慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	A・A・ダマト著『国際法における慣習の概念』
Sub Title	Anthony A. D'Amato, "The concept of custom in international law"
Author	栗林, 忠男(Kuribayashi, Tadao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.2 (1973. 2) ,p.127- 138
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730215-0127

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

紹介と批評

Anthony A. D'Amato

The Concept of Custom in International Law

Cornell University Press, 1971, pp. xvi, 286.

A・A・ダマト著

『国際法における慣習の概念』

一

本書の紹介を行なう前にあらかじめ断わつておくべき点が二つある。その一は、本書に関しては既にマクウィニー教授（Edward McWhinney）が American Journal of International Law, Vol. 66, 1972, at p. 662 に書評を寄せているが、それは一頁足らずの寸評の如きもので、具体的な内容の紹介にまでは至つていないものであること。その二は、本書の著者であるダマトは、一九六七年に Legal Aspects of the French Nuclear Tests という論文を American Journal of International Law に著わした頃は、マサチューセッツの Wellesley College における政治学のインストラクターであつたことは判明しているが、現在の地位は筆者には不明であること。フォーク教授（Richard A. Falk）により寄せられた本書の序文では Professor D'Amato と呼称されているが、マクウィニーの前掲書評では「Mr. D'Amato の書は、明らかにコロンビア大学の博士論文の副産物であり……」と記述されている。いずれにしても、我が国においては殆んど無名の学者である。

本書の構成は次のような主要項目からなる。

第一部　背景
　一　序論
　二　慣習の文脈と機能
第二部　慣習理論
　三　慣習の捜索＝伝統的見解
　四　慣習理論の再公式化
　五　条約と慣習
第三部　国際的対立状態における慣習への依拠の権威性
　六　基本的要因
　七　補強的要因
第四部　特殊な諸問題
　八　特別慣習の概念
　九　法の「淵源」と「証拠」
　十　結論

二

慣習の概念は国際法の理論と実際にとつて中心的な重要性を占めるにも拘わらず、慣習が国際社会においてどのように生成し、それがどのように変化ないし修正され得るかの問題については、これまで必ずしも徹底した分析がなされて来なかつた、ということが本書における研究の動機となつている。かつてハドソン判事（Manley O. Hudson）は一九五〇年に、国際慣習法の原則又は規則の生成に要求される諸要因を要約して、「一、国際関係の分野に入るある形態の状況に関する多数国による一致した実行、二、少なからぬ期間に亘る当該実行の継続又は反覆、三、当該実行が現行国際法により要請されているかもしくはそれと合致しているという観念、四、他の諸国による当該実行の一般的黙認、五、権限ある国際的権威による……これらの要因の各々の存在の確立」という五つの基準を公式化した。著者は、現在でも多くの学者により引用されるこの公式の基準が解決するより以上の問題を提起するとして、夫々について批判的疑問を投げ掛けている。例えば、ここでは第一の基準についてのみ言えば、ある状況が国際関係の分野に入るかどうかを決定する者は誰か。ある国の政府の当該国民に対する行為は「国際関係の分野に入る」ことが出来るのか。「一致した実行」とはこの公式においてどういう意味であるか。それは、実行が一致したものであると国家が承知していなければならないという主観的要素であるか。もしそうならば、それはどのように証明されるか。同様に、諸国は彼等の実行がハドソンの言う国際関係の分野の形態に「関する」ものであると承知していなければならないか。どれほど多くの国が「多数国」を構成するか。二国で十分か、それとも百ヶ国でなければならないか、等々。従つて、これらの疑問を解決するためには、一貫した慣習理論が必要とされるのである。

右のような国際法における一貫した慣習理論に要請されるものとして、著者は次のような諸条件を掲げる。即ち、その理論は内的に矛盾がないこと、曖昧であることなく一般的であること、倹約的な（parsimonious）ものであること、客観的に確定出来るものであること並びに主張志向的な（claim-oriented）ものであることである。このうち、parsimonious のより適切な邦語が見当らないが、その意味するところは、当該理論が国際的主張の日常的な要請にとつて国際法を近寄り難いものとするような複雑な理論に基くものであつてはならないということである。また、claim-oriented の要請は、国家の決定作成者達（decision-makers）及びその法律顧問の間に衝突する主張を内包する心理的な交渉メカニズムとして国際法を把えるという、本書全体を通じて著者が依つて立つ立場――説得力の相対的優越性を考慮に入れる立場を表現するものである。

