

国際司法裁判所による 慣習法の認定を巡る近 年の議論について

岡田 陽平*

高田陽奈子**

阿部 紀恵***

I. はじめに

慣習国際法は、条約と並ぶ国際法の主要な法源（成立形式）の一つであるが、その認定方法については学説上未だ見解の一致をみない。この問題が今日においてもなお国際法学の重要課題であり続けているということは、国連国際法委員会（International Law Commission, 'ILC'）が現在、「慣習国際法の認定（Identification of customary international law）」に関する作業に取り組んでいることからわかる¹。この作業において特別報告者を務める Sir Michael Wood の報告書において指摘されているように、慣習国際法を巡る議論において、国際司法裁判所（International Court of Justice, 'ICJ'）は常にその中心に位置づけられてきた²。確かに、ICJ 規程第 38 条第 1 項 (b)³ や 1969 年北海大陸棚事件判決⁴ に何ら言及することなく、通説的見解とされる二要素理論について語ることはできないだろう。しかし他方で、ICJ は実際には二要素理論に沿って慣習法を認定していないという指摘がかねてより説得的なかたちでなされてきたということにも留意せねばならない⁵。

このような背景の下、ICJ による慣習国際法の認定のあり方を分析する論稿が近年相次いで公表された⁶。これらはいずれも、「ICJ は実際に二要素理論を適用しているか否か」という問いにとらわれない新たな分析軸を設定して、ICJ の慣習法認定の実行を検討するものである。まず Christian Tams は、ICJ が

* 神戸大学大学院国際協力研究科准教授。

** 京都大学大学院法学研究科博士後期課程、
日本学術振興会特別研究員（DC1）。

*** 京都大学大学院法学研究科博士後期課程、
日本学術振興会特別研究員（DC1）。

ILCの成果文書等に依拠して慣習法を認定する「推論上のショートカット」という手法を発展させてきたと指摘し、これがICJによって形成された「メタ慣習」の一部を成すと評価する(Ⅱ)。Stefan Talmonは、ICJが実際に用いている方法に着目し、「帰納」、「演繹」そして「断言」の使い分けを明らかにする。これによって、従来の議論枠組み、すなわち、帰納法であれば同意原則と整合的であり、したがって、法の機械的かつ中立的な適用を意味するのに対して、演繹法は同意原則からの逸脱であり、したがって、司法立法を意味するという二分論を否定し、第三の方法たる断言こそが司法立法への入口であるとする(Ⅲ)。またNiels Petersenは、さらに進んで、ICJによる慣習法認定の方法自体ではなく、その背景にある裁判所の動機を主題とした。そして、ICJの主たる動機は、「政治的選好」や「法的制約」というよりは、むしろ「制度的制約」にあると結論づけた(Ⅳ)。本研究ノートの主たる目的は、これらの研究を紹介することにより、ICJの慣習法認定を巡る研究の現状と課題を明らかにすることである。

Ⅱ. メタ慣習としての推論上のショートカット： Christian Tams

最初に取り扱うのは、Christian Tams(グラスゴー大学教授)の「メタ慣習と裁判所：司法立法に関する一考察」(2015年)である⁷。これは、慣習国際法の認定を規律する枠組み(慣習に関するメタ法)について検討

するものであるが、Tamsによると、この枠組みはまとまりを欠いており、常に円滑に機能しているとはいえないが、それでもこれが機能しているのは、もっぱらICJによる明確化の成果だという。確かに、ICJおよび常設国際司法裁判所(Permanent Court of International Justice, 'PCIJ')がメタ慣習の首尾一貫した包括的枠組みを生み出したとまではいえない。しかしこれら裁判所は、条約による制約を受けることなく、また特定の機関による具体的な指針が示されることもないまま、広い裁量の下で慣習法認定に取り組んできた。両裁判所が提示してきた数々の規範的命題がメタ慣習の核を形成しているのであって、このメタ法の分析は、まさに司法立法の研究である。そしてTamsによれば、このメタ法によって、国際共同体が慣習国際法について議論し、慣習国際法に関する主張を評価することが可能になっているという。かくして、メタ慣習の枠組みへの裁判所の多大な影響に対する認識を喚起することをこの論稿の目的に設定している⁸。

Tamsは、裁判所による貢献には四つの側面があるとしている。第一に、もっとも基礎的な貢献として、二要素理論の確立が挙げられる。規程第38条第1項(b)が必ずしも二要素理論を表現するものではないにもかかわらず、裁判所は早い段階から二要素理論へと舵を切った。PCIJのロチュス号事件判決に始まり⁹、北海大陸棚事件判決において、実行と法的信念に具体的意味が与えられ、二要素

理論の明確化が行われた¹⁰。この二要素理論は、その後の事件においても踏襲されており、国際法律家からの広範な支持を獲得しているのみならず、裁判所自身の「確立した慣行」を形成するに至っている。かつて種々の一要素理論が提唱されたものの、それらはすでに歴史的な意義をもつにすぎず、二要素理論に対する断固とした反対は今日みられなくなったという。ここで重要なことは、裁判所の判例なくして、二要素理論が今日の確固たる地位を獲得することはなかったという点である¹¹。他方で、二要素理論の具体的な適用基準、たとえば、実行の一般性、数量、期間に係る基準となると、厳密に定められているというには程遠い状態にある。しかし、これら適用基準に関しても、裁判所の判例によって深刻な対立は回避されているという。裁判所は、「全会一致 (unanimity)」といった単純明快な基準よりも、「定着した (settled)」や「広範な (widespread)」といった柔軟な観念を好んで用いてきた。そのため、依然として観察者の主観によるところが大きいものの、慣習に係る主張は、基本的に、ICJによって提示されてきた基準によって評価されているという(裁判所による貢献の第二の側面)¹²。二要素の存否を確認する際、いかなる資料をどのように用いるか。この点においても裁判所の貢献は大きいと主張されている。200もの国による膨大な数の実行を確認することはおよそ不可能であるし、二要素に係る情報が完全なかたちで利用可能であることはほとんどない。この点裁判所は、物理

的行為のみならず言語行為もまた国家実行となることを認め、沈黙や不作為もまた慣習の評価において意味をもつものとして扱ってきた。加えてICJは、条約締結や加入、そして、国際機構における決議の採択も国家実行の検討から排除してこなかった(第三の側面)¹³。

ICJの貢献の中で、慣習国際法の認定プロセスにもっとも大きな変化をもたらしたのは、第四の側面、すなわち、「推論上のショートカット (argumentative shortcuts)」の承認である。すなわち、ある規範的命題が、慣習ではない法発展プロセス(典型的には成文法というかたちでの発展プロセス)において支持されているということをもって、それが慣習としても認められていると推論するということである。これは、国の行動と規範の承認との間の結びつきを緩やかなものにしてしまうという明白なリスクを伴う。しかし同時に、慣習の認定を容易にし、そのプロセスを可視化するという利点がある¹⁴。そして、ICJによって承認された推論上のショートカットの中でも、とりわけレレヴァントなものとして、多数国間条約、ILCの成果文書および国連総会決議を用いた推論が挙げられている。第一に、ICJはその判断の多くで、条約規定から出発して慣習の評価を行っている。もっとも北海大陸棚事件判決のように、条約を参照することが、必ずしも慣習の認定という結論を導くわけではない。当該判決においてICJは、条約が慣習規則を反映している、あるいは、結晶化している場合があるということは

認めつつ、1958年の大陸棚条約第6条は慣習を反映するものではないと判示した。条約が慣習を反映しているというためには、さらなる分析が求められる、すなわち、当該条約採択前後の状況を別途検討しなければならない¹⁵。しかし、北海大陸棚事件では厳格なかたちで求められたこの検討は、その後きわめて軽々に行われるようになった。また、幅広いメンバーシップを欠く未批准条約¹⁶に依拠して推論上のショートカットが行われる場合もある¹⁷。

次に挙げられるのが、ILCの成果文書を参照して行う推論上のショートカットである。ILCは個人資格の専門家によって構成されている機関であって、その作業に依拠したショートカットは、条約を用いて行う場合と比較して、より問題のある慣習の確認方法とみなされうる。しかしICJは、相対的に緩やかにILCの見解を受け入れてきた。国家責任条文がその最たる例である。国家責任に関する慣習法の発展および漸進的な調整のプロセスは、ICJがILCの国家責任条文を利用することでそれをより強固なものにするという、ILCとICJとの間の規範的なやりとりとして把握することができる。ICJにおいては、ILC条文に含まれているということは、もはやその規則が慣習法として地位を獲得しているということと同視されている。ここでは実際に、推論上のショートカットが規範性確認の代替手段となっている¹⁸。

