

國學院大學學術情報リポジトリ

武力不行使原則の分権的執行に関する一考察

| | |
|-------|--|
| メタデータ | 言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-05-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 宮内, 靖彦 メールアドレス: 所属: |
| URL | https://doi.org/10.57529/0002000379 |

武力不行使原則の分権的執行に関する一考察

宮内 靖彦

はじめに

1 考察の視点

「力の支配は、法の支配の対極にあるものではない。法の支配の対極にあるのは、アナキーである」といわれる。⁽¹⁾正義なくして法ではないが、正義だけでも法は作動しない。法が作動するには、法を作動させる力が必要となる。同じことを、田岡は、「総ての法は強制が其の背後に存することによって始めて完全に其の目的を実現し得るものであることは何人も疑はない。法規自身の合理性、又は法規制定者が其の法団体内に於て持つ精神的権威は、必ずしも常に法規の遵守を確保し得ないからである。∴又此の強制が、単に違法者に対する世論の非難の如きいわゆる精神的強制の方法のみを以てしては、目的を達しがたい場合があり、違法者に対して直接に物理的圧迫を加える方法を必要とすることも亦疑いを容れない」と表現している。⁽²⁾国内社会は集権的社会だが、国際社会は分権的社会であるとは、言い古された言葉であるが、これは、国内法においては、政府に集中した権力が法の作動を担

保するための力となるが、国際法においては、かかる統一権力がなく、国際法を作動させようとすれば、まず、権力の結集から始めなければならないことを意味する。国際法が国内法と異なるのは、将来的に裁判所によって採用されることを期待して、ただ正義を語れば済むのではなく、法規範を作動させる権力の設定をも考慮しなくてはならない点である。その観点から見れば、「合意」も、ただ構成員が同意しうる規範の設定にすぎないのではなく、法を作動させる権力を結集させるためのプロセスである。「合意」を通じて、規範が確定するとともに、規範を作動させる権力も成立するのである。

そのような権力の行使を、近代国際法はストレートに各主権国家に担わせた。それが近代国際法を動かす権力としても作動した。それゆえ、近代国際法の特徴は徹底的に分権的であった。

現代国際法は、そのように一筋縄では行かない。現代国際法は、理念を実現するために制度化する技術規範であるといわれるように、⁽³⁾ 国際協力のために、約束を先行させ、その約束実現のための認定権・意思決定権を特定の機関に集中させた。しかし、意思決定機関に、自らの決定を実現する制度的担保があるわけではない。そこで、そのための制度をあらためて構築したり、諸国に義務付けたりする。しかしまた、設定された制度に諸国が協力するかどうかは、諸国の意思によるのであり、ここで権力が問題になる。

現代国際法においては、権力がただ分権的であることには懐疑的になる。現代の協力の国際法 (international law of co-operation) の下で、分権的パワーを語ることが妥当かどうか問題となり、多くの場合、制度の目的や起草者意思に言及して、否定的に語られる。つまり、諸国の意思として、そこまでの意思はなく、諸国にバラバラに権限を与えてまで、協力の国際法を動かすつもりはないということになる。

しかし、安全保障の分野において、問題は、そこで国際法が止まっているのか、目前の危機をどうするのかとい

うことである。イラク戦争では、この問題が突きつけられたのである。

2 イラク戦争の問題提起

二〇〇三年のイラク戦争では、安保理が、イラクの安保理決議違反が「平和に対する脅威」であることを認定しつつも、その後、何ら強制措置も統一した措置も決定できない事態が生じた。一九九九年のユーゴ空爆の際の同様の状況と合わせて、冷戦後も安保理の機能不全が問題となり、引いては、武力不行使原則体制の有効性すら問題とされた。⁽⁴⁾

国連の集団安全保障体制は、加盟国相互の不侵略の約束として武力不行使原則を定め、その違反に対応する制度を国連憲章第七章に定めている。翻っていえば、武力不行使原則は国連の集団安保体制が支えることとなつて⁽⁵⁾いる。しかし、国連の集団安全保障体制も、期待通り、完全に明文通り作動するわけではない。特別協定に基づく国連軍が設立されていないのは言わずもがなであるが、制度的にも、安保理の常任理事国に拒否権が認められており、その結果、あるいは、その行使の威嚇があれば、安保理が動かなくなる。実際、常任理事国の対立の結果、条文中で予定されていた国連軍が設立されなかったことよって、条文通りの作動は望むべくもなくなった。冷戦の四五年間、朝鮮国連軍を除き、強制措置の発動例は極めてわずかであり、拒否権ゆえの安保理の機能不全は文理上だけでなく実行上も裏付けられた。それでも、冷戦後、安保理による武力行使の容認 (authorization) という慣行を通じ、加盟国の軍隊を借用する形による集団安全保障を作動させる工夫をしてきた。しかし、二〇世紀末以後のユーゴ空爆やイラク戦争では、そのような方策すら通用しない stalemate が生じたのである。ここで、国連への信用の失墜が生じることは、ありうることであり、引いては、国際連盟と同じく、解散の憂き目を見ることとなる

う。そのようなことが生じないよう、国連としては、さらに次善の策を講じる必要がある。イラク戦争において、米英は、その武力行使を停戦合意の違反による安保理決議六七八の再稼働と説明することによって合法とする解釈を主張したが、このことは、国連の政策を加盟国の一部が自ら実施することがあつていいという主張である。他方、国連の主催した二〇〇五年の世界サミットの成果文書は、ブッシュ・ドクトリンの提示した大量破壊兵器の脅威や大規模テロ攻撃に対する迅速な対応の必要を認めた上で、国連の集団安全保障体制を再建しようとする試みである。いずれも、安保理の機能不全という事態へいかなる処方箋を提示するかという努力に他ならない。

国連安保理が、二〇〇五年の成果文書の線で、再び国際平和秩序の中心として機能するようになるのであれば、それに越したことはない。あるいは、イラク戦争における米英の武力行使の正当化に見られるような、安保理の認定した事態に対する一部加盟国の安保理決議なき武力行使が国際社会全体で認められるような国家実行が展開しているということであれば、それは新たな国連憲章の解釈といえるであろう。しかし、現時点で、いずれの見通しも確かといえるわけではなく、目前の危機にいかに対処するかは問題であり続ける。それは、つまり、この部分に見「法の欠缺」があるのであり、「法の発見」が求められているということを意味している。つまり、法が求められる状況があり、その問題提起と法の提案が言葉と行動でなされた。それを行ったのは国際社会の有力国であるゆえに、さらに無視しえない提案となるのである。⁶⁾

しかし、かかる武力行使国の主張が、国際社会全体で受け容れられているわけでもない。それは、一部の加盟国に容認決議なき武力行使を委ねることについて、その主観的使用・恣意的濫用の危険・不安を払拭できないからである。安保理が機能せず、その統一的意思も示せず、国際の平和と安全を維持できない事態に陥った時、つまり、国連の集団安全保障体制がもはや行き詰まった時、国際法はどのように対処しうるのか。これが、理論的に根本的

であるとともに、依然として現実的な課題として、二〇〇三年以後の国際社会を呪縛している。

そうであるとすれば、イラク戦争における武力行使国の主張の意味を考えるためにも、国際法学としては、実際、そのような分権的力を導入する基盤があるのかどうか、また、そのような力を使う現代的条件は何かを探らねばならない。

3 武力不行使原則の法的性質と執行

他方、武力不行使原則は、現代国際法上、今や一般国際法となっている。武力不行使原則の法的性質は、国連成立以来、議論されてきた。しかし、一九八六年にニカラグア事件で国際司法裁判所が、武力不行使原則は慣習国際法化していると判示した現在、「武力不行使原則は特別国際法にとどまり、一般国際法上、戦争は禁止されておらず合法である」と言い続けることはできない。

条約国際法上も、武力不行使原則は国連憲章第二条四項に規定された後、国連海洋法条約第三〇一条、国際刑事裁判所規程第八条の二といった一般条約、および、一九四七年リオデジャネイロ米州相互援助条約、二〇〇五年アフリカ連合の不侵略および共通防衛条約、二〇〇六年グレート・レイク地域安全保障・安定・開発条約、同地域不侵略・相互防衛議定書等の地域条約など、多くの条約において引用され、再確認され続けている。⁽⁷⁾ 国際司法裁判所も、ニカラグア事件以後、オイル・プラットフォーム事件、壁構築の法的効果事件、コンゴ領武力行動事件等の判決・勧告的意見において、その慣習国際法性を確認してきている。そうであるとすれば、今や、武力不行使原則は国連憲章二条四項という条約国際法上の原則にとどまらず、慣習国際法上の規則でもある。ましてや、条約法条約や国家責任条文、及びそれらの議論にも見られるように、*jus cogens* としての性質も認められているのであり、他

