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（２）：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(4), 37-74
Issue Date	2019-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76229
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_4_02_Komori.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

国際法規の一般化における規範的正当化の構成と機能（２）

―― 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、70巻３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

Ⅱ　制度構成の一般化に関わる要因

前節では、主権国家を超える権力機構の存在しない国際社会において、国際社会全体を拘束する一般国際法秩序の存在を基礎づける上で、その最初の前提となる一般国際法秩序が必要であるとの認識の正当化がどのような要因に基づいて論じられるべきかを、国際法主体の基本的地位および国際社会全体の利益に関わる論拠を具体的な問題に則して分類する形で示してきた。それらの第１の平面の論拠は、国家主権概念と主権国家の同意を国際法の存在基盤とする国際法において、個別主義に陥らない、その意味で国際共同体的な一般国際法秩序を論ずる上での必要条件であった。

そこで以下では、前節の一般国際法秩序の必要性の認識を前提とした上で、一般化の必要性についての第２の平面、即ち、具体的な法制度や法規則が規範的に一般化しているという認識を根拠づけるためにはいかなる正当化要因が主要な意義を持つかの問題を、これまでの一般国際法の制度や規則の形成過程を踏まえて論ずることにする。この第２の平面での正当化問題は、第１の平面での正当化要因の違いに則して論ずることが議論としては一貫するように見える。しかし実際には、第１の平面での正当化要因も、後述のように具体的な制度化の段階では重なり合うことがしばしばである。それゆえに、第２の平面での規範的正当化に関係する諸要因については、その意義を分かり易くするために、正当化要因が制度構成のどの部分で問題なるかに焦点を当てて述べることにしたい。

もっとも、そのような形で制度構成における規範的正当化要因の意義を論ずる上では以下の３点を基本認識としていることを再確認する必要がある。

第１は、正当化に関わる以下の要因は、これまでの慣習国際法の存在判断において用いられた要件のように、制裁可能性などの法として認められることの効果を特定した上で、一般的妥当性を認められる国際法規とそうでない国際法規とに概念的に峻別する条件ではないことである。本稿では既に、国際法規の一般化の文脈では、規範的一般化を必要とする前提を考慮することなく法規の存在の有無を形式的に確定しその機能

を峻別する客観的な要件を構成することは、理論的に不可能なことを論じてきた。それゆえ本稿では、それらの要因を、制度を構成する規則をめぐって主張が対立する中でも国際法規の一般化を必要とするという前提の下で、いずれの原則や規則が一般性を持つべきか、あるいは持っているかという認識の基礎づけに関わる要因、しかもその強さを基礎づける要因として論ずる。しかも国際法規としての一般性の認識において、それらの要因は、権威づけの重みの機能にも関わる要因と連関していると考えている。その点で、それらの要因自体が持つ意義は、法概念論において一般に用いられる意味での法として存在することを形式的に確認する要件というより、国際法規の一般性を基礎づける正当性の強さを認識する要因として捉える。

第２は、以下での規範的正当化の機能は、規範遵守の動機づけを主たる課題にはしていないことである。Ｔ・フランクは、いかなる規範の特性および行為の規則がその正当性を増減させるかを分析の主たる課題としながら[1]、他方で正当性の機能を、規範の遵守を牽引する機能として捉え、規範を遵守する動機づけの面から権威の機能を含む形で論じている[2]。しかし、既に述べたように、規範の一般化において鍵になる規範遵守を正当化する要因は、自発的な遵守を牽引する動機的な要因だけでなく、規範に否定的に対応する立場の主張を全体としてどう位置づけるかという問題にも関わる。その点を、本稿は、規範の一般化の解釈的構成において規範的正当化と権威づけの役割を持つ諸要因の強さや重みの問題として論じているゆえに、正当性の機能を、どのような正当化理由が制度構成や規則の一般化において主要な意義を持つかという問題として検討する。

第３は、一般国際法の形成には制度の体系性が関係するという点である。慣習国際法の形成を持続的なプロセスとして捉えるメンデルソンは、慣習法規の存在判断は、それがいつ形成されたかを正確に確定すること

---

[1] Thomas M. Franck, *the Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford UP, 1990, p. 50.

[2] ただしフランクは、経験的に実証できる実際の遵守と不遵守の誘因がある中での遵守の牽引とは同じではないとする。*Ibid.*, p. 43.

ではなく、適用の段階で法規として成熟しているか否かを決めることであると述べる[3]。この理解に立てば、実際の法規の適用の局面で慣習法規の形成および存在を判断する議論には体系性は必要ないようにも見える。確かに、国際法の個々の制度全体を慣習国際法の制度として公布する制度的仕組は国際法にはない。いわゆる法典化条約のように、既存の慣習国際法を明文化することを企図する場合であっても、国際法の法典化と漸進的発達の区別の難しさが指摘されるように、条約に採択された規則すべてが一般国際法規であると措定することはできない。ICJ 判決を含めて、特定の規則が慣習法規であるか否かについて国際的に公式に提示される判断の多くは、メンデルソンの述べるように、当該規則の具体的適用の段階でなされることがしばしばである。その点は、慣習法宣言的な条約上の規則についてもさほど変わらない。

しかし、個々の法規の成熟度がその適用段階で個別に判断されることは、その判断を制度全体の動向と分離して個別にしてよいこと、即ち、個々の法規の規範的正当化の構成に体系性が無関係であることを意味しない。実際、個々の法規が成熟しているかどうかの判断は、別稿で論じたように[4]、法規の一般性についての解釈として構成される以上、その法規が制度全体においてどう位置づけられるかという文脈にも関わる。それゆえ、個々の法規の成熟が適用の段階でアドホックに判断されることは、慣習法規の存在判断を基礎づける正当化要因に体系性が必要ないこと、あるいは制度間の関係に整合性が問題にならないことを意味しない。国際法の法源としての慣習法規の形成を国際実行が法規範化することとして捉え、法源論としては規範的体系性をほとんど問題にしなかった伝統的慣習国際法も、実際には国際法の体系書が示すように体系的な構成に従って論じられていた。それに対して、慣習法宣言条約、慣習法結晶化条約、慣習法創設条約として分類される国際立法に近い意義を持つ多数国間条約による現在の国際法形成においては、体系性が意図的に重視

[3] Maurice H. Mendelson, The Formation of Customary International Law, *Recueil des Cours de la Haye*, 1998, pp. 175 ～ 176.

[4] 拙稿「解釈的構成問題としての国際法規の一般的妥当」『北大法学論集』56巻３号、2005年.

されている[5]。

ところで、個々の国際法制度の形成における目的とその構成は多様である。またそれに応じて、その規範的正当化の構成も多様である。例えば、海洋法の展開における海洋利用の規制基準と管轄権の設定を見ても、その具体的目的と制度の構成は、問題状況の変化に応じて大きく変化し、複雑化している。更に、規律対象となる問題の変化に応じて、それに国家以外のアクターの行為が規制対象として関係する場合には、国家を主たる主体とする国際法特有の問題として、それらを主体として位置づけるのか客体として位置づけるのかという問題など、制度の基本構成について複数の局面が問題になる。従って、制度原則の一般化の規範的正当化においていかなる要素が主要な意義を持つかは、一般的な定式化は不可能であり、個々の制度ごとに検討しなければならないように見える。

しかし、国際法規の一般的妥当性の判断が制度目的とその構成についての体系性を踏まえて行われているならば、一般性の規範的正当化において何が必要な要素であるかについては、個々の制度が一般法秩序の必要性についての前提にどのように関わるか、および制度構成に共通する一般的課題とも関連して一応の特性を見いだせる。

国際平和の維持、国際環境の保全、国際的に衡平な資源配分など、特定の目的を継続的に実現するためには、それを制度として規律する一般国際法秩序が必要であるとする正当化理由に基づいて制度を構築する場合であっても、制度構築に共通する幾つかの課題が存在する。それは、第１に、何を基本原則とするかを含めて、制度基準を設定すること、第２に、制度の規制対象となる名宛人もしくは制度が保護する権利の名宛人となる主体の構成を特定すること、第３に、制度規制の実施のための権限の構成として、当事国間の権限の配分、および国際組織の設立を伴う場合には国際組織と当事国間の権限関係を明確にすることである。

以下では、制度基準の構成の問題に限定した上で、その問題を上記の２つの点の関連、即ち、一般国際法秩序を必要とする前提となる理由との関係、および制度基準の特定において必要となる課題のそれぞれにつ

[5] 拙稿「国際連合における規則作成と一般国際法の形成への影響」『国際法外交雑誌』94巻5・6号（1996）、179 ～ 181頁。

いて、制度の体系性または一体性という面からはどのような規範的論点が主要な意義を持つかを２つの論点に分けて論ずる。この論じ方は、制度の構成について一般法秩序を必要とする前提から演繹的に論ずるのではなく、むしろ個々の制度が一般化においていずれの前提を基礎としているかという点からの議論である。

１　制度の基本目的との整合性

国際秩序を構築するための全体としての国際法システムが基本目的とそれを実現するための基本原則を持つのと同じように、いかなる国際法上の諸制度も、それが制度としての構成を持つかぎり基本目的と基本原則を持つ。慣習国際法として位置づけられた伝統的な国際法制度の場合には、それらの多くは、個々の条約の規定、判例、国家実行などから解釈的に構成されることが一般的であった。例えば、国際法の形成と適用に関わるもっとも基本的な制度である条約法にしても、その成文化が構想されたのは20世紀初期の国際連盟の専門家会議以降のことであったが[6]、条約法は、1968年にウィーン条約法条約が採択される以前から慣習国際法として体系性を持って論じられていた[7]。

ここに、国際法の制度が一般国際法の制度として体系性を持つということは、それらが国際法制度の一般化を必要とする理由および個々の制度の目的、基本原則、規則とが整合的に連関する形で構成されることを意味する。反対から言えば、個々の規則が制度に整合的に構成されていない場合には、一般的・抽象的文言によって規定された規則の具体的な事態への制度としての適用解釈が困難になる。現在の法典化条約や国際法の漸進的発達を目的とする条約など、一般国際法の宣言や創設を企図する制度構築では、それらは一般に前文と冒頭の章に明記される。何を基本目的および基本原則とするかは、外交関係制度のように、その対象

[6] John P. Grant & J. Craig Barker eds., *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, Chapter 7 by Anthony Aust, pp. 307 ～ 312, Hein-online 2007.