第三に総会決議が挙げられるが、これは、条約上または慣習上の規則の明確化に資する場合がある。裁判所は、ニカラグア事件判決¹⁹を経て、核兵器使用の合法性事件勧告的意見において次のように述べた。すなわち、「総会決議は、拘束的ではないものの、規範的価値を有する場合がある。総会決議は一定の状況下で、規則が存在していること、あるいは、法的信念が生じていることを立証するための重要な証拠を提供しうる」²⁰。もっともTamsによると、膨大な数の総会決議が存在していることに鑑みれば、こうした推論を行う場合には慎重さが求められるという。裁判所自身、決議の「内容および採択の状況」（たとえば、全会一致で採択されたものかどうか）が決定的な重要性をもつと考えている²¹。

かくしてTamsは、裁判所が推論上のショートカットを用い、国の行為を直接に検討することなく慣習法に係る認定を行う傾向がみられると結論づける。裁判所は、資料として多様な形式の実行を検討してきたが、それら資料に基づいて慣習の存否について評価する際にも自身の裁量を最大化してきたように思われる。しかしTamsは、こうした裁判所のアプローチは、実行と慣習との結びつき²²を稀薄化させるものであり、慣習はもはや他の規範明確化プロセスの副産物に過ぎなくなっていると指摘する。もっとも、慣習法を適用する際、ILCの成果文書や多数国間の条約作成プロセス、そして国際機構の全体会の明示的な立場を無視すべきかといえ、そう

ではない。二要素を正面から検討することがおよそ不可能であることに鑑みれば、裁判所が推論上のショートカットに依拠しているのは、実践的な必要性によるものといえよう。おそらく、そうであるがゆえに、裁判所のアプローチには深刻な批判が向けられてこなかった²³。

以上から Tams は次のような結論に至る。まず、今日われわれが慣習国際法について論じる際に用いるパラメーター、すなわちメタ慣習は、PCIJ および ICJ によって定義され、これら裁判所こそが慣習法の形成と認定の議論を先導してきた。もっとも、裁判所によるメタ慣習の形成は体系性を欠いており、アド・ホックなかたちでなされてきたということも指摘されている。しかし、今日のメタ慣習が一貫性を欠く不完全なものであるとしても、これが一世紀におよぶ裁判所の活動によって生み出されたということに変わりはない。他方で Tams は、裁判所によって形成されたメタ慣習の限界にも言及している。裁判所は、あらゆるものを実行として受け入れ、ショートカットを許容し、かつ柔軟な要件を採用した。しかしこれは、権威ある裁判所には適したものであっても、その他の法適用者（裁判所がもつような権威をもたない者）が慣習国際法につき反対されない結論に至ることを容易にするものではない²⁴。この点については後に検討するとして、次に慣習法認定における裁判所の方法論に着目した Talmon の議論をみてみよう。

Ⅲ. 帰納的または演繹的推論のいずれも用いない断言：Stefan Talmon

ボン大学教授である Stefan Talmon は2015年、「慣習国際法の認定：ICJ の方法論における帰納、演繹そして断言の使い分け」と題される論稿を *European Journal of International Law* に公表した²⁵。タイトルが示すように、これは ICJ が慣習法を認定する際に用いている方法論を明らかにすることを目的としている。そもそも ICJ は、慣習国際法認定において方法論に言及することはほとんどない。メイン湾事件特別裁判部判決はその例外であり、「慣習国際法は […] 一連の慣習規則から成るものであり、それら規則が諸国の法的信念の中に存在しているかどうかは、予め想定した観念からの演繹法によってではなく、十分に広範で説得的な慣行の分析に基づく帰納法によって検証されうる」と述べた²⁶。Talmon によると、「検証される」ではなく「されうる」という言い回しは、慣習法規則が演繹的にも発見されうるということを含意しているという²⁷。たとえば逮捕状事件判決²⁸は演繹的リーズニングの例だと考えられている。他方で国家の裁判権免除事件判決²⁹は帰納的方法を用いた例の最たるものとみなされている。こうした背景の下、慣習法認定の際に ICJ が用いている方法論に着目し、慣習国際法の発展において方法論が果たす役割を強調することを研究の目的にしている。そして Talmon は、ICJ が主として用いているのは、帰納法でも演繹法でもなく、断言 (assertion)

であるという結論に至る³⁰。では、その議論の内容についてみてみたい。

Talmon はまず、帰納的および演繹的方法の定義を行っている。前者は、「国家実行および法的信念の経験的に観察可能な個々の事例のパターンから一般的な規則を推論すること」、後者は、「法的リーズニングによって、既存の一般的に受け入れられている（しかし必ずしも階層的に上位にあるわけではない）規則や原則から特定の規則を推論すること」という意味で用いられる³¹。その上で、慣習国際法が帰納法によって確認されるということについては広範な見解の一致があるという。というのも、慣習国際法の二要素は必然的に、経験的かつ帰納的な方法で収集されるからである。しかし、帰納的方法を用いることができない場合がある。第一に、新しい主題であるために、国家実行が存在しない場合である。第二に、国家実行が対立している、あるいは、大きく異なっており、結論を出すことができない場合もある³²。第三に、国の法的信念を認定しえない事例もあろう³³。これは不作為の場合にはなおさらである。第四に、国家実行と法的信念とが食い違っていることがありうる³⁴。もし帰納法が慣習国際法規則を確認するための唯一の方法であったならば、裁判所は、これらの場合において裁判不能を宣告せねばならなくなる。しかし、裁判不能の概念はICJの判例法理の一部を成すものではないというのが十分に確立した原則であるから、これを回避するために裁判所は

演繹的なリーズニングを用いていると考えられる。かくして演繹的方法は、帰納的方法に取って代わるものというよりも、これを補うものであり、帰納法によっては何らの慣習国際法規則も確認できない場合に適用されうる³⁵。

次に Talmon は、演繹的推論の三つの異なる方法について検討する³⁶。第一は規範的演繹法であり、慣習国際法としてすでに存在する規則や原則、そして主権、主権平等あるいは領域主権といったもはや疑われない原則から、演繹的リーズニングを用いて新しい規則を推論することをいう。コルフ海峡事件では、「人道の基本的考慮」等の原則から、平時において沿岸国が負う自国領海に機雷が存在することを船舶に警告する義務を演繹的に推論した³⁷。第二にICJは、特定の役職や組織の機能に関する一般的な考慮から規則を演繹的に推論することがある（機能的演繹法）。損害賠償事件勧告的意見がその例である³⁸。第三に、既存の規則の理論的根拠が、その規定ぶりに鑑みれば当該規則には当てはまらない（が、当該規則が想定している状況と共通した原因や結びつきをもった）状況に類推的演繹法によって拡大されることがある³⁹。

以上のようにICJによって用いられてきた帰納的および演繹的推論であるが、学説上、前者によって認定されるものを「伝統的慣習」、後者の方法で引き出されるものを「現代的慣習」と性格づける見解がみられる⁴⁰。現代的慣習とは、平和、人権および環境といった、

新しく重要な道義的価値やグローバルな課題に関するものであって、実際の国家実行をみるとあまりに違反が多く、帰納的推論の適切な基礎とはなりえないような場合に問題となる慣習であると主張される。こうした分野では、新たな規則を創造し、ギャップを埋める差し迫った必要性があるが、伝統的慣習ではこれに対応できない。これに対して現代的慣習は、多数国間条約や国連総会のような国際的なフォーラムでの宣言から演繹されるため、迅速に発展することが可能である⁴¹。こうした見解に対して Talmon は、概要次のような批判を行っている。第一に、上記のような見解は、ICJ の判例法に何ら基礎づけられていない⁴²。慣習法認定のために ICJ が用いている方法は、それら規則の性質や内容にも、それらが道義的な問題やグローバルな課題に対応するものであるかどうかにも依存しない。法的リーズニングの方法としての帰納法および演繹法は価値中立的なものである。ICJ は、国際法を漸進的に発展させるためではなく、帰納的方法では何らの結論にも到達できない場合に演繹的リーズニングを用いている。第二に、「伝統的」や「現代的」といった表現は時間的順序を示唆するものであり、慣習の認定に係る方法論が（帰納的方法から演繹的方法へと）変化してきたということを含意している。しかし演繹的方法は、現代的な現象ではなく、PCIJ の時代から用いられてきたものである⁴³。ICJ もその最初の本案判決において、「一般的で十分に承認された原則」から一定の義務を引き出したことはす