次に慣習の概念を国際法の文脈の中で把えること、換言すれば、国際法における慣習の効力と機能について検討されるのであるが、そのために先ず国際法自体の意味が問われる。著者は、法を一種の交渉のテクニックとして、従つて、国際法を国際的コミュニケーションの一部分として把える（国家間の交渉のテクニックには、例えば、

力の威嚇とか道義への訴え等の他の種類もある）。そして、国際法がいかなる種類の法であるかについて、オースチン（Austin）による定義にまで遡る。オースチンは、法の特徴として、命令―制裁の関係を設定し、国際法における右の関係の欠如を理由として国際法を「実定国際道徳」と観たのであるが、著者は、国際法とは何であるかについて、国際関係における外交官及び国家の役人が考えるものが国際法であるとすれば、命令―制裁の関係の欠如がこれらの者をして国際法が真に「法」であると考えることを妨げて来たことはない、と言う。しかし、もとより、国際法が国内法と同じ意味又は程度において法であるかという点については、法理学上の基本的問題が残ると言わなければならない。本書ではこの点についても若干の（しかし不十分な）検討が加えられているが、むしろ国際法の効力と効能を説明するより重要な心理的考慮として、第一に、一般的に抱かれた互恵主義（reciprocity）の期待感、第二に、国際的主張を行う国家の役人は同時に屢々他国の役人の主張を認める者でもあること（dédoublement fonctionnel）、そして第三に、殆んどの国際法規が国家の自己利益のためにあること、の三点が強調される。とりわけ、右の第三の特徴は慣習の概念を国際法の文脈の中で把えるという現在の問題に重要に関連して来る。というのは、元来この特徴は、国際法における慣習の作用を通じて生じて来たからである。著者は次のように言う。

「ハート（H. L. A. Hart）及び最近ではコプラン（William Coplin）を含む若干の学者――国際法を国内法の眼鏡で眺めようとする者達――は、国際法は中央立法府が確立される迄は〝原始的〟なものに止まるであろうと考えているけれども、こうした形態の法が中央立法府という単純な匡正的工夫なしに生き永らえなければならなかつたという正にその理由により、国際法は極端に複雑で且つ〝成熟した〟ものであるという前提から出発するほうが恐らくより真実に近いであろう。政治家達とその法律顧問は、何世紀にも亘つて、彼等の基本的な国際的利害に役立つような法制度を形成するために多大の努力を傾注して来た。漠然と〝慣習〟として表現されるプロセスの中で屢々白熱した国際的主張の対立から由来し且つ作り出される国際法規は、（時期尚早の）中央立法府から由来する立法よりも多分すべての国の国家的利益をより良く反映するであろう。例えば、明日にも世界政府が設立されたとすれば、収用、〝民族解放〟戦争、移民等の如き問題について、明白な多数的立場をとる法律を発し始めると想像されるが、それは諸国をして二つの敵対する陣営に分裂させ、当該立法に対する武装少数者の抵抗を創り出すことになろう。他方で、より柔軟で微細な慣習法のプロセスは、これらの問題を漸次処理可能な成分に細分されるようにし、変化する世界的な情況と知覚に適応させる時間を国際社会に与えることが出来る。非中央集権的な国際法秩序を特徴づけると思われる〝確定的でない〟法議論に対して、若干の者が折りに触れ失望を表明することがあるけれども、この非確定性又は柔軟性は未だ中央政府には熟していない世界における平和的解決のために支払うほんの僅かの代償であるかも知れない」（二八―二九頁）。

国際法は国家の役人が国際的交渉においてそのことばに言及するという意味においてのみ存在するというのであれば、総体としてみると、国家が国際法の創造者であるとともにこれらの国が創造した法制度の主体でもあり、そしてそのことから、国際法の内容は、そ

れが何であるかについての国家の役人達の合意（consensus）に依存することになろう。そこで、この「合意」の内容はどのようにして決定されるかが問題となる。著者は、この関連においてマクドゥーガル（Myres McDougal）により示唆されたインタビュー・アプローチ（mass interview と intensive interview）のような現代社会科学における技術が若干の方法論上の欠陥を有すること、そして、インタビュー・アプローチによつては国際法規の内容に対する国家の役人の真の反応を確かめることが困難であることを指摘するとともに、政府部局間のメモ、政府役人の演説・日記等の材料から国家の「信念」における主観的要素を見出せるとする伝統的方法も、インタビュー・アプローチと同様な虚偽的推定を含むとする。要するに、国際的合意は国際法の創造者―主体である諸国の戦略的計算の結果として客観的に表明されるのであつて、国家が国際関係において表明するものを離れて「主観性」又は国家的「意図」を探究することは誤謬に陥り易いのである。そこで、いかなる種類の合意が慣習法の形成を説明するのか、そして、そのような合意はいかにして表明されるのかということが問題とされなければならない。本書の残部はこれらの問題を扱うものであると言えよう。

