



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際法規の一般化における規範的正当化の構成と機能（１）：国際法規範の一般化を規定する要因として
Author(s)	小森, 光夫
Citation	北大法学論集, 70(3), 125-176
Issue Date	2019-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75589
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_3_04_Komori.pdf



国際法規の一般化における 規範的正当化の構成と機能（１）

—— 国際法規範の一般化を規定する要因として ——

小 森 光 夫

目 次

はじめに

- １）問題の所在
- ２）規範的正当化要因の検討における課題
- I 一般国際法秩序が必要であるという前提の正当化
 - １ 国際法主体の基本的地位の構成
 - １）主権の位置づけ
 - ２）国際法の基本主体の特定
 - ３）国際法主体論から見た国家主権と基本的人権の位置づけ
 - ２ 国際社会全体の利益の認識と正当化要因
 - １）不特定多数当事者への利益の侵害行為に対する規制
 - ２）正当な法益の部分的侵害を全体秩序の侵害とする認識の正当化
 - ３）グローバルな配分問題としての正当化
 - ４）価値としての普遍性論に基づく一般性の正当化
 - ５）秩序維持促進的理由による一般化の必要性（以上、本号）
- II 制度構成の一般化に関わる正当化要因
 - １ 制度の基本目的との整合性
 - １）論理的整合性による正当化
 - ２）制度的一体性による正当化
 - ２ 規定の定式化における一般化可能性
 - １）一般化可能な用語と適用に関わる事情
 - ２）規定の抽象性と明確性の選択と一般化可能性
 - ３）一般原則に対する例外の位置づけと正当化

おわりに

はじめに

1) 問題の所在

特定の制度や規則が国際社会全体に妥当する一般国際法上の制度や規則として存在すると位置づけるためには、特に、それらの制度や規則に拘束されることを認めない国がある場合であっても、それらがなお国際社会全体に妥当していると論ずるためには、その一般性を正当化する理由とその効力を権威づける基盤を共有することが不可欠である。しかも、一般国際法上の制度は、一般的な認識としては任意法規として位置づけられながらも、実際には国際的な公的秩序形成の機能を持つゆえに¹、国際社会全体に及ぶ公権力のないところでの規範的正当化と権威づけは、実際にも理論的にもつねに大きな問題を抱えてきた。19世紀以降の国際法論が、この一般国際法の存在を慣習法概念に依拠して論じてきたことの問題はすでに別稿で論じてきた²。

そこで強調した主論点を簡潔に言えば次の点である。即ち、国際社会全体に適用される一般国際法規の存在は、慣習法概念に依拠する一方で、慣習法規を一般法規として認識できるように、慣習法概念に固有とされてきた慣行と法的確信の2要件を操作するという方法を用いた。しかしその方法が問題なのは、なぜその一般国際法制度や法規が必要かという問題が論じられていないだけでなく、国際社会の構造や環境の変化に対応する一般国際法制度の対応が捉えにくいことである。それゆえに以下では、一般国際法としての慣習法の形成と存在の同定は、一般国際法秩序や一般法規の必要性の認識を明確にし、さらに一般法規の形成は規範の一般化の問題として捉えた上で、個々の制度や規則を規範的に正当化する理由とその拘束性を権威づけることの必要性およびそれらの構成要因について検討する。

ところで、そのような方法を用いるのは以下の2つの考慮に基づいて

¹ この点については、拙著『一般国際法秩序の変容』信山社（2015年）、第5章「国際法における強行規範」参照。

² 拙稿「一般国際法の法源の慣習法への限定とその理論的影響」、千葉大学法学論集8巻3号、1994年。

いる。第1は、条約の締結や国内立法における権限や手続のように、特定の要素に一定の機能を与えた上でその形式条件を一般要件として構成することが難しい一般国際法形成においては、反対に個々の機能を軸にしてそれらの機能を支える要素を明確にする方が、理論構成としても実際の判断においても有効であると考えからである。そして、従来のような既定の要件論に基づく実定法と非法の峻別ではなく、各々の機能を持つ要素に基礎づけられた制度や規則が正当化においてどれほど強いのか、拘束性の権威づけにおいてどれほどの重みを持つかという点から一般国際法規の効果すなわち実定性を論ずる方が、現在の一般国際法論の実情に適合していると考えからである。なぜなら、国際法形成の場合は、一体としての統治組織が行う国内立法と異なり、立法条約であっても問題の制度領域ごとに異なる場で法形成がなされ、しかもその authority は直接にはそれに同意した当事国間で認められるにすぎない。その点で、国際社会全体を統治する権限組織のない国際法秩序では、規範の authority の一般性は権威づけの機能を持つ要素を踏まえて個々に解釈的に構成せざるを得ないからである。

第2は、個々の法規の一般性の判断と制度全体との関係に関わる点である。従来の慣習法の要件論では、一般法制度に関係する特定の規則や権利・義務の規定が慣習法化しているかどうかを判断する問題と、抽象的な原則や個別の規則を含む制度全体の一般性について判断する問題は、必ずしも一体の問題としては扱われてこなかった。例えば、ICJの北海大陸棚事件においては、大陸棚条約の1条から3条までは慣習法原則として確立しているが、大陸棚境界画定に関わる6条の規則は慣習法規として確立していないと判示された。あるいはフェアドロスが慣習国際法の妥当根拠は一律ではないと指摘したように³、制度の基本原則などの抽象的な規範と制度内の個別の規則について、慣習法規としての妥当は必ずしも一律ではない基準に基づいて判断されてきた。しかし、現在のように法典化条約や多数国間条約を軸として展開する一般国際法においては、国際法制度や国際法規の妥当は相互に関連し合っていること、

³ Alfred Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des Universellen Völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht, *ZaöRVr* (1969), p. 649.

およびその妥当基盤に整合性が求められることが多い。その点を踏まえれば、個々の国際法規の一般国際法規としての妥当は、判断基準を一律化する必要があるかどうかを含めて、その規則を包摂するかまたはその規則が影響を受ける一般国際法の制度全体との関連で論ぜられなければならないと考えるからである。

このように、一般国際法規の存在を規範の一般化の問題として捉え、そのプロセスを構成する要因を明確にする上では、規範的な正当化を基礎づける要因とその拘束性を基礎づける要因が、どのような形でまたどの程度連関しているかを分析することが必要であるが、本稿では、まず正当化要因の構成を論ずる。

2) 規範的正当化要因の検討における課題

ところで、特定の制度や規則が国際社会全体に妥当する一般国際法上の制度や規則として存在すると位置づけられるためには、まずは、それらの制度や規則が、それらに拘束されることを認めない国がある場合であっても、なお国際社会全体に妥当すべきとすること、その意味で一般化すべきことの正当化理由がなければならない。

最近の国際法形成においては、一般国際法秩序が必要であるという認識、言い換えれば特定の秩序を維持することまたは特定の規則を遵守することが、国際社会全体に共通の問題であるとする認識が形成されるとともに、それらの多くは多数国間条約の形でその制度化が図られてきた。その場合、一般国際法秩序が必要であるという認識は、具体的には、それらの制度化を進めることが国際社会全体の共通利益もしくは国際共同体の公益であるという概念に依拠して示されてきた⁴。

具体的な制度や規則の形成が何を契機にして国際共同体の共通利益として認識されるか、またその認識がどの程度に強固なものであるかは制度によって一様ではない。何を契機にして国際共同体の共通利益の認識

⁴ James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International law*, AIL-Pocket 2014, p. 325. Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *Recueil des Cours de la Haye*, 250 (1994), pp. 221 ~ 384.

が問題になるかをこれまでの国際法形成を踏まえて見れば、それらは大別して5つの問題領域に分けられる。第1は、国際関係の基本単位の間での関係設定にとって重要な意味を持つ国際法システムの基本枠組、即ち立憲的な原則を構成する主権者としての国際法主体の基本的権利義務を明確にし、その上で等しきものは等しくとする正義定式の適用範囲を特定する場合、第2は、特定の行為が他国の主権その他の権利を侵害するだけでなく、国際秩序全体の利益を損なう行為として位置づけられる場合、第3は、国際的な資源の利用や権限の配分のように、特定の当事者の一方的利用あるいは規則の不遵守は必然的に任意の第三者の利益や既存の権利に影響を与えるなどの事態が生じることによって、新たな配分の制度化や規制の必要性が問題になる場合、第4は、国際人権の保護のように、それ自体が普遍的価値あるいは正義として認識されることによって、その価値を実現することが国際社会の共通利益であるとしてその制度化が問題になる場合、そして第5は、例えば交通規則のように、規則内容の正当性の強さよりも、規則の相違がもたらす紛争を回避することや秩序維持の効率性など、秩序維持を促進すること facilitative が主たる理由で一般化が必要とされる場合である。ただし、これらは問題領域の区別であって、実際の法形成では複数の契機が重なることがしばしばである。

また、制度や規則が一般化すべきだという規範的要請の強さには、一般法秩序がなければならないという要請から一般法秩序として妥当することが望ましいという要請まで、程度の問題がある。その程度の強弱は、何が立憲的な原則として位置づけられるかにも拠るが、要請を正当化する理由の強さや、要請が問題になる事実状況や正当化の文脈をいかに認識するのが正当であるかという解釈の問題に関係する。

このように、制度や規則を国際社会全体に妥当する制度や規則として一般化すべきであるという規範的要請においては、それが問題になる契機やその強さは一様ではない。それは、制度や規則の一般化のプロセスの違いに応じてそれを基礎づける要素が一様ではないこと、従って一般化の機能を支える構成要素が一様ではないことを意味する。それゆえ個々の制度の一般性の正当化がどの文脈で問題になり、またそれぞれの文脈でいかなる要因が条件として求められるかを特定するためには、規

範の一般化に関わる正当化の平面の違い、およびそれぞれの平面において問題になる正当化の構成要素が持つ作用を、予め理論的に明確しておくことが必要になる。

ここで正当化の平面の違いとは次のことを意味する。一般に、制度構成においては基本原則 principle と規則 rule の機能が異なることが論じられるように、理論的には同じ規範の一般化問題においても、規範の機能の違いに応じて必要となる正当化の課題が異なる。それを正当化の平面の違いの問題として捉えれば、主権国家の併存を前提とする水平的構造の国際社会において、必ずしもすべての国の同意に基づかない一般国際法秩序が妥当すべきことを論ずる場合、その正当化には国際法制度の構成に照らして3つの平面がある。第1は、主権国家の併存を前提とする水平構造の国際社会において、なぜ国際社会全体を規律する制度や規則が必要かという基本前提に関わる正当化の面である。第2は、その基本前提が基礎づけられた場合に、その制度内容をどのように構成すべきかに関わる正当化の面である。そこでは、制度の基本枠組の下で具体的な利害の対立を調整するために、一般国際法上の制度や規則の法的構成をどうすべきかが主たる問題になる。そして第3は、既に存在する一般国際法の制度や法規を変更しようとする要求がなされた場合に、既存の制度や法規を一般国際法規としての位置づけおよび新たな要求の一般化に関わる正当化の面である。

それに対して、正当化の構成要素の作用については、制度や規則の一般性を基礎づける正当化において、その理由が制度目的とどのような関係にあるか、あるいはどの要素が重要な役割を果たしているかなどが問題になる。そこでは、例えば人権保護のように、制度内容が価値的に一般的であるべきだという認識の下に、それを正当化する理由が制度内在的な理由として論じられるかという点、あるいは例えば道路の左側通行規則のように、制度規則自体の価値的優位性が正当化の直接の課題にはならないにも拘わらず、紛争を回避するために秩序維持を優先するなど、一般規則を必要とする理由が規則内容とは別の外在的な理由によって論じられるかなどの点が問題になる。

そして、この正当化理由の性格の違いは、後述のように正当化の各平面で問題になるゆえに、こうした理由の構成要素を論ずることは、国際

法規の一般化のプロセスおよび変化のプロセスを明確にする上でも大きな意味を持つと考える。以下では、実定法としての一般国際法秩序の構築を目的とする多数国間条約などの国際法形成を手懸かりにしながら、それらの要素を実際の機能に即して再構成するための試論を述べてみたい。

I 一般国際法秩序が必要であるという前提の正当化と論点

特定の秩序を維持することまたは特定の規則を遵守することが国際社会全体の共通利益になるとか、それらがすべての国家もしくは国際共同体に共通の問題であるなどの認識が生み出される実際的な契機になるのが上述の5つの場合である。即ち、第1は、国際法システムにおいて基本となる単位の基本的な法的地位、即ち基本的権利義務を明確にし、その上で正義定式が適用される範囲を特定する場合であり、第2は、特定の行為がその対象国の権利だけでなく国際法秩序全体の利益を損なうと認識される場合、あるいは特定の行為を規制しない場合には不特定の他者の利益や地球的規模の利益に影響を与えると認識される場合、第3は、国際的な資源配分などにおいて、問題が当事者間相互の調整だけの問題ではないという認識が一般化する場合、第4は、価値や基準の普遍性の観念に基づいてそれらの価値や基準を実現することが国際社会の共通目的として要請されるという認識、あるいはそれらの基準を遵守しないことが国際正義基に反するという認識が一般化する場合、そして第5は、価値的な面での優位性に関わりなく、秩序維持の促進や秩序の一体性の確保のために基準の一般化を必要とする場合である⁵。

もっともこの5つの場合は、同じく一般法秩序の必要性の正当化に関

⁵ 国際法システムの正当性問題はブキャナンによって詳細に論じられているが、彼の論ずる国際法システムの正当性 legitimacy of international legal system は、国際法システムそれ自体の正当性基盤を論ずるのに対して、ここで論ずる正当化問題はいわば国際法システム自体の正当性論の一般化の平面へ応用の問題である。参照 Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination ~ Moral Foundations for International Law*, Oxford UP, 2003, pp. 145-202.