[7] Lord McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, 1961.

範囲が限定されているために目的と基本原則および具体的規則とが単純な構成をとる場合もあれば、国連海洋法条約に統合された海洋法制度のように、複数の目的と制度構成を持つ複合的な制度を１つのシステムとして構築するために複雑化する場合もある。

ところで、制度が一般国際法としての体系性を持つことを基礎づける要因として、また反対に、制度の体系性に依拠して一般性を基礎づける要因としてこれまで用いられてきたのが、制度の一般化を必要とする前提と制度の目的や基本原則との論理的一貫性もしくは概念的一貫性 corollary, consistency や、目的や基準との一体性 coherence など、その推論上の関係を規定する概念である。この３つの概念の機能の違いは次の点にある。即ち、制度の一般化がコロラリーや論理的一貫性の概念において論じられる場合には、一般化を必要とする理由や制度目的、基本原則と矛盾するとみなされる原則や基準は一般化可能性を持つ原則や基準としての地位から排除されるのに対して、制度目的と基本原則の間の関係が一体性 coherence の概念で論じられる場合には、その中に論理的には矛盾する基準が含まれても、それらが必ずしも排除されないことにある[8]。その点で、一体性 coherence の関係においては、論理性よりも合理性 reasonable であるかどうか、rational であるかどうかが問題になる。

そこで以下では、それらの概念の意味の違い、およびそれらの概念が国際法の制度や法原則の存在の論証においてどのように使われてきたか、そして規範的正当化の面でそれらの要因にどのような問題点があるかを述べることにする。

１）論理的整合性による正当化

制度の一般性の正当化を、一般化を必要とする前提の正当化理由と制度を構成する目的、基本原則および基準との推論の論理性によって基礎づける場合に用いられるのが、規範命題における論理的な意味でのコロラリーおよび基準の構成における形式論理的あるいは概念的な一貫性 consistency の概念である。こうした論理的もしくは概念的一貫性による正当化は、前提となる目的や原則が正当であれば、そこから論理的に

[8] Thomas Franck, *supra* note 1, p. 144.

帰結する基準や解釈も正当性を確保できると考えられ、制度の体系性の面および法的思考における裁量の排除という点でも大きな意義を持ってきた。

制度の基本目的と原則や基準との一貫性の関係について、推論としてもっとも強い論理性を主張するのがそれらをコロラリーとして位置づける解釈である。制度の目的や基本原則がコロラリーの関係にあると位置づけられる限り、制度や原則の正当性は前提の正当性に基礎づけられるため、推論上はそれらの正当性をあらためて論ずる必要がないと考えられるからである。これまでの国際法においても、制度の基本原則や基準について、それらが国際法の基本枠組を構成する基本原則とコロラリーの関係にあることを基礎にして一般的妥当性を判断する解釈がなされてきた。そうした例としては、公海が国家によって領域として取得できないことを規律する法命題「公海の所有からの自由」から「公海における使用の自由」の原則を帰結する場合、主権が対内的問題について自由に排他的に決定できる権利として概念規定されることから直接に内政不干渉の義務を帰結する場合、国家の交戦権が主権を構成する基本権として位置づけられることから交戦者の平等原則が帰結する場合などが周知のものである。

しかし、推論上コロラリーとみなされた命題には次のような問題がある。第１は、コロラリーとして解釈される法原則が果たして論理学的な意味でのコロラリーとして論じられるかどうかという問題である。第２は、個々の原則や基準はそれらの前提となる概念規定や基本原則に含められた定義からの論理的帰結として位置づけられるために、帰結とみなされた原則の正当性がその前提の定式化の仕方およびその正当化理由の強さに規定されることであり、しかもその原則の適用範囲が規定されることである。そして第３は、次項に述べるように、一般化の必要性を基礎づける前提的理由が複合する場合には、そこで問題になるのはそれぞれの目的を均衡させる意味での一体性であって、コロラリーを含めて論理的な意味での一貫性によるだけでは正当化、一般化の基礎づけはならないという問題である。

まず第１の問題点を含む例としては、「公海使用の自由」を公海が領有できないという意味での「公海の所有からの自由」のコロラリーとし

て解釈する議論がある。しかし、公海は所有できないという命題から公海は自由に使用できるという命題を他の証明を介在せずに帰結することはできない。現在の海洋の展開を見れば明らかなように、所有が禁止される海域については、利用規制を含めて自由な使用以外にも多様な利用方法があるからである。それにも拘らず、その２つの命題がコロラリーであるとする解釈が一般的に認められてきたのは、背景にその解釈を支える２つの理解、隠れた前提があったからである。１つは、実際の利用量が資源量に比して限られていて他者の利用を妨げないことなど、自由な使用を認めてもよい事実条件が存在していたことであり、１つは、自由な使用の対概念である排他的な使用を領海内に封じ込めようとする立場が支配的だったからである[9]。従って、公海使用の自由の原則を正当化理由の要素の強さの点から見れば、それは、資源量から見て自由な使用が可能であり規制の必要がないという条件が実際にどの程度当てはまるかという事実要因と、排他的使用は領有が認められる領海内に限られるべきであるという規範的理由がどの程度強いかに依拠することになる。

この点は、上記の第２の問題点と結びつく。即ち、コロラリーや一貫性などの推論における論理的関係は、一般に前提となる原則と帰結となる原則の抽象的な概念規定や定義に基づいて論じられる。しかし、実際の制度において、その枠組を構成する基本原則に大きな解釈の幅があるだけでなく、そこから帰結する原則にも解釈の幅がある場合には、それらの解釈の幅に含まれる原則の一般的妥当性は、原則の抽象的な概念規定の関係におけるコロラリーや一貫性などの推論の論理性だけでは基礎づけられない。そのためには、そうした推論の論理性が成り立つ範囲の限定がなされなければならず、またそれを超える範囲についてはそれぞれの正当化の構成自体をあらためて論ずることが必要になる。

例えば、主権概念のコロラリーとして論じられた内政不干渉原則については、その正当化の前提となるのが主権概念を構成する管轄権内にある事項は排他的且つ自由に決定できるという権利の概念であり、その概念から直接の帰結として他国が干渉してはならない義務、即ち内政不干

[9] 拙著「深海底開発レジームの一般化とその根拠」『一般国際法秩序の変容』信山社（2015年）所収、268 ～ 285頁。

渉原則が基本原則として抽出される。そこでは、内政不干渉原則は、それ自体に固有の正当化理由に基づいて一般性を基礎づけるのではなく主権のコロラリーとして概念化されるから、その概念自体は、前提である主権が法的概念としてどのように規定されるかによって変化する。即ち、１つは、国内管轄事項についての相対説が論ずるように、国際法が規律する事項の範囲が変化するとともに排他性が認められる事項の範囲が変化する場合であり、１つは、環境保護システムのように、国際制度の履行における権限を国際機関と当事国とに複合的に配分する形で、主権として排他性を基礎づけてきた各国の権限の機能の範囲が相対化する場合である。そのいずれの場合にも、排他性を持つ事項の範囲、および権限の機能の範囲は、主権概念からの推論における一貫性によっては基礎づけられない。それゆえ具体的な制度形成においては、制度全体の目的との一体性など制度課題に則した正当化理由が必要になる。

同様な問題は、伝統的な戦時国際法における交戦者平等についても見られる。戦時国際法における交戦者平等は、それ自体に固有な正当化理由に基づいて一般化したというよりも、主権のコロラリーである交戦権の帰結として一般的妥当性を論じられた。しかし、現在ではその前提としての交戦権が一般論として否定されたために、コロラリーに依拠した正当化の基礎づけ自体がその機能を持てなくなった。他方で、国際人道法のように、人道性の保護という戦争の国際法的位置づけとは別個に固有の正当化理由が一般性を持つ場合には、その限りで交戦者への適用の平等について一般的妥当性を基礎づけられる。

２）制度的一体性による正当化

一般化を必要とする前提となる制度の目的が単一であり、しかも当事者に適用の障害になる事実上または構造上の差異がない場合には、その制度を構成する基本原則は制度の目的との一貫性が求められるのが一般的である。しかし、多くの制度がそうであるように、前提としての一般化の必要性の理由が複合的になり複数の目的が重なる場合には、制度構成の一般化は制度目的と基準の論理的一貫性だけによって基礎づけることはできない。制度の目的が複数あれば、それらの目的の位置づけに関わる議論が必要となるし、制度目的と制度基準との間には、必ずしも論