の国際義務と異なり、国際社会の一般的法益の代表格の位置づけを与えられていることを考えれば、その執行のあり方は徹底的に検討されねばならない。

ニカラグア事件において、米国の多数国間条約留保のためとはいえ、慣習国際法上の武力不行使原則しか適用できない状況が生じ、その結果、国際司法裁判所は、国連憲章が作動しない状況においても武力不行使原則が有効に適用されることを示した。慣習国際法上の内容は、国連憲章第二条四項と相互に影響しつつ、大方一致しており、両者が異なることはないと言われるが、上記の判示は、武力不行使原則が、今や国連体制とは離れても現代国際法の基本原則となったことを意味する。

では、国連の集団安保体制が作動しない状況における武力不行使原則とは、どのような意味を持っているのだろうか。国連の集団安全保障は一般国際法ではない。それは、あくまで、条約によって創設された一つの制度にすぎず、その意味で、特別国際法にすぎない。では、国際法は、国連の集団安保体制がない限り、武力行使を規制できないのであろうか。

武力不行使原則は、二国間では、確かに、相互の違法な武力行使の禁止と、その結果としての領土や独立といった基本的法益の侵害の禁止の約束であろうし、それを破った場合の、国家責任追及の根拠であろう。武力不行使原則も国際法上の一つの義務であるという点では、その違反に対する国際法の対応は他の国際義務と異なるわけではない。武力行使の場合、多くは、大規模な殺害と破壊行為が行われる結果、金銭賠償が求められるであろうが、それは他の国際義務の違反の場合と同じく、国家間の法律関係の処理であって、国際社会に対する責任が追及されたわけではない。また、事後に責任追及する資格が認められたところで、国家そのものが滅びてしまえば、追及のしようもない。

武力不行使原則が定められたのは、諸国の安全保障のためのみならず、国際平和の維持のためであり、そのために共同制裁まで想定したのである。つまり、国際平和の維持は「国際社会の法益」であり、かかる「国際社会の法益」をも保護法益とするのであれば、国連の集団安保体制が機能しない場合、その法益をいかにして保護するのか。武力不行使原則の遵守をいかにして確保し、国際平和を維持するのか。集団安全保障体制が動かないとき、国連や国際法の制度は、それが限度であるとして、手を拱ねて見ているのであろうか。そのようなことが続けば、力のある国が勝ち、力のない国は屈服するという弱肉強食の世界が現実化する。どのような正義も、弱い国が主張する場合には踏みにじられ、法益は侵害され、諸国の安全も保障できなくなろうし、武力不行使原則の有効性にも影響する。武力行使の規制の問題を超えて、国際法に対する信頼も失われ、もっぱら強国の力に頼る国際社会となりかねない。ここで、田岡良一の警告していた「戦争に代替しうる、社会の手による紛争解決の制度の欠如」という現代国際法の欠陥が闇の世界から躍り出て、現実の世界を焼き尽くすことになる。

4 武力攻撃に至らざる武力行使への対応の問題

また、同じくニカラグア事件判決において、国際司法裁判所は自衛権の発動要件として「武力攻撃」の発生の場合を前提とした見解（制限説）を採用し、その後の判例でも維持している。しかし、現実には、ニカラグア事件、オイル・プラットフォーム事件、コンゴ領武力行動事件などに見られるように、武力攻撃に該当しない程度の強度の武力行使に該当する行為がなされ、それに対していかなる措置が許容されるのか問題となってきた。この問題に関して、ニカラグア判決では「均衡する対抗措置」の可能性が言及され、また、オイル・プラットフォーム事件判決では、ジンマー裁判官の個別意見において、防衛措置への言及があった。⁽¹²⁾近年、このような武力による対抗

措置を認める見解が有力であるという指摘もなされる一方、友好関係原則宣言に示されているように、武力不行使原則の下の一つの義務として武力復讐の禁止が合意されていることをもって、武力による対抗措置が許容されないとの反論がなされてもいる。⁽¹³⁾

自衛権の発動要件をニカラグア判決に従って「武力攻撃」に限定する限り、現実とのギャップをいかに埋めるかが問題となり、武力不行使原則の違反であること、および、諸国が自らの行為（自助）として行なうことから、対抗措置が呼び込まれることになる。これが、武力復讐が禁止されている現代国際法において発達してきた、国家責任条文上の対抗措置とその内実が同じであるかどうかは、別途検討せねばならない問題であるが、ここで問題となるのは、武力による対抗措置を認める限り、分権的な法益擁護を認めることになることに変わりはないのであり、武力行使の規制について国連に認定権を一元化しようとしたことは逆のベクトルであるがゆえに、武力行使を伴う自助の現状はどのようなものになっているのかである。国連の当初の理想通り、安保理による一元的決定しか認められないのか、あるいは、最近の議論のように、国連のレジームは自助のレジームに切り替わってしまったのか、あるいは、別の規制がなされているのかということである。

以上のようなことから、武力不行使原則違反が生じた場合に、個別国家による武力による対応（武力による自助）の禁止を言い切れるであろうか。つまり、集団安保の機能しない時でも、武力不行使原則の分権的執行は許容されるか（武力不行使原則違反に対する、諸国による分権的強制行動は許容されるか）ということである。国連の信用は失墜しても、国際法の信用失墜が生じてはならない。また、武力不行使原則違反に対する分権的な執行の余地があるとすれば、一体、武力不行使原則による戦争の禁止とは、どのような禁止なのかということも、理論的に

は問題となろう。

本稿は、イラク戦争が突きつけた、このような問題について、武力不行使原則による武力行使の規制のあり方をあらためて検討することを通じて考察する。問題を考察するにあたり、まず、国連の集団安全保障体制が何らの決定のできない事態を想定した条文としての国連憲章第一〇六条を検討する。その上で、分権的力の導入基盤として、そもそも現代国際法において、戦争がどうなったかということを問うことにする。

第一章 国連憲章が予定した枠組みとしての第一〇六条の含意

イラク戦争やユーゴ空爆の際、安保理は統一的判断を出すことができなかつたが、国連憲章が、そのような事態を想定していなかつたわけではない。拒否権を組み込んだ段階で、そのようなことは当然想定するはずであるし、⁽¹⁴⁾ 実際、国連憲章上、集団安保の機能しない時の対処として第一〇六条が規定されている。

第一〇六条では、「第四三条に掲げる特別協定でそれによつて安全保障理事会が第四三条に基く責任の遂行を開始することができる」と認めるものが効力を生じるまでの間、一九四三年一〇月三〇日にモスコで署名された四国宣言の当事国およびフランスは、この宣言の第五項の規定に従つて、国際の平和及び安全の維持のために必要な共同行動をこの機構に代わつてとるために相互に及び必要に応じて他の国際連合加盟国と協議しなくてはならない」と規定されている。

⁽¹⁵⁾ この条文は、五カ国の共同行動の根拠を示し、特別協定成立前の暫定的・過渡的な条文として規定されているが、その期限は、明文から特別協定の締結に基づく軍事的措置のための国連軍またはそれに類する体制の成立が

重要な要素になっており、かかる特別協定は締結されてこなかったゆえに、一〇六条の移行期間はまだ終結していないとも解釈されている。⁽¹⁶⁾ 起草時にも、カナダその他の諸国から「五大国に、欠陥のある文面によって、不特定の期間、非常に広範な権限を与えること」になるとの非難が生じ、結局、サンフランシスコ会議では、「この過渡的期間の終了は特別協定すべての発効に依拠するのではなく、強制行動に十分な各国の兵力が国連に実際に提供されたことを確認する安全保障理事会の意見 (avis) から生じるとされた」とされている。⁽¹⁷⁾ 条文上も、過渡的期間の終期の判断は安保理がすることとしているが、この意見を示すのは必ず安保理でなくてはならないわけではなく、五常任理事国の全員一致の同意なしには、そのような決定はできないことになる⁽¹⁸⁾と解釈されている。⁽¹⁹⁾ つまり、安保理による軍事的措置執行の体制整備ができたときと常任理事国が全員一致で同意しなければ、この過渡的期間は終了しないことになり、それまでの間は、国連のための強制行動を一部加盟国が執行できることを意味する。コンゴ動乱後、廃棄の提案がなされたが、今だに廃止されていないということは、第一〇六条が完全に失効したとはいえないことを意味する。⁽²⁰⁾ いずれにせよ、第一〇六条について、その規定する過渡的期間が完全に終わったとはいえないようである。

本条に基づき採ることのできる措置、すなわち、「共同行動」は、第二次世界大戦の旧敵国への対応ではなく、あくまで国連が稼働し始めた後の国連の対応である。また、非軍事的措置は含まれず、憲章第四二条の軍事的措置だけが想定されている。⁽²¹⁾ そして、その「共同行動」は、個別の加盟国の行動であるが、自衛権でなくてはならないわけではない。実際、起草時、中小国は、本条で認められる行動の性質は「強制的なものでしかありえない」と認識し、⁽²²⁾ 大国が安保理に優越して、他の加盟国は憲章第二五項により大国に従う義務を課される懸念が示されている。⁽²³⁾ たし、中小国の修正案の否決の結果、「ヨーロッパ協調の階級的精神への復帰を示している」とも解釈されている。