わる場合ではあっても、そこで問題になる一般法秩序は、国内法における憲法と公法の違いと同じように、制度の機能の次元が異なる。それゆえ、国際法の constitutional な構成に関わる第1の場合については、複数の基本的問題が関わるために1項で「国際法主体の基本的地位の構成と正義定式の適用の正当化」の問題として論じ、第2から第5の場合は、2項で「国際社会全体の利益の認識と正当化」というひとまとめでした項目の下に論ずることにする。

さて、以上に述べたように、一般国際法制度、一般国際法規の必要性の問題をその手懸かりとなる要因から議論をはじめるのは、それらを実定国際法上の問題として論ずるためには、今は、どこまで制度化が可能であるか、各国の主権をどこまで規制できるかという具体的な論点から論ずることが必要と考えるからである。

それゆえ、その問題を実際の制度形成の動きと結びつけて論ずるために、上記5つの場合それぞれについて次のように論点を設定する。第1は、何を国際法システムの立憲的原則とし、また正義定式が適用される実在 entity の等しさを何に基づいて判断するかという論点。第2は、各国の基本権を含む権利や利益の保護を目的として特定の行為を規制する規則について、どのような理由に基づいて、それらを遵守することが国際社会全体の利益になると言えるのか、あるいは特定の規則を逸脱する行為が国際社会全体の秩序を侵害する行為として構成できるかという論点。第3は、制度が国際的な資源や権限の配分問題に関わり、当該問題の制度化が合意した当事国間の相互的な法的関係の形成に止まらないことを論じられるか否かという論点。第4は、一般化の必要性を正当化するために普遍性を持つと主張される価値論が、各国家の自由の立場を価値相対主義に基づいて支える議論を克服できるか否かという論点。第5は、秩序維持を促進する要因がなぜ他の要求に優先するかという論点である。換言すれば、一般国際法秩序の正当化は、一般国際法秩序を否定する主張に対してどのように答えれば一般国際法秩序を構築できるかを理由づける問題、あるいは概念論としては、個別主義的な秩序論に基づき構成された国際法上の主権概念を一般国際法秩序の必要性を基礎づける要因に基づいて再構成する問題である。

その再構成において、以上の論点を設定するのは、自然法論のような

超越的権威、絶対的価値を予め前提する法システムに依拠しない現在の国際法システムの歴史的展開を次のように理解し、それを議論の起点にするからである。即ち、国際法システムが、主権概念を各国の国内法秩序および対外関係をそれぞれ排他的かつ自由に決定できる権利として規定してきたこと、その意味での主権国家を基本の単位とする水平構造の社会を前提にして論じられてきたこと、しかも現在でも主権の諸原則からの逸脱は推定されないと論じられていること⁶、その上で、一般国際法秩序については、国際関係の変化の中でそうした基本前提の適用を制約する必要性の認識に基づいて新たな法秩序が形成され、あるいは変容してきたとする理解である。

国際法秩序の一般化に関わる規範性の問題は、従来の国際法論では、一般的合意や黙示の合意という形で慣行の規範化の要件としての規範意識が存在しているかという事実の確認の問題として論じられ、規範の権威づけの機能と区別されずに論じられてきた。それに対し、以上の論点の構成は、各プロセスを構成する要因の機能を明確にするために、実際には結びついている規範性の基盤を支える規範的正当化要因と制度の実効性を支える権威づける要因を、分析の便宜のために切り離して論ずることを企図する。その点で、この論点の構成は、慣習国際法論において国際法規の規範的一般化を基礎づける規範意識の機能を、規範的正当化の面から再構成するにすぎない。その点で、この論点構成は、国内法制度において、主権者としての個人が権威としての国家権力もしくは政治権力に対してしてその支配の正当性を問題にする場合の方向とほとんど同じである。

1 国際法主体の基本的地位の構成

いかなる法制度においても、その制度が法システムとして機能するためには、制度をシステムとして組織する上で constitutional な役割を持つ制度の基本枠組および制度の基本目的に適合する主体の特定、即ち制度の基本構造と主体の基本的地位を定めることが不可欠である。そして

⁶ James Crawford, *supra* note 4, p. 90.

国内法システムにおいては、そのような個々の法制度全体を規律する基本原則を規定するだけでなく、主権者と統治構造の関係を定めるのが最高法規としての憲法の役割である。もっとも、いかなる法原則および統治構造が憲法原則、憲法制度として位置づけられるかは、いかなる政治理念が国内法システムにおける支配的な理念であるかによって、時代的にも地域的にも変化してきたが、すべての当事者および国内法制度は憲法原則および憲法制度に規律される。

それゆえ、国際法の諸制度および諸規則が全体として法システムを構成しているとすれば、そこには国内法システムにおける憲法と類似の役割を持つ諸原則が存在していることになる。憲法概念を国際法学に最初に導入したとされるフェアドロスによれば、それは、国際社会の構造および権限の組織と配分を規制する制度、および共同体の基本秩序を規制する規範を意味した⁷。最近の国際法学では、その範囲をめぐり、立憲主義に基づく法制度化がグローバル化に伴い広範囲に進んでいることを論ずる議論が広くみられる⁸。そのように、実際にいかなる基本原則が国際法システム全体における constitutional な原則としての役割を持つかということは、国際法秩序がいかなる秩序理念の下に構築されるかという問題と関わり、当面する時代に何が支配的な秩序理念として認識されているかによって左右される。従って、この問題における一般化の必要性の正当化とは、何を基本秩序とすべきかという法秩序の理念の正当化の問題である。

国際法システム全体において何を constitutional な原則として位置づけるかの問題を論ずる上では、その前段として次の４つの理論的問題が主要な論点となってきた。第１に、伝統的国際法においては、国際法上の基本権が国家主権の概念の下に論じられる一方で、基本的義務は不干涉義務のように国家主権を保護する制度の面としても論じられたために、主権概念をどのように規定するかが基本権および基本的義務の位置

⁷ Bruno Simma, *supra* note 4, p. 259より引用。

⁸ Jan Klabbbers Anne Peters, and Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, OUP (2009). Ronald MacDonald and Douglas Johnstone eds., *Towards World Constitutionalism*, Martinus Nijhoff Publishers (2005).

づけにおいて大きな論点となったことである。第2に、主権の主体としての国際法主体が国家に限定されたために、国際法主体としての国家の基準が、正義定式の適用との関係で問題になってきたことである。第3に、国際法主体を国家に限定してきたことによって、近年の人権の国際的な保護に関連して、主体性の点から個人の基本権としての人権と国家の基本権との関連を国際法システムにおいてどう位置づけるかが大きな論点になってきたことである。そして第4に、国際社会には集権的な権力組織がないために、主権概念と連動して武力行使の規制が問題になってきたことである。

1) 主権の位置づけ

国際法上の基本権がヨーロッパ諸国間の関係に起源を持つ国家主権の概念によって構成された結果、基本権の位置づけに関して論じられた主要問題は、それが国際法システムの埒外にあって国家の決定の自由は法から自由であることを根拠づける概念であるか、国際法システムの枠内に位置づけられ、それゆえに国家の自由をも規律する概念であるかという問題である。この問題は、国際法の位置づけに関わる根本問題として国際法論および政治論において激しい論争があり、簡単に扱える問題ではない。此处では問題を、それぞれの理論理解が現実の事態の認識としてどの程度一般化可能かという点から要点のみを論じ、その問題をどう位置づけるべきかについて一応の判断を述べるに止めたい。

国家の主権が国際法の埒外にあるとする理解は、理論構成の違いに基づいて大別すれば3つに分けられる。1つ目は、主権者は最高の権力であり、主権者を超える権威や権力は国際社会には存在しないという主権概念の定義に起因する構成である。上からの権威に服せずに自らの立場は自由に排他的に決定できるという主権概念の定義は、そもそも国内主権者の権威を意味するものであるが、19世紀に支配的な伝統的国際法の国家主権概念においてもほとんどそのまま継承されていた。自然法論に依拠しない国際法論が対象とする国際社会においては、国家を超える権威は存在せず、それゆえ、主権国家は国際関係および国内問題について、排他的かつ自由な決定権限を持ち、国際法の規律に服するのは主権国家が自らその規則に同意した場合に限られると論じられた。しかし、

領域制度、公海制度、外交使節制度、戦時国際法規などの分野において相互主義を基本としない制度を形成した国際法の実態に照らして見て、主権国家は法の埒外にあり、常に自国の対応について自由で排他的な決定権限を持っていたと言えるであろうか。換言すれば、ボダンが述べた国内的な主権概念は、そのまま国際関係においても妥当していたと言えるであろうか。

主権平等の主権国家の併存する水平的な国際社会において、国家内の主権者と同じ意味での最高の権威・権力が存在しないことは、その前提から明らかである。しかし、国際法秩序における主権の位置づけにとって主要な問題は、国家を超える最高権威を持つ entity が国際社会に存在しないことは事実であり、また当事者がそのように認識していたとしても、そのことから、併存するすべての主権国家は実際に法を超える権威であり、何をしてもよい決定の自由を持つ地位にあったと言えるかという問題である。そしてこの問題を論ずる上で鍵になるのが、次の２つの問題である。即ち、１つは、主権概念が規範的機能を持つとした場合の法理論的問題であり、１つは、一般国際法として実際に機能を持つ国際法規に対しては主権概念が形骸化せざるを得ないという問題である。

まず第１の、主権概念が規範的機能を持つ場合の法理論的問題とは、法は主権者の命令であるとする J. オースティンの法概念に対して、H.L.A. ハートが、命令が単に事実的強制ではなく法的拘束力を持つ場合には、命令に従うべき正当な理由がなければならず、同時に主権者もその命令に拘束されると批判した点である⁹。かくて、主権を法概念として捉えるならば、主権国家も自国の要求や決定を法的権限に基づく行為として他国に遵守させるためには、他国の主権を制約する正当な理由がなければならない。他方で、国際法は法ではないと論ずれば、結果として

⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second edition, OUP (1994), pp.20 ~ 23. グッデンによれば、規則を主張する側が、他者に対してそれを法規として要求できるためには、自らもその規則を法規範として内在化していなければならない。Robert E. Goodin, Toward an International Rule of Law: Distinguishing Law-Breakers from Would-be Law-Makers, *Journal of Ethics*, No. 9, 2005, p. 229.

自国の主権も法の埒外に置かれることになる。その場合には、主権国家の併存する国際社会において水平秩序の基礎となる主権平等も法的原則にしえないことになる。その点で、主権国家平等を原則にすれば、主権国家が他国を強制する行為も、単なる事実的な力の行使ではなく法的な強制でなければならない。

また、第2の主権概念の形骸化とは、主権国家は自ら同意しない規則には拘束されないという基本認識にも拘らず、多数の国家の間で慣習法規として妥当する支配的な制度や法規には、主権国家であっても遵守を余儀なくされる場合に関わる。その場合、そうした遵守行為は黙示の同意や黙認などの法的擬制を用いて位置づけられてきた。その点で、国家主権の概念は、法規の形成においてその意思に反するものは拒否できるという実質的な意義を常に持っていた訳ではなく、また国際社会に主権国家を超える最高の権威が存在しないからといって、主権国家は国際法の埒外にあったとは言えない。言い換えれば、主権国家は、国際法の規制のないところでは自由な決定が可能であったが、規制のあるところでは、どこまで厳格に規制されるかは別として一応は法の枠内に位置づけられていた。その意味で、主権概念は、国際法秩序の規制範囲と秩序理念に規定されていたと言えよう。

2つ目は、1920年代のワイマール体制の法治主義に対抗してカール・シュミットが展開した、例外状態における決定の自由を持つことが政治の核心であり、その自由を支える主権は単なる事実であり、法に先行するという理論構成による説明、即ち、政治理論の核心を例外状況への対応に還元または限定して論ずる構成である。シュミットは、主権の定義の章の冒頭で、主権者とは例外状態で決定する人であると規定した上で¹⁰、主権が法秩序に優位することを裏づける例外状態を次のように述べる。

例外を特徴づけるのは、基本的に無制限の権威であり、それは現行秩序全体が停止することを意味する。そのような状況では、国家が残り法は退く。国家の存在は、国家が法規範の妥当性に優先することの紛れもない証拠で

¹⁰ Carl Schmitt, *Political Theology*, translated by George Schwab, Chicago UP, 1985, p. 5.

