
種 別： 論説

タイトル： 武力紛争の終結（1）

著 者： 広見 正行

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 3-4 合併号（平成 23 年 3 月）31-56 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

武力紛争の終結 (1)

広見 正行

- I. 問題の所在
 1. 法的議論の不在
 2. 不在がもたらす問題
 3. 方法論
- II. 伝統的国際法における終戦論
- III. 現代国際法における終戦論の不確実性
- IV. 武力行使禁止原則が伝統的終戦論に及ぼす影響
 1. 現代国際法における征服理論の非妥当性
 2. 現代国際法における平和条約の不確実性
- V. 武力紛争終結の要因
 1. 武力紛争の範囲の《縮約》
 2. *jus in bello* における「暴力抑制原理」の欠如
 3. *jus ad bellum* における「武力行使抑制原理」(以上本号)
 4. *jus ad bellum* の均衡性原則が終戦論に及ぼす効果
 - (1) 文理解釈における *jus ad bellum* の変化
 - (2) 武力紛争中における均衡性原則の意味
 5. 武力紛争の終結における *jus ad bellum* の均衡性原則の役割
 - (1) 武力紛争中における武力行使の抑制原理の機能
 - (2) 「目標指向的均衡性」における《限界点》の導出
 - (3) 休戦協定と降伏規約の概念区分
 - (4) 休戦協定の国家実行：イラン・イラク戦争
 - (5) 降伏規約の国家実行：フォークランド紛争
- VI. 結 語
 1. 現代国際法における休戦協定・降伏規約の法的機能
 2. *jus ad bellum* の終焉と *jus contra bellum* への回帰

I. 問題の所在

1. 法的議論の不在

現代国際法において、武力紛争に関する国際法は、*jus contra bellum*、*jus ad bellum*、*jus in bello* の3つに大別される。現代国際法における武力紛争の議論は、この3つの変数を要素とする関数として捉えることができる。第一の *jus contra bellum* は、国連憲章第2条4に具現化された武力行使禁止原則のことであり、武力による威嚇及び武力の行使を一般的に禁止する規範である⁽¹⁾。これに対し、第二の *jus ad bellum* と第三の *jus in bello* は、いずれも武力を行使する場合の規則であり、前者は、一般に戦争に訴える権利を規律する規則 (law governing the right to go to war)、後者は、武力紛争における紛争当事者の行為を規律する規則 (the law regulating the actual conduct of hostilities) であるとされる⁽²⁾。しかしながら、これらの規範の存在にもかかわらず、現代国際法において「武力紛争の終結 (*dies ad quem*)」の議論は法的に不在のままにとどめられてきたといつてよいであろう。

とりわけ、国連憲章の成立当初は、非戦法規 (*jus contra bellum*) を前提とする限り、武力紛争の存在を前提とするような議論は忌避される傾向にあった⁽³⁾。たとえば、国連国際法委員会 (ILC) は、発足当初にお

(1) Olivier Corten, *Le droit contre la guerre: L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain* (Pedone, 2008); Robert Kolb, *Ius contra bellum: Le droit international relatif au maintien de la paix*, deuxième édition (Bruylant, 2009).

(2) Marco Sassòli, "Ius ad Bellum and Ius in Bello -The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?", in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein* (Martinus Nijhoff, 2007), pp. 242-244.

(3) Josef L. Kunz, "The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for their Revision", *AJIL*, Vol. 45 (1951), pp. 37-61.

ける法典化作業の長期計画に戦争法を含めるかどうかを審議した折、「もし戦争法が法典化のための主題のリストに挿入されるならば、世論にとって悪い印象を与えることとなるだろう」と結論し、法典化の対象から戦争法を除外している⁽⁴⁾。このように、武力紛争の存在を前提とする議論が忌避される以上、その存在を前提として終結を論じる「終戦論」も理論的に成立しえなかった。

これに対し、武力を「行使」する法規である *jus ad bellum* と *jus in bello* も「武力紛争の終結」という方向性がないことが指摘できる。一方で *jus ad bellum* の議論は、一般に「開始」された武力行使が武力行使禁止原則に違反するか否かという武力紛争の「始点 (*dies a quo*)」に集中しているし、他方で *jus in bello* は “in” というラテン語が示すように武力紛争の「期間 (*duranto bello*)」における紛争当事者の行為を規律する法規であるため、その関心は武力紛争の「遂行」に注がれている⁽⁵⁾。このように、開戦法規や交戦法規の議論は、やや逆説的にいうと、「どのように戦争を開始するか」(始戦論、*jus ad bellum*)、及び「どのように戦争を遂行するか」(交戦論、*jus in bello*) という内容を中心としており、「どのように戦争を終結するか」という終戦論の議論は不在のままであった。武力紛争に関する国際法の理論は、「武力紛争の終結」の議論を「法的空白 (*legal lacunae*)」にとどめ続けてきたのである。これが暗示するところは、武力紛争の終結は政治過程の中に埋没し、武力紛争の終局に関して「戦争において法は沈黙する (*inter arma sileant leges*)」という法諺⁽⁶⁾ が依然として妥当するということであろう。

(4) *YILC*, Vol. I (1949), p. 53, paras. 63, 68.

(5) Knut Ipsen, “International Law Preventing Armed Conflicts and International Law of Armed Conflict - A Combined Functional Approach”, in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge: En l'honneur de Jean Pictet* (Martinus Nijhoff, 1984), pp. 351-353.

(6) Gerald Fitzmaurice, “Inter Arma Silent Leges”, *Sydney Law Review*, Vol. I (1953-1955), pp. 332-343.

2. 不在がもたらす問題

国際法学における終戦論の不在は、紛争当事国ばかりでなく、局外第三国にとっても、以下のような実務的問題をもたらす。第一に、武力紛争当事国にとって終戦論の不在がもたらす問題である。*jus in bello* は、平時には認められない「権利」を紛争当事者に与えている。第一追加議定書第43条2が定めるように「紛争当事者の軍隊の構成員は、…敵対行為に直接参加する権利を有する」。敵対行為とは、「武力紛争において相手方紛争当事者の人又は者を殺傷、破壊若しくは捕獲するか又はその直接的支援を行うこと」をいう⁽⁷⁾。紛争当事者は、通常違法とされるこれらの行為を、*jus in bello* の適用上「権利」として行使することができる。この意味で、*jus in bello* は、本質的に「人を殺す法」である⁽⁸⁾。

もし *jus in bello* の本質が「人を殺す法」であるとすれば、それが認める権利は、安易に伸延されてはならないはずである。*jus in bello* において、この権利は、一般に「軍事行動の全般的終了の時」(たとえば、第一追加議定書第3条(b))まで存続するものとされている。しかし、終戦論の不在は、その「終了」の時点を不確定にとどめ、皮肉にも、*jus in bello* の認める権利を不必要に引き伸ばす要因としての機能を果たしているのである⁽⁹⁾。武力紛争という狂気の中にあつて予想される最悪の結末は、客観的(理性的)な武力紛争終結の法理論が未確立であるがゆえに、本来止められるはずの武力紛争を収めることができず、継続する必要のない殺傷、抑留、破壊が延々と実行され続けるという事態であろう。

(7) 真山全「国連の軍事的活動に対する武力紛争法の適用—武力紛争の事実主義的認識とその限界—」安藤仁介・中村道・位田隆一編『21世紀の国際機構：課題と展望』(東信堂、2004年)329頁(脚注2部分)。

(8) 石本泰雄「戦争と現代国際法」同『国際法研究余滴』(東信堂、2005年)6-7頁。

(9) William H. Taft, "The Geneva Conventions and the Rules of War in the Post-9/11 and Iraq World", *American University International Law Review*, Vol. 21 (2005-2006), pp. 149-155.