で指摘したとおりである⁴⁴。むしろ演繹的推論は、近年ほとんど用いられていないと指摘されている⁴⁵。つまりこれら二つの方法は、一方が伝統的なものであり他方が現代的なものだということではなく、ICJ の判例全体を通じて常に用いられてきたのである⁴⁶。

また現代的慣習は国際法の漸進的発達と結びつけられ、演繹的方法是「準立法」と同視されてきた。これに対して、帰納的推論によって導き出される伝統的慣習は、保守的かつ実証的であり、記述の正確さによって性格づけられるものといわれてきた。しかしながら帰納的方法是、演繹的方法とまったく同じように、主観的かつ予見不可能で、裁判所による法創造につながりやすい、と Talmon は指摘する。伝統的慣習は実行と法的信念の検討を通じて認定されるものだが、これは、単に国の行動を数えるという数学的な作業ではなく、主観的で選別的になりがちなプロセスである。裁判所が200もの国の実行と法的信念を検討するのは実際には不可能であり、慣習規則は必然的に選別された国家実行に基礎づけられることになる。そして、その選別を行うのは裁判所なのである。かくして裁判所は、自己達成的なかたちで国家実行の収集を行うことができる、すなわち、あらかじめ想定していた慣習法規則を基礎づけるような実行のみを選別して収集することができるのである。さらに、何を国家実行としてカウントするか、実行が十分に広範で、一貫しておりかつ統一的であるか、そして、一貫しないパター

ンの実行をどのように扱うかは、ICJの判断による。そこには常に価値判断が介在する。たとえばジェノサイド条約に対する留保事件勧告的意見において、裁判所は七対五の僅差で、条約に留保を付した国はその留保が当該条約の全当事国に受け入れられた場合にのみ当該条約の当事国となることができる、という慣習国際法規則の存在を否定した⁴⁷。しかし反対意見が指摘するように、諸国の一般慣行も、連盟および国連の行政実務も、まさにそのような規則の存在を示していた⁴⁸。国家実行の問題について、かくも大きな見解の不一致が生じうるという事実が、ICJにおける証拠の評価に伴う主観性を強調している。つまり、もし裁判所が創造的な役割を果たし、慣習国際法規則を漸進的に発展させようとするとしても、それは帰納的推論を通じても達成しうるものであり、必ずしも演繹的推論によって導き出される現代的慣習に依拠せねばならないわけではない⁴⁹。

Talmon はしかし、帰納法と演繹法の二分論ではICJの方法論の全体像は把握できないという。というのも、ICJが主に用いているのはそのいずれでもなく、断言だからである。大多数の事例においてICJは、帰納的または演繹的なリーズニングを何ら提供することなく、単に法を断言している。もちろん、長きにわたって十分に承認されている慣習法規則についてまで、二要素の検討を行うよう、あるいは、演繹的リーズニングのプロセスを踏むよう期待されているわけではない。しかし

ICJの断言は、そのような場合に限定されてこなかった。ICJはコルフ海峡事件判決において、国家実行および法的信念の証拠を何ら示すことなく、国際海峡における軍艦の無害通航権を認定した⁵⁰。しかしながら、当時そのような権利が一般的に承認されていたとはおよそいえなかった⁵¹。Talmonはまた、ICJがこれまでに発展させてきたいくつかの断言の技法について検討している。第一に、ILCへの言及はICJがもっとも好むショートカットである⁵²。ILCによって国家実行と法的信念が広範に検討されていることに照らせば、これは、帰納的プロセスのILCへのアウトソーシングの例といえるかもしれない。しかしながら、ILCの任務は既存の慣習国際法規則の法典化に限定されていない。にもかかわらずICJは、ILCの成果文書が慣習法を反映していると判示する際に、それが国際法の法典化であるか漸進的発達であるかを検討したことは一度もない。またICJは、一定の条約規定や国連総会決議が慣習国際法を反映していると述べることもある（第二および第三の技法）⁵³。

Talmonによれば、ICJはどれか一つの方法論を用いるのではなく、帰納法、演繹法そして断言を混合して用いていると指摘する。たとえば逮捕状事件において裁判所は、まず外務大臣が免除を享有すると断言し、次にその免除の内容を機能的演繹法によって確定し、最後に免除に対する例外が慣習法上存在するかどうかを明らかにするために国家実行を調

査した⁵⁴。このような使い分けこそが、裁判所の方法論の特徴である。演繹的推論によって到達した規則であっても、それは何ら裁判所によって創造されたものではないと主張することは可能である。というのも、既存の規則や原則にすでに含まれている規則を導き出す場合、演繹的方法是は国際法の同意原則と両立する。重要なことは、新たな慣習国際法規則を演繹することができるのは、既存の法規則または法原則からのみであって、想定された価値からではないということである。演繹的方法是は、実行の中で表現される国の現実の意思に限界づけられる。したがって、帰納法と演繹法を通じてそれぞれ導き出された慣習国際法規則の間に抵触がある場合には、前者の方法が優先する。司法立法への入り口となるのは、帰納法でも演繹法でもなく、ICJによる断言である。確かに、帰納法を用いることが実際には不可能であり、かつ、適用可能な法を演繹するための一般的な規則や原則が存在せず、司法機能を果たすことができない場合もある。裁判所による断言は、裁判所に裁判不能を宣告されずに紛争を解決してもらうために国が支払うべき対価である。しかし、その限界を踏み越えないよう慎重にならねばならない。もしICJの断言がそのクライアントに対して説得力をもたないのであれば、国々はICJから離れていくだろう⁵⁵。この最後の点、すなわち、いかにして紛争当事国に対する説得力を確保するかという考慮がICJによる慣習法認定を規定する主たる要因であるという仮説を立てたのが、次に検討す

る Petersen である。

IV. 慣習法認定における中立性の外観の重視:

Niels Petersen

同じく *European Journal of International Law* にて公表された論稿⁵⁶において、Niels Petersen (ミュンスター大学教授) は、慣習法に係る ICJ の判断形成を規定する要因は何か、という問いに取り組んだ。彼の主張によると、裁判所は重大な制度的制約に直面しており、ゆえに、その慣習法認定戦略の目的は、自らの司法的権威を維持するための正統性確保であるという。司法判断の動機を巡っては、大きく分類して、三つ説明の方法がある。第一に、裁判官は主として自身の政治的選好に基づいて判断を行っていると言主張されることがある。第二のアプローチは、確かに裁判官は一定の裁量を有するものの、その判断は主として、法規範および法理論によって確定されていると言主張するものである。第三のいわゆる制度論的アプローチによると、司法判断は制度的な環境によって方向づけられると説明される。つまり、裁判所の権能は司法機関としての正統性に依存するのであって、裁判官は自らの判断形成を通じて正統性を向上させようと努めるものであるという主張である。この研究の目的は、慣習国際法の分野において、これらのいずれが支配的な要因であるかを明らかにすることである⁵⁷。

Petersen はまず、法的制約は動機としては薄弱であると考えている。また現代的慣習法を巡

る議論において主張されるように、何が望ましい国際秩序であるかという意味における政治的選好が重大な役割を果たしているという見解がありうるが、彼によると、制度的制約ゆえに、裁判官は自身の政治的選好に基づいて判断できないという。国家実行のパターンを同定しようとする伝統的なアプローチに対して、現代的なアプローチは、解釈上の技法や法的信念に基礎を置くものとされる。現代的なアプローチを提唱する論者は、裁判所がより積極的な役割を果たし、慣習法を発見するだけでなく、形成し発展させることを擁護する⁵⁸。確かにそこでは、法理論または方法論は制約要因として機能していないように思われる。しかし、そうであるからといって、裁判所が自らの政治的選好に基づいて判断を行っているると直ちに結論づけられるわけではない。というのも裁判所は、その決定を執行することができないという意味において、制度的な制約に服しているからである。第一に国には、判決に従わないという選択肢がある。裁判所の決定の国による不履行は、当該決定の実効性を損なうのみならず、そのような不履行が頻繁に発生すると、裁判所の評判を毀損し、制度それ自体を弱体化させることになる。第二に、国は国際裁判所の管轄権に服さないという選択をすることもできる。強制的管轄権に服する国が少なくなれば、裁判所の制度的地位は低下する⁵⁹。

