

第二部 国際法の形成

## 導入・慣習法

### はじめに

用語の問題 法源・形式的法源・実質的法源

ICJ 規程第38条 資料

### 慣習法規則成立に関する理論的議論

伝統的議論 二要素論 実行+法的信念 藤田 pp. 29-30

法的信念の必要性 「規則性がある」ことと「規則である」こととの違い

・「内的視点」「外的視点」 Hart

・帰納法の限界 Karl Popper

実行の必要性 それほど自明でない

実行必要説 ・規範の実効性を確保するため

・法的信念の確認は実行を離れては不可能

実行不要説 法的信念があれば実行がなくても慣習法は成立する

背景 ・意思主義 意思が拘束力の根拠 慣習法 = 黙示の合意

・国際関係の緊密化 早急に規制を成立させる必要

検討 法的信念の内容理解に応じて検討する必要 藤田 pp. 32-33

・「法的信念 = 同意」(主観主義)の難点 国際法の基盤を否定

例 アパルトヘイト禁止が説明できない

・客観主義 慣習は社会生活上の必要性の現れ

慣習法の成立根拠と成立要素との区別

客観主義のメリット 現実に合致

客観主義のデメリット 藤田 p. 33

そもそもこの二つの要素は区別できるのか

・理論的疑問 観察の理論負荷性

・実践的疑問 実行を離れて法的信念を認定することができるか

### 実践的問題 証拠の問題

北海大陸棚事件 判例 37

国家性の要件に「自決権を侵害していないこと」は含まれるか

政治犯不引渡 尹秀吉事件 判例 50

慣習法成立の議論をする際には、常に法的信念の根拠を明示するよう努力せよ