

---

種 別： 論説

タイトル： 慣習国際法の同定における「全体の文脈」の考慮

著 者： 江藤 淳一

所 収： 『上智法学論集』第 67 卷 4 号（令和 6 年 3 月）273-310 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

論 説

---

## 慣習国際法の同定における「全体の文脈」 の考慮

江藤 淳一

---

- ・はじめに
- ・慣習国際法の同定に関する結論
- 1. 起草過程
- 2. 注釈
- ・国際裁判における「全体の文脈」の考慮
- 1. 大陸棚の画定
- 2. 裁判権免除
- 3. 武力紛争時の文民保護
- ・おわりに

### ・はじめに

国際法委員会（ILC）は、2018年に「慣習国際法の同定（identification）に関する結論」を採択した<sup>(1)</sup>。作業を開始するにあたっては、慣習国際法の同定のようにきわめて理論的な問題を ILC が取り上げることに關して強い疑義が提起された<sup>(2)</sup>。これに対し、この作業の目的は、国際法の専門家ではない裁判官や行政官に対し指針を提供することにあるとし、深い理論的検討を回避するという方針で作業が進められることとなった<sup>(3)</sup>。そして、こ

---

(1) *Yearbook of the International Law Commission* (hereinafter *ILC Yearbook*) 2018, Vol. II (2), p. 89. (A/ 73/ 10, para. 53).

(2) この点に関し、村瀬信也「慣習国際法の同定に関する国際法委員会結論草案の問題点」岩沢雄司・岡野正敬編『国際関係と法の支配・小和田恆国際司法裁判所裁判官退任記念』（2021年）445-48頁。

の作業の途中の段階で、すでに ILC の中間報告に注目する国内裁判所の判決が現れている<sup>(4)</sup>。

ここで想起されるのは、条約法条約の起草過程で、条約の解釈に関する一般規則を条文化するか否かについて行われた議論である。条約の解釈に関しては、さまざまな方法論があり、それらを条文化するのは困難であるという主張が一方にあった。これに対し、確立した規則を提示することは困難であるとしても、解釈の際に指針となるようなものを提供することは有益とみる立場があった<sup>(5)</sup>。結局、条約の解釈に関する一般規則の条文(31条・32条)が盛り込まれ、国際司法裁判所(ICJ)は、リビア=チャド領土紛争事件でこれが慣習国際法の規則であると認定した<sup>(6)</sup>。

条約の解釈に関する条約法条約の規則と慣習国際法の同定に関する指針では、それらを同列に論ずることはできないだろう。慣習国際法に関しては、その本質が何かについて依然として理論的対立があり、それが慣習国際法の成立要件に関するさまざまな意見の不一致にもつながっている。そのなかで一般的な指針を提供することが、さまざまな分野の事案を扱う実務家にとってどれだけ有益かについては疑問を感じることもある。異なる分野における一般的な指針の提供はかえって混乱をもたらすおそれもあるかもしれない。

ところで、2011年にILCが、「慣習国際法の形成」という議題で検討を開始しようとした際、国際法の分野における慣習国際法の形成過程の相違が委員の問題意識にあった。次節で述べるように、たとえば、国際人権法、国際人道法、国際刑事法といった分野では、慣習国際法の形成が伝統的な国際法の分野とは異なる形をとるのではないかといった議論がなされていた。特別報告者となったマイケル・ウッドが2011年に作成したシラバスでは「国家実行と法的確信」という作業項目のなかの最後に、「慣習法規則の同定のた

---

(3) *ILC Yearbook* 2013, Vol. II (2), p. 65, paras. 73, 77.

(4) *R (on the application of the Freedom and Justice Party) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2016] EWHC 2010 (Admin), [2016] All ER (D) 32 (Aug), paras. 77-78.

(5) I.Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>nd</sup> ed (1973), pp. 114-19.

(6) Defferend territorial, *CIJ Recueil* 1994, para. 41.

めの規準が規則の性質またはその規則の属する分野により変わりうるか」という問題が提起されていた<sup>(7)</sup>。

この問題に対する検討は、「結論」3（二つの構成要素の証拠の評価）に反映された。この規則は、「一般慣行の存在」と「法としての承認（法的確信を伴う）」という2要件の証拠の評価に当たり、「全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された特別の事情」を考慮の対象とすべきことを求めている。これは、分野ごとに特別の方法論を定めるのは避け、慣習国際法の統一性を確保しつつ、各分野での慣習国際法の形成過程の違いを考慮する余地を残す工夫であったといえる。

この3つの考慮要因のなかで、とくに注意が必要なのは全体の文脈である。WHO 協定事件で、ICJ が述べたように、国際法の規則は真空の中で作用するわけではない。その規則が一部を形成するにすぎない法諸規則のより広い枠組みという文脈のなかで作用する<sup>(8)</sup>。「結論」3 が、慣習国際法の同定にあたって全体の文脈を考慮するよう求めるのは当然である。ただ、条約法条約が条約解釈の一般的規則を定める31条2項で「文脈」を規定するのとは異なり、「結論」3 は、全体の文脈にあたるものを明記せず、それを「結論」とともに採択された「注釈」に委ねている。その「注釈」は、次節で検討するように、全体の文脈に関する簡単な説明を試みてはいるが、それにより全体の文脈の意味や役割が必ずしも明らかになってはいない。

本稿は、以上のような状況に鑑み、慣習国際法の同定に果たす「全体の文脈」の意義について考察するものである。全体の文脈の考慮が必要なのは自明としても、何が文脈にあたるかが明かでなければ、同定されるべき規則が裁判所の判断により大きく左右されることになる。これを防ぐためにはまずは考慮が必要な全体の文脈とは何かを明らかにする必要がある（第2節）。次に、実際に国際裁判でそれがいかに設定され、慣習国際法の同定につながっているかを検討する（第3節）。

(7) *ILC Yearbook* 2011, vol. II (2), p. 184, annex I, para. 8

(8) Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, *ICJ Reports* 1980, para. 10.

## ・ 慣習国際法の同定に関する結論

### 1. 起草過程

ILCの慣習国際法の同定に関する作業の開始にあたって特別報告者が2012年に作成したノートには次のような一節があった。

この議題は、慣習国際法の全体を対象とする。国際法の統一性と「国際法が1つの法体系である」という事実を考えるならば、本議題上、この法を個別の専門分野に分割することは有益ではなく、原則に合致しない。この議題に関する委員会の作業は、たとえば、慣習人権法、慣習国際人道法、慣習国際刑事法を含む、国際法のすべての分野に関連するだろう。しかしながら、異なる方法論が慣習国際法の特定の規則の同定について適切であるか否か、また、適切であるとすればどの程度であるかは検討の対象である<sup>(9)</sup>。

2013年の特別報告者の第1報告書でも、分野による異なるアプローチの可能性の問題が繰り返し表明された。そこでは「異なる分野での慣習国際法の規則の形成と証拠は特別な問題を提起するかもしれない」として、慣習国際法の規則の形成と証拠に関し「問題となっている分野によって異なる素材に異なる重みが付与されるか否か、もしそうであればどの程度であるかが検討されるかもしれない」と述べた。それと同時に、「国際法は、それぞれの役割がほかから孤立した一連のばらばらの専門的かつ自己完結的な法典ではなく、単一の統合された法体系である」とのグリーンウッド裁判官の言葉を想起すべしと指摘されている<sup>(10)</sup>。

これと関連して、第1報告書第3章では「考慮に入れるべき素材の範囲」

---

(9) Note by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, document A/ CN. 4/ 653 (30 May 2012), *ILC Yearbook* 2012, vol.II (1), p. 56, para. 22

(10) First Report of of the Special Rapporteur, A/ CN. 4/ 663, para. 19.

に関する検討が行われた。そのなかで「国家と他の政府間アクター」と「ICJ 判例法」の次に、「他の裁判所の判例法」について説明が行われ、ITLOS、国際刑事裁判所等、WTO 紛争解決機関、国家間仲裁裁判所その他のアド・ホック裁判所が取り上げられた<sup>(11)</sup>。そして、とくに国際刑事裁判所等の判例について詳細な検討がなされた。その理由は、一部の人が、国際刑事法の分野の文脈では慣習国際法が伝統的国際法の文脈とは異なるものを意味し、裁判所の判例はしばしば「実行を志向する類の慣習から、より明確に慣習プロセスの人的解釈への」移行を示していると指摘していたからである<sup>(12)</sup>。

検討の対象となったのは、旧ユーゴヤルワンダの国際刑事裁判所、そのほかシエラレオネ、カンボジア、レバノンで設置された国際化された裁判所の判例であった。その結果、おおかたの判例は一般慣行と法的確信という2要件アプローチを支持していると分析したが、なかには後述する旧ユーゴ国際刑事裁判所のクプレスキッチ事件のように、2要件（とくに国家実行）がしっかりと証明されていなくても、慣習国際法の規則が出現することを承認する意向を示したものもあると認めている。しかし、ここではその指摘だけにとどまり、それが慣習国際法の同定に及ぼす影響にまで踏み込む分析はなかった<sup>(13)</sup>。

2014年の第2報告書は、慣習国際法の同定に関する結論草案1から11の案文を示し、第2部「2構成要素」のなかに次の2条が盛り込まれた。

### 3「基本的アプローチ」

慣習国際法の規則の存在及び内容を認定するために、法として認められた一般慣行が存在するかを決定する必要がある。

### 4「証拠の評価」

法として認められた一般慣行の証拠を評価するに当たり、それを取り巻く事情を含む文脈を考慮しなければならない<sup>(14)</sup>。

---

(11) *Ibid.*, paras. 66-79.

(12) *Ibid.*, para. 68.

(13) *Ibid.*, paras. 68-76.