他方で国際裁判所は、各国政府から一定程度の独立性を有していてもいる。まず、ICJの管轄

権から離脱するということは、他国を提訴することもできなくなるということであり、自国に不利な判断を下されたからといって、それが自動的に離脱へとつながるわけではない。また政府は、特定の判決を遵守するよう外的な制約に直面する場合もある。国際裁判所の判決の不履行は、国の評判を損ないかねない。国内レベルにおいても、国内裁判所が、国はICJの判決を遵守しなければならないという判断を下す場合もあろう。しかし、裁判所が政治的指針ではなく「法的」原則に基づいて判断する中立的な裁定者とみなされない場合、たとえ裁判所の決定を遵守しなかったとしても、国の評判は損なわれまいし、国内裁判所がそれに従わなければならないという判断を下すこともないだろう。さらに、国はそのような裁判所に新しく提訴しようとは考えなくなり、その管轄権から完全に離脱することもありえよう。このように考えると、ICJが積極主義を示すというのは想定しづらく、むしろ、中立性のシグナルを送ると思われる。すなわち、諸国によって一般的に受け入れられている慣習規範のみに基づいて判断を下すだろう。しかし、そのような一般的な受諾可能性は様々なかたちで基礎づけられうる。確固たる方法論的根拠に基づいて認定されたものであるから、国が過去にあるいはICJでの訴訟手続の中で当該規範を受け入れる態度を示していたから、あるいは、国が少なくとも公然とはその適用に反対しないような普遍的な道義的訴求力をもった規範であるから、といった具合である。したがって、一貫した方

法論の発展は ICJ にとって重要ではなく、むしろ、その慣習法認定の戦略は、個々の事例の状況や影響を受ける当事国の選好によって異なりうる⁶⁰。

かくして Petersen は、「裁判官はその判断形成に際して制度的な制約に直面しており、それゆえに、その慣習規範の認定戦略を通じて中立性のシグナルを送ろうとしている」という仮説を立て、次に、これが裁判所による実際の慣習法認定を説明し、その予見を可能にするものであるか検証する。ICJ が慣習国際法規則の存在を肯定したすべての判決および勧告的意見が分析の対象とされている。この取捨選択については、次のように説明されている。Petersen によると、慣習規則の存在を肯定する場合に求められる正当化の責任は、否定する場合よりも高いと想定されるという。慣習規範の存在の否定が司法立法と結びつけて論じられることはほとんどなく、存在すると広範に信じられている規範を否定しない限り、正統性の問題を生じさせない。よって、両者を同じものとして扱ってしまうと、ICJ のリーズニングを正しく評価できない。かくして分析の対象となったのは、1949 年のコルフ海峡事件判決に始まる 48 の判決および勧告的意見の中で認定された 95 の慣習規範である。これら慣習法認定の事例において ICJ がどのような論拠を用いたかにつき分類が行われ、各カテゴリーの使用頻度が示された。頻度の高い順に挙げると、①条約 (47.4%)、②紛争当事国の同意 (30.5%)、③

ICJ その他の国際裁判所の先例 (17.9%)、④国際機構の決議 (15.8%)、⑤一般的なかたちでの国家実行の参照 (12.6%)、⑥断言 (10.5%)、⑦機能的推論 (6.3%)、そして⑧衡平の考慮 (3.2%) となっている⁶¹。

この結果を受けて、Petersen はまず一般論として次のように指摘する。裁判所は、特定の事件の当事国が問題となっている規範に同意を与えているかどうかを入念に分析している。同意があるとされた場合には、当該慣習規範が普遍的な射程をもつものであるということが、比較的緩やかに認められている。理論的な観点からみれば、これは驚きである。というのも、紛争当事国の同意は慣習規範認定の十分な理由たりえないからである。それは、それらの国の法的信念を示すものにすぎない。であるにもかかわらず、裁判所が同意に大いに依拠しているということから、次の二点が明らかになる。第一に ICJ は、国際法全体の発展や形成よりも、特定の紛争の解決により関心を有しているということ、第二に、当事国の同意を強調することで、裁判所の判断が受け入れられ、それによってその正統性が高められるよう、中立性のシグナルを送っているということである。確かに、国家実行が参照されることもある。しかし、個別の実行が参照されるのは、通常、慣習規範の不存在を示すためであり、その存在を肯定する場合には、国家実行の参照はきわめて一般的なかたちで行われる。個々の国家実行が詳細に分析された上で慣習規則の存在が肯定された

事例は一つもない⁶²。

次に Petersen は個々の論拠につき詳細な検討を加えている。まず紛争当事国の同意である。頻度の観点からみれば条約に劣るが、同意こそがおそらく、慣習国際法の認定におけるもっとも重要な考慮である⁶³。もっとも、問題となる規則の当該事件への具体的適用についてまで両当事国が合意していることは必要とされていない。これに対して ICJ は、当事国の一方が問題の規範に明示的に反対している場合には、通常、それが慣習法として存在しているとは認めない。そのもっとも顕著な例が北海大陸棚事件判決である⁶⁴。慣習規則の基礎としての同意の重要性は、ICJ のリーズニングのスタイルにみられる二つの特徴を際立たせている。一方で裁判所は、その判決が両当事国によって受け入れられるということに相当の関心を有している。両当事国が明示的に同意を与えている原則に基づいて判断することで、判決が敗訴国にも受け入れられる可能性を高めている。他方で ICJ は、多くの事件において、国際法の一般的で抽象的な原則を宣言することよりも、問題の紛争を解決することにより関心をもっている。同意は、判決の基礎づけとしてはきわめて限定的なものである。しかし ICJ は、その判決が受け入れられるためには、法的リーズニングの一般化可能性については一歩引いて、国際法の積極的な発展を控えることもいとわない。このように、同意への依拠は、ICJ がそのリーズニングおよび判断形成において制度

的制約を考慮しているということを強く示唆している⁶⁵。

次に、慣習法が条約、総会決議そして ILC の文書から引き出される事例はどのように考えることができるか。ICJ は、いわゆる立法条約に頻繁に依拠するが、その条約を批准しおらず明示的に反対している国にその射程を拡大することには消極的である。むしろ、条約や決議の参照は、多くの場合において、同意への依拠と結びついている。すなわち、慣習国際法の認定において ICJ が参照する条約は、両紛争当事国が批准している条約、一方当事国のみが批准しているが他方当事国もそれが慣習法を反映していることは認めているような条約、あるいは、いずれの当事国に対しても拘束力は有していないが両当事国がその慣習法性を認めているような条約(文書)である⁶⁶。また ICJ は、一般的に受け入れられた道義的に高い価値をもつ原則の慣習法性を認定する場合にも、条約や国連総会決議に依拠することがある。自決の原則やジェノサイド、拷問の禁止がその例であるが、これらの中には、今日でもしばしば違反がみられ、よって慣習国際法の伝統的要件を充足しているかどうか疑わしいものもある。しかし国が、それら規範の一般的妥当性を否定することはほとんどない。ゆえに、ICJ がこれらの原則を宣明しても、その正統性が損なわれることはない。むしろ、かく広範に受け入れられている原則の法的地位を否定するならば、裁判所への信頼は毀損されることになるだろ

う。同意それ自体とは異なり、条約への依拠は、法理論アプローチあるいは国際法秩序の漸進的発達アプローチの表れとみることでもできる。確かに、条約や国際機構の決議はしばしば、法的信念を示すもの、あるいは、紙の上での実行とみなされる。しかし、そうした紙の上での実行と現実の実行とが食い違う場合がある。慣習法上拷問が禁止されているということを正当化するために人権文書に依拠する場合、裁判所は少なくとも、依然として拷問の実行が数多く存在していることがどのような意味をもつかについて論じるべきだろう。そのような議論がなされていないとなると、法理論アプローチで説明することは難しい。となると、条約や国際機構の決議に依拠することで、ICJは国際法を漸進的に発展させようとしているのだろうか。しかし裁判所は、これらの文書に依拠する場合、その規範が両紛争当事国に受け入れられているかどうかを考慮している。一方当事国がそれら文書に表現されている規範の慣習法性を否定している場合には、ICJは、当該規範を慣習法として宣明することを避けている。このことは、条約や国際機構の決議は中立性のシグナルを送るための手段であり、ICJは、法理論や政治的選好よりも、制度的立場によって動機づけられているということを示唆している⁶⁷。

次に国家実行であるが、ICJがこれを徹底的に検討する場合、通常、慣習国際法の原則は存在しないという結論に至る。その近年の例が、国家の裁判権免除事件である。ICJは、

戦争犯罪について主権免除の例外が慣習法上存在するかどうかについて検討し、関連する国家実行の詳細な分析を行った結果、これを否定した⁶⁸。これに対して、ICJが慣習法の存在を肯定する場合には、国家実行は単なる補助的な手段として扱われてきた。そのような場合でもICJは、具体的な実行について詳細に分析することはなく、抽象的なかたちで実行を参照するにすぎない⁶⁹。したがって、国家実行は慣習国際法の構成要素の一つとみなされているが、ICJの判例法においては周辺的な役割しか果たしていない。国家実行はしばしば観察困難で、均質であることは稀である。ゆえに、国家実行に基づいて慣習国際法規範の存在を認定しようとする、裁判所は選別的にならざるをえない。こうした選別性は、不公平との印象を与えかねない。裁判所は、その正統性を維持するために、そのような印象を回避せねばならない⁷⁰。