ある。国家の決定は、国家を法的紐帯から解放し、真の意味での絶対的になる。国家は、例外状態においては自存の権利に基づいて法を停止する¹¹。この指摘は、法を政治から概念的に切り離し、法秩序に純粋性を確保することによって国家法秩序および国際法秩序を維持しようとする理論に対して、逆にその態度がその基盤である国家法秩序を危機に陥れることがあると考える点では正しい。しかし、政治的なものの根幹を例外状態における決定の自由に求めるシュミットの理論は、例外状態では法の支配や民主主義の手続など通常状態の制度が通用しないことを示すことを超えて、例外状態を政治の最重要課題として一般化し、それが通常状態に優先することを論じている。それゆえに主権概念は、法の支配を排除する基軸概念として事実の問題として位置づけられる。戦争は政治の延長と捉える政治の認識はその位置づけを裏づけるように思える。

確かに例外状態では、通常状態での政治的な仕組とは異なる政治的決定のプロセスを必要とする場合がある。しかし政治システムは、実際には法の支配を維持しようとする通常状態と法の支配を制約する例外状態の間を行き来しながらも、政治権力が統治の正当性を持つこと、秩序の安定性を確保することを主要な課題としてきた。その点で、例外状態は政治の動態全体から見れば例外であるだけでなくその一部であり、政治システムは反対に通常状態に回帰するモーメントを重視する。多くの国の政治システムで、秩序の維持と安定化のために基本的には法的な制度化に頼ってきたことは歴史的な流れである。また、勢力均衡政策に基づいて、国家間の力の均衡が崩れた時には戦争に訴えても均衡を作り直そうとする18～19世紀型の国際政治も¹²、力の均衡の回復による通常状態の確保が目的であって、例外状態を常態化するためのものではない。例外状態がどの程度の規模と頻度になるかは、均衡の維持と回復の方法をどの程度制度化できているかに懸かっている。そのために、紛争の平和的解決の手続化など例外状態の拡大を抑えるための制度化も図られてきた。

もっとも、過度の法律主義が変化への柔軟性を持たないことが、政治

¹¹ *Ibid.*, p. 12.

¹² 篠田英明、『国際社会の秩序』東京大学出版会、2007年、21～28頁。

的に問題になることは言うまでもない。しかし、例外状態への対応が政治の核心であるとして例外的な対応を積極的に正当化し、法による秩序化の役割を軽視することは、歴史的に法の支配の観念がなぜ影響力を持ってきたかを説明できない。『政治神学』におけるシュミットの理論は、政治哲学の一般論としてはそうした大きな動態を考慮していないようにも思える。しかも、例外状態であれば何をしてもよいということにはならない。法は、一般に通常状態を基礎に制度化するが、その制度論では、例外状態に移行するためには一般にその逸脱を正当化する条件を課するという形式を用いる。国内法制では、戦争に訴えることへの議会の承認のようにその条件が比較的明確であるが、国家を超える権威が薄弱的な国際法システムでは、この移行を規制する制度を形式手続によって明確化することが難しい。また、法の規定の多くは不確定な部分を抱える。そのためにその境界が曖昧であるにすぎない。しかし、現代の国際法は、徐々にその例外状態の範囲を狭めてきている。しかも、基本権の性格としても、決定の排他性や自由の度合いを制約してきている。

3つ目は、合理的選択理論を用いる Goldsmith と Posner のように、国家は相手国との力関係と国家利益の判断に基づいて外交的対応を決定でき、それゆえに国際法は各国の行為を規律しているとは言えず、国際法の遵守を義務の問題として位置づけることは現象の理解としては間違いであるとする理論的説明の場合である。

彼らによれば、その説明は2つの点から論じられる。1つは、合理的選択理論によれば、国家は、国際法を遵守することが他の優先すべき国家利益を犠牲にしなければならないときは、積極的に国際法の遵守を放棄することがしばしばである。そしてもしこのことが正しければ、国際法を遵守する行為を国際法の遵守への選好という点から説明することは方法論的に適切ではないことである¹³。もう1つは、条約の採択に見られるように、国際法自体が国際的な場面における自国の自己利益の追求に基づいて形成されたものであり、その意味で国際法は国家利益に内在していることである。即ち、国際法は国家利益を制約するものではなく

¹³ Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law*, OUP, 2005, pp. 9～10.

国家利益の産物である。このことは、合理的選択理論の下では、国際法は、国家に対して自国の利益に反する遵守を牽引することはなく、国際法が達成できる可能性の範囲は国家利益の構成と力の配分によって制約されると論じられる¹⁴。

Goldsmith と Posner は、合理的選択理論を用いて以上のように述べ、主権国家は国際法の外にあることを論ずる。しかし、この議論は、合理的選択理論の応用としてだけでなく、国際法の規範認識についても基本的な間違いを犯している。1つは、同じように合理的選択理論に依拠しながらも、Guzman は、ゲームが一回限りのものではなく長期間に亘って継続する場合には、その決定において名誉、相互性、報復などの考慮せざるを得ない要因があること、しかも、条約や慣習国際法の規則を遵守するか否かの問題が名誉、相互性および報復の回避を考慮する基礎にあるとして、国際法は国家の行為選択を規定する唯一の要素ではないとしても選択に作用する1つの要因であることを認める¹⁵。そしてもう1つは、条約が各国家の利益を反映していることは事実であるとしても、ポズナーらが、そのことから直接に国際法規の遵守における自己利益に基づく決定の優位を帰結していることである。その議論では、各国が条約を締結することは、それらの利益を反映する規則が一旦国際法規として認められた場合には、条約法条約が定める固有の効果を持つことを含意していること、それゆえに、条約を逸脱することにはより大きな不利益が及ぶことを承知していることが考慮されていない。要は、ポズナーの主張の基本は、利益は各国が、独自にかつ自由に判断できるという点にある。しかし、グズマンのよう指摘するように、決定の選択段階で考慮せざるを得ない要因があるとき、各国は利益を独自に判断できる状態にあると言えるか否かが問題である。また、国際法が行為選択においてラズの言う羈束理由 mandatory reason を構成するとき¹⁶、各国は自由に判断できる状態にはない。ポズナーの見解は、各国が自国の利益判断に基づいて行動できることを一般化しえないかぎり、説明に合致する単な

¹⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵ Andrew Guzman, *How international Law Works*, OUP, 2008, pp. 33 ~ 48.

¹⁶ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, OUP, 1975.

る事例の提示であって理論としての意味はない。

以上3つの論点が示すように、実際の国際法秩序にも、国際法による規律が難しい問題領域や例外状態が事実として残されていること、その部分については法的規律が明確には及ばないかあるいは問題領域の行為について責任を問われないという問題が事実として存在することは否定できない。しかしその事実から、主権国家が直ちに国際法システム全体の枠外に置かれることは帰結しない。その点で、主権概念も、主権国家間の関係における国家の法的地位を規定する概念である限り、国際法によって規律される概念として国際法の枠内になれば法的意味は持たないことになる。法概念論的には、ハートがオースティンの主権者命令説を批判したように、主権概念が法的意味を持つためには、それ自身が法秩序に規定されていなければならない。法秩序の外に置かれた主権者は、権能としての主権そのものを持たないからである¹⁷。

主権概念が国際法上の権限として意味を持つためには、それを国際法秩序の枠内にある概念と位置づけなければならないとすれば、国際法秩序の構成にとって最初の課題は、国際法秩序に構造を作り出し、それをシステムとして組織する役割を持つ constitutional な原則を明確にすること¹⁸、およびその基本主体を特定することが必要となる。即ち、いかなる国際法秩序であれ、不完全ではあってもそれが法システムとして機能するためには、いずれかの原則を国際法秩序の枠組を構成する基本権および基本的義務として位置づけること、およびその主体の範囲を特定することが必要となる。そこでは、国際法主体にとっての基本的権利および義務として位置づけられる原則は、constitutional な原則としてすべての国際法主体に適用されることが想定されているから、一般化の必要性が問題になるのは、いずれの原則を一般国際法秩序における基本的

¹⁷ 尚、この問題については、「国際法における法の支配」を主題としたヨーロッパ国際法学会のシンポジウムにおける、Jeremy Waldron の主報告および Samantha Besson のコメントにおいて、法理論的により緻密な議論が展開されている。参照、J. Waldron, Are Sovereigns Entitled to the Benefit of International Rule of Law? 22 *EJIL*, 2011, 315 ~ 343, S. Besson, Sovereignty, International Law and Democracy, *ibid.*, 373 ~ 387.

¹⁸ Philip Allot, *Eunomia*, Cambridge UP, 1990, p. 255.

な権利および義務とすべきであることを論ずること、および基本的権利、義務の名宛人となる主体の要件を論ずることである。

ただし、主権としての基本権および基本的義務の構成を明確にする上では以下の点を考慮しなければならない。第1は、国際関係の変化と国際的なアクターの多様化とともに、国際関係論においても主権の政治的位置づけが論議の対象になり、結果として主権概念を固定的なものではなく状況に応じた機能的な概念として論じられていること¹⁹、同様に、国際法上の基本権と基本義務の構成および作用についても、他の国際アクターとの関連でその基本機能を明確化する形で論じなければならないということである。第2は、これまで国際法上の基本権および基本的義務として位置づけられた独立権、平等権、管轄権、条約締結権、交戦権および不干渉義務などのなどの諸原則は、それぞれ固有の役割を持ち、しかもその内容が国際関係や国際構造の変化に応じて変化していること、それゆえ各原則の一般化において向き合う課題は主権概念の位置づけに関わる包括的な論議における課題と必ずしも同じとは限らないことである。またその点を考えると、国際法上の constitutional な原則については、国制論や国家論における主権概念のような包括的な概念の形ではなく、国際法上の基本権および基本的義務の具体的内容とその構成によって論ずる方が、制度の一般化の必要性という点からは国際法秩序の基本的性格を明確にできること、即ち国際法秩序の基本的な目的や性格に合わせて個々の基本原則の機能を明確にできるという点である。

2) 国際法の基本主体の特定

国際法上の constitutional な原則を論ずる上での第2の問題は、その名宛人である国際法の基本主体としての要件をどう構成するかに関わる

¹⁹ Jens Bartelson, *Sovereignty as Symbolic Form*, Routledge, 2014, pp. 8 ~ 10. バルテルソンは、主権概念をめぐる議論が、将来にわたって固定的な内容を持つとする見解と将来は国家が消滅すると考える見解の間の中で、その機能面から変化可能で随伴的な概念として論じられてきたことを紹介した上で、同書の表題が示すようにそうした見解を批判し、主権概念が変化可能な内容の秩序を理念的に統合するシンボルとしての客観性を持つために、主権の規範的・事実的内容が枠づけられると論ずる (p. 14 ~ 16)。

一般化の問題である。特に、国家を含めて多様な形態で存在する政治的実在 political entities は、自然人とは異なり、構成的な概念であるため、何を国際法の基本主体とみなすか、基本主体としての条件をどのように構成するかは、国際法秩序の基本的性格に大きく関わる。なぜなら、設定される要件の如何によって、「等しきものは等しく」を基本とする正義定式に基づき「等しきもの」としての法主体の範囲を拡げることにも限定することも可能だからである。

世界的規模で見れば統治形態が異なる多数の政治的実在が存在する中で、国際法秩序が18世紀後半以降主として国家間の関係を規律する法秩序として位置づけられたことで、国際法上の基本的権利と義務の名宛人、即ち主権の名宛人は国家として認識される主体に限定されてきた²⁰。それゆえに国際法では、その国際法秩序を構成する主体としての国家をいかなる基準に基づいて認知するか、即ち国家としての要件をどのように規定するかということは constitutional な問題としての位置を占めてきた。いかなる政治的実在も国際法上の国家として位置づけられない限り国際法上の基本権を持っていないからであり、それゆえに、基本権の名宛人を特定する国家の基準は国際秩序全体として妥当性を持つものでなければならない。その点は、国家のみが法人格を持つとした19世紀の国際法論に限らず、現在のように国家以外にも国際法上の法人格を認める場合にも同様である。国際法システムにおいては、主権国家を基本単位として認めることが、主権国家の地位に挑戦するその他の代替アプローチよりも国際秩序の維持にとって望ましいと考えられているからである²¹。

ところで、名宛人としての法主体の基準が世界規模で存在する多様な政治的実在に妥当する国際法システムにおいて constitutional な問題であれば、その基準の一般的妥当性は、理念論としては国際秩序を構成する政治的実在全体およびその構成員全体が基本的権利の恩恵を享受できるように定式化されているか否かに関係する。またそれゆえに、基準が

²⁰ Roland Portmann, *Legal Personality in International law*, OUP, 2010, pp. 35 ~ 37. それによれば、学説上国際法主体を国家に限定したのはヴァッテルであり、マヴロマチス判決で明確に定式化された。

²¹ James Crawford, *Chance, Order, Change, supra.*, note 4, p. 110.