この点に関し、特別報告者は、次のように説明している。

すべての証拠は、文脈に照らして考慮されなければならない。二つの構成要素の存在その他の評価は、一次的証拠の検討であれ、補助的手段に目を向ける場合であれ、十分な注意を要する。証拠は[各種の源泉から]得られるものの、常に最大限の注意が必要である。関連する実行が実際に何であるか、また、どの程度それが本当に法として認められているかを決定する際、多くが特定の事情によって決まる。そして、異なる重みが異なる証拠に付与されることがある<sup>(15)</sup>。

ここで文脈の考慮の必要性を示した判例として、モロッコ米国民権事件が引用されている。米国が、モロッコのフランス地帯の米国民に関し慣習や慣行に基づき領事裁判権その他の治外法権を有すると主張した際、ICJは、外交文書のなかには、その文脈を無視して考慮すれば、米国の主張を認めたとみなされる個々の表現はあるとしながら、その文書の大意を無視することはできず、それはフランスと米国は常に相互の同意に基づく解決を求めており、どちらの当事者もその法的立場を譲歩する意図を有していなかったことを示していると指摘した<sup>(16)</sup>。慣習国際法の同定に際し、このような形で問題となる外交文書の証拠としての評価を行うことはもっともなことであろう。

2014年会期では、結論草案4の「取り巻く事情」と「文脈」をめぐって議論が行われた。特別報告者は、二構成要素のアプローチは十分に確立しているが、ただし、当該規則の分野またはタイプによって適用に相違があるかもしれないとしたうえで、結論草案4(証拠の評価)は2要素の証拠を取り巻く文脈を考慮する重要性を強調するものだと説明した<sup>(17)</sup>。これに対し

---

(14) 草案を含めて「結論」の条文の翻訳に際しては、特段の考慮が不要な場合には『国際条約集2023』(有斐閣)に拠った。

(15) Second Report of of the Special Rapporteur, A/CN.4/672, para. 29.

(16) *Ibid.*, note 54.

(17) *ILC Yearbook* 2014, Vol. I, p. 197, para. 17.

て、委員はさまざまな見解を表明したが、なかには「文脈」や「取り巻く事情」のような不確定な、偶然的な要因に信頼を置くことはできないという見解<sup>(18)</sup>や「取り巻く事情」と「文脈」という表現は曖昧であり、異なる解釈を生じさせ、証拠の評価にとってその有用性を減じるという指摘<sup>(19)</sup>もあった。

この2つの用語の意味についてもさまざまな意見が示された。たとえば、「取り巻く事情」について、これは「文脈」を包摂するので、「取り巻く事情」だけでよいとの意見<sup>(20)</sup>や、反対に、「取り巻く事情」は「文脈」に包摂されるように思われるので、「取り巻く事情」の語の意味を明らかにするのが助けになるとの意見<sup>(21)</sup>があった。また、「取り巻く事情」の表現は役に立たず、「取り巻く事情」に代えて「証拠の性質、証拠が生じた状況、および、他の利用できる証拠との関係」を加える提案<sup>(22)</sup>があった。ほかに、「文脈」と「取り巻く事情」という文言は、慣習規則の形成のすべての側面をカバーしえないという趣旨の注意書きが注釈に含まれても良いとの指摘<sup>(23)</sup>や、また、文脈の考慮が、異なるタイプの証拠が文脈次第で異なる重みを持ちうることを意味するというのであれば、その考えをより良く伝えるべきだとの見方<sup>(24)</sup>も示された。

2014年の起草委員会は、結論草案2(用語法)を削除したため、結論草案2が基本的アプローチ、結論草案3が証拠の評価の規定となった。このうち結論草案3が規定する関連する証拠の問題をめぐって委員会で長時間にわたり議論が行われたと報告されている。そのなかで、証拠の評価に際して、全体の文脈と当該証拠の特別の事情の考慮が、全体にわたる原則を示すことが確認された。その際、一部の委員から、とくに慣習国際法規則を同定しようとする実務家は、事実と事情だけでなく、その分析のなかに規範的考慮を含

(18) *Ibid.*, p. 115, para. 57 (Murase).

(19) *Ibid.*, p. 133, para. 45 (Wisnumurti).

(20) *Ibid.*, p. 115, para. 66 (Caflish).

(21) *Ibid.*, p. 126, para. 59 (Hassouna).

(22) *Ibid.*, p. 123, para. 27 (Murphy).

(23) *Ibid.*, p. 137, para. 3 (Robledo).

(24) *Ibid.*, p. 136, para. 85 (Gevorgian).

める必要があるという指摘があった。最終的に、関連する証拠は、個々別々にではなく、全体の文脈と当該証拠の特別の事情に関して考慮されなければならないことを示す案文が採用された。なお、結論草案 2 には、これまでの「法として認められた」という表現に加え、一般に用いられている *opinio juris* の語を括弧つきで用いることになった（以下ではこれにつき「法的確信を伴った」の語を充てる）<sup>(25)</sup>。

この後、さらに 2015 年の起草委員会で、この結論草案 3 の修正がなされた。第 1 に、証拠の評価に際して考慮されるべきものが、「全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された特定の事情」に改められた。第 2 に、同一の証拠が一般慣行と法としての承認の両方の証明に用いられる問題（いわゆるダブルカウント）の取り扱いが議論された結果、この問題を結論草案 3 で取り上げることになり、新たに 2 項を設けることになった。これは、2 つの要素の証拠の評価においては、それぞれの要素の存在が証明されなければならないことを明確にすることを目的とするものである<sup>(26)</sup>。

これにより、結論草案 2 の改訂と合わせて、次のような案文となり、これが最終的に採択されることになった。

## 第 2 部 基本的アプローチ

### 結論草案 2 [3] 「2 つの構成要素」

慣習国際法の規則の存在及び内容を認定するために、法として認められた（法的確信を伴った）一般慣行が存在するかを決定する必要がある。

### 結論草案 3 [4] 「2 つの要素の証拠の評価」

1. 一般慣行が存在するか及び当該慣行が法として認められた（法的確信を伴った）ものであるかを確認するための証拠を評価するに当た

---

(25) Interim report by the Chair of the Drafting Committee, 7 August 2014, [https://legal.un.org/ilc/sessions/66/pdfs/english/dc\\_chairman\\_statement\\_identification\\_of\\_custom.pdf](https://legal.un.org/ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf).

(26) Statement of the Chairman of the Drafting Committee, 29 July 2015, [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2015\\_dc\\_chairman\\_statement\\_cil.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_cil.pdf), pp. 3-4.

り、全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された当該証拠の特定の事情を考慮しなければならない。

2. 2つの構成要素のそれぞれは個別に検討される。これはそれぞれの要素の証拠の評価を求めるものである。

以上のように、結論草案3は、国際法の分野によって慣習国際法の同定が分野によって変わり得るかという問題に対し、2要素アプローチ自体はいずれの分野でも確立しているとの立場を示した。しかし、このアプローチの適用に際しては分野に違いがありうるとして、それは証拠の評価にあたり文脈を考慮することによって処理されるべきだとされた。その後、文脈の意味を明らかにする必要があるとの指摘のなかで、それとは切り離されて「規則の性質」と「特定の事情」が考慮要素に加えられることになった。しかし、この3つの考慮事由がそれぞれ何を含むのかは起草過程からは必ずしも明確になったとはいえない。

## 2. 注釈

ここでは、慣習国際法の同定に際して考慮すべきとされた「全体の文脈、規則の性質及び当該証拠が見出された当該証拠の特定の事情」について、文脈を中心として注釈を検討する。

結論草案3の注釈は、その(2)と(3)で、次のように文脈に関する説明を行っている。

(2) [結論草案3の]1項は、結論草案のすべての基礎にある、1つの全体にわたる原則、すなわち、すべての利用可能な証拠の評価は、注意深く文脈に応じたものでなければならないことを定める。法として認められた(法的確信を伴った)一般慣行が存在するか否かは、関連する事情に照らして注意深く調査されなければならない(注681)。このような分析は、個々の決定の信頼性を促進するばかりでなく、国際法のすべての分野において、必要な柔軟性をもって2要素論が適用できるようにする

ものでもある<sup>(27)</sup>。

(3) 全体の文脈を考慮しなければならないとの要求は、当該規則が規律すると言われる主題を考慮に入れつつ、2 要素アプローチを適用する必要を反映する。このことは、各事案において当該事項に適用される国際法の基礎にある原則が考慮されるべきことを含意する。さらに、調査されるこの種の証拠（その入手可能性その他の考慮）は、諸事情に応じて決まり、また、一定の形式の実行および法としての承認（法的確信を伴った）の一定の形式の証拠が、文脈に応じて特別の意義を持ちうることもある。たとえば、ICJ は、国家の裁判権免除事件で、次のように検討を行った<sup>(28)</sup>。

本件の文脈で、特別の意義を有する国家実行は、外国国家が免除を有するか否かの問題に直面した国内裁判所の判決、免除を扱う法律を制定した国の立法、外国裁判所において国家が提起した免除の主張に見出され、ILC によるこの主題の広範な研究を手始めにして、それから [ 国家とその財産の裁判権免除に関する ] 国連条約の採択に至る主張に見出される。この文脈での法的確信はとくに次のなかに示されている。国際法が自国に対し他国の裁判権からの免除を付与してするとその免除主張国の言明、国際法が自らに免除する義務を課していることの免除付与国の承認、反対に、他の事案において外国国家に対し裁判権を行使する権利をもつとの諸国による言明、である<sup>(29)</sup>。

この 2 つの項目を整理すると、慣習国際法の同定に際しての証拠の評価は次のようにまとめることができる。第 1 に、この評価は、文脈に応じ関連する事情に照らして行われなければならない。第 2 に、全体の文脈の考慮は、規律の対象となる主題に関する国際法の基礎にある原則の考慮を必要とす

---

(27) Draft Conclusions on the Identification of Customary International Law, with Commentaries (hereinafter Commentaries) 2018, A/73/10.