以上に加えてICJは、裁判不能を回避するため、いくつかの戦略を用いてきた。たとえばICJは、境界画定に係る事件において、しばしば衡平の考慮に依拠してきた⁷¹。境界画定の事件が裁判所に持ち込まれる場合、当事国は通常、その紛争を解決することに強い関心を有している。紛争解決において重要なことは裁判所の中立性である。もし裁判所が一方当事者の味方についているとみなされると、他方当事者は結果を受け入れようとはしないだろう。ゆえに裁判所は、中立性のシグナルを送るために、柔軟なアプローチを進展させ、

妥協案を提示してきた。また ICJ は、ある慣習規範が存在すると単に断言することがある⁷²。もっともよく知られた例が、バルセロナ・トラクション事件判決における対世的義務の概念の誕生であろう⁷³。確かに、これは裁判官の政治的選好の表れとみなされうる。しかし ICJ は、ここでもその制度的立場に配慮している。というのも裁判所は、対世的義務を最初は傍論にて導入し、時間を経て国や国際法学者によって当該概念が肯定的に受け止められるようになってはじめて、これに具体的な法的効果を付与したのである⁷⁴。また、逮捕状事件⁷⁵においてみられるような機能的推論は用いられる頻度が低く、たとえこれを政治的選好の表れと理解したとしても、それは Petersen の主張の全体像を変化させるものではないという⁷⁶。

以上から、Petersen は次のように結論づける。二要素理論の説明とは異なり、ICJ の推論方法において、個々の国家実行は周辺的な役割しか果たしていない。これに対して裁判所は、問題の慣習規範に対して紛争当事国が同意を与えているか否かに著しく依拠している。そうすることによって ICJ は、自らの正統性を高めるために、中立性のシグナルを送ろうとしている。確かに ICJ が国際法を漸進的に発展させようと試みた事例はあるが、数としては例外的といえる。またそのような場合においても、自身の先例に依拠するなどして、自らの権威を維持しようとしている⁷⁷。

V. 考察

以上、ICJ による慣習法認定プロセスについて論じた近年の三つの論稿の内容を紹介した。以下では、まず前提として、これらの研究が冒頭で言及した「ICJ は実際に二要素理論を適用しているか否か」という問いといかなる関係にあるかを確認した上で、ICJ による慣習法認定の正統性およびその動機につき若干の検討を加えたい。

「ICJ は実際に二要素理論を適用しているか否か」は、今日においてなお重要な論点であり続けている。たとえば Peter Tomka は、ICJ 所長であった 2013 年、ICJ が二要素理論を放棄したことはないを確認しつつ、他方で、慣習法であると主張されるすべての規則について二要素の検討が必要となるわけではなく、裁判所は、慣習法性を認定するために、利用可能な証拠の中で最適でもっとも便利なものを用いてきたと述べた⁷⁸。しかしながら、本研究ノートで紹介した三つの論稿をみると、Tams の「推論上のショートカット」にせよ、Talmon の「断言」、そして Petersen の「制度的制約」にせよ、いずれも「ICJ は実際に二要素理論を適用しているか否か」を分析するための枠組みでは必ずしもない。では、これらの研究は何を問題にしているのだろうか。

従来から「ICJ は実際に二要素理論を適用しているか否か」が盛んに議論されてきた主要

な理由の一つは、その問いへの答えが、認定される慣習法については ICJ 自身の正統性を左右すると考えられたためであった。たとえば Alan Boyle と Christine Chinkin は、ICJ が北海大陸棚事件で言明した方法に後の事例において沿っていないことを批判し、そのことが ICJ の「判断形成および採用された慣習法の内容の正統性を損なうものである」と分析した⁷⁹。また Arthur Mark Weisburd も、慣習法認定における国家実行の軽視は、国が有する法形成の権限を制限し、ICJ を司法機関から自由な政策決定者へと変質させてしまうという懸念を表明する⁸⁰。これらの論者は、ICJ が二要素理論に依拠することによって機械的かつ中立的な法の適用が保障されるのに対して、二要素理論からの逸脱はすなわち同意原則からの逸脱であり、したがって司法立法を意味するという二分論的前提に立ってきたと思われる。本研究ノートが紹介した三つの論稿は、ICJ による慣習法認定の正統性という、これら先行研究と共通の問題に取り組みつつも、これに「ICJ は実際に二要素理論を適用しているか否か」という問いとは異なる枠組みを用いてアプローチするものである。この点、三人の論者はいずれも、ICJ が ILC の成果文書、多数国間条約および国連総会決議等に依拠して慣習法認定を行っているという現状は、必ずしも ICJ による慣習法認定の正統性を損なうものではないと考える。

Tams は、ILC の成果文書等を参照して慣習法認定を行う推論上のショートカットという

手法の存在を示したが、この手法と二要素理論がともにメタ慣習を構成しているということ以上に両者の関係を明らかにしようとはしていない。彼によれば、ショートカットを含むメタ慣習は裁判所によって形成されてきたものであり、この形成自体はメタな司法立法であるとするものの、これら裁判所が個別の慣習法認定において司法立法を行っているとは主張していない。ショートカットは、ICJ による価値観の押し付けではなく、実践の必要性に基づいており、柔軟で常識的で、誰もが賛成できるようなテスト・定式を提示するので、国際社会も満足していると評価するのである⁸¹。Talmon は、帰納法であれば同意原則に基づいており、演繹法はそこからの逸脱を意味するという従来の二分論的把握を否定する。帰納法の場合にも、題材の選択および解釈において主観が入り込む余地があり、演繹法であっても、基礎となる原則が国の同意を得られているのであれば、同意原則と整合的たりうるためである。さらに Talmon は、ICJ が演繹的推論に依拠するのは、国家実行と法的信念を帰納的に分析すると何らの結論も得られず、裁判不能を宣告せねばならない場合であって、この方法の選択は価値中立的に行われているとし、例として、大陸棚の境界画定方法や不干渉義務を挙げている。このようにして Talmon は、ICJ が演繹的な慣習法認定によって、国際法を積極的に発展させるための司法立法を行っているという批判に対して反論するのである。また彼は、帰納・演繹いずれにも基づかない断言こそが、司法

立法への道を開くとする。もっとも Talmon は、そうした断言についても、ICJ が裁判不能を宣言しないために国が払うべき対価であるとしており、その限りにおいて正統性を有するものと考えている。この点 Tams は、推論上のショートカットと、Talmon がいう断言を同一のものとして理解しているようである⁸²。確かに Talmon も、ICJ が発展させてきた断言の技法として、条約、国連総会決議および ILC 成果文書への参照を挙げる。しかしながら、Talmon が明らかにした使い分けによれば、これらの文書に依拠しているからといって、その方法が常に断言と性格づけられるわけではない。もし ILC の成果文書が、個別の国家実行および法的信念の丹念な検討に基づくものであり、ICJ がそうしたデータの集積として当該文書に依拠するのであれば、それは（間接的な）帰納法といえよう。また、ILC の成果文書や条約および総会決議において表明された一般国際法上の原則から具体的な規則を導くためにそれらを参照するのであれば、それは演繹法であろう。これに対して、もし ICJ が、それら文書が慣習法を反映していると単に述べる場合には、断言が用いられていると理解できるだろう。したがって、Tams の推論上のショートカットと、Talmon の断言とは、一部において重複するものの、異なる概念であると理解すべきである。

しかし Talmon の説明、すなわち、裁判不能の回避による正統性の説明にも問題点がある

ように思われる。確かに境界画定事例においては、画定方法を規律する慣習法を認定することができなければ、裁判不能に陥り、紛争を解決することができなくなるだろう。しかし、一貫した国家実行や法的信念を見出すことができず、慣習法上の国の義務を認定できない場合、裁判所は、適用可能な義務が存在せず、したがってその違反も存在しないと判示することで法的紛争を（たとえそれが政策的には望ましい方法ではないとしても）解決することができるように思われる。となると、やはり ICJ は望ましい結論をあらかじめ念頭に置いて、それに応じて方法論を選択しているのだろうか。この問題に対して Petersen は、ICJ による慣習法認定の「方法」ではなく、「動機」を明らかにするという異なるアプローチから取り組む。彼によれば、ICJ は確かに、二要素理論を機械的に適用しているわけではないが、しかし、自らの政治的目標を促進しているわけでもない。裁判所は、制度的制約の観点から、中立性の外観を重視し、自らの権威および正統性を保つことを目的とした慣習法認定手法を採用しているという。こうした結論は、二要素理論を機械的に適用することだけが、ICJ の正統性を保つ方法ではないということを示唆するものであろう⁸³。