理的には一貫しない或いは規範的性格の面からは対立するとみなされる関係が生じることがあるからである。実際、そうした問題を抱える制度の多くにおいては基本目的の位置づけや制度構成をめぐって主張が対立する。そのような場合、制度基準の一般化において重要な要因になるのは、制度の構成が全体の効果から見て一体性 coherence を持っていると認識されるかどうかである。そこでまず、制度構成の一体性が何を意味し、またその一体性がなぜ制度の一般性の正当化、即ち一般的妥当性を基礎づけると論じられるのかについて簡潔に述べておきたい。

ここに言う一体性について、T・フランクは、制度を構成する複数の原則の位置づけについて主張の対立がある場合にはその位置づけについて、また原則の適用を限定する場合にはその限定について、特定の原則に照らして一般的な形で説明できるような連関 nexus があること、その意味で制度の原則の構成に一般化可能な連関があることと規定する[10]。そして一般化可能な連関は、フランクによれば、原則が適用される場合と適用されない場合の違いについて合理的、説得的に説明できることを意味する[11]。この意味での一体性についてのフランクの理解は、ドゥオーキンの純一性 integrity の理念と結びつく一体性の理解に依拠して論じられている。フランクが一体性の概念の理解において依拠したのが、彼によって「審議によって到達した合意に基づく妥協は、原理の影響力がその本来有している権威の限界にまで及ぶような、何らかの一体的な原理に基づいて解決することを目指さなければならない。即ち、妥協はその結果をもっと重要な合理的な原理と結びつけるものでなければならない」[12]と要約されたドゥオーキンの指摘である。

---

[10] Franck, *supra* note 1, p. 146.

[11] *Ibid*., p. 152, p. 168.

[12] *Ibid*., p. 146. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard UP, 1986, p. 179. 尚、この部分は、小林公訳では以下のように訳される。「しかし、原理の問題が関わってくる場合には、意見を異にする当事者の間で分割を行うことを我々は拒否する。このとき、我々は別のモデルに従う。すなわち、審議の過程においては、各々の見解に対して言い分を認めてあげねばならないが、これにもかかわらず、集団的な決定をする段になれば、何らかの整合的な原理の確定を目指すべきであり、この場合、原理の影響力は、それが権威あるものとして本来有し

それでは、このように構成された一体性がなぜ制度を正当化する機能を持つと考えられるのか。即ち、制度の正当性を基礎づける要因として捉えられるのか。正当性の機能を規則の遵守を誘引する作用として規則遵守の動機づけの面から論ずるフランクによれば、それは制度の一体的な構成が適用の一体性を結果するからである。即ち、実際に適用の一体性が得られるのは制度が全体として legitimate であると認識されていることに依存すると理解されるからである。この理解は、正当性を認めない当事者に対しても機能する正当化を検討するためにその構成要因を論ずる観点から見れば、構成要因の機能を再び正当性の認識に戻している点で循環的に見える。それに対しフランクは、それは、規則遵守の実行と規則の正当性の認識という２つの変数が相互依存しているためであって循環的な構成ではないと論ずる[13]。しかし、ここでの問題は、それが循環的か否かではなく、どのような要因が制度の一体性を構成する要因と位置づけられ、なぜ制度の正当性を基礎づけると認識されるかという問題である。

ところでフランクは、一体性の機能を上記のように捉えた上で、その具体的構成について、人民の自決原則についての適用当事者の違い、国連安全保障理事会における拒否権と主権平等原則の位置づけ、および GATT における最恵国待遇と一般特恵制度の関係の３つの問題、即ち制度における当事者の法的地位の違いに基づく原則の適用の違いの問題をとりあげ、それぞれについて制度の基本原則の位置づけおよびその適用における違いの正当化問題を論じている[14]。そこでの主要な論点は、自決原則の適用を特定の当事者に限定し、あるいは制度の構成において当事者の法的地位に違いを設けるために、制度の一般化を基礎づける上で大きな意義を持つ「等しきものは等しく」の正義原則の適用を限定も

ている射程範囲にまで及ぶのである。正義について人々の見解が対立していることから妥協がどうしても必要であるならば、この時の妥協は内的なものではなく、外的なものでなければならない。つまり、それは正義の妥協された体制ではなく、どの正義の体制を採用すべきかに関する妥協でなければならない。」小林公訳『法の帝国』未来社、1995年、284 ～ 285頁。

[13] Franck, *supra* note 1, p. 142.

[14] *Ibid*., pp. 153 ～ 180.

しくは修正することをどのように理由づけられるか、即ち、それぞれの当事者について等しきものでないことをいかに合理的に説明できるかという点である。

まず第１の人民の自決原則については、同原則がすべての人民に適用されず、実際には適用される人民と適用されない人民とに区別されるにも拘らず、尚それが一体性を構成すると理解されるために必要とされる要因を以下のように論ずる。

第一次大戦後の国際連盟での領土問題の処理において、自決原則の適用に基づく国家の独立が国際法上はじめて主要な問題となったが、そこではヨーロッパ内の原則の適用とアフリカの植民地での原則の適用には明らかな差別が存在した。ヨーロッパ諸国の植民地は政治的実在としての違いに関わらず委任統治地域とされたからである。自決原則は、その後国連憲章において人民の自決権として規定され、その結果「等しきものは等しく」の正義原則に基づく一般的な適用が可能になった。しかし、抽象的に規定された人民の自決原則を、その人口規模や政治的、経済的、社会的な事情に関わりなく自決を要求するすべての人民に認めることは、国民の構成や経済資源が偏在することを考慮すれば実際的に困難である。それゆえ自決原則の適用の一体性を確保するためには、一般化可能性を支える「等しきものは等しく」の原則の中で、適用されるものと適用されないものを区別する、その意味で等しきものではないことを区別する理由を示すことが必要となった[15]。

その点で国連の実行において大きな課題となったのが、国連総会で採択された植民地独立付与宣言が、植民地解放のための人民の自決権の適用を積極的に認める一方で、既に独立した国については領土保全の原則の下に現状の国境を重視する立場を強く主張したことである。その結果、対立する２つの立場の対抗の中で自決原則の適用の一体性のためには、正義原則に従い独立を認める自決権の適用対象を区別することの合理的理由を論ずることが必要となった。そうした理由として論じられたのが、政治的少数者も民族に関わりなく同じ権利が享受できているか、特定の人民に対して政治的な弾圧があるか、政治的少数者が独立した場合にそ

[15] *Ibid.*, pp. 163 ～ 168.

の他の人民の経済的資源を奪うことにならないかなどの理由である[16]。

このように、当事者を区別する形で原則の適用の一体性を確保することは、植民地解放の文脈では比較的容易であったものの、その後の展開においては新たな独立国について領土保全が重視されたためにもっと複雑化した。それは、それぞれの事態が置かれた状況の違いに応じて異なる理由が必要になったこと、またそれぞれの理由が他の場合に適用できないか否かを論ずる必要性が絶えず問題になることで、正当化の理由を状況依存的にし、正義原則に基づく一般化を複雑にしたからである[17]。しかも、自決原則に基づく独立の要求は、それが内戦に発展し政治的軍事的要因の比重が大きくなる場合には、自決原則自体の適用を困難にし、適用の一体性を損なうことによって原則自体の正当性が危機に瀕する問題を生じさせた[18]。このことは、言い換えれば、制度の正当化においては正義原則に照らして適用の一体性を確保できることが重要であること、そのためには、領土保全の原則の重視の妥当性を含めて適用に違いを設けることの理由づけが国際法システム全体としても合理的であり、正義原則に反しないことを示すことが重要であることを示している。そこで問題になるのは、領土保全の原則を優先させることが妥当か否か、自決を認めることが反対に政治的混乱を生じさせるかなどのように、必ずしも原則内在的な理由に限られない。

次に、第２の国連安全保障理事会における拒否権について問題になるのは、組織の基本構成においては国家の平等を基本原則としながら、安全保障理事会という特定組織の権限の構成において特定の国に拒否権の行使という例外的な地位を認めることについて、それが組織の一体性を損なわないこと、あるいは一体性を確保する上で必要なことをいかに理由づけるかという点である。そこで依拠されるのが、当事国の平等という原則に基づく決定の手続を用いるよりも、特定の当事国に特別な責任

---

[16] *Ibid*., pp. 168 ～ 169.

[17] カシーセは、自決権概念が進歩的な面と脅迫的な面のヤヌス的性格を持つことに焦点を置きその歴史および概念構成を論じている。Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge UP, 1995, pp. 4 ～ 5.

[18] Franck, *supra* note 1, p. 172.

を割り当て、それに対応する形で決定における特別の地位を認めることが、国際社会全体の安全保障の維持という目的の達成にとって有効であるという理由であり、それが有効である限り国際法秩序の一体性は損なわれないという認識である[19]。この場合、一体性を確保する根拠として用いられるのは、そのような制度構成が制度目的を実現する上で有効であるという事実的要因であり規範的正義に基づく要因ではない。それゆえ、そのような構成が制度の一体性を基礎づけるか否かは、それが事実として有効であるか否かに関わる。

この点は、第３の例の GATT 制度の中で、制度の一般原則とは別に途上国のための特別の制度として一般特恵制度を採用する場合も同様である。GATT の制度自体は、加入条件が課せられすべての国に適用される一般国際法上の制度ではないが、これを国際制度の構成における途上国の地位の優遇の問題として捉えれば、一般国際法がその制度構成に及ぼす作用に関係する点で、前項の一般化の前提として論じた問題を抱える。この場合の問題は、経済発展段階の違いに基づいて途上国というカテゴリカルな地位を設定し、その地位の違いに応じて一般原則としての最恵国待遇に対する例外としての一般特恵制度の適用を認めることが、制度としての一体性を損なわないこと、むしろ途上国に対する利益をもたらすことを理由づけることである。そしてこの場合に依拠されたのが、途上国を優遇する地位を認めることが全体としての貿易量を拡大することになり、それが貿易の自由化を進展させる結果になるという理由である[20]。

以上の３つの問題例の検討においてフランクが示したのは、基本原則の適用について異なる扱いをする形、当事国の地位に例外を設ける形、当事国の地位をカテゴリカルに分ける形で制度が構成される場合には、以下の論点が重要になるという点である。それは、そうした構成にも拘わらず、なお制度が一体性を持つという認識、従って制度が正当性を持つという認識を基礎づける論拠が、制度全体の構成が制度の基本目的に照らして合理的であるという解釈、あるいは原則の適用不適用の違いに

[19] *Ibid*., p. 177.