また、「安保理の五常任理事国は、今だに、国連のために軍事的強制措置を共同で決定し執行する権限を有している」とも解釈されている。²⁴つまり、第一〇六条の想定する武力行使は、自衛権の行使ではなく、武力不行使原則に体现された国際社会の価値を守るための戦争であり、国際平和秩序を守るための闘いであって、国連のための加盟国自身の行為が想定されているのである。第一〇六条で守られる法益は、国家の法益ではなく、国際社会の法益である。

国連の実行を見れば、第一〇六条は、パレスチナ分割、朝鮮戦争、コンゴ危機において安保理の議論の中で言及されてもおり、²⁵本条が死文化しているとはいえない。他方で、一九九〇年の湾岸戦争は、本条の議論の際に起草者が想定した事態であったが、「武力行使の容認」の方式は、一〇六条を必要かつ不可能なものにしたといわれている。²⁶しかし、その後のユーゴ空爆やイラク戦争は、容認の手続すらとられず、それに代わる方針も示されず、一部常任理事国を含む一部加盟国による強制措置が一方的に行われ、あらためて、国連の「底が割れた」かのような感を呈している。国連の集団安保が有効に作動するためには、少なくとも「容認」方式が必ず採られることが前提であるとすれば、第一〇六条の適用時期の終結の明示的判断がないことと相俟って、加盟国による国連の政策的分権的執行の余地はまだ残されているということができる。そして、「容認」手続が、国連の軍事的措置として位置づけられるとするなら、武力行使が容認されなかった場合、第一〇六条適用の前提が整う。

第一〇六条は、国連の集団安全保障措置が作動しない場合、集団的な制度による対応ではなく、五大国に国際的平和と安全を維持する「責任」を負わせている。そのような「責任」の下、五大国を含む一部加盟国が国連の政策を実施することがありうるものが想定されている。もちろん、全くのフリーハンドを五大国または加盟国に与えているわけではなく、想定されているのは、五大国の協議の下の共同行動であり、五大国を含む加盟国の協調が求め

られている。しかし、そのことを認める大前提として、ここで、国連の政策の加盟国による分権的執行の権限が留保されているといわざるをえない。このようにして、第一〇六条は、国連の集団安保が作動しない場合であつても、国連憲章は終わらないことを意味している。つまり、第一〇六条は「集団安保の機能しない時でも、武力行使原則の分権的執行」の可能性を示すものといえる。それにしても、この場合、第一〇六条の共同行動を行う加盟国の武力行使の法的根拠は何であろうか。

さらに、イラク戦争において生じた事態は、このような第一〇六条の状況を越えて、五大国が協調できない事態である。第一〇六条は、常任理事国の協調を条件としているがゆえに、イラク戦争のような、協調が実現しない時に対する回答にはなつておらず、その点について条文は沈黙している。国連憲章の精神や論理解釈から、協調なき場合の個別国家の行動の禁止を演繹することも可能であろうが、他方で、そのような禁止の推論を否定する慣行が生じれば、その慣行を否定することはできない。

イラク戦争のような事態は、国連の限界であろう。しかし、もし国連憲章から答が得られないとしても、国際法もここで終わるのであろうか。容認決議なきままに行なつたという意味で、一部加盟国の「突出した」武力行使について、違法な武力行使といつて済むのであろうか。その「違法な行動」は、国連のための行動として企図され、それゆえ容認決議を得る努力がなされ、それに失敗した結果、決議なく実施されたのであつて、単純な侵略行為と同列に扱うことはできない。また、違法であれば、その果実を収獲してはならず、原状に戻すべきであろうが、国連も、正面から公認せずとも、事実上、その果実を収獲している。そのことを秩序維持の観点から、いかに考えるのか。かかる行動を、ただ違法な行為として、あるいは、「違法だが正当」というような超法規的な行動として、一時的な現象として済ませてしまつていいのであろうか。何らかの法的説明が求められるべきではなからうか。

ここに生じる不安は、国連の政策であるにも関わらず、加盟国の一部が自ら行なったことから生じている。国連の底が割れれば、分権社会が垣間見える。そこに法はないのであろうか。

第二章 国連憲章下の戦争関連の制度

1 武力不行使原則体制の下における戦争の扱い

国連の集団安全保障の下でなく、また、国連憲章第一〇六条の協議に基づく措置でもなく、国連加盟国の一部が国連の政策を強制しようとしても、個別の国家が、個別に武力を行使する法的基礎がなければ、動きようがない。国連の集団的措置としての正当化を外した場合、それは、集団的措置として正当化できないがゆえに違法と見られ、伝統的国際法の世界に戻って、戦争や武力による自助が合法であるとするか、いずれであるのかという問題が再び惹起しそうである。しかし、既に見たように、戦争の違法化や武力不行使原則は既に一般国際法となっていることが確認されている。では、国連憲章によって、戦争や武力による自助はどうなったのであろうか。

武力不行使原則は、法律上の戦争のみならず、事実上の戦争も含むすべての武力行使を禁止したと説明される。確かに、以前のように、開戦宣言をしたりすることはなく、戦争という方式そのものが使われなくなったように見える。また、戦争の違法化の結果、ただ *jus ad bellum* として戦争や武力行使を禁止したというにとどまらず、武力紛争法 (*jus in bello*) や中立法の適用根拠について議論が起こり、また、征服の廃止のように領域権原に影響し、違法な手段によって成立した状態の不承認の慣行が発達し、条約法上も強制された条約の無効が合意されたりしている。多くの制度の変化は、戦争という法制度の廃止 (*outlawry*) を前提としてもいいように思われるが、

実務を見れば、ことはそう簡単ではないようである。ここでは、戦争制度の一部としての、停戦合意の扱い、平和条約、中立法の状況を踏まえ、武力不行使原則の下における戦争の扱いについて考察することとする。

2 「停戦決議」違反の論理

イラク戦争では、米英両国および両国を支持する諸国は、イラクが大量破壊兵器の廃棄義務を含む安保理決議六八七の義務への重大な違反をしたことをもって、決議六七八の容認が復活するという推論に立脚した。また、安保理決議一四四一でも同決議の義務への重大な違反が認定されているが、米英両国の立場からは、安保理の認定の有無は問題ではなく、「停戦合意違反による容認決議の復活」＝停戦合意違反による戦争状態の復活という解釈を展開した。イラク戦争における武力行使を、決議六七八の復活として正当化したのであり、ここには決議六八七の条件をイラクが受諾したことによって、敵対当事国（多国籍軍諸国とイラク）双方に合意が成立したとの解釈がある。それゆえに、安保理のさらなる認定がなくとも、戦争状態が再開される停戦合意の違反の認定は当事国の認定で十分であるという解釈につながるのである。⁽²⁷⁾しかし、戦争という法制度が廃止されたのであれば、休戦合意や停戦合意も理論的にはありえない。ましてや、米英両国の解釈に対する批判は数限りないが、その解釈が撤回されたわけでもなく、非難決議が採択されたわけでもなく、結果について原状回復を前提とした処理がなされたわけでもなく、むしろ、生じた結果を前提とした処理を国連が行った事実を鑑みれば、戦争という制度の国際法における廃止・消滅を言うには、首をか上げざるをえないといわざるをえない。⁽²⁸⁾

3 国連憲章下の「平和条約」締結の実行

次に平和条約締結の実行について見れば、伝統的国際法において、法律上の戦争の終了には、休戦協定の締結で済まず⁽³⁰⁾、征服によって一方交戦当事国が消滅するのでなければ、両国の合意によって終了することとされてきた。その合意の方式には、平和条約によって明示的に行なう方式と、平和条約を結ばず、相互の戦闘行為を實際上停止し、平時国際法に基づく交通を復活する黙示の方式があるとされる⁽³¹⁾。

国連憲章二条四項の下では、戦争や武力行使の合法性に疑いを抱かれないために、戦争という言葉や戦争に関連する制度の利用は極力回避される傾向にある。平和条約の締結の回避もこの延長線上にあると考えられるが、それでも、いくつかの戦争の終結のために、国連体制の下でも平和条約が結ばれることがある。例えば、イスラエルが中東戦争を終結させるために、エジプトやヨルダンと平和条約をそれぞれ一九七八年および一九九四年に結んでいる。平和条約を締結した結果、イスラエルとエジプトまたはヨルダン間において、戦争状態は終了し、平時に復帰したとされている。それに対して、イスラエルは、イラク、シリア、レバノンとの間では今だに平和条約を結んでおらず⁽³²⁾、その影響は、イスラエルとこれらの国との間の武力行使の際、その法的正当化に及ぶものと理解されている⁽³³⁾。同じく、エチオピアとエリトリアが平和条約を締結している⁽³⁴⁾。

これらの平和条約は、国連体制下で結ばれた平和条約であり、その法的性質が問題となる。本来、戦争が違法行為として国際法の外に駆逐されたのであれば、戦争に伴う一連の手続も、法的に無意味なものであり、むしろ、終結させようとしている武力行使が違法なものと自ら証明することでしかないであろう。しかし、そのようなことを、主権国家が行なうであろうか。平和条約を結んで戦争を終結させるにあたっては、その法的性質に關し、何らかの理解があるはずである。