第二に、武力紛争の局外第三国にとって「武力紛争の終結」に関する国際法理論は、外国における自国軍隊の使用に関する国内法上の意思決定に影響を及ぼしうる。外国における軍隊使用に関する憲法上の制限は、多くの国において定められている⁽¹⁰⁾。しかし、国際関係における軍隊の使用は、決して武力紛争の文脈に限定されるものではない。国際安全保障環境の変化に伴い、今日では、積極的に平和維持活動や人道支援活動等の国際平和活動 (international peace operation)⁽¹¹⁾に参加することが要求されている。そして、国際平和活動に従事する意思と能力を兼ね備えている国家機関は、軍隊において他ならない⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

しかしながら、協力が求められる平和維持活動や人道支援活動は、多くの場合、武力紛争の結果として引き起こされた事態に対処するための活動である。したがって、外国における軍隊使用に関する国内法上の意思決定において指標となるのは、国際法における「武力紛争の終結」に関する理論であるということになる。国内法上、外国に部隊を派遣するにあたっては、武力紛争が終結していない段階で武力行使に従事する紛争当事国を支援する部隊であるのか、それとも、武力紛争の終結後に平

(10) Michael Bothe and Andreas Fischer-Lescano, "The Dimensions of Domestic Constitutional and Statutory Limits on the Use of Military Force", in Michael Bothe, Mary Ellen O'Connell and Natalino Ronzitti (eds.), *Redefining Sovereignty: The Use of Force after the Cold War* (Transnational Publishers, 2005), pp. 195-199.

(11) 今日では、法主体性を基準とする「国連平和維持活動」ではなく、法主体が多国籍軍か国連かにかかわらず、その活動の内容を基準とした「国際平和活動 (International Peace Operation)」や「平和支援活動 (Peace Support Operation)」という名称が用いられる傾向にある。部隊の法主体性が国連にあるか、それとも国家にあるかは、指揮権の所在に基づき決定される。しかし、当該部隊の法的評価は、部隊の法主体性ではなく、部隊の活動内容に基づいて決定される。Terry D. Gill, "Peace Operations", Terry Gill and Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of International Law of Military Operations* (Oxford University Press, 2010), pp. 135-142; United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford University Press, 2004), pp. 375-379.

(12) Shunji Yanai, "Law concerning Cooperation for United Nations Peace-Keeping Operations and Other Operations", *JAIL*, No. 36 (1993), p. 37-38.

(13) 軍隊は、いわば原子力と同様に、使い次第で、平和利用することもできれば軍事利用することもできる、それ自体は中立的性格を帯びている機関である。

和活動に従事する国際部隊に参加・協力する部隊であるのかによって、論旨は大きく異なってくる⁽¹⁴⁾。

このように、国際法平面における戦争違法化は、国内法平面において、「戦争」の内縁を深化させる作業よりも、むしろ「武力紛争」の外縁を囲い込む作業を要求することとなる。国際法平面における「武力紛争の終結」の議論の不在は、局外第三国における軍隊の渉外活動に関する国内法上の議論を不必要に混乱させる要因となるのである。しかるに、国際社会における平和を確立するためには、「武力紛争の終結」が考察されなければならないのである。

3. 方法論

以上のような問題を背景として、本稿では「武力紛争の終結」について分析する。本稿の主題である「武力紛争の終結」は、《法律効果》、すなわち、一定の法律要件を充足することによって法律上生ずる「結果」である。したがって、第一の分析課題は、紛争終結の「原因」となる《法律要件》を分析し、当該要件を充足する《法律行為》を特定することである。この《法律行為》を特定した後、第二の分析課題として、当該法律行為の《効力発生時期》を検討する。そして最後に、紛争終結の要因(方法)、及び、紛争終結の決定的時点を特定した上で、第三の分析課題として、紛争終結の結果として生ずる《法律効果》を検討する。

国際法学において武力紛争の終結を論じるにあたっては、(それが法学である以上)、武力紛争において存在するあらゆる事实现象の中から、法的に意味のある「関連事実」(relevant facts)を抽出しなければならない。この命題に従うと、国際法学における武力紛争の終結とは「それ以上法的に武力行使ないし軍事行動を継続することが不可能な状態または

(14) Shigeru Kozai, "UN Peace-Keeping and Japan: Problems and Prospects", in Nisuke Ando (ed.), *Japan and International Law: Past, Present and Future* (Kluwer Law International, 1999), pp. 29-42.

時点」と定義することができる⁽¹⁵⁾。本稿は、この定義に基づき、武力紛争において適用可能な国際法規の中から、紛争終結の原因となる法律行為、紛争終結の時点、そして、紛争終結の効果をそれぞれ分析するものである。なお、本稿における「武力紛争」は、国際武力紛争をいい、非国際（国内）武力紛争は対象としていない。

II. 伝統的国際法における終戦論

伝統的国際法における終戦論は、戦争の主権的自由を前提として、戦争目的と戦争終結方法、そして、戦争終結時点とが三位一体となって理論構築されていた。したがって、ここではまず、前提であった戦争の主権的自由を概観した後、戦争目的、戦争終結方法、戦争終結時点の三関係の中で、伝統的国際法における終戦論を把握しておきたい。

伝統的国際法は、戦争そのものを違法化せず、「戦争に訴える権利」を国に認めていた（戦争の主権的自由）。したがって、国は、宣戦布告（*declaration of war, déclaration de guerre*）または最後通牒（*ultimatum*）という形式で、戦争意思（*animus belligerendi*）を自由に表明することができた。伝統的国際法は、この戦争意思の表明により「平和状態（*state of peace*）」から「戦争状態（*state of war*）」に移行した⁽¹⁶⁾。そして、一度戦争状態へと移行すると、原則として平時国際法は紛争当事国間で適用を終了し、両者の関係は戦時国際法の規律の対象となった⁽¹⁷⁾。伝統的国際法は、平和状態と戦争状態の二分法に対応させて、適用法規も平時国際法と戦

(15) 一般に「武力行使」という用語は *jus ad bellum* において、「軍事行動」や「敵対行為」という用語は *jus in bello* において用いられる用語である。戦争違法化以前の時代には、これらの用語は厳密に区別されることなく、混同して用いられていた。See, Robert Kolb, "Origin of the Twin Terms *Jus ad Bellum* / *Jus in Bello*", *IRRC*, No.320 (1997), pp. 553-562.