[20] *Ibid*., pp. 178 ～ 180.

関し合理的説得的な説明が可能であるという点で制度適用の一般化可能性を支える要因など、制度内原則の正当化を超えた体系全体としての基本目的に関係づけられるか否かという点である[21]。

それに対して、フランクが検討した上記の問題例とは異なって、国連海洋法のように、従来は個別の条約に基づいて制度化されていた問題が１つの制度枠組の中で扱われ、またその結果として、１つの制度の中で複数の制度目的が関わり、しかもそれらの目的を具体化する複数の一般原則の規定の正当化に関わって一体性が論じられる場合には、一体性の基礎づけにおいては、制度的例外の正当化とは異なる２つの要因が問題になる。１つは、制度の目的および機能に照らしてそれぞれの一般原則の制度的な均衡が図られているかという目的間の調整の正当化に関わる問題であり、１つは、国際法全体の構成から見て、制度目的をどのような概念もしくは権限構成によって構成することが一体性を基礎づけるかという問題、とりわけ新たな制度が既存の制度を変更する場合にどのような概念構成が既存の制度概念との間での一体性を持つかという問題である。

この２つの問題の違いは、理論的には正当化に関係する要因の性格の違いに関わる。前者は、特定の制度に組み込まれた目的を制度化する原則間、即ち実質基準間の一体性に関わる正当化であるのに対して、後者は、諸目的の制度化における制度構成と国際法全体の概念構成との一体性に関わる正当化の問題だからである。しかし、こうした理論的な性格の違いにも拘わらず、新たな制度形成は既存の法制度の変更や国際法制度全体の中での位置づけに関わるために、実際にはこの２つの問題は新たな制度化の過程で同時に問題になる。例えば、排他的経済水域制度の場合には、その制度化の過程で以下のような問題点が大きな論点となった。

1973年に始まる第３次海洋法会議において排他的経済水域が制度化されたのは、船舶と漁業技術が発達する中でそれまでの狭い領海と広大な公海制度の下で公海使用の自由としての漁業の自由を認めることは、技術の発達した他国の遠洋漁業者に沿岸資源の一方的な利用を認めること

[21] *Ibid.*, pp. 152 ～ 153.

になること、またその結果として沿岸資源の枯渇を生じることから、沿岸国の利益を守る必要性が強く要求されたからである。この要求は、1958年の第一次海洋法会議において既に主張されていたが、とりわけ漁業技術が遅れていて伝統漁法に頼る途上国にとっては、沿岸資源の利用の制度化において、排他的利用を含めて沿岸国の利益を優先させることが初めからの要求であった。実際、こうした要求は、第三次海洋会議以前に、国内法によって漁業水域や200カイリの領海を設定するなどさまざまの形で実行に移されていた[22]。

しかし、このような正当化要求の背景を持つ排他的経済水域の制度化には、1958年に採択された漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約など、実際には国際社会全体が当面する漁業資源の保護など複数の目的および既存の制度上の権限との調整が関わっていた。そのために、上述のように２つの面で一体性を確保することが制度形成における主要な課題であった。即ち、１つは、それが沿岸資源の配分の方式、資源の保存、既存の権利との調整など複数の目的を抱えているために、制度基準の構成における一体性をどのように確保するかに関わる問題であり、１つは、それが管轄権の構成の全く異なる領海制度と公海制度の再編の形で行われるために、その制度構成あるいは制度の性格規定と既存の制度との調整に関わる問題であった[23]。

まず第１の基準構成の問題については、さまざまな目的の調整の結果として200カイリの排他的経済水域の設定とその水域内での資源利用について沿岸国に優先的地位を認める一方で、最大漁獲量という規制基準を設定することによって資源保存を義務づけただけでなく、自国の漁獲可能量を越える余剰分については他の国による漁獲を認めることをも義務づけている。もっとも、それらの目的をめぐる各国の利害対立の中で、この基準設定が排他的経済水域における資源利用について、当事国にどの程度の均衡性の認識を生み出していたかには議論の余地がある。小田滋は、海洋法会議の交渉過程で提出された1975年の非公式単一交渉草案

[22] 小田滋『注釈国連海洋法条約上巻』有斐閣、1985年、180 ～ 183頁。

[23] Francisco Orrego Vicuna, *The exclusive economic zone* − Regime and legal nature under international law, Cambridge UP 1989, pp. 16 ～ 23.

は、1973年から1974年にかけて提出されたいろいろの考え方をアトランダムにつまみぐいして出来上がった草案であると述べる[24]。しかし、そうした面があるにしても、結果的そのような基準設定になったのは、排他的経済水域制度の採択までの過程が示すように、複数の目的を持つ制度としての一体性を確保する上で必要な対応であったからであると言えよう。

また、第２の制度基準の構成をどのような概念構成の下で行うかの問題についても、とりわけ制度の根幹である排他性の概念規定について、限定された目的の制度化における概念構成の場合よりも、制度的一体性を確保することが重視され、結果として概念的な処理が複雑になった。というのは､特定の希少資源の保護や特定の差別や行為の禁止のように、限定された目的を確保するための制度化においては、一般に制度目的の必要性の強さ、即ち制度に求められる効果に応じて規制上の義務や権利の概念を構成すればよい。しかし、排他的経済水域における排他性の概念規定においては、それが主権的権利として規定されたために、その適用範囲を限定することによる一般的な主権概念の適用との区別、当該水域における公海制度上の使用の自由との関係の位置づけ、排他的水域としての位置づけにも拘らず漁業資源の保存と余剰資源の開発を義務づけること、同じ水域が重なり合う大陸棚制度との関係など、制度間の関係の一体性をはかる対応がなされている[25]。

以上、国際法制度の一般性の正当化に関わって制度構成の一体性が主要な論点となる場合を見てきた。ところで、フランクは、一体性の構成に関わる上記の３つの問題例を検討した上で、それらについて次のように要約する。即ち、規則の正当性の度合いは、１つにはその一体性、言い換えればその規則を構成する部分と目的の間の内的繋がり、および原則の共有に基づく異なる規則間の外的な繋がりに依存している。そして、基礎にある原則によって結合された規則間の繋がりは、個々のバラバラな取り決めを諸国家の共同体を統治する規則のネットワークへと結びつける規則群が存在することを示している。その意味で、規則の一体性の

[24] 小田滋、前掲書、注22、186頁。

[25] Vicuna, *supra* note 23, pp. 24 ～ 36.

考察およびその一体性がシステムの正当性の認識や規則を遵守する義務意識に及ぼす効果の考察には、諸国家の共同体の存在という仮定、即ち、制度の一般化には共同体の存在という認識が潜在していることを述べる[26]。

しかし、規則の一体性の考察には諸国家の共同体の存在という仮定が潜在しているという分析的な問題と、共同体の存在を仮定してよいという規範的問題は同じ問題ではない。そうした共同体が存在するという仮定の問題を、一般国際法の制度化についてはなぜ共同体を仮定してよいかという規範的問題として、あるいは制度の一般性の正当化がなぜ可能になるかという問題として見れば、それは、制度を一体化するために依拠した原理の一般化可能性の面での強さが、制度に対立的な立場に立つ当事者を含めて制度が一体性を持つという認識を生成した結果であると理解する方がよいのではないだろうか。制度の一般化の前提としての一般化の必要性を認めた上で対立する利益を調整する場合には、対立する立場は、それぞれに一体性を持つと考える制度の構成を示さなければならないからである。

2　規定の定式化における一般化可能性

新たに形成される国際法制度が全体として一般化可能性を持つためには、前項に述べたように、その制度に組み入れられる諸基準が全体として一体性を持っていること、その意味で1つのシステムとしての体系性を持っていることが重要な要素となる。実際、国際法制度および国際法規の一般化においては、前段までに論じられた正当化の要素が基礎づけられれば、その主要な枠組みは確定すると言ってもよい。

しかし、20世紀後半以降の国連を中心的な場とする国際法の漸進的発達の取り組みに見られるように、それが一般国際法制度としての形成を企図しているにも拘らず、制度の採択については、しばしばそれを条文化する交渉過程に参加する当事国の間での合意形成が重視され、個別の問題における対立を回避するためコンセンサス方式や一括取り決めなど

[26] Franck, *supra* note 1, pp. 180 ～ 181.