この点で、戦争制度が国際法上の制度としてはなくなつたがゆえに、敵対行為の停止によって平和状態に戻るといふ説があるが、それでは、平和条約の締結という実行を解釈することはできない。⁽³⁵⁾

杉山は、イスラエル・エジプト平和条約に関して、平和条約という方式は両国間で「政治的に」用いられたものと考えるべきだというサラ・エイメルの見解を紹介している。⁽³⁶⁾そして、中東紛争において、安保理が平和の破壊等の認定も強制措置の決定もしたことがないことを指摘しつつ、問題を国連憲章第二条四項の武力不行使原則の有効性に及ぼし、「国連が紛争解決のための有効な機能を何ら示せない場合」、武力不行使原則が規範であると強調しても意味はなく、「結局は『事実としての戦争』が発生しかつ『事実の問題として』『平和条約』が締結されて紛争が解決されざるをえないということではなからうか」「そう考えると、憲章第二条四や『戦争違法化』の規範意識は、…実定法の適用というもっぱら実務的観点からはあまり過大視すべきではないということになる」と述べている。⁽³⁷⁾さらに、「国連による集団安全保障体制が憲章の期待するように機能しない現実がある」場合、「憲章第二条四のみが一般法として適用されることは必ずしもないと解することによって、法律的に意味あるものとすることはできるのではないかと考えられる」と主張する。⁽³⁸⁾つまり、安保理の機能不全による武力不行使原則の適用停止を主張しているのである。

しかし、それでは、武力不行使原則は、ただの条約規範であり、国連の集団安保体制が作動する間だけの特別国際法にすぎないということになる。その結論は、ニカラガ判決において、武力不行使原則が慣習国際法化し、それによって、一般国際法であることが確認されたことと抵触する。政策的にも、武力不行使原則を一気に相対化することとなるが、平和条約の締結をもって、そこまでのことは言い切れないというべきであろう。

また、杉山のいう「事実上の戦争」は、一九三〇年代の、国家間において法律上の戦争で行なうと同程度の無制

限の大規模な闘争状態を生じているにも関わらず、戦争意思が否定されたものとしての「事実上の戦争」の概念を越え、法制度上存在しない戦争という意味になってしまっている。そのような用語法は言い過ぎであるし、混乱を生じる用語法というべきであろう。

杉山も認めているように、国連は、二〇〇五年のアナン事務総長報告においても、世界サミット成果文書においても、「国際社会が、憲章二条四に示される武力不行使義務、更に広くいえば『戦争違法化』を大前提として、それをいかにいつそう有効に機能させるかという点に腐心してきている」のであり、武力不行使原則の有効性は全く微動だにしていない。かかる体制を動かすために、国連の集団的措置をいかに動かすかに国連の関心が向いているのであり、それが国連の特徴であるとともに、限界でもある。国際法は、集団的措置の他に、分権社会において適用されているのであり、国際法としては、分権社会における法の作動も検討しなければ、中途半端ということになる。したがって、むしろ、武力不行使原則の下でも、国家間における戦争の終結には、平和条約という方式が使用されているという、一見矛盾にも見える国家実行をそのまま、武力不行使原則体制下でいかに解釈しうるかを検討すべきである。特に安保理が機能不全を起した時、もはや国際社会を代表する単一の認定者がいなくなり、交戦当事国自身が法的状態を処理せねばならないのであり、その場合に如実に顕在化する現象というべきであろう。国連は、自らの戦争違法化と集団的措置の理念に縛られ、安保理の機能不全が生じた時、その国際平和維持機能には限界が生じる。しかし、そこで法が同時に終わるのではなく、分権社会の下で、武力不行使原則は適用され続けるのであり、その下で、交戦当事国は、自らの武力行使を法的に終結させなくてはならないのである。そのため、平和条約の締結という方式が呼び込まれているのであり、これは、事実レベルの問題ではなく、法的に解釈すべき問題というべきである。つまり、平和条約という側面において、国際法上、戦争という制度は残存していると考え

方が妥当といえよう。

4 「中立法」の残存の議論

中立法は、国際法上、戦争が合法とされた時代に、第三国と交戦国との法関係を規律するために発達した。不戦条約によって戦争が違法化されて以後、事実上の戦争が生じるようになって、戦争と戦争に至らざる武力行使の境界線が判別しにくい時代になっても、中立法の適用の有無が戦争か否かのメルクマールとされた⁴⁰。中立法と戦争制度との結びつきはそれほど密接ということができるが、国連の時代になり、武力行使の禁止という形で戦争の違法化が徹底され、集団安全保障体制への加盟国の協力が義務化されると、中立法の存在の余地はないとして、理論的に、その存立基盤が問題とされた⁴¹。しかし、実際には、例えば、イラン・イラク戦争において中立法の適用があったことに見られるように、現代でも、その適用が求められている。つまり、元々、国連の集団安保と中立法の適用は、原理はともかく、実務上、いずれも必要とされたのであり、そうであるとすれば、国際法の解釈としては、かかる現象の法的説明をせねばならない。

実務では、イラン・イラク戦争におけるように安保理による平和の破壊国の認定がなかったり、集団的措置の決定・勧告・容認がない場合、中立法が適用される余地が指摘されている。また、核兵器使用の適法性に関する勧告的意見において、国際司法裁判所は中立法の有効性を認めている⁴²。

そうであるとすれば、国連体制下において、なぜ中立法が依然として適用されるのか、その存在のための根拠は何かが問題となる。いずれの見解においても、国連の集団安全保障が作動すれば、国連憲章第二条五項の加盟国の協力義務のゆえに、中立法適用の余地がなくなることに⁴³ついて異論はない。中立法の適用の余地が指摘されるの

は、何らかの形で加盟国自身で武力行使の存在を判断し対応することが必要となる場合である。例えば、集団安全保障体制が作動していない場合でも、中立法を適用することにより、「第三国が武力紛争に巻き込まれる可能性を低減できる」のであり、そのことが、紛争の平和的解決に資することが指摘される⁴⁴。

中立法が、国連による事態の認定のない時、あるいは、強制措置の発動されない時、すなわち、集団安全保障の作動しない場合に対等な国家間で適用されるということは、そこに、対等な「戦争」が想定されることを意味する。つまり、中立法が適用されるということは、その限りで、国際法上、戦争という法制度が前提とされているのであり、理論上は、戦争という法制度が残っていると想定せざるをえない。安保理も国際司法裁判所も、武力紛争について、事後には判断できるかもしれないが、進行中に正邪を判断できないとすれば、その間、第三国の身の振り方は、国家間の関係に委ねざるをえず、分権的法制度がなければ、法の不存在の状態に諸国を置くという別の危険な状態を惹起することになるからである⁴⁵。

第三章 武力不行使原則の下における戦争の扱いに関する学説

以上概観したように、停戦合意の破綻の論理、平和条約締結の実行、実務における中立法の必要性など、戦争が禁止されたとされる割には、戦争という制度を前提としなくては理解できない国家実行が展開され、必ずしも否定し尽くされているわけではない。このことは、現代国際法における戦争の禁止の意義をあらためて再考しなくてはならないことを示唆している。不戦条約と国連憲章によって戦争は禁止されたとされるが、いったい、戦争の「禁止」とは何なのか。また、戦争の「違法化」とは何なのか。戦争の違法化を outlawry of war というが、本当に、

戦争は法律外の存在とされたのか、そうではなく、法制度としては存在していても、その使用を禁止したにすぎないのか。この点を改めて再考する必要がある。

この点に関し、戦争の禁止の体制を転換し、昔ながらの自助の世界に戻ったとする主張が見られる。そのように主張する学説は、冷戦期には、フランクの議論が有名であり、ヘンキンとの間で論争となったが、同じような主張は冷戦終了後も少なくない⁽⁴⁷⁾。

しかし、実際の武力紛争において、今や、国連憲章第二条四項や武力不行使原則を否定し、正面から戦争の合法性を主張する国はない。むしろ、どの国も、二条四項や武力不行使原則に言及し前提としつつ、いかに自国の行動が違法な武力行使でないかを説明し、自衛その他の正当化事由によって正当化しようとしているのであり、ニカラガ事件判決で述べられているように、そのような国家実行こそが重要である。武力不行使原則の下における正当化の努力そのものが武力不行使原則の体制が作動していることを意味しているのであり、このことの意義は国際司法裁判所も認めている⁽⁴⁸⁾。これらのことに鑑みれば、現在において、一般国際法上、戦争が禁止されていないということとはできないし、その体制が転換されて自助のレジームに入ったということとはできない。

武力不行使原則の一般国際法性の承認と、必ずしも否定されていないと思われる戦争制度という、この一見矛盾した要請を説明する解釈がいかに可能であろうか。現在求められるのは、武力不行使原則を前提としつつも、その執行がどのようになされるのかということである。その観点から、武力不行使原則の下で戦争がどのように位置づけられているかということが問題となる。このような視点を意識して考察した議論として、田岡とDinsteinを素材として検討する。