(28) *Ibid.*, pp. 127-28.

(29) Jurisdictional Immunities of the State, *ICJ Reports* 2012, para. 55.

る。第3に、調査対象となる証拠は、諸事情によって決まるもので、文脈に応じて一定の形式の証拠が特別の意義をもつことがある。こうして、この注釈は慣習国際法の同定に際して文脈の考慮が果たす重要な役割を説明するものとなっている。

このうち第2の記述によって、全体の文脈のなかに当該事項に適用される「国際法の基礎にある原則」が含まれることが明らかになった。この記述に関しては、次のような注が付されている。「682. 国家の裁判権免除事件において、国際司法裁判所は、国家免除の慣習規則は国家の主権平等の原則から導かれるものであり、また、その文脈において、各国家は自国領域に対し主権を有するとの原則、および、その主権から領域内の出来事や人に対する管轄権が生ずるとの原則とともに評価されなければならないとみなした」<sup>(30)</sup>。ここでは、国家免除の慣習規則の文脈が主権平等の原則、さらには領域主権の原則とそれから生じる管轄権であることが示された。

また、国家の裁判権免除事件の上記の引用箇所では、「本件の文脈」に照らして特別の意義を有する実行が示された<sup>(31)</sup>。裁判所は、何が「本件の文脈」かを明示していないが、それに先行する記述から考えると、ここでの文脈とは、国内裁判所が外国国家に対し裁判権免除を付与する義務を負うかという本件の主題を指すと考えるのが妥当であろう。ここで裁判所が特別の意義をもつ国家実行および法的確信の証拠として挙げたものは、本件の主題から導かれたものと考えることができる。

ところで、「国際法の基礎にある原則」が全体の文脈にあたるのであれば、慣習国際法の同定に際して、なんらかの演繹的手法が用いられるのではないかという問題が生ずる。実際に結論草案2の注釈(5)にその説明がある。

(5) [慣習国際法の成立要件に関する] 2要素アプローチは、一般慣行と法としての承認(法的確信)という経験的証拠以外のものにより規則が確認されることが起こりうる「演繹的」アプローチと対比して、しば

(30) Commentaries, *supra* note 27, p. 127. この点に関しては、下記で国家の裁判権免除事件を検討する際に詳しく論ずる。

(31) *Ibid.*

しば「帰納的」と呼ばれることがある。2 要素アプローチは、実際には、2 要素アプローチの適用において注意をもって採用されるべき足がかりとしての一定の演繹を排除するものではない。とくに、それ自体が法として認められる一般慣行から導かれ、または、それを反映するより一般的な文言で作られた規則を背景にして作用する慣習国際法のあり得る規則を考慮するとき（注 676）、または、国際法の考える規則が「不可分のレジーム」の一部を形成すると結論するときがそうである（注 677）<sup>(32)</sup>。

この引用箇所 の 2 つの注のうち、676 項は、パルプミル事件<sup>(33)</sup> の 101 項に言及する。これは、領域使用の管理責任の原則から慣習国際法としての予防原則を導く説明である。677 項は、領土・海域紛争事件<sup>(34)</sup> の 139 項に言及する。これは、国連海洋法条約の島に関する 121 条 1 項の島の法的定義を慣習国際法の一部として認めた判例を根拠として、1 項から 3 項は「不可分のレジーム」を形成し、そのすべてが慣習国際法の地位を有すると判示した部分である。いずれも一般慣行や法的確信の検討なく慣習国際法の成立の結論を導いている。

イスラエルは、この注釈 5 に関し演繹の可能性への言及の削除を求めた。イスラエルは、一般に慣習国際法の同定のための 2 要素アプローチを厳格に適用することを求めており、このほかにも柔軟な適用の可能性をもつ文言の削除を提案している<sup>(35)</sup>。これに対し、米国はある程度の演繹を排除するものではないとしつつ、しかし、この(5)については、それが演繹的な理由づけが適切な事情、および、それが結論草案 2 の規則と矛盾する場合を定めていないことに懸念を表明した<sup>(36)</sup>。なお、米国は、「不可分のレジーム」への言及に関し、ICJ はこれが一般に適用できると認めたわけではなく、この

---

(32) Commentaries, *supra* note 27, p. 126.

(33) Pulp Mills on the River Uruguay, *ICJ Reports* 2010, p. 14.

(34) Territorial and Maritime Dispute, *ICJ Reports* 2012, p. 832.

(35) Comments and Observations received from Governments, A/CN.4/716, p. 9.

(36) *Ibid.*, p. 10.

考え方を支持する国家実行はないとして削除を求めた<sup>(37)</sup>。

さらに、「国際法の基礎にある原則」の考慮に関しては、次のような意見もみられた。慣習国際法の同定に際して、結論草案と注釈は、慣習国際法の存在と内容にしばしば言及するが、その区別が明らかになっていないという点である。この点に関し、オランダは、特定の規則の内容の同定においては、国際法の基礎にある諸原則が結論草案 3(1)に従って考慮される必要があるかもしれないが、規則の存在を同定するときにはこのことはあてはまらないこともあるとの意見を示した<sup>(38)</sup>。同様に、イスラエルも、「国際法の基礎にある原則」は、規則の内容と射程を決定することに関連するもので（裁判権免除事件に言及）、慣習規則の存在の同定には関係しないので、この記述を削除すべきことを提案した<sup>(39)</sup>。

以上が、注釈が示した文脈に関連する説明とそれに対する一部の諸国の意見である。注釈は、文脈に関する一般的な説明を尽くしているわけではなく、また、その具体例を多く挙げているわけでもない。慣習国際法の同定における文脈とは何かを考えるうえで、まったく参考にならないとは言わないが、実務家に指針を与えるものとは言い難いようにみえる。そのため、さらに実際の判例について検討する必要があるが、その前に残る2つ、規則の性質と関連する事情についての注釈の記述も簡単に検討する。

2014年の会合で特別報告者は、慣習国際法の2要素アプローチは、問題となる規則の分野またはタイプによって適用に相違があるかもしれないとの見方を示していたが、最終的に採択された注釈では、規則の性質という表現に改められ、その考慮の重要性に関し簡単な説明を行った。

(4) 問題となっている規則の性質もまた法として認められた一般慣行があるか否かを確認するために証拠を評価するに当たり重要である。とくに、禁止規則が関わる場合（たとえば拷問の禁止）には（無行為（inaction）とは異なる）十分に積極的な国家実行を見出すのが困難なこともあ

(37) *Ibid.*

(38) *Ibid.*, p. 6.

(39) *Ibid.*, p. 12

る。このような規則に関わる事案は、その無行為が法として認められたものか否かの評価によって定まる可能性が高いであろう<sup>(40)</sup>。

この説明は、規則の性質がとくに考慮されるのは、禁止規則の場合だという理解を示している。この点に関しては、たとえば、イスラエルは、規則の性質が問題となるのは禁止規則の場合だけであるとし、このことを明記すべきだと提案していた<sup>(41)</sup>。ただし、特別報告者は、このほかに規則の性質に該当する例として、より一般的な規則の例外を示す規則や国際法の一定の主体のみを拘束する規則を挙げていた。ここでも結論草案 3 の文言は、一定程度の柔軟性の標識を提供するものだと説明している<sup>(42)</sup>。

最後に、特定の事情に関する注釈(5)の説明を確認する。結論草案 3(1) は、行動が曖昧さを孕むことを考慮して、証拠が見出された際の特定の事情に応じてその証拠に適切な重みを付与しなければならないと指摘する。そこで最初に例示されたのは、モロッコ米国民権利事件である。この事件は、特別報告者の第 2 報告書では、文脈に関する例として挙げられていたが、ここでは文脈とは区別され、特定の事情の例として説明された<sup>(43)</sup>。この事件では外交文書の評価にあたってその文書の文脈が考慮されたが、これは事件の全体の文脈とはいえず、特定の事情に該当するとの判断だと考えられる。

この後には、証拠の評価に際して考慮されるべき特定の事情に関する注意事項が示されている。立法の考慮に際しては実際の解釈・適用、国内裁判所の判決の考慮に際しては判決の執行の状況、声明の考慮に関しては声明がなされる際の事情やその声明を行う者の地位、抗議の欠如の意義に関しては当該国の利益に直接の否定的影響を及ぼす具体的な行動の存在、自らの利益に反する国家の実行が法としての承認を反映する可能性の高さ、である。こうした特定の事情の考慮は、実際に裁判等でこれまで一般に行われたものである。

---

(40) Commentaries, *supra* note 27, p. 128.

(41) Fifth Report of the Special Rapporteur, A/ CN. 4/ 717, para. 32

(42) *Ibid.*, para. 33.

(43) Commentaries, *supra* note 27, p. 128.