の方式が用いられてきた。また制度の発効については、批准国が一定数に達した時点で制度として発効させる方式がとられてきた。その結果、1968年の北海大陸棚事件判決では、大陸棚制度の基本枠組を定めた1958年の大陸棚条約１条から３条の規定は慣習国際法として確立していると判示されたのに対して、大陸棚の境界画定について６条に定める等距離原則および中間線原則は慣習国際法の規則としては確立していないと判示された。このことは、制度が全体として一体的に構成されることで一般性を持っていると判断されたとしても、従って条約に基づく制度が全体としては一般国際法として非当事国を拘束すると判断されたとしても、制度を構成する個別の規定や細部の規定は、条約の当事国を越えて対立する規則を要求する非当事国に対しても当然に一般化可能性を持つと判断されないことを意味している。

そしてそのことは、制度としての全体構成の一般化の問題と同じように、制度が置かれている実際的状況において個別の規定がどのように定式化されるかということも、その一般化に関わる固有の問題であることを示している。その点は、伝統的な慣習国際法論においては具体的な実行によって示された。それが、現在のように一般国際法の形成に向けた制度の採択が条約という形式によってなされる場合には、条文の具体的な定式にコミットしないことの意思表示をする機会は、交渉への参加国がその条約を批准しないという手続あるいは特定の条文への留保の表明という手続で認められている。従って、そうした形での国際法規の一般化においては、いかに多くの国が条文の定式に同意するかも大きな意義を持っている。多数の国が条文規定に同意するかどうかの問題は、同意したという結果の効果として見れば、主として条約手続に基づく条文の権威づけの一般性に関わる問題であるが、なぜ多数の国がそれに同意するかという前提の位置づけの問題として見れば、主としてその正当化および法技術的な構成の面での規範的定式の一般性に関わる。その意味で、規定の定式化においてその一般化に関わる要因も、国際法制度の一般化に関わる固有の要因として位置づけられる。

以下では、規定の定式化についての一般性に関わる要因として、これまでに実際に論じられてきた３つの論点、即ち、一般化可能な用語の必要性、抽象的規定と確定的な規定の選択、および一般原則に対する例外

規則の位置づけをとり上げ、その特性を論ずることにする。

1）一般化可能な用語と適用に関わる事情

国際規則が一般国際法規として妥当するためには、同一の事項についての規則がすべての適用主体に等しく適用されるように、その定式化が一般化可能な用語に基づいてなされることが不可欠である。それは、人権規約が、すべての人民、すべての者、規約の各締約国と言うように、適用対象が任意の当事者である場合だけではない。一般規則が特定の場合を例外として位置づける場合であっても、原則と例外の関係を明確にするために、一般規則自体は一般化可能な用語に基づいて定式化されることが必要である。他方、規則が適用主体や適用の場に関して個別に定式化しなければならず、一般化可能な用語によって定式化できない場合にはその必要がない。規則の一般的適用が問題にならないからである。

もっとも、規則が一般化可能な用語を用いて規定されていたとしても、そのことは当該規則が当然に一般国際法規として適用されることを意味しない。例えば、1958年の大陸棚条約６条の境界画定についての規則では、規則の定式としては等距離線や中間線などの一般性を持つ用語が用いられているが、条文規定として当事者間の合意を優先することなど、その適用について付随の条件が定められている場合には、それ自体、それらの規定の一般的適用を要請しているとは言えない。またその結果として、境界画定について、地形的な複雑さのゆえに一般化可能性を持つ基準を適用できず、しかも当事国間で合意が得られない場合に、複数の個別要因の考慮に基づく衡平原則の適用が意義を持ったと言えよう[27]。

そうした判断が求められる事情は、経済基盤や対応能力に明確な違いがある状況において、規定定式として一般性を持つ規則を一律に適用することで生じる結果の不衡平に対して、規定適用上の不公正の考慮に基づき衡平概念の適用が問題になる場合とほぼ同様である。そのことは、要するに、規定の一般化においては一般化可能性を持つ用語による定式

[27] 拙稿「北海大陸棚事件と大陸棚の境界画定における衡平概念」、栗林忠男・杉原高嶺編『海洋法の主要事例とその影響』所収、有信堂、2007年、239 ～ 262頁参照。

化が必要であるとしても、その適用が結果として不公正を生じる規定は、その定式化自体の正当性において一般性を持たないだけでなく、適用における一様性を確保できないという点で、その権威づけの面でも一般性を持たないことを示している。

２）規定の抽象性と明確性の選択と一般化可能性

規定の定式化において抽象的な規定を選択するか確定的な規定を選択するかについても幾つかの考慮が作用する。例えば、特定の規定を定めることが規定遵守の負担や不遵守に対してどの程度のリスクを伴うかという事実認識の違いや、当該規定によって明確な義務を課されることを回避したいという動機的な要因などである[28]。しかし、制度構成における抽象的規定と明確な規定の選択を、制度の達成にとっての必要性の大きさや制度構成としての望ましさという法規としての一般的妥当に関わる面から捉えれば、そこではその定式の正当化の強さに関わる要因、あるいは制度が置かれている文脈での定式の機能に関わる要因が主要な論点になる。

ところで、この規則の定式の確定性と正当性の関係について、T・フランクは条文が確定的であることがその正当性に作用すると論ずる[29]。しかしこの理解は、強い正当性を持つ確定的な規定は規則の遵守が得られ易いことを規則の定式化の結果の面から見たもの、あるいは規則が不確定であることはその不遵守を正当化し易いという規則遵守に関わる個別的動機の面から見たものである。それは、なぜ規則が確定的な条文に定式化されたかという面からの理解ではないし、規則を一般化する上でどの程度明確にすることが必要かという面からの理解でもない。また、彼が規定解釈の弾力性の必要性に関わって、それを硬直的な規定 idiot rule と柔軟な規定 sophist rule とに分けて論じたように[30]、制度の置かれている環境や時間的な変化において変動要因を抱えている制度では、確

---

[28] Richard Bilder, *Managing the Risks of International Agreement*, The University of Wisconsin Press, 1981, pp. 198 ～ 199.

[29] Thomas Frank, *supra* note 1, pp. 52 ～ 54.

[30] *Ibid*., pp. 74 ～ 83, pp. 163 ～ 164.

定的な条文が遵守の場面でつねに大きな正当性を持つとは限らない。規則の遵守における一般性の確保にとっては、規則の正当性が当事者に一般的に認識されていることが不可欠であるだけでなく、その正当性がどのような文脈で問題になっているかという点も大きな意味を持つ。その点で、規則の定式化における抽象性と明確性の選択は、それらが規則の一般化可能性をどのように基礎づけるかという正当化要因の問題として論ずる必要がある。

まず、法規の一般化において規則の定式の確定性や明確性が要求される場合について検討する。この場合に、どの程度の明確さが求められるか、またどのような正当化要因が作用するかは一様ではない。それらを網羅的に分類することは筆者の能力を超えており、ここではいくつかの例を示すことにしたい。

明確な基準が必要とされるのは、領海や排他的経済水制度の幅員のように基準が数量的に確定しなければ制度として意味を持たない場合、また規則に言語的な規定が用いられるときには、規定内容が形式的に明確に特定できるか、さもなければ概念の定義が明確にできないならば規制の機能を持てない場合である。

それらの場合に、規定の一般性の正当化という点で重要なのは、その量的基準における数値が独自の正当化理由を持っていないことである。それは、例えば領海200カイリの要求と EEZ 200カイリの要求の中で200カイリ水域がなぜ EEZ として認められたかを見れば分かる。それは、領海制度における沿岸国の権限の内容が EEZ の制度目的により認められる権限内容よりもはるかに広いからである。これらの制度では、明確な数量基準の範囲は、それぞれの制度目的に照らして構成された権限構成の正当性の認識に規定される。即ち、このような数量基準の制度化では、規則の一般化に関して問題になるのはその制度上の権限がどの範囲まで及ぶかということの正当化であり、その意味で、数値が基準としての一般化において持つ意義あるいは機能は、制度が持つ正当性によって規定される変数にすぎない。その点は、公海上の船舶の航行における危険回避のための航路の指定のように行為形式がシグナルとして明確に規定される場合も同じである。そこで問題になるのは、いずれかの航路を選択しなければならない理由であって、特定の側の航路を選択しなけれ

ばならない理由ではないからである。

他方で、概念など言語を用いて規定される規則において、その定式化に可能な範囲で確定的な定義を必要とされるのは、制度が明確な効果を規定しているために規則の内容が確定的でなければ制度としての効果に問題が生じる場合である。分かり易い例として、１つは国際犯罪や武力行使の規制のように、規則の逸脱に対して具体的な制裁措置を課すことを企図しているために規制対象行為の明確な定義を必要とする制度、１つは条約法に規定される条約概念のように、その概念に該当する文書に対して制度で規定する法的効果を付与することを目的としているために明確な規定を必要とする制度を上げることができる。

前者の場合、規則の逸脱行為に対して制裁を課すことは、国際法秩序の維持のために逸脱当事者に対してその意思に反して具体的な措置を強制すること、およびその他の諸国に対して制裁措置の実施への参加を要請することを意味する。それゆえに、規則の逸脱の判断を可能にするためにも、また制裁措置への他の諸国の共同対応を確保するためにも、侵略行為の規制のように、まずは規則が強い正当性を持たなければならない。加えて規制の実施のためには、規則の逸脱について定められた手続に従い事態を認定できるような規則や概念の確定的な構成要素または定義を提示可能であること、その逸脱について当事者に責任が帰属することを確定できることが原則として不可欠である。ただし、原則としてという限定が必要なのは、国際秩序の維持または回復への対応であっても、平和に対する脅威の事態の認定のように特定の規則の逸脱に限定して判断されるのではなく、対応措置も強制措置による制裁という強い効果を持たない形でなされる場合には、概念の確定性よりも事態の判断手続の公正さが問題になるからである。