1 田岡の議論

田岡良一は、国内法上、個人間の紛争における自力救済が原則的に禁止されていることを参照しつつ、国際法においても、戦争や自助を禁止するためには、「国際社会に、その構成員間の紛争を社会の手によって解決する手段を与えることをもつとも重要視しなければならぬ」と、「社会の手による紛争解決手段」の完備が必要であることを力説し続けていた。⁽⁴⁹⁾「社会の手による紛争解決制度」とは、「国家がそのために設けた裁判機関と執行機関によって強制的に解決する制度の完備によって初めて可能となった」として、強制管轄権を有する裁判機関と、強制力のある執行機関（そのような執行機関がない場合は、社会組員の一致協力によって加えられる強制）を意味する。⁽⁵⁰⁾そして、そのような強制的な「社会の手による紛争解決制度」がない場合、「紛争は、当事者の実力によって、即ち自力救済によって解決するの外はない」と述べて、（武力行使を伴うものを含めて）自助を肯定している。⁽⁵¹⁾

このような一般論を立てた上で、田岡は、国際連盟・不戦条約・国際連合の制度を検討しているが、まず、国際連盟や国際連合の集団安全保障体制は、力で力を抑制するものに過ぎず、⁽⁵²⁾戦争廃止の法的制度を「『社会の手による紛争解決制度』の完成に求めることを回避して、他の道によって戦争廃止宣言を効果づける目的を達しようと考えた」ものであり、紛争解決制度の完備とは全く別の制度であるとする。⁽⁵³⁾そして、国際連盟・不戦条約・国際連合いづれも、上記の条件を満たしてはいないと指摘する。⁽⁵⁴⁾

国際連盟は、戦争を全面禁止したわけではなく、常設国際司法裁判所において強制管轄権は原則にはなっていない。⁽⁵⁵⁾また、連盟の制裁は、ある種の戦争の抑圧のみを目的としており、国際法一般の違反に対する制裁の意味を持たないし、連盟加盟国の国家としての行為としてなされる共同干渉に過ぎない。⁽⁵⁶⁾不戦条約は、紛争解決制度じたい整備しようとせず、ただ単に戦争を禁止しただけであって、「国際法秩序の中に置いてこれを眺めれば、水の中

に浮いた一滴の油のような不調和な存在にほかならなかった」とし、戦争の禁止を希望する一方で国際紛争の平和的解決の負担を嫌う諸国の矛盾を指摘し、その両者を同時に満たそうとする不戦条約の「不合理性は明瞭である」。「本条約は実行不能のことを内容とする契約としてその拘束力を否定する他はない」とまで批判している⁽⁵⁷⁾。国際連合でも、憲章第六章の制度は勧告に過ぎず、国際司法裁判所の権能は常設国際司法裁判所と変わらず、強制管轄権は原則になっていないのであって、国際連盟から何も進歩はなく、憲章第七章の適用の困難性については、拒否権の問題よりも、不戦条約と同じく、「強制措置に参加する国に重大な犠牲を払わせるものであるため、その負担を避けようとする」のであって、国連の集団安全保障制度は不可能事を求めることであると批判した⁽⁶⁰⁾。

以上のような分析の末、不戦条約においても国連憲章の下においても、戦争に代替する、国際社会の手による国際紛争の最終的解決制度が存在しないがゆえに、一般国際法上、戦争は禁止することができず、国際法の強制は自力救済（自助）が基本であると結論づけている⁽⁶¹⁾。そのため、彼は、その後の教科書においても、戦争制度の解説をやめようとはしなかった⁽⁶²⁾。武力不行使原則を否定する田岡の主張は、現代において、国家実行や国際判例と合致せず、批判されねばならないが、戦争に代わる国際紛争の最終的解決手段がないことは現在も変わらぬ事実であり、その意味で彼の批判は現在も妥当し、現代においても国際紛争の解決や国際法の執行による国際秩序の維持のあり方の問題を提起し続けているということが出来る。

しかし、そのように戦争の国際法上の制度としての存在を否定しない田岡も、「国際関係において成るべく武力行使を制限したいという諸国民の希望」をくみ取る必要があること、および、権限が限られているとはいえ、常設的な機関が存在していることによって、以前よりも自助が自由かつ独断的に実施できなくなっているということも認識しており⁽⁶³⁾、武力不行使原則や国連憲章第五条が提起した概念を無視しえず、国連憲章下の自助の権利の「合

理的な限界」を検討している。

田岡は、国連憲章上の自衛権の概念を批判し、「国内法における自衛権の概念を、法的機構のより未発達な社会に応用するとき、認めざるを得ない権利」として「自力救済権」を定義して、「従ってこれを国際社会における自衛権と呼んでも差し支えないと思う」とする。⁽⁶⁴⁾ 田岡にとつて、本来あるべき国際法上の自衛権はそのまま自助の権利のことであり、むしろ、武力による自助が依然合法であるという議論を展開した。もちろん、この自衛(自助)の権利の規制対象として、戦争が含まれるが、そのような「国際法上の自衛権」の要件として(1)国による武力攻撃または国際違法行為による法益侵害の急迫性、(2)自衛の必要性と、その客観的統制、(3)自衛の目的を達成するに必要な程度という意味の均衡性、(4)集団的自衛(＝集団的自助)は国際機関が判断したときに限られるということがあげられている。⁽⁶⁵⁾ この四要件の定式化にあたっては国連憲章の影響を否定することはできない。

2 Dinstein の議論

Dinstein の議論を検討する際、非常に興味深いのは、彼は、武力行使を幅広く認めようとしているにも関わらず、国連憲章二条四項の武力行使の禁止の例外は、憲章上、明文規定がなければいけないという趣旨のことを述べ、憲章明文上の二つの例外しか認められないと述べていることである。⁽⁶⁶⁾ 人道的干渉についても、個別国家は人権やその他の分野において世界の警察官であるかのように一方的に行動することは認められておらず、安保理にしか人道的干渉が認められないと厳しい姿勢を見せているが、これも、彼が憲章明文上の二つの例外しか認めないことの帰結である。⁽⁶⁷⁾

確かに、武力不行使原則の下で国家の武力行使の正当化を考えようとすれば、まず自衛権か国連の集団安全保障

のための措置の二つのいずれかで正当化できるかどうかを問題とするが、それは、国連憲章上、明文で規定されている正当化事由がこの二つだからである。そして、実務上、極力明文上の正当化事由に依拠しようとすることは理解できる。しかし、彼の主張は、理論的に他がありえないという主張であり、事実上この二つのみを援用しているということではない。

二つの例外しか認めない理由として、同条項の起草過程や、国連憲章一条一項・二条三項、および、ニカラグア事件やコンゴ領武力行動事件の判決をあげているが、国家実行による検証として十分とは思われない。そのため、彼の「二つのみ例外」という姿勢は、解釈を超えて、イデオロギーとさえ見えてくるものである。

このような堅い前提を置いたため、集団安全保障体制を通じない個別国家の戦争や武力行使を広く認めようとするれば、自衛権によらざるを得ないし、自衛権概念を広く解釈することが必要になる。

ところが、Dinstein にとって、自衛は国の生存する基本権から生じ、基本権に組み込まれているものである。そして、「自衛の本質は自助である。すなわち、国際法によって定められた一定の状況下で、一方的に（おそらくは他国と共同して）行為する国は、違法な武力：に対して、合法的な武力で対応することができる。」⁽⁶⁸⁾そして、Kelsen の議論を引用しつつ、この場合、「自助」とは「権利を侵害された国が利用しうる救済」であるとし、自衛と自助を区別しようとする見方に対して、「しかし、正しいアプローチは自衛を自助という類に属する種と見ることである。言い換えれば、自衛は『武力による自助』の許容された二形態である」と述べている。⁽⁶⁹⁾さらに、「五一条や慣習国際法で使われているような『自衛』という表現は決して自明なものではない。それは合法的対抗武力行使 (use of counter-force) に付けられたタグである」とまでいう。⁽⁷⁰⁾ここまできると、もはや「自衛」という言葉に実質的意味はなくなる。つまり、Dinstein も、田岡と同じく、自衛はそのまま自助であると正面から認めている

のであり、Dinsteinの自衛論は、カロライン号事件以来の三要件に縛られつつも、そのまま自助論となっている。そのように定義した上で、自衛の中には多様な武力行使の形態が含まれている。大きい区分として、「国家による武力攻撃に対する自衛」と「国家からの武力攻撃に対する自衛」とを据え、「国家による武力攻撃に対する自衛」として、戦争と、戦争に至らざる措置に区別した上で、戦争に至らざる措置として、現場の対応 (on-the-spot reaction)、防衛的武力復仇、在外自国民の保護をあげ、「国家からの武力攻撃に対する自衛」としては、域外の国際法執行措置をあげている。⁽⁷¹⁾

Dinsteinの、自衛の枠の中で自助をそのまま認める見方は、自衛による戦争の肯定の議論、防衛的武力復仇の議論、域外における国際法執行の議論など、様々な論点で顕在化している。