以上が、慣習国際法の同定に際して考慮されるべき3事項に関する結論草案3とその注釈に関する検討である。いずれもこの3事項を定義しておらず、3事項の区別も明確に示していない。ただ、全体の文脈には当該規則の主題の基礎にある国際法の原則や原理が含まれることが明らかになった。この理解に基づき、全体の文脈に関してどのような配慮が必要になるかは、次節において裁判所の実際の考慮の仕方に注目して検討を加えたい。

## 国際裁判における「全体の文脈」の考慮

裁判所が、付託された事案に適用できる規則を探し出す際に、当該分野に関する国際法の基礎にある原則を考慮することはよくあることである。とくに初期の判例では、国家実行と判例の蓄積が十分でなかったこともあり、国際法の原則から適用法規を直接に引き出す傾向がみられた。いまでもそう言えるかもしれないが、判決において法源の詳細な分析を行ったものは多くはなかった<sup>(44)</sup>。ただ、当該事案に適用できる規則を検討する前提として、それに関する国際法の基礎にある原則に目を向ける必要性を示すものだったとはいえる。以下では、こうした原則の考慮が、慣習国際法の同定のなかで重要な役割を果たすことを示すため、3つの国際法の分野の判例を取り上げて検討する。

### 1. 大陸棚の画定

大陸棚の権原と境界画定に関する一連の判決は、慣習国際法の同定に際しての全体の文脈を考えるうえで重要な示唆を与える。1958年大陸棚条約から1982年国連海洋法条約への移行によって、大陸棚制度の基礎にある権原の根拠が変わり、それが境界画定の方法にも影響を及ぼすことになった。ただし、いまに至るも、大陸棚の境界画定の方法に関する画一的な規則は成立していない。他方、最近の事件において、この根拠の変化が、200海里を超

---

(44) たとえば、庇護事件 (Colombian-Peruvian asylum case, *ICJ Reports* 1950, pp. 276-77) や漁業事件 (Fisheries case, *ICJ Reports* 1951, pp. 129-31)。

える延伸大陸棚の画定に関し、重要な意義をもつ判決をもたらした。

### (1) 北海大陸棚事件

北海大陸棚事件<sup>(45)</sup>では、オランダとデンマークは、近接性を根拠に等距離・特別事情に基づく境界画定を主張し、また、この規則が慣習国際法の新しい規則でもあると論じたが、裁判所は、大陸棚制度の歴史、国際法委員会の記録、国家実行などの検討により、この 2 つの主張を退けた。

慣習国際法の主張に関しては、裁判所は、まず大陸棚条約を通じ慣習国際法が結晶化したかについて検討し、それを否定した(60-74)。次に条約後の国家実行による慣習国際法の成立についても、慣習国際法の義務に従って等距離線を用いたとみなされる国家実行の証拠がないと指摘し、それを否定した(78)。こうして等距離規則の適用を否定した後、それでも本件の画定に適用できる法の原則と規則があるとして、画定は関係国間の合意の対象でなければならないこと、および、そのような合意は衡平諸原則に従って達成されなければならないこと、を挙げた。

また、この規則を適用する際の条件として、(a) 両当事者は合意に達する目的をもって交渉する義務を負うこと、(b) 当事者はすべての事情を考慮して衡平諸原則が適用されるように行動する義務を負うこと、(c) 大陸棚は陸地領土の自然の延長でなければならないが、他国の領土の自然延長に侵入してはならないこと、を示した(85)。

この判決では裁判所は、これらの規則が慣習国際法の規則だと言明しているわけではない。実際に、慣習国際法の規則を同定する際の作業は一切行っていない。いわば大陸棚制度の本旨に従ってこれらの規則を導き出したといえる。しかし、その後、1977 年の英仏大陸棚事件で、仲裁裁判所は、衡平諸原則に従った境界画定が慣習国際法の規則であるとの前提に立った<sup>(46)</sup>。ICJ も、1982 年のチュニジア・リビア大陸棚事件以降、この規則を慣習国際

---

(45) North Sea Continental Shelf, *ICJ Reports* 1969, p. 3. 以下、判決の該当部分については、本文にパラグラフ番号で記載する。他の判決も同様とする。

(46) Delimitation of the Continental Shelf between the UK and France, *Reports of International Arbitral Award*, Vol. 18, para. 148.

法として適用している<sup>(47)</sup>。

## (2) リビア・マルタ大陸棚事件

1985年のリビア・マルタ大陸棚事件<sup>(48)</sup>は、国連海洋法条約の成立を受け大陸棚制度の基礎にある原則の見直しを行った。裁判所は、この条約が圧倒的多数の諸国によって採択された重要な条約であるとし、関連規定がどの程度慣習国際法の規則であるかを検討する必要があるとの立場を示した。この文脈で、とくに当事者が大陸棚区域の権原の根拠に適用できる法(76条)と画定に適用できる法(83条)の区別を強調したことに言及した(27)。

大陸棚の権原の法的根拠に関しては、裁判所は、リビアが自然延長を主張し、マルタが海岸からの距離を主張し対立している点を検討した。裁判所は、この点に関し、国連海洋法条約による排他的経済水域制度(EEZ)の導入に伴い、200海里までの大陸棚に対する諸権利はEEZの海底としても享受される以上、EEZの概念の基礎にある原則と規則を考慮の外に置くことはできないと指摘し、EEZと大陸棚の両方に共通する法的根拠としての距離の要素に重要性が付与されなければならないとした。ただし、裁判所によれば、マルタは、等距離の方法が大陸棚の境界画定に根本的、内在的なもので、法的に義務的な性格をもつと主張したわけではない。大陸棚の権利の法的根拠たる「距離原則」が、画定過程の出発点として、等距離に基づく線に考慮を払うよう求めるということである。したがって、マルタは、境界画定の暫定的な出発点として等距離線を引くことを求めていると理解された(42)。

以上のとおり、リビア・マルタ大陸棚事件を通じて、大陸棚の権原の根拠として距離原則が重視され、それに伴って暫定的に等距離線を利用した大陸棚境界画定が定着していった。なかでも、暫定的に等距離線を引き、関連事情に基づきそれを修正するという2段階アプローチを定着させたヤン・マイエン事件<sup>(49)</sup>、さらに、そのなかから均衡性の考慮を独立した段階とした3

(47) *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, *ICJ Reports* 1982, para. 70.

(48) *Continental Case (Liyian Arab Jamahiriya / Malta)*, *ICJ Reports* 1985, p. 13.

(49) *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, *ICJ Reports* 1993, para.

段階アプローチを確立した黒海海洋境界画定事件<sup>(50)</sup>が重要な先例となった。しかし、こうした判例の展開にもかかわらず、等距離方法は慣習国際法の規則として確立しておらず、実際にも等距離線を引かず、海岸線の角度の二等分線の方法が採用された事件もある<sup>(51)</sup>。

これは、大陸棚の境界画定の国際法の基礎にあるもう 1 つの原則である、衡平な解決のための衡平諸原則の適用が、等距離方法の慣習法化を阻んでいるからである。大陸棚および排他的経済水域の境界画定に関しては、当該水域をめぐる関連事情がさまざまであり、それに画一的な方法を使用することは困難であり、また、必要もないという各国の判断が働いていることが背景にあると考えられる。裁判所も、判例法に従って付託された事件を処理することにより、十分に事件の解決を行うことが可能であり、境界画定の方法に関する画一的な規則を同定する必要を感じていないという理由もあろう。

### (3) ニカラグア対コロンビア大陸棚画定事件

ニカラグア対コロンビア大陸棚事件<sup>(52)</sup>では、自然延長の概念と距離規準の関係がこれまでの境界画定の事件と異なる形で問題となった。この事件の争点は、ニカラグアの 200 海里以遠の大陸棚に対する権原がコロンビアの 200 海里水域内に延伸するかであった。ニカラグアは、自然延長の概念に基づきこの延伸を主張し(55-60)、コロンビアは、距離規準に基づき、地質や地形に関係なく、200 海里までの自国水域の権原を主張した(61-67)。

この争点に関し、裁判所は、現代の慣習国際法において、大陸棚に関する沿岸国の権利が一般に 200 海里内外で同じであるという意味において単一の大陸棚が存在することに留意する。しかしながら、大陸棚の権原の決定は、

---

xx.

(50) Maritime Delimitation in the Black Sea, *ICJ Reports* 2009, p. 61.

(51) Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), *ICJ Reports* 2007, para. 272.

(52) Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Case, Judgment of 13 July 2023. この判決に対するトムカ判事の反対意見 (Dissenting Opinion of Judge Tomka) が注目される。本文で説明する際には、判決と同様に本文にパラグラフ番号で示す。

200 海里内は距離規準によるのに対し、200 海里外は自然延長規準によるとした(75)。そして、他国の基線から 200 海里内に伸びる大陸棚の可能性は第 3 次国連海洋法会議では議論されなかったように思われるとしたうえで(76)、延伸の申請の審査を行う大陸棚限界委員会(CLCS)での実行を検討する。

そこでは、申請を行った国連海洋法条約当事国の大多数は、他国の 200 海里内への延伸大陸棚外縁を主張しないことを選択したことに留意した。そして、この実行は、たとえその一部は法的義務の意識以外の考慮によって動機づけられたかもしれないとしても、法的確信を表示するとみなした。さらに、他国の 200 海里内の海域に侵入する延伸大陸棚への権利を主張した少数の諸国を知っているが、これらの場合に関係国はそれら申請に反対したと指摘した。また、海洋法条約当事国でない少数の沿岸国のなかのいずれかが、他国の 200 海里内の延伸大陸棚を主張しているかはわからないと述べている(77)。

以上の検討から、裁判所は、諸国の実行は全体として捉えると、慣習国際法の同定のために十分に広範かつ画一的な実行とみなすことができるとした。加えて、その長期にわたる広がりを見ると、この国家実行は、慣習国際法の構成要素である法的確信とみなすことができると論じた。その際、法的確信が「十分に広範かつ説得力ある実行の分析に基づく推論により」証明されうるというメイン湾事件判決の一節を引用した(77)。これにより、裁判所は、慣習国際法の下で 200 海里を越える大陸棚に対する国家の権原は、他国の 200 海里内に延伸しえないと結論した(79)。

この判決に対し、トムカ判事は全面的に反対し次のように論じた。国連海洋法条約は、延伸大陸棚に対する国家の権原が他国の海岸から 200 海里内に及ぶかに関し沈黙している。この趣旨の制限は存在しないので、延伸大陸棚の存在と広がり、もっぱら 76 条に定められた地質学的、地形学的な規準によることが認められなければならない。この結論は、「陸は海を支配する」という基本原則と一致する。北海大陸棚事件や黒海海洋境界事件で裁判所が述べたように、この原則が大陸棚の権原の根拠である。沿岸国の大陸棚の権原の存在は、他国の海岸からの近接性に左右されない(26)。