それぞれの政治的実在の地位に相違を認める場合には、その違い自体が各政治的実在に対して正当性を持つものでなければならない。しかし、国際法上の基本権および義務の名宛人としての国家基準の議論は、バルテルソンの論ずるように²²、主権概念のシンボリックな枠づけ機能のゆえに一定の制約は受けるものの、歴史的には以下のように、それぞれの時代に支配的な秩序認識や実際の考慮に影響を受けてきた。それは、一般化の必要性の観点から見れば、国家基準の一般化において何が主要な正当化の文脈になるかという問題が国際関係の動きに影響を受けてきたことを意味する。

第1は、国際法主体としての国家の基準が、歴史的には国際関係を規律する上での第一原理として論じられたというよりも、既にヨーロッパに存在した主権国家という概念とそれに対応する国制論や国制の実体を基にして論じられたことである²³。例えば、20世紀初頭の代表的な国際法の体系書であるオッペンハイムの『国際法』において、彼は、主権国家のみが国際法人格即ち国際法主体性を持つと述べた上で、国際法人格としての国家の存在を次の4つの条件を持つ政治的実在に限定する。即ち、1. 国民 people が存在すること、2. 定住する国民が存在する国 country であること、3. 国民を代表し法に基づいて統治する個人もしくは複数の人から構成される政府があること、4. 他のいかなる権威からも独立した最高の権威を持つ主権的政府がなければならないことである²⁴。この4つの条件を歴史的な文脈から離れて抽象的に見れば、それらはかなり高い一般化可能性を持つ基準と見ることもできる。しかしその基準は、基本的にはその時代のヨーロッパにおいて主権国家として認められていた国家を基礎に抽象化されたものであると同時に、18世紀後半以降のヨーロッパ諸国の国際関係の展開においては、完全主権国家と不完全主権国家の区別のように²⁵、政治的実在を主権国家とそれ以外の実

²² Jens Bartelson, *Sovereignty as Symbolic Form*, Routledge, 2014, pp. 13-18.

²³ 篠田英明『「国家主権」という思想』勁草書房（2012）、参照。

²⁴ L. Oppenheim, *International Law*, Longmans, Green and Co., 1905, pp. 100 ~ 101

²⁵ *Ibid.*, p. 99.

在とに峻別する基準として論じられた。その点から見れば、その基準の一般化に関わる正当化は限られた文脈に置かれていたことが分かる。そのために、国家の基準論は妥当性の面で2つの問題を抱えることになる。1つは、植民地支配を生み出した差別的な機能がヨーロッパ中心主義の象徴としてイデオロギー批判の対象になったことであり、もう1つは、上記の4つ目の基準で、国家として基本権を持つ条件として「他のいかなる権威からも独立した最高の権威を持つ主権的政府がなければならない」と定められていることが、不完全国家の場合のように対外的な基本権を持つことについても条件となるならば、その点が、基準構成上の理論的問題としてブラウンリーの言う循環論の問題を抱えたことである。この循環論についてブラウンリーは次のように指摘する。

国際法の主体とは、国際的権利と義務を享受し、また(a)国際請求を行うことによって権利を維持し、(b)そうした請求に従い義務違反の責任を負う権能を有する実在である。この定義は、伝統的なものではあるが、上記の指標が理論的には法人格の存在に依拠している一方で、当該権能が存在しているか否かが疑わしい場合に、それを決定する主な方法がその権能が実際に行使されているかどうかを調べることであることから、残念なことに循環的である²⁶。

このことは、国際社会のように事実上の上位権力はあっても法制度上の最上位の権力および最上位の権威のないところでは、現実の主権国家として支配力を持つものが国際法主体としての基準を決定できただけでなく、その適用上の判断においても判断権者としての立場に立ちえたことを意味している。その点で、基本権の名宛人としての国際法主体の基準の一般化についての正当性の問題は、一般法秩序をどの範囲で考えているか、および政治的な実在について主体としての地位に差別が生じる場合にその正当性をどう位置づけているかという問題に関わっていることになる。

次に、国家基準の一般化に関わる第2の問題は、18世紀以降のヨーロッパ諸国の非ヨーロッパ世界への進出に伴う国際社会の拡大過程で、それ

²⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 8th edition, OUP, 2012, p. 115.

が非ヨーロッパ世界に存在する国家もしくは政治的実在を主権国家として承認する問題と結びついたことのために、その時代の支配的国际秩序の実質的要因に大きな影響を受けたことである。そのことは基準の内容の変化を見れば明らかである。

普遍的国際法は存在するかという問いに対して、1836年に初版が出版されたホイートンの *Elements of International Law* では、「国際公法は、わずかな例外を除いて、ヨーロッパの文明人とキリスト教徒、およびヨーロッパ出身の人々に限られてきたし、現在も限られていることに変わりはない」と述べているように、国際法が適用される範囲は、文明国およびキリスト教国に限られていた²⁷。その後、ヨーロッパ諸国のアジアへの経済進出およびクリミア戦争後に締結されたパリ条約にイスラム教国のトルコが当事国になったことなどを踏まえてキリスト教国という条件が外れ、文明国であることが主権国家として承認される基準となった。国際社会における文明基準の展開を論じた G. ゴンによれば、国家基準として文明国基準が用いられたのは、主として日本や中国など非キリスト教国および非ヨーロッパ諸国で活動するヨーロッパ人の自由や尊厳および財産権の保護が、当該国の法制度において遵守されることを確保するためであり、反面そうした法的保護が確保できない国に対しては不完全国家として自国民について治外法権を認めさせるためであった²⁸。この基準が、国家承認制度の中で慣習法として確立したのは、ゴンによれば、19世紀の終わりになってからである。しかし、その後非ヨーロッパ諸国である全米の諸国の間で1934年に発効した「国家の権利および義務に関する条約」が、第1条で、「国際法上の人格としての国はその要件として、(a) 永続的住民、(b) 明確な領域、(c) 政府、及び (d) 他国と関係を取り結ぶ能力を備えなければならない」と規定し、また外国人の保護についても国際標準主義に代わって国内標準主義が強く主張されたことから、この4つの基準が一般国際法の国家基準として論じられるよ

²⁷ Henry Wheaton, *Elements of International Law*, 1st ed. Little, Brown Co., 1836, p. 18.

²⁸ Gerrit W. Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Clarendon Press, 1984, pp. 25 ~ 35.

うになった。そのことは、国家基準が、ヨーロッパの特定の文化宗教を背景にした国際法秩序を非ヨーロッパ世界に拡大し一般化する過程で、ヨーロッパ国際法秩序の維持という目的で政治的实在を判別する基準から、各政治的实在における統治能力、外交能力などの実質的で一般化しやすい基準にとって代わられたことを示している。

そして第3の問題は、反対に国連設立以後に特徴的なこととして、国際平等、国際平和維持などの新たな理念、反植民地主義に基づく人民の自決の要請、および非自治地域の独立の促進など、それぞれの国の権限に基づいて国家間の外交関係の展開や国際組織での活動を推進することが開発途上地域の経済発展と安定を促すという構想の下に、積極的に主権国家としての承認が行われたこと、またそれに米ソ両陣営の間での東西対立が絡まっていたことが、結果として国家基準の適用を曖昧化し状況化させたことである。即ちそこでは、政治的实在が一般的な国家基準に基づいて主権国家として認められるか否かが主たる問題ではなく、政治的实在を取り巻く問題状況を考慮して国家として承認されるか否かが問題になったことである。

この基準が状況化する問題は、多くの植民地独立国の領域の国境線が植民地本国によって定められた境界線を基礎にしていたことと結びついて、既存の独立国内において生じる基本権としての人民の自決権の適用に基づく国家承認および政府承認の問題にとりわけ顕著に現れた。植民地の境界線は、境界内にある複数の政治的实在の支配関係、宗教や民族などの相違などを踏まえて定められたものではなく、多くは植民地本国間の支配地域の画定を意味するものであった。そのため、植民地からの独立後に、複数の政治的实在の間の秩序維持が不安定なところでは、政権をめぐる対立あるいはそれぞれの支配地域の分離独立の形で武力紛争が頻発した結果、そうした事態の解決のための政府承認もしくは国家承認において、再び人民の自決権の適用が問題となった。

この人民の自決権の適用基準は、大別すれば相対立する2つの立場から論じられた。1つは、人民の意思こそが自決権を行使する主体である政府の権威の基礎になければならず、それゆえに政府は、人民の意思を誠実に反映する民主主義の原則に基づいて決定されるべきであると論じる。それに対し1つは、民主的な手続は理念としては望ましい方向であ

るが、政権の正当性をめぐって対立が激化する中で自由民主主義的な正統主義に基づく解決を主張することは、経験的には民主主義が平和をもたらすという理念とは逆にその攻撃的性格のために武力対立を激化させ、それゆえ民主主義や人民主権の実現にとって反対に危険であるだけでなく、当事国の平和および国際平和にとっても危険であり、実効的支配の原則 principle of effective control に基づいて決定されるべきであると論ずる。加えて、民主的な手続を持ち込んで成功した例はわずかな場合に限られており、その方式が一般化しているとする *opinio juris* は存在しないと論ずる²⁹。

このように国連以後の実行において国家基準もしくは人民の自決権の主体決定基準が状況化したのは、紛争当事者がそれぞれ固有の紛争要因を抱えていただけでなく、当事者を取り巻く周辺環境において国際秩序をいかに維持するかという要因が複合的に関係したためである。このことは、国家基準もしくは人民の自決権の主体決定基準について、一方で民主主義方式の導入による自決権主体の決定が方向として望ましいことを認めながら、他方で場合によって全体の平和維持を優先させるなど、国家もしくは政府として承認する上で考慮すべき要因が複合化したために基準一般化の正当化文脈が固定しにくいという問題、あるいは他の優先理由が存在する場合には基準一般化の必要性を認めないという問題が内在したことを意味している。その点では、現在における新国家の積極的な承認および自決権主体の決定においても、権利概念と主体基準に基づいて主体が特定されるのではなく、権利を事実において実行しているものが主体として認められるというブラウニーの循環論が該当していることになる。

最後に、国際法主体としての国家基準の一般化に関わる問題のまとめとして以下の３点を述べておきたい。

第１は、国家基準が歴史的には各時代の国際社会において国際法秩序を構成する主要な課題、その意味で国際法秩序の性格に直接関連させる形で構成されたこと、およびその国家基準の一般化の必要性に関わる問題

²⁹ Brad A. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, OUP, 1999, pp. 413 ~ 427.

である。国家基準は、形式的な面から見れば、永続的住民、政府、領域など時代の変化に影響されない共通の要因によって構成される一方で、歴史的には、キリスト教国あるいは文明国などそれぞれの時代の秩序形成に関連する主要な実質的要因が基準に含まれることによって、一般国際法秩序としては当該基準を充たさない政治的実在の差別を正当化し構造化する役割を持ってきた。このことは、国家基準の一般的妥当性やその基準を基本とする国際法秩序自体について、その基準の下で差別や不利益を受ける側からすれば、それぞれの国家基準の一般的妥当性を問題にできたこと、更に一般国際法秩序の正当性やイデオロギー性を問題にできたことを意味している。他方、既存秩序の側からは、新たな基準の一般化を求める場合あるいは基本基準と異なる基準の適用を例外として要求する場合には、それぞれ一般国際法秩序の基本的性格に即して、既存の基準に代えて新たな基準を一般化する必要があることの正当化、あるいは一般基準に対する例外事情の正当化を基礎づけることが求められたと言えよう。

第2は、国際法秩序の性格が複合化し、国家基準が状況化する中での基準自体の一般化の必要性に関わる問題である。それは、具体的には20世紀後半の東西対立に典型的に現れたように、1つの国際共同体としての一体性が崩れたことが、何を国際法秩序の主たる保護利益とすべきかに関わる一般化の必要性の認識に影響したことである。そこでの問題は、19世紀には、ヨーロッパ諸国による国際社会全体に対する事実上の支配を土台にして国際社会、国家関係を序列化する国際法秩序の実効性を確保できたが、米ソのイデオロギー的、政治的、経済的、軍事的な対立に基づいて国際秩序が分裂し、国家基準の適用に関わる国家承認や政府承認においても考慮要因が複合的となる中で、理念に基づく急激な変化が惹き起こす不安定よりも、秩序維持の考慮を重視し漸進的な変化を求める認識が強まったことである。その点で、一般化の必要性においては、秩序維持の文脈に即して何を軸とすべきが問われていたことになる。

そして第3は、第2点の基準の状況化とも密接に関連するが、基準の適用という面での一般化の必要性に関わる問題である。即ち、人民の自決権の適用の場合のように、当事国における平和秩序および国際社会全体の平和を考慮して実効的支配の原則を重視するとしても、自決権の適

用をめぐる紛争が秩序維持にとってどの程度の危険性を持つかは関係国の政治的、戦略的な問題が絡む相対的な問題であり、基準の恣意的な適用や二重基準の問題を発生し易くなる。その点で、基準の適用において実効性の原則を重視する場合であっても、未解決の問題を国際社会として事後にどう扱うかについての対応、あるいは実効性の原則の適用が特定の立場の保護のためではなく、すべての立場に等しく適用することなど、原則の適用に一体性を確保することが一般化の必要性という点においても重要になることである。

3) 国際法主体論から見た国家主権と基本的人権の位置づけ

今日、国家の権限を制約する個人の基本的人権の保護が国際法上の重要課題になるとともに、これまで国際法上の主権者である国家の基本権と国内憲法上の主権者である個人の基本的人権の保護の問題とを、基本権の地位および主体論の問題として国際法上どう位置づけるかということが理論的関心から問題になってきている³⁰。それらが、国際法の基本主体の問題に関わるのは、国際人権を国際法の constitution を構成する原則として論ずる傾向が強まってくるとともに、個人の尊厳の保護、その意味での個人の基本的人権の保護こそが国際法秩序形成の究極の目的であるとする認識が形成され、そのための制度構成が、主体の構成を含めて論じられるからである。

それゆえ以下では、個人の基本的人権を国際法の constitution として保護することが、国家を基本的な法主体とする国際法秩序の構成を実際に転換することになるのか、あるいはそれが制度的に可能かという問題として簡潔に述べたい。この問題を論ずる上で意味を持つのが、constitution を法システムの構造を確定する structural norm と、法システムの構造の下で何が基本規範としてもっとも保護されるべきに関わる fundamental norm とに区別する論点である³¹。

³⁰ Jeremy Waldron, Are Sovereigns Entitled to the Benefit of International Rule of Law? *EJIL*, Vol. 22 no. 2, 2011, pp. 315 ~ 343; Patrick Capps, *Human Dignity and the Foundation of International Law*, Hart Publishing, 2010.

