段階の解釈は適合性の解釈であるとは言えない。

もう一つは、ロバーツが、ドウウォーキンに従つて、適合性の条件を充たした複数の資格を持つ枠内の解釈がある場合には、実質的要素の優劣が決め手になるとしている点である。しかし、何が一般国際法規であるかをめぐつて規則要

求が対立するとき、あるいは複数の枠内の解釈があるときにいずれが一般法規として妥当するかを論ずる場合には、実質的要素の優劣だけを問題にすればよいとは限らない。ドウウォーキンが、適合性と実質的考慮の二つの段階を用いて法の妥当についての解釈理論を構成したのは、彼が、憲法およびコモン・ローの法システムという確立した基盤の上に、擬人化された共同体により創造される法の一体性という理念を前提にして、法規の妥当についての解釈的な論証を行いうると考えているからである。<sup>(76)</sup>

しかし、国際法の場合は、一般法秩序そのものが不確定であり、多元的秩序論や合意主義に基づいた主張との対立のなかで、一般法秩序の存在を主張することの妥当性が争われることがしばしばである。その場合には、共同体の理念を擬制として用いるにしても、特定の規則を国際法秩序全体の規則として一般化できるか、あるいは一般化する必要があるかを、多元的秩序論や合意主義を超える形で論じられないならば、共同体の理念を前提することはできない。そのことは、特定の規則を一般法秩序の規則として正当化することを困難にするし、また規則要求の対立の局面で、実際に何が強い実質であるかを論証することを難しくする。更には、一般法秩序それ自体の正当化が得られなければ、特定の規則を一般に道徳論ではより強い実質に依拠して正当化したとしても、それが一般法として妥当性を基礎づけられるとは限らない。例えば、道徳的規則とみなされる人権についても、普遍性をめぐる争いがあり、道徳的な規則だから手続的要素を軽視してよいということにはならない。そこで争われているのは、一般化可能性についての解釈であって、一般化を前提とした要件解釈ではない。

同じことは、ニカラグア事件判決の判断方法の位置づけについても言える。同判決の判断の理論構成の説明としてそれが正しいかという問題と、その判断方法を一般国際法の判断方法として正当化する問題は別問題である。その点で、具体的な制度を共同体の問題として論ずべきか否かが問題になる一般国際法の解釈に、憲法やコモン・ローなどの確立

した共同体秩序の存在を前提にしたドウウォーキンの解釈論を、ほとんどそのままの形で用いることはできない。

(74) Bruno Simma and Philip Alston, *op. cit.*, supra n. 39, p. 82.

(75) 拙稿「現代における中立法規の妥当基盤」村瀬信也他編『武力紛争の国際法』東信堂(二〇〇四)。

(76) ロナルド・ドウウォーキン『法の帝国』小林公訳(未來社、一九九五年)、二九二―二九五頁、三五三頁、四七九頁、五八九頁参照。

おわりに ―― まとめと展望 ――

以上、一般国際法の存在判断を慣習法の概念の下で行い、そのためにその要件論をさまざまな形で解釈を組み込んで再構成しようとする見解と、その問題点を述べてきた。そこで指摘したかったことは、まとめれば次の二点になる。一つは、国際社会全体に妥当する一般国際法規の問題においては、一方で、国際公共秩序の形成など、一般国際法秩序の内容の多様化が進むとともに、他方で、一般国際法秩序をどう構成するかに関して、国際公共秩序の形成を否定する見解を含めて、多様な一般国際法秩序論が論じられ、複雑化していることを認識する必要があること、もう一つは、またそれゆえに、一般国際法秩序の問題を、一般国際法は慣習というプロセスにおいて形成される法であるとする一方で、一般国際法秩序の必要性の認識に應えるために、慣習法の形成要件のみを解釈的に再構成するだけでは、実際的にも、理論的にも不十分なことである。

国際法のシステムには、国際社会全体から委ねられてその公的秩序の制度形成について意思決定をし、その意思決定

に国際社会全体としての権威を与える制度組織や手続は存在しない。また国際法のシステムは、公的制度改革について、各国家の対等な地位を一応の基本原則とする自律的参加を優先させている。そのことを踏まえるならば、国際公共秩序の形成およびその権威づけを含めて国際法規の一般化には、その前提として、個別の問題がなぜ国際社会全体の問題として扱われなければならないかという意味での、一般国際法秩序の必要性の正当化が不可欠になる。多くの国内法制では、この前提問題は、立法機関に権限を与えるなど、正当な手続に基づく権威づけによって一応は解決される。それに対して現在の国際法システムは、この問題を慣習法の形成の問題として論じてきた。従って、一般法規の存在判断は、たとえそれを慣習法の概念の下で論ずるにしても、その意味での慣習法の形成は、初めは規範性を持たない事実としての実行が、一様な実行の蓄積の中で当事者が規範性を認めただために法規範に転換したという意味での慣習法の形成とは明らかに異なる、もっと複雑な問題をはらむ。その意味で、一般国際法の存在判断は、実証主義的な慣習国際法論がこだわってきたような、法の形成を事実として認識する行為ではない。