(戦争) 戦争について、Dinsteinは、それを否定するどころか、詳説しているが、この取り上げ方じたいが、国際法上、戦争の制度そのものを法の外に追い出して (outlawry) はおらず、むしろ法制度として認識していることとの表現といえよう。その一方で、その正当性については自衛権の項目の下で検討しており、むしろ、一旦禁止した上で、自衛権により禁止を解除するという構成である。ただし、自衛権による戦争の正当化の段に至ると、その開始について、武力攻撃からのタイムラグを認めてしまっている。⁽⁷²⁾ また、均衡性の判断においても、「国家実行上、戦争中の敵対行為を通じて、均衡性が重要であり続けるーまた、常に評価されなくてはならないーという考え方を支持するものはない」と述べ、⁽⁷⁴⁾ 戦争を自衛の枠の中でいかに正当化しようかという姿勢ではなく、自衛のための戦争は均衡性要件によって規制されないものとみている。その結果、自衛に基づくといえながら、自衛戦争に自衛の要件は適用されないというに等しく、なぜ、武力不行使原則の例外について堅い前提を置いたのか、疑問を感じさせるものとなっている。

(防衛的武力復仇) 戦争に至らざる武力的措置にも、自助が含まれてきている。Dinstein は、武力復仇が自衛権の行使と認められなければ禁止されるとして、自衛の中に「防衛的武力復仇」という分類を立て、防衛的武力復仇は武力攻撃に対するものでなくてはならないとする⁽⁷⁵⁾。しかし、ここでも要件判断は、自衛権としての基準への該当性を検討するのではない。対応の即時性は、攻撃が終了してから数日後の対応を認めるように変更されたり、攻撃から遠隔地における対応を認めたり、反撃の時・場所・目標は被害国の選択によるなど、むしろ武力復仇の論点を議論している。均衡性の基準も、ナウリラ事件を引用したり、被害を基準としていたりして、これらも武力復仇の議論である。つまり、自衛といいつつ、そこで説いている「防衛的武力復仇」は、これまで武力復仇として説かれてきたところをそのまま説いているのであって、この点で、もはや法益の緊急防衛としての自衛の域を超えている。ここまでの自助を認めるのであれば、もはや武力不行使原則の第三の例外として説くべきであり、例外は二つしかないという堅い前提から見れば、もはや破綻しているといわざるをえない。結局、彼の「防衛的武力復仇」の議論は、武力による自助の必要性を示すものとなっているのである。

(域外国際法執行) Dinstein は、九・一一事件のような私人による大規模テロ攻撃への対応を、「国家からの武力攻撃に対応する自衛」に分類して、「域外法執行 (extra-territorial law enforcement)」と呼んでいる。ここには、戦争や防衛的武力復仇と異なり、ある国家の領域内から他国に対してテロ行為または武装集団の武力行為が行われた場合が含まれる。また、カロライン号事件や緊急避難もこの項目の下で議論しており、その場合の相手方は国家ではなく、私人である。九・一一事件についても、タリバンがアル・カイダを匿ったことにより、アル・カイダを事後的に幫助し、endorse したことになることをもって、米国によるその後のアフガン攻撃は、米国対タリバンの代表するアフガニスタンという国家間の武力行使(戦争) となったとして、区別している⁽⁷⁶⁾。彼は、このよ

うな、国家間の戦争に至らない、私人のみが実行した攻撃に対して武力を行使しなくてはならない状況を「異常な事例」といつつも、領域国が武装集団等の武力攻撃を防止する意思または能力のない場合に、域外において国際法を執行するものであり、許容されるものとしている。⁽⁷⁷⁾

ただし、ここでいう「法」は被害国の国内法のことではなく、国際法のことを意味しているため、「域外国際法執行」と呼ぶ方が正確である。このような場合も、Dinsteinは自衛の一部に分類しているが、国家の法益の緊急防衛として定式化しているのではなく、自衛を超えているといわなくてはならない。

（武力攻撃要件の解釈） Dinsteinが、国連憲章に定める武力不行使原則と自衛権の実質的影響を受けたと思われるのは、「武力攻撃」の概念であろうか。彼は、自衛権の要件として、武力攻撃の発生、必要性、均衡性、即時性をあげ、⁽⁷⁸⁾「武力攻撃」文言は意図的に採用されたとして、「武力 (armed)」という文言の重要性を強調する。⁽⁷⁹⁾それは、武力による威嚇では不十分であり、武力行為でなくてはならず、また、武力行為は開始されればよいとして、いわゆる先制自衛を否定する。⁽⁸⁰⁾ただ、武力攻撃の対象には、在外公館や外交使節・政府高官・在外軍事基地・軍艦・軍事衛星の他、民間の船舶・航空隊や在外自国民をも幅広く含み、⁽⁸¹⁾国境紛争のような小規模な武力行為や、テロ集団や武装集団のような非国家的行為体も「武力攻撃」の主体となりうることを認めている。⁽⁸²⁾その結果、彼は「武力攻撃」を要件としつつも、自衛権の要件を武力攻撃に制限しない学説（非制限説）と同じ結果をもたらしており、ここでも「武力攻撃」要件は、武力行為、つまり、何らかの物理的暴力行為の必要性を指摘したことを除けば、あくまで、「タグ」に過ぎなくなっているのであって、武力による自助の肯定を主張するものとなっているといえよう。

3 小 結

以上の検討をまとめれば、戦争が国際法外に駆逐された (outlawry) かといえ、停戦合意の援用の主張や、平和条約締結の実行、中立法の必要性に鑑みれば、国際法の分権的な執行の局面では、戦争という制度が求められているということができよう。つまり、国際法上、戦争という制度は廃絶されたわけではなく、法制度としての存在は認めつつも禁止されているのであり、例外的に禁止が解除されるかどうか、その判定を通じた規制が問われているのであって、そのような例外の事由として何が認められるかが問題となっていることになる。

このように考えた場合、たとえ、国連の集団安全保障体制が動かず、かつ、国連憲章第一〇六条の協議に基づく行動が行われえない場合といえども、全くルールが消滅するのではなく、武力不行使原則を機軸とした武力行使の規制の体制が妥当し続けるのであり、その例外による正当化事由を通じた規制は依然として有効であるということができそうである。その場合、認定は分権的にしか行われえないであろう。しかし、それこそが、分権的国際社会における法の動き方なのであり、それを踏まえた対応が求められているのであって、ここで無秩序に陥ったと考える必要はない。また、不戦条約に対する米国の公文で示されているように、まずは武力行使国の判断は尊重しつつ、事後の国際裁判や国際的判断が排除されているわけではない。また、その判断が妥当であれば、諸国によって支持されるであろうし、事後に何らかの国際裁判に係属するとしても、承認されるであろう。

ここにおいて、田岡と Dinstein 両者が共通に言及していることは、武力不行使原則を前提としつつ、「武力攻撃に対する対応としての自衛」である。しかし、田岡も Dinstein も「自衛」といいながら、それが実質的には「自衛」であることを指摘している。つまり、国家の法益の緊急防衛という側面を超え、実質的に武力による自助を認めなくてはならないと判断しているのである。そして、その自助の開始原因として「武力攻撃」に言及している。

田岡も、諸国民の戦争回避の希望と常設的機関の存在の影響を無視できないと考えていたことは既述の通りである。Dinsteinは、武力攻撃と武力行使は同義と見つつ、いずれも何らかの武力行為を前提として自助が行われることを想定しており、そのため、武力行使や武力攻撃への該当性が問題とされる。つまり、「武力不行使原則違反に対する武力による自助」が問題とされているのであって、それ以外の国際義務違反に対してではない。違法行為に対する違法行為による対応を「対抗措置」というなら、「武力不行使原則違反に対する武力による対抗措置」こそが問題とされているといえよう。

小松一郎は、武力攻撃に至らない武力行使に対する対応の合法性に関して「名称としては自衛でも対抗措置でも変わりはない」というが、⁽⁸³⁾名称の違いは、武力による自助を肯定するか否かという違いとなって現れる。田岡が、戦争の違法化のみを念頭に置いた国連憲章の自衛権概念を批判したのも、⁽⁸⁴⁾そのためである。Dinsteinも、同じ点を問題としているのであり、その位置づけは将来の国際法における武力行使の規制の方向性にまで影響する問題なのであって、等閑視してはならない。

おわりに

1 武力不行使原則の分権的執行の余地

ユーゴ空爆やイラク戦争のように集団安全保障体制が作動しない場合、国際平和の維持は諸国に委ねられる。その根幹である武力不行使原則も、その保護法益を守ろうとすれば、分権的に適用・執行されざるをえない。違法な武力行使の結果としての侵略があつた場合、国際社会はどのようにに対応するのかという点につき、現在、国際社会

は、法の欠缺を埋めるべく解釈上・立法上の措置を講じようとしているが、一律の合意に至ったわけではない。集団安保体制が作動せねば、そこで国連憲章や国際法は終りかといえ、さにあらず、国連憲章上、集団安保体制が機能不全を起こした場合、憲章第一〇六条の共同行動が想定されており、これは、国連の政策の分権的執行も許容される場合があると想定していたものと解釈できる。しかし、第一〇六条の共同行動にも加盟国間の協議が必要であり、常任理事国の見解が対立するユーゴ空爆やイラク戦争のような場合には、この条文も機能しえないことになる。

