

早稲田大学博士論文概要書

国際人道法における敵対行為の規制

早稲田大学大学院法学研究科

尋木 真也

(1) 問題の所在

国際人道法は、武力紛争時における人道の実現を目的とする法である。その法的基盤は人道の考慮と軍事的必要性にあり、敵対行為を規律するハーグ法と戦争犠牲者の保護に関するジュネーヴ法から成る。従来の戦時国際法とは性格が変化しており、戦時国際法から国際人道法への非連続性が指摘されるが、適用される実体法規は戦時国際法を多分に引き継いでいる。

こうした国際人道法の規則のうち、傷病兵の保護に始まるジュネーヴ法は、捕虜の待遇、文民の保護へと適用対象が広がり、逸脱を許さない絶対的な規則として確立しつつある。他方で、ハーグ法は相対的な規則を多く含む。たとえば、文民や民用物を攻撃対象とすることは禁止される一方で、軍事目標に対する攻撃の付随的損害として文民や民用物の被害が生じることは許容されうる。また、文化財に対する攻撃は原則として禁止されるが、絶対的な軍事的必要性がある場合には許容されうることになる。このように、ハーグ法は今日なお完全な規則としては成立しておらず、さらなる発展が望まれる分野である。しかし、敵対行為の規制は武力紛争の勝敗を直接左右しうるため、国家主権の壁を乗り越えて規制を課すことは国益の観点から容易ではない。そこで本論文では、今日なお規制の不十分なハーグ法分野に焦点をあて、既存の法 (*lex lata*) を用いていかに人道の実現を図るかについて考察することを目的とする。

ハーグ法は、さらに戦闘手段の規制（武力紛争時に使用する兵器の規制）と戦闘方法の規制（敵対行為を規律する一般規則および原則）に大別される。戦闘手段の規制に関しては、1949年8月12日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書I）（以下、第1追加議定書）35条1項において「戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」と規定される。このコローラリーとして、過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器を用いることは禁止される（同35条2項）。この不必要な苦痛を与える兵器の禁止は、1868年の戦時における400グラム未満の爆発性投射物の使用を放棄する宣言（以下、サンクトペテルブルク宣言）前文に規定されて以来、兵器の規制の根幹を成す原則となっている。同時に、無差別的効果を伴う兵器も禁止されることになる。

しかし、この不必要な苦痛を与える兵器の禁止は、規則としてではなく原則の地位にとどまる。つまり、不必要な苦痛を与えるからといって、直ちに国際人道法に違反する兵器であると断言することは難しいのである。たとえば、1980年に採択された過度に傷害を与え又は無差別に効果を及ぼすことがあると認められる通常兵器の使用の禁止又は制限に関する条約（以下、特定通常兵器使用禁止制限条約）は、不必要な苦痛を与える兵器は禁止されるという原則に立脚すると前文で規定しつつも、本条約により規制される検出不可能な破片を利用する兵器、地雷、焼夷兵器、レーザー兵器および爆発性戦争残存物は、いずれも条約中で完全に禁止されるには至っていない。また、クラスター弾も、クラスター弾条約前文において、その不発弾が長年にわたって深刻な結果をもたらし、また無差別的効果を及ぼしうるということが認識されている。それゆえ、同条約ではクラスター弾の使用が全面

的に禁止されているが（1条）、世界に存在するクラスター弾の大半を保有しているアメリカ、ロシア、中国といった国ははまだ条約に批准していない。さらに、白リン弾や劣化ウラン弾に関しては、不必要な苦痛や二次的被害を出しうると考えられている一方で、今日なおそれを規制する条約は存在しない。

このように、兵器の使用は十分に規制されていないだけでなく、条約でその使用が完全に禁止されている生物兵器や化学兵器などが武力紛争において使用されることも少なくない。また、核兵器に至っては、武力紛争において使用することを禁止する条約は存在しないが、さらに国際司法裁判所（ICJ）によって、「国家の存亡それ自体がかかるであろう自衛の極限の状況において、核兵器の威嚇または使用が合法であるか否かを確定的に結論づけることはできない」との勧告的意見が出されている。

戦闘方法の規制の中核は、軍事目標主義である。攻撃を軍事目標のみに限定することにより、予防措置や比例性原則とあわせて、文民および民用物を攻撃の被害から保護することが意図されている。しかし、付随的損害が一定程度許容されていることは先述のとおりであり、戦闘方法についても厳格な制限は課されていない。また、国際人道法上、軍事目標に対する攻撃は許容されている。しかし、自衛隊の海外派遣等を考えてみても、戦闘員であるというだけで本当にいかなる場合にも攻撃対象としてよいのかについては再考の余地がある。

