
あの日を振り返れば

許 淑 娟

国際法には「スフィンクスの謎」と称される難解な論点がある。基本中の基本の論点なうえに、国際法の授業の最初の方に出てくるので、この論点を押さえておかないと、国際法を学習し続けるのが大変に苦しい。ただ、この論点は、神話のスフィンクスとは異なり、解けなくても先に進むことが可能な論点なので、多くの学生は「見て見ぬ振り」をしているようだ。その論点は「錬金術」とも言われているし、集团的うっかりに期待しているものともいわれる謎多きものである。多くの学生は鉄や鉛から金が生まれると騙され、集团的にうっかりしていることを信じて国際法の勉強を進める¹⁾。一体なんの話をしているのかといえば、慣習法の生成の話である。

標準的な国際法の教科書には「法源」という章があり、国際法の法源は条約と慣習法、法の一般原則やその他が紹介されている。国際法の主役は条約と慣習法である。条約の作り方はわかりやすい。交渉を通じて条約文を用意して国家代表が署名し批准すればよい。条約の法的拘束力

1) 賢明な学生はこんな荒唐無稽な説明には騙される「振り」をしてきているのだろう。無能な教員は騙されてほしいと願いながら授業を進める。

の由縁はその条約の内容に拘束されるという国家間の合意である。慣習法は「黙示の合意」と説明されることが多い。黙って合意をする、すなわち、態度で「そのルールに拘束される」という合意を表す。態度とは何かということになるが、国際法の教科書では、慣習法の構成要素として、国家慣行と法的確信 (*opinio juris*) の二つを挙げる。ある規則をほとんどの国が守っているという実績 (国家慣行の一般性) があり、しかも、国際法だから守っているという信念 (法的確信) があれば、ある規則に対して拘束されることを国家間で「合意」しているというわけである。国際法の主役は条約と慣習法。そして、条約は明示的合意、慣習法は黙示的合意。国際法が国家によって守られなければならない理由は、国家がそれに合意したから。はい、では次に進みましょう。

日本中、あるいは、世界中の国際法の授業で以上のような説明がなされているのではないかと思う。さらに、こんな例え話も付け加えられるかもしれない。あるところに、道なき道の野原があるのだが、穴ぼこや獣の巣を避けたり、あるいは歩きやすい等の理由で、なんとなくあるルートが踏みしめられて、その野原に通り道が出来上がる。その野原を通る人は必ずその道に行くことになる。そのうち、その道は舗装もされ、立派な道路になるだろう。最初から計画をして道路を敷くこともあるけれど、そのように自然発生的にできる道路もある。前者が条約で、後者が慣習法のイメージである、と。

どうだろうか。この慣習法生成の例え話、読者諸賢は首肯せらるるや否や。納得してもらえれば大変有難い。分かりやすいとでも思ってもらえれば万々歳である。国際法の授業は、次の単元に進むことになる。しかしながら、慣習法は道路とは違う。例え話をより正確にするのであれば、単に歩きやすいからその道を歩いているというレベルを超えて、その道が公道であり、その道を歩かねばならないという規範意識を必要と

する。みんながその道を歩いているだけでは足りず、「ああ、この道を歩かねばならないのだな、よし歩こう」「この道を歩かねば、法律違反だ」という意識で歩いていることを求める。これが、一般的な慣行であり、法的確信である。そんなことがあり得るだろうか。よく考えてほしい。みんなが歩いている道があるからといって、それだけの理由でその道を歩かなければいけないと考える者がいるとすれば、とんだ粗忽者である。しかも、慣行や法的信念は一般的である必要があるので、そのコミュニティの大半の人々が、同様にうっかりする必要がある。

国際慣習法の代表例に大使館の不可侵規則があるが、道路のこの例え話にしたがって、ストーリーを考えてみよう。ある国に大使館があり、コソ泥らしき者がその大使館に逃げ込んだことにしよう。その地の警察官は「大使館に令状片手に踏み込んでもいいけれど、コソ泥程度で、外交問題になるのは困るし、ひょっとしたら相手側と内通しているコソ泥かもしれないし、逆に、相手側の国にある我が国の大使館にも、現地の警察官が令状さえあれば踏み込むことになるかもしれない。厄介だな」と考え、大使館への立ち入りを控える。同様の思考プロセスの下、全世界的に、大使館に警察官が踏み込まない慣行が広がる。もちろん、これだけでは足りない。法的確信が伴わなければならない。「外交問題を気にすることがなくても、また重大犯罪人だったとしても、さらに令状があったとしても、外交使節の長の合意がなければ、踏み込んではいけません。なぜなら、国際法違反だから」という確信のもと、国家慣行が積み重なったときに、ようやく慣習法となるのである。ここで疑問が持ち上がる。慣習法が出来上がる途中では、まだ慣習法ではないのに、どうやって法的確信を持ち得るのだろうか。早とちりとしか言いようがない。このストーリーにしたがえば、早とちり、うっかり、粗忽による法ルールに対する錯誤が重なって、慣習法が成立することになる。