このようにトムカ判事は、自然延長を大陸棚に関する全体の文脈に設定して、判決は大陸棚が他国の 200 海里に延伸しないという慣習国際法を証明していないと結論した(64)。これは、境界画定に関し距離規準が重視されるとしても、それは 200 海里までの大陸棚の権原となったことを意味しないという前提に立つものである。他方、大陸棚の境界画定に関しては、衡平な画定の達成を求める規則の適用を認めている。これが本件でどのように適用されるかについては述べていないが、ただ、判決の結論は不衡平な結果を導くと指摘した(74-75)。

トムカ判事と判決の対立は、全体の文脈をめぐって見解の相違が生じた場合への対処について考えるうえで参考となる。本来であれば、距離規準を 200 海里内の大陸棚の権原根拠とした以上、裁判所は他国の 200 海里内への大陸棚の延伸を支持する慣習国際法の不存在を論ずれば良いと考えられる。しかし、そうせずに、他国の 200 海里内への延伸を認めない慣習国際法の論証に努めた。ただ、CLCS での実行を中心にしたその分析は、トムカ判事が指摘するとおり、国家実行や法的確信の証明に十分とは言い難いものであった。しかし、裁判所は、最後は、諸国の十分に広範かつ画一的な実行の存在を認めて押し切った。これが全体の文脈の考慮の結果であるかは判決文からは判然としない。

ICJ は、過去には、海洋法をめぐる慣習国際法が変動しつつある場合に、明確な形で慣習国際法の同定を回避して、問題の解決をはかるという手法をとってきた<sup>(53)</sup>。この事件の判決は、それらとは違い、必ずしも国家実行と法的確信が十分に明確とはいえない状況のなかで、一方の立場を慣習国際法上支持する結論を下した。この事件の慣習国際法の同定の方法が、今後ど

---

(53) この点に関し、漁業水域の一方的拡大に関し、その距離的制限に関する慣習国際法の同定を回避して、二国間における対抗力の問題を処理した漁業管轄権事件がよく知られている。Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), *ICJ Reports* 1974, paras. 67-68. Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Zeeland), *Merits, Judgment, ICJ Reports* 1974, paras. 59-60. そのほかに、漁業事件における海岸の一般的方向 (Fisheries case, *ICJ Reports* 1951, pp. 129-31) や北海大陸棚事件の衡平の諸原則 (North Sea Continental Shelf, *ICJ Reports* 1969, para. 88) なども慣習国際法の同定なしに一般的な法観念から導かれている。

のように評価を受けるかが注目されるところである。

## 2. 裁判権免除

裁判権免除の分野は、各国の裁判権行使の実行を通じて発展してきた。このため慣習国際法の形成は、比較的緩やかに時間をかけて進んできたといえる。各国において直面している事情に違いがあるため、均一の慣行に収斂するのに時間を要するためだと考えられる。2004年に採択された国連国家免除条約がいまだに発効していないのもそれが理由の1つであろう。最近では、いくつかの事項につき裁判権免除の例外を主張する実行がみられるようになり、これをめぐる国家間の紛争が国際裁判所に付託されるようになってきている。これまで認められてきた主権的行為に関する免除の原則に対して、このような例外がどのような形で主張され、新たな慣習国際法の確立につながりうるのかという問題を射程に置きつつ、ここではICJの国家の裁判権免除事件を中心に検討する。

### (1) 逮捕状事件

国家の裁判権免除事件の検討に入る前に、それとは対照的な慣習国際法の同定の方法を採用し、外務大臣の裁判権免除を認めた逮捕状事件<sup>(54)</sup>に簡単に触れておく。

裁判所は、慣習国際法における外務大臣の免除の検討にあたって、まず外務大臣の職務の性質を論じている。外務大臣は、政府の外交活動を担い、一般に国際交渉や政府間機関の会議で政府の代表者として行為し、これら任務の遂行に際し頻繁に国際的に行き来し、また、政府、外交使節団、他国の政府と絶えず連絡をとることを求められる。こうした任務を遂行するために、海外で刑事裁判権からの免除と不可侵を享受する必要があると説明した<sup>(53-54)</sup>。裁判所は、こうした機能的演繹の手法により、本件で争点となる慣習国際法の全体の文脈を導いた<sup>(55)</sup>。

---

(54) Arrest Warrant of 11 April 2000, *ICJ Reports* 2002, p. 3.

(55) S. Talmon, Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, *European Journal of International Law*, vol. 28 (2015),

次に、裁判所は、戦争犯罪や人道に対する罪を犯した容疑がある場合には、現職の政府高官でも人的免除は認められないという国際犯罪例外と呼ばれる主張を検討した。この主張に際して、ベルギーは、国際裁判所を設置する文書の若干の規定、英仏の国内裁判所の判例に言及した。しかし、裁判所は、これらの実行から慣習国際法の下で免除に関するなんらかの例外が存在することを引き出すことはできないと結論し、ためらいなくベルギーの主張を斥けた(56-58)。裁判所が設定した全体の文脈からみて、国家実行や *opinio juris* の徹底した分析の余地は残されていなかったという見方もある<sup>(56)</sup>。

この事件が示すように、一般に裁判権免除に関する事件では、免除を与える一般的な国家実行を原則として認めたいうえで、その例外に関する慣習国際法の成立を争うという形をとる。このため、例外を主張する側はその証明が困難である場合が多く、実際にその主張が認められることは少ないというのが実情であった。国家の裁判権免除事件も、まさにこのような事案ではあったが、裁判所は国家実行を詳細に検討し、その結論を引き出したという点で、この分野の慣習国際法の同定に大きな影響を持つ事件であった。

## (2) 国家の裁判権免除事件

国家の裁判権免除事件<sup>(57)</sup>では、第二次大戦中にドイツ軍が行った住民の虐殺や強制労働等の不法行為に関し、ドイツがイタリアの裁判所において免除を享受するかが争われた。両国は、主権的行為に関し、各国は一般に免除を与えられることに合意しており、ドイツはこれに基づき本件でドイツに免除が与えられると主張した。これに対し、イタリアは、次の2つの理由からドイツは免除を享受しないと主張した(61)。

---

p. 425.

(56) M. La Manna, *The Standards for the Identification of Exceptions to Customary Law*, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 27 (2017), p. 158. Manna は、この ICJ の法的理由づけの主たる焦点は、諸国の現実の実行ではなく、人的免除の理論的正当化であり、いわゆる「人的免除の機能主義的アプローチ」のきわめて注意深いこの定式化は、国際法秩序の構造的な諸原則並びに国際社会の水平的、主権志向的な資産を映し出すものだと分析した。

(57) *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, *ICJ Reports* 2012, p. 99.

第1に、主権的行為（*acta jure imperii*）についての免除は、法廷地国の領域で行われた人の殺傷や財産の損傷をもたらす不法行為には及ばない（以下、法廷地国内不法行為例外）。第2に、関連する行為がどこで行われたかにかかわらず、それらの行為が強行規範の性質をもつ国際法の規則の最も重大な違反に関わり、それについて他の救済手段がなかったが故に、ドイツは免除を与えられなかった（以下、強行規範違反例外）。裁判所は、このイタリアの2つの主張を適宜修正して、これらを支持する慣習国際法が存在するかを検討していく。

その際に注目すべきは、このイタリアの2つの主張の整理を行う前に、裁判所がこの問題の基礎にある諸原則について次のように論じていることである。

56．免除の起源と過去における免除の基礎にある諸原則の同定に関し多くの議論があったが、1980年に国際法委員会は、国家免除の規則は「諸国の現在の実行に確固として根ざす慣習国際法の一般規則として採用された」と結論した（*Yearbook* 1980, Vol. II(2), p. 147, para. 26）。その結論は、国家実行の広範な調査に基づき、裁判所の意見では、国家の立法、裁判所の判決、免除の権利の主張および国連条約に至るものについての諸国のコメント、の記録によって確認されている。その実行が示すのは、自国につき免除を主張するか、他国に付与するかにかかわらず、諸国は一般に国際法の下で免除の権利があり、それとともに、他国の側にその免除を尊重し実施する対応する義務があることを根拠にして手続を進めていることである。

さらに、ILCが結論草案の注釈において、全体の文脈を考慮しなければならないという要請を説明するにあたって、その例として言及した部分が続く。

57．裁判所は、国家免除の規則は国際法と国際関係において重要な位置を占めると考える。それは、国家の主権平等の原則から導かれる。そ

れは、国連憲章 2 条 1 項が明らかにしているように、国際法秩序の基本原則の 1 つである。この原則は、各国家は自国の領域に対し主権を有するとの原則、また、その主権から領域内の出来事や人に対する国家の管轄権が生ずるとの原則とともに評価されなければならない。国家の免除の例外は、主権平等の原則からの逸脱を示す。免除は、領域主権の原則とそれから生ずる管轄権からの逸脱を示すこともある ( may represent )

このように基本的な原則に関する前提的な考察を行った後、イタリアの主張の具体的な検討に入る。裁判所は、はじめにイタリアが何を根拠にこの不法行為例外の慣習国際法を主張しているかを示し ( 62 )、不法行為例外の起源についてふれ、この例外に関し主権的行為と業務管理行為を区別しているか否かに関する各国の立場を検討する ( 64 )。そのうえで、イタリアの第 1 の主張に関し、裁判所は、次のように検討事項を主権的行為一般ではなく、武力紛争中の外国軍隊の不法行為に限定した ( 65 )。

裁判所は、本件手続において、慣習国際法において主権的行為一般に関し適用される不法行為例外がある否かという問題を解決するよう要請されてはいない。裁判所の前にある問題は、武力紛争の遂行中に外国の軍隊、または、当該外国軍隊と協力して活動するその他の国家機関による法廷地国の領域で行われた行為に限定される。