このように、戦闘手段も戦闘方法も十分に規制できていないのは、多くの国がそれらの規制を積極的に望まないことに起因する。確かに、人道的観点からそれらの規制が望ましいことは国家によっても認識されている。しかし、国家の存亡や国民の生命のかかった武力紛争という非常事態において、ただ望ましいというだけでは、国家は法的に禁止されることまでは受け入れがたいのである。

こうした重大な国益がかかわるハーグ法分野であるが、実際にはあらゆる敵対行為が重大な国益に直接関係するわけではない。武力紛争時における国家の目的の達成のために必要のない敵対行為であれば、国家はその行為を行わないことに同意することができよう。国家が武力紛争を行う目的は、戦略レベルと戦術レベルに分けて考えられる。これらは各々、国際法上武力行使の規制に関する法（*jus ad bellum*）上の目的と、国際人道法（*jus in bello*）上の目的とに分類することができる。*jus ad bellum* 上の目的は、自衛権の場合は敵の攻撃の中止・撃退であり、国連安全保障理事会（以下、安保理）決議にもとづく集団行動の場合は国際の平和および安全の維持・回復となる。この *jus ad bellum* 上の目的は、武力紛争により異なりうる一方で、*jus in bello* 上の目的は、敵の完全なまたは部分的服従で不変である。これらは、武力紛争の目的であると同時に、国家が敵対行為を行いうる限度も示している。この限度を示す目的が、国際法上敵対行為にいかなる規制を行うかについて、本論文では検討することとする。

以上は、主に国際的武力紛争の場合に妥当する議論であるが、他方で非国際的武力紛争に関しては、より根本的な問題が多く残っている。そもそも、政府と対立する敵対武装集

団に国際人道法を適用する必要があるのか、また必要があるとして本当に適用されるのか、適用されるとすればそれは相互主義にもとづくのかといった基礎的な点からして十分に明らかではない。さらに、敵対行為規制に焦点を絞ると、1949年のジュネーブ諸条約の共通3条にはその規定はなく、また1949年8月12日のジュネーブ諸条約の非国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書II）（以下、第2追加議定書）においても、文民、文民の生存に不可欠な物、危険な工作物および文化財に対する攻撃が禁止または制限されるにとどまる（13～16条）。そのため、条約だけでなく慣習国際法の適用も重要となつてこよう。

こうした伝統的な非国際的武力紛争に関する問題に加え、近年では大規模な武力攻撃を行うテロ集団が問題となつてきている。そうしたテロ集団との武力紛争は、しばしば対テロ戦争と呼ばれる。この対テロ戦争は、一国内でのいわゆる内戦にとどまる場合もあるが、国境を越えて行われるいわゆる越境武力紛争に該当することが少なくない。越境武力紛争の場合、ジュネーブ諸条約の共通2条の要件も共通3条の要件も満たさないため、国際的武力紛争なのか非国際的武力紛争なのかについて問題が提起されてきた。しかし、武力紛争に適用される国際人道法は、条約だけではない。慣習国際法上、武力紛争がどのようにとらえられているかについては検討の余地があるが、条約上の要件が必ずしもそのまま慣習法にも反映されているとは限らない。慣習国際法上の武力紛争の分類や適用される規則も念頭においたうえで、新しい形態の武力紛争である対テロ戦争の規制を考える必要がある。

このように、非国際的武力紛争における敵対行為規制については、国際的武力紛争の場合のように、より実効的な規則を探求する段階にはない。上述したような、より根本的な問いから1つずつ答えていく必要がある、本論文は敵対行為規制を考えるうえでの基礎について考察するにとどまる。

(2) 本論文の構成

以上の問題意識にもとづき、本論文では、4章に分けて国際法上の敵対行為規制について検討を行う。まず序論で上記の問題の所在を述べた後、第1章では、本論文全体にかかわる前提問題について整理を行う。続く第2章では、国際的武力紛争における敵対行為規制について、*jus ad bellum* と *jus in bello* の関係の観点から検討を行い、第3章では、いわゆる内戦および対テロ戦争の規制について、根本問題に立ち返って検討を行う。最後に第4章では、あらゆる武力紛争に適用される国際人道法に通底する「軍事的必要性」の観点から、敵対行為規制のあり方について検討を行う。そして最後に、本論文の結論をまとめたうえで、今後の展望について述べることとする。

第1章「武力紛争の多様化と遂行目的」では、本論文で敵対行為規制について検討するにあたり、前提となる事項について整理を行う。まず、第1節「武力紛争の多様化」ではとりわけ国連憲章成立後に武力紛争が多様化していることを述べる。国連憲章により戦争