尤も、そこに何もルールがないのであれば、またルールが必要とされているのであれば確信犯的に集团的早とちりの蓄積によって慣習法規則が生まれることも万に一つあり得るかもしれない。ところが、国際法の世界においても、従来の法に反する法が成立することがある。国内であれば、議会が、旧法を廃して新法を立法し、過渡期にはどのように法を適用するか定めることができよう。条約であっても、旧条約と新条約の当事国が取り決めにすればよい。しかし、慣習法の場合はどうか。どうすれば、法に反した行為を行いながら、「これは法に従っている」という法的確信を持ち得るのか。

格好の実例がある。大陸棚制度の確立である。国連海洋法条約第77条に「沿岸国は、大陸棚を探索し及びその天然資源を開発するため、大陸棚に対して主権的権利を行使する。」と定められており、この内容は慣習法を反映したものとされている。国際司法裁判所も大陸棚に対する沿岸国の権利を認めることは慣習法であると宣明している（1969年北海大陸棚事件）²⁾。慣習法だということからは国家慣行と法的確信があるはずである。しかしここには陥穽があった。国際法においては、公海の自由が慣習法上認められており、沿岸国は領海の外側の公海にはなんら権限や権利を主張することは他国の享受する公海の自由を侵害することになるのである。自国の大陸棚を宣言し、そこに権限を及ぼすことは明らかに国際法違反となる。しかし、今では、大陸棚制度は慣習法上も認められている。銅や鉛（不法）から金（法）を生み出したのだろうか。

この錬金術の謎を探った一編の論文がある。論文題目は「ある日の国際法」³⁾という。1945年9月28日に、米国のトルーマン大統領が自国の

2) “North Sea Continental Shelf”, Judgment, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3. なんと日本語のほぼ全訳がある。皆川洸『国際法判例集』（1975年）所収。

沿岸に隣接する大陸棚の天然資源に対して管轄権を行使するという政策を宣言したのだが、論文の著者らは「では、1945年9月29日の国際法はどうだったのだろうか?」と問う。1945年9月29日の国際法の教科書をみたとすれば、どこにも大陸棚に対する沿岸国の権利を認める記述はないのは明らかである。「ある日の国際法」論文では、トルーマン宣言をめぐって、国際法学者たちによる論戦の様子やトルーマン宣言以前の大陸棚開発の実情や外交における議論、国際的な反応が詳細に描き出されている。詳細は論文に譲るが、同論文からは、以下のことが読み取れる。①米国も大陸棚に対して管轄権を行使するという政策であると宣言しており、米国自身も、大陸棚制度について法的確信がないまま、大陸棚開発政策を進めていたこと。②英国は、トルーマン宣言を法的な観点から疑惑の目で受け止めたものの、自身の海外領土やペルシャ湾岸国における利権に沿っていることから、あえて、米国と同様の宣言を行ったこと。③英米や海外領土の実行に沿った内容の条約（1958年大陸棚条約）が起草されたこと。すなわち、「ある日」である1945年9月29日に法的確信がなかったことは確実で、しかしながら、近い将来には世界中で広範囲に法的確信と国家実行が生まれそうだなという期待の確信はあり、英国はその期待への確信に賭けて、英国の影響圏でトルーマン宣言に従った国家実行を重ねてみたところ、10年後には大陸棚条約が締結され、さらにその10年後には国際司法裁判所によって大陸棚制度は慣習法上認められているとお墨付きを得ることになった。

同論文は、結論として、J・ラズの定時的法体系概念を踏まえつつ、

3) J. Crawford and T. Viles, "International Law on a Given Day" in K. Ginther & ors., *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag* (Duncker & Humblot, Berlin, 1994) 45-68.