ところで、国際法における慣習の文脈と機能を明らかにする上において、本書では、ハートの所謂第一次的規範（primary rules）と第二次的規範（secondary rules）の区別が援用されている。そして、国際法においては、極めて限定された数の第一次的規範（公海の自由、閉鎖的領空、外交免除、「契約は守らるべし」等）が明白な国際的合意の産物であるに過ぎないのに対して、組織的警察力をもつ中央立法府を欠き且つ強制的管轄権をもつ裁判所を欠く国際法制度は、一連の十分に発達した第二次的規範を生成させて来たとされる。ここで言われる第二次的規範とは、例えば、すべての国はXが国際法規であることに合意しないが、主張されたX規則の有効性が問題となつている時に、ABCという手続が論証の適切な形式であることにすべての又は殆んどすべての国が合意しているという場合のその論証的手続のことを指す。これらの第二次的規範としては、国際裁判所の判決における多数意見、「法の一般原則」、「各国の最も優秀な学者の見解」及び最近においては国連総会の決議等があるが、最も重要なのは慣習である。慣習法形成の過程は無数の国際法規にとつて責任があつたばかりでなく、右に挙げた他の第二次的規範を規制し且つその範囲を定義するのに役立つからである。そして、ハートの言うように、慣習が第一次的規範又は実質的規範の導入・確定・変化又は排除を説明し得るものであれば、残される問題は国際法制度における第二次的規範として慣習がどのように作用するかを特定化することでなければならないとされるのである。

三

第二部〈慣習理論〉においては、慣習法に関する伝統的理論が詳細に検討されるとともにその再公式化が示唆される。なお、これに付随して、条約の諸規定が慣習法に与える影響について別章が設けられている。以下これらの点についての議論を眺めてみよう。

慣習の形成に関する詳細な検討は、十九世紀に入つてプフタ(Puchta)及びサヴィニー(Savigny)等によつて始められたのであるが、実定法の究極の基礎を人民の精神に求め、慣習を人民の共通の感情の直接的且つ自発的発現として把えた彼等の考察が国際法に対してもつ重要性は、十九世紀以前には省みられなかつた慣習の認識的又は心理的側面の強調にあるけれども、それが逆に慣習法の公然的又は実体的側面を無視する限りにおいて行き過ぎるものがあつた。両者の統合を試みたジェニー(Geny)は、慣習における実体的且つ発見可能な要素としての慣行(usage—反覆された実行(practice))と非実体的な心理的要素としての法的必要信念(opinio juris sive necessitatis)の二つの要素を見出し、これが国際法的思考の中にも直ちに導入されたのである。しかし、著者によれば、ジェニーは、この分類を為す上において、法的確信の要素が法的慣行(慣習)を他の一般の社会的慣行から区別するためにのみ必要であると考えたのであつて、多くの学者はこの彼の分類の機能を看過することによつて、慣習の実体的要素を唯一のものとして主張する者と心理的要素の優越的重要性を主張する者との二つのグループに分かれてしまつたのである。