を含む武力行使が禁止されたことにより、武力紛争が①侵略、②自衛権、③安保理決議にもとづく集団行動の3つに大別されることとなった。また、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の分類が存在するが、後者に適用される条約上の規則は少ない。そのため、慣習国際法についての検討も求められる。さらに、非国際的武力紛争には、伝統的ないわゆる①内戦だけでなく、国境を越えて行われる②対テロ戦争も含まれ、いかなる規則が適用されるかが問題となっている。適用される敵対行為規則は、これらの類型により異なりうるため、この類型ごとに考察を行うことが必要となる。

第2節「武力紛争の遂行目的」では、まず国家が武力紛争を行う目的について説明する。敵対行為の規制に関係する法には、武力行使の規制に関する法 (*jus ad bellum*) と国際人道法 (*jus in bello*) があるが、両法における武力紛争遂行目的は異なる。*jus ad bellum* については、自衛の目的は自国を防衛するために敵を撃退することであり、安保理決議にもとづく集団行動の目的は国際の平和および安全の維持・回復である。また、侵略の目的は多様であるが、いかなる目的にもとづくものであれば今日は違法な武力行使となる。*jus in bello* については、戦争目的と呼ばれるが、その目的は敵の完全なまたは部分的な服従で不変である。これらの目的にもとづいて敵対行為に規制が加えられることが考えられるが、目的が可変的な *jus ad bellum* 上の規制は、比例性原則にもとづき武力紛争ごとに異なりうるのに対し、目的が不変の *jus in bello* 上の規制は、軍事的必要性にもとづきあらゆる武力紛争において同様に適用される。

両法にはこうした相違があるが、両法は切り離して重疊的に適用される関係にあり、*jus ad bellum* 上の合法性の判断は、*jus in bello* の差別適用をもたらすものではない。そのため、前者の比例性原則が後者の軍事的必要性に規範的な影響まで及ぼすものではない。非国際的武力紛争においても、*jus ad bellum* の適用があるとしても、*jus in bello* は平等適用されるものと考えられる。以上のような、武力紛争の分類と目的が、敵対行為の規制に変化をもたらすことになる。

第2章「国連の集団安全保障体制下における武力紛争の規制」では、*jus in bello* と重疊的に適用される *jus ad bellum* による敵対行為規制について検討を行う。まず、第1節「自衛権の要件の継続適用」では、武力紛争中にも *jus ad bellum* が継続適用され、「とられる措置は、その措置の目的を達成するために必要なまたは合理的な手段の行使でなければならない」という自衛権の比例性原則が、敵対行為に規制を課すことを明らかにする。この自衛権の比例性原則にもとづく敵対行為規制は、とりわけ対テロ戦争のような国際人道法の適用に困難が伴う場面で有用となる。

第2節「武力行使容認決議にもとづく敵対行為規制」では、安保理決議にもとづく固有の比例性原則が、多国籍軍の敵対行為に独自の規制を及ぼすことを明らかにする。安保理決議にもとづく集団行動の目的は、決議により異なる。たとえば、2011年のリビアに関する武力行使容認決議1973は、「文民の保護」を軍事行動の目的として設定している。そのため、比例性原則にもとづき、文民の保護のために必要のない軍事行動は禁止されると考

えられ、実際に NATO は文民の付随的損害をゼロにする予防措置を行い、また文民の保護に資さない軍事目標に対する攻撃は慎んでいる。この安保理決議にもとづく比例性原則は、その目的が柔軟に変わることにより敵対行為の規制も変わりうるだけでなく、安保理により客観的に定められる点で、自衛権のそれと異なる。

第 3 章「非国家主体との武力紛争の規制」では、非国際的武力紛争における敵対行為規制について検討を行う。まず、第 1 節「内戦の規制」では、敵対武装集団への国際人道法の適用の①必要性および②可能性、ならびに③政府と敵対武装集団間の相互主義の妥当性について考察を行う。①敵対武装集団への国際人道法の適用の必要性については、いわゆる国際人道法の人間化が進み、国際刑事法廷等において個人への適用が可能となってきたなかで、あえて敵対武装集団に適用する必要性を検討する。確かに、国際人道法を個人にのみ適用することで、敵対武装集団に何らかの正当性を付与することは回避できる。しかし、国家（集団）の指揮・命令責任、あるいは管理・監督責任は、個人責任の追及により完全に払拭されうるものではない。また、たとえば戦時復仇は戦闘員個人ではなく交戦国（者）すなわち集団に与えられる権利である。また、公正な裁判を行う義務なども、個人で実現することはできない。こうした規則は、集団たる敵対武装集団に適用する必要があり、そうすることにより人道が達成されうるということが出来る。