しかし、他方で、武力不行使原則は一般国際法であることが国際司法裁判所によっても確認されており、伝統的国際法の戦争合法法の時代に戻ることはできない。武力不行使原則が一般国際法であると認定されるならば、その執行が問題となる。

では、集団安全保障体制が機能しない場合、もはや国際平和を守るための行動をとることはできないのか。武力不行使原則の下で戦争という制度はどのように扱われ、どのように考えることができるか。この点に関し、戦争は、法制度として廃止されたわけではなく、むしろ残存しつつ、禁止された上で、一定の条件の下で例外的に許容されるものと考えることができる。戦争を含め、武力による自助がいかなる正当事由で実効的にコントロールできるかと考えるのが妥当と思われる。その正当化事由が、自衛権なのか、それ以外の事由を立てるべきなのかについては、制度がただの「タグ」に過ぎないのではなく、何らかの本質を反映しているべきものと考えられるならば、現実のニーズを見極め、自衛以外の事由を説明する必要がある。田岡は、国連憲章における武力行使の禁止と武力攻撃の際の強制行動のみを認める姿勢を「国際社会の法的機構の現在における姿と調和しない理想を宣言したものに外ならぬ」と述べ、自力救済（自助）は認められるものと解せざるをえないと主張したが、その田岡も、常設的

機関の存在することが、自助を過去ほど自由かつ独断的に行使せしめないという点を考慮しなければならないと認めて、自助の制約条件を模索したのである。⁽⁸⁵⁾「武力不行使原則の違反に対する武力による自助」のニーズが国際社会にあるのであつて、その適正なコントロールが求められているといえよう。

2 法益の問題

ただ、「武力不行使原則の違反に対する武力による自助」のニーズが国際社会にあるとはいっても、それは、旧来の戦争や武力復仇の単純な復活ではない。ここで、さらに考えなくてはならないことがある。

田岡は、自助を「社会の組成員が各自に、社会の執行機関の手を借らずして行う強制」であり、「国際法上の強制は自力救済として行われる」と説いている。⁽⁸⁶⁾ここでいう自助とは、法益の回復を国家自らが行うことを意味するが、そこで守られる法益とはどのような法益なのだろうかということである。「国際紛争」とは何であり、「自助」とは何かということである。

「国際紛争」は、国家間における事実・法をめぐる見解の不一致といわれる。そこで争われる利益は、紛争当事国の利益である。国際紛争の平和的解決も強制的解決も、国家間の法益の調整である。もちろん、友好関係原則宣言で禁止されている武力復仇も、国際法が国家の法益の保護に任じている限り、その保護法益は国家の法益である。伝統的国際法上、戦争は国際紛争の最終的解決手段であるから、同じことは戦争についても当てはまる。

しかし、武力不行使原則違反に対する対応は、一国の法益の保護にとどまらない。もちろん、武力不行使原則には、国家の領土保全や政治的独立等を守るために武力行使を原則的に禁止するという国家の法益保護という側面がある。しかし、先に述べたように、それと同時に、国際社会の一般的法益ともされている。

近年、様々な国際立法作業において、武力不行使原則は、強行規範 (*jus cogens*) や対世的義務 (*obligation erga omnes*) の典型例とられ、国家責任条文の起草作業においては「国家の国際犯罪」の代表例とされて、通常の国際違法行為よりも過重された責任の追及が検討された。そのように認識されるのは、武力不行使原則が、国際平和の維持という国際社会の法益を保護していると認識されているからである。

このような認識は、今に始まったことではない。歴史的には、国際連盟において、戦争を二国間の法律状態に留めず、「すべての連盟国の利害関心事項」(第一条)とし、連盟規約違反の戦争に対して連盟加盟国が共同制裁をかける根拠としたことに始まる。第一六条に基づき連盟が軍事的措置をとった場合には、国際連盟が戦争の法主体ではなく、各連盟国がそれぞれに法主体として行うものと理解されたことは、個別国家による集団的政策の実施の余地を示したものと見える。

一九二八年に締結され、戦争を一般的に禁止した不戦条約においては、第一条で、「国際紛争解決のための戦争」や「国家の政策の手段としての戦争」が禁止されたが、その反対解釈、つまり、国際政策の手段としての戦争、つまり、国際連盟に協力して戦争を行ったとしても、それは「国家の政策の手段としての戦争」ではないとして、禁止対象から外れると解釈されていた。「約束違反の武力行使に対して国際社会を守る武力行使」は、不戦条約においても否定されないことを意味する。さらに、前文において、不戦条約の義務に違反した国に対する利益の剝奪に言及しているが、これは、条約違反国に対抗する戦争が被害国にも第三国にも許容されることを意味する⁽⁸⁷⁾。Dinstein は、不戦条約違反の戦争に対する被害国による戦争行為を個別的自衛権の行使、第三国による戦争行為を集団的自衛権の行使としているが、この戦争は不戦条約の約束の違反に対するものであり、ただ各国の国益を守るためというだけでなく、戦争の禁止という国際社会の利益を守るための戦いも肯定するものであるから被害国のみな

らず第三国にも許容されるものであることを踏まえれば、自衛権の概念に収まりきるものではない。それは、不戦条約の戦争禁止という集团的利益（国際社会の利益）の分権的執行の許容を意味すると解することができる。

国際連合においても、国連憲章第一〇六条が、集団安保体制の不機能の際に、加盟国間の協議の下でありつても、五大国の共同行動に委ねられているのは、国際平和の維持を分権的にでも執行しようという意思と解釈することができるとは先述の通りである。

国際立法のレベルにおいて、現時点では、「国家の国際犯罪」に対する集团的対抗措置については慎重な考え方が支配的であり、⁽⁸⁸⁾ 国家責任条文においても、「強行規範から生じる義務の重大な違反」という表現に留められ、その効果も違法行為の不承認や不援助義務が求められるにとどまり、第三国がそれ以上に干渉することを認めることは、国家実行の展開を待つて判断することとして控えている。それは、問題状況が国際社会で初めての状況であり、整備する筋道がまだ見えないからである。それでも、「強行規範から生じる義務に対する重大な違反」と名付けられ、今後の国家実行を待つて判断すると留保されたのは、この問題の解決を避けて通れないという判断があるからである。

もちろん、分権的な執行は、主観的認定、恣意的濫用の危険性があり、その点を考えれば、集権的または集团的な決定と実施が望ましいことには変わりはない。しかし、分権的社会においては、いかなる法制度も究極的には分権的に作動する。国際法においても、国家承認、条約の締結、慣習国際法の形成、国際法の履行等、例を挙げればいとまがない。分権的社会構造を有する国際社会は、武力行使の禁止においても、安保理が規制しえない時、分権的な実施がなされるであろうし、武力行使の規制においてだけ、分権的対処を否定することはできない。それゆえ、分権的執行の否定は、権力の集中がない限り、不可能である。他方で、想定された集团的法益を保護する国際機関

が動かない場合の無秩序の危険性も無視することはできない。また、国際社会の一般的利益としての国際平和の維持を保護法益とする武力不行使原則の執行については、国際社会のニーズが一貫して存在する。つまり、問題は、このような主観的認定の危険性と無秩序の危険性との綱引きの中で、どのような選択をするかという問題であり、むしろ、集団的制度的開発と整備を促進するとともに、分権的に執行せざるをえない場合の条件の設定と相互の監視を通じた適切な管理こそが課題というべきである。

そうであるとすれば、武力不行使原則違反に対する武力による対抗は、ただの戦争の復活や、武力による自助の復活ではない。それは、被害国による自助または対抗措置の形をとりながら、国際社会の法益を保護する制度の必要性という国際社会のニーズの実現なのであり、第二次大戦後の戦争の禁止や武力復讐の禁止とは区別されるべきものといえよう。

これまで、国際社会は、国際平和維持のための強制措置を国連という国際組織に委ねてきたが、国際社会は本来的に分権社会であり、それゆえ国連がその想定通りに動かないことが生じている。そこを、国家の分権的な力を借りることによって埋めようとするのが模索され、自助が呼び込まれているのではないか。個別の国家に委ねざるをえないがゆえに、対抗措置や自助が問題とされるが、「武力による自助・対抗措置」を食い破って、国際社会が、国際平和という国際社会の一般的法益を守るために行う非軍事的または軍事的強制措置としての「国際社会の強制措置」が孵化しようとしているのではないかと考えられるのである。

- (1) V・ロウ「新しい時代の国際法を展望する」外交フォーラム二〇〇三年四月号二六頁。
- (2) 田岡良一『国際法学大綱 下巻「第五版」』（厳松堂書店、一九四二年）一一五頁。
- (3) 山本草二『国際法』（有斐閣、一九八五年）二三頁。