(16) Krzysztof Skubiszewski, "Peace and War", *EPIL*, Vol. 3, pp. 909-913.

(17) Jost Delbrück, "War, Effects on Treaties", *EPIL*, Vol. 4, pp. 1367-1373.

時国際法とに二分させていたのである(平時戦時二元論)。

このような「戦争の主権的自由」の時代においては、理論上、武力に訴えることが自由である帰結として、半永久的に武力紛争を継続することも可能であった。しかし、それでは平時・戦時二元論を採用する伝統的国际法は成立しえない。伝統的国际法において、平時と戦時とを区別し、平時国際法を有効に存続させるためには、戦争を一つの「状態」として捉え、戦争の期間・状態を限定し、切断しなければならなかったのである⁽¹⁸⁾。逆説的にいうと、戦争の主権的自由に立つ二元的な伝統的国际法にあっては、「戦争の終結」に関する理論を明確に定めておかなければならなかったのである。

こうして、伝統的国际法においては、「戦争の終結」に関する理論が確立されていた。伝統的な国際法の教科書においては、戦争の終結方法として、次の二種が挙げられている⁽¹⁹⁾。第一に平和条約の締結であり⁽²⁰⁾、第二に征服(subjugation, *debellatio*)⁽²¹⁾である。伝統的国际法において、前者の平和条約の締結は、一般的な戦争の終結方法とされる一方、後者の征服は、例外的な戦争の終結方法と位置付けられていた。征服による戦争の終結は、①一方紛争当事国の完全敗北、そして②同紛争当事国の同盟国の不在という2つの要件を充足する状況において、他方紛争当事国が征服の意思をもって戦後の法的関係を一方的に決定する方法である⁽²²⁾。他方、征服の二要件を充足しない状況において一方紛争

(18) 石本「前掲論文」(注8)6-7頁。

(19) Lassa Oppenheim (Load McNair, ed.), *International Law*, fourth edition, Vol. 2 (Longman, 1926), pp. 424-436; Paul Fauchille, *Traité de droit international*, huitième édition, Tome II (Rousseau & Cie, 1921), pp. 1029-1031. 田岡良一『国際法学大綱』下巻(巖松堂書店、1939年)170-173頁。

(20) Wilhelm G. Grewe, "Peace Treaty", *EPIL*; Vol. 3, pp. 938-946; «Traité de paix», Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public* (Bruylant, 2001), p. 1091 [hereinafter, *DDIP*].

(21) Karl-Ulrich Meyn, "*Debellatio*", *EPIL*, Vol. 1, pp. 969-971; «*Debellatio*», *DDIP*, p. 294.

(22) PCIJ, *Legal Status of Eastern Greenland* (Denmark v. Norway), Merits, *P.C.I.J. Series A/B*, No. 53, p. 47.

当事国によって一方的に戦争終結宣言がなされることがあるが、この一方的戦争終結宣言は、法的に戦争を終結させる効果を有しない⁽²³⁾。また、休戦協定 (armistice) や降伏規約 (capitulation) の締結は、軍による敵対行為を停止させる効果を有するが、国による戦争の終結を意味しないとされた⁽²⁴⁾。

戦争終結は、戦後の旧紛争当事国間の法的関係を決定し、旧紛争当事国間の関係を戦争状態から平和状態へと移行させる国際法上の効果を有していた。伝統的国際法において、戦勝国は、戦後の法的関係の決定にあたって自由裁量を有しており、国際法は、この自由裁量にいかなる制限も設けていなかった。それゆえ、伝統的国際法において、戦勝国は敗戦国のあらゆる法的地位を変更することが可能であった。この戦争終結にあたって戦勝国が敗戦国に対して有する法的地位の変更の権利を「戦前回復権 (postliminium)」⁽²⁵⁾ という。戦勝国は、たとえば敗戦国の領域の取得、当該領域住民の国籍の変更、賠償金の獲得、国境の画定などの行為を「戦前回復権」として実施した。

戦争が違法化されていなかった伝統的国際法の時代において、紛争当事国は、まさにこの「戦前回復権」を行使して、「国家ノ政策ノ手段トシテ」「国際紛争ヲ解決スル為」(不戦条約第1条)に、戦争に訴えたのであった。すなわち、「戦争とは、相互に打倒し合い戦勝国の欲する和平条件を強制する目的をもって行われる、軍隊による一またはそれ以上の国家の間の抗争」であった⁽²⁶⁾。この戦争目的は、一般に、平和条約の締結によって達成される。これに対し、和平条件が受諾されず、敵対

(23) D. Ottensooser, "Termination of War by Unilateral Declaration", *BYIL*, Vol. 29 (1952), pp. 435-442.

(24) Charles C. Tansill, "Termination of War by Mere Cessation of Hostilities", *Law Quarterly Review*, Vol. 38 (1922), pp. 26-37.

(25) Philip Kunig, "Postliminium", *EPIL*, Vol 3, pp. 1086-1087; «Postliminie-Postliminium», *DDIP*, p. 855.

(26) Lassa Oppenheim (Hersch Lauterpacht (ed.)), *International Law: A Treatise*, seventh edition, Vol. 2 (Longman, 1952), p. 202.

行為が継続された結果、最終的に生じる事態が征服である。このような事態に対し、伝統的国際法は、戦勝国に対し一方的な「戦前回復権」の行使を認めることによって、戦争終結を図ったのである。他方、休戦協定や降伏規約の締結が戦争終結の効果を有しなかったのは、単にこれらの締結が「戦前回復権の取得行使」という戦争目的の達成を意味しなかったからである。このように、伝統的国際法における戦争(状態)は、「戦前回復権の取得行使」という目的が達成された時点で終了する、という法理論の下に置かれていたのである。

Ⅲ. 現代国際法における終戦論の不確実性

このように、伝統的国際法においては、確実に「戦争の終結」に関する理論が存在した⁽²⁷⁾。これに対し、もし冒頭で示したように、現代国際法において「武力紛争の終結」に関する議論が存在しない、あるいは関心を惹起していないとすれば、それは、現代国際法学の理論の側に、このような結果を引き起こしている原因が存在することを意味する。その原因とは、紛れもなく戦争違法化、武力行使禁止原則である⁽²⁸⁾。「戦争違法化に伴い戦争、武力行使、武力紛争といった概念にどのような法的効果が帰属するのかという問題は十分に整理されておらず、この問題の整理が現代の武力規制にかかる国際法の最大の課題である。」⁽²⁹⁾といわれるように、多くの点で、伝統的国際法における戦争理論に対する戦争違法化の影響は、整序されないまま残存しているのである。

(27) 伝統的国際法における終戦論の体系書として、Coleman Phillipson, *Termination of War and Treaties of Peace* (E. P. Dutton & Company, 1916; reprinted by The Lawbook Exchange, 2008).

(28) Georges Scelle, «Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre», *RGDIP*, tome 58 (1954), pp. 5-22.