しかし、Petersen による正統性の説明にもいくつかの問題点を指摘できるように思われる。何よりもまず、慣習法の存在を否定した事例を分析の対象から除外したことについては疑問が残る⁸⁴。慣習法の存在が肯定された

事例のみに焦点を絞るとした理由（の一つ）は、慣習法性の否定が正統性の問題を惹起することはほとんどないというものであったが、この点については留保が必要なように思われる。というのも、前述のとおり ICJ は、国家の裁判権免除事件において、戦争犯罪に係る主権免除に対する例外的慣習法性を否定したが、その際に行った国家実行の検討が選別的であったとして学説上批判されている⁸⁵。また Petersen は、ICJ の正統性に疑義が生じると、その判決の履行の国内裁判所による促進が期待できなくなると指摘しているが、この事例ではそれどころか、判決の履行が国内裁判所によって妨げられるという事態が発生した⁸⁶。紛争当事国に中立性のシグナルを送ることで裁判所がその正統性の維持に努めていると主張する Petersen の理論を貫けば、この事例も当該理論の枠内に位置づけられるべきものように思われる。となると、この事例では ICJ が慣習法認定戦略を誤ったものと解することになるのだろうか。そうではなく、この事例を当該理論の枠外に放逐し続けるのであれば、彼の掲げる正統性概念には再考の余地があるということになる。こうした正統性概念の再考の必要性は、争訟手続と勧告的手続を区別することなく論じることの是非という観点からも指摘できるかもしれない。確かに、パレスチナにおける壁の建設事件のように、形式的には勧告的手続でありながら、事実上の被告国が存在する場合もある。PCIJ の時代には、裁判所の勧告的権限の行使に関係国の同意が必要とさ

れたこともある⁸⁷。しかしながら今日、たとえそれが実質的には国家間紛争に関わる法律問題であっても、ICJ による勧告的権限の行使に関係国の同意は不要と考えられている。実際 ICJ は、パレスチナにおける壁の建設事件において、イスラエルの反対にもかかわらず勧告的権限の行使を控えなかった⁸⁸。また勧告的意見は法的拘束力をもたないが、これによって、その「不履行」が制度を弱体化させる（と裁判所が考える）程度は異なりうる。Petersen が制度論的アプローチをその理論の中核に据える以上、争訟手続と勧告的手続との間の制度的差異は無視しえないものように思われる。

VI. おわりに

本研究ノートでは、ICJ が実際には二要素理論に基づいて慣習法認定を行っていないという指摘が国際法学において広くなされてきたということ的背景に、では裁判所は何を行っているかという問題に取り組んだ近年の研究を扱った。こうした問題を取り扱うものであるがゆえに、それら研究は必然的に記述的な性質を帯びている。たとえば Petersen のいう正統性は、紛争当事国が満足するような方法で慣習法認定を行うことで、それら当事国に判決を履行するモチベーションを与えようとしているとして、ICJ の慣習法認定のあり方を説明するための概念であり、ある規範の慣習法としての一般的妥当性を基礎づけるものではない⁸⁹。同じことは、断言という方

法の正統性に関する Talmon の説明（裁判不能の回避による説明）にもあてはまる⁹⁰。したがって、ある事件にて ICJ によって慣習法規則の存在が認定されたからといって、同規則の一般的妥当性を当然のものとして語ることは必ずしもできないということに留意せねばならない⁹¹。加えて、ICJ の慣習法認定手法がそうした限定的な正統性に支えられているとすれば、その他の法適用者（他の国際裁判所⁹²や国内裁判所⁹³、国際法学者など）が ICJ と同じ手法を用いて反対されない結論に至ることは必ずしも容易ではないという Tams の指摘は、いっそう深刻に受け止められねばならない。

この点、奥脇直也が示した次のような国際法学の課題が想起される。すなわち、「国家間紛争が処理される場としての国際裁判所は、法の変化を取り込みながら国際法を基準に紛争の公平な解決を志向して判断を行うことにより、司法立法の批判を回避しながら、紛争当事国が受諾可能な実効的な判決を行うという難しい役割を果たすことを求められており、その判決理由も専門技術的にならざるをえないことは実践的な要請としては必ずしも否定されない。[...] ただ国際法学は同時に、その判決理由の論理に含まれる専門技術的な概念の秘儀を批判的に解き明かし、そこに含まれる実質合理的な判断の正当性あるいは不当性を明らかにしていく責務をも自覚的に果たしていかなければならない」⁹⁴。ICJ の慣習法認定手法の本質を解き明かそうとしたこ

れら三つの論稿は、まさにこの課題に取り組むものだったといえよう。ただ、「そうした判決が実際にはその後の国家の法意識や行為に重大な影響を与え、結果として法の実質合理的な発展を誘導」し⁹⁵、そして、ICJ の決定が「個々の紛争の解決という効果を越えて一般的な法制度の構築に寄与し」、国際社会もまた「そのような規範的發展を期待する」⁹⁶ということに鑑みれば、あるべき ICJ の慣習法認定について検討することもまた求められている。そしてその糸口は、おぼろげながら、すでに示されているように思われる。Petersen は、社会的正統性、すなわち、ICJ の判断がいかに紛争当事国に受け入れられるかという観点から、裁判所による慣習法認定を論じた。これとは区別されるものとして、ICJ がその権限を合法的に行使しているか、すなわち、ICJ 規程第 38 条第 1 項に基づいて法を適用しているかどうかとも問われねばならない。さらに、ある規範の慣習法としての一般的妥当性の問題が別途あることはすでに指摘したとおりである。上でみたような従来の議論は、第 38 条第 1 項 (b) が慣習法の一般的妥当性を基礎づける二要素理論の表現であるという前提の下、同項の忠実な適用が裁判所の正統性確保につながると考えていた。本研究ノートで紹介した研究の意義は、こうした連関を所与のものとはせずに、これらの問題を意識的に区別して論じたところにあったといえよう。もっともこのことは、これらの問いが互いに独立であるということ必ずしも意味しない。あるべき ICJ の慣習法

認定について検討するということは、これらの関係を解き明かす困難な作業に取り組むことであり、これは我々に残された今後の課題ということになる。

注

- 1 2012年、ILCがこのテーマを作業計画に加えることを決定した当初は「慣習国際法の形成と証拠 (Formation and evidence of customary international law)」という名称であった。
- 2 「このテーマに係る指針を見出そうとする際に、国際裁判所、とりわけ、国際司法裁判所の判断が主たる資料になるということについて、依然として広範な見解の一致が存在している」。Sir Michael Wood, *Third Report of the Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/682 (2015), para. 4. See also Sir Michael Wood, *First Report of the Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/663 (2013), para. 54.
- 3 ICJ 規程第 38 条第 1 項 (b) は、裁判所が適用する国際法の一つとして、「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」を挙げている。
- 4 *North Sea Continental Shelf*, *ICJ Reports* 1969, p. 3.
- 5 比較的新しいものとして、R. H. Geiger, 'Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal', U. Fastenrath *et al. eds.*, *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011), p. 673 を参照。なお、そのような実践的な批判に加えて、二要素理論自体が（少なくともその理念型のままでは）適用不可能であるという指摘もある。ICJ の判例の丹念な分析からそうした結論を導いた研究として、P. Hagggenmacher, 'La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale' (1986) 90 *Revue générale de droit international public* 5 を参照。ICJ の慣習法認定手法について、1986 年のニカラグア事件本案判決 (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *ICJ Reports* 1986, p. 14) が一つの転機になっているとしばしば指摘される（たとえば、杉原高嶺「国際司法裁判所における *jura novit curia* 原則：近年の裁判例を顧みて」『国際法外交雑誌』第 109 巻 3 号 (2010 年) 1 頁、19 頁) が、Hagggenmacher の論稿はそれに先立って書かれたものであることに留意されたい。酒井啓巨他『国際法』(有斐閣、2011 年) 151-153 頁 (濱本正太郎) も参照。
- 6 日本における近年の研究として、李禎之「国際司法裁判所による慣習法規則適用の今日的傾向」江藤淳一編『国際法学の諸相：到達点と展望』(信山社、2015 年) 755 頁を参照。
- 7 C. Tams, 'Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making' (2015) 14 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 51.
- 8 *Ibid.*, pp. 54-57.
- 9 *Lotus*, *PCIJ Series A, No. 10* (1927), p. 28.
- 10 *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 4, p. 44, para. 77.
- 11 Tams, *supra* note 7, pp. 58-62.
- 12 *Ibid.*, pp. 62-66.
- 13 *Ibid.*, pp. 66-69. ICJ の柔軟なアプローチを受けて、ILC もまた柔軟な慣行概念を採用している。ILC, *Text of the Draft Conclusions as Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, UN Doc. A/CN.4/L.908 (2018) (Draft conclusion 6).
- 14 Tams, *supra* note 7, pp. 69-70.
- 15 *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 4, pp. 41-45, paras. 70-80.
- 16 たとえば、ガブチコヴォ・ナジマロシュ事件における、国際水路の非航行的利用に関する条約への依拠を想起せよ。Gabčíkovo-Nagymaros, *ICJ Reports* 1997, p. 56, para. 85.
- 17 Tams, *supra* note 7, pp. 71-73.
- 18 *Ibid.*, pp. 73-75.
- 19 *Nicaragua*, *supra* note 5, p. 99, para. 188.
- 20 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *ICJ Reports* 1996, p. 254, para. 70.
- 21 Tams, *supra* note 7, pp. 75-76.
- 22 「本来の意味における慣習法は、国家間の具体的な言動の相互作用を通じて国際社会の利害関係が調整された結果生まれる法規範であり、そのような利害調整プロセスを経て成立することが、慣習法の一般的妥当性を支えているといえよう」。浅田正彦編『国際法 (第 3 版)』(東信堂、2016 年) 39 頁 (柴田明穂)。
- 23 Tams, *supra* note 7, pp. 76-78.