また後者の条約概念の場合には、その概念が該当する国際文書に特定の法的効果を持つことを認めているために、第１に、特定の効果を持つ文書とそうでない文書を区別するために手続的に確定的な定義が必要になる問題と、第２に、その定義に該当する文書の条文規定に具体的にどのような法的効果が付与されるかを特定するために、当該文書の規定の定式化にどの程度の確定性が必要になるかという問題の両面がある。第１の面での定義に関わるのが、条約の概念それ自体の定義であると同時

に国際文書がその概念に該当することを裏づける不可欠な要素としての採択手続の明確化である。それによって国際文書が特定の法的効果を持つ拘束的合意であるか特定の法的効果を付与されていない非拘束的合意であるかが区別される。それに対して第２の面では、条文の規定を明確に定式化することは一般に当該規定に明確な法的効果を付与することを意味する。それゆえに、条文規定の法的効果を曖昧にするためには、次に述べるように抽象的な規定定式を用いることや、ビルダーが指摘したように、同意する規定について強い法的効果を課せられるリスクを回避するための規定定式を用いることが必要となる[31]。

以上の例に示したように、規則の遵守を容易にし、またその逸脱についての明確な判断を可能にすること、即ち規則の遵守および逸脱への対応において具体的な効果を確保しようとする場合には確定的な規定が不可欠である。そしてそのことは、そうした規則についての規範意識が国際社会全体で一致していない状況で、尚、具体的な効果を国際法秩序全体で確保することを目的とする国際法規の形成がなされる場合には、概念の構成要素を明確にする必要があるという意味でより大きな確定性を求められることを示唆する。

それに対して、そうした明確な規定や確定的な規定の必要性とは反対に、規則を抽象的に規定する方がその一般化にとっては望ましい場合がある。

言うまでもなく形式的には平等とされる主権国家を見ても、その人口構成、経済資源、および熱帯地域と寒冷地域、沿岸国と内陸国のような地域的環境の違いなど、実質的な対応能力には違いや格差が存在する。そして当事国間にそのような対応能力に実質的な差違がある問題では、明確な効果を確保する確定的な規則を一律に適用することは、一般論として国際正義上の問題があるだけでなく、参加当事国を拡大するという意味でも一般化することが難しい。また個々の制度を見ても、現在の国際環境規制や国際人権保護のように、国際的な差違の存在する中で短期的目標を達成することが難しいために、長期的目標を促進することを目的として漸進的な制度化を図る制度もある。それは、そうした制度の適

[31] Richard Bilder, *supra* note 28, pp. 23 ～ 77.

用に固有の問題を持つ事項について、明確な規定とその逸脱に対する明確な効果を規定する制度化を行うこと、あるいは明確ではあるが硬直的な規定に基づく制度化を行うことが、時間の経過に伴う適用環境の変化に応じて、フランクが idiot rule として問題視するような[32]、制度形成の目的に反する事態を生じる可能性があるからである。

それゆえ、そのような問題が存在する場合、制度形成に際しては、当事国間に存在する差違から生じる問題を解消し、適用過程における柔軟な対応を通して制度の定着を進めるために、制度の効果を確保する遵守の仕組に関わる部分については単純化せず、他方で実体的基準については抽象的な規定を採択する方法がしばしば用いられてきている。

規則の一般化を進展させる上で抽象的な原則あるいは曖昧な規定をなぜ用いるかについては、主として２つの要因が関係している。１つは、制度の細部に関わる規定について主張の相違がある場合に、制度の理念や目的を反映するような用語的には抽象的であるが方向性を持った原則を定め、原則の解釈適用や細部の相違に起因する紛争処理は、国際裁判所、国際組織、当事国の事後的な実行を通して進めることを考慮して対応する場合である。そして１つは、それとは対照的に明確な義務の承認によって負担が増大するリスクを回避するために、曖昧な規定を選択する場合である[33]。

前者の原則の場合は、それ自体が抽象的ではあってもその方向づけにおいて明確な正当化理由を持っていることによって、制度を具体的に構成する細部の規則に関して枠づける機能を持つ。この点は以下のように説明できる。即ち、一般に抽象的原則は、正義原則が無内容であると言われるように、個々の規定の具体化における一様の機能を特定することは難しい。しかし正義原則は、細部の内容を明確化する上では難点を持っているとしても、エゴイズムに基づく行動を原理的に排除する機能は持っている[34]。あるいは、公正の内容を一様には明確化できないとしても、問題の置かれた状況において何らの正当化理由を持たない無条件の

[32] Franck, *supra* note 1, p. 74.

[33] Bilder, *supra* note 28, p. 38.

[34] 井上達夫『共生の作法』、創文社（1986年）、115 ～ 119頁

不公正は特定できる[35]。同様に、抽象的な原則も、その具体的内容は不確定であったとしても、その一般性が基礎づけられるならば、それと対抗する正当化理由を持たない原則は排除できる。それゆえに、個々の規定の正当化においては、それが抽象的原則の正当化の枠内に位置づけられるか否かが重要な論点となる。その点は、抽象的原則の適用における解釈についても同じである。

それに対して後者のリスク回避のために意図的に規定を曖昧化する場合には、その規定自体が指示する方向が明確ではない。それゆえに、曖昧な規則の具体的内容についての一般化は国際的な実行における全体の動向に委ねられると言えよう。例えば、国有化の補償原則について規定された「適当な補償」について見れば、それは補償する義務はないという主張は排除できるが、何が適当な補償であるかについてはさまざまな基準の主張が可能である一方で、それらを枠づける明確な指示方向を持たない[36]。それゆえ、いずれの基準が一般化するかは、規則の適用においてどのような文脈が支配的になるかに影響される。実際、適当な補償原則についても、それが、先進国企業による過去の資源開発における搾取に対する国有化の正当性という文脈で論じられる場合には、最小限の補償もしくは可能なかぎりでの補償として適用されたのに対して、国有化後における資源市場への継続的参入の維持という文脈に論じられる場合には、即時、十分、実効的の補償原則が適用されることが一般的な傾向であった。

このように、規則の定式化において抽象的な規定が用いられたとしても、どのような考慮要因に基づいて選択されたかによって、それが規則の一般化において持つ機能は異なる。それゆえに、規則の一般化の過程でその定式化の違いがどのような意義を持つかを論ずる上では、それぞれの定式化が選択された要因やその適用過程において何が支配的な文脈であるか、あるいは規範的に望ましい文脈であるかを検討することが必要である。

---

[35] Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford UP, 1995, p. 15.

[36] Bilder, *supra* note 28, p. 38.

３）一般原則に対する例外の位置づけと正当化

次に、規定の定式化に関わる３つ目の問題として、一般原則の事項的な適用範囲の正当化に関わる問題、具体的には制度構成における基本原則もしくは一般原則とそれに対する例外規定の位置づけに関わる問題を論ずることにする。

一般に例外のない原則や規則はないと言われる。この命題自体は科学事象を説明する理論にも用いられている点で規範制度に固有の問題ではない。しかし、法律の命題や概念が一般に「みなし」の規定を用いている点で固有の問題を抱えている。それは、原則に対して例外がどの範囲で許容されるかなど、一般原則と例外規定との関係がそれぞれの正当化の強さや構成に規定されるという点である。

一般原則と例外規定の関係について、正当化の構成の点から問題にしたいのは次の２つの場合である。１つは、制度を構成する一般原則に抵触する特定の例外の正当性を認める一方で、例外をそうした特定の場合に限定し、しかもその一般原則と例外をすべての当事者に適用する場合である。そして１つは、一般原則を一応は規定した上で、一部の当事国の特殊事情のゆえにその適用に例外を認める場合である。

第１の場合の例として上げられるのが、人権を不可侵の基本原則とする一方で緊急時の適用除外として人権規定の逸脱を特定の範囲で許容する場合であり、また、武力行使を原則として禁止する一方で、自衛のための武力行使は権利としてあるいは違法性阻却事由として位置づける場合である。これらの例は、それぞれの原則が個々の法制度の基本枠組に関わるという点では「制度的一体性による正当化」の項で言及した法制度の一体性に関わる問題でもあるが、制度の基本規則が原則と例外という形で規定される場合には制度構成の定式化に関わる問題でもある。

緊急事態における人権規定の逸脱が一般原則に対する例外として位置づけられるのは次の２点においてである。１つは、自由権規約４条が「国民の生活を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態が公式に宣言されているとき」と規定するように、人権規定の逸脱が認められるのが緊急事態という特殊な場合、その意味で例外的な場合に限られるという点であり、もう１つは、その続きで「事態の緊急性が真に必要とする限度において」と規定するように、逸脱の許容される範囲が限定される

という点である。

この２つの原則と例外の関係において、人権規定を一般原則とし、反対にその逸脱を例外とすることの正当化の面で主要な意義を持つのが逸脱不可能な人権の概念である。国家は国民の生活を脅かす公の緊急事態に人権規定の逸脱を許容されるとしても、逸脱不可能な人権の概念に基づいて逸脱を認められる人権の範囲が限定されるからである。もっとも寺谷広司が論じるように、国際的な人権保護が歴史的に新しい展開であること、また逸脱不可能な人権の概念の同定基準とその正当化の構成について論議があることからすれば[37]、両者の間での一般原則と例外の関係はそれほど明確ではないようにも見える。しかし、寺谷の指摘するように、緊急事態の必要性を同定基準として用いるとしても逸脱不可能性の概念は基本的に必要性の根拠を制約する意義を持っていること、逸脱不可能な条項が時間的に遅れて形成される人権諸条約において拡大していることを踏まえれば[38]、逸脱することのできない基準についての正当性の認識に基づいて逸脱可能な範囲が限定されており、従って制度構成としては、逸脱不可能な人権の概念を基礎に一般原則である人権規定が緊急事態における逸脱の範囲を例外として制約していると言えよう。