伝統的理論における「慣行」は期間・反覆・継続又は一般性の要素を含むとされて来たが、著者は夫々の学説を検討した上、これらの要素がある規則をより可視的(visible)なものとすることに役立つことを認めながらも、慣習法規の実際の「形成」に必要とされる具体的な証拠をなんら与えて来なかつたと批判している。それらの批判のうち若干の主要なものを要約すれば、例えば、従来慣習を形成するのに必要な期間は当該事例の性質に応じて変化すると言われて来たのであるが(従つて、例えば空域に対する国家主権の原則は一九一四年の第一次大戦が勃発した瞬間に生じたとも言われ、航空法の急速な生成は海洋の自由の原則の緩慢な発達と対比される)、たとえ異なる事例が異なる時間量を必要とすると考えられるにしても、どれほど多くの時間が国際慣習法としての資格をもち得る慣行を創り出すために必要であるかを決定するための基準がそこでは示されていない。しかし、他方で、国際生活が緩慢でコミュニケーションが原始的であつた過去においては慣習の確立は長期間を要したが、今日ではすべての国際的重要性をもつ出来事が普遍的且つ即座に知られるため、慣習は急速に形成され得るという議論は、慣習におけるコミュニケーションの要因を示唆する限りにおいて評価されるものがある。また、従来の理論において、「慣行」はあたかも共同所有地を横切る人の足跡が遂にはすべての人により習慣的に従われる路となるように「慣習」となる、という古い類推が国際法学者に影響を与えて来たのであるが、著者は次の幾つかの理由でこれを批判する。即ち、この類推は国際法の歴史における若干の慣習規則の緩慢な形成を説明しているとしても、急速に形成された他の慣習規則について説明出来ない。また、この類推は路又は慣習規則の形成にとつて広汎なものの参加を示唆している限りにおいて若干の重要な国際法上の先例に反する。更に、この類推に関連して、路の若干の利用者はその重みの故に他の者達より深くその足跡で土壌に印をつけるという命

題は若干の真理を含んでおり、ある慣行における主要国の参加は小国による参加の場合よりも国際社会によつて一層重要なものと看做されることがあるとしても、そうした結果の大部分は主要国の参加に伴なう評判によるものと考えられるとともに、リアリスト達が主要国の参加に与える強調に含まれる「力は正義」(Might makes right)の概念は国際法に関しては妥当しないと言わなければならない。

次に「法的確信」について問題となるのは、もしこの心理的要素がそれより以前に存在する法に意識的に従う行為を要請しているのであれば、いかにして慣習は法を創造し得るかということである。この循環論的矛盾を解決するために示唆された「error 仮定」ないしその変型的主張（当該慣習の形成期間中に参加者達は誤つた行動をしていたという仮定、あるいは彼等はある法的義務の下に行動していると考えたが、それは事実においては存在しない義務であつたとする主張）は、慣習の心理的要素の性質を明確化するのに役立たない。その他、法的確信をそれぞれ同意・黙認又は抗議の欠如と同等視する立場、多数の二国間条約又は多数国間条約における法規の挿入又は反覆による国際的慣習の形成を示唆する立場あるいは法的確信を「将来の決定の諸要請に関する共通の期待」、「社会的必要性」又は「合意」に求める立場も、同様に、慣習の心理的要素の機能的役割りを分析することが出来ないとして批判される。

それでは著者はどのように慣習理論を再公式化するのであろうか。著者は慣習の質的要素を国際法規の明瞭化（articulation）、換言すれば、国際法的性質の客観的主張が慣習の量的要素を構成する行為より以前にあるいはそれと並行して明瞭化されなければならないということであると考える。この場合の articulation とは、ある規則が国際法の規則であるということの明瞭化を意味する。この公式は次のような四つの構成要素を含むと考えられる。一、そこには合法性（legality）という特徴がなければならない。これによつて、国家は社会的習慣・礼儀・道徳的要請・政治的便宜・単純な慣行等から法的行為を区別することが出来るからである（その意味では、本書のこの部分における用語法に関する限り、legality は法的性質を意味するものとして用いられているように思われる）、二、その合法性は国内法上のものではなくて国際法上のものでなければならない。この国際性という客観的要素がなければ、明瞭化された当該規則が国際関係において諸国に関係するものかどうかを述べるわけにはいかないからである。三、抑止（abstention）の場合には、その明瞭化は当該抑止を法的に要求されたものとして特徴づけなければならない。国家が為すことの出来なかつたことを為さなかつたという事実からはなんらの結論も引き出せないのであつて、国家が可能なことを為さなかつたということが重要であり、しかも、法的義務を課されているが故に為さなかつたものこそ、国際慣習法の形成に貢献し得る不作為の唯一の形であるからである。四、行動をとる国又は抑止する国は、当該法規の明瞭化に関して知る根拠（reason）を持たなければならない。これらの国自身が当該法規を明瞭化させたという必要はなく、条約・条約草案・国連総会決議等の材料について知る根拠を持つことが必要であるからである。