- 24 *Ibid.*, pp. 78-79.
- 25 S. Talmon, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion' (2015) 26 *European Journal of International Law* 417.
- 26 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, ICJ Reports 1984*, p. 229, para. 111.
- 27 Talmon, *supra* note 25, p. 418. しかしこの点について、メイン湾事件判決のフランス語正文では、「されうる」に対応する表現は存在せず（“une série de règles coutumières dont la présence dans l'opinio juris des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées à priori”）、したがって裁判所がこの箇所ですべて述べているのは、帰納が是で演繹は非である、ということだと指摘されている。O. Sender and M. Wood, 'The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon' (2015) *EJIL: Talk!*, available at <<https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>>. また、松井芳郎「慣習国際法論は社会進歩のプロジェクトに貢献できるか? : 意思主義の再構成を目指して」松井芳郎他編『21世紀の国際法と海洋法の課題』（東信堂、2016年）5頁、32-33頁も参照。
- 28 *Arrest Warrant, ICJ Reports 2002*, p. 3.
- 29 *Jurisdictional Immunities of the State, ICJ Reports 2012*, p. 99.
- 30 Talmon, *supra* note 25, pp. 418-419.
- 31 *Ibid.*, p. 420.
- 32 *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, ICJ Reports 2001*, pp. 101-102, para. 205.
- 33 *North Sea Continental Shelf*, Dissenting Opinion of Judge Sørensen, *ICJ Reports 1969*, p. 246.
- 34 *Nicaragua, supra* note 5, p. 106, para. 202; pp. 108-109, paras. 206-207.
- 35 Talmon, *supra* note 25, pp. 421-423.
- 36 *Ibid.*, pp. 423-427.
- 37 *Corfu Channel, ICJ Reports 1949*, p. 22. この点の詳細については、A. Shibata, 'The Court's Decision in *Silentium* on the Source of International Law: Its Enduring Significance', K. Bannelier, T. Christakis and S. Heathcote eds., *The ICJ and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case* (Routledge, 2012), pp. 205-208を参照。
- 38 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Reports 1949*, pp. 184-185.
- 39 *Continental Shelf (Libya/Malta), ICJ Reports 1985*, p. 33, para. 34.
- 40 代表的なものとして、A. Roberts, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation' (2001) 95 *American Journal of International Law* 757, p. 758を参照。
- 41 C. Tomuschat, 'Obligations Arising for States without or against Their Will' (1993) 241 *Recueil des cours* 195, pp. 293-304も参照。
- 42 *South West Africa, ICJ Reports 1966*, p. 34, paras. 49-50.
- 43 *Lotus, supra* note 9, p. 25.
- 44 *Corfu Channel, supra* note 37, p. 22.
- 45 A. Alvarez-Jiménez, 'Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009' (2011) 60 *International and Comparative Law Quarterly* 681, pp. 708, 711.
- 46 Talmon, *supra* note 25, pp. 429-431.
- 47 *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Reports 1951*, pp. 24-25.
- 48 *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Dissenting Opinion of Judges Guerrero, Sir Arnold McNair, Read and Hsu Mo, *ICJ Reports 1951*, p. 32.
- 49 Talmon, *supra* note 25, pp. 432-434.
- 50 *Corfu Channel, supra* note 37, p. 28.
- 51 Talmon, *supra* note 25, pp. 434-435. 近年の例として、逮捕状事件判決 (*Arrest Warrant, supra* note 28, p. 20, para. 51) も参照。またコンゴ領域における武力活動事件判決において、裁判所は占領の要件につき、学説上の多数派や国際判例が潜在的支配基準を支持しているにもかかわらず、現実の支配基準を採用した。

- Armed Activities on the Territory of the Congo*, ICJ Reports 2005, p. 229, para. 172. このような場合において裁判所が断言という方法を用いるのはいっそう問題であるように思われる、と指摘されている。Talmon, *supra* note 25, p. 436.
- 52 *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 16, p. 40, paras. 51-52.
- 53 第三の技法の例として、ニカラグア事件判決における友好関係宣言が挙げられる。*Nicaragua*, *supra* note 5, p. 133, para. 264. この場合もやはり、帰納的または演繹的リーズニングによる基礎づけは行われなかった。Talmon, *supra* note 25, pp. 437-438.
- 54 *Arrest Warrant*, *supra* note 28, p. 24, para. 58.
- 55 Talmon, *supra* note 25, pp. 441-442.
- 56 N. Petersen, 'The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law' (2017) 28 *European Journal of International Law* 357.
- 57 *Ibid.*, pp. 358-360.
- 58 もっとも Petersen もまた、Talmon 同様、慣習国際法に道義的価値を吹き込もうとする傾向は近年になってからみられるようになったものではないと指摘している。*Ibid.*, p. 362.
- 59 *Ibid.*, pp. 362-364.
- 60 *Ibid.*, pp. 365-366.
- 61 *Ibid.*, pp. 366-368.
- 62 *Ibid.*, pp. 368-369.
- 63 *Corfu Channel*, *supra* note 37, pp. 22, 28.
- 64 *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 4, pp. 28-45, paras. 37-81.
- 65 Petersen, *supra* note 56, pp. 369-372.
- 66 *Legal Consequences of the Construction of Wall*, ICJ Reports 2004, p. 172, para. 89.
- 67 Petersen, *supra* note 56, pp. 372-375.
- 68 *Jurisdictional Immunities of the State*, *supra* note 29, pp. 132-134, paras. 73-76.
- 69 *Pulp Mills*, ICJ Reports 2010, p. 83, para. 204.
- 70 Petersen, *supra* note 56, pp. 375-377.
- 71 *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 4, pp. 46-52, paras. 83-99.
- 72 ここで Petersen がいう「断言 (assertion)」は、Talmon の使用する同じ表現よりも狭い意味において用いられている。後者が帰納的・演繹的推論を用いずに、単に条約や国連総会決議、そして ILC の作業に依拠して慣習国際法規則を認定する場合を含むものであるのに対して、Petersen の分類では、それらの論拠を用いた事例は個別のカテゴリーを構成し、そのいずれにも該当しないものが「断言」とされている。
- 73 *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, p. 32, paras. 33-34.
- 74 *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, ICJ Reports 2012, p. 450, para. 70.
- 75 *Arrest Warrant*, *supra* note 28, p. 22, paras. 53-54.
- 76 Petersen, *supra* note 56, pp. 377-383. Petersen は、最後に先例について検討する。ICJ が参照するのは、ほとんどは自身の (あるいは PCIJ の) 先例であって、これによって一貫性のシグナルを送っているという。*Ibid.*, pp. 383-384.
- 77 *Ibid.*, pp. 384-385.
- 78 P. Tomka, 'Custom and the International Court of Justice' (2013) 12 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 195, p. 197. この Tomka の論を引用しつつ、Wood らは、ICJ が用いてきたのは、Talmon がいうような断言ではなく、判決文作成における「実用的な (pragmatic)」アプローチにすぎないのであって、二要素の厳密かつ体系的な調査を経て採択された文書に裁判所が依拠することは適切であると主張した。Sender and Wood, *supra* note 27. この Wood が特別報告者を務めた ILC にて暫定的に採択された『慣習国際法の認定に関する結論草案』は、「慣習国際法の規則の存在と内容を確定するためには、法として認められた (法的信念を伴う) 一般慣行の存在を確認する必要がある」(結論 2)、そして、慣習法の「二つの構成要素はそれぞれ別個に確認されねばならない」のであって、「各要素について証拠を評価することが求められる」(結論 3) と定め、厳格な二要素理論を採用している。現時点で最新のものは、2018 年に起草委員会が採択した草案 (第二読) である。ILC, Text of the Draft Conclusions, *supra* note 13. Talmon は、彼の論稿に関する *EJIL: Talk!* の特集の中で、上の Wood らによる批判に対して反論を行った。Talmon はその中で、この結論草案を「牧歌的な世界」と表現し、強く批判する。ICJ はこれまで、実行が存在しない、あるいは、法的信念を確認できない場合にも慣習規則を認定してきたのであって、ILC の結論草案はこのことを説明していないという。S. Talmon, 'Determining