他方、第１の場合のもう１つの例である自衛権については、それを武力行使の原則的禁止原則との関係で一般国際法上の例外として位置づけられるか否かは、人権保護における緊急事態の例外化の場合とは異なる複雑な問題を含んでいる。その位置づけには、国際法において自衛権概念によって正当化される保護法益、即ち自衛権概念に組み込まれた正当化の役割が歴史的に変化してきたこと[39]、および武力行使の規制のための国際法秩序形成にとって絶えず付きまとう実効性の確保という国際関係に固有の課題が大きく影響するからである。

国連憲章に規定するように、国際法が個別国家による武力行使を原則

---

[37] 寺谷広司『国際人権の逸脱不可能性』、有斐閣、2003年、89 ～ 108頁。

[38] 人権条約における逸脱禁止条項の展開および位置づけについては寺谷『同上書』を参照されたい。

[39] 森肇志『自衛権の基層―国連憲章に至る歴史的展開』、東京大学出版会、2009年。

として禁止した上で、その禁止規定に違反する侵略行為や平和の破壊行為に対して国際組織が手続に従って組織的に対処することを制度化するならば、個々の国家による自衛の発動条件を限定し、それを制度全体の構成において一般原則に対する例外として位置づけることに法理的な問題はさほどない。それゆえ、そのような制度構成を定めた国連の安全保障システムが規定通りに実効性を持って機能し、また一般的に紛争解決手続が機能していれば、自衛としての武力行使を、それが自衛権の行使であるか違法性阻却事由であるかは別として、実際にも個別の武力行使を禁止する一般原則に対する例外として位置づけることに問題はない。しかし、制度の規定する組織的な対処に実効性がなく個別の武力行使を禁止するシステムとして機能していない場合には、またそれ以外の紛争解決手続が機能していない場合には、武力行使を原則として禁止するという規範認識が一般的に妥当することを基礎にしたとしても、そのことから個別的な武力行使を正当化する規則を単純に武力行使の禁止原則と例外の関係と位置づけられるかは、各概念の一般的定義に基づく論理的関係だけによって論じられる問題ではない。その問題における主たる論点は、むしろ武力行使の規制の制度全体の構成における個別的な武力行使の位置づけに関わる。

その場合、20世紀後半の論議におけるように、個別の武力行使は自衛の概念に依拠しなければ正当化できないとすれば、そこでの問題は、森肇志が歴史的に自衛権概念の下にいかなる法益の保護が問題になってきたかを軸にその位置づけについての正当化の文脈を明らかにしたように[40]、自衛権概念がいかなる法益の保護を正当化してきたかという自衛権概念の機能を明確にする一方で[41]、現在では何が自衛の概念に包摂可能な保護法益であるかを特定することである。他方で、人道的干渉や保

[40] 『同上書』44 ～ 49頁。

[41] 自衛の概念は、実体的利益としては、戦争の正当原因、自国の領域侵害を防衛する機能、自国の利益の侵害を防止するために他国の領域への侵入を正当化する機能、および概念的な問題としては、武力行使を戦時国際法上の戦争およびその他の正当化可能な武力行使と概念的に区別する機能など、歴史的にはいくつもの正当化文脈において論じられていた。

護する責任の概念のように、個々の武力行使が自衛の概念に限定されずに新たな概念の下で正当化可能であると考えれば、そこでの論点は、それぞれの正当化根拠を持つ武力の行使に、現在の平和維持システムにおいていかなる位置づけを与えることが全体として正当であるかを論ずることである[42]。

その点で、全体としての武力行使の禁止と個別の行使についての制度構成が全体として基本原則と例外の関係で位置づけられるか否かについては、制度システムの実効性や一般的な紛争解決手続の機能など、その正当化に複合的な考慮を必要とする。

それに対して、一般原則と例外の関係に関わる第２の場合は、国際社会全体としては同一の基準を一般規則として適用する一方で、一般規則の適用によって不利益を受ける特定の国に対して、条約における留保のように、例外として異なる基準を適用するか規則の適用を免除するなどの場合である。そうした場合に、どの程度の例外が認められるか、即ち一般規則が強い原則として例外の条件や範囲を厳しく限定するか、弱い原則として多様な適用を許容するかは、一般規則の定式を正当化する要因の強さに関わる。

国連海洋法条約に基づく海洋法制度を例に見れば、例外の条件がきわめて限定されている前者の例が群島の制度であり、原則に対して緩い条件の下で例外を認める後者の例が領海基線である。群島国には、その沿岸海域に対して歴史的には存在しない特殊な地位を認めるために、海洋法条約46条２項が、「『群島』とは、島の集団又はその一部、相互に連結する水域その他天然の地形が極めて密接に関係しているため、これらの島、水域その他天然の地形が本質的に一の地理的、経済的及び政治的単位を構成しているか又は歴史的のそのような単位と認識されているものをいう」と規定して、例外的地位の認定条件を、地理的な本質性だけでなく経済的政治的単位の一体性をも含めて定めている。このように群島国の制度は、その地位を認める条件を厳密に規定している点で、領海を

[42] Thomas Franck, *Recourse to Force*, CUP, 2002; Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, CUP, 2011, p. 22; 掛江朋子、『武力不行使原則の射程』、国際書院、2012年。

含む一般的な海域設定に対して限定的な例外として位置づけられている。

他方、領海の基線については、５条で「この条約に別段の定めがある場合を除くほか、領海の幅を測定するための通常の基線は、沿岸国が公認する大縮尺海図に記載されている海岸の低潮線とする」と定めて低潮線を通常の規則とする一方で、７条１項で「海岸線が著しく曲折しているか又は海岸に沿って至近距離に一連の島がある場所においては、領海の幅を測定するための基線を引くに当たって適当な点を結ぶ直線基線の方法を用いることができる」と定めて、通常の規則ではない規則としての直線基線の条件を規定している。この規定は、1958年の領海及び接続水域に関する条約の３条と４条の規定と全く同じである。この通常の基線として定式化された低潮線と著しく曲折している海岸線に適用される直線基線が、どの程度厳格な一般原則と例外の関係にあるかは明文上は明確ではない。

領海の幅員を測定する基線としての低潮線と直線基線について、このような明示的規定を採択する上で大きな意義を持ったのが1951年の ICJ 漁業管轄事件の判決である。同事件は、ノルウェーが直線基線に基づき設定した４カイリの漁業水域において外国人の漁業活動を規制する国内法令に基づき権限を行使したことに対して、直線基線に基づく漁業水域の画定および同水域における規制権限の行使が低潮線を一般原則とする国際法に違反することを根拠に英国が提訴した事件である。事件では、英国は、低潮線が遵守しなければならない一般国際法上の原則であること、それ以外の基線に基づいて管轄権を行使することは国際法に違反することを主張した。しかし、判決は、低潮線と直線基線の位置づけについて、規則の規範的正当化および権威づけのそれぞれの論拠に基づいて英国の請求を退け、ノルウェーの漁業水域および領海の画定における直線基線の適用と国内法令に基づく管轄権の行使を認める判断を示した[43]。

まず規範的正当化についての主な論拠は、領海の性質に固有の３つの

[43] ICJ Report, 1951, pp. 118 ～ 144. 尚、この判決の評釈については、森田章夫「一方的行為の国際法上の効力」『国際法判例百選』第２版、有斐閣、2011、pp. 12 ～ 13を参照されたい。

基礎的要因を考慮することが、完全には精確でないにしても、判決に適切な根拠を与える上で多様な事実に適合しうる一定の基準を明確にするということである。即ち、第１の要因は、沿岸水域について沿岸国に権利を付与するのは陸地であり、それゆえに、基線は海岸の一般的方向から大きく逸脱はできないものの、沿岸国は境界画定が沿岸国の実際的な必要性や地域の要求に適合できるように必要な許容範囲を与えられねばならないことである。また本事案においては特に重要な第２の考慮要因は、海域とそれを分断したり囲んだりする陸地の形状との間の密接な関係である。基線の選択において真に重要な問題は、基線の内側にある海域が内水制度の適用を受ける陸地領域と密接に繋がっているか否かであり、この見解は、そもそもは湾の規則に関わる決定の基礎にあるものだが、ノルウェーのように海岸の形状が通常ではない沿岸にも適用されるべきだという点である。そして以上の地理的要素の範囲を越えて無視できない第３の要因は、地域に特有の一定の経済的利益が実在し、しかも重要性を持っていることを長期の利用によって証明されることである。

そして判決は、以上の基礎的考慮要因を踏まえてノルウェーの国内法令の歴史を評価する。その上で判決は、ノルウェーは例外を求めて歴史に訴えているのではなく、一般法の適用方法を正当化するために歴史に依拠しているのであり、また一般法上の歴史的権利の概念においては、基線の引き方について地域によって異なる特殊条件に適合しなければならないことを認めているから、それゆえに直線基線は一般法の侵害ではなく、地域的条件への適合であると判断する[44]。

次に、権威づけの面で、直線基線が国際法違反であるとする英国の主張を退ける論拠としたのが、ノルウェーが国内法令で直線基線を適用したことは、ヨーロッパの他国によって一貫して認められてきたという点である。即ち、ノルウェーの法令が不断でかつ長期間の実行によって確立していたこと、また各国の対応はノルウェーの法令が国際法に違反していないとみなしていたことを証拠づけていると述べて、ノルウェーの法令に基づく一貫した管轄権の行使が、他国によって承認されていたと

[44] *Ibid.*, p. 133.