慣習の量的要素は行為(act)—行為しないという国家の決定(抑制(restraint))を含む—又は係わり合い(commitment)である。この要素がなければ、無数の屢々矛盾する明瞭化された規範のいずれが実際に慣習法に具体化されるかを述べることは出来ない。ひとたび具体的且つ通常明確な行為が行なわれれば、以前に明瞭化された規則のうち当該行為に合致するものは慣習法規としての生命を取得し、他方で、当該行為に反するものは推測の領域に止まるのである。この場合、「行為」は国家の主張そのものあるいは一方的な宣言とは区別されなければならない。そして、これらの行為(又は抑制)の数(反覆性)は当該規則に関する若干の説得力を高めるのに役立つことが認められる。

以上の諸点と関連して、著者は最近の学説によつて主張される、国際慣習法の形成又は修正に対する抗議(protest)の役割について言及する。即ち、国家による抗議の欠如になんらかの法的行為を認めようとする主張——その極端な考えとしては、ある国が他国の行為に抗議をしない場合には、前者は後者の行為を受容したものと推定され、この受容は帰するところ慣習法を形成するのに十分な法的確信の推定にまで至るという主張についてである。これに対して著者は、外交的抗議の発せられる状況と動機が多様なことを例証するとともに、抗議をしないということが、ある国が他国の実際上の又は考慮中の政策の合法性を黙認したことを意味するというヒントを見分けることは殆んど不可能なことであるとしている。逆に、抗議を行なうことは相手国の行為の法的結果に対する注意を喚起する結果になつてしまうから、種々の外交的手段をもつて相手国の行為を思い止まらせ、もしそれらの手段が不成功に終れば相手国の行為を単純に無視するほうが、抗議を行なうよりも得策であると考える(実際にも諸国は外交的抗議を発することを屢々差し控える)。しかし、それにも拘わらず、著者は、ある国の行為が他のすべてのもしくは殆んどすべての国によつて抗議される場合には、そうした抗議の一般性は正当な規範についての合意にまで高められ、その場合には抗議は国際法の有効な証拠となることを認めているようである。

〈条約と慣習〉と題する別章は、条約のいわば第二次的効果として、二国間条約及び多数国間条約において一般化し得る規定がすべての国を拘束する慣習法規を生み出すことを論じたものである。ここで為されている著者の可成りユニークな主張は、条約が非締約国を拘束するということではなくて、条約の一般化され得る規定がすべての国を拘束する慣習法規を惹起するということであり、いずれにしても拘束するのは慣習であつて条約ではない(pacta tertiis nec nocent nec prosunt(条約は第三国に負担を課すものでも利益を与えるものでもない)の原則はここでは一応別問題とされている)。従つて、例えば一九六七年の宇宙天体条約の締約国は、月を含む宇宙空間が主権の主張又は占有によつて国家による取得の対象とはならないという条約規定により直接的に拘束されるが、同一の締約国は同時にこの条約により生み出された同一の効果をもつ国際慣習法規によつても拘束されることになる。この二重の義務の淵源は、例えばもしその締約国が条約から脱退するとしても、依然として慣習法規により拘束さ

れることになるから重要な問題である。もとよりある条約のすべての規定が慣習法規として一般化されるものではないが（例えば、多くの条約に見られる批准条項を考えよ）、そうした明白な意図（manifest intent）が存在する限り、特定の条項が慣習規則になることが出来るというのである。例えば、一九六九年の北海大陸棚事件における国際司法裁判所の判決は、大陸棚条約（一九五八年）の第六条の大陸棚の境界線の画定に関する等距離原則が国際慣習法規ではないとしたのであるが、裁判所は「明白な意図」を探る上において、同条約の第十二条（留保に関する規定）の趣旨からみて、等距離原則に関する規定が規範創造的（norm-creating）なものではないとして、一般国際法規たることを明言するものではないと考えた。著者はまた、右の事件に加えて、他の国際判決が殆んど例外なく、条約が国家の作為又は不作為と同様に国際慣習法を生むという理論を有効なものにしていると言う。そして更に、常設国際司法裁判所及び国際司法裁判所の判決のみならず、他の国際法廷及び国内裁判所の判決並びに国家の実行例を引用しつつ、条約が絶えず慣習法の内容を形成・変更・洗練する国家の行為及びコミットメントの記録であることを例証しようとしている。