³¹ Başak Çali, *The Authority of International Law*, OUP, 2015, p. 38.

個人の権利保護と国家の主権の関係を個人の権利保護を軸に一体的に論ずる議論は、社会契約論を基礎に国民の権利保護の立場から国家の対外主権を構成するという形で既に18世紀末にヴァッテルによって論じられていた³²。しかしヴァッテルの議論は、国民の権利保護のために国家がその権限を対外的にどう行使すべきかについての構成であって、国際社会全体を構成する個人の権利一般としての人権の保護が課題ではない。また人権の保護のために国家主権の概念を否定する議論でもない。

それに対して近年の国際人権の保護においては、保護を受ける個人の範囲が世界大に拡大するとともに、個人の尊厳の保護もしくは個人の人権の保護こそが国際法の究極の目的であり、その基礎にあるとする議論もなされてきている。もっとも、個人の尊厳の保護が国際法の究極にあるとする議論においても、それが、国際法の基本主体論にどう関わるかについては議論が分かれる。例えばキャップスは、自らが分析する法の一般概念についての実質的および方法論的アプローチを国際法にどの程度用いることができるかという点から国際法の基礎づけを行い、それに基づいて人間の尊厳が国際法においてどう位置づけられるかを論じる³³。その上で、人間の尊厳が世界全体に及ぶ普遍的な価値として認められたとしても、その制度設計、制度化の構成は多様であり、その中で、超国家的な機構はむしろ例外であって、現状では国家が制度化において主体として役割を持つことを認める³⁴。

他方ウォルドロンは、国内法秩序における法の支配の確立が国家権力に対する個人の自律性の保護をもたらしたように、国際社会に法の支配を認めることは、形式主義的に認められる国家の国際法主体としての地

³² E. de Vattel, *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, translated by J. Chitty, T. & J.W. Johnson & Co., 1863, pp. 3 ~ 7.

³³ Capps, *supra* note30., pp. 187 ~ 190. ここでキャップスの述べる法の一般概念は、規制されない自然な人間関係における人間の行為は他者の目的達成を妨げるという点で人間の尊厳を損なうゆえに、人間の尊厳の推進を保護できるように自然な人間関係を構築するため、権威に基礎づけられた一般的な規範から構成されたものとして規定される。

³⁴ *Ibid.*, pp. 203 ~ 212.

位を保護する方向ではなく、反対に法システムとしては実質的には否定する方向に動くことになる」と論ずる。

われわれが国際法の価値を認める理由の1つは、それが個人の生活、世界の何十億の人—男、女、子供—の生活を改善するのに役立つということである。形式的には、国際法の主体は主権国家 *national sovereigns* であり、世界の人民はその国家に属する動産のようなものであるというが、今日、少なくとも狭いスコラ学の外ではそのような話を聞きたい者は誰もいない。国際法の真の目的、国際領域における法の支配の真の目的は、主権国家の保護ではなくその任務を実行する人民の保護である。人民は、かつてはそうであったとしても現在は主権者の動産ではない³⁵。

前の2節で、国民国家あるいは主権国家が国際法の主体であるという形式的立場の背後にあるものを見つめてきた。そうしたのは、法の支配が国際法の領域において持つ形式的ではない実際の重要性を理解するためであった。この現実的な分析を進めるならば、我々は、国家が国際法の究極の主体ではないという立場にばかりではなく、国家は実際には国際法の主体ですらないという立場に向かって動き始めるかもしれない³⁶。

しかし明らかなことに、国際的平面における主権国家は国内的平面における自然人としての個人とはいくつかの点で異なる。1つは、主権国家は既に法によって構成された実在であるという点である。国内平面および国際平面のいずれの面で考えても、主権国家は人為的に構築されたものであって、その価値が—人間個人の価値のように—規範分析の第一原理として前提されるべきものではない。国家は、国内では法的組織の特殊な一態様である。即ち、公的生活の一定の任務を特殊な方式で組織した結果である。その主権は作られたものであって前提として設定されたものではないし、その利益を保護する者のために作られたものである。また国際平面では、個々の国家の主権と主権的自由も同じく国際法が人為的に作ったものである。国家の主権が何であるか、何になるか国家の個としての内在的価値の問題として所与のものではなく、国際法規によって決められたものである

³⁵ Waldron, *supra* note 17, p. 325.

³⁶ *Ibid.*, p. 327.

る³⁷。

既に述べたように、国家は多くの点で個人とは全く異なり、その点は国際的平面でも同じである。即ち、行動の自由の価値が問題になるときにも、国家は個人とは全く異なる。個人の場合は、行動の自由の価値を合法性の原則から別個に評価することができる。しかし、国家の行動の自由には、国際平面でも国内平面と同じくそのような価値を認めることはできない。問題を法の支配の観点から見れば、国家の行為が規則性を持ち、法に制約されたものであることへの我々の関心は、問題の平面が変わっても何ら変わらない。国民国家が法によって拘束されたままに止めておきたいと望む理由は、国家が異なる平面で行動しているからと言って消えてしまうものではないし、また、国家が法の支配の受益者になりうると考えることが理論的に可能であるからと言って消えてしまうものでもない。

要は、法の支配の要件が国民国家に適用されると主張し続ける理由はいかなる場合にも同じである。その要件が国家に適用されるのは個人の福祉、自由、尊厳のためである。その価値は国家が対外的に行動するときも対内的に行動するときも同じように関係する。違うのは、国家の対外的な行動の方が国内的な行動よりも、より多くの人が影響を受ける可能性があるという点である³⁸。

このようにウォルドロンは、国際法における法の支配の確立がもたらす利益は誰が享受すべきかを問題にし、それは、法の不明確な部分について政府に統治の自由を認める結果になるような、その意味で政府の利益になるべきではなく、国内法における法の支配が国家権力の行使に対して個人の自律を確保する方向で作用するのと同様に、国家主権の自由を制約し個人の保護を推進する方向に動くべきであると論ずる。それゆえに彼は、国家は形式主義的には国際法主体としての地位を認められたとしても、実質的には自律的な権利主体である国際法主体の地位は持たず、その地位は個人の尊厳や基本的人権を対外的にも保護する agent としての役割しか持たないと位置づける。

³⁷ *Ibid.*, p. 328.

³⁸ *Ibid.*, p. 341.

確かに、個人の尊厳、基本的人権の国際保護が国際平和の維持や国際的正義の面からも重要な問題であり、その国際的推進が求められていることは言うまでもない。しかし、国際法秩序において人間の尊厳を保護することが国際法秩序における基本的な課題として位置づけることから、国際法主体論の面でも、自然人とは異なる形式的な国家は国際法秩序の第一原理にはなりえず、自然人である個人が第一原理となり国際法の真の基本主体であるとする理解には、次の2つの点から問題を指摘できる。2つの点とは、そもそも国際法が何を基本課題として法秩序形成に関わってきたか、その中で国家という人為的主体をなぜ基本的主体にする秩序構成を用いてきたかという歴史に照らして見た、国際法における権利内容の実質構成および国際人権の実現のための制度構成の点である。

まず第1の国際法の権利内容の構成について、サマンサ・ベッソンは、ウォルドロンの上記論文に対するコメントとして次のように述べる。即ち、

国家あるいは他の国際主権の機構的主体にとっての権威と個人にとっての権威とをアナログカルに論ずることは、それゆえに自律の価値は国家の選択と行為にまで及ぶことを含意する。そのことは、国家政治社会の構成員であることを共有するという価値の下で、またその共同体の集団的な自己決定の結果として、一見してもっともなことのように思える。ウォルドロンが強調した問題点は、国家の自律の価値は、国家を構成する人々の自律を通してのみ説明できるということである。しかし、自律の価値が問題になるとき国家は個人とは全く異なる。国家の自律は、国内法秩序のいずれの法主体の自律とも等しくなりえず、それらの政治的実在としての自律の産物である。主権者の自律は、個人とのアナロジーを用いているために、またそれが個人との不完全なアナロジーであるために、よき政治組織であるという目的、即ち自己決定的であり帰属する人の自律を保護するという目的により明確に従属する³⁹。

しかし同時に、主権国家は集合的な実在であり、またそれゆえに、主権

³⁹ Samantha Besson, *Sovereignty, International Law and Democracy*, *EJIL*, 2011, p. 378.

国家間の関係は個人の場合よりもはるかに多くの対立を抱えている。さらに、主権の価値の1つが自己決定であるために、決定の独立性が主権国家においても価値を持つことは明らかである。そして最後に、社会的・文化的な多元主義が地球規模に広がっている状況の下では、国家の自律性は、それぞれ異なる態様で実施される方が価値を持ちうる傾向にある⁴⁰。

しかし重要なことは、国際主権は、個人によって構成される集合的実在—人民—を保護するのであって、個々の人間自体ではない。もちろんそれぞれの運命は、民主主義と人権が連関しているように連関している。しかし主権、なかでも主権平等は、個々の国家の対外問題における民主的自律を保護し、国際人権とは別にそのために正当化され続ける。この国際共同体の二元的な面は、人民と対峙させてもつばら個人自体に焦点を合わせたように思えるウォルドロン⁴¹の国際的な法の支配の説明では、認識されていない⁴¹。

以上にベッソンが述べるように、国際法上の基本権を論ずる上で注意すべきことは、それらが個人の集合体の権利として主張され、個々の個人の権利に収斂されない部分が多いことである。特に国際関係における法秩序形成は、国家間の政治、経済、社会関係が進展するとともに、各国の国内公法秩序の違いから生じる国際的な対立問題を解決するための制度調整が主要部分を占めており、そうした秩序形成は個人間の関係の秩序化に還元できない。その部分について法共同体としての単位を構成する法主体の存在が必要である。

他方で、国際的な個人の尊厳の保護は、そうした全体的な国際秩序において個人に対する政府の抑圧を抑制するための国際的制度化である。しかしその制度化は、ウォルドロンも認めるように、一般国際法秩序が各国政府の主権を超える統治権力を持つ政府を持たない以上、自由主義的・民主主義的な国内憲法における基本的人権のように、基本的人権に基づく個人の自律性の確保を法秩序全体として統治権力に対抗させるという形の、国際的な権力の抑制の仕組みを採用することができない。その

⁴⁰ *Ibid.*, p. 380.

⁴¹ *Ibid.*, p. 383.

ことは、国際人権保護を国際法制度全体の前提として位置づけられないことを意味し、またその点で、国際人権の制度化が国際法秩序全体において国家の法主体性を当然に形式化することにはならないことを意味する。それにも拘らず、ウォルドロンが個人の尊厳の保護において国家の法主体性が形式化し国際法の真の主体ではないと論じたのは、国際関係における法の支配について、その意味が何かという問題をその受益者が何であるかという問題に置き換えて検討し、個人を最終的な受益者として設定したことに基づく⁴²。しかし、法秩序の基本主体を何にするかは、法秩序の基本目的や性格に関わる問題であり当然に法秩序の最終的受益者になるとは限らない。

また、第2の国際人権を実現するための制度化という面からも、国家の主権的地位を否定しそれを個人に置き換えることは、次の点で現段階では問題であると考える。

1つは、一般国際法秩序における基本的人権の保護は、自由主義的・民主主義的国内憲法秩序のように、基本的人権に基づく個人の自律性の保護を国際法秩序全体として国家に対抗させるという形態をとることができない以上、国際制度的には、一般国際法秩序の維持のために国家に人権基準の改善を義務づけるという、国際法主体としての国家を媒介とするという形態をとらざるを得ないことである。そして1つは、国際的人権保護において各国に求められる内容およびその段階について、経済の発展段階、文化や社会構成の違いなどに基づき、現時点では多様性を認めなければならないという点である。個々人の尊厳を保護することが統治権者や国家の自由の制約を要求することは当然としても、その実現の制度においては補完性の原則の適用が問題になるように⁴³、その制度化は、民族の構成などの社会環境、経済の発達段階、人権意識の違いなど個々の国家の事情が異なる段階では各国家を単位・主体として実施す

⁴² *Ibid.*, p. 374.

⁴³ 補完性の原則とは、各国家が基準の遵守をその能力の欠如のゆえに実行できない場合に、国際組織が補完する仕組のことである。Paolo Carroza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, *AJIL*, 2003, Vol. 97, no. 1, pp. 38 ~ 79.

