

慣習国際法成立過程の一考察

山 野 正 二

- 1 まえがき
- 2 法的確信
- 3 法と意思
- 4 結論

1

法を分類すると、それが行なわれている形式に着目する時には成文法と不文法とに区別することができる。この前者は、国際法がその成立過程に着目して分類される時、条約国際法に一致し、後者は慣習国際法に一致する。すなわち、国際法の成立過程に認められる国家間の合意が、明示されたものである時には、この法は条約国際法と呼ばれ、その合意が黙示的である時には慣習国際法と呼ばれている。そして、この黙示的合意は諸国家の行為あるいは態度によって示されているといわれている。¹

国際法を成立させる黙示的合意が条約国際法を成立させる合意の行為とは異なった行為であること、またその行為から黙示的合意を当然に導くことができることを説明する際には、黙示的合意が示されている諸国家の行為あるいは態度の中に2つの要素が含まれていなければならないといわれる。その1つは諸国家によって同一の行為あるいは態度が繰り返された結果としての継続的で明確な一定の慣行が存在しているということであり、他の1つはこの慣行に従う諸国家の意思の中に法的確信が認められるということである。²このようにいわれる慣行は慣習国際法の物的要素あるいは客観的要素であるといわれ、法的確信は心理的要素あるいは主観的要素といわれることがある。³そして、後者については、これを慣習国際法の成立には不必要であると説く学者もある。⁴

本稿の目的はこの法的確信といわれるものについて考察を加えることである。

(1) 田岡良一・国際法講義（上巻），昭和30年，23頁。L. Oppenheim-H. Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8th ed., 1955, p.25.

D. Anzilotti, *Cours de Droit International*, I, 1929, p.73.など。

(2) M. Sorensen, *Principes de Droit International Public*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Tome 101 (1960—III), p.36.

L. Oppenheim-H. Lauterpacht, *ibid.*p26., D. Anzilotti, *ibid.*, p.73—74.

(3) cf. M. Sorensen, *ibid.*, p.36, p.47, etc.

(4) P. Guggenheim, *Les Principes de Droit International Public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Tome 80 (1952— I)*, p.69—73.

2

法的確信といわれるものはどのようなものであるのか。例えば次のようにいわれている。

国際法に規定のない国際関係を行なう国家が、国際礼讓あるいは単純な慣行を実行するという意識からではなくて、「自国が行なったように行動することあるいは行動しないことが、諸状況から義務づけられているかもしくは権限を与えられているのだ」と考えていた場合に、この国家の意識の中に法的確信が認められる。すなわち、「慣行の成立に貢献した諸国家はこの確信を持っていたのである。例えば、もし一国が特別の権限を行使したとするならば、この国家はこの権限を与えられているという確信を持っていたのである。そして、この権限の行使を容認した他国は、それを容認するように義務づけられているという確信を持っていたのである。」² このように両当事国のそれぞれの意識の中に存在しなければならない確信が法的確信である。

上のように説明する理論は広く一般に認められているといえる。とりわけ慣習国際法の存在を否定する時に明らかに認められている。すなわち、権限行使の相手国が、反対の意思をほめかす行為や態度を示す時にはもちろんのこと、反対意思を示すのではないが権限行使を容認すると考えられる行為か態度を示さない時には慣習国際法の成立に至らないと説明する時、その理由として法的確信が当事国の一方に認められないからであるという。このように法的確信は関係両当事国に存在しなければならないものである。³

しかし、このような見解に対して異論を唱える学者もまったくないわけではない。彼等はほぼ次のようにいう。すなわち法的確信を慣行に従う国家が持つに至ったのは何故か。何を根拠にして、如何なる理由に基づいてそれを持つに至ったのか。これらの問題を考えてみると、通説の見解には大きな矛盾がある。すなわち法的確信といわれているものは、慣行に従う国家がその行為あるいは態度を遂行している時に持っていなければならないところの義務を履行しているという意識あるいは権利を行使しているという意識⁴を指すのではないか。そうだとするとこのような意識は法の存在を前提としなければ出てこないはずのものである。ここに通説的見解の論理的矛盾が存している。通説のいう法的確信は、既に存在している法を根拠にし、それが法であるが故にそれに従うという理由からこそ意識の中に生まれるものである。従って慣行に従う国家が法的確信を持っているとするならば、その慣行は既に法であるからである。その