四

第三部〈国際的対立状態における慣習への依拠の権威性〉は、以上のように再公式化された理論をより大きな文脈の中で位置づけ、慣習の主張に訴えることの権威性（authoritativeness）を論ずる。慣習が国際法における第二次的規範としてどのように作用するかは、国家の役人の側からみて、何故慣習がある程度の権威性を与えられると思われるかに依存する。そこで、慣習の権威性を説明するのに役立つ諸要因の性質と解釈に光が当てられなければならないが、ここで著者は、従来の有効性とか拘束性とかあるいは制裁とかいう単純な標識を捨てて、心理的概念を重視している。つまり、人間が習慣の動物であるという考え、あるいは、ドイツ歴史法学派の如く、慣習は人民の精神の集合的表現であるが故に拘束力があるという説明は十分ではないとして、諸国の相互に対する願望及び国際的環境に焦点を合わすほうがより一層有益なアプローチであると考える。即ち、第一に、国内社会における多数の主体と異なり、国家の数は非常に少ないので、彼等の行動は少なからぬ重要性を与えられること、第二に、国際関係の自然状態を平和的状態又は戦争状態の極端なものとして眺めずに、むしろ混乱した平和の状態として眺めるべきこと、そして第三に、国際関係は国内の法及び政治からの直接的類推によれないほど特有のものであること――以上の三つの展望が与えられれば、国際的分野においては、国家の役人達が他国の行為に先例（precedent）としての少なからぬ価値を付与することを正当に期待出来るのである。従つて、裁判官が以前の判決を尊重するように、国家は他国の以前に完了した行為が国際法的紛議に関連すると特徴づけられる場合、それらの行為に合法性を付与しようとする傾向があると言える。かくて著者は、このような他の諸国による先導（initiative）とそれに続く国家の模倣（imitation）のパターンの中

に、慣習の法的効力と耐久性を規定する圧力的要因を見出す。

右のように、若干の国際的行為を法的先例として考慮することによつて、それらの先例に従つて以後の行動を形成すべき国家の役人達に対する圧力に向けられた初期的な力が見出されるとしても、この圧力が慣習的行動から重要な規範力を創造するためには、なお可成り多くの補強を必要とする。このような補強的要因として著者が挙げるのは、同意（consent）、禁反言（estoppel）及び合理性（reasonableness）という三つの要因である。これらはまた、従来いろいろな学者の所説において、慣習のための唯一の基礎として主張されたものでもある。先ず「同意」に関して言えば、国家は前以て国際法規に同意しなければ当該法規には拘束されないという十九世紀の国際法学の伝統的見解は、ある規則に同意を与えたすべての国の参加する暗黙の条約として慣習を説明しようとする（近年はトゥンキン（Tunkin）を初めとするソ連法学者が特に主張している）。しかし、著者によれば、国際裁判所は国際慣習法を適用する無数の事例を扱つて来たが、そのいずれにおいても、一般的慣習法の問題として、被告となる国が拘束されるためには問題の規則に同意を与えなければならないとしたことはないし、またもしそれが被告国に法的に責任を帰属せしめる唯一の方法であるとすれば、原告国はいずれの事件においても勝訴することはなかろう。実際にも、殆んどの紛争は紛争国が問題の規則に特に同意しなかつたからこそ発生するのである。著者が言わんとする点は、すべての国は個々の規則に対してではなくて国際法制度――第二次的規範及び法的議論と法的に関連する基準の一般的に受容された形式――に対して事実上同意を与えて来たということである。このような観方の有効性を強化するために、同意の理論に否定的な諸種の国家の実行を詳細に眺めた結果、著者は慣習法における仮設的な同意の要請は捨て去るべきであるというフォークの考えに同調する。「同意」がこのような論理的難点を提起するので、これに代わるものとして黙認（acquiescence）の概念が屢々持ち出されるが、同意と黙認の区別、とりわけ暗黙の同意と黙認の区別は困難であり、結局は「同意」の概念に付せられる同様な欠点が黙認の概念にも該当する。他方で、黙認の概念を暗黙の同意には至らない状況をもカバーするものとして拡大して、「反対を意味する積極的反応を一般的に要請する状況における沈黙又は抗議の欠如」（マクギボン（McGibbon））とする者もいるが、例えば、フランスの太平洋における核実験にみられるように、諸国が沈黙しあるいは抗議をしないことは黙認と同じであると推定すべきなんらの保証もない。結局、そのような定義は国家が沈黙する時はいつでも黙認を見出すことになり、帰するところ推定的黙認になるのであつて、当該定義は分析的に有益な概念ではなく、単に厄介な法的擬制の追加に過ぎない。しかし、以上の難点にも拘らず、若干の国家が若干の規則に同意するという事実、若干の事例が明らかに黙認にまで至るという事実、多くの国際的行為が相互の寛容の結果であるという事実並びに国際的規則群における（同意の明白な例である）条約の増大しつつある重要性――これらの点はすべて国際慣習法規の受容可能性に追加されるべきものであり、その意味で、慣習の権威性を補強す