る方が状況適合的であり、またそのような状況では国際的に一律の基準を強制するよりも国際秩序の維持に柔軟性を確保できると言えよう。そもそも国際法が、欧米の自由主義国、民主主義国の人権基準を超える人権基準を国際人権基準として採択したのは、すべての国について人権基準の底上げをすることによって国際紛争を防ぎ、発展を促進し、それによって国際関係の安定を企図するためであり、社会契約論に基づく人権観念に基づいて人権基準を世界的に一律化し、個人を法主体とする世界秩序を樹立するためであった訳ではない⁴⁴。実際、国連における人権の制度化が大きな成果を上げているのは、国内の人種差別禁止や女性差別禁止などの平等の地位の制度化の面においてである⁴⁵。

現在の国際関係においては、個人の尊厳を保護するために各国の主権を制約し、その実施を確保するために、その範囲で固有の権限を持つ国際組織を特定国の間で形成することは可能であり、現実にはさまざまな態様の制度が採択されている。しかし、そのような制度を採択する過程で、国際法全体における基本主体を個人に置き換えることを各国が意図していたとは考えられない。またそれらの制度は結果的にもそれだけの効果を持っていない。クロフォードが述べるように、現段階ではconstitutionalな機能を確保する国際法システムとして、国家に代替可能な主体を基本とする一般モデルを構築することができないために、国際法秩序における主体は主権国家を基本とせざるを得ないのが実情である⁴⁶。それは、本項の初めに述べた憲法規範を構造規範と基本規範とに分ける区別に照らして言い換えれば、現在の国際社会の構成においては、国際人権の保護を国際法上の基本規範として構成することから個人がその平面で主体として位置づけられたとしても、そのことから国際法システムの構造規範の面でも主体としての地位を帰結することは難しいことを意味している。

⁴⁴ Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights – International Law in Domestic Politics* –, Cambridge UP, 2009.

⁴⁵ Allen Buchanan, *the Heart of Human Rights*, Oxford UP, 2013, p. 132 ~ 136.

⁴⁶ James Crawford, *supra* note 4, p. 110.

２ 国際社会全体の利益の認識と正当化要因

特定の国際法規が、国際社会全体に適用される法規として一般化が必要である場合、それらはしばしば国際社会全体の利益を規律する法規として位置づけられる。もっとも、その表現は、国際社会の根本価値、共通利益、一般利益、国際共同体の利益などさまざまである。

それらの表現を用いる議論は、特定の規則が規律する内容が法源論など何らかの形式によって権威づけられているという判断、それらが国際法の根本的な規範であるか倫理的道徳的な規範に基礎づけられているという一般的属性に基づく理解、あるいは人権など基本原理や普遍的原理から帰結するという理解に基づいて、それらを国際社会の共通利益を具体化する規則であるとして位置づけ、その適用範囲とその効果・作用を論じている⁴⁷。そこでは、規則がいかなる正当化理由の上に一般化を要請しているかという問題は、潜在化され主要な問題としては論じられていない。せいぜい補足的に論じられているにすぎない。

例えばジンマは、国際共通利益の規則について主題と論点を抽象的に論ずることは難しいと述べて⁴⁸、国際共通利益に基づく規則であることを国際社会全体が承認していると認める規則の例を示すことで、その制度が国際法上も存在することを例証する。その上で、それらの規則を、それぞれに固有の効果を認められた強行法規、対世的義務、国際犯罪の概念のいずれに分類されるかを論ずることによって、それらの利益の推進にとって不可欠な国際組織の機能が不十分であるにも拘らず、その制度的作用・効果が補完されると述べる⁴⁹。もっとも、国際法の効果についてそのような概念の分類ができることを示すものの、個別の国際法規になぜそのような分類概念を適用できるかについては、それらの規則が根本的な価値を保護する規則であるという一般的属性を述べるだけで、

⁴⁷ Vera Golland-Debbas, *Judicial Insights into Fundamental Values and Interests the International Community*, A. S. Muller et al. eds. *The International Court of Justice*, Kluwer, 1997, pp. 321-366.

⁴⁸ Bruno Simma, *supra* note 4, p. 235.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 271 ~ 272, p. 285 ff

その規範的理由を個別具体的に論じていない。即ち、分類概念自体が適用される一般条件を明確にしていない。その点で、ジンマの議論は、個々の制度が国際共通利益を構成することを具体的に説明しないまま、いずれかの分類概念に含まれるかどうかを論ずることによってその効果を論じていることになる。この論じ方は、強行法規について、まず一般に認められる事例を基に概念を構成し、一般化のために必要となる具体的同定基準については理論構成をせずに、それを実務的に一定の権威を持つ判例などの具体的事案の判断に委ねた議論に類似している⁵⁰。

同定基準を示さずに具体的判断を実際の権威に委ねるこの論じ方は、概念の存在を規範意識あるいは正義認識に関して共通認識を持ち易い事例に基づいて例証的に論じるために、概念の存在を論ずる手掛かりとしては有効である。しかし、特定の制度の事例が、なぜ国際社会全体の利益を保護する制度としての意味を持つか、あるいはその他の制度が国際社会全体の利益を保護する制度として位置づけることができるかという問題に答えるためには、制度特性の一般化の基礎づけに関わる理論構成がなければならない。即ち、個々の制度の基本的性格やその射程を示す上では、何を根拠として利益の共通性を認識しているかを理由づけることが不可欠であるだけでなく、共同体の存在の認識については、認識を共有しない当事者に対してそれがなぜ共同体の問題として位置づけられるかを説明する論拠が不可欠である。またそうした理由づけは、制度の一般化においてどのような authorization を必要とするかを論ずる前提としても不可欠である。

この正当化の構成要素について、本稿は、それらをより高次の一般法理論的な問題として論ずるのではなく、在る法の存在基盤としての正当化要因の分析を基本課題にしている。それゆえ以下では、これまで一般国際法規として論じられてきたもの、これまでに国際共通利益を規律するとされた法規、および一般法規として認められるべきであるという主張を基に、それらが規範の一般化について実際にどのような正当化要因に依拠しているか、もしくは内蔵しているかという観点から以下の5つ

⁵⁰ 拙稿「国際法における強行規範」、拙著『一般国際法秩序の変容』信山社2015年所収、105～138頁。

の場合に大別して論ずる。

１）不特定多数当事者への利益の侵害行為に対する規制

伝統的国際法における損害責任の処理のように、損害について加害者と被害者が特定され、しかも事後的な対応によって紛争が解決される場合には、一般国際法として必要になるのは、当事者間の個別のおよび相互的な関係の維持において、責任処理が恣意的にならないために責任の有無と責任の帰属についての一般規則を明確にすることであった。

しかし、現在の大気汚染に起因する気候変動や海洋汚染などの国際環境問題の特徴は、環境損害の規模が不確定であるために被害者が不特定多数に及ぶ可能性があるだけでなく、産業の生産活動や一般の生活形態が環境損害の原因行為となるために、個々の損害について加害者も特定しにくいことである。このように、個々の国家の制度規制を相違させたまま行われる産業活動や生活に伴って生じる環境損害が、地球全体に及ぶだけでなく継続性を持つことが事実として明確な場合には、その問題は、従来のような損害に対する賠償などの損害回復を目的とした個別の対応、対抗請求という意味での相互主義的な対応では解決することが困難である。そうした継続する環境損害に対して、一回的な対応ではなく継続的な対応、相互主義の面でいえばコルムのいう相互に与え合うという意味での積極的対応が求められる⁵¹。しかも、環境損害が継続的である上に回復しがたい不特定の規模で発生する場合には、それを事前に防止する予防的対応も不可欠になる。

それゆえに、そうした環境問題の規制においては、個々の国が個別に対応するのではなく、全体としての損害を防止し行動環境を設定するために、国際社会全体での目的共有および規制基準の共通化が必要になる。言い換えれば、損害事実についての認識の一般化だけでなく、その認識に基づく共同対応、即ち公的秩序形成が求められる。トーマス・フラン

⁵¹ Serge-Christophe Kolm, *Reciprocity – An Economics of Social Relations*, Cambridge UP, 2008, pp. 89 ~ 90. 尚、国際法における相互主義の位置づけについては、Shahrad Nasrolahi Fard, *Reciprocity in International Law*, Routledge, 2016, 参照。

クの言葉を用いれば、規制が国際社会に共通の運命の問題として考えることを余儀なくされていることが規制の一般化を必要とすることの理由である⁵²。逆に、損害規制の制度化において、そうした国際社会全体に共通の問題であるという認識が形成できない問題については、共通の問題を抱える当事者間で規制すればよいことになる。

2) 正当な法益の部分的侵害を全体秩序の侵害とする認識の正当化

現在の国際法では、損害が国際社会全体に及ぶものについて全体としての規制を必要とする前項の場合とは異なり、武力行使の原則的禁止や侵略行為の禁止のように、たとえその侵害が部分的であり実際に全体に及んでいない場合であっても、それを全体秩序の問題として扱うことが必要とされてきている。

この場合に問題になるのは、個々の行為それ自体が事実として全体の侵害になるとは限らないが、法秩序全体の利益に関わると見なされることである。言い換えれば、部分的な逸脱であっても、それが秩序全体の利益を損なうと認識されることである。そしてそのような認識が意味を持つのは、部分的な逸脱であっても、それに対して何らかの形で責任を追及しないかその結果を放置することが、当該行為を規律する規範秩序の一般化を損なうか対抗規範の一般化を帰結する可能性を持つと見なされるからである。その意味で、部分的な逸脱を全体の利益の侵害と見なすために必要となるのが、個別的な事態を超えて全体の問題として位置づける解釈を支える理由を論ずることである。

その議論において用いられるのが、特定の行為が、「等しきものを等しく扱う」ことを求める国際正義の概念 the concept of justice⁵³に反すること、あるいは既に一般性を持つ正義構想 conceptions of justice⁵⁴に

⁵² Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford UP, 1995, p. 6.

⁵³ 郭舜は、国際正義を国家間の正義、世界正義は国家を超える個人を含む主体間の正義と位置づける。郭舜「国際法の課題としての世界正義」世界法年報34号(2015)、36頁。

⁵⁴ 正義概念(the concept of justice)、および「何が等しいものか」、「何が等しい扱いか」に関わる正義構想 conceptions of justice という用語法は、井上達夫

反するゆえに全体の正義に反すること、国際平和を脅かすこと、人間の尊厳や人道性に反することなどの、抽象的な形で共有されている価値原理あるいは必ずしも tangible なものとしては示しえない共有理念に依拠する形での議論である。

まず、正義論への依拠について見ると、この「等しきものは等しく扱う」という正義概念の適用は2つの方向で論じられる。1つは、等しい扱いを特定した上で、その扱いを適用されるべき等しい実在の範囲を論ずる方向である。そこで問題なるのは、ある実在が他の実在と共通の要素を持つことを理由に同一の権利の主体と認識しうるかに関わる問題、即ち、共通の要素を持つ実在に対する形式的平等または形式的差別禁止の正当化の問題である。もう1つは、等しきものを特定した上で、それらに適用されるべき等しき扱いは何かを論ずる方向である。そこで問題になるのは、異なる要素を持ちながら同じ地位を認められた実在に対していかなる基準を適用することが実質的平等であるかに関わる正当化の問題である。これまで全体の秩序化において正義概念が拠り所として大きな意義を持ったのは、形式的差別禁止の面においてであって実質平等の面においてではない。形式的差別の禁止については、男女や人種など諸実在の間での異なる要素の部分よりも「人」という共通要素の部分が形式的にも規範的にも一般化し易いのに対し、実質平等については、全体秩序における平等基準を論ずる要素が多様かつ変動的であり、実質価値を生み出す上で能力や経験など要素における違いの役割が大きいため何が正義かを論じにくいからである。

実際の国際法の展開に照らして具体例を見ると、それらが正義概念を唯一の拠り所とするか否かは別として、行為の規律が法秩序全体の利益を構成することの理由の構成における正義概念の役割は、規範の一般化の積極的な面に関わるか消極的な面に関わるかによって異なる。

正義概念が規範の一般化の積極的な面に関わるのは、国際法制度が、領土保全を保護するための侵略行為の禁止、国内管轄権の行使を保護するための内政不干渉の義務、自己決定権の侵害の規制など、国際法秩序の基本枠組もしくは国際法主体の基本権の保護を目的として、それを逸

の訳を用いた。井上『法の企て』東京大学出版会（2003）、13頁。

脱する行為を規制することに関わる場合、更には、奴隷取引の禁止に加えて、国際法秩序の保護の対象が国際平和の維持と結びついて個人にも拡大するとともに人の差別の解消を目的に進められた制度、即ち、人種差別の禁止、女性差別の禁止、子供の権利保護などに関わる場合である。これらの制度は、同じ法的保護を等しきものと解釈される実在に保証すること、即ち法的保護における差別の廃止を目的とするものであり、その意味で、規範の一般化においては正義概念の果たす役割が大きい。

他方、正義概念が規範秩序の一般化に消極的な面で関わるのは、例外を認めることが望ましくない多くの国際法制度に見られるように、規範の個別的な逸脱や不遵守を容認もしくは黙認することが二重基準の適用として結果的に規範秩序の一体性を損なうことになるために、それを防止することが必要とされる場合である。その点では、規範の一体性を確保する上で正義概念が持つ役割は、制度の直接の正当化理由に対して二次的、補完的である。