実際、国際法の内容が量的に増加し、質的にも各国の利益対立の中で複雑化するに依りて、これまでの慣習法論でも、ある規則が一般国際法規であるとする判断においては、先に述べた諸見解に示されるように、要件論を一般的妥当性に適合するように組み替えて解釈している。その点で、理論的には既に一般国際法秩序の必要性を内包させている。そのように解釈を組み込むことは、学説上だけの問題ではない。ニカラグア事件判決に顕著に顕れたように、国際裁判所や各国の主張においても、特定の法規を慣習国際法規として位置づけようとする場合には、その点は不可避である。もつとも、それをどの程度まで明確化するかという点では見解に違いがある。それらの見解の違いと変化を見ると、慣習国際法の要件論に何らかの形で解釈を組み込んで再構成する見解における解釈の位置づけの違いは、一般国際法の存在を慣習法の形成として認識しようとする対応において、前提された一般国際法秩序の必要性の認識が、消極的で潜在的な

ものから積極的で顕在的なものに変化してきたことの結果であると言える。

しかし、一般国際法の存在判断の基礎には一般国際法秩序の必要性の認識があることを明示化してしまえば、一般国際法の存在判断において問題になるのは、条約などに基づいて多くの国によって実行されている制度や規則、あるいは多数の国によってなされる規則要求、また限られた場合として実際の実行の中に見出される規則的対応などを、いかなる必要性の基礎の上に一般国際法として認めることができるかということである。従つてその問題では、理論構成としては、まずは個別の問題について一般国際法秩序もしくは一般国際法規が必要であることを規範的に正当化すること、しかもその正当性が妥当性を持つことを基礎づけることが不可欠になる。そしてその妥当性の基礎づけの下に、第二段階の論点として、特定の制度や規則が一般国際法として妥当するためには、一般法秩序の必要性の程度や制度の実効性と関連して、それらが事実的要素および規範的要素についての程度の一般性を持つことが必要であるか、あるいはそれらが事実的要素、規範的要素についての程度の一般性を持てば一般的妥当を基礎づけられ且つ權威づけられるか、について示すことが必要になる。

もつとも、理論構成として一般国際法秩序の必要性の正当化が先行することは、必要性の正当化が事実としても先行することにはならない。実際にはしばしば、条約によって採択された制度や規則が事実として一般化したり、特定の国家実行を法的規則として多数の国が認識するなどの事実における一般化が先行する。その意味では、一般国際法の存在判断にも一般化に向けた形成のプロセスは存在する。しかし、それらの事実としては一般化する規則を一般国際法秩序の規則として認めることができるかどうか、また、そのためにはどの程度の一般性が必要となるかは、抽象的にはなく、その問題が置かれている具体的な文脈において、一般国際法秩序の必要性を規範的に正当化できるかどうかによって異なる。従つてまた、国際法規の一般的妥当において必要となるそれぞれの要素の重みは、一律ではなく個別の制度の性

格の違いに応じて変化しうる。

その点で、慣習法概念に解釈を取り込んで再構成しようとするこれまでの諸見解は、第一段階の規範的正当化を論じずに、慣習国際法は一般国際法であるという認識を前提にした上で、第二段階で問題になる要件を解釈的に再構成したにすぎない。しかし、第一段階の正当化が基礎づけられてはじめて第二段階の解釈が意味を持つことを考えると、それら諸見解における慣習法概念の再構成では、一般国際法論としては不十分である。また、第二段階での要件構成に解釈を組み込んでいられるにも拘わらず、条約や宣言を一般国際法についての法意識の証拠として扱うなど、一般国際法の存在判断を事実の認識のように見せかけることも理論的には問題である。