(29) 田中忠「武力規制法の基本構造」村瀬信也・奥脇直也・古川照美・田中忠『現代国際法の指標』(有斐閣、1994年)271頁。

現代国際法は、武力行使禁止原則を実定化することによって、伝統的国際法が基盤としてきた平時・戦時二元論から平時一元論への「国際法の構造転換」⁽³⁰⁾を果たした。その結果、Greenwood が「今日では、〔伝統的国際法における〕戦争法は、国家の武力行使を規律する国際法〔*jus contra/ad bellum*〕の枠内に存在する。」⁽³¹⁾と述べたように、現代国際法は、その論理構造の一貫性を維持するために、武力行使禁止原則と両立する伝統的国際法の戦争理論を（必要な変更を加えて）包摂する形で発展してきた⁽³²⁾。たとえば、戦争法の平等適用や、国連部隊に対する戦争法の適用、中立法の適用などの議論は、伝統的国際法における戦争理論に対する戦争違法化の影響という観点から、武力行使禁止原則と両立する理論として再構築することを目的としてきた。

これに対し、平時一元化の過程で、武力行使禁止原則と両立しないものと考えられ、平時一元論に包摂されえなかった伝統的国際法の戦争理論は、現代国際法において、未だ留保され、検討の対象から「迂回」されている。すなわち、現代国際法が留保する領域においては、なおも伝統的国際法の戦争理論が整序されないまま生き残っているのである。Greenwood もこの点を捉え、先に引用した文章に続けて、「しかし、現代の *jus ad bellum* と *jus in bello* 関係の十分な意味内容は、未だ決定されていないままとっている。」⁽³³⁾と述べている。

「武力紛争の終結」に関する理論も、このような問題の一つと考えられる。「戦争の終結は、しばしば戦争状態の漸進的遁滅 (a gradual shrinkage) によってもたらされる。この過程の問題点は、ある状況における

(30) 石本泰雄「国際法の構造転換」同『国際法の構造転換』（有信堂、1998年）1-32頁。

(31) Christopher Greenwood, "International Humanitarian Law (Laws of War)", in Frits Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions* (Kluwer Law International, 2000), p. 186.

(32) Hersch Lauterpacht, "Rules of Warfare in an Unlawful War", in George A. Lipsky (ed.), *Law and Politics in the World Community: Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law* (University of California Press, 1953), pp 89-113.

(33) Greenwood, *supra* note 31, p. 186.

戦争法の適用範囲を容易に定めることが不可能な点にある。」⁽³⁴⁾ という Meng の事実認識は、まさに「武力紛争の終結」に対する戦争違法化の影響が十分に考察されていないことを示したものと捉えることができる。したがって、現代国際法における「武力紛争の終結」に関する問題は、伝統的国際法の「戦争の主権的自由」の上に成り立っていた戦争終結理論が、戦争違法化や武力行使禁止原則によっていかなる影響を受け、いかなる変更が生じたか、という問題として構成されることとなる。

IV. 武力行使禁止原則が戦争の終結方法に及ぼす影響

1. 現代国際法における征服理論の非妥当性

伝統的国際法の戦争終結方法のうち「征服」については、武力行使禁止原則が確立した結果、武力紛争に関して国際社会全体が法的関心を共有するようになったため、紛争当事国のいずれか一方が完全敗北するまで武力紛争が継続されることは稀少となり、事実上、征服による武力紛争終結の可能性は局限まで低減した⁽³⁵⁾。

さらに、法律上、征服は自決権の確立によってその妥当基盤を失ったということが出来る⁽³⁶⁾。国家は、住民、領域、政府の三要素によって成立するが、征服の理論は、このうち和平交渉、平和条約締結の相手方となる一方紛争当事国政府の消滅を理由として、他方紛争当事国による戦後の法的関係の一方的変更を認めるものであった。しかし、自決権は、国家の三要素のうち住民が政治的地位を自由に決定する権利を有す

(34) Werner Meng, "War", *EPIL*, Vol. 4, p. 1342.

(35) 田中忠「戦争の開始と終了」寺沢一・山本草二・広部和也編『標準 国際法 新版』(青林書院、2000年)512-517頁。

(36) Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge University Press, 1995), pp. 187-189.

るとしている。この住民には *jus in bello* において保護対象となっている
 文民も含まれるから、一方紛争当事国政府の完全消滅によっても、この
 権利は存続することとなる。

征服の主要な効果である領域権原の取得も、現代国際法において否認
 されている⁽³⁷⁾。憲章のリステイメントである友好関係原則宣言も、
 第 I 原則で「国の領域は、武力による威嚇または武力の行使から生ずる
 他国による取得の対象としてはならない。武力による威嚇または武力の
 行使から生ずるいかなる領土取得も合法的なものとして承認してはなら
 ない。」と定めている。非承認主義は、局外第三国に対する義務を構成
 し、武力行使禁止原則のコロラリーとして征服の効果を否定してい
 る⁽³⁸⁾。

2. 現代国際法における平和条約の不確実性

もう一つの伝統的国際法における戦争終結方法である平和条約は、現
 代国際法において、事実上も法律上も不確実な法的地位にとどめられて
 いる。伝統的国際法において平和条約は、戦勝国の意思を敗戦国に受諾
 させる戦勝国の権利（戦前回復権）として構成されていた。しかしなが
 ら、武力行使禁止原則の確立した現代国際法においては、武力紛争の終
 結にあたって、紛争当事国は、もはや戦勝国と敗戦国とに分類されるの
 ではなく、実質的な武力紛争の結果に関わりなく、被害国と違法行為国
 とに区分される。「不法から法は生じない (*ex iniuria ius non oritur*)」とい
 う法諺が示すとおり、違法行為国が武力紛争の勝利から果実を得る「権
 利」は、武力行使禁止原則のコロラリーと矛盾する⁽³⁹⁾。

このように、戦勝国・敗戦国という分類が意味をなさない現代国際法

(37) Stephen M. Schwebel, "What Weight to Conquest?", *AJIL*, Vol. 64 (1970), pp. 344-347.

(38) Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford University Press, 1963), pp. 410-423 [hereinafter, Brownlie, *International Law and the Use of Force*].

(39) *Ibid.*, pp. 404-405.

においては、戦勝国の権利（戦前回復権）として平和条約を締結する基盤が失われているということが出来る⁽⁴⁰⁾。たとえば、条約法条約第52条は「国際連合憲章に規定する国際法の諸原則に違反する武力による威嚇又は武力の行使の結果締結された条約は、無効である。」と定めている⁽⁴¹⁾。武力による威嚇または武力の行使に基づいて締結された条約の無効は、「漁業管轄権」事件管轄権判決で国際司法裁判所（ICJ）によって、慣習国際法としても確認されている⁽⁴²⁾。

他方、被害国が主導となって締結される平和条約は、「侵略に関して国際連合憲章に基づいてとられる措置の結果…負うことのある義務に影響を及ぼすものではない。」と定める条約法条約第75条によって有効とされると考えられる。しかし、この場合も、被害国が戦勝国となった結果として平和条約が締結されているわけであり、その意味で「戦前回復権」として平和条約が締結されていることに変わりないはずである。

このように考えると、Dinstein が述べたように、戦前回復権としての平和条約の締結は、戦勝国の権利であるため、現代国際法において妥当基盤を有しない一方、武力紛争を終結させるという平和条約の効果は、被害国及び違法行為国、さらには国際社会全体の利益となるため、その効力を存続させることが好ましいともいえる⁽⁴³⁾。この考えに基づくと、伝統的国際法における戦争終結の方法である平和条約は、現代国際法の理論上、法的不確実なまま留められている、ということが出来る。このように、平和条約の締結が不確実な現代国際法においては、平和条約の法的重要性が相対的に低下しているということが出来るであろう⁽⁴⁴⁾。

(40) Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, fourth edition (Cambridge University Press, 2005), pp. 39-42 [hereinafter, Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*].