- Customary International Law: The ICJ's Methodology and the Idyllic World of the ILC' (2015) *EJIL: Talk!*, available at <<https://www.ejiltalk.org/determining-customary-international-law-the-icjs-methodology-and-the-idyllic-world-of-the-ilc/>>.
- 79 A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 280.
- 80 A. Mark Weisburd, 'The International Court of Justice and the Concept of State Practice' (2009) 31 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 295, p. 359.
- 81 Tams, *supra* note 7, pp. 78-79.
- 82 *Ibid.*, p. 77.
- 83 Petersenと同様の問題意識に基づく研究として、S. J. Choi and M. Gulati, 'Customary International Law: How Do Courts Do it?', C. A. Bradley ed., *Custom's Future: International Law in a Changing World* (Cambridge University Press, 2016) 117を挙げることができる。彼らはPetersenと同様に、統計的手法を用い、慣習法認定においてもっとも頻繁に参照されているのは条約であるという結論に至る。しかしPetersenとは異なり、そこから次のような推測を行う。すなわち、国が条約を締結することとは、そこに含まれる規則によって将来の法的関係を規律することを諸国が望んでいるということ、そして、それら規則が慣習としては未だ確立していないということを示唆するから、主に条約に依拠して行われる裁判所の慣習法認定は一般的に、未来志向的で願望に基づくものであるという。PetersenがChoiとGulatiの推測を明確に否定することはすでにみたとおりである。Petersenによると、ICJにとって重要なことは目の前の紛争を解決すること（すなわちその判決が紛争当事国に受け入れられること）であり、そのためには国際法の積極的な発展を控えることもいとわないという。Petersen, *supra* note 56, pp. 371-372.
- 84 もっとも、Petersenの理論において、北海大陸棚事件判決における等距離原則や国家の裁判権免除事件における戦争犯罪の例外に係るICJの判断も重要な役割を果たしており、慣習法性が否定された事例が完全に分析の対象から排除されているわけではない。
- 85 R. Pavoni, 'An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State' (2011) 21 *Italian Yearbook of International Law* 143. See also L. Gradoni, 'The International Court of Justice and the International Customary Law Game of Cards', M. Andenas and E. Bjorge eds., *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law* (Cambridge University Press, 2015) 371, pp. 396-397.
- 86 イタリアは、ICJ判決の履行を目的の一つとした法律を2013年1月に制定したが、翌2014年10月、イタリア憲法裁判所は同法律の規定が憲法に違反していると判示した。Italian Constitutional Court, Judgment no. 238/2014 of 22 October 2014. English translation available online at <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf>.
- 87 *Status of Eastern Carelia, PCIJ Series B, No. 5* (1923), pp. 28-29. また勧告的手続であっても、西サハラ事件のように、国家間紛争に関わるとして特別選任裁判官が選出された事例もある。*Western Sahara, ICJ Reports 1975*, p. 6.
- 88 *Construction of Wall, supra* note 66, pp. 157-158, para. 47.
- 89 したがってPetersenの論稿は、そのタイトルが示唆するように、法源論というよりは、むしろICJ機能論の研究であったといえよう。実際Petersen自身、当事国の同意は基礎づけとしては限定的なものであり、一般的な妥当性を有する慣習規範認定の十分な理由たりえないと考えている。Petersen, *supra* note 56, pp. 368, 372. 慣習法の妥当性に関する彼自身による説明の試みとして、N. Petersen, 'The Role of Consent and Uncertainty in the Formation of Customary International Law', B. D. Lepard ed., *Reexamining Customary International Law* (Cambridge University Press, 2017) 111を参照。
- 90 この点Harlan Cohenは、基本的にTalmonの主張に沿いつつ、興味深い指摘を行っている。すなわち、国が交渉を経て作り上げていく法(Negotiated law)と裁判所が宣明する法(Adjudicated law)とでは正統性の淵源が異なるという。前者は同意や歩み寄り、そして実用性であるのに対し、後者は権限委任、専門性、中立性、リーズニング、そして終局性であ

- る。かくして、国と裁判所が従事しているのは、二つの完全に異なった法形成の方式であるという。H. G. Cohen, 'Methodology and Misdirection: Custom and the ICJ' (2015) *EJIL: Talk!*, available at <<https://www.ejiltalk.org/methodology-and-misdirection-a-response-to-stefan-talmon-on-custom-and-the-icj/>>. この点の詳細につき、H. G. Cohen, 'International Law's Erie Moment' (2013) 34 *Michigan Journal of International Law* 249 を参照。
- 91 この点に留意しなければ、慣習法規則の「規範性の稀薄化」が深刻なかたちで立ち現れることになろう。李「前掲論文（注6）」769頁。
- 92 ICJがもっぱら国家間紛争を扱う常設の司法機関であることに鑑みれば、アド・ホックに設置される仲裁廷や国以外が当事者となる人権や投資分野の紛争解決制度との異同に留意する必要があるであろう。
- 93 この点、国内裁判所は多くの場合ICJのアプローチを「模倣している」と指摘されている。C. M. J. Ryngaert and D. W. Hora Siccama, 'Ascertaining Customary International Law: An Inquiry into the Methods Used by Domestic Courts' (2018) 65 *Netherlands International Law Review* 1, p. 3. もっとも、慣習法認定において国内裁判所はしばしば、ICJとは異なり、学説に大いに依存しているともいわれる。*Ibid.*, p. 15.
- 94 奥脇直也「過程としての国際法：実証主義国際法論における法の変化と時間の制御」『世界法年報』第22号（2002年）62頁、83-84頁。
- 95 同84頁。
- 96 酒井啓亘「国際司法裁判所と『国際立法』：グローバル化時代の国際社会におけるその意義」『法律時報』第89巻10号（2017年）27頁、29頁。

Identification of Customary International Law by the International Court of Justice: Some Reflections on Recent Debates

OKADA Yohei^{*}, TAKATA Hinako^{**} and ABE Kie^{***}

Abstract

Does the International Court of Justice (ICJ), when ascertaining customary international law (CIL), still follow the two-element approach which it defined in the 1969 North Sea Continental Shelf Cases? While this old question continues to intrigue international legal scholarship, the following three articles reviewed in this note analyze the identification of CIL by the ICJ from different perspectives.

“Meta-Custom and the Court: A Study in Judicial Law-Making” by C. Tams explains that the “argumentative shortcut,” consisting of the reference in particular to multilateral treaties, works of the International Law Commission and UN General Assembly resolutions, occupies a large place in the “meta-custom” developed by the ICJ.

“Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion” by S. Talmon focuses on the actual methodology adopted by the ICJ in its identification of CIL. By denying the dichotomous distinction between “induction” and “deduction,” which equates the former with compliance with the consent principle and the latter with judicial lawmaking, he introduced “assertion” as the third and the main method.

“The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law” by N. Petersen asks, instead of examining the methods of the identification of CIL by the ICJ, which factors actually shape the decision-making process of the ICJ. He then demonstrates through empirical analysis that

* Associate Professor, Graduate School of International Cooperation Studies, Kobe University.

** PhD student, Graduate School of Law, Kyoto University;

Research Fellow of the Japan Society for the Promotion of Science (DC1).

*** PhD student, Graduate School of Law, Kyoto University;

Research Fellow of the Japan Society for the Promotion of Science (DC1).

“institutional constraints” prevail over “legal constraints” or “political preferences.”

The analysis of these articles and a comparison and contrast with existing studies show the need to deconstruct and reconstruct the question of “what the ICJ’s CIL identification methods *should* be,” which will be our task for further research.