- (4) Franck, Michael Glennon, 'Why the Security Council Failed? Foreign Affairs, May/June 2003, pp. 16-18. Anthony Arend, 'International Law and the Preemptive Use of Military Force', *Washington Quarterly*, (Spring 2003), at 89, 101. (quoted in Stromseth, in *ASIL Selections*, p. 76, fn. 1)
- (5) 山本草二『国際法「新版」』(有斐閣、一九九四年)七一五頁。田岡良一・小川芳彦『国際法「新版」』(勤草書房、一九八六年)八〇頁。
- (6) V・ロウ「新しい時代の国際法を展望する」外交フォーラム二〇〇三年四月号二六頁。
- (7) Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 5th ed. (Cambridge University Press, 2011), pp. 101-104.
- (8) Dinstein, *supra note*7, pp. 87, 95, 105, 109.
- (9) Dinstein, *supra note*7, p. 100.
- (10) Dinstein, *supra note*7, p. 111.
- (11) 田岡良一『国際法Ⅲ「新版」』(有斐閣、一九七三年)一三二頁以下。
- (12) 拙稿「武力行使の類型化の意義と問題点―武力による対抗措置の存在基盤」*國學院法學*三三卷四号(一九九五年)一四四―一四六頁、同「非国家行為体に対する自衛論」*村瀬信也*(編)『自衛権の現代的展開』(東信堂、二〇〇七年)一五四頁。
- (13) 浅田正彦「国際司法裁判所と自衛権―武力攻撃要件を中心に―」*浅田正彦・加藤信行・酒井啓亘*(編)『国際裁判と現代国際法の展開』(三省堂、二〇一四年)四二一―四二六頁。
- (14) 大沼保昭(編)『二一世紀の国際法―多極化する世界の法と力』(日本評論社、二〇一一年)二二八頁。
- (15) アラン・ブレ・ジャン・ピエール・コット(中原喜一郎・齊藤恵彦)監訳『コマンテール国際連合憲章―国際連合憲章逐条解説下』(東京書籍、一九九三年)(以下、コマンテール下と略)六八八―六八九頁。
- (16) Simma (ed.), *The Charter of the United Nations : a commentary*, 2nd ed. Vol. II (Oxford University Press, 2002), pp. 1328-29.
- (17) コマンテール下、前掲注(15)、六九一頁。
- (18) Simma, *Commentary*, *supra note* 16, p. 1328, para. 11.
- (19) コマンテール下、前掲注(15)、六九一頁注(12)。

- (20) Simma, Commentary, supra note 16, p. 1329. コマンテール下、前掲注(15)、六九四頁。
- (21) Simma, Commentary, supra note 16, p. 1328.
- (22) コマンテール下、前掲注(15)、六九一―二頁。
- (23) コマンテール下、前掲注(15)、六九二―三頁。
- (24) Simma, Commentary, supra note 16, pp. 1328-29.
- (25) コマンテール下、前掲注(15)、六九三―五頁。
- (26) Simma, Commentary, supra note 16, p. 1329.
- (27) 伝統的国際法の休戦条約においても、一方当事者に「条約違反の行為があるときは、他の一方に告知の権利を生ずる。また後者は、事態の緊急なる場合には、告知を省略して直に戦闘を開始することを得る(「ハーグ陸戦規則」四〇条)」とされた(田岡＝小川、前掲注(5)、四六六頁)。
- (28) たとえば、松隈潤『国際機構と法』(国際書房、二〇〇五年)五三頁以下。
- (29) Dinstein, supra note 7, pp. 60-61.
- (30) 田岡・大綱下、前掲注(2)、一七一頁。
- (31) 田岡＝小川、前掲注(5)、二四七頁。
- (32) 杉山晋輔「武力行使と紛争解決の法理」島田＝杉山＝林(編)『国際紛争の多様化と法的処理』(信山社、二〇〇六)二六四―二六五頁。
- (33) たとえば、イラク原子炉爆撃について、Dinstein, p. 199.
- (34) 以上、Dinstein, supra note 7, p. 36.
- (35) Dinstein, supra note 7, para. 440.
- (36) 杉山論文、前掲注(32)、二六九頁。
- (37) 杉山論文、前掲注(32)、二七〇頁。
- (38) 杉山論文、前掲注(32)、二七二頁。
- (39) 杉山論文、前掲注(32)、二六七頁。

- (40) 田岡・大綱下、前掲注(2)′、一三二一―一三三頁。
- (41) 田岡・國際法Ⅲ、前掲注(二)′、三二五頁。
- (42) ICJ Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, p. 261. 杉原高嶺(他)『現代國際法講義 [第五版]』(有斐閣、二〇一二年)四六三頁。Dinstein, War, Aggression and Self-Defense, 5th ed., p.176, para.470. また、田岡・國際法Ⅲ、前掲注(二)′、三二六―三二九頁。
- (43) Dinstein, supra note7, pp. 176-177.
- (44) 淺田正彦(編著)『國際法 [第三版]』(東信堂、二〇一三年)四六四頁。
- (45) Dinstein, supra note7, p. 178.
- (46) T. M. Franck, 'Who Killed Art.2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States,' American Journal of International Law, Vol. 64 (1970), pp. 809ff. Louis Henkin, 'The Reports of the Death of Article 2(4) Are Exaggerated,' American Journal of International Law Vol. 65 (1971), pp. 544ff. Oscar Schachter, 'In Defense of International Rules of the Use of Force,' University of Michigan Law Review Vol. 53 (1986), pp. 113ff.
- (47) T. M. Franck, 'What Happens Now? The United Nations After Iraq,' American Journal of International Law, Vol. 97 (2003), pp. 607ff. Anthony C. Arend and Robert J. Beck, International Law and the Use of Force, (Routledge, 1993), pp. 177ff.
- (48) ICJ Judgment, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), ICJ Reports 1986, p. 98. また、Dinstein 同註 (Dinstein, supra note7, p. 97.)。
- (49) たとえば、田岡・國際法Ⅲ、前掲注(二)′、一三二一―一三四頁。田岡『國際法講義 上巻』(一九五五年)二六五頁注(16)。田岡・小川、前掲注(5)′、七〇―七二頁。
- (50) 田岡・國際法Ⅲ、前掲注(二)′、一三二一―一三三頁。
- (51) 田岡良一『國際法大綱 上巻』一七頁。大綱下、前掲注(2)′、一二二頁。田岡・講義 上巻、前掲注(49)′、三二八頁。
- (52) 田岡・小川、前掲注(5)′、七七―七八頁。
- (53) 田岡・國際法Ⅲ、前掲注(二)′、一四八頁。
- (54) 田岡・講義 上巻、前掲注(49)′、二五一―二五二頁、二六四―二六八頁。

- (55) 田岡 小川、前掲注(5)、七三頁。
- (56) 田岡・大綱下、前掲注(2)、一四四頁、一二六頁注(2)。
- (57) 田岡・国際法Ⅲ、前掲注(1)、一四四頁。田岡 小川、前掲注(5)、七三頁。
- (58) 田岡・講義 上巻、前掲注(49)、九九頁。田岡 小川、前掲注(5)、七四―七五頁。
- (59) 田岡・講義 上巻、前掲注(49)、二六三―二六四頁注(15)。
- (60) 田岡・国際法Ⅲ、前掲注(1)、七九、二七七―二七八頁。
- (61) 田岡・大綱下、前掲注(2)、一一五―一六頁。同・講義 上巻、前掲注(49)、三二八頁。
- (62) たとえば、田岡 小川、前掲注(5)、二三九頁。
- (63) 田岡『国際法上の自衛権「補訂版」(勁草書房、一九八一年)三五九―三六〇頁。
- (64) 田岡・同右書、三六頁。
- (65) 田岡・自衛権、前掲注(63)、三六〇―三七四頁。
- (66) Dinstein, supra note7, pp. 89-91.
- (67) Dinstein, supra note7, p. 94.
- (68) Dinstein, supra note7, p. 187.
- (69) Dinstein, supra note7, pp. 188, 190.
- (70) Dinstein, supra note7, p. 242.
- (71) Distein, supra note7, pp. 242ff.
- (72) Dinstein, supra note7, pp. 259ff.
- (73) Dinstein, supra note7, p. 252.
- (74) Dinstein, supra note7, p. 262.
- (75) Dinstein, supra note7, p. 245.
- (76) Dinstein, supra note7, pp. 260-261.
- (77) Dinstein, supra note7, p. 272, 276.

- (78) Dinstein, *supra note*7, pp. 193ff., 230ff.
- (79) Dinstein, *supra note*7, pp. 196-197. 最近のサイバー攻撃についても、「武力」という基準の重視を反映して、暴力的結果が生じるといふべき基準をいじらぬ (Dinstein, *supra note*7, p. 88.)。
- (80) Dinstein, *supra note*7, p. 200.
- (81) Dinstein, *supra note*7, pp. 214-218.
- (82) Dinstein, *supra note*7, pp. 210-212, 224ff.
- (83) 小松一郎『実践国際法』（信山社、二〇一一年）三四四頁。
- (84) 田岡・自衛権、前掲注(63)、『三五九-三六〇頁。
- (85) 田岡・自衛権、前掲注(63)、『三六〇頁。
- (86) 田岡・大綱下、前掲注(2)、『一一六頁。
- (87) Dinstein, *supra note*7, p. 86.
- (88) Dinstein, *supra note*7, p. 114.