(41) Michael Bothe, "Consequences of the Prohibition of the Use of Force: Comments on Arts. 49 and 70 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27 No. 3 (1967), pp. 507-519.

(42) ICJ, *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Jurisdiction of the Court, *ICJ Reports 1973*, p. 14, para. 24.

(43) Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 41.

V. 武力紛争終結の要因

1. 武力紛争の範囲の《縮約》

以上のように、武力行使禁止原則 (*jus contra bellum*) が、伝統的国際法における戦争目的を否定し、その戦争終結方法に影響を与えるとしても、一旦開始された武力行使や敵対行為に対して、*jus contra bellum* が実際の機能を果たさないこともまた事実である⁽⁴⁵⁾。こうした状況に直面して、Lauterpacht (Hersch) は、武力紛争中 (*durante bello*) における紛争当事国の行為は、*jus contra bellum* の評価の対象外となり、*jus contra bellum* の評価から生ずる法的帰結は、武力紛争後 (*post bello*) になって初めて実現されるとしている⁽⁴⁶⁾。実際の武力紛争においては、武力行使ないし敵対行為を評価する適用法規の転換が生じ、武力の行使を一般的に禁止する原則である *jus contra bellum* から、紛争当事者の行為を具体的に規律する規則である *jus ad bellum* 及び *jus in bello* への「切り替え」が行われる、というのである⁽⁴⁷⁾。

こうして切り替えられた規範である *jus ad bellum* と *jus in bello* はともに、現代国際法において規律対象を拡大してきた。そして、これらの規律対象の拡大は、伝統的国際法において認識されてきた戦争の範囲を《縮約》する可能性を有している。*jus ad bellum* や *jus in bello* の規制が増

(44) Quincy Wright, "How Hostilities have Ended: Peace Treaties and Alternatives", *The Annals of the American Academy*, Vol. 392 No.1 (1970), pp. 51-61.

(45) Shinya Murase, "The Relationship between the UN Charter and General International Law regarding Non-Use of Force: The Case of NATO's Air Campaign in the Kosovo Crisis of 1999", in Nisuke Ando (ed.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (Kluwer Law International, 2002), pp. 1543-1554.

(46) Oppenheim (Lauterpacht, ed.), *supra* note 26, p. 219.

(47) Hersch Lauterpacht, "The Limits of the Operation of the Law of War", *BYIL*, Vol. 30 (1953), pp. 239-240.

加すればするほど、紛争当事国に認められる武力紛争の事項的範囲は減少するという意味で、*jus ad bellum* 及び *jus in bello* と武力紛争とは反比例の関係に立つからである。したがって、これら二つの適用法規の中に武力紛争終結の要因が存在するかどうか、検討する必要がある。

しかしながら、*jus in bello* については、それが戦争の主権的自由の時代に形成・発展してきたという史的展開に鑑みると、それ自体、武力紛争終結の要因を内包していないものとも考えられる。にもかかわらず、伝統的国際法における *jus in bello* の呼称である「戦争法 (laws of war)」は、武力行使禁止原則の影響を受け、現代国際法において「国際人道法 (international humanitarian law)」として発展を遂げてきた⁽⁴⁸⁾。*jus in bello* の人道規則の規律範囲の拡大⁽⁴⁹⁾に伴い、武力紛争の範囲が《縮約》される可能性は十分に考えられる。この事実を鑑みると、まずもって、武力紛争の終結における *jus in bello* の役割を検討しなければならない。

2. *jus in bello* における「暴力抑制原理」の欠如

武力紛争における紛争当事者の行為を規律する規則である *jus in bello* は、“laws of war” と複数形で表現されることもあるように、単一の法体系ではなく、多様な目的を有する *fragmentary* な法規則の集合体である⁽⁵⁰⁾。したがって、*jus in bello* は、一般に武力紛争の個別具体的な局面に応じて部分的に分解して論じられ、必ずしも武力紛争の全体を明らかにするものではなかった(演繹的アプローチ)。これに対し、ここではアプローチを逆転させ、*fragmentary* な法規則の集合体である *jus in bello* 規則を紛争当事者の意思形成過程に沿って紡いでゆく帰納的アプローチをとることによって、武力紛争全体の輪郭を明らかにする。武力紛争全体

(48) Antonio Cassese, “Current Trends in the Development of the Law of Armed Conflict”, in *idem*, *The Human Dimension of International Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 18–26.

(49) Theodor Meron, *The Humanization of International Law* (Martinus Nijhoff, 2006), pp. 1–89.

(50) 真山全「現代における武力紛争法の諸問題」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)20頁(脚注1部分)。

における *jus in bello* の機能を把握することによってはじめて、*jus in bello* が紛争終結に果たす役割を検討することが可能となるためである。

国際武力紛争に適用される *jus in bello* は、大別して4つの構成要素から成立している。まず、紛争当事国が敵対行為を実施するにあたって⁽⁵¹⁾、*jus in bello* は、第一段階で「使用兵器の規制 (law of weaponry)」として、①具体規則に定められた特定兵器の使用を禁止し (the specific-ban approach)、次に、②残りの兵器のうち「不必要な苦痛 (superfluous injury, unnecessary suffering)」を与える兵器の使用を禁止する (the general-principle approach)。「使用兵器の規制」は、紛争当事者の観点からは「兵器の選定」としての意味を持ち、この2つの規制のいずれにも該当しなかった兵器が使用可能とされる。この兵器の選定により、攻撃目標が人的目標であるか、それとも物的目標であるかが決定される。

こうして決定された目標について、*jus in bello* は、さらに第二段階の「攻撃方法の規制 (law of targeting)」として、①文民 (非戦闘員) と戦闘員、民用物と軍事目標とを区別すること (区別原則)、②軍事目標を攻撃するに際して予期される軍事的利益と文民への損害とが均衡のとれたものであること (均衡原則) の2つの制限を課している⁽⁵²⁾。そして、軍事目標に対して行われた攻撃による文民への損害が均衡原則と合致する攻撃である場合には、当該損害は「付随的損害 (incidental loss, collateral damage)」として扱われ、攻撃は違法性を問われない⁽⁵³⁾。

(51) Françoise J. Hampson, "Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf", in Peter Rowe (ed.), *The Gulf War 1990-91 in International Law and English Law* (Sweet & Maxwell, 1993), pp. 89-110; Antonio Cassese, "Means of Warfare: The Traditional and the New Law", in *idem* (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Scientifica, 1979), pp. 161-192; Yoram Dinstein, "Warfare, Methods and Means", *EPIL*, Vol. 4, pp. 1398-1403.