慣習法生成のプロセスは事後的に構成せざるを得ないことを示唆する。国家慣行と法的確信によって慣習法が出来上がるという実況中継的なストーリーではなく、ある法規則が慣習法かどうかを確かめるために国家慣行と法的確信の二要素をあるかどうかを事後的にチェックリストとして使うことを意味する。

それでは、トルーマン宣言は何だったのだろうか。ただの違法行為だったのか。「ある日」論文は違法なはずがないとして慣習法生成の不可思議さを指摘したが、これに関連して、同論文より数年前に、日本の学会でも石本＝村瀬論争というものがあったことを紹介しよう。以下の比喻の適切さは疑問なしとはしないが、「振り返れば愛」対「幼くても恋」論争として当事者が語り継いでいる論争である⁴⁾。本稿の例に無理矢理あてはめるならば、慣習法になる萌芽（大陸棚の場合、トルーマン宣言）は振り返ってはじめて慣習法の始まりであったといえるのか、いや、その萌芽の段階でもすでに法的な意味を見出せるのではないか、といった論争である。すなわち、「あの日」である1945年9月29日において、大陸棚に対する管轄権行使は現在から過去を「振り返れば」慣習法に従った適法行為をしていたことになるが、「あの日」時点では違法行為となるはずである。しかし、幼くても萌芽があるのだとすれば、現在から未来を見越して、「あの日」時点でも違法だとは言い切れない⁵⁾。

4) 村瀬信也「国際紛争における「信義誠実」原則の機能—国際レジームの下における締約国の異議申立手続を中心に」『上智法学論集』38巻3号（1995年）193頁注（4）参照。

5) 「あの日」時点で判断することの意味については「時際法」という論点が存在しており、近いうちにエッセイでなく論文を書こうと思う。時際法については酒井啓亘「領域紛争における時際法原則の役割について—国際判例の動向を中心に—」『法学論叢』188巻4・5・6号（2021年）参照。このような論文が第一言語でリアルタイムで読める日本の学生は幸運としかいいようがない。

ここで慣習法の生成問題に「時間（過去・現在・未来）」という古来から哲学者を悩ませてきたラスボスが登場してきた。ラスボスの登場とともに、ちょうど紙幅も尽きたので、形而上学者である J・マクタガードの「時間の非実在性」論に依拠した2021年の論文⁶⁾のさわりを紹介することで、この謎の奥深さを示すにとどめ、この小論を締めよう⁷⁾。

マクタガードは時の流れの捉え方には二種類あるとする。Aシリーズの捉え方は、過去、現在、未来へと連続的に流れていくものとする。Bシリーズの捉え方は、「～より前」「～より後」という前後で時間を考える⁸⁾。2021年論文では、「ある日」論文は、時間の流れというものをBシリーズで捉えてしまった誤謬があるという。Bシリーズで考えるから、トルーマン宣言は慣習法ができる「より前」なので常に違法となり、それはおかしいのではという結論に至ってしまうので、Aシリーズで捉えるしかない。すなわち、Aシリーズの考え方は、同じ日が、過去であり、現在であり、未来であるという、矛盾に満ちた、論理的に堪え難い帰結を生むけれども、「ある日」論文や村瀬論文が示唆したように、我々は「今」から「後知恵」という素晴らしい知恵を使って、「結局のところ、トルーマン宣言が大陸棚制度につながったよね。だから、トルーマン宣言が違法とは言い切れないよ」と言ってしまってよいのだろう。トルーマン宣言と同時期の「あの日」にしながら暗闇への跳躍的

6) S. Wheatley, "Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law", 41 *Oxford Journal of Legal Studies* (2021) 484.

7) 入り組んだ議論なので紙幅が尽きて大変有難い。わざと紙幅を尽きさせたのかも知れない。

8) 何を言っているか分からないと思うのでご自身でぜひ調べてほしい。Wikipediaで検索してもよいが、時間の哲学に関する入門書がこれまた日本語で読める。A. パートン（佐金武訳）『時間をめぐる哲学の冒険：ゼノンのパラドクスからタイムトラベルまで』（2021年）。

に「これは萌芽かも？」とその合法性を認めることは困難だし、する必要がない。振り返ることのできる特権的な今を生きていることに感謝し、慣習法については振り返りながら「ああ、元から金だったよ」と言ってしまうばよいのである。知らんけど⁹⁾。

9) 鉛色の学生生活も振り返れば黄金の時代になるかも知れない。学生諸君も卒業してから、振り返ることのできる「今」を感謝して学生時代を「黄金の時代だった」と言ってしまうばよい。あるいは魯迅の言葉を嘯いてもよい。「希望とは地上の道のようなものである」と。知らんけど。なお、慣習法については小森光夫の業績が必読。