裁判所は、この限定された事項に関し、国家実行と *opinio juris* を検討し、ほかに類をみないほど、証拠を詳細に検討して結論を引き出した。まずは国連国家免除条約と欧州国家免除条約の関連規定に関し各国の解釈や ILC の注釈を含めて分析し<sup>(58)</sup>、それに続けて、各国の立法、国内裁判所の判決を

---

( 58 ) 欧州国家免除条約 31 条は、この条約は、締約国の領域に所在する軍隊の行為や無行為に関する免除に影響するものではないと規定している。他方、国連国家免除条約にはこのような規定はないが、ILC の注釈は、不法行為例外を定める 12 条に関し、この規定は「軍隊に関わる事態」には適用されないと述べている。 *ILC Yearbook*, 1991, Vol. II ( 2 ),

丹念に検討した。その結果、いずれの証拠も武力紛争中の軍隊の行為に関する免除を否定するのに十分ではないと論じた。これにより、慣習国際法は、検討事項に関し国家が免除を与えられるよう引き続き求めていると結論した（66-78）。

イタリアの第2の主張に関しては、裁判所はそれを3つに分けて検討し、それぞれ次の理由で斥けた。第1に、戦争犯罪や人道に対する犯罪にあたる国際法の諸原則の重大な違反には裁判権免除は認められないとの主張に関し、イタリア裁判所の判決以外、それを支持する国家実行が存在せず、また、免除は違反行為の重大性に左右されないことを示す相当数の国家実行（国内裁判所の判決、国内立法、国連免除条約の審議過程での議論、欧州人権裁判所の判決）が存在すること（83-91）、第2に、国際法の強行規範の違反に関する主張に関し、実体的規則である強行規範と裁判権の免除の規則との間には抵触はなく、このことはICJの判決や各国の国内裁判所の判決でも確認されていること（93-97）、第3に、裁判所の管轄権行使が救済のための最後の手段だという主張に関し、免除と国家責任の問題はまったく別であり、これを支持する国家実行の根拠はなく、国内立法や判例もないこと（100-03）である。いずれもイタリアの主張の薄弱な根拠を指摘し、その主張を裏付ける国家実行もないとの判断を下している。

この裁判所の慣習国際法の同定のアプローチについては、国家実行に基づく帰納的方法を採用したものとの評価がある<sup>(59)</sup>。確かに、慣習国際法の同定の際の国家実行や法的確信の証拠の検討は、これまでになく綿密な検討が行われている。これは、この事件が一般に法律家にとって扱いやすい、豊富な国家実行が存在している分野であることが大きな理由と考えられる。しかし、個々の証拠の評価に際して、規則の性質や特定の事情が十分に考慮されたかといえれば疑問がないわけではない。ただ、この問題の検討は本稿の課題の範囲を越えるので、以下では、これらの証拠の検討に先立つ、判決の56項、57項、65項に関し、いくつかの問題点を指摘しておきたい。

---

p. 46, para. 10.

(59) Tamlon, *supra* note 55, p. 418.

第 1 に、56 項は、もっぱら ILC の国連国家免除条約の注釈に基づき、国家は一般に免除の権利をもつという前提を示した。しかし、これは、全体の文脈を示すもので、免除が原則であり、免除の否定が例外という趣旨であるのか、それとも単に免除に関する一般的な傾向を示したものにすぎないのか、はっきりとしない。全体の文脈を示したものだとなると、次の 57 項とはいかなる関係になるかも問題となる。

第 2 に、ILC の結論草案で全体の文脈を示したものとして引用された 57 項が、この判決でいかなる意義をもったかである。57 項は、国際法の基本原則たる主権平等の原則を免除の根拠に据える一方、それに対抗する領域主権の原則（およびそれに基づく管轄権）をあわせて評価することも指摘する。確かに、法廷地国内不法行為例外の場合、主権平等の原則と領域主権の原則の対抗関係が全体の文脈になりうる（それに限定されるかは別として）。しかし、強行規範違反例外は行為の場所ではなく性質に基づくので、その行為が法廷地国外で行われた場合、主権平等の原則と領域主権の原則は対抗関係に立たず、主権平等の原則が全体の文脈となる。裁判所は、この違いを *may represent* で表現しているが、なぜこの点をもっと明確に説明しなかったのかという疑問が残る。

第 3 に、65 項において示された、裁判所による立証事項の限定に関わる問題である。本件では、イタリアは、主権的行為一般に関する法廷地国内不法行為例外を主張していた。これに対し、裁判所は立証事項を武力紛争中の軍隊の法廷地国内不法行為に限定した。これは、不法行為例外を主権的行為一般に広げることに對し、ドイツをはじめ、中国や米国が反対していた（64）からと考えられる。裁判所は、立証事項をこのように狭く限定することにより、これら諸国の反対を正面から取り上げるのを避けるというもっともな道を選んだ。このことは、立証事項の限定により、全体の文脈に照らした原則論的な議論に陥るのを回避することができる可能性を示唆する。

この点に関し、同定すべき慣習国際法の規則をさらに限定すべきとする立場もある。イタリアの主張の核心は、武力紛争中に外国軍隊が法廷地国内で行った、強行規範の違反または国際犯罪とみなされる主権的行為に関わる民事請求に国家免除の規則が適用されるか否かという狭い問題である（下線部

がさらなる限定部分)。国家実行の分析をこの狭い範囲に絞ると、裁判所の検討した問題も、そこで議論された国内裁判所の実行も、この問題に対する答えを与えないという<sup>(60)</sup>。したがって、この狭い問題に関しては慣習国際法の規則が存在しない、すなわち、法の欠缺を認めざるを得ないことになる<sup>(61)</sup>。

最近では、このように問題の状況を設定して、この欠缺の補充に際しては、国家免除の規則と被害者の裁判を受ける権利との対抗関係を全体の文脈に据える議論もある<sup>(62)</sup>。ICJは、国際人権法や武力紛争の国際法の重大な違反で告訴されたという事実により免除を奪われることはないと述べ、イタリアの強行規範や最後の手段の主張を認めなかったが<sup>(91)</sup>、国際人権法や国際人道法に対する期待が高まるなかで、これを含むように全体の文脈を見直す可能性がないとはいえないだろう。国家の裁判権免除事件は、まさにこのような新しい規則の発展を観察するのが望ましい時点で、ドイツが現行法の地位を調べるように裁判所に押し付けた事件という見方もある<sup>(63)</sup>。こうした法の状況からすれば、裁判所は、この分野に関する慣習国際法が現在流動的な状態にあることを示すような言葉を判決のなかで使っても良かったという指摘ももっともかもしれない<sup>(64)</sup>。

(60) V. Terzieva, *State Immunity and Victims' Rights to Access to Court, Reparation, and the Truth*, *International Criminal Law Review*, Vol. 22 (2022), p. 797.

(61) もっとも、この点に関しては、不法行為例外の解釈により、裁定が可能であるという立場がありうるが、慣習国際法の解釈の問題には本稿では立ち入らない。R. Marco, *Customary International Law Identification and Interpretation*, P. Merkouria, J. Kammerhofer and N. Arajärvi (Eds.), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary Law* (2022), pp. 425-29.

(62) V. Terzieva, *supra* note 60, pp. 797-98.

(63) M. Krajewski and C. Singer, *Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 16 (2012), p. 23.

(64) *Ibid.*, p. 31. 欧州人権裁判所は、免除に関わる次の事件で、国際法の現行規則に関しては、免除を否定できないが、これは将来の慣習国際法の発展を排除するものではないと述べた。Kalogeropoulou v. Greece and Germany, ECtHR, 12 Dec. 2002, 129 *ILR* (2007) 537.

### (3) 国家免除違反事件

最後に、2023 年 6 月、イランがカナダの措置により自国の裁判権免除と強制措置からの免除が侵害されたとして ICJ に提訴した事件に簡単にふれておく。カナダは、2012 年 3 月に国家免除法を改正し、カナダによりテロリズム支援国としてリストに記載された外国国家につき、その裁判権免除を排除する規定を設けた。それとともに、同様の理由でリストに記載された外国国家の財産の執行免除も排除する規定を設けた。

イランの請求訴状<sup>(65)</sup>によれば、2012 年 9 月、カナダは、イランとの外交関係を断絶し、同時に、イランをテロ支援国としてリストに掲載した。これに基づきカナダでイランに対する訴訟が提起され、いくつかの事件でカナダに所在するイランの財産に対し判決前の強制措置や判決の強制執行措置が執られた。イランはこれらの訴訟手続に出廷し、カナダの裁判権からの主権免除や財産の差押えと執行からの免除を主張したが、裁判所はイランの抗弁を斥けた(13-17)。

イランは、ICJ への請求訴状において、いわゆる「テロリズム例外」は慣習国際法の下に存在しないと主張した。テロリズム例外とは、テロリズムの行為に関わった嫌疑を受けた他国を自国の裁判管轄下に置くことを許す条項である。イランは、国家の裁判権免除事件を注に記して、ICJ は、重大とされる人権侵害や慣習国際法の下で強行規範の性格をもつ規範の違反に関し、国内裁判所の事件の文脈において裁判権免除の制限はないことをすでに明らかに示していると指摘した(22)。

国家の裁判権免除事件は、法廷地国内の不法行為例外であったが、テロリズム例外は、強行規範違反例外と同様、行為の場所を問わない例外である。カナダの裁判所において、他国の国内で他国の国民に生じた、テロリズムによる損害の賠償につき、それに責任を負う外国の責任が問われるという事態を含む問題である。この主題の全体の文脈の見直しが何らかの形で行われるのか注目されるところである。

---

(65) Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 27 June 2023, Alleged Violations of State Immunities (Islamic Republic of Iran v. Canada).