(52) ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1996*, p. 257, para.78 [hereinafter *Nuclear Weapons Case*].

(53) Yoram Dinstein, "Collateral Damage and the Principle of Proportionality", in David Wippman and Matthew Evangelista (eds.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts* (Transnational Publishers, 2003), pp. 211-224.

しかしながら、現実の敵対行為の外に置かれ、相手方紛争当事国の権力下に入った者について、*jus in bello* は、第三段階として「権力内所在者の待遇 (law of internment)」⁽⁵⁴⁾ について規律を及ぼしている。具体的には、それぞれの地位に従い、傷病兵については傷病兵保護条約または海上傷病兵保護条約が⁽⁵⁵⁾、また、捕虜については捕虜待遇条約が⁽⁵⁶⁾、さらに、文民抑留者については文民保護条約⁽⁵⁷⁾ が、それぞれ詳細な身柄取扱に関する規則を定めている。

さらに、第四段階として、武力紛争法は「違法行為者の処罰 (law of prosecution)」を規定している。これは、1949年ジュネーブ諸条約の「重大な違反 (grave breach)」や戦争の法規慣例に対する「著しい違反 (serious breach)」に対する国際法上の処罰と、紛争当事国の内国刑法の違反に対する国内法上の処罰とに大別される⁽⁵⁸⁾。これらの処罰は、今日では、武力紛争法の文脈よりも、紛争後に国際刑事法 (国際刑事裁判) の文脈で語られる傾向にある。

以上のように *jus in bello* を捉えると、武力紛争は、law of targeting から law of internment への移行過程として捉えることができる⁽⁵⁹⁾。サンク

(54) Marco Sassóli, "Internment", *EPIL* (2010), available at www.mpepil.com.

(55) Michael Bothe, "Wounded, Sick and Shipwrecked", *EPIL*, Vol. 4, pp. 1552-1554; Waldemar A. Solf, "Development of the Protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked under the Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions", in Swinarski (ed.), *supra* note 5, pp. 237-248.

(56) Yoram Dinstein, "Prisoners of War", *EPIL*, Vol. 4, pp. 1552-1554; G.I.A.D. Draper, "The Geneva Conventions of 1949", *RdC*, Vol. 114 (1965), pp. 101-118.

(57) Ryan Goodman, "The Detention of Civilians in Armed Conflict", *AJIL*, Vol. 103 (2009), pp. 48-60; Jelena Pejic, "Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence", *IRRC*, Vol. 87 No.858 (2005), pp. 375-391.

(58) Richard R. Baxter, "The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes", *BYIL*, Vol. 28 (1951), pp. 382-393.

(59) Emanuela-Chiara Gillard, "International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct", in Fons Coomans and Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, 2004), p. 31.

ト・ペテルブルク宣言は、「戦時において諸国が達成しようと努める唯一の正当な目的は、敵国の軍隊の弱体化であること。その目的を達成するためには、できる限り多くの者の戦闘能力を奪えば足りること。既に戦闘能力を奪われたものの苦痛を無益に増大させ、またはその死を避けがたいものにする…〔こと〕は、この目的の範囲を超えること。」と定め、*jus in bello* の認識する武力紛争が、*law of targeting* から *law of internment* への移行過程であることを示している⁽⁶⁰⁾。

以上のような武力紛争全体における *jus in bello* の機能を概観すると、*jus in bello* が「禁止規範」としての性質を有していることがわかる。すなわち、*jus in bello* の評価において、紛争当事国は、*jus in bello* によって禁止されていない限り、最大限の武力を用いて軍事行動を行う「権利」を有しているのである。このような *jus in bello* の構造は、具体規則だけでなく、一般原則についてもあてはまる。

具体規則は、規則の中で軍事的必要性和人道的考慮の均衡が既に加味されており、それに反する紛争当事者の一切の行為が禁止される。具体規則の欠点は、それが禁止していない行為について紛争当事者の自由が推定される点にある。この具体規則の欠缺を補充する役割を果たすのが、一般原則である⁽⁶¹⁾。一般原則は、個別具体的な状況において軍事的必要性和人道的考慮とを較量し、行為の合違法性を判断する柔軟性を有する法規範である⁽⁶²⁾。

(60) Meyrowitz は、サンクト・ペテルブルク宣言の目的は、実定法を表明するものではないと評価する。See, Henry Meyrowitz, "Reflections on the Centenary of the Declaration of St. Petersburg", *IRRC*, Vol. 93 (1968), p. 616. 他方、Greenwood は、不必要な苦痛を与える兵器の規制の文脈を超えて、「敵国軍隊の弱体化・無能力化」という武力紛争法の目的が、一般的に実定法として妥当するものと評価している。See, Christopher Greenwood, "The Law of War (International Humanitarian Law)", in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, second edition (Oxford University Press, 2006), p. 796.

(61) 軍事的必要性和人道的考慮の2つの原理につき、欠缺補充の役割を検討するものとして、江藤淳一「マルテンス条項」村瀬・真山編『前掲書』（注50）58-84頁、及び、同「19世紀後半の陸戦法規の法典化における軍事的必要性の概念」『変容する社会の法と理論』（有斐閣、2008年）30-57頁。

このような一般原則の例としてあげられるのが、「不必要な苦痛」を与える兵器の禁止原則と軍事目標に対する攻撃の均衡原則の2つである。しかし、いずれの例においても明らかなように、一般原則を援用して紛争当事国の行為の違法性を論証することは困難である⁽⁶³⁾。裁判規範として、解釈適用の場でこれらの原則が援用されたとしても、原告側は、軍事的必要性や人道的考慮といった原理を用いて違法性を立証することが困難である一方、被告側は、兵器・攻撃の軍事的利益や文民損害の予測不可能性を容易に反証することができる⁽⁶⁴⁾。また、行為規範としても、紛争当事国は、実行段階において軍事的必要性と人道的考慮を較量した上で実際の攻撃を実施しているわけであるから、これらの一般原則は、「武力行使の抑制原理」として機能していない。

してみると、*jus in bello* の解釈においては、紛争当事者の行為の自由を前提として、その例外として禁止される行為を論証することが中心となる。第二次世界大戦後の「国際人道法」の発展にもかかわらず、このような *jus in bello* の構造は変化していない⁽⁶⁵⁾。少なくとも理論的には、禁止事項を拡大しようという点で、一般原則の法的評価において、軍事的必要性や人道的考慮といった原理が「武力行使の抑制原理」として機能する余地は残されている。しかしながら、実際の適用 (application) の段階で一般原則を用いて紛争当事者の行為の違法性を立証することは困難であり、*jus in bello* の一般原則は、立法 (formulation) の段階で期待さ

(62) G.I.A.D. Draper, "Military Necessity and Humanitarian Imperatives", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 12, No. 1 (1973), pp. 129-142.

(63) 2つの一般原則を検討したものとして、International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, reprinted in *ILM*, Vol. 39 (2000), pp. 1261-1283.