慣行が既に法になっているのでなければ通説のこのような法的確信は生まれ得ない。慣習法規についての心理的もしくは主観的要素は、慣習法規を入念に仕上げるのが問題になる時のみ考慮され得るものである。このように考えてくれば、慣習国際法の成立そのものには法的確信というような心理的要素は必要ではない。慣習国際法そのものは、法的確信とは無関係のうちに、国家の慣行そのものの中に成立の根拠を持っているのである。従って国家意思の中に求めようとされているこのような主観的要素は放棄されなければならない。

法的確信といわれるものを不必要だと説く主要な見解はほぼこのように主張する。確かに、法的確信といわれるものが権利を行使し義務を履行するという意思の中に認められるものであるならば、上の主張は妥当であるといわなければならないであろう。しかし、法的確信の介在を慣習国際法の成立に必要であると説く学者達は、法的確信を上の上の主張のように権利の行使・義務の履行に伴う意識であるとは考えていないであろう。また、上の主張が法的確信といわれているものを、慣習は法として遵守されなければならないという意識だと理解しているとすれば、慣習とは別個に「慣習を法として遵守せよ」と指示する法が存在することを主張するものだといえるであろう。そしてまた、この主張は法として遵守される慣習とはどのようなものか、この慣習が単純な慣行と区別されるのは如何なる点においてなのか、ということ明らかにしなければならないであろう。しかし、この点については次のようにいうのみである。すなわち「慣習法規が成立するに至る時点を確認するための客観的規準は存在しないのであるが、それにもかかわらず一定の状況が慣習を単純な慣行から区別することを可能ならしめている。」このような主張の中では、確かに、法的確信というような主観的心理的要素が排除されて「一定の状況」という客観的物的要素のみによって慣習を説明しようと試みられているといえるであろう。

-
- (1) M. Sorensen, *op. cit.*, p.47.
 - (2) *ibid.*
 - (3) 国際司法裁判所およびその前身である常設国際司法裁判所も、この点については肯定的な見解を示しているといえるであろう。例えば、コロンビア・ペルー間の庇護権事件（1950年11月20日判決）、ローチュス号事件（1927年9月7日判決）参照。また、*cf.* M. Sorensen, *op. cit.*, p.47—48.
 - (4) 例えば、P. Guggenheim, *op. cit.*, p.70—71.
 - (5) *cf. ibid.*
 - (6) 例えば、*ibid.*, p.72.
 - (7) ここにはケルゼンにはじまる法世界の一元的統一性と法段階説に従う人達の純粋法学的思考の跡を認めることができる。*cf. ibid.*, p.69—73.
 - (8) *ibid.*, p.73

通説は慣習国際法と単純な慣行を区別し得るのは国家意思に着目して、そこに法的確信と呼び得るものが認められる場合であるという。これに反して、法的確信という主観的心理的要素を排除して「一定の状況」に区別の基準を求める見解は、国家意思を考慮に入れることを拒否しているといえるであろう。

法の存在、更にはその存在に至る過程を考える時には何に着目して考察を加えるべきであるのか。先に見た見解のように法に従う意思にも着目すべきなのか、それとも後に見た見解のように法規範に従う意思を考慮に入れなくてもよいのか。次にこの点について考察を進めよう。

3

法が存在するということを考察してみると如何なることが明らかになるであろうか。

いうまでもなく法は行為の規準であり、行為を規律するものである。行為とは人が外部に向かって何らかの活動を行なった時に示されるものである。この活動は人の意思に基づいて行なわれている。意思に基づかない活動というものは普通には考えられない。従って行為とは人の意思が外部に向かって活動することであるといえる。意思の対外活動が行為である¹。従って法が行為の規準であるということは、意思が対外活動を行なう時にはその意思に対して如何に活動すべきかを指示するものであるということに他ならない。従ってまた、行為を規律するということは、意思に指示を与えるということに他ならない。

このように法が意思に指示を与えるということを更に分析するならば、そこには2つの指示を区別することができる。その1つは「何々しなければならない」あるいは「何々してはならない」という表現をとるものであり、これを法の第1命題と称するならば、他の1つは「もし第1命題に従わない時には、他の意思の活動を受け入れなければならない」という表現をとるものであり、これは法の第2命題と称することができる。このように法は2つの指示から成り立つものであり、これを法の二重構造と称する²。