### 3. 武力紛争時の文民保護

19世紀後半のリーパー法典に始まる戦争法の法典化は、軍事的必要性の概念を戦闘の方法・手段の規制の中核においた。その後、1899年の陸戦の法規慣例に関する条約で、交戦者資格をめくり生じた交渉の行き詰まりを解消すべく、その前文にマルテンス条項と呼ばれる条項が挿入され、これを契機として同条項のなかの「人道の法則」と「公共良心の要求」により生ずる国際法の原則が、武力紛争の解釈適用において果たす役割が注目されるようになった<sup>(66)</sup>。第2次大戦後の戦争犯罪の裁判では、マルテンス条項が頻繁に援用され、武力紛争法（後に国際人道法とも呼ばれる）の分野の重要な原則と認識されるに至った。こうして軍事的必要性和人道の諸原則が武力紛争法の2つの基本原則として理解されるようになる。ここでは、この2つの基本原則の考慮が偏った形で考慮された文民保護に関する2つの事件の判決を検討する。

#### (1) クプレスキッチ (Kpreskic) 事件

クプレスキッチ事件<sup>(67)</sup>では、ボスニア領域内の武力紛争（非国際的武力紛争）において、ある都市に対し行われた攻撃が、戦時復仇として許されるかが問題となった。第1審裁判部は、武力紛争時における文民の保護は、国際的紛争であれ国内的紛争であれ、現代の人道法の基盤であると指摘した。また、文民または民用物に対する故意の攻撃は、国際人道法により絶対に禁止されることはいまや一般的に承認されていると述べた（521）。

他方、裁判部は、この文民の保護が停止または縮小される3つの例外的事情を挙げる。すなわち、(i) 文民がその権利を濫用するとき、(ii) 軍事的行動が軍事目標を含むものの、交戦者がいわゆる文民への付随的損害をもたら

---

(66) マルテンス条項に関しては、以前にその歴史的展開について、ここで取り上げるクプレスキッチ事件も含めて論じたことがあるが、本稿では慣習国際法の同定における文脈という観点から、再び取り上げることにした。江藤淳一「マルテンス条項」村瀬信也・真山全『武力紛争の国際法』（2004年）58頁。

(67) Prosecutor v. Zoran Kpreskic et al., Judgement, 14 January 2000 (Case No. IT-95-16-T).

すことを避けられないとき、(iii) 少なくともいくつかの当局によれば、文民が正当に復仇の対象になりうる時、である (522)。裁判所は、(i) の文民の権利濫用に関しては、病院からの攻撃などの例を挙げて簡単に説明し (523) (ii) の付随的損害の説明のなかで、本件において中心的な役割を果たす原則や条項の説明を行っている。

それによれば、国際法は、軍事目標を攻撃する際に不注意により必要のない損害を文民が被ることのないように合理的な注意を払うことを命じる一般原則を包含している。この原則は、均衡性の原則や無差別な戦闘手段・方法の禁止とともに適用され、これらの原則は第 1 追加議定書 (API) 57 条と 58 条に一定程度詳述されている。裁判部は、この議定書の未批准国も含めて、いかなる国も両規定に異を唱えておらず、慣習国際法の一部であると思われると指摘した。その一方、裁判部は、両規定も、その適用を最後は攻撃する当事者の判断に委ねており、交戦者に裁量の余地を与えているとの見方を示し、この厳密でない (loose) 国際法<sup>(68)</sup> の解釈適用に際しては、ICJ がいくつかの事件で強調してきた (マルテンス条項に由来する) 「人道の基本的考慮」を十分に利用すべきだと論じた (524)。

これに加え、マルテンス条項はいまや慣習国際法の一部であり、この条項のなかの「人道の諸原則」と「公共良心の要求」は、独立した法源とはいえないが、国際人道法の規則が十分に厳密でないときは、これらの原則と要求を参照するよう求めると述べた。API の 57 条や 58 条の規定は、交戦者を攻撃する裁量権をできるだけ狭く解釈し、文民に与えられる保護を拡大するように解釈されなければならないとする (525-26)。

このように文民保護に関する一般的な考察を行ったうえで、裁判部は、(iii) の文民に対する復仇の検討に進む。まず API の 51 条 6 項と 52 条 6 項

---

(68) この判決に対し痛切な批判を加えているカールスホーベンは、57 条と 58 条の規定に関し、判決が loose な規定だと説明した点に強く反発した。とくに 57 条は、外交官、将校、法律家、医療者の間での長時間にわたる集中的な交渉の結果であって、この骨の折れる過程の結果が、軍事的に受け入れ可能と判断される、攻撃者の手を縛る一連の詳細な規則であると指摘した。この記述はあきれたものだという趣旨である。F.Kalshoven, Reprisals and the Protection of Civilians: Two Recent Decisions of the Yugoslavia Tribunal, L. C. Vohra et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man* (2003), p. 498.

の規定により文民に対する復仇が禁止されていると説明したうえで、これらの規定が慣習国際法を宣言したものではないとしても、その後国際法の一般規則に移行したかを検討する。しかし、裁判所は、この点に関し慣行（*usus*）が形成されたという見解を一貫して支持する、一体となった国家実行が最近生じたとは考えられないことを認めた（527）。

しかし、裁判所は、ここからマルテンス条項が役割を果たす領域だと述べる。この条項は、国家実行が乏しいか、または、一致していなくても、人道の要求または公共良心の要求の圧力の下で、慣習過程を通じ国際人道法の諸原則が出現しうることを明確に示す。そして、*opinio necessitatis* という形における他の要素が、人道または公共良心の命令の結果として、人道法の一般的な規則または原則の出現の到来を告げる決定的要素となることがある（527）。

最後に、裁判部は、過去における文民に対する復仇のささやかな正当化事由として、それが敵に対して違法な戦争行為を放棄させる唯一の実効的な手段であったことを認める。しかし、いまは遵守を誘導する手段は、より広く利用できるようになっており、かなり有効になりつつあるとして、国内・国際の裁判所による戦争犯罪や人道に対する犯罪の訴追・処罰を挙げた。この手段は、限られてはいるものの、少なくとも国際人道法の最もあからさまな違反を抑止する目的に資すると評価した（530）。

以上を前提として、裁判所は、具体的に法的確信または *opinio necessitatis* の検討に移る。第1に、文民に対する復仇の禁止に関する証拠として取り上げられたのは、API以前から文民に対する復仇は許されないとしていた多数の国の軍事マニュアル（違う立場を示すマニュアル（英・豪）や米国高官の見解にも言及（注784, 785））、大多数により採択された、文民を復仇の対象とすべきでないとする1970年の国連総会決議、多数諸国がAPIを批准した事実（ただし、英国の51条・55条に対する留保を注記する（787））、イラク戦争に関し1983年にICRCがジュネーブ諸条約加盟国に配布した覚書、である。

第2は、武力紛争に参加した諸国が、過去50年にわたり通常は戦闘地域の文民に対する復仇を差し控えてきたことである。その例外として、イラン・イラク戦争におけるイラクによる主張、並びに、フランスや米国による

「抽象的、仮定的」主張を挙げた。しかし、人道の要求と公共良心の要求により、いまでは、ある段階まで復讐を排除する意図をもたなかった諸国をも拘束する慣習法規則の形成をもたらしたと結論する。このほかにも、ILCがジュネーブ諸条約共通3条につき示した見解や、ニカラグア事件のICJの立場にも触れている(532-534)。

以上が、この事件における裁判部の慣習国際法の同定の手法である。ILCは、2要素(とくに国家実行)が確固として証明されていない場合でも、慣習国際法の規則の誕生を認める意向を示したものとしてこの判決に言及した(ただし、もちろん、このような意向を認める趣旨ではない)<sup>(69)</sup>。これに対し、ICRCは、文民に対する復讐を具体的に禁止する慣習規則の結晶化を結論するのは困難だと述べるものの、それを支持する傾向は存在するようみえると指摘し、ICTYのマルチック事件やクプレスキッチ事件は文民に対する復讐を非難し違法とする一連の実行に合致した重要な兆候であると論じた<sup>(70)</sup>。

こうした評価は別として、ここで指摘したいのは、裁判部がこの問題の全体の文脈をどのように捉えたのかという点である。裁判部は、「国際法上の義務の人間化」への漸進的傾向を指摘し、第1次大戦後、戦争法の適用は交戦者間の相互主義への依拠から離れ、相手が諸規則を無視する場合でも、自国はそれらを適用するようになった点を指摘している。この転換は、国際人道法の諸規範は、国益の保護ではなく、主として人間としての個人の利益のために設計されていることが諸国に明らかになったのがその理由である。ここから軍事的必要性から人道の諸原則に圧倒的に傾いた全体の文脈の設定が行われている(518)。

このような文脈の設定は、まったく的外れとはいえないとしても、もう一方の原則たる軍事的必要性に対する考慮を欠いていると言わざるをえない。この点に関しては、裁判部は、さきに触れたように、現在では裁判による訴追・処罰により実効性が確保されるので、戦時復讐は軍事的必要性がないと

---

(69) First Report of the Special Rapporteur, A/CN.4/663, para. 70.

(70) J-M, Henckaers and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, p. 523.