(64) Antonio Cassese, "Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?", in *idem*, *supra* note 48, pp. 192-217; Françoise Hampson, "Proportionality and Necessity in the Gulf Conflict", *ASIL Proceedings*, Vol. 86 (1992), pp. 49-50.

(65) Chris af Jochnick and Roger Normand, "The Legitimation of Violence: A Critical History of the Law of War", *HILJ*, Vol. 35 No. 1 (1994), pp. 49-95.

れていたような武力行使の抑制という役割を果たせていないのが現実であるといえるであろう⁽⁶⁶⁾。

以上のように考えると、*jus in bello* は、武力紛争において、禁止される敵対行為の最下限 (lower limit) を定める一方、許容される敵対行為の最上限 (upper limit) を定めていない。その意味で *jus in bello* は、構造的に「暴力の無限界行使 (maximum use of force)」⁽⁶⁷⁾ を認める法体系に変わりないのである。「ロチュース号」事件常設国際司法裁判所 (PCIJ) 判決で判示されたところの、国際法によって明確に禁止されていない行為は許容されている、という主権の残余原理⁽⁶⁸⁾ は、現代国際法における *jus in bello* においても妥当するのである。このように考えると、*jus in bello* において「暴力抑制原理」は存在しないこととなる。したがって、*jus in bello* という変数を操作することによってでは、武力紛争の終結という解を導出すことはできない。

3. *jus ad bellum* における「武力行使抑制原理」

これに対し、現代国際法において武力を行使する国は、武力行使禁止原則 (*jus contra bellum*) を前提として、許容規範 (*jus ad bellum*) に自国の行為の正当化事由を求めなければならない。「核兵器威嚇使用の合法性」事件において、核兵器の威嚇使用に関する禁止規範と許容規範をめぐる議論が提起されたとき、ICJ は、禁止規範の不在を理由として核兵器の威嚇使用が許容されている、という論理構造を採用しなかった⁽⁶⁹⁾。Bedjaoui 裁判所長が述べているように「裁判所は、国際法によって明示

(66) William J. Fenrick, "The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare", *Military Law Review*, Vol. 98 (1982), pp. 91-127.

(67) Carl von Clausewitz (Michael Howard and Peter Paret, trs.), *On War* (Princeton University Press, 1984), pp. 75-77 (Book 1, Chapter 1).

(68) PCIJ, *The Case of the S. S. "LOTUS"* (French Republic v. Turkish Republic), Merits, *P.C.I.J. Series A*, No.10, pp. 19-21. 西村弓「ロチュース号事件」杉原高嶺・酒井啓巨編『国際法基本判例 50』(三省堂、2010年) 62-65頁。

(69) *Nuclear Weapons Case*, pp. 238-239, paras. 20-22.

に禁止されていないことは許容されている、ということの意味しないと主張することで、本勧告的意見において、ロチュース号事件における先例よりもはるかに慎重な態度をとった」のである⁽⁷⁰⁾。

jus ad bellum は、武力の「行使態様」に関して、必要性(necessity)・均衡性(proportionality)の制限を課している⁽⁷¹⁾。したがって、*jus ad bellum* 上合法的に武力を行使すると主張する国は、武力行使に関する意思決定に際して、当該武力行使が必要でありかつ均衡のとれたものであるかどうかを評価し、武力行使の実行段階において、それを立証する責任を負う⁽⁷²⁾。この必要性・均衡性原則は、武力紛争に関する事件においてICJによって度々言及されており、慣習国際法上の要件であるとされている⁽⁷³⁾。

これらの要件のうち、とりわけ均衡性の要件は「武力行使の抑制原理」として把握されている⁽⁷⁴⁾。Brownlieが指摘したように、均衡性原則は、伝統的国際法における自己保存権(self-preservation)と現代国際法における自衛権(self-defence)とを区別する役割を担っているのである⁽⁷⁵⁾。伝統的国際法における自己保存権は、武力行使の「開始原因」の根拠として用いられていた⁽⁷⁶⁾。国は、死活的な国家利益に対する重

(70) *Ibid.*, Declaration of President Bedjaoui, pp. 270-271, paras. 12-15.

(71) *jus ad bellum* における必要性・均衡性の内容について、Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (Cambridge University Press, 2004), pp. 148-162 [hereinafter, Gardam, *Necessity, Proportionality*].

(72) Ole Spiermann, "Lotus and the Double Structure of International Legal Argument", in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press, 1999), pp. 131-152.

(73) ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. The United States of America), Merits, *ICJ Reports 1984*, p. 103, para. 194 [hereinafter, *Nicaragua Case*].

(74) Judith Gardam, "Proportionality as a Restraint on the Use of Force", *AYIL*, Vol. 20 (1999), pp. 164-169.

(75) Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, p. 261.

(76) Anne M. Trebilcock, "Self-Preservation", *EPIL*, Vol. 4, pp. 380-383; Robert Jennings and Arthur Watt (eds.), *Oppenheim's International Law*, ninth edition, Vol. 1 (Longman, 1992), pp.

大かつ急迫した危険の脅威を主観的に認定し、自己保存権の名の下で、武力行使を開始することができた。そして、一度武力行使が自己保存権によって正当化されたならば、自己保存権は、武力の「行使態様」に対していかなる制限も設けなかった⁽⁷⁷⁾。これに対し、現代国際法における自衛権は、その「開始原因」だけでなく、「行使態様」に対して均衡性の制限を課している⁽⁷⁸⁾。伝統的国際法における自己保存権とは異なり、均衡性原則は、許容される武力行使を必要最小限に制限する客観的な基準の一つとして機能するのである⁽⁷⁹⁾。

このように考えると、武力紛争において、*jus ad bellum* は、*jus in bello* とは異なる累積的な要件を定めていることとなる⁽⁸⁰⁾。*jus ad bellum* の均衡性原則は、許容規範として行使できる武力の最上限を定めている。したがって、敵対行為の最下限を定める *jus in bello* によって禁止されていない武力行使であっても、*jus ad bellum* の均衡性要件を充足しない武力行使は、国際法上違法とされる⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾。第一追加議定書も、前文において「この議定書又は千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約のいかなる規定も、侵略行為その他の国際連合憲章と両立しない武力の行使

416-417.