②敵対武装集団への国際人道法の適用の可能性については、とりわけ慣習法に焦点をあてた①とは対照的に、条約の適用可能性について検討する。敵対武装集団は条約締結者でないのに、なぜ政府の締結した条約に拘束されるのかという問題である。この問題については、以前からさまざまな学説が展開されてきたが、長所と短所を両方備える理論が多かった。そのようななか、敵対武装集団は政府の締結した条約に拘束されるというまさにその手続が慣習法化しているということが、国家実行等から確認することができるものと考えられる。

③政府と敵対武装集団間の相互主義の妥当性については、戦時復仇を素材として国際人道法の適用基盤たる相互主義が両者間に妥当するかについて検討する。国際人道法においては相互主義は否定されると主張されることもあるが、ジュネーヴ諸条約の外において、とりわけハーグ法規則においては、相互主義はなお妥当しているものと考えられる。しかし、自らの構成要素に文民を含まない敵対武装集団に対しては、文民に対する復仇を行使しえない。他方で、敵対武装集団による文民に対する復仇の実行は少なくない。非国際的武力紛争においては、厳格な同一性を求める相互主義ではなく、より広い意味での相互主義に依拠して国際人道法を適用することが必要であると考えられる。

第 2 節「対テロ戦争の規制」では、ビンラディン殺害事件を素材として、越境武力紛争である対テロ戦争における国際人道法の適用問題について検討する。越境武力紛争は、国境を越え締約国の一の領域内にとどまらないため、その要件を設けるジュネーヴ諸条約共通 3 条や第 2 追加議定書の適用対象とはならない。ただし、国家間の武力紛争以外のすべての武力紛争という意味で、慣習国際法上の非国際的武力紛争には該当するものと考えら

れる。その場合、非国際的武力紛争の地理的範囲が問題となるが、少なくとも実際の敵対行為地は武力紛争地であるといえ、その範囲には国際人道法が適用されるものと考えられる。ビンラディンは、指揮・命令、作戦の計画等により敵対行為に直接参加しており、よって軍事目標として攻撃の対象となりえたと考えられる。今日の段階では、戦闘員ないし敵対行為に直接参加する者に対して、より危害の少ない手段の選択を行う義務（可能であれば殺害するより捕捉する義務）が慣習法化していると断言することは難しいであろう。したがって、ビンラディンの殺害は国際人道法上は合法的に遂行されたものと考えられる。

第4章「軍事的必要性にもとづく敵対行為規制」では、人道の考慮とともに国際人道法の基本法原則である軍事的必要性が、敵対行為の規制のために果たす役割について検討を行う。第1節「軍事的必要性に対する認識の変遷」では、軍事的必要性に対する認識の歴史の変遷について確認する。軍事的必要性は、一方では明文で規定される場合に当該義務からの逸脱を許容する義務逸脱機能を有する。他方で、軍事的必要性は、各国の軍事マニュアル等にみられるように、軍事的に必要な行為は禁止され、必要性の低い行為は制限されるという認識をもたらす敵対行為禁止・制限機能をも有する。歴史的に、前者の機能が注目を集めることが多く、軍事的必要性は消極的にとらえられていると考えられがちであるが、第2次世界大戦後においても国家は軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を新たな規則の作成の際に必ず考慮していることを見て取ることができる。

第2節「ジュネーブ諸条約第1追加議定書上の軍事的必要性」では、条約の起草過程や解釈の際に軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能がはたらくことにより、国家が一定の行為が禁止されると認識することについて検討を行う。第1追加議定書の起草過程を顧みると、あらゆる規則の作成において軍事的必要性の有無が第一義的な判断要素となっており、すべての法が究極的に立脚する原則として軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能がたらいっていることがわかる。他方で、義務逸脱機能は条文上明記されている場合に認められるにとどまり、それ以外の規則については軍事的必要性にもとづく逸脱はできないことになる。

第3節「文化財に対する攻撃の規制」では、武力紛争時における文化財の保護を素材として、人道の考慮とは区別される軍事的必要性の意義について検討を行う。人道の考慮は、戦闘の外にある人の保護のために重要な役割を果たすと考えられる。しかし、「戦闘の内」にある「物」に対しては、人道の考慮による規制は機能しにくい。他方で、あらゆる規則に通底する軍事的必要性は、戦闘の内の規制であっても、また人ではなく物に対する攻撃の規制であっても、重要な考慮要因となる。文化財は、まさに軍事目標となり、攻撃することに絶対的な軍事的必要性が認められるような場合を除き、攻撃から保護されることになる。こうした規則を国家が作成したのは、人道の考慮ではなく、主として軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を各国が認識していたことによるものと考えられる。