次に、正義概念よりも他の価値原理が正当化理由として主たる意義を持つのは、ジェノサイド行為の禁止やテロ行為の規制のように、それ自体が人間の尊厳や人道性の侵害を構成するだけでなく、たとえ部分的な被害であっても、被害をもたらす特定の行為を国際的に規制しないことが国際の平和の破壊あるいは脅威になると認識される場合である。しかし、そうした事態がそれらの行為を禁止する国際規範の一般化の根拠として実際に意義を持つためには、人間の尊厳や人道性の侵害についての認識が抽象的ではなく、実際的な問題として明確に認められていることを示す必要がある。また国際平和に対する脅威も、侵害の規模や影響の大きさなどの具体的な要因によって示すことが必要であらう。

こうして見ると、正義や人間の尊厳、人道性、国際平和など規範の一般化を支える抽象的概念に依拠して個々の規範の遵守を国際社会全体に要請すること、その逸脱に全体秩序の問題として対応することが国際社会全体の利益であることを正当化する場合にも、個々の問題がいかなる文脈からの正当化を課題としているかに留意しなければならない。例えば、「等しきものを等しく」の正義概念を適用する場合にも、それぞれの実在が多く異なる質的要素を持つにも拘らず共通の要素のみに基づいて等しきものを論じることが、自然的・社会的環境に照らしてどこま

で可能であるか、あるいはそうした環境の違いに関わりなく無条件に可能であるかは、それ自体論すべき問題である。

3) グローバルな配分問題としての正当化

国際的な資源利用において各国の排他的な利用が認められないこと、従ってその利用を国際社会全体の配分の問題として論ずるのが国際公共財の理論である。国際公共財の理論は、完全公共財が、他者の利用と競合しない財、即ち非競合性を持つ財、および他者の利用を排除しない財、即ち非排除性を持つ財という2つの性質を持つ財と定義した上で、特定の資源が国際公共財として位置づけられるかどうか、またその結果、将来世代を含めて誰もがその利用・便益に与えられるかどうかを論ずる議論である⁵⁵。しかし、経済学において定義される完全な公共財の概念自体にはそもそも財が希少な状態を含んでいないのに対して、地球公共財の議論が論ずる財の公共性 publicness の要因は、完全な公共財よりも、非競合性と非排除性の要素を事実上は不完全にしか含まない公共財の利用、特に有限資源の利用を問題にしている⁵⁶。その点で、地球公共財の理論における非競合性と非排除性の2つの要素は、公共財を定義する事実的要素というよりも、事実として非競合性を持つ豊かな資源については独占を防止するために非排除性を認めるべきであるとし、またその希少性のゆえに事実として競合性を持つ財については共通の利用を確保するために、非競合性および非排除性を認めるべきであるとする規範的意味を持つ要素である。それゆえ拡大された公共財については、ロールズの言う正義の状況⁵⁷として論ぜられるもっと一般的な富の配分の正義が問題となると同時に利用の規制が不可欠になる。

こうして、特定の財や資源を規範的な意味での国際公共性を持つ財として位置づけるとき、その配分の制度化や利用の規制を国際社会全体の

⁵⁵ Inge Kaul, Isabelle Grunberg, and Marc Stern eds., *Global Public Goods*, Oxford UP, 1999, Introduction.

⁵⁶ Kaul, Grunberg, and Stern, Defining Global Public Goods, in *Global Public Goods*, *ibid.*, pp. 2 ~ 15.

⁵⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard UP, 1971, pp. 109 ~ 112.

問題として論ずる上で主要な論点となるのが、第1にその財や資源がなぜ非競争的もしくは非排他的な性格をなぜ持つか、第2にその受益者が将来世代に及ぶか否かの問題、即ち資源の持続可能性の問題を含めて利用の主体をどのように決めるか、第3に望ましい配分規則は何にすべきかについての理由づけに関わる問題である。

まず第1に、特定の財や資源の利用について規範的に非競争性、特に非排他性を認めることに関わる理由は、国際的平面では、国による経済システムの違い、経済の発展段階の違いや文化の違いによってその必要度が異なるだけでなく、その影響も多面に及ぶために、国内制度と比較して複雑である⁵⁸。例えば、経済発展の遅れている地域に資源の確保や利用を積極的に認めることは、経済水準の進展や日常生活における必需性だけでなく、地域の紛争を防止し結果的に国際秩序の安定につながると捉えられる⁵⁹。その点で、非排他的利用の正当化に関わる要因は、それぞれの時代の国際福祉の一般的認識だけでなく、その財や資源がどのような状態で提供され、また秩序維持を促進する他の要因とどう連関しているかの点も考慮すべき点となる。

第2に、利用主体を何にするかについて、同世代間の配分の場合、国際法上では国家を主体とすることが一般的であるが、それは、制度形成の過程で交渉に関わる主体が国家であるという形式的権限に関わる問題が大きく関係している。しかし、資源の受益者としての主体を国家にするか非国家アクターや個人にするかの問題は、形式的要因だけでなく、現在の国際的仕組の中でその制度を国際的および国内的にどう follow-up するかという点で、各国家の統治組織が担っている役割の大きさに関係している。他方で、資源の利用が世代間の配分に関わる場合は、将来世代は制度作りの段階では発言権を持たないために、その制度作りでは、現在世代の配分としての妥当性や効率性だけでなく、現在の制度が発生する将来世代へのコストや代替資源の可能性などの要因を現在世代が考慮しなければならない。それゆえ地球温暖化問題のように、国際公共性を持つ有限資源の利用は、配分の公正さだけでなく持続可能な利用

⁵⁸ Inge Kaul et al., *supra* note 55, p. 15.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 12 ~ 13.

のための全体的な規制が不可欠になる。

そして第３に、望ましい配分規則の設定についての正当化において望ましさを規定する要因は、それが人口比などを基準にした絶対的な平等でないとするならば、それらの財が現在の生活に照らしてどの程度必要であるか、その基準が適用される国の福祉向上のためにどの程度必要であるか、またその資源がどの程度希少であるかなどの、状況的な要因が影響する。

次に、全体の福祉や秩序維持の向上のために必要となる、財や資源の積極的な配分に関わる問題とは反対に、公共財として確保することが必要となる財の提供における負担の配分について問題になるのがフリーライダーの禁止の問題である。それは、自己利益の最大化を目的として一般的配分の仕組みを一方的に逸脱することが、財の供給と需要の均衡を崩し、結果としてハーディンの言う共有地の悲劇の問題を生じることになりかねないからである⁶⁰。それゆえに、同一の財や資源について個々の当事者間に異なる利用の基準が適用されるためには、例外としてのaffirmativeな差別待遇のように、それらを全体として容認する正当化事由が不可欠であり、そうした正当化事由のない配分の仕組みの一方的な逸脱はフリーライドの行為として禁止されることになる。

４）価値としての普遍性論に基づく一般性の正当化

特定の国際法規を国際社会全体の法規として一般化すべきという前提の正当化は、国際法規範の価値としての普遍性に依拠しても論じられている。国際人権の保護の制度化はもっとも典型的な例である。それは、上述の平和に対する脅威の面からの人間の尊厳の保護が大規模な侵害に対する保護を課題にしているのに対して、国際人権としての保護は、人間の尊厳や自律性自体を、国家の正当化されない権限行使から定期的に保護することを目的とする。人権の国際保護を推進する強い動機になったのが第２次世界大戦における惨劇の防止であり、また人権を国際的に保護することが平和維持の基礎であるとする点で両者は共通の基盤を持つが、人権の保護が目標指向的である点で制度としての意味は異なる。

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 6～7.

価値としての普遍性の認識に依拠してその価値を実現する規範の一般化を論ずる場合、問題は何に基づいてその普遍性が論ぜられるかであろう。

人権の普遍性について、世界人権宣言はその前文において、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認することは、世界における自由、正義及び平和の基礎を構成する」、「全ての人民と全ての国民とが達成すべき共通の基準として、この世界人権宣言を公布する」と規定し、同宣言に採択された権利自体が普遍性を持つ規範であることを宣言している。また経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約、および市民的及び政治的権利に関する国際規約の2つの人権規約のいずれもが、条約に採択された規定の遵守をその締約国に要求しているにも拘らず、その前文に世界人権宣言と同様に、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳及び平等のかつ奪い得ない権利を認めることが世界における自由、正義及び平和の基礎をなすものであること」、「自由な人間は恐怖及び欠乏からの自由を享受するものであるとの理想は、全ての者がその市民的及び政治的権利とともに、経済的、社会的及び文化的権利を共有することのできる条件が作り出される場合に初めて達成される」と規定して、権利規定が普遍的であることを明記している。その点で、上記の公式文書に示された当事者の表向きの認識の面では、国際人権が普遍性を持つという理解で一致していたと言えよう。

しかし、人権の普遍性をめぐって、あるいは普遍性の範囲をめぐって当事者間での認識が一致していない場合には、その普遍性をどう根拠づけるかの理由が重要になる。国際人権の普遍性を何によって基礎づけるかの論議は大別すれば、2つに分けられる。1つは、すべての人間が人間として扱われる基本条件を保護する基準を道徳的権利として位置づけ、それを人権の基礎に置く見解であり、1つは、人権の基礎を道徳的権利に置くことを否定し、現在の国際人権が実際に規律しようとしていることを人権の中心にある問題として位置づけた上で、その人権が普遍性を持つ根拠を論じる見解である。

第1の人権論を展開しているのがグリフィンである。彼が、人権を道徳的権利によって基礎づけることには2つの狙いがある。1つは、人権の基準が抽象的な概念を用いて論じられるために、内容が不確定なまま

に論じられるという問題を生じさせていることに対して、人間の地位について歴史的に展開してきた道徳的権利に依拠して論じることが人権の内容を明確にできると考えていることである⁶¹。もう１つは、人権の基礎としての道徳的権利を、第１の根拠としての人間と認知すること personhood と第２の根拠としての実際条件に基づいて行為能力者 normative agency の基本権として論じること⁶²、その意味での人権は、それが問題になる社会状況の違いから独立に論じられるという点で、人間に共通する普遍性を持つと考えていることである⁶³。

こうして道徳に基礎づけられた人権において、グリフィン⁶⁴は、最も高く位置づけられるのが、自己の人生を選択する権利としての自己決定権、自己の選択を追求する自由、人間としての生活に最小限必要な富の提供を受ける福祉の権利であり⁶⁴、その内容の確定性ゆえに普遍性を持つと述べる。

グリフィンは、このように人権の正当化基盤と確定性を持つ基本内容を示した上で、２つの国際人権規約における人間の尊厳の尊重に対しては、それらはジェスチャーであって正当化理由にはほとんど注意が払われていないとして⁶⁵、２つの人権規約に規定された人権基準を、自らの基準に照らして受け入れ可能なもの、議論の余地のあるもの、受け入れ不可能なものに分けて論ずる⁶⁶。その議論において彼が問題にするのは、人権規約に採択された人権基準には、その正当化理由から見て、人権と正義の区別がなくまた平和や発展などの他の目的が入り込んでいるという点であり、それゆえに国際法上の人権には人権という用語が正しく使われているかについて判断基準がないという点である⁶⁷。彼によれば、正義と人権は異なり、正義から人権は推論できないと考えられているか

⁶¹ James Griffin, *On Human Rights*, Oxford UP, 2008, pp. 1 ~ 6.

⁶² *Ibid.*, pp. 33 ~ 39.

⁶³ *Ibid.*, p. 51.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 149 ~ 187.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 192.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 194 ~ 202.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 202 ~ 203.

らである⁶⁸。

それに対して、国際人権を道徳的権利によって基礎づけるグリフィンなどの従来の議論を、先験的道德論を鏡のように写すという意味でのミラー理論として批判し、主として条約の中で展開する国際人権を通してその普遍性および正当化を論ずべきとするのがブキャナンの国際人権論である。ブキャナンの議論は、国際人権規約などの条約を基礎にした人権の展開を踏まえて国際人権の制度を論ずる新たな議論の動きを踏まえたものである。彼が、道徳的権利を基礎にした従来の人権論を、ミラー理論として国際人権論の立場から批判する主な論点は次の点である。即ち、ミラー理論においては、条約に基づく国際人権の実行に比して人権として扱われる範囲が狭くなるだけでなく⁶⁹、理論的にも、実行における国際人権の正当化の基礎とは異なること、および国際人権においては、人権を保護する制度的基礎を確保するために国家の義務に重点が置かれる結果、道徳的権利のように権利と義務とが対概念になっていないという点である⁷⁰。

ブキャナンによれば、そもそも国際人権制度の役割は、国際人権のシステムとしてすべての個人に対する国内における国家の主権を制限することであり、その目的は、全ての個人について、誰もが人間である以上、1つは人間として生きていく上で最小限の通常の生活を送るための機会を提供すること、その意味での福祉を提供することであり、1つは個々人間の等しい地位を保護することである⁷¹。それゆえ、そうしたシステムとしての人権の保護を基礎づける正当化は、ミラー理論のように1つの根拠に帰着するのではなく、その目的に応じて多元的である。また、健康に対する権利、民主的統治の権利、植民地主義を合理的な差別理由を持たないとして否定する人民の自決権が人権として位置づけられるように、問題状況に応じてその内容も拡大すると論じられる⁷²。

⁶⁸ *Ibid.*, p. 198.

⁶⁹ Allen Buchanan, *the Heart of Human Rights*, Oxford UP, 2013, pp. 9 ~ 22.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 24 ~ 26.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 86 ~ 88.