- (77) 田岡良一『国際法上の自衛権』補訂版(勁草書房、1981年)147-149頁。
- (78) 自衛権行使における均衡性原則の意義について、根本和幸「国際法上の自衛権行使における必要性・均衡性原則の意義(1)」『上智法学論集』第50巻第1号(2006年)71-100頁。
- (79) Brun-Otto Bryde, "Self-Defence", *EPIL*, Vol. 4, pp. 361-364; Jennings and Watt (eds.), *supra* note 76, pp. 420-422.
- (80) Alexander Orakhelashvili, "Overlap and Convergence: The Interaction between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12 No. 2 (2007), pp. 157-180.
- (81) Judith Gardam, "Proportionality and Force in International Law", *AJIL*, Vol. 87 (1993), p. 404.
- (82) これに対し、*jus in bello* において禁止される一方、*jus ad bellum* において許容される武力行使については、「核兵器威嚇使用の合法性」事件勧告的意見において、ICJが「自衛に関する法の下で均衡性を有する武力行使は、それが合法となるためには、特に人道法の諸原則及び諸規則を含む武力紛争において適用可能な法の諸要件にもまた合致していなければならない。」と判示している。*Nuclear Weapons Case*, p. 245, para. 42. したがって、ある武力行使が国際法上合法となるためには、*jus ad bellum* と *jus in bello* 双方の要件を累積的に充足しなければならない。

を正当化し又は認めるものとして解してはならない。」と定めている。

「対ニカラグア軍事・準軍事活動」事件本案判決は、同様の結論を示すICJのリーディング・ケースである。同判決では、米国による多様な軍事行動の合憲性が審理されているが、その一つとしてICJは、ニカラグアのPotosí海軍基地に対する米国の攻撃を違法な武力行使であると判示している⁽⁸³⁾。一般に基地は、*jus in bello*の適用上、典型的な軍事目標を構成し、基地に対する攻撃は合法的な敵対行為とみなされる。同判決において裁判所は、「ニカラグアにおける同国に対する米国の行為は、国際〔武力〕紛争に関する法規則に服する。」と判示し⁽⁸⁴⁾、米国の行為に対して慣習国際法化した*jus in bello*規則を適用している。したがって、もし仮に裁判所が*jus in bello*の観点からPotosí海軍基地に対する米国の攻撃の法的評価を行ったならば、当該行為は、合法的な敵対行為とみなされていたであろう。しかし裁判所は、*jus ad bellum*の観点から同様の行為を評価し、国際法上違法な武力行使であると判断したのである。

一般に、*jus ad bellum*の均衡性原則は、自衛権の文脈で把握されてきた⁽⁸⁵⁾。しかし、*jus ad bellum*において許容されるもう一つの形態である憲章第7章に基づく武力行使の場合にも、均衡性原則は「武力行使の抑制原理」として機能する⁽⁸⁶⁾。国連憲章のコメンタリーが示しているように、憲章第42条は「…国際の平和及び安全の維持又は回復に必要な…行動をとることができる」と定め、憲章第7章に基づく武力行使を、一般的に、同条の目的と均衡する範囲に制限している⁽⁸⁷⁾。さらに同条

(83) *Nicaragua Case*, pp. 48–51, paras. 81–86; p. 118, para. 227; dispositif (4).

(84) *Ibid.*, p. 114, para. 219.

(85) Albrecht Randelzhofer, “Article 51”, in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, second edition, Vol. 1 (Oxford University Press, 2002), p. 805.

(86) Judith Gardam, “Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17 (1995–1996), pp. 305–312; Gardam, *Necessity, Proportionality*, p. 189.

(87) Jochen Abr. Frowein and Nico Krisch, “Introduction to Chapter VII”, in Simma (ed.), *supra*

の目的が、個別具体的に、安保理決議に具体化されることで、許容される武力行使は、同決議に定められた目的と均衡する範囲に制限されることとなる。憲章第7章に基づく武力行使であるか自衛であるかにかかわらず、武力行使を抑制するという意味で、均衡性原則は、武力行使一般に関する原則なのである。

ただし、違法行為国は、まさにその違法行為によって *jus ad bellum* 違反の責任を追及されるため、理論的には、*jus ad bellum* の必要性・均衡性原則を遵守する利益を持たないこととなる⁽⁸⁸⁾。しかし、武力を行使する国は、客観的な侵略の認定がない限り、自らを侵略国とはみなさない。国家実行において、両紛争当事国は、自らを被害国であるとみなし、自衛権の行使を主張する傾向がある⁽⁸⁹⁾。このとき、*jus ad bellum* の均衡性原則は、結果的に、両紛争当事国の武力行使を抑制する役割を果たすこととなるのである。また、ICJは、武力行使の開始原因だけでなく、仮に必要性・均衡性の要件も充足していなかったとすれば違法性の追加的事由 (an additional ground of wrongfulness) となると判示している⁽⁹⁰⁾。したがって、*jus ad bellum* の必要性・均衡性原則は、*jus ad bellum* 上正当な武力を行使する国だけでなく、違法な武力を行使した国をもまた拘束するのである。

note 85, second edition, Vol. 1, pp. 711–712; Jochen Abr. Frowein, “Article 42”, in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, first edition (Oxford University Press, 1994), p. 631. 同コメンタリー第1版の第42条における“The principle of proportionality, as recognized in international law, must be taken into consideration especially with regard to measures under Art. 42.”という記述は、第2版の第42条における解説では削除され、第7章における解説に移し替えられている。

(88) 真山教授が指摘されているように「自衛権行使国の *jus ad bellum* の制約をこえる行為と侵略国の全ての敵対行為は、*jus ad bellum* の観点から責任を追及される。従って、侵略国の *jus in bello* 違反行為がさらに生じれば、それは、*jus ad bellum* と *jus in bello* 双方について違法な状態 (double illegality) となる」。真山「前掲論文」村瀬・真山編「前掲書」(注50) 20頁 (脚注8部分)。

(89) Richard R. Baxter, “The Legal Consequences of the Unlawful Use of Force under the Charter”, *ASIL Proceedings*, Vol. 62 (1968), pp. 72–73.

(90) *Nicaragua Case*, p. 122, para. 237.

これに対し、憲章第7章に基づく武力行使の場合、違法行為国が客観的に認定されるため、同国は均衡性原則を遵守する利益を有しない。一般に、自衛の場合、紛争(終結)のイニシアチブを両紛争当事国が有しており、均衡性原則は、両国に対し、武力行使を抑制させ、もって紛争悪化を防止する機能を果たしている。これに対し、憲章は、第7章に基づく武力行使を行う側が違法行為国より強力な武力をもってこれを鎮圧することを予定している⁽⁹¹⁾。したがって、憲章第7章に基づく武力行使の場合、均衡性原則は、片務的義務となるが、紛争(終結)のイニシアチブを有している側が均衡性原則を遵守することで、その武力行使抑制、紛争悪化防止という機能は維持されることとなるのである。

以上のように *jus ad bellum* と *jus in bello* の関係を捉えると、*jus in bello* において禁止されていない武力行使であっても、*jus ad bellum* の均衡性原則によって許容されない武力行使は、現代国際法において禁止される⁽⁹²⁾。このように考えると、*jus in bello* の認識する武力紛争の範囲は、*jus ad bellum* の均衡性要件によって《縮約》されることとなる。「武力行使の抑制原理」としての *jus ad bellum* の均衡性原則は、武力紛争の範囲を《縮約》する機能を果たすのである⁽⁹³⁾。

[未完]

(本学大学院博士後期課程)

(91) Jost Delbrück, "Collective Security", *EPIL*, Vol. 1, pp. 647-648.

(92) Alexander Orakhelashvili, "Legal Stability and Claims of Change: The International Court's Treatment of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75 (2006), pp. 371-407.

(93) Christopher Greenwood, "Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict", in Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honor of Shabtai Rosenne* (Kluwer Academic, 1989), pp. 273-288.