判断している[45]。

この判決に示されるように、直線基線は、基線についての一般法規を特殊な形状を持つ海岸に適用したものとして捉えられ、低潮線に対する限定された例外としては位置づけられていない。そのことは、領海の基線は、海岸線の一般的な方向と一致していれば各国の地形的および歴史的な条件を考慮して確定すればよいこと、その意味で領海の基線には厳密に一律の基準を適用する必要がないことを示している。それゆえに、1958年の領海条約以降の諸国家の基線の適用を踏まえてオコンネルが指摘するように、直線基線は低潮線に対する例外というよりも、一定の条件の下に認められる選択的な基準であったと言えよう[46]。

かくて、各国の置かれた自然条件や社会条件が異なり、それによって制度要求も多様化する中で国際社会全体に妥当する一般規則が問題となる場合、以上の限られた事例の検討に示されるように、制度の定式化における一般原則と例外規定との関係が規範的な面でどの程度限定的であるかは、１つは、一般原則それ自体の正当化において考慮される要因の内容、１つは、それとは外在的に一般秩序を必要とする正当化要因の強さの程度によって規定されていることが分かる。

尚、一般原則と例外の関係に関連する問題として、一貫した反対国の原則について正当化の観点から触れておきたい。漁業管轄事件判決が、湾口10カイリ規則がノルウェーに適用されないことを、それに一貫して反対したという事実に依拠して判断したことに焦点を当て、本判決を、慣習法規の形成過程でその適用に一貫して反対すればその規則の適用を除外できるという一貫した反対原則の先例と位置づける見解が論じられてきた。一貫した反対原則が論じる問題は複雑な問題を含んでおり簡潔に論じられる問題ではないが、現在の一般国際法の全体の理論構成に関連させて論じれば、この判決における解釈の論拠に基づいて論じられる一貫した反対原則の理解には２つの点で問題があると考える[47]。

---

[45] *Ibid*., p. 139.

[46] D.P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. I, Clarendon Press, 1982, p. 211.

[47] ダムベリーは、一貫した反対国の原則の位置づけを、国家の対応、判例、

１つは、ノルウェーが湾口10カイリを越える湾に直線基線を適用できたのは、同国が湾口10カイリ規則に一貫して反対してきたことが主要な根拠であると言えるか否かという点である。むしろそれは、直線基線の適用が、地理的、経済的要因など複数の正当化要因が考慮された上で一般規則の適用例として位置づけられたように、判決の理由づけから見れば、10カイリ規則の正当化要因が特殊地理的状況に対しては強い一般性を持っていなかったと理解すべきである。直線基線は、低潮線に対する例外というよりも一定の条件の下での選択的基準であったというオコンネルの指摘はそのことをよく表している。

もう１つは、もっと一般的な問題として、慣習法規の適用除外を一貫した反対の行為によって基礎づける見解の理論的問題である。そこには２つの問題点を指摘できる。

第１は、一貫した反対国の原則を支持する見解が、基準が曖昧化された形成要件に基づいて判断される慣習国際法規の形成に対して、同原則を国際法における合意主義的性格を明確化する要因として位置づけていることである。それによれば、合意が慣習法規の形成を基礎づけるという合意主義的な面が強調される一方で、逆に一貫して反対するという不同意の行為によって慣習法規の適用除外が基礎づけられるからである。しかし、同意の役割の面から見た場合、一貫した反対原則の実際上の特性は、それが慣習法規の適用除外を一貫して反対した場合に限定していることであり、その結果、慣習法の形成と適用において同意しないことの効果を限定していることである[48]。またそれゆえに、一貫した反対原則は、一般国際法秩序の形成の観点から見れば、逆に一般国際法秩序の存在を安定化させる役割を持つことになる。同原則が意図する直接的効果は、一般法規の適用除外であって一般法規の形成を妨げることではないからである。

および一般国際法の理論構成に照らして丁寧に論じている。P. Dumberry, Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited, *ICLQ*, vol. 59, 2010, pp. 779 ～ 802

[48] O. A. Elias and C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, Kluwer Law International, 1998, pp. 31 ～ 32.

第２は、慣習法規の適用除外を一貫した反対によって説明することが、慣習法論の全体の構成から見ていかなる問題を抱えるかという点での理論的な問題点である。

現在の国際法においては、立法的性格を持つ多数国間条約の採択の過程で内容に同意できない国は、批准をしないなどの対応をとることによって制度の適用を排除しようとする。しかし多くの場合、そうした条約上の制度も、一般国際法として確立していると判断されるならば、批准していない国をも含めて国際社会全体に適用されると論ぜられる。それゆえに、現在の形式要件を緩くした一般国際法規の存在判断の状態から見て、一貫した反対国の原則がもっと重要性を持つべきあると主張する見解もある[49]。あるいは、ヴェイユのように、形式が緩められた形での安易な一般法規の形成および強行法規の概念を基礎にした国際法秩序の階層化が、逆に国際法秩序の安定を損なう危険性を持つと考えて問題視し、一般法規と個々の国の立場の均衡を求める見解もある[50]。

しかし他方で、一般法規の正当性に問題があると考えられた場合には、海洋法条約や環境規制に関わる諸条約など国際立法的性格を持つ条約上の制度のように、国際組織内の決議や締約国会議における議定書の採択など、状況の変化に伴う既存の一般規則の変更もしくはその適用除外を企図する法形成が行われてきている。そのことは、一般法規としての妥当に問題があると認識される場合には、一般法規の妥当性の限定などによる適用制限や一般法規の変更のための条約形成が可能であることを示している。

その点で、一貫した反対国の原則が一般法規に対して持つ意義は、既存の一般法規の妥当性を問題にする場合におけるその修正や適用の限定に関わる１つの態様と位置づけられる。またその点を考慮すれば、一般法規の適用を除外できるかどうかは、単にそれに一貫して反対したか否

---

[49] Ted Stein, The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, no. 2, 1985, pp. 457 ～ 482.

[50] Prosper Weil, Towards Relative Normativity in International Law? *AJIL*, Vol. 77, 1983, pp. 413 ～ 442.

かという事実だけでなく、一般規則の規範的正当化において依拠された論拠がどのようなものであったか、またそれぞれの論拠がどのような問題を抱える場合に一貫した反対が可能になったかという点、即ち、反対することの理由に結びつけて論じる方が、一般法規の規範的基礎づけに関わる理論としても、また一般法規の変化に関わる国際実行の実証としても整合的であると考える[51]。その面を考慮することによって、不同意の対応を一貫して持続できる場合と、一般法規の形成においてしばしば見られるように持続できなくなる場合の違いが明らかになるからである。

おわりに

以上、国際法規の一般化プロセスにおいて、規範的正当化の基礎づけに関わる要因を、まず一般国際法秩序の存在にとって前提となる一般国際法秩序が必要であることを基礎づける要因、個々の制度の基本枠組や個々の法規の一般化を基礎づける正当化要因に分けて論じてきた。そこで論じたことを一般化のプロセスに関わる問題の点から簡潔に整理すれば、規範の一般化にはその前提の正当化から具体的規則の正当化まで段階があること、従って、具体的な制度問題において規範としての一般性を正当化するためには、それぞれどの段階の正当化問題を論じる必要があるか、そこではいかなる正当化要因が主要な意義を持つかを明確に捉えなければならないということである。

従来の慣習国際法論で要件とされた法的確信 *opinio juris* についての支配的な理解は、それを特定のプラクティスが法として受け入れられていることを証拠づける要件として構成し、従ってその機能を法規範として認められたことの権威づけに限定して、一般国際法としての慣習法規

[51] 一貫した反対については、その評価が肯定的な立場と否定的な立場に分れる。否定的見解について次の論文を参照されたい。Jonathan I. Charney, The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, *BYIL*, 1985, pp. 1 ～ 24; P. Dumberry, *supra* note 47. 尚、適用免除を一貫した反対に限定することに否定的立場から同原則に反対する見解もある。Curtis A. Bradley & Mitu Gulati, Withdrawing from International Custom, *The Yale Law Journal*, vol. 120, 2010, pp. 202 ～ 275.

の存在を確認しようとしてきたと言えよう。そのために、要件の構成が規範としての一般化のプロセス全体の連関から切り離され、結果として、実際にその要件を適用する場合に、それが制度や規則の一般化プロセスのどの段階で問題になるか、各段階で要件の構成に必要となる要因は何であるかということは問題にされなかった。しかし、慣習法の形成を、制度全体の構成を含む規範としての一般化のプロセスから切り離した形で論じる要件論は、現在の国際法のようにその形成過程が多様化し複雑化している中で、国際社会全体の利益を保護する制度や規則の形成を論じなければならない課題にとっては、理論構成として問題であるだけでなく、ICJ の判決で用いられている推論過程の説明としても問題であるように思う。また、*opinio juris* を、法として認めたことの証拠として捉える見解を受け入れるとしても、それは、一般化のプロセスに包摂される諸要因がそのプロセスで持つ機能を問題にすることなく、結果だけからその存在を判断していることになる。しかしその方法では、慣習法規として認められた規則の具体的な解釈を構成する要因を明確にすることができない。