る上において同意（国際社会一般による国際法制度に対する同意を含む）により果たされる役割の心理的重要性が認識されなければならないことになる。

「禁反言」の概念は、現在の文脈では、ある国が抗議をしないことによつて当該国が将来における同様な規則に抗議することをエストッペルで禁ぜられることを意味するが、このように禁じられた国は当該規則により効果的に拘束されることになり、その意味で、禁反言は「期待―依存の合成物」（expectation-reliance complex）として把えられる。著者はここで、スローカ（Slouka）の大陸棚をめぐる仮説的な事例の設定並びにローターパクト（Lauterpacht）の大陸棚の一方的宣言に対する諸国の抗議の欠如の事態に関する議論を引き合いに出してそれらを批判しつつ、国際慣習の作用を説明する上において禁反言の概念が不適切であることを示す一方、他方で、この概念が諸国の（意図の声明とは異なる）物理的行為に焦点を合わせるのを助け、その意味で、既述した「先例」の概念に近づくものであること、そして、もしある国が先例を確立すれば、禁反言の概念は初期の慣習規範の拘束性と権威性の意味を補強することを認める。

「合理性」の概念は、慣習法における中心的な命令的要素としてマクドゥーガルによつて強調されるものである。著者はここで、マクドゥーガルの所謂政策志向的にアプローチ（policy-oriented approach）を含む国際法理論に対する批判を通じて、合理性の概念の不適切さを示そうとしているが、結果的には「合理性」が慣習の権威を補強することを否定していない。何故ならば、

「国家の行なう殆んどすべての行為は、行為者にとつて合理的であると思われるからである。もし同様なこれらの行為が後に慣習法規に対する先例として引用されるならば、かかる引用はその構成的行為を包む合理性の感情によつて高められる。同意及び禁反言の概念と同様に、若干の行為の客観的合理性とすべての行為の（行為者の立場からの）主観的合理性は結合して、それらの発気（aura）を慣習のすべての構成的事実に移し、かくて、諸国が〝国際慣習法〟の一部として受け容れる規範体系の合法性の感覚を増大させるのである」（二二九頁）。

五

第四部〈特殊な諸問題〉は慣習の概念に密接に関連する二つの問題、即ち、特別慣習の問題と法源の意味の問題を扱う。ここでは先ず、一般慣習法の例として、公海、宇宙空間、外交的免除、戦争に関する法規等が挙げられ、特別慣習法の例として、世界の特殊地域に対する権原（title）又は当該地域における権利のような一般化され得ない事項（取得時効、国境紛争、国際地役等）に関する規則もしくはある地域の諸国に明白に限定される規則（庇護に関するラテン・アメリカ法等）が挙げられる。そして、国内法制度からの帰納が一般的に危険であると断わりながらも、一般慣習法と特別慣習法の区別の重要性を評価するために、その背景としてのローマ法とコモンローにおける当該区別の跡を辿る歴史的考察が行なわれ、その結果、国内法上の特別慣習の諸種の構成要素はすべて（被告の側の）同意の要素を反映すると述べている。国際社会においては、諸国の平等、諸国の地理的不動性、中央立法府の欠如等がすべて二国間及び地域的

な協定、了解、条約の増殖を助長して来たのであつて、国家相互の合意を示すような特定諸国により生成されて来た規則群が存在することは疑いない。著者は一般的慣習を扱う常設国際司法裁判所及び国際司法裁判所の判例として、ローチュス号事件、ウィンブルドン号事件、コルフ海峡事件、集団殺害防止条約に対する留保（勧告的意見）、ノッテボーム事件、イギリス・ノルウェー漁業事件（部分的）を挙げ、特別慣習を扱つたものとして、庇護事件、モロッコにおける合衆国国民の権利に関する事件、通行権事件、イギリス・ノルウェー漁業事件（部分的）を分類している（その他に、後者の例として、常設国際司法裁判所のダニューブ河ヨーロッパ委員会とダンチッヒ自由市に関する二つの勧告的意見も引用される）。著者の考察は、特に後者の特別慣習に関する判例が正確にそのようなものとして分類されるものかどうか、そして、国際法における特別慣習の概念にそれらの判例がどのように貢献するかに向けられており、特にイギリス・ノルウェー漁業事件については、一般慣習と特別慣習の関係をめぐつて多くの頁が割かれている。これらの考察によれば、若干の判例において、特別慣習の場合には、同意、黙認及び抗議しないことが、一般慣習の場合と異なり重要性を持つことが示されているのであるが、それにも拘らず、該当例は余りにも少ないので、国際法における特別慣習のすべての要素を述べることが不可能であり、更に、諸国の実行から特別慣習の異なる形態と状況に関する多様な規則が生成するかも知れないから、特別慣習についての一般的要素が存在することに著者は確信を持つていない。