の見方を示した。しかし、裁判制度の存在にもかかわらず、残虐な戦争犯罪は相変わらず絶えることがない現状を考えると、この理解は直ちには受け入れ難い。英国が、この事件に直接関係しないにもかかわらず、国家実行を無視したこの判決に反対を表明したのは、そのことを示しているといえよう<sup>(71)</sup>。

この事件は、非国際的武力紛争における文民に対する復讐の事例である。APII に復讐に関する規定がないのは、長きにわたりこの問題に対する諸国の見解の一致が得られず、条文化ができなかったからである。このことを考えると、この問題に関し復讐を禁止する慣習国際法を論証するのを断念して、むしろ法の欠缺を認めたとうえで、それを補充する方向で関連する規定を考慮するのが妥当であったというカールスホーベンの指摘は首肯できる<sup>(72)</sup>。裁判所は、立法者の代わりはできないことを想起すべき事例ともいえる。

## (2) フォファナ及びコンデワ (Fofana and Kondewa) 事件

クブレスキッチ事件とは対照的な議論は、非国際的武力紛争を扱ったシエラレオネ特別裁判所の事件にみられる。この事件の争点の1つとして、APII に規定された略奪 (pillage) の禁止が、放火による財産の破壊を含むかという問題があった。第1審裁判部は、略奪の本質的要素は違法な財産の盗取であり、放火による財産の破壊は略奪を構成しないと判示した。これに対し、検察官が上訴し、APII の規定の解釈によりこの禁止は文民の財産の破壊を含むと申し立てた。

検察官は、上訴趣意書のなかで、一般論として次のような議論を行った。略奪の禁止は、国際人道法の一般的な目的、すなわち、紛争に参加していない者、とくに文民の保護の一側面である。つまり、文民はその財産の損失が

(71) 英国の武力紛争法マニュアルは、この事件での「裁判所の論証は、説得力を欠き、慣習法に禁止があるとの断言は存在する国家実行の大部分を無視している。英国は、この判決のなかで述べられた立場を受け入れない」と説明している。United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, p. 421, ft62.

(72) F. Kalshoven, *supra* note 68, pp. 508-09.

ら保護されるべきということである。戦争において財産の損失を被る一つの悪質な態様は窃盗と略奪ではある。しかし、略奪を禁止する規則の目的が財産の損失からの保護であるとすれば、財産が破壊されたか、盗取されたかに違いはないはずである(6.4)。

この議論を出発点として、英語辞書、豪州・加・英国の3カ国の軍事マニュアル、ニュールンベルグの米国軍事裁判所の判決を検討し、略奪が破壊を含む可能性を指摘した(6.5-6.8)。これに続き、ジュネーブ諸条約と追加議定書の諸規定を検討し、APIIの4条2項(g)の略奪禁止の規定以外に、非国際的武力紛争中の財産の破壊を明示に禁止する規定がないことを確認した(6.10)。そのうえで、ICRCの『慣習国際人道法(第1巻)』に基づき、慣習国際法は、国際・非国際を問わず、紛争中に「絶対的な軍事的必要性がないかぎり、敵の財産の破壊または押収を禁止する」と説明し、このためAPIIが財産の破壊の禁止を含まないとすると、それは説明のつかない欠缺を残すものとなるろうと論じ、上訴裁判部がこの欠缺を補充すべくAPIIを解釈するように求めた(6.11-6.13)。

これを受け、上訴裁判部は、略奪の禁止と軍事的必要性によって正当と認められない破壊の禁止の関係について検討する。最初に、両者が国際人道法の規則であり、本件の非国際的武力紛争にも適用されると認めたが、他方、両者が歴史的に区別して定められてきた点に注目した。これは、米国のリーバー法典から始まり、1874年のブリュッセル宣言、1880年のオックスフォード・マニュアルを経て、1907年のハーグ陸戦規則まで一貫している。ハーグ陸戦規則の23条(g)は、「戦争の必要上万已むを得ざる場合を除くの外敵の財産を破壊し又は押収すること」を禁止し、47条は「掠奪は、これを厳禁す」と定めている(389-92)。

GCIVも、33条2では「略奪は、禁止する」と定め、財産の破壊は、「その破壊が軍事行動によって絶対に必要とされる場合を除く外、禁止する」と定める。しかし、APIIは、4条2項(g)で略奪は禁止する項目に列挙するが、単なる財産の破壊を明示に禁止する規定はない。これに関しては、ICRCのコメンタリーによれば、APIIの13条が定める文民の一般的保護の規定が適用され、区別原則や比例性の原則を含む一般原則により、文民が占

有する住居、学校その他の建物につき、それが正当な軍事目標でない限り攻撃は禁止されると説明されている（393-95）。

裁判部によれば、この略奪の禁止と文民の財産の破壊の禁止は、個人の財産の破壊から生ずる苦痛をなくすために意図されたもので関連性をもつ。しかし、略奪の絶対的禁止と軍事的必要性を条件とした文民の財産の破壊の限定的な禁止は区別される。前者は、論理的には、後者を含まないものであり、条約法（関連条約をさす）において両者は別個のもののみなされてきたことを示す。これに加えて、他の国際裁判所と国家実行での略奪の解釈もまた、略奪がとくに不法な盗取に関係し、破壊の行為を含みえないことを示していると認定した。ICTY では、1件だけが破壊行為を略奪として挙げたが、それは傍論であり、その後の事件でそれに従うものはなかったと付言した（396-401）。

さらに、裁判部は、国際刑事裁判所規程の準備委員会が、略奪の戦争犯罪の要素として、違反者が一定の財産を盗取したことを挙げていることを指摘し、これはそこに出席したすべての諸国の法的確信の有益な指標であることを指摘し、また、ICRC の国家実行の調査にふれて、略奪は窃盗を禁止する法の一般原則の具体的適用であり、私用のための財産の盗取にかかわるといふ ICRC の結論に言及した（403-04）。

裁判部は、略奪の禁止は財産の破壊を含むとして検察官が挙げた豪州・加・英国の軍事マニュアルに関しては、北海大陸棚事件で示された広範かつ均一な実行にはあたらないとして斥けた。また、それに加え、豪州と加は、文書によって略奪の意味につき異なる見解を示していること、また、英国は略奪を窃盗に関係づけていることを説明し、これら3カ国の国家実行には不一致があることも指摘した（403-06）。さらに、シエラレオーネ特別裁判所規程は、GC 共通3条や APII に規定がない場合でも、同国の法律に基づき特別裁判所が管轄権を行使できると規定し、そこに財産の破壊が含まれていることから、財産の破壊の禁止が略奪の禁止に含まれないことを示すと付言している（407-08）。

結論として、上訴裁判部は、略奪の犯罪の不可欠な要素は、違法な財産の取得であり、したがって、法の問題として取得にあたらぬ放火や他の財産

の破壊は、国際刑事法上の略奪を構成しえないと認定した(409)。

以上のとおり、本件では、検察官は、略奪の禁止と軍事的必要性によって正当と認められない破壊の禁止をともに文民保護のための規定として性格づけ、これに基づき、両者を一括して、慣習国際法の同定の全体の文脈に設定することを試みた。その理由は、略奪の禁止は、APII4 条の基本的な保障が与えられる行為のなかに明記されており、裁判所規程上 APII に反する戦争犯罪に該当するのに対し、軍事的必要性によって正当と認められない破壊はそれには該当しないことにあった。したがって、裁判所が本件の放火のような破壊を APII 上の戦争犯罪として裁くためには、略奪のなかに破壊が含まれるという主張を行う必要があった。

本件は、このような理由から、検察官が、略奪と破壊を同じ犯罪類型とするために、やや強引に両者を文民の保護に一括して、それを全体の文脈に設定した事例である。裁判部は、上記のとおり、さまざまな証拠に基づき、両者が別個の犯罪であることを証明し、両者を同一に扱う慣習国際法の存在を否定した。歴史を通じて一貫して絶対的禁止とされてきた略奪と軍事的必要性によって許されてきた破壊を区別して扱うのは当然ではある。裁判部は、それを確認するため国家実行の検討を慎重かつ綿密に行ったという評価ができるだろう。

武力紛争法に関する慣習国際法の同定に困難があることが指摘されてきた<sup>(73)</sup>。それは、そもそも戦闘地域での軍隊の行動に関し証拠を収集することが難しいこと、また、武力紛争法の多くは禁止規範であるため、その証拠の多くも無行為(その行為をしないこと)となり、その無行為が法的義務の意識を伴っていることを証明することが難しいこと、である。そのため、慣習国際法の同定は、軍事マニュアル、条約規定、ICRC などの文書を通じて行われる場合が多くなるが、本件もその例外ではない。

---

(73) First Report of the Special Rapporteur A/CN.4/633, para. 19, note 35.

## おわりに

本稿の第1の課題は、ILCの慣習国際法の同定に関する「結論」3が慣習国際法の同定の際に考慮を求めている全体の文脈とは何かを明らかにすることであった。ILCの起草過程と注釈を通じて、全体の文脈のなかに検討対象の基礎にある国際法の原則が含まれることは明らかになった。全体の文脈がこれに限定されるかは明らかではないが、これにより考察の対象が一応は明らかになった。

第2の課題は、この全体の文脈がどのように考慮されるかであった。これに関しては、ILC起草過程と注釈を検討しても、そこに取り上げられる判例等以外には手掛かりはなかった。本稿では、そうした判例を含めて、3つの分野について、実際に全体の文脈がどのように考慮されているかの検討を試みた。分野によって文脈の考慮の仕方に違いがあるのは確認することができた。ただ、いずれの分野に関しても文脈の設定が難しい作業であることがわかった。

慣習国際法の同定のための文脈は、分野によりその進展の違いはあるものの、常に変わりつつある。そのなかで、裁判所は、特定の時点で慣習国際法を同定することに伴う困難と格闘せざるを得ない。本稿で取り上げた分野は限られているが、それでも、それぞれの分野において直面している問題があることが明らかになった。慣習国際法の同定に際して、全体の文脈を考慮することの重要性を確認できたことで本稿の課題が一応達成できたと考える。

最後に、ILCの「結論」は、その目的の1つであった国際法の専門家以外の法律関係者に何らかの指針を提供することができたかという問題がある。本稿は、慣習国際法の同定における証拠の評価のような具体的な問題はほとんど扱っていないので、これに答えるのは難しい。しかし、その大本の問題に関し、難しい問題が山積していることを考えると、この「結論」が有益な指針を提供するものであるとは言い難い。しかし、慣習国際法の同定に関し、現在直面している課題について考える手がかりを与えたとはいえるかもしれない。

(上智大学法学部教授)