法の二重構造から明らかなことは、第1命題によって指示を与えられている意思は、第2命題によって他の意思と直接の関係を引き起すことになるということである。従って、法の存在は最少限2つの別個の意思の存在を前提とする。この2個の意思が1つの関係に入り込んで、その中で意思活動を行なう時に規準となるものが法である。

法の存在は、上に述べたように意思の存在を前提とする。意思が2個以上存在するところに法が存在するに至るのである。

次に、法規範は生きているものでもなく意思を持っているものでもないのであるから、それが意思に指示を与えるということは如何なることを示すのであろうか。

法が意思に指示を与える時、意思はその指示の内容を自己の活動のうちに実現しようとする。すなわち、意思は法の指示の内容を自己のなかに取り入れた後に、自己の活動を行なうのであ

る。このように意思が法の指示の内容を自己の中に取り入れる時、法が意思に指示を与えることができる。法が意思に指示を与えるということは、意思がそれを受け入れるということを示すに他ならない。

それでは意思は何故法の指示を受け入れるのであろうか。ここで、先に明らかになったことであるが、意思が2個以上存在するところに法が存在するに至るということを考えてみなければならなくなる。

複数の人間が存在するところでは、それらの人間相互の間に何らかの交渉が生じることはいうまでもないことである。人間は相互に多少とも交渉を持ちながら生活をしている。これが社会生活といわれる。そしてこのような交渉を引き起すのは、人間の対外的意思活動に他ならない。従って、交渉の結果、意思と意思の関係が現われる。この意思関係は、社会生活を拒絶しない限り円滑順調に維持されることが望ましい。そこで意思は相互の対外活動が円滑順調な意思関係を形成し維持する方法を考えるであろう。そして、個々の意思関係についてそれにふさわしい対外活動のやり方を作り出すに至るであろう。しかし、この段階ではこのやり方が意思のすべてによって必ず実行されるとは限らない。そこで、次に、実行されることが社会生活上必要であると考えられた時に、意思の対外活動はこのやり方に従って行なうことが考えられる。このやり方を対外活動の規準にすることを意思は考えるであろう。このようにして社会生活上の必要から意思が規準を作り出すのである。そしてこの規準に従わない意思には、予期された意思関係を実現して社会生活を維持するという必要から、規準に従うことを強制しようと考えられた時に、法が成立するといわなければならないであろう。

このように、法を作り、それを存在せしめているのは意思であり、法は意思から出ているものに他ならないのである。

意思が対外活動に際して規準とすべきものとして作り出したものが法であるが故に、意思が法の指示を受け入れるのは当然のことといわなければならない。

-
- (1) 法に関して行為が述べられる時には、常に「意思」の行為が問題になる。大淵仁右衛門・国際法上の主体についての理論、国際法外交雑誌第62巻第1号（昭和38年）11頁参照。
 - (2) 大淵・前掲論文5—6頁。
 - (3) 大淵仁右衛門・国家意思と国際法、法と政治の諸問題（大阪大学法学部創立10周年記念論文集・昭和37年）128頁。
 - (4) このことは、古来、「人間は社会的動物である」といわれてきたことなどを参照するまでもなく、人間の生きている姿を眺めるならば自明のことであろう。
 - (5) 大淵・国家意思と国際法、128頁。

4

上に述べた法と意思の関係は国際法に関しても、その指示を受ける意思が無形意思であるという点を除くならば、何ら異なるところはありません。無形意思もまた意思であることは、自然人が保持する意思と異なるところはないからである。

意思活動の一定のやり方であっても、そのことだけでは、それが法たる行為の規準であるとはいえないのであって、その規準に従うべきことが意思関係と社会生活上の必要とから考えられた時に法となり得るのである。慣習国際法の成立についてもこのことはいえる。客観的要素といわれている慣行は意思活動のやり方であって、これに法的確信が加わった時に慣習国際法の成立がある。法的確信は法に由来するものではなく、意思関係と社会生活上の必要とに由来するものであるといわねばならない。このことは、法的確信が*Opinio juris sive necessitatis*といわれていることを示すに他ならないと考える。

(1) 大淵仁右衛門・国際法上の主体についての理論, 9頁。

(本学専任講師—法学)