(3) 本論文の結論

武力紛争時における敵対行為の規制は、国民の生命を賭して追求する国益や国家の存亡に直接かかわる。そのため、条約の明文規則で定めようとする、極めて抽象的な規定になる場合もあれば、極めて限定的な規制になる場合も少なくない。また、敵対行為規制に関する新たな条約が作成される気運も乏しい。こうしたなか、実際の武力紛争において実効的な敵対行為規制を行うためには、敵対行為規制の基礎を明らかにし、また条約や慣習国際法の解釈を適切に行うことが求められる。さらに、敵対行為規制は必ずしも国際人道法だけで行う必要はなく、関連する国際法による規制も考慮に入れる必要がある。

敵対行為の規制にあたっては、実際に個別の場面で適用される敵対行為に関する諸規則が重要である一方で、それらの規則の存立基盤を理解することも同様に重要である。脆弱な基盤の上に規則を積み重ねていくと、法の不安定性が増し、現実と乖離した法になりかねないからである。ただし、法は当為でもあるため、現実を追認するものにとどまるべきでもない。この点、軍事的に必要なことは行ってはならないという「軍事的必要性」や、こちらが守れば相手も守ってくれるという「相互主義」は、敵対行為中においても、また新しい規則を作成する際にも、当然であるからこそ説得的に規制をもたらず効果を有する。また、この基本を理解することが、細かい規則の理解の前提ともなる。そのため、まずはこうした国際人道法の諸規則の存立基盤を明らかにすることが、武力紛争における人道の実現に大きく資するものと考えられる。

また、近年のいわゆる対テロ戦争については、慣習国際法上は非国際的武力紛争に分類されうる。少なくとも、共通 3 条と同旨の実体規則があらゆる武力紛争に適用されると考えられるため、敵対行為への直接参加概念が重要となり、その判断にもとづき敵対行為の可否が決まる。さらに、敵対行為に直接参加している者であっても、より危害の少ない手段に訴える必要があるかが問題とされるが、そうすることが望ましい一方で、既存の法 (*lex lata*) においてはそのような規則を見いだすことは難しいものと考えられる。ただし、アメリカのように自国の政策としてそのような考え方を採用する国もあり、今後法としての発展が望まれるところである。

他方で、地域的特徴を許容する国際人権法と異なり、国際人道法はどの地域でも同様に適用される普遍性を有するとされる。確かに、ある個人が、ヨーロッパの武力紛争では保護されるが、アジアの武力紛争では保護されないというのでは人道的見地から問題がある。そのため、この地域的な観点からの普遍性は、今日でも維持する必要がある。また、平等適用の立場に立ち、紛争当事者間で平等に国際人道法を適用することも、人道の実現を図るうえで重要である。しかし、今日の武力紛争は非常に多様化しており、より厳格な義務を遵守できる武力紛争もあれば、より厳格な義務を遵守しなければならない武力紛争もある。国際人道法 (*jus in bello*) は、最低限のルールとして、特定の規則を提供するが、追加的な規則を武力行使を規律する法 (*jus ad bellum*) に求めることも可能である。それぞれの目的に応じ、*jus in bello* 内では軍事的必要性が、また追加的に *jus ad bellum* 上の比例性原則が、別個の規制を重疊的に課すことを本論文では明らかにした。

なお、本論文においては、軍事的必要性と並び国際人道法の基本法原則を成す人道の考慮が敵対行為規制にいかなる役割を果たすかについては考察することができなかった。人道の考慮は、ジュネーヴ法分野において確たる地位を占める一方で、ハーグ法分野における役割は必ずしも定かではない。この問題は、戦闘員を攻撃する際に人道が考慮されるべきかという点に収斂するよう思われる。たとえば、不必要な苦痛を与えることは、軍事的必要性がないために禁止されるといわれることが多いが、ここに人道の考慮がはたらいている可能性はある。確かに、不必要な苦痛の判断基準は、主に戦闘の外におかれた後に受ける苦痛が不必要か否かにあると考えられるため、傷病者ないし捕虜に関する規則の一部のようにも思われる。しかし、不必要な苦痛を与えることの禁止は、戦闘中の敵対行為に関する規則であるハーグ法に属する規則として一般に位置づけられている。人道の考慮が、傷病者や捕虜だけでなく、戦闘中の戦闘員に対しても向けられるかという点も含め、敵対行為の規制における人道の考慮の役割については、今後の検討課題としたい。