他方で、ニカラガ事件判決の判断に対する批判に見られたように、在る法を事実として認識する問題として捉える立場が、一般国際法としての慣習国際法の存在を、それとは反対に解釈の問題として捉える立場に立つて要件を再構成する見解に対して、規範論を先行させているとして批判することは、問題の位相を異にする批判であり意味を持たない。慣習国際法の存在判断が事実認識の平面の問題であるとすると理論自体の妥当性が、メタレベルで既に論議の争点になっているからであり、解釈として一般国際法秩序の必要性の規範的正当化を論ずることは、各理論に依拠した多元的秩序論および一般法秩序論のいずれが妥当するかをメタ・レベルで解決することを目的としているからである。

またその点で、一般国際法の存在は、一般国際法秩序の必要性の規範的正当化に基礎づけられねばならないこと、そしてその基礎の上に一般的妥当の条件が構成されることを明確にすることは、ヴェイユなどの多元的秩序論が一般国際法論に対して抱いている二つの危惧に対しても応えることになる。一つは、規範性の相対化によって、自らの規則要求が一般国際法として妥当することを主張した途上国の対応への先進国側からの危惧であり、一つは、正義理念に基づいた法的正当化を過度に推し進めることが、しばしば強国による弱小国の略奪の危険をはらむとする弱小国側からの危惧

(17)  
である。この立場からは、一般法秩序の必要性の規範的な正当化が不十分な法規や制度に、一般的妥当性を認める必要がないからである。

国際法規の一般的妥当性の基礎づけは、一般国際法秩序の必要性を含めて、法規の一般性の正当化全体に関わる解釈としてその判断過程を理論化することが必要である。一般国際法規とは、その前提に照らして解釈の一般性が基礎づけられた法規を意味する。本稿の標題に述べた、一般国際法の存在判断は、規則の一般的妥当性についての規範的基礎づけについての解釈的構成の問題であるとは、そのことを指している。本稿では、一般国際法としての慣習国際法の理論的な再構成を行うための手始めとして、国際法規の一般化は、一般法秩序の必要性の基礎づけに基づく解釈であるという基本視角を提示した。今後はその基本視角に基づいて、一般国際法としての妥当の論証について理論化を試みることにする。

尚、本稿では、脱構築論の論ずる慣習法論については一切ふれなかった。その理由は二つある。一つは、脱構築論が秩序論についての正当性に焦点を当てて、それぞれの秩序論の妥当を論じていることから、脱構築論の正当性論の基礎を、正当化問題を別に扱うなかでまとめて論じようと考えているからである。そしてもう一つは、もっと積極的な理由として、脱構築論が論ずる一般法秩序は、その理念にも拘わらず、各国の利害が対立する国際社会に当てはめられれば、結局は多元主義と同じ立場に帰着すると考えるからである。

確かに、脱構築の理論は、他の理論、とりわけ公共利益の制度化を重視する一般法秩序論に対して、それがすべての国に等しく機能せず、場合によっては排除性を持つことを批判する点では鋭く問題点を指摘する<sup>(78)</sup>。しかし、にも拘わらず脱構築論の慣習法論にふれないのは、以下の二つの理論的問題ゆえに、上記のように、それがヴェイユの主張した多元主義と同じ一般法秩序論に帰着すると考えるからである。第一は、個々の国の見解が相違するなかで、その相違

を超越する形で解決しようとする他の理論の秩序要求に対して、脱構築論が、相違する見解をすべて対等に見てそれらすべてを包含し得ない一般秩序の排除性を論じている点で過度の相對主義に陥っていることである。相對主義は、絶對主義の立場は否定するが、当然にはすべての要求を等しく位置づける訳ではない。第二は、脱構築論が主張する、あらゆる立場を内に包含し、排除しない公平な秩序そのものを、一般化しうる現実的可能性を示せず、また結果的にも優れた秩序であることを実際に論証できる現実の基盤はないと考えるからである。

(77) Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination*, Oxford UP (2003), pp. 40-41. もっとも、ブキャナンは、ソリタリズムにはその危険があることを指摘しているのであって、彼自身は、法的正当性を、国家の合意のみ基礎づける多元的秩序論の限界を超えて、制度論的 (institutional) 問題を重視しながら、共有された正義の概念の上に基礎づけようとする立場に立つ。

(78) 脱構築論については、Martti Koskenieni, *From Apology to Utopia*, Lakiniestition Kustannus (1989), Ben Chigara, *Legitimacy Deficit in Custom*, Ashgate (2001). 反対に脱構築論への批判的論述については、酒井啓臣「批判法学の国際法ディスクール」『世界法年報』第三二号、一〇七—一三五頁、Andreas Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, Verlag C. H. Beck (2001), pp. 210-217.

〔付記〕

本稿は平成十五—十六年度科学研究費補助金 (基盤(C)(2)) の研究成果の一部である。