⁷² *Ibid.*, pp. 88 ~ 91.

こうしてブキャナンによれば、国際人権は、多くの個々人の最低限の福祉と等しい地位を保護するために、国家の国内的な主権の行使を制限する発展的なシステムとして位置づけられるが、目的的な構成をとりながら多数の人の利益の保護が国際秩序として必要であること、それらの権利はすべての人に当てはまるという理解に基づいて、ミラー理論と同じくその普遍性が前提されている⁷³。

もっとも国際人権を発展的なシステムとして捉えるブキャナンの国際人権論は、権威づけられた基準を明確にするという目的から見て条約の形式が望ましい形式として用いられてきた国際実行を踏まえて、条約を中心に論じられ、慣習国際法としての形成については、その内容が条約規定よりも抽象的で曖昧であるとしてさほど重視しない⁷⁴。しかし他方で、次のように述べ、条約規定の非当事国への義務づけにおいて、即ち条約規定の一般化を正当化する上で、国際人権の道義的普遍性に依拠している。即ち、すべての国は、人権条約を批准しているか否かに拘らず、また慣習国際法上の人権規範に同意していないか否かに拘らず、国際法の人権システムがない場合には道義的に許されないであろう国際法秩序からの恩恵を受けているゆえに、国際法の人権システムを支持する義務を負うと論じて、その存在形式に関わりなく人権の普遍的妥当性を根拠づけている⁷⁵。しかし、この意味での国際法人権を支持する義務の普遍性を基礎づける根拠は、各国が人権システムから受ける恩恵の普遍性であり人権を構成する原理的根拠の普遍性ではない。

以上、国際人権の普遍性を基礎づける理由の構成を、道徳的権利論に依拠する見解と実行に依拠する見解について見てきた。そこで示したことは、国際法においては、価値としての普遍性の理論的基礎を何に置くかには違いがあるものの、人権など特定の価値を普遍的に保護すべきものとして前提することによって、その価値を保護するための制度の一般的妥当性を主張するという正当化の方法が用いられてきたことである。

ところで、価値としての普遍性の認識に依拠して、その価値を保護す

⁷³ *Ibid.*, p. 62.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 95 ~ 96.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 97.

る制度の一般化を基礎づける議論に対しては、価値認識や社会システムが異なるだけでなく、経済の発展段階も異なる多元的な国際社会において、特定の価値の普遍性を前提にできるかどうかをめぐり、いわゆる価値の相対化に関わる議論が根強く展開されてきた。しかし、価値の相対化についての理論的問題を論ずる能力は筆者にはないゆえ、ここでは規範の一般化の問題と関わって最小限必要と考える論点のみを述べておきたい。

価値の相対性の理論は、絶対的な価値の認識を否定するという理解に止まらず、しばしばいかなる価値も等しく扱われるという認識の理論としても理解されてきた。しかし、価値相対主義の立場を、井上達夫の論ずるように、その根拠に関わりなく恣意性に開き直った独断的な価値の主張にまで対等な扱いを認める立場ではなく、それぞれの価値を基礎づける理由に照らして対立する価値の主張を相互に位置づける立場、その意味で主張の位置づけには理由が問われるという制約を受けた中での相対化の立場として理解するならば⁷⁶、規範の一般化の議論に係る相対化の問題は次の問題であろう。即ち、普遍性を基礎づける理由に対抗して主張される価値がいかなる理由に基づいて対抗する価値の普遍性要求を否定もしくは相対化しようとしているか、また規範の普遍性要求に対してどの部分を相対化しようとしているか、そして具体的な制度化が置かれている問題状況において、いずれの理由づけがより大きな重みを持つかという問題であろう。それは具体的には、それぞれの主張が制度の一般化においてどの平面で対抗しているか、およびその平面ではいずれの理由が重みを持つかを明確にすることであろう。言い換えれば、価値の普遍性に基づく制度の一般化要求に対してそれを相対化する主張は、相対化の位相を特定することが必要になる。

因みに、こうした規範の普遍性を相対化する主張に対して、グリフィンとブキャナンは、それぞれ以下のように論じて、人権は依然として普遍性を持つ問題であるとしている。

グリフィンは、倫理的相対主義を、倫理的判断が基本価値評価の枠組の中で行われ、かつ同じ事柄の判断には多様な枠組が存在しいずれの枠

⁷⁶ 井上達夫『共生の作法』、創文社（1986）、201～203頁。

組も最も権威を持つものはないと捉える立場と理解した上で、人権は基本的価値評価の枠組に応じて相対的であるかどうかを問題にする⁷⁷。彼は、まず倫理的相対主義それ自体について次のように述べる。即ち、相対主義の立場は、一般に判断が強固に対立する例を引用して、その対立の説明としては相対主義の説明が最も優れた説明であると考えているが、その説明は議論の形式としてはきわめて弱い。強固な倫理的な対立について最善の説明を行うためには、対立する信念の起源およびこの対立を解決する可能性のある方策を最大限理解することが必要である。それは容易な仕事でない。その仕事がかつて難しいことが、多くの相対主義者をして例を引用するだけの議論を許してきたにすぎない⁷⁸。グリフィン（Griffin）は、相対主義一般について以上の点を指摘した上で、人権についても、個人の自律性と共同体の結束の対立の問題を例に、それが両立不可能な場合があるとしても、それは価値相対主義者の論ずる序列の問題ではないこと、従って対立する価値を認めたとしても人権の価値としての普遍性は否定されないことを、次のように述べる。

社会によって、個人の自律性に特別に人間の尊厳を認めて自律性を高く価値づけるところもあれば、他方、そこに社会的原子論の脅威や結束と同胞愛の喪失、およびすべての人が同じ価値に仕えることから生じる調和の喪失を認めて、自律性をさほど評価しない社会があることは事実である。しかし、行為能力者としてのわれわれの地位の価値および結束した同胞の社会に生きることの利点を真剣に考えるものは、いずれの価値もひじょうに重要であると認めるであろう。そして彼らは、他者がわれわれの個人としての地位を尊重しなければならないことと、われわれが他者に対して関心と注意を払う義務を持たなければならないことについて同じように認めるであろう。個人主義の価値の中である特定のものを実現することが、共同体の価値の中である特定のものを実現することと両立できないことがあるかもしれない。しかし、諸価値が両立できないことはそれらの間の相対性を意味しない⁷⁹。

⁷⁷ Griffin, *supra.*, note 58, pp. 129 ~ 130.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 130.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 133.

実際、人権の原理と両立不可能な原理が対抗する中での人権の位置づけにおいて、問題となるのは、人権の価値相対主義的な普遍性批判ではなく適用条件の有無に基づく適用の限定の正当化であることが多い。人権の中で道義的にコアな部分については、例外を設定することが難しいと考えられるからである⁸⁰。

それに対してブキャナンは、国際人権システムの普遍性にとっては、価値相対主義よりも集团的権利の保護を優先する価値多元主義の立場からの挑戦の方がより大きな問題を提示するとして、その理由を以下のように論じる。即ち、国際人権システムに対する挑戦において両者の関係は、価値相対主義からの挑戦という観点からは、個人主義的な道徳的権利としての人権に対して集团的な道徳としての集团的権利が対抗し、従ってその対立が矛盾の関係で捉えられる結果、排除の関係になる。しかしこの理解は、現実の国際人権の実行の説明にそぐわない。他方、道徳的権利に依拠しない国際人権システムの規定する個人主義的な権利と集团的な権利との関係は、集团的権利を優先する価値多元主義からの挑戦という観点からは、個人主義的な利益と集団主義的な利益が個別的に両立しない場合に、一方が他方に不利な位置づけを与えるとしても、集团的な権利の行使のためには個人の権利行使が可能なのが不可欠な場合があるなど、システム全体としては個人の権利を保護することが集団の権利の保護と補完的であり、排除的ではない⁸¹。またそれゆえに、個人の権利保護を目的とする国際人権システムは、個別的には集团的な権利を優先させることがあっても、システム全体としてはその普遍性が失われないとされる。

ブキャナンの人権論は、社会システムや経済の発展段階の異なる国際社会において国際人権を発展的に実現していくために、個人主義と集団主義など両立しない価値を矛盾の関係で位置づけるのではなく、個別の事情を考慮しながら長いプロセスの中で調整するという立場に立って、その普遍性の根拠を展開している点では实际的である。しかし、彼の議論は、国際人権上の規則と個々の国家の制度が実際に抵触するとき、そ

⁸⁰ *Ibid.*, p. 136.

⁸¹ Buchanan, *supra* note 69, pp. 249 ~ 250.

の解決により広い視野に立った政治的対応を要求するものであり、個別具体的な紛争処理のための解釈適用の議論を提供するものではない。

いずれにせよ、国際人権の一般化を基礎づける前提の普遍性について、その理論的基盤には論争の余地がある⁸²。しかし、段階的發展を組み入れた条約において当事国が増大していることに見られるように、人権保護の普遍性の理論的な基礎は絶対的・確定的ではないにしても、従ってその普遍性の範囲について見解が分かれるとしても、それぞれに普遍性の認識が共有されていることが、それらの規範を制限もしくは逸脱する側に対して、例外的としての正当化を要求することになり、その点で、非当事国への一般化のプロセスにおいて意義を持つと言えよう。

5) 秩序維持促進的 facilitative 理由による一般化の必要性

以上に述べた4つの必要性は、特定の価値や法的利益を保護し、規律する制度や規則の一般化を直接に基礎づけるための理由、その意味で制度や規則の実質的内容の一般化を内在的に正当化する理由である。それに対して、規則の価値や利益面での実質的内容とは無関係に、あるいは多様な基準が存在する場合にも特定の内容を持つ基準の一般化以上に、秩序維持のためにいずれかの基準に統一すること、その意味で基準の内容とは外在的な理由に依拠して国際法規の一般化が必要になる場合がある。

国際法の歴史的展開のなかで、国際法規の一般化のための正当化理由として外在的要因が主要な役割を持ったのは大別して2つの場合である。第1は、規則は一般化において価値的にはいずれでもよいが、全体秩序としての一様性の確保のためにいずれかに統一することが必要な場合であり、第2は、各国の利害関心に基づいて主張される規則要求が一応の規範的理由を持つものの、規則の正当性をめぐる対立を継続させるよりも、秩序化し紛争を回避する方が相互の利益となるために、特定の規則を一般化させることが必要と認識される場合である⁸³。

⁸² Crawford, *supra* note 4, p. 323.

⁸³ 海洋法秩序や宇宙法など国際的な共有地域、共有物問題を扱ったオックスマンは、広範囲の問題を道路規則の問題として捉えているが、ここではそれ

第1の場合の例としては、船舶は左側を航行しなければならないなど海上航行の安全と秩序を維持するために規則を一律化する場合、国際度量衡のように計測について相互の知識を共通にするために基準の一律化を必要とする場合などが上げられる。もっともこの2つの場合には、基準の持つ意義についての違いがある。前者の場合は、左側と右側には規範的な優位性はないから、どちらが選択されるかは、実際にどの程度一律化する必要があるかという事実的要因および実際にいずれが支配的であるかという事実的要因によって決まることが多い。他方、国際度量衡などの場合は、基準の一律化の必要性は国際的交流の密度や知識の精度に関係するために、いずれの基準が実際にどの程度機能的であるかという点が規定要因として意味を持つ。

それに対し第2の場合の例は、戦争後に締結された平和条約の拘束性など条約の締結時に相手国家への合意の強制を認めた規則、主権免除制度における絶対免除主義の原則、伝統的な中立法制度など⁸⁴、伝統的な国際法において慣習国際法として位置づけられたものの中に数多く存在する。そうした制度や規則の一般化について、それぞれに一応の正当化理由が論じられたとしても、規則の一般化にとっては、その規範的理由の強さが主要な要因になるよりも、むしろ規則の遵守によって得られる制度の利益を相互主義的に優先するとか、規則が国際実行において支配的であることなど、事実的要因が主たる意義を持つ。そのため、このような形で一般化した制度や規則の多くは、規範的な強さによる一般化というよりも事実的要因に大きく依拠した一般化であるために、関連する規範の変化や支配的実行の基礎にある事実的要因の変化の影響を受けやすい⁸⁵。

を秩序維持のための外在的理由として整理する。参照、Bernard H. Oxman, *The International Commons, the International Public Interest and New Modes of International Lawmaking*, in *New Trends in International Lawmaking — International 'Legislation' in the Public Interest*, ed. By Jost Delbruck, Dunker & Humblot, 1997, pp. 40 ~ 42.

⁸⁴ 参照、坂巻静佳「国際法上の裁判権免除の現在」『本郷法政紀要』13号、2004年、123頁。

⁸⁵ Buchanan and Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*,

in Rudiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Legitimacy in International Law*, pp. 29 ~ 30. 尚、A. ロバーツは、慣習国際法規は秩序促進的要因と道義的要因の組み合わせの中で形成され、秩序促進的な規則の形成においては実行の一樣性が決定的な要因となり、それゆえに事実の記述の正確さが重要になると論ずる。しかし、秩序促進的理由に基づく規則の一般化においても、事実の記述だけが決定的なのではなく、秩序促進的理由が意味を持つか否かの点⁸がその前提にあると考える。参照、Anthea E. Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconstruction*, *AJIL*, Vol. 95, 2001, pp. 764 ~ 766.