最後に、法の淵源（sources）と証拠（evidence）という用語については、その多義性と曖昧性の故に捨てるべきことが示唆される。特に淵源という用語は、著者の立場からすれば、慣習が証明される論証プロセスを概念化する有益な方法ではない。というのは、法は「淵源」から「流れる」ものではなくて、むしろ、人又は人々の集団が他の人又は人々の集団をして一定の方法で行動させようと試みる場合に、一定量の説得力を伴うことばと論証の一形式であるからである。しかし、法源という用語が国際的規範の内容の最終的決定者というイメージを伝える限りにおいて、国際法の創造者であり且つ主体であるところの全体として把えられた諸国がその立場にあり、全体としての諸国ということは諸国の合意を意味するから、結局「合意」が国際法の淵源ということになろうと述べている。

六

以上本書の内容をフォローすることに多くの頁を費して来た。若干の批判と感想を述べてこの紹介を閉じたい。

本書は、法をプロセスとして把握し、その根拠を合意に求める立場に立つて、国家の行動（behavior）の現実に焦点を合わす帰納的方法により、国際慣習法の性質の解明を試みたものである。そのような法的思考の基本的立場が国際法の理解にとつて果して十分なものと言えるかどうかは一応別問題としても、そして諸種の学説、判例及び国家の実行を縦横に分析する著者の能力が正当な評価を受けるべきものであるとしても、その所説には必ずしも納得し難い部分あ

るいは十分に徹底していないと思われる部分がある。例えば、一般的な国際法規の大部分が国際慣習により占められている国際社会の現状において、国際慣習を第二次的規範としてのみ把えることは出来ないであろう。また、著者が慣習理論の再公式化として主張する慣習の質的要素としての articulation の概念にしても、その構成要素として既に法的性質を前提として含んでいることは、循環論に陥る危険性さえはらんでいる。もとより、著者は慣習の権威性が諸種の要因によつて高められて行く過程において、国際慣習の法的性質が醸成されて来ると考えるようであるが、そのような法的性質の成立の正確な認定については、伝統的理論と同様に明確化し切れていないと言わなければならない。更に、著者が条約の一般化し得る規定は慣習を形成する他の行為及び明瞭化と異ならない形態であると苦心して議論するとき、そこには明らかに、近時における新興独立諸国の伝統的国際法規に対する反撥心の増大並びにそれらの諸国が一般的適用性を有する条約を重要視する最近の傾向を考慮しようとする動機が含まれている。しかし、条約中の一般的規定は、必ずしも慣習の生成的契機となる場合に限定されず、むしろその多くは既存の慣習を明示的に宣言するものであり、また、国際裁判所の定立した「明白な意図」の基準の意義についても性急な判断を許さないものがある。恐らく、同様な疑義は国連における決議の法的効力についても存在するように思われる。

マクウィニー教授は前掲書評において、本書がアメリカ法学界に伝統的な経験主義的立場に立つものではないことを指摘しており、その意味で、冷戦後のアメリカ法学における思考の「新らしい波」(new wave)の一例として本書を評している。現代におけるアメリカ国際法学の潮流について研究の緒についた筆者にとつて、右の批評の評価はここでは差し控えなければならないが、本書の随所に見られる比較法的分析あるいは教義的とも言える考察の傾向はこれを十分観取することが出来る。ともあれ、著者の法及び国際法に対する基本的立場を国際慣習法のダイナミックな生成と変化の分析に一貫して当てはめようとする本書が、従来の慣習理論のもつ矛盾と欠点についての反省を促す限りにおいて、一読に値する書であることは疑いない